

발 간 등 록 번 호

11-1620000-000822-01

2020년도 연구용역보고서

차별판단기준 수립을 위한 연구 (제1부)



Nation Human Rights Commission of Korea

차별판단기준 수립을 위한 연구(제1부)

2020년도 국가인권위원회
연구용역보고서를 제출합니다.

2020. 12.

연구수행기관	한국노동법학회
연구책임자	박은정(인제대학교)
연구원	강을영(법률사무소 재율) 권오성(성신여자대학교) 남궁준(한국노동연구원) 박귀천(이화여자대학교) 신수정(경제사회노동위원회) 이소라(다인노무법인) 이울경(세명대학교) 이정선(법률사무소 재율) 차혜령(공익인권법재단 공감)
자문위원	김미영(경제사회노동위원회)
연구보조원	김소진(인제대학교) 최한미(인제대학교)

이 보고서는 연구용역수행기관의 결과물로서,
국가인권위원회의 입장과 다를 수 있습니다.

목차

제1장 서론	1
1. 연구의 필요성	3
2. 연구의 내용	4
제2장 총론	7
I. 차별의 의미	9
1. 차별의 개념	9
2. 차별금지사유의 종류	11
3. 차별금지의 영역	19
II. 차별의 성립요건	25
1. 비교대상	25
2. 차별행위	33
3. 합리성 판단 기준	37
III. 차별의 유형	54
1. 직접차별	54
2. 간접차별	59
3. 구조적 차별	64
4. 복합차별	66
5. 불리한 대우로서의 보복행위	68
6. 성희롱	70
7. 괴롭힘	78
IV. 차별금지사유별 쟁점과 합리적 판단기준	81
1. 성별	81
2. 종교, 사상 또는 정치적 의견	100
3. 나이	107
4. 사회적 신분	114
5. 출신 또는 인종	118
6. 용모 등 신체조건	123
7. 혼인	127
8. 임신 또는 출산	128
9. 가족형태 또는 가족상황	132
10. 전과	137
11. 성적 지향	142
12. 학력	145
13. 병력	147

14. 기타 사유	153
15. 성희롱	156
제3장 각론	165
제1절. 성별	167
I. 성차별의 의미	167
1. 성별의 의미	167
2. 직접차별/간접차별	167
3. 관계차별과 복합차별	168
II. 고용상 성차별	169
1. 차별이 인정된 경우	169
2. 차별이 인정되지 않은 경우	178
3. 주요 쟁점	183
4. 직접차별	188
III. 재화 등의 공급과 이용상 성차별	204
1. 차별이 인정된 경우	204
2. 차별이 인정되지 않은 경우	205
3. 주요 쟁점	207
IV. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 성차별	210
1. 차별이 인정된 경우	210
2. 차별이 인정되지 않은 경우	212
3. 주요 쟁점	215
제2절. 종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 차별	217
I. 종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 한 차별의 의미	217
1. 종교를 이유로 하는 차별의 금지	217
2. 사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 차별의 금지	218
II. 고용상 종교, 사상 또는 정치적 의견 차별	219
1. 차별이 인정된 경우	219
2. 차별이 인정되지 않은 경우	223
3. 주요 쟁점	224
III. 재화 등의 공급이나 이용상 출신, 사상 또는 정치적 의견 차별	226
1. 차별이 인정된 경우	226
2. 차별이 인정되지 않은 경우	227
3. 주요 쟁점	231
IV. 교육시설 등에서의 교육·훈련이나 그 이용상 종교, 사상 또는 정치적 의견 차별	233
1. 차별이 인정된 경우	233
2. 차별이 인정되지 않은 경우	235
3. 주요 쟁점 - 특정일을 시험일로 지정한 경우와 종교적 차별과의 문제	236

V. 각하 사례 정리	237
1. 각하 사례	237
2. 각하 사안에 대한 판단	239
제3절. 나이를 이유로 하는 차별	241
I. 연령차별의 의미	241
1. 직접차별	241
2. 간접차별	243
3. 복합차별	243
II. 고용상 연령차별	244
1. 차별이 인정된 경우	244
2. 차별이 인정되지 않은 경우	250
3. 주요 쟁점	258
III. 재화 등의 공급과 이용상 연령차별	262
1. 차별이 인정된 경우	262
2. 차별이 인정되지 않은 경우	265
3. 주요 쟁점	271
IV. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 연령차별	272
1. 차별이 인정된 경우	272
2. 차별이 인정되지 않은 경우	273
3. 주요 쟁점	275
제4절. 사회적 신분	277
I. 사회적 신분의 의미	277
1. 차별금지사유로 규정된 ‘사회적 신분’	277
2. 판단기관별 ‘사회적 신분’의 정의	277
II. 고용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별	281
1. 차별이 인정된 경우	281
2. 차별이 인정되지 않은 경우	282
3. 주요 쟁점	285
III. 재화 등의 공급과 이용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별	286
1. 차별이 인정된 경우	286
2. 차별이 인정되지 않은 경우	287
3. 주요 쟁점	289
V. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별	290
1. 차별이 인정된 경우	290
2. 차별이 인정되지 않은 경우	291
3. 주요 쟁점	292
제5절. 출신 또는 인종을 이유로 하는 차별	295
I. 출신 또는 인종에 있어서 평등과 차별	295
1. 직접차별	296
2. 간접차별	297

II. 고용상 출신 또는 인종 차별	298
1. 차별이 인정된 경우	298
2. 차별이 인정되지 않은 경우	302
3. 주요 쟁점	305
III. 재화 등의 공급과 이용상 출신 또는 인종 차별	308
1. 차별이 인정된 경우	308
2. 차별이 인정되지 않은 경우	309
3. 주요 쟁점	315
IV. 각하 사례 정리	316
1. 각하 사례별 요약	316
2. 각하 사안에 대한 판단	319
제6절. 용모 등 신체조건을 이유로 하는 차별	321
I. 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별의 의미	321
1. 직접차별	321
2. 간접차별	325
3. 복합차별	325
4. 차별영역에 해당하지 않는 경우	326
II. 고용상 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별	327
1. 차별이 인정된 경우	327
2. 차별이 인정되지 않은 경우	331
3. 관련쟁점	337
III. 재화 등의 공급과 이용상 용모 등 신체조건 차별	338
1. 차별이 인정된 경우	338
2. 차별이 인정되지 않은 경우	339
3. 관련 쟁점	342
IV. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 용모 등 신체조건 차별	343
1. 차별이 인정된 경우	343
2. 차별이 인정되지 않은 경우	344
제7절. 혼인	347
I. 혼인의 의미	347
II. 고용상 차별	347
1. 차별이 인정된 경우	347
2. 차별이 인정되지 않은 경우	347
3. 주요 쟁점	348
III. 재화 용역 이용에서의 차별	349
IV. 교육시설 이용에서의 차별	352
제8절. 임신 또는 출산	355
I. 임신·출산의 의미	355
1. 성차별과의 관계	355
2. 임신, 출산/육아의 의미	355

3. 임신, 출산의 가능성	355
4. 유산	356
II. 고용 차별	356
1. 차별이 인정된 경우	356
2. 차별이 인정되지 않은 경우	359
3. 주요 쟁점	359
II. 재화 용역 관련 차별	361
1. 차별이 인정된 경우	361
2. 차별이 인정되지 않은 경우	361
3. 주요 쟁점	361
III. 교육시설 등의 이용 등	362
1. 차별이 인정된 경우	362
2. 차별이 인정되지 않은 경우	363
3. 주요 쟁점	363
제9절. 가족형태 또는 가족상황	365
I. 가족형태 또는 가족상황의 의미	365
1. 직접차별	365
2. 관계적 차별	368
3. 복합차별	368
II. 고용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별	368
1. 차별이 인정된 경우	368
2. 차별이 인정되지 않은 경우	370
3. 주요 쟁점	372
III. 재화 등의 공급과 이용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별	373
1. 차별이 인정된 경우	373
2. 차별이 인정되지 않은 경우	375
3. 쟁점	377
IV. 교육시설 등의 이용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별	379
1. 차별이 인정된 경우	379
2. 차별이 인정되지 않은 경우	379
3. 쟁점	379
제10절. 전과를 이유로 하는 차별	381
I. 전과를 이유로 한 차별의 의미	381
1. 직접차별	381
2. 간접차별	383
II. 전과를 이유로 한 고용상 차별	383
1. 차별이 인정된 경우	384
2. 차별이 인정되지 않은 경우	384
3. 주요 쟁점	386
III. 재화 등의 공급과 이용상 차별	389

1. 차별이 인정된 경우	389
2. 차별이 인정되지 않은 경우	390
3. 주요 쟁점	392
제11절. 성적 지향을 이유로 하는 차별	395
I. 성적 지향의 차별사유	395
II. 성적 지향을 이유로 한 차별	397
1. 성적 지향을 이유로 한 차별	397
2. 성적 지향을 이유로 한 차별 금지 규범	402
3. 성적 지향을 이유로 한 복합차별	403
4. 차별 인정사례를 통한 차별 판단기준	404
제12절. 학력을 이유로 하는 차별	407
I. 학력의 의미	407
II. 고용상 학력을 이유로 하는 차별	408
1. 차별이 인정된 경우	408
2. 차별이 인정되지 않은 경우	410
III. 재화 등의 공급과 이용상 학력을 이유로 하는 차별	412
1. 차별이 인정된 경우	412
2. 차별이 인정되지 않은 경우	413
IV. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 학력을 이유로 하는 차별	413
1. 차별이 인정된 경우	413
2. 차별이 인정되지 않은 경우	414
V. 주요 쟁점	415
1. 차별행위 판단기준	415
2. 진정직업자격과 직무 외 사유의 판단	416
3. 적극적 우대조치와 역차별	417
제13절. 병력을 이유로 하는 차별	419
I. 병력차별의 의미	419
1. 병력의 의미	419
2. 직접차별	420
3. 간접차별	420
4. 연계차별	420
II. 병력을 이유로 한 고용상 차별	420
1. 차별이 인정된 경우	421
2. 차별이 인정되지 않은 경우	425
3. 주요 쟁점	426
III. 재화 등의 공급과 이용상 차별	429
1. 차별이 인정된 경우	429
2. 차별이 인정되지 않은 경우	430
3. 주요 쟁점	433
IV. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 차별	435

1. 차별이 인정된 경우	435
2. 차별이 인정되지 않은 경우	437
3. 주요 쟁점	438
제14절. 기타 사유를 이유로 하는 차별	439
I. 기타 사유의 의미	439
1. 국가인권위원회법상 조사대상에 해당하는 차별행위 중 ‘기타 사유’의 범위	439
2. ‘기타 사유’ 차별행위 사건의 조사대상 판단기준의 모호함	440
3. 조사대상 판단기준이 드러난 사례와 드러나지 않은 사례	441
4. 차별사유 및 차별영역에 대한 판단기준이 드러난 사례와 드러나지 않은 사례	443
5. 헌법 제11조 평등권 침해 사건과 기타 사유 차별행위 사건	446
6. 국가인권위원회 기타 사유 판단 기준에 대한 검토	451
7. 소결	453
II. 기타 사유 판단기준 정립의 필요성	453
제15절. 성희롱	455
I. 성희롱의 개념	455
1. 관련 법률	455
2. 성희롱의 법적 개념	455
3. 구체적 개념 및 범위	456
4. 2차 피해	461
II. 성희롱 여부 판단	462
1. 성희롱이 인정된 사례	462
2. 성희롱이 인정되지 않은 사례	481
III. 2차 피해	493
1. 2차 피해가 인정된 경우	493
2. 2차 피해가 인정되지 않은 경우	498
3. 2차 피해 여부를 판단하지 않은 경우	500
IV. 관련 쟁점	501
1. 성희롱의 행위자 관련 해석	501
2. 성희롱의 대상 관련 쟁점	503
3. 업무관련성 관련 쟁점	503
4. 수사 중인 사건의 각하	504
5. 성차별적 통념에 기댄 표현을 성희롱으로 볼 수 있는지 여부	505
7. 성적 굴욕감 또는 혐오감	506
8. 2차 피해 관련 조항의 부재로 인한 문제점	507

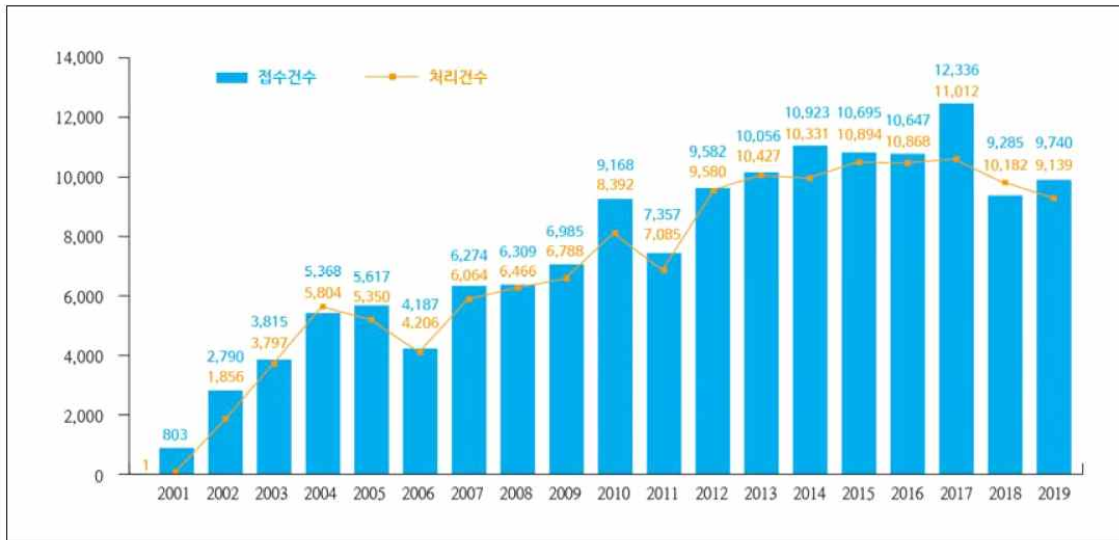
제 1 장

서론

1. 연구의 필요성

국가인권위원회가 설립된 이후 차별침해행위로부터의 피해를 이유로 진정사건이 접수 및 처리되고 있는 건수는 지속적으로 증가하고 있다. 다음의 그림에서 보는 바와 같이 특히 2017년 최고치를 기록한 가운데, 약 1만건의 사건이 접수되고 처리되고 있다. 2019년 접수된 진정사건(7)은 9,740건으로 인권침해 6,972건(71.6%), 차별행위 2,716건(27.9%), 기타 52건(0.5%)이며, 처리된 진정사건은 9,139건으로 인권침해 6,638건(72.6%), 차별행위 2,451건(26.8%), 기타 50건(0.5%)이다.

〈연도별 진정사건 접수 및 처리 추이〉¹⁾



이와 같이 국가인권위원회 진정사건의 접수 및 처리 건수가 많아지고 있는 것은 한국 시민사회의 인권 및 정의에 대한 인식 및 요구수준, 차별 관련 감수성이 높아진 것으로부터 이유를 찾을 수 있는 한편, 매년 고용노동부에 접수된 고용 성차별 신고가 100건에 미치지 못했던 것과 비교했을 때, 국가인권위원회의 차별 진정 절차가 갖는 영향력을 확인할 수 있기도 하다.

이와 같이 차별진정사건의 양적 확대 가운데, 차별판단에 대한 기준이 요구된다. 차별사건은 양적인 측면에서만 아니라 질적인 측면에서의 변화도 고려될 필요가 있는데, 시민들의 차별의식 향상과 변화하는 경제·사회적 상황과 맞물려 이전에는 부각되지 않았던 새로운 차별 이슈들이 제기되고 그 양태도 복잡해져 진정사건에 대한 조사 및 차별 여부 판단에 어려움이 발생하고 있다.

예를 들어, 성차별적 모집채용 공고와 같은 명시적인 차별 사건에 그치지 않고 구조적으로 누적된 차별이나 관행적 차별 사례가 보고되고 있으며, 관련한 진정도 증가할 것으로 보인다. 2017년 이후 A자동차의 하청노동자 정규직 전환 과정에서의 성차별 진정, B제조업체에서의 성차별적 배치 및 승진 차별, C방송국에서의 아나운서 승진 차별 진정 등처럼 명시적인 차별의도를 보여주는 직접증거가 없이 간접증거를 중심으로 판단해야 하는 사건이 증가하고 있기도 하다. 이러한 경우 '차별이란 무엇인가'에 대한 근본적인 질문에서부터 출발하여, 차이가 존재하는지의 확인, 비교대상자 선정의 문제 그리고 차별의 합리적 판단 기준 등에서 논란이 생길 여지가 있다.

또한, 국가인권위원회법상 규정되고 있는 여러 가지 차별의 사유와 관련하여, 진정사건들은 단 한 가지의 사유만 관련성을 갖지 않고 여러 가지 사유와 복합적 관련성을 가질 수 있는 경우들이 있다.

1) 국가인권위원회(2020), 『2019년 국가인권위원회 통계』, 8쪽.

이때 진정사건의 종류가 어떤 차별 사유와 관련되어 있는지, 여러 가지 복합적인 차별 사유가 존재하는 경우에는 어떤 기준으로 차별의 사유를 특정하여 진정사건을 처리할 것인지, 그러한 경우에 있어 단일한 사유에 따른 차별의 판단기준과 달리 취급해야 하는지 등의 문제가 발생할 수 있다.

한편, 국가인권위원회법이 규정하고 있는 차별의 사유에는 ‘기타’ 사유가 포함된다. 국가인권위원회법에 따라 국가인권위원회가 다룰 수 있는 차별의 사유가 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 규정되고 있기 때문이다. 여기에서 “등”에는 어떤 사유들이 포함될 수 있는지, 이 사유는 제한적인지 아니면 포괄적인지 등에 대한 판단의 문제가 발생하고 있다. 특히 국가인권위원회는 진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 않는 경우에는 그 진정을 각하해야 하는데(국가인권위원회법 제32조 참조), “등”에 포함되는지 여부에 따라 진정사건에 대한 각하 판단이 결정될 수밖에 없다. 그렇다면 이때의 “등”을 어떻게 판단해야 하는지의 문제는 차별이 주장되는 피해자의 권리구제와 직결되는 것임에도 불구하고 명확한 판단의 기준이 정립되어 있지 못하다.

이러한 문제에 따라, 사회적 차별시정 요구와 차별 양태의 변화 흐름에 국가인권위원회가 효과적으로 대응하기 위해서는 보다 정교하고 체계적인 차별판단기준을 마련하는 것이 중요하다고 할 것이다. 국가인권위원회는 2008년 <차별판단지침>을 발간하여 각 차별사유별 판단기준이 될 수 있는 국내외 관련 법령과 판례 등을 정리한 바 있으나, 그로부터 10년 이상 지난 현 시점에서 기존 차별판단지침은 국내외 차별 법제의 변화나 그간 축적된 판례를 반영하지 못하는 한계가 있다. 또한 국가인권위원회에서 실시한 차별 판단 관련 기존 연구용역 보고서는 지침 형태의 일목요연함이 없어 조사 및 판단 과정에서 참고하기에 용이하지 않아 그 활용도가 크지 않은 편이다.

이에 차별판단기준 수립을 위해 기존의 국가인권위원회 결정례 및 판례 등을 분석하면서 연구가 필요한 주요 쟁점들을 도출하는 한편, 해당 쟁점을 분석하면서 참고할 수 있는 어느 정도의 판단기준을 제시해줄 필요가 있을 것으로 보인다. 이외, 해외 사례와 법제, 국가인권위원회와 유사한 기능을 담당하고 있는 미국 EEOC의 차별판단 관련 지침 등을 통해 일정한 시사점을 얻어볼 필요도 있다.

2. 연구의 내용

위와 같은 필요에 기초하여 본 연구는 제1부와 제2부로 구분된다.

제1부는 총론과 각론으로 연구의 내용을 구분하였다. 총론에서는 전체적으로 차별과 관련한 주요 쟁점들을 담고자 하였다. 여기에서는 기존의 학술연구문헌들을 참고하면서 특히 국가인권위원회 기존 진정사건들을 통해 제기될 수 있는 여러 쟁점들에 관하여 분석하고 그에 대한 접근 방법을 제안하고자 하였다. 예를 들어, 현재 차별금지법 제정과 관련하여 차별금지사유 개수에 대한 주장이 있기도 한데, 이러한 논의들은 일정한 제재가 예정된 차별금지법이라는 실체법을 제정하면서 발생하는 문제인 바, 국가인권위원회가 어떤 차별금지사유에 대한 진정사건을 처리할 것인가라는 국가인권위원회법의 조직법적 성격에서 발생하는 논의와는 다소 결을 달리할 수 있다. 그래서 국가인권위원회법상 차별금지사유로 명시되지 않은 차별사유들(소위, ‘기타사유’)의 제한 내지 확대와 관련한 논의는 실체법에서 발생할 수 있는 차별사유 제한 내지 확대의 논의와는 다소 다를 수 있는 것이다. 차별판단기준과 관련하여서도 일반적으로 차별에 대해서는 합리성 판단이 제시되고 있는데, 헌법재판소가 제시

하고 있는 위헌심사기준으로서의 차별심사기준과 국가인권위원회가 시민의 평등권을 보호하기 위해 진정사건을 처리할 때 요구되는 차별심사기준은 다소 다를 수 있다. 이와 같은 쟁점들에 대해서는 국가인권위원회라는 기관의 특징 및 독자성으로부터 해결방법을 구해야 할 것인 바, 이 연구에서는 이러한 측면에 입각하여 국가인권위원회의 진정사건 판단과 관련한 쟁점들에 대하여 접근하였다.

또한 총론에서는 각론을 통해 도출된 사유별 쟁점들에 대해서도 검토하였다. 전체적인 국가인권위원회법 차원에서 접근되어야 할 쟁점과 함께, 국가인권위원회가 차별진정 사건을 조사·판단하는 과정에서 나타나는 쟁점이 있는데, 각론에서 각 사유별로 도출된 쟁점을 총론에서 묶어 판단할 필요가 있기 때문이다.

다음으로, 각론에서는 2019년 국가인권위원회 연구용역보고서로 제출된 <차별판단기준 기초조사 연구>가 망라적으로 조사·연구한 사례들 가운데 주요 사례들을 중심으로 차별의 사유별, 종류별, 영역별 쟁점을 도출하고자 하였다. 특히 기존의 사례들을 중심으로 하여 비교대상 판단 기준과 차별의 합리성 판단 기준에 대해 중점적으로 살펴보고자 하였는데, 그 이유는 차별의 판단은 결국 위 두 가지 쟁점에 기초할 수밖에 없기 때문이다. 그런데 국가인권위원회의 진정 사건 판단 내용들에서는 전반적으로 비교대상 판단 기준이나 차별의 합리성 판단 기준이 명확하게 드러나지 않는다는 문제점이 있다. 그래서 이 문제의식에 입각하여 기존의 주요 사례들을 살펴면서 국가인권위원회가 입각하고 있는 비교대상 판단 기준 및 차별의 합리성 판단 기준에 대하여 살펴보면서 정리하는 한편, 각 사유별로 발생하는 주요한 쟁점들을 도출하고자 하였다.

이와 함께, 각론에서는 각 사유를 최대한 자세하게 검토·정리하였다. 국가인권위원회법이 예시적으로 열거하고 있는 차별금지사유는 차별조사과정에서 1차적인 분류기준이 되는데, 진정사건이 어떤 사유에 해당하는지를 판단하는 것은 차별금지사유 분류를 위한 기초작업이다. 전반적으로 진정사건이 어떤 사유에 해당하는지를 판단하는 것이 어렵거나 불가능하지는 않지만, 경우에 따라서는 차별의 사유가 복합적으로 구성되는 경우도 있고, 특히 사회적 신분에 해당하는 것으로 보아야 할지 아니면 다른 차별사유로 분류해야 할지가 불분명한 경우들도 있다. 그러한 경우들에서 차별사유분류의 기준을 정립해야 할 필요도 있는 바, 각론의 각 사유에서 검토한 차별금지사유의 내용들이 판단의 기초가 될 수 있을 것으로 생각하였다.

제2부 제1장에서는 EU, 영국, 캐나다, 독일의 차별 쟁점과 관련된 사례를 먼저 살펴본 후, 제2장에서는 미국 EEOC의 차별판단지침을 전체적으로 번역하여 차별판단에 참고할 수 있는 자료로 실었다. 여기에 실린 EEOC 차별판단지침 목록은 다음과 같다.

- EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues
- EEOC-CVG-1998-1 : Enforcement Guidance on Sex Discrimination in the Compensation of Sports Coaches in Educational Institutions
- EEOC-CVG-2007-1 : Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities
- EEOC-CVG-1994-5 : Enforcement Guidance on Harris v. Forklift Sys. Inc.
- EEOC-CVG-1999-2 : Enforcement Guidance: Vicarious Liability for Unlawful Harassment by Supervisors

- EEOC-CVG-1996-4 : Enforcement Guidance on O'Connor v. Consolidated Coin Caterers Corp.
- EEOC-CVG-2001-1 : Employee Benefits
- EEOC-CVG-2001-3 : Compensation Discrimination
- EEOC-CVG-2016-1 : Enforcement Guidance on Retaliation and Related Issues

이와 함께 캐나다의 인권지침도 번역하여 소개하였다.

- 캐나다 연령지침(Age Guidelines (SI/78-165))
- 캐나다 인권위원회의 제3호 규칙(By-law No. 3 of the Canadian Human Rights
- 캐나다 인권 급여 규정(Canadian Human Rights Benefit Regulations)
- 관세(Customs) 및 소비세(Excise) 인권 조사 규정(Customs and Excise Human Rights Investigation Regulations (SOR/83-196))
- 균등임금 규칙(Equal Wages Guidelines, 1986 (SOR/86-1082))
- 인권재판소 항소 규정(Human Rights Tribunal Appeal Regulations (SOR/80-394))
- 출입국 조사 규정(Immigration Investigation Regulations (SOR/80-686))

마지막으로 제3장에서는 캐나다 인권법, 미국 민권법 제7장 그리고 독일의 일반대우평등법 전문을 번역하여 수록하였다.

제 2 장

총론

I. 차별의 의미

1. 차별의 개념

국립국어원이 운영 중인 온라인사전 <우리말샘>²⁾에서 ‘차별’이라는 단어의 의미를 찾아보면, “둘 이상의 대상을 각각 등급이나 수준 따위의 차이를 두어서 구별”하는 것이라고 한다. ‘구별’이라는 단어의 의미는 “성질이나 종류에 따라 차이가 남. 또는 성질이나 종류에 따라 갈라놓음.”이므로, 차별의 사전적 의미를 좀 더 발전시켜 보면 “둘 이상의 대상을 성질이나 종류에 따라 각각 등급이나 수준 따위의 차이를 두어 갈라놓는 것”이라고 이해할 수 있다. 이와 같은 ‘차별’의 사전적 의미는 ‘차별’을 의미하는 영어 단어 discrimination의 어원인 라틴어 discriminatio의 동사형 discrimino이 갈라놓다, 따로 떼어놓다, 분리하다 등을 의미하는 것으로부터도 드러난다.

국가인권위원회법은 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) 등을 이유로 한 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 “평등권 침해의 차별행위”라고 규정하고 있다. 국가인권위원회법은 차별 가운데 “합리적 이유” 없이 법에 규정된 개인의 속성들을 이유로 고용 등의 영역에서 이루어지는 특정한 사람에 대한 “우대·배제·구별하거나 불리하게 대우”하는 것을 “평등권 침해의 차별행위”라고 함으로써 규범적으로 금지되는 차별의 영역을 구분해내고 있음을 알 수 있다.

데버러 헬먼은 “‘차별’은 단순히 상황을 ‘서술하는’ 표현으로 쓰일 수도 있고, ‘도덕적인 판단이 들어간’ 표현으로 쓰일 수도 있다.”고 말한다.³⁾ 이때 서술적으로 쓰인 ‘차별하다’는 특정 특성의 존재 혹은 부재를 근거로 사람들을 구별한다는 의미일 뿐이지만, ‘차별’이라는 용어가 도덕적인 판단이 들어가서 쓰일 경우에는 ‘부당하게’ 그런 구별을 짓는다는 의미를 담게 된다.⁴⁾ 국립국어원이 설명하고 있는 ‘차별’이라는 단어의 개념은 아마도 전자의 “단순히 상황을 서술하는 표현”이라고 볼 수 있다. 그러나 국가인권위원회법이 “평등권 침해의 차별행위”로서 규정하고 있는 것은 “도덕적 판단이 들어가서” “부당하게 그런 구별을 짓는다”는 의미를 법에 담음으로써 규범적으로 차별을 금지하고자 하는 의미를 갖고 있다고 할 수 있다.

위와 같은 의미상의 차이를 고려한다면, 차별이라는 단어가 사용될 때 언제나 부정적인 함의를 담고 있는 것은 아닐 수 있다. 다만, 차별의 사전적 의미 가운데 규범적으로 부당한 그리고/혹은 불공정한 차별에 대하여 그 사유와 영역을 법이 금지할 때, 그것은 금지되는 차별이 되는 것이다. 그리고 다른 한편으로 법에 규정된 개인의 속성들을 이유로 고용 등의 영역에서 이루어지는 특정한 사람에

2) <https://opendict.korean.go.kr>

3) 데버러 헬먼(2016), 『차별이란 무엇인가』(김대근 역), 서해문집, 32쪽.

4) 데버러 헬먼(2016), 앞의 책, 33-34쪽. 데버러 헬먼은 서술적으로 쓰인 ‘차별하다’의 예로서 운전면허를 취득하는데 필요한 연령 요건을, 도덕적 판단이 들어가서 쓰인 ‘차별하다’의 예로서 흑백분리를 예로 들고 있다.

대한 “우대·배제·구별하거나 불리하게 대우”하는 행위라도 그것이 “현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제정·개정 및 정책의 수립·집행”하는 것일 때에는 법으로 허용이 되기도 한다.

어떤 차별이 금지되거나 허용되는가에 대한 기초는 국가인권위원회법이 명시하고 있는 바와 같이 그것이 ‘평등권’을 침해하는 것인가 아닌가에 있다. 규범적으로 우리나라에서 이 평등권은 평등에 관한 헌법 제11조로부터 출발한다. 그리고 평등권 침해의 차별행위는 헌법이 국민의 기본권으로서(나아가, 헌법 제10조의 이념에 따라 인간의 존엄권으로서) 보장하고 있는 평등권이 의미하는 평등이 무엇인지를 이해함으로써 좀 더 정확하게 이해할 수 있을 것인데, 헌법재판소는 “헌법상의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거가 없는 차별을 해서는 안된다는 상대적 평등을 뜻한다. 따라서 합리적인 근거가 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 그리고 합리적인 근거가 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 않으면서 정당한 입법목적의 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단하여야 한다.”고 보고 있다(헌법재판소 1995. 2. 23. 93헌바43 등). 따라서 헌법재판소의 입장에 기초하자면, 평등이란 상대적 평등을 의미하고, 합리적 근거가 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하지 않는다. 그리고 헌법재판소는 위헌법률청구나 헌법소원을 통해 제기된 법률 등의 위헌성을 판단하면서, 어떤 법에서 두고 있는 차별이 합리적인 근거가 있는 차별인지 여부는 헌법상의 인간의 존엄성 존중 원칙과 정당한 입법목적의 달성을 위해 필요하고도 적정한 것인가가 기준이 된다고 보고 있는 것이다.⁵⁾⁶⁾ 사인간의 관계에서도 헌법재판소가 법률 등의 위헌성을 판단할 때 사용하는 합리적 차별의 기준이 그대로 사용될 수 있을 것인지 의문스럽기는 하지만, 차별인지 여부를 판단할 때 보여주는 인간의 존엄성에 대한 존중은 그 자체로 차별을 금지하는 이유가 될 수 있다. 일상적으로 평등은 “둘 이상의 객체들이 일정한 비교의 관점에서 볼 때 비록 여전히 서로 구별되는 표지들을 가지고 있긴 하지만, 그 비교의 관점을 구성하는 표지들에 있어서 서로 일치하는 관계를 표현하기 위해서 사용되는 관계개념”이라고 표현되는데,⁷⁾ 평등의 상대성은 바로 이 관계로부터 나오는 것이기 때문이다. 사람들간의 관계에서 평등이 실현되기 위한 전제가 서로의 존엄을 지키는 것이라고도 할 수 있다. 그리고 이 말은 다음과 같이 적절하게 표현되기도 한다.

“평등은.. 그것이 개인적인 차이에 상관없이, 인간으로서 각 개인의 동등한 가치 인정에 대한 헌신을 나타내지 않는다면 아무런 의미가 없다. 평등은 우리 사회가 특정 사람들을 열등한 시

5) 개별 헌법재판례에서 인간의 존엄에 관한 헌법 제10조에 근거하여 기본권을 침해한 것으로 보는 경우로는 구 치소내 과밀수용행위(2016. 12. 29. 2013헌마142), 성폭력범죄자에 대한 성충동 약물치료명령(2015. 12. 23. 2013헌가9의 소수의견), 방송법을 위반한 방송사업자에 대한 사과명령(2012. 8. 23. 2009헌가27), 혼인빙자간음죄(2009. 11. 26. 2008헌바58), 4급 이상 공무원들의 병역 면제사유인 질병명을 관보와 인터넷을 통해 공개하도록 하는 것(2007. 5. 31. 2005헌마1139), 수형자에 대한 절대적인 운동 금지(2004. 12. 16. 2002헌마478), 동성 동본 결혼금지(1997. 7. 16. 95헌가6 등)의 경우 등이 있다.

6) 우리나라의 헌법재판소가 말하고 있는 바 합리적 근거가 있는 차별인지 여부를 판단할 때 기준이 되는 인간의 존엄성 존중의 의미가 구체적으로 우리나라의 헌법재판례를 통해서 잘 드러나지 않기는 하지만, 출퇴근 재해를 제한적으로만 인정하였던 (구)산업재해보상보험법 규정의 위헌성을 다루면서 헌법재판소는 인간의 존엄의 기초는 “자유민주주의 그리고 자유와 창의, 적정한 소득의 분배와 경제주체간의 조화를 바탕으로 한 시장경제의 지속적 발전”에 있다고 표현한 바 있고(헌재 2016. 9. 29. 2014헌가254), 4급 이상 공무원들의 병역 면제사유인 질병명을 관보와 인터넷을 통해 공개하도록 하는 것의 위헌성을 다루면서 “사람의 육체적·정신적 상태나 건강에 대한 정보, 성생활에 대한 정보와 같은 것은 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심을 이루는 요소”라고 표현하기도 하였다(헌재 2007. 5. 31. 2005헌마1139).

7) 계획열(2000), 『헌법학』(중), 박영사, 202쪽 이하 : 이승욱(2012), 『고용차별예방의 이론과 실제』, 고용노동부/노사발전재단, 10쪽에서 재인용.

민으로 취급하고, 그들을 비하하고, 타당한 이유 없이 그들을 능력이 떨어지는 사람으로 여기거나 그렇지 않으면 근본적인 인간 존엄성을 침해하는 입법상의 구별을 용인하지 않는다는 것을 의미한다.”(캐나다의 1995년 Egan v. A-G Canada 사건([1995] 2 S.C.R. 513)에서 뢰외 뒬베 판사의 말)⁸⁾

“(차별을 금지하는 이유는) 불이익의 강요, 고정관념의 형성, 정치적 또는 사회적 편견 등을 통한 근본적인 인간 존엄성과 자유 침해를 막고, 모든 사람이 인간으로서 평등한 발언권을 지니고, 동등하게 관심과 존중, 배려를 받을 자격이 있는 사회를 만들기 위함이다.”(Law v. Canada 사건([1999] 1 S.C.R. 497)에서 이아코부치 판사의 말)⁹⁾

이와 같이 타인에 대한 존중, 상호간의 존엄의 보호가 차별을 금지하는 이유라고 한다면, 국가인권위원회가 승무원을 공개채용하면서 공개오디션을 실시하고 한 것이 인간의 존엄과 가치를 훼손할 정도는 아니었다고 본 것(16진정0389000)은 이것이 금지될 만한 차별이 아니라고 본 것임을 의미한다.

2. 차별금지사유의 종류

가. 차별금지사유

무엇을 이유로 하는 차별이 금지되는가하는 것은 다분히 입법정책적 문제이다. 헌법이 정하고 있는 평등의 이념을 사인간에 적용하는 법률을 적용하는 것은 상당히 까다로운 문제인데, 헌법상의 평등, 그에 따른 차별의 금지를 헌법재판소가 바라보고 있는 것과 같이 정의의 문제로 보는 경우 국가가 개인에게 정의롭게 행동하도록 요구할 수 있는가하는 문제를 발생시키는 것이 사인간에 적용되는 개별 입법에서의 차별금지사유이기 때문이다.¹⁰⁾

그렇기 때문에 차별금지사유에 어떤 항목들이 나열되어 있는가하는 것이 그 사회의 구성원이 정의롭다거나 그들의 차별감수성을 표현하고 있다고 말할 수는 없지만, 그 사회(최소한 입법자)가 차별을 바라보고 있는 시각을 드러내는 척도가 될 수는 있는 한편, 명시적으로 어떤 것을 이유로 하는 차별이 금지되는가하는 것을 대내외적으로 선포함으로써 차별의 이유에 대한 경각심을 고조시킬 수 있다. 독일에서는 헌법 제3조 2항에 ‘남녀는 평등한 권리를 가진다(Maenner und Frauen sind gleichberechtigt)’라는 문구를 넣기 위해 제헌의회 4명의 여성들이 고군분투했다고 한다. 바이마르 공화국 헌법 1조에서 법 앞에 만인은 평등하다고 했지만, 여성과 청소년의 동일기여노동 동일임금을 주장하자 이를 기각해왔기 때문이다.¹¹⁾

차별을 규정한 여러 입법에서 차별금지사유를 규정하는 통일된 원칙은 없다. 아래의 표에서와 같이 각 법의 목적과 취지를 달성하기 위해 필요한 범위에서 차별금지사유를 규정하고 있고, 또한 그러한 차별금지사유가 발생하는 영역에 대하여 규정하고 있을 뿐이다. 차별금지사유를 가장 포괄적으로 규정하고 있는 법이 국가인권위원회법인데, 최근 발의된 차별금지법(안)에서는 국가인권위원회가

8) 데버러 헬먼(2016), 앞의 책, 99쪽.

9) 상동.

10) 정주백(2020), “차별금지법안에 대한 검토 - 차별금지 사유의 성격을 중심으로”, 『법학연구』 제31권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 12쪽. 그래서 정주백 교수는 “평등과 정의를 동치시키는 입장을 버려야 한다. 평등은 정의 실현에 있어서 필요조건일 뿐이다.” 라고 말한다(정주백(2020), 위의 논문, 13쪽의 각주 14).

11) 김혜정, “차별사유 나열은 평등권 확립의 필연적 책무이자 전략” (여성신문 2018. 1. 31. 기사, <https://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=129472>).

규정하고 있는 19가지의 차별금지사유에 더하여 언어, 국적, 성별 정체성, 고용형태, 건강상태를 추가하였고, 평등 및 차별금지에 관한 법률(안)에서는 유전정보, 성별 정체성, 고용형태를 추가하였다.

〈표 1-1. 각 법에 따른 차별금지사유〉

법률	차별금지 사유	차별금지 영역
헌법	<ul style="list-style-type: none"> 성별·종교 또는 사회적 신분 	<ul style="list-style-type: none"> 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역
2018년 헌법 개정안	<ul style="list-style-type: none"> 성별, 종교, 장애, 연령, 인종, 지역 또는 사회적 신분 	<ul style="list-style-type: none"> 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역
국가인권위원회법	<ul style="list-style-type: none"> 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 	<ul style="list-style-type: none"> 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
차별금지법 (장혜영의원안)	<ul style="list-style-type: none"> 성별, 장애, 나이, 언어, 출신국가, 출신민족, 인종, 국적, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족 및 가구의 형태와 상황, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적지향, 성별정체성, 학력(學歷), 고용형태, 병력 또는 건강상태, 사회적신분 등 	<ul style="list-style-type: none"> 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진·승급, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함) 재화·용역·시설 등의 공급이나 이용 교육기관 및 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 이용 행정서비스 등의 제공이나 이용
평등 및 차별금지에 관한 법률 (국가인권위원회)	<ul style="list-style-type: none"> 성별, 장애, 병력(病歷), 나이, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모·유전정보 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족형태 및 가족상황, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 전과, 성적지향, 성별정체성, 학력(學歷), 고용형태, 사회적신분 등 	<ul style="list-style-type: none"> 고용 재화·용역의 공급이나 이용 교육기관의 교육 및 직업훈련 행정·사법절차 및 서비스의 제공·이용
개별적 차별금지법		
고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률	<ul style="list-style-type: none"> 고령, 준고령 	<ul style="list-style-type: none"> 근로관계의 성립·종료(모집·채용·해고)
고용정책기본법	<ul style="list-style-type: none"> 성별, 신앙, 사회적 신분, 연령, 출신지역, 출신학교, 혼인, 임신, 병력 등 	<ul style="list-style-type: none"> 근로관계의 성립(모집·채용)

교육기본법	<ul style="list-style-type: none"> 성별, 종교, 신념, 인종, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등 	<ul style="list-style-type: none"> 교육
국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률	<ul style="list-style-type: none"> 이 법에 의한 취업 	<ul style="list-style-type: none"> 직급의 부여, 보직, 승진, 승급 등
근로기준법	<ul style="list-style-type: none"> 남녀, 국적, 신앙, 사회적 신분 	<ul style="list-style-type: none"> 근로관계 존속, 종료
기간제 및 단시간근로자의 보호 등에 관한 법률	<ul style="list-style-type: none"> 기간제 및 단시간근로자 신분 	<ul style="list-style-type: none"> 부당한 차별적 처우 근로관계의 종료
남녀고용평등과 일가정양립지원에 관한 법률	<ul style="list-style-type: none"> 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신 출산등 	<ul style="list-style-type: none"> 근로관계의 성립·존속·종료
노동조합 및 노동관계조정법	<ul style="list-style-type: none"> 인종, 종교, 성별, 정당, 신분 	<ul style="list-style-type: none"> 조합원 지위의 취득·유지 조합운영에의 참여
아동복지법	<ul style="list-style-type: none"> 자신 또는 부모의 성별, 연령, 종교, 사회적 신분, 재산, 장애유무, 출생지역, 인종 등 	<ul style="list-style-type: none"> 가정, 아동복지시설
여성발전기본법	<ul style="list-style-type: none"> 성별, 임신, 출산 등 	<ul style="list-style-type: none"> 고용전반(채용, 승진, 교육훈련 등)
외국인근로자의 고용 등에 관한 법률	<ul style="list-style-type: none"> 국적 	<ul style="list-style-type: none"> 근로관계의 존속
응급의료에 관한 법률	<ul style="list-style-type: none"> 성별, 나이, 민족, 종교, 사회적 신분 또는 경제적 사정 등 	<ul style="list-style-type: none"> 응급의료
장애인복지법	<ul style="list-style-type: none"> 장애 	<ul style="list-style-type: none"> 생활의 모든 영역
장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률	<ul style="list-style-type: none"> 장애 	<ul style="list-style-type: none"> 근로관계의 성립·존속·종료
직업안정법	<ul style="list-style-type: none"> 성별, 혼인, 사회적 또는 혼인 여부 등 	<ul style="list-style-type: none"> 직업소개·직업지도·고용관계의 결정
청소년기본법	<ul style="list-style-type: none"> 인종·종교·성별·나이·학력·신체 조건 등 	<ul style="list-style-type: none"> 청소년활동·청소년복지·청소년보호 등 청소년육성의 모든 영역
출입국관리법	<ul style="list-style-type: none"> 국적, 성별, 종교, 사회적 신분 등 	<ul style="list-style-type: none"> 외국인의 출입국
파견근로자보호 등에 관한 법률	<ul style="list-style-type: none"> 파견근로자의 신분 	<ul style="list-style-type: none"> 부당한 차별적 처우 근로자파견계약의 해지

다음의 표는 OECD 주요국의 평등법이 규정하고 있는 차별금지사유를 정리한 것이다. 비교하여 보았을 때 확실히 우리나라의 국가인권위원회법 내지 발의된 차별금지법(안) 또는 평등 및 차별금지 에 관한 법률(안)의 차별금지사유가 다른 국가들보다 많다는 것을 알 수 있다.

〈표 1-2. OECD 주요국의 평등법과 차별금지사유〉12)

국가명	법률명	내용
영국	▪ 평등법	▪ 나이, 장애, 성전환, 혼인 및 동성결혼(marriage and civil partnership), 임신 및 모성, 인종, 종교 또는 신념, 성별, 성적지향을 이유로 한 차별 규율
독일	▪ 일반평등대우법	▪ 인종, 출신민족, 성별(임신 및 출산 포함), 종교 또는 세계관, 장애, 나이, 성적정체성을 이유로 고용, 사회보호, 공공시설, 교육, 민법상 문제 등에 있어서의 동등대우 규정
스웨덴	▪ 차별금지법	▪ 성별, 트랜스젠더 정체성 또는 표현(transgender identity or expression), 출신민족, 종교 또는 신념, 장애, 성적지향, 나이를 이유로 한 차별 금지
아일랜드	▪ 고용평등법	▪ 인종, 종교, 장애, 성적지향, 성별, 혼인상의 지위, 나이, 가족형태, 유랑커뮤니티 소속여부를 이유로 한 고용차별 금지
	▪ 평등지위법	▪ 고용평등법상의 차별사유에 의한 주택, 클럽 등 재화·용역의 제공, 광고에서의 차별을 규제
터키	▪ 차별금지법	▪ 고용, 사회보장, 재화용역, 교육, 주택에 있어 인종, 출신민족, 종교 또는 신념, 나이, 장애를 이유로 한 차별 규율
미국	▪ 민권법	▪ 인종, 피부색, 종교, 성별(임신 및 출산 포함), 출신국가, 나이(40세 이상), 장애를 차별사유로 두고 있음. 다만, 고용평등기회위원회(EEOC)나 법원의 결정을 통해 성적지향이나 성별정체성을 포함하는 것으로 해석
캐나다	▪ 인권법	▪ 인종, 출신국가, 출신민족, 피부색, 종교, 나이, 성별, 성적지향, 성별정체성 또는 표시(gender identity or expression, '17년 법 개정으로 추가), 혼인여부, 가족상황, 유전적 특징(genetic characteristics), 장애, 사면 또는 말소를 허가받은 전과를 이유로 재화·서비스·시설·숙소의 이용, 고용기회 및 업무관계, 임금 등 영역에서의 부당한 대우 및 괴롭힘 규율
멕시코	▪ 차별방지 및 금지법	▪ 출신민족 또는 출신국가, 성별, 나이, 장애, 사회적 또는 경제적 지위, 건강상태, 임신, 언어, 종교, 의견, 성적지향, 시민적 또는 여타 요인들로 인한 차별을 규율
칠레	▪ 차별금지법	▪ 인종이나 민족, 국적, 사회경제적 지위, 언어, 사상 및 정치적 의견, 종교 또는 신념, 성별, 모성, 성적 지향, 성별정체성 또는 표현, 나이, 병력 등을 이유로 한 차별 금지
호주	▪ 인권 및 기회균등위원회법	▪ 기회균등위원회법에 따라 성별, 인종, 피부색, 종교, 정치적 견해, 민족적 혈통, 사회적 출신 등을 이유로 한 차별금지 ▪ 그 외에 인종차별금지법('75), 성차별금지법('84), 장애인차별금지법('92)과 같은 개별법도 있음.
뉴질랜드	▪ 인권법	▪ 성별, 혼인여부, 종교, 도덕적 신념, 피부색, 인종, 출신민족, 장애, 나이, 정치적 견해, 직업유무, 가족상황, 성적지향에 근거한 차별 금지 ▪ 기타 차별유형으로, 인종 간 불화(racial disharmony), 성희롱, 인종을 이유로 한 괴롭힘, 간접차별, 광고 등을 규정

12) 국가인권위원회(2020), 『평등법 시안 일문일답』(평등법 시안 설명자료), 28쪽의 표를 발췌하여 인용.

특히 국가인권위원회법 등에서는 차별금지사유를 제한적으로 열거하지 않고 “~ 등”이라고 함으로써 차별금지의 사유를 개방하여 두고 있다는 점이 특징적이다. 열거되지 않은 차별금지사유라 할지라도 금지되는 차별에 해당할 수 있음을 보여주고 있는 것인데, 실제 국가인권위원회에 진정이 제기된 사건들을 살펴보면 열거된 차별금지사유를 원인으로 하여 진정이 제기된 사건과 명시적으로 언급된 사유에 해당하지 않는 ‘기타’ 사유를 원인으로 하여 진정이 제기된 사건으로 구분을 할 수 있고, ‘기타’ 사유가 원인이 된 진정사건의 비율이 장애를 이유로 한 진정사건을 제외하고 가장 높은 비율로 나타나고 있다.

〈표1-3. 2001~2019년 사유별 차별행위 진정접수 현황〉¹³⁾

구분	2001~2019 전체		2019년	
	건수	비율	건수	비율
합계	31,502	100.0	2,716	100.0
성별	1,200	3.8	223	8.2
혼인여부	148	0.5	7	0.3
임신/출산	337	1.1	31	1.1
가족상황	243	0.8	22	0.8
성희롱	3,052	9.7	303	11.2
용모/신체조건	376	1.2	20	0.7
장애	14,776	46.9	1,212	44.6
나이	1,820	5.8	101	3.7
사회적 신분	2,688	8.5	363	13.4
출신국가	467	1.5	37	1.4
출신민족	18	0.1	-	0.0
인종	121	0.4	2	0.1
피부색	18	0.1	1	0.0
종교	223	0.7	13	0.5
출신지역	180	0.6	8	0.3
사상, 정치적의견	65	0.2	4	0.1
전과	245	0.8	17	0.6
성적지향	375	1.2	20	0.7
학벌/학력	669	2.1	18	0.7
병력	485	1.5	30	1.1
기타	3,996	12.7	284	10.5

결국 국가인권위원회법에서 “평등권 침해의 차별행위”의 원인은 19가지로 규정하고 있기는 하지만, 개방적 성격을 가진 “~등”으로 인하여 차별금지사유 외연이 확장되고 있음을 알 수 있고, 발의된 차별금지법(안) 또는 평등 및 차별금지에 관한 법률(안)에서는 이를 더욱 확장시키고 있는 것이다.

그렇다면, 사실 개별적 차별금지법제를 제외하고 국가인권위원회법, 차별금지법(안) 또는 평등 및 차별금지에 관한 법률(안)에서 어떤 사유를 열거하고 있는가는 중요한 문제가 아닐 수 있다. 이미 국가인권위원회는 법상의 “~등”을 이용해 차별금지사유의 확장을 받아들이고 있는데,¹⁴⁾ 굳이 사회적

13) 국가인권위원회(2020), 『2019 국가인권위원회 통계』, 107-108쪽의 표를 발췌 인용.

14) 물론 이것이 차별금지사유 무한한 확장을 의미하는 것은 아닐 것이다. 국가인권위원회는 평등 및 차별금지에 관한 법률(안)에 대한 설명자료에서 “일반적으로 ‘차별’이란 합리적인 이유 없이 성별이나 장애, 인종, 종교 등을 이유로 개인이나 집단을 분리·구별·제한·배제하거나 불리하게 대우하는 행위를 말합니다. ... 여기서 성별 등의 속성은 개인의 인격과 깊이 관련돼 있고, 대개 그것에 해당하는 조건을 선택하거나 포

으로 논란이 되는 성별 정체성, 성적 지향과 같은 사유들을 법문상 명시할 필요가 있는가에 대한 의견도 분분하다. 미국의 경우 법으로 명시된 차별금지사유는 적지만, 해당 차별금지사유에 대한 적극적인 해석을 통해 판례상 차별금지사유를 확장시키고 있다는 점을 들어, 법상 차별금지사유를 열거적으로 명시하고 있는 것이 오히려 해석의 외연을 제한하는 것일 수 있다는 의견도 가능하다. 또한 평등권에 관한 헌법 제11조 제1항은 차별금지사유로 성별, 종교, 사회적 신분만을 보여주고 있지만, 누구도 헌법상의 차별금지사유가 성별, 종교, 사회적 신분에 국한된다고 말하지는 않는다. 헌법재판소도 대개는 차별사유가 헌법상 평등권을 침해하는 사유가 될 수 있는지 여부, 어떤 사유에 해당하는지에 대하여 구체적으로 판단하지 않은 채, 제소된 사안에서 평등권 침해의 차별이 존재하는지 여부를 판단하고 있다.¹⁵⁾

그럼에도 불구하고 차별금지사유를 가급적 다양하게 규정하고자 하는 취지는, 예를 들어 ‘사회적 신분’에 대한 해석상 다툼을 통해 이해할 수 있을 듯하다. 헌법재판소는 “사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것”이라고 보면서, 전과자도 사회적 신분에 해당된다고 할 것이고, 누범을 가중처벌하는 것이 전과자라는 사회적 신분을 이유로 차별대우를 하는 것이 되어 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 의문이 생길 수 있다고 보았다(헌법재판소 1995. 2. 23. 93헌바43). 헌법과 같이 사회적 신분에 의한 차별을 금지하고 있는 근로기준법은 성별, 국적, 신앙 그리고 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다고 규정하고 있는데, 차별금지법(안) 또는 평등 및 차별금지에 관한 법률(안)이 차별금지사유로 신설하고자 하는 고용형태가 사회적 신분에 해당하는지 여부가 문제된 바 있다. 그리고 법원은 고용형태는 “직종 중 하나일 뿐이지, 쉽게 변경할 수 없는 고정적인 지위라거나 근로자의 특정한 인격과 관련된 표지라고 할 수 없으므로 사회적 신분의 범주에 포함된다고 볼 수 없다.”고 보기도 하였지만(서울고등법원 2017. 11. 24. 선고 2016나2070186 판결), 근로기준법상 사회적 신분이란 “사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가, 특히 열등하다는 평가를 수반하는 것”이라는 이유로 고용형태 또한 사회적 신분에 해당한다고 본 경우도 있다(서울중앙지방법원 2018. 6. 14. 선고 2017가합507736 판결).

앞서 말한 바와 같이, 차별금지사유를 어떻게 규정할 것인가 하는 것은 입법정책적 문제인데, 추상적 규정 하에서 그 범위에 대한 구체적이고 확장적인 해석을 도모할 것인가 아니면 구체적 규정을 법문상 명시하면서 그 범위를 확장시켜 나갈 것인가 또한 입법정책적 문제일 것이다. 다만, 법 적용의 혼란을 피하고 실효적 권리구제의 가능성을 제고하기 위한 선택으로서 차별금지사유를 매우 구체적으로 한다는 것이 반드시 틀린 입법이라고 보기는 어렵다. 사유가 추상적이면 추상적일수록, 특정 사유가 차별금지사유에 포함되는지 여부는 결국 분쟁해결기구의 구체적 판단을 거쳐서만 확정될 수 있을 것이고, 이 과정에서는 법 적용의 지연과 불확정성이라는 문제가 발생할 수밖에 없다. 또한 차별을 판단함에 있어서는 어떤 문제의 원인이 차별금지사유에 해당하는지 여부에 대한 판단만이 아니라, 그것이 어떤 차별에 해당하는지(차별의 종류), 법이 금지하는 영역에서 발생한 것인지(차별금지의 영역), 합리적인 사유가 있는지(차별의 합리성) 등 차별금지사유의 해당성 판단 이후 다수의 해석과 판단이 요구된다. 이 과정에서 차별금지사유의 구체화는 최소한 차별심사에 관한 입구 단계에서 발생

기하기 어려운 것입니다. 또한 차별은 고용, 재화·용역의 공급이나 이용, 교육기관의 교육과 직업훈련, 행정·사법 절차와 서비스의 제공·이용의 영역에 적용됩니다.” 라고 함으로써 차별금지사유에 해당하기 위해서는 “개인의 인격과 깊이 관련돼 있고, 대개 그것에 해당하는 조건을 선택하거나 포기하기 어려운 것”이어야 한다고 설명하고 있다. 국가인권위원회(2020), 『평등법 시안 일문일답』(평등법 시안 설명자료), 16쪽.

15) 차별금지사유 해당성을 명시적으로 판단하는 사례도 있기는 하다. 예를 들어, 법관의 정년을 규정하고 있는 법원조직법 제45조 제4항에 대한 헌법소원사건에서 헌법재판소는 법관의 정년에 관한 법률조상이 “헌법 제11조 제1항에서 금지하고 있는 차별의 요소인 ‘성별’, ‘종교’ 또는 ‘사회적 신분’ 그 어디에도 해당되지” 않는다고 본 경우가 있다(헌법재판소 2002. 10. 31. 2001헌마557).

하는 문제를 좀 더 간명하게 해줄 수 있다는 장점을 갖는다.

다른 국가들에서도 차별금지사유는 점차 자세하게 규정하고 있는 추세라고 한다. 유럽의 경우, 1950년 성안된 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(유럽인권협약)에는 성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등 10개의 차별금지사유가 규정되었으나, 2000년에 성안된 유럽연합 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union)에는 성, 인종, 피부색, 민족적 또는 사회적 출신, 유전적 특징, 언어, 종교 또는 신념, 정치적 또는 기타 의견, 소수민족에의 소속, 재산, 출생, 장애, 연령, 성적지향 등 14가지로 확대되었고, 각국 사례를 봐도 마케도니아(구 유고공화국) 24개, 아이슬란드 23개, 벨기에 23개, 체코 23개, 헝가리 22개, 몰타 21개, 슬로바키아, 18개, 스페인 19개 등 차별금지사유를 자세하게 규정하는 경우는 드문 일이 아니라는 것이다.¹⁶⁾

특히 국가인권위원회법은 일반적 차별금지법이 아닌, 국가행정기관으로서 국가인권위원회가 시민의 인권을 보호하고 차별을 금지하기 위해 역할할 수 있는 관할권과 역할 방법을 규정하는 법이다. 순수한 실체법이라기 보다는 조직법적 성격을 지닌 법이다. 국가인권위원회법의 특징을 잘 이해하고 접근할 필요가 있다.

나. 기타 사유

다만, 개방적 성격을 가진 “~등”으로 인해 발생하고 있는 기타 사유의 범위에 대해서는 좀 더 정치(精緻)한 논의가 요구된다. 국가인권위원회가 다룰 수 있는 차별금지행위의 외연의 확장을 어느 정도까지 허용할 것인가에 대한 것이다. 이것은 “~등”이라는 문구를 두어야 하는가에 대한 논의에서부터, 여기에는 어떤 것들이 해당될 수 있는가하는 것에 대한 논의까지 포함되는데, 차별금지사유를 우리나라 국가인권위원회법과 같이 개방조항으로 두는 예가 아주 많은 것으로 보이지는 않는다. 독일의 일반평등대우법이나 영국의 평등법은 차별금지사유를 열거하고 있고, 열거된 차별금지사유가 아닌 것에 대해서는 해당 법에 따른 차별의 판단을 하지 않는다.

차별금지사유에 기타 사유의 인정가능성을 두어야 하는가에 대해서는 상반된 견해가 있을 수 있다. 기타 사유가 인정될 수 있을 경우 법 적용범위가 지나치게 확대될 수 있기 때문에 삭제되어야 한다는 견해가 있을 수 있는 한편, 기타 사유 인정가능성이 없을 경우 사회변화에 따라 탄력적으로 적용되기 어렵기 때문에 그대로 두어야 한다는 견해가 있을 수 있다. 다른 한편으로 기타 사유로 명확하게 차별금지사유가 명시되지 않을 경우 결국 기타 사유를 적극적으로 발견하려 하기 보다는 소극적으로 기존에 규정된 차별금지사유에만 국한하여 판단하려고 하는 경향이 나타날 수 있다는 우려가 있을 수도 있고, 이 때문에 구체적으로 사유를 나열하지 않고 ‘등’으로 도피하는 것은 사실상 차별금지를 포기하는 것이나 다름없다는 지적도 있다.¹⁷⁾

앞서 말하였듯, 국가인권위원회법은 실체법으로서 차별금지법이라기 보다는, 국가인권위원회법의 목적으로부터 나타나듯 “국가인권위원회를 설립하여 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지”하는 것을 목적으로 한다. 국가인권위원회가 어떤 사실을 차별판단의 대상으로 삼을 것인가하는 것은 다분히 국가인권위원회의 설립 목적으로부터 규정된다고 할 수 있을 것이다. 그리고 국가인권위원회가 판단하여 “인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 민주적 기본질서의 확립”을 위해 필요한

16) 홍성수(2018), “포괄적 차별금지법의 필요성”, 『이화젠더법학』 제10권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 16쪽.

17) 이지현(2014), “한국에서 차별금지법 제정에 있어서 성적지향을 둘러싼 갈등과 전망”, 『중앙법학』 제16권 제3호, 중앙대학교 중앙법학회, 133-134쪽.

경우 명시적으로 법에 관할 사항으로 밝혀져 있지 않더라도 “평등권 침해의 차별행위”로서 시민으로부터 차별에 대한 진정이 있는 경우 그것을 조사하고 판단할 재량의 영역이 필요하다. 국가인권위원회법 제2조 제3호의 “~등”의 표현은 이를 위해 존재하는 것이라고 할 수 있다.

현재 국가인권위원회 통계 결과에 따르면 2019년 기준 10% 이상이 기타 사유로 구성되어 있다 (표1-3 참조). 국가인권위원회는 진정사건이 접수되었을 때 그 사건이 차별금지사유 중 어디에 해당 하는지를 판단한 후, 19개의 차별금지사유에 해당하기 어렵다고 보면서도 차별의 사유로서 인정해야 할 필요가 있는 경우에는 기타 사유로서 분류하여 진정사건을 처리하게 된다. 그리고 2019년의 『차별판단기준 기초조사연구』에 따라 기타 사유로 분류되고 있는 진정 사건들을 살펴보면 직급·직종에 따른 차등정년, 직종에 따른 임금피크제 적용 차별, 직종에 따른 경력 차별, 부당해고 원직복직자에 대한 차별, 성별 표현 등이 있다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

<p>해외 차별판단지침</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 미국 EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues II. 심리가 가능한 청구 위원회에 제기되는 고소는 위원회가 집행할 수 있는 법에 의거하여 심리할 수 있는 청구를 제시해야 한다. 구체적으로, 고소는 EEO 법령의 적용을 받는 근거와 쟁점을 주장해야 한다. A. 적용되는 근거 고소는 개인이 다음의 보호되는 범주 중 하나 이상에 속한다는 것을 근거로 고용 차별을 받았다고 주장해야 한다. <ul style="list-style-type: none"> • 적용되는 근거 <ul style="list-style-type: none"> - 민권법 VII편: 인종·피부색, 출신국, 종교, 성별(임신 포함) - EPA: 성별(보상 차별에 한함) - ADEA: 연령(40세 이상) - ADA: 장애 - 모든 법령: 보호되는 활동에 대한 보복(차별 반대, EEO 절차에의 참여)
<p>해외법제</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act) 제3조(차별금지사유) (1) 이 법의 목적상 범위 내에서 인종, 출신국가 또는 출신민족, 피부색, 종교, 연령, 성별, 성적지향, 성 정체성 또는 표현, 결혼여부, 가족관계, 유전적 특성, 신체장애 및 사면이 승인되었거나 기록 정지 명령이 내려진 유죄판결은 차별의 금지된다. (2) 임신이나 출산을 사유로 한 차별은 성별에 근거한 차별로 본다. (3) 유전자 검사의 요청을 거부하거나 유전자 검사 결과의 공개 또는 공개를 허가하는 것에 근거한 차별은 유전적 특성에 근거한 것으로 본다. ■ 미국 민권법 제7장(Title VII of the Civil Rights Act of 1964) Unlawful Employment Practices Sec. 2000e-2 [Section 703] (a) 사용자 다음은 사용자의 위법한 고용행위이다. (1) 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 또는 출신국적을 이유로, ... 그 개인을 차별하는 행위; 또는 (2) 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적을 이유로, ... 그 개인의 고용기회를 박탈하거나 박탈하는 경향이 있거나, 근로자로서 지위에 불리한 영향이 있는 행위. (b) 근로자파견 회사 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 또는 출신국적을 ... 차별하는 행위, 또는 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적에 따라 그 개인을 분류하거나 고용에 배정하는 행위는 근로자파견 회사의 위법한 고용행위이다. (c) 근로자단체 다음은 근로자단체의 위법한 고용행위이다. (1) 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적을 이유로, 어느 개인을 배제하거나 구성원에서 제명하거나, 차별하는 행위; (2) 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적을 이유로, ... 고용의 기회를 박탈하거나 박탈하는 경향이 있거나, 혹은 고용기회를 제한하거나 근로자 또는 지원자 지위에 불리한 영

	<p>향을 주는 행위; 또는</p> <p>(d) 직업훈련 프로그램</p> <p>개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신국적을 이유로, ... 입학이나 고용 또는 도제 및 기타 직업훈련을 제공하기 위해 설립된 모든 프로그램에서 차별하는 것은 위법한 고용행위이다.</p> <p>▪ 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)</p> <p>제1조 (법률의 목적) 이 법률은 인종, 민족적 출신, 성별, 종교 또는 세계관, 장애, 연령 또는 성적정체성을 사유로 하는 차별을 예방하고 배제하는 것을 목적으로 한다.</p>
--	--

3. 차별금지의 영역

가. 일반론

헌법상 평등권은 “정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역”에서 차별을 받지 않을 권리이다. 이 헌법상의 평등권을 실현하기 위해 국가인권위원회법에서는 합리적인 이유없이 차별금지사유들을 원인으로 하여 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함)(이하, ‘고용’), 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용(이하, ‘재화 등 공급·이용’), 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용(이하, ‘교육시설 등 이용’)에 있어서 특정한 사람에 대한 우대·배제·구별 또는 불리하게 대우하는 행위가 이루어지는 것을 평등권 침해의 차별행위라고 규정하고 있다. 한편으로 역시 헌법상의 평등권을 실현하기 위한 남녀고용평등법, 연령차별금지법, 장애인차별금지법 등 각 개별 법률의 영역에서는 그 법이 정하는 차별금지사유에 기초하여 이루어지는 차별이 금지되는 영역을 규정하고 있기도 하다(표 1-4 참조). 국가인권위원회법이 규정하고 있는 차별금지의 영역 세 가지를 기준으로 진정이 접수된 현황을 살펴보면 다음과 같다.

〈표1-4. 차별금지 영역별 차별행위 진정 접수 현황〉¹⁸⁾

구분		고용		재화 등 공급이나 이용				교육시설 등 이용			
총합	31,502	9,198		12,320				1,783			
2019	2,716	848		969				106			

고용 영역	모집	채용	교육	배치	승진	임금	임금외 금품	자금 용자	정년	퇴직	해고	기타
합계 : 9,198	1,427	1,852	170	541	352	1,353	349	7	253	273	810	1,811
2019 : 848	59	109	22	67	34	222	31	1	11	27	31	234

재화 등 공급·이용 영역	재화	용역	교통수단	상업시설	주거시설	토지	교육시설 등 이용	교육시설	직업훈련기관
합계 : 12,320	5,086	4,798	1,108	979	315	34	합계 : 1,783	1,673	110
2019 : 969	326	401	52	159	30	1	2019 : 106	93	13

위 표에서 알 수 있는 바와 같이, 고용 영역에서의 차별은 모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금, 임금 외 금품, 자금용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함하고 있고, 재화 등 공급·이용 영역에서의 차별은 재화, 용역, 교통수단, 상업시설, 주거시설, 토지 등을 포함하고 있는 한편, 교육시설 등 이용 영역에

18) 국가인권위원회(2020), 『2019 국가인권위원회 통계』, 109-110쪽의 표를 발췌 인용.

서의 차별은 교육시설과 직업훈련기관을 포함하고 있다. 차별행위 진정사건이 가장 많이 이루어지는 영역은 재화 등 공급·이용 영역이고, 고용영역에서는 채용, 모집, 임금 그리고 해고의 순으로 진정 제기율이 높았다. 이러한 영역에 따른 차별행위 진정제기율의 차이는 차별금지사유와 연관성이 높는데, 재화 등 공급·이용 영역에 대한 차별진정은 장애를 이유로 하는 경우가 가장 많고, 고용 영역에서의 차별은 사회적 신분을 이유로 하는 경우가 가장 많다.

〈표1-5. 2019년 차별 사유 및 영역별 차별행위 진정 접수 현황〉¹⁹⁾

구분		고용	재화 등 공급이나 이용	교육시설 등 이용
총합	31,502	9,198	12,320	1,783
2019	2,716	848	969	106

고용 영역	소계	모집	채용	교육	배치	승진	임금	임금외 금품	자금용자	장년	퇴직	해고	기타
소계	848	59	109	22	67	34	222	31	1	11	27	31	234
성별	57	8	10	1	3	2	3	-	-	1	20	-	9
혼인여부	4	-	-	-	1	-	1	1	-	-	-	-	1
임신출산	26	-	1	1	8	3	2	-	-	-	1	2	8
가족상황	12	1	3	-	1	1	-	4	-	-	-	-	2
성희롱	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
용모/신체조건	15	5	6	-	1	-	-	-	-	-	-	3	-
장애	96	8	22	9	23	3	5	1	-	-	2	6	17
나이	71	15	25	1	7	3	4	1	-	3	2	5	5
사회적 신분	339	3	6	3	7	8	166	13	-	2	1	3	127
출산국가	11	1	7	-	-	-	2	-	-	-	-	-	1
출산민족	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
인종	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
피부색	1	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
종교	5	1	1	-	-	1	-	-	-	1	-	-	1
출신지역	3	-	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
사상정치적의견	2	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
전과	4	-	2	-	-	1	-	-	-	-	-	1	-
성적지향	2	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
학벌/학력	7	6	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
병력	13	-	6	1	1	1	-	-	-	-	-	3	1
기타	180	10	14	6	15	11	39	11	1	4	1	8	60

구분	재화 등 공급이나 이용							교육시설 등 이용		
	소계	재화	용역	교통 수단	상업 시설	주거 시설	토지	소계	교육 시설	직업훈련기관
소계	969	326	401	52	159	30	1	106	93	13
성별	68	16	7	3	27	15	-	14	12	2
혼인여부	2	1	1	-	-	-	-	-	-	-
임신출산	2	1	1	-	-	-	-	1	1	-
가족상황	6	1	5	-	-	-	-	-	-	-
성희롱	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
용모/신체조건	2	-	2	-	-	-	-	-	-	-
장애	783	267	337	47	120	11	1	53	43	10
나이	18	6	8	-	4	-	-	5	5	-

19) 국가인권위원회(2020), 『2019 국가인권위원회 통계』, 112-113쪽의 표를 발췌 인용.

사회적 신분	12	8	2	1	1	-	-	2	2	-
출신국가	21	6	10	-	3	2	-	2	2	-
출신민족	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
인종	1	-	-	-	1	-	-	-	-	-
피부색	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
종교	3	-	3	-	-	-	-	3	3	-
출신지역	1	-	-	-	-	1	-	1	1	-
사상/정치적의견	1	-	1	-	-	-	-	1	1	-
전과	5	1	3	-	-	1	-	1	1	-
성적지향	8	4	4	-	-	-	-	3	2	1
학벌/학력	2	1	1	-	-	-	-	6	6	-
병력	12	4	8	-	-	-	-	1	1	-
기타	22	10	8	1	3	-	-	13	13	-

2020년 발의된 차별금지법(안) 또는 평등 및 차별금지에 관한 법률(안)에서는 국가인권위원회법이 규정하고 있는 차별금지의 영역 세 가지에 더하여, 행정(사법)서비스 제공이나 이용을 추가하였다. 이것은 현행 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하, 장애인차별금지법)에서 명시적으로 사법·행정절차 및 서비스 제공에 있어서의 차별금지(제26조)를 규정하고 있는 바, 일반적 차별금지법을 제정하면서 이 영역을 고려하지 않을 수 없었기 때문일 것으로 보인다. 실제 장애인이 사법·행정절차 및 서비스 제공에 있어서 차별을 당한 경우에는 장애인차별금지법에 기초하여 국가인권위원회에 진정을 제기할 수 있겠지만, 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률(이하, 연령차별금지법)이나 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하, 남녀고용평등법)은 장애인차별금지법과 같이 사법·행정절차 및 서비스 제공을 별도의 차별금지영역으로 규정하고 있지 않고 있는 한편, 국가인권위원회법에서도 이를 별도로 규정하고 있지 않기 때문에, 차별사유가 존재하더라도 차별금지영역에 해당하지 않는다고 보게 될 여지가 있기도 하다. 일반적 차별금지법이 제정된다면 이 문제가 어느 정도 해소될 수 있겠지만, 그러하지 못할 경우를 위해 국가인권위원회법상 차별금지영역을 보완할 필요가 있다고 말할 수 있다.

한편, 아래 나.의 차별금지영역에 포함되지 않는 경우에 대한 사례들을 보면 방송매체 등을 통한 ‘광고’ 영역이 차별금지영역에 해당하지 않음을 이유로 진정사건이 각하되는 경우들이 많다. 그런데 외국의 예에서는 광고 자체도 하나의 차별금지영역으로 포함하고 있는 경우들이 있고, 최근 혐오표현의 증가 등 차별적 언어표현이 공공연하게 적시되는 경우가 적지 않다. 방송매체 등을 통한 ‘광고’ 행위, 나아가 차별적 언어표현이 공공연하게 적시되는 수단들을 차별금지영역으로 포섭할 필요성에 대한 검토가 요구된다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외 차별판단지침	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 미국 EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues II. 심리가 가능한 청구 위원회에 제기되는 고소는 위원회가 집행할 수 있는 법에 의거하여 심리할 수 있는 청구를 제시해야 한다. 구체적으로, 고소는 EEO 법령의 적용을 받는 근거와 쟁점을 주장해야 한다. A. 적용되는 근거 고소는 개인이 다음의 보호되는 범주 중 하나 이상에 속한다는 것을 근거로 고용 차별을 받았다고 주장해야 한다. <ul style="list-style-type: none"> • 적용되는 근거 - 민권법 VII편: 인종·피부색, 출신국, 종교, 성별(임신 포함) - EPA: 성별(보상 차별에 한함)
--------------	---

	<p>및 기타 직업훈련을 제공하기 위해 설립된 모든 프로그램에서 차별하는 것은 위법한 고용행위이다.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) 제2조 (적용범위) (1) 다음 각 호와 관련하여 제1조에 열거된 사유로 인한 차별은 이 법률이 정한 바에 따라 허용되지 아니한다. <ol style="list-style-type: none"> 1. 업무영역과 직급을 불문하고 독립적·비독립적 영리행위를 위한 <u>취직 및 승진과 관련된 선발기준 및 채용조건</u> 2. <u>임금과 해고조건을 포함한 고용조건과 근로조건</u>, 특히 고용관계의 실행과 종료 및 승진과 관련된 <u>개인법적·단체법적 협약 및 처분에서의 고용조건과 근로조건</u> 3. 형태와 영역을 불문하고 <u>직업선택을 위하여 상담을 받는 것, 그리고 직업교육(Berufsausbildung), 직업과 관련된 심화교육 및 직업전환 교육 그리고 실무경험을 포함한 직업교육(Berufsbildung)을 받는 것</u> 4. <u>근로자단체, 사용자단체 또는 특정 직업군에 속하는 회원으로 구성된 단체에서의 회원자격과 참여 및 단체에서 제공되는 급부의 이용</u> 5. <u>사회보장과 의료서비스를 포함한 사회보호</u> 6. <u>사회복지서비스</u> 7. <u>교육</u> 8. 거주공간을 비롯하여 <u>공중(公衆)이 이용할 수 있는 재화 및 서비스로의 접근 및 공급</u> <p>제19조 (私法상 차별금지) (1) 다음 각 호에 해당하는 사법상 채권관계의 성립, 이행 및 종료 시에 인종, 민족적 출신, 성별, 종교 또는 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성을 사유로 하는 차별은 허용되지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 거래 당사자와 무관하게 매우 유사한 조건들로 수많은 사안들(대량거래)에서 전형적으로 체결되는 <u>채권관계이거나, 채권관계의 성질상 거래당사자가 큰 의미를 가지고 있지 않음과 동시에 매우 유사한 조건들이 수많은 사안들에서 합의되는 경우</u> 2. <u>사법상의 보험을 대상으로 하는 경우</u>
--	---

나. 차별금지영역에 포함되지 않는 경우

국가인권위원회법이 규정하고 있는 세 가지의 차별금지영역에 해당하지 않는 경우, 국가인권위원회는 법에 따른 차별진정사건을 처리할 수 없게 된다. 지금까지 국가인권위원회에서 차별금지영역에 해당하지 않은 것을 이유로 각하한 사건들 가운데에는 사유를 불문하고 고용, 재화 등 공급이나 이용, 교육시설 등 이용의 영역에 해당하지 않기 때문인 경우들이 포함되는데, 2019년의 『차별판단기준 기초조사연구』에 따라 어떤 경우에 고용, 재화 등 공급이나 이용, 교육시설 등 이용의 영역에 해당하지 않게 되는지를 살펴보면 다음과 같다.

〈표1-6. 차별금지영역에 해당하지 않는 경우〉

사유	영역
성	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 설문조사 ▪ 미스코리아대회 ▪ 대한민국 출산지도 사이트 ▪ 성차별적 광고, 언론보도, 사인에 의한 성차별적 내용이나 발언
용모 등 신체조건	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 성형외과 광고 ▪ 이력서 기재사항(키 몸무게 등 신체조건) ▪ 개그프로그램(대머리 비하)
임신 또는 출산	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 출산휴가나 육아휴직을 사용한 여성에 대한 부적절한 언동
사회적 신분	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 교장심사위원 선정 시 공무원 배제
나이	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 자동차 판매중개 계약관계(‘고용’이 아니라고 봄) ▪ 이력서 등의 기재사항에 나이를 기입하게 하는 것

사유	영역
출신지역, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 방송프로그램의 인종 비하 ▪ 인터넷 사이트의 인종비하적 표현 ▪ 인터넷상의 외국인 차별적인 댓글 ▪ 외국인에 대한 편파적 보도 ▪ 뉴스에서의 인종차별적 용어 ▪ 영화에서의 특정 지역혐오 표현 ▪ 프로야구 중계 해설자의 외국선수 차별 발언 ▪ 프로야구선수의 외국인 선수에 대한 인종차별 발언
혼인여부, 가족상황	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 주민등록등본 발급시 재환가정의 세대주와 자녀관계 포기 차별 ▪ 가족형태나 가족상황을 이력서에 적도록 하는 것 ▪ 이력서에 혼인여부를 적도록 하는 것
종교, 사상, 정치적 의견	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 채용면접단계에서의 종교차별적 질문과 처우(불이익처우가 없었음) ▪ 이력서에 종교를 적도록 하는 것
전과, 병력	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 정당의 공천관계(공천후보자에게 본인과 배우자 병적증명서 및 범죄경력조회서 등을 제출하도록 하는 것) ▪ 뇌수술을 이유로 한 헌혈판정 제외
성적 지향	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 주민등록번호의 성별식별번호 사용 ▪ 성소수자 차별방송 ▪ 동성애 비방 웹툰 제작 및 게시 ▪ 강의시간중의 동성애 관련 부적절한 내용 ▪ 국립국어원과 표준국어대사전의 사랑에 대한 사전적 정의
학벌, 학력	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 특정학교 합격 홍보물 게시 ▪ 고등학교 중퇴자 및 중졸 학력자를 보충역으로 전환하는 것 ▪ 이력서에 학력이나 졸업학교, 학점, 어학점수, 가족의 학력 등을 기입하도록 하는 것
기타	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 꽃배달 차량 주차장 출입제한 ▪ 퀵서비스 배달, 음식 배달의 엘리베이터 이용 제한 ▪ 버스공동배차제에서 타버스회사 직원의 차고지 이용 제한 ▪ 국립대학의 식별 가능한 학번 부여로 인한 특별전형자 차별 ▪ 비재학생 예비군의 훈련시간이 재학생 예비군의 훈련시간이 긴 것

그런데, 위와 같이 차별금지영역에 해당하지 않는다고 본 경우들 가운데에는 사회적으로 차별에 대한 인정이 요구되고, 필요한 경우 차별에 대한 개선이 권고될 요구되는 경우들이 적지 않다. 최근 문제되고 있는 사이버 혐오표현, 방송·광고·인터넷 매체를 통한 차별 표현, 다양한 재화 및 서비스의 공급과 이용시 발생할 수 있는 차별 등에 대해 법적 제한으로 인해 국가인권위원회가 접근할 수 없다는 것은, 포괄적 인권보호기관으로서 국가인권위원회의 위상이나 국민의 기대와 부합하지 않는 제한이다.

II. 차별의 성립요건

1. 비교대상

가. 비교대상 일반론

헌법재판소가 말하고 있듯, 평등은 같은 것을 같게, 다른 것을 다르게 한다는 실질적 평등으로서 접근할 때 평등권을 침해한 차별행위가 존재하는지 여부에 대한 심사는 가장 먼저 두 대상 간에 같은 것과 다른 것을 구분할 수 있어야 하고, 그러기 위해서는 같은지 다른지를 구분할 수 있는 비교대상이 필요하다. 평등의 개념은 논리적으로 우선 둘 또는 그 이상의 대상(개인, 인간집단, 사태, 생활관계 등)을 전제로 하는 바, 평등에 대한 판단은 그 대상들을 상호 관련시키고 그것들을 비교하는 사고활동의 결과라고 할 수 있기 때문이다.²⁰⁾²¹⁾ 헌법재판소도 비교대상과 관련하여 “평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다. 그러나 서로 비교될 수 있는 두 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일인 경우에 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여는 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제된다. 두개의 사실관계가 본질적으로 동일인가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다.”(헌법재판소 1996. 12. 26. 96헌가18, 2001. 11. 29. 99헌마494 등)고 하여 차별의 관계성을 인정하고 있고, 비교대상을 통해 평등권의 침해 여부가 확인될 수 있다고 말하고 있다. 대법원도 이러한 헌법재판소의 입장을 준용하면서 “근로기준법에서 말하는 차별적 처우란 본질적으로 같은 것을 다르게, 다른 것을 같게 취급하는 것을 말하며, 본질적으로 같지 않은 것을 다르게 취급하는 경우에는 차별 자체가 존재한다고 할 수 없다. 따라서 근로기준법에서 금지하는 차별적 처우에 해당하기 위해서는 우선 그 전제로서 차별을 받았다고 주장하는 사람과 그가 비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 한다.”(대법원 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다1051 판결 등)고 판단하고 있다.

개별적 차별금지법에서는 비교대상을 직접 정하고 있는 경우도 있다. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하, 기간제법)은 기간제 및 단시간근로자에 대한 차별적 처우를 금지하면서, 기간제근로자의 경우에는 “해당 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자”, 단시간근로자의 경우에는 “해당 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자”를 비교대상으로 규정하고 있다. 파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하, 파견법)은 “사업 내의 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자”를 비교대상으로 규정하고 있다. 그러나 국가인권위원회법과 다수의 개별적 차별금지법은 비교대상을 별도로 규정하지 않는다. 다만 국가인권위원회는 위에서 인용한 헌법재판례에 기초하여 비교대상의 “본질적 동일성” 여부를 판단하는 경우가 있다(18진정0189500 등 참조).

위와 같이 비교대상을 특별히 법이 명시하고 있는 이유는 비교대상 특정이 모호할 수 있기 때문이

20) 계획열(1997), “우리 헌법상의 평등권”, 『법학논집』 제33집, 고려대학교 법학연구소, 4쪽.

21) 이러한 의미에서 실질적(상대적) 평등의 반대개념으로 제시되는 형식적(절대적) 평등 개념은 사실은 존재할 수 없는 것이라고 말할 수 있게 된다.

라고 생각되는데, 예를 들어 기간제법상 금지하는 기간제근로자임을 이유로 이루어지는 차별의 비교대상은 같은 기간제근로자인가, 아니면 다른 비정규노동형태를 가진 근로자인가, 아니면 소위 정규직 근로자인가하는 것과 함께, 어떤 업무에 종사하는 근로자이어야 하는지, 어느 범위까지의 근로자를 비교대상으로 할 수 있는지 등이 모호할 수 있다. 이를 해석에만 맡길 경우 발생할 수 있는 논란의 여지를 어느 정도 입법적으로 미리 해소시킨 것이라고 말할 수 있다. 즉 기간제법과 같이 차별의 비교대상을 법이 규정하고 있는 것은 비교대상 발견과 선정을 좀 더 용이하게 할 수 있는 지침을 법제화한 것이라고 볼 수 있다. 물론 오로지 비정규직이기 때문에 차별적 처우가 이루어진 경우에는 비교대상자를 특정할 필요가 없이 정규직 그룹 전체를 비교대상자로 선정해야 한다는 주장이 있기도 하다.²²⁾ 그러나 판례²³⁾는 “원고들은 기간제근로자와 무기계약직 근로자를 확일적으로 구분하여 기간제근로자라는 이유만으로 불리하게 처우를 할 경우 비교대상자를 선정할 필요가 없다는 취지로 주장하나, 기간제법 제8조 제1항은 ‘사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니된다’고 정하여 비교대상을 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 자로 명시하고 있으므로, 이와 같은 원고의 주장은 이유 없다”고 판시함으로써 차별판단에는 비교대상자가 존재해야 함을 확인하고 있다. 실제 비정규직 차별시정의 과정에서 발생하는 비교대상 관련 쟁점은 크게, (i) 비교대상자의 선정의 시간적·장소적 범위, (ii) 복수의 비교대상자들이 있는 경우의 비교대상자의 선정 문제, (iii) ‘동종 또는 유사한 업무’의 판단기준 등이다.²⁴⁾ 기간제법이나 파견법과 같이 비교대상을 법이 직접 규정하고 있지 않은 경우에는 차별의 주장과 판단의 과정에서 비교대상이 발견되어야 하는데, 차별 주장의 내용에 따라 비교대상이 적절하게 선정되었는가는 차별사건이 성립하는데 중요한 조건이 된다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외 차별판단지침	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 미국 Enforcement Guidance on Sex Discrimination in the Compensation of Sports Coaches in Educational Institutions(EEOC-CVG-1998-1) A. 평등임금법 1. 비교대상자 선정 <p>평등임금법 분석에서 첫 번째 단계는 남성과 여성 비교대상자를 밝히는 것인데, 그렇게 해서 그들이 실질적으로 동등한지를 결정하기 위해서 그들의 직무를 분석할 수 있다. 비교대상자 선정에서, 원고는 자신을 가상의 남성 또는 여성과 비교할 수 없다. 오히려 원고는 반대 성별의 특정 근로자가 실질적으로 동일한 직무에 대해 더 높은 임금을 받는다는 것을 입증해야 한다. 단일한 비교대상자가 있을 수 있고, 하나 이상의 비교대상자가 있을 수 있다. 교육기관이 고려대상으로 다른 비교대상자를 제기할지라도, 원고는 단일한 비교대상자를 먼저 밝힘으로써 입증책임을 완수해야 한다. 모든 평등임금법 사안에서, 그 직위(position)에 필요한 숙련, 노력 및 책임은 물론 직무(job)가 수행되는 조건도 평가해야 하고 사례에 따라 비교해야 한다. 비교대상자를 밝히는 것과 함께, 그들이 수행한 직무가 원고의 직무와 실질적으로 동일하다는 것도 원고가 입증책임을 부담한다. 학교마다 고용관행이 다양하기 때문에 각각의 사실상 상황은 자세하게 조사되어야 한다.</p> <ul style="list-style-type: none"> 2. 그 직무는 실질적으로 동일한가? <p>비교대상자가 정해진 경우, 다음 단계는 그 직무가 실질적으로 동일한지를 결정하는 것이다. ‘동일한 숙련, 동일한 노력 또는 동일한 책임이 무엇인지 정확하게 정의할 수는 없다.’ 그러나 ‘법의 넓은 구제 목적이 고려되어야 한다.’ 29 CFR § 1620.14(a). 따라서, 중요하지 않거나 하찮은 차이는 동일성 판단에 영향을 주지 않는다. 직무가 실질적으</p>
--------------	---

22) 박종희, “고용형태를 이유로 하는 차별금지제도의 현황과 과제”, 「안암법학」 (제53권), 2017, 290~291면.
 23) 서울행정법원 2011. 5. 20. 선고 2010구합44146 판결, 서울고등법원 2011. 12. 23. 선고 2011누17518 판결, 대법원 2014. 9. 24. 선고
 24) 자세한 내용은 박은정 외(2018), 『동일가치노동 동일임금원칙 적용방안 마련을 위한 기초연구』, 2018년 고용노동부 연구용역보고서의 내용 참조.

	<p>로 동일한가에 대한 분석이 법률이 열거한 4가지 요소로 분해된다고 해도, 중점은 전반적인 직무 내용에 있어야 한다.</p> <p>a. 동일한 숙련 각 코치와 그 반대 성별의 비교대상자에게 필요한 숙련을 조사할 때는 ‘경력, 직업훈련, 교육 및 능력’ 같은 요소들을 고려해야 한다. 29 CFR § 1620.15(a). 또한 ‘숙련은 그 직무 수행에 필요한 자격요건에 관하여 검토해야 한다. Id. 따라서, 그 직무 수행의 자격요건이 아닌 추가적인 직업훈련, 교육, 능력은 직무의 실질적인 동일성 여부를 결정할 때 고려해선 안된다.</p> <p>b. 동일한 노력 운동을 지도하는 직무가 동일한 노력을 요하는지 결정하기 위하여, 위원회는 비교되는 직무의 실제 자격요건을 살필 것이며, 29 CFR § 1620.16(a), 같은 스포츠의 코치들로 한정하여 분석하지 않을 것이다. 스포츠 종목과 관계없이, 코치들은 고등학교와 대학교 수준에서 다음과 같은 전형적인 임무를 수행해야 한다. 1) 가르치기/훈련하기; 2) 학생 운동선수 상담/충고; 3) 전체 프로그램 관리; 4) 예산 관리; 5) 자금조달; 6) 홍보; 7) 대학교 수준에서, 선수 모집. 일부 코치 직무는 다른 업무도 요구할 수 있는데, 예를 들어, 직원 관리와 행사 관리 같은 것이다.</p> <p>c. 동일한 책임 ‘책임은 그 직무 수행에서 요구되는 책임성의 정도에 관한 것인데, 그 직무상 의무’의 중요도를 강조하는 것이다. 29 CFR § 1620.17(a). 위원회는 책임의 차이가 동일하지 않은 임금을 정당화하는지 평가하기 위하여 코치들이 실제 수행한 임무를 중점적으로 검토할 것이다. 직무들이 완전히 같은 것일 필요가 없다는 것을 명심해야 한다. Brock v. George Southwestern College, 765 F.2d 1065, 1035 (11th Cir. 1985) 판례에서 사용자는 배구팀의 남성 코치에 비해서 학교 대항 운동팀 여성 코치의 임금이 더 낮은 것을 정당화하기 위해서 그녀가 더 적은 예산을 관리하고 학교 외부 경기를 준비하지 않기 때문이라고 주장했다. 그러나 법원은 여성 코치도 운동 일정을 짜고 예산 산정 책임을 지고 있다는 것을 인정하면서, 두 직위가 실질적으로 동일하다고 판결하였다. 책임을 분석하는데 관련된 다른 요소들, 예를 들어, 그 팀의 규모, 보조자의 수, 그리고 행사 수요와 언론관리 등도 포함할 수 있다. 평등임금법의 다른 요소를 분석하면서, 위원회는 교육기관이 차별적이지 않은 방식으로 남성과 여성 코치에게 책임 부담의 기회를 제공했는지 여부를 검토할 것이다.</p> <p>d. 유사한 업무환경 대부분의 코치들은 평등임금법의 목적에서 유사한 업무환경에서 일한다. “일반적으로 동일한 숙련, 노력 및 책임을 요하는 직무를 수행하는 근로자들은 유사한 업무환경 하에서 근무할 것이다.” 29 CFR § 1620.18(b).19</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 미국 Section 10 Compensation Discrimination(EEOC-CVG-2001-3) <p>III. 민권법 제7편, ADEA, ADA를 위반한 보상 차별</p> <p>1. 차별적 처우</p> <p>가. 고발 당사자와 유사한 지위에 있는 근로자의 확인</p> <p>조사관은 고발 당사자가 속해있는 보호 범위 내외에서 유사한 지위에 있는 근로자를 식별해야 한다. 유사한 지위에 있는 근로자란 직무 및 다른 객관적 요인의 유사성 때문에 동일한 보상을 받을 것으로 예상되는 근로자를 의미한다.</p>
--	--

나. 언제나 비교대상자가 필요한가?

그런데 모든 차별의 경우 비교대상자가 필요한지에 대한 의문이 있을 수도 있다. 영국에서는 2010년 평등법 제정 이전 진행되었던 The Discrimination Law Review²⁵⁾에서 이 문제가 검토되었고, 이 논의에 대한 영국 정부의 답변에 따르면 비교대상자 요건은 일반적으로 “차별은 기본적으로 공정한 처우보다는 평등한 처우에 관한 문제이다”라는 입장에서 유지되어야 하는 것이라고 본다. 비교대상자가 없을 경우 가정된 차별보다 실제의 차별을 다루기 더 힘들 것이기 때문이다. 즉 정의의 관점에서 어떤 행위가 평등권을 침해한 것인지를 문제삼고 있는 것이 아니라, 법으로 금지된 평등권 침해의 차별행위가 이루어졌는지 여부를 문제삼는 경우에는 차별의 피해를 입었다고 주장하는 사람이 합리적이지 않은 이유로 법으로 보호되는 사유에 기초하여 구분·배제·불이익처우 등을 당했어야 하는데, 이 과정에서 비교대상이 없는 경우에는 차별의 피해가 발생하였는지, 불이익처우가 존재하는

25) 주로 법률가들로 구성된 공익단체인 JUSTICE의 활동 중 하나임.

지 등을 판단하기 어려울 것이고, 따라서 비교대상과의 비교에 따라 법으로 금지된 평등권 침해의 차별행위가 발생하였는지를 판단해야 하는 것이다. 금지되는 차별은 모든 구분이나 배제, 불이익처우가 아니라 “합리적이지 않은 이유”로 발생하는 결과이기 때문이다. 모든 차별적 대우가 차별인 것도 아니고, 모든 평등한 대우가 평등인 것도 아니며, 중요한 것은 비교대상을 동일한 대상으로 취급하여 동등하게 대우할 것인지, 아니면 상이한 대상으로 취급하여 차별적 대우를 할 것인지에 대하여 ‘합리적인 근거’가 제시되어야 하는데,²⁶⁾ 합리성을 판단하기 위한 전 단계로서 비교대상의 존재와 선정은 요구된다고 일반적으로 말할 수 있다.

다만, 평등권 침해의 차별행위가 있음이 분명함에도 불구하고 비교대상자를 반드시 요구해야 하는지에 대한 의문이 발생하는 경우가 있을 수 있다. 특히 국가인권위원회법은 기간제법 등에서와 같이 차별금지행위를 “불이익한 처우”를 발생시키는 것에 그치지 않고, “우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”라고 규정하고 있다. 불이익한 처우에 대해서만 차별을 인정하는 기간제법에서는 불이익한 처우를 둘러싼 비교가 반드시 요구되지만, 우대하거나, 배제하거나, 구별하는 경우에는 명시적인 비교대상자를 명시적으로 요구하지 않아도 되는 경우가 있을 것으로 보인다. 예를 들어, 남성만을 모집한다는 채용공고는 - 그것이 진정직업자격요건 등 차별금지의 예외적 영역에 해당하지 않는 한 - 명백한 직접적 성차별이다. 굳이 이것이 여성을 남성이 비하여 차별을 하는 것으로서, 해당 채용공고로부터 배제된 여성의 비교대상자를 요구하지 않더라도 특정한 성만을 배제하거나 우대하는 경우로서 비교대상자를 별도로 찾는 과정은 없어도 될 것이라는 의미이다. 그러나 사실은 이러한 경우에도 명백하기 때문에 비교대상자를 선정하는 과정이 생략될 수 있다는 의미일 뿐, 비교대상자가 없어도 된다는 의미는 아니라고도 이해할 수 있다. 남성만을 모집한다는 채용공고는 결국 여성에 대한 배제를 의미하는 것으로서, 여성에 대한 배제가 명백하기 때문에 비교대상을 논할 필요가 없다는 의미일 뿐, 비교대상이 필요없다는 의미는 아닐 것이기 때문이다. 그렇다면 이런 경우는 어떠한가. 예를 들어, 임신한 여성근로자에 대한 회사내 차별이 문제되었다. 회사는 여성근로자의 임신을 이유로 성과급을 받을 수 있는 직무로부터 배제하였고, 그에 따라 여성근로자는 임신 전보다 훨씬 더 낮은 임금을 받게되었던 바, 임신한 여성근로자는 성과급을 받을 수 있는 직무로부터 배제된 것이 임신을 이유로 하는 차별이라고 주장을 한 것이다. 이때 이 차별의 합리성을 판단하기 위해서는 우선 임신한 여성근로자에 대한 성과급이라는 임금과 관련한 불이익한 처우가 있었는지를 판단해야 할 것인데, 이때 불이익 처우와 관련한 비교대상근로자가 존재해야 하는 것일까? 아니면 임신한 여성근로자에게 이루어진 불이익 처우 그 자체로 (합리적인 이유가 없다면) 차별이 성립하는 것일까?

위와 같은 문제에 대한 명확한 답은 없는 것으로 보인다. 사실 비교대상자에 대한 논의도 그리 다양하지 않다. 법상 비교대상근로자를 명시하면서 불이익한 차별적 처우를 금지하고 있는 차별시정제도에서 비교대상근로자 선정과 관련한 쟁점이 논의되고 있을 뿐이다. 더욱이 국가인권위원회가 비교대상자에 대하여 접근하는 기초는 기본적으로 앞서 인용한 헌법재판례의 “본질적 동일성”에 있기는 하지만, 그 본질적 동일성을 어떻게 판단하고 있는지는 사례를 통해 분명하게 드러나지 않는 편이다. 다만, 국가인권위원회는 “차별취급이 인정되기 위해서 비교대상이 될 수 있어야 하고, 비교대상은 둘이 비슷한 상황에 처했어야 하며”(15진정0335000 등 87건 병합)라고 하여 금지되는 차별이 성립할 수 있기 위해서는 비교대상이 필요하다고 보고 있다.

다. 국가인권위원회의 비교대상자 선정 방식

26) 이준일(2012), “헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준”, 『세계헌법연구』 제18권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 346-347쪽.

국가인권위원회가 진정사건들에서 비교대상자 선정에 관하여 접근하고 있는 방식을 보면, 비교대상을 특정할 수 없는 경우에는 각하를 하되 차별금지사유와 관련하여 부정적 파급효과가 우려되거나 차별감수성이 부족한 부분 등이 보이는 경우에는 의견을 표명하는 방식을 취하고 있다(16진정10637000 등). 비교대상을 특별히 찾으려 하면서 비교대상이 존재하는지 여부를 판단하는 경우는 차별금지영역이 고용 영역인 경우에 특히 그러하다.

사회적 신분을 이유로 하는 고용상 차별사건에서 국가인권위원회는 ‘차별적 처우’란 차별을 받았다고 주장하는 집단과 비교대상으로 지목되는 집단이 본질적으로 동일함에도 그 처우에 차이가 있는 것을 말하는 것으로서, 두 집단이 동일한 비교대상에 속하지 않을 경우에는 두 집단의 차이를 차별적 처우라고 보기 어렵다는 전제하에, 비교대상 근로자는 ‘동일한 사업 또는 사업장’에 ‘동종 또는 유사한 업무에 종사’하는 근로자가 있어야 한다고 보았다(16진정0739700).

직종에 따른 임금피크제 적용 차별사건에서 국가인권위원회는 “비교대상은 비교의 기준이 되는 본질적 내용이 무엇인지에 대한 판단을 전제로 한다. 비교대상이 있는지 여부는 차별의 내용과 분리하여 생각할 수 없고, 차별행위의 본질적 내용의 성격에 따라서 달라질 수 있다. 즉 비교대상의 존부는 차별행위의 본질적 내용과의 상관관계 속에서 판단되어야 하며, 고정된 기준이 아니다.”고 말하고 있다(18진정0189500). 비교대상을 정하는 기준이 고정적이거나 획일적일 수 없고, 사안의 성격과 내용에 따라 비교대상자를 선정해야 한다고 말하고 있는 것으로 이해할 수 있다.

국가인권위원회의 진정사건들에서 비교대상자 선정이 비교적 명확하게 보이는 사건들을 중심으로 비교대상자 선정 사례들을 살펴보면, 다음과 같다.²⁷⁾

- ① 차별취급이 인정되기 위해서 비교대상이 될 수 있어야 하고, 비교대상은 둘이 비슷한 상황에 처했어야 하며, 임금지급과 관련해서 비슷한 상황이 인정되기 위해서는 비교대상간의 동일가치 노동으로 인정받아야 한다고 보고 있다(15진정0335000 등 87건 병합).
- ② 임금 등 차별의 시정을 요구하는 사건에서 비교대상 간의 수행하는 업무의 내용이나 작업조건, 자격의 종류, 입직경로 등이 상이하여 동일(가치)노동으로 보기 어려운 경우 비교대상을 특정하거나 성립하기 어렵다고 판단하여 각하하고 있다(영어회화 전문강사직군에 대한 급식비 미지급 사건(15진정0201500·15진정0208600 병합 등), 시도교육청의 구육성회직원 임금차별 사건(15진정0655700), 초등보육전담사 임금지급에서 타 직종과의 차별 사건(15진정0748000), 기존 직원과 달리 신입사원의 임금 삭감, 상여금 및 성과급 비율을 상이하게 적용한 사건(17진정0645600), 국공립대학 조교에 대한 성과급 지급 차별 사건(17진정1086200)).
- ③ 직군별로 차등 대우를 한 사건에 대해서도 비교대상으로 성립되지 않거나 비교대상 자체가 존재하지 않는 경우에 각하하였다(학군단에서 근무하는 대학 계약직 학군단 예비역과 국방부 예하 군무원 및 예비군 지휘관 등과 차별 대우(13진정0222700), 대학병원 본원의 직접고용근로자와 본원의 용업업체 근로자(15진정0899500)).
- ④ 비정규직 근로자의 임금차별과 관련한 사건에서 국가인권위원회는 비교대상을 유사·동종업무에 종사하는 근로자로 보면서 서로 다른 집단에 속하는 근로자의 임금 및 임금외 금품지급 차이는 차별사유와 직접 관련이 없다는 이유로 각하하기도 하였다(16진정0546000).

27) 아래 ① 이하의 사건 정리는 박선영 외(2019), 『차별판단기준 기초조사 연구』, 국가인권위원회에서 정리된 사건을 이용하였다.

- ⑤ 사회적 신분을 이유로 하는 차별진정사건에서 국가인권위원회는 ‘차별적 처우’란 차별을 받았다고 주장하는 집단과 비교대상으로 지목되는 집단이 본질적으로 동일함에도 그 처우에 차이가 있는 것을 말하는 것으로서, 두 집단이 동일한 비교대상에 속하지 않을 경우에는 두 집단의 차이를 차별적 처우라고 보기 어렵다는 전제하에 비교대상 근로자는 ‘동일한 사업 또는 사업장’에 ‘동종 또는 유사한 업무에 종사’하는 근로자가 있어야 한다고 보고 있다(16진정0739700).
- ⑥ 출신지역 등을 이유로 하는 차별진정사건에서 국가인권위원회는 복수국적자를 경찰대학 입학의 결격사유로 규정하여 경찰대 지원 시 수능시험일 전에 국적을 포기하도록 하는 것은 부당하다는 진정에, 인권위원회는 해당사안은 비교대상이 존재하지 않는다고 보았다(15진정0400800). 지자체의 다자녀가정 주차할인 시 타지역 거주민을 배제한 사건에서 지자체간 다자녀 지원혜택의 차이가 존재한다고 하여 서울시와 서울시를 제외한 지역에 거주하는 주민들간 차별을 논할 비교집단이 설정된다고 보기는 어렵고 판단한 경우도 있다(7진정0847900).
- ⑦ 병력을 이유로 하여 징병 신체등위 판정기준이 불합리하다고 주장된 차별진정사건에서, 병역위원의 신체등위 판정은「병역법」제12조 규정에 의거 부여된 전담의사의 고유한 판단의 영역에 속하는 사안인데 십 가지 질환의 항목에 대한 전담의사의 고유한 판단으로 결정되어진 각각의 신체등위를 가진 집단을 진정인의 아들과의 비교대상으로 특정할 수 없다고 국가인권위원회는 판단하였다(16진정0154900).
- ⑧ 청원경찰 채용 시 시력조건 차별 사건에서, 경찰직 방호직 공무원 임용시험 시력 기준(교정시력 포함)이 0.2인데도 불구하고 방호직과 유사한 업무를 수행하는 청원경찰에 대해서는 시력기준을 0.8로 정하여 청원경찰에 지원하고자 하는 진정인을 방호직 공무원 지원자에 비하여 부당한 차별대우를 한다는 진정으로 인권위원회는 두 기준에 차이가 있는 사실은 인정되나 청원경찰의 업무와 방호직공무원의 업무가 무기휴대 여부에 있어서 차이가 있는 등 동일하지 아니하므로 서로 비교대상이 된다고 보기 어렵다고 판단하였다(17진정0397300).
- ⑨ 건강보험 피부양자 형제 등록에 대한 부당한 차별 사건에서는 형제·자매에 대한 직장가입자의 피부양자 자격요건에 있어 부모의 보수와 소득이 없어야 하는 요건은 부모의 이혼한 경우든 그러하지 아니한 경우든 모두에게 해당하므로, 이 사건 진정에서 비교대상이 존재하지 않고 차별의 문제가 발생하지 않는다고 판단하였다(17진정0810400).
- ⑩ 대학원 등록금 인상에서의 차별 사건에서, 대학생과 대학원생을 비교집단으로 설정하고 있으나 교육 대상의 보편성의 정도, 교육의 목적, 양 집단에 대한 사회적 인식 등을 종합적으로 고려할 때 동질적 특성을 가진 비교집단으로 보기 어렵고, 단순히 외형적 유사성만으로 비교가 불가능한 두 집단을 서로 비교하여 양 집단 간 대우의 유·불리가 있었다고 논하는 것은 적절치 않아 각하하였다(14진정0292500).
- ⑪ 공무원 관련하여서는 법적용이나 신분 상 차이가 있어 비교대상이 성립되지 않는다고 보고 있다.

고용형태를 이유로 하는 차별진정사건이 대개 사회적 신분으로 분류되고 있는데, 이에 따른 비교

대상자를 선정함에 있어 기간제법이 규정하는 비교대상자와 동일한 기준으로 비교대상자를 판단하고 있다.

그런데 많은 경우 국가인권위원회는 비교대상자를 명확하게 판단하지 않는다. 예를 들어, 국가인권위원회는 초빙교사를 임용하면서 학교운영위원회에서 지원자를 심의하는 과정에서 초빙요건과는 무관한 지원자의 결혼연차 및 아이가 없는 점 등 개인 신상에 대한 정보를 제공하여 그 결과 학교운영위원회에서 지원자의 임신가능성을 둘러싼 논란이 벌어졌고 찬반투표에 이른 사안(12진정094430 결정)에서 진정인의 임신가능성 여부가 일부 위원들에게는 진정인에 대한 선발여부 판단에 관한 중요한 정보로 인식되었을 것인 점, 임신가능성이 판단에 영향을 미치지 않도록 해야 함에도 특별한 조치 없이 이를 방관하였다는 점에서 임신 또는 출산 가능성을 이유로 불리하게 대우한 것으로 임신 또는 출산을 이유로 한 고용상 차별행위에 해당한다고 보았다. 이때 임신 또는 출산 가능성을 이유로 불리하게 대우를 받은 지원자의 비교대상자는 임신 또는 출산 가능성이 없는 사람 일반인지, 남성인지, 임신 또는 출산 가능성이 없는 다른 여성인지 국가인권위원회는 명확하게 밝히고 있지 않다. 인권위원회가 임신 또는 출산 영역에서 임신한 근로자의 특수한 사정을 고려하지 않은 기준을 적용함으로써 임신, 출산휴가를 사용한 기간제 교원에게 불리한 결과를 초래하고 있다는 이유로 간접차별법리를 적용하여 차별을 인정한 사례(18진정0185300·18진정0180900·18진정0197400(병합))도 있는데, 여기에서도 임신, 출산휴가를 사용한 기간제 교원에 대하여 간접차별을 인정하였을 때의 비교대상자는 누구인지 분명하지 않다. 비교대상자에 대한 기준을 세울 필요가 있다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> ▪ [EU] 근로계약 해지에 관한 노동법 규정의 적용에서 기간제근로자와 기간의 정함이 없는 근로자 사이의 다른 처우의 차별 여부 A는 스페인 노동자법에 따라 부분퇴직한 어머니를 대체하여 청소용역회사인 B사와 구제근로계약을 체결하였다(계약기간 : 2012.11.1~2015.9.18.). 이후 B사가 계약기간 만료를 통보하자 A는 본인의 근무지인 C병원에서는 구제근로계약을 체결한 청소부의 경우 기간의 정함이 없이 고용되는 것이 관행이라고 주장하며 스페인 사회법원에 소를 제기하였다. 이 사례에서 스페인 노동자법 제49조 제1항 제(c)호의 기간제 근로계약에 있어서 계약 해지와 동법 제52조의 기간의 정함이 없는 근로계약에 있어서 계약의 해지를 비교 가능한 상황을 볼 수 있는지 여부가 쟁점이 되었는데, 기본합의서의 목적상 관련자가 동일하거나 유사한 업무에 종사하고 있는지 여부는 기본합의서 제3조 제(2)항과 제4조 제(1)항에 따라 업무의 성격과 근무조건 등 여러 요소에 비추어 판단하여야 하는바, 제출된 증거에 따를 때 A와 같은 기간제 근로자는 B사와 고용한 청소업무를 하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자와 비교대상에 해당한다고 보았다. (Grupo Norte Facility SA v. Angel Manuel Moreira Gómez., 2018) ▪ [영국] 공동부모휴가를 쓰는 남성이 출산휴가를 쓰는 여성을 자신의 비교대상으로 삼을 수 있는지 여부 공동부모휴가를 쓰는 남성이 출산휴가를 쓰는 여성을 자신의 비교대상으로 삼을 수 있는지가 쟁점이 된 사례에서 공동부모휴가를 쓰는 남성과 출산휴가를 쓰는 여성은 서로 비교대상이 아니라는 점을 분명히 했다. 출산휴가는 단순히 육아만을 위한 것이 아니라 임신부/출산모인 여성의 임신 후기를 잘 대비 및 관리하고, 임신과 출산으로 인한 건강상 변화로부터 잘 회복하며 모유수유 및 신생아와의 유대관계를 형성할 수 있도록 돕는 것을 목적으로 한다고 보았다. 따라서 법상 출산 직후 2주를 반드시 출산휴가에 포함하여 사용되도록 정한 규정을 근거로 동 2주만을 해당 여성근로자의 건강관리·회복을 위한 휴가기간으로 전제하여 제시된 원고의 논증을 기각했다. 결론적으로 공동부모휴가를 쓰는 남성의 적절한 비교대상은 -출산휴가(maternity leave)를 쓰는 여성이 아닌- 공동부모휴가를 쓰는 여성이라고 보았다. (Ali v Capita Customer Management Ltd; Hextall v Chief Constable of Leicestershire Police [2019] EWCA Civ 900) ▪ [영국] 여성으로 구성된 판매직종 근로자와 남성으로 이루어진 창고직종 근로자의 임금차별 여부 원고는 주로 여성으로 구성된 약 35,000명의 현직·전직 대형 슈퍼마켓 체인인 피고 ASDA의
------	---

	<p>매장 판매직 근로자였다. 물류창고 직원들은 노동조합(GMB)에 가입하고 있으며 단체협약이 정한 ‘표준 근로조건’에 따라 임금을 제외한 나머지 근로조건이 규율된다. 임금의 경우 물류창고별로 교섭을 하여 창고별로 다소 차이가 있다. 한편 ASDA는 미국의 월마트의 자회사로서 임금 관련 주요 결정은 월마트의 승인이 필요하다. 이러한 배경에서 원고들은 남성이 대다수인 물류창고 직원과 비교해 크기는 약 3파운드(한화 약 4,400원)의 시급 차이가 난다는 점을 지적하며 성별에 의한 임금차별을 주장하였다. 원고인 매장 근로자가 다른 사업장에서 근로를 제공하는 물류창고 근로자를 자신의 비교대상으로 삼기 위해서는, 다른 사업장 간(원고와 비교대상근로자 사이가 아님에 주의) 공통 근로조건이 적용되어야 한다고 보았다. 이를테면 甲 사업장에 있는 모든 근로자와 乙 사업장에서 일하는 모든 근로자에게 공통 근로조건이 적용되는지, 아니면 甲 사업장에 있는 매장근로자와 乙 사업장의 매장근로자, 갑 사업장의 물류창고 근로자와 乙 사업장의 물류창고근로자가 같은 근로조건을 향유하는지가 여기서 확인해야 할 사항이다. 또한, 항소법원은 본 사건처럼 甲 사업장에는 창고직이 없고 乙 사업장에는 매장직이 없는 경우 가상적 판단, 즉 ‘甲 사업장에는 창고직이 일하고 乙 사업장에 매장 근로자가 있다고 가정할 경우 공통 근로조건이 적용될 것인가’를 판단할 수 있다고 보았다. 항소법원은 이러한 가상질문에 대한 긍정적 답변을 할 수 있는 경우로 어느 사업장인지 묻지 않고 관련된 두 직렬(classes)을 모두 포함해 적용되는 하나의 단체협약이 있는 경우를 제시했다. 직렬별로 적용되는 별개의 단체협약이 있지만 사업장을 구분하지 않고 적용되는 경우도 이에 해당한다고 보았다. 또한 사용자가 일방적으로 전 사업장에 공통적으로 근로조건을 부과하는 경우도 여기에 해당할 수 있다고 보았다. 나아가 이때 ‘공통 근로조건’은 모든 측면에서 완벽히 동일한 것이 아닌 넓게 보아 공통적이면 충분한 것으로 이해했으며 이는 상식적으로 판단할 수 있다고 보았다. 항소법원은 이와 같은 법리를 확인한 후 이를 이 사건의 사실관계에 적용해 물류창고 근로자들이 원고들의 비교대상근로자가 될 수 있다고 판단했다. (ASDA Stores Ltd. v Brierley and Others [2019] EWCA Civ 44)</p>
<p>해외 차별판단지침</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 미국 Enforcement Guidance on Sex Discrimination in the Compensation of Sports Coaches in Educational Institutions(EEOC-CVG-1998-1) 평등임금법은 동일한 사업장에서 ‘동일한 숙련, 노력 및 책임성으로 수행되고, 유사한 근로조건 하에 수행되는 직무에서 동일하게 노동하는’ 반대 성별의 근로자 보다 낮은 임금을 사용자가 근로자에게 지급하는 것을 금지한다. 29 USC § 206(d)(1). 그 직무는 완전히 같아야 하는 것은 아니고 실질적으로 동일하면 된다. 29 CFR § 1620.13(a). ▪ 캐나다 동일임금 지침(Equal Wages Guidelines, 1986 (SOR/86-1082)) 제10조(하나의 사업장의 근로자) 법 제11조의 목적상, 하나의 사업장의 근로자는 그 사업장의 시설의 어떤 직원에게 적용되는 단체협약이 있는지 여부에 무관하게, 그러한 정책이 중앙에서 관리되는지 여부에 관계없이 동일한 인사 및 급여정책이 적용되는 사용자의 모든 직원을 포함한다.

라. 가상의 비교대상자

한편, 비교대상자의 존재와 관련하여, ‘가상의 비교대상자’가 존재할 수 있는가에 대한 논의가 있다. 비정규직 차별시정 사건에서 문제되었던 경우로서, 차별시정을 요구하는 기간제 근로자와 “동종 또는 유사업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로자”가 존재하지 않음에 따라 직제상 존재하지 않고 존재할 가능성도 없는 가상의 비교대상근로자를 상정한 후 차별이 존재하지 않는다고 주장한 경우가 있었다. 이와 관련하여 법원은 “차별시정을 요구하는 기간제 근로자의 비교대상 근로자는 동일한 사용자에게 고용된 근로자에 한정된다는 점에서, 사용자에 의해 고용되어 동일한 회사에서 차별시정을 요구하는 근로자들과 유사한 업무에 종사하고 근무기간도 비교적 근사(近似)한 정규직 근로자가 존재한다면 그 근로자이고, 그러한 근로자가 존재한다면 직제 상으로도 존재하지 아니하고 존재할 가능성도 없는 가상의 비교대상 근로자를 상정하여 그를 비교대상 근로자로 선정해서는 안 된다.”(서울고등법원 2016. 7. 8. 선고 2015누62561 판결)고 판단한 바 있다.

가상의 비교대상자는, 일부 문헌에서는 성립가능하다고 보기도 하지만, 특별히 법상 근거가 없고, 비교대상자 자체에 대한 명확한 기준이 없는 현재의 국가인권위원회법에 따른 차별판단에서는 설정되기 어렵다. 특히 가상의 비교대상자를 설정하기 위해서는 차별조사의 과정에서 먼저 비교대상자 선

정에 대한 명확한 기준을 갖고 비교대상자를 선정한 후, 그것이 불가능할 때 가상의 범위에 대한 기준을 갖고 가상의 비교대상자를 찾아야 하는데, 다양한 차별사유들 모두에 대해 이러한 가상의 비교대상자 선정 기준을 정립할 수 있을 것인가라는 현실적 문제에서부터 출발하여, 어떤 사유들에 대해 가상의 비교대상자 선정을 허용할 수 있을 것인가라는 전문적 영역의 문제에 이르기까지 해결해야 할 문제가 많다. 이에 앞서, 가상의 비교대상자를 차별심사 과정에서 허용할 것인가에 대한 합의부터 이루어져야 할 필요도 있다.

따라서, 현재의 차별판단 과정에서는 비교대상자의 존재를 전제해야 하고, 가상의 비교대상자까지 고려할 수는 없을 것으로 보인다.

2. 차별행위

국가인권위원회법은 평등권 침해의 차별행위는 합리적인 이유 없이 차별금지사유를 이유로 이루어지는 “우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”라고 규정하고 있다. 개별적인 차별금지법에서는 금지되는 차별행위를 “불리하게 처우하는 것”이라고 규정하고 있는 경우도 있지만(기간제법 제2조 제3호), “제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우”, “불리한 결과를 초래하는 경우”, “정당한 편의 제공을 거부하는 경우”, “제한·배제·분리·거부 등 불리한 대우를 표시·조장하는 광고를 직접 행하거나 그러한 광고를 허용·조장하는 경우”를 모두 금지되는 차별행위로서 규정하고 있는 경우도 있고(장애인차별금지법 제4조 제1항), “차별하여서는 아니 된다”라고만 규정하는 경우도 있다(연령차별금지법 제4조의3 제1항).

어떤 차별행위를 금지할 것인가는, 개별적 차별금지법의 경우에는 해당 법의 취지와 목적 그리고 차별금지의 내용에 따라 정해진다. 기간제법은 법의 발생 자체가 “기간제근로자, 단시간근로자 등 비정규직 근로자가 급격히 증가하고 이들 근로자에 대한 차별적 처우와 남용행위가 사회적문제로 대두됨에 따라, 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 사용자의 남용행위를 규제함으로써 이들 근로자의 근로조건을 보호하고 노동시장의 건전한 발전을 도모하려는 것”이었기 때문에 차별행위가 “불리하게 처우하는 것”에 집중된다. 차별행위의 내용이 주로 임금 등 근로조건과 관련이 되어 있다는 점도 차별행위의 종류와 관련이 있을 것이다. 상대적으로 다양한 차별행위를 규정하고 있는 장애인차별금지법은 “모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통해 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하려는 것”을 그 제정목적으로 한다. 단순히 불이익한 처우로부터의 구제를 목적으로 하는 것이 아니라 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익 구제, 장애인의 완전한 사회참여, 인간의 존엄과 가치의 구현과 같은 법 제정 목적에 따라서 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우 이외, 편의제공거부나 차별적 광고 행위 등에 대해서까지 법상 차별행위로 규정하고 있다.

국가인권위원회법이 규정하는 차별행위에는 ① 우대, ② 배제, ③ 구별, ④ 불리하게 대우하는 행위가 있다. 각 행위가 병렬적으로 나열된 구조이기 때문에 각각이 독립적인 차별행위를 구성하는 것으로 볼 수 있는데, 이것은 장애인차별금지법이 제한·배제·분리·거부를 통해 불리하게 대하는 차별행위를 금지하고 있는 것과 다른 구조이다. 즉, 장애인차별금지법은 제한·배제·분리·거부를 통해 장애인에게 불리한 결과를 초래했을 때 그것을 차별행위라고 보고 있지만, 국가인권위원회법은 우대·배제·구별과 불리하게 대우하는 행위가 각각 별개의 독립적인 차별행위인 것이다. 또한 국가인권위원회법은 ‘우대’하는 행위도 차별행위라고 규정하고 있는 것이 다른 개별적인 차별금지법제들과 큰 차이가 있다. 물론 이때의 우대는 적극적 차별개선조치로서의 우대와는 다른 의미이다.

가. 차별행위로서 ‘우대’의 의미

국가인권위원회법이 규정하는 차별행위 가운데 배제하거나 구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 대표적인 차별행위라고 할 수 있는데 ‘우대’하는 것을 차별행위로 규정하고 있는 것은 다소 이례적이다. ‘우대’의 의미는 두 가지 다른 방향으로 해석될 수 있다. 첫째는 비교대상자에 비하여 차별금지 사유속성을 가진 사람을 우대하는 것이 차별행위라는 것이고, 둘째는 차별금지사유속성을 가진 사람에 비하여 비교대상자를 우대하는 것이 차별행위라는 것이다. 국가인권위원회에 진정이 제기된 여러 사례들은 주로 두 번째 해석과 관련되어 있다. 예를 들어, 여성들을 우대하여 할인혜택을 주는 행위가 남성에 대한 차별이라고 주장이 되거나(17진정0998800), 통신사가 대학생들에게 인터넷 가입 요금에 대한 우대를 하는 것이 차별이라고 주장이 되는 등이다(12진정0145100). 이러한 사례가 금지되는 차별행위로서 우대하는 행위에 해당이 된다고 본다면, 차별행위로서의 우대는 배제나 구별, 불리하게 대우하는 행위와 다른 성격을 갖는 것이라고 볼 수 있다. 배제나 구별, 불리하게 대우하는 행위는 분명히 비교대상자에 비하여 차별금지사유속성을 가진 사람을 배제하거나 구별하거나 불리하게 대우하는 행위임을 의미하는 것이기 때문이다. 즉 차별의 주체와 객체가 우대의 차별행위와, 배제·구별·불리하게 대우하는 행위에서 다르다.

그런데, 첫 번째와 같이 해석될 여지는 전혀 없는 것인가에 대해서도 생각해 볼 필요는 있다. 차별금지사유속성을 가진 사람을 비교대상자에 비하여 우대한 것이 합리적 이유가 없는 차별행위가 될 수 있는가의 문제인 것이다. 이 문제는 그리 단순하지 않을 수 있는데, 다른 차별행위인 ‘구별’과 밀접하게 연관되어 있을 수 있기 때문이다. 예를 들어, 상업시설을 이용함에 있어 특정한 병력을 가진 사람을 그러하지 않은 사람에 비하여 우대하고 특별한 조치를 취하는 것은 ‘구별’의 차별행위일 수 있을 것인데, 그에 앞서 ‘우대’의 차별행위가 될 수도 있다. 교육시설과 관련하여 특정 학교 출신들이 특별편입학학생이라는 이유로 재학생들과 의도적으로 구별이 되면서 우대를 받았다면 이 또한 ‘구별’의 차별행위이면서, ‘우대’의 차별행위가 될 수 있다. 단순히 우대를 해주었다는 자체가 하나의 독립적인 차별행위로 구성될 수 있는 경우를 쉽게 상상해볼 수 없는 이유는, 우대의 차별행위 자체가 구별의 차별행위의 내용을 이루는 것이 대부분일 것이라고 생각되기 때문이다. 그렇다면 ‘우대’가 과연 독립적인 차별행위의 성격을 가질 수 있는가에 대한 검토가 뒤따를 필요가 있다. 장애인차별법에서는 장애인을 우대하는 조치를 별도의 차별행위로 규정하고 있지 않는데, 그 이유가 아마도 여기에 있기 때문이 아닐까 생각된다.

한편, ‘우대’는 국가인권위원회법이 규정하고 있는 “현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람을 잠정적으로 우대하는 행위”와 구분이 되어야 한다. 차별행위로서의 ‘우대’와 적극적 차별개선조치로서의 ‘우대’는 전혀 성격을 달리하는 것이기 때문이다. 그런데 이것이 명확하게 구분이 될 수 있는 것일지에 대한 의문이 든다. 위에서 예를 든 교육시설이용과 관련한 특정 학교 출신에 대한 우대·구별은 어떤 측면에서는 해당 학교 출신에 대한 차별을 없애기 위해 이루어지는 잠정적 우대조치일 수 있다. 그러나 이것이 금지되는 차별행위로서 우대에 해당할 수도 있는 것이다.

나. 차별행위로서 ‘배제’와 ‘구별’의 의미

국가인권위원회법은 차별행위로서 ‘배제’를 규정하고 있다. 사전적으로 ‘배제’는 받아들이지 않는 것을 의미한다. ‘배제’가 차별행위로 다루어진 사례는, 군장학생 제도가 남성만을 선발 대상으로 하여 여성을 배제한 경우(16진정0343700 : 차별 인정), 교수 초빙공고에서 특정학과 여교수의 비율이 의

무채용비율인 20%에 미달하는 상황에서 지원자격을 여성으로만 한정된 경우(15진정0540800 : 차별 불인정), 공공기관의 시민참여위원회에 모집하였지만 여성위원 비율을 맞추기 위해 기존에 위원으로서 연임한 사람을 배제한 경우(16진정0557300 : 차별 불인정), 근로청소년 임대아파트를 운영하면서 지원자격을 여성으로 제한한 경우(12진정0588100, 13진정008730(병합) : 차별 불인정), 군사학과 여학생에 대한 군장학금 지급 배제(13진정0478400 : 차별 불인정) 등이 있다.

한편, 국가인권위원회법은 차별행위로서 '구별'을 규정하고 있다. 사전적으로 '구별'은 성질이나 종류에 따라 갈라놓는 것을 의미한다. '구별'이 차별행위로 다루어진 사례는, 간이귀화 심사 기간이 자녀가 있으면 1년에서 1년 6개월 걸리고, 자녀가 없으면 2년 6개월에서 3년이 걸리게 함으로써 자녀 유무에 따라 귀화심사기간을 구별한 경우(09진차0000005 : 차별 불인정), 학교가 폐쇄되어 인근 대학으로 특별편입학하게 된 대상자들에게 석차분리방침을 시행한 경우(18진정0103000·18진정0266800(병합) : 차별 인정), 출석부 번호 배정에서 남녀를 구별하여 남학생에게 앞 번호, 여학생에게 뒷 번호를 부여하는 경우(06직차6 : 차별 인정) 등이 있다.

차별행위로서 '우대'나 '불리하게 대우'하는 것을 수직적 차별행위라고 한다면, '배제'나 '구별'은 수평적 차별행위라고 할 수 있다. 수평적 차별행위 가운데에서도 '배제'는 차별행위로서 인지가능성이 높은 반면, '구별'은 금지되지 않는 차별행위와 금지되는 차별행위의 구분이 상당히 어려운 분야라고 생각된다. 수평적 차별행위가 다수 발생하는 영역은 재화 등의 공급이나 이용, 교육시설 등의 이용 영역인데, 차별금지사유속성을 가진 사람들이 재화 등의 공급이나 이용, 교육시설 등의 이용 영역에서 '배제'되는 경우에는 차별이 존재하는지 여부를 판단할 수 있는 가능성을 갖지만, 단지 '구별'되는 것이 차별인가에 대한 의문이 종종 발생할 것이기 때문이고, 실질적인 사례에서는 '배제'와 '구별'의 구분이 모호한 경우도 많을 것이기 때문이다. 예를 들어, 항공조종사 채용 응시자격을 '항공운항관련학과 졸업자'로 제한한 것이 학력에 의한 차별인지 판단과정에서 인권위원회는 전문직 응시대상자의 일정 정도 자격요건 제한을 두는 것은 정당하다 보았으나, 국내항공운항학과 개설 대학은 3곳, 졸업자 배출 학교는 2곳이라는 점에서 항공운항관련학과 졸업자 제한 규정은 지원자 집단이 매우 소수가 될 수밖에 없으며, 원천적으로 학력요건을 갖추지 못한 자의 응시 기회를 원천적으로 박탈한다는 이유로 차별이라고 판단하였다(11진정0180500). 이때 국가인권위원회는 항공조종사 채용 응시자격을 '항공운항관련학과 졸업자'로 제한한 행위가 항공운항관련학과 졸업자격을 갖추지 못한 사람을 배제하였기 때문에 차별이라고 본 것인지, 아니면 '항공운항관련학과 졸업자'와 그렇지 않은 사람을 구분하였기 때문에 차별이라고 본 것인지 분명하지 않다. 보는 방향에 따라 '배제'행위로도 볼 수 있고, '구별' 행위로도 볼 수 있을 듯하다.

'배제'의 차별행위와 '구별'의 차별행위의 구분이 모호하기는 하지만, '배제'는 많은 경우 배제를 당한 사람에게 불이익이 발생할 수 있다. 배제됨으로써 고용되지 못하는 것, 배제됨으로써 재화 등의 공급이나 이용을 하지 못하게 되는 것, 배제됨으로써 교육시설을 이용하지 못하는 것 등 자체가 불이익을 구성하는 것이기 때문이다. 반면 '구별'은 반드시 그러하지는 않다는 점에서 '배제'와 구분할 수 있다. 예를 들어, 국가인권위원회는 출석부 번호 배정에서 남녀를 구별하여 남학생에게 앞 번호, 여학생에게 뒷 번호를 부여하는 것이 차별이라는 것을 최근에도 서울의 한 초등학교에 대하여 인정하였는데, 그 이유는 "성차별적 관행을 다수결로 채택했다고 해서 차별적 행위가 정당화될 수 있는 것은 아니"고, "남학생에게 앞번호를, 여학생에게는 뒷번호를 부여하는 출석번호 방식은 어린 학생들에게 남성이 여성보다 우선한다는 생각을 갖게 한다"며 "남녀 간에 선호가 있다는 차별 의식을 사회적으로 확산시킬 수 있는 성차별적 관행"이라며 시정을 권고했다.²⁸⁾ 이러한 '구별'의 차별행위는 구별된 차별의 피해자에게 불이익이 현재화되어 나타나지 않을 수 있다. 오히려 사회적 편견의 조장과

28) http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/856891.html#csidx63d02bc3105dd58906a7106f806e7d6

차별의식의 사회적 확산이라는 다소 추상적이고 비가시적이며 미래적인 영향을 이유로 차별을 인정하게 되는 것이다.

다. 차별행위로서 ‘불리하게 대우’하는 것의 의미

앞서 말한 바와 같이, 장애인차별금지법에서는 제한·배제·분리·거부를 통해 장애인에게 불리한 결과를 초래했을 때 그것을 차별행위라고 보고 있지만, 국가인권위원회법은 우대·배제·구별과 불리하게 대우하는 행위가 각각 별개의 독립적인 차별행위이다.

국가인권위원회는 ‘불리하게 대우’한다는 것이란 차별금지사유속성을 가진 사람을 비교대상자와 비교하여 불이익하게 취급하는 것이라고 설명한다(07직차2 등 결정 등 참조). 특히 고용상의 불이익과 관련하여 국가인권위원회는 “경제적 불이익에 국한되지 않고 비경제적 불이익까지 포함하여 비교대상에 비해 불리한 대우를 받는 일체를 통칭하는 것이고, 그것은 비단 과거와 현재 뿐만 아니라 불이익하게 취급하려고 하는 미래의 행위도 포함하는 개념”이라고 한다(16진차0089000).

차별금지영역에서 발생하는 불이익한 취급은 다른 차별행위인 우대(비교대상자를 차별금지사유속성을 가진 사람에 비하여 우대)나 배제·구별의 결과인 경우도 있겠지만, 법문의 구조상 반드시 우대나 배제·구별이 전제되는 것은 아니기 때문에 판단 구조상 우대·배제·구별행위가 존재했는지 여부가 문제되지는 않는다(다만, 국가인권위원회는 사안의 판단 과정에서 어떤 차별행위가 있었는지를 명확하게 구분하지 않는 경우도 있다).

라. 추가적인 문제

차별금지사유에 따라 차별금지영역에서 발생하는 차별행위를 고려할 때 우리는 대개 차별금지사유속성을 가진 사람의 전형을 생각한다. 국적차별의 문제에서는 외국인에 비하여 내국인을 차별하는 것이 그 전형이라고 생각하는 것이 아니라 내국인에 비하여 외국인을 차별하는 것이 국적차별의 전형이라고 생각하는 것과 같이 말이다. 임신·출산 등을 이유로 하는 차별의 문제도 임신자를 임신하지 않은 자에 비하여 차별하는 것에 대한 문제이지, 임신하지 않은 자를 임신한 자에 비하여 차별하는 것에 대한 문제라고 생각하지 않는 것, 학력이 낮은 자를 학력에 높은 자에 비하여 차별하는 것을 학력차별이라고 생각하는 것, 성 소수자를 차별하는 것이 성적 지향을 이유로 하는 차별이라고 생각하는 것 등도 그러하다. 이러한 경우는 대개 어느 쪽이 차별의 문제에 취약한 사회적 약자인가에 대한 구분을 하기 때문에 그러하다.²⁹⁾ 그런데 연령 차별의 문제, 출신 지역 차별의 문제, 종교 차별의 문제, 사상 또는 정치적 의견 등의 문제 등과 같이 누가 차별에 취약한가에 대한 구분이 다른 차별금지사유에 비하여 뚜렷하지 않은 경우들도 분명히 존재한다.

국가인권위원회에 진정된 사건들 중에는 역차별의 문제를 다루고 있는 경우가 있다. 그러나 대부분의 경우 역차별 주장은 받아들여지지 않았다.

〈역차별 주장 사례 : 모두 기각됨〉

- 정부지원사업시 여성에게 가산점을 준 것이 남성에게 대한 역차별이라는 주장(18진정0332200)
- 여성공학도 육성을 위한 재정지원이 남성에게 대한 역차별이라는 주장(16진정0718700)

29) 국가인권위원회도 차별의 대상을 ‘사회적 약자’로서 구별되는 경우로 보고 있는 듯하다. 예를 들어, 간호조무사 직제 폐지로 인한 해고 사건(09진차0000686)에서 간호조무사라는 직업군이 다른 보건의료직종에 비해 사회적 약자로서 구별되거나 위원회의 조사대상에 해당하는 차별사유 중 어느 하나로 구분되는 집단이라고 보기 어렵다는 이유로 해당 직업군을 사회적 신분 사유에 해당하지 않는다고 판단하였다.

- 경찰행정학과 특채에 있어 남성과 여성의 체력시험 합격기준점수가 남성보다 여성이 낮은 것이 남성에 대한 역차별이라는 주장(14진정0553000)
- 경찰공무원 성별통합채용이 남성에 대한 역차별이라는 주장(12진정0737400)
- 여자대학이 남성에 대한 역차별이라는 주장(04진차000011, 16진정0417700)
- 여성자원봉사자들은 새로 지은 숙소에 배정하고, 남성 봉사자들은 낡은 숙소를 배정한 것이 남성에 대한 역차별이라는 주장(18진정0101600)
- 만 2세 미만의 자녀를 양육하는 여성에게만 육아를 위한 전보제한기회를 주는 것이 남성에 대한 역차별이라는 주장(15진정0925700)
- 지자체운정직공무원신규채용시 국가유공자 우대비율을 과도하게 적용한 것이 비국가유공자에 대한 역차별이라는 주장(17진정0450700)
- 65세 이상자, 장애인, 기초생활수급자에게만 공공일자리 반복참여를 허용하는 것이 역차별이라는 주장(18진정00200000)
- 실업급여 연장 지급에 있어 경제적 수준을 기준으로 하는 것이 역차별이라는 주장(12진정0295300)
- 국공립(병설)유치원 원생모집 시에 1, 2순위에 저소득층 자녀를 우선 배정하고 3순위에 일반인 자녀를 배정하는 것이 역차별이라는 주장(11진정0642200, 11진정0639900)
- 공공기관 지역인재채용정책에 따라 특정 지역 출신자에게 가산점을 부여하는 것이 역차별이라는 주장(17진정10742000)
- 베트남 항공이 같은 요금의 항공편 이용에 대해 베트남 국적의 근로자와 다문화가정에게는 무료 수하물을 40kg까지 허용하면서 한국인에게는 20kg까지 허용한 것이 역차별이라는 주장(17진정 1160100)
- 지방자치단체가 다문화보육료 지원대상을 정하면서 외국에서 15년 미만 거주한 자를 대상에서 제외하는 것이 역차별이라는 주장(11진정0461200)
- 고졸인턴을 모집하면서 대학 졸업예정자와 졸업자는 지원을 할 수 없도록 한 것이 역차별이라는 주장(16진정0510300)

확실히, 지금까지 주장된 역차별 사례들은 합리적인 이유가 없는 차별이라고 보기에 다소 부적절한 측면들이 있기는 하지만, 이러한 역차별에 대한 주장을 판단함에 있어 차별에 대한 취약성이라는 기준이 영향을 미침으로써 차별의 성립 가능성을 저평가하지 않도록 유의할 필요가 있다. 특히 차별 행위를 불리하게 대우하는 것과 함께 우대·배제·구분을 독립적인 차별행위로 규정하고 있는 국가인권위원회법상 차별의 판단에서는 더욱 역차별의 문제를 신중하게 판단할 필요가 있을 것이라고 본다.

3. 합리성 판단 기준

차별금지사유에 따른 차별금지영역에서의 차별행위가 있었다 할지라도, 현행 국가인권위원회 및 개별적 차별금지법제는 모두 “합리적인 이유”가 있었는지에 따라 차별의 성립을 판단한다. 차별의 개념에 관한 부분에서 말한 바와 같이, 법이 금지하는 차별은 모든 차별이 아니라 “합리적인 이유”가 존재하지 않는 차별이기 때문이다.

가. 차별심사기준

특정 집단에 속한다는 이유로 불리하게 대우할 경우 그에 대해 합리적인 이유를 밝히지 않는 한 그것은 위법한 차별이 된다. 이는 특정 집단에 속한다는 이유로 해당 개인을 불리하게 대우한 것이 사실로 간주될 경우 불리하게 대우한 자는 불리하게 대우한 것에 대해 합리적인 이유를 밝혀야 면책 되는 것을 의미한다. 이를 객관적 정당화라고 한다. 결국 해당 비교 집단이 서로 같은 자격조건을 가지지 아니하였음을 입증하는 것을 의미한다.

어떤 법률에 의한 차등대우가 헌법상 평등권에 위반되는지 여부를 검토할 때 헌법재판소는 미국과 독일 판례를 통해 발전된 법리의 영향을 받아 형성해온 차별심사기준을 적용하고 있는바, 그 엄격성의 정도에 따라 엄격심사기준 또는 완화된 심사기준 등으로 분류된다.

헌법재판소의 평등심사는 국회나 정부 또는 대법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회와 같은 다른 헌법기관에 의해 제정된 법률이나 명령·규칙(법규명령적 성격의 규칙)이 평등권을 침해하거나 평등 원칙에 위배되는지 여부를 심사하는 것으로 헌법상 보장된 평등권이나 평등원칙 또는 차별금지원칙이 심사기준이 된다. 그렇지만 헌법상 요청되는 평등이나 차별금지의 내용은 매우 추상적이어서 이를 구체화한 기준이 필요한데 헌법재판소는 이러한 구체적 기준을 발전시켜 왔고, 이러한 구체적 기준은 ‘자의금지원칙’이라는 단일한 기준에서 ‘비례성원칙’이나 ‘완화된 비례성원칙’과 같은 다양한 기준으로 변화되어 왔다.³⁰⁾

헌법재판소는 제대군인가산점제 사건³¹⁾을 계기로 평등심사기준을 입법형성권의 크기를 기준으로 자의금지와 비례성심사로 구분하는 공식을 제시했다.³²⁾ 같은 차등대우라도 완화된 심사기준을 적용하면 합리적인 것으로 판단되나 엄격한 심사기준을 적용하면 합리적이지 않은 것으로 판단될 수도 있다.

헌법재판소 결정에 따르면, 헌법이 특별히 평등을 요구하고 있거나 그 차별이 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 이른바 엄격한 심사기준이 적용된다고 하여 평등의 원칙에 대한 심사기준을 보다 강화하고 있다. 이러한 경우에는 차별취급이 합리적인 이유를 가지고 있는 것만으로는 부족하고, 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립할 것까지 요구하고 있다. 그 전형적인 사례가 헌법 제11조제1항에서 차별금지의 사유로서 들고 있는 “성별”에 의한 차별이다.

즉, 헌법재판소는 “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이나, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것인바, 가산점제도는 헌법 제32조 제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있는 “근로” 내지 “고용”의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이고, 또한 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문에 엄격한 심사척도가 적용된다 …”고 하고 있다(헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌마363 결정).

완화된 심사척도의 경우 합리적 이유에 대해서는 그것이 명백한 불합리성이 전제되지 않는 한 합리적으로 수용될 여지가 넓지만, 엄격한 심사척도가 적용되는 경우에는 단지 자의금지에 해당하지 않을 뿐만 아니라 그러한 수단의 선택에 있어서도 목적달성을 위하여 적절한 것인가를 함께 심사하기 때문에 차별에 해당하지 않음을 입증해야 할 부담이 그만큼 가중된다.³³⁾

30) 이준일(2012), “헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준”, 『세계헌법연구』 제18권 제2호, 335쪽.

31) 헌법재판소 1999. 12. 23.자 98헌마363 결정.

32) 정태호(2013), “헌법재판소 평등권 심사기준의 재정립 필요성”, 『헌법학연구』 제19권 제3호, 82쪽.

33) 박중희 외(2006), 『비정규직 차별금지 판단기준 및 운영에 관한 연구』, 중앙노동위원회 연구용역 보고서, 26쪽.

그런데 위와 같은 헌법재판소의 차별심사 기준은 주지하는 바와 같이 법률이 일반적 평등권을 침해하는지 여부를 판단하기 위해 적용하는 심사기준에 관한 헌법재판소의 판례를 통해 형성되어온 법리라는 점에서 이러한 기준을 국가인권위원회법상 차별 해당 여부를 판단함에 있어 그대로 적용하는 것이 타당한지 의문이 제기될 수 있다. 즉, 엄격한 심사척도와 완화된 심사척도의 구분은 평등원칙을 적용하는 일반적 기준이 아니라 입법자에게 허용되는 입법형성권 정도를 판단하기 위한 것이고, 예를 들어 오늘날 우리 사회에서는 비정규직과 같은 고용형태 역시 쉽게 변하지 않는 '사회적 신분'화 되어 인적 속성으로 해석될 수 있는 여지도 커졌다는 점 등을 고려한다면 성별, 인종 등과 같이 전통적으로 인격적 요소가 문제되었던 차별 사유와 그 외의 차별 사유의 구별이 반드시 절대적인 구별이라고 보기 어려운 측면이 있다는 점을 유의할 필요가 있다.

특히 국가에 의한 차별행위만을 심사하는 헌법재판소와 달리 국가인권위원회는 국가뿐만 아니라 사인에 의한 차별행위를 판단할 수 있다는 차이가 있고, 헌법재판소가 심사하는 국가의 차별행위는 주로 법령이며, 평등권을 침해하거나 평등원칙에 위배되는 법령은 위헌으로 선언되어 무효가 되는 반면 국가인권위원회가 판단하는 국가의 차별행위는 법령뿐만 아니라 제도나 정책 또는 관행까지도 포함되지만 평등권을 침해하는 차별적 법령이나 제도 또는 정책이나 관행은 무효가 되지 않고 단지 개선 또는 시정에 대한 권고나 의견표명만 가능하다는 차이가 있다.³⁴⁾ 법령으로 차별행위를 하는 입법부와 평등을 기준으로 법령에 대해서 심사하는 사법부 간에는 헌법상 요구되는 권력분립원칙이 적용된다는 점에서 원칙적으로 헌법재판소는 민주적 정당성을 가진 의회의 결정을 존중해야 하므로 언제나 엄격한 심사강도로 심사할 수는 없는 반면, 법령이나 제도 또는 정책이나 관행이 차별인지를 판단하는 국가인권위원회는 사법부가 아니라는 점에서 헌법재판소와는 차이가 있다.³⁵⁾ 무엇보다도 헌법재판소와 국가인권위원회의 가장 큰 차이는 국가인권위원회가 사인(私人)에 의한 차별행위에 대해 판단할 수 있다는 점이 지적될 수 있다.³⁶⁾

법원은 불리한 대우가 정당화되는 합리적 이유에 대해 사회통념상의 합리성으로 이해하고 있는 것으로 보인다. 그렇지만 이처럼 합리적 이유를 사회통념상의 합리성으로 해석하면 차별의 존재를 인정받기 어려워진다. 예를 들어 성차별이 문제되는 경우, 성별과 불이익 처분 사이에 인과관계가 존재해도 문제된 처분이 사회통념상 합리성이 있으면 차별이 성립되지 않는 것으로 판단할 수 있기 때문이다. 이처럼 사회통념에 비추어 합리성을 판단하는 경우, 법관의 재량 범위가 지나치게 넓고 사회통념이라는 추상적 기준으로 인해 합리성 유무의 판단에 있어 주관을 배제하기 어렵다는 문제가 있다.³⁷⁾

국가인권위원회가 차별 여부를 판단하면서 일관되게 적용하고 있는 기준은 차별대우에 “합리적인 이유가 있는지 여부”라고 할 수 있다.³⁸⁾ 국가인권위원회법은 차별 여부를 판단하기 위한 합리적 이유에 대한 구체적인 기준은 제시하고 있지 않다. 다만, 국가인권위원회 역시 헌법재판소와 마찬가지로 엄격한 비례의 원칙에 따른 심사 척도와 완화된 심사 척도를 적용하여 판단한 사례들을 발견할 수 있다. 예를 들어, 엄격한 심사기준을 적용한 사례로는 “중도 이상 색신이상자들의 경찰공무원 신규채용 응시자격을 제한하는 것은, 신체조건을 이유로 한 배제행위임과 동시에 공무담임권 및 직업선택의 자유라는 기본권의 중대한 제약에 해당한다고 할 것이므로, 자격제한의 합리성 판단을 위해서는 엄격한 비례의 원칙이 적용되어야 한다(16진정1062200·17진정0521500)”고 판단한 사례, 공군사관학교를 졸업한다고 해서 모두 조종분야로 진출하는 것이 아님에도 공군사관학교 입학생 모집요강의 신체검사 기준에서 선발인원 전원에 대하여 「공중근무자 신체조건」 상의 신장제한(162cm~196cm)

34) 이준일(2012), 앞의 논문, 340쪽.

35) 이준일(2012), 앞의 논문, 340쪽.

36) 이준일(2012), 앞의 논문, 341쪽.

37) 박선영·박복순·권혜자·김원정(2009), 『남녀고용평등법 시행 20년의 성과와 과제』, 한국여성정책연구원, 68-69쪽.

38) 이준일(2012), 앞의 논문, 341쪽.

을 자격요건으로 두고 있는 것에 합리성이 있는지 문제된 경우에 대해 “신체의 자유라는 중대한 기본권의 침해에 대한 판단기준으로서 엄격한 심사기준에 의해 판단하더라도 우수한 공군조종사와 군사전문가의 양성 인력을 충원하기 위한 목적의 정당성이 인정되고, 「공중근무자 신체검사」에 따른 수단의 적정성이 인정되며, 다른 군사학교나 군장교로의 진로가 막혀 있지 않기 때문에 침해의 최소성 또한 인정된다 할 것이어서 위와 같은 신장제한이 불합리한 차별이라고 볼 수 없다(16진정 0154000)”고 판단한 사례가 있다. 완화된 심사기준이 적용된 사례로는 “진정인이 크게 제작된 다른 의류업체의 옷을 입을 수 있음에도 특정 업체의 옷을 입고자 하는 것은 침해되는 이익이 매우 중대하거나 심각한 것으로 보기 어려워 보다 완화된 심사기준을 적용할 수 있을 것(09진차0000986)”이라고 판단한 경우가 있다.

그렇지만 개별 사안에서 합리적 이유를 판단함에 있어 국가인권위원회는 기본적으로 실정법인 헌법의 관점에서 심사하는 사법기관이 아니라 자연법이라 할 수 있는 인권의 관점에서 판단하는 인권기구이기 때문에 헌법재판소의 판단보다 더 이상적인 수준의 기준에 따라 판단함으로써 인권 보호와 향상에 더 기여할 수 있다는 점³⁹⁾이 고려될 필요가 있고, 국가인권위원회가 반드시 헌법재판소와 같은 심사척도를 적용해야 하는 것은 아니다.

다만, 차별의 사유에 따른 합리성 판단 기준을 어느 정도는 체계적으로 정립해 둘 필요가 있기는 하다. 현재 진정사건들에 대한 국가인권위원회의 판단은, 비교적 명백하게 차별이 성립하는 것으로 보이는 경우들에서 조차도, 그것이 차별이라는 판단을 하면서도 어떤 기준에 따라 금지되는 차별에 해당하는지에 대해서는 크게 다루지 않는 경우가 종종 보인다. 또한 사유에 따라 요구되는 합리성의 정도에도 차이가 있을 수 있는데, 예를 들어 성을 이유로 하는 차별사건과 연령을 이유로 하는 차별사건에서 금지되는 차별을 판단하는 합리성 판단 기준은 반드시 동일하지 않을 수 있다. 그러나 국가인권위원회의 진정사건들에서는 과연 사유에 따른 합리성 판단 기준이 언제나 같은지, 아니면 사유에 따라 달리 적용될 수 있는지 등이 분명하지 않다.

결국, 합리성 판단과 관련한 국가인권위원회의 기준 및 체계를 어느 정도 정비할 필요가 강하게 요구되는데, ① 매우 엄격한 합리성 판단 기준이 요구되는 사유, ② 비교적 엄격한 합리성 판단 기준이 요구되는 사유, ③ 비교적 완화된 합리성 판단 기준이 요구되는 사유 등으로 구분을 한 후, 차별행위의 종류와 차별행위가 발생한 영역에 따라 판단 기준을 정립하는 것을 생각해볼 수 있다. 이때, 매우 엄격한 합리성 판단 기준이 요구되는 대표적인 사유가 성별, 종교와 사상, 사회적 신분, 인종과 같은 전통적인 차별금지사유로서 개인의 정체성을 형성하거나 또는 거의 변하기 어려운 속성을 이유로 하는 차별금지사유라고 한다면, 비교적 완화된 합리성 판단 기준이 요구되는 대표적인 사유는 연령이나 학력과 같이 자연법칙에 따라 누구나 갖게 될 가능성이 있는 속성 혹은 개인의 선택이나 노력⁴⁰⁾ 여하에 따라 변할 수 있는 속성이 포함된 차별금지사유라고 생각된다.

39) 이준일(2012), 앞의 논문, 352쪽.

40) 다만 이 단어가 능력주의적 관점에서 차별금지사유의 속성에 접근하고 있는 것이라는 오해가 있지 않을까 우려되는데, 능력주의가 또 하나의 차별적 관점을 내포하고 있다는 점에 충분히 유의하면서, 그럼에도 불구하고 특정 분야의 전문성과 관련된 자격을 취득하였는지 여부가 합리적인 범위에서는 그러한 자격을 취득하지 않은 사람과 구별할 수 있는 합리적인 이유가 될 수 있다는 점에서 ‘노력’이라는 단어를 사용하였음을 밝힌다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

<p>해외 차별판단지침</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 캐나다 연령지침(Age Guidelines (SI/78-165)) 제3조(지침) 일반 공중이 관례적으로 이용할 수 있는 상품, 서비스, 시설 또는 숙박 시설의 제공에 있어 개인과 관련하여 불리한 차별이 아동, 청소년 또는 노인 에 대한 요금, 요율 또는 수수료의 감액 또는 면제(reduction or absence of rates, fares or charges)에만 근거한 경우에는 불리한 차별은 합리적이며, 위원회의 의견으로는 법 제5조가 의미하는 차별적 처우가 아니다.
<p>해외법제</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act) 제15조 (1) 예외 다음의 경우는 차별적 처우에 해당하지 않는다. (a) 사용자에 의해 설정된 고용과 관련된 모든 거부, 배제, 제명, 자격정지, 제한, 특정 또는 선호가 진정한(bona fide) 직업요건에 근거한 경우 (b) 법률 또는 이 항과 관련하여 총독(Governor in Council)이 제정한 규칙에 의한 최소연령에 도달하지 않았거나 최고연령에 도달했음을 이유로 어떠한 개인의 고용을 거부하거나 고용을 종료시키는 행위 (c) [폐지, 2011, c. 24, s. 166] (d) 사용자, 근로자 단체, 사용자 단체가 설정한 연금지급 기금 및 계획이 연금혜택기준법(1985) 제17조와 제18조에 따라 고정된 또는 결정가능한 연령(determinable age)에 이르면 의무적으로 연금지급을 이행하도록 되어 있는 경우 (d.1) 등록결합연금기금(pooled registered pension plan)이 연금보험법⁴¹⁾ 제48조 또는 제55조에 따라 고정연령에만 변동지급 또는 기금 이전을 하도록 규정하는 경우 (e) 어떠한 개인이 금지된 차별사유에 대하여 이 법 제27조 제2항에 따라 캐나다 인권위원회가 제정한 지침이 합리적 요인(reasonable factor)으로 규정한 방식에 따라 차별을 받은 경우 (f) 사용자, 근로자 단체, 사용자단체가 여성 직원에게 임신 또는 출산과 관련한 특별휴가 또는 급여를 부여하거나, 직원에서 육아를 지원하기 위한 특별휴가 또는 급여를 부여하는 경우 (g) 제5조나 제6조에 규정된 상황에서, 어떠한 개인이 상품, 용역, 시설 또는 숙박의 이용이나 상업용 건물 또는 주거의 점유 또는 접근을 거부당하거나 또는 불리한 구별(adverse differentiation)의 피해자이나 그러한 거부나 구별에 대한 진정한(bona fide) 정당성이 있는 경우 ▪ 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) 제5조 (공정적 조치) 제8조 내지 제10조 및 제20조에 열거된 사유에 해당하지 않더라도, 제1조에 열거된 사유를 원인으로 하는 현존하는 차별을 해소 또는 완화시키기 위한 적합·적정한 조치로서 행하여지는 차별적 대우는 허용된다. 제8조 (직업상 필요에 의해 허용되는 차별대우) (1) 제1조에 열거된 사유를 이유로 하는 차별 대우는 차별의 근거가 수행해야 할 활동의 종류 또는 그 활동 수행의 요건으로 인하여 본질적이고 결정적인 직업상 필연성이라고 인정되는 때에는, 그 목적에 적합하고 적절한 범위 내인 경우에 한하여 허용된다. (2) 제1조에서 열거된 사유를 이유로 하여 동일 또는 동일가치의 노동에 대한 저액의 보수 합의는 제1조에 열거된 사유를 이유로 한 특별 보호규정을 적용한다는 방식으로는 정당화되지 않는다. 제9조 (종교·세계관에 의해 허용되는 차별대우) (1) 제8조와는 별개로, 자기결정권의 관점에서 각각의 종교단체 또는 인적단체의 자기이해를 고려할 때 혹은 (종교단체 또는 인적단체의) 활동의 종류에 따라 만일 특정한 종교 또는 세계관을 가지는 것이 정당화될 수 있는 직업상 필요에 해당하는 경우에는, 종교 또는 세계관에 의한 차별대우는 종교단체에 의한 채용의 경우, (조직의 법적 형식을 불문하고) 그 종교단체에 소속된 조직에 의한 채용의 경우, 또는 공동으로 어떠한 종교 혹은 어떠한 세계관으로부터 도출되는 의무를 사명으로 하는 인적단체에 의한 채용의 경우에 허용된다. (2) 종교·세계관을 이유로 하는 차별대우의 금지는 제1항에서 열거된 종교단체, (조직의 법적 형식을 불문하고) 그 종교단체에 소속된 조직 또는 공동으로 어떠한 종교 혹은 어떠한 세계관으로부터 도출되는 의무를 사명으로 하는 인적단체가 그들의 취업자에게 그들 각각이 가지는 자기이해라는 의미에서 충실하고 성실한 행위를 요구할 수 있는 권리를 제한하지 못한다. 제10조 (연령에 의해 허용되는 차별대우) 제8조와는 별개로, 연령을 이유로 하는 차별대우는 그 차별대우가 적정하며 합리적일 뿐만 아니라 적법한 목적에 의해 정당화된 경우에는 허용된다. 이러한 목적을 달성하기 위한 수단은 적정하고 필수적이어야 한다. 다음 각 호의 사항은

	<p>이러한 종류의 차별적 대우에 포섭될 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 청년, 고령의 취업자 및 후견의무 대상자의 취업을 촉진하거나 그들을 보호하기 위하여, 급여 및 취업관계의 종료와 관련된 조건을 정하는 것을 포함하여, 취업과 직업교육을 받을 수 있는 조건을 확정하는 것 그리고 특히 취업조건과 근로조건을 확정하는 것 2. 취업의 가능성을 높이기 위해서 혹은 취업과 관련된 특정한 이점을 주기 위해, 연령, 직업 경험 또는 근무연한에 최소조건을 설정하는 것 3. 특수한 직업교육이 필요한 특정한 사업장에서의 고용을 위해 또는 정년에 도달하기 전에 적절한 취업기간확보의 필요성이 있는 경우 최고연령의 제한을 정하는 것 4. 직업과 관련된 사회보장제도의 범위 내에서 특정 취업자 또는 취업자의 집단을 위해 상이한 연령제한을 설정하는 것, 그리고 직업과 관련된 사회보장제도의 범위 내에서 보험 수리적 계산을 위해 연령기준을 사용하는 것을 포함하여 직업과 관련된 사회보장의 경우에 노령연금 또는 장애급여의 자격이나 수급을 위한 전제조건으로서 연령제한을 설정하는 것 5. 취업자가 연령을 이유로 연금신청을 할 수 있는 시점에서 (고용관계와 관련된 계약의) 해지 없이도 취업관계가 종료되도록 규정한 합의; 사회법전 제6권 제41조는 이에 영향을 받지 않는다. 6. 만일 (취업과 관련한) 계약당사자들이 나이 또는 취업기간에 따르는 보상규정을 만들었는데, 노동시장에서는 나이를 비교적 강하게 고려하기 때문에 발생하는 연령에 따라 현저하게 기회부여가 달리되는 것을 그 보상규정에서 눈에 띄게 고려하였거나 또는 보상규정에서 취업자가 (경우에 따라서는 실업수당과 관련되어) 연금을 받을 수 있는 권리가 있기 때문에, 사회적 계획으로 인한 급부로부터 배제되어 있는 경우에, 경영조직 법률의 의미에서 사회적 계획에 속하는 급부들 간의 차이 <p>제20조 (차별대우가 허용되는 경우) (1) 종교, 장애, 연령, 성적 정체성 또는 성별로 인해 차별 대우에 관해 객관적인 이유가 있는 때에는 차별금지 위반이 되지 아니한다. 이는 특히 다음의 각 호의 경우에 그러하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 위협의 회피, 손해의 예방 또는 이에 준하는 다른 목적을 위한 경우 2. 사생활 또는 개인의 안전보호를 위하여 필요한 경우 4. 차별대우가 종교와 관련되어 있으며, 그러한 차별대우가 종교의 자유를 행사한다는 관점에서 혹은 종교단체, (조직의 법적 형식을 불문하고) 그 종교단체에 소속된 조직 및 공동으로 어떠한 종교로 도출되는 의무를 사명으로 하는 인적단체의 자기결정권의 관점에서, 각각의 자기 이해를 고려할 때 정당화될 수 있는 경우 <p>(2) 임신 및 모성과 관련된 비용은 어떠한 경우에도 차별적인 보험료 또는 차별적인 급부의 결과를 도출할 수 없다. 제19조 제1항 제2호에 있어서 종교, 장애, 연령 또는 성적 정체성을 사유로 하는 차별대우는, 이러한 차별대우가 적정한 위험산출에 관한 승인된 원칙에 근거하는 경우, 특히 통계적 검증 하에 보험 수학적으로 이루어진 위험평가에 근거하는 경우에만 가능하다.</p>
--	---

나. 진정직업자격

1) 진정직업자적의 개념 및 관련 법규정

기업이 요구하는 어떠한 기준이 직무상 필수적인 조건 즉 진정직업자적에 해당하거나 기업 문화 또는 조직질서를 유지하는데 필요한 조건으로서 합리성이 인정되면 정당성 항변이 받아들여져 법 위반의 문제가 발생하지 않게 된다. 그렇지만 차별판단기준인 ‘진정직업자적’이나 ‘합리성’은 불확정 개념이므로 사례를 통해 그 의미를 구체화할 필요가 있다.

현행 법령 중 진정직업자적에 대해 규정하고 있는 예로는 남녀고용평등법을 들 수 있다. 동법 제2조에서는 ‘차별이란 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’라고 규정하고 있다. 또한 이 차별에는 사업주가 채용조건이나 근로조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성(性)에 비하여 현저히 적고 그에 따라 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 증명할 수 없는 경우도 포함하여 직접 차

41) Pooled Registered Pension Plans Act.

별과 간접차별을 포함하고 있다. 다만 직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우, 여성 근로자의 임신·출산·수유 등 모성보호를 위한 조치를 하는 경우, 그 밖에 이 법 또는 다른 법률에 따라 적극적 고용개선조치를 하는 경우 등은 예외적으로 차별로 보지 않고 있다. 또한 제7조 내지 제11조는 채용 모집단계에서부터 해고에 이르는 과정에서 여성 등을 이유로 부당하게 차별하는 것을 금지하고 있지만 성차별의 예외로서 “직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우”인 “진정직업자격”은 성차별로 보지 않는다.

한편, 노동부의 「남녀고용평등업무처리규정」(고용노동부예규 제117호, 2016. 9. 5., 일부개정) 제2조는 합리적인 이유의 판단기준에 대해 남녀고용평등법 제2조제1호에 따라 성을 사유로 근로자를 달리 대우함에 합리적 이유가 있으려면 해당 사업의 목적과 직무의 성질·형태·작업조건 등을 구체적·종합적으로 고려하여 기업경영상 남녀를 다르게 대우할 필요성이 인정되고 그 방법·정도 등이 적정하여야 한다고 규정하면서, 법 제2조제1호 단서의 가목에서 ‘직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우’란 특정 성이 반드시 직무의 핵심적인 내용을 수행하여야 하는 경우로 다음 중 어느 하나에 해당하는 경우라고 규정하고 있다.

- ① 예술 그 밖의 예능 분야에서 표현의 진실성을 이유로 특정 성을 필요로 하는 경우 (예: 남성 역할을 위한 남성 배우·모델 등)
- ② 직무 수행상 탈의나 신체접촉 등이 발생하여 프라이버시 유지를 위해 특정 성을 필요로 하는 경우(예: 여성 목욕탕의 여성 목욕관리사, 여성 장애인·여성 환자의 여성 도우미 등)
- ③ 사업장의 성격 또는 장소로 특정 성의 근로자가 사용자가 제공하는 시설 외에서 거주하는 것이 불가능하고 적절한 대체시설을 이용하기 어려운 경우(예: 여성 기숙사의 여성 사감 등)
- ④ 그 밖에 직무상 특정 성으로 하는 것이 불가피한 것으로 인정되는 경우

「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」은 제4조의4에서 사업주가 합리적 이유 없이 모집·채용, 임금, 임금외의 금품 지급 및 복리후생, 교육·훈련, 배치·전보·승진, 퇴직·해고 등에서 연령을 이유로 근로자 또는 근로자가 되려는 자를 차별해서는 안된다고 규정하고 있으며, 다만 동법 제4조의5는 차별금지의 예외를 규정하면서 직무의 성격에 비추어 특정 연령기준이 불가피하게 요구되는 경우는 연령차별로 보지 아니한다고 하여 진정직업자격에 의한 차별금지의 예외에 대해 규정하고 있다.

「장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률」은 제4조에서 장애인에 대한 차별행위를 규정하고 있고, 다만, 금지된 차별행위가 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우(이 경우 특정 직무나 사업 수행의 성질은 교육 등의 서비스에도 적용되는 것으로 본다.) 이를 차별로 보지 아니한다(제4조 제3항).

한편, 미국의 고용평등기회위원회(Equal Employment Opportunity Commission, EEOC)는 직접차별 판단에 있어서 사용자가 진정직업자격을 주장하기 위한 요건을 다음과 같이 제시하고 있다.

- ① 우선 안전하고 효과적인 직무의 수행, 특정 성, 종교 또는 출신민족, 연령의 근로자를 고용할 수 없다는 점을 입증해야 한다.
- ② 해당 기준이 사업의 운영 그 자체의 “본질(essence)”적인 내용의 객관적인 수행과 직접적으로 관련이 있음을 입증할 것이 요구된다. 따라서 차별을 주장하는 자가 가진 특성을 이유로 그 직무의 본질적인 직무를 수행할 수 없다는 것을 입증함으로써 진정직업자격이 인정될 수 있다. 사용자는 문제가 된 개별 근로자의 실질적인 능력을 측정하여 “핵심적인” 직무수행이 불가능하

다는 것을 입증하여야만 차별의 위법책임에서 벗어날 수 있다. 그러므로 차별을 주장하는 자는 그 특성으로 인해 해당 직무의 “핵심(core)”적인 내용을 수행할 수 없다는 점을 입증할 수 없다면, 진정직업자격 항변은 인정되지 않는다.

③ 그리고 장애인의 경우에는 장애인차별금지법에 따라 편의제공의무를 이행하였음을 입증하여야 한다.

간접차별 판단에 있어서 미국 연방대법원은 법률이 가진 구제상의 목적이라는 광의의 해석을 통해 법률을 확장하여 적용하였다. 간접차별이 문제되는 기준은 보호되는 집단에 대한 실질적인 불리한 영향을 입증함으로써 일단 구제신청인(원고)이 차별의 일응입증을 하면, 입증책임은 피신청인(사용자)에게로 전환된다.

EEOC의 차별판단지침에 따르면, 성별에 관한 진정직업자격 예외규정은 엄격하게 협의로 해석되어야 한다고 한다. 예를 들어 여성의 근무특성에 관한 가정에 근거한 고용거부, 양성애에 대한 고정관념에 근거한 고용거부, 동료들, 사용자, 의뢰인 또는 고객의 선호를 이유로 하는 고용거부 등은 진정직업자격으로 인정되지 않는다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

<p>해외사례</p>	<ul style="list-style-type: none"> <p>■ [캐나다] 체력검사조건이 진정직업요건인지 여부 Tawney Meiorin은 브리티시 컬럼비아 산림청에 소방관으로 고용되었다. 정부는 채용된 지 3년 만에 전 직원이 의무적으로 합격해야 하는 체력검사를 도입하였고, Meiorin은 2.5km를 11분 만에 주파하는 기준을 제외한 모든 기준을 충족하였으나, 4번의 시도 끝에, Meiorin의 최고 기록은 허용된 최대 허용 시간보다 49.4초를 초과하였고, 결과적으로 해고되었다. 이 사례는 아무리 노력하더라도 극복할 수 없는 (생태적인) 체력조건을 여성에게 부과함으로써 여성의 직업선택의 기회를 제한하는 것은 진정직업요건으로 인정될 수 있는지 여부가 쟁점이 되었다. SCC는 능력기준의 채택이 그 직무를 수행하는데 상대적으로 요구되는 것이라 하더라도 여성이 아무리 노력하더라도 극복할 수 없는 (생태적인) 체력조건을 여성에게 부과함으로써 여성의 직업선택의 기회를 제한하는 것은 진정직업요건으로 인정되지 못한다고 판단하였다. SCC는 이후 Meiorin 기준으로 불리게 된 ① 합리적인 직무관련성, ② 진실하고 선의에 기한 믿음, ③ 합리적인 필요성과 그 판단기준으로 편의제공으로 인한 과도한 부담의 발생 여부의 세 가지 기준을 제시하였다. 나아가 사용자가 편의를 제공함에 있어 부담하여야 하는 부담의 정도가 과도한 것인지 여부에 대해 사용자에게 입증책임을 부과하고 있으며, 진정직업요건을 판단함에 있어 특정 ‘성’에게 평등한 고용의 기회를 제공하도록 하기 위한 선행요건으로 합리적인 대안의 조사와 편의제공 의무를 요구하였다. (British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v British Columbia Government Service Employees’ Union [1999] 3 SCR 3)</p>
<p>해외 차별판단지침</p>	<ul style="list-style-type: none"> <p>■ 미국 Enforcement Guidance on Pregnancy Discrimination and Related Issues(EEOC-CVG-2015-1) A. PDA(임신차별금지법) 적용범위 3. 임신 가능성 또는 임신 계획 대법원은 제7장은 “사용자가 임신이 가능하다는 것을 이유로 여성을 차별하는 것을 금지한다”고 판결하였다. 따라서, 여성이 임신할 수 있음을 이유로 직업의 기회나 혜택과 관련하여 차별되어서는 아니 된다. a. 임신 가능성에 근거한 차별 대부분의 경우, 근로자나 태아에 발생할 수 있는 위험에 관한 사용자의 우려가 임신 가능성이 있는 여성을 대상으로 하는 직무에 대한 성별 특징적인 제한을 정당화하지 않는다. 대법원은 이와 같은 원칙에 의거하여 배터리 제조사가 납 농도가 과도하다고 규정되어 태아를 위험에 노출시킬 수 있는 직무로부터 가임 여성들을 광범위하게 배제하였으나 -가임 남성들은 그와 유사한 정도로 배제하지 않음-으로써 제7장을 위반하였다고 판결하였다. 법원에 따르면, 이와 같은 정책은 “특정 직무를 위하여 생식 보건에 미치는 위험을 감수하고자 하는지 여부에 관하여” 가임 남성들에게는 주어진 선택의 기회를 가임 여성들에게는 인정하지 않았기 때문에 성별에 근거한 표면상의 분류를 만들어 냈다. 이에 따라 해당 정책의 정당성은 사용자가 여성의 불임이 진정한 진정직업자격(BFOQ)에 해당하였음을 증명하는 경우에 한하여 입증될 수 있</p>

	<p>다. 법원은, “태어날 아이의 복지에 관한 사항은 그 부모를 고용하고 있는 사용자가 결정하는 것이 아니라, 아이를 임신, 출산 및 양육할 부모가 결정하도록 하여야 한다” 고 설명하였다.</p> <p>B. PDA 적용대상인 인사결정의 평가</p> <p>1. 차별적 처우</p> <p>c. 진정직업자격(BFOQ)의 항변</p> <p>어떤 경우, 사용자는 임신하지 않은 상태가 진정직업자격(BFOQ)에 해당하기 때문에 임신하였거나 임신할 가능성이 있는 여성을 특정 직무에서 배제하는 것이 정당하다고 주장할 수 있다. 그러나 이와 같은 항변은 성별에 근거한 차별에 대한 일반적인 금지에 있어 극히 적게 인정되는 예외이다. BFOQ를 입증하고자 하는 사용자는 임신이 여성 근로자가 해당 직무를 수행하는 능력을 실질적으로 제한한다는 사실을 증명하여야 하고,⁴²⁾ 해당 직무에 요구되는 확인이 가능한 능력은 추상적이고 주관적인 기준이기 보다는 객관적인 기준이어야 한다.</p>
--	---

2) 국가인권위원회 결정상 진정직업자격

가) 성별

국가인권위원회는 지원자격을 남성으로 제한하는 것이 문제된 사례에서 현금을 수송해야 하고 무거운 샘플을 가지고 다니면서 영업을 해야 하는 점, 건설현장에서 직접 시험시공을 해야 한다는 점 등의 이유로 여성이 근무하기에 어려운 조건이라서 여성을 채용할 수 없다는 주장에 대해 현금의 운반은 남녀 공히 위험한 업무이고, 비록 샘플이 무겁다고 하더라도 여성 중에서도 남성보다 신체적, 체력적으로 우위에 있는 여성이 있을 수 있어 남성만이 그 일을 할 수 있는 것이 아니며, 현장에서의 시험시공 역시 여성 중에서도 남성만큼 신체적, 체력적으로 뒷받침이 될 수 있는 자가 있다고 보았다. 즉, 강인한 체력이 요구된다는 이유로 모든 여성이 해당 직무를 수행할 수 없다고 볼 수 없다고 판단하여 성차별금지의 예외로서의 진정직업자격을 인정하지 않았다(인권위 07.3.28.자 07진차56 결정).

‘사용자나 같은 사업장에 근무하는 근로자집단 모집의뢰인 또는 고객의 선호’ 는 차별이 허용되는 예외로 인정되지 않는다. 즉, 여성간호사에 대한 고객의 선호 등을 이유로 남성을 배제한 것이 문제된 사건에서 신체가 노출되는 진료 및 치료에서 일반적으로 여성 환자들이 여성간호사를 더 선호할 수 있다는 점이 인정되나, 채용 예정 업무에서 대장 내시경과 자궁암 검진이 각각 주당 평균 1.5건, 2.5건에 지나지 않아 전체 업무에 비해 비중이 크다고 보기 어려운 점, 기존 간호사들의 부서이동, 업무 재배치가 확인되는바 향후 종합검진수요 확대 시 이러한 업무를 여성간호사에게 담당하도록 할 수 있는 점, 만약 남성간호사를 꺼려하는 여성 환자가 발생할 경우 실무 상 여성간호사에게 이를 대신하도록 할 수 있으므로, 단순히 남성이라는 이유로 채용에서 배제하는 것은 합리적 이유 없는 차별행위라고 판단했다(인권위 2008. 1. 28.자 07진차654 결정).

경찰공무원 공개채용 시험에서 여성 채용인원을 대폭 낮춰 구분 모집하는 것은 금지되는 차별에 해당된다. 경찰청은 강력범 체포, 주취자 처리, 조직폭력배 체포, 불법폭력시위 진압 등 물리력이 요구되며, 2004년 기준으로 남성 범죄자가 83.3%이고, 잦은 야간근무, 장거리 출장, 불규칙한 근무시간 등으로 여성이 감당하기 어려운 직무여건이 보편적이라고 주장했다. 그러나 국가인권위원회는 경찰공무원 채용시 필기시험 65%, 면접(자격증점수, 적성검사) 25%, 체력검사 10%의 비율로 시험성적을 반영하고 있는데, 이는 제압능력과 체력이 매우 중요한 업무수행능력이라고 한 앞서의 주장과 상반되며, 신입경찰관 교육에서 성별로 분리하여 교육을 실시하는 점, 직무교육에서도 긴급상황을 제압

42) Int'l Union, United Auto., Aerospace & Agric. Implement Workers of Am. v. Johnson Controls, 499 U.S. 187, 204 (1991).

하기 위한 교육을 집중적으로 실시하지 않는 점 등으로 볼 때, 채용기준이 강인한 체력과 관계가 명확하지 않은 상황에서 여성 채용인원을 대폭 낮춰 구분 모집하는 것은 차별에 해당한다고 판단했다(2005. 12. 5.자 04진기213).

경찰간부후보생 모집시 일반분야는 여성지원 비율을 40명 중 5명으로 제한하고, 세무, 회계, 외사, 전산·정보통신 분야 등 특수분야는 남성만 지원 가능하도록 한 것에 대해서도 국가인권위원회는 금지되는 차별행위에 해당한다고 판단했다(2013. 9. 10.자 13진정9300). 소방공무원 채용에서 성별에 따라 분리모집한 것 역시 차별행위라고 판단하였는바, 성별은 경찰공무원이나 소방공무원 업무에서 진정직업자격을 해당하지 않기 때문이다(2007. 8. 27.자 05진차430).

국가인권위원회는 학춤이 남성 무라는 이유로 여성을 보유자, 보유자후보, 전수조교 지정시에 배제한 사건에서 무형문화재를 원형대로 보존한다는 의미는 춤을 얼마나 몸에 잘 체득하고 있는가하는 기능 또는 예능에 따라 판단해야 하는 것이므로 여성을 배제하는 것은 차별이라고 판단했다(2007. 10. 30.자 07진차350).

나) 종교

경향성이 있는 사업이거나 종교기관의 경우, 기관의 종교의 자유를 보장할 필요성이 인정될 때에는 종교의 자유 보호라는 측면도 함께 고려될 수 있다. 국가인권위원회 결정 중 종교가 진정직업자격에 해당되는지 여부가 문제된 사례를 살펴보면 다음과 같다.

- ① 종교의 이념과 무관한 학과의 교수 채용에서 세례기독교인이어야 할 필요성을 찾아볼 수 없으므로 세례기독교인 증명서를 요구하는 것은 고용차별에 해당한다(2007. 5. 14. 05진차345).
- ② 명시적으로는 비기독교인의 응시를 제한하지 않으나, 지원서 항목에 세례유무와 세례연도, 교회를 적도록 하고, 전공분야를 기독교적으로 수행하기 위한 지원자의 계획을 질문하며 나아가 신앙 간증, 신앙 고백 등을 적도록 하여 채용 항목 점수로 반영하겠다는 의사를 표시하는 경우, 정관에 기독교 지도자 양성을 설립목적으로 하고 있더라도, 기독교와 무관한 11개 학과를 운영하고 있는 대학교의 경우 교수 채용에서 실질적으로 기독교인인지를 고려하는 것은 고용차별에 해당한다(2007. 10. 22.자 05진차494).
- ③ 대학은 고등교육기관으로서 일반적인 종교단체와는 구별되며, 공공성과 개별 학부·학과 혹은 교과과정의 내용 및 성격을 개별적으로 고려하지 않은 채 모든 교수직 채용에서 일률적으로 기독교인인지 여부를 자격요건으로 하는 것은 필수적 직업자격에 해당된다고 보기 어렵다. 직원의 경우에도 영적 또는 종교적 업무와 밀접하게 관련이 없다면 기독교인이라는 요건은 진정직업자격에 해당하지 않는다. 이에 직원 또는 교수 채용시 응시자격을 기독교인으로 제한하는 인사규정은 차별에 해당한다(2008. 8. 25.자 07진차1012, 2010. 5. 10.자 09진차1241).

다) 나이

나이차별로 진정을 당한 피진정인측에서는 나이제한이 필요하다는 이유로 주로 업무수행 능력, 조직문화, 근무기간의 확보, 사회적 인적자원 활용의 효율성, 민간기업의 자율성 등을 들고 있다. 업무수행 능력 관련 주장은 발전 가능성 있는 젊고 유능한 인재의 확보, 업무 특성상 강인한 체력 및 신체적 활동성 등이고, 조직문화 관련 주장은 조직 구성원 나이분포의 균형 유지, 유기적 업무협조, 엄격한 지휘체계의 필요성, 조직 고령화 방지, 조직의 효율성과 능동성 확보 등이다. 또한 근무기간 확보와 관련하여 주장된 점은 정년까지의 근무기간이 어느 정도 확보되어야 한다는 주장, 교육기간, 업

무경험 등을 통해 전문가로 양성한 후 일정한 근속기간이 확보되어야 한다는 주장, 일정한 직급으로의 승진소요연수를 고려하여야 한다는 주장, 연금 수급에 필요한 근속기간을 확보하여야 한다는 주장 등이다. 사회적 인적자원 활용의 효율성으로서 주장된 내용은 채용의 효율성과 경제성, 수험기간 장기화에 따른 수험생의 자기실현 기회 상실 등이 고려되어야 한다는 것이다. 그러나 국가인권위원회는 이러한 주장들에 대하여 합리적 이유에 해당되지 않는다고 판단하였다.⁴³⁾

국가인권위원회는 채용과정에서 동점자 발생시 연장자를 우선 합격시킨 경우(2006.4.10.자 06진차 59), 서류심사에서 나이에 따른 배점기준을 적용해 고령자에게 낮은 점수를 부여한 경우, 면접에서 나이 관련 질문을 한 경우, 고객 선호를 이유로 고령자 채용을 거부한 경우 등에 대해 모두 합리적인 이유 없는 차별로 보았다.

한편, 채용 차별 사건의 경우에는 차별의 피해자가 고령자인 경우와 연소자인 경우가 모두 나타나는데 사용자가 연장자를 우대하는 경우에 합리성으로서 내세우는 주장은 고령자가 사회 경험이 많고 보다 높은 책임감을 가지고 있기 때문에 우대하여야 한다거나 응시기회가 적어 취업이 어려운 고령자를 우대할 필요가 있다는 주장 등이었다. 반면 연소자를 우대하는 경우에는 젊은 서비스 제공자를 선호하는 고객의 요청이 있다는 점이 주장되기도 하였다. 그러나 이러한 주장들 역시 합리적 이유로서 인정되지 않았다.⁴⁴⁾

라) 출신지역 차별

지방공무원 채용시 거주자로 응시자격을 제한한 사안에서, 지방공무원임용령 제42조 제2항은 근무 예정 지역별, 근무 예정 기관별이나 거주지별로 분리하여 임용시험을 실시할 수 있도록 규정하고 있으므로 이에 기해 지방자치권 행사 및 지역주민에 대한 우대행위로서 합리성이 인정될 수 있으므로 불합리한 차별행위에 해당하지 않는다고 판단되었다(2009. 3. 11.자 08진차1144).

마) 신체조건

신체조건이란 대체로 개인이 마음대로 통제할 수 없는 것을 의미하는데, 예를 들어 키, 몸무게, 몸의 부피, 반점 등이 포함되며, 쉽게 지울 수 없는 문신도 포함될 수 있다. 진정직업자격으로서의 신체조건이 문제된 국가인권위원회 결정을 살펴보면 다음과 같다.

- ① 키와 몸무게를 일률적으로 제한하면서 업무상 필요한 자격요건임을 입증하지 못하는 경우 차별행위에 해당한다. 경찰, 소방, 교정직, 소년보호직, 철도공안직 공무원 채용에 있어 시위진압, 범인검거, 주취자 처리 등을 위해 신체적이나 체력적으로 우위에 있어야 하므로 키-몸무게를 제한해야 한다고 주장하나, 업무상 필요한 자격요건이라면 객관적이고 과학적인 측정방법에 의거하여 구체적으로 제시되어야 함에도 근거 없이 일률적으로 신체조건에 제한을 둔 경우 차별에 해당한다(2005. 4. 11.자 03진차562).
- ② 색각이상의 정도와 관계없이 색각이상자 전체에 대하여 응시자격을 부여하지 않는 것은 직무관련성이나 업무상 불가피성을 인정하기 어려워 차별행위에 해당한다. 경찰공무원, 해양경찰공무원, 소방공무원의 임용기준에 특히 색각이상자 제한 규정이 포함되어 있는데, 소방방재청은 정확한 색깔구분은 화재진압방법 선택·환자이송·화재진압도구관리 등 직무수행을 위해 필수적이라

43) 이성택, “국가인권위원회 차별 조사 및 결정례 분석 - 나이차별과 장애차별”, 『고용차별 개선 전북 네트워크』 상근자 교육 자료, 고용차별개선 전북 네트워크, 2011, 8면 참조.

44) 이성택, 위의 글, 9면 참조.

고 주장하나, 심한 정도의 색각이상인 경우에는 채용 제한을 두지 않은 외국의 사례, 유사한 소방업무를 담당하는 의무소방원의 경우 색맹의 경우에만 입대를 제한하는 점, 색맹자의 취업만 제한하였던 2005년 이전까지 채용된 색각이상 소방공무원 중 문제가 발생된 사례가 없는 점 등으로 볼 때 직무관련성 및 업무상 불가피성을 인정하기 어렵다(2005. 6. 20.자 04진차207·04진차363·04진차367·04진차382·05진차7·05진차54·05진차234·05진차279 병합).

- ③ 경찰공무원 임용시험에서 문신의 위치·형태 및 노출 여부에 관계없이 문신이 있는 자를 불합격 처리하는 것은 차별행위에 해당한다. 경찰청은 경찰에 대한 신뢰감 저하, 경찰 상호간 화합 저해의 우려를 주장하나, 문신한 자에 대한 사회적 편견과 잘못하면 노출될 수도 있다는 막연한 위험 가능성에 근거한 주장이며, 업무상 필요성을 넘어서 채용에서 배제하는 것이므로 합리성이 인정될 수 없다(2005. 5. 23.자 04진기1).
- ④ 항공사 객실승무원 채용시 키 162cm 이상일 것을 요구하는 것은 신체조건을 이유로 한 차별행위에 해당한다. 항공사는 적재함 개폐업무, 적재함 비치용품 장탈업무, 적재함 내부 보안점검 업무를 정상적으로 수행하기 위한 최소한의 요건이며 외국항공사들이 암리치(Arm reach)를 기준으로 하거나 더 적은 키를 요건으로 하는 이유는 항공기 보유기종이나 국가별 법적 규제 등의 차이 때문이라고 주장하고 있으나, 키 162cm 이상이 객실승무원의 업무 수행을 위한 필수적인 조건으로 인정하기 어렵고 과학적이고 객관적인 업무분석에 기초하여 객실승무원의 업무상 불가피한 신체적 조건을 다시 설정할 수 있도록 채용제도 개선이 요구된다(2008. 3. 24.자 07진차87·07진차182·07진차193·07진차436·08진차60 병합).

바) 전과

전과에 대한 사회적 편견이 작용하여 일률적으로 전과자에게 응시 기회를 제한하거나 전과 관련한 질문을 하는 경우 차별로 판단될 수 있다. 반면 취업하려는 직무가 고도의 윤리의식과 준법의식 그리고 엄격한 책임 추궁이 요청되는 경우에는 전과를 문제 삼을 수도 있다. 국가인권위원회의 사례들을 살펴보면 다음과 같다.

- ① 국가보안법 위반으로 징역형을 선고받은 후 사면·복권되어 형의 효력이 실효되었음에도 신원조사 회보상 전과가 있음을 이유로 교원 임용 제정하지 않는 것은 차별이다(2003. 1. 27.자 02진차47).
- ② 형의 효력이 실효된 후 용접 담당 군무원 채용시 면접시험에서 교도소 수감여부, 죄명, 전과자의 군무원 시험 응시가능 여부 등 전과에 대해 질문한 것은 차별이다(2006. 7. 18.자 04진차300).
- ③ 기능직 조무직렬 시험에 최종 합격한 사람들에 대하여 임용 관련 법규에 합격취소 사유에 대해 규정되어 있지 않음에도 전과를 이유로 합격을 취소한 것은 차별행위이다(2006. 11. 13.자 06진차530·06진차564 병합).
- ④ 구청 보건소 전산분야 전임계약직 합격자에 대하여 법령에 규정된 임용 결격사유에 해당하지 않는 벌금형을 받았을 뿐임에도 기관 내부규칙에 근거하여 임용 불합격처분한 것은 전과자라는 사회적 신분을 이유로 한 차별이다(2008. 10. 27.자 08진차615).
- ⑤ 경찰 채용 면접시험 응시자를 대상으로 보안업무규정상 신원조사를 하고, 범죄 경력이나 수사 받은 전력, 기소유예 또는 무혐의 처분된 정보까지 심사위원들에게 제공한 것은 차별이다(2012. 3. 21.자 11진정03007100·11진정0658600·11진정0668500 병합).
- ⑥ 형의 실효 등에 관한 법률 상 이미 보존기간이 지난 수사경력(불기소처분 경력)을 이유로 임용

을 거부한 것은 차별이다(2012. 10. 31.자 12진정0720400 결정).

사) 학력 차별

학력이란 초·중등교육법, 고등교육법에서 정한 교육기관의 졸업 또는 이수, 학점 인정 등에 관한 법률에서 정한 교육인적자원부장관의 평가인증을 받은 교육훈련기관에서의 학습과정의 이수, 독학에 의한 학위취득에 관한 법률에서 정한 학위취득 종합시험에 합격한 자에 대한 학사학위 취득, 평생교육법에 의한 평생교육 시설의 교육과정 이수에 따른 학력 또는 학위의 취득, 초·중등교육법 제43조 제1항, 제47조 제1항에 따른 학력인정을 포함한 수학 경력 및 특정 교육기관의 졸업·이수 여부를 의미한다.⁴⁵⁾

채용시 학력을 요구하는 것이 차별의 합리적 이유 내지 진정직업자격에 해당될 수 있는지 여부가 문제된 국가인권위원회 사례로서 항공사 국제선 승무원 모집시 응시자격을 4년제 대학 이상의 학력 소지자로 제한한 사안에서, 항공사는 국제선 서비스품질의 차별화를 위한 목적이라고 주장했지만 객실승무원 업무규범에 의하면 승무원의 업무는 국내선과 국제선이 구분되지 않으므로 합리적인 이유라 보기 어렵다고 판단했다(2007. 10. 9.자 07진차97·07진차202 병합).

아) 출신학교 차별

출신학교란 학벌을 이유로 한 차별로 이해될 수 있다. 특정 학교에 대한 고정관념화된 사회적 평가에 기반하여 학교를 달리 평가하고 이를 채용에 반영하는 경우이다. 서울 소재 대학과 지방대학, 서울 소재 대학 중에서도 대학간에 서열을 세우는 사회통념을 받아들여 채용에 반영하는 경우이다.

- ① 원격대학 졸업자는 평생교육법에 의해 대학졸업자와 동등한 학력·학위가 인정됨에도 원격대학 졸업자에 대해 사회복지사 자격시험에 응시할 자격을 주지 않는 것은 차별행위에 해당한다(2006. 1. 25.자 05진차500·05진차506·05진차512·05진차514·05진차516·05진차525·05진차526·05진차531·05진차532·05진차533·05진차605 병합).
- ② 기간제 교원 채용시 출신 고등학교 소재 지역의 평준화 실시 여부에 따라 서류전형 점수를 차등 적용하고, 고등학교 성적에 대해 서류전형 평가항목 중 가장 높은 비중을 부여하여 실질적으로 채용을 좌우하도록 한 것은 불합리하다. 비평준화 지역 내에서도 성적이 우수한 학생들이 입학하는 학교와 그렇지 않은 학교가 있을 수 있는데 기간제 교원 채용 규정에 의하면 비평준화 지역 내의 우수한 고등학교 출신의 경우 평준화 지역 내 고등학교 출신보다 성적이 우수하여도 서류전형에서 불리한 점수를 받게 되는 것은 차별에 해당한다(2009. 9. 16.자 09진차136).

자) 병력 차별

병력이란 과거에 질병 또는 장애를 가졌던 경험을 의미한다. 고용관계에 있어서 병력을 이유로 한 차별이 합리성을 인정받기 위해서는 당해 병력이 없을 것이라는 조건이 해당직무를 수행하기 위해 반드시 필요한 자격이나 요건일 것, 또는 그것이 직무와 관련되고 경영상 불가피한 것이고, 또한 병력이 있는 자들의 직무 수행이 적절한 편의제공에 의해 이루어 질 수 없음을 입증하는 경우에 해당

45) 국가인권위원회 차별판단지침연구 테스크포스, 「차별판단지침」, 2008. 441면.

되어야 한다. 즉, 사용자는 개별 근로자의 실제적인 능력을 측정하여 현저하게 직무수행이 불가능하다는 것을 보여주어야만 합리적인 차별행위로 인정받을 수 있다.

- ① 건축직 신입사원 모집에서 활동성 B형 간염바이러스 보균자라는 이유로 채용에서 탈락시킨 사안과 관련하여, B형 간염바이러스는 활동성인 경우에도 일상적인 공동생활을 통해서 전염되지 않음이 밝혀졌으며, B형 간염바이러스 보균자가 아프리카 오지 현장에 근무할 수 있는지 여부는 의학적 전문 견해를 근거로 판단되어야 함에도 잘못된 사회통념을 근거로 고용상 불이익을 주는 것은 차별행위에 해당한다(2006. 12. 22.자 06진차142).
- ② 영업직 대졸 신입사원 채용시 향후 수행할 영업직 업무의 강도가 높다는 막연한 이유로 B형 간염바이러스 보균자를 불합격시킨 것은 차별행위에 해당한다(2007. 2. 20.자 06진차324, 2007. 3. 9.자 06진차392, 2009. 9. 16.자 09진차965, 2010. 10. 18.자 09진차1654, 2013. 3. 28.자 12진정0107900).
- ③ 방광암 수술 이력을 이유로 채용을 거부한 사례에서, 방광암의 경우 다른 악성종양에 비해 재발률이 높아 채용이 곤란하다고 주장하나 방광암의 재발률이 높다는 것은 추론에 불과하고 명확한 근거가 없는 경우 차별에 해당한다(2011. 11. 7.자 11진정0109800).

다. 적극적 평등실현조치

차별의 개념은 직접차별로부터 간접차별로, 그리고 구조적 차별의 인정으로 발전하고 있다. 법을 통해 어떤 것이 차별인지를 규정하는 한편, 그러한 차별을 금지하면서 차별 피해자의 권리를 구제하기 위한 절차적 수단과 제재조치를 마련해 둔다. 이러한 차별에 대한 금지와 구제는 어느 정도 사후적인 의미를 갖는다. 일단 차별 행위가 있는 후, 그것이 법적으로 금지된 차별인지, 만약 그것이 법적으로 금지된 차별이라면 차별의 피해자를 어떻게 구제할 것인지를 다루게 되기 때문이다.

그런데 차별의 금지와 구제라는 사후적인 조치만으로는 차별에 대응하는 것이 불충분할 때가 있다. 차별을 법적으로 금지하기 시작한 것은 비교적 근래의 일이지만, 차별은 이미 그 이전부터 이루어져 왔다. 미국 사회의 흑백차별, 우리나라의 남녀차별 등의 문제가 차별금지법제 이후에서야 발생한 것은 아닐 것이기 때문이다. 차별의 구조화가 선행된 후에야 차별금지법제가 차별을 금지하기 시작한 것이다.

차별이 구조화된 사회에서 차별의 피해자들은 여러 가지 선입견에 노출된다. 예를 들어 노동시장에서 여성이 노출되기 쉬운 선입견은 참으로 다양하다. 여성은 결혼하면 퇴사를 하니 중요한 일을 맡기 힘들다, 여성은 남성에 비해 책임감과 조직력이 약해 관리직에 어울리지 않다, 여성에게 어울리는 직종은 따로 있다, 여성이 하는 일은 남성에 비해 중요하지 않다, 학력이 높은 여성은 까다롭기만 하다, 여성은 일의 능력보다는 외모가 더 중요하다 등등. 이러한 선입견에 장기간 노출된 여성의 고용상 지위를 남성과 비교해 보면 어떤 결과가 나올까?

Kellough(2006)에 따르면 적극적 평등실현조치는 (특히 고용의 측면에서) “(과거로부터) 차별에 의해 고통 받고, 오랫동안 취업 혹은 승진의 기회를 박탈당해 온 집단에 대한 고용을 늘이기 위한 체계적인 노력”이라고 정의되고 있다. 보다 구체적으로, 적극적 평등실현조치는 기업이 소수자나 여성 등에게 기회를 재분배함으로써 차별을 극복하고 또 나아가 차별을 줄이도록 함으로써 평등 고용의 기회를 증진 시키고자 했던 기존의 시도들을 보완한 것이다. 즉, 적극적 평등실현조치는 다양한 사회집단 및 인종집단 사이의 불평등을 바로잡기 위해 구조적 재조정, 경제적 자원 혹은 기회의 재분배를 주장하고 있다(Tucker, 2000). 또한, 적극적 평등실현조치는 조직 내의 민족, 인종, 성별의 다양성을 증진시키는 데 기여를 한다(Kellough, 2006; Lawrence III, 2001). Taylor(1991)에 따르

면, 적극적 평등실현조치는 의도적인 혹은 의도적이지 않은 차별을 포함해 평등고용기회를 방해하는 불법적 장애물을 제거하는 특정 조치들을 의미한다고 한다. 비록 적극적 평등실현조치에 대한 명확하고 통일된 정의는 없지만(Tucker, 2000), 적극적 평등실현조치의 목적이 차별이 없는 작업 환경 혹은 사회 환경을 만드는데 있다는 것에는 합의가 이루어져 있다.⁴⁶⁾

1) 적극적 평등실현조치의 의의

적극적 평등실현조치는 차별의 금지만으로는 실질적으로 해소하기 불충분한 현존하는 현저한 차별을 해소하는데 필요한 조치로서, 해당차별을 받는 특정집단에 속하는 개인을 잠정적으로 우대하되, 그로 인해 불이익을 당하는 비우대집단의 개인(들)의 이익을 과도하게 침해하지 않고 경직적이지 않은 조치를 의미한다. 이와 같은 특성을 지닌 적극적 조치는 차별이 아니다.

차별의 시정이 아니라 순전히 다양성을 확보하기 위한 차원에서 특정 집단을 우대하는 것은 적극적 조치가 아니다. 적극적 조치 프로그램은 그로써 시정하고자 하는 불균형이 시정되면 종료되는 잠정적 또는 한시적인 것이어야 한다.

적극적 평등실현조치 프로그램이 비우대 집단의 개인의 권리 또는 이익을 과도하게 침해할 경우, 정당화 될 수 없다. '과도'한 침해가 어느 정도의 침해를 의미하는지는 사안별로 구체적으로 판단되어야 할 문제이다.

과도한 침해를 평가하는 척도와 관련하여서는 해당 프로그램이 비우대집단의 진출의 기회를 가로막는 정도 및 비우대집단의 개인의 생활에 끼치는 악영향등, 예를들어 어떤 적극적 조치프로그램이 비우대집단이 고용될 가능성을 지나치게 낮출 경우, 또는 비우대집단 소속 개인들의 해고를 야기하여 그들의 생활에 큰 타격을 가할 경우, 과도한 침해가 발생하였다고 볼 수 있다.

특정 집단에 대한 적극적 평등실현조치 내지 차별시정조치가 다른 집단에 대한 차별로 문제된 국가인권위원회 사례로서 제조업 생산직 채용시 4년제 졸업자를 배제한 사안에서, 기업측에서는 사회적 약자에게 채용기회를 주는 것은 오히려 차별시정조치라고 주장했는데, 국가인권위원회는 고졸자에 대한 적극적 평등실현조치의 효과를 가져온다고 하더라도, 고졸 지원자에 대하여 가산점을 부여하거나 채용 정원의 일정 비율을 할당하는 등의 방법을 사용하지 않고 고교, 전문대 졸업자로만 채용하는 것은 고학력을 이유로 한 차별로 판단하였다(13진정0812800).

2) 잠정적 우대조치와 적극적 보상조치

“잠정적 우대조치”와⁴⁷⁾ “적극적 보상조치”를 구별해야 하는 경우가 문제될 수 있다. 예를 들어 국가산점제도에 대한 헌법재판소 결정에서 헌법재판소는 “잠정적 우대조치”와 “적극적 보상조치”를 구별했다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363). 즉, 이 결정의 “잠정적 우대조치”에 대한 실시로부터 도출

46) 이 문단 전체는 김정인(2013), “한국의 적극적 평등실현조치에 대한 이론적 고찰 : 여성공무원 채용목표제를 중심으로”, 『정부학연구』 제19권 제1호, 고려대학교 정부학연구소, 101쪽에 정리된 내용을 인용하였다. 원본에서 사용하고 있는 학자들의 저술 목록은 다음과 같다.

Kellough(2006), Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination, and the Search for Justice. Georgetown University Press, Washington, D.C

Tucker, Ronnie Bernard(2000), Affirmative Action, The Supreme Court and Political Power in the Old Confederacy. University Press of America.

Taylor, Bron Raymond(1991), Affirmative Action at Work: Law, Politics, and Ethics. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

47) 본문에서는 ‘적극적 평등실현조치’ 라는 용어를 사용했는데, 여기에서는 헌법재판소 등의 판례를 인용하는 과정에서 판례 원문에 따라 ‘평등실현조치’ 와 ‘우대조치’ 라는 용어를 함께 사용하였다.

할 수 있는 적극적 평등실현조치의 표지는 (i) 종래 차별을 받아온 일정한 집단이 있고 그 집단의 구성원에 대해 적용하는 것으로서 그동안의 불이익에 대한 보상을 목적으로 하는 것이고, (ii) 직·간접적 이익을 부여하는 유리한 차별대우로서 능력주의에 반하더라도 우대하는 조치이며, (iii) 결과의 평등을 추구하는 성격을 갖고, (iv) 한시성을 갖는 정책이라는 점이다. 이 사건에서 헌법재판소는 같은 결정에서 심판대상이었던 제대군인가산점제에 대하여서는 “잠정적 우대조치”의 용어를 사용하지 않고 제대군인에게 일종의 “적극적 보상조치”를 취하는 제도라고 하였다. 이 사건에서 검토한 쟁점 중에는 여성공무원채용목표제가 있기 때문에 이로 인하여 심판대상인 제대군인가산점제의 위헌성이 제거되는 것인지의 문제가 있었는데, 이에 대해 헌법재판소는 제대군인가산점제와 여성공무원채용목표제는 제도의 취지 및 기능을 달리하는 별개의 제도라고 본 것이다. 판시내용 중에는 제대군인가산점제에 대하여, 헌법적 근거를 둔 제도가 아니라 입법 정책적으로 도입된 적극적 보상조치제도라고 설명하고 있는 부분도 있다.⁴⁸⁾ 우리 법에서 규정하고 있는 적극적 평등실현조치에 대하여 정리해 보면 다음 표와 같다.

〈우리나라의 적극적 평등실현조치〉⁴⁹⁾

유형	세부유형	근거법령	내용
여성	양성평등 채용목표제	양성평등기본법	국가와 지방자치단체는 차별로 인하여 특정 성별의 참여가 현저히 부진한 분야에 대하여 합리적인 범위에서 해당 성별의 참여를 촉진하기 위하여 관계 법령에서 정하는 바에 따라 적극적 조치를 취하도록 노력할 것을 규정.
	여성공천할당제	공직선거법	정당이 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 그 후보자 중 100분의 50 이상을 여성으로 추천하되, 그 후보자명부의 순위의 때 홀수에는 여성을 추천
	적극적 고용개선조치	남녀고용평등과 일가정양립지원에 관한 법률	법으로 정한 유형에 해당하는 사업주가 고용하고 있는 직종별 여성 근로자의 비율이 산업별·규모별로 고용노동부령으로 정하는 고용 기준에 미달하는 사업주에 대하여는 차별적 고용관행 및 제도 개선을 위한 적극적 고용개선조치 시행계획(이하 “시행계획”이라 한다)을 수립하여 제출할 것을 고용노동부장관이 요구할 수 있도록 함.
	여성과학기술인채용 대학교원 채용	여성과학기술인 육성 및 지원에 관한 법률	국가 및 지방자치단체는 과학기술 분야의 연구기관 및 이공계대학등에 여성과학기술인의 진출을 확대하기 위하여 합리적인 범위에서 잠정적으로 여성과학기술인에 대한 채용목표 비율, 재직목표 비율 및 직급별 승진목표 비율을 일정수준으로 설정하는 등의 적극적 조치를 할 수 있도록 함.
		교육공무원법	국가와 지방자치단체는 국공립대학 교원 중 특정 성별이 3/4을 초과하지 아니하도록 노력할 의무를 짐.
장애인	장애인 고용의무	장애인고용촉진 및 직업재활법	국가와 지방자치단체의 장은 장애인을 소속 공무원의 34/1000 비율 이상 고용해야 함(2019년 이후)(단, 공안직군, 검사, 경찰·소방·경호 공무원 및 군인 등에 대하여는 적용되지 않음).

48) 이재희(2018), “적극적 평등실현조치에 대한 위헌심사”, 헌법재판소 헌법재판연구원, 29쪽 이하.

균형발전	지역인재 추천 채용	국가공무원법	임용권자는 우수한 인재를 공직에 유치하기 위하여 학업 성적 등이 뛰어난 고등학교 이상 졸업자나 졸업 예정자를 추천·선발하여 3년의 범위에서 수습으로 근무하게 하고, 그 근무기간 동안 근무성과 자질이 우수하다고 인정되는 자는 6급 이하의 공무원으로 임용.
	지방인재 채용 목표제		국가 균형 발전과 우수한 지방인재의 공직 진출 기회 확대를 위하여 2007년부터 5급 국가공무원 공채시험에 지방인재 채용목표제를 도입하고, 2015년에는 7급 국가공무원 공채시험으로 확대하여 운영
	이공계 채용		경제, 산업, 교육, 예산 등 국가의 주요 정책결정 과정에서 과학·기술적 사고에 바탕을 둔 판단이 요구되고 있어 과학기술 전문지식을 지닌 전문인력의 확보가 절실한 상황에서 인사혁신처는 「균형인사 기본계획」을 통해 5급 국가공무원 신규 채용 시 40%를 이공계 공무원으로 채용하도록 하고, 고위공무원의 30% 이상을 이공계 공무원으로 임용하도록 함.
	사회통합인재		저소득층의 취업에서의 불평등을 해소하고, 경제적 자립을 지원하기 위해 2009년 저소득층 공직 진출제도를 도입. 9급 공채 인원의 2% 이상 및 9급 경력경쟁채용 인원의 1%를 저소득층(「국민기초생활보장법」에 따른 수급자 또는 「한부모가족지원법」에 따른 보호대상자)으로 채용.

49) 김정인(2013), 107쪽의 표를 참고하면서 작성한 것임.

Ⅲ. 차별의 유형

1. 직접차별

가. 직접차별의 개념

직접차별이란 차별금지사유가 직접적인 이유가 되어 발생하는 합리적 이유가 없는 차별이다. 이유가 된다는 것은, 예를 들어 여성근로자가 결혼을 하면 업무능력이 저하될 것으로 예견하고, 결혼한 여성은 회사를 퇴사하도록 강제하는 것과 같은 것이다. “결혼”을 이유로 퇴사를 강제하는 경우, 결혼을 하지 않은 근로자들에게는 이러한 퇴사 강제 행위가 발생하지 않을 것이기 때문에, 결혼이 이유가 되어 결혼을 하지 않은 근로자들에 비하여 결혼을 한 근로자들이 결혼을 이유로 하는 차별을 받게 되는 것이다.

<직접차별의 개념>

‘직접차별’은 합리적 이유 없이, 성이나 연령, 신체조건, 성적(性的) 지향 등 개인의 태생적 또는 후천적 속성을 기준으로 그 개인에 대해 불이익한 대우를 하는 것을 의미한다. 예를 들어 장애인에 대한 편견으로, 주택 임대시 장애인이라는 것을 이유로 임대를 거부하였다면 이는 신체조건을 이유로 한 직접차별이 된다.

초기에는 이처럼 차별의 직접적 의도성을 차별 판단의 주요한 기준으로 삼았으나, 점차 그 의도성과 상관없이 차별을 판단하고 있다. 예를 들어 호주에서는, 만약 집 주인이 장애인이라는 것을 이유로 임대를 거부한 것이 아니라, 자신의 집이 장애인에게 불편할 것이라 판단하여 임대를 거부하였다거나, 즉 차별의도가 없더라도 결과적으로 장애를 이유로 거부하였다면 직접차별로 간주한다.(출처 : 국가인권위원회, 『인권용어사전』)

이렇듯 직접 차별은 어떤 사유가 곧 불합리한 처우의 직접적 이유가 되는 차별을 의미한다. 장애가 있음을 이유로 채용을 거부한다거나, 여성임을 이유로 임금을 적게 준다거나, 특정 종교를 갖지 않았다는 이유로 회사에서 해고를 하는 것 등이 직접 차별의 대표적인 예이다. 직접차별에는 차별가해자의 차별 의도가 내포되어 있다. 아래의 규정들에서 보다시피 고용상 직접차별은 “사업주” 혹은 “사용자”가 이러저러한 “이유로” 합리적인 이유 없이 혹은 부당하게 근로자를 차별적으로 처우하는 것이다.

<직접차별금지에 관한 법 규정의 예>

- 고용정책기본법

제7조(취업기회의 균등한 보장) ① 사업주는 근로자를 모집·채용할 때에 합리적인 이유 없이 성별, 신앙, 연령, 신체조건, 사회적 신분, 출신지역, 학력, 출신학교, 혼인·임신 또는 병력(病歷) 등(이하 "성별등"이라 한다)을 이유로 차별을 하여서는 아니 되며, 균등한 취업기회를 보장하여야 한다.

② 고용서비스를 제공하는 자는 그 업무를 수행할 때에 합리적인 이유 없이 성별등을 이유로 구직자를 차별하여서는 아니 된다.

③ 직업능력개발훈련을 실시하는 자는 훈련대상자의 모집, 훈련의 실시 및 취업지원 등을 하는 경우에 합리적인 이유 없이 성별등을 이유로 훈련생을 차별하여서는 아니 된다.

- 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률

제8조(차별적 처우의 금지) ① 사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종

또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.

② 사용자는 단시간근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.

- 파견근로자보호 등에 관한 법률
제21조(차별적 처우의 금지 및 시정 등) ① 파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.

- 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률
제22조(차별 금지) 사용자는 외국인근로자라는 이유로 부당하게 차별하여 처우하여서는 아니 된다.

- 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률
제6조(차별금지) 누구든지 장애 또는 과거의 장애경력 또는 장애가 있다고 추측됨을 이유로 차별을 하여서는 아니 된다.

- 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률
제4조의4(모집·채용 등에서의 연령차별 금지) ① 사업주는 다음 각 호의 분야에서 합리적인 이유 없이 연령을 이유로 근로자 또는 근로자가 되려는 자를 차별하여서는 아니 된다.

1. 모집·채용
2. 임금, 임금 외의 금품 지급 및 복리후생
3. 교육·훈련
4. 배치·전보·승진
5. 퇴직·해고

- 후천성면역결핍증 예방법
제3조(국가·지방자치단체 및 국민의 의무) ⑤ 사용자는 근로자가 감염인이라는 이유로 근로관계에 있어서 법률에서 정한 사항 외의 불이익을 주거나 차별대우를 하여서는 아니 된다.

법에 의해 적극 규제되는 차별사유는 몇 가지 공통적인 특징들을 지닌다.⁵⁰⁾ 첫째, 그러한 차별사유가 구분하는 비교 집단들은 사회에 기여하거나 수행할 수 있는 능력 또는 사회생활을 할 수 있는 능력과 거의 무관하다는 점이다. 둘째, 그러한 차별사유에 의해 구분되는 집단들의 한 축이 “분리되고 고립된 사회적 소수자” 집단이라는 점이다. 셋째, 그러한 차별사유가 한 사회에서 상당한 기간 동안 역사적으로 차별을 받아온 집단을 구분한다는 점이다. 넷째, 특정한 사회적 맥락이나 국가 차원에서 정치적 영향력을 행사하여 자신들의 이해관계를 보호할 능력이 취약한 집단을 구분한다는 점이다. 다섯째, 그러한 차별사유는 개인들을 생물학적 요인, 태생적 요인, 사회적 요인 등의 비자발적 요소를 통해 특정 집단에 귀속시키며, 그렇기 때문에 개인들은 해당 집단에 속하게 되는 데 선택의 여지가 아예 없거나 큰 폭의 제한을 받는다는 것이다. 또한 이와 관련한 것으로, 그렇게 어느 한 집단에 속한 개인이 다른 집단으로 그 소속을 전환하는 것은 거의 불가능하거나 상당히 어려운 경우가 많다는 특징이 있다.

50) 국가인권위원회(2008), 『차별판단지침』, 7쪽.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

<p>해외사례</p>	<ul style="list-style-type: none"> <p>▪ [EU] 결근일수를 이유로 한 해고를 인용하는 경우, 장애근로자의 해고 가능성이 높아지는 것이 차별인지 여부</p> <p>EU 사법재판소는 EU지침 2000/78의 ‘장애’란 다른 사람과 비교하였을 때 다양한 원인으로 인하여 직업생활 등에 효과적으로 참여할 수 없도록 하는 장기적인 신체적·정신적 장애에서 비롯된 수용력의 한계를 의미하며, 개인의 ‘비만’도 이러한 능력의 한계를 수반하는 경우 EU지침 2000/78의 ‘장애’에 포함된다고 보았다. 다만, 국가법에 의하여 인정되는 장애와 EU지침 2000/78의 장애가 동일한 것이 아닌바, 본 사안에서 A의 장애가 EU지침 2000/78에 해당 하는지 여부는 해당국의 법원이 결정하여야 한다고 하였다. 다음으로, EU지침 2000/78에서의 장애를 가진 근로자는 이와 관련된 모든 차별에서 보호되어야 하는바, 스페인 노동자법 제52조 제(d)항의 해고 요건은 장애와 분리할 수 없는 기준을 사용하여 장애근로자와 비장애근로자에게 동일하게 적용되므로 해당 지침에서 금지하는 장애를 이유로 한 직접적인 차별에 해당 한다고 보았다. (Carlos Enrique Ruiz Conejero v Ferroserv Servicios Auxiliares SA and Ministerio Fiscal, 2018)</p> <p>▪ [EU] 직장내 종교적 신념과 관련된 의복의 착용 금지에 대한 차별여부</p> <p>EU 사법재판소는 지침 2000/78 제2조 제(1)항의 ‘동등 대우 원칙’은 종교, 신념, 장애, 나이, 성적 지향을 이유로 이루어지는 직접적·간접적 차별을 금지함을 의미하는바, 특히 상기 사유에 대하여 비교 가능한 상황에서 다른 사람보다 불리하게 대우하는 것은 동 지침 제2조 제(2)항 제(a)호에서 규정된 직접적 차별에 해당한다고 하였다. 본 사안의 경우가 동 지침에서 금지하는 직접적 차별에 해당 하는지 여부와 관련하여, EU사법재판소는 B사의 취업규칙은 일반적이고 차별화되지 않은 방식으로 정치적·사상적·종교적 신념을 나타내는 표식의 착용을 금지하고 있으므로 종교나 신념에 직접 기초한 것이 아니며, 이러한 취업규칙이 A에 대하여 다르게 적용되었다고 볼 만한 사정이 없으므로, B사의 취업규칙에 따라 이루어진 히잡의 착용 금지 는 지침 2000/78 제2조 제(2)항 제(a)호에서 금지하는 직접적 차별에 해당하지 않는다고 보았다. (Samira Achbita v. G4S Secure Solutions NV, 2017)</p> <p>▪ [독일] 직접차별 및 간접차별 개념과 판단기준</p> <p>연방노동법원 판결 중에는 7세의 자녀가 있는 여성지원자가 채용되지 않은 것은 성을 이유로 하는 직접차별에 해당한다고 본 경우가 있다. 이 사건에서 여성지원자(원고)는 이력서에 “기혼, 자녀 1명”이라고만 기재하였는데, 채용에 불합격한 후 돌려받은 지원서류에는 자녀 1명이라고 기재한 부분에 밑줄이 그어져 있었고, “아이가 7살!”이라고 메모해 놓은 것을 발견하였다. 원고가 지원했던 자리에는 원고보다 나이가 어리고 아이가 없는 기혼 여성이 채용되었다. 이에 원고는 자녀 때문에 채용되지 않은 것은 차별이라고 주장하면서 일반동등대우법 제15조 제2항에 따른 위자료를 청구하였는데, 원심은 자녀 있는 기혼여성과 기혼남성의 소득활동 상의 차이에 대한 통계자료를 근거로 간접차별로 인정한 반면, 연방노동법원은 간접차별이 아니라 오히려 직접차별에 해당되는지 여부가 검토되어야 했었다고 판단하였다. 이 사건의 원심법원인 함(Hamm) 주노동법원은 “아이가 7살!”이라고 손으로 적어 놓은 메모가 간접차별에서 문제되는 ‘중립적 기준’이 될 수 있다고 보았고, 통계자료에 기반하여 간접차별을 인정했다. 반면 일반동등대우법 제3조 제1항 제2문에서 말하는 모성보호로 인한 직접차별에는 해당되지 않는다고 판단했다. 이 경우 모성보호는 임신 및 출산에 직접 관련되는 상황만 포함한다고 판단했기 때문이다. (BAG, Urteil vom 18.9.2014 - 8 AZR 753/13)</p>
<p>해외법제</p>	<ul style="list-style-type: none"> <p>▪ 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)</p> <p>제3조 (개념) (1) 직접적 차별이라 함은 어떤 사람이 제1조에 열거된 사유로 인하여 비교할 만한 상황에 있는 다른 사람이 받는 것에 비하여 불리한 대우를 받고 있거나, 받았거나 또는 받게 되는 것을 말한다. 제2조 제1항 제1호 내지 제4호와 관련하여 여성이 임신 또는 모성을 원인으로 불리한 대우를 받는 경우에는 성별을 원인으로 한 직접적 차별로 인정된다.</p>

나. 인지적 차별

직접차별은 특정 집단에 속하는 사람(들)을 그 집단에 속한다는 이유로 다른 집단에 속하는 다른 사람(들)과 비교하여 합리적인 이유 없이 불리하게 대우하는 행위를 의미하는바, ‘특정 집단에 속하는 사람(들)’에서 ‘특정 집단’이라 함은 성별, 장애, 인종, 혼인 여부, 출신 국가 등의 기준에 의해 구분되는 특정 집단을 가리킨다.⁵¹⁾ ‘특정 집단에 속하는 사람(들)’은 특정 집단에 속하는 것으로 간주되

는 사람(들)이라는 의미도 포함한다. 특정 집단에 속하는 것으로 간주된다 함은 어떤 사람이 실제로는 특정 집단에 속하지 않음에도 불구하고 그 집단에 속한다고 생각하는 경우를 말한다. 예를 들면, 신규 직원을 채용하려는 고용주가 어떤 지원자가 성적 소수자가 아님에도 불구하고 그 사람의 외모를 보고 성적 소수자라고 추측하였을 경우, 만약 고용주가 그 지원자를 성적 소수자로 간주하여 그를 면접에서 탈락시켰다면 이는 성적지향에 의한 차별이 된다.⁵²⁾ 이러한 차별을 인지적 차별(perceptual discrimination)이라고 한다.

인지적 차별은 English v Thoman Sanderson Blinds Ltd 사건을 통해 확인된 유형의 차별이다.⁵³⁾ 이 사건의 차별피해자는 오랜 기간 동안 4명의 직장 동료들에 의해 괴롭힘을 당했는데, 그것은 그가 동성애자임을 명확하게 암시하는 성적 용어들이 그에게 사용되었다는 것이었다. 그렇지만 차별피해자는 3명의 10대 자녀를 두고 행복한 가정생활을 하고 있는 이성애자였고, 그를 괴롭혔던 사람들은 분명히 그가 동성애자가 아님을 알고 있었으며, 그들의 동성애자 혐오적 농담들은 그를 괴롭히기 위한 수단에 불과하였던 것이다. 이 사건에서 영국 고용심판소는 청구를 기각했지만, 항소법원은 이 사건의 괴롭힘 행위들이 성적 지향을 이유로 하는 차별이었다고 판단하여 항소를 인용했다.

현행 장애인차별금지법 제6조는 “누구든지 장애 또는 과거의 장애경력 또는 장애가 있다고 추측됨을 이유로 차별을 하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다.

다. 관계적 차별(연계차별)

차별받는 ‘특정 집단에 속하는 사람(들)’은 어떤 특정 집단의 구성원과 밀접한 관계 또는 연계를 가지고 있는 사람(들)을 포함할 수 있다. 특정 집단과 밀접한 연계를 맺고 있다는 이유로 개인들을 불리하게 대우하는 것도 차별에 해당할 수 있다고 보는 것이고, 이를 관계적 차별 내지 연계차별이라고 한다.⁵⁴⁾ 관계적 차별 내지 연계차별이란 B의 법적으로 보호받는 속성에 기초하여 B의 집단과 관계를 맺고 있는 A를 다르게 처우하는 것을 의미한다.

관계적 차별개념은 유럽연합의 지침과 유럽사법재판소의 판결로부터 영향을 받은 것이다. 유럽사법재판소는 영국의 장애차별금지법 위반이 문제된 Coleman v Attridge Law 사건에서 장애차별금지법이 장애아동의 1차적 보호자에 대한 차별적 처우에 대해서까지 적용되는 것으로 확장시켰다.⁵⁵⁾ 이 사건에서 Ms Coleman은 장애아동을 둔 싱글맘으로 아이의 주된 양육자였기 때문에 여러 번의 휴가와 휴직을 사용했다. Ms Coleman은 출산휴가 후 이전 업무로 복귀시켜 달라는 요청이 거부당한 점, 근무시간을 조정해 달라는 요청이 거부당한 점, “그 빌어먹을 아이를 이용해서 일하는 시간을 바꾸려고 하지 말라”는 관리자의 발언을 들었다는 점, 아이의 건강 상태 때문에 지각할 때마다 한 번만 더 늦으면 해고한다는 말을 들었다는 점, 다른 지각한 근로자들에게는 그런 말을 하지 않았다는 점, 비장애아동의 부모인 근로자가 했던 비슷한 요청들은 수용됐던 반면, 콜먼의 요청은 거부당했으므로 장애를 이유로 한 더 불리한 대우를 받았다는 점 등을 근거로 장애차별금지법 위반에 대한 구제신청을 했다. 이 사건의 최대 쟁점은 장애인인 아닌 사람도 장애차별금지법 위반에 대한 구제신청을 할 수 있는지 여부였다. 당시 영국 1995년 장애차별금지법의 모든 조항들은 ‘장애인에 대하여 ~한 차별을 금지한다’는 문장으로 구성되어 있었고, 반면에 인종차별금지법에는 성별, 인종 등에 근거하여 차

51) 국가인권위원회(2008), 앞의 글, 5쪽.

52) 국가인권위원회(2008), 앞의 글, 5쪽.

53) English v Thomas Sanderson Blinds Ltd [2009] IRLR 206.

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2008/1421.html>

54) 국가인권위원회(2008), 앞의 글, 6쪽.

55) 이 사건의 상세한 내용은 구미영, “영국 평등법 개정의 주요 내용”, 『국제노동브리프』(2011년 3월호), 한국노동연구원, 82쪽 이하.

별하는 것을 금지한다고 규정되어 있었다. 즉 인종차별금지법에서는 보호받는 집단에 속하지 않는 사람이라 하더라도 해당 법의 보호를 받을 수 있다고 해석할 수 있는 여지가 있었지만, 장애차별금지법이나 연령차별금지법에서는 보호대상을 한정하는 표현을 취해서 논쟁의 소지가 컸던 것이다. 이 사건에서 유럽사법재판소는 지침의 평등대우 원칙이 장애를 지닌 사람에게만 적용된다는 결론이 도출되는 것이 아니라고 보았다. 오히려 고용 및 근로자의 건강과 관련된 이 지침의 목적은 장애를 바탕으로 하는 모든 형태의 차별을 철폐하는 것으로서, 고용 및 근로자의 건강이라는 영역에서 평등대우 원칙은 특정한 범위의 사람에게 적용되는 것이 아니라 법적으로 보호받는 속성 자체에 대해 적용되어야 한다고 보았고, 유럽공동체는 차별을 없애기 위해 적절한 조치를 취해야 한다는 이 지침의 전문 제13조 내용은 위와 같은 해석의 근거가 될 수 있다고 밝혔다. 요컨대 유럽사법재판소는 평등대우 기본지침의 입법 취지를 고려하여 당해 지침의 보호대상을 좁게 해석해선 안 된다는 입장에 기반하여 이 사건 근로자가 장애차별금지법의 보호대상이 된다고 판결했고, 이 판결을 통해 영국의 관계적 차별 개념이 성립되었다는 의미가 있다.

우리나라에서는 병력 차별 사건 중 본인의 건강 상태가 아닌 가족력을 이유로 차별이 이루어지는 경우가 있다. 국가인권위원회 결정 중 항공운항과 입학시험에서 응시자의 정신건강에 대한 의학적이고 객관적인 평가가 아니라 모(母)의 과거 정신질환 병력을 이유로 진정인에 대해서도 발병할 위험을 예측하고 신체검사에서 불합격한 것이 차별에 해당되는지 여부가 문제된 경우이다.⁵⁶⁾ 이에 대해 국가인권위원회는 병력 차별의 합리성 판단에서 자신의 현재 건강상태를 기초로 하는 것을 원칙으로 하므로, 이와 같은 연계차별의 합리성 여부에 대해서 엄격히 판단하고 있다. 위 사례에서 국가인권위원회는 단순히 유전 소인만으로 실제 발병 위험률을 예측하는 것은 논리적이지 않고 의학적 근거가 부족하고, 가족력을 고려할 때에는 업무관련성에 의학적 근거가 충분히 제시되어야 한다는 점을 밝혔다. 이 때 판단기준으로 현재의 건강상태, 의학 전문가의 견해, 수단의 대체성(정기검진을 통해 업무 수행 적합여부 판단), 유사한 다른 기관의 규정과의 비교검토 등을 삼아 종합적으로 판단하였다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> ▪ [캐나다] 가족의 직업을 이유로 한 차별 정규직 직원 및 시의원의 직계 가족 구성원이 시에서 고용되지 못하게 하는 반-족벌주의 정책(anti-nepotism hiring policy)이 시민적 신분에 의한 차별에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다. SCC는 “시민적 신분(civil status)” 라는 용어는 어머니와 딸 사이의 관계를 포함하여 많은 종류의 가까운 가족관계를 의미한다고 보아 판단하고, Brossard시의 반-족벌주의 정책이 시민적 신분에 근거한 차별이라고 판결했다.(Brossard v. Quebec (Commission des droits de la personne) [1988] 2 SCR 279) ▪ [캐나다] 가족상의 지위를 이유로 한 해고 신분에 근거한 적대감으로 해고한 것이 가족관계(family status) 및 혼인상태(marital status)에 따른 차별인지 여부가 쟁점이 된 사안에서 A씨는 Ontario 인권위원회(Human Rights Commission)에 자신의 해고가 고용 차별에 해당한다고 구제를 신청하였고, 조사위원회는 동 해고가 가족관계(family status) 및 혼인상태(marital status)에 따른 차별이라고 판단하였다. B가 위원회의 결정에 대하여 Ontario Divisional Court에 제소하였고, Ontario Divisional Court은 해고가 특정 관계와 관련된 것이 아니라 일반적으로 자신의 상태와 관련이 있다고 판단했다. 이후 Ontario Court of Appeal은 A가 아내와 딸의 신분에 근거한 적대감으로 해고되어 차별을 받았다고 보아 위원회의 결정을 지지하였다. 대법원은 항소법원의 해석을 지지하면서, 추가적으로 법 제24조 제(1)항 제(d)호가 그 코드는 일반적인 규칙의 예외로서 족벌주의(nepotism)나 반-족벌주의(anti-nepotism) 정책을 언급하고 있는 것은 배우자나 친척의 신분 때문에 차별 대우로부터 근로자들을 보호하려는 입법적 의도가 있다고 판단하였다. (B. v. Ontario (Human Rights Commission), 2002 SCC 66)
------	--

56) 국가인권위원회 13진정0051500 결정.

2. 간접차별

가. 간접차별의 개념

직접차별은 비교적 이해하기 쉬운 개념이다. 가시적이고 직접 인지가능하기 때문이다. 여성이기 때문에, 장애가 있으므로, 나이가 많거나 적어서 입게 되는 차별은 가해자에게나 피해자에게나 상당히 직접적이어서, 피해자가 겪은 어떤 불이익이 직접차별인지 아닌지를 판단하는 법원의 입장에서도 직접차별은 비교적 차별을 인정하기 용이하다.

그런데 모든 차별이 이렇게 가시적이거나 직접 인지가능한 것은 아니다. 한 백화점에서 사원을 채용하는데 다음과 같은 질문들을 던지고 ‘그렇다’고 대답한 경우 높은 점수를 받을 수 있다고 생각해 보자.

- * 당신의 목소리는 저음입니까?
- * 레슬링이나 유도와 같은 운동을 해본 적이 있습니까?
- * 축구팀에서 포지션을 맡아 본적이 있습니까?

위와 같은 질문들이 결코 차별적이라고는 할 수 없을 것이다. 목소리가 저음인가 고음인가, 레슬링이나 유도와 같은 운동을 해본 적이 있냐 없냐 등의 질문 자체는, 앞서 ‘성을 이유로’ ‘장애를 이유로’ ‘연령을 이유로’ 하는 차별적인 질문은 아니기 때문이다. 그런데, 남성과 여성으로 구성된 취업준비생들이 위와 같은 질문을 하는 백화점에 취업을 하려고 하였을 때, 과연 어느 쪽의 성이 더 ‘그렇다.’는 대답을 할 수 있을까? 결과적으로 어느 쪽의 성이 더 잘 취업할 수 있을까?

우리 사회에는 직접적으로 차별이 이루어지지 않더라도 이미 고착화된 관행이나 관습에 의하여 차별적인 구조가 형성되어 있는 경우들이 있다. 차별을 하기 위해 차별을 하는 것은 아니지만, 그러한 차별적인 구조 하에서 의도하지 않았음에도 차별적 결과가 발생하는 경우들이 있는 것이다. 남녀고용평등법에서는 차별이라는 것을 “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”와 함께 “사업주가 채용조건이나 근로조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성(性)에 비하여 현저히 적고 그에 따라 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 증명할 수 없는 경우”를 포함한다고 말하고 있다. 전자가 앞서 설명한 직접차별이라고 한다면, 후자와 같이 어떤 조건이 특정 성에게 불리한 결과를 초래하면서 그 조건이 정당하지 못한 경우를 간접차별이라고 부른다.

〈간접차별의 개념〉

간접차별은 중립적인 기준을 적용하였으나, 그러한 중립적 기준이 특정 소수자 집단에게 불이익한 결과(disparate impact)를 야기하는 경우를 차별로 보는 개념이다. 간접차별은 직접차별에 대한 규제만으로는 차별을 야기하는 근본적인 요인들, 즉 편견과 통념의 변화를 가져올 수 없기 때문에 그러한 요인들의 변화를 가져오고 그를 통해 실질적인 평등을 달성하고자 하는 목적에서 고안된 개념이다. 외형상으로 중립(성, 인종 중립)적으로 보이는 고용관행, 절차, 평가라 할지라도, 그것이 이전의 차별적 고용관행이 결과했던 상태를 유지시킨다면 허용되어서는 안 된다. 즉 채용, 승진, 퇴직, 해고상의 기준이 직접적으로 성이나 인종, 연령, 성적 성향을 매개로 하지 않기 때문에 차별 의도성을 성차별 피해자가 입증하지 않더라도, 그러한 기준의 적용에 의한 과거 차별의 누적으로

인해 현재 두 집단간에 매우 불균등한 결과(과거차별의 현재효과)가 나타났다면, 통계적인 불균형 자체만으로도 차별 혐의가 있다고 보는 것이다.(출처 : 국가인권위원회, 『인권용어사전』)

위에서 언급한 남녀고용평등법 외에 현행법에서 간접차별에 대해 규정하고 있는 예는 다음과 같다.

- 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률
제4조(차별행위) ①이 법에서 금지하는 차별이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.
 1. 생략
 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

- 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률
제4조의4(모집·채용 등에서의 연령차별 금지) ① 생략
② 제1항을 적용할 때 합리적인 이유 없이 연령 외의 기준을 적용하여 특정 연령집단에 특히 불리한 결과를 초래하는 경우에는 연령차별로 본다.

이러한 간접차별이 개념적으로 처음 등장한 것은 미국 연방대법원이 1971년 그릭스 대 듀크 전력회사(Griggs v. Duke Power Co.)⁵⁷⁾ 판결에서부터이다. 이 사건은 흑백 인종차별과 관련되어 있다. 듀크 전력회사에는 Dan River Plant라는 발전소가 있었는데, 이 발전소에서 흑인들은 가장 낮은 임금을 받는 부서에 모두 속해있었다. 흑인들이 속해 있는 부서 이외의 부서는 고등학교 교육을 필수 조건으로 하면서, 그 부서를 제외한 다른 부서에 근무하기 위해서는 지능검사를 통과해야 한다는 인사방침을 세우고 있었다. 따라서 흑인들이 다른 부서로 이동하기 위해서는 고등학교 졸업장과 함께 지능검사를 통과해야 했다. 그런데 당시 Dan River Plant가 설립되어 있는 지역의 인구 센서스에 따르면 백인 남성의 34%가 고등학교를 졸업하지만, 흑인 남성은 12%만이 고등학교를 졸업했고, 이 회사가 사용한 지능검사에서는 백인 통과율이 58%였지만, 흑인은 6%만이 통과할 수 있었다. 미국 연방대법원은 이 사건을 다루면서 “표면상 중립적으로 보이는 또는 의도에서조차 중립적인 관행, 절차, 테스트는 만일 이것이 이전의 차별적 고용관행을 유지하게 하는 역할을 한다면 유지될 수 없다.”고 했다.⁵⁸⁾ 이러한 “표면상 중립적으로 보이는” 어떤 조건들이 “차별적 고용관행을 유지하게 하는 역할”을 하는 경우, 그 조건들 자체는 비록 중립적으로 보일지라도 간접적인 차별 행위가 된다고 본 것이다.

미국의 그릭스 대 듀크 전력회사 사건에 대한 연방대법원 판결이 있는 후 간접차별 개념은 직접차별 개념으로는 해결할 수 없는 차별에 대항할 수 있는 법 이론이 되었다. 우리나라에서는 이러한 간접차별 개념을 처음으로 법제화한 것이 남녀고용평등법이고, 이후 장애인차별금지법과 연령차별금지법 등에서도 간접차별을 금지하고 있다.

57) Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971) 판결.

58) 이상의 미국 그릭스 대 듀크전력회사 판결에 대한 내용은 조순경 외(2002), 『간접차별 판단 기준을 위한 연구』, 고용노동부, pp.16~19 참조.

간접차별의 인정은 차별금지법리의 실질적인 확대를 의미한다. 직접차별만을 규율대상으로 삼는 경우 명목적으로 객관적인 이유를 제시하고 실질적으로는 여전히 차별의 구조를 유지·고착화시키는 것을 방지할 수 없으므로 외형적·형식적인 관점에서가 아니라 실제적인 작용관점에서 불평등을 해소해 나가고자 하는 목적에서 간접차별을 인정하는 것이다. 이는 달리 말하면 법적·형식적 평등단계에서 실질적 평등을 지향하는 의미를 갖는 것이라고도 할 수 있다. 엄밀히 말하면 간접차별은 결과의 평등을 추구하는 것이 아니라 현재의 장애를 제거하여 평등한 기회를 다시 부여하는 데에 있다. 즉, 간접차별의 주된 목적과 기능은 단순한 과거의 차별에 대한 구제를 창출하는 데에 있는 것이 아니라, 미래를 향한 동등한 출발의 기회를 제공하는 데에 있다.⁵⁹⁾

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> <p>■ [EU] 교육에서 인종 또는 민족적 기원에 의한 차별 여부 독일에서 출생하여 거주하고 있는 이탈리아 국적의 A는 아르메니아의 대학에서 법학 학사 학위를 취득한 후 B재단에 장학금을 신청하였다. B재단은 독일의 1차 주법률시험을 통과하지 않았다는 이유로 A의 신청을 거절하였는바, A는 자신이 취득한 아르메니아의 법학학사자격은 독일의 2차 국가법률시험과 동등한 자격을 가지므로 B재단의 장학금 지급 거절 통보는 인종·사회적 기원에 따른 차별이라는 이유로 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다. 이 사례에서 독일의 1차 주법률시험 통과라는 B재단의 장학금 지급요건이 간접차별에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었는데, 지침 2000/43의 간접적 차별은 명백하게 중립적인 조항과 기준, 관행이 구체적인 사안에서 특정한 인종·민족 출신자에 대하여 특정한 불이익을 가져오는 경우로서, 이러한 조항과 기준, 관행이 목적의 정당성과 수단의 필요성·적절성을 충족하는 경우에 정당화된다고 보았다. 본 사안의 경우 제1차 주법률시험을 합격한 사람에 대하여 B재단의 장학금이 지급된다는 것일 뿐 특정 민족에 속하는 사람이 이러한 요건을 충족하는 것이 더 불리하다는 증거가 없는 이상 인종·민족적 기원을 이유로 한 간접적 차별에 해당하지 않는다고 판단하였다. (Heiko Jonny Maniero v Studienstiftung des deutschen Volkes eV, 2018)</p> <p>■ [EU] 일정 결근일수를 이유로 한 해고를 긍정하여 장애인로자의 해고 가능성이 높아지게 되는 것이 차별인지 여부 청소회사인 B사에서 근무하는 A는 누적 결근기간이 근무시간의 20%를 초과하고 12개월간 근무시간의 5%에 해당한다는 이유로 스페인 노동자법 제52조 (d)항에 따라 해고통보를 받았다. 이에 대해 A는 이러한 해고가 장애를 이유로 한 차별이라는 이유로 사회법원에 소를 제기하였다. 스페인 노동자법 제52조 제(d)항에 의하여 장애를 이유로 한 간접적 차별이 발생하는지와 관련하여, ‘장애’와 ‘병중’의 개념은 서로 동일하지 않다는 점과 장애인로자와 비장애인로자보다 해당 규정에 따라 해고될 위험성이 더 높다는 점에 비추어보면, 해당 규정에 의하여 장애인로자에 대하여 간접적인 처우의 차이가 있다고 볼 수 있다고 하였다. 다만, 이러한 처우의 차이는 목적의 정당성과 수단의 필요성·적합성을 갖춘 경우 차별에 해당하지 않게 되는데, 지침 2000/78 제2조 제(2)항 제(d)호 (i)은 국내법이 장애인로자의 장애에 기인한 질병으로 인하여 발생하는 부정기적 결근을 이유로 사용자가 근로자를 해고할 수 있도록 하더라도 결근에 대처하고자 하는 입법목적 달성을 위하여 필요한 한도를 넘는 경우 이러한 국가적 입법을 배제하여야 한다고 판단하였다. (Carlos Enrique Ruiz Conejero v Ferroservicios Auxiliares SA and Ministerio Fiscal, 2018)</p> <p>■ [EU] 직장내 종교적 신념과 관련된 의복의 착용 금지에 대한 차별여부 민간 사업장의 취업규칙에 따라 특정 종교나 신념을 준수하는 사람에게 일정한 불이익이 발생하여 명백하게 중립의무를 위반하는 경우 지침 2000/78 제2조 제(2)항 제(b)호의 간접차별에 해당할 수 있으나, 이러한 처우의 차이는 목적의 정당성과 수단의 적절성·필요성을 갖춘 경우에 차별적 처우를 정당화할 수 있다고 하였다. 다만, 구체적인 사안에서 내부 규정이 간접차별에 해당하지 않는 요건을 갖추었는지 여부는 각국의 법원에서 판단하여야 하나, 이를 판단하기 위한 기준으로 ① 목적의 정당성과 관련하여 공공 및 민간 부분의 고객과의 관계에서 정치적·사상적·종교적 중립 정책이 합법적인 것으로 간주되었는지 여부와, ② 정당한 목적을 달성하기 위한 중립적 정책이 일관성있고 체계적으로 적용되었는지 여부, ③ 중립적 정책</p>
------	--

59) 이승욱, “여성고용에서의 간접차별에 대한 실효적 규제를 위한 법적 규율”, 『노동법학』 제17호, 2003, 38쪽.

	<p>을 거부하는 직원에 대하여 해고 대신 고과과의 접촉이 없는 직무로의 이동 등 중립 정책이 필요한 경우에 한하여 제한적으로 적용되었는지 여부를 제시할 수 있다고 하였다.(Samira Achbita v. G4S Secure Solutions NV, 2017)</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ [영국] 인종, 연령 또는 종교와 관련된 간접차별의 요건에 관한 판단 Essop 사건에서 Essop을 대표당사자로 하는 49명의 상고인(이하 ‘원고’)들은 모두 행정자치부 소속 현 (혹은 전) 공무원으로서 일정 공무원 직급으로 승급하기 위해 핵심기량평가(Core Skills Assessment, CSA)를 통과해야 했다. 2010년 발표된 보고서에 따르면 흑인과 소수민족 응시자 그리고 35세 이상 응시자의 경우 백인 및 34세 이하 응시자에 비해 현저히 저조한 합격률을 보였는데 그 원인은 (상고심 현재까지) 밝혀지지 않았다. 이와 같은 사실을 근거로 원고들은 위 핵심기량평가 합격을 진급의 필수조건으로 한 것이 인종 또는 연령을 기반으로 한 간접차별에 해당한다고 주장했다. 또한 Naeem 사건에서 상고인(이하 ‘원고’)인 Naeem은 이슬람교 종교위원으로 교도소에서 근무해오고 있었다. 2002년 이전까지 동 교도소 소속 기독교 종교위원은 정규직 근로자로서 고정된 급여(salary)가 보장됐으나 이슬람교 성직자 교정위원은 필요가 있을 때만 근로하고 시간당 급여를 지급받았다. Naeem은 2001년 6월 근무를 시작했고 2004년 10월부터 정규직 근로자가 되었다. 당시 정규직 종교위원에게 적용되던 임금체계는 연공급제로 근로기간에 비례해 급여가 인상되었기 때문에, 평균 계속근로연수가 긴 기독교 종교위원들의 기본급이 일반적으로 타 종교위원들에 비해 높았다. 원고는 이 임금체계가 이슬람교를 포함한 비기독교 종교위원을 차별한다고 주장했다. 근속기간과 능력·경험이 반드시 비례하지 않기 때문에 이러한 급여 차이는 종교에 기반 한 간접차별이라는 것이 그 이유였다. Essop과 Naeem은 모두 근로조건과 관련된 간접차별이 쟁점이었다. 전자는 인종 및 연령과 관련된 진급시험 합격률이 문제되었고, 후자는 종교에 따른 임금 차별이 다투어졌다. 두 사건 모두 2010년 평등법(Equality Act 2010)이 적용되었다. 동법 제19조 제1항은 “어떤 사람이 다른 사람에게, 법이 보호하는 속성과 관련된 차별적 규정, 기준, 또는 관행을 적용” 하는 것을 간접차별로 정의한다. 평등법에 의해 보호되는 특성은 연령, 장애, 성전환, 혼인 및 시민동반자관계(civil partnership), 인종, 종교 또는 신념(belief), 성적 지향으로 총 8가지이다. Essop의 경우는 인종 및/또는 연령이, Naeem의 경우는 종교가 동법에 의해 보호되는 특성이다. (Essop and others v Home Office (UK Border Agency); Naeem (Appellant) v Secretary of State for Justice [2017] UKSC 27) ▪ [독일] 직접차별 및 간접차별 개념과 판단기준 연방노동법원 판결 중에는 7세의 자녀가 있는 여성지원자가 채용되지 않은 것은 성을 이유로 하는 직접차별에 해당된다고 본 경우가 있다. 이 사건에서 여성지원자(원고)는 이력서에 “기혼, 자녀 1명” 이라고만 기재하였는데, 채용에 불합격한 후 돌려받은 지원서류에는 자녀 1명이라고 기재한 부분에 밑줄이 그어져 있었고, “아이가 7살” 이라고 메모해 놓은 것을 발견하였다. 원고가 지원했던 자리에는 원고보다 나이가 어리고 아이가 없는 기혼 여성이 채용되었다. 이에 원고는 자녀 때문에 채용되지 않은 것은 차별이라고 주장하면서 일반동등대우법 제15조 제2항에 따른 위자료를 청구하였는데, 원심은 자녀 있는 기혼여성과 기혼남성의 소득활동 상의 차이에 대한 통계자료를 근거로 간접차별로 인정한 반면, 연방노동법원은 간접차별이 아니라 오히려 직접차별에 해당되는지 여부가 검토되어야 했었다고 판단하였다. 이 사건의 원심법원인 함(Hamm) 주노동법원은 “아이가 7살” 이라고 손으로 적어 놓은 메모가 간접차별에서 문제되는 ‘중립적 기준’ 이 될 수 있다고 보았고, 통계자료에 기반하여 간접차별을 인정했다. (BAG, Urteil vom 18.9.2014 - 8 AZR 753/13)
해외법제	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) 제3조 (개념) (2) 외관상으로는 중립적인 규정, 기준 또는 절차가 어떤 사람에게 제1조에 열거된 사유로 인하여 다른 사람들에 비하여 불이익을 주는 경우에, 간접차별이 존재한다. 다만 관련 규정, 기준 또는 절차가 그 목적이 정당하고, 목적 달성을 위한 수단이 적정하고 필요하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

나. 간접차별 판단 방법

간접차별의 경우, 중립적 기준의 사용이 특정 집단 구성원에게 불리한 효과를 가져왔는가를 판단하는 방법으로 주로 사용되는 것이 통계적 방법이다. 간접차별사건에서 통계는 매우 중요한 ‘입증방법’의 하나이다. 그렇지만 모든 기준이나 절차를 적용하는 과정에는 일정정도 불균형은 항상 존재하기 마련이고, 따라서 어느 수준의 통계상의 불균형이 발견되어야 특정집단에 불리한 영향을 미친 것

으로 볼 것인지에 대한 문제가 있다. 통계적 방법은 미국 EEOC를 통해 발전된 방법이다. 이에 비해 영국과 독일의 판례에 따르면 미국과는 달리 반드시 절대적인 통계상의 수치를 간접차별 판단의 기준으로 제시하고 있지는 않다는 점에서 국가마다 차이가 있다.

미국 EEOC(고용평등위원회)는 차별이 있었을 것이라고 추정하는 통계적 불균형의 정도를 정하는데 있어 '4/5규칙'을 이용한 차별의 추정방법을 사용한다. 예를 들어 사원채용공고를 보고 지원서를 제출한 여성지원자 100명 중에서 20명이 고용되었고, 지원서를 제출한 남성지원자 100명 중에서 80명이 고용된 경우 여성지원자의 고용비율은 20%인 반면, 남성지원자의 고용비율은 80%이다. 이때 남성지원자의 고용비율에 대한 여성지원자의 고용비율은 20%/80%로 4/5에 이르지 못하므로 여성에 대한 불리한 효과가 있었던 것으로 추정할 수 있다. 영국의 판례에 따르면 간접차별에서의 통계적 증거에 대한 입증책임은 사용자에게 이전된다고 하는데, 차별받았다고 주장하는 근로자의 비교 대상자에 해당되는 그룹의 특성에 따라 어느 정도의 통계상의 차이를 필요로 하는지는 다르게 판단되는 경향을 보인다. 즉, 미국과 같이 절대적인 수치를 기준으로 하는 통계방식을 설정하고 있지는 않는 것으로 보인다. 그래서 영국의 한 사례에서는 100%의 남성 근로자가 유연교대근로제 근무조건을 충족할 수 있었음에 반하여 여성은 95%만이 그러했던 경우, 불리한 효과를 발견하는데 충분한 처우상의 차이가 존재한다고 보았다.⁶⁰⁾ 한편, 독일 연방노동법원은 어떠한 사안이 금지되는 차별에 해당되는지 여부를 판단함에 있어서 우선적으로 직접차별에 해당되는지 여부를 먼저 검토해야 한다고 실시한 경우가 있다.⁶¹⁾ 채용과 관련하여 특정성에 대한 전통적인 성역할 고정관념과 연결되는 사용자의 언급(예를 들어 자녀, 육아에 대한 언급)이 있었다면 이는 성별을 이유로 하는 직접 차별이 될 수 있다고 보는 것이다.⁶²⁾

규정이나 제도상 규정이 없더라도 관행과 통계를 통해 간접차별이 인정될 수 있다. 즉, 국가인권위원회의 결정 중에는 인사관련 제도나 규정 등에 명시적인 규정이 없더라도 통계상으로 확인된 남녀 직원들의 승진기간 등의 차이로 차별이 존재하는지 여부를 판단한 사례가 있다.⁶³⁾ 즉, 승진상의 성차별이 문제된 사례에서 여성의 경우 5급에서 4급으로의 승진에 평균 11년이 소요되는 반면, 남자 직원들은 6.5년 소요되었고, 남자 직원들은 모두 대리이상으로 승진하였으나 여자 직원의 59%는 입사한지 10년에서 15년이 경과하도록 최하위직에 머물러 있었으며, 과장승진의 경우 여성은 승진 대상자에 오를 사람조차 없게 되었고, 전체 직원 중 대리이상의 여성 직원은 5%도 되지 않는 등 통계상 극심한 남녀 불균형이 존재하고, 이는 승진에서 성차별이 오랜 기간 심각하게 진행되었다는 것을 보여주는 직접적이고 명백한 증거라고 하면서 성차별을 인정했다.

국가의 지원을 받기 위해 갖추어야 하는 요건 중 특정 요건이 차별사유와 관련된다면 그 요건이 전체 요건 중 차지하는 비중, 지원사업의 목적, 다른 지원정책의 이용가능성 등을 고려하여 간접차별 해당 여부를 판단하게 될 것이다. 이와 관련하여 국가인권위원회의 결정 중 간접차별이 인정되지 않은 경우로 임대주택 공급자 선정 평가항목에 65세 이상이 참여할 수 없는 자활사업 프로그램 참여가 포함된 사례가 있다(10진정0179300). 즉, 자활사업프로그램참여대상이 전적으로 나이에 의해 제한되는 것이 아닌 점, 다가구매입임대주택 입주자 선정 기준에서 자활사업프로그램 참여 기간이 동일 순위 내 입주자 선정을 위한 보충적 기준 총 5가지 평가항목중 1개 항목(14점 만점 중 최대 3점)으로 그 비중이 과도하다고 볼 수 없는 점, 기초생활수급자에 대한 주거 지원 사업이 단순 주거복지외에 자립을 유도하기 위한 목적도 있는 점, 다가구매입임대주택 외에도 기존주택 전세 임대 또는 영구임대주택 등 다른 주거지원 사업을 선택할 수 있는 점 등을 감안할 때 자활사업프로그램 참여 기간이

60) London Underground Ltd v Edwards(No2) [1998] IRLR 364.

61) BAG, Urteil vom 18.9.2014 - 8 AZR 753/13.

62) BAG LAG Hamm, Urteil vom 11.06.2015 - 11 Sa 194/15.

63) 국가인권위원회 2006. 11. 6.자 06진차42 결정.

평가항목의 하나로 포함된 것이 부당하다고 보기 어렵다고 판단했다.

한편, 간접차별이 자주 문제되는 사례 중에는 일요일에 국가가 시험을 시행하여 종교적 예배를 보아야 하는 사람으로 하여금 결시를 하게 하거나 국가시험을 봄으로 인하여 예배행위를 할 수 없게 하는 것이 종교의 자유를 침해하는가라는 점이다. 헌법재판소는 이 문제에 대하여 한국에서는 일요일이 종교적 축일이 아니라 일반적인 공휴일이므로 일요일에 예배를 보아야 하는 사람을 다른 종교와 차별대우하는 것이 아니고, 일요일에 국가시험을 실시하여야 하는 이익과 비교하여 볼 때, 헌법 제 37조 제2항의 한계를 벗어난 것이 아니라고 판시한 바 있다.⁶⁴⁾

3. 구조적 차별

구조적 차별은 법적 개념은 아니다. 이것은 노동시장의 분단구조, 근로자간의 분절성 등으로 나타나는 결과적 차이이다.⁶⁵⁾ 예를 들어, 높은 임금과 좋은 근로조건, 안정적으로 일할 수 있는 환경, 적절하고 필요에 따라 제공되는 교육훈련의 기회, 승진의 가능성, 그리고 일에 대한 노력에 대한 합당한 보상 등이 이루어지는 1차 노동시장이 있다고 해 보자. 그렇다면 상대적으로 낮은 임금과 좋지 않은 근로조건, 해고나 실직의 위험이 상시적으로 존재하면서, 일하는데 필요한 교육훈련의 기회도 제공되지 않고, 승진할 가능성도 없으며, 아무리 노력해도 그에 대한 정당한 보상이 이루어지지 않는 2차 노동시장이 있을 것이다. 1차 노동시장에 진입한 사람들은 자신의 노동시장의 구조를 견고하게 지키기 위해 2차 노동시장과의 경계가 허물어지지 않도록 하고자 할 것이고, 결과적으로 2차 노동시장과 1차 노동시장의 격차는 점점 커지는 가운데 2차 노동시장에 속한 사람들은 1차 노동시장으로 진입할 기회나 가능성을 상실한 채 2차 노동시장 안에서만 일하는 구조가 형성될 것이다. 이러한 구조를 방지할 경우 1, 2차 노동시장의 격차는 커지고 고착화될 것인데, 구조적 차별은 이 구조 자체가 차별적이라는 점에 대한 문제를 제기하는 개념이다.

특히 이러한 구조적 차별은 사회적으로 고착화된 구조 위에서 발생하기 쉽다. 그래서 국가적 차원에서 구조적 차별을 개선하기 위한 정책적 노력이 요구되기도 한다. 예를 들어, 2000년대 이후 증가하고 있는 비정규직 근로자에 대한 문제에 국가는 정책적으로 비정규직 근로자의 고용을 억제하는 한편, 공공부문에서의 비정규직 근로자들을 정규직으로 전환하고 있다. 정규직 근로자들의 입장에서는 채용과정부터 달랐던 비정규직 근로자들이 정규직화되는 것에 부당함을 느낄 수도 있지만, 비정규직 근로자들이 정규직 근로자가 되는 것은 개인의 선택의 문제가 아님을 아마도 대다수가 인정할 것이다. 비정규직 근로자들은 정규직 근로자들에 비해 낮은 임금, 열악한 근로조건, 불안정한 고용, 사회보험제도의 미적용 등의 불이익을 겪고 있다. 또한 개인이 노력한다고 하여 정규직 근로자가 될 가능성도 적다. 이러한 구조를 방지한다면 근로자들은 정규직 근로자와 비정규직 근로자로 구조화되고, 비정규직 근로자들이 겪어야 하는 불이익은 점차 커질 것이다. 이러한 문제를 국가는 정책적으로 비정규직 근로자의 정규직화로 접근하면서, 비정규직과 정규직으로 양분된 노동시장의 구조를 개선하고자 했던 것이다.

캐나다에서는 할당제를 포함하는 적극적 조치의 시행의 기준이 되는 차별개념 즉, 시정할 필요성이 있는 현존하는 차별을 '구조적 차별(systemic discrimination)'로 명명하고, 그 판단기준과 사법적 구제의 필요성을 드러내고 있다. 구조적 차별은 캐나다 반차별법상 차별의 범위에 포함되는 개념이자 적극적 차별시정제도의 대상으로 인정되는 개념이며, 그러한 차별이 그동안의 제도나 정책 또는 관행 등과 같은 구조적·제도적인 결과에 의해 특정 집단에게 기회의 차별을 지속적으로 반복해

64) 헌법재판소 2001. 9. 27.자 2000헌마159 결정.

65) 유경준·황수경(2005), 『노동시장에서의 차별과 차이』, 한국개발연구원, pp.26 ~ 30 참조.

은 경우, 이를 적극적으로 찾아 시정하도록 하는 이론적 근거로 인용될 수 있는 개념이다.⁶⁶⁾ 캐나다 인권심판소는 National Capital Alliance on Race Relations (NCARR) v. Canada (Health and Welfare) 사건에서 인종차별은 사회에서 교묘하게 은폐되어 있으므로, 인식 또는 입증에 매우 곤란하고, 특히 구조적 차별 사건은 사회나 조직 내에서 보이지 않는 장벽(glass ceiling)을 형성하는 경우에 더욱 명확하게 나타난다고 밝혔다.⁶⁷⁾ 캐나다의 로잘리 실버만 아벨라 판사(Judge Rosalie Silberman Abella)의 고용 평등 보고서(Equality in Employment - A Royal Commission Report, 1984)에 따르면, 구조적 차별은 반드시 개인의 잠재력을 저해하거나 차별하기 위해 고의로 동기된 것인지 여부는 문제되지 않는 것이라고 한다. 선의나 배려에 의한 행위 또는 제도나 구조상의 결과물에 의한 우연한 것인지 여부도 문제되지 않는다고 본다. 예를 들어 '여성... 할 것이다'와 같은 여성(집단)에 대한 고정관념이 고용상의 장벽으로 작용하거나 부정적인 영향을 미치는 것이라면 족하다고 보았다. 기존의 관행이나 규정, 고정관념 등이 기회의 장벽을 형성하거나 고용상 부정적인 효과로서 나타나는 것이라면 구조적 차별로 보고, 구조적 차별의 구제는 구조적으로 접근하지 않으면 안 된다고 하며, 개별 피해자의 구제신청에 기초한 접근보다는 구조적인 접근법으로 해결해야 함을 강조한다.⁶⁸⁾

국가인권위원회 결정에서도 '구조적 차별' 개념이 사용된 사례를 발견할 수 있다. 즉, 국가인권위원회는 초·중등학교 교장·교감 승진 시 여성이 승진후보자 명부에 등재되고 승진 예정인원의 3배수 범위 내에 있으면 우선 승진시키고 있어, 승진 과정에서 남성에게 부당한 차별하고 있다고 주장된 사건에서 “초·중등학교 교사 중 여성이 차지하는 비율이 상당히 높은 반면 교감·교장의 여성비율이 현저히 낮은 통계적 불균형을 놓고 볼 때, 교감·교장의 승진에서 여성에 대해 누적된 구조적 차별이 존재한다고 볼 수 있다.”고 하면서 교감·교장의 승진에서 과거의 누적된 차별로 인한 현재의 결과 시정을 통해 실질적·결과적 평등을 실현하기 위한 방안으로 그동안 불이익을 당해온 여성을 우선 임용하도록 한 조치는 잠정적 우대 행위에 해당하고, 동 조치로 인한 남성교원에 대한 승진 제한이 지나치다고 보기 어려우며, 합리적 이유가 있는 차별이라고 판단한바 있다.⁶⁹⁾

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<p>[EU] 근로계약 해지에 관한 노동법 규정의 적용에 있어서 기간제근로자와 기간의 정함이 없는 근로자 사이에 다른 처우를 하는 것이 차별인지 여부</p> <p>스페인 노동자법 제49조 제1항 제(c)호의 기간제 근로계약에 있어서 계약 해지와 동법 제52조의 기간의 정함이 없는 근로계약에 있어서 계약의 해지를 비교 가능한 상황을 볼 수 있는지 여부와 ② 각 상황에서의 보상 차이가 지침 1999/70을 위반하는지 여부 및 기본합의서 제4조 제(1)항에 따라 “구제고용계약” 이라는 계약유형의 시행을 정당화하는 사회정책적 목적이 이러한 처우의 차이를 정당화할 수 있는지 여부가 쟁점이 된 사안에서 ①과 관련하여, 기본합의서의 목적상 관련자가 동일하거나 유사한 업무에 종사하고 있는지 여부는 기본합의서 제3조 제(2)항과 제4조 제(1)항에 따라 업무의 성격과 근무조건 등 여러 요소에 비추어 판단하여야 하는바, 제출된 증거에 따를 때 A와 같은 기간제 근로자는 B사와 고용한 청소업무를 하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자와 비교대상에 해당한다고 보았다. 한편 상기 쟁점 사항 ②와 관련하여, 이러한 비교대상 간의 차별적 처우는 기간제 근로계약이 체결된 목적과 각 회원국의 사회정책적 목표에 따라 판단될 수 있는바, 스페인 노동법 제52조는 근로계약 관계의 계속이 단절됨에 대한 보상입에 반하여 스페인 노동법 제49조 제(1)항 제(c)호의 보상은 근로자가 예상할 수 있는 사실에 대한 것이라는 점과 이는 근로관계에 관한 사회정책적인</p>
------	--

66) 이수연(2016), “고용상 구조적 차별의 시정과 적극적 조치 - 캐나다의 논의를 중심으로”, 『이화젠더법학』 제8권 제2호, 199쪽.
 67) 이수연(2016), 앞의 논문, 204쪽.
 68) Rosalie S. Abella(1984), Report of the Commission on Equality in Employment, Ministry of Supply & Services Canada, 9쪽(이수연(2016), 앞의 논문, 210쪽 재인용).
 69) 국가인권위원회 2006. 5. 29.자 06진차14 결정.

	결단에 따른 것이라는 점에서 기간제근로자의 근로계약 종료에 대한 보상을 다르게 설정하는 것은 정당화된다고 하였다. 따라서 ETUC, UNICE 및 CEEP로 체결된 기간제 근로 기본협약의와 관련된 의회 지침 1999/70에 따르는 기간제 근로 기본협약 제4조 제(1)항은 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 지급되는 보상금을 다르게 설정하는 국가입법을 배제하지 않는다고 판단하였다. (Grupo Norte Facility SA v. Angel Manuel Moreira Gómez, 2018)
--	---

4. 복합차별

복합차별(combined discrimination)은 영국 평등법 제14조에 규정되어 있는 개념으로 법에 의해 보호받는 두 가지의 속성이 결합되고 있는 사람을, 그러하지 않은 사람에 비하여 덜 우호적으로 처우하는 것을 의미한다. 결합할 수 있는 속성에는 연령, 장애, 성전환, 인종, 종교 또는 신앙, 성, 성적 지향이 있다. 이 경우, 차별을 받았다고 주장하는 사람은 차별을 한 사람이 각각의 속성을 이유로 하는 직접차별을 저질렀음을 증명할 필요가 없다. 즉 각 속성에 대한 차별 입증이 불가능한 경우라도 복합차별로서 보호될 수 있다는 것이다. 예컨대, 아시아계 여성은 자신이 여성으로서 차별을 받고 있는지 아니면 아시아계라는 이유로 차별받고 있는지에 대해 입증 할 수 없다 하더라도, 여성이면서 동시에 아시아계라는 이유로 차별받고 있다고 주장할 수 있다.⁷⁰⁾

혼인여부, 성, 병력 등을 이유로 하는 차별의 이유들이 함께 작용하는 경우가 있다. 차별금지사유가 복합적으로 작용하게 되는 것이다. 장애인차별금지법과 같은 경우에는 이러한 복합적 이유가 원인이 되어 발생하는 차별의 경우, 차별의 주된 이유가 장애에 있다면 그것을 장애차별로 본다고 규정하고 있지만(제5조 제1항), 국가인권위원회법에서는 복합차별의 경우에 대한 판단 기준을 명시하지 않고 있다. 장애인차별의 경우에 준하여, 국가인권위원회법상 차별금지사유가 복합적으로 원인이 되는 차별의 경우 차별의 주된 이유가 어디에 있는지를 판단한 후 해당 사유에 의한 차별로 판단해야 할 것이다.

다만 이것이 분명하지 않은 경우들이 분명히 있을 수 있다. 예를 들어, 차별이 인정된 사례 가운데 장녀에게는 지급하지 않는 가족수당을 무남독녀나 장남에게는 지급하는 경우가 있다. 이 사례는 장녀의 비교대상을 ‘무남독녀’인 여성으로 보는 경우 가족상황을 이유로 하는 차별이라고 볼 수 있지만, 비교대상을 ‘장남’으로 보는 경우에는 성을 이유로 하는 차별이라고 볼 수 있다. 그러나 실제 사례 판단에서 국가인권위원회는 비교대상이 누구인지를 분명하게 밝히지는 않고, 다만 여성은 무남독녀인 경우에만 가족수당이 지급되고, 남성은 무녀독남일 조건을 요구하지 않는다는 것을 이유로 차별의 합리적 이유가 없다고 판단하였다.⁷¹⁾ 이 사건 자체는 성차별의 문제로 다루어졌지만, 사실 복합적인 사유가 존재한다고 볼 수 있는데, 이러한 사례들을 어떻게 분류해 판단할 것인가에 대한 기준이 분명하지 않은 것은 문제이다. 비교대상의 문제는 차별의 합리성 판단에도 영향을 미칠 수밖에 없기 때문이다.

동성애자들의 경우, 비록 사실혼관계에 있다 하더라도 법적 혼인을 하지 않은 비혼자의 지위에 있게 되고, 혼인 여부에 따른 차별과도 중첩되는 문제되어 복합차별 문제가 발생될 수 있다. 또한 혼인하지 않거나 혼인할 계획이 없다는 것을 밝히는 경우에는 동성애자로 추정·간주할 수 있는 정보로 기능할 수 있는 경우도 문제될 수 있다.

법률혼과 관련하여 발생하는 혼인 여부, 가족 형태 또는 가족 상황에서 발생하게 되는 차별 쟁점을 성적 지향을 이유로 한 간접차별로 포섭할지 여부에 대해서는 이를 인정해야 한다는 견해도 있으나⁷²⁾ 국가인권위원회법이 성적 지향을 이유로 한 간접차별을 명시적으로 규정하고 있지 않은 상황에

70) 홍성수, 『영국의 차별금지법제 연구』, 법무부, 2011, 17쪽.

71) 16진정0030800.

72) 국가인권위원회(2014), 『성적 지향 성별정체성에 따른 차별 실태조사』, 9쪽.

서 향후 해석례를 통해 차별판단기준을 정립해나가야 할 부분이라고 할 수 있다.

동성간 혼인 신고 불수리처분의 적법성 여부가 문제된 사건에서 서울서부지방법원 2016. 5. 25.자 2014호파1842 결정은 혼인에 따른 제반 권리를 부인하는 것이 합리적인 이유 없이 동성 간의 결합을 남녀 간의 결합에 비하여 차별하는 것으로서 헌법 제11조에 규정된 평등권 침해하는 것은 아니라고 판단하였다. 위 결정은 “헌법, 민법 및 가족관계등록법에 규정되어 있는 ‘혼인’은 ‘남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 도덕적, 풍속적으로 정당시되는 결합’을 가리키는 것으로 해석되고, 이를 넘어 ‘당사자의 성별을 불문하고 두 사람의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 결합’으로 확장하여 해석할 수는 없다. 따라서 일단 현행법의 통상적인 해석으로는 동성인 신청인들 사이의 이 사건 합의를 혼인의 합이라고 할 수 없고 이 사건 합의에 따른 신고를 적법한 혼인 신고라고 할 수 없으므로, 이 사건 불수리 처분은 적법하다”라고 하면서, “민법 제812조 제1항은 혼인은 가족관계등록법에 정한 바에 의하여 신고함으로써 효력이 생긴다고 규정하여 신고혼주의에 의한 법률혼주의를 채택하고 있고, 혼인신고는 일반적으로 민법 제813조의 규정에 따라 심사를 거쳐 수리된 때에 비로소 부부관계가 형성되는 창설적 효력을 갖게 된다. 그리고 혼인신고가 적법하게 수리되어야 민법 등에서 규정하고 있는 혼인의 효력을 누리거나 부담할 수 있고, 부적법하다고 하여 수리되지 않는 경우에는 혼인의 효력이 발생하지 않는다. 법률혼제도를 채택하고 있는 이상 이처럼 양자 사이에 차이가 발생하게 되는 것은 어쩔 수 없다.”라고 했다.

국가인권위원회 진정 사건 가운데에는 연령과 함께 다른 차별 사유가 복합하여 차별이 발생한 것으로 주장되는 사례가 있는데, 주된 차별이 분명히 드러나기보다 각각의 사유가 모두 함께 주장되었다. 그리고 인권위원회는 각 차별 사유에 대한 합리성 판단을 자의금지의 원칙 기준에 따라 종합적으로 판단하였다. 예를 들어, 안마사협회가 경로당 안마사 파견사업을 시행하면서 안마사를 모집하는 기준으로 중증장애인, 여성, 고령에 대해 가점을 부여하는 것이 연령 및 성차별로써 문제된 사례에서, 인권위원회는 당해 사업의 취지, 적극적 우대조치 등을 종합적으로 고려하여 합리성 여부를 판단하였다.⁷³⁾

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

<p>해외 차별판단지침</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 미국 EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues 1. 민권법 VII편 VII편은 인종, 피부색, 출신국, 종교, 성별을 근거로 어떠한 개인에 대해서든 고용차별하는 것을 금한다. 따라서 예를 들어 법령은 백인, 아프리카계 미국인, 아시아인을 인종과 피부색으로 차별받는 것으로부터, 남성과 여성을 성차별로부터, 이란인, 쿠바인, 미국인을 출신국 차별로부터, 기독교도, 유대교도, 회교도, 무신론자를 종교적 차별로부터 보호한다. 다음 절은 VII편을 근거로 제기될 수 있는 몇몇 구체적인 종류의 고소를 설명한다. a. 인종과 피부색 VII편은 인종차별과 피부색 차별을 모두 금한다. 그러나 법원이 이 둘을 언제나 구분하는 것은 아니다(Felix v. Marquez, No. 78-2314, 1980 WL 242 (D.D.C. Sept. 11, 1980)). 그 결과 조사관은 보통 적대적 행동이 인종에 근거한 것인지 피부색에 근거한 것인지를, 고소 당사자가 둘 중 하나 또는 둘 다를 주장하는 한 적대적 행위가 인종에 근거한 것인지 피부색에 근거한 것인지 판단할 필요가 없다. - 신체적 특징: 인종차별에는 특정 인종과 연관된 신체적 특징을 근거로 한 차별을 포함하며, 고소 당사자와 차별 혐의자가 같은 인종에 속한다고 하여도 마찬가지이다. 예를 들어 VII편은 아시아인을 얼굴의 특징이나 키와 같은 신체적 특징을 이유로 차별하는 것을 금한다(Motley v. Tractor Supply Co., 32 F. Supp. 2d 1026, 1056 (S.D. Ind. 1998)). - 피부색: 인종/피부색 차별에는 피부색의 색조를 근거로 한 차별이 포함된다. 예를 들어 사용자가 어두운색이나 밝은색의 피부를 가진 아프리카계 미국인을 차별하는 것은 불법이다 (Walker v. Secretary of the Treasury, 713 F. Supp. 403, 405-08 (N.D. Ga. 1989)).
----------------------	---

73) 국가인권위원회 16진정0171900 결정.

	<p>보호받는 개인과의 연관: VII편은 개인이 특정 인종이나 피부색의 다른 개인과 연관이 있음을 이유로 한 차별을 금한다. 예를 들어 북미 원주민과 결혼했다거나 혼혈자녀를 두고 있다는 이유로 백인 근로자에 대하여 불리한 고용조치를 취하는 것은 불법이다(Tetro v. Elliott Popham Pontiac, Oldsmobile, Buick, & GMC Trucks, Inc., 173 F.3d 988, 994-95 (6th Cir. 1999)).</p> <p>b. 출신국</p> <p>출신국 차별에는 출신지나 출신국 집단의 신체적, 문화적 또는 언어적 특징에 근거한 차별이 포함된다. 때로 출신국 차별은 인종차별과 겹치고, 그러한 경우 차별의 근거는 인종 및 출신국 둘 다를 분류될 수 있다. 예를 들어 북미 원주민에 대한 차별은 인종/출신국 차별이 될 수 있다(Perkins v. Lake County Dep't of Utils., 860 F. Supp. 1262, 1273 n.7 (N.D. Ohio 1994)).</p> <p>- 말씨/언어: 출신국 차별에는 말씨, 말투, 언어의 유창함에 근거한 차별이 포함된다(Carino v. University of Okla. Bd. of Regents, 750 F.2d 815, 819 (10th Cir. 1984)). 근로자가 직장에서 영어만 하도록 요구하는 규칙에도 적용된다.</p> <p>- 다언어 사용: 출신국 차별은 다언어를 사용하는 근로자에게 추가적인 보상 없이 단일언어를 사용하는 동료보다 더 많은 일을 하도록 요구하는 것이 포함된다.</p> <p>- 시민권: EEO 법령은 미국 내에서 적용받는 사용자를 위해 노동하는 모든 근로자를 시민권 신분이나 노동 허가 및 무관하게 보호한다. 덧붙여 시민권에 근거한 차별은 출신국에 근거한 차별을 목적으로 하거나 그러한 효과를 내는 경우 VII편의 출신국 차별 금지지를 위반하는 것이다.</p> <p>- 보호받는 개인과의 연관: 출신국 차별에는 개인이 출신국 집단에 속한 어떤 사람과 연관이 있다는 것을 근거로 한 차별이 포함된다. 따라서 예를 들어 어떤 개인이 중동 출신의 사람과 결혼하였다고 하여 차별하는 것은 불법이다.</p>
<p>해외법제</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act) 제3.1조(복수 사유에 의한 차별) 보다 명확하게 하기 위하여, 하나 이상의 금지된 차별 사유 또는 금지된 사유의 결합의 효과에 근거한 관행은 차별적 처우에 해당한다. ▪ 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) 제4조(복수의 사유에 의한 차별대우) 제1조에 열거된 사유 중 두 개 이상의 사유를 원인으로 하여 차별이 이루어진 경우에도, 만약 제8조 내지 제10조 및 제20조에 따른 정당화가 차별대우에 대한 모든 사유에 해당하고, 이에 근거하여 차별이 이루어진 경우에 한하여 그 차별이 정당화될 수 있다.

5. 불리한 대우로서의 보복행위

현행 국가인권위원회법은 차별 신고, 진정을 제기한 것에 대해 불이익을 준 사용자나 용역제공자 등에 대해 행정적, 법적 책임을 부여하는 근거조항이 없다. 국가인권위원회법 제55조 제1항은 “누구든지 이 법에 따라 위원회에 진정, 진술, 증언, 자료 등의 제출 또는 답변을 하였다는 이유만으로 해고, 전보, 징계, 부당한 대우, 그 밖에 신분이나 처우와 관련하여 불이익을 받지 아니한다.”라고 하여 불이익 금지를 규정하고는 있지만 이 조항 위반에 대한 제재 규정은 없기도 하다. 남녀고용평등법은 사업주가 직장 내 성희롱 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자들에게 불리한 처우를 한 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다(제37조 제2항 제2호). 국가인권위원회법상 금지되는 차별에 해당되는 “불리하게 대우하는 행위”에는 보복이 포함된다고 보아야 한다.¹⁾

미국의 경우, 1964년 민권법 제7장(Civil Rights Act of 1964 (Title VII)), 고용상연령차별금지법(Age Discrimination in Employment Act, ADEA), 장애인법(Disabilities Act, ADA) 제5장, 재활법 제501호(Rehabilitation Act (Section 501)), 평등임금법(Equal Pay Act, EPA) 및 유전자 정보차별금지법(Genetic Information Nondiscrimination Act, GINA) 제2장의 규정들은 근로자가 “보호 대상 행위”에 참여한 것을 이유로 정부 또는 민간 부문의 사용자들과 고용알선기관 및 근로자단체가 그에 보복하는 것을 금지한다. 그리고, EEOC는 “보복 및 관련 쟁점에 관한 지침(Enforcement Guidance on Retaliation and Related Issues(EEOC-CVG-2016-1))”을 통해 보

1) 국가인권위원회(2008), 앞의 글, 306쪽.

복 및 관련 쟁점에 관한 법률의 해석에 대해 규정하고 있다. 이 지침에서는 연방의 고용 차별 관련 법령이 근로자 및 구직자의 두려움 없이 차별에 대한 구제를 신청하고자 하는 의지에 기초한다는 점을 명시하고 있다. 보호 대상 행위는 일반적으로 EEO 절차에 ‘참여’하는 것 또는 EEO 법상 불법인 행위에 ‘항의’하는 것으로 구성된다.

‘참여’에 대한 보호는 차별금지 관련법상 조사, 절차 또는 심리에 있어 구제신청이나 증언을 하였거나 이를 보조하고 또는 이에 어떠한 방식으로든 참여한 사실에 대한 보복으로부터 보호된다는 것을 의미한다. 예컨대, 참여는 차별을 주장하는 행정 절차나 소송을 제기하거나 그에 증언하는 행위를 포함할 수 있다. 참여로부터의 보호에 더하여, 근로자들은 EEO 법령에 따른 불법 관행에 ‘항의’하는 것에 대한 보복으로부터 보호된다. 보호 대상인 ‘항의’ 행위는 근로자가 다양한 방식으로 자신이 인지한 고용 차별에 관하여 명시적으로 또는 묵시적으로 항의를 표시하는 행위를 광범위하게 포함한다. 항의의 방식은 합리적이어야 하고, 항의는 그 된 행위가 불법이거나 불법이 될 것이라는 선의의 합리적인 판단에 근거하여야 한다. ‘항의’ 조항은 근로자가 문제의 사안이 괴롭힘이나 여타의 차별이라는, 혹은 괴롭힘이나 여타의 차별이 될 수 있다는 판단을 명시적으로 또는 묵시적으로 알리는 경우에 적용된다. 이는 비공식적인 소통으로 이루어질 수 있고, 정황상 해당 근로자가 인지한 EEO 위반 혐의에 대해 항의나 저항을 전달하는 것이라면 “괴롭힘”이나 “차별” 또는 기타 법률 용어를 포함할 필요는 없다. 근로자가 차별 금지 법률상의 구체적인 요건을 알 수 없는 경우에는, 불공정한 처우에 대하여 개괄적이거나 분명하지 않은 구제 신청을 제기할 수 있다. 이와 같은 경우, 당해 구제 신청이 합리적인 범위에서 고용 차별에 대한 항의로 해석될 수 있다면, 보호 대상의 항의 행위에 포함된다. 지침에서는 보호 대상 항의에 포함되는 행위의 예로서 “본인 또는 다른 이에 대한 차별에 관하여 구제를 신청하거나 신청하고자 하는 행위, EEO 사안에 관한 사용자의 내부 조사에 정보를 제공하는 행위, 차별이라고 합리적으로 판단되는 명령에 따를 것을 거부하는 행위, 사용자에게 EEO 준수에 관하여 권고하는 행위, 성적 행위에 저항하거나 다른 이들을 보호하기 위해 개입하는 행위, 소극적인 저항 (타인이 항의를 표시하는 것을 허용하는 행위), 장애나 종교를 위한 합리적 편의 시설을 요청하는 행위”를 들고 있다. 지침에 따르면, 보복행위는 일정한 경우 “보복적 괴롭힘”이 될 수 있다. 보복적 괴롭힘은 그와 같은 행위가 근로조건을 변경할 만큼 심각하거나 만연하지 않은 경우에도 보복으로 인정될 수 있다.²⁾

또한, 미국 EEOC의 “관리자에 의한 불법적인 괴롭힘에 대한 대리 사용자의 책임에 관한 지침 (Enforcement Guidance: Vicarious Liability for Unlawful Harassment by Supervisors(EEOC-CVG-1999-2))”에 따르면 괴롭힘 행위를 신고하거나 그 이의제기에 관련한 정보 제공을 이유로 사용자가 근로자를 불리하게 처우하지 않을 것임을 명확하게 해야 한다. 그러한 보장이 없이는 괴롭힘 금지 정책과 이의제기 절차가 유효할 수 없다. 경영진은 보복행위가 발생하지 않도록 하는데 필요한 모든 조치를 취해야 한다. 예를 들어, 괴롭힘 사안을 조사할 때, 당사자와 증인을 인터뷰하는 관리자official는 보복행위 금지에 관하여 그들에게 상시시켜 주어야 한다. 경영진은 그 조사 기간에 또는 그 후에 괴롭힘 이의청구자와 증인에게 영향이 있는 고용상 결정이 보복행위의 동기에 근거하지 않음을 보장하기 위하여 세심하게 주의해야 한다.

한편, 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act 1976-1977)은 실효된 전과 등을 이유로 한 차별행위에 대한 진정에 대응하여 행해지는 보복은 차별행위에 해당된다고 규정하고 있고, 이 경우, 직접적인 보복과 보복의 위협을 포함하고, 보복의 대상에는 차별행위의 피해자와 진정한 포함된다.

2) Burlington Northern 판결 이후, “직장 내 괴롭힘에 의한 보복”을 주장하는 근로자는 “더 이상 괴롭힘이 심각하거나 만연할 것을 증명할 필요가 없다”고 판단했다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

<p>해외 차별판단지침</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 미국 EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues 5. 모든 신분: 보복 EEO 법령은 다음 중 하나를 포함하는 보호받는 활동에 간여하였다는 이유로 개인에게 보복하는 것을 금한다. <ul style="list-style-type: none"> • 보호받는 활동 <ul style="list-style-type: none"> - 반대: EEO 법령 중 하나로 불법화된 관행에 반대하는 것이나(EEOC v. Romeo Community Sch., 976 F.2d 985, 989-990 (6th Cir. 1992)) - 참여: 고소, 증언, 조력, 기타 적용 가능한 법령에 의거한 조사, 소송 또는 심리에 어떠한 형태로든 참여하는 것 • 보호받는 활동에는 EEO 위반 혐의에 적용되는 내부 조사의 일부로 증언하거나 증거를 제시하는 것도 포함된다. <ul style="list-style-type: none"> - 개인은 자신이 불법적인 차별 관행에 반대하고 있다는 합리적이고 선의적인 믿음을 가졌고 반대하는 방식이 합리적이었던 한 차별에 반대한 것에 대한 보복으로부터 보호된다. 그러나 개인은 애초의 차별 주장의 타당성이나 합리성과 무관하게 고소 절차에 참여한 데 대한 보복으로부터 보호된다. - 개인은 보복으로부터 보호받기 위해 기초가 되는 법령의 위반을 입증할 필요가 없다. 개인이 보호받는 행동에 간여한 것인지를 판단하는 데 대한 상세한 지침은 EEOC Compliance Manual, Volume II (BNA) § § 8-II B, 8II-C, 614:0001-0004 (1988) Section 8: Retaliation 참고. ■ 미국 Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities(EEOC-CVG-2007-1) III. 보복행위 사용자는 노동자가 위법한 차별행위에 반대한 것을 이유 보복행위를 해서는 안되는데, 자녀있는 여성노동자에 대한 성별 고정관념에 대해 사용자에게 이의제기를 하거나, EEOC의 구제절차에 참여하는 것, 예를 들어, 차별 구제신청을 하거나 구제신청을 한 다른 노동자를 위해 증언을 하는 것을 이유로 하는 것이다. 돌봄제공자 대상의 차별은 고용차별 금지 법률들에 위반될 수 있는데, 그러한 차별행위에 대해 이의제기한 노동자 대상의 보복행위도 마찬가지이다. 고용차별 금지 법률들 하에서 보복행위 금지 규정은 법률이 보호하는 행위를 포기하게 만들 것 같다고 합리적으로 판단될 수 있는 모든 형태의 보복행위로부터 개인을 보호한다. 돌봄제공자는 특히 위법한 보복행위에 취약할 수 있는데, 일과 가족부양 책임의 균형을 유지하는 과정에서 그들이 직면하는 어려움 때문이다. 자녀있는 여성 노동자가 장래에 EEOC 차별구제 신청을 포기하게 만들 수 있는 행위는 실질적인 돌봄제공 책임이 없는 이들에게겐 그렇지 않을 수 있다. 2006년 판결에서 연방대법원이 언급 하였듯이, “근로자의 업무시간 변경은 많은 노동자들에게 거의 차이가 없을 수 있지만 취학 자녀가 있는 젊은 여성 노동자에게엔 엄청나게 중요한 사안일 수 있다.” 따라서 고용차별 금지 법률들은 그러한 보복적인 업무시간 변경이나 자녀 있는 여성노동자 또는 돌봄제공자가 법적으로 보호되는 행위를 포기하게 만든다고 합리적으로 볼 수 있는 모든 행위들을 금지한다.
<p>해외법제</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 캐나다인권법(Canadian Human Rights Act) 제4조(차별적 처우에 관한 규정) 본법의 제5조에서 제14.1조에 규정된 차별적 처우는 본법의 제3부에 따라 진정의 대상이 될 수 있으며, 차별적 처우에 가담하거나 가담했던 것으로 인정된 사람은 제53조에 따른 명령을 받을 수 있다. 제14.1조(보복) 이 법 제3부에 의하여 진정을 당한 사람 또는 그를 대표하는 사람이 진정을 제기한 사람이나 피해자로 주장되는 사람(alleged victim)에게 보복을 하거나 보복의 위협을 가하는 것은 차별적 처우이다.

6. 성희롱

가. 성희롱의 개념

‘성희롱’은 서구에서 형성된 개념인 ‘sexual harassment’를 번역한 것으로 성희롱의 개념은 1974

년에 미국의 파얼리(Farley)가 일하는 여성들이 전형적으로 겪는 이름 없는 고충을 'sexual harassment'라고 명명한 것에서 유래한다. 이후 미국의 법여성학자인 맥키넨(MacKinnon)의 입론과 판례들, 1980년 미국의 고용평등기회위원회(EEOC)의 지침에 의해 정립된 이래 성희롱은 성별에 근거한 차별 행위로 널리 간주되고 있다.¹⁾ EEOC 지침에 따르면 성희롱은 “원하지 않는 성적 접근, 성적인 호의의 요구, 그 밖에 다른 성적 성질을 가지는 언어적, 육체적 행위”이다. 또한 유럽연합(EU) 지침은 성희롱을 “성적 성질을 가지는 모든 형태의 원하지 않는 언어적, 비언어적 또는 육체적 행위로서 개인의 존엄을 해치려는 목적을 가지거나 그러한 결과를 초래하는 행위 특히 위협적, 적대적, 굴욕적이거나 불쾌한 환경을 만들거나 그러한 결과를 초래하는 행위”라고 규정하고 있다. 미국에서 성희롱에 대한 본격적인 법적 논의를 전개한 맥키넨의 ‘불평등이론’에 따르면 성희롱은 여성의 성적 종속을 가져오기 때문에 성차별이며, 여성의 사회적 지위라는 관점에서 판단되어야 할 집단적 피해라고 한다. 또한 맥키넨의 ‘불평등치우이론’에 따르면 동일한 상황에 있는 사람은 동일하게 취급되어야 할 것이 요구되는데 성희롱은 여성의 지위와 남성과 동일하게 취급되지 않기 때문에 성차별이라고 한다. 성희롱에 의해 여성은 남성처럼 성적 조건 없이 생활할 수 있는 기회를 박탈당하게 된다는 것이다.²⁾ 1993년 UN이 만장일치로 채택한 ‘여성폭력철폐선언’은 직장 내 성희롱이 여성의 인간으로서의 존엄성과 일할 권리를 해치는 한편, 남녀 간에 불균형한 권력관계에서 발생하고 여성의 종속적 지위를 심화시키는 여성에 대한 폭력의 일종이자 여성차별철폐협약에서 말하는 여성차별에 해당된다는 점을 분명히 하고 있다.

국가인권위원회법은 “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 것”을 성희롱의 개념으로 규정하면서, 이러한 성희롱은 평등권 침해의 차별행위에 해당되는 것으로 규정하고 있다(제2조 제3호 라목). 그 밖에 양성평등기본법, 남녀고용평등법에서 성희롱의 개념에 관한 규정을 두고 있다. 각 법률에서 규정하고 있는 성희롱의 개념은 사실상 동일하다.

- 양성평등기본법

제3조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "양성평등"이란 성별에 따른 차별, 편견, 비하 및 폭력 없이 인권을 동등하게 보장받고 모든 영역에 동등하게 참여하고 대우받는 것을 말한다.
2. "성희롱"이란 업무, 고용, 그 밖의 관계에서 국가기관·지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공단체(이하 "국가기관등"이라 한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우를 말한다.
 - 가. 직위를 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

1) 신상숙(2015), “대학교 성희롱·성폭력 피해구제의 현황과 쟁점- 실태조사 결과를 중심으로 -”, 대학 캠퍼스의 권력형 성희롱·성폭력, 무엇이 문제인가, 서울대 여성연구소·인권센터 공동주최 학술포럼 자료집, 4쪽.
 2) 최희경(2011), “미연방대법원의 성희롱판결에 대한 연구”, 『법학논집』 제16권 제1호, 203쪽.

- 남녀고용평등법

제2조(정의) 2. "직장 내 성희롱"이란 사업주상급자 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.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

<p>해외사례</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ [캐나다] 성희롱을 금지할 의무가 사업주에게 있는지 여부 요리사의 성희롱에 대하여 식당에게 요리사로 하여금 성희롱을 하지 않도록 할 책임이 있는지 여부가 쟁점이 된 사례이다. 이 사건에서 성희롱은 성별에 따라 고용조건 또는 직원에게 제공되는 고용기회를 제한하는 차별의 한 형태로 보고 사용자는 업무와 관련된 직원의 차별 행위에 대해 책임을 져야한다(캐나다 인권법 제10조, 제14.2조). 특히 성희롱 가해자인 요리사의 행동은 업무와 관련이 있었고, 따라서 요리사가 성희롱을 하지 않도록 하는 것은 사업주의 책임이다.(Janzen v. Platy Enterprises Ltd., [1989] 1 SCR 1252)
<p>해외 차별판단지침</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 미국 EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues 1. 민권법 VII편 d. 성별 VII편은 성별에 근거한 차별을 금하는데 여기에는 금지된 행위가 성적인 성격인 경우인 성적 괴롭힘과 성적인 성격은 아닌, 젠더에 근거한 괴롭힘이라고도 하는 성별에 근거한 괴롭힘이 모두 포함된다.
<p>해외법제</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 캐나다인권법(Canadian Human Rights Act) 제14조 (2) 성적 괴롭힘 상기 제1항의 일반규정을 제한하지 않고, 성적 괴롭힘은 같은 항의 [적용의] 목적에서 차별금지 사유에 근거로 한 괴롭힘으로 본다. ■ 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) 제3조 (개념) (4) 성적 괴롭힘이라 함은 제2조 제1항 제1호 내지 제4호와 관련한 차별로써, 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(現出) 등과 같은 원하지 않는 성적으로 특정한 행동이 타인의 존엄성을 침해하도록 의도했거나 야기한 경우, 특히 위협, 적대시, 멸시, 품위손상 또는 모욕으로 특징될 수 있는 분위기를 조성하도록 의도했거나 야기한 경우에 발생하게 된다.

나. 성희롱의 판단

성희롱 해당 여부는 ① 직장내 성희롱의 당사자 요건에 대한 판단(성희롱의 행위자 및 피해자) → ② 직장내 성희롱의 행위 요건(업무 관련성: 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 이루어질 것, 행위 양태: 상대방이 원치 않는 성적 언동 또는 그 밖의 요구) → ③ 행위로 인한 피해(성적 굴욕감이나 혐오감 고용 및 근로조건상의 불이익)의 순으로 판단하게 된다.

1) 당사자 요건 판단

남녀고용평등법상 직장 내 성희롱에 관한 규정은 같은 사업 소속의 사업주, 상급자, 근로자에 대해 적용되고, 이 경우 성희롱 피해자는 근로자에 한한다. 이에 비해서 양성평등기본법과 국가인권위원회법상 성희롱에 관한 규정은 사용자와 공공기관종사자(국가기관, 지방자치단체, 각급학교, 공직유관단체 종사자를 의미함)가 성희롱 행위자이고 불특정의 사람(근로자, 학생, 일반시민 등 모든 사람)이 피해자인 경우에 대해 적용한다. 즉, 국가인권위원회법 및 양성평등기본법상 성희롱 행위자와 피해자의

범위가 남녀고용평등법보다 넓다.

성희롱의 주체인 가해자에 해당될 수 있는 자가 누구인가에 대해 국가인권위원회법은 “사용자”라고 규정하고 있는바, 이는 근로기준법상 사용자 개념에 해당되는 “사업주, 사업의 경영담당자, 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자”를 의미한다. 이에 비해 남녀고용평등법상 성희롱 행위자에 해당될 수 있는 자는 사업주, 상급자, 근로자이다. “사업주”라 함은 “개인기업의 경우에는 개인, 법인체인 기업의 경우는 그 법인 자체”이다. 근로자는 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”(「근로기준법」 제2조 제1항 제1호). 즉, 임금을 받기 위해서 사용자의 지휘·명령 하에 실질적으로 사용종속관계에서 노무를 제공하는 자를 말하며 현재 취업하고 있는 자를 의미한다. 근로계약기간 및 근로형태 등을 불문하여 임시직, 계약직, 시간제 근로자도 포함되며, 성별은 무관하다.

성희롱의 피해자가 될 수 있는 자에 대해 국가인권위원회법은 별도로 규정하고 있지 않기 때문에 누구라도 성희롱 피해자가 될 수 있다. 남녀고용평등법은 “근로자”가 성희롱 피해자가 될 수 있는 것으로 규정하고 있고, 이 경우 근로자란 사업주에게 고용된 자와 취업할 의사를 가진 자를 말한다.(남녀고용평등법 제2조 제4호). 즉, 재직 중인 근로자와 채용과정에 있는 자가 성희롱의 대상이 될 수 있다.

한편, 국가인권위원회법, 남녀고용평등법 모두 고객 등 제3자는 성희롱의 주체로 규정하고 있지 않다. 다만 남녀고용평등법은 사업주는 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 자가 업무수행 과정에서 성적인 언동 등을 통하여 근로자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감 등을 느끼게 하여 해당 근로자가 그로 인한 고충 해소를 요청할 경우 근무 장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하여야 함. 또한 사업주는 근로자가 고객 등으로 인한 성희롱 피해를 주장하거나 고객 등으로부터의 성적 요구 등에 불응한 것을 이유로 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(남녀고용평등법 제14조의2).

2) 업무관련성

성희롱은 “직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 이루어질 것”, 즉, 업무관련성을 필요로 한다. 성희롱의 발생이 반드시 근무시간 내 혹은 직장 내에서 발생하여야 하는 것은 아니다. 그 외의 경우라도 성희롱이 발생한 상황이 업무상의 사유를 가지고 있다고 판단되는 경우라면 업무관련성이 있다고 본다. 근무시간 이외의 시간에서 발생한 성희롱일지라도 그 만남의 성격이 쌍방 모두 혹은 쌍방 중 어느 1인이 종사하고 있는 업무와 유관할 때에는 업무관련성이 있는 것으로 판단된다.

국가인권위원회는 업무관련성을 상당히 광범위하게 인정하고 있다. 즉, 근무시간 외에 발생한 성적 언동이 성희롱에 해당하는지에 대하여 행위 장소 및 시간을 가리지 않고 당사자 간에 실질적인 업무관련성이 있으면 업무관련성을 인정한다. 국가인권위원회 사례 중에는 대학교수인 학생처장이 당시 파업으로 대치중이던 노동조합 전임자인 여직원의 가슴을 가리키면서 가슴이나 잘 가리고 다니라고 한 발언을 업무의 일환으로 회의에 참석하였으며 당시 파업 중이던 노동조합원들과 대치하는 상황에서 발생한 일로 업무관련성이 인정된다고 보아 성희롱으로 인정한 경우가 있다.¹⁾

남녀고용평등법 역시 사업주, 상급자 또는 근로자가 직장 내 지위를 이용하거나 업무와 관련이 있는 경우라면 사업장 내부에서 근무시간에 성희롱이 발생한 경우뿐만 아니라 사업장 밖에서 근무시간 외에 성희롱을 한 경우에도 직장 내 성희롱이 될 수 있다. 예를 들어 출장 중 차안이나 업무와 관련이 있는 회식장소, 야유회장소, 업무협의를 위해 불러내어 외부 장소에서 행위자의 성적 언동 등으로

1) 국가인권위원회 2007.3.28. 06진차401 결정.

인해 피해자가 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낀 경우 이는 직장 내 성희롱으로 인정된다.²⁾

3) 피해자가 원하지 않는 성적 언동 또는 그 밖의 요구

상대방이 원하지 않는 성적 의미가 내포된 행위자의 육체적·언어적·시각적 언어나 행동이 “성적 언동 등”이다. 성적 언동을 단 1회만 한 것이라도 성희롱이 성립될 수 있고 특정인을 염두에 두지 않은 언동이라도 그것을 보고 듣는 사람에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 준다면 성희롱이 된다.³⁾

“상대방이 원하지 않는” 행동이란, 상대방이 명시적으로 거부 의사를 표현한 경우만이 아니라, 적극적, 소극적 또는 묵시적으로 거부하는 경우도 포함된다. 즉, 행위자의 성적 언동에 대해 피해자가 직접적으로 분명하게 거부하지 않았더라도 성희롱은 성립될 수 있다. 특히 현실에서 발생하는 성희롱의 전형적이고 중요한 특징은 가해자가 상급자이거나 고위직이어서 피해자와 가해자간의 불평등한 권력 관계로 인해 피해자가 직접적·적극적으로 거부하기 쉽지 않다는 점을 유의해야 한다.⁴⁾ 이러한 점은 대학 등 교육기관에서 교원과 학생 간 발생하는 성희롱에서도 마찬가지이다. 교수가 가해자인 학생에 대한 성희롱은 피해자인 학생이 즉각 성적 언동의 의미를 인지하여 동의·거부를 표현하기 어렵기 때문에 원하지 않는 행동이 지속적으로 반복되면서 강도가 높아지기 쉽다. 특히 교수와 학생의 관계는 학점, 논문지도, 나아가 진로와 고용기회를 좌우할 수 있기 때문에 위력이 작용하게 되고, 이 점에서는 학부생보다 오히려 대학원생이 취약한 위치에 놓이게 될 수도 있다.⁵⁾

한편 예를 들어 여직원을 “아줌마”라고 부르거나 여직원에게만 커피 심부름을 시키는 것과 같이 고정관념적인 성별 역할을 강요하는 행동은 성차별적인 부적절한 언행이기는 하지만 ‘성적(sexual)’ 언동이라고 보기는 어렵다. 이러한 언행은 “Gender Harassment”로서 법적인 성희롱 개념에는 포함되지 않고, 다만 성차별적 괴롭힘에 해당될 수 있다.

남녀고용평등법 시행규칙 별표1은 직장내 성희롱 판단 기준의 예시를 다음과 같이 제시하고 있다.

- 남녀고용평등법 시행규칙 제2조 관련 별표1 「직장 내 성희롱을 판단하기 위한 기준의 예시」

1. 성적인 언동의 예시

가. 육체적 행위

- (1) 입맞춤, 포옹 또는 뒤에서 껴안는 등의 신체적 접촉행위
- (2) 가슴·엉덩이 등 특정 신체부위를 만지는 행위
- (3) 안마나 애무를 강요하는 행위

나. 언어적 행위

- (1) 음란한 농담을 하거나 음탕하고 상스러운 이야기를 하는 행위(전화통화를 포함한다)
- (2) 외모에 대한 성적인 비유나 평가를 하는 행위
- (3) 성적인 사실 관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 퍼뜨리는 행위
- (4) 성적인 관계를 강요하거나 회유하는 행위

2) 고용노동부(2016), 『직장 내 성희롱 예방·대응 매뉴얼』, 17쪽.

3) 고용노동부(2016), 위의 글, 18쪽.

4) 고용노동부(2016), 앞의 글, 18쪽.

5) 신상숙(2015), 앞의 글, 21쪽.

(5) 회식자리 등에서 무리하게 옆에 앉혀 술을 따르도록 강요하는 행위

다. 시각적 행위

- (1) 음란한 사진·그림·낙서·출판물 등을 게시하거나 보여주는 행위(컴퓨터통신이나 팩시밀리 등을 이용하는 경우를 포함한다)
- (2) 성과 관련된 자신의 특정 신체부위를 고의적으로 노출하거나 만지는 행위

라. 그 밖에 사회통념상 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 것으로 인정되는 언어나 행동

2. 고용에서 불이익을 주는 것의 예시

채용탈락, 감봉, 승진탈락, 전직(轉職), 정직(停職), 휴직, 해고 등과 같이 채용 또는 근로조건을 일방적으로 불리하게 하는 것

* 비고: 성희롱 여부를 판단하는 때에는 피해자의 주관적 사정을 고려하되, 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를 함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 떨어뜨리게 되는지를 검토하여야 한다.

4) 성적 굴욕감이나 혐오감 혹은 고용 상 불이익

행위자의 성적 언동 등으로 인해 ① 피해자가 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼거나 ② 피해자가 행위자의 성적 요구에 불응한 것을 이유로 채용 또는 근로조건을 불리하게 하는 경우 성희롱이 된다. ①을 환경형 성희롱이라고 하고, ②를 조건형 성희롱이라고 한다.

“성적 굴욕감 또는 혐오감”이란 성적 언동으로 인하여 상대방(피해자)가 느끼게 되는 불쾌한 감정을 말한다. 판례에 따르면 성적 굴욕감이나 혐오감 해당 여부는 “우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지”를 기준으로 판단하여야 한다고 한다.⁶⁾

국가인권위원회는 통상적으로 피해자가 여성이라는 점을 전제하여 이른바 합리적인 여성의 관점에서 판단기준을 제시하고 있다. 즉, 어떠한 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 양당사자의 연령이나 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응 등의 구체적 사정을 종합하여, 행위의 상대방이 그러한 행위를 원치 않았고 불쾌감을 느꼈는지, 일반 여성의 합리적 관점에서 볼 때 성적 함의가 있는 불쾌감을 주는 행위였는지에 의해 결정하여야 한다는 것이다.⁷⁾

5) 성희롱 판단의 기준으로서의 “성인지 감수성”

대법원은 2018년 4월 판결을 통해 “법원이 성희롱 관련 소송의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생

6) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결. 대법원은 이 사건에서 “가해자가 교수이고 피해자가 학생이라는 점, 성희롱 행위가 학교 수업이 이루어지는 실습실이나 교수의 연구실 등에서 발생하였고, 학생들의 취업 등에 중요한 교수의 추천서 작성 등을 빌미로 성적 언동이 이루어지기도 한 점, 이러한 행위가 일회적인 것이 아니라 계속적으로 이루어져 온 정황이 있는 점 등을 충분히 고려하여 우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지를 기준으로 심리, 판단하였어야 옳았다.” 고 판시했다.

7) 국가인권위원회 2005. 9. 13. 05진차470 결정.

한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않아야 한다(양성평등기본법 제5조 제1항 참조).”라고 판시하여 성희롱 판단의 기준으로서 ‘성인지 감수성’을 제시했다.⁸⁾ 이 판결에서 대법원은 “우리 사회의 가해자 중심적인 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 피해자가 성희롱 사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 부정적 반응이나 여론, 불이익한 처우 또는 그로 인한 정신적 피해 등에 노출되는 이른바 ‘2차 피해’를 입을 수 있다는 점을 유념하여야 한다. 피해자는 이러한 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 피해를 당한 후에도 가해자와 종전의 관계를 계속 유지하는 경우도 있고, 피해사실을 즉시 신고하지 못하다가 다른 피해자 등 제3자가 문제를 제기하거나 신고를 권유한 것을 계기로 비로소 신고를 하는 경우도 있으며, 피해사실을 신고한 후에도 수사기관이나 법원에서 그에 관한 진술에 소극적인 태도를 보이는 경우도 적지 않다. 이와 같은 성희롱 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가볍게 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없다.”라고 설시했다.

일반적으로 ‘성인지 감수성’ 내지 ‘성인지적 관점’이란 여성과 남성이 생물학적, 사회문화적 경험의 차이에 의해 다른 이해나 요구를 가지고 있다고 보고, 특정 개념이 특정 성(性)에게 유리하거나 불리하지 않은지, 성역할 고정관념⁹⁾이 개입되어 있는지 아닌지를 검토하는 관심과 태도를 의미한다.¹⁰⁾ 즉, 여성과 남성의 사회문화적 차이로 인한 삶의 현실을 이해하고, 그로부터 비롯되는 요구의 차이를 인식하며, 성별 불평등에 대한 민감성을 통해 궁극적으로는 이를 해결하고자 하는 양성 평등한 대안을 도출하기 위한 것이다.¹¹⁾ 양성평등기본법은 ‘성인지 예산(제16조),¹²⁾ ‘성인지 통계(제17조),¹³⁾ ‘성인지 교육(제18조)¹⁴⁾에 대해 규정하고 있고, 국가재정법은 성인지 예산서 작성에 대해 규정하고 있으며(국가재정법 제26조), 이 규정들에 근거하여 정부와 지방자치단체 등은 성인지적 관점에서 정책을 수립하고 실시할 의무가 있다. 대법원은 위 판결에서 법원 역시 양성평등기본법의 적용을 받는 국가기관에 속하기 때문에 판결을 내림에 있어서 양성평등 실현을 위해 노력해야 한다는 점을 확인한 것이다.

다. 피해자에 대한 불리한 조치 내지 2차 피해

국가인권위원회법은 제55조에서 ‘불이익 금지와 지원’을 규정하여 ‘누구든지 이 법에 따라 위원회에 진정, 진술, 증언, 자료 등의 제출 또는 답변을 하였다는 이유만으로 해고, 전보, 징계, 부당한 대우, 그 밖에 신분이나 처우와 관련하여 불이익을 받지 아니한다’고 규정하고 있다. 다만 국가인권위원회법은 불이익금지 규정 위반에 대한 별도 규정을 두고 있지는 않고 있어, 위 규정 위반으로 불이

8) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결.

9) 남성과 여성을 구분하여 성별로 다른 사회적 역할을 기대하는 특정 사회나 문화가 가지고 있는 사고방식이나 신념을 말한다(네이버 심리학 용어사전). 이러한 고정관념은 불합리한 성차별로 이어진다는 문제가 있다.

10) 박귀천, “성희롱 관련소송의 심리기준 - ‘성인지 감수성’ - 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결 -”, 『월간 노동리뷰』 2018년 6월호, 77쪽.

11) 전길양 외 5인, 『성인지 교육의 효율적 기반체계 구축 및 운영방안 연구』, 여성가족부, 2015, 13쪽.

12) 국가와 지방자치단체는 관계 법률에서 정하는 바에 따라 예산이 여성과 남성에게 미치는 영향을 분석하고 이를 국가와 지방자치단체의 재정운용에 반영하는 성인지(性認知) 예산을 실시하여야 한다(양성평등기본법 제16조 제1항).

13) 국가와 지방자치단체는 인적(人的) 통계를 작성하는 경우 성별 상황과 특성을 알 수 있도록 성별로 구분한 통계(이하 이 조에서 “성인지 통계”라 한다)를 산출하고, 이를 관련 기관에 보급하여야 한다(양성평등기본법 제17조 제1항).

14) 국가와 지방자치단체는 사회 모든 영역에서 법령, 정책, 관습 및 각종 제도 등이 여성과 남성에게 미치는 영향을 인식하는 능력을 증진시키는 교육(이하 “성인지 교육”이라 한다)을 소속 공무원 등에게 실시하여야 한다(양성평등기본법 제18조 제1항).

익조치를 가한 사람에 대하여는 민사상 불법행위에 따른 손해배상청구의 방법으로 위자료 청구를 할 수 있을 뿐이다.

남녀고용평등법 제14조 제6항은 불리한 처우에 관하여 다음과 같이 상당히 구체적으로 규정하고 있고, 이 규정을 위반하여 성희롱 발생사실을 신고한 근로자 및 피해 근로자 등에게 불리한 처우를 한 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하 벌금 등의 형사처벌 대상이 된다(남녀고용평등법 제37조 제2항 제2호).

- 남녀고용평등법 제14조 제6항
- 사업주는 성희롱 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자등에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.
- 1. 파면, 해임, 해고, 그 밖에 신분상실에 해당하는 불이익 조치
- 2. 징계, 정직, 감봉, 강등, 승진 제한 등 부당한 인사조치
- 3. 직무 미부여, 직무 재배치, 그 밖에 본인의 의사에 반하는 인사조치
- 4. 성과평가 또는 동료평가 등에서 차별이나 그에 따른 임금 또는 상여금 등의 차별 지급
- 5. 직업능력 개발 및 향상을 위한 교육훈련 기회의 제한
- 6. 집단 따돌림, 폭행 또는 폭언 등 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위를 하거나 그 행위의 발생을 방치하는 행위
- 7. 그 밖에 신고를 한 근로자 및 피해근로자등의 의사에 반하는 불리한 처우

한편, 대법원은 성희롱 피해 근로자나 피해 근로자 등을 도와준 제3자에 대한 불리한 조치가 성희롱 피해 근로자에 대해 불법행위를 구성한다고 보아 회사의 사용자책임의 성립을 인정한다.¹⁵⁾ 즉, 사업주가 직장 내 성희롱과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 성희롱 피해 발생을 주장하는 근로자(이하 ‘피해근로자등’이라 한다)등에게 해고나 그 밖의 불리한 조치를 한 경우에는 남녀고용평등법 제14조 제2항을 위반한 것으로서 민법 제750조의 불법행위가 성립한다고 판단한 것이다. 대법원은 “사업주가 피해근로자등을 가까이에서 도와준 동료 근로자에게 불리한 조치를 한 경우에 그 조치의 내용이 부당하고 그로 말미암아 피해근로자 등에게 정신적 고통을 입혔다면, 피해근로자등은 불리한 조치의 직접 상대방이 아니더라도 사업주에게 민법 제750조에 따라 불법행위책임을 물을 수 있다. 사업주는 직장 내 성희롱 발생 시 남녀고용평등법령에 따라 신속하고 적절한 근로환경 개선책을 실시하고, 피해근로자등이 후속 피해를 입지 않도록 적절한 근로여건을 조성하여 근로자의 인격을 존중하고 보호할 의무가 있다.”고 하면서, “사업주가 피해근로자등의 권리 행사에 도움을 준 근로자가 누구인지 알게 된 직후 도움을 준 근로자에게 정당한 사유 없이 차별적으로 부당한 징계처분 등을 하는 경우에는, 그로 말미암아 피해근로자등에게도 정신적 고통이 발생하리라는 사정을 예견할 수 있다고 볼 여지가 크다. 우리 사회에서 직장 내 성희롱의 특수성에 비추어 피해근로자등과 그에게 도움을 준 동료 근로자는 깊은 정서적 유대감을 갖는 밀접한 관계에 있을 수 있다. 피해근로자등은 동료 근로자가 자기 때문에 불리한 조치를 당하였다고 생각할 수 있고, 그 밖의 다른 근로자들도 그와 비슷한 생각을 하게 되어 피해근로자등에게 도움을 주거나 그와 우호적인 관계를 맺는 것을 피할 수 있다. 이러한 상태가 심화되면 피해근로자등은 직장 동료와의 관계가 단절되어 직장 내에서 사실상 고립되는 상황에 처할 수 있다. 피해근로자등은 동료 근로자에 대한 사업주의 불리한 조치를 보고 구제절차 이용을 포기하거나 단념하라는 압박으로 느껴 성희롱 피해에 대해 이의하거나 구제절차를 밟는 것을 주저할 수 있다. 사업주가 동료 근로자에 대한 불리한 조치를 함으로써 피해근로자등에게 손해배상책임을 지는지를 판단할 때에는 이러한 사정도 아울러 고려하여야 한다.”라고 판시했다. 요컨대 대법원은 피해자에게 가해지는 불리한 조치뿐 아니라 피해자를 도와준 동료들에게 가해진 불리

15) 대법원 2017. 12. 22. 선고 2016다202947 판결.

한 조치 역시 법적 제재의 대상이 될 수 있음을 보여준 것이다.

7. 괴롭힘

일정한 차별금지 사유를 이유로 대상자에게 신체적·정신적 고통을 가하는 것을 괴롭힘이라 하며, 이는 차별의 한 유형이라 볼 수 있다. 예를 들어 사용자 및 같은 사업장에 근무하는 근로자 집단이 특정한 성적 지향을 이유로 직원에게 신체상의 폭력이나 언어폭력, 농담, 모욕, 조롱, 비웃음, 경멸의 시선 등을 가하는 것은 차별에 해당한다. 예컨대 여성스러운 남성, 남성스러운 여성 등에게 동성애자로 간주하여 “변태”, “호모” 등 동성애자에 대한 혐오를 표현하는 행위는 해당 직원의 성적 지향 여부와 관계없이 성적 지향에 의한 차별행위에 해당한다.¹⁶⁾ 특정한 성적 지향을 갖고 있거나, 갖고 있을 것이라는 짐작하여 이유로 같은 주택에 사는 이웃에게 지속적인 괴롭힘을 하는 것 역시 차별이다.¹⁷⁾

미국 시민권법 7편은 성별에 근거한 차별을 금지하는데 여기에는 금지된 행위가 성적인 성격을 갖는 경우인 성적 괴롭힘과 성적인 성격은 아닌, 젠더에 근거한 괴롭힘(Gender Harassment)이라고도 하는 성별에 근거한 괴롭힘이 모두 포함된다.¹⁸⁾

“괴롭힘”에 대해 명시적인 규정을 두고 있는 현행법은 2019. 1. 15. “직장내 괴롭힘”에 관한 규정을 도입한 근로기준법이다.

- 근로기준법 제6장의2 직장 내 괴롭힘의 금지

제76조의2(직장 내 괴롭힘의 금지) 사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 "직장 내 괴롭힘"이라 한다)를 하여서는 아니 된다.

제76조의3(직장 내 괴롭힘 발생 시 조치) ① 누구든지 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 알게 된 경우 그 사실을 사용자에게 신고할 수 있다.

- ② 사용자는 제1항에 따른 신고를 접수하거나 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 인지한 경우에는 지체 없이 그 사실 확인을 위한 조사를 실시하여야 한다.
- ③ 사용자는 제2항에 따른 조사 기간 동안 직장 내 괴롭힘과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 피해를 입었다고 주장하는 근로자(이하 "피해근로자등"이라 한다)를 보호하기 위하여 필요한 경우 해당 피해근로자등에 대하여 근무장소의 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다. 이 경우 사용자는 피해근로자등의 의사에 반하는 조치를 하여서는 아니 된다.
- ④ 사용자는 제2항에 따른 조사 결과 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때에는 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다.
- ⑤ 사용자는 제2항에 따른 조사 결과 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때에는 지체 없이 행위자에 대하여 징계, 근무장소의 변경 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 사용자는 징계 등의 조치를 하기 전에 그 조치에 대하여 피해근로자의 의견을 들어야 한다.
- ⑥ 사용자는 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.

근로기준법상 직장내 괴롭힘은 “직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위”라고 규정하

16) 국가인권위원회(2008), 앞의 글, 221쪽.

17) 국가인권위원회(2008), 앞의 글, 223쪽.

18) EEOC-CVG-2000-2.

고 있는바, 이러한 괴롭힘에는 차별금지사유와 관련되는 괴롭힘도 포함될 수 있을 것이다. 이 경우, “직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위”가 무엇을 의미하는지에 관해, 고용노동부 매뉴얼에 따르면 피해 근로자가 저항 또는 거절하기 어려울 개연성이 높은 상태가 인정되어야 하며, 행위자가 이러한 상태를 이용해야 한다. ‘지위의 우위’라 함은 기본적으로 지휘명령 관계에서 상위에 있는 경우를 말하나 직접적 지휘명령 관계에 놓여있지 않더라도 회사 내 직위, 직급 체계상 상위에 있음을 이용한 다면 지위의 우위성을 인정할 수 있고, ‘관계의 우위’라 함은 주로 개인 대 집단과 같은 수적 측면, 연령·학벌·성별·출신지역·인종 등 인적 속성, 근속연수 전문지식 등 업무역량, 노조·직장협의회 등 근로자 조직 구성원 여부, 감사·인사부서 등 업무의 직장 내 영향력, 정규직 여부 등의 요소 등이 문제될 수 있다. 특히 ‘관계의 우위’는 차별사유에 기인한 괴롭힘과 관련될 가능성이 높다고 할 수 있다.

한편, 국가인권위원회에는 차별 사건과 직장내 괴롭힘 사건이 혼재되어 차별로 진정이 들어오는 경우가 다수이므로, ‘국가인권위원회법’ 제32조 각하 사유 여부를 확인하여 조사대상에 해당하는지 여부를 확인하는 과정이 1차적으로 필요하다.

해외 입법례의 경우, 차별금지사유에 해당되는 사유에 의한 괴롭힘 행위를 차별금지법에서 규율하여 피해자 구제 및 가해자 제재가 가능하도록 하고 있는 경우가 많다. 예를 들어 독일의 「일반적동등대우법」 제1조는 인종 및 민족적 출신, 성별, 종교 및 세계관, 연령, 장애, 성적 정체성 등을 이유로 하는 차별을 금지하고 있고, 동법이 금지하는 “불리한 차별”의 개념은 직접차별, 간접차별, 괴롭힘, 성적 괴롭힘, 지시에 의한 차별¹⁹⁾ 등 다섯가지로 나누어 정의되고 있다. 일반동등대우법은 ‘괴롭힘’에 관해서 제1조에서 금지하는 사유와 관련성을 가지는, 상대방이 원치 않는 행동방식이 그 상대방의 존엄을 침해하고 불안, 적대심, 굴욕, 인격손상 또는 모욕감이 나타나는 환경을 조성하는 것을 목적으로 하거나 이에 영향을 주는 경우 괴롭힘은 차별에 해당된다고 규정하고 있다(법 제3조 제3항).

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

<p>해외 차별판단지침</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 미국 Enforcement Guidance: Vicarious Liability for Unlawful Harassment by Supervisors(EEOC-CVG-1999-2) I. 도입 Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 118 S.Ct. 2257 (1998)과 Faragher v. City of Boca Raton, 118 S.Ct. 2275 (1998) 판례에서 연방대법원은 관리자(supervisors)의 위법한 괴롭힘(harassment)에 대해 대위책임(vicarious liability)을 진다고 분명히 하였다. 판례에서 정한 그 책임의 기준은 두 가지 원칙을 전제한다. 1) 사용자는 자신의 관리자가 한 행위에 대해 책임이 있으며, 2) 사용자는 괴롭힘을 예방해야 하고, 괴롭힘으로 인한 근로자의 손해를 회피하거나 최소화해야 한다는 것이다. 이 원칙을 수용하기 위하여, 대법원은 관리자의 괴롭힘이 명백한 고용관계 내에서 행해졌다면 사용자는 항상 그 행위에 대해 책임이 있다고 판결하였다. 그러나 그렇지 않으면, 사용자는 다음의 필수요소 두 가지를 포함하는 확인의 항변(affirmative defense)을 제출하여 책임을 면하거나 손해배상을 줄일 수 있다. <ul style="list-style-type: none"> - 사용자는 모든 괴롭힘을 예방하고 신속하게 교정하기 위한 합리적 주의의무를 하였고, - 근로자는 불합리하게 사용자가 제공한 예방 또는 교정의 기회를 향유하거나, 상해를 면하려는 행위를 하지 않음. Faragher판례와 Ellerth판례는 성희롱을 다루고 있지만, 대법원은 법률이 보호하는 사유를 이유로 한 차별사안들이 정한 기준을 원용한 것이다. 또한 EEOC는 금지된 모든 유형의 괴롭힘에 동일한 기본 기준을 적용한다는 입장을 유지해왔다. 따라서, 그 판례가 정한 책임의 기준은 모든 형태의 위법한 가혹행위에 적용한다.(See section II, below.)
----------------------	--

19) 이는 제1조에 열거된 사유로 사람에게 불이익한 처우를 하도록 하는 지시도 차별로 간주된다는 것이다. 이러한 지시는 특히 누군가가 다른 사람으로 하여금 근로자에 대해 제1조에 열거된 사유로 불이익한 처우를 하게 하거나 할 수 있도록 할 경우에 존재하는 것으로 인정된다.

	<p>책임의 문제는 위법한 괴롭힘이 발생한 이후에만 제기된다. 괴롭힘은 인종, 피부색, 성별, 종교, 출신국적, 40세 이상 연령차별, 장애 또는 기타 차별금지법이 금지하는 사유를 이유로 하는 차별적 처우를 포함하지 않는 한, 연방(차별금지법) 위반이 아니다. 또한 차별금지법은 ‘보편적 예절 규범(general civility code)’ 이 아니다. 따라서 연방법은 단순한 장난, 통명스런 말투, ‘극단적으로 심각하지 않은’ 따돌림(isolated incidents)을 금지하는 것은 아니다. 또한 그 행위는 ‘피해자의 고용 환경을 바꿀 정도로’ 객관적으로 모욕적이어야 한다. 그 괴롭힘이 가시적인 고용상의 행위로 되었거나 적대적 업무 환경이 조성될 정도로 가혹하고 만연하였을 때만 고용 환경이 바뀌었다고 할 수 있다. 문제의 행위가 위법한 괴롭힘 수준인지 여부를 결정하는 현행 EEOC 지침의 효력은 유지된다. 이 문서는 관리자의 괴롭힘 행위에 대한 사용자의 대위책임 쟁점에 관한 기존 EEOC 지침을 대체한다. 동료 근로자의 괴롭힘 행위에 대한 사용자 책임에 대한 EEOC의 오랜 지침의 효력은 유지된다. 즉, 사용자는 즉각적이고 적절한 시정조치 시행을 증명하지 않는 한, 그 위법행위를 알았거나 알아야 했다면, 그 책임을 부담해야 한다. 이 기준은 사용자의 근로자는 아니지만, 사용자가 통제할 수 있는 개인의 위법행위에도 적용된다.</p>
<p>해외법제</p>	<ul style="list-style-type: none"> <p>■ 캐나다인권법(Canadian Human Rights Act) 제14조 (1) 괴롭힘 차별금지 사유를 근거로 (a) 공중이 통상적으로 이용할 수 있는 상품, 용역, 시설 또는 숙박의 제공, (b) 상업용 건물 또는 주거의 제공, 또는 (c) 고용과 관련된 사안에 관하여 개인을 괴롭히는 행위는 차별적 처우이다.</p> <p>■ 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) 제3조 (개념) (3) 제1조에 열거된 사유와 관련된 바람직하지 못한 태도가 타인의 존엄성을 침해하거나, 혹은 위협, 적대시, 멸시, 품위손상 또는 모욕으로 특징될 수 있는 분위기를 조성하도록 의도했거나 야기한 경우, (이러한 바람직하지 못한 태도로 인해 발생하는) 괴롭힘은 일종의 차별이다.</p>

IV. 차별금지사유별 쟁점과 합리적 판단기준

1. 성별

가. 고용영역

1) 당사자 적격의 문제

고용 영역에서의 차별 관련해서는 근로자 및 사용자로서의 당사자 적격이 문제될 수 있다.

고용 성차별 사건에서 사용자로서의 적격이 넓게 인정된 사례로는 KTX 여승무원 고용차별 사건 결정이 있다.²⁰⁾ 이 결정은 “국가인권위원회법 상 차별행위자는 고용관계에서 반드시 사용자와 피용자의 관계에 있어야 하는 것은 아니며, 고용과 관련하여 실질적인 영향력을 행사하는 지위에 있으면서 차별의 결과를 발생시킨 자를 의미하는 것인 바, 피진정인은 철도유통에 지배적 영향력을 행사하는 방식으로 여승무원들의 채용과 고용조건을 결정하였음이 발견되고 있으므로 이 사건 차별행위자로 판단하는 데는 무리가 없다고 판단” 하였다. 따라서 고용영역에서의 차별 사건이 반드시 직접적인 근로계약이 존재해야 함을 요구할 필요는 없다.

2) 고용영역 해당성에 관한 판단

여성이라는 이유로 부당하게 커피심부름 및 청소를 강요하는 행위를 고용 영역의 차별로 볼 수 있는지 문제된다. 커피 심부름이나 청소 등 업무분장에 없는 일을 여성에게만 요구하는 것은 공식적인 배치 처분이 아니기 때문에 배치 차별로 인정되기 어려운 측면이 있다. 커피 심부름 등이 문제된 10진정0032700사건에서는 고용 상 처분이 아니라는 이유로 각하한 바 있다. 인권위법은 고용 영역에서의 차별을 “고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”라고 규정한다. 여기에서의 고용이 근로계약의 내용에 관련된 처분으로 한정되는지, 근로조건 내지 업무환경 전반을 뜻하는 것인지에 따라 해석이 달라질 수 있다. 미국, 영국 등 영미권 국가의 경우, 차별의 유형을 고용상 차별(처분에 있어서의 차별), 차별적 괴롭힘, 성희롱을 모두 포괄하는 것으로 규정하거나 판례가 형성되는 경향을 보인다. 따라서 커피 심부름 케이스 등을 성차별적 괴롭힘으로 포섭할 수 있기 때문에 고용차별로 볼 수 있는가라는 논쟁이 해결될 수 있다. 성차별적 괴롭힘을 고용 성차별의 하나로 인정할 경우, 사용자나 근로자가 여성혐오 표현이나 이미지 게시 등을 하는 행위에 대해 성차별로 인정할 수 있을 것이다.

인권위의 고용차별사건 조사매뉴얼에서는 소수집단 소속 근로자를 대상으로 의사에 반하여 사직을 종용하거나 적대적 근무환경을 조성하여 사직하게 한 경우에도 ‘고용상’ 불이익으로 볼 수 있다고 설명한다(116면). 한국 노동법은 사직의 의사표시를 비진의로 인정하여 무효화하는 것에 대단히 엄격한 태도를 취하고 있다. 따라서 특정 성별에 대한 적대적이 환경이나 사직 종용을 이유로 퇴사한 경우 부당해고를 인정받기 어렵다. 이러한 경우는 고용상 처분(사직 요청의 수리) 이전의 사실행위들(사직 강요, 적대적 환경 등)을 고용상 성차별로 볼 수 있는지 문제될 수 있다. 이와 관련하여 매뉴얼에서

20) 2006.9.11.자 06진차116, 06진차136 (병합) 결정

는 여성에 대한 사직강요나 적대적 환경조성도 고용상 성차별이 된다고 설명한다. 이러한 해석례로 소개된 결정례에서 자세히 논리를 전개하지는 않는 것은 아쉬운 지점이다. 여성에 대해서만 사직을 강요하는 경우라면 사실상 해고 처분으로 보고 국가인권위원회 조사대상으로 판단할 수 있을 것이다. 또는 인권위법 제2조에서의 ‘퇴직’을 퇴직기준을 성별에 따라 달리 적용하는 것을 넘어서 특정 성별 중심으로 퇴직을 종용하는 경우, 적대적 업무환경으로 인한 사직한 경우까지 포함하는 것으로 확장적인 해석론을 수립할 필요가 있다. 미국이 성차별 등을 사유로 한 의제해고 개념을 판례법리로 정립한 것을 참고하여 인권위법이나 평등법에 차별을 이유로 한 사직에 대해 해고로 간주하는 입법이 필요하다.

또한 채용 면접 과정에서 성차별적인 발언만으로 고용 영역에서의 문제로 볼 수 있는지 다룰 수 있다. 출산을 앞둔 진정인을 대상으로 임신, 출산에 대한 편견이 깔려 있는 발언은 금지되어야 한다는 차별적 발언이라고 결정한 사례가 있는 반면에(차별시정위 2007.3.9.자 06진차618결정), 면접과정에서 업무능력과 관계없는 남자친구 유무, 배우자 직업, 혼인여부, 부모님 고향 등을 질문한 경우 질문 내용만으로는 차별 사유에 해당하지 않아서 각하한 사례도 있다(17진정0527300). 채용 공고 자체에는 차별적 내용이 없으나 면접 과정에서 면접관이 차별적 언사를 한 것을 고용상 처분으로 볼 수 있는지도 문제될 수 있다. 16진정0046200 사건에서는 “면접 시 성차별적 발언이 사실로 인정되는데도 불구하고 이로 인해 채용에서 제외되거나 고용 상 피해를 입지 않았으므로 조사대상이 아니라고 각하결정”한 바 있다.²¹⁾ 채용차별은 그 특성상 피해자인 구직자가 정보에 접근하기 특히 어렵다는 특성이 있다. 면접 과정에서 성차별적인 발언을 들었다고 하더라도 해당 면접관의 차별적인 인식이 피해자의 당락에 영향을 미쳤는지 근거 자료를 확보하기 극히 어렵기 때문이다. 따라서 채용 면접 과정에서의 성차별적 발언에 대해서는 채용 결과에 미친 영향을 불문하고 성차별로 인정하고 개선 권고를 하도록 하는 것이 타당하다.²²⁾

3) 불리한 대우 등의 존부

인권위법은 “고용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”를 차별로 정의하는데, 진정인에게 불이익을 초래하지 않으나 배제, 구별하는 것만으로도 조사대상인 차별행위로 볼 수 있는지 판단이 필요하다. 이와 관련하여 2008년 차별판단지침은 불이익이 발생하지 않는 경우는 원칙적으로 조사대상이 아니되, “그 구별이 특정 집단이 다른 집단보다 우월 또는 열등하다는 함의가 있는 경우에는 해할 수 있고, 인종을 사유로 공간적으로 구별하는 ‘분리’(segregation)는 그 자체로 차별로 간주”될 수 있다고 설명한다.

구직사이트의 채용 공고에서 “선호하는 특정 성별 및 연령대를 명시한 것에 대해 진정이 제기된 사건에서 피해자 및 구체적인 피해사실이 특정되지 않아 각하”된 경우가 있다(15진정0982700).²³⁾ 또한 은행권 채용 성차별이 적발된 사례들의 조사결과를 보면 서류전형 점수를 조작하는 방식으로 여성을 대거 탈락시키는 방식을 사용한 것으로 확인된다. 그런데 은행의 채용절차는 통상 서류전형 -> 필기시험-> 1차 면접 -> 2차 면접 등의 다단계로 구성되어 있어서, 서류전형 결과 조작으로 인해 탈락한 여성 지원자 중 누가 진정한 의미에서의 채용차별 피해자인가라는 문제가 제기될 수 있다. 이러한 쟁점은 모집, 채용영역의 특성을 반영하여 피해자 특정 단계를 완화하거나, 차별 사안의 중대

21) 기초연구 보고서, 298면.

22) 다른 차별사유와 관련된 면접 발언 관련해서는 차별을 인정한 사례가 있다. “채용 면접 시 나이, 사상 또는 정치적 의견 등 관련 질문한 행위에 대해 그로 인해 불리한 결과가 초래되었는지 여부와 별개로 그 질문행위 자체를 차별행위로 인정” (국가인권위, 고용차별 사건 조사 매뉴얼, 2019, 113면)

23) 박선영 외, 차별판단지침 기초조사 연구, 2019, 19면.

성을 고려하여 특정 영역에 제한하지 않고 피해자 특정 없이 차별 사건을 조사할 수 있도록 하는 방안 등으로 대응할 수 있다.

여성 휴게실 설치 요구를 거절한 것을 고용 관련 불리한 처분으로 보기 어렵다고 판단한 사례도 있다. 학교의 현실적 상황에 따라 여교사 휴게실을 설치하기 어려울 수 있으므로 이를 고용 관련 배제, 구별, 불리한 대우로 보기 어렵다는 것이다(15-진정-0600200).

4) 비교대상자

2008년 판단지침에서는 “차별이란 비교대상자를 전제로 하는 것”이라고 설명하는데, 이를 부연설명하자면 ‘성별을 이유로’를 판단하는 중요한 기준 중 하나가 ‘비교대상에 비하여 불리한 대우’를 받았는지 여부이다.²⁴⁾ 그런데 성차별 관련 국내 결정례나 판결에서는 비교대상자가 쟁점으로 등장한 사례를 찾기 어렵고 주로 비정규직이나 무기계약직 차별 사건에서 주로 다뤄진다.²⁵⁾ 헌법재판소는 “비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 하고... 해당 사건에서 차별 대우가 문제된 이유나 평등한 대우가 요청되는 구체적인 영역에 한정해 본질적으로 동일성이 있는지 여부”를 살펴보도록 결정하였다(헌법재판소 2009헌마538결정). 이는 모든 면에서 비교대상이 일치할 필요는 없고, 문제된 처우와 관련하여 핵심적인 부분에 한정해서 본질적으로 동일성이 있을 것을 요한다고 해석해야 한다. 승진 성차별 사건이라면 승진에 필요한 최소한의 조건을 갖춘 자이면 다른 성별인 사람이면 비교대상으로서 인정할 수 있다. 또한 가족수당처럼 담당 직무의 내용이나 가치와 무관하게 지급되는 급부가 문제되는 사건이라면 가족수당 지급 요건을 충족하는 다른 성별인 사람으로 비교대상이 충분하기 때문에 사실상 재직중인 자 모두가 비교대상이 될 수 있다.

같은 기업 소속이 아니면 비교대상이 될 수 없다는 것이 인권위의 원칙적인 입장이다. 다만, 공공 부문 사회복지시설처럼 공통의 인건비 기준을 적용받는 경우, 같은 사용자가 양쪽 근로자로부터 근로를 제공받을 뿐 아니라 이들의 근로조건을 결정, 관여하는 지위에 있다면 그 실질에 따라 비교대상으로 볼 수 있다고 설명한다.²⁶⁾

미국의 직접차별(disparate treatment) 법리에서도, 비슷한 상황(similarly situated)의 사람(비교대상자)에 비하여 불리한 처우를 받았다는 비교증거(comparative evidence)가 ‘성별을 이유로’를 입증하는 방법 중 하나로 설명된다. Lindemann외(2012)는 “대부분의 직접차별 사건에서 사용자가 제시한 사유는 평계에 불과함을 판단하는 핵심은 비교증거”라고 설명한다(2-80면). 적절한 비교대상으로서 ‘비슷한 상황의 사람’을 입증해야 하는데, 이는 원고와 비교대상자 사이의 실제적인 유사성(substantial similarity)뿐 아니라 이들을 둘러싼 상황에서의 실제적인 유사성을 의미한다는 것이 판례임. 완벽하게 일치할 필요는 없으나, 관련된 사실과 상황에 있어 밀접하게 비슷해야 한다고 한 판례(저성과자 프로그램에 배치될 당시 비교대상자인 남성 직원에 비해 원고인 여성의 평가결과가 훨씬 나빴기 때문에 성별을 이유로 한 불리한 처우가 부인된 사례)/ 또는 승진 차별 사건에서 흑인인 원고의 자격이 더 우수했다는 점을 바탕으로 비교대상자에 비해 불리한 처우임을 인정받은 사례(Ash v. Tyson Foods, Inc., 129F.(11th Cir. 2005)(린드만 외, 2012:2-87에서 재인용)등이 있다.

영국의 성차별 판례에서도 비교대상자 관련 쟁점이 중요하게 다뤄진다. 우선, 임신차별처럼 성별과의 인과성이 명확한 경우에는 비교대상자가 불필요하다고 설명된다.²⁷⁾ 2010년 평등법 제23조 제1항

24) McColgan, 2005, 53면.

25) 비교대상자 관련 논의는 주로 비정규직 차별 사건에서 주로 다뤄지는 경향을 보이는데, 기간제법에서 ‘동종 유사한 업무를 수행하는’ 이라고 명시하기 때문일 수 있다.

26) 국가인권위, 고용차별사건조사 매뉴얼, 2019, 101면.

27) Hugh Collins외, Labour Law, 2019.

은, “직접차별, 간접차별 사건에서 비교를 할 경우에, 각각의 케이스와 관련된 정황에 있어 실제적인 차이(material difference)가 없어야 한다.”고 규정하고 있다. 실제적인 차이가 없어야 한다는 요건은 진정인과 비교대상자가 모든 면에서 동일해야 한다는 해석으로 이어질 가능성이 있었다. Aileen McColgan에 따르면 2003년의 Shamoon판결²⁸⁾ 이전까지는 이러한 잘못된 해석이 법원에서 발견되곤 하였다. “법원은 종종 비교대상자- 차등대우의 이유라는 두 가지 단계로 나누어 심사하였고, 이러한 접근법이 때론 유용하더라도 이는 법률에서 규정한 요건이 아니고 관련된 비교대상자의 동일성이 쟁점이 되는 경우 불필요하게 복잡해질 위험성이 있었다. 이러한 복잡한 문제는 임신에 근거한 성차별 사건에서 남성 비교대상자의 특성을 찾는 것도 포함한다(인도계 국적자가 제기한 인종차별 사건에서 비인도계 비교대상자의 특성을 지정하는 문제 등등). 샤문 판결에서 니콜스 대법관은, 직접차별사건에서 법원이 답해야 할 유일한 문제는 ‘보호받는 속성을 이유로 덜 우호적인 대우를 받았는가’에 답하는 것이라고 하였면서, ‘비교대상자라는 혼란스러운 쟁점은 차등대우의 원인에 주로 초점을 맞추므로써 피해갈 수 있다’, 라고 하였다. 당해 처분이 성별 등을 이유로 한 것이라면 이 처분이 다른 사람에 대한 대우에 비해 덜 우호적인 것인지 여부를 판단하는 것은 통상 쉬운 일이라는 것이다. 샤문사건 판결에서 스콧 대법관이 언급했듯이, 비교대상자는 성별 등을 이유로 한 차별의 추론을 정당화할 수 있는 수단 그 이상도 아니다. 차이가 더 중요할수록, 차별의 추론을 이끌 수 있는 설득력이 약해질 뿐이다. 그러나 비교대상자의 실제적 정황이 진정인과 다른 경우에도 다른 실제적인 조건들과 결합하여 여전히 피해자가 ‘남자였다면 받았을 것’보다 덜 우호적인 대우를 받았다고 추론할 수 있다. 만약 어느 무슬림과의 임대차계약을 지자체가 무슬림이라는 이유로 거절할 때, 계약연장을 승인 받은 이웃이 다른 요소에 있어서 달랐다고 답하는 것은 인종차별 소송에서 아무 의미가 없다. 승인 받은 이웃과 신청인 사이에 종교 외의 실제적인 차이가 없어야 한다고 요구한다면, 인종차별 주장을 입증하기 어려운 허들을 세우는 셈이 된다. 또한 샤문판결의 접근법은 중층적, 교차적 차별 케이스에서 명확하게 도움이 된다. 예컨대 자신이 아시안인종의 무슬림 여자이기 때문에 차별받았다고 주장하는 케이스에서, 비교대상자 선정은 사실상 도움이 되지 않는다. 샤문 판결은 항소심 법원의 차별금지법 해석에 있어 변화를 만들었다. Islington LBC v Lademe Elias J사건 판결에서, 항소법원은 EAT의 결정을 인용하면서, “차별적인 대우가 보호받는 속성으로 인한 것임을 입증함으로써 해당 속성이 없는 비교대상자보다 덜 우호적 대우를 받았다는 것을 동시에 입증하는 것이다. ... 따라서 차별 사실을 확인하는 것은 비교대상자의 정확한 속성을 밝히지 않고도 가능하다”라고 판시하였다. (McColgan, 2014:108-109). 이러한 접근법은 유의미한 차별 주장이 비교대상 문제로 기각당하는 상황을 막는데 상당히 성공적이었다(Collins외, 2019:350). Coll사건(가석방자 수용시설 관련, High court에서는 남성 수용자와 여성 수용자는 규모에 있어 비슷한 조건이 아니므로 비교대상 될 수 없다고 했었음)의 항소심에서는, 비교대상으로 인정하면서, “여성용 숙소와 고향 사이의 거리라는 문제에 있어서 실질적인 차이가 없다”라고 판시하였다. (불리한 처우를 중심으로 비교대상의 적절성 판단). 또한 남녀 구분 중학교는 성차별이라는 교육부의 평가에 대해, 1심은 남녀 모두 동일하게 대우받으므로 차별 아니라고 판단하였고. 2심은, 남학생과 함께 교육과정을 이수하고 싶은 여(남)학생은 해당 성별로 인하여 못하게 됐으므로 성별을 이유로 한 불리한 대우가 맞다고 판단한 바 있다.(Collins외, 2019:352-353). 영국의 이 사례들은 ‘여성이 아니었다면 문제된 불리한 대우를 받았을 것인가’에 초점을 맞춰 보면 비교대상자를 특정하지 않고도 성별과의 인과성을 인정받을 수 있음을 보여준다. 이러한 논의의 맥락 속에서 영국과 EU는 가상적 비교대상자를 허용하여, 실제 그러한 사람이 존재하지 않았더라도 성별이 다른 자가 더 좋은 대우를 받았을 것이라고 인정될 경우에는 성별을 이유로 한 차별을 인정하고 있다.

28) Shamoon v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [2003] IRLR 285 HL

5) 성별과 불리한 대우 사이의 관계

고용 성차별의 존재를 입증하기 위해서는 “문제된 결정이 성별을 매개로 불이익을 야기하는 인과성”²⁹⁾, 인과관계에 대한 판단이 필요하다. 각 나라별로 역사적 배경과 문화가 다르기 때문에 차별금지 사유 중 특히 더 터부시 되는 사유가 무엇인지 조금씩 다를 수 있다. 미국은 인종차별 금지를 위해 민권법이 제정되었을 정도로 인종차별 관련 터부가 강력한 반면, 한국에서는 장애인 성차별 관련 법제도적 규율과 사회문화적 인식이 가장 빠르고 구체적으로 형성되었다고 할 수 있다. 그로 인하여 ‘여성이라서’ 불리하게 대우함을 명시적으로 밝히는 경우는 점점 줄어드는 경향이다. 결국 고용 성차별 사건에서는 불리한 대우가 성별을 이유로 한 것인지를 판단하는 것이 어려운 쟁점으로 등장하게 된다. 성별을 이유로 한 불리한 대우인지, 즉 성별과 불리한 대우 사이에 인과성이 있는지 판단하는 것 관련하여 영국의 판례 법리를 ‘(여성이라서)~아니었다면(but for)’분석을 발전시켰다. 여성이기 때문에 또는 여성이 아니었으면 이런 대우를 받지 않았을 것임을 판단하는 단계라는 것이다.³⁰⁾

이와 관련하여, 임신, 출산처럼 성별에 직접적으로 연결되는 기준에 근거한 불리한 대우인 경우 ‘성별 등을 이유로’ 하였다고 인정될 수 있다.³¹⁾ 제대군인 가산점제도처럼 징병대상이 남성으로 정해져 있어서 여성의 가산점 수혜 비율이 5% 미만인 경우도 가산점제도로 인한 불이익이 여성이라는 성별에 직접적으로 연결된다고 할 수 있다. 군복무 기간을 승진 소요 근속년수에 포함하거나 승진 가점을 부여하는 것도 “ 병역의 의무를 이행하지 못한 여성에 대한 차별”로 본다. 2008.12.29자 08진차325 결정 [OO회사 승진에서의 성차별]

한편, 성역할 고정관념이나 편견에 근거한 고용상의 불리한 대우가 관련된 사건도 성별을 이유로 한 것임을 인정할 수 있다고 볼 수 있다. CEDAW 제5조(a) “일방의 성이 열등 또는 우수하다는 관념 또는 남성과 여성의 고정적 역할에 근거한 편견, 관습 및 기타 모든 관행을 없앨 목적으로, 남성과 여성의 사회적, 문화적 행동양식을 수정할 것”이라고 규정한다. 또한 경제적 사회적 및 문화적 권리 위원회 일반논평20(경제적 사회적 및 문화적 권리에 있어서의 차별 금지, 2009)에서 “차별금지사유로서 성별의 의미가 상당히 진화하여 이제는 단순히 생리학적 특성 뿐만 아니라 사회적으로 구성되는 성별에 따른 고정관념, 편견, 성역할 기대 등, 경제적, 사회적, 문화적 권리의 평등한 실현을 방해하는 것들을 포함하고 있다”³²⁾ 친(조)부모와 외(조)부모 또는 시부모를 달리 취급하는 것도 성차별적 인식 또는 성별 고정관념에 따른 성차별로 인정(16직권0000200, 11진정0115900 결정)

문제된 불리한 대우의 결정권자인 사용자나 관리자가 여성에 대한 악의 또는 여성이라서 탈락시킨다는 발언을 했다면, 성별을 이유로 하였음을 보여주는 직접증거로 인정될 수 있다³³⁾ 그러나 결정권자가 아닌 관리자가 한 발언 등은 정황증거로서의 역할만 할 수 있다. 신학대학에서의 여성 채용 차별 사건 결정에서는 해당 대학의 상급기관이라 할 수 있는 총회교단의 차별적 정책과 입장을 고려하여 성별이 영향을 미쳤다고 판단한 바 있다.

불리한 처우의 합법적인 사유로 사용자가 제시한 것이 거짓임이 입증된다면 성별과의 인과성이 입증되기 쉬울 수 있다. 근로자의 업무능력이 승진탈락 등의 사유라고 주장되는 경우, 진정인은 자신의 최근 근평 결과 등을 바탕으로 사용자측의 사유가 거짓임을 인정받을 수 있다.³⁴⁾

29) 국가인권위, 차별 판단지침, 2008.

30) 국가인권위원회 고용차별사건조사 매뉴얼(2019)에서는 ‘성별을 이유로’에 대한 판단을 별도 목차로 두지 않는데 검토가 필요하다.

31) Aileen McColgan, Discrimination Law - Text, Cases and Materials, 2005, p.54.

32) 국가인권위, 고용차별사건조사 매뉴얼, 2019, 79-80면.

33) Lindemann의, 2012, 2-70면.

34) Lindemann의, 2012, 2-93면.

6) 직접차별에 대한 합리적 이유의 심사

국가인권위법이나 남녀고용평등법은 “합리적 이유 없이”라는 문구를 포함하고 있어서, 합리적 이유가 있을 경우 범위반의 차별이 아니라고 해석될 여지를 남긴다. 그런데 통상 노동법에서 “합리적 이유”는 처분의 필요성, 불이익의 정도 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 판단하는 포괄적인 의미로 해석되기 때문에 성차별을 허용하는 사유가 확대될 위험성이 있다. 반면에 미국, 캐나다, 영국 등의 차별금지법은 성별 등을 이유로 한 불리한 처우임이 확인되면, 법률에 규정한 좁은 범위의 예외 사유만을 허용하는 방식으로 규정한다. 이러한 차이는 국가인권위법이 영미권 국가의 법률에 비해 훨씬 많은 차별금지 사유를 규정하고, 사유나 영역에 따라 구분하지 않고 차별의 예외에 대해 규정하는 것을 고려하면 불가피한 입법으로 보인다. 모든 차별금지 사유에 대해 동일한 기준으로 엄격하게 예외를 허용하는 것은 불가능하므로, “합리적 이유”라는 포괄적인 범위 안에서 심사수위를 나누어 판단하는 것이 적절하다고 판단된다. 즉, 차별금지 사유, 영역, 사용자 귀책사유에 영향을 고려해서 가장 완화된 기준인 재량심사(합리성 심사)기준에서부터 비례성심사 기준까지 적용하는 것이다. 재량심사기준을 적용하면 차별의 목적이 정당하고 수단의 적정성이 있을 경우 합리적 이유가 인정될 수 있다. 반면에 “사안에 따라 목적의 정당성 수단의 적정성 심사만으로는 합리적 이유 판단이 충분하지 않다고 판단하는 경우”에는 비례성 심사기준을 적용하여 “피해의 최소성이나 이익의 균형성 등의 심사 기준을 추가적으로 적용”해야 한다. 이루고자 하는 목적과 해당조치 또는 부작위와, 그 결과 사이에 분명한 합리적인 비례성 관계가 성립해야만 한다. (인권위 고용차별조사 매뉴얼, 127면)

합리적 이유의 판단 관련 진전된 기준을 제시한 판례로는 국정원 정년차별 사건 판결이 있다.

“여성 근로자들이 전부 또는 다수를 차지하는 분야의 정년을 다른 분야의 정년보다 낮게 정한 것이 여성에 대한 불합리한 차별에 해당하는지는, 헌법 제11조 제1항에서 규정한 평등의 원칙 외에도 헌법 제32조 제4항에서 규정한 ‘여성근로에 대한 부당한 차별 금지’라는 헌법적 가치를 염두에 두고, 해당 분야 근로자의 근로 내용, 그들이 갖추어야 하는 능력, 근로시간, 해당 분야에서 특별한 복무규율이 필요한지 여부나 인력수급사정 등 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”(대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결)³⁵⁾

이 판결에서 제시한 합리적 이유의 판단기준은 한국통신 정년차별 사건 판결에서 인용한 것이나, 평등원칙이나 여성에 대한 차별금지라는 헌법적 가치를 강조한 것이 차이점이다. 또한 합리적 이유와 관련해서 이 사건 1심 판결은 과거에도 전산사식 분야의 정년 연령이 더 낮게 정해져 있었다는 연혁, 영선·원예 분야의 계약직직원 채용공고에서 관련 자격증을 소지한 사람에게 응시자격을 부여하였다는 점 등을 차별이 아니라고 판단하는 근거로 인정하였다. 반면에 대상판결은 여성을 달리 대우하는 규정이 있었다는 연혁이 부당한 차별이 아니라는 근거가 될 수 없고, 영선, 원예 분야에서 자격증 소지 여부는 채용·선발 기준의 하나로 고려된 것일 뿐 단순기능분야 내에서 남녀의 근무상한연령에 현저한 차등을 두는 것을 정당화하는 사유로 볼 수 없다고 판단하였다. 위법한 차별에 대한 합리적 이유를 판단함에 있어 사용자의 재량권을 일탈한 예외적인 경우가 아닐 것을 요구하는 수준에

35) 한국전기통신공사판결에서 제시한 합리적 이유의 판단기준은 다음과 같다. “이들 직종근로자의 근로내용, 이들 근로자가 갖추어야 할 능력, 근로시간, 이용자에 대한 역할, 특별한 복무규율이 필요한 여부나 인력수급사정등 이들 근로자와 피고공사에 관한 여러사정을 모두 고려하여 정년을 그렇게 낮게 정할 상당한 이유가 있었는지”

한정하지 않고, 성별에 따른 위법한 처분을 용인할 수 있을 정도로 높은 수준의 합리성, 정당성이 요구됨을 보여준다

이와 관련하여 인권위의 고용차별사건 조사매뉴얼은 아래와 같이 제시한다.

- * 차별행위자가 국가기관, 지자체인 경우 상대적으로 더 엄격하게 판단
- * 사유 관련: 헌법, 국제인권규약, 개별법률에서 특별한 보호를 금지하는 사유 또는 사회역사적 맥락에서 차별 금지 필요성이 큰 사유의 경우, 더 엄격히 심사
- * 차별로 인한 피해의 유형: 건강권, 모성보호, 채용 등 차별로 인한 심각한 피해가 예상되는 경우
- * 사회적 편견, 고정관념이 영향을 미친 경우: 이러한 편견이나 고정관념은 차별의 합리적 이유가 될 수 없고 적극적으로 배격, 해소되어야 할 대상임.
- * 업무의 본질적 성격상 불가피하게 차별이 필요한 경우: 진정직업자격을 인정 여부는 엄격한 기준으로 심사
- * 적극적 우대조치: 현저한 차별, 격차를 해소하기 위한 목적에서 법령을 근거로 하는 조치이면 완화된 심사. 한국****평가원이 신규직원 채용에 있어 서류전형 시 여성에게만 1점의 가점을 부여하는 것은, 특정 성별의 근로자가 현저히 적은 현실을 해소하고자 고평법에 따른 적극적 고용개선조치의 일환으로 판단되어 차별이 아니라고 한 사례(17진정0387200 등[15건 병합결정])

위와 같은 매뉴얼의 기준에 대하여 몇 가지 의견을 제시하면 다음과 같다.

① 성별과 불리한 처우 사이의 인과성이 명확할수록 심사의 강도가 높아진다. 예컨대, 취업규칙 등에 성별에 따른 수당 금액을 정했다면 성별과 임금차별 사이의 인과성이 명백하므로, 오직 성별만을 기준으로 차등대우하는 것이 허용될 수 있는 합리적 사유를 엄격하게 심사해야 한다. 간접차별은 성별과 불리한 처우 사이의 인과성을 사용자가 인지하지 못하는 경우이므로 합리적 이유의 심사를 상대적으로 느슨하게 할 수 있다. ‘객관적 정당화 사유’(영국), ‘경영상 필요성’(미국) 등의 간접차별 항변 사유를 직접차별에 비해 넓게 인정하는 경향에 부합하는 해석이다. 관련된 사례로는, 환경미화원 채용시험에서 남성은 30키로, 여성은 22키로 모래포대를 드는 것이 여성에게 불리한 성차별이라는 진정에 대해 합리적 이유없이 불리하지 않다고 판단한 사례(12진정0473300)이 있다.

② 사용자가 과거에 시행한 차별이 현재까지 누적되어(시정되지 않고) 미치는 영향이 클 경우: KEC사건이나 **자동차 사건처럼 처음부터 여성을 저임금 직급에 몰아넣고 승진, 배치 차별을 계속한 것이 현재에도 영향을 미칠 경우 더 엄격하게 합리적 이유를 심사해야 할 것이다. 사용자가 차별을 시행하거나 성별 격차의 시정 노력을 하지 않아 누적된 결과라는 책임을 고려할 필요가 있다.

- * 직무 배치 시 남성은 채권과 연체업무를, 여성은 계약 및 출고, 수납회계, 선급 업무를 담당하도록 하였는데 이는 당시의 성별 고정 관념 및 선입견에 의한 것으로 각각의 업무가 반드시 특정성을 필요로 하는 진정직업자격에 해당한다고 보기 어렵다. 따라서 피진정인의 주장대로 남녀 직원의 업무에 차이가 있고 이러한 차이를 승진심의회에 반영하였다면 이는 성차별적 직무배치로 이러한 배치상의 차별이 결과적으로 승진차별의 한 요인으로 작용한 것이라 할 것이다. (2006.11.6.자 06진차42 결정[성별을 이유로 한 고용차별])

③ 영국 평등법은 모집, 전보, 승진, 해고 영역에 대해서는 진정직업자격을 인정하지 않는다(Section 83 Schedule9). 사용자의 재량이 더 보장되는 영역이라고 판단한 결과로 보인다. 반면에

임금, 복리후생 등 관련해서는 진정직업자격이라는 엄격한 기준이 적용된다. 또한 스포츠 분야 관련해서도 진정직업자격을 완화해서 적용한다.

④ 영국과 미국의 법률은 차별금지 사유별로도 심사기준을 달리한다. 영국은 성별은 보다 엄격하게 심사하고, 종교 관련해서는 차별의 예외를 상대적으로 더 넓게 허용된다. 평등법에는 사유별로 허용되는 예외를 각각 규정하기 때문에 이러한 적용이 가능하다. 미국의 경우, 진정직업자격이라는 엄격한 기준이 적용되는 사유는 성별, 인종, 장애 등으로 한정되어 있다. 한국의 국가인권위법에서는 어떤 차별금지 사유에 대해 재량심사기준을 적용해야 하는지에 대한 검토 논의가 필요하다.

⑤ 현재 인권위법은 합리적 이유에 대한 심사기준을 내부 조사매뉴얼에만 제시할 뿐이고, 각 고려사항들 간의 관계를 체계적으로 정리한 내용으로 보기 어렵다. 그러나 인권위법 수규대상자들의 예측가능성과 이해도를 높이고 법 준수를 유도하기 위해서는, 합리적 이유를 심사하는 구체 기준을 시행규칙의 형태 등으로 제시할 필요가 있다.

* 엄격한 심사기준을 적용한 사례로는, 객실 승무원 모집 시 성차별사건 결정(07직차0000002) 이 있다.

‘성별을 이유로’ 한다는 것은 불리한 대우의 원인이 성별에 기인한 경우이고, ‘불리한 대우’란 유사한 상황에 있는 다른 성별 구성원과 비교하여 특정 성별의 구성원을 불이익하게 취급하는 것을 말한다. ‘합리적 이유’가 존재하여 ‘불리한 대우’가 정당화되려면 성별에 근거한 차별취급이 정당한 목적을 달성하려는 것이어야 하고 추구하는 목적은 합법적이고 합리적이어야 하며, 차별취급은 목적을 달성에 적합하고 불가피한 것이어야 하며, 차별취급을 통해 달성하려는 목적과 차별취급의 정도가 적절한 균형관계를 이루어야 하는바, 위와 같은 비례의 원칙의 심사기준이 충족되지 않으면 차별에 해당한다.

7) 합리적 이유 판단 관련 세부 쟁점

가) 경영상 어려움을 합리적 이유로 인정하는지

한국전기통신공사 정년차별 II 사건에서는 여성전용직종이 타직종에 비해 정년에 5년 차이가 나는 것에 합리적 이유가 있다고 판단하였다. 문제된 직종인 교환직렬이 기술발전으로 인해 인력 수요가 줄어드는 직렬이라는 점을 고려하더라도, 이러한 문제는 다른 직렬로의 배치전환 등을 통해 해결할 수 있음에도 정년에 차등을 두는 것이 적합한지, 교환직렬에 여성만 모집, 배치하여 운영한 사용자측의 귀책사유를 고려하지 않아도 되는지 등에 대한 검토가 부족했다는 점에서 한계가 있다. 이러한 판결례는 비용이 더 들지라도 경영에 중대한 타격을 주지 않는다면 차별적인 고용관행이나 기준은 바뀌어야 한다는 차별금지 법리의 발전방향과 충돌하는 모습이다. 직접차별에 비해 상대적으로 정당화 사유를 넓게 인정하는 간접차별에서도 단순히 비용 절감만으로는 인정될 수 없다고 하는 미국, 영국, 캐나다 등의 판례 법리를 고려하면, 직접차별 사건의 경우에는 합리적 이유 여부를 더욱 엄격하게 판단해야 할 것이다.

나) 단체협약을 합리적 이유로 인정하는지

단체협약의 합의 내용을 성차별의 합리적 이유로 인정될 수 있는지도 중요한 쟁점이다. 미국의 민

권법 등은 고용차별금지법의 수급대상자로 노동조합도 포함하는 것과 달리 우리의 법률에는 관련 규정이 없기 때문에 발생하는 쟁점이다. 그러나 성별을 이유로 한 차별은 헌법과 법률에 의해 금지되는 차별이라는 점, 노조법 제9조에서 노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종, 종교, 성별 등에 의하여 차별대우를 받지 아니한다고 규정하는 점을 고려했을 때 단체협약만을 근거로 하여 차별의 정당성을 인정해선 안 될 것이다. 예컨대 경쟁사로 인해 경영이 어려워진 항공사에서 여승무원의 외모 및 신체조건, 복장규정을 고객이 선호하는 방향으로 변경하여 승객을 유인하기로 노사가 합의하고 실행한 경우, 노사합의가 성차별적인 채용조건인 합리적 이유가 될 것이라고 보기 어려울 것이다.

다) 진정직업자격을 엄격한 판단 필요성

진정직업자격은 성별을 이유로 한 불리한 처분임이 명확한 상황임에도 불구하고 해당 업무를 특정 성별이 아니면 수행할 수 없음을 입증해야 하는 것을 뜻한다. 따라서 외국의 선형 판례 및 결정례, 지침, 연구자료 등에서는 매우 엄격하고 좁게 해석하는 것을 기본 원칙으로 제시하고 있다.³⁶⁾ 그런데 국가인권위의 피부미용사 자격증 시험 사건 (17진정0543500), 화장품 방문판매원 등록 시 성별 제한 사건 (15진정0675100) 결정에서는 진정직업자격을 엄격하게 해석한 것인지 다소 의문이 드는 지점이 있다. 피부미용사 자격증 시험 사건의 경우 남성 응시자가 여성 모델을 대상으로 시험을 볼 수 없다는 것이 근본적인 원인인데, 피부미용 서비스의 주된 고객이 여성인 상황에서 시험 단계에서만 남녀 모델을 구분하는 것이 타당한지 등에 대한 검토가 빠졌다고 보인다. 또한 화장품 방문판매원 사건 결정의 경우, 사실상 당해 회사의 사업취지가 여성고객의 아름다움 추구에 있다는 점, 남성 방문판매원 관련 불미스러운 문제 사례 등을 이유로 진정직업자격은 인정된 것으로 보인다. 그러나 모든 남성 방문판매원이 고객과 불미스러운 일을 일으키는 것이 아니며, 여성 판매원에 비해 문제 발생률이 현저히 높은지, 방문판매원의 고객응대 관련한 규율 및 제재를 강화하는 방식으로 예방할 수 없는지 등에 대한 추가적인 검토가 필요했다고 판단된다. 이 사례들은 진정직업자격으로서의 성격(업무의 특성상 특정 성별은 수행할 수 없다고 여겨지는)이 다뤄지는 사안에서는 보다 엄격하게 합리적 이유를 심사할 필요성을 보여준다.

라) 적극적 우대조치의 판단

국가인권위 결정례에서는 주로 공공기관의 여성 채용 관련 조치들이 성차별인지 문제되었으나 적극적 우대조치라는 점을 고려하여 기각한 경우가 다수이다. 그런데 국가인권위법에서는 차별의 예외로서 적극적 우대조치를 “현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위”라고 규정한다. 따라서 적극적 우대조치가 성차별인지 판단하는 과정에서 그 목적의 검토에 그치지 않고 해당 조치가 차별을 해소하기 위해 적절한 수단인지, 잠정적인 수단인지 등을 함께 검토할 필요가 있다.

8) 간접차별 : 정당한 사유

성차별의 합리적 이유를 판단할 때, 간접/직접차별 여부에 따라 합리적 이유 심사의 강도가 달라질 수 있는지도 쟁점이다. 위에서 언급하였듯이 외국은 직접차별의 경우 진정직업자격 등 법률에서 정한 사유를 중심으로 제한적으로 인정하고, 간접차별에 대해서는 경영상 필요성 등을 보다 넓게 인

36) 김진 외, 진정직업자격 등 고용차별 판단기준에 관한 외국 판례 조사, 국가인권위 연구용역보고서, 2005.

정하는 것으로 나타난다. 성별과 불리한 처우 사이의 인과성이 직접차별의 경우 더 강하다는 점에서 타당한 구분으로 보인다. 다만, 간접차별이라고 해서 경영상 필요성 등 정당한 목적만 있으면 합리적 이유를 넓게 인정해서는 안 될 것이다. 직접차별의 엄격한 심사에 비해 상대적으로 넓게 허용한다는 의미로 해석하는 것이 타당하다.

한국에서는 고용 상 간접차별이 성별 관련 다뤄지거나 인정된 사례가 드물어서 외국의 판례와 논문을 바탕으로 간접차별의 경영상 필요성 판단 관련 정리하면 아래와 같다.

가) 엄격하게 심사하는 경우³⁷⁾

그릭스(Griggs) 판결에서 미국 연방대법원은 문제된 관행은 “직무 수행에 관련있음(job-related)이 입증되어야”한다, “문제된 고용과 명백한 관련성”이 있어야 한다, “직무수행에 있어 충분히 합리적인 방법”이어야 한다, “직무수행 능력과 상당한 관련성”을 가져야 한다, 그리고 “지원자의 실제 직무 수행 능력을 평가해야지 추상적으로 추정해서는 안 된다, “중요한 판단기준은 경영상 필요성이다. 만약 흑인을 배제하는 고용관행이 직무 수행과 관련 없는 것으로 보인다면 그 관행은 금지된다.” 라고 하였다. 즉, 관련 직무에 필요한 자질이 있는 지원자를 선발할 때 문제된 고용관행이 효과적으로 기능함을 사용자측에서 입증해야 한다는 것이다. 그릭스 사건에서 사용자는 문제된 필기시험이 실효성 있는 방법인지 입증하지 못하고 학력조건의 경우 생산직 근로자에게 꼭 필요한 자질인가에 대해 설명하지 못했다. 앨버말 페이퍼(Albermarle Paper) 사건 판결에서 사용자는 적합성 심사 결과를 제출하였으나 문제된 필기시험이 필요한 능력을 평가하는 최적의 방법인가에 대해선 입증하지 못했다. 그린(Green) 사건 판결에서는 적합성 심사 자체를 하지 않은 채 차고에서의 도난 위험이라는 경영상 필요성 사유를 제시했기 때문에 인정되지 않았다. 도난 위험 방지라는 목적을 달성함에 있어 유죄판결 여부 말고도 개별 지원자의 신뢰도를 측정할 수 있는 좀 더 효과적인 방법이 가능함에도 아예 적합성 심사를 하지 않았다는 사실에 법원이 주목하였기 때문이다.

이와 같이 엄격한 기준으로 심사한 판례를 정리해보면, 경영상 필요성 항변에 성공하기 위해 사용자는, i) 고용관행이 지원자의 직무수행능력이나 자질을 평가할 수 있는지 ‘실제로’ 적합성심사(validation test)를 해서 입증해야 한다. 엄격한 심사기준을 적용하는 판례는 차별적 결과를 초래하는 고용관행을 정당화하려면 비용이 들고 쉽지 않은 과정일지라도 적합성 심사를 실제로 실시하여 확실한 과학적 증거를 제출할 것을 요구한다.³⁸⁾ 예컨대 종합직 직군에는 지방 근무를 조건으로 하고 종합직에 대해서만 승진 기회를 열어두는 분리직군제 사례라면, 지방 근무를 의무적으로 수행하는 것이 해당 사업장 직원의 직무역량과 능력 등을 평가할 때 적합한 수단인지 사용자측에서 입증해야 한다. 다음으로 ii) 적합성 심사 결과 사용자가 목표로 하는 능력이나 자질을 ‘효과적으로’ 평가할 수 있는 최적의 방법임을 입증해야 한다. 앨버말 페이퍼 사건에서의 필기시험은 분명 근로자의 화술을 평가할 수 있는 평가방법이었다. 그러나 전체 근로자에게 모두 적용되기에는 부족한 방법이라는 이유로 인정받지 못했다. 따라서 차별적 결과를 낳는 고용관행이 근로자의 직무수행 능력을 평가하는 것

37) 이하의 내용은 구미영(2009), 앞의 박사논문에서 발췌한 것임.

38) 일반체력평가는 경찰관이나 소방관을 선발할 때 종종 이용된다. 일반체력평가가 여성에게 갖는 차별적 효과가 입증되면, 그 직무에 대해 실제로 요구되는 신체적 능력이 무엇인지, 일반체력 평가가 그러한 능력을 정확하게 평가할 수 있는지 상당히 정확하고 과학적으로 입증해야 할 책임이 사용자에게 전환된다. 피상적으로 봤을 때 “합리적”인 평가로 보인다는 것과 널리 이용된다는 것만으로는 직무 관련성을 입증할 수 없다. Legault v. aRusso 842 F. Supp. 1479 (DNH 1994).

과 관련성이 있거나 편리하다는 것에 그쳐서는 안 된다. 문제된 직무, 직위에서의 직무수행능력을 평가함에 있어 반드시 필요한 방법일 때에야 그 정당성을 인정받을 수 있다. 직무수행능력을 평가할 수는 있지만 필요한 근로자를 선발하는 최적의 방법이 아니어서, 차별적 결과를 용인해야 할 정도로 꼭 필요한 관행이 아닌 경우도 많기 때문이다.

나) 느슨하게 심사하는 경우

성별과 불이익한 결과 사이의 인과관계가 상대적으로 강하지 않아서 차별이 강하게 추정되지 않는 경우에는 경영상 필요성도 느슨하게 심사할 수 있다. 예컨대 미국의 캐실라스(Casillas)³⁹⁾판결에서 원고인 근로자는 자신이 히스패닉계이기 때문에 승진을 거부당했다고 주장하였다. 원고는 자신이 선발된 다른 사람들보다 더 학력이 높고 관련 분야에서의 경험을 갖고 있다고 주장하였으나, 연방항소법원은 이러한 주장은 요점에서 벗어난 것이라고 하였다. 이 사건에서 중요한 것은 원고의 자격 여부가 아니라 사용자가 다른 사람을 선발한 사유를 신뢰할 수 있는지 여부라고 하였다. 차별적이지 않은 선발 과정이 꼭 가장 뛰어난 후보자를 선택하는 건 아니라는 점에 유의해야 한다. 해군측에서는 해당 직위에서 필요한 직무경험(생산 현장에서의 경험)이 부족하기 때문에 탈락시켰다고 답변하였다. 원고는 생산현장 경험이라는 자격이 당해 직무의 수행에 필요한 것인지 사용자측이 입증하지 않았다고 주장하였다. 연방 항소법원은, 사용자는 요구된 자격이 직무상 꼭 필요한 것인지 입증할 의무가 없다고 하였다. 직무상 필요성을 입증할 것을 사용자에게 요구하면 경영상의 재량이라는 사용자의 특권을 침해할 수 있기 때문이다.

사용자가 제시한 합법적인 사유를 심사하는 기준을 높여야 한다는 일부 연방하급심이나 연구자들의 견해도 불구하고, 연방대법원은 추정된 차별을 반증할 수 있는 정도이면 충분하고 판사를 설득할 정도로 입증할 필요는 없다는 입장을 버딘(Berdine), 히스(Hicks), 홉킨스(Hopkins) 사건 판결 등을 통해 고집해왔다. 예컨대 버딘 사건에서 연방항소심은, 사용자는 상대적으로 우월한 증거를 통해 합법적이고도 차별적이지 않은 이유가 있음을 입증해야 하므로 이 사건 피고는 객관적인 증거를 통해서 원고 근로자 대신 선발된 사람이 더 우수하다는 점을 입증해야 한다고 판시하였다. 연방대법원은 항소심 판결을 파기하면서, 자신이 제시한 사유가 실제로 불이익한 처분의 원인임을 사용자가 입증할 필요는 없고, 추정된 차별에 의심이 제기될 수 있을 정도로 합리적인 사유를 제시하는 것으로 충분하다고 하였다. 따라서 다른 지원자의 자격이 더 뛰어났다는 설명으로 충분하고 선발된 사람이 원고보다 더 뛰어난 것을 입증할 필요는 없다고 하였다.

위 판결들을 보면 경영상 필요성 여부를 가장 느슨하게 심사하는 경우에는, 최소한의 합리성을 갖춘 사유이면 설득력 있는 설명으로 인정하는 것으로 보인다.⁴⁰⁾ 최소한의 합리성을 갖춘 사유에는 법에서 금지하는 구별대우 의도만 아니면 모두 포함된다. 따라서 사용자가 지원자의 안정성, 학식, 신뢰성 같은 목적을 제시하면 이러한 자질이나 능력이 성공적인 직무수행이나 경영에 필요한 것인지 문제 삼지 않는다.⁴¹⁾

39) Casillas v. U.S. Navy, 735 F.2d 338 (1984).

40) 사용자측 사유가 추정된 차별을 반증하는 데 실패했다고 인정한 경우로는, 연령이 높은 숙련근로자의 채용을 거부하면서 당해 직위에 비해 과분한 인재라서 채용하지 않았다고 답변한 경우, 가장인 남편 사원을 보호하기 위해 부부사원 중 아내 사원을 해고한 경우처럼 제시된 사유가 신뢰성이 떨어지거나, 성차별적 고정관념을 바탕으로 한 경우들로 한정된다.

41) 비저 사건r판결 기준에서 봤을 때 사용자의 목적은 합법적이기만 하면 된다. 예컨대 지적 능력이 뛰어난 근로자를 채용하고자 하는 사용자의 바람을 달성하는데 문제된 고용기준이 상당히 기여하기만 하면 차별적 결과를 낳을지라도 정당화 된다.

다) 경영상 필요성 심사의 의의

미국에서 직무관련성 기준은 엄밀한 과학적 평가를 요구함으로써 합리적인 직무평가 제도의 발전을 촉진하는 결과로 이어졌다. 그리스 사건 판결은 통계적 용어로 차별을 정의하였고, 직무평가 기술 발전의 시작이 되었다. 예컨대, 간접차별을 측정하기 위한 통계적 절차로 사용하는 공정성모델(fairness model)의 발전과 고용 체계 전반에 걸친 객관적 평가의 효과를 시험하기 위한 유효성 일반화 절차(validity generalization procedure)의 사용은 평가 기술에 있어서의 명백한 발전이다. 건전한 평가기술은 계속해서 새로운 부분에서 발전해왔다. 면접, 승진, 평가 절차 같은 분야에서 행위에 입각한 면접체계의 광범한 사용은 인사결정 체계의 정확성을 늘리려는 연구의 대표적인 결과이다. 오늘날 자동차 안전 관련 규제가 있음으로 인해 자동차 산업은 외부의 압력에 반응하면서 자동차 공학을 발전시키고 있듯이 엄격한 경영상 필요성 심사기준이 존재함으로써 진정 객관적으로 직무를 평가하기 위한 직무평가 기술이 발전해 왔다고 볼 수 있다.⁴²⁾

경영상 필요성을 느슨하게 심사할 경우 고용관행, 기준 자체의 중요성이 아니라 사용자가 '주장하는' 중요성을 평가하는 것으로 선의에 대한 평가(test of good-faith)가 될 수 있다. 이는 선의만으로는 차별적 결과를 낳는 관행이나 처분을 항변해줄 수 없다고 발전해온 고용차별금지법의 역사를 역행하는 셈이다.⁴³⁾ 사용자의 경영판단을 쉽게 존중해주는 것은 차별적 현실에 기반하여 형성된 경영상의 특권을 그대로 남겨두는 것이라고 비판받기도 한다.⁴⁴⁾ 따라서 경영상 필요성 항변을 심사할 때에는 차별이 추정되는 정도에 비례하여 적절하게 심사척도를 설정했는지에 유의해야 한다. 사용자가 안전상의 목적이나 필요성을 추구하는 것은 정당하지만 그 안전을 달성하기 위해 차별적인 방법을 채택하는 것까지 정당화할 수는 없다는 기본 원칙을 고려하여 경영상 필요성 항변에 제한을 둘 필요가 있다.⁴⁵⁾ 사용자의 경영상 목적을 존중할지라도 방법의 선택에 대해서는 사용자의 선택을 존중해선 안 된다는 것이다. 이러한 판단기준은 최근 영국 대법원 판례에서도 확인할 수 있다. 영국 대법원은 “고용심판소는 문제된 임금체계의 변경 과정에서 원고에게 초래된 불이익이 정당한 목적달성을 위해 필요한 최소한의 침해였다는 점을 간단히 인정한 반면, 고용항소심판소는 원고(와 그가 속한 집단)의 불이익을 제거 내지 최소화할 수 있는 대안을 검토하지 않은 점”을 지적했다(남궁 준, 2017).

9) 동일가치노동 동일임금

가) 직무가치 평가틀 및 판단기준의 개발 필요성

인권위는 효성, 기륭전자 등 동일가치노동 동일임금 원칙 위반이 주장된 사건에서 적극적으로 직무가치의 동일, 유사성을 판단하는 모습을 보여 왔다. 다만, 동일가치노동 동일임금 사건은 직무가치의 평가라는 기술적인 요소가 중요한 영향을 미치기 때문에 관련한 평가방식을 인권위가 보다 구체

42) Patricia Pattison & Philip E. Varca, 앞의 논문, 447-450면.

43) Elizabeth Bartholet, “Application of Title VII to Jobs in High Places”, 95 *Harv. L. Rev.*, 1982, 978-980면.

44) Barbara A. Hocking, “Is the Reasonable Man the Right Man for the Job?”, 17 *Adel. L. Rev.*, 83., 1995, 83면.

45) Jeffrey D. Kirtner, “Note, English-Only Rules and the Role of Perspective in Title VII Claims”, 73 *Tex. L. Rev.*, 1995, 913-14면.

적으로 수립하여 사건 결정 시 활용할 필요가 있다. 이는 법원, (향후 고용 성차별 사건 구제를 담당할) 노동위원회 등에 선도적 영향을 미칠 것으로 기대된다.

직무가치를 평가, 비교하기 위해서는 평가도구가 필요한데, 고용노동부는 직무중심 임금체계를 노동시장에 확산시킨다는 목표 아래 직무가치 평가도구 등을 개발하고 임금분포공시제 등을 추진하고 있다. 이러한 정책의 일환으로 2017년부터 사회복지 서비스 등 몇몇 분야에서의 직무가치 평가 도구를 개발하여 배포하고 있다. 이 평가도구는 ILO에서 만든 성중립적 직무가치 평가틀을 상당 부분 참조하였으나, 여성집중 직종의 특성을 충분히 반영했는지, 성중립적 평가도구로서 적절한지, 여성집중 직종에 종사하는 여성 당사자의 참여가 적절한지 등에 대한 평가가 필요하다. 직무가치 평가 관련 논의가 10여년 전에 비해 상당히 진전된 상태라는 환경적 변화를 고려하여, 인권위가 성중립적 직무가치 평가 관련 논의를 진전시킬 필요가 있다. 관련하여 캐나다 연방인권위의 동노동임 판단 가이드라인 등을 참고할 수 있다(해외사례편 참고).

나) 직무가치 비교 없이 임금차별 판단이 가능한지(또는 직무가치 비교 외의 다른 요소들이 임금차별 판단 시 고려될 수 있는지)

국가인권위 결정례 중 임금차별 사건에서 직무가치의 동일성이 필수적인 요건인지에 대해 판단한 사례로 효성임금차별 사건 결정(2008.10.27자 07진차981결정)이 있다. 이 결정에서 인권위는 효성은 담당하는 업무의 난이도 등 가치가 아니라 연공+성차별적 직군 분리에 의해 임금을 결정하는 체계라고 판단하였다. 이 결정은 ‘호봉제를 실시하는 기업에서는 근속년수에 따른 임금이 동일하지 않으면 임금 성차별’이라는 단순한 논리로 이해되지 않도록 주의해야 한다. 이 결정은, ‘사용자가 근로조건을 결정하는 기준이 무엇인지 확인 -> 해당 기준이 특정 성별(또는 특정 성별이 집중된 부서에) 적용되지 않을 경우 차별을 의심 -> 다르게 대우하는 합리적 이유가 인정되지 않으면 차별로 판단’이라는 전통적인 차별 판단 논리를 따르고 있다. 이 사건 사용자는 생산직(여성 집중), 기능직(남성 집중) 직군 안에서 업무에 따라 임금이 다르게 책정되지 않는 것을 보전대, 기본급이 직무급을 기반으로 한 것이라는 사용자측 주장을 기각하였다. 기능직 직군 중 육체적 힘이 많이 소요되는 공정에 근무하는 사람은 소수임에도 모두 같은 기본급을 받는다는 사실에 주목한 것이다. “임금차별 판단 기준과 거의 동의어처럼 받아들여졌던「동일가치 노동 동일임금」원칙은 본디 임금차별을 폭넓게 규율하기 위해서 도입된 도구지만, 구체적인 입법 과정과 적용 과정에서 자칫하면 임금차별 인정 범위를 오히려 좁히는 이유가 될 수 있다. 따라서 명백한 차별의 징표들이 발견되는 경우에는 동일(가치)노동 여부 판단에 앞서 차별을 인정”할 필요가 있다(김 진 외, 2009). 이 사건에서는 성별에 따라 채용, 배치를 달리하였고, 여성집중 직군의 기본급을 낮게 책정했다는 점(“가장으로서의 급여수준이 아닌 저임금이 사회적 임금으로 생산직군의 임금이 책정되었다”는 진술) 등에서 “성별을 이유로”한 임금 차별로 인정한 것이다. 동일가치노동 동일임금 원칙이 나타난 연혁을 고려하면 이러한 지적은 중요한 의미가 있다. 직무가치를 비교하여 “성별을 이유로”를 인정받을 수 있도록 하기 위한 것이 동일가치노동 동일임금(comparable worth)의 취지이기 때문이다. 같은 이유로 최초로 동일가치노동 동일임금원칙이 적용되었다고 평가받는 한길 임금차별 사건 판결에서도, 취업규칙 상 임금결정의 기준으로 ‘성별’이 규정되어 있는 점이 임금 성차별이 일용 입증되었다고 보고 ‘문제된 직군 관련해서는 해당 취업규칙 조항이 적용되지 않았다’ 등을 사용자측에서 입증하도록 하고 판단하는 것이 적절했음 것으로 본다.

나. 재화 등의 공급과 이용 영역

1) 재화 등의 공급과 이용 영역에 대한 해당성 판단

TV, 인터넷, 신문 등의 매체를 통한 방송(개인방송 포함), 광고, 언론보도 행위에 대한 진정을 각 하하거나 기각한 예가 다수 있는데(박선영 외, 2019) 이들을 ‘재화, 용역’이용에서의 차별로 보지 않았기 때문인지, 진정인에게 불리한 대우가 아니라고 보기 때문인지 확인이 필요하다. “신문기사 중 인적사항 기재 시 성차별 내용을 포함한 것에 대해 조사 대상이 아니므로 자체적으로 시정하지 않을 시 시정을 요구하기 어렵다고 보아 각하하였고(14진정0544100·14진정0544300 병합), 인터넷사이트(일베사이트)에 게재된 비하적 표현, 여성의 외모에 대한 사인간의 모욕적 발언(10진정0033700)도 차별사유에 해당하지 않아 각하하였다(13진정0571600). 행정자치부가 개설한 대한민국 출산지도 사이트에서 지역별로 가입여성 수의 순위를 매긴 것도 각하”되었다(박선영 외, 2019). 아동용 의류, 문구 생산업체에서 ‘여아용’, ‘남아용’이라는 표시를 제품 안내에 기재한 경우를 재화 등의 공급과 이용’으로 볼 수 있는지 관련 진정 사건이 진행되는 중이다. 또한 00구시설관리공단에서 운영하는 00 문화체육센터는 수영요금 할인 제도를 설명하는 요금할인표 내용에 ‘가입기 여성 수영프로그램 할인’, 이라고 기재되어 있는 것이 남녀차별적인 여성비하라는 진정 사건에서도 영역 해당성 없다는 이유로 각하하였다(가입기가 비하적 표현이 아니라는 점도 언급)(17진정0544600).

이러한 사례들은, 재화 용역 이용에서의 불이익을 ‘특정 성별 비하나 차별적 고정관념의 강화, 정신적 피해’까지 포함할 것인지의 쟁점과도 연계된다. 재화용역의 이용에 제한을 두거나 재화 및 용역의 질을 다르게 하는 경우로 한정할 것인지, 재화용역의 이용 과정에서의 차별적인 언행까지 포함한 것인지를 문제이다.

영국의 평등법 제29조(3)에서는 재화 용역의 이용 관련 괴롭힘도 금지하기 때문에 위와 같은 경우의 일부라도 차별 금지 영역으로 포섭하여 적용할 수 있다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾ 캐나다도 연방인권위법의 차별적 괴롭힘 조항을 통해 혐오표현의 규율이 일정 부분 가능하다.⁴⁸⁾ 또한 상업 광고에서의 차별적 표현 관련 다양한 국가 사례를 조사한 보고서에 따르면, 덴마크나 노르웨이는 고용, 교육 외에도 문화 등 모든 영역에서의 차별을 금지하기 때문에 광고에서의 성차별 표현도 법률로 규율할 수 있다.⁴⁹⁾ 이처럼 재화용역 공급 과정에서의 차별적인 언행도 포함한다면 국가인권위원회 진정 건수가 폭발적으로 증가하여 행정역량을 초과하는 문제점이 우려될 수 있다. 다만, 차별적 괴롭힘은 단지 차별적 언행만으로 성립하는 것이 아니라 해당 언행으로 인해 피해자에게 모멸감, 굴욕감 등을 줄 것을 요건으로 한다는 점에서 모든 사안에 대해 인정되지는 않는다는 것을 고려할 필요가 있다.⁵⁰⁾

2) 합리적 이유 : 여성전용서비스 또는 여성우대 혜택 관련

46) 29 Provision of services, etc.

(3)A service-provider must not, in relation to the provision of the service, harass

(a)a person requiring the service, or

(b)a person to whom the service-provider provides the service.

47) 예컨대 나이트클럽의 직원이 게이인 손님에게 동성애 혐오적이거나 공격적인 발언을 한다면 재화용역 이용과 관련된 괴롭힘이 인정될 가능성이 있다. EHRC, What equality law means for your business, p.11.

48) 서용성 외, 혐오 표현의 판단 기준에 관한 비교법적 연구, 사법정책연구원 보고서,

49) Public International Law & Policy Group, Legal Frameworks Regarding Sexism in Advertising: Comparison of National Systems, 2015, 18면.

50) 고용 영역에서의 차별적 괴롭힘은 차별적 언행으로 인해 업무환경이 저해될 정도인지를 판단기준으로 하는데, 재화용역 공급 영역에서는 어떤 구체적인 기준을 세울지 고민이 필요하다.

여성도서관사례나 남성전업주부 카드발급거부 사례를 보면, 여성 배려나 주고객인 여성을 위하여 남성의 재화·용역 이용 자체를 금지하는 경우에는 합리적 이유를 인정하지 않고 차별로 판단한다. 반면에 오전 시간대 여성전용이나 여성 할인 사례의 경우 남성의 불이익이 크지 않고 재화·용역의 이용이 불가능한 것은 아니기 때문에 차별로 보지 않았다. 만약 재화·용역이 고가인데 여성에게만 할인 혜택을 제공하여 남성의 접근이 사실상 어려울 정도라면, 이용 자체에 제약이 있거나 불이익이 크다는 점을 고려하여 성차별로 볼 수 있을 것이다. 이는 가격 책정이나 서비스 제공기준 관련 기업의 재량을 존중하려는 경향이 고용 영역에 비해 상대적으로 넓게 허용되기 때문인 것으로 보인다.

미국의 경우, 여성 고객 대상 판촉을 위해 실시하는 여성 전용 할인을 성차별로 보는지 주별로 입장이 다르다고 한다. 연방법으로는 규율한 사례는 없고 주 차별금지법률에 근거하여 성차별로 판단하는 경우가 많다고 한다.⁵¹⁾

영국 평등인권위의 가이드스에 따르면, 서비스 이용 시 하나의 성별에게만 허용하는 것은 ‘객관적으로 정당화되고’ 아래와 같은 경우에 해당할 때라고 한다.

- * 한 성별의 고객만이 재화·용역을 이용하려 하거나
- * 남녀 모두에게 제공되는 재화·용역도 있으나 이것만으로는 충분치 않을 때
- * 남녀 모두에게 제공되면 효과적이지 못할 경우
- * 병원 등과 같이 이용자에게 특별한 돌봄, 감독이나 주의가 요구되는 곳에서 제공되는 서비스일 때
- * 한 번에 여러 명이 이용할 수 있는 서비스이고 여성 이용자가 남성 이용자의 참여를 합리적인 이유로 반대할 가능성이 있을 때(반대의 경우도 가능)
- * might reasonably object to the presence of a man (or vice versa), or
- * 신체적 접촉이 발생할 수 있는 서비스로 성별이 다른 직원과의 접촉을 고객이 반대하는 경우

위의 기준을 적용하면, 수영장에서 여성전용 시간대와 어느 성별이든 이용 가능한 시간대를 병행하는 경우, 건강 및 위생 문제에 긴밀하게 관여하는 미용관리사의 경우, 한 성별에게만 영향을 미치는 질병을 검진하기 위하여 해당 성별만을 대상으로 하여 의료기관이 서비스를 제공하는 경우 등이 허용될 수 있다.⁵²⁾

다. 교육시설 등의 이용과 공급

1) 영역: 교육시설 등의 범위

기존 결정례를 보면 ‘정규’ 교육시설이나 직업훈련기관을 그 범위로 하고 여성복지관 등의 프로그램은 용역의 제공 관련 차별로 해석하는 것으로 보인다. 전국체육대회 규정에서 여성과 유소년이 출전할 수 있는 스포츠클라이밍 종목이 없는 것이 다뤄진 사건의 경우, 교육 이 아니라 재화, 용역 관련 차별 사건으로 다뤄졌고 합리적 이유가 인정되어 기각 결정되었다(17진정1014200). 남학생에게만 두발지도를 하는 것에 대한 진정이 제기된 바 있는데(14진정0832900), 학교의 두발지도 방침도 교육훈련 관련 영역으로 인정한 것으로 보인다.

2) 불리한 대우

51) <https://www.foley.com/en/insights/publications/2016/04/genderbased-sales-promotions-good-business-or-unla>

52) EHRC(2014), 앞의 가이드스, pp.16-17. 반면에 이 가이드스에서는 나이트클럽 입장료를 여성에게만 면해주는 것은 성차별이 될 수 있다고 설명한다(p.57).

여성 전용 교육훈련 과정이나 교육기관의 설립은 남성의 입학을 배제한다는 점에서 불리한 대우임이 명백하기 때문에 관련하여 쟁점이 된 사례를 찾기 어렵다. 또한 두발지도 규정의 경우도 규정 위반으로 인한 벌점 등의 불이익이 존재하기 때문에 논쟁의 소지가 없는 것으로 보인다. 불이익이 인정되지 않아 각하된 사례로는 중학교 학급 편성 관련 진정 건이 있다. 남녀 분반 방침에 따라 상대적으로 인원이 많은 남학생 반이 과밀해지는 것을 불이익으로 볼 수 있는지 문제된 사례이다(09진차 0001196). 이 사안에서는 다른 학년은 여학생 수가 남학생보다 많아 여학생들이 불편을 겪고 있는 상황이므로 성별을 이유로 한 불이익이라기보다 학생수의 과소에 따른 상대적인 불이익으로 보이며, 남녀 합반 시 남학생이 수행평가 관련 불리하여 학부모들이 선호하지 않는다는 점 등을 고려하여 각하하였다.

한편, 차별적 괴롭힘 개념을 차별의 한 유형으로 도입한다면, 교복이나 학교 자료의 성차별적 표현 등도 교육시설 관련 차별로 인정될 수 있을 것이다.⁵³⁾

3) 합리적 이유

교육시설의 이용 기회에서 배제하는 사례에서는 엄격하게 그 목적과 필요성, 목적 실현 수단으로서의 적절성을 심사하는 것으로 보인다. 교육시설 이용 관련 차별은 고용 차별과의 관련성이 높기 때문에 진정직업자격에 준하는 판단을 하는 것으로 보인다.⁵⁴⁾

여자대학의 설립이나 여대에 로스쿨, 약학대학을 운영하는 것 관련해서는 여성에 대한 적극적 우대조치로 보는 것이 아니라 해당 대학의 설립 목적 등을 고려한 학생선발권 존중을 주로 고려하고 있다. 남성의 교육기회나 직업선택 자유를 크게 침해하지 않는다는 사실을 바탕으로 합리적 이유를 인정한다.

대학 내 여성휴게실, 여성전용 열람실 설치나 여성 농업인 대상 리더 양성교육 과정 등은 일종의 적극적 조치로서의 합리적 이유를 인정하는 것으로 보인다. 농업처럼 성별 격차가 여전히 심각한 영역이라는 점, 여성의 모성보호나 신체적 차이, 폭력으로부터의 보호 필요성 등의 차이를 시설 측면에서 배려할 필요성 등을 고려하여 합리적 이유를 인정한다. 해군 직장어린이집 우선 입소 순위 사례도 비슷한 경우이다. 다만, 적극적 우대조치로서의 합리적 이유를 인정할지 판단할 때에는, 당해 교육시설 내에서의 성별 격차 현황이 변화함에 따라 해당 기준의 필요성, 남성에 대한 불이익 정도가 달라질 수 있음을 염두에 두고 판단해야 할 것이다.

간접차별 여부가 다뤄진 공군 사관후보생 조종장교 모집 시 신장 제한(09진차773) 사례의 경우, 현재 공군이 보유한 비행기 기종 상 정당화 사유가 인정될 수밖에 없었을 것이다. 다만, 미 공군에서도 여성 조종사 후보생의 신체적 차이를 반영한 새로운 기종의 전투기를 도입할 계획을 밝힌 것에서 알 수 있듯이, 경영상 필요성이라는 정당화 사유의 판단 결과가 향후 달라질 수 있을 것임에 유의해야 한다.⁵⁵⁾

53) 영국 평등인권위의 교육시설 차별 관련 가이드로는 EHRC, What equality law means for you as an education provider: schools, 2014 등이 있다.

54) 박선영 외(2019), 앞의 보고서, p.37.

55)

<https://www.airforcetimes.com/news/your-air-force/2020/08/19/to-get-more-female-pilots-the-air-force-is-changing-the-way-it-designs-weapons/>

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> <p>▪ [EU] 성별에 따른 공동부모휴가의 차등부여의 차별여부</p> <p>두 사건이 병합된 항소법원의 대상판결의 각 사실관계는 다음과 같다. 먼저 Ali 사건에서 남성 근로자인 원고는, 그의 여성 동거인(partner)이 산후우울증을 이유로 조기에 직장으로 복귀하자 신생아를 돌보기 위해 공동부모휴가제(shared parental leave)를 사용하였다. 원고는, 자신의 직장(사기업, Capita Customer Management Ltd)이 어머니/여성 근로자에게는 14주 동안 법정 기준을 상회하는 수준의 출산휴가 급여를 지급하는데 반해, 아버지/남성 근로자에게는 2주만 동 급여를 지급하는 것이 차별이라고 주장하였다. 한편 Hextall 사건에서 남성인 원고는, 자신이 경영하는 사업의 정상적 운영을 위해 배우자가 조기복귀하자 자신이 공동부모휴가를 써서 육아를 담당했다. 원고의 직장(지방경찰청, Leicestershire)은 여성 직원에게는 법정기준을 상회하는 수준의 출산휴가 급여를 15주 동안 지급하는 반면, 공동부모휴가를 사용하는 남성 직원에게는 법이 정한 최저 기준의 급여만을 지급하여 차별을 주장하였다. Ali 사건의 원고는 고용심판소에서는 승소하였으나 고용항소심판소에서는 패소하였고(차별 불인정), Hextall 사건의 원고는 둘 다 패소한 상태(차별 불인정)로 각각 불복하여 항소법원에 이르게 되었다. 대상판결은 공동부모휴가를 쓰는 남성과 출산휴가를 쓰는 여성은 서로 비교대상이 아니라는 점을 분명히 했다. 출산휴가는 단순히 육아만을 위한 것이 아니라 임신부/출산모인 여성의 임신 후기를 잘 대비 및 관리하고, 임신과 출산으로 인한 건강상 변화로부터 잘 회복하며 모유수유 및 신생아와의 유대관계를 형성할 수 있도록 돕는 것을 목적으로 한다고 보았다. 따라서 법상 출산 직후 2주를 반드시 출산휴가에 포함하여 사용되도록 정한 규정을 근거로 동 2주만을 해당 여성 근로자의 건강 관리·회복을 위한 휴가기간으로 전제하여 제시된 원고의 논증을 기각했다. (Ali v Capita Customer Management Ltd; Hextall v Chief Constable of Leicestershire Police [2019] EWCA Civ 900)</p> <p>▪ [EU] 성별에 따른 정년 연령의 차별 여부</p> <p>남녀의 정년을 다르게 규정하고 있는 DO규정이 EU지침 76/207에 위반하는지 여부에 대한 쟁점과 관련하여 고용, 직업훈련 및 승진, 근로조건에 관한 남녀 평등 대우 원칙의 시행에 관한 지침 76/207은 직·간접적 차별을 금지하며 간접적 차별에 대하여만 목적의 정당성과 수단의 필요성·적정성에 의하여 정당화된다고 규정하고 있는바, 정년연령의 차이로 인하여 여성근로자가 퇴직연금수급연령이 앞당겨진다는 사정이 있다고 하더라도 이는 차별적 처우 판단에 영향을 미치지 아니하며, 정년이라는 동일한 상황에서 성별에 따라 정년을 다르게 규정하고 있는 DO규정은 직접적인 차별에 해당하며 이를 정당화할 수 없으므로 지침 76/207은 DO규정에 따른 정년 연령의 차별적용을 배제한다고 판단하였다. (Niederösterreichische Landes-Landwirtschaftskammer v Anneliese Kuso, 2013)</p> <p>▪ 영국] 여성으로 구성된 판매직종 근로자와 남성으로 이루어진 창고직종 근로자의 임금차별 여부</p> <p>원고는 주로 여성으로 구성된 약 35,000명의 현직·전직 대형 슈퍼마켓 체인인 피고 ASDA의 매장 판매직 근로자였다. 물류창고 직원들은 노동조합(GMB)에 가입하고 있으며 단체협약이 정한 ‘표준 근로조건’에 따라 임금을 제외한 나머지 근로조건이 규율된다. 임금의 경우 물류창고별로 교섭을 하여 창고별로 다소 차이가 있다. 한편 ASDA는 미국의 월마트의 자회사로서 임금 관련 주요 결정은 월마트의 승인이 필요하다. 이러한 배경에서 원고들은 남성이 대다수인 물류창고 직원과 비교해 크게는 약 3파운드(한화 약 4,400원)의 시급 차이가 난다는 점을 지적하며 성별에 의한 임금차별을 주장하였다. 원고인 매장 근로자가 다른 사업장에서 근로를 제공하는 물류창고 근로자를 자신의 비교대상으로 삼기 위해서는, 다른 사업장 간(원고와 비교대상근로자 사이가 아님에 주의) 공통 근로조건이 적용되어야 한다고 보았다. 이를테면 甲 사업장에 있는 모든 근로자와 乙 사업장에서 일하는 모든 근로자에게 공통 근로조건이 적용되는지, 아니면 甲 사업장에 있는 매장근로자와 乙 사업장의 매장근로자, 갑 사업장의 물류창고 근로자와 乙 사업장의 물류창고근로자가 같은 근로조건을 향유하는지가 여기서 확인해야 할 사항이다. 또한, 항소법원은 본 사건처럼 甲 사업장에는 창고직이 없고 乙 사업장에는 매장직이 없는 경우 가상적 판단, 즉 ‘甲 사업장에는 창고직이 일하고 乙 사업장에 매장 근로자가 있다고 가정할 경우 공통 근로조건이 적용될 것인가’를 판단할 수 있다고 보았다. 항소법원은 이러한 가상질문에 대한 긍정적 답변을 할 수 있는 경우로 어느 사업장인지 묻지 않고 관련된 두 직렬(classes)을 모두 포함해 적용되는 하나의 단체협약이 있는 경우를 제시했다. 직렬별로 적용되는 별개의 단체협약이 있지만 사업장을 구분하지 않고 적용되는 경우도 이에 해당한다고 보았다. 또한 사용자가 일방적으로 전 사업장에 공통적으로 근로조건을 부과하는 경우도 여기에 해당할 수 있다고 보았다. 나아가 이때 ‘공통 근로조건’은 모든 측면에서 완벽히 동일한 것이 아닌 넓게 보아 공통적이면 충분한 것으로 이해했으며 이는 상식적으로 판단</p>
------	--

	<p>할 수 있다고 보았다. 항소법원은 이와 같은 법리를 확인한 후 이를 이 사건의 사실관계에 적용해 물류창고 근로자들이 원고들의 비교대상근로자가 될 수 있다고 판단했다. (ASDA Stores Ltd. v Brierley and Others [2019] EWCA Civ 44)</p> <ul style="list-style-type: none"> <p>▪ [독일] 단체협약상 임금 성차별에 관한 연방노동법원 판결</p> <p>단체협약상 규정을 통해 여성에게 남성보다 적은 임금을 지급하는 관행과 관련하여 당시 헌법상 평등권이 사인(私人)간에도 적용되는지 여부가 다투어졌던 기본권의 대사인적 효력, 남녀 동일노동 동일임금지급 원칙에 대해 다른 독일 최초의 판결에서는 평등원칙과 차별금지에는 동일한 노동에 대한 남성과 여성의 동등 임금 원칙도 포함된다. 기본법 제1조 제3항에 따르면 뒤이어 나오는 기본권들은 직접 적용되는 권리로서 입법에 대해서도 구속력이 있다. 단체협약은 근로조건에 있어 당사자들의 고용 관계에 대해 객관적인 권리를 설정하기 때문에 입법, 즉, 실제적 의미에서의 법률(Gesetze im materiellen Sinne)이다. 이는 독일 연방 전체에 대해 효력이 있는 1949년 4월 9일 단체협약법(TVG)으로부터 강행적으로 도출된다. 동일임금원칙에 관한 한, 재판부의 견해는 독일기본법 탄생 역사에서 나오는 것과 마찬가지로 헌법 제정자의 의지와 일치한다. 단체협약은 여성에 대한 동일임금의 원칙에 구속된다. 단체협약의 규범적 효력 역시 주권적 권력(hoheitliche Gewalt)에서 나오는 것이다. 단체협약은 오늘날 근로조건을 규율하는 가장 중심적이고 가장 중요한 법규범이라는 점이 간과되어서는 안 된다. 단체협약이 여성에 대한 동일임금원칙에 관한 헌법의 원칙에 구속되지 않는다면 노동법은 중이에 불과하게 될 것이다. 동일임금원칙의 과제와 의미는 단지 국가로부터 개인을 보호하는 것만이 아니다. 국가는 민간부문에 적용되는 법을 통해 동일한 노동에 대해 여성의 임금을 낮게 정한다는 생각을 결코 하지 않는다. 반대로 법제정의 권한을 허락받은 단체가 남성과 여성에 대한 동일임금원칙에 위반하는 경우에, 그 단체로부터 개인을 보호하는 것이 중요하고 실무적으로 매우 의미가 있다. (BAG 15.01.1955 - 1 AZR 305/54)</p> <p>▪ [독일] 남성형으로만 표기된 은행거래서식에 대한 성차별 여부</p> <p>원고는 은행 거래에 사용되는 서식에 문법적으로 남성형에 해당되는 계좌소지남성(Kontoinhaber)이라는 단어만 기재되어 있고, 여성형(계좌소지여성, Kontoinhaberin) 단어는 기재되어 있지 않는 것은 성차별에 해당된다고 주장하면서 은행 서류에 여성형 단어도 기재할 것을 요구했다. 연방노동법원은 원고의 청구를 기각했다. 문법적인 성별과 관련하여 은행 서식에 남성형, 여성형 등을 모두 기재하도록 요구할 법적 권리는 존재하지 않는다. 일반적 통상적인 언어사용과 언어에 대한 이해에 따르면 문법적으로 남성형의 사람에 관한 단어는 모든 자연적인 성별을 포함할 수 있는 것이다. (BGH, Urteil vom 13.03.2018 - VI ZR 143/17)</p>
<p>해외 차별판단지침</p>	<ul style="list-style-type: none"> <p>▪ 미국 EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues</p> <p>2. EPA</p> <p>EPA는 성별에 근거한 보상 차별을 금지한다. 이는 남녀를 모두 보호한다. 고소가 성별에 근거한 보상 차별을 주장하면 조사관은 시기적절성과 같은 법정 요건을 조건으로 이것이 VII편과 EPA 모두에 의거한 위반을 주장하는 것으로 취급하여야 한다. EPA가 적용되는 보상 차별에 대한 보다 상세한 논의는 29 C.F.R. Part 1620 참고.</p> <p>▪ 미국 Enforcement Guidance on Sex Discrimination in the Compensation of Sports Coaches in Educational Institutions(EEOC-CVG-1998-1)</p> <p>II. 법적 분석</p> <p>평등임금법은 동일한 사업장에서 ‘동일한 숙련, 노력 및 책임성으로 수행되고, 유사한 근로조건 하에 수행되는 직무에서 동일하게 노동하는’ 반대 성별의 근로자 보다 낮은 임금을 사용자가 근로자에게 지급하는 것을 금지한다. 29 USC § 206(d)(1). 그 직무는 완전히 같아야 하는 것은 아니고 실질적으로 동일하면 된다. 29 CFR § 1620.13(a).</p> <p>시민권법 제7장은 ‘채용에서 또는 보수, 계약내용과 조건, 고용상의 혜택과 관련하여’ 성별을 이유로 차별하는 것을 금지한다. 42 USC § 2000e-2(a)(1). 또한 시민권법 제7장은 ‘개인의 고용 기회를 박탈하거나 박탈하는 경향이 있거나, 아니면 근로자로서 지위에 불리하게 영향이 있는 어떤 방식으로든’ 사용자가 자신의 근로자를 제한, 분리 또는 분류하는 것을 금지한다. 42 USC § 2000e-2(a)(2). 두 개 규정 모두 임금차별 혐의에 적용될 수 있다.</p> <p>▪ 미국 Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities(EEOC-CVG-2007-1)</p> <p>A. 여성 돌봄제공자에 대한 성차별</p> <p>1. 증거분석</p> <p>돌봄제공 책임이 있는 노동자에 대한 고의적 성차별은 다른 성차별 사례에서 사용되는 모든</p>

	<p>형태의 증거로 입증될 수 있다. 다른 혐의와 마찬가지로, 여성 돌봄제공자에 대해 성을 이유로 한 불이익 처우를 주장하는 혐의를 접수한 조서관은 특정한 행위가 위법하게 차별적이었는지 결정하기위해 증거의 총체성을 조사해야 한다. 모든 증거는 상황적으로 검증되어야 한다. 어느 특정한 종류의 증거가 부재 또는 현존하는 것은 결정적이지 않다. 예를 들어, 자주 비교 증거가 유용하지만, 위반을 확정하기 위해 필수적인 것은 아니다. 자녀가 있는 여성노동자의 신뢰성에 대한 임원의 발언이 증거가 될 수 있고 또는 업무능력의 저하가 없음에도 불구하고 출산 이후에 여성노동자가 불리한 근로조건에 처해진 것도 증거가 될 수 있다. 돌봄제공자에 대한 불리한 조치가 성을 이유로 한 것이라는 증거는 필수적이다.</p> <p>여성 돌봄제공자에 대한 불이익 처우를 주장하는 혐의에서 관련 증거는, 한정되는 것은 아니지만, 다음과 같은 것을 포함할 수 있다.</p> <ul style="list-style-type: none"> - 남성지원자는 제외하고 여성지원자에게만 혼인과 자녀 여부를 질문하거나 육아 또는 돌봄 책임이 있는지를 질문했는지 여부; - 의사결정권자 또는 임원이 임신 노동자, 일하는 여성 또는 여성 돌봄제공자에 대한 고정관념이나 경멸적 언급을 하였는지 여부; - 업무성과의 하락이 없음에도 불구하고, 여성 또는 피해 당사자가 돌봄제공 책임을 맡은 이후에 불리한 처우를 받았는지 여부; - 자녀가 있는 여성 또는 기타 여성 돌봄제공자에 대한 고정관념에 근거해서 여성 돌봄제공자에 비하여, 자녀가 없거나 돌봄제공 책임이 없는 여성 노동자가 더 유리한 처우를 받았는지 여부 - 돌봄책임이 있는 여성을 그 급이 낮거나 저임금인 직무에 배치하거나 조정했는지 여부; - 돌봄제공 책임이 있는 남성 노동자가 같은 여성 노동자에 비하여 더 나은 처우를 받았는지 여부; - 통계적 증거가 임신한 노동자 또는 여성 돌봄제공자에 대한 불리한 처우를 입증하는지 여부; - 해당 조치가 사업장 규칙에서 벗어난 것인지 여부; - 사용자가 주장하는 문제의 조치에 대한 사유가 믿음만 한지 여부. <p>2. 남성 돌봄제공자와 비교하여 여성 돌봄제공자에 대한 위법적 차별 처우</p> <p>시민권법 제7장은 돌봄제공 책임이 있는 노동자를 불리하게 차별하는 고용상 결정을 금지하는데, 성별 또는 법률이 보호하는 특성을 이유로 한 결정이라면, 사용자가 법률이 보호하는 집단의 모든 구성원을 상대로 더 광범위하게 차별했는지 여부 관계없이 그러하다. 예를 들어, 자녀있는 여성 노동자에 대한 성차별은 시민권법 제7장의 금지 대상이 되는데, 만일 사용자가 자녀없는 여성 노동자는 차별하지 않았더라도 그러하다.</p> <p>시민권법 제7장은 단지 부모 또는 기타 돌봄제공자 지위를 이유로 하는 차별을 금지한다. 따라서 자녀가 없는 노동자에 비교하여 자녀가 있는 여성 또는 남성 노동자를 동일하게 불리한 (또는 유리한) 방식으로 처우한 경우는 시민권법 제7장의 불리한 처우 금지에 위반되지 않는다.</p> <p>3. 여성노동자에 대한 위법한 성역할 고정관념</p> <p>대부분의 가정에서 실제로 여성이 돌봄 책임을 부담하고 많은 여성들이 돌봄제공자가 되었을 때 자신의 업무상 책임을 그에 맞춰 단축한다고 할지라도, 특정한 여성 노동자는 돌봄 책임을 부담할 것이라거나 여성의 돌봄 책임은 업무수행을 방해할 것이라는 성별 전제만 갖고 사용자가 여성 노동자를 불리하게 처우하는 것은 시민권법 제7장 위반이 된다. 여성 돌봄제공자는 자신의 업무에 충실하지 못하거나, 앓거나, 할 수 없다는 고정관념은 성별에 기초한 것이며, 그러한 고정관념에 근거한 고용상 결정은 시민권법 제7장에 반한다.</p>
<p>해외법제</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act) <ul style="list-style-type: none"> 제3조(차별금지사유) (2) 임신이나 출산을 사유로 한 차별은 성별에 근거한 차별로 본다. 제11조 (1) 평등임금 <ul style="list-style-type: none"> 고용주가 동일가치 업무(work of equal value)를 수행하는 동일한 사업장에서 고용된 남녀 직원의 임금에 차이를 두거나 그러한 상태를 유지하는 것은 차별적 처우이다. (3) 사업장 분리 <ul style="list-style-type: none"> 남녀 직원 간에 임금에 차이를 두거나 그러한 상태를 유지하려는 목적으로 사용자가 단독으로 또는 주도적으로 설립하거나 유지하는 별도의 사업장은 본조의 목적상 동일한 사업장으로 본다. (4) 규정된 합리적 요인에 따른 임금의 차이 <ul style="list-style-type: none"> 상기 제(1)항에도 불구하고, 남녀 직원에게 상이한 임금을 지급하더라도 그 차이가 제27조 제(2)항에 따라 캐나다 인권위원회에서 발행한 지침에 규정된 임금의 차이를 정당화하는 합리적 요인(reasonable factor)에 근거한 경우에는 차별적 처우로 볼 수 없다.

	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 미국 민권법 제7장(Title VII of the Civil Rights Act of 1964) Sec. 2000e. [Section 701] (k) ‘성별 때문에’ 또는 ‘성별을 기초로’ 개념은, 제한되는 것은 아니지만, 임신, 출산 또는 그 관련한 질환을 이유로 한 것을 포함하며; 임신, 출산, 또는 관련 질환을 겪는 여성은, 모든 고용 관련한 목적에서, 부가급여 프로그램에 따른 부가급여 수령을 포함하여, 영향은 없지만 노동능력 또는 무능력이 유사한 다른 사람들과 동일하게 처우되어야 하며, 이 장 [제 703(h)]의 제2000e-2(h)가 그와 달리 해석되는 것은 허용하지 않는다. 이 항은 낙태에 대한 의료보험료 지급을 사용자에게 요구하지 않는다. 다만, 분만일까지 태아를 유지한다면, 산모의 생명이 위급해지는 경우 혹은 낙태로 인해 발생한 합병증은 예외로 한다. 단, 이 항은 사용자가 낙태 의료보험료 지급하거나 낙태와 관련하여 단체협약 달리 정하는 것을 금지하지 않는다.
--	---

2. 종교, 사상 또는 정치적 의견

가. 고용영역

1) 국가인권위원회 결정이 제시한 고용상 차별의 합리성 판단기준

종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 고용상 차별 판단과 관련된 사건 중 다수는 종립학교 또는 종교재단 등에서의 교직원 등 지원자격을 해당 종교인으로 한정하는 문제이고 이외 종교행사, 시국선언 등 정치활동 등에 대한 참여 여부를 이유로 한 불이익 사례 등이 확인된다. 인권위원회는 대체로 진정직업자격을 근거로 종립학교 등에서의 교직원 지원자격의 문제에 대한 차별의 합리성 여부를 판단하고 있으며, 이외 사례에서는 해당 사안별로 구체적으로 사실관계를 확인한 후 실질적, 종합적 판단으로 각 사례에서 제기된 차별의 합리성 여부를 심사하고 있다.

예를 들어, 종립학교 또는 시설 등에서의 교직원 등 지원자격과 관련해서는, 당해 업무가 ‘진정직업자격’에 해당하는지 여부를 주요한 합리성 판단 기준으로 살펴보고, 만일 해당 사안에서 진정인이 지원하고자 한 교수 업무가 ‘진정직업자격’에 해당하지 않음에도 지원자격에 특정 종교인일 것을 요구하였다면, 이는 불합리한 차별이라고 판단하고 있다. 시국선언 참여를 이유로 한 포상자 선정 제외 사례에서는 진정인 및 피진정인 주장에 대한 구체적 사실관계를 확인한 후, 포상 등의 수여가 수여권자의 재량범위 내에 존재한다는 것을 일차적으로 판단하였고, 재량행위의 행사에 있어 그 범위를 일탈했는지 여부를 이차적으로 판단하였다. 즉, 위 사건은 구체적 사실관계를 확정된 후, 이후 이를 근거로 한 실질적, 종합적 판단을 통해 차별 여부에 대한 판단이 이루어진바, 이와 같은 사안들은 결국 해당 사안별 구체적 사실관계에 기인할 수 밖에 없다.

결국, 종교, 사상 또는 정치적 의견으로 인한 고용상 차별과 관련하여, 합리성 판단기준의 주요한 쟁점은 ‘진정직업자격’으로 보이고, 관련하여 종교 영역에서의 차별은 ‘종교의 자유’의 본질과 유기적으로 살펴볼 필요가 있으므로, 아래에서는 합리성 판단기준으로서 진정직업자격의 판단 및 종교의 자유 본질의 범위에 대하여 살펴본다.

2) 진정직업자격을 판단

종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 차별 판단에 있어 주로 문제되는 쟁점은, 종립학교 또는 시설에서의 종교, 사상 또는 정치적 의견과 해당 직무수행과의 관련성 부분이다. 즉, 해당 직무의 성격이 진정직업자격을 해당하는지 여부가 문제되는데, 종교, 사상 또는 정치적 의견에 대하여 직업

적인 특성 또는 직무수행상의 특수성을 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다. 해당직무를 수행하기 위해 반드시 필요한 자격이나 요건에 해당되는 경우 차별적 처우를 할 수 있다는 '진정직업자격(BFOQ : Bona Fide Occupational Qualification)' 개념이 여기에 적용된다. 이러한 진정직업자격은 인종 또는 피부색에 기한 차별에는 적용되지 않는다. 원래 진정직업자격을의 구체적 내용과 관련해서는, 주로 성차별영역에서 “진정직업자격을의 요건에 해당하지 않음에도 불구하고 사용자가 특정 집단을 제한하고 배제하는 방식으로 고용상의 불이익한 대우를 할 경우에는이는 차별행위로 간주할 수 있다”는 개념 정도를 언급하는 정도에 그치거나 미국의 주요 판례 문구를 인용하는 것이 대부분이었다.

한편 「남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률」은 2001. 8. 14. 전문 개정시 “직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우”는 차별로 보지 않는다는 진정직업자격 관련 규정을 신설하였다(제2조 제1항 제1호). 당시 모성 보호 관련 쟁점이 주를 이루었던 논쟁에서 주목을 받지 못하였으나, 현재 진정직업자격은 국가인권위원회에 제기된 종교 등을 이유로 한 고용상, 재화등의 공급이나 이용상, 교육시설 등에서의 교육, 훈련이나 그 이용상 차별판단에 있어 주요한 판단기준이 된다. 특히, 종립학교 또는 종교기관 등에서의 고용상 차별과 관련하여 해당 학교 또는 기관에서의 당해 업무가 필수적으로 종교, 사상 또는 정치적 의견과 관련되는지 여부를 판단하는 유용한 도구가 된다. 국가인권위원회는 진정직업자격인 직무를 인정함에 있어 상당히 엄격한 기준을 두고 있는 것으로 판단되며, 문제된 직무의 구체적인 업무내용을 검토하여 종교와의 구체적인 연관성을 검증하고자 하는 것으로 보인다. 진정직업자격은 차별금지의 예외 사유에 해당하느바, 위와 같이 엄격한 기준 하에서 제한적으로 해석함이 타당하다. 예를 들어, 특정 종교의 교리를 취지로 하여 설립된 종교기관 또는 종립학교이고 그 설립 목적의 유지를 위해 필수불가결한 업무라 할지라도, 그 업무의 본질적 부분의 성격이 세속적인 것일 때에는 특정 종교를 차등 취급할 수 없다. 즉, 종립학교에서 종교교육을 담당하는 교원이라면 특정 종교에 대한 믿음과 지식을 갖출 것이 요구될 수 있으나, 교육내용이 세속적·비종교적인 것이라면 교원의 일반적 자격으로 특정 종교인일 것은 요구하는 것은 다른 종교와 해당 종교를 합리적 근거없이 차등 취급하는 것이 된다. 따라서, 전자의 경우라면 진정직업자격조건에 해당한다 할 것이나, 후자의 경우에는 이를 진정직업자격으로 보아 차별금지의 예외에 해당한다 할 수 없을 것이다.

다만, 교원 등 종사자의 종교적 신념으로 인해 종립학교 또는 종교기관의 본질적인 업무 수행이 불가능한 경우 등 지극히 제한적인 경우에만 차별금지의 예외사유로서 진정직업자격이 인정될 수 있을 것이다.

3) 종교의 자유 본질의 범위

종립학교 또는 시설의 경우 해당 기관 등은 종교적 신념을 바탕으로 설립되었고, 응시자 또는 채용자 역시 해당 종교적 신념을 이해하고, 관련 요구에 동의하였음을 주요 항변사유로 제시한다. 이에 종교의 자유의 본질 범위에 대한 이해를 토대로, 종립학교 또는 시설의 주장을 살펴보아야 한다. 「헌법」제20조 제1항은 “모든 국민은 종교의 자유를 가진다.”고 규정하고 있고, 종교의 자유에는 종교교육의 자유도 포함되므로 특정 종교 전파의 목적을 가진 집단이나 개인이 대학을 설립하여 해당 종교 정신을 가진 사람들을 육성하는 것은 종교의 자유를 실현하는 방법 중의 하나이다. 그러나 학생 또는 종사자의 경우 내심의 신앙의 자유, 적극적으로 종교행위를 할 자유, 소극적으로 종교를 강요당하지 아니할 자유가 인정된다. 가사 입학 또는 채용시 대학의 신앙적 정체성을 존중하기로 서약하였고 할지라도, 학교가 학생 또는 종사자의 사상과 양심, 종교의 자유를 본질적으로 침해할 수는 없는 바, 채용 또는 퇴사 등 고용과 관련하여 강압적인 방법으로 종교적 동일성을 강제할 수는 없는 것이

다.

다만, 종교의 자유도 외부로 표출되는 경우에는 다른 이익과 충돌될 수 있다. 종교의 자유 가운데 신앙의 자유는 절대적 기본권인 내심의 자유에 해당하므로 어떠한 경우에도 이를 제한할 수 없으나, 신앙의 자유가 외부로 나타난 종교적 의식·집회의 자유나 종교적 전파교육의 자유는 상대적 기본권으로서 다른 이익과 충돌하는 경우에는 이익들 간에 조화를 유지하고 실현하는 필요에 따라 헌법 제 37조 제2항에 의하여 제한될 수 있다. 물론 법률에 의한다면 기본권을 얼마든지 제한할 수 있다는 뜻은 아니다.

종교를 근거로 한 차별판단의 경우, 어떤 사람이 특정 종교 집단에 소속되어 있다는 점을 이유로 하여 차별이 이루어지지 않는지, 특정한 종교와 관련있거나 종교를 드러내는 의상 또는 언어적 특성 등을 이유로 하여 차별이 이루어지지 않는지, 어떤 사람이 특정 종교 집단의 일원이라는 인식 또는 일원일 것이라는 인식을 근거로 하여 차별이 이루어지지 않는지, 특정 종교의 단체나 사람과 관계가 있다는 것을 이유로 하여 차별이 이루어지지 않는지 여부를 살펴볼 수 있다. 또한, 특정 종교의 교리 또는 의식과 관련하여 과도한 부담이 없는 시설이나 장소 등 편의 제공이 가능성에도 불구하고 이를 이행하지 않는 경우 또는 종교행사에의 강제적 참여 또는 강제적 참여 제한 역시 해당 종교에 대한 차별판단의 기준으로 작동할 수 있을 것이다.

나. 재화 등의 공급과 이용 영역

1) 국가인권위원회 결정이 제시한 재화 등 공급 또는 이용상 차별의 합리성 판단기준

종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 재화 등 공급 또는 이용상 차별 판단과 관련된 사건은 종교행사 불참을 이유로 한 생활관 퇴소 등 사례, 특정일을 시험일로 지정한 사례, 공공기관 등 일정 시설의 이용 제한 사례 등이 확인된다.

이 중 종교행사 불참을 이유로 한 생활관 퇴소 사례의 판단을 위해서는 종립학교라는 특수성, 즉 법적 성질에 대한 이해와 이를 바탕으로 한 사실관계에의 적용이 요구된다. 또한, 고용상 차별 영역에서의 종교의 자유의 본질의 범위 쟁점도 고려해 보아야 할 것인바, 해당 부분을 참고할 필요가 있다. 다만, 본 사례에서는 사실관계 확인 과정에서 진정한, 즉 당사자의 동의가 있었다는 것을 피진정기관이 정당화 주장사유로 내세웠으나, 이에 대하여 인권위원회는 해당 동의서가 진정한의 진의로 작성되었는지에 대해 일차적으로 의문을 표시한 후, 이어 가사 진정한의 진의로 작성되었다 할지라도 본 동의의 의사가 차별의 합리성 판단기준이 될 수 없다고 판단한 부분을 주목할 필요가 있다.

특정일을 시험일로 지정한 사례 및 공공기관 등 일정 시설의 이용 제한 사례의 경우는 일차적으로는 사실관계 확인하고, 이를 근거로 실질적·종합적 판단을 하고 있다. 특정일을 시험일로 지정한 사례의 경우는 종교적 차별의 문제가 본 재화 등 이용상 차별 영역에서 뿐만 아니라 교육시설 등 이용상 차별의 경우에도 지속적으로 논의되고 있다.

2) 종립학교의 법적 성질

종립학교의 경우 대체로 정관 등에서 법인의 교육 이념과 함께 종교적 신념을 함께 정하고 있다. 비록「헌법」제20조 제1항 및 제31조 제4항에 따라 대학의 종교행사의 자유, 종교교육의 자유, 대학의 자율성 등이 보장 된다고 하나 이는「헌법」제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 또한 피진정인은 국가로부터 인가를 받은 고등교육기관으로서 공공성을 가지고 있을 뿐만 아니라 학위수여나 교사자격

부여 등은 국가가 관여하는 영역으로서 종교의 자유의 영역에 유보되는 것이 아니다. 이와 관련하여 「고등교육법」 제5조 및 제6조, 같은 법 시행령 제4조 제3항에 따르면 학교는 교육과학기술부장관의 지도·감독을 받도록 규정하고 있고, 학칙을 제정하거나 학사운영, 학생의 신분변동, 학내 기구의 설치 및 운영 등에 관한 사항 중 대통령령이 정하는 중요한 사항(입학, 자퇴, 제적 등)을 개정할 때에는 14일 이내에 교육과학기술부장관에게 보고하도록 되어 있으며, 같은 법 시행령 제4조 제4항에 보고된 학칙 중 법령에 위반되는 사항이 있다고 인정되는 때에는 그 시정을 요구할 수 있도록 하고 있는 것도 고등교육기관으로서의 공공성을 갖고 있기 때문이다. 이러한 점을 고려하여 종립학교가 주장하는 종교의 자유와 고등교육기관이 갖는 공공성과의 경계를 확인할 필요가 있다. 종립학교에서의 종교교육은 우리 교육 체계에서 상당히 오래된 문제라고 할 수 있다. 종립학교의 종교전파의 자유도 인정되지만 학생의 종교의 자유도 존중되어야 하므로 이들 간의 조화는 종교의 자유에서 매우 중요하다.

특히 우리나라 중고등학교의 경우 종교계 사립학교가 상당한 비율에 이르지만, 반대로 교육제도는 추천에 의한 강제배정을 취하고 있어 문제해결을 어렵게 하고 있다. 더욱이 학교와 학생의 관계에서 종교의 자유를 침해하는 것에 대하여 문제제기를 하는 것은 쉽지 않고, 반대로 종교계 사립학교에서도 자율적인 종교교육을 실시하고 있다고 주장할 것이어서 사실 법리보다 현실에서 어느 정도 강제를 했는지가 중요한 문제이고 이를 판단하는 것은 쉽지 않아 문제해결이 어려운 것이다. 따라서 원론적으로 종립학교이든 누구이든 사인이 제3자의 종교의 자유를 침해하는 것은 위헌·위법이겠으나 그 침해했는지를 판단하는 것이 중요하다고 하겠다.

법원은 종교행위를 강제한 것은 위법하다는 법리를 견지하고 있으나, 사안별로 약간의 차이를 두고 있기는 하다. 예를 들어, 종립학교인 ○○고등학교가 입학식이나 개학식, 졸업식을 거행함에 있어서 기독교의식을 일부 포함시켰다 하더라도 그러한 입학식 등은 어느 학교나 시행하는 통상적인 행사로서 그에 포함된 기독교의식도 그 자체가 주목적은 아니고 입학식 등에 부수된 의례적인 것일 뿐인 점과 그에 포함된 기독교의식의 내용도 ‘찬송 및 기도와 목사의 설교’ 등으로서 기독교의식에 따라 진행되는 결혼식 등에서도 흔히 볼 수 있는 정도인 점을 고려하면 그로 인하여 침해되는 신앙의 자유의 정도는 그리 크다고 할 수 없고, 따라서 ○○고등학교가 입학식 등을 거행함에 있어서 의례적인 절차로 위와 같은 기독교의식을 일부 포함시켰다 하더라도 그것이 합리적인 이유 없이 사회적인 허용한도를 초과하여 타인의 기본권을 침해한 위법한 행위에 해당한다고 단정하기는 어렵다고 판단한 바 있다. 그러나 ○○고등학교가 매일아침 각 반에서 진행되는 ‘경건회 시간’을 두고 학생들이 참석하지 않으면 담임선생님이 학급지각으로 처리하고 주의를 주기도 하였고, ‘수요예배’의 참석이 강제된 것이라 보지 않을 수 없고, 또 위와 같은 ‘경건회 시간’이나 ‘수요예배’는 어느 학교나 시행하는 통상적인 학교의 행사라기보다는 그 내용상 특정 교리와 의식을 주입하는 종교적인 색채가 강한 것이므로, 앞서 본 법리에 비추어 보면 이는 피고 □□학원의 선교나 신앙실행의 자유보다 더 본질적이며 인격적 가치를 지닌 상위의 기본권에 해당하는 원고의 신앙의 자유를 위법하게 침해한 것에 해당한다 할 것이라고 판단한 바 있다. 또한, 학생회 회칙에 ‘학생회 회장, 부회장은 교회에 다니는 자여야 한다’는 취지의 규정을 둔 것도 누구든지 종교 등에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니한다는 헌법상의 평등 의 원칙에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 학생회 회장 등에 출마하기 위해서는 자신이 신봉하지도 않는 종교기관에 다녀야 한다는 결과가 되어 양심의 자유도 침해하게 되므로, 그 규정이 비록 기독교 정신에 입각하여 설립된 학교의 건학이념을 구현하기 위한 목적에서 비롯된 것이라 하더라도 합리성을 결하여 마찬가지로 위법하다 봄이 상당하다.¹⁾

1) 서울중앙지방법원 2007. 10. 5. 선고 2005가단305176.

그러나, 위 사안에 대하여 2심 법원인 서울고등법원은 동일 사안에 대한 판단 논거를 달리 하였다. 2심 법원인 서울고등법원은 판결문에서 ‘우선 기독교적 교육관에 입각하여 설립된 학교라고 할지라도, 소속 학생에게 학교선택의 자유가 보장되지 아니한 현행 교육제도 하에서는, 이를 운영함에 있어서 교리나 종교적 진리를 객관적으로 소개하는 것은 별론으로 하되 예배와 같이 내면적 인상을 외부에 표출하는 종교의식을 강제하는 것은, 신앙의 본질상 합당하지 아니하며 경우에 따라서는 정당한 교육의 범위를 일탈하는 행위로 종교의 자유를 침해하는 위법한 행위라고 하였다. 다만 청구에 대한 판단에 있어서는 원고가 입학 당시 기독교 교육과 함께 모든 교과교육을 충실히 받겠다고 선서하였고, 피고 □□학원의 종교의식과 종교교육에 대하여 명시적으로 거부의 의사를 표시하지 않았을 뿐만 아니라 기독교의식이 포함된 각종 학교행사에 적극적으로 참여해 온 점을 근거로 들었으며 원고가 기독교의식이 일부 포함된 개학식 등 행사, 경건회 시간, 수요일예배, 생활관교육, 부활절예배 및 심령수양회 등에 참가한 것을 두고 원고의 의사에 반하여 강제로 이루어진 것이라고 단정하기 어렵다.’고 밝히고 있다.²⁾

위 판례와 관련하여 2심의 판단에 대하여는 현재 국가인권위원회는 일관하여 위와 같은 사안에 대하여는 당사자의 명시적 동의도 진정한 의사에 기한 것으로 보지 않거나 가사 진정한 의사에 기한 것이라 할지라도 차별판단을 함에 있어 달리 볼 것은 아니라는 입장임을 명확히 하고 있다. 다만, 위 법원의 판단은 불법행위에 기한 손해배상에 대한 것으로, 차별 판단에 대한 것이 아님을 유의할 필요가 있다.

다. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용 영역

1) 국가인권위원회 결정이 제시한 교육시설 등에서의 교육·훈련이나 그 이용상 차별의 합리성 판단기준

종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 교육시설 등 이용상 차별 판단과 관련된 사례로는 이단 교파 신도의 경우 종립학교이 시설 이용 제한(자퇴 강요) 사례, 특정일을 시험일로 지정한 경우의 종교적 차별의 문제제기 사례, 평화시위 참여자에 대한 학생회장 입후보자 추천 거부 사례 등이 확인된다. 이 중 이단 교파 신도 사례는 종립학교의 법적 성질, 종교의 자유의 본질의 범위 등이 유관 쟁점일 수 있으나, 이는 이미 고용상 차별 영역에서의 쟁점으로 살펴보았으므로, 본 차별 영역에서는 다시 기술하지 아니하기로 한다. 평화시위 참여자에 대한 학생회장 입후보자 추천 거부 사례의 경우는 진정한 학생회장 입후보자의 각 행위에 대한 사실관계 확인 및 관련 행위에 대한 각 판단이 요구되는 사안인바, 실질적·종합적인 판단이 요구되는 개별 사안에 해당한다.

2) 특정일을 시험일로 지정한 경우와 종교적 차별과의 문제

일요일에 국가가 시험을 시행하여 종교적 예배를 보아야 하는 사람으로 하여금 결시를 하게 하거나 국가시험을 봄으로 인하여 예배행위를 할 수 없게 하는 것이 종교의 자유를 침해하는가 하는 문제에 대하여, 헌법재판소는 이 문제에 대하여 한국에서는 일요일이 종교적 축일이 아니라 일반적인 공휴일이므로 일요일에 예배를 보아야 하는 사람을 다른 종교와 차별대우하는 것이 아니고, 일요일에 국가시험을 실시하여야 하는 이익과 비교하여 볼 때, 헌법 제37조 제2항의 한계를 벗어난 것이 아니라고 판시한 바 있다.³⁾

2) 서울고등법원 2008. 5. 8. 선고 2007나102476.

종교적 의미를 가지는 공휴일로는 개천절, 성탄절(기독탄신일), 석가탄신일 등을 들 수 있다(「관공서의 공휴일에 관한 규정」 제2조). 이 가운데 개천절과 성탄절은 대한민국 건국초기에 관공서의 공휴일로 지정되었으며, 석가탄신일은 1975. 1. 27.에 공휴일로 지정되었다. 공휴일 제도가 시대 상황에 따라 문화적 배경을 가지고 형성되는 것이라는 점을 고려한다면, 비록 공휴일의 지정된 기념일 자체는 종교적인 것과 관련이 깊겠으나 현재의 운영은 종교적 성격이 다소 완화되었다고 볼 수 있을 것이다.

제시된 사례 중 간접차별의 사례로 가장 많이 언급된 예는 특정일을 시험일로 지정한 경우 해당 종교행사일과의 충돌이 곧 종교에 대한 차별이라는 주장이다. 그러나 특정일을 정례적 시험일로 지정하는 것은 여러 현실적인 상황, 여건 등을 고려하여 부득이하게 특정일을 지정할 수 밖에 없는 상황에 기인하는 경우가 다수인바, 해당 사례의 사실관계를 파악하는 경우 합리적인 이유를 근거로 하였는지 여부를 판단할 수 있다.

다만, 의학전문대학원의 시험과 같이 국가시험이 아님에도 불구하고 특정 요일을 정하여 시험을 보는 경우 애초 국가인권위원회 조사보고서에서는 그것이 합리적 이유없이 편의제공을 거부하는 것으로서 차별이라고 보고 학교에게 종교적 편의제공 측면에서 학생들에게 성적추가평가지험을 실시할 것을 권고하였지만, 차별시정위원회는 “각 종교마다 성일이 다르다는 점을 고려할 때, 피진정인이 각 종교의 성일을 모두 피하여 시험일을 지정하기란 상당히 곤란할 것으로 판단되며, 예측하기 어려운 사정에 의한 일시적인 추가시험과는 달리 이 사건의 종교적 성일을 이유로 하는 추가시험은 정례적으로 시행되어야 할 것인바, 그러한 정례적 추가시험은 업무과중을 초래하거나 시험의 공정성을 저해할 수 있음. 따라서, 피진정인이 특정 요일을 시험일자로 지정하거나, 특정요일에 실시하는 시험 외 추가시험을 실시하지 아니한 것을 불합리한 차별행위로 보기 어려움”을 이유로 사건을 기각하였다(17진정0229900). 국가시험과 달리 대체시험을 실시하는 것이 비교적 용이한 경우임에도 “정례적 추가시험이 업무과중을 초래하거나 시험의 공정성을 저해”할 수 있다는 이유로 차별인정을 거부한 것은 다소 이해하기 어렵다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> ▪ [EU] 직장내 종교적 신념과 관련된 의복 착용금지의 차별여부 <p>EU 사법재판소는 지침 2000/78 제2조 제(1)항의 ‘동등 대우 원칙’은 종교, 신념, 장애, 나이, 성적 지향을 이유로 이루어지는 직접적·간접적 차별을 금지함을 의미하는바, 특히 상기 사유에 대하여 비교 가능한 상황에서 다른 사람보다 불리하게 대우하는 것은 동 지침 제2조 제(2)항 제(a)호에서 규정된 직접적 차별에 해당한다고 하였다. 본 사안의 경우가 동 지침에서 금지하는 직접적 차별에 해당하는지 여부와 관련하여, EU사법재판소는 B사의 취업규칙은 일반적이고 차별화되지 않은 방식으로 정치적·사상적·종교적 신념을 나타내는 표식의 착용을 금지하고 있으므로 종교나 신념에 직접 기초한 것이 아니며, 이러한 취업규칙이 A에 대하여 다르게 적용되었다고 볼 만한 사정이 없으므로, B사의 취업규칙에 따라 이루어진 히잡의 착용 금지는 지침 2000/78 제2조 제(2)항 제(a)호에서 금지하는 직접적 차별에 해당하지 않는다고 보았다. 다음으로 민간 사업장의 취업규칙에 따라 특정 종교나 신념을 준수하는 사람에게 일정한 불이익이 발생하여 명백하게 중립의무를 위반하는 경우 지침 2000/78 제2조 제(2)항 제(b)호의 간접차별에 해당할 수 있으나, 이러한 처우의 차이는 목적의 정당성과 수단의 적절성·필요성을 갖춘 경우에 차별적 처우를 정당화할 수 있다고 하였다. 다만, 구체적인 사안에서 내부 규정이 간접차별에 해당하지 않는 요건을 갖추었는지 여부는 각국의 법원에서 판단하여야 하나, 이를 판단하기 위한 기준으로 ① 목적의 정당성과 관련하여 공공 및 민간 부분의 고객과의 관계에서 정치적·사상적·종교적 중립 정책이 합법적인 것으로 간주되었는지 여부와, ② 정당한 목적을 달성하기 위한 중립적 정책이 일관성 있고 체계적으로 적용되었는지 여부, ③ 중립적 정책을 거부하는 직원에 대하여 해고 대신 고객과의 접촉이 없는 직무로의 이동 등</p>
------	--

3) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌마159 결정.

	<p>중립 정책이 필요한 경우에 한하여 제한적으로 적용되었는지 여부를 제시할 수 있다고 하였다. (Samira Achbita v. G4S Secure Solutions NV, 2017)</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ [영국] 철학적 신념을 이유로 차별 여부 Grainger라는 회사에서 지속가능성 부서의 책임자로 일하던 Nicholson은 2008년 7월 해고되었다. 고용심판소의 소송에서 Grainger 측은 해당 해고가 잉여인력 발생에 따른 정리해고라고 주장한 반면, Nicholson은 이 해고가 불공정하고 및 그의 기후변화에 대한 신념, 즉 기후변화가 인간에 의해 초래된 것이라는 “철학적 신념(philosophical belief)” 을 이유로 한 차별적 처우라고 주장하였다. 고용심판소와 (대상판결인) 고용항소심판소는 모두 Nicholson의 손을 들어 주었다. 대상판결은 어떤 믿음/신념(belief)가 “철학적 신념” 에 해당하는지 판단하기 위한 일반기준을 다음과 같이 제시했다. 즉 철학적 신념은 ① 당해 근로자가 진정으로 믿는 것이고; ② 현재 접근 가능한 정보에 근거한 의견이나 관점이 아니라 믿음이어야 하며; ③ 인간 생활과 행동의 중요하고도 실질적인 측면에 관한 믿음이어야 하며; ④ 일정한 수준 이상의 타당성, 진지함, 응집성(cohesion), 중요성을 갖춰야 하며; ⑤ 민주사회에서 존중될만한 가치가 있는 믿음이어야 하며 인간의 존엄 및 타인의 기본권과 충돌하지 않아야 한다. 고용항소심판소는 Nicholson의 기후변화가 인간에 의해 초래되었다는 믿음이 이러한 심사기준을 충족한다고 보고 차별의 존재를 인정했다. (Grainger plc & ors v Nicholson, UKEAT/0219/09/ZT, 3 November 2009) ▪ [독일] 종교과 관련된 의복의 착용금지에 대한 차별 여부 독일에서 자주 문제되는 이슬람 여성의 히잡 착용 금지와 관련하여 사법연수생에 대한 히잡 착용 금지가 종교의 자유를 침해하는지 여부가 문제된 사례이다. 헷센주 공무원법 제45조는 중립의무에 대해 규율하고 있다. 청구인은 독일 및 모로코 국적을 가지고 있고, 2017년 1월 2일부터 헷센주의 사법연수생으로 연수기관에서 교육을 받았다. 청구인의 진술에 따르면 자신의 개인적 신앙에 따라 일반 대중이 있는 곳에서 히잡을 착용한다. 2007년 6월 28일 헷센주 법무부령(Erlass des Hessischen Ministeriums der Justiz vom 28. Juni 2007)은 사법연수생은 시민들 앞에서 정치, 종교, 세계관의 중립을 지켜야하므로 히잡을 착용해서는 안된다고 규정했다. 청구인은 히잡금지가 헌법에 위반된다고 주장하며 헌법소원을 청구했다. 이 사례에서 국가의 대리인(Repräsentanten)으로서 인식되거나 인식될 수 있는 활동을 함에 있어서 종교상의 의복규율을 따르는 것을 통해 자신이 특정 종교단체 소속임이 드러나지 않게 해야 할 사법연수생의 의무는 헌법 제4조에 의해 보장되는 개인의 신앙의 자유를 침해한다. 국가의 중립성에 대한 의무는 공직수행자의 중립성 의무와 다를 수 없다. 국가는 사람을 통해서만 행위할 수 있기 때문이다. 물론 공직수행자가 공무를 수행하는 경우, 그의 사적인 기본권행사가 모두 국가의 행위로 고려되어야 하는 것은 아니다. 그렇지만 무엇보다도 사법 영역과 같이 국가가 공무원행위의 외관상 특징에 특별한 영향을 주는 경우에는 그러한 고려가 문제된다. 판사 업무에 있어 종교적 상징의 사용은 그 자체로 관련 판사의 객관성에 대한 의심을 제기하기에는 적절하지 않다. 관용원칙의 고려하에서 헌법적 이익 사이의 규범적 긴장관계를 해결하는 것은 대중의 의사형성 과정에서 모두에게 기대가능한 타협을 발견해내야 하는 민주적 입법자의 의무이다. 소송에서 문제가되는 금지의 구체적 형태를 고려할 때, 법정에서 종교적 상징의 착용을 금지하거나 허용하도록 헌법적으로 요구하는, 상충되는 법적 입장 중 어느 것도 지배적인 비중을 갖지 않는다. 따라서 사법연수생에게 세계관과 종교의 중립을 지키도록 하는 의무에 대한 입법자의 결정은 헌법적 관점에서 존중되어야 한다고 판단하였다. (BVerfG, Entscheidung über die einstweilige Anordnung vom 27.06.2017 - 2 BvR 1333/17) ▪ [독일] 정치적 성향을 이유로 하는 숙박예약 거부에 대한 차별여부 원고의 아내는 여행을 통해서 2009년 12월 6일부터 12월 10일까지 피고호텔에서의 숙박을 예약했다. 여행사는 우선 예약을 확인한 후에 2009년 11월 19일 호텔숙박이 불가능하다고 알렸다. 그리고 다양한 대안과 무료 취소를 제안했다. 2009년 11월 23일 원고는 호텔 출입금지의 이유가 원고가 극우주의정당의 연방의장(NPD-Bundesvorsitzender)이기 때문이었고, 모든 손님들의 최고의 편안함을 위한 것임을 알게 되었다. 원고는 이를 차별이라고 생각하고 소송을 통해 출입금지가 철회되기를 원했다. 특히 예전에 이 호텔에 숙박했을 때 자신은 정치적인 표현을 하지 않았다는 점을 주장했다. 1심 및 2심에서 소송은 기각되었다. 연방법원에서는 원고가 일부 승소했다. 숙박계약이 체결된 후에는 인격권침해나 차별이 문제되는 출입금지는 이를 정당화할 객관적 사유를 필요로 하지만 계약 체결 이전에 누구를 손님으로 받을 것인가는 호텔 사업주의 경영상 자유의 영역이라고 판단했다. (BGH, Urteil vom 09.03.2012 - V ZR 115/11)
해외법제	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 미국 민권법 제7장(Title VII of the Civil Rights Act of 1964) Sec. 2000e. [Section 701]

	<p>(j) ‘종교’는 모든 측면의 종교 의식과 관례, 믿음을 포함한다. 사용자의 사업 활동에 과도한 부담이 없이는 근로자 또는 장래 근로자의 종교 의식 또는 관례에 합리적으로 편의를 제공할 수 없다는 것을 사용자가 입증하지 않는 한 그러하다.</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) 제9조 (종교·세계관에 의해 허용되는 차별대우) (1) 제8조와는 별개로, 자기결정권의 관점에서 각각의 종교단체 또는 인적단체의 자기이해를 고려할 때 혹은 (종교단체 또는 인적단체의) 활동의 종류에 따라 만일 특정한 종교 또는 세계관을 가지는 것이 정당화될 수 있는 직업상 필요에 해당하는 경우에는, 종교 또는 세계관에 의한 차별대우는 종교단체에 의한 채용의 경우, (조직의 법적 형식을 불문하고) 그 종교단체에 소속된 조직에 의한 채용의 경우, 또는 공동으로 어떠한 종교 혹은 어떠한 세계관으로부터 도출되는 의무를 사명으로 하는 인적단체에 의한 채용의 경우에 허용된다. (2) 종교·세계관을 이유로 하는 차별대우의 금지는 제1항에서 열거된 종교단체, (조직의 법적 형식을 불문하고) 그 종교단체에 소속된 조직 또는 공동으로 어떠한 종교 혹은 어떠한 세계관으로부터 도출되는 의무를 사명으로 하는 인적단체가 그들의 취업자에게 그들 각각이 가지는 자기이해라는 의미에서 충실하고 성실한 행위를 요구할 수 있는 권리를 제한하지 못한다.
--	---

3. 나이

가. 고용영역

1) 국가인권위원회 결정이 제시한 연령차별의 합리성 판단기준

고용상 연령차별과 관련한 진정 사건 가운데 모집·채용에서의 연령차별 사례가 가장 많다. 그리고 인권위원회는 대체로 자의금지의 원칙에 따라 차별의 합리성 여부를 심사하고 있고 구체적으로 사건을 둘러싼 여러 사정들을 고려하여 실질적·종합적으로 판단하고 있다. 이 때 다음과 같은 기준이 적용되었다.

첫째, 판단의 전제 조건으로 나이가 많아짐에 따라 건강상태가 약화되거나 능력이 떨어질 수 있다는 것을 인정하되, 다만 그러한 정신적·육체적 능력의 쇠퇴는 일정 연령을 기준으로 일률적으로 판단하여서는 안 된다는 것을 대원칙으로 한다. 둘째, 업무 수행에 필요한 체력이나 능력은 개인에 따라 다르므로 개별적 역량 평가 없이 특정한 연령기준만 두는 것에는 합리성이 없다. 셋째, 업무의 내용이나 성격에 비추어 특별히 연령 기준이 요구되는 경우, 업무 수행에서 안전이나 위험이 우려되는 경우 등에서는 연령제한이 인정될 수 있다. 넷째, 업무수행을 위한 훈련기간, 인사적체 해소, 업무의 강도 및 고객의 선호도, 조직질서나 건전성 유지 등과 같은 부차적인 이유는 합리적 근거가 되지 못한다. 다섯째, 고용촉진정책이나 제도에 근거한 특정 연령에 대한 우대조치는 차별에 합리성이 인정된다. 다만, 우대조치의 합리성을 엄격히 판단한다. 여섯째, 임금이나 배치전환과 같이 근로관계 존속 과정에서 발생하는 연령차별의 경우 사업주의 인사권 내지 경영상 재량권이 합리성 판단에 근거가 될 수 있다. 이러한 원칙에 근거한 합리성 판단으로부터 다음과 같은 몇 가지 쟁점이 제기될 수 있다.

2) 차별의 영역 구분과 관련된 문제

고용차별의 경우 원칙적으로 진정인과 피진정인 간에 고용관계가 있어야 한다. 그러나 위탁업체로부터 수탁업체 또는 수탁인이 과업을 지시받아 업무를 하는 경우 수탁자가 고용의 성립 또는 종료

등에서 위탁업체의 과업지시에 종속되기 때문에 독립되어 약정된 일을 완성하는 용역계약으로 해석하기 어렵다. 또 간병인을 비롯하여 경비원, 청소원 등과 같이 파견업체나 인력소개업체를 통해 고용이 이루어지는 경우 인력소개업체와 가입자의 관계가 사업주와 임금을 목적으로 종속적인 관계에 있지 않고 단순히 모집인과 신청인에 불과한 경우가 존재한다. 이와 관련하여 인권위원회는 고용관계를 근로기준법상의 근로관계에 한정하지 않고 노무를 제공하고 공급받는 상태로 포괄적으로 해석한 바 있다.⁴⁾ 이에 따라 간병협회의 회원 가입 시 나이를 제한한 사례에서, 간병인을 모집하여 수요자에게 소개해 주는 간병협회를 인력소개업체로 파악하였으나 협회에서의 가입 거부와 진정인의 고용여부에 큰 영향을 미치게 된다고 보아, 이 진정사건을 고용 영역으로 판단하였다.⁵⁾

그러나 이러한 입장이 일관되게 적용되지 않고 어떠한 경우에는 재화나 용역의 공급이나 이용 상에서의 연령차별로 판단한 경우도 있다. 예를 들어, 수도권검침원 재계약을 연령을 이유로 제한한 사례, 지하철역 운영 수탁자 모집에서 연령을 제한한 사례 등에서는 고용에서의 차별이 아니라 용역의 공급·이용과 관련한 차별로 파악하였다.

차별의 영역이 달라질 때 합리성 판단 여부에 어떠한 영향이 있는지 분명하지 않으나 연령차별금지법에서 고용상 연령차별을 규율하고 있기 때문에 궁극적으로 다른 결과를 가져올 수 있는 점은 확인할 수 있다. 즉, 인권위원회가 고용상 연령차별을 인정하여 권고 결정을 내리게 되면 연령차별금지법에 따라 그 권고내용을 노동부장관에게 통보하여야 하고, 만약 사업주가 그 권고를 이행하지 않을 경우 노동부장관이 시정명령을 내릴 수 있으며 사업주가 시정명령을 이행하지 않으면 과태료를 부과할 수 있다. 이처럼 고용상 연령차별의 경우 다른 유형의 차별과 달리 인권위원회의 권고에 법적 강제효력이 강화되어 있다. 따라서 당해 진정 사건이 어떠한 영역의 연령차별에 해당하는지에 따라 구제의 효과가 달라질 수 있다. 이러한 측면에서 차별에서의 영역 구분은 의미가 있다. 따라서 진정인과 피진정인의 고용관계를 파악하는 원칙이나 기준을 정립하고 일관되게 적용할 필요가 있다.

다만, 인권위원회가 고용 영역에서의 연령차별로 판단하여 권고 결정을 하더라도 현행 연령차별금지법은 근로기준법상 근로자를 적용대상으로 하므로 고용노동부의 시정명령 대상 적격으로 부합하지 못할 경우가 발생할 수 있다. 이에 대해서는 연령차별금지법상 관련 규정 개정 등 별도의 검토가 필요하다.

3) 차별 여부의 판단방법

고용상 연령차별에 합리성을 판단할 때 여러 요소들이 종합적으로 고려되는데, 이 때 해당 연령 제한이 유사하거나 동일한 업무를 수행하는 동종업체와의 형평성이 고려될 수 있는지 문제된다. 이와 관련하여 인권위원회는 교통서포터즈 채용시 연령제한의 차별 여부를 판단할 때 유사한 인력을 채용하는 다수의 지방자치단체가 응시연령을 폐지한 사실을 고려하여 연령차별이 인정된다고 판단한 바 있다. 또 인턴 채용 연령을 35세 이하로 제한한 것에 대해 타 부처의 청년인턴사업도 이와 유사하다는 점을 고려하거나⁶⁾ 또는 협회임원 선정에서 60세를 초과한 자를 제한할 때 유사한 경찰청 산하 기관의 임용 채용도 비슷한 수준으로 나이를 제한한 점을 고려하여⁷⁾ 연령차별에 해당하지 않는다고 판단하기도 하였다. 이처럼 인권위원회는 연령차별 여부를 판단할 때 동종업체와의 형평성을 판단기준으로 헤아리고 있다. 그러나 역 운영 수탁자 모집 시 연령제한의 사례에서는 ‘동종업체와의 형평성은 차별여부를 판단하는 기준이 될 수 없’다고 명시하면서 오히려 유사한 업무를 위탁하는 동종업체

4) 국가인권위원회 05진차536 결정.

5) 국가인권위원회 16진정0347200 결정.

6) 국가인권위원회 15-진정-0111000, 15-진정-0121900(병합)

7) 국가인권위원회 11-진정-0086900, 1-진정-0558500(병합)

간에 제한 나이가 각기 다른 것은 나이 제한이 자의적으로 이루어지고 있음을 반증하는 것이라고 판단하였다.⁸⁾ 통상 차별 여부를 판단할 때 유사 또는 동종업체와의 형평성을 파악하는 것은 객관적이고 합리적이라고 여겨질 수 있고, 유용한 방법론으로 볼 수 있다. 아울러 동종업계에서의 연령제한이 전반적으로 문제가 될 경우 예컨대, 산림청 사회서비스일자리사업 근로자 채용에서의 나이제한의 경우 인권위원회가 직권조사 등을 통해 전체 동종업계에서 유사 또는 동일하게 이루어지고 있는 연령 차별을 시정할 수 있다는 점도 확인되었다. 따라서 유사 사례의 존재만으로 곧바로 합리성이 인정될 것은 아니나, 적어도 합리성 판단의 한 요소로 유사 또는 동종업체와의 균형을 고려하는 것이 바람직할 것이다.

차별을 판단하는 또 다른 유효한 방법론으로써 인권위원회는 사실관계를 파악하는 외에 집단적 통계 자료를 하는 방법을 취하고 있다. 이 때 자료 결과에 대한 전문가의 분석과 견해가 함께 고려되기도 한다. 이와 같은 방법은 주로 간접차별을 파악하는 데 유의미하게 적용되지만, 직접차별의 경우에도 당사자간 주장이 치열하게 대립되어 구체적으로 차별적 취급이 있었는지 아닌지를 파악하기 어려운 경우 차별의 여부를 추정할 수 있는 유효한 자료가 된다. 특정 연령에 집중하여 일정한 행위가 제외 또는 적용된 경우 고용상 연령차별로 추정하고 있다.⁹⁾

4) 고용촉진의 목적을 위해 특정 연령 제한의 딜레마

고령자 고용촉진의 목적을 위해 특정 연령대로 채용을 제한하는 것은 고령자의 채용 기회를 확대하기 위한 것으로 인정되고, 행정인턴 등 채용에서 상한연령을 두는 경우는 청년미취업 고용확대 조치의 일환으로 파악되고 있다. 이는 고용촉진을 위한 지원조치로서 연령차별금지법상 고령자와 준고령자 우선고용직종 규정이나 청년고용촉진특별법상 국가 및 지방자치단체에 대한 청년 고용촉진 대책 수립 및 시행 노력 등의 규정에 근거한다. 다만, 이 경우 연령제한의 범위를 과도하게 하여서는 안 된다. 일정한 연령에 대해서만 채용 기회를 부여하는 것은 필연적으로 해당 연령에 속하지 못한 자의 사회참여 및 재취업의 기회를 제한하고, 결과적으로 채용에서 연령으로 인해 소외 받는 구직자가 발생할 수 있기 때문이다. 그리고 이러한 조치는 고용촉진이나 고용확대를 위한 정책적 목적을 실현하기 위한 것으로, 오랜 기간 차별받아 온 사회적 약자나 소수자에 대한 예방적 내지 보상적 차원에서 잠정적으로 제공되는 우대조치와 구별된다.

국가인권위원회 결정 가운데, 학교가 시설관리직 대체인력 채용시 응시연령을 60세 이상 65세 이하로 제한한 것은 고령자 고용적합직종에 해당하고 60세 이상의 고령층 채용기회 확대를 위한 것으로 볼 수 있으나 현행 법령상 고령자의 기준이 55세 이상으로 정한 사정과 50대 실업률의 상황을 고려할 때 60세 이상의 사람에게만 응시 자격을 주는 것은 과도한 제한이라고 판단한 사례가 있다. 그러나 인권위원회는 피진정인의 차별혐의를 부정할 수 없으나 한편으로 고령자의 고용을 촉진하고자 하는 측면 또한 존재하므로 피진정인의 행위를 합리적이지 않다고 판단하는 것에 의문을 제기하기도 하였다.¹⁰⁾ 우대조치는 본질적으로 차별 생성을 전제로 하기 때문에 잠정적·임시적으로 이루어져야 하고 목적 달성을 위해 어디까지 제한을 허용할 것인지 범위를 제한할 수밖에 없다. 이러한 측면에서 인권위원회는 우대조치에 대한 목적의 정당성을 인정하면서도 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익균형성을 따져 그 차별 여부를 파악하고자 하고 있다. 이처럼 우대조치에 따른 역차별의 문제를 극복하기 위해 우대조치의 허용범위를 좁게 해석하여 차별의 합리성을 엄격하게 판단하는 것은 바람

8) 국가인권위원회 12진정0426900. 그러나 이 사례에서 동종업체의 나제한은 각각 만59세, 만60세, 만61세로 피진정인이 제한한 만60세의 경우와 현저한 차이가 있는 것은 아니었다.

9) 국가인권위원회 10진정0719400; 10진차159; 12진정0947300; 15진정0045900, 15진정0320700(병합) 등 결정례

10) 국가인권위원회 18진정0875800·18진정0913600(병합)

직한 것으로 보인다.

5) 임금차별에 대한 판단기준

나이를 이유로 한 임금차별과 관련하여 차별로 인정되지 않은 결정이 있다. 나이와 임금의 상관성에 대해 60세 이상의 항공 조종사에게 낮은 보수를 지급한 진정에서는 항공법 등에 근거하여 60세 이상인 조종사에 대한 업무 제한, 고령자 고용촉진 목적 등이 고려되었고, 경비업무에서 70대 진정인에게 50대 동료와 비교하여 임금이 차등지급된 진정에서는 나이에 따른 업무 역량의 차이와 임금 차이의 정도(약10만원) 등이 고려되어 임금의 차등지급에 합리성이 인정되었다.

전자의 사례에서는 법 제도 등에 근거하여 연령별 임금 차등의 합리성이 인정되었다. 그러나 임금 차별금지법이 정년연장에 따른 임금체계 개편 등 필요한 조치를 하도록 하고 있고 그 조치의 일환으로 임금피크제를 인정하고 있더라도, 임금피크제가 일정한 연령을 기점으로 임금을 감소시키는 점에서 연령차별이 문제된다. 임금피크제의 연령차별 해당 여부에 대해 인권위원회는 정년을 연장하는 대신 기존의 임금을 감액하는 정년연장형과 정년까지 보장하되 기존의 임금을 일정비율 감액하는 정년보장형으로 구분하여 정년연장형은 불이익 조치에 해당하지 않으나, 정년보장형은 고용조정이 필요한 상황이거나 근로자의 동의를 받는 등 합리적 이유에 따라 차별여부를 판단할 수 있다고 파악한 바 있다.¹¹⁾ 그리고 조직 내 인사 적체 해소 등의 목적에 따라 임금피크제를 출생년도에 따라 순차적으로 시행하는 것에 합리성이 있다고 보았다.¹²⁾ 최근 법원에서도 임금피크제가 청년 일자리를 창출하기 위한 목적을 가지는 점에서 연령차별금지법상 차별금지의 예외에 해당하고 아울러 임금피크제는 법 제19조의2 제1항에서 규정한 임금체계 개편에 해당하는 등을 근거로 합리적인 이유가 있다고 판단하였다.¹³⁾ 그러나 이미 법률상 법정 정년이 정해져 있는 상황에서 임금피크제를 도입하여 임금을 삭감하는 대신 정년을 보장하고자 하는 것을 합리적 이유로 포섭한 것은, 정년이 현실적으로 실현되지 못하는 사회상황을 고려한 것으로 볼 수 있다. 이는 연령차별의 혐의가 존재하지만 고용유지라는 긍정적 측면도 간과할 수 없는 점에서 고령자에 대한 일정한 불이익에 대해 하나의 논리로서 쉽게 차별 여부를 판단하기 어려움을 보여준다. 정년제와 함께 임금피크제는 이러한 딜레마를 안고 있기 때문에 계속하여 쟁점이 될 수 있다.

한편, 후자의 경우는 법 제도상의 목적에 근거한 것이 아니라 가령(加齡)과 직무수행능력의 상관성이 직접 문제된 사례다. 인권위원회는 이 결정에서 나이로 인한 역량의 차이를 수긍하고 있으나, 이는 인권위원회가 일관되게 제시해 온 원칙 즉, 나이에 따른 신체적·정신적 쇠퇴는 개인마다 차이가 있고 일률적으로 판단하기 어렵다고 보는 것과 배치된다. 나이와 능력의 연관성을 파악하기 위해서는 객관적인 평가절차와 기준이 요구되고, 구체적 역량 평가와 능력에 관계없이 나이를 기준으로 일괄적으로 제한하는 것은 합리성이 인정되지 않는다는 것은 인권위원회의 불변의 대원칙으로 유지되어야 한다. 여기서 또 다른 쟁점은 임금 차등이 현저하지 않으면 차별로 보지 않을 수 있는가, 그리고 현저하지 않은 정도의 범위는 어디까지인가이다. 결정례에서 이와 관련한 내용을 자세히 실시하지 않았는데, 근본적으로 임금의 차등지급의 정도가 많고 적음에 따라 그 차별의 합리성 여부가 좌우될 것은 아니라는 점은 비판적으로 검토되어야 한다. 이는 비단 임금의 차등에 그치지 않고 승진 등 인사고과에 영향을 줄 수 있는 평정·평가에 있어서도 마찬가지로 적용될 수 있다. 즉, 나이에 따라 달리 평가하거나 지급하는 '정도 내지 수준이 과도하지 않다'는 것이 차별의 합리성을 판단하는 근거가 될 수 있는지 비판적으로 보아야 한다.

11) 국가인권위원회 16진정0684700 결정.

12) 국가인권위원회 16진정1056800 결정.

13) 서울중앙지법 2019. 6. 5. 선고 2017가합37374 판결

6) 정년에 근거한 연령제한에 대한 차별의 판단기준

인권위원회는 정년 규정에 근거하여 채용에서 연령을 제한하거나 또는 근로관계를 종료하는 것은 연령차별에 해당하지 않는다고 본다. 이는 현행 연령차별금지법에서 정년제를 연령차별의 예외로 인정하고 있는 데 근거한다. 정년은 기간제 근로계약 근로자에 대해서 적용되지 않으나, 계약직 채용의 경우라도 일정기간 경과 후 무기계약직 전환과 관련이 있으면 정년 규정을 근거로 연령을 제한하여 모집하는 것은 차별행위에 해당하지 않는다고 본다.¹⁴⁾ 또 경비용역 발주시 발주처에서 경비원의 상한 연령을 제한한 것을 사실상 정년 규정으로 파악하여 차별로 보지 않았다. 정년 후 축적된 근로의 근무상한연령에 따른 근로관계종료도 차별행위에 해당하지 않는다. 정년과 관련하여 차별의 예외를 광범위하게 인정하는 것으로 볼 수 있다.

7) 인용 상정되었으나 최종 기각된 결정례 검토

결정례에서 기각된 사례 가운데 인용 상정되었으나 최종적으로 기각된 경우가 있다. 연령차별을 판단하는 과정에서 연령차별로 인정하여 권고 결정이 제안되었으나 기각으로 결정된 사안들이다. 각 사안을 보면 인권위원회의 권고 결정이 타당한 것으로 보이나 결과적으로 기각으로 결정된 데 원인이 탐구될 필요가 있다.

나. 재화 등의 공급과 이용 영역

1) 재화 등의 공급과 이용상 연령차별의 특징

재화 등의 공급과 이용상 연령차별과 관련한 진정 사건에서 인권위원회는 각인의 능력과 차이를 전제로 다양성을 고려하여야 하고 나이와 차별행위의 상관성이 명백히 입증되지 않는 한, 재화 등을 이용하는 데 있어 일률적으로 특정한 연령을 제한하는 것은 합리성이 없는 차별로 파악하고 있다.

한편, 사적영역에서 발생하는 행위가 차별에 해당하는지 여부의 판단에 있어서는 사적자치의 원칙을 고려하되 목적이 정당한지 여부, 목적을 달성하기 위한 수단이 필요하고 적정한 것인가 여부 등을 기준으로 판단하고 있다.

2) 연령과 신체능력의 상관성

인권위원회는 연령 증가에 따른 신체활동능력 저하는 개인마다 차이가 있고 동일 연령대에서도 개인차가 크기 때문에 일률적으로 나이에 따라 차등을 두는 것에는 합리성이 없다고 본다. 그러나 본인 뿐 아니라 타인의 생명과 안전과 관련되어 연령에 따른 차등을 두는 것은 차별에 해당하지 않는다고 판단한다. 운전면허 갱신이나 운전자의 신체검사 주기를 고려 운전자에 대해 짧게 설정한 것은 교통안전을 위한 합리적 차별이라고 결정한 바 있다. 이러한 판단에는 나이가 많아짐에 따라 신체적 노화와 기능 저하가 나타나는 것이 일반적인 현상이라는 것을 전제로 하고 있다. 이는 인권위원회가 주요한 원칙으로 삼고 있는 연령과 신체능력의 개인 간 차이 또는 다양성이라는 측면에서 배치되는 것처럼 보이나, 생명·안전과 관련된 부분에서의 제한은 예외로 인정한 것이라 할 수 있다.

14) 국가인권위원회 16진정0230400

3) 우대조치에 따른 차별에 대한 판단

일자리 창출을 위한 목적으로 특정 연령을 기준으로 제한하여 우대 또는 제한을 하는 것은 차별로 판단하지 않는다. 그러나 인권위원회는 이 경우에도 원천적으로 다른 연령대를 배제하거나 다른 연령층의 기회를 중대하게 제약하는 것은 아니어야 한다고 보고, 엄격하게 판단하려는 것으로 보인다. 이 경우 연령차별에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 목적의 정당성, 침해의 최소성, 수단의 대체성을 함께 고려하고 있다. 이러한 판단기준은 간접차별 결정례에서도 적용되었다. 고용 영역과 마찬가지로 우대조치에 따른 역차별 등 부정적 측면을 고려할 때 우대조치의 합리성에 대해 엄격하게 판단하고자 하는 입장은 타당하다.

다. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용 영역

1) 학습능력과 연령의 관계

인권위원회는 다른 차별 영역에서와 마찬가지로 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용 등에서도 일관되게 연령과 능력을 동일시하지 않는 입장을 견지하고 있다. 따라서 나이와 학습능력을 정의 상관관계로 보지 않고 고연령자의 교육능력과 자격증 취득 가능성이 개인별로 상이하므로 훈련능력이나 지적능력을 연령 이외의 객관적인 방법으로 평가할 것을 강조하고 있다. 헌법재판소 또한 5급 공무원임용시험 응시연령 제한과 관련한 결정에서 32세까지는 직무수행에 필요한 최소한도의 자격요건을 갖추고 32세가 넘으면 그러한 자격요건을 상실한다고 보기 어렵다고 보면서 연령과 능력의 관계를 부정한 바 있다.¹⁵⁾ 연령에 의한 차별은 개인이 책임질 수 없는 조건에 의한 차별에 해당하고, 평균수명이 급격히 늘어나면서 전 생애에 걸쳐 교육수요가 높아지고 있으므로 연령 제한은 그 타당성이 크게 감소되고 있다. 이와 같은 측면에서 인권위원회의 입장은 합당하다고 할 것이다.

2) 우대조치의 한계

특정 연령집단에 대한 우대조치는 이러한 조치로 인해 연령에 따른 대우의 차이가 발생하더라도 수단적 측면에서 정당하면 연령차별에 해당하지 않는 것으로 본다. 진정 사례에서는 청년의 일자리 지원을 위한 목적으로 교육 대상을 청년으로 제한하는 경우 적극적 우대조치의 일환으로 인정하였다. 다만, 국가인권위원회 결정에서는 우대조치를 곧바로 차별의 예외로 인정하지 않고 목적의 정당성과 수단의 정당성 및 대체성을 반드시 검토하고 있다. 즉 우대조치가 합당하기 위해서는 선의의 목적을 가져야 하고, 다른 연령집단의 능력을 침해하지 않는 방법으로 이루어져야 하며, 잠정적으로 이루어져야 하는 등 엄격한 판단 기준에 따라 이루어져야 한다. 우대조치를 통해 이익을 보는 개인이나 집단보다 상대적으로 피해를 보는 집단에서 심각한 결과를 야기하여서는 안 되기 때문이다. 따라서 우대조치의 합리성을 판단할 때 일정한 한계가 있어야 함을 주지할 필요가 있다.

15) 헌법재판소 2008. 5. 29. 선고 2007헌마1105 결정.

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> <p>▪ [캐나다] 연령기준 유족급여감액지급 조항의 차별 여부 사망자의 연령을 기준으로 보충적 유족급여를 감액하는 규정이 캐나다 헌장(Canadian Charter) 제15조 제1항을 위반한 연령차별인지 여부가 쟁점이 된 사안에서 캐나다 대법원(SCC)은 연금의 전체 맥락에서 연령에 따른 구별이 차별적이지 않다고 보아 BC주 대법원과 항소법원의 결정을 승인하고 항소를 기각하였다. SCC는 상황별 고려사항에 관하여 “보다 넓은 연금 제도의 맥락에서 의문이 제기된 조항의 목적을 확인하는 것이 중심적인 고려사항이다. 중요한 것은 다양한 상황과 다양한 이해관계를 가진 많은 집단에게 급여를 주도록 고안된 연금급여 제도의 본질이다. 문제는 영향을 받는 집단의 상황과 [연금] 계획의 대상을 고려할 때, 그어진 선이 일반적으로 적절한지 여부이다. 완벽한 조응은 필요하지 않다. 자원의 배분과 입법 정책의 목표도 고려해야 할 요소가 될 수 있다.” 고 판단하였다. 최종적으로, SCC는 단일한 대조군에 기반한 형식적 분석이 아니라, 두 연금제도와 관련된 상황과 영향 및 목적에 근거한 원심의 맥락적 분석에 동의하고, 그러한 조항들은 법령에 의해 제공되는 전체 급여와 관련하여 고려되었을 때 원고의 수요와 상황에 부합한다는 결론을 승인하였다. (Withler v. Canada (Attorney General), 2011 SCC 12, [2011] 1 SCR 396)</p> <p>▪ [독일] 연령에 따른 배치전환 점수의 차등부여에 대한 차별 여부 1964년에 태어난 원고는 1994년부터 피고 연방주(Land)의 사회복지사(Sozialarbeiter)로 근무했다. 원고는 고등학교와 종합학교에서 사회복지사로 일했다. 2006년 피고 연방주는 직원협의회(Gesamtpersonalrat)와 교직원 배치전환에 관한 협정을 체결했다. 배치전환의 요건으로는 연령, 가족상황, 자녀유무 등을 고려하여 점수를 부여했는데 그 중 연령과 관련하여 30세 이하는 0점이 부여되었고, 30세 초과하는 경우 매1년에 대해 1점이 부여되었다(최고 35점까지 부여). 가장 낮은 점수를 받은 직원은 배치전환 대상자로 예정되었다. 이 사건에서 문제된 배치전환 기준 중 연령에 점수를 부여하는 기준은 고령자에게는 유리하게 작용하고 상대적으로 젊은 직원들에게는 불리하게 작용한다. 이는 일반동등대우법상 연령을 이유로 하는 직접차별에 해당된다. 연령이 높아질수록 높은 점수를 받게 되어 배치전환될 가능성이 줄어들기 때문이다. 다만, 연령이 높아짐에 따라 증가되는 부담으로부터 근로자를 보호하기 위한 목적의 배치전환에 관한 계약은 일반동등대우법 제10조 제1항에 따른 사회정책적인 합법적 목적을 가진다고 할 수 있다. 근로자가 연령이 높아짐에 따라 유연성이 감소하여 변화된 환경에 맞추어 근로하는 것이 일반적으로 어려워진다는 경험칙이 존재하는지 여부에 대해서는 회의적이다. 판례에서는 단지 연령이 높아짐에 따라 육체적 부담능력이 감소함을 인정하고 있을 뿐이다. (BAG, Urteil vom 13.10.2009 - 9 AZR 722/08)</p> <p>▪ [독일] 연령에 따른 휴가의 차등부여에 대한 차별 여부 단체협약의 적용을 받지 않는 신발제조업체에서 만 58세 이상이 된 생산직 근로자에 대해 그보다 젊은 근로자에 비해 매년 보다 많은 휴가를 부여하는 것은 고령 근로자 보호라는 관점에서 연령을 이유로 하는 다른 대우로서 이는 일반동등대우법 제10조 제3문 제1호에 따라 허용될 수 있다. 이 사건 사용자는 스스로의 평가를 통해 고령 근로자가 젊은 근로자에 비해 보다 긴 휴양시간을 필요로 한다고 판단하였는데 연방노동법원은 이러한 판단이 적정한 재량 범위를 넘어서지 않은 것이라고 판단하였다. (BAG, Urteil vom 21.10.2014 - 9 AZR 956/12)</p> <p>▪ [독일] 정리해고시 연령에 따른 보상금의 차등지급에 대한 차별여부 정리해고시 마련하는 사회적 계획에서 근속년수 및 연령에 따라 보상금을 차등지급하도록 규정하는 것이 문제된 사례인데, 연방노동법원은 45세 이상 및 50세 이상 근로자에게 차등적으로 보다 많은 보상금을 지급하도록 하는 것은 젊은 근로자에 대한 연령차별에 해당되지 않는다고 보았다. 일반동등대우법 제10조 제3항 제6호는 상대적으로 나이가 많은 근로자가 노동시장에서 전형적으로 젊은 근로자들에 비해 더 큰 어려움을 가진다는 상황을 입법자가 고려한 것이다. 이러한 점은 일반적인 사회정책적 이익에 근거한 것이고, 단지 사용자의 개인적인 이익에만 근거한 것이 아니다. 정리해고시 연령에 따른 추가수당 지급은 보다 고령의 근로자가 일자리 상실과 관련하여 보다 높은 경제적 불이익을 당하게 되는 것에 대한 보상이라는 규율 목적을 지원하기에 적합하다. 예상되는 경제적 불이익을 어느 정도 범위에서 어떻게 완화시킬 것인지 여부에 대해서는 사업장내 당사자들이 형성의 재량을 가진다. 연방고용청의 통계에 따르면 2007년 연령별 실업률 상황을 보면, 25세 이상 30세 미만은 11.4%, 30세 이상 35세 미만은 10.7%, 35세 이상 40세 미만은 12.7%, 40세 이상 45세 미만은 14.2%, 45세 이상 50세 미만은 13.9%, 50세 이상 55 미만은 13.6%이다. 이러한 통계는 - 30세 이상 35세 미만 그룹에서 경미하게 줄어드는 경향은 있지만 - 나이가 많아질수록 실업률이 높아진다는 상황을 보여준다. 또한 2007년의 연령대별 평균 실업기간을 보면, 25~29세는 200일, 30~34세는 267일, 35~39세는</p>
------	--

	303일, 40-44세는 330일, 45-49세는 362일, 50-54세는 415일이다. 이는 25세 이후 5년씩 연령이 높아질수록 실업자로 머물게 될 위험이 커진다는 것을 분명하게 보여준다. (BAG, Urteil vom 12.04.2011 - 1 AZR 743/09)
해외 차별판단지침	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 미국 EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues 3. ADEA ADEA는 40세 이상의 개인에 대한 연령차별을 금지한다. - 부류내 차별: ADEA는 보호받는 집단 내외의 개인들 간뿐만 아니라 보호받는 집단 내의 개인들 간의 차별도 금지한다. 따라서 55세인 자가 48세인 자로 대체되는 경우 55세인 자는 ADEA 위반을 주장할 수 있다(O'Connor v. Consolidated Coin Caterers Corp., 517 U.S. 308, 312 (1996); see also Enforcement Guidance on O'Connor v. Consolidated Coin Caterers Corp. (1996)). - 40세 미만인 개인: ADEA는 40세 미만인 사람을 연령차별로부터 보호하지 않는다. 하지만 보호받는 활동에 종사한 것에 대한 보복으로부터는 보호받는다. 아래 §2-II A.5 참고 - 근무 기간: 개인의 근무 기간에만 근거한 고용 행위는 근무 기간이 연령의 대용인 경우 ADEA에 의거한 이질적 처우에 해당한다(Hazen Paper Co. v. Biggins, 507 U.S. 604, 611 (1993)). 그러한 행위는 또한 연령에 근거한 이질적 영향을 미치는 경우 불법일 수 있다.
해외법제	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) 제10조 (연령에 의해 허용되는 차별대우) 제8조와는 별개로, 연령을 이유로 하는 차별대우는 그 차별대우가 적정하며 합리적인 뿐만 아니라 적법한 목적에 의해 정당화된 경우에는 허용된다. 이러한 목적을 달성하기 위한 수단은 적정하고 필수적이어야 한다. 다음 각 호의 사항은 이러한 종류의 차별적 대우에 포함될 수 있다. 1. 청년, 고령의 취업자 및 후견의무 대상자의 취업을 촉진하거나 그들을 보호하기 위하여, 급여 및 취업관계의 종료와 관련된 조건을 정하는 것을 포함하여, 취업과 직업교육을 받을 수 있는 조건을 확정하는 것 그리고 특히 취업조건과 근로조건을 확정하는 것 2. 취업의 가능성을 높이기 위해서 혹은 취업과 관련된 특정한 이점을 주기 위해, 연령, 직업 경험 또는 근무연한에 최소조건을 설정하는 것 3. 특수한 직업교육이 필요한 특정한 사업장에서의 고용을 위해 또는 정년에 도달하기 전에 적절한 취업기간확보의 필요성이 있는 경우 최고연령의 제한을 정하는 것 4. 직업과 관련된 사회보장제도의 범위 내에서 특정 취업자 또는 취업자의 집단을 위해 상이한 연령제한을 설정하는 것, 그리고 직업과 관련된 사회보장제도의 범위 내에서 보험 수리적 계산을 위해 연령기준을 사용하는 것을 포함하여 직업과 관련된 사회보장의 경우에 노령연금 또는 장애급여의 자격이나 수급을 위한 전제조건으로서 연령제한을 설정하는 것 5. 취업자가 연령을 이유로 연금신청을 할 수 있는 시점에서 (고용관계와 관련된 계약의) 해지 없이도 취업관계가 종료되도록 규정한 합의; 사회법전 제6권 제41조는 이에 영향을 받지 않는다. 6. 만일 (취업과 관련한) 계약당사자들이 나이 또는 취업기간에 따르는 보상규정을 만들었는데, 노동시장에서는 나이를 비교적 강하게 고려하기 때문에 발생하는 연령에 따라 현저하게 기회여가 달라지는 것을 그 보상규정에서 눈에 띄게 고려하였거나 또는 보상규정에서 취업자가 (경우에 따라서는 실업수당과 관련되어) 연금을 받을 수 있는 권리가 있기 때문에, 사회적 계획으로 인한 급부로부터 배제되어 있는 경우에, 경영조직 법률의 의미에서 사회적 계획에 속하는 급부들 간의 차이

4. 사회적 신분

가. 고용영역

1) 고용 영역에서의 사회적 신분을 이유로 한 차별 판단기준

고용 영역에서 사회적 신분을 이유로 한 차별행위 판단은 (i) 사회적 신분 해당 여부(차별금지사유), (ii) 차별을 받았다고 주장하는 사람과 비교대상자로 지목하는 사람(또는 집단)이 본질적으로 동일한 비교집단에 속하는지 여부(비교대상의 특정 및 성립), (iii)합리적 이유 유무 판단 또는 비례의

원칙 심사의 세 가지가 주로 문제된다. 이는 II. 재화와 용역의 공급과 이용상 차별, III. 교육시설 등 이용상 차별에도 공통되는 쟁점이라 할 수 있다. (iii)합리적 이유 유무 판단은 대체로 진정 사건에서 드러난 여러 인정 사실을 기초로 종합 판단하는 것이 원칙이나, 고용 영역 차별이므로 진정직업자격, 직무 관련성에 관한 판단이 요구되며, 비례의 원칙의 세부 원칙인 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해 최소화, 법익의 균형성 판단을 전부 또는 부분적으로 차별 심사에 활용할 수 있다.

2) 비교대상 불특정 또는 불성립 시의 결정 형식

전항에서 말한 차별금지사유에 해당하지 않는 경우 외에 차별의 비교대상을 특정할 수 없거나 진정인이 주장한 비교대상이 차별의 비교대상으로 보기 어려운 경우, 인권위는 국가인권위원회법 제32조 제1항 제1호 '진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니하는 경우'에 해당한다고 보아 각하결정을 하고 있다. 고용 영역 차별 사건 중 특히 임금 차별의 경우, 비교대상간 동일가치노동으로 인정받아야 한다는 것이 현재까지의 국가인권위원회 입장이므로(15진정0335000 등 참조), 진정 사건의 본안 판단에 앞서 진정인이 주장하는 비교대상 집단이 진정인이 속한 집단과의 동일가치노동을 인정할 수 있는 비교대상으로 특정할 수 있는지 먼저 조사하게 된다. 이러한 기준에 따라 인권위는 영어회화 전문강사직군의 급식비 차별 사안에서 교육공무직은 동일가치노동의 비교대상이 되지 않으며(15진정0201500·15진정0208600), 학교비정규직인 전문상담사의 임금 차별 사안에서 다른 학교비정규직인 영양사는 비교대상이 아니며(15진정0335000), 초등학교 돌봄교실 초등보육전담사의 임금 차별 사건에서 영양사 및 사서는 비교대상이 아니며(15진정0748000), 국공립대학 조교의 성과급 지급 차별 사안에서 교원은 비교대상이 아니라고 보았고(17진정1086200) 유사한 사건에서 모두 각하 결정하였다. 이때 비교대상 성립 여부의 판단기준으로 인권위는 비교대상 간 사안의 적용 법률, 입직 경로, 자격기준, 수행하는 업무의 성격, 내용, 기술과 노력, 작업조건 등을 두루 살펴 동일가치노동을 하는 비교대상으로 평가할 수 있는지 판단하고 있다.

그런데 진정의 각하 제도를 두는 이유는 진정 내용이나 요건에 명백한 흠결이 있는 경우 본안의 심리에 들어가기 전에 종료하여 사건 조사 및 심리를 신속하게 하여 권리구제의 질을 높이기 위한 것이라고 볼 때,¹⁾ 비교대상이 불특정 또는 불성립의 판단이 진정 자체로 명백한 경우는 소수로 보인다. 대부분의 사건에서 비교대상의 특정과 성립 판단을 위해서는 진정 사건의 실체와 밀접한 관련이 있는 여러 가지 사항(인권위가 제시하는 기준에 따르면, 비교대상간 적용 법률, 입직 경로, 자격기준, 수행하는 업무의 성격, 내용, 기술과 노력, 작업조건 등)을 조사하고 때로는 법령의 의미를 해석하는 규범적 판단까지 해야만 하며, 차별행위의 인정 여부 판단과 비슷한 수준의 조사와 심리가 이루어져야 비교대상 판단이 가능해지는 경우가 많다. 또한 국가인권위원회법 제32조 제1항 제1호를 제외한 각호의 각하사유를 일별하면 거의 형식적 요건 심사로 판단이 가능하거나 판단기준이 분명한 사유들인데 반하여, 비교대상 불특정 또는 불성립을 이유로 하는 각하(조사대상 아님)는 형식적 요건 심사가 아닌 실체 심리가 있어야 판단 가능한 경우가 많아 서로 차이가 있고 균형이 맞지 않는다.

따라서 인권위는 비교대상 불특정 또는 불성립을 각하 사유로 할 것인지, 기각 사유로 할 것인지에 대해 재검토하고 통일적이고 일관된 기준을 마련할 필요가 있다. 생각건대, 형식적 요건 심사로 신속하고 집중적인 심리를 꾀한다는 각하 제도의 취지를 살리기 위하여, 진정인의 진정 내용 그 자체로 차별의 비교대상이 존재하지 않거나 특정할 수 없는 경우에만 각하결정을 하고, 나머지 경우 비교대상의 성립의 문제는 차별행위 인정 여부 판단에 포함하여 실체 판단의 단계에서 조사하고 심리하는 방안이 하나의 기준이 될 수 있을 것이다(이 경우 동일가치노동으로 볼 수 없어 비교대상이

1) 국가인권위원회, 『차별판단기준 기초조사 연구』, 2019, 5쪽.

되지 않는 경우에는 기각결정을 해야 한다).

나. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용 영역

교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별 사건에서 나타나는 주요 쟁점은 다음과 같다.

첫째, 고용이나 재화 등의 공급 영역과 마찬가지로 사안의 차별사유가 ‘사회적 신분’에 해당하는지가 문제되었다. 검정고시 출신자에 대한 차별 사건의 경우, 국가인권위원회 결정은 학력을 차별사유로 본 경우(차별을 인정한 12진정0895800, 차별을 인정하지 않은 11진정0653400)와 사회적 신분을 이유로 한 차별로 인정한 경우(11진정0642200·11진정0639900)로 나뉘는데, 검정고시 출신자를 동등한 학력을 가진 사람에 비하여 불리하게 대우하는 경우는 학력의 수평적 차별로서 학력을 이유로 하는 차별 사건으로 정리하는 것이 타당하다.

둘째, 교육시설의 진입 즉 유치원, 각급 학교, 대학의 입학 시 입학 전형을 구분하거나 우선 선발 순위를 정함으로써 불리한 대우가 발생했다고 주장하는 사건 유형이 빈번하게 나타나는데 이 경우 차별의 판단기준은 다음과 같이 구체화할 수 있다. (i)관계 법령의 규정, 해당 제도의 목적을 기준으로 피진정인의 행위가 법령에 근거하는지, 해당 제도 시행의 목적이 정당한지 검토하고, (ii)진정인이 주장한 피진정인의 행위(해당 제도의 운영 또는 시행)의 전체 결과를 행위 전후로 비교하여 보았을 때 진정한 개인 기준이 아니라 진정한 속한 집단에 실질적인 기회 박탈 또는 제한이 있는지를 보충적으로 판단하며, (iii)교육기관이 대학인 경우 헌법 제31조 제4항에 따라 대학의 자율권이 인정되므로 다른 교육기관에 비하여 넓은 재량을 인정할 수 있으므로 재량 한계 내의 행위인지 검토한다. 다만, 교육시설의 이용 등 영역에서는 차별행위로 인하여 진정한 교육을 받을 권리가 침해되는 결과가 되므로 진정한 교육을 받을 권리도 함께 고려해야 하기 때문에, (iv)교육기관이 대학인 경우 대학의 자율권 행사로 인하여 국민의 교육을 받을 권리가 침해되지 않아야 한다. 다시 말하면, (iii)에서 대학의 자율권이 인정된다 하더라도 이는 진정한 교육을 받을 권리와 관계에서 그 한계가 결정될 수 있다. 대학의 자율권은 헌법 제31조 제4항에 따라 법률이 정하는 바에 의해 가지는 법률유보적 권리임에 비해, 교육을 받을 권리는 헌법 제31조 제1항에 따라 법률에 유보되지 않은 기본권으로 모든 국민은 차별 없이 균등하게 교육을 받을 기회가 보장된다는 의미이기 때문에 대학에 학생 선발의 자율권이 맡겨져 있다 하더라도, 합리적인 사유와 법률의 구체적인 위임 없이 대학입학에 응시할 자격조차 부여되지 아니하거나, 비록 형식적으로는 응시할 수 있다 하더라도 실질적으로는 배제되어 응시기회가 박탈된 것이나 다름없는 처우를 받아서는 안 된다고 보아야 한다(14진정0386100·14진정0389200 참조).

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> ▪ [EU] 근로계약 해지에 관한 노동법 규정의 적용에서 기간제근로자와 기간의 정함이 없는 근로자 사이의 다른 처우의 차별 여부 <p>A는 스페인 노동자법에 따라 부분퇴직한 어머니를 대체하여 청소용역회사인 B사와 구제근로계약을 체결하였다(계약기간 : 2012.11.1.~2015.9.18.). 이후 B사가 계약기간 만료를 통보하자 A는 본인의 근무지인 C병원에서는 구제근로계약을 체결한 청소부의 경우 기간의 정함이 없이 고용되는 것이 관행이라고 주장하며 스페인 사회법원에 소를 제기하였다. 이 사례에서 스페인 노동자법 제49조 제1항 제(c)호의 기간제 근로계약에 있어서 계약 해지와 동법 제52조의 기간</p>
------	--

의 정함이 없는 근로계약에 있어서 계약의 해지를 비교 가능한 상황을 볼 수 있는지 여부가 쟁점이 되었는데, 기본합의서의 목적상 관련자가 동일하거나 유사한 업무에 종사하고 있는지 여부는 기본합의서 제3조 제(2)항과 제4조 제(1)항에 따라 업무의 성격과 근무조건 등 여러 요소에 비추어 판단하여야 하는바, 제출된 증거에 따를 때 A와 같은 기간제 근로자는 B사와 고용한 청소업무를 하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자와 비교대상에 해당한다고 보았다. (Grupo Norte Facility SA v. Angel Manuel Moreira Gómez, 2018)

■ [EU] 시간제 근로자에 대한 퇴직연금 산정방법 적용의 차별 여부

18년간 매주 4시간씩 청소부로 근무한 A(여성)는 국립사회보장청(INSS)에 퇴직연금을 신청하였으나, 사회보장일반법(LGSS) 규정상 A가 퇴직연금을 받기 위해서는 최소 4,931일이 필요하나 퇴직시까지 1,362일만 충족하였다는 것을 근거로 퇴직연금의 지급이 거절되었다. A는 시간제 근로자의 경우 낮은 연금액을 받음에도 불구하고 퇴직연금 수급자격충족에 필요한 가입기간을 더 길게 요구하는 LGSS 규정은 시간제 근로자의 80%가 여성인 점에 비추어볼 때 평등원칙에 위반된다는 이유로 마르셀로나 사회법원에 소를 제기하였다. 사회법원은 스페인 사회보장제도에 근거한 퇴직연금제도가 기본계획 제4조의 적용대상인 근로조건에 해당하는지 여부와 이러한 제도가 금지되는 차별에 해당하는지 여부에 관하여 EU 사법재판소에 해석을 요청하였다. 우선 스페인 사회보장제도에 따른 퇴직연금의 성격과 관련하여 EU사법재판소는 기본협정 제4조 제1항의 ‘근로조건’에서 사회정책적 고려에 의하여 결정되는 법정 사회보장연금은 제외되므로 본 사안의 연금제도는 근로조건에 해당하지 않는다고 보았다.

그러나 스페인 사회보장제도에 따른 퇴직연금은 사회보장에 있어서 남녀 동등대우원칙의 점진적 시행에 관한 지침 79/7 제3조 제(1)항에서 규정하고 있는 위험 중 실업에 대한 보호를 제공하고자 하는 목적을 가지므로 지침 79/7의 적용범위에 포함되며, 중립적 용어로 되어 있더라도 이에 따른 국가의 조치가 여성에게 불리하게 작용하는 경우 동 지침 제4조의 간접차별에 해당함을 전제로, 시간제 근로라는 특성에 따라 비례하여 퇴직연금이 감소된다는 점과 시간제 근로자에 대하여 수정된 산정식을 적용하더라도 정규직 근로자에 비하여 더 긴 기여기간을 필요로 한다는 점, 현실적으로 시간제 근로자의 대다수가 여성이라는 점을 고려할 때 입법은 동 지침을 위반하는 것이라고 보았다. (Isabel Elbal Moreno v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), 2012)

■ [EU] 자영업자인 산모의 배우자에 대한 출산휴가와 출산급여 지급거절에 대한 차별여부

A의 배우자는 스페인의 사회보장제도의 적용을 받지 않는 자영업자인바, A는 산모인 배우자의 출산과 관련한 권리에서 파생되는 출산휴가와 출산급여의 지급을 청구하였으나, A의 배우자가 사회보장제도의 적용을 받지 않는 자영업자임을 이유로 거절당하였다. A는 동등대우원칙 위반을 이유로 스페인 사회법원에 소를 제기하였고, 스페인 사회법원은 해당 사건이 스페인 노동법과 헌법을 준수하였는지 관하여 헌법재판소에 회부하는 한편, 해당 규정인 EU 지침 76/207과 96/34에 위반하였는지에 관하여 EU 사법재판소에 해석을 요청하였다. 우선 EU사법재판소는 여성 근로자에게 보장되는 출산휴가는 임신 중과 출산 후 여성의 생물학적 상태를 보호하고 임신과 출산에 따른 기간 동안 여성과 아이 사이의 특별한 관계를 보호하기 위한 것이라는 전제로 스페인 노동자법이 EU 지침에 위반하는지 여부를 판단하였다. 본 사안에서 출산 후 6주를 경과한 후 산모의 건강이 위협해지는 경우를 제외하고 출산의 경우에 있어서 1차적이고 자율적인 권리자로서의 산모와 산모가 근로자이고 해당 출산휴가 중 일정 부분을 선택하도록 지정된 경우에 한하여 인정되는 2차적 권리자로서의 근로자인 아버지를 대상으로 하는 스페인 노동자법 제48조 제(4)항이 남녀의 동등대우원칙을 규정하고 있는 EU 지침 76/207과 임신·출산 근로자를 보호하기 위한 지침 92/85를 위반하는지 여부 중 지침 76/207 위반 여부와 관련하여, 여성을 1차적 권리자로 규정한 스페인 근로법은 성(性)에 근거하여 차이를 설정하지만, 임신 중 및 임신 후 여성의 생물학적 상태를 보호하기 위한 조치라는 동 지침 제2조 제(1)항의 의미를 고려해볼 때 정당화된다고 보았으며, 지침 92/85은 근로자를 대상으로 하는 지침으로 근로자가 아닌 산모에 대하여 사회보장제도를 적용하지 않더라도 동 지침 위반에는 해당하지 않는다고 보았다. 따라서 지침 92/85와 지침 76/207은 남성에게 대하여 근로자인 여성의 동의를 얻어 출산휴가를 부여하고 근로자가 아닌 여성에게 대하여는 출산휴가를 부여하지 않는 스페인 노동자법 규정을 배제하는 것으로 해석되지 않는다고 판단하였다. (Marc Betriu Montull v Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), 2013)

5. 출신 또는 인종

가. 고용영역

1) 국가인권위원회 결정이 제시한 출신 또는 인종의 고용상 차별의 합리성 판단기준

국가인권위원회는 출신 또는 인종의 고용상 차별의 경우 기본적으로 ‘합리성’을 차별판단의 기준으로 사용하고 있다. 판단근거로는 목적의 정당성과 수단의 적합성을 사용하는 듯한 모습이다. 명시적으로 목적의 정당성과 수단의 적합성을 제시하고 있지는 않으나, 각 사안별 사실관계를 통해 위 판단근거를 도출하는 모습을 보인다.

그러나, 출신 지역 및 출신 학교 소재지를 근거로 공무원 응시자격을 제한하는 사례에서는, 명시적으로 목적과 수단의 적정성, 공익과 사익의 비교형량을 통해 불합리한 차별인지 여부를 판단하고 있다. 이에 아래에서는 출신 지역 및 출신 학교 소재지를 근거로 한 차별 판단에 대해 살펴보고자 한다.

2) 출신 지역 및 출신학교 소재지를 근거로 한 차별 판단과 출신지역에 대한 가산점제도와와의 비교 - 지역가산점제도에 대한 법원의 태도²⁾

국가인권위원회는 출신 지역 및 출신 학교 소재지를 근거로 공무원 응시자격을 제한하는 경우, 출신 지역을 근거로 한 차별의 경우 합목적성이 있는 재량행위로서 불합리한 차별이 아니라고 판단되었으나, 위 출신 지역 조건 이외에 출신 학교 소재지 제한을 공무원 임용시험 등의 응시자격으로 제한하는 경우 출신 학교 소재지 제한 요건은 목적과 수단의 적정성에 어긋나고 공익과 사의 비교형량상 적정하지 아니하다고 판단하였다. 즉, 공무원시험 응시 등의 사례에서 출신 지역 조건의 부가는 차별이 아니라고 판단하였으나, 출신 지역 조건에 더하여 출신 학교 소재지 제한 요건이 부가되는 경우에는 과도한 제한으로서 차별에 해당된다는 결론에 이른 것이다.

이와 관련하여 교육공무원 응시에 있어 응시지역 소재 대학 출신자에게만 가산점을 부여하는 사례에서 해당 가산점제도에 대하여 법원은 위헌성 판단을 한 바 있다. 여기에서 법원은, “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 있다”고 전제하며, “지역가산점제도는 응시지역 소재 ○○대학 출신자에게만 가산점을 부여함으로써 타 지역 출신자가 교육공무원으로 채용될 수 있는 기회를 반사적으로 제한하고 있으므로 결국 교육공무원이 되고자 하는 자를 그 출신학교의 소재지에 따라 차별하는 결과를 초래하고 있다. 그러므로 지역가산점제도가 헌법상의 평등원칙에 위반되지 않는다고 하려면 우선 이 제도가 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 갖추고 있다고 볼 수 있어야 하고 나아가 차별취급의 목적과 수단 사이에 엄격한 비례관계가 존재하지 않으면 안 될 것이다. 피고는 지역가산점제도에 의하여 달성하려는 목적으로서 ① 지역 실정에 맞는 교육을 통한 교육자치의 실현, ② 지역 출신 우수 교원의 확보, ③ 지역사범대의 보호·육성 등을 들고 있다. 그러나 지역가산점제도가 이러한 입법목적을 달성하기 위한 합리적인 제도라고 보기에는 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째로, 국토가 좁고 지역별로 문화적 차이가 그다지 크지 않은 우리 나라의 교육현실에서 반드시 해당 지역 출신자가 그 지역 실정에 더욱 적합한 교육

2) 출신지역에 대한 가산점제도에 대한 판단 사례로 인천지방법원 2003. 10. 29 선고 2003구합1411 판결 참조.

을 실시할 위치에 있다고 선뜻 단정하기는 어렵다. 또한 '응시지역 소재 ○○대학' 출신자가 그 지역 출신자의 범위와 반드시 일치하는 것도 아니다. 더욱이 지역가산점제도는 해당 지역 국·공립중등학교 교사를 그 지역 소재 ○○대학 출신자로 다수 채우게 되는 요인으로 작용하는데, 이는 우리나라의 교육이념인 민주교육의 목표를 달성하는 데 필요한 교육의 다양성을 저해하게 되는 점을 간과할 수 없다(헌법재판소 89헌마89 결정 참조). 둘째로, 지역가산점제도가 과연 해당 지역에 우수한 교사를 확보하여 그 지역 학생들로 하여금 균등하게 양질의 교육을 받을 수 있게 한다는 당초의 취지를 달성하는 효과가 있는지도 의문이다. 우수한 교사를 확보하여 지역의 학생들에게 양질의 교육을 제공하는 것은 국가 및 지방자치단체의 책무임이 분명하다. 이러한 책무는 교육시장이라는 관점에서 보면 교육서비스의 수요자인 학생과 학부모에게는 보다 우수한 교사에 의한 학습을 받고 싶은 욕구를 충족시켜 주고 다른 한편 교육서비스의 공급자인 교원에게는 능력에 따라 균등하게 임용될 수 있는 기회를 보장하는 교육제도에 의하여 효율적으로 달성될 수 있다고 할 것이다. 그러나 현재 전국에 걸쳐 시행되고 있는 지역가산점제도는 각 시·도 교육위원회별로 교육시장의 진입장벽을 설치하여 자유로운 경쟁의 원리를 제약함으로써 타지역 출신 우수 교사의 임용을 제한하는 부작용을 초래하고 있는 실정이다. 셋째로, 지역가산점제도가 지역사범대를 보호·육성하는 합리적인 정책수단이라고 보기도 어렵다. 지역사회범대를 보호·육성하기 위해서는 무엇보다도 우수한 인재의 유치, 유능한 교수진의 확보, 내실 있는 교과과정 등을 통하여 그 졸업자들을 경쟁력 있는 교육전문인으로 양성하는 것이 필수적이다. 그런데 지역가산점제도 아래에서 교원 희망자들은 입학하려는 ○○대학의 선택 기준으로 임용되기를 희망하는 시·도 소재지 위치 여부를 우선적으로 고려하게 되는데, 이는 지역사회범대의 입장에서 보아도 우수한 인재의 유치를 데 제약이 된다. 지역사회범대의 보호·육성이라는 정책목표는 우수한 인재의 유치를 위한 각종 유인책을 마련하거나 지역사회범대 상호간의 경쟁을 촉진함으로써 효율적으로 달성될 수 있는 것이지 그 졸업자들에게 소재지 지역의 교원으로 임용되는 데 우대를 받는다는 사실에 안주하도록 하거나 또는 대부분의 지역에서 학생에 의한 학교선택의 길이 막혀 있는 중등교육의 현실을 고려할 때 해당 지역 교육수요자들의 정당한 요구를 희생함으로써 실현할 성질의 것은 아니다. 이상과 같은 점을 고려하여 볼 때 지역가산점제도는 국 공립학교 교사로 채용되고자 하는 교사자격자를 그 출신학교의 소재지에 따라 불합리하게 차별하는 제도일 뿐만 아니라 아래에서 보는 것처럼 그들의 공무담임권 등 기본권마저 침해한다는 점에서 그에 의하여 달성하려고 하는 목적과 수단 사이에 균형을 잃고 있어서 비례의 원칙에도 어긋난다.”고 판단하고 있다.

위 판례는 '지역가산점제도'라는 표현을 사용함으로써 마치 출신 지역에 따른 가산점제도에 대한 판단으로 일견 오해될 수 있으나, 실제 문제가 된 사안은 교육공무원시험 응시자격을 응시지역 소재 대학 출신자에게만 가산점을 부여하는 경우에 대한 판단이다. 응시지역 소재 대학 출신자에게만 가산점을 부여하는 제도에 대하여 차별취급의 목적과 수단 사이의 엄격한 비례관계가 존재하지 않음을 이유로 '공립중등학교 교사 임용후보자 선정경쟁시험에 있어서 지역사회범대 출신 응시자에게 가산점을 부여하는 지역가산점제도가 헌법에 위반된다'는 판단을 한 것이다.

3) 공익과 사익의 비교형량 판단

「헌법」 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하며, 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별받지 아니한다”라고 규정하고 있으며, 「국가인권위원회법」 제2조 제3호는 합리적인 이유없이 출신지역을 이유로 하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 평등권침해의 차별행위로 규정하고 있다. 출신학교 소재지와 관련, '실업계고 경력경쟁 임용시험' 응시자격 기준으로 인해, 지원 지역 내 소재의 실업계고 졸업(예정)자와 달리 시험에 응시조차 하지 못하게 되는 바, 이러한 피진정인들의 조치가 불합리한

차별행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 제한의 목적과 수단의 적정성, 제한으로써 달성하고자 하는 공익상의 목적이 침해되는 사익보다 우월한 법익인지 등을 종합적으로 검토하여 판단하여야 할 것이다.

평등심사의 첫 번째 단계는 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하고 있는지를 확인하는 작업이다. 다음으로 목적과 수단의 관계 판단에 있어 비례성 심사시 공익상의 목적과 침해되는 사익과의 비교 형량을 차별의 합리성 판단기준으로 삼게 되는바, 이에 대한 사안 확정과 판단이 요구된다. 또한, 차별 판단에 있어 대우나 결과에 있어서의 차이를 판단하는 경우에는 차별 발생을 주장하는 쪽이 입증 책임을 부담하게 되고, 외관 상 중립적인 조치의 불균등한 효과 초래하는 간접차별 경우, 신뢰할 수 있는 통계적 데이터가 중요한 자료가 될 수 있음을 유의할 필요가 있다.

나. 재화 등의 공급과 이용 영역

1) 국가인권위원회 결정이 제시한 출신 또는 인종을 이유로 한 재화 등의 이용상 차별의 합리성 판단기준

국가인권위원회 결정이 제시한 출신 또는 인종을 이유로 한 재화 등 이용상 차별의 합리성 판단기준 역시 ‘합리적 이유, 합리성’이고, 이에 대한 판단근거로 구체적 사실관계를 토대로 한 목적과 수단의 적정성을 파악하고 있다. 특히, 외국인인을 이유로 한 주점 입장 제한 사례³⁾와 인종을 이유로 한 클럽 입장 제한 사례⁴⁾는 각 사례에서 목적과 수단의 적정성 요건을 근거로 하였을 때, 차별 여부에 대한 판단이 달리 이루어지고 있음을 주의할 필요가 있다. 장소가 클럽 및 주점으로 명칭을 달리하나, 주류 판매가 주 영업이고 해당 장소에서 다양한 이유로 고객과 고객, 고객관 직원 간 마찰이 발생할 여지가 있는 점 등을 고려하면, 명칭과 영업 방식이 일부 다르다하여 차별판단에 있어 장소적 특성을 달리 볼 것은 아니다. 위 두 사례에서 다른 결론이 도출된 이유는, 외국인임을 이유로 한 주점 출입 제한 사례의 경우 외국인 출입 제한의 목적과 수단이 적정한 반면, 인종을 이유로 한 클럽 출입 제한 사례의 경우는 목적과 수단의 적정성이 확보되지 못했기 때문이다. 즉, 후자의 경우 진정한 인은, 전자와 동일한 목적으로(사고예방) 외국인에 대한 출입을 거절했던 것이라고 주장하나, 실제 운영에 있어서는 한국계 미국인에 대한 출입을 저지하지 않고, 인도계 미국인의 입장은 저지한 점, 외관상으로 출입대상 여부를 확인했다는 점 등의 사실관계를 통해 이 사건은 국적이 아닌, 인종 또는 피부색을 이유로 한 클럽 이용 제한이었음이 확인된 것이다.

2) 외국인의 재화 등 이용 관련 사안 판단

상업시설의 운영자들은 「헌법」 제15조에 따라 최대한의 이익 창출을 위해 일정한 범위 내에서는 본인이 원하는 방식으로 시설을 운영할 자유가 있다. 그러나 그와 같은 자유가 무제한적으로 인정되는 것은 아니며, 특히 특정 집단을 특정한 공간 또는 서비스의 이용에서 원천적으로 배제하는 방식으로 구현되는 경우에는 그에 합당한 사유가 인정되어야만 한다. 일반적으로 주류를 판매하고 장소가 협소하여 술에 취한 여러 사람이 밀집해 유흥을 즐기다 보면 주변의 사람들과의 마찰이나 갈등이 생길 가능성은 상존하나 외국인라고 하여 반드시 이용상 특별한 주의가 요구되는 시설이라고 볼 수는 없다. 이 경우 주점 또는 클럽의 이용과 인종, 피부색 사이에 합리적 연관성이 존재하는지 여부를 살

3) 12진정0077400

4) 18진정0521300

펴보아야 한다. 참고로, 위원회는 『한국인 전용 유흥업소의 외국인 출입 제한』(사건번호: 12-진정-0077400, 2012. 10. 17. 제12차 차별시정위원회 결정) 사건에서 "위원회가 그 동안 인종이 다르다는 이유"로 상업시설 이용을 제한한 사건에 대하여 시정을 권고한 사례[08진차121 아프리카인에 대한 상업시설 이용차별(2008. 8. 25. 결정), 11진정0575700 인종을 이유로 한 목욕장 시설 이용차별(2011. 11. 25. 결정)]가 있다. 또한, 외국인의 경우 금융거래, 부동산거래, 통신시설의 이용 등에 있어 내국인에게 제공되는 재화 등 서비스의 범위와 영역이 다른 점이 문제되는 경우, 해당 사안별 사실관계 확인을 통해 차별판단기준의 적용이 요구된다. 예를 들어, 통신시설 관련 외국인 가입자의 통신료 미납률이 매우 높아 회사에 재정적 부담으로 작용하나 출국 등 채권 추심이 어려운 현실적인 문제가 있는 점 등을 고려하여 일부 서비스의 이용이 제한되는 경우에는 이를 불합리한 차별이라고 볼 수는 없을 것이다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

<p>해외사례</p>	<ul style="list-style-type: none"> <p>■ [EU] 인종·사회적 기원에 따른 장학금 지급에 대한 차별여부 독일에서 출생하여 거주하고 있는 이탈리아 국적의 A는 아르메니아의 대학에서 법학 학사 학위를 취득한 후 B재단에 장학금을 신청하였다. B재단은 독일의 1차 주법률시험을 통과하지 않았다는 이유로 A의 신청을 거절하였는바, A는 자신이 취득한 아르메니아의 법학학사자격은 독일의 2차 국가법률시험과 동등한 자격을 가지므로 B재단의 장학금 지급 거절 통보는 인종·사회적 기원에 따른 차별이라는 이유로 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다. 본 사안에서 ① B재단의 장학금 지급이 교육의 범위에 포함되는지 여부와 ② 독일의 1차 주법률시험 통과라는 B재단의 장학금 지급요건이 간접차별에 해당하는지 여부에 관한 것이다. 쟁점 ①과 관련하여 EU사법재판소는 지침 2000/43에서 ‘교육’의 정의 규정을 별도로 두고 있지 않으나 일상 언어에서 통상적인 의미를 고려하면서 맥락과 목적을 고려하여 결정되어야 한다는 점과 이러한 ‘교육’은 교육에 대한 접근성을 필수적인 요소로 한다는 점, 교육에 대한 접근성에는 연구 프로젝트 참여에 관련된 비용이 포함된다는 점을 고려할 때 장학금 형식의 재정 지급은 연구 프로젝트와 밀접한 관계가 있을 때 ‘교육’ 개념에 속한다고 보았다. 따라서 본 사안에서 B재단의 장학금 제도는 해외 연구 프로젝트나 대학 법학 연구에 참여할 수 있도록 재정적 지원을 하는 것으로 교육에 해당한다고 판단하였다. 또한 상기 쟁점 ②와 관련하여 지침 2000/43의 간접적 차별은 명백하게 중립적인 조항과 기준, 관행이 구체적인 사안에서 특정한 인종·민족 출신자에 대하여 특정한 불이익을 가져오는 경우로서, 이러한 조항과 기준, 관행이 목적의 정당성과 수단의 필요성·적절성을 충족하는 경우에 정당화된다고 보았다. 본 사안의 경우 제1차 주법률시험을 합격한 사람에 대하여 B재단의 장학금이 지급된다는 것일 뿐 특정 민족에 속하는 사람이 이러한 요건을 충족하는 것이 더 불리하다는 증거가 없는 이상 인종·민족적 기원을 이유로 한 간접적 차별에 해당하지 않는다고 판단하였다. (Heiko Jonny Maniero v Studienstiftung des deutschen Volkes eV, 2018)</p> <p>■ [EU] 이주노동자에 대하여 적용하는 과세기준의 차별여부 프랑스에 거주하고 독일에 소재한 B사에서 근무하는 프랑스 국민인 A는 프랑스와 독일 사이에 체결된 이중과세방지협약의 적용을 받아 A의 소득 중 독일에서의 사회보장기금을 공제한 후 프랑스에서 세금을 납부하는 바, 근로소득에 관한 프랑스의 세율이 낮은 관계로 A의 실수령액은 독일의 세율을 적용했을 때보다 높다. A와 B사는 고령 근로자의 시간제 근로계약을 체결하였는바, 이 계약에 따르면 시간제 근무를 하는 동안 시간제 근로에 대한 급여 외에 보조금이 지급되며 시간제 근로에 대한 매월 실수령액은 기존의 실수령액(최고액)의 85%에 해당한다. B사는 A가 시간제 근로를 하지 않았을 경우 받게 될 총 급여와 독일의 과세구간Ⅲ(기혼 근로자)를 기준으로 실수령액의 85%를 산정한 후, A와 같은 특성을 가진 독일에서의 납세의무자가 부담하는 세금을 공제하는 방식으로 급여를 지급하였다. A는 이와 같은 B사의 산정방식이 이중과세에 해당한다며 노동법원에 소를 제기하였으며, 노동법원은 독일에서 납세의무를 지는 근로자들이 기존 실수령액의 85%를 받는 것에 비하여 프랑스에서 납세의무를 지는 근로자들이 기존 실수령액의 85%보다 적은 금액을 받는 것이 TFEU 제45조를 위반하는 것인지 여부에 관하여 EU 사법재판소의 의견제시를 요청하였다. EU 사법재판소는 TFEU 제45조와 제1612조/68호 규정 제7조에 규정된 동등한 대우규정은 국적에 의한 명백한 차별뿐만 아니라 다른 구별 기준을 적용함으로써 사실상 동일한 결과를 초래하는 모든 형태의 차별을 금지하며, 비차별 원칙은 비교 가능한 상황을 다르게 다루어서는</p>
-------------	--

	<p>안 될 뿐만 아니라 다른 상황도 같은 방식으로 다루는 것을 금지한다고 보았다. 국가법이나 협정서의 조항이 본질적으로 국가 근로자보다 이주 노동자에게 더 많은 영향을 미칠 위험이 있고, 이러한 위험이 이주노동자에게 특정한 불이익으로 작용하는 경우 간접 차별로 간주되어야 하는바, 이러한 간접 차별에 해당하기 위해서는 해당 국가의 국적을 가진 모든 국민을 유리하게 하거나, 해당 국가를 제외한 다른 회원국에 대하여만 불리하게 할 필요는 없다. 이러한 전제에서 사안의 경우, ① 독일의 근로소득세를 개념적으로 고려하여 공제한다면 독일에서 거주하며 납세의무를 지는 근로자에 비하여 독일 외에 거주하며 그 곳에서 납세의무를 지는 근로자에게 불리한 상황이 초래되고, ② 국가의 재정부담 증가와 행정적 곤란성은 이러한 차별을 정당화하는 근거가 되지 않으며, ③ 사회적 파트너의 자율성 존중도 비차별 원칙을 준수하는 범위 내에서 이루어져야 한다는 점을 근거로 제1612/68호 규정 제45조와 TFEU 제7조 제4항에 위반한다고 보았다. (Georges Erny v Daimler AG – Werk Würth, 2012)</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ [EU] 시민권이 없음을 이유로 변호사회 입회 거부에 대한 차별여부 <p>[캐나다] 캐나다 영주권자인 Andrews는 캐나다 시민권을 제외한 BC주 변호사회(British Columbia Bar)의 모든 입회요건의 충족하였다. British Columbia Bar는 Andrews가 캐나다 시민이 아니라는 이유로 입회를 거부하였다. 그는 Andrews는 British Columbia Bar의 입회에 관한 ‘시민권 요건’ 이 캐나다 권리 및 자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms) 제15조의 평등권을 침해했다는 근거로 제소하였다. SCC는 시민권이 없다는 이유만으로 교육, 전문자격 또는 개인의 기타 속성이나 장점을 고려하지 않고 모든 계층의 사람들이 특정한 형태의 고용을 하지 못하도록 하는 규칙은 캐나다 권리 및 자유헌장 제15조의 평등권을 침해한다고 판단하였다. 나아가 이 사건에서 SCC는 법원은 제15조에 규정된 차별금지 사유가 한정적인 것이 아니라고 보아 제15조에 명시된 사유와 유사한 이유로 개인을 차별하는 것은 금지된다고 보았다. (Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143)</p>
<p>해외 차별판단지침</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 미국 EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues <p>1. 민권법 VII편</p> <p>VII편은 인종, 피부색, 출신국, 종교, 성별을 근거로 어떠한 개인에 대해서든 고용차별하는 것을 금한다. 따라서 예를 들어 범령은 백인, 아프리카계 미국인, 아시아인을 인종과 피부색으로 차별받는 것으로부터, 남성과 여성을 성차별로부터, 이란인, 쿠바인, 미국인을 출신국 차별로부터, 기독교도, 유대교도, 회교도, 무신론자를 종교적 차별로부터 보호한다. 다음 절은 VII편을 근거로 제기될 수 있는 몇몇 구체적인 종류의 고소를 설명한다.</p> <p>a. 인종과 피부색</p> <p>VII편은 인종차별과 피부색 차별을 모두 금한다. 그러나 법원이 이 둘을 언제나 구분하는 것은 아니다(Felix v. Marquez, No. 78-2314, 1980 WL 242 (D.D.C. Sept. 11, 1980)). 그 결과 조사는 보통 적대적 행동이 인종에 근거한 것인지 피부색에 근거한 것인지를, 고소 당사자가 둘 중 하나 또는 둘 다를 주장하는 한 적대적 행위가 인종에 근거한 것인지 피부색에 근거한 것인지 판단할 필요가 없다.</p> <ul style="list-style-type: none"> - 신체적 특징: 인종차별에는 특정 인종과 연관된 신체적 특징을 근거로 한 차별을 포함하며, 고소 당사자와 차별 혐의자가 같은 인종에 속한다고 하여도 마찬가지이다. 예를 들어 VII편은 아시아인을 얼굴의 특징이나 키와 같은 신체적 특징을 이유로 차별하는 것을 금한다(Motley v. Tractor Supply Co., 32 F. Supp. 2d 1026, 1056 (S.D. Ind. 1998)). - 피부색: 인종/피부색 차별에는 피부색의 색조를 근거로 한 차별이 포함된다. 예를 들어 사용자가 어두운색이나 밝은색의 피부를 가진 아프리카계 미국인을 차별하는 것은 불법이다(Walker v. Secretary of the Treasury, 713 F. Supp. 403, 405-08 (N.D. Ga. 1989)). <p>보호받는 개인과의 연관: VII편은 개인이 특정 인종이나 피부색의 다른 개인과 연관이 있음을 이유로 한 차별을 금한다. 예를 들어 북미 원주민과 결혼했다거나 혼혈자녀를 두고 있다는 이유로 백인 근로자에 대하여 불리한 고용조치를 취하는 것은 불법이다(Tetro v. Elliott Popham Pontiac, Oldsmobile, Buick, & GMC Trucks, Inc., 173 F.3d 988, 994-95 (6th Cir. 1999)).</p> <p>b. 출신국</p> <p>출신국 차별에는 출신지나 출신국 집단의 신체적, 문화적 또는 언어적 특징에 근거한 차별이 포함된다. 때로 출신국 차별은 인종차별과 겹치고, 그러한 경우 차별의 근거는 인종 및 출신국 둘 다를 분류될 수 있다. 예를 들어 북미 원주민에 대한 차별은 인종/출신국 차별이 될 수 있다(Perkins v. Lake County Dep’t of Utils., 860 F. Supp. 1262, 1273 n.7 (N.D. Ohio 1994)).</p> <ul style="list-style-type: none"> - 말씨/언어: 출신국 차별에는 말씨, 말투, 언어의 유창함에 근거한 차별이 포함된다(Carino v. University of Okla. Bd. of Regents, 750 F.2d 815, 819 (10th Cir. 1984)). 근로자가 직장에서 영어만 하도록 요구하는 규칙에도 적용된다. - 다언어 사용: 출신국 차별은 다언어를 사용하는 근로자에게 추가적인 보상 없이 단일언어를 사용하는 동료보다 더 많은 일을 하도록 요구하는 것이 포함된다.

	<p>- 시민권: EEO 법령은 미국 내에서 적용받는 사용자를 위해 노동하는 모든 근로자를 시민권 신분이나 노동 허가 및 무관하게 보호한다. 덧붙여 시민권에 근거한 차별은 출신국에 근거한 차별을 목적으로 하거나 그러한 효과를 내는 경우 VII편의 출신국 차별 금지를 위반하는 것이다.</p> <p>- 보호받는 개인과의 연관: 출신국 차별에는 개인이 출신국 집단에 속한 어떤 사람과 연관이 있다는 것을 근거로 한 차별이 포함된다. 따라서 예를 들어 어떤 개인이 중동 출신의 사람과 결혼하였다고 하여 차별하는 것은 불법이다.</p>
--	---

6. 용모 등 신체조건

가. 고용영역

1) 간접차별이 성립하는지 여부

용모 등 신체조건과 관련하여 간접차별이 성립하려면 어떠한 규정, 기준, 혹은 관행이 표면적으로는 동등하게 적용되나 결과적으로 특정한 용모 등 신체조건을 가진 사람들에게 불이익이 발생해야 할 것이다.

인권위는 회사가 전 직원을 대상으로 정문에서 반바지, 츄리닝 등을 통제하고 회사의 근무복만 입으라며 불이익을 예고한 사건에서, 복장 규제는 특정인이나 특정집단에 적용되는 것이 아니라 모든 임직원에게 적용되므로 차별사유에 해당되지 않는다고 각하하였는데(13진정0395700), 모든 임직원에게 동일하게 적용되는 기준이라고 하여 차별사유에 해당되지 않는다고 판단하면, 애초에 간접차별 여부를 따질 수 없게 된다.

예를 들어 전 직원에게 근무복을 착용하도록 동일한 기준을 적용하였는데 근무복 사이즈가 한정적이어서 그로 인해 근무복을 착용하지 못하는 집단이 발생하는 경우를 생각해볼 수 있다. 이 경우 국가인권위원회 결정례에 따르면 근무복 규제는 전 직원을 대상으로 실시하였기 때문에 간접차별 여부를 따져보기도 전에 차별사유에 해당되지 않는다는 이유로 각하되게 되는 것이다.

직접 차별은 특정인이 속한 ‘용모 및 신체조건’을 이유로 불리하게 대우한다는 것이므로 특정한 용모나 신체조건과 구별되는 다른 용모와 통상적인 특징을 기준으로 삼는 것이 전제되어야 하고 그러한 기준이 없으면 차별사유가 없는 것으로 보는 것이 타당하지만, 간접차별에서는 특정인이나 특정집단에 적용되지 않고 전 직원에게 적용된다는 것이 차별 사유에 해당되지 않는 이유가 되어서는 안 될 것이다.

2) 피해자 및 피해사실이 확인되지 않는 경우

차별로 인한 피해자 또는 피해사실이 확인 및 특정되지 않은 경우에는 국가인권위원회 조사대상에 해당되지 않는다. 제3자가 진정한 사건에서 업계에 존재하는 신체조건을 사유로 한 차별 관행은 확인하였으나, 개별 기업에 대해 피해자 및 피해사실이 구체적으로 확인되지 않은 사례(15진정0059200), 입사지원서, 이력서, 생활환경 조사서 등에 차별적 요소가 될 소지가 있는 항목을 기입하게 한 경우에도 그 자체만으로는 구체적인 피해를 입거나 불이익을 당했다고 볼 수 없다고 본 사례(15진정0796600, 17진정0455500, 18진정0263200) 모두 조사대상아 아니라고 각하되었다.

이렇게 구체적인 피해자가 확인되지 않는 아니하였으나 불상의 피해자가 존재하는 것이 명확한 사건을 어떻게 처리할 것인지에 대해 먼저 검토되었던 ‘대학교 직원 채용에서의 종교제한’(14진정

1066000) 사건을 참조하여¹⁾, 이에 대해 인권위원회는 개별진정사건은 인권위법 제32조 제1항 제1호에 의거 조사대상에 해당되지 않는 것으로 보아 각하하고, 개선이 필요한 관행에 대해서는 제25조 제1항에 의거 개선권고를 하는 것으로 하였다²⁾.

그럼에도 불구하고 여전히 쟁점은 남아있다. 피해자는 특정되어야 하는지, 특정되지 않는 한 개별진정사건은 각하 처리할 수밖에 없는지, 차별판단지침상 “불이익하게 취급하는 것”에는 과거 내지 현재의 불이익한 취급뿐 아니라 미래의 그것(즉, 불이익하게 취급하려는 것)까지 포함된다고 하는데 특정되지 않은 피해자의 미래에 발생할 불이익은 보호받을 수 있는지 등이다.

앞서 ‘대학교 직원 채용에서의 종교제한’(14진정1066000) 사건의 보고서는 이와 유사한 쟁점을 다룬 유럽사법재판소 사건을 검토한바 있다. 유럽사법재판소가 2008. 7. 10. 결정한 C-54/07 사건(일명 Feryn 사건)을 검토하면, 벨기에의 Firma Feryn사(건물의 문을 판매하고 설치하는 것을 영업으로 하는 회사) 관리자가 벨기에 신문과 인터뷰를 하면서 “우리 회사는 고객들이 그들의 집안으로 모로코 출신들이 들어오는 것을 싫어하기 때문에 모로코 출신들은 채용하지 않는다”는 발언을 하여 벨기에 평등국이 벨기에 법원에 위 회사가 반차별정책을 폐지할 것이라는 명령을 구하는 소송을 제기하면서 문제가 되었음. 1심 법원에서는 관리자의 발언이 실제 차별피해행위를 발생하지 않고 차별의 잠재성에 불과하다고 하면서 기각. 평등국이 항소하면서 항소심 법원이 유럽사법재판소에 이 쟁점에 대한 결정을 구하면서 유럽사법재판소가 검토한 결과 “이 사건에서는 차별당한 사람이 누구인지 식별할 필요는 없다고 하였다. 광고의 문언상 비백인은 채용되지 못할 것을 미리 알고 지원을 포기하리란 것이 명백했기 때문이었다. 따라서 실제 피해자를 보이지 않고도 입법이나 정책이 차별적이었음을 입증할 수 있다.”고 결정하였다³⁾.

용모 등 신체조건을 이유로 한 차별은 주로 모집 채용분야에서 집중되어 있다. 현재처럼 피해자 및 피해사실이 특정되지 않으면 조사대상이 아니라는 이유로 진정사건이 각하된다면 차별적 채용 공고, 입사지원서에 대해 규율하기가 쉽지 않을 것이라 생각된다. 지원자 입장에서는 앞으로 들어가게 될 회사 또는 기관을 상대로 한 진정을 제기하기가 현실적으로 어려운 점과 불상의 피해자가 존재하

-
- 1) 해당사건은 대학교 직원 채용광고 문언상 비기독교인은 채용되지 못할 것을 미리 알고 지원을 포기하리란 것이 명백했기 때문에 실제 피해자가 확인되지 않음. 그럼에도 피진정인에 대한 조사 후 차별행위에 대한 합리성이 인정되지 않을 경우 권고 결정을 할 수 있을 것으로 판단하였음(개별진정사건을 인권위법 제32조 제1항 제1호에 의거 각하하고 제25조 제1항에 의거 관행개선권고를 함).
이 사건 보고서상 구체적인 피해자가 확인되지 않을 때 사건처리방법, 권고결정의 근거규정이 무엇인지 논거를 마련하기 위해 검토된 사례는 다음과 같다.
- 2007. 8. 소방방재청이 소방공무원 채용시험에서 성별 분리모집을 하여 여성에 대한 성차별을 하였는지 여부가 문제된 사건(05진차430사건)에서 진정인이 피해자가 아니고 구체적인 피해자가 확인되지 아니하였음에도 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호의 규정에 따라 “소방방재청장에게 소방공무원 채용시험에서 성별에 따른 분리모집을 중지하고 양성에게 평등한 채용시험제도를 운영할 것을 권고한 바 있음
 - 진정인은 아직 법무사 시험에 응시한 적은 없어, 피진정기관으로부터의 직접적인 인권 침해나 차별행위가 발생하지 않았다고 볼 수 있다고 하였으나 “전맹인 자에 대해서는 아무런 편의가 제공되지 않고 있는 현실에서 전맹 시각장애인이 법무사 시험을 무작정 준비하거나 응시하는 것은 사실상 불가능하다 할 것”이라는 이유로 “피진정인이 법무사 시험시 전맹 시각장애인에게 필요한 적절한 편의를 제공하지 않는 것은 「헌법」 제11조에 보장된 국민의 기본권이 ‘평등권’ 및 15조에 보장된 ‘직업선택의 자유’를 침해하는 것이라 판단” 한 바 있음. 다만 장차소위는 진정사건에 대하여는 진정인이 피해를 입은 적이 없다는 이유로 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호에 따라 각하하고 「국가인권위원회법」 제25조 제1항의 규정에 의거 대법원 법원행정처장에게, “대법원 법원행정처가 주관하는 법무사 자격시험에 있어 전맹 시각장애인에게 편의를 제공할 것을 권고” 한 바 있음.
- 2) 제32조(진정의 각하 등) ① 위원회는 접수한 진정이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 진정을 각하(却下)한다.
1. 진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니하는 경우
제25조(정책과 관행의 개선 또는 시정 권고) ① 위원회는 인권의 보호와 향상을 위하여 필요하다고 인정하면 관계기관등에 정책과 관행의 개선 또는 시정을 권고하거나 의견을 표명할 수 있다.
- 3) 14-진정-1066000사건 재상정 보고서

는 것이 명확하다는 점을 고려하여, 피해자를 보이지 않고도 차별을 인정할 수 있는 방법이 강구되어야 할 것이다.

나. 재화 등의 공급과 이용 영역

1) “용모 등 신체조건”의 해석

차별사유인 “용모 등 신체조건”과 관련한 정의, 해석이 없다보니, 구체적으로 어떤 특성이 “용모 등 신체조건”에 해당되는지가 문제될 수 있다.

인권위원회에 진정이 제기된 사례들에서 차별의 이유가 된 구체적 신체조건은 색각이상, 시력, 신장, 몸무게, 신체사이즈, 표피모반, 안면부종, 탈모(가발착용여부 포함), 문신, 외모, 사투리, 복장 등이 있다. 이 중 복장과 관련하여서는 차별사유로 인정되어 차별여부에 대한 판단이 이루어진 사례가 있는가 하면, 차별사유에 해당되지 않는다고 하여 각하된 사례가 있어 “옷차림(복장)”이 차별사유로서 “용모 등 신체조건”에 해당하는지 여부가 불분명하다.

면접 시 진정인의 복장이 불량하다는 이유로 채용하지 않은 것이 차별이라고 진정한 사건에서 인권위원회는 ‘복장이 불량하다는 이유’는 「국가인권위원회법」 제2조 제3호의 19개 사유에 해당하는 차별사유를 이유로 한 것이 아닐 뿐만 아니라, 이들 차별사유와 유사한 개인의 속성을 이유로 한 것도 아니므로, ‘기타’ 사유로 분류할 수도 없다고 하였다(17진정0752600). 그러나 환자복 착용자에 대하여 병원 구내식당 이용이 제한된 사건(11진정0568400)에서 위원회는 환자복 착용을 이유로 한 시설이용 거부에 합리적 이유가 있다고 보았고, 슬리퍼 착용을 이유로 음식점 출입을 제한받은 사건(11진정0250600)에서는 피진정인이 영업 전략의 일환으로 선택한 음식점 고객에 대한 복장 관련 방침을 불합리한 차별로 보기 어렵다고 판단하였는바, 각각 환자복과 슬리퍼를 착용한 복장을 차별사유로 보고 차별판단을 하였음을 알 수 있다.

“용모”의 사전적 의미는 “사람의 얼굴모양”, “사람의 얼굴과 신체의 모습 및 차림새”이고, “차림새”는 “옷 따위를 입거나 꾸민 모양”을 말하는 바, 옷차림이나 몸단장 스타일, 머리카 수염 스타일도 용모에 포함되는 것으로 보인다. 대머리를 이유로 한 호텔 접객업무 채용거부(16진정0389800), 가발착용을 이유로 한 보안경비 지원서류 접수거부(16진정1051200) 등의 사건에서 보듯이 탈모 및 가발착용을 이유로 달리 대우한 것에 대해 차별로 인정(권고결정)하였던 바, 용모에는 옷차림이나 몸단장 스타일, 머리카 수염 스타일 등이 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.

2) 차별판단기준 관련

용모 등 신체조건에 의한 차별사건에서 자격제한의 합리성 판단을 위해서는 엄격한 비례의 원칙이 적용된 사례가 있고, 완화된 심사기준이 적용된 사례가 있다.

주로 통제될 수 없는 신체적 조건인 신장, 시력, 색약 등이 엄격한 비례의 원칙에 따라 심사되었고, 침해되는 이익이 매우 중대하거나 심각한 것으로 보기 어려운 경우(88사이즈 옷을 제작하지 않는 의류업체에 대한 차별 진정사건 등)에는 완화된 심사기준이 적용되었다.

차별여부가 문제될 수 있는 색각이상, 시력, 신장, 몸무게, 신체사이즈, 표피모반, 안면부종, 탈모(가발착용여부 포함), 문신, 외모, 사투리, 복장 등 다양한 용모 및 신체조건과 채용, 시설이용 등 차별이 양태를 고려하여 어떤 경우에 엄격한 비례의 원칙 또는 완화된 심사기준이 적용되어야 하는지 구분하기는 쉽지 않다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

<p>해외사례</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ [캐나다] 시력저하자에게 운전면허발급 거부에 대한 차별 여부 British Columbia 정부는 시력에 영향을 미치는 질환(homonymous hemianopsia, HH)을 앓고 있는 사람들에게 운전면허증을 발급하지 않는다는 방침을 세웠다. 청구인은 이런 조건을 갖고 있었지만 ‘프리즘 안경’을 이용하여 직장이나 공공도로에서 문제없이 운전하였으나, 개별적인 평가를 거부당했고 면허를 받을 수 없었다. 이 사건의 쟁점은 개별적 평가의 가능성을 허용하지 않고, 시각장애가 있는 사람의 운전면허를 절대적으로 금지하는 것이 차별에 해당하는가였다. SCC는 사업장 외에서의 차별이 정당화될 수 있는지에 관하여, ① 문제가 되는 해당 기준이 업무수행과 합리적으로 연관성이 있는지, ② 해당 기준이 그 목적을 실현하기 위해 필요하다든 사용자의 선의의 믿음 하에 채택되었는지, ③ 해당 기준이 그 목적을 실현하기 위해 합리적으로 필요한지를 입증해야 한다는 Meiorin 기준을 적용하여 판단하였다. (British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights), [1999] 3 SCR 868) ▪ [EU] 결근일수를 이유로 한 해고를 인용하는 경우, 장애인로자의 해고 가능성이 높아지는 것이 차별인지 여부 EU 사법재판소는 EU지침 2000/78의 ‘장애’란 다른 사람과 비교하였을 때 다양한 원인으로 인하여 직업생활 등에 효과적으로 참여할 수 없도록 하는 장기적인 신체적·정신적 장애에서 비롯된 수용력의 한계를 의미하며, 개인의 ‘비만’도 이러한 능력의 한계를 수반하는 경우 EU지침 2000/78의 ‘장애’에 포함된다고 보았다. 다만, 국가법에 의하여 인정되는 장애와 EU지침 2000/78의 장애가 동일한 것이 아닌바, 본 사안에서 A의 장애가 EU지침 2000/78에 해당 하는지 여부는 해당국의 법원이 결정하여야 한다고 하였다. 다음으로, EU지침 2000/78에서의 장애를 가진 근로자는 이와 관련된 모든 차별에서 보호되어야 하는바, 스페인 노동자법 제52조 제(d)항의 해고 요건은 장애와 분리할 수 없는 기준을 사용하여 장애인로자와 비장애인로자에게 동일하게 적용되므로 해당 지침에서 금지하는 장애를 이유로 한 직접적인 차별에 해당한다고 보았다. (Carlos Enrique Ruiz Conejero v Ferroser Servicios Auxiliares SA and Ministerio Fiscal, 2018)
<p>해외 차별판단지침</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 미국 EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues 4. ADA a. 개괄 대부분의 상황에서 ADA는 “장애가 있는 유자격 개인”에 대한 차별만 금지한다. 고소 당사자의 신분이 보호받는 집단의 구성원이라는 것을 의심할 여지가 드문 VII편과 ADA와는 다르게 ADA 사건에서는 적용 범위가 중요한 쟁점이 되는 경우가 많다. 그러한 경우 해당 개인이 장애가 있고 또한 자격이 있는지를 결정하는 것이 필요하다. ADA에 의거한 적용 범위 <ul style="list-style-type: none"> • 장애 <ul style="list-style-type: none"> - 하나 이상의 주요한 생활 활동을 상당히 제약하는 육체적 또는 정신적 장애 - 그러한 장애 기록, 또는 - 그러한 장애가 있다고 평가되는 것 • 유자격 <ul style="list-style-type: none"> - 필요한 기술, 교육, 경험, 개인이 차지하거나 바라는 고용직의 여타 직무 관련 요건을 충족하고 합리적인 편의를 제공받거나 제공받지 않고 그러한 직의 필수적 기능을 수행할 수 있음 개인이 장애가 있는 유자격 개인인지 결정하려면 조사관이 필요할 수 있다. 조사관이 개인이 적용 대상인지 확신하지 못하는 경우 고소는 받아들여지고 쟁점은 조사되어야 한다. <ul style="list-style-type: none"> - 경감 수단: 어떤 사람에게 장애가 있는지 판단하는 데는 해당인이 약물, 인공보철물, 보청기와 같은 경감 수단을 이용할 때 주요한 생활 활동에 상당한 제약이 있는지를 고려하여야 한다(Sutton v. United Air Lines, Inc., 527 U.S. 471 (1999)). 경감 수단의 혜택과 악영향을 모두 고려하여야 한다. - 자격 기준: 다른 면에서는 자격이 있는 장애인 또는 장애인 부류를 걸러내거나 걸러내는 경향이 있는 자격 기준은 사용자가 그것이 직무와 관련되고 영업상 필요와 일치한다는 것을 입증하지 않는 한 금지된다. - 합리적 편의 제공: ADA는 적용받는 주체가 과도한 어려움이 야기되지 않는 한 개인의 알려진 육체적 또는 정신적 제약에 대하여 합리적인 편의를 제공할 것을 요구한다.University of Okla. Bd. of Regents, 750 F.2d 815, 819 (10th Cir. 1984). 근로자가 직장에서 영여만 하도록 요구하는 규칙에도 적용된다.

7. 혼인

혼인의 경우 관련 사례가 매우 적기 때문에 충분한 쟁점을 찾아내는 것은 다소 어려웠다. 다만, 혼인을 이유로 재화 등의 공급과 이용 영역에서 발생한 사건 가운데, 토지주택공사의 신혼부부 전세임대제도 입주자 순위에서의 ‘혼인’에 사실혼이 포함되지 않는 것에 대해 “객관적인 기준의 필요성을 이유로 합리적 이유를 인정한 사례(09진차0001329)가 있다. 또한 공무원연금공단의 주택사업운영규정에 따르면 배우자나 직계혈족 등과 동거하는 자만을 입주대상으로 정하고 있어, 계모의 직계존속과 동거하는 자는 입주자격을 갖추지 못하는 것이 재혼가정에 대한 차별인지 다뤄진 사례가 있다. 이 사례에서 인권위는 계모자 관계는 계자의 자발적 의사가 아닌 인척관계에 불과하고, 입양을 통해 법적으로 친족관계 형성이 가능한 점, 현재의 입주요건은 혈족인 형제자매도 제외하는 점, 법률상 부양의무가 없는 인척의 혈족까지 입주자격을 확장하지 않는 것을 불합리하다고 보기 어렵다는 점 등을 바탕으로 차별이 아니라고 판단하였다(13진정0381700). 이러한 사례는 진정한 임대주택 입주 권리가 침해된다 하더라도 해당 임대제도에서 공정한 입주대상자를 선정하는 기준이 갖는 중요성, 입양이나 혼인신고 등 다른 방식을 통해 자격을 획득하는 것이 가능하다는 점, 혈족인 형제자매도 입주요건에서 제외하는 등 엄격하게 입주자격 기준을 정하고 있다는 점 등을 고려한 것으로 보인다. 다만, 사실혼 관계에 대해 이혼 시 재산분할 권리를 인정하고 있고, 향후 유산 상속권 인정 논의도 인정되는 현 상황에서 사실혼 관계를 입주대상 관계에서 제외하는 것이 타당한지 논의가 필요하다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> ▪ [EU] 동성간의 PACS 체결시 결혼휴가와 결혼 수당 지급거부에 대한 차별 여부 동성 간 PACS를 체결한 B사의 직원인 A는 B사의 국가단체협약에 규정된 결혼휴가와 결혼수당을 청구하였으나, 결혼휴가 및 결혼수당은 결혼한 사람에 대하여야만 인정된다는 이유로 거절당하였다. 이 사례에서는 고용과 직업에 있어서 동등대우를 위한 일반적인 틀을 마련하는 지침 2000/78이 이성 간 결혼이 가능하도록 규정한 국가적 입법에 따라 결혼휴가와 결혼수당에 있어서 동성 간 결합의 이익을 제한하는 단체협약을 배제하는지 여부가 쟁점이 되었다. EU 사법재판소는 개인의 혼인 상태에 관한 법률은 각 회원국의 권한에 속하나, 지침 2000/78 제2조의 동등 대우의 원칙은 고용과 직업에 있어서 종교 혹은 신념, 장애, 나이 혹은 성적 지향성을 이유로 한 직·간접적 차별을 금지하고 있으며, 직접적인 차별의 경우 지침 제2조 제(5)항의 공공질서의 유지, 범죄의 예방, 건강의 보호, 타인의 권리와 자유 보호에 근거하여서만 정당성을 인정된다고 보았다. 본 사안에 있어서 동 지침 제3조 제(1)항 제(c)호의 ‘임금’은 지급형태, 지급시기, 의무적 지급 여부를 불문하고 사용자가 지급하는 모든 대가를 의미하는 것으로 ‘결혼휴가 및 결혼수당’도 이에 포함되며, 성별이 다른 사람들만 합법적인 결혼이 가능한 상황에서 근로조건에 있어서 기혼 근로자에 대하여 혜택을 제공하는 것은 PACS를 체결한 근로자의 성적 성향에 기초하여 직접적인 차별을 야기하는바, 예외인정 사유가 별도로 인정되지 아니하므로 본 사안의 단체협약 규정은 지침 2000/78에 위반한다고 판단하였다. (Frédéric Hay v Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres, 2013) ▪ [영국] 시민동반자법이 이성간 시민동반관계의 배제에 대한 차별 여부 시민동반자법(Civil Partnership Act 2004)은 오직 동성커플만 시민동반자 관계가 될 수 있도록 정하고 있었다. 이후 동성결혼법(Marriage (Same Sex couples) Act 2013)이 제정되면서 동성결혼이 법적으로 인정되었다. 동성결혼법 제정 당시 의회는 의도적으로 시민동반자관계를 폐지하지 않았고 그것을 이성 간 관계로 확장시키지도 않았다. 정부는 후속 조사·검토가 필요하다는 입장이었다. 이성 간 시민동반자 관계가 인정되지 않았기에 그들의 관계를 시민동반자관계로 인정받기를 위한 대상판결의 상고인들은 관련 정부의 결정에 대한 사법심사를 청구하였다. 대법원은 상고를 허락했고, 이성이 시민동반자가 될 수 없도록 하는 규정은 차별이며 정책적 근거로 정당화되지 않는다고 판단했다. 피상고인은 유럽인권재판소의 판결에 따른 회원국의 넓은 재량 영역(margin of appreciation)의 존재와 그 재량과 관련해 언제부터 새로운
------	---

	관계(이성 간의 시민동반자 관계 인정)를 법인(法忍)할 지에 대해 의회가 중요한 역할을 할 수 있어야 한다고 주장했지만, 대법원은 이를 기각했다. 대법원은 현재 상황을 놓고 볼 때 그 재량은 크지 않은데, 그 이유는 이 사안이 의회가 향후 발생할 것으로 예상되는 불평등을 검증하기 위해 시간을 들일 사안이 아니라 이미 시간을 들여 해당 법이 스스로 초래한 불평등을 검증했어야 하는 사안이라는 것이다. (R (on the application of Steinfeld and Keidan) v Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary) [2018] UKSC 32)
--	---

8. 임신 또는 출산

가. 고용영역

1) 임신 등의 의미

‘임신’의 의미는 착상에서부터 출산에 이르기까지의 과정, 출산 후 회복기간과 수유를 포함하여 임신과 관련된 모든 상황을 의미한다. 또한 ‘임신’에는 임신한 여성이 특별히 필요로 하는 요구와 상황, 유사산, 낙태, 임신이나 출산으로 인한 합병증, 낙태/유사산의 직간접적인 결과로 발생한 건강상태, 출산 후 회복, 수유와 관련된 것 등을 포함하고 이와 관련된 요구가 거절당할 경우 차별이 될 수 있음을 의미한다(국가인권위, 2008). 따라서 모유수유를 이유로 한 불리한 대우도 임신, 출산에 포함되는 것으로 해석할 필요가 있다.¹⁾

임신, 출산의 범위에 육아 책임도 포함되는지 검토할 필요가 있다. 2019년 [차별판단기준 기초조사연구에 따르면 2009년~2018년 동안 접수된 임신, 출산 관련 결정례는 9건인데, 그 중 4건이 육아휴직 등 육아기 차별에 대한 것이거나 중첩된 사안이라고 한다(박선영 외, 2019:50). 육아 등 돌봄노동 지원은 임신, 출산, 수유와 같은 모성기능의 보호와 관련 없이 육아나 가사노동을 지원하는 조치라는 점에서 양자는 구분된다는 견해²⁾도 있다. 그러나 국가인권위원회 결정은 육아휴직 기간을 근속기간이나 성과급 부여 대상 시간에 포함하는 문제 등과 관련해서 ‘임신, 출산’으로 인한 차별에 해당하지 않는다고 각하한 바 없는 것을 보건대, 임신, 출산에 육아육직이나 육아기 근로시간단축 사용 등 돌봄 부담도 포함하여 해석하는 것으로 보인다.

2) 불리한 처우의 존재 여부

불리한 대우가 존재하지 않는다는 이유로 각하된 진정 사건은 대부분 고용상 처분에서의 불이익이 확인되지 않고 부적절하거나 비난하는 언행이 문제된 경우이다. 15-진정-1001300 등에서는 임신한 군인 등 여성 직원을 비난하거나 부당한 언행을 한 것만으로는 고용 상 불리한 대우가 있었다고 보기 어렵다는 이유로 각하하였다. 또한 임신출산한 계약직 여성이 무기계약직 전환 거절 관련 법적 분쟁을 벌이는 과정에서 관리자가 출산휴가 및 육아휴직 사용을 비난하는 발언을 한 것이 문제된 17-진정-0033700 사건에서도 “부적절한 발언만 있을 뿐”이라는 이유로 각하하였다. 진정을 제기한

1)

<https://www.citizensadvice.org.uk/consumer/discrimination-in-the-provision-of-goods-and-services/discrimination-in-the-provision-of-goods-and-services/1/goods-and-services-what-are-the-different-types-of-discrimination/provision-of-goods-and-services-pregnancy-and-maternity-discrimination/>

2) 김엘림, 남녀평등과 법, 한국방송통신대학교출판부, 2009, 211면; 박선영 외, 2019, 50면에서 재인용.

근로자의 입장에서는 임신, 출산에 대해 비난하는 발언이 당사자의 인격을 침해하고 정신적 피해를 끼친다는 점에서 인권위의 구제를 기대할 것이나, 현행 법 상 고용 상 처분에서의 불리함을 요건으로 한다는 점에서 한계가 있다. 따라서 향후 평등법 제정안처럼 성별, 임신, 출산 등을 이유로 한 차별적 괴롭힘을 차별의 한 유형으로 규정한다면, 차별적인 언행에 대한 본안 판단이 가능해질 것이다.

문제된 처분이 불리하다고 보기 어렵다는 이유로 기각된 경우도 존재한다. 11진정0721100결정 사건에서는, 진정인이 원래 근무하던 수술실이 아니라 병동, 즉 다른 부서로 배치한 것이 차별인지 다투어졌다. 이 사건에서 인권위는 피진정인의 복직 관련 인사규정은 복직 시 직종을 달리하지 말라는 의미이지 동일한 부서에 배치해야 한다는 의미가 아니라고 하였다. 또한 새로 배치될 부서의 업무가 과중하고 재교육이 필요하다고 하더라도 지나치게 과도하게 불합리하여 차별로 보기 어렵다고 하였다. 이 결정에 대해 임신, 출산 차별의 합리적 이유를 인정하는 것으로 해석하는 견해도 있으나(2019년 차별판단기준 기초조사연구) 불리한 대우가 존재하지 않는다고 해석하는 것이 타당한 것으로 보인다. 다만, 동일직종에 배치하기만 하면 불리한 대우가 성립하지 않는다고 일반화하기는 어렵다는 점에 유의해야 한다. 만약 이 사건에서 병동 근무로 인해 진정인에게 발생하는 불이익(임금, 승진 소요기간 등)이 얼마나 큰지 보다 구체적으로 입증할 수 있었다면 판단 결과가 달라질 수 있을 것이다.

3) 임신출산을 이유로

06진차618결정레처럼 임신출산을 이유로 한 불리한 대우인지 다뤄지는 사건에서는 '겉으로 드러난 발언 외에도 발언이 이루어진 상황, 결과를 종합적으로 고려해야 한다고 일응의 판단기준을 제시하였다. 면접 당일과 불합격 여부 확인 과정에서 사용자측이 한 발언의 내용과 맥락을 구체적으로 검토하여 임신출산 여부가 채용 결과에 영향을 미쳤을 것임을 판단한 것이다.

4) 합리적 이유

육아휴직 기간을 다른 질병휴가와 다르게 취급하는 직접차별 사안은 간접차별 사안에 비해 상대적으로 엄격하게 합리적 이유를 판단하는 것으로 보인다. 또한 근로자는 모집채용 과정에서 자신의 임신 사실을 사용자에게 고지할 의무가 없기 때문에 이를 이유로 해고 등 불리한 처분을 하는 것은 차별의 합리적 이유를 인정하기 어렵다. 1995년 7월 1일에 근로를 개시하였으며, 8월에 자신이 임신 중이며 출산예정일이 11월 초라고 통보하자, 모집채용 과정에서 임신사실을 고지하지 않았다는 이유로 해고한 사례 관련, 유럽사법재판소는 사용자가 입게 되는 재정적 불이익이 아무리 크다고 할지라도 사용자는 모집을 함에 있어서 임신을 고려할 수 없기 때문에 근로자는 사용자에게 임신사실을 고지할 의무를 부담하지 않는다고 판단하였다.³⁾

임신, 수유 중인 여성에게 유해한 작업환경이라는 이유로 해고, 배치전환 등의 조치를 취한 것을 차별로 판단하는 기준(진정직업자격)도 전통적인 쟁점이다. 그러나 진정으로 태어나 임산부의 건강을 고려한 것이라면 해고가 아닌 배치전환으로 대응하였는지, 임신, 출산, 수유기를 완료 후 본래 업무로의 복귀를 보장했는지 등을 고려하여 합리적 이유를 판단할 필요가 있다.⁴⁾ 또한 생식기 건강에 영향을 미치는 작업환경을 이유로 여성을 해고, 배치전환 한 경우일지라도 남성에게만 선택권을 주고 여성에게는 일방적으로 조치하였다면, 임신, 출산 관련 **진정직업자격**을 인정하지 않을 수 있다.

3) 국가인권위, 차별판단지침, 2008, p.175-176.

4) 국가인권위, 위의 지침, 2008, p.176.

Johnson Controls사건에서 미 연방대법원은 “장래의 자녀의 복지에 대한 결정은 이 아이를 임신, 출산, 양육할 부모에게 맡겨야지 그 사용자에게 맡겨서는 안 된다”라고 판시한 바 있다.⁵⁾

임신출산 관련 간접차별 사안은 주로 육아휴직기간을 다른 휴직, 휴가 기간과 동일하게 취급하여 불리한 영향이 발생하는 경우에 발생하였다. 공무원 전보제한 기간이나 성과상여금 지급을 위한 실근 무기간 산입 등 임신, 출산 관련하여 적극적으로 우대하지 않는 것에 대해서는 그 정당성을 넓게 인정하고, 성과평가 기준처럼 육아휴직 이용자를 더 불리하게 대우하는 것에 대해서는 엄격하게 인정하는 것으로 보인다.⁶⁾

나. 재화 등의 이용과 공급

1) 유아녀를 이유로 한 차별

앞에서 언급하였듯이 임신, 출산에 육아책임도 포함되는 것으로 해석된다면 ‘자녀가 있다는 이유로’ 주택 임차를 거절 당하거나 식당 출입이 제한되는 경우도 임신출산 차별로 포섭할 수 있을지 문제된다. 미국의 경우 Fair Housing Act of 1968에 근거하여 18세 미만 자녀가 있다는 이유로 임대 거절하는 것은 차별로 인정된다. 미국은 이 법에서의 가족 상황(familial status)에 자녀 유무를 포함하는 것으로 해석한다. 이 법에 따르면 자년 유무에 따른 주택 임대 관련 차별의 합리적 이유는 제한적으로 인정되는데, 자년의 수가 너무 많아서 지자체 화재법규 상 거주인원 기준을 초과할 경우, 고령자용 임대주택으로 허가받은 주택인 경우 등이 있다.⁷⁾

2) 불리한 대우

차별로 인한 피해가 확인되지 않아 각하한 사건으로는 임신부는 병실에서 전문의 시험을 치를 수 있게 해달라는 요구를 하며 진정한 경우가 있다. 피진정인은 고시장에 입실하지 못할 경우 지정된 장소 외에서 시험을 치를 수 있도록 모든 조치를 취하고 있으나 이는 불가피한 경우에 해당하는 예외적인 적용으로 이를 규정에 명시하는 것은 형평성 문제의 소지가 있어 어렵다고 주장하였다. 인권위는 분만 관련 상황으로 인해 시험을 못 치르는 상황이 발생하지 않도록 지정된 장소가 아닌 곳에서 시험에 응시할 수 있도록 하는 것이 피진정인의 방침이므로 불이익이 발생하지 않았다고 보고 각하하였다(09진정0001634).

또한 만삭의 임신부가 항공기에서 신체적 불편함을 이유로 비즈니스 좌석으로의 변경을 요청했으나 거절 당한 것이 차별이라고 진정이 제기된 사건에서도 불리한 대우가 특정되지 않았다는 이유로 각하하였다. 만삭의 임신부에 대해 더 좋은 좌석을 제공하지 않은 것이 불리한 대우로 볼 수 없기 때문이다(15-진정-0306700).

3) 합리적 이유

재화와 용역의 이용 관련 임신, 출산 차별이 허용되는 경우는 예외적으로 인정된다. 예컨대 캐나다

5) EEOC, Enforcement Guidance on Pregnancy Discrimination and Related Issues, 2015.

6) 사건으로는 교원공무원 관련 법률에서 별도로 정해진 근거가 없다면, 법률상 정해진 휴직, 휴가 사용일을 성과평가 상 감점 요소로 반영하는 것이 근로기준법, 남녀고용평등법에 반하는 것으로 개선 필요성이 있다.

7) <https://rentprep.com/legal/landlords-refuse-rent-families-children/>

온타리오주 판례와 법령은 “보험사의 기준이 건전하고 허용될 수 있는 보험 관행에 근거한 것이고 적용가능한 대안이 없음이 인정된다면” 보험 서비스 관련 임신, 출산 차별의 예외가 인정될 수 있다고 한다.⁸⁾

다. 교육시설 등의 이용과 제공

교육기관에서의 임신, 출산 차별은 i) 임신, 출산을 이유로 한 정학, 퇴학 등의 불이익 조치, ii) 임신, 출산을 한 학생에 대한 편의제공을 하지 않는 경우, iii) 임신, 출산을 한 학생에게 원치 않는 특별교육 등을 강요하는 경우 등으로 크게 나뉘볼 수 있다.

i)과 관련해서는 불이익 조치의 다른 합법적인 사유가 인정되지 않는 한 임신, 출산 차별로 판단되어야 할 것이다. 또한 임신출산으로 인한 휴학을 다른 질병으로 인한 학업중단 상황과 동일하게 취급하지 않는 경우도 차별로 포섭할 수 있다. 이와 관련하여 국가인권위는 임신 출산에 의한 학업결손에 대해 질병결석(출산휴가) 처리하거나 임신 출산한 학생이 원하는 경우 휴학을 허용하는 방안을 마련하도록(2010년), 임신·출산한 학생에 산전후 요양기간을 보장하도록(2019년) 정책권고한 바 있다. 외국의 경우 임신 출산으로 인한 학업중단 상황을 질병으로 인한 학업중단 상황과 동일하게 취급하는 것도 참고할 필요가 있다. 다른 질병 사유와 달리 임신, 출산에 대해 달리 취급하므로 직접 차별로 보고 엄격하게 그 합리적 이유를 판단해야 할 것이다. ii) 유형은 임신, 출산을 한 학생에 대한 편의제공을 하지 않는 경우로 간접차별의 성격을 갖고 있다. 해당 편의제공을 하지 않음으로 인해 어떠한 불이익이 학생에게 발생했는지를 입증하는 것이 관건이 될 것이다.⁹⁾ 고용 영역과 달리 임신, 출산 학생에 대한 보호 조치 관련 법령상 근거가 없기 때문에 정당화 사유의 인정범위가 달라질 수 있는지 검토가 필요하다. iii)유형의 경우, 임신출산 학생만 별도의 강의에 배치하거나 다른 학생과 분리하는 경우를 상정하여 볼 수 있다. 이와 관련하여 미국 연방 교육부는 당해 학생이 원치 않음에도 강요한다면 법률 위반이라고 판단한다.¹⁰⁾

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> ■ [EU] 출산휴가 중 특별수당미지급에 대한 차별여부 <p>유럽 사법재판소는 의무적으로 부여되는 출산휴가에 있어서 지급되는 임금 중 특별재판수당을 제외하도록 하는 이탈리아의 법이 출산휴가 기간 중 기존과 동등한 임금을 지급하도록 하는 임신·출산 근로자의 사업장에서의 안전과 건강을 보호하기 위한 지침 92/85/EEC 제11조를 위반하였는지 여부와 관련하여 지침 92/85/EEC 제11조의 “임금”은 해당 근로자의 출산휴가 기간 동안 사용자가 근로계약관계에 있어서 직·간접적으로 지급한 대가를 포함하나 이는 실제 근무하는 동안 받게 되는 “임금 전액”과 구별되는 것으로, 지침 92/85/EEC과 이에 관한 판례법에 따를 때 동 지침 제11조 제2항 및 제3항의 최소한의 보호에 급여 전액을 받는 것은 포함되지 않는다고 보았다. 따라서 출산휴가 기간 동안 국가사회보장제도에 따른 소득과 동등한 수준의 소득을 받는다면, 이에 더하여 직업적 수행에 드는 비용(특별재판수당)을 별도로 지급하지 않더라도 지침 92/85/EEC 위반에 해당하지 않는다고 판단하였다. 또한, 출산휴가 기간 중 특별재판수당을 지급하지 않는 것이 「유럽경제공동체설립조약」 제119조(이후 제141조)와 고용과 직업의 문제에 있어서 남성과 여성의 기회 균등과 평등 대우원칙에 관한 지침 75/117</p>
------	--

8)

<http://www.ohrc.on.ca/en/policy-preventing-discrimination-because-pregnancy-and-breastfeeding/9-services-goods-and-facilities>

9) 캐나다 온타리오주는 사용자와 동일하게 교육기관도 임신, 출산한 여성에게 편의를 제공해야 할 의무가 있고, 이를 위반 시 차별이라고 판단한다.

<http://www.ohrc.on.ca/en/policy-preventing-discrimination-because-pregnancy-and-breastfeeding/9-services-goods-and-facilities>

10) <https://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/docs/dcl-know-rights-201306-title-ix.html>

	<p>에 위반하는지와 관련하여 「유립경제공동체설립조약」 제119조(이후 제141조)와 지침 75/117의 급여에 있어서의 평등 원칙은 출산휴가의 목적을 형해화할 정도로 낮은 임금을 지급하는 경우가 아닌 한 출산휴가 기간 동안 여성에 대하여 계속 임금 전액을 지급하도록 규정하지 않으며 지급하여야 할 임금의 결정 기준을 규정하고 있지 않았다는 전제에서 판례법에 따라 출산휴가 기간 동안 근무하던 남성 근로자에 비하여 특별사법수당을 받지 못하였다는 사정만으로 성별을 이유로 한 차별에 해당하지 않는다고 보았다. (Maria Cristina Elisabetta Ormano v Ministero della Giustizia, Direzione Generale dei Magistrati del Ministero, 2016)</p>
<p>해외 차별판단지침</p>	<p>■ 미국 Enforcement Guidance on Pregnancy Discrimination and Related Issues(EEOC-CVG-2015-1) 임신차별금지법(Pregnancy Discrimination Act, PDA) 의회는 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 근거한 차별이 1964년 민권법 제7장(Civil Rights Act of 1964 (Title VII))에 의해 금지되는 성차별의 유형임을 명확하게 하기 위하여 1978년 임신차별금지법(Pregnancy Discrimination Act, PDA)을 입법하였다. 따라서, PDA는 “고용 기회의 평등을 달성하고, 기존 어느 한 집단의 근로자들과 다른 근로자들 사이에 존재하던 장벽을 없애고자 하는” 제7장 (임신)의 목적으로까지 확대되었다. A. PDA 적용 범위 의회는 PDA를 통과시킴에 있어 “출산 과정과 관련한 모든 범위의 사안”에 근거한 차별을 금지하고자 하였으며, 여성에 “임신 이전, 임신 기간 동안 및 그 이후에 재정적으로 및 법적으로 보호받을 권리”를 부여하였다.¹¹⁾ 따라서 PDA는 고용, 해고, 승진, 건강보험 혜택 및 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 다른 근로자들로서 임신을 하지 않은 근로자들과의 동일한 처우 등을 포함하여 임신 및 고용과 관련한 모든 측면에 적용된다. PDA의 적용 범위: 제7장은 PDA 및 그 개정된 바에 따라 다음에 근거한 차별을 금지한다: - 현재의 임신 - 과거의 임신 - 임신 가능성 또는 임신 계획 - 임신 또는 출산과 관련한 의학적 증상</p>
<p>해외법제</p>	<p>■ 미국 민권법 제7장(Title VII of the Civil Rights Act of 1964) Sec. 2000e. [Section 701] (k) ‘성별 때문에’ 또는 ‘성별을 기초로’ 개념은, 제한되는 것은 아니지만, 임신, 출산 또는 그와 관련한 질환을 이유로 한 것을 포함하며; 임신, 출산, 또는 관련 질환을 겪는 여성은, 모든 고용 관련한 목적에서, 부가급여 프로그램에 따른 부가급여 수령을 포함하여, 영향을 없지만 노동능력 또는 무능력이 유사한 다른 사람들과 동일하게 처우되어야 하며, 이 장 [제 703(h)]의 제2000e-2(h)가 그와 달리 해석되는 것은 허용하지 않는다. 이 항은 낙태에 대한 의료보험료 지급을 사용자에게 요구하지 않는다. 다만, 분만일까지 태아를 유지한다면, 산모의 생명이 위급해지는 경우 혹은 낙태로 인해 발생한 합병증은 예외로 한다. 단, 이 항은 사용자가 낙태 의료보험료 지급하거나 낙태와 관련하여 단체협약 달리 정하는 것을 금지하지 않는다.</p>

9. 가족형태 또는 가족상황

가. 고용영역

1) 국가인권위원회 결정이 제시한 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별의 합리성 판단 기준

고용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별의 문제는 가족수당과 같은 금품지급, 또는 가족상 지위를 기준으로 하는 배치전환상 우대와 같은 종류에서 발생하고 있다. 국가인권위원회는 이러한 차별에 대한 판단에서 합리성 기준에 기초하여 차별 여부에 대한 결정을 내리고 있는데, 가족수

11) 124 Cong. Rec. 38574 (daily ed. Oct. 14, 1978) (statement of Rep. Sarasin, a manager of the House version of the PDA).

당과 같은 금품지급은 가족상의 지위를 기준으로 하여 차이를 두는 것이 객관적으로 합리적인지 여부를 판단하고, 배치전환상 우대 또한 기본적으로 객관적 합리성에 기초하여 판단하면서 다른 기관에서 어떻게 처우하고 있는지를 참고하기도 하고 있다. 객관적 합리성 판단 기준으로는, 금품 지급 관련 사안에서는 제한된 자원의 효율적 배분이 합리적 판단의 근거가 되기도 하는 한편, 배치전환의 경우에는 업무상 필요성과 인사권자의 인사상 재량권이 합리적 판단의 근거가 되기도 한다. 여성에 대한 우대정책이 문제되는 경우에는 그것이 모성보호적 측면에서 필요한지 여부가 합리적 판단의 근거가 되기도 한다.

2) 비교대상의 판단

국가인권위원회가 고용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별의 문제를 판단하면서 보여주는 비교대상의 판단 기준은 명확하지 않다. 비교대상이 누구인가에 따라 합리적 이유가 없는 차별의 성립 여부가 달라질 수 있는데, 예를 들어 동일한 가족수당의 지급이 가족상의 지위를 이유로 다르게 처우된 사건들에서, 한 사건은 차남이라는 지위가, 한 사건은 조카라는 지위가 문제되었다. 이때 차남이라는 가족상의 지위에 대한 비교대상은 장남일 수도 있지만, 차남이 아닌 다른 지위의 사람일 수도 있다. 이 사건에서 국가인권위원회는 장남에 비하여 차남이라는 지위로 가족수당을 받지 못한 것은 직계존속의 부양을 장남이 책임져야 한다는 전통적인 성역할에 따른 고정관념을 반영한 것이기 때문에 합리적 이유가 없는 차별이라고 보았는데, 비교대상을 넓혀 차남이 아닌 다른 지위의 사람과 비교한다면 가족수당은 장남 이외 다른 사람들도 받을 수 없는 상황이었기 때문에 반드시 불이익이 있었다고는 볼 수 없게 된다. 불이익한 처우에 대한 비교가 불이익을 받은 집단과 불이익을 받지 않은 집단 간에 이루어져야 하는지, 아니면 특정한 지위를 가진 사람과 그러하지 않은 사람간에 이루어져야 하는지, 그도 아니라면 다른 어떤 기준이 있어야 하는지에 대한 분명한 기준 없이 성역할 고정관념이 작동하였다고 볼 수 있음을 이유로 차별을 인정하는 것은 합리적인 기준일 수 있는지에 대한 의문이 발생할 수 있다.

3) 가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 차별의 합리적 기준의 문제

고용상 임금차별이 문제되는 경우 사업주의 자원의 유한성을 고려하지 않을 수 없다. 따라서 제한된 자원을 효율적으로 배분하기 위해 일정한 기준을 두고, 그 기준을 충족하는 사람들에게만 특정 금품을 지급하는 것이 금지되는 차별적 행위라고 보기는 어려울 것이다. 특히 인력을 채용하거나 해고하는 과정, 임금의 액수를 결정하는 과정, 배치전환을 통해 경영의 효율성을 달성하는 과정 등에서 그러하다. 다만, 가족형태나 가족상황이 이러한 차이의 정당한 합리적 근거가 되는가에 대해서는 신중하게 고려할 필요가 있다. 우리나라의 회사들은 전통적인 가족형태를 고려한 인사 및 상여제도를 두는 경우가 많다. 사례들에서 나타난 가족수당과 같은 것이 그 대표적인 예이다. 그런데 가족의 형태는 다양해지고 있고, 1인 가족의 증가, 비혼가족의 증가 등 기존의 정형적인 가족형태를 벗어난 경우들이 많아지고 있다. 이러한 가족형태를 갖는 사람들은 전통적인 가족형태를 고려한 인사 및 상여제도의 대상이 아닐 수 있다. 제도적으로는 부양가족의 존재 여부, 가족상 지위 등에 기초한 인사 및 상여제도가 다양한 가족형태를 고려하도록 개선해나갈 것이 필요하다. 국가인권위원회가 차별시정의 권고를 내리면서, 전통적 가족상 지위에 근거한 제도들에 대해 개선을 요구하는 것에 대해서도 고려할 필요가 있다.

4) 복합차별의 문제

가족형태 및 가족상황에 관한 사례는 혼인여부, 성, 병력 등을 이유로 하는 차별의 이유들이 함께 작용하는 경우가 있다. 차별금지사유가 복합적으로 작용하게 되는 것이다. 장애인차별금지법과 같은 경우에는 이러한 복합적 이유가 원인이 되어 발생하는 차별의 경우, 차별의 주된 이유가 장애에 있다면 그것을 장애차별로 본다고 규정하고 있지만, 국가인권위원회법에서는 복합차별의 경우에 대한 판단 기준을 명시하지 않고 있다. 장애인차별의 경우에 준하여, 국가인권위원회법상 차별금지사유가 복합적으로 원인이 되는 차별의 경우 차별의 주된 이유가 어디에 있는지를 판단한 후 해당 사유에 의한 차별로 판단해야 할 것이다.

다만 이것이 분명하지 않은 경우들이 분명히 있을 수 있다. 예를 들어, 차별이 인정된 사례 가운데 장녀에게는 지급하지 않는 가족수당을 무남독녀나 장남에게는 지급하는 경우가 있다. 이 사례는 장녀의 비교대상을 ‘무남독녀’인 여성으로 보는 경우 가족상황을 이유로 하는 차별이라고 볼 수 있지만, 비교대상을 ‘장남’으로 보는 경우에는 성을 이유로 하는 차별이라고 볼 수 있다. 그러나 실제 사례 판단에서 국가인권위원회는 비교대상이 누구인지를 분명하게 밝히지는 않고, 다만 여성은 무남독녀인 경우에만 가족수당이 지급되고, 남성은 무녀독남일 조건을 요구하지 않는다는 것을 이유로 차별의 합리적 이유가 없다고 판단하였다.¹²⁾ 이 사건 자체는 성차별의 문제로 다루어졌지만, 사실 복합적인 사유가 존재한다고 볼 수 있는데, 이러한 사례들을 어떻게 분류해 판단할 것인가에 대한 기준이 분명하지 않은 것은 문제이다. 비교대상의 문제는 차별의 합리성 판단에도 영향을 미칠 수밖에 없기 때문이다.

나. 재화 등의 공급과 이용 영역

1) 인권위원회의 재화 등의 공급과 이용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별의 판단 기준

재화 등의 이용과 공급에 있어 가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 차별의 합리성이 인정되지 않은 사례가 많지는 않기 때문에 국가인권위원회의 판단 기준이 어떠한지 분명하게 말하기는 어렵지만, 가족관계에 있어서는 법이나 제도상의 형식을 중요하게 볼 것이 아니라 가족으로서의 실질을 우선시해야 한다는 것, 가족관계를 이유로 재화 등의 이용과 공급에 있어 구분이나 배제, 불이익 처우가 이루어지는 경우에는 설사 그것이 경영상 재량의 영역에 속하는 것일지라도 남용되어서는 안된다는 것을 제시하고 있다.

한편, 재화의 이용이나 공급에 기초가 되는 자원의 유한성으로 인하여 법이나 제도가 일정한 자격을 갖춘 사람에 대하여 우선순위를 부여하는 것은 차별행위로서 구분의 합리적 이유가 되는 것으로 보는 것이 일반적인 국가인권위원회의 입장인 것으로 보인다. 다만, 물론 이 경우 그러한 제도상 기준 자체가 합리적이어서 차별이 아님을 기초로 하고, 그러한 기준이 합리적인지 여부는 해당 기준을 두어야 하는 필요성, 재화의 이용이나 공급상 자원의 유한성, 누구에게 해당 재화의 이용이나 공급이 더 필요한지, 대체·보완 수단이 존재했고 이를 제공하였는지 여부에 따라 판단한다.

2) 비교대상의 문제

12) 16진정0030800

가.에서 제기한 바와 같이, 국가인권위원회가 차별의 합리성을 판단할 때 비교대상이 분명하게 드러나지 않는다는 것이 중요한 문제이다. 비교대상의 판단은 차별의 합리성과 중요한 연관성을 갖고 있는 바, 이에 대한 보다 객관적이고 명시적인 기준을 제시하여 줄 것이 요구된다.

3) '가족형태 또는 가족상황'의 의미의 해석과 범위

'가족형태 또는 가족상황'의 의미가 명시되어 있지는 않기 때문에, 1인 가구의 권리가 여기에 포함되는지 여부가 문제될 수 있다. '가족'이라는 전제는 2인 이상의 복수를 의미하기 때문에, 1인 가구에 대해서 이루어지는 정책적 배제 내지 재화이용에 있어서의 차별과 같은 것이 '가족형태 또는 가족상황'의 차별에 해당하는지 여부가 문제될 수 있는 것이다. 이것은 차별금지사유 가운데 1인 가구로서 겪는 문제가 다른 사유로서 다루어질 가능성이 있는지 '가족형태 또는 가족상황'으로만 다루어질 수 있는지 여부를 따져볼 필요가 있을 것이다. 가능한 범주가 '사회적 신분'이라고 볼 수 있는데, 사회적 신분이 고정적이어서 쉽게 변하기 어려운 사회적 지위라고 할 때, 1인 가구라는 조건은 사회적 신분이라고 보기는 다소 어렵다. 1인 가구가 겪는 차별의 문제를 다룰 필요가 있는 경우에는 '기타'사유로 포함시키지 않는 한 '가족형태'의 하나로서 다루어야 한다. 현재 국가인권위원회에 제기된 가족 관련 사례들은 대체로 가족상황과 관련되어 있고 가족형태 부분과 관련된 사례는 별로 찾아볼 수 없는데, 가족형태는 가족의 형태를 갖추고 있는가 아닌가에 따른 차별의 문제로도 접근할 수 있기 때문이다. 즉 가족형태를 이유로 하는 차별은 1인 가구를 대상으로 하여 이루어지는 차별을 포함한다.

한편, 가족형태에 가족구성권 즉 가족을 구성할 권리가 포함되는지 여부가 문제될 수 있는데, 예를 들어 이성애 가족 이외 동성애 가족을 구성할 권리가 있는지와 관련된 것이다. 예를 들어 캐나다 온타리오 인권법은 '가족상황(family status)'에 근거한 차별을 금지하면서, '가족상황'을 '부모 자녀관계가 되는' 것으로 정의하는데, '부모 자녀관계'의 형태는 매우 다양하므로, '혈연이나 입양이 아니더라도 돌봄, 책임, 계약과 유사한 관계를 지닌 상황'을 포함하는 것으로 볼 수 있다.¹³⁾ 그 사례로 (입양, 위탁, 의붓부모를 포함한) 자녀에 대한 부모의 돌봄, 장애를 가진 친족이나 부모에 대한 성인의 돌봄, 그리고 레즈비언, 게이, 양성애, 트랜스젠더로 구성된 가족들을 포함한다. 다양한 가족상황은 다양한 가족구성권의 권리를 전제하고 있는 것이다.¹⁴⁾ 이러한 가족구성권이 차별금지사유로서 현행 국가인권위원회법상 '가족형태 또는 가족상황'에 포함될 수 있는지가 현행 법 해석상 문제될 수 있는 것이다. 다만, 동성애 가족 구성권은 성적 지향을 이유로 하는 불이익한 처우의 문제와 관련되어 있을 수 있다. 동성애 가족이 사실혼을 구성하고 있을 때, 고용상 이성애 가족을 구성한 법률혼 근로자에게는 결혼축의금, 결혼휴가, 가족수당 등을 지급하면서 동성애 가족에게는 지급하지 않는 경우와 같이 말이다. 이러한 문제를 성적 지향에 의한 차별의 문제로 판단할 것인지, 아니면 가족형태 또는 가족상황에 의한 차별의 문제로 판단할 것인지 기준을 세울 필요가 있다.

다. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용 영역

1) 인권위원회의 교육시설 등의 이용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별에 대한 판단 기준

13) <http://www.peoplepower21.org/Welfare/1486487>

14) <http://www.peoplepower21.org/Welfare/1486487>

사례가 많지 않기 때문에 명확하게 인권위원회의 차별판단기준을 말하기는 다소 어렵다. 다만, 다른 영역에서도 그러하였지만, 친부모나 계부모 관계와 같은 가족상황이 차별의 이유가 되는 경우에는 차별의 합리성을 인정하지 않고 있다. 그러나 제한적인 자원을 최대한 효율적이면서 효과적으로 활용하기 위하여 객관적인 기준을 세우고, 특히 그 기준이 소수자에 대한 보호를 위해 다수자에게 어느 정도 불이익을 주게 될 수밖에 없는 경우 등에는 금지되는 차별로 보지 않는다.

2) 비교대상의 문제

역시 사례가 많지 않기 때문에 비교대상의 문제를 적극적으로 거론하기는 다소 한계가 있지만, 다른 경우와 마찬가지로 비교대상성을 어떻게 판단할 것인가에 따라 차별의 합리성 판단이 달라질 수 있다는 측면이 고려되어야 한다. 특히 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별이 교육시설 등의 이용 영역에서 나타나는 경우에는, 가족형태나 가족상황의 다양성, 가족형태나 가족상황이라는 차별 금지사유의 유동성(즉, 예를 들어 가족의 형태는 늘 변화될 가능성이 있고, 가족내 지위 또한 고정되어 있지 않다는 점)은 어떤 범위의 비교대상자를 차별의 비교대상으로 삼는가에 따라 결과에서 큰 차이가 있을 것으로 보인다.

3) 관계적 차별의 문제

가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 차별에서는 관계적 차별이 문제될 수 있다. 관계적 차별이란 예를 들어, B의 법적으로 보호받는 속성에 기초하여 B의 집단과 관계를 맺고 있는 A를 다르게 처우하는 것을 의미한다. 진정 사건 중에는 항공운항학과 입학시험 서류전형 합격자가 신체검사를 하였는데, 모계에서 유전확률이 높은 조현증 병력이 있음을 확인하고 진정인을 신체검사서 불합격 처리한 경우가 있다.¹⁵⁾ 당사자와 직접적 관련성이 없는 가족의 병력을 이유로 불이익한 처우가 이루어진 것인데, 연좌제와 같은 관행이 있었던 우리 사회에서 차별형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별을 판단하는 경우 그것이 이러한 관계적 차별에 해당하는지 여부에 대하여 주의할 필요가 있다. 관계적 차별은 법적 개념은 아니지만 차별의 한 형태로서 공식적으로 인정될 필요도 있다.

4) 차별영역의 문제

한편, 기존 국가인권위원회 사례들 가운데 어린이집과 유치원의 선발대상 기준이 문제된 경우가 있다. 보육시설이 제한되어 있기 때문에 보육 대상자들을 선발하는 기준이 종종 문제가 되고, 이 문제는 앞으로도 계속될 것으로 보이는데, 여기에서 어린이집과 유치원이 차별 영역 가운데 어디에 해당하는지 구분이 사실 명확하지 않다. 본문에서는 어린이집은 국가인권위원회법 제2조 제3호 나목의 상업시설로 분류하는 한편, 유치원은 같은 조, 같은 호의 다목 교육시설로 분류하였는데, 그 이유는 어린이집은 영유아보육법상 “보육”기관이고, 유치원은 유아교육법상 “교육”기관이기 때문이다. 그런데 이러한 형식적 분류가 합리적인지는 모르겠다. 우리나라에서 어린이집과 유치원은 연계운영되는 경우가 많고, 법적 기능이 다르기는 하지만 실질적 기능이 본질적으로 다른 것인가에 대한 의문도 있기 때문이다. 게다가 어린이집을 상업시설로 분류하는 것은 어딘가 어색하기도 하다. 국가인권위원회가 사건을 다룸에 있어 큰 문제가 되는 사안은 아닐 것이지만, 어린이집도 국가인권위원회법 제2조 제3호 다목의 교육시설 중 하나로 포함시키도록 명시하는 것을 고려해볼 수 있다.

15) 13진정0051500

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> ▪ [캐나다] 가족의 직업을 이유로 한 차별 정규직 직원 및 시의원의 직계 가족 구성원이 시에서 고용되지 못하게 하는 반-족벌주의 정책(anti-nepotism hiring policy)이 시민적 신분에 의한 차별에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다. SCC는 “시민적 신분(civil status)” 라는 용어는 어머니와 딸 사이의 관계를 포함하여 많은 종류의 가까운 가족관계를 의미한다고 보아 판단하고, Brossard시의 반-족벌주의 정책이 시민적 신분에 근거한 차별이라고 판결했다.(Brossard v. Quebec (Commission des droits de la personne) [1988] 2 SCR 279) ▪ [캐나다] 가족상의 지위를 이유로 한 해고 신분에 근거한 적대감으로 해고한 것이 가족관계(family status) 및 혼인상태(marital status)에 따른 차별인지 여부가 쟁점이 된 사안에서 A씨는 Ontario 인권위원회(Human Rights Commission)에 자신의 해고가 고용 차별에 해당한다고 구제를 신청하였고, 조사위원회는 동해고가 가족관계(family status) 및 혼인상태(marital status)에 따른 차별이라고 판단하였다. B가 위원회의 결정에 대하여 Ontario Divisional Court에 제소하였고, Ontario Divisional Court은 해고가 특정 관계와 관련된 것이 아니라 일반적으로 자신의 상태와 관련이 있다고 판단했다. 이후 Ontario Court of Appeal은 A가 아내와 딸의 신분에 근거한 적대감으로 해고되어 차별을 받았다고 보아 위원회의 결정을 지지하였다. 대법원은 항소법원의 해석을 지지하면서, 추가적으로 법 제24조 제(1)항 제(d)호가 그 코드는 일반적인 규칙의 예외로서 족벌주의(nepotism)나 반-족벌주의(anti-nepotism) 정책을 언급하고 있는 것은 배우자나 친척의 신분 때문에 차별 대우로부터 근로자들을 보호하려는 입법적 의도가 있다고 판단하였다. (B. v. Ontario (Human Rights Commission), 2002 SCC 66)
------	---

10. 전과

가. 고용영역

1) 심사척도의 이원성

인권위원회의 결정을 통해 권고 결정과 기각 결정에서 차별의 판단기준이 달리 적용되고 있음을 볼 수 있다. 인용된 결정에서는 비례성 심사에 따라 판단된 사례가 있다. 여기서는 전과 이력에 근거한 제한의 목적에 대한 정당성을 인정하되 차별적 취급의 적절성 또는 침해 최소성 등이 고려되었다. 반면, 기각된 경우 대부분 합리성 심사에 따라 판단이 이루어지고 있다. 차별적 취급의 정당성은 수행 업무의 내용과 성격(예컨대 쓰레기 무단투기 단속업무 등 업무가 가지는 공공성 및 보안성, 선박안전교육의 신뢰도 등)에 근거하여 그 차별적 취급의 정당성이 인정되었다. 합리성 판단기준에 따라 차별의 여부에 대한 결론이 달라지고 있다. 전자의 경우 전과의 내용이나 성격에 비추어 차별의 수단이나 방법에 대한 판단이 구체적으로 이루어졌다면, 후자의 경우 전과의 속성에 대한 판단 없이 차별의 목적에 비추어 합리성 여부를 판단하였다.

이처럼 사건에 따라 판단기준의 적용을 달리하는 데에 어떤 기준이 적용되는지 분명히 드러나지 않으나 대체로 사안의 내용에 따라서 심사기준을 달리 삼고 있는 것으로 추측해 볼 수 있다. 그러나 이러한 방식이 바람직한 것은 아니고 또 판단기준을 어떻게 삼느냐에 따라 결과가 달라질 가능성이 있으므로 일정한 적용기준을 마련할 필요가 있다.

2) 민간영역과 구분되는 공공부문의 특징 고려

진정 사건은 모두 공공부문에서 이루어졌는데, 이 때 민간부문에서의 모집·채용에 비해 고도의 도덕성 내지 윤리성이 요구되고 있다는 점이 유의된다. 특히, 군 임관이나 유급지원병 모집 등 군인사와 관련하여 배제된 경우 임무의 특수성(직무상 요구되는 윤리의식)과 군인사법, 군사보안적무심사 규정 등이 적용되어 차별로 보지 않았다. 이를 반대로 해석하면, 공공부문에 비해 상대적으로 근로자의 인격이나 신뢰성을 크게 묻지 않는 민간부문에서의 고용에서는 전과를 이유로 한 차별이 직무와 본질적 상관성이 객관적으로 입증되지 않는 한, 윤리의식과 같은 개인의 도덕성이 합리성 판단 요소로 큰 비중을 차지하지 않을 것이다. 그리고 공공부문에서는 근거 법령에 따라 전과조회가 이루어지고 이에 대한 논쟁도 거의 없으나, 민간 부문에서는 형실효법이나 개인정보보호법 등과 같은 법령상 예외에 해당하지 않으면 구직지원자나 근로자에게 실효된 전과를 공개할 것을 요구할 수 없으므로 구직지원자나 근로자의 동의 없이 행해진 전과 조회에 근거한 고용 차별은 합리성 없는 차별에 해당될 수 있다.

따라서 민간 부문에서의 전과로 인한 차별이 문제된 사례는 아직 발견되지 않지만, 향후 이와 관련한 진정 사건이 발생하면 지금까지 인권위원회에서 다루어진 판단기준과 다르게 전과 조회의 타당성 여부, 해당 실효된 전과가 업무 수행에 본질적으로 연관이 있는지 여부 등을 핵심적으로 파악하여야 할 것이다.

3) 신원조회 등 전과 기록 열람의 합리성과 관련한 문제

국가인권위원회 결정을 통해 「공무원법」 또는 「지방공무원법」에 의한 공무원 결격사유 조항에 근거하거나 또는 그러한 법을 준용한 인사규정상 ‘직원채용시 결격사유’ 규정 등에 따라 진정인의 신원조회가 이루어진 것을 볼 수 있다. 이러한 신원조회는 근거 법령이나 규정에 따른 것으로 합리성이 있다.

그러나 형실효법에 따라 범죄경력이나 수사경력 등을 조회하는 것이 제한되고 있지만, 공무원법 등이 적용되지 않는 공공·민간업체에서도 사용자가 신원조회를 직원채용의 심사 기준으로 삼아 범죄경력증명서 등의 요구나 전과 여부를 묻는 것이 문제될 수 있다. 특히 전과기록의 회보는 전과자가 생업에 종사할 수 있는 기회를 원천적으로 봉쇄하는 요인으로 작용할 수 있으므로 심각하게 고려할 만한 문제가 된다. 전과조회가 가능한가, 가능하다면 어디까지 허용될 수 있는가, 알려진 정보를 기초로 채용여부를 결정하거나 채용 후 전과 이력을 알게 된 경우 해고하는 것은 정당한가 등이 문제될 수 있다.

헌법재판소는 개인정보자기결정권을 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리”로 정의하고 이를 독자적인 기본권의 하나로 승인한 바 있다.¹⁶⁾ 개인정보자기결정권은 단순히 타인에 의한 개인정보의 취급을 억제하는 것 뿐 아니라 개인이 자신에 관한 정보를 적극적으로 형성하고 조절하는 측면으로도 이해된다. 이에 따라 정보의 수집 뿐 아니라 보유 및 이용에 대해서도 통제권을 가지는 것으로 볼 수 있다.¹⁷⁾ 그리고 이를 보장하기 위해 「개인정보보호법」과 같은 법령이 제정되어 있다. 개인정보보호법 제23조는 범죄경력자료에 해당하는 정보를 ‘감정정보’로 규정하고 정보주체에게 정보처리에 대한 동의를 받거나 법령에서 요구하는 경우에만 처리할 수 있도록 하고 있다. 만약 정보주체의 동의를 얻지 않은 채 개인정보의 수집, 축적, 이용, 제공 등의 조치가 이루어진다면 개인정보자기결정권이 제한된 것으로 볼 수 있을 것이다. 즉, 신원조회 등 전과기록 열람은 관련법령에 명시적으로 규정된 경

16) 헌법재판소 2005.5.26. 99헌마513·2004헌마190 결정.

17) 권건보, “전과자의 채용거부와 신원조회의 정당성”, 「고시계」(통권 614호), 2008, 76면.

우에 실시되는 것이 원칙이고 개인의 동의가 있는 경우에만 특별히 허용된다. 형실효법 제6조 제1항에서 범죄경력조회 및 수사경력조회 회보에 대해 근거 규정을 두고 있고 개인정보보호법 제18조 제2항은 정보주체의 동의가 있는 경우 개인정보를 제3자에게 제공하거나 이용할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 범죄경력이나 수사기록에 대한 기록은 특수한 개인정보로서 이에 대해서는 형실효법이 우선적으로 적용되는 것으로 보아야 할 것이고 형실효법 제6조 제1항에서 규정한 바와 같이 조회 목적에 필요한 최소한의 범위 내에서 실시되어야 한다. 또한 개인정보법이 적용되더라도 동법 제18조 제2항 단서에서 정보주체의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때에는 제3자 제공이나 이용을 금지하고 있다는 점을 유의하여야 한다.¹⁸⁾

한편, 사용자가 채용지원서에 실효된 전과를 표시하도록 하거나 실효된 전과에 대해 서면 또는 구술로 질문하거나 평가하는 행위 등을 하는 것에 대해 2008년 차별판단지침에서는 차별로 파악하고 있다.¹⁹⁾ 물론 사용자가 근로자를 채용함에 있어 신상관련 질문을 하는 것은 채용의 자유이자 경영권의 재량에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 설문지 내용이 근로자의 정보에 대한 자기결정권을 제한하는 것일 수도 있으므로 근로자의 이익과 사용자가 근로자에 대한 정보를 획득해야 하는 이익에 대한 형량이 요구된다. 이와 관련하여 독일의 경우 사용자의 질문에 대한 답변이 “정당하고 동의할만하며 보호가치가 있는 이익을 가지고 있는 것” 즉, 당해 일자리 또는 수행하여야 할 업무를 위해 의미 있는 경우 사용자의 질문이 허용된다.²⁰⁾ 구체적으로, 지원자의 전과 여부가 해당 업무 및 직장에서의 보호이익과 관련되는 경우에 질문이 허용된다. 예를 들어, 운전기사 채용시 교통법규 위반전과 여부, 창고관리인 채용시 절도죄 전과 여부, 경리직원 채용시 재산관련죄 전과 여부 등은 질문이 허용된다고 보는 것이다.²¹⁾ 요컨대, 전과기록 정보를 사용자가 획득하고자 하는 데에는 ‘직무와의 관련성’이 요구되고 이것이 차별의 합리성 여부를 판단하는 중요한 기준이 된다.

4) 진정직업자격의 기준

진정직업자격은 특정 직무나 사업 수행의 성질상 차별이 불가피한 경우 차별의 예외로 인정된다. 이는 직업의 수행에 본질적인 요건으로, 전과 이력이 업무의 본질과 관련이 있음이 확인되어야 하고 이는 사용자에게 의해 객관적으로 증명되어야 한다. 따라서 직업의 수행에 부수적인 요건이나 주변적인 요건은 여기에 포함되지 않는다. 국가인권위원회 결정을 보면, 전과 기록이 있다는 것만을 이유로 차별하는 것에 대해서는 합리성을 인정하지 않고 진정인의 범죄경력과 해당 직무의 내용이나 성격 등과의 관련성에 비추어 당해 차별이 합리적인지 여부를 판단하고 있다. 그리고 직업수행에 고도의 윤리성이나 정신적 안정성 등이 요구되는 경우 진정직업자격에 해당될 수 있다고 본다. 범죄경력이 없을 것이 직업의 수행에 본질적이고 불가결한 요소인지 여부에 대한 결정은 각 직업별 또는 직무별로 개별적으로 판단되어야 한다. 이 때 범죄를 저지른 시기의 나이 또는 범죄경력이 발생한 시점으로부터 현재까지 경과한 시간 등도 함께 고려될 필요가 있다.²²⁾

그리고 아동과 함께 하는 직업에서 범죄경력이 있는 자를 배제하는 차별행위는 아동의 안전과 복지를 목적에 비추어 허용될 것이다. 현행 「아동청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘청소년성보호법’)」은 학교, 학원, 상담소, 아동복지기관, 경비업 등 아동·청소년 관련 기관에 성폭력범죄자의 취업(운

18) 권건보, 위의 논문, 79면.

19) 국가인권위원회, 「차별판단지침」, 2008, 339면.

20) 박귀천, “근로자 채용시 사용자의 질문에 대한 제한”, 「노동법연구」 제23호, 서울대학교 노동법연구회, 2007, 108면.

21) 박귀천, 위의 논문, 118면.

22) 국가인권위원회, 「차별판단지침」, 2008, 343-344면.

영, 취업·노무)을 제한하고 있기 때문이다(제56조). 또한 해당 기관은 지원자의 동의를 받아 성범죄경력에 대한 조회를 할 의무가 있다.

한편, 직업상 다른 사람이나 자신의 건강이나 안전과 관련되어 있는 것이 직무의 고유한 요건인 경우가 있다. 그러나 이 경우에도 다른 사람에 대한 위협의 정도를 신중하게 판단하여야 하고, 실현된 위협의 결과에 대한 평가가 언급되어야 한다.²³⁾

5) 범죄와 업무의 상관성에 대한 판단기준

전과 이력을 이유로 직업이나 직위를 제한하려면 그 해당 직업이나 직위에 있는 자의 업무가 공익과 공정성, 신뢰성과 긴밀하게 연관되어 있고 전과 이력이 그 업무와 연관성을 가져야 한다. 전과와 직무의 상관성 정도에 따라 그 합리성 여부가 달라질 수 있다. 국가인권위원회 결정 가운데 대통령 경호 보안 등을 이유로 신원조사의 타당성이 인정되어 모니터단 합격이 취소된 것이 차별이 아니라고 본 사례가 있는데, 여기서 신원조회 결과에 따른 진정인의 범죄경력과 모니터단의 취소의 연관성은 명확히 밝히지 않았다.²⁴⁾ 이 사건에서 진정인의 신원조회가 이뤄진 점, 전과를 이유로 모니터단 합격이 취소된 점 두 가지가 쟁점이 되었는데, 신원조회는 대통령 경호를 위한 것으로 인정되어 인권침해에 해당하지 않는다고 보았고, 그 결과에 근거한 합격취소는 현저하게 불합리한 것은 아니라고 보아 차별에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그러나 진정인이 종사하여야 할 모니터단 업무가 진정인의 폭력행위·명예훼손·업무방해 등의 전과기록과 밀접한 상관성이 있는지 여부는 면밀하게 심사하지 않았다. 전과와 직무의 상관성 정도를 좀 더 구체적으로 판단하였다면 합리성 여부의 결과가 달라질 수도 있을 것이다.

한편, 전과의 내용은 직무와의 상관성 여부에 중요한 판단 기준이 된다. ‘특정의 전과나 혐의사실’이 업무의 본질과 밀접한 관련이 있어야 한다. 업무의 본질과 관련이 없는 전과기록을 이유로 한 차별은 단지 전과만을 이유로 한 차별에 해당할 수 있다. 이와 관련하여 소년 보호처분 경력에 근거하여 유급지원병에서 배제된 사례를 볼 수 있다. 이 사건에서 진정인은 소년법상 제32조 제6항에서 ‘소년 보호처분이 소년의 장래 신상에 어떠한 영향을 미치지 않는다’는 규정이 있음에도 불구하고 유급지원병에서 배제되었는데 그 근거는 다소 미흡하다.²⁵⁾ 인권위원회는 소년보호처분 사건 해당자가 유급지원병에 합격한 사례가 있다는 점에서 당해 진정인에 대한 배제가 합리성 없는 차별이 아니라고 하였으나 진정인이 비교대상자와 어떤 점에서 차이가 있는지 구체적으로 밝히지 않았다. 만약 동일하게 소년보호처분을 받은 자 가운데 유급지원병에 합격한 자와 달리 취업한 것에 합리성이 인정되려면 전과와 관련하여 구별되는 것 예컨대, 범죄의 종류나 경중 등이 구체적으로 판단되어야 한다. 따라서 구직자 또는 근로자의 전과 경력과 업무의 상관성을 판단할 때 전과를 둘러싼 구체적인 정보가 고려될 필요가 있다. 예컨대, ①어떤 종류의 범죄인지, ②범죄 사실의 심각성과 문제되는 업무와 어느 정도 관련성이 있는지, ③범죄사실은 인정되나 유죄판결을 받았는지, ④범죄 사실 발생 당시 연령이 얼마인지, ⑤성년이 된 이후인지 청소년 시기인지, ⑥범죄가 발생한 시기로부터 얼마나 경과되었는지, ⑦범법의 경향(상습성 등), ⑧범죄 사실이 발생한 배경과 환경(직장, 가정 등), ⑨범죄 사실이 있는 때로부터 지원자의 환경이 변화되었는지 여부, ⑩해당 전과가 법령 등에서 비범죄화로 되었는지 여부, ⑪과거 범죄경력에 대한 지원자의 태도 등 전과를 둘러싼 세부적인 정보가 함께 판단되어야 한다. 이와 같은 정보는 채용시 직무 수행에 대한 적합성 판단 뿐 아니라 승진이나 인사이동 등을 고려할 때에도 유용할 수 있을 것이다.²⁶⁾

23) 김진, 김태선, 「차별판단지침에 대한 외국사례 조사」, 국가인권위원회, 2006, 118면.

24) 국가인권위원회 09진인0005244

25) 국가인권위원회 14진정0116700

나. 재화 등의 공급과 이용 영역

1) 범죄의 성격이나 종류 등 구별의 필요성

인권위원회가 차별의 합리성 판단을 할 때 제도의 취지나 달성하고자 하는 목적과 전과가 어느 정도 상관성을 가지고 있는지 여부를 판단하고, 이 때 전과의 종류와 형량 등 전과의 내용을 구체적으로 살펴보고 있다. 국가인권위원회 결정을 보면, 침해되는 사익과 달성하려는 공익을 비교형량하면서 범죄의 구체적인 내용과 성격을 고려하였다. 귀화허가 심사 사건에서 인권위원회는 사회 구성원과의 조화를 이룰 수 있는지 여부를 판단하면서 진정인의 무면허 운전과 쌍방상해의 전과는 반사회적 성격을 내포하고 있다고 보기 어렵다고 판단하였고²⁷⁾, 교도소 잠금장치 설치를 위한 업무수행 작업자 가운데 마약류 관리법 위반의 전과가 있는 진정인에 대한 출입을 거부한 것은 합리성이 있으나 사기와 경범죄의 전력이 있는 작업자에게까지 일괄적으로 출입을 통제하는 것은 교정시설의 보안유지라는 목적에 비추어 보더라도 과도한 제한으로 볼 여지가 있다고 판단하였다.²⁸⁾ 인권위원회는 이처럼 전과의 종류를 구분하여 재화 등의 공급과 이용상의 차별이 무분별하게 이루어지지 않도록 할 필요가 있음을 지적하고 있다. 차별의 합리성 여부를 판단할 때 전과의 종류와 성격을 구체적으로 고려하도록 하는 것은 판단근거로서 유의미하고 타당하다.

2) 전과의 구체적 내용에 대한 판단

전과의 구체적 내용을 검토할 때 합리성을 인정하기 위해 어느 정도까지 수용할 수 있는지, 또는 전과의 내용을 어떻게 구분하여 볼 것인지 그 범위와 한계가 모호한 문제가 있다. 이 때 어떠한 관점을 취하느냐에 따라 그 판단이 달라질 수 있다. 예컨대, 앞서 본 결정 가운데 귀화허가 심사에서 무면허 운전과 관련한 전과로 인해 탈락된 사례에서, 피진정인은 무면허 운전이 고의에 의한 범죄고 이는 타인의 생명 등을 해칠 위험도 있기 때문에 그 범법행위의 경중을 따질 수 없는 만큼 이는 사회구성원의 조화에도 영향을 미치는 것이라고 주장한 반면, 인권위원회는 전과의 속성이 생활수반형 전력으로 반사회적 성격을 내포하는 것으로 보기 어려워 기존 구성원과의 조화를 목적으로 하는 공익의 보호와의 비교형량에서 진정인의 전과에 따른 배제는 과도하다고 판단하였다.

이 경우 결국 재화나 용역의 이용이나 공급 등에서 추구하고자 하는 목적이나 제도의 취지를 고려하여 수용될 수 있는 전과의 범위를 판단할 수밖에 없을 것이다. 그러나 전과의 속성이나 내용을 피진정인과 같이 넓게 해석하면 제도의 취지에 부합하는 허용의 범위가 줄어드는 반면, 인권위원회의 판단처럼 좁게 보면 추구하고자 하는 목적에 포섭될 여지가 커질 수 있다. 즉, 전과의 성격이나 속성을 어떠한 관점으로 보느냐에 따라 판단의 결과가 달라질 수 있는 것이다. 따라서 일관된 판단 기준이 요구되는데, 여기에는 주관적 가치판단이나 관점보다는 판단 시 고려되어야 할 일정한 요소들을 두는 것이 보다 타당할 것이다. 고려 요소로서 앞서 본 바와 같이 전과를 둘러싼 구체적 정보, 예컨대 범죄 행위에 따른 유죄판결의 유무와 정도, 발생시기와 그로부터 경과한 기간, 범죄행위의 상습성 등이 될 수 있다. 그리고 전과의 내용이 진정 사건에서 문제되는 활동이나 행위와 직·간접적 연관성이 있는지 여부도 주요하게 영향을 미칠 수 있을 것이다.

26) 김진, 김태선, 「차별판단지침에 대한 외국사례 조사」, 국가인권위원회, 2006, 133면.

27) 국가인권위원회 11진정0098500.

28) 국가인권위원회 10진정0433600.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> ▪ [캐나다] 형의 집행으로 결근한 직원의 해고에 대한 차별 여부 SCC는 징역으로 인하여 결근한 직원을 해고하는 것은 형사 유죄판결에 근거한 차별에 해당하지 않는다고 판단하였다. 대법원은 인권법상 “형사 유죄판결” 조항의 목적은 유죄판결에 수반 될 수 있는 낙인 때문에 개인이 노동시장에서 부당하게 배제되는 것을 방지하는 것이라는 판시하였다. SCC는 사용자가 개인의 고용과 관련이 없는 경우 범죄기록이 있다는 이유만으로 개인을 해고해서는 안되지만, 직무에 참석할 수 없는 개인의 고용을 해고할 수 있음을 보여준다. (Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc., 2003 SCC 68)
------	---

11. 성적 지향

1) 성적 지향에 대한 이해

성적 지향이나 성별 정체성과 관련된 성별 표현에 따른 차별은 ‘성별에 따른 차별’이나 ‘외모에 따른 차별’이 중첩되는 양상으로 나타날 수도 있다. 그러나 성적 소수자들이 가진 성별 표현이 성적 소수자로 인지·간주될 수 있는 매개요인으로 작용한다는 점, 국가인권위원회법이나 양성평등기본법 등에서 성별표현에 따른 차별을 별도로 규정하고 있지 않다는 점에서 성적 지향을 이유로 한 차별 범주로 파악하는 것이 본질적이라고 할 수 있다.²⁹⁾ 성적 지향이나 성별 정체성을 이유로 한 차별행위를 판단함에 있어 성별 표현으로 인한 역할 규범에 의한 선입견이나 고정관념으로 차별행위 판단이 희석되지 않도록 주의를 기울일 필요가 있다

2) 차별 영역에 대한 이해

차별의 영역과 관련하여서는, 수사기관에서 이루어진 성적 지향을 이유로 하는 차별적 행위나³⁰⁾ 개인방송을 통해 송출되는 채팅방을 특정인들에게 제한하는 것과 같은 것은³¹⁾ 국가인권위원회법이 금지하는 차별영역의 3가지(고용, 재화·용역, 교육·훈련 영역)에 해당하지 않음을 이유로 국가인권위원회의 조사대상이 아니라고 보고 있다.

확실히 개인간에 이루어지는 혐오표현의 문제 등에 대해서는 국가인권위원회가 접근하기 어려운 측면이 있지만, 수사기관에서 그러한 혐오표현이 이루어지는 경우와 같은 때에는 차별에 대한 문제제기가 이루어질 필요가 있다. 현행 국가인권위원회법이 규정하고 있는 차별영역 가운데 사법기관의 이용이 추가될 필요는 없는지에 대한 검토가 요구되고 있는데, 2020년 제안된 차별금지법안은 사법기관을 차별금지영역에 포함시키고 있음을 참고할 수 있다.

3) 성적 지향을 이유로 한 복합차별의 문제

성적 지향에 따른 차별은 가족법 체계와 관련하여 법률혼제도를 취하고 있는 나라에서 법적 혼인과 가족형태, 가족 상황과 관련되는 다양한 제도 측면에서 차별 문제를 드러낼 수 있다. 동성애자간

29) 국가인권위원회, 성적 지향 성별정체성에 따른 차별 실태조사, 2014, 9면.

30) 16진정0295700

31) 17진정0035400

법률혼을 인정하지 않음으로써 법적인 혼인관계의 인정이나 법적 혼인제도를 통한 가족법상의 보호 체계에 편입되기 어렵게 되므로 가족 형태 또는 가족 상황에 따른 차별 문제와 중첩되는 영역이 발생될 수 있다.

동성애자들은 비록 사실혼관계에 있다 하더라도 법적 혼인을 하지 않은 비혼자의 지위에 있게 되고, 혼인 여부에 따른 차별과도 중첩되는 문제가 발생될 수 있다. 혼인하지 않거나 혼인할 계획이 없다는 것을 밝히는 경우 동성애자로 추정·간주할 수 있는 정보로 기능할 수 있는 경우도 문제될 수 있다.

법률혼과 관련하여 발생되는 혼인 여부, 가족 형태 또는 가족 상황에서 발생하게 되는 차별 쟁점을 성적 지향을 이유로 한 간접차별로 포섭할지 여부에 대해서는 이를 인정해야 한다는 견해도 있으나³²⁾ 국가인권위원회법이 성적 지향을 이유로 한 간접차별을 명시적으로 규정하고 있지 않은 상황에서 향후 해석례를 통해 차별판단기준을 정립해나가야 할 부분이라고 할 수 있다.

동성간 혼인 신고 불수리처분의 적법성 여부가 문제된 사건에서 서울서부지방법원 2016. 5. 25.자 2014호파1842 결정³³⁾은 혼인에 따른 제반 권리를 부인하는 것이 합리적인 이유 없이 동성 간의 결합을 남녀 간의 결합에 비하여 차별하는 것으로서 헌법 제11조에 규정된 평등권 침해하는 것은 아니라고 판단하였다. 위 결정은, “남녀간의 결합만을 혼인으로 인정하여 혼인에 따른 제반 권리를 인정하고 동성 간의 결합을 혼인으로 인정하지 아니하여 혼인에 따른 제반 권리를 부인하는 것이, 합리적인 이유 없이 동성 간의 결합을 남녀 간의 결합에 비하여 차별하는 것으로서 헌법 제11조에 규정된 평등권을 침해하는지 여부에 관하여 본다. 민법 제812조 제1항은 혼인은 가족관계등록법에 정한 바에 의하여 신고함으로써 효력이 생긴다고 규정하여 신고혼주의에 의한 법률혼주의를 채택하고 있고, 혼인신고는 일반적으로 민법 제813조의 규정에 따라 심사를 거쳐 수리된 때에 비로소 부부관계가 형성되는 창설적 효력을 갖게 된다. 그리고 혼인신고가 적법하게 수리되어야 민법 등에서 규정하고 있는 혼인의 효력을 누리거나 부담할 수 있고, 부적법하다고 하여 수리되지 않는 경우에는 혼인의 효력이 발생하지 않는다. 법률혼제도를 채택하고 있는 이상 이처럼 양자 사이에 차이가 발생하게 되는 것은 어쩔 수 없다”라고 판결하고 있다.

한편 남녀간 사실혼관계는 가족법상의 부양의무, 손해배상 책임, 이혼시 재산분할 등을 인정하고 있을 뿐 아니라 개별법령에서는 유족연금 수령권한이나 주택임대차보호법 보호대상 등에 포함되어 보호되고 있다. 반면 동성간 사실혼관계에 대해서는 남녀간 사실혼관계와 달리 사실상 또는 법률상 보호가 적용되지 않고 있으므로 차별문제가 발생될 수 있는데 이 또한 법률혼 문제와는 다소 다른 측면이지만 향후 제기될 수 있는 쟁점이라고 보인다.

4) 비교대상의 문제

32) 국가인권위원회, 성적 지향 성별정체성에 따른 차별 실태조사, 2014, 9면.

33) “혼인제도가 다양하게 변천되어 왔지만 혼인이 기본적으로 남녀의 결합관계라는 본질에는 변화가 없었고, 아직까지는 일반 국민들의 인식도 이와 다르지 않은 점, 혼인은 가족 구성의 기본 전제가 되고 다음 세대를 길러내는 기초가 되므로 사회나 국가제도에서 차지하는 역할이 큰 점, 우리 헌법이나 민법 등 관련법에서 명문으로 혼인이 남녀 간의 결합이라고 규정하지는 않았지만 구체적으로 성구별적 용어를 사용하여 그것이 당연한 전제인 것으로 상정하고 있는 점, 앞서 본 대법원과 헌법재판소의 판단이 비록 동성 간의 혼인이 허용될 수 있는지 여부에 관한 쟁점을 직접 다루고 있는 것은 아니지만 모두 일치하여 혼인을 ‘남녀 간의 결합’으로 선언하고 있는 점 등의 여러 사정을 종합하여 보면, 헌법, 민법 및 가족관계등록법에 규정되어 있는 ‘혼인’은 ‘남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 도덕적, 풍속적으로 정당시되는 결합’을 가리키는 것으로 해석되고, 이를 넘어 ‘당사자의 성별을 불문하고 두 사람의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 결합’으로 확장하여 해석할 수는 없다. 따라서 일단 현행법의 통상적인 해석으로는 동성인 신청인들 사이의 이 사건 합의를 혼인의 합이라고 할 수 없고 이 사건 합의에 따른 신고를 적법한 혼인신고라고 할 수 없으므로, 이 사건 불수리 처분은 적법하다”라고 판결하였다.

성적 지향을 이유로 한 차별사건에서 비교대상을 구체적으로 제시한 사례는 거의 보이지 않는다.

사례를 보면, 현혈기록카드의 문진을 통한 자진배제 항목에서 ‘불특정 이성과 성접촉을 하거나 남성의 경우 다른 남성과 성접촉이 있었다’는 조항에 대하여 차별로 진정한 사례에서, 피해를 주장하는 남성 동성애자의 비교대상이 여성 동성애자인지, 남성 이성애자인지 비 동성애자인지 구체적으로 드러나 있지 않다(10-진정-0034600 사건, 이 사건에서도 비교대상이 특정되어 있지 않다). 현혈문진 시 성적 지향에 의한 평등권침해(03진차664 사건)에서도 ‘동성이나 불특정 이성과 성접촉이 있었다’는 문항에 대하여 성적 지향을 이유로 한 평등권 침해의 차별행위로 판단하고 시정을 권고하였지만, 피해자와의 비교대상이 어느 집단인지는 구체적으로 적시되어 있지 않다.

이러한 현상은 성적 지향의 의미가 주관적 인식인 성별 정체성의 다양성을 포함하여 넓게 형성될 수 있으며 성별 표현까지도 다양하게 나타날 수 있다는 특징에 기인하는 면도 있을 것으로 보인다. 성적 지향을 이유로 한 어떠한 차별의 피해자가 특정되더라도 그 비교대상이 성적 지향이 다른 어떤 상대방이 될 것인지, 성적 지향이 다른 모든 상대방이 될 것인지 또는 동성애자 아닌자가 될 것인지를 분명하게 밝히기는 쉽지 않아 보인다. 그럼에도 성적 지향을 이유로 한 차별판단은 비교대상을 전제한 개념이므로 비교대상 집단을 포섭하고 판단에 포함시키는 위한 노력이 필요해 보인다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> <p>▪ [EU] 동성간 결합에서 결혼휴가 및 결혼수당 지급거절의 차별여부 EU사법재판소는 개인의 혼인 상태에 관한 법률은 각 회원국의 권한에 속하나, 지침 2000/78 제2조의 동등 대우의 원칙은 고용과 직업에 있어서 종교 혹은 신념, 장애, 나이 혹은 성적 지향성을 이유로 한 직·간접적 차별을 금지하고 있으며, 직접적인 차별의 경우 지침 제2조 제(5)항의 공공질서의 유지, 범죄의 예방, 건강의 보호, 타인의 권리와 자유 보호에 근거하여서만 정당성을 인정된다고 보았다. 본 사안에 있어서 동 지침 제3조 제(1)항 제(c)호의 ‘임금’은 지급형태, 지급시기, 의무적 지급 여부를 불문하고 사용자가 지급하는 모든 대가를 의미하는 것으로 ‘결혼휴가 및 결혼수당’도 이에 포함되며, 성별이 다른 사람들만 합법적인 결혼이 가능한 상황에서 근로조건에 있어서 기혼 근로자에 대하여 혜택을 제공하는 것은 PACS을 체결한 근로자의 성적 성향에 기초하여 직접적인 차별을 야기하는바, 예외인정 사유가 별도로 인정되지 아니하므로 본 사안의 단체협약 규정은 지침 2000/78에 위반한다고 판단하였다. (Frédéric Hay v Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres, 2013)</p> <p>▪ [영국] 성적 소수자에 대한 지지표현거절에 대한 차별여부 이른바 영국의 ‘동성애자 케이크 사건’으로 알려진 사건으로 성적 소수자를 위한 단체의 자원봉사자로 일하는 동성애자인 고객(원고)은 피고(제과점)에게 “동성결혼을 지지합니다”라는 문구를 케이크에 장식해줄 것을 주문했으나 거절당했다. 피고는 신앙에 따라 성서의 가르침에 부합하고 신에게 수용될 수 있는 유일한 형태의 결혼은 이성 간 결혼이라는 종교적 신념을 고수하고 있었다. 원고는 피고를 상대로 2010년 평등법에 의해 보호되어야 하는 자신의 성적 지향을 사유로 직접 및 간접차별을 당하였다고 주장하며 소송을 제기하였다. 대법원은 (지방법원의 판단을 인용하며) 피고가, 원고의 실제 혹은 인지된 성적 지향 때문에 원고의 요청을 거절했다고 보지 않았다. 피고가 거부한 행위는 케이크 위에 “동성결혼을 지지합니다”라는 메시지를 장식하는 것이었다. 즉 다른 고객의 개인적 기질/특질 자체에 반대한 것이 아니라는 것이다. 대법원은 그러한 메시지와 고객의 성적 지향을 구별할 수 있다고 보았다. 따라서 전자에 대한 반대 혹은 거절이 곧 후자에 대한 반대 혹은 거절을 의미하는 것은 아니라고 보았다. 메시지의 효과는 동성애자 혹은 양성애자에게만 미치는 것이 아니라 그들의 가족과 친구 및 더 넓은 공동체에까지 이를 수 있다고 보았다. 이러한 근거로 대법원은 이 사건에서 성적 지향을 근거로 한 차별은 발생하지 않았다고 판단하였다. 나아가 대법원은 영국에 법적 구속력을 갖는 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)이 보장하는 사상, 양심, 신앙의 자유에 대한 권리 및 표현의 자유에 대한 권리에, 개인이 견지하지 않는 신념을 표현하지 않을 (소극적) 권리가 포함된다고 판단하였다. 다시 말해 제과점을 운영하는 피고가 케이크와 같은 상품을 동성애자인 원고에게 팔지 않을 권리는 인정될 수 없지만(즉 고객의 요청이 있을 시 팔아야 할 의무가 있지만), 케이크 위에 자신의 믿음에 근본적으로 배치되는 내용의 장식</p>
------	--

	<p>(‘동성결혼을 지지합니다’)까지 해야 할 의무는 없다는 것이다. (Lee v Ashers Baking Co Ltd [2018] UKSC 49)</p> <p>[영국] 성전환자의 여성화장실 이용의 제한이 차별인지 여부 통합평등법이 제정되기 전 성차별에 관한 단행 법률인 1975년 성차별금지법(Sex Discrimination Act 1975) 하에서 판결된 사건으로, 여성으로의 성전환 수술의 마지막 단계를 남겨두고 있던 근로자에게 여성화장실 이용을 제한하고 남녀공용 장애인 화장실을 이용할 것을 요구한 사용자(피고)의 행동이 차별에 해당하는지가 쟁점이 되었다. 항소법원은 원고의 항소를 기각하고 고용항소심판소의 결정을 인용했다. 그러나 이유는 달랐다. 대상판결은 성전환을 이유로 한 차별금지가 성전환의 모든 단계에 적용된다고 인정하여 수술이 완료되지 않은 이들도 그러한 법의 보호범위에 들어올 수 있다고 보았다. 그러나 성전환을 이유로 한 불이익 처우 여부를 판단할 때 성전환의 과도기에 있는 이가 곧바로 모든 측면에서 전환되고자 하는 성별인 남성 혹은 여성으로서 대우받을 수 있는 것은 아니라고 보았다. 이 사건의 경우를 적용하자면 성전환 중인 원고가 바로 여성 화장실을 사용할 수 있는 권리를 부여하는 것은 아니며, 동시에 영구히 금지해야 하는 것도 아니라고 보았다. 대상판결은 사용자가 개별 사건의 모든 구체적 사정을 고려하여 언제부터 성전환 수술 전에 있는 이가 여성 화장실을 쓸 수 있을지 판단을 내려야 한다고 보았다. 이때 사용자가 종합적으로 고려할 사정으로는 다른 근로자들의 입장, 성전환자의 개인의 상황, 성전환에 있어서 의료적으로 어느 단계에 위치해 있는지, (절대적이지는 않지만) 성전환 당사자의 주관적 인식/평가 등이 제시되었다. 이러한 일반 법리를 근거로 항소법원은 이 사건의 구체적 상황을 검토한 후 당분간 원고가 여성화장실을 이용할 수 없고 양성 공용의 장애인 화장실을 사용하도록 하는 것이 충분할 수 있다고 판시하였다. (Croft v Royal Mail Group Plc ; [2003] EWCA Civ 1045)</p> <p>▪ [독일] 성전환자임을 이유로 하는 채용상 차별이 성적 정체성 사유에 포함되는지 여부 트랜스젠더임을 이유로 채용 상 차별이 문제된 사건에서 연방노동법원은 비록 일반동등대우법 제1조가 트랜스젠더를 차별금지 사유로 규정하고 있지는 않지만 이는 성별 및 성적 정체성이라는 사유에 포함되는 것으로 고려될 수 있다고 판단했다. 독일 입법자는 트랜스젠더를 ‘성적 정체성’ 사유에 포함되는 것으로 보지만 유럽연합 지침에 따르면 ‘성별’ 사유에 포함되는 것으로 보기 때문이라고 한다. 평등대우원칙의 침해를 주장하는 사람은 일반동등대우법 제1조에서 규정한 사유들 중 하나로 인해 불리한 대우가 이루어졌음을 암시하는 주요한 개연성(Wahrscheinlichkeit)에 의한 간접증거를 진술하는 경우 이미 입증책임은 충분하다. 트랜스젠더는 그 자체로 일반동등대우법 제1조에서 말하는 사유에 해당되지는 않는다. 그렇지만 이는 법 제1조의 ‘성별’ 이라는 사유의 범위에서 뿐 아니라 ‘성적 정체성’ 이라는 사유의 범위에서도 의미가 있다. (BAG, Urteil vom 17.12.2015 – 8 AZR 421/14)</p>
--	--

12. 학력

1) 차별행위 판단기준

학력을 이유로 한 차별 진정 사건에서 인권위는 대부분 합리적 이유가 있는지 여부를 판단기준으로 삼고 있다. 합리성 심사보다 강화된 심사기준인 비례의 원칙(과잉금지의 원칙) 적용을 시사하는 국가인권위원회 결정례들도 있는데, 명시적으로 비례의 원칙에 따른 단계적 판단을 하지는 않았으나 비례의 원칙 중 4개 하위 원칙, 즉 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 중 일부를 제시하거나, 4개 하위 원칙 일부를 합리성 기준과 병렬하여 제시하여 판단하는 결정례가 이에 해당한다. 예컨대, 식품의약품안전처의 식품위생직 7급 공무원 특별채용에서 관련 석사 학위 소지를 응시자격으로 제한한 것을 차별 진정한 10진정0585000 사건에서는 “특별채용 제도가 예외적인 채용 방식의 성격을 갖는 것이기는 하지만 위 각 규정들의 목적이나 취지에 비추어 볼 때 담당 업무의 내용과 특수성, 전문성 등을 종합적으로 고려하여 학력제한의 필요성과 합리성이 인정되는 경우에만 한하여 채용 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 범위 내에서 그 예외규정을 적용하는 것이 타당하다”고 설시하고 있다.

차별 판단에서 진정인의 헌법상 기본권 제한 가능성을 추가적인 판단요소로 사용할 수 있다. 고용상 학력 차별 사안에서 진정인의 헌법상 공무담임권의 제한 가능성(식약처 식품위생직 공무원 석사 학위 응시자격 제한 사건), 직업선택의 자유 제한 가능성(자동차제조회사 생산직 고졸자 배제 사건)을 검토한 국가인권위원회 결정은 주로 (i)모집과 채용 단계에서 채용시험 응시(지원)자격을 학력으로 제한하였을 때 응시기회의 심각한 제한을 가져오는가, (ii)동일 직종이나 직무 지원시 다른 방식의 채용 기회가 있는가, (iii)피진정인의 학력 제한으로 인하여 진정인의 취업 기회가 전면적으로 배제되는가 등을 일응의 판단요소로 삼고 있다.

학력 제한이 피진정인의 재량권(사용자의 채용에 있어서의 재량권 또는 인사에서의 자율권, 대학의 자율권 등) 행사 범위 내인지 검토가 필요한 사안도 있을 것이다. 고용 영역에서 특별채용을 실시할 것인지 여부, 채용 응시자격과 직무관련성의 판단, 적극적 우대 조치에서 할당비율, 교육 영역에서 입학 지원자격 설정 등은 원칙적으로 피진정인의 재량이라는 전제 하에 학력 제한이라는 재량권 행사가 합당하게 이루어졌는지를 차별행위 판단의 기준으로 삼을 수 있다.

인권위의 학력 차별 진정 사건에서 피진정인이 학력 제한의 정당화 사유로 주로 제시하는 것 중에는, 학력 제한이 관련 법령이나 정부나 지방자치단체의 정책에 근거하였다는 주장이 있다. 지방공무원법이나 경찰공무원법과 이에 따른 시행령에서 채용의 방법과 요건을 법정하면서 특정 교육기관, 특정 학과의 졸업, 특정 과목의 이수를 요건으로 규정하고 있는 경우가 있는데, 이 경우 피진정인이 제시한 법령의 규정이 동등 학력 인정을 명시한 학점인정 등에 관한 법률, 독학에 의한 학위취득에 관한 법률, 초중등교육법에 따른 학위 취득이나 학력 인정 규정과 배치되는지 여부를 우선적으로 검토하되, 법령으로 정한 학력 요건이 채용하고자 하는 직무와 관련이 있는지 여부도 함께 검토해야 한다.

2) 진정직업자격과 직무 외 사유의 판단

고용 영역 학력 차별 진정에서는 피진정인이 요구하는 특정 학력(학력 제한)이 진정직업자격에 해당하는지 여부가 쟁점이 된다. 이 경우 차별행위 판단을 위하여는 해당 사안에서 문제가 된 직무 분석이 필수적이다. 유사한 채용 지원자격을 비교하거나 대조하는 방법으로 해당 사안의 학력 제한이 합리적인지 검토할 수 있으며 이때 동일 사업장 내 해당 직무와 유사한 직군, 해당 직무와 포함된 직군, 해당 직무 해당 직급과 다른 직급도 추가적으로 살펴보고, 피진정인 뿐만 아니라 동종 유사한 업종 채용공고상 자격요건을 비교할 수도 있다. 일례로 자동차 제조회사의 생산직 대졸 제한 사건에서는 공공기관 정규직 신입사원 채용공고의 학력 제한 상황, 피진정인과 동종, 유사한 업종 회사(자동차제조업, 자동차부품제조업, 조선업, 제철·철강업)의 생산직 채용 자격요건을 비교하기도 하였다(13진정0812800).

또한 해당 업무의 전문성(전문 지식과 기술) 취득을 위하여 관련 학력(특정 학과 졸업, 학위 취득)이 유일한 방법인지, 다른 교육과정, 다른 경로의 훈련으로 전문성 취득이 가능한지, 실제 자격증 취득과정에 대한 사실 인정이 필요하다. 아울러 피진정인이 요구하는 직무 자격, 전문성이나 기술은 채용의 전 과정에서 검증할 수 있으므로 차별 판단 시에는 채용의 전 과정을 살펴야 하며 응시 이후 별도의 필기시험이나 전형과정을 두어 적격자를 채용하고 있음에도 불구하고 채용 지원단계에서 지원 자격을 일정한 학력으로 제한할 경우 학력 차별로 인정할 가능성이 높아진다.

고용 영역 학력 차별 진정 사건에서 피진정인이 직무 외의 사유, 예컨대 채용 후 직무 적응, 직무 수행의 수월성, 직무교육 시간과 비용, 채용의 효율성을 차별의 정당화 사유로 주장하는 경우, 채용 이후의 교육, 훈련과정에서 피진정인이 학력 제한의 목적으로 제시한 사항을 달성할 수 있는 것인지,

학력을 제한하여야만 달성할 수 있는 것인지 여부에 대한 판단이 이루어져야 한다.

3) 적극적 우대조치와 역차별

고용 영역, 교육 영역의 학력 차별 사건에서 적극적 우대조치인지, 역차별인지 문제될 수 있다. 적극적 우대조치의 방법으로 가산점 부여, 할당제 등이 있는데, 공기업 채용형 고졸 인턴을 20% 채용하는 제도가 차별이라고 진정한 사건(16진정0510300), 서울특별시 9급 기술직 채용에서 특성화고 등 고졸 출신을 전체 선발인원의 30% 구분 모집한 사건(14진정75900)에서 할당제와 할당비율의 적정성이 다투어졌다. 적극적 우대조치의 일환으로 할당제를 실시할 경우 할당비율의 결정은 원칙적으로 사용자, 교육기관의 재량이라고 볼 수 있으며, 할당비율의 적정성은 할당 비율이 문제된 사건의 직종/직급 외에도 동일 직종/다른 직급, 다른 직종/동일 직급의 비율도 함께 고려하여 판단하여야 한다. 피진정인의 적극적 우대조치가 정부 정책에 따른 시행이라는 점은 우대의 합리적 이유가 있다는 판단의 우선적인 근거가 될 수 있으며(채용형 고졸인턴 제도 역차별 진정 기각 사건; 16진정 0510300), 합리성 판단을 할당제 실시와 할당비율이 채용자의 '재량 범위를 현저하게 이탈'하였는지 여부의 관점에서 판단할 수도 있다(서울특별시 9급 기술직 공무원 고졸 30% 구분 모집 사건; 14진정75900) 이때, 지원 경쟁률, 예컨대 고졸자 구분모집의 경쟁률이 일반모집에 비하여 상대적으로 낮다는 사실은 차별 판단시 고려요소로 삼기에 적절하지 아니하다.

할당제나 가산점제와 같은 적극적 우대조치의 형식이 아니라, 일정 학력을 가진 사람들을 집단 전체로 '배제'한 경우 합리성을 인정받기 어렵다. 자동차제조업을 하는 대기업이 생산직 신규 채용 600여 명 전원을 고교·전문대 졸업자로만 채용하고 초대졸자를 배제한 사안에서 인권위는 생산직의 직무와 학력은 무관하므로 향후 생산직 직원 채용시 4년제 대학 졸업자를 배제하지 않도록 권고하였다. 이는 학력 차별 진정 사건 중 유일하게 고학력을 이유로 한 역차별이라고 인정받은 사건이다(대기업 생산직 채용 시 대졸자 배제 사건; 13진정0812800).

13. 병력

가. 고용영역

1) 고용영역에서의 병력 차별의 판단기준

인권위원회는 고용영역에서 병력을 이유로 한 차별 여부에 대해 첫째, 업무의 성격상 해당 병력으로 인해 정상적인 직무수행이 곤란하고 둘째, 법령상 질병이나 질병에 따른 전염 등을 이유로 근로를 제한하는 별도의 규정을 두고 있는 경우에는 합리적인 이유가 있다고 판단하고 있다.³⁴⁾ 법령의 규정에 따른 제한³⁵⁾은 입법 자체가 문제되지 않는 한, 다름이 비교적 적을 것이다. 그러나 업무의 성격이나 내용과 건강상태 간의 상관성 여부는 첨예하게 대립될 수 있다.

사업주가 해당업무를 수행하는 데 적합한 기술 및 경험 그리고 직무수행에 있어서 필요한 신체적·정신적 기준과 건강·안전 등 직무 관련성 등을 고려하여 자격요건에 맞는 근로자를 채용하는

34) 국가인권위원회 09진차965 결정

35) 예컨대 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」은 일정한 경우 감염자 및 「식품위생법」에 따른 집단급식소와 식품접객업의 업무종사를 일시제한하고 있다. 제45조(업무 종사의 일시 제한) ① 감염병환자등은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 업무의 성질상 일반인과 접촉하는 일이 많은 직업에 종사할 수 없고, 누구든지 감염병환자등을 그러한 직업에 고용할 수 없다.

것은 기본적으로 경영상 고유한 재량에 해당한다. 그러나 이 역시 법령에 위배되지 않아야 하며 업무 수행을 위한 건강상태가 적절한지 여부를 판단함에 있어서 편견이나 오해가 아닌 최소한 객관적이고 합리적인 기준에 따라야 한다.³⁶⁾ 예컨대, 단순히 업무 수행 시 건강상 무리가 있을 수 있거나 다른 직원이나 고객에게 거부감을 발생시킬 수 있다는 등을 이유로 한 불리한 대우는 업무 수행과 병력의 상관관계 없이 편견이나 오해에 근거한 것으로 그 차별의 합리성이 인정되지 않는다.

인권위원회의 결정에 따른 판단 요소를 종합해 보면, ①직무수행을 위해 필요한 최소한의 객관적·합리적인 채용기준이 제시되어야 하고, ②현재 직무 가능한 신체 상태인지 여부는 개인의 건강상태나 관리정도에 따라 달라질 수 있으므로 개별적이고 구체적으로 판단하여야 하며, ③특수 업무 수행에 필요한 정도에 대한 객관적 및 과학적 근거가 있어야 한다. 특히 ②와 관련하여 인권위원회는 계속하여 개별적 판단을 강조하고 있다. 누군가 특정 질병에 있거나 수술을 받았던 병력이 있더라도 각 개인마다 질병상태나 관리 가능성, 신체기능의 저하 상태에 따라 건강상태나 예후가 다를 수 있고, 의학의 발전과 수술방식이나 치료방식의 변화 등으로 동일한 질병이라도 문제가 발생할 가능성이 낮을 수 있는 점 등을 감안할 때 인권위원회가 획일적 적용을 경계하고 개별적 판단을 요구하는 것은 매우 적절하다. 또한 ③에서의 객관적 및 과학적 근거로서, 질병이나 감염 등과 관련하여서는 의학적으로 고도의 전문적 지식이 요구되므로 해당 전문가의 의견을 적극적으로 고려한다. 예컨대, 고용 영역에서 병력 차별로 많이 문제가 되는 B형 간염 바이러스 보유자에 대한 차별 사례에서 인권위원회는 B형 간염 감염성과 관련하여 일관되게 법령과 의학적 근거를 따라 판단하고 있음을 확인할 수 있다.³⁷⁾ 전문의나 관련 학회의 의학적 의견은 진정 사건에 대한 가치판단을 배제한 채 과학적 연구결과만을 제시함으로써 합리적 판단의 주요한 객관적 근거가 될 수 있는 점에서 유효하고 활용될 필요가 있다.

2) 미래의 불이익

고용상 불이익은 경제적 불이익에 국한되지 않고 비경제적 불이익까지 포함하여 비교대상에 비해 불리한 대우를 받는 일체를 통칭하는 것이고, 비단 과거와 현재 뿐 아니라 불이익하게 취급하려고 하는 미래의 행위도 포함한다.³⁸⁾ 인권위원회는 B형 간염 바이러스 보유자라는 이유로 채용을 보류하고 신체검사 재검진을 요구하는 것은 다른 지원자들과 비교할 때 진정인을 잠정적인 불안정 상태에 놓이게 하여 미래의 불이익한 처분을 일정 부분 내포하고 있다고 보았다. 그러나 여기서 미래의 불이익이란 사실상 현재의 불이익으로 이것이 미래에까지 영향을 미치는 경우로 파악할 수 있다. 이러한 관점에서 인권위원회는 진정인이 실제 채용절차에 지원하여 차별을 입은 피해를 실제로 입은 것이 아니라 현재의 관행과 제도를 감안할 때 장차 채용과정에서 차별피해를 입게 될 것이라는 주장은 현재 구체적인 피해가 특정되거나 피해발생이 확인되지 않은 것으로 보아 각하하였다.³⁹⁾ 즉, 미래의 불이익은 당연히 불이익이 발생할 것이라는 예측이나 우려를 의미하는 것이 아니라, 현재의 불이익에 기초하여 예상되는 불이익이 가까운 장래로 이어질 것이 명백히 예측되는 경우를 의미한다고 볼 수

36) 국가인권위원회 15진정0656600 결정

37) 그 내용은 다음과 같다. 1) 2000. 8. 1.부터 「전염병 예방법」 제2조(전염병의 종류)에서 “B형 간염”을 “예방접종을 통하여 예방 또는 관리가 가능하여 국가 예방접종 사업의 대상이 되는 질환”인 “제3군 전염병”으로 분류하고, 「전염병예방법시행규칙」 제 17조(업무종사의 일시적 제한대상)의 입종 종사 제한 대상에서 제외된 사실. 2) B형 간염 관련 미국소아과학회가 2006년도에 “B형 간염 바이러스 보균자이면서 다른 위험요인(자주 무는 공격적인 성향, 전신 피부염 및 출혈성 질환)이 없는 소아는 어떠한 제재없이 어린이 보육시설에 입소가 허가되어야 한다”고 밝힌 사실.

38) 국가인권위원회 16진정0089000 결정

39) 국가인권위원회 16진정0169300·16진정0366900(병합)

있다.

3) 채용 시 신체검사

산업안전보건법은 채용 시 검진 또는 검사 등에 대한 규정을 두고 있지 않다. 다만, 사업주가 채용되어 근로 중인 근로자에 대해 건강진단을 실시하고 그 결과에 따라 근로자의 건강을 유지하기 위해 필요하다고 인정할 때 적절한 조치를 할 의무를 규정하고 있을 뿐이다. 사용자가 채용 시에 신체검사를 실시하는 목적은 채용예정자가 해당 직무를 담당할 수 있는 신체상의 능력이 있는지 여부를 판정하고자 하는 것으로 채용의 자유에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 채용신체검사 불합격 사유는 사용자의 자의에 따라 결정되어서는 안 되고 채용예정자의 신체상 능력과 해당 직무와의 연관성을 살펴 그 직무를 수행하기 곤란한 정도의 인과관계가 있는 경우를 기준으로 정하여야 한다.⁴⁰⁾

그런데 채용 전, 즉 근로관계가 성립되기 전에 신체검사를 요구하는 것에 대해 근본적인 의문을 제기해 볼 수 있다. 2005년 산업안전보건법이 개정되기 전 이 법 시행규칙 제98조는 ‘채용시 건강검진제도’을 규정하고 있었다. 그러나 이 제도는 이미 채용된 근로자에 대하여 유해부서 배치 여부를 판단하고자 했던 본래의 취지와 달리 오히려 사업주가 질병이 있는 자의 고용기회를 제한하는 채용신체검사로 잘못 활용되는 문제가 제기되면서 폐지되었다. 그러나 이처럼 법령상 사업주에게 부과된 채용시 건강진단 실시 의무가 폐지되었음에도 불구하고 지금까지도 여전히 다수의 기업에서 신체검사를 채용심사의 요소로 삼고 그 결과를 채용기준으로 반영하고 있다. 물론 사용자는 근로자의 정보를 알 권리가 있고 채용절차를 설정할 경영권을 가지고 있다. 그러나 그렇다 하더라도, 건강상태가 직무수행과 직접 관계성을 가지지 않음에도 불구하고 채용 전 신체검사의 결과가 채용 기준으로 반영되는 것은 경영권의 한계를 넘어서는 것이라는 비판이 제기된다.⁴¹⁾ 현행법상 근거없이 시행되고 있는 채용건강검진이 사용자의 채용의 자유에 따라 과연 인정되어야 하는 것인지, 일정 수준 이상의 건강 상태를 요하는 업무분야가 아닌 경우에 대해서도 근로자의 건강정보를 채용 단계에서 사용자에게 제공하도록 요구하는 것이 불공정한 차별에 해당하는 것이 아닌지 진지하게 검토할 필요가 있다.

4) 권고의 내용

병력을 이유로 한 고용상 차별이 인정된 경우 인권위원회의 권고는 대부분 ①재발 방지 대책 마련·시행, ②업무 종사자를 대상으로 관련 질병에 대한 차별예방 인권교육의 실시, ③관련 규정의 개정, ④합리적 이유없이 퇴직을 종료하거나 해고하지 말 것 등으로 이루어지고 있다.

그 가운데 B형 간염 바이러스 보유자라는 이유로 채용이 거부되어 이에 따른 정신적 손해배상을 요구하는 진정 사건에서 인권위원회는 피진정인에게 채용검진비 등 실비를 포함한 손해배상금을 진정인에게 지급하도록 권고한 사례(08진차639, 09진차965)가 있다. 유사하게, 면접시험 합격 후 신체검사서에서 B형 간염 바이러스 보유자라는 이유로 최종 탈락한 사건에서 진정인이 입은 피해에 대한 손해배상금을 지급할 것을 권고한 결정(12진정0107900)이 있다. 여기 결정들은 진정인들이 입은 정신적 피해와 함께 각각 채용검진비 등의 실비 또는 구직을 위한 기회비용을 고려하여 배상을 하도록 한 것이다. 이처럼 피진정인에게 손해배상책임을 부과하는 권고는 불합리한 병력차별에 대한 구제로서, 그리고 차별 방지를 위한 방안으로서 고무적인 것으로 볼 수 있다.

그러나 이들 사례에서 다른 유사한 진정 사건과 다르게 손해배상금 지급의 권고를 하게 된 어떠한

40) 국가인권위원회 18진정0828900 결정

41) 손미정, “근로자 모집·채용시 신체검사의 정당성 여부에 관한 법적 연구”, 「법학연구」 제17권 제2호, 한국법학회, 2017, 265면.

특이점이 발견되는 것은 아니다. 유사한 사건에서 특별한 차이가 없는 한, 인권위원회가 동일한 결론을 내렸음에도 불구하고 그 구체적인 권고 내용이 다른 것은 바람직하지 않다. 권고의 구체적 내용과 방안과 관련하여 일정한 공통된 기준이 요구된다.

나. 재화 등의 공급과 이용 영역

1) 차별 판단의 주된 근거

재화 등의 공급과 이용에서의 병력상 차별 사건에서 차별의 합리성 여부를 판단할 때 인권위원회는 종합적·실질적 판단을 하고 있다. 진정 사건은 대부분 수술 등을 위한 의료기관의 이용, 수용시설에서의 생활, 민영보험의 가입 등에서 거부·제한·배제된 것이다. 차별이 광범위한 분야에서 발생하기보다 특정 목적이나 목표가 있는 시설이나 제도의 이용에서 주로 발생하고 문제된 것이다. 따라서 이와 같은 경우 차별의 합리성을 판단할 때 그 시설이나 제도의 취지나 특성이 큰 비중으로 고려된다. 의료기관은 환자의 치료가 가장 중요한 목표이므로 환자의 치료받을 권리를 중심으로 차별의 합리성을 파악하게 된다. 교도소의 경우 안전 및 질서 유지를 최우선의 목적으로 하므로 그러한 목적에 부합하는 방식으로 수용자를 처우한다. 민간보험에서는 가입자 전체의 위험부담을 보험사가 고려하여야 하는 보험제도 고유의 특성이 합리성 판단에 중요한 요소를 차지한다.

다음으로, 이와 같은 목적을 실현하기 위해 차별적 취급이 이루어지게 된 여러 요소들을 실질적으로 종합하여 판단한다. 차별이 발생하게 된 사실관계를 검토하면서 특히 수술 등 치료에서 거부된 진정 사건에서 합리성 판단 근거로서 의학적 지식에 기반한 전문가 의견이나 학회에서의 연구결과 등이 주요하게 활용되었다. 교도소에서의 독거수용 등이 차별로 문제된 경우도 마찬가지로 수용자의 건강과 질병현황에 대한 의무관의 소견이 합리성 여부의 중요한 판단요소가 된다. 또 민간보험의 경우에는 질병의 유무 및 치료여부가 보험계약 인수 여부를 정하는 데 매우 중요한 요건이 되므로 외국의 재보험사의 기준을 근거로 보험인수 여부 및 요율을 정하는 것을 인정하고 있다. 요컨대, 병력상 차별에서는 질병에 대한 의학적·전문적 지식이 요구되므로 그와 관련한 전문가 또는 공신력있는 기관의 의견이나 기준이 합리성 판단의 주요 근거가 된다.

2) 비교대상자 선정

동일한 비교집단이란 차별적 취급을 하였다고 주장되는 자(피진정인)가 추구하는 목적에 비추어 본질적으로 같은 자격과 조건에 있는 집단을 말한다.⁴²⁾ 예컨대, 사업주가 근로자를 채용하는 경우 해당 직무를 수행할 수 있는 동등한 자격과 조건을 가진 사람들이 동일한 비교집단에 속하게 되고, 근로자의 감염병이 직무수행과 관련이 없거나 일상적 공동생활을 통해 다른 근로자에게 감염의 위험이 없다면 감염병에 감염된 근로자와 감염되지 않은 근로자는 본질적으로 동일한 비교집단에 속한다. 그러나 교도소장은 감염병 전파를 예방하고 수용자를 관리하여야 할 의무가 있으므로 교도소장의 직무수행은 근로자를 채용하는 사업주와 그 목적이 다르다. 따라서 인권위원회는 채용의 목적에서 볼 때 동일한 비교집단에 속하더라도 수용자를 관리하는 목적으로 보면 감염병의 감염여부에 따라 동일한 비교집단에 해당되지 않을 수 있다고 보았다. 즉, 기관이나 제도의 특정한 목적이 합리성 판단 뿐 아니라 비교대상을 삼을 때에도 주요한 기준이 될 수 있다는 것이다. 이러한 입장은 차별의 합리성을 판단할 때 면밀하고 세심하게 사건을 파악하고 검토한다는 측면에서 바람직하다. 그러나 비교대상자

42) 국가인권위원회 2018.1.3. 17진정0207400·17진정0149900(병합)

가 없거나 누가 비교대상자에 해당하는지에 따라 차별 판단의 결과가 달라질 수 있기 때문에 신중하게 검토되어야 한다. 따라서 비교대상자를 선정하는 기준이 반드시 요구된다. 그리고 그에 앞서, 대부분의 진정 사건에서 비교대상자를 특별히 언급하지 않은 채 차별 사유를 가지고 있지 않는 자를 비교대상으로 하여 판단하고 있으므로 통상의 경우와 달리 비교대상자를 특별히 선정하여야 할 경우를 어떻게 둘 것인지에 대한 기준이 우선적으로 정해져야 할 것이다.

한편, 병력의 경우 질병으로 발현되지 않은 보균자에서부터 치료 과정에 있는 중이거나 아니면 완치된 경우에 이르기까지 다양한 형태가 존재하고 그 진행 정도에 따라 상태가 유동적일 수 있다. 따라서 일정한 요건이 충족될 것을 전제로 재화 등의 공급이나 이용이 이루어지는 경우 그 비교대상자가 불합리한 차별의 여부를 결정하는 중요한 기준이 될 수 있다. 요양급여 대상자 요건으로 '1차 또는 2차 혈액학적 완전관해' 요건을 갖추지 못해 요양급여를 받지 못한 것이 차별이라는 인권위원회의 결정⁴³⁾에서 이를 단적으로 보여준다. 이 진정 사건에서 진정인은 '완전관해진 자'를 비교대상으로 하여 본인의 차별을 주장하였으나 인권위원회는 환자의 건강상태에 따라 완전관해에서 비완전관해 또는 그 반대로도 바뀔 수 있는 점을 고려하면 단지 완전관해진 자 뿐만 아니라 완전관해되지 않은 자 또한 비교대상자가 된다고 보고 이에 따라 해당 요양급여 지급의 제한이 차별이 아니라고 판단하였다. 즉, 어떠한 질병이 완치된 경우에서부터 치료 과정에 있어서 그 상태가 고정적이지 않은 경우 등 그 범위가 넓기 때문에 비교대상자의 선정에서도 이러한 특수성을 고려할 필요가 있다.

3) 의료진 등 타인의 보호받을 권리와 의 상충여부

HIV 보유자에 대한 수술 거부 등의 사례에서 피진정인은 수술에 필요한 특수 장비 미비에 따른 거부로서 의료진의 HIV에 대한 감염으로부터 보호받을 권리를 주장하였다. 이에 대해 인권위원회는 HIV의 전파되는 주된 경로의 하나가 의료인의 직업적 노출이고 의료진 보호를 위해 장비를 세심하게 갖추는 것이 필요하더라도 의료진의 보호와 환자의 치료받을 권리가 상충되는 것은 아니라는 점을 분명히 하였다. 미국 질병관리본부의 '보편적 주의지침'을 근거로 의료진의 감염 예방을 위한 보호 노력이 필요하지만, 한편으로 「의료법」상 진료거부금지에 관한 규정, 인간의 생명을 다루는 의사들의 윤리적인 의무가 강조되고 있다. 이에 따라 의료진에 대한 감염 예방과 환자의 치료받을 권리가 상충되지 않는 방안을 모색하지 않은 채 진정인을 진료 배제한 것은 합리성이 인정되지 않았다.

이와 같은 사례에 비추어 보면 병력상 차별은 특히 두려움과 편견에 근거하여 이루어지는 경우가 많다는 점을 짐작해 볼 수 있다. 이에 병력차별 문제와 관련하여 의료인들의 실질적인 인식개선이 이루어질 수 있도록 차별 진정 사건에서 권고의 내용으로 인권교육을 실시하도록 하는 것이 보다 실질적으로 유효한 권고가 될 수 있을 것이다.

4) 재화·시설의 이용과 공급의 특수성 고려

인권위원회의 결정은 공통적으로 재화나 시설 등의 특수성을 고려하여 그에 따른 차별을 인정하고 있다. 보험제도의 경우 동일한 위험에 놓여 있는 다수인이 공동으로 위험단체를 구성하여 통계적 기초에 의하여 산출된 보험료를 부담하고 우연한 사고를 당한 사람에게 보험금을 지급함으로써 경제적 불안을 공동의 힘으로 극복하고자 하는 데 본질이 있고, 이러한 보험의 고유한 특성을 반영하여 차별의 합리성 여부를 판단한다. 이에 피보험자의 질병유무나 치료여부 등 위험률에 따라 보험가입을 승낙 또는 거절하거나 보험요율을 달리 할 수 있다고 본다. 즉, 보험회사의 계약의 자유 또는 사적자

43) 국가인권위원회 17진정0454800 결정.

치의 원리에 의해 영업권의 자유가 보장되고, 검증된 통계자료 또는 과학적·의학적 자료에 근거한 위험율에 따라 보험가입을 승낙 또는 거절하거나 보험요율을 달리 할 수 있다는 것이다. 그리고 현재 국내 대부분의 생명보험회사가 외국 재보험사의 기준에 근거하여 보험인수여부 및 요율을 정하여 차별적 취급을 하는 것에 대해 합리성이 있다고 판단하고 있다.

또한 교정시설 등과 같이 설립·운영의 목적이 분명하고 특수한 경우에 대해서도 HIV 감염인의 분리 수용을 합리적인 차별로 인정하고 있다. 이는 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제2조 제4호에서 ‘후천성면역결핍증’을 제3군 감염병으로 정하고 있고, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제35조에서 전염 우려가 있는 질병의 방지를 위해 필요하다고 인정시 수용자에게 격리수용 등 필요한 조치를 취해야 한다고 규정하고 있으며, 법무부의 「수용자 의료관리 지침」 제15조에서 감염자 또는 감염의심자를 즉시 격리 수용하여야 한다고 규정한 것에 근거한다. 다만, 인권위원회는 법무부의 지침이 HIV 감염 수용자의 형량, 질병상태, 활동 내용 등을 고려하여 필요할 경우 공동생활을 할 수 있도록 해당 소장 등에게 재량권을 부여하지 않고 오로지 HIV감염인이라는 이유로 수용 생활 전반에서 일률적으로 격리하고 공동 활동에서 배제하는 것은 바람직하지 않으므로 그 개정을 권고한 바 있다.⁴⁴⁾ 이에 따라 법무부는 해당 지침을 ‘의무관의 의견을 들어’ 분리수용하도록 개정하였고 이후 진정 사건에서는 진정인들의 질환 상태와 의무관의 소견에 따라 격리수용한 것은 합리적인 이유가 있다고 판단하였다. 그러나 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」상 격리 수용 등의 필요조치가 가능한 ‘전염 우려가 있는 질병 방지를 위해 필요한 경우’에 대한 판단 기준이 명확하지 않다. 인권위원회는 그 동안 수용자의 처우는 일반인의 일상생활 영위에 비해 안전 확보 및 질서유지의 필요성이 크다는 점을 확인하고, 격리 등에 따른 대체방안의 제공 여부 등을 고려하여 불이익이 크지 않다는 점에서 HIV 감염자에 대한 격리 수용을 비교적 넓게 인정해 왔다. 그러나 교정시설에서 감염인의 보호를 위해 일상생활에서의 부분적 격리가 필요하더라도 수용자의 요구나 건강상태, 활동내용 등을 고려할 필요가 있고, 이 점은 이미 인권위원회가 법무부의 지침에 대한 권고 의견에서 지적한 바 있다. 인권위원회가 여기서 제시한 교정시설 내 HIV 감염 수용자의 형량, 생활태도, 개개인의 질병 상태, 활동 내용, 해당 수용자의 요구 등은 감염자의 격리 수용의 필요성 여부를 판단하는 유효한 기준이 될 수 있을 것이다.

다. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용 영역

1) 종합적 판단의 주된 근거

교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 차별에서 합리성 여부는 대부분 종합적 판단으로 이루어지고 있다. 종합적 판단의 구체적 내용은, ① 객관적·의학적 근거 없이 단지 부정적 편견과 두려움에 근거하거나, ② 일정한 예외나 가능성 없이 일률적으로 제한하는 것은 합리성 없는 차별로 본다. 그리고 합리성 판단의 주요 근거로는 ① 전문의 등으로부터의 의학적 의견, ② 현재의 건강상태, ③ 병력으로 인해 목적을 실현하기 곤란할 정도의 심각한 병증이 있는지 여부, ④ 재발 내지 악화될 가능성에 대한 판단 및 그에 따른 제한의 필요성 등이 적용된다. 이 때 신체검사의 판단기준은 본인의 현재 상태에 대한 고려가 최우선적으로 이루어져야 하고 부차적으로 가족의 병력 등을 고려할 때에는 의학적 근거가 충분히 제시되어야 한다. 그리고 증세의 심각성 정도에 대한 판단은 전문의 소견에 근거하여 이루어져야 한다.

44) 국가인권위원회 2013.1.26. 11진정0571300·12진정0094800(병합)

2) 연계차별

병력 차별 사건 가운데 본인의 건강 상태가 아닌 가족력을 이유로 차별이 이루어지는 경우가 있다. 항공운항과 입학시험에서 응시자의 정신건강에 대한 의학적이고 객관적인 평가가 아니라 모(母)의 과거 정신질환 병력을 이유로 진정인에 대해서도 발병할 위험을 예측하고 신체검사에서 불합격한 사례를 들 수 있다.⁴⁵⁾ 이처럼 자신의 병력 뿐 아니라 가족의 병력까지 이어진 차별을 연계차별 또는 관계적 차별로 볼 수 있다.

인권위원회는 병력 차별의 합리성 판단에서 자신의 현재 건강상태를 기초로 하는 것을 원칙으로 하므로, 이와 같은 연계차별의 합리성 여부에 대해서 엄격히 판단하고 있다. 사례의 경우 인권위원회는 단순히 유전 소인만으로 실제 발병 위험률을 예측하는 것은 논리적이지 않고 의학적 근거가 부족하고, 가족력을 고려할 때에는 업무관련성에 의학적 근거가 충분히 제시되어야 한다는 점을 분명히 하였다. 이 때 판단기준으로 현재의 건강상태, 의학 전문가의 견해, 수단의 대체성(정기검진을 통해 업무수행 적합여부 판단), 유사한 다른 기관의 규정과의 비교검토 등을 삼아 종합적으로 판단하였다.

결국 가족력을 이유로 한 연계차별은 크게 해당 병력이 의학적·과학적으로 유전 요인이 큰 것으로 입증될 것, 그러한 병력의 발현과 업무관련성이 있을 것이라는 두 가지 차원에서 검토될 필요가 있다. 그리고 미래의 위험을 근거로 차별이 이루어지는 것이므로 자칫 병력에 대한 오해나 편견에서 비롯될 수 있다는 점에서 엄격하게 판단되어야 한다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

해외사례	<ul style="list-style-type: none"> ▪ [캐나다] 정신적 장애를 이유로 한 학교시설이용거부의 차별성립 가능성 <p>Berg는 University of British Columbia의 대학원생으로 심각한 우울증을 겪었고 이로 인한 몇몇 사건에 있었다. Berg는 연구를 끝내기 위해 학교 건물에 들어갈 열쇠를 요구했으나, 다른 모든 대학원생들에게 그 열쇠를 주었음에도 거부당하였고, 졸업에 필요한 인턴십을 구하기 위해 추천서를 부탁한 교수도 이를 거절하였다. 이 사건의 쟁점은 이 사건이 BC 인권법(British Columbia Human Rights Act)의 제3조의 “공중에게 제공되는 용역”에 해당하는지다. SCC는 석사 과정에 재학 중인 갖춘 소수의 사람들에게만 제공되는 용역도 여전히 대학이 봉사하는 “공중에게 관례적으로(customarily available to the public)” 제공된 용역으로 보아 법의 적용대상으로 판단하였다. SCC는 기관과 개인 간의 관계의 본질이 공적(public)이어야 한다고 보았다. 용역이 공중에게 제공되는 것인지를 판단함에 있어 중요한 것은 당사자 사이의 관계의 성격이 공공적인지 여부일 뿐이다. 이 사건의 경우 UBC와 대학원생의 관계는 공적 관계이고, 교수도 UBC의 대리인 역할을 한 것이다. (University of British Columbia v. Berg, [1993] 2 SCR 353.)</p>
------	--

14. 기타 사유

가. 기타 사유 판단 기준에 대한 검토

국가인권위원회 결정례 중 기타 사유의 차별사유 판단기준이 상대적으로 분명하게 드러난 사례를 중심으로 국가인권위원회 기타 사유 판단기준을 살펴보도록 한다.

국가인권위원회 18진정0189500 결정은 ‘직종을 기타 사유의 차별금지 사유로 인정할 수 있는지 여부에 대하여, 직종은 업무수행 및 조직운동을 위한 기능적 구분에 해당되며 사회적 평가를 수반한

45) 국가인권위원회 13진정0051500 결정.

다고 보기 어려운 유동적 지위라고 볼 수 있어 사회적 신분으로 단정하기는 어려울 수 있으나, 개인의 행위 관련성이 강한 요소라고 보기 어렵고, 인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만 해당 사유를 이유로 고용상 불이익을 허용한다면 개인이 자신의 책임이 아닌 사유로 인해 불리한 처우를 받게 되는 결과를 초래할 수 있으므로, 사회적 신분에 준하는 기타 사유로 포섭하는 것이 가능하다'고 판단하였다. 초등돌봄전담사에 대한 경력산정 등의 차별 사건(19진정0246200 등 88건(병합))을 비롯하여 다수 결정례에서 보이는 국가인권위원회 기타 사유 차별행위의 차별사유 판단기준을 정리하면, '사회적 평가를 수반한다고 보기 어려운 유동적 지위'에 대해서도 기타 사유의 차별사유로 판단할 수 있으며, '개인의 행위 관련성이 강한 요소라고 보기 어렵고, 인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만, 개인이 자신의 책임이 아닌 사유로 인해 불리한 처우를 받게 되는 결과를 초래하는 경우'에는 기타 사유의 차별사유로 판단할 수 있다는 것으로 정리될 수 있다.

그런데 이러한 기타 사유의 차별사유 판단기준에는 몇 가지 의문이 제기될 수 있다고 보인다. 먼저 열거된 19개 차별사유에 준하는 정도의 차별시정의 필요성이 있는 경우에 기타 사유로 포섭될 수 있다고 보아야 할 것인데, 그 중 하나인 사회적 신분의 차별사유에 준하는 정도의 지위에 해당해야 한다는 조건을 다른 보충적인 기준 없이 제외해버림으로써 열거된 19개 사유에 준하는 정도에 이르러야 할 차별사유 판단기준을 모호하게 해 버렸다는 지적을 받을 수 있다.

초등돌봄전담사에 대한 경력산정 등의 차별 사건(19진정0246200 등 88건(병합))에서는 '사회적 신분으로 포섭하기는 어려울 것으로 판단된다... 차별사유 중 기타 사유로 포섭하는 것이 가능할 것으로 보인다'라고 판단하고 있고, 국가인권위원회 18진정0189500 결정에서는 '사회적 신분에 준하는 기타 사유로 포섭하는 것이 가능하다'라고 판단하고 있는 두 결정례 사이에도 사회적 신분과의 비교기준에서 일치하지 않는 면을 보인다.

'사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것'으로 정의되는 사회적 신분에 직접 포섭되지는 않더라도 그에 준하는 정도로서의 새로운 판단기준이 제시되어야 하나 공백으로 남아 있다고 보인다.

나아가 위 결정례에서 언급한 '인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만'이라는 판단기준이 정확히 무엇을 의미하는지는 알기 어렵지만, 인간의 존엄성⁴⁶⁾은 헌법 제10조에서 기본권의 핵심 원리로 제시하고 있는 내용으로, '인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만'이라는 표현이 '헌법상 기본권과는 관련이 크지 않지만'이라는 의미로 해석될 수 있다면, '평등권 침해의 차별행위'로 정의함으로써 헌법상 기본권인 평등권을 침해하는 경우에 차별행위로 보는 국가인권위원회법 제2조 제3호의 정의 규정에 반하게 될 우려가 있다.

평등권 침해의 차별행위라는 개념은 기본권 침해 가능성을 전제하고 있는 개념이다. '인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만'이라는 판단기준은 기본권 침해 가능성에서 비롯된 차별시정의 필요성에 대한 판단을 제외한 것으로 오해될 소지도 있어 보인다. 국가인권위원회 조사대상이 인간의 존엄성이라는 대전제에 포섭되지 않는 일반 주체들간의 문제에 개입할 권한을 부여받았는지 고민이 필요한 지점이다. 이에 '인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만'이라는 판단기준이 어떤 의미를 가지고 어떤 기준으로 적용되어야 하는지에 대하여 국가인권위원회가 입장을 제시할 필요가 있다고 보인다.

평등법 발제를 통해서도 확인할 수 있듯이 차별시정 기능은 인권 기본권과 관련된 영역과 깊이 관련이 있는 것이다. 기타 사유의 차별행위라 열거된 19개 사유에 추가될 수 있도록 개방되어 있다 하더라도 인간의 존엄성과 직접 관련되지 않은 사안까지 포섭할 수 있는지에 대한 분명한 해석이 요구된다고 생각된다. 다른 차별사유의 결정례를 보면, 차별사유에 해당하기 위해서는 기본권 침해 관련

46) 인간의 존엄성 규정은 모든 기본권의 이념적 전제가 되고 목적이 되는 객관적 헌법원리라고 볼 수 있다. 또한 행복추구권은 헌법에 규정되어 있든 규정되어 있지 않든 모든 개별기본권을 포괄하는 성격을 가진다.(정회철 기본헌법 223)

성이 있어야 한다는 판단기준을 내세우고 있어 비교된다.⁴⁷⁾

정리하면 현재 제시된 국가인권위원회의 기타 사유 차별행위 판단기준은, 열거된 19개 사유에 준하는 정도여야 한다는 측면(사회적 신분에 준하는 정도일 것을 요구하지 않는다고 밝히고 있다)에서나, 평등권 침해의 차별행위에 해당하여야 한다는 측면(인간의 존엄성과는 관련이 크지 않아도 된다고 하여 기본권 관련성 요소를 배제하고 있다)에서나 국가인권위원회법 제2조 제3호에서 규정한 차별행위 개념에 부합하는지 의문이 제기될 수 있다.

결론적으로 기타 사유와 기타 사건을 분리할 필요가 있다. 기타 사유의 판단기준에 대한 정립을 위해서는 조사대상에 포함되지 않는 사건은 기타 사건이나 조사대상에 해당하지 않음으로 처리하고 기타 사유의 차별행위 사건만을 정리해나갈 필요가 있다.

차별행위 사건은 국가기관 등에 의한 사건의 경우에도 차별사유와 차별영역에 대한 판단이 이루어져야 한다. 국가기관 등에 의한 사건에 대해 헌법 제11조 평등권 침해 사건은 국가인권위원회 조사대상으로 다룰 수 있으나 인권침해 사건으로 다룰 수 있고, 차별행위 사건으로 다루기 위해서는 차별사유와 차별영역에 포섭되어야 한다.

헌법 제11조 평등권 침해 사건 심리는 차별의 합리성 판단이 아니라 평등권 침해의 기본권 침해 판단기준을 따르게 된다. 헌법 제11조 평등권 침해 여부와 국가인권위원회법 제2조 제3호 각목을 조합하여 판단기준으로 설정하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 헌법 제11조에 대한 언급이 단지 평등권 침해의 차별행위 중 평등권을 강조하기 위한 것이라면 문제가 없으나 차별사유를 누락하기 위한 목적이라면 시정되어야 한다.

기타 사유의 차별사유 판단기준에 대하여는 특히 인간의 존엄성과의 관련성, 에 대하여 좀 더 심도 있는 검토를 통해 재정립이 필요하다.

나. 기타 사유 판단 기준

기타 사유의 차별사유 판단기준에 대하여는 특히 인간의 존엄성과의 관련성에 대하여 재검토가 필요하다.

먼저 국가인권위원회는 평등 및 차별금지에 관한 법률(안)에 대한 설명자료에서 “일반적으로 ‘차별’이란 합리적인 이유 없이 성별이나 장애, 인종, 종교 등을 이유로 개인이나 집단을 분리·구별·제한·배제하거나 불리하게 대우하는 행위를 말합니다. ... 여기서 성별 등의 속성은 개인의 인격과 깊이 관련돼 있고, 대개 그것에 해당하는 조건을 선택하거나 포기하기 어려운 것입니다”라고 하였다. 국가인권위원회가 밝히고 있는 견해에 의하면, 차별금지사유에 해당하기 위해서는 개인의 인격과 깊이 관련되어 있고, 대체로 그것에 해당하는 조건을 선택하거나 포기하기 어려운 것이어야 한다. 이러한 차별사유 해당 기준은 기타 사유의 차별사유를 판단하는 기준에서도 적용되어야 하며 상호 일관성이 유지될 필요가 있다. 인격과 깊이 관련되어 있다는 기준은 인간의 기본권으로서의 인격권을 의미하는 것으로 이해될 수 있고 인격권은 헌법 제10조의 인간의 존엄성에서 도출되는 것이므로 결국 차별사유에 해당하기 위해서는 인간의 존엄성으로서의 기본권과 관련되어야 한다는 의미로 해석될 수 있다.

한편 문언에 의하더라도 국가인권위원회법 제30조가 조사대상으로 삼는 국가인권위원회법 제2조 제3호의 차별행위는 ‘평등권 침해의 차별행위’여야 한다. 평등권은 헌법 제11조에 명시된 기본권으로 문언에 의하더라도 기본권 관련성이 인정되지 않는 차별사유를 상정하는 것은 국가인권위원회법 문언에 반하게 될 수 있다.

더 나아가 국가인권위원회의 결정례를 살펴보더라도 차별사유 해당성을 부인하여 각하한 사례를

47) 성적 지향 결정례(각하 결정례)

보면 제기된 사유에 대해 기본권 관련성이 부정되어 판단에 작용한 사실을 확인할 수 있다. 이러한 결정례는 기타 사유 판단기준을 제시한 것으로 볼 수 있고 이러한 결정례의 기준을 좀 더 정밀하게 다듬어 기타 사유의 차별사유 판단기준으로 정립하고 현재 기타 사유의 판단기준을 보완할 수 있는 새로운 판단기준을 도출할 수 있다고 보인다.

국가인권위원회는 온라인 채팅 서비스에서 레즈라는 용어를 사용할 수 있는 반면 게이라는 용어는 금지어로 지정되어 사용할 수 없게 되자 이를 성적지향을 이유로 한 차별이라고 진정한 사안에서, 진정 내용이 성적지향이나 성별을 이유로 한 차별사유에 해당하지 않을 뿐 아니라 기타 사유에도 해당하지 않는다고 판단하면서 그 판단기준을 제시하였다(16진정0123000 결정). 16진정0123000 결정례는, '이 사건 피해자는 게이라는 단어를 사용하고자 하는 이용자 집단이고 비교대상은 금지어를 사용하지 않는 이용자인데, 게이라는 단어를 사용하고자 하는 이용자라는 속성은 성적지향, 성별 등 19개 열거된 차별사유와 관련이 없을 뿐 아니라 동성애 반대론자들도 게이라는 단어를 사용하고자 한다면 동일한 피해를 입게 되므로 성적지향 등 국가인권위원회법에 열거된 19개 차별사유에 해당하지 않는다'고 판단하였다. 나아가 19개 열거된 차별사유 이외에 기타 사유의 차별사유에 해당하는지 여부를 판단해보았는데, 먼저 ① 게이라는 단어를 사용하고자 하는 이용자라는 속성은 무한정의 불특정 다수로 집단으로서의 실체가 사실상 없고, ② 국가인권위원회가 명시적으로 열거하는 19개 차별사유는 생래적 속성(성별 등), 변경하였을 경우 인간의 양심과 존엄성에 심각한 위해가 되는 속성(종교 등) 수준의 불가역적인 속성인데 반하여, 게이라는 단어를 대체하는 단어의 사용까지 금지된 것은 아니라는 점까지 고려하면, 게이를 대체하는 단어를 사용하게 하는 것이 이들의 인간의 존엄성이나 양심의 자유를 침해한다고 볼 수 없고, 이용자가 동성애 반대자라면 해당 단어를 사용하지 못하게 하는 것이 인간의 존엄성과 양심의 문제 등 인권침해와 무관하며, 실제 동성애자라면 이로 인해 모욕감을 느낄 수는 있으나, 이는 표현의 자유나 혐오표현에 의한 모욕 문제이지 차별사유는 아니라고 하여 기타 사유에도 해당하지 않는다고 판단하고 조사대상에 해당하지 않는다는 이유로 각하하였다. 위 결정례는 기타 사유 판단기준으로 19개 사유에 준하는 인간의 존엄성 등 기본권과 차별사유의 관련성이 인정되어야 한다고 본 것으로 타당한 판단이라고 생각된다.

이러한 점들을 종합해보면 기타 사유의 차별사유 판단기준에 대하여는 인간의 존엄성과의 관련성이 인정되어야 한다는 판단기준이 포함되어야 한다. 현재와 같이 '인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만'이라는 기준은 앞서 살펴본 기준에 부합하지 않으므로 삭제되어야 한다.

15. 성희롱

가. 성희롱의 행위자 관련 해석

1) 업무를 위임(위탁) 받은 자

법원은 공공기관 종사자를 공공기관의 임직원뿐만 아니라, 상당기간 공공기관과 일정한 관련을 맺고 공공기관의 업무를 수행하고 있는 사람도 포함된다고 보았다(대법원 2005. 7. 8. 선고 2005두487 판결).

공공기관 뿐 아니라 민간기업도 마찬가지로 사용자의 업무를 위임받아 수행하는 경우 사용자 범위에 포함되는 것으로 해석해야 할 것이며, 인권위원회는 보험모집원 교육을 실시한 보험설계사를 보험모집인 교육이라는 피진정인의 업무를 위임받아 수행하는 것이므로 사용자에 해당한다고 본 사례

(09진차404)가 있다.

2) 사용자의 범위 해석

인권위원회는 성희롱 규제의 입법 취지에 맞추어 대상의 범위를 적극적으로 해석해왔으며, 사용자 인지 여부는 피해자의 고용지위나 일상적인 직무수행에 영향을 미칠 수 있는지의 여부에 따라 판단해야 한다는 기준을 정하고 있다. 이에 따라 편의점 사업주의 자녀인 피진정인에 대하여 어머니를 통해 아르바이트생인 진정인의 고용 지위나 근무환경 전반에 영향을 줄 수 있는 지위에 있으며, 주말에 편의점 물품 발주, 창고 물건의 매장 반입 등의 관리업무를 수행하였다는 점이 근거로 사용자에게 해당된다고 보았다(17진정0506300). 그런데 이와 유사하게 누나가 운영하는 마트에서 남동생이 행위자로 문제된 사건에서는 사용자 또는 근로자로 보기 어렵다고 각하하였는데(15진정1039400), 마트 운영자의 남동생인 피진정인의 경우 공동운영자나 피고용인이 아니고 누나가 운영하는 마트에서 도와주는 상황으로 용돈을 받는 정도였다는 것이 인정되지 않은 이유였다. 두 사건 모두 피진정인들이 임금을 지급받지 않은 점, 사업주인 가족의 일을 도와주는 수준으로 업무에 관여한 점에서 유사성이 있고, 성희롱으로 인정된 사례에서 편의점주의 자녀가 진정인의 고용지위나 근무환경 전반에 영향을 줄 수 있다고 판단한 구체적인 근거는 없으며, 각하된 사례에서 피진정인이 진정인의 고용지위나 근무환경 전반에 영향을 줄 수 있다고 보지 않은 근거 또한 제시되지 않은 점 등을 고려할 때 인권위원회가 사용자의 범위를 해석하는데 적용한 기준이 무엇인지 명확하지 않다. 식당주 남편이 행위자로 지목된 사건(15진정0453800)에서도 진정인이 업무지시를 직접 받지 않았다 하더라도 피진정인이 식당과 관련된 농사일을 하고 예약손님이 있을 때 식당일을 같이 한 것이 공동운영의 근거가 될 수도 있는 것인데 이러한 점이 고려되지 않고 오히려 사용자가 아닌 이유로 해석되었다.

성희롱 규제의 입법 취지에 맞추어 사용자 등의 범위를 적극적으로 해석하는 것은 중요한 일이며, 이를 위해서는 사용자 등에 대한 명확한 해석기준 정립, 구체적인 판단 근거와 일관된 적용이 필요하다. 남동생이 행위자로 지목되어 각하된 사건이나, 식당주 남편이 행위자로 지목되어 각하된 사건의 경우 피진정인들이 진정인의 고용지위에 영향을 미칠 수는 없다고 하여도, 사업주가 영업장을 피진정인에게 전적으로 맡기고 자리를 비웠다는 사실만 보아도 해당 사업장에 대한 관리 및 운영, 비상시 대처 등에 대해 피진정인에게 그 권한을 위임하였음이 명확하다고 할 것인바, 관리책임이 없다고 할 수 없고 진정인의 일상적인 직무수행에 영향을 전혀 미치지 않았다고 볼 수도 없다.

3) 근로자에 대한 판단

한편, 인권위원회는 피해자가 동일하게 방송작가로 동일하더라도 행위자가 방송제작사 직원인 경우에는 근로자로서 행위자 요건에 해당된다고 보았지만, 방송작가가 동료작가를 성희롱 한 사건에서는 대법원 판례 등에 따라 방송작가가 근로자 또는 사용자에게 해당하지 않아 조사대상이 아니라고 각하하였다(14진정0456600). 즉, 인권위원회법은 성희롱의 상대를 특정하고 있지 않으므로 방송작가가 성희롱의 상대일 경우에는 방송작가의 근로자성 등이 문제되지 않지만, 행위자일 경우에는 “공공기관 종사자, 사용자, 근로자”중 하나에 해당되어야 하므로 근로자 또는 사용자 해당여부를 판단할 수밖에 없고, 행위자가 방송작가를 비롯한 특수고용근로자 등 이미 법원 판단에 의해 근로자가 아님이 명백한 경우는 조사대상으로 삼지 않은 것으로 보인다. 이는 인권위원회가 “공공기관 종사자, 사용자, 근로자”의 범위를 넓게 해석해 온 입장과 상충된다.⁴⁸⁾ 국가인권위원회 차별판단지침상에도, 실습생이나

48) 국가위원회법상 성희롱 행위자인 공공기관의 종사자·사용자·근로자 범위 검토 보고(2010.9.14. 12차 차별

교생 등 임금을 받는 근로자는 아니나 상당 기간 당해 기관과 일정한 관련을 맺고 그 기관의 업무를 수행하고 있는 사람의 경우 근로자 범주에 포함한다고 하고 있고, 본 사건의 사건조사결과보고서에서도 '방송작가가 주식회사 ○○방송과의 관계에서 「근로기준법」상 근로자성이 인정되지 않지만 ○○방송의 업무를 수행하기 위해 계약을 맺고 근로를 제공하고 그 대가로 계약에 의한 임금을 지급받고 있는 점에서 성희롱 주체인 '근로자'에 해당하고 성희롱이 인정된다.'고 하였던 점⁴⁹⁾ 등을 살피건데, 방송작가 또한 성희롱의 주체로서 근로자에 해당된다고 보지 않을 이유가 없다.

또한 근로자에 해당하는 것으로 보지 않더라도 공공기관 종사자를 공공기관으로부터 위탁받아 업무를 수행하는 자까지 확대하여 해석하였던 사례, 보험모집원 교육을 실시한 보험설계사를 보험모집인 교육이라는 피진정인의 업무를 위임받아 수행하는 것이므로 사용자에게 해당한다고 본 사례(09진차404)에서처럼 사용자로 확대 해석할 여지도 있다고 본다.

따라서 성희롱 행위자로서 근로자를 해석하는데 있어 법원 판결에 귀속되지 않음을 명확하게 하고, 인권위원회만의 성희롱 주체로서의 근로자 해석기준을 명확히 하는 것이 필요하다.

나. 성희롱의 대상 관련 쟁점

국가인권위원회법은 성희롱의 대상(피해자) 범위를 특정하고 있지 않은 바, 구직자에 대해서도 성립되며, 파견직원, 용역업체 직원, 프리랜서, 거래업체 직원, 고객(환자), 조사대상 피해자 등 제3자에 대해서도 업무관련성이 인정되면 성희롱이 성립한다. 학생이 성희롱 행위자인 경우 당사자 요건이 부정되지만, 교육과정에서 교사 등에 의해 발생한 성희롱 대상이 학생인 사건은 그러하지 않다.

성희롱의 피해자가 아닌 피해자의 아버지나 배우자, 더 나아가 일반 시민이 진정한 경우에도 진정한 적격을 인정하고 있는바, 성희롱의 대상으로서 피해자 요건과 진정한 적격을 별개로 보고 판단하고 있다. 예를 들어 인권위원회는 실업팀 감독들이 여성축구선수에 대한 성별 진단 요구한 사건(13진정0845200 병합)에서 진정한 1, 2는 일반시민이고, 진정한 3은 서울특별시체육회 사무처장으로 피해자에 해당하지 않았음에도 사건 조사 후 성희롱을 인정한 바 있다. 그러나 마찬가지로 일반 시민이 SNS를 통해 울산시 소재 식당 사장이 '여대생을 과일에 비유한 글을 화장실에 게시한 사실'을 알게 되어 진정한 사건에서 진정한 이들은 SNS를 통해 피진정인이 화장실에 여대생을 과일에 비유한 문구를 게시한 사실을 알게 되었으므로 인권위원회는 「국가인권위원회법」상 피해자 요건에 해당하지 않아 조사대상이 아니라며 각하(17진정0229600 17진정0229800 병합)하였다. 앞서 성희롱이 인정된 여성축구선수에 대한 성별 진단 요구 사건(13진정0845200 병합)에서 피해자가 특정 여성축구선수로 명확하게 지정되었던 것에 비추어보면, 인권위원회의 판단은 진정한 이들이 식당의 이용객 등 화장실 게시물을 직접 본 당사자가 아니기 때문에 피해자가 아니라는 의미로 해석된다. 이에 대해 피해자로 인정되기 위해서는 문제된 성적 언동의 '직접적인 대상'이라는 '피해자 요건'이 추가적으로 필요한 것인지 그 의미와 근거를 밝히는 것이 필요하다는 의견이 있다⁵⁰⁾. 성희롱의 피해자는 불특정 다수가 될 수 있고, 문제된 화장실의 게시글은 해당 식당의 이용객 뿐 아니라 요즘 같이 SNS가 발달된 시대에는 충분히 SNS로 불특정 다수에게 전파될 가능성이 있으며, 향후 유사한 진정사건들이 제기될 가능성이 높은 바, 성적 언동의 대상인 피해자를 어느 범위까지 인정할 수 있는지 그 기준을 마련하는 것이 필요하다.

시정위 보고)에 따르면 성희롱 주체인 '근로자'를 「근로기준법」상 '근로자'와 동일하게 해석할 필요가 없다고 보고 있음.

49) 박선영 외, 차별판단기준 기초조사 연구, 2019, 234면.

50) 박선영 외, 차별판단기준 기초조사 연구, 2019, 278면.

다. 업무관련성 관련 쟁점

업무관련성은 근무시간, 직장내 등의 근무장소, 업무와의 직접적인 연관성에만 국한되지 않으며, 업무와의 보다 폭넓은 연관성 속에서 판단이 이루어져야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이 행위자가 자신의 업무상 지위를 이용할 수 있는 상황이었거나 적어도 쌍방 혹은 어느 일방의 업무수행에 응하기 위한 만남, 업무관련 활동을 위한 만남에서 이어진 자리 등은 업무관련성이 인정되었다.

인권위원회는 병원 직원이 환자를 성희롱 하거나(10진정0652700), 경찰관이 사건을 조사하는 과정에서 행한 발언(09진차0001091) 등 행위자의 업무수행과 관련하여 발생한 성적언동이라면 상대방이 민원인, 고객 등 제3자인 경우에도 업무관련성을 인정하였다.

행위자의 성적 언동이 직접 민원인에 대해 이루어진 것이 아닌 경우 업무관련성이 부정된 사례가 있다. 인권위원회는 진정한 민원 업무를 보고 있던 중에, 옆 부서 팀장인 피진정인이 들어와서 욕설을 하며 떠들다가 한 남성 직원에게 성적 발언을 진정인에게 들리도록 이야기한 것에 대하여, 다른 부서 근무자의 언동이 민원인에 대한 직접 언동이 아니므로 직위를 이용하거나 업무연관성을 가지고 성적 언동을 했다고 보기 어려워 조사대상이 아니라고 각하하였다(15진정0043800). 그러나 해당 행위는 근무시간 중에 근무장소에서 다른 직원을 상대로 이루어진 성적 언동으로 업무관련성이 부인될 아무런 근거가 없다. 인권위원회는 성희롱의 피해를 주장하는 사람이 해당 발언의 직접 대상자인 남성 직원이 아니라 해당 이야기를 들은 민원인이고, 행위자와 해당 발언을 들은 민원인 사이에 업무관련성이 인정될 수 있는가에 주목한 것으로 보인다. 앞서 언급한 병원직원이 환자에게 한 성희롱 사건, 경찰관이 조사대상자에게 한 성희롱 사건 등 성희롱이 인정된 다른 사건에서는 고객 등이 행위의 직접 대상자였던 점에서 본 사건과 차이가 있기는 하다.

그러나 업무의 직접적인 수행과 관련하여 이루어진 발언이 아닌 점이 업무관련성을 부인하는 이유라면 남성 직원과의 관계에서도 업무관련성은 인정될 수 없는 것이며, 그럴 경우 직장내 이루어지는 업무와 무관한 성적 농담 등은 모두 성희롱으로 인정받지 못하는 결과를 낳는다. 이는 업무관련성을 포괄적 업무관련성으로 폭넓게 인정해 온 국가인권위원회 입장에도 맞지 않는다. 업무관련성은 업무에 편승된 것 뿐 아니라 업무와 관련된 상황까지 다 포함된 것으로 보아야 한다.

또한 인권위는 민원인이 성적 언동의 직접 대상이 아니라는 점을 업무관련성을 부인하는 근거로 삼았는데, 성적 언동의 직접 대상이 아니라는 것의 의미가 모호하다. 성적언동의 대상이 된다는 것에는 ① 성적인 이야기의 소재로서 대상이 되는 것, ②성적인 발언의 직접 들은 상대방이 되는 것, ③ 성적인 이야기에 노출된 대상이 되는 것이 모두 해당될 수 있으며, 세 가지 경우 모두 성적인 굴욕감을 느낄 수 있는 상황이 될 수 있다. 인권위원회는 성적인 이야기에 노출된 대상이 된 경우에 피해자가 될 수 있다는 점을 간과한 것으로 보인다. 하지만, 본 사건과 유사하게 타인에 대한 성적 언동을 함께 들은 사람을 피해자로 인정한 사례(19진정0421300)를 볼 때 인권위원회의 판단에 일관성이 있다고 보기는 어렵다. 두 사건의 차이점은 타인에 대한 성적 언동을 들은 사람이 민원인이냐, 근로자이냐의 차이인데, 인권위원회법은 성희롱의 대상(피해자) 범위를 특정하고 있지 않은바, 성희롱의 당사자 요건은 두 사건 모두 동일하게 충족하는 것이고, 결국 성적 발언에 노출된 대상이 누구냐에 따라 업무상 관련성을 달리 판단한 것이라면 그 구체적 근거를 밝혀야 할 것이다.

라. 수사 중인 사건의 각하

진정이 제기될 당시 진정의 원인이 된 사실에 관하여 수사기관의 수사가 진행 중인 경우에는 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제5호에 따라 각하한다.

진정의 제기 직후 동일한 사실에 대해 경찰청에 고소, 이에 대해 혐의없음으로 불기소 처리된 것이 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제5호에 의한 각하사유인지에 대하여, 수사기관은 강제추행에 이르지 않는 성희롱은 형사상 적용할 죄목이 없어 다루지 않고 다만 그와 관련하여 강제추행이나 모욕죄 등에 해당할만한 혐의가 있는지 여부만을 판단한 것으로 확인되는바, 국가인권위원회 진정내용에 관해서는 기왕에 어떠한 실체적 판단도 내려진바 없어 ‘수사기관의 수사가 종결된 경우’에 해당하지 않으므로 본 진정이 부적법하여 각하사유에 해당하는 것은 아니라고 판단한 사례가 있다(10진정 235200-10진정390700(병합)).

이 사건에서는 강제추행에 이르지 않아 형사상 적용할 죄목이 없는 경우였지만, 형사상 적용할 죄목이 있는 행위의 경우 그에 대한 수사가 진행되면 국가인권위원회 진정사건은 각하되는 것인데, 성희롱과 성폭력은 구성요건이 다르고 같은 행위가 형사적으로 무죄판결을 받는다고 하더라도 성희롱이 성립하지 않는 것은 아님에도 수사 중인 사건을 각하하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 성희롱 행위에 대해 수사결과 증거불충분 등으로 무혐의 처분이 이루어지면 피해자는 형사적으로도 구제를 받지 못하고 국가인권위원회 진정절차를 통해서도 구제를 못 받는 경우가 발생할 수 있기 때문이다.

[참고] 해외 사례 및 지침·법제 비교

<p>해외사례</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ [캐나다] 성희롱을 금지할 의무가 사업주에게 있는지 여부 요리사의 성희롱에 대하여 식당에게 요리사로 하여금 성희롱을 하지 않도록 할 책임이 있는지 여부가 쟁점이 된 사례이다. 이 사안에서 성희롱은 성별에 따라 고용조건 또는 직원에게 제공되는 고용기회를 제한하는 차별의 한 형태로 보고 사용자는 업무와 관련된 직원의 차별 행위에 대해 책임을 져야한다(캐나다 인권법 제10조, 제14.2조). 특히 성희롱 가해자인 요리사의 행동은 업무와 관련이 있었고, 따라서 요리사가 성희롱을 하지 않도록 하는 것은 사업주의 책임이다.(Janzen v. Platy Enterprises Ltd., [1989] 1 SCR 1252)
<p>해외 차별판단지침</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ 미국 EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues 1. 민권법 VII편 d. 성별 VII편은 성별에 근거한 차별을 금하는데 여기에는 금지된 행위가 성적인 성격인 경우인 성적 괴롭힘과 성적인 성격은 아닌, 젠더에 근거한 괴롭힘이라고도 하는 성별에 근거한 괴롭힘이 모두 포함된다. ■ 미국 Enforcement Guidance on Harris v. Forklift Sys. Inc.(EEOC-CVG-1994-5) Harris v. Forklift Sys., Inc. NO.92-1168 slip op. (Nov.9, 1993)에서 대법원은 Title VII of the Civil Rights Act of 1964 (as amended, 42 U.S.C § §2000e et seq.에 의한 적대적 환경의 성희롱을 주장하는 소의 원인을 확정하기 위해서 정신적 상해psychological injury를 증명해야 할 것인지를 판단했다. 대법원은 만장일치로 사업장workplace에 차별적으로 적대적이거나 모욕적인 작업 환경을 만들 정도로 가혹한 행태가 만연해있다면, 원고에게 정신적 상해가 초래됐는지 여부와 관계없이 Title VII는 위반된다고 결정했다. 대법원의 그 판결은 Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57, 40 EPD § 36,159(1986) 판결을 재확인하고, 적대적이고 환경적 성희롱에 대한 위원회의 현행 정책에 부합하는 것이다. 결론적으로, 위원회는 적대적이고 환경적인 사안에 대한 수사를 이전부터 해왔던 동일한 방식으로 계속할 것이다. 처음부터, O’ Connor 대법관은 대법원의 만장일치 판결문을 작성하면서, Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57, 40 EPD § 36,159 (1986)에서 정한 기준을 확인하였는데, 그것은 원고의 고용조건을 바꿀 정도로 심각하고 만연하다면 성희롱 소송이 가능하다는 것이다. 연방대법원은 “합리적인 개인인 적대적 또는 모욕적이라고 확인할 정도이고, 피해자가 주관적으로 그렇게 인식한 경우에 ‘객관적으로 적대적 또는 모욕적인 업무환경’ 이 성립된다고 하였다. Harris, slip op. at 4. 제6항소법원의 정신적 상해 요건을 파기하면서, 연방대법원은 차별적인 일들이 근로자의 정신적 안녕에 중대한 영향을 주지 않았더라도, 차별적이고 모욕적인 업무환경은, 무엇보다도, 근로자의 직무수행 또는 향상에 영향을 줄 수 있다고 하였다. 연방대법원은 괴롭힘 행위가 ‘유

	<p>형적 영향' 을 만들지 않았을지라도, 그 '차별적 행위' 가 인종, 성별, 종교 또는 출신국가를 이유로, 근로자에게 모욕적인 업무환경을 만든 정도로 심각하고 만연하였다면, 원고는 Title VII 소의 원인을 주장할 수 있다고 판결하였다. 대법원에 따르면, “피해자의 고용조건을 바꾸고 모욕적인 업무환경을 만드는 정도로 심각하거나 공공연하게 ‘차별적인 위협, 조롱(ridicule) 및 모욕(insult)’ 이 사업장에 만연하다면, Title VII를 위반” 한 것이다. (Meritor, 477 U.S. at 65, 67 인용)</p>
<p>해외법제</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 캐나다인권법(Canadian Human Rights Act) 제14조 (2) 성적 괴롭힘 상기 제1항의 일반규정을 제한하지 않고, 성적 괴롭힘은 같은 항의 [적용의] 목적에서 차별금지 사유에 근거로 한 괴롭힘으로 본다. ▪ 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) 제3조 (개념) (4) 성적 괴롭힘이라 함은 제2조 제1항 제1호 내지 제4호와 관련한 차별로써, 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(現出) 등과 같은 원하지 않는 성적으로 특정한 행동이 타인의 존엄성을 침해하도록 의도했거나 야기한 경우, 특히 위협, 적대시, 멸시, 품위손상 또는 모욕으로 특징될 수 있는 분위기를 조성하도록 의도했거나 야기한 경우에 발생하게 된다.

마. 성차별적 통념에 기댄 표현을 성희롱으로 볼 수 있는지 여부

성희롱의 성립요건은 성적인 언동과 관련하여, 성적인(sexual) 의미에 대하여 인권위원회는 ‘성행위와 관련되는 것’이나 ‘남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련한 육체적, 언어적, 시각적 언동(18진정0419700)’을 의미한다고 보아 성희롱을 ‘Sexual Harassment’로 한정하고 있다. 성적인(sexual) 의미가 없더라도 직장 내에서 특정 성에 대해 비우호적인 언동이나 분위기를 조성하고 그로 인해 특정 성의 근로환경에 악영향을 주는 것’ 즉 Gender Harassment는 「국가인권위원회법」상 성희롱에는 해당하지 않는 것으로 보고 있다.

따라서 인권위원회는 여성비하적 발언만이 진정요지일 경우 인용 결정을 하고 있지 않다. 공식회의 석상에서 진정인에게 직책이 아닌 ‘여인네’라는 호칭 등을 사용한 것이 여성비하 발언에 해당할 여지는 있으나 성적 언동에 해당하지는 않는다고 보았고(12-진정-0369000), “여자들이 문제가 있다. 여성들은 소통이 안 되고 이기적이다.”라는 발언에 대해서도 여성평화 발언은 될 수 있을지라도, 성적 함의를 갖는 언동으로는 볼 수 없다고 보았다(13진정0375600). “앉아서 오줌 싸는 종자”라고 발언한 것은 단순히 성별에 따른 생물학적인 차이를 언급한 것이 아니라, 성적 위계관계에 근거한 여성에 대한 비하 내지 차별적 표현으로, 듣는 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감은 물론이고 근무환경을 악화시키는 결과를 초래한다고 하여 성희롱을 인정한 사례가 있으나(18진정0862400) , 이 경우 여성비하적 발언 뿐만 아니라 성기를 언급한 내용이 인용으로의 판단에 주요하게 작용했다고 보인다.

단순히 성적(sexual)인 것을 넘어서 성적 언동을 인정한 사례는 ‘피해자의 체력이 여성 이상이라는 것, 외모가 여성적인 특질을 보이지 않는다는 등의 발언’에 대해 외모에 대한 성적 평가와 무관하지 않으므로 넓은 의미의 성적 언동이고, 운동선수라 하여 이러한 요구를 언제나 수인해야 한다고 할 수 없다고 판단한 사례(13진정0845200)가 유일한데, 이 경우도 성적 언행을 확대하여 해석하여 인정한 것이라 Gender Harassment를 인정한 것이라 볼 수는 없다.

미투 이후 성희롱에 대한 대중적 인식이 확산되면서 Gender Harassment도 성희롱으로 인식하고 진정을 제기하거나, 사내 고충처리를 요구하는 사례들이 많아지고 있다. 따라서 성적 언동 판단에

있어서 인권위원회는 성희롱을 'Sexual Harassment'로 한정하고, 'Gender Harassment'에 대하여 부정하고 있는데, 그에 대한 명확한 근거와 구별기준을 결정문을 통해 명시적으로 제시하는 것이 필요해 보인다¹⁾.

아울러 'Gender Harassment'에 대한 규율방식에 대한 검토가 필요하다. 이에 대해서는 성희롱의 범위를 확장하여 sexual한 것에 제한되지 않도록 확장하여 성적 언행을 해석하는 방법, 직장내 괴롭힘으로 규율하는 방법, 고용차별로 규율하는 방법 등이 있을 수 있다. 한편, 국가인권위가 발의한 평등법 제정안이 성차별적 괴롭힘을 규율할 수 있는 근거규정을 포함하고 있다.

해외 입법례의 경우, 차별금지사유에 해당되는 사유에 의한 괴롭힘 행위를 차별금지법에서 규율하여 피해자 구제 및 가해자 제재가 가능하도록 하고 있는 경우가 많다. 예를 들어 독일의 「일반적동등대우법」 제1조는 인종 및 민족적 출신, 성별, 종교 및 세계관, 연령, 장애, 성적 정체성 등을 이유로 하는 차별을 금지하고 있고, 동법이 금지하는 “불리한 차별”의 개념은 직접차별, 간접차별, 괴롭힘, 성적 괴롭힘, 지시에 의한 차별²⁾ 등 다섯가지로 나누어 정의되고 있다. 일반동등대우법은 ‘괴롭힘’에 관해서 제1조에서 금지하는 사유와 관련성을 가지는, 상대방이 원치 않는 행동방식이 그 상대방의 존엄을 침해하고 불안, 적대심, 굴욕, 인격손상 또는 모욕감이 나타나는 환경을 조성하는 것을 목적으로 하거나 이에 영향을 주는 경우 괴롭힘은 차별에 해당된다고 규정하고 있다(법 제3조 제3항).

바. 성적 굴욕감 또는 혐오감

「양성평등기본법」과, 「국가인권위원회법」, 「남녀고용평등법」은 모두 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 성적 언동을 성희롱으로 규정하고 있다. “성적 굴욕감 또는 혐오감”이란 성적 언동으로 인하여 상대방(피해자)이 느끼게 되는 불쾌한 감정을 말한다.

현재 법률상 성희롱이 성립하기 위해서는 ‘성적 굴욕감이나 혐오감’ 또는 ‘고용상의 불이익’을 요구되는 것은 성희롱 사건이 법원에서 불법행위로 논쟁되는 과정에서 성희롱을 피해자가 입은 손해를 입증해야 한다는 판례로부터 문제제기 되었다고 볼 수 있다. 당시 판례³⁾에서 성희롱에 대한 행위유형이 고용관계와 관련하여 행해져야 하며, 피해자가 실제로 가지게 되는 심리적 태도와 고용조건, 근로환경에 대한 불이익이 있어야 불법행위로서 인정된다고 보았다. 그리고 이후 대법 판례⁴⁾에서 성적 굴욕감이나 혐오감으로 지칭되는 환경형 성희롱의 성립요건을 불법행위의 성부를 가질 수 있으면 족하다고 함으로써 그 성립요건을 완화하였고, 최근 판례에서는 좀 더 구체적으로 ‘성인지 감수성’을 전제로 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하여 피해자와 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 판단하도록 하였다⁵⁾.

성희롱 개념이 “성적 굴욕감 또는 혐오감”을 요구하는 것은 한편으로는 성희롱을 판단하는데 있어 피해자 입장을 고려할 수 있다는 장점이 있으나, 이와 관련하여 성희롱의 성립여부가 상대방(피해자)의 주관적인 감정에 좌우되는 것이 아닌가 하는 논란을 지속시켰다. 실제 현장에서는 피해자의 주관적 특징에 따라 마치 행위자의 성적 언동이 성희롱의 성립여부를 결정하는 것으로 간주되어 피해자

1) 박선영 외, 차별판단기준 기초조사 연구, 2019, 283면.

2) 이는 제1조에 열거된 사유로 사람에게 불이익한 처우를 하도록 하는 지시도 차별로 간주된다는 것이다. 이러한 지시는 특히 누군가가 다른 사람으로 하여금 근로자에 대해 제1조에 열거된 사유로 불이익한 처우를 하게 하거나 할 수 있도록 할 경우에 존재하는 것으로 인정된다.

3) 고법 1995.7.25.선고, 94나15358 판결

4) 대법 1998.2.10.선고 95다 39533 판결

5) 이원희, 이소라, 변섭(2018), “직장내 성희롱 예방 및 근절을 위한 법제연구”, 일자리위원회, 149쪽 참조

가 예민한가 그렇지 않은가에 따라 결과가 달라지는 것처럼 오해되고 있다.

법원이 “피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장”에서 성적 굴욕감 또는 혐오감을 판단한다고 해도 판단자의 주관성을 완전히 배제하기는 어렵다.

한편, 성희롱의 성립요건으로서 성적 굴욕감 또는 혐오감 뿐만 아니라 성폭력 처벌법에서 사용하는 용어인 성적 수치심 등에 대해서도 피해자의 다양한 피해 감정을 소외시킨다는 지적과 피해자를 감정적으로 억압할 가능성이 있다는 지적이 있다⁶⁾. 피해자가 느끼는 감정은 분노, 무기력, 무기력감 등 피해자 수만큼이나 다양하며, 복잡하다는 것이다. 여성가족부 조사에 따르면 일상 속 성차별적 언어에 대해 느끼는 감정은 외모에 대한 성차별적 표현의 경우 불쾌감이 가장 높고(65%, 분노(12.2%)가 2순위를 차지, 성역할에 대한 차별적 표현 또한 불쾌감이 67.3%, 분노가 13.2%로 다음 순을 차지하는 등 불쾌감이 차지하는 비중이 가장 컸다.⁷⁾

따라서 성희롱의 성립여부가 피해자의 주관적 감정에 기초한다는 논란을 줄이고 실제 피해자가 느끼는 감정의 다양성을 고려하여, 현재의 성희롱의 개념을 피해자의 주관적 감정에 기초하여 정의하기 보다 가해자의 행위를 객관적인 언어로 표현로 표현하되, 상대방의 인격권을 침해하는 행위에 대한 규제를 명확하게 하는 개념으로 전환하는 것이 필요하다.

사. 2차 피해 관련 조항의 부재로 인한 문제점

1) 2차 피해만을 대상으로 별도의 조사를 진행해야 하는지 여부

「남녀고용평등법」은 사업주에게 성희롱 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자 등에 불리한 처우를 하여서는 안된다고 하여 2차 피해에 대해 명문 규정을 두고 있으나(제14조제6항), 「국가인권위원회법」은 제2조 제3호 라목에 평등권 침해의 차별행위로 성희롱에 대해서만 규정하고 있을 뿐 성희롱 피해를 입은 근로자 또는 성희롱 피해 발생을 주장하는 근로자에게 한 불리한 조치에 대한 명문 규정을 두고 있지 않다. 제55조에서 ‘누구든지 이 법에 따라 위원회에 진정, 진술, 증언, 자료 등의 제출 또는 답변을 하였다는 이유만으로 해고, 전보, 징계, 부당한 대우, 그 밖에 신분이나 처우와 관련하여 불이익을 받지 아니한다’고 하여 ‘불이익 금지와 지원’을 규정하고 있으나, 그 위반에 대하여는 별도 규정을 두고 있지 않다.

그렇다 보니 2차 피해를 주장하는 사건에 대하여 조사대상인지 여부, 2차 피해를 인정하는 근거 등에 대해 일관된 원칙을 가지고 있지 못하다.

앞서 살펴본 사례 중에는 성희롱 사안이 수사기관에서 수사 중이어서 각하 대상이므로 성희롱 사건에 대한 사업주의 조치 미흡에 대해 국가인권위원회 조사대상이 아니라고 각하한 사건(13진정0922300)이 있는가 하면, 형사고소 중이거나 성희롱 발생일로부터 1년이 경과하여 각하대상임에도 사업주가 조치의무를 하지 않은 것에 대해 2차 피해를 인정한 사건들이 있다(17진정0752500, 18진정0467300). 즉, 성희롱 사안이 동일하게 각하 대상이라도 2차 피해를 판단대상인지에 대해 달리 결정이 이루어졌는데, 성희롱 사안이 각하 대상임에도 2차 피해를 판단한 사건에서 인권위원회는 2차 피해의 인정 근거를 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제14조 제2항을 위반한 행위로 해석하거나(17진정0752500), 성희롱의 개념에 2차 피해를 포섭하는 방식으로 제시하였다(18진정0467300). 후자를 근거로 삼은 사건에서 인권위는 “성희롱 피해로 인한 직접 피해 이후 이로

6) 석진희 기자, “성적 수치심, 안느꼈는데요? ‘성적 빠치심’ 을 느꼈어요.”, 한겨레, 2020.8.15

7) 이수연(2018), “일상 속 성차별 언어표현 현황 연구”, 여성가족부, 51쪽 참조

인해 발생하는 불이익 혹은 사건에 대응하는 과정에서 발생하는 피해, 즉 2차 피해 역시 성희롱으로 인한 고용 환경의 악화를 초래한다는 측면에서 성희롱 피해의 연장으로 보는 것이 타당하다.”고 밝혔는데, 2차 피해에 대한 명문규정 없이도 2차 피해를 성희롱 피해의 연장으로 해석하여 인정하였다는 점에서 그 의의가 있다.

다만, 2차 피해가 성희롱 피해의 연장이라는 국가인권위원회 해석에 따르면, 2차 피해는 성희롱으로 인한 고용 환경의 악화를 초래하는 것이므로, 성희롱 피해로 인한 직접 피해 이후 이로 인해 발생하는 불이익 혹은 사건에 대응하는 과정에서 발생하는 피해에 한정된다. 그렇게 되면 1차 피해의 주요 내용이 성희롱 행위가 아닌 경우 2차 피해를 주장하는 것은 성희롱으로 인한 것이라고 보기 어려워진다(18진정271100). 또한 성희롱 피해를 신고한 제3자에 대하여 이루어지는 불이익 조치에 대하여는 신고자가 성희롱의 직접 피해자가 아니기 때문에 해당 피해를 성희롱 피해의 연장으로 해석하는 것에 무리가 있고, 신고자에 대한 불이익까지 2차 피해로 인정하기 위해서는 이미 확장된 성희롱 개념을 신고자에 대한 불이익까지 포함되는 것으로 더욱 확욱 확장시켜야 하는 문제가 있다. 성희롱에 대한 개념 규정이 명문화되어 있고, 그 성립요건 또한 분명하게 정립되어 있는 법체계에서 이러한 해석이 가능할지도 의문이다.

남녀고용평등법은 2차 피해로부터 보호되는 대상을 성희롱의 피해자 및 피해를 주장하는 자, 성희롱 발생 사실을 신고한 자로 하여, 성희롱 사안에 대한 인정 여부와 별개로 2차 피해에 대한 독자적인 판단이 가능한 것과 같이 국가인권위원회 또한 2차 피해만을 대상으로 별도의 조사를 하기 위해서는 해석에 의존하는 것보다, 명문 규정을 통해 2차 피해의 조사 및 판단 근거를 마련하는 것이 바람직하다.

2) 피해자를 도와준 동료 근로자의 2차 피해

남녀고용평등법 제14조 제6항은 사업주는 성희롱 발생사실을 신고한 근로자 및 피해근로자 등에게 징계 등의 불이익 조치에 해당하는 불리한 처우를 하여서는 아니 되는 것으로 정하고 있으며 이를 위반하는 경우 동법 제37조 제2항 제2호에 의하여 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 정하고 있다. 불리한 처우가 금지되는 대상은 성희롱 발생 사실을 신고한 근로자 및 성희롱과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 피해를 입었다고 주장하는 근로자'로 한정되어 있는바, 피해 근로자를 도와준 동료 근로자가 불리한 조치를 당한 경우에는 동 조항이 적용되지 않는 문제가 있다.

이에 대해 동법 제14조 제2항의 적용 대상에는 성희롱 피해근로자에게 도움을 준 동료 근로자도 포함되는 것으로 해석하여야 한다고 주장들이 있으나, 동 조항은 위반에 대한 형사처벌을 전제로 하는 조항으로 동료 근로자에게까지 확대 해석하는 것은 죄형법정주의에 어긋나는 것으로 불가능하다.

동료 근로자의 2차 피해에 대하여는 남녀고용평등법과 국가인권위원회법 모두 법 조항이 부재한 상태로, 향후 동료 근로자도 2차 피해의 대상이 되는 것으로 입법적으로 정비가 필요하다.

제 3장

각론

제1절. 성별

I. 성차별의 의미

1. 성별의 의미

「국가인권위원회법」상의 ‘성별’이란 생물학적 성(sex)과 사회문화적으로 구성된젠더(gender) 모두를 뜻한다. 임신차별금지법이 제정되기 이전의 영미권에서는 성별에 임신, 출산도 포함되는지를 둘러싼 논쟁이 있었으나 입법적으로 또는 판례에 의해 성별에 포함되는 것으로 결론지어졌다. 그러나 「국가인권위원회법」은 임신 또는 출산을 별도의 차별사유로 명시하고 있다.

이 법에서의 성별에 성적 지향도 포함되는 것인지도 영미권에서 뜨거운 논쟁의 주제였다. 미국의 민권법 제7편은 성적 지향 등을 차별 금지 사유로 명시하지 않고 ‘성별’이라고만 규정하기 때문이었다. *Bostock v. Clayton County, Georgia*¹⁾ 판결에서 연방대법원은, “동성애이거나 트랜스젠더라는 이유로 차별하는 사용자는 성별에 근거한 기준을 필연적으로 그리고 의도적으로 적용하는 것”이라고 판시하면서, 성적 지향, 성전환을 이유로 한 차별도 성별에 따른 차별이라고 판단하였다. 한국의 인권위법은 영국의 2010년 평등법처럼 성적 지향이나 성전환을 차별 금지 사유로 별도로 규정하고 있기 때문에 국가인권위원회 진정 절차에서는 성별에 이들이 포섭되는지를 논의할 실익은 없다고 할 수 있다.²⁾³⁾

2. 직접차별/간접차별

직접차별과 간접차별이 구별되는 가장 중요한 기준은, 차별 행위자가 자신의 결정이 특정 성별에 불리한 대우가 될 것이라는 점을 알거나 알 수 있었는지 여부이다. 문제된 규칙, 정책, 기준, 관행, 행동 등이 특정 집단에 속하는 개인(들)에게 불리하게 작용한다는 것을 알기 때문에 또는 알면서도 선택하는 경우라는 점에서 직접차별은 ‘의도적’이라고 설명할 수 있다. 직접차별의 존재를 입증하기 위해 가해자의 마음 속에 있는 차별의 의도의 존재를 입증할 필요가 없고, 문제된 결정이 성별을 매개로 불이익을 야기하는 인과성이다.⁴⁾ 간접차별의 경우 문제된 결정 등이 성별을 매개로 불이익을 야기하는 인과성이 드러나지 않거나 인식되지 않는다는 점에서 구별된다. 그러나 직접차별과 간접차별의 경계선이 명확하지 않다는 것은 미국, 캐나다 등 간접차별 관련 법리가 발전한 국가에서도 확인되는 바이다.⁵⁾

1) *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 U.S. ____ (2020)

2) 다만 남녀고용평등법에 근거한 고용 성차별 구제절차를 이용할 때에는 이 법에서의 ‘성별’에 성적 지향과 성전환 여부도 포함되는지 검토할 실익이 있다.

3) 고궁에서 성별에 맞는 한복을 입어야 무료입장 혜택을 적용한다는 정책에 대해 성별 표현(gender expression)을 이유로 한 차별을 인정한 결정례가 있다(17진정1162100·18진정0026700(병합)). ‘성별 표현’이 ‘성별’의 개념에 포함되는지 쟁점이 될 수 있겠으나 요그야카르타 원칙 등을 참고하여 이 연구에서는 다루지 않는다. 성적 소수자 관련한 국제인권기준 원칙을 종합한 요그야카르타 원칙에서 ‘특정 성적지향, 성별정체성, 성별표현이 열등하다거나 우월하다는 사고와 관련된 편견적, 차별적 태도나 행동을 철폐하기 위해 모든 적절한 조치를 취할 것을 요구’ 하는 것을 볼 때, 이 연구에서 성별 표현은 성적 지향 파트에서 다루는 것 적절한 것으로 판단된다.

4) 국가인권위, 차별 판단지침, 2008.

5) Lindemann의, *Employment Discrimination Law*, 2012.

성별을 이유로 한 간접차별이 인정된 경우는 상대적으로 적은 편이다.

〈성별에 따른 간접차별 인정 사례〉

문제된 기준이나 관행	사건 번호	요지
임신하거나 출산휴가를 사용한 기간제 교원에 대해 동일한 기준으로 근무평가	차별시정위원회 2018.11.21.자 18진정0185300	임신한 근로자의 특수한 사정을 고려하지 않은 기준을 적용함으로써 임신, 출산휴가를 사용한 기간제 교원에게 불리한 결과를 초래
환경미화원 채용 시 체력기준	차별시정위원회 2015.12.24.자 15진정0477000	현행 환경미화원 업무가 배정된 구역의 가로변 주변을 청소하는 것이 주된 업무이므로 과거와 같이 강인한 체력적 요건이 절대적인 직업수행능력으로 수반된다고 보기 어렵고...환경미화원 채용 시 업무내용과 남녀의 생물학적 차이를 고려하지 않고 동일한 체력시험 기준을 적용하여 여성에게 불리한 결과를 초래

3. 관계차별과 복합차별

관계차별(discrimination by association) 사례는 주로 인종, 장애, 가족관계 등 관련한 사례가 소개되고, 성별에 대한 관계차별 사례는 국내외에서 잘 보이지 않는 편이다. 관계차별의 개념 자체가 차별이 금지되는 속성을 지닌 제3자와 관련되어 있음을 이유로 한 차별이기 때문에, 가족이나 친구 등이 여성이라는 이유로 차별받는 경우는 흔치 않기 때문인 것으로 보인다.

국내 사례는 확인되지 않으나, 장애 여성, 비정규직 여성, 외국인 여성 등에 대한 복합차별(multiple discrimination)을 인정해야 한다는 요구는 계속되고 있다.⁶⁾ “영국의 2010년 평등법은 ‘복합차별금지의 위반을 입증하기 위해 복합적인 각각의 속성을 이유로 한 직접차별임을 입증할 필요는 없다 (제14조(3))’라고 규정한다. 예컨대, 아시아계 여성은 자신이 여성으로서 차별을 받고 있는지 아니면 아시아계라는 이유로 차별받고 있는지에 대해 각각 입증할 수 없다 하더라도, 여성이면서 동시에 아시아계라는 이유로 차별받고 있다고 주장할 수 있다”는 것이다.⁷⁾ 복합차별의 판단과 관련하여 고민이 필요한 이유는, 차별 피해자의 입장에서는 자신이 두 가지 속성(예컨대 성별과 인종) 중 어떤 사유 때문에 차별을 당했는지 정보가 부족한 경우가 많기 때문이다.⁸⁾ 또한 채용 합격자 중에서 여성/남성, 흑인/백인의 비율은 큰 격차가 없으나 흑인 여성은 한 명도 합격되지 않은 경우, 성별과 인종을 각각 분리된 차별 사유로 검토해서는 그 피해를 포착하기에 한계가 있다.⁹⁾ 국가인권위법은 개별사유별 차별금지법이 아니라 포괄적으로 사유를 규정하고 있기 때문에 해석에 의하여 복합차별을 포섭하는 것이 가능하다.¹⁰⁾

6) 장애인차별금지법에는 복합차별 관련 규정이 있으나 장애 여성 관련 실제 적용사례는 보이지 않는다.

7) 홍성수, 영국의 차별금지법제 연구-2010년 평등법을 중심으로, 법무부 연구용역보고서, 2011.

8) Aileen McColgan, Discrimination Law - Text, Cases and Materials, 2005, p.33.

9) Aileen McColgan, 위의 책, p.34.

10) 영국이 2010년 평등법을 통해 사유별 차별금지법들을 통합하면서 만들어낸 주요한 변화 중 하나가 복합차별 개념의 도입이다.

II. 고용상 성차별

1. 차별이 인정된 경우

가. 직접차별

1) 성별 등을 이유로 - 성별과 불리한 대우 사이의 관계¹¹⁾

고용 성차별의 존재를 입증하기 위해서는 “문제된 결정이 성별을 매개로 불이익을 야기하는 인과성”¹²⁾, 인과관계에 대한 판단이 필요하다. 각 나라별로 역사적 배경과 문화가 다르기 때문에 차별금지 사유 중 특히 더 터부시 되는 사유가 무엇인지 조금씩 다를 수 있다. 미국은 인종차별 금지를 위해 민권법이 제정되었을 정도로 인종차별 관련 터부가 강력한 반면, 한국에서는 장애나 성차별 관련 법제도적 규율과 사회문화적 인식이 가장 빠르고 구체적으로 형성되었다고 할 수 있다. 그로 인하여 ‘여성이라서’ 불리하게 대우함을 명시적으로 밝히는 경우는 점점 줄어드는 경향이다. 결국 고용 성차별 사건에서는 불리한 대우가 성별을 이유로 한 것인지를 판단하는 것이 어려운 쟁점으로 등장하게 된다. 성별을 이유로 한 불리한 대우인지, 즉 성별과 불리한 대우 사이에 인과성이 있는지 판단하는 것 관련하여 영국의 판례 법리를 ‘(여성이)~아니었다면(but for)’분석을 발전시켰다. 여성이기 때문에 또는 여성이 아니었다면 이런 대우를 받지 않았을 것임을 판단하는 단계라는 것이다.¹³⁾

아래는 성별을 이유로 여부를 판단함에 있어 고려되었거나 고려되어야 할 사항들을 정리한 것이다. 아래의 고려 요소들은 사안에 따라서는 중첩적으로 나타날 수 있다는 점에 유의하여 읽어야 할 것이다.

가) 임신처럼 성별에 직접적으로 연결되는 기준이 관련된 경우

임신, 출산처럼 성별에 직접적으로 연결되는 기준에 근거한 불리한 대우인 경우 ‘성별 등을 이유로’ 하였다고 인정될 수 있다.¹⁴⁾ 제대군인 가산점제처럼 징병대상이 남성으로 정해져 있어서 여성의 가산점 수혜 비율이 5% 미만인 경우도 가산점제도로 인한 불이익이 여성이라는 성별에 직접적으로 연결된다고 할 수 있다. 군복무 기간을 승진 소요 근속년수에 포함하거나 승진 가점을 부여하는 것도 “병역의 의무를 이행하지 못한 여성에 대한 차별”로 본다. 2008.12.29자 08진차325 결정 [OO회사 승진에서의 성차별]

나) 사실상 여성전용 직종, 직급에 불리한 처우를 한 경우

11) 다른 절에서는 차별이 인정된 경우를 결정짓는 쟁점이 주로 ‘합리적 사유’ 인정 여부인 편이나, 고용 성차별 사례에서는 합리적 사유 외에도 성별을 이유로 한 차별인지가 쟁점이 된 경우도 많기 때문에 목차를 다르게 구성하였다.

12) 국가인권위, 차별 판단지침, 2008.

13) 국가인권위원회 고용차별사건조사 매뉴얼(2019)에서는 ‘성별을 이유로’에 대한 판단을 별도 목차로 두지 않는데 검토가 필요하다.

14) Aileen McColgan, 앞의 책, p.54.

여성이 다수를 이루는, 사실상 여성 전용 직종, 직급, 직군에 대해 불리한 처우를 한 경우 성별을 이유로 한 차별임이 인정될 수 있다. 여성이 비슷한 자격과 능력을 갖추었다 하더라도 특정 직군, 직급에 배치하여 사실상 격리하는 것과 같은 결과를 낳는 방식으로 차별하는 관행에 대응하여 나타난 결정례, 판결례이다. 대표적인 예로 전화교환원 대법원 판결(대법원 1988. 12. 27. 선고 85다카657 판결), 전기공사협회사건 판결(대법원2006. 7. 28, 2006두3476판결), 국정원 정년차별 사건 판결(대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결) 등이 있다.

다) 사회통념상의 성역할 고정관념이나 편견에 바탕한 경우

2008년 판단지침은 ‘사회통념상의 성역할 고정관념을 근거로 행해지는 차별도 성별에 의한 차별’이라고 설명한다. 이를 해석하면, 성역할 고정관념이나 편견에 근거한 고용상의 불리한 대우가 관련된 사건에서 성별을 이유로 한 것임을 인정할 수 있다고 볼 수 있다.

CEDAW 제5조(a) “일방의 성이 열등 또는 우수하다는 관념 또는 남성과 여성의 고정적 역할에 근거한 편견, 관습 및 기타 모든 관행을 없앨 목적으로, 남성과 여성의 사회적, 문화적 행동양식을 수정할 것”이라고 규정한다. 또한 경제적 사회적 및 문화적 권리 위원회 일반논평20(경제적 사회적 및 문화적 권리에 있어서의 차별 금지, 2009)에서 “차별금지사유로서 성별의 의미가 상당히 진화하여 이제는 단순히 생리학적 특성 뿐만 아니라 사회적으로 구성되는 성별에 따른 고정관념, 편견, 성역할 기대 등, 경제적, 사회적, 문화적 권리의 평등한 실현을 방해하는 것들을 포함하고 있다”¹⁵⁾ 친(조)부모와 외(조부모) 또는 시부모를 달리 취급하는 것도 성차별적 인식 또는 성별 고정관념에 따른 성차별로 인정된 사례가 있다(16직권0000200, 11진정0115900 결정). 또한 지역방송국 아나운서 채용 성차별이 인정된 사례에서는 “여성 아나운서를 고용이 보장된 정규직이 아닌, 쉽게 고용을 해지할 수 있는 계약직, 프리랜서로 채용한 것은, 아나운서라는 직종에서 나타나는 여성노동의 성격이 지속성과 전문성 축적보다는 우선 소비하기 좋은 젊은 여성의 필요성임을 보여주는 단적인 예이며”라고 하여 여성 아나운서에 대한 고정관념도 성별을 이유로 한 채용차별을 판단하는 근거로 활용하고 있다(19진정0493800·19진정093900(병합)).

□ 자동차회사 성차별 사건(2006.11.6.자 06진차42 결정)

- * 성별 관련성 부인 주장 : 객관적으로 공정하게 진행되는 인사평가 결과와 교육, 어학, 징계 등 상위 직급 승진에 필요한 자질을 판단할 수 있는 항목을 종합적으로 산정한 점수서열을 참조하여 본부별 승진 T/O에 따라 승진 여부를 결정하고 있다.
- * 판단: 사회통념상 성역할 고정관념은 (이 사건)승진에서의 성차별을 낳는 하나의 요인으로 작용하였다고 판단된다. 인정사실에서 보는 바와 같이 여성은 결혼을 하면 일을 그만두어야 했던 과거의 관행, 남성은 집안의 가장이므로 우선적으로 승진시켜야 된다는 생각, 여성의 업무는 단순하고 가치가 낮다는 편견, 남성의 업무는 어렵고 힘들어 난이도가 높다는 고정관념 등이 남성에게 높은 고과를 주고 여성을 승진에서 배제하는 것이 당연한 관행으로 굳어졌다고 판단된다.

라) 고용상 처분의 결정권자가 특정 성별에 대한 악의를 드러내는 발언을 한 경우

문제된 불리한 대우의 결정권자인 사용자나 관리자가 여성에 대한 악의 또는 여성이라서 탈락시킨다는 발언을 했다면, 성별을 이유로 하였음을 보여주는 직접증거로 인정될 수 있다¹⁶⁾ 그러나 결정권

15) 국가인권위, 고용차별사건조사 매뉴얼, 2019, 79-80면.

16) Lindemann의, 앞의 책, 2-70면.

자가 아닌 관리자가 한 발언 등은 정황증거로서의 역할만 할 수 있다.

신학대학에서의 여성 채용 차별 사건 결정에서는 해당 대학의 상급기관이라 할 수 있는 총회교단의 차별적 정책과 입장을 고려하여 성별이 영향을 미쳤다고 판단한 바 있다.

□ 교원 임용에서의 여성 차별(16진정0200000)

- * 성별 관련성 부인 주장 : 신학계열 학과에서 남성 쏠림현상이 있는 것은 사실이나 이것은 학과의 특성상 잠정적인 것이고, 이와는 반대로 유아교육과의 경우 재직 중인 8명의 전임교원 중 남자 교원은 단 한 명으로 이는 전공분야의 특성에 따른 결과일 뿐 성차별적 고용이 아님.
- * 판단 : 피진정학교가 속해 있는 총회교단이 여성의 목사안수를 강력하게 반대하는 등 여성차별적 입장을 취하고 있는 점, 인정사실 자.항에서와 같은 진정 외 ○○○과 ○○○의 발언을 고려하면 피진정인으로서 총회교단의 반대를 불사하고 여성교원을 채용하기 어려웠을 것으로 보이는 점, 신학과와 신학대학원은 일반적으로 목사가 되려고 하는 학생들이 선택하는 전공인바 여성목사안수를 반대 하는 총회교단과 피진정인이 목사가 될 수 없는 여성을 목사가 되려는 사람을 가르치는 교원으로 채용하지 않으려고 할 것이라는 점 등을 종합하면, 피진정인이 신학과와 신학대학원 교원채용 시 여성을 배제함으로써 차별하였다고 판단된다.

마) 사용자가 제시한 사유가 거짓인 경우

불리한 처우의 합법적인 사유로 사용자가 제시한 것이 거짓임이 입증된다면 성별과의 인과성이 입증되기 쉬울 수 있다. 근로자의 업무능력이 승진탈락 등의 사유라고 주장되는 경우, 진정인은 자신의 최근 근평 결과가 나쁘지 않다는 자료를 제출하여 사용자측의 사유가 거짓임을 인정받을 수 있다.¹⁷⁾

바) 비교대상의 제시

2008년 판단지침에서는 “차별이란 비교대상자를 전제로 하는 것”이라고 설명하는데, 이를 부연설명하자면 ‘성별을 이유로’를 판단하는 중요한 기준 중 하나가 ‘비교대상에 비하여 불리한 대우’를 받았는지 여부이다.¹⁸⁾ 그런데 성차별 관련 국내 결정례나 판결에서는 비교대상자가 쟁점으로 등장한 사례를 찾기 어렵고 주로 비정규직이나 무기계약직 차별 사건에서 주로 다뤄진다.¹⁹⁾²⁰⁾

사) 통계적 격차

지난 10년간 노동청이나 법원의 결정에 비해 국가인권위원회 결정에서 가장 두드러지게 발전을 보이는 부분 중 하나로 통계증거를 활용해 성별이 불리한 처우와 관련이 있음을 인정한 것을 들 수 있다. 루프트한자 사건이나 ** 자동차 승진차별 사건(06진차42결정)은 “통계자료에 근거한 차별적 취급 인정 사례”이다.

통계자료를 활용한 결정에서 인권위는 여성과 남성이 승진 등에 소요되는 기간을 비교하거나, 관

17) Lindemann외, 앞의 책, 2-93면.

18) McColgan, 2005, 53면.

19) 비교대상자 관련 논의는 주로 비정규직 차별 사건에서 주로 다루지는 경향을 보이는데, 기간제법에서 ‘동종유사한 업무를 수행하는’ 이라고 명시하기 때문일 수 있다.

20) 비교대상자가 쟁점이 된 고용 성차별 사례로는 효성 임금차별 사건이 있으나, 이에 대해서는 동일가치노동 동일임금 사건으로서의 특수성이 있기 때문에 해당 목차에서 다루기로 한다.

리자급에서의 여성 인원과 비율 등을 산출하여 성별이 승진 처분에 영향을 미쳤는지 판단하는 근거로 활용하였다.

□ 선박회사 성차별 승진 사건(2008.12.29자 08진차325 결정)

- * 성별 관련성 부인 주장 : 승진은「인사규정」및 인사과과표에 의거하여 해당부서장의 인사과과 외 학력, 병역, 영업활동 능력, 근속년수 등 종합적인 평가기준으로 결정하며, 성별을 이유로 차별하지 않았음.
- * 판단 : 여직원의 경우 6년 이상 재직하였음에도 사원으로 있거나 10년 정도 재직하고서 주임으로 승진한 반면, 남자 직원들은 주임제도를 거치지 않고 대리로 승진하는데 평균 5.6년, 과장으로의 승진에 평균 6.5년이 소요되었다. 성별 간 격차는 상위직급으로 갈수록 더욱 커져 전체 직원 중 대리 이상의 여성 직원은 5%도 되지 않아 대리급 이상은 남성, 사원 및 주임은 여성이라는 직급별, 성별 불균형을 낳게 되었다. 이러한 통계상의 남녀 불균형은 승진에서의 차별이 오랜 기간 진행되었다는 것을 보여준다.

□ 자동차회사 성차별 사건(2006.11.6.자 06진차42 결정)

- * 성별 관련성 부인 주장 : 객관적으로 공정하게 진행되는 인사평가 결과와 교육, 어학, 징계 등 상위 직급 승진에 필요한 자질을 판단할 수 있는 항목을 종합적으로 산정한 점수서열을 참조하여 본부별 승진 T/O에 따라 승진 여부를 결정하고 있다. 업무수행에 요구되는 능력, 직무책임, 업무적합성에 따라 직무를 부여하고 있는바, 특히 고객 접대와 영업이라는 특수한 환경을 가진 국내영업본부 지점에서는 질적으로나 양적으로 남·여 직원이 수행하는 업무 및 난이도에 큰 차이가 있고 이러한 차이는 승진심의회에 큰 비중을 차지하는 인사 평가 시 총체적으로 반영되고 있다는 점 등에 비추어 승진에 있어 여성에 대한 차별이라는 진정인들의 주장은 사실과 다르다.
- * 판단 : 남자직원들이 담당하던 채권 및 연체 업무는 1999년 ○○캐피탈로 이관되어 현재 지점에서는 이관 이전에 남아 있던 잔존채권 및 할부금관리와 지점에서 수행해야 하는 상용차량 채권 등의 업무만을 담당하고 있어서 업무 및 난이도에 큰 차이가 있다는 주장을 기각함. 진정인들의 입사 시기인 1989년부터 1996년까지 같은 해에 입사한 남녀 직원들의 현 직급을 비교하면...1989년에 함께 입사한 남녀 직원 중 여성은 모두 4급인 반면 남성은 대리 한명을 제외하고 모두 과장이다. 1989년부터 1996년까지 입사한 여성 직원 43명 중 4급으로 승진한 사람은 20명(46.5%), 4급에서 대리로 승진한 사람은 1명(2.3%), 입사이후 10~15년이 경과하였음에도 최하직급으로 있는 직원들은 22명으로 51%인 반면, 동 시기에 입사한 남성 직원 35명은 100% 모두 승진하여 현 직급이 4급인 사람은 96년에 입사한 3명뿐이고, 대리 21명(60%), 과장 11명(31.4%)이며 최초 직급으로 있는 사람은 한 사람도 없다. ... 통계상의 극심한 남녀불균형은 승진에서의 성차별이 오랜 기간 심각하게 진행되었다는 것을 보여주는 직접적이고 명백한 증거라 할 것이다

□ 지역방송국 성차별 채용 사건(19진정0493800·19진정093900(병합)).

- * 성별 관련성 부인 주장 : 정규직으로 남성만 채용된 결과는 공식적인 채용계획과 기준에 성별에 따른 구분을 두지 않았으면 정규직 아니어서 지원자 중 남성 지원자의 실력이 더 우수했기 때문이지 성차별에 따른 결과가 아니다.
- * 판단 : 1997년부터 2014년까지 16명의 계약직 아나운서를 채용하였는데 전원 여성이고, 정규직은 3명 채용하였는데 전원 남성이었다는 사실인 차별 인정의 근거로 활용됨.

아) 동일가치노동 동일임금 원칙을 위반한 경우

특정 성별에 대하여 동일, 유사하거나 동일한 가치의 노동에 대하여 동일하지 않은 임금이 지급된다면 성별을 이유로 한 임금차별로 판단할 수 있다. 동일가치노동 동일임금 원칙의 위반 여부를 판단함에 있어서는 직무가치의 동일성을 판단하는 것이 관건이다.

□ 한길 임금차별사건(대법원 2003. 3. 14. 선고 2002도3883 판결)

- * 직무가치 동일성 부인 주장 : 판결문 상으로 확인 안 됨. 2심 판결에서는, 여자직원들이 담당하여 왔던 공정의 업무는 스크린상의 잉크를 보충, 주입하거나 교환하고 스크린판을 교환하거나 청소하는 업무이거나, 컨베이어시

시스템으로 이동하는 타일제품을 단순히 눈으로 보아 불량품에 대하여 형광펜으로 표시만 해주는 업무, 또는 기계버튼을 눌러 스크린판을 당겨주고 스크린판 표면을 닦는 정도의 업무로서 특별한 기술이나 숙련도, 체력을 요하지 아니하는 업무인 반면, 남자직원들이 담당하여 왔던 공정의 업무는 무거운 기계나 원료를 운반, 투입하여야 하는 체력을 필요로 하는 업무이거나, 기계에 대한 숙련도와 전문적인 기술을 요하는 업무이기 때문에 동일가치노동으로 볼 수 없다고 판단.

- * 판단 : (1) 남녀 모두 하나의 공장 안에서의 연속된 작업공정에 배치되어 협동체로서 함께 근무하고 있고 공정에 따라 위험도나 작업환경에 별다른 차이가 있다고 볼 수 없어 그 '작업조건'이 본질적으로 다르다고 할 수는 없고, (2) 이들은 모두 일용직 근로자로서 그 '책임'의 면에서 별다른 차이가 있다고 보기도 어려우며, (3) 일반적으로 앞서 본 '기술'과 '노력'의 면에서 임금 차별을 정당화할 만한 실질적 차이가 없는 한 체력이 우세한 남자가 여자에 비하여 더 많은 체력을 요하는 노동을 한다든가 여자보다 남자에게 적합한 기계 작동 관련 노동을 한다는 점만으로 남자근로자에게 더 높은 임금을 주는 것이 정당화되지는 않는 것인데, 공소의 회사의 공장의 경우에 남녀근로자가 하는 작업이 작업의 성격이나 기계 작동의 유무의 면에서 다소의 차이가 있고, 작업공정에 따라서는 남자근로자가 무거운 물건을 운반하고 취급하는 등 여자근로자에 비하여 더 많은 체력을 소모하는 노동에 종사한 것이 사실이지만, 그렇다고 하여 남자근로자의 작업이 일반적인 생산직 근로자에 비하여 특별히 고도의 노동 강도를 요하는 것이었다든가 신규채용되는 남자근로자에게 기계 작동을 위한 특별한 기술이나 경험이 요구되었던 것은 아닌 것으로 보이므로, 원심 인정과 같은 정도의 차이만으로 남녀 간 임금의 차별 지급을 정당화할 정도로 '기술'과 '노력'상의 차이가 있다고 볼 수는 없다고 할 것이다. 따라서 일용직 남녀 근로자들이 하는 일에 다소간의 차이가 있기는 하지만 그것이 임금의 결정에 있어서 차등을 둘 만큼 실질적으로 중요한 차이라고 보기는 어려우므로, 그들은 실질적으로는 거의 같은 성질의 노동에 종사하고 있다고 봄이 상당하다.

□ G사 사건사건(07진차232결정)²¹⁾

- * 직무가치 동일성 부인 주장 : 진정인들이 근무하였던 생산라인은 조립업무 이외에 상차업무가 있는데, 이 업무는 생산된 물건을 차에 싣는 출하작업으로서 업무효율을 위해 남성근로자가 담당하였으며 조립업무에 비하여 노동 강도가 높아 이 업무를 하는 사람들에게는 약간 높은 임금을 지급하였을 뿐임.
- * 판단 : 제품의 생산 단계에서 여성 또는 남성만이 할 수 있는 업무의 특성이 발견되지 아니하였고, 실제로 조립 및 포장 등 생산 업무 또한 각 근로자에게 고유한 업무가 지정된 것이 아니라 제품의 생산 및 반품 정도, 결원 등 상황에 따라 성별 및 고용형태의 구분 없이 자유롭게 근로자를 배치하여 왔음이 인정된다. 피진정인 또한 근로자 채용 시 업무나 공정에 따른 남녀 구분에 대하여 명시하지 않고 근로자를 채용하였으며, 남녀근로자는 연속된 작업공정에서 각 단계에 배치되어 조립부터 포장, 상차까지 협동체로서 동일한 업무를 수행한 것으로 인정된다. 또한, 설사 피진정인의 주장대로 여성근로자들은 주로 조립업무를, 남성근로자들은 주로 상차업무를 담당하였다 하더라도 이들은 모두 계약직 근로자로서 책임의 면에서 별다른 차이가 없고, 남녀근로자가 하나의 라인에서 연속된 작업공정에 배치되어 협동체로서 근무했으므로 작업조건이 본질적으로 다르다고도 할 수 없으며 단순한 근력을 필요로 하는 상차업무가 섬세함과 집중력, 습득된 경험을 필요로 하는 조립업무에 비해 더 높은 임금을 지급해야 할 만큼의 많은 노력과 높은 기술을 요한다고도 볼 수 없다.

□ C사 사건(대전지방법원2008. 10. 10, 2008노2053판결)²²⁾

- * 직무가치 동일성 부인 주장 : 남녀 간의 업무에 있어 작업강도가 달라 남성이 더 보수가 높다고 주장.
- * 판단 : 이 사건 공장은 성형라인(재단반, 기계반, 제통반, 사상반), 도장라인(중도반, 연마반, 상도반), 완성라인(광택반, 조립반, 포장반)으로 생산과정이 이루어져 있고, 이 사건 공장에서 근로자를 신규채용하는 경우 근무부서를 남녀간 구분없이 생산직으로 포괄적으로 지정하거나 일부 부서 지정을 한 후 현장사정에 따라 다른 공정으로 이동하기도 하였음.

남녀근로자는 하나의 공장 안에서의 연속된 작업공정에 배치되어 협동체로서 함께 근무하고 있으므로, 공정에 따라 위험도나 작업환경에 별다른 차이가 있다고 볼 수 없어 그 '작업조건'이 본질적으로 다르다고 할 수는 없음. 남녀근로자는 모두 생산직 근로자로서, 각 공정이 유기적으로 연결되어 있는 이 사건 공장에서 본질적으로 그 '책임'에 차이가 있다고 할 수 없음. 남녀근로자가 하는 작업이 기계사용 여부의 측면에서 다소의 차이가 있고, 작업공정에 따라서는 남성근로자가 여성근로자에 비하여 더 많은 체력을 소모하는 노동에 종사한 것이 사실

21) 행정법원 판결에서도 동일가치노동 동일임금 원칙 위반이라고 판단하였다.

22) 상고 기각으로 확정됨(대법원2009. 5. 14, 2009도9909판결)

이지만, 기계를 작동하는데 힘을 요구하는 경우가 많아 남성근로자가 이를 수행하였을 뿐 별다른 자격이 필요한 것으로 보이지는 않고 남성근로자가 신규채용되는 경우에도 기계작동에 대한 특별한 자격이나 기술이 요구되지는 않았으며, 실제로 이 사건 공장에서 여성근로자가 기계 작동을 하는 경우도 있었던 점에서 여성근로자도 그 능력이나 기술에서 특별히 뒤지는 것으로 보이지는 않고, 남성근로자의 작업이 일반적인 생산직 근로자에 비하여 특별히 고도의 노동 강도를 요하는 것은 아닌 것으로 보이므로, 남녀 간 임금의 차별 지급을 정당화할 정도로 '기술'과 '노력'상의 차이가 있다고 볼 수는 없음.

□ H사 임금차별 사건(07진차981결정)²³⁾

- * 직무가치 동일성 부인 주장 : 피진정인은 직무의 기술, 노력, 책임, 작업조건의 차이에 따라 기능직과 생산직으로 구분하여 해당 직군에 따른 채용을 실시하고 있다. 기능직의 경우 업무의 강도, 책임의 강도가 높고 작업조건이 열악한 업무여서 기능직 사원 채용시 여성의 추천이나 지원이 없으며, 생산직 사원의 경우 기능직 대비 저임금으로 인하여 남성근로자의 지원이 없는 상황이다. 피진정인의 채용기준은 성별이 아닌 직무이다.
- * 판단: 기능직 근로자들이 육체적인 힘을 더 사용하거나 종합, 방사 등 난이도가 높은 업무를 수행하고 있다는 점을 인정하더라도 모든 기능직 근로자가 이처럼 난이도가 높고 어려운 직무를 수행하고 있지는 않으며, 피해자들의 경우 리와인더를 기준으로 보면 근무시간 동안 오전과 오후에 각 20분을 제외하면 직립상태로 지속적인 근무를 수행하는 다른 측면의 노력을 기울이고 있음을 확인할 수 있다. 기술은 입사시에 동일하였으며 차이가 발생하였다면 이는 직무 훈련 과정에서 습득된 것이므로 배치 및 훈련에서의 배제에 기인한 측면이 있다. 책임은 조장 또는 반장이 아닌 일반 조원의 경우에는 생산직과 기능직의 책임의 정도를 달리 판단할 이유가 없다. 작업조건의 경우 방사, 종합 등 매우 어려운 작업환경에서 근무하고 있는 기능직이 있으나, 이들은 기능직 중에서도 대체로 10~15년 이상의 경력자이며 모든 기능직의 작업조건이 이와 같지는 않다. 결론적으로 생산직과 기능직은 피진정 회사에서 통일체로 일련의 공정을 담당하여 근무하여 왔으며, 현재는 리와인더 등 여성만이 근무하는 공정이 있으나 2006. 6. 이전까지는 투포원 연사기, 솔저제직 등에서 생산직과 기능직이 혼재된 상태로 근무해온 과거로부터의 흐름을 고려하면, 동일가치노동이 아니라는 피진정 회사의 주장은 수용하기 어렵다.

2) 합리적 이유

성별을 이유로 한 차별이라고 인정된 결정이나 판결은 대부분 합리적 이유를 인정하지 않는 경향을 보인다. 성별에 따라 고용 상 불리한 처우를 해야 할 합리적 이유는 진정직업자격처럼 상대적으로 좁은 범위로 인정되기 때문이다. 그 결과 성별을 이유로 한 차별임이 인정된 사안의 결정문이나 판결문에서 합리적 이유 여부가 쟁점이 되는 경우는 흔하지 않고 간략히 언급되는 경향이다.

□ 전화교환원 정년차별 사건 판결(대법원 1988. 12. 27. 선고 85다카657)

- * 합리적 이유 항변 : 과거로부터의 관행과 취업규칙 내용, 전화교환원 직렬 업무의 수요 감소, 전화교환원 여성들의 이른 퇴직 경향 등을 합리적 이유로 주장
- * 판단: 과거부터 낮은 정년을 정하여 오기는 하였지만 이와 같은 사실만 가지고는 그것이 바로 여성에 대한 합리적인 이유없는 부당한 차별이 아니라는 이유로 삼기는 어렵다고 보여지므로 이들 직종근로자의 근로내용, 이들 근로자가 갖추어야 할 능력, 근로시간, 이용자에 대한 역할, 특별한 복무규율이 필요한 여부나 인력수급사정 등 이들 근로자와 피고공사에 관한 여러사정을 모두 고려하여 정년을 그렇게 낮게 정할 상당한 이유가 있는지 아니면 합리적인 이유없이 부당하게 낮은 정년을 정한 것인지의 여부등을 자세히 검토해보아야 할 것이다.

□ 소방공무원 성별 분리 모집 사건 판결(05진차430)

- * 합리적 이유 항변 : 체력검증 과정에서 남성에 비해 여성들에게 완화된 체력기준을 적용하여 여성을 위한 배려 내지 우대정책으로서의 합리적 이유가 있음.
- * 판단: 현재의 시험제도가 여성에게 상대적으로 낮은 체력평가 기준을 적용하는 것은 애초부터 여성은 남성과

23) 국가인권위원회 결정과 달리, 이 사건 관련 소송은 근로자측이 모두 패소하였음.

동일한 업무를 수행할 수 없다는 전제를 바탕으로 한 것으로서, 소방공무원으로서의 체력적 조건을 갖추고 있지 못한 일부 여성들이 이 제도를 통해 혜택을 받았을 수는 있지만 결과적으로 임용 후에 소방공무원으로서 효율적으로 직무를 수행할 수 없게 됨으로 인해 오히려 소방공무원에 대한 성역할 고정관념을 강화하는 등 부작용을 초래하고 있다고 판단된다. 또한 체력검증 과정에서 남성에 비해 여성들에게 완화된 체력기준을 적용했다고 하여 여성을 위한 배려 내지 우대정책으로 볼 수는 없는바, 이는 현재 소방공무원을 남녀로 구분하여 모집하고 있는 정책상 어쩔 수 없이 불가피하게 수반된 것일뿐 현 제도에서 여성에게 완화된 체력기준을 적용하고 있다는 것만으로 '성별 구분모집'에 합리적인 이유가 있다고 보기는 어렵다.24)

□ 객실승무원 모집 시 성차별 사건 결정(07직차0000002)

- * 합리적 이유 항변 : 승객의 다양한 요구에 적절히 대응하기 위해 예약, 발권, 운송 등 지상서비스 경험이 있는 일반직, 기술직, 전산직 공채 출신 직원 중에서 사내공모 제도를 통해 객실 승무원을 선발하고 있고, 남승무원은 근속기간이 길어 사내공모 제도를 통해서도 필요한 자원을 확보할 수 있으나 여승무원은 휴직 및 사직인원이 많아 사내공모만으로는 다수 인원을 충원할 수 없어 공개채용을 병행하고 있다고 주장
- * 판단: '합리적 이유'가 존재하여 '불리한 대우'가 정당화되려면 성별에 근거한 차별취급이 정당한 목적을 달성하려는 것이어야 하고 추구하는 목적은 합법적이고 합리적이어야 하며, 차별취급은 목적을 달성함에 적합하고 불가피한 것이어야하며, 차별취급을 통해 달성하려는 목적과 차별취급의 정도가 적절한 균형관계를 이루어야 하는바, 위와 같은 비례의 원칙의 심사기준이 충족되지 않으면 차별에 해당한다...그러나 ○○항공 인사운영의 자율성은 본 사안과 같이 특정 성별을 공개채용 지원자격에서 배제하는 부분까지 정당화될 수 없다는 점, 토익 470점 이상 750점 미만의 남성과 전공학과 외 남성은 동 기준의 여성과 달리 ○○항공 객실 승무원이 될 기회조차 부여받지 못하므로 사내공모 제도는 성차별을 해결함에 적합한 제도라고 볼 수 없다는 점, 예약, 발권, 운송 등 지상서비스는 교육을 통해서도 객실 승무원이 충분히 습득할 수 있다는 점, 객실 남승무원을 공개 채용하게 되면 오히려 사직 및 휴직한 여승무원의 공백을 메울 수 있다는 점 등을 고려할 때 ○○항공의 위와 같은 주장에 합리적인 이유를 발견할 수 없다.

□ J협회 판결(대법원 2006. 7. 28., 선고, 2006두3476, 판결)

- * 합리적 이유 항변 : 직급에 따라 담당 업무 및 책임, 역량이 상이하므로 직급별 차등정년제를 운영하는 것은 사용자의 합리적 재량 범위 내임.
- * 판단: 종전의 승진에서의 불이익이 제거되지 아니한 채 승진규정 및 직급정년규정을 적용받게 되어 상용직이 폐지되었다 하더라도 행정직 6직급 여성근로자들의 승진에 있어서의 불이익이 여전히 잔존하게 되었다고 판단한 뒤, 앞서 본 바와 같은 직제 개편으로 인한 승진에 있어서의 불합리성을 시정하지 아니한 채 참가인의 직급정년제 규정을 일률적으로 적용하게 된다면 행정직 6직급에 있다가 상용직에 편입되어 10여 년간 승진이 제한된 상황에서 다시 행정직 6직급에 재편된 여성근로자의 경우 낮은 직급으로 인하여 조기에 정년이 도래할 것임이 분명하므로 참가인이 이러한 여성근로자들에 대하여서까지 조기정년의 직급정년제 규정을 그대로 적용하는 것은 현저하게 합리성을 잃은 조치로서 부당

□ 가족수당 지급 시 장녀 등 차별(18진정0437900·18진정0441600(병합))

- * 합리적 이유 항변 : 가족수당은 원칙적으로 부양의무를 가진 직원과 주민등록표상 세대를 같이하는 자로 당해 직원의 주소 또는 사는 곳에서 현실적으로 생계를 같이하는 경우에 지급한다. 다만, 장남과 무남독녀의 경우에는 직계존속과 세대를 달리 하더라도 직계존속에 대한 부양의무를 감안하여 예외적으로 가족수당을 지급하고 있다.
- * 판단: 이러한 규정은 직계존속의 부양은 장남이 책임져야 한다는 전통적인 성역할에 따른 고정관념을 반영한 것이라 할 수 있다. 사회 변화에 따라 가족의 형태가 다양하게 변화하고 있고 장남이 부모 부양을 책임져야 한다는 인식 또한 크게 낮아졌으며 실제로 부모를 부양하는 실태도 변화하였는바 가족수당 지급 시 장녀 등 직원을 달리 대우해야할 합리적인 이유가 있다고 보기는 어렵다.

□ 독립유공자 장손에 대한 취업지원 시 여성 차별(18진정0021400)

24) 이 사건 결정에서는 문제된 성별 구분된 체력시험 기준이 소방공무원 업무수행상 필수적인지에 대한 검증이 없는 문제점도 지적한다.

- * 합리적 이유 항변 : '장손'은 '호주승계인'을 대체하는 개념으로, 그 명칭만 변경되었을 뿐 제도개선의 필요성이나 다른 정책적 고려가 있었다고 보이지는 않으므로 그 보호범위가 같다고 판시한 바 있다. 따라서 기존의 행정선례에 반하여 판단하는 경우 그 동안 이루어진 행정관행의 존속을 믿는 국가유공자 유족의 신뢰를 깨뜨리는 것으로 행정상 신뢰보호의 원칙, 법적 안정성의 관점이나 평등의 원칙에 반하는 것이다.
- * 판단: 호주제가 폐지되고 가족의 기능이나 가족원의 역할분담에 대한 의식이 현저히 달라졌음에도 여전히 가통(家統)의 정립이 반드시 남계혈통으로 계승되어야 한다는 관념에 의거하여 '장손'의 개념을 기존의 호주제에 근거한 '호주승계인', 즉 남성으로 한정하는 것은 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별로서 헌법에 위배된다. 또한 정부유권해석 기관인 관계인의 의견에 따르면 장손은 구체적인 가족관계를 기초로 판단할 사항이지 일의적인 기준을 제시하기는 곤란하다고 하는바, 「독립유공자예우에 관한 법률」이 '장손'을 장남의 장남으로만 한정하고 있다고 보기 어렵다.

나. 간접차별

간접차별은, “외관상 중립적인 기준을 적용하였으나, 그 기준이 특정 성별에 현저하게 불리한 결과를 야기하고 해당 기준이 정당한 것임이 입증될 수 없는 결과적 차별”이다.²⁵⁾ 간접차별 개념은 직접차별 사건에서 ‘성별을 이유로’의 입증에 어려움을 겪는 문제를 해소하기 위하여 도입된 것이다. 어떤 기준이 특정 성별에 현저히 불리한 결과를 초래함이 확인되면, 이러한 불리한 영향이 성차별이 아닌 다른 정당한(실재적인 요인)에 의한 것임을 사용자측이 입증하도록 하는 것이다.²⁶⁾

전기공사협회 사건이나 KEC 승진차별 사건(18진정0107300결정) 결정례처럼 과거의 성차별적 채용, 배치로 인해 여성의 업무가 하위직급 업무로 제한되었는데, 이를 이유로 승진, 정년, 임금 등에서 불리한 처우를 하는 경우는 확보한 증거에 따라서 직접차별로도, 간접차별로도 인정이 가능하다.²⁷⁾

환경미화원 채용 기준으로 동일한 체력기준을 적용한 것이 성차별이라고 결정한 사례는 대표적인 간접차별 개념 적용례로 볼 수 있다(15진정0477000결정).²⁸⁾

1) 외관상 중립적인 기준이 특정 성별에 현저하게 불리한 결과 초래

간접차별의 성립요건은 외관상 중립적인 기준이 특정 성별에 불리한 결과를 초래하는지, 해당 기준에 정당화 사유가 있는지이다.

위의 환경미화원 채용 기준 사건에서 사용자측은 ‘남녀 동일한 조건에서 2014년도 체력시험은 여성 2명이 면접대상자로 선정된 후 최종 1명이 합격한 점, 2015년도는 여성이 최종 합격하지는 않았지만 여성 응시자 2명의 체력시험 점수가 전체 남녀 평균점수 보다 높은 것을 근거로 여성이 절대적으로 불리한 것은 아니다’라고 주장하였다. 이에 대해 인권위는 ‘2015년도 남성응시자의 체력시험 평균점수인 32점을 다소 상회하는 2명의 응시자를 제외한 여성의 평균점수는 25점으로 전체 평균에 훨씬 미치지 못하고, 최근 3년간 남녀의 서류전형 평균점수는 차이가 없거나 미미한데 비해, 체력시험 평균점수는 여성이 남성에 비해 현저히 낮아서’ 여성이 현저히 불리하다고 판단하였다.

2) 정당화 사유

25) 2008년 차별판단지침.

26) 구미영, 고용상 성차별의 개념과 판단, 산업관계연구제20권 제1호, 2010.

27) 그러나 예시로 든 J협회 사건의 경우 사실상 여성전용 직군, 직급에 승진을 제한하는 방식으로 불리하게 대우한 사건이기 때문에 직접차별 개념으로 포섭되었다고 볼 수 있다.

28) 그밖에 소방공무원 채용 시 남녀를 별도의 기준으로

위 환경미화원 사건에서 사용자측은 ‘현재 실시하는 체력시험이 고난이도의 체력을 요구하는 것이 아니고, 청소업무를 수행할 수 있는 기본적인 체력을 검증하는 수준의 종목을 선정하여 시행’하고 있다고 주장하였다. 문제된 체력시험 기준이 불필요하게 높은 것이 아니고 직무수행을 위해 필요한 적정 범위 내라고 주장한 것이다. 이에 대해 인권위는 ‘환경미화원의 직무수행을 위해 기본적인 체력요건이 요구된다고 할 수 있으나, ○○시 소속 환경미화원인 참고인들의 진술과 같이 현행 환경미화원 업무가 배정된 구역의 가로변 주변을 청소하는 것이 주된 업무이므로 과거와 같이 강인한 체력적 요건이 절대적인 직업수행능력으로 수반된다고 보기 어렵고, 체력시험의 종목과 평가기준이 외관상 중립적인 기준을 적용하고 있지만 체력시험 도입이 타 지방자치단체의 기준을 모방한 수준에 불과하여 환경미화원 업무 수행에 필요·적절한 기준인지 여부에 대한 객관적 검증을 거쳤거나, 남녀의 생물학적 체력수준의 차이를 감안한 측정방법인지를 달리 입증할 수 없다’고 판단하였다. 가로변 주변 청소 업무 수행에 필수적으로 필요한 체력기준인지를 사용자측에서 근거를 제시하지 못하였다는 것이다. “남녀의 생물학적 체력수준의 차이를 감안한 측정방법인지를 달리 입증할 수 없다”라는 문장의 해석 관련하여 유의할 필요가 있다. 이 문구는 ‘성별 생물학적 체력 차이를 반영하지 않으면 차별이다’라는 단선적인 의미가 아니고, ‘성별 생물학적 체력 차이로 인해 해당 기준이 초래하는 여성의 높은 탈락률 문제는 차별의 소지가 있고, 이를 정당화할 수 있을 정도의 필요성이 입증되지 않았다’라는 의미로 읽을 필요가 있다.

<합리적 이유·정당화사유가 인정되지 않은 경우>

문제된 기준이나 관행	사건 번호	주된 근거
전화교환원 직결에 대해서만 정년을 매우 낮게 설정	대법원 1988. 12. 27. 선고 85다카657판결	<ul style="list-style-type: none"> · 기존 관행은 합리적 이유가 될 수 없음 · 업무내용, 업무상 필요한 능력, 근로시간, 이용자에 대한 역할, 특별한 복무규율이 필요한 여부나 인력수급사정 등을 모두 고려하여 정년을 그렇게 낮게 정할 상당한 이유가 있었는지 판단해야
소방공무원 성별 분리 모집	05진차430	<ul style="list-style-type: none"> · 현 제도에서 여성에게 완화된 체력기준을 적용하고 있다는 것만으로 ‘성별 구분모집’에 합리적인 이유가 있다고 보기 어려움
객실승무원 모집 시 성차별	07직차0000002	<ul style="list-style-type: none"> · 비례의 원칙의 심사기준이 충족되지 않으면 차별에 해당 · 차별적이지 않은 대안이 존재한다는 점 고려
여성만 배치한 하위직급의 정년을 낮게 설정	대법원 2006. 7. 28., 선고, 2006두3476 판결	<ul style="list-style-type: none"> · 과거의 차별행위를 시정하지 않아 정년에 불리한 영향을 미치는 점을 고려
가족수당 지급 시 장녀 등 차별	18진정0437900 · 18진정0441600(병합)	<ul style="list-style-type: none"> · 장남이 부모를 부양한다는 성차별적 고정관념을 고려 · 가족수당의 목적에 부합하지 않는 선정기준이라는 점 고려
독립유공자 장손에 대한 취업지원 시 여성 차별	18진정0021400	<ul style="list-style-type: none"> · 장손 개념에 대한 성차별적 고정관념을 고려
가로청소 환경미화원 체력시험 기준	15진정0477000	<ul style="list-style-type: none"> · 가로변 주변 청소 업무 수행에 필수적으로 필요한 체력기준인지를 사용자측에서 입증하지 못함

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가. 직접차별

1) 성별 등을 이유로 - 성별과 불리한 대우 사이의 관계

가) 임신처럼 성별에 직접적으로 연결되는 기준이 관련된 경우

임신 등 성별에 직접적으로 연결되는 기준이 관련된 경우임에도 '성별을 이유로'가 인정되지 않은 사례는 보이지 않는다.

나) 사실상 여성전용 직종, 직급에 불리한 처우를 한 경우

사실상 여성전용 직종, 직급임에도 '성별을 이유로'가 인정되지 않은 사례는 드물게 보인다.²⁹⁾

□ ○○공단의 지방 전보발령 사건(11진정0641600)

- * 성별과의 관련성 주장의 근거 : 기능직(67.7%가 여성) 직원 전체에 대해 인사이동을 실시하였는데, 이 중 거주지 이전이 필요한 원거리 발령은 30명에 달하였음. 주로 기혼 여성으로 구성된 기능직 직원들에게 출퇴근이 불가능한 원거리 지역 배치를 함으로써 퇴사를 유도하기 위한 조치이자 인사이동 후 단시간제 근무 및 육아휴직 신청자가 늘어나는 불리한 영향이 확인됨. 또한 일반직 직원 등에게 적용되던 업무배치관행, 인사예고제, 연고지우선배치, 6년 이상자에 대한 인사이동 원칙 등을 지키지 않고 기능직 특히 여성 직원들에게 비연고지 배치라는 불이익을 주었음.
- * 판단: 해당 인사는 기능직뿐만 아니라 전 직원을 대상으로 한 전보였으며, 기능직과 일반직에 동일한 기준을 적용하였음. 또한, 기능직 직원은 상대적으로 여성비율이 높은 점을 고려하여 일반직 직원에 비해 개인적 사정을 두텁게 고려한 전보기준을 시행하였음.
- * 피진정기관의 원거리 근무자 현황은 일반직의 경우 42.3%, 기능직 원거리 근무자는 38%임. 기능직 직원을 대상으로 권역을 달리하는 전보인사가 창립 이후 처음이기는 하나, 피진정 공단의 본부 근무인원 배치 기준 위반 상태를 해소하기 위하여라는 합리적인 목적이 있음. 또한 일반직과 동일하거나 더 유리한 기준을 적용했다는 점에서 성차별로 보기 어려움. → 여성 비율이 67.7%이기 때문에 기능직을 여성전용직종으로 판단하지 못한 결정으로 보임. 또한 기능직 여성의 퇴사 유도가 전보발령의 원인임을 입증할 증거가 충분치 않다고 판단하였음.

다) 사회통념상의 성역할 고정관념이나 편견에 바탕한 경우

성역할 고정관념이나 편견, 결정권자가 특정 성별에 대한 악의를 드러내는 발언이 단독으로 '성별을 이유로'의 인정 근거로 쓰이는 경우는 찾기 힘들다. 이러한 증거들은 성별과 불리한 처분 사이의 관련성을 설득하는 직접증거보다는 정황증거로서 활용되기 때문이다.

라) 고용상 처분의 결정권자가 특정 성별에 대한 악의를 드러내는 발언을 한 경우

29) 전화교환원 사건2 판결처럼 여성전용직종에 대한 불리한 처분이 인정되더라도 합리적 이유를 인정한 사례들은 확인된다.

고용상 처분의 결정권자가 특정 성별에 대한 악의를 드러내는 발언을 하였는데 성별을 이유로 한 불리한 대우임이 기각된 사례는 확인되지 않는다.

마) 사용자가 제시한 사유가 거짓인 경우

성별이 아니라 사용자가 제시한 사유가 문제된 처분의 진정한 이유라고 인정된다면 성차별이 아니라고 판단할 수 있다.

□ 당직근무대상 및 당직비 지급 차별(10진정0078300)

- * 성별과의 관련성 주장의 근거 : 여사원이 담당하는 일직은 오전8시 30분~저녁8시이고 남사원이 담당하는 숙직은 저녁8시부터 다음날 오전 6시 30분까지로, 노동강도의 차이가 크지 않음에도 실질적 근무시간과 무관하게 당직비를 책정한 것은 여성에 대한 차별이다.³⁰⁾
- * 판단: 숙직의 노동강도가 일직보다 떨어진다고 볼 수 없기 때문에 성별이 아니라 숙직/일직의 노동강도와 책임의 차이에 따른 처분으로 판단.

바) 비교대상의 제시

비교대상자가 없다는 이유로 성차별 주장이 기각된 고용 관련 사례는 보이지 않는다.

사) 통계적 격차

결혼 이후 사직하지 않았던 여성이 없을 정도로 통계 상 불균형이 명확했으나 결혼퇴직 강요를 인정받지 못한 사례, 여성이라서 동기 남성에게 비해 승진이 늦다고 주장했으나 격차가 경향성 있게 나타나지 않아서 기각된 사례 등이 있다.

□ 대한제분사건 판결(대법원 2001.12.27. 선고 2000두7797 판결)

- * 성별과의 관련성 주장의 근거 : 원고의 후임자 모집에 응했던 3명의 여성들로부터 영업소장이 결혼 예정시기를 질문하면서 결혼하면 퇴직할 것을 조건으로 밝혔다는 내용의 확인서도 받았고, 각기 다른 지역에서 근무하며 과거 친분관계도 전혀 없었던 재직 근로자, 이 사건과 아무 이해관계가 없는 퇴직자, 채용 응시자가 작성한 진술서이기 때문에 신뢰할만한 증거라고 주장하였다. 당해 회사가 성차별적인 조직이고 기혼여성에게 적대적인 분위기를 보여주는 간접증거로는, 당시 근무 중이던 정규직 여성 근로자 56명 전원이 미혼이고 창립 이후 약 46년간 결혼 사실이 밝혀진 후 원고 회사에서 근무한 여성 근로자가 한 명도 없었다는 사실을 제시하였다. 또한 사무직 고졸 여성은 6급, 고졸 남성은 5급으로 채용하여 6급에게만 승진의 기회를 부여하지 않았다는 사실도 근거로 주장하였다. 결혼퇴직 관행이나 정책이 없었고 여성근로자들의 자발적인 사직의 결과일 뿐이다.³¹⁾
- * 판단: 통계적 격차를 성별을 이유로 한 퇴직 관행의 근거로 인정하지 않고, 주로 여성 재직자 및 퇴직자의 결혼퇴직 관행 관련 진술서에 의존하여 판단하려 하였음. 결과적으로 1심 소장에서 제출했던 진술서들이 모두 철회되면서 성별과의 관련성 주장을 기각하였음.

□ 고졸 여사원 승진차별 사건 판결(07진차225)³²⁾

30) 사실관계와 결정 내용은 박선영 외, 차별판단기준 기초조사 연구, 국가인권위 연구용역보고서, 2019, 24면에서 발췌

31) 구미영, 고용상 성차별의 개념과 판단, 서울대 법학박사 학위논문, 2009.

32) 고용노동부, 고용상 성차별 사례집, 2020.8., p.171에서 발췌.

- * 성별과의 관련성 주장의 근거 : 입사 당시부터 진정인과 함께 근무하였던 대졸사원들은 이미 차장급이 되었고, 같은 고졸 출신이라도 남자사원은 진정인보다 몇 년씩 빨리 주임으로 승진하였음.
- * 판단: 제출된 증거 및 조사결과만으로는 성별 또는 학력을 이유로 승진을 못한 것인지 근거가 부족함. 진정인과 입사연도가 비슷한 고졸 여사원 20명 중 경력까지 유사하면서 승진을 못한 여사원은 진정인 외 3명이고, 나머지 여사원들은 2년에서 8년 이내에는 한 직급 이상 승진하는 등 고졸 여사원 그룹 내에서도 각 개인마다 승진내역이 서로 다름. 또한 고졸 여사원과 고졸 남사원 집단을 비교하면, 고졸 여사원 전체적으로는 남사원보다 승진이 느린 것을 추측할 수 있으나 6명 정도의 여사원은 남성보다 승진이 빠른 경우도 있었음. 이 결정은, 성별에 따른 승진 차이가 남녀 집단별로 통계적 격차로까지 보이지 않기 때문에 차별로 인정하지 않은 사례로 보임.

아) 동일가치노동 동일임금 원칙을 위반한 경우

T사와 H사 사건의 경우 국가인권위원회 결정과 법원의 판결이 상이했던 경우이다.

□ T사 판결(서울고등법원 2009나41184)

- * 직무가치 동일성 주장 근거: 피고 회사의 소성실에서 작업을 함에 있어서 소성실 전기로를 관리하는 남자 직원 및 포장실 남자 직원과 비교하여 '동일가치 노동' 내지 '동종 또는 유사한 업무'를 수행하였음에도 불구하고 단지 여자이고 비정규직(시간제)라는 이유만으로 임금에서 부당한 차별을 받고 있다.
- * 판단: i) 기술 - 피고는 전기로 관리 작업이 공업고 혹은 동등 이상 학력을 필요로 하는 업무인 반면 원고 작업은 주부 사원으로 족한 작업이라며 기술의 차이를 주장하지만, 앞에 나온 증거들에 의하면, 남자 직원들 중 관련 공업고 출신은 2명에 불과할 뿐만 아니라, 전기로 설정 온도는 외부에서 주어지는데, 전기로 온도 설정 작업은 소성실 배치 후 현장 교육으로 충분하고, 사전에 자격, 학위, 경험을 필요로 하는 것으로는 보이지 않으므로 기술의 측면에서 다르다고 볼 수는 없다. ii) 노력- 남자 직원의 작업인 전기로 1회 공정은 12시간 가량의 장시간이고 오작동이 일어나는 경우 이러한 긴 공정이 허사가 될 뿐만 아니라 물량 손실도 크며, 24시간 3교대 체제로 업무 인수인계가 필요한 점에 비추어 보면, 원고의 직무 수행과 비교하여 정신적 노력과 긴장의 차이를 인정할 수 있으므로, 노력의 측면에서 다르다고 볼 수 있다. iii) 책임- 소성실 전기로 온도 관리가 잘못될 경우 당해 전기로에 투입된 모든 제품이 손상되는 반면에, 정렬 업무가 초래하는 위험은 당장에 정렬 작업 중인 소량의 수량에 불과하다. 남자 직원의 전기로 작업은 모든 제품을 대상으로 하고, 품목별 설정 온도는 영업비밀로서 관리되는 피고의 핵심 작업인 반면, 원고의 정렬 작업은 수취기로 자동 정렬이 안 되는 전체 20~25% 가량의 제품만을 대상으로 할 뿐이므로 책임이 다르다고 할 수 있다. iv) 작업조건- 피고는 전기로가 1천도가 넘는 고온으로 가동되고 수리 시 화상의 위험성도 있다고 주장하나, 이외의 나머지 구역은 특별히 가혹하다고 보기 어렵고, 원고도 정렬 제품의 운반을 위해 수시로 드나들며, 남자 직원은 별도로 소성실 내 사무실 냉방 구역에서 휴식을 취할 수 있는 점에 비추어 보면 작업조건 측면에서 다르다고 볼 수 없다. → 결론적으로 노력, 책임의 측면에서 차이를 인정하여 동노동임 위반이 아니라고 판단한 사례임.

□ H사 사건 판결(대법원2013. 5. 9, 2010다23821판결)

- * 직무가치 동일성 주장 근거: 기술, 노력, 책임, 자격조건 측면에서 직무가치가 동일하다.
- * 판단: 비교대상의 설정 관련하여, 기능직과 생산직은 각각 단일한 호봉이 적용되는 체계이므로 기능직 전체를 생산직의 비교대상으로 포함해야지 중합, 방사 공정을 제한 기능직으로 비교대상을 설정해선 안 된다. i)기술-중합과 방사 공정에서의 기능직 근로자(남성)의 노동은 상당기간 교육과 훈련을 필요로 하는 특별한 직무 수행능력이 필요하므로 기술 측면에서 두 직군의 차이가 있음. ii)노력- 중합공정의 필터 세정작업, 방사공정의 필터 운반 및 원료 주입작업, 노즐 와이핑 작업 등은 고온에서 작동하는 기계를 관리하기 위해 고충량의장비를 지속적으로 움직여야 하므로 고도의 집중력과 노동강도를 필요로하여 그 노동강도가 특별히 높음. iii)책임- 제직공정에서 기능직은 조,반장 업무 대행하므로 책임의 정도가 더 큼. iv)작업환경- 같은 연사, 제직 공정 내에서도 기능직이 담당한 업무의 위험성이 더 큼. 중합, 방사 공정의 작업환경이 더 고온으로 위험함. → 임금차별 주장이 배척된 가장 큰 이유는 더 어려운 공정으로 평가된 권취, 중합, 방사 공정에 기능직만이 배치되고 생산직(여성)은 배치되지 않았기 때문임.

2) 합리적 이유

성별을 이유로 한 불리한 처우임이 인정되었음에도 합리적 이유가 인정된 경우를 정리하면 아래와 같다.

가) 경영상 필요성

성별을 이유로 한 불리한 처우가 문제된 사건에서 경영상 필요성은 사회통념상 합리적인 사용자의 재량 수준이 아니라 보다 엄격한 수준에서 심사되어야 한다. 그러나 전화교환원 정년차별사건2 판결에서는 ‘기업의 경영상 필요성이 있는지’ 정도 수준에서 합리적 이유를 완화하여 인정했다는 점에서 한계가 있다.

□ 전화교환원 정년차별사건2 판결(대법원1996. 8. 23, 94누13589판결)

- * 합리적 이유 주장 근거: 비용 부담 및 인력 고령화에 따른 문제 등을 고려한 합리적인 차등 정년
- * 판단: 교환직렬 직원의 수는 1982. 원고가 설립되던 당시에는 4,790명, 1987.에는 7,193명, 1993. 3.경에는 6,400명, 1994. 5. 30.에는 6,208명인데, 1994. 5. 30. 현재 총인원수 6,208명 중 30세 이하는 30명에 불과하고, 40세 이상이 2,352명에 이르게 되자, 교환직렬 직원들도 젊은 교환원들의 채용을 원하고 있을 뿐만 아니라 교환직렬 직원 중 87.1%가 현재의 정년이 적정하거나 오히려 단축해야 한다는 의견인 사실, 원고의 경우 교환업무의 자동화로 인하여 교환직렬에 잉여인력이 발생하여 1982. 11. 26. 이후 교환직렬에 신규채용을 중지하고 있을 뿐만 아니라(다만 원고가 설립되던 당시 원고로 이관되지 아니하고 남아 있던 체신부의 면단위 교환업무가 점진적으로 이관됨에 따라 위와 같이 교환직렬 직원의 수가 증가되었다.) 교환직렬 직원 중 상당수는 교환직렬의 업무가 아닌 고장신고업무, 전화국 창구보조업무 등을 담당하고 있고 이에 의한 원고의 인건비 증가분도 상당한 사실, 이에 반하여 일반직의 다른 직렬의 경우에는 잉여인력이 발생하지 아니하여 신규채용이 이루어져 온 것으로 엮이는 사실, 1987. 9. 4.부터 1994. 5. 30.까지의 원고의 교환직렬 직원의 퇴직자 869명 중 53세의 정년으로 퇴직한 자는 1명뿐이고 그 나머지는 모두 정년에 이르기 전에 조기퇴직한 사실(이러한 점에 비추어 볼 때 53세가 넘는 고령의 여성근로자가 야간근무 등을 수반하는 교환직렬의 업무를 담당하는 것이 적합한지도 의문이다.), 잉여인력으로 말미암아 신규채용이 이루어지지 않고 있는 교환직렬의 경우 담당인력의 고령화가 지속되고, 게다가 원고의 교환직렬의 정년을 다른 직렬의 경우와 같이 58세로 연장하면 교환직렬은 더욱 고령화되고, 신규인력의 유입이 어려워짐에 따라 연공서열제를 채택하고 있는 원고의 고용비용은 증가되고 상대적으로 생산성은 낮아질 수밖에 없는 사실을 알 수 있는바, 사정이 그러하다면 원고의 교환직렬에서의 인력의 잉여 정도, 연령별 인원구성, 정년 차이의 정도, 차등정년을 실시함에 있어서 노사간의 협의를 거친 점, 신규채용을 하지 못한 기간, 현재의 정년에 대한 교환직렬 직원들의 의견 등에 비추어 보아 원고가 교환직렬에 대하여 다른 일반직 직원과 비교하여 5년간의 정년차등을 둔 것이 사회통념상 합리성이 없다고 단정하기는 어렵다

나) 적극적 우대조치

국가인권위원회 결정례에는 적극적 우대조치가 고용 성차별이 아니라는 사례가 다수 포함되어 있다. 여성 고용을 촉진하기 위한 기업의 정책을 남성에 대한 역차별로 주장하는 사례에 대해 대부분 성차별이 아니라고 판단하고 있다.

□ 교사 승진후보자 중 여성 우선 정책 (06진차14 결정)³³⁾

- * 합리적 이유 주장 근거: 관리자 중 여성의 비율을 높이기 위한 적극적 우대조치로서의 필요성
- * 판단: 초중학교 교사 중 여성의 비율은 상당히 높은 반면 교감, 교장의 여성비율이 현저히 낮은 통계적 불균

33) 국가인권위, 고용차별사건 조사 매뉴얼, p.148에서 사실관계 및 판단요지 발췌

형을 통해 승진에서의 구조적 차별, 유리천장이 존재한다고 볼 수 있다. 승진 시 여성을 우선 임용제청하는 것은 교직사회에서 성별 불균형을 해소하고 여성의 고용구조를 개선하기 위한 적극적 조치의 하나라고 할 수 있다.

□ 한국○○○기술개발원 여성 가산점 사건 결정(17진정045860 등)³⁴⁾

- * 합리적 이유 주장 근거: 여성의 낮은 고용 비율을 해소하기 위한 적극적 우대조치로서의 필요성
- * 판단: 여성에 대한 가점은 서류전형 단계에 한정하여 적용되는 점(서류전형 110점에서 가점이 10점을 차지함), 당해 기업의 평균 여성 근무인원은 25%에 그치고 있으며, 신입사원 중 여성 비율은 21%로 더 낮은 점 등을 종합적으로 고려했을 때 적극적 고용개선조치의 일환으로 차별의 예외에 해당.

□ 성별에 따라 다른 체력시험 합격기준 사건 (14진정0553000)

- * 합리적 이유 주장 근거: 남성과 여성의 신체조건의 차이를 감안한 것
- * 판단: 경찰청에서 실시하는 일반경찰 경찰행정학과 특채 체력시험에서의 기준이 여성에게 너무 유리하여 남성들이 차별을 받고 있다는 진정임. 진정인은 체력시험의 남녀 평균점수가 5점이나 차이가 난다고 주장하였으나, 남녀 평균점수에서는 큰 차이가 없도록 체력시험 기준이 설계되어 있음. 즉 남성과 여성의 신체조건의 차이를 감안한 것이고 기준점의 차이가 크지 않아 합리성이 있다.

다) 진정직업자격

□ 피부미용사 자격증 시험 사건 (17진정0543500)

- * 합리적 이유 주장 근거: 남성 응시자의 수가 현저히 적어서 합리적 이유가 있음.
- * 판단: 여성에 비해 남성 응시자 수가 현저히 적다는 점, 여성과 남성 모델의 신체적 노출이 필수적인 실기시험의 특성상 남녀 분리시험이 필요하다는 점, 시험장을 확대하면 소요인력, 사무처리 부담, 심사위원 위촉 등 예상 소요 비용이 적지 않다는 점, 남성을 위한 시험 기회 자체가 없는 것은 아니라는 점을 종합적으로 고려하여 합리적 이유를 인정. → 피부미용사 직종의 특성 상 시험 과정에서 모델의 피부 등 신체가 노출되고 접촉하기 때문에 남성이 여성 응시자의 시험에 응시할 수 없다는 방침이 문제된 사안임. 피부미용사 업무 상 남성이 여성 모델이나 고객을 관리할 수 없게 제한하는 것에 진정직업자격을 인정한 사례로 보임.

□ 화장품 방문판매원 등록 시 성별 제한 사건 (15진정0675100)

- * 합리적 이유 주장 근거: 소비자에 대한 대면 접촉을 통한 제품 홍보 및 서비스 제공에 적합한 능력을 갖추었는지 여부를 기준으로 삼아야 하는 업무인데, 남성카운셀러가 여성을 상대로 제품을 설명하고 마사지 등을 포함한 서비스를 제공함에 있어 어려움이 있으며, 방문판매의 특성상 판매원들은 제품 판매 이후에도 고객을 방문하여 제품 관련 상담을 하거나 사후 서비스를 제공하는 등 지속적으로 친밀한 관계를 유지하게 되는데 남성들은 고객관리에 어려움을 겪고 있음. 또한 전체고객의 97%가 여성이다 보니 남성 방문판매원 관련 불미스러운 일이 일어난 사례가 있음.
- * 판단: 피진정인 회사의 사업 취지가 여성고객의 아름다움 추구에 있고, 관련 제품의 영리적 판매와 서비스 제공에 목적을 두며, 소속 방문판매원은 직접 최종 소비자를 대면하여 판매활동을 하는 방식을 취하고 있음. 이와 같은 사업취지, 대면접촉 판매방식과 관련하여 피진정인이 특약사항에 대리점과 소속 판매원의 의무를 명시하고 있고, 최근 이러한 취지에 어긋나는 불미스러운 사례가 발생함에 따라 대면 접촉을 통한 제품 홍보 및 서비스 제공에 부적합함을 이유로 남성방문판매원의 추가 등록을 제한하고 있는바 이를 현저히 불합리한 차별로 보기 어렵다고 판단.

나. 간접차별

1) 현저한 불리한 영향

34) 박선영 외(2018), 앞의 책, p.21에서 사실관계 및 판단요지 발취

문제된 기준이 특정 성별에 현저한 불리한 영향을 미친다는 근거가 부족할 경우 간접차별이 성립하지 않을 수 있다. 그러나 아래의 농협부부사원 우선해고 사건의 경우, 부부사원 중 남편인 자에 비해 아내인 자의 명예퇴직 비율이 19배 이상 높았음에도 성차별 여부에 대한 검토가 본격적으로 진행되지 않고 기각됐다는 점에서 문제점이 있다.

□ N사 부부사원 사건 판결(대법원 2002.11.8. 선고 2002다35379 판결)

- * 성별 관련성 부인 주장: 부부사원 중 아내인 사원이 더 많이 퇴직을 선택할지 사용자 입장에서 예측하기 어렵고 당사자들의 자율적인 선택 결과일 뿐이라는 취지로 주장.
- * 판단: 이 사건 2심 판결³⁵⁾은 부부직원의 일방을 대상으로 정하였을 뿐 아내인 직원만을 대상으로 한 것은 아님데, 어느 편이 퇴직할 것인가는 당해 부부가 자율적으로 판단할 사항이고 실제로 남편이 퇴직한 경우도 있다고 하였다. 부부사원 우선퇴직 정책으로 인해 실제로는 아내인 사원이 퇴직하는 사례가 많을 수밖에 없다는 사실만을 들어 헌법이나 근로기준법 등이 정하는 남녀평등에 반하는 성차별로 볼 순 없다고 하였다. 상고심 판결도 사직의 의사표시가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하거나 헌법상의 기본권 및 근로기준법과 남녀고용평등법상의 제반 규정에 위반되는 건 아니라고 판단하였다.

2) 정당화 사유

간접차별이 주장된 사건에서 정당화 사유가 인정되어 차별이 인정되지 않은 사례는 아직 보이지 않는다.

<합리적 이유가 인정된 경우>

문제된 기준이나 관행	사건 번호	주된 근거
전화교환원 직렬에 대해서만 정년을 5년 낮게 설정	대법원1996. 8. 23, 94누13589판결	· 정년을 다른 기능직렬과 같게 할 경우의 비용 부담 등 경영상 필요성
교장교감 승진대상자 중 여성 우선순위 부여	교사 승진후보자 중 여성 우선 정책 (06진차14 결정)	· 유리천장 완화를 위한 적극적 우대조치로서의 필요성 인정
신규채용 시 여성에 가산점 1점 부여	17진정045860	· 가산점의 채용시험 당락에 큰 영향을 미치지 않는 점 · 적극적 우대조치 필요성
성별에 따라 다른 체력시험 합격기준 사건	14진정0553000	· 문제된 체력시험 기준이 미치는 영향이 크지 않음 · 남녀 간 신체적 차이 고려
남성의 피부미용사 자격증 시험 기회가 적은 문제	17진정0543500	· 피부미용사 업무 특성 상 동성의 모델로 자격증 시험을 치러야 할 필요성 · 남성 응시자의 규모가 적어 경제적, 시간적 비용손실이 크다는 점 고려
남성의 화장품 방문판매원 등록을 금지	15진정0675100	· 여성 고객 대상 화장품 방문판매라는 업무 특성 고려 · 남성 판매원의 불미스러운 사례가 발생한 배경 등 고려

3. 주요 쟁점

가. 당사자 적격

35) 서울고등법원 2002. 5. 17. 선고 2001나1661 판결.

고용 영역에서의 차별 관련해서는 근로자 및 사용자로서의 당사자 적격이 문제될 수 있다.

고용 성차별 사건에서 사용자로서의 적격이 넓게 인정된 사례로는 KTX 여승무원 고용차별 사건 결정이 있다.³⁶⁾ 이 결정은 “국가인권위원회법 상 차별행위자는 고용관계에서 반드시 사용자와 피용자의 관계에 있어야 하는 것은 아니며, 고용과 관련하여 실질적인 영향력을 행사하는 지위에 있으면서 차별의 결과를 발생시킨 자를 의미하는 것인 바, 피진정인은 철도유통에 지배적 영향력을 행사하는 방식으로 여승무원들의 채용과 고용조건을 결정하였음이 발견되고 있으므로 이 사건 차별행위자로 판단하는 데는 무리가 없다고 판단”하였다.

나. 조사대상인 차별행위인지 여부

1) 고용 영역 해당 여부

여성이라는 이유로 부당하게 커피심부름 및 청소를 강요하는 행위를 고용 영역의 차별로 볼 수 있는지 문제된다. 커피 심부름이나 청소 등 업무분장에 없는 일을 여성에게만 요구하는 것은 공식적인 배치 처분이 아니기 때문에 배치 차별로 인정되기 어려운 측면이 있다. 커피 심부름 등이 문제된 10진정0032700사건에서는 고용 상 처분이 아니라는 이유로 각하한 바 있다. 인권위법은 고용 영역에서의 차별을 “고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”라고 규정한다. 여기에서의 고용이 근로계약의 내용에 관련된 처분으로 한정되는지, 근로조건 내지 업무환경 전반을 뜻하는 것인지에 따라 해석이 달라질 수 있다. 미국, 영국 등 영미권 국가의 경우, 차별의 유형을 고용상 차별(처분에 있어서의 차별), 차별적 괴롭힘, 성희롱을 모두 포괄하는 것으로 규정하거나 판례가 형성되는 경향을 보인다. 따라서 커피 심부름 케이스 등을 성차별적 괴롭힘으로 포섭할 수 있기 때문에 고용차별로 볼 수 있는가라는 논쟁이 해결될 수 있다. 성차별적 괴롭힘을 고용 성차별의 하나로 인정할 경우, 사용자나 근로자가 여성혐오 표현이나 이미지 게시 등을 하는 행위에 대해 성차별로 인정할 수 있을 것이다.

인권위의 고용차별사건 조사매뉴얼에서는 소수집단 소속 근로자를 대상으로 의사에 반하여 사직을 종용하거나 적대적 근무환경을 조성하여 사직하게 한 경우에도 ‘고용상’ 불이익으로 볼 수 있다고 설명한다(116면). 한국 노동법은 사직의 의사표시를 비진의로 인정하여 무효화하는 것에 대단히 엄격한 태도를 취하고 있다. 따라서 특정 성별에 대한 적대적이 환경이나 사직 종용을 이유로 퇴사한 경우 부당해고를 인정받기 어렵다. 이러한 경우는 고용상 처분(사직 요청의 수리) 이전의 사실행위들(사직 강요, 적대적 환경 등)을 고용상 성차별로 볼 수 있는지 문제될 수 있다. 이와 관련하여 매뉴얼에서는 여성에 대한 사직강요나 적대적 환경조성도 고용상 성차별이 된다고 설명한다. 이러한 해석례로 소개된 결정례에서 자세히 논리를 전개하지는 않는 것은 아쉬운 지점이다. 여성에 대해서만 사직을 강요하는 경우라면 사실상 해고 처분으로 보고 국가인권위원회 조사대상으로 판단할 수 있을 것이다. 또는 인권위법 제2조에서의 ‘퇴직’을 퇴직기준을 성별에 따라 달리 적용하는 것을 넘어서 특정 성별 중심으로 퇴직을 종용하는 경우, 적대적 업무환경으로 인한 사직한 경우까지 포함하는 것으로 확장적인 해석론을 수립할 필요가 있다. 미국이 성차별 등을 사유로 한 의제해고 개념을 판례법리로 정립한 것을 참고하여 인권위법이나 평등법에 차별을 이유로 한 사직에 대해 해고로 간주하는 입법이 필

36) 2006.9.11.자 06진차116, 06진차136 (병합) 결정

요하다.

또한 채용 면접 과정에서 성차별적인 발언만으로 고용 영역에서의 문제로 볼 수 있는지 다룰 수 있다. 출산을 앞둔 진정인을 대상으로 임신, 출산에 대한 편견이 깔려 있는 발언은 금지되어야 한다는 차별적 발언이라고 결정한 사례가 있는 반면에(차별시정위 2007.3.9.자 06진차618결정), 면접과정에서 업무능력과 관계없는 남자친구 유무, 배우자 직업, 혼인여부, 부모님 고향 등을 질문한 경우 질문 내용만으로는 차별 사유에 해당하지 않아서 각하한 사례도 있다(17진정0527300). 채용 공고 자체에는 차별적 내용이 없으나 면접 과정에서 면접관이 차별적 언사를 한 것을 고용상 처분으로 볼 수 있는지도 문제될 수 있다. 16진정0046200 사건에서는 “면접 시 성차별적 발언이 사실로 인정되는데도 불구하고 이로 인해 채용에서 제외되거나 고용 상 피해를 입지 않았으므로 조사대상이 아니라고 각하결정”한 바 있다.³⁷⁾ 채용차별은 그 특성상 피해자인 구직자가 정보에 접근하기 특히 어렵다는 특성이 있다. 면접 과정에서 성차별적인 발언을 들었다고 하더라도 해당 면접관의 차별적인 인식이 피해자의 당락에 영향을 미쳤는지 근거 자료를 확보하기 극히 어렵기 때문이다. 따라서 채용 면접 과정에서의 성차별적 발언에 대해서는 채용 결과에 미친 영향을 불문하고 성차별로 인정하고 개선 권고를 하도록 하는 것이 타당하다.³⁸⁾

□ 참고 : 미국 EEOC “모집, 선발, 채용상의 차별금지에 관한 실무지침”

* 면접시 “18세 이하의 자녀가 있는가? 자녀의 숫자는? 자녀의 나이는? 자녀를 어떠한 방법으로 양육하고 있는가?” 하는 질문들은 종종 여성을 차별하는데 이용된다. 고용 이전에 여성지원자들에게만 자녀양육 방법에 관한 정보를 요구하는 것은 민권법 제7편 위반이며, 고용주는 미취학 자녀를 둔 남녀 지원자에게 상이한 채용정책을 실시할 수 없다. 세금, 보험 또는 사회보장 목적에 필요한 정보는 지원자가 채용된 이후에 획득 가능하다.³⁹⁾

2) 불리한 대우 등의 존부

인권위법은 “고용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”를 차별로 정의하는데, 진정인에게 불이익을 초래하지 않으나 배제, 구별하는 것만으로도 조사대상인 차별행위로 볼 수 있는지 판단이 필요하다. 이와 관련하여 2008년 차별판단지침은 불이익이 발생하지 않는 경우는 원칙적으로 조사대상이 아니되, “그 구별이 특정 집단이 다른 집단보다 우월 또는 열등하다는 함의가 있는 경우에는 해할 수 있고, 인종을 사유로 공간적으로 구별하는 ‘분리’(segregation)는 그 자체로 차별로 간주”될 수 있다고 설명한다.

구직사이트의 채용 공고에서 “선호하는 특정 성별 및 연령대를 명시한 것에 대해 진정이 제기된 사건에서 피해자 및 구체적인 피해사실이 특정되지 않아 각하”된 경우가 있다(15진정0982700).⁴⁰⁾ 또한 은행권 채용 성차별이 적발된 사례들의 조사결과를 보면 서류전형 점수를 조작하는 방식으로 여성을 대거 탈락시키는 방식을 사용한 것으로 확인된다. 그런데 은행의 채용절차는 통상 서류전형 -> 필기시험-> 1차 면접 -> 2차 면접 등의 다단계로 구성되어 있어서, 서류전형 결과 조작으로 인해 탈락한 여성 지원자 중 누가 진정한 의미에서의 채용차별 피해자인가라는 문제가 제기될 수 있다. 이러한 쟁점은 모집, 채용영역의 특성을 반영하여 피해자 특정 단계를 완화하거나, 차별 사안의 중대

37) 기초연구 보고서, 298면.

38) 다른 차별사유와 관련된 면접 발언 관련해서는 차별을 인정한 사례가 있다. “채용 면접 시 나이, 사상 또는 정치적 의견 등 관련 질문한 행위에 대해 그로 인해 불리한 결과가 초래되었는지 여부와 별개로 그 질문행위 자체를 차별행위로 인정” (국가인권위, 고용차별 사건 조사 매뉴얼, 2019, 113면)

39) 국가인권위, 2008년 차별판단지침.

40) 박선영 외, 차별판단지침 기초조사 연구, 2019, 19면.

성을 고려하여 특정 영역에 제한하지 않고 피해자 특정 없이 차별 사건을 조사할 수 있도록 하는 방안 등으로 대응할 수 있다.

여성 휴게실 설치 요구를 거절한 것을 고용 관련 불리한 처분으로 보기 어렵다고 판단한 사례도 있다. 학교의 현실적 상황에 따라 여교사 휴게실을 설치하기 어려울 수 있으므로 이를 고용 관련 배제, 구별, 불리한 대우로 보기 어렵다는 것이다(15-진정-0600200).

다. 비교대상자

2008년 판단지침에서는 “차별이란 비교대상자를 전제로 하는 것”이라고 설명하는데, 이를 부연설명하자면 ‘성별을 이유로’를 판단하는 중요한 기준 중 하나가 ‘비교대상에 비하여 불리한 대우’를 받았는지 여부이다.⁴¹⁾ 그런데 성차별 관련 국내 결정례나 판결에서는 비교대상자가 쟁점으로 등장한 사례를 찾기 어렵고 주로 비정규직이나 무기계약직 차별 사건에서 주로 다뤄진다.⁴²⁾ 헌법재판소는 “비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 하고... 해당 사건에서 차별 대우가 문제된 이유나 평등한 대우가 요청되는 구체적인 영역에 한정해 본질적으로 동일성이 있는지 여부”를 살펴보도록 결정하였다(헌법재판소 2009헌마538결정). 이는 모든 면에서 비교대상이 일치할 필요는 없고, 문제된 처우와 관련하여 핵심적인 부분에 한정해서 본질적으로 동일성이 있을 것을 요한다고 해석해야 한다. 승진 성차별 사건이라면 승진에 필요한 최소한의 조건을 갖춘 자이면 다른 성별인 사람이면 비교대상으로서 인정할 수 있다. 또한 가족수당처럼 담당 직무의 내용이나 가치와 무관하게 지급되는 급부가 문제되는 사건이라면 가족수당 지급 요건을 충족하는 다른 성별인 사람으로 비교대상이 충분하기 때문에 사실상 재직중인 자 모두가 비교대상이 될 수 있다.

같은 기업 소속이 아니면 비교대상이 될 수 없다는 것이 인권위의 원칙적인 입장이다. 다만, 공공 부문 사회복지시설처럼 공통의 인건비 기준을 적용받는 경우, 같은 사용자가 양쪽 근로자로부터 근로를 제공받을 뿐 아니라 이들의 근로조건을 결정, 관여하는 지위에 있다면 그 실질에 따라 비교대상으로 볼 수 있다고 설명한다.⁴³⁾

뉴질랜드 사회서비스 돌봄노동자 관련 임금차별 소송 사례

2013년 서비스 및 식음료산업노조는 요양보호사인 조합원을 대신하여 요양시설인 Terranova Homes를 상대로 소송을 제기하였음. 원고측에서는 다른 공공부문 노동자에 비하여 요양보호사에게 동일임금이 지급되지 않았음을 확인하고 단체협약의 임금기준을 수정할 것을 법원에 청구하였음. 원고측 참가인으로 뉴질랜드인권위원회, 서비스 및 식음료산업노조, 피고측 참가인으로 법무부와 노인요양기관협회, 경영자단체가 참가하였음.

피고측 요양기관은 남성 요양보호사가 110명 중 4명에 불과하지만 여성과 동일한 임금을 지급받으므로 임금차별이 성립할 수 없다고 주장하였음.⁴⁴⁾ 원고측에서는 노인돌봄 및 여성의 일에 대해 역사적으로 형성되어 온 평가절하로 인하여 남성이 수행했다면 받았을 임금보다 낮은 수준의 임금이 책정되었고, 이는 뉴질랜드 「동등임금법」(Equal Pay Act)이 금지하는 임금차별에 해당한다고 주장하였음. 원고측의 주장은, ‘여성 노동에 대한 평가절하 등 구조적 요인으로 인해 저임금인 경우, 같은 사업장에 비교대상이 없어도 동일가치노동 동일임금 원칙을 적용할 수 있는지’의 쟁점으로 연결되었음.

이와 관련하여 항소법원은, 동일가치노동 동일임금 원칙이 도입된 맥락을 고려했을 때 비교대상을 소속 기업을 넘어서 찾는 것이 불가능하지 않다고 판단하였음. 또한 역사적, 구조적 성차별로 인하여 돌봄노동이 제도적으로 평가절하되었다고 입증할 수 있다면, 이러한 증거를 고려하여 가상적인 비교대상(남성

41) McColgan, 2005, 53면.

42) 비교대상자 관련 논의는 주로 비정규직 차별 사건에서 주로 다루어지는 경향을 보이는데, 기간제법에서 ‘중요사한 업무를 수행하는’ 이라고 명시하기 때문일 수 있다.

43) 국가인권위, 고용차별사건조사 매뉴얼, 2019, 101면.

이 요양보호사 업무를 주로 수행했을 경우 지급됐을 임금과의 격차를 추정하는 논리)을 판단할 수 있을 것이라고 판시하였음.⁴⁵⁾ 피고측에서는 저임금의 구조적인 원인을 고려하여 임금차별 여부를 판단하는 것은 입법목적을 벗어난 비약적인 논리이며 지나치게 추상적이어서 적용되기 어렵다고 항변하였음.⁴⁶⁾ 그러나 항소법원은 “공공부문의 경우 상대적인 임금률에 관한 다양한 데이터가 있고 노인돌봄노동자에 대한 조사 차원에서 비교 데이터를 얻는 것이 어렵지 않다”고 하였음. 정부가 공공부문의 형평임금 관련하여 진행한 조사(2004~2009년), 2011년 노동부 홈페이지를 통해 제공된 직무가치 평가 온라인 툴 사례 등을 고려했을 때 가상적인 비교대상 또는 다른 공공부문의 노동자와 임금 격차를 비교할 수 있다는 것임. 항소법원의 이러한 판단은 상고심에서 확정되었음.⁴⁷⁾

미국의 직접차별(disparate treatment) 법리에서도, 비슷한 상황(similarly situated)의 사람(비교 대상자)에 비하여 불리한 처우를 받았다는 비교증거(comparative evidence)가 ‘성별을 이유로’를 입증하는 방법 중 하나로 설명된다. Lindemann외(2012)는 “대부분의 직접차별 사건에서 사용자가 제시한 사유는 핑계에 불과함을 판단하는 핵심은 비교증거”라고 설명한다(2-80면). 적절한 비교대상으로서 ‘비슷한 상황의 사람’을 입증해야 하는데, 이는 원고와 비교대상자 사이의 실제적인 유사성(substantial similarity)뿐 아니라 이들을 둘러싼 상황에서의 실제적인 유사성을 의미한다는 것이 판례임. 완벽하게 일치할 필요는 없으나, 관련된 사실과 상황에 있어 밀접하게 비슷해야 한다고 한 판례(저성과자 프로그램에 배치될 당시 비교대상자인 남성 직원에 비해 원고인 여성의 평가결과가 훨씬 나빴기 때문에 성별을 이유로 한 불리한 처우가 부인된 사례)/ 또는 승진 차별 사건에서 흑인인 원고의 자격이 더 우수했다는 점을 바탕으로 비교대상자에 비해 불리한 처우임을 인정받은 사례(Ash v. Tyson Foods, Inc., 129F.(11th Cir. 2005)(린드만 외, 2012:2-87에서 재인용)등이 있다.

영국의 성차별 판례에서도 비교대상자 관련 쟁점이 중요하게 다뤄진다. 우선, 임신차별처럼 성별과의 인과성이 명확한 경우에는 비교대상자가 불필요하다고 설명된다.⁴⁸⁾ 2010년 평등법 제23조 제1항은, “직접차별, 간접차별 사건에서 비교를 할 경우에, 각각의 케이스와 관련된 정황에 있어 실제적인 차이(material difference)가 없어야 한다.”고 규정하고 있다. 실제적인 차이가 없어야 한다는 요건은 진정인과 비교대상자가 모든 면에서 동일해야 한다는 해석으로 이어질 가능성이 있었다. Aileen McColgan에 따르면 2003년의 Shagoon판결⁴⁹⁾ 이전까지는 이러한 잘못된 해석이 법원에서 발견되곤 하였다. “법원은 종종 비교대상자- 차등대우의 이유라는 두 가지 단계로 나누어 심사하였고, 이러한 접근법이 때론 유용하더라도 이는 법률에서 규정한 요건이 아니고 관련된 비교대상자의 동일성이 쟁점이 되는 경우 불필요하게 복잡해질 위험성이 있었다. 이러한 복잡한 문제는 임신에 근거한 성차별 사건에서 남성 비교대상자의 특성을 찾는 것도 포함한다(인도계 국적자가 제기한 인종차별 사건에서 비인도계 비교대상자의 특성을 지정하는 문제 등등). 샤문 판결에서 니콜스 대법관은, 직접차별사건에서 법원이 답해야 할 유일한 문제는 ‘보호받는 속성을 이유로 덜 우호적인 대우를 받았는가’에 답하는 것이라고 하였면서, ‘비교대상자라는 혼란스러운 쟁점은 차등대우의 원인에 주로 초점을 맞추으로써 피해갈 수 있다’, 라고 하였다. 당해 처분이 성별 등을 이유로 한 것이라면 이 처분이 다른 사람에 대한 대우에 비해 덜 우호적인 것인지 여부를 판단하는 것은 통상 쉬운 일이라는 것이다. 샤문사건 판결에서 스콧 대법관이 언급했듯이, 비교대상자는 성별 등을 이유로 한 차별의 추론을 정당화할 수 있는 수단 그 이상도 아니다. 차이가 더 중요할수록, 차별의 추론을 이끌 수 있는 설득력이

44) 판결문에 따르면 2009년 현재 33,000명의 노인요양 부문 근로자 중 92%가 여성이다.

45) 항소법원 판결문 108~109문단. Terranova Homes & Care Ltd v Service and Food Workers Union Nga Ringa Tota Inc [2014] NZCA 516.

46) 이 사건 참가인인 법무부의 입장이 대표적인 예이다.

47) Terranova Homes & Care Ltd v Service and Food Workers Union Nga Ringa Tota Inc [2014] NZSC 196.

48) Hugh Collins외, Labour Law, 2019.

49) Shagoon v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [2003] IRLR 285 HL

약해질 뿐이다. 그러나 비교대상자의 실제적 정황이 진정인과 다른 경우에도 다른 실제적인 조건들과 결합하여 여전히 피해자가 ‘남자였다면 받았을 것’보다 덜 우호적인 대우를 받았다고 추론할 수 있다. 만약 어느 무슬림과의 임대차계약을 지자체가 무슬림이라는 이유로 거절할 때, 계약연장을 승인 받은 이웃이 다른 요소에 있어서 달랐다고 답하는 것은 인종차별 소송에서 아무 의미가 없다. 승인 받은 이웃과 신청인 사이에 종교 외의 실제적인 차이가 없어야 한다고 요구한다면, 인종차별 주장을 입증하기 어려운 허들을 세우는 셈이 된다. 또한 사문판결의 접근법은 중층적, 교차적 차별 케이스에서 명확하게 도움이 된다. 예컨대 자신이 아시안인종의 무슬림 여자이기 때문에 차별받았다고 주장하는 케이스에서, 비교대상자 선정은 사실상 도움이 되지 않는다. 사문 판결은 항소심 법원의 차별금지법 해석에 있어 변화를 만들었다. *Islington LBC v Lademe Elias* J사건 판결에서, 항소법원은 EAT의 결정을 인용하면서, “차별적인 대우가 보호받는 속성으로 인한 것임을 입증함으로써 해당 속성이 없는 비교대상자보다 덜 우호적 대우를 받았다는 것을 동시에 입증하는 것이다. ... 따라서 차별 사실을 확인하는 것은 비교대상자의 정확한 속성을 밝히지 않고도 가능하다”라고 판시하였다. (McColgan, 2014:108-109). 이러한 접근법은 유의미한 차별 주장이 비교대상 문제로 기각당하는 상황을 막는데 상당히 성공적이었다(Collins외, 2019:350). Coll사건(가석방자 수용시설 관련, High court에서는 남성 수용자와 여성 수용자는 규모에 있어 비슷한 조건이 아니므로 비교대상 될 수 없다고 했었음)의 항소심에서는, 비교대상으로 인정하면서, “여성용 숙소와 고향 사이의 거리라는 문제에 있어서 실질적인 차이가 없다”라고 판시하였다. (불리한 처우를 중심으로 비교대상의 적절성 판단). 또한 남녀 구분 중학교는 성차별이라는 교육부의 평가에 대해, 1심은 남녀 모두 동일하게 대우받으므로 차별 아니라고 판단하였고, 2심은, 남학생과 함께 교육과정을 이수하고 싶은 여(남)학생은 해당 성별로 인하여 못하게 됐으므로 성별을 이유로 한 불리한 대우가 맞다고 판단한 바 있다. (Collins외, 2019:352-353). 영국의 이 사례들은 ‘여성이 아니었다면 문제된 불리한 대우를 받았을 것인가’에 초점을 맞춰 보면 비교대상자를 특정하지 않고도 성별과의 인과성을 인정받을 수 있음을 보여준다. 이러한 논의의 맥락 속에서 영국과 EU는 가상적 비교대상자를 허용하여, 실제 그러한 사람이 존재하지 않았더라도 성별이 다른 자가 더 좋은 대우를 받았을 것이라고 인정될 경우에는 성별을 이유로 한 차별을 인정하고 있다.

4. 직접차별

가. 성별 등을 이유로 - 성별과 불리한 대우 사이의 관계

고용 성차별의 존재를 입증하기 위해서는 “문제된 결정이 성별을 매개로 불이익을 야기하는 인과성”⁵⁰⁾, 인과관계에 대한 판단이 필요하다. 각 나라별로 역사적 배경과 문화가 다르기 때문에 차별금지 사유 중 특히 더 터부시 되는 사유가 무엇인지 조금씩 다를 수 있다. 미국은 인종차별 금지를 위해 민권법이 제정되었을 정도로 인종차별 관련 터부가 강력한 반면, 한국에서는 장애인 성차별 관련 법제도적 규율과 사회문화적 인식이 가장 빠르고 구체적으로 형성되었다고 할 수 있다. 그로 인하여 ‘여성이라서’ 불리하게 대우함을 명시적으로 밝히는 경우는 점점 줄어드는 경향이다. 결국 고용 성차별 사건에서는 불리한 대우가 성별을 이유로 한 것인지를 판단하는 것이 어려운 쟁점으로 등장하게 된다. 성별을 이유로 한 불리한 대우인지, 즉 성별과 불리한 대우 사이에 인과성이 있는지 판단하는 것 관련하여 영국의 판례 법리를 ‘(여성이)~아니었다면(but for)분석을 발전시켰다. 여성이기 때문에

50) 국가인권위, 차별 판단지침, 2008.

또는 여성이 아니었으면 이런 대우를 받지 않았을 것임을 판단하는 단계라는 것이다.⁵¹⁾

1) 임신처럼 성별에 직접적으로 연결되는 기준이 관련된 경우

임신, 출산처럼 성별에 직접적으로 연결되는 기준에 근거한 불리한 대우인 경우 ‘성별 등을 이유로’ 하였다고 인정될 수 있다.⁵²⁾ 제대군인 가산점제도처럼 징병대상이 남성으로 정해져 있어서 여성의 가산점 수혜 비율이 5% 미만인 경우도 가산점제도로 인한 불이익이 여성이라는 성별에 직접적으로 연결된다고 할 수 있다. 군복무 기간을 승진 소요 근속년수에 포함하거나 승진 가점을 부여하는 것도 “ 병역의 의무를 이행하지 못한 여성에 대한 차별”로 본다. 2008.12.29자 08진차325 결정 [OO회사 승진에서의 성차별]

2) 사회통념상의 성역할 고정관념이나 편견에 바탕한 경우

2008년 판단지침은 ‘사회통념상의 성역할 고정관념을 근거로 행해지는 차별도 성별에 의한 차별’이라고 설명한다. 이를 해석하면, 성역할 고정관념이나 편견에 근거한 고용상의 불리한 대우가 관련된 사건에서 성별을 이유로 한 것임을 인정할 수 있다고 볼 수 있다.

CEDAW 제5조(a) “일방의 성이 열등 또는 우수하다는 관념 또는 남성과 여성의 고정적 역할에 근거한 편견, 관습 및 기타 모든 관행을 없앨 목적으로, 남성과 여성의 사회적, 문화적 행동양식을 수정할 것”이라고 규정한다. 또한 경제적 사회적 및 문화적 권리 위원회 일반논평20(경제적 사회적 및 문화적 권리에 있어서의 차별 금지, 2009)에서 “차별금지사유로서 성별의 의미가 상당히 진화하여 이제는 단순히 생리학적 특성 뿐만 아니라 사회적으로 구성되는 성별에 따른 고정관념, 편견, 성역할 기대 등, 경제적, 사회적, 문화적 권리의 평등한 실현을 방해하는 것들을 포함하고 있다”⁵³⁾ 친(조)부모와 외(조)부모 또는 시부모를 달리 취급하는 것도 성차별적 인식 또는 성별 고정관념에 따른 성차별로 인정(16직권0000200, 11진정0115900 결정)

3) 고용상 처분의 결정권자가 특정 성별에 대한 악의를 드러내는 발언을 한 경우

문제된 불리한 대우의 결정권자인 사용자나 관리자가 여성에 대한 악의 또는 여성이라서 탈락시킨다는 발언을 했다면, 성별을 이유로 하였음을 보여주는 직접증거로 인정될 수 있다⁵⁴⁾ 그러나 결정권자가 아닌 관리자가 한 발언 등은 정황증거로서의 역할만 할 수 있다.

신학대학에서의 여성 채용 차별 사건 결정에서는 해당 대학의 상급기관이라 할 수 있는 총회교단의 차별적 정책과 입장을 고려하여 성별이 영향을 미쳤다고 판단한 바 있다.

□ 2016. 8. 31.자 결정 16진정0200000【교원 임용에서의 여성 차별】

* “인정사실 바.항과 같이 상대적으로 여성지원자수가 적었던 것은 사실이나 아예 없었던 것이 아니고, 신학과에 비하여 상대적으로 교원의 수가 적은 유아교육과의 경우에 총 8명의 교원 중 1명의 남성교원이 재직하고 있는데, 학부 16명, 대학원 38명으로 총 54명의 교원이 재직 중인 신학의 경우 여성교원이 단 한 명도 존재하지 않고 실제 2010. 1. 1.부터 2016학년도 1학기까지 6년 동안 여성교원이 단 한 명도 채용되지 않은 점, 피진

51) 국가인권위원회 고용차별사건조사 매뉴얼(2019)에서는 ‘성별을 이유로’에 대한 판단을 별도 목차로 두지 않는데 검토가 필요하다.

52) Aileen McColgan, Discrimination Law - Text, Cases and Materials, 2005, p.54.

53) 국가인권위, 고용차별사건조사 매뉴얼, 2019, 79-80면.

54) Lindemann의, 2012, 2-70면.

정학교가 속해 있는 총회교단이 여성의 목사안수를 강력하게 반대하는 등 여성차별적 입장을 취하고 있는 점, 인정사실 자.항에서와 같은 진정 외 ○○○과 ○○○의 발언을 고려하면 피진정인으로서 총회교단의 반대를 불사하고 여성교원을 채용하기 어려웠을 것으로 보이는 점, 신학과와 신학대학원은 일반적으로 목사가 되려고 하는 학생들이 선택하는 전공인바 여성목사안수를 반대 하는 총회교단과 피진정인이 목사가 될 수 없는 여성을 목사가 되려는 사람을 가르치는 교원으로 채용하지 않으려고 할 것이라는 점 등을 종합하면, 피진정인이 신학과와 신학대학원 교원채용 시 여성을 배제함으로써 차별하였다고 판단된다.”

4) 사용자가 제시한 사유가 거짓인 경우

불리한 처우의 합법적인 사유로 사용자가 제시한 것이 거짓임이 입증된다면 성별과의 인과성이 입증되기 쉬울 수 있다. 근로자의 업무능력이 승진탈락 등의 사유라고 주장되는 경우, 진정인은 자신의 최근 근평 결과 등을 바탕으로 사용자측의 사유가 거짓임을 인정받을 수 있다.⁵⁵⁾

나. 비교대상의 제시

2008년 판단지침에서는 “차별이란 비교대상자를 전제로 하는 것”이라고 설명하는데, 이를 부연설명하자면 ‘성별을 이유로’를 판단하는 중요한 기준 중 하나가 ‘비교대상에 비하여 불리한 대우’를 받았는지 여부이다.⁵⁶⁾ 그런데 성차별 관련 국내 결정례나 판결에서는 비교대상자가 쟁점으로 등장한 사례를 찾기 어렵고 주로 비정규직이나 무기계약직 차별 사건에서 주로 다뤄진다.⁵⁷⁾ 헌법재판소는 “비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 하고... 해당 사건에서 차별 대우가 문제된 이유나 평등한 대우가 요청되는 구체적인 영역에 한정해 본질적으로 동일성이 있는지 여부”를 살펴보도록 결정하였다(헌법재판소 2009헌마538결정). 이는 모든 면에서 비교대상이 일치할 필요는 없고, 문제된 처우와 관련하여 핵심적인 부분에 한정해서 본질적으로 동일성이 있을 것을 요한다고 해석해야 한다. 승진 성차별 사건이라면 승진에 필요한 최소한의 조건을 갖춘 자이면 다른 성별인 사람이면 비교대상으로서 인정할 수 있다. 또한 가족수당처럼 담당 직무의 내용이나 가치와 무관하게 지급되는 급부가 문제되는 사건이라면 가족수당 지급 요건을 충족하는 다른 성별인 사람으로 비교대상이 충분하기 때문에 사실상 재직중인 자 모두가 비교대상이 될 수 있다.

같은 기업 소속이 아니면 비교대상이 될 수 없다는 것이 인권위의 원칙적인 입장이다. 다만, 공공 부문 사회복지시설처럼 공통의 인건비 기준을 적용받는 경우, 같은 사용자가 양쪽 근로자로부터 근로를 제공받을 뿐 아니라 이들의 근로조건을 결정, 관여하는 지위에 있다면 그 실질에 따라 비교대상으로 볼 수 있다고 설명한다.⁵⁸⁾

뉴질랜드 사회서비스 돌봄노동자 관련 임금차별 소송 사례

2013년 서비스 및 식음료산업노조는 요양보호사인 조합원을 대신하여 요양시설인 Terranova Homes를 상대로 소송을 제기하였음. 원고측에서는 다른 공공부문 노동자에 비하여 요양보호사에게 동일임금이 지급되지 않았음을 확인하고 단체협약의 임금기준을 수정할 것을 법원에 청구하였음. 원고측 참가인으로 뉴질랜드인권위원회, 서비스 및 식음료산업노조, 피고측 참가인으로 법무부와 노인요양기관협회, 경영자단체가 참가하였음.

55) Lindemann외, 2012, 2-93면.

56) McColgan, 2005, 53면.

57) 비교대상자 관련 논의는 주로 비정규직 차별 사건에서 주로 다루어지는 경향을 보이는데, 기간제법에서 ‘동종유사한 업무를 수행하는’ 이라고 명시하기 때문일 수 있다.

58) 국가인권위, 고용차별사건조사 매뉴얼, 2019, 101면.

피고측 요양기관은 남성 요양보호사가 110명 중 4명에 불과하지만 여성과 동일한 임금을 지급받으므로 임금차별이 성립할 수 없다고 주장하였음.⁵⁹⁾ 원고측에서는 노인돌봄 및 여성의 일에 대해 역사적으로 형성되어 온 평가절하로 인하여 남성이 수행했다면 받았을 임금보다 낮은 수준의 임금이 책정되었고, 이는 뉴질랜드 「동등임금법」(Equal Pay Act)이 금지하는 임금차별에 해당한다고 주장하였음. 원고측의 주장은, ‘여성 노동에 대한 평가절하 등 구조적 요인으로 인해 저임금인 경우, 같은 사업장에 비교대상이 없어도 동일가치노동 동일임금 원칙을 적용할 수 있는지’의 쟁점으로 연결되었음.

이와 관련하여 항소법원은, 동일가치노동 동일임금 원칙이 도입된 맥락을 고려했을 때 비교대상을 소속 기업을 넘어서 찾는 것이 불가능하지 않다고 판단하였음. 또한 역사적, 구조적 성차별로 인하여 돌봄 노동이 제도적으로 평가절하되었다고 입증할 수 있다면, 이러한 증거를 고려하여 가상적인 비교대상(남성이 요양보호사 업무를 주로 수행했을 경우 지급됐을 임금과의 격차를 추정하는 논리)을 판단할 수 있을 것이라고 판시하였음.⁶⁰⁾ 피고측에서는 저임금의 구조적인 원인을 고려하여 임금차별 여부를 판단하는 것은 입법목적을 벗어난 비약적인 논리이며 지나치게 추상적이어서 적용되기 어렵다고 항변하였음.⁶¹⁾ 그러나 항소법원은 “공공부문의 경우 상대적인 임금률에 관한 다양한 데이터가 있고 노인돌봄노동자에 대한 조사 차원에서 비교 데이터를 얻는 것이 어렵지 않다”고 하였음. 정부가 공공부문의 형평임금 관련하여 진행한 조사(2004~2009년), 2011년 노동부 홈페이지를 통해 제공된 직무가치 평가 온라인 툴 사례 등을 고려했을 때 가상적인 비교대상 또는 다른 공공부문의 노동자와 임금 격차를 비교할 수 있다는 것임. 항소법원의 이러한 판단은 상고심에서 확정되었음.⁶²⁾

미국의 직접차별(disparate treatment) 법리에서도, 비슷한 상황(similarly situated)의 사람(비교 대상자)에 비하여 불리한 처우를 받았다는 비교증거(comparative evidence)가 ‘성별을 이유로’를 입증하는 방법 중 하나로 설명된다. Lindemann외(2012)는 “대부분의 직접차별 사건에서 사용자가 제시한 사유는 핑계에 불과함을 판단하는 핵심은 비교증거”라고 설명한다(2-80면). 적절한 비교대상으로서 ‘비슷한 상황의 사람’을 입증해야 하는데, 이는 원고와 비교대상자 사이의 실제적인 유사성(substantial similarity)뿐 아니라 이들을 둘러싼 상황에서의 실제적인 유사성을 의미한다는 것이 판례임. 완벽하게 일치할 필요는 없으나, 관련된 사실과 상황에 있어 밀접하게 비슷해야 한다고 한 판례(저성과자 프로그램에 배치될 당시 비교대상자인 남성 직원에 비해 원고인 여성의 평가결과가 훨씬 나빴기 때문에 성별을 이유로 한 불리한 처우가 부인된 사례)/ 또는 승진 차별 사건에서 흑인인 원고의 자격이 더 우수했다는 점을 바탕으로 비교대상자에 비해 불리한 처우임을 인정받은 사례(Ash v. Tyson Foods, Inc., 129F.(11th Cir. 2005)(런드만 외, 2012:2-87에서 재인용)등이 있다.

영국의 성차별 판례에서도 비교대상자 관련 쟁점이 중요하게 다뤄진다. 우선, 임신차별처럼 성별과의 인과성이 명확한 경우에는 비교대상자가 불필요하다고 설명된다.⁶³⁾ 2010년 평등법 제23조 제1항은, “직접차별, 간접차별 사건에서 비교를 할 경우에, 각각의 케이스와 관련된 정황에 있어 실제적인 차이(material difference)가 없어야 한다.”고 규정하고 있다. 실제적인 차이가 없어야 한다는 요건은 진정인과 비교대상자가 모든 면에서 동일해야 한다는 해석으로 이어질 가능성이 있었다. Aileen McColgan에 따르면 2003년의 Shamoon판결⁶⁴⁾ 이전까지는 이러한 잘못된 해석이 법원에서 발견되곤 하였다. “법원은 종종 비교대상자- 차등대우의 이유라는 두 가지 단계로 나누어 심사하였고, 이러한 접근법이 때론 유용하더라도 이는 법률에서 규정한 요건이 아니고 관련된 비교대상자의 동일성이 쟁점이 되는 경우 불필요하게 복잡해질 위험성이 있었다. 이러한 복잡한 문제는 임신에 근거한 성차별 사건에서 남성 비교대상자의 특성을 찾는 것도 포함한다(인도계 국적자가 제기한 인종차별 사

59) 판결문에 따르면 2009년 현재 33,000명의 노인요양 부문 근로자 중 92%가 여성이다.

60) 항소법원 판결문 108~109문단. Terranova Homes & Care Ltd v Service and Food Workers Union Nga Ringa Tota Inc [2014] NZCA 516.

61) 이 사건 참가인인 법무부의 입장이 대표적인 예이다.

62) Terranova Homes & Care Ltd v Service and Food Workers Union Nga Ringa Tota Inc [2014] NZSC 196.

63) Hugh Collins외, Labour Law, 2019.

64) Shamoon v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary [2003] IRLR 285 HL

건에서 비인도계 비교대상자의 특성을 지정하는 문제 등등). 사문 판결에서 니콜스 대법관은, 직접차별사건에서 법원이 답해야 할 유일한 문제는 ‘보호받는 속성을 이유로 덜 우호적인 대우를 받았는가’에 답하는 것이라고 하였면서, ‘비교대상자라는 혼란스러운 쟁점은 차등대우의 원인에 주로 초점을 맞추므로써 피해갈 수 있다’, 라고 하였다. 당해 처분이 성별 등을 이유로 한 것이라면 이 처분이 다른 사람에 대한 대우에 비해 덜 우호적인 것인지 여부를 판단하는 것은 통상 쉬운 일이라는 것이다. 사문사건 판결에서 스콧 대법관이 언급했듯이, 비교대상자는 성별 등을 이유로 한 차별의 추론을 정당화할 수 있는 수단 그 이상도 아니다. 차이가 더 중요할수록, 차별의 추론을 이끌 수 있는 설득력이 약해질 뿐이다. 그러나 비교대상자의 실제적 정황이 진정인과 다른 경우에도 다른 실제적인 조건들과 결합하여 여전히 피해자가 ‘남자였다면 받았을 것’보다 덜 우호적인 대우를 받았다고 추론할 수 있다. 만약 어느 무슬림과의 임대차계약을 지자체가 무슬림이라는 이유로 거절할 때, 계약연장을 승인 받은 이웃이 다른 요소에 있어서 달랐다고 답하는 것은 인종차별 소송에서 아무 의미가 없다. 승인 받은 이웃과 신청인 사이에 종교 외의 실제적인 차이가 없어야 한다고 요구한다면, 인종차별 주장을 입증하기 어려운 허들을 세우는 셈이 된다. 또한 사문판결의 접근법은 중층적, 교차적 차별 케이스에서 명확하게 도움이 된다. 예컨대 자신이 아시안인종의 무슬림 여자이기 때문에 차별받았다고 주장하는 케이스에서, 비교대상자 선정은 사실상 도움이 되지 않는다. 사문 판결은 항소심 법원의 차별금지법 해석에 있어 변화를 만들었다. *Islington LBC v Lademe Elias* J사건 판결에서, 항소법원은 EAT의 결정을 인용하면서, “차별적인 대우가 보호받는 속성으로 인한 것임을 입증함으로써 해당 속성이 없는 비교대상자보다 덜 우호적 대우를 받았다는 것을 동시에 입증하는 것이다. ... 따라서 차별 사실을 확인하는 것은 비교대상자의 정확한 속성을 밝히지 않고도 가능하다”라고 판시하였다. (McColgan, 2014:108-109). 이러한 접근법은 유의미한 차별 주장이 비교대상 문제로 기각당하는 상황을 막는데 상당히 성공적이었다(Collins외, 2019:350). Coll사건(가석방자 수용시설 관련, High court에서는 남성 수용자와 여성 수용자는 규모에 있어 비슷한 조건이 아니므로 비교대상 될 수 없다고 했었음)의 항소심에서는, 비교대상으로 인정하면서, “여성용 숙소와 고향 사이의 거리라는 문제에 있어서 실질적인 차이가 없다”라고 판시하였다. (불리한 처우를 중심으로 비교대상의 적절성 판단). 또한 남녀 구분 중학교는 성차별이라는 교육부의 평가에 대해, 1심은 남녀 모두 동일하게 대우받으므로 차별 아니라고 판단하였고. 2심은, 남학생과 함께 교육과정을 이수하고 싶은 여(남)학생은 해당 성별로 인하여 못하게 됐으므로 성별을 이유로 한 불리한 대우가 맞다고 판단한 바 있다.(Collins외, 2019:352-353). 영국의 이 사례들은 ‘여성이 아니었다면 문제된 불리한 대우를 받았을 것인가’에 초점을 맞춰 보면 비교대상자를 특정하지 않고도 성별과의 인과성을 인정받을 수 있음을 보여준다. 이러한 논의의 맥락 속에서 영국과 EU는 가상적 비교대상자를 허용하여, 실제 그러한 사람이 존재하지 않았더라도 성별이 다른 자가 더 좋은 대우를 받았을 것이라고 인정될 경우에는 성별을 이유로 한 차별을 인정하고 있다.

라. 합리적 이유 또는 정당화 사유

1) 직접차별의 경우 : 합리적 이유의 심사

국가인권위법이나 남녀고용평등법은 “합리적 이유 없이”라는 문구를 포함하고 있어서, 합리적 이유가 있을 경우 범위반의 차별이 아니라고 해석될 여지를 남긴다. 그런데 통상 노동법에서 “합리적 이유”는 처분의 필요성, 불이익의 정도 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 판단하는 포괄적인 의미로 해석되기 때문에 성차별을 허용하는 사유가 확대될 위험성이 있다. 반면에 미국, 캐나다, 영국 등의

차별금지법은 성별 등을 이유로 한 불리한 처우임이 확인되면, 법률에 규정한 좁은 범위의 예외 사유만을 허용하는 방식으로 규정한다. 이러한 차이는 국가인권위법이 영미권 국가의 법률에 비해 훨씬 많은 차별금지 사유를 규정하고, 사유나 영역에 따라 구분하지 않고 차별의 예외에 대해 규정하는 것을 고려하면 불가피한 입법으로 보인다. 모든 차별금지 사유에 대해 동일한 기준으로 엄격하게 예외를 허용하는 것은 불가능하므로, “합리적 이유”라는 포괄적인 범위 안에서 심사수위를 나누어 판단하는 것이 적절하다고 판단된다. 즉, 차별금지 사유, 영역, 사용자 귀책사유에 영향을 고려해서 가장 완화된 기준인 재량심사(합리성 심사)기준에서부터 비례성심사 기준까지 적용하는 것이다. 재량심사기준을 적용하면 차별의 목적이 정당하고 수단의 적절성이 있을 경우 합리적 이유가 인정될 수 있다. 반면에 “사안에 따라 목적의 정당성 수단의 적절성 심사만으로는 합리적 이유 판단이 충분하지 않다고 판단하는 경우”에는 비례성 심사기준을 적용하여 “피해의 최소성이나 이익의 균형성 등의 심사 기준을 추가적으로 적용”해야 한다. 이루고자 하는 목적과 해당조치 또는 부작위와, 그 결과 사이에 분명한 합리적인 비례성 관계가 성립해야만 한다. (인권위 고용차별조사 매뉴얼, 127면)

합리적 이유의 판단 관련 진전된 기준을 제시한 판례로는 국정원 정년차별 사건 판결이 있다.

“여성 근로자들이 전부 또는 다수를 차지하는 분야의 정년을 다른 분야의 정년보다 낮게 정한 것이 여성에 대한 불합리한 차별에 해당하는지는, 헌법 제11조 제1항에서 규정한 평등의 원칙 외에도 헌법 제32조 제4항에서 규정한 ‘여성근로에 대한 부당한 차별 금지’라는 헌법적 가치를 염두에 두고, 해당 분야 근로자의 근로 내용, 그들이 갖추어야 하는 능력, 근로시간, 해당 분야에서 특별한 복무규율이 필요한지 여부나 인력수급사정 등 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”(대법원 2019. 10. 31. 선고 2013두20011 판결)⁶⁵⁾

이 판결에서 제시한 합리적 이유의 판단기준은 한국통신 정년차별 사건 판결에서 인용한 것이나, 평등원칙이나 여성에 대한 차별금지라는 헌법적 가치를 강조한 것이 차이점이다. 또한 합리적 이유와 관련해서 이 사건 1심 판결은 과거에도 전산사식 분야의 정년 연령이 더 낮게 정해져 있었다는 연혁, 영선·원예 분야의 계약직직원 채용공고에서 관련 자격증을 소지한 사람에게 응시자격을 부여하였다는 점 등을 차별이 아니라고 판단하는 근거로 인정하였다. 반면에 대상판결은 여성을 달리 대우하는 규정이 있었다는 연혁이 부당한 차별이 아니라는 근거가 될 수 없고, 영선, 원예 분야에서 자격증 소지 여부는 채용·선발 기준의 하나로 고려된 것일 뿐 단순기능분야 내에서 남녀의 근무상한연령에 현저한 차등을 두는 것을 정당화하는 사유로 볼 수 없다고 판단하였다. 위법한 차별에 대한 합리적 이유를 판단함에 있어 사용자의 재량권을 일탈한 예외적인 경우가 아닐 것을 요구하는 수준에 한정하지 않고, 성별에 따른 위법한 처분을 용인할 수 있을 정도로 높은 수준의 합리성, 정당성이 요구됨을 보여준다

이와 관련하여 인권위의 고용차별사건 조사매뉴얼은 아래와 같이 제시한다.

- * 차별행위자가 국가기관, 지자체인 경우 상대적으로 더 엄격하게 판단
- * 사유 관련: 헌법, 국제인권규약, 개별법률에서 특별한 보호를 금지하는 사유 또는 사회역사적 맥락에서 차별

65) 한국전기통신공사판결에서 제시한 합리적 이유의 판단기준은 다음과 같다. “이들 직종근로자의 근로내용, 이들 근로자가 갖추어야 할 능력, 근로시간, 이용자에 대한 역할, 특별한 복무규율이 필요한 여부나 인력수급사정등 이들 근로자와 피고공사에 관한 여러사정을 모두 고려하여 정년을 그렇게 낮게 정할 상당한 이유가 있었는지”

- 금지 필요성이 큰 사유의 경우, 더 엄격히 심사
- * 차별로 인한 피해의 유형: 건강권, 모성보호, 채용 등 차별로 인한 심각한 피해가 예상되는 경우
- * 사회적 편견, 고정관념이 영향을 미친 경우: 이러한 편견이나 고정관념은 차별의 합리적 이유가 될 수 없고 적극적으로 배격, 해소되어야 할 대상임.
- * 업무의 본질적 성격상 불가피하게 차별이 필요한 경우: 진정직업자격을 인정 여부는 엄격한 기준으로 심사
- * 적극적 우대조치: 현저한 차별, 격차를 해소하기 위한 목적에서 법령을 근거로 하는 조치이면 완화된 심사. 한국****평가원이 신규직원 채용에 있어 서류전형 시 여성에게만 1점의 가점을 부여하는 것은, 특정 성별의 근로자가 현저히 적은 현실을 해소하고자 고평법에 따른 적극적 고용개선조치의 일환으로 판단되어 차별이 아니라고 한 사례(17진정0387200 등[15건 병합결정])

위와 같은 매뉴얼의 기준에 대하여 몇 가지 의견을 제시하면 다음과 같다.

① 성별과 불리한 처우 사이의 인과성이 명확할수록 심사의 강도가 높아진다. 예컨대, 취업규칙 등에 성별에 따른 수당 금액을 정했다면 성별과 임금차별 사이의 인과성이 명백하므로, 오직 성별만을 기준으로 차등대우하는 것이 허용될 수 있는 합리적 사유를 엄격하게 심사해야 한다. 간접차별은 성별과 불리한 처우 사이의 인과성을 사용자가 인지하지 못하는 경우이므로 합리적 이유의 심사를 상대적으로 느슨하게 할 수 있다. ‘객관적 정당화 사유’(영국). ‘경영상 필요성’(미국) 등의 간접차별 항변 사유를 직접차별에 비해 넓게 인정하는 경향에 부합하는 해석이다. 관련된 사례로는, 환경미화원 채용시험에서 남성은 30키로, 여성은 22키로 모래포대를 드는 것이 여성에게 불리한 성차별이라는 진정에 대해 합리적 이유없이 불리하지 않다고 판단한 사례(12진정0473300)이 있다.

② 사용자가 과거에 시행한 차별이 현재까지 누적되어(시정되지 않고) 미치는 영향이 클 경우: KEC사건이나 **자동차 사건처럼 처음부터 여성을 저임금 직급에 몰아넣고 승진, 배치 차별을 계속한 것이 현재에도 영향을 미칠 경우 더 엄격하게 합리적 이유를 심사해야 할 것이다. 사용자가 차별을 시행하거나 성별 격차의 시정 노력을 하지 않아 누적된 결과라는 책임을 고려할 필요가 있다.

- * 직무 배치 시 남성은 채권과 연체업무를, 여성은 계약 및 출고, 수납회계, 선급 업무를 담당하도록 하였는데 이는 당시의 성별 고정 관념 및 선입견에 의한 것으로 각각의 업무가 반드시 특정성을 필요로 하는 진정직업자격에 해당된다고 보기 어렵다. 따라서 피진정인의 주장대로 남녀 직원의 업무에 차이가 있고 이러한 차이를 승진심의에 반영하였다면 이는 성차별적 직무배치로 이러한 배치상의 차별이 결과적으로 승진차별의 한 요인으로 작용한 것이라 할 것이다. (2006.11.6.자 06진차42 결정[성별을 이유로 한 고용차별])

③ 영국 평등법은 모집, 전보, 승진, 해고 영역에 대해서는 진정직업자격을 인정하지 않는다 (Section 83 Schedule9). 사용자의 재량이 더 보장되는 영역이라고 판단한 결과로 보인다. 반면에 임금, 복리후생 등 관련해서는 진정직업자격이라는 엄격한 기준이 적용된다. 또한 스포츠 분야 관련해서도 진정직업자격을 완화해서 적용한다.

④ 영국과 미국의 법률은 차별금지 사유별로도 심사기준을 달리한다. 영국은 성별은 보다 엄격하게 심사하고, 종교 관련해서는 차별의 예외를 상대적으로 더 넓게 허용된다. 평등법에는 사유별로 허용되는 예외를 각각 규정하기 때문에 이러한 적용이 가능하다. 미국의 경우, 진정직업자격이라는 엄격한 기준이 적용되는 사유는 성별, 인종, 장애 등으로 한정되어 있다. 한국의 국가인권위법에서는 어떤 차별금지 사유에 대해 재량심사기준을 적용해야 하는지에 대한 검토 논의가 필요하다.

⑤ 현재 인권위법은 합리적 이유에 대한 심사기준을 내부 조사매뉴얼에만 제시할 뿐이고, 각 고려 사항들 간의 관계를 체계적으로 정리한 내용으로 보기 어렵다. 그러나 인권위법 수구대상자들의 예측 가능성과 이해도를 높이고 법 준수를 유도하기 위해서는, 합리적 이유를 심사하는 구체 기준을 시행 규칙의 형태 등으로 제시할 필요가 있다.

* 엄격한 심사기준을 적용한 사례로는, 객실 승무원 모집 시 성차별사건 결정(07직차0000002) 이 있다.

‘성별을 이유로’ 한다는 것은 불리한 대우의 원인이 성별에 기인한 경우이고, ‘불리한 대우’란 유사한 상황에 있는 다른 성별 구성원과 비교하여 특정 성별의 구성원을 불이익하게 취급하는 것을 말한다. ‘합리적 이유’가 존재하여 ‘불리한 대우’가 정당화되려면 성별에 근거한 차별취급이 정당한 목적을 달성하려는 것이어야 하고 추구하는 목적은 합법적이고 합리적이어야 하며, 차별취급은 목적을 달성에 적합하고 불가피한 것이어야 하며, 차별취급을 통해 달성하려는 목적과 차별취급의 정도가 적절한 균형관계를 이루어야 하는바, 위와 같은 비례의 원칙의 심사기준이 충족되지 않으면 차별에 해당한다.

2) 직접차별 : 합리적 이유 판단 관련 세부 쟁점

가) 경영상 어려움을 합리적 이유로 인정하는지

한국전기통신공사 정년차별 II 사건에서는 여성전용직종이 타직종에 비해 정년에 5년 차이가 나는 것에 합리적 이유가 있다고 판단하였다. 문제된 직종인 교환직렬이 기술발전으로 인해 인력 수요가 줄어드는 직렬이라는 점을 고려하더라도, 이러한 문제는 다른 직렬로의 배치전환 등을 통해 해결할 수 있음에도 정년에 차등을 두는 것이 적합한지, 교환직렬에 여성만 모집, 배치하여 운영한 사용자측의 귀책사유를 고려하지 않아도 되는지 등에 대한 검토가 부족했다는 점에서 한계가 있다. 이러한 판결례는 비용이 더 들지라도 경영에 중대한 타격을 주지 않는다면 차별적인 고용관행이나 기준은 바뀌어야 한다는 차별금지 법리의 발전방향과 충돌하는 모습이다. 직접차별에 비해 상대적으로 정당화 사유를 넓게 인정하는 간접차별에서도 단순히 비용 절감만으로는 인정될 수 없다고 하는 미국, 영국, 캐나다 등의 판례 법리를 고려하면, 직접차별 사건의 경우에는 합리적 이유 여부를 더욱 엄격하게 판단해야 할 것이다.

“가사 여성 전용직종이라 하더라도 교환직렬에 대한 정년차등규정이 합리적인 이유가 없다고 판단한 것은 선뜻 납득하기 어렵다... 교환직렬에서의 인력의 잉여 정도, 연령별 인원구성, 정년 차이의 정도, 차등정년을 실시함에 있어서 노사간의 협의를 거친 점, 신규채용을 하지 못한 기간, 현재의 정년에 대한 교환직렬 직원들의 의견 등에 비추어 보아 원고가 교환직렬에 대하여 다른 일반직 직원과 비교하여 5년간의 정년차등을 둔 것이 사회통념상 합리성이 없다고 단정하기는 어렵다 할 것이다.”

나) 단체협약을 합리적 이유로 인정하는지

단체협약의 합의 내용을 성차별의 합리적 이유로 인정될 수 있는지도 중요한 쟁점이다. 미국의 민권법 등은 고용차별금지법의 수구대상자로 노동조합도 포함하는 것과 달리 우리의 법률에는 관련 규정이 없기 때문에 발생하는 쟁점이다. 그러나 성별을 이유로 한 차별은 헌법과 법률에 의해 금지되

는 차별이라는 점, 노조법 제9조에서 노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종, 종교, 성별 등에 의하여 차별대우를 받지 아니한다고 규정하는 점을 고려했을 때 단체협약만을 근거로 하여 차별의 정당성을 인정해선 안 될 것이다. 예컨대 경쟁사로 인해 경영이 어려워진 항공사에서 여승무원의 외모 및 신체조건, 복장규정을 고객이 선호하는 방향으로 변경하여 승객을 유인하기로 노사가 합의하고 실행한 경우, 노사합의가 성차별적인 채용조건인 합리적 이유가 될 것이라고 보기 어려울 것이다.

☑ 효성임금차별사건 (07진차981결정)⁶⁶⁾

- * 합리적 이유 주장 근거 : 근로자를 대표하는 노동조합이 직무에 따른 기능직과 생산직의 호봉표 구분을 인정하고 있으며, 피진정인은 노사합의 결과를 반영하여 직무에 따른 임금을 지급하고 있다.
- * 판단: 노사합의가 성차별을 정당화할 수 없다.

다) 진정직업자격을 엄격한 판단 필요성

진정직업자격을 성별을 이유로 한 불리한 처분임이 명확한 상황임에도 불구하고 해당 업무를 특정 성별이 아니면 수행할 수 없음을 입증해야 하는 것을 뜻한다. 따라서 외국의 선행 판례 및 결정례, 지침, 연구자료 등에서는 매우 엄격하고 좁게 해석하는 것을 기본 원칙으로 제시하고 있다.⁶⁷⁾ 그런데 국가인권위의 피부미용사 자격증 시험 사건 (17진정0543500), 화장품 방문판매원 등록 시 성별 제한 사건 (15진정0675100) 결정에서는 진정직업자격을 엄격하게 해석한 것인지 다소 의문이 드는 지점이 있다. 피부미용사 자격증 시험 사건의 경우 남성 응시자가 여성 모델을 대상으로 시험을 볼 수 없다는 것이 근본적인 원인인데, 피부미용 서비스의 주된 고객이 여성인 상황에서 시험 단계에서만 남녀 모델을 구분하는 것이 타당하지 등에 대한 검토가 빠졌다고 보인다. 또한 화장품 방문판매원 사건 결정의 경우, 사실상 당해 회사의 사업취지가 여성고객의 아름다움 추구에 있다는 점, 남성 방문판매원 관련 불미스러운 문제 사례 등을 이유로 진정직업자격을 인정한 것으로 보인다. 그러나 모든 남성 방문판매원이 고객과 불미스러운 일을 일으키는 것이 아니며, 여성 판매원에 비해 문제 발생률이 현저히 높은지, 방문판매원의 고객응대 관련한 규율 및 제재를 강화하는 방식으로 예방할 수 없는지 등에 대한 추가적인 검토가 필요했다고 판단된다. 이 사례들은 진정직업자격으로서의 성격 (업무의 특성상 특정 성별은 수행할 수 없다고 여겨지는)이 다뤄지는 사안에서는 보다 엄격하게 합리적 이유를 심사할 필요성을 보여준다.

라) 적극적 우대조치의 판단

국가인권위 결정례에서는 주로 공공기관의 여성 채용 관련 조치들이 성차별인지 문제되었으나 적극적 우대조치라는 점을 고려하여 기각한 경우가 다수이다. 그런데 국가인원위법에서는 차별의 예외로서 적극적 우대조치를 “현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위”라고 규정한다. 따라서 적극적 우대조치가 성차별인지 판단하는 과정에서 그 목적의 검토에 그치지 않고 해당 조치가 차별을 해소하기 위해 적절한 수단인지, 잠정적인 수단인지 등을 함께 검토할 필요가 있다.

3) 간접차별 : 정당한 사유

66) 국가인권위원회 결정과 달리, 이 사건 관련 소송은 근로자측이 모두 패소하였음.

67) 김진 외, 진정직업자격 등 고용차별 판단기준에 관한 외국 판례 조사, 국가인권위 연구용역보고서, 2005.

성차별의 합리적 이유를 판단할 때, 간접/직접차별 여부에 따라 합리적 이유 심사의 강도가 달라질 수 있는지도 쟁점이다. 위에서 언급하였듯이 외국은 직접차별의 경우 진정직업자격 등 법률에서 정한 사유를 중심으로 제한적으로 인정하고, 간접차별에 대해서는 경영상 필요성 등을 보다 넓게 인정하는 것으로 나타난다. 성별과 불리한 처우 사이의 인과성이 직접차별의 경우 더 강하다는 점에서 타당한 구분으로 보인다. 다만, 간접차별이라고 해서 경영상 필요성 등 정당한 목적만 있으면 합리적 이유를 넓게 인정해서는 안 될 것이다. 직접차별의 엄격한 심사에 비해 상대적으로 넓게 허용한다는 의미로 해석하는 것이 타당하다.

한국에서는 고용 상 간접차별이 성별 관련 다뤄지거나 인정된 사례가 드물어서 외국의 판례와 논문을 바탕으로 간접차별의 경영상 필요성 판단 관련 정리하면 아래와 같다.

가) 엄격하게 심사하는 경우⁶⁸⁾

그릭스(Griggs) 판결에서 미국 연방대법원은 문제된 관행은 “직무 수행에 관련있음(job-related)이 입증되어야”한다, “문제된 고용과 명백한 관련성”이 있어야 한다, “직무수행에 있어 충분히 합리적인 방법”이어야 한다, “직무수행 능력과 상당한 관련성”을 가져야 한다, 그리고 “지원자의 실제 직무 수행 능력을 평가해야지 추상적으로 추정해서는 안 된다, “중요한 판단기준은 경영상 필요성이다. 만약 흑인을 배제하는 고용관행이 직무 수행과 관련 없는 것으로 보인다면 그 관행은 금지된다.” 라고 하였다. 즉, 관련 직무에 필요한 자질이 있는 지원자를 선발할 때 문제된 고용관행이 효과적으로 기능함을 사용자측에서 입증해야 한다는 것이다. 그릭스 사건에서 사용자는 문제된 필기시험이 실효성 있는 방법인지 입증하지 못하고 학력조건의 경우 생산직 근로자에게 꼭 필요한 자질인가에 대해 설명하지 못했다. 앨버말 페이퍼(Albermarle Paper) 사건 판결에서 사용자는 적합성 심사 결과를 제출하였으나 문제된 필기시험이 필요한 능력을 평가하는 최적의 방법인가에 대해선 입증하지 못했다. 그린(Green) 사건 판결에서는 적합성 심사 자체를 하지 않은 채 차고에서의 도난 위험이라는 경영상 필요성 사유를 제시했기 때문에 인정되지 않았다. 도난 위험 방지라는 목적을 달성함에 있어 유죄판결 여부 말고도 개별 지원자의 신뢰도를 측정할 수 있는 좀 더 효과적인 방법이 가능함에도 아예 적합성 심사를 하지 않았다는 사실에 법원이 주목하였기 때문이다.

이와 같이 엄격한 기준으로 심사한 판례를 정리해보면, 경영상 필요성 항변에 성공하기 위해 사용자는, i) 고용관행이 지원자의 직무수행능력이나 자질을 평가할 수 있는지 ‘실제로’ 적합성심사(validation test)를 해서 입증해야 한다. 엄격한 심사기준을 적용하는 판례는 차별적 결과를 초래하는 고용관행을 정당화하려면 비용이 들고 쉽지 않은 과정일지라도 적합성 심사를 실제로 실시하여 확실한 과학적 증거를 제출할 것을 요구한다.⁶⁹⁾ 예컨대 종합직 직군에는 지방 근무를 조건으로 하고 종합직에 대해서만 승진 기회를 열어두는 분리직군제 사례라면, 지방 근무를 의무적으로 수행하는 것이 해당 사업장 직원의 직무역량과 능력 등을 평가할 때 적합한 수단인지 사용자측에서 입증해야 한다. 다음으로 ii) 적합성 심사 결과 사용자가 목표로 하는 능력이나 자질을 ‘효과적으로’ 평가할 수

68) 이하의 내용은 구미영(2009), 앞의 박사논문에서 발췌한 것임.

69) 일반체력평가는 경찰관이나 소방관을 선발할 때 종종 이용된다. 일반체력평가가 여성에게 갖는 차별적 효과가 입증되면, 그 직무에 대해 실제로 요구되는 신체적 능력이 무엇인지, 일반체력 평가가 그러한 능력을 정확하게 평가할 수 있는지 상당히 정확하고 과학적으로 입증해야 할 책임이 사용자에게 전환된다. 피상적으로 봤을 때 “합리적”인 평가로 보인다는 것과 널리 이용된다는 것만으로는 직무 관련성을 입증할 수 없다. Legault v. aRusso 842 F. Supp. 1479 (DNH 1994).

있는 최적의 방법임을 입증해야 한다. 앨버말 페이퍼 사건에서의 필기시험은 분명 근로자의 화술을 평가할 수 있는 평가방법이었다. 그러나 전체 근로자에게 모두 적용되기에는 부족한 방법이라는 이유로 인정받지 못했다. 따라서 차별적 결과를 낳는 고용관행이 근로자의 직무수행 능력을 평가하는 것과 관련성이 있거나 편리하다는 것에 그쳐서는 안 된다. 문제된 직무, 직위에서의 직무수행능력을 평가함에 있어 반드시 필요한 방법일 때에야 그 정당성을 인정받을 수 있다. 직무수행능력을 평가할 수는 있지만 필요한 근로자를 선발하는 최적의 방법이 아니어서, 차별적 결과를 용인해야할 정도로 꼭 필요한 관행이 아닌 경우도 많기 때문이다.

나) 느슨하게 심사하는 경우

성별과 불이익한 결과 사이의 인과관계가 상대적으로 강하지 않아서 차별이 강하게 추정되지 않는 경우에는 경영상 필요성도 느슨하게 심사할 수 있다. 예컨대 미국의 캐실라스(Casillas)⁷⁰⁾판결에서 원고인 근로자는 자신이 히스패닉계이기 때문에 승진을 거부당했다고 주장하였다. 원고는 자신이 선발된 다른 사람들보다 더 학력이 높고 관련 분야에서의 경험을 갖고 있다고 주장하였으나, 연방항소법원은 이러한 주장은 요점에서 벗어난 것이라고 하였다. 이 사건에서 중요한 것은 원고의 자격 여부가 아니라 사용자가 다른 사람을 선발한 사유를 신뢰할 수 있는지 여부라고 하였다. 차별적이지 않은 선발 과정이 꼭 가장 뛰어난 후보자를 선택하는 건 아니라는 점에 유의해야 한다. 해군측에서는 해당 직위에서 필요한 직무경험(생산 현장에서의 경험)이 부족하기 때문에 탈락시켰다고 답변하였다. 원고는 생산현장 경험이라는 자격이 당해 직무의 수행에 필요한 것인지 사용자측이 입증하지 않았다고 주장하였다. 연방 항소법원은, 사용자는 요구된 자격이 직무상 꼭 필요한 것인지 입증할 의무가 없다고 하였다. 직무상 필요성을 입증할 것을 사용자에게 요구하면 경영상의 재량이라는 사용자의 특권을 침해할 수 있기 때문이다.

사용자가 제시한 합법적인 사유를 심사하는 기준을 높여야 한다는 일부 연방하급심이나 연구자들의 견해도 불구하고, 연방대법원은 추정된 차별을 반증할 수 있는 정도이면 충분하고 판사를 설득할 정도로 입증할 필요는 없다는 입장을 버딘(Berdine), 히스(Hicks), 홉킨스(Hopkins) 사건 판결 등을 통해 고집해왔다. 예컨대 버딘 사건에서 연방항소심은, 사용자는 상대적으로 우월한 증거를 통해 합법적이고도 차별적이지 않은 이유가 있음을 입증해야 하므로 이 사건 피고는 객관적인 증거를 통해서 원고 근로자 대신 선발된 사람이 더 우수하다는 점을 입증해야 한다고 판시하였다. 연방대법원은 항소심 판결을 파기하면서, 자신이 제시한 사유가 실제로 불이익한 처분의 원인임을 사용자가 입증할 필요는 없고, 추정된 차별에 의심이 제기될 수 있을 정도로 합리적인 사유를 제시하는 것으로 충분하다고 하였다. 따라서 다른 지원자의 자격이 더 뛰어났다는 설명으로 충분하고 선발된 사람이 원고보다 더 뛰어난을 입증할 필요는 없다고 하였다.

위 판결들을 보면 경영상 필요성 여부를 가장 느슨하게 심사하는 경우에는, 최소한의 합리성을 갖춘 사유이면 설득력 있는 설명으로 인정하는 것으로 보인다.⁷¹⁾ 최소한의 합리성을 갖춘 사유에는 법에서 금지하는 구별대우 의도만 아니면 모두 포함된다. 따라서 사용자가 지원자의 안정성, 학식, 신뢰성 같은 목적을 제시하면 이러한 자질이나 능력이 성공적인 직무수행이나 경영에 필요한 것인지 문제 삼지 않는다.⁷²⁾

70) Casillas v. U.S. Navy, 735 F.2d 338 (1984).

71) 사용자측 사유가 추정된 차별을 반증하는 데 실패했다고 인정한 경우로는, 연령이 높은 숙련근로자의 채용을 거부하면서 당해 직위에 비해 과분한 인재라서 채용하지 않았다고 답변한 경우, 가장인 남편 사원을 보호하기 위해 부부사원 중 아내 사원을 해고한 경우처럼 제시된 사유가 신뢰성이 떨어지거나, 성차별적 고정관념을 바탕으로 한 경우들로 한정된다.

다) 경영상 필요성 심사의 의의

미국에서 직무관련성 기준은 엄밀한 과학적 평가를 요구함으로써 합리적인 직무평가 제도의 발전을 촉진하는 결과로 이어졌다. 그릭스 사건 판결은 통계적 용어로 차별을 정의하였고, 직무평가 기술 발전의 시작이 되었다. 예컨대, 간접차별을 측정하기 위한 통계적 절차로 사용하는 공정성모델(fairness model)의 발전과 고용 체계 전반에 걸친 객관적 평가의 효과를 시험하기 위한 유효성 일반화 절차(validity generalization procedure)의 사용은 평가 기술에 있어서의 명백한 발전이다. 건전한 평가기술은 계속해서 새로운 부분에서 발전해왔다. 면접, 승진, 평가 절차 같은 분야에서 행위에 입각한 면접체계의 광범한 사용은 인사결정 체계의 정확성을 늘리려는 연구의 대표적인 결과이다. 오늘날 자동차 안전 관련 규제가 있음으로 인해 자동차 산업은 외부의 압력에 반응하면서 자동차 공학을 발전시키고 있듯이 엄격한 경영상 필요성 심사기준이 존재함으로써 진정 객관적으로 직무를 평가하기 위한 직무평가 기술이 발전해 왔다고 볼 수 있다.⁷³⁾

경영상 필요성을 느슨하게 심사할 경우 고용관행, 기준 자체의 중요성이 아니라 사용자가 '주장하는' 중요성을 평가하는 것으로 선의에 대한 평가(test of good-faith)가 될 수 있다. 이는 선의만으로는 차별적 결과를 낳는 관행이나 처분을 항변해줄 수 없다고 발전해온 고용차별금지법의 역사를 역행하는 셈이다.⁷⁴⁾ 사용자의 경영판단을 쉽게 존중해주는 것은 차별적 현실에 기반하여 형성된 경영상의 특권을 그대로 남겨두는 것이라고 비판받기도 한다.⁷⁵⁾ 따라서 경영상 필요성 항변을 심사할 때에는 차별이 추정되는 정도에 비례하여 적절하게 심사척도를 설정했는지에 유의해야 한다. 사용자가 안전상의 목적이나 필요성을 추구하는 것은 정당하지만 그 안전을 달성하기 위해 차별적인 방법을 채택하는 것까지 정당화할 수는 없다는 기본 원칙을 고려하여 경영상 필요성 항변에 제한을 둘 필요가 있다.⁷⁶⁾ 사용자의 경영상 목적을 존중할지라도 방법의 선택에 대해서는 사용자의 선택을 존중해선 안 된다는 것이다. 이러한 판단기준은 최근 영국 대법원 판례에서도 확인할 수 있다. 영국 대법원은 “고용심판소는 문제된 임금체계의 변경 과정에서 원고에게 초래된 불이익이 정당한 목적달성을 위해 필요한 최소한의 침해였다는 점을 간단히 인정한 반면, 고용항소심판소는 원고(와 그가 속한 집단)의 불이익을 제거 내지 최소화할 수 있는 대안을 검토하지 않은 점”을 지적했다(남궁 준, 2017).

마. 통계적 격차 : 통계증거를 활용한 차별판단 기준의 적극적인 활용 필요성

미국은 판례를 통해 통계적 증거를 바탕으로 성별 등을 이유로 한 차별을 판단하는 기준을 수립해왔다. 상당 기간 동안 고용 관련 격차가 크게 유지된 경우 '구조적 차별'(systemic discrimination)

72) 비저 사건 판결 기준에서 봤을 때 사용자의 목적은 합법적이지만 하면 된다. 예컨대 지적 능력이 뛰어난 근로자를 채용하고자 하는 사용자의 바람을 달성하는데 문제된 고용기준이 상당히 기여하지만 하면 차별적 결과를 낳을지라도 정당화 된다.

73) Patricia Pattison & Philip E. Varca, 앞의 논문, 447-450면.

74) Elizabeth Bartholet, “Application of Title VII to Jobs in High Places”, 95 *Harv. L. Rev.*, 1982, 978-980면.

75) Barbara A. Hocking, “Is the Reasonable Man the Right Man for the Job?”, 17 *Adel. L. Rev.*, 83., 1995, 83면.

76) Jeffrey D. Kirtner, “Note, English-Only Rules and the Role of Perspective in Title VII Claims”, 73 *Tex. L. Rev.*, 1995, 913-14면.

또는 ‘관행적 차별’(pattern or practice discrimination)이 인정될 수 있다. 관행적 차별(pattern or practice discrimination) 또는 구조적 차별(systemic discrimination) : “패턴이나 관행, 정책과(또는) class로 산업, 직업, 회사 또는 지리적 장소에 광범위한 영향을 주는 것이 관련된 경우”라고 정의된다(EEOC, 2006)⁷⁷⁾

가장 중요한 판결로 팀스터즈 사건 판결이 있는데, 흑인과 라틴 근로자가 회사의 가장 저임금 일 자리에 제한되었음을 보여주는 통계증거를 바탕으로 인종차별을 인정한 사례이다. 흑인 및 라틴인은 저임금 직무에 배치되었는데, 이는 백인근로자의 경우에 비해 40% 수준이었다. 당해 회사의 인력 중 9%가 흑인과 라틴계였음에도, (고임금의) 정기노선 운전사의 1%만이 흑인 및 라틴계였다. 이러한 통계증거와 관리자의 차별적인 언행 관련 증거를 바탕으로 차별적 배치가 이 회사의 표준적이고 정기적인 운영 절차라는 점을 입증해야 한다. “이러한 입증이 되면 당해기간 동안 취해진 개별 고용결정은 차별적 정책을 추구한 것으로 추정”될 수 있다. 팀스터즈 판결 이후에도 리치몬드 사건 대법원 판결 등(1989)에서 “큰 통계적 불균등성은 적절한 경우에는 그것만으로 차별을 일응 입증할 수 있음이 확실”하다고 판시하였다.

구조적, 관행적 차별 소송은 민권법 위반에 대해 집단소송을 허용하는 미국의 제도를 배경으로 한다.⁷⁸⁾ 1973년 eeoc는 전국적인 구조적 차별 조사를 위한 태스크포스를 꾸리고 전국 단위의 최대 규모의 기업들을 대상으로 하였다(GE, GM, Ford, Sears). EEOC가 “공격적으로” 체계적 차별을 조사, 제고하기 위하여 사용한 전략 중 하나로는 **다른 연방기관과의 정보 공유**가 있다. EEOC, 연방계약준수국(ofccp), 연방상업위원회(federal trade commission)는 사용자의 범죄이력 정보 사용에 초점을 맞춘 바 있다. EEOC는 펩시의 범죄경력 조회가 흑인을 체계적으로 차별했다고 주장하였고 화해에 이르렀다(2012).

G&K Services에 대한 계약준수국의 준수 평가(ofccp compliance evaluation) 과정에서 문제가 돼서 화해로 종결된 사례에서, EEOC는 성별에 따라 각기 다른 임금률이 있는 직무로 노동자를 몰아서 배치(steering)하였다고 제기하였다. 화해 결정으로 인해 회사는 265,893달러의 소급임금(back wages)을 저임금 직무로 몰려진 여성노동자들에게, 23,968달러를 저임금 직무를 두고 경쟁할 기회를 거부당한 남성 구직자에게 주기로 하였다. 이는 미국의 구조적, 관행적 고용차별 법리는 통계적 격차를 활용해서 성별 등을 이유로 한 불리한 처우임을 판단하는 방식을 보다 적극적으로 활용할 수 있음을 보여준다.

바. 동일가치노동 동일임금의 판단

동일가치노동 동일임금 원칙이 성차별에 대해서만 적용되는지(해외 입법례에서는 성별에 대해서만 적용되고 있음), 국가인권위법의 해석에 의해 모든 사유에 대해 적용될 수 있는지에 대한 검토가 향후 필요하다.

1) 직무가치 평가 및 판단기준의 개발 필요성

인권위는 효성, 기륭전자 등 동일가치노동 동일임금 원칙 위반이 주장된 사건에서 적극적으로 직무가치의 동일, 유사성을 판단하는 모습을 보여 왔다. 다만, 동일가치노동 동일임금 사건은 직무가치

77) 이 표의 내용은 EEOC(2006)의 내용을 발췌한 것임.

78) 2020.9.28. 입법예고된 집단소송법 제정안이 통과된다면 한국에서도 구조적, 관행적 차별 소송과 비슷한 소송이 가능할 것으로 예상된다.

의 평가라는 기술적인 요소가 중요한 영향을 미치기 때문에 관련한 평가방식을 인권위가 보다 구체적으로 수립하여 사건 결정 시 활용할 필요가 있다. 이는 법원, (향후 고용 성차별 사건 구제를 담당할) 노동위원회 등에 선도적 영향을 미칠 것으로 기대된다.

직무가치를 평가, 비교하기 위해서는 평가도구가 필요한데, 고용노동부는 직무중심 임금체계를 노동시장에 확산시킨다는 목표 아래 직무가치 평가도구 등을 개발하고 임금분포공시제 등을 추진하고 있다. 이러한 정책의 일환으로 2017년부터 사회복지 서비스 등 몇몇 분야에서의 직무가치 평가 도구를 개발하여 배포하고 있다. 이 평가도구는 ILO에서 만든 성중립적 직무가치 평가틀을 상당 부분 참조하였으나, 여성집중 직종의 특성을 충분히 반영했는지, 성중립적 평가도구로서 적절한지, 여성집중 직종에 종사하는 여성 당사자의 참여가 적절한지 등에 대한 평가가 필요하다. 직무가치 평가 관련 논의가 10여년 전에 비해 상당히 진전된 상태라는 환경적 변화를 고려하여, 인권위가 성중립적 직무가치 평가 관련 논의를 진전시킬 필요가 있다. 관련하여 캐나다 연방인권위의 동노동임 판단 가이드라인 등을 참고할 수 있다(해외사례편 참고).

2) 직무가치 비교 없이 임금차별 판단이 가능한지(또는 직무가치 비교 외의 다른 요소들이 임금차별 판단 시 고려될 수 있는지)

국가인권위 결정례 중 임금차별 사건에서 직무가치의 동일성이 필수적인 요건인지에 대해 판단한 사례로 효성임금차별 사건 결정(2008.10.27자 07진차981결정)이 있다. 이 결정에서 인권위는 효성은 담당하는 업무의 난이도 등 가치가 아니라 연공+성차별적 직군 분리에 의해 임금을 결정하는 체계라고 판단하였다.

“성별을 이유로 불이익한 대우가 있었는지 여부를 살펴봄에 있어 비교할 대상의 선정은 직무가 동일 또는 유사한지 여부 뿐 아니라 직무급 또는 연공급 등의 임금형태에 따라 판단된다. 연공급은 근속연수에 따라 임금을 상승시키는 임금형태로서 생활비를 중시하는 반면 직무급은 근속연수에 관계 없이 동일한 직무를 수행하는 경우 동일 임금을 지급받는 임금형태로서 직무의 동일성 또는 비교가능성을 중시한다. 연공급 형태에서는 다른 특별한 사정이 없는 한 동일한 근속연수의 근로자를 비교 대상으로 삼을 수 있을 것이나, 직무급의 경우에는 직무의 동일성 또는 직무가치의 동일성이 문제될 것이므로 동일 유사한 업무를 수행하는 근로자를 비교대상 근로자로 삼아야 할 것이다...생산직과 기능직의 임금은 입사시 초봉이 부여된 후 근속연수에 따라 호봉표에 규정된 호봉액수에 따라 매년 일정하게 상승하고 있다. 상대적으로 어려운 업무가 부여되든 쉬운 업무가 부여되든 또는 고용 중 직무난이도가 높은 업무로 배치전환이 이루어지든 관계없이 임금은 생산직인지 기능직인지 여부에 따라 결정된다. 피진정 회사는 피해자들이 소속된 의료사생산1팀, 코드생산1팀, 품질보증팀 등 각 팀별로 직무평가서(Job Evaluation)를 작성하여 직무 등급을 난이도에 따라 1등급에서 4등급까지 구분하였으나, 직무평가서의 직무 난이도에 따라 급여를 차등 지급하지 않는다. 피진정 회사는 같은 해 입사하여 동일 호봉을 부여받은 기능직이 업무 배치에 따라 난이도가 높은 업무를 담당하게 된 경우나 난이도가 낮은 업무를 담당하게 된 경우 호봉을 재조정하여 지급하고 있지 않다. 피진정 회사는 기본급이 직무에 따라 정해진 급여라고 주장하고 있으나, 생산직과 기능직간에 또 기능직들간 직무 난이도에 따라 기본급이 변동되지 않는 사실을 볼 때 기본급이 직무급이라는 주장은 설득력이 약하다. 이 같은 사정을 종합하여 볼 때, 생산직과 기능직의 임금형태를 직무급이라고 인정할 근거는 미흡하며, 오히려 연공급의 요소가 더 강하다고 판단된다. 그렇다면 이 사건에서의 임금차이는 동일 유사한 근속연수의 기능직 근로자와 비교하여 판단될 수 있다고 하겠다.”(결정문에서 발췌)

이 결정은 ‘호봉제를 실시하는 기업에서는 근속년수에 따른 임금이 동일하지 않으면 임금 성차별’이라는 단순한 논리로 이해되지 않도록 주의해야 한다. 이 결정은, ‘사용자가 근로조건을 결정하는 기준이 무엇인지 확인 -> 해당 기준이 특정 성별(또는 특정 성별이 집중된 부서에) 적용되지 않을 경우 차별을 의심 -> 다르게 대우하는 합리적 이유가 인정되지 않으면 차별로 판단’이라는 전통적인 차별 판단 논리를 따르고 있다. 이 사건 사용자는 생산직(여성 집중), 기능직(남성 집중) 직군 안에서 업무에 따라 임금이 다르게 책정되지 않는 것을 보전대, 기본급이 직무급을 기반으로 한 것이라는 사용자측 주장을 기각하였다. 기능직 직군 중 육체적 힘이 많이 소요되는 공정에 근무하는 사람은 소수임에도 모두 같은 기본급을 받는다는 사실에 주목한 것이다. “임금차별 판단 기준과 거의 동의어처럼 받아들여졌던「동일가치 노동 동일임금」원칙은 본디 임금차별을 폭넓게 규율하기 위해서 도입된 도구지만, 구체적인 입법 과정과 적용 과정에서 자칫하면 임금차별 인정 범위를 오히려 좁히는 이유가 될 수 있다. 따라서 명백한 차별의 징표들이 발견되는 경우에는 동일(가치)노동 여부 판단에 앞서 차별을 인정”할 필요가 있다(김 진 외, 2009). 이 사건에서는 성별에 따라 채용, 배치를 달리하였고, 여성집중 직군의 기본급을 낮게 책정했다는 점(“가장으로서의 급여수준이 아닌 저임금이 사회적 임금으로 생산직군의 임금이 책정되었다”는 진술) 등에서 “성별을 이유로”한 임금 차별로 인정한 것이다.

동일가치노동 동일임금 원칙이 나타난 연혁을 고려하면 이러한 지적은 중요한 의미가 있다. 직무가치를 비교하여 “성별을 이유로”를 인정받을 수 있도록 하기 위한 것이 동일가치노동 동일임금(comparable worth)의 취지이기 때문이다. 같은 이유로 최초로 동일가치노동 동일임금원칙이 적용되었다고 평가받는 한길 임금차별 사건 판결에서도, 취업규칙 상 임금결정의 기준으로 ‘성별’이 규정되어 있는 점이 임금 성차별이 일응 입증되었다고 보고 ‘문제된 직군 관련해서는 해당 취업규칙 조항이 적용되지 않았다’ 등을 사용자측에서 입증하도록 하고 판단하는 것이 적절했을 것으로 본다.

3) 직무가치의 비교 방식: 비례적인 가치 비교방식을 중심으로

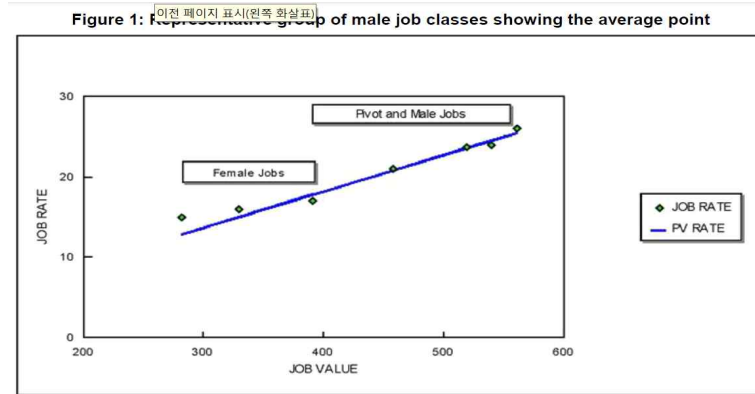
산출된 직무가치의 평가결과를 비교하는 방법에 대해서는 법률이 구체적으로 규정하고 있다. 온타리오 「형평임금법」에서는 직무군 비교방식, 비례적인 가치 비교방식, 대체비교방식의 세 가지 방식과 적용 조건에 대해 규정한다(법 III.1장). 직무군 비교 방식(Job-to-job comparison)은 같은 기업 내 여성집중 직무군과 유사한 직무가치로 평가된 남성집중 직무군의 직무가치를 직접 비교하는 방식이다. 비례적인 가치비교 방식(Proportional value comparison)은 기업 내 여성/남성집중 직무군의 직무가치를 간접적으로 비교한다. 직무가치에 비례하여 적절한 수준으로 임금 격차가 존재하는지 확인할 수 있는 방법이다. 이는 직무가치가 유사한 직무군(또는 직무가치가 더 낮음에도 같거나 더 높은 임금을 받는 직무군)을 찾을 수 없는 경우 적용할 수 있다. 대체비교방식(Proxy method of comparison)은 위의 두 가지 방식을 적용할 수 없는 경우 당해 기관의 범위를 벗어나 다른 기관의 직무군과 비교하는 것을 허용한다. 소속 사업장을 벗어나 직무가치를 비교할 수 있도록 허용하는 방식이기 때문에 공공부문 기관에만 적용 가능하다(Ontario Pay Equity Office, 2015: 57).

온타리오주 형평임금위원회의 설명 자료는 직무가치가 동일한 비교대상이 없는 세 가지 직무군을 가정하고(고객서비스직, 회계직, 리셉션직/타이피스트) 이들에 대해 비례적인 가치비교 방식을 적용하는 것에 대해 상술하고 있다.⁷⁹⁾ 비례적인 가치비교 방식이란, 여성과 남성의 직무를 간접적으로 비교하여 직무간 직접 비교를 통해 매칭되지 않는 직군에도 형평성있는 임금을 지급하도록 하는 것이

79) 이하의 비례적인 가치비교 방식에 대한 설명은 Ontario Pay Equity Commission, Workbook-Space Toy의 내용을 발췌한 것임.

다. 사용자는 남성 직군이 당해 기업에서 얼마를 지급받았는지를 살펴보고, 직무수행의 가치와 지급 받은 보상의 관계를 살핀다. 이 정보를 통해 남성직군이 전반적으로 얼마나 임금을 지급받는지에 대한 큰 그림을 구축한다. 그리고 남성 직무군과 여성 직무군간 수행된 직무의 가치와 지급받은 보상의 관계가 최소한 동일할 때에 형평임금이 달성된다고 판단한다.

- 남성 직군의 가치와 직무 임금률의 관계를 그려서 가장 적절한 선을 도출. 이 때 재량기준선이나 회귀분석 등의 방법론을 사용할 수 있음. 재량에 따라 기준선을 긋는 방식은, 세로축에는 직무당 임금률을, 가로축에는 직무 가치를 표시하는 것으로, 남성 직군 중 재무분석직(financial analyst)의 경우 가치는 540, 직무임금률은 24달러가 교차하는 지점에 표기하는 것임. 이런 방식으로 기준선을 그을 경우, 아래 사례에서는 고객서비스직이 기준선 이하에 위치하므로 임금이 상향 조정될 대상으로 판단됨.



Adjustment required: This initial exercise showed that the female job class paid below the PV male wage line would receive an adjustment.

대표 남성직군	가치(점)	직무임금률(달러)	여성 직무	가치 (점)	직무임금률(달러)
영업담당직	561	26.00	고객서비스 직	391	17.00
재무분석직	540	24.00	회계직	330	16.00
서비스/시스템 기술직	458	21.00	리셉션직/타이 피스트	282	15.00
총계	1559	71.00			
평균 직무 가치	평균 임금률				
1559/3=519.66	\$71.00/3 = 23.67				

- 위원회는 회귀분석이라는 두 번째 회귀분석방법을 통해 위의 결과를 더블체크할 수 있다고 봄.
- 이러한 방법을 통해 비례적인 가치비교 방식을 적용한 결과, 여성집중 직무군의 적절한 임금률은 아래와 같이 산출됨. 따라서 고객서비스직의 경우 현재보다 임금이 0.85달러 인상되는 것을 목표로 단계적으로 조정되어야 한다는 결론에 이른다. 형평임금법은 당해 년도 총급여의 1%를 차년도 임금형평 시정을 위해 사용하도록 요구하고 있음.

직군	가치	현재 직무임금률(달러)	형평직무임금률(달러)	필요 시정도
고객 서비스 직	391	17.00	17.85	0.85
회계직	330	16.00	15.10	Nil
리셉션 직/타이피스트	282	15.00	12.93	Nil

Ⅲ. 재화 등의 공급과 이용상 성차별

재화공급, 교육훈련 영역에서의 성차별 결정례를 보건대, 성별을 이유로 여부는 명확하여 쟁점이 되지 않고, 각 영역에 해당하는지, 합리적 이유가 있는지가 주된 쟁점이라는 점이 고용 성차별과의 차이점이라고 할 수 있다.

1. 차별이 인정된 경우

가. 성별을 이유로

성별을 구분 및 차등의 기준으로 명시하는 케이스가 다수이기 때문에 성별을 이유로의 판단이 쟁점으로 나타나는 경우가 거의 없다.

나. 합리적 이유

재화 이용 성차별 진정 사례에서는 여성전용 내지 여성우대 서비스와 관련하여 남성에 대한 차별이라는 주장이 주를 이루었고, 이에 대해 합리적 이유를 부인한 사례는 적은 편이다.

□ 00시의 여성전용 도서관 운영으로 인한 남성 차별(11진정0316500)

- * 합리적 이유 항변: 여성도서관에서 1.5Km 거리에 시립도서관이 있고, 여성도서관이 운영하는 이동도서관 이용에는 성별 제약이 없어서 여성도서관 운영으로 인해 남성이 도서관 이용에 실질적인 제한을 받는다고 보기 어렵음(학습목적의 열람실 이용을 제외하고는).
- * 판단: 여성을 주 이용대상으로 하는 도서관을 운영하고자 하는 경우에도 여성 관련 분야의 자료와 교육 프로그램 등으로 서비스를 특화하여 그 목적을 달성할 수 있고, 남성의 도서관 이용 자체를 배제할 이유는 없음. 여성도서관의 이용자 수가 전체의 15%에 이르고, 시험기간 등 도서관 이용의 수요가 높은 기간에는 00시 내 도서관의 이용이 수월하지 않은 상황에서 남성 이용자가 이용 가능한 시설이 여성보다 제한되는 불이익을 입는 것은 사실임.

□ 남성 전업주부에 대한 신용카드 발급 거부(09진차225)

- * 합리적 이유 항변: 상당수의 여성이 혼인과 출산을 계기로 가사를 전담하게 되는 우리 사회의 현실에 비추어, 여성 주부에 대하여는 본인의 직업, 소득이 없더라도 남편이 동의하고 남편의 결제능력이 심사 기준에 부합하는 경우에 한하여 신용카드 발급을 허용함.
- * 판단: 여성만을 주부로 인정하는 것은 배우자간 성역할에 대한 고정관념에 기인하는 측면이 크고, 직업과 소득이 없는 남성에 대해 실제 가사를 수행하는지 여부를 확인하기 어렵다는 점은 여성의 경우에도 마찬가지이며, 배우자의 동의와 결제능력이 전제되는 한 신용카드의 발급에 있어 가사를 전담하는지 여부가 중요한 판단 기준이라고 보기 어려움. 또한 결제능력을 보증하는 배우자가 여성이라 하여 상환 불이행의 위험도가 더 높아진다고 볼 수 없음.

□ 대학생연합기숙사의 성차별적 입사 인원 배정(19진정0061900)

- * 합리적 이유 항변: 2014년 최초 개관 시 입사생의 성비를 남녀 5:5 비율로 운영할 계획이었으나, 입사 신청 모집 결과 여학생 지원자 수가 남학생보다 훨씬 많아 남학생은 모두 입사하고 여학생은 많이 탈락하는 문제가 발생할 수 있었음. 이에 피진정인은 지원자 비율, 남녀 출입 통제 여건 등을 고려하여 입사자의 남녀 비율을

남성 15.1%, 여성 84.9%로 결정하였음./

- * 판단: 최근 3년간 남녀 지원 인원 비율의 평균은 21.9% : 78.1%로, 남학생의 지원 비율이 입사 배정비율에 비해 6.8%p(1.5배) 높아졌으나 이에 대한 반영은 이루어지지 않았음. 여학생이 사용하는 층을 남학생이 사용하도록 변경할 만큼 남학생 입사 지원자가 증가하지 않는 상황이고, 여학생만 사용하던 층을 여학생과 남학생이 함께 사용하도록 변경할 경우 입사생의 불편이나 학부모의 반대 등 민원이 발생하므로 기숙사 운영에 어려움이 있다고 주장하나, 이러한 이용 편의 및 불안감 해소 등의 사유를 다른 성별의 주거시설 이용을 제한하는 근거로 삼기는 어려우며, 불안감 해소 등 안전과 관련한 문제는 보안 강화 등으로 해결할 문제이지 성별에 따라 층을 분리하는 방식으로 접근하는 것은 합리적인 이유에 해당한다고 보기 어려움.

그밖에 전통적으로 성별 역할을 구분하던 예술 분야 관련 사례도 발견된다. 통상 예술공연에서의 성별 구분은 진정직업자격 내지 진정한 요구조건 등이라는 이유로 허용된다. 그러나 남성 한량이 추던 춤이라는 이유로 전승자의 성별을 제한한 것이 문제된 사건에서, 그 원형과 관련하여 학춤의 복색이 남성의 것일 뿐 과거에 처음으로 춤을 추었던 사람이 여성인지 남성인지는 고증이 불가능한 점, 지금까지 남성들만 보유자로 지정되었으나 학춤이 문화재로 지정되기 이전에는 남녀가 함께 학춤을 전승하여 왔다는 점 등을 근거로 성차별로 판단하였다(인권위 2007. 10. 30. 07진차350).

<합리적 이유·정당화사유가 인정되지 않은 경우>

문제된 기준이나 관행	사건 번호	주된 근거
여성전용 도서관 운영	11진정0316500	<ul style="list-style-type: none"> 남성의 도서관 이용 관련 불이익이 없거나 작지 않고, 여성도서관으로서의 특성을 살리면서도 남성의 이용을 보장하는 대안이 존재함을 고려
남성 전업주부에 대한 신용카드 발급 거부	09진차225	<ul style="list-style-type: none"> 배우자간 성역할에 대한 고정관념 문제된 성차별적 발급기준은 결제능력을 판단하는 기준으로서의 필요성, 적절성이 부족함
대학생 기숙사의 성차별적 입사인원 배정	19진정0061900	<ul style="list-style-type: none"> 남녀 지원 인원 비율에 근거한 기준이라고 하나 최근 3년간 평균 지원 비율에 못미침 남녀 학생이 같은 층을 사용하여 발생할 수 있는 안전 관리 상의 문제를 해소할 차별적이지 않은 대안이 존재함
전통춤 전승자에 남성만 허용	07진차350	<ul style="list-style-type: none"> 과거에 처음으로 춤을 추었던 사람의 성별 관련 고증이 불가능한 점 문화재로 지정되기 이전에는 남녀가 함께 학춤을 전승하여 왔다는 점

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가. 성별을 이유로

성별이 아닌 다른 사유가 원인이라고 인정되어 성차별이 아니라고 판단된 사례는 확인되는 바가 없다.

나. 합리적 이유

대부분의 사례들은 합리적 이유 판단 단계에서 성차별이 아니라고 결정되었다. 재화·용역 관련 성

차별이 아니라고 판단된 사례들을 크게 유형별로 분류하면 다음과 같다.

1) 여성전용 서비스나 여성우대 할인혜택

여성전용 서비스 시간대나 장소 제공, 여성우대 할인혜택 등의 제공 관련해서는 남성에 대한 불이익이 없거나 작다는 점, 다른 시간대 이용 등 전면적인 제한, 금지가 아니라는 점, 남성 이용자의 적은 숫자, 여성의 안전 보호 등과 같은 정당한 목적이 있다는 점 등을 고려하여 합리적 이유를 인정하였다.

- * 평일 오전 시간대를 여성전용으로 운영하는 수영장 관련하여 오전시간대에 여성이 집중되고 남성은 극히 적으므로 고객관리 차원에서 전용시간을 할애하는 것은 영업의 자유 범위 내라고 판단: 오전 시간대 남성 이용자 수가 극히 적고, 다른 시간대나 수용장에서 수영할 수 있다는 점에서 피해 수준이 낮다는 것을 고려함(17진정 1156700 등)
- * 지하철 여성배려칸 관련하여, 성범죄 노출 위험 및 생물학적 특성을 고려한 것으로 목적의 정당성이 인정되고 남성에 대한 불이익이 크지 않다고 판단(16진정0444700 등)
- * 여성 전용 흡연구역: 남성의 흡연자유가 침해된다고 보지 않음(16진정0795100)
- * 신용카드사의 여성전용 카드 출시나 백화점 가전제품 매장이 여성의 쾌적한 쇼핑을 이유로 남성의 출입을 원칙상 제한하면서 운영한 사례: 남성에 대한 피해, 불이익이 크지 않다고 판단(12진정0450500, 12진정 0338400 등)
- * 여성회원 할인(17진정0998800 등): 여성을 우대할 뿐 남성에 대한 피해, 불이익이 없거나 크지 않다는 이유로 기각.

2) 이용자의 생명과 건강

남성 유방암 환자의 유방암 치료제에 대해서는 건강보험이 적용되지 않는 것이 문제된 사례에서는, 해당 약제는 부작용이 많아 여성에게 처방할 때에도 50대 중 특정 요건에 해당하는 여성에게만 요양급여를 인정하는 것이고 약제의 안전성과 유효성 검증이 되지 않았기 때문에 합리적 이유가 인정된다고 하였다(09진차0000920).⁸⁰⁾⁸¹⁾ 이는 당해 약제가 남성 유방암 환자의 건강에 해를 끼칠지 알 수 없다는 점을 주된 판단근거로 삼은 것으로 보인다.

3) 재화·용역의 공급과 관련된 사정

스포츠클럽에서 여성에게는 수건을 지급하지 않는 것이 문제된 사안에서는 여성의 수건 과다사용으로 인한 비용 부담, 여성에게만 무료 에어로빅 프로그램 운영하는 점 등을 고려했을 때 현저히 불합리한 차별은 아니라고 결정하였다(09진차0000920).

80) 박선영 외, 앞의 보고서, p.24.

81) 다만, 남성 유방암 환자의 숫자가 적기 때문에 남성에 대한 안전성 유효성 검증이 되지 않은 것이라면 보건 의료정책 수혜에서의 성별 격차는 생명 및 건강에 직결되는 문제이므로 정부에서 관련 실험을 지원하는 등의 정책적 보완책을 권고할 필요가 있다.

<합리적 이유·정당화사유가 인정된 경우>

문제된 기준이나 관행	사건 번호	주된 근거
수영장의 평일 오전 시간대를 여성 전용으로 운영	17진정1156700	• 오전 시간대 남성 이용자가 극히 적고 다른 수영장이나 시간대 이용이 가능하여 남성의 불이익이 적음
지하철의 여성전용배려칸	16진정0444700	• 목적의 정당성과 필요성 • 남성의 불이익이 크지 않음
여성 전용 흡연구역	16진정0795100	• 남성의 불이익이 크지 않음
여성회원 할인 가격 적용	17진정0998800	• 남성의 불이익 크지 않음
스포츠클럽에서 여성에게는 수건 지급하지 않음	09진차0000920	• 여성의 수건 과다사용으로 인한 비용 부담, 여성에게만 무료 에어로빅 프로그램 운영하는 점 등을 고려했을 때 현저히 불합리한 차별은 아님

3. 주요 쟁점

가. 영역: 재화 용역 등의 공급과 이용의 판단

인권위법은 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용을 차별의 한 영역으로 규정한다.

1) 재화·용역으로 인정된 경우

금전대출, 신용카드 발급, 보험가입, 자동차 할부판매 등 기타 금융제공도 재화에 포함된다(2008년 차별판단지침). 또한 자동차손해배상금 지급 기준도 재화 등의 공급과 이용 관련 차별로 포함된다. 권고하였다(인권위 2003. 6. 30.자 03진차5 결정). 남성 유방암 환자의 항암제 처방에 의료보험이 적용되지 않는 것이 문제된 사건처럼 사회보험의 적용 대상도 재화 영역으로 볼 수 있다(09진차 0000920).

스키시즌권 판매 조건 중 여성우대 할인(17진정0998800), 인터넷쇼핑몰 가입조건을 여성으로 한정하여 차별화된 할인 조건을 부여한 것(18진정0399300 등), ** 국민체육센터의 수영장, 헬스장 회비에서 여성에게 할인해주는 것(15진정0965300)도 재화 영역으로 볼 수 있다.

여성복지관 등의 프로그램 수강 자격도 용역 관련 영역으로 인정된다(인권위 2005. 8. 22.자 05진차469 결정). 이 사건에서 교육훈련 기회에서의 차별로 판단하지 않은 것은, 정규 교육훈련기관이 아닌 복지관 프로그램이라는 점을 고려했기 때문으로 보인다. 인터넷 포털사이트의 톡톡 카테고리 중에 임신, 출산, 육아 카테고리에는 여성만 게시글을 작성할 수 있도록 하는 것도 용역 제공에서의 차별이 문제된 사례이다(15진정0290700).

여성회원에 대해 총회의결권을 제한한 것을 성차별로 판단한 사례(인권위 2004. 5. 10.자. 04진차 12 결정)가 있는데, 반대의견에서 재화, 용역 등 어느 영역에도 해당하지 않는다는 주장이 제기된 바 있다. 이 결정에서 총회의결권을 재화, 용역 중 무엇으로 판단했는지는 결정문 상 나타나지 않는다.

동래학춤의 전승자격을 남성만으로 제한한 것이 문제된 사건을 보건대, 무형문화재 전승자격을 용역 제공 분야로 판단한 것으로 보인다(인권위 2007. 10. 30. 07진차350).

2) 재화·용역으로 인정되지 않은 경우

설문조사에 응할 기회나 주민등록번호의 성별식별번호는 재화나 용역에 해당하지 않는다고 한 결정례들이 있다. 음식점에서 신제품을 먹고 해당 브랜드의 앱에서 실시하는 신제품 설문조사에 참여하려 했으나, 설문조사가 여성만을 대상으로 하고 있어 참여할 수 없었던 진정례에서는 ‘설문조사는 피 진정인이 판매하는 물품 또는 서비스 제공에 해당하지 않는다는 이유로’ 각하되었다(18진정0463000). 또한 주민등록번호의 성별식별번호 사용이 여성과 트랜스젠더에 대한 차별이라는 진정도 재화 및 용역에 해당하지 않아 각하되었다(16진정0065100).

3) 검토

TV, 인터넷, 신문 등의 매체를 통한 방송(개인방송 포함), 광고, 언론보도 행위에 대한 진정을 각하하거나 기각한 예가 다수 있는데(박선영 외, 2019) 이들을 ‘재화, 용역’이용에서의 차별로 보지 않았기 때문인지, 진정인에게 불리한 대우가 아니라고 보기 때문인지 확인이 필요하다. “신문기사 중 인적사항 기재 시 성차별 내용을 포함한 것에 대해 조사 대상이 아니므로 자체적으로 시정하지 않을 시 시정을 요구하기 어렵다고 보아 각하하였고(14진정0544100·14진정0544300 병합), 인터넷사이트(일베사이트)에 게재된 비하적 표현, 여성의 외모에 대한 사인간의 모욕적 발언(10진정0033700)도 차별사유에 해당하지 않아 각하하였다(13진정0571600). 행정자치부가 개설한 대한민국 출산지도 사이트에서 지역별로 가입여성 수의 순위를 매긴 것도 각하”되었다(박선영 외, 2019). 아동용 의류, 문구 생산업체에서 ‘여아용’, ‘남아용’이라는 표시를 제품 안내에 기재한 경우를 재화 등의 공급과 이용’으로 볼 수 있는지 관련 진정 사건이 진행되는 중이다. 또한 00구시설관리공단에서 운영하는 00 문화체육센터는 수영요금 할인 제도를 설명하는 요금할인표 내용에 ‘가입기 여성 수영프로그램 할인’, 이라고 기재되어 있는 것이 남녀차별적인 여성비하라는 진정 사건에서도 영역 해당성 없다는 이유로 각하하였다(가입기가 비하적 표현이 아니라는 점도 언급)(17진정0544600).

이러한 사례들은, 재화 용역 이용에서의 불이익을 ‘특정 성별 비하나 차별적 고정관념의 강화, 정신적 피해’까지 포함할 것인지의 쟁점과도 연계된다. 재화용역의 이용에 제한을 두거나 재화 및 용역의 질을 다르게 하는 경우로 한정할 것인지, 재화용역의 이용 과정에서의 차별적인 언행까지 포함할 것인지의 문제이다.

영국의 평등법 제29조(3)에서는 재화 용역의 이용 관련 괴롭힘도 금지하기 때문에 위와 같은 경우의 일부라도 차별 금지 영역으로 포섭하여 적용할 수 있다.⁸²⁾⁸³⁾ 캐나다도 연방인권위법의 차별적 괴롭힘 조항을 통해 혐오표현의 규율이 일정 부분 가능하다.⁸⁴⁾ 또한 상업 광고에서의 차별적 표현 관련 다양한 국가 사례를 조사한 보고서에 따르면, 덴마크나 노르웨이는 고용, 교육 외에도 문화 등 모든 영역에서의 차별을 금지하기 때문에 광고에서의 성차별 표현도 법률로 규율할 수 있다.⁸⁵⁾ 이처럼

82) 29 Provision of services, etc.

(3)A service-provider must not, in relation to the provision of the service, harass

(a)a person requiring the service, or

(b)a person to whom the service-provider provides the service.

83) 예컨대 나이트클럽의 직원이 게이인 손님에게 동성에 혐오적이거나 공격적인 발언을 한다면 재화용역 이용과 관련된 괴롭힘이 인정될 가능성이 있다. EHRC, What equality law means for your business, p.11.

84) 서용성 외, 혐오 표현의 판단 기준에 관한 비교법적 연구, 사법정책연구원 보고서,

85) Public International Law & Policy Group, Legal Frameworks Regarding Sexism in Advertising: Comparison of National Systems, 2015, 18년.

재화·용역 공급 과정에서의 차별적인 언행도 포함한다면 국가인권위원회 진정 건수가 폭발적으로 증가하여 행정역량을 초과하는 문제점이 우려될 수 있다. 다만, 차별적 괴롭힘은 단지 차별적 언행만으로 성립하는 것이 아니라 해당 언행으로 인해 피해자에게 모멸감, 굴욕감 등을 줄 것을 요건으로 한다는 점에서 모든 사안에 대해 인정되지는 않는다는 것을 고려할 필요가 있다.⁸⁶⁾

나. 합리적 이유 : 여성전용서비스 또는 여성우대 혜택 관련

여성도서관사례나 남성전업주부 카드발급거부 사례를 보면, 여성 배려나 주고객인 여성을 위하여 남성의 재화·용역 이용 자체를 금지하는 경우에는 합리적 이유를 인정하지 않고 차별로 판단한다. 반면에 오전 시간대 여성전용이나 여성 할인 사례의 경우 남성의 불이익이 크지 않고 재화·용역의 이용이 불가능한 것은 아니기 때문에 차별로 보지 않았다. 만약 재화·용역이 고가인데 여성에게만 할인 혜택을 제공하여 남성의 접근이 사실상 어려울 정도라면, 이용 자체에 제약이 있거나 불이익이 크다는 점을 고려하여 성차별로 볼 수 있을 것이다. 이는 가격 책정이나 서비스 제공기준 관련 기업의 재량을 존중하려는 경향이 고용 영역에 비해 상대적으로 넓게 허용되기 때문인 것으로 보인다.

미국의 경우, 여성 고객 대상 판촉을 위해 실시하는 여성 전용 할인을 성차별로 보는지 주별로 입장이 다르다고 한다. 연방법으로는 규율한 사례는 없고 주 차별금지법률에 근거하여 성차별로 판단하는 경우가 많다고 한다.⁸⁷⁾

영국 평등인권위의 가이드스에 따르면, 서비스 이용 시 하나의 성별에게만 허용하는 것은 '객관적으로 정당화되고' 아래와 같은 경우에 해당할 때라고 한다.

- * 한 성별의 고객만이 재화·용역을 이용하려 하거나
- * 남녀 모두에게 제공되는 재화·용역도 있으나 이것만으로는 충분치 않을 때
- * 남녀 모두에게 제공되면 효과적이지 못할 경우
- * 병원 등과 같이 이용자에게 특별한 돌봄, 감독이나 주의가 요구되는 곳에서 제공되는 서비스일 때
- * 한 번에 여러 명이 이용할 수 있는 서비스이고 여성 이용자가 남성 이용자의 참여를 합리적인 이유로 반대할 가능성이 있을 때(반대의 경우도 가능)
- * might reasonably object to the presence of a man (or vice versa), or
- * 신체적 접촉이 발생할 수 있는 서비스로 성별이 다른 직원과의 접촉을 고객이 반대하는 경우

위의 기준을 적용하면, 수영장에서 여성전용 시간대와 어느 성별이든 이용 가능한 시간대를 병행하는 경우, 건강 및 위생 문제에 긴밀하게 관여하는 미용관리사의 경우, 한 성별에게만 영향을 미치는 질병을 검진하기 위하여 해당 성별만을 대상으로 하여 의료기관이 서비스를 제공하는 경우 등이 허용될 수 있다.⁸⁸⁾

86) 고용 영역에서의 차별적 괴롭힘은 차별적 언행으로 인해 업무환경이 저해될 정도인지를 판단기준으로 하는데, 재화·용역 공급 영역에서는 어떤 구체적인 기준을 세울지 고민이 필요하다.

87) <https://www.foley.com/en/insights/publications/2016/04/genderbased-sales-promotions-good-business-or-unla>

88) EHRC(2014), 앞의 가이드스, pp.16-17. 반면에 이 가이드스에서는 나이트클럽 입장료를 여성에게만 면해주는 것은 성차별이 될 수 있다고 설명한다(p.57).

IV. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 성차별

교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 차별이다.

1. 차별이 인정된 경우

교육시설 관련 차별 사건에서는 주로 합리적 이유 단계에서 차별 판단 여부가 결정되었고, 차별이 인정된 경우는 주로 성별을 기준으로 입학 자격을 제한하는 경우이었다.

남성의 입학을 제한하여 성차별로 인정된 경우는 다음과 같다.

□ 대학교 항공운항과 특별전형 모집 시 남성 배제(17진정0145600)

- * 합리적 이유 항변 : 특별전형의 경우 법령에 근거하여 직업교육의 특성, 차등적인 교육적 보상 기준, 직업교육 진흥에 필요한 사항 등을 우선적으로 고려하게 되는데, 남성과 여성이 1 : 100 정도의 비율로 채용되는 항공 승무원이라는 전문직업의 특수성 때문에 특별전형에서 여성 선발은 불가피한 선택임.
- * 판단: 특별전형의 본질은 특별한 경력이나 소질이 있는 자를 대상으로 하는 것이며, 성별은 특별한 경력이나 소질에 해당한다고 볼 수 없다. 전문직업인이 특정 성별로만 구성되어야 할 합리적 이유를 발견하기 어려우며, 항공기 객실승무원으로 여성이 많이 채용된다는 사실은 성역할 고정관념에 기인한 차별적 고용구조일 뿐 전문 직업인 양성을 위하여 고려하여야 할 불가피한 직업특성으로 보기 어렵다.

□ 성별을 이유로 한 미용고등학교 입학 제한(09진차1218)

- * 합리적 이유 항변 : 당초 성별 구분 없이 미용 전문인력을 양성하고자 2009학년도까지 남학생을 선발해 왔고, 실제로 1개 학급 45명당 약 5명 정도의 남학생이 입학했다. 그러나 남학생들 중 상당수가 진로, 적성에 대한 갈등으로 학업을 중단하거나 학업수행에 어려움을 겪었고, 전체적 학업 분위기에도 부정적 영향을 미쳤으며, 교사들의 학생지도 부담 과중으로 양질의 교육을 제공하는데 지장을 미쳤다. 이에 다수 학생들의 교육환경을 보장하기 위해 부득이 2010학년도부터 여학생만 선발하기로 결정했다. 또한 서울 지역 내에도 남학생을 선발하는 다른 미용고등학교가 존재하므로 본교에 입학할 수 없다고 하여 남학생의 미용 기술교육 기회가 원천적으로 차단되는 것은 아니다.
- * 판단: 해당 학교의 설립이념 또는 기본적 교육방침 상 교육대상을 여성으로 특정해야 할 가치와 목적성이 나타난다고 보기 어렵다. 또한 교육대상을 여학생으로만 한정하는 것은 성 역할에 관한 사회적 고정관념에 불과하고, 이미 미용업에 종사하거나 종사를 희망하는 남성의 비중 또한 꾸준히 늘어나고 있는 현실도 감안해야 할 것이다. 또한 일반 학교에 비해 선택의 폭이 좁은 미용고등학교의 특성상 피진정인 외에 남학생을 선발하는 미용고등학교가 있다고 하더라도 피해자의 교육기관 선택 기회가 제약되는 불이익이 경미하다 할 수 없다.

□ 전문대 간호학과 입학지원 자격 원칙 제한 사례(12진정0480102)

- * 합리적 이유 항변 : 간호과의 실무 특성상 기본간호학 실습에서 등 마사지, 유방 마사지 또는 도뇨·관장 등의 수기술을 동일 공간에서 남녀가 같이 할 수 없는 실습내용의 특수성이 있고, 병원 임상실습에서 분만과 부인과 질환 실습 시 여성환자가 남학생의 간호 및 실습을 거부하는 실정이다. 아동간호학의 경우에도 남학생 실습을 거부하는 상황을 감안하여 여학생만 모집하고 있으므로 병원 임상실습과 간호업무 특성 상 여학생 지원에 한하여 모집을 하고 있는 것은 평등권 침해가 아니다.
- * 판단: 간호과 모집대상을 여학생만으로 한정하는 것은 성역할에 관한 사회적 고정관념에 서 기인한 것이라 볼 수 있다. 기본간호학 실습의 경우 등 마사지, 도뇨, 관장 등은 해당 분야의 전문적 기술을 익히는 교육과정의

일환으로 진행되는 것으로서 남녀가 같이 할 수 없다는 것은 남녀역할에 대한 편견이므로 교육과정을 효율적으로 운영함으로써 이를 해결할 수 있을 것이다. 또한, 병원의 임상실습에서 여성환자가 남학생의 실습을 거부하는 상황에 대해서는 비노기과 등에서 여학생의 실습이 제한되는 상황이 발생할 수도 있는 바, 시뮬레이션을 통한 실습으로 보완하거나 다른 병원병실에서 실습을 추진하는 등 대안을 마련하여 해결해 나가야 할 문제이지 성차별을 정당화하는 사유가 될 수는 없다.

여성의 입학 제한을 성차별로 인정된 경우는 다음과 같다.

□ 해사고등학교의 여학생 입학 제한 차별(11직권2000)

- * 합리적 이유 항변 : 본교의 교육 목적이 선박에 근무하는 중견 해기사를 양성하는 것인데 여성 해기사를 승선시키는 해운사가 적어 목적 달성의 실효성이 없을 뿐만 아니라, 학교 설립 당시 남학생만을 수용하도록 시설이 갖추어져 있어 여학생을 수용하려면 보수에 따른 비용과 여학생 기숙사 생활에 따른 추가 관리 업무와 비용의 발생이 예상되기 때문이다.
- * 판단: 미성년자인 여학생이 남자 선원이 대다수인 선박에 승선하여 직무를 수행하는 것을 기 피할 것이라는 편견으로 교육 대상을 남학생만으로 한정하는 것은 성역할 에 관한 사회적 고정관념에 불과하다. 한국해양대학교에서도 해운선사의 여학생 고용 기피 등의 문제가 있었음에도 불구하고 여학생의 선발을 배제하지 않은 점을 볼 때 피조사자들이 여학생의 입학지원 기회를 원천적으로 제한하는 것에 대해 합당한 이유를 찾기 어려우며, 일반 학교에 비해 선택의 폭이 좁은 해양 관련 마이스터고의 특성상 교육기관 선택의 자유 및 여성의 직업선택의 기회가 제한되는 불이익도 경미하다고 볼 수 없다. 단지 여성이 근무할 환경이 조성되지 않았다는 등의 이유로 여학생의 입학자체를 제한하는 것은 합리적 이유가 되지 않는다.

□ 항공운항학과의 여학생 입학정원 제한(12진정0077900)

- * 합리적 이유 항변 : 여성 조종사의 경우 임신, 육아 등으로 휴직이 불가피하고 기량유지를 위한 재교육이 필요하기 때문에 항공사에서 조종사 채용 시 여성을 선호하지 않고 있어 불가피하게 여학생의 입학 정원을 제한하여 운영하고 있다. 또한 조종사가 되기 위해서는 엄격한 신체조건이 요구되고, 기상악화와 비상상황 등에 대한 대처능력이 필요할 뿐 아니라, 항공기 조종사를 학부모와 여학생들이 위험직업군으로 인지하고 있어 여학생의 지원을 자체가 낮은 상황이다.
- * 판단: 피진정인이 운영하는 00비행훈련원의 민간조종사 양성과정의 경우 역시 교육에 적지 않은 비용이 소요됨에도 불구하고 항공운항학과와 달리 입교생 모집 시에 여성에 대한 정원 제한을 두지 않고 있으므로, 학생의 취업을 일정 정도 보장해주어야 하는 교육기관의 양심과 책임에 따라 여학생 정원을 제한하고 있다는 피진정인의 주장은 모순적이다. 남성 구직자를 선호하는 성차별적 채용관행여성에 대한 교육·훈련 기회 제한을 정당화하는 근거가 될 수는 없다. 피진정 대학교는 입학 당시 신체검사 규정을 별도로 두고 있는 바, 이와 같은 신체검사를 통과하고 소정의 교육과정을 수료한 자가 여성이라고 하여 장래 조종사 업무를 수행하는 것이 불가능하거나 심히 곤란한 사유가 있다고 보기 어렵다.

공군 사관후보생 조종장교 모집 사건은 직접차별과 간접차별이 모두 제기된 사례이다. 162.5cm라는 신장 최저기준이 성차별이라는 주장은 간접차별 성립 여부가 다툰지는 지점이다. 신장 최저기준 관련해서는 성차별이 아니라고 판단하였기에 아래 제2절에서 소개하기로 한다.

□ 공군 사관후보생 조종장교 모집 시 여성 및 신장제한(09진차773)

- * 합리적 이유 항변 : 공군 사관후보생 조종장교 선발 시 남성으로 제한하는 것은 공사여성도 만으로도 공군의 여군 소요인력이 충족되기 때문이다. 조종장교의 신장 최저기준을 162.5cm로 제한한 것은 국내 운용중인 전투기의 대부분이 미군 전투기로 이를 조종하는 조종사 선발 시 신체검사서에서 확인하는 신장조건이 미국의 기준과 거의 동일하게 적용되고 있기 때문이다.
- * 판단: (직접차별 관련) 공군 조종병과 장교 중 여성은 1.1%에 불과한데, 여성인력의 활용을 확대하고 우수한 여군인력을 활용함으로써 전력을 강화하기 위하여 장교정원의 100분의 7까지 여군인력을 확충한다는 「국방개혁에 관한 법률」 해당 규정의 취지를 고려할 때 공군 조종장교의 여성 비율을 1%대로 유지하여야 할 합리적인 이유가 없다. 공군 사관후보생 조종장교 응시자격을 남성으로 제한하면 남성은 고등학교 전후에 공사 조종

분야의 입학기회와 대학졸업 후 공군 사관후보생 조종장교 응시기회가 주어지는 반면 여성은 공사 조종분야의 입학기회만 주어져 남성에 비해 조종사로 진출할 기회가 제한된다는 점, 공군 조종장교는 다른 병과의 장교에 비하여 군 예편이후 고액 연봉의 민간 항공사 조종사로 재취업기회가 주어진다는 점, 공군 사관후보생 선발이 군필자도 응시가 가능한 모병제인 점 등을 감안해 볼 때 공군 사관후보생 조종장교 모집에 있어 여성을 배제하는 것은 합리적인 이유 없이 성별을 이유로 고용영역에서의 차별을 한 것으로 판단된다.

(간접차별 관련) 미공군규정의 신장기준은 계기판에서 좌석까지의 거리, 좌석 높이에 따른 시야 확보, 좌석에서 러더까지의 거리 등을 고려하여 인체 계측학적으로 측정하여 정해진 기준이다. 따라서 이것이 현저히 불합리한 기준이라고 할 수 없다. 또한 피진정인이 공사생도 선발시 만 18세 미만의 자는 성장 가능성을 고려하여 신장제한 기준에서 2cm 미달인 자도 합격시키고 있다.

<합리적 이유·정당화사유가 인정되지 않은 경우>

문제된 기준이나 관행	사건 번호	주된 근거
항공운항과 특별전형 모집 시 남성 배제	17진정0145600	<ul style="list-style-type: none"> 항공기 객실승무원으로 여성이 많이 채용된다는 사실은 성역할 고정관념에 기인한 차별적 고용구조일 뿐 전문직업인 양성을 위하여 고려하여야 할 불가피한 직업특성이 아님
미용고등학교 입학 시 남성 배제	09진차1218	<ul style="list-style-type: none"> 당 학교의 설립이념 또는 기본적 교육방침 상 교육대상을 여성으로 특정해야 할 가치와 목적성이 인정되지 않음. 교육대상을 여학생으로만 한정하는 것은 성 역할에 관한 사회적 고정관념에 불과 이미 미용업에 종사하거나 종사를 희망하는 남성의 비중이 꾸준히 늘어나고 있는 현실 일반 학교에 비해 선택의 폭이 좁은 미용고등학교의 특성상 교육기관 선택 기회가 제약되는 불이익이 경미하다 할 수 없음
전문대 간호학과 입학지원자격에서 남성 배제	12진정0480102	<ul style="list-style-type: none"> 성역할에 관한 사회적 고정관념 마사지, 도뇨, 관장 등 실습과정에서의 신체접촉 문제는 남녀역할에 대한 편견이므로 교육과정을 효율적으로 운영함으로써 해결 임상실습에서 여성환자가 남학생의 실습을 거부할 가능성은 시뮬레이션을 통한 실습, 다른 병원·병실에서 실습을 추진하는 등 대안 가능
항공운항학과의 여학생 입학정원 제한	12진정0077900	<ul style="list-style-type: none"> 피진정인이 운영하는 00비행훈련원의 민간조종사 양성과정의 경우 여성에 대한 정원 제한을 두지 않아서 피진정인의 주장에 모순 있음 남성 구직자를 선호하는 성차별적 채용관행은 여성에 대한 교육·훈련 기회 제한을 정당화하는 근거가 될 수 없음 입학 당시 신체검사 기준을 통과하고 소정의 교육과정을 수료한 자가 여성이라고 하여 장래 조종사 업무를 수행하는 것이 불가능하거나 심히 곤란한 사유가 있다고 보기 어려움

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가. 직접차별

교육시설 이용 관련 가장 많은 사례가 발견되는 유형은 여대의 설치, 여대에 설치된 로스쿨, 약학전문대학원, 대학 내 여학생 휴게실 설치 등이 남성에 대한 차별로 주장된 경우이다.

□ 여대의 설립(04진차000011, 16진정0417700)⁸⁹⁾

89) 사실관계 및 판단요지는 박선영 외(2019)에서 발췌한 것임.

- * 합리적 이유 항변 : 여성만을 위한 학교가 남성의 교육기회를 박탈하는 것은 아님.
- * 판단: 각 대학에는 설립목적에 따라 학생을 선발할 권리가 있고, 성별 대학 진학률을 검토하였을 때 여대의 설립이 남성의 대학진학 기회를 박탈하는 것은 아니므로 여대의 학생선발권을 제한할 정도로 불평등한 상황이라 볼 수 없다.

□ 여대 로스쿨 설치 관련 헌재 결정(헌재 2013. 5. 30. 2009헌마514)

- * 합리적 이유 항변 : 남성 지원자의 평등권, 교육받을 권리 침해
- * 판단: 학생의 선발, 입학의 전형도 사립대학의 자율성의 범위에 속한다는 점, 여성 고등교육기관이라는이화여자 대학교의 정체성에 비추어 여자대학교라는 정책의 유지 여부는 대학 자율성의 본질적인 부분에 속한다는 점, 이 사건 인가처분으로 인하여 남성인 청구인이 받는 불이익이 크지 않다는 점 등을 고려하면, 이 사건 인가처분은 청구인의 직업선택의 자유와 대학의 자율성이라는 두 기본권을 합리적으로 조화시킨 것이며 양 기본권의 제한에 있어 적정한 비례관계를 유지한 것이라고 할 것이다. 따라서 이 사건 인가처분이 청구인의 직업선택의 자유를 침해한다고 할 수 없다.

□ 여대에 약학대학 설치 관련 헌재 결정(2018헌마566)

- * 합리적 이유 항변 : 설립목적에 따른 학생 선발 재량
- * 판단: 청구인의 주장을 이 사건 조정계획으로 인하여 전체 약학대학 정원 1,693명 중 여자대학 약학대학의 정원인 320명만큼(18.9%) 청구인의 약학대학 진학기회가 제한된다는 취지로 보더라도, 피청구인이 제출한 사실조회 회신에 의하면 여자대학이 아닌 다른 약학대학의 경우에도 재적학생 중 여학생의 비율이 평균적으로 50%에 달하는 점(2017년 및 2018년 재적학생 기준)에 비추어 볼 때, 이 사건 조정계획으로 인한 불이익은 청구인의 주장에 미치지 못할 것으로 보인다. 약학대학에 진학하고자 하는 자는 모집 군별로 하나의 대학에 하나의 전형에만 지원할 수 있을 뿐이므로, 일반전형에만 지원할 수 있는 수도권 출신 남성은 여자대학의 약학대학 지원자나 지방인재 특별전형 지원자와 함께 경쟁하지 않아서 여자대학의 약학대학이 존재한다는 사실만으로도 그 정원이 청구인의 약학대학 입학가능성에 결정적인 영향을 미쳤다고 단정하기는 어렵다. 따라서 이 사건 조정계획으로 인하여 청구인이 받게 되는 불이익보다 원활하고 적절한 보건서비스를 제공하려는 공익이 더 크다고 할 것이므로, 이 사건 조정계획은 법익의 균형성도 갖추었다.

여학생 전용 휴게실, 열람실 설치 관련해서는 남학생의 이용 기회 자체를 제한하는 것이 아니라는 점에서 불이익이 경미하다고 판단하는 경우가 많았다.

□ 대학의 여학생 휴게실(18진정0242700)⁹⁰⁾

- * 합리적 이유 항변 : 여성의 모성보호와 안전, 생물학적 특징 등을 고려한 결정
- * 판단: 여성과 모성에 대한 특별한 보호를 요구하는 헌법에 근거하여 성폭력으로부터의 보호, 생리현상 등 생물학적으로 취약한 여성의 신체적 특성을 고려할 때 합리적 이유가 있다.

여성 고용률이 낮은 분야나 직종에서의 적극적 고용개선을 위해 관련 직업훈련, 교육 연수 과정에서 여성만을 대상으로 한 과정을 설치하는 것이 문제된 사례에서도 잠정적 우대조치로서 합리적 이유가 인정되는 경향을 보인다.

□ 여성농업인 대상 강의 개설(17진정0292300)⁹¹⁾

- * 합리적 이유 항변 : 여성 농업인의 역량 강화와 지위 개선을 위한 목적
- * 판단: 농업분야에서 실질적 양성평등을 실현하기 위한 교육정책으로 현존하는 차별을 없애기 위한 잠정적 우대행위인 것으로 판단되고, 피진정인의 다른 교육과정을 보았을 때 특정 성별이 농업교육에서 배제된다고 볼 수 없다.

90) 사실관계 및 판단요지는 박선영 외(2019)에서 발췌한 것임.

91) 사실관계 및 판단요지는 박선영 외(2019)에서 발췌한 것임.

해군어린이집 입소순위에서 여군무원 자녀를 남군무원 자녀보다 우선순위로 둔 것에 대해서도 잠정적 우대조치로서의 성격을 인정하여 합리적 이유가 인정되었다.

□ 해군어린이집 입소순위(16진정0961900)⁹²⁾

- * 합리적 이유 항변 : 여군의 경력단절 예방과 모성보호를 목적으로 함.
- * 판단: 모성보호를 위한 조치를 하는 경우에는 남녀고용평등법 상 차별의 예외로 인정하는 점, 여군의 경력단절 예방과 모성보호를 위해 적극적 우대조치로서 규정한 점, 어린이집의 여군 자녀 비율(82명 중 2명)이 남군 자녀의 입소를 제한할 정도로 높지 않다는 점 등을 고려할 때 합리적 이유가 인정된다.

나. 간접차별

간접차별 주장에 제기된 유일한 사례의 경우 정당화 사유가 인정되어 차별로 보지 않았다.

□ 공군 사관후보생 조종장교 모집 시 여성 및 신장제한(09진차773)

- * 합리적 이유 항변 : 공군 사관후보생 조종장교 선발 시 남성으로 제한하는 것은 공사여생도 만으로도 공군의 여군 소요인력이 충족되기 때문이다. 조종장교의 신장 최저기준을 162.5cm로 제한한 것은 국내 운용중인 전투기의 대부분이 미군 전투기로 이를 조종하는 조종사 선발 시 신체검사에서 확인하는 신장조건이 미국의 기준과 거의 동일하게 적용되고 있기 때문이다.
- * 판단: (간접차별 관련) 미공군규정의 신장기준은 계기판에서 좌석까지의 거리, 좌석 높이에 따른 시야 확보, 좌석에서 러더까지의 거리 등을 고려하여 인체 계측학적으로 측정하여 정해진 기준이다. 따라서 이것이 현저히 불합리한 기준이라고 할 수 없다. 또한 피진정인이 공사생도 선발시 만 18세 미만의 자는 성장 가능성을 고려하여 신장제한 기준에서 2cm 미달인 자도 합격시키고 있다.

<합리적 이유·정당화사유가 인정된 경우>

문제된 기준이나 관행	사건 번호	주된 근거
여대의 설립	04진차000011	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 여대의 고유한 설립목적에 따라 학생을 선발할 재량 ▪ 성별 대학 진학률을 검토하였을 때 여대의 설립이 남성의 대학진학 기회를 박탈하지 않아서 불이익이 크지 않음
여대에 약학대학 설치	2018현마566	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 여자대학이 아닌 다른 약학대학의 경우에도 재적학생 중 여학생의 비율이 평균적으로 50%에 달하는 점, 약학대학 전형의 특성 상 여자대학의 약학대학이 존재한다는 사정만으로 그 정원이 청구인의 약학대학 입학가능성에 결정적인 영향을 미쳤다고 단정하기 어려움. ▪ 청구인이 받게 되는 불이익보다 원활하고 적절한 보건서비스를 제공하려는 공익이 더 커서 법익의 균형성을 갖춘
여성농업인 대상 강의 개설	17진정0292300	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 농업분야에서 실질적 양성평등을 실현하기 위한 교육정책으로 현존하는 차별을 없애기 위한 잠정적 우대행위 ▪ 피진정인의 다른 교육과정을 보았을 때 특정 성별이 농업교육에서 배제되지 않음
해군어린이집 입소순위	16진정0961900	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 여군의 경력단절 예방과 모성보호를 목적으로 함. ▪ 모성보호를 위한 조치를 하는 경우에는 남녀고용평등법 상 차별의 예외로 인정하는 점 ▪ 여군의 경력단절 예방과 모성보호를 위해 적극적 우대조치로서 규정한 점 ▪ 어린이집의 여군 자녀 비율(82명 중 2명)이 남군 자녀의 입소를 제한할 정도로 높지 않다는 점

92) 사실관계 및 판단요지는 박선영 외(2019)에서 발췌한 것임.

공군 사관후보생 조종장교 모집 시 신장 제한	09진차773	<ul style="list-style-type: none"> 계기관에서 좌석까지의 거리, 좌석 높이에 따른 시야 확보, 좌석에서 러더까지의 거리 등을 고려하여 인체 계측학적으로 측정하여 정해진 기준임
-----------------------------	---------	---

3. 주요 쟁점

가. 영역: 교육시설 등의 범위

기존 결정례를 보면 ‘정규’ 교육시설이나 직업훈련기관을 그 범위로 하고 여성복지관 등의 프로그램은 용역의 제공 관련 차별로 해석하는 것으로 보인다. 전국체육대회 규정에서 여성과 유소년이 출전할 수 있는 스포츠클라이밍 종목이 없는 것이 다뤄진 사건의 경우, 교육 이 아니라 재화, 용역 관련 차별 사건으로 다뤄졌고 합리적 이유가 인정되어 기각 결정되었다(17진정1014200). 남학생에게만 두발지도를 하는 것에 대한 진정이 제기된 바 있는데(14진정0832900), 학교의 두발지도 방침도 교육훈련 관련 영역으로 인정한 것으로 보인다.

나. 불리한 대우

여성 전용 교육훈련 과정이나 교육기관의 설립은 남성의 입학을 배제한다는 점에서 불리한 대우임이 명백하기 때문에 관련하여 쟁점이 된 사례를 찾기 어렵다. 또한 두발지도 규정의 경우도 규정 위반으로 인한 벌점 등의 불이익이 존재하기 때문에 논쟁의 소지가 없는 것으로 보인다. 불이익이 인정되지 않아 각하된 사례로는 중학교 학급 편성 관련 진정 건이 있다. 남녀 분반 방침에 따라 상대적으로 인원이 많은 남학생 반이 과밀해지는 것을 불이익으로 볼 수 있는지 문제된 사례이다(09진차0001196). 이 사안에서는 다른 학년은 여학생 수가 남학생보다 많아 여학생들이 불편을 겪고 있는 상황이므로 성별을 이유로 한 불이익이라기보다 학생수의 과소에 따른 상대적인 불이익으로 보이며, 남녀 합반 시 남학생이 수행평가 관련 불리하여 학부모들이 선호하지 않는다는 점 등을 고려하여 각하하였다.

고용 영역에서도 언급하였듯이 차별적 괴롭힘 개념을 차별의 한 유형으로 도입한다면, 교복이나 학교 자료의 성차별적 표현 등도 교육시설 관련 차별로 인정될 수 있을 것이다.⁹³⁾

다. 합리적 이유

교육시설의 이용 기회에서 배제하는 사례에서는 엄격하게 그 목적과 필요성, 목적 실현 수단으로서의 적절성을 심사하는 것으로 보인다. 교육시설 이용 관련 차별은 고용 차별과의 관련성이 높기 때문에 진정직업자력에 준하는 판단을 하는 것으로 보인다.⁹⁴⁾

여자대학의 설립이나 여대에 로스쿨, 약학대학을 운영하는 것 관련해서는 여성에 대한 적극적 우대조치로 보는 것이 아니라 해당 대학의 설립 목적 등을 고려한 학생선발권 존중을 주로 고려하고 있다. 남성의 교육기회나 직업선택 자유를 크게 침해하지 않는다는 사실을 바탕으로 합리적 이유를

93) 영국 평등인권위의 교육시설 차별 관련 가이드로는 EHRC, What equality law means for you as an education provider: schools, 2014 등이 있다.

94) 박선영 외(2019), 앞의 보고서, p.37.

인정한다.

대학 내 여성휴게실, 여성전용 열람실 설치나 여성 농업인 대상 리더 양성교육 과정 등은 일종의 적극적 조치로서의 합리적 이유를 인정하는 것으로 보인다. 농업처럼 성별 격차가 여전히 심각한 영역이라는 점, 여성의 모성보호나 신체적 차이, 폭력으로부터의 보호 필요성 등의 차이를 시설 측면에서 배려할 필요성 등을 고려하여 합리적 이유를 인정한다. 해군 직장어린이집 우선 입소 순위 사례도 비슷한 경우이다. 다만, 적극적 우대조치로서의 합리적 이유를 인정할지 판단할 때에는, 당해 교육시설 내에서의 성별 격차 현황이 변화함에 따라 해당 기준의 필요성, 남성에 대한 불이익 정도가 달라질 수 있음을 염두에 두고 판단해야 할 것이다.

간접차별 여부가 다뤄진 공군 사관후보생 조종장교 모집 시 신장 제한(09진차773) 사례의 경우, 현재 공군이 보유한 비행기 기종 상 정당화 사유가 인정될 수밖에 없었을 것이다. 다만, 미 공군에서도 여성 조종사 후보생의 신체적 차이를 반영한 새로운 기종의 전투기를 도입할 계획을 밝힌 것에서 알 수 있듯이, 경영상 필요성이라는 정당화 사유의 판단 결과가 향후 달라질 수 있을 것임에 유의해야 한다.⁹⁵⁾

95)

<https://www.airforcetimes.com/news/your-air-force/2020/08/19/to-get-more-female-pilots-the-air-force-is-changing-the-way-it-designs-weapons/>

제2절. 종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 차별

I. 종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 한 차별의 의미

1. 종교를 이유로 하는 차별의 금지

헌법 제20조 제1항에서는 “모든 국민은 종교의 자유를 가진다.”고 규정하고 있다.

종교의 자유의 구체적 내용에 관하여는 일반적으로 신앙의 자유, 종교적 행위의 자유 및 종교적 집회·결사의 자유의 3요소를 내용으로 한다고 설명되고 있는데, 헌법재판소는 종교의 자유 내용 가운데 “종교적 행위의 자유는 신앙의 자유와는 달리 절대적 자유가 아니다. 따라서 질서유지, 공공복리 등을 위하여 제한할 수 있는 것이다.”고 보고 있다.¹⁾ 다만 “종교의 자유에는 자기가 신봉하는 종교를 선전하고 새로운 신자를 규합하기 위한 선교의 자유가 포함되고 선교의 자유에는 다른 종교를 비판하거나 다른 종교의 신자에 대하여 개종을 권고하는 자유도 포함되는바, 종교적 선전, 타 종교에 대한 비판 등은 동시에 표현의 자유의 보호대상이 되는 것이나, 그 경우 종교의 자유에 관한 헌법 제20조 제1항은 표현의 자유에 관한 헌법 제21조 제1항에 대하여 특별 규정의 성격을 갖는다 할 것이므로 종교적 목적을 위한 언론·출판의 경우에는 그 밖의 일반적인 언론·출판에 비하여 보다 고도의 보장을 받게 된다.”²⁾ 한편, 헌법상 보호되는 종교의 자유에는 특정 종교단체가 그 종교의 지도자와 교리자를 자체적으로 교육시킬 수 있는 종교교육의 자유가 포함되지만, “종교교육이라 하더라도 그것이 학교나 학원이라는 교육기관의 형태를 취할 경우에는 교육법이나 학원법상의 규정에 의한 규제를 받게 된다고 보아야 할 것이고, 종교교육이라고 해서 예외가 될 수 없다”고 보고 있다.³⁾

위와 같은 법원 및 헌법재판소의 입장에 비추어 종교의 자유 가운데 일반적인 신앙의 자유로서 어떤 종교를 가질 것인가의 권리는 절대적 권리인 것에 비하여, 개인이 선택한 종교에 따른 종교적 행위를 할 자유(선교를 할 자유, 종교 교육을 할 자유 등)는 절대적 자유가 아니다. 종교를 이유로 하는 차별 행위가 이루어졌을 때, 그 차별의 합리성 판단 또한 차별 행위의 절대적 권리로서의 종교를 선택할 자유를 침해한 것인지 아니면 종교적 행위를 할 자유를 침해한 것인지에 따라 구분될 수 있다.

우리 사회에서 종교의 자유에 대한 차별은 헌법 제19조의 양심의 자유와 연관되어 문제된다. 헌법에서는 국민의 기본권으로서 양심의 자유권을 보장하고 있지만, 역사적으로 양심의 자유는 국가에 의한 신앙의 강제에 대하여 개인의 자유를 보호하고자 하는 대국가적 방어권으로서의 의미를 지녔다.⁴⁾ 따라서 종교의 자유는 양심의 자유가 실현되는 한 내용이라고도 할 수 있을 것인데, 헌법은 종교의 자유권과 양심의 자유권을 구분하여 기본권으로서 보장하고 있는 반면, 국가인권위원회법은 양심을 별도의 차별 사유로 규정하지 않고 양심의 자유 영역에 속하는 종교와 사상 또는 정치적 의견을 차별금지사유로 규정하고 있으므로 국가인권위원회법상 차별금지사유로서의 종교를 이유로 하는 차별의 문제는 헌법상 양심의 자유에 대한 보장의 측면에서도 검토될 필요가 있다.

종교의 자유와 양심의 자유가 공존하는 문제의 대표적인 사례가 종교의 교리를 내세워 법률이 규정한 병역의무를 거부하거나 군대에서 상관의 징총 혹은 군사교육에 대한 명령을 거부하는 경우일

1) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159, 헌재 2010. 4. 29. 2009헌마399 등.

2) 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도4486 판결.

3) 헌재 2000. 3. 30. 99헌바14.

4) 한수웅(2020), 『기본권의 새로운 이해』, 법문사, 385쪽.

것이다. 과거에는 종교의 교리를 이유로 하는 병역의무 거부와 같은 양심상의 결정은 헌법이 보장하는 종교와 양심의 자유 영역에 포함되지 않는다고 보았었지만(대법원 1992. 9. 14. 선고 92도1534 판결 등), 헌법이 보호하는 양심의 자유에는 양심적 병역거부가 포함된다고 해석하면서 “양심의 자유와 국방의 의무라는 헌법적 가치가 충돌할 경우 병역법 제88조 제1항 제1호를 해석함에 있어서는 규범조화적·헌법합치적 해석이 필요한데, 국방의 의무만을 온전하게 확보하면서 양심의 자유를 일방적으로 희생시키는 법률해석은 정당성을 확보하기 어렵다. 공익근무 등 대체복무 형태의 군복무가 약 13%에 이르는 반면, 양심적 병역거부자는 전체 입영인원의 0.2%에 불과하여 이로 인한 군사력 저하를 논하기 어려운 점, 국제사회가 양심적 병역거부를 인정하고 있는 점, 군복무와의 형평성을 고려한 대체복무제도를 도입하여 국민적 공감대를 얻을 수 있는 점 등을 고려하면, 정당한 사유에는 양심적 병역거부가 포함된다고 할 것이므로, 피고인은 무죄에 해당한다.”고 본 법원의 판단(광주지법 2016. 10. 18. 선고, 2015노1181 판결) 이후 헌법재판소는 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니하는 것은 과잉금지원칙에 위배하여 양심적 병역거부자의 양심을 침해하는 것이라고 보았고(헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379의 다수의견), 대법원도 양심의 자유는 도덕적·정신적·지적 존재로서 인간의 존엄성을 유지하기 위한 필수적 조건으로서, 진정한 양심적 병역거부자에게 징총과 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 강제하고 그 불이행을 처벌하는 것은 양심의 자유에 대한 과도한 제한이 되거나 본질적 내용에 대한 위협이 된다고 판단하였다(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912).

2. 사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 차별의 금지

헌법에서 ‘사상의 자유’를 명시적으로 언급하고 있지는 않으나, 헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다” 라고 규정하고 있다. 대체적으로 사상의 자유(思想-自由, Freedom of thought)란 타인의 견해와는 관계없이, 하나의 사실이나 관점 또는 사상을 유지하거나 생각하기 위한 개인의 자유를 말한다. 표현의 자유의 개념과는 구별되지만 밀접한 관련이 있다. 표현의 자유는 사상, 양심, 종교, 학문의 자유라는 내면적 정신활동의 자유가 구체적인 행위로서 표현된 것으로, 외면적 정신활동의 자유라고 볼 수 있는바, 사상, 양심, 종교, 학문의 자유는 실질적으로 표현의 자유가 보장됨으로서 비로소 현실적 의미를 갖는다. 그리고 양심의 자유(良心-自由)는 외부로부터 속박을 받지 않고, 자신의 양심에 따라 행동하는 자유를 의미한다. 사람의 정신적 활동을 법률로 금지하거나 강제하지 않도록 하기 위해, 인간 기본권의 하나로 여러 나라 헌법에서 이를 보장하고 있다. 대한민국은 헌법 제19조에 규정하고 있다. ‘사상의 자유’와 ‘양심의 자유’는 서로 불가분의 관계에 있기 때문에 사상과 양심의 자유(思想-良心-自由)라고 묶어 부르기도 한다. 인간의 모든 활동은 인간의 정신 활동으로부터 나오는 것이기 때문에, 인간 내면의 자유 중에서 사상과 양심의 자유가 없으면, 표현의 자유와 그 밖의 정신적 자유, 경제적 자유도 그 존립 기반을 잃는다. 인간 내면의 자유는 인류가 가지는 모든 자유의 기초이며, 다른 자유권보다 엄중하게 지켜지지 않으면 안 된다고 여겨진다.

정치적 의견은 민주주의의 정치과정에 있어서는 논쟁할 수 있는 대립적 의견이고 합리적 설득의 가능성을 가지고 있는 것과 같은 관념이다. 즉, 의논과 타협의 가능성을 전제하지 아니하면, 합의에 도달할 수 없다. 이러한 뜻에서 소위 ‘컨센서스’(기본적 일치)와 여론 내지 정치적 의견이 구별된다. 전자는 사회의 근본에 있는 의심할 여지가 없는 것으로서 후자의 컨센서스의 위에 형성되어 얻을 수 있다. 정치적 의견 표현의 자유가 표현의 자유의 전부는 아니나, 정치적 의견의 보장을 강조하는 것은 표현의 자유 전체의 보장 정도를 단적으로 나타낸다는 것은 부정할 수는 없다. 인간이 자신의 사

상이나 양심, 정치적 의견을 표현하고자 하는 욕구는 인간의 본래적 성격에 뿌리를 두고 있으므로 인간의 자유로운 표현 욕구를 억누르는 것은 인간의 존엄을 침해하는 것이 된다.

사상 또는 정치적 의견의 자유에 대한 차별이 문제되는 사례로는 한국사교과서 국정화에 반대하여 시국 선언에 참가한 자들에 대한 포상 배제 또는 채용면접과정에서의 정치적 성향에 대한 질의를 한 경우 및 학생회장 입후보자에 대해 정치적 성향을 근거로 한 활동을 이유로 입후보자 추천을 거부한 사례 등을 들 수 있다. 또한, 가장 대표적인 예로는 공무원의 정치 중립 의무 규정을 들 수 있다. 해당 규정은 1960년대 공무원이 정치운동이나 홍보에 동원되는 것을 막기 위해 만든 조항이지만, 현재에 이르러서는 표현의 자유의 일환으로서 사상 또는 정치적 의견 표명의 자유, 정치적 기본권의 행사를 막는데 악용되고 있다는 지적을 받는다. 국제기구도 한국에 공무원·교원의 정치적 의견 표명의 자유, 정치적 기본권을 보장해야 한다고 말해 왔다. 국제노동기구(ILO)는 2019년 2월 한국 법률이 공무원·교원의 정치활동을 금지하는 것은 ILO 협약 위반이라고 밝혔다. UN도 2011년 같은 지적을 한 바 있다. 국회입법조사처는 2020년 5월 보고서를 통해 “(교원의 정치적 기본권에 대해)과도한 제한은 삭제하고 최소한의 제한만 정하도록 해 기본권의 핵심적 내용을 보장하면서도 직무수행시의 중립성을 준수할 수 있도록 하는 입법개선방안을 모색할 필요가 있다”며 “시민의 자유확대는 물론 자유민주주의의 발전에 기여할 것으로 기대할 수 있다”고 말했다. 영국, 독일, 프랑스, 일본 등 해외에서는 공무원·교원의 정치적 활동이나 의견 표현을 폭넓게 보장한다.

그러나 현재까지 헌법재판소의 입장은 조금 더 보수적이다. 현재는 2020년 4월 현직교사 9명이 낸 헌법소원⁵⁾에서 “공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다”고 한 국가공무원법 65조 1항 등은 위헌이라고 판결했다. 그러나 공무원·교원 등이 정당의 발기인이거나 당원이 될 수 없도록 한 정당법은 합헌이라고 봤다. 국가공무원법의 ‘정당이나 그 밖의 정치단체’라는 표현에는 자의적 해석의 여지가 있지만, ‘정당활동 금지 조항’ 자체는 공무원·교원의 정치적 중립성을 위해 필요하다고 본 것이다. 단, 이석태·김기영·이미선 헌법재판관 등은 이 판결에서 “근무시간 외의 집단행위는 학생들에게 간접적·사실적 영향만 미침에도 이를 이유로 기본권 행사를 제한하는 것은 기본권 박탈”이라며 “교원이 받게 되는 정당 설립·가입의 자유에 대한 제약과 민주적 의사형성 과정의 개방성과 이를 통한 민주주의의 발전이라는 공익에 발생하는 피해가 매우 크다”는 의견을 냈다.

II. 고용상 종교, 사상 또는 정치적 의견 차별

종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

1. 차별이 인정된 경우⁶⁾

가. 종교 차별

종교가 원인이 되어 고용상 차별을 주장하여 인정된 사례로는, 종교활동 불참자에 대한 퇴사 강요

5) 헌법재판소 2020. 4. 23. 2018헌마551 결정.

6) 간접차별이 문제되어 차별이 인정된 사례는 확인되지 않아, 직접차별이 문제되어 차별이 인정된 경우만을 다룬다.

사례 및 종립학교 교직원 채용시 종료를 이유로 한 차례 사례를 들 수 있다. 종교차별사건에서 고용상 차별의 합리성 판단은 주로 종교가 진정직업자격에 해당하는지 여부를 기준으로 한다. 진정직업자격에 해당하는 경우에는 종료를 이유로 하는 고용상 불이익 조치가 합리적이겠지만, 그러하지 않은 경우에는 종교가 해당 직무를 수행하는데 필수적인 경우를 제외하고는(예를 들어, 기독교학교에서 채플을 주관할 목회자의 채용, 종립학교에서 설립이념인 종교를 교과목으로 설정하면서 해당 교과목을 강의할 교원의 채용) 종교 자체가 차별의 합리적인 이유가 되지 않는 것으로 본다. 즉, “종립학교 목적을 달성하는데 필수적인 경우를 제외하고, 교직원 직무수행상 관계가 없는 자격을 요구하는 것은 합리적 이유가 없는 차별”이 되는 것이다.

1) 종교활동 불참을 이유로 하는 고용상 불이익

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 기독교 정신에 근간을 두고 해외나눔운동을 하고 있는 피진정기관에서 근무하는 자로, 피진정기관이 주관하는 종교활동에 불참했다는 점을 이유로 퇴사를 강요당했고 이는 종교 등을 이유로 한 불합리한 차별이라고 주장한다. 이에 대해 피진정기관은 직원들의 연대 의식을 고려하여 기독교인을 선발하고 있다고 주장한다. 진정인은 입사 시 피진정기관의 방침에 동의하였다고 진술한다
- * 판단 : 국가인권위원회는 직접적이고 구체적으로 비교대상자를 특정하고 있지는 아니하나, 동일 피진정기관에서 종교활동에 참여한 자가 진정인에 대한 비교대상자가 될 수 있을 것이다. 피진정인은 기독교 정신에 입각하여 설립되었다고 주장하나 종교와 직원들의 업무가 밀접하게 관련되어 ‘진정직업자격’으로 인정되는 경우를 제외하고는 특정 종교를 강요하는 것은 합리적이지 않다고 보았다. 본 사건 진정인의 업무가 진정직업자격에 해당한다고는 판단되지 않고, 피진정인이 진정인에 대해 업무예배 참석 여부에 대해 지속적으로 확인하고 참석하지 않을 경우 불이익이 있을 수 있음을 언급하고 시달서를 요구한 점, 진정인의 업무배제 시점이 업무예배에 불참한 2012. 9. 이후인 점 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 피진정인들이 진정인에게 불리한 업무환경을 조성하여 결국 스스로 퇴사하는 원인제공을 하였다고 판단하였다. 즉, 국가인권위원회는 피진정기관에서 근무하던 진정인의 업무가 ‘진정직업자격’에 해당하는지 여부를 주요한 합리성 판단의 근거로 삼았으나, 본 사건에서 진정인의 업무는 ‘진정직업자격’에 해당된다고 판단되지 않은바, 결국 불합리한 차별에 해당된다.

2) 종립학교 채용시 종교자격조건에 따른 불이익

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 피진정인(피진정기관)이 교수 지원 자격으로 기독교 세례교인임을 요구하는 것은 종교 등을 이유로 한 고용상 차별에 해당한다고 주장한다. 이에 대하여 피진정인(기관)은 기독교 정신을 바탕으로 설립된 기관인바, ‘교원인사규정’에서는 기독교 신자일 것을 요구하고 있고, 본교의 교육목적 달성을 위한 핵심 기간이 되는 인적자원(교수)에 대해 지원자격을 기독교 세례교인으로 제한하는 것은 교육이념의 가치를 실현하기 위한 인적자원의 선별일 뿐이며, 종교상의 이유에 의한 차별이 아니라고 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는, 구체적으로 비교대상자를 특정하지는 않고 있으며, 진정인의 지원 업무는 진정직업자격에 해당하지 아니하고, 학교의 건학이념 추구가 꼭 기독교인이어야만 가능한 것은 아니며, 기독교인이 아니더라도 얼마든지 학교의 건학이념과 방침을 충실히 지키면서 자신의 업무를 수행할 수 있을 것인바, 본 사건의 차별은 합리적인 이유 없이 종교를 이유로 특정인을 불리하게 대우하는 행위라 할 수 있다고 판단하였다.

<종교를 이유로 하는 고용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
종교 09진차0001241	종교재단의 지원자격 제한	채용	진정직업자격	행정직원 업무의 성실장 진정직업자격에 해당하지 않음.
종교 13진정0003000	퇴사강요	종교행사 불참	경향사업 해당성	경향사업 해당성 부정. 종교행위를 강제하는 것은 합리

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
				적 이유없음.
종교 15진정0068000	사립고등학교 지원자격제한	세례교인 증명서 제출	진정직업자격	교과목 교사가 특정 종교 신도 이거나 세례자이어야 할 합리적 이유없음.
종교 14진정1066000	대학 교직원 지원자격제한	특정 종교 요구	진정직업자격	학교의 공공성
종교 16진정0999900	재계약 포기	종교행사 불참	(-)	비기독교인에게 종교행사불참을 이유로 모욕감과 불편함을 느끼 게 하는 등 근무환경 악화
종교 17진정0701000	대기발령, 권고사직	특정종교교육 에 대한 이의제기	경향사업 해당성	경향사업 해당성 부정. 종교교육거부를 이유로 대기발 령, 권고사직수용은 차별.
종교 17진정0983000	종립학교 교직원 지원자격제한	채용	진정직업자격	종립학교 목적을 달성하는데 필 수적인 경우를 제외하고, 교직원 직무수행상 종교가 불가결한 요 소가 아님.
종교 17진정1119700	종립학교 교직원 지원자격제한	세례교인요구, 출석교회 당회장 추천서 제출	진정직업자격, 지원자격 제한에 대한 합리성	진정직업자격 부정. 종립학교 목적을 달성하는데 필 수적인 경우를 제외하고, 교직원 직무수행상 관계가 없는 자격을 요구하는 것은 합리적 이유가 없는 차별.
종교 18진정0828000·18진 정0828000(병합)	종립학교 교직원 지원자격제한	기독교요구, 세례유무·세 례연도·출석 교회 기재요구	진정직업자격 종교제한의 정당성	진정직업자격 부정. 교직원 채용 시 비기독교인을 모든 경우에 원칙적으로 배제하 는 것은 불합리한 차별.
종교 18진정0034900	종립학교 교직원 지원자격제한	출석교회 담임목사 추천서제출	진정직업자격 종교제한의 합리성	종립학교 목적을 달성하는데 필 수적인 경우를 제외하고, 비기독 교인을 모든 경우에 원칙적으로 배제하는 것은 불합리한 차별.
종교 18진정0330800	종립학교 교직원 지원자격제한	세례교인 요구, 교적증명 및 추천서, 신앙고백서 제출 요구	진정직업자격 종교제한의 정당성	진정직업자격 부정. 종립학교 목적을 달성하는데 필 수적인 경우를 제외하고, 비기독 교인을 모든 경우에 원칙적으로 배제하는 것은 불합리한 차별.
종교 18진정0819200·18진정 0831900(병합)	종립학교 교직원 지원자격 제한	담임목사 추천서, 세례증명서 요구	진정직업자격 종교제한의 정당성	진정직업자격 부정. 종립학교 목적을 달성하는데 필 수적인 경우를 제외하고, 비기독 교인을 모든 경우에 원칙적으로 배제하는 것은 불합리한 차별.

나. 사상 또는 정치적 의견 차별

사상 또는 정치적 의견 차별을 주장하여 인정된 사례로는, 채용면접과정에서 정치적 성향을 질의한 사례 및 한국사교과서 국정화 반대 시국선언 참가자에 대한 포상 등 제외 사례를 들 수 있다.

1) 채용면접시 정치적 성향에 대한 질문

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 피진정인(피진정기관)에 채용면접을 보던 응시자로, 채용면접 중 정치적 성향을 질문받았고, 이는 종교 등을 이유로 한 차별이라고 주장하며 진정을 제기한다. 이에 대해 피진정기관은 각 면접자에게 질문의의사항을 전달했음에도 면접자 중 1인이 응시자인 진정인에게 정치 성향을 질의하였다고 주장하고, 해당 면접자는 채용응시자의 논리적 사고와 표현능력을 알아보기 위한 질문이었다고 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는 비교대상자를 특정하여 실시하지는 않고 있다. 진정인이 지원했던 연구기획 분야는 여론조사 및 사회이슈와 관련된 업무를 수행하는 자리이고, 피진정기관이 정당 등의 특수한 목적의 단체가 아닌 이상, 지원자의 사상 또는 정치적 성향에 대한 질문은 채용예정자의 직무수행 능력의 평가와 관련이 없다고 판단된다. 면접자는 진정인의 논리적 사고와 표현력을 알아보기 위하여 위와 같은 질문을 하였다고 주장하지만, 다른 질문으로도 충분히 그러한 능력을 알아볼 수 있는바, 면접과정에서 차별적 결과를 초래할 수 있는 질문은 의도와 무관하게 그 자체로서 금지될 필요가 있다고 판단하였다. 즉, 국가인권위원회는 위 사례에서 차별의 합리적 기준으로 목적과 수단의 적정성을 기준으로 판단한 것이다. 진정인의 논리적 사고와 표현능력을 알아보기 위한 목적이었다는 진술이 있으나, 이러한 목적 달성을 위해서는 정치 성향에 대한 질의 이외에 다른 질문으로도 충분히 목적을 이룰 수 있는바, 결국 위 사안은 목적과 수단이 적정하지 않게 된바, 합리적 근거를 둔 차별이라고 볼 수 없다고 판단한 것이다.

2) 시국선언참가자에 대한 포상제외

- * 정당화 주장 사유 : 피해자들은 각 교육청에서 스승의 날 정부포상 대상자로 추천된 자들이나 '제1차, 제2차 한국사교과서 국정화 반대 교사시국선언'에 참여하였다는 이유로 포상자 최종 선정에서 제외된바, 진정인(전국교직원노동조합)은 피진정인의 이러한 행위가 양심의 자유를 침해하고, 표현의 자유를 위축시키며 평등권을 침해하는 행위로서 차별에 해당한다며 진정을 제기하였다. 이에 대하여 피진정인(교육부장관)은 피해자들이 국정교과서 문제를 정권 퇴진 운동과 연결시켜 현 정부(박근혜 정부)에 대한 반대의사를 명확히 드러내고 있어, 교육부는 정치적 중립성을 훼손한 복무 위반 행위로 보고, 시국선언 참여 교원에 대하여 가담 정도에 따라 징계 등 신분상 처분을 각 교육청에 교수한 바 있다고 설명한다. '정부포상지침'에 따르면, '정치적 활동 등으로 사회적 물의를 일으켜 정부포상이 합당치 않다고 판단되는 자'는 포상 제외 사유에 해당하므로, 진정인들을 포상 대상에서 배제하였다고 주장한다.
- * 판단 : 본 사건에서 국가인권위원회는 비교대상을 명시적으로 특정하지는 않고 있다. 다만, 피해자들이 한국사교과서 국정화 반대 시국선언에 참여한 사실, 피진정인이 시국선언에 참여한 행위가 공무원의 집단행위를 금지하고 있는 '국가공무원법' 제66조 등을 위반한 것으로 보고, 각 교육청에 참여 교원들에 대해 가담 정도에 따라 징계 등 신분상 처분을 요청한 사실 등을 사실관계로 확인하였다. 피진정인이 피해자들을 정부포상 등 선정에서 제외한 행위가 평등권 침해의 차별행위에 해당하는지 여부에 대하여는, 포상 등에 있어서 공적심사 과정은 수여권자의 재량이 폭넓게 인정되는 영역으로, 재량권 행사에 있어 현저히 합리성을 잃어 권한의 범위를 이탈하거나 남용해서는 아니되는데, 피해자들에 대한 징계 요청을 받은 각 교육청이 사실조사과정을 거쳐 종결처리하고 포상 등에 결격사유가 없다고 판단하였음에도 불구하고, 이에 대한 고려 없이 일률적으로 피해자들을 포함하여 시국선언에 참여한 수 백명의 교원을 포상 등에서 제외한 것은, 수여권자로서의 폭넓은 재량권을 넘어 합리적 이유 없이 '정치적 의견'을 이유로 고용의 영역에서 특정한 사람을 배제하거나 불리하게 대우하는 평등권 침해의 차별행위에 해당하는 것으로 판단하였다.

<사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 고용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
사상 또는 정치적이견 16진정0664900	채용면접	정치적 성향에 대한 질문	(-)	지원자의 사상 또는 정치적 성향에 대한 질문은 채용예정자의 직무수 행능력 평가와 관련성이 없고 양심 의 표현을 강제하는 것으로서, 질문 그 자체로 사상 또는 정치적 성향 에 따른 불리한 대우에 해당.
사상 또는 정치적이견 16진정0683600 · 16진 정0858100 · 16진정096 0500(병합)	포상	시국선언 참여를 이유로 한 포상자 선정 제외	합리적 이유	시국선언 참여자들에 대한 징계처 분 요청이 ‘불문’에 그쳤음에도 ‘징계처분 요구 중’인 자를 포상 대상자에서 제외하도록 한 규정을 적용한 것은 실질적 징계로서 인사 권자의 재량을 넘는 차별행위.

2. 차별이 인정되지 않은 경우)

종교 등이 원인이 되어 고용상 차별을 주장하였으나 차별로 인정되지 않은 사례로는 종교를 이유
로 한 승진 배제 사례⁸⁾가 있다.

- * 정당화 주장 사유 : 피진정인은 자신이 다니는 학교(피진정인)는 00광역시 소재 00중학교이고, 재단 00학사 이
사장은 00사 교인으로 2008. 9. 26. 동 재단 이사회가 00중학교의 교장, 교감 연수 대상자를 결정함에 있어
위 사찰에 나가지 않는 사람을 불합리하게 탈락시켰다고 주장한다. 그러나 피진정인은 교내에서 종교행사를 하
지 않는 것은 물론이고 교직원들 각자의 종교에 대하여도 어떠한 간섭도 한 적이 없다고 주장한다. 다만, 학교
의 설립 목적을 달성하기 위해서는 종교를 완전히 배제할 수 없고, 교장 또는 교감을 선발하는 것은 일반적인
교원 인사와 다를 수 밖에 없다고 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는 학교의 교장, 교감 등에 한정하여 종교적 신념을 고려한 것은 불합리한 차별이라고
판단되지 않는다고 판단하였다. 국가인권위원회는, 피진정인은 헌법상 직업 선택자유와 본질을 침해하지 아니하
는 범위 내에서 교장, 교감 등 관리자에 한하여 종교재단인 피진정인 학교의 설립목적 충실하게 수행할 적임
자를 선발하기 위해 종교적 신념을 고려하는 정도에 이른 것으로 판단하였다.

<종교를 이유로 하는 고용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
종교 08진차0001336	교장/교감 승진	종교행사 불참	합리적 이유	헌법상 직업 선택자유와 본질을 침해하지 아니하는 범위 내에서 교장, 교감 등 관리 자에 한하여 종교재단인 피진정인 학교의 설립목적 충실하게 수행할 적임자를 선 발하기 위해 종교적 신념을 고려하는 정 도는 가능함.

7) 간접차별이 문제되었지만 차별이 인정된 사례가 없어, 직접차별이 문제되었지만 차별이 인정된 경우만을 다
룬다. 사상 또는 정치적 의견을 이유로 한 고용상 차별 불인정 사례는 목록상 존재하지 않아 별도로 다루지
아니한다.

8) 08진차0001336

3. 주요 쟁점

가. 국가인권위원회 결정이 제시한 고용상 차별의 합리성 판단기준

종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 고용상 차별 판단과 관련된 사건 중 다수는 종립학교 또는 종교재단 등에서의 교직원 등 지원자격을 해당 종교인으로 한정하는 문제이고 이외 종교행사, 시국선언 등 정치활동 등에 대한 참여 여부를 이유로 한 불이익 사례 등이 확인된다. 인권위원회는 대체로 진정직업자격을 근거로 종립학교 등에서의 교직원 지원자격의 문제에 대한 차별의 합리성 여부를 판단하고 있으며, 이외 사례에서는 해당 사안별로 구체적으로 사실관계를 확인한 후 실질적, 종합적 판단으로 각 사례에서 제기된 차별의 합리성 여부를 심사하고 있다.

예를 들어, 종립학교 또는 시설 등에서의 교직원 등 지원자격과 관련해서는, 당해 업무가 '진정직업자격'에 해당하는지 여부를 주요한 합리성 판단 기준으로 살펴보고, 만일 해당 사안에서 진정인이 지원하고자 한 교수 업무가 '진정직업자격'에 해당하지 않음에도 지원자격에 특정 종교인일 것을 요구하였다면, 이는 불합리한 차별이라고 판단하고 있다. 시국선언 참여를 이유로 한 포상자 선정 제외 사례에서는 진정인 및 피진정인 주장에 대한 구체적 사실관계를 확인한 후, 포상 등의 수여가 수여권자의 재량범위 내에 존재한다는 것을 일차적으로 판단하였고, 재량행위의 행사에 있어 그 범위를 일탈했는지 여부를 이차적으로 판단하였다. 즉, 위 사건은 구체적 사실관계를 확정된 후, 이후 이를 근거로 한 실질적, 종합적 판단을 통해 차별 여부에 대한 판단이 이루어진바, 이와 같은 사안들은 결국 해당 사안별 구체적 사실관계에 기인할 수 밖에 없다.

결국, 종교, 사상 또는 정치적 의견으로 인한 고용상 차별과 관련하여, 합리성 판단기준의 주요한 쟁점은 '진정직업자격'으로 보이고, 관련하여 종교 영역에서의 차별은 '종교의 자유'의 본질과 유기적으로 살펴볼 필요가 있으므로, 아래에서는 합리성 판단기준으로서 진정직업자격을 판단 및 종교의 자유 본질의 범위에 대하여 살펴본다.

나. 진정직업자격을 판단

종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 차별 판단에 있어 주로 문제되는 쟁점은, 종립학교 또는 시설에서의 종교, 사상 또는 정치적 의견과 해당 직무수행과의 관련성 부분이다. 즉, 해당 직무의 성격이 진정직업자격을 해당하는지 여부가 문제되는바, 종교, 사상 또는 정치적 의견에 대하여 직업적인 특성 또는 직무수행상의 특수성을 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다. 해당직무를 수행하기 위해 반드시 필요한 자격이나 요건에 해당되는 경우 차별적 처우를 할 수 있다는 '진정직업자격(BFOQ : Bona Fide Occupational Qualification)' 개념이 여기에 적용된다. 이러한 진정직업자격을 인증 또는 피부색에 기한 차별에는 적용되지 않는다. 원래 진정직업자격을의 구체적 내용과 관련해서는, 주로 성차별영역에서 "진정직업자격을의 요건에 해당하지 않음에도 불구하고 사용자가 특정 집단을 제한하고 배제하는 방식으로 고용상의 불이익한 대우를 할 경우에는이는 차별행위로 간주할 수 있다"는 개념 정도를 언급하는 정도에 그치거나 미국의 주요 판례 문구를 인용하는 것이 대부분이었다.

한편 「남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률」은 2001. 8. 14. 전문 개정시 "직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우"는 차별로 보지 않는다는 진정직업자격 관련 규정을 신설하였다(제2조 제1항 제1호). 당시 모성 보호 관련 쟁점이 주를 이루었던 논쟁에서 주목을 받지 못하였

으나, 현재 진정직업자격은 국가인권위원회에 제기된 종교 등을 이유로 한 고용상, 재화등의 공급이나 이용상, 교육시설 등에서의 교육, 훈련이나 그 이용상 차별판단에 있어 주요한 판단기준이 된다. 특히, 종립학교 또는 종교기관 등에서의 고용상 차별과 관련하여 해당 학교 또는 기관에서의 당해 업무가 필수적으로 종교, 사상 또는 정치적 의견과 관련되는지 여부를 판단하는 유용한 도구가 된다. 국가인권위원회는 진정직업자격인 직무를 인정함에 있어 상당히 엄격한 기준을 두고 있는 것으로 판단되며, 문제된 직무의 구체적인 업무내용을 검토하여 종교와의 구체적인 연관성을 검증하고자 하는 것으로 보인다. 진정직업자격은 차별금지의 예외 사유에 해당하는바, 위와 같이 엄격한 기준하에 제한적으로 해석함이 타당하다. 예를 들어, 특정 종교의 교리를 취지로 하여 설립된 종교기관 또는 종립학교이고 그 설립 목적의 유지를 위해 필수불가결한 업무라 할지라도, 그 업무의 본질적 부분의 성격이 세속적인 것일 때에는 특정 종교를 차등 취급할 수 없다. 즉, 종립학교에서 종교교육을 담당하는 교원이라면 특정 종교에 대한 믿음과 지식을 갖출 것이 요구될 수 있으나, 교육내용이 세속적·비종교적인 것이라면 교원의 일반적 자격으로 특정 종교인일 것은 요구하는 것은 다른 종교와 해당 종교를 합리적 근거없이 차등 취급하는 것이 된다. 따라서, 전자의 경우라면 진정직업자격조건에 해당한다 할 것이나, 후자의 경우에는 이를 진정직업자격으로 보아 차별금지의 예외에 해당한다 할 수 없을 것이다.

다만, 교원 등 종사자의 종교적 신념으로 인해 종립학교 또는 종교기관의 본질적인 업무 수행이 불가능한 경우 등 지극히 제한적인 경우에만 차별금지의 예외사유로서 진정직업자격이 인정될 수 있을 것이다.

다. 종교의 자유 본질의 범위

종립학교 또는 시설의 경우 해당 기관 등은 종교적 신념을 바탕으로 설립되었고, 응시자 또는 채용자 역시 해당 종교적 신념을 이해하고, 관련 요구에 동의하였음을 주요 항변사유로 제시한다. 이에 종교의 자유의 본질 범위에 대한 이해를 토대로, 종립학교 또는 시설의 주장을 살펴보아야 한다. 「헌법」제20조 제1항은 “모든 국민은 종교의 자유를 가진다.”고 규정하고 있고, 종교의 자유에는 종교교육의 자유도 포함되므로 특정 종교 전파의 목적을 가진 집단이나 개인이 대학을 설립하여 해당 종교 정신을 가진 사람들을 육성하는 것은 종교의 자유를 실현하는 방법 중의 하나이다. 그러나 학생 또는 종사자의 경우 내심의 신앙의 자유, 적극적으로 종교행위를 할 자유, 소극적으로 종교를 강요당하지 아니할 자유가 인정된다. 가사 입학 또는 채용시 대학의 신앙적 정체성을 존중하기로 서약하였다 고 할지라도, 학교가 학생 또는 종사자의 사상과 양심, 종교의 자유를 본질적으로 침해할 수는 없는 바, 채용 또는 퇴사 등 고용과 관련하여 강압적인 방법으로 종교적 동일성을 강제할 수는 없는 것이다.

종교의 자유의 내용으로는 1) 신앙의 자유, 2) 종교행사의 자유, 3) 종교적 집회결사의 자유, 4) 선교의 자유가 있다. 신앙의 자유는 종교의 자유의 최소한을 의미하고, 그것은 자유로운 종교적 행사에 의하여 확대·강화되며 종교적 집회결사의 자유와 선교·종교교육의 자유를 통해 완전한 형태를 구비하게 된다.⁹⁾

우리 헌법 제20조 제1항은 “모든 국민은 종교의 자유를 가진다.”라고 하여 종교의 자유(freedom of religion)를 보장하고, 제2항은 “국교는 인정되지 않으며, 종교와 정치는 분리 된다.”라고 하여 국교의 부정과 정교분리를 정하고 있다. 우리나라는 1948년 헌법에서부터 종교의 자유를 보장하였는데 ‘양심의 자유’와 ‘종교의 자유’를 분리하지 않고 동일조항에서 두 기본권을 보장하는 형태를 취했다.

9) 권영성, 헌법학원론, 박영사, 2007 앞의 책, 482면.

1962년 헌법부터 양심의 자유와 독립된 조항으로 종교의 자유를 보장하는 형태로 개정되어 현재에 이르고 있다.¹⁰⁾

종교의 자유도 외부로 표출되는 경우에는 다른 이익과 충돌될 수 있다. 종교의 자유 가운데 신앙의 자유는 절대적 기본권인 내심의 자유에 해당하므로 어떠한 경우에도 이를 제한할 수 없으나, 신앙의 자유가 외부로 나타난 종교적 의식·집회의 자유나 종교적 전파·교육의 자유는 상대적 기본권으로서 다른 이익과 충돌하는 경우에는 이익들 간에 조화를 유지하고 실현하는 필요에 따라 헌법 제37조 제2항에 의하여 제한될 수 있다. 물론 법률에 의한다면 기본권을 얼마든지 제한할 수 있다는 뜻은 아니다.

종교를 근거로 한 차별판단의 경우, 어떤 사람이 특정 종교 집단에 소속되어 있다는 점을 이유로 하여 차별이 이루어지지 않는지, 특정한 종교와 관련있거나 종교를 드러내는 의상 또는 언어적 특성 등을 이유로 하여 차별이 이루어지지 않는지, 어떤 사람이 특정 종교 집단의 일원이라는 인식 또는 일원일 것이라는 인식을 근거로 하여 차별이 이루어지지 않는지, 특정 종교의 단체나 사람과 관계가 있다는 것을 이유로 하여 차별이 이루어지는 않는지 여부를 살펴볼 수 있다. 또한, 특정 종교의 교리 또는 의식과 관련하여 과도한 부담이 없는 시설이나 장소 등 편의 제공이 가능함에도 불구하고 이를 이행하지 않는 경우 또는 종교행사에의 강제적 참여 또는 강제적 참여 제한 역시 해당 종교에 대한 차별판단의 기준으로 작동할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설(이하 ‘재화 등’)의 공급이나 이용상 출신, 사상 또는 정치적 의견 차별

종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

1. 차별이 인정된 경우¹¹⁾

종교가 원인이 되어 재화 등의 공급이나 이용상 차별이 이루어진 사례로는 종교행사 불참을 이유로 한 학교 생활관 퇴사 사례¹²⁾가 대표적이다.

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 피진정대학에 입학 후 생활관에 입사하였는데, 피진정대학은 진정인의 새벽 채플 불참 등 학교의 종교 행사에 참석하지 않았다는 이유로 생활관 퇴사를 요구한 바 이는 불합리한 차별이라고 주장한다. 이에 대해 피진정학교는 교육부로부터 ‘종교 지도자 양성 대학법인 지정고시’를 받은 대학에 해당하여 진단평가를 제외 받고 있다. 피진정 대학은 이를 근거로 일반 대학과 다른 종교기관으로서의 법적 지위를 인정받은 것이라고 주장한다. 모든 입사생은 생활관에 입사하기 전에 ‘생활관 입사 서약서’에 서명을 하고 입사를 하는데, 해당 입사 서약서에는 ‘새벽 채플에 성실히 참여할 것이고, 만약 5회 이상 불참 시(3회 경고, 4회 면담) 퇴사 하겠다’는 조항이 있고 입사생들은 서약서에 서명을 함으로써 새벽 예배에 이의를 제기하지 않겠다는 점을 사전에 충분히 숙지하였고, 동의한 것이라고 주장한다.

- * 판단 : 국가인권위원회는 비교대상자를 특정하지는 않고 있으며, 기독교 정신에 입각하여 설립된 피진정 학교

10) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006. 앞의 책, 422면.

11) 간접 차별이 문제되어 차별이 인정된 사례는 확인되지 않아, 직접 차별이 문제되어 차별이 인정된 경우만을 다룬다. 사상 또는 정치적 의견을 이유로 한 재화 등의 공급이나 이용상 차별 인정 사례는 목록상 존재하지 않는다.

12) 19진정0076000. 본 사례에 대해 국가인권위원회는 제2조 제3호 나목 위반행위로서 합리적 근거 없는 차별에 해당한다고 판단하였다.

의 생활관에서 새벽채플 행사를 진행하는 것 자체를 부당하다고 보기는 어려우나 피진정 학교의 학과 중에는 신학과와 기독교교육과와 같이 교회 지도자 및 전문인 양성을 추구하는 학과도 있지만 그 외 대부분의 학과는 기독교 정신에 기초한 전문적 지식과 자질을 갖춘 전문인의 양성을 목적으로 하고 있으며, 2013년 이후 비기독교인에게 이들 학과의 문호를 개방하여 그 수가 상당한 정도에 이르고 있음을 확인하였다. 또한, 생활관은 피진정 학교 재학생으로서 입사비를 납부한 사람은 누구나 입사할 수 있는 시설이지 종교인 양성을 위해 특화된 시설이 아니고, 진정한 주장과 같이 학생들이 자의로 새벽채플에 참석하기로 하고 입사서약서에 동의를 하였다고 보기 또한 어려운 점을 고려하면, 피진정학교가 종교행사 불참을 이유로 진정인으로 하여금 생활관에서 생활할 수 없도록 한 점은 종교를 이유로 재화 등의 공급 또는 이용에 있어 합리적 이유 없이 불리한 대우를 한 것으로 판단하였다.

<종교를 이유로 하는 재화 등 이용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
종교 19진장0076000	생활관 입소 거부	채플 불참	합리적 이유	생활관 내의 기독교 행사인 새벽채플에 참여하지 않는 비기독교인인 진정인을 퇴사조치 할 수 있도록 한 피진정인의 입사서약서의 관련 규정은 합리적 이유 없이 비기독교인 학생을 교육시설 이용에 있어 불리하게 대우하는 행위로서 불합리한 차별.

2. 차별이 인정되지 않은 경우¹³⁾

가. 종교 차별

1) 특정일을 국가시험일로 지정한 경우

종교가 원인이 되어 재화 등의 공급이나 이용상 차별이 이루어졌다고 주장하나 인정되지 않은 사례로는 특정일을 시험일로 지정한 사례가 대표적이다. 실상 종교 등을 이유로 한 채용 등의 공급과 이용상 차별¹⁴⁾은 다양한 모습이기 는 하나 특정일을 시험일로 지정함으로써 이것이 곧 특정 종교인에 대한 간접차별이라는 주장 사례가 다수를 차지한다.

□ 특정일을 국가시험일로 지정한 경우(17진정0807200)

* 정당화 주장 사유 : 진정인은 0000000000교(이하 '0000교'라 함)의 교인으로, 해당 종교는 성경상 일곱째 날인 토요일을 안식일로 지키고 안식일에는 하나님을 예배하거나 선을 행하는 일 이외에 개인적인 일을 하지 않는 것이 안식일을 거룩하게 지키는 것으로 믿는 종교이다. 진정인은 0000교 교인이면서 공무원을 준비하는 자로 공무원시험을 토요일에 시행하여 응시를 못하도록 하는 것은 종교인에 대한 차별이라고 주장한다. 이에 대해 피진정기관은 공무원시험을 실시함에 있어 응시자의 종교적 신념 보장을 위해 무조건적인 편의제공을 할 수는 없고, 실현가능한 편의 제공만이 가능하다고 주장한다.

13) 직접차별이 문제되었지만 차별이 인정되지 않은 사례가 없어, 간접차별이 문제되었지만 차별이 인정된 경우만을 다룬다.

14) 17진정0807200, 이외 17진정0664700, 17진정0748500, 16진정0927800 · 17진정0756300 · 16진정0927800 등 건 병합사건, 15진정0241000, 13진정0666200, 09진차0001036 · 09진차000516 · 09진차000520 · 09진차000538 · 09진차000539 등 5건 병합, 10진정0294900 등 유사사례 다수 참조.

* 판단 : 본 사건에서 인권위원회는 명시적으로 비교대상군을 특정하고 있지는 않다. 인권위원회는 피진정기관의 주장과 같이 피진정인들의 재량 또는 의무범위를 과도하게 초과하지 않는 범위 내에서의 응시자들에게 실현가능한 편의를 제공하는 것이 타당하고, 시험시행일을 지정하는 행위는 시험시행기관이 응시생들의 편의 및 시험관리의 용이성 등을 고려하여 관련 규정 및 절차에 따라 재량적 범위 내에서 결정하는 것으로 그 자체를 차별행위에 해당한다고 볼 수는 없다고 판단하였다. 본 사건에서 특정일을 시험일로 지정함으로써 부득이하게 특정 종교인들의 종교 활동에 일부 제한이 가해지기는 하였으나, 이는 특정 종교에 대한 차별의 고의나 의도 없이 시험관리를 위해 관련 규정 및 절차에 따라 재량범위 내에서 이루어진 것으로 위와 같은 행위에는 합리성이 있다고 판단하였다.

특정일을 시험일로 지정한 유사사례에서 당해 국가기관(시험주관기관)은 특정일을 시험일로 지정한 것이 종교 등을 원인으로 한 차별이라고 주장하는 진정인에 대하여, 진정인은 「헌법」에서 말하는 종교의 자유가 그로 인해 불이익을 받지 않을 권리가 있다는 뜻이지 어떠한 제도와 규정도 본인의 신앙생활을 방해할 수 없다는 뜻은 아니며, 한 사람의 신앙생활을 위해 다른 다수의 학생들의 학습권이 침해되어도 좋다는 뜻은 아니라고 판단하였다고 설명한다. 또한 종교적 신념 보장을 위한 편의 제공은 그 재량 또는 의무범위를 과도하게 초과하지 않는 범위에서 실현가능한 보장을 말하는 것인데, 학사일정상의 불가피성 등을 이유로 진정인의 요구를 받아들이기 어렵다고 설명하였다. 국가인권위원회는, 각 종교마다 성일이 다르다는 점을 고려할 때, 피진정인이 각 종교의 성일을 모두 피하여 시험일을 지정하기란 상당히 곤란할 것으로 판단되며, 예측하기 어려운 사정에 의한 일시적인 추가시험과는 달리 이 사건의 종교적 성일을 이유로 하는 추가시험은 정례적으로 시행되어야 할 것인바, 그러한 정례적 추가시험은 업무과중을 초래하거나 시험의 공정성을 저해할 수 있다. 따라서, 피진정인이 특정 요일을 시험일자로 지정하거나, 특정요일에 실시하는 시험 외 추가시험을 실시하지 아니한 것을 불합리한 차별행위로 보기 어렵다고 판단하고 있다.

<종교를 이유로 하는 재화 등 이용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
종교 09진차516 등 병합	토요일 시험	토요일을 예배일로 하는 수험생들의 응시 제한	합리적 이유	현실적인 제반 사정에 비취 볼 때 다수 국민의 응시 편의를 위한 부득이한 제한으로서 그 합리성이 인정
종교 10진정0244900	공휴일 지정	종교관련 기념일의 공휴일 지정	국가인권위원회법 제39조 제1항 제2호	인권침해나 차별행위에 해당하지 않음.
종교 13진정0666200	토요일 시험	토요일 시험시행으로 특정 종교인 응시 제한	합리적 이유	현실적인 제반 사정에 비취 볼 때 다수 국민의 응시 편의를 위한 부득이한 제한으로서 그 합리성이 인정
종교 15진정0241000	임상심리사2급 응시자격	박사과정 전공이 기독교상담학이라 접수거부 (그러나 영문학사로 접수)	국가인권위원회법 제39조 제1항 제2호	차별행위에 해당하지 않음
종교 16진정0565800 등 병합	휴일 시험	의사국가고시를 토요일에 시행	합리적 이유	종교적 신념 보장을 위한 편의제공은 모든 상황에서 무조건적인 보장일 수는 없고, 편의제공자로 하여금 그 재량 또는 의무범위를 과도하게 초과하지 않는 범위 내에서의 실현가능한 보장을 의미

종교 17진정0034900	토요일 시험	교원임용고사를 토요일에 시행	합리적 이유	상동
종교 17진정0664700	토요일 시험	국가시험을 토요일에 시행	합리적 이유	토요일 시험으로 예수재림교 신자들에게 종교활동에서의 자유가 어느 정도 제한되는 것은 사실이나 그렇다고 하더라도 개인의 종교적 신념 그 자체를 제한하고 있는 것은 아님.
종교 17진정0748500	토요일 시험	국가시험을 토요일에 시행	합리적 이유	상동
종교 17진정0807200	토요일 시험	국가시험을 토요일에 시행	합리적 이유	16진정0565800 등 병합 사건과 동일

나. 사상 또는 정치적 의견 차별

사상 또는 정치적 의견이 원인이 되어 재화 등의 공급이나 이용상 차별이 이루어졌다고 주장하나 인정되지 않은 사례로는, 이념에 따른 인터넷사이트 회원게시판 이용 제한 사례, 정치적 의견을 이유로 한 공공기관 회의실 대관사용 차별 사례, 교회활동에서 사상 등을 이유로 한 차별 사례 등이 대표적이다.

1) 인터넷사이트 회원게시판 이용 제한에 대한 차별 주장 사례(12진정0180600)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 인터넷 사이트에 글을 올리던 중 약 6년간 80회에 걸쳐 관리자가 진정인이 보수 성향의 글을 올리면 글쓰기 정지를 통해 접근을 하지 못하도록 하고 있는바, 이는 이념, 사상이 다르다는 이유로 토론방 글쓰기를 제한하는 행위이므로 차별에 해당한다고 진정을 제기하였다. 그러나 피진정인은 진정인이 지역감정 조장 및 욕설을 내용으로 하는 게시물을 지속적으로 올렸고, 게시판 이용정책 위반으로 약 6년간 총 215회의 경고를 받았고, 총 80회의 서비스 이용정지를 당하였고, 본 사건의 경우에도 게시판 이용정책 위반으로 인한 것이라고 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는, 게시판 운영과 관련하여 해당 서비스 회사의 관련 기준을 보면, 회사, 회원을 비방, 공공질서를 위반하는 내용 유포, 특정지역, 종교 간의 감정대립 조장 등에 해당하는 경우 게시 금지 조치할 수 있도록 정하고 있고, 진정인이 올린 글은 대부분 지역간 대립, 지역감정 유발하는 것으로 특정 지역, 특정 인물에 대한 인신공격, 욕설 등이 주 내용을 이루고 있다고 판단하였다. 결국, 피진정인의 불건전게시물 판단기준은 공론의 장으로 토론 게시판을 유지하는데 필요한 최소한의 기준인바, 진정인의 게시판 이용을 제한한 것은 합리적 이유 없는 차별행위가 아니라고 판단하였다.

2) 정치적 의견을 이유로 공공기관 회의실 대관사용 차별 주장 사례(17진정0346500)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 지인들과 함께 다양한 주제로 2017. 9.경 '00시민 참여민주주의 토크콘서트'를 개최하고자 경기도 운영의 공연장과 대강당, 대회의실 등의 대관을 요청하였으나 피진정인들(해당 공공기관의 장 등)은 '정치행사는 안된다. 공연 이외는 대관하지 않는다. 공무원상을 제외하고는 대관하지 않는다' 등의 이유로 대관을 거절하였다고 주장한다. 피진정인들은 정치활동, 특정 종교 활동의 장소, 개인 기업, 사설단체 등의 기념행사 등에 대한 대관은 제한된다고 주장한다.
- * 판단 : 본 사안에서 국가인권위원회는 비교대상군을 특정하지는 않고 있으며, 실제 각 피진정인들의 과거 대관 내역 및 대관 관련 규정을 확인하였다. 그 결과 피진정인들 관리의 시설물들은 지방자치단체가 직접 관리하거나 지방자치단체로부터 위탁을 받아 관리됨에 따라 국민의 세금으로 운영되므로 지방자치단체의 조례

와 규정에서 일정한 제한을 두는 것이 불가피해 보이고, 시설의 성격 상 청소년이나 예술인 등을 활동을 지원하며 공무원의 공무를 목적으로 하고 있어 신청된 행사의 대상자와 성격에 따라 시설 이용 허가를 하고 있으며, 시설물의 안전한 이용을 위한 일제점검으로 이용을 제한한 점 등을 종합적으로 고려하여 볼 때, 피진정인의 행위는 차별행위라고 보기 어렵다고 판단하였다. 진정인들은 피진정인들의 대관 거절 행위가 정치 행위임을 이유로 시설 이용을 불허한 것인바 차별에 해당한다고 주장하였으나, 국가인권위원회는 피진정인들의 대관 거절 행위는 합리적 근거가 있다고 판단한 것이다.

3) 종교활동 중 이단적 행동 및 사회재판 진행에 대한 차별 주장 사례(18진정0353300)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 기독교 000회 소속 교인들이었으나 이단교의 신도로 몰리거나 종교법 절차를 몰라 피진정인들(00교회 목사 등)로부터 재판 없이 강제 출교를 당한 바 이는 사상 등을 이유로 한 차별이라며 진정을 제기하였다. 이에 대하여 피진정인들은, 진정인들이 인터넷 매체를 통해 담당 목사에 대한 비방을 하고, 예배시간에 서서 침묵시위로 예배를 방해하였던바, 구역재판을 통해 출교되었다고 설명한다. 또한, 이단 관련자의 출교는 목사와 장로들로 구성된 기획위원회에서 이단 관련자의 출교를 결정해온바, 진정인들 역시 기획위원회에서 출교하도록 결정한 것이므로 차별이 아니라고 주장한다.
- * 판단 : 본 사례에서 국가인권위원회는 비교대상자를 명시하여 특정하고 있지는 아니하나, 다른 출교인들을 본 사건 진정인들의 비교대상자로 삼은 것으로 보인다. 국가인권위원회는 조사결과 피진정인 주장을 사실로서 인정하였는데, 진정인들에 대한 출교는 구역재판을 통해 이루어졌고, 이단 관련자 출교 역시 기획위원회를 통해 출교 결정이 이루어진 점 등을 인정하였다. 또한, 위 출교 과정은 다른 출교인들의 경우와 동일함이 확인되나, 다른 출교인들에 비해 차별을 받았다고 보기 힘들다고 판단하였다.

<사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 재화 등 이용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
사상 또는 정치적의견 12진정0180600	인터넷사이트 회원계시판 이용제한	보수성향의 글쓰기 제한	합리적 이유	회원계시판 이용이 제한된 것은 진정인이 지역감정 조장 및 욕설을 내용으로 하는 게시물을 올렸기 때문으로, 이러한 게시물을 금지하는 것은 합리적 운영정책임.
사상 또는 정치적의견 16진정0057200	시설이용제한	공연장 대관계약 취소	비례성 원칙	파룬궁이 주최하는 공연에 대한 대관계약을 해지한 것은 사상 또는 정치적 의견을 이유로 한 불리한 대우이기는 하지만, 시설대관계약 및 그 해지행위는 기관의 공공성에 의한 영향이 적은 사계약으로 사적자치의 원칙이 적용되는 행위로서 광범위한 재량범위가 인정되므로 합리성여부를 판단하는 기준으로 차별취급목적이 정당하고 차별취급으로 인한 공사의 사이에 적절한 비례성이 인정되면 그 합리성이 인정됨.
사상 또는 정치적의견 17진정0846500	시설이용제한	토크콘서트 대관요청 거절	(-)	세금으로 운영되는 시설물 대관에 대하여 지자체 조례와 규정이 일정한 제한을 두는 것은 불가피.
사상 또는 정치적의견 18진정0353300	출교	이단적 행동 및 사회재판 진행	(-)	교회가 정한 정관과 내규를 미리 알리고 그에 따라 출교조치한 것은 다른 교인들에 비해 차별이라고 보기 어려움.

3. 주요 쟁점

가. 국가인권위원회 결정이 제시한 재화 등 공급 또는 이용상 차별의 합리성 판단기준

종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 재화 등 공급 또는 이용상 차별 판단과 관련된 사건은 종교행사 불참을 이유로 한 생활관 퇴소 등 사례, 특정일을 시험일로 지정한 사례, 공공기관 등 일정 시설의 이용 제한 사례 등이 확인된다.

이 중 종교행사 불참을 이유로 한 생활관 퇴소 사례의 판단을 위해서는 종립학교라는 특수성, 즉 법적 성질에 대한 이해와 이를 바탕으로 한 사실관계에의 적용이 요구된다. 또한, 고용상 차별 영역에서의 종교의 자유의 본질의 범위 쟁점도 고려해 보아야 할 것인바, 해당 부분을 참고할 필요가 있다. 다만, 본 사례에서는 사실관계 확인 과정에서 진정한, 즉 당사자의 동의를 있었다는 것을 피진정기관이 정당화 주장사유로 내세웠으나, 이에 대하여 인권위원회는 해당 동의서가 진정한의 진의로 작성되었는지에 대해 일차적으로 의문을 표시한 후, 이어 가사 진정한의 진의로 작성되었다 할지라도 본 동의의 의사가 차별의 합리성 판단기준이 될 수 없다고 판단한 부분을 주목할 필요가 있다.

특정일을 시험일로 지정한 사례 및 공공기관 등 일정 시설의 이용 제한 사례의 경우는 일차적으로는 사실관계 확인하고, 이를 근거로 실질적·종합적 판단을 하고 있다. 특정일을 시험일로 지정한 사례의 경우는 종교적 차별의 문제가 본 재화 등 이용상 차별 영역에서 뿐만 아니라 교육시설 등 이용상 차별의 경우에도 지속적으로 논의되는바¹⁵⁾, 교육시설 등 이용상 차별 부문에서 주요 쟁점으로 살펴보기로 한다.

이에, 아래에서는 재화 등 이용상 차별 영역에서의 합리성 판단기준의 쟁점사항으로 '종립학교의 법적 성질'에 대해서만 살펴보기로 한다.

나. 종립학교의 법적 성질

종립학교의 경우 대체로 정관 등에서 법인의 교육 이념과 함께 종교적 신념을 함께 정하고 있다. 비록「헌법」제20조 제1항 및 제31조 제4항에 따라 대학의 종교행사의 자유, 종교교육의 자유, 대학의 자율성 등이 보장 된다고 하나 이는「헌법」제37조 제2항에 따라 제한될 수 있다. 또한 피진정인은 국가로부터 인가를 받은 고등교육기관으로서 공공성을 가지고 있을 뿐만 아니라 학위수여나 교사자격 부여 등은 국가가 관여하는 영역으로서 종교의 자유의 영역에 유보되는 것이 아니다. 이와 관련하여 「고등교육법」제5조 및 제6조, 같은 법 시행령 제4조 제3항에 따르면 학교는 교육과학기술부장관의 지도·감독을 받도록 규정하고 있고, 학칙을 제정하거나 학사운영, 학생의 신분변동, 학내 기구의 설치 및 운영 등에 관한 사항 중 대통령령이 정하는 중요한 사항(입학, 자퇴, 제적 등)을 개정할 때에는 14일 이내에 교육과학기술부장관에게 보고하도록 되어 있으며, 같은 법 시행령 제4조 제4항에 보고된 학칙 중 법령에 위반되는 사항이 있다고 인정되는 때에는 그 시정을 요구할 수 있도록 하고 있는 것도 고등교육기관으로서의 공공성을 갖고 있기 때문이다. 이러한 점을 고려하여 종립학교가 주장하

15) 특정일을 시험일로 지정한 사례에 대한 차별 판단 진정은, 국가시험일을 특정일로 지정한 경우, 즉 아직 어떤 교육기관에 소속되어 있지 않은 경우 일정 자격증을 취득하거나 입학시험인 경우에는 차별 영역 중 재화 등 이용상 차별 영역으로 분류하고 있으나, 이미 특정 교육기관에 소속되어 있는 상태에서 치러지는 시험인 경우에는 교육시설 등 이용상 차별 영역으로 분류하고 있는 것으로 판단된다. 그러나, 특정일을 (국가)시험일로 지정한 사례에서 제기되는 쟁점은 특정일을 시험일로 지정하는 행위가 특정 종교에 대한 차별인지 여부에 대한 판단을 요구하는 것이므로 쟁점을 영역별로 달리 하는 사안이 아닌바, 교육시설 등 이용상 차별 영역에서 일괄하여 다루기로 한다.

는 종교의 자유와 고등교육기관이 갖는 공공성과의 경계를 확인할 필요가 있다. 종립학교에서의 종교 교육은 우리 교육 체계에서 상당히 오래된 문제라고 할 수 있다. 종립학교의 종교전파의 자유도 인정되지만 학생의 종교의 자유도 존중되어야 하므로 이들 간의 조화는 종교의 자유에서 매우 중요하다.

특히 우리나라 중고등학교의 경우 종교계 사립학교가 상당한 비율에 이르지만, 반대로 교육제도는 추첨에 의한 강제배정을 취하고 있어 문제해결을 어렵게 하고 있다. 더욱이 학교와 학생의 관계에서 종교의 자유를 침해하는 것에 대하여 문제제기를 하는 것은 쉽지 않고, 반대로 종교계 사립학교에서도 자율적인 종교교육을 실시하고 있다고 주장할 것이어서 사실 법리보다 현실에서 어느 정도 강제를 했는지가 중요한 문제이고 이를 판단하는 것은 쉽지 않아 문제해결이 어려운 것이다. 따라서 원론적으로 종립학교이든 누구이든 사인이 제3자의 종교의 자유를 침해하는 것은 위헌·위법이었으나 그 침해했는지를 판단하는 것이 중요하다고 하겠다.

법원은 종교행위를 강제한 것은 위법하다는 법리를 견지하고 있으나, 사안별로 약간의 차이를 두고 있기는 하다. 예를 들어, 종립학교인 ○○고등학교가 입학식이나 개학식, 졸업식을 거행함에 있어서 기독교의식을 일부 포함시켰다 하더라도 그러한 입학식 등은 어느 학교나 시행하는 통상적인 행사로서 그에 포함된 기독교의식도 그 자체가 주목적은 아니고 입학식 등에 부수된 의례적인 것일 뿐인 점과 그에 포함된 기독교의식의 내용도 ‘찬송 및 기도와 목사의 설교’ 등으로서 기독교의식에 따라 진행되는 결혼식 등에서도 흔히 볼 수 있는 정도인 점을 고려하면 그로 인하여 침해되는 신앙의 자유의 정도는 그리 크다고 할 수 없고, 따라서 ○○고등학교가 입학식 등을 거행함에 있어서 의례적인 절차로 위와 같은 기독교의식을 일부 포함시켰다 하더라도 그것이 합리적인 이유 없이 사회적인 허용한도를 초과하여 타인의 기본권을 침해한 위법한 행위에 해당한다고 단정하기는 어렵다고 판단한 바 있다. 그러나 ○○고등학교가 매일아침 각 반에서 진행되는 ‘경건회 시간’을 두고 학생들이 참석하지 않으면 담임선생님이 학급지각으로 처리하고 주의를 주기도 하였고, ‘수요예배’의 참석이 강제된 것이라 보지 않을 수 없고, 또 위와 같은 ‘경건회 시간’이나 ‘수요예배’는 어느 학교나 시행하는 통상적인 학교의 행사라기보다는 그 내용상 특정 교리와 의식을 주입하는 종교적인 색채가 강한 것이므로, 앞서 본 법리에 비추어 보면 이는 피고 □□학원의 선교나 신앙실행의 자유보다 더 본질적이며 인격적 가치를 지닌 상위의 기본권에 해당하는 원고의 신앙의 자유를 위법하게 침해한 것에 해당한다 할 것이라고 판단한 바 있다. 또한, 학생회 회칙에 ‘학생회 회장, 부회장은 교회에 다니는 자여야 한다’는 취지의 규정을 둔 것도 누구든지 종교 등에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니한다는 헌법상의 평등의 원칙에 어긋나는 것일 뿐만 아니라, 학생회 회장 등에 출마하기 위해서는 자신이 신봉하지도 않는 종교기관에 다녀야 한다는 결과가 되어 양심의 자유도 침해하게 되므로, 그 규정이 비록 기독교 정신에 입각하여 설립된 학교의 건학이념을 구현하기 위한 목적에서 비롯된 것이라 하더라도 합리성을 결하여 마찬가지로 위법하다 봄이 상당하다.¹⁶⁾

그러나, 위 사안에 대하여 2심 법원인 서울고등법원은 동일 사안에 대한 판단 논거를 달리 하였다. 2심 법원인 서울고등법원은 판결문에서 ‘우선 기독교적 교육관에 입각하여 설립된 학교라고 할지라도, 소속 학생에게 학교선택의 자유가 보장되지 아니한 현행 교육제도 하에서는, 이를 운영함에 있어서 교리나 종교적 진리를 객관적으로 소개하는 것은 별론으로 하되 예배와 같이 내면적 인상을 외부에 표출하는 종교의식을 강제하는 것은, 신앙의 본질상 합당하지 아니하며 경우에 따라서는 정당한 교육의 범위를 일탈하는 행위로 종교의 자유를 침해하는 위법한 행위라고 하였다. 다만 청구에 대한 판단에 있어서는 원고가 입학 당시 기독교 교육과 함께 모든 교과교육을 충실히 받았다고 선서하였

16) 서울중앙지방법원 2007. 10. 5. 선고 2005가단305176.

고, 피고 □□학원의 종교의식과 종교교육에 대하여 명시적으로 거부 의사를 표시하지 않았을 뿐만 아니라 기독교의식이 포함된 각종 학교행사에 적극적으로 참여해 온 점을 근거로 들었으며 원고가 기독교의식이 일부 포함된 개학식 등 행사, 경건회 시간, 수요일예배, 생활관교육, 부활절예배 및 심령수양회 등에 참가한 것을 두고 원고의 의사에 반하여 강제로 이루어진 것이라고 단정하기 어렵다.’고 밝히고 있다.¹⁷⁾

위 판례와 관련하여 2심의 판단에 대하여는 현재 국가인권위원회는 일관하여 위와 같은 사안에 대하여는 당사자의 명시적 동의도 진정한 의사에 기한 것으로 보지 않거나 가사 진정한 의사에 기한 것이라 할지라도 차별판단을 함에 있어 달리 볼 것은 아니라는 입장임을 명확히 하고 있다. 다만, 위 법원의 판단은 불법행위에 기한 손해배상에 대한 것으로, 차별 판단에 대한 것이 아님을 유의할 필요가 있다.

IV. 교육시설이나 직업훈련기관(이하 ‘교육시설 등’)에서의 교육·훈련이나 그 이용상 종교, 사상 또는 정치적 의견 차별

교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

1. 차별이 인정된 경우¹⁸⁾

가. 종교 차별

□ 이단 교파 신도임을 이유로 한 교육시설 이용 차별 주장 사례(09진차0001302)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 자신이 특정 종교를 믿는다는 이유로 피진정학교가 자퇴를 종용하였다며 이는 종교 등을 이유로 한 교육시설 등에서의 교육, 훈련이나 그 이용상의 불합리한 차별에 해당한다고 주장한다. 이에 대해 피진정학교는 진정인은 본 대학의 신앙적 정체성을 존중하고 학칙을 준수하기로 서약한 후 본 대학에 입학하여 학교생활을 충실히 해왔으나, 대다수 교단이 이단으로 규정하고 있는 박00 목사의 구원론에 빠져 본 대학의 개혁주의 신앙과 정체성을 부정하기 시작하였다. 이에 지난 2년간에 걸쳐 진정인을 바르게 지도하여 본 대학이 지향하는 올바른 신앙을 갖도록 교육과 상담을 계속해 왔으나 오히려 진정인은 본 대학의 학생들과 교수들을 이단의 교리로 설득하려는 대담성을 나타냈다. 이에 부득이 진정인에게 학칙 위반자의 처리과정과 결과를 알려주었을 뿐이고, 진정인이 향후 학생지도위원회에서 받게 될 불이익을 잘 알고 이를 고려하여 자퇴한 것이라고 주장한다.
- * 판단 : 본 사건에서 국가인권위원회는 구체적인 비교대상자를 실시하고 있지는 아니한다. 피진정인이 주장하는 것처럼 전공을 불문하고 학생 전원을 교회 지도자로 양성하는 것이 학교 설립목적이라고 하여도 피진정기관이 고등교육기관인 이상 어떤 교리가 이단이나, 아니냐에 관한 대학의 자체기준을 학생들에게 널리 알리는 것은 선교의 자유로 보장될 수도 있겠지만, 이 또한 학생들의 종교 자유의 본질을 침해하지 아니하는 범위 내에서 허용된다 할 것이므로 진정인이 이단교파 신도임을 이유로 자퇴를 종용하여 자퇴에 이르게 한 것은 불합리한 차별이라고 판단한다. 따라서 피진정인이 비종교학과 학생에게까지 피진정인 교단에서 이단 또는 이단성이 있는 것으로 인정한 단체의 가입, 동조, 선전 등을 한 자에 대하여 학칙 제29조 제1항과 제62조 제3항에 준하여 처벌하도록 규정하고 있는 00대학교 학사내규 제24조 제2항은 합리적이라고 보기 어렵

17) 서울고등법원 2008. 5. 8. 선고 2007나102476.

18) 간접차별이 문제되어 차별이 인정된 사례는 확인되지 않아, 직접 차별이 문제되어 차별이 인정된 경우만을 다룬다.

고, 피진정인의 이러한 행위는「국가인권위원회법」제2조 제3호에 규정된 차별행위라고 판단하였다. 본 사안에서 국가인권위원회는 합리성 판단을 위해 종교의 자유의 본질과 종교의 자유 중 선교의 자유와의 관계를 주요 기준으로 설정하였다고 판단된다.

<종교를 이유로 하는 교육시설 등 이용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
종교 09진차0001302	교육시설 이용	이단 교파 신도	합리적 이유	어떤 교리가 이단이나, 아니냐에 관한 대학의 자체기준을 학생들에게 널리 알리는 것은 선교의 자유로 보장될 수도 있겠지만, 이 또한 학생들의 종교 자유의 본질을 침해하지 아니하는 범위 내에서 허용되는 것으로, 학생이 이단교파 신도임을 이유로 자퇴를 중용하여 자퇴에 이르게 한 것은 불합리한 차별.

나. 사상 또는 정치적 의견 차별

□ 학생회장 입후보자 추천 거부 사례(09진차00008892)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 피진정학교에서 학생활동을 하던 재학생으로 학생회장에 입후보를 한 자이다. 진정인은 피진정학교가 본인의 학생활동을 문제삼아 학생회장 입후보자 지원요건에 해당하는 후보추천 요청을 거절하였다며, 이는 종교 등을 이유로 한 차별이라고 주장한다. 이에 대해 피진정학교는 진정인은 2008. 5.~6.경부터 몇 차례 촛불집회에 참석하였고, 2008 10.경 에는 학교후문 개방과 관련하여 학교 측에서 학교 후문을 개방하지 않는 사유를 설명하였음에도 불구하고 학교에서 우려하는 부분들을 인정하지 않고 학교후문을 개방하라고 항의한 바 있는 학생이다. 또한 2008. 11.경에는 “입시지옥”과 같은 부정적인 내용의 표찰을 구입하여 재학생들에게 나눠주고 착용하도록 선동하였으며 2009. 3.~4.경에는 가칭 “교칙개정추진위원회”라는 모임을 임의로 구성하여 서명운동을 하였고 학교 홈페이지에 글을 게시하며 “저희 학교에 반란 불순세력이 되었으며 내·외에서 들어오는 수많은 압력을 견뎌내야 했다”는 다소 과장되고 선동적인 표현을 사용하였다. 그 밖에도 진정인은 2009. 5.경 학교 급식실을 찾아가 학교 지시에 의한 것인 양 영양사에게 수년치의 급식관련 서류를 요청하기도 하였다. 피진정인은 위와 같은 사유들 때문에 진정인이 학생회장 후보로 적절하지 않다고 판단하여 후보추천을 거부하였다고 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는, 진정인의 촛불집회 참석은 「헌법」및「아동권리협약」이 보장하고 있는 집회의 자유를 행사한 것으로 학생회장 후보등록의 결격 사유인 품행불량이나 타의 모범이 되지 않는 사유라고 보기 어렵고, 진정인은 학생들의 권리와 관계가 있는 교칙내용에 학생들의 의견을 반영하려는 취지에서 교칙개정 활동을 한 것이라고 볼 수 있다고 판단하였다. 따라서 피진정인이 진정인의 학생회장 후보 등록을 위한 추천 요청을 거부한 이유는 합리적인 사유에 의한 것이라고 볼 수 없는바, 본 사안은 합리적 근거 없는 차별에 해당한다고 판단하였다.

<사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 교육시설 등 이용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
사상 또는 정치적 의견 09진차0000889	학생회장 추천거부	촛불집회 참석	합리적 이유	평화시위인 촛불집회참석을 이유로 학생회장 후보자 추천을 거부한 것은 합리적 이유가 없음.

2. 차별이 인정되지 않은 경우¹⁹⁾

□ 교육기관 선정결과 불교단체만 선정된 사례(12진정0338900)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 교육기관으로 선정된 결과를 살펴보면 종교시설 중 사찰만 지정된바, 이는 종교 등이 원인이 되어 교육시설 등에서의 교육, 훈련이나 그 이용에 있어 타 종교 단체에 대해 차별이 이루어진 사례라고 주장한다. 그러나 피진정인은 선정기관의 결과만 보면 종교시설 중에는 사찰만 지정되었으나, 타 종교 단체와 지속적으로 협의를 하였음에도 신청하는 기관이 현재까지는 없었다고 설명한다. 즉, 기독교 쪽은 00 군에 소재한 00교회의 목사가 가해학생 프로그램에 관심을 표명하여 시설이나 인력을 확보하여 신청할 뜻을 내비쳤고, 원불교는 기존에 청소년 시설(00 청소년상담복지센터)을 운영하고 있으나 교육시설이 아닌 일반 복지시설로 교육기관 신청의사 없음을 확인하였고, 불교뿐만 아니라 어떤 종교라도 신청이 있으면 심사를 거쳐 전문인력 및 강당 등 교육시설의 확보 여부를 판단하여 기준에 충족하면 참여할 수 있다고 주장한다. 또한, 교육기관은 피교육자들에게 강제로 지정되는 것이 아니고 피교육자들이 선택할 수 있으므로 종교차별이라고 보기 어렵다고 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는 비교대상자를 명시적으로 특정하고 있지는 않으며 사실관계를 확인해본바, 현재까지 18개 기관(교내 Wee 센터 제외)중에 불교사찰이 8개이고 그외 다른 종교관련 기관은 선정된 것이 없으나, 이는 00교육청이 의도적으로 배제한 것이 아니고 아직까지 신청한 종교기관이 없는 것으로 보이는바, 위와 같이 선정된 사실만으로 특정 종교에 대한 우대나 편향이 있다고 볼 수는 없다. 또한 교육기관은 강제로 지정되는 것이 아니라 피교육자가 선택하여 교육을 받을 수 있는 바, 종교에 의한 불합리한 차별이라고 보기도 어렵다고 판단하였다. 즉, 사안의 경우와 같이 결과만을 보면 일견 종교 등을 이유로 한 종교 단체간 차별로 보여질 수도 있으나, 실제 피진정인이 어떠한 차별적 의도나 고의를 가지고 있지 아니하였고, 다양한 종교 단체의 참여를 모색하였으나 여러 가지 사정으로 본 사안과 같은 결과가 도출된 경우라면 이는 불합리한 차별에 해당하지 않는다고 판단한 것이다.

한편, 재화 등 이용상 차별판단에서 국가시험일을 특정 요일로 지정한 것이 차별이 아니라는 기준은, 교육 등 이용상 차별판단에서도 마찬가지로 적용되고 있다. 특히 국공립학교가 아닌 일반 사립대학 의학전문대학원이 토요일을 시험일로 하면서 토요일이 안식일인 학생들에게 대체시험과 같은 편의제공을 하지 않았다는 것이 문제되었는데, 조사 결과 합리적 이유가 없는 차별이라고 판단이 되었으나, 차별시정위원회에서는 “종교마다 성일이 다르다는 점을 고려할 때, 피진정인이 각 종교의 성일을 모두 피하여 시험일을 지정하기란 상당히 곤란할 것으로 판단되며, 예측하기 어려운 사정에 의한 일시적인 추가시험과는 달리 이 사건의 종교적 성일을 이유로 하는 추가시험은 정례적으로 시행되어야 할 것인바, 그러한 정례적 추가시험은 업무과중을 초래하거나 시험의 공정성을 저해할 수 있음. 따라서, 피진정인이 특정 요일을 시험일자로 지정하거나, 특정요일에 실시하는 시험 외 추가시험을 실시하지 아니한 것을 불합리한 차별행위로 보기 어려움”이라는 이유로 기각 결정을 하였다.

<종교를 이유로 하는 교육시설 등 이용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
종교 10진정294900 (전원위원회)	일요일 시험	한국방송통신대학 기말시험을 일요일에 실시	합리적 이유	일요일이 특정 종교의 종교의식일이 아니라 일반적 공휴일에 해당한다는 점 등을 고려할 때 일요일에 시험을 실시하는 것이 특정 종교를 신봉하는 자들을 불합리하게 차별 대우하는 것이라 볼 수 없음

19) 사상 또는 정치적 의견을 이유로 한 재화 등의 공급이나 이용상 차별 인정 사례는 목록상 존재하지 않아 다루지 아니한다.

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
종교 12진정0338900	특정 종교기관 우대	학교폭력 가해학생 및 학부모 교육프로그램 교육기관이 모두 불교사찰인 것	-	의도적 배제는 아니고, 신청한 다른 종교기관이 없음.
종교 17진정0229900	토요일 시험 (의학전문대학 원)	의학전문대학원 본과 1학년의 성적평가시험을 토요일에 실시하면서 토요일을 안식일로 하고 있는 피해자에게 추가시험 등 종교적 편의제공을 하지 않는 것	합리적 이유	조사 결과 “피진정인이 시행 가능 한 내부 규정에도 불구하고 종교적 편의제공을 거부하는 행위는 종교 를 이유로 한 차별행위에 해당” 한 다고 보았으나, 차별시정위원회 심 의·의결 결과 기각(정례적 추가시 험을 요구하기에 부적절함).

3. 주요 쟁점 - 특정일을 시험일로 지정한 경우와 종교적 차별과의 문제

가. 국가인권위원회 결정이 제시한 교육시설 등에서의 교육·훈련이나 그 이용상 차별의 합리성 판단기준

종교, 사상 또는 정치적 의견을 이유로 하는 교육시설 등 이용상 차별 판단과 관련된 사례로는 이단 교파 신도의 경우 종립학교이 시설 이용 제한(자퇴 강요) 사례, 특정일을 시험일로 지정한 경우의 종교적 차별의 문제제기 사례, 평화시위 참여자에 대한 학생회장 입후보자 추천 거부 사례 등이 확인된다. 이 중 이단 교파 신도 사례는 종립학교의 법적 성질, 종교의 자유의 본질의 범위 등이 유관 쟁점일 수 있으나, 이는 이미 고용상 차별 영역에서의 쟁점으로 살펴보았으므로, 본 차별 영역에서는 다시 기술하지 아니하기로 한다. 평화시위 참여자에 대한 학생회장 입후보자 추천 거부 사례의 경우는 진정한 학생회장 입후보자의 각 행위에 대한 사실관계 확인 및 관련 행위에 대한 각 판단이 요구되는 사안인바, 실질적·종합적인 판단이 요구되는 개별 사안에 해당한다. 따라서, 본 차별영역에서는 재화 등 이용상 차별 영역에서도 쟁점으로 파악된 ‘특정일을 시험일로 지정한 경우와 종교적 차별과의 문제’를 살펴보기로 한다.

나. 특정일을 시험일로 지정한 경우와 종교적 차별과의 문제

일요일에 국가가 시험을 시행하여 종교적 예배를 보아야 하는 사람으로 하여금 결시를 하게 하거나 국가시험을 봄으로 인하여 예배행위를 할 수 없게 하는 것이 종교의 자유를 침해하는가 하는 문제에 대하여, 헌법재판소는 이 문제에 대하여 한국에서는 일요일이 종교적 축일이 아니라 일반적인 공휴일이므로 일요일에 예배를 보아야 하는 사람을 다른 종교와 차별대우하는 것이 아니고, 일요일에 국가시험을 실시하여야 하는 이익과 비교하여 볼 때, 헌법 제37조 제2항의 한계를 벗어난 것이 아니라고 판시한 바 있다.²⁰⁾

종교적 의미를 가지는 공휴일로는 개천절, 성탄절(기독교탄신일), 석가탄신일 등을 들 수 있다(「관공서의 공휴일에 관한 규정」 제2조). 이 가운데 개천절과 성탄절은 대한민국 건국초기에 관공서의 공휴일로 지정되었으며, 석가탄신일은 1975. 1. 27.에 공휴일로 지정되었다. 공휴일 제도가 시대 상황에

20) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌마159 결정.

따라 문화적 배경을 가지고 형성되는 것이라는 점을 고려한다면, 비록 공휴일의 지정된 기념일 자체는 종교적인 것과 관련이 깊겠으나 현재의 운영은 종교적 성격이 다소 완화되었다고 볼 수 있을 것이다.

제시된 사례 중 간접차별의 사례로 가장 많이 언급된 예는 특정일을 시험일로 지정한 경우 해당 종교행사일과의 충돌이 곧 종교에 대한 차별이라는 주장이다. 그러나 특정일을 정례적 시험일로 지정하는 것은 여러 현실적인 상황, 여건 등을 고려하여 부득이하게 특정일을 지정할 수 밖에 없는 상황에 기인하는 경우가 다수인바, 해당 사례의 사실관계를 파악하는 경우 합리적인 이유를 근거로 하였는지 여부를 판단할 수 있다.

다만, 의학전문대학원의 시험과 같이 국가시험이 아님에도 불구하고 특정 요일을 정하여 시험을 보는 경우 애초 국가인권위원회 조사보고서에서는 그것이 합리적 이유없이 편의제공을 거부하는 것으로서 차별이라고 보고 학교에게 종교적 편의제공 측면에서 학생들에게 성적추가평가시험을 실시할 것을 권고하였지만, 차별시정위원회는 “각 종교마다 성일이 다르다는 점을 고려할 때, 피진정인이 각 종교의 성일을 모두 피하여 시험일을 지정하기란 상당히 곤란할 것으로 판단되며, 예측하기 어려운 사정에 의한 일시적인 추가시험과는 달리 이 사건의 종교적 성일을 이유로 하는 추가시험은 정례적으로 시행되어야 할 것인바, 그러한 정례적 추가시험은 업무과중을 초래하거나 시험의 공정성을 저해할 수 있음. 따라서, 피진정인이 특정 요일을 시험일자로 지정하거나, 특정요일에 실시하는 시험 외 추가시험을 실시하지 아니한 것을 불합리한 차별행위로 보기 어려움”을 이유로 사건을 기각하였다(17진정0229900). 국가시험과 달리 대체시험을 실시하는 것이 비교적 용이한 경우임에도 “정례적 추가시험이 업무과중을 초래하거나 시험의 공정성을 저해”할 수 있다는 이유로 차별인정을 거부한 것은 다소 이해하기 어렵다.

V. 각하 사례 정리

1. 각하 사례

가. 차별금지영역이 아니라고 본 경우

(1) 피진정인은 2016. 11. 1.과 11. 3. 진정인이 “국립○○현충원에서 실시한 사진 전시회 안내문이 친북단체 입장에서 보는 내용으로 적혀있어 해당자를 발본색원하여 처벌을 원한다”는 내용을 인터넷으로 신고했음에도 불구하고 접수를 거부하여 공무원의 행동강령을 위반하고 진정인에 대하여 사상 또는 정치적 의견을 이유로 부당하게 차별하였다고 주장한다. 그러나 이는 「국가인권위원회법」이 규정하고 있는 차별금지영역에 해당하지 않아 각하사유에 해당한다(17진정0203900).

(2) 진정인은 피진정회사에 다니지 않는 자임에도, 채용 이후 피진정회사의 기독교 행사 불참 시 우려되는 고용상 불이익의 시정을 요구하고 있다. 종교행사 불참시 우려되는 고용상 불이익(해고 등)에 대해서는 아직 발생하지 않은 사안이라 피해사실이 특정된다고 보기 어렵고, 설령 본 진정요지를 종교의 자유를 침해하는 것이라 하더라도 피진정회사가 사법인이므로 「국가인권위원회법」 제30조 제1항 제1호에 따라 조사대상이라고 보기 어렵다(14진정0854100).

나. 불리한 대우가 있다고 보기 어려운 경우

(1) 피진정인이 진정인등을 면접할 때 종교를 물어보았고, 스님에게 삼배합장할 것을 권하고, 상담 소장인 진정인의 업무자리를 기독교와 천주교인이 대부분인 직원방으로 옮길 것을 지시한 사실은 인정되나, 이러한 사실만으로 이러한 사실만으로 피진정인이 진정인에 대하여 (고용영역에서) 불리하게 대우했다고 보기 어려우므로 이 사건은 「국가인권위원회법」제2조 제3호의 영역해당성이 인정되기 어려워 각하에 해당한다(15진정0831000).

다. 다른 기관에서의 절차가 진행중인 경우

(1) 광신적 기독교인에 의한 개운사 법당 훼손 사건(2016. 1. 17.)이 있는 후 진정인은 안타까운 마음에 불교계측에 사과를 하고 법당 복구비 마련을 위한 모금운동을 하였다. 이후 피진정인은 위와 같은 진정인의 행동이 우상숭배에 해당하는 죄이며, 학교의 정체성을 훼손한 사건이라며 성실의무 위반의 죄목으로 2017. 2. 17. 진정인을 파면처분하였음. 또한 학교당국은 진정인에게 파면처분 시 교단변경(감리교에서 그리스도의교회로 변경) 미이행의 사유를 첨가함. 학교측은 진정인에게 교단변경을 강요하였을 뿐만 아니라 진정인의 아내에게 특정종교의식(침례)을 강요한다. 결국 진정인의 아내가 침례를 거부하자 진정인의 교단변경신청을 거부한 채 성실의무 위반으로 진정인을 파면처분하였다. 이 사안에 대하여 진정인이 법원에 파면처분무효확인 소송을 제기한바, 「국가인권위원회법」 제32조 제3항 및 제1항 제5호에 따라 각하하는 것이 적절하다고 판단된다(17진정0450100).

라. 조사대상이 아닌 경우

(1) 진정인은 피진정교회가 사무직 직원을 채용하면서 기독교 세례자임을 요건으로 하는 것은 비종교인의 취업기회를 박탈하는 차별행위라고 주장하나, 진정 관련하여 구체적인 피해사실이나 피해를 당한 사람을 확인할 수 없고 진정인 역시 별도로 인지하고 있는 사실이 없고, 본인 스스로도 해당 모집에 응시할 의사는 없었다고 진술하고 있어 진정요건을 충족할 내용이 형성되지 않는바, 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호에 따라 조사대상에 해당하지 아니하므로 각하함이 상당하다(18진정0546300).

(2) 진정인은 한국0000상담소에서 가족들을 이용하여 신천지교회에 다니고 있는 피해자를 납치 감금하는 등 인권침해가 심각한바 한국이단상담소의 폐쇄와 강제개종목사의 법적 처벌과 종교차별금지법을 제정해줄 것을 요구하는 내용으로, 이는 「국가인권위원회법」제30조 제1항에 따른 국가기관, 지방자치단체, 공직유관단체 등의 업무수행과 관련하여 「대한민국헌법」제10조부터 제22조까지 규정하고 있는 침해 행위나 차별행위에 해당하지 아니하므로 「국가인권위원회법」제32조 제1항 제1호에 의거 각하하는 것이 상당하다(18진정0167900).

(3) 00시장 예비후보는 공약으로 미래비전을 위한 00 7대 프로젝트를 발표하면서 개신교의 입장에 서서 특정 종교(신천지 교회)를 지역에서 추방하겠다고 발표하였는데, 대한민국 헌법에 국교는 인정되지 아니하며 종교와 정치는 분리된다고 명시하고 있음에도 피진정인은 개신교와 하나가 되어 소수 종교인을 차별하고 있다며 진정한 사안에서, 아직 피해사실이 발생한 바 없어 진정의 내용이 위

원회의 조사대상에 해당한다고 할 수 없어 각하함이 상당하다(18진정0370000·18진정0370100(병합)).

2. 각하 사안에 대한 판단

종교 등을 이유로 한 고용상, 재화 등의 공급과 이용상, 교육시설등에서의 교육, 훈련 및 이용상 차별이 이루어진 경우와 관련하여 다수의 각하 사건은 「국가인권위원회법」 제32조 각하 사유에 해당되는 것으로 확인된다. 주로 사용되는 사유로는 「국가인권위원회법」 제32조 제1호 진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니하는 경우로서 차별금지영역에 해당하지 아니하거나 차별금지영역에 해당하지 않는 경우, 제5호 진정이 제기될 당시 진정의 원인이 된 사실에 관하여 법원 또는 헌법재판소의 재판, 수사기관의 수사 또는 그 밖의 법률에 따른 권리구제 절차가 진행 중이거나 종결된 경우가 있다. 따라서, 「국가인권위원회법」 제32조 각 호의 각하 사유 여부를 확인하여 조사대상에 해당하는지 여부를 확인하는 과정이 1차적으로 필요하다. 아직 발생하지 않은 차별 또는 당사자가 존재하지 않는 차별의 경우에도 조사대상에 해당하지 아니한다.

제3절. 나이를 이유로 하는 차별

I. 연령차별의 의미

1. 직접차별

가. 연령차별의 개념

연령차별은 특정 연령대의 개인 또는 집단에 대한 고정관념과 차별을 말한다. 국가인권위원회법 제2조 제4항에서는 차별금지사유 중 하나로 나이를 명시하고 있다. 연령차별의 영역은 ①고용, ②재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, ③교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용에서의 우대·배제·구별 또는 불리한 대우로 크게 세 가지로 구분한다. 이 때 고용에는 모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등이 포함된다.

한편, 연령차별은 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(이하, ‘연령차별금지법’이라 함) 에서도 규정하고 있다. 이 법 제4조의4에서는 사업주에게 모집·채용, 임금, 임금 외의 금품지급 및 복리후생, 교육·훈련, 배치·전보·승진, 퇴직·해고시 근로자 또는 근로자가 되려는 자에 대한 합리적 이유없는 연령 차별을 금지하고 있다. 즉, 이 법에서는 연령차별 유형 가운데 고용에서의 연령차별에 한정하여 규율되고 있다. 그리고 특히 모집·채용에서의 연령차별에 대해서는 별칙이 적용된다.

연령에서의 직접차별은 특정 연령을 이유로 차별하는 것이 명백한 경우로 각종 기준이나 조건 등의 형태로 이루어질 수 있다. 또 공식적인 구두진술의 형태도 될 수 있다. 그런데 진정 사건 가운데 연령을 이유로 차별하는 것이 겉으로 드러나지 않은 채 몰래 행해지는 연령차별도 존재한다. 이를 ‘은밀한 차별’로 볼 수 있는데, 이러한 차별은 교묘하게 이루어지기 때문에 입증하기가 쉽지 않다. 이러한 경우 인권위원회는 연령에 대한 발언이나 진술과 같은 직접 증거 외에 다른 정황 증거를 통해 차별을 확인하여 판단하고 있다.

나. 연령의 특징과 의미

연령차별은 각각의 연령집단에 대해 부정적 고정관념을 지니고 있다. 예를 들어, 고령자에 대해서는 능력이나 창의성이 부족하고 새로운 기술과 제도에 잘 적응하지 못한다고 보고, 아동·청소년에 대해서는 변별력이 부족하고 미성숙하므로 보호의 대상이고 권리의 주체가 되기 어렵다는 식의 그릇된 인식을 가지고 있다.¹⁾ 연령차별 사건에서 연령에 대한 편견이나 오해에서 비롯된 차별이 많이 발생하는 것은 이처럼 연령에 대한 부정적 이미지가 사회적 편견으로 이어진 것으로 볼 수 있다.

연령차별은 성이나 인종 등 여타 차별사유와 달리 절대적으로 구분되는 성격이 아니라 연대기적으로 볼 때 동일한 개인이 어느 시점에서는 우대를 받다가 어느 시점에서는 불이익을 받는 복합적인 특징을 갖는다. 이처럼 모든 사람과 관련이 있고 시간의 경과에 따라 변화하기 때문에 차별대상 집

1) 손희권, “국가인권위원회가 제시한 교육행정에서의 연령차별의 합리적 판단기준의 의의와 한계”, 「한국교육」 Vol.34, No.2, 한국교육개발원, 2007, 188면.

단의 명확한 구별과 차별 여부의 판단이 어렵다는 특징도 있다.²⁾

한편, 표현에 있어서 국가인권위원회법은 ‘나이’라는 용어를 사용하는 데 비해, 연령차별금지법 등 기존 법령에서는 ‘연령’이라는 용어를 사용하고 있다. 의미상으로 양자 간 차이가 없고, 국가인권위원회 결정문에서도 연령이라는 용어를 사용하고 있어 적절히 혼용하더라도 의미 전달에 문제가 발생하지 않는다.³⁾ 그러나 국가인권위원회법에서의 나이차별과 연령차별금지법에서 금지하는 연령차별의 대상이 각각 존재하기 때문에 단순히 용어선택의 차이에 불과한 것으로 볼 수 없다. 인권위법에서 나이차별은 고용의 영역만 금지하는 연령차별금지법과 달리 고용 뿐 아니라 재화·용역 등의 공급 이용 및 상업, 토지, 주거시설의 공급이용, 교육·훈련 등에서의 차별을 포괄한다. 그리고 인권위법상 나이차별은 연령차별금지법이 적용되는 근로관계 외에 다른 종류의 관계, 예컨대 특수고용형태 종사자에 대한 연령차별까지 아우를 수 있다.⁴⁾ 즉, 인권위법에서 규정하는 고용은 근로기준법 등 제반 노동법령상의 근로관계에 한정되는 것이 아니라 계약 형식이나 명칭에 관계없이 노무를 제공하고 공급받는 상태로 포괄적으로 이해되고 있다. 따라서 인권위원회는 “고용과 관련한 차별행위를 주장하기 위해 양 당사자가 반드시 근로기준법상 근로계약을 체결한 사용자와 피용자의 관계에 있어야 하는 요건이 필요한 것은 아니며, 피진정인이 고용과 관련하여 실질적인 영향력을 행사하는 지위에 있으면서 또한 차별의 결과를 발생시킨 자일 것이라는 요건만 갖추면 되는 것”⁵⁾이라고 결정한 바 있다.

다. 연령차별의 예외

국가인권위원회법은 평등권 침해의 차별행위를 규정하면서 적극적 우대조치를 예외사유로 인정하고 있다. 적극적 우대조치는 현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제정·개정 및 정책의 수립·집행을 의미한다.

그리고 연령차별금지법은 제4조의5에서 연령차별금지의 예외를 명시하고 있다. 그러나 연령차별금지법상 예외는 연공급 임금제와 정년제를 공식적으로 인정하는 등 차별을 금지하여 권리를 보장하고자 하는 인권 실현의 목적 뿐 아니라 연공서열 중심의 사회 현실에 부합하고 고용을 촉진하고자 정책적 목적도 반영되어 있음을 알 수 있다. 이에 따라 차별의 예외가 비교적 넓게 인정되는 특징이 있다. 구체적으로 연령차별의 예외는 ① 직무의 성격에 비추어 특정 연령기준이 불가피하게 요구되는 경우, ② 근속기간의 차이를 고려하여 임금이나 임금 외의 금품과 복리후생에서 합리적인 차등을 두는 경우, ③ 이 법이나 다른 법률에 따라 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 정년을 설정하는 경우, ④ 이 법이나 다른 법률에 따라 특정 연령집단의 고용유지·촉진을 위한 지원조치를 하는 경우가 된다. 이 가운데 ①은 ‘진정직업자격’으로 사업 내지 직무의 본질, 직무의 특수성, 그 목적에 적합하고 적정한 범위 내의 것이 전제가 되어야 한다. 직무의 성격에 비추어 특정한 연령 또는 연령 관련 특성이 해당 업무의 정상적인 수행을 위해 불가결하게 요구되고 다른 수단이 존재하지 않는 경우 차별에 해당하지 않는다.⁶⁾ 그러나 현실적으로 연령이 직무의 본질이 되는 경우는 드물다. 국가인권위원회 결정에서 진정직업자격을 인정된 경우는 대부분 업무 수행에서 위험과 안전이 고려되는 경우로 한정된다. 한편, ④의 적극적 우대조치는 특정 연령집단의 고용유지 및 촉진을 위한 지원으로서 차별

2) 손희권, 위의 논문, 200면.

3) 이성택, “국가인권위원회법과 결정례를 통해 본 연령차별금지법의 쟁점과 과제”, 「인권법평론」 제3권 제1호, 전남대학교 공익인권법센터, 2008, 26면.

4) 김은미, “인권위 진정 사건을 통해 본 나이차별의 실태와 과제”, 「나이차별의 현 주소와 차별시정 방안 모색」, 국가인권위원회, 2012, 57면.

5) 국가인권위원회 05진차536 결정.

6) 임공수, “고용상에서 ‘연령 요소’에 의한 차별”, 「고려법학」 제85호, 고려대학교 법학연구원, 2017, 239면

행위에 해당하지 않는 것으로 본다. 그러나 이처럼 특정 연령층에서의 지원 조치는 역차별을 제거하거나 최소화하는 방안으로 이루어져야 한다. 인권위원회의 결정에서도 이를 위해 우대조치의 합리성을 판단할 때 목적의 정당성, 제도의 한시성, 수단의 대체성 등을 함께 고려하고 있다.

2. 간접차별

간접차별이란 외관상 중립적이지만 결과적으로 연령차별을 초래하고 이를 정당화할 수 없는 경우를 말한다. 연령차별금지법 제4조의4 제2항은 “합리적인 이유없이 연령 외의 기준을 적용하여 특정 연령집단에 특히 불리한 결과를 초래하는 경우에는 연령차별로 본다”고 하여 간접차별을 명시하고 있다. 간접차별은 단지 정황만 존재할 뿐 연령차별이 명시적으로 드러나지 않기 때문에 그 입증이 대단히 힘들다. 이에 인권위원회는 방법론으로 집단적 통계자료나 정황증거를 차별의 판단근거로 활용하고 있다. 현저한 비율로 특정 연령집단이 불이익을 받은 것으로 드러나면 사용자의 그 어떤 기준이 결과적으로 특정 연령집단에 불리한 결과를 초래한 것으로 유추할 수 있고 차별로 판단될 가능성이 있다고 보는 것이다. 또 차별의 판단기준으로는, 은폐된 차별적 상황을 밝혀내기 위해 강화된 심사를 하여야 한다는 의미에서 비례성 심사를 시도하고자 하였다.⁷⁾ 예를 들어, 임대주택 공급자를 선정하기 위한 평가항목에 65세 이상이 참여할 수 없는 프로그램 참여기간을 포함하여 결과적으로 임대주택 선정에서 탈락된 사례에서 목적의 정당성, 수단의 대체성, 피해의 최소성 여부를 구체적으로 판단하였다.

3. 복합차별

연령차별은 성별을 비롯하여 다른 차별사유와 함께 발생하기도 한다. 이러한 경우 복합적 이유 가운데 차별의 주된 이유가 무엇인지에 따라 판단할 수 있을 것이나, 국가인권위원회법상 명확한 판단 기준을 두고 있지는 않다. 진정 사건 가운데 연령과 함께 다른 차별 사유가 복합하여 차별이 발생한 것으로 주장되는 사례가 있는데, 여기서 주된 차별이 분명히 드러나기보다 각각의 사유가 모두 함께 주장되었다. 그리고 인권위원회는 각 차별 사유에 대한 합리성 판단을 자의금지의 원칙 기준에 따라 종합적으로 판단하였다. 예를 들어, 안마사협회가 경로당 안마사 파견사업을 시행하면서 안마사를 모집하는 기준으로 중증장애인, 여성, 고령에 대해 가점을 부여하는 것이 연령 및 성차별로써 문제된 사례에서, 인권위원회는 당해 사업의 취지, 적극적 우대조치 등을 종합적으로 고려하여 합리성 여부를 판단하였다.⁸⁾ 이 때 비교대상자는 각자의 차별 사유에 따라 구분하지 않은 채, 이 진정 사건의 파견사업의 적용대상 내에 있는 시각장애인을 비교대상으로 삼았다. 다른 사례에서도 이와 마찬가지로 종합적으로 판단하였고 비교대상자는 특별히 문제되지 않았다. 국가인권위원회 결정들을 보면 사실상 비교대상자가 합리성 판단에서 비중있는 요소가 아니므로, 복합적 차별에서도 크게 문제되지 않는 것으로 보인다. 그리고 차별의 합리성에 대해서는 각 차별 사유에 따라 판단하되, 진정인에 대해 복합적인 각각의 속성을 이유로 한 차별을 입증하도록 요구하지 않는다. 요컨대, 인권위원회는 각 차별사유를 개별적으로 검토하면서 종합적으로 차별의 합리성을 판단하여 복합차별로서 보호하고자 한다.

7) 국가인권위원회 10진정0179300 결정.

8) 국가인권위원회 16진정0171900 결정.

II. 고용상 연령차별

1. 차별이 인정된 경우

가. 직접 차별이 문제되어 차별이 인정된 경우

1) 모집·채용에서의 차별

모집·채용의 과정에서 일정한 연령을 획일적인 기준으로 삼는 경우, 특히 연령제한의 목적이 신체적 능력이나 건강상태를 이유로 하는 것인 경우에는 차별에 대한 합리적 이유가 인정되지 않는다. 피진정인들이 정당화 사유로서 작업의 성격이나 필요한 작업습득기간, 작업물의 무게, 작업조작능력 등을 주장하지만, 예를 들어 특정 연령을 기준으로 작업조작능력이 현저하게 떨어진다는 객관적이고 합리적인 이유를 제시할 수 없는 이상, 특정 연령을 기준으로 모집·채용을 거부하는 것은 직접적 연령차별에 해당한다. 또 조직 내 인사적체 해소, 과도한 경쟁 등을 막기 위한 연령 제한은 부차적인 목적으로 합리성이 인정되지 않는다.

가) 신체적 능력이나 건강상태는 상대적인 것으로 업무 능력을 일률적으로 판단할 수 없다고 본 경우

□ 채용안내시 45세 이하만 채용한다고 하여 지원을 배제한 사례(18진정0203600)

- * 정당화 주장 사유 : 생산직 직원이 담당해야 하는 작업성격, 필요한 작업습득기간, 종량물 무게 등으로 인해 채용시 나이를 고려할 수밖에 없다.
- * 판단 : 개인의 능력 및 건강상태 등은 상대적인 것으로 신체적 능력은 나이에 의해 일률적으로 판단할 수 없으므로 지원서 접수단계부터 나이 제한은 합리적이지 않다.

□ 산림청 사회서비스일자리사업 근로자 채용시 65세로 나이 제한(10직권200)

- * 정당화 주장 사유 : 66세 이상자의 경우 체력이나 장비조작능력 등이 떨어지므로 산림청 사회서비스일자리사업 직무를 수행하기에 적절하지 않고 작업 효율성도 낮다.
- * 판단 : 개인마다 체력 관리 정도나 장비조작능력 등이 다르고 신체적 능력은 연령에 의해 일률적으로 단정할 수 없는 것이어서 65세를 넘기면 산림청 사회서비스일자리사업 근로자로서 요구되는 기능과 체력 등을 갖추지 못하여 작업의 효율이 떨어진다고 보기 어렵다. 또한 66세 이상자의 경우 산림 업무 중 안전사고 발생 우려가 크기 때문에 채용에 부적절하다는 주장 역시 객관적인 입증이 뒷받침되지 않는 한 주장의 합리성을 인정하기 곤란하다.

□ 취업지원센터장 채용시 나이를 이유로 진정인의 지원서류를 반려한 사례(17진정1119100)

- * 정당화 주장 사유 : 취업지원센터장은 구인, 구직자 발굴(모집)과 사후관리 및 전산시스템 관리, 인적 네트워크 유지 등의 업무를 수행해야 하므로 직무의 성격에 비추어 볼 때 40대 또는 50대의 특정연령이 불가피하게 요구된다.
- * 판단 : 사람의 업무 능력은 개인의 역량에 따라 상이한 것이지만 나이가 60세 이상인 자는 모두 업무능력이 떨어진다고 단정할 수는 없다. 따라서 면접과정을 통해 지원자의 역량을 평가하면 되는 것이지만 나이가 많다는 이

유로 지원 자체를 거부하는 것은 적절하지 못하다. 취업지원센터장의 업무내용이 특정 연령기준이 불가피하게 요구되는 경우로 보기 어렵다.

나) 업무의 특수성을 인정하기 어렵다고 본 경우

□ 국정원 직원 채용시 응시 연령 제한 (09진차275-09진차912-09진차937-09진차957(병합))

- * 정당화 주장 사유 : 신규채용 직원 전체를 대상으로 고강도의 육체훈련 및 정보 전문교육을 거쳐 특수업무를 부여하기 때문에 응시연령 제한이 필요하다.
- * 판단 : 직무수행에 불가결한 필수적 요소는 해당 업무를 효율적으로 적절하게 수행할 수 있는 체력적·전문적 적격성 여부이지 연령 그 자체는 아니다. 체력이나 학습능력은 개인에 따라 차이가 크고 연령에 의해 일률적으로 재단할 수 없는 것으로 자질을 검증할 수 있는 구체적인 선발절차·기준을 마련하는 것이 적절하다. 또한 국가정보기관의 특성상 계급질서에 따른 상하관계가 엄격하게 요구된다고 하더라도 상하관계의 확립과 유지를 위해 응시연령을 제한하는 것은 나이에 따른 연장자와 연소자 간의 관계로 대체하려는 것과 다름이 없으며, 그 자체가 해당 직무의 본질적 기능을 수행할 수 있는 자격 또는 능력 존재 여부의 판단근거가 되기 어렵고, 응 시기회 자체를 원천 봉쇄할 만한 합리적인 이유가 될 수 없다.

다) 관계 법령이나 규정 등에 근거한 것이라도 차별의 합리성을 인정할 수 없다고 본 경우

□ 학교에서 시설관리직 대체인력을 채용시 응시연령을 60세 이상 65세 이하인 자로 제한하여 60세 미만인 진정인이 지원불가능한 사례 (18진정0875800·18진정0913600)

- * 정당화 주장 사유 : 해당 직종이 고령자 적합직종이고, 「공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인」에 따라 60세 미만의 시설관리직 대체인력을 무기계약직으로 전환하게 되면서 이후 채용하는 근로자는 60세 이상으로 채용하도록 결정한 것이다.
- * 판단 : 현행 법령상 고령자의 기준을 55세 이상으로 정하고 있는 점, 가이드라인에서 60세 미만의 대체 근로자 채용 시 무기계약직으로의 전환이 반드시 수반된다고 볼 수 없는 점 등에서 채용자격을 60세 이상으로 제한하는 것은 합리적이지 않다.

라) 나이와 관련된 발언이나 질문이 업무수행평가와 적절한 관련이 없다고 본 사례

□ 초빙교사 채용 면접에서 “나이 든 선생님은 공개수업을 하지 않으려 하는데 선생님은 어떻게 하실 겁니까”, “나이 든 선생님이 학교에서 어떤 역할을 해야 한다고 생각하십니까”, “62년생이지요? 초빙 4년이 지나면 정년이 얼마나 남는가요” 등의 질문을 한 사례(18진정0066500)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인에게 개인신상에 관한 질문을 한 것은 본인의 계획이나 의견이 궁금했던 것일 뿐 인권적으로 문제가 될 것이라 생각하지 못했다.
- * 판단 : 피진정인의 질문이 면접심사 결과에 영향을 미쳤는지 판단하는 것은 쉽지 않으나 피진정인의 질문 그 자체는 고령자에 대한 편견과 선입견을 드러낸 발언으로 차별행위에 해당한다.

□ 통역전문관 선발 면접시험에서 “여기 해외자원 협력국 직원들은 나이가 어리다. 그런데 여기에 와서 문화적인 차이를 어떻게 극복할 것인가?”, “세대 간 문화적 차이이다”의 발언을 한 사례(15진정1050800) :

- * 정당화 주장 사유 : 구성원 간 소통 및 화합에 대한 피면접자의 의견을 듣기 위한 것이다.
- * 판단 : 고연령자는 저연령자와 문화적 차이로 인해 소통과 화합에 어려움이 있을 것이라고 보는 시각 그 자체가 고연령자에 대한 편견과 선입견이라고 할 수 있다.

마) 업무 수행을 위한 훈련에 소요되는 기간으로 응시연령 제한

□ 한국방송공사의 신인 코미디언 모집 지원자격을 18세 이상 30세 이하의 남녀에 대해서만 부여한 사례(10진정105300)

- * 정당화 주장 사유 : 만 30세 이후인 자를 선발할 경우 몇 년 간의 트레이닝 과정을 거친 후 신인으로 방송활동을 시작하게 하는 것이 거의 불가능하다.
- * 판단 : 만 30세를 초과하였다고 해서 몇 년간의 트레이닝을 거쳐 방송활동을 시작할 수 없거나 방송활동을 하는데 필요한 자격을 갖추지 못하였다고 볼 만한 근거는 없다. 신인 코미디언으로서의 능력 보유 여부는 연령에 의해 일률적으로 재단할 수 없으며, 신인은 방송활동을 갓 시작한 사람을 의미하는 것이지 반드시 나이가 젊은 사람이어야 하는 것은 아니다.

바) 아파트 경비원 채용시 나이 제한

□ 경비용역업체 선정공고 시 경비원의 나이를 만 65세 이하로 제한(10진정023500)

- * 정당화 주장 사유 : 기존 경비원들의 근무기간 중 단지 내에서 절도 및 방화, 차량훼손 사건이 자주 발생하는 등 경비 본연의 활동이 제대로 이루어지지 않아 경비업무를 책임 있게 수행할 수 있는 경비원을 고용하고자 나이를 65세 이하로 제한하였다.
- * 판단 : 경비 본연의 업무수행 여부는 근로자 개인별로 판단할 사항이지 특정 연령을 기준으로 일률적으로 판단할 사항이 아니며, 아파트 입주주민 입장에서는 경비원들이 책임감 있게 경비업무를 수행해주시기를 기대할 수 있으나 이는 보다 엄격한 근태 관리 등을 통해서 달성해야 할 것이다.

□ 아파트 경비원 채용시 71세 이상을 불합격한 사례(10진차9·10진차12(병합))

- * 정당화 주장 사유 : 연령을 기준으로 불합격시킨 것이 아니라 면접을 통해 성실하고 책임감 있는 자를 채용하였다.
- * 판단 : 피신청인이 주장을 입증하기 위해 관련 서류나 면접전형의 채점표 등 증거자료를 제출하여 스스로 입증하여야 하나 그렇지 못할 경우 불합격자 명단에서 인정된 사실을 바탕으로 회사가 연령을 기준으로 경비원을 채용했다고 판단할 수밖에 없다. 71세 이상의 고령자를 일률적으로 신체적 능력과 건강을 갖추지 못하여 경비업무에 적합하지 않다고 보는 것에 합리성이 없다.

사) 인사적체 해소, 과당경쟁 등 부차적인 목적에 따른 채용시 연령차별

□ 사립학교 교원 특별채용 시 과원교사는 만 55세 미만으로, 일반교사는 만 50세 미만으로 제한한 사례(11진정0185000)

- * 정당화 주장 사유 : 사립교원의 교육공무원 특별채용 시 응시가능 나이를 50세로 제한한 서울특별시교육청과의 형평성, 공립교원의 고령화 우려, 기존 공립학교 교원들의 사기저하 등을 이유로 현행 나이 제한 규정이 필요하다.
- * 판단 : 인천광역시교육청 등 7개 교육청은 사립교원의 공립 특채 시 이미 나이를 제한하지 않고 있다. 사기저하와 박탈감 등의 문제는 다른 합리적 대안을 찾아 보완할 문제이지 특정 나이를 제한하는 방식으로 해결하는 것은 바람직하지 않다.

□ 교통서포터즈 채용 시 55세~65세로 나이 제한(12진정0393300)

- * 정당화 주장 사유 : 연령 제한을 폐지하는 경우 과당 경쟁으로 인한 사회적 비용과 불합격자 양산으로 행정 불신이 우려된다.
- * 판단 : 응시여부는 개인적 선택의 문제이자 비용대비 효과에 대한 응시희망자의 판단에 맡겨야 할 문제이다. 또 불합격자 양산에 따른 문제는 향후 다양한 고용기회를 창출하고 사회 전반적인 연령차별 철폐와 고령자의 일자리 안정 등을 통해 해결해야 할 것이지 응시 희망자의 응시기회를 차단함으로써 예방하겠다는 것은 적절한 정책이라고 판단하기 곤란하다.

아) 사실상 나이 제한

□ 상공회의소 신입직원 채용시 30세 이상의 지원자에 대한 암묵적 배제(12진정0947300)

- * 정당화 주장 사유 : 전화상 답변내용은 답변자의 주관적인 생각을 피력한 것에 불과하고 채용의 객관성과 공정성 확보를 위해 최선의 노력을 다하였다.
- * 판단 : 피진정기관의 경영지원팀은 팀장을 제외하고는 인사담당자와 회계담당자 두 사람으로 구성되어 있어 회계담당자가 진정인에게 '실제적으로 나이제한이 있다'고 발언한 것이 사건에 불과하다고 보기 어려우며 이는 일정한 내부의 정보 등에 근거하여 답변한 것으로 보이는 점, 피진정인이 서류전형의 주된 고려요소인 진정인의 자기소개서가 충실히 작성되었음을 인정하였으나 진정인의 나이가 내부 과장들과 비슷한 것을 고려한 점, 서류전형 합격자의 연령분포를 살펴보면 만30세 이상의 지원자 가운데 합격자가 한 명도 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 나이를 기준으로 불리한 대우를 하였음은 사실로 인정하기에 충분하다.

□ 승무원 채용에서 사실상 나이를 이유로 탈락된 사례(15진정0045900·15진정0320700(병합))

- * 정당화 주장 사유 : 신규채용 시 연령 제한을 두지 않았다.
- * 판단 : 위원회가 통계전문가에 의뢰하여 분석한 결과에 따르면, 만30세 이하 지원자와 만31세 이상 지원자 사이에 연령차별이 없었을 경우 합격자 연령분포가 피진정항공사 최종 합격자들의 연령 분포대로 나타날 확률이 0.66%에 불과한 것으로 나타남, 피진정항공사 채용에서 연령에 따른 차별이 있었다는 점이 강하게 추정된다.

2) 배치전환에서의 차별

객관적인 직무수행 능력 검증이나 업무능력 평가가 이루어지지 않은 채 나이를 기준으로 배치전환이 이루어진 경우 합리성이 없는 차별로 판단된다. 그리고 근무평정이 이루어졌더라도 근무평정에 나이가 일정한 판단 요소로 작용하였다면 그러한 근무평정에 근거한 보직 부여는 합리적이고 객관적으로 이루어진 것으로 볼 수 없다.

□ 토목회사의 나이를 이유로 한 휴업명령(10진정0766100)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 상당한 현장 경력이 있고 큰 규모의 공사를 맡은 경험이 있는데 신규현장들의 규모가 그에 미치지 못했기 때문이다.
- * 판단 : 현장소장에 배치하지 않음에 있어 별다른 직무수행능력 검증이나 업무능력 평가를 거치지 않은 점, 진정인 10이 휴업명령으로 인해 본인의 의사와 무관하게 현업에 종사할 기회를 잃은 불이익을 입었다는 점을 고려할 때, 경영상황을 개선하기 위한 재량의 합리적인 범위를 벗어나 나이를 이유로 한 차별로 볼 수 있다.

□ 간호단위관리자 보직 부여시 나이 차별(10진차159)

- * 정당화 주장 사유 : 합리적이고 객관적인 근무성적을 바탕으로 보직 변경이 이루어진 것이다.
- * 판단 : 진정인의 보직변경 전에 피진정인이 근무평정을 실시하지 않은 사실이 있으므로 근무성적 평정자료를 근거로 보직변경하였다는 주장은 신빙성이 없다. 가령 피진정인이 근무성적 평정을 실시하였다고 하더라도 피진정인이 제출한 직원의 근무성적 평점 및 보직현황에 따르면 근무성적 평점이 나이와 무관하게 객관적이고 합리적으로 이루어졌다고 보기 어렵다.

3) 승진에서의 차별

근무가능기간 등을 고려하여 승진에서 특정 연령 이상을 제한하는 것은 직접적 연령차별에 해당한다.

□ 공기업의 승진심사시 만55세 이상 직원에 대해 배제한 사례(12진정0925700·13진정0516000(병합))

합)

- * 정당화 주장 사유 : 승진 후 직무종사 가능기간이 2년 정도에 불과하므로 인력 운영 측면에서 비효율적이다.
- * 판단 : 단지 퇴직 시까지 직무에 종사할 기간이 짧다는 이유로 그 사람의 경력이나 공적과는 상관없이 특정연령에 해당하는 자들을 승진에서 원천적으로 배제하여 고용상의 불이익을 주는 것은 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다.

4) 교육·훈련에서의 차별

교육이나 훈련을 위한 대상자 선발에서 교육 종료 후 근무가능기간을 이유로 나이를 제한하는 경우가 있다. 이에 대해 피진정인은 예산 등 기회비용을 고려할 때 교육대상 선발에서 연령을 제한하여야 한다고 주장하나, 이는 나이를 이유로 교육 받을 기회를 원천적으로 배제하는 것이므로 과도한 제한으로서 합리성이 인정되지 않는다. 다만, 인권위원회는 피진정인 주장과 같이 교육의 목적과 효과성, 의무복무기간 등을 고려할 때 어느 정도의 나이 제한이 필요하다고 보면서, 교육 대상자에 대한 나이 제한 자체를 부정하지 않는다. 이 경우 예를 들어, 지방6급 공무원의 평균연령의 상승 및 정년 연장 등의 사정에 비추어 나이 제한이 있더라도 이에 비례하여 연장하는 것이 타당하다고 본다.

□ 지방공무원 장기교육훈련 대상자 선발시 만 51세로 연령을 제한한 사례 (10진정0519900)

- * 정당화 주장 사유 : 퇴직연령에 근접한 공무원을 교육시키는 경우 교육이수 후 퇴직 등으로 인해 복무의무의 부가가 어렵고 인력 및 예산낭비의 부작용이 초래될 수 있다.
- * 판단 : 공채합격자의 평균연령과 평균 승진소요년수를 감안하면 해당 교육과정을 신청할 기회가 많지 않으며, 특히 9급 공채자의 경우 해당 교육과정을 신청할 기회는 더욱 희박할 것이므로 교육신청 연령을 만 51세 이하로 제한하는 것은 과도한 제한이라고 판단된다. 장기교육 후 근무가능기간과 관련하여, 나이가 어릴수록 이직가능성이 오히려 높을 수 있어 연수 이후 실제 근무기간이 짧아질 수도 있고, 정년퇴직 나이까지의 남은 기간이 곧 실제 근무할 기간이라고 볼 수도 없는 등 나이제한의 효과를 가늠하기 어렵다. 또한 복무의무 부가가 어렵고 인력 및 예산낭비의 부작용이 초래할 수 있다는 주장은 이미 복무의무 위반 시 소요경비 반납제도가 시행되고 있으므로 설득력이 없다.

□ 지방공무원 6급 대상 장기교육훈련 지원자격의 만 50세 이하로 나이를 제한한 사례(13진정 0055000)

- * 정당화 주장 사유 : 장기교육은 현직에서 장기간업무에 종사하지 못하는 등 기회비용의 손실을 감안하면서 교육이수 후 관련 분야 업무에 일정기간 기여해야 하므로 연령기준 설정이 불가피하다.
- * 판단 : 현행 6급 대상 장기교육훈련 자격요건에서 연령 상한선이 지나치게 낮아 9급 출신 지방공무원의 대다수가 교육훈련 신청대상에서 배제되는 것은 과도한 제한이다.

5) 나이를 이유로 근로계약 갱신 거부

기간제 근로자의 근로계약 갱신 거부와 관련하여 기간제 근로자에 대해서는 정년 규정이 적용되지 않으므로 정년을 근거로 근로계약을 종료하는 것에 합리성이 없다고 본다. 한편, 현행 기간제법상 기간제 근로자의 근로계약은 그 계약기간이 만료함으로써 당연히 종료되고 특히 고령자의 경우 2년을 초과하더라도 기간제 근로자로 사용할 수 있다. 그러나 인권위원회는 업무수행 능력의 개별적 판단이 필요하다거나 준고령자·고령자 우선 직종에 대해 준고령자와 고령자를 우선 고용할 의무가 있다는 점 등을 근거로 근로계약 만료 후 재계약을 하지 않은 데 대해 합리성이 인정되지 않는다고 판단하였다.

□ 60세 이상인 모든 기간제 근로자에 대해 갱신하지 않고 근로관계를 종료하도록 한 사례 (16진정 0944800)

- * 정당화 주장 사유 : 「법무부 근로자 관리지침」의 무기계약근로자의 정년규정을 근거로 60세 이상 기간제근로자와의 재계약을 거부할 수 있다.
- * 판단 : 법무부 지침은 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 무기계약 근로자에게 적용되는 것이고, 진정인과 같이 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 기간제근로자에게는 적용되지 않으므로, 무기계약근로자의 정년이 곧바로 기간제근로자의 고용상한연령이 되는 것은 아니다. 또한 피진정인이 재계약을 하지 않은 기간제근로자는 방호원(경비직)과 조리원으로, 원칙적으로 방호원과 조리원의 업무수행 능력은 사람마다의 신체적 능력 차이가 매우 크므로 근로자 개인별로 판단할 사항이지 특정 연령을 기준으로 일률적으로 판단할 사항이 아니므로 합리적 사유를 인정하기 힘들다.

6) 직급별 차등정년이 차별에 해당한다고 본 경우

정년은 연령차별의 예외로써 넓게 인정되지만 차등 정년에 대해서는 직급간 업무의 차이, 업무와 연령의 상관성 등이 객관적으로 입증되지 못하는 한 부정적으로 판단한다.

□ 책임연구위원 및 1급 관리원은 61세로 정년을 규정하고 그밖의 직원은 60세로 정년을 차등적용한 사례 (19진정0353700)

- * 정당화 주장 사유 : 60세 초과하여 정년을 연장할 수 없다는 기획재정부의 임금피크제 권고안에 따라 직급별 차등정년제를 규정한 것이다.
- * 판단 : 책임연구위원과 그 외 직원의 업무가 뚜렷히 구분된다고 볼 수 없고 정년연령을 구분짓는 경계를 기준으로 직급간 본질적인 차이가 있다고 보기 어려우므로 직급별 차등정년은 평등권 침해의 차별행위에 해당한다.

□ 별정예비군 중대장 근무상한연령을 일반군무원 정년과 달리 정한 사례(09진차19·09진차29(병합))

- * 정당화 주장 사유 : 별정 예비군 중대장은 전시 등에 예비군을 지휘통솔하는 책임을 맡는 직무상 특수성이 있어 그 근무상한연령을 일반 군무원의 정년에 비해 낮게 정하였다.
- * 판단 : 현장 지휘관으로서의 직무 수행에 지장이 없을 정도의 체력이 필요하고, 연령에 따라 일정 부분 체력 저하가 발생할 수 있음을 감안하더라도 55세 전후의 체력적 차이가 직무로부터의 배제 여부를 좌우할 만큼 크다고 볼 만한 근거는 제시되지 못하였다. 근무상한연령은 정년과 달리 기준 연령까지의 신분을 보장하는 것이 아니라 단지 현직에 있을 수 있는 상한연령을 정한 것에 불과하므로 근무상한연령에 이르지 않았더라도 주기적 체력검정 등을 통해 직무수행에 부적합하다고 판단되는 때에는 이를 면직 사유로 두는 등의 대안이 있을 수 있다.

<나이를 이유로 하는 고용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
나이 18진정0203600 / 10직권200	모집·채용	고령에 따른 신체적 능력 저하	합리적 이유	실질적 판단(개별적 다양성 고려 필요)
나이 17진정1119100	모집·채용	전산업무 등 직무수행 능력	합리적 이유	실질적 판단(개별적 다양성 고려 필요)
나이 09진차275·09진차912·09진차937·09진차957(병합)	모집·채용	국정원 업무특성상 제한	진정직업자격, 합리적 이유	실질적 판단(해당 직무의 본질적 기능과 연령과 관계, 개별적으로 자질과 능력 판단 필요)
나이 18진정0875800·	모집·채용	관계법령·규정에	합리적 이유	종합적 판단

18진정0913600		따른 제한		(법령상 고령자 기준, 규정해석 등)
나이 18진정0066500	모집·채용	나이 관련 질문	합리적 이유	실질적 판단(편견과 선입견에 근거한 발언)
나이 10진정105300	모집·채용	훈련 소요 기간 고려	합리적 이유	실질적 판단 (능력 보유 개별적 판단 필요)
나이 10진정023500	모집·채용	경비업 특성상 체력 요구	합리적 이유	실질적 판단 (개별적 판단 필요)
나이 11진정0185000 / 12진정0393300	모집·채용	인사적체, 과다경쟁 등	합리적 이유	실질적 판단
나이 12진정0947300 /15진정0045900-15진정03207 00(병합)	모집·채용	암묵적·사실상 배제	합리적 이유	합격자 연령 분포 결과 통계 등 종합적 판단
나이 10진정0766100	배치전환 (휴업명령)	업무특성	합리적 이유	실질적 판단(개별적 업무수행능력 검증 필요)
나이 10진차159	배치전환 (보직부여)	고연령	합리적 이유	나이별 근무평점과 보직배치 통계자료 등 종합적 판단
나이 12진정0925700-13진정05160 00(병합)	승진	승진 후 직무종사가능기간	합리적 이유	실질적 판단
나이 10진정051990 / 13진정0055000	교육·훈련	교육 이수 후 복무의무 기간	합리적 이유	종합적 판단
나이 16진정0944800	근로관계 종료	지침 상 정년규정	합리적 이유	기간제근로의 정년규정 미적용, 개인별 능력
나이 19진정0353700/09진차19·0 9진차29(병합)	근로관계 종료	직급별 차등정년	합리적 이유	직급간 본질적 차이

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가. 직접차별이 문제되었지만 차별이 인정되지 않은 경우

1) 모집·채용

모집·채용에서의 연령차별이 특정 연령집단의 고용 촉진을 위한 제도 또는 법령에 근거하여 이루어진 경우 합리성이 인정되어 차별로 보지 않는다. 그리고 정년, 진정직업자격 등은 연령차별의 예외에 해당하므로, 모집·채용에서 정년 규정에 근거하여 연령 상한을 두거나 위험도나 난이도 등이 요구되는 업무의 성격상 연령을 제한하는 것은 차별로 인정되지 않는다. 그러나 경찰공무원이나 소방공무원 채용시험의 응시 연령을 업무상 성격 등을 이유로 제한하는 데 대해 합리성이 있는지 여부는 인권위원회의 검토 의견과 같이 차별에 해당할 수 있으므로 논쟁의 소지가 있다.

가) 청년일자리 모집에 따른 연령 제한이 합리성이 있다고 본 경우

□ 청년 인턴 모집시 만 29세 이하로 나이 제한(10진정0463001)

- * 정당화 주장 사유 : 문화체육관광부 및 관계기관 직원들이 급여 나눔을 통해 문화 예술분야 취업준비자들의 일 자리를 창출하기 위해 실시한 청년인턴 사업으로 사업취지에 맞게 부득이 만 29세 이하로 나이제한을 둔 것이다.
- * 판단 : 사업의 목적, 재원의 조성 경위 등을 고려할 때 이 사건 진정내용은 불합리한 나이차별이라고 보기 어렵다.

□ 행정인턴 모집시 만32세 이하로 응시대상자 나이 제한(10진정0463003)

- * 정당화 주장 사유 : 행정안전부가 청년고용촉진특별법에 근거하여 청년실업 완화대책 일환으로 각 부처에서 행정인턴십 제도를 운영하도록 하고 있고 국토해양부는 이에 근거한 것이다.
- * 판단 : 행정인턴십 제도는 청년고용촉진특별법에 근거하여 청년층의 취업경쟁력을 제고하기 위해 5개월간 단기적으로 운영되는 사업이고, 행정인턴의 나이 조건은 기본적으로 만 18세 부터 29세로 하되 각 부처에서 탄력적으로 적용 할 수 있도록 하고 있다. 이에 국토해양부는 지원가능 연령을 만 32세로 높이고 군복무자 및 취약계층에 대해서는 만 35세까지 탄력적으로 적용하였다. 또 행정인턴의 근무기간은 5개월, 근무시간은 주4일 30시간으로 단축한 점을 종합적으로 고려할 때 불합리한 나이차별이라고 보기 어렵다.

□ 미술관 인턴모집시 만29세 이하로 나이 제한(13진정0116100, 13진정0368100(병합))

- * 정당화 주장 사유 : 청년 실업 해소 및 예술계 신규 종사자들의 실무 경험 지원이라는 사업 목적에 따라 만 29세 이하로 나이를 제한, 동일인의 반복 참여가 금지되어 있는 점, 한정된 예산에서 사업목적에 맞게 요건을 설정한 점, 나이제한이 없는 다른 사업도 운용 중임을 고려할 때 본 사업의 나이 제한은 문제되지 않는다.
- * 판단 : 재정 지원 사업의 성격상 예산의 한계로 인한 수혜자 특정이 불가피한 점, 나이 조건을 충족하는 재학생이나 휴학생의 경우도 지원을 제한한 점, 나이 제한이 없는 학예인력 지원 사업이 여럿 존재하는 점, 동일인 이 재차 참여할 수 없는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 해당 사업의 나이 제한은 청년층 실업이 심각한 현 상황에서 특정 연령층의 취업 지원을 위한 것으로 판단되며, 청년이 아닌 자가 참여할 수 있는 사업도 피진정인들이 여럿 운용하고 있기에 해당 제한으로 인한 피해가 과도하다고 보기 어렵다.

나) 청년고용촉진특별법상 청년 고용우대조치에 따른 제한

□ 지자체 시설관리공단 직원 채용시 청년 우대 공고(13진정0241100)

- * 정당화 주장 사유 : 청년고용촉진특별법에 따라 각 지방공기업은 매년 정원의 3% 이상을 청년으로 채용하도록 노력할 의무가 있기 때문에 우대 문구를 넣었으나 구체적 우대 조치는 따로 없었고, 청년층의 지원을 독려하고자 한 것이다.
 - * 판단 : 피진정인의 기존의 청년 채용 실적을 감안할 때 청년에 해당하지 않는 자를 채용 과정에서 배제했다고 보기 어렵고, 나이를 이유로 지원 자체를 제한한 것이 아닌 점, 지방공기업으로서 청년고용촉진특별법에 의거 매년 정원의 3%(2명) 이상을 청년으로 고용하도록 노력해야 하는 점 등을 종합적으로 고려할 때 불합리한 차별로 볼 수 없다.
- ※ 유사사례로 16진정0262000(공공기관 직원 채용 시 만34세 미만인 자에게만 응시자격을 부여한 사례), 17진정1013100 (지자체시설공단 사서직 모집시 만34세 이하로 응시자격 제한) 등이 있다.

□ 환경미화원 공개채용에서 만 34세 이하 지원자에게 서류심사에서 3점의 가점을 준 사례(17진정 0969900)

- * 정당화 주장 사유 : 청년고용촉진특별법에 따라 청년 미취업자의고용을 확대하고 노력하여야 한다는 국가시책을 적극 반영한 결과이다.
- * 판단 : 피진정인이 청년실업 해소 등을 위한 국가시책을 적극 반영한 것이라는 점, 청년고용촉진 특별법이 2018년까지만 유효한 한시법이라는 점 등을 종합적으로 검토해 볼 때, 피진정인의 행위는 합리적인 이유가 있

는 것으로 본다.

다) 준고령자 및 고령자 우선고용직종에 대한 우선고용

□ 시설관리공단이 재활용품 선별장 채용공고에서 55세 이상 60세 이하로 제한을 둔 사례(13진정 0086600, 13-진정-0087100 (병합))

- * 정당화 주장 사유 : 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」에 따라 우선고용직종에 해당하는 재활용품 선별장 근무에 고령자를 우선 고용하고자 한 것이다.
- * 판단 : 시설관리공단이 고령자를 특정지어 고용 촉진 정책을 사용하는 것은 공공적 측면에서 그 필요성이 인정되고 관련 법령 등을 종합해 볼 때 피진정인의 행위는 차별로 볼 수 없다.

라) 보훈특별고용 대상자 모집시 일부 기업체가 만 30세 이하로 나이 제한

□ 보훈특별고용 대상자 모집시 일부 기업체가 만 30세 이하로 나이 제한(14진정 0791400/0791500/0791700/791900 병합)

- * 정당화 주장 사유 : 보훈특별고용은 국가공권력이 개입되어 법적 의무이행이 강제되는 등 기업의 일반적 구인 절차와 구별되므로 일부 연령을 제한하는 것은 제도의 특수성에 따른 것이다.
- * 국가인권위원회 의견 : 보훈특별고용 제도의 특수성을 일정 부분 인정하더라도 진정인이 제기한 3개 기업체 중 1개 업체는 32세 이하, 다른 2개 업체는 30세 이하로 모집하고 있어 진정인이 주장하는 보훈법령과 부합하지 않았을 뿐만 아니라 동 채용과 관련하여 피진정인은 기업체의 연령제한 채용의뢰에 대하여 업무의 특성상 연령제한이 필요한지 등에 대한 구체적 협의 없이 이를 수용하였는데, 이는 보훈특별고용 대상자가 종사하게 될 직무의 특성과 무관하게 나이를 기준으로 제한한 것으로 합리적 이유를 인정하기 어렵다.
- * 최종 판단 : 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률에 따라 법적 의무이행이 강제되는 등 기업의 일반적 구인절차와 구별되는 제도의 특수성 등을 고려하여 차별행위에 해당하지 않는다.
- * (유사사례로 16진정0768100 국가유공자자녀 취업보호연령을 만35세 이하로 제한한 사례)

마) 직원 모집시 정년 규정에 따른 나이 제한

□ 철도공사 광역철도질서유지요원 채용시 68세 이하로 나이를 제한하여 지원하지 못한 사례(11진정 00384000)

- * 정당화 주장 사유 : 협회 취업규칙상 정년을 67세로 규정하고 있으므로 정년을 고려하여 나이를 제한하였다.
- * 판단 : 연령차별금지법 제4조의 5 제3호에 따라 정년을 설정하는 경우는 연령차별로 보지 않는다.

□ 무기계약직 직업상담사 채용시 만60세 미만으로 응시 자격을 제한(15진정0685900)

- * 정당화 주장 사유 : 애초에 나이 제한 없이 채용한 것은 사실이나 이는 기간제 근로자 신분으로 채용했기 때문이고, 이후 무기계약 신분으로 전환하면서 피진정인 훈령에서 정한 정년 규정의 적용을 받게 되었다.
- * 판단 : 피진정인 훈령들에서 정년을 만 60세로 정한 행위는 연령차별금지법에서 정한 연령차별의 예외에 해당하고 이 사건 채용공고 시 지원가능 나이 상한을 만 60세 미만으로 설정한 것은 정년을 고려할 때 최대치의 상한이므로 연령차별에 해당하지 않는다.

바) 업무의 내용이나 성격에 따른 연령제한을 인정한 사례

□ 터널공사 작업에서 70세 이상에 대해 채용하지 않은 사례(11진정0312100)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인이 담당해야 하는 지하터널 굴착작업은 천공, 약 150킬로그램의 철제 기둥 운반 및 설치 등으로 1일 12시간씩 2교대 근무로 작업이 이루어지므로 체력이 많이 소모되고 안전사고의 위험이 높아 고령의 근로자가 담당하기에는 적합하지 않다.

- * 판단 : 터널굴착공사는 일반 건설업종에 비해 작업환경이 취약하고 위험도와 난이도가 높으므로 보다 엄격한 신체조건이 요구된다고 볼 수 있다. 연령대별 건설업 종사자 재해 통계 자료를 보더라도 나이에 비례하여 재해율이 높아짐을 알 수 있고 난이도와 위험도가 높은 공사일수록 재해율이 높을 것임은 충분히 예상할 수 있는 바, 연령제한이 인정된다.

□ 경찰공무원 채용시험 응시연령을 40세 이하로 제한한 사례(14진정0090200)

- * 정당화 주장 사유 : 경찰업무의 위험성 및 철야당직 근무 수행하는 등 신체활동이 왕성한 연령대의 입직이 필요하고, 응시연령 제한의 폐지 또는 완화 시 경찰관의 고령화를 초래 및 법집행력 약화가 발생할 수 있다. 또 계급과 연령의 현저한 괴리로 명령의 통일성 확보 및 지휘체계 정립이 어렵다.
- * 국가인권위원회 의견 : 신체활동성과 나이의 상관관계에 대한 면밀한 의학적·사회학적 검토를 통해 응시상한 연령을 설정해야 할 것이지 막연히 체력이 좋고 젊은 우수인력의 채용이라는 목표를 이유로 순경이 되고 싶어 하는 사람에게 응시기회조차 허용하지 않는 것은 합리적이라고 할 수 없다. 일반직 국가공무원 등의 채용시험은 응시연령 제한이 폐지된 상황에서 경찰공무원의 연령제한을 달리 취급할 합리적인 이유는 없다.
- * 판단 : 경찰공무원 업무수행을 위해서는 고도의 체력조건을 필요로 하는 점, 헌법재판소도 경찰공무원 채용시 응시연령 제한의 필요성 자체를 부정하고 있지 않은 점, 국가인권위원회 권고 및 헌법재판소 헌법불합치 결정에 따라 종전 경찰공무원 응시 상한연령이 30세에서 40세로 연장된 점, 경찰공무원 응시 상한연령을 정하고 있는 외국의 사례 등을 종합적으로 살펴볼 때, 경찰공무원 응시 연령을 40세로 제한하고 있는 현 규정이 재량권을 심하게 일탈하여 평등권을 침해하고 있다고 보기는 어렵다.
- * 유사사례로 15진정0573100 결정에서 소방공무원 모집에서의 나이 제한(20세 이상 40세 이하)에 대해서도 동일하게 판단하였다.

2) 배치전환

배치전환과 같은 인사권 행사에 대해서는 사용자의 폭넓은 재량이 인정되는 경향이 있다. 따라서 연령차별이 명백히 드러나지 않는 한 차별로 인정되지 않는다. 특히 인사평가가 나이에 근거하여 이루어진 것이 아니라면 그러한 평가에 근거한 인사처분은 합리성이 있는 것으로 판단된다.

가) 해외 근무 후 일정 기간 의무재직에 따른 연령제한한 경우

□ 해외파견 교육공무원 선발시험에 고령자의 응시 제한 (10진정0664700)

- * 정당화 주장 사유 : 해외파견 공무원 요건 제한은 법령이 정한 절차를 준수하고 재량의 일탈, 남용이 없는 한 적법한 것이다. 또 복귀 후 파견의 경험을 살려 소속기관에 오래 기여할 수 있는 자를 선발하는 것은 국민의 세금을 지출하는 임용권자로서 오히려 합리적인 것이다.
- * 판단 : 해외파견 교육공무원은 파견기관의 비용과 인력으로 다른 기관의 업무를 수행하는 점, 글로벌 마인드를 갖춘 인력을 복귀 후 활용하는 것은 임용권자의 폭넓은 재량이 인정되는 발령행위인 점, 학생들의 글로벌 마인드 함양 등에 활용할 수 있는 점 등을 종합하여 볼 때 피진정인이 3년간의 해외파견 이후 복귀하여 파견기간 이상의 기간 동안 근무 할 수 있는 자로 추천조건을 제한하는 것은 차별행위에 해당하지 않는다.

나) 업무상 필요에 의한 정당한 인사권 행사

□ 항공기 수하물 적재업무를 수행하는 피해자에 대해 나이를 이유로 팀장직위를 해제한 사례(16진정0524500)

- * 정당화 주장 사유 : 피해자의 인사평가가 솔선수범적 업무진행에 무리가 있고, 팀원의 결원부분을 수행하기에 부족하여 팀장 직위를 해제한 것으로, 이는 업무상 필요성에 의한 정당한 인사권 행사이다.
- * 판단 : 피진정인의 피해자에 대한 업무평가 및 2016년 상반기 인사평가 시 팀장급 직원들의 나이와 인사평가 점수를 종합하여 살펴볼 때 피진정인이 나이만을 근거로 피해자의 팀장 직위를 해제하였을 것으로는 볼 수 없으므로 피해자의 팀장직위를 해제한 피진정인의 행위는 인사권자의 재량범위 내에서 이루어진 행위로 볼 수

있다.

3) 임금

임금에서의 연령차별에서 동일가치노동 동일임금을 원칙으로 하지만, 법령 등에 근거하거나 업무의 성격이나 내용에 비추어 합리성이 인정될 경우 차별로 보지 않는다. 특히 임금 차별과 관련하여 임금피크제가 문제되는데, 결정례에 따르면 정년연장형 임금피크제는 연령차별에 해당하지 않는다는 전체에서 임금피크제를 시행하게 된 목적, 방법 및 수단, 절차 등을 고려할 때 합리성이 있다고 본다. 그러나 임금피크제의 본질상 연령차별 여부에 대한 논쟁 가능성은 남아있다.

□ 나이를 이유로 한 보수지급 차별 (11진정0160200)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 인력공급 용역업체 근로자로 피진정인과 진정인 사이에 계약관계가 없어 이 사건 진정이 성립하지 않는다. 외국인 조종사의 경우 국제민간항공기구 규정이 개정된 점을 고려하여 계약 내용에 반영하였고, 60세 이후 내국인 조종사에 대한 처우 등에 비추어 불 연령차별에 해당하지 않는다.
- * 판단 : 형식적으로 직접적인 고용관계가 없더라도 피진정인이 용역비 결정에 절대적 영향을 미치고 있고 진정인의 근로시간, 복무 등에 직접 관여하는 등 진정인과 피진정인 사이에 포괄적인 고용관계를 인정할 수 있다.
- * 항공법 등에서 60세 이상의 조종사에 대하여 항공업무를 제한하고 있고, 연차법 제21조 제2항에 따르면 고령자의 고용촉진을 목적으로 고령자인 정년퇴직자의 재고용시 임금의 결정을 종전과 달리할 수 있도록 허용하고 있는 점에 비추어 고령자 고용촉진을 유도하는 목적에서 60세 이상의 외국인 조종사에 대하여 용역비 조정 및 미국 물가지수인상률이 적용되지 않는 등의 조건으로 용역계약이 이루어지고 있다면 60세 미만의 조종사와 60세 이상의 조종사를 구별하여 차별대우하는 하는 데에는 합리적인 이유가 있다.

□ 50대 동료와 동일한 업무를 하면서 나이를 이유로 임금이 차등적으로 지급된 사례 (12진정 0844700)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인이 고령으로 인해 현장근무 기동성 부족 등의 한계가 있어 건설사로부터 수차례 지적과 함께 근무자 교체가 있었고, 한정된 비용으로 경비 업무를 관리하는 피진정인이 74세와 56세의 두 근무자에게 동일한 보수를 책정하는 것이 현실적으로 어렵다.
- * 국가인권위원회 권고견해 : 진정인과 동료의 업무는 같은 작업장에서 같은 업무를 하는 동일 가치의 노동이라고 보아야 할 것이며, 따라서 동일 임금이 주어져야 하는 것이 원칙이라고 할 것이다. 여타의 제반 여건이 동일한 상황에서 진정인과 동료 근로자의 나이 차이 이외에 임금을 달리 지급할 다른 이유를 찾기 어렵다.
- * 판단 : 경비업무의 특성상 일반적으로 나이로 인한 현장에서의 신속한 대응 역량 등이 차이가 있음은 수긍할 만하고, 일반적 통념상 노령 일자리의 임금 수준, 동일 임금으로 하였을 경우 기업에서의 노령자의 채용의 감소 우려 등을 감안하였을 때 70대의 진정인과 50대의 진정인의 동료 사이에 월 10여만원 정도의 차이가 현저하고 불합리할 정도의 격차라고 볼 수 없다.

□ 연령에 따라 임금피크제 적용시점을 달리 정한 경우 (16진정1056800)

- * 비교대상 : 불리한 대우는 차별행위로 인한 피해자의 시간적 선후에 따른 비교가 아니라 같은 시간대 피해자와 비교대상자 사이의 비교에 의해 판단되어야 하므로, 임금피크제를 55세부터 적용하는 61~62년생에 대한 비교대상자는 56세 또는 그 이후부터 적용하는 63년생 또는 그 이후 출생자들을 비교대상으로 한다.
- * 정당화 주장 사유 : 전체 근로자에게 보다 유리한 내용으로 임금피크제를 개선하면서 그 내용을 순차적으로 적용하는 일종의 경과규정이다. 임금피크제 개시시점을 늦출 경우 조직 내 인사적체, 회사조직의 활력 및 사기저하 등의 문제가 초래될 수 있다.
- * 인권위원회의 검토의견 : 예산 등의 한계로 순차적 상향조치의 불가피성이 있더라도 일시에 조치를 할 수 없는 사정이 합리적이어서 한다. 고연령층 직원이 간부보직을 해제하더라도 임금피크제 대상에 포함시키지 않는 방법 등으로 인사적체 등의 문제를 해소할 수 있으므로 차별행위에 대한 합리적 이유를 인정받기 어렵다.
- * 최종 판단 : 피진정인의 지침이 조직 내 인사 적체 해소, 전체 회사 조직의 활력·사기저하 방지, 세대 간 갈등 방지, 직원들 간의 화합을 위한 것이라는 목적의 정당성이 인정된다. 출생년도에 따라 순차적으로 임금피크

제의 내용을 상향 조정하여 출생년도의 선후에 따른 변화의 충격을 완화시키고자 하였으므로 차별수단의 목적 달성에 대한 기여도 인정된다. 또한 이 사건 지침을 현행과 같이 정하는데 노조의 동의절차를 거친 점, 변경의 내용이 진정인들에게도 변경 전에 비하여 상향 조정된 점 등을 고려하면 피진정인의 차별행위에 합리적 이유가 인정된다.

□ 임금피크제 적용대상자에 대한 임금삭감을 비롯한 고용상 불이익 여부(16진정0684700)

- * 정당화 주장 사유 : 임금피크 대상자에게 임금피크제 적용 또는 희망퇴직 중 선택하도록 하고, 남은 직원에 대해 개인역량평가를 통해 직무변경을 하여 상대적으로 원거리 인사발령이 이뤄졌다. 임금은 임금피크제 보수제와 개인역량평가 결과에 따라 지급된 것으로 이는 노사가 합의한 내부규정을 적용한 것이다.
- * 판단 : 임금피크제가 노사합의로 도입된 점, 정년연장형 임금피크제로 연령을 이유로 한 불이익한 행위에 해당하지 않는다. 개인평가 결과에 따라 임금삭감이 이루어졌고 직무성과와 관계없이 나이를 이유로 평가에서 불리한 대우를 받았다고 인정할 만한 객관적인 증거도 없으며, 잦은 인사발령은 정년연장형 임금피크제 도입의 결과로 나타난 것으로 고용상 불이익에 해당하지 않는다.

4) 근로관계 종료

근로관계 종료에서의 차별은 정년과 관련되는데, 정년 후 촉탁직 근로자에 대해서는 기간 만료에 따른 근로관계 종료로써 차별이 아니라고 보았다. 그리고 용역업체 경비원에 대해서는, 용역 발주처의 고용승계 형태가 정년의 유사형태로 볼 수 있는 경우, 그리고 업무의 난이도와 어려움에 따라 연령을 제한하는 경우로 나누어 볼 수 있는데, 모두 차별의 합리성이 인정되었다. 그러나 경비원과 관련한 결정례 중에서 인권위원회는 일정 연령을 기준으로 업무 수행능력이 달라진다고 확인할 수 없기 때문에 차별로 인정하는 검토의견을 제시한 바 있다.

가) 정년 후 촉탁직 근로자의 나이를 이유로 한 근로관계 종료

□ 정년 후 촉탁직 근로의 기간 연장이 70세 초과할 수 없다는 규정에 근거하여 근로계약을 연장하지 않은 사례(11진정0069500)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 취업규칙 및 경비업무용역계약서 규정에 따른 정년에 달하였고 고용계약 기간이 만료되었으나 재계약이 이루어지지 않은 것이다.
- * 판단 : 피진정인「경비업무 용역 계약서」에 따르면 아파트의 경비용역업무 근무자의 정년은 만 65세까지로 하고, 정년초과자 중에서 6개월 단위의 기간제(촉탁)근로로 연장근무를 할 수 있으며 그 기간의 연장은 70세를 초과할 수 없다. 이에 따라 진정인은 기간제(촉탁) 근로자로 만 70세를 초과하여 당연퇴직자이고 연령차별금지법 제4조의5 제3호 등을 고려할 때, 이 사건 진정은 차별행위에 해당하지 않는다.

□ 정년 후 촉탁직으로 근무 후 근로계약이 종료된 사례 (12진정0516800)

- * 정당화 주장 사유 : 보안업무는 고령 직원이 하기에 무리가 있고, 정년이 되면 당연퇴직하고 필요한 경우 촉탁직으로 전환하여 일정기간 동안 계약하여 근무하는 것이므로 계약이 종료되어 근로관계가 종료하는 것은 나이에 의한 차별이라고 할 수 없다.
- * 판단 : 진정인이 만57세가 되어 정년퇴직을 한 후 촉탁직으로 전환되어 3년 7개월을 더 근무하다가 피진정회사 측에서 진정인과 계약연장 의사가 없어 더 이상 계약을 하지 못하고 계약기간 종료로 사직을 하게 된 것으로 보아, 나이가 많다는 이유로 퇴직을 강요한 것이라고 보기는 어렵다.

나) 용역업체 경비원의 나이 제한

□ 경비원의 연령을 만65세 이하로 제한하여 그 이상인 연령인 진정인이 더 이상 일할 수 없게 된 사례(09진차285)

- * 정당화 주장 사유 ; 지하도상가 이해관계자의 편의와 안전을 도모하고 상호 원활한 업무체계를 유지하여 철저한 관리 및 수준 높은 서비스를 제공하기 위해 경비원의 연령을 제한하였다.
- * 인권위원회의 검토의견 : 1안은 직무 성격상 연령 제한이 불가피하므로 기각한다(경비 업무는 지하상가에서 발생할 수 있는 각종 사고를 미연에 예방하고 일차적으로 인명이나 재산을 보호해야할 특성이 있고 24시간씩 맞고대로 근무 등 직무 성격과 근로조건 때문에 경비원의 자격요건에 특정 연령기준을 요구하는 것은 불가피함). 2안은 연령제한이 과도하다고 보아 권고결정한다(피진정인의 용역업경비원으로 근무하는 자들이 일반적으로 고령자이고 65세 이상인 자들이 현실적으로 근무하고 있는 상황에서 다른 시설관리에 비해 피진정인의 시설관리의 업무가 특별히 난이도가 높다고 볼 만한 사유가 없음에도 용역업체 경비원의 연령을 만 65세 이하로 제한하는 것은 과도함).
- * 판단 : 피진정인이 시설 관리 업무를 용역업체에 위탁하면서 용역업체 직원의 자격요건, 근무형태, 근무조건 등을 합리적인 이유가 있는 범위 내에서는 정할 수 있고 이는 해당기관이 재량권이 인정되는 정책결정 사항으로 차별행위에 해당하지 않는다.

□ 공공기관의 경비용역 발주시 경비원의 나이를 만 61세 이하로 제한하여 진정인의 근로관계가 종료된 사례(13진정0222400)

- * 정당화 주장 사유 : 도난·화재 방지 등을 위한 시설물 방호 유인경비업무는 아파트 경비 등 다른 일반 경비 업무에 비해 매우 중요하고 특수한 영역에 해당한다. 그리고 경비업무에 종사하는 경비원에 대한 연령 상한을 과업지시서에 두되 연령차별금지법에 근거하여 그 상한연령을 61세로 규정하였다.
- * 인권위원회의 의견 : 경비원 연령 상한으로 규정된 61세를 전후하여 경비원의 직무수행능력이 현저하게 달라진다고 보기 어렵고, 경비용역 계약 체결 시 경비원의 연령이 아닌 직무수행자격 또는 수행업무의 내용을 구체적으로 기재하거나 경비원의 근무태도 등에 따라 부적격자를 교체하는 조항을 두는 등 다른 방법을 통해서도 성실한 계약 이행을 충분히 담보할 수 있으며, 피진정인이 경비원 개개인의 경력이나 근무태도, 건강상태, 자격요건 등 실질적인 직무수행능력을 판단하여 채용 또는 배치하는 것이 심히 어렵거나 부적절하다고 볼 이유가 없다.
- * 최종 판단 : 피진정인들이 경비용역계약을 체결하면서 경비원에 대한 사실상의 정년 규정을 두고 있는 것은 사실로 인정되나, 근로자에 대하여 일정한 정년을 설정하고 있는 것 자체를 합리적 이유 없는 차별행위라고는 보기 어렵다.

□ 경비용역을 발주하여 낙찰받은 경비업체의 경비원 채용시 만 65세 미만으로 제한하여 고용승계하지 않은 사례(15진정1006600)

- * 정당화 주장 사유 : 기관에서 관리하는 시설은 고가의 작품과 주요 자료를 소장하고 있는 특수성이 있어 과업지시서에 경비원의 자격을 만 20세 이상 만 65세 미만으로 제한하였고 이에 근거하여 고용승계하지 않았다.
- * 판단 : 피진정인은 만 65세에 도달하지 않은 경비원들의 고용보장을 위하여 매년 경비용역을 낙찰 받은 경비업체에게 전년도에 근무한 경비원들을 고용승계 하도록 요구하다가 경비원들의 나이가 만 65세가 도달하는 때 고용승계를 요구하지 않았는데, 이러한 과업지시와 고용승계 형태는 근로자의 정년과 매우 유사하다고 볼 수 있다. 피진정인의 방침이 사실상 경비원의 정년을 정한 것과 매우 유사하다는 점을 고려할 때, 피진정인이 용역의 이용과 관련하여 합리적인 이유 없이 나이를 이유로 차별행위를 하였다고 보기 어렵다.

□ 경비원의 나이를 만60세 미만으로 제한이 업무의 특수성으로 인정된 사례(16진정0994100)

- * 정당화 주장 사유 : 경비원은 도난, 파괴, 화재, 무단침입 등 위해 발생을 사전 예방하는 임무를 수행하고, 변전소에 대한 외부인의 출입 통제, 주요 취약지점에 대한 상시감시 및 사고발생시 1차적인 초동대응을 책임지고 있다. 이에 따라 다른 경비업무에 비해 높은 집중력과 전문성, 책임감이 필요하다. 한전 시설 중 국가주요 시설로 지정된 경우 청경과 특수경비를 배치하고 있으며, 모두 60세의 정년규정을 적용하고 있으므로, 경비용역도 같은 규정을 준용하였다.
- * 판단 : 한전이 피진정인을 자체보호시설로 지정하여 국가의 주요 위기시마다 국가주요시설에 준하는 조치를 하고 있으며, 이 변전소의 피해발생시 전력망 유지에 중대한 위험이 발생 가능하여 다른 경비업무에 비해 높은 집중력과 전문성, 책임감이 필요해 보이므로 피진정인이 일반경비 특기시방서에 일반경비원의 나이를 만 60세 미만으로 제한하는 것을 합리적인 이유 없는 차별행위라 볼 수 없다.

<나이를 이유로 하는 고용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
나이 10진정0463003 / 13진정0116100, 13진정0368100(병합)	모집·채용	청년일자리 촉진	합리적 이유	종합적 판단(법령상 근거, 목적의 정당성, 수단의 대체성 등)
나이 13진정0241100 / 17진정0969900	모집·채용	청년고용우대조치	합리적 이유	법령상 규정
나이 13진정0086600,13진정008 7100(병합)	모집·채용	고령자 우선고용	합리적 이유	법령 규정, 제한의 필요성 등 종합적 판단
나이 14진정0791400,0791500,07 91700,791900(병합)	모집·채용	보훈특별대상	합리적 이유	제도 특수성 등 종합적 고려
나이 11진정00384000 / 15진정0685900	모집·채용	정년규정	합리적 이유	법령상 연령차별의 예외
나이 11진정0312100	모집·채용	업무 성격상 안전과 위험	합리적 이유	목적의 정당성, 연령대별 재해통계자료 등
나이 14진정0090200	모집·채용	업무 위험성 및 경찰 내 조직 질서	합리적 이유	종합적 판단(단, 차별을 인정하는 국가인권위원회 검토의견 있음)
나이 10진정0664700	배치전환	해외 파견 후 의무제직기간 가능성	합리적 이유	인사권, 종합적 판단
나이 16진정0524500	배치전환	인사평가/세대교체	합리적 이유	인사권, 종합적 판단
나이 11진정0160200	임금	나이에 따른 차이	합리적 이유	항공법등 규정 취지, 고령자고용촉진 목적 등 종합적 판단
나이 12진정0844700	임금	업무능력 차이	합리적 이유	종합적·실질적 판단
나이 16진정1056800	임금	임금피크제 적용시점 차이	합리적 이유	목적의 정당성, 수단의 적정성, 절차의 정당성
나이 16진정0684700	임금	임금피크제에 따른 임금삭감 등	합리적 이유	종합적·실질적 판단
나이 11진정0069500 / 12진정0516800	근로관계 종료	정년 후 촉탁직에 대한 근로관계 종료	합리적 이유	근로계약 기간 만료에 따른 종료
나이 09진차285	근로관계 종료	용역 위탁시 경비원 연령 제한	합리적 이유	경영상 재량권
나이 13진정0222400 / 15진정1006600	근로관계 종료	업무 특성, 용역계약시 경비원 연령 상한 제한	합리적 이유	사실상 정년 규정으로 판단
나이 16진정0994100	근로관계 종료	경비 업무의 특수성	합리적 이유	업무 특수성 인정

3. 주요 쟁점

가. 국가인권위원회 결정이 제시한 연령차별의 합리성 판단기준

고용상 연령차별과 관련한 진정 사건 가운데 모집·채용에서의 연령차별 사례가 가장 많다. 그리고 인권위원회는 대체로 자의금지의 원칙에 따라 차별의 합리성 여부를 심사하고 있고 구체적으로 사건을 둘러싼 여러 사정들을 고려하여 실질적·종합적으로 판단하고 있다. 이 때 다음과 같은 기준이 적용되었다.

첫째, 판단의 전제 조건으로 나이가 많아짐에 따라 건강상태가 악화되거나 능력이 떨어질 수 있다는 것을 인정하되, 다만 그러한 정신적·육체적 능력의 쇠퇴는 일정 연령을 기준으로 일률적으로 판단하여서는 안 된다는 것을 대원칙으로 한다. 둘째, 업무 수행에 필요한 체력이나 능력은 개인에 따라 다르므로 개별적 역량 평가 없이 특정한 연령기준만 두는 것에는 합리성이 없다. 셋째, 업무의 내용이나 성격에 비추어 특별히 연령 기준이 요구되는 경우, 업무 수행에서 안전이나 위험이 우려되는 경우 등에서는 연령제한이 인정될 수 있다. 넷째, 업무수행을 위한 훈련기간, 인사적체 해소, 업무의 강도 및 고객의 선호도, 조직질서나 건전성 유지 등과 같은 부차적인 이유는 합리적 근거가 되지 못한다. 다섯째, 고용촉진정책이나 제도에 근거한 특정 연령에 대한 우대조치는 차별에 합리성이 인정된다. 다만, 우대조치의 합리성을 엄격히 판단한다. 여섯째, 임금이나 배치전환과 같이 근로관계 존속 과정에서 발생하는 연령차별의 경우 사업주의 인사권 내지 경영상 재량권이 합리성 판단에 근거가 될 수 있다. 이러한 원칙에 근거한 합리성 판단으로부터 다음과 같은 몇 가지 쟁점이 제기될 수 있다.

나. 차별의 영역 구분과 관련된 문제

고용차별의 경우 원칙적으로 진정인과 피진정인 간에 고용관계가 있어야 한다. 그러나 위탁업체로부터 수탁업체 또는 수탁인이 과업을 지시받아 업무를 하는 경우 수탁자가 고용의 성립 또는 종료 등에서 위탁업체의 과업지시에 종속되기 때문에 독립되어 약정된 일을 완성하는 용역계약으로 해석하기 어렵다. 또 간병인을 비롯하여 경비원, 청소원 등과 같이 파견업체나 인력소개업체를 통해 고용이 이루어지는 경우 인력소개업체와 가입자의 관계가 사업주와 임금을 목적으로 종속적인 관계에 있지 않고 단순히 모집인과 신청인에 불과한 경우가 존재한다. 이와 관련하여 인권위원회는 고용관계를 근로기준법상의 근로관계에 한정하지 않고 노무를 제공하고 공급받는 상태로 포괄적으로 해석한 바 있다.⁹⁾ 이에 따라 간병협회의 회원 가입 시 나이를 제한한 사례에서, 간병인을 모집하여 수요자에게 소개해 주는 간병협회를 인력소개업체로 파악하였으나 협회에의 가입 거부가 진정인의 고용여부에 큰 영향을 미치게 된다고 보아, 이 진정사건을 고용 영역으로 판단하였다.¹⁰⁾

그러나 이러한 입장이 일관되게 적용되지 않고 어떠한 경우에는 재화나 용역의 공급이나 이용 상에서의 연령차별로 판단한 경우도 있다. 예를 들어, 수도권검침원 재계약을 연령을 이유로 제한한 사례, 지하철역 운영 수탁자 모집에서 연령을 제한한 사례 등에서는 고용에서의 차별이 아니라 용역의 공급·이용과 관련한 차별로 파악하였다.

차별의 영역이 달라질 때 합리성 판단 여부에 어떠한 영향이 있는지 분명하지 않으나 연령차별금지법에서 고용상 연령차별을 규율하고 있기 때문에 궁극적으로 다른 결과를 가져올 수 있는 점은 확

9) 국가인권위원회 05진차536 결정.

10) 국가인권위원회 16진정0347200 결정.

인할 수 있다. 즉, 인권위원회가 고용상 연령차별을 인정하여 권고 결정을 내리게 되면 연령차별금지법에 따라 그 권고내용을 노동부장관에게 통보하여야 하고, 만약 사업주가 그 권고를 이행하지 않을 경우 노동부장관이 시정명령을 내릴 수 있으며 사업주가 시정명령을 이행하지 않으면 과태료를 부과할 수 있다. 이처럼 고용상 연령차별의 경우 다른 유형의 차별과 달리 인권위원회의 권고에 법적 구제효력이 강화되어 있다. 따라서 당해 진정 사건이 어떠한 영역의 연령차별에 해당하는지에 따라 구제의 효과가 달라질 수 있다. 이러한 측면에서 차별에서의 영역 구분은 의미가 있다. 따라서 진정한 과 피진정인의 고용관계를 파악하는 원칙이나 기준을 정립하고 일관되게 적용할 필요가 있다.

다만, 인권위원회가 고용 영역에서의 연령차별로 판단하여 권고 결정을 하더라도 현행 연령차별금지법은 근로기준법상 근로자를 적용대상으로 하므로 고용노동부의 시정명령 대상 적격으로 부합하지 못할 경우가 발생할 수 있다. 이에 대해서는 연령차별금지법상 관련 규정 개정 등 별도의 검토가 필요하다.

다. 차별 여부의 판단방법

고용상 연령차별에 합리성을 판단할 때 여러 요소들이 종합적으로 고려되는데, 이 때 해당 연령 제한이 유사하거나 동일한 업무를 수행하는 동종업체와의 형평성이 고려될 수 있는지 문제된다. 이와 관련하여 인권위원회는 교통서포터즈 채용시 연령제한의 차별 여부를 판단할 때 유사한 인력을 채용하는 다수의 지방자치단체가 응시연령을 폐지한 사실을 고려하여 연령차별이 인정된다고 판단한 바 있다. 또 인턴 채용 연령을 35세 이하로 제한한 것에 대해 타 부처의 청년인턴사업도 이와 유사하다는 점을 고려하거나¹¹⁾ 또는 협회임원 선정에서 60세를 초과한 자를 제한할 때 유사한 경찰청 산하기관의 임용 채용도 비슷한 수준으로 나이를 제한한 점을 고려하여¹²⁾ 연령차별에 해당하지 않는다고 판단하기도 하였다. 이처럼 인권위원회는 연령차별 여부를 판단할 때 동종업체와의 형평성을 판단기준으로 헤아리고 있다. 그러나 역 운영 수탁자 모집 시 연령제한의 사례에서는 ‘동종업체와의 형평성은 차별여부를 판단하는 기준이 될 수 없다’고 명시하면서 오히려 유사한 업무를 위탁하는 동종업체 간에 제한 나이가 각기 다른 것은 나이 제한이 자의적으로 이루어지고 있음을 반증하는 것이라고 판단하였다.¹³⁾ 통상 차별 여부를 판단할 때 유사 또는 동종업체와의 형평성을 파악하는 것은 객관적이고 합리적이라고 여겨질 수 있고, 유용한 방법론으로 볼 수 있다. 아울러 동종업체에서의 연령제한이 전반적으로 문제가 될 경우 예컨대, 산림청 사회서비스일자리사업 근로자 채용에서의 나이제한의 경우 인권위원회가 직권조사 등을 통해 전체 동종업체에서 유사 또는 동일하게 이루어지고 있는 연령차별을 시정할 수 있다는 점도 확인되었다. 따라서 유사 사례의 존재만으로 곧바로 합리성이 인정될 것은 아니나, 적어도 합리성 판단의 한 요소로 유사 또는 동종업체와의 균형을 고려하는 것이 바람직할 것이다.

차별을 판단하는 또 다른 유효한 방법론으로써 인권위원회는 사실관계를 파악하는 외에 집단적 통계 자료를 하는 방법을 취하고 있다. 이 때 자료 결과에 대한 전문가의 분석과 견해가 함께 고려되기도 한다. 이와 같은 방법은 주로 간접차별을 파악하는 데 유의미하게 적용되지만, 직접차별의 경우에도 당사자간 주장이 치열하게 대립되어 구체적으로 차별적 취급이 있었는지 아닌지를 파악하기 어려운 경우 차별의 여부를 추정할 수 있는 유효한 자료가 된다. 특정 연령에 집중하여 일정한 행위가 제외 또는 적용된 경우 고용상 연령차별로 추정하고 있다.¹⁴⁾

11) 국가인권위원회 15-진정-0111000, 15-진정-0121900(병합)

12) 국가인권위원회 11-진정-0086900, 1-진정-0558500(병합)

13) 국가인권위원회 12진정0426900. 그러나 이 사례에서 동종업체의 나제한은 각각 만59세, 만60세, 만61세로 피진정인이 제한한 만60세의 경우와 현저한 차이가 있는 것은 아니었다.

라. 고용촉진의 목적을 위해 특정 연령 제한의 딜레마

고령자 고용촉진의 목적을 위해 특정 연령대로 채용을 제한하는 것은 고령자의 채용 기회를 확대하기 위한 것으로 인정되고, 행정인턴 등 채용에서 상한연령을 두는 경우는 청년미취업 고용확대 조치의 일환으로 파악되고 있다. 이는 고용촉진을 위한 지원조치로서 연령차별금지법상 고령자와 준고령자 우선고용직종 규정이나 청년고용촉진특별법상 국가 및 지방자치단체에 대한 청년 고용촉진 대책 수립 및 시행 노력 등의 규정에 근거한다. 다만, 이 경우 연령제한의 범위를 과도하게 하여서는 안 된다. 일정한 연령에 대해서만 채용 기회를 부여하는 것은 필연적으로 해당 연령에 속하지 못한 자의 사회참여 및 재취업의 기회를 제한하고, 결과적으로 채용에서 연령으로 인해 소외 받는 구직자가 발생할 수 있기 때문이다. 그리고 이러한 조치는 고용촉진이나 고용확대를 위한 정책적 목적을 실현하기 위한 것으로, 오랜 기간 차별받아 온 사회적 약자나 소수자에 대한 예방적 내지 보상적 차원에서 잠정적으로 제공되는 우대조치와 구별된다.

국가인권위원회 결정 가운데, 학교가 시설관리직 대체인력 채용시 응시연령을 60세 이상 65세 이하로 제한한 것은 고령자 고용적합직종에 해당하고 60세 이상의 고령층 채용기회 확대를 위한 것으로 볼 수 있으나 현행 법령상 고령자의 기준이 55세 이상으로 정한 사정과 50대 실업률의 상황을 고려할 때 60세 이상의 사람에게만 응시 자격을 주는 것은 과도한 제한이라고 판단한 사례가 있다. 그러나 인권위원회는 피진정인의 차별혐의를 부정할 수 없으나 한편으로 고령자의 고용을 촉진하고자 하는 측면 또한 존재하므로 피진정인의 행위를 합리적이지 않다고 판단하는 것에 의문을 제기하기도 하였다.¹⁴⁾ 우대조치는 본질적으로 차별 생성을 전제로 하기 때문에 잠정적·임시적으로 이루어져야 하고 목적 달성을 위해 어디까지 제한을 허용할 것인지 범위를 제한할 수밖에 없다. 이러한 측면에서 인권위원회는 우대조치에 대한 목적의 정당성을 인정하면서도 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익균형성을 따져 그 차별 여부를 파악하고자 하고 있다. 이처럼 우대조치에 따른 역차별의 문제를 극복하기 위해 우대조치의 허용범위를 좁게 해석하여 차별의 합리성을 엄격하게 판단하는 것은 바람직한 것으로 보인다.

마. 임금차별에 대한 판단기준

나이를 이유로 한 임금차별과 관련하여 차별로 인정되지 않은 결정이 있다. 나이와 임금의 상관성에 대해 60세 이상의 항공 조종사에게 낮은 보수를 지급한 진정에서는 항공법 등에 근거하여 60세 이상인 조종사에 대한 업무 제한, 고령자 고용촉진 목적 등이 고려되었고, 경비업무에서 70대 진정인에게 50대 동료와 비교하여 임금이 차등지급된 진정에서는 나이에 따른 업무 역량의 차이와 임금차이의 정도(약10만원) 등이 고려되어 임금의 차등지급에 합리성이 인정되었다.

전자의 사례에서는 법 제도 등에 근거하여 연령별 임금 차등의 합리성이 인정되었다. 그러나 임금차별금지법이 정년연장에 따른 임금체계 개편 등 필요한 조치를 하도록 하고 있고 그 조치의 일환으로 임금피크제를 인정하고 있더라도, 임금피크제가 일정한 연령을 기점으로 임금을 감소시키는 점에서 연령차별이 문제된다. 임금피크제의 연령차별 해당 여부에 대해 인권위원회는 정년을 연장하는 대신 기존의 임금을 감액하는 정년연장형과 정년까지 보장하되 기존의 임금을 일정비율 감액하는 정년보장형으로 구분하여 정년연장형은 불이익 조치에 해당하지 않으나, 정년보장형은 고용조정이 필요한

14) 국가인권위원회 10진정0719400; 10진차159; 12진정0947300; 15진정0045900, 15진정0320700(병합) 등 결정례

15) 국가인권위원회 18진정0875800-18진정0913600(병합)

상황이거나 근로자의 동의를 받는 등 합리적 이유에 따라 차별여부를 판단할 수 있다고 파악한 바 있다.¹⁶⁾ 그리고 조직 내 인사 적체 해소 등의 목적에 따라 임금피크제를 출생년도에 따라 순차적으로 시행하는 것에 합리성이 있다고 보았다.¹⁷⁾ 최근 법원에서도 임금피크제가 청년 일자리를 창출하기 위한 목적을 가지는 점에서 연령차별금지법상 차별금지의 예외에 해당하고 아울러 임금피크제는 법 제19조의2 제1항에서 규정한 임금체계 개편에 해당하는 등을 근거로 합리적인 이유가 있다고 판단하였다.¹⁸⁾ 그러나 이미 법률상 법정 정년이 정해져 있는 상황에서 임금피크제를 도입하여 임금을 삭감하는 대신 정년을 보장하고자 하는 것을 합리적 이유로 포섭한 것은, 정년이 현실적으로 실현되지 못하는 사회상황을 고려한 것으로 볼 수 있다. 이는 연령차별의 혐의가 존재하지만 고용유지라는 긍정적 측면도 간과할 수 없는 점에서 고령자에 대한 일정한 불이익에 대해 하나의 논리로서 쉽게 차별 여부를 판단하기 어려움을 보여준다. 정년제와 함께 임금피크제는 이러한 딜레마를 안고 있기 때문에 계속하여 쟁점이 될 수 있다.

한편, 후자의 경우는 법 제도상의 목적에 근거한 것이 아니라 가령(加齡)과 직무수행능력의 상관성이 직접 문제된 사례다. 인권위원회는 이 결정에서 나이로 인한 역량의 차이를 수긍하고 있으나, 이는 인권위원회가 일관되게 제시해 온 원칙 즉, 나이에 따른 신체적·정신적 쇠퇴는 개인마다 차이가 있고 일률적으로 판단하기 어렵다고 보는 것과 배치된다. 나이와 능력의 연관성을 파악하기 위해서는 객관적인 평가절차와 기준이 요구되고, 구체적 역량 평가와 능력에 관계없이 나이를 기준으로 일괄적으로 제한하는 것은 합리성이 인정되지 않는다는 것은 인권위원회의 불변의 대원칙으로 유지되어야 한다. 여기서 또 다른 쟁점은 임금 차등이 현저하지 않으면 차별로 보지 않을 수 있는가, 그리고 현저하지 않은 정도의 범위는 어디까지인가이다. 결정례에서 이와 관련한 내용을 자세히 실시하지 않았는데, 근본적으로 임금의 차등지급의 정도가 많고 적음에 따라 그 차별의 합리성 여부가 좌우될 것은 아니라는 점은 비판적으로 검토되어야 한다. 이는 비단 임금의 차등에 그치지 않고 승진 등 인사고과에 영향을 줄 수 있는 평정·평가에 있어서도 마찬가지로 적용될 수 있다. 즉, 나이에 따라 달리 평가하거나 지급하는 '정도 내지 수준이 과도하지 않다'는 것이 차별의 합리성을 판단하는 근거가 될 수 있는지 비판적으로 보아야 한다.

바. 정년에 근거한 연령제한에 대한 차별의 판단기준

인권위원회는 정년 규정에 근거하여 채용에서 연령을 제한하거나 또는 근로관계를 종료하는 것은 연령차별에 해당하지 않는다고 본다. 이는 현행 연령차별금지법에서 정년제를 연령차별의 예외로 인정하고 있는 데 근거한다. 정년은 기간제 근로계약 근로자에 대해서 적용되지 않으나, 계약직 채용의 경우라도 일정기간 경과 후 무기계약직 전환과 관련이 있으면 정년 규정을 근거로 연령을 제한하여 모집하는 것은 차별행위에 해당하지 않는다고 본다.¹⁹⁾ 또 경비용역 발주시 발주처에서 경비원의 상한 연령을 제한한 것을 사실상 정년 규정으로 파악하여 차별로 보지 않았다. 정년 후 축탁직 근로의 근무상한연령에 따른 근로관계종료도 차별행위에 해당하지 않는다. 정년과 관련하여 차별의 예외를 광범위하게 인정하는 것으로 볼 수 있다.

사. 인용 상정되었으나 최종 기각된 결정례 검토

16) 국가인권위원회 16진정0684700 결정.

17) 국가인권위원회 16진정1056800 결정.

18) 서울중앙지법 2019. 6. 5. 선고 2017가합37374 판결

19) 국가인권위원회 16진정0230400

결정례에서 기각된 사례 가운데 인용 상정되었으나 최종적으로 기각된 경우가 있다. 연령차별을 판단하는 과정에서 연령차별로 인정하여 권고 결정이 제안되었으나 기각으로 결정된 사안들이다. 각 사안을 보면 인권위원회의 권고 결정이 타당한 것으로 보이나 결과적으로 기각으로 결정된 데 원인이 탐구될 필요가 있다.

III. 재화 등의 공급과 이용상 연령차별

재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

1. 차별이 인정된 경우

가. 직접 차별이 문제되어 차별이 인정된 경우

재화 등 공급 또는 이용상 연령차별이 인정된 경우는 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 개인의 능력과 연령의 상관성이 있는지 여부이다. 연령이 높아짐에 따른 신체적·정신적 능력의 쇠퇴는 개인마다 차이가 있기 때문에 어떠한 업무를 수행할 수 있는지 여부를 객관적인 업무능력평가나 신체검사의 실시 등의 기준 없이 일정 연령을 기준으로 일괄하여 제한할 수 없다고 본다. 둘째, 재화의 목적과 성격에 비추어 연령을 제한할 필요성 여부이다. 당해 재화가 추구하는 목적을 달성하기 위해 연령을 제한하는 것 외에도 여러 가지 다른 방법이 있을 수 있는 한편, 연령을 제한하는 것만으로 목적이 이루어지는 것도 아니기 때문에 이와 같은 근거들을 모두 종합하여 판단할 때 차별의 합리성이 인정되기 어렵다.

□ 자치구 통장 위촉시 일정 연령 이하로 제한한 사례 (09진차638, 10진정0031300, 10진정0446600, 11직권0000400, 11진정0337500, 13진정0988900)

- * 정당화 주장 사유 : 통·이장은 임무 수행 시 적절한 활동성이 확보되고 행정의 이해도를 확보할 수 있어야 하며 자연재해로 인한 복구지원활동 및 급변하는 행정환경 등 주민의 다양한 행정수요에 신속히 대응해야 할 필요가 있다. 민방위기본법 시행령에서 65세 이상의 통·이장의 경우 별도의 통·리 민방위대장을 지정할 수 있도록 하고 있으므로 이와 동일한 수준의 통·이장 나이의 제한은 합리적이다.
- * 판단 : 신체적 활동성과 행정에 대한 이해 능력 등은 개인의 능력에 따라 차이가 있는 것이지 특정한 나이를 기준으로 일률적으로 단정할 수 있는 것은 아니라고 보이며, 65세를 초과하는 자가 통장의 업무 수행에 필요한 활동력을 갖추지 못하였다고 볼 만한 구체적인 근거가 없다. 민방위 관련 법령의 규정에 따른 별도의 통·리 민방위대장 지정 여부를 결정하는 기준은 현장 지휘를 하기 어렵다고 판단되는지 여부이지 나이 그 자체라고 할 수 없다. 통·반장의 업무 수행에 필요한 본질적 요소에 대한 선발기준 및 절차를 더욱 엄밀하게 설정함으로써 업무수행 능력을 가진 책임자를 선발하지 않고 특정한 나이를 기준으로 통·반장의 자격 기준을 설정한 것은 합리적 이유없는 차별에 해당한다.

□ 도비 유학 장학생 선발 대상을 만 32세 이하로 제한한 사례(10진정0318600)

- * 정당화 주장 사유 : 도비 유학 장학생이 유학 종료 후 사회에 기여할 수 있는 기간을 고려하여 지원자의 나이를 만 32세 이하로 제한하였다
- * 판단 : 국비유학생의 경우 지원 자격에 나이 제한을 두고 있지 않다는 점, 장학금 제도의 본질적인 목적이 성적이 우수하거나 경제적으로 어려운 자에 대한 학업 지원, 특정 학문의 장려와 연구를 돕기 위한 것이라는 점,

나이가 적거나 활동기간이 길어야 사회기여도가 높다고 보기 어렵다는 점 등을 종합해 볼 때 피진정인이 유학 종료 후 사회에 기여할 수 있는 기간을 이유로 장학생 지원자의 나이를 제한하는 것은 나이를 이유로 한 차별 행위라고 판단된다.

□ 만 18세 미만인 자에 대한 국회도서관 이용 제한(10진정0431200·10진정0641600 병합)

- * 정당화 주장 사유 : 국회도서관은 국회의 입법활동지원이라는 목적과 기능을 갖고 있어 18세 미만인 중고등학생 등 청소년까지 이용대상에 포함하는 것은 위와 같은 목적에 지장을 초래할 수 있고 국회도서관의 장서는 입법 및 연구 활동을 지원하기 위한 목적에 맞게 전문서적 중심으로 구성되어 있어 중고등학생 등 청소년의 학습에 필요한 자료는 극히 미미하다.
- * 판단 : 18세 미만인 자의 국회도서관 이용으로 국회도서관의 기능수행에 지장이 있다고 볼 만한 객관적 근거나 자료가 부족하고, 입법 활동 지원에 활용되는 자료와 일반 중고생들이 이용 가능한 평이한 수준의 자료를 구분하는 기준이 명확하지 않으며, 이용 대상 자료는 각자의 이해력, 지적 수준과 정신적 성숙도, 이용 목적 등에 따라 달라질 수 있으므로 나이에 따라 일률적으로 이용 가능한 평이한 수준의 자료가 아니라고 구분하는 것도 적절하지 않다.

□ 자동차 사고조사 개인사업자 모집시 나이 제한(10진정0719400)

- * 정당화 주장 사유 : 사고조사 에이전트의 업무가 체력적·정신적 부담감이 크고 고령 인력이 업무부담으로 계약을 포기하는 경우가 많다는 것을 안내한 적 있으나 나이가 많아 업무수행에 어려움이 예상된다고 하지 않았다. 또 진정인의 경력이 사고조사 에이전트의 업무와 다소 다르고 업무적합성이 다른 면접대상자보다 높지 않았다.
- * 판단 : 나이에 따른 정신적·육체적 능력의 쇠퇴는 특정 나이를 기준으로 판단할 수 없을 정도로 개인차가 크다. 또한 활동성이 업무의 고유 요건이라면 업무수행에 필요한 실질적이고 객관적인 체력 측정, 즉 건강검진뿐 아니라 활동성을 측정할 수 있는 의학적 측정법 등을 사용하는 등의 평가방법을 채택하는 것이 타당하다. 나이가 해당 업무수행 능력과 직접적인 상관관계가 있다고 보기 어렵고, 지역별로 사고조사 에이전트끼리 휴식 일을 합리적으로 조정할 수 있으며, 사고조사 에이전트에 대한 평가를 통하여 계약해지를 할 수도 있는 등 다양한 사후관리 방법이 있을 수 있다.

□ 지하철역 운영 수탁자 모집 시 만 60세로 나이제한(12진정04269000)

- * 정당화 주장 사유 : 안전사고 발생 등 역 운영의 특수성, 수탁자 업무수행기준, 동종업체와의 형평성, 만 60세인 공사 직원 정년, 기타 대형사고 발생시 신속한 조치 등을 고려하여 나이를 제한하였다.
- * 판단 : 역에서 발생할 수 있는 안전사고에 대한 대처 등 역 운영의 특수성과 안정성을 이유로 제한한 것에 대한 목적의 정당성은 인정되나 그것을 실현하는 수단으로 나이를 제한한 것은 전형적 고정관념으로 보인다. 만 60세를 초과하는 연령대에 속한 이들을 모두 역 운영 안전관리에 무능력한 자로 보고 역 운영 수탁자 모집시 이들을 배제하였으므로 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다.

□ 음식물 처리기 렌탈서비스를 제공하면서 렌탈 가능연령을 만20세부터 만76세까지로 정한 사례(15진정1053800)

- * 정당화 주장 사유 : 렌탈기간 동안 이용자가 사망할 경우 발생하는 상속인과의 분쟁과 이에 따른 사회적 손실을 줄이기 위해 렌탈계약에서의 나이제한은 불가피하다
- * 판단 : 렌탈계약의 해지 등의 변동은 일정 연령 이상인 소비자의 사망 사례에서만 발생하는 것이 아니라 소비자의 사용불만 및 번심, 사용료 미납 등 다양한 사유로 발생할 수 있으므로 계약해지 등에 따른 분쟁, 채권미회수로 인한 손실 발생의 위험성은 모든 렌탈계약에 내포되어 있다. 따라서 피진정인2가 피해자의 재산이나 가족관계, 건강상태, 기타 렌탈계약 이행가능성 등이 아닌, 단지 나이만을 기준으로 하여 향후 발생할 수도 있을 계약해지 등 분쟁의 가능성을 염려하여 피해자에 대해 렌탈서비스 제공을 거부한 행위는 그 타당성과 합리성을 인정받기 어렵다.

□ 문화관광해설사 활동 연령을 원칙적으로 70세 이하로 규정한 사례 (15진정0767500)

- * 정당화 주장 사유 : 문화관광해설사의 활동이 에너지 소모가 크므로 해설사의 건강보호를 위해 그리고 해설사

비스를 원하는 관광객들이 상대적으로 젊은 층의 해설사를 선호하므로 나이 제한이 불가피하다

- * 판단 : 문화관광해설사의 건강보호를 위해서라면 나이와 같은 확실적인 기준이 아니라 건강보호 필요성 유무를 개인별로 판단할 수 있는 건강진단서나 체력검진 등과 같은 다른 방식을 활용하는 것이 타당하다. 고령인 해설자가 해설 능력이 떨어져서 관광객들이 선호하지 않는다는 점은 고령인 해설사가 해설능력이 떨어진다는 것이 고령자에 대한 편견에 기초한 주장일 뿐 구체적이고 개별적인 근거가 있다고 보기 어려워 받아들이기 어렵다.

□ 한국프로볼링협회의 정회원이 될 수 있는 프로선발전 참가자격을 남성 만45세 이하, 여성 만40세 이하로 제한한 사례(17진정0890600·17진정0890700·17진정0922900(병합))

- * 정당화 주장 사유 : 시합이 체력부담이 크고, 경기력 저하 및 경기 진행 차질, 개인 소양 등의 이유로 정회원이 될 수 있는 프로선발전 응시 요건을 나이로 제한하였다.
- * 판단 : 나이와 경기력의 상관관계가 명백히 입증되었다고 보기 어렵고, 고령자일수록 프로볼링선수 자격증 취득 후 개인의 영리만 추구하고 협회에 기여하는 것이 없으므로 나이 제한이 필요하다는 피진정 협회의 주장 역시, 소수 불성실 당사자의 문제를 일반화한 것으로, 프로볼러가 되고자 하는 사람의 자격을 나이를 기준으로 제한하는 합리적 사유로 볼 수 없다. 더욱이 이는 특정 연령대를 기준으로 도덕적·공동체적 가치의 준수가 불성실해진다는 주장이어서, 특정 연령대에 대한 사회적 편견을 심화시키고 세대 간 갈등을 야기시킬 수도 있는 부적절한 것으로 보여진다.

□ 공모전 참가대상을 만40세 미만인 자로 제한한 사례(18진정0290300)

- * 정당화 주장 사유 : 이 사건 공모가 청년 공예가의 육성·지원을 목적으로 하고 청년 일자리 대책 등 국가정책에 맞추어 참가 대상 나이를 제한한 것이다.
- * 판단 : 이 사건 공모 사업이 청년 공예가만을 대상으로 하는 사업이라고 단언할 근거를 찾기 어렵다. 이 사건 공모 사업의 목적을 신진 공예디자인 작가를 발굴 및 육성, 지원하는 제도라고 밝히고 있는바, 만약 신진작가가 청년만을 의미하는 것이라면 상대적으로 낮은 나이에 공예디자인을 배우고 해당 분야에 종사하고자 하는 사람을 일률적으로 배제하는 것이어서 그러한 관념 자체로서 연령차별의 함의를 갖는다고 할 수 있다.

〈나이를 이유로 하는 재화 등의 공급과 이용상 차별이 인정된 경우〉

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
나이 09진차638 등	자치구 통장 위촉 제한	신체적 활동성과 행정 능력	합리적 이유	객관적 근거 미비 실질적 판단
나이 10진정0318600	도비유학 장학생 선발 제한	유학 후 사회기여 가능기간	합리적 이유	종합적 판단
나이 10진정0431200·10진정 0641600 (병합)	국회도서관 이용 제한	국회의 입법활동지원 목적과 기능	합리적 이유	목적과 제한에 따른 목적실현의 상관성
나이 10진정0719400	사고조사 에이전트 모집시 제한	업무상 체력적·정신적 부담	합리적 이유	능력의 개인차, 종합적 판단
나이 12진정04269000	지하철역 운영 위탁자모집	역 운영의 특수성과 안정성	합리적 이유	목적 실현을 위한 수단의 정당성
나이 15진정1053800	음식물 처리기 렌탈서비스 가능연령 제한	고연령에 따른 분쟁 가능성	합리적 이유	실질적 판단
나이 15진정0767500	문화관광 해설사 활동연령 제한	업무강도 및 관광객 선호도	합리적 이유	개인간 능력 차이, 실질적 판단
나이 17진정0890600 · 17진 정0890700 · 17진정09 22900(병합)	프로볼링협회 프로선발전 참가자격 제한	체력 부담 및 경기력 저하 등	합리적 이유	종합적 판단(체력과 나이의 상관성 등)
나이 18진정0290300	공모전 참가대상 제한	청년일자리 대책	합리적 이유	실질적 판단(신진작가가 청년만 의미하지 않음)

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가. 직접차별이 문제되었지만 차별이 인정되지 않은 경우

재화·용역의 이용 등 연령차별 사건에서 당해 재화의 고유한 특성을 고려하여 차별이 용인되는 경우가 많다. 대표적으로 민간보험의 가입이나 상업시설의 출입, 대출 등이 여기에 해당된다. 결정례에 따르면, 보험이나 대출과 같은 재화는 이익을 추구하는 한편 타인과 위험을 공유하기 때문에 이를 이용하는 데 일정한 요건을 둘 필요가 있고 이 때 위험발생률 내지 상환가능성 등을 이유로 연령이 그 제한요소가 되는 데에는 합리성이 있다고 보았다. 다만, 이와 같은 연령제한의 필요성이 인정되더라도 특정 연령 집단에 대해 원천적으로 당해 재화의 이용을 배제하는 것이 아니고 다른 대체수단이 강구될 수 있는지 여부 또한 합리성이 인정되는 중요한 판단 요소가 되었다. 한편으로, 법령이나 제도에 따른 연령제한, 특정 연령에 대한 우대조치는 제도의 취지와 목적에 비추어 합리성이 인정되었다. 그러나 우대조치를 곧바로 차별의 예외로써 인정하기보다 그 목적의 타당성, 방법이나 수단에서의 한시성 및 대체성 등을 종합적으로 고려하여 합리성 여부를 판단하고 있다. 마지막으로, 신체능력과 연령의 상관성에 대해 개인마다 능력이 다르다는 것을 전제로 하되 업무의 내용이 생명의 안전이나 위험과 관련된 경우에는 보다 완화하여 판단하였다. 즉, 운전과 같이 본인 뿐 아니라 타인의 생명이나 안전과 직결되는 문제에 대해서는 연령에 따른 차이나 제한을 하더라도 그 차별의 합리성이 인정된다. 그러나 이처럼 신체의 위험과 관련된 문제가 아니라 업무 수행과 신체적 활동 능력과의 상관성에 대해서는 논쟁의 여지가 있는데, 결정례에서는 활동성이 요구되는 법원감정인 업무의 특성상 그 정도가 과도하지 않는 한 연령에 따른 차등 평정에 차별이 인정된다고 보았다.

1) 보험 특성상 연령제한이 인정된 경우

□ 태아보험 가입시 고연령임산부 가입 제한(09진차0000959)

- * 정당화 주장 사유 : 고령 임산부의 자연유산율이 20대에 비하여 2~4배가 높으며, 여러가지 위험성이 높다. 본사 업무지침에 따르면 35세 이상 40세 미만 고연령임산부의 경우 양수검사 등 태아 염색체 이상과 관련 정밀 검사결과지 보완 시에 사례별로 검토하여 가입을 결정한다.
- * 판단 : 보험상품 특성상 건강상태가 나쁜 사람이나 위험한 직업에 종사하는 사람까지 건강한 사람 등과 동일한 위험으로 적용하여 계약할 수 없는 점에서 합리성이 인정되고, 피진정인이 진정인이 고연령 임산부라는 이유로 태아보험가입을 거절하거나 양수검사만을 요구하여 사실상 가입을 제한하고 있는 것이 아니라는 점이 인정된다. 또한 본 진정의 발단이 당시 피진정인 상담직원의 업무상 부주의 등이 복합적으로 얽혀 발생한 사안으로 판단되므로 불합리한 차별이라고 할 수 없다.

□ 농업인산재보험 가입가능연령을 만 84세로 제한한 사례(13진정0412200)

- * 정당화 주장 사유 : 사고 발생으로 인한 경제적 수요를 충족시키기 위한 보험의 목적을 달성하기 위해서 보험회사는 동일한 위험의 집단을 구성하기 위하여 가입연령 등을 제한한다.
- * 판단 : 여타 일반 보험상품보다 가입가능 연령을 현저히 높게 설정하고 있는 점, 피진정인이 해당 상품의 가입연령을 정함에 있어 관계인 농림축산식품부장관이 한국인 평균수명 등을 고려하여 책정한 사업지침에 따르고 있는 점, 농업인들의 자발적 가입 유도를 위해서는 적절한 수준의 보험료를 유지할 필요가 있는 점 등을 고려할 때 합리적인 이유가 없는 것이라 보기 어렵다.

2) 상업시설 출입시 연령 제한을 인정한 경우

□ 백화점 라운지 이용시 10세 이하 아동 동반 제한(10진정0266400)

- * 정당화 주장 사유 : 멤버스라운지는 전년도 구매실적 우수고객에게 제공하는 부가서비스 시설로 마케팅의 일환인데, VIP고객이 멤버스 라운지를 이용함에 있어 불편함을 느낄 경우 이용을 꺼리게 될 것이고 이는 매출감소로 이어질 것인 바 멤버스라운지의 설치목적이 훼손될 수 있다.
- * 판단 : 피진정인이 설치 운영하는 VIP라운지는 마케팅 및 고객서비스 차원에서 피진정인이 설정한 기준에 해당하는 소수의 고객에게 제공하는 서비스로 일반 대중이 자유롭게 이용하는 백화점 판매 공간과는 그 성격이 다르며 서비스 대상, 내용 및 기준 등의 설정에 있어 피진정인의 재량이 비교적 폭넓게 인정된다. 또한 피진정인은 유아 및 아동을 동반한 고객들이 이용할 수 있는 별도의 휴식 및 놀이공간을 운영하고 있는 점 등을 고려할 때 10세 이하 아동의 VIP라운지 동반 입장을 제한한 것이 VIP라운지의 목적과 성격에 비추어 볼 때 불합리하거나 과도하다고 보기 어렵다.

□ 한정식 식당의 12세 이하 이용 제한(10진정0500400)

- * 정당화 주장 사유 : 식당의 컨셉을 어른들이 조용히 식사하고 담소할 수 있는 공간으로 잡고 12세 이하의 출입을 제한하였다.
- * 판단 : 한정식 식당을 운영하는 피진정인이 마케팅 차원에서 목표고객을 선정하고(고객 타게팅) 서비스 대상·내용 등을 설정할 수 있는 재량이 있다고 인정되며, 12세 이하의 고객들이 이용할 수 있는 별도의 한정식 식당을 피진정인이 운영하고 있는 점 등을 고려할 때, 이 사건 진정내용이 불합리한 차별에 해당하지 않는다.

3) 상환 등을 고려한 대출 연령 제한

□ 취업후 상환 학자금 대출 제도의 대상을 만 35세 미만으로 제한한 사례(10진차0000005, 10진차0000061)

- * 정당화 주장 사유 : 상환에 소요되는 총 기간을 25년으로 설정하였으며 정년 이후에는 현실적으로 상환이 어렵다고 보아 통상적인 정년 나이인 60세에서 25년을 역산하여 35세를 설정한 것이다.
- * 판단 : 통상 남자의 경우 대출금의 상환기간이 약 25년 정도 되는 점, 한정된 재원에서 학자금 대출의 혜택이 고루 돌아가게 해야 하는 점, 일반인들의 정년 등 근로가능 기간, 그리고 「취업후 학자금 상환 특별법」에서 만 65세 이후에 연금소득 이외에 다른 소득이 없는 경우는 상환을 면제하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면 35세로 대출 연령을 제한한 것이 크게 불합리하다고 볼 수 없다.

□ 고통을 이유로 서울신용보증재단 대출가능금액의 제한(16진정0245900)

- * 정당화 주장 사유 : 신용보증은 기업 활동을 지원하는 것으로 기업의 계속사업 가능성을 평가해야 하며, 비중은 적지만(10%) 연령을 반영하는 것은 기업경영활동이 활발한 연령층, 그동안의 부실발생 빈도 등을 고려한 것이다.
- * 판단 : 신용보증기관으로서 대출금의 대위변제에 따른 부실을 방지할 의무가 있고 경영활동이 활발한 연령층 및 부실발생 빈도 등을 고려하여 사회통념상 경제활동 가능연령을 구분하여 연령대를 평가기준의 하나로 규정하고 있는 것 역시 그러한 목적 하에 있다고 할 것이고, 연령대에 의한 점수구분의 비율이 전체 배점의 10%에 그치는 점, 고통을 이유로 보증 자체가 전면 배제되는 것이 아니라는 점에서 피진정 보증재단이 연령대를 구분하여 배점을 두고 있는 행위 자체를 부당한 차별이라고 볼 수 없다.

□ 한국장학재단의 학자금 대출 시 연령 제한(18진정0103100)

- * 정당화 주장 사유 : 학자금대출 사업의 재정 건전성 제고 및 지속 가능성 확보, 한정된 국가 재원의 효율적 집행 등을 위해 학자금대출 자격요건에 연령 기준을 두고 있다.
- * 판단 : 피진정인이 학자금 대출자격에 연령을 제한요건으로 하고 있는 것은 일반적인 신용대출의 특성을 감안하여 제한된 국가재정 내에서 학자금 대출사업 지속을 위한 최소한의 상환기간을 확보하고 재원 운용의 안전성을 확보하기 위한 조치의 일환인 것으로 판단된다.

4) 국가 법령 및 제도, 정책에 따른 제한

□ 만 28세 미필자에 대한 국외여행 불허 (10진차00000450)

- * 정당화 주장 사유 : 국외여행허가 제도의 주된 목적이 적기에 병역의무 부과를 담보하는 데 있으며, 병역이행은 일정 연령 내에서만 가능(현역병의 경우 30세까지)하므로 병력의 원활한 충원을 위하여 연령제한을 두는 것이 불가피하다.
- * 판단 : 국외여행허가 제도의 주된 목적에 따른 연령제한의 불가피성이 인정되며, 진정한의 주장처럼 신청자 및 동반자의 신분·직업 등을 감안하여 병역기피의 의도가 있는 지 등을 고려하여 허가여부를 결정하게 된다면, 오히려 사회적 신분이나 직업 등에 따라 차별하는 것이 되어 헌법의 평등권에 위배되는 것이라 할 수 있다.

□ 나이를 이유로 공익근무요원 소집일 및 복무기관 선택 제한(12진정0911700)

- * 정당화 주장 사유 : 28세 이상자의 경우 재학, 질병 등 각종 사유로 연기되어 그간 병역의무 이행이 지연된 사람으로서 조기에 병역의무를 부과할 필요성이 있으며, 본인선택 제도를 이용하여 병역의무 이행을 의도적으로 지연시킬 수 있으므로 악용사례 발생 방지를 위해 불가피하게 제한한 것이다.
- * 판단 : 병역의무는 나이에 따라 발생하고 면제되는 특성이 있어 병역 의무 부과를 위하여 나이를 기준으로 일부 편의를 제한하는 것을 불합리하다고 보기 어렵다. 공익근무요원 소집대상자의 소집일자 및 복무기관 본인선택 제도는 타인의 이익을 침해하지 아니하는 범위 내에서 28세 미만 병역 의무자에게 편의를 제공하는 성격이라 볼 수 있고, 반드시 시행해야 할 의무가 있는 사항이 아니므로 병역의무 부과에 지장이 없는 범위 내에서 28세 이상 병역 의무자에 대하여 편의제공을 제한하는 것이 불합리한 차별이라고 볼 수 없다.

□ 보육시설 장에 대한 인건비 보조금 지원대상 연령을 65세로 제한한 경우(10진차0000083)

- * 정당화 주장 사유 : 국가가 인건비를 지원하는 시설은 사유재산 성격보다는 공공시설의 성격이 강하다고 보고 모든 사회복지시설 종사자(시설장 포함)에 대해 정년제가 적용되고 있으며 이에 따라 보육시설에 대해 인건비 지원 상한연령을 규정한 것은 인건비 지원의 목적상 타당하다.
- * 판단 : 국가가 보육시설에 지원되는 예산의 규모와 기준의 설정은 국민의 담세능력, 근거법령의 목적·내용, 타 사회복지시설과의 형평성 등을 종합적으로 고려하여 국가가 정책적으로 결정할 문제라고 판단되어, 2010년도 보육시설 인건비 지원 상한연령제 시행으로 특정한 연령이상이 지원대상에서 배제되었다는 이유만으로 불합리한 차별이라고 보기 어렵다.

□ 보건복지부의 난임부부 시술비 지원이 만44세 이하 여성으로 제한한 사례(14진정0850100, 14진정08963000(병합) / 16진정0721800, 16진정0704800(병합))

- * 정당화 주장 : 한정된 예산으로 효율적인 예산집행을 위해 지원기준을 정하였다.
- * 판단 : 제한된 예산의 효율적인 집행, 공적사업의 비용효과 측면 및 연령별 시술대비 임신성공률 등을 종합적으로 고려하여 지원대상 연령을 제한하는 것이 불가피해 보이는 점, 우리나라의 제한 연령이 다른 나라에 비해 비교적 높은 편인 점, 피진정인의 행위가 시혜적 성격이어서 차별취급에 합리적인 이유가 있다고 볼 수 있는 범위가 상대적으로 넓은 점 등을 종합적으로 고려할 때 합리적인 이유없는 차별행위라 보기 어렵다.

5) 고용우대조치에 따른 제한이 인정된 경우

□ 지방자치단체의 창업지원 자격을 만 39세로 제한한 사례(13진정0212900)

- * 정당화 주장 사유 : 청년실업 극복과 일자리 창출을 위해 청년창업지원센터를 설치하여 창업을 희망하는 청년 사업가를 지원하고 있는데, 한정된 예산 여건상 만 20세에서 만 39세로 제한하고 있다.
- * 판단 : 이 사건 진정의 청년창업지원센터는 청년고용촉진특별법상 청년고용촉진을 위한 목적에 부합하는 사업이라는 점, 창업지원을 위하여 서울특별시에서 40세 이상의 장년 창업가를 위한 장년창업센터를 운영하고 있는 점, 고용노동부에서 중장년을 대상으로 전국단위의 취업지원 프로그램을 운영하고 있는 점, 법령상 청년의 나이에 비하여 청년창업지원센터 입주 신청자격을 완화하여 적용하는 점 등에 비추어 피진정인이 청년창업지원

센터 입주 신청가능 상한연령을 만 39세 이하로 제한한 것을 불합리하거나 과도하다고 볼 수 없다.

□ **국가유공자 자녀 취업 지원을 만 35세로 제한(12진정07376000)**

- * 정당화 주장 사유 : 국가유공자 등에 대한 취업지원제도는 국가에 대한 희생과 공헌의 정도를 감안하여 국가유공자 본인에 대해 우선적으로 지원 및 그 유가족에게까지 지원하는 것이고, 그 확대의 범위는 국민의 사회적 합의, 기업체의 고용 부담 등을 종합적으로 고려하여 법령에 기준을 두고 있다.
- * 판단 : 헌법재판소 판례(2006. 6. 29. 2006헌마87 결정)는 '국가보훈적 예우의 방법과 내용, 범위 등은 입법자가 국가의 경제수준, 재정능력, 전체적인 사회보장의 수준, 국민감정 등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 결정해야 하는 입법정책의 문제로서 폭넓은 입법재량의 영역에 속한다.'라고 하였고, 국가유공자의 자녀 등이 취업보호의 수혜를 받는 범위는 국민의 사회적 합의, 기업체의 고용 부담 등을 종합적으로 고려하여 결정된 사항인 점을 감안해 볼 때 합리적이지 않은 차별행위로 보기 어렵다.
- * (유사사례 14진정0949700)

□ **재정지원일자리사업 참여자 응시에서 만 65세(특수한 경우 만 55세) 이상을 우대한 사례(15진정 1001400)**

- * 정당화 주장 사유 : 노동시장의 통상적인 조건 하에서 취업이 곤란한 취업취약계층에게 정부가 한시적 일자리를 제공하는 것이다.
- * 판단 : 이들 연령대는 우리 사회 고용시장 구조에서 사실상 타 정규 일자리로의 이직이 불가능한 집단임을 고려하여 원래 한시적이어야 할 사업의 예외로 인정하고 있는 점은 국가가 고용취약계층의 소득보전을 위해 고용복지정책의 일환으로 해석함이 타당하므로, 이 법의 제정 취지에 비추어 합리적인 규정이라 판단된다.

6) **연령과 신체능력(운전 등)의 상관성**

□ **운전면허 갱신의 유효기간을 65세 이상인 자를 5년으로 짧게 설정한 것이 차별인지 여부(11진정 0491900)**

- * 정당화 주장 사유 : 나이가 많아지면 젊을 때에 비해 안전운전에 영향을 미치는 신체적 특성이 급격히 변화하기 때문에 고령자에 대해서는 적성검사 주기를 짧게 할 필요가 있다.
- * 판단 : 고령운전자 증가에 따라 교통사고 발생건수 및 부상자도 매년 증가하고 있으며 노인 운전자의 교통사고 치사율 역시 전체 사고 평균에 비해 2배 이상 높게 나타나고 있다. 돌발 상황에 대처하는 능력이 떨어져 치명적 교통사고의 위험이 높은 점을 감안했을 때, 65세 이상 운전자의 정기적성검사 주기를 65세 미만 운전자에 비해 짧게 설정한 것은 교통안전 대책이라는 합리적 이유에 해당한다.

□ **법원감정인 등재시 나이에 따라 평정 차등을 부여한 사례(13진정0839900)**

- * 정당화 주장 사유 : 토지 측량 등을 위해서는 현장조사가 필수적이어서 신속·정확한 측량에 필요한 신체적 활동능력을 평가에 반영할 필요성이 있고, 신체활동능력을 평가함에 있어 신청자 개개인에게 신체검사 또는 체력검정 결과를 제출하게 하는 것은 비효율적일 뿐 아니라 감정인 후보자 명부에 등재될 뿐으로 아직 특정 재판에서 감정인으로 선임되지는 아니한 신청자들에게 과도한 부담을 지우는 것이다.
- * 국가인권위원회 의견 : 신체활동능력은 동일 연령대에서도 과거 질병·부상의 유무, 생활습관 등에 따라 개인차가 큰 점, 신체활동능력 등을 평가 기준으로 삼아 신속한 감정을 담보하려는 경우 해당 감정인의 과거 감정수행 결과에 따라 감정소요기간, 내용의 충실도 등을 평가할 수 있는 항목이 이미 따로 마련되어 있는 점, 추가로 심사위원회의 조정평정을 통해 해당 후보자의 업무 수행 능력을 종합적으로 반영하는 것이 충분히 가능하여 단순히 나이가 특정 기준을 초과하였다는 사실만으로 일률적으로 감정을 해야 할 필요성이 있다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 볼 때에 합리적인 이유 없는 차별행위에 해당한다.
- * 최종 판단 : 법원 감정인 등재 시 직업의 성격을 고려할 때 나이에 따라 신청자를 달리 대우하는 정도가 과도하지 않아 이를 현저하게 불합리하다고 보기 어렵다.

□ **고령 택시기사에 대한 신체검사 주기의 차별(17진정0124300)**

- * 정당화 주장 사유 : 전체 택시기사 중 65세 이상이 고령자 비율이 높고 승객의 안전을 위하여 고령의 택시운송사업 종사자에 대한 관리 대책이 필요하다는 여론에 따라 최소한의 요건으로 자격유지검사를 도입하려는 것이다.
- * 판단 : 나이가 많아짐에 따라 신체적 노화와 기능 저하가 나타나는 것은 일반적인 현상인 점, 통계적으로도 최근 고령 운전자의 사고 발생 건수가 증가하고 있고 사망사고의 비율이 상대적으로 높은 점, 버스나 택시 등 여객자동차는 승객의 운송을 목적으로 하는 반면 그 승객은 운전자의 자질을 미리 알 수 없는 정보 비대칭성이 존재하므로 승객의 안전을 담보하기 위하여 일반 운전자보다 엄격하게 운전자의 자질을 검증할 필요성이 인정되는 점, 버스 운전자의 경우 이미 자격유지검사의 대상이 되고 있음에 비해 택시 운전자를 달리 취급해야 할 특별한 이유가 있다고 보기 어려운 점, 외국에서도 고령자에 대한 운전적성 검사나 증명 등을 요구하는 사례가 적지 않은 점 등을 고려할 때, 65세 이상 택시 운전자에게 자격유지검사를 받도록 하는 데에는 대체로 합리적 이유가 인정된다.

7) 기타

□ **70세 이상에 대해 정수기 렌탈 제한한 사례(11진정0481300)**

- * 정당화 주장 사유 : 렌탈판매 영업이 장시간에 걸쳐 사용료를 받아야 하므로 이익을 창출해야 하는 회사로서는 불가피한 제한이고, 70세 이상자의 경우 직장 또는 재산유무와 관계없이 모두 렌탈을 제한하고 있으나 경제적 능력이 된다면 일시불로 구입할 수도 있으므로 차별이 아니다.
- * 판단 : 이익을 창출해야 하는 기업으로서 영업손실을 예방하기 위하여 고객범위를 제한하는 것은 영업의 전략에 속하는 사안이라고 할 수 있다. 월 사용료를 받고 장기간 임대하는 렌탈판매 방식의 특성에 비추어 고령자의 사고 발생가능성이 높다는 것을 부인하기 어렵고, 시장점유율 상위업체 대부분이 나이를 제한하고 있지 않지만 피진정 회사의 경우 시장점유율이 1%에 미치지 않는 영세업체로서 사고 발생 시 기업경영에 미치는 영향을 시장점유율 상위업체와 직접적으로 비교하는 것은 적절하지 않다.

□ **장기전세주택 입주 자격 중 세대주 나이에 따른 가산점 부여 (10진정0591400)**

- * 정당화 주장 사유 : 나이가 많은 세대주가 입주자로 선정되는 것이 사회적 배려대상을 우선 입주시키고자 하는 임대주택의 정책목적에 부합하며, 상호 보완을 위하여 세대주 나이가 적은 신혼부부, 다자녀 가구 등을 우선적으로 배려하는 우선·특별 공급제도를 별도로 운영하고 있다.
- * 판단 : 세대주 나이와 주택의 필요성에 관한 직접적 관련성을 입증하는 것은 어렵지만, 나이가 많을수록 세대구성원 숫자가 늘어나고, 생계비 규모가 커지는 등 사회적 배려의 필요성이 증가한다고 보는 것이 합리적이라고 보이므로, 주택공급에 있어서 세대주 나이가 많을수록 점수를 높이 부여하는 것을 차별이라고 보기는 어렵다.

<나이를 이유로 하는 재화 등의 공급과 이용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
나이 09진차0000959	고연령 임신부 태아보험 가입제한	고연령 임신부 위험성	합리적 이유	종합적 판단(보험 특성, 사실상 가입제한이 아닌 점)
나이 13진정0412200	농업인 산재보험 가입가능연령 제한	사고 위험 등	합리적 이유	종합적 판단(타보험 비교, 사업지침, 제한의 필요성 등)
나이 10진정0266400 외 1건	상업시설 출입 제한	저연령	합리적 이유	상업시설이 특성 및 재량성, 수단의 대체성
나이 10진차0000005, 10진차0000061 외 2건	학자금 등 대출연령 제한	상환소요기간 고려	합리적 이유	종합적 판단(제도의 목적, 정년과 고려)

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
나이 10진차00000450	만28세 미필자 국외여행 불허	병역의무 부과	합리적 이유	목적의 정당성, 제도의 취지
나이 12진정0911700	공익근무요원 소집일 등 선택 제한	병역의무의 조기 이행	합리적 이유	국가 제도의 성격과 목적, 편의 제한은 불합리성 미해당
나이 10진차0000083	보육시설 인건비 지원 제한	정년제 적용	합리적 이유	예산 규모와 기준 등 국가 정책 결정
나이 14진정0850100, 14진정08963000(병합)	난임부부 시술비 지원 제한	제한된 예산과 효율적 집행	합리적 이유	종합적 판단
나이 13진정0212900	지자체 창업지원 자격 제한	청년실업 극복 및 일자리 창출	합리적 이유	목적의 정당성, 수단의 대체성 등
나이 12진정07376000	국가유공자 자녀 취업 제한	법령 기준	합리적 이유	목적의 정당성 등 종합적 판단
나이 15진정1001400	재정지원일자리사업 참여자 65세 이상 우대	취업취약계층 일자리 제공	합리적 이유	제도의 한시성, 목적의 정당성
나이 11진정0491900	고령자 운전면허 갱신 유효기간 단기설정	고연령자의 신체능력 저하, 안전운전 영향	합리적 이유	연령별 교통사고 자료 등 종합적 판단
나이 13진정0839900	법원감정인 등채시 연령별 평정차등	업무 특성상 신체적 활동능력 평가 필요	합리적 이유	직업의 성격 고려 제한의 상당성
나이 17진정0124300	고령 택시기사 신체검사 주기 차별	승객 안전	합리적 이유	종합적 판단
나이 11진정0481300	70세 고령자에 정수기 렌탈 제한	렌탈 판매 영업 특성	합리적 이유	경영사항 등 실질적 판단
나이 10진정0591400	장기전세주택 입주자격 고연령에 가산점 부여	임대주택의 정책목적, 사회적 배려	합리적 이유	제도의 취지와 목적의 정당성, 보완장치 마련

나. 간접차별이 문제되었지만 차별이 인정되지 않은 경우

간접차별의 사례는 1건이 있는데, 임대주택 공급자를 선정하기 위해 평가점수를 매기는 데 65세 이상의 노인은 참여하지 못하는 프로그램 참여에 점수를 부과함으로써 결과적으로 이 연령대에 속하는 자들에 대해 차별을 하게 된 경우였다. 이에 대해 인권위원회는 당해 재화가 추구하는 목적, 차별의 수단에서의 적절성 및 대체성, 침해의 최소성 등을 종합적으로 고려하여 차별의 합리성을 인정하였다.

□ 임대주택 공급자 선정 평가항목에 65세 이상이 참여할 수 없는 자활사업 프로그램 참여간이 포함된 사례(10진정0179300)

* 정당화 주장 사유 : 평가항목에 자활사업프로그램 참여기간을 포함시킨 이유는 저소득층에게 일정기간의 주거

를 지원한 후 자립을 유도하기 위한 것임. 다만 65세 이상 노인은 자활프로그램에 참여할 수 없는 점을 감안하여 65세 이상의 직계존속을 부양하는 세대에는 별도 가점(1점)을 부여하고 있음.

* 판단 : 자활사업프로그램참여대상이 전적으로 나이에 의해 제한되는 것이 아닌 점, 다가구매입임대주택 입주자 선정 기준에서 자활사업프로그램 참여 기간이 동일 순위 내 입주자 선정을 위한 보충적 기준 총 5가지 평가항목중 1개 항목(14점 만점 중 최대 3점)으로 그 비중이 과도하다고 볼 수 없는 점, 기초생활수급자에 대한 주거 지원 사업이 단순 주거복지외에 자립을 유도하기 위한 목적도 있는 점, 다가구매입임대주택 외에도 기존주택 전세 임대 또는 영구임대주택 등 다른 주거지원 사업을 선택할 수 있는 점 등을 감안할 때 자활사업프로그램 참여 기간이 평가항목의 하나로 포함된 것이 부당하다고 보기 어렵다.

<나이를 이유로 하는 재화 등의 공급과 이용상 간접차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
나이 10진정0179300	임대주택 공급자 선정 평가항목	65세 이상 참여할 수 없는 프로그램 참여기간 포함	합리적 이유	목적의 정당성, 수단의 적절성, 침해의 최소성 등

3. 주요 쟁점

가. 재화 등의 공급과 이용상 연령차별의 특징

재화 등의 공급과 이용상 연령차별과 관련한 진정 사건에서 인권위원회는 각인의 능력과 차이를 전제로 다양성을 고려하여야 하고 나이와 차별행위의 상관성이 명백히 입증되지 않는 한, 재화 등을 이용하는 데 있어 일률적으로 특정한 연령을 제한하는 것은 합리성이 없는 차별로 파악하고 있다.

한편, 사적영역에서 발생하는 행위가 차별에 해당하는지 여부의 판단에 있어서는 사적자치의 원칙을 고려하되 목적이 정당한지 여부, 목적을 달성하기 위한 수단이 필요하고 적정한 것인가 여부 등을 기준으로 판단하고 있다.

나. 연령과 신체능력의 상관성

인권위원회는 연령 증가에 따른 신체활동능력 저하는 개인마다 차이가 있고 동일 연령대에서도 개인차가 크기 때문에 일률적으로 나이에 따라 차등을 두는 것에는 합리성이 없다고 본다. 그러나 본인 뿐 아니라 타인의 생명과 안전과 관련되어 연령에 따른 차등을 두는 것은 차별에 해당하지 않는다고 판단한다. 운전면허 갱신이나 운전자의 신체검사 주기를 고려 운전자에 대해 짧게 설정한 것은 교통안전을 위한 합리적 차별이라고 결정한 바 있다. 이러한 판단에는 나이가 많아짐에 따라 신체적 노화와 기능 저하가 나타나는 것이 일반적인 현상이라는 것을 전제로 하고 있다. 이는 인권위원회가 주요한 원칙으로 삼고 있는 연령과 신체능력의 개인 간 차이 또는 다양성이라는 측면에서 배치되는 것처럼 보이나, 생명·안전과 관련된 부분에서의 제한은 예외로 인정한 것이라 할 수 있다.

다. 우대조치에 따른 차별에 대한 판단

일자리 창출을 위한 목적으로 특정 연령을 기준으로 제한하여 우대 또는 제한을 하는 것은 차별로 판단하지 않는다. 그러나 인권위원회는 이 경우에도 원칙적으로 다른 연령대를 배제하거나 다른 연령층의 기회를 증대하게 제약하는 것은 아니어야 한다고 보고, 엄격하게 판단하려는 것으로 보인다. 이

경우 연령차별에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 목적의 정당성, 침해의 최소성, 수단의 대체성을 함께 고려하고 있다. 이러한 판단기준은 간접차별 결정례에서도 적용되었다. 고용 영역과 마찬가지로 우대조치에 따른 역차별 등 부정적 측면을 고려할 때 우대조치의 합리성에 대해 엄격하게 판단하고자 하는 입장은 타당하다.

IV. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 연령차별

교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

1. 차별이 인정된 경우

가. 직접 차별이 문제되어 차별이 인정된 경우

교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 연령차별이 인정된 결정례들을 보면 모두 고연령자에 대한 부정적인 편견에 기반하여 고연령과 기술습득이나 능력의 관계가 문제되었다. 인권위원회는 활동성이나 지식습득 능력 등은 개인마다 차이가 있기 때문에 교육생을 모집하는 데 있어서 일정한 연령을 기준으로 점수를 차등 부여하거나 또는 제한하는 것에는 합리성이 없다고 판단하였다.

□ 직업 교육생 선발시 연령층에 따라 최저 15점에서 최고 30점까지 점수를 차등하여 부여하도록 선발기준을 제시한 사례(14진정0143800)

- * 정당화 주장 사유 : 고연령자의 경우 기술 습득력과 자격취득률이 낮고, 훈련 후 취업수요처에서 산업특성상 고연령자를 기피함에 따른 것이다.
- * 판단 : 각 개인별 활동성의 차이를 무시한 채 획일적인 연령기준에 따라 점수를 감점하는 것은 합리적이라고 보기 어려운 점, 「근로자직업능력 개발법」 제3조 제3항이 연령 등에 따른 차별 금지를 규정하고, 50대 훈련생의 자격취득률과 취업률과 훈련생 전체 평균치 자격취득률이 현격한 정도의 차이가 있는 것도 아니라는 점을 종합적으로 고려할 때, 나이를 기준으로 일률적인 차등점수를 부여하는 것은 불합리한 차별행위에 해당한다.

□ 업상담당학과 교육훈련생을 모집하면서 지원 자격을 50세 미만으로 제한한 사례(12진정0729100)

- * 정당화 주장 사유 : 직업상담당학과 교육과정과 자격증 시험의 난이도와 지적활동 등을 고려할 때 청장년층 훈련과정에 적합하고, 청장년의 경우 실업문제가, 준고령자는 고령화 대비가 주요 과제로써 상한연령 기준을 완화시켜 50대 이상 준고령 및 고령자에게 기회를 주더라도 30~40대의 젊은 층과 경쟁해야 하므로 결국 불리하게 되어 연령을 제한하였다.
- * 판단 : 교육훈련생 개인별로 능력은 상대적일 수 있는 점, 서류심사와 면접시험에서 나이에 의한 지원 자격 제한이 아니더라도 지원자의 역량을 평가할 수 있는 수단이 있는 점, 다양한 직장경험과 사회경험을 가진 50세 이상에게도 직업상담과 관련한 교육기회를 제공하여 인적자원으로 활용할 수 있는 점 등을 고려할 때 피진정인의 주장은 합리적이지 않다.

□ 간호학과에 편입한 진정인에게 학과장이 “나이가 많아 간호학과 교수들이 부담스럽다며 학과장실로 항의전화가 온다.”, “실습은 재학생들과 같이 보낼 수 없다.”, “나이 때문에 안 된다.”, “아무도 나이 때문에 진정인의 지도교수로 나서지 않아 내가 지도교수를 하기로 했다.”는 등의 발언을 한 사례(14진정0173800)

- * 정당화 주장 사유 : 실습병원 구하기 어려움에 대해 미리 이야기하고 양해를 구하려고 한 것이다.
- * 판단 : 실습병원과 관련한 사항은 피진정인을 포함한 간호학과 교수들 혹은 학교 당국이 해결하여야 할 문제인 점, 실습병원에서 나이를 이유로 실습생을 구별하는 행태가 있다고 하더라도 피진정인은 교육자의 입장에서 잘못된 인식의 개선을 위해 노력해야 함에도 불구하고 편입초기에 오히려 진정인에게 분리실습 가능성 등을 얘기하며 심리적으로 위축되게 한 점, 위와 같은 피진정인의 행위가 결과적으로 진정인이 자퇴서를 제출하게 된 원인이 된 점 등을 종합적으로 고려할 때, 합리적인 이유 없는 차별행위로 판단된다.

<나이를 이유로 하는 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
나이 14진정0143800	교육생 선발시 접수차등 부여	고연령자의 기술습득력 저하 및 취업수요 등	합리적 이유	종합적 판단
나이 12진정0729100	교육훈련생 모집	시험의 난이도와 지적활동 정도	합리적 이유	종합적 판단
나이 14진정0173800	학과장의 나이에 대한 부정적 발언	실습병원 취업처 어려움	합리적 이유	종합적 판단

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가. 직접차별이 문제되었지만 차별이 인정되지 않은 경우

교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 연령차별이 합리성이 있는 것으로 판단된 경우는 진정직업 자격이 인정된 경우, 제도의 취지상 연령제한의 필요성이 인정된 경우, 고용촉진을 위해 연령을 제한한 경우, 상담에서 연령에 대한 부정적 언급이 오해에서 비롯된 경우이다. 통상 진정직업자격은 엄격하게 인정되는 경향이 있는데, 여기 결정례에서는 기수후보생이라는 특수한 업무가 연령을 제한하는 합리적인 이유로 인정되었다. 한편, 교육상담에서 연령을 단지 부정적으로 언급하였다는 것만으로 편견에서 비롯된 차별이라 할 수 없고 그러한 발언을 하게 된 상황을 종합적으로 판단하여 차별이 아니라고 보았다.

1) 나이와 업무수행능력의 상관관계가 인정된 경우

□ 기수후보생 지원 대상을 만22세 이하로 제한한 사례 (19진차560)

- * 정당화 주장 사유 : 경마는 안전사고 발생시 생명과 직결되며 고도의 전문성을 요하므로 연령이 높은 자를 기수후보생으로 선발할 경우 체중 조절 곤란, 근육 경직 등으로 인하여 최적의 신체조건을 갖추기 어렵고 30~40대의 현역 선수들도 어릴 때부터 장기간 신체적으로 단련되어 있음을 전제로 활동한다.
- * 판단 : 경마의 특성상 기수가 경주마에 미치는 하중, 기수의 신체적 유연성 등이 경기의 성과 뿐 아니라 안전 확보 문제와 밀접한 관련성을 지니므로, 경마선수의 신체적 요건을 일반 승마 종목에 비하여 엄격히 제한할 현실적 필요성이 있다. 경마에 적합한 신체조건과 연령의 상관관계에 대해서는 보다 심층적인 의학적, 물리학적

검증이 필요하다고 볼 여지도 있으나, 경마에 오랜 전통을 가진 영국, 아일랜드 등 주요국의 사례에서도 공통적으로 기수후보생의 상한연령을 20세 전후로 정하고 있는 점에서, 기수후보생의 응시 상한연령을 종목에 따라 만 22 ~ 23세로 정한 것이 현저히 불합리한 기준이라고 보기는 어렵다.

2) 대학입학 수시모집시 나이 제한

□ 대학수시모집시 고등학교 졸업년도를 제한하여 응시 제한한 사례(11진정0414800 / 13진정 0138500, 13진정0280500(병합))

- * 정당화 주장 사유 : 수시 모집 주 입학사정관제 전형원칙을 정할 때 학교생활기록부를 주요 전형요소로 활용하는데 고등학교 졸업 후 일정기간이 지나면 학교생활기록부로 학생의 우수성을 판단하는데 무리가 있다.
- * 판단 : 입학사정관제 전형 학생선발 시 고교시절 교과활동·특별활동·재량활동 등을 통해 학생의 소질과 잠재력을 평가해야 하는데, 진정인의 경우 고교를 졸업한 지 10년 가까이 되었고 졸업 당시 고등학교 역시 성적 위주로 학생을 평가해 한계가 있고, 피진정인 수시모집 일반전형의 경우 고교 졸업연도 제한을 두고 있지 않고 있어 진정인의 응시기회 자체가 원천적으로 배제되는 것은 아니므로 피진정 대학이 진정인에게 불합리한 차별을 했다고 보기 어렵다.

3) 청년 고용창출 목적에 따른 나이 제한을 인정한 경우

□ 한국환경공단의 교육생 선발 대상을 만 35세 이하로 제한한 사례(13진정0783800)

- * 정당화 주장 사유 : 이 사업은 기획재정부 등 관계부처 합동으로 발표한 「미래산업 청년리더 10만명 양성계획」 중에서 환경부 소관 10개 사업 중 하나로, 전문인력을 양성하여 고학력 청년층이 양질의 일자리를 구할 수 있도록 하는 것이 목표인 바, 법에서 정하고 있는 청년의 나이를 고려하여 35세 이하인 자를 우선적으로 배려한 것이다.
- * 판단 : 사업의 목적이 청년고용여건의 개선이며 청년의 나이를 정함에 있어 「청년고용촉진 특별법」 및 동법 시행령을 참고하고 있어 합리성이 결여되어 있다고 보기 어렵다. 또한 피진정기관은 제한된 인원만 교육할 수 있는 집합교육의 한계점을 보완하기 위하여 온라인 교육을 제공하고 있으며, 온라인 교육의 경우 전공이나 연령의 제한을 두지 않았고 교육내용과 수료자의 자격이 동일한 점을 고려할 때 위 진정내용을 연령차별이라고 볼 수 없다.

□ 항공대 귀촌 드론 교육과정 지원 대상을 39세 이하로 제한한 사례(17진정0551000)

- * 정당화 주장 사유 : 방제용 드론 교육과정은 청년실업 등의 사회적 문제에 대응하여 드론 산업과 농업, 어업의 연계를 통해 2030 청년층에 귀농귀촌 분야 신규 취업과 창업 방안을 제시하는 목적이기에 교육사업 대상이 39세 이하로 특화되어 있다.
- * 판단 : 이 진정의 교육과정은 「귀농어귀촌법」에 따라 귀농어업인 및 귀촌인의 안정적인 농어촌 정착 목적에서 특정 연령대인 2030 청년층인 39세 이하의 귀농·귀어촌을 유도하기 위한 국가의 정책적·전략적 목적에서 시행되었고, 이는 농어촌 지역의 경제를 살리기 위한 특별한 사정에서 누구를 대상으로 어떤 분야에서 얼마의 예산을 지원할 것인지는 고도의 정책적 판단에서 폭넓은 재량권이 주어진다고 판단된다.

4) 상담에서 나이를 부정적으로 언급한 취지

□ 교육과정 수강을 위한 상담에서 나이를 언급한 사례 (15진정0419900)

- * 정당화 주장 사유 : 해당 교육과정은 관련 과정 중 난이도가 높고, 나이를 불문하고 누구에게나 교육내용이 어렵기 때문에 쉽지 않을 것이라는 내용을 충분히 전달하는 과정에서 진정인의 오해가 생긴 것이다.
- * 판단 : 진정인을 상담하는 과정에서 나이를 언급했다는 사실만으로 합리적인 이유없이 나이를 이유로 교육수

강을 제한한 차별행위를 행하였다고 단정할 수는 없으므로, 피진정인이 나이를 언급한 취지나 이유, 상담상황 등을 고려하여 차별행위 여부를 판단하여야 한다. 피진정인은 해당 과정에 대해 구체적으로 설명하고자 하는 의도였으며 다른 수강생들보다 상대적으로 많은 나이로 인하여 교육수강 과정에서 발생할 수 있는 어려움을 사전에 알려줌으로써 교육의 선택이나 각오에 도움을 주고자 하였다고 진술하는 점, 해당 과정에 이미 진정인보다 2년 연장자가 수강을 하고 있었고 이후 개강한 과정에서도 진정인보다 2년 연장자가 수강을 하고 있는 점 등을 감안할 때, 나이를 이유로 하여 진정인의 훈련수강 신청을 거부하고 제한하기 위한 차별의 의사에서 기인한 의도적이고 고의적인 차별행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

<나이를 이유로 하는 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
나이 19진차560	기수후보생 지원대상 제한	경마기수의 특성	합리적 이유	진정직업자격 등
나이 11진정0414800/ 13진정0138500, 13진정0280500(병합)	대학수시 모집시 나이 제한	고교 졸업 후 기간 경과에 따라 학생부로 학생의 소질과 잠재력 평가의 한계	합리적 이유	목적의 정당성, 수단의 대체성
나이 13진정0783800	교육생 선발대상 나이제한	청년층 일자리 지원	합리적 이유	제도의 취지, 수단의 대체성
나이 17진정0551000	교육과정 지원 대상 제한	청년의 귀농귀촌 지원	합리적 이유	법령상 제도의 목적, 정책적 재량
나이 15진정0419900	교육과정 수강 상담시	고연령에 대한 부정적 언급	합리적 이유	실질적 판단

3. 주요 쟁점

가. 학습능력과 연령의 관계

인권위원회는 다른 차별 영역에서와 마찬가지로 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용 등에서도 일관되게 연령과 능력을 동일시하지 않는 입장을 견지하고 있다. 따라서 나이와 학습능력을 정의 상관관계로 보지 않고 고연령자의 교육능력과 자격증 취득 가능성이 개인별로 상이하므로 훈련능력이나 지적능력을 연령 이외의 객관적인 방법으로 평가할 것을 강조하고 있다. 헌법재판소 또한 5급 공무원임용시험 응시연령 제한과 관련한 결정에서 32세까지는 직무수행에 필요한 최소한의 자격요건을 갖추고 32세가 넘으면 그러한 자격요건을 상실한다고 보기 어렵다고 보면서 연령과 능력의 관계를 부정한 바 있다.²⁰⁾ 연령에 의한 차별은 개인이 책임질 수 없는 조건에 의한 차별에 해당하고, 평균수명이 급격히 늘어나면서 전 생애에 걸쳐 교육수요가 높아지고 있으므로 연령 제한은 그 타당성이 크게 감소되고 있다. 이와 같은 측면에서 인권위원회의 입장은 합당하다고 할 것이다.

나. 우대조치의 한계

특정 연령집단에 대한 우대조치는 이러한 조치로 인해 연령에 따른 대우의 차이가 발생하더라도 수단적 측면에서 정당하면 연령차별에 해당하지 않는 것으로 본다. 진정 사례에서는 청년의 일자리

20) 헌법재판소 2008. 5. 29. 선고 2007헌마1105 결정.

지원을 위한 목적으로 교육 대상을 청년으로 제한하는 경우 적극적 우대조치의 일환으로 인정하였다. 다만, 국가인권위원회 결정에서는 우대조치를 곧바로 차별의 예외로 인정하지 않고 목적의 정당성과 수단의 정당성 및 대체성을 반드시 검토하고 있다. 즉 우대조치가 합당하기 위해서는 선의의 목적을 가져야 하고, 다른 연령집단의 능력을 침해하지 않는 방법으로 이루어져야 하며, 잠정적으로 이루어져야 하는 등 엄격한 판단 기준에 따라 이루어져야 한다. 우대조치를 통해 이익을 보는 개인이나 집단보다 상대적으로 피해를 보는 집단에서 심각한 결과를 야기하여서는 안 되기 때문이다. 따라서 우대조치의 합리성을 판단할 때 일정한 한계가 있어야 함을 주지할 필요가 있다.

제4절. 사회적 신분

I. 사회적 신분의 의미

1. 차별금지사유로 규정된 ‘사회적 신분’

국가인권위원회법 제2조 제3호는 차별금지사유의 하나로 ‘사회적 신분’을 규정하고 있다. 국가인권위원회법 외에도 최상위규범인 헌법 제11조 제1항이 최상위규범인 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 규정한 것을 비롯하여 고용정책기본법, 교육기본법, 근로기준법, 기간제 및 단시간근로자의 보호 등에 관한 법률, 남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률, 출입국관리법 등 다수의 법률에서도 사회적 신분을 차별을 금지하는 사유로 규정하고 있다.

비교법적으로 보았을 때 차별금지사유로 사회적 신분을 두고 있는 나라는 찾기 어렵고 다만, ‘사회적 신분’과 유사한 것으로 ‘사회적 또는 경제적 지위’(멕시코), ‘사회경제적 지위’(칠레), ‘사회적 출신’(호주), ‘사회적 지위’(스위스, 모잠비크, 벨기에), ‘사회적 조건’(볼리비아), ‘사회적 상태’(피지)를 규정하는 나라들이 있다.

헌법과 국가인권위원회법을 비롯한 법률에서 사회적 신분을 차별금지사유로 규정한 취지는 현대 사회가 신분제 사회가 아님에도 불구하고 현재에도 여전히 과거의 신분과 같이 작용하여 차별의 원인이 되는 사유가 있고 이를 범주화하여 하나의 차별금지사유로 규정하여 그로 인한 차별을 시정할 필요가 있기 때문이다. 이하에서는 헌법재판소, 법원, 국가인권위원회의 세 판단기관이 ‘사회적 신분’의 의미를 어떻게 해석했는지 간략히 살펴본 후 국가인권위원회의 차별 진정 사건에서의 판단기준을 검토한다.

2. 판단기관별 ‘사회적 신분’의 정의

가. 헌법재판소와 법원

헌법재판소는 헌법 제11조 제1항의 ‘사회적 신분’이란 ‘사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것’¹⁾을 의미한다고 보아, 전과자, 정부투자기관의 직원을 사회적 신분에 해당하는 것으로 판단한 바 있다.

한편, 법원은 근로기준법 제6조에서 차별금지사유로 규정한 사회적 신분의 의미를 해석하고 있는데, 최근 하급심 판결은 ‘직업뿐 아니라 사업장 내의 직종, 직위, 직급도 상당한 기간 점하는 지위로서 사회적 평가를 수반하거나 사업장 내에서 근로자 자신의 의사나 능력 발휘에 의해서 회피할 수 없는 사회적 분류에 해당하는 경우 이를 사회적 신분이라 할 수 있다’라고 판시하거나²⁾ ‘사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가, 특히 열등하다는 평가를 수반하는 것으로 보는 것이 타당’하다고 하면서 ‘무기계약직’ 지위를 사회적 신분에 해당한다고 판시하였다.³⁾

1) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 93헌바43 결정

2) 서울남부지방법원 2016. 6. 10. 선고 2014가합3505 판결

나. 국가인권위원회

국가인권위원회(이하 '인권위'로 약칭)가 진정 사건에 대하여 결정하면서 사회적 신분의 의미를 밝힌 것은 비교적 최근으로, 헌법재판소의 '사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것으로 정의할 수 있다'는 해석에 따라 사회적 신분을 정의하였다. 더불어 사회적 신분을 이유로 한 차별을 금지하는 이유에 관하여 '더 이상 선천적 신분제도가 존재하지 않음에도 불구하고 국가인권위원회법 뿐만 아니라 헌법과 근로기준법에서도 사회적 신분³⁾에 따른 차별의 금지를 규정하고 있는 것은 사회에서 장기간 점하는 지위를 이유로 특정 집단을 열등하게 보는 불합리한 사회적 평가가 그대로 낮은 대우 등 차별의 사회적 현실로 구성될 경우, 그 결과가 인간으로서의 존엄과 가치 및 평등권을 해치는 기본권 침해로 이어질 수 있기 때문'⁴⁾이라고 설명하고 있다. 이에 따라 인권위는 '기간제 근로자' 등의 고용형태를 사회적 신분이라고 판단하였다. 이와는 달리 '직급'과 '직종'에 관해서 2019년 이후 결정례들은 국가인권위원회법 제2조 제3호에 명시된 19개의 차별금지 사유 외의 '기타' 사유에 해당한다고 판단하였다.

인권위가 결정문에서 명시적으로 사회적 신분에 해당한다고 본 예는 파산면책자(10진정210600), 검정고시 출신자(11진정0066700, 14진정0386100·0389200)⁵⁾, 특정 노조 조합원(12진정0579200), 전과자(17진정1054100), 특별편입학 과정에서 일률적으로 석차분리 대상이 된 '**대학교 출신', '**대학교 특별편입학 학생'(18진정0103000·18진정0266800(병합)) 등이 있으며, 결정문에 명시하지 않았으나 사회적 신분으로 전제하고 판단한 사건은 퇴직경찰의 계급(09진차0001290), 입양된 자(08진차1081), 「국민기초생활보장법」 상의 차상위계층(10진정0468500), 결혼이주여성(11진정0173200), 사도교육원 운영시 편입학 학생(11진정0472600), 국가유공상이자 부양자(11진정0644700), 특정 노조 조합원(12진정0579200), 해외 거주 자영업자의 자녀(12진정0548100), 기초생활수급자(15진정0459200) 등이 있다⁶⁾. 최근에는 호봉 산정시 입사 전 비정규직 경력을 인정하지 않은 것을 차별로 진정한 사건에서 고용형태의 일종인 무기계약직이나 기간제 근로자가 사회적 신분에 해당한다고 판단하였다(2019. 6. 5.자 18진정0313900 결정).

헌법재판소는 「헌법」 제11조 제1항의 '사회적 신분'에 대하여 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미하는 것으로 정의한 바 있으며(헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 93헌바43 결정 등), 우리 위원회는 특히 고용과 관련하여서는 사업장 내에서 근로자 자신의 의사나 능력 발휘에 의해 회피할 수 없는 사회적 분류를 사회적 신분으로 보면서 무기계약직이나 기간제 근로자의 지위는 그러한 고용형태가 존속하는 이상 자신의 의사나 능력발휘와 무관하게 그 지위를 가질 수밖에 없는 상황에서 저평가되고 있다는 점에서 사회적 신분으로 판단하고 있다(2019. 6. 5.자 18진정0313900 결정).

3) 서울중앙지방법원 2018. 6. 14. 선고 2017가합507736 판결

4) 2018. 11. 21.자 17진정1211800 결정

5) 검정고시 출신자에 관해서는 학력을 이유로 한 차별 사건으로 다른 결정례도 있으며(12진정0895800, 11진정0653400), 학력을 이유로 차별에는 동일한 교육과정을 마쳤더라도 교육 이력을 이유로 하는 구별·배제·분류하는 수평적 차별이 개념이 포함되므로(16진정0140500·17진정0238500), 학력을 이유로 하는 차별로 보는 것이 타당하다.

6) 국가인권위원회, 『차별판단기준 기초조사 연구』, 2019, 62쪽

<인권위 결정례상 사회적 신분에 해당한다고 본 경우>

명시적으로 사회적 신분으로 본 경우	
08진차00009887, 11진정0181700, 17진정0838500-17진정1228700(병합), 17진정1211800	고용형태
10진정210600	파산면책자
11진정0066700 14진정0386100-0389200	검정고시 출신자
12진정0579200	특정 노조 조합원
17진정1054100	전과자
18진정0103000 18진정0266800	특별편입학 과정에서 일률적으로 석차분리 대상이 된 ‘**대학교 출신’, ‘**대학교 특별편입학 학생
사회적 신분을 전제한 경우	
08진차1081	입양된 자
09진차0001290	퇴직경찰의 계급
10진정0468500	「국민기초생활보장법」 상의 차상위계층
11진정0173200	결혼이주여성
11진정0472600	사도교육원 운영시 편입학 학생
11진정0644700	국가유공상이자 부양자
12진정0579200	특정 노조 조합원
12진정0548100	해외 거주 자영업자의 자녀
13진정0456800	고용형태
12진정0384000	교원 대체 직종(기간제 교사, 원어민 강사, 시간강사, 영어회화 전문강사)

<인권위 결정례상 사회적 신분에 해당하지 않는다고 본 경우>

국가인권위원회 사건번호	진정 내용	진정인	비교대상	각하 이유
16진정0490900	직종에 따른 교통보조비, 급식비 차별	117상담센터 전문상담사, Wee센터 사회복지사	학교전문상담사	근무기관에 따른 차별대우이므로 인권위법상 차별사유 미해당
16진정0546000	비정규직 급여, 복리후생비 차별	무기계약직인 현업 근로자	본사 근로자	비교 대상 아님, 차별사유 관련 없음
17진정0807700	직종 ⁸⁾ 에 따른 임금 차별	상담지도직원	일반 직원	인격적 속성을 띤 차별사유 미해당
17진정0231700	공무원 소속에 따른 임금 차별	지방공무원	국가공무원	차별사유 미해당 ‘기타’ 사유 미해당
17진정0268000	교원 성과급 지급 차별	퇴직한 사립학교 교원	소속 교원	차별사유 미해당
16진정0510200	민간경력 합산대상 교원에서 배제	전문상담교사	사서교사, 보건교사, 영양교사	차별사유 미해당
17진정0535600	사관후보생	군인	군인 아닌 사람	차별사유 미해당

7) 비정규직 근로자들에 대하여 회사가 무상으로 출연하여 가배정받은 주식의 인출을 거부한 사안

	훈련기간 균 경력 배제			
13진정0969300	징계 심사 중인 직원 포상금 미지급	징계보류자	일반 직원	일시적 지위이므로 차별사유 미해당
16진정0956300	비정년교수 성과급 지급 차별	비정년교수(부교수, 조교수)	정년교수(정교수)	일정 요건 하에 정년교수로 전환. 본인의 노력으로 극복하기 어려운 사회적 신분 아님
15진정0484600	이사장에 의한 고용상 차별	전무	전무 외 직원	전무는 조직 내 특정 직책이므로 사회적 신분 아님

다. 사회적 신분의 의미와 판단기준

사회적 신분의 의미와 해당 사안의 차별금지사유가 사회적 신분에 해당하는지 여부에 관한 판단은, 판단기관에 따라, 판단 시기에 따라, 차별금지 근거 법률에 따라, 차별구제의 필요성에 따라 조금씩 달라져 왔다.

진정인의 지위나 사건의 내용이 유사한 경우에도 인권위는 차별금지사유를 각기 다르게 실시하기도 하였는데, 예컨대, 검정고시 출신자가 대학 수시전형에서의 차별을 진정한 경우, 사건에 따라 검정고시 출신자 차별을 ‘사회적 신분’을 이유로 한 차별로 보기도 하고 ‘학력’을 이유로 한 차별로 판단하기도 하였으나 이와 같이 달리 본 이유에 관해서는 결정문에서 밝히지 않아 파악하기 어렵다.

고용형태와 직급이나 직종의 경우, 인권위는 시간의 흐름에 따라 사회적 신분의 범위를 정리해 간 예라 할 수 있다. 인권위는 최근 기간제 교원이 사회적 신분에 해당한다고 판단하면서 ‘일반적으로 기간제 근로자는 정규직 근로자에 비하여 더 낮은 대우나 보수를 받는 경우가 대부분이므로, 사회 전체적으로 기간제 근로자를 정규직 근로자에 비하여 낮게 평가한다고 볼 수 있고, 기간제 근로자라는 고용형태가 지속되는 이상 자신의 의사나 능력 발휘와 무관하게 그 지위를 가질 수밖에 없는 상황이 발생하므로, 기간제 근로자라는 지위는 사회적 신분에 해당한다고 볼 수 있다’고 실시하여 기간제 근로자와 같은 고용형태가 사회적 신분에 해당함을 분명히 하였다. 반면, ‘직급’과 ‘직종’에 관하여는 “‘사회적 신분’은 ‘사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것’으로 정의할 수 있는데, ‘직급’과 ‘직종’은 기관 내에서 업무수행 및 조직운영을 위한 기능적 구분에 해당되며 사회적 평가를 수반한다고 보기 어려운 유동적 지위라고 볼 수 있어 ‘사회적 신분’으로 보기도 어렵다”⁸⁾고 하면서 ‘기타’사유에 해당한다고 달리 판단하였다.

이와 같이 사회적 신분을 이유로 하는 차별 진정에서 차별사유 해당 여부에 관한 판단사례가 많고 또 변동되어 온 이유는 ‘사회적 신분’ 자체가 일반 개념에 가까워 사회적 신분으로 포섭할 수 있는 사유의 범위가 넓기 때문으로 볼 수 있다. 국가인권위원회법 제2조 제3호가 열거하는 19개의 차별금지 사유 중 태어날 때부터 정해져 있지 않거나 또는 인격적 특성이나 일신전속성이 상대적으로 약하다고 볼 수 있는 학력, 형의 효력이 실효된 전과, 병력, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 형태 또는 가족 상황은 넓은 의미에서는 모두 사회적 신분으로 볼 여지도 있다. 또한 차별금지사유로서 사회적

8) 직종에 따른 차별 진정은 2019년부터 ‘기타’ 사유에 해당한다고 보아 각하하지 않고 차별행위 판단에 나아가고 있다(제14절 기타 사유를 이유로 한 차별 참조)

9) 국가인권위원회, 2019. 6. 5.자 19진정0353700 결정.

신분은 차별의 원인이기도 하지만, 그 의미가 일정한 사회적 평가(특히 부정적 평가)를 수반하는 지위로 해석되어 왔음을 염두에 두면 ‘사회적 신분’은 그러한 부정적 평가 또는 불리한 대우라는 결과를 금지하겠다는 목적을 내포한 개념이라 할 수 있다. 따라서 인권위가 차별 판단의 범위를 어떻게 확정할 것인지에 따라 ‘사회적 신분’의 정의가 아우르는 범위는 상대적이고 유동적일 수밖에 없다.

살피건대, 인권위가 진정 사건 조사와 판단에 쏟을 수 있는 실무상 자원이 제한된 상황 하에서 차별시정기구라는 인권의 기능을 적극적으로 발휘하기 위하여는, 차별금지사유에 해당하는지 여부에 대한 판단과정은 되도록 간단히 하면서 차별행위 인정 여부라는 실체 판단의 비중을 높이는 방향이 바람직하다고 본다.

이러한 관점에서 헌법재판소 결정, 법원 판결, 현재까지 정립해 온 국가인권위원회 결정의 흐름 등을 종합하면, 사회적 신분의 의미는 인권위가 인용하고 있는 헌법재판소 결정과 같이 가장 간명한 형태인 ‘사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것’으로 해석하는 것이 타당하다고 본다. 이 정의에서 ‘(i) 사회에서 장기간 점하는 지위’, ‘(ii) 일정한 사회적 평가를 수반하는 것’이라는 두 개의 핵심 표지를 도출하고 이를 기준으로 하되, 경우에 따라 (iii) 개인의 의사, 노력, 능력으로 변동 가능한 것인지 여부를 함께 고려하여 ‘사회적 신분’ 해당 여부를 판단할 수 있다. 이 경우에도 개념 표지의 ‘장기간’, ‘일정한 사회적 평가’는 객관적이고 일의적인 개념이 아니어서 상대적인 판단이 가능하므로, 사건의 구체적 내용과 차별 구제의 필요성이라는 차별금지사유 외적인 요소를 추가적으로 고려할 수 밖에 없을 것이다.

II. 고용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별

1. 차별이 인정된 경우

고용 영역에서 사회적 신분을 이유로 하는 차별이 인정된 다수의 사건은 고용형태를 이유로 한 차별 사건이다. 비정규직인 조리보조원의 정년을 만 50세로 제한한 경우(06진차231), 공기업이 무기계약 전환 근로자임을 이유로 사내근로복지기금 적용 대상에서 제외한 것은 불합리한 차별이므로 인사관리규정 개정 권고(08진차988), 같은 정원 내 직원임에도 비정규직이라는 이유로 개인성과급 지급 배제(09진차430), 직권조사로 정규 교원과 달리 기간제 교사에게 맞춤형 복지제도를 적용하지 않는 사도 교육청 교육감에게 기간제 교사에 대한 불합리한 차별을 시정하도록 권고(14직권0000400), 호봉 산정 시 입사 전 비정규직 경력을 인정하지 않은 것을 차별로 판단한 사례(18진정0313900)가 이에 해당한다.

모든 결정례에서 단계가 구분되는 것은 아니나 일부 결정례는 차별행위 판단 과정을 (i)정규직·무기계약직·비정규직과 같은 고용형태가 사회적 신분에 해당하는지 여부, (ii)차별적 처우에 대하여 동일한 비교집단이 있는지 여부, (iii)차별적 처우에 합리적인 사유가 있는지의 여부의 단계를 따라 판단하되, 비례의 원칙의 하위 원칙인 차등 대우의 필요성, 방법의 적정성, 정도(피해의 최소화)의 적정성을 판단기준으로 삼기도 하였다(17진정1211800 실습지도교사 자격 요건에 해당하는 교육실경력에서 기간제 교원 근무 경력을 제외한 사건)

<고용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
------	------	----	------	------

06진차231	정년 차별	비정규직	합리적 이유	종합적 판단
08진차988	공기업 사내근로복지기금 적용 배제	무기계약 전환 근로자	합리적 이유	종합적 판단
09진차430	개인성과급 지급 배제	비정규직	합리적 이유	종합적 판단
14직권0000400	맞춤형 복지제도 적용 배제	기간제 교사	합리적 이유	종합적 판단
18진정0313900	호봉 산정 시 입사 전 비정규직 경력 불인정	기간제 근로자	합리적 이유	종합적 판단
17진정1211800	실습지도교사 자격 요건 산정시 교육실경력에서 기간제 교원 근무경력 불인정	기간제 교원	합리적 이유	차등대우의 필요성, 방법과 정도의 적정성
12진정0608100	호봉 산정시 무기계약직의 군 복무기간은 근무경력으로 불인정	무기계약직	합리적 이유	종합적 판단, 관계 법령 취지, 비교 대상 보수 체계와의 동일성

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가. 모집채용 - 역차별 진정에 대한 기각 사례

1) 국가유공자

지방자치단체 운전직 공무원 신규 채용 공고 시 국가유공자 특별전형으로 국가유공자 우대 비율을 과도하게 적용한 것은 비국가유공자에 대한 역차별이라는 진정에 대하여, 보훈 관계 법령의 입법취지를 볼 때, 평등원칙의 위반 여부는 국민의 권리를 제한하는 것보다 입법자에게 인정되는 광범위한 입법형성권 범위에서 완화된 기준으로 판단해야 하고, 피진정인은 보훈 관계 법령과 국가보훈처 고시에 따른 15% 의무채용비율을 준수하기 위해 위와 같이 공고한 것이므로 역차별이 아니라고 본 사례(17진정0450700).

2) 차상위계층

환경부의 일자리사업에서 65세 이상자, 장애인, 기초생활수급자와 달리 차상위 계층은 반복 참여를 불허한 것이 차별이라는 진정에 대하여, 국가의 일자리 창출 사업은 국가의 재정능력, 사회보장의 수준 등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 결정해야 하는 폭넓은 재량의 영역에 속하고, 헌법상 평등의 원칙은 획일적 평등이 아닌 상향적 평등을 의미하는 것으로서 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 단계적인 추진을 요하는 사회복지정책을 시행할 수 있으므로 국가는 국가의 재정 능력에 따라 일자리 창출 사업의 우선 수혜자를 정할 수 있다고 보아 합리적 이유 없는 차별이라고 보기 어렵다고 판단한 사례(18진정00200000).

나. 임금 등 금품 지급

1) 촉탁근로자 임금 차별

촉탁직이라는 이유로 정규직 기사들보다 임금을 적게 지급받았다는 진정에 대하여 진정인이 정년 퇴직하였다가 재입사한 점, 고령자고용법 제21조(정년퇴직자의 재고용) 규정¹⁰⁾ 내용에 비추어 불합리한 차별로 볼 수 없다고 한 사례(10진정0532600).

2) 무기계약직 근로자

가) 성과급 차별

피진정인 기관에 근무하는 운전업무에 종사하는 무기계약직 근로자가 성과급 차별을 이유로 진정한 사안에서 약간의 격차가 있으나 경영평가 성과급이 지급되고 있고, 연구수당은 진정인 업무와 무관하여 지급되지 않는다고 하여 불합리한 차별은 아니라고 판단한 사례(17진정0176500).

나) 자녀 학자금 지원 배제

피진정인이 무기계약직 근로자의 자녀 학자금 지원신청에 대하여 정규직이 아니라는 이유로 이를 거절한 것이 차별이라는 진정에 대하여 정규직과 무기계약직의 입직경로와 담당업무가 서로 달라 동일하게 비교할 수 없으므로 기각한 사례(16진정0069000).

3) 기간제 근로자의 정규직 전환 이후 호봉 산정시 기간제 근무경력 등 미반영 또는 승급 제한

기간제 근로자가 정규직으로 전환된 이후 기간제 근무경력이나 입사 전 경력이 호봉에 반영되지 않고, 기간제 근로자에게 호봉승급이 제한되는 것이 차별이라는 진정에 대하여 임금총액이 늘어난 점, 기간제 근로자들의 고용예상기간을 고려할 때 과잉보상을 제한해야 할 필요성이 있는 점, 경력산정은 노동조합이 고용조건과 제반환경을 종합하여 선택한 정규직 전환조건의 일부인 점 등을 종합적으로 고려할 때 합리적 이유 없는 차별은 아니라고 한 사례(철도공사의 비정규직 출신 정규직 호봉 산정 차별 10진정0718300, 국비지원 무기계약직 임금차별 16진정0307200, 무기계약직에 대한 임금 등 차별 14진정0962300, 기간제 교원에 대한 정기승급 배제 15진정0654700, 농협 정규직 승진시 비정규직 전환 직종 근무경력 산입차별 15진정0043400, 유사경력 인정에 의한 차별 15진정0094200, 15진정0083900 2건 병합, 산업계 경력인정에서 산업계 교사 불이익 15진정0181900).

4) 파견근로자 임금 차별

국립대학교 교내 청소용역 파견근로자가 기성회 근로자와 임금이 다르다는 이유로 한 차별 진정에

10) 제21조 제1항은 “사업주는 정년에 도달한 자가 그 사업장에 다시 취업하기를 희망할 때 그 직무수행 능력에 맞는 직종에 재고용하도록 노력하여야 한다.”, 같은 조 제2항은 “사업주는 고령자인 정년퇴직자를 재고용할 때 당사자 간의 합의에 의하여 「근로기준법」 제34조에 따른 퇴직금과 같은 법 제60조에 따른 연차유급 휴가일수 계산을 위한 계속근로기간을 산정할 때 종전의 근로기간을 제외할 수 있으며 임금의 결정을 종전과 달리할 수 있다.” 고 규정함.

대하여, 동일가치노동 동일임금의 원칙보다 계약의 자유를 우선시하여 피진정인 대학에게 기성회 근로자들과 동일한 임금을 지급할 의무가 있다고 보기 어려우므로 임금의 차이가 불합리한 차별이라 볼 수 없다고 한 사례(국립대학교의 교내 청소용역 근로자 임금차별, 10진정221300).

5) 상시계약직 근로자 임금 차별

우정사업본부 상시계약직배원이 우정직 공무원 직배원과 동일한 업무를 수행함에도 임금 차별을 받고 있다는 진정에 대하여, 상시계약직배원이 우정직 공무원 직배원보다 업무난이도가 낮은 지역에 배치되는 점, 채용자격 및 절차가 보다 간이한 점, 상시계약직배원에서 우정직 공무원 직배원으로 전환할 수 있는 기회가 있는 점 등을 고려하여 합리적 이유 없는 차별행위가 아니라고 한 사례(비정규직 직배원에 대한 임금 차별, 14진정1040200).

6) 학교 비정규직 근로자의 임금인상률 차등 적용

학교비정규직 돌봄전담사가 교육실무직원이 공무원 보수표의 적용을 받는 것과 달리 임금인상률이 낮은 것은 차별이라는 진정에 대하여, 진정인이 급여체계를 선택할 수 있었고 변경할 수 있는 점, 교육실무직원의 보수가 너무 낮아 이를 개선하기 위한 목적이 있는 점 등을 고려할 때 위와 같은 임금인상률의 차이를 합리적 이유 없는 차별이라 볼 수 없다고 한 사례(학교비정규직 돌봄전담사에 대한 임금 차별 등, 15진정0199900).

다. 정년, 퇴직, 해고

1) 지방자치단체 무기계약근로자 차등 정년

지방자치단체 소속 환경미화원인 무기계약근로자의 정년은 57세로, 기능직 공무원인 청소차 운전원 정년 60세와 비교하여 근무시간 및 근무여건이 동일하지만 신분상 차이를 이유로 정년을 차등 적용한 것은 차별이라는 진정에 대하여, 채용자격, 채용절차 및 승진체계 등 인사관리운영 시 서로 다른 법령과 지침에 근거하고, 업무의 내용 및 성격, 업무범위 및 업무상 책임 차이가 있으며, 지방자치단체가 예산의 범위 내에서 사회적으로 합리적인 수준에서 무기계약근로자의 정년을 정할 수 있는데, 민간기업의 경우 55세~60세, 공공부문 무기계약근로자의 경우 일반적으로 57세~60세 사이에서 정년을 정하고 있는사정 등을 고려할 때 합리적 이유 없는 차별이라고 보기 어렵다고 한 사례(11진정0580100).

<고용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
17진정0450700	모집·채용	국가유공자	합리적 이유	관계 법령 취지, 입법형성권
18진정00200000	모집·채용	차상위계층	합리적 이유	사회복지정책 시행시 국가의 재량 범위, 재정능력 허용 한도 내 시행
10진정0532600	임금 등 금품	축탁근로자	합리적 이유	관련 법령 내용, 종합적 판단

17진정0176500	임금 등 금품	무기계약직 근로자	합리적 이유	직무관련성 대체 금품의 존재
16진정0069000	자녀학자금 지원 배제	무기계약직 근로자	합리적 이유	입직경로, 담당 업무의 내용
10진정0718300	호봉 산정시 기간제 근무 경력 미반영	기간제 근로자	합리적 이유	종합적 판단
10진정221300	임금 등 금품	파견근로자	합리적 이유	계약의 자유
14진정1040200	임금 등 금품	상시계약직 근로자	합리적 이유	업무의 난이도, 채용절차, 전환 기회 있음 등 종합적 판단
15진정0199900	임금 등 금품	학교비정규직 근로자	합리적 이유	종합적 판단
11진정0580100	정년 차별	무기계약직 근로자	합리적 이유	종합적 판단

3. 주요 쟁점

가. 고용 영역에서의 사회적 신분을 이유로 한 차별 판단기준

고용 영역에서 사회적 신분을 이유로 한 차별행위 판단은 (i) 사회적 신분 해당 여부(차별금지사유), (ii) 차별을 받았다고 주장하는 사람과 비교대상자로 지목하는 사람(또는 집단)이 본질적으로 동일한 비교집단에 속하는지 여부(비교대상의 특정 및 성립), (iii)합리적 이유 유무 판단 또는 비례의 원칙 심사의 세 가지가 주로 문제된다. 이는 II. 재화와 용역의 공급과 이용상 차별, III. 교육시설 등 이용상 차별에도 공통되는 쟁점이라 할 수 있다. (iii)합리적 이유 유무 판단은 대체로 진정 사건에서 드러난 여러 인정 사실을 기초로 종합 판단하는 것이 원칙이나, 고용 영역 차별이므로 진정직업자격, 직무 관련성에 관한 판단이 요구되며, 비례의 원칙의 세부 원칙인 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해 최소화, 법익의 균형성 판단을 전부 또는 부분적으로 차별 심사에 활용할 수 있다.

나. 비교대상 불특정 또는 불성립 시의 결정 형식

전항에서 말한 차별금지사유에 해당하지 않는 경우 외에 차별의 비교대상을 특정할 수 없거나 진정인이 주장한 비교대상이 차별의 비교대상으로 보기 어려운 경우, 인권위는 국가인권위원회법 제32조 제1항 제1호 '진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니하는 경우'에 해당한다고 보아 각하결정을 하고 있다. 고용 영역 차별 사건 중 특히 임금 차별의 경우, 비교대상간 동일가치노동으로 인정받아야 한다는 것이 현재까지의 국가인권위원회 입장이므로(15진정0335000 등 참조), 진정 사건의 본안 판단에 앞서 진정인이 주장하는 비교대상 집단이 진정인이 속한 집단과의 동일가치노동을 인정할 수 있는 비교대상으로 특정할 수 있는지 먼저 조사하게 된다. 이러한 기준에 따라 인권위는 영어회화 전문강사직군의 급식비 차별 사안에서 교육공무직은 영어회화 전문강사직과 동일가치노동의 비교대상이 되지 않으며(15진정0201500-15진정0208600), 학교비정규직인 전문상담사의 임금 차별 사안에서 다른 학교비정규직인 영양사는 전문상담사와 비교대상이 아니며(15진정0335000), 초등학교 돌봄교실 초등보육전담사의 임금 차별 사건에서 영양사 및 사서는 초등보육전담사의 비교대상이 아니며(15진정0748000), 국공립대학 조교의 성과급 지급 차별 사안에서 교원은 조교의 비교대상이 아니라고 보았고(17진정1086200) 앞의 사건들을 비롯하여 유사한 사건에서 비교대상 불특정 또는 불성립을 이유로 각하 결정하였다. 이때 비교대상 성립 여부의 판단기준으로 인권위는 비교대상

간 사안의 적용 법률, 입직 경로, 자격기준, 수행하는 업무의 성격, 내용, 기술과 노력, 작업조건 등을 두루 살펴 동일가치노동을 하는 비교대상으로 평가할 수 있는지 판단하고 있다.

그런데 위와 같은 인권위의 기준에 관해서는 다음과 같은 문제 제기가 가능하다. 진정의 각하 제도를 두는 이유는 진정 내용이나 요건에 명백한 흠결이 있는 경우 본안의 심리에 들어가기 전에 사건을 종결함으로써 국가인권위원회 사건 전체를 보았을 때 조사와 심리를 신속하게 하여 권리구제의 질을 높이기 위한 것이라고 이해할 때,¹¹⁾ '비교대상의 불특정 또는 불성립'판단이 진정 자체로 명백한 경우는 소수로 보인다. 대부분의 사건에서 비교대상의 특성과 성립 판단을 위해서는 진정 사건의 실체와 밀접한 관련이 있는 여러 가지 사항(인권위가 제시하는 기준에 따르면, 비교대상간 적용 법률, 입직 경로, 자격기준, 수행하는 업무의 성격, 내용, 기술과 노력, 작업조건 등)을 조사하고 때로는 법령의 의미를 해석하는 규범적 판단까지 해야만 한다. 다시 말하면, 차별행위의 인정 여부 판단과 비슷한 수준의 조사와 심리가 이루어져야 비교대상 판단이 가능해지는 경우가 많다는 것이다.

또한 국가인권위원회법 제32조 제1항 제1호를 제외한 각호의 각하 사유를 일별하면 대부분 형식적 요건 심사로 판단이 가능하거나 판단기준이 분명한 사유들인데 반하여, 비교대상 불특정 또는 불성립을 이유로 하는 각하(조사대상 아님)는 형식적 요건 심사가 아닌 실체 심리가 있어야만 판단 가능한 경우가 많기 때문에 비교대상 불특정 또는 불성립의 경우 국가인권위원회 조사대상이 아니어서 각하한다는 인권위의 기준을 유지할 경우 제32조 제1항 각호의 각하 사유들 사이에 차이가 있고 균형이 맞지 않는다는 문제도 지적할 수 있다.

따라서 인권위는 비교대상 불특정 또는 불성립을 각하 사유로 할 것인지, 기각 사유로 할 것인지에 대해 재검토하고 통일적이고 일관된 기준을 마련할 필요가 있다. 생각건대, 형식적 요건 심사로 신속하고 집중적인 심리를 꾀한다는 각하 제도의 취지를 살리기 위하여, 진정인의 진정 내용 그 자체로 차별의 비교대상이 존재하지 않거나 특정할 수 없는 경우에만 각하결정을 하고, 나머지 경우 비교대상의 성립의 문제는 차별행위 인정 여부 판단에 포함하여 실체 판단의 단계에서 조사하고 심리하는 방안이 하나의 기준이 될 수 있을 것이다(이 경우 동일가치노동에 관한 판단은 진정 내용 자체로 판단하기 어렵고 사건 실체에 관한 조사가 필요하다는 점에서 동일가치노동 불인정으로 비교대상이 되지 않는 사건의 경우 기각결정을 하는 것이 타당하다).

II. 재화 등의 공급과 이용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별

1. 차별이 인정된 경우

11진정0066700 결정은 시가 건립하여 운영하는 기숙사 입사 신청자격에서 검정고시 출신자를 배제한 사안으로, 인권위는 검정고시 출신자 제한에 합리적인 이유가 있는지 여부를 살펴본다고 하면서도, 그 판단에 있어서는 입사자격을 제한하더라도 제한의 방법과 범위가 해당 시설의 설립취지를 달성하는데 적절한 방법이어야 하고, 제한 범위가 필요한 최소한도에 그쳐야 한다면서 비례성 원칙의 적용을 시사하였다.

11진정0173200 결정은 보험회사의 계약인수지침 상 결혼이주여성에 대하여 치아보험 가입 시 5년의 국내체류기간 요건을 요구한 사안인데, 인권위는 국내체류기간 요건이 외국인의 건강상태를 확인하기 위한 유일한 방법은 아니며, 보험에 가입하기 전 구강검진 자료를 제출하도록 하여 치아 건

11) 국가인권위원회, 『차별판단기준 기초조사 연구』, 2019, 5쪽.

강상태를 확인할 수 있다고 하여 차별행위로 인정하였다. 또한 사건에서 문제된 재화·용역 공급자와 유사한 재화·용역을 공급하는 자가 그와 같은 차등대우를 하고 있는지, 피진정인이 유사한 집단을 어떻게 취급하는지도 함께 고려하고 있다.

<재화 등의 공급과 이용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
11진정0066700	지자체 운영 기숙사 입사 배제	검정고시 출신자	합리적 이유	방법의 적절성, 필요최소한의 제한 등 비례의 원칙 활용
11진정0173200	보험회사의 치아보험가입 시 국내 체류기간 5년 요건	결혼이주여성	합리적 이유	보험가입 요건 판단 위한 다른 방법의 존부, 유사한 재화·용역 공급자의 계약 요건 등

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가. 금융기관 등의 대출, 신용카드 발급 등 금융서비스 제공 시 차별

재화·용역의 공급 및 이용 영역에서 사회적 신분을 이유로 하는 차별 진정의 상당수는 파산면책자, 신용불량자, 기초생활수급자, 무직자 등 진정인의 과거 또는 현재의 경제적 능력(재산, 소득)을 일정하게 평가할 수 있는 지위를 사회적 신분으로 파악하고 이를 이유로 하여 금융기관이 대출, 신용카드 발급, 보험 가입 등의 금융서비스 공급 대상자에서 배제하는 사례이다. 다수의 진정 사건에서 인권의 위는 신용불량자나 파산면책자에 대한 대출 거부, 신용카드 발급 거부 등은 금융기관이 영업의 자유로서 행할 수 있는 재량의 영역이고, 최소한 대출금이나 이용대금을 환수할 수 있는 신용이 담보되어야 하기 때문에 신청인의 변제자력이 충분함에도 불구하고 신청을 거부했다는 것이 증명되지 않는 한 불합리한 차별로 볼 수 없다고 판단하고 있다.

신용불량 회복자에 대한 대출불허 차별(17진정0949200), 파산면책자에 대한 소액결제서비스 이용제한(15진정0643700), 파산면책자에 대한 신용평점 제한(15진정0293100), 면책자에 대한 소액신용카드 발급 거부(15진정0288700), 개인회생절차가 진행 중인 자에 대한 공제가입 제한(14진정0731900), 개인회생기록을 이유로 한 금융권 차별(14진정0503300), 파산면책자에 대한 전세자금보증제한(14진정0129900), 기초생활수급자라는 이유로 신용카드 발급 거부(13진정0294500), 한국장학재단의 파산면책자 학자금 대출 제한(12진정0167000), 신용불량자에 대한 창업지원 거부로 인한 차별(11진정0382300), 파산면책자에 대한 카드 발급 거부(11진정0202900), 은행의 채무이력에 의한 대출거절(11진정176800), 파산면책자에 대한 저소득층 생업자금 용자 제한(10진정0438400) 등¹²⁾의 결정이 이에 해당한다. 무직자에 대한 의료실비 보험가입 제한(12진정0036500) 사건은 진정인이 신용불량자나 파산면책자는 아니나 위의 결정과 같은 맥락에서 일정한 연령과 성별의 무직자에 대한 위험도가 높다는 점을 근거로 한 위험등급분류표에 따라 보험가입을 거절하였다고 하여 이를 불합리한 차별이라고 하기 어렵다고 결정했다.

12) 국가인권위원회, 『차별판단기준 기초조사 연구』, 2019, 83쪽, 87쪽 참조

나. 지방자치단체나 공공기관이 운영하는 식당, 도서관 등 공공시설 이용 시 차별

지방자치단체나 대학과 같은 공공기관이 운영 목적을 달성하기 위하여 공공기관의 소속원이 아닌 사람에게 식당, 도서관 등 공공시설의 이용자 범위, 이용시간, 이용금액에 있어 차등을 두는 경우, 운영 목적이 정당하고 차등 대우가 운영 목적을 달성하기 위한 합리적인 수단인 경우 사회적 신분을 이유로 한 차별로 인정되지 않는다. 지방자치단체 합동청사 구내식당 이용 시 비공무원 식사시간 제한(11진정0628400), 직원과 외부인에 대한 식사시간 차별(10진정0078100), 해당 대학 구성원이 아니라는 이유로 식대 차등 수령(12진정0712200), 대학병원 구내 식당 이용시 방문객 배제(15진정0446600), 국립대학교 도서관 특별회원의 자격 부여 차별(14진정0803600) 등의 사건이 이 유형에 해당하는 사례들이다.

다. 국가나 지방자치단체의 사회보장서비스 등 제공 시 차별

국민건강보험제도, 고용보험의 실업급여 제도, 기초생활수급자에게 제공되는 문화비 등 국가(기관)가 운영하는 사회보장제도의 수급자의 자격 범위, 급여의 범위와 내용의 차등을 차별로 진정하는 경우, 제도의 목적, 한정된 사회보장의 재정 범위 내 국가의 형성 재량을 근거로 합리적 이유 없는 차별로 인정하지 않는다. 직장보험 피부양자 자격기준에 있어 사업자등록 유무에 의한 차별(17진정0292200), 지역가입자의 세대주 여부에 따른 건강검진 차별(14진정1089000), 실업급여 연장 지급에 있어 경제적 수준 등에 의한 역차별(12진정0295300), 문화누리카드 사용시 저소득층 노출에 따른 차별(18진정0718300), 퇴직군무원에 대한 군복지시설 이용 차별(17진정0702900), 대학원생 대학생 전세임대주택 지원 차별(17진정0734800, 12진정0008200) 등의 사건이 이에 해당한다.

<재화 등의 공급과 이용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
17진정0949200	금융기관 대출 거절	신용불량 회복자	합리적 이유	영업의 자유, 변제자력의 증명 없음 종합 판단
15진정0643700	소액결제서비스 이용 제한	파산면책자	합리적 이유	영업의 자유, 변제자력의 증명 없음 종합 판단
15진정0293100	신용평점 제한	파산면책자	합리적 이유	영업의 자유, 종합 판단
15진정0288700	소액 신용카드 발급 거부	파산면책자	합리적 이유	영업의 자유, 변제자력의 증명 없음 종합 판단
14진정0731900	공제 가입	개인회생절차가 진행 중인 사람	합리적 이유	종합적 판단
14진정0503300	금융기관	개인회생기록이 있는 사람	합리적 이유	종합적 판단
14진정0129900	전세자금 보증 제한	파산면책자	합리적 이유	영업의 자유, 변제자력의 증명 없음 종합 판단
13진정0294500	신용카드 발급 거부	기초생활수급자	합리적 이유	영업의 자유, 변제자력의 증명 없음 종합

				판단
12진정0167000	한국장학재단의 학자금 대출 제한	파산면책자	합리적 이유	종합적 판단
11진정0382300	창업 지원 거부	신용불량자	합리적 이유	종합적 판단
11진정0202900	신용카드 발급 거부	파산면책자	합리적 이유	영업의 자유, 변제자력의 증명 없음 종합 판단
11진정176800	금융기관의 대출 거절	채무 이력	합리적 이유	영업의 자유, 변제자력의 증명 없음 종합 판단
10진정0438400	저소득층 생업자금 융자 제한	파산면책자	합리적 이유	영업의 자유, 변제자력의 증명 없음 종합 판단
12진정0036500	의료실비 보험 가입 제한	무직자	합리적 이유	종합 판단
11진정0628400	지자체 지방합동청사 구내 식당 이용 시 식사시간 제한	공무원이 아닌 사람	합리적 이유	식당 운영의 목적, 비용부담의 주체
12진정0712200	대학 생협 운영 구내 식당 식대 차등	대학 구성원이 아닌 사람	합리적 이유	식당 운영의 주체와 목적
15진정0446600	대학 병원 직원 식당의 식사시간 제한	병원 방문객	합리적 이유	식당 운영의 목적
14진정0803600	국립대 도서관 특별회원 자격 배제	국립대 소재 자치구 주민	합리적 이유	대학 도서관의 운영 목적
17진정0292200	국민건강보험 직장보험 피부양자 자격기준 차별	사업자 등록을 한 사람	합리적 이유	제도의 목적, 재원의 한정, 제도 형성의 재량
14진정1089000	국민건강보험 지역가입자의 건강검진 차별	세대원	합리적 이유	건강보험 재정 안정성과 필요성, 대체수단의 존재, 제도 형성의 재량
12진정0295300	고용보험 실업급여 연장 지급 차별	‘장애인, 소득 없는 자’ 요건 미해당자	합리적 이유	근거 법령, 제도의 취지
18진정0718300	문화누리카드 사용 시 영수증 할인 혜택 표시	기초생활수급자, 차상위계층에 해당하는 사람	합리적 이유	영수증의 기능, 차별 의도 없음
17진정0702900	군 복지시설 이용 차별	전역 군인, 퇴직 군무원	합리적 이유	시설 운영 목적
17진정0734800, 12진정0008200	대학생전세임대주택 지원 배제	대학원생	합리적 이유	사업 취지, 한정된 재원, 입법자의 정책 판단과 제도 형성의 재량

3. 주요 쟁점

재화와 용역의 공급과 이용상 차별 영역에 있어서 인권위원회는 차별행위에 합리적인 이유 있는지 여부를 비교적 완화된 심사척도에 의하여 판단하고 있다. 일부 결정례에서는 엄격 심사척도 중 비례의 원칙의 하위 원칙인 ‘수단의 적절성’, ‘침해의 최소성’과 유사한 판단기준을 언급하여 비례의 원칙 적용을 시사하고 있다. 판단기준을 달리한 뚜렷한 이유는 결정문상으로는 파악하기 어려우나, 이러한

결정례는 목적의 정당성부터 수단의 적절성, 피해 최소화, 법익 균형성까지 빠짐없이 검토하면서 비례의 원칙을 엄격하게 적용한 것이 아니라 합리적 이유 유무 판단에 병렬하여 또는 합리적 이유 유무 판단에 포함한 기준으로 활용한 것이므로, 기본적으로 차별행위 성립 여부는 합리적 이유 유무를 판단기준으로 삼는다고 볼 수 있다.

재화와 용역의 공급과 이용상 차별 영역에서 차별이 인정되지 않은 사례를 일람하면, 재화와 용역의 종류, 공급자의 종류에 따라 두드러지는 사례군이 있는데 2항에서 정리한 바와 같이 (i)금융기관의 금융서비스 제공 시 파산면책자 또는 기초생활수급자 등 경제적 지위를 이유로 한 차별, (ii)국가 또는 지방자치단체, 공공기관이 운영하는 공공시설 이용 시 이용자의 속성에 따른 차별, (iii) 국가 또는 지방자치단체의 사회보장서비스 등 제공시 이용자의 속성에 따른 차별의 세 유형이 그것이다.

(i)의 경우, 인권위는 금융기관이 영업의 자유에 따라 금융서비스 이용 자격을 변제 자력 등을 기준으로 삼아 제한하는 것에 합리적 이유가 있다고 판단하는 경향이다. 이때 금융서비스 제공자의 영업의 자유는 절대적인 것은 아니므로 금융서비스 제공자는 합리적 범위 내에서 금융서비스 이용자의 대금지불이나 상환능력을 금융서비스 제공의 요건으로 삼아야 하고, 단순히 이용자의 과거 신용이나 부채 상태를 기준으로 이용을 제한하여서는 안된다. 파산면책자나 개인회생절차를 마친 사람, 기초생활수급자 등 경제적 능력이나 지위에 제약이 있는 사람이 소액 신용카드 발급, 소액 결제서비스 이용, 저소득층 생업자금 융자 제한 등 경제활동에 필수적인 금융서비스를 이용하지 못하게 되면 경제영역에서 이들에 대한 차별이 고착화될 우려는 여전히 남으나 이는 별도의 소득활동 촉진 정책 시행으로 해소하여야 할 것이다.

(ii)의 경우, 국가나 지방자치단체, 공공기관이 운영하는 공공시설의 목적을 우선 검토하고, 공공시설의 이용 제한이 목적 달성을 위한 합리적인 수단인지 판단하여야 한다. 이러한 판단기준 하에서 공무원이 근무하는 공공시설의 구내 식당이라면 해당 공무원이 식사 시간 내에서 식사할 수 있도록 비공무원의 식사 시간을 제한하는 것, 국립대학 도서관의 일차적 이용자를 학생, 교직원 등 대학 소속 구성원으로 하는 것에 합리적 이유를 인정할 수 있다.

(iii)의 경우, 국가나 지방자치단체의 사회보장서비스가 문제되므로, 해당 사회보장서비스 제공의 목적, 국가나 지방자치단체의 사회보장업무 이행을 위한 재정의 한계나 형성의 재량에 따라 사회보장서비스 공급 차별의 합리적 이유 유무를 판단할 수 있다.

V. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별

1. 차별이 인정된 경우

인권위는 대학교 수시모집에서 학생부와 자기소개서를 1단계 평가요소로 하고 있어 학생부가 없는 검정고시 출신은 지원할 수 없게 된 것을 차별로 진정한 사안에서의 검정고시 출신자(14진정0386100·14진정0389200(병합))와 ‘**대학교 출신’, ‘**대학교 특별편입학 학생’(18진정0103000·18진정0266800(병합))이 사회적 신분에 해당된다고 보아 차별행위를 인정하였다.

14진정0386100·14진정0389200(병합) 사건에서 인권위는 고등교육법 및 초·중등교육법 시행령 등에 의하여 검정고시 합격자는 고등학교를 졸업한 자와 동등한 학력이 있다고 인정되는바, 비록 각 대학에 학생선발의 자율권이 맡겨져 있다 하더라도, 합리적인 사유와 법률의 구체적인 위임 없이 대학입학에 응시할 자격조차 부여되지 아니하거나, 비록 형식적으로는 응시할 수 있다 하더라도 실질적으로는 배제되어 응시기회가 박탈된 것이나 다름없는 처우를 받아서는 안 된다고 보아 학생부와 자

기소개서를 1단계 평가요소로 하는 대학교 수시모집을 검정고시 출신자에 대한 차별행위로 인정하였다.

18진정0103000·18진정0266800(병합) 사안은 의과대학이 폐쇄되어 인근 대학으로 특별편입학하게 된 의과대학생들에 대하여 편입학을 실시한 인근 대학이 특별편입학생을 기존 학생들과 분리하여 석차를 산출하기로 한 방침에 대해 차별 진정한 사건으로, 피진정인 학교에서 제시하는 편입학 전형 을 통과하여 합격이 결정된 학생들이고 학습과정에서 기존 재학생들과 함께 동일한 교수진으로부터 동일한 수업을 받고 동일한 평가시험을 치러야 하므로 기존 재학생들과 피진정인 학교의 학생이라는 지위에서 동일함에도 불구하고 석차를 분리하여 산출하는 것은 차별행위라고 판단하였다.

이 두 사안은 차별이라고 인정한 결론에서는 타당하나, 두 개 사안은 모두 학력을 이유로 한 차별 로 보는 것이 타당하다.

학력의 의미는 '수학경력, 특정 교육기관의 졸업·이수 여부의 학력(學歷)을 지칭하는 것'을 뜻하며 (12진정0192300 결정), 학력을 이유로 차별에는 동일한 교육과정을 마쳤더라도 교육 이력을 이유로 하는 구별·배제·분류하는 수평적 차별이 포함된다(16진정0140500·17진정0238500). 따라서 14진정 0386100·14진정0389200(병합) 사건의 '검정고시 출신자'임을 이유로 하거나 18진정0103000·18진 정0266800(병합) 사건의 '특별편입학 학생'이라는 이유로 하는 차별은 '학력의 수평적 차별' 사안에 해당한다고 볼 수 있다.

또한, 국가인권위원회법 제2조 제3호가 규정한 19개의 차별금지사유 중 '사회적 신분'은 다른 차 별금지사유보다 그 개념 범위가 넓고 때로는 다른 차별금지사유를 포함하는 것으로 해석될 수 있으 므로, 위 두 사건과 같이 사회적 신분이 아닌 다른 차별금지사유(학력)에 해당함이 분명하다면 사회 적 신분 아닌 차별금지사유(학력)에 따라 먼저 판단하는 것이 바람직하다.

<교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
14진정0386100·14진 정0389200	대학교 수시모집 지원 시 간접차별	1단계 평가요소인 학생부 제출이 불가능한 검정고시 출신자	합리적 이유	헌법상 교육을 받을 권리 실질적인 응시 기회 박탈
18진정0103000·18진 정0266800	분리 석차 산출 및 장학금 지급 제외	대학교 특별편입학 학생	합리적 이유	특정 집단 보호라는 목적의 정당성 부정

2. 차별이 인정되지 않은 경우

저소득층 자녀가 국공립유치원에 우선 배정받음으로써 저소득층 아닌 일반인 자녀의 입학기회를 박탈하였다는 11진정0642200·11진정0639900 사건에서 인권위는, 공립유치원 우선입학제도는 저소 득층 자녀와 사회 소외계층 입학 대상자들에게 우선 입학 기회를 부여함으로써 상대적으로 교육여건 이 취약한 사회적 약자에게 공교육 서비스를 제공하기 위한 것으로 시행목적이 정당하고, 2011학년 도 00광역시 공립(병설)유치원 원아모집 결과를 보면 총 5,537명 중 3순위 일반유아 비율이 원아모 집 인원의 약 40%로 유치원 우선입학제도로 인해 일반원아가 유치원 입학기회를 박탈당했다고 볼 수 없어 진정내용을 차별이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

대학교 입학전형이 다양해짐에 따라 대학교 특별전형의 대상자격과 관련한 결정으로 17진정

0906900, 11진정0493500 결정이 있다. 대학 신입생 수시 모집 시 기회균형특별전형을 실시하면서 국가보훈대상자를 배제하거나, 독립유공자국가유공자민주화유공자 등을 위한 학생부종합전형(기회균형)에서 고교졸업예정자 및 졸업 후 3년이 경과되지 않은 자로 제한한 행위(17진정0906900), 대학교 수시전형 중 기회균형특별전형의 대상자격을 2009학년도에 기초생활수급자 및 차상위계층에서 2010학년도에는 농어촌자녀로 확대하였다가 2011학년도에는 대상별 상한선이 없애고 거주조건 등을 완화한 행위(11진정0493500)에 대하여, 인권위는 특별전형의 성격상 특별전형의 실시 여부, 전형의 종류, 선발인원, 응시자격 등 구체적인 내용을 결정하는 데에는 학생 선발에 관한 대학의 자율권이 있고 사안의 특별전형의 내용은 대학의 재량권 범위 내에 있는 것으로 국가보훈대상자, 기초생활수급자, 차상위계층 학생에 대한 불합리한 차별이라 보기 어렵다고 판단하였다.

<교육·훈련이나 이용상 사회적 신분을 이유로 하는 교육시설 등의 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
11진정0642200·11진정0639900	국공립유치원 우선 배정 순위 역차별	저소득층 아닌 일반 자녀	합리적 이유	제도위 취지 목적의 정당성 실제 기회 박탈 없음
17진정0906900	대학교 수시모집 시 기회균형특별전형 배제 또는 제한	국가보훈대상자/ 독립유공자국가유공자민주화유공자	합리적 이유	관계 법령 대학의 자율권 종합적 판단
11진정0493500	대학교 수시모집 시 기회균형특별전형 대상자격을 기존의 기초생활수급자, 차상위계층에서 대상 확대 및 요건 완화	기초생활수급자, 차상위계층	합리적 이유	관계 법령 대학의 자율권 실제 선발결과 인원 유지 종합적 판단

3. 주요 쟁점

교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 사회적 신분을 이유로 하는 차별 사건에서 나타나는 주요 쟁점은 다음과 같다.

첫째, 고용이나 재화 등의 공급 영역과 마찬가지로 사안의 차별사유가 ‘사회적 신분’에 해당하는지가 문제되었다. 검정고시 출신자에 대한 차별 사건의 경우, 국가인권위원회 결정은 학력을 차별사유로 본 경우(차별을 인정한 12진정0895800, 차별을 인정하지 않은 11진정0653400)와 사회적 신분을 이유로 한 차별로 인정한 경우(11진정0642200·11진정0639900)로 나뉘는데, 전술한 바와 같이 검정고시 출신자를 동등한 학력을 가진 사람에 비하여 불리하게 대우하는 경우는 학력의 수평적 차별로서 학력을 이유로 하는 차별 사건으로 정리하는 것이 타당하다.

둘째, 교육시설의 진입 즉 유치원, 각급 학교, 대학의 입학 시 입학 전형을 구분하거나 우선 선발 순위를 정함으로써 불리한 대우가 발생했다고 주장하는 사건 유형이 빈번하게 나타나는데 이 경우 차별의 판단기준은 다음과 같이 구체화할 수 있다. (i)관계 법령의 규정, 해당 제도의 목적을 기준으로 피진정인의 행위가 법령에 근거하는지, 해당 제도 시행의 목적이 정당한지 검토하고, (ii)진정인이

주장한 피진정인의 행위(해당 제도의 운영 또는 시행)의 전체 결과를 행위 전후로 비교하여 보았을 때 진정한 개인 기준이 아니라 진정한이 속한 집단에 실질적인 기회 박탈 또는 제한이 있는지를 보충적으로 판단하며, (iii)교육기관이 대학인 경우 헌법 제31조 제4항에 따라 대학의 자율권이 인정되므로 다른 교육기관에 비하여 넓은 재량을 인정할 수 있으므로 재량 한계 내의 행위인지 검토한다. 다만, 교육시설의 이용 등 영역에서는 차별행위로 인하여 진정한의 교육을 받을 권리가 침해되는 결과가 되므로 진정한의 교육을 받을 권리도 함께 고려해야 하기 때문에, (iv)교육기관이 대학인 경우 대학의 자율권 행사로 인하여 국민의 교육을 받을 권리가 침해되지 않아야 한다. 다시 말하면, (iii)에서 대학의 자율권이 인정된다 하더라도 이는 진정한의 교육을 받을 권리와와의 관계에서 그 한계가 결정될 수 있다. 대학의 자율권은 헌법 제31조 제4항에 따라 법률이 정하는 바에 의해 가지는 법률유보적 권리임에 비해, 교육을 받을 권리는 헌법 제31조 제1항에 따라 법률에 유보되지 않은 기본권으로 모든 국민은 차별 없이 균등하게 교육을 받을 기회가 보장된다는 의미이기 때문에 대학에 학생선발의 자율권이 맡겨져 있다 하더라도, 합리적인 사유와 법률의 구체적인 위임 없이 대학입학에 응시할 자격조차 부여되지 아니하거나, 비록 형식적으로는 응시할 수 있다 하더라도 실질적으로는 배제되어 응시 기회가 박탈된 것이나 다름없는 처우를 받아서는 안 된다고 보아야 한다(14진정0386100·14진정0389200 참조).

제5절. 출신 또는 인종을 이유로 하는 차별

I. 출신 또는 인종에 있어서 평등과 차별

모든 언어와 개념이 사회적 상황에 따라 변화하듯 ‘차별’의 개념도 사회역사적 상황의 변화에 따라 그 의미가 새롭게 구성되어 왔다. 일반적으로 법에서 나타나는 차별 개념은 현실적으로 차별을 판단할 수 있는 구체적 기준이 마련되어 있지 않은 ‘불확정 개념’으로서, 실제에 있어서는 법문의 해석과 판례에 따라 그 구체적인 의미가 규정되어온 것이 사실이다.¹⁾ 따라서 개별 사건에서의 차별 판단을 위해서는 보다 구체적인 기준과 해석이 요구된다. 일차적으로 해당 사건이 직접차별에 해당하는지, 간접차별에 해당하는지 또는 괴롭힘의 영역에 존재하는지 여부를 판단할 필요가 있다. 일정한 차별금지 사유를 이유로 대상자에게 신체적·정신적 고통을 가하는 것을 괴롭힘이라 하며, 이는 차별의 한 유형이라 볼 수 있다.

평등은 논리적으로 우선 둘 또는 그 이상의 대상(개인, 인간집단, 사태, 생활관계 등)을 전제로 한다.²⁾ 평등하다는 표현은 두 개의 사물을 어떤 관계에서 그들이 평등하다고 제시하지 않고서는 평등하다고 표현할 수 없다. 결국 평등을 바라보는 시각은 비교적 대상을 전제로 한다는 점, 그리고 그 비교적 대상을 바라보는 관점은 동일하여야 한다³⁾는 것을 의미한다. 하나의 대상은 같은 시간에 스스로 평등할 수 없다. 이로써 평등은 단 하나의 대상을 전제로 하는 정체성과 구별되는 것이다. 따라서 평등은 상이한 것들 상호간의 관계이다. 평등은 대상 전체로서가 아니라 하나의 대상이 갖고 있는 특징적인 표지들의 일치와 관련하여 판단된다.

대한민국 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. 헌법 제11조 제1항의 차별금지 사유에 출신 또는 인종이라는 표현이 명시되어 있지는 않으나, 헌법 제11조 제1항은 차별금지사유를 예시하고 있는 것이어서, 헌법 제11조 제1항에 명시되지 않은 다른 사유에 의한 합리적 근거 없는 차별도 헌법 제11조 제1항에 따라 금지된다. 또한, 국내 다수의 개별법에서 출신 또는 인종 등을 차별금지 사유로 하여 차별을 금지하고 있다. 「교육기본법」 제4조 제1항, 「노동조합 및 노동관계조정법」 제9조, 「뉴스통신진흥에 관한 법률」 제5조 제1항, 「방송법」 제6조 제2항, 「아동복지법」 제3조 제1항, 「청소년복지지원법」 제3조 제1항은 ‘인종’을 이유로 한 차별을 금지하고 있고, 「병역법」 제3조 제3항은 ‘인종, 피부색’을 이유로 한 차별을 금지하고 있으며, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제5조는 ‘출신국가, 출신민족’을 이유로 한 차별을 금지하고 있다. 또한 「근로기준법」 제6조는 ‘국적’을 이유로 한 차별을 금지하고 있으며, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 제22조는 ‘외국인근로자’라는 이유로 한 차별을 금지하고 있다.

「국가인권위원회법」은 제2조 제3호에서 “평등권 침해의 차별행위”에 대하여 규정하며, ‘출신 지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다), 출신 국가, 출신 민족’로 규정하고 있으며, ‘국적’의 경우 기타 사유로 분류하여 판단하고 있다. ‘출신 국가’와 ‘국적’을 이유로 한 차별은 구분되는 개념이나 관련 사례를 살펴봄에 있어서는 ‘국적’을 이유로 한 차별 판단 사례의 경우 역시 본 절에서 함께 다루기로 한다.

1) 차별연구모임, 국가인권위원회법의 ‘차별’ 판단을 위한 지침, 2002, 5면.

2) 계획열, 우리 헌법상의 평등권, 법학논집 33권, 고려대학교 법학연구소, 1997, 5면 재인용.

3) 앞의 논문, 4면 재인용.

1. 직접차별

일반적으로 차별적 처우란 법 소정의 차별 사유를 이유로 하여 사용자가 동일·유사한 상황에 처한 자 사이에 서로 다른 취급을 하고, 이러한 상이한 취급을 정당화하는 특별한 사정이 없는 경우를 의미한다. 차별적 처우에는 차별 의도를 가지고 불이익하게 취급하는 직접차별뿐만 아니라 외관상 중립적이지만 결과적으로 불이익이 발생하지 않는 간접차별까지 포함한다. 이 때 직접차별이란 합리적 이유 없이 성이나 연령, 신체조건, 성적 지향 등 개인의 태생적 또는 후천적 속성을 기준으로 그 개인에 대해 불이익한 대우를 하는 것을 의미한다. 예를 들어 장애인에 대한 편견으로 주택 임대시 장애인이라는 것을 이유로 임대를 거부하였다면 이는 신체조건을 이유로 한 직접차별이 된다. 초기에는 이처럼 차별의 직접적 의도성을 차별 판단의 주요한 기준으로 삼았으나 점차 그 의도성과 상관없이 차별을 판단하고 있다.⁴⁾

출신 또는 인종을 이유로 하는 차별에 있어서 직접차별 역시 출신 또는 인종을 이유로 하여 동일, 유사한 상황에 처한 자들을 서로 달리 처우하고, 이에 대하여 합리적 이유가 없는 경우를 뜻한다. 「국가인권위원회법」제2조 제3호는 국가인권위원회의 조사대상이 되는 ‘평등권침해의 차별행위’의 정의를 규정하고 있는데, 동 조항에 따르면, 합리적인 이유 없이 ‘출신국가, 출신민족, 인종, 피부색 등’을 이유로 고용, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 동법 상 ‘평등권 침해의 차별행위’에 해당한다. 다만, 현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 차별행위로 보지 아니한다.

가. 출신 차별

「국가인권위원회법」제2조 제3호는 19가지 차별사유를 열거하고 있는바, 이중 ‘출신지역, 출신 국가, 출신 민족’이 포함된다.

출신민족 차별은 민족적 배경(ethnic background or ethnic origin)을 이유로 차별하는 것을 말한다. 미국 고용평등위원회(EEOC)는 출신국 차별에 출신지역이나 출신국 집단의 신체적, 문화적 또는 언어적 특징에 근거한 차별이 포함된다고 설명한다. 개인이 특정한 출신민족 집단의 특성을 가지고 있다는 이유로 차별받는 경우를 의미한다. 또한, 개인 또는 그 조상들의 출생지에 근거한 차별이 존재하며, 특정한 민족 출신 집단의 구성원과 친밀한 관계를 맺고 있는 사람들에 대한 차별 등 연계 차별의 문제도 존재한다.

출신지역 차별의 경우 진정 사례가 다수 확인되는데, 우리나라의 고정관념화된 임의적인 사회적 평가가 고용상, 재화 등 이용상, 교육시설 등 이용상 차별로 연결되는 모습을 띤다. 출신지역 차별은 출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 이유로 한 차별을 의미한다.

출신 학교에 대한 차별 역시 출신을 근거로 한 차별에 포함될 수 있겠으나, 「국가인권위원회법」제2조 제3호에 명시적으로 기술되어 있지는 아니하다. 출신 학교 차별 또한 사회통념에 근거한 평가에 기반하여 학교를 달리 평가하고 이를 채용 등에 반영하는 경우를 뜻한다. 서울 소재 대학과 지방대학, 서울 소재 대학 중에서도 대학간 서열을 이유로 한 고용상 등의 차별을 의미한다. 그러나 인권위원회에 진정 제기된 출신 학교 차별 사례는 많지 않으며, 오히려 특정 학교의 ‘소재지’를 근거로 한 차별의 주장이 출신 지역 차별 주장시 함께 제기되고 있다.

4) 윤문희, “차별의 법적 개념”, 『노동리뷰』 제21호, 한국노동연구원, 2006. 9, 68면.

출신국가 차별은 국적을 이유로 한 차별과는 구분된다. 출신국가 차별은 대한민국 국적을 가진 국민 중 다른 국적국 출신으로 귀화한 자 또는 그 부모나 조부모 등이 다른 국적 출신인 자를 구별하기 위한 기준으로 이해되어야 하는 측면이 있다.⁵⁾ 유엔인종차별철폐협약은 ‘출신국가는 국적이거나 시민권을 포함하지 않는 것’으로 규정하고 있고, 국가인권위원회 역시 차별사유로서 ‘출신’지역, 민족, 국가는 기술하는 반면, ‘국적’을 명시하고 있지 않다. 이에, 인권위원회는 국적 차별의 경우, 기타 사유 차별로 분류한 후 출신국가 차별의 관점에서 접근한 예도 있고, 사회적 신분 차별로 다루어져야 한다는 입장이 제기된 예도 있는 듯 하다.⁶⁾ 출신국가 차별은 유사한 상황에서 출신국가와 현재의 국적을 이유로 하는 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당하지 않은 경우를 의미하는바, 국적 차별은 출신국가를 이유로 한 차별이 아니라 국적을 이유로 한 차별이 합리적인지 여부를 심사함으로써 차별 여부를 판단하는 것이 타당할 것이다.

나. 인종 차별

사전적 정의에 따르면, ‘인종’은 ‘유전적으로 전해지는 신체적 특성에 따라 별개의 집단으로 구분되는 어느 한 지역 또는 세계적 차원의 인류 집단, 또는... 공통의 역사, 국적, 또는 지리적 분포에 근거하여 결합되거나 분류되는 사람들의 집단’이다.⁷⁾ 인종에 있어 가장 흔히 쓰이는 표현으로는 ‘흑인종, 백인종, 황인종’을 들 수 있는데, 이는 피부색을 기준으로 한 표현으로 인종은 보통 피부색을 포함하는 개념으로 이해된다. 또한, 인종은 지역과 혈통에 따른 특성을 반영하기 때문에 인종개념이 출신국가와 출신민족을 포함하기도 한다. 즉, 인종을 넓게 이해하는 경우, 인종은 피부색, 출신국가, 출신민족을 포함하는 개념으로 이해된다. 따라서, 피부색, 출신국가, 출신민족에 따른 차별대우는 항상 동시에 인종을 이유로 한 차별대우일 수도 있다.

한편 특별법 우선 원칙에 따라 피부색, 출신국가, 출신민족을 우선적으로 적용하면 사실상 인종이 차별사유로서 적용되는 경우는 제한적인 것으로 확인된다.⁸⁾

2. 간접차별

간접차별이란, 외관 상 중립적 기준이 적용되나, 차별금지사유와 관련하여 특정 집단에게 정당한 사유 없이 불리한 효과를 초래하는 경우를 뜻한다. 이때, 간접차별을 판단함에 있어 의도되거나 명시적으로 차별 목적이 있었는지 여부는 묻지 아니한다.

간접차별에 관하여 헌법 제11조 제1항은 이를 명시적으로 규정하고 있지 않다. 헌법재판소가 간접차별이라는 용어를 직접 언급한 결정문은 확인되지 않고 있지만, 헌법재판소는 헌법 제11조 제1항의 평등권 침해 여부를 판단하면서 간접차별의 법리를 수용한 바 있다. 헌법재판소는 1999년 12월 23일 ‘제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인’ 사건과 관련하여 채용시험 시 제대군인에 대한 가산점제도가 ‘제대군인과 제대군인이 아닌 사람을 차별하는 형식’을 취하고 있으나, 남성 중 80% 이상이 제대군인이 될 수 있음에 비하여 전체 여성 중 극히 일부분만 제대군인에 해당될 수 있고 실제 거의 모든 여성이 제대군인에 해당하지 않음을 이유로 ‘실질적으로 남성에 비하여 여성을 차별’하는 제도라고 판단하였다⁹⁾. 이와 같은 헌법재판소의 태도는 출신 또는 인종을 이유로 한 차별

5) 국가인권위원회, 국가인권위원회법 해설집, 2005. 352면. 헌법재판소 2001. 11. 29. 선고 99헌마494 결정 참조.

6) 국가인권위원회, 차별판단지침(2008), 414면.

7) *The American Heritage Dictionary(1976)*

8) 국가인권위원회, 차별판단지침(2008), 410면.

9) 헌법재판소 1999. 12. 23. 결정 98헌마363.

사례에도 동일하게 적용될 수 있을 것이다.

국내법 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제2조 제1호 “사업주가채용조건이나 근로조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성(性)에 비하여 현저히 적고 그에 따라 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 증명할 수 없는 경우”를 차별에 포함시키고 있는데, 위 조문은 근로관계에 있어 간접차별을 명문화한 것이라 할 수 있다.

헌법 제11조 제1항 후문은 성별·종교 또는 사회적 신분에 의한 차별을 특히 금지하고 있으므로 이러한 기준에 의한 차별이 헌법적으로 용인될 수 있는 것인가의 여부는 특히 엄격하게 심사되어야 할 것은 물론이나, 지역적 요소에 의한 차별과 인종적 요소에 의한 차별 역시 그에 못지 않게 악성이 큰 것으로서 금지되어야 할 것이기 때문이다. 평등원칙의 위반이 문제되는 헌법재판에서는 원칙적으로 어떤 입법이 “가장 합리적이고 타당한 수단인가 여부”를 심사하는 것이 아니라, “자의적인 것인가 여부”를 심사하여야 하는바, 자의금지심사에 의하는 경우, 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」과 같은 혜택부여적 법률에 관하여는 입법수단이 입법목적과의 관계에서 과소규율이라 하더라도 “한 번에 한 걸음씩” 현실을 개선하여 나가는 것으로서 합헌적인 것으로 허용된다.

헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 그리고 합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다.

II. 고용상 출신 또는 인종 차별

고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 출신 또는 인종을 이유로 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

1. 차별이 인정된 경우¹⁰⁾

출신 또는 인종이 이유가 된 고용상 차별 사례로는 대표적으로 출신민족을 이유로 한 고용차별 사례 및 출신학교 소재지를 이유로 한 고용차별 사례로 나누어 볼 수 있다.

1) 출신민족을 이유로 한 차별

□ 대한민국에서 출생한 후 미국에 입양된 자에 대한 임금 등 지급 차별(10진정288400)

* 정당화 주장 사유 : 진정인은 어학원에서 영어를 가르치는 강사로서 대한민국에서 출생하였으나 생후 18개월 이후 미국으로 입양된 자로, ‘해당 국어(영어)를 모국어로 사용하는 사람’인 원어민에 해당한다. 그러나 해당 어학원은 진정인의 출신 민족 및 외모를 근거로 원어민 강사가 아닌 내국인 강사로 보았고, 내국인 강사에 해당하는 강사료를 지급하였다. 해당 어학원은 진정인을 제외한 원어민 강사의 경우와 내국인 강사의 경우 강사

10) 간접 차별이 문제되어 차별이 인정된 사례는 확인되지 않아, 직접 차별이 문제되어 차별이 인정된 경우만을 다룬다.

료에 차등을 두어 지급하고 있으며, 원어민 강사의 경우 해당 급여 외에 주택, 왕복 항공료 등을 추가로 지급하고 있다. 해당 어학원은 진정인이 계약 당시 자신이 받게 될 임금수준 등을 알고 이에 동의하여 이루어진 계약이므로 차별이 아니라고 주장한다.

- * 판단 : 본 사건에서 국가인권위원회는 비교대상을 구체적으로 명시하지는 않았으나 인정된 사실관계를 살펴보면, 비교대상은 진정인이 근무하는 해당 어학원의 다른 강사들 중 원어민으로 인정되어 이에 해당하는 강사료를 지급받은 사람일 것이다. 진정인이 원어민에 해당하는 이상, 피진정인이 고용한 다른 원어민과 동일 조건에 있다고 보아야 하고, 이에 따라 동일한 대우가 이루어져야 할 것임에도 진정인의 외모와 출신민족을 이유로 내국인 강사로 판단하고 이에 따라 원어민 강사와 달리 대우한 것은 합리적 이유 없는 불합리한 차별에 해당한다고 판단하였다. 또한, 피진정인인 해당 어학원의 진정인의 동의(계약)에 대하여는 가사 진정인의 동의가 있다고 하더라도 진정인이 자신의 정체성에 대한 혼란 및 피진정인의 강사 구분, 임금 조건 등을 충분히 인지하지 못한 상황에서 근로계약을 맺은 것으로 보인다고 판단하였다. 즉, 진정인이 자발적 의사로 계약에 응하였다고 하더라도 피진정인의 차별적 대우가 합리화될 수는 없다고 판단한 바, 차별적 대우에 대한 합리성 판단의 기준으로 당사자의 의사를 배제하고 있다. 진정인이 원어민에 해당하는 이상, 피진정인이 고용한 다른 원어민과 동일 조건에 있다고 보아야 하고, 이에 따라 동일한 대우가 이루어져야 할 것임에도 진정인의 외모와 출신민족을 이유로 내국인 강사로 판단하고 이에 따라 원어민 강사와 달리 대우한 것은 합리적 이유 없는 불합리한 차별에 해당한다고 판단하였다. 위 사례를 통해 나타난 바, 국가인권위원회는 출신민족을 이유로 하는 차별의 합리성을 판단함에 있어, 불합리한 대우에 대한 당사자의 의사를 차별 판단의 기준에서 배제하고 있다.

2) 출신지역 또는/및 출신학교를 이유로 한 차별

□ 출신학교 소재지를 근거로 한 고용상 차별 사례(16진정0211300)¹¹⁾

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 A 지역에 주민등록을 두고 있으면서, B 지역 소재 고등학교에 재학 중인 학생으로, 자신의 전공 관련 공직에 지원하고자 본인이 다니는 고등학교 소재지인 B 지역과 자신이 주민등록을 두고 있는 A 지역에서 각 실시하는 '실업계고 경력경쟁임용시험'에 응시하고자 하였다. 그러나 두 기관 모두 거주제한요건과 함께 학교 소재지 제한요건을 두고 있어, 진정인은 어느 지역에도 응시하지 못하게 되었다. 본 사안에서 피진정인 A 지역 도지사과 B 지역 도지사는 각 '지방공무원법 제27조 및 행정자치부 <운영표준안>에 따른 제한이고, 지역인재에게 공직 입문의 기회의 필요성과 학교 소재지 제한요건은 행정자치부의 <운영표준안>에 따른 것이고, 지방공무원의 채용시험 응시자격은 지방자치단체장의 재량사항이며, 지역인재의 우선 선발의 필요성'을 주장한다.
- * 판단 : 본 사안에서 비교대상을 구체적으로 명시하고 있지는 않으나, 본 사안 진정인의 비교대상은 A 지역에 주민등록을 두고 있으면서, 해당 지역 소재 학교 출신자 또는 B 지역에 주민등록을 두고 있으면서, 해당 지역 소재 학교 출신자에 해당한다. 본 사안은 단순히 관내 거주지 요건 뿐만 아닐 해당 지역 관내 소재 학교 출신자일 것이 요구되는바, 먼저 관내 거주지 요건이 합리적 차별의 근거로서 타당한지 여부를 살펴보아야 한다. 이와 관련하여 국가인권위원회는 '지방공무원법' 제27조 제2항 제9호는 지방자치단체가 각 지역 우수자원의 선발이나 지역민에 대한 우대 등의 목적으로 지방공무원 채용시험의 응시자격을 해당 자치단체 거주자로 제한할 수 있음을 규정하고 있고, 지방자치단체는 이를 근거로 하여 지방자치의 정신에 따라 그 관할권 내에서 지방공무원 채용과 관련한 자치권을 행사할 수 있음을 인정하며, 관내 거주지 요건을 응시자격의 제한요건으로 설정한 것은 합목적성이 있는 재량행위로 판단하였다. 다음으로 관내 학교 소재지 제한 요건과 관련해서는, 피진정인들의 주장과는 달리 행정자치부의 <운영표준안> 내용은 학교장 추천을 필수조건으로 삼고 있을 뿐, 학교 소재지를 관내로 제한해야 한다고 볼 수는 없으며, 그 외 해당 표준안에 학교 소재지 제한의 근거로 삼을 만한 규정은 기재되어 있지 않다고 판단하였다. 이처럼 응시자격기준을 둬 있어 관내 거주지 요건을 통해 지역인재양성 목적을 달성함이 가능하므로, 이에 추가하여 학교 소재지 제한 요건이 꼭 필요하다고 판단되기는 어려운바, 목적과 수단의 적정성이 충족되지 아니한다. 또한, 학교 소재지 제한요건으로 응시자격 조차 주어지지 못하는 진정인과 같은 피해자들의 권리제한의 정도는 공익과 사익의 비교에 있어 비록 공익상의 목적이 인정된다 하더라도 위에서 살펴본 바와 같이 목적과 수단의 적정성이 인정될 수 없는바, 사익 침해의 정도가 더 크다고 보아야 할 것이다. 위 사례를 통해 나타난 바, 국가인권위원회는 출신 학교 소재지를 이유로 하는 차별의 합리성을 판단함에 있어, 목적과 수단의 적정성 및 공익과 사익에 대한 비교형량을

11) 유사사례로 17진정0251200 참조.

고려하고 있다. 위 사안에서 국가인권위원회는 학교 소재지 제한 규정을 폐지할 것을 권고하며, 출신 학교 소재지를 근거로 고용상 차별을 인정하는 것은 불합리하다는 판단을 하였다. 국가인권위원회는 '실업계고 경력경쟁 임용시험 응시자격 기준'으로 인해 지원 지역 내 소재 실업계고 졸업(예정)자와 달리 시험에 응시조차 하지 못하는 경우를 위해 이러한 제한 목적과 수단의 적정성, 제한으로 인한 공익상의 목적과 침해되는 사익과의 비교행량을 차별의 합리성 판단기준으로 삼았다.

□ 출신학교 소재지를 근거로 한 고용상 차별 사례(09진차0000136)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 A 지역에 주민등록을 두고 있으면서, B 지역 소재 고등학교에 재학 중인 학생으로, 자신의 전공 관련 공직에 지원하고자 본인이 다니는 고등학교 소재지인 B 지역과 자신이 주민등록을 두고 있는 A 지역에서 각 실시하는 '실업계고 경력경쟁임용시험'에 응시하고자 하였다. 그러나 두 기관 모두 거주지 제한요건과 함께 학교 소재지 제한요건을 두고 있어, 진정인은 어느 지역에도 응시하지 못하게 되었다. 본 사안에서 피진정인 A 지역 도지사과 B 지역 도시사는 각 '지방공무원법 제27조 및 행정자치부 <운영표준안>에 따른 제한이고, 지역인재에게 공직 입문의 기회와 필요성과 학교 소재지 제한요건은 행정자치부의 <운영표준안>에 따른 것이고, 지방공무원의 채용시험 응시자격은 지방자치단체장의 재량사항이며, 지역인재의 우선 선발의 필요성'을 주장한다.
- * 판단 : 본 사안에서 비교대상을 구체적으로 명시하고 있지는 않으나, 본 사안 진정인의 비교대상은 A 지역에 주민등록을 두고 있으면서, 해당 지역 소재 학교 출신자 또는 B 지역에 주민등록을 두고 있으면서, 해당 지역 소재 학교 출신자에 해당한다. 본 사안은 단순히 관내 거주지 요건 뿐만 아닐 해당 지역 관내 소재 학교 출신 자일 것이 요구되는바, 먼저 관내 거주지 요건이 합리적 차별의 근거로서 타당한지 여부를 살펴보아야 한다. 이와 관련하여 국가인권위원회는 '지방공무원법' 제27조 제2항 제9호는 지방자치단체가 각 지역 우수자원의 선발이나 지역민에 대한 우대 등의 목적으로

참고로, 차별 여부를 명시적으로 언급하지는 않았으나, 차별 판단 사안에 대한 소송 사례로, 외국인에 대한 에이즈건강 진단검진서 제출요구 사례¹²⁾가 있다. 국내에 입국, 원어민 영어보조교사로 근무하는 외국인(원고)에 대하여 교육감이 교육부 산하 시행의 EPIK(English Program in Korea) 사업지침에 따라 원고에 대하여 에이즈(HIV) 검사 등을 포함한 건강검진 수검 결과 제출을 요구하였다. 이에 대하여 원고는 교육감의 건강검진 수검 요구가 외국인에 대한 차별적 조치라는 이유로 이를 거절하였고, 결국 원고는 재계약 검토 대상에서 제외된 후 재계약이 체결되지 아니하였다. 이에 대하여 법원은 교육감의 '구 후천성면역결핍증 예방법 시행령'에 따른 에이즈 검진 대상자에 해당되지 아니하는 원고에 대해 에이즈 검진결과서를 제출하도록 요구한 것은 그 자체로 '구 후천성면역결핍증 예방법' 제8조의2 제3항에 위반되는 행위이거나 위법성이 농후한 행위로서 사회질서에 위반되는 행위라는 이유 등을 근거로 국가배상책임을 인정하였다. 본 소송에서 법원은 명시적으로 차별 여부를 판단하지는 않았으나, 원고의 주장(에이즈 검진 대상자가 아님에도 외국인이라는 이유로 일괄적으로 에이즈 검사 등을 포함한 건강검진 수검 결과를 제출해야 하는 것은 차별적 행위에 해당하고 이를 이행하지 아니했다는 이유로 영어보조교사로서 재계약 체결 검토 대상에서 누락되어 결국 재계약 체결에 이르지 못한 것은 대한민국의 불법행위에 해당하는바 이에 대한 손해배상을 청구함)을 인정한 것은, 결국 외국인에게만 에이즈 검진 결과의 제출을 요청한 교육부의 시행지침 및 교육감의 행위 등이 위법하다는 것을 인정한 것으로, 출신·인종·외국인을 근거로 한 고용상 차별의 소송례로 참조할 만하다.

12) 서울중앙지방법원 2019. 10. 29. 선고 2018가단5125207 판결.

<출신을 이유로 하는 고용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
출신 09진차0000136	모집	출신지역 및 학력	합리적 이유	평준화, 비평준화 지역의 고등학교에 차이를 두지 않는 것이 오히려 평준화 지역 고등학교 출신자에게 불이익이 된다는 피진정인의 주장은 합리적 이유 없음
출신 10진정0288400	임금 및 임금 외의 금품 지급	출신 민족	합리적 이유	특정 언어에 대해 원어민에 해당함에도 출신민족과 외모 등을 이유로 임금 및 임금 외의 금품을 달리 지급한 것은 합리적 이유 없음. 또한, 피해자가 위 임금 등 지급조건에 동의하였다고 하더라도 이로 인해 임금 등 이 달리 지급된 것에 대한 합리적 이유가 될 수 없음.
출신 16진정0211300 17진정0251200	모집	특정 소재지 출신 학교	합리적 이유	‘기술계 고교졸업(예정자) 구분모집 경력경쟁시험’을 실시함에 있어 학교소재지를 제한하는 것은 합리적 이유없음.

나. 인종 차별

□ 영어학원 강사 채용시 인종차별(15진정0891600 · 15진정0891800·15진정0896300·15진정0912700(4건 병합)¹³⁾

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 피진정인이 운영하는 영어학원에서 원어민 영어강사 모집광고를 하면서 자격요건으로 ‘코카시안’일 것을 요구하였는바, 이는 차별이라고 진정하였다. 이에 대해 피진정인은 영어학원의 파트타임 강사 00로부터 ‘코카시안’이라는 단어를 듣고 그 뜻을 정확히 알지 못한 상태에서 모집광고를 게재한 것이고, 실제 어떤 내용으로 모집광고가 나갔는지 잘 모르며, 인종차별의식은 전혀 없었으나 이번 모집광고로 진정인들에게 상처를 입힌 것에 대해 후회하고 있으며 사과의사가 있다고 진술한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는 명시적으로 비교대상을 기술하고 있지는 않으나, ‘코카시안’이 아닌 인종으로서 피진정인이 운영하는 영어학원에 강사로서 채용을 원한 자들을 비교대상으로 볼 수 있을 것이다. 또한, 국가인권위원회는 헌법 제11조 제1항 후문, 직업안정법 제2조, 고용정책기본법 제7조에서 모두 고용영역에서 인종을 이유로 한 차별을 금지하고 있는바, 피진정인이 자신이 운영하는 학원의 강사 모집시 지원자들이 ‘코카시안’일 것을 요구한바, 이는 국가인권위원회법 제2조 제3호 가목에 해당하는 인종을 이유로 한 평등권 침해의 차별행위를 한 것이라고 판단하였다.

13) 인종에 의한 고용차별 유사사례로 15진정0349400 · 15진정0349500 · 15진정0354900(병합) 사건이 있다.

<인종을 이유로 하는 고용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
인종 15진정0891600 · 15진정0891800 · 15진 정0896300 · 15진정09127 00(4건 병합)	고용	인종	헌법 제11조 제1항, 국가인권위 원회법 제2조, 직업안정법 제2 조, 고용정책기본법 제7조를 근 거로 합리적 이유를 판단기준 으로 사용	피진정인이 자신이 운영하는 학원의 강사를 모집할 때 지원자들이 ‘코카시안’ 일 것을 요구한 것은 인종을 이유로 한 평등권 침해의 차별행위임.
인종 15진정034940015진정034 9500 · 15진정0354900(3 건 병합)	고용	인종	상동	피진정인이 구인광고를 게시하면서 ‘only white person’ 을 지원자격으로 한 것은 인종을 이유로 한 차별행위에 해당함.

2. 차별이 인정되지 않은 경우¹⁴⁾

출신 또는 인종을 이유로 하는 차별이 주장되었지만 고용상 차별이 인정되지 않은 경우로는 장애 인콜택시 운전자 모집시 특정 지역의 일정 기간 거주 요건을 요구한 사례, 귀화자에 대해 고등학교 생활기록부를 요구한 사례, 특정 지역 인재에게 가산점을 부여한 사례, 외국인이라는 이유로 임금 차별 등을 주장한 사례, 00구립국제교육원의 재계약시 국적에 의한 차별 주장 사례, 기간제교사 인력 풀 공개시험의 거주지역 차별 사례, 공공기관 채용공고시 거주지제한 요건에 대한 차별 주장 사례 등의 경우가 있다.

가. 출신 지역

1) 장애인콜택시 운전자 모집시 서울시 지역 1년 거주 요건 요구 사례¹⁵⁾

- * 정당화 주장 사유 : 피진정인은 장애인의 서울 시내 이동을 위해 운전원은 서울 지리에 익숙할 필요가 있는바, 이를 위한 운전원 채용시 1년 이상 거주 요건을 요구하는 것은 불합리하지 않다고 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는 장애인에 대한 서비스 제공을 위해 서울 시내 지리에 익숙할 필요가 있는바, 불합리한 차별이 아니라고 판단하였다.

2) 특정 지역인재에게 가산점 부여 사례¹⁶⁾

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 특정 지역 인재에게만 가산점을 부여하는 것은 출신 지역에 대한 차별이라고 주장한다. 피진정기관은 이에 대해 2017년도 공공기관 인력운영 방안에 따라 지역인재 채용제도의 실효성을 제고하고 지역일자리 창출 및 지역경쟁력 강화를 도모하기 위하여 이전공공기관의 장으로 하여금 지역인재를 의무적으로 채용하도록 하고 있는바, 위 방안에 따르면 2018년까지 우선 18%를 적용하고, 2022년까지 단계적으로 30%를 적용하도록 하고 있다는 점을 정당화 사유로 제시한다. 또한, 가산점의 경우는 필기전형까지만 적용되며 면접전형에서는 적용되지 않는다고 설명한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는 비교대상을 특정하여 실시하고 있지는 아니하다. 다만, 합리성 판단과 관련하여서는, 지방으로 이전하는 공공기관의 이전지역 지방대학 또는 고등학교 졸업자를 우선 고용하는 등의 채용에서 의무 비율을 규정한 것은 「국가균형발전 특별법」에 따른 공공기관 지방이전 국가정책에 따라 수도권에서 수도권

14) 국가인권위원회 등 확인 사례에서 간접차별이 문제되었지만 차별이 인정되지 않은 사례에 해당되는바 없어, 직접차별이 문제되었지만 차별이 인정되지 않은 경우만을 다룬다.

15) 11진정0579800

16) 17진정1074200.

아닌 지역으로 이전하는 공공기관에 지역인재 채용제도의 실효성을 제고하고 지역일자리 창출 및 지역경쟁력 강화를 도모하기 위한 것이 목적이다. 해당 가점이 1차 필기전형에만 적용되는 점, 특정지역 인재의 채용률이 2015년 10%, 2016년 19.8%, 2017년 29.4%로 공공기관의 채용의무 비율에 따르고 있는 점 등을 볼 때 과도한 특혜라고 보기 어려운 점, 지방이전 공공기관의 활성화를 위한 관계 법령의 입법취지와 의무채용 권장 비율 등을 종합적으로 고려할 때 이 사건 피진정인이 **지역인재에게 가점을 부여하는 것이 타 지역 지원자를 불리하게 대우하는 차별이라고 보기에는 어려운 것으로 판단하였다.

3) 기간제교사 인력풀 공개시험의 거주지역 차별 사례17)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 00시에 거주하는 교원자격 소지자인데, 00시교육청은 2011. 5. 기간제인력풀 제도 관련 공고를 내어 7월 자격검증 시험을 실시하였는데, 해당 시험의 응시자격을 2011. 6. 7. 현재 00광역시 거주자로 등록된 자로 제한하고, 일선 학교에서는 기간제 교사 채용 시 공개적인 공고 없이 인력풀 해당 자에게 직접 연락하거나 지원 자격을 인력풀 합격자로 제한하는 등으로 거주지역에 따른 차별을 야기한다고 주장하며 진정을 제기하였다. 본 사안에서 비교대상은 타 지역 교원자격 소지자로, 피진정인은 2011. 5. 6. '2011학년도 00광역시 중등학교 기간제교사 인력풀 공개시험 시행계획 공고'를 통해 12개 교과 중등학교 정교사 교원자격증 소지자 및 부전공 교원자격증 소지자 중 2011. 6. 17. 현재 주민등록상 주소지가 00광역시인 사람을 대상으로 전공, 교수학습지도안 과목의 합산 총점 200점 중 120점 이상인 합격자, 12개 교과 492명을 기간제교사 인력풀로 선발하였다는 점을 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는 본 사례에서 비교대상을 명시적으로 실시하고 있지는 아니하다. 다만, 2007. 11. 13. 결정한 지방공무원 임용시험의 응시자격 요건 중 거주지 제한 사건(07진차0000198) 결정에서, 지방자치단체는 지방자치의 정신에 따라 관할권 내에 거주하고 있는 인재에게 기회를 제공하고, 해당 지역에서 계속 근무할 것을 전제로 하여 그 지역에 연고를 둔 자를 채용함으로써 근무지와 거주지가 과도하게 분리되는 것을 방지하는 효과를 꾀한다는 점에서 거주지 제한을 불합리한 차별이 아니라고 판단하였다. 이상에서 살펴본 바와 같이 기간제교사 인력풀에 등재된다고 하여 기간제교사로의 임용이 보장되는 것은 아닌 점, 교육자치기관이 해당 지역 거주자에게 채용의 우선 기회를 제공하는 것에 일정한 합리성이 있는 점, 피진정인의 기간제교사 인력풀에 등재되지 않더라도 일선학교의 기간제교사로 채용되는 것이 원천적으로 봉쇄되어 있지 않다는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 기간제교사 인력풀 자격시험의 응시자격을 00광역시 거주자로 제한한 피진정인의 행위를 합리적인 이유 없는 차별이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

4) 공공기관 채용공고시 거주지제한 사례18)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 00광역시에 거주하는 직업상담사로 (재)00남도 중소기업종합지원센터에서 모집하는 '00 000 일자리정보센터'의 직업상담사 분야에 지원하기를 원하나, 2014. 1. 1.부터 최종시험일까지 또는 2014. 1. 1. 이전까지 총 3년 이상 주민등록상 주소지가 00남도로 되어 있을 것을 요건으로 하고 있어 지원이 불가능하다는 점을 지적하며, 이와 같은 거주지 제한 요건은 합리적 이유 없는 차별이므로 시정을 바란다면 진정을 제기하였다. 본 사안에서 피진정재단은 00남도의 출연기관으로서 인사와 보수규정 등 중요규정에 대하여 도지사의 승인을 받고 있으며, 00남도 지방공무원 임용계획 시험의 거주지 제한을 준용하였고 주장하였고, 또한 채용 시 거주지 제한을 하지 않은 경우 차후 근무여건에 따라 근무지 이탈과 퇴직 등의 사회적 비용이 발생할 가능성이 있다는 점을 주장하였다.
- * 판단 : 국가인권위원회는 본 사례에서 명시적으로 비교대상자를 특정하여 실시하고 있지는 아니하다. 다만, 이 사건의 응시자격은 2014. 1. 1. 이전부터 최종시험일까지 계속하여 주민등록상 주소지가 00남도내로 되어 있는 사람 또는, 2014. 1. 1. 이전까지 주민등록상 주소지가 00남도내로 되어 있는 기간이 모두 합산하여 총 3년 이상인 사람으로 위 2가지 요건 중에서 하나만 충족하면 응시자격이 인정되는바, 이 사건의 거주지 제한은 지방자치단체의 출연기관으로서 제한 할 수 있는 재량의 범위를 넘어서는 과도한 제한이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

나. 출신 국가

17) 12진정0056500

18) 14진정1051000

□ 귀화자에 대해 고등학교 생활기록부 요구 사례19)

- * 정당화 주장 사유 : 외국 국적을 가지고 있다 귀화를 한 진정한 고등학교 생활기록부를 요구하는 피진정회사에 대해 이는 출신 국가를 이유로 한 차별이라고 주장한다. 그러나 피진정회사는 지원자의 성실성 판단의 근거로 활용하고자 한 것이고, 내국인의 경우라도 검정고시 출신자의 경우에는 별도의 서류를 요구하였다. 외국학교 졸업자의 경우 해당 학교의 생활기록부 요구한 것일뿐 어떠한 차별의도나 차별도 없었다고 주장한다.
- * 판단 : 본 사례에서 국가인권위원회는 명시적으로 비교대상자를 실시하고 있지는 아니한다. 다만, 합리성 판단과 관련해서는 귀화자와 내국인을 차별하기 위한 도구로 생활기록부를 요구한 것이 아니라 출결사항을 통해 지원자의 성실성을 파악하기 위한 것이었는바 이를 부당하거나 불합리한 차별이라 보기 어렵다고 판단하였다.

다. 국적

1) 외국인이라는 이유로 임금 등 차별 주장 사례20)

- * 정당화 주장 사유 : 진정한 외국인인 한국인 공장장을 비교대상으로 하여 근무시간 또는 임금상 차이를 차별이라고 주장한다. 본 사건 관련 진정한 진술서 제출 이후 소재 파악이 어렵고, 피진정인의 진술서 확보 안된 사례로서 피진정인의 정당화 사유 주장에 대해 확인 불가한 사건에 해당한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는 한국인 공장장과 네덜 국적 진정한 근무시간의 상이함과 이에 따른 지불 임금액의 차이에 대해 이들을 동일한 근로집단으로 볼 수 없다고 판단하였다.

2) 00구립국제교육원의 재계약시 국적에 의한 차별21)

- * 정당화 주장 사유 : 진정한 내국인이다. 진정한 한국 국적의 재외국민이며 00구립국제교육원에서 2년째 계약직 영어교사로 일하고 있는데, 2011. 11. 피진정인으로부터 재계약을 할 수 없다는 통보를 받았다. 그 이유는 진정한 한국인이므로 다른 외국인 교사들과 달리 비정규직보호법에 적용되기 때문이라고 하였다. 한국에서 고용된 내·외국인에게 노동법을 달리 적용할 이유가 없고, 진정한 대한 평가결과가 좋았음에도 진정한 국적이 한국이라는 이유로 재계약을 거부한 것은 합리적 이유 없는 차별이므로 시정을 원하며 진정을 제기하였다. 그러나 피진정회사는 「기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률」에 따르면 기간제근로자를 2년 이상 고용할 경우 정규직으로 전환해야 하는데, 현재 교육원 수강생 수의 감소 및 00구 세입 감소 등 재정 여건을 감안할 때 00구 무기계약직으로의 전환에 따른 부담을 감수하면서까지 재계약을 추진할 상황이 아니어서 진정한 재계약을 하지 않은 것이라고 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는 명시적으로 비교대상을 특정하여 실시하고 있지는 아니한다. 진정한 한국 국적을 보유하고 있어 재외국민이기는 하나 외국인 근로자로 볼 수 없고, 2년 초과 근무 시 무기계약직으로 전환에 따른 고용 부담이 발생하느바, 피진정인이 무기계약직 전환 부담을 이유로 진정한 재계약을 거부하는 것은 비정규직 근로조건 보호를 위한 기간제법의 목적에 반한다고 할 수 있겠으나, 근로계약 기간이 만료된 진정한에 대해 근무성적이 양호했다는 이유로 당연히 재계약 요건이 된다고 볼 수는 없다. 또한 피진정 교육원이 수강생 감소 및 00구 세입 감소 등의 재정여건에서 무기계약직 전환 대상이 되는 진정한과 재계약을 하지 않는 것이어서 피진정인이 진정한과 재계약을 하지 않은 것을 합리적인 이유 없이 진정한의 한국 국적을 이유로 한 차별행위로 보기는 어렵다고 판단하였다.

19) 13진정0021900
 20) 14진정0616200
 21) 11진정0683500.

<출신, 국적을 이유로 하는 고용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
출신 11진정0579800	장애인콜택시 운전자격	출신 지역 (서울시 1년 거주)	합리적 이유	서울시 장애인 콜택시 운전은 장애인에 대한 서비스 제공을 목적으로 하는바, 서울 시내 지리에 익숙할 필요에 의해 지역 거주 요건을 둔 것이므로 불합리한 차별이 아님.
출신 12진정0056500	기간제 교사 인력풀 등재 자격을 특정 지역 거주자에게만 인정	출신 지역	합리적 이유	교육자치기관이 해당 지역 거주자에게 우선 채용 기회 제공이 일정한 합리성이 있고, 인력풀에 등재되었다고 바로 임용이 보장되는 것이 아니며, 인력풀에 등재되지 않더라도 일선 학교 기간제 교사 채용이 원천적으로 봉쇄되는 것이 아닌 점을 종합적으로 고려하면 불합리한 차별이라고 할 수 없음.
출신 13진정0021900	귀화자에 대한 고등학교 생활기록부 요구	출신 지역	합리적 이유	피진정인이 진정인에게 고등학교 생활기록부를 요구한 것은 출결사항을 통해 지원자의 성실성을 파악하기 위한 목적이었고, 생활기록부의 별도의 방법으로도 성실성을 판단할 수 있다면 이를 인정하고 있는바, 이를 부당하거나 불합리한 차별이라고 보기 어려움.
출신 14진정1051000	공공기관 채용공고에 일정 지역에서 일정 기간 동안 거주할 것을 요구	출신 지역	합리적 이유	본 사안에서 일정 지역 내 일정 거주 요건의 내용을 살펴본바, 이는 지방자치단체의 출연기관으로서 제한할 수 있는 재량의 범위를 넘어서는 과도한 제한이라고 보기 어려움.
출신 17진정1074200	채용시 특정 지역 인재에게만 가산점 부여	출신 지역	합리적 이유	「국가균형발전 특별법」에 따른 공공기관 지방이전 국가정책에 따른 지역 인재 채용제의 실효성 제고의 목적이 있고, 가산점의 방법(1차 필기전형에만 적용, 채용률이 법률상 의무 비율을 준수) 역시 적정하다고 판단하여, 불합리한 차별이라고 보기 어려움.
국적 11진정0683500	재계약 거절	국적	합리적 이유	근로계약 기간 만료된 진정인에 대해 근무성적이 양호했다는 이유로 당연히 재계약 요건이 될 수는 없는바, 수강생 감소 및 세입 감소 등의 재정 여건 등을 고려하여 재계약을 하지 않은 것을 불합리한 차별행위로 볼 수는 없음.
국적 14진정0616200	근무시간 또는 임금상 차이	국적	비교대상, 합리적 이유	진정인은 공장 근로자이고, 진정인이 차별을 주장하는 비교대상은 공장장으로서 근무시간의 상이함과 이에 따른 지불 임금액의 차이는 단순 비교 대상이 아님.

3. 주요 쟁점

가. 국가인권위원회 결정이 제시한 출신 또는 인종의 고용상 차별의 합리성 판단기준

국가인권위원회는 출신 또는 인종의 고용상 차별의 경우 기본적으로 ‘합리성’을 차별판단의 기준으로 사용하고 있다. 판단근거로는 목적의 정당성과 수단의 적합성을 사용하는 듯한 모습이다. 명시

적으로 목적의 정당성과 수단의 적합성을 제시하고 있지는 않으나, 각 사안별 사실관계를 통해 위 판단근거를 도출하는 모습을 보인다.

그러나, 출신 지역 및 출신 학교 소재지를 근거로 공무원 응시자격을 제한하는 사례에서는, 명시적으로 목적과 수단의 적정성, 공익과 사익의 비교형량을 통해 불합리한 차별인지 여부를 판단하고 있다. 이에 아래에서는 출신 지역 및 출신 학교 소재지를 근거로 한 차별 판단에 대해 살펴보고자 한다.

나. 출신 지역 및 출신학교 소재지를 근거로 한 차별 판단과 출신지역에 대한 가산점제도와와의 비교 - 지역가산점제도에 대한 법원의 태도²²⁾

국가인권위원회는 출신 지역 및 출신 학교 소재지를 근거로 공무원 응시자격을 제한하는 경우, 출신 지역을 근거로 한 차별의 경우 합목적성이 있는 재량행위로서 불합리한 차별이 아니라고 판단되었으나, 위 출신 지역 조건 이외에 출신 학교 소재지 제한을 공무원 임용시험 등의 응시자격으로 제한하는 경우 출신 학교 소재지 제한 요건은 목적과 수단의 적정성에 어긋나고 공익과 사의 비교형량상 적정하지 아니하다고 판단하였다. 즉, 공무원시험 응시 등의 사례에서 출신 지역 조건의 부가는 차별이 아니라고 판단하였으나, 출신 지역 조건에 더하여 출신 학교 소재지 제한 요건이 부가되는 경우에는 과도한 제한으로서 차별에 해당된다는 결론에 이른 것이다.

이와 관련하여 교육공무원 응시에 있어 응시지역 소재 대학 출신자에게만 가산점을 부여하는 사례에서 해당 가산점제도에 대하여 법원은 위헌성 판단을 한 바 있어, 이에 대하여 살펴본다. 위 판례에서 법원은, '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 있다고 전제하며, 지역가산점제도는 응시지역 소재 ○○대학 출신자에게만 가산점을 부여함으로써 타 지역 출신자가 교육공무원으로 채용될 수 있는 기회를 반사적으로 제한하고 있으므로 결국 교육공무원이 되고자 하는 자를 그 출신학교의 소재지에 따라 차별하는 결과를 초래하고 있다. 그러므로 지역가산점제도가 헌법상의 평등원칙에 위반되지 않는다고 하려면 우선 이 제도가 정책 수단으로서의 적합성과 합리성을 갖추고 있다고 볼 수 있어야 하고 나아가 차별취급의 목적과 수단 사이에 엄격한 비례관계가 존재하지 않으면 안 될 것이다. 피고는 지역가산점제도에 의하여 달성하려는 목적으로서 ① 지역 실정에 맞는 교육을 통한 교육자치의 실현, ② 지역 출신 우수 교원의 확보, ③ 지역사범대의 보호·육성 등을 들고 있다. 그러나 지역가산점제도가 이러한 입법목적을 달성하기 위한 합리적인 제도라고 보기에는 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째로, 국토가 좁고 지역별로 문화적 차이가 그다지 크지 않은 우리 나라의 교육현실에서 반드시 해당 지역 출신자가 그 지역 실정에 더욱 적합한 교육을 실시할 위치에 있다고 선뜻 단정하기는 어렵다. 또한 '응시지역 소재 ○○대학' 출신자가 그 지역 출신자의 범위와 반드시 일치하는 것도 아니다. 더욱이 지역가산점제도는 해당 지역 국·공립중등학교 교사를 그 지역 소재 ○○대학 출신자로 다수 채우게 되는 요인으로 작용하는데, 이는 우리나라의 교육이념인 민주교육의 목표를 달성하는 데 필요한 교육의 다양성을 저해하게 되는 점을 간과할 수 없다(헌법재판소 89헌마89 결정 참조). 둘째로, 지역가산점제도가 과연 해당 지역에 우수한 교사를 확보하여 그 지역 학생들로 하여금 균등하게 양질의 교육을 받을 수 있게 한다는 당초의 취지를 달성하는 효과가 있는지도 의문이다. 우수한 교사를 확보하여 지역의 학생들에게 양질의

22) 출신지역에 대한 가산점제도에 대한 판단 사례로 인천지방법원 2003. 10. 29 선고 2003구합1411 판결 참조.

교육을 제공하는 것은 국가 및 지방자치단체의 책무임이 분명하다. 이러한 책무는 교육시장이라는 관점에서 보면 교육서비스의 수요자인 학생과 학부모에게는 보다 우수한 교사에 의한 학습을 받고 싶은 욕구를 충족시켜 주고 다른 한편 교육서비스의 공급자인 교원에게는 능력에 따라 균등하게 임용될 수 있는 기회를 보장하는 교육제도에 의하여 효율적으로 달성될 수 있다고 할 것이다. 그러나 현재 전국에 걸쳐 시행되고 있는 지역가산점제도는 각 시·도 교육위원회별로 교육시장의 진입장벽을 설치하여 자유로운 경쟁의 원리를 제약함으로써 타지역 출신 우수 교사의 임용을 제한하는 부작용을 초래하고 있는 실정이다. 셋째로, 지역가산점제도가 지역사범대를 보호·육성하는 합리적인 정책수단이라고 보기도 어렵다. 지역사회범대를 보호·육성하기 위해서는 무엇보다도 우수한 인재의 유치, 유능한 교수진의 확보, 내실 있는 교과과정 등을 통하여 그 졸업자들을 경쟁력 있는 교육전문인으로 양성하는 것이 필수적이다. 그런데 지역가산점제도 아래에서 교원 희망자들은 입학하려는 ○○대학의 선택 기준으로 임용되기를 희망하는 시·도 소재지 위치 여부를 우선적으로 고려하게 되는데, 이는 지역사회범대의 입장에서 보아도 우수한 인재를 유치하는 데 제약이 된다. 지역사회범대의 보호·육성이라는 정책목표는 우수한 인재를 유치하기 위한 각종 유인책을 마련하거나 지역사회범대 상호간의 경쟁을 촉진함으로써 효율적으로 달성될 수 있는 것이지 그 졸업자들에게 소재지 지역의 교원으로 임용되는 데 우대를 받는다는 사실에 안주하도록 하거나 또는 대부분의 지역에서 학생에 의한 학교선택의 길이 막혀 있는 중등교육의 현실을 고려할 때 해당 지역 교육수요자들의 정당한 요구를 희생함으로써 실현할 성질의 것은 아니다. 이상과 같은 점을 고려하여 볼 때 지역가산점제도는 국 공립학교 교사로 채용되고자 하는 교사자격자를 그 출신학교의 소재지에 따라 불합리하게 차별하는 제도일 뿐만 아니라 아래에서 보는 것처럼 그들의 공무담임권 등 기본권마저 침해한다는 점에서 그에 의하여 달성하려고 하는 목적과 수단 사이에 균형을 잃고 있어서 비례의 원칙에도 어긋난다.'고 판단하고 있다.

위 판례는 '지역가산점제도'라는 표현을 사용함으로써 마치 출신 지역에 따른 가산점제도에 대한 판단으로 일견 오해될 수 있으나, 실제 문제가 된 사안은 교육공무원시험 응시자격을 응시지역 소재 대학 출신자에게만 가산점을 부여하는 경우에 대한 판단이다. 응시지역 소재 대학 출신자에게만 가산점을 부여하는 제도에 대하여 차별취급의 목적과 수단 사이의 엄격한 비례관계가 존재하지 않음을 이유로 '공립중등학교 교사 임용후보자 선정경쟁시험에 있어서 지역사회범대 출신 응시자에게 가산점을 부여하는 지역가산점제도가 헌법에 위반된다'는 판단을 한 것이다.

다. 공익과 사익의 비교형량 판단

「헌법」 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하며, 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별받지 아니한다”라고 규정하고 있으며, 「국가인권위원회법」 제2조 제3호는 합리적인 이유없이 출신지역을 이유로 하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 평등권침해의 차별행위로 규정하고 있다. 출신학교 소재지와 관련, '실업계고 경력경쟁 임용시험' 응시자격 기준으로 인해, 지원 지역 내 소재의 실업계고 졸업(예정)자와 달리 시험에 응시조차 하지 못하게 되는 바, 이러한 피진정인들의 조치가 불합리한 차별행위에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 제한의 목적과 수단의 적정성, 제한으로써 달성하고자 하는 공익상의 목적이 침해되는 사익보다 우월한 법익인지 등을 종합적으로 검토하여 판단하여야 할 것이다.

평등심사의 첫 번째 단계는 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하고 있는지를 확인하는 작업이다. 다음으로 목적과 수단의 관계 판단에 있어 비례성 심사시 공익상의 목적과 침해되는 사익과의 비교형량을 차별의 합리성 판단기준으로 삼게 되는데, 이에 대한 사안 확정과 판단이 요구된다. 또한, 차

별 판단에 있어 대우나 결과에 있어서의 차이를 판단하는 경우에는 차별 발생을 주장하는 쪽이 입증 책임을 부담하게 되고, 외관 상 중립적인 조치의 불균등한 효과 초래하는 간접차별 경우, 신뢰할 수 있는 통계적 데이터가 중요한 자료가 될 수 있음을 유의할 필요가 있다.

Ⅲ. 재화 등의 공급과 이용상 출신 또는 인종 차별

재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 출신 또는 인종에 대하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 의미한다.

1. 차별이 인정된 경우²³⁾

출신 또는 인종을 이유로 하는 차별이 주장되었지만 재화 등의 공급과 이용상 차별이 인정된 경우는 인종과 피부색 등을 이유로 한 클럽 입장 제한 사례, 외국인이라는 이유로 게임아이템 판매를 제한한 사례 등의 경우가 있다.

1) 인종과 피부색 등을 이유로 한 클럽 입장 제한 사례²⁴⁾

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 백인 등 유색인종이 아닌 외국인인 자신에 대해 피진정인이 클럽 입장을 거절하는 차별행위를 하였다며 진정한다. 진정인은 운영 클럽이 젊은이들만의 공간을 제공하는바, 출입가능 연령은 20~29세로 제한하며, 내국인을 대상으로 영업을 원칙으로 한다고 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는, 피진정인은 인종과 피부색을 이유로 진정인의 이 사건 클럽 출입을 제한한 것이 아니라고 주장하나, 클럽 직원이 인도계 미국인인 진정인의 모습을 보고 한국계 미국인인 참고인에게 “외국인은 입장할 수 없다”고 말하면서 한국계 미국인인 참고인에게는 별도의 입장제지를 하지 않은 점, 내외국인을 확인하는 별도의 절차 없이 외관상으로 출입대상 여부를 확인했다는 점을 고려할 때, 이 사건은 인종, 피부색을 이유로 진정인의 클럽 이용을 제한한 것으로 볼 수 있다고 판단하였다.

2) 외국인이라는 이유로 게임아이템 판매를 제한한 사례²⁵⁾

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 피진정인이 운영하는 사이트에 내국인에게는 아이템의 구매와 판매를 모두 허용하면서 외국인에 대하여는 구매는 허용하되 판매를 제한하고 있는바, 이는 외국인이라는 이유로 차별하는 것이라고 주장한다. 그러나 피진정인은 홈페이지를 통해 외국인 회원의 판매 서비스 제한에 대해 사전 고지하고 있는 점, 2010. 4. 12. 문체부 협조 요청에 따라 외국인의 회원 가입 조건을 강화하고, 외국인 회원의 게임아이템 판매 거래를 제한하였고, 그 조치가 현재까지 이어지고 있는 것인 점, 외국인의 게임 아이템 현금거래를 통한 불법 환전 및 자금세탁 등의 불법행위를 하는 경우 피해 회복 및 피해자 구제가 어려우므로 예방조치가 필요한 점, 부가가치세 등 납부를 위한 회원의 개인정보 수집이 필요한바 외국인의 경우 정보 진위 확인이 어려운 점을 근거로 외국인의 해당 사이트를 통한 아이템 판매를 제한하였다고 주장한다. 다만, 참고인 문체부는 2010년 문체부의 협조요청은 아이템 거래자의 본인 인증을 강화하는 요청일 뿐, 외국인의 거래를 제한하라는 취지가 아니었다고 밝혔다.
- * 판단 : 국가인권위원회는 차별의 합리성 판단 기준으로 목적과 수단의 적정성을 들고 있는 것으로 판단된다. 피진정인은 외국인에게 게임아이템의 구매는 허용하면서 판매를 금지하는 근거로 불법 환전 및 자금세탁 등의 불법행위에 대한 회복과 개인정보의 진위 확인이 내국인에 비하여 어렵다는 점을 들고 있으나, 이 문제의 해결의 수단으로서 외국인에 대하여만 게임아이템 판매를 제한하는 것은 적절한 수단이 아니라고 판단한 것이다.

23) 간접차별이 문제되었지만 차별이 인정된 사례가 없어, 직접차별이 문제되었지만 차별이 인정된 경우만을 다룬다.

24) 18진정0521300

25) 18진정0822000

즉, 목적과 수단의 적정성이 지켜지지 않는다고 본 것이다. 외국인이 게임아이템 현금거래를 통한 불법 환전 및 자금세탁 등 불법행위를 하는 경우 피해자 구제가 어렵다고 하고 있으나 어떠한 점에서 내국인과 차이가 있는지 피진정인은 명확히 입증하지 못하고 있고, 외국인의 경우 개인정보의 진위를 확인하기 어려워 외국인의 게임 아이템 판매를 제한하고 있다고 하나 내국인이라고 하더라도 개인정보 진위를 확인하기 위한 특별한 절차가 있는 것은 아니어서 내국인과 외국인 간에 개인정보의 진위를 확인하는 절차에 있어서 차이가 있는 것은 아니라고 판단하였다. 아울러, 동종업체의 경우 외국인 등록번호 인증 시스템을 도입하여 외국인의 게임 아이템 판매 서비스가 제한 없이 제공되고 있는바, 피진정인의 진정인에 대한 판매 제한이 합리적인 이유 있는 차별이라고 보기 어렵다고 판단하였다. 본 사안에서 국가인권위원회는 비교대상을 명시적으로 실시하고 있지는 아니한다.

<인종, 국적을 이유로 하는 재화 등의 공급과 이용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
인종 18진정0521300	클럽 입장 제한	인종	합리적 이유	피진정인이 내국인 전용 클럽이라고 이야기하면서도 한국계 미국인의 입장을 제지하지 않은 점, 내외국인 여부 확인을 외관을 기준으로 출입여부를 정한 사정에 비추어 보면, 이는 합리적 이유없는 차별임.
국적 18진정0822000	게임아이템 판매 제한	국적	합리적 이유	피진정인은 외국인에 대하여만 게임아이템의 판매를 불가능하게 한바, 이는 합리적 이유없는 차별임.

2. 차별이 인정되지 않은 경우26)

출신 또는 인종을 이유로 하는 차별이 주장되었지만 재화 등의 공급과 이용상 차별이 인정되지 않은 경우로는 장학숙 입사조건으로 지역 거주 요구 사례, 타 도민에게 인터넷 뱅킹 거래를 거절한 사례, 출신 국가를 이유로 한 지원정책 차별 주장 사례, 거주 지역을 이유로 한 2G 이용기한 차별 주장 사례, 교통사고 피해자 손해배상시 차별 주장 사례, 외국인에 대한 와이브로 노트북 할부신용보험 발급제한, 내국인에 대한 부식비 차등 지급 사례 주점이용시 외국인 출입 제한건강보험 지역가입자의 외국인 세대원 등록 차별, 외국항공사의 한국인에 대한 수하물 조건 차별 사례 등을 들 수 있다. 주로 출신지역이나 출신 국가, 국적을 이유로 한 차별이라는 주장이 제기되었으나 대부분 합리성을 근거로 차별이 인정되지 않은 사례들이다.

가. 출신지역

1) 장학숙 입사조건으로 지역 거주 요구 사례27)

* 정당화 주장 사유 : 진정인은 00학사 입사 시 선발 공고일 현재 보호자의 주민등록이 00시 관내에 1년 동안 되어 있으면서 학생이 00시 관내 고등학교 졸업 예정자(또는 기 졸업자)일 것을 자격 요건으로 하는데, 이와 같은 주소지 제한은 출신지역을 이유로 한 차별이라고 주장한다. 피진정인은 00학사는 00시에서 「00시 00학사 설치 및 운영에 관한 조례」(이하 '조례')에 따라 지역 인재 육성사업을 목적으로 건립·운영하고 있는 학사로 지방자치단체가 지역주민의 복지를 위해 설치한 시설이므로, 00학사 입사 대상을 00시에 거주하는 자로 제한

26) 간접차별이 문제되었지만 차별이 인정되지 않은 사례가 없어, 직접차별이 문제되었지만 차별이 인정되지 않은 경우만을 다룬다.

27) 13진정0074201. 유사 사례로 국가인권위원회 13진정0074200, 12진정0031900 사례 등 참조(장학숙 입사 조건으로 도민일 것을 요구하는 사례 및 지역장학금 지급시 거주 요건 요구 사례 등이 있음)

하는 것은 지방자치의 기본 정신에 합당한 것으로 차별이 아니라고 주장한다.

- * 판단 : 국가인권위원회는 본 사안에서 비교대상을 특정하여 명시하고 있지는 아니한다. 다만, 본 사안의 00학사는 00시의 시비와 입사생 부담금 등으로 운영되고 있으며, 설립 취지도 00시 발전에 기여할 향토인재 양성과 00 지역민의 복지 증진을 위한 것으로 학사 입사 대상자 및 보호자의 주소지 제한은 불합리한 차별이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

2) 타 도민에게 인터넷뱅킹 거래를 거절한 사례²⁸⁾

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 00도에 전입한 외부인으로 거래실적이 없다는 이유로 00도내 소재 금융기관에서 인터넷 뱅킹 거래를 요청하였으나 거절되었다고 주장한다. 당시 해당 금융기관은 대포통장의 위험성을 언급하며 진정인의 인터넷뱅킹 신청을 거절한바, 진정인이 00도 거주민으로 피진정인과 안면식이 있었다면 당연히 인터넷뱅킹이 허용되었을 것이나, 진정인이 00도에 신규로 전입하였다는 이유로 통장개설 후 거래실적을 쌓은 후에 인터넷뱅킹을 신청하도록 하는 피진정인의 행위는 지역적 차별이라고 주장한다.
- * 판단 : 위 사안에서 국가인권위원회는 비교대상을 명시적으로 실시하고 있지는 아니한다. 다만, 피진정인이 진정인의 인터넷뱅킹 이용 신청 즉, 전자금융거래 신청을 거부한 행위가 구체적인 법령 등에 근거한 적법한 행위에 해당한다고 단정하기는 어려우나, 피진정인은 대포통장의 위험성 등을 감안하여 전자금융의 안전성을 담보하기 위한 조치였다고 진술하는 점, 이와 같은 진술이 「전자금융거래법」제21조에서 언급한 선량한 관리자로서의 주의의무와 무관하다고 단정하기는 어려운 점 등을 감안할 때, 피진정인 행위의 정당성 혹은 타당성, 적절성 등에 대한 평가는 별론으로 하고, 최소한 진정인의 주장과 같이 피진정인의 행위가 외지인에 대한 차별 혹은 지역 차별의 의사에서 기인한 의도적인 차별행위였다고 보기는 어렵다. 또한, 본 사안은 피진정인의 행위가 지역차별이라는 진정인의 주장 외에 사실이라고 인정할 만한 객관적인 증거가 없는 경우에 해당되는바, 불합리한 차별이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

3) 거주지역을 이유로 한 2G 이용기한 차등 사례²⁹⁾

- * 정당화 주장 사유 : 진정인들은 **의 2G 핸드폰을 사용하고 있는데, 조만간 2G서비스가 종료되는 것은 이해할 수 있으나, 서울, 경기 및 수도권, 지방은 각 서비스종료일에 차이가 있는데, 이 중 서울 거주민에 대한 서비스 종료일이 가장 빠른바, 이는 서울에 사는 사람에 대한 차별이라고 주장한다. 이에 대해 당해 서비스 제공자인 피진정인은 서울지역을 먼저 종료한 이유는 2G서비스 종료시 다른 대체 통신 수단 및 고객상담 인프라가 타 지역에 비해 우수하여 통신서비스 단절에 따른 위험이 상대적으로 낮은 지역으로 판단하였고, 지방의 경우, 산간, 도서벽지, 고령층이 많이 거주하고 있어 신속한 조치가 어려워 다양한 고객을 직접 방문하여 전환조치를 하기 위해 지역별로 차등을 두어 종료하게 된 것이라고 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는 명시적으로 비교대상을 실시하고 있지는 아니한다. 다만, 진정인의 진정서 및 전화조사보고, 피진정인 답변서 등을 종합하면, 서울과 지방간에 2G서비스 종료에 있어서 최대 약 45일간의 시간 차이가 존재하는 것은 사실이나, 다만 이러한 2G서비스망 종료는 일괄 종료가 기본 정책이나 각 지역별로 사용자의 연령, 지역 접근성 등 지역 특성을 고려하여 서울, 수도권 지역보다 종료 시점이 늦은 점이 있고, 이는 지역에 따른 거주민이나 이용자의 특성을 고려하여 특성에 맞게 조치한 것으로 특정 집단을 우대배제하는 조치라고 보기 어려움. 또한 피진정인이 서비스를 종료하기 전 상당기간 동안 미리 공지한 점이 있고, 종료이후에도 서비스 요금 혜택, 임대폰 제공, 그리고 최대 6개월간 동일한 전화번호를 이용할 수 있도록 하고 있는바, 서비스의 차등 종료로 인해 일정 정도 불편함이 있다 하더라도, 그것이 거주 지역에 의한 불합리한 차별에 이르렀다고 볼 정도는 아닌 것으로 판단하였다.

나. 국적

1) 외국인에 대한 차별

가) 출신국가를 이유로 한 지원정책 차별 주장 사례³⁰⁾

28) 14진정0638900

29) 12진정0012200 · 12진정0015300(병합), 유사사례로 12진정0029400 참조.

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 외국국적 부부로 이 경우 임신 및 출산 시 각종 보조금 및 난임부부 시술비 지원 프로그램에서 제외되고 있는바, 이를 출산국가를 이유로 한 지원정책 차별이라고 주장한다. 그러나 해당 관할 보건복지부 보건정책과 및 보건복지부 출산정책과에서는, 첫째 출산시 지원혜택이 없는 점은 내국인 및 외국인의 경우 동일한 점, 해당 지원 정책은 대한민국의 지속적인 발전을 위해 정부재정을 투입하여 추진하는 출산장려 정책인바, 외국인의 경우 사업의 추진목적에 적합하지 않으므로 지원대상에서 제외된 것이라고 설명한다.
- * 판단 : 위 진정사건에 대해 국가인권위원회는 비교대상을 명시적으로 실시하고 있지는 아니하다. 다만, 지방자치단체의 출산장려금 및 보건복지부의 난임부부 수술비 지원 사업은 우리나라가 급격하게 저출산·고령사회로 전환됨에 따라 국가의 지속적인 발전을 위하여 정부예산으로 추진하는 대표적인 출산장려 정책으로 부모가 모두 외국인일 경우 출생아가 국적법상 대한민국 국민이 될 수 없음을 감안하면 외국인을 포함하는 것은 동 사업의 추진목적에 적합하지 않고, 매년 한정된 예산 범위 내에서 일정한 자격요건을 두어 이를 충족한 경우에만 지원하고 있으며 매년 수요가 증가하고 있어 예산이 부족한 실정임. 이러한 사실 등을 고려할 때 지원 대상에서 외국인을 제외하는 것을 합리적 이유 없는 차별이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

나) 외국인 자녀의 병원 입원시 한국인을 보증인으로 세울 것을 요구한 사례³¹⁾

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 내국인의 자녀가 병원에 입원하는 경우 한국인을 보증인으로 세울 것을 요구하지 않는 반면, 외국인 자녀의 경우에는 한국인을 보증인으로 세울 것을 요구하는 바, 이는 차별이라고 주장한다. 그러나 피진정인은 국민건강보험이 적용되는 내국인의 경우에도 본인부담금에 해당하는 채권확보를 위하여 입원약정서 등에서 진료비 채무에 대한 연대보증인을 세우도록 하고 있는 것이 현실이라고 설명한다. 외국인을 연대보증인으로 세울 경우, 외국인이 해외로 출국할 경우에는 국내 의료기관이 그 진료비 채권을 확보할 방법이 전혀 없기 때문에, 진료비 채권확보를 위한 법적 조치가 필요한 경우를 대비하기 위해 한국인을 연대보증인으로 세우는 것이라고 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는, 진료비에 대한 채권, 채무가 발생하는 부분에 대하여 병원 측에서 채권을 확보하는 방안으로 피진정인이 진정인에게 한국인의 연대보증을 요구한 것은 합리적인 이유가 있다고 사료되고, 국민건강보험이 적용되는 내국인의 경우에도 본인부담금에 해당하는 채권확보를 위하여 입원약정서 등에서 진료비 채무에 대한 연대보증인을 세우고 있는 점을 고려할 때 피진정인이 외국인 입원 시 한국 국적자의 연대보증을 요구하는 것이 불합리한 차별이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

다) 외국인에 대한 와이브로 노트북 할부신용보험 발급제한 사례³²⁾

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 내국인의 경우 와이브로 노트북 할부신용보험이 가능하나 외국인에 대하여는 할부신용보험 발급을 제한하는바 이는 불합리한 차별이라고 주장한다. 이에 대해 피진정인은 와이브로 서비스는 휴대폰이나 가정인터넷과 같은 생활필수 서비스는 아니고, 외국인의 경우 개인 소유 노트북을 이용하거나 일시 불로 노트북을 장만하여 와이브로 노트북 서비스를 이용할 수 있고, 노트북 할부신용보험 발급제한은 상대적으로 높은 채무 미변제 위험에 대응하기 위한 제한일 뿐, 외국인이기 때문에 차별하는 것이 아니라고 설명한다.
- * 판단 : 이 사건 진정인은 외국인에 대한 와이브로 노트북 할부신용보험보험 발급제한이 합리적인 이유 없는 차별이고, 외국인에 대하여 개인 별 체류기간 및 신용상태 등에 따라 개별적으로 발급여부를 판단해야 한다고 주장한다. 그러나 국가인권위원회는 일반적으로 체류기간이 한정된 외국인 가입자의 경우 노트북 미회수 시 상대적으로 높은 채무 미변제의 위험 가능성이 인정되는 점, 보험 손실에 대비하기 위한 피진정인의 영업 상 필요가 어느 정도 인정되는 점, 와이브로 서비스를 무선전화와 같은 생활필수적 전산서비스로 보기는 어려운 상황에서 피진정인에게 외국인 개인 별 심사 후 할부신용보험 판매의무가 있다고 보기는 어려운 점, 와이브로 서비스 이용 시 노트북 할부 외 이용 방법이 없지 않은 점 등을 살필 때 피진정인의 행위를 합리적인 이유 없는 차별이라고 보기는 어렵다고 판단하였다.

라) 외국인을 이유로 현금카드 발급이 제한되어 차별이라고 주장하는 사례³³⁾

30) 14진정0036100 · 14진정0042900(병합)
 31) 10진정0244300
 32) 11진정0601000
 33) 12진정0068100

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 계좌 개설 후 즉시 현금카드 발급이 가능하나, 외국인의 경우 발급에 제한되는 바, 이는 국적에 의한 차별이라고 주장한다. 피진정인은 통장이나 현금카드가 전화금융사기에 이용되는 것을 사전에 예방하기 위해 신원이 불분명한 외국인이 현금카드를 신청할 경우 그 외국인의 성명, 외국인 등록번호, 주소, 직업, 보증인 여부, 거래 실적 등을 종합적으로 검토하여 현금카드를 발급해주고 있다. 이는 현금카드 특성 상 은행 직원을 직접 대면하지 않고 전국 어디에서나 즉시 현금을 인출할 수 있어 전화금융사기 등 범죄에 이용될 가능성이 높기 때문이라고 설명한다. 또한, 최초 거래일 경우에도 직업, 부동산, 신원보증 중 1개 이상 확인된 경우에는 3개월이 경과하지 않더라도 현금카드 발급이 가능하다고 주장한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는, 사회적으로 전화금융사기의 피해가 심각하다는 점, 전화금융사기의 특성상 입금자가 입금을 취소하기 전에 신속하게 출금이 가능하고 은행직원과 대면하지 않아도 되는 장점이 있어 주로 현금카드가 범죄에 이용되고 있다는 점, 많은 수의 전화금융사기에 외국인이 연관되어 있다는 점, 최초 거래일 경우에도 직업, 부동산, 신원보증 중 1개 이상 확인된 경우에는 3개월이 경과하지 않더라도 현금카드 발급이 가능하다는 점 등을 종합적으로 고려해 볼 때 피진정인의 행위를 합리적 이유 없는 차별행위라 보기 어렵다고 판단하였다.

마) 건강보험 지역가입자의 외국인 세대원 등록 차별 사례³⁴⁾

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 외국인으로, 건강보험 지역가입의 경우 내국인과 차별이 있다고 주장한다. 그러나 피진정인인 건강보험공단은 외국인이 국내의 건강보험 적용 사업장에 취업하면 직장가입자로 당연 가입되며, 부양 및 소득요건을 충족하면 신청에 의하여 직장가입자의 피부양자로 등재된다. 직장가입자가 아닌 외국인은 국내에 3개월 이상 거주하였거나, 유학·취업·결혼 사유로 3개월 이상 거주할 것이 명백한 경우에 신청에 의해 지역가입자로 가입이 가능하다. 위와 같이 국내에 장기체류하는 외국인의 경우에는 건강보험을 적용하고 있으나, 진료목적으로 단기체류하는 외국인에게까지 건강보험을 적용하면 건강보험의 혜택이 필요할 때만 입국하는 도덕적 해이가 발생하고, 이에 따른 급여비 지출은 모든 국민의 보험료 부담으로 이어지기 때문이라고 설명한다.
- * 판단 : 국가인권위원회는, 만약 피해자가 귀화하여 이미 한국 국적을 취득하였음에도 출신 국가가 필리핀이라는 이유로 지역가입자 자격을 취득할 수 없었다면 출신국가, 출신민족 또는 인종 등을 사유로 하는 차별행위에 해당될 수 있으나, 피진정인이 건강보험의 재정지출을 줄이고 자국민 우선보호를 위하여 3개월 이상의 장기체류 외국인에게만 국민건강보험의 가입자격을 인정하는 것은 합리적인 이유가 있으므로 이를 국적을 이유로 하는 차별행위에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다.

바) 교통사고 피해자 손해배상시 국적 차별 주장 사례³⁵⁾

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 교통사고를 당한 피해자인데, 손해배상 산정시 내국인의 경우 평균 기대 수명을 기준으로 일실수익을 산정하는데 반해, 외국인인 자신의 경우는 대한민국 체류 기간을 일실수익 산정기간으로 삼은바, 이는 불합리한 차별이라고 주장한다. 이에 대해 피진정인은 「출입국관리법」에 따라 피해자가 입국일(2007. 11. 29.)로부터 비자(입국사증) 유효기간인 최장 5년 간 국내에 체류한다고 해도 2012. 11. 29.까지므로 해당 기간에 대하여는 국내 일용근로자 임금을 적용하지만, 이후 기간에 대하여도 국내 일용근로자 임금을 적용할 의무는 없다고 주장한다. 향후에 국내에서 계속 근로할 계획이었다는 진정인의 주장을 인정하게 된다면, 비록 수입은 없으나 장래 소득활동이 예상되는 (대)학생에게 일용근로자 임금을 기준으로 보험금을 지급하는 금융감독원 규정 및 업계의 관행상 형평에 맞지 않는다고 주장한다.
- * 판단 : 위 사건에 대해 국가인권위원회는, 피진정인이 피해자의 국내 체류기간을 이유로 월 소득액을 달리 본 것이 “평등권 침해의 차별행위”에 해당하는지, 그리고 합리성이 있는지를 살펴, 산재보험에서는 외국인 수급권자 일시금 지급 시 감액이 없지만 산재보험과 이 사건 자동차보험의 보험원리가 각각 ‘공적보험·무과실 책임주의 보상 - 사적보험·과실책임주의 배상’으로 상이한 점, 피해자가 국내에 계속 체류(재입국)했을 것이라는 진정인의 주관적 의사에 기대어 체류기간 만료 이후 피해자가 계속적으로 국내 월 소득액 수준을 유지할 것이라고 인정하기는 곤란한 점, 상실수익 산정 자체가 객관적인 소득을 손해 배상에 반영하는 데 그 취지가 있는 점, 피해자의 가족관계 등에 의한 귀국 가능성, 적법한 체류기간 만료 후 피해자의 국내 근로 가능성 등을 따져 진정인과 피진정인이 법원에서 배상액 적부를 다툴 수는 있겠으나, 우리 위원회가 배상액의 적부 자체를 심사

34) 15진정0255200

35) 10진정0231100

하기는 곤란한 점 등을 살필 때, 이 사건 평등권 침해의 차별행위로 보기는 어렵고, 결국 위 사안은 국적을 이유로 한 차별이라고 주장하나, 평등권 침해의 차별행위로 보기 어렵다고 판단하였다.

사) 주점 이용 시 외국인 출입 제한 사례³⁶⁾

- * 정당화 주장 사유 : 외국인은 해당 주점이 내국인의 출입을 어떠한 이유로도 제한하지 않으면서 외국인이라는 이유로 출입을 제한하는바, 이는 불합리한 차별이라고 주장한다. 피진정인은 매장이 결코 외국인을 차별하는 인식에서 외국 손님의 매장 입장을 제한한 것이 아니며, 현재 매장 상황이 언어가 다른 손님들과의 언쟁, 갈등, 사건, 사고를 원활하게 해결할 수 없는 상황이기 때문에 사고를 미연에 방지하고자 부득이하게 외국인 분들의 입장을 제한한 점에 대해 진정인의 넓은 이해를 부탁드립니다. 향후 영어 등의 외국어를 잘 구사할 수 있는 직원을 고용할 수 있게 되거나 다른 영업적 방법이 마련되는 경우에는 외국인 손님의 입장을 제한하지 않도록 하겠다고 설명한다.
- * 판단 : 이에 대해 국가인권위원회는, 주류 제공이 주된 영업인 클럽의 이용과 관련해서는 술에 취한 채 좁은 공간에 여러 사람이 밀집해 있을 경우 외국인과 내국인 사이에 불필요한 민족의식이나 피해의식 등으로 마찰이나 갈등이 생길 가능성이 많다는 점, 다툼이 일어날 경우에도 의사소통이 원활하지 못하여 싸움을 조기에 말릴 수가 없다는 점, 주한미군 전용 클럽 등 외국인 전용 클럽도 존재하고 이를 내국인에 대한 불합리한 차별이라고 단언하기 어려운 점 등을 종합하여 고려할 때 피진정인이 합리적 이유 없이 외국인을 차별하는 것이라 보기 어렵다"고 결정한 바 있다. 이 사건의 경우에도 피진정인이 2013. 9. 이전에는 외국인 대상으로도 영업을 하여 왔던 점, 주류 제공이라는 업종의 특성 상 사용 언어가 다른 고객 상호간 또는 고객-직원 간 마찰이 발생하지 않도록 사전에 주의를 기울이거나 조기에 적절히 조치하기 위해서는 종업원의 외국어 구사 능력이 선행되어야 한다는 판단 하에 일부 영업 손실을 감수하면서 내국인 전용으로 운영하기로 한 점 등을 고려할 때 기존의 결정례와 달리 볼 이유가 없을 것으로 판단되는 바, 이 사건 진정은 합리적인 이유 없는 차별행위에 해당하지 아니하는 경우로서 기각함이 상당하다고 판단하였다.

2) 내국인에 대한 차별

가) 외국항공사의 한국인에 대한 수하물 조건 차별 주장 사례³⁷⁾

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 내국인으로 외국인 근로자와 다문화가정의 경우 해당 외국항공사가 무료 수하물 기준을 적용하는데 반하여, 진정인과 같은 내국인의 경우에는 위 무료 수하물 기준을 적용하지 않는바, 이는 국적에 따른 불합리한 차별이라고 주장한다. 이에 대해 피진정인인 해당 항공사는 한국-베트남 구간 항공기 탑승객 중 한국인은 대부분 관광을 목적으로 여행하는 반면 베트남인의 경우 한국에서의 취업, 결혼이주와 그에 따른 가족방문 목적의 여행이 많아 가지고 가려는 짐의 양이 상대적으로 많은 특성이 있음. 베트남 국적 항공사로서 자국민 탑승객의 특성을 고려한 마케팅 차원에서 무료 수하물 조건을 달리한 것일 뿐 국적에 따라 항공기 이용을 차별하려는 취지는 아니라고 설명한다.
- * 판단 : 위 사안에 대해 국가인권위원회는, 기업이 판매 또는 수익 극대화를 목적으로 수요자 집단의 선호, 특성에 따라 가격 또는 판매조건을 달리하는 것(경제학적 개념으로서의 '가격차별'(price discrimination), 기업의 영업전략으로서의 '타겟마케팅'(target marketing) 등)은 시장경제에서 일반적으로 나타나는 현상으로서 그에 대해 일정한 규제가 필요하다고 하더라도 이는 기본적으로 평등권 침해의 차별행위로서보다는 공정거래 확보 등의 차원에서 이루어지는 것이 적절하다고 보았다. 다만, 특정 집단의 재화, 용역 등 이용을 대체수단 없이 상시적, 절대적으로 배제하거나 현저히 불리한 조건에 의해 그 이용을 곤란하게 할 정도에 이르렀다면 이는 정상적 시장행위를 넘어 헌법상 평등권을 침해한 차별행위로 볼 수 있을 것이다. 이 사건의 경우 베트남항공이 외국인근로자, 다문화가족에게 더 많은 무료 수하물을 허용하여 우대한다고 하더라도 그로 인하여 한국인의 항공편 이용 자체에 제한이 발생하는 것은 아니고, 한국인에게 적용되는 무료 수하물 기준도 다른 항공사들과 비교할 때 특별히 불리하다고 볼 수 없다. 이에 베트남항공이 무료 수하물 기준을 차별적으로 적용한 것이 불합리한 차별행위에까지 이른 것으로는 인정하기 어렵다고 판단되는바, 「국가인권위원회법」제39조 제1항 제2호에 따라 진정의 내용이 차별행위에 해당하지 아니하는 경우에 해당된다고 판단하였다.

36) 12진정0077400

37) 17진정1160100

나) 내국인에 대한 부식비 차등 지급 사례³⁸⁾

- * 정당화 주장 사유 : 본 사례의 진정인은 수용중인 내국인으로, 진정인은 외국인 수용자의 부식비가 내국인 수용자의 그것보다 높은바, 이는 차별이라고 주장한다. 이에 대해 피진정인은 외국인 수용자 출신 국가의 음식문화 등의 영향으로 식습관과 부식물의 차이가 있고 내국인 수용자에 비해 외국인 수용자가 소수여서 부식비 단가 상승요인이 발생함에 따른 비용으로 합리성이 결여된 가산금이라 할 수 없고, 내국인 수용자에 대한 역차별이란 지적에 따라 외국인 수용자 급식운영에 혼란을 주지 않는 범위에서 연차적으로 가산금을 축소하여 현재 1일 300원의 가산금제도를 유지하고 있으며 더 이상 축소는 어려움이 있다고 주장한다.
- * 판단 : 이에 대해 국가인권위원회는, 외국인 수용자에게 한식 이외의 식단을 제공하면서 가산금 제도를 운영하는 것은 외국인 수용자에 대하여 음식물 지급에 있어서 달리 처우할 필요성을 인정할 수 있는 점, 외국인 수용자 중 한식 취식이 곤란한 외국인 수용자에 한하여 제한적으로 운영하는 점, 단가상승 요인 발생에 따른 불가피한 사정이 있는 점, 내국인 수용자에 대한 역차별 지적에 따라 가산금을 단계적으로 축소하여 운영해온 점 등에 비추어 볼 때 피진정인이 외국인 수용자에 대해 필요한 경우 1인 1일 기준 300원 수준의 급식 가산금을 적용하는 것을 합리적 이유 없는 차별이라고 보기 어렵다고 판단하였다.

〈출신, 국적을 이유로 하는 재화 등의 공급과 이용상 차별이 인정되지 아니한 경우〉

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
출신 12진정0012200·12 진정0015300(병합)	지역별로 2G 핸드폰 기기의 사용기한에 차이를 둠	출신지 역	합리적 이유	본 사안은 특정 지역 집단에 대한 우대, 배제 조치라고 볼 것이 아니라, 각 지역별 특성을 고려한 조치라고 판단되는바, 서비스 차등 종 료로 인해 다소의 불편함이 있더라도 이를 거 주 지역에 의한 불합리한 차별이라고 볼 것은 아님.
출신 13진정0074201	해당 지역 거주자에게만 장학숙 입사허용	출신 지역	합리적 이유	장학숙의 운영은 시비와 입사생 부담금으로 충당되고, 설립 취지 등을 고려하면, 학사 입사 대상자 및 보호자 주소지 제한은 불합리한 차별이라고 보기 어려움.
출신 14진정0638900	타 지역에서 전입한 지역민에게인터넷뱅 킹 거래 거절	출신 지역	합리적 이유	피진정인이 대포통장의 위험성을 고려한 거래 거절이라고 설명하는바, 피진정인의 행위의 정당성 평가는 별론으로 하고, 차별 의사가 있었다고 보기 어렵고, 이외 객관적인 증거가 없는바 불합리한 차별이라고 보기 어려움.
출신 14진정0036100·14 진정0042900(병합)	외국인의 경우 임신 및 출산 시 각종 보조금 등 지원정책에서 제외됨	출신국 가 ³⁹⁾	합리적 이유	출산장려 정책은 대한민국의 지속적인 발전을 위해 정부예산으로 추진되는 정책으로 국적법 상 대한민국 국민이 될 수 없는 자에 대해서 는 적용되지 않음이 사업의 추진목적에 적합 함. 매년 한정된 예산에서 정책을 추진하는바 본 사안의 경우 불합리한 차별이라고 볼 수 없음.
국적 10진정0231100	외국인이 교통사고 피해를 당한 경우 손해액 산정을 대한민국 채류기간으로 한정	국적	합리적 이유	피해자(진정인)의 국내 체류 여부 및 체류 시 월 소득액을 진정인의 주관적 의사에 기대 인 정하기 곤란한 점, 실제 배상액 적부 자체를 위원회가 심사하기 곤란한 점을 고려, 위 사 안은 평등권 침해의 차별행위로 보기 어렵다 고 판단함.
국적 10진정0244300	외국인 자녀 병원 입원시 한국인 보증인 요구	국적	합리적 이유	병원 측에서 채권 확보의 방법으로서 합리적 인 이유가 있다고 보이고, 국민건강보험이 적 용되는 내국인의 경우에도 진료비 채무에 있 어 연대보증인을 세우고 있는바, 본 사안을 외국인에 대한 불합리한 차별이라고 보기 어

38) 12진정0476100

				려움.
국적 11진정0601000	외국인에 대해 노트북 할부신용보험 발급 제한	국적	합리적 이유	와이브로 서비스가 생활필수적 전산서비스로 보기 어려운 점, 체류기간이 한정된 외국인의 경우 채무 미변제의 위험 가능성이 인정되는 점, 와이브로 서비스 이용시 노트북 할부 외 별도 이용방법이 있는 점 등을 고려할 때 본 사안이 불합리한 차별이라고 보기 어려움.
국적 12진정0521300	내국인에 대한 부식비 차등 지급	국적	합리적 이유	수용 중인 외국인에게 한식 이외 식단을 제공 하면서 가산금 제도를 운영하는 것은 외국인 에게 음식물 지급에 있어 달리 처우할 필요성 이 인정되고, 이 또한 제한적으로 운영되는 점, 1인 1일 기준 300원 수준의 급식 가산금 적용을 불합리한 차별이라고 할 수 없음.
국적 12진정0068100	외국인에 대해 현금카드 발급제한	국적	합리적 이유	다수의 전화금융사기의 발생 및 위 범죄에 현 금카드의 사용 또는 외국인이 연관되어 있는 점, 최초 거래일지라도 직업, 부동산, 신원보 증 중 1개 요건이 확인되면 3개월 미경과시에 도 현금카드 발급이 가능한 점 등을 고려하 면, 이를 불합리한 차별이라고 보기 어려움.
국적 12진정0521300	내국인에 대한 부식비 차등 지급	국적	합리적 이유	수용 중인 외국인에게 한식 이외 식단을 제공 하면서 가산금 제도를 운영하는 것은 외국인 에게 음식물 지급에 있어 달리 처우할 필요성 이 인정되고, 이 또한 제한적으로 운영되는 점, 1인 1일 기준 300원 수준의 급식 가산금 적용을 불합리한 차별이라고 할 수 없음.
국적 15진정0255200	외국인의 경우 건강보험 지역가입시 3개월 이상 거주 요건	국적	합리적 이유	건강보험 지역가입시 3개월 이상의 장기체류 외국인에게만 국민건강보험의 가입자격을 인 정하는 것은 불합리한 차별행위에 해당한다고 보기 어려움.
국적 17진정1160100	외국항공사의 한국인에 대한 수하물 조건 차별	국적	합리적 이유	베트남 항공이 외국인 근로자에게 더 많은 무 료 수하물을 허용하여 우대한다고 하여 그로 인해 한국인의 항공편 이용 자체에 제한이 발 생하는 것이 아닌 점, 한국인에게 적용되는 무료 수하물 기준이 다른 항공사들과 비교할 때 특별히 불리하지 않은 점 등을 고려할 때, 불합리한 차별행위에 해당한다고 볼 수 없음

3. 주요 쟁점

가. 국가인권위원회 결정이 제시한 출신 또는 인종을 이유로 한 재화 등의 이용상 차별의 합 리성 판단기준

국가인권위원회 결정이 제시한 출신 또는 인종을 이유로 한 재화 등 이용상 차별의 합리성 판단기
준 역시 ‘합리적 이유, 합리성’이고, 이에 대한 판단근거로 구체적 사실관계를 토대로 한 목적과 수

39) 본 사안에서 진정한 출신국가에 의한 차별을 주장하였으나, 차별형태·판단근거 등을 볼 때 국적에 의한
차별로 구분함이 타당해 보인다. 그러나 해당 사건에서는 ‘국적에 의한 차별은 우리 법체계 속에서 당연한
전제이며 외국인은 사회권적 기본권 등을 제한적으로 누릴 수 있으므로 ‘국적’ 그 자체를 차별금지 사유로
인정하기 어려움.’ 이라고 밝히고 있다.

단의 적정성을 파악하고 있다. 특히, 외국인을 이유로 한 주점 입장 제한 사례⁴⁰⁾와 인종을 이유로 한 클럽 입장 제한 사례⁴¹⁾는 각 사례에서 목적과 수단의 적정성 요건을 근거로 하였을 때, 차별 여부에 대한 판단이 달리 이루어지고 있음을 주의할 필요가 있다. 장소가 클럽 및 주점으로 명칭을 달리하나, 주류 판매가 주 영업이고 해당 장소에서 다양한 이유로 고객과 고객, 고객관 직원 간 마찰이 발생할 여지가 있는 점 등을 고려하면, 명칭과 영업 방식이 일부 다르다하여 차별판단에 있어 장소적 특성을 달리 볼 것은 아니다. 위 두 사례에서 다른 결론이 도출된 이유는, 외국인임을 이유로 한 주점 출입 제한 사례의 경우 외국인 출입 제한의 목적과 수단이 적정한 반면, 인종을 이유로 한 클럽 출입 제한 사례의 경우는 목적과 수단의 적정성이 확보되지 못했기 때문이다. 즉, 후자의 경우 진정한, 전자와 동일한 목적으로(사고예방) 외국인에 대한 출입을 거절했던 것이라고 주장하나, 실제 운영에 있어서는 한국계 미국인에 대한 출입을 저지하지 않고, 인도계 미국인의 입장은 저지한 점, 외관상으로 출입대상 여부를 확인했다는 점 등의 사실관계를 통해 이 사건은 국적이 아닌, 인종 또는 피부색을 이유로 한 클럽 이용 제한이었음이 확인된 것이다. 외국인의 재화 등 이용 관련 차별 사례에 대해서는 아래에서 보다 자세히 살펴보기로 한다.

나. 외국인의 재화 등 이용 관련 사안 판단

상업시설의 운영자들은 「헌법」 제15조에 따라 최대한의 이익 창출을 위해 일정한 범위 내에서는 본인이 원하는 방식으로 시설을 운영할 자유가 있다. 그러나 그와 같은 자유가 무제한적으로 인정되는 것은 아니며, 특히 특정 집단을 특정한 공간 또는 서비스의 이용에서 원천적으로 배제하는 방식으로 구현되는 경우에는 그에 합당한 사유가 인정되어야만 한다. 일반적으로 주류를 판매하고 장소가 협소하여 술에 취한 여러 사람이 밀집해 유흥을 즐기다 보면 주변의 사람들과의 마찰이나 갈등이 생길 가능성은 상존하나 외국인라고 하여 반드시 이용상 특별한 주의가 요구되는 시설이라고 볼 수는 없다. 이 경우 주점 또는 클럽의 이용과 인종, 피부색 사이에 합리적 연관성이 존재하는지 여부를 살펴봐야 한다. 참고로, 위원회는 『한국인 전용 유흥업소의 외국인 출입 제한』(사건번호: 12-진정-0077400, 2012. 10. 17. 제12차 차별시정위원회 결정) 사건에서 "위원회가 그 동안 인종이 다르다는 이유"로 상업시설 이용을 제한한 사건에 대하여 시정을 권고한 사례[08진차121 아프리카인에 대한 상업시설 이용차별(2008. 8. 25. 결정), 11진정0575700 인종을 이유로 한 목욕장 시설 이용차별(2011. 11. 25. 결정)]가 있다. 또한, 외국인의 경우 금융거래, 부동산거래, 통신시설의 이용 등에 있어 내국인에게 제공되는 재화 등 서비스의 범위와 영역이 다른 점이 문제되는 경우, 해당 사안별 사실관계 확인을 통해 차별판단기준의 적용이 요구된다. 예를 들어, 통신시설 관련 외국인 가입자의 통신료 미납률이 매우 높아 회사에 재정적 부담으로 작용하나 출국 등 채권 추심이 어려운 현실적인 문제가 있는 점 등을 고려하여 일부 서비스의 이용이 제한되는 경우에는 이를 불합리한 차별이라고 볼 수는 없을 것이다.

IV. 각하 사례 정리

1. 각하 사례별 요약

40) 12진정0077400

41) 18진정0521300

가. 출신 차별⁴²⁾

1) 조사대상이 아닌 경우

1) 진정인은 피진정인이 국립암센터로부터 원거리에 거주하고 통원치료를 해야 하는 암 환자에게 우선하여 무료로 방을 제공한다며 차별이라 주장하나 이는 「국가인권위원회법」 제2조 제3호가 정한 '평등권침해의 차별행위'의 요건에 해당하지 않아 위원회의 조사대상이 되는 차별행위로 보기 어렵다(10진정0282400).

2) 진정인은 대구에서 거주하다가 부인 사망 이후 2009. 7. 11. 부산시 ○○구에 있는 ○○○○타운으로 이사하였고, 2010. 4. 25. ○○○○성당에서 세례를 받았음. ○○○○성당의 신자수는 100여 명인데 반해 인근에 있는 ○○성당은 신자수가 5,000명이고 35개의 단체가 있음. 진정인의 우울증 호전을 위해 2010. 10.부터 단체활동을 다양하게 할 수 있는 망미성당으로 옮겨 신앙생활을 하고 있음. 이에 진정인이 ○○성당에서 소속감을 갖고 신앙생활을 할 수 있도록 피진정인에게 진정인의 교적을 ○○성당으로 옮겨줄 것을 요구했으나 천주교의 속지주의를 이유로 불가하다고 함. 진정인이 ○○성당에서 소속감을 갖고 신앙생활을 할 수 있도록 도움을 원한다. 그러나 위 진정은 「국가인권위원회법」 제2조 제3호에서 정한 차별행위의 요건을 갖추지 못해 위원회의 조사대상에 해당하지 않는다고 판단된다(11진정0606900).

3) 진정인의 지인인 피해자 황00는 '00000000 국민임대아파트'에 살고 있는데 단지 내 분양아파트가 4동, 국민임대아파트가 1동임. 아파트공동놀이터에 분양아파트 거주 어린이만 놀이시설 이용이 가능하고 임대아파트 거주 어린이는 이용불가 및 무단이용시 아파트 관리사무소에서 민형사상 책임을 질 수 없다고 공지하였다. 이는 불합리한 차별이므로 시정을 원한다. 그러나 해당 놀이터가 사적 소유물에 해당되어 「국가인권위원회법」 제2조 제3호 가~라목에서 규정하고 있는 차별영역에 포함되지 않아 국가인권위원회의 조사대상에 해당하지 아니하는 경우에 해당한다(14진정0829300).

4) 2013. 12. 13. 15시경 △△경찰서 성명불상 경찰 4명이 △△ △△다리에서 단속을 하고 있었는데 ◎◎에 거주하고 있는 진정인만 안전벨트 미착용 스티커를 발부하고, △△주민인 반대차선 사람은 경찰이 보는 앞에서 안전벨트를 착용토록 하고 스티커 발부하지 않았다. 또한 헬멧을 착용하지 않은 오토바이 운전자 2명도 △△주민이라는 이유로 스티커 발부를 하지 않았다. 이는 지역차별로 부당하다고 주장한다. 그러나 위 진정은 불법 영역에서의 평등을 주장하는 것으로, 헌법 제11조 평등권의 보호 내용에 해당하지 아니하므로, 위 진정은 국가인권위원회의 조사대상에 해당하지 않는다(13진정0953800).

2) 차별금지영역이 아니라고 본 경우

1) 진정인은 우리 사회에서 중국에 사는 재중동포(교포)를 조선족이라 부르며 언론에서 이들의 범죄율을 과장보도하고 일반인들이 무시하며 차별하고 있는바, 재중동포에 대한 차별이 사라질 수 있도록 조선족 용어를 사용하지 않도록 조치해 주기 바란다고 주장한다. 그러나 이는 국가인권위원회법

42) 각하 사례 정리에 있어서는 국적 사례를 출신차별에 포함하여 정리한다.

제2조 제3호 각호에서 정한 고용 등 차별 영역 그 어디에도 해당하지 않으므로 위원회 조사대상에 해당하지 않는다고 판단된다(13진정014490043))

2) 진정인의 지인인 피해자 황00는 '00000000 국민임대아파트'에 살고 있는데, 해당 아파트는 단지 내 분양아파트가 4동, 국민임대아파트가 1동이다. 아파트공동놀이터에 분양아파트 거주 어린이만 놀이시설 이용이 가능하고 임대아파트 거주 어린이는 이용불가 및 무단이용시 아파트 관리사무소에서 민형사상 책임을 질 수 없다고 공지하였다. 진정인은 이는 불합리한 차별이므로 시정을 원한다고 주장한다. 그러나 해당 놀이터가 사적 소유물에 해당되어 「국가인권위원회법」 제2조 제3호 가~라목에서 규정하고 있는 차별영역에 포함되지 않아 국가인권위원회의 조사대상에 해당하지 아니하는 경우에 해당한다(14진정0829300).

3) 타 기관(국회, 법원 등) 소관사항이라고 본 경우

1) 진정인은 전국 각 교육청은 초등교사 임용시험에서 해당지역 소재 교육대학교 졸업자에게 최대 8점의 가점을 부여하는바, 이는 다른 지역 교육대학교 졸업자에 대한 과도한 차별이라고 주장하나, 본 진정의 취지는 법률의 개정을 필요로 하는 국회의 입법 사항이므로 조사대상에 해당하지 않을 뿐만 아니라 아직 차별을 당하기 전에 판단을 요구하는 경우에 해당하는바, 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호에 의거, 위원회 조사대상에 해당하지 아니한다(10진정0628300).

2) 진정인은 대만국적으로 국회에서 이중국적 입법화에 관심을 가지고 있는데 법무부에서 당초 초안을 수정하여 국민주택 분양권 자격, 은행 주택 임차 대출, 국민연금 가입, 국가공무원 임용, 생활보호대상자 지원 등에서 국적에 의한 차별을 그대로 유지하려고 하고 있으므로 시정을 바란다고 주장한다. 그러나, 이는 국회 입법 사항으로 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호에 의거, 위원회의 조사대상에 해당하지 아니한다(10진정0395300).

3) 피진정인은 전주지방법원 남원지원 판사로서 진정인의 재판을 진행하는 과정에서 통역의 번거로움 등을 이유로 진정인의 진술을 제한하였으며 재판결과도 진정인에게 불리하게 하였다며 진정을 제기하였다. 이에 진정인은 재판관을 변경해 주기 바란다고 주장하나, 이는 법원의 재판에 관한 사항이므로 위원회의 조사대상에 해당하지 아니한다(12진정0082800).

나. 인종 차별

1) 조사대상이 아닌 경우

진정인은 한국에서 태어났으나 미국에 입양된 자로 한국내에 영어강사 자리를 구하고 있는 중인데 영어강사 채용 대행업체를 운영하고 있는 피진정인은 진정인의 외모가 백인이 아니라는 이유로 진정인의 구직활동을 도와주지 않고 있는 바 이는 출신민족을 이유로 한 모집 차별이라고 주장한다. 진정인은 미국 국적자로 대한민국 국민에 해당되지 않고, 현지(미국)에서 체류하면서 한국에 소재하고 있는 피진정인으로부터 차별을 받았다는 주장으로 위원회법이 적용되는 공간적 범위인 대한민국의 영역 안에 있지 않는바, 「국가인권위원회법」 제4조(적용범위 : “이 법은 대한민국 국민과 대한민국의

43) 유사사례로 17진정1039400 참조.

영역에 있는 외국인에 대하여 적용한다.”)에서 규정하고 있는 적용대상에 해당하지 않는바, 본 사안 진정내용은 위원회의 조사대상에 해당하지 않는다(11진정0590300).

2) 불리한 대우가 있다고 보기 어려운 경우

2013. 9. 8. 프로야구 삼성라이온스와 엘지트윈스의 경기에서 엘지트윈스의 외국인 투수 레다메스 리즈의 투구가 삼성라이온스 소속 배영섭의 헬멧을 맞추는 일이 있었음. 그 일은 있던 후 9. 9. 인터넷 포털 사이트 네이트의 웹툰 작가 □□□은 전날 경기를 다룬 웹툰에 미국의 흑인 혐오집단인 KKK단이 “죽어”라며 리즈를 쫓아내는 내용을 게재하였다. 이는 명백하게 흑인에 대한 혐오를 드러낸 인종차별이므로 시정해 줄 것을 요구한다. 위 진정내용은 피부색을 이유로 피해자에 대한 혐오를 드러낸 인종차별적 표현에 해당하기는 하나 이로 인해 피해자가 고용 등에서 구별·배제·불이익한 대우를 받았다는 구체적인 내용은 없으며, 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호에 의거, 위원회 조사대상에 해당하지 아니하는 것으로 판단된다(13진정0706800, 13진정0707000, 13진정0707700, 13진정0709700, 13진정0714700(병합)) 44).

2. 각하 사안에 대한 판단

차별 사건과 직장내괴롭힘 등 사건이 혼재되어 차별로 진정이 들어오는 경우 다수이므로, ‘국가인권위원회법’ 제32조 각하 사유 여부를 확인하여 조사대상에 해당하는지 여부를 확인하는 과정이 1차적으로 필요하다. 피해자가 특정되지 않는 혐오표현의 경우 차별판단대상에 해당하지 않음을 유의할 필요가 있다. 국가인권위원회는 공중매체에 의한 차별적 인식 조장과 관련하여 17진정0535300 외 사건(외국인에 대한 편파 보도), 17진정0297700 사건(공영방송의 군복무자에 대한 차별적 인식 조장), 13진정0568200 외 사건(동성애 비방 웹툰 제작 및 게시), 13진정0423600 사건(외국인 프로야구 선수에 대한 인종차별 발언) 등에서 국가인권위원회법 상 차별영역에 해당하지 않음을 이유로 각하한 바 있다.

44) 유사사례로서 13진정0423600, 13진정0423700, 13진정0427100, 13진정0428300, 13진정0434800, 13-진정-0439200 (병합) 사건 참조.

제6절. 용모 등 신체조건을 이유로 하는 차별

I. 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별의 의미

1. 직접차별

국가인권위원회법은 “용모 등 신체조건”을 차별금지사유 중 하나로 규정하고 있으며, 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별이라 함은 합리적 이유 없이 특정한 사람(특정 용모 등 신체조건을 가진 사람 또는 집단)을 “우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”이다.

가. 차별사유

1) 차별사유로 인정되는 경우

국가인권위원회법 외 고용정책기본법, 남녀고용평등과 일가정 양립지원에 관한 법률 등에서 모집채용 시 신체조건을 요구하는 것을 금지하고 있지만, 어느 법령에서도 “신체조건”에 대해 그 의미를 명확하게 규정하고 있지는 않다. 국가인권위원회 태스크포스의 「차별판단지침」에 따르면, 용모 등 신체조건은 “용모나 외모, 근력, 키, 몸무게, 민첩성, 심폐기능 등의 신체적 특징, 조건, 능력 등”을 말한다. ‘신체적 특징’이라 함은 대개 그에 대해 개인이 마음대로 통제할 수 없는 것을 의미하는 바, 그러한 것들에는 키, 몸무게, 몸의 부피, 반점 등이 포함되며, 경우에 따라서는 지울 수 없는 문신도 그에 포함될 수 있다. 그러나 신체적 특징의 요건이 반드시 쉽게 통제되어야 하는 것은 아니며, 비교적 쉽게 통제할 수 있는 신체적 특징은 대개 용모라는 개념에 상당히 포섭된다.¹⁾

국가인권위원회 결정례를 통해 차별여부가 문제된 용모 등 신체조건으로는 색각이상, 시력, 신장, 몸무게, 신체사이즈, 표피모반, 안면부종, 탈모(가발착용여부 포함), 문신, 외모, 사투리, 복장 등이다.

<인권위원회 결정례 상 차별사유로 인정된 용모 등 신체조건>

구분	구체적 차별 이유	사건번호	결정 구분
색각(색약, 색맹)	약도 이외 색각이상자	<ul style="list-style-type: none"> 09진차0000558 · 09진차0001004(병합)(경찰, 해양경찰공무원 응시자격 제한), 11진정0126900(경찰공무원 응시자격 제한), 16진정1062200 · 17진정0521500(병합)(경찰공무원 응시자격 제한) 	권고
	색각이상자	<ul style="list-style-type: none"> 09진차109, 10진차0000056, 14진정0636400, 17진정0664800, 18-진정-0465600, 10진정0470900(한국철도공사 직원 채용 시 색각 이상자 제한) 	기각
	색약자	<ul style="list-style-type: none"> 13진정0948700(산업수요 맞춤형 고등학교 색약자 입학 제한) 	기각
	적색약자	<ul style="list-style-type: none"> 11진정0133900(소방공무원 응시자격 적색약자) 	기각

1) 국가인권위원회, 차별판단지침, 223쪽.

구분	구체적 차별 이유	사건번호	결정 구분
		제한)	
시력	교정시력 0.8 미달, 각 나안시력 0.3 미달, 나안시력 0.4-0.5 미달	<ul style="list-style-type: none"> 16진정0535700(지자체 방호직렬 응시자격 시력제한) 09진차0001412(소방공무원 응시자격 시력제한) 09진차1064·10진차141·10진정51200 병합(항공운항과 입학자격 시력제한) 	권고
	나안 시력 0.5 미달,	<ul style="list-style-type: none"> 09진차1064 병합(조정병과 입학자격 시력제한) 	기각
	일정 시력기준(양 눈 0.7, 한 눈 0.3 이상, 양쪽 눈 각각 0.5 이상) 미달	<ul style="list-style-type: none"> 13진정0071600, 13진정0082900 병합(건설기계 면허취득 시력제한) 10진정0510000(1중운전면허 취득요건 시력제한) 	기각
	시력(고도 난시와 근시, 망막색소변성증)	<ul style="list-style-type: none"> 09진차0000392(국제협력단원 선발 제외) 	기각
	라식, 라섹 등 시력교정수술을 한 자	<ul style="list-style-type: none"> 11진정0325700·12진정0228300(병합)(항공운항과 시력교정술 시술자 입학제한) 09진차0000392(항공운항학과 입학제한) 	권고 기각
신장	신장 자격기준 범위 (162.5cm~195cm, 162cm~196cm)에 해당되지 않음	<ul style="list-style-type: none"> 14진정0987400(공군조정사 선발기준 신장제한) 16진정0154000(공군사관학교 입학자격 신장제한) 	기각
	일정 신장기준(165cm 이상)에 미달	<ul style="list-style-type: none"> 16진정1025000(비서직 채용시 신장제한), 09진차0001688(결혼정보회사 가입시 신장제한) 	권고
체중	과체중	<ul style="list-style-type: none"> 10진정0436000(체중감량 실패 시 사직종용), 17진정0868700 	권고
	체중 기준 미달	<ul style="list-style-type: none"> 10진정0649200(체중 50kg 미만자 체혈 제한) 	기각
	신체 사이즈, 체격	<ul style="list-style-type: none"> 15진정0059200(디자이너 피팅 모델 신체사이즈 요구) : 피해자 및 피해가 특정되지 않아 각하한 사례, 차별사유에는 해당 17진정0114700(세신비용 추가요구), 15진정0078100(교복 추가금액 요구), 09진차0000986(큰 사이즈 옷 미제작) 	각하 기각
탈모	탈모로 인한 대머리	<ul style="list-style-type: none"> 16진정0389800(대머리를 이유로 한 호텔接客업무 채용거부) 	권고
	가발착용	<ul style="list-style-type: none"> 16진정1051200(가발착용을 이유로 한 보안경비 지원서류 접수거부) 	권고
	가발착용거절	<ul style="list-style-type: none"> 17진정0127000(가발착용거절을 이유로 한 시설관리기사 2차 면접거부) 	권고
반점 등	표피 모반	<ul style="list-style-type: none"> 16진정0778000(공군사관학교 선발 신체검사 기준 추형에 해당) 	권고
	립프종 질환에 의한 안면부종	<ul style="list-style-type: none"> 17진정0794000(안면부종을 이유로 한 면접거부) 	권고
문신	문신	<ul style="list-style-type: none"> 04진기I(경찰공무원 채용기준) 	권고
	상당한 범위에 걸친 문신	<ul style="list-style-type: none"> 09진차0000974(문신을 이유로 한 골프장 회원가입 제한) 	기각
기타	사투리	<ul style="list-style-type: none"> 10진정0460100(사투리 등을 이유로 한 고객상담원 채용거절) 	기각
	용모	<ul style="list-style-type: none"> 17진0541500(용모를 이유로 한 단역배우 	기각

구분	구체적 차별 이유	사건번호	결정 구분
		출연거부)	
	복장(환자복, 슬리퍼 착용)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 11진정0568400(환자복 착용자 구내식당 이용제한) ▪ 11진정0250600(슬리퍼 착용을 이유로 한 음식점 이용 불허) 	기각

2) 차별사유로 보지 않은 경우

차별사유로 인정되지 않아 각하된 사례는 복장 및 복장규정과 관련한 것이다. 면접 시 진정인의 복장이 불량하다는 이유로 채용하지 않은 것이 차별이라고 주장한 사건에서 인권위원회는 19개 차별 사유에 해당되지 아니할 뿐만 아니라, 이들 차별사유와 유사한 개인의 속성을 이유로 한 것도 아니므로 '기타' 사유로 분류할 수도 없다면서, 조사대상이 아니라고 판단하였다. 또 다른 사례에서는 전직원을 대상으로 복장규제가 이루어진 것에 대하여 복장규제는 특정인이나 특정집단에게 적용되는 것이 아니라 모든 임직원에게 적용되므로 차별사유에 해당한다고 보기 어렵다고 보았다.

<인권위원회 결정례 상 용모 등 신체조건에 의한 차별로 보지 않은 사유>

구분	차별 사유	사건번호	결정구분
복장	복장불량	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 17진정0752600(복장 불량을 이유로 한 채용거부) 	각하
	복장규제	<ul style="list-style-type: none"> ▪ 13진정0395700(복장규정 미준수를 이유로 한 징계 등 불이익 예고) 	각하

나. 차별행위 유형

국가인권위원회 결정례에서 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별은 대부분 고용영역의 모집채용 분야에서 특정 용모 등 신체조건을 이유로 한 지원서류 접수거부, 면접거부, 응시자격 제한, 선발 신체검사 기준제한, 채용거부 등의 형태로 나타났다. 국가인권위원회 결정례에 따르면 차별적 요소가 될 소지가 있는 신체조건 등의 항목을 입사지원서, 이력서, 생활환경 조사서 등에 기입하게 하는 것은 그 자체만으로 구체적인 피해를 발생시키는 것이 아니므로 차별유형에 포함되지 않는다.²⁾

교육시설 등의 이용과 관련하여서는 향후 교육훈련 후 수행하게 될 직무의 채용조건을 고려한 입학자격과 관련한 사안이 문제되었다.

재화 등 이용/공급상 차별과 관련하여서는 운전면허 등의 취득을 위한 신체조건 제한이 문제된 사례, 용모 등 신체조건을 이유로 시설이용을 제한하거나 서비스 재화이용에 차등을 둔 사례들이 있었다.

다. 비교대상자

2) 15진정0796600, 17진정0455500, 18진정0263200

용모 등 신체조건을 이유로 한 차별 진정사건의 대부분은 응시자격 및 선발기준으로서 제시된 용모 등 신체조건을 충족하지 못한 진정인이 해당기준이 불합리함을 주장하는 방식으로 이루어졌으며, 대부분 비교대상자를 특별히 지정하지 않은 채 진정을 제기하였다. 그런 경우 비교대상을 특정하지는 않았지만 응시자격 및 선발기준의 신체조건을 충족한 사람이 비교대상이 된다고 할 것이다.

국가인권위원회 결정례 중 비교대상자를 지정하여 진정한 사건은 다음과 같다. 고용 주체가 다른 경우 서로 비교대상이 된다고 보기 어렵지만, 인권위원회는 응시자격 등 고용조건을 결정하는 주체가 동일하다면 비교대상이 될 수 있다고 보았다.

- 국가 방호직렬 공무원 신규임용 신체검사 불합격 기준으로 두 눈의 교정시력이 모두 0.2 이하인 경우로 정하면서, 지방자치단체 방호직렬 공무원 신규임용시험 응시에 필요한 신체조건으로는 두 눈의 교정시력이 각각 0.8 이상의 시력을 요구한 것은 국가 방호직렬 공무원 응시자에 비해 지방자치단체 방호직렬 공무원 지원자를 차별한 것이라고 진정한 사건(비교대상 인정, 권고결정)³⁾
- 경찰직 방호직 공무원 임용시험 시력기준(교정시력 포함)이 0.2인데, 유사업무를 수행하는 청원경찰에 대해 시력기준을 0.8로 정한 것은 경찰 방호직 공무원 지원자에 비해 청원경찰 지원자를 차별한 것이라고 주장한 사건(비교대상 성립하지 않음, 기각결정)⁴⁾
- 청원경찰의 양 눈 각각 0.8 이상 시력(교정시력 포함) 조건은 특수경비(맨눈 각각 0.2 또는 교정 0.8이상), 소방공무원(맨눈 각각 0.3), 청와대 경호공무원(0.8이었으나 폐지)의 기준을 감안할 때 청원경찰이 되고자 하는 사람의 직업선택의 자유를 침해한다고 주장한 사건(소방공무원, 청와대 경호공무원은 비교대상 성립하지 않음, 특수경비원 비교대상 인정, 기각결정)⁵⁾

건설기계조정사 등 면허취득조건으로 제시된 신체조건 기준이 합리적 이유 없는 차별행위라는 주장을 하면서 비교대상자로 다른 특정인을 지정한 것이라 취득하려는 면허와 유사한 면허를 대상으로 자격취득요건 등에 대한 비교가 이루어진 경우가 있다.

- 건설기계조정 면허 취득을 위한 적성검사에서 건설기계의 도로주행속도가 오히려 자동차보다 느림에도 2종 보통 운전면허보다 엄격한 시력기준을 요구하는 것은 합리적인 이유 없는 차별이라고 주장한 사건(기각)⁶⁾
- 2종 보통 운전면허의 경우 양안시력 0.5 이상이면 응시할 수 있는 반면 1종 보통면허에 대해서는 양쪽 눈 각각 0.5 이상일 것을 요구하는 것은 불합리한 차별이라고 진정한 사건(기각)⁷⁾

라. 합리성 심사기준

신체조건에 의한 차별 판단에 있어서 자격제한의 합리성 판단을 위해서는 엄격한 비례의 원칙이 적용되어야 한다고 명시한 사례는 다음과 같다.

- 중도 이상 색신이상자들의 경찰공무원 신규채용 응시자격을 제한하는 것은, 신체조건을 이유로

3) 16진정0535700

4) 17진정0397300

5) 17진정1042400

6) 13진정0071600 · 13진정0082900(병합)

7) 10진정0510000

한 배제행위임과 동시에 공무담임권 및 직업선택의 자유라는 기본권의 중대한 제약에 해당한다고 할 것이므로, 자격제한의 합리성 판단을 위해서는 엄격한 비례의 원칙이 적용되어야 한다(16진정 1062200·17진정0521500)

- 공군사관학교를 졸업한다고 해서 모두 조정분야로 진출하는 것이 아님에도 공군사관학교 입학생 모집요강의 신체검사 기준에서 선발인원 전원에 대하여 「공중근무자 신체조건」 상의 신장제한 (162cm~196cm)을 자격요건으로 두고 있는 것에 합리성이 있는지 살펴보면, 신체의 자유라는 중대한 기본권의 침해에 대한 판단기준으로서 엄격한 심사기준에 의해 판단하더라도 우수한 공군조종사와 군사전문가의 양성 인력을 충원하기 위한 목적의 정당성이 인정되고, 「공중근무자 신체검사」에 따른 수단의 적정성이 인정되며, 다른 군사학교나 군장교로의 진로가 막혀 있지 않기 때문에 침해의 최소성 또한 인정된다 할 것이어서 위와 같은 신장제한이 불합리한 차별이라고 볼 수 없다(16진정0154000).

완화된 심사기준이 적용된 사례는 다음과 같다.

- 진정인이 크게 제작된 다른 의류업체의 옷을 입을 수 있음에도 특정 업체의 옷을 입고자 하는 것은 침해되는 이익이 매우 중대하거나 심각한 것으로 보기 어려워 보다 완화된 심사기준을 적용할 수 있을 것임(09진차0000986).

2. 간접차별

용모 등 신체조건에 의한 간접차별은 어떠한 규정, 기준, 혹은 관행이 표면적으로는 동등하게 적용되나 결과적으로 특정한 용모 등 신체조건을 가진 사람들에게 불이익을 결과하는 행위로서, 그러한 규정, 기준, 관행이 정당하다고 입증할 수 없는 행위를 말한다. 용모 등 신체조건과 관련하여 간접차별이 문제된 사례는 아직까지 없다.

3. 복합차별

「임직원 근무복장 및 용모 규정」상 외국인을 제외한 남성 직원에게 콧수염을 허용하지 않는 것은 행복추구권 침해 및 국적에 의한 차별이라고 주장한 사건에서, 인권위원회는 첫째, 행복추구권 주장에 대해서는 민간 기업이므로 「국가인권위원회법」 제30조에서 규정하고 인권침해사건 조사대상이 아닌 경우로 각하하였고, 내국인과 외국인을 달리 대우한 것에 대해서는 내국인에 비하여 외국인을 우대하는 내용이라기보다는 전체 구성원 중 소수를 차지하는 소수자에 대해 문화적 차이를 인정하는 소수자 배려 정책으로 합리적 사유가 있어 차별행위가 아닌 것으로 기각한 사건이 있다(14진정 0936700).

이 사건 진정인은 '임직원 근무복장 및 용모규정' 위반을 이유로 비행업무를 일시 정지당하였고, 부당 인사처분으로 노동위원회에 구제신청을 하였으며, 중앙노동위원회가 위 비행정지가 부당한 처분임을 인정하는 판정을 하자, 甲 회사가 중앙노동위원회위원장을 상대로 재심판정의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 최종적으로 대법원은 회사가 영업의 자유 등에 근거하여 제정한 취업규칙 조항이 헌법상 일반적 행동자유권을 침해하므로 근로기준법 제96조 제1항, 민법 제103호 등에 따라 무효라고 선고하였다(대법원 2018. 9. 13 2017두38560 선고).

이 사건에서 「임직원 근무복장 및 용모 규정」상 콧수염이라는 용모기준을 내국인과 외국인에게 달리 적용한 것은 “용모 등 신체조건”이 아닌 “국적”을 이유로 한 차별행위에 해당된다. 그런데 이후 진정인에게 수염을 길러서는 안된다는 용모규정을 위반하였다는 이유로 비행업무를 정지시킨 것은 부당한 인사처분이기도 하지만 수염을 길렀다는 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별행위이기도 하다. 차별에 대한 판단은 이루어지지 않았지만 부당한 인사처분이 다투어진 사건에서 대법원은 비행업무 정지처분의 사유가 된 취업규칙인 ‘임직원 근무복장 및 용모규정’에 대하여 “오늘날 개인 용모의 다양성에 대한 사회 인식의 변화 등을 고려할 때 甲 회사 소속 직원들이 수염을 기른다고 하여 반드시 고객에게 부정적인 인식과 영향을 끼친다고 단정하기 어려운 점, 더욱이 기장의 업무 범위에 항공기에 탑승하는 고객들과 직접적으로 대면하여 서비스를 제공하는 것이 당연히 포함되어 있다고 볼 수 없으며, 乙이 자신의 일반적 행동자유권을 지키기 위해서 선택할 수 있는 대안으로는 甲 회사에서 퇴사하는 것 외에는 다른 선택이 존재하지 않는에도 수염을 일률적·전면적으로 기르지 못하도록 강제하는 것은 합리적이라고 볼 수 없는 점 등에 비추어 보면 甲 회사가 헌법상 영업의 자유 등에 근거하여 제정한 위 취업규칙 조항은 乙의 헌법상 일반적 행동자유권을 침해하므로 근로기준법 제96조 제1항, 민법 제103조 등에 따라서 무효”라고 하여 수염을 기르는 것에 대한 회사의 제재가 비합리적임을 밝힌 바 있다.

4. 차별영역에 해당하지 않는 경우

차별영역에 해당하지 않는 경우는 각하사유에 해당되며, 국가인권위원회 결정례에서 차별영역에 해당되지 않는다고 판단한 사례는 다음과 같다.

- 일식집 점장으로부터 ‘팍 삭았다’는 말을 들은 것에 대해 공개사과와 정신적 충격에 대한 해결을 요청한 사안에서 사인간 모욕적인 발언에 대한 주장은 위원회 조사대상에 해당하지 않는다고 판단하여 각하(10진정0033700).
- 지하철 역사, 객차내부, 버스 외부 등에 게시된 성형 전후 사진을 비교한 성형외과 광고는 성형 전 외모를 비하하며 성형을 강요 또는 권유함으로써 보행자의 자유와 행복을 침해한다고 주장한 사건에서, 사기업의 광고에 의한 보행자의 행복추구권 침해의 경우 사기업의 광고에 의한 사인에 의한 인권침해문제로 위원회의 조사대상에 해당하지 않는다고 각하(13진정0278400).
- 콜센터에서 보험영업을 담당하는 진정인에게 “너는 목소리가 좋아서 대박 아니면 쪽박이다”라고 하여, 진정인이 기분 나빠 퇴직을 한 사안에서, 피진정인이 진정인의 목소리에 대해 언급한 것이 인정된다 하더라도, 진정인이 기분이 나빠 스스로 직장을 사직한 경우이므로, 고용, 재화·용역, 교육시설 이용 등의 영역에서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우한 경우에 해당하지 아니하므로 우리 위원회 조사대상에 해당하지 아니하다고 판단(12진정0808300)
- 인터넷을 통해 색약 검사표를 활용하여 “안 보이세요?”라는 광고를 내보내고 있는 바, 이는 색각 이상자는 증권 및 경제에 대해 잘 모른다고 확대 해석될 여지가 있으므로 시정을 요구하는 진정을 제기하였으나, 위원회법에 정한 차별 행위의 영역에서 색각자들을 불리하게 대우한 것으로는 보기 어려워 위원회 조사대상에 해당하지 않는 것으로 판단(10-진정-0038400)
- 개그프로그램에서 대머리를 비하하는 표현을 쓴 것에 대해서 신체조건 등을 이유로 한 차별이라고 주장한 사건에서 차별영역에 해당하지 않는다고 보아 각하(10진정0434900).
- 20~30분간 진행된 군대 신병수료식에서 키가 큰 신병은 앞에 세우고 키가 작은 신병은 뒤에 세움으로 인해 뒤에 선 신병들은 행사 진행이 어떻게 되는지 잘 보이지도 않고 소외감을 느껴야 했

으며 참석한 부모로서도 마음이 아팠다면 신체조건을 이유로 한 차별행위이므로 시정을 요구한 사건에서 조사대상에 해당하지 않는다고 봄(13-진정-0952800)

II. 고용상 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별

1. 차별이 인정된 경우

고용영역(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등 포함)에서 용모 및 신체조건을 이유로 한 차별 사례는 거의 대부분 모집채용분야에 집중되어 있다.

구체적으로는 특정 용모 등 신체조건을 이유로 한 지원서류 접수거부, 면접거부, 응시자격 제한, 선발 신체검사 기준제한, 채용거부 등의 형태로 나타났다.

비교대상자와 관련하여 고용주체가 다른 경우에도 응시자격 등 고용조건을 결정하는 주체가 동일하다면 비교대상이 될 수 있다고 보아(16진정0535700), 고용의 의미를 근로기준법상 근로관계에 한정하지 않는 것으로 해석하였다.

차별판단 심사와 관련하여, 신체조건에 의한 차별 판단에 있어서 자격제한의 합리성 판단을 위해서는 엄격한 심사기준을 적용, 차별의 목적과 수단 간의 엄격한 비례관계가 적용되어야 함을 고려하고 있다(16진정1062200·17진정0521500).

용모 등 신체조건 기준을 요구하는 것이 직무수행에 필수적인 요건임을 밝히지 못하거나 사회적 편견 및 고정관념에 기초한 것일 경우 합리적 이유가 인정되지 못한다.

가. 직무수행과 관련 없는 용모 등 신체조건 요구

1) 신장, 몸무게 기준이 직무수행에 필수적인 자격요건임을 밝히지 못한 경우

□ 공무원의 응시자격으로 키와 몸무게를 일괄적으로 제한(03진차562 결정)

- * 정당화 주장 사유 : 경찰소방교정작소년보호직철도공안직 공무원 채용 시 해당 기관들이 응시자격으로 키와 몸무게를 일괄적으로 제한하는 규칙을 가지고 있는 것은 시위진압, 범인검거, 주취자 처리 등을 위해 신체적이거나 체력적으로 우위에 있어야 하기 때문이다.
- * 판단 : 해당 기관들이 해당 키 및 몸무게 기준이 업무상 필요한 자격요건인지 밝히지 못하였다는 점에서, 나아가 개인의 업무수행능력은 키와 몸무게와 같이 사회적 고정관념에 입각하거나 비과학적인 기준이 아니라 객관적이고도 과학적인 측정방법에 의거하여 구체적으로 측정되어야 한다는 점에서, 평등권 침해의 차별행위로 판단하고 해당 기관들에 대해 공무원 채용 시 응시자격요건으로 키와 몸무게를 불합리하게 제한하지 말 것을 권고한다.

□ 항공사에서 객실승무원의 신장제한 (2008. 3. 24.자 07진차87 07진차182 07진차193 07진차436 08진차60 병합).

- * 정당화 주장 사유 : 적재함 개폐업무, 적재함 비치용품 장탈업무, 적재함 내부 보안점검 업무를 정상적으로 수행하기 위해서는 최소한 키 162cm 이상일 것이 요구된다.
- * 판단 : 업무수행을 위한 필수적 요건이라 볼 수 없다.

□ 신장 등 신체 조건은 회사의 비서직 업무를 수행함에 있어 불가피하게 요구되는 진정직업자격에 해당하지 않는다고 본 사례(16진정1025000).

- * 구직사이트 에 비서직 채용공고를 하면서, 전화인터뷰 내용으로 "결혼예정시기, 신장 165cm 이상 등을 명시하였고, 전화인터뷰를 통과한 사람에 한하여 2차 면접을 실시한다고 공지하였고, 이에 응시한 진정인에게 전화인터뷰를 통해 결혼예정시기와 키 등을 질문하였고 이후 면접에 참석하라고 문제 메시지를 발송함.
- * 판단 : 결혼예정시기에 대한 질문은 기혼자 채용을 기피하려는 의도로 보이며, 신장(165센티미터 이상)을 확인하는 질문은 비서직을 수행할 여성은 키가 크고 날씬해야 한다는 편견에 기초한 것으로 보인다. 그리고 피진정인이 확인하고자 했던 혼인 여부나 신체 조건 등이 피진정회사의 비서직 업무를 수행함에 있어 불가피하게 요구되는 진정직업자격에 해당한다고 보기는 어렵다.

□ 체중감량을 요구하고 목표 체중감량이 안될 경우 사직을 강요한 사례(10진정0436000)

- * 피진정인이 체격이 크거나 뚱뚱한 직원을 대상으로 체중감량을 지시하고 목표 미달성시 사직서를 제출하도록 하는 것은 직원들의 건강증진을 위한 다양한 지원의 수준을 넘어서는 것으로써 직원 개인에 대한 전인적 구속에 이른 것으로 볼 수 있고, 직원의 체중감량이 피진정인 회사의 업무, 특히 진정인의 업무 수행과 직접적인 관련성이 있다고 보기 어려우므로 피진정인의 행위는 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다

2) 가발착용, 탈모 등이 고객접촉업무 등의 업무수행에 부적합하지 않다고 본 사례

□ 가발 착용을 이유로 지원서 접수를 거부한 사례(16진정1051200).

- * 정당화 주장 사유 :경비업무가 의전 등의 업무이므로 회사규칙에 따라 가발을 쓴 진정인을 채용할 수 없다.
- * 판단 :피진정인 사규에는 가발을 쓴 사람을 채용할 수 없다는 내용의 어떤 규정도 없으며, 가발 착용 여부가 경비업무의 수행과 밀접한 연관이 있다고도 하기 어려운 바, 용모 등 신체조건을 이유로 한 합리적 이유 없는 고용상 차별행위에 해당한다.

□ 호텔 단기근로자 채용 시 대머리라는 이유로 현장에서 채용이 거부된 사례(16진정0389800).

- * 정당화 주장 사유 :호텔 접객업무의 특성을 감안하면, 고용주가 접객업에 종사하는 근로자로 하여금 단정한 용모, 공통된 복장 등의 일률적인 기준을 근로조건으로 요구할 필요성이 있다.
- * 판단 : 탈모로 인한 대머리의 경우는 개인의 선택에 의해서 좌우할 수 없는 자연적인 현상에 해당하는 신체적 조건이고, 이를 사회통념상 호텔 접객업에서 요구되는 기준에 부적합한 용모라고 볼만한 타당한 근거가 있다고 할 수 없다. 특히 용모에 대한 기준은 개인의 주관적인 성향은 물론이고 각각의 상황과 장소에 따라 달리 판단될 수 있는 것임에도, 탈모상태인 것만을 고려하여 이를 고객서비스에 부적합한 외모로 단정하고 채용을 거부하는 것은 직무요건에 필수적이지 않은 탈모 여부를 채용의 조건으로 하는 것으로서, 용모 등 신체조건을 이유로 한 차별에 해당한다.

□ 시설관리분야 채용에 지원을 하여 합격한 진정인에게 대머리임을 이유로 채용을 취소한 사례(17진정0127000)

- * 정당화 주장 사유 : 시설보수 및 민원해결을 위해 수시로 현장을 방문하여 건물에 입주한 고객사 임직원들과 접촉이 이루어지는 업무특성상 친절도·인사성·용모·복장이 기술역량만큼 중요하다.
- * 판단 : 대머리의 경우 개인의 선택에 의해서 좌우할 수 없는 자연적인 현상에 해당하는 신체적 조건임에도 불구하고, 이를 이유로 채용에 있어 불이익을 주거나 가발착용 의사를 확인하는 행위는 합리적인 이유 없는 고용상의 차별행위에 해당한다.

3) 통상적인 용모와 다르다는 것이 리더십을 발휘해야 하는 업무에 제한을 가져오지 않는다고 본 사례

□ **공군장교 선발 시 얼굴과 목 부위의 표피모반이 일반신체검사 기준표의‘추형’에 해당한다는 이유로 불합격 처리한 사례(16진정0778000)**

- * 정당화 주장 사유 : “추형”이 기능적 이상은 없으나 통상적인 용모와 다른 점으로 인해 위화감이 생성될 수 있으며, 그로 인해 지휘관리하는 장교업무에 제한이 있을 것이다.
- * 판단 : 장교의 기본적인 업무는 각 병과에서 장병을 지휘하고 통솔하는 것으로, 이에 필요한 리더십은 체력과 경험을 기본으로, 상황을 빠르고 정확하게 판단할 수 있고 장병과 소통하는 능력, 신뢰와 인내를 바탕으로 한 책임감 등이 종합적으로 발현되어야 하는 것으로, 용모에 따라 리더십의 존부 여부가 결정된다고 할 수는 없으며, ‘통상적인 용모와 다르다’는 것이 리더십을 발현하는 데 문제를 발생시킬 것이라는 피진정인의 주장은 용모에 관한 사회적 편견과 고정관념, ‘다름’을 ‘틀린 것, 배제 및 불리하게 대우해야 할 것’과 같은 것으로 보는 부적절한 인식에 기초하는 것이며, 특히 피해자의 표피모반이 본인의 의사와 무관하게 선천적으로 타고난 것이라는 점에서 용모가 다른 사람과 다르다는 이유만으로 장교 선발에서 배제한 것은 합리성을 인정하기 힘들다.

4) **림프종 질환에 의한 안면부종은 스스로 선택할 수 없는 신체적 조건으로 직무능력에 영향을 주지 않는다고 본 사례**

□ **편의점 단기 근로자 채용 시 안면부종을 이유로 채용거부(17진정0794000).**

- * 정당화 주장 사유 : 면접을 보러 왔다는 진정인의 얼굴을 보고 순간 혐오감을 주는 얼굴이라 생각, 채용을 거부하여 진정인에게 상처를 준 점은 반성하나, 대면 판매를 하는 편의점의 특성상 손님이 불편해할 수 있으며, 용모가 기준이 되는 것이 현실이다.
- * 판단 : 피진정인은 진정인에 대해 면접을 실시하기로 하였으나, 림프종에 의한 안면부종 증상이 있는 진정인을 대면한 직후에는 직무사항에 대한 질의 없이 진정인의 용모를 이유로 채용을 거부하였다. 그러나 진정인의 용모(안면부종)는 진정인 스스로 선택할 수 없는 림프종 질환에 의한 것이며, 이러한 용모가 상품의 판매와 재고 관리 등 편의점에서 일하는 근로자의 직무능력에 영향을 준다고 보기는 어렵다. 또한 편의점 손님이 불편해 할 것 같다는 피진정인의 우려는 용모에 대한 사회적 편견에 근거한 것인바, 이러한 사회적 편견은 극복하거나 개선하여야 할 대상이지 용모를 이유로 한 불리한 대우를 정당화 시킬 수 있는 합리적 사유에 해당한다고 볼 수 없다.

5) **문신의 위치 및 노출 여부 등을 고려하지 않고 일률적으로 문신이 있는 자를 배재하는 것은 차별이라고 본 사례**

□ **경찰공무원 임용시험에서 문신한 자에 대한 차별**

- * 경찰공무원 임용시험 규정에서 문신의 위치 및 노출 여부 등을 고려하지 않고 일률적으로 문신이 있는 자를 불합격 처리하도록 하는 규칙에 대해, 국가인권위원회는 해당 규칙이 업무의 필요성을 넘어서서 문신한 자에 대한 사회적 편견과 경찰 업무 수행 중 문신이 노출될 수도 있다는 막연한 가능성에 근거한 것으로서 평등권을 침해한 차별행위로 판단하여 경찰청장에게 관련규정을 차별적인 요소가 없도록 개정할 것을 권고하였다. <인권위 2005. 3. 23. 04진기1 결정>
- * 이후 ‘시술동기, 의미 및 크기가 경찰공무원의 명예를 훼손할 수 있다고 판단되는 문신이 없어야 한다’는 기준으로 개정되었다(제34조 제7항 별표5)

나. 비교대상

1) **고용주체가 다름에도 비교집단으로 인정한 경우**

□ **동일한 업무를 수행하는 지자체 방호직렬 공무원과 국가방호직렬 공무원의 신규임용 신체검사 시력기준에 차이를 둔 경우 이들이 서로 비교대상이 된다고 본 사례(16진정0535700)**

- * 차별주장 : 비상상황 등의 경우에는 지자체의 청사 역시 국가중요시설로 지정 및 군경의 지원을 받을 수 있고,

행정안전부는 신체조건에 따른 공무담임권 제한을 보다 신중히 하고 있으며, 최근 CCTV나 다양한 침입자 감지장치 등 발달된 방호장비 활용으로 육안에 의한 방호업무 비중이 감소되고 있으므로, 국가 방호직렬 공무원 채용 시의 시력기준에 비하여 지자체 방호직렬 공무원 채용 시의 시력기준을 보다 높게 설정하는 것은 합리적 이유 없이 본질적으로 동일한 두 집단을 달리 대우하는 차별에 해당 한다

* 판단 : 일반적으로는 유사한 업무를 위한 근로자 채용이라 하더라도 고용 주체가 다른 경우에는 서로 비교대상이 되지 않으나, 이 사건에서는 고용주체가 국가와 지방자치단체로 다르다 하더라도 결국 이들의 시력조건을 모두 국가가 정하고, 그 업무내용이 내외부 공격으로부터의 방어질서유지를 위한 공무 측면에서 국가와 지자체 방호직렬 공무원 사이에 본질적 유사성이 인정된다고 하였다.

다. 차별심사기준

1) 신체조건에 의한 차별 판단에 있어서 자격제한의 합리성 판단을 위해서는 엄격한 비례의 원칙이 적용되어야 한다고 본 경우

□ 경찰공무원 채용시 약도 이외 색신이상자의 응시를 제한하는 것을 차별로 본 사례(16진정 1062200·17진정0521500).

* 피진정인이 중도 이상 색신이상자들의 경찰공무원 신규채용 응시자격을 제한하는 「경찰공무원 임용령 시행규칙」 상의 신체조건기준이 문제된 사안에서, 피진정인은 경찰의 직무 수행 특성상 범인 추격 및 검거를 위한 선별 사격 등에 있어 색을 구분하는 능력이 필수적이며, 범인 검거 분야가 아닌 다른 업무를 수행하는 부서의 경우에도, 순환근무체제 특성 상 입직 후 여러 분야 근무를 담당하게 되기 때문에 중도 이상 색신이상자 응시 제한이 불가피하다고 주장하였으나, 특정 업무수행에 필요한 색신이상의 정도가 어느 정도인지 불분명한 상황에서 수사 분야와 같은 특정 업무로의 순환근무를 전제로 중도 이상 색신이상자들의 채용기회를 전면 제한함으로써 헌법에서 보장하고 있는 공무담임권을 침해하고 있다는 점에서 합리적인 이유 없이 신체조건을 이유로 한 차별행위에 해당한다고 판단하였다

<용모 등 신체조건을 이유로 하는 고용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
용모 등 신체조건 03진차562 결정	공무원 응시자격	신장, 몸무게	합리적 이유	업무상 필요한 자격요건인지 객관적, 과학적 증명 부족
용모 등 신체조건 07진차87, 07진차182, 07진차193, 07진차436, 08진차60 병합	항공사에서 객실승무원의 신장제한	신장	합리적 이유	업무수행을 위한 필수적 요건이라 볼 수 없음
용모 등 신체조건 16진정1025000	비서직 채용 시 신장제한	신장	합리적 이유	직무수행과 무관, 비서직 여성은 키가 크고 날씬해야 한다는 사회적 편견에 기초한 것
용모 등 신체조건 10진정0436000	체중감량 실패 시 사직종용	체중	합리적 이유	업무수행과 무관 건강지원을 넘은 전인적 구속
용모 등 신체조건 16진정1051200	보안경비 지원서류 접수거부	가발착용	합리적 이유	보안경비 업무수행과 밀접한 관련이 있다고 보기 어려움.
용모 등 신체조건 16진정0389800	호텔 접객업무 채용거부	탈모	합리적 이유	호텔 접객업에서 요구되는 용모 기준에 부적합하다 불만한 이유 없음

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
용모 등 신체조건 17진정0127000	시설관리기사 2차 면접거부	가발착용 거절	합리적 이유	가발착용의사 확인행위 열등감 조장 우려
용모 등 신체조건 16진정0778000	공군사관학교 선발 신체검사 기준	표피모반	합리적 이유	장교에게 요구되는 리더십과 무관, 용모에 관한 사회적 편견과 고정관념, 부적절한 인식에 기초한 것
용모 등 신체조건 17진정0794000	편의점 면접거부	립프중 질환에 의한 안면부종	합리적 이유	직무능력과 무관, 손님이 불편할 것이라는 것은 용모에 관한 사회적 편견에 근거한 것
용모 등 신체조건 04진기1(경찰공무원 채용기준)		문신	합리적 이유	
용모 등 신체조건 16진정0535700	지자체 방호직렬 응시자격 제한	시력	합리적 이유	서로 다른 고용주체 간 비교대상 인정 비교대상 직무 간 유사성에도 불구, 시력기준 높게 설정한 것에 대한 이유 제시 못함
용모 등 신체조건 09진차0000558 · 09진차 0001004(병합)	경찰, 해양경찰공무원 응시자격 제한	색각 (중도이상)	합리적 이유	차별의 목적과 수단의 정당성 : 국민의 생명·신체의 안전 및 공공질서유지를 위한 목적이라도 중도 색신이상자들의 채용기회를 전면 제한
용모 등 신체조건 11진정0126900	경찰공무원 응시자격 제한	색각 (중도이상)	합리적 이유	
용모 등 신체조건 16진정1062200 · 17진정 0521500(병합)	경찰공무원 응시자격 제한	색각 (중도이상)	합리적 이유	

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가. 직무관련성, 업무상 불가피성이 인정된 경우

업무의 성격 또는 업무수행의 상황에 비추어 특정한 용모 등 신체조건이 해당 업무의 정상적인 수행을 위해 불가결하게 요구되고, 객관적인 증명을 통해 그것이 인정된다면 그 신체조건을 이유로 해당 업무의 자격을 제한하는 것은 차별로 보지 않는다.

직무관련성, 업무상 불가피성이 인정되어 차별이 아니라고 판단된 국가인권위원회 사례는 공군 조종사 선발 시 시력 및 신장제한, 소방공무원 채용 시 적색약자 및 나안시력 제한, 철도공사 직원채용 시 색각이상자 제한, 촬영기자의 색각이상자 제한 등이다.

1) 공군 조종사 업무와 시력 및 신장제한

□ 조종사 선발 시 신장을 제한한 사례(14진정0987400)

- * 항공기 조종석 좌석은 높낮이가 조절이 되어 조종에 문제가 없으므로 현행 신장제한 기준은 완화되어야 한다고 주장, 인권위원회는 신장제한과 관련하여 피진정인이 진술하는 내용 즉, 현재 공군에서 운용 중인 전투기가 대부분 미군 전투기에 그 기반을 두고 있고, 계기판에서 좌석까지의 거리와 러더에서 좌석까지의 거리, 전방시야 확보 등 조종사로서의 임무수행 및 비상탈출 시의 안전성 등을 고려하여 신장기준을 정하였다는 주장이 현저히 불합리하다고 보기는 어려운 바, 피진정인이 「공중근무자 신체검사」에서 신장을 제한하는 행위가 합리적인 이유없는 차별행위에 해당한다고 보기는 어렵다

2) 소방공무원 채용 시 색각이상자, 시력 제한

□ 소방공무원 채용시 좌우 각 나안시력 0.3이상일 것을 요구하는 것에 합리성이 있다고 본 사례(09진차0001412).

- * 화재 현장에서 예측하기 어려운 위급 상황 발생시 효과적으로 대처하고 인명피해를 최소화하기 위한 취지에서 각각의 눈에 대해 시력요건을 정한 것에는 어느 정도 합리성이 있다고 보이고, 일본 및 영국, 미국의 경우에도 최소한의 기준으로 각안시력 기준을 채택하고 있으므로, 각안시력 요건이 현저히 불합리한 차별이라고 볼 수는 없다(시력에 의한 소방공무원 모집 차별,

3) 한국철도공사 직원 채용 시 색각 이상자 제한

한국철도공사 직원 채용 시 색각 이상을 신체검사 불합격 사유로 삼은 것에 대하여는 수차례에 걸쳐 기각 결정이 이루어졌으며(09진차109, 10진차0000056, 14진정0636400, 17진정0664800, 18진정0465600), 주된 판단 근거는 다음과 같다.

철도가 갖는 공공성·대규모성에 비추어 고도의 안전 확보가 필요하며 미국, 영국, 일본 등 주요 외국의 사례에서도 아직까지 철도 운전·정차·정차·정차에 정상색각을 요구하고 있는 점, 수행업무의 특성 상 철도의 운전·관제업무, 철도신호기·선로전환기 및 조작판 등의 취급 업무, 기타 철도 관련 기술업무에서 정확한 색깔 확인은 안전과도 관련된 사항인 점, 관련 법령에서도 색각 이상자의 철도운수 업무 종사를 금지하고 있는 점, 색약 중에서도 적록색약에 한정하는 등 완화된 불합격 기준을 적용하는 점 등을 볼 때 색각이상을 불합격 사유로 삼은 것을 합리적 이유 없는 차별행위로 보기 어렵다고 판단하였다. 향후 안과의학 및 교통공학 등 분야의 여건변화에 따른 색각이상자의 철도운전업무 종사 허용 가능성은 별론으로 하고 현재로서는 한국철도공사 인턴 사원 및 정규직의 수행업무 특성, 신체검사 관련 법령 등 여타의 사정이 동일하므로 현저히 불합리한 차별행위로 인정하기 어렵다면서 기존 결정을 유지하였다.

4) 직무수행의 특수성을 고려하면 색각이상이 아닌 자로 채용자격을 제한하는 것이 필요하다고 본 경우

□ 촬영기자 색각이상자 제한(10진정0470900).

- * 촬영기자 부문에 응시자격을 '색각 이상 아닌 자'로 규정하고 있는 것이 신체조건을 이유로 한 차별인지 여부가 다투어진 사건에서 진정인이 일상생활이나 일반적인 업무에는 불편함이 없는 적록색약이라 하여도 색감의 인지와 활용을 통해 신속하고 정확하게 이미지를 만들어야 하는 촬영기자의 수행업무의 특수성을 고려하면 피진정인이 촬영기자 부문에 색각 이상이 아닌 자로 자격을 제한하는 것이 불합리한 차별이라고는 볼 수 없다고 판단하였다

5) 고객 응대하는 전화상담원 업무에 심한 사투리를 사용하는 것이 적합하지 않다고 본 경우

□ 콜센터 상담원 사투리로 인한 채용거절(10진정0460100).

* 콜센터 인바운드 시간제 상담원 모집과정에서 심한 사투리를 사용하는 것 등을 이유로 면접에 불합격한 사례에서, 인권위는 다양한 고객을 응대하는 전화상담원의 경우 심한 사투리는 적합하지 않을 수 있으며, 진정한 응시한 채용시험에서 진정한 외에도 면접 점수가 낮거나 교육에 불참하는 등 총점 60점 미만자 3명이 불합격 처리되었는바, 면접 등 채용시험 결과에 따라 채용 여부를 결정하는 것은 인사권자의 재량의 범위에 속하는 것이므로 차별에 해당하지 않는다고 판단하였다

6) 용모를 이유로 한 단역배우 출연거부

□ 용모를 이유로 한 보조출연자 출연거부(17진0541500).

* 진정한은 **기획의 아르바이트 구인광고(드라마, 영화, CF 등의 보조출연자)에 응모하여 피진정인과의 면담 과정에서 피진정인으로부터 얼굴 때문에 보조출연자로 출연할 수 없다는 이야기를 들었는데, 이는 용모를 이유로 한 차별행위임. 피진정인의 직위는 보조출연자 광고를 보고 방문하는 사람들을 대상으로 그들의 특성과 보조출연에 적합한 장면 등을 구상하여 이들을 관리하는 것이고, 채용 결정은 현장에서 감독, PD의 권한인바, 출연 결정 권한도 없다고 하는 피진정인과 진정한 사이에 다툼이 있어 사실판단이 어려울 뿐 아니라, 용모를 이유로 거절한 사실이 인정된다 하더라도 진정한이 지원한 것은 단역배우이고, 배우라는 직업 특성상 작품에서의 역할에 따라 특정 용모를 요하므로 용모를 기준으로 배역을 결정하는 것이 합리적이지 않은 차별행위라 보기 어려움.

나. 비교대상

1) 청원경찰의 비교대상으로 경찰직 방호직 지정하여 진정

□ 경찰직 방호직 공무원 임용시험 시력기준(17진정0397300).

* 경찰직 방호직 공무원 임용시험 시력기준(교정시력 포함)이 0.2인데, 유사업무를 수행하는 청원경찰에 대해 시력기준을 0.8로 정한 것은 청원경찰 지원자를 차별한 것이라는 진정사건에서, 인권위원회는 청원경찰의 업무와 방호직 공무원의 업무는 무기휴대 여부에 있어서 차이가 있는 등 동일하다고 볼 수 없고, 오히려 경찰공무원과 업무유사성이 인정되어 방호직 공무원과는 비교대상이 성립하지 아니함을 이유로 각하 결정한 바 있다(17진정 0397300).

2) 청원경찰 비교대상으로 특수경비, 소방공무원, 청와대 경호공무원을 지정하여 진정

□ 청원경찰임용에 0.8 이상의 시력을 요구하는 것에 합리적 이유가 있다고 본 사례(17진정 1042400).

* 청원경찰이 경찰관과 같이 무기를 사용하는 경우가 드물다고는 하나 단지 노동력 제공이 가능한 최소 수준(0.3 가량)을 넘어 위급상황 시 시야 확보나 사물 식별에 지장이 없을 정도의 교정시력은 필요하다고 보이고, 다만 그 시력이 반드시 경찰공무원과 같은 0.8 이상이어야 하는지는 단언하기 어려운 측면이 있고, 경호공무원의 채용 기준 변경 사례나 청원경찰의 구체적 근무환경 등을 감안하여 기준을 재검토할 여지는 있다고 하더라도, 현행 청원경찰의 시력기준이 특수경비원보다 합리적 이유 없이 지나치게 높아 청원경찰 임용을 원하는 사람을 차별하는 것으로는 보기 어렵다

다. 차별사유로 인정되지 않아 각하된 경우

차별사유로 인정되지 않아 각하된 사례는 복장과 관련한 사안이다. 복장이 불량하다는 이유로 채용을 거부했다고 주장한 사례, 복장규제는 전 직원에게 적용되므로 차별사유로 보기 어렵다고 결정한 사례가 있다.

1) 복장이 불량하다는 것은 차별 사유가 될 수 없다고 본 사례

□ 용모 등을 이유로 한 면접기회 차별(17진정0752600).

* 면접 시 진정인의 복장이 불량하다는 이유로 채용하지 않은 차별이라고 주장한 사건에서 '복장이 불량하다는 이유'는 「국가인권위원회법」 제2조 제3호의 19개 사유에 해당하는 차별사유를 이유로 한 것이 아닐 뿐만 아니라, 이들 차별사유와 유사한 개인의 속성을 이유로 한 것도 아니므로, '기타'사유로 분류할 수도 없음. 따라서 차별의 사유를 특정할 수 없으므로, 국가인권위원회의 조사대상에 해당하지 않아 각하 의견임(17-진정-0752600).

2) 복장규제는 전 직원에게 적용되므로 차별사유로 보기 어렵다고 본 사례

□ (13진정0395700)

* 회사가 전 직원을 대상으로 정문에서 반바지, 츄리닝, 등산복, 민소매차림, 짧은 치마 등을 통제하고 회사의 근무복만을 입으리면서, 반복하여 적발될 경우 징계위원회까지 회부하는 등 불이익을 주겠다고 하고 있어 이에 대한 시정을 요구한다며 진정을 제기한 사건에서, 복장 규제는 특정인이나 특정집단에게 적용되는 것이 아니라 모든 임직원에게 적용되므로 「국가인권위원회법」 제2조 제3호에서 정한 차별사유의 어느 것에 해당한다고 보기 어렵고, 진정 내용은 인권침해의 소지가 있으나 국가기관 등에 의한 인권침해가 아니므로 위원회의 조사대상에 해당하지 않는 것으로 판단하여 각하하였다.

라. 불리한 대우가 인정되지 않아 각하된 사례

인권위원회는 차별로 인한 피해자 또는 피해사실이 확인 및 특정되지 않은 경우에는 국가인권위원회 조사대상에 해당되지 않는다고 보고 각하하였다.

1) 업계에 존재하는 신체조건을 사유로 한 차별 관행은 확인하였으나, 개별 기업에 대해 피해자 및 피해사실이 구체적으로 확인되지 않은 경우

□ 디자이너에게 피팅 모델에 적합한 신체조건을 요구(15진정0059200).

* 인터넷 인력 채용 사이트에 디자이너실에서 근무할 직원에 대한 신규채용 공고를 하면서 피팅(Fitting)모델에 적합한 신체조건을 요구한 것에 대해 합리적 이유가 인정되는지, 신체조건 요구관행에 대한 적절한 개선방안이 무엇인지가 주요 쟁점으로 다루어졌으나 제3자 진정으로 직접 피해자가 아닌 패션노조, 알바노조 등이 진정하여 구체적인 피해자 진술서에 피진정회사와 직접 관련된 추가진술이 없어 피해자 및 피해사실이 구체적으로 확인되지 않아 각하함

2) 차별적 요소가 될 소지가 있는 항목을 입사지원서, 생활환경 조사서 등에 기입하게 한 경우 그 자체만으로는 구체적인 피해를 입거나 불이익을 당했다고 볼 수 없어 각하한 경우

□ 능력 및 직무와 연관성이 적고 차별적 요소가 있는 항목을 입사지원서에 기입하게 한 경우(15진정 0796600)

- * YMCA시민중계실이 지원자의 개인능력 및 수행업무와 연관성이 적고 차별적 요소가 될 소지가 있는 항목을 입사지원서에 기입할 것을 강요하는 관행에 대해 진정한 사건에서 인권위원회는 신체조건 등 입사지원서상 기재항목의 타당성 여부와는 별론으로, 기재항목으로 인해 채용에 있어 구체적인 피해를 입거나 불이익을 당했다고 불만한 사항이 없어 각하함

□ 채용공고 이력서에 키, 몸무게, 부모 직업 등을 기재하도록 한 경우(17진정0455500)⁸⁾

- * 이력서 기재 항목만으로는 차별행위가 발생했다고 보기 어렵고, 신체조건등을 기재하는 이력서 자체는 「국가인권위원회법」제2조 제3호의 가-라목에서 규정하고 있는 차별 영역에 해당하지 않으므로 「국가인권위원회법」제32조 제1호에 따라 각하 의견임

□ 입사 후 생활환경조사서를 제출하면서 키, 몸무게 등을 기재하는 한 사례(18진정0263200).

- * 기업 채용 후 제출해야 하는 생활환경조사서에 몸무게, 키 등을 기재하도록 하는 것이 차별이라는 진정 사건에서, 이력서 기재사항과 마찬가지로, 생활환경조사서도 기재항목 그 자체만으로는 차별행위 피해사례가 발생했다고 볼 수 없어 각하함

3) 신체 사이즈에 대한 지적이 불리한 대우에 해당하지 않는다고 본 사례

□ 살을 빼라는 발언

- * 입주관리센터 경리대리로 근무 중인 여성인 피진정인이 안내데스크에서 근무하는 진정인에게 “살빼라. 옷에 몸을 맞춰라”라고 이야기한 것에 대해 피진정인은 다같이 다이어트를 하자는 취지였으며, 치마 속에 손을 넣고 당긴 것에 대해서는 사이즈를 체크하느라 당긴 것이라고 함.
- * 용모 등 신체조건에 따른 차별인지에 대해 피진정인의 표현이 고용관계에 있어서 진정인을 배제·구별하거나 불리하게 대우하였다고 볼 수 없어 기각 의견임. 다만, 이러한 발언이 계속될 경우, 용모에 의한 고용 차별로 확대될 우려가 있으므로 향후 용모 등 신체조건과 관련한 표현에 유의하도록 하는 내용을 기각 결정 통지 시 이를 포함하여 통보할 필요가 있다는 의견임.(16진정0811600)

<용모 등 신체조건을 이유로 하는 고용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
용모 등 신체조건 14진정0987400	공군 조정사 선발 신체검사기준	신장	합리적 이유	조종사로서의 임무수행 및 비상탈출 시의 안전성 등을 고려한 것
용모 등 신체조건 11진정0127500	공군장학생 응시자격 제한	시력	합리적 이유	비전투기 조정사와 전투기 조정사의 시력기준을 구분 적용하지 않은 것이 공군 조정사 양성과정 취지상 비합리적이지 않음.
용모 등 신체조건 11진정0133900	소방공무원 응시자격 제한	적색약자	합리적 이유	업무수행에 필요(화재진압 위해 적색약자를 제한 불가피)

8) 차별시정위원회는 이력서에 가족의 학력, 지원자의 종교 등을 기재하게 한 진정 사건(10-진정-0746300, 2010. 12. 29. 결정), 이력서에 혼인여부를 기재하게 한 진정사건(17-진정-0399900, 2017. 7. 10. 결정), 청원경찰 채용 시 학력 및 졸업 학교를 기재하게 한 진정사건(17-진정-0382500, 2017. 7. 10. 결정)에서, 위원회의 조사 대상에 해당하지 않는 경우로 각하 결정한바 있음.

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
용모 등 신체조건 09진차0001412	소방공무원 응시자격 제한	각안시력	합리적 이유	업무수행에 필요(위급상황 대처를 위한 최소한의 기준)
용모 등 신체조건 09진차109 10진차0000056 14진정0636400 17진정0664800 18진정0465600	선발 신체검사 기준	색각	합리적 이유	업무수행에 필요(신호식별 등 수행업무 특성, 공공성 대규모성 고려 고도의 안전 확보 필요 등)
용모 등 신체조건 10진정0470900	촬영기자 응시자격 제한	색각	합리적 이유	업무수행에 필요 (촬영기자 업무 특수성 고려한 자격제한)
용모 등 신체조건 10진정0460100	고객 상담원 채용거절	사투리	합리적 이유	업무부적합, 인사권자 재량범위 내 채용결정
용모 등 신체조건 17진정0541500	단역배우 출연거부	용모	합리적 이유	업무수행에 필요(작품 속 역할에 따라 용모 고려하여 배역결정)
용모 등 신체조건 17진정0752600	채용거부	복장불량	차별사유	차별사유 특정불가(개인의 속성을 이유로 한 것이 아니므로 차별사유로 분류 불가)
용모 등 신체조건 13진정0395700	징계 등 불이익 예고	복장규정 미준수	차별사유	특정인(특정집단)이 아닌 모든 임직원에게 적용되므로 차별 사유 해당되지 않음
용모 등 신체조건 17진정0397300	임용기준	시력	비교대상	비교대상 불성립(방호직 공무원의 업무는 무기휴대 여부에 있어서 차이가 있는 등 동일하다고 볼 수 없음)
용모 등 신체조건 17진정1042400	임용기준	시력	비교대상 합리적 이유	업무수행에 필요(위급상황 시 시야 확보를 위한 교정시력 필요, 특수경비보다 지나치게 높지 않음)
용모 등 신체조건 15진정0059200	채용조건	신체사이즈	불리한 대우	피진정회사와 직접 관련된 피해자 및 피해사실 확인되지 않음
용모 등 신체조건 15진정0796600 17진정0455500 18진정0263200	입사지원서, 이력서, 생활환경 조사서 기재	키, 몸무게 등	불리한 대우 차별영역	기재항목으로 인해 피해입거나 불이익 당했다는 사항 없음 이력서 자체는 차별영역에 해당되지 않음
용모 등 신체조건 16진정0811600	근무복 사이즈	몸무게, 신체 사이즈	불리한 대우	몸무게, 신체 사이즈에 대한 지적이 배제·구별, 불리한 대우에 해당하지 않음.

3. 관련쟁점

가. 간접차별이 성립하는지 여부

용모 등 신체조건과 관련하여 간접차별이 성립하려면 어떠한 규정, 기준, 혹은 관행이 표면적으로는 동등하게 적용되나 결과적으로 특정한 용모 등 신체조건을 가진 사람들에게 불이익이 발생해야 할 것이다.

인권위는 회사가 전 직원을 대상으로 정문에서 반바지, 츠리닝 등을 통제하고 회사의 근무복만 입으라며 불이익을 예고한 사건에서, 복장 규제는 특정인이나 특정집단에게 적용되는 것이 아니라 모든 임직원에게 적용되므로 차별사유에 해당되지 않는다고 각하하였는데(13진정0395700), 모든 임직원에게 동일하게 적용되는 기준이라고 하여 차별사유에 해당되지 않는다고 판단하면, 애초에 간접차별 여부를 따질 수 없게 된다.

예를 들어 전 직원에게 근무복을 착용하도록 동일한 기준을 적용하였는데 근무복 사이즈가 한정적이어서 그로 인해 근무복을 착용하지 못하는 집단이 발생하는 경우를 생각해볼 수 있다. 이 경우 국가인권위원회 결정례에 따르면 근무복 규제는 전 직원을 대상으로 실시하였기 때문에 간접차별 여부를 따져보기도 전에 차별사유에 해당되지 않는다는 이유로 각하되게 되는 것이다.

직접 차별은 특정인이 속한 ‘용모 및 신체조건’을 이유로 불리하게 대우한다는 것이므로 특정한 용모나 신체조건과 구별되는 다른 용모와 통상적인 특징을 기준으로 삼는 것이 전제되어야 하고 그러한 기준이 없으면 차별사유가 없는 것으로 보는 것이 타당하지만, 간접차별에서는 특정인이나 특정집단에게 적용되지 않고 전 직원에게 적용된다는 것이 차별 사유에 해당되지 않는 이유가 되어서는 안 될 것이다.

나. 피해자 및 피해사실이 확인되지 않는 경우

차별로 인한 피해자 또는 피해사실이 확인 및 특정되지 않은 경우에는 국가인권위원회 조사대상에 해당되지 않는다. 제3자가 진정한 사건에서 업계에 존재하는 신체조건을 사유로 한 차별 관행은 확인하였으나, 개별 기업에 대해 피해자 및 피해사실이 구체적으로 확인되지 않은 사례(15진정0059200), 입사지원서, 이력서, 생활환경 조사서 등에 차별적 요소가 될 소지가 있는 항목을 기입하게 한 경우에도 그 자체만으로는 구체적인 피해를 입거나 불이익을 당했다고 볼 수 없다고 본 사례(15진정0796600, 17진정0455500, 18진정0263200) 모두 조사대상이 아니라고 각하되었다.

이렇게 구체적인 피해자가 확인되지 않는 아니하였으나 불상의 피해자가 존재하는 것이 명확한 사건을 어떻게 처리할 것인지에 대해 먼저 검토되었던 ‘대학교 직원 채용에서의 종교제한’(14진정1066000) 사건을 참조하여⁹⁾, 이에 대해 인권위원회는 개별진정사건은 인권위법 제32조 제1항 제1

9) 해당사건은 대학교 직원 채용광고 문언상 비기독교인은 채용되지 못할 것을 미리 알고 지원을 포기하리란 것이 명백했기 때문에 실제 피해자가 확인되지 않음. 그럼에도 피진정인에 대한 조사 후 차별행위에 대한 합리성이 인정되지 않을 경우 권고 결정을 할 수 있을 것으로 판단하였음(개별진정사건을 인권위법 제32조 제1항 제1호에 의거 각하하고 제25조 제1항에 의거 관행개선권고를 함).

이 사건 보고서상 구체적인 피해자가 확인되지 않을 때 사건처리방법, 권고결정의 근거규정이 무엇인지 논거를 마련하기 위해 검토된 사례는 다음과 같다.

- 2007. 8. 소방방재청이 소방공무원 채용시험에서 성별 분리모집을 하여 여성에 대한 성차별을 하였는지 여부가 문제된 사건(05진차430사건)에서 진정인이 피해자가 아니고 구체적인 피해자가 확인되지 아니하였음에도 「국가인권위원회법」 제44조 제1항 제2호의 규정에 따라 “소방방재청장에게 소방공무원 채용시험에서 성별에 따른 분리모집을 중지하고 양성에게 평등한 채용시험제도를 운영할 것을 권고한 바 있음

호에 의거 조사대상에 해당되지 않는 것으로 보아 각하하고, 개선이 필요한 관행에 대해서는 제25조 제1항에 의거 개선권고를 하는 것으로 하였다¹⁰⁾.

그럼에도 불구하고 여전히 쟁점은 남아있다. 피해자는 특정되어야 하는지, 특정되지 않는 한 개별 진정사건은 각하 처리할 수밖에 없는지, 차별판단지침상 “불이익하게 취급하는 것”에는 과거 내지 현재의 불이익한 취급뿐 아니라 미래의 그것(즉, 불이익하게 취급하려는 것)까지 포함된다고 하는데 특정되지 않은 피해자의 미래에 발생할 불이익은 보호받을 수 있는지 등이다.

앞서 ‘대학교 직원 채용에서의 종교제한’(14진정1066000) 사건의 보고서는 이와 유사한 쟁점을 다룬 유럽사법재판소 사건을 검토한바 있다. 유럽사법재판소가 2008. 7. 10. 결정한 C-54/07 사건(일명 Feryn 사건)을 검토하면, 벨기에의 Firma Feryn사(건물의 문을 판매하고 설치하는 것을 영업으로 하는 회사) 관리자가 벨기에 신문과 인터뷰를 하면서 “우리 회사는 고객들이 그들의 집안으로 모로코 출신들이 들어오는 것을 싫어하기 때문에 모로코 출신들은 채용하지 않는다”는 발언을 하여 벨기에 평등국이 벨기에 법원에 위 회사가 반차별정책을 폐지할 것이라는 명령을 구하는 소송을 제기하면서 문제가 되었음. 1심 법원에서는 관리자의 발언이 실제 차별피해행위를 발생하지 않고 차별의 잠재성에 불과하다고 하면서 기각. 평등국이 항소하면서 항소심 법원이 유럽사법재판소에 이 쟁점에 대한 결정을 구하면서 유럽사법재판소가 검토한 결과 “이 사건에서는 차별당한 사람이 누구인지 식별할 필요는 없다고 하였다. 광고의 문언상 비백인은 채용되지 못할 것을 미리 알고 지원을 포기하리란 것이 명백했기 때문이었다. 따라서 실제 피해자를 보이지 않고도 입법이나 정책이 차별적이었음을 입증할 수 있다.”고 결정하였다¹¹⁾.

용모 등 신체조건을 이유로 한 차별은 주로 모집 채용분야에서 집중되어 있다. 현재처럼 피해자 및 피해사실이 특정되지 않으면 조사대상이 아니라는 이유로 진정사건이 각하된다면 차별적 채용 공고, 입사지원서에 대해 규율하기가 쉽지 않을 것이라 생각된다. 지원자 입장에서는 앞으로 들어가게 될 회사 또는 기관을 상대로 한 진정을 제기하기가 현실적으로 어려운 점과 불상의 피해자가 존재하는 것이 명확하다는 점을 고려하여, 피해자를 보이지 않고도 차별을 인정할 수 있는 방법이 강구되어야 할 것이다.

Ⅲ. 재화 등의 공급과 이용상 용모 등 신체조건 차별

1. 차별이 인정된 경우

- 진정인은 아직 법무사 시험에 응시한 적은 없어, 피진정기관으로부터의 직접적인 인권 침해나 차별행위가 발생하지 않았다고 볼 수 있다고 하였으나 “전맹인 자에 대해서는 아무런 편의가 제공되지 않고 있는 현실에서 전맹 시각장애인이 법무사 시험을 무작정 준비하거나 응시하는 것은 사실상 불가능하다 할 것”이라는 이유로 “피진정인이 법무사 시험시 전맹 시각장애인에게 필요한 적절한 편의를 제공하지 않는 것은 「헌법」 제11조에 보장된 국민의 기본권이 ‘평등권’ 및 15조에 보장된 ‘직업선택의 자유’를 침해하는 것이라 판단” 한 바 있음. 다만 장차소위는 진정사건에 대하여는 진정인이 피해를 입은 적이 없다는 이유로 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호에 따라 각하하고 「국가인권위원회법」 제25조 제1항의 규정에 의거 대법원 법원행정처장에게, “대법원 법원행정처가 주관하는 법무사 자격시험에 있어 전맹 시각장애인에게 편의를 제공할 것을 권고” 한 바 있음.
- 10) 제32조(진정의 각하 등) ① 위원회는 접수한 진정이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 진정을 각하(却下)한다.
- 진정의 내용이 위원회의 조사대상에 해당하지 아니하는 경우
제25조(정책과 관행의 개선 또는 시정 권고) ① 위원회는 인권의 보호와 향상을 위하여 필요하다고 인정하면 관계기관등에 정책과 관행의 개선 또는 시정을 권고하거나 의견을 표명할 수 있다.
- 11) 14-진정-1066000사건 재상정 보고서

재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 용모 등 신체조건을 이유로 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 차별에 해당된다. 국가인권위원회 결정례 중 차별이 인정된 사례는 특정 신체조건을 이유로 서비스 이용이 제한된 경우가 있다.

□ 키가 작다는 이유로 결혼정보회사 회원가입을 거절당한 사례(09진차1688).

* 피진정인들은 키가 작은 남성회원을 원하는 여성회원이 드물어 만남 주선이 어렵기 때문에 가입을 제한할 수밖에 없고 키가 작은 남성회원의 심리적 고통과 경제적 손실을 방지하기 위하여 회원가입을 차단하였다고 주장하나, 특정 조건들이 배우자를 선택함에 있어 영향을 끼칠 수는 있으나 배우자감을 고를 때에는 한 가지 조건만을 고려의 대상으로 삼기보다는 상대방에 대한 다양한 조건들을 종합적으로 고려하여 결정하게 되므로 '키'라는 한 가지의 조건만을 이유로 회원가입 자체를 거부하여 서비스를 이용할 기회조차 얻지 못하는 것은 지나친 제한이며, 본인이 이러한 위험을 감수하고 회원 가입을 원하는 경우까지 회원가입을 제한하는 것은 과도하다. 키와 같은 신체적 조건은 개인이 마음대로 통제할 수 없는 조건으로 개인 간에 당연히 존재할 수밖에 없는 차이로서, 이를 근거로 결혼정보회사의 가입 기회를 차단한다면 이는 합리적인 이유 없이 특정한 사람을 용모를 이유로 우대배제구별하여 불리하게 대우하는 차별행위에 해당한다

〈용모 등 신체조건을 이유로 하는 재화 등 이용/공급상 차별이 인정된 경우〉

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
용모 등 신체조건 09진차0001688	결혼정보회사 가입제한	신장	합리적 이유	개인이 맘대로 통제할 수 없는 조건으로 서비스를 이용할 기회조차 얻지 못하는 것은 과도한 제한

2. 차별이 인정되지 않은 경우

차별이 인정되지 않은 사건은 크게 면허취득, 현행 시 요구한 시력, 체중 등 신체조건 기준이 합리적인지 다투어진 경우, 체중, 신체 사이즈 등에 따라 서비스 및 재화이용에 있어 차등을 둔 경우, 문신 및 복장 등을 이유로 시설이용에 제한을 둔 경우로 구분하여 볼 수 있다.

가. 면허취득, 현행 시 요구한 신체조건 기준에 합리성이 있다고 본 사례

□ 건설기계조종사 면허 취득 시 시력 제한(13진정0071600, 13진정0082900 병합)

* 진정인은 건설기계의 도로주행속도가 오히려 자동차보다 느리므로 건설기계조종면허 적성검사에서 2종 보통 운전면허보다 엄격한 시력기준을 요구하는 것은 합리적인 이유 없는 차별이라고 주장하나, 자동차와 건설기계의 주된 목적은 도로의 직선 주행이 아니라 해당 기계를 조작하여 주변 범위에서 굴착 등의 작업을 하는 것이므로 보다 넓은 시야가 요구되는 점, 현행 건설기계조종면허의 시력기준인 “양 눈 0.7, 한 눈 0.3 이상”은 3톤 미만 지게차 등 일부 건설기계와 특수자동차를 운행할 수 있는 제1종 운전면허(대형화물)의 시력기준인 “양 눈 0.8, 한 눈 0.5 이상”보다 오히려 완화된 기준인 점을 고려할 때 현행 건설기계조종면허 적성검사 시력기준은 그 합리성이 인정되어 이를 「국가인권위원회법」제2조 제3호 나목이 규정하는 차별행위라고 보기 어려움

□ 1종 보통면허에 대해서만 각안시력을 요구하는 것이 불합리한 차별인지 여부(10진정0510000)

* 면허의 종류로 운전할 수 있는 자동차의 종류가 다르고, 대형 화물 및 다수인원 운송차량, 긴급자동차의 운전에는 보다 높은 수준의 안전성을 확보할 공공의 필요성이 있으며, 다른 주요국들도 공통적으로 면허의 종류에

따라 시력기준을 달리 정하면서 사업용 또는 화물·승합 목적 면허에는 각안시력 기준을 채택하고 있음. 더욱이 한 쪽 시력에 의존하여 운전시 교통사고 발생의 소지가 크다는 기존 연구결과가 존재하는바 일상적 운전엔 불편이 없다고 하여 돌발적·예외적 상황에서도 그러하다고 단정할 수 없는 점에서 제1종 면허에만 각안시력 기준을 정한 것이 불합리하다고 보기 어려움. 또한 제2종 보통면허를 가지고도 승용차 뿐 아니라 승합차, 화물차, 특수자동차의 운전이 일정 범위 내에서는 가능하고, 제1종 면허에 요구하는 각안시력의 수준이 외국에 비해 특별히 높지 않아 시력에 의한 운전면허 취득 제한이 지나치다고 보기도 어려우므로 본 진정내용은 차별행위에 해당하지 않는다고 판단됨

□ 헌혈시 키에 상관없이 체중 50kg 미만자에 대한 채혈 금지하는 것이 차별인지 여부(10진정 0649200)

* 피진정인(보건복지부 장관)이 헌혈자의 건강상태 등을 고려하여 채혈금지대상자를 규정하고 있는 점, 현재 키와 체중을 동시에 고려하여 채혈량을 조절하는 것은 혈액사업 재정 운영상 어려움이 있다는 점, 진정인의 경우 헌혈 가능한 몸무게인 50kg 이상으로 몸무게를 늘려도 정상체형을 유지할 수 있다는 점을 종합적으로 고려해 볼 때, 이 사건 진정 내용이 불합리한 차별이라고 보기 어렵다고 사료됨

나. 몸무게, 신장 등에 따라 서비스 및 재화이용에 있어 차등을 둔 경우(상업활동의 재량)

보험가입 시 몸무게 제한, 과체중 고객에 대한 세신비용 추가요구, 신체조건에 따른 교복 차별 판매, 의류업체의 큰 사이즈 의류를 제작하지 않는 것에 대한 진정은 신체조건에 따라 서비스 및 재화이용에 차등을 둔 경우이다.

몸무게, 신장 등을 이유로 서비스 이용을 제한하거나 추가금을 요구하더라도 상업 활동의 재량범위에 속하는 것으로 상업 활동의 재량성 또는 자율성을 현저하게 남용한 것이 아니라면 합리적 이유가 있다고 보았다.

□ 보험가입시 몸무게 제한(17진정0868700).

* 피진정인은 여러 통계학적 연구에 의하면 체격과 사망률에는 밀접한 연관이 있으며 비만의 정도에 따라 찾아오는 합병증으로 당뇨병, 심혈관계 질환, 신질환, 간질환(특히 간경변) 등이 발생할 수 있고, 합병증에서 발병될 수 있는 질환이 본 상품 담보에 밀접한 관련성이 있기 때문에 약관에 따라 인수 심사를 진행한 것이라고 주장, 생명보험에서 몸무게를 제한하는 것은 특정 가입자의 상대적인 위험이 높을 경우 다른 가입자와 동일하게 간주하지 않고 가입을 제한하는 것으로 보험회사의 재량이므로 용모에 의한 차별이라 볼 수 없다

□ 과체중 고객에 대한 세신비용 추가 요구(17진정0114700)

□ 의류업체가 88사이즈 이상의 옷을 제작하지 않는 것이 신체조건 차별인지 여부(09진정0000986).

* 피진정인 의류업체가 88사이즈를 만들지 않아 몸이 큰 여성들이 피진정인 의류업체의 옷을 입을 수 없는 것은 신체조건에 의한 차별이라는 진정에 대하여 의류 제작 회사는 수요와 판매량을 감안하여 영업이익을 꾀할 영업의 자유가 있고, 의류 제작 회사에게 모든 사람들의 사이즈에 맞는 모든 옷을 제작하여 공급하여야 할 의무가 있는 것은 아니며, 진정인이 크게 제작된 다른 의류업체의 옷을 입을 수 있음에도 특정 업체의 옷을 입고자 하는 것은 침해되는 이익이 매우 중대하거나 심각한 것으로 보기 어려워 보다 완화된 심사기준을 적용할 수 있을 것이라는 취지로 이윤 추구라는 기업의 본질적 측면에서 피진정인 의류업체가 88사이즈 옷을 만들지 않는 것은 합리적 이유가 없는 차별은 아니다(의류업체의 신체조건 차별).

□ 큰 사이즈의 교복은 원단이 더 들어간다는 이유로 추가의 금액을 요구(15진정0078100).

* 피진정인은 통상적으로 많이 판매되는 사이즈의 교복에 대해서는 제작비용 등을 감안하여 기본가격으로 책정을 하고, 그 외의 사이즈(특히 큰 사이즈)에 대해서는 재단사의 추가확보, 원단 및 추가제본 등의 작업을 진행해야 하므로 추가비용을 받을 수 밖에 없다고 함. 인권위는 피진정업체 외의 교복 판매업체에서 판매되는 교복의 사이즈도 일정범위로 한정되어 있어 모든 학생들의 신체조건을 충족시키지는 못 하는 점, 교복 외의 대개의 기성

복의 경우에도 판매되는 사이즈의 범위 내에서만 해당 제품의 구매가 가능한 점, 피진정업체의 교복 판매가격이 타 업체에 비해 과도하게 책정되어 있다고 보기는 어려운 점 등을 고려할 때, 피진정인이 일정크기 외의 교복에 대해서는 추가금액을 책정하는 행위가 상업활동의 재량성 혹은 자율성을 현저하게 남용한 합리적인 이유 없는 차별행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 판단

다. 공공시설, 상업시설의 이용 제한

1) 문신이 있다는 이유로 시설 및 서비스 이용을 제한하는 것에 합리적 이유가 있다고 본 경우

□ 몸에 문신이 있다고 골프장 회원가입을 거절당한 것이 용모를 이유로 한 차별인지 여부(09진차 0000974).

* 몸의 상당한 범위에 걸쳐 한 문신은 타인에게 혐오감 또는 위화감을 주는 것으로 판단될 수 있으므로 피진정인이 「체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행령」 제17조 제2호 다목에 의하여 미리 약관인 골프장 회원 입회동의서에 정한 회원의 자격제한기준에 따라 진정인의 골프장 회원 가입을 거부한 것은 적법하고, 여기에 평등권 위반이나 차별 등 어떠한 위법사유도 없다는 다수의견의 결정이 있었다(09진차0000974).

2) 복장을 이유로 시설 이용을 제한하는 것에 합리적인 이유가 있다고 본 경우

□ 환자복 착용자에 대한 병원 구내식당 이용 제한(11진정0568400).

* 피진정 병원이 병원 내 한식당, 분식점에 대해 입원환자 출입을 금지하고 있는 것은 감염에 대한 저항능력이 약해 다른 합병증이 발생할 우려가 높은 입원환자의 식사, 위생관리를 철저히 하기 위한 목적으로 의사의 처방을 거쳐 식품의 종류, 영양성분, 조리방법, 질감 등을 고려한 환자식과 달리 나트륨, 칼륨 등이 높은 일반식을 환자가 섭취할 시 발생할 수 있는 합병증을 예방하고 적절한 치료를 위한 것이 인정됨. 진정인이 환자복을 입고 있어 입원 환자로 간주되는 것은 불가피 해보이고 또한 피진정인이 병원 내 입원환자들의 이해를 구하기 위해 식당출입 제한 이유를 구체적으로 표시하는 노력을 한 사실 등을 종합적으로 고려할 때 피진정인이 환자복 착용자에 대해 병원 내 식당 출입을 제한한 것을 합리적 이유 없는 차별이라고 볼 수 없음

□ 슬리퍼 착용을 이유로 한 음식점 이용 제한(11진정0250600).

* 피진정인이 운영하는 식당은 비즈니스 미팅이 많은 관계로 영업 방침 상 복장으로 인해 타 고객에게 불편을 줄 수 있는 슬리퍼나 운동복을 착용한 고객들의 입장을 제한하고 있음. 피진정인이 복장 제한 사실을 입상 시 공지하지 않아 진정인에게 불편을 주었으나, 경찰이 중재한 후 진정인이 음식을 주문할 수 있었던 점, 피진정 음식점 인근에 진정인이 이용할 수 있는 유사한 음식점이 있는 점, 진정인이 복장을 달리 했다면 출입이 가능했다는 점 등을 고려할 때 피진정인이 영업 전략의 일환으로 선택한 음식점 출입 고객에 대한 복장 관련 방침을 불합리한 차별로 보기는 어려움

<용모 등 신체조건을 이유로 하는 재화 등 이용/공급상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
용모 등 신체조건 13진정0071600 · 13 진정0082900(병합)	건설기계 면허취득요건	시력	합리적 이유	건설기계의 주목적은 굴착 등 작업을 위한 기계조작, 기계조작에 요구되는 기준
용모 등 신체조건 10진정0510000	1종 운전면허 취득요건	시력	합리적 이유	높은 수준의 안전성을 확보할 공공의 필요성, 사고위험 낮추기 위해 각안 시력 요구 필요, 2종 면허로도 특수자동차 운전 일정범위내 가능)

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
용모 등 신체조건 10진정0649200	헌혈제한	체중	합리적 이유	정상체형 유지가능한 수준, 헌혈자의 건강상태 등을 고려한 체혈금지대상 규정하고 있으며, 키와 체중을 동시에 고려한 체혈량 조절은 혈액사업 재정은 영상 어려움이 있는 점 고려
용모 등 신체조건 17진정0868700	보험재가입 거부	체중	합리적 이유	위험 고려 보험률 차등 적용하는 것은 재량범위 내 행위, 통계자료에 근거한 기준 적용, 체중확인도 보험가입 시 필수적인 업무절차
용모 등 신체조건 17진정0114700	서비스비용 차등적용	체중	합리적 이유	세신비용 결정은 사적 자치영역이며, 체격이 크다는 이유로 서비스 요금을 추가로 청구한 것이 과도하다고 볼 수 없음.
용모 등 신체조건 15진정0078100	상품금액 차등적용	신체 사이즈	합리적 이유	타 업체 교육사이즈 범위, 판매가격 등 고려할 때 정크기 외의 교복에 대해서는 추가금액을 책정하는 행위가 상업활동의 재량성 혹은 자율성을 남용한 것이라 볼 수 없음.
용모 등 신체조건 09진차0000986	재화(의류) 미공급	신체 사이즈	합리적 이유	회사의 전략 및 주요타겟 설정은 영업의 자유, 이윤추구라는 기업의 본질적 측면에서 비롯된 것. 대체 업체 제품 있음에도 특정 업체 옷을 입고자 하는 것은 침해되는 이익이 중하거나 심각하지 않음.
용모 등 신체조건 09진차0000974	시설(골프장) 이용제한	문신	합리적 이유	몸의 상당범위에 걸친 문신은 타인에게 혐오감 또는 위화감을 주는 것으로 판단 회원간 친목도모 위한 사적시설로 회원 가입 기준결정에 회원의사 고려, 기준 결정에 재량범위 넓게 인정되어야 함. 진정인이 시설이용은 가능한점 고려
용모 등 신체조건 11진정0568400	시설(병원구내 식당) 이용제한	복장(환자복 착용)	합리적 이유	합병증을 예방하고 적절한 치료를 위한 목적, 환자복 착용으로 입원환자로 간주되는 것은 불가피, 식당출입제한 표시 노력 고려
용모 등 신체조건 11진정0250600	시설(음식점) 이용제한	복장(슬리퍼 착용)	합리적 이유	출입고객 복장제한은 영업전략의 일환, 복장 달리하면 출입가능, 인근에 이용가능 유사음식점 존재 고려

3. 관련 쟁점

가. “용모 등 신체조건”의 해석

차별사유인 “용모 등 신체조건”과 관련한 정의, 해석이 없다보니, 구체적으로 어떤 특성이 “용모 등 신체조건”에 해당되는지가 문제될 수 있다.

인권위원회에 진정이 제기된 사례들에서 차별의 이유가 된 구체적 신체조건은 색각이상, 시력, 신장, 몸무게, 신체사이즈, 표피모반, 안면부종, 탈모(가발착용여부 포함), 문신, 외모, 사투리, 복장 등이 있다. 이 중 복장과 관련하여서는 차별사유로 인정되어 차별여부에 대한 판단이 이루어진 사례가 있는가 하면, 차별사유에 해당되지 않는다고 하여 각하된 사례가 있어 “옷차림(복장)”이 차별사유로서 “용모 등 신체조건”에 해당하는지 여부가 불분명하다.

면접 시 진정인의 복장이 불량하다는 이유로 채용하지 않은 것이 차별이라고 진정한 사건에서 인권위원회는 ‘복장이 불량하다는 이유’는 「국가인권위원회법」 제2조 제3호의 19개 사유에 해당하는 차별사유를 이유로 한 것이 아닐 뿐만 아니라, 이들 차별사유와 유사한 개인의 속성을 이유로 한 것도 아니므로, ‘기타’사유로 분류할 수도 없다고 하였다(17진정0752600). 그러나 환자복 착용자에 대하여 병원 구내식당 이용이 제한된 사건(11진정0568400)에서 위원회는 환자복 착용을 이유로 한 시설이용 거부에 합리적 이유가 있다고 보았고, 슬리퍼 착용을 이유로 음식점 출입을 제한받은 사건(11진정0250600)에서는 피진정인이 영업 전략의 일환으로 선택한 음식점 고객에 대한 복장 관련 방침을 불합리한 차별로 보기 어렵다고 판단하였는바, 각각 환자복과 슬리퍼를 착용한 복장을 차별사유로 보고 차별판단을 하였음을 알 수 있다.

“용모”의 사전적 의미는 “사람의 얼굴모양”, “사람의 얼굴과 신체의 모습 및 차림새”이고, “차림새”는 “옷 따위를 입거나 꾸민 모양”을 말하는 바, 옷차림이나 몸단장 스타일, 머리카락이나 수염 스타일도 용모에 포함되는 것으로 보인다. 대머리를 이유로 한 호텔 접객업무 채용거부(16진정0389800), 가발착용을 이유로 한 보안경비 지원서류 접수거부(16진정1051200) 등의 사건에서 보듯이 탈모 및 가발착용을 이유로 달리 대우한 것에 대해 차별로 인정(권고결정)하였던 바, 용모에는 옷차림이나 몸단장 스타일, 머리카락이나 수염 스타일 등이 포함되는 것으로 보아야 할 것이다.

나. 차별판단기준 관련

용모 등 신체조건에 의한 차별사건에서 자격제한의 합리성 판단을 위해서는 엄격한 비례의 원칙이 적용된 사례가 있고, 완화된 심사기준이 적용된 사례가 있다.

주로 통제될 수 없는 신체적 조건인 신장, 시력, 색약 등이 엄격한 비례의 원칙에 따라 심사되었고, 침해되는 이익이 매우 중대하거나 심각한 것으로 보기 어려운 경우(88사이즈 옷을 제작하지 않는 의류업체에 대한 차별 진정사건 등)에는 완화된 심사기준이 적용되었다.

차별여부가 문제될 수 있는 색각이상, 시력, 신장, 몸무게, 신체사이즈, 표피모반, 안면부종, 탈모(가발착용여부 포함), 문신, 외모, 사투리, 복장 등 다양한 용모 및 신체조건과 채용, 시설이용 등 차별이 양태를 고려하여 어떤 경우에 엄격한 비례의 원칙 또는 완화된 심사기준이 적용되어야 하는지 구분하기는 쉽지 않다.

IV. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 용모 등 신체조건 차별

1. 차별이 인정된 경우

교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 용모 등 신체조건을 이유로

특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위는 차별에 해당된다. 교육시설 등의 이용과 관련하여 신체조건을 이유로 한 차별이 인정된 사례는 주로 입학생 모집 시 신장, 시력 등 신체조건을 이유로 입학에 제한하는 경우로, 향후 수행하게 될 직무의 채용조건을 고려, 지나친 제한 이라면 차별로 판단될 수 있다고 보았다.

□ 대학의 항공운항학과에서 시력교정술 시술을 받은 자를 지원할 수 없도록 한 사례(11진정 0325700-12진정0228300(병합)).

* 「항공법 시행규칙」의 시력요건을 충족하는 한 장래 항공기 조종사로의 진출이 가능함에도 피진정인들이 시력교정 시술자의 입학을 제한하는 것은 직업선택의 자유와 비교하여 지나친 제한이고, 항공운항학과 입학자격을 법령 규정 및 항공회사의 채용기준보다 높게 정한 것은 시력을 이유로 한 합리적 이유 없는 차별에 해당하는 것으로 판단된다

□ 항공운항학과 입학자격을 항공법 시행규칙상의 항공기 조정 면허 발급요건보다 강화된 나안시력을 0,4-0,5 이상일 것을 요구하는 것이 차별인지 여부 (09진차1064-10진차141-10진정51200 병합).

* 항공운항학과를 두고 있는 피진정인 1,2가 입학생 선발 단계에서 장래 조정사로서의 진출가능성을 감안해야 한 다면서 항공운항과 졸업생 대다수가 군 조정사로 복무한 후 민간 항공회사에 채용되는 것을 고려하여 군 조정 장교 시력기준인 나안시력 0.4 또는 0.5이상일 것을 요구한 것에 대하여, 인권위원회는 항공기 조종사가 되기 위해서는 대학교의 항공운항학과 또는 공군사관학교에 입학하는 것이 주된 경로이고, 항공운항학과를 운영하는 교육기관이 피진정인 1,2로 국한되어 있는 점에서 입학자격을 장래 항공기 조종사로의 진출 기회에 중요한 영향을 미치는 점, 민간 항공회사가 조종사 채용 시 지원자격에 「항공법 시행규칙」이 정한 것 이상의 시력 제한을 두지 않는다는 점, 실제 채용 과정에서 시력이 낮은 자를 배제하더라도 채용 기회의 부여 여부와 실제 채용 여부는 별개의 문제라는 점을 고려할 때 입학 기회 자체를 원천적으로 차단하는 것은 진정인들이 가지는 직업선택의 자유와 비교하여 지나친 제한이라 보기는 어렵다고 판단

〈용모 등 신체조건을 이유로 하는 교육훈련이나 이용상 차별이 인정된 경우〉

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
용모 등 신체조건 09진차1064-10진차 141-10진정51200 병합	항공운항학과 입학제한	시력	합리적 이유	항공운항학과 입학자격 시력기준을 법령 규정 및 항공회사의 채용기준보다 높게 정함으로써 항공운항학과 입학 기회 자 체를 원천적으로 차단하는 것은 진정인 들이 가지는 직업선택의 자유와 비교하 여 지나친 제한 / 전투기 조정을 위한 조정병과생 선발 시력조건을 지나친 제 한이라 할 수 없음
용모 등 신체조건 11진정0325700·1 2진정0228300(병합)	항공운항학과 입학제한	시력교정 시술자	합리적 이유	항공운항학과 입학자격을 법령 규정 및 항공회사의 채용기준보다 높게 정함으 로써 시력교정 시술자의 항공운항학과 입학 기회 자체를 원천적으로 차단하는 것은 진정인들이 가지는 직업선택의 자 유와 비교하여 지나친 제한

2. 차별이 인정되지 않은 경우

교육시설 등의 이용과 관련하여 신체조건을 이유로 한 차별이 인정되지 않은 사례 또한 주로 입학생 모집 시 신장, 시력 등 신체조건을 이유로 입학에 제한하는 경우이다. 특히 교육 내용이나 입학자격이 산업 현장의 인력 수요와 연계하여 운영되는 경우, 취업이후 담당하게 될 업무와 관련하여 필요

한 신체조건이라면 입학 시 선발요건으로 제시하는 것에 합리적 이유가 없다고 보기는 어렵다고 보고 있다.

□ 공군사관학교 입학생 모집 시 자격요건으로 신장제한(162cm~196cm)(16진정0154000).

* 공군사관학교를 졸업한다고 해서 모두 조종분야로 진출하는 것이 아님에도 엄격한 신장제한을 유지하고 있는 것은 불합리한 차별이라고 진정한 사건에서, 피진정인은 최종적으로 조종사가 되는 비율은 임관인원 대비 약 60%이고 40%의 일반장교가 양성되므로 전원 조정인원으로 선발하고 있으며, 이에 따라 사관생도 선발 시 공군의 공중근무자 신체검사 기준을 적용(신장조건 162~196cm)하는 것으로, 이 조건은 혈압, 시력, 청력 등과 같이 공군의 특수한 공중근무 환경(군용기의 규격과 장비 조작 조건 등)에서 원활하게 임무를 수행할 수 있는 신체조건으로서 남녀 구분 없이 적용하는 것이라고 주장, 인권위는 신체의 자유라는 중대한 기본권의 침해에 대한 판단기준으로서 엄격한 심사기준에 의해 판단하더라도 우수한 공군조종사와 군사전문가의 양성 인력을 충원하기 위한 목적의 정당성이 인정되고, 「공중근무자 신체검사」에 따른 수단의 적정성이 인정되며, 다른 군사학교나 군장교로의 진로가 막혀 있지 않기 때문에 침해의 최소성 또한 인정된다 할 것이어서 위와 같은 신장제한이 불합리한 차별이라고 볼 수 없다고 판단함

□ 공군사관학교 입학자격에 나안시력을 0,4 이상일 것을 요구하는 것이 차별인지 여부(09진차1064-10진차141-10진정51200 병합).

* 공군사관학교의 입학도 장래 항공기 조종사가 될 수 있는 주요한 경로가 되지만, 공군사관학교의 경우 조종생도 양성의 직접적 목적이 일반 항공기가 아니라 전투기 등 군용 비행기의 조종에 있고, 특히 전투기의 조종은 실제 임무 수행 중 각종 사고, 이상상황에 처할 개연성이 크기 때문에 극한적인 상황에서도 시계조종이 가능할 정도의 나안시력을 갖출 필요성이 있다고 인정되며, 민간 항공기를 규율대상으로 하는 「항공법 시행규칙」이 전투기의 경우에 그대로 적용된다고 보기는 어렵다. 또한 미국 등 외국에서도 전투기 조종사에게 나안시력 약 0.4 이상을 요구하고 있는 점에서 피진정인 3이 정한 입학자격 상 나안시력 기준이 지나친 제한이라고 보기는 어렵다.

□ 산업수요 맞춤형 고등학교의 신입생을 선발하면서 색약자를 배제한 것이 차별행위에 해당하는지 여부.(13진정0948700)

* 안과 전문의의 소견서에 따르면 녹색약으로서 '녹색과 적색이 혼합 산재되어 있을 시 녹색의 구분이 어려운' 사실이 분명하고, 안과 전문의 또한 피해자가 교육훈련이나 직업 수행에 있어 어떠한 지장도 없다는 내용을 소견서에 기재하지 못하고 있는 점, 피진정기관에서의 실습 과정 이수나 취업 후 석유화학업종 산업 현장에서 제어장치 조작 등을 위해서는 적녹색이 혼재된 상황에서의 색각 구분 능력이 필요한 사실이 인정되는 점, 인화성 물질을 취급하는 석유화학업종의 특성 담당자의 부주의나 실수가 대형 사고로 이어질 가능성이 있어 색각 구분 능력 등에 있어 다소 엄격한 조건을 요구할 필요가 있고 「초·중등교육법 시행령」제90조 제1항 제10호에 따른 산업수요 맞춤형 고등학교의 지정 취지는 상급학교로의 진학이 아니라 산업 현장과의 직접 연계를 통해 고교 졸업자의 취업을 활성화하고 인력 수급 불균형을 해소하기 위한 것이어서 피진정기관의 교육 내용이나 입학 자격을 산업 현장의 인력 수요와 연계하여 운영하는 것은 그 타당성이 인정되는 점 등을 종합하여 볼 때, 피진정인이 신입생 선발 시에 색약자에 대해서는 입학을 허용하지 아니하기로 한 것은 교육 이수 및 직업 수행 능력과 무관한 합리적인 이유 없는 차별행위에 해당한다고 보기 어려울 것으로 판단됨

〈용모 등 신체조건을 이유로 하는 교육훈련이나 이용상 차별이 인정되지 않은 경우〉

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
16진정0154000	공군사관학교 입학제한	신장	합리적 이유	목적의 정당성:우수한 공군조종사 양성 및 군사전문가 양성이라는 교육목표 달성을 위한 목적하에 이루어진 행위 수단의 적절성: 주요 이용 중인 미전투기기준을 고려하여 조종사 양성기준을 정하였으며 이를 공군사관학교 입학기준으로 설정

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
				침해의 최소성 : 조정분야가 아닌 일반분야의 장교선발에 있어 공군사관학교 외 다양한 진출경로 확보되어 있어 공무담임권이나 직업 선택의 자유를 침해하지 않음
13진정0948700	산업수요 맞춤형 고등학교 입학 제한	색각이상자(색약자)	합리적 이유	산업수요 맞춤형 고등학교의 지정취지상 교육 내용이나 입학자격을 산업 현장의 인력 수요와 연계하여 운영하는 것은 타당, 취업 후 석유화학업종 산업 현장에서 제어장치 조작 등을 위해 적녹색이 혼재된 상황에서의 색각 구분 능력이 필요, 부주의나 실수가 대형 사고로 이어질 가능성 고려, 엄격한 조건 필요

제7절. 혼인

I. 혼인의 의미

혼인 여부란 ‘혼인 여부’ 또는 특정인이 속한 ‘혼인의 일반적 특성으로 기혼, 미혼, 별거, 이혼, 사별, 재혼, 사실혼 등 혼인상의 지위를 뜻한다. 또한 특정인의 ‘혼인 여부’를 이유로 한다는 것은 ‘혼인상의 지위’를 의미하는 것으로 이는 반드시 현재의 혼인상태에 국한하지 않고 과거와 미래의 혼인 여부 또는 상태도 포함하는 것이다.¹⁾

사실혼 관련해서는 법령상 각종 연금, 사회보험 수급자격에서 배제하는 것의 문제점이 지적되어 개선되어 왔다. 과거 법령의 ‘배우자’는 통상 법률혼 관계를 전제한 것으로 규정되었으나, 혼인신고가 되지 않았더라도 사실상 혼인관계가 존재하는 경우 법률상 혼인관계는 아니지만 사회적으로 부부로 인정될 수 있는 ‘실체’가 있으므로 법률혼에 준하여 일정 수준의 보호를 제공하는 것으로 판례가 형성되어 왔다²⁾. 이러한 판례 경향과 함께, 혼인신고를 전제로 하는 상속권, 친족권, 후견권 등을 제외하고는 사실혼 관계에 대해 법률혼에 준해 보호하는 규정들이 도입되어 왔다. 「국민연금법」, 「고용보험법」, 「공무원재해보상법」, 「산업재해보상보험법」 등의 사회보장 관련 법률을 중심으로 사실혼 관계의 배우자 조항이 신설되었다.³⁾

II. 고용상 차별

1. 차별이 인정된 경우

혼인을 이유로 한 차별 사례는 주로 재화용역 영역에서 진정이 제기되었고 고용 차별 사건으로 제기된 경우는 드문 편이다.⁴⁾

모집 채용 과정에서 혼인 여부를 질문하거나 기혼자에 대한 차별적인 발언을 한 경우는 대부분 불리한 대우가 확인되지 않았다는 이유로 기각되곤 하였으나, 1차 전화면접에서 결혼시기 등이 인터뷰 내용으로 기재되어 문제된 사례의 경우 전화면접이 채용의 필수절차라는 점에서 차별이 인정된 바 있다(16진정1025000).

결혼회사 관행을 차별로 판단한 ‘여성의 결혼에 따른 퇴사 등 성차별적 고용관행’에 대한 직권권고 결정(16직권0000200)이 있으나, 결혼회사 관행은 통상 성별을 이유로 한 차별 사례로 설명된다.

2. 차별이 인정되지 않은 경우

시내버스 운전직 채용에 지원하였으나 미혼이라는 이유로 불합격했다고 진정한 사안에서는 미혼이 채용 탈락의 이유인지 인정할 객관적 증거가 없다는 이유로 기각된 바 있다(15진정0853300).

1) 국가인권위, 차별판단지침, 2008, pp. 145-147.

2) 김영신, “사실혼의 요건에 관한 小考”, 가족법연구 제26권 제3호, p.332.

3) 구미영 외, 생활체감형 특성성별영향평가 II, 2018, 25면.

4) 박선영 외, 앞의 보고서, 2019, p.148.

3. 주요 쟁점

가. 혼인을 이유로

국가인권위 차별판단지침(2008)의 혼인 차별 파트가 설명하듯이 혼인을 이유로 한 차별 사례의 상당수는 여성에 대한 성차별로 포섭되는 경우가 많다. 이는 기혼 남성에게 비해 기혼 여성에 대한 차별이 더 많은 현실적 상황을 배경으로 한다. 또한 외국에서는 차별금지법 상의 ‘혼인’이 이성 간 혼인으로 한정되는지를 둘러싼 논쟁이 치열하였으나, 영미권의 경우 입법이나 판례를 통해 동성 간 혼인도 포함하는 것으로 결론을 내리는 경향을 보인다.⁵⁾

또한 호주 퀸즐랜드주 인권법은 ‘혼인’이 아니라 ‘관계상 지위(relational status)’를 차별금지사유로 규정하는데, 법률상 혼인 뿐 아니라 사실혼, 파트너십 관계 등을 모두 포함하는 새로운 개념을 도입한 것으로 보인다.⁶⁾ 한국에서도 가족 관련 법률·복지제도가 법률혼 중심의 ‘정상가족’ 규범을 근간으로 하여 다양한 가족과 아동에 대한 수용과 존중이 부족하다는 문제가 제기되어 제4차 저출산 고령사회 기본계획(‘20년)에 추진과제로 ‘혼인·혈연 중심의 가족개념 확장 및 다양한 가족 차별금지 법제화’를 포함한 바 있다. 이처럼 법률혼에 한정되지 않는 다양한 관계, 지위를 둘러싼 차별 진정이 제기될 경우, 사실혼 외에도 동반자(파트너)관계도 포함할지, 동반자 관계의 판단기준을 어떻게 정할지에 대한 검토가 필요하다.

나. 불리한 대우

이력서 등의 기재사항에 혼인 여부를 작성하도록 한 경우는 불리한 대우가 확인되지 않았다는 이유로 각하된 바 있다(10진정0723400, 17진정0098300, 15진정0500300 등)(박선영외, 2019). 반면에 비서직 채용공고를 하면서 전화인터뷰 내용으로 ‘결혼예정시기, 신장 165cm 이상 등’을 명시하였고, 전화인터뷰를 통과한 사람에게 한하여 2차 면접을 실시한다고 공지한 기업 관련하여 혼인과 용모 등을 이유로 한 차별에 해당한다고 인정한 사례도 있다(16진정1025000). 이 사건의 경우, 전화인터뷰 통과가 2차 면접의 필수조건이라는 점에서 결혼예정시기가 채용에 실질적으로 영향을 미친다고 보았기에 각하하지 않고 혼인차별로 인정한 것으로 보인다.

혼인 여부를 모집, 채용 과정에서 기재하도록 한 것만으로는 불리한 대우의 존재를 확인할 수 없어 각하되는 경향을 확인할 수 있다. 그러나 구직자의 특성 상 재직자에 비해 정보 접근권이 현저히 떨어진다는 점, 모집채용 차별은 노동시장 진입 자체를 막아서 그 피해가 크다는 점, 남녀고용평등법은 모집·채용할 때 그 직무의 수행에 필요하지 아니한 용모·키·체중 등의 신체적 조건, 미혼 조건 등을 제시하거나 요구하여서는 아니 된다고 특별히 규정하는 점(제7조 제2항)을 고려해서 본안에 대한 판단을 할 필요가 있다.

다. 합리적 이유

같은 지역 경찰서 내 다른 경찰과의 혼인 등의 관계를 금지하는 방침에 따라서 피해자 여성의 신규채용이 취소된 사건에서, 영국 고용심판소는 해당 방침은 미혼 여성에 비하여 기혼인 여성에게 간

5) EHRC, Your Rights to Equality at Work:When You Apply for a Job, 2014, p.91.

6) https://www.qhrc.qld.gov.au/_data/assets/pdf_file/0005/19859/QHRC_factsheet_ADA_RelationshipStatus.pdf

접차별을 초래할 수 있고 정당화되지 못하였다고 판단한 바 있다. 해당 경찰서의 문제된 방침을 충족할 수 있는 자의 비율을 기혼/비혼으로 나누어 보았을 때 기혼자는 65.9%, 비혼자는 94.2%로 나타난 것이 판단의 근거이었다.) 같은 부서에 부부인 경관이 함께 근무할 경우 형사재판 절차 상 신뢰받는 진술을 할 수 있는 증인으로 인정되기 어렵다는 것이 해당 방침의 근거였으나, 이를 뒷받침할 근거를 제시하지 못하였다.

혼인 여부에 따른 고용상 불리한 대우 관련 합리적 이유가 인정될 수 있는 경우로는, 시골에 운영되는 숙박시설에 거주하면서 운영해야 하는 업무로 2개의 일자리가 있는 경우를 들 수 있다.)⁸⁾

III. 재화 용역 이용에서의 차별

1. 차별이 인정된 경우

- 이혼으로 인한 거소 이전 퇴사 시 구직급여 비지급(11진정0126800)
 - * 합리적 이유 항변 : 이혼으로 인한 거소 이전은 편람에 규정되어 있지 않아 구직급여를 지급하지 않고 있지만, 이혼 때문에 이사해 어쩔 수 없이 그만두는 경우로 인정되면 구직급여 지급이 가능할 수도 있고 만일 인정받지 못하면 심사와 재심사 등을 청구하는 방법이 있다.
 - * 판단: 구직급여는 실업기간 동안의 생계 보조를 위해 적시에 지급되어야 하고, 생계 보조 없이 구직활동을 해야 하는 실업자가 이의 제기까지 해야 하는 경우 불이익과 불편이 적지 않다. 결혼과 마찬가지로 이혼이 가정생활의 중대한 변화이고 옮겨 살아야 하는 가능성을 충분히 예견할 수 있음에도 불구하고, 근로자가 가정 사정으로 이사하는 경우를 결혼으로 인한 동거 등으로 한정하는 것은 합리적인 이유가 없다

- 이혼 후 사실혼 관계에 있는 자의 피부양자 자격 인정 여부(13진정0012100, 13진정0527800)⁹⁾
 - * 합리적 이유 항변 : 건강보험 피부양자 자격 중 사실혼 관계 여부를 판단하기 위해 불가피한 기준이다.
 - * 판단: 실제 진정인과 피해자 간 혼인 의사 여부를 판단하는 것은 어렵지만, 단순히 이혼 경력이 있다는 이유로 '혼인 의사가 없는 것'으로 결론내릴 수 없으며, 이혼 전력을 이유로 배제하는 것의 합리적인 이유를 찾을 수 없다.

- 혼인여부에 따른 피부양자 자격요건 인정(13진정0527800)
 - * 합리적 이유 항변 : 「가족관계 등록에 관한 법률」 시행 이후에도 「민법」 제775조에 의하여 “인척관계는 혼인의 취소·이혼으로 인해 소멸하고, 부부일방이 사망한 경우는 상대방 배우자가 재혼하기 전까지 전 배우자의 혈족과 인척관계를 계속 유지함에 따라 사별한 형제자매는 미혼으로 간주하지 않는다.
 - * 판단: 국민건강보험제도의 목적에 부합하는 피부양자 대상 판단의 필요성¹⁰⁾, 사별한 경우 이혼과 달리 사망한 배우자와 인척관계가 유지되어 이를 미혼으로 간주할 수 없다는 것은, 통상 여성은 결혼과 함께 배우자의 인척관계에 편입된다는 가부장적 가족제도에 기초한 판단이라는 점, 이로 인하여 인척관계가 유지되더라도 배우자의 혈족에게 사별한 자를 당연히 부양해야 할 의무가 있다고 기대하기 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때

7) Bedfordshire Constabulary v. Graham [2001] UKEAT 1061_00_2609 (26 September 2001)(출처: http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2001/1061_00_2609.html)

8) https://www.qhrc.qld.gov.au/_data/assets/pdf_file/0005/19859/QHRC_factsheet_ADA_RelationshipStatus.pdf

9) 사실관계 및 판단요지는 박선영 외(2019)에서 발췌한 것임.

10) 이혼·사별 등 혼인 여부와 관계없이 개인의 근로소득이나 재산소득으로 독립적 생활이 어려운 자로 확인될 경우 국민건강보험 피부양자로 인정하는 것이 국민건강보험제도의 취지에도 부합한다는 점

합리적 이유가 없다.

<합리적 이유·정당화사유가 인정되지 않은 경우>

문제된 기준이나 관행	사건 번호	주된 근거
이혼으로 인한 거소 이전 퇴사 시 구직급여 비지급	11진정0126 800	<ul style="list-style-type: none"> 침해되는 권리의 중요성과 피해의 심각성 이혼 등 다양한 혼인 상 지위변화로 인한 영향에 대응할 정책적 필요성
이혼 후 사실혼 관계에 있는 자의 건강보험 피부양자 자격 불인정	13진정0012 100, 13진정0527 800	<ul style="list-style-type: none"> 문제된 기준이 사실혼 관계 판정이라는 목적 달성의 적절한 수단으로 인정될 수 없음
사별한 형제자매는 미혼으로 간주하지 않아 피부양자 자격 불인정	13진정0527 800	<ul style="list-style-type: none"> 건강보험 피부양자 자격은 개인의 근로소득이나 재산소득으로 독립적 생활이 어려운 자로 확인하는 것이 원칙임 통상 여성은 결혼과 함께 배우자의 인척관계에 편입된다는 가부장적 가족제도에 기초한 판단이라는 점

2. 차별이 인정되지 않은 경우

□ 신혼부부 전세임대제도 입주자 순위에서의 ‘혼인’에 사실혼 제외(09진차0001329)¹¹⁾

- * 합리적 이유 항변 : 혼인 여부 판단의 기준 필요
- * 판단: 신혼부부 전세임대제도 입주자 순위 1순위가 혼인 3년 이내로 자녀를 출산한 경우로 두고 있는 것은 혼인여부를 결정함에 있어 객관적인 기준의 필요성이 있다.

□ 계모의 직계존속과 동거하는 자의 입주자격 부인(13진정0381700)¹²⁾

- * 합리적 이유 항변 : 공무원연금공단의 주택사업운영규정에 따르면 배우자나 직계혈족 등과 동거하는 자만을 입주대상으로 정하고 있음.
- * 판단: 계모자 관계는 계자의 자발적 의사가 아닌 인척관계에 불과하고, 입양을 통해 법적으로 친족관계 형성이 가능한 점, 현재의 입주요건은 혈족인 형제자매도 제외하는 점, 법률상 부양의무가 없는 인척의 혈족까지 입주 자격을 확장하지 않는 것을 불합리하다고 보기 어렵다는 점 등을 바탕으로 합리적 이유 인정.

<합리적 이유·정당화사유가 인정된 경우>

문제된 기준이나 관행	사건 번호	주된 근거
신혼부부 전세임대제도 입주자 순위에서의 ‘혼인’에 사실혼 제외	09진차0001329	<ul style="list-style-type: none"> 전세임대제도 대상자 결정의 객관적 근거 확보 필요성
계모의 직계존속과 동거하는 자의 입주자격 부인	13진정0381700	<ul style="list-style-type: none"> 입양 등을 통해 친족관계를 형성할 대안이 존재함 혈족인 형제자매도 제외하는 점 등을 고려했을 때 법률상 부양의무가 없는 인척의 혈족까지 입주자격을 확장하지 않는 것을 불합리하다고 보기 어려움

11) 사실관계 및 판단요지는 박선영 외(2019)에서 발췌한 것임.

12) 사실관계 및 판단요지는 박선영 외(2019)에서 발췌한 것임.

3. 주요 쟁점

가. 재화 용역 해당 여부

교회의 결혼예배 신청 자격으로 초혼일 것을 요구한 것이 문제된 사건에서 인권위는 결혼예배는 종교행사로서 인권위법이 조사대상 영역으로 규정하는 재화·용역 이용·공급과는 그 성격이 다르다고 각하하였다(17진정0096800). 「공직선거법」상의 선거 운동을 할 수 있는 자의 자격의 경우 국회 입법 사항이라는 이유로 각하 결정되었다(12진정0074800). 이 법 제60조의3 제2항은 국회의원 선거 시 예비후보자의 명함을 배부할 수 있는 자를 예비후보자의 배우자와 직계존비속, 예비후보자와 함께 다니는 선거사무장.선거사무원 및 제62조 제4항에 따른 활동보조인, 예비후보자 또는 그의 배우자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 각 1명으로 규정하고 있다. 위 규정에 따르면, 미혼 후보자는 기혼 후보자에 비해 직접적으로 선거운동을 할 수 있는 사람의 수가 적고, 같은 기혼 예비후보자의 경우에도 자녀들의 나이나 수에 따라 선거운동을 할 수 있는 사람의 수가 결정된다. 인권위법이 정한 각하 사유에 해당하기는 하나, '배우자나 직계존비속의 유무'는 예비후보자의 능력이나 선택과는 무관한 우연적 사정에 의한 것이고, 선거운동을 도와줄 만한 배우자나 직계존비속이 없는 예비후보자가 다른 이들과 어느 정도 대등한 경쟁을 할 수 있는 방안이 마련되어 있지 않으므로 이는 혼인여부와 가족상황을 이유로 한 차별의 소지가 있기 때문에 정책권고가 필요하다고 판단하였다.

나. 간접차별

호주 퀸즐랜드주 인권위 가이드스에 따르면 '근래에 하나의 주소지에서 일정 기간 이상 거주할 것을 대출 요건으로 하면 근래 이혼, 사별, 별거한 사람에게 간접차별이 될 수 있다'고 설명한다. 특히 혼인상 지위의 변동으로 인해 재정적 어려움이 더 큰 상황에서 피해자에게 미치는 불이익이 더 클 수 있다는 점을 강조한다.¹³⁾ 이처럼 간접차별은 다양한 혼인 상 지위 관련하여 발생하는 고유한 조건으로 인해 불리한 결과가 발생할 수 있음에 주목할 필요가 있다.

다. 합리적 이유

재화용역 이용 혼인 차별 사건에서는 주로 합리적 이유를 중심으로 쟁점이 형성되고 있다. 혼인을 이유로 한 차별이 문제된 사례는 사실혼, 계부모 관계, 이혼에 대한 불리한 대우의 합리성이 주로 문제되었다.

이혼으로 인해 거소이전 퇴사 시 구직급여를 지급 사유로 인정하지 않는 것이 문제된 사례 관련해서는, 혼인으로 인한 거소이전은 구직급여 지급사유로 인정하면서 이혼으로 인한 경우는 인정하지 않는 것의 형평성을 고려한 것으로 보인다(11진정0126800). 이혼 후 사실혼 관계에 있는 자의 피부양자 자격 인정 여부가 문제된 사안에서 인권위는 이혼 후 사실혼 관계라는 상태가 '혼인의사 없음'을 추정(13진정0012100, 13진정0527800)하는 근거가 될 수 없다고 결정하였다. 사실혼 관계 여부를 판단할 때 혼인의사 유무를 판단하는 요소들을 활용하여 각 사안별로 판단해야 할 것이지, 이혼 전력이 있는 관계라고 해서 일괄적으로 혼인의사 없음을 추정할 수 없다는 것이다. 이러한 결정은

13) https://www.qhrc.qld.gov.au/_data/assets/pdf_file/0005/19859/QHRC_factsheet_ADA_RelationshipStatus.pdf

혼인인사 사실혼 관계인지 여부를 판단하는 기준으로 이혼 전력 여부만을 기준으로 하는 것이 타당하지 않다는 판단을 바탕으로 한 것이다.

미혼인 형제자매만을 건강보험 제도에서의 피부양자로 인정하는 시행규칙에 대해서도 혼인을 이유로 한 차별의 합리성이 부인된 바 있다. 舊「국민건강보험법 시행규칙」 [별표1] 은 생계 의존여부, 보수 또는 소득의 유무가 아닌 미혼 여부를 기준으로 피부양자 자격을 규정하고 있었다.¹⁴⁾ 이는 「국민건강보험법」의 입법 취지에서 벗어난 것일 뿐만 아니라, 법률에서 위임한 범위를 벗어났다는 점도 합리적 이유를 부인한 근거 중 하나였다. 또한 이혼 또는 사별한 형제·자매의 경제적 능력에 대한 사실 확인이 어렵고, 보험료를 납부하지 않는 피부양자의 인정범위를 최소화할 필요가 있다는 것도 합리적 이유가 되기 어렵다고 판단하였다. 피부양자의 경제적 능력 여부를 확인하는 것은 사회보험정책을 주관하는 피진정인들의 의무인바, 피진정인들이 혼인여부가 아닌 경제적 능력에 따라 피부양자 자격을 인정하는 것이 어떻게 피부양자의 범위를 확대시키는 결과를 가져오는지에 대한 구체적인 이유를 제시하고 있지 않고, 달리 직장가입자의 피부양자를 인정함에 있어 경제적 능력이 아닌 혼인을 이유로 이혼 또는 사별한 형제자매를 불리하게 대우하는 것에 대한 합리적 사유를 인정하기 힘들다고 판단하였다.

토지주택공사의 신혼부부 전세임대제도 입주자 순위에서의 ‘혼인’에 사실혼이 포함되지 않는 것에 대해 “객관적인 기준의 필요성을 이유로 합리적 이유를 인정한 사례(09진차0001329)가 있다. 또한 공무원연금공단의 주택사업운영규정에 따르면 배우자나 직계혈족 등과 동거하는 자만을 입주대상으로 정하고 있어, 계모의 직계존속과 동거하는 자는 입주자격을 갖추지 못하는 것이 재혼가정에 대한 차별인지 다뤄진 사례가 있다. 이 사례에서 인권위는 계모자 관계는 계자의 자발적 의사가 아닌 인척관계에 불과하고, 입양을 통해 법적으로 친족관계 형성이 가능한 점, 현재의 입주요건은 혈족인 형제자매도 제외하는 점, 법률상 부양의무가 없는 인척의 혈족까지 입주자격을 확장하지 않는 것을 불합리하다고 보기 어렵다는 점 등을 바탕으로 차별이 아니라고 판단하였다(13진정0381700). 이러한 사례는 진정인의 임대주택 입주 권리가 침해된다 하더라도 해당 임대제도에서 공정한 입주대상자를 선정하는 기준이 갖는 중요성, 입양이나 혼인신고 등 다른 방식을 통해 자격을 획득하는 것이 가능하다는 점, 혈족인 형제자매도 입주요건에서 제외하는 등 엄격하게 입주자격 기준을 정하고 있다는 점 등을 고려한 것으로 보인다.

다만, 사실혼 관계에 대해 이혼 시 재산분할 권리를 인정하고 있고, 향후 유산 상속권 인정 논의도 인정되는 현 상황에서 사실혼 관계를 입주대상 관계에서 제외하는 것이 타당한지 논의가 필요하다.

한편, 건강보험 피부양자 자격, 구직급여 등 사회보장 급여의 수혜 관련된 사안에서는 합리적 이유를 비례적으로 엄격하게 심사하는 경향을 보인다. 사회보장급여는 취약한 상태에 처한 자를 보호하는 사회안전망이자 최저선으로서의 중대성이 크기 때문에 불리한 대우의 합리적 이유를 엄격하게 심사하는 것이다. 반면에 주택임대 자격과 같은 부가적인 혜택과 관련해서는 상대적으로 합리적 이유를 넓게 인정하는 것으로 보인다.

IV. 교육시설 이용에서의 차별

혼인을 이유로 한 교육시설 이용 관련 차별 사례는 매우 드문 편이고, 외국의 차별금지법 관련 자료에서도 찾기 힘들다.

14) 해당 시행규칙은 2018.3.6. 개정되어 형제자매의 미혼 조건을 폐지하였다.

계부모의 학부모위원 피선거권을 인정하지 않은 것이 문제된 사안(15진정0208700)에서는 계부모에 대한 차별이라고 인정한 바 있다. 이 사안에서는 해당 기준의 합리적 이유 여부가 주된 쟁점이었다. 이와 관련하여 인권위는 해당 업무가 엄격한 권리행사를 요구하지 않는다는 점에서 불리한 처우의 중대한 목적이 인정되지 않고, 아동의 이익을 최우선적으로 고려해야 하는 학부모위원 업무의 특성과 계부모의 참여를 제한함으로써 달성할 수 있는 효과가 분명치 않아서 수단의 적정성이 의문시되고, 이 둘을 비교衡量 했을 때 침익의 비례성이 인정되지 않는다는 이유로 차별로 판단하였다. 학생의 임신, 출산을 이유로 한 퇴학 사례의 경우 혼인 여부가 아니라 임신, 출산 관련 차별 사례로 다루어졌고 이러한 분류가 타당하다고 판단된다.

제8절. 임신 또는 출산

I. 임신·출산의 의미

1. 성차별과의 관계

CEDAW나 남녀고용평등법 등에서 임신·출산을 이유로 한 차별도 넓은 의미의 성차별로 규정하고 있으나, 인권위법에서는 성별과 별개의 차별 사유로 명시하고 있다. 또한 출산한 여성과 그렇지 않은 여성 사이의 차별도 진정 대상이 될 수 있다는 점에서 성별과 임신·출산을 구별할 실익”이 있다(국가인권위원회법 해설집, 2005, p.380).

2. 임신, 출산/육아의 의미

‘임신’의 의미는 착상에서부터 출산에 이르기까지의 과정, 출산 후 회복기간과 수유를 포함하여 임신과 관련된 모든 상황을 의미한다. 또한 ‘임신’에는 임신한 여성이 특별히 필요로 하는 요구와 상황, 유사산, 낙태, 임신이나 출산으로 인한 합병증), 낙태/유사산의 직간접적인 결과로 발생된 건강상태, 출산 후 회복, 수유와 관련된 것 등을 포함하고 이와 관련된 요구가 거절당할 경우 차별이 될 수 있음을 의미한다(국가인권위, 2008). 따라서 모유수유를 이유로 한 불리한 대우도 임신, 출산에 포함되는 것으로 해석할 필요가 있다.¹⁾

임신, 출산의 범위에 육아 책임도 포함되는지 검토할 필요가 있다. 2019년 [차별판단기준 기초조사연구에 따르면 2009년~2018년 동안 접수된 임신, 출산 관련 결정례는 9건인데, 그 중 4건이 육아휴직 등 육아기 차별에 대한 것이거나 중첩된 사안이라고 한다(박선영 외, 2019:50). 육아 등 돌봄노동 지원은 임신, 출산, 수유와 같은 모성기능의 보호와 관련 없이 육아나 가사노동을 지원하는 조치라는 점에서 양자는 구분된다는 견해²⁾도 있다. 그러나 인권위 결정은 육아휴직 기간을 근속기간이나 성과급 부여 대상 시간에 포함하는 문제 등과 관련해서 ‘임신, 출산’으로 인한 차별에 해당하지 않는다고 각하한 바 없는 것을 보건대, 임신, 출산에 육아육직이나 육아기 근로시간단축 사용 등 돌봄 부담도 포함하여 해석하는 것으로 보인다.

3. 임신, 출산의 가능성

12진정094430결정 사건에서는 실제로 임신, 출산한 여성이 아니라 잠재적 가능성이 있다는 이유로 채용에서 탈락한 것이 문제되었다. 이 사건에서 인권위는 임신, 출산을 이유로 한 차별이라고 인정하였는데, 법 상의 ‘임신, 출산’이 실제 임신, 출산한 경우로 한정되지 않고 그러한 가능성이 있는 경우까지 포함한 것으로 해석되어야 함을 뜻한다. 2008년 차별판단지침에서도 ‘잠재적 임신 (potential pregnancy)’이란 외국의 개념을 소개하면서 여성이 자녀를 낳을 수 있는 가능성이 있

1)

<https://www.citizensadvice.org.uk/consumer/discrimination-in-the-provision-of-goods-and-services/discrimination-in-the-provision-of-goods-and-services1/goods-and-services-what-are-the-different-types-of-discrimination/provision-of-goods-and-services-pregnancy-and-maternity-discrimination/>

2) 김엘림, 남녀평등과 법, 한국방송통신대학교출판부, 2009, 211면; 박선영 외, 2019, 50면에서 재인용.

다는 사실 또는 임신이 되기를 원한다는 것을 표현하는 사실, 또는 여성이 임신할 것 같은 때 혹은 그럴 것 같아 보이는 사실을 포함한다고 설명한다(국가인권위원회, 2008)하는 것을 의미한다.

4. 유산

습관성 유산을 이유로 병가를 신청했으나 거부 당하고 인사위 회의 자리에서 ‘사실상 그만 두는 것을 선택했으면 한다’는 취지의 발언을 들은 후 사직서를 제출한 사례에서는 임신, 출산을 이유로 한 차별이 인정되었다. 습관성 유산은 한국표준질병사인분류에 등록된 질병으로 병가를 불허할 사유에 해당하지 않기 때문에 차별이 인정된 경우이다(17진정0943300, 17진정1118600(병합)). 이 결정례는 습관성 유산도 임신, 출산 차별의 개념에 포함될 수 있음을 보여준다.

II. 고용 차별

1. 차별이 인정된 경우

가. 임신 출산 이유

임신, 출산 등을 ‘이유로’ 여부가 쟁점으로 다뤄진 결정으로 06진차618 결정이 있다.³⁾ 기존에 보건소에 근무하던 여성이 보건소에 근무할 의사를 모집하는 지방계약직 공무원 채용에 응시하였다가 면접에서 탈락한 사건에서, 면접관들이 말한 임신, 출산 사실에 대한 부정적인 발언들이 거의 유일한 증거이었다. 피진정인측은 출산이 임박했는데 ‘무슨 생각으로 원서를 냈는지 듣고 싶다’고 말한 것은 진정인의 출산 이후의 근무 계획을 묻는 차원이고, ‘곧 출산으로 쉬어야 하는 사람을 인사위원회에 추천하기는 어렵다’는 발언을 한 것은 진정인의 자격과 역량이 부족하여 탈락했다는 사실을 대면하여 말하기 어려워 둘러댄 것에 불과할 뿐이라고 하였다. 진정인의 역량과 근무평가 결과가 탈락 사유이지 임신, 출산은 이유가 아니라고 주장한 것이다. 이 사건에 인권위는 문제된 발언은 “어떠한 행위에 있어서 그 의도나 고의는 극히 주관적인 것이어서 결국 그 행위를 판단함에 있어서는 겉으로 드러난 발언의 내용, 발언이 이루어진 상황, 그리고 결과를 두고 객관적으로 평가”되어야 한다고 기준을 제시하였다. 해당 발언의 내용과 상황, 결과를 종합적으로 고려하여 판단해야 한다는 것이다. 또한 진정인에 대한 면접 질문이 주로 출산 관련한 내용이었다는 점, 불합격 결과에 대한 문의 과정에서 피진정인의 부적절한 발언 등을 종합했을 때 임신, 출산과 채용 탈락 사이에 인과성이 있다고 판단하였다.

“피진정인의 그와 같은 발언은 ‘출산을 바로 앞둔 진정인을 채용하게 되면 바로 출산 후 휴가를 주어야 하는 상황이므로 그 부담을 떠안으면서 진정인을 채용할 수 없다’는 취지가 담겨 있다는 해석 외에는 달리 어떠한 내용으로 해석하기가 어려운 것으로서, 임신중인 응시자에 대한 편견이 깔려 있는 발언으로 질문이 금지되어야 하는 차별적 발언으로 판단된다. 당시 비록 진정인과 오랫동안 근무하여서 잘 알고 있는 사이들이라고는 하나 진정인에 대한 질문이 모두 주로 출산일자와 출산 후 어떻게 근무할 것인지에 집중되어 있고 달리 평정요소와 관련된 질문은 이루어지지 않았던 점, 진정인이 불합격 처리된 직후 피진정인을 면담하였을 때에도 피진정인이 동일한 취지로 발언하였던 점

3) 이 사건은 채용 탈락이라는 고용 상 불리한 대우가 있었다는 점에서 위에서 언급한 비난, 부적절한 언동 사례와 구분된다.

을 고려할 때에, 진정인에 대한 불합격처분에 임신과 출산이 상당한 영향을 끼쳤거나 주된 사유가 되었음을 부인하기 어렵다.” (06진차618 결정)

이렇게 임신, 출산 차별이 일응 소명되자 피진정인측은 원래 전문의를 채용하려 했기 때문이라고 주장하였으나, 채용 공고 상에는 전문의 우대라고 기재하였을 뿐 전문의로 자격을 제한하지 않았다는 점, 채용에 응시한 후보자 모두 일반의였다는 점을 고려했을 때 탈락의 진정한 이유가 되지 않는다고 판단하였다. 또한 진정인이 다른 직원과의 화합이 안 된다는 점을 고려했다는 주장에 대해서도 충분한 근거를 제시하지 않았다는 이유로 기각하였다.

나. 합리적 이유

음악치료사로 일하는 진정인이 습관성 유산을 이유로 병가 사용을 신청한 것이 거부된 사례에서 피진정인은 직종의 특성 상 대체인력을 찾기 어렵다고 항변하였다. 다른 직원이 음악치료사인 진정인의 업무를 대체하기 어려워 시설 이용자가 지속적인 치료를 받기 어려운 사정이 있다는 것이다. 그러나 병가 휴직 관련 인사위원회 논의 당시 진정인이 이용 장애아동의 지속적인 치료를 위해 대체인력 채용이 가능하도록 1년 휴직도 가능하다는 입장을 밝혔고, 이 사건 기관의 「복무규정」 및 「인사규정」에 따르면 연 합계 60일의 병가일수를 초과할 경우 본인의 신청에 따라 1년 이내의 휴직을 허가할 수 있는 점, 신체상의 이상으로 장기요양을 요할 때 휴직을 허가할 수 있는 점 등을 종합해 보면 대체인력 채용의 방법으로, 시설 이용 장애아동의 지속적인 치료를 보장하면서 진정인의 장기 병가 후 휴직 또는 휴직 등을 허가하여 진정인이 퇴사에 이르지 않도록 할 수 있는 대안이 있었음에도 이를 고려하지 않는 모습을 보였다. 해당 인권위 결정은, ‘인사위원회 회의내용 녹취록의 전반적인 맥락에 비추어 볼 때, 당시 인사위원들은 이러한 해결책을 찾기 위한 의사나 의지가 부족했던 것으로 보이며, 대다수의 인사위원들이 진정인에게 직장과 임신 중 하나만 선택하라는 취지로 이야기’하였다고 판단하였다(17진정0943300, 17진정1118600(병합)). 이 결정례는 임신, 출산 관련 차별적 조치가 아닌 다른 대안을 찾으려는 노력을 사용자가 했는지 여부에 따라 합리적 이유 인정여부가 달라질 수 있음을 보여준다.

질병휴직 기간과 달리 육아휴직 기간은 일괄적으로 전출 자격 조건이나 순위 산정에서 배제한 것이 문제된 사안에서 인권위는 합리적 이유를 인정하지 않았다. 육아휴직 기간이라고 해서 항상 배우자와 동거하는 것은 아니라는 점, 남녀고용평등법 등에서 육아휴직자에 대해 불리한 처우를 하지 않아야 할 의무가 있다는 점, 1:1 동수교류를 원칙으로 하고 있고 연1회 신청을 받아 실시하고 있어 교육과정 운영이나 행정적 처리에 크게 부담이 된다고 하기 어려운 점 등을 종합적으로 고려할 때 합리적 이유를 인정하기 어렵다고 하였다(16진정0978000결정, 15진정1011300 등). 이러한 결정들은 육아휴직 기간 전부를 별거 기간에 산입하도록 권고하는 것은 아니고 휴직 기간 전부를 제외하는 것에 합리적 이유가 없다고 판단했다고 해석하는 것이 타당하다.

인권위법 상 모든 사유에 대해 간접차별 개념이 적용될 수 있는지에 대해 명확히 제시된 바는 없는데, 임신 출산 관련 결정례 중 간접차별의 개념을 적용한 사례가 있다. 또한 외국 입법례에서도 임신, 출산 관련해서 간접차별을 적용하는 것이 공통적으로 확인된다. 영국 평등법은 성별, 연령, 장애, 성전환, 혼인 또는 시민적 결합관계, 임신과 모성, 인종, 종교나 신념, 성적 지향 차별에 대해 간접차별 개념을 적용한다. 미국 연방 차별금지법은 인종, 피부색, 성별, 성적 지향, 출신국가, 종교, 연령, 장애, 임신 등에 대한 간접차별을 금지한다. 임신, 출산 관련 간접차별은 출산휴가나 육아휴직을 사용한 기간을 다른 휴직, 휴가 기간과 동일하게 취급함으로써 이용한 근로자에게 불리한 영향이 발생하는 경우가 주로 확인된다.

기간제 교원의 재계약 결정 근거가 되는 근무평정 대상 기간에 출산휴가 등을 포함하는 것이 문제된 18진정0185300결정 사건에서 인권위는 “일견 중립적인 기준을 적용하는 것처럼 보이지만 결과적으로 임신, 출산휴가를 사용한 기간제교원에게 현저히 불리한 결과를 초래”하기 때문에 간접차별이라고 판단하였다. 다른 기간제교원과 동일한 기준을 적용하는 것이 현저히 불리한 영향을 미치는지와 관련하여, 업무능력이 매우 탁월하지 않은 이상 출산휴가의 업무공백을 극복하기 어려워 근무활동평가가 점수가 낮을 수밖에 없다는 점, 통상 2년차 기간제교원에게 업무강도가 높은 업무영역을 맡기고 이를 제대로 수행하기 위해 야간근로 등 초과근무가 필요한 경우가 많은데 임신 이전과 동등한 수준으로 업무를 수행하기 어려운 경우가 많다는 점 등을 고려하였다. 간접차별이 인정되더라도 피진정인 측에서 이를 정당화할 수 있는 사유를 입증하면 차별의 책임을 면할 수 있는데, 이 사건에서는 정당화 사유 쟁점은 다뤄진 바가 없다.

또한 교원의 성과평가 시 휴직, 휴가 기간을 감점 사유로 반영하는데, 여기에 육아휴직 기간을 포함하는 것도 임신, 출산 관련 간접차별로 볼 수 있다. 모든 교원에 대해 동일하게 적용하는 기준이나 임신, 출산 관련 휴직, 휴가를 사용한 자에게 현저히 더 많은 불리한 영향이 발생하기 때문이다. 19진정0378800결정에서 인권위는 “성과평가란 근무한 기간 동안의 실적에 대한 평가이므로 근무하지 않은 기간을 일률적으로 감점요소로 반영하는 것은 적절하지 않다는 점, 남녀고용평등법 등에서 육아휴직 사용을 이유로 한 불리한 처우를 금지한다는 점 등을 종합적으로 검토”했을 때 차별에 해당한다고 판단하였다. 육아휴직 사용자에게 대한 간접차별의 정당성을 인정하지 않은 것이다.

교원의 성과상여금 요건이 되는 근무기간에 육아휴직이나 출산휴가, 육아기 근로시간단축 시간을 포함하지 않는 것도 임신, 출산 관련 간접차별 사건이라 할 수 있다. 육아기 근로시간단축 시간을 근무기간에서 제외하여 산정한 것이 문제된 13-진정-0003100결정 사건이 대표적인 사례이다. 이 결정에서 간접차별에 해당한다고 명시적으로 언급하지 않았으나, 출산휴가 등 사용자에게 대해서만 다른 기준을 적용한 것이 아니고 동일한 산정기준을 적용했다는 점에서 간접차별 사안으로 보아야 한다. 이 사안은 1년 중 2개월 이상 근무한 자에게 업무성과를 기준으로 지급되는 성과상여금의 성격을 고려했을 때 ‘실제로 근무한 기간’으로 임금을 계산하는 것이 바람직하고 불합리한 차별이 아니라고 판단하여 간접차별의 정당화 사유를 인정하였다.

또한 공무원 전보제한 기간에 육아휴직 기간을 포함시키지 않는 것이 문제된 진정 사건 결정(12진정0413400)도 간접차별 사안으로 보는 것이 타당하다. 이 결정에서는 공무원 임용 후 3년의 전보제한 기간을 두고 있는데 기관의 안정적인 인사운영을 도모한다는 정당한 목적이 있고, 질병휴직 등 다른 휴직과 다르게 대우해야 할 이유가 없으며, 인사운영의 안정성이라는 목적을 달성하기 위한 불가피한 수단이라는 점 등을 고려했을 때 정당성이 인정된다고 판단하였다.

위의 결정례를 종합하면 공무원 전보제한 기간이나 성과상여금 지급을 위한 실근무기간 산입 등 임신, 출산 관련하여 적극적으로 우대하지 않는 것에 대해서는 그 정당성을 넓게 인정하고, 성과평가 기준처럼 육아휴직 이용자를 더 불리하게 대우하는 것에 대해서는 엄격하게 인정하는 것으로 보인다.⁴⁾

4) 사건으로는 교원공무원 관련 법률에서 별도로 정해진 근거가 없다면, 법률상 정해진 휴직, 휴가 사용일을 성과평가 상 감점 요소로 반영하는 것이 근로기준법, 남녀고용평등법에 반하는 것으로 개선 필요성이 있다.

2. 차별이 인정되지 않은 경우

육아휴직 등 휴직 중인 공무원에 대해서는 타직렬로의 전직 신청을 받지 않는 규정이 문제된 사건에서는, 실질적으로 업무를 수행하지 않는 휴직자에게 전직을 허용할 경우 해당 직렬의 결원 보충이라는 전직 임용의 취지에 부합하지 않고, 근무중인 자는 휴직자에 비해 전직 시험 대비에 있어 상대적으로 불리한 상황이 발생할 수 있음을 고려했을 때 합리적 이유를 인정한 사례가 있다(11-진정-0155100결정).

간접차별 관련 정당화 사유가 인정되어 차별 진정이 기각된 경우도 있다. 교원 일방전입계획을 실시함에 있어 담임 또는 부장경력 항목에 대한 배점기준을 최근 10년간으로 한정함에 따라 육아휴직을 사용한 교원이 불이익을 입는다고 제기된 진정 건도 간접차별로 볼 수 있다. 이 사안에서 진정인은 임용 후부터 담임경력을 모두 인정해주는 방향으로 기준이 변경되어야 한다고 주장하였다. 인권위는 교육활동실적의 배점기준을 최근 10년간으로 한정하는 것은 해당 교육자치단체에 수급이 필요한 교원의 대상을 구분하여 교육자치단체의 장이 판단할 재량의 영역에 해당하고, 담임경력 뿐 아니라 다른 모든 영역의 평가기간도 모두 최근 10년 간으로 한정하는 점, 다른 다양한 요소에서의 평가점수로 보완할 여지가 있다는 점 등을 고려했을 때 차별이 아니라고 기각하였다(16-진정-0938500)

3. 주요 쟁점

가. 임신출산에 육아 책임도 포함되는지 여부

육아 등 돌봄노동 지원은 임신, 출산, 수유와 같은 모성기능의 보호와 관련 없이 육아나 가사노동을 지원하는 조치라는 점에서 양자는 구분된다는 견해도 있다. 그러나 인권위 결정은 육아휴직 기간을 근속기간이나 성과급 부여 대상 시간에 포함하는 문제 등과 관련해서 ‘임신, 출산’으로 인한 차별에 해당하지 않는다고 각하한 바 없는 것을 보건대, 임신, 출산에 육아육직이나 육아기 근로시간단축 사용 등 돌봄 부담도 포함하여 해석하는 것으로 보인다.

나. 고용에서의 불리한 대우

불리한 대우가 존재하지 않는다는 이유로 각하된 진정 사건은 대부분 고용상 처분에서의 불이익이 확인되지 않고 부적절하거나 비난하는 언행이 문제된 경우이다. 15-진정-1001300 등에서는 임신한 군인 등 여성 직원을 비난하거나 부당한 언행을 한 것만으로는 고용 상 불리한 대우가 있었다고 보기 어렵다는 이유로 각하하였다. 또한 임신출산한 계약직 여성이 무기계약직 전환 거절 관련 법적 분쟁을 벌이는 과정에서 관리자가 출산휴가 및 육아휴직 사용을 비난하는 발언을 한 것이 문제된 17-진정-0033700 사건에서도 “부적절한 발언만 있을 뿐”이라는 이유로 각하하였다. 진정을 제기한 근로자의 입장에서는 임신, 출산에 대해 비난하는 발언이 당사자의 인격을 침해하고 정신적 피해를 끼친다는 점에서 인권위의 구제를 기대할 것이나, 현행 법 상 고용 상 처분에서의 불리함을 요건으로 한다는 점에서 한계가 있다. 따라서 향후 평등법 제정안처럼 성별, 임신, 출산 등을 이유로 한 차별적 괴롭힘을 차별의 한 유형으로 규정한다면, 차별적인 언행에 대한 본안 판단이 가능해질 것이다.⁵⁾

5) 비슷한 사례로 임신한 교사의 담임교체 건 등과 관련한 회의에서 해당 피해교사에게 “담임을 하자마자 이런 상황을 일으킨 것에 대해 다른 교사에게 미안해야 한다. 이 상황을 책임져야 한다.” 고 발언한 것만으로는

문제된 처분이 불리하다고 보기 어렵다는 이유로 기각된 경우도 존재한다. 11진정0721100결정 사건에서는, 진정인이 원래 근무하던 수술실이 아니라 병동, 즉 다른 부서로 배치한 것이 차별인지 다투어졌다. 이 사건에서 인권위는 피진정인의 복직 관련 인사규정은 복직 시 직종을 달리하지 말라는 의미이지 동일한 부서에 배치해야 한다는 의미가 아니라고 하였다. 또한 새로 배치될 부서의 업무가 과중하고 재교육이 필요하다고 하더라도 지나치게 과도하게 불합리하여 차별로 보기 어렵다고 하였다. 이 결정에 대해 임신,출산 차별의 합리적 이유를 인정하는 것으로 해석하는 견해도 있으나(2019년 차별판단기준 기초조사연구) 불리한 대우가 존재하지 않는다고 해석하는 것이 타당한 것으로 보인다. 다만, 동일직종에 배치하기만 하면 불리한 대우가 성립하지 않는다고 일반화하기는 어렵다는 점에 유의해야 한다. 만약 이 사건에서 병동 근무로 인해 진정인에게 발생하는 불이익(임금, 승진 소요기간 등)이 얼마나 큰지 보다 구체적으로 입증할 수 있었다면 판단 결과가 달라질 수 있을 것이다.

다. 임신출산을 이유로

06진차618결정례처럼 임신출산을 이유로 한 불리한 대우인지 다투지는 사건에서는 ‘겉으로 드러난 발언 외에도 발언이 이루어진 상황, 결과를 종합적으로 고려해야 한다고 일응의 판단기준을 제시하였다. 면접 당일과 불합격 여부 확인 과정에서 사용자측이 한 발언의 내용과 맥락을 구체적으로 검토하여 임신출산 여부가 채용 결과에 영향을 미쳤을 것임을 판단한 것이다.

라. 합리적 이유

육아휴직 기간을 다른 질병휴가와 다르게 취급하는 직접차별 사안은 간접차별 사안에 비해 상대적으로 엄격하게 합리적 이유를 판단하는 것으로 보인다. 또한 근로자는 모집채용 과정에서 자신의 임신 사실을 사용자에게 고지할 의무가 없기 때문에 이를 이유로 해고 등 불리한 처분을 하는 것은 차별의 합리적 이유를 인정하기 어렵다. 1995년 7월 1일에 근로를 개시하였으며, 8월에 자신이 임신 중이며 출산예정일이 11월 초라고 통보하자, 모집채용 과정에서 임신사실을 고지하지 않았다는 이유로 해고한 사례 관련, 유럽사법재판소는 사용자가 입게 되는 재정적 불이익이 아무리 크다고 할지라도 사용자는 모집을 함에 있어서 임신을 고려할 수 없기 때문에 근로자는 사용자에게 임신사실을 고지할 의무를 부담하지 않는다고 판단하였다.⁶⁾

임신, 수유 중인 여성에게 유해한 작업환경이라는 이유로 해고, 배치전환 등의 조치를 취한 것을 차별로 판단하는 기준(진정직업자격)도 전통적인 쟁점이다. 그러나 진정으로 태어나 임신부의 건강을 고려한 것이라면 해고가 아닌 배치전환으로 대응하였는지, 임신, 출산, 수유기를 완료 후 본래 업무로의 복귀를 보장했는지 등을 고려하여 합리적 이유를 판단할 필요가 있다.⁷⁾ 또한 생식기 건강에 영향을 미치는 작업환경을 이유로 여성을 해고, 배치전환 한 경우일지라도 남성에게만 선택권을 주고 여성에게는 일방적으로 조치하였다면, 임신, 출산 관련 **진정직업자격**을 인정하지 않을 수 있다. Johnson Controls사건에서 미 연방대법원은 “장래의 자녀의 복지에 대한 결정은 이 아이를 임신, 출산, 양육할 부모에게 맡겨야지 그 사용자에게 맡겨서는 안 된다”라고 판시한 바 있다.⁸⁾

임신출산 관련 간접차별 사안은 주로 육아휴직기간을 다른 휴직, 휴가 기간과 동일하게 취급하여

임신 출산을 이유로 한 차별로 볼 수 없다고 한 결정이 있다(15-진정-0600200).

6) 국가인권위, 차별판단지침, 2008, p.175-176.

7) 국가인권위, 위의 지침, 2008, p.176.

8) EEOC, Enforcement Guidance on Pregnancy Discrimination and Related Issues, 2015.

불리한 영향이 발생하는 경우에 발생하였다. 공무원 전보제한 기간이나 성과상여금 지급을 위한 실근 무기간 산입 등 임신, 출산 관련하여 적극적으로 우대하지 않는 것에 대해서는 그 정당성을 넓게 인정하고, 성과평가 기준처럼 육아휴직 이용자를 더 불리하게 대우하는 것에 대해서는 엄격하게 인정하는 것으로 보인다.⁹⁾

II. 재화 용역 관련 차별

1. 차별이 인정된 경우

재화·용역을 제공함에 있어서 합리적인 이유 없이 임신을 이유로 차이를 두는 사례로는 임신한 여성이 극장이나 레스토랑과 같은 시설을 이용하는 것이 거부당하는 경우, 공공장소 등에서 여성의 모유수유를 금지하는 경우, 주택에 세를 들거나 호텔, 모텔 등의 숙박시설을 이용하는 데 있어서 임신을 이유로 계약 또는 이용을 거부, 제한하는 경우, 임신 또는 출산, 수유 등을 이유로 재화나 서비스를 제공하는 데 있어서 부당한 조건을 제시하거나 부당한 대우를 하는 경우 차별로 인정된다.¹⁰⁾

2. 차별이 인정되지 않은 경우

임신, 출산, 모유수유 중이라는 이유로 시설이나 서비스의 이용을 제한하는 것은 재화 용역 이용에서의 차별에 해당한다. 단, 임신, 출산, 모유수유 중인 자에게 해당 서비스를 제공하는 것이 당사자의 건강 등에 문제를 일으킬 경우에는 합리적 이유가 인정될 수 있다.¹¹⁾ 비슷한 사례로 임신 중이던 여성이 교통사고를 당하여 보험금을 청구하기 위해 필요한 MRI 촬영을 바로 할 수 없었고, 출산 및 수유 기간이 종료된 때에 촬영 결과를 제출하였으나 교통사고일로부터 1년 3개월이 지난 상태로 보험금 지급의 근거가 될 수 없다고 한 것이 문제된 사례가 있다. MRI촬영 결과를 바탕으로 교통사고 피해를 입증해야 할 경우 임신 중인 여성이 임신하지 않은 자에 비해 보험금 지급에 사실상의 불이익을 받은 측면이 있는 것은 사실이나, 보험금 지급 여부를 판단하기 위해 사고와 손실 발생 간의 관련성을 확인할 필요가 있다는 점에서 현저히 불합리한 것으로 보기 어렵다고 결정하였다(10진정 0201300). 다만 임신 중인 여성이 MRI나 X선 촬영 등의 방식으로 신체적 피해를 입증하기 어려워 불이익을 입을 가능성이 존재하므로, 보험사에서는 다른 방식으로 그 피해를 감정하는 방식을 도입하는 것이 가능한지, 외국의 보험사는 어떤 방식을 적용하는지에 대한 조사가 필요하다.

3. 주요 쟁점

가. 유자녀를 이유로 한 차별

9) 사건으로는 교원공무원 관련 법률에서 별도로 정해진 근거가 없다면, 법률상 정해진 휴직, 휴가 사용일을 성과평가 상 감점 요소로 반영하는 것이 근로기준법, 남녀고용평등법에 반하는 것으로 개선 필요성이 있다.

10) 국가인권위, 앞의 지침, 2008, p.179.

11)

<https://www.citizensadvice.org.uk/consumer/discrimination-in-the-provision-of-goods-and-services/discrimination-in-the-provision-of-goods-and-services1/goods-and-services-what-are-the-different-types-of-discrimination/provision-of-goods-and-services-pregnancy-and-maternity-discrimination/>

앞에서 언급하였듯이 임신, 출산에 육아책임도 포함되는 것으로 해석된다면 '자녀가 있다는 이유로' 주택 임차를 거절 당하거나 식당 출입이 제한되는 경우도 임신출산 차별로 포섭할 수 있을지 문제된다. 미국의 경우 Fair Housing Act of 1968에 근거하여 18세 미만 자녀가 있다는 이유로 임대 거절하는 것은 차별로 인정된다. 미국은 이 법에서의 가족 상황(familial status)에 자녀 유무를 포함하는 것으로 해석한다. 이 법에 따르면 자녀 유무에 따른 주택 임대 관련 차별의 합리적 이유는 제한적으로 인정되는데, 자녀의 수가 너무 많아서 지자체 화재법규 상 거주인원 기준을 초과할 경우, 고령자용 임대주택으로 허가받은 주택인 경우 등이 있다.¹²⁾

나. 불리한 대우

차별로 인한 피해가 확인되지 않아 각하한 사건으로는 임신부는 병실에서 전문의 시험을 치를 수 있게 해달라는 요구를 하며 진정된 경우가 있다. 피진정인은 고시장에 입실하지 못할 경우 지정된 장소 외에서 시험을 치를 수 있도록 모든 조치를 취하고 있으나 이는 불가피한 경우에 해당하는 예외적인 적용으로 이를 규정에 명시하는 것은 형평성 문제의 소지가 있어 어렵다고 주장하였다. 인권위는 분만 관련 상황으로 인해 시험을 못 치르는 상황이 발생하지 않도록 지정된 장소가 아닌 곳에서 시험에 응시할 수 있도록 하는 것이 피진정인의 방침이므로 불이익이 발생하지 않았다고 보고 각하하였다(09진정0001634).

또한 만삭의 임신부가 항공기에서 신체적 불편함을 이유로 비즈니스 좌석으로의 변경을 요청했으나 거절 당한 것이 차별이라고 진정이 제기된 사건에서도 불리한 대우가 특정되지 않았다는 이유로 각하하였다. 만삭의 임신부에 대해 더 좋은 좌석을 제공하지 않은 것이 불리한 대우로 볼 수 없기 때문이다(15-진정-0306700).

다. 합리적 이유

재화와 용역의 이용 관련 임신, 출산 차별이 허용되는 경우는 예외적으로 인정된다. 예컨대 캐나다 온타리오주 판례와 법령은 “보험사의 기준이 건전하고 허용될 수 있는 보험 관행에 근거한 것이고 적용가능한 대안이 없음이 인정된다면” 보험 서비스 관련 임신, 출산 차별의 예외가 인정될 수 있다고 한다.¹³⁾

III. 교육시설 등의 이용 등

1. 차별이 인정된 경우

교육 영역에서는 학생의 임신, 출산을 이유로 한 학업 제한이나 사립대학 대학원생을 위한 임신, 출산 휴업제도가 부재한 것이 주로 문제되었다.

12) <https://rentprep.com/legal/landlords-refuse-rent-families-children/>

13)

<http://www.ohrc.on.ca/en/policy-preventing-discrimination-because-pregnancy-and-breastfeeding/9-services-goods-and-facilities>

고등학생이 임신하자 자퇴를 종용한 사안에서 다른 학생들의 학습권을 침해하고, 교직 상 퇴학사유에 해당할 수 있다는 피진정인측의 주장은 합리적 이유로 인정되지 않았다. 아동의 교육받을 권리가 국내외 법령에서 갖는 중요성, 다른 학생의 학습권을 침해한다고 볼 근거가 부족한 점, 퇴학사유에 이를 정도의 행위인지 속단하기 어렵다는 점 등이 판단의 근거였다(09진차535).

또한 사립대학원에 임신, 출산, 육아 관련 별도의 휴학제도가 없거나 미비한 것 관련 직권조사 결정에서는 일반휴학은 그 기간과 횟수를 제한하기 때문에 이것만으로는 출산, 육아 관련 휴학이 필요한 기간에 충분히 적용할 수 없고, 일반휴학과 그 사유나 취지가 동일하지 않은 점, 병역휴학 등과 달리 대할 이유가 없는 점 등을 고려하여 합리적 이유가 없다고 판단하였다(15직권0001000).

2. 차별이 인정되지 않은 경우

교육 영역에서의 임신, 출산 관련 차별이 인정되지 않은 사례는 보이지 않는다.

3. 주요 쟁점

교육기관에서의 임신, 출산 차별은 i) 임신, 출산을 이유로 한 정학, 퇴학 등의 불이익 조치, ii) 임신, 출산을 한 학생에 대한 편의제공을 하지 않는 경우, iii) 임신, 출산을 한 학생에게 원치 않는 특별교육 등을 강요하는 경우 등으로 크게 나뉘볼 수 있다.

i)와 관련해서는 불이익 조치의 다른 합법적인 사유가 인정되지 않는 한 임신, 출산 차별로 판단되어야 할 것이다. 또한 임신출산으로 인한 휴학을 다른 질병으로 인한 학업중단 상황과 동일하게 취급하지 않는 경우도 차별로 포섭할 수 있다. 이와 관련하여 국가인권위는 임신 출산에 의한 학업결손에 대해 질병결석(출산휴가) 처리하거나 임신 출산한 학생이 원하는 경우 휴학을 허용하는 방안을 마련하도록(2010년), 임신-출산한 학생에 산전후 요양기간을 보장하도록(2019년) 정책권고한 바 있다. 외국의 경우 임신 출산으로 인한 학업중단 상황을 질병으로 인한 학업중단 상황과 동일하게 취급하는 것도 참고할 필요가 있다. 다른 질병 사유와 달리 임신, 출산에 대해 달리 취급하므로 직접 차별로 보고 엄격하게 그 합리적 이유를 판단해야 할 것이다. ii) 유형은 임신, 출산을 한 학생에 대한 편의제공을 하지 않는 경우로 간접차별의 성격을 갖고 있다. 해당 편의제공을 하지 않음으로 인해 어떠한 불이익이 학생에게 발생했는지를 입증하는 것이 관건이 될 것이다.¹⁴⁾ 고용 영역과 달리 임신, 출산 학생에 대한 보호 조치 관련 법령상 근거가 없기 때문에 정당화 사유의 인정범위가 달라질 수 있는지 검토가 필요하다. iii)유형의 경우, 임신출산 학생만 별도의 강의에 배치하거나 다른 학생과 분리하는 경우를 상정하여 볼 수 있다. 이와 관련하여 미국 연방 교육부는 당해 학생이 원치 않음에도 강요한다면 법률 위반이라고 판단한다.¹⁵⁾

14) 캐나다 온타리오주는 사용자와 동일하게 교육기관도 임신, 출산한 여성에게 편의를 제공해야 할 의무가 있고, 이를 위반 시 차별이라고 판단한다.

<http://www.ohrc.on.ca/en/policy-preventing-discrimination-because-pregnancy-and-breastfeeding/9-services-goods-and-facilities>

15) <https://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/docs/dcl-know-rights-201306-title-ix.html>

제9절. 가족형태 또는 가족상황

I. 가족형태 또는 가족상황의 의미

1. 직접차별

국가인권위원회법상 차별금지사유 중 하나로 규정되고 있는 ‘가족형태 또는 가족상황’이란, 법에서는 명확하게 그 의미를 규정하고 있지 않지만, 가족의 형태와 상황에 대한 것들을 포함하는 것으로서, 가족이 어떻게 구성되어 있는가(예를 들어, 3인 가족인가 5인 가족인가와 같은 가족의 수, 부모+자녀 가정인가 한부모가정인가와 같은 가족의 구성, 외벌이 가정인가 맞벌이 가정인가, 자녀가 있는가와 같은 가족의 경제적 조건 등), 가족의 관계적 조건(부-모 관계, 손-자 관계, 인척관계, 배우자의 친족관계 등)을 의미하는 것이라고 말할 수 있다. 특히 국가인권위원회는 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별이란 “가족의 구성을 혼인과 혈연관계만 인정하고 그 밖의 사실혼이나 입양 등으로 형성된 다양한 가족을 인정하지 않는 경우를 말한다”고 말한 바 있다.¹⁾

한편, ‘가족’의 의미와 관련하여, 헌법재판소는 가족관계증명서 교부를 청구할 수 있는 범위에 ‘형제자매’가 포함된 것이 위헌이라는 헌법소원에서 “오늘날 가족관계에 있어서는 구성원 간의 신뢰와 유대감에 기초한 공동체”라고 보면서, “가족(상호간의) 존중도 중요하지만, 가족원 모두가 독립적 인격체인 개인으로서 존중되어야 한다는 점도 중요하다(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등 참조).”고 판단한 바 있다(다수의견).²⁾ 한편, 같은 사건에서 소수의견은 다수의견이 “혼인과 혈연으로 맺어진 부부와 자녀가 동거하는 가족형태만을 가족으로 인식”하고 있음을 지적하면서 “사회의 변화에 따라 혈연의 중요성보다는 서로에 대한 애정과 관심, 믿음과 배려로 형성된 사람들의 집단 또한 가족으로 인정될 필요성이 있으며, 법에서도 다양한 가족형태를 존중하고자 하는 최소한의 노력이 반영되어야 한다.”고 말하였다.³⁾ 법과 제도의 다양한 가족형태 존중 과정에서 개인은 가족형태 또는 가족상황 가운데 독립적 인격체로서 존중되어야 하고, 가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권이 존중되어야 할 것이며, 개인의 생활양식, 가족형태의 선택의 자유가 널리 존중되어야 할 것이다.⁴⁾

가. 차별사유에 해당하는 경우

국가인권위원회의 사례들을 통해 나타난 가족형태 또는 가족상황은 장남이나 무남독녀라는 조건(가족상황), 학생부모라는 조건(가족상황), 친부모관계인지 계부모관계인지(가족상황), 외조부모 외손자녀 관계인지 친조부모 친손자녀 관계인지(가족상황), 배우자의 존재(가족상황) 등을 볼 수 있다. 가족수

1) 16진정0104800, 16진정0308000, 0330900 병합

2) 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2015헌마924 결정(다수의견).

3) 위 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2015헌마924 결정에 대한 재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 조용호의 반대의견. 가족관계에 대한 이익은 본인 뿐만 아니라, 가족관계에 따라 본인의 형제자매 또한 갖는다는 것을 말한 것이다. 그래서 “형제자매가 본인을 위하여 본인을 대신하여 등록사항별 증명서를 발급받을 수 있도록 하는 것뿐만 아니라, 자신의 정당한 이익을 위하여 자신의 가족법상의 권리를 행사하기 위하여 간편하게 등록사항별 증명서를 발급받을 수 있도록 하는 것까지 포함”한다고 보았다.

4) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2003헌가5,6(병합) 전원재판부 결정 참조.

당을 지급하면서 장남과 무남독녀 직원에 대해 일반 직원과 다른 규정을 적용함으로써 장녀 등 다른 직원을 불리하게 대우하는 행위, 대학원생 부모의 자녀와 달리 대학생 등 학생 부모의 자녀에게 어린이집 입소 순위 1순위를 부여하지 않는 행위, 학교운영위원회의 학부모위원 선출 시 친부모에 대해서는 피선거권을 인정하면서 계부모에 대해서는 인정하지 않는 행위, 국민건강보험 직장가입자의 피부양자 부양요건 인정 시 가입자의 배우자의 계부모를 포함하지 않는 행위, 가족마일리지 합산 제도를 시행함에 있어서 항공마일리지 합산의 대상이 되는 가족의 범위에서 외조부모, 외손자녀를 친조부모, 친손자녀와 달리 제외하는 행위와 같은 것들이 ‘가족형태 또는 가족상황’에 해당하는 사례들이다.

<인권위원회 결정례 상 차별사유로 인정된 가족형태 또는 가족상황>

결정일	사건번호	분류1(사유)	결정내용
20090817	09진차0000487·09진차0001006(병합)	가족형태 또는 가족상황+성별	가족마일리지 합산제도에서 마일리지 합산의 대상이 되는 가족의 범위에서 모친계 가족(외조부모, 외손자녀)을 제외하는 기준을 개선할 것을 권고
20100329	10진차0000039	가족형태 및 가족상황	동일 또는 유사한 차별행위의 재발방지조치 권고
20121017	11진정0644700	가족형태 또는 가족상황	타 시도 전출교원 선발시 국가유상공이자 부양자 배제하지 않도록 시정권고
20140730	13진정0527800	가족형태 또는 가족상황	사별한 형제·자매에 대하여도 국민건강보험 피부양자의 부양요건을 인정하도록 제도 개선 권고
20141128	14진정0745000	가족형태 또는 가족상황	국민건강보험 직장가입자의 피부양자 부양요건 인정 시 가입자의 배우자의 계부모도 포함되도록 「국민건강보험법 시행규칙」 [별표 1]을 개정할 것
20150617	15진정0208700	가족형태 또는 가족상황	학교운영위원회의 학부모위원 선출자격 부여 시 실질적인 가족상황을 고려하여 계부모에 대한 피선거권을 제한하지 않도록 업무편람 개정 권고
20170417	15진정0860500·16진정0155200(병합)	가족형태와 가족상황	계부모·자녀 관계라 하더라도 질적인 부모·자녀관계로 볼 수 있는 경우에는 계부모 사망을 사망조위금과 가족사망급여금 지급사유에 포함할 것을 권고
20190605	19진정0409700	가족상황	직계혈족에 대한 가족수당을 지급함에 있어 성별 또는 출생순위 등 가족 상황을 이유로 불리하게 대우하지 않도록 관련 내규 개정 권고

나. 차별사유로 보기 어렵거나 국가인권위원회의 조사대상이라고 보기 어려운 경우

가족형태나 가족상황이 문제되는 것처럼 보이기 는 하지만 이러한 차별금지사유에 해당하지 않는 경우들이 있을 수 있다. 특히 가족형태나 가족상황의 의미상 가족과 관련한 문제로 다른 처우가 이루어지기는 하였지만 본질적인 문제는 가족과 관련한 문제가 아닌 경우에 그러하다.

가족형태 또는 가족상황을 이유로 차별의 진정이 제기되었지만, 차별사유로 보기 어렵다고 볼 수 있는 경우로는 거주지를 이유로 출산장려금 등 보조금 지급이 거부된다거나, 전출희망자를 모집하면서 특정 지역 재직기간을 요건으로 하는 경우가 있다. 예를 들어, 세종시가 출산장려금을 지급하는 “자녀의 출생일 이전 부모 2명의 거주지가 세종시일 것”을 요구한 경우,⁵⁾ 경기도가 초등학교 교사에 대하여 타 시도 전출 희망자를 모집하면서 경기도 공립학교 근무경력 3년 미만인 자를 제외하면서도 배우자가 이전하는 공공기관에 종사할 경우에만 진정한 경기도 재직기간에 관계없이 전출신청을

5) 16진정0104800

받은 경우⁶⁾ 등이 있었다. 이러한 사례는 출신지역을 이유로 하는 차별에 해당할 수도 있기는 하지만 좀 더 본질적으로는 가족상황에 따라 처우의 차이가 이루어졌기 때문에 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 사례로서 분류가 된 듯하다. 그리고 국가인권위원회는 부부 모두의 세종시 전입을 출산장려금 지급요건으로 한 것과 관련하여서는, 일시적으로 부부 주소지가 다른 경우 등은 가족형태 또는 가족상황에 해당한다고 보지 않았고, 출신지역을 이유로 하는 차별에 해당할 가능성과 관련하여서도 “출신지역이란 출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말하는 것”이기 때문에 현 거주지는 출신지역이 아니라고 판단하였다. 한편, 공립학교 재직중인 교사가 타 시도 전출을 희망하는 경우에 대한 요건과 관련하여 배우자가 이전하는 공공기관에 종사할 경우에만 진정인의 경기도 재직기간에 관계없이 전출신청을 받도록 한 것과 관련하여 국가인권위원회는 “가족상황이란 가족의 구성을 혼인과 혈연만 인정하고 그 밖의 가족구성을 인정하지 않는 것을 말하는 것”을 의미하는 것이고 경기도 거주와 같은 요건은 진정인이 직장을 선택한 결과일 뿐 거주지를 제한하거나 하는 것은 아니기 때문에 위원회의 조사대상에 해당하지 않는 것으로 보았다.

이외, 가족형태 또는 가족상황을 이유로 차별의 진정이 제기되었지만, 차별사유로 보기 어렵다고 볼 수 있는 경우의 많은 경우는 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 다른 처우의 문제가 법률의 개정 또는 제정을 필요로 하는 입법사항인 경우 위원회의 조사대상이 아니라고 보고 있다.

〈가족형태 또는 가족상황에 해당하지 않는 경우 등〉

결정일	사건번호	사유	주요 내용
20170116	16진정0104800	가족 상황	세종시가 출산장려금을 지급하는 “자녀의 출생일 이전 부모 2명의 거주지가 세종시일 것” 은 위원회의 조사대상인 차별사유에 해당하지 아니함
201600406	16진정0170200	가족 상황	「기초연금법」 제3조 제3항에 명시된 내용으로 이는 국회입법 사항인 바, 우리 위원회 조사대상에 해당하지 않음. 더불어, 「공무원연금법」에 따른 퇴직연금을 받은 수급권자나 그 배우자의 경우 기초연금을 지급받지 아니하므로 재혼여부에 따라 달리 대우하지도 않음.
20170124	16진정0308000, 0330900 병합	가족 상황	진정인 1의 배우자 직업은 위원회의 조사대상인 사회적 신분 또는 가족상황으로 보기 어렵고, 진정인 2가 경기도에 거주하게 된 이유는 진정인이 직장을 선택한 결과 일뿐 피진정인이 진정인 2의 거주지를 제한하는 것이 아니므로 거주이전의 자유와는 관련이 없어 진정요지 1과 2는 위원회의 조사대상에 해당하지 아니함
20171218	17진정0823800	가족 상황	렌탈 신청 시 진정인에 대하여 가족상황을 이유로 한 구체적인 피해가 있었다고 볼 수 없음.
20181120	17진정0719400	가족 상황	진정인이 주장하는 국가유공자의 배우자가 보상금을 받지 않은 경우 자녀수당도 승계할 수 있도록 할지 여부와 관련해서는 국회의 법률 개정 및 제정을 필요로 하는 입법사항임.
20160822	16진정0057700	가족 형태	사후양자가 국가유공자 유족으로 등록되지 못하는 것이 부당하다는 주장이나, 이는 “민법”과 “국가유공자예우 등에 관한 법률”의 개정을 요구하는 입법사항이므로 위원회의 조사대상에 해당하지 아니함
20170124	16진정0685000	가족 형태	담당 공무원의 불친절에 대한 것으로 느낄 수는 있어도, 기본권 관련성이 있다고 보기 어려워 「국가인권위원회법」 제30조에서 정한 조사대상에 해당하지 않는다고 판단되므로 각하의견임.
20180614	18진정0453800	가족 형태	진정인의 원인이 된 사실(「공직선거법」 제60조의3 제2항 제1호)이 국회의 입법에 관한 사항임.
20180612	18진정0412300	가족 형태	국가유공자예우 등에 관한 법률」의 개정을 요구하는 입법사항이므로 위원회의 조사대상에 해당하지 아니함.

6) 16진정0308000, 0330900 병합

2. 관계적 차별

가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 차별에서는 관계적 차별이 문제될 수 있다. 관계적 차별이란 예를 들어, B의 법적으로 보호받는 속성에 기초하여 B의 집단과 관계를 맺고 있는 A를 다르게 처우하는 것을 의미한다. 진정 사건 중에는 항공운항학과 입학시험 서류전형 합격자가 신체검사를 하였는데, 모계에서 유전확률이 높은 조현증 병력이 있음을 확인하고 진정인을 신체검사에서 불합격 처리한 경우가 있다.⁷⁾ 당사자와 직접적 관련성이 없는 가족의 병력을 이유로 불이익한 처우가 이루어진 것인데, 연좌제와 같은 관행이 있었던 우리 사회에서 차별형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별을 판단하는 경우 그것이 이러한 관계적 차별에 해당하는지 여부에 대하여 주의할 필요가 있다. 관계적 차별은 법적 개념은 아니지만 차별의 한 형태로서 공식적으로 인정될 필요도 있다.

3. 복합차별

가족형태 및 가족상황에 관한 사례는 혼인여부, 성, 병력 등을 이유로 하는 차별의 이유들이 함께 작용하는 경우가 있다. 차별금지사유가 복합적으로 작용하게 되는 것이다. 장애인차별금지법과 같은 경우에는 이러한 복합적 이유가 원인이 되어 발생하는 차별의 경우, 차별의 주된 이유가 장애에 있다면 그것을 장애차별로 본다고 규정하고 있지만, 국가인권위원회법에서는 복합차별의 경우에 대한 판단 기준을 명시하지 않고 있다. 장애인차별의 경우에 준하여, 국가인권위원회법상 차별금지사유가 복합적으로 원인이 되는 차별의 경우 차별의 주된 이유가 어디에 있는지를 판단한 후 해당 사유에 의한 차별로 판단해야 할 것이다.

다만 이것이 분명하지 않은 경우들이 분명히 있을 수 있다. 예를 들어, 차별이 인정된 사례 가운데 장녀에게는 지급하지 않는 가족수당을 무남독녀나 장남에게는 지급하는 경우가 있다. 이 사례는 장녀의 비교대상을 ‘무남독녀’인 여성으로 보는 경우 가족상황을 이유로 하는 차별이라고 볼 수 있지만, 비교대상을 ‘장남’으로 보는 경우에는 성을 이유로 하는 차별이라고 볼 수 있다. 그러나 실제 사례 판단에서 국가인권위원회는 비교대상이 누구인지를 분명하게 밝히지는 않고, 다만 여성은 무남독녀인 경우에만 가족수당이 지급되고, 남성은 무녀독남일 조건을 요구하지 않는다는 것을 이유로 차별의 합리적 이유가 없다고 판단하였다.⁸⁾ 이 사건 자체는 성차별의 문제로 다루어졌지만, 사실 복합적인 사유가 존재한다고 볼 수 있는데, 이러한 사례들을 어떻게 분류해 판단할 것인가에 대한 기준이 분명하지 않은 것은 문제이다. 비교대상의 문제는 차별의 합리성 판단에도 영향을 미칠 수밖에 없기 때문이다.

II. 고용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별

1. 차별이 인정된 경우

가족형태 또는 가족상황이 이유가 된 고용상 차별 사례는 그리 많지 않은데, 직원과 직계존속이

7) 13진정0051500

8) 16진정0030800

동거하지 않는 경우 장남과 무남독녀에게만 가족수당을 지급하고 차남에게는 지급하지 않는 문제,⁹⁾ 배우자와 동종업계에 종사함을 이유로 카드 상담사로서 복무하고자 하는 진정인과의 업무 위탁 계약 체결을 거부한 문제,¹⁰⁾ 전출자를 선발하면서 국가유공자를 배제하는 문제¹¹⁾ 등이 있었다.

1) 가족상 지위를 금품지급요건으로 한 경우

가족수당과 같은 금품을 지급하면서 가족상의 지위에 따라 지급요건에 차이를 두는 것에 합리적인 이유가 있지 않는 한 차별로 본다. 특히 동거하는 가족에 대해서는 금품지급요건을 따로 두지 않지만, 동거하지 않는 가족에 대해서는 장남과 무남독녀를 지급요건을 하는 것과 같은 것은 합리적인 이유라고 보기 어렵다.

□ 직원과 직계존속이 동거하지 않는 경우 장남과 무남독녀에게만 가족수당을 지급하는 사례(19진정 0409700)

- * 정당화 주장 사유 : 가족수당제도의 목적과 운용 그리고 전통적인 가족제도에 따라 장남에게만 가족수당을 지급하는 것은 합리적 기준임.
- * 판단 : 무남독녀가 아닌 여성에게 가족수당을 지급하지 않는 것과 관련한 성차별의 문제가 될 수도 있지만, 차남이 진정을 제기함으로써 가족상황을 이유로 하는 차별로 분류될 수 있었음. 장남과 무남독녀에게만 가족수당을 지급하는 것은 직계존속의 부양은 장남이 책임져야 한다는 전통적인 성역할에 따른 고정관념을 반영한 것으로서 합리적인 이유가 있다고 보기 어렵다고 판단.

2) 신용정보노출 등의 이유로 배우자의 동종업계 종사가 채용제한요건이 된 경우

동종업계에 배우자가 종사하는 경우 채용상 제한을 두는 것과 같이 역시 가족상의 지위가 채용상 제한요건이 되는 경우에는 취업을 제한하는 목적의 정당성, 회사가 주장하는 목적의 정당성을 달성하기 위한 수단의 정당성을 고려하여 합리성을 판단해야 한다.

□ 배우자와 동종업계에 종사함을 이유로 카드 상담사로서 복무하고자 하는 진정인과의 업무 위탁 계약 체결을 거부한 사례(10진차0000039)

- * 정당화 주장 사유 : 회사가 진정인과 업무위탁계약체결을 거부한 이유는 카드 상담사자라는 업무의 특성상 배우자 또는 직계가족이 타사의 카드 상담사인 경우 모집실적 증대를 위하여 가족 상호간 고객 신용 정보를 영업에 활용할 가능성이 높다는 것.
- * 판단 : 이에 대하여 국가인권위원회는 취업을 제한하는 목적의 정당성, 회사가 주장하는 목적의 정당성을 달성하기 위한 수단의 정당성을 고려하였다. 즉, ① 목적의 정당성으로서 고객 신용 정보의 부당한 활용 가능성 차단이 차별의 합리적 이유가 되는지, ② 수단의 정당성으로서 신용 정보의 부당한 활용 가능성을 차단하기 위해 취업을 제한하는 것이 차별의 합리적 이유가 되는지를 판단한 것이다. 그리고 ①과 관련하여 국가인권위원회는 인적관계가 곧 고객신용정보 유출 가능성의 증대라는 결과로 이어지는 것은 아니고, 배우자나 직계가족 간에 회원 모집실적을 증대시켜 주기 위하여 보유하고 있는 고객신용정보를 서로 주거나 받을 가능성이 커진다는 주장을 입증할 근거가 없다는 점, 그리고 고객신용정보의 유출가능성은 주민등록 상 가족이 카드 상담사로 있는지 여부와 관계없이 항상 존재하는 것이라고 보았다. ②와 관련하여, 고객신용정보의 유출 가능성에 관한 문제는 취업을 제한함으로써 달성되어야 하는 것이 아니라 카드 상담사를 대상으로 한 고객신용정보의 이용에 관한 관련 법 내용, 고객신용정보 유출 사건의 심각성과 사회적 파장, 다량의 개인정보를 보유한 자에게 요구되는 높은 윤리의식과 준법의식 등을 지속적으로 강조하고 교육하는 방법으로 예방되어야 하고, 이러한 교육

9) 19진정0409700

10) 10진차0000039

11) 11진정0644700

외에도 기관 내부적으로 상시적으로 통제·감독하는 시스템을 구축하고, 실제로 유출사례가 발생되었을 때 법적 처벌 외에 기관내부에서의 실질적인 징계도 병행되어야 하는 바, 수단의 정당성을 인정하지 않음.

3) 장애인부양자에 대한 특혜가 국가유공상이자 부양자에게는 주어지지 않은 경우

장애인을 부양하는 교원의 고충을 해소하기 위한 일정한 조건의 특혜를 부여하고 있다면, 동일한 수준의 고충을 갖는 교원에게도 같은 특혜를 부여하지 않는데 합리성이 없다고 본다. 이때 합리성 판단에는, 다른 지역의 사정이 함께 고려될 수 있다.

□ 전출 교원을 선발할 때 장애인 부양자에게 우선순위를 부여하면서 국가가 인정하는 동일한 장애정도를 갖고 있음에도 국가유공상이자를 장애인으로 인정하지 않은 사례(11진정0644700)

- * 정당화 주장 사유 : 장애정도를 확인하기 위해서는 1급 장애인 증명서를 증빙서류로 제출해야 가능하고 그 이외의 방법은 인정하기 어렵다. 장애등급과 상이등급에 대한 법적 근거는 「장애인복지법」과 「국가유공자등예우 및지원에관한법률」로 달리 정하고 있어 상이등급을 장애등급에 포함시킬 수 없으며, 국가유공상이자에게 혜택이 중복 지원되는 것을 예방하기 위한 것이므로 합리적인 이유 없는 차별이라고 할 수 없다고 주장.
- * 판단 : 국가인권위원회는 양자를 비교하면서 전출 희망 시·도에 거주하는 1급 장애인을 실질적으로 부양하는 교원의 고충을 해소하기 위해 1순위를 부여한다는 전출세부기준의 취지를 고려할 때 위와 같은 처우에 합리성을 찾기 어렵다고 보았다. 다른 지역에서의 타 사도 전출 교원 선발기준을 합리성 판단의 근거로 삼기도 함.

<가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 고용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
가족형태 및 가족상황 10진차0000039	취업거부	배우자와의 관계	합리적 이유	차별의 목적과 수단의 정당성
가족형태 및 가족상황 19진정0409700	가족수당 미지급	가족상황 (차남)	합리적 이유	직계존속의 부양은 장남이 책임져야 한다는 전통적인 성역할에 따른 고정 관념을 반영한 것
가족형태 및 가족상황 11진정0644700	전출자 우선순위 부여	부양자	합리적 이유	전출 교원을 선발할 때 장애인 부양자에게 우선순위를 부여하면서 국가가 인정하는 동일한 장애정도를 갖고 있음에도 국가유공상이자를 장애인으로 인정하지 않은 것은 합리성이 없음

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별이 주장되었지만 고용상 차별이 인정되지 않는 경우로는 가족수당의 지급요건을 주민등록표상 세대를 같이하고 동일가구에서 생활하는 경우로 제한하는 경우,¹²⁾ 조카를 가족수당 지급을 위한 부양가족으로 인정하지 않는 경우,¹³⁾ 자녀 수를 기준으로 근무조건상 혜택을 주는 경우가 있다.¹⁴⁾ 모두 가족상황을 이유로 차별이 주장되었지만, 일정한 자원의 효율적 배분 등의 목적에 따라 수급요건을 제한하는 것에는 합리적 이유가 있다고 보았고, 특히 모성보호제도의 일환으로서 여성 군인에게 당직면제제도를 두는 것은 합리적인 이유가 없는 차별이라

12) 12진정0017700

13) 17진정0244700

14) 17진정0447700

고 볼 수 없다고 판단하였다.

이들 사건에서 비교대상이 분명하게 드러난 것은 자녀 수를 기준으로 근무조건상 혜택을 준 사례에서였는데, 이 사건의 내용상 3자녀 이상인 여성 군인에 대해서는 당직근무를 면제해주고, 4자녀 가정의 경우에는 원하는 지역에서 평생 근무할 수 있게 해주는 조건이 문제되었기 때문에 자녀 수를 기준으로 다른 처우를 하는 것에 대한 합리적 이유가 문제되어 3자녀 혹은 4자녀인 가정과 그러하지 않은 가정 간의 비교가 직접적으로 문제되었다. 다른 사례에서는 비교대상자 판단이 분명하지 않다.

결국 국가인권위원회가 판단하는 고용상 차별의 합리성은, 제한된 자원의 효율적 배분 측면에서 고려되는 한편, 특히 배치전환의 경우에는 업무상 필요성과 인사권자의 인사상 재량권이 고려되고, 여성에 대한 우대조치는 모성보호적 측면으로 접근하고 있음을 알 수 있다.

□ 부모 비동거 공무원에 대한 가족수당 지급 제한(12진정0017700)

- * 정당화 주장 사유 : 가족수당의 지급요건을 주민등록표상 동일 세대요건과 실제 생계요건을 동시에 충족하도록 한 것은 실제로 가족을 부양하는 공무원에게 수당을 지급하고자 하는 목적임. 또한 가족관계증명서로만 직계존속 여부를 확인하여 부모에 대한 가족수당을 지급할 경우 형제자매 중 여러 명이 공무원인 경우 누구에게 지급해야 하는지 등의 문제가 발생함.
- * 판단 : 가족수당을 지급할 때 부양비 기준 금액을 정하기 어려운 점, 부양방법(횡수)의 기준을 정하기 어려운 점, 수당지급 대상 선정에 다툼이 있는 점, 현실적으로 모든 공무원의 가계를 조사하여 가족수당의 지급여부 및 범위를 확정하는 것은 행정상 어려움이 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때 가족수당을 지급할 수 있는 객관적 기준을 주민등록표상 세대를 같이하고 공무원이 부모와 동일가구에서 생활하는 경우로 제한하는 것이 차별행위에 해당한다고 볼 수 없음.

□ 직계가족이 아니라는 이유로 부양비 지급 차별(17진정024470)

- * 정당화 주장 사유 : 공무원 가족수당은 부양의무를 가진 공무원과 주민등록표상 세대를 같이하면서 실제 생계를 같이 하는 배우자 등에 대해 지급되는 바, 공무원 수당 지급대상을 어느 범위까지 할 것인지에 대한 것은 국가 재정상의 문제, 민간과의 형평성 및 이로 인한 국민여론, 실제 지급 시 증빙에 필요한 행정비용 등 제 사항을 고려한 입법정책상의 문제임.
- * 판단 : 조카인 방계혈족을 부양가족으로 인정할 경우 친족 중 어느 범위까지 부양가족으로 인정해야 하는 지에 대한 객관적인 기준을 마련하기 어렵 점 등에 따라 조카를 가족수당 지급을 위한 부양가족으로 인정하지 않는 피진정인의 행위는 합리적인 이유가 있다고 판단.

<가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 고용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
가족형태 및 가족상황 12진정0017700	가족수당	동거 기준	합리적 이유	가족수당을 지급할 수 있는 객관적 기준을 주민등록표상 세대를 같이하고 공무원이 부모와 동일가구에서 생활하는 경우로 제한하는 것이 차별행위에 해당한다고 볼 수 없음
가족형태 및 가족상황 17진정0244700	가족수당	부양가족	합리적 이유	조카를 가족수당 지급을 위한 부양가족으로 인정하지 않는 피진정인의 행위는 합리적인 이유가 있는 것이라고 판단.
가족형태 및 가족상황 17진정0447700	배치전환	자녀의 수	합리적 이유	모성보호 인사권 ※ 성차별로도 분류될 수 있음.

3. 주요 쟁점

가. 국가인권위원회 결정이 제시한 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별의 합리성 판단 기준

고용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별의 문제는 가족수당과 같은 금품지급, 또는 가족상 지위를 기준으로 하는 배치전환상 우대와 같은 종류에서 발생하고 있다. 국가인권위원회는 이러한 차별에 대한 판단에서 합리성 기준에 기초하여 차별 여부에 대한 결정을 내리고 있는데, 가족수당과 같은 금품지급은 가족상의 지위를 기준으로 하여 차이를 두는 것이 객관적으로 합리적인지 여부를 판단하고, 배치전환상 우대 또한 기본적으로 객관적 합리성에 기초하여 판단하면서 다른 기관에서 어떻게 처우하고 있는지를 참고하기도 하고 있다. 객관적 합리성 판단 기준으로는, 금품 지급 관련 사안에서는 제한된 자원의 효율적 배분이 합리적 판단의 근거가 되기도 하는 한편, 배치전환의 경우에는 업무상 필요성과 인사권자의 인사상 재량권이 합리적 판단의 근거가 되기도 한다. 여성에 대한 우대정책이 문제되는 경우에는 그것이 모성보호적 측면에서 필요한지 여부가 합리적 판단의 근거가 되기도 한다.

나. 비교대상의 판단

국가인권위원회가 고용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별의 문제를 판단하면서 보여주는 비교대상의 판단 기준은 명확하지 않다. 비교대상이 누구인가에 따라 합리적 이유가 없는 차별의 성립 여부가 달라질 수 있는데, 예를 들어 동일한 가족수당의 지급이 가족상의 지위를 이유로 다르게 처우된 사건들에서, 한 사건은 차남이라는 지위가, 한 사건은 조카라는 지위가 문제되었다. 이때 차남이라는 가족상의 지위에 대한 비교대상은 장남일 수도 있지만, 차남이 아닌 다른 지위의 사람일 수도 있다. 이 사건에서 국가인권위원회는 장남에 비하여 차남이라는 지위로 가족수당을 받지 못한 것은 직계존속의 부양을 장남이 책임져야 한다는 전통적인 성역할에 따른 고정관념을 반영한 것이기 때문에 합리적 이유가 없는 차별이라고 보았는데, 비교대상을 넓혀 차남이 아닌 다른 지위의 사람과 비교한다면 가족수당은 장남 이외 다른 사람들도 받을 수 없는 상황이었기 때문에 반드시 불이익이 있었다고는 볼 수 없게 된다. 불이익한 처우에 대한 비교가 불이익을 받은 집단과 불이익을 받지 않은 집단 간에 이루어져야 하는지, 아니면 특정한 지위를 가진 사람과 그러하지 않은 사람간에 이루어져야 하는지, 그도 아니라면 다른 어떤 기준이 있어야 하는지에 대한 분명한 기준 없이 성역할 고정관념이 작동하였다고 볼 수 있음을 이유로 차별을 인정하는 것은 합리적인 기준일 수 있는지에 대한 의문이 발생할 수 있다.

다. 가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 차별의 합리적 기준의 문제

고용상 임금차별이 문제되는 경우 사업주의 자원의 유한성을 고려하지 않을 수 없다. 따라서 제한된 자원을 효율적으로 배분하기 위해 일정한 기준을 두고, 그 기준을 충족하는 사람들에게만 특정 금품을 지급하는 것이 금지되는 차별적 행위라고 보기는 어려울 것이다. 특히 인력을 채용하거나 해고하는 과정, 임금의 액수를 결정하는 과정, 배치전환을 통해 경영의 효율성을 달성하는 과정 등에서 그러하다. 다만, 가족형태나 가족상황이 이러한 차이의 정당한 합리적 근거가 되는가에 대해서는 신중하게 고려할 필요가 있다. 우리나라의 회사들은 전통적인 가족형태를 고려한 인사 및 상여제도를

두는 경우가 많다. 사례들에서 나타난 가족수당과 같은 것이 그 대표적인 예이다. 그런데 가족의 형태는 다양해지고 있고, 1인 가족의 증가, 비혼가족의 증가 등 기존의 정형적인 가족형태를 벗어난 경우들이 많아지고 있다. 이러한 가족형태를 갖는 사람들은 전통적인 가족형태를 고려한 인사 및 상여제도의 대상이 아닐 수 있다. 제도적으로는 부양가족의 존재 여부, 가족상 지위 등에 기초한 인사 및 상여제도가 다양한 가족형태를 고려하도록 개선해나갈 것이 필요하다. 국가인권위원회가 차별시정의 권고를 내리면서, 전통적 가족상 지위에 근거한 제도들에 대해 개선을 요구하는 것에 대해서도 고려할 필요가 있다.

라. 복합차별의 문제

가족형태 및 가족상황에 관한 사례는 혼인여부, 성, 병력 등을 이유로 하는 차별의 이유들이 함께 작용하는 경우가 있다. 차별금지사유가 복합적으로 작용하게 되는 것이다. 장애인차별금지법과 같은 경우에는 이러한 복합적 이유가 원인이 되어 발생하는 차별의 경우, 차별의 주된 이유가 장애에 있다면 그것을 장애차별로 본다고 규정하고 있지만, 국가인권위원회법에서는 복합차별의 경우에 대한 판단 기준을 명시하지 않고 있다. 장애인차별의 경우에 준하여, 국가인권위원회법상 차별금지사유가 복합적으로 원인이 되는 차별의 경우 차별의 주된 이유가 어디에 있는지를 판단한 후 해당 사유에 의한 차별로 판단해야 할 것이다.

다만 이것이 분명하지 않은 경우들이 분명히 있을 수 있다. 예를 들어, 차별이 인정된 사례 가운데 장녀에게는 지급하지 않는 가족수당을 무남독녀나 장남에게는 지급하는 경우가 있다. 이 사례는 장녀의 비교대상을 '무남독녀'인 여성으로 보는 경우 가족상황을 이유로 하는 차별이라고 볼 수 있지만, 비교대상을 '장남'으로 보는 경우에는 성을 이유로 하는 차별이라고 볼 수 있다. 그러나 실제 사례 판단에서 국가인권위원회는 비교대상이 누구인지를 분명하게 밝히지는 않고, 다만 여성은 무남독녀인 경우에만 가족수당이 지급되고, 남성은 무녀독남일 조건을 요구하지 않는다는 것을 이유로 차별의 합리적 이유가 없다고 판단하였다.¹⁵⁾ 이 사건 자체는 성차별의 문제로 다루어졌지만, 사실 복합적인 사유가 존재한다고 볼 수 있는데, 이러한 사례들을 어떻게 분류해 판단할 것인가에 대한 기준이 분명하지 않은 것은 문제이다. 비교대상의 문제는 차별의 합리성 판단에도 영향을 미칠 수밖에 없기 때문이다.

III. 재화 등의 공급과 이용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별

1. 차별이 인정된 경우

가족형태 또는 가족상황을 이유로 재화 등의 공급과 이용상 차별이 문제되는 경우는 자녀유무에 따른 귀화 심사기간 구별,¹⁶⁾ 신혼부부 전세임대제도 입주자 순위에 혼인 3년 이내로 자녀를 출산한 경우를 우대하는 주택공급차별,¹⁷⁾ 통장발급 시 한부모가정에 대한 기본증명서 추가 요구,¹⁸⁾ 단독세대주택에 대한 임대아파트 면적 차별,¹⁹⁾ 미혼모에 대한 아이돌봄서비스 신청 절차 제한(직접방문신청

15) 16진정0030800

16) 09진차0000005

17) 09진차0001329

18) 15진정0145900

만 가능),²⁰⁾ 친부모와의 체류를 조건으로 하는 재외국민특별전형,²¹⁾ 어린이집 대상 선발시 재원 유아의 형제, 자매에게 우선순위를 부여하는 것,²²⁾ 공무원연금공단의 '주택사업운영규정'이 배우자나 직계혈족 등과 동거하는 자만을 입주대상으로 하는 것,²³⁾ 가족 없는 장애인에 대한 지원 제한,²⁴⁾ ① 계부모에게는 사망조위금과 가족사망급여금 지급하지 않는 것,²⁵⁾ ② 건강보험 피부양자 등재 시 재혼가정을 제한하는 것,²⁶⁾ ③ 가족형태 등을 이유로 한 가족마일리지 합산 제한²⁷⁾ 등이 있다. 이러한 사례들 가운데 마지막의 세 건(①~③)에 대해서만 합리성 판단에 따라 차별이 인정되었다.

①번과 ②번 사례는 모두 가족관계상 계부모임을 이유로 사망조위금과 같은 금품수령자격 내지 국민건강보험제도상 피부양자 자격을 인정하지 않은 것인데, 여기에서 국가인권위원회는 비교대상에 대해서는 적시하지 않으면서, 다만 실질적 가족관계를 우선시해야 한다는 점을 이유로 차별의 합리성을 인정하지 않고 있다. ③번 사례의 경우는 항공사 가족마일리지합산이라는 편의제공에 있어서 직계혈족 중 부친계 가족은 포함시키면서 모친계 가족을 제외하고 있는 것이 문제되었는데, 역시 비교대상은 적시하지 않으면서 편의제공은 경영상 필요에 따른 재량의 영역이기는 하지만 특정한 사람을 구별하거나 불리하게 대우하는 것에 합리적 이유가 없음을 이유로 차별의 합리성을 인정하지 않았다.

재화 등의 이용과 공급에 있어 가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 차별의 합리성이 인정되지 않은 사례가 많지는 않기 때문에 국가인권위원회의 판단 기준이 어떠한지 분명하게 말하기는 어렵지만, 가족관계에 있어서는 법이나 제도상의 형식을 중요하게 볼 것이 아니라 가족으로서의 실질을 우선시해야 한다는 것, 가족관계를 이유로 재화 등의 이용과 공급에 있어 구분이나 배제, 불이익 처우가 이루어지는 경우에는 설사 그것이 경영상 재량의 영역에 속하는 것일지라도 남용되어서는 안된다는 것을 제시하고 있다.

□ 계부모에게는 사망조위금과 가족사망급여금 지급하지 않은 사례(15진정0860500·16진정0155200(병합))

- * 정당화 주장 사유 : 「민법」의 개정으로 계모자 관계가 인척관계에 불과하므로 친생부모와 동일하게 취급하기 어려움.
- * 판단 : 「민법」 개정을 이유로 일률적으로 계모 사망의 경우에 대하여 사망조위금과 가족사망급여금의 지급을 거부하는 것은 합리적인 이유가 있다고 보기 어려움. 질적인 부모·자녀관계로 볼 수 있는 경우에는 사망조위금과 가족사망급여금을 지급할 수 있도록 대책을 마련할 필요가 있음.

□ 건강보험 피부양자 등재 시 재혼가정을 제한한 사례(14진정0745000·14진정0774400(병합))

- * 정당화 주장 사유 : 건강보험 피부양자는 직장가입자의 보험에 등재되어 보험료의 부담 없이 보험급여를 지급 받을 수 있기 때문에 기존 가입자와의 형평성을 고려해 피부양자의 범위에 '배우자의 부모인 직계존속'이 아닌 배우자의 계부모를 제외한 것은 합리적.
- * 판단 : 배우자의 계부모도 인척으로서 친족이며 「민법」상 부양의무가 인정되고 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 피진정인들이 피부양자 부양요건 인정 시 배우자의 친부모와 계부모를 달리 대우하는 행위에 합리적인 이유가 있다고 보기 어려움.

19) 14진정0656100
 20) 17진정0152300
 21) 11진정0608300
 22) 15진정0841600, 14진정1017300, 13진정0859000 등 6건 병합, 12진정0874800
 23) 13진정0381700
 24) 10진정0216200
 25) 15진정0860500·16진정0155200(병합)
 26) 14진정0745000·14진정0774400(병합)
 27) 09진차0000487

- 친손자녀는 포함하지만 외손자녀는 배제하게 되어 있는 가족마일리지 합산 제한(09진차0000487)
 - * 정당화 주장 사유 : 항공마일리지제도는 항공사에게 경영상 재량이 인정되는 영역으로서 차별 여부를 따질 사안이 아님. 또한 실질적 불이익이 크지 않음.
 - * 판단 : 경영상 재량의 영역을 넘어 특정한 사람을 구별하거나 불리하게 대우하는 행위로서 그와 같은 구별에 합리적인 이유가 없다면 평등권침해의 차별행위에 해당함.

<가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 재화 등 공급/이용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
가족형태 및 가족상황 15진정0860500·16진정0155 200(병합)	금품미지급	가족관계 (계모)	합리적 이유	실질적 판단
가족형태 및 가족상황 14진정0745000·14진정077 4400(병합)	피부양관계 인정	가족관계	합리적 이유	제도의 취지 실질적 판단
가족형태 및 가족상황 09진차0000487	편의제공 (마일리지)	가족관계	합리적 이유	재량남용

2. 차별이 인정되지 않은 경우

위에서 정리한 바와 같이 가족형태 또는 가족상황을 이유로 재화 등의 공급과 이용상 차별이 문제 되는 경우는 자녀유무에 따른 귀화 심사기간 구별, 신혼부부 전세임대제도 입주자 순위에 혼인 3년 이내로 자녀를 출산한 경우를 우대하는 주택공급차별, 통장발급 시 한부모가정에 대한 기본증명서 추가 요구, 단독세대주택에 대한 임대아파트 면적 차별, 미혼모에 대한 아이돌봄서비스 신청 절차 제한 (직접방문신청만 가능), 친부모와의 체류를 조건으로 하는 재외국민특별전형, 재원 유아의 형제, 자매에게 우선순위를 부여하는 것, 정부 대전청사 어린이집이 맞벌이 가정 자녀를 우선입소로 변경한 것, 공무원연금공단의 '주택사업운영규정'이 배우자나 직계혈족 등과 동거하는 자만을 입주대상으로 하는 것, 가족 없는 장애인에 대한 지원 제한 등의 경우에는 차별이 인정되지 않았다. 이들 사례는 대체로 법이나 제도에 따라 가족형태 또는 가족상황을 이유로 수혜 대상을 구분하고 있는 경우로서, 예를 들어 자녀유무에 따른 귀화 심사기간을 구별하는 것은 자녀 유무에 따라 심사의 내용이 달라지기 때문에 기간을 연장하는 것은 합리적이라거나, 전세임대제도에 우선순위를 유자녀 가족으로 하는 것은 제한적인 재화의 공급의 효율성을 위해 필요한 합리적 사유라거나 하는 등이다.

결국, 재화의 이용이나 공급에 기초가 되는 자원의 유한성으로 인하여 법이나 제도가 일정한 자격을 갖춘 사람에 대하여 우선순위를 부여하는 것은 차별행위로서 구분의 합리적 이유가 되는 것으로 보는 것이 일반적인 국가인권위원회의 입장인 것으로 보인다. 다만, 물론 이 경우 그러한 제도상 기준 자체가 합리적이어서 차별이 아님을 기초로 하고, 그러한 기준이 합리적인지 여부는 해당 기준을 두어야 하는 필요성, 재화의 이용이나 공급상 자원의 유한성, 누구에게 해당 재화의 이용이나 공급이 더 필요한지, 대체·보완 수단이 존재했고 이를 제공하였는지 여부에 따라 판단한다.

<가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 재화 등 이용/공급상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
가족 형태 또는 가족 상황 09진차0000005	귀화허가 심사기간	자녀유무	합리적 이유	귀화허가에 필요한 심사처리 기간의 차이는 자녀 유무에 따른 차별에 의한 것이 아니라 행정상 처리 기간의 차이로 인해 발생하는 것으로 인권침해 및 차별행위에 해당하지 않음.
가족 형태 또는 가족 상황 09진차0001329	주택공급	혼인여부 출산	합리적 이유	신혼부부 전세임대 주택 공급순위를 정함에 있어서 혼인신고일을 기준으로 혼인여부를 판단하고 그 혼인기간 내에 출산 경우만을 우선순위로 정하는 것이 사실혼 관계에 있을 때 출산한 자를 차별한 것이라고 보기 어려움.
가족 형태 또는 가족 상황 10진정0216200	보조금 지급	활동보조인 교육대리 행위 불허	합리적 이유	전동휠체어 부품비 지원사업을 함에 있어 전동휠체어를 이용하는 장애인 본인이 직접 교육에 참석하지 못하는 경우 가족의 대리교육만을 인정하고 활동보조인의 대리참석은 인정하지 않는 것은 가족상황을 이유로 한 불합리한 차별행위라고 보기 어려움.
가족 형태 또는 가족 상황 11진정0204100	보충역 인정	입양자	합리적 이유	국가유공자의 자제 1인에 한하여 6개월 보충역 복무를 할 수 있도록 하는 제도를 입양자에게 인정하지 않는 것은 병역면탈의 여지를 고려하였을 때 불합리한 차별이라고 보기 어려움(인권위는 국가유공자 자녀의 보충역 편입에 있어서의 양자 차별(08진차1081) 사건에서 입양된 자를 보충역 처분 대상에서 일률적으로 배제한 것은 합리적 이유 없는 차별이라고 판단하고 규정 개정 권고 하였으나 병무청 불수용).
가족 형태 또는 가족 상황 13진정0381700	주택공급	인척의 혈족부양	합리적 이유	공무원연금공단은 공무원 및 공무원연금수급자 등의 복리 증진 목적으로 주거용 건축물을 임대하고 있는 가운데, 법률상의 부양의무가 없는 인척의 혈족을 부양하는 자에게까지 입주자격을 확장하여 주지 않은 것이 합리적인 이유 없는 차별행위라고 보기는 어려움.
가족 형태 또는 가족 상황 13진정0972600	어린이집	맞벌이	합리적 이유	정부 대전청사 어린이집이 맞벌이 가정 자녀를 우선입소로 변경한 것은 직장보육시설의 설치목적 을 고려하였을 때 차별행위로 보기 어려움.
가족 형태 또는 가족 상황 14진정0656100	주택공급	세대원수	합리적 이유	국민임대아파트 신청시 1인 세대는 40제곱미터 이하의 주택에만 신청이 가능하도록 한 것과 관련하여, 자원의 효율적 배분을 위해 세대원수에 따라 주택 면적을 제한하는 것은 합리적인 기준 이라고 판단.
가족 형태 또는 가족 상황	통장발급	미혼모	합리적 이유	자녀의 통장발급 시 가족관계증명서에 부, 모를 모두 기재하도록 하고, 기재되어 있지 않으면 자

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
15진정0145900				녀의 기본증명서를 요구하는 등 추가 절차를 요구하는 것은 미혼모 가정에 대한 불합리한 차별이 아님.
가족 형태 또는 가족 상황 17진정0152300	아이돌봄 서비스 온라인 신청	미혼모	합리적 이유	아이돌봄서비스를 온라인으로 신청할 수 있는 조건상 행정정보공동이용 조건증빙이 안되는 경우 당사자가 직접 주민센터에 관련 서류를 제출하도록 하는 것은 미혼모 가정에 대한 불합리한 차별이 아님.
가족 형태 또는 가족 상황 17진정0345100	출산크레딧	재혼	합리적 이유	국민연금 가입자로 재혼 후 배우자의 자녀를 부양할 때 출산장려취지의 출산크레딧제도를 통한 시혜적 혜택을 추가로 받지 못하는 것이 합리적인 이유 없는 차별이 아님.
가족 형태 또는 가족 상황 17진정0593900	복지지원 사업 대상자 선정	한부모	합리적 이유	차량 관련 재산 조사 방식에 있어 한부모가족 지원사업 대상자와 장애인 지원사업 대상자를 달리 대우하는 것은 법령이 지원하는 대상자 특성에 따른 것으로서 차별이 아님.
가족 형태 또는 가족 상황 17진정0703700	통장비밀 번호 변경	이혼	합리적 이유	미성년자 명의 통장의 비밀번호 변경 시 부모 모두의 의사를 확인하도록 하는 것은 이혼한 가정의 상황을 고려하지 않은 차별행위라고 보기 어려움.
가족 형태 또는 가족 상황 18진정0368600	어린이집 입소	맞벌이 다자녀	합리적 이유	맞벌이 및 다자녀를 대상으로 국공립어린이집 입소 대기 순위를 1순위로 정한 것은 합리적인 이유가 있음.
가족 형태 또는 가족 상황 18진정0595800	핸드폰 개통	자녀의 수	합리적 이유	부모명의로 미성년자의 핸드폰을 개통할 경우 전산 상으로 자녀 세 명까지만 핸드폰 개통이 가능하도록 하고 있고, 네번째 미성년 자녀의 휴대폰을 개통할 경우에는 서류 제출 등 다른 절차를 거치도록 하고 있는 것은 차별행위에 해당하지 않음.

3. 쟁점

가. 인권위원회의 재화 등의 공급과 이용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별의 판단기준

재화 등의 이용과 공급에 있어 가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 차별의 합리성이 인정되지 않은 사례가 많지는 않기 때문에 국가인권위원회의 판단 기준이 어떠한지 분명하게 말하기는 어렵지만, 가족관계에 있어서는 법이나 제도상의 형식을 중요하게 볼 것이 아니라 가족으로서의 실질을 우선시해야 한다는 것, 가족관계를 이유로 재화 등의 이용과 공급에 있어 구분이나 배제, 불이익 처우가 이루어지는 경우에는 설사 그것이 경영상 재량의 영역에 속하는 것일지라도 남용되어서는 안된다는 것을 제시하고 있다.

한편, 재화의 이용이나 공급에 기초가 되는 자원의 유한성으로 인하여 법이나 제도가 일정한 자격

을 갖춘 사람에 대하여 우선순위를 부여하는 것은 차별행위로서 구분의 합리적 이유가 되는 것으로 보는 것이 일반적인 국가인권위원회의 입장인 것으로 보인다. 다만, 물론 이 경우 그러한 제도상 기준 자체가 합리적이어서 차별이 아님을 기초로 하고, 그러한 기준이 합리적인지 여부는 해당 기준을 두어야 하는 필요성, 재화의 이용이나 공급상 자원의 유한성, 누구에게 해당 재화의 이용이나 공급이 더 필요한지, 대체·보완 수단이 존재했고 이를 제공하였는지 여부에 따라 판단한다.

나. 비교대상의 문제

II.에서 제기한 바와 같이, 국가인권위원회가 차별의 합리성을 판단할 때 비교대상이 분명하게 드러나지 않는다는 것이 중요한 문제이다. 비교대상의 판단은 차별의 합리성과 중요한 연관성을 갖고 있는 바, 이에 대한 보다 객관적이고 명시적인 기준을 제시하여 줄 것이 요구된다.

다. ‘가족형태 또는 가족상황’의 의미의 해석과 범위

‘가족형태 또는 가족상황’의 의미가 명시되어 있지는 않기 때문에, 1인 가구의 권리가 여기에 포함되는지 여부가 문제될 수 있다. ‘가족’이라는 전제는 2인 이상의 복수를 의미하기 때문에, 1인 가구에 대해서 이루어지는 정책적 배제 내지 재화이용에 있어서의 차별과 같은 것이 ‘가족형태 또는 가족상황’의 차별에 해당하는지 여부가 문제될 수 있는 것이다. 이것은 차별금지사유 가운데 1인 가구로서 겪는 문제가 다른 사유로서 다루어질 가능성이 있는지 ‘가족형태 또는 가족상황’으로만 다루어질 수 있는지 여부를 따져볼 필요가 있을 것이다. 가능한 범주가 ‘사회적 신분’이라고 볼 수 있는데, 사회적 신분이 고정적이어서 쉽게 변하기 어려운 사회적 지위라고 할 때, 1인 가구라는 조건은 사회적 신분이라고 보기는 다소 어렵다. 1인 가구가 겪는 차별의 문제를 다룰 필요가 있는 경우에는 ‘기타’사유로 포함시키지 않는 한 ‘가족형태’의 하나로서 다루어야 한다. 현재 국가인권위원회에 제기된 가족 관련 사례들은 대체로 가족상황과 관련되어 있고 가족형태 부분과 관련된 사례는 별로 찾아볼 수 없는데, 가족형태는 가족의 형태를 갖추고 있는가 아닌가에 따른 차별의 문제로도 접근할 수 있기 때문이다. 즉 가족형태를 이유로 하는 차별은 1인 가구를 대상으로 하여 이루어지는 차별을 포함한다.

한편, 가족형태에 가족구성권 즉 가족을 구성할 권리가 포함되는지 여부가 문제될 수 있는데, 예를 들어 이성애 가족 이외 동성애 가족을 구성할 권리가 있는지와 관련된 것이다. 예를 들어 캐나다 온타리오 인권법은 ‘가족상황(family status)’에 근거한 차별을 금지하면서, ‘가족상황’을 ‘부모 자녀관계가 되는’ 것으로 정의하는데, ‘부모 자녀관계’의 형태는 매우 다양하므로, ‘혈연이나 입양이 아니더라도 돌봄, 책임, 계약과 유사한 관계를 지닌 상황’을 포함하는 것으로 볼 수 있다.²⁸⁾ 그 사례로 (입양, 위탁, 의붓부모를 포함한) 자녀에 대한 부모의 돌봄, 장애를 가진 친족이나 부모에 대한 성인의 돌봄, 그리고 레즈비언, 게이, 양성애, 트랜스젠더로 구성된 가족들’을 포함한다. 다양한 가족상황은 다양한 가족구성의 권리를 전제하고 있는 것이다.²⁹⁾ 이러한 가족구성권이 차별금지사유로서 현행 국가인권위원회법상 ‘가족형태 또는 가족상황’에 포함될 수 있는지가 현행 법 해석상 문제될 수 있는 것이다. 다만, 동성애 가족 구성권은 성적 지향을 이유로 하는 불이익한 처우의 문제와 관련되어 있을 수 있다. 동성애 가족이 사실혼을 구성하고 있을 때, 고용상 이성애 가족을 구성한 법률혼 근로자에게는 결혼축의금, 결혼휴가, 가족수당 등을 지급하면서 동성애 가족에게는 지급하지 않는 경우와

28) <http://www.peoplepower21.org/Welfare/1486487>

29) <http://www.peoplepower21.org/Welfare/1486487>

같이 말이다. 이러한 문제를 성적 지향에 의한 차별의 문제로 판단할 것인지, 아니면 가족형태 또는 가족상황에 의한 차별의 문제로 판단할 것인지 기준을 세울 필요가 있다.

IV. 교육시설 등의 이용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별

1. 차별이 인정된 경우

가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별사건 가운데 교육시설 등의 이용과 관련하여 차별이 인정된 사건은 학교운영위원회에서 학부모위원을 선출할 때 계부모에 대한 피선거권을 제한한 경우에 학부모위원 선출과 관련한 업무편람을 개정할 것을 권고한 사건이 있다.³⁰⁾ 여기에서 국가인권위원회는 계부모와 친부모의 상황이 비교하면서 친부모에게는 인정되는 피선거권이 계부모에게 인정되지 않는 것에 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별사건 가운데 교육시설 등의 이용과 관련하여 차별이 인정되지 않은 사건으로는, 대학이 재외국민 특별전형자를 모집하면서 자녀관계가 아닌 부양관계에 있는 자에 대해서는 인정하지 않은 것이 입학제도의 형평성과 공정성을 고려하였을 때 불합리하지 않다고 본 경우,³¹⁾ 공립유치원 우선입학제도 중 5순위 대상자에 다문화가정을 포함하는 것은 다문화 가정 및 그 자녀가 대한민국 사회에 적응할 수 있도록 보육 지원을 하는 것으로 그 정당성이 인정된다고 본 경우가 있다.³²⁾

3. 쟁점

가. 인권위원회의 교육시설 등의 이용상 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별에 대한 판단 기준

사례가 많지 않기 때문에 명확하게 인권위원회의 차별판단기준을 말하기는 다소 어렵다. 다만, 다른 영역에서도 그러하였지만, 친부모나 계부모 관계와 같은 가족상황이 차별의 이유가 되는 경우에는 차별의 합리성을 인정하지 않고 있다. 그러나 제한적인 자원을 최대한 효율적이면서 효과적으로 활용하기 위하여 객관적인 기준을 세우고, 특히 그 기준이 소수자에 대한 보호를 위해 다수자에게 어느 정도 불이익을 주게 될 수밖에 없는 경우 등에는 금지되는 차별로 보지 않는다.

나. 비교대상의 문제

역시 사례가 많지 않기 때문에 비교대상의 문제를 적극적으로 거론하기는 다소 한계가 있지만, 다

30) 15진정0208700

31) 11진정0608300

32) 11진정0635600

른 경우와 마찬가지로 비교대상성을 어떻게 판단할 것인가에 따라 차별의 합리성 판단이 달라질 수 있다는 측면이 고려되어야 한다. 특히 가족형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별이 교육시설 등의 이용 영역에서 나타나는 경우에는, 가족형태나 가족상황의 다양성, 가족형태나 가족상황이라는 차별 금지사유의 유동성(즉, 예를 들어 가족의 형태는 늘 변화될 가능성이 있고, 가족내 지위 또한 고정되어 있지 않다는 점)은 어떤 범위의 비교대상자를 차별의 비교대상으로 삼는가에 따라 결과에서 큰 차이가 있을 것으로 보인다.

다. 관계적 차별의 문제

가족형태 및 가족상황을 이유로 하는 차별에서는 관계적 차별이 문제될 수 있다. 관계적 차별이란 예를 들어, B의 법적으로 보호받는 속성에 기초하여 B의 집단과 관계를 맺고 있는 A를 다르게 처우하는 것을 의미한다. 진정 사건 중에는 항공운항학과 입학시험 서류전형 합격자가 신체검사를 하였는데, 모계에서 유전확률이 높은 조현증 병력이 있음을 확인하고 진정인을 신체검사에서 불합격 처리한 경우가 있다.³³⁾ 당사자와 직접적 관련성이 없는 가족의 병력을 이유로 불이익한 처우가 이루어진 것인데, 연좌제와 같은 관행이 있었던 우리 사회에서 차별형태 또는 가족상황을 이유로 하는 차별을 판단하는 경우 그것이 이러한 관계적 차별에 해당하는지 여부에 대하여 주의할 필요가 있다. 관계적 차별은 법적 개념은 아니지만 차별의 한 형태로서 공식적으로 인정될 필요도 있다.

라. 차별영역의 문제

한편, 기존 국가인권위원회 사례들 가운데 어린이집과 유치원의 선발대상 기준이 문제된 경우가 있다. 보육시설이 제한되어 있기 때문에 보육 대상자들을 선발하는 기준이 종종 문제가 되고, 이 문제는 앞으로도 계속될 것으로 보이는데, 여기에서 어린이집과 유치원이 차별 영역 가운데 어디에 해당하는지 구분이 사실 명확하지 않다. 본문에서는 어린이집은 국가인권위원회법 제2조 제3호 나목의 상업시설로 분류하는 한편, 유치원은 같은 조, 같은 호의 다목 교육시설로 분류하였는데, 그 이유는 어린이집은 영유아보육법상 “보육”기관이고, 유치원은 유아교육법상 “교육”기관이기 때문이다. 그런데 이러한 형식적 분류가 합리적인지는 모르겠다. 우리나라에서 어린이집과 유치원은 연계운영되는 경우가 많고, 법적 기능이 다르기는 하지만 실질적 기능이 본질적으로 다른 것인가에 대한 의문도 있기 때문이다. 게다가 어린이집을 상업시설로 분류하는 것은 어딘가 어색하기도 하다. 국가인권위원회가 사건을 다룸에 있어 큰 문제가 되는 사안은 아닐 것이지만, 어린이집도 국가인권위원회법 제2조 제3호 다목의 교육시설 중 하나로 포함시키도록 명시하는 것을 고려해볼 수 있다.

33) 13진정0051500

제10절. 전과를 이유로 하는 차별

I. 전과를 이유로 한 차별의 의미

국가인권위원회법은 제2조 제3항에서 '형의 효력이 실효된 전과에 의한 차별금지'를 명시하고 있다. '형의 효력이 실효된 전과'를 이유로 한 차별은 이러한 전과를 이유로 한 불리한 대우로서 그러한 대우가 정당화되지 않는 경우를 말한다. 국가인권위원회 결정례에 따르면 형의 효력이 실효된 전과인지 여부는 「형의 실효 등에 관한 법률」에 근거하여 판단되고, 형을 선고받고 집행유예 상태에 있는 경우와 같이 형의 효력이 실효되기 전에 어떠한 차별행위가 문제된 경우는 국가인권위원회법상 차별판단의 조상대상이 되지 않는다고 판단된다. 따라서 형의 집행종료일부터 법에 정한 일정한 기간이 경과하기 전에 발생한 차별은 형의 효력이 실효된 전과에 따른 차별로 볼 수 없다고 보아 각하된다.

1. 직접차별

가. 형의 효력이 실효된 전과의 개념

전과란 범죄를 범하여 재판에 의하여 확정된 형벌의 전력을 의미한다. 그리고 「형의 실효 등에 관한 법률(이하 '형실효법'이라 함)」에 따르면 '전과기록'은 수형인명부·수형인명표 및 범죄경력자료를 말한다(제2조 제7호). 또한 '수형인의 경력'은 자격정지 이상의 형을 받은 경력을 말하고(제2조 제2조 및 제3호), '범죄의 경력'은 벌금 이상의 형이나 보호감호, 치료감호, 보호관찰 등을 받은 경력을 말한다(제2조 제5호). 예컨대, 음주운전으로 인한 운전면허 자격 정지 등의 경우 이러한 전과에 해당한다.

'형의 실효'는 유죄판결확정 이후 자격 정지 이상의 형을 받지 않고 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 날부터 일정기간이 경과하면 그 형이 실효되는 것을 말한다(제7조). 구체적으로 형의 실효는, '3년을 초과하는 징역·금고형의 경우'에는 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 종료일 또는 형집행 면제일로부터 '10년을 경과한 때', '3년 이하의 징역·금고형의 경우'는 '5년을 경과한 때', '벌금형의 경우'에는 '2년을 경과한 때' 실효된 전과가 된다(제7조 제1항). '구류·과료형'의 경우는 형의 집행이 종료되거나 형의 집행이 면제된 때 그 형이 실효된다(제7조 제1항 단서). '형의 집행유예·자격정지형'의 경우에는 그 기간이 경과한 때에, '사면 및 복권'의 경우에는 그것이 있을 때 실효된 전과가 된다(제8조). 또한 형법 제81조에 따라 징역 또는 금고의 집행이 종료되거나 형의 집행이 면제된 자가 손해를 보상하고 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 7년을 경과한 때에 본인 또는 검사의 신청에 의해 그 재판의 실효를 선고받은 경우에도 실효된 전과가 된다.

<형의 실효>

3년을 초과하는 징역·금고형	그 종료일 또는 형집행 면제일로부터 10년을 경과한 때
3년 이하의 징역·금고형	그 종료일 또는 형집행 면제일로부터 5년을 경과한 때
벌금형	그 종료일 또는 형집행 면제일로부터 2년을 경과한 때
구류·과료형	형의 집행이 종료되거나 형의 집행이 면제된 때
형의 집행유예·자격정지형	그 기간이 경과한 때
사면 및 복권	그것이 있을 때

따라서 실효되지 않은 전과 기록의 요구, 실효되지 않은 전과를 이유로 한 제한 등은 국가인권위원회법의 조사대상인 차별사유에 해당하지 않는다.¹⁾ 요컨대, ‘형의 효력이 실효된 전과’란 형을 받고 집행이 종료되거나 그 집행의 면제 후 일정기간이 지나 그 효력이 상실된 것, 즉 수형인명부에서 삭제되거나 수형인명표가 폐기된 형벌의 전력을 말한다.

나. 차별 사유로서 사회적 신분과의 관계

전과를 이유로 한 차별과 관련한 결정례는 많은 경우 ‘사회적 신분’을 차별 사유로 하여 다루어지고 있다. 사회적 신분은 사회에서 장기간 점하게 되는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미하고,²⁾ 이러한 정의에 비추어 볼 때 예를 들어, 진정한 전과이력을 가지고 있는 이유만으로 고용 등에서 불이익한 처우를 받았다면 전과자라는 사회적 신분을 이유로 한 차별행위에 해당하는 것으로 판단하고 있다.

그러나 국가인권위원회법 제2조 제3호에서 평등권 침해의 차별행위가 되는 차별사유로 ‘형의 효력이 실효된 전과’를 명시하고 있다. 그럼에도 불구하고 전과 이력을 가진 자에 대한 차별 사건에서 차별 사유를 ‘사회적 신분’으로 분류하는 이유가 무엇인지 분명치 않다. 결정례 가운데 차별의 합리성을 판단하면서 국가인권위원회법 제2조 제3호의 규정이 평등권 침해의 차별행위로 규정하고 있고 “헌법 제11조의 평등조항이 적용됨에 있어서 형의 효력이 ‘실효된’ 것이든 아직 ‘실효되기 이전’의 것이든 전과를 이유로 하는 차별행위는 공익상의 필요성이 담보되지 않는다면 헌법에 위반되는 것이라 할 것이다.”라고 한 바 있다.³⁾ 이에 따르면 국가인권위원회법상 평등권 침해의 차별행위는 헌법상 평등권 조항에 근거하여 판단하여야 하고 형의 효력이 실효되기 이전의 전과를 이유로 하는 차별행위까지 모두 포함하는 것으로 해석하여야 하는 것인지 의문이 뒤따른다. 그러나 각 법의 성격과 대상이 다르므로 인권위원회의 차별의 합리성 판단이 헌법상 평등권 심사기준과 동일하게 이루어져야 한다고 볼 수 없고, 또 한편으로 형의 효력이 실효되기 전의 전과를 이유로 한 차별이 문제된 진정사건은 모두 각하된 것을 보면,⁴⁾ 위 결정례에서 제기되는 의문이 답이 되지 못한다. 따라서 전과자를 사회적 신분으로 포섭하여 차별의 합리성을 판단하는 데에는 어떠한 기준이나 근거가 필요할 것이다.

다. 불리한 대우

불리한 대우는 유사한 상황에서 실효된 전과가 있는 특정인을 다른 사람보다 불이익하게 취급하는 것을 말한다. 이 때 불이익한 대우에는 실효된 전과를 이유로 한 괴롭힘, 보복도 포함된다고 본다.⁵⁾ 보복이란, 실효된 전과를 이유로 한 차별행위에 대해 지정이나 소송을 제기했거나 할 것이라는 이유로 한 차별행위를 말한다.

그리고 불이익은 진정인의 권리가 제한되거나 침해된 것을 의미하므로 포상과 같이 혜택만을 부여하는 것은 법률상 의무에 해당하지 않고 진정인에게 그러한 이익을 요구할 권리가 있다고 볼 수 없다. 따라서 전과를 이유로 포상에서 배제되는 경우는 진정인이 향유할 수 있는 권리를 제한하는 것

1) 형의 효력이 실효되지 않은 전과를 이유로 채용에서 불합격된 경우(16진정0884200), 집행유예 기간에 있어 법학전문대학원 모집에서 서류전형 불합격처분된 경우(13진정0853700) 등의 사례 모두 각하되었다.

2) 헌법재판소 1995.2.23. 선고 93헌바43 결정.

3) 국가인권위원회 17진정1054100 결정.

4) 국가인권위원회 10진정0421600 결정 ; 국가인권위원회 13진정0853700 결정 ; 국가인권위원회 16진정0884200 결정 등.

5) 국가인권위원회, 「차별판단지침」, 2008, 335면.

이 아니므로 인권위원회법상 차별사유에 해당하지 않는다. 인권위원회는 이러한 경우 차별의 조사대상에 해당하지 않는 것으로 판단하여 각하하고 있다.⁶⁾

라. 합리성 판단

불리한 대우가 합리적 이유에 근거하여 이루어진 경우에는 차별에 해당하지 않는다. 불리한 대우가 ‘합리적 이유’가 있는지 여부에 대한 판단은 불리한 대우를 하는 목적이 정당한지(목적의 정당성), 불리한 대우로 인한 피해를 최소화할 수 있는 대안이 존재하는지(피해의 최소화성), 불리한 대우를 하는 공익과 불리한 대우를 받는 피해자의 사익 간에 균형을 이루었는지(법익의 균형성)를 검토하여야 한다.⁷⁾ 그러나 인권위원회의 결정을 보면 대체로 이처럼 엄격한 기준으로 판단하기 보다는 차별의 목적에 비추어 합리성이 있는지 여부로 판단하고 있다.

한편, 형실효법은 범죄경력이나 수사경력 등을 조회하는 것을 일정한 경우에만 허용하고 있으므로(법 제6조), 이를 위반하여 그러한 자료를 회보받거나 취득한 경우 차별행위로 추정된다.⁸⁾ 즉, (1) 법령상 허용되지 않는 범죄경력조회나 수사경력조회로 회보받거나 취득한 경우, (2) 수사자료표를 관리하는 자 또는 직무상 수사자료표에 의한 범죄경력조회 또는 수사경력조회를 하는 자가 그 수사자료표의 내용을 누설한 경우, (3) 법령상 허용되는 목적 외의 용도에 사용할 목적으로 범죄경력자료 또는 수사경력자료를 취득한 경우, (4) 법령상 허용되는 목적의 용도로 범죄경력자료 또는 수사경력자료를 회보받거나 취득한 때에도 법령에 규정된 용도 외에 사용된 경우, (5) 법령에서 정한 삭제기간을 도과한 전산입력된 수사경력자료를 취득한 경우 등이다.

2. 간접차별

전과를 이유로 한 간접차별이란, 외관상 중립적인 규정이나 관행이 사실상 실효된 전과를 가진 자에게 불리한 결과를 초래하는 경우로서 그것이 합리적인 이유로 정당화되지 않는 경우를 말한다. 그러나 전과를 이유로 한 차별에 관한 진정 사건은 전과 그 자체를 문제삼아 제한·배제하는 경우가 대부분이기 때문에 간접차별의 사례는 찾아보기 어렵다.

II. 전과를 이유로 한 고용상 차별

전과를 이유로 한 고용상 차별은 전과를 이유로 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다. 인권위원회에 접수된 진정 사건의 대부분은 채용 절차에 관한 것이고 그 다음으로 퇴직에 관한 것이다.

전과를 이유로 한 고용상 차별과 관련한 진정 사건에서 인권위원회는 사업의 목적 또는 직무의 내용이나 특수성을 당해 차별의 합리성 여부에 대한 주요한 판단기준으로 삼고 있다. 전과를 이유로 한 차별 사례 중 간접차별은 없고 직접차별이 문제되는 경우가 대부분이므로 결국 전과 차별의 판단은 대체로 직무의 고유한 요건에 맞춰져 있다고 할 수 있다.

6) 국가인권위원회 08진차1311 결정 ;인권위원회 15진정0105600 결정 ;인권위원회 17진정0970400 결정 등.

7) 국가인권위원회, 「차별판단지침」, 2008, 336면.

8) 국가인권위원회, 「차별판단지침」, 2008, 336면.

1. 차별이 인정된 경우

가. 직접 차별이 문제되어 차별이 인정된 경우

전과를 이유로 한 고용상 차별이 인정된 결정례는 1건인데, 이 진정 사건에서 인권위원회는 전과 이력이 있다는 이유만으로 차별을 하는 것은 합리성이 없고, 차별 목적의 정당성, 수단의 적절성, 침해의 최소성을 고려하여 차별의 합리성 여부를 판단하였다. 그리고 차별의 목적이 인정된다면 그러한 목적달성에 부합하는 구체적인 기준 및 절차가 수립되어야 한다고 보았다.

□ 일용직 근로자가 전과를 이유로 교정시설에 출입이 불허되어 작업에서 배제된 사례 (17진정 1054100)

- * 정당화 주장 사유 : 국가보안목표시설로서 교정사고의 위험을 방지하기 위해 전과이력이 있는 자를 제한 또는 통제할 필요가 있다.
- * 판단 : 교정시설이 국가보안목표시설로서 외부인에 대한 철저한 출입통제 또는 제한을 통해 안전과 질서를 지켜야 한다는 점에서 차별행위 목적의 정당성은 인정된다. 그러나 진정인의 신분과 출소 이후 다른 전력이 없는 상황, 교정시설 출입을 전면적으로 제한하는 조치 대신에 출입통제가 가장 엄격하게 점검되어야 할 통제구역에 대해서만 제한하는 등으로 진정인의 피해를 최소화할 수 있는 방안을 모색하지 않은 것, 용무의 성격과 범위 등에 대하여 종합적인 고려를 거쳐 적합한 검토를 하지 않은 채 단지 전과가 있었다는 이유만으로 다른 작업자들과 달리 진정인의 일할 기회를 박탈하였다면, 그 목적의 정당성이 인정된다 하더라도 차별처우를 정당화할 수 없다.

<전과를 이유로 하는 고용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
전과 17진정1054100	출입불허	전과이력	합리적 이유	차별의 목적과 수단의 적절성 피해의 최소성

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가. 직접차별이 문제되었지만 차별이 인정되지 않은 경우

전과를 이유로 한 고용상 차별에서 합리성이 인정되기 위해서는 해당 직업이나 업무가 공익 및 신뢰성과 긴밀하게 연관되어 있고 전과 이력이 그 업무와 상관이 있어야 한다. 각각의 결정례에서 차별의 합리성이 인정된 근거의 주요 내용은 다음과 같다. 즉, 근로자의 수행 업무가 공공성 및 도덕성이 요구되고 지방공무원법 등의 결격사유에 해당한다는 점, 선원의 해상 안전교육을 담당하는 업무에서 세월호 사고 관련 전과를 가진 자의 채용은 교육생들에 대한 신뢰도가 저하될 수 있다는 점, 군 임무의 특성상 고도의 윤리의식이 요구되므로 다수의 범죄전력을 가진 자를 배제할 필요가 있는 점, 대통령 내외가 참석하는 행사는 보안 및 경호가 중요하므로 전과 경력을 가진 자의 합격 취소가 불합리하다고 볼 수 없는 점 등이 고려되었다.

□ 기간제 근로자 채용에서 공무원결격사유를 적용하여 응시자격을 제한한 사례 (16진정0040300)

- * 정당화 주장 사유 : 피진정인1은 공공기관으로서 신뢰가 유지되어야 하고, 「지방공무원법」에 준하는 「00도 무기계약 근로자 관리 규정」의 결격사유를 들어 응시자격을 제한한 것이다. 피진정인 2의 쓰레기 무단투기 단속 업무는 책임감과 도덕성이 필요한 업무로, 「지방공무원법」 제31조의 결격사유에 저촉되지 않는 자로 응시자격

을 제한하였다.

- * 판단 : 모집대상 기간제 근로자의 수행업무가 가지는 공공성 및 대민관련성 등이 인정되고, 대개의 국가기관 및 지방자치단체에서 기간제 근로자를 채용에 있어 「국가공무원법」 또는 「지방공무원법」상 결격사유 혹은 이에 준하는 결격사유를 적용하는 사유는 그 수행하는 직무가 가지는 공공성 및 보안성 등에 기인하고 있는 것인 점 등을 고려할 때, 기간제 근로자 채용 공고에서 집행유예 중에 있는 진정인의 응시자격을 제한한 것은 합리적이다.

□ 안전교육분야 교관 채용에서 업무방해 벌금전과를 이유로 채용이 취소된 사례(16진정0685700)

- * 정당화 주장 사유 : 피진정기관이 채용하려고 했던 교관은 선원들의 해상안전훈련을 담당하고 해양사고 시 승객을 보호할 임무를 수행토록 선원들(교육생)에게 이론 및 실습교육을 지도하는 역할을 담당할 예정이었으므로 세월호 사고 관련 전과를 가진 진정인을 안전교육담당자로 채용하는 것은 피진정기관 교육에 대한 불신과 국가적인 선원안전교육정책에 부정적 요인이 될 수 있다.
- * 판단 : 피진정인이 전과를 이유로 채용에서 차별행위를 한 사실이 인정되나, 피진정인이 채용하고자 했던 교관의 역할이 선박안전교육담당이고 이러한 역할을 담당하게 될 채용예정자에게 교육생과 일반인들의 신뢰를 심각하게 저해할 수 있는 과거 경력이 없을 것을 요구하는 것은 정당한 것이다.

□ 군 유급지원병 모집에서 소년보호처분자를 부적격자로 배제한 사례 (14진정0116700)

- * 정당화 주장 사유 : 군의 임무특성상 평소 위험성이 높은 장비를 다수 운용하면서 각종 사고 위험에 노출되어 있는 현실, 의무복무 후 하사로 임관하여 분대원들을 술선수범해서 관리해야 하는 간부로서의 역할을 수행해야 한다는 점, 군이 국민과 국토를 수호하는 숭고한 임무완수를 위해서는 높은 윤리의식과 강한 책임감, 희생정신을 가진 우수한 인력이 필요하다는 점을 고려하여 진정인을 탈락시켰다.
- * 판단 : 유급지원병은 하사로 임관 후 분대장으로서 간부의 역할을 수행하여 보다 높은 책임감과 윤리의식이 필요하다고 보여 지는 점, 진정인이 지원한 분야가 K-1 전차로 대량살상이나 위험성이 높은 첨단장비인 점, 소년보호처분자라 하더라도 전적으로 배제되지 않는 점, 진정인의 범죄전력이 다수인 점 등을 종합적으로 고려할 때, 본 진정은 불합리한 차별행위에 해당하지 않는다.

□ 신원조사에 따른 주부모니터단 합격 취소 (09진인0005244)

- * 판단 : 생활공감 주부모니터단(이하 모니터단) 사업은 행정안전부 생활공감 기획단 주관으로 시행되는 것으로 대통령 내외가 참석하는 모니터단 출범식 행사의 경호를 위하여 청와대 경호처에서 대통령 내외 참석 행사 참석자에 대해 「보안업무규정」 및 「대통령경호안전대책위원회규정」에 따라 신원조사를 한 사실이 인정되며 이 경우 인권침해에 해당하지 아니하는 경우로 본다. 또한 진정인의 범죄경력을 이유로 합격을 취소한 행위가 현저하게 불합리하다고는 할 수 없다.

<전과를 이유로 하는 고용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
전과 16진정0040300	채용 제한	공무원결격사유	진정직업자격, 합리적 이유	관련 규정 및 업무의 특성(공공성, 보안성)
전과 16진정0685700	채용 취소	전과기록	합리적 이유	실질적 판단 (교육생 신뢰 부여 필요성)
전과 14진정0116700	모집 배제	소년보호처분자	진정직업자격, 합리적 이유	고도의 책임감과 윤리의식 요구 등 종합적 판단
전과 09진인0005244	채용 취소	신원조사	합리적 이유	실질적 판단

3. 주요 쟁점

가. 심사척도의 이원성

인권위원회의 결정을 통해 권고 결정과 기각 결정에서 차별의 판단기준이 달리 적용되고 있음을 볼 수 있다. 인용된 결정에서는 비례성 심사에 따라 판단된 사례가 있다. 여기서는 전과 이력에 근거한 제한의 목적에 대한 정당성을 인정하되 차별적 취급의 적절성 또는 침해 최소성 등이 고려되었다. 반면, 기각된 경우 대부분 합리성 심사에 따라 판단이 이루어지고 있다. 차별적 취급의 정당성은 수행 업무의 내용과 성격(예컨대 쓰레기 무단투기 단속업무 등 업무가 가지는 공공성 및 보안성, 선박안전교육의 신뢰도 등)에 근거하여 그 차별적 취급의 정당성이 인정되었다. 합리성 판단기준에 따라 차별의 여부에 대한 결론이 달라지고 있다. 전자의 경우 전과의 내용이나 성격에 비추어 차별의 수단이나 방법에 대한 판단이 구체적으로 이루어졌다면, 후자의 경우 전과의 속성에 대한 판단 없이 차별의 목적에 비추어 합리성 여부를 판단하였다.

이처럼 사건에 따라 판단기준의 적용을 달리하는 데에 어떤 기준이 적용되는지 분명히 드러나지 않으나 대체로 사안의 내용에 따라서 심사기준을 달리 삼고 있는 것으로 추측해 볼 수 있다. 그러나 이러한 방식이 바람직한 것은 아니고 또 판단기준을 어떻게 삼느냐에 따라 결과가 달라질 가능성이 있으므로 일정한 적용기준을 마련할 필요가 있다.

나. 민간영역과 구분되는 공공부문의 특징 고려

진정 사건은 모두 공공부문에서 이루어졌는데, 이 때 민간부문에서의 모집·채용에 비해 고도의 도덕성 내지 윤리성이 요구되고 있다는 점이 유의된다. 특히, 군 임관이나 유급지원병 모집 등 군인사와 관련하여 배제된 경우 임무의 특수성(직무상 요구되는 윤리의식)과 군인사법, 군사보안적무심사규정 등이 적용되어 차별로 보지 않았다. 이를 반대로 해석하면, 공공부문에 비해 상대적으로 근로자의 인격이나 신뢰성을 크게 묻지 않는 민간부문에서의 고용에서는 전과를 이유로 한 차별이 직무와 본질적 상관성이 객관적으로 입증되지 않는 한, 윤리의식과 같은 개인의 도덕성이 합리성 판단 요소로 큰 비중을 차지하지 않을 것이다. 그리고 공공부문에서는 근거 법령에 따라 전과조회가 이루어지고 이에 대한 논쟁도 거의 없으나, 민간 부문에서는 형실효법이나 개인정보보호법 등과 같은 법령상 예외에 해당하지 않으면 구직지원자나 근로자에게 실효된 전과를 공개할 것을 요구할 수 없으므로 구직지원자나 근로자의 동의 없이 행해진 전과 조회에 근거한 고용 차별은 합리성 없는 차별에 해당될 수 있다.

따라서 민간 부문에서의 전과로 인한 차별이 문제된 사례는 아직 발견되지 않지만, 향후 이와 관련한 진정 사건이 발생하면 지금까지 인권위원회에서 다루어진 판단기준과 다르게 전과 조회의 타당성 여부, 해당 실효된 전과가 업무 수행에 본질적으로 연관이 있는지 여부 등을 핵심적으로 파악하여야 할 것이다.

다. 신원조회 등 전과 기록 열람의 합리성과 관련한 문제

국가인권위원회 결정을 통해 「공무원법」 또는 「지방공무원법」에 의한 공무원 결격사유 조항에 근거하거나 또는 그러한 법을 준용한 인사규정상 ‘직원채용시 결격사유’ 규정 등에 따라 진정인의 신원조회가 이루어진 것을 볼 수 있다. 이러한 신원조회는 근거 법령이나 규정에 따른 것으로 합리성이

있다.

그러나 형실효법에 따라 범죄경력이나 수사경력 등을 조회하는 것이 제한되고 있지만, 공무원법 등이 적용되지 않는 공공·민간업체에서도 사용자가 신원조회를 직원채용의 심사 기준으로 삼아 범죄경력증명서 등의 요구나 전과 여부를 묻는 것이 문제될 수 있다. 특히 전과기록의 회보는 전과자가 생업에 종사할 수 있는 기회를 원천적으로 봉쇄하는 요인으로 작용할 수 있으므로 심각하게 고려할 만한 문제가 된다. 전과조회가 가능한가, 가능하다면 어디까지 허용될 수 있는가, 알려진 정보를 기초로 채용여부를 결정하거나 채용 후 전과 이력을 알게 된 경우 해고하는 것은 정당한가 등이 문제될 수 있다.

헌법재판소는 개인정보자기결정권을 “자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리”로 정의하고 이를 독자적인 기본권의 하나로 승인한 바 있다.⁹⁾ 개인정보자기결정권은 단순히 타인에 의한 개인정보의 취급을 억제하는 것 뿐 아니라 개인이 자신에 관한 정보를 적극적으로 형성하고 조절하는 측면으로도 이해된다. 이에 따라 정보의 수집 뿐 아니라 보유 및 이용에 대해서도 통제권을 가지는 것으로 볼 수 있다.¹⁰⁾ 그리고 이를 보장하기 위해 「개인정보보호법」과 같은 법령이 제정되어 있다. 개인정보보호법 제23조는 범죄경력자료에 해당하는 정보를 ‘민감정보’로 규정하고 정보주체에게 정보처리에 대한 동의를 받거나 법령에서 요구하는 경우에만 처리할 수 있도록 하고 있다. 만약 정보주체의 동의를 얻지 않은 채 개인정보의 수집, 축적, 이용, 제공 등의 조치가 이루어진다면 개인정보자기결정권이 제한된 것으로 볼 수 있을 것이다. 즉, 신원조회 등 전과기록 열람은 관련법령에 명시적으로 규정된 경우에 실시되는 것이 원칙이고 개인의 동의가 있는 경우에만 특별히 허용된다. 형실효법 제6조 제1항에서 범죄경력조회 및 수사경력조회 회보에 대해 근거 규정을 두고 있고 개인정보보호법 제18조 제2항은 정보주체의 동의가 있는 경우 개인정보를 제3자에게 제공하거나 이용할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 범죄경력이나 수사기록에 대한 기록은 특수한 개인정보로서 이에 대해서는 형실효법이 우선적으로 적용되는 것으로 보아야 할 것이고 형실효법 제6조 제1항에서 규정한 바와 같이 조회 목적에 필요한 최소한의 범위 내에서 실시되어야 한다. 또한 개인정보법이 적용되더라도 동법 제18조 제2항 단서에서 정보주체의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때에는 제3자 제공이나 이용을 금지하고 있다는 점을 유의하여야 한다.¹¹⁾

한편, 사용자가 채용지원서에 실효된 전과를 표시하도록 하거나 실효된 전과에 대해 서면 또는 구술로 질문하거나 평가하는 행위 등을 하는 것에 대해 2008년 차별판단지침에서는 차별로 파악하고 있다.¹²⁾ 물론 사용자가 근로자를 채용함에 있어 신상관련 질문을 하는 것은 채용의 자유이자 경영권의 재량에 해당한다고 볼 수 있다. 그러나 설문지 내용이 근로자의 정보에 대한 자기결정권을 제한하는 것일 수도 있으므로 근로자의 이익과 사용자가 근로자에 대한 정보를 획득해야 하는 이익에 대한 형량이 요구된다. 이와 관련하여 독일의 경우 사용자의 질문에 대한 답변이 “정당하고 동의할만하며 보호가치가 있는 이익을 가지고 있는 것” 즉, 당해 일자리 또는 수행하여야 할 업무를 위해 의미 있는 경우 사용자의 질문이 허용된다.¹³⁾ 구체적으로, 지원자의 전과 여부가 해당 업무 및 직장에서의 보호이익과 관련되는 경우에 질문이 허용된다. 예를 들어, 운전기사 채용시 교통법규 위반전과 여부, 창고관리인 채용시 절도죄 전과 여부, 경리직원 채용시 재산관련죄 전과 여부 등은 질문이 허용된다고 보는 것이다.¹⁴⁾ 요컨대, 전과기록 정보를 사용자가 획득하고자 하는 데에는 ‘직무와의 관련

9) 헌법재판소 2005.5.26. 99헌마513·2004헌마190 결정.

10) 권건보, “전과자의 채용거부와 신원조회 정당성”, 「고시계」(통권 614호), 2008, 76면.

11) 권건보, 위의 논문, 79면.

12) 국가인권위원회, 「차별판단지침」, 2008, 339면.

13) 박귀천, “근로자 채용시 사용자의 질문에 대한 제한”, 「노동법연구」 제23호, 서울대학교 노동법연구회, 2007, 108면.

성'이 요구되고 이것이 차별의 합리성 여부를 판단하는 중요한 기준이 될 수 있을 것이다.

라. 진정직업자격의 기준

진정직업자격은 특정 직무나 사업 수행의 성질상 차별이 불가피한 경우 차별의 예외로 인정된다. 이는 직업의 수행에 본질적인 요건으로, 전과 이력이 업무의 본질과 관련이 있음이 확인되어야 하고 이는 사용자에 의해 객관적으로 증명되어야 한다. 따라서 직업의 수행에 부수적인 요건이나 주변적인 요건은 여기에 포함되지 않는다. 국가인권위원회 결정을 보면, 전과 기록이 있다는 것만을 이유로 차별하는 것에 대해서는 합리성을 인정하지 않고 진정인의 범죄경력과 해당 직무의 내용이나 성격 등과의 관련성에 비추어 당해 차별이 합리적인지 여부를 판단하고 있다. 그리고 직업수행에 고도의 윤리성이나 정신적 안정성 등이 요구되는 경우 진정직업자격에 해당될 수 있다고 본다. 범죄경력이 없을 것이 직업의 수행에 본질적이고 불가결한 요소인지 여부에 대한 결정은 각 직업별 또는 직무별로 개별적으로 판단되어야 한다. 이 때 범죄를 저지른 시기의 나이 또는 범죄경력이 발생한 시점으로부터 현재까지 경과한 시간 등도 함께 고려될 필요가 있다.¹⁵⁾

그리고 아동과 함께 하는 직업에서 범죄경력이 있는 자를 배제하는 차별행위는 아동의 안전과 복지를 목적에 비추어 허용될 것이다. 현행 「아동청소년의 성보호에 관한 법률(이하 '청소년성보호법')」은 학교, 학원, 상담소, 아동복지기관, 경비업 등 아동·청소년 관련 기관에 성폭력범죄자의 취업(운영, 취업·노무)을 제한하고 있기 때문이다(제56조). 또한 해당 기관은 지원자의 동의를 받아 성범죄경력에 대한 조회를 할 의무가 있다.

한편, 직업상 다른 사람이나 자신의 건강이나 안전과 관련되어 있는 것이 직무의 고유한 요건인 경우가 있다. 그러나 이 경우에도 다른 사람에 대한 위협의 정도를 신중하게 판단하여야 하고, 실현된 위협의 결과에 대한 평가가 언급되어야 한다.¹⁶⁾

마. 범죄와 업무의 상관성에 대한 판단기준

전과 이력을 이유로 직업이나 직위를 제한하려면 그 해당 직업이나 직위에 있는 자의 업무가 공익과 공정성, 신뢰성과 긴밀하게 연관되어 있고 전과 이력이 그 업무와 연관성을 가져야 한다. 전과와 직무의 상관성 정도에 따라 그 합리성 여부가 달라질 수 있다. 국가인권위원회 결정 가운데 대통령 경호 보안 등을 이유로 신원조사의 타당성이 인정되어 모니터단 합격이 취소된 것이 차별이 아니라고 본 사례가 있는데, 여기서 신원조회 결과에 따른 진정인의 범죄경력과 모니터단의 취소의 연관성은 명확히 밝히지 않았다.¹⁷⁾ 이 사건에서 진정인의 신원조회가 이뤄진 점, 전과를 이유로 모니터단 합격이 취소된 점 두 가지가 쟁점이 되었는데, 신원조회는 대통령 경호를 위한 것으로 인정되어 인권침해에 해당하지 않는다고 보았고, 그 결과에 근거한 합격취소는 현저하게 불합리한 것은 아니라고 보아 차별에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그러나 진정인이 종사하여야 할 모니터단 업무가 진정인의 폭력행위·명예훼손·업무방해 등의 전과기록과 밀접한 상관성이 있는지 여부는 면밀하게 심사하지 않았다. 전과와 직무의 상관성 정도를 좀 더 구체적으로 판단하였다면 합리성 여부의 결과가 달라질 수도 있을 것이다.

한편, 전과의 내용은 직무와의 상관성 여부에 중요한 판단 기준이 된다. '특정의 전과나 혐의사실'

14) 박귀천, 위의 논문, 118면.

15) 국가인권위원회, 「차별판단지침」, 2008, 343-344면.

16) 김진, 김태선, 「차별판단지침에 대한 외국사례 조사」, 국가인권위원회, 2006, 118면.

17) 국가인권위원회 09진인0005244

이 업무의 본질과 밀접한 관련이 있어야 한다. 업무의 본질과 관련이 없는 전과기록을 이유로 한 차별은 단지 전과만을 이유로 한 차별에 해당할 수 있다. 이와 관련하여 소년 보호처분 경력에 근거하여 유급지원병에서 배제된 사례를 볼 수 있다. 이 사건에서 진정인은 소년법상 제32조 제6항에서 '소년 보호처분이 소년의 장래 신상에 어떠한 영향을 미치지 않는다'는 규정이 있음에도 불구하고 유급지원병에서 배제되었는데 그 근거는 다소 미흡하다.¹⁸⁾ 인권위원회는 소년보호처분 사건 해당자가 유급지원병에 합격한 사례가 있다는 점에서 당해 진정인에 대한 배제가 합리성 없는 차별이 아니라고 하였으나 진정인이 비교대상자와 어떤 점에서 차이가 있는지 구체적으로 밝히지 않았다. 만약 동일하게 소년보호처분을 받은 자 가운데 유급지원병에 합격한 자와 달리 취업한 것에 합리성이 인정되려면 전과와 관련하여 구별되는 것 예컨대, 범죄의 종류나 경중 등이 구체적으로 판단되어야 한다. 따라서 구직자 또는 근로자의 전과 경력과 업무의 상관성을 판단할 때 전과를 둘러싼 구체적인 정보가 고려될 필요가 있다. 예컨대, ①어떤 종류의 범죄인지, ②범죄 사실의 심각성과 문제되는 업무와 어느 정도 관련성이 있는지, ③범죄사실은 인정되나 유죄판결을 받았는지, ④범죄 사실 발생 당시 연령이 얼마인지, ⑤성년이 된 이후인지 청소년 시기인지, ⑥범죄가 발생한 시기로부터 얼마나 경과되었는지, ⑦범법의 경향(상습성 등), ⑧범죄 사실이 발생한 배경과 환경(직장, 가정 등), ⑨범죄 사실이 있을 때로부터 지원자의 환경이 변화되었는지 여부, ⑩해당 전과가 법령 등에서 비범죄화로 되었는지 여부, ⑪과거 범죄경력에 대한 지원자의 태도 등 전과를 둘러싼 세부적인 정보가 함께 판단되어야 한다. 이와 같은 정보는 채용시 직무 수행에 대한 적합성 판단 뿐 아니라 승진이나 인사이동 등을 고려할 때에도 유용할 수 있을 것이다.¹⁹⁾

III. 재화 등의 공급과 이용상 차별

1. 차별이 인정된 경우

재화 등의 공급과 이용상 차별에서 차별로 인정된 경우를 보면, 전과 이력으로 인한 제한이 해당 재화를 이용하고자 하는 목적과 상관이 있어야 하고, 이 때 범죄의 종류와 형량 등이 과도하지 않게 적용하여야 전과자에 대한 차별의 예외로 인정된다. 한편, 법령에 근거한 제한에 대해서는 입법에 관한 사항으로서 인권위원회의 조사대상에 해당하지 않는 것으로 보아 각하되지만, 양심적 병역거부에 따른 전과로 인해 변호사 시험 응시가 제한된 결정례에서 인권위원회는 그 제한의 목적이 정당하더라도 헌법재판소의 위헌판결과 병역법 개정 등에 따라 관련 법률개정이나 별도의 조치가 필요하다는 의견을 제시하기도 하였다.

□ 비영리 사단법인의 금고이상의 형을 받은 자에 대한 피선거권 제한(11진정0186800)

- * 정당화 사유 : 각급 회장은 피진정인의 권익신장과 복지증진 및 봉사활동 등 사회발전 기여를 위한 대표자이므로 공정과 신뢰가 요구된다.
- * 판단 : 유사 목적의 타 사단법인 사례, 유사법인의 임원 자격 제한, 주무관청 의견 등을 종합해 볼 때 피진정 법인의 회장선출 규정은 과도한 제한이다. 또한 중앙회장과 지회장의 책임의 막중함은 차이가 있음에도 일률적으로 적용하는 점은 합리성이 부족하고, 비공익법인보다 공익법인의 임원이 더 큰 신뢰성과 공정성을 가져야 한다는 일반적 사회인식을 고려하면 공익법인의 임원보다 법적 엄격함을 더 요구하는 피진정 법인의 피선거권

18) 국가인권위원회 14진정0116700

19) 김진, 김태선, 「차별판단지침에 대한 외국사례 조사」, 국가인권위원회, 2006, 133면.

제한은 합리적이라 보기 어렵다.

□ **실효된 전과를 이유로 국적취득 불허(11진정0098500)**

- * 정당화 주장 사유 : 귀화허가 심사는 건전한 인격자로서 기존 구성원과 조화를 이룰 수 있는지 여부에 대한 요인을 가장 중시할 필요가 있으므로 모든 귀화신청자에 대한 범죄경력 조사를 실시하여 범죄의 성질 및 처분 결과 등을 종합적으로 판단, 허가 여부를 결정한다. 진정인의 범죄 경력은 무면허 운전이 본인의 고의에 의한 범죄이고 사고로 인한 타인의 생명, 재산 등에 입힐 수 있는 부작용도 발생할 수 있으므로 벌금의 액수만으로 범법행위의 경중을 따질 수 없다.
- * 판단 : 진정인의 무면허 운전과 쌍방상해의 전과는 생활수반형 전력으로 범죄의 성격 또한 반사회적 성격을 내포하고 있다고 보기 어려우므로 피진정인이 보호하고자 한 공익인 기존 구성원과 조화를 이룰 수 있는지 여부를 판단하는 데 있어 문제된 진정인의 전과는 충분하다고 보기 과도하다. 또 국적법 제5조 제3호 해당 여부 판단에 이미 실효된 전과를 적용하여 「형의 실효 등에 관한 법률」의 목적에 반하는 판단을 하였다.

□ **양심적 병역거부 전과를 이유로 법조윤리 시험 등 변호사시험에의 응시제한 (19진정0454700)**

- * 정당화 주장 사유 : 현행 변호사시험법에서 정하고 있는 응시 결격사유에 따라 제한한 것이다.
- * 인권위원회의 의견 : 변호사는 공익적 업무에 종사하는 직업으로서 일반적 기준보다 높은 윤리수준이 요구되기 때문에 범죄 경력자에 대해 한시적으로 진입을 제한하는 것에 합리적 이유가 없다고 하기 어렵다. 그러나 최근 헌법재판소 결정 및 대법원 판결은 양심적 병역거부가 병역법을 위반한 범죄행위가 아니라고 결정한 바, 관련 법률을 개정하거나 그 외 필요한 조치를 취하는 것이 바람직하다. 다만, 이 진정 사건 진정인의 응시결격 사유는 현행 변호사법 제6조에 근거한 국회 입법사항으로써 국가인권위원회법의 조사대상에 해당되지 않으므로 각 하되었다.

<전과를 이유로 재화 등 이용/공급상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
전과 11진정0186800	피선거권 제한	전과 이력	합리적 이유	제한의 정도 업무와의 상관성
전과 11진정0098500	국적 취득 불허	전과 이력	합리적 이유	목적달성 위한 공익과 침해되는 사익의 비교 형량

2. 차별이 인정되지 않은 경우

재화 등의 공급과 이용에서 전과를 이유로 한 차별이 인정되지 않은 경우는 당해 재화의 내용이나 성격이 전과와 관련이 있는 것으로 판단된 경우이다. 보험설계사 등록이 제한된 결정례에서는 보험사기 전력이 문제되었고, 업무상 교도소 출입이 제한된 사례에서는 마약류 사범으로 수용전력이 있어 수용자와 접촉가능성이나 은밀한 부정물품 수수 가능성이 고려되었다. 모범운전자회 가입 제한의 경우는 뺑소니 사고 전력, 군장학생 선발 취소 사례에서는 폭행 상해의 전과 전력이 각각 문제되었다. 즉, 범죄의 구체적인 내용과 종류를 고려하여 전과 이력이 재화의 이용과 밀접한 상관이 있다고 판단되면 차별의 합리성이 인정되었다.

□ 전과를 이유로 한 보험설계사 등록 제한(13진정0247800)

- * 정당화 사유 : 진정인이 제출한 사건기록에 따르면 2003. 고의로 교통사고를 발생시켜 보험금을 편취한 보험사기 사건으로 유죄판결을 받은 것이 확인되었다. 보험모집인은 개인이 만일의 사태에 대비할 수 있도록 보험상품의 가입과 설계를 도와주는 금융전문인으로 보험가입 인수여부를 판단할 때 환경적, 도덕적 위험을 고려하여야 하고 설계사의 자질로서 도덕성이 요구되므로, 자사에 대한 보험사기 적발로 막대한 피해를 입힌 자에 대한 모집인 등록제한은 회사 운영 및 직무의 특성, 금융감독원의 권고사항 등에 비춰 불합리한 조치로 보기 어렵다.
- * 판단 : 진정인이 비록 10년 전의 사건이기는 하나 피진정인 회사에 대한 보험사기 적발로 피해를 입힌 점, 유죄판결 사실이 보험설계라는 직무수행 특성과 관련되어 도덕성 및 신뢰를 훼손시킬 수 있는 점, 금융감독원의 권고사항, 진정인이 타 생명보험회사에서는 제한 없이 보험설계사로 활동하고 있는 점 등에 비춰 피진정인 보험회사에서 진정인을 자사 보험설계사로 부적격하다고 판단한 것이 재량의 범위를 현저히 일탈한 비합리적인 결정이라고 볼 수 없다.

□ 전과를 이유로 한 업무상의 교도소 출입 제한 (10진정0433600)

- * 정당화 주장 사유 : 국가보안목표시설인 교도소는 각 내규 등에 따라 사전에 신원조회 등의 절차를 통해 출입이 허가되므로 진정인은 교도소의 규정상 출입이 제한되는 전과 전력을 가진 자에 해당하고 절차를 거치지 않은 경우에 해당하여 출입을 제한하였다.
- * 판단 : 피진정인이 마약류 사범으로 수용전력이 있는 자에 대한 출입을 제한하는 조치는 교정시설의 특성상 수용자의 접촉가능성 및 은밀한 부정물품 수수 가능성을 차단하는 목적을 달성하기 위한 수단으로서 전과를 이유로 한 불합리한 차별이라고 보기 어렵다.
- * 유사 사례 (14진정0222200) : 교도소 내 CCTV 보수 등 작업을 위한 신원조회 결과 컴퓨터프로그램보호법 위반죄의 범죄 전력으로 교도소 작업 출입이 제한된 사례에서, 피진정기관이 보안업무내규에 따라 작업출입 요청자 5명 모두에 대하여 신원조사를 실시한 점, 전자경비 및 자동출입제어시스템은 교도소의 핵심운영시스템으로서 진정인의 범죄 전력과의 연관성이 있는 점 등을 종합적으로 고려할 때 불합리한 차별행위에 해당하지 않는 것으로 판단되었다.

□ 전과를 이유로 모범운전자회 가입 배제 (11진정0284400)

- * 정당화 주장 사유 : 모범운전자는 경찰공무원 보조 근무자로 교통법규 준수 및 타의 모범이 될 필요가 있으므로 뺑소니 사고 전력이 있는 진정인을 선발에서 탈락하였다.
- * 판단 : 교통관련 범죄로 징역형을 받은 점을 고려할 때 모범운전자로서 부적격으로 결정한 것은 재량의 범위를 현저히 일탈한 비합리적인 결정이라고 볼 수 없다.

□ 벌금형 전과를 이유로 군장학생 선발취소 (09진차207)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인의 범죄 사실이 고의로 피해자를 폭행하여 상해를 입힌 것으로 이는 군장학생규정상 '품행이 불량한 때'에 해당하여 군장학생 선발을 취소하였다.
- * 판단 : 진정인은 「군인사법」상 부사관 임용 결격사유에 벌금형 전과는 포함하지 않음에도 진정인의 벌금형 전과 전력을 이유로 군장학생 선발에서 취소된 것은 불합리하다고 주장하나 해당 법은 부사관 임용의 결격사유를 규정하고 있는 것이지 군장학생 선발 취소사유를 규정하는 조항이 아니고, 군장학생의 선발 및 취소와 관한 사항은 「군장학생규정」에서 정하도록 하고 있다. 부사관 군장학생은 장학생 선발에 따른 금전적 혜택을 받는 신분으로 장학생 수혜대상을 선발 및 관리하는 데 군인사법상 부사관 임용 결격사유 이외 일정한 조건을 추가하고 해당 조건이 충족되지 않을 경우 장학생 선발을 취소하는 것은 장학생제도의 운영목적과 수단의 측면에서 불합리하지 않다. 피진정인의 전과 전력에서 그 죄질을 고려한 후 군장학생으로서 품행에 문제가 있다고 판단하여 군장학생 선발을 취소한 것은 현저히 불합리하다고 볼 수 없다.

〈전과를 이유로 재화 등 이용/공급상 차별이 인정되지 않은 경우〉

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
전과 13진정0247800	보험설계사 등록 제한	전과 이력	합리적 이유	보험설계사 도덕성이나 자질 등 실질적 판단
전과 10진정0433600	업무상 교도소 출입 제한	전과 이력	합리적 이유	전과와 업무의 상관성 종합적 판단
전과 11진정0284400	모범 운전자회 가입 배제	전과 이력	합리적 이유	제도의 취지 및 전과와 업무의 상관성
전과 09진차207	군장학생 선발 취소	전과 이력	합리적 이유	제도의 취지와 관련규 정

3. 주요 쟁점

가. 범죄의 성격이나 종류 등 구별의 필요성

인권위원회가 차별의 합리성 판단을 할 때 제도의 취지나 달성하고자 하는 목적과 전과가 어느 정도 상관성을 가지고 있는지 여부를 판단하고, 이 때 전과의 종류와 형량 등 전과의 내용을 구체적으로 살펴보고 있다. 국가인권위원회 결정을 보면, 침해되는 사익과 달성하려는 공익을 비교형량하면서 범죄의 구체적인 내용과 성격을 고려하였다. 귀화허가 심사 사건에서 인권위원회는 사회 구성원과의 조화를 이룰 수 있는지 여부를 판단하면서 진정인의 무면허 운전과 쌍방상해의 전과는 반사회적 성격을 내포하고 있다고 보기 어렵다고 판단하였고²⁰⁾, 교도소 잠금장치 설치를 위한 업무수행 작업자 가운데 마약류 관리법 위반의 전과가 있는 진정인에 대한 출입을 거부한 것은 합리성이 있으나 사기와 경범죄의 전력이 있는 작업자에게까지 일괄적으로 출입을 통제하는 것은 교정시설의 보안유지라는 목적에 비추어 보더라도 과도한 제한으로 볼 여지가 있다고 판단하였다.²¹⁾ 인권위원회는 이처럼 전과의 종류를 구분하여 재화 등의 공급과 이용상의 차별이 무분별하게 이루어지지 않도록 할 필요가 있음을 지적하고 있다. 차별의 합리성 여부를 판단할 때 전과의 종류와 성격을 구체적으로 고려하도록 하는 것은 판단근거로서 유의미하고 타당하다.

나. 전과의 구체적 내용에 대한 판단

전과의 구체적 내용을 검토할 때 합리성을 인정하기 위해 어느 정도까지 수용할 수 있는지, 또는 전과의 내용을 어떻게 구분하여 볼 것인지 그 범위와 한계가 모호한 문제가 있다. 이 때 어떠한 관점을 취하느냐에 따라 그 판단이 달라질 수 있다. 예컨대, 앞서 본 결정 가운데 귀화허가 심사에서 무면허 운전과 관련한 전과로 인해 탈락된 사례에서, 피진정인은 무면허 운전이 고의에 의한 범죄고 이는 타인의 생명 등을 해칠 위험도 있기 때문에 그 범법행위의 경중을 따질 수 없는 만큼 이는 사회구성원의 조화에도 영향을 미치는 것이라고 주장한 반면, 인권위원회는 전과의 속성이 생활수반형 전력으로 반사회적 성격을 내포하는 것으로 보기 어려워 기존 구성원과의 조화를 목적으로 하는 공익의 보호와의 비교형량에서 진정인의 전과에 따른 배제는 과도하다고 판단하였다.

20) 국가인권위원회 11진정0098500.

21) 국가인권위원회 10진정0433600.

이 경우 결국 재화나 용역의 이용이나 공급 등에서 추구하고자 하는 목적이나 제도의 취지를 고려하여 수용될 수 있는 전과의 범위를 판단할 수밖에 없을 것이다. 그러나 전과의 속성이나 내용을 피진정인과 같이 넓게 해석하면 제도의 취지에 부합하는 허용의 범위가 줄어들어는 반면, 인권위원회의 판단처럼 좁게 보면 추구하고자 하는 목적에 포섭될 여지가 커질 수 있다. 즉, 전과의 성격이나 속성을 어떠한 관점으로 보느냐에 따라 판단의 결과가 달라질 수 있는 것이다. 따라서 일관된 판단 기준이 요구되는데, 여기에는 주관적 가치판단이나 관점보다는 판단 시 고려되어야 할 일정한 요소들을 두는 것이 보다 타당할 것이다. 고려 요소로서 앞서 본 바와 같이 전과를 둘러싼 구체적 정보, 예컨대 범죄 행위에 따른 유죄판결의 유무와 정도, 발생시기와 그로부터 경과한 기간, 범죄행위의 상습성 등이 될 수 있다. 그리고 전과의 내용이 진정 사건에서 문제되는 활동이나 행위와 직·간접적 연관성이 있는지 여부도 주요하게 영향을 미칠 수 있을 것이다.

제11절. 성적 지향을 이유로 하는 차별

I. 성적 지향의 차별사유

성적 지향(Sexual Orientation)이란 성적(性的)으로 또는 정서적으로 어떤 성별에 이끌리는지를 지칭하는 개념이다. 성적 지향에 따른 정체성 범주는 같은 성별에 이끌리는 동성애자(게이, 레즈비언), 다른 성별에 이끌리는 이성애자, 남녀 두 성별에 대해 이끌리는 양성애자(바이섹슈얼)로 통상 분류된다.

성적 지향의 의미를 이해함에 있어 성별 정체성에 대한 이해가 필요하다. 성별 정체성(Gender Identity)이란 타인에게 인식되는 성별과 달리 자신이 스스로 인식하는 자신의 성별을 말한다. 성별 정체성은 생물학적 성별과 일치할 수도 있고, 일치하지 않을 수도 있는데 일반적으로 후자의 경우를 성전환자 또는 트랜스젠더(Transgender)라고 한다.

생물학적 남성으로 태어났으나 스스로를 여성으로 인식하는 사람을 트랜스젠더 여성(male to female, 약칭 MTF), 생물학적 여성으로 태어났으나 스스로를 남성으로 인식하는 사람을 트랜스젠더 남성(female to male, 약칭 FTM)이라고 한다. 그러나 스스로 특정한 성별에 해당하지 않는다고 자각하는 경우도 있으며 남녀 이분법적인 성별 구분 자체가 불편하다고 느끼는 사람들도 있어, 트랜스젠더 여성·남성 이외에도 중성(gender-neutral), 양성(androgynous), 젠더퀴어(gender queer) 등 다양한 성별 정체성 범주로 표현되고 있다.¹⁾

이처럼 성별 정체성(Gender Identity)은 반드시 남성 혹은 여성으로만 구분될 수 없다는 지평에서 다양한 성적 지향을 지칭하는 범주를 포함하고 있다.²⁾ 이러한 특성으로 인해 성적 지향의 의미는 주관적 인식인 성별 정체성의 다양성을 포함하여 넓게 형성될 수 있음을 이해할 필요가 있다.

국가인권위원회는 성적 지향을 이유로 한 차별 사건에서 성별 정체성과 성별 정체성이 갖는 헌법상 기본권 관련성을 인정하고 있다. 국가인권위원회는 19진정0021200 사건에서 “성별 정체성이란 자신이 스스로 인식하는 성별을 말한다. 성별 정체성은 생물학적 성별과 일치할 수도 있고, 일치하지 않을 수도 있으며, 일치하지 않은 경우를 성전환자 또는 트랜스젠더(Transgender)라고 한다. 성전환자가 자신의 성 정체성을 스스로 선택한 후, 육체적 성과 정신적 성 간의 차이를 해소하기 위해 의료적 조치를 이행한 것 또한 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 성적 자기결정권에 따른 보호 대상이라 할 것이다”라고 판단하였다.

한편 성별 표현(Gender Expression)이 성적 지향을 가진 사람에 대한 이해와 판단의 측면에서 작용할 수 있다. 성별 표현(Gender Expression)이란 복장, 머리스타일, 목소리, 말투 등 특정 문화 속에서 남성스럽거나 여성스러운 것으로 받아들여지는 외형적인 모습이나 행동을 의미한다. 성별 표현은 개인의 측면에서 보면 사회적으로 규정된 성역할, 또는 자신의 성별 정체성과 일치할 수도 있고 일치하지 않을 수도 있다. 구체적으로 일부 성 소수자 인권기구, 학계 등에서는 태어날 때 지정된 성별과 일치하지 않는 성별 표현을 행하는 트랜스젠더에 대한 차별을 강조하기 위해 SOGI³⁾에 성별 표현을 병기하여 SOGIE(Sexual Orientation and Gender Identity/Expression)를 사용하기도 한다.⁴⁾

1) 국가인권위원회, 성적 지향 성별정체성에 따른 차별 실태조사, 2014, 8면.

2) 국가인권위원회, 성적 지향 성별정체성에 따른 차별 실태조사, 2014, 8면.

3) 성적 지향(Sexual Orientation)과 성별정체성(Gender Identity)을 함께 ‘SOGI’ 라고 약칭하기도 한다.

4) 국가인권위원회, 성적 지향 성별정체성에 따른 차별 실태조사, 2014, 8면.

특정한 성적 지향을 가진 사람에 대하여 특정한 성별 표현을 가졌을 것으로 예단하고 그러한 성별 표현을 기대하는 고정관념이나 선입견이 개입되는 경우 고정관념이나 선입견에 부합하지 않는 성별 표현을 가진 사람이나 집단에 대하여 부정적인 생각이나 판단이 작용하여 차별로 이어질 수 있다. 성별 정체성이 다양할 수 있으며 성별 표현도 다양할 수 있다는 인식이 필요하다.

국가인권위원회는 성별 표현이 문제된 사건에서 생물학적 남성으로 태어났으나 스스로를 여성으로 인식하는 트랜스젠더 여성(male to female, 약칭 MTF)이 여성 화장실을 사용하는 것이 문제된 사건에서, 외모가 남성적으로 보여 함께 화장실을 사용하는 여성들의 거부감을 불러일으킨다는 이유로 여성 화장실 대신 남성 화장실을 사용하여야 한다는 피진정인 주장을 부정하면서 성별 정체성과 성별 표현의 다양성이 존중받아야 한다는 점을 지적하였다. 국가인권위원회는 19진정0021200 사건에서 “화장실 이용은 인간의 가장 기초적인 생리적 욕구를 해결하기 위한 것으로, 자신의 성별 정체성에 부합하는 화장실을 이용하지 못하게 제한을 받게 되는 경우 그 피해 당사자는 회복하기 어려운 인간으로서의 존엄을 훼손당하는 피해가 발생할 수도 있다. 그래서 화장실과 같은 성별이 분리된 시설의 경우에는 누구든지 성전환자가 자신의 성별 정체성에 따른 시설을 이용할 수 있도록 적극적인 협조를 하여야 한다”라고 하면서, “성전환자의 외모는 성전환자가 아닌 자의 외모와 마찬가지로 주변 사람들에게 자신의 화장실 이용을 인정받기 위해 요구되는 필수적 조건이라 할 수 없다”고 판단하였다.

나아가 성적 지향을 가진 사람들의 집단이 하나의 사회집단으로 인정될 수 있는지 여부를 판단한 대법원 판결에서는, ‘특정 사회집단이란 한 집단의 구성원들이 선천적 특성, 바뀔 수 없는 공통적인 역사, 개인의 정체성 및 양심의 핵심을 구성하는 특성 또는 신앙으로서 이를 포기하도록 요구해서는 안 될 부분을 공유하고 있고, 이들이 사회 환경 속에서 다른 집단과 다르다고 인식되고 있는 것’을 말한다고 밝히고 나아가 동성애라는 성적 지향이 난민신청자의 출신국 사회의 도덕규범이나 법규범에 어긋나 그것이 외부로 드러날 경우 그로 인해 박해에 노출되기 쉬우며, 이에 대해 출신국 정부에서 보호를 거부하거나 보호가 불가능한 경우에는 특정 사회집단에 해당한다고 볼 수 있다고 판단하였다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2016두56080 판결 난민지위불인정결정취소 사건⁵⁾).

성적 지향과 성별 정체성의 개념을 제시하며 성적 소수자 인권 담론을 체계적으로 설명한 문서로는 요그야카르타 원칙(2007)⁶⁾과 몬트리올 선언(2006)⁷⁾이 있다.

5) 이 사건의 판결요지는, ‘동성애라는 성적 지향 내지 정체성이 외부로 공개될 경우 출신국 사회의 도덕규범에 어긋나 가족이나, 이웃, 대중으로부터의 반감과 비난에 직면할 수 있어, 이러한 사회적 비난, 불명예, 수치를 피하기 위해서 스스로 자신의 성적 지향을 숨기기로 결심하는 것은 부당한 사회적 제약일 수 있으나, 그것이 난민협약에서 말하는 박해, 즉 난민신청에 대한 국제적인 보호를 필요로 하는 박해에 해당하지는 아니한다. 그러나 난민신청인의 성적 지향을 이유로 통상적인 사회적 비난의 정도를 넘어 생명, 신체 또는 자유에 대한 위협을 비롯하여 인간의 본질적 존엄성에 대한 중대한 침해나 차별이 발생하는 경우에는 난민협약에서 말하는 박해에 해당한다. 따라서 동성애자들이 난민으로 인정받기 위해서는, 출신국에서 이미 자신의 성적 지향이 공개되고 그로 인하여 출신국에서 구체적인 박해를 받아 대한민국에 입국한 사람으로서 출신국으로 돌아갈 경우 그 사회의 특정 세력이나 정부 등으로부터 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거 있는 공포를 가진 사람에 해당하여야 하고, 박해를 받을 충분한 근거 있는 공포가 있음은 난민 인정 신청을 하는 외국인이 증명하여야 한다’는 것이다.

6) 요그야카르타 원칙은 성적 소수자 관련 국제인권기준을 총 29가지의 원칙으로 나열하고 기술한 것으로 국제인권법 아래에서 성적 소수자가 어떤 권리를 가지며 국가는 어떤 의무가 있는지를 구체적으로 제시하려는 의도로 만들어졌다. 국제법률가위원회(International Commission of Jurists)와 국제인권서비스(International Service for Human Rights)라는 두 국제 NGO기관이 다른 인권기관들 연합체를 대표하여 먼저 초안을 작성하고 이후 국제인권법 전문가들이 내용을 정교화하였다. 2006. 11. 6.부터 2006. 11. 9.까지 인도네시아 요그야카르타에서 25개국 29명의 국제인권법 관련 전문가들이 회의를 하였고, 2007. 3. 최종안이 공식적으로 발표되었다. (출처 국제인권소식통 www.tongcenter.org)

7) 몬트리올 선언은 2006. 6. 100여개국에서 1500여명이 참가한 가운데 몬트리올에서 열린 국제 LGBT인권회의에서 발표한 선언으로 LGBT 운동의 핵심 이슈를 담고 있다. 선언 초안은 전세계 37명의 LGBT 활동가와 전문

II. 성적 지향을 이유로 한 차별

1. 성적 지향을 이유로 한 차별

가. 차별사유

성적 지향을 이유로 한 차별은 남성과 여성 이외의 성별을 인정하지 않거나 타인에게 인식되는 성별과 달리 자신이 스스로 인식하는 성별이 남성·여성으로 구분되는 이분법적 성별과 다른 다양한 성별 정체성을 가진 사람들이 동등하게 인간으로서의 기본권을 누리며 살 수 있어야 한다는 전제를 인정하지 않는 인식에서 비롯된다.

성적 지향을 이유로 한 차별은 합리적인 이유 없이 어떤 사람 혹은 집단을 성적 지향이나 성별 정체성을 이유로, 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련한 영역, 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련한 영역, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련한 영역에서 배제, 구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

〈인권위원회 결정례 상 차별사유로 인정된 성적지향〉

결정일	사건번호	분류1(사유)	분류2(유형)	차별내용
2012 1226	12진정0485900	성적지향	재화등	성 소수자 차별을 반대하는 내용의 광고 게재를 신청하였으나 광고 내용이 청소년 선도에 방해가 되고 미풍양속에 저해될 우려가 있다며 광고 게재를 불허한 것은 합리적인 이유 없는 차별행위라고 판단.
2013 0613	12진정0909300	성적지향	재화등	소수자 인권에 대한 지지를 표명하는 현수막 게시하는 것을 허용하지 않는 것은 평등권 침해의 차별행위라고 판단.
2014 0326	13진정0886200	성적지향	재화등	성소수자에 대한 현수막에 대한 항의민원이 접수된 것을 계기로 이례적으로 광고문구에 대한 내용 심의를 하는 것은 평등권 침해의 차별행위라고 판단.
2014 0424	13진정0886700	성적지향	재화등	성소수자 관련 행사의 시설이용 신청에 대하여 여론을 이유로 불허하는 것은 평등권 침해의 차별행위라고 판단.
2018 0413	17진정0335700(24 3건 병합)	성적지향		균형법에 따른 수사과정에서 성소수자에 대한 인격적 굴욕감을 주고 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 행위가 재발하지 않도록 주의권고
2019 0320	17진정0726700	성적지향	구금/보호시설	남성호르몬치료를 받고 있는 성전환자가 호르몬치료 중단으로 인한 건강 이상을 수차례 호소하였음에도 적절한 처우를 하지 않은 것에 대하여, 인권감수성

가들로 구성된 위원회에서 작성되었다. 또 이 선언은 매해 5. 17.을 세계동성애혐오반대의날로 선포하였다.

				향상 교육 실시 권고, 법무부장관에게 성소수 수용자 수용 현황 및 처우 실태 등에 대한 실태를 파악하여, 개선 대책 마련 권고
2019 0410	17진정0935400	성적지향	재화등	합리적 이유 없이 퀴어행사에 대한 시설대관을 거부한 것은 평등권침해의 차별행위라고 인정.
2019 0724	19진정0021200	성적지향	교육시설등	성전환자에게 여자화장실을 이용하지 못하도록 한 것은 진정한의 성별정체성과 지정성별이 일치하지 않는다는 이유로 성별정체성과 지정성별이 일치하는 수강생들과 다르게 대우하는 행위로서 평등권 침해의 차별행위라고 인정.

성적 지향이나 성별 정체성이 외부로 알려진 상태에서 발생하는 직접차별 뿐만 아니라 성적 지향이나 성별 정체성을 추정하고 배제, 구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 의미하는 간주차별도 포함될 수 있다.⁸⁾

동성애에 대한 사회 인식이 점차 확산되고 있지만 대중들은 일반인과 차이 나는 성적 소수자의 라이프 스타일, 문화, 패션, 태도 등에 대한 지식을 가지게 되면서 누군가를 성적 소수자로 오인·추정·간주할 수 있게 된다.⁹⁾

이러한 점에서 성별 표현이 차별행위를 매개하는 현상이 나타날 수 있게 된다. 다양한 성별 표현을 지닌 성적 소수자들은 남녀에 따라 사회적으로 기대되는 외모, 태도, 역할 규범에서 벗어나 있는 존재로 드러나기(가시화) 때문에 성적 소수자로 간주되어 차별행위 대상이 되기도 하고, 규범에 벗어나 있다는 그 자체로 불이익을 받게 되기도 한다.¹⁰⁾

성적 지향이나 성별 정체성과 관련된 성별 표현에 따른 차별은 ‘성별에 따른 차별’이나 ‘외모에 따른 차별’이 중첩되는 양상으로 나타날 수도 있다. 그러나 성적 소수자들이 가진 성별 표현이 성적 소수자로 인지·간주될 수 있는 매개요인으로 작용한다는 점, 국가인권위원회법이나 양성평등기본법 등에서 성별표현에 따른 차별을 별도로 규정하고 있지 않다는 점에서 성적 지향을 이유로 한 차별 범주로 파악하는 것이 본질적이라고 할 수 있다.¹¹⁾ 성적 지향이나 성별 정체성을 이유로 한 차별행위를 판단함에 있어 성별 표현으로 인한 역할 규범에 의한 선입견이나 고정관념으로 차별행위 판단이 희석되지 않도록 주의를 기울일 필요가 있다.

나. 차별사유에 해당하지 않는 경우

성적지향에 의한 차별을 이유로 진정이 제기되기는 하였지만, 사인간의 관계에서 특정 단어를 사용하는 것과 같은 것은 혐오표현에 의한 모욕의 문제일지언정, 차별에는 해당하지 않는다고 본 경우,¹²⁾ 계임을 하는 모든 이용자들에게 특정단어를 사용하지 못하게 한 것은 평등권 침해의 문제가 아니라고 본 경우¹³⁾ 등과 같이 국가인권위원회는 차별의 대상이 특정되지 않았거나 사인간의 관계에서 특정한 언어표현의 문제와 같은 것은 국가인권위원회법상 금지되는 차별행위가 아니라고 보고 있

8) 국가인권위원회, 성적 지향 성별정체성에 따른 차별 실태조사, 2014, 9면.

9) 정현희, 2013.

10) 국가인권위원회, 성적 지향 성별정체성에 따른 차별 실태조사, 2014, 9면.

11) 국가인권위원회, 성적 지향 성별정체성에 따른 차별 실태조사, 2014, 9면.

12) 16진정0123000

13) 17진정0534400

다.

<인권위원회 결정례 상 차별사유로 인정되지 않은 사례>

결정일	사건번호	분류1(사유)	분류2(유형)	차별내용
2016 0226	16진정0123000	차별사유 해당없음	재화등	온라인 채팅 서비스에서 레즈라는 용어와 달리 게이라는 용어를 금지어로 정한 것이 성적지향을 이유로 한 차별인지 문제된 사안에서, ‘게이라는 단어를 사용하고자 하는 이용자’ 라는 속성은 성적지향, 성별 등 19개 열거된 차별사유와 관련이 없고, 집단으로서의 실체도 없을 뿐 아니라 인간의 존엄성 침해 등이 발생한 사안으로 볼 수 없어 기타 사유의 차별사유로도 인정되지 않아 조사대상 해당하지 않는다고 판단
2017 1012	17진정0534400	차별사유 해당없음	재화등	게임 내에서 레즈나 게이라는 단어를 검열 대상으로 삼는 것은 성소수자에 대한 차별이라는 진정에 대하여, 특정 집단에 대하여 차별한 것이 아니라 게임 이용자 모두에게 특정단어를 사용하지 못하게 한 것이므로 평등권 침해의 차별사유에 해당하지 않음.

다. 차별영역에 해당하지 않는 경우

차별의 영역과 관련하여서는, 수사기관에서 이루어진 성적 지향을 이유로 하는 차별적 행위나¹⁴⁾ 개인방송을 통해 송출되는 채팅방을 특정인들에게 제한하는 것과 같은 것은¹⁵⁾ 국가인권위원회법이 금지하는 차별영역의 3가지(고용, 재화·용역, 교육·훈련 영역)에 해당하지 않음을 이유로 국가인권위원회의 조사대상이 아니라고 보고 있다.

확실히 개인간에 이루어지는 혐오표현의 문제 등에 대해서는 국가인권위원회가 접근하기 어려운 측면이 있지만, 수사기관에서 그러한 혐오표현이 이루어지는 경우와 같은 때에는 차별에 대한 문제제기가 이루어질 필요가 있다. 현행 국가인권위원회법이 규정하고 있는 차별영역 가운데 사법기관의 이용이 추가될 필요는 없는지에 대한 검토가 요구되고 있는데, 2020년 제안된 차별금지법안은 사법기관을 차별금지영역에 포함시키고 있음을 참고할 수 있다.

<인권위원회 결정례 상 차별영역이 인정되지 않은 사례>

결정일	사건번호	분류1(사유)	분류2(유형)	차별내용
2017 1117	17진정1006200	성적지향	차별영역 해당없음	수업시간에 교수가 동성애와 에이즈의 상관관계라는 허위사실을 유포하고 동성애자에 대해 차별적이고 모욕적인 언행을 하였다는 진정에 대하여 차별영역에서 불이익을 주는 행위에 해당하지 않는다고 판단
2017 0124	16진정0295700	성적지향	차별영역 해당없음	성적 접촉에 대해 균형법 제92조의6 추행죄로 수사함에 있어 성적지향을 이유로 달리 취급하는 것은 차별이라는 진정에 대하여, 수사권 행사는 차별영역에 해당하지 않는다고 판단
2013 0801	13진정0568200 13진정0569200	성적지향	차별영역 해당없음	동성애 비방을 목적으로 웹툰을 제작하여 게시한 것이 성소수자에 대한 차별이라는 진정에 대하여, 차

14) 16진정0295700

15) 17진정0035400

	13진정0569500 13진정0569700			별영역에 해당하지 않는다고 판단
2014 1208	14진정0267100	성적지향	차별영역 해당없음	방송이 보건의 날 특집방송으로 동성애 및 AIDS와 관련하여 성소수자에 대한 편견에 기초한 방송을 내 보냈다면 차별이라고 진정이 제기된 사안에 대하여, TV방영 내용은 차별영역에 해당하지 않는다고 판단
2014 0709	14진정0297400	성적지향	차별영역 해당없음	국립국어원이 표준국어대사전의 사랑을 정의함에 있어 남녀를 특정하여 이성애에 국한되는 것으로 표현 함으로써 성소수자의 사랑이 사랑이 아닌 것으로 불 여지를 주어 차별이라는 취지의 주장에 대하여, 차 별영역에 해당하지 않는다고 판단
2017 0224	16진정0065100	성적지향	차별영역 해당없음	행정자치부장관이 주민등록법 시행규칙에 성별식별 번호를 포함하는 것으로 규정하여 여성 및 성소수자 에 대하여 차별하는 것이라는 진정에 대하여 차별영 역에 해당하지 않는다고 판단

라. 구체적인 피해(구별, 배제, 우대) 주장이 없는 경우

차별사유와 차별영역이 인정되는 경우에도, 피해자에게 발생한 구체적인 피해(구별, 배제, 우대) 주장이 없는 경우에는 조사대상에 해당하지 않는 것으로 보아 각하 판단하였다.

<인권위원회 결정례 상 구체적인 피해 주장이 인정되지 않은 사례>

결정일	사건번호	분류1(사유)	분류2(유형)	차별내용
2015 1207	15진정0786000 15진정0791200	성적지향	교육시설이 용등	전교생이 듣는 체플시간에 특강 강사가 동성애자 등 성소수자를 비난하고 모욕하는 내용의 강의를 한 것이 차별이라는 주장에 대하여, 구체적인 피해(구별, 배제, 우대)를 주장하는 경우에 해당하지 않는다고 판단

마. 성적 지향을 이유로 한 인권침해로 다루진 사건

성적지향을 이유로 한 차별이 문제되면서 그 과정에 발생한 인권침해에 대하여도 함께 문제된 사례들이 있다. 육군 내에서 균형법 제92조의6에 규정된 추행죄 위반에 대해 수사를 진행하면서 성적 굴욕감을 주는 질문이나 성적 소수자에 대한 혐오 발언을 하였다는 주장이 제기된 사건에서 수사과정에서 성소수자에 대한 인격적 굴욕감을 주고 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않도록 재발방지 권고가 이루어졌다. 반면 국가인권위원회는 같은 사건에서 수사 과정에서 알게 된 정보를 이용하여 피해자에 대해 동성애자임을 아웃팅하는 등 차별행위를 하였다는 주장에 대해서는 사실로 인정할 객관적인 증거가 없다고 보아 기각하였다.¹⁶⁾

구치소에서 발생한 성전환 수용자에 대한 차별 및 인권침해가 문제된 사건에서 성희롱의 차별행위에 대한 주장에 대해서는 사실로 인정할 객관적인 증거가 없다고 보아 기각한 반면 인권침해 문제에 대해서는 대책 마련을 권고하였다.¹⁷⁾

16) 17진정0335700 외 243건 병합

17) 17진정0726700

〈인권위원회 결정례 상 인권침해로 다뤄진 사례〉

결정일	사건번호	분류1(사유)	분류2(유형)	결정내용
2018 0413	17진정0335700(24 3건 병합)	성적지향		군형법에 따른 수사과정에서 성소수자에 대한 인격적 굴욕감을 주고 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 행위가 재발하지 않도록 주의권고
2019 0320	17진정0726700	성적지향	구금/보호 시설	남성호르몬치료를 받고 있는 성전환자가 호르몬치료 중단으로 인한 건강 이상을 수차례 호소하였음에도 적절한 처우를 하지 않은 것에 대하여, 인권감수성 향상 교육 실시 권고, 법무부장관에게 성소수 수용자 수용 현황 및 처우 실태 등에 대한 실태를 파악하여, 개선 대책 마련 권고

바. 차별행위에 해당하지 않는 경우

성적지향을 이유로 한 차별이 문제된 사안에서 국가인권위원회는 성적지향이 차별의 원인이 된 것이 아닌 다른 합리적인 사유가 있는 경우에는 차별행위에 해당하지 않는 것으로 보아 기각하였다.

헌혈기록카드 문진에서 남성이 다른 남성과의 성접촉을 묻는 것은 혈액관리 차원의 필요성으로 인해 합리성이 인정된다고 하였고¹⁸⁾, 기독교 선교를 목적으로 창간된 신문이 동성애 광고 게재를 거부한 것은 경향성으로 인한 것으로 보아 합리성을 인정하였으며¹⁹⁾, 포털사이트 이용과 관련하여서는 외관상 성소수자와 관련된 내용을 제한한 것으로 보이나 내용적으로는 법률이 허용하는 한도를 넘어서는 위법 의심 행위가 포함되어 있거나 다른 합리적인 이유가 인정된 경우에는 차별행위에 해당하지 않는 것으로 판단하였다²⁰⁾.

〈인권위원회 결정례 상 인권침해로 다뤄진 사례〉

결정일	사건번호	분류1(사유)	분류2(유형)	차별내용
2010 0812	10진정00 34600	성적지향	재화등	헌혈기록카드 문진을 통한 자진배제 항목에 ‘남성의 경우 다른 남성과 성접촉이 있었다’는 조항이 남성 동성애자의 헌혈할 권리를 박탈하여 차별이라는 진정에 대하여, 남성의 다른 남성과의 성접촉을 묻는 문진은 혈액관리 차원에서 합리적인 이유가 있어 차별행위에 해당하지 않는다고 판단
2013 0802	13진정02 49900	성적지향	재화등	신문에 동성애 관련 광고 게재를 신청하였으나 거부하고 오히려 동성애 반대 광고를 게재한 것이 차별이라는 진정에 대하여, 종교적 목적으로 창간된 신문이므로 광고 게재 거부에 합리적인 이유가 있어 차별행위에 해당하지 않는다고 판단
2014 0113	13진정05 17000	성적지향	재화등	일간베스트 저장소에 동성결혼 및 차별금지법지지 광고와 게이 인권 다큐멘터리 광고 등을 신청하였으나 거부당한 것이 차별이라는 진정에 대하여, 광고 내용에 특정인에 대한 인권침해 내용, 혐오, 불쾌감을 불러일으킬 수 있는 내용이 포함되어 있다고 보여 거부에 합리적인 이유 인정된다고 판단
2016 0325	15진정08 29300	성적지향	재화등	포털사이트에서 성적지향 관련 키워드 광고를 금지한 것이 차별이라는 진정에 대하여, 일반 검색을 제한한 것이 아니고 부작

18) 10진정0034600

19) 13진정0249900

20) 13진정0517000, 15진정0694100, 15진정0829300

				용을 우려하여 유료 키워드 광고를 제한한 것이라는 점에서 합리적인 이유 인정된다고 판단
2015 1102	15진정06 94100	성적지향	재화등	포털사이트에 성소수자방이라는 제목으로 채팅방 운영 중 미풍양속을 해치는 행위라는 이유로 이용제한을 당한 것이 차별이라는 진정에 대하여, 성관계를 유도하거나 성매매를 알선하는 듯한 제목이나 닉네임에 대한 제재로 보여 합리적인 이유 인정된다고 판단
2017 0519	16진정03 53900	성적지향	재화등	동성커플에 대해 PC방 커플석 이용을 불허한 것이 차별이라는 진정에 대하여, 동성커플에 대해 일부러 커플석 이용을 배제하였다는 증거가 명확하지 않고, 커플석 이외 PC방내에서 옆자리를 함께 이용하는 것이 가능하므로 차별행위에 해당하지 않는다고 판단

2. 성적 지향을 이유로 한 차별 금지 규범

국제인권규범에서 성적 지향과 성별 정체성을 이유로 한 차별 금지 규범이 등장한 역사는 그리 길지 않다. 국제인권규범의 큰 줄기를 형성하는 자유권규약이나 사회권규약에는 성적 지향과 성별 정체성을 이유로 한 차별금지 규정이 명시적으로 포함되어 있지 않다. 그럼에도 이후 위 두 규약을 관장하는 자유권위원회와 사회권위원회는 개인청원 사건에 대한 결정이나 일반논평 등의 해석을 통해 성적 지향과 성별 정체성을 차별 금지 대상에 포함시키게 되었다.

시민적 정치적 권리에 관한 국제규약에 따른 개인청원 사건에서 자유권위원회는 자유권규약 제2조 제1항과 제26조에서 차별로부터 보호되는 사유로 열거된 성(sex)에 성적 지향이 포함된다고 해석하여 명시되지 않은 성적 지향을 이유로 한 차별 사건을 다루었고, 동성간 합의에 의한 성적 접촉을 처벌하는 조항은 실제 처벌 여부와 무관하게 자유권규약 제17조에서 보장하는 사생활에 대한 권리를 침해한다고 판단하였다.

자유권위원회는 2003년에 사실혼 관계의 이성커플에게 결혼한 커플과 동일하게 연금을 지급한다는 규정을 가지고 있는 국가에서 동성 커플에 대해 국가가 연금지급을 거부한 것은 자유권 규약 제26조에서 보장하는 법 앞에서의 평등에 위배된다고 판단했다.

경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약 제2조 제2항은 규약 당사국들이 규약에 규정된 권리를 인종, 피부색, 성별, 기타 신분 등을 이유로 차별 없이 보장하도록 규정하고 있고, 이에 대하여 사회권규약위원회는 일반논평을 통해 성적 지향과 성별 정체성이 '기타 신분'에 포함된다고 명시하였다.

이후 아동권리협약, 고문방지협약, 여성차별철폐협약 등 주요 인권규약에 대한 인권조약기구들도 일반논평이나 일반권고를 통해 성적 지향 및 성별 정체성을 이유로 한 차별금지가 포함된다는 점을 밝히고 있다.

유엔 여성차별철폐위원회에서는 2010년 일반권고 제28호에서 '성과 성별에 근거한 여성차별은, 인종, 민족, 종교나 신념, 건강, 상태, 나이, 계층, 계급, 성적 지향 및 성별 정체성과 같이 여성들에게 영향을 미치는 요소들과 긴밀하게 얽혀 있다'라고 밝혔다.

2011년 6월 17일 유엔 인권이사회에서는 '인권, 성적 지향과 성별 정체성'이라는 제목의 결의안을 채택하였다. 이 결의안은 성적 지향·성별 정체성 인권과 관련한 최초의 유엔 차원의 결의안으로서, 자유권위원회 등 각종 인권조약위원회와 각 지역에서 발전되어온 성적 지향과 성별 정체성에 관한 인권 보장 메커니즘을 확인한 것이라 할 수 있다. 한국도 인권이사회 이사국으로서 이 결의안에 찬성했다.

<인권, 성적 지향과 성별 정체성 결의안>

성적 지향과 성별 정체성을 이유로 전 세계 전 지역 개인에 대한 폭력행위와 차별에 대해 깊은 우려를 표명하며, 성적지향과 성별 정체성에 근거한 폭력과 차별에 대항하는 싸움의 국제적, 지역적 그리고 국내적 차원에서의 긍정적인 발전을 환영하며, 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 혹은 기타 의견, 국가 혹은 사회적 출신, 재산, 출생 혹은 기타 지위에 따른 폭력이나 차별에 대항한 유엔인권최고대표의 노력을 환영하며,

1. 유엔인권최고대표의 ‘성적지향과 성별 정체성을 근거로 한 차별적인 법과 실례 그리고 폭력’ 보고서(문서번호 A/HRC/19/41)와 19차 인권이사회에서 진행된 패널 토론에 감사를 표하며,
2. 인권최고대표에게 해당 보고서(문서번호A/HRC/19/41)를 업데이트할 것을 요청함과 함께 보고서에는 좋은 관행(good practices)과 폭력과 차별을 근절할 수 있는 방안을 포함시킬 것과 현존하고 있는 국제인권법과 기준을 적용하고 이를 29차 인권이사회에 제출할 것을 요구한다.
3. 해당 문제에 천착(remain seized)하기로 결정한다.

요그야카르트원칙에서는 제2원칙 평등과 차별금지에의 권리에서 국가가 특정 성적 지향, 성별 정체성, 성별 표현이 열등하다거나 우월하다는 사고와 관련된 편견적, 차별적 태도나 행동을 철폐하기 위해 교육과 훈련 프로그램을 실시하는 등 모든 적절한 조치를 취해야 한다고 명시하고 있다.

나아가 미국 뉴욕주에서는 2004년 6월 트랜스젠더에 대한 차별을 금지하는 법으로서 성별표현에 따른 차별금지법²¹⁾이 제정되었다.

국가인권위원회는 요그야카르타 원칙을 차별 판단에 차용하고 있다. 국가인권위원회 17진정 0726700 사건에서 “요그야카르타 원칙(Yogyakarta Principles) 제2원칙에서 ‘특정 성적지향, 성별 정체성, 성별표현이 열등하거나 우월하다는 사고와 관련된 편견적, 파벌적 태도나 행동을 철폐하기 위해, 교육과 훈련 프로그램을 실시하는 등 모든 적절한 조치를 취해야 한다’고 밝히고 있고, 제9원칙에서는 ‘구금상태에서 인간적 대우를 받을 권리’를 제시하면서, ‘국가는 A. 구금시설을 배정할 때, 성적지향이나 성별정체성을 이유로 사람들을 한층 더 주변화 시키거나, 폭력이나 잔혹한 대우, 신체적·정신적·성적 학대에 처하게 하지 않도록 해야 하고, B. 생식 건강에 관련된 요구, HIV/AIDS 정보와 치료 이용, 원하는 경우 성별 재지정 시술과 호르몬요법 및 기타 치료 이용 등, 성적지향이나 성별정체성에 따른 특별한 요구에 대한 인식을 바탕으로 수감인들의 요구에 부합하는 적절한 의료와 상담 서비스를 이용할 수 있도록 해야 하고, C. 최대한 가능한 범위에서 모든 수감인들이 자신의 성적지향과 성별정체성에 적합한 수감시설을 결정하는데 참여하도록 보장해야 하며, D. 성적지향이나 성별정체성, 젠더 표현 때문에 폭력이나 학대를 당하기 쉬운 모든 수감인들을 위해 보호조치를 마련해야 하고, 합리적으로 실행 가능한 한 이러한 보호조치로 인해 일반 수감인들이 경험하는 수준 이상으로 권리가 제약되지 않도록 하여야 한다’고 성전환 수용자에 대한 기준을 제시하고 있다”고 전제하고 사건 판단기준으로 활용하였다.

3. 성적 지향을 이유로 한 복합차별

성적 지향에 따른 차별은 가족법 체계와 관련하여 법률혼제도를 취하고 있는 나라에서 법적 혼인과 가족형태, 가족 상황과 관련되는 다양한 제도 측면에서 차별 문제를 드러낼 수 있다. 동성애자간 법률혼을 인정하지 않음으로써 법적인 혼인관계의 인정이나 법적 혼인제도를 통한 가족법상의 보호 체계에 편입되기 어렵게 되므로 가족 형태 또는 가족 상황에 따른 차별 문제와 중첩되는 영역이 발

21) GENDA, Gender Expression Non-Discrimination Act

생될 수 있다.

동성애자들은 비록 사실혼관계에 있다 하더라도 법적 혼인을 하지 않은 비혼자의 지위에 있게 되고, 혼인 여부에 따른 차별과도 중첩되는 문제가 발생될 수 있다. 혼인하지 않거나 혼인할 계획이 없다는 것을 밝히는 경우 동성애자로 추정·간주할 수 있는 정보로 기능할 수 있는 경우도 문제될 수 있다.

법률혼과 관련하여 발생하는 혼인 여부, 가족 형태 또는 가족 상황에서 발생하게 되는 차별 쟁점을 성적 지향을 이유로 한 간접차별로 포섭할지 여부에 대해서는 이를 인정해야 한다는 견해도 있으나²²⁾ 국가인권위원회법이 성적 지향을 이유로 한 간접차별을 명시적으로 규정하고 있지 않은 상황에서 향후 해석례를 통해 차별판단기준을 정립해나가야 할 부분이라고 할 수 있다.

동성간 혼인 신고 불수리처분의 적법성 여부가 문제된 사건에서 서울서부지방법원 2016. 5. 25.자 2014호파1842 결정²³⁾은 혼인에 따른 제반 권리를 부인하는 것이 합리적인 이유 없이 동성 간의 결합을 남녀 간의 결합에 비하여 차별하는 것으로서 헌법 제11조에 규정된 평등권 침해하는 것은 아니라고 판단하였다. 위 결정은, “남녀간의 결합만을 혼인으로 인정하여 혼인에 따른 제반 권리를 인정하고 동성 간의 결합을 혼인으로 인정하지 아니하여 혼인에 따른 제반 권리를 부인하는 것이, 합리적인 이유 없이 동성 간의 결합을 남녀 간의 결합에 비하여 차별하는 것으로서 헌법 제11조에 규정된 평등권을 침해하는지 여부에 관하여 본다. 민법 제812조 제1항은 혼인은 가족관계등록법에 정한 바에 의하여 신고함으로써 효력이 생긴다고 규정하여 신고혼주의에 의한 법률혼주의를 채택하고 있고, 혼인신고는 일반적으로 민법 제813조의 규정에 따라 심사를 거쳐 수리된 때에 비로소 부부관계가 형성되는 창설적 효력을 갖게 된다. 그리고 혼인신고가 적법하게 수리되어야 민법 등에서 규정하고 있는 혼인의 효력을 누리거나 부담할 수 있고, 부적법하다고 하여 수리되지 않는 경우에는 혼인의 효력이 발생하지 않는다. 법률혼제도를 채택하고 있는 이상 이처럼 양자 사이에 차이가 발생하게 되는 것은 어쩔 수 없다”라고 판결하고 있다.

한편 남녀간 사실혼관계는 가족법상의 부양의무, 손해배상 책임, 이혼시 재산분할 등을 인정하고 있을 뿐 아니라 개별법령에서는 유족연금 수령권한이나 주택임대차보호법 보호대상 등에 포함되어 보호되고 있다. 반면 동성간 사실혼관계에 대해서는 남녀간 사실혼관계와 달리 사실상 또는 법률상 보호가 적용되지 않고 있으므로 차별문제가 발생될 수 있는데 이 또한 법률혼 문제와는 다소 다른 측면이지만 향후 제기될 수 있는 쟁점이라고 보인다.

4. 차별 인정사례를 통한 차별 판단기준

가. 일반적인 판단기준

22) 국가인권위원회, 성적 지향 성별정체성에 따른 차별 실태조사, 2014, 9면.

23) “혼인제도가 다양하게 변천되어 왔지만 혼인이 기본적으로 남녀의 결합관계라는 본질에는 변화가 없었고, 아직까지는 일반 국민들의 인식도 이와 다르지 않은 점, 혼인은 가족 구성의 기본 전제가 되고 다음 세대를 길러내는 기초가 되므로 사회나 국가제도에서 차지하는 역할이 큰 점, 우리 헌법이나 민법 등 관련법에서 명문으로 혼인이 남녀 간의 결합이라고 규정하지는 않았지만 구체적으로 성구별적 용어를 사용하여 그것이 당연한 전제인 것으로 상정하고 있는 점, 앞서 본 대법원과 헌법재판소의 판단이 비록 동성 간의 혼인이 허용될 수 있는지 여부에 관한 쟁점을 직접 다루고 있는 것은 아니지만 모두 일치하여 혼인을 ‘남녀 간의 결합’으로 선언하고 있는 점 등의 여러 사정을 종합하여 보면, 헌법, 민법 및 가족관계등록법에 규정되어 있는 ‘혼인’은 ‘남녀의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 도덕적, 풍속적으로 정당시되는 결합’을 가리키는 것으로 해석되고, 이를 넘어 ‘당사자의 성별을 불문하고 두 사람의 애정을 바탕으로 일생의 공동생활을 목적으로 하는 결합’으로 확장하여 해석할 수는 없다. 따라서 일단 현행법의 통상적인 해석으로는 동성인 신청인들 사이의 이 사건 합의를 혼인의 합이라고 할 수 없고 이 사건 합의에 따른 신고를 적법한 혼인신고라고 할 수 없으므로, 이 사건 불수리 처분은 적법하다”라고 판결하였다.

성적 지향을 이유로 한 차별에서 합리적인 이유로 인정될 수 없는 사유로는, 미풍양속을 해칠 우려가 있다거나 청소년의 보호 선도를 방해할 우려가 있다는 주장 또는 광고 문구나 그림 등이 불편하고 혐오스러울 수 있다는 주장은 특별한 사정이 없는 한 인정되지 않는다고 판단되고 있다. 인근 주민들의 반대 민원 역시 합리적인 이유로 인정될 수 없다.

옥외광고물 등 관리법, 표시 광고의 공정화에 관한 법률, 공연법 위반 여부는 개별 법률에 위반되는 사유가 있는지에 대하여 별도 판단해야 하며, 위 법률 위법 사항이 없음에도 광고 내용을 문제 삼는 것은 합리적 이유로 인정하지 않는다.

헌혈 문진과 관련하여서는 에이즈 발병 원인에 대한 부정확한 정보와 편견에 근거하여 동성애자에 대해 차별적인 문진 내용을 적시하는 것은 합리적 이유로 인정하지 않는다.

체육시설 대관과 관련하여서도, 인근 주민들의 민원은 체육시설 대관을 거절할 수 있는 합리적 사유가 될 수 없다. 지자체나 공공기관은 집단간 견해 차이로 인한 대립과 갈등이 발생할 경우 이를 해결하는 과정에 사회적 소수자가 불합리한 차별이나 억압을 받지 않도록 보호하고 소수자에 대한 불합리한 편견과 혐오를 불식시키기 위해 노력하여야 할 의무가 있가 있는 주체이므로 책임을 쉽게 저버려서는 안 된다는 판단이다(07진정0935400).

성전환자의 여자화장실 이용 제한과 관련하여, 성전환 후에도 외모가 남성으로 보여 함께 여자화장실을 이용하는데 불편하다는 수강생들의 민원은 여자화장실 사용 제한의 합리적인 이유가 될 수 없다(09진정0021200).

나. 구체적인 판단 사례

헌혈문진시 ‘동성이나 불특정 이성과 성접촉이 있었다’라는 내용의 문진 내용은 동성애자에 대한 헌법 제11조의 평등권을 침해하는 차별행위에 해당한다고 판단하고, 최소한 동성간 성접촉 여부에 대한 질문은 남성에게만 한정하여 이루어지도록 개정할 것을 권고하였다(03진차664).

동성애 차별 반대 광고 게재와 관련하여, “차이가 차별이 되지 않는 세상, 서울시민 중 누군가는 성 소수자입니다. 모든 국민은 성적 지향으로 인해 차별 받지 않을 권리를 갖습니다”라는 동성애 차별 반대 광고는 옥외광고물 등 관리법 규정에 따라 미풍양속을 해칠 우려가 있고, 청소년의 보호 선도를 방해할 우려가 있으며, 동성애차별금지법이 국민 반대여론으로 인해 입법화되지 못하고 있고, 군대내 동성애 금지가 합헌이라는 헌법재판소의 판례가 나오는 등 동성애에 관한 사회적 공감대가 형성되지 않은 현실을 감안하여 광고 게시를 허용하기 어렵다고 항변하였으나, 광고 내용이 청소년의 보호 선도를 방해할 우려가 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라 공익에 반하거나 미풍양속을 해할 우려가 있다고 보기 어려우므로, 지방자치단체가 성 소수자에 대한 차별을 반대한다는 내용의 광고 게재를 거부한 것은 성적 지향을 이유로 한 불합리한 차별이라고 판단했다(12진정0485900).

“지금 이곳을 지나가는 사람 열 명 중 한 명은 성소수자입니다”, “LGBT 우리가 지금 여기 살고 있다”라는 성소수자 관련 광고는 옥외광고물 등 관리법 규정에 따라 과장되고 직설적인 광고 내용에 해당하므로 내용을 보완하여 게재할 것을 조건부로 게시를 허용할 수 있다라고 항변하였으나, 위 법에 따라 허가권자는 광고 내용을 문제 삼을 수 없으며, 표시 광고의 공정화에 관한 법률에 따라 허위 과장 광고는 상업적 광고만을 대상으로 하며, 진정한 이외 조건부 게시 결정을 한 사례는 없으므로 광고 내용 수정을 조건으로 하는 게시 결정을 성소수자를 이유로 한 불합리한 차별이라고 판단하였다(12진정0909300).

“커밍아웃 문화제: 커밍아웃 커밍순”이라는 제목의 성소수자 단체 행사는 특정 기업 및 단체의 홍보를 위한 광고행위이고 공연법에서 제외하는 ‘선전에 부수한 공연’으로 승인조건을 위반하였고, 성

수수자 공연을 반대하는 주민자치위원회 및 인근 주민들의 반대민원을 고려하여 불허하였으나, 행사 목적과 행사내용을 볼 때 공연이 특정기업이나 단체의 홍보를 위한 광고행위나 선전에 부수한 공연으로 보기 어려우며, 합리적인 이유 없이 송적 지향에 의해 불리하게 대우한 것으로 차별행위에 해당한다고 판단하였다(13진정0886700).

“남성으로서의 성정체성과 신체조건을 가지고 있는 진정인을 여성수용동에 수감하고, 여성 속옷을 착용하게 하였으며, 호르몬 치료에 필요한 외부 진료를 허용하지 아니하는 등이 문제되었다. 인권위원회는 진정 중 성희롱 주장 부분에 대해서는 증거 부족으로 기각하였으나, 호르몬 치료 중단으로 인한 건강 문제 발생에 대하여 적절한 의료적 처우를 하지 않은 것, 「수용업무 및 계호업무 등에 관한 지침」 제39조 제3항에서 “소장은 의무관 또는 외부의료시설 전문의의 의견과 상담 결과 등을 종합적으로 고려하여 성소수 수용자의 성적 정체성에 적합한 수용동에 독거수용 하여야 한다”고 규정되어 있음을 근거로 차별행위에 해당한다고 보았다(2019 차별판단기준 기초조사 내용 참조).

천정공사를 이유로 퀴어여성네트워크 단체의 체육시설 대관 허가를 취소한 사례에서, 공단은 최종적인 공사일정이 정해지지 않은 가운데 성소수자 단체의 행사를 반대하는 민원의 영향을 받아 진정인에게 대관을 허가한 날짜로 공사일정을 확정하여, 결과적으로 진정인이 속한 단체의 대관 허가를 취소하였고, 이후에도 같은 날 대관이 취소된 어린이집과 달리 다른 날짜로 일정을 조정해주지 않는 등 불리한 대우를 한 것은 차별행위로 판단하였다(07진정0935400).

화장실 이용은 인간의 가장 기초적인 생리적 욕구를 해결하기 위한 것이며, 성전환자의 외모는 성전환자가 아닌 자의 외모와 마찬가지로 화장실 사용을 인정받기 위해 필수적 조건이라 할 수 없다. 법적인 성별 정정은 성별에 맞는 삶을 사는 것을 국가가 사후적으로 확인하는 것으로 화장실 이용과 같은 일상적 삶의 영역에 법적 성별 정정이 뒷받침되어야 하는 것은 아니라고 판단하였다(09진정0021200).

다. 비교대상

성적 지향을 이유로 한 차별사건에서 비교대상을 구체적으로 제시한 사례는 거의 보이지 않는다.

사례를 보면, 현혈기록카드의 문진을 통한 자진배제 항목에서 ‘불특정 이성과 성접촉을 하거나 남성의 경우 다른 남성과 성접촉이 있었다’는 조항에 대하여 차별로 진정한 사례에서, 피해를 주장하는 남성 동성애자의 비교대상이 여성 동성애자인지, 남성 이성애자인지 비 동성애자인지 구체적으로 드러나 있지 않다(10-진정-0034600 사건, 이 사건에서도 비교대상이 특정되어 있지 않다). 현혈문진시 성적 지향에 의한 평등권침해(03진차664 사건)에서도 ‘동성이나 불특정 이성과 성접촉이 있었다’는 문항에 대하여 성적 지향을 이유로 한 평등권 침해의 차별행위로 판단하고 시정을 권고하였지만, 피해자와의 비교대상이 어느 집단인지는 구체적으로 적시되어 있지 않다.

이러한 현상은 성적 지향의 의미가 주관적 인식인 성별 정체성의 다양성을 포함하여 넓게 형성될 수 있으며 성별 표현까지도 다양하게 나타날 수 있다는 특징에 기인하는 면도 있을 것으로 보인다. 성적 지향을 이유로 한 어떠한 차별의 피해자가 특정되더라도 그 비교대상이 성적 지향이 다른 어떠한 상대방이 될 것인지, 성적 지향이 다른 모든 상대방이 될 것인지 또는 동성애자 아닌자가 될 것인지를 분명하게 밝히기는 쉽지 않아 보인다. 그럼에도 성적 지향을 이유로 한 차별판단은 비교대상을 전제한 개념이므로 비교대상 집단을 포섭하고 판단에 포함시키는 위한 노력이 필요해 보인다.

제12절. 학력을 이유로 하는 차별

I. 학력의 의미

차별 금지의 관점에서 학력의 의미를 정의하는 현행 법률은 현재까지 발견되지 않는다. 학력(學歷)의 사전상 정의는 '학교를 다닌 경력'이며(국립국어원 표준국어대사전), 국가인권위원회(이하 '인권위'로 약칭)는 국가인권위원회법 제2조 제3호가 차별금지사유로 규정한 학력을 '수학경력, 특정 교육기관의 졸업·이수 여부의 학력(學歷)을 지칭하는 것'으로 풀이하여(국가인권위원회 12진정0192300 결정¹⁾) 사전상 정의와 유사하게 보고 있다. 20대 국회에 이르기까지 학력 차별을 금지하는 법률 제정안이 다수 발의되었는데,²⁾ 이들 제정안은 학력을 대체로 「초·중등교육법」 및 「고등교육법」에 따른 교육기관의 졸업 또는 이수, 「학점인정 등에 관한 법률」에 따라 교육부장관의 평가인정을 받은 교육훈련기관에서의 학습과정의 이수, 「독학에 의한 학위취득에 관한 법률」에 따른 학위취득 종합시험에 합격한 자에 대한 학사학위 취득, 「평생교육법」에 따른 평생교육시설의 교육과정 이수에 따른 학위취득, 「초·중등교육법」에 따른 학력인정 등 일정한 교육과정을 이수한 이력³⁾으로 정의함으로써, 위 국가인권위원회 결정에서 말한 '특정 교육기관' 또는 수학의 과정을 구체화하였다. 정리하자면, '학력'은 교육을 받은 경력 또는 이력을 뜻하는 것으로 여기에서 말하는 '교육'은 학교나 대학과 같은 교육기관에서 받은 교육에 한정되지 않고 다양한 형식의 교육을 포괄하는 개념이라 할 수 있다.

인권위는 차별진정 사건에서 학력 차별이 수직적 차별과 수평적 차별로 구분하고 있다. 수직적 차별은 '초·중·고등교육으로 구분되는 교육체계에서 어느 단계까지의 교육과정을 마쳤는가에 따른 구별·배제·분류'³⁾로, 수평적 차별은 '동일한 수준의 교육 과정을 마쳤더라도 교육 이력을 이유로 하는 구별·배제·분류'를 의미한다(16진정0140500·17진정0238500).

학력을 이유로 한 수평적 차별의 예로는 ①「초·중등교육법」상 교육기관인 고등학교를 졸업한 사람과 「초·중등교육법」 제27조의2에 따른 학력인정시험(고등학교 졸업 검정고시)에 합격한 사람은 동등한 학력임에도 불구하고 후자를 전자와 비교하여 차별하는 경우, ② 「학점인정 등에 관한 법률」 제7조에 따라 학점 인정을 받은 사람은 같은 법 제8조에 따라 「고등교육법」상 교육기관인 대학을 졸업한 사람과 같은 수준 이상의 학력을 인정받음에도 불구하고 대학을 졸업한 사람과 비교하여 차별하는 경우, ③같은 수준의 교육과정, 그리고 같은 형태의 교육기관을 졸업하였음에도 불구하고 출신학교에 따라 구별하여 대우하는 경우 등을 들 수 있다. 이 중 ③은 '출신학교'를 이유로 하는 차별 또는 '학벌'을 이유로 하는 차별에 해당하는 것으로, 인권위의 결정과 같이 학력 차별을 수직적 차별과 수

1) 이하에서 국가인권위원회의 결정은 특별히 구별할 필요가 있거나 혼동의 여지가 있는 경우를 제외하고는 사건번호로만 표시한다.

2) 학력·출신학교 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률안(오영훈 의원 등 18인, 2016.9.2. 발의); 학력차별금지 및 직무능력중심 고용촉진에 관한 법률안(강길부 의원 등 25인, 2017.2.10. 발의), 학력차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률안(나경원 의원 등 10인, 2016.11.28 발의), 공공기관의 학력차별금지 및 기회균등보장에 관한 법률안(김혜영 의원 등 24인, 2016.9.2. 발의), 고용상 학력차별금지 및 기회 균등 보장에 관한 법률안(김기현 의원 등 11인, 2013.4.18. 발의), 학력차별금지에 관한 법률안(김한길 의원 등 34인, 2012.10.25 발의), 고용상 학력차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률안(홍영표 의원 등 10인, 2011.11.23. 발의), 학력차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률안(김기현 의원 등 14인, 2010.5.14. 발의) 등의 제정안이 있으며, 모두 임기 만료로 폐기되었다.

3) 국가인권위원회법 제2조 제3호는 '평등권 침해의 차별행위'를 합리적 이유 없는 '우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위'로 규정하는데, 인용한 국가인권위원회 결정은 '학력 차별'을 설명하면서 '구별·배제·분류'라고 하여 표현을 달리하였다.

평적 차별로 유형화할 경우 출신학교나 학벌을 이유로 하는 차별은 현행 국가인권위원회법상 차별금지사유인 학력을 이유로 하는 차별의 범주에 포함할 수 있다.

국가인권위원회 결정례 중 검정고시 출신자 차별 사건은 차별금지사유를 ‘학력’으로 본 사건과 (11진정0653400, 11진정0387400, 12진정0896800, 11진정0653400, 11진정0387400)과 ‘사회적 신분’으로 본 사건이 있으나(11진정0066700, 14진정0386100-0389200⁴), 앞에서 본 학력의 의미에 비추어 볼 때 학력 차별로 보는 것이 타당하다.

한편, 학력을 이유로 한 차별로 인권위에 진정한 사건 중 특정 학교 합격 홍보물을 게시한 사안(14진정0169200, 17진정0152900), 이력서 기재사항에 학력, 졸업 학교, 학점을 기입하게 한 사안(10진정0746300, 15진정0452200 외 병합, 17진정0382500, 12진정0089200)의 경우, 인권위는 국가인권위원회법상 금지하는 차별영역에 해당하지 않는다고 판단하여 각하하였다.

II. 고용상 학력을 이유로 하는 차별

1. 차별이 인정된 경우

가. 공무원 특별채용 시 응시요건 학력 제한

공무원 특별채용 시 채용시험 응시요건을 특정 학위, 특정 학과 졸업으로 정한 사안의 경우, 인권위는 피진정인이 제한한 학력 요건으로 인하여 진정인의 공무담임권을 제한할 가능성이 있는지 여부, 채용자의 진정직업자격 판단이 채용시험 응시요건 외에 채용의 다른 단계에서 검증할 수 있는지 여부, 학력 요건을 대체할 수 있는 다른 자격 요건이 있는지 여부 등을 기준으로 하여 차별행위 여부를 판단하고 있다.

10진정0585000(식품위생직 공무원 특별채용 시 학력 차별) 사건은 식품위생안전처장이 식품위생직 공무원 제한경쟁 특별채용 시험 공고를 하면서 식품위생직 7급의 응시 자격을 관련 분야 석사학위 이상 소지자로 제한한 것이 차별이라는 진정으로, 인권위는 ‘특별채용은 관련 법령에 근거가 있으나, 관련 법령의 각 규정 목적이나 취지에 비추어 볼 때 담당 업무의 내용과 특수성, 전문성 등을 종합적으로 고려하여 학력제한의 필요성과 합리성이 인정되는 경우에 한하여 채용 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 범위 내에서 그 예외규정을 적용하는 것이 타당’하다고 실시한 후, 식품위생직은 대부분 특별채용을 통해 채용하고 있으므로 학력만을 응시자격으로 둔다면 학력요건을 갖추지 못한 자의 응시기회가 원천적으로 박탈되는 점, 「공무원임용시험령」제27조 제1항 [별표 8]에서 식품위생직 7급을 특별채용함에 있어 학력요건 외에도 해당 분야 자격증을 소지하고 일정 기간 경력을 갖춘 자도 응시자격에 포함할 수 있다고 규정하고 있음에도 불구하고 별다른 합리적인 사유의 제시 없이 관련 분야 자격증 소지자 등을 배제하고 학력만을 응시 자격으로 요구하는 것은 학력을 이유로 한 차별이라고 인정하였다.

11진정0180500(해양경찰청 항공조종사 채용 시 학력 차별)사건에서 인권위는 해양경찰청장이 항공조종사 채용 시 응시자격을 항공운항관련학과 졸업자로 제한하지 않도록 시정 권고하였다. 이 사건에서 피진정인은 ‘조종사 업무 특성상 체계적인 전문지식 가진 사람 채용해야 하고, 항공운항 관련학

4) 14진정0386100-0389200결정은 ‘검정고시 출신’ 이 사회적 신분에 해당하는 이유를 명시적으로 판단하지 않고 결정문에서 ‘검정고시 출신이라는 사회적 신분이라는 이유로’ 라고만 차별사유를 실시하였다.

과는 항공운항 이론을 교육·연구하여 조종사로서 필수 자격증을 취득하게 한다. 항공운항학과 출신이 아닌 응시자 채용시 전문성 부족으로 항공기 운영 정상화의 어려움이 우려되며, 해당 직무(고정익 항공조종사) 분야의 인력난으로 자격요건 중 비행시간을 1/2로 완화하고, 경위에서 경사로 계급을 낮추는 대신 항공운항 관련 학과 졸업자 자격요건 추가하였다'고 정당화 사유를 주장하였다. 이에 대하여 인권위는 해당 직무가 요구하는 전문 지식과 기술이 해당 학력만으로 갖추어질 수 있는 것인지, 학력요건 제한시 채용 응시 기회의 원천적 박탈 가능성이 있는지 여부를 살펴야 한다고 하면서, 항공기 운항공조종 분야에 대한 체계적인 지식과 기술 습득은 항공운항 관련학과 교육과정 이수뿐만 아니라 진정인의 경우처럼 해당 학과를 졸업하지 않더라도 여러 경로의 훈련을 통하여 습득할 수 있는 점, 우리나라의 경우 조종사를 양성하는 항공운항학과가 개설된 대학은 세 곳이고, 그 중 졸업자를 배출한 학교는 항공대학교와 한서대학교의 두 곳 뿐이므로 항공운항관련학과 졸업자로 응시자격을 제한할 경우 응시 가능한 사람이 소수이고, 이와 같은 학력 요건을 갖추지 못한 자의 응시기회를 원천적으로 박탈된다는 점을 들어 합리적 이유 없는 차별이라고 판단하였다.

나. 수평적 학력 차별

15진정0281500 (경찰행정학과 특별채용 응시자격 제한) 사건은 채용 시 수평적 학력 차별이 문제된 사안이다. 진정인은 학점인정제 교육기관인 직업전문학교 등에서 평가인정을 받은 경찰행정전공 등의 학습과정을 마치고 80학점 이상을 이수하였으며, 국가평생교육진흥원장은 학위수여 요건을 증명하고 교육부장관이 행정전문학사(경찰행정전공) 학위를 수여하였으므로, 진정인은 「학점인정 등에 관한 법률」 제8조에 따라 전문대학을 졸업한 자와 같은 수준 이상의 학력이 있는 것으로 인정받을 수 있음에도 진정인이 경찰행정학과를 졸업하지 아니하였다고 하여 응시자격을 인정하지 않는 것을 인권위는 차별행위로 인정하였다. 이는 전형적인 수평적 학력 차별 사례에 해당한다.

15진정0281500 결정이 채용·모집 단계에서 수평적 학력 차별이 문제된 사안이라면, 16진정0140500·17진정0238500 결정은 임금 지급의 기초가 되는 경력 환산에서 수평적 학력 차별을 인정한 사안이다. 교육공무원의 복수학위에 대한 경력환산 시 진정인의 학점은행제 학위취득에 따른 수학 경력을 배제함으로써 정규 대학에서 학사 학위를 취득하여 복수 학위를 가지게 된 교원과 비교하여 진정인을 불리하게 처우한 사안에서 인권위는 교육부장관에게 경력 환산 시 학점은행제 학위취득에 따른 수학경력이 배제되지 않도록 관련 규정의 개정을 권고하였다. 같은 취지에서 인권위는 실업(전문)계 교원 호봉산정 시 대졸 전 경력 상향 인정을 배제한 것이 학력 차별이라고 인정하면서, 학점은행제, 전문자격증 취득 후 실무경력 등 해당 업무의 일정 수준 전문지식 또는 숙련성을 반드시 학위로만 볼 수 없으며, 이에 상응하는 국가기술자격 등 취득도 고려하지 않는 것은 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다(12진정0608200·12진정0446200·12진정0484900·13진정0035200(병합)).

다. 역차별이 인정된 경우

적극적 우대조치 아닌 역차별로 인정된 경우로는 13진정0812800 결정이 있다. 사안은 자동차제조 회사에서 생산직 채용 시 대졸자를 배제한 것으로, 인권위는 생산직의 직무는 학력과 무관하므로 피진정인에게 '향후 생산직 직원 모집·채용 시 4년제 대학 졸업자를 배제하지 않도록 하고 교육·훈련이나 기술 자격 등 직무와 직접 관련된 합리적인 지원 자격 요건을 마련할 것'을 권고하였다.

<고용상 학력을 이유로 하는 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
10진정0585000	식품위생직 공무원 특별채용 시 응시자격 제한	관련 분야 석사 학위를 소지하지 않은 사람	합리적 이유	학력 제한의 필요성·합리성, 채용 목적 달성을 위한 필요 최소한 범위, 학력 요건 제한 시 응시 기회의 원천적 박탈 가능성
11진정0180500	해양경찰청 항공조종사 채용 시 응시자격 제한	항공운항 관련 학과를 졸업하지 않은 사람	합리적 이유	학력 요건 제한 시 응시 기회의 원천적 박탈 가능성, 종합적 판단
15진정0281500	경찰행정학과 특별채용 응시자격을 경찰행정학과 졸업자로 제한	학점인정제에 따라 경찰행정 전공 학위를 받은 사람	합리적 이유	「학점인정 등에 관한 법률」에 따른 동등 학력 인정
16진정0140500· 17진정0238500	교육공무원의 복수 학위에 대한 경력환산 시 학점은행제 학위 취득에 따른 수학 경력 배제	학점은행제에 따라 학위를 받은 사람	합리적 이유	「학점인정 등에 관한 법률」에 따른 동등 학력 인정
12진정0608200· 12진정0446200· 12진정0484900· 13진정0035200(병합)	실업계 교원 호봉산정 시 대졸 전 경력 상향 인정 배제	대학 졸업 전 관련 분야 근무 경력을 가진 사람	합리적 이유	해당 업무의 전문지식 또는 숙련성 판단기준은 학위 취득에 한정되지 않고 고등교육과정 이수에 상응하는 국가기술자격 취득한 경우도 포함
13진정0812800	자동차제조회사 생산직 채용 시 대졸자 지원 배제	대학 졸업자	합리적 이유	직무관련성, 가산점제나 일정 비율 할당제 아닌 신규 채용자 전원을 고교와 전문대 졸업자로 제한하는 것은 역차별

2. 차별이 인정되지 않은 경우

가. 채용 지원자격을 학력으로 제한한 경우

17진정0415900(경찰행정특채과정에서의 불합리한 차별) 사건에서 진정인은 과학수사과 전문학사 학위를 보유하고 있고 피진정인이 요구하는 경찰행정학과의 수강과목과 동일, 유사한 과목을 모두 수강하였음에도 경찰행정 특별채용 자격요건에서 배제하는 것은 차별이라고 진정하였는데, 인권위는 특별채용의 자격요건 설정은 임용권자의 재량이라는 전제 하에 대학 경찰행정학과는 경찰관 및公安행정의 인재 육성을 교육목표로 교육과정을 운영하고 있으므로 과학수사과와 동일 교육과정 수료로 볼 수 없다고 하면서 학력에 따른 차별을 인정하지 않았다.

12진정0004200(농촌지도사 경력경쟁채용 시 비전공자 응시 제한) 사건에서 진정인은 지방공무원 농촌지도사 임용시험 응시자의 응시자격을 농업 관련 전공자(전문대졸 이상)로 제한한 것은 비전공자에 대한 합리적 이유 없는 학력 차별이라고 주장하였으나 인권위는 합리적 이유 없는 차별로 보기

어렵다고 판단하였다. 그 이유로는 고등교육(학력인정)기관에서의 농업 전공은 농촌지도사 직무와의 관련성이 인정되고, 관련 전공 이수 여부는 임용 후 직무 적응 및 직무 수행의 수월성을 짐작하게 하는 객관적 징표이면서, 필요 인재 확보라는 채용의 목적 달성과 효율성을 제고할 수 있다는 점, 신규 농촌지도사에 대한 직무교육시간과 비용 절감 기대할 수 있다는 점, 농업 분야 공무원 임용 방법이 농촌지도사로 국한되는 것은 아니어서 선택의 여지가 전혀 없다고 볼 수 없다는 점을 제시하였다.

나. 적극적 우대조치에 해당하여 차별이 인정되지 않은 경우

16진정0510300(고졸공채시 초대졸자 역차별) 사건은 공사인 피진정인이 채용형 고졸 인턴을 모집하면서 대학 졸업예정자 및 졸업자는 지원할 수 없도록 자격요건을 제한하는 것이 고학력을 이유로 한 역차별에 해당한다는 진정이다. 인권위는 채용형 고졸 인턴 제도가 피진정인이 「2016년도 공공기관 인력운영 가이드라인」에 따라 실시하는 고졸자 우선 채용 제도의 하나로 취업 기회에 있어 상대적으로 선택의 폭이 좁은 고졸자에 대한 적극적인 우대조치의 일환이라는 점, 인턴 전원이 아니라 20% 내의 일정 비율로 실시하는 점, 나머지 채용 분야에서 전문대 및 대학 졸업자가 지원할 수 있는 '대졸수준 채용형 인턴', '대졸 수준 공채' 등의 다양한 채용기회 보장되는 점, 진정 대상이 된 고졸 채용형 인턴을 제외한 대부분 전형에서 전문대 출신자 등 학력 제한 없이 지원 가능하다는 점, 피진정인은 신규 채용 1300명 중 200명(약 15%)만 고졸자로 제한하여 전문대 및 대학졸업자가 지원할 수 있는 채용전형이 더 많이 존재하므로 취업 기회 전면 배제가 아니라는 점을 근거로 적극적 우대조치의 하나로서 차별행위로 볼 수 없다고 판단하였다.

14진정075900(서울특별시 기술직 채용시 학력 차별) 사건은 광역지자체 기술직 9급 공무원 중 30% 이내를 고졸자로 구분 모집한 사안으로, 인권위는 고졸자의 공직 채용기회를 확대하려는 사회적 움직임을 반영하기 위한 것으로 보이는 점, 고졸자 구분모집 분야가 일부 직렬에 할당제로 운영되고 있어 대졸자의 채용을 완전히 배제하는 것은 아닌 점을 고려하여 차별행위에 해당하지 않는다고 판단하였다.

<고용상 학력을 이유로 하는 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
17진정0415900	경찰행정 특별채용 자격요건 배제	과학수사과 전문학사 학위 보유자	합리적 이유	임용권자의 재량
12진정0004200	농촌지도사 경력경쟁채용시 비전공자 응시 제한	농업 관련 전공을 하지 않은 사람	합리적 이유	전공과의 직무 관련성, 농업 분야 공무원 임용 기회 존재
16진정0510300	고졸 공채시 초대졸자 역차별	대학 졸업자 및 졸업예정자	합리적 이유	할당제, 다양한 전형 형태 보장, 취업 기회 전면 배제 아님
14진정075900	서울특별시 기술직 채용시 일정 비율 고졸자 구분 모집	대학 졸업자	합리적 이유	할당제, 취업 기회 전면 배제 아님

III. 재화 등의 공급과 이용상 학력을 이유로 하는 차별

1. 차별이 인정된 경우

재화와 용역의 공급과 이용상 학력 차별 인정 결정으로는 ‘특별교부금 지급에 있어서 학력인정학교 배제(15진정0565400)’, ‘학력에 따른 사회복지사 1급 응시자격 요건 차별(12진정0289700)’, ‘학력에 따른 임상심리사 2급 응시자격 제한(13진정9467400)’사건이 대표적이다⁵⁾.

15진정056400 결정은 메르스 사태 이후 「초, 중등교육법」상 학교 외 학력인정학교에 대한 재난 예방교부금의 차별적 지급 사안으로, 인권위는 학력 또는 이에 준하는 기타의 사유로 인해 진정인들인 학력인정학교를 배제한 차별행위로 인정하였다. 인권위는 재난예방교부금은 재정 한계로 우선순위를 정하여 지급할 수밖에 없다는 재정적 상황이 있더라도, 아동의 최상의 건강수준 향유와 질병 치료, 건강 회복을 위한 시설 사용이라는 아동의 권리가 침해되지 않아야 하는데 피해 학생들의 건강 침해라는 위험성이 높고, 아동 건강에 대한 위험 예방이라는 이익은 재정 절감이라는 공익보다 크다고 실시하여 진정인에 대한 차별이 간접적으로 진정인 학교를 다니는 아동의 권리를 침해할 수 있다고 보았으며, 차별의 합리성 판단 시 재정건전성이라는 공익과 아동 권리를 형량하는 방식을 사용하였다.

12진정0289700은 사회복지사 1급 자격증 응시 자격 요건을 4년제 대학 졸업자와 달리, 전문대 졸업자에게 1년 이상의 실무 경력을 요구하는 차별적 응시자격이 문제된 사안으로, 인권위는 자격증 시험 응시자격 제한을 두는 것은 정당하나 시험 응시만으로 사회복지사 1급 자격이 부여되는 것이 아니라, 국가시험에 합격해야만 취득 가능하기 때문에, 자격에 상응하는 전문성과 자질에 대한 검증 절차가 마련되었다고 보아 응시자격에서부터 전문대 졸업자에게 1년 이상의 실무 경력을 요구하는 것은 학력을 이유로 한 차별이라고 판단하였다. ‘학력에 따른 임상심리사 2급 응시자격 제한(13진정9467400)’ 결정에서도 동일한 취지로 판단하였다. 12진정0289700, 13진정9467400 두 결정은 학력 제한의 합리적 이유 판단 시 자격 시험 지원 이후 응시하는 별도의 시험이라는 검증절차를 고려한다는 점에서, 고용상 학력 차별 판단 시 채용의 전 절차 중 학력 요건 외에 직무자격을 검증할 수 있는 절차가 있는지 검토하여 사건에서 문제된 학력 제한이 합리적 이유 없는 차별인지 판단하는 것과 같은 맥락의 결정이라 할 수 있다.

〈재화 등의 공급과 이용상 학력을 이유로 하는 차별이 인정된 경우〉

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
15진정056400	특별교부금 지급 시 학력인정학교 배제	학력	합리적 이유	아동 건강 위험 예방의 이익과 재정 건전성 사이의 형량
12진정0289700	사회복지사 1급 응시자격 요건 차등	전문대 졸업자	합리적 이유	전문성과 자질 검증 절차(시험 등)의 존재
13진정9467400	임상심리사 2급 응시자격 제한	전문대 졸업자	합리적 이유	전문성과 자질 검증 절차(시험 등)의 존재

5) 국가인권위원회, 『차별판단기준 기초조사 연구』, 2019, 221쪽

2. 차별이 인정되지 않은 경우

전국고교생백일장 참가 자격을 고등학교 재학생과 대입자격 검정고시 합격자로 한정하여 고입 검정고시에 합격한 진정인을 배제한 것이 학력을 이유로 한 차별이라고 진정한 사건(14진정0561900)에서 인권위는 해당 사건의 백일장이 대학 입학 시 문학특기자 전형 가산점 부여를 위하여 개최하는 것이기 때문에 참가자격 제한이 합리적 이유 없는 차별행위가 아니라고 결정하였다. 대학 평생교육원에 재학하는 운동선수를 대학선수 등록에서 배제한 것이 학력 차별이라는 진정에 대하여(12진정040400000), 인권위는 피진정인이 만 20세 이상인 운동선수를 대학부와 일반부로 구분하고 있고 일반부에는 대학에 적을 두지 않는 운동선수를 통합하여 등록하고 있으므로 평생교육원 학점은행제 학생들을 일반부로 등록하게 한 피진정인의 규정이 합리적이지 않는 차별이라고 보기는 어렵다고 판단한 바 있다.

재화와 용역의 공급·이용 영역에서의 수평적 학력 차별 사례로는 한국방송통신대학생이 진정인이 된 사건들이 있다. 일반 대학생은 기초생활수급자의 자활사업 면제받는 반면 한국방송통신대학교 재학생은 면제 대상에서 제외한 사안(15진정1065200), 예비군 훈련 시간을 일반 대학생 연 8시간으로 정한 반면 한국방송통신대학교 재학생은 연 16시간 내지 36시간으로 정한 사안(13진정0418800)이 있는데, 인권위는 차등 대우의 합리적 이유가 있다고 보면서 한국방송통신대학교가 원격 대학으로 학생이 집합교육에 출석할 필요 없이 수업을 받는 시간과 장소를 자율적으로 결정할 수 있다는 근거를 제시하고 있다.

<재화 등의 공급과 이용상 학력을 이유로 하는 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
14진정0561900	전국 고교생 백일장 참가 자격 제한	고입 검정고시 합격자	합리적 이유	해당 백일장의 목적 달성을 위한 합리적 제한
12진정040400000	대학선수 등록 배제	대학 평생교육원 재학 운동선수	합리적 이유	평생교육원 학점은행제 학생은 일반부 등록 가능
15진정1065200	기초생활수급자의 자활사업 면제 대상 제한	한국방송통신대학교 재학생	합리적 이유	대학 특성상 집합교육 출석 불필요하여 수업 시간과 장소 결정 자율
13진정0418800	예비군 훈련 시간 차등	한국방송통신대학교 재학생	합리적 이유	대학 특성상 집합교육 출석 불필요하여 수업 시간과 장소 결정 자율

IV. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 학력을 이유로 하는 차별

1. 차별이 인정된 경우

인권위는 대학 수시모집에 있어 검정고시 출신자 제한 사건(12진정0895800), 공군 학군사관후보

생과정 모집 시 학교별 학과 제한에 따른 차별 사건(12진정0192300), 출신 대학에 따른 장학생 선별 차별 사건(10진정0079300)에서 학력을 이유로 한 차별행위를 인정하였다. 이들 결정에서 인권위는 학력에 따른 교육시설 등의 이용에 대한 차별 판단기준으로, 교육 참여 자격의 제한, 구분 등이 교육 효과성 증진이라는 목적 달성에 적절한지 여부, 검정고시 출신, 전문대 졸업자 등에 대한 사회적 편견을 강화하는지 여부, 성적 외 기타 제반 사항에 대한 종합적 평가를 통한 제한, 구분인지 여부를 제시하고 있다.

12진정0895800(검정고시 출신의 대학 수시모집 제한) 사건에서 인권위는 검정고시 출신과 고등학교 졸업자가 동등하게 경쟁할 수 있도록 제도 개선안을 강구하지 않고 검정고시 출신자의 지원 자체를 제한하는 것은 진정인의 권익보다 대학 당국의 편의를 우선한 것으로 그 수단이 적절하지 않아 합리적 이유 없는 차별이라고 보았다.

12진정0192300 결정에서 인권위는 공군 학군사관후보생(ROTC) 과정 모집 시 특정 학과 재학생은 모집 대상에서 배제하는 것은 비록 우수인력 확보 목적을 달성하려는 방안으로 기관 재량이라 하더라도 그 재량 범위가 합리적 이유 없는 차별이 발생하지 않는 범위 내로 한정된다는 점에서 차별에 해당한다고 보았다.

10진정0079300 사건은 장학회에서 학교 간 격차, 학교 내의 학부·학과별 학력 차이 등 성적우수 장학생 선발 기준의 변별력 강화를 위하여 성적우수 장학생 선발에 있어 대학평가를 기준으로 구분하고 그 분류에 따른 차등 가산점을 둔 것이 문제되었다. 인권위는 해당 가산점은 단순한 변별력 수준을 넘어 장학생 선발에 결정적 요소로 작용하는데, 대학 분류 외에 대학 내 학과 간 격차 등을 고려할 필요가 있음에도 장학회가 기준으로 하는 학교군 분류에 따른 가산점 제도가 현실을 반영하지 못한 것으로 보아 합리적 이유가 없는 차별행위라고 판단하였고, 학교 분류에 의한 가산점이 장학생 선발 여부에 결정적 차이를 부여하지 못하도록 가산점 비중을 줄이고, 대학 뿐만 아니라 학과별 우수성을 고려하는 등 합리적 기준 설정을 위한 개정을 권고하였다.

<교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 학력을 이유로 하는 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
12진정0895800	대학교 수시모집 지원 시 차별	검정고시 출신자	합리적 이유	수단 부적절
12진정0192300	공군 학군사관후보생 과정 모집 시 특정 학과 재학생 배제	특정 학과 재학생	합리적 이유	재량 범위의 한계
10진정0079300	장학회의 성적 우수 선발 시 대학 평가 기준으로 가산점 차등	특정 대학 재학생	합리적 이유	학교군 분류에 따른 가산점 제도의 불합리

2. 차별이 인정되지 않은 경우

대입 수시 2차 전형 시 고등학교 3학기 이상의 성적이 기재된 학교생활기록부 제출을 요건으로 하는 것이 대입 검정고시 합격자에 대한 합리적 이유 없는 차별이라고 진정한 사건(대입 수시 2차 전형 시 검정고시 출신 차별; 11진정0653400)에서 인권위는 대학의 자율성을 근거로 진정을 기각하였다. 이 결정에서 인권위는 「헌법」 제31조 제4항은 '대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보

장된다'고 명시하고 있고 「고등교육법」제35조(입학전형자료) 제1항은 '대학의 장은 법 제34조 제1항의 규정에 의하여 입학자를 선발하기 위하여 고등학교 학교생활기록부의 기록 등을 입학전형자료로 활용할 수 있다.'고 규정하고 있는 등 「헌법」은 대학의 자율성을 보장하도록 특별히 명시하고 있고 학생의 선발방법을 어떻게 정할 것인지는 대학에게 주어진 자율성의 중요한 부분이라 할 수 있는 점, 총 6개 전형 방법 중 하나인 수시 2차 모집에서만 3학기 이상의 학생부 성적을 요구할 뿐이고 다른 전형에서는 이를 요구하지 않고 있는 점, 사교육비 절감과 고등학교 교육과정을 활성화 할 필요가 있다는 점 등을 종합해 볼 때 수시 2차 전형에서 3학기 이상의 학생부 성적을 요구한 것을 합리적 이유 없는 차별행위라고 보기는 어렵다고 판단하였다.

인권위는 16진정0426400(예비학사장교 지원 시 학력 차별) 사건에서 국방부장관이 예비학사장교를 모집하면서 전문대 재학생을 지원대상에서 제외하고 있는 것이 학력차별이라는 진정에 대하여, 우수한 인재를 모집하려는 목적의 정당성이 인정되고 전문대 재학생도 졸업 후 학점은행제도를 이용하여 학사학위를 취득할 경우 학사사관 후보생으로 지원이 가능하고, 재학생 신분으로도 예비3사생도 후보생, 장교후보생, 예비장교 후보생으로 지원이 가능하므로 합리적 이유 없는 차별이라 볼 수 없다고 보았다.

<교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 학력을 이유로 하는 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
11진정0653400	대학교 수시모집 지원 시 차별	2차 전형 서류인 고등학교 3학기 이상 성적 기재된 학교생활기록부 제출이 불가능한 검정고시 출신자	합리적 이유	대학의 자율성, 6개 전형 방법 중 하나, 고교 교육과정 활성화
16진정0426400	예비학사 장교 지원 시 전문대 재학생 제외	전문대 재학생	합리적 이유	우수 인재 모집 목적의 정당성 다른 지원방법의 존재

V. 주요 쟁점

1. 차별행위 판단기준

학력을 이유로 한 차별 진정 사건에서 인권위는 대부분 합리적 이유가 있는지 여부를 판단기준으로 삼고 있다. 합리성 심사보다 강화된 심사기준인 비례의 원칙(과잉금지의 원칙) 적용을 시사하는 국가인권위원회 결정례들도 있는데, 명시적으로 비례의 원칙에 따른 단계적 판단을 하지는 않았으나 비례의 원칙 중 4개 하위 원칙, 즉 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 중 일부를 제시하거나, 4개 하위 원칙 일부를 합리성 기준과 병렬하여 제시하여 판단하는 결정례가 이에 해당한다. 예컨대, 식품의약품안전처의 식품위생직 7급 공무원 특별채용에서 관련 석사 학위 소지를 응시자격으로 제한한 것을 차별 진정한 10진정0585000 사건에서는 “특별채용 제도가 예외적인 채용 방식의 성격을 갖는 것이기는 하지만 위 각 규정들의 목적이나 취지에 비추어 볼 때 담당 업무의 내용과 특수성, 전문성 등을 종합적으로 고려하여 학력제한의 필요성과 합리성이 인정되는 경우에만 한하여 채용 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 범위 내에서 그 예외규정을 적용하는 것이 타당하

다”고 실시하고 있다.

차별 판단에서 진정인의 헌법상 기본권 제한 가능성을 추가적인 판단요소로 사용할 수 있다. 고용상 학력 차별 사안에서 진정인의 헌법상 공무담임권의 제한 가능성(식약처 식품위생직 공무원 석사 학위 응시자격 제한 사건), 직업선택의 자유 제한 가능성(자동차제조회사 생산직 고졸자 배제 사건)을 검토한 국가인권위원회 결정은 주로 (i)모집과 채용 단계에서 채용시험 응시(지원)자격을 학력으로 제한하였을 때 응시기회의 심각한 제한을 가져오는가, (ii)동일 직종이나 직무 지원시 다른 방식의 채용 기회가 있는가, (iii)피진정인의 학력 제한으로 인하여 진정인의 취업 기회가 전면적으로 배제되는가 등을 일응의 판단요소로 삼고 있다.

학력 제한이 피진정인의 재량권(사용자의 채용에 있어서의 재량권 또는 인사에서의 자율권, 대학의 자율권 등) 행사 범위 내인지 검토가 필요한 사안도 있을 것이다. 고용 영역에서 특별채용을 실시할 것인지 여부, 채용 응시자격과 직무관련성의 판단, 적극적 우대 조치에서 할당비율, 교육 영역에서 입학 지원자격 설정 등은 원칙적으로 피진정인의 재량이라는 전제 하에 학력 제한이라는 재량권 행사가 합당하게 이루어졌는지를 차별행위 판단의 기준으로 삼을 수 있다.

인권위의 학력 차별 진정 사건에서 피진정인이 학력 제한의 정당화 사유로 주로 제시하는 것 중에는, 학력 제한이 관련 법령이나 정부나 지방자치단체의 정책에 근거하였다는 주장이 있다. 지방공무원법이나 경찰공무원법과 이에 따른 시행령에서 채용의 방법과 요건을 법정하면서 특정 교육기관, 특정 학과의 졸업, 특정 과목의 이수를 요건으로 규정하고 있는 경우가 있는데, 이 경우 피진정인이 제시한 법령의 규정이 동등 학력 인정을 명시한 학점인정 등에 관한 법률, 독학에 의한 학위취득에 관한 법률, 초중등교육법에 따른 학위 취득이나 학력 인정 규정과 배치되는지 여부를 우선적으로 검토하되, 법령으로 정한 학력 요건이 채용하고자 하는 직무와 관련이 있는지 여부도 함께 검토해야 한다.

2. 진정직업자격과 직무 외 사유의 판단

고용 영역 학력 차별 진정에서는 피진정인이 요구하는 특정 학력(학력 제한)이 진정직업자격에 해당하는지 여부가 쟁점이 된다. 이 경우 차별행위 판단을 위하여는 해당 사안에서 문제가 된 직무 분석이 필수적이다. 유사한 채용 지원자격을 비교하거나 대조하는 방법으로 해당 사안의 학력 제한이 합리적인지 검토할 수 있으며 이때 동일 사업장 내 해당 직무와 유사한 직군, 해당 직무와 포함된 직군, 해당 직무 해당 직급과 다른 직급도 추가적으로 살펴보고, 피진정인 뿐만 아니라 동종 유사한 업종 채용공고상 자격요건을 비교할 수도 있다. 일례로 자동차 제조회사의 생산직 대졸 제한 사건에서는 공공기관 정규직 신입사원 채용공고의 학력 제한 상황, 피진정인과 동종, 유사한 업종 회사(자동차제조업, 자동차부품제조업, 조선업, 제철-철강업)의 생산직 채용 자격요건을 비교하기도 하였다(13진정0812800).

또한 해당 업무의 전문성(전문 지식과 기술) 취득을 위하여 관련 학력(특정 학과 졸업, 학위 취득)이 유일한 방법인지, 다른 교육과정, 다른 경로의 훈련으로 전문성 취득이 가능한지, 실제 자격증 취득과정에 대한 사실 인정이 필요하다. 아울러 피진정인이 요구하는 직무 자격, 전문성이나 기술은 채용의 전 과정에서 검증할 수 있으므로 차별 판단 시에는 채용의 전 과정을 살펴야 하며 응시 이후 별도의 필기시험이나 전형과정을 두어 적격자를 채용하고 있음에도 불구하고 채용 지원단계에서 지원 자격을 일정한 학력으로 제한할 경우 학력 차별로 인정할 가능성이 높아진다.

고용 영역 학력 차별 진정 사건에서 피진정인이 직무 외의 사유, 예컨대 채용 후 직무 적응, 직무 수행의 수월성, 직무교육 시간과 비용, 채용의 효율성을 차별의 정당화 사유로 주장하는 경우, 채용

이후의 교육, 훈련과정에서 피진정인이 학력 제한의 목적으로 제시한 사항을 달성할 수 있는 것인지, 학력을 제한하여야만 달성할 수 있는 것인지 여부에 대한 판단이 이루어져야 한다.

3. 적극적 우대조치와 역차별

고용 영역, 교육 영역의 학력 차별 사건에서 적극적 우대조치인지, 역차별인지 문제될 수 있다. 적극적 우대조치의 방법으로 가산점 부여, 할당제 등이 있는데, 공기업 채용형 고졸 인턴을 20% 채용하는 제도가 차별이라고 진정한 사건(16진정0510300), 서울특별시 9급 기술직 채용에서 특성화고 등 고졸 출신을 전체 선발인원의 30% 구분 모집한 사건(14진정75900)에서 할당제와 할당비율의 적정성이 다투어졌다. 적극적 우대조치의 일환으로 할당제를 실시할 경우 할당비율의 결정은 원칙적으로 사용자, 교육기관의 재량이라고 볼 수 있으며, 할당비율의 적정성은 할당 비율이 문제된 사건의 직종/직급 외에도 동일 직종/다른 직급, 다른 직종/동일 직급의 비율도 함께 고려하여 판단하여야 한다. 피진정인의 적극적 우대조치가 정부 정책에 따른 시행이라는 점은 우대의 합리적 이유가 있다는 판단의 우선적인 근거가 될 수 있으며(채용형 고졸인턴 제도 역차별 진정 기각 사건; 16진정0510300), 합리성 판단을 할당제 실시와 할당비율이 채용자의 '재량 범위를 현저하게 이탈'하였는지 여부의 관점에서 판단할 수도 있다(서울특별시 9급 기술직 공무원 고졸 30% 구분 모집 사건; 14진정75900) 이때, 지원 경쟁률, 예컨대 고졸자 구분모집의 경쟁률이 일반모집에 비하여 상대적으로 낮다는 사실은 차별 판단시 고려요소로 삼기에 적절하지 아니하다.

할당제나 가산점제와 같은 적극적 우대조치의 형식이 아니라, 일정 학력을 가진 사람들을 집단 전체로 '배제'한 경우 합리성을 인정받기 어렵다. 자동차제조업을 하는 대기업이 생산직 신규 채용 600여 명 전원을 고교·전문대 졸업자로만 채용하고 초대졸자를 배제한 사안에서 인권위는 생산직의 직무와 학력은 무관하므로 향후 생산직 직원 채용시 4년제 대학 졸업자를 배제하지 않도록 권고하였다. 이는 학력 차별 진정 사건 중 유일하게 고학력을 이유로 한 역차별이라고 인정받은 사건이다(대기업 생산직 채용 시 대졸자 배제 사건; 13진정0812800).

제13절. 병력을 이유로 하는 차별

I. 병력차별의 의미

1. 병력의 의미

병력(病歷)이란 사전적으로 ‘지금까지 앓은 병의 종류, 그 원인 및 병의 진행 결과와 치료 과정 따위를 이르는 말’이라고 정의되고 있는데 이에 따르면 과거에 앓은 병에 대한 내력을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 인권위원회는 병력에 대해 ①질병이 치유된 상태, ②현재 질병이 진행되고 있지만 적절한 치료 등을 통하여 잘 관리되고 있는 상태, ③질병의 속성상 신체기능에 문제가 되지 않는 상태를 말하는 것으로서, 단지 질병의 내력을 의미하는 것 뿐 아니라 현재의 질병상태 내지 건강상태를 포괄하는 것으로 해석하고 있다.¹⁾ 그리고 병력은 질병 등이 치료 등을 통해 일상 또는 사회생활에 문제가 되지 않는 상태라는 점에서 장애인차별금지법상 ‘신체적·정신적 손상 또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태’를 의미하는 ‘장애’와 구별된다.

차별 사유로서 병력은 크게 세 가지 특징을 갖는다. 첫째, 질병이 이미 치유되었든 또는 진행 중이든 어떠한 경우에 해당하는지 관계없이 질병이 ‘현 시점에 어떠한 영향을 미치거나 또는 영향을 끼칠 가능성이 있다’고 여겨져서 지금 일정한 불이익이 있거나 또는 불이익이 예상된다는 것이다. 둘째, 질병 등이 치유되거나 또는 치료 과정 중에 있으므로 ‘현재의 상태’에 비추어 볼 때 일상생활에 문제가 없는 것이다. 이는 완치되었거나 관리가 되는 병력임에도 불구하고 현재 본인의 건강상태를 최우선으로 고려하지 않은 것은 아직 발생하지 않은 미래의 위험을 근거로 차별하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.²⁾ 셋째, 병력은 각자의 건강상태나 여러 환경 요소에 따라 변동성이 있는 것이 아니라 고정된 일정한 질병이나 건강상태일 것을 요한다.

따라서 이 세 가지 즉, ‘현재성’과 ‘일상 가능성’, ‘고정성’은 병력의 개념을 구성하는 근본적 요소라 할 수 있다. 인권위원회의 사례에 비춰보면, 병력은 B형 간염 바이러스나 HIV 보유, 수술 경력과 같이 과거나 미래가 아니라 현재 시점에서 가지고 있으면서 한편으로 일상의 사회생활을 하는 데 장애가 없는 상태임을 대체로 확인할 수 있다. 한편, 건설 일용근로자의 혈압을 측정하여 당일 근로여부를 결정하는 것이 고용상 차별에 해당하는지 문제된 사례에서 혈압이 약을 복용함으로써 조절할 수 있고 근로자 안전을 위한 조치이므로 차별사유에 해당하지 않으므로 각하한 바 있다.³⁾ 이 때 혈압이 병력에 해당하는지 여부를 구체적으로 설명하지 않은 채 각하하였기 때문에 확인할 수 없으나 인권위원회가 인정한 사실과 관계 전문가 의견을 토대로 보면 혈압이 심리적 및 육체적 부하, 식이요인, 측정환경 등 다양한 요인에 영향을 받아 변동성이 크다는 점 등에서 고정된 일정한 질병 이력으로서 병력이 부정된 것으로 추측해 볼 수 있다. 요컨대, 현재의 건강상태나 예후 등을 고려하여 건강상태나 질병상태를 파악하는 것과 그러한 상태가 고정적이어야 하고, 그럼에도 불구하고 일반 평균인과 마찬가지로 일상생활에 문제가 없는 것을 병력의 본질적 내용으로 파악할 수 있다.

1) 국가인권위원회, 『병력차별 예방 안내서』, 2013, 11면.

2) 국가인권위원회, 「차별판단기준 기초조사 연구」, 2019, 175면.

3) 국가인권위원회 15진정0844900, 15진정0840200

2. 직접차별

‘병력(病歷)을 이유로 한 차별’이란 현재 정상적인 직업생활이나 일상생활이 가능함에도 불구하고 과거의 병(病)의 이력(履歷) 또는 현재 질병에 대한 잘못된 편견 등을 이유로 고용, 재화·용역·시설 등의 공급·이용, 교육·훈련과 관련하여 특정한 사람을 합리적 이유없이 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 의미한다. 이 때 불리하게 대우하는 것은 기본적 권리 또는 마땅히 제공 받아야 할 혜택으로부터의 배제 내지 제한을 의미한다. 그리고 이 때 불이익은 구체적인 피해가 특정되거나 피해 발생이 확인되는 것이어야 하고 장차 차별 피해를 입게 될 것이라는 막연하고 추상적인 불이익은 인정되지 않는다.

3. 간접차별

병력을 이유로 한 간접차별은 중립적인 기준이나 관행 등에 의해 결과적으로 특정 질병을 갖는 그룹이 배제·구별되거나 불이익에 처하게 되는 상황을 포함한다. 그러나 병력 차별과 관련한 진정사건은 대부분 병력이라는 이력 그 자체를 문제삼아 발생하는 경우가 많기 때문에 간접차별은 거의 발견되지 않는다.

4. 연계차별

병력 차별은 자신의 병력 뿐 아니라 가족의 병력을 이유로 하여 발생하는 경우가 있다. 의학적으로 가족력은 본인을 중심으로 직계 가족 3대의 병력을 확인해서 2명 이상이 같은 질병이 있을 경우에 가족력이 있다고 판단한다. 그런데 가족력 질환은 유전성 질환과 구별된다고 보는데, 유전성 질환이 다음 세대에 특정 유전 정보가 전달되는 한 가지 기전으로 질병이 발생하는 반면 가족력 질환은 다양한 유전 정보의 전달뿐만 아니라 식생활, 직업 등의 환경 요인이 함께 작용하는 복합적 요인에 의해 발생하는 질환을 말한다.⁴⁾ 이에 따르면 가족력 질환에 따라 비슷한 병이 발생할 확률을 정확히 예측하기는 어렵고 가족력이 있다고 반드시 병이 발병하는 것은 아닌 반면, 유전성 질환 예컨대 다운증후군이나 적록색명과 같은 염색체 이상이나 유전자 이상에 의한 질환의 경우는 비교적 다음 세대에 질병이 생길 확률을 예측할 수 있다고 본다.

따라서 가족력을 이유로 한 연계차별은 병력의 현재성을 고려할 때 현재 발현되지 않은 미래의 위험을 예단하여 이루어지는 차별로서, 병력에 대한 편견으로부터 비롯될 가능성이 높다. 따라서 가족의 병력을 이유로 한 연계차별은 엄격하게 판단되어야 하고 특히 의학적 근거나 소견이 반드시 근거로 제시되어야 한다.

II. 병력을 이유로 한 고용상 차별

‘병력을 이유로 한 고용차별’이란 직무수행상 불가피한 경우 등 정당한 사유 없이 병력을 이유로

4) 이기호, “가족력이란”, 서울삼성병원
(http://www.samsunghospital.com/dept/story/healthStoryView.do?seq_no=424&cPage=1&DP_CODE=FM&MENU_ID=003014)

불리한 대우를 하는 행위를 말한다. 그러나 건강상태가 직무수행에 불가결한 자격기준에 해당하고 업무성격상 해당 병력이 정상적인 직무수행을 곤란하게 하는 경우 그 병력을 이유로 하는 대우는 차별에 해당하지 않는다. 그리고 현재 질병으로 본인이 근로하기 힘들거나 다른 사람에게 감염시킬 우려가 있는 경우 고용 등에서 제한하는 것은 합리적 이유가 될 수 있다.⁵⁾ 특히 산업안전보건법상 근로자의 근로금지·제한에 관한 규정⁶⁾과 관계가 고려될 수 있다.

사업주가 해당 업무를 수행하는 데 적합한 기술, 경험 그리고 직무수행에서 요구되는 신체적, 정신적 기준과 건강과 안전 등 직무의 관련성 등을 고려하여 자격요건에 맞는 근로자를 채용하는 것은 경영상 고유한 재량권에 해당할 수 있으나, 병력으로 해당업무를 수행함에 있어서 적격인지 여부를 판단함에 있어서는 편견이나 오해가 아닌 최소한의 객관적이고 합리적인 기준으로 채용여부를 판단하여야 한다.⁷⁾

1. 차별이 인정된 경우

가. 직접 차별이 문제되어 차별이 인정된 경우

1) 모집·선발에서 배제된 경우

모집·선발에서 신체 상태 등에 대한 개별적 고려가 이루어지지 않은 채 단지 병력만을 이유로 한 차별은 합리성이 인정되지 않는다.

□ 군 간부 선발시 수술병력을 이유로 신체검사 기준 4급을 받아 불합격 판정을 받은 사례(16진정 0313100·16진정0484000·16진정0531000(병합))

- * 정당화 주장 사유 : 육군 선발을 위한 신체검사는 신체 건강한 인적 자원을 확보하여 군에 활용하기 위한 목적으로 시행되며, 판정기준으로 육군규정 161 「건강관리 규정」을 적용한 것임.
- * 판단 : 수술을 받은 경우라도 정상적인 운동능력을 보일 가능성이 있고, 동일한 질병이라도 개인별 상태나 예후가 다를 수 있으며, 의학의 발전과 수술방식의 변화 등으로 동일한 질병이라도 건강상의 문제가 발생할 가능성이 과거보다 낮아지고 있는 점 등을 감안하면, 동일한 수술병력과 질병이 있더라도 장교와 준사관의 직무수행에 필요한 신체능력이 동일하다고 볼 수 없을 것이다. 따라서 질병 치유 상태나 관리 가능성, 신체기능의 저하 상태 등에 대하여 개별적으로 판단하지 않고, 신체검사 기준을 획일적으로 적용하여 진정인들을 불합격으로 판정한 것은 합리적인 이유 없는 차별행위에 해당한다.
- * 유사 사례로, 육군규정161에 따라 ROTC 선발시 수술병력을 이유로 불합격된 사례(11진정0304500, 17진정0696600)가 있다. 인권위원회는 이들 결정에서도 신체 건강한 우수 인적 자원 선발을 목적을 위한 것이라도 해당 병력이 직무 수행과 관계없다는 전문의 소견, 현재 건강상태나 예후 등에 대한 개별적 고려없이 선발에서 불합격한 것은 차별로 판단하였다.

5) 국가인권위원회, 『병력차별 예방 안내서』, 2013, 11면.

6) 산업안전보건법 제138조(질병자의 근로 금지·제한) ① 사업주는 감염병, 정신질환 또는 근로로 인하여 병세가 크게 악화될 우려가 있는 질병으로서 고용노동부령으로 정하는 질병에 걸린 사람에게는 「의료법」 제2조에 따른 의사의 진단에 따라 근로를 금지하거나 제한하여야 한다. ② 사업주는 제1항에 따라 근로가 금지되거나 제한된 근로자가 건강을 회복하였을 때에는 지체 없이 근로를 할 수 있도록 하여야 한다.

산업안전보건법 시행규칙 제220조(질병자의 근로금지) ① 법 제138조제1항에 따라 사업주는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대해서는 근로를 금지해야 한다. 1. 전염될 우려가 있는 질병에 걸린 사람. 다만, 전염을 예방하기 위한 조치를 한 경우는 제외한다. 2. 조현병, 마비성 치매에 걸린 사람 3. 심장·신장·폐 등의 질환이 있는 사람으로서 근로에 의하여 병세가 악화될 우려가 있는 사람 4. 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 질병으로서 고용노동부장관이 정하는 질병에 걸린 사람

7) 국가인권위원회 15진정0656600 결정 등.

2) 병력을 이유로 채용이 거부된 경우

채용 영역에서의 병력 차별이 문제된 경우는 크게 편견과 추측에 기초한 차별, 업무와의 상관성과 관련한 차별로 볼 수 있다. 전자의 경우 병력 그 자체에 대한 부정적 편견, 재발또는 감염 가능성에 대한 불확실한 예측 등에 기인한 차별로서 합리성이 인정되지 않았다. 후자의 경우 업무의 성격상 해당 병력에 따른 감염 가능성이 문제되었으나 감염을 차단할 수 있는 방법이 있음에도 불구하고 단지 병력만을 이유로 한 채용거부는 합리성이 없는 차별로 판단하였다. 한편, 채용을 거부한 것은 아니지만 채용을 보류한 경우에도 감염에 대한 객관적인 근거가 없는 한 합리성이 없는 차별로 보았다.

가) 편견과 추측에 기초한 합리성 결여

□ B형 간염 바이러스 보유자임을 이유로 채용이 거부된 사례(09진차965)

- * 정당화 주장 사유 : B형간염 항원 양성이라는 진정인의 신체검사 결과 때문에 진정인을 채용하지 않았으나 이는 본사의 B형간염에 대한 편견에서 비롯된 잘못임을 인정한다.
- * 판단 : 객관적이고 합리적인 기준에 따라 진정인의 건강상태가 해당업무를 수행함에 적격하지 못하다고 판단한 것이 아니라 단순히 B형간염 항원 양성자라는 이유만으로 채용하지 않은 행위는 불합리한 차별행위에 해당한다.

□ 서류 및 면접에 통과 후 최종 신체검사 결과 방광암 수술 이력을 이유로 불합격된 사례(11진정 0109800)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인이 암수술 후 2년 경과 후 재수술받은 점, 재발률이 높은 방광암의 특성, 시술 후 5년이 경과하여야 완치되었다고 볼 수 있는 점, 업무강도와 내용 등을 종합적으로 고려하면 진정인의 채용은 부적합하다.
- * 판단 : 개인의 건강상태나 환경에 따라 병의 경과를 다르게 암의 경우 절대적 의미의 완치판정은 불가능하다는 것이 전문가의 견해이므로 5년의 절대적인 시간을 기준으로 채용여부를 결정하는 것은 합리적이지 않다. 방광암의 재발률이 높으므로 진정인도 암이 재발할 것이라고 추론하는 것은 무리이고, 진정인의 건강상태가 직무수행에 곤란하다고 판단할 만한 전문가적 소견을 제시하지 못한 것 등을 보면 병력에 의한 차별로 볼 수 있다.

□ 연구원 채용공고에 응시하여 합격통보 받았으나 건강검진 후 B형 간염 바이러스 보유자라는 이유로 채용여부가 번복된 사례(15진정0656600)

- * 정당화 주장 사유 : 면접에서 병력에 대해 사실대로 답변하지 않았고, 근무환경이나 육체노동 등이 B형 간염 바이러스 보유자인 진정인에게 심한 무리가 될 수 있을 것이며 공동식사로 인한 위생상의 문제와 다른 직원들의 B형 간염 바이러스 보유자에 대한 거부감 등이 있을 수 있다.
- * 판단 : 피진정인의 주장은 B형 간염에 대한 부정적 편견과 추측에 기초한 것으로 합리성이나 객관성을 발견하기 어렵다. 특히 일반적 공동생활로 B형 간염이 감염되기는 매우 어렵다는 학회 등의 공식적인 입장 등에도 불구하고 감염의 위험성이나 다른 직원들의 거부감을 이유로 하여 피진정인이 진정인을 채용하지 아니한 것은 합리적인 이유가 없다.
- * 유사 사례로, 경력직 비서 모집에서 B형 간염 바이러스 보유자라는 이유로 최종 탈락된 결정례가 있다(12진정 0107900). 다만, 이 결정례에서는 인권위원회가 피진정인에 대해 차별행위의 재발 방지를 할 것을 권고한 것 뿐 아니라 진정인에 대해 정신적 피해와 구직을 위한 기회비용을 고려한 배상(300만원 지급)을 권고하였다.

□ 농협중앙회 경남지역본부 정규직 공채에 응시하여 신체검사 결과 매독이 신체검사 불합격 기준에 해당하여 최종 불합격된 사례(18진정0828900)

- * 정당화 주장 사유 : 성매개 질환인 '매독'에 대한 부정적 인식 때문에 해당 질환을 가진 직원을 채용할 경우 피진정회사의 평판 및 신뢰도가 하락할 우려가 있다는 이유로 채용신체검사 불합격 사유에 '매독'을 규정하였다.
- * 판단 : 직무를 수행하기 위한 신체상의 능력을 기준으로 채용신체검사 합격 여부를 판단한 것이 아니라 단지 성매개 질환에 대한 막연한 편견을 이유로 진정인을 불합격 처분하였다. 공공성이 강한 공무원 채용 시에도 '매독'이 채용 배제 사유가 아니라는 점, 진정인이 이미 2017. 9. 4.부터 농협중앙회 경남지역본부 소속 남해 축산농협에서 계약직 직원으로 근무하고 있다는 점 등을 종합적으로 고려할 때 위 질환은 피진정회사 직원으로서의 업무 수행에 지장을 주지 않을 것으로 판단된다.

나) 업무의 내용이나 특성이 인정되지 않은 사례

□ B형 간염 보균 임상병리사에 대한 채용을 거부한 사례(09진차1654)

- * 정당화 주장 사유 : B형 간염 전염 가능성으로 인해 환자의 조직과 혈액 등을 다루는 임상병리사의 업무에 적합하지 않다는 산업의학과 전문의의 부적합 판정에 따라 불합격 처리하였다.
- * 판단 : 진정인이 B형 간염 항원 양성 반응을 보인 것을 이유로 피진정인이 진정인에 대한 채용 자체를 거부한 것은 과도한 제한이다. 검체나 혈액 등을 수시로 접하는 임상병리사의 업무적 특수성과 진정인이 검체를 오염시킬 가능성에 대하여는, 피진정인이 다른 임상병리사들과 마찬가지로 진정인에게 마스크·장갑 등 보호장구를 착용하도록 하고 오염방지수칙을 준수하도록 관리하는 것으로 오염 및 전염을 방지하는 목적을 달성할 수 있다.

다) 채용을 보류한 경우

□ 긴급출동사고 접수 콜센터 파트타임 업무 직원을 채용하면서 B형 간염 바이러스 보유자라는 이유로 채용을 보류하고 신체검사 재검진을 요구한 사례(16진정0089000)

- * 정당화 주장 사유 : 동일 근무 공간에서 근무하는 다른 많은 직원들의 건강 및 업무의 안정적 운영을 위해서 B형 간염 활동성 여부를 확인할 필요가 있어 진정인에게 재검진을 요청하게 된 타당한 목적에 따라 재검진 결과 과를 화신 받을 때까지 채용을 보류한 것일 뿐 실제 채용 거부라는 불이익을 준 것은 아니다.
- * 판단 : 피진정인은 진정인에게 비교대상인 다른 지원자들에게는 요구하지 않았던 추가 검진을 요구하고 채용을 보류하였다. 이는 진정인에게 추가적인 부담을 주고 진정인을 잠정적인 불안정 상태에 놓이게 하여 미래의 불이익한 처분을 일정 부분 내포하고 있다는 점에서 차별적 취급이 존재한 것으로 본다. 또 업무수행에 제한을 받지 않고 일상적인 공동생활을 통해 감염되지 않는다는 전문가 자문의견을 고려하면 차별 취급의 합리적인 이유에도 해당하지 않는다.

3) 병력을 이유로 퇴직 종용 등 근로관계가 종료되는 경우

근로관계 종료의 영역에서는 해당 병력으로 인한 업무능력의 저하, 병력에 대한 부정적 편견이나 전염의 가능성이 문제되었는데, 인권위원회는 전문가 의견이나 관리방안 등의 검토 없이 단지 병력을 이유로 퇴직을 종용하는 것은 합리성이 없는 차별이라고 판단하였다.

□ 업무상 재해로 뇌출혈 발병 이후 퇴직을 강요한 사례(09진차324)

- * 정당화 주장 사유 : 업무수행능력이 낮아져 영업상무 복직이 어렵다.
- * 판단 : 의학적 소견서 및 검사결과를 근거로 영업상무 직위를 부여하지 않은 것에 합리성을 인정할 수 있으나, 피진정인은 업무상재해 요양을 종결한 진정인에 대하여 요양 종결시점에 즉시 복직시켜야 할 의무가 있다. 진정인에게 영업상무 직위를 부여할지 여부는 복직 이후의 문제임에도 피진정인은 양자를 연동시켜 결국 진정인

에 대하여 영업상무 복직이 아니면 퇴직을 해야 하는 심리적 압박 상태에 놓이게 하였다. 진정인이 지속적인 퇴직 종용 또는 해고 압력에 놓여 있었다는 점이 인정되며 이러한 조치에 합리적 이유를 찾기 어렵다.

□ 간호사로서 직장 건강검진에서 HIV 양성결과가 나오자 사직서 제출 강요받은 사례(18진정 0733000)

- * 정당화 주장 사유 : 사직서 제출을 강요한 사실이 없고 진정인과 면담에서 치료를 위해 말일까지 근무하는 게 어떠할지 말하였다.
- * 판단 : 진정인이 계속 근무 의사를 피력하였으나 피진정인이 직장 복귀의 언급없이 말일까지 근무하라고 말한 것은 사직의 의미로 받아들일 수 있다. 피진정인과 전문가 자문 결과 모두 HIV 감염인이 간호사 업무 수행에 특별한 제한이 필요하지 않다는 의견에 따르면, HIV 감염인에 대한 사직강요에 합리적인 사유가 있다고 볼 수 없다.

□ 소방구급대원으로 정기건강검진 수검 결과 HIV 감염이 확인된 후 사직을 종용받은 사례(18진정 0180100)

- * 정당화 주장 사유 : 구급활동 시 출혈 환자를 응급처치하는 과정이나 공동생활을 하는 과정에서 타인에 대한 감염의 우려가 있고 소방공무원 임용 관련 신체검사 불합격 판정기준 및 「119구조 구급에 관한 법률 시행규칙」에 정한 부적합 항목에 근거한다.
- * 판단 : 피해자가 직무수행 역량에 아무 문제가 없음에도 HIV 병원체 보유자라는 이유만으로 전문가 소견에 따른 적합한 검토나 전문적 해석 없이 직무 부적합 판단을 내렸고 HIV 감염자에 대한 관리와 대처가 가능한 대안이 있음에도 그에 대한 고려 없이 전염성이 제거된 상태로 건강상태가 관리된 피해자에게 사직을 종용하여 의원면직에 이르게 한 것은 합리성 없는 차별행위에 해당한다.

<병력을 이유로 하는 고용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
병력 16진정0313100·16진정0484000·16진정0531000(병합)	선발	수술병력	합리적 이유	전문가 소견 및 종합적 판단
병력 09진차965	채용	B형 간염	합리적 이유	법령 및 전문가 자문의견
병력 11진정0109800	채용	암 수술 이력	합리적 이유	종합적 판단
병력 15진정0656600	채용	B형 간염	합리적 이유	종합적 판단
병력 18진정0828900	채용	매독질환	합리적 이유	종합적 판단
병력 09진차1654	채용	B형 간염	진정직업자격, 합리적 이유	목적의 정당성 및 수단의 적절성, 대체성
병력 16진정0089000	채용	B형 간염	합리적 이유	전문가 의견, 업무수행과의 상관성
병력 09진차324	근로관계 종료	뇌출혈 발병	합리적 이유	종합적 판단
병력 18진정0733000	근로관계 종료	HIV 감염	합리적 이유	전문가 의견, 실질적 판단
병력 18진정0180100	근로관계 종료	HIV 감염	합리적 이유	전문가 의견, 종합적 판단

2. 차별이 인정되지 않은 경우

병력을 이유로 한 고용상 차별이 인정되지 않은 경우는 직무수행의 내용과 특성이 고려되어 업무를 수행하기 위해 병력을 제한하는 것에 합리성이 있다고 본 경우이다. 결정례를 보면, 도시철도 고객안전원은 고도의 안전성 확보를 위해 엄격한 색각기준이 요구될 필요가 있고, 영아 돌봄에서는 B형 간염 바이러스 전염을 예방하여야 할 필요성이 높으며, 교수가 강의력을 갖추는 필요성이 있는 점 등이 차별의 합리성을 인정하는 주요한 근거가 되었다. 한편, 단순히 병력에 대한 언급을 하는 것만으로는 차별이라 할 수 없고 그러한 발언을 하게 된 사정이나 경위를 종합적으로 보아 편견으로 비롯된 차별인지 여부를 판단하였다.

□ 도시철도 고객안전원 채용시 색각 이상자에 대한 채용 차별 (09진차109)

- * 정당화 주장 사유 : 「철도안전법 시행규칙」 별표2에서 정한 신체검사 기준에 따른 불합격 사유에 해당되고, 고객안전원은 교통신호 식별 이상의 세밀한 색각 구분 능력을 갖추는 것이 요구된다.
- * 국가인권위원회 의견 : 「철도안전법 시행규칙」 별표2가 색약을 포함한 일체의 색각이상을 불합격 기준으로 삼은 것이 직무수행과 관련하여 합리성을 가지는지 여부를 판단해야 한다.
- * 1) 제1안 : 모든 색각이상자를 제한할 합리성이 인정된다고 판단하는 경우
- * 철도신호기, 선로변환기 및 조작판 등과 같이 복잡성과 복잡성이 높은 설비를 취급함에 있어서는 일상적 수준 이상의 색각 구분 능력을 필요로 한다고 볼 수 있고, 또한 철도 운영사업의 공공성과 대규모성에 비추어 고도의 안전성을 확보할 중대한 필요성이 인정되는 점, 주요 외국의 사례에서도 항공과 더불어 철도 분야 종사자에 대해서 여전히 가장 엄격한 색각 기준을 유지하고 있는 점 등이 고려된다.
- * 2) 제2안 : 모든 색각이상자를 제한할 합리성을 인정키 어렵다고 판단하는 경우
- * 상당수 색각이상자는 일상에서의 색 구분에 지장이 없는 수준에 불과함이 의학적으로 확인되었고, 소방, 경찰 분야에서도 직무수행에 지장이 없는 범위 내에서 제한이 완화되었다. 또한 철도업무의 수행에 완벽한 색각이 필요하다고 보기는 어려운 반면, 색각이상자가 철도업무와 관련한 취업의 기회에서 원천적으로 배제됨으로 인하여 발생하는 불이익은 현저히 크다.
- * 최종 판단 : 고객안전원의 업무 특성을 고려할 때 색각이상자의 종사를 금지한 것에 합리성이 있다.

□ B형 간염 바이러스 보유자에 대한 손주돌보미 지원사업 지원 배제(14진정0491200)

- * 정당화 주장 사유 : 보건소 내과 의사 소견결과 피해자의 상태가 감염가능성이 없다고 판정하기 어려우므로 전염의 우려가 없다는 의사소견서를 제출해야 해당 사업에 참여할 수 있다.
- * 판단 : B형간염을 예방하여야 할 필요성이 높게 요구되는 경우 직무수행 제한이 합리성이 인정될 수 있다. 만 3개월~15개월의 영아가 B형간염 바이러스 보유자와 신체접촉이 빈번하게 발생하고 이 때 전염 가능성을 배제할 수 없는 점, 피해자의 근로기회 보장이 영아의 건강보다 우선한다고 보기 어려운 점, 피해자가 손주돌보미로 인정받지 못하더라도 진정인이 다른 아이돌보미를 신청하는 데 불이익이 발생하지 않는 점, 피진정인이 B형 간염의 전염 없다는 의사 소견을 요구하는 행위에 합리적인 이유가 있는 점 등에서 B형 바이러스 보유자의 직무수행을 제한할 필요가 있다.

□ 과거 정신병력을 이유로 휴직을 강요한 것이라 주장한 사례(16진정0103400)

- * 정당화 주장 사유 : 피진정인이 강제로 휴직시킨 사실이 없고, 복직의 전제조건으로 진정인이 강의를 할 수 있는 상태인지를 확인하기 위해 공개강의를 통해 강의력을 검증받는 조건만 유지하였다.
- * 판단 : 진정인이 자필로 작성한 휴직서의 내용, 의사의 진단서, 진정인이 작성한 복직원에 비추어 강제휴직을 뒷받침하는 증거가 없다. 또 인권위원회가 다른 복직 전제조건 요구는 철회하고 학생들의 수업권 보장을 위한 최소조건 충족여부를 위해 공개강의하여 강의력을 검증받되 이를 통과하지 못하더라도 퇴직이 아니라 휴직연장 조치에 국한되도록 하는 조정안을 권고하였음에도 진정인이 이를 받아들이지 않은 것은 합리적 이유가 있다고

보기 어렵다.

□ 입사면접 시 ‘군 미필’과 ‘불안을 많이 한다’는 내용에 대해 질문한 것이 정신과질환을 이유로 한 차별적 언행인지 여부(18진정0585000)

- * 정당화 주장 사유 : 채용권자로서 진정인의 근무지속 가능기간과 진정인이 기재한 불안상황 요인에 대해 확인한 것이고 정신과적 질환에 대한 구체 확인이나 진술 요구 또는 그에 대한 의견을 드러낸 사실이 없다.
- * 판단 : 피진정인의 주장이 인정되고 이는 정신과 질환에 대한 편견에서 기인한 것으로 보기 어렵고, 진정인의 주장을 인정할만한 객관적인 증거가 없다.

<병력을 이유로 하는 고용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
병력 09진차109	채용	색각이상	진정직업자격	직무의 특수성, 업무수행과 질병의 상관성
병력 14진정0491200	채용	B형 간염	합리적 이유	직무수행 제한의 필요성, 종합적 판단
병력 16진정0103400	휴직	정신병력	합리적 이유	실질적 판단
병력 18진정0585000	채용	정신질환	합리적 이유	종합적 판단

3. 주요 쟁점

가. 고용영역에서의 병력 차별의 판단기준

인권위원회는 고용영역에서 병력을 이유로 한 차별 여부에 대해 첫째, 업무의 성격상 해당 병력으로 인해 정상적인 직무수행이 곤란하고 둘째, 법령상 질병이나 질병에 따른 전염 등을 이유로 근로를 제한하는 별도의 규정을 두고 있는 경우에는 합리적인 이유가 있다고 판단하고 있다.⁸⁾ 법령의 규정에 따른 제한⁹⁾은 입법 자체가 문제되지 않는 한, 다툼이 비교적 적을 것이다. 그러나 업무의 성격이나 내용과 건강상태 간의 상관성 여부는 첨예하게 대립될 수 있다.

사업주가 해당업무를 수행하는 데 적합한 기술 및 경험 그리고 직무수행에 있어서 필요한 신체적·정신적 기준과 건강·안전 등 직무 관련성 등을 고려하여 자격요건에 맞는 근로자를 채용하는 것은 기본적으로 경영상 고유한 재량에 해당한다. 그러나 이 역시 법령에 위배되지 않아야 하며 업무 수행을 위한 건강상태가 적격한지 여부를 판단함에 있어서 편견이나 오해가 아닌 최소한 객관적이고 합리적인 기준에 따라야 한다.¹⁰⁾ 예컨대, 단순히 업무 수행 시 건강상 무리가 있을 수 있다거나 다른 직원이나 고객에게 거부감을 발생시킬 수 있다는 등을 이유로 한 불리한 대우는 업무 수행과 병력의 상관관계 없이 편견이나 오해에 근거한 것으로 그 차별의 합리성이 인정되지 않는다.

이와 관련하여 인권위원회의 결정에 따른 판단 요소를 종합해 보면, ①직무수행을 위해 필요한 최

8) 국가인권위원회 09진차965 결정

9) 예컨대 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」은 일정한 경우 감염자 및 「식품위생법」에 따른 집단급식소와 식품접객업의 업무종사를 일시제한하고 있다. 제45조(업무 종사의 일시 제한) ① 감염병환자등은 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 업무의 성질상 일반인과 접촉하는 일이 많은 직업에 종사할 수 없고, 누구든지 감염병환자등을 그러한 직업에 고용할 수 없다.

10) 국가인권위원회 15진정0656600 결정

소한의 객관적·합리적인 채용기준이 제시되어야 하고, ②현재 직무 가능한 신체 상태인지 여부는 개인의 건강상태나 관리정도에 따라 달라질 수 있으므로 개별적이고 구체적으로 판단하여야 하며, ③ 특수 업무 수행에 필요한 정도에 대한 객관적 및 과학적 근거가 있어야 한다. 특히 ②와 관련하여 인권위원회는 계속하여 개별적 판단을 강조하고 있다. 누군가 특정 질병에 있거나 수술을 받았던 병력이 있더라도 각 개인마다 질병상태나 관리 가능성, 신체기능의 저하 상태에 따라 건강상태나 예후가 다를 수 있고, 의학의 발전과 수술방식이나 치료방식의 변화 등으로 동일한 질병이라도 문제가 발생할 가능성이 낮을 수 있는 점 등을 감안할 때 인권위원회가 획일적 적용을 경계하고 개별적 판단을 요구하는 것은 매우 적절하다. 또한 ③에서의 객관적 및 과학적 근거로서, 질병이나 감염 등과 관련하여서는 의학적으로 고도의 전문적 지식이 요구되므로 해당 전문가의 의견을 적극적으로 고려한다. 예컨대, 고용 영역에서 병력 차별로 많이 문제가 되는 B형 간염 바이러스 보유자에 대한 차별 사례에서 인권위원회는 B형 간염 감염성과 관련하여 일관되게 법령과 의학적 근거를 따라 판단하고 있음을 확인할 수 있다.¹¹⁾ 전문의나 관련 학회의 의학적 의견은 진정 사건에 대한 가치판단을 배제한 채 과학적 연구결과만을 제시함으로써 합리적 판단의 주요한 객관적 근거가 될 수 있는 점에서 유효하고 활용될 필요가 있다.

나. 구체적 쟁점

1) 미래의 불이익

고용상 불이익은 경제적 불이익에 국한되지 않고 비경제적 불이익까지 포함하여 비교대상에 비해 불리한 대우를 받는 일체를 통칭하는 것이고, 비단 과거와 현재 뿐 아니라 불이익하게 취급하려고 하는 미래의 행위도 포함한다.¹²⁾ 인권위원회는 B형 간염 바이러스 보유자라는 이유로 채용을 보류하고 신체검사 재검진을 요구하는 것은 다른 지원자들과 비교할 때 진정인을 잠정적인 불안정 상태에 놓이게 하여 미래의 불이익한 처분을 일정 부분 내포하고 있다고 보았다. 그러나 여기서 미래의 불이익이란 사실상 현재의 불이익으로 이것이 미래에까지 영향을 미치는 경우로 파악할 수 있다. 이러한 관점에서 인권위원회는 진정인이 실제 채용절차에 지원하여 차별을 입은 피해를 실제로 입은 것이 아니라 현재의 관행과 제도를 감안할 때 장차 채용과정에서 차별피해를 입게 될 것이라는 주장은 현재 구체적인 피해가 특정되거나 피해발생이 확인되지 않은 것으로 보아 각하하였다.¹³⁾ 즉, 미래의 불이익은 막연히 불이익이 발생할 것이라는 예측이나 우려를 의미하는 것이 아니라, 현재의 불이익에 기초하여 예상되는 불이익이 가까운 장래로 이어질 것이 명백히 예측되는 경우를 의미한다고 볼 수 있다.

2) 채용 시 신체검사

산업안전보건법은 채용 시 검진 또는 검사 등에 대한 규정을 두고 있지 않다. 다만, 사업주가 채용

11) 그 내용은 다음과 같다. 1) 2000. 8. 1.부터 「전염병 예방법」 제2조(전염병의 종류)에서 “B형 간염”을 “예방접종을 통하여 예방 또는 관리가 가능하여 국가 예방접종 사업의 대상이 되는 질환”인 “제3군 전염병”으로 분류하고, 「전염병예방법시행규칙」 제 17조(업무종사의 일시적 제한대상)의 입종 종사 제한 대상에서 제외된 사실. 2) B형 간염 관련 미국소아과학회가 2006년도에 “B형 간염 바이러스 보균자이면서 다른 위험요인(자주 무는 공격적인 성향, 전신 피부염 및 출혈성 질환)이 없는 소아는 어떠한 제재없이 어린이 보육시설에 입소가 허가되어야 한다”고 밝힌 사실.

12) 국가인권위원회 16진정0089000 결정

13) 국가인권위원회 16진정0169300 · 16진정0366900(병합)

되어 근로 중인 근로자에 대해 건강진단을 실시하고 그 결과에 따라 근로자의 건강을 유지하기 위해 필요하다고 인정할 때 적절한 조치를 할 의무를 규정하고 있을 뿐이다. 사용자가 채용 시에 신체검사를 실시하는 목적은 채용예정자가 해당 직무를 담당할 수 있는 신체상의 능력이 있는지 여부를 판정하고자 하는 것으로 채용의 자유에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 채용신체검사 불합격 사유는 사용자의 자의에 따라 결정되어서는 안 되고 채용예정자의 신체상 능력과 해당 직무와의 연관성을 살펴 그 직무를 수행하기 곤란한 정도의 인과관계가 있는 경우를 기준으로 정하여야 한다.¹⁴⁾

그런데 채용 전, 즉 근로관계가 성립되기 전에 신체검사를 요구하는 것에 대해 근본적인 의문을 제기해 볼 수 있다. 2005년 산업안전보건법이 개정되기 전 이 법 시행규칙 제98조는 ‘채용시 건강검진제도’를 규정하고 있었다. 그러나 이 제도는 이미 채용된 근로자에 대하여 유해부서 배치 여부를 판단하고자 했던 본래의 취지와 달리 오히려 사업주가 질병이 있는 자의 고용기회를 제한하는 채용신체검사로 잘못 활용되는 문제가 제기되면서 폐지되었다. 그러나 이처럼 법령상 사업주에게 부과된 채용시 건강진단 실시 의무가 폐지되었음에도 불구하고 지금까지도 여전히 다수의 기업에서 신체검사를 채용심사의 요소로 삼고 그 결과를 채용기준으로 반영하고 있다. 물론 사용자는 근로자의 정보를 알 권리가 있고 채용절차를 설정할 경영권을 가지고 있다. 그러나 그렇다 하더라도, 건강상태가 직무수행과 직접 관계성을 가지지 않음에도 불구하고 채용 전 신체검사의 결과가 채용 기준으로 반영되는 것은 경영권의 한계를 넘어서는 것이라는 비판이 제기된다.¹⁵⁾ 현행법상 근거없이 시행되고 있는 채용건강검진이 사용자의 채용의 자유에 따라 과연 인정되어야 하는 것인지, 일정 수준 이상의 건강 상태를 요하는 업무분야가 아닌 경우에 대해서도 근로자의 건강정보를 채용 단계에서 사용자에게 제공하도록 요구하는 것이 불공정한 차별에 해당하는 것이 아닌지 진지하게 검토할 필요가 있다.

3) 권고의 내용

병력을 이유로 한 고용상 차별이 인정된 경우 인권위원회의 권고는 대부분 ①재발 방지 대책 마련·시행, ②업무 종사자를 대상으로 관련 질병에 대한 차별예방 인권교육의 실시, ③관련 규정의 개정, ④합리적 이유없이 퇴직을 중요하거나 해고하지 말 것 등으로 이루어지고 있다.

그 가운데 B형 간염 바이러스 보유자라는 이유로 채용이 거부되어 이에 따른 정신적 손해배상을 요구하는 진정 사건에서 인권위원회는 피진정인에게 채용검진비 등 실비를 포함한 손해배상금을 진정인에게 지급하도록 권고한 사례(08진차639, 09진차965)가 있다. 유사하게, 면접시험 합격 후 신체검사에서 B형 간염 바이러스 보유자라는 이유로 최종 탈락한 사건에서 진정인이 입은 피해에 대한 손해배상금을 지급할 것을 권고한 결정(12진정0107900)이 있다. 여기 결정들은 진정인들이 입은 정신적 피해와 함께 각각 채용검진비 등의 실비 또는 구직을 위한 기회비용을 고려하여 배상을 하도록 한 것이다. 이처럼 피진정인에게 손해배상책임을 부과하는 권고는 불합리한 병력차별에 대한 구제로서, 그리고 차별 방지를 위한 방안으로서 고무적인 것으로 볼 수 있다.

그러나 이들 사례에서 다른 유사한 진정 사건과 다르게 손해배상금 지급의 권고를 하게 된 어떠한 특이점이 발견되는 것은 아니다. 유사한 사건에서 특별한 차이가 없는 한, 인권위원회가 동일한 결론을 내렸음에도 불구하고 그 구체적인 권고 내용이 다른 것은 바람직하지 않다. 권고의 구체적 내용과 방안과 관련하여 일정한 공통된 기준이 요구된다.

14) 국가인권위원회 18진정0828900 결정

15) 손미정, “근로자 모집·채용시 신체검사의 정당성 여부에 관한 법적 연구”, 「법학연구」 제17권 제2호, 한국법학회, 2017, 265면.

Ⅲ. 재화 등의 공급과 이용상 차별

병력을 이유로 한 재화 등의 공급과 이용상 차별은 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

1. 차별이 인정된 경우

재화 등의 공급과 이용상 차별이 인정된 경우는 HIV 감염인에 대해 수술 등을 거부한 3건의 사례이다. 사례에서는 모두 피진정인이 HIV 감염자에 대한 수술 등을 위한 별도의 장비가 마련되지 않아서 차별적 취급이 한 것으로 정당하다고 주장하였으나 인권위원회는 전문의 의견에 근거할 때 특별한 장비가 요구되지 않는 점, 환자의 치료받을 권리를 보장하여야 하는 점 등에서 합리성이 없다고 판단하였다. 이 때 합리성 판단에서 전문가 소견, 주요 의학 관련 지침 등 객관적이고 전문적인 지식이나 지침이 주요한 판단 근거가 되었다.

1) HIV 감염인에 대한 수술 등 거부

□ 수술용 특수장갑의 미비를 이유로 HIV 보유자인 진정인의 수술 일정을 잡지 않고 전원조치한 사례(11진정0034200)

- * 정당화 주장 사유 : HIV 보유자인 진정인을 수술하기 위해 잘 찢어지거나 뚫어지지 않는 특수장갑이 필요하나 준비되지 못했다. 의료진도 HIV에 대한 감염으로부터 본인을 보호해야 할 권리가 있다.
- * 판단 : 감염내과 전문의 소견에 따르면 HIV 보유자의 수술시 일반 환자를 수술할 때보다 주의가 필요하지만 특별한 장비를 필요로 하지 않고, 만약 특별한 장비가 필요하다 하더라도 그러한 장비는 혈액 감염 가능성이 있는 환자들을 시술할 때 항상 착용해야 하는 기본 장비라고 진술한 바, 특수장갑이 없어 수술할 수 없었다는 피진정인의 주장은 설득력이 떨어진다. 그리고 의료진의 보호가 환자의 치료받을 권리와 상충되지 않는다. 따라서 피진정인이 의료진 보호를 위해 취한 수술 거부는 HIV 보유자의 진료 받을 권리를 제한한 행위에 해당한다.

□ 가림막 등 장비의 미비를 이유로 HIV 감염인의 수술을 거부한 사례(14진정0951100)

- * 정당화 주장 사유 : HIV 감염인의 혈액이 포함된 분진이 난반사되는 수술을 시행하기 위해서는 이를 완벽히 차단하는 가림막이 필요하나 이러한 장비가 구비되어 있지 않았다.
- * 판단 : 피해자의 수술을 담당한 0000의료원 이비인후과 의사의 진술 및 질병관리본부의 의견, HIV 등으로부터의 감염 예방을 위한 보편적 주의지침 등에 따르면 HIV 감염인에 대한 수술에 장갑, 보안경 또는 안면가리개, 가운 등 외의 특별한 장비를 필요로 하지 않고 복장 역시 일반 환자의 수술과 큰 차이가 없다. 따라서 이 사건 병원이 의료진에 대한 감염 예방 및 환자의 치료받을 권리가 상충되지 않는 방안을 모색하지 않은 채 피해자의 수술을 시행하지 않은 것은 합리적 이유 없이 HIV 감염인을 차별한 행위로 판단된다.

□ HIV 감염인에게 종합건강검진을 다른 진료과 수검으로 요구한 사례(18진정0160000)

- * 정당화 주장 사유 : 당시 건강검진센터에 감염인 검사를 위한 보호장비가 완비되지 못하였다.
- * 판단 : 의료기관 내에서의 감염관리는 HIV와 같은 특정 질환자에 한정되지 않고 모든 환자의 감염위험에 주의를 기울여야 하는 가장 기본적인 원칙으로, 필수 보호장구가 없어 진정인에 대한 검진을 거부하였다면 기본적인 감염관리 원칙을 지키지 않은 것으로 판단된다. 진정인이 이미 가계약 일정을 상담할 때 감염사실을 사전 고지하고 이후 날짜를 확정하여 검진을 받겠다고 하였는데도 이에 따른 준비를 통해 의료진에 대한 감염 예방

및 환자의 치료받을 권리가 상충되지 않는 방안을 모색하지 않고 진정인에게 다른 진료과의 수검을 요구한 것은 HIV 병력을 이유로 진정인을 달리 구별하여 차별한 행위에 해당한다.

<병력을 이유로 하는 재화 등의 공급과 이용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
병력 11진정0034200	수술거부	HIV 감염자 수술장비 미비	합리적 이유	관련 지침 및 전문의 진술, 종합적 판단
병력 14진정0951100	수술거부	HIV 감염자 수술장비 미비	합리적 이유	관련 지침 및 전문의 진술, 종합적 판단
병력 18진정0160000	건강검진 거부	HIV 감염자 검진장비 미비	합리적 이유	종합적 판단

2. 차별이 인정되지 않은 경우

이 경우는 크게 다음의 두 가지 경우, 즉 교도소에서의 HIV 감염 수용자에 대한 차별적 취급, 보험가입에서 병력에 따른 제한의 사안으로 나타났다. 전자의 경우 다른 수용자의 보호 및 질서 유지라는 교정시설의 특수성을 고려하여 병력을 이유로 한 차별에 합리성이 있다고 판단하였다. 이 때 판단 근거로 관련 지침의 준수, 차별적 취급을 대체할 수단의 여부 등도 함께 고려되었다. 후자의 경우, 보험의 특성상 일정한 병력에 대한 가입 제한은 합리성이 있다고 보면서 당해 질병과 보험 내용의 상관성, 해외 재보험사의 기준 등이 합리성 판단의 주요 근거가 되었다.

1) 교도소 내 HIV 감염 수용자에 대한 차별적 취급이 인정된 경우

□ HIV 감염자로 구치소 독거 수용 중 종교행사 참석 금지, 목욕시간 구별, 외부교육 기회 미부여의 차별적 취급을 받은 사례(10진정0626600)

- * 정당화 주장 사유 : 현행 법령상 HIV 감염으로 인해 발병하는 후천성면역결핍증(AIDS)을 '제3종 감염병'으로 규정하고 있어 HIV 감염자와 다른 수용자들의 보호 및 시설 내 질서유지를 위하여 특별한 관리가 필요하다.
- * 판단 : 수용자의 처우에 대해서는 일반인의 일상생활 영위에 비해 안전 확보 및 질서유지의 필요성이 크다고 할 것이고, 현행 법령상으로도 후천성면역결핍증을 감염 방지 조치가 필요한 질병으로 분류하고 있으며, 진정인이 종교집회에는 참가하지 못하더라도 종교집회 집전 성직자를 별도로 접견하는 대체방안이 제공되고 있고, 진정인의 운동 및 목욕 기회나 여건 자체도 다른 수용자에 비해 더 제한받은 것은 아니다.

□ HIV 보유자를 독거 수용한 사례(12진정0470300)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인의 질환 특성 및 치료를 고려하여 독거 수용하였고 교도소 이입 후 계속하여 추가적인 치료를 받고 있다.
- * 판단 : 진정인은 치료에 전념할 필요가 있어 부득이하게 취한 조치로서 합리적 이유없는 차별행위로 볼 수 없다.

□ HIV 감염자인 진정인에게 별도로 목욕하도록 하는 등 달리 취급한 사례(17진정0207400, 17진정0149900(병합))

- * 정당화 주장 사유 : 별도의 샤워실에서 충분한 온수를 바로 이용할 수 있고 감염질환자 별로 시간을 달리하므로 다른 질환에 감염될 위험이 없으며 이발사의 수술용 장갑착용은 스스로의 위생과 건강 보호 차원으로 볼 수 있는 등 진정인의 주장은 사실이 아니다. 또 수용자의 실외운동시간은 탄력적으로 정할 수 있는 재량사항이

다.

- * 판단 : 의무관의 격리 수용 소견에 따라 진정인들을 격리 수용동에 수용한 것은 합리적 이유가 있다. 다른 수용자와의 분리 수용 행위가 차별에 해당하지 않으면 진정인들의 주장은 차별대우의 문제가 아니라 분리수용 결과에 따른 기본권 침해 발생 여부의 문제인데, 진정인들의 주장은 인정할 만한 객관적인 증거가 없고 기본권 침해로 볼 수 없다.

□ HIV 감염인 수용자 관리에 대한 의견표명(11진정0571300·12진정0094800(병합))

- * 권고 배경 : 법무부의 「수용자 의료관리지침」 제15조가 교정 시설 내 일상생활에서 감염 수용자에 대한 일체 사정을 고려하지 않고 일괄적으로 격리토록 하는 것은 HIV의 실제적 위험에 비해 지나치고 불합리한 병력을 이유로 한 차별의 소지가 있다.
- * 권고 : 교정시설에서 HIV 감염인의 보호를 위해 일상생활에서의 부분적인 격리가 필요하더라도 교도소장의 어떠한 재량권도 없이 수용생활 전반에서 일률적으로 격리하고 공동활동에서 배제하는 것은 타 수용자들과 최소한의 인간적 교류를 단절하는 것이고 수용자의 질병을 이유로 손쉽게 교도행정 목적을 달성하려는 행정 편의적인 발상일 뿐 아니라 HIV 감염인 수용자들의 인간적 존엄성을 침해할 여지가 있는 규정이라 할 것이다. 교정 시설 내에서 HIV감염 수용자의 형량, 생활태도, 개개인의 질병상태, 활동 내용, 해당 수용자의 요구 등을 면밀하게 고려하여 필요할 경우 공동생활을 할 수 있도록 해당 소장 등에게 재량권을 부여하는 것이 타당할 것이며, 수용자 의료관리지침도 그와 같은 방향으로 개정하는 것이 타당할 것으로 판단된다.

2) 보험의 특성상 병력으로 인한 가입의 제한이 인정된 경우

□ 간질장애 4급 장애인의 종합보험 등 가입이 거절된 사례(08진차0001370)

- * 정당화 주장 사유 : 피진정인 인수기준에 따라 간질 질환은 모두 인수 거절대상에 해당하고, 해외 재보험사의 인수기준에 따르더라도 진정인과 같이 간질 지속상태의 기왕력이 있는 경우는 거절대상이 된다.
- * 판단 : 피진정인이 증세, 치료 종료 여부 등 간질과 관련한 구체적이고 과학적인 근거 및 구분 없이 간질장애인 또는 간질병력자의 보험가입을 일률적으로 거절하고 있는 점은 인정되나, 구체적인 기준을 적용하는 재보험사의 기준에 따르더라도 진정인의 경우는 거절대상이나 점을 고려할 때 진정인에 대한 보험계약을 거절 행위를 불합리한 차별이라고 하기 어렵다.

□ 신경정신과 약 복용 상태에서 종신보험 가입 청약이 거부된 사례(10진정0100400)

- * 정당화 주장 사유 : 보험회사는 피보험자의 위험을 분류하여 각각 적정한 보험료를 부과함으로써 계약자간 형평성을 유지할 의무가 있다. 피진정인은 우울증 치료력이 있는 고객에게 독일 재보험사의 주요우울증에 대한 보험인수기준에 근거하여 보험인수 여부를 결정한다.
- * 판단 : 민영보험회사가 외국 재보험사의 기준을 근거로 보험인수 여부 및 요율을 정하는 것이 인정된다. 진정인이 청약한 보험상품의 경우 피보험자의 질병유무 및 치료여부가 피진정인이 보험계약 인수 여부를 정함에 있어 매우 중요한 조건이고, 독일의 재보험사 기준을 고려할 때 피진정인의 보험가입 거절이 불합리한 차별이라고 볼 수 없다.
- * 유사사례로 신경정신과에서 우울증 치료 중이라는 이유로 뇌졸중보험가입이 거절된 경우로 현재 치료중인 질병이 해당 보험이 보장하는 보험사고와 무관하다는 점을 확인할 수 없는 점, 가입자 전체의 위험부담에 대해 고려해야 하는 보험사의 특성을 고려할 때 불합리한 차별로 보기 어렵다고 판단한 사례(10진정0226500), 각각 정신과 치료, 골다공증 관리위해 약 복용, 영업용 화물차를 운전하면서 심방세동 치료약을 복용하는 이유로 장기상해종합보험가입이 거절된 사례(10진정0684600), 수면장애로 정신과 치료를 받으며 약물치료를 이유로 의료실비보장보험 가입이 거절된 사례(10진정0699900), 우울증 약 복용을 이유로 보험갱신이 거부된 사례(11진정0152400), 류머티즘 치료를 이유로 운전자보험 가입이 거부된 사례(11진정0340700), 골다공증과 불면증 약 복용을 이유로 요양보험 및 상해보험 가입이 거부된 사례(14진정0200700) 등이 있다.

□ B형 간염을 이유로 상해보험 가입이 배제된 사례(15진정0025900)

- * 정당화 주장 사유 : 진정인은 향후 상태가 악화될 수 있는 활동성 B형 간염상태로 의사의 자문을 거쳐 보험가입을 인수하지 않았다.

- * 판단 : 피진정인은 의학적 연구자료에 근거하여 B형간염의 질병 상태를 12단계로 구분하고 각각의 단계마다 보험인수 기준을 두고 비례적으로 보험인수를 제한하거나 차등지급하고 있으므로 이를 B형간염 질환자에 대한 불합리한 차별행위라고 보기 어렵다.
- * ※민간보험에서의 장애인 차별을 개선하기 위하여 2012.11.26. 전원위원회에서 의결한 “장애인 보험차별 개선을 위한 가이드라인 및 의학적·통계적 연구에 대한 권고”에 의하면, 보험회사가 검증된 통계자료 또는 과학적·의학적 자료에 근거하여 위험률을 판단하고 이에 따라 보험청약자에 대해 보험가입을 승낙 또는 거절하거나 계약이 완료된 이후에 보험금 지급을 비례적으로 차등 지급 또는 제한한다면 이는 객관성과 합리성에 기초한 행위이므로 차별로 볼 수 없다고 본다.
- * 이와 유사하게 가입자의 건강상태와 의학적 근거에 의하여 보험할인, 할증, 인수거절 기준을 두고 비례적으로 보험인수를 결정하는 것은 합리적이라고 판단한 것으로서, 과거 심장수술을 이유로 종신보험료 할인 대상에서 제외된 사례(15진정0952400), 우울증 병력을 이유로 보험 가입 거부된 사례(17진정0034700) 등이 있다.

3) 기타

□ 요양급여 대상자로 1차 또는 2차 혈액학적 완전 관해 요건을 갖추도록 하여 병력에 따른 차별적 취급을 한 사례(17진정0454800)

- * 비교대상 : 진정인은 완전관해된 자와 차별받는다 주장하나 인권위원회는 완전관해된 자와 완전관해되지 않는 자가 모두 비교대상이 된다고 보았다.
- * 정당화 주장 사유 : 조혈모세포이식의 요양급여에 관한 세부사항은 의약계·공단 및 건강보험심사평가원의 의견을 들어 보건복지부장관이 정한 고시에 따른 것이다.
- * 판단 : 환자의 건강상태 등으로 완전관해에서 비완전관해로 또는 그 반대로도 바뀔 수 있으므로 이 진정 사건은 완전관해된 자와 완전관해되지 않는 자가 비교대상이 된다. 해당 요양급여는 국민의 보험료와 국고보조라는 한정된 재원으로 가장 경제적인 방법으로 급여수준의 형평성을 고려하여 급여의 범위와 상한기준 등을 정한 것이고, 제한된 재원으로 치료효과를 볼 수 있는 질환에 우선 재원을 투입한다고 하더라도 이는 피진정인의 재량권으로 인정된다.

<병력을 이유로 하는 재화 등의 공급과 이용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
병력 10진정0626600	교도소 내 차별취급	HIV 감염	합리적 이유	목적의 정당성, 수단의 적절성, 침해의 최소화성,
병력 12진정0470300	교도소 내 독거수용	HIV 감염	합리적 이유	종합적 판단
병력 17진정0207400, 17진정0149900(병합)	교도소 내 차별취급	HIV 감염	합리적 이유	의무관의 격리수용 의견, 실질적 판단
병력 08진차0001370	종합보험 가입 거절	4급 간질장애	합리적 이유	재보험사의 기준, 실질적 판단
병력 10진정0100400	종신보험 가입 거절	우울증 등 약물치료	합리적 이유	외국 재보험사의 기준, 실질적 판단
병력 15진정0025900	상해보험 가입 거절	B형 간염	합리적 이유	의학적 연구자료에 의한 보험인수 기준
병력 17진정0454800	요양급여 대상 제외	혈액완전관해요건 미충족	합리적 이유	비교대상, 실질적 판단

3. 주요 쟁점

가. 차별 판단의 주된 근거

재화 등의 공급과 이용에서의 병력상 차별 사건에서 차별의 합리성 여부를 판단할 때 인권위원회는 종합적·실질적 판단을 하고 있다. 진정 사건은 대부분 수술 등을 위한 의료기관의 이용, 수용시설에서의 생활, 민영보험의 가입 등에서 거부·제한·배제된 것이다. 차별이 광범위한 분야에서 발생하기보다 특정 목적이나 목표가 있는 시설이나 제도의 이용에서 주로 발생하고 문제된 것이다. 따라서 이와 같은 경우 차별의 합리성을 판단할 때 그 시설이나 제도의 취지나 특성이 큰 비중으로 고려된다. 의료기관은 환자의 치료가 가장 중요한 목표이므로 환자의 치료받을 권리를 중심으로 차별의 합리성을 파악하게 된다. 교도소의 경우 안전 및 질서 유지를 최우선의 목적으로 하므로 그러한 목적에 부합하는 방식으로 수용자를 처우한다. 민간보험에서는 가입자 전체의 위험부담을 보험사가 고려하여야 하는 보험제도 고유의 특성이 합리성 판단에 중요한 요소를 차지한다.

다음으로, 이와 같은 목적을 실현하기 위해 차별적 취급이 이루어지게 된 여러 요소들을 실질적으로 종합하여 판단한다. 차별이 발생하게 된 사실관계를 검토하면서 특히 수술 등 치료에서 거부된 진정 사건에서 합리성 판단 근거로서 의학적 지식에 기반한 전문가 의견이나 학회에서의 연구결과 등이 주요하게 활용되었다. 교도소에서의 독거수용 등이 차별로 문제된 경우도 마찬가지로 수용자의 건강과 질병현황에 대한 의무관의 소견이 합리성 여부의 중요한 판단요소가 된다. 또 민간보험의 경우에는 질병의 유무 및 치료여부가 보험계약 인수 여부를 정하는 데 매우 중요한 요건이 되므로 외국의 재보험사의 기준을 근거로 보험인수 여부 및 요율을 정하는 것을 인정하고 있다. 요컨대, 병력상 차별에서는 질병에 대한 의학적·전문적 지식이 요구되므로 그와 관련한 전문가 또는 공신력있는 기관의 의견이나 기준이 합리성 판단의 주요 근거가 된다.

나. 비교대상자 선정

동일한 비교집단이란 차별적 취급을 하였다고 주장되는 자(피진정인)가 추구하는 목적에 비추어 본질적으로 같은 자격과 조건에 있는 집단을 말한다.¹⁶⁾ 예컨대, 사업주가 근로자를 채용하는 경우 해당 직무를 수행할 수 있는 동등한 자격과 조건을 가진 사람들이 동일한 비교집단에 속하게 되고, 근로자의 감염병이 직무수행과 관련이 없거나 일상적 공동생활을 통해 다른 근로자에게 감염의 위험이 없다면 감염병에 감염된 근로자와 감염되지 않은 근로자는 본질적으로 동일한 비교집단에 속한다. 그러나 교도소장은 감염병 전파를 예방하고 수용자를 관리하여야 할 의무가 있으므로 교도소장의 직무수행은 근로자를 채용하는 사업주와 그 목적이 다르다. 따라서 인권위원회는 채용의 목적에서 볼 때 동일한 비교집단에 속하더라도 수용자를 관리하는 목적으로 보면 감염병의 감염여부에 따라 동일한 비교집단에 해당되지 않을 수 있다고 보았다. 즉, 기관이나 제도의 특정한 목적이 합리성 판단 뿐 아니라 비교대상을 삼을 때에도 주요한 기준이 될 수 있다는 것이다. 이러한 입장은 차별의 합리성을 판단할 때 면밀하고 세심하게 사건을 파악하고 검토한다는 측면에서 바람직하다. 그러나 비교대상자가 없거나 누가 비교대상자에 해당하는지에 따라 차별 판단의 결과가 달라질 수 있기 때문에 신중하게 검토되어야 한다. 따라서 비교대상자를 선정하여야 한다면, 그 기준이 반드시 요구된다. 다만 그에 앞서, 대부분의 진정 사건에서 비교대상자를 특별히 언급하지 않은 채 차별 사유를 가지고 있지 않는 자를 비교대상으로 하여 판단하고 있으므로 통상의 경우와 달리 비교대상자를 특별히 선정하여

16) 국가인권위원회 2018.1.3. 17진정0207400·17진정0149900(병합)

야 할 경우가 언제인지 그 요건이 우선적으로 정해져야 할 것이다.

한편, 병력의 경우 질병으로 발현되지 않은 보균자에서부터 치료 과정에 있는 중이거나 아니면 완치된 경우에 이르기까지 다양한 형태가 존재하고 그 진행 정도에 따라 상태가 유동적일 수 있다. 따라서 일정한 조건이 충족될 것을 전제로 재화 등의 공급이나 이용이 이루어지는 경우 그 비교대상자가 불합리한 차별의 여부를 결정하는 중요한 기준이 될 수 있다. 요양급여 대상자 요건으로 '1차 또는 2차 혈액학적 완전관해' 요건을 갖추지 못해 요양급여를 받지 못한 것이 차별이라는 인권위원회의 결정¹⁷⁾에서 이를 단적으로 보여준다. 이 진정 사건에서 진정인은 '완전관해된 자'를 비교대상으로 하여 본인의 차별을 주장하였으나 인권위원회는 환자의 건강상태에 따라 완전관해에서 비완전관해 또는 그 반대로도 바뀔 수 있는 점을 고려하면 단지 완전관해된 자 뿐만 아니라 완전관해되지 않은 자 또한 비교대상자가 된다고 보고 이에 따라 해당 요양급여 지급의 제한이 차별이 아니라고 판단하였다. 즉, 어떠한 질병이 완치된 경우에서부터 치료 과정에 있어서 그 상태가 고정적이지 않은 경우 등 그 범위가 넓기 때문에 비교대상자의 선정에서도 이러한 특수성을 고려할 필요가 있다.

다. 의료진 등 타인의 보호받을 권리와 의 상충여부

HIV 보유자에 대한 수술 거부 등의 사례에서 피진정인은 수술에 필요한 특수 장비 미비에 따른 거부로서 의료진의 HIV에 대한 감염으로부터 보호받을 권리를 주장하였다. 이에 대해 인권위원회는 HIV의 전파되는 주된 경로의 하나가 의료인의 직업적 노출이고 의료진 보호를 위해 장비를 세심하게 갖추는 것이 필요하더라도 의료진의 보호와 환자의 치료받을 권리가 상충되는 것은 아니라는 점을 분명히 하였다. 미국 질병관리본부의 '보편적 주의지침'을 근거로 의료진의 감염 예방을 위한 보호 노력이 필요하지만, 한편으로 「의료법」상 진료거부금지에 관한 규정, 인간의 생명을 다루는 의사들의 윤리적인 의무가 강조되고 있다. 이에 따라 의료진에 대한 감염 예방과 환자의 치료받을 권리가 상충되지 않는 방안을 모색하지 않은 채 진정인을 진료 배제한 것은 합리성이 인정되지 않았다.

이와 같은 사례에 비추어 보면 병력상 차별은 특히 두려움과 편견에 근거하여 이루어지는 경우가 많다는 점을 짐작해 볼 수 있다. 이에 병력차별 문제와 관련하여 의료인들의 실질적인 인식개선이 이루어질 수 있도록 차별 진정 사건에서 권고의 내용으로 인권교육을 실시하도록 하는 것이 보다 실질적으로 유효한 권고가 될 수 있을 것이다.

라. 재화·시설의 이용과 공급의 특수성 고려

인권위원회의 결정은 공통적으로 재화나 시설 등의 특수성을 고려하여 그에 따른 차별을 인정하고 있다. 보험제도의 경우 동일한 위험에 놓여 있는 다수인이 공동으로 위험단체를 구성하여 통계적 기초에 의하여 산출된 보험료를 부담하고 우연한 사고를 당한 사람에게 보험금을 지급함으로써 경제적 불안을 공동의 힘으로 극복하고자 하는 데 본질이 있고, 이러한 보험의 고유한 특성을 반영하여 차별의 합리성 여부를 판단한다. 이에 피보험자의 질병유무나 치료여부 등 위험률에 따라 보험가입을 승낙 또는 거절하거나 보험요율을 달리 할 수 있다고 본다. 즉, 보험회사의 계약의 자유 또는 사적자치의 원리에 의해 영업권의 자유가 보장되고, 검증된 통계자료 또는 과학적·의학적 자료에 근거한 위험률에 따라 보험가입을 승낙 또는 거절하거나 보험요율을 달리 할 수 있다는 것이다. 그리고 현재 국내 대부분의 생명보험회사가 외국 재보험사의 기준에 근거하여 보험인수여부 및 요율을 정하여 차별적 취급을 하는 것에 대해 합리성이 있다고 판단하고 있다.

17) 국가인권위원회 17진정0454800 결정.

또한 교정시설 등과 같이 설립·운영의 목적이 분명하고 특수한 경우에 대해서도 HIV 감염인의 분리 수용을 합리적인 차별로 인정하고 있다. 이는 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제2조 제4호에서 ‘후천성면역결핍증’을 제3군 감염병으로 정하고 있고, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제35조에서 전염 우려가 있는 질병의 방지를 위해 필요하다고 인정시 수용자에게 격리수용 등 필요한 조치를 취해야 한다고 규정하고 있으며, 법무부의 「수용자 의료관리 지침」 제15조에서 감염자 또는 감염의심자를 즉시 격리 수용하여야 한다고 규정한 것에 근거한다. 다만, 인권위원회는 법무부의 지침이 HIV 감염 수용자의 형량, 질병상태, 활동 내용 등을 고려하여 필요할 경우 공동생활을 할 수 있도록 해당 소장 등에게 재량권을 부여하지 않고 오로지 HIV감염인이라는 이유로 수용 생활 전반에서 일률적으로 격리하고 공동 활동에서 배제하는 것은 바람직하지 않으므로 그 개정을 권고한 바 있다.¹⁸⁾ 이에 따라 법무부는 해당 지침을 ‘의무관의 의견을 들어’ 분리수용하도록 개정하였고 이후 진정 사건에서는 진정인들의 질환 상태와 의무관의 소견에 따라 격리수용한 것은 합리적인 이유가 있다고 판단하였다. 그러나 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」상 격리 수용 등의 필요조치가 가능한 ‘전염 우려가 있는 질병 방지를 위해 필요한 경우’에 대한 판단 기준이 명확하지 않다. 인권위원회는 그 동안 수용자의 처우는 일반인의 일상생활 영위에 비해 안전확보 및 질서유지의 필요성이 크다는 점을 확인하고, 격리 등에 따른 대체방안의 제공 여부 등을 고려하여 불이익이 크지 않다는 점에서 HIV 감염자에 대한 격리 수용을 비교적 넓게 인정해 왔다. 그러나 교정시설에서 감염인의 보호를 위해 일상생활에서의 부분적 격리가 필요하다더라도 수용자의 요구나 건강상태, 활동내용 등을 고려할 필요가 있고, 이 점은 이미 인권위원회가 법무부의 지침에 대한 권고 의견에서 지적한 바 있다. 인권위원회가 여기서 제시한 교정시설 내 HIV 감염 수용자의 형량, 생활태도, 개인의 질병 상태, 활동 내용, 해당 수용자의 요구 등은 감염자의 격리 수용의 필요성 여부를 판단하는 유효한 기준이 될 수 있을 것이다.

IV. 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 차별

교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

1. 차별이 인정된 경우

교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 차별이 인정된 경우는 해당 병력에 대한 부정적 편견에 의한 제한, 가족의 병력에 따른 제한, 감염 가능성으로 인한 제한 등이다. 이와 같은 사례들은 모두 객관적이고 과학적인 검증 없이 막연한 추측이나 편견을 전제로 차별이 이루어진 것으로서 합리성이 인정되지 않았다.

가. 부정적 편견과 추측에 근거하여 기숙시설 입사를 제한한 경우

□ B형 간염 바이러스 보유자라는 이유로 합격한 외국어고등학교 기숙사 입사가 불허된 사례(10진정 0768600)

18) 국가인권위원회 2013.1.26. 11진정0571300 · 12진정0094800(병합)

- * 정당화 주장 사유 : 숙식을 같이 하는 다른 학생들에게 감염될 것이 우려되고, 만성 B형 간염 바이러스 보유자가 기숙사 생활을 하는 사실이 알려질 경우 다른 학부모들의 강한 항의가 예상되어 불가피하게 입사를 불허하였다.
- * 판단 : B형 간염 바이러스 보유자인 학생의 감염력을 살피는 것은 정당하고 필요하나 이를 판단하는 과정에서 전문의 소견서를 종합적으로 판단하기보다는 일부 문구와 용어에 주목하고 질병관리본부와 대한의사협회 등의 의견을 오해하여 기숙사 입소 불허의 근거로 삼은 것은 막연한 두려움과 편견에서 비롯된 것으로 보인다.

□ B형 간염 바이러스 보유자라는 이유로 장학시설 입사가 거부된 사례(15진정0674700)

- * 정당화 주장 사유 : 공동체 생활의 특성상 전염의 가능성이 있는 질병의 확산을 예방하기 위해 전염성이 희박하다는 의사의 소견서를 추가로 제출받아 입사 여부를 결정한다.
- * 판단 : 피진정인은 보건복지부 질병관리본부 등으로부터 B형 간염이 일상적인 접촉에서는 전염가능성이 희박함을 확인하였음에도 불구하고 진정인에게 추가적인 소견서 제출을 입사요건으로 제시하는 것은 실질적으로 B형 간염 바이러스 보유자에 대하여 입사를 거부하는 것에 해당한다. 또 B형 간염바이러스 보유자와 함께 생활하게 될 룸메이트의 경우 추가적인 항의가 예상되는 점을 입소 거부 사유 중 하나로 언급한 것은 B형간염에 대한 부정적 편견과 추측에 기초한 것으로 합리성이나 객관성을 인정하기 어렵다.

나. 가족의 병력과 업무관련성을 인정하지 않은 경우

□ 가족의 병력을 이유로 대학 항공운항학과 신체검사 불합격된 사례 (13진정0051500)

- * 정당화 주장 사유 : 항공기 조종사는 고도의 양성 비용과 장기간의 훈련을 필요로 하고 공공의 안전에 중대한 영향을 미치므로 항공운항학과 지원자에 대하여 엄격한 신체검사 기준을 적용하여야 한다.
- * 판단 : 신체검사의 판단기준은 지원자 본인의 현재 건강상태에 대한 고려가 최우선이 되어야 할 것이고, 부차적으로 가족의 병력 등을 고려함에 있어서는 의학적 근거가 충분한 것에 한정되어야 할 것이다. 의학 전문가들의 자문의견에 따라 유전 소인만으로 실제 발병 위험률을 예측하는 것은 논리적이지 않고 의학적 근거도 부족하다는 점, 조현증은 수개월에서 수년에 걸쳐 다양한 발현증상을 보이므로 항공기 조종사 양성을 위한 교육과정에서 대상자들의 신체 및 정신건강 상태를 정기적으로 검사하여 업무수행 적합 여부를 판단할 수 있는 점, 미국 공군규정도 부모 모두에게 조현증이 있는 경우를 신체검사 불합격 기준으로 하고 있는 점 등을 고려할 때 불합리한 차별이라고 판단된다.

다. 감염 가능 여부가 주로 고려된 경우

□ B형 간염 보균자임을 이유로 교육에서 배제된 경우(10진정104400)

- * 정당화 주장 사유 : 제한된 공간에서 다수의 수용자가 생활하는 교정시설의 특성상 감염가능성에 세심한 주의를 기울여야 하고 진정인이 B형 간염 환자인 사실이 타 교육생에게 알려질 경우 발생할 수 있는 동요를 고려하여 건강상태 호전 후 다음 교육기회를 제공하는 것이 합리적이다.
- * 판단 : 교육에서 교육생간 접촉의 정도가 일상생활 수준을 벗어난다고 보기 어렵고, 의학적으로 B형 간염 바이러스가 일반적 공동생활로 감염되기 어렵다는 사실과 B형 간염 바이러스 감염경로에 비추어 볼 때 교육시간을 통해 타 수용자에게 감염될 가능성은 희박하다. 그리고 타 교육생이 감염을 우려한다 하더라도 이에 대한 올바른 이해를 통해 해소되어야 할 것이다.

<병력을 이유로 하는 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 차별이 인정된 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
병력 10진정0768600	학교 기숙사 입사 불허	B형 간염 바이러스 보유	합리적 이유	종합적 판단 (전문가 의견 등)
병력 15진정0674700	장학시설 입사	B형 간염	합리적 이유	종합적 판단

	불허	바이러스 보유		(전문가 의견 등)
병력 13진정0051500	항공운항학과 신체검사 불합격	가족 병력	합리적 이유	종합적 판단 (전문가 의견, 미국 공군규정 등)
병력 10진정104400	교육 배제	B형 간염 보균자	합리적 이유	실질적 판단 (의학적 근거, 교육과 감염의 정도 등)

2. 차별이 인정되지 않은 경우

교육시설 이용이나 훈련 등에서 차별이 인정되지 않은 경우는 교육훈련의 목적과 내용에 따라 일정한 신체 조건이 요구되는 경우이다. 또한 현재의 상태 뿐 아니라 미래의 악화 가능성도 합리성 판단의 근거가 되었다. 한편, 병력을 이유로 기숙사 입학에 제한하더라도 단순히 병력만을 이유로 일률적으로 배제하지 않고 공동생활이 곤란할 정도인지 여부 등 개별 상태를 고려하여 선택이 가능하도록 할 경우에는 합리성이 있는 차별로 인정되었다.

□ B형 간염 보균자인 중학생이 진학하고자 하는 학교 입학 요강에서 기숙사생활을 이유로 간염보균자의 입학을 제한한 사례(09진차001613)

- * 정당화 주장 사유 : 입학요강에서 '만성 활동성 간염 보균자'에 관한 입학제한 규정을 둔 것은 사실이지만 일률적으로 입학을 불허하는 것이 아니고, 학교 입학전형위원회에서 기숙사 생활이 곤란할 정도로 증세가 심각하다고 판단한 경우에 한하여 입학을 제한한다.
- * 판단 : 피진정인이 B형 간염 보균자의 입학 여부를 실제로 판단한 것은 아니고, 입학요강의 문언상 B형 간염 보균자의 입학을 일률적으로 제한하는 것은 아니므로 기숙사에서 합숙해야 하는 학교의 특성상 학업수행 이상의 공동생활이 곤란할 정도의 병증이 있는지를 감안할 최소한의 필요성이 있다.

□ 학사장교 선발시 신체검사에서 수술전력으로 인해 4급 판정을 받고 불합격한 사례(10진차0000084)

- * 정당화 주장 사유 : 군 간부로 근무하려면 강인한 체력과 이를 뒷받침할 수 있는 신체조건이 갖춰져야 한다.
- * 판단 : 육군규정은 일반적 징병신체검사 기준인 국방부령에 비해 엄격한 요건을 정하고 있다고 인정되나, 징병 신체검사는 병역자원의 확보 및 병역면탈의 최소화에 목적이 있는 반면 장교 후보생의 경우 보다 우수한 인력의 선발을 목적으로 하므로 신체검사의 기준이 서로 같아야 할 것은 아니다. 또한 디스크 수술을 통해 현재 상태가 정상적인 수준으로 호전되었다고 하더라도 재발의 가능성이 있고, 군 복무와 관련하여 과격한 신체활동으로 인해 그 상태가 악화될 소지도 있는 점에서 디스크 수술 전력을 장교 복무의 부적격 사유로 규정한 것에 현저히 불합리한 기준으로 보기는 어렵다.

<병력을 이유로 하는 교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 차별이 인정되지 않은 경우>

차별사유	차별형태	이유	판단기준	판단근거
병력 09진차001613	학교 입학 제한	B형 간염 보균자	합리적 이유	종합적 판단 (공동생활 곤란할 정도 여부 판단은 인정)
병력 10진차0000084	학사장교 신체검사 불합격	수술 전력	합리적 이유	종합적 판단 (학사장교 선발 목적, 재발가능성 등)

3. 주요 쟁점

가. 종합적 판단의 주된 근거

교육시설 등의 교육·훈련이나 이용상 차별에서 합리성 여부는 대부분 종합적 판단으로 이루어지고 있다. 종합적 판단의 구체적 내용은, ① 객관적·의학적 근거 없이 단지 부정적 편견과 두려움에 근거하거나, ② 일정한 예외나 가능성 없이 일률적으로 제한하는 것은 합리성 없는 차별로 본다. 그리고 합리성 판단의 주요 근거로는 ① 전문의 등으로부터의 의학적 의견, ② 현재의 건강상태, ③ 병력으로 인해 목적을 실현하기 곤란할 정도의 심각한 병증이 있는지 여부, ④ 재발 내지 악화될 가능성에 대한 판단 및 그에 따른 제한의 필요성 등이 적용된다. 이 때 신체검사의 판단기준은 본인의 현재 상태에 대한 고려가 최우선적으로 이루어져야 하고 부차적으로 가족의 병력 등을 고려할 때에는 의학적 근거가 충분히 제시되어야 한다. 그리고 증세의 심각성 정도에 대한 판단은 전문의 소견에 근거하여 이루어져야 한다.

나. 연계차별

병력 차별 사건 가운데 본인의 건강 상태가 아닌 가족력을 이유로 차별이 이루어지는 경우가 있다. 항공운항과 입학시험에서 응시자의 정신건강에 대한 의학적이고 객관적인 평가가 아니라 모(母)의 과거 정신질환 병력을 이유로 진정인에 대해서도 발병할 위험을 예측하고 신체검사에서 불합격한 사례를 들 수 있다.¹⁹⁾ 이처럼 자신의 병력 뿐 아니라 가족의 병력까지 이어진 차별을 연계차별 또는 관계적 차별로 볼 수 있다.

인권위원회는 병력 차별의 합리성 판단에서 자신의 현재 건강상태를 기초로 하는 것을 원칙으로 하므로, 이와 같은 연계차별의 합리성 여부에 대해서 엄격히 판단하고 있다. 사례의 경우 인권위원회는 단순히 유전 소인만으로 실제 발병 위험률을 예측하는 것은 논리적이지 않고 의학적 근거가 부족하고, 가족력을 고려할 때에는 업무관련성에 의학적 근거가 충분히 제시되어야 한다는 점을 분명히 하였다. 이 때 판단기준으로 현재의 건강상태, 의학 전문가의 견해, 수단의 대체성(정기검진을 통해 업무수행 적합여부 판단), 유사한 다른 기관의 규정과의 비교검토 등을 삼아 종합적으로 판단하였다.

결국 가족력을 이유로 한 연계차별은 크게 해당 병력이 의학적·과학적으로 유전 요인이 큰 것으로 입증될 것, 그러한 병력의 발현과 업무관련성이 있을 것이라는 두 가지 차원에서 검토될 필요가 있다. 그리고 미래의 위험을 근거로 차별이 이루어지는 것이므로 자칫 병력에 대한 오해나 편견에서 비롯될 수 있다는 점에서 엄격하게 판단되어야 한다.

19) 국가인권위원회 13진정0051500 결정.

제14절. 기타 사유를 이유로 하는 차별

I. 기타 사유의 의미

1. 국가인권위원회법상 조사대상에 해당하는 차별행위 중 ‘기타 사유’의 범위

기타 사유의 의미에 대하여는 국가인권위원회법에 명시적인 정의 규정이 없으므로 관련 법률 규정 에 대한 종합적 해석을 통해 그 의미를 도출하고, 더불어 기타 사유를 다룬 국가인권위원회 기존 결 정례를 토대로 ‘기타 사유’의 판단기준이 제시되어 있다면 이를 살펴보면, 나아가 국가인권위원회가 내부적으로 정한 관련 지침이 있는 경우 그러한 내용까지 종합적으로 살펴 기타 사유의 의미를 파악 할 필요가 있다.

국가인권위원회법 제2조 제3호는 차별행위의 개념에 대하여, “‘평등권 침해의 차별행위’란 합리적 인 이유 없이 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, 성적 지향, 학력, 병력 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제정·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권 침해의 차별행위(이하 “차별행위”라 한다)로 보지 아니한다”라 규정하고 있다.

국가인권위원회법 제2조 제3호에서 차별행위를 정의함에 있어 19개의 차별사유를 열거하면서 ‘등’ 이라는 표현을 등에 따라 국가인권위원회가 조사대상으로 삼을 수 있는 차별행위에는 앞서 열거된 19개 차별사유에 한정되지 않는 것으로 해석된다. 그럼에도 주목해야 할 부분은 국가인권위원회법 제2조 제3호에서 정의하는 범위의 차별행위에 포함되기 위해서는 ① 국가인권위원회법 제2조 제3호 의 차별사유로 인해 발생한 행위여야 하며(차별사유 및 인과관계), ② 국가인권위원회법 제2조 제3호 각목의 차별영역에 해당하는 행위여야 한다.

국가인권위원회법 제2조 제3호에서 “... 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위 를 말한다”라고 정의하고 있는데 법률 문언에서 확인되는 것처럼 차별행위 개념 판단에는 차별사유 의 판단과 차별영역의 판단이 필수적으로 수반되어야 한다. 다만 차별사유의 판단에서는 열거된 19 개 사유에 준하는 새로운 사유가 추가될 수 있다는 의미이며, 기타 사유의 경우 차별사유 판단이 필 요하지 않거나 차별사유 판단을 생략할 수 있다는 의미는 아니다.

앞에 열거된 19개 사유 이외에 새로운 차별사유를 추가하더라도 여기서 추가되는 새로운 사유는 앞에 열거된 19개 차별사유의 의미에서 도출되는 법령 규정의 목적과 취지에 부합하는 것으로 한정 되어야 한다. 열거된 법령 규정의 목적과 취지에 무관하게 무한정 새로운 사유를 포섭하게 되면 입 법권한을 부여받지 않은 행정기관이 스스로 새로운 입법을 창조하는 권한을 행사하는 것이 되므로 민주주의 대원칙인 3권 분립의 원칙에 반하게 된다. 행정기관¹⁾은 국회가 입법한 법률을 집행하는 기 관이므로 국회가 입법권을 행사하여 제·개정한 법률의 의미 범위 내에서 집행권을 행사하는데 그쳐

1) 국가인권위원회가 법률을 집행하는 지위에 있다는 점에서 사법, 입법, 행정의 분류 중 행정기관에 속한다고 할 수 있다. 국가인권위원회 결정에 대하여 법원이 행정소송으로 다루고 있는 것도 같은 맥락이다.

야 한다.

일반적으로 예시적인 방식으로 법률 문언이 규정된 경우에, 법원이 어떤 사안이 예시되지 않았음에도 예시된 내용에 준하여 법률의 규정 범위에 포섭될 수 있는지 여부를 해석함에 있어, 예시된 규정의 목적과 취지에 부합한 범위 내인지 여부를 살펴 심리·판단하는데 이러한 해석은 국가인권위원회가 기타 사유의 차별행위를 해석함에 있어서도 따라야 할 법리라고 할 수 있다.

결국 국가인권위원회가 국가인권위원회법 제2조 제3호에 따라 평등권 침해의 차별행위에 해당하는 차별사유를 조사·판단함에 있어 새로운 차별사유를 추가할 때에는 열거된 19개 차별사유에 국한되지는 않는다 하더라도 ① 열거된 19개 차별사유의 의미가 갖는 차별시정 기능의 목적과 취지에 부합한 범위의 차별사유에 해당하여야 하고, ② 차별영역에 포함되어야 한다.

국가인권위원회법 제30조 제1항은 차별행위를 당한 경우를 조사대상으로 삼고 있고, 차별행위 개념은 국가인권위원회법 제2조 제3호에 규정되어 있으므로, 국가인권위원회가 차별행위로 조사·판단할 수 있는 사건은 차별사유 판단과 차별영역 판단이 포함되어야 하는 것이다.

국가인권위원회가 차별행위로 조사·판단한 사건 중에는 국가인권위원회법상 차별영역에 해당하는지 여부가 내부적으로나 외부적으로 쟁점이 되고 논란이 되었던 사례가 있었다(YMCA 사건). 그러나 이처럼 조사대상인지 여부가 논란이 되었다는 사실은 다른 한편으로 보면 국가인권위원회가 어떤 사안을 차별행위로 보아 조사대상으로 삼으려면 국가인권위원회법이 정한 차별사유와 차별영역에 포함될 수 있어야 한다는 원칙을 더욱 분명하게 보여준다. 원칙이 분명한 상황에서 예외를 인정할 수 있는지가 논쟁이 될 수 있는 것이다. 그런데 과거에 논쟁이 되었던 소수 사례를 기화로 일반적인 사안에서 차별사유와 차별영역에 대한 판단 없이 조사·판단할 수 있는 것으로 해석하는 것은 법령을 집행하는 행정기관의 권한을 벗어나는 법령 해석으로 위법·부당한 결과로 이어질 수 있다.

2. ‘기타 사유’ 차별행위 사건의 조사대상 판단기준의 모호함

국가인권위원회는 국가인권위원회법 제2조 제3호에 열거된 19개 차별사유 이외의 차별사유에 대하여도 국가인권위원회의 해석을 통한 결정으로 차별행위 조사대상에 포함시킬 수 있는데, 국가인권위원회는 열거된 19개 차별사유 이외의 차별사유를 ‘기타 사유’라는 범주로 정리하고 있다. 국가인권위원회가 기타 사유로 분류한 차별행위 사건들의 결정례를 통하여 조사대상으로 판단한 판단기준을 살펴봄으로써 기타 사유의 의미를 도출해 볼 수 있다.

결정례를 통해 조사대상 판단기준을 살펴보기에 앞서 공유되어야 할 전제 사실은, 국가인권위원회가 해당 사건을 기타 사유의 차별행위로 조사대상에 포함시키기 위해서는 조사대상 판단기준을 제시하고 해당 사건이 조사대상 판단기준에 포섭된다는 점을 밝혀야 한다는 점이다. 국가인권위원회법상 정의 규정에 없는 기타 사유의 차별행위를 조사대상으로 삼는 것이므로 기타 사유에 포섭되는 조사대상 판단기준을 밝히고 해당 사건이 그 조사대상 판단기준에 포함된다는 점을 밝혀야 법률 문언에 근거가 없더라도 해석을 통해 국가인권위원회법에 근거를 두게 되어 법률 적용이 가능하게 되는 것이기 때문이다. 차별영역에 대해서는 기타 영역에 대한 규정이 없으므로 법률 문언에 따른 차별영역에 해당함을 밝혀줘야 한다.

그런데 국가인권위원회의 기타 사유 차별행위 사건 결정례를 살펴보면, 국가인권위원회가 기타 사유를 차별행위 사건으로 포섭하여 판단하는 기준을 확인하기 어려운 사건도 많고 차별사유나 차별영역 판단 중 하나 또는 둘 모두에 대한 판단을 누락한 결정례도 다수 확인된다. 해당 사건이 기타 사유의 차별행위 사건으로 조사·판단되어야 하는 이유를 결정례를 통해 확인하기 어려운 사건들이 다수 나타나고 있는 것이다. 특히 우려스러운 점은 점차 결정례가 누적되어감에 따라 기타 사유에 대

한 조사대상 판단기준이 명확해지고 객관화되어 앞선 결정례의 판단기준을 인용하여 후속 사건을 조사 판단할 수 있어야 함에도, 최근 사건에 이르러 기타 사유 판단을 전혀 하지 않거나 헌법 제11조 평등권 침해 사건으로만 다루는 사례가 다수여서 혼란이 가중되고 있다.

3. 조사대상 판단기준이 드러난 사례와 드러나지 않은 사례

국가인권위원회가 '기타 사유 차별행위'로 분류한 사건들의 결정례를 통해 기타 사유 차별행위 사건의 조사대상 판단기준을 확인해 볼 필요가 있다.

국가인권위원회의 결정례에 대하여 조사대상 판단기준이 드러나 있는지 여부를 기준으로 살펴보면, ① 조사대상 여부를 명시적인 항목으로 둔 결정례와 ② 항목을 별도로 두지 않고 판단 부분에 조사대상 여부를 판단한 결정례, ③ 조사대상 여부에 대한 언급이 전혀 없는 결정례로 분류할 수 있다.

가. '조사대상 여부'항목을 별도로 둔 결정례

국가인권위원회의 결정례 중에는 '조사대상 여부'라는 항목을 두어 판단을 기재하도록 한 사례들이 있다. 기각 결정례 사례 중에는 '조사대상 여부'에 대한 항목을 두고 적도록 한 사례가 있는데, 조사대상 여부 항목은 차별사유와 차별영역에 대하여 판단을 기재하는 부분이므로 임의로 누락시킬 수 없었을 것이다.

거주기간을 이유로 한 출산장려금 지급 제한 사건(09진차934 사건)의 사건조사결과보고서를 보면, 조사대상 여부 항목에, '이 사건은 지방자치단체가 거주기간을 이유로 재화 이용에서 차별을 했다는 내용으로 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호의 조사대상에 해당함'이라고 기재되어 있다. 차별사유와 관련하여 '거주기간을 이유로'라고 적고 있고 차별영역과 관련하여 '재화 이용에서 차별'이라고 적고 있다. 조사대상 판단기준이 드러난 사례로 확인할 수 있다. 이 결정례에서 거주기간이 기타 사유에 해당한다고 보는 이유와 판단기준에 대해서는 설명되어 있지 않다.

<조사대상 여부를 판단한 결정례 1>

사건조사결과보고서 거주기간을 이유로 한 출산장려금 지급 제한 (사건번호 : 09진차934)	
1. 진정의 개요	
2. 조사 경과	
3. 쟁점	
4. 관련규정	
5. 조사대상 여부	이 사건은 지방자치단체가 거주기간을 이유로 재화 이용에서 차별을 했다는 내용으로 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호의 조사대상에 해당함.
6. 당사자 주장	
7. 인정사실 및 판단	
8. 검토의견 : 기각	

반면 동일한 사건조사결과보고서 양식을 사용한 경우에도 차별사유 및 차별영역 판단을 하지 않은 사례도 있다. 회화지도 체류자격(E-2) 사증 발급 시 부당한 서류제출 요구 사건(09진차102외 49건 병합)을 보면, 조사대상 여부 항목에 ‘이 사건 진정은 법무부장관이 인권침해행위 또는 차별행위를 하였는지 여부가 쟁점이므로 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호의 조사대상에 해당됨’이라고 적고 있다. 조사대상에 해당한다는 결론을 기재하고 있으나 조사대상에 해당한다고 보기 위하여 필요한 차별사유와 차별영역에 대한 구체적인 포섭이 없으므로 조사대상 여부 항목이 있음에도 불구하고 조사대상 여부에 대한 판단이 있었다고 보기 어려운 경우이다.

〈조사대상 여부를 판단한 결정례 2〉

<p>사건조사결과보고서</p> <p>회화지도 체류자격(E-2) 사증 발급 시 부당한 서류제출 요구 (사건번호 : 09진차102외 49건 병합)</p>
<p>1. 진정의 개요</p> <p>2. 조사의 방법과 경과</p> <p>3. 쟁점</p> <p>4. 조사대상 여부</p> <p>이 사건 진정은 법무부장관이 인권침해행위 또는 차별행위를 하였는지 여부가 쟁점이므로 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호의 조사대상에 해당됨.</p> <p>5. 관련 법령</p> <p>6. 당사자 주장</p> <p>7. 인정사실</p> <p>8. 판단</p> <p>9. 검토의견 : 각하 및 기각</p>

나. 판단 부분에 조사대상 여부를 판단한 결정례

최근의 결정례들에서는 ‘조사대상 여부’를 별도 항목으로 두고 판단하지는 않는 것으로 보인다. 별도 항목을 두지 않으면서 결정례의 판단 부분에 기타 사유의 판단기준을 정리하고 있는 사례들이 있다.

전문상담교사 임용 전 민간경력 호봉산정 차별(18진정0844400) 사건은 판단 부분에 국가인권위원회법 제2조 제3호 차별사유에 해당여부라는 항목을 두어 직종이 기타 사유의 차별사유로 판단할 수 있다는 점을 밝힌 후 차별적 처우의 존부 여부로 나아가고 있다.

<p>사 건 18진정0844400 전문상담교사 임용 전 민간경력 호봉산정 차별</p> <p>진 정 인 이00</p> <p>피진정인 교육부장관</p> <p>5. 판단</p> <p>가. 국가인권위원회법 제2조 제3호의 차별사유 해당여부</p> <p>국가인권위원회법 제2조제3호 및 같은 호 가목에서는 사회적 신분 등 19가지 사유 및 기타사유를 이유로 고용영역에서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 평등권 침해의 차</p>

별행위로 규정하고 있다. 이 사건 진정은 ‘전문상담교사’ 라는 직종을 이유로 한 차별에 대한 주장인바, 국가인권위원회법은 ‘직종’ 을 직접적인 차별사유로 규정하지 않으므로 어떠한 차별사유에 해당할 수 있는지 살펴보면, 차별사유 중 ‘사회적 신분’ 은 ‘사회에서 장기간 접하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것’ 으로 정의할 수 있는데, 직종의 경우 기관 내에서 업무수행 및 조직운동을 위한 기능적 구분에 해당되며 사회적 평가를 수반한다고 보기 어려운 유동적 지위라고 볼 수 있어 ‘사회적 신분’ 으로 포섭하기는 어렵다. 그러나 ‘직종’ 은 개인의 행위 관련성이 강한 요소라고 보기 어렵고, 인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만 해당 사유를 이유로 고용상 불이익이 허용된다면 개인이 자신의 책임이 아닌 사유로 인해 불리한 처우를 받게 되는 결과를 초래하므로, 차별사유 중 ‘기타 사유’ 로 포섭하는 것이 가능할 것이다.

다. 조사대상 여부를 판단하지 않은 결정례

지방공무원 호봉 산정 시 민간 경력 차별(17진정0119900) 사건을 보면, 판단 부분에서 근거 법률로 국가인권위원회법 제2조 제3호 가목을 적시하고 차별사유 및 차별영역에 대한 이유 설명은 생략하고 바로 합리적 이유 여부 판단으로 나아가고 있다.

사 건 17진정0119900 지방공무원 호봉 산정 시 민간 경력 차별
 진 정 인 권00
 피진정인 1. 행정안전부장관
 2. 서울특별시장

5. 판단

국가인권위원회법 제2조 제3호 가목은 합리적 이유 없이 임금 등 고용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 ‘평등권 침해의 차별행위’로 규정하고 있다.

이하에서는 진정인의 초임호봉 획정 시 임용 전 기관에서 통상의 상근 근로자와 동일·유사한 근로형태를 가졌음에도 통상 근로자의 근무시간으로 근무하지 않았다는 이유로 유사경력으로 인정하지 않는 피진정인들의 행위에 합리적 이유가 있는지 살펴보도록 한다.

4. 차별사유 및 차별영역에 대한 판단기준이 드러난 사례와 드러나지 않은 사례

다른 기준으로는 기타 사유로 분류한 차별행위 사건들 중에서 ① 차별사유와 차별영역 모두에 대해 판단한 사례, ② 차별사유이나 차별영역 중 하나에 대해 판단한 사례, ③ 차별사유와 차별영역 모두에 대해 판단하지 않고 헌법 제11조 평등권 침해 여부를 직접 적용한 사건 등으로 분류할 수 있다.

가. 차별사유와 차별영역 판단이 모두 드러난 결정례

초등돌봄전담사에 대한 경력산정 등의 차별 사건(19진정0246200 등 88건(병합))은 기타 사유 차별행위의 조사대상 판단기준이 대체로 상세히 적시된 사례이다. 차별사유와 차별영역에 대한 조사대상 판단기준이 모두 드러나 있다.

위 결정례는 조사대상 여부를 별도 항목으로 두고 있지 않으면서 판단 부분에 차별사유와 차별영역에 대한 판단을 적고 있다. 판단 부분을 보면, '국가인권위원회법 제2조 제3호 및 같은 호 가목은 합리적 이유 없이 사회적 신분 등 19개 사유 및 기타사유를 이유로 고용영역에서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 평등권 침해의 차별행위로 규정하고 있다. 진정인들은 초등돌봄전담사와 다른 교육공무직종 간 전임경력 인정대상에서의 차별을 주장하고 있는바, 아래에서는 직종이 차별사유에 해당하는지 여부 및 다른 교육공무직과의 차별적 처우에 합리적인 이유가 있는지 여부에 대하여 살펴본다'라고 하고 있는데, 차별사유로는 직종이라는 기타 사유로, 차별영역으로는 고용영역을 적시하고 있다.

나아가 기타 사유의 차별사유 해당성 판단기준을 제시하고 있는데, '차별사유 중 사회적 신분은 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것으로 정의할 수 있는데 직종의 경우 기관 내에서 업무수행 및 조직운동을 위한 기능적 구분에 해당되며, 사회적 평가를 수반한다고 보기 어려운 유동적 지위라고 볼 수 있어 사회적 신분으로 포섭하기는 어려울 것으로 판단된다. 그러나 직종은 개인의 행위 관련성이 강한 요소라고 보기 어렵고, 인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만, 해당 사유를 이유로 고용상 불이익이 허용된다면 개인이 자신의 책임이 아닌 사유로 인해 불리한 처우를 받게 되는 결과를 초래하므로, 차별사유 중 기타사유로 포섭하는 것이 가능할 것으로 보인다'라고 판단하고 있다.

위 결정례에서 보이는 국가인권위원회 기타 사유 차별행위의 차별사유 판단기준을 정리하면, '사회적 평가를 수반한다고 보기 어려운 유동적 지위'에 대해서도 기타 사유의 차별사유로 판단할 수 있으며, '개인의 행위 관련성이 강한 요소라고 보기 어렵고, 인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만, 개인이 자신의 책임이 아닌 사유로 인해 불리한 처우를 받게 되는 결과를 초래하는 경우'에는 기타 사유의 차별사유로 판단할 수 있다는 것으로 정리될 수 있다.

사 건 19진정0246200 등 88건(병합)
초등돌봄전담사에 대한 경력산정 등의 차별
진 정 인 별지 1 기재 목록과 같음
피진정인 경상남도교육감

5. 판단

가. 진정요지 가항(경력차별)

1) 「국가인권위원회법」 제2조 제3호 및 같은 호 가목은 합리적 이유 없이 사회적 신분 등 19개 사유 및 기타사유를 이유로 고용영역에서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 '평등권 침해의 차별행위'로 규정하고 있다.

진정인들은 초등돌봄전담사와 다른 교육공무직종 간 전임경력 인정대상에서의 차별을 주장하고 있는바, 아래에서는 '직종'이 차별사유에 해당하는지 여부 및 다른 교육공무직과의 차별적 처우에 합리적인 이유가 있는지 여부에 대하여 살펴본다.

2) 차별사유 해당여부

차별사유 중 '사회적 신분'은 '사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것'

으로 정의할 수 있는데 직종의 경우 기관 내에서 업무수행 및 조직운명을 위한 기능적 구분에 해당되며, 사회적 평가를 수반한다고 보기 어려운 유동적 지위라고 볼 수 있어 '사회적 신분'으로 포섭하기는 어려울 것으로 판단된다.

그러나, '직종'은 개인의 행위 관련성이 강한 요소라고 보기 어렵고, 인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만, 해당 사유를 이유로 고용 상 불이익이 허용된다면 개인이 자신의 책임이 아닌 사유로 인해 불리한 처우를 받게 되는 결과를 초래하므로, 차별사유 중 '기타사유'로 포섭하는 것이 가능할 것으로 보인다.

나. 차별사유와 차별영역 중 일부만 판단한 사례

교육공무직 채용 시 경력 차별 사건(18진정0879400) 결정례를 보면, '헌법 제11조 제1항은 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다고 규정하고 있고, 국가인권위원회법 제2조 제3호 가목은 합리적 이유 없이 고용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 평등권 침해의 차별행위로 규정하고 있다'라고 판단기준을 전제하고 있다. 이에 따르면 차별사유 판단은 하지 않고 헌법 제11조 평등권 침해 여부와 차별영역(고용영역)이라고 근거 규정으로 전제한 후 조사대상에 포섭시킨 것으로 보인다. 위 결정례는 '피진정인이 지역사회교육전문가를 채용하면서 그 자격요건으로 서울특별시교육청 관내 학교 및 교육행정기관에서 근무한 동일·유사 경력만을 인정한 행위는 국가인권위원회법 제2조 제3호에서 규정하고 있는 고용상 차별행위에 해당되는 것으로 판단된다'라고 하여 사유 판단 없이 고용영역 차별로 판단하고 있다.

초등돌봄전담사에 대한 경력산정 등의 차별 사건(19진정0246200 등 88건(병합)) 결정례가 차별사유와 차별영역 모두에 대한 판단기준을 제시하고 있고 상대적으로 가장 구체적으로 조사대상 판단기준을 적고 있지만, 이러한 판단기준이 일반적으로 다른 기타 사유 차별행위 조사대상 판단기준에 적용되고 있는 것은 아니다. 기타 사유 차별행위와 관련하여 국가인권위원회가 결정례를 통해 조사대상 판단기준의 일관성을 보여주지 못하고 있는 상황이다.

다. 차별사유와 차별영역 모두 판단하지 않은 사례

2G서비스 종료후 임대폰 사용자 부가서비스 이용 제한 사건(12-진정-0088700) 결정례를 보면, '따라서 사진, 이메일 등 부가서비스를 이용할 수 있고, 피진정인이 부가 서비스를 제공하지 않는다고 하여 합리적 이유 없는 차별행위에 해당한다고 보기 어려움'이라고 판단하고 있다. 차별사유 및 차별영역 모두에 대해 판단하지 않은 사례이다.

다수의 기타 사유 기각 결정례에서는 위 결정례와 같이 차별사유 및 차별영역에 대한 판단 없이 바로 합리성 판단으로 나아가 합리적인 이유가 없더라며 기각으로 판단하고 있다. 이러한 결정례들을 통해서도 당해 사건들이 차별행위 조사대상에 해당하는 사건으로 분류된 이유를 알기 어려우며, 기타 사유 차별행위로 분류된 이유도 알기 어렵다.

라. 헌법 제11조 평등권 침해 여부만 판단하고 있는 사례

기타 사유 차별행위로 분류된 사건 중에 특이점은 차별사유 및 차별영역에 대한 판단 없이 헌법

제11조 평등권 침해 여부만을 판단하고 그 결과를 바로 차별행위 판단 결과로 적용하고 있는 사례들이다.

교장에 의한 연가사용 차별 사건(18-진정-0563300) 결정례를 보면, ‘피진정인의 행위는 그 재량 범위를 넘어서 헌법상 보장된 진정인의 평등권을 침해한 행위로 볼 수 없음. 따라서 위 진정은 국가인권위원회법 제30조 제1항에 따른 차별행위에 해당하지 않아 기각의견임이라고 판단하고 있다.

앞서 가.항에서 살펴보았듯이 국가인권위원회법 제2조 제3호에 해당하는 차별행위는 명시적인 법률 문언에 따라 차별사유와 차별영역에 포섭되는 경우로 한정된다. 기타 사유는 차별사유 범위를 열거된 19개 사유 이외에도 그에 준하는 차별사유를 추가할 수 있다는 것일 뿐 차별사유 및 차별영역에 대한 포섭 없이 차별행위로 판단할 수 있다는 의미라고 볼 근거가 없다.

마. 기타 사유 차별행위 사건과 ‘기타 사건’

기타 사유의 차별행위 사건으로 조사·판단하는 이유를 제시하지 않은 사건은 특히 각하 사건 중에 많은데, 이러한 사건들은 국가인권위원회법상 차별행위의 조사대상으로 다뤄질 수 있는 기준틀을 통과하지 못한 사건들이므로 국가인권위원회가 차별행위로 조사하여 판단했다고 보기 어렵다. 기타 사유의 차별행위 사건이라기보다는 차별행위 조사대상에 포함되지 않는 ‘기타 사건’으로 분류하여 그 특성을 별도로 검토하는 것이 필요해 보인다.

‘기타 사유’ 차별행위 사건과 ‘기타 사건’은 조사대상 판단기준이라는 점에서 전자는 차별행위 조사대상에 해당한다고 볼 수 있는 반면, 후자는 조사대상에 해당하지 않는 사건에 포함될 수 있다. 기타 사건을 기타 사유 차별행위로 같은 범주로 묶어 놓으면 기타 사유 차별행위 조사대상 판단기준에 혼란이 가중되고 오히려 기타 사유 차별행위가 희석되는 부작용이 발생할 수 있다. 기타 사유 중 각하 사건과 기타 사건이 혼재되지 않도록 분류할 필요가 있다고 보인다. 즉 조사대상이 아닌 사건은 기타 사유라기보다는 조사대상이 아님 사건으로 분류하는 방식을 취할 수 있을 것이다.

5. 헌법 제11조 평등권 침해 사건과 기타 사유 차별행위 사건

가. 전원위원회 의결 안건

2019년 이후 기타 사유 결정례가 크게 증가하였고, 이에 맞물려 국가인권위원회는 ‘국가기관의 평등권 침해 진정이 위원회법 제2조 제3호의 차별사유와 영역의 제한을 받는지 여부에 대한 판단의 건’이라는 제목으로 전원위원회 안건을 의결하였다(이하 ‘전원위원회 의결’이라 한다). 위 전원위원회 의결의 주요 요지는 헌법 제11조 평등권 침해 사건에 대하여 차별사유 및 차별영역에 대한 판단 없이 국가인권위원회가 조사대상으로 삼을 수 있다는 것이다.

위 전원위원회 의결은 기타 사유의 조사대상 판단기준을 직접 대상으로 하고 있지 않으며, 기타 사유 차별행위 사건에 대하여 차별사유 및 차별영역에 대한 판단 없이 국가인권위원회가 조사대상으로 삼을 수 있다는 내용도 포함되어 있지 않다.

그럼에도 위 전원위원회 의결은 기타 사유 차별행위 사건에 대하여 헌법 제11조 평등권 침해 사건으로 보아 차별사유 및 차별영역 판단 없이 판단할 수 있는 것으로 오독될 여지를 남기고 있다. 이로 인해 최근 기타 사유 사건이 증가하면서 헌법 제11조 평등권 침해 여부를 직접 조사대상 근거 법률로 적용하고 차별사유 및 차별영역에 대한 판단을 하지 않는 사례가 보이는데 전원위원회 의결 결과가 영향을 미치고 있는 것으로 볼 수 있어 이에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

기타 사유 차별행위 조사대상 판단기준과 관련하여 주목되어야 할 부분은, 국가기관 등의 헌법 제 11조 평등권 침해 사건이 국가인권위원회 조사대상인지 여부와 기타 사유의 차별행위 사건에 대해 차별사유 및 차별영역에 대한 판단 없이 조사대상으로 삼을 수 있는지 여부는 다른 쟁점이라는 점이다.

국가인권위원회법이 규정한 국가인권위원회 조사대상 관련 법률 규정을 보면, 헌법 제11조 평등권 침해 여부 사건은 조사대상에 포함된다고 볼 수 있다. 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호는 ‘국가기관, 지방자치단체, 초·중등교육법 제2조, 고등교육법 제2조와 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 공직자윤리법 제3조의2제1항에 따른 공직유관단체 또는 구금·보호시설의 업무 수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판은 제외한다)과 관련하여 대한민국헌법 제10조부터 제22조까지의 규정에서 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우’를 조사대상으로 규정하고 있다. 헌법 제11조 평등권 침해 여부는 헌법 제10조부터 제22조까지의 규정에 포함되므로 조사대상에 포함된다고 보는데 무리가 없다. 위 규정은 문언상 분명하게 헌법 제10조부터 제22조까지의 규정에 대한 인권침해 사건을 규정하여 인권침해 조사대상 사건으로 다룰 수 있도록 하고 있기 때문이다.

그런데 차별행위에 대해서는 동일하게 볼 수 없다. 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호가 국가기관 등으로부터의 차별행위에 대하여도 연이어 규정하고 있으나, 차별행위에 대해서는 국가인권위원회법 제2조 제3호가 별도로 평등권 침해의 차별행위 개념을 정의하고 있으므로 양쪽 규정에 모두 포섭되어야 한다.

이러한 측면에서 전원위원회 의결 요지는, 국가기관 등에 의한 평등권 침해 관련 진정에 대하여 차별사유와 차별영역에 해당하지 않는 경우에도 헌법 제11조 평등권 침해로 보아 국가인권위원회가 조사대상으로 삼을 수 있으며, 이때 조사대상으로 삼은 사건은 차별행위 사건이 아니라 인권침해 사건으로 분류되어야 하는 것으로 이해되어야 한다. 인권침해 사건에서는 국가인권위원회법상 차별사유 및 차별영역에 대한 포섭을 필요로 하지 않고 있고, 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호에 명시적으로 헌법 제11조를 포함하는 헌법 제10조부터 제22조까지의 인권침해 사건을 조사대상으로 삼고 있으므로 인권침해 사건으로의 조사대상으로 다룰 수 있다. 반면 해당 사건이 차별행위로 다뤄질 경우에는 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호와 국가인권위원회법 제2조 제3호를 동시에 충족해야 하므로 차별사유 및 차별영역에 대한 포섭이 필요하다. 이는 국가기관에 의한 평등권 침해 사건을 다룰 때에도 동일하다. 예외를 둘 수 있는 근거법률이 없기 때문이다.

국가인권위원회법

[시행 2020. 8. 5.] [법률 제16928호, 2020. 2. 4., 타법개정]

제30조(위원회의 조사대상) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 인권침해나 차별행위를 당한 사람(이하 "피해자"라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다. <개정 2011. 5. 19., 2012. 3. 21.>

1. 국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조와 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 「공직자윤리법」 제3조의2제1항에 따른 공직유관단체 또는 구금·보호시설의 업무 수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판은 제외한다)과 관련하여 「대한민국헌법」 제10조부터 제22조까지의 규정에서 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우

2. 법인, 단체 또는 사인(私人)으로부터 차별행위를 당한 경우

② 삭제 <2005. 7. 29.>

④ 제1항에 따른 진정의 절차와 방법에 관하여 필요한 사항은 위원회 규칙으로 정한다.

전원위원회 의결은 2005. 7. 29. 국가인권위원회법 개정으로 조사대상이 변경되었으며, 이로 인해 국가기관 등으로부터 이루어진 헌법 제11조 평등권 침해 사건에 대해서는 차별사유와 차별영역에 대한 판단 없이 차별행위로 다룰 수 있는 것으로 전제하고 있는 듯하다. 그러나 아래 2005. 7. 29. 국가인권위원회법 개정 내용 및 개정 이유를 보면 평등권 침해행위의 차별행위 영역에 성희롱을 추가하면서 국가인권위원회법 제30조에 두었던 평등권 침해의 차별행위를 제2조 정의의 규정으로 이동된 것에 다름 아니다.

[시행 2005. 7. 29.] [법률 제7651호, 2005. 7. 29., 일부개정]	[시행 2005. 3. 31.] [법률 제7427호, 2005. 3. 31., 타법개정]
<p>제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. <개정 2005. 7. 29.></p> <p>1. "인권"이라 함은 「헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.</p> <p>(생략)</p> <p>4. "평등권침해의 차별행위"라 함은 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역(출생지, 원적지, 본적지, 성년이 되기 전의 주된 거주지역 등을 말한다), 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권침해의 차별행위(이하 "차별행위"라 한다)로 보지 아니한다.</p> <p>가. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위</p> <p>나. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위</p> <p>다. 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위</p> <p>라. 성희롱 행위</p> <p>5. "성희롱"이라 함은 업무, 고용 그 밖의 관계에서 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 직위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말한다.</p> <p>(생략)</p> <p>제30조 (위원회의 조사대상) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 인권침해나 차별행위를 당한</p>	<p>제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.</p> <p>1. "인권"이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.</p> <p>(생략)</p> <p>제30조 (위원회의 조사대상) ①다음 각호의 1의 경우에 <u>인권을 침해당한 사람</u>(이하 "피해자"라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다.</p> <p>1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구급·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 <u>헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우</u></p> <p>2. 법인, 단체 또는 사인(私人)에 의하여 평등권침해의 차별행위를 당한 경우</p> <p>②평등권침해의 차별행위라 함은 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 한 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 다른 법률에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외한 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다.</p> <p>1. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위</p> <p>2. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위</p> <p>3. 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위</p> <p>③위원회는 제1항의 진정이 없는 경우에도 인권침해가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 이를 직권으로 조사할 수 있다.</p>

<p>사람(이하 "피해자"라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.></p> <p>1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구급·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우</p> <p>2. 법인, 단체 또는 사인(私人)에 의하여 차별행위를 당한 경우</p> <p>②삭제 <2005. 7. 29.></p> <p>③위원회는 제1항의 진정이 없는 경우에도 인권침해나 차별행위가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 이를 직권으로 조사할 수 있다. <개정 2005. 7. 29.></p> <p>④제1항의 규정에 의한 진정의 절차와 방법에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.</p>	<p>④제1항의 규정에 의한 진정의 절차와 방법에 관하여 필요한 사항은 위원회의 규칙으로 정한다.</p>
---	--

<p>국가인권위원회법</p> <p>[시행 2005. 7. 29] [법률 제7651호, 2005. 7. 29, 일부개정]</p>	
<p>개정이유 [일부개정] ◇개정이유</p>	<p>국민의 기본권을 보호하고 신장하기 위하여 여성가족부 등 여러 부처에 분산되어 있는 차별시정기능을 통합하여 국가인권위원회에서 수행하도록 함에 따라 관련 조항을 정비하는 한편, 현행 제도의 운영과정에서 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임.</p>
<p>◇주요내용 가. 조사대상에 성희롱 행위 명시(법 제2조제4호 신설)</p>	<p>여성가족부 소관의 성차별 조사 및 구제 업무가 국가인권위원회로 이관됨에 따라 국가인권위원회의 조사대상에 성희롱 행위가 포함됨을 명시함.</p>

나. 헌법 제11조 평등권 침해 사건과 차별행위 사건의 판단기준

헌법 제11조 평등권 침해 사건과 차별행위 사건을 심리 판단하는 기준은 유사해 보이는 면도 있으나 동일하다고 할 수는 없다. 법률이나 공권력의 행사 또는 불행사가 기본권을 침해하는지를 다루는 내용은 헌법재판소법 제41조 제1항 및 제68조 제1항 내지 제2항에서 규정하고 있다. 반면 국가인권위원회법은 국가기관 등의 업무 수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판은 제외한다)과 관련하여 헌법 제11조의 평등권 침해 사건을 인권침해 사건으로 다룰 수 있게 된다.

<p>헌법재판소법</p> <p>제41조(위헌 여부 심판의 제청) ① 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.</p> <p>제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받</p>
--

은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.

② 제41조제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌 여부 심판의 제청을 신청할 수 없다.

[한정위헌, 2016헌마33, 2016. 4. 28., 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것) 제68조 제1항 본문 중 “법원의 재판을 제외하고는“ 부분은, 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.]

최근 국가인권위원회 기타 사유 결정례를 보면, 헌법 제11조 평등권 침해 여부와 국가인권위원회법 제2조 제3호 각목의 차별영역을 조합하여 판단 근거 법령으로 제시한 사례를 다수 볼 수 있다.

공동생활가정 종사자에 대한 임금차별(17진정0872300) 사건을 보면, 차별사유 판단은 하지 않고 헌법 제11조 평등권 침해 여부를 적용하면서 차별영역은 국가인권위원회법 제2조 제3호 중 차별영역을 적용하고 있다.

근거 법률 규정을 적용함에 있어서 헌법 제11조로 일관되게 적용하거나 국가인권위원회법 제2조 3호의 차별사유 및 차별영역으로 포섭하는 차별행위 규정을 적용할 수 있을 것이나 두 법률 중 특정 부분을 각각 차용하는 방식을 취하고 있는데, 각 법률의 입법 목적과 취지가 다르며 심사기준과 판단기준이 다름에도 위와 같은 조합으로 사건을 판단하는 것이 가능하고 허용되는지 검토해볼 필요가 있다.

사 건 17진정0872300
공동생활가정 종사자에 대한 임금차별
진 정 인 표00
피진정인 보건복지부 장관

5. 판단

헌법 제11조 제1항은 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다고 규정하고 있고, 국가인권위원회법 제2조 제3호 가목은 합리적 이유 없이 임금 등과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 ‘평등권 침해의 차별행위’로 규정하고 있다.

‘평등권 침해의 차별행위’란 본질적으로 같은 것에 대하여 합리적 이유 없이 달리 대우하는 것을 의미하는 것이므로 이하에서는 아동양육시설 종사자와 공동생활가정 종사자가 같은 자격 및 조건을 가지고 동종·유사업무를 수행하는 비교대상인지 여부, 동종·유사업무 종사 여부, 차별적 대우가 존재하였는지 여부, 차별적 대우가 존재하였다면 합리적인 사유가 있는지 여부에 대하여 살펴보도록 한다.

헌법재판소의 평등권 침해 사건에 대한 판단기준을 보면, 평등권 침해를 인정하기 위해서는 법적용과 관련하여 상호 배타적인 두 개의 비교집단을 일정한 기준에 따라서 구분할 수 있어야 한다(헌법재판소 전원재판부 2020. 9. 24.자 2019헌마472 결정).

국가인권위원회 결정례 중 헌법 제11조 평등권 침해 여부를 근거 법률로 전제한 사건 중에는 두 개의 비교집단에 대한 인정사실 및 판단이 정확하게 드러나 있는 경우는 드물다. 그렇다면 헌법 제11조 평등권 침해 규정을 전제하고 있지만 헌법재판소의 헌법 제11조 평등권 침해 심사기준은 따르지 않는 것이라고 볼 수 있다.)²⁾

2) 공동생활가정 종사자에 대한 임금차별(17진정0872300) 사건은 비교대상집단에 대하여 구체적으로 판단하고 있

본질적으로 헌법재판소의 기능과 국가인권위원회의 기능이 다르고, 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호에서 헌법 제11조를 규정하고 있지만 법률의 제정된 목적과 취지가 다르므로 그대로 헌법재판소의 심사 판단기준을 차용하는 것이 적절한지도 의문이다.

병역법 제34조 제3항 단서 위헌확인 등
[전원재판부 2019헌마472, 2020. 9. 24., 기각]

다. 평등권 침해 여부

(1) 비교집단의 설정

평등권 침해의 특수성은 심판대상 법률조항이 정하는 '법률효과' 자체가 위헌이 아니라, 그 법률효과가 수범자의 한 집단에만 귀속되어 '다른 집단과 사이에 차별'이 발생한다는 점에 있기 때문에, 평등권 침해를 인정하기 위해서는 우선 법 적용과 관련하여 상호 배타적인 '두 개의 비교집단'을 일정한 기준에 따라 구분할 수 있어야 한다(헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593 참조).

전문연구요원은 공중보건 의사와 동일한 병역 유형인 보충역에 속하고, 동일한 기간과 내용으로 군사교육을 받으며, 병역의무자의 전문분야와 관련된 내용으로 병역의무를 수행한다는 점에서, 공중보건 의사와 본질적으로 유사한 집단으로서 비교집단이 된다. 그런데 전문연구요원은 군사교육소집기간을 의무복무기간에 산입하고 있는 반면(병역법 제39조 제2항), 공중보건 의사는 심판대상조항에 따라 군사교육소집기간을 의무복무기간에 산입하지 않고 있으므로, 양 집단 사이에 차별취급이 존재한다.

청구인들은 병역을 필하였거나 면제받은 의사들, 그리고 앞서 비교집단으로 삼기로 한 전문연구요원 외의 다른 보충역들도 비교집단으로 주장하고 있으나, '병역을 필하였거나 면제받은 의사들'은 청구인들과 같이 병역의무를 이행하고 있는 공중보건 의사와는 그 전제가 되는 기본적 사실관계가 서로 달라 '본질적으로 동일한 비교집단'이라고 할 수 없으므로 차별취급 여부를 논할 수 없다. 전문연구요원 외의 다른 보충역들과 관련해서도, 보충역에는 병역판정검사전담의사, 공익법무관, 공중방역수의사 등 공중보건 의사 외에도 군사교육소집기간이 복무기간에 산입되지 않는 보충역이 존재하므로, 공중보건 의사와 비교할 때 법률효과 측면에서 일률적으로 차별이 발생한 비교집단으로 보기 어렵다.

(2) 심사기준

헌법재판소는 평등권의 침해 여부를 심사함에 있어, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 차별취급의 목적과 수단 간에 비례관계가 성립하는지를 검토하는 엄격한 심사척도를 적용하고, 그렇지 않은 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지, 즉 자의적인 차별이 존재하는지를 검토하는 완화된 심사척도를 적용한다(헌재 2011. 2. 24. 2009헌마94 참조).

6. 국가인권위원회 기타 사유 판단 기준에 대한 검토

국가인권위원회 결정례 중 기타 사유의 차별사유 판단기준이 상대적으로 분명하게 드러난 사례를 중심으로 국가인권위원회 기타 사유 판단기준을 살펴보도록 한다.

는 결정례이다. “가. 아동양육시설 종사자와 공동생활가정 종사자가 비교대상인지 여부 : 아동복지법 제52조 (아동복지시설의 종류) 제1항에 따르면, 아동양육시설은 보호대상아동을 입소시켜 보호, 양육 및 취업훈련, 자립지원 서비스 등을 제공하는 것을 목적으로 하는 시설이며, 공동생활가정은 보호대상아동에게 가정과 같은 주거여건과 보호, 양육, 자립지원 서비스를 제공하는 것을 목적으로 하고 있다. 또한 아동복지법 시행령 별표 14 및 별표 15에 따르면, 두 시설의 종사자 자격기준이 동일하고 아동양육시설 중 10인 미만 시설과 공동생활가정의 종사자 배치기준은 동일하다. 따라서 두 시설의 목적이 유사하고 두 시설 종사자의 배치기준 및 자격기준을 동일하게 적용되는 것으로 보아 아동양육시설 종사자와 공동생활가정 종사자는 같은 자격을 가지고 동종·유사의 업무에 종사하는 것으로 볼 수 있으므로 비교대상이라고 할 수 있다” 라고 판단하고 있다.

국가인권위원회 18진정0189500 결정은 '직종을 기타 사유의 차별금지 사유로 인정할 수 있는지 여부에 대하여, 직종은 업무수행 및 조직운동을 위한 기능적 구분에 해당되며 사회적 평가를 수반한다고 보기 어려운 유동적 지위라고 볼 수 있어 사회적 신분으로 단정하기는 어려울 수 있으나, 개인의 행위 관련성이 강한 요소라고 보기 어렵고, 인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만 해당 사유를 이유로 고용상 불이익을 허용한다면 개인이 자신의 책임이 아닌 사유로 인해 불리한 처우를 받게 되는 결과를 초래할 수 있으므로, 사회적 신분에 준하는 기타 사유로 포섭하는 것이 가능하다'고 판단하였다. 초등돌봄전담사에 대한 경력산정 등의 차별 사건(19진정0246200 등 88건(병합))을 비롯하여 다수 결정례에서 보이는 국가인권위원회 기타 사유 차별행위의 차별사유 판단기준을 정리하면, '사회적 평가를 수반한다고 보기 어려운 유동적 지위'에 대해서도 기타 사유의 차별사유로 판단할 수 있으며, '개인의 행위 관련성이 강한 요소라고 보기 어렵고, 인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만, 개인이 자신의 책임이 아닌 사유로 인해 불리한 처우를 받게 되는 결과를 초래하는 경우'에는 기타 사유의 차별사유로 판단할 수 있다는 것으로 정리될 수 있다.

그런데 이러한 기타 사유의 차별사유 판단기준에는 몇 가지 의문이 제기될 수 있다고 보인다. 먼저 열거된 19개 차별사유에 준하는 정도의 차별시정의 필요성이 있는 경우에 기타 사유로 포섭될 수 있다고 보아야 할 것인데, 그 중 하나인 사회적 신분의 차별사유에 준하는 정도의 지위에 해당해야 한다는 조건을 다른 보충적인 기준 없이 제외해버림으로써 열거된 19개 사유에 준하는 정도에 이르러야 할 차별사유 판단기준을 모호하게 해 버렸다는 지적을 받을 수 있다.

초등돌봄전담사에 대한 경력산정 등의 차별 사건(19진정0246200 등 88건(병합))에서는 '사회적 신분으로 포섭하기는 어려울 것으로 판단된다... 차별사유 중 기타 사유로 포섭하는 것이 가능할 것으로 보인다'라고 판단하고 있고, 국가인권위원회 18진정0189500 결정에서는 '사회적 신분에 준하는 기타 사유로 포섭하는 것이 가능하다'라고 판단하고 있는 두 결정례 사이에도 사회적 신분과의 비교기준에서 일치하지 않는 면을 보인다.

'사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것'으로 정의되는 사회적 신분에 직접 포섭되지는 않더라도 그에 준하는 정도로서의 새로운 판단기준이 제시되어야 하나 공백으로 남아 있다고 보인다.

나아가 위 결정례에서 언급한 '인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만'이라는 판단기준이 정확히 무엇을 의미하는지는 알기 어렵지만, 인간의 존엄성³⁾은 헌법 제10조에서 기본권의 핵심 원리로 제시하고 있는 내용으로, '인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만'이라는 표현이 '헌법상 기본권과는 관련이 크지 않지만'이라는 의미로 해석될 수 있다면, '평등권 침해의 차별행위'로 정의함으로써 헌법상 기본권인 평등권을 침해하는 경우에 차별행위로 보는 국가인권위원회법 제2조 제3호의 정의 규정에 반하게 될 우려가 있다.

평등권 침해의 차별행위라는 개념은 기본권 침해 가능성을 전제하고 있는 개념이다. '인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만'이라는 판단기준은 기본권 침해 가능성에서 비롯된 차별시정의 필요성에 대한 판단을 제외한 것으로 오해될 소지도 있어 보인다. 국가인권위원회 조사대상이 인간의 존엄성이라는 대전제에 포섭되지 않는 일반 주체들간의 문제에 개입할 권한을 부여받았는지 고민이 필요한 지점이다. 이에 '인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만'이라는 판단기준이 어떤 의미를 가지고 어떤 기준으로 적용되어야 하는지에 대하여 국가인권위원회가 입장을 제시할 필요가 있다고 보인다.

평등법 발제를 통해서도 확인할 수 있듯이 차별시정 기능은 인권 기본권과 관련된 영역과 깊이 관련이 있는 것이다. 기타 사유의 차별행위라 열거된 19개 사유에 추가될 수 있도록 개방되어 있다 하

3) 인간의 존엄성 규정은 모든 기본권의 이념적 전제가 되고 목적이 되는 객관적 헌법원리라고 볼 수 있다. 또한 행복추구권은 헌법에 규정되어 있지 않은 모든 개별기본권을 포괄하는 성격을 가진다.(정희철 기본헌법 223)

더라도 인간의 존엄성과 직접 관련되지 않은 사안까지 포섭할 수 있는지에 대한 분명한 해석이 요구된다고 생각된다. 다른 차별사유의 결정례를 보면, 차별사유에 해당하기 위해서는 기본권 침해 관련성이 있어야 한다는 판단기준을 내세우고 있어 비교된다.⁴⁾

정리하면 현재 제시된 국가인권위원회의 기타 사유 차별행위 판단기준은, 열거된 19개 사유에 준하는 정도여야 한다는 측면(사회적 신분에 준하는 정도일 것을 요구하지 않는다고 밝히고 있다)에서나, 평등권 침해의 차별행위에 해당하여야 한다는 측면(인간의 존엄성과는 관련이 크지 않아도 된다고 하여 기본권 관련성 요소를 배제하고 있다)에서나 국가인권위원회법 제2조 제3호에서 규정한 차별행위 개념에 부합하는지 의문이 제기될 수 있다고 보인다.

7. 소결

결론적으로 기타 사유와 기타 사건을 분리할 필요가 있다. 기타 사유의 판단기준에 대한 정립을 위해서는 조사대상에 포함되지 않는 사건은 기타 사건이나 조사대상에 해당하지 않음으로 처리하고 기타 사유의 차별행위 사건만을 정리해나갈 필요가 있다.

차별행위 사건은 국가기관 등에 의한 사건의 경우에도 차별사유와 차별영역에 대한 판단이 이루어져야 한다. 국가기관 등에 의한 사건에 대해 헌법 제11조 평등권 침해 사건은 국가인권위원회 조사대상으로 다룰 수 있으나 인권침해 사건으로 다룰 수 있고, 차별행위 사건으로 다루기 위해서는 차별사유와 차별영역에 포섭되어야 한다.

헌법 제11조 평등권 침해 사건 심리는 차별의 합리성 판단이 아니라 평등권 침해의 기본권 침해 판단기준을 따르게 된다. 헌법 제11조 평등권 침해 여부와 국가인권위원회법 제2조 제3호 각목을 조합하여 판단기준으로 설정하는 것은 타당하다고 볼 수 없다. 헌법 제11조에 대한 언급이 단지 평등권 침해의 차별행위 중 평등권을 강조하기 위한 것이라면 문제가 없으나 차별사유를 누락하기 위한 목적이라면 시정되어야 한다.

기타 사유의 차별사유 판단기준에 대하여는 특히 인간의 존엄성과의 관련성, 에 대하여 좀 더 심도 있는 검토를 통해 재정립이 필요하다.

II. 기타 사유 판단기준 정립의 필요성

기타 사유의 차별사유 판단기준에 대하여는 특히 인간의 존엄성과의 관련성에 대하여 재검토가 필요하다.

먼저 국가인권위원회는 평등 및 차별금지에 관한 법률(안)에 대한 설명자료에서 “일반적으로 ‘차별’이란 합리적인 이유 없이 성별이나 장애, 인종, 종교 등을 이유로 개인이나 집단을 분리·구별·제한·배제하거나 불리하게 대우하는 행위를 말합니다. ... 여기서 성별 등의 속성은 개인의 인격과 깊이 관련돼 있고, 대개 그것에 해당하는 조건을 선택하거나 포기하기 어려운 것입니다”라고 하였다. 국가인권위원회가 밝히고 있는 견해에 의하면, 차별금지사유에 해당하기 위해서는 개인의 인격과 깊이 관련되어 있고, 대체로 그것에 해당하는 조건을 선택하거나 포기하기 어려운 것이어야 한다. 이러한 차별사유 해당 기준은 기타 사유의 차별사유를 판단하는 기준에서도 적용되어야 하며 상호 일관성이 유지될 필요가 있다. 인격과 깊이 관련되어 있다는 기준은 인간의 기본권으로서의 인격권을 의미하는

4) 성적 지향 결정례(각하 결정례)

것으로 이해될 수 있고 인격권은 헌법 제10조의 인간의 존엄성에서 도출되는 것이므로 결국 차별사유에 해당하기 위해서는 인간의 존엄성으로서의 기본권과 관련되어야 한다는 의미로 해석될 수 있다.

한편 문언에 의하더라도 국가인권위원회법 제30조가 조사대상으로 삼는 국가인권위원회법 제2조 제3호의 차별행위는 ‘평등권 침해의 차별행위’여야 한다. 평등권은 헌법 제11조에 명시된 기본권으로 문언에 의하더라도 기본권 관련성이 인정되지 않는 차별사유를 상정하는 것은 국가인권위원회법 문언에 반하게 될 수 있다.

더 나아가 국가인권위원회의 결정례를 살펴보다도 차별사유 해당성을 부인하여 각하한 사례를 보면 제기된 사유에 대해 기본권 관련성이 부정되어 판단에 작용한 사실을 확인할 수 있다. 이러한 결정례는 기타 사유 판단기준을 제시한 것으로 볼 수 있고 이러한 결정례의 기준을 좀 더 정밀하게 다듬어 기타 사유의 차별사유 판단기준으로 정립하고 현재 기타 사유의 판단기준을 보완할 수 있는 새로운 판단기준을 도출할 수 있다고 보인다.

국가인권위원회는 온라인 채팅 서비스에서 레즈라는 용어를 사용할 수 있는 반면 게이라는 용어는 금지어로 지정되어 사용할 수 없게 되자 이를 성적지향을 이유로 한 차별이라고 진정한 사안에서, 진정 내용이 성적지향이나 성별을 이유로 한 차별사유에 해당하지 않을 뿐 아니라 기타 사유에도 해당하지 않는다고 판단하면서 그 판단기준을 제시하였다(16진정0123000 결정). 16진정0123000 결정례는, ‘이 사건 피해자는 게이라는 단어를 사용하고자 하는 이용자 집단이고 비교대상은 금지어를 사용하지 않는 이용자인데, 게이라는 단어를 사용하고자 하는 이용자는 속성은 성적지향, 성별 등 19개 열거된 차별사유와 관련이 없을 뿐 아니라 동성애 반대론자들도 게이라는 단어를 사용하고자 한다면 동일한 피해를 입게 되므로 성적지향 등 국가인권위원회법에 열거된 19개 차별사유에 해당하지 않는다’고 판단하였다. 나아가 19개 열거된 차별사유 이외에 기타 사유의 차별사유에 해당하는지 여부를 판단해보았는데, 먼저 ① 게이라는 단어를 사용하고자 하는 이용자라는 속성은 무한정의 불특정 다수로 집단으로서의 실체가 사실상 없고, ② 국가인권위원회가 명시적으로 열거하는 19개 차별사유는 생래적 속성(성별 등), 변경하였을 경우 인간의 양심과 존엄성에 심각한 위해가 되는 속성(종교 등) 수준의 불가역적인 속성인데 반하여, 게이라는 단어를 대체하는 단어의 사용까지 금지된 것은 아니라는 점까지 고려하면, 게이를 대체하는 단어를 사용하게 하는 것이 이들의 인간의 존엄성이나 양심의 자유를 침해한다고 볼 수 없고, 이용자가 동성애 반대자라면 해당 단어를 사용하지 못하게 하는 것이 인간의 존엄성과 양심의 문제 등 인권침해와 무관하며, 실제 동성애자라면 이로 인해 모욕감을 느낄 수는 있으나, 이는 표현의 자유나 혐오표현에 의한 모욕 문제이지 차별사유는 아니라고 하여 기타 사유에도 해당하지 않는다고 판단하고 조사대상에 해당하지 않는다는 이유로 각하하였다. 위 결정례는 기타 사유 판단기준으로 19개 사유에 준하는 인간의 존엄성 등 기본권과 차별사유의 관련성이 인정되어야 한다고 본 것으로 타당한 판단이라고 생각된다.

이러한 점들을 종합해보면 기타 사유의 차별사유 판단기준에 대하여는 인간의 존엄성과의 관련성이 인정되어야 한다는 판단기준이 포함되어야 한다. 현재와 같이 ‘인간의 존엄성과는 관련이 크지 않지만’이라는 기준은 앞서 살펴본 기준에 부합하지 않으므로 삭제되어야 한다.

제15절. 성희롱

I. 성희롱의 개념

1. 관련 법률

현재 성희롱 개념에 대해 규정하고 있는 법률은 「국가인권위원회법」, 「양성평등기본법」, 「남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률」(이하 「남녀고용평등법」)이 있다. 세 법률은 그 목적과 적용범위에 차이가 있다.

「국가인권위원회법」은 모든 영역에서 국민의 인권을 보호하기 위해 성희롱 피해자의 권리구제에 대하여 규정하고 있고, 「양성평등기본법」은 정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에서 양성평등을 실현하기 위해 국가 및 지방자치단체, 사업주가 해야 할 기본적인 사항으로 성희롱예방교육 등 방지조치에 관하여 규정하고 있으며, 「남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률」은 고용영역에서 남녀평등을 실현하는 것을 목적으로 성희롱예방교육과 행위자에 대한 제재 및 피해자 보호 등에 관하여 규정하고 있다.

「국가인권위원회법」의 적용범위는 “대한민국 국민”과 “대한민국 영역에 있는 외국인”이다(국가인권위원회법 제4조). 「남녀고용평등법」의 적용범위는 “근로자를 사용하는 모든 사업장”이며, 다만, 동거의 친족만으로 이루어지는 사업 또는 사업장과 가사사용인에 대하여는 적용되지 않는다(남녀고용평등법 제3조, 시행령 제2조). 「양성평등기본법」은 적용범위를 정한 조항이 없으며, 각 조항에서 적용대상을 규정하고 있다. 성희롱의 행위자를 국가기관 등의 종사자, 사용자 또는 근로자로 규정하고 있으므로 공공부문 및 민간부문에 모두 적용되나, 성희롱 등의 방지시책 마련의무는 국가 및 지방자치단체가 그 적용대상이다(양성평등기본법 제3조, 제30조). 성희롱 예방교육 등 방지조치 마련의무는 국가기관의 장 및 사용자에게 있으나, 그 조치결과를 여성가족부 장관에게 제출하는 것은 국가기관 등의 장에게만 해당된다(양성평등기본법 제3조, 제31조).

2. 성희롱의 법적 개념

「국가인권위원회법」은 성희롱에 대하여 “업무, 고용 그 밖의 관계에서 공공기관의 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 것”으로 정의하고 있다(국가인권위원회법 제2조 5항).

「양성평등기본법」은 “성희롱”이란 업무, 고용, 그 밖의 관계에서 국가기관·지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공단체*의 종사자, 사용자 또는 근로자가 ‘지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 또는 성적 요구 등으로 상대방에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위’ 또는 ‘상대방이 성적 언동 또는 요구에 대한 불응을 이유로 불이익을 주거나 그에 따르는 것을 조건으로 이익 공여의 의사표시를 하는 행위’를 하는 경우를 말한다.(양성평등기본법 제3조 제2호).

「남녀고용평등법」은 “직장 내 성희롱이란 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 고용에서 불이익을 주는 것을 말한다(남녀고용평등법 제2조 제2호).

이 세 법률을 성희롱 행위자, 피해자, 업무관련성, 행위태양, 피해로 나누어 비교하면 아래와 같다.

<성희롱의 성립요건>

구분	국가인권위원회법	양성평등기본법	남녀고용평등법
행위자	공공기관(국가기관, 지방자치단체, 각급 학교, 공직유관단체)의 종사자, (민간사업체의) 사용자 또는 근로자	국가기관 등 (국가기관· 지방자치단체, 각급 학교, 공직유관단체)의 종사자, (민간사업체의) 사용자 또는 근로자	사업주·상급자 또는 근로자
피해자	불특정	불특정	다른 근로자
업무 관련성	업무, 고용, 그 밖의 관계에서 직위를 이용하여 또는 업무 등과 관련하여	업무, 고용, 그 밖의 관계에서 직위를 이용하거나 업무 등과 관련하여	직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여
행위 태양	성적 언동, 그 밖의 요구	성적 언동 또는 성적요구 등, 성적언동 또는 요구	성적언동 등
행위로 인한 피해	성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니한다는 이유로 고용상의 불이익을 주는 것	성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위와 상대방이 성적 언동 또는 요구에 대한 불응을 이유로 불이익을 주거나 그에 따르는 것을 조건으로 이익 공여의 의사표시를 하는 행위	성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 근로조건 및 고용에서 불이익을 주는 것

3. 구체적 개념 및 범위

가. 성희롱의 당사자

1) 성희롱 행위자

「국가인권위원회법」, 「양성평등기본법」성희롱의 행위자는 공공기관 종사자, 사용자, 근로자이다.

“공공기관 종사자”는 국가기관, 지방자치단체, 각급 학교, 공직유관단체에 소속되어 보수를 받고 그 업무를 수행하는 기관장 및 임직원이다. 여기에는 공무원관계법의 적용을 받는 공무원, 그 밖에 공공단체에 종사하면서 「근로기준법」의 적용을 받는 근로자도 해당된다. 국가인권위원회 차별판단지침에 따르면, 공공기관의 종사자 범주에는 공공기관의 임직원뿐만 아니라, 공공기관과 일정한 관련을 맺고 공공기관의 업무를 수행하고 있는 사람도 포함되며, 임금 등 근로의 대가를 받는 종사자는 아니나 공공기관과 일정한 관련을 맺고 그 기관의 업무를 수행하고 있는 사람도 포함된다.¹⁾

“사용자”에 대하여「국가인권위원회법」은 명문화된 규정이 없다. 국가인권위원회 차별판단지침에 따르면 “사용자는 사업주와, 그를 대리하여 사업을 대표하는 자 또는 피고용인의 고용 지위에 영향을 미칠 수 있는 자, 일상적인 직무 수행에 있어서 피고용인에 대해 권한을 갖는 자”이며, 사용자에게 해당하는지 여부는 “성희롱으로 인하여 피해자가 고용상의 불이익에 처하지 않도록 해야 한다는 성희

1) 국가인권위원회, “차별판단지침”, 국가인권위원회 차별시정본부, 102면.

통 규제의 취지가 실효성을 가질 수 있도록 피해자의 고용지위나 일상적인 직무수행에 영향을 미칠 수 있는지의 여부”로부터 판단해야 한다는 기준을 정하고 있는 바, ‘근로기준법’이나 ‘노동조합 및 노동관계조정법’에서의 사용자 범위에 대한 해석보다 그 범위가 확대되어 있다.²⁾

“근로자”는 개별적 근로관계를 규율하는 「근로기준법」상의 근로자를 말하는 것으로 보아야 할 것이다. 「근로기준법」제2조 제1항 제1호에 따르면 ‘근로자’란 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”를 말한다. 즉, 임금을 받기 위해서 사용자의 지휘·명령 하에 실질적으로 사용종속관계에서 노무를 제공하는 자를 말하며 현재 취업하고 있는 자로 보는 것이 현재 우리나라의 판례, 행정해석, 학설의 일치된 견해이다. 근로계약기간 및 근로형태 등을 불문하여 임시직, 계약직, 시간제 근로자도 모두 포함된다.

「국가인권위원회법」, 「양성평등기본법」, 「남녀고용평등법」 모두 고객 등 제3자를 성희롱의 주체로 규정하고 있지 않다. 다만, 「남녀고용평등법」은 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 사람이 업무수행 과정에서 성적인 언동 등을 통하여 근로자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감 등을 느끼게 하여 해당 근로자가 그로 인한 고충 해소를 요청할 경우 사업주에게 해당 근로자에게 근무 장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하여야 할 의무를 부과하고 있으며, 피해를 주장하거나 고객 등으로부터의 성적 요구 등에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 하는 것을 금지하고 있다(남녀고용평등법 제14조의2).

2) 성희롱의 피해자

「남녀고용평등법」은 직장 내 성희롱을 사업주, 상급자 또는 근로자가 “다른 근로자”에게 하는 성적 언동 등으로 규정하고 있으며, 피해 상대방을 근로자로 특정하고 있으므로, 근로자가 사용자 등 근로자가 아닌 자에 대하여 한 성적 언동은 현행 「남녀고용평등법」상의 직장 내 성희롱에 해당하지 않는다.

「양성평등기본법」과 「국가인권위원회법」의 성희롱 개념 규정은 성희롱이 누구에 대해 행하여져야 하는가의 문제, 즉 상대방에 관하여 명시하지 않고 있다. 「양성평등기본법」과 「국가인권위원회법」은 「남녀고용평등법」처럼 “직장 내 성희롱”, “직장 내의 지위를 이용하여” 등 “직장 내”라는 표현을 사용하고 있지 않으며, 성희롱을 “업무, 고용, 그 밖의 관계에서 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여” 이루어지는 성적 언동으로 정의하여 고용 관계를 전제로 하지 않는바, 업무, 고용 그 밖의 관계에 있는 사람 누구나가 피해자가 될 수 있다.

따라서 근로자 및 채용과정 중에 있는 자가 아니더라도, 사용자, 민원인, 고객, 거래처 관계자, 용역업체 종사자, 특수고용형태종사자, 학생, 교육생 등을 대상으로 하는 성적 언동도 성희롱이 될 수 있다. 여성가족부의 「성희롱·성폭력 예방지침 표준안」 또한 업무 관련성이 있는 제3자까지 적용 범위에 넣음으로써 기관이 해결하여야 할 성희롱·성폭력의 범위를 확장해서 명시하고 있다.

나. 업무 관련성

성희롱의 개념을 규정하고 있는 법률은 모두 성적 언동이 “지위(직위)를 이용하거나 업무 등과 관련하여” 이루어질 것, 즉 업무 관련성을 요건으로 한다.

업무 관련성이란 업무상의 사유를 말한다. 이는 성희롱의 발생이 반드시 근무시간 내 혹은 직장 내에서 발생하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니라, 그 외의 경우일지라도 성희롱이 발생한 상황

2) 07진차103 성희롱, 07진자89, 06진차425, 08진차955 성희롱 사건 등 참조

업무상의 사유가 있다고 판단되는 경우라면 업무 관련성이 있다고 본다는 것을 의미한다. 즉 업무 관련성은 근무시간, 직장 내 등의 근무 장소, 업무와의 직접적인 연관성에만 국한되지 않으며, 업무 관련성에 관한 판단은 업무와의 더욱 폭넓은 연관성 속에서 이루어져야 한다. 성희롱 행위자가 자신의 지위를 이용할 수 있는 상황이었거나 업무 관련 이야기를 나누기 위한 만남, 업무 관련 활동을 위한 만남에서 이어지는 연속적인 술자리 등은 업무 관련성을 갖는다고 볼 수 있다.³⁾

다. 원치 않는 성적 언동 또는 그 밖의 요구

1) 상대방이 원치 않는 것

국가인권위원회는 성희롱은 “명시적 또는 추정적인 반응 등의 구체적 사정을 종합하여, 행위의 상대방이 그러한 행위를 원치 않았고 불쾌감을 느꼈는지, 일반 여성의 합리적 관점에서 볼 때 성적 함의가 있는 불쾌감을 주는 행위였는지에 의해 결정⁴⁾하는 것으로, “상대방이 원하지 않는” 성적 언동이었던지에 대한 판단에 있어, 상대방이 명시적인 거부 의사를 표현한 경우로만 한정되는 것이 아니라, 적극적으로나 소극적 또는 묵시적으로 이를 거부하는 경우 또한 “원하지 않는” 성적 언동에 포함되는 것으로 본다.

2) 성적인 것의 의미

성적 언동이 및 요구라 함은 신체적인 접촉이나 성적인 의사 표현뿐만 아니라 성적 함의가 담긴 모든 언행과 요구를 말한다.

행위자의 언행에 성적 함의가 있었는지 여부를 판단하는데 있어 가해자의 의도는 고려하지 않는다. 가해자에게는 성적인 함의가 담긴 말이나 행동이 아니었을지라도 일반적으로 판단하기에 성적 함의를 갖는다고 볼 수 있는 경우들이 있다. 해당 언행이 ‘성적인’ 것인지의 여부는 사회적·문화적으로 규정되는 것인바, 그 언행을 둘러싼 제반 상황을 종합적으로 고려하면서 판단하여야 한다.⁵⁾

또한 성적 언동인지 여부는 상대에 대한 ‘성적 욕구’의 유무, 혹은 그 가능성과는 관계가 없다. 따라서 가해자 또는 피해자의 성적 지향과는 무관하며, 이성애자인 남(여)성이 같은 이성애자인 남(여)성을 성희롱 할 수 있고, 동성애자인 남(여)성이 동성애자인 여(남)성을 성희롱 할 수 있는 것이다⁶⁾. 성적 욕구가 전제되지 않더라도, 가해자가 어떤 성적 지향을 가지고 있는지와 무관하게 성적 의미를 담고 있는 언동은 성희롱이 될 수 있다.

성희롱을 성적인(sexual) 의미가 내포된 성적 언동으로 제한하지 않는 외국의 입법례도 있으나, 우리나라 구 「남녀고용평등법」의 직장 내 성희롱에 관한 노동부 지침은 “특정인에게 무조건 커피 심부름을 시키거나 반말을 하는 것은 직장 예의에 벗어나는 여성 비하적인 행동으로 볼 수 있으나 성적 언동이 아니”라고 예시하였다. 국가인권위원회 또한 성역할에 근거한 희롱을 포함할 경우 성희롱 개념이 지나치게 확대될 우려가 있고 ‘성적 함의’라는 요건을 충족하는 ‘성적(sexual)’인 요소에 대한 입증의 어려움이 있으므로 일반적인 성차별에 근거하여 판단해야 한다고 하고 있다⁷⁾.

3) 국가인권위원회, “차별판단지침”, 국가인권위원회 차별시정본부, 2008. 107면.

4) 국가인권위원회 2005. 9. 13. 05진차470 결정

5) 국가인권위원회, “차별판단지침”, 국가인권위원회 차별시정본부, 2008, 112면.

6) 국가인권위원회, “차별판단지침”, 국가인권위원회 차별시정본부, 2008, 105면.

7) 국가인권위원회, “차별판단지침”, 국가인권위원회 차별시정본부, 2008, 110면

3) 구체적 행위유형

구체적인 행위 유형은 형사처벌 대상 여부를 가리지 않으며, 강간이나 추행 등의 성폭력 행위도 성희롱에 포함되는 것으로 본다.⁸⁾ 성적 언동을 단 1회만 한 것이라도 성희롱이 성립될 수 있고 특정인을 염두에 두지 않은 언동이라도 그것을 보고 듣는 사람에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 준다면 성희롱에 해당한다.⁹⁾

「남녀고용평등법」 시행규칙 제2조 별표1 『성희롱 판단기준 예시』는 아래와 같이 성적 언동의 구체적인 예를 신체적인 것, 언어적인 것, 시각적인 것, 기타로 구분하여 제시하고 있는데, 반드시 이에 정한 사항에만 국한되는 것이 아니며, 예시된 행위가 발생할 경우에도 구체적인 맥락에 따라 성희롱으로 인정되지 않는 경우도 있다.

<남녀고용평등법 상 직장 내 성희롱 판단예시>

직장 내 성희롱을 판단하기 위한 기준의 예시

1. 성적언동의 예시

가. 육체적 행위

- (1) 입맞춤, 포옹 또는 뒤에서 껴안는 등의 신체적 접촉행위
- (2) 가슴·엉덩이 등 특정 신체부위를 만지는 행위
- (3) 안마나 애무를 강요하는 행위

나. 언어적 행위

- (1) 음란한 농담을 하거나 음탕하고 상스러운 이야기를 하는 행위(전화통화를 포함한다)
- (2) 외모에 대한 성적인 비유나 평가를 하는 행위
- (3) 성적인 사실 관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 퍼뜨리는 행위
- (4) 성적인 관계를 강요하거나 회유하는 행위
- (5) 회식자리 등에서無理하게 옆에 앉혀 술을 따르도록 강요하는 행위

다. 시각적 행위

- (1) 음란한 사진·그림·낙서·출판물 등을 게시하거나 보여주는 행위(컴퓨터통신이나 팩시밀리 등을 이용하는 경우를 포함한다)
- (2) 성과 관련된 자신의 특정 신체부위를 고의적으로 노출하거나 만지는 행위

라. 그 밖에 사회통념상 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 것으로 인정되는 언어나 행동

2. 고용에서 불이익을 주는 것의 예시

채용탈락, 감봉, 승진탈락, 전직(轉職), 정직(停職), 휴직, 해고 등과 같이 채용 또는 근로조건을 일방적으로 불리하게 하는 것

비고: 성희롱 여부를 판단하는 때에는 피해자의 주관적 사정을 고려하되, 사회통념상 합리적인 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가를 함께 고려하여야 하며, 결과적으로 위협적·적대적인 고용환경을 형성하여 업무능률을 떨어뜨리게 되는지를 검토하여야 한다.

8) 국가인권위원회, “차별판단지침”, 국가인권위원회 차별시정본부, 2008. 116~117면 내용 참조.

9) 고용노동부(2016), 위의 글, 18쪽.

라. 성적 굴욕감이나 혐오감 또는 고용상의 불이익

1) 성적굴욕감 및 혐오감

「양성평등기본법」과, 「국가인권위원회법」, 「남녀고용평등법」 모두 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 성적 언동을 성희롱으로 규정하고 있다. “성적 굴욕감 또는 혐오감”이란 성적 언동으로 인하여 상대방(피해자)이 느끼게 되는 불쾌한 감정을 말한다.

국가인권위원회는 대부분의 결정례에서 “일반 여성의 합리적 관점에서 볼 때 성적 함의가 있는 불쾌감을 주는 행위였는지”를 기준으로, 소수의 남성 진정 사례에 대하여는 “합리적 일반인의 관점”을 기준으로 “성적 굴욕감 또는 혐오감”을 주는 행위 여부를 판단하였다.

“합리적인 여성”의 관점은 성희롱 피해자의 대부분이 여성이며 가해자의 대부분이 남성이라는 현실, 우리 사회의 성 규범과 문화가 일반적으로 여성과 남성에게 다르게 작동하고 있는 현실, 그리고 특정한 언동이 성희롱인가 아닌가는 가해자의 의도와 관계없이 판단되어야 한다는 원칙 등을 고려한 것이다.

「남녀고용평등법」 시행규칙 제2조 별표1 『성희롱 판단기준 예시』의 비고란에는 “피해자의 주관적 사정을 고려하되 합리적 사람이 피해자의 입장이라면 문제가 되는 행동에 대하여 어떻게 판단하고 대응하였을 것인가”를 기준으로 판단하도록 규정하고 있어, 성희롱 판단기준과 관련하여 “합리적 사람”의 기준을 채택하되 피해자의 입장이나 사정을 충분히 고려할 것을 요구하고 있다. “합리적인 사람”이란 그 사회의 평균적인 도덕적, 정서적 수준 및 판단력을 가진 가상의 사람을 의미하는 것으로서, 특정한 성적 언동이 굴욕감이나 수치심, 또는 위협을 느낄 수 있을 만한 언동인가를 판단하기 위한 기준이 된다. 기존의 대법원 판례에서의 “객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람”¹⁰⁾도 비슷한 개념이다.

“합리적인 피해자” 관점은 피해자가 여성인가 혹은 남성인가에 따라 ‘합리적인 여성’ 혹은 ‘합리적인 남성’의 기준으로 해석될 수 있다는 점에서 피해자가 남성인 성희롱 사건에 대해서도 적용될 수 있다.

최근 대법원은 “법원이 성희롱 관련 소송의 심리를 할 때에는 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않아야 하며, 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려”하여 판단하여야 하고, “우리 사회의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자와 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지”를 기준으로 판단하여야 한다는 성희롱 소송의 심리 및 증거판단에 대한 기준을 제시하였다¹¹⁾.

성인지 감수성이란 어떤 현실이 마치 객관적이고 중립적인 것처럼 보이나, 실제로는 남성 중심적인 사고방식과 사회문화적 구조로 인해 여성과 남성이 처한 상황과 조건, 기대되는 요구, 자원과 재발에 대한 접근 기회와 통제권한, 의사결정권한 등에 있어 차이가 존재하며 이로 인해 성별로 다른 결과와 영향을 초래하게 되는 상황에 대해 인식하는 능력을 말한다.¹²⁾

2) 고용상의 불이익

「남녀고용평등법」 시행규칙 제2조 관련 별표1은 고용상의 불이익에 관하여 “채용탈락, 감봉, 승진탈락, 전직(轉職), 정직(停職), 휴직, 해고 등과 같이 채용 또는 근로조건을 일방적으로 불리하게 하는

10) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005두646 판결

11) 대법원 2018.4.12. 선고 2017두74702판결

12) 고용노동부, “직장 내 성희롱 예방·대응 매뉴얼” 2018, 17면.

것"으로 예시하고 있다.

한편, 「국가인권위원회법」은 성희롱의 주체 및 대상을 고용관계에 한정하고 있지 않아, 공공기관의 종사자와 민원인, 대학교 교수와 학생 등 다양한 관계에 있어서 발생할 수 있는 성희롱을 모두 포괄하고 있다. 국가인권위원회 차별판단지침에 따르면 이 법에서 규제하는 성희롱은 업무 혹은 고용상의 관계에서 발생하는 것에만 제한되지 않는바, ‘성적 언동이나 요구에 불응을 이유로 한 불이익’은 고용상의 불이익뿐만 아니라 학교, 군대, 자원봉사단체, 친목단체 등에서와 같이 사회 전 영역에서의 제반 불이익을 말하며, 고용상의 불이익으로만 한하여 해석 적용할 필요는 없다는 입장이다. 따라서 고용 뿐 아니라 재화·교육시설·교육훈련 등에서의 정당한 혜택이 거부 혹은 축소되거나, 거부 혹은 축소를 위협하는 것 역시 불이익에 해당된다.¹³⁾

4. 2차 피해

성희롱 2차 피해란 “성희롱 피해자에게 조직 또는 주변인이나 행위자가 업무와 관련된 불이익을 주거나, 성희롱 사건에 대한 소문, 피해자에 대한 배척, 행위자에 대한 옹호 등으로 피해자를 괴롭히는 것”을 의미한다¹⁴⁾.

2차 피해에 대해 규정하고 있는 법률은 「남녀고용평등법」(법률 제15109호, 2017.11.28 일부개정, 2018.5.29.시행)과 「여성폭력방지기본법」(법률 제16086호, 2018. 12. 24. 제정, 2019.12.15. 시행)이 있다. 「국가인권위원회법」이나 「양성평등기본법」은 성희롱 2차 피해와 관련한 내용을 구체적으로 규정하고 있지 않으며, 다만 「국가인권위원회법」은 ‘누구든지 이 법에 따라 위원회에 진정, 진술, 증언, 자료 등의 제출 또는 답변을 하였다는 이유만으로 해고, 전보, 징계, 부당한 대우, 그 밖에 신분이나 처우와 관련하여 불이익을 받지 아니한다’고 하여 ‘불이익 금지와 지원’을 규정하고 있으나(국가인권위원회법 제55조), 그 위반에 대하여는 별도 규정을 두고 있지 않다.

「남녀고용평등법」 또한 성희롱 2차 피해의 개념을 직접 명시하고 있지는 않지만, 성희롱 피해자 및 신고 근로자에 대한 불리한 처우를 구체적으로 명시하여 금지하고 있으며(제14조 제6항), 이 규정을 위반하여 성희롱 발생 사실을 신고한 근로자 또는 피해 근로자 등(피해를 입은 근로자 및 피해를 입었다고 주장하는 근로자)에게 불리한 처우를 한 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하 벌금 등의 형사처벌 대상이 된다(남녀고용평등법 제37조 제2항 제2호). 또한, 성희롱 사건 조사 및 처리과정에서의 피해자 비밀 보호를 위하여 “직장 내 성희롱 발생 사실을 조사한 사람, 조사내용을 보고 받은 사람 또는 그 밖에 조사 과정에 참여한 사람은 해당 조사 과정에서 알게 된 비밀을 피해근로자 등의 의사에 반하여 다른 사람에게 누설하여서는 안 된다.”고 규정하고 있으며, 조사내용을 공개할 수 있는 경우를 “조사와 관련된 내용을 사업주에게 보고하거나 관계 기관의 요청에 따라 필요한 정보를 제공하는 경우”로 제한하고 있다(제14조 제7항).

「여성폭력방지기본법」은 ‘여성폭력’, ‘여성폭력 피해자’에 대해 정의하면서 여성폭력 피해자에 대한 ‘2차 피해’를 구체적으로 명시하여 금지하고 있다.

두 법률에서 금지하고 있는 2차 피해의 내용을 정리하여 보면 다음과 같다.

13) 국가인권위원회, “차별판단지침”, 국가인권위원회 차별시정본부, 2008. 119면.

14) 여성가족부, “직장내 성희롱성폭력 사건처리 매뉴얼”

〈남녀고용평등법 및 여성폭력방지기본법상 금지하고 있는 2차 피해〉

	남녀고용평등법(제14조 제6항)	여성폭력방지기본법(제3조 제3호)
조사 및 수사과정		수사·재판·보호·진료·언론보도 등 여성폭력 사건처리 및 회복의 전 과정에서 입는 정신적·신체적·경제적 피해(가목)
다른 사람으로부터의 피해		집단 따돌림, 폭행 또는 폭언, 그 밖에 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위로 인한 피해(정보통신망을 이용한 행위로 인한 피해를 포함한다)(나목)
사용자로부터의 피해	파면, 해임, 해고, 그 밖에 신분상실에 해당하는 불이익 조치(제1호)	파면, 해임, 해고, 그 밖에 신분상실에 해당하는 신분상의 불이익조치(다목)
	징계, 정직, 감봉, 강등, 승진 제한 등 부당한 인사조치(제2호)	징계, 정직, 감봉, 강등, 승진 제한, 그 밖에 부당한 인사조치(다목)
	직무 미부여, 직무 재배치, 그 밖에 본인의 의사에 반하는 인사조치(제3호)	전보, 전근, 직무 미부여, 직무 재배치, 그 밖에 본인의 의사에 반하는 인사조치(다목)
	성과평가 또는 동료평가 등에서 차별이나 그에 따른 임금 또는 상여금 등의 차별 지급(제4호)	성과평가 또는 동료평가 등에서의 차별과 그에 따른 임금 또는 상여금 등의 차별 지급(다목)
	직업능력 개발 및 향상을 위한 교육훈련 기회의 제한(제5호)	교육 또는 훈련 등 자기개발 기회의 취소, 예산 또는 인력 등 가용자원의 제한 또는 제거, 보안정보 또는 비밀정보 사용의 정지 또는 취급 자격의 취소, 그 밖에 근무조건 등에 부정적 영향을 미치는 차별 또는 조치(다목)
	집단 따돌림, 폭행 또는 폭언 등 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위를 하거나 그 행위의 발생을 방치하는 행위(제6호)	주의 대상자 명단 작성 또는 그 명단의 공개, 집단 따돌림, 폭행 또는 폭언, 그 밖에 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위(다목)
	그 밖에 신고를 한 근로자 및 피해근로자등의 의사에 반하는 불리한 처우(제7호)	직무에 대한 부당한 감사 또는 조사나 그 결과의 공개(다목) 인허가 등의 취소, 그 밖에 행정적 불이익을 주는 행위(다목) 물품계약 또는 용역계약의 해지, 그 밖에 경제적 불이익을 주는 조치(다목)

II. 성희롱 여부 판단

1. 성희롱이 인정된 사례

가. 성희롱 행위자

‘공공기관의 종사자’의 범위는 공공기관의 임직원에 한정되지 않으며, 상당기간 공공기관과 일정한 관련을 맺고 공공기관의 업무를 수행하고 있는 사람도 포함된다고 보아 교육을 위탁받아 수행한 강사를 성희롱 행위자로 인정한 사례가 있다. 교사가 학생에 대한 성희롱은 교사가 공공기관의 종사자에 해당되므로 성희롱이 인정되었다.

사용자의 범위에 대해 인권위원회는 거래처의 대표로 있는 사내 등기이사에 대해 여러 가지 사정에 근거하여 실질적인 사용자에게 해당함을 인정하였고, 편의점 사업주의 자녀도 관리업무를 일부 담당

하고 있는 사정을 고려하여 사용자에게 해당한다고 보는 등 당해 근로자의 근로조건 및 환경에 영향력을 행사할 수 있는 자로 적극적으로 해석하고 있다.

퇴사한 이후, 즉 근로관계가 종료된 후에라도 업무에 직간접적으로 관여하여 업무관련성이 인정된다면 행위자가 될 수 있다고 판단하였다.

1) 공공기관 종사자의 해석

□ 위탁교육을 실시한 강사가 공공기관의 종사자에 해당하는지 여부

* '공공기관의 종사자'라 함은 공공기관의 임직원뿐만 아니라, 상당기간 공공기관과 일정한 관련을 맺고 공공기관의 업무를 수행하고 있는 사람도 포함한다고 할 것이다. 공단이 위탁하여 실시한 교육은 공단의 고유의 업무와 밀접한 관련이 있을 뿐만 아니라, 원래는 공단이 자체적으로 실시하여야 할 사항인 것이다. 그런데 공단은 이러한 교육을 ○○에게 위탁하여 시행하였고, ○○은 공단의 승인을 얻어 그 일부를 원고에게 다시 위탁하였는 바, 교육의 목표와 방향을 정하여 이를 위탁한 공단으로서 자신은 위탁한 교육이 소기의 목적을 달성할 수 있도록 지휘감독할 수 있는 지위에 있을 뿐만 아니라 그리 하여야 할 직무가 있는 것이고 그러한 범위에 한정하여 본다면 원고는 공단의 지휘감독을 받는 위치에 있다고 할 것이며, 원고는 공단의 업무를 수행한 것이라고 보아야 하므로 본 법리에 비추어 원고는 공공기관인 공단의 '종사자'에 속한다고 새겨야 할 것이다(대법원 2005. 7. 8. 선고 2005두487 판결).

2) 사용자의 범위

□ 등기상 사내이사이자 거래처의 대표이사인 피진정인이 사용자 범주에 포함되는지 여부

* 회사의 법인 카드를 소지하면서 월 100만원 가량의 업무추진비를 사용하는 점, 피진정인의 통신비 및 주유비를 회사가 지불하고 있는 점, 피진정인이 회사에 직원을 추천하거나, 영화수입 배급 시 필요한 업무에 대해 직원과 협의를 하는 점, 회사의 인테리어 등의 지시를 하는 점 등을 종합하여 실질적인 회사의 사용자에게 해당된다. 따라서 본 건은 직장 내 상하관계에 있는 근로자와 사용자 간의 위계관계 속에서 발생한 행위이므로 업무관련성이 인정된다(18진정0363400).

□ 편의점 사업주 자녀인 피진정인이 사용자 범주에 포함되는지 여부

* 편의점 사업주의 자녀인 피진정인은 사업주인 어머니를 통해 아르바이트생인 진정인의 고용지위나 근무환경 전반에 영향을 줄 수 있는 지위에 있으며, 주말에 사업주인 어머니를 대리하여 편의점 물품 발주, 창고 물건의 매장 반입 등 편의점의 관리업무를 하고 있어 관리책임이 있는 자로서 사용자 범주에 포함된다(17진정 0506300).

3) 근로관계 종료된 자에 대해 행위자 인정

□ 사직 처리된 이후에도 업무에 관여하면서 성적언동을 한 사례

* 피진정인이 형식적으로는 사직처리 되었으나 이후에도 업무에 직간접으로 관여하였고, 성적 언동을 한 당일에도 공사현장을 다녀온 후 회식자리에 참석한 것이므로 업무관련성이 인정된다(09진차0001088).

나. 성희롱의 대상

성희롱은 구직자에 대해서도 성립되며, 성적 언동의 대상이 아니더라도 다른 사람에 대한 성적 발언을 들은 사람도 성희롱의 피해자가 될 수 있다.

제3자에 대한 성희롱에 대하여는 식당 지배인의 파견직원에게 대한 성적 언동, 용역업체 관리업무를 수행한 일반직 공무원의 용역업체 직원에게 대한 성적 언동, 방송제작사 직원의 프리랜서에 대한 성적

연동 등이 인정되었는바, 직접 고용관계가 아닌 파견 및 용역, 프리랜서 등 간접고용관계 및 특수고용관계에서 성희롱이 인정된 사례들이 있다. 거래업체 직원도 업무 관련성이 인정되면 성희롱의 대상이 될 수 있으며, 병원 직원의 환자에 대한 성적 언동, 경찰관의 수사 대상자에 대한 성적 언동 등에 대해서도 성희롱이 인정되었는바, 업무와 관련한 고객 등 제3자 또한 성희롱의 대상이 된다.

성희롱은 고용관계 뿐만 아니라 교육과정에서 교수, 강사, 교사 등에 의하여 학생을 대상으로도 이루어질 수 있으며, 학부모에 대한 성희롱 행위도 학생의 부모라는 관계의 특성상 업무 관련성을 인정할 수 있는 사례가 있다.

1) 구직자도 성희롱의 대상

□ 채용 전 실시된 술자리 면접 과정에서 회사 대표가 구직자에 대해 성희롱을 한 사례

* 성희롱은 대부분 남녀 간의 불평등한 권력 관계나 근로관계에서 성적 편견과 차별 의식에서 비롯되는 것으로, 특히 피진정인은 진정인의 채용에 결정권을 가진 회사 대표로서 면접지원자에게 지위를 이용하여 성적 언동을 한 것으로 판단되고, 피진정인은 회사 대표로서 직장 내에서 여성 직원들이 성희롱 및 성차별적 편견 등으로부터 안전하게 일할 수 있도록 관리 감독해야 할 책임이 있음에도 불구하고 면접 과정에서 여성 구직자에게 성적 언동을 하였다는 것에 문제의 심각성이 있다고 할 것이다(11진정056110).

2) 타인에 대한 성적 언동을 함께 들은 사람을 피해자로 인정

□ 커피숍 사장의 지속적인 성희롱 발언

* 피진정인은 업무 공간인 커피숍에서 진정 외 임00에게 “너 조루 자지냐?”라는 등의 성적인 발언을 하였고 비록 그 발언이 진정 외 임00에게는 동성 간에 수용 가능한 농담과 장난이었을지라도 하더라도 근로공간에서 그 발언을 들은 피해자 등 여성 직원에게 성적 혐오감을 느끼게 하기에 충분한 성적 언동으로 인정된다. 또한 피진정인은 다른 사람들이 자신의 말을 듣고 있다는 사실을 인지하고 있었을 뿐 아니라 진정 외 임00이 없을 때에도 “조루자지”, “잡지” 등의 발언을 한 사정 등을 살펴볼 때 해당 발언이 꼭 진정 외 임00을 대상으로 한 발언이라고도 보기 어렵다.

* 무엇보다 피해자 등이 피진정인의 발언에 대해 문제를 제기하고 이를 만류하였음에도 해당 발언을 반복하는 등 피진정인의 행위가 개선되지 않음으로 인해 피해자를 비롯한 여성 근로자들의 근로환경이 악화되었을 것으로 짐작할 수 있다. 따라서 이러한 피진정인의 성적언동은 합리적 피해자의 관점에서 성적 혐오감이나 굴욕감을 야기하기에 충분하며 「국가인권위원회법」 제2조 제3호 라목이 정한 성희롱에 해당한다고 판단된다.(19진정 0421300)

3) 제3자에 대해 발생하는 경우

□ 식당 지배인이 아웃소싱 업체에서 파견된 직원에게 성희롱을 한 사례

* 피진정인은 진정인과 같은 회사 소속은 아니지만 식당운영을 총괄하는 책임자로서 진정인의 업무를 총괄하는 지위에 있으며, 성희롱 및 성차별적 편견 등으로부터 안전하게 일할 수 있도록 관리감독해야 할 책임이 있음에도 불구하고 오히려 그 직위를 이용하여 일상적으로 성적 언동을 행하였는바, 이 같은 행위는 진정인 등 여직원들에게 성적 굴욕감 및 혐오감을 주었음은 합리적인 여성의 관점에 비추어 볼 때 어렵지 않게 인정할 수 있다.(09진차0000770)

□ 용역업체 관리업무를 수행한 일반직 공무원의 용역업체 직원에 대한 성희롱

* 피진정인은 용역업체 관리업무를 수행한 일반직공무원으로 용역업체 직원인 진정인의 직장생활 전반에 영향을 행사할 수 있는 지위에 있으며, 본 진정내용은 근무시간 중에 ***대 내에서 발생하였으므로, 그 업무 관련성을 인정할 수 있다.

* 함께 근무하고 있는 직원들, 특히 남성직원들도 함께 있는 자리에서 인정사실 라.항과 같이 피진정인이 진정인

에게 ‘힘쓸 데가 없잖아요.’라는 취지의 발언을 한 행위는 성적 함의가 있는 성적 언동에 해당하고, 진정인에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 주기에 충분하며, 합리적인 여성의 관점에서 볼 때 도저히 해석되지 않는바, 이는 「국가인권위원회법」 제2조 제3호 라목의 성희롱에 해당한다고 판단된다.(17진정0550700)

□ 업무 분장 계약관계가 있는 경우에도 업무관련성을 인정

* 아직 함께 업무를 하고 있지 않지만, 업무 분장 계약관계가 있는 경우에도 업무관련성을 인정하여 방송 프로그램 출연자의 분장 담당 프리랜서와 방송제작사 직원은 드라마 제작 업무분장에 관한 계약관계가 있고, 계약 당일에 관련 업무를 수행한 후 함께 식사를 위하여 동행한 과정에서 발생한 성희롱에 대하여도 업무 관련성을 인정하기에 충분하다고 하였다.(10진정048080)

□ 평소 거래관계, 함께 행사를 하게 된 경위를 고려하여 업무관련성 인정한 사례

* 가해자와 피해자가 평소 업무상 거래관계가 있는 회사에 각각 속해있는 경우 두 회사의 평소 거래관계, 워크숍을 같은 장소로 가게 된 경위나 이어진 공동 술자리 등의 전후 사실관계에 비추어, 업무 관련성을 부인할 수 없다(10진정0769200)고 하여 동일한 사업주에 소속되어 있지 않더라도 넓게 업무관련성을 인정하고 있다.

□ 병원 직원이 환자에 대하여 행한 성희롱

* 병원에 근무하는 직원인 피진정인이 입원 중인 진정인에게 야간에 수 십 차례 전화를 하고, 진정인이 원하지 않는 문자 메시지를 십 여회 보낸 것, 그 문자 메시지의 내용이 피진정인의 업무 범위를 벗어나 남녀관계를 주로 담고 있는 점, 야간에 문을 열어달라며 진정인의 병실 문을 두드린 행위 등은 「국가인권위원회법」 제2조 제3호 라목에서 규정하고 있는 성희롱에 해당한다고 판단된다(10진정0652700).

□ 경찰관이 사건을 조사하는 과정에서 행한 발언이 언어적 성희롱에 해당된 경우-09진차0001091

* 공공기관인 경찰서 소속 경찰관이 강제추행사건을 조사하는 과정에서 발생하였으므로 업무 관련성을 인정할 수 있으며, 피진정인이 진정인을 조사하는 과정에서 “피고소인이 진술인의 가슴을 오른손으로 만졌는데 어느 정도 어떻게 만지던가요?”라고 질문한 내용은 합리적인 여성의 관점에서 볼 때 강제추행 사건을 조사하는데 필요한 내용이라고 볼 수 있고 그 외에 어떤 성적 함의를 갖고 있다고 보기 어려우므로 성희롱에 해당한다고 보기는 어려움. 진정인이 피진정인에게 왜 여성경찰이 진정인의 사건을 조사하지 않느냐고 묻자 피진정인이 진정인에게 “처녀도 아닌데 가슴 한 번 만진 거 가지고 무슨 여형사냐?”라고 말했다는 진정인의 주장과 관련하여서는 그 구체적인 표현에 있어 진정인과 피진정인의 진술이 엇갈리지만 피진정인은 진정인에게 “나이가 40세인데 가슴 한 번 만진 것은 본인이 조사해도 되지 않겠느냐.”라고 답변한 사실을 인정하고 있고, 여성경찰이 부족하여 어쩔 수 없이 피진정인이 조사를 하게 되었다는 설명으로 충분한 상황에서 진정인의 나이를 거론하며 위와 같이 이야기한 것은 성폭력범죄를 수사함에 있어서는 피해자의 인권을 최우선시 하여야 하고 피해자의 인격이나 명예가 손상되지 않도록 주의해야 한다는 원칙에 비추어 볼 때 적절한 발언이라 볼 수 없으며, 강제추행 사건의 피해자인 진정인의 입장에서는 충분히 성적 모욕감 또는 수치심을 느낄 수 있었던 발언이라고 판단(09진차0001091).

4) 교육영역에서 학생 및 학부모에 대해 발생한 성희롱

□ 특수학교의 담임교사가 수업시간에 남학생들의 바지 위로 성기를 건드린 사건

* 피진정인이 이00과 김00의 바지 위로 성기를 접촉한 행위는 성적 함의를 가진 행위로 볼 수 있고, 비록 피해 아동들이 이러한 행동으로 인하여 성적 굴욕감을 느꼈는지 여부를 명시적으로 표현하기는 어려우나 합리적인 피해자의 관점에서 볼 때 타인이 자신의 성기 부분을 접촉했다면 충분히 성적 굴욕감을 느낄 수 있었을 것으로 판단된다. (10진정0328900),

□ 사립고등학교 야구 감독의 학부모 성희롱

* 고등학교 야구부 감독인 피진정인과 위 야구부 학생의 모인 진정인 간에는 지휘·감독 관계나 동료 관계 등 직접적인 업무 관계가 성립한다고 보긴 어려우나, 학생 운동선수의 감독과 해당 학생의 학부모라는 관계의 특성상 특별한 신뢰와 의존이 형성되는 관계라 할 수 있고, 더구나 진정인의 남편이 야구부 학부모 총무로서 야

구부의 운영에 직·간접적으로 관여하고 있는 점 등을 고려할 때 진정한과 피진정한 간 업무 관련성을 인정할 수 있다(14진정0176800).

다. 업무관련성

업무시간 이후이더라도 업무상 지위를 이용한 연락은 업무 관련성을 인정하고 있고, 지위를 이용한 것이 적법한가 위법한가는 고려대상으로 삼지 않는다. 사적인 술자리도 일이나 장소, 참석자 관계 등을 살펴 업무와의 관련성을 판단하였고, 메신저 등을 통한 연락이 사적으로 보여도 업무지시가 이루어지거나 당사자들 관계가 업무 관계에 기초하여 이루어졌거나 상사와의 관계 등을 질문한 경우에 업무 관련성을 인정하였다. 스포츠나 예술 분야 등에서 그 업계의 특성상 가해자의 영향력이 상당하다고 볼 수 있는 경우에는 피해자들이 거부 의사를 표시하기 어려운 점들을 고려하여 실질적으로 그 업무 관련성을 인정하고 있다.

1) 지위를 이용한 경우

□ 업무시간 이후의 술자리 요구 또는 지위를 이용한 연락 등

* 출판대행회사 대표가 직원에게 업무시간 이후 저녁이나 술을 먹자고 한 것이 업무 관련성이 있는지에 대하여 이 사건은 비록 업무시간 이후의 술자리에서 발생한 일이라 하더라도 회사 대표와 직원이라는 당사자 간의 관계, 진정한이 입사한 지 약 2주밖에 되지 않은 신입직원으로서 회사 대표의 술자리 제안을 쉽게 거절하기 어려운 위치에 있었던 점 등을 고려할 때, 업무 관련성을 인정할 수 있다.(13진정0776700)

□ 대학교수가 지위를 이용하여 학생에게 원치 않은 연락을 한 사례

* 사적인 연락을 주고받는 관계가 아님에도 교수의 직위를 이용하여 진정한의 연락처를 확인하고 진정한에게 학업 지도 등을 빌미로 전화를 하고 지속적으로 문자를 보낸 것은 학생이 교수의 연락을 학기 중 완전히 무시하기는 곤란한 상황임을 이용한 것이고, 행위자가 그 직위를 이용한 것으로 업무 연관성이 있다(11진정0698200).

□ 목사의 지위를 이용하여 설교 중에 성적 언동을 한 사례

* 피진정한은 임시 당회장으로서 **교회를 대표하고 교회의 법적인 사무를 총괄하는 지위에 있는 자로 사용자에 해당하며, 피진정한의 우월적 지위와 교회의 예배라는 엄숙한 상황을 악용하여 예배의 목적으로 참석한 다수의 여성 신도들에게 가슴 및 치마 길이 등에 대한 성적인 발언을 하였는바, 아무리 경직된 분위기를 해소하기 위한 유머라고 하더라도 피진정한의 발언은 합리적인 사람의 관점에서 성적 굴욕감과 혐오감을 느끼기에 충분한 것으로 성희롱에 해당하는 것으로 판단된다(12진정0531900).

2) 해당 행위의 적법성 여부를 문제 삼지 않은 경우

□ ‘지위 이용’이 정당한 이용 이외의 권한 남용도 포함

* ‘성희롱’을 정의한 구 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률(2003. 5. 29. 법률 제6915호로 개정되기 전의 것) 제2조 제2호에서의 ‘지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여’라는 요건은 포괄적인 업무관련성을 나타낸 것으로서 업무수행의 기회나 업무수행에 편승하여 성적 언동이 이루어진 경우뿐 아니라 권한을 남용하거나 업무수행을 빙자하여 성적 언동을 한 경우도 이에 포함되고, 어떠한 성적 언동이 업무관련성이 인정되는지 여부는 쌍방 당사자의 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 행위의 내용 및 정도 등의 구체적 사정을 참작하여 판단하여야 한다.

* 성희롱의 요건 중 ‘지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여’라는 개념이 공직선거법 제85조에서의 ‘지위를 이용하여’라는 개념과 동일하다고 볼 수 없으며 도지사가 공직선거법 위반 형사사건에서 공무원 지위를 이용하여

선거운동을 하였다"는 부분에 대하여 무죄를 받았다고 하더라도 구 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률상의 '성희롱'의 요건인 '지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여'가 부정되는 것은 아니다(대법원 2006. 12. 21 선고 2005두13414 판결).

3) 사적으로 도모한 술자리에 대해 업무관련성을 인정한 사례

□ 상조회 종료 후 가진 술자리

* 피진정인은 이 사건 발언이 상조회 모임 이후 개인적 친분 있는 동료들과 사적 친목을 도모하기 위해 주선한 술자리에서 발생하였기에 「국가인권위원회법」에서 요구하는 업무관련성이 인정되지 않는다고 주장한다. 그러나 상조회가 끝난 이후에 진행되었다고 하더라도, 해당 술자리가 상조회에 참여한 인물들 중심으로 구성되었고 상조회와 시간적 근접성이 있어 업무적 성격이 완전히 단절되었다고 보기는 어려우므로 그 업무관련성이 인정된다(16진정0870100).

4) 사내 메신저 또는 카카오톡 등을 이용한 경우 업무관련성 판단

□ 상사와 동료가 욕설 및 성희롱 발언을 한 사내 메신저를 보게 된 사례

* 업무시간에 사내메신저를 이용하여 피해자들을 성적으로 비하하는 내용의 대화를 한 경우 대화의 대상, 장소, 시간, 방법 등을 종합적으로 고려할 때 그 대화의 내용이 온전히 사생활의 영역에 해당하지 않고 메신저를 자동 로그인으로 설정해두어 유출되고 제3자가 확인할 가능성이 있었다는 점에서 완전히 사적인 대화로 인정하지 않고 업무관련성을 인정(16진정0067000),

□ 외국계회사 팀장의 직원 성희롱

* 카카오톡 메시지로 언어적 성희롱한 사건에서 피진정인이 출장이나 외근 등으로 부재 시 카카오톡 메시지를 이용하여 진정인에게 업무지시를 해온 점, 당사자들의 관계가 고용 및 업무에 기초하여 이루어진 점 등을 고려하여 업무 관련성을 인정(14진정1084000)

□ 공개 게시판에 여성회원이 성상납을 통해 취업이 되었다는 확인되지 않은 사실을 사실인 것처럼 글을 게재

* 대한0000사협회 00시회 홈페이지는 회원들의 업무와 관련된 각종 정보들이 교류되는 곳으로 회원들이 홈페이지를 이용하는 행위는 그들의 업무와 밀접한 관련이 있고, 회원게시판에 자신의 의견을 쓰는 행위 또한 이러한 업무 연장에 있다고 볼 수 있으며, 특히 피진정인이 쓴 글의 내용이 업무와 관련 없는 사적인 내용이 아니라 집행부에 자신의 의견을 표시하는 것이어서 업무 관련성을 인정(11진정0023500)

□ 직장동료가 선배직원과 사귀는지 여부를 수차례 질문하고 이에 대한 소문을 유포

* 업무시간 외에 업무장소가 아닌 곳에서 진정 사건 당사자 간 통화 중 발생하였으나, 진정인과 피진정인은 같은 직장의 동료직원으로 업무관계에서 비롯된 일이 아니고서는 사적으로 연락을 주고받는 관계가 아니었음에도 피진정인이 진정인에게 전화하여 진정인과 진정 외 같은 직장 상사와의 관계 등에 관한 내용의 발언을 한바, 그 업무관련성이 인정된다(16진정0595400)

5) 퇴사 통보 후 이루어진 성희롱

□ 형식적으로는 사직처리 되었으나 이후에도 업무에 직간접으로 관여한 경우

* 피해자가 회사를 그만두겠다고 통보한 이후라도 성희롱 당시에는 아직 퇴직처리가 되지 않았던 점, 가해자가 "다시 출근할 수 없겠냐?"며 업무와 관련되어 피해자에게 전화한 점 등을 종합해 볼 때 업무관련성이 인정하였고, 형식적으로는 사직처리 되었으나 이후에도 업무에 직간접으로 관여하였고, 성적 언동을 한 당일에도 공사현장을 다녀온 후 회식자리에 참석한 것이므로 업무관련성이 인정된다고 보았다(09진차0001088).

6) 업계의 특수성을 고려하여 간접적으로 업무관련성이 있다고 판단한 경우

□ 여성축구선수에 대한 성별 진단 요구

* 피진정인들은 피해자와 다른 구단에 소속된 감독들로서 직접 피해자를 지휘감독하는 위치에 있지는 않지만, 축구연맹 사정상 경기나 훈련에 참여하면서 업무상 영향을 미칠 수밖에 없고, 향후 피해자가 이적할 경우 가해자들이 속한 팀 중에서 선택할 수밖에 없어 간접적인 업무 관련성을 인정(13진정0845200)

□ 가해자의 업계에서의 영향력 등을 고려할 때 거부의를 표시하기 어렵다는 이유로 업무관련성을 인정

* 피진정인은 진정인이 수업을 받는 음악학원의 원장이자 또한 진정인이 학생으로 소속되어 있는 대학의 겸임교수의 지위를 가지고 있으면서 그 직위를 이용하여 진정인과 같은 행위를 하였다는 것인데, 특히, 사제관계와 같은 인적관계에 따라 뮤지컬 배우로서의 입문에 크게 영향을 받을 수밖에 없는 해당 분야의 특성을 고려하면, 당사자 간 업무관련성을 인정할 수 있다(14진정0805700).

라. 상대방이 원치 않는 성적언동 등

성적인 의도 및 고의 여부는 성적 언동을 판단하는데 고려되지 않으며, 성행위와 관련된 것 또는 남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련한 평가뿐 아니라 성정체성에 대한 질문이나 외모에 대한 비하, 차별적 통념 및 성적 위계관계에 근거한 차별적 표현 등에 대해서도 성적 함의가 있는 것으로 인정되었다. 성적인 사실관계를 묻거나 성적 내용의 정보를 의도적으로 퍼뜨리는 행위와 성희롱 피해 사실을 공개한 행위도 성적 언동으로 인정되었으며, 상대를 이성 또는 성적 대상으로 대하는 것, 사적 만남을 제의하거나 성적 제안을 하는 것은 성희롱에 해당된다. 불필요한 신체접촉 또한 성적 언동으로 인정된다고 판단하였다.

1) 의도 또는 고의는 무관

□ 기업 임원의 복한이탈 여성 직원에 대한 성희롱

* 피진정인은 거러처를 어떻게 꼬셨냐, 누구를 유혹하려고 입술에 립스틱을 칠게 바르고 왔냐 등의 발언에 대해 성희롱 의도가 아니라 칭찬하는 의미이거나 과도한 화장에 대한 주의를 촉구하는 의도였다고 항변하나, 단순한 농담을 넘어선 발언들이 모두 성적인 행위나 의미를 그 내용으로 하는 경우에도 성적언동에 해당(16진정0676200).

□ 동료 교수 간 술자리에서의 성희롱

* 가해자가 술에 취해 기억을 하지 못한다 하더라도 술자리에서의 발언이 피진정인의 의식의 작용이라고 볼 수 있을 정도로 명확한 의미를 내포하고 있고 일정한 논리성을 갖추고 있으므로, 당시 피진정인에게 성희롱에 대한 고의가 없었다고 보기 어렵고, 피진정인의 책임능력을 부인하기도 어렵다(16진정0870100)

2) 성적 함의가 있다고 인정된 경우

□ 일반직 공무원의 용역업체 직원에 대한 성희롱

* ***대에서 함께 근무하고 있는 직원들, 특히 남성직원들도 함께 있는 자리에서 피진정인이 진정인에게 ‘힘쓸 데가 없잖아요.’라는 취지의 발언을 한 행위는 성적 함의가 있는 성적 언동에 해당하고, 진정인에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 주기에 충분하며, 합리적인 여성의 관점에서 볼 때도 달리 해석되지 않는다(17진정0550700)

□ 출판대행회사 대표의 직원 성희롱

- * 피진정인이 진정인에게 성관계를 암시하는 은어인 “오늘 도장 한번 찍어?”라는 발언을 한 것은, 그 자체로 성적 함의가 내포된 성적 언동이라 할 것이고, 비록 진정인이 그 의미를 행위 시가 아닌 나중에 알게 되었다고 하더라도 알게 된 순간 이는 합리적 여성의 관점에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하기에 충분한 언동이라 할 것이다.(13진정0776700)

□ 대학교교가 성전환자 학생에게 성적체성 관련 질문을 한 경우

- * 학과 사무실에서 피진정인이 진정인에게 “혹시 트랜스?”라고 묻는 것이 인적사항을 확인하기 위한 것이었다고는 하나 진정인의 성적 정체성관련 질문이나 언급은 진정인으로 하여금 성적 굴욕감을 유발하게 할 여지가 있음을 주의하여야 함. 또한 언쟁 중에 진정인을 알지 못하는 학생이 있는 공개된 장소에서 진정인을 향하여 ‘트랜스젠더’라고 소리친 것은 진정인의 성전환 사실이 공공연히 알려진 사실이라 하더라도 일반적으로 진정인에게 성적 굴욕감을 줄 수 있으므로 성희롱에 해당(11진정0064100)

3) 외모에 대한 비하 또는 성적인 평가

□ 헬스클럽 팀장의 팀원에 대한 외모 비하

- * 피진정인은 근무시간 중 사업장 내에서 동료 또는 소속 팀원이던 진정인에게 단순히 속옷이 보이므로 옷매무새를 바로잡으라는 지적을 넘어 “속옷을 왜 안 갈아입냐?”, “집에는 왜 안 들어가냐?”고 발언하고 “넌 왜 이렇게 엉덩이가 크냐?”고 발언한 것에 대해 위 발언에 성적인 의도가 없다고 주장하고 있으나 이와 같은 발언은 ‘성적으로 문란하다’는 뜻을 내포하고 있으며 특정 신체부위를 거론한 것은 외모를 비하하는 발언으로 합리적인 사람에게 성적 굴욕감 및 혐오감을 느끼기에 충분한 것으로 성희롱에 해당하는 것으로 판단된다(12진정0457800)

□ 여성축구선수에 대한 성별 진단 요구 사례

- * 여자축구 ○○팀 감독들이 피진정인들이 13년간 여성 축구선수로 활동해 온 피해자에 대한 성별 논란을 제기하면서, 피해자인 여성의 성별 확인을 요구한 것은 인권침해이자 언어적 성희롱이라는 진정이 제기됨.
- * ‘피해자의 체력이 여성 이상이라는 것, 외모가 여성적인 특질을 보이지 않는다는 등의 발언’은 외모에 대한 성적 평가와 무관하지 않으므로 넓은 의미의 성적 언동이고, 국가대표에 선발되었던 피해자에 대하여 여성이 아님을 의심하며 성별검사를 요구한 피진정인들의 행위에 정당성이 있다고 보기도 어렵고 운동선수라 하여 이러한 요구를 언제나 수인해야 한다고 할 수 없다. 피해자는 성적 굴욕감을 느꼈다고 주장하고 있고, 일반인의 관점에서 볼 때도 이러한 성별검사 요구는 성적 굴욕감과 혐오감을 불러일으키기에 충분하다(13진정0845200)

4) 성적인 사실관계를 묻거나 성적 내용의 정보를 의도적으로 퍼뜨리는 행위

□ 제조업체 상사의 아르바이트생 성희롱

- * 워크숍 자리에서 피진정인이 진정인에게 “남자친구가 있는지, 남자친구와 자랐는지에 대한 질문을 하겠다.”라고 발언한 것은 그 자체로 성적 함의를 가지며 이는 합리적인 여성의 관점에서 볼 때 성적 굴욕감 또는 혐오감을 불러일으키기에 충분한 발언이라 할 것이다. 따라서 이는 「국가인권위원회법」 제2조 제3호 라목이 규정한 성희롱에 해당한다고 판단된다(14진정0600000)

□ 성적 내용의 소문 유포

- * 피진정인이 진정인에 대해 성폭력 전문가 운운한 내용을 회사 내부 인터넷 게시판에 게시하고, 직장 동료 및 OO자동차 노조원에게 “진정인이 2004년 성희롱 가해자와 잠자리를 같이하고 2006.1. 전OO 과장과 모텔에 들어가는 것을 봤다”라며 탄원서를 제출케 했다는 진정인의 주장에 대하여 살피건대, (중략) 진정인에 관한 성적인 소문을 유포하였던 점은 사실로 인정된다. (중략) 진정인이 피진정인의 행위로 인하여 성적 수치심 내지 굴욕감을 느꼈는지 살펴보건대, 여성이 혼인 관계에 있지 않은 남성과 모텔에 들어가 남자와 잠자리를 갈

이 했다는 등의 소문이 직장 내에 유포된 것은 그 사실여부와 상관없이 여성에게 성적 수치심과 굴욕감을 유발하기에 충분하다 할 것이다(05진차266).

5) 성희롱 피해사실을 공개한 행위에 대해 성희롱 인정

□ 병원 간호과장의 간호사 성추행 피해사실 공개

* 진정한 간호사가 다른 이(환자)로부터 성추행피해를 당한 사실 및 경찰에 고소한 사실을 의사가 언급한 발언 역시 당사자의 의사에 반하여 업무상 지속적으로 관계해야 하는 다수의 직장 동료들에게 공개한 행위로 성적 수치심을 불러일으켜 업무환경을 악화시킬 수 있는 행위로 넓게 보아 성적 언동임을 인정(13진정0879300),

6) 상대를 성적인 대상으로 여기거나 사적 관계에서 이성으로 대하는 언동

□ 학원 강사의 고등학생 성희롱

* 학원강사가 고등학교 1학년생에게 “잘자, ♥♥♥♥♥♡ 뽀뽀, ㅋㅋㅋ”, “내 맘을 들킬까봐 두렵기 때문에... 그대 내 맘 알까...”, “정확히 널 기억하겠다.” 라는 내용의 문자메시지를 보내는 등 이성으로 대하면서 그 감정을 표현한 점, 학원 강사와 제자로서 학업에 도움을 주고받는 관계에서는 필요하지 않은 내용으로, 새벽 시간에도 학업과 관계 없는 위와 같은 내용의 문자메시지를 보낸 점 등에 비추어 '성적 언동 등'에 해당한다(16진정 0945300)

□ 기혼상사의 미혼 부하직원에게 대한 성희롱

* 기혼자가 미혼의 여성 부하직원에게 일방적으로 “좋아한다.”고 얘기하거나 밤 늦은 시간에 전화를 하고 “사랑한다.”는 문자를 보내는 등의 언동을 한 것은 피진정인이 진정인을 부하 직원이 아닌 사적인 관계에서의 여성으로 생각하는 언동이라고 밖에 볼 수 없어, 합리적인 여성의 관점에서 볼 때 성적 굴욕감과 혐오감을 느끼기에 충분하다고 판단된다(12진정0457800).

□ PC방 사장의 아르바이트생에 대한 성희롱

* PC방 사장인 피진정인은 진정인에게 “다른 PC방에서 일하는 여직원은 야한 옷을 입고 손님들 컴퓨터 책상 밑에 들어가 아주 야한 자세로 컴퓨터를 고쳐주더라. 남자들은 그런 거 다 좋아한다. 내가 너에게 그런 것까지는 요구할 수 없지만 옷을 좀 밝게 입어라.”라고 말하였다. 이는 PC방에 오는 남자손님들은 야한 옷을 입고 야한 자세를 취하는 여직원을 좋아하므로 남자 손님들에게 잘 보이기 위해서 의상에 신경을 쓰라는 말로 여성을 성적으로 대상화한 것이다. 이와 같은 발언은 대표적인 언어에 의한 성희롱 행위에 해당하며, 합리적인 여성의 관점에서 볼 때 진정인이 성적굴욕감 또는 혐오감을 느끼기에 충분하다고 판단된다(12진정0098500).

7) 사적 만남 제안, 성적 제안

□ 교수가 학생에게 사적 만남 제의

* 교수와 학생은 사제관계이며 남들 모르게 사적인 만나는 것에 대한 상호 동의나 그 필요성이 전혀 없음에도 불구하고 이를 은밀히 제안하고 동의를 강요한 것도 성희롱에 해당(11진정0698200)

□ 중학교 교장이 학생에게 사적 만남을 갖기를 암시하는 발언을 한 경우

* 수학여행 중 교장이 학생에게 ‘백화점에서 옷 한 벌 해 줄게, 남아서 에버랜드에서 데이트하자.’라고 말한 것은 성인 남성이 사춘기 여학생에게 대가를 지불하고 만남을 갖기를 암시하는 성과 관련한 비윤리적인 내용으로 학생을 지도하는 교장선생으로서 지도를 받는 여학생에게 하여서는 안 되는 성적 함의를 지닌 성적 언동으로, 진심이 아닌 농담으로 건넨 말이었다는 피진정인의 의도는 성적 함의를 인정하는데 문제되지 않는다(10진정 0174000)

□ 채용결정권자인 관장의 수습직원에게 대한 성희롱

- * 피진정인은 진정인에게 호텔에서 쉬었다 가자고 한 것은 성인에게 한 제안이므로 원하지 않으면 거절하면 될 일이라고 주장하나 피진정인은 복지관 관장이고 진정인은 수습직원이었던 점을 고려할 때 진정인의 채용여부를 결정할 수 있는 우월적 지위를 가진 자의 제안을 단순한 남녀사이의 제안으로 보기는 어렵다 할 것이다. 오히려 두 사람간의 권력관계로 인하여 피진정인이 밤늦게 전화를 하거나 호텔에서 쉬었다 가자고 한 행위는 채용을 조건으로 한 성적 제안으로 받아들여질 수 있어 그로 인한 성적 굴욕감 및 혐오감이 상당했을 것으로 판단된다(09진차0000652)

□ 언론매체 직장상사에 의한 성희롱

- * ‘오피스텔을 얻어주겠다’는 말은 일반적으로 회사 상사가 아무런 대가를 바라지 않고 회사 여자직원에게 오피스텔을 얻어주겠다고 제안했을 것이라고 보기 어렵고, 부적절한 성적 관계를 요구하는 성적 함의를 지닌 발언이라 판단(10진차0000137),

8) 성차별적 통념, 성적 위계관계에 근거한 차별적 표현

□ 성차별적 통념에 기댄 남성 간 표현에 대해서 성희롱 인정

- * 남성상사가 남성 부하직원에게 “앉아서 오줌 싸는 그런 종자도 아닌데, 서서 오줌 싸는 좃 달린 놈인데, 왜 좃대 없이 이리 흔들리고 저리 흔들리고 난 그것이 이해가 안 되는 거야. 이000이가 뭐라고 씹어대면 그래 씹어 이러냐?” 라고 발언한 사건임.
- * 성차별적 통념에 기댄 남성성에 대한 고정관념에 미치지 못하는 진정인이 여성보다도 못하다는 것을 남성 성기를 매개로 한 표현으로, 이는 듣는 사람으로 하여금 성적 굴욕감과 혐오감을 느끼기에 충분한 성적 언동에 해당한다고 판단함. “앉아서 오줌 싸는 종자”라고 발언한 것 또한 단순히 성별에 따른 생물학적인 차이를 언급한 것이 아니라, 성적 위계관계에 근거한 여성에 대한 비하 내지 차별적 표현으로, 듣는 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감은 물론이고 근무환경을 악화시키는 결과를 초래함.(18진정0862400)

9) 불필요한 접촉 행위

□ 교육 중에 가슴 막기 시범을 보여주던 중 피해자의 가슴을 접촉한 사례

- * 수상안전법 강사과정 교육과정의 내용 상 이성 간에 민감한 부위의 접촉이 예상될 수 있는 만큼 실습 과정에서 불필요한 접촉을 회피하거나 주의를 기울일 필요가 있었음에도, 교육 중에 진정인의 가슴 부분을 접촉하고 결혼 여부를 묻고 ‘남편 덮치듯이 해보라’는 취지의 발언을 하였던 바, 이는 합리적인 여성의 관점에서 볼 때도 성적 혐오감을 느낄 수 있으므로 성희롱에 해당한다고 보았다(16진정0736300)

마. 성적 굴욕감 또는 혐오감

국가인권위원회 결정례에 따르면, 성희롱 여부를 판단할 때에는 당사자 간의 업무 관련성, 언동의 사실관계, 언동이 행해진 장소 및 상황, 그 언동에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적 반응 등을 구체적으로 종합하여, 상대방이 그러한 행위를 원치 않았고 불쾌감을 느꼈는지, 그러한 언동에 성적 함의가 있었는지, 해당 언동이 성적 굴욕감이나 혐오감을 줄 만한 행위에 해당하는지를 중심으로 판단하는데, 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느꼈는지는 합리적 여성 관점, 합리적 사람 또는 피해자 관점, 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장 등으로 판단한다. 인권위원회는 대부분의 결정례에서 “일반 여성의 합리적 관점에서 볼 때 성적 함의가 있는 불쾌감을 주는 행위였는지”를 기준으로 성적 굴욕감을 판단하고 있다. 소수의 남성 진정 사례 및 동성 간 사례에서는 “합리적 피해자의 관점”을 기준으로 “성적 굴욕감 또는 혐오감”을 주는 행위 여부를 판단하였다.

1) 성적 굴욕감이나 혐오감을 합리적 여성 관점에서 판단

□ 합리적 여성 관점에서 성적 굴욕감 또는 혐오감을 판단

- * 어떠한 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 당사자 간의 직위 및 업무관련성, 언동의 사실관계, 언동이 행해진 장소 및 상황, 그 언동에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적 반응 등을 구체적으로 종합하여 상대방이 그러한 행위를 원치 않았고 불쾌감을 느꼈는지, 합리적인 여성의 관점에서도 성적 굴욕감이나 혐오감을 줄 만한 행위였는지에 의하여 판단되어야 한다.(14진정0600000, 2014.10.24)
- * 성적 굴욕감 또는 혐오감에 대한 판단은 피해자의 주관적인 사정 외에도 보통의 합리적 여성의 관점에서 피진정인의 행위에 대해 피해자가 어떻게 반응하고 느꼈을 것인가를 판단의 기준으로 삼아야 할 것이다(14진정 0417600, 2014.11.28.)

□ 수영강사의 교육생에 대한 성희롱

- * 어떠한 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 당사자 간의 업무 관련성, 언동의 경위 및 내용, 언동이 행해진 장소 및 상황, 그 언동에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적 반응 등을 구체적으로 종합하여, 상대방이 그러한 행위를 원하지 않았고 성적 굴욕감을 느꼈는지, 합리적인 여성의 관점에서도 성적 함의가 있고 성적 굴욕감이나 혐오감을 줄 만한 행위였는지에 의하여 판단되어야 한다(16진정0736300).

□ 피부과 의사의 피부관리자 직원에 대한 성희롱

- * 진정인이 피진정인의 언동에 대한 거부감을 적극적으로 표현하지 않았다고 하더라도 직장 내 지위 차이가 큰 상하관계에서 거부 의사의 표현이 쉽지 않다는 점을 감안하면 진정인이 느꼈을 감정 상태를 행위자의 관점에서 단정할 수는 없다. 합리적인 여성의 입장에서 피진정인이 진정인에게 한 발언의 수위는 단순한 농담으로 받아들이기에는 어려운 정도에 이르렀다고 보이고, 진정인이 정신과 치료를 받게 된 사실 및 관련 진료기록 등에서도 진정인이 성적 굴욕감을 느꼈음을 확인할 수 있다(10진차0000119)

□ 대학병원 팀장의 기간제 근로자에 대한 성희롱

- * 피진정인은 장례식장 업무 전반을 관리·감독하는 특수사업팀장인 반면 진정인은 용역업체를 통하여 11개월씩 두 번에 걸쳐 계약을 맺은 당사자로서 진정인에 대한 재계약 결정의 상당 부분이 피진정인의 권한 하에 있었던 점등을 고려하면 피진정인의 성적 언동에 대하여 항의하기가 쉽지 않았을 것이며, 이러한 상황은 진정인의 성적 굴욕감이나 혐오감을 더욱 악화시켰을 것이라고 판단된다. 따라서 피진정인의 위 인정사실 나항과 같은 행위는 합리적인 여성의 관점에서 볼 때 성적 굴욕감과 혐오감을 느끼기에 충분한 것으로 이는 성희롱에 해당하는 것으로 판단된다(11진정0696100)

2) 남성이 상급자이자 피해자인 사건에서 “합리적 남성의 관점”에서 판단한 경우

□ 미화원의 청서관리소장에 대한 성희롱 사건

- * 피진정인이 “권소장은 내꺼야.”라는 발언을 한 부분 및 “이리 와서 내 옆에 한번 누워봐.”라는 발언을 한 부분은, 상대를 성적인 대상으로 간주하는 말로써 성적 함의를 담고 있는 언동으로 보기 충분하고, 비록 진정인이 피진정인의 상급자이고 남성이며 이 사건 작업장의 특성상 평소 어느 정도 수위 높은 성적 농담이 상호간 통용되는 분위기인 점을 감안한다 하더라도, 피진정인이 다수의 여성 미화원들 사이에서 혼자 남성인 조건 하에서 업무를 처리하며 이와 같은 발언을 듣게 된 상황을 고려하면, 이는 합리적인 남성의 입장에서 성적 수치심이나 혐오감을 야기할 수 있는 발언이라 할 수 있고, 따라서, 위와 같은 피진정인의 행위는 성희롱에 해당(14진정0098700)

3) 동성간 성희롱 사건에서는 ‘합리적인 피해자의 관점’, ‘합리적인 사람의 관점’에서 판단한 경우

□ 합리적 피해자 관점에서 판단

- * 피진정인이 이00과 김00의 바지 위로 성기를 접촉한 행위는 성적 함의를 가진 행위로 볼 수 있고, 비록 피해 아동들이 이러한 행동으로 인하여 성적 굴욕감을 느꼈는지 여부를 명시적으로 표현하기는 어려우나 합리적인 피해자의 관점에서 볼 때 타인이 자신의 성기 부분을 접촉했다면 충분히 성적 굴욕감을 느낄 수 있었을 것으로 판단된다(10진정0328900)

□ **객관적, 합리적 피해자 관점**

- * 장애인복지시설의 원장인 피진정인이 공익근무요원인 진정인에게 노래방 도우미의 가슴을 만지도록 한 행위는 당시 진정인의 연령 및 지위, 피진정인과 진정인의 관계 등을 고려할 때, 합리적, 객관적 피해자의 관점에서 진정인에게 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하기에 충분한 행위(16진정1035400)

□ **합리적 사람 관점에서 판단**

- * 남성상사가 치질에 걸린 남성 직원에게 “애널섹스 하고 다니는 것 아니냐”라고 한 사건에서, 어떠한 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 당사자 간의 업무 관련성, 언동의 사실관계, 언동이 행해진 장소 및 상황, 그 언동에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적 반응 등을 구체적으로 종합하여 상대방이 그러한 행위를 원치 않았고 불쾌감을 느꼈는지, 그러한 언동에 성적 함의가 있었는지, 합리적인 사람의 관점에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 줄 만한 행위에 해당하는지를 중심으로 판단된다(17진정0428600)

5) **남성 가해자-여성피해자 사건에서 ‘객관적, 합리적 피해자의 관점’에서 판단한 경우**

□ **기업 임원의 북한이탈 여성 직원에 대한 성희롱**

- * 어떠한 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 당사자 간의 업무 관련성, 언동의 경위 및 내용, 언동이 행해진 장소 및 상황, 그러한 언동이 성적 함의가 있는 성적 언동에 해당하는지 여부와 그러한 성적 언동이 피해자의 주관적 관점에서뿐 아니라 객관적, 합리적인 피해자의 관점에서 보아도 성적 굴욕감 또는 혐오감을 불러일으키는 행위인지 여부를 판단의 기준으로 하여야 한다.(16진정0676200)

6) **피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 판단**

□ **성희롱 관련 소송의 심리를 할 때에는 '성인지 감수성'에 있지 않아야 한다고 판결**

- * 원고의 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 가해자가 교수이고 피해자가 학생이라는 점, 성희롱 행위가 학교 수업이 이루어지는 실습실이나 교수의 연구실 등에서 발생하였고, 학생들의 취업 등에 중요한 교수의 추천서 작성 등을 빌미로 성적 언동이 이루어지기도 한 점, 이러한 행위가 일회적인 것이 아니라 계속적으로 이루어져 온 정황이 있는 점 등을 충분히 고려하여 우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지를 기준으로 심리·판단하여야 하였다.(대법원 2018. 4. 12 선고 2017두74702 판결)

□ **자동차 판매점 지점장의 직원 성희롱**

- * 어떠한 행위가 성희롱에 해당하는지 여부는 당사자 간의 업무 관련성, 언동의 경위 및 내용, 언동이 행해진 장소 및 상황, 그 언동에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적 반응 등을 참작하여 볼 때, 상대방이 그러한 행위를 원하지 않았고 성적 굴욕감을 느꼈는지, 단순히 행위 자체의 내용뿐만 아니라 가해자와 피해자가 놓여있는 권력관계 및 사회적 지위를 충분히 고려하여, 피해자와 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감과 혐오감을 느낄 수 있는 행위였는지 등을 종합적으로 판단하여야 한다. 아울러 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성(gender sensibility)’을 가지고, 사회 모든 영역에서 법령, 정책, 관습 및 각종 제도 등이 여성과 남성에게 미치는 영향을 충분히 고려하여야 한다(18진정0862400).

7) **성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼지 않도록 각별한 주의, 세심한 배려가 필요**

□ **대학교 교직원의 여학생 성희롱**

* 진정인측은 미화원에 대한 처우 개선을 요구하며 총무처장실 진입 및 면담을 시도하고, 피진정인측은 이를 저지하려는 과정에서 서로 감정적으로 격앙된 가운데 남성직원이 여학생의 가슴과 허리를 만진 행위는 보통의 여성들도 충분히 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느낄 수 있는 행동이라 할 것이다. 더욱이 피진정인은 대치 과정에 다른 여학생의 귀에 대고 반말로 속삭인 바 있고, 참고인들은 피진정인의 행위가 우발적이거나 일회적인 것이 아니라 이전에도 여러 번 반복되었다고 주장하는바, 여자대학교의 교직원으로서 각별한 주의가 필요하다고 사료된다.(10진정0000600)

□ **'000청소년성문화센터'(이하 '센터'라고 한다.)의 센터장 채용 시 성경험 질문 및 면접자인 피진정인의 성경험을 이야기 한 사례**

* 청소년 성교육 종사자의 채용시 면접관은 피면접자의 건전한 성 가치관을 확인하기 위하여 성과 관련된 질문을 할 수는 있을 것이나 그러한 경우에도 업무적격성을 판단하기 위한 범위 내의 질문을 하면 족한 것이고, 특히 남성 면접관이 여성 피면접자에게 성과 관련된 질문을 할 때에는 피면접자가 성적 수치심이나 굴욕감을 느끼지 않도록 세심하게 배려할 필요가 있는 것인데, 피면접자의 성경험이 몇 번인지 묻는 것은 업무 적격성을 판단하기 위한 범위에서 벗어나 성과 관련된 사적인 영역에 관한 질문으로 상대방으로 하여금 수치심을 불러 일으키기에 충분하다. (10진정0061600).

바. 고용상의 불이익

국가인권위원회 결정례에서는 주로 정규직 채용 및 전환을 제안 또는 해고를 암시하며 사적 만남을 요구하거나 성적 제안을 하는 경우 등의 사례가 있었고, 성적 언동으로 근무환경이 악화된 것에 대해 고용상 불이익을 인정하기도 하였다.

1) 정규직 전환 거부, 해고 암시 등

□ **수습직원에 대한 성희롱**

* 피진정인은 진정인에게 호텔에서 쉬었다 가자고 한 것은 성인에게 한 제안이므로 원하지 않으면 거절하면 될 일이라고 주장하나 피진정인은 복지관 관장이고 진정인은 수습직원이었던 점을 고려할 때 진정인의 채용여부를 결정할 수 있는 우월적 지위를 가진 자의 제안을 단순한 남녀 사이의 제안으로 보기는 어렵다 할 것이다. 진정인이 참고인 박00에게 보낸 이메일로 판단컨대 피진정인은 당 초 진정인을 정규직원으로 채용할 의사를 표명했다가 진정인이 채용과정 상 성희롱에 불응하자 피진정인이 정규직원이 아닌 수습기간을 두는 것으로 입장을 바꾼 것으로 보이는바 위와 같은 상황이 진정인의 채용 여부에 영향을 미쳤으리라는 것은 충분히 예상할 수 있다.(09진차0000652).

□ **복지관장의 계약직원에 대한 성희롱**

* 피진정인은 이 사건 복지관의 창립자이자 초대 이사장의 친손자로서 직원의 채용 및 계약연장, 정규직 전환 등의 최종 결정권을 가지고 있는 최고 책임자로 성희롱을 발생하지 않도록 관리하고 근로자가 안전한 근무환경에서 일할 수 있는 여건을 조성하여야 할 책무가 있음에도, 피해자를 사적인 자리에 여러차례 참석하도록 요구하였고, 피해자에게 사적 만남을 요구하고 이를 거부하면 해고를 암시하는 말을 하였으며, 그 외에도 수차례 피해자의 신체를 접촉하는 등 피해자로 하여금 성적굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 언동을 하였다. 결국 피해자는 피진정인의 정규직 제안을 거부하고 퇴사하였으며, 기관의 책임이 없다고 할 수 없다.(17진정0973500)

□ **관리자의 계약직 직원 등에 대한 성희롱**

* **시장애인체육회의 팀장 지위에 있는 피진정인이 피해자에게 정직원이 되기 위해서는 피진정인과 만남을 가져

야 한다는 취지로 이야기 하면서 수차례 성적 언동을 하였으며, 해당 행위는 피진정인의 제의에 따라 저녁식사를 함께 한 자리에서 발생하였으므로 업무 관련성을 인정할 수 있다.(17진정0507900)

2) 성적 언동으로 근무환경을 악화시켜 고용상 불이익을 야기

□ 직장상사에 의한 성희롱

* 남자친구와 여름휴가를 간다는 진정인에게 야시시한 이벤트를 준비하라며 진정인의 의사에 반하여 남성발기부전치료제를 일방적으로 전달하고, 이후 사용여부를 묻거나 약 먹은 사람과 해보고 싶지 않느냐 등의 발언을 한 것과 진정인이 피진정인에게 수차례 자중해줄 것을 부탁하였음에도, 피진정인이 “속살이 부드러울 것 같다,” “나중에 만져보면 알겠죠”라고 말한 것은 사회통념상 직장상사와 부하직원 간 일반적으로 허용되는 범위를 넘어선 발언이며, 성적 함의가 명백히 드러나는 성적 언동으로 성적 굴욕감과 인격적 모욕감을 느끼게 하고 진정인의 근무환경을 악화시켜 고용상 불이익을 야기하였으므로 성희롱에 해당한다(19진정0401300)

<성희롱으로 인정된 경우>

사건번호	판단요소	사건유형	판단근거
대법원 2005. 7. 8. 선고 2005두487 판결	성희롱의 행위자	위탁강사	원고는 위탁받은 업무 범위 내 공단의 지휘·감독을 받는 위치에 있는 것이며 공단의 업무를 수행한 것으로 공단의 ‘종사자’에 속함.
18진정0363400	성희롱의 행위자	등기이사, 거래처 대표	회사의 법인 카드를 소지하면서 업무추진비를 사용하는 점, 피진정인의 통신비 및 주유비를 회사가 지불하고, 회사에 직원을 추천하거나, 업무에 대해 직원과 협의를 하는 점, 회사의 인테리어 등의 지시를 하는 점 등을 종합, 실질적인 사용자에게 해당함.
17진정0506300	성희롱의 행위자	편의점 사업주의 자녀	사업주인 어머니를 통해 아르바이트생인 진정인의 고용지위나 근무환경 전반에 영향을 줄 수 있는 지위, 주말에 사업주를 대리하여 편의점 물품 발주 등 편의점의 관리업무를 수행
09진차0001088	성희롱의 행위자	퇴사자	피진정인이 형식적으로는 사직처리 되었으나 이후에도 업무에 직간접으로 관여, 당일에도 공사현장을 다녀온 후 회식자리에 참석
11진정056110	성희롱의 피해자	구직자	채용 전 실시된 술자리 면접 과정에서 회사 대표가 구직자에 대해 지위를 이용하여 성적 언동
19진정0421300	성희롱의 피해자	다른 사람 간의 성적 언동을 들은 동료	진정 외 임00에게 “너 조루자지나?” 라는 등의 성적인 발언, 근로공간에서 그 발언을 들은 피해자 등 여성 직원에게 성적 혐오감을 느끼게 하기에 충분, 근로환경이 악화
09진차0000770	성희롱의 당사자	식당지배인과 파견 직원	같은 소속은 아니지만 식당운동을 총괄하는 책임자로서 진정인의 업무를 총괄하는 지위, 안전하게 일할 수 있도록 관리·감독해야 할 책임에도 오히려 그 직위를 이용
17진정0550700	성희롱의 당사자	공무원과 용역업체 직원	용역업체 관리업무를 수행한 일반직공무원으로 용역업체 직원인 진정인의 직장생활 전반에 영향을 행사할 수 있는 지위
10진정048080	성희롱의	방송제작사	방송제작사 직원이 프리랜서에 대해 사적인 만남을 제의, 이를

사건번호	판단요소	사건유형	판단근거
	당사자	직원과 프리랜서	전제로 보수 인상 등을 언급, 방송 프로그램 출연자의 분장 담당 프리랜서와 방송제작사 직원은 드라마 제작 업무분장에 관한 계약관계가 있고, 계약 당일에 관련 업무를 수행한 후 함께 식사
10진정0769200	성희롱의 당사자	회계법인 직원과 거래업체 직원	평소 업무상 거래관계가 있는 회사에 각각 속해있는 경우 두 회사의 평소 거래관계, 워크숍을 같은 장소로 가게 된 경위나 이어진 공동 술자리 등의 전후 사실관계에 비추어, 업무 관련성을 부인할 수 없다.
10진정0652700	성희롱의 당사자	병원직원과 환자	병원에 근무하는 직원인 피진정인이 입원 중인 진정인에게 야간에 수십 차례 전화를 하고, 진정인이 원하지 않는 문자 메시지를 십 여회 보낸 것
09진차0001091	성희롱의 행위자	경찰관의 조사과정 발언	여성경찰이 부족하여 어쩔 수 없이 피진정인이 조사를 하게 되었다는 설명으로 충분한 상황에서 진정인의 나이를 거론하며 ... 성폭력범죄를 수사함에 있어서는 피해자의 인권을 최우선시 하여야 하고 피해자의 인격이나 명예가 손상되지 않도록 주의해야 한다는 원칙에 비추어...
10진정0328900	성희롱의 당사자	특수학교 담임교사와 학생	비록 피해 아동들이 이러한 행동으로 인하여 성적 굴욕감을 느꼈는지 여부를 명시적으로 표현하기는 어려우나 합리적인 피해자의 관점에서 볼 때...
14진정0176800	성희롱의 당사자	사립고등학교 야구 감독과 학부모	지휘·감독 관계나 동료 관계 등 직접적인 업무 관계가 성립한다고 보긴 어려우나, ... 특별한 신뢰와 의존이 형성되는 관계라 할 수 있고, 더구나 진정인의 남편이 야구부 학부모 총무로서 야구부의 운영에 직·간접적으로 관여하고 있는 점 등을 고려
13진정0776700	업무관련성	지위를 이용한 사적 만남 제안	업무시간 이후의 술자리에서 발생한 일이라 하더라도 회사 대표와 직원이라는 당사자 간의 관계, ... 회사 대표의 술자리 제안을 쉽게 거절하기 어려운 위치에 있었던 점 등을 고려
11진정0698200	업무관련성	지위를 이용한 사적 연락	학생이 교수의 연락을 학기 중 완전히 무시하기는 곤란한 상황임을 이용한 것이고, 행위자가 그 지위를 이용한 것
12진정0531900	업무관련성	당회장의 예배 중 발언	피진정인은 임시 당회장으로서 **교회를 대표하고 교회의 법적인 사무를 총괄하는 지위에 있는 자로 사용자에게 해당하며, 피진정인의 우월적 지위와 교회의 예배라는 엄숙한 상황을 악용하여 예배의 목적으로 참석한 다수의 여성 신도들에게 가슴 및 치마길이에 대한 성적인 발언을 하였는바,
대법원 2006. 12. 21 선고 2005두13414 판결	업무관련성	지위남용 및 지위에 편승	도지사가 공직선거법 위반 형사사건에서 공무원 지위를 이용하여 선거운동을 하였다는 부분에 대하여 무죄를 받았다고 하더라도 구 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률상의 '성희롱'의 요건인 '지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여'가 부정되는 것은 아니다
16진정0870100	업무관련성	비공식 술자리	상조회가 끝난 이후에 진행되었다고 하더라도, 해당 술자리가 상조회에 참여한 인물들 중심으로 구성되었고 상조회와 시간적 근

사건번호	판단요소	사건유형	판단근거
			접성이 있어 업무적 성격이 완전히 단절되었다고 보기는 어려우므로 그 업무관련성이 인정된다
16진정0067000	업무관련성	유출 및 제3자 확인 가능한 사적대화	대화의 대상, 장소, 시간, 방법 등을 종합적으로 고려할 때 그 대화의 내용이 온전히 사생활의 영역에 해당하지 않고 메신저를 자동로그인으로 설정해두어 유출되고 제3자가 확인할 가능성이 있었다는 점
14진정1084000	업무관련성	카카오톡 메시지	피진정인이 출장이나 외근 등으로 부재 시 카카오톡 메시지를 이용하여 진정인에게 업무지시를 해온 점, 당사자들의 관계가 고용 및 업무에 기초하여 이루어진 점 등을 고려
11진정0023500	업무관련성	공개 게시판을 통한 허위사실 게재	홈페이지는 회원들의 업무와 관련된 각종 정보들이 교류되는 곳, 홈페이지를 이용하는 행위는 그들의 업무와 밀접한 관련, 회원게시판에 자신의 의견을 쓰는 행위 또한 이러한 업무 연장에 있다고 볼 수 있으며, 특히 피진정인이 쓴 글의 내용이 업무와 관련 없는 사적인 내용이 아니라
16진정0595400	업무관련성	사적 관계에 대한 질문과 소문 유포	진정인과 피진정인은 같은 직장의 동료직원으로 업무관계에서 비롯된 일이 아니고서는 사적으로 연락을 주고받는 관계가 아니었음에도 피진정인이 진정인에게 전화하여 진정인과 진정 외 같은 직장 상사와의 관계 등에 관한 내용의 발언을 한바 ...
09진차0001088	업무관련성	사직 처리 이후 언동	피진정인이 형식적으로는 사직처리 되었으나 이후에도 업무에 직간접으로 관여하였고, 성적 언동을 한 당일에도 공사현장을 다녀온 후 회식자리에 참석한 것이므로
13진정0845200	업무관련성	경기나 훈련에 영향, 향후의 관계	피진정인들은 피해자와 다른 구단에 소속된 감독들로서 직접 피해자를 지휘·감독하는 위치에 있지는 않지만, 축구연맹 사정상 경기나 훈련에 참여하면서 업무상 영향을 미칠 수밖에 없고, 향후 피해자가 이적할 경우 가해자들이 속한 팀 중에서 선택할 수밖에 없어
14진정0805700	업무관련성	업계에서의 영향력 등 고려	사제관계와 같은 인적관계에 따라 뮤지컬 배우로서의 입문에 크게 영향을 받을 수밖에 없는 해당 분야의 특성을 고려하면, 당사자 간 업무관련성을 인정할 수 있다
16진정0676200	성적 언동 등	의도 또는 고의 무관	성희롱 의도가 아니라 칭찬하는 의미이거나 과도한 화장에 대한 주의를 촉구하는 의도였다고 항변하나, 단순한 농담을 넘어선 발언들이 모두 성적인 행위나 의미를 그 내용으로 하는 경우에도 성적언동
16진정0870100	성적언동 등	술자리 발언의 성희롱에 대한 책임능력, 고의 인정	술에 취해 기억을 하지 못한다 하더라도 술자리에서의 발언이 피진정인의 의식의 작용이라고 볼 수 있을 정도로 명확한 의미를 내포하고 있고 일정한 논리성을 갖추고 있으므로, 당시 피진정인에게 성희롱에 대한 고의가 없었다고 보기 어렵고, 피진정인의 책임능력을 부인하기도 어렵다.
17진정0550700	성적언동 등	성적 함의를 갖는 표현	특히 남성직원들도 함께 있는 자리에서 피진정인이 진정인에게 ‘힘쓸 데가 없잖아요.’ 라는 취지의 발언을 한 행위는 성적 함의가 있는 성적 언동에 해당하고 ...

사건번호	판단요소	사건유형	판단근거
11진정064100	성적언동 등	성정체성 관련 질문	인적사항 확인하기 위한 것이라고 하나, ...신증할 필요가 있을 것이며, 또한 비록 사적인 대화과정에서라도 성적정체성 관련 질문이나 언급은 성적굴욕감을 유발하게 할 여지가 있음
12진정0457800	성적언동 등	옷차림 및 외모 지적	“속옷을 왜 안 갈아입냐?”, “집에는 왜 안 들어가냐?” 너 왜 이렇게 엉덩이가 크냐?” 고 발언한 것에 대해 ... 이와 같은 발언은 ‘성적으로 문란하다’ 는 뜻을 내포하고, 특정 신체부위를 거론한 것은 외모를 비하하는 발언, 성적 굴욕감 및 혐오감을 느끼기에 충분한 것
13진정0845200	성적언동 등	외모 평가 및 성별진단 요구 발언	‘피해자의 체력이 여성 이상이라는 것, 외모가 여성적인 특질을 보이지 않는다는 등의 발언’ 은 외모에 대한 성적 평가와 무관하지 않으므로 넓은 의미의 성적 언동 ...성별검사를 요구한 피진정인들의 행위에 정당성이 있다고 보기도 어렵고 운동선수라 하여 이러한 요구를 언제나 수인해야 한다고 할 수 없다. ... 일반인의 관점에서 볼 때도 이러한 성별검사 요구는 성적 굴욕감과 혐오감을 불러일으키기에 충분
14진정0600000	성적언동 등	남자친구 존부 및 관계에 관한 질문	“남자친구가 있는지, 남자친구와 자랐는지에 대한 질문을 하겠다.” 라고 발언한 것은 그 자체로 성적 함의를 가지며 이는 합리적인 여성의 관점에서 볼 때 성적 굴욕감 또는 혐오감을 불러일으키기에 충분한 발언
05진차266	성적언동 등	혼외 관계와 관련한 소문유포	성폭력 전문가 운운한 내용을 회사 내부 인터넷 게시판에 게시, 직장 동료 및 노조원에게 “진정인이 2004년 성희롱 가해자와 잠자리를 같이하고 2006.1. 전OO 과장과 모텔에 들어가는 것을 봤다” 라며 탄원서를 제출케 ... 혼외 관계에 있지 않은 남성과 모텔에 들어가 남자와 잠자리를 같이 했다는 등의 소문이 직장 내에 유포된 것은 그 사실여부와 상관없이 여성에게 성적 수치심과 굴욕감을 유발
13진정0879300	성적언동 등	피해사실 공개 발언	성추행피해를 당한 사실 및 경찰에 고소한 사실을 의사가 언급한 발언 역시 ... 다수의 직장 동료들에게 공개한 행위로 성적 수치심을 불러일으켜 업무환경을 악화시킬 수 있는 행위로 넓게 보아 성적 언동임을 인정
16진정0945300	성적언동 등	제자를 이성으로 대하는 언행	학원강사가 고등학교 1학년생에게 “잘자, ♥♥♥♥♥♡ 쵸피, ㅋㅋㅋ”, “내 맘을 들킬까봐 두렵기 때문에... 그대 내 맘 알까...”, “정확히 널 기억하겠다.“... 이성으로 대하면서 그 감정을 표현한 점, 학원 강사와 제자로서 학업에 도움을 주고받는 관계에서는 필요하지 않은 내용인 점.
12진정0457800	성적언동 등	부하직원을 이성으로 대하는 언행	기혼자가 미혼의 여성 부하직원에게 일방적으로 “좋아한다.” 고 얘기하거나 밤 늦은 시간에 전화를 하고 “사랑한다.” 는 문자를 보내는 등의 언동을 한 것은 피진정인이 진정인을 부하 직원이 아닌 사적인 관계에서의 여성으로 생각하는 언동
12진정0098500	성적언동 등	성적 대상화 하는 표현에 이은 옷차림 지적	“다른 PC방에서 일하는 여직원은 야한 옷을 입고 손님들 컴퓨터 책상 밑에 들어가 아주 야한 자세로 컴퓨터를 고쳐주더라. 남자들은 그런 거 다 좋아한다. 내가 너에게 그런 것까지는 요구할 수 없지만 옷을 좀 밝게 입어라.” ... 남자손님들은 야한 옷을 입고 야한 자세를 취하는 여직원을 좋아하므로 남자 손님들에게 잘

사건번호	판단요소	사건유형	판단근거
			보이기 위해서 의상에 신경을 쓰라는 말로 여성을 성적으로 대상화한 것, 대표적인 언어에 의한 성희롱 행위에 해당
11진정0698200	성적언동 등	제자에 사적 만남 제안	교수와 학생은 사제관계이며 남들 모르게 사적인 만나는 것에 대한 상호 동의나 그 필요성이 전혀 없음에도 불구하고 이를 은밀히 제안하고 동의를 강요한 것도 성희롱에 해당
10진정0174000	성적언동 등	제자에 선물 제안 및 만남 요구	수학여행 중 교장이 학생에게 ‘백화점에서 옷 한 벌 해 줄게, 남아서 에버랜드에서 데이트하자.’ 라고 말한 것은 성인 남성이 사춘기 여학생에게 대가를 지불하고 만남을 갖기를 암시하는 성과 관련한 비윤리적인 내용...성적 합의를 지닌 성적 언동
09진차0000652	성적언동 등	채용결정권자의 성적 제안	호텔에서 쉬었다 가자고 한 것은 성인에게 한 제안이므로 원하지 않으면 거절하면 될 일이라고 주장하나 피진정인은...진정인의 채용여부를 결정할 수 있는 우월적 지위를 가진 자의 제안을 단순한 남녀사이의 제안으로 보기는 어렵다... 밤늦게 전화를 하거나 호텔에서 쉬었다 가자고 한 행위는 채용을 조건으로 한 성적 제안으로 받아들여질 수 있어...
10진차0000137	성적언동 등	작장상사의 ‘오피스텔’ 공여 제안	‘오피스텔을 얻어주겠다’ 는 말은 일반적으로 회사 상사가 아무런 대가를 바라지 않고 회사 여자직원에게 오피스텔을 얻어주겠다고 제안했을 것이라고 보기 어렵고, 부적절한 성적 관계를 요구하는 성적 합의를 지닌 발언
18진정0862400	성적언동 등	남성 간 성차별적 통념·성적 위계관계에 근거한 여성 비하 내지 차별적 표현	성차별적 통념에 기대어 남성성에 대한 고정관념에 미치지 못하는 진정인이 여성보다도 못하다는 것을 남성 성기를 매개로 한 표현...성적 굴욕감과 혐오감을 느끼기에 충분한 성적 언동에 해당한다고 판단함. ... 단순히 성별에 따른 생물학적인 차이를 언급한 것이 아니라, 성적 위계관계에 근거한 여성에 대한 비하 내지 차별적 표현...성적 굴욕감이나 혐오감은 물론이고 근무환경을 악화시키는 결과를 초래함.
16진정0736300	성적언동 등	교육 중 불필요한 신체접촉 및 발언	불필요한 접촉을 회피하거나 주의를 기울일 필요가 있었음에도, 교육 중에 진정인의 가슴 부분을 접촉하고 결혼 여부를 묻고 ‘남편 덮치듯이 해보라’ 는 취지의 발언, 이는 합리적인 여성의 관점에서 볼 때도 성적 혐오감을 느낄 수 있으므로 성희롱에 해당한다고 보았다
14진정0600000	성적 굴욕감·혐오감	합리적 여성의 관점	구체적으로 종합하여 상대방이 그러한 행위를 원치 않았고 불쾌감을 느꼈는지, 합리적인 여성의 관점에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 줄 만한 행위였는지에 의하여 판단
14진정0417600	성적 굴욕감·혐오감	합리적 여성의 관점	성적 굴욕감 또는 혐오감에 대한 판단은 피해자의 주관적인 사정 외에도 보통의 합리적 여성의 관점에서 피진정인의 행위에 대해 피해자가 어떻게 반응하고 느꼈을 것인가를 판단의 기준으로 삼아야 할 것이다
16진정0736300	성적 굴욕감·혐오감	합리적 여성의 관점	상대방이 그러한 행위를 원하지 않았고 성적 굴욕감을 느꼈는지, 합리적인 여성의 관점에서 성적 합의가 있고 성적 굴욕감이나 혐오감을 줄 만한 행위였는지에 의하여 판단
10진차0000119	성적 굴욕감·혐오감	합리적 여성의 관점	상하관계에서 거부 의사의 표현이 쉽지 않다는 점을 감안하면 진정인이 느꼈을 감정 상태를 행위자의 관점에서 단정할 수는 없다. 합리적인 여성의 입장에서 피진정인이 진정인에게 한 발언의 수위는 단순한 농담으로 받아들이기에는 어려운 정도에 이르렀다고 보이고...
1진정0696100	성적 굴욕감·혐오감	합리적 여성의 관점	재계약 결정의 상당 부분이 피진정인의 권한 하에 있었던 점등을 고려하면 피진정인의 성적 언동에 대하여 항의하기가 쉽지 않았을 것이며, 이러한 상황은 진정인의 성적 굴욕감이나 혐오감을

사건번호	판단요소	사건유형	판단근거
			더욱 악화시켰을 것이라고 판단된다. 따라서 피진정인의 위 인정 사실 나항과 같은 행위는 합리적인 여성의 관점에서 볼 때 성적 굴욕감과 혐오감을 느끼기에 충분한 것
14진정0098700	성적 굴욕감· 혐오감	합리적 남성의 관점	작업장의 특성상 평소 어느 정도 수위 높은 성적 농담이 상호간 통용되는 분위기인 점을 감안한다 하더라도, 피진정인이 다수의 여성 미화원들 사이에서 혼자 남성인 조건 하에서 업무를 처리하며 이와 같은 발언을 듣게 된 상황을 고려하면, 이는 합리적인 남성의 입장에서 성적 수치심이나 혐오감을 야기할 수 있는 발언
10진정0328900	성적 굴욕감· 혐오감	합리적 피해자 관점	비록 피해 아동들이 이러한 행동으로 인하여 성적 굴욕감을 느꼈는지 여부를 명시적으로 표현하기는 어려우나 합리적인 피해자의 관점에서 볼 때 타인이 자신의 성기 부분을 접촉했다면 충분히 성적 굴욕감을 느낄 수 있었을 것
16진정1035400	성적 굴욕감· 혐오감	합리적· 객관적 피해자 관점	원장인 피진정인이 공익근무요원인 진정인에게 노래방 도우미의 가슴을 만지도록 한 행위는 당시 진정인의 연령 및 지위, 피진정인과 진정인의 관계 등을 고려할 때, 합리적, 객관적 피해자의 관점에서 진정인에게 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하기에 충분
17진정0428600	성적 굴욕감· 혐오감	합리적 사람의 관점	남성상사가 치질에 걸린 남성 직원에게 “애널섹스 하고 다니는 것 아니냐” 라고 한 사건에서, … 상대방이 그러한 행위를 원치 않았고 불쾌감을 느꼈는지, 그러한 언동에 성적 함의가 있었는지, 합리적인 사람의 관점에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 줄 만한 행위에 해당하는지를 중심으로 판단
16진정0676200	성적 굴욕감· 혐오감	객관적, 합리적 피해자 관점	업무 관련성, 언동의 경위 및 내용, 언동이 행해진 장소 및 상황, 그러한 언동이 성적 함의가 있는 성적 언동에 해당하는지 여부와 그러한 성적 언동이 피해자의 주관적 관점에서뿐 아니라 객관적, 합리적인 피해자의 관점에서 보아도 성적 굴욕감 또는 혐오감을 불러일으키는 행위인지 여부를 판단의 기준으로
대법원 2018. 4. 12 선고 2017두74702 판결	성적 굴욕감· 혐오감	피해자들과 같은 처지의 평균적인 사람의 관점	우리 사회 전체의 일반적이고 평균적인 사람이 아니라 피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느낄 수 있는 정도였는지를 기준으로 심리·판단하여야
18진정0862400	성적 굴욕감· 혐오감	피해자들과 같은 처지의 평균적인 사람의 관점	상대방이 그러한 행위를 원하지 않았고 성적 굴욕감을 느꼈는지, 단순히 행위 자체의 내용뿐만 아니라 가해자와 피해자가 놓여있는 권력관계 및 사회적 지위를 충분히 고려하여, 피해자와 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 성적 굴욕감과 혐오감을 느낄 수 있는 행위였는지 등을 종합적으로 판단하여야 한다. 아울러 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성(gender sensibility)’을 가지고, 사회 모든 영역에서 법령, 정책, 관습 및 각종 제도 등이 여성과 남성에게 미치는 영향을 충분히 고려
10진정0000600	성적 굴욕감· 혐오감	성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼지 않도록 각별한 주의 필요	보통의 여성들도 충분히 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느낄 수 있는 행동이라 할 것이다. 더욱이 피진정인은 대치 과정에 다른 여학생의 귀에 대고 반말로 속삭인 바 있고, 참모인들은 피진정인의 행위가 우발적이거나 일회적인 것이 아니라 이전에도 여러 번 반복되었다고 주장하는바, …교직원으로서 각별한 주의가 필요하다고 사료된다.
10진정0061600	성적 굴욕감· 혐오감	성적 굴욕감 또는	청소년 성교육 종사자의 채용시 면접관은 … 업무적격성을 판단하기 위한 범위 내의 질문을 하면 족한 것이고, 특히 남성 면접

사건번호	판단요소	사건유형	판단근거
	오감	혐오감을 느끼지 않도록 세심한 배려 필요	관이 여성 피면접자에게 성과 관련된 질문을 할 때에는 피면접자가 성적 수치심이나 굴욕감을 느끼지 않도록 세심하게 배려할 필요... 업무 적격성을 판단하기 위한 범위에서 벗어나 성과 관련된 사적인 영역에 관한 질문으로 상대방으로 하여금 수치심을 불러 일으키기에 충분하다.
09진차0000652	고용상 불이익	수습직원에 정규직 채용 철회	진정인을 정규직원으로 채용할 의사를 표명했다가 진정인이 채용과정 상 성희롱에 불응하자 피진정인이 정규직원이 아닌 수습기간을 두는 것으로 입장을 바꾼 것으로 보이는바 위와 같은 상황이 진정인의 채용 여부에 영향을 미쳤으리라는 것은 충분히 예상
17진정0973500	고용상 불이익	사적 만남 거부에 해고 암시	피해자를 사적인 자리에 여러차례 참석하도록 요구하였고, 피해자에게 사적 만남을 요구하고 이를 거부하면 해고를 암시... 결국 피해자는 피진정인의 정규직 제안을 거부하고 퇴사하였으며, 기관의 책임이 없다고 할 수 없다
17진정0507900	고용상 불이익	정직원 채용 조건 사적 만남 요구	**시장애인체육회의 팀장 지위에 있는 피진정인이 피해자에게 정직원이 되기 위해서는 피진정인과 만남을 가져야 한다는 취지로 이야기 하면서 수차례 성적 언동
19진정0401300	고용상 불이익	근무환경 악화 및 고용상 불이익	사회통념상 직장상사와 부하직원 간 일반적으로 허용되는 범위를 넘어선 발언이며, 성적 함의가 명백히 드러나는 성적 언동으로 성적 굴욕감과 인격적 모욕감을 느끼게 하고 진정인의 근무환경을 악화시켜 고용상 불이익을 야기하였으므로 성희롱에 해당한다

2. 성희롱이 인정되지 않은 사례

가. 행위자

인권위원회법상 행위자는 공공기관 종사자, 사용자, 근로자로 규정되어 있기 때문에 “공공기관 종사자, 사용자, 근로자”가 아닌 자는 행위자 요건에 해당되지 않아 각하사유이다. 그래서 업무와 관련되어 발생하였다 하더라도 고객, 거래처 관계자 등 제3자가 행위자인 경우, 학생에 의한 성희롱, 택시기사의 택시 이용객에 의한 성희롱 등은 당사자 요건이 부정되었다.

또한 “공공기관 종사자, 사용자, 근로자”의 범위를 넓게 해석하더라도 특수고용근로자 등 이미 법원 판단에 의해 근로자가 아님이 명백한 경우는 조사대상으로 삼지 않는다. 따라서 피해자가 방송작가로 동일하더라도 행위자가 방송제작사 직원인 경우에는 행위자 요건에 해당되지만 행위자가 방송작가인 경우에는 대법원 판례 등에 따라 근로자가 아니라며, 조사대상이 아니라고 각하하였다.

1) 사업주의 가족이 사용자 또는 근로자에 해당하지 않는다고 본 경우

□ 마트 군복지회관 내 마트 운영자 가족의 여성직원 성희롱

- * 누나가 운영하는 마트에서 남동생인 피진정인이 아르바이트생을 성희롱한 사건에서 피진정인을 ‘사용자’ 또는 ‘근로자’로 보기 어려워 각하함.
- * 피진정인은 마트의 공동운영자나 피고용인이 아니고 누나가 운영하는 마트에서 도와주는 상황으로 용돈을 받는 정도이나 수익이 없어 돈도 받지 못한다고 하였고, 진정인이 제출한 자료에 따르면, 진정인이 마트에서 일하던 기간 중의 임금 지급과 관련된 분쟁사항에 대하여도 피진정인의 누나와 카톡으로 주고 받은 것 등을 종합해 볼 때 피진정인을 ‘사용자’ 또는 ‘근로자’로 보기 어렵다고 판담(15진정1039400).

□ 부인이 운영하는 식당 직원에 대하여 남편이 성희롱한 사건.

- * 피진정인이 부인이 운영하는 식당에서 근무하던 진정인에게 업무와 관련하여 성적 언동을 한 사실은 인정되나 피진정인은 '사용자' 또는 '근로자'로 보기 어려운바, 이 사건 진정은 위원회의 조사대상이 되지 않으므로 각하
- * 피해자는 피진정인이 식당에 매일 출근했으나 피진정인의 업무지시를 직접적으로는 받지 않았다고 진술하고, 식당사업주인 참고인 또한 피진정인이 식당과 관련된 농사일 위주로 하고 예약손님이 있을 때 같이 도왔으며, 식당운영과 관련해서는 참고인이 전적으로 관여하고 있다고 함. 피해자와 피진정인 간 호칭은 '아저씨', '아줌마'라 불렀고, 피해자는 참고인을 '언니'라고 불렀음. 식당은 주로 예약을 받고, 고객이 없을 때 참고인이 식당을 비우거나 교회를 가는 편이고, 피진정인과 피해자가 식당에 단둘이 있었던 적은 한 달에 1~2번 정도라고 진술한바, 피진정인이 피해자가 종사하고 있는 업무 관련성과 일정부분 근로제공 외에 실질적 영향력을 미치는 '사용자'에 준하거나, 임금지급을 받는 '근로자'로 보기도 어렵다고 판단됨(15진정0453800).

2) 사용자 또는 근로자에 해당되지 않는다고 본 경우

□ 방송작가의 동료작가 성희롱 사건

- * 피진정인은 방송국의 방송작가로서 대법원 판례 등에 따르면 근로자 또는 사용자에 해당되지 않는다고 판단하여, 위 진정은 우리 위원회의 조사대상에 해당하는 않는 것으로 판단하여 각하(14진정0456600)

3) 고객, 거래처 관계자 등 제3자에 의한 성희롱

□ 환자 등 고객이 근로자를 성희롱한 사건(12진정0337600)에서 가해자성을 부정하였다.

□ 고객이 근로자를 성희롱한 사건(12진정0882200)

- * 편의점의 시간제 근로자로 일하던 진정인에게 편의점을 자주 이용하던 청소차량 운전사인 피진정인이 성적 발언 및 음란 동영상을 보여주는 행위로 성적 불쾌감을 주어 진정한 사건에서 고객에 의한 성희롱은 위원회의 조사대상에 해당하지 아니하여 각하함.

□ 콜센터 고객의 직원 성희롱

- * 진정인은 00장애인인권센터에 근무하는 상담원인데 피진정인이 오후3시부터 오후5시까지 진정인에게 계속해서 전화를 걸어 장애인콜택시가 예약되지 않는다며, 성희롱, 폭언, 욕설, 협박 등을 하며 괴롭힌 것에 대해 진정함. 피진정인의 성희롱적 발언은 장애인콜택시를 이용하는 장애인고객에 의한 것으로 인권위법상 가해자 요건인 '공공기관 종사자, 사용자, 근로자' 중의 하나에 해당되지 않아 각하대상임(15-진정-0018200).

□ 병원환자가 정신치료를 성희롱한 사건

- * 병원에서 근무하는 정신치료사인 진정인이 환자들을 상대로 노래요법을 진행하던 중에 환자인 피진정인이 진정인의 엉덩이를 만지면서 웃어 성적 굴욕감을 느껴 진정한 사건에서 위원회는 피진정인은 병원 내 환자로 공공기관 종사자, 사용자 또는 근로자에 해당하지 않아 위원회 조사대상으로 볼 수 없어 각하함(12진정0337600).

4) 학생에 의한 성희롱

□ 대학교 학생 간 성희롱 사건

- * 대학 총학생회장이 같은 학교 학생에게 가한 성희롱 사건에서 '학생'이 가해자요건인 '공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자'에 해당하지 않는다는 이유로 각하(17진정0532000)

□ 학생에 의한 교수 성희롱(12진정0230200).

- * 진정요지 : 사회복지학과 계약직 교수인 진정인에게 수업을 들던 피진정인 학생이 자리에 앉아 바지 앞쪽으로 손을 넣어 자신의 성기를 만지는 듯한 동작을 하며 히죽히죽 웃는 언동으로 성적 굴욕감을 줌. 이에 대해 진정인이 학교 측에 보고하였으나 조치가 미흡할 뿐 아니라 오히려 진정인에 대해 서면경고하고 징계를 시도하는 등 불이익을 줌.
- * 판단 : 진정인은 성희롱 피해자에 대한 경고, 징계시도 등에 대해 위원회가 개입하여 줄 것을 요청하나, 위원회 조사대상에 해당되지 않는 사안에 대한 소속기관의 후속 조치에 대해 우리 위원회가 개입하는 것은 적절하지 않은 것으로 사료됨(12진정0230200).

5) 기타 당사자 요건에 해당되지 않는다고 본 사례

□ 영업용 택시기사의 택시 이용객에 대한 성희롱

- * 영업용 택시기사는 택시 이용객과의 관계에서 사용자 또는 근로자의 지위에 해당한다고 볼 수 없고, 택시기사라는 지위가 이용객들의 활동을 제한하거나 심리적으로 위축시키는 직위에 해당한다고 볼 수 없어 가해자요건을 부정하고 각하(16진정0780200, 15진정0720600)

□ 네트워크마케팅 사업자의 타 사업자 성희롱

- * 피진정인과 진정인은 네트워크마케팅 회사의 개별사업자로 상호간 후원인(스폰서) 관계로 피진정인이 성희롱 가해자 요건에 해당되지 않는다(15진정0877100).

□ 건물주나 관리인, 집주인이 세입자를 성희롱

- * 건물주이자 관리인이 입주자인 진정인에게 가한 언어폭력 등의 내용으로 피진정인이 사용자나 근로자 등「국가인권위원회법」상의 성희롱 행위자 요건에 해당된다고 보기 어려워 각하(15진정0675900)

나. 성희롱의 대상

국가인권위원회법은 성희롱의 대상(피해자) 범위를 특정하고 있지 않은바, 거래처 직원, 환자 등 제3자에 대한 성희롱이 인정되지만, 일반 시민이 SNS를 통해 성희롱 관련 사실을 알게 되어 진정한 사건에서는 피해자 요건에 해당되지 않는다고 각하하였다.

□ 일반 시민이 SNS를 통해 성희롱 관련 사실을 알게 되어 진정한 사건

- * 진정요지 : 피진정인은 울산시 소재 00돼지 식당의 사장으로, 남자화장실에 “1학년 : 파인애플, 벗기기 어렵지만 새콤달콤 부드러워 / 2학년 : 바나나, 벗기기 쉽고 부드러워 / 3학년 : 사과, 무난하게 구하기 쉽고 맛도 좋다 / 4학년 : 토마토, 아직도 자신이 과일인 줄 안다”며 여대생을 과일에 비유한 글을 남자화장실에 게시하였음. 서울에 거주하는 진정인들은 SNS를 통해 피진정인이 여대생을 과일에 비유한 글을 화장실에 게시한 사실을 알게 되었으며, 피진정인의 행위가 명백한 성희롱이므로 처벌 등을 원함.
- * 판단 : 이 사건 진정인들은 SNS를 통해 피진정인이 화장실에 여대생을 과일에 비유한 문구를 게시한 사실을 알게 되었으므로, 「국가인권위원회법」상 성희롱 피해자 요건에 해당하지 않는다고 사료됨. 이에 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제1호에 의거 각하 의견임.(17진정0229600·17진정0229800 병합)

다. 업무관련성

근무시간 외 사적인 만남과 퇴사한 전직 임원이 고객으로 방문한 경우에는 업무 관련성이 인정되지 않는다. 인권위원회는 회식 후 타인 간 입맞춤 목적에 대해 고의로 노출 시킨 것이 아니라며 업무 관련성을 부인하여 기각하였고, 다른 부서 근무자가 민원인에게 한 성희롱에 대해서도 민원인에 대한 직접 언동이 아니라며 업무 관련성을 인정하지 않아 각하하였다. 의료행위 시 환자에 대한 세

심한 배려가 필요하지만, 배려부족이 성희롱으로 인정되는 것은 아니라고 하였다. 본사가 다른 입점 업체 근로자 간 성희롱에 대해 사인 간의 행위로 보아 업무 관련성을 부정하였고, 상거래 관계는 피진정인의 우월한 지위를 이용한 업무수행이라거나 피해자의 업무수행에 응하기 위하여 만나는 관계라 보기 어렵다며 업무 관련성을 부정하고 있다.

1) 근무시간 외 만남이 업무와 무관한 경우

□ 평소 친분이 있는 동료 간 발생한 성적언동

* 피진정인과 진정인은 동료 사이이지만 각각 다른 부서의 과장이고, 함께 저녁을 먹은 후 2차로 간 노래방에서 신체 접촉이 있었던 사실은 인정되지만, 피진정인이 직위를 이용하거나 업무와 관련하여 진정인을 만났다고 볼 특별한 사정이 없는 점 등을 고려할 때, 위와 같은 행위가 업무와 관련성을 가진 가운데 이루어졌다고 보기 어렵다는 이유로 성희롱에 해당하지 아니하여 조사대상이 아니므로 각하(13-진정-0955600)

2) 진정인이나 피진정인 퇴사 후 발생한 사건에 대해 업무 관련성이 인정되지 않은 사례

□ 직장 전직 임원에 의한 성희롱

* 피진정인이 전직 신협의 간부이기는 하나, 당시는 고객으로 방문한 상황이었으므로 고객에 의한 성희롱으로 보아야 할 것인바, 위원회 조사대상(진정 당사자 간 업무관련성 부족)에 해당하지 않는 것으로 보아 각하함(14진정1002600)

3) 회식 후 타인 간 입맞춤 목적에 대해 업무관련성 부인

□ 회식 후 타인간 입맞춤 목적에 대해 업무관련성 부인

* 피진정인이 타인과 입맞춤을 하는 모습을 진정인 등이 목격하였다는 주장을 사실로 인정한다고 하더라도, 행위의 장소가 직장 외 식당에서 이루어졌고, 진정인의 주장만으로도 피진정인이 고의로 입맞춤 행위를 진정인에게 노출시켰거나 노출되어도 무방하다는 인식을 가지고 있었다고 볼 수 없으므로, 성적 불쾌감을 야기하여 적대적 근로환경을 조성하는 성희롱의 유형으로 볼 수 없다. 따라서 이 진정 부분은 「국가인권위원회법」 제39조 제1항 제2호에 따라 기각한다. (17진정0878700)

4) 다른 부서 근무자가 민원인에게 한 성희롱에 대해 업무관련성 부정

□ 공무원의 민원인 성희롱(15-진정-0043800)

* 진정인은 고용노동부 00지청 근로개선지도1과의 근로감독관과 업무를 보고 있던 중 근로개선지도2과 신고사건 총괄팀장인 피진정인이 들어와 욕설을 하며 떠들더니 한 남성 직원에게 "남자는 불알이 두개데 다 그렇게 갖고 있지 않다, 너도 두개냐? 너 하나밖에 없지?", "너 하나밖에 없을 거야." 라고 진정인에게 들리도록 이야기 하여 참을 수 없는 성적 수치심을 느꼈다고 진정함.

* 위원회는 피진정인이 공무원으로 공공기관 종사자이기는 하나, 피진정인은 옆 부서에 근무하는 자로 당시 다른 민원업무를 위해 방문한 진정인에게 직접적으로 한 언동이 아니므로 직위를 이용하거나 업무연관성을 가지고 성적 언동을 하였다고 보기 어려워 조사대상 성희롱에 해당하지 아니하는 것으로 보고 각하함.

5) 진료목적의 의료행위 중 불쾌감을 느낀 것은 배려부족일 뿐 성희롱으로 보기 어려움

□ 환자 동의 없이 진료 참관

* 산부인과 진료시 환자의 동의 없이 남자 전공의와 실습생을 참관시킨 사건에서 환자는 의사 진료에 방해될까 우려하여 명시적으로 전공의 등의 참관을 반대하지 못하는 입장임을 감안하면 적극적으로 참관 동의를 받는다

거나 원하지 않을 경우 참관을 제한하는 조치를 취하는 등 여성 환자에 대한 배려가 필요하나 배려가 부족했던 부분이 바로 성희롱으로 연결된다고 보기 어렵다고 하여 기각(14진정0211200)

□ **내과 의사의 청진 진료 시 신체접촉**

* 진정인이 민감한 신체부위의 접촉으로 인해 불쾌감을 느낀 점은 충분히 인정되나 피진정인이 진정인의 옷을 가슴 위로 들어 올리고 청진을 한 방법이 진료의 본래 목적이나 범위를 벗어났다고 보기는 어려움. 피진정인이 환자 진료 시 환자가 민감하게 여길 수 있는 신체부위를 진료할 경우 사전에 해당 진료행위의 필요성이나 진료 방법 등에 대해 좀 더 자세하게 설명하는 등 보다 환자를 배려할 필요가 있어 보이나, 이에 대한 배려나 조치가 미흡했다고 하여 이를 성희롱 행위라고 보기는 어려움. (12진정0900000)고 하였다.

6) **업무관련성 없는 사인 간의 행위**

□ **본사가 다른 입점 업체 근로자간 성희롱에 대해 업무관련성 부정**

* 각각 본사가 다른 입점업체 근로자인 진정인과 피진정인은 서로 간에 고용 또는 업무상 관계가 성립하지 않고, 우월적 지위를 이용할 수 있는 위계적 관계에 있다고도 보기 어려워 '사인간의 행위'로 보아 업무관련성을 부정하여 각하하였다(13진정0776700).

□ **목욕탕 업주와 목욕탕 이용객은 상거래 관계**

* 목욕탕 업주와 목욕탕 이용객들은 목욕시설의 제공과 이용료의 지불이라는 상거래 관계에 있으며 이러한 상거래 관계가 피진정인의 우월한 지위를 이용한 업무수행이라거나 피해자의 업무수행에 응하기 위하여 만나는 관계라 보기 어렵다고 하여 업무관련성을 부정(16진정011680),

□ **서비스 제공자와 이용자 간 업무관련성 부정**

* 영업용택시 운전사와 탑승한 피해자 간 고용관계 성립 하지 않음(17진정1017200)
* 병원 스포츠의학센터 운동치료사와 운동치료를 받는 외래환자(각하17진정0866200)

□ **판매자와 구매자 간 업무관련성 부정**

* 휴대폰 판매업자와 구매자 역시 휴대폰 판매와 구입이라는 상거래 관계(16진정0756700)
* 편의점 점장과 구매자도 편의점 제품 제공과 이용료의 지불이라는 관계(16진정0688300)

라. 성적언동 등 사실인정

사적인 질문을 하는 것은 사생활을 침해하고 불쾌감을 느끼게 하는 행위이지만 성적 언동에 해당하지는 않고, 외모를 평가에는 발언에 성적 함의가 없으면 성희롱으로 인정되지 않는다. 성적인 평가 발언이 당사자에게 전해질 가능성을 인지하지 못한 경우, 성희롱 피해 사실 유포행위가 우발적이고 성적 함의가 없다면, 성적 언동에 해당하지 않는다고 보았다. 남성의 신체 부위를 언급하며 남자답지 못하다고 한 발언이나 여성에게 술을 따르라고 권한 행위에 대해 성적으로 대상화한 것은 아니라고 하였고 여성 비하 발언이 모두 성적 언동이 되는 것은 아니라고 하였다. 사적 만남 제의가 진정인이 먼저 식사를 요청하여 이루어진 것이라면 성희롱으로 인정되지 않았다.

의료행위, 수사행위 중 불쾌감을 느낀 언동에 대해서는 업무상 필요에 의한 행위이면 성적 함의가 있다고 보기 어렵다고 하다.

1) **외모 평가, 사적 질문 등에 대해 성적 언동 불인정**

□ **사적 질문, 외모 평가, 저급 언어 사용 등에 대해 성적 언동이 아니라고 봄**

- * 피진정인은 진정인의 직장상사로 (주)***엔터테인먼트 F&B운영팀장으로 재직 중임. 피진정인과 진정인은 근무지가 달라서 직접 마주치는 일은 적으나 가끔 마주칠 때마다 “남자친구 있냐?”와 같은 사적인 질문, “살빠졌어?” 등 외모를 평가하는 듯한 발언, 회식자리에서 마시던 잔 강요 등의 언행과 그 외 회식자리에서 “쫓갈다”, “씨발”이라는 저급한 언어를 사용
- * 회식자리에서 연애 등 사적인 질문을 하는 행위, 자신의 술잔을 권하는 행위, 진정인의 외모를 평가하는 듯한 발언 등은 진정인의 개인 사생활을 침해하고 진정인으로 하여금 불쾌감을 느끼게 하는 행위일 수는 있겠으나, 이러한 행위가 「국가인권위원회법」 제2조 제3호 라목에서 규정하고 있는 성적언동에 해당한다고는 볼 수 없음. 또한 사적영역에서 사인간 욕설을 하는 등의 침해행위는 위원회의 조사대상에 해당하지 않으므로 각하(17진정0994700).

□ 몸무게, 신체 사이즈에 대한 지적

- * 입주민관리센터 경리대리로 근무 중인 여성인 피진정인이 안내데스크에서 근무하는 진정인을 포함한 여성직원들에게 “살빠라. 옷에 몸을 맞춰라”라고 언급한 사실이 인정되나, 그 자체만으로 성적 함의가 있다고 보기 어렵고, 치마 속에 손을 넣은 것과 관련하여서는 당사자의 주장이 서로 상반되는데, 설사 피진정인이 진정인의 치마 속에 손을 넣었다 하더라도 성적인 의도가 있었다고 보기 어려워 기각 의견임.(16진정0811600)

□ 외모에 대한 평가 발언

- * “얼굴이 못생겼다거나 엉덩이가 크다”, “얼굴에 주름이 많다”는 발언은 외모에 대한 발언으로써 이것이 성적 함의를 가지고 있다고 보기 어렵다(10진정0438800)

2) 성적인 평가를 전해 들은 경우

□ 성적인 평가 발언이 당사자에게 전해질 가능성을 인지하지 못했다고 하여 성희롱 불인정

- * 피진정인은 성적 함의를 담고 있는 것으로 통용되는 용어와 표현을 통해 진정인을 비난하는 발언을 한 사실이 있는바 진정인이 피진정인의 발언으로 인해 모욕감을 느꼈을 개연성은 충분히 인정됨. 그러나 피진정인의 발언은 진정인이 관련된 성적 소문의 또 다른 당사자인 자신의 직속부하를 비밀리에 사적으로 면담하는 과정에서 이루어진 것이어서, 피진정인은 자신의 발언이 진정인에게 전달됨으로써 진정인이 성적 굴욕감을 느끼게 될 가능성이 있음을 사전에 인지하지 못한 상태에 있었다고 할 것인바, 피진정인의 언동은 그 부적절성에도 불구하고 「국가인권위원회법」 제2조 제5호의 규정에 의한 성희롱에 해당하지 않는 것으로 판단됨(08진차1166).

3) 성희롱 피해사실 유포행위에 대해 성적 언동 부정

□ 우발적이고 성적 함의가 없으므로 성적 언동 부정

- * 동료직원이 ‘진정인이 성희롱을 당했다는 사실’을 다른 동료직원이 있는 곳에서 진정인에게 거론하여 확인하는 행위는 진정인으로 하여금 다시 그 상황을 상기하게 하고, 다른 직원에게 알려지게 된 것에 대하여 그와 같은 피진정인의 행동에 성적 함의가 있다고 보기 어렵고, 우발적인 것으로 보이는 점, 그 이후에 몇 차례 사과한 점 등을 고려하여 성적 언동을 부정(13진정0972300)
- * 마 속에 손을 넣었다 하더라도 성적인 의도가 있었다고 보기 어려워 기각 의견임.(16진정0811600)

4) 성적 대상으로 간주한 것은 아니라고 본 사례

□ 공무원이 동성 민원인에 대해 “남자가 불알 차고 비겁하다.”는 발언한 것이 성적 굴욕감을 느낄 정도라고 보기는 어렵다고 본 사례

- * 구청소속 공무원 피진정인이 구 주민인 진정인의 민원을 처리하기 위해 대화를 하는 중 피진정인이 진정인에게 “남자가 불알 차고 비겁하다.”는 발언을 하여 수치심을 느껴 00시에 민원을 제기하였고 00시 감사담당관실은 위 피진정인의 발언에 대하여 2014. 10. 1. 「지방공무원법」제51조 위반으로 “훈계” 처분한 사실이 있음

- * 진정인과 피진정인이 민원 관련하여 서로 격양되어 언성을 높여 전화통화를 하는 중에 발생하였고, 진정인이 구청에서 담당하는 업무에 대하여 토요일에 시청 당직실로 10여 차례 민원을 제기하여 이에 피진정인이 상급 기관에 민원을 넣지 말고 남자답게 만나서 대화하자는 의미로 위 같은 발언을 했다고 일관되게 주장하고 있어 피진정인이 진정인을 성적 대상화하여 성적언동을 했다고 보기 힘들고 또한 위 발언이 진정인에게 불쾌감을 주는 부적절한 발언이긴 하나 합리적인 사람의 관점에서 성적굴욕감을 느끼게 할 정도라고 보기 어려워「국가인 권위원회법」제2조 제3호 라목의 성희롱에 해당되지 않는다고 판단하여 기각(다만 처리결과 통지 시 피진정인의 위 발언이 적절하지 못했으므로 유사한 사례가 재발하지 않도록 각별히 유의할 것을 명기)(14진정 0847500)

□ 술 따르기

- * 교감(원고)이 여자 교사들에 대하여 교장인 소외 1에게 술을 따라 줄 것을 두 차례 권한 이 사건 언행은 여자 교사들로 하여금 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 성적 언동에 해당하지 않는다고 할 것이므로 이를 성희롱 이라고 한 이 사건 결정이 위법하다고 한 원심의 판단은 정당하다(대법원 2005두6461, 2007.6.14.)

5) 사적 만남 제의, 이성적 호감 표현이 성희롱으로 인정되지 않은 사례

□ 생산총과 부장의 아웃소싱 회사 직원에 대한 성적 언동

- * 피진정인이 진정인에게 회를 먹으러 가자고 제안을 하게 된 계기는 진정인이 먼저 회를 사달라고 요청한 것이고, 진정인이 피진정인이 회를 사준다면 같이 가겠다고 답변하였음. 따라서 피진정인이 진정인에게 단둘이 회를 먹으러 가자고 강요한 것으로 보이지는 않으며 회를 먹으러 둘이서 가자고 발언한 자체만으로 성희롱을 하였다고 보기 어려움. (17진정0715200).

6) 여성 비하 발언

□ 정당 사무부총장의 여성 비하 발언

- * 정당 사무부총장인 피진정인은 돋보기를 쓰고 자료를 검토하는 ○○○○당 당원 진정인에게 ‘안경 낀 저 여인네’라고 칭함으로써 신체적인 모욕과 함께 여인네라는 표현으로 성적 수치심을 느끼게 하였다고 진정한 사건에서, ‘여인네’의 뜻은 ‘여인 일반을 두루 이르는 말’에 해당하고, 피진정인이 공식회의 석상에서 진정인에게 직책이 아닌 ‘여인네’라는 호칭 등을 사용한 것이 여성비하 발언에 해당할 여지는 있으나 성적 언동에 해당하지는 않아 위원회 조사대상으로 보기 어려워 각하(12진정0369000).

□ 공기업 감사 시 여성비하적 발언

- * 기동감찰팀장인 피진정인이 진정인에게 “여자들이 문제가 있다. 여성들은 소통이 안 되고 이기적이다.”라고 말하여, 아직 진상이 확정되지 않은 상황에서 단정적으로 폄하하여 성적 수치심을 느꼈다는 이유로 진정한 사건에서, 위원회는 여성폄하발언은 될 수 있을지라도, 성적함의를 갖는 언동으로는 볼 수 없어 조사대상에 포함되지 않아 각하함(13-진정-0375600).

7) 의료행위 등 업무관련 행위에 성적 함의가 없다고 봄

□ 진료과정에서 간호사에 의한 성적수치심 유발(14진정1009300).

- * 남성 진정인이 주사실에서 하의를 탈의한 채 주사를 맞고 있는데 여성 간호사가 갑자기 주사실의 커튼을 들추고 들어온 사건에서 성적 함의를 가진 언동으로 볼 수 없어 조사대상이 아니라고 각하함

□ 환자가 누워서 소변보는 상태 중의 의료행위

- * 여성 환자가 누워서 소변을 보고 있는 상태(모포로 가려져 신체 일부분을 볼 수 없음)임을 인지하면서도 남성 응급구조사가 혈액검사를 위해 채혈하고자 응급실 커튼 안으로 들어온 행위에 대하여 ‘불쾌할 수는 있으나’

일상적인 업무의 하나로 피진정인이 남성이고 피해자가 여성이기 때문에 그 수치심의 정도가 심했다고는 볼 수 있으나, '피해자를 성적인 대상으로 취급하였다거나 혹은 성적 함의를 가지고 채혈을 시도하였다고 보기 어렵다' 성적 언동을 부정하고 기각(15진정0222000).

□ 산부인과 의사의 검사결과 설명 중 성관계 언급 발언

* 산부인과 의사가 환자에게 검사 결과를 설명하는 과정에서 성관계를 언급하는 발언("오히려 부부 관계시 남자가 만족도가 더 높을 수 있다.")을 하여 피해자가 수치심을 느낀 점을 충분히 인정할 수 있고, 업무적으로 불필요한 발언으로 보인다고 하면서도 "진정인을 성적으로 대상화하거나 성적 함의를 갖는 발언이라고 보기는 어렵다"고 하여 성적 언동을 부정(17진정0557200)

□ 진료과정 중 드러내고 싶지 않은 개인적 사정에 대해 수차례 질문

* 진정인이 임신가능성이 전무하다고 구체적으로 답변했음에도 불구하고, 피진정인이 질문하는 과정에서 미혼인 진정인이 여성으로서 드러내고 싶지 않은 개인적 사정에 대해 수차례 질문을 하고, 농담조로 말을 하여 진정인이 불쾌감과 성적 굴욕감을 느낀 점을 충분히 인정할 수 있음. 그러나 무월경 증상을 보이는 진정인을 진료함에 있어 성관계 경험 및 임신 여부 등에 대한 질문은 진료상 필요한 부분으로 피진정인이 진정인을 성적 대상화하여 행한 '성적언동 등'으로 보기 어렵다고 사료됨. 따라서 이 사건은 「국가인권위원회법」 제2조제3호 라목의 '성희롱'으로 인정되지 않는다고 사료됨(처리결과 통지시 피진정인 및 해당 병원에 유사 사례가 재발하지 않도록 각별히 유의할 것을 명기)(16진정0542000)

□ 여성미화원의 남성 화장실 출입 행위의 성적 언동 여부

* 지하철 역사 내 남성 화장실에는 여성 미화원이 임의로 출입하고, 남성이 용변을 보는 중에도 개의치 않고 그 주위나 다리 사이로 걸레질을 하거나 칸막이 문을 두드리는 등의 행위가 일상적으로 이루어지고 있어 화장실 이용 시 지속적인 성적 수치심을 느꼈다고 진정한 사건에서 진정내용상 행위는 성적 함의를 갖는 언동으로 볼 수 없다고 하여 각하(10진정0019700),

8) 피해자에 대한 수사 및 진료 과정에서 업무상 필요성이 인정되면 성적 언동 부정

□ 성폭력 피해자에 대한 오해 소지 있는 질문

* 미성년자인 성폭력 피해자에게 소아정신과 의사가 "너는 키도 크고 예쁜데 판단력도 있어 보이는데, 왜 그런 일을 못 막았느냐, 충분히 네가 판단하면 막을 수 있었는데, 그냥 가만히 있었던 것 가니냐?"라고 물어본 사실에 대하여 '심리상태 진단을 위해서 어느 정도 필요한 질문'이고, 피해자에게도 책임이 있다는 것으로 들릴 수 있어 부적절하고 오해될 수 있는 질문이라 하더라도 그와 같은 질문의 성적 언동성을 부정(14진정0847500)

□ 성추행 고소 사건 조사과정에서 성에 관한 질문

* 전경으로 근무하다 동성애자로 커밍아웃한 후 동료직원들이 성추행으로 고소한 사건에서 피진정인이 진정인에게 "성욕을 어떻게 해소하느냐?"고 물은 것은 사실이고, 이 질문은 성추행이 성욕을 절제하지 못해 발생하는 것은 아니라는 측면에서 진정인의 혐의 여부를 밝히는 데 적절하다고 보기는 어려우나 이는 피진정인의 수사 범위 안에 있는 것으로 성추행 여부를 수사하면서 성에 관한 질문을 한 것을 성희롱으로 볼 수는 없으므로 본 사건은 기각하는 것이 타당하리라 사료됨(08진차0001215).

□ 유사사례

* 검찰조사과정에서 수사관이 두 사람의 관계나 성관계 여부 등을 질문하는 것은 그 고소 내용에 비추어 불가피하다고 판단되어 성희롱에 해당하지 않는다(14진정0126500),

* 검찰의 간통죄 조사과정에서 신체적, 성적 특징 등에 대해 질문한 것도 '형사사건의 내용으로 보아 사건의 실제적 진실을 규명하기 위하여 불가피하게 수사업무에 필요한 개인적이고 성적인 질문을 한 것으로 성희롱 발언이라 보기 어렵다(11진정0550500)

* 검찰 수사관의 강간 피의자에 대한 조사 과정에서 '성기 조사에 대한 동의'는 하였으나 만지는 것에 대한 동의

가 없었다고 진정인이 주장한 사안에서 '수사상 필요한 절차'이고 '상당한 정도의 동의'가 있었으므로 성적 언동을 부정하여 기각(15진정0623600)

마. 성적굴욕감, 고용상 불이익이 인정되지 않은 경우

천박스럽다는 표현은 모욕적일 수 있고 이성적 호감 표현이 불쾌할 수 있으나 성적 굴욕감을 야기할 정도는 아니라고 하였고, “씨발”이라는 욕설이 ‘몸을 파는 여자’라는 의미로 사용된 것이 아니라 격앙되어 욕설로서 이루어진 것이어서 성적 굴욕감을 느끼게 할 정도의 발언은 아니라고 판단한 사례가 있다. 고용상 불이익에 대해 동일한 공장에서 작업 라인만 변경된 경우는 고용상 불이익에 해당하지 않는다고 보았고, 가해자의 상사인 피진정인의 2차 피해 발언에 대해서는 그 밖의 구체적인 요구가 있거나 진정인이 그에 따르지 않았다는 이유로 고용상의 불이익을 주었다는 주장이라고 볼 수 없어 국가인권위원회 조사대상이 아니라고 하였다.

1) 성적 굴욕감이나 혐오감 불인정

□ 모욕적이고 불쾌할 수 있으나 성적 굴욕감을 느꼈다고 보기 어려운 경우

* “천박스럽다.”는 상대방이 모욕적이거나 불쾌한 감정을 느꼈을 수 있으나 합리적 여성의 관점에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 야기할 발언에 해당하지 않는다(16진정0297200)

□ 이성적 호감 표현으로 불쾌할 수는 있으나 성적 굴욕감이나 혐오감을 느꼈다고 보기 어려운 경우

* “손잡아봐도 되냐?”, “드라이브하러 가자.”에 대하여 양 당사자가 미혼이고, 손을 억지로 잡으려고 했던 것도 아닌 점 등에 비추어 이성적 호감을 표현한 피진정인의 행위로 불쾌한 감정을 느꼈을 수는 있으나, 합리적 여성의 관점에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 야기할 발언에 해당하지 않는다(15진정0967400)

□ 발언당시 상황을 고려할 때 성적 의미로 발언했다고 보기 어려운 경우

* “씨발”이라는 욕설이 ‘몸을 파는 여자’라는 의미도 있으나 발언 당시 상황을 감안해봤을 때 피진정인의 감정이 격앙되어 진정인에게 한 욕설로 진정인을 성적 대상화하거나 위 의미로 발언했다고 보기 어려운 점에 비추어 ‘불쾌감을 주는 적절치 않은 발언’이기는 하나 역시 합리적인 사람의 관점에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 정도의 성적 언동이 아니라고 하였다(15진정0782100).

2) 고용상 불이익 불인정

□ 동일한 공장에서 작업 라인만 변경된 경우는 고용상 불이익에 해당하지 않음.

* 참치 포장 작업에서 참치 껍질을 벗기는 작업으로 업무가 변경된 경우 ‘동일한 공장의 생산라인에서 수행하는 작업라인만 바뀐 경우에는 고용상 불이익이라 하기 어렵다(12진정0076200).

□ 2차 피해 발언에 대해 고용상 불이익 인정하지 않음.

* “그거 뭐 흑심을 가지고 그러는 게 아니라 술 마시고 주정하는 건데 진정인이 너무 크게 만든다. 이상한 애다.”, “양심적으로 살아라, 병원 길게 다녀야 할 것 아니야” 등 2차 피해 발언을 한 것은 성적 언동이라고 보기 어렵고, 또한 그 밖의 구체적인 요구가 있거나 진정인이 그에 따르지 않았다는 이유로 고용상의 불이익을 주었다는 주장이라고 볼 수 없어 위원회의 조사대상에 해당한다고 보기 어렵다.(15진정0856000).

<성희롱으로 인정되지 않은 경우>

사건번호	판단요소	사건유형	판단근거
15진정1039400	성희롱의 행위자	마트 운영자 남동생	누나가 운영하는 마트에서 도와주는 상황으로 용돈을 받는 정도 이나 수익이 없어 돈도 받지 못한다고 하였고...
15진정0453800	성희롱의 행위자	식당 운영자의 남편	피진정인이 식당에 매일 출근했으나 피진정인의 업무지시를 직접적으로는 받지 않았다고 진술하고, 식당사업자인 참고인 또한 피진정인이 식당과 관련된 농사일 위주로 하고 예약손님이 있을 때 같이 도왔으며, 식당운영과 관련해서는 참고인이 전적으로 관여하고 있다고 ... 피진정인이 피해자가 종사하고 있는 업무 관련성과 일정부분 근로제공 외에 실질적 영향력을 미치는 '사용자'에 준하거나, 임금지급을 받는 '근로자'로 보기도 어렵다
14진정0456600	성희롱의 행위자	동료 방송작가	피진정인은 방송국의 방송작가로서 대법원 판례 등에 따르면 근로자 또는 사용자에 해당되지 않는다고 판단...
12진정0337600	성희롱의 행위자	환자	환자 등 고객이 근로자를 성희롱한 사건
12진정0882200	성희롱의 행위자	고객	편의점을 자주 이용하던 청소차량 운전사인 피진정인이 성적 발언 및 음란 동영상 보여주는 행위로 성적 불쾌감을 주어 진정한 사건에서 고객에 의한 성희롱은 위원회의 조사대상에 해당하지 아니하여 각하
15-진정-0018200	성희롱의 행위자	고객	진정인의 성희롱적 발언은 장애인콜택시를 이용하는 장애인고객에 의한 것으로 인권위법상 가해자 요건인 '공공기관 종사자, 사용자, 근로자' 중의 하나에 해당되지 않아 각하
12진정0337600	성희롱의 행위자	환자	피진정인은 병원 내 환자로 공공기관 종사자, 사용자 또는 근로자에 해당하지 않아 위원회 조사대상으로 볼 수 없어 각하
17진정0532000	성희롱의 행위자	학생	총학생회장이 같은 학교 학생에게 가한 성희롱 사건에서 '학생'이 가해자요건인 '공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자'에 해당하지 않는다는 이유로 각하
12진정0230200	성희롱의 행위자	학생	수업을 듣던 피진정인 학생이 자리에 앉아 바지 앞쪽으로 손을 넣어 자신의 성기를 만지는 듯한 동작을 하며 히죽히죽 웃는 언동...피해자에 대한 경고, 징계시도 등에 대해 위원회가 개입하여 줄 것을 요청하나, 위원회 조사대상에 해당되지 않는 사안에 대한 소속기관의 후속 조치에 대해 우리 위원회가 개입하는 것은 적절하지 않은 것
16진정0780200 15진정0720600	성희롱의 행위자	영업용 택시기사	영업용 택시기사는 택시 이용객과의 관계에서 사용자 또는 근로자의 지위에 해당한다고 볼 수 없고, 택시기사라는 지위가 이용객들의 활동을 제한한다거나 심리적으로 위축시키는 직위에 해당한다고 볼 수 없어 각하
15진정0877100	성희롱의 행위자	네트워크마케팅 사업자	피진정인과 진정인은 네트워크마케팅 회사의 개별사업자로 상호간 후원인(스폰서) 관계로 피진정인이 성희롱 가해자 요건에 해당되지 않는다
15진정0675900	성희롱의 행위자	건물주 및 관리인	건물주이자 관리인이 입주자인 진정인에게 가한 언어폭력 등의 내용으로 피진정인이 사용자나 근로자 등 「국가인권위원회법」상의 성희롱 행위자 요건에 해당된다고 보기 어려워
17진정0229600 · 17진정0229800 병합	성희롱의 대상	일반 시민이 SNS를 통해 성희롱 관련 사실 인지	서울에 거주하는 진정인들은 SNS를 통해 피진정인이 여대생을 과일에 비유한 글을 화장실에 게시한 사실을 알게 되었으며, 피진정인의 행위가 명백한 성희롱이므로 처벌 등을 원함. SNS를 통해 피진정인이 화장실에 여대생을 과일에 비유한 문구를 게시한 사실을 알게 되었으므로, 「국가인권위원회법」상 성희롱 피해자 요건에 해당하지 않는 각하
13-진정-0955600	업무관련성	친분 있는 동료 간	진정인과 진정인은 동료 사이이지만 각각 다른 부서의 과장이고, 함께 저녁을 먹은 후 2차로 간 노래방에서 신체 접촉이 있었던

사건번호	판단요소	사건유형	판단근거
		술자리	사실은 인정되지만, 피진정인이 직위를 이용하거나 업무와 관련하여 진정인을 만났다고 볼 특별한 사정이 없는 점
14진정1002600	업무관련성	퇴임 임원 방문	피진정인이 전직 신협외 간부이기는 하나, 당시는 고객으로 방문한 상황이었으므로 고객에 의한 성희롱으로 보아야 할 것인바, 위원회 조사대상(진정 당사자 간 업무관련성 부족)에 해당하지 않는 것으로 보아 각하
17진정0878700	업무관련성	회식 후 타인 간 입맞춤 목격	피진정인이 타인과 입맞춤을 하는 모습을 진정인 등이 목격하였다는 주장을 사실로 인정한다고 하더라도, 행위의 장소가 직장 외 식당에서 이루어졌고, 진정인의 주장만으로도 피진정인이 고의로 입맞춤 행위를 진정인에게 노출시켰거나 노출되어도 무방하다는 인식을 가지고 있었다고 볼 수 없으므로...
15-진정-0043800	업무관련성	민원 처리 중 타 부서 관리자의 성적 발언	위원회는 피진정인이 공무원으로 공공기관 종사자이기는 하나, 피진정인은 옆 부서에 근무하는 자로 당시 다른 민원업무를 위해 방문한 진정인에게 직접적으로 한 언동이 아니므로 직위를 이용하거나 업무관련성을 가지고 성적 언동을 하였다고 보기 어려워 각하함.
14진정0211200	업무관련성	환자 동의 없는 진료 참관	산부인과 진료시 환자의 동의 없이 남자 전공의와 실습생을 참관... 적극적으로 참관 동의를 받는다고나 원하지 않을 경우 참관을 제한하는 조치를 취하는 등 여성 환자에 대한 배려가 필요하나 배려가 부족했던 부분이 바로 성희롱으로 연결된다고 보기 어렵다고 하여 기각
12진정0900000	업무관련성	청진 진료 시 신체접촉	신체부위의 접촉으로 인해 불쾌감을 느낀 점은 충분히 인정되나 피진정인이 진정인의 옷을 가슴 위로 들어 올리고 청진을 한 방법이 진료의 본래 목적이나 범위를 벗어났다고 보기는 어려움. ... 이에 대한 배려나 조치가 미흡했다고 하여 이를 성희롱 행위라고 보기는 어려움
13진정0776700	업무관련성	본사가 다른 입점 업체 근로자간	각각 본사가 다른 입점업체 근로자인 진정인과 피진정인은 서로 간에 고용 또는 업무상 관계가 성립하지 않고, 우월적 지위를 이용할 수 있는 위계적 관계에 있다고도 보기 어려워
16진정011680	업무관련성	목욕탕 업주와 목욕탕 이용자	목욕탕 업주와 목욕탕 이용객들은 목욕시설의 제공과 이용료의 지불이라는 상거래 관계...우월한 지위를 이용한 업무수행이라거나 피해자의 업무수행에 응하기 위하여 만나는 관계라 보기 어렵다
17진정1017200	업무관련성	서비스제공자와 이용자	영업용택시 운전사와 탑승한 피해자 간 고용관계 성립 하지 않음
각하17진정0866200	업무관련성	서비스제공자와 이용자	병원 스포츠의학센터 운동치료사와 운동치료를 받는 외래환자
16진정0756700	업무관련성	판매자와 구매자	휴대폰 판매업자와 구매자 역시 휴대폰 판매와 구입이라는 상거래 관계
16진정0688300	업무관련성	판매자와 구매자	편의점 점장과 구매자도 편의점 제품 제공과 이용료의 지불이라는 관계
17진정0994700	성적 언동 등	연애여부 질문 및 외모평가, 욕설	사적인 질문을 하는 행위, 자신의 술잔을 권하는 행위, 진정인의 외모를 평가하는 듯한 발언 등은 ... 성적언동에 해당한다고는 볼 수 없음. 또한 사적영역에서 사인간 욕설을 하는 등의 침해행위는 위원회의 조사대상에 해당하지 않으므로 각하
16진정0811600	성적 언동 등	외모지적, 치마 속에 손을 넣은 행위	여성직원들에게 “살빼라. 옷에 몸을 맞춰라” 라고 언급한 사실이 인정되나, 그 자체만으로 성적 함의가 있다고 보기 어렵고, 치마 속에 손을 넣은 것과 관련하여서는 ... 피진정인이 진정인의 치마 속에 손을 넣었다 하더라도 성적인 의도가 있었다고 보기

사건번호	판단요소	사건유형	판단근거
			어려워 기각
10진정0438800	성적 언동 등	외모평가	“얼굴이 못생겼다거나 엉덩이가 크다”, “얼굴에 주름이 많다”는 발언은 외모에 대한 발언으로써 이것이 성적 함의를 가지고 있다고 보기 어렵다
08진차1166	성적 언동 등	유포가능성을 예상 못한 성적 소문	진정인이 관련된 성적 소문의 또 다른 당사자인 자신의 직속부하를 비밀리에 사적으로 면담하는 과정에서 이루어진 것이어서, ... 전달됨으로써 진정인이 성적 굴욕감을 느끼게 될 가능성이 있음을 사전에 인지하지 못한 상태...그 부적절성에도 불구하고 「국가인권위원회법」 제2조 제5호의 규정에 의한 성희롱에 해당하지 않는 것으로 판단됨
13진정0972300	성적 언동 등	성희롱 피해사실의 확인	진정인으로 하여금 다시 그 상황을 상기하게 하고, 다른 직원에게 알려지게 된 것에 대하여 그와 같은 피진정인의 행동에 성적 함의가 있다고 보기 어렵고, 우발적인 것으로 보이는 점, 그 이후에 몇 차례 사과한 점 등을 고려하여 성적 언동을 부정
14진정0847500	성적 언동 등	특정 신체부위를 직접 거론한 표현	“남자가 불알 차고 비겁하다.”는 발언, 피진정인이 상급기관에 민원을 넣지 말고 남자답게 만나서 대화하자는 의미로 위 같은 발언을 했다고 일관되게 주장 ... 진정인을 성적 대상화하여 성적 언동을 했다고 보기 힘들고 또한...불쾌감을 주는 부적절한 발언이긴 하나 합리적인 사람의 관점에서 성적굴욕감을 느끼게 할 정도라고 보기 어려워
대법원 2005두6461, 2007.6.14.	성적 언동 등	술을 따를 것을 요구	교감(원고)이 여자 교사들에 대하여 교장인 소외 1에게 술을 따라 줄 것을 두 차례 권한 이 사건 언행은 여자교사들로 하여금 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 성적 언동에 해당하지 않는다
17진정0715200	성적 언동 등	둘만의 식사 제의	진정인이 먼저 회를 사달라고 요청한 것이고, 진정인이 피진정인이 회를 사준다면 같이 가겠다고 답변하였음. ... 단둘이 회를 먹으러 가자고 강요한 것으로 보이지는 않으며 회를 먹으러 둘이서 가자고 발언한 자체 만으로 성희롱을 하였다고 보기 어려움.
12진정0369000	성적 언동 등	여성 비하 발언	‘여인네’의 뜻은 ‘여인 일반을 두루 이르는 말’에 해당하고, 피진정인이 공식회의 석상에서 진정인에게 직책이 아닌 ‘여인네’라는 호칭 등을 사용한 것이 여성비하 발언에 해당할 여지는 있으나 성적 언동에 해당하지는 않아 위원회 조사대상으로 보기 어려워 각하
13-진정-0375600	성적 언동 등	여성 비하 발언	“여자들이 문제가 있다. 여성들은 소통이 안 되고 이기적이다.”라고 말하여, 아직 진상이 확정되지 않은 상황에서 단정적으로 폄하 ... 위원회는 여성폄하발언은 될 수 있을지라도, 성적함의를 갖는 언동으로는 볼 수 없어 각하
14진정1009300	성적 언동 등	의료행위	남성 진정인이 주사실에서 하의를 탈의한 채 주사를 맞고 있는데 여성 간호사가 갑자기 주사실의 커튼을 들추고 들어온 사건에서 성적 함의를 가진 언동으로 볼 수 없어 조사대상이 아니라고 각하
15진정0222000	성적 언동 등	의료행위	여성 환자가 누워서 소변을 보고 있는 상태임을 인지하면서도 남성 응급구조사가 혈액검사를 위해 채혈하고자 응급실 커튼 안으로 들어온 행위...’ 피해자를 성적인 대상으로 취급하였다거나 혹은 성적 함의를 가지고 채혈을 시도하였다고 보기 어려워 ‘성적 언동을 부정하고 기각
17진정0557200	성적 언동 등	의료행위 중 성관계 언급	산부인과 의사가 환자에게 검사 결과를 설명하는 과정에서 성관계를 언급하는 발언(“오히려 부부 관계시 남자가 만족도가 더 높을 수 있다.”)… “진정인을 성적으로 대상화하거나 성적 함의를 갖는 발언이라고 보기는 어렵다”고 하여 성적 언동을 부정

사건번호	판단요소	사건유형	판단근거
16진정0542000	성적 언동 등	진료 시 성관계 질문	무월경 증상을 보이는 진정인을 진료함에 있어 성관계 경험 및 임신 여부 등에 대한 질문은 진료상 필요한 부분으로 피진정인이 진정인을 성적 대상화하여 행한 ‘성적언동 등’ 으로 보기 어렵다.
10진정0019700	성적 언동 등	여성 미화원의 남성 화장실 청소	지하철 역사 내 남성 화장실에는 여성 미화원이 임의로 출입...일상적으로 이루어지고 있어 화장실 이용 시 지속적인 성적 수치심을 느꼈다고 진정한 사건에서 진정내용상 행위는 성적 함의를 갖는 언동으로 볼 수 없다고 하여 각하
14진정0847500	성적 언동 등	피해자에 대한 오해 소지 있는 질문	‘심리상태 진단을 위해서 어느 정도 필요한 질문’ 이고, 피해자에게도 책임이 있다는 것으로 들릴 수 있어 부적절하고 오해될 수 있는 질문이라 하더라도 그와 같은 질문의 성적 언동성을 부정
08진차0001215	성적 언동 등	성추행 고소 사건 조사 과정의 질문	피진정인의 수사 범위 안에 있는 것으로 성추행 여부를 수사하면서 성에 관한 질문을 한 것을 성희롱으로 볼 수는 없으므로 본 사건은 기각하는 것이 타당
16진정0297200	성적 굴욕감	“천박스럽다.” 는 표현	“천박스럽다.” 는 상대방이 모욕적이거나 불쾌한 감정을 느꼈을 수 있으나 합리적 여성의 관점에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 야기할 발언에 해당하지 않는다.
15진정0967400	성적 굴욕감	“손 잡아봐도 되냐?”, “드라이브하러 가자.” 등 발언	양 당사자가 미혼이고, 손을 억지로 잡으려고 했던 것도 아닌 점 등에 비추어 이성적 호감을 표현한 피진정인의 행위로 불쾌한 감정을 느꼈을 수는 있으나, 합리적 여성의 관점에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 야기할 발언에 해당하지 않는다
15진정0782100	성적 굴욕감	“씨발” 이라는 욕설	‘몸을 파는 여자’ 라는 의미도 있으나 ... 피진정인의 감정이 격양되어 진정인에게 한 욕설로 진정인을 성적 대상화하거나 위 의미로 발언했다고 보기 어려운 점...합리적인 사람의 관점에서 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 할 정도의 성적 언동이 아니라고 하였다.
12진정0076200	고용상 불이익	작업라인 변경	‘동일한 공장의 생산라인에서 수행하는 작업라인만 바뀐 경우에는 고용상 불이익이라 하기 어렵다
15진정0856000	고용상 불이익	피해자를 비난하는 발언	2차 피해 발언을 한 것은 성적 언동이라고 보기 어렵고, 또한 그 밖의 구체적인 요구가 있거나 진정인이 그에 따르지 않았다는 이유로 고용상의 불이익을 주었다는 주장이라고 볼 수 없어 위원회의 조사대상에 해당한다고 보기 어렵다.

III. 2차 피해

1. 2차 피해가 인정된 경우

피해자가 성희롱 신고 또는 진정한 것을 이유로 과중한 업무부여, 재임용 거부, 해고 등의 불이익 조치를 가한 경우는 2차 피해에 당연히 해당된다. 인권위원회는 가해자에 대한 성폭력 사안은 형사 고소 중임으로 각하하였으나, 사업주의 조치 미흡에 따른 2차 피해는 각하하지 않고 인정한 사건에서, 2차 피해 역시 성희롱으로 인한 고용 환경의 악화를 초래한다는 측면에서 성희롱 피해의 연장으로 보는 것이 타당하다고 하였다. 사업주나 상급기관의 조치 미흡으로 발생한 2차 피해, 동료들에 의

한 소문유포 등 2차 피해에 대한 조치 미흡, 성희롱 피해자에게 도움을 준 동료 근로자에 대한 불이익 조치 등에 대해 2차 피해 여부가 문제 되었다. 실제 불이익 조치가 이루어지지 않은 협박성 발언에 대해서도 2차 피해가 인정되었다.

가. 피해자가 성희롱 신고 또는 진정한 것을 이유로 보복하거나 징계 등 불이익조치를 가한 경우

□ 물류업체 간부의 성희롱 및 성희롱 문제제기를 이유로 한 해고

- * 피진정인3 임00 사장은 피해자가 위 피진정인들이 보낸 휴대전화 문자와 통화내용을 보관하고, 동료에게 휴대전화 문자를 보여주면서 그간의 고통을 하소연했다는 이유로 2009. 12. 피해자에게 ‘감봉 3개월, 시말서 제출’의 징계를 부과하였으며, 이후 피해자가 이 문제를 전국금속노조 00자동차00공장 사내하청지회에 알리고 사내하청지회가 국가인권위원회에 진정을 제기하자 회사 내에서 선량한 풍속을 문란하게 하고, 기타 사회통념상 근로관계를 계속 유지하기 곤란하다는 이유로 피해자를 2010. 9. 20.자로 ‘징계해고’하였다.
- * 피진정인3은 피해자가 국가인권위원회에 진정을 제기한 것을 이유로 불이익을 준 것으로 볼 수 있으며 피진정인 1, 2 소속 회사의 대표로서 성희롱 피해자에 대한 보호조치 및 성희롱 예방 의무를 소홀히 한 점이 인정된다. 2010. 11. 4. 00물류는 폐업했지만 직원 전원은 “**기업”에 신규채용 형태로 고용승계되었으며, 피해자 역시 성희롱 피해사실을 문제 제기 하지 않았다면 당연히 채용되었을 것이므로 성희롱 피해자이면서 국가인권위원회 진정 제기를 이유로 “징계해고”라는 불이익을 당한 피해자에 대해 피진정인3이 피해보상 등의 조치를 하도록 하는 것이 필요하다고 판단된다. (10진정0567600).

나. 사업주의 조치 미흡으로 인한 2차 피해 인정

□ 사업주의 2차 피해와 피해자 보호조치 미흡에 대해 ‘전문기관 컨설팅’ 등 구체적 개선방안 권고

- * 대표이사가 가해자와 피해자의 분리조치 등 적절한 보호조치를 취하기보다는 성희롱 의미를 축소하고, 가해자의 사과 정도로 무마하려고 시도, 오히려 피해자에게 성희롱에 이르는 과정에서 처신을 잘못된 점이 있다고 질책, 회사의 성희롱 처리부서 직원은 남성들로만 구성되어 있고, 신고를 접수하고 난 이후 사실 확인을 위한 조사가 제대로 이루어지기 보다는 대표이사가 면담한 내용을 해당 부서에 전달, 해당 부서는 피진정인 2가 면담하고 전달한 내용조차도 공적으로 자료를 남기지 않고, 피해자 요청에도 불구하고 피해자의 근무장소 변경 등 적절한 조치를 취하지 않은 사안에 대하여, “소속 직원들이 성희롱 등의 위험 없이 안전하게 일할 수 있도록 환경을 조성하고 성희롱이 발생하였을 때 그에 적합한 대응방안을 강구하여야 할 관리·감독상의 책임이 있음에도, 성희롱 사건에 대한 잘못된 대응으로 오히려 진정인을 퇴사에 이르게 하였으므로, 그에 대한 책임이 결코 가볍지 않다고 판단”한 후 “손해배상금 300만원을 지급할 것과 향후 유사 사례의 재발 방지를 위해 외부 전문기관에 컨설팅 등을 실시하여 실효성 있는 성희롱 예방 및 2차 피해 방지대책을 수립할 것”을 권고(18진정0458900·18진정0458901)

다. 상급기관의 조치 미흡으로 인한 2차 피해가 인정된 경우

□ 공공기관 원장에 의한 직원 성희롱 및 조치미흡

- * 이 사건은 공공기관장의 성희롱 비위 사건이어서 피해자를 비롯한 직원들의 근로환경이 악화될 우려가 상당하므로, 그 절차와 처리에 더욱 신중을 기할 필요가 있었음에도 국무조정실은 조사부터 피진정인 사적처리까지의 과정에서 성희롱 고충 신청인(피해자)과 연구원 등에 진행 사항에 대한 설명이나 결과를 회신하지 않았고, 성희롱에 대한 합당한 조치로서 피진정인에 대한 의원면직 제한에 대한 검토조차 하지 않았다. 경사연 또한 연구원에 대한 감사권한은 없다고 하더라도 소속 연구기관 원장 및 감사의 임면권이 있고, 연구원의 업무 등에 대한 평가 권한이 있으므로, 이러한 사안이 발생할 경우 소속 기관의 원활한 운영을 위해서라도 성희롱 행위자에 대한 징계 혹은 의원면직 제한 등 적절한 조치를 국무조정실에 건의하는 등 적극적인 역할을 하는 것이 필요했으리라고 보인다.

- * 그럼에도 연구원에 대한 감독관청인 국무조정실과 경사연은 이러한 역할을 소홀히 하였을 뿐만 아니라 피진정인이 아무런 조치를 받지 않고 의원면직할 수 있도록 용인하였다. 이로 인해 연구원 직원간에 불필요한 갈등이 발생하였고, 피해자의 심적 고통이 심화되는 빌미를 제공하였다. 뿐만 아니라 이후 피진정인의 반론보도 등으로 피해자의 고통은 가중되고, 근무환경은 더욱 악화되었을 것으로 판단된다. 다만 연구원에 대한 복무 감사 권한과 경사연에 대한 감독권한은 국무조정실에 있으므로 국무조정실에 권고 조치가 필요하다고 판단된다.(18진정0624800)

라. 원 사건에 대한 판단 없이 2차 피해를 인정

□ 성희롱 신고를 이유로 한 재임용 거부

- * 성희롱 행위에 진정은 진정의 원인이 발생한 날부터 1년 이상 지나서 진정한 경우에 해당하므로 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제4호에 따라 각하한다. 피진정인1의 행위가 성희롱에 해당하는지 여부에 대해서는 위 각하결정으로 인해 판단으로 나아가지 않았으나, 인정사실 가항에서 보는 바와 같이 피진정인1의 행위에 대해 피진정대학이 정직 3개월의 징계처분을 결정한 것을 보면, 진정인이 성희롱 피해사실에 대한 문제제기를 하였고 피진정대학이 그에 대한 자체적인 판단을 내렸음이 명백하다. 그렇다면 직장 내 성희롱 사전예방의무와 사후조치 의무를 가지는 피진정대학은 직접적인 구제절차 이외에도 불리한 조치 등의 2차 피해가 발생하지 않도록 노력하여야 할 것이다.
- * 피해자가 성희롱 신고를 하여 피진정인에 대한 징계조치가 이루어진 후부터 피진정인 대학이 진정인의 계약내용에 과도한 업무를 추가한 후 계약서에 서명을 할 것을 요구하고, 재임용에서 탈락시킨 것은 표면적으로는 '부여된 업무기준의 미이행'을 이유로 했을지라도, 실제적으로는 성희롱 피해자에 대해 과도한 업무를 부여하고 이를 수용하지 않는 피해자에 대하여 인사상 불이익을 가한 것으로, 이러한 피진정대학의 행위는 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제14조 제2항을 위반한 행위로 판단된다(17진정0752500)

□ 레지던트에 의한 인턴 성폭행 및 병원의 조치 미흡

- * 인턴이 레지던트에 의한 성폭력을 형사고소 한 후 사내 고충 신고를 하였으나, 당사자 및 참고인 등에 대한 조사를 진행하지 않은 채 제1차 징계위원회를 개최했고, 피진정인 1의 직무대기 발령 후 그 이행 여부에 대하여 점검하지 않고, 피진정인 1에 대한 징계를 미루는 등 사업주의 조치의무를 제대로 이행하지 않은 사건에 대하여, 가해자에 대한 성폭력 사안은 형사 고소 중임으로 각하한다.
- * 「국가인권위원회법」 제2조 제3호 라목은 성희롱에 대해서만 규정하고 있고 성희롱 피해를 입은 근로자 또는 성희롱 피해 발생을 주장하는 근로자에게 한 불리한 조치에 대한 명문 규정은 없으나 성희롱 피해로 인한 직접 피해 이후 이로 인해 발생하는 불이익 혹은 사건에 대응하는 과정에서 발생하는 피해, 즉 2차 피해 역시 성희롱으로 인한 고용 환경의 악화를 초래한다는 측면에서 성희롱 피해의 연장으로 보는 것이 타당하다. “피진정인 2는 진정인이 피해자로서 겪는 특별한 사정 등을 고려하지 않은 채, 사업주로서 해야 할 절차와 과정들을 이행하지 않거나 상당히 지체하여, 진정인에게 성희롱 피해사실 외에 또 다른 고통을 주었으므로, 사업주로서 조치의무를 제대로 이행했다고 보기 어렵다.
- * 재발하지 않도록 성희롱·성폭력 관련 내부 규정을 점검하고, 특히 성희롱·성폭력 사안과 관련한 징계위원회에는 외부 전문가가 일정 비율 이상 참여하도록 하며, 조사 방법과 기간, 피해자 보호조치 등이 담긴 실효성 있는 성희롱·성폭력 고충처리 매뉴얼 등을 마련하는 한편, 위 업무를 담당하는 부서의 간부 및 담당 직원들을 대상으로 성인지 감수성 향상 교육을 시행할 필요가 있다고 판단된다(18진정0467300).

마. 성희롱 피해 신고 후 동료에 의한 소문유포

□ 동료 공무원에 의한 성추행 및 2차 피해 등

- * 참고인들의 진술과 인정사실 다항과 라항을 살펴볼 때 '성희롱 피해'가 '불륜'으로 둔갑되어 소위 '가십'거리로 취급되었고, 이러한 행위가 또 다른 '가해행위'임을 직원들은 인지하지 못하고 있는 것으로 보이며, 이러한 환경에서 진정인과 배우자는 잘못된 소문을 바로잡기 위해 직접 동료들을 일일이 찾아서 다니면서 누구로부터 들었는지 확인하지만, 동료 직원들은 그 소문을 누구로써 들었는지는 밝히지 아니한 채 소문 유포에 조금씩 일

조한 것으로 판단된다.

- * 피해자 보호는 단순히 가해자와 피해자를 분리하거나 가해자에 대한 징계 등 인사 조치에 머무르지 않고, 조직 내 피해를 방지하는 데까지 이르러야 실질적인 피해자 보호가 가능할 것이다. 피해자 보호뿐만 아니라 조직문화의 건전성 확보와 재발 방지를 위해서 ○○군수는 성희롱 2차 피해 예방을 위해 적극적으로 개입할 필요가 있었다고 판단된다.(18진정0608700)

□ 성희롱 고충신고 후 부정적 소문에 시달리는 등 2차 피해 발생

- * 진정인은 위와 같이 상급자들에 의한 성희롱을 신고한 이후 직무역량은 최하인데 직장 내에서 가는 곳마다 문제를 일으킨다는 부정적 소문에 시달린다고 주장한다.
- * 조사결과, 성희롱 고충상담과 이후 연봉 이의신청 후에 연구원의 교직원들 사이에 진정인은 2016년 연봉결정에 불만을 품고 가는 부서마다 문제를 일으키는 직원 정도로 인식되는 시각이 지배적이었던 것으로 판단된다. 피진정인은 진정인의 연봉 이의신청에 대해 연봉 결정 절차상 특별한 하자가 발견되지 않았으며 기각하였으나, 평가자가 겸직부서장의 의견을 청취하지 않고 단독으로 근무평정을 실시하는 절차적 하자가 있었고, 겸직부서장의 의견을 들었다고 허위로 진술하는 등 근무평정 결과에 대해서 진정인이 의문을 제기할 이유가 있다. 그러므로 진정인에게 연구원의 자체조사 결과 요지를 서면으로 통지하고, 그 내용에 근무성적 평정에 대한 자체조사 결과를 포함하는 것이 바람직하다. 또한 진정인에 대한 부정적 소문이 간부들에 의해 확대, 재생산된 점을 감안하여 소속 간부들을 대상으로 특별인권교육을 실시할 필요가 있다(17진정0865800·17진정1107300(병합))

바. 피해자를 도와준 동료 직원에 대한 불이익 처우

□ 피해 근로자에게 도움을 준 동료 근로자에 대한 불법행위 책임 인정

- * 사업주가 피해근로자들을 가까이에서 도와준 동료 근로자에게 불리한 조치를 한 경우에 그 조치의 내용이 부당하고 그로 말미암아 피해근로자들에게 정신적 고통을 입혔다면, 피해근로자들은 불리한 조치의 직접 상대방이 아니더라도 사업주에게 민법 제750조에 따라 불법행위책임을 물을 수 있다. 사업주는 직장 내 성희롱 발생 시 남녀고용평등법령에 따라 신속하고 적절한 근로환경 개선책을 실시하고, 피해근로자들이 후속 피해를 입지 않도록 적절한 근로여건을 조성하여 근로자의 인격을 존중하고 보호할 의무가 있다. 그런데도 사업주가 피해근로자들을 도와준 동료 근로자에게 부당한 징계처분 등을 하였다면, 특별한 사정이 없는 한 사업주가 피해근로자들에 대한 보호의무를 위반한 것으로 볼 수 있다. 피해근로자들을 도와준 동료 근로자에 대한 징계처분 등으로 말미암아 피해근로자들에게 손해가 발생한 경우 이러한 손해는 특별한 사정으로 인한 손해에 해당한다. 따라서 사업주는 민법 제763조, 제393조에 따라 이러한 손해를 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 손해배상 책임이 있다고 보아야 한다. 이때 예견가능성이 있는지 여부는 사업주가 도움을 준 동료 근로자에 대한 징계처분 등을 한 경위와 동기, 피해근로자들이 성희롱 피해에 대한 이의제기나 권리를 구제받기 위한 행위를 한 시점과 사업주가 징계처분 등을 한 시점 사이의 근접성, 사업주의 행위로 피해근로자들에게 발생할 것으로 예견되는 불이익 등 여러 사정을 고려하여 판단하여야 한다. 특히 사업주가 피해근로자들의 권리 행사에 도움을 준 근로자가 누구인지 알게 된 직후 도움을 준 근로자에게 정당한 사유 없이 차별적으로 부당한 징계처분 등을 하는 경우에는, 그로 말미암아 피해근로자들에게도 정신적 고통이 발생하리라는 사정을 예견할 수 있다고 볼 여지가 크다(대법원 2017. 12. 22. 선고 2016다202947 판결)

사. 불이익에 대한 예고도 2차 가해에 해당

□ 영화배급사 이사의 직원에 대한 협박성 발언이 실제 불이익 조치로 이루어지지 않았어도 2차 가해에 해당

- * 영화배급사 이사인 피진정인은 진정인이 피진정인의 성추행 행위로 인하여 사직서를 내면서 그 내용에 성희롱 사실을 기재하자, 피진정인이 주변사람들에게 연락해 '진정인을 만나면 가만 두지 않겠다, 이 쪽 업계에 발 못 붙이게 하겠다'는 식으로 협박을 한 사안에서 비록 피진정인 1의 협박성 발언이 실제 불이익 조치로 이어지는 않았더라도, 피진정인 1이 피진정회사의 등기상 사내이사이자 국내 영화예고편 제작업무의 상당 부분을 담

당하고 있는 회사의 대표이기 때문에 불이익 조치가 실제 발생할 개연성은 상당히 높고, 진정인으로서의 피진정인 1의 위 발언만으로도 상당한 위축감과 불안감을 느낄 수밖에 없었을 것이므로, 이는 고용상 불이익을 예고하는 2차 가해에 해당한다(18진정0363400)

아. 수사과정에서의 2차 피해

□ 경찰관이 사건을 조사하는 과정에서 행한 발언이 언어적 성희롱에 해당된 경우

* 공공기관인 경찰서 소속 경찰관이 강제추행사건을 조사하는 과정에서 발생하였으므로 업무 관련성을 인정할 수 있으며, 피진정인이 진정인을 조사하는 과정에서 “피고소인이 진술인의 가슴을 오른손으로 만졌는데 어느 정도 어떻게 만지던가요?”라고 질문한 내용은 합리적인 여성의 관점에서 볼 때 강제추행 사건을 조사하는데 필요한 내용이라고 볼 수 있고 그 외에 어떤 성적 함의를 갖고 있다고 보기 어려우므로 성희롱에 해당한다고 보기는 어려움. 진정인이 피진정인에게 왜 여성경찰이 진정인의 사건을 조사하지 않느냐고 묻자 피진정인이 진정인에게 “처녀도 아닌데 가슴 한 번 만진 거 가지고 무슨 여형사냐?”라고 말했다는 진정인의 주장과 관련하여서는 그 구체적인 표현에 있어 진정인과 피진정인의 진술이 엇갈리지만 피진정인은 진정인에게 “나이가 40세인데 가슴 한 번 만진 것은 본인이 조사해도 되지 않겠느냐.”라고 답변한 사실을 인정하고 있고, 여성경찰이 부족하여 어쩔 수 없이 피진정인이 조사를 하게 되었다는 설명으로 충분한 상황에서 진정인의 나이를 거론하며 위와 같이 이야기한 것은 성폭력범죄를 수사함에 있어서는 피해자의 인권을 최우선시 하여야 하고 피해자의 인격이나 명예가 손상되지 않도록 주의해야 한다는 원칙에 비추어 볼 때 적절한 발언이라 볼 수 없으며, 강제추행 사건의 피해자인 진정인의 입장에서는 충분히 성적 모욕감 또는 수치심을 느낄 수 있었던 발언이라고 판단(09진차0001091).

<2차 피해가 인정된 경우>

사건번호	피해 유형	피해 내용	판단근거
10진정0567600	보복 등 불이익 조치	진정을 이유로한 징계해고	국가인권위원회에 진정을 제기한 것을 이유로 불이익을 준 것으로 볼 수 있으며 피진정인 1, 2 소속 회사의 대표로서 성희롱 피해자에 대한 보호조치 및 성희롱 예방 의무를 소홀히 한 점이 인정된다. 2010. 11. 4. 00물류는 폐업했지만 직원 전원은 “***기업”에 신규채용 형태로 고용승계되었으며, 피해자 역시 성희롱 피해사실을 문제 제기 하지 않았다면 당연히 채용되었을 것이므로 성희롱 피해자이면서 국가인권위원회 진정 제기를 이유로 “징계해고”라는 불이익을 당한 피해자에 대해 피진정인3이 피해보상 등의 조치를 하도록 하는 것이 필요하다고 판단
18진정0458900 ·18진정0458901	사업주 조치 미흡	피해자 보호 조치 미흡, 비난	관리·감독상의 책임이 있음에도, 성희롱 사건에 대한 잘못된 대응으로 오히려 진정인을 퇴사에 이르게 하였으므로, 그에 대한 책임이 결코 가볍지 않다고 판단”한 후 “손해배상금 300만원을 지급할 것과 향후 유사 사례의 재발 방지를 위해 외부 전문기관에 컨설팅 등을 실시하여 실효성 있는 성희롱 예방 및 2차 피해 방지대책을 수립할 것”을 권고
18진정0624800	사업주 조치 미흡	공공기관 원장에 대한 상급기관의 조치 미흡	구원에 대한 감독관청인 국무조정실과 경사연은 이러한 역할을 소홀히 하였을 뿐만 아니라 피진정인이 아무런 조치를 받지 않고 의원면직할 수 있도록 용인하였다. 이로 인해 연구원 직원간에 불필요한 갈등이 발생하였고, 피해자의 심적 고통이 심화되는 빌미를 제공하였다. 뿐만 아니라 이후 피진정인의 반론보도 등으로 피해자의 고통은 가중되고, 근무환경은 더욱 악화되었을 것으로 판단
17진정0752500)	피해자에 대한 불이익 조치	피해자에 대한 과도한 업무부과 후 재임용 거부	피해자가 성희롱 신고를 하여 피진정인에 대한 징계조치가 이루어진 후부터 피진정인 대학이 진정인의 계약내용에 과도한 업무를 추가한 후 계약서에 서명을 할 것을 요구하고, 재임용에서 탈락시킨 것은 표면적으로는 ‘부여된 업무기준의 미이행’을 이유

사건번호	피해 유형	피해 내용	판단근거
			로 했을지라도, 실제적으로는 성희롱 피해자에 대해 과중한 업무를 부여하고 이를 수용하지 않는 피해자에 대하여 인사상 불이익을 가한 것으로, 이러한 피진정대학의 행위는 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제14조 제2항을 위반한 행위로 판단
18진정0467300	사업주 조치 미흡	피해자의 고충신고에도 조사 및 조치 의무 해태	성희롱 피해 발생을 주장하는 근로자에게 한 불리한 조치에 대한 명문 규정은 없으나 성희롱 피해로 인한 직접 피해 이후 이로 인해 발생하는 불이익 혹은 사건에 대응하는 과정에서 발생하는 피해, 즉 2차 피해 역시 성희롱으로 인한 고용 환경의 악화를 초래한다는 측면에서 성희롱 피해의 연장으로 보는 것이 타당
18진정0608700	피해자 보호조치 미흡	피해자에 대한 악의적 소문 유포 방지	피해자 보호는 단순히 가해자와 피해자를 분리하거나 가해자에 대한 징계 등 인사 조치에 머무르지 않고, 조직 내 피해를 방지하는 데까지 이르러야 실질적인 피해자 보호가 가능할 것이다. 피해자 보호뿐만 아니라 조직문화의 건전성 확보와 재발 방지를 위해서 ○○군수는 성희롱 2차 피해 예방을 위해 적극적으로 개입할 필요
7진정0865800·17진정1107300 (병합)	동료에 의한 소문 유포	고충 신고 후 악의적 소문 등	성희롱 고충상담과 이후 연봉 이의신청 후에 연구원의 교직원들 사이에 진정인은 2016년 연봉결정에 불만을 품고 가는 부서마다 문제를 일으키는 직원 정도로 인식되는 시각이 지배적이었던 것으로 판단된다. 피진정인은 진정인의 연봉 이의신청에 대해 연봉 결정 절차상 특별한 하자가 발견되지 않았으며 기각하였으나, 평가자가 겸직부서장의 의견을 청취하지 않고 단독으로 근무평정을 실시하는 절차적 하자가 있었고, 겸직부서장의 의견을 들었다고 허위로 진술하는 등 근무평정 결과에 대해서 진정인이 의문을 제기할 이유가 있다.
대법원 2017. 12. 22. 선고 2016다202947 판결	불이익 처우	조력자에 대한 불이익 처우	사업주는 직장 내 성희롱 발생 시 남녀고용평등법령에 따라 신속하고 적절한 근로환경 개선책을 실시하고, 피해근로자들이 후속 피해를 입지 않도록 적절한 근로여건을 조성하여 근로자의 인격을 존중하고 보호할 의무가 있다. 그런데도 사업주가 피해근로자들을 도와준 동료 근로자에게 부당한 징계처분 등을 하였다면, 특별한 사정이 없는 한 사업주가 피해근로자들에 대한 보호의무를 위반한 것으로 볼 수 있다. 피해근로자들을 도와준 동료 근로자에 대한 징계처분 등으로 말미암아 피해근로자들에게 손해가 발생한 경우 이러한 손해는 특별한 사정으로 인한 손해에 해당한다.
18진정0363400	협박 등	성희롱 피해자 후퇴사자에 대한 협박	피진정회사의 등기상 사내이사이자 국내 영화예고편 제작업무의 상당 부분을 담당하고 있는 회사의 대표이기 때문에 불이익 조치가 실제 발생할 개연성은 상당히 높고, 진정인으로서의 피진정인 1의 위 발언만으로도 상당한 위축감과 불안감을 느낄 수밖에 없었을 것이므로, 이는 고용상 불이익을 예고하는 2차 가해
09진차0001091	수사 과정의 모욕감 유발	모욕적 질문	피진정인은 진정인에게 “나이가 40세인데 가슴 한 번 만진 것은 본인이 조사해도 되지 않겠느냐.” 라고 답변한 사실을 인정하고 있고, …성폭력범죄를 수사함에 있어서는 피해자의 인권을 최우선시 하여야 하고 피해자의 인격이나 명예가 손상되지 않도록 주의해야 한다는 원칙에 비추어 볼 때 적절한 발언이라 볼 수 없으며, 강제추행 사건의 피해자인 진정인의 입장에서는 충분히 성적 모욕감 또는 수치심을 느낄 수 있었던 발언

2. 2차 피해가 인정되지 않은 경우

가. 진정의 주 내용인 성희롱이 수사가 진행 중이어서 각하대상일 경우 부수조치만으로는 조사 대상이 아니라고 본 사례

□ 진정의 주 내용인 성희롱이 수사가 진행 중이어서 각하대상일 경우 2차 피해는 조사대상이 아님

* 동료 보험설계사의 성희롱 발언에 대하여는 진정인이 명예훼손 혐의로 고소하여 피진정인에게 벌금이 부과, 피진정인이 불복하여 정식재판을 청구하여 재판이 진행 중인 바, 진정이 제기될 당시 진정의 원인이 된 사실에 대해 수사기관의 수사가 진행 중이었으므로 각하하였고, 진정인이 지점장에게 보고하였음에도 아무런 실질적 조치를 취해주지 않는 것에 대해서는 『국가인권위원회법』 제30조 소정의 조사대상에 해당하지 않는다는 이유로 각하함(13진정0922300)

□ 성희롱이 아니라 성희롱 진정에 대한 2차 피해를 내용으로 하는 진정은 조사대상이 아님

* 진정인을 논문지도교수로 신청한 학생에게 주임교수인 최00 교수가 진정인은 빼고 다른 교수로 하라고 하였고 학생이 사유를 문의하자 알려줄 수 없다고 한 것에 대해 진정인은 대학총장을 상대로 성희롱 진정을 한 것에 대한 2차 피해를 주장하며 진정하였고, 위원회는 성희롱이 아니라 성희롱 진정에 대한 2차 피해를 내용으로 하는 진정이므로 인권위법 상 조사대상에 해당하지 아니하다고 판단하여 각하함.(14진정0917800)

나. 1차 피해가 성희롱이 아니므로 2차 피해 주장 어렵다고 본 사례

□ 1차 피해 주요내용이 성희롱 행위가 아니므로 2차 피해를 주장 또한 성희롱으로 인한 것이라고 보기 어렵다고 본 사례

* 진정인이 주장하는 2차 피해는 주로 게시판에 연구원 직원들이 조사에 대한 불만 등을 올린 내용으로 보는데, 이는 1차 피해의 주요 내용이 '직원들과 같이 승차한 차량 내에서의 사정, 소문, 노려봄, 불편한 시선, 게시판에 올린 드라마 동영상' 등으로, 이를 성희롱 행위로 인정하기 어려우므로, 2차 피해 주장 또한 성희롱으로 인한 것이라고 인정하기 어려움. 따라서 이 사건 진정인에 대한 성희롱이 존재하지 아니하고, 진정인이 2차 피해라고 주장하는 내용들(대부분은 객관적인 사실확인인 어려운 주관적인 느낌)은 직장 내 관계나 갈등 등과 같은 고충적 성격을 지닌 것이므로 성희롱 피해자에 대한 2차 피해 또는 성희롱 피해를 주장하는 자에 대한 2차 피해로 볼 수 없어 기각 의견임(18진정271100)

<2차 피해가 인정되지 않은 경우>

사건번호	피해 유형	피해 내용	판단근거
13진정0922300	사업주 조치의무 미이행	피해자 보호 및 조사 등 조치 미이행	진정이 제기될 당시 진정의 원인이 된 사실에 대해 수사기관의 수사가 진행 중이었으므로 각하하였고, 진정인이 지점장에게 보고하였음에도 아무런 실질적 조치를 취해주지 않는 것에 대해서는 『국가인권위원회법』 제30조 소정의 조사대상에 해당하지 않는다는 이유로 각하
14진정0917800	불이익 조치	피해 신고를 이유로 한 불이익	위원회는 성희롱이 아니라 성희롱 진정에 대한 2차 피해를 내용으로 하는 진정이므로 인권위법 상 조사대상에 해당하지 아니하다고 판단하여 각하
18진정271100	소문 유포 및 비난	동료들의 비난 여론	성희롱 행위로 인정하기 어려우므로, 2차 피해 주장 또한 성희롱으로 인한 것이라고 인정하기 어려움. 따라서 이 사건 진정인에 대한 성희롱이 존재하지 아니하고, 진정인이 2차 피해라고 주장하는 내용들(대부분은 객관적인 사실확인인 어려운 주관적인 느낌)은 직장 내 관계나 갈등 등과 같은 고충적 성격

3. 2차 피해 여부를 판단하지 않은 경우

가. 성희롱 피해사실 유포

□ 회사 부주의로 피해사실이 유출되었어도 유출된 글에 성적 함의가 없어 성적 함의가 없다고 봄

- * 성희롱 신고 글이 회사의 부주의로 유출되어 그 소문이 퍼져 진정인의 고용환경이 악화된 점을 인정할 수 있지만 유포된 내용이 진정인이 작성한 신고 글이어서 진정인에 대한 성적 함의가 내포되어 있다고 보기 어렵다 (14진정0449500).

나. 성희롱 제보 사실 유출

1) 민원처리의 적정성을 따지는 문제라고 각하한 경우

□ 민원처리의 적정성을 따지는 문제라고 봄

- * 성희롱 관련 조사과정에서 조치가 미흡했거나 성희롱 제보 사실이 유출된 경우 '공무원의 업무 수행과 관련하여 진정인이 제기한 민원사항(성희롱제보)에 대한 처리 등의 적정성을 따지는 문제'라고 보아 각하(09진차0001224, 09진차0001201),

2) 성희롱 고충 상담 내용을 담당자가 행위자에게 유출한 2차 피해를 '사생활과 비밀의 자유' 침해로 인정한 경우

□ 직장 성희롱 및 감사 관련 개인정보 유출

- * 진정요지 : 감사실 조사팀장인 피진정인2가 진정인이 피진정인1이 행한 성희롱 행위에 대해 조사를 원하지 않는다는 의사표시를 했음에도 불구하고, 성희롱 가해자인 피진정인 1이 검찰청에 진정인을 고소할 것을 알면서도 진정인이 상담했던 내용을 기술하여 피진정인1에게 전달한 것은 직위를 이용하여 습득한 개인정보를 유출한 것으로 감사실 팀장의 중립의무를 위반한 것임
- * 판단 : 「**시 자체 감사규칙」을 위반하여 진정인이 공개를 원치 않는 사실을 타인에게 발설한 것이며, 이는 「헌법」 제17조에서 보장하고 있는 사생활의 비밀과 자유를 침해한 행위에 해당한다. 이에 피진정인2의 소속 기관장인 **시장에게, 향후 유사사례가 발생하지 않도록 피진정인2에 대해 주의 조치할 것을 권고(17진정 0923200)

3) 피진정인의 피해사실 유포행위 및 무고 위협에 대해 인격권 침해를 인정한 경우

□ 용역업체 관리업무를 수행한 일반직 공무원의 용역업체 직원에 대한 성희롱

- * 진정인이 성희롱에 대해 문제제기 후, 피진정인이 “무고죄로 경찰서에 갈 수도 있다.”라고 하는 등 수사관이나 된 듯이 조사를 하면서 진정인을 겁박하고, 성희롱과 관련된 내용을 직원들에게 유포
- * 용역업체 직원에 대한 관리업무를 수행하는 피진정인이 그 우월적인 지위를 이용하여 용역업체 남성직원 2명을 배석시킨 후 피진정인으로부터 성희롱 피해를 당했다고 주장하는 용역업체 직원인 진정인에게 위와 같이 발언한 행위는 진정인에게 위협감과 모욕감을 주기에 충분하고, 「헌법」 제10조에서 보장하고 있는 진정인의 인격권을 침해하는 정도에 이른다고 판단된다.
- * 직장 내 성희롱 사건의 조사업무를 수행하는 사람은 성희롱 사건의 내용을 누설하지 않고 성희롱 사건이 확대되지 않도록 각별한 주의를 기울여야 함에도 ***대 성희롱·성폭력 고충심의위원회 위원장인 운영지원과장은 성희롱 피해사실이 적시된 문서를 성희롱 사건 조사 전에 피진정인에게 전달하여 결과적으로 진정요지 나.항의

사안을 발생시킨 것으로 보인다. 이에 고충상담원 및 성희롱·성폭력 고충심의위원회에 대한 전문성 강화 방안 및 유사사례 재발방지 대책을 마련할 것을 권고할 필요가 있다.(17진정0550700).

<2차 피해 판단하지 않은 경우>

사건번호	피해 유형	피해 내용	판단근거
14진정0449500	소문 유포	신고 사실의 유출	성희롱 신고 글이 회사의 부주의로 유출되어 그 소문이 퍼져 진정인의 고용환경이 악화된 점을 인정할 수 있지만 유포된 내용이 진정인이 작성한 신고 글이어서 진정인에 대한 성적 함의가 내포되어 있다고 보기 어렵다
09진차0001224 09진차0001201	비밀유지 의무 위반	제보사실 유출	성희롱 관련 조사과정에서 조치가 미흡했거나 성희롱 제보 사실이 유출된 경우 ‘공무원의 업무 수행과 관련하여 진정인이 제기한 민원사항(성희롱제보)에 대한 처리 등의 적정성을 따지는 문제’ 라고 보아 각하
17진정0923200	비밀유지 의무 위반	고충상담 사실을 행위자에 전달	「**시 자체 감사규칙」을 위반하여 진정인이 공개를 원치 않는 사실을 타인에게 발설한 것이며, 이는 「헌법」 제17조에서 보장하고 있는 사생활의 비밀과 자유를 침해한 행위에 해당한다. 이에 피진정인2의 소속 기관장인 **시장에게, 향후 유사사례가 발생하지 않도록 피진정인2에 대해 주의 조치할 것을 권고
17진정0550700	비밀유지 의무 위반	신고사실일 유출 후 행위자의 협박	진정인에게 위협감과 모욕감을 주기에 충분하고, 「헌법」 제10조에서 보장하고 있는 진정인의 인격권을 침해하는 정도에 이른다 고 판단, 고충상담원 및 성희롱·성폭력 고충심의위원회에 대한 전문성 강화 방안 및 유사사례 재발방지 대책을 마련할 것을 권고

IV. 관련 쟁점

1. 성희롱의 행위자 관련 해석

가. 업무를 위임(위탁) 받은 자

법원은 공공기관 종사자를 공공기관의 임직원뿐만 아니라, 상당기간 공공기관과 일정한 관련을 맺고 공공기관의 업무를 수행하고 있는 사람도 포함된다고 보았다(대법원 2005. 7. 8. 선고 2005두487 판결).

공공기관 뿐 아니라 민간기업도 마찬가지로 사용자의 업무를 위임받아 수행하는 경우 사용자 범위에 포함되는 것으로 해석해야 할 것이며, 인권위원회는 보험모집원 교육을 실시한 보험설계사를 보험모집인 교육이라는 피진정인의 업무를 위임받아 수행하는 것이므로 사용자에 해당한다고 본 사례(09진차404)가 있다.

나. 사용자의 범위 해석

국가인권위원회는 성희롱 규제의 입법 취지에 맞추어 대상의 범위를 적극적으로 해석해왔으며, 사용자인지 여부는 피해자의 고용지위나 일상적인 직무수행에 영향을 미칠 수 있는지의 여부에 따라 판단해야 한다는 기준을 정하고 있다. 이에 따라 편의점 사업주의 자녀인 피진정인에 대하여 어머니를 통해 아르바이트생인 진정인의 고용 지위나 근무환경 전반에 영향을 줄 수 있는 지위에 있으며,

주말에 편의점 물품 발주, 창고 물건의 매장 반입 등의 관리업무를 수행하였다는 점이 근거로 사용자에게 해당된다고 보았다(17진정0506300). 그런데 이와 유사하게 누나가 운영하는 마트에서 남동생이 행위자로 문제된 사건에서는 사용자 또는 근로자로 보기 어렵다고 각하하였는데(15진정1039400), 마트 운영자의 남동생인 피진정인의 경우 공동운영자나 피고용인이 아니고 누나가 운영하는 마트에서 도와주는 상황으로 용돈을 받는 정도였다는 것이 인정되지 않은 이유였다. 두 사건 모두 피진정인들이 임금을 지급받지 않은 점, 사업주인 가족의 일을 도와주는 수준으로 업무에 참여한 점에서 유사성이 있고, 성희롱으로 인정된 사례에서 편의점주의 자녀가 진정인의 고용지위나 근무환경 전반에 영향을 줄 수 있다고 판단한 구체적인 근거는 없으며, 각하된 사례에서 피진정인이 진정인의 고용지위나 근무환경 전반에 영향을 줄 수 있다고 보지 않은 근거 또한 제시되지 않은 점 등을 고려할 때 인권위원회가 사용자의 범위를 해석하는데 적용한 기준이 무엇인지 명확하지 않다. 식당주 남편이 행위자로 지목된 사건(15진정0453800)에서도 진정인이 업무지시를 직접 받지 않았더라도 피진정인이 식당과 관련된 농사일을 하고 예약손님이 있을 때 식당일을 같이 한 것이 공동운영의 근거가 될 수도 있는 것인데 이러한 점이 고려되지 않고 오히려 사용자가 아닌 이유로 해석되었다.

성희롱 규제의 입법 취지에 맞추어 사용자 등의 범위를 적극적으로 해석하는 것은 중요한 일이며, 이를 위해서는 사용자 등에 대한 명확한 해석기준 정립, 구체적인 판단 근거와 일관된 적용이 필요하다고 본다. 남동생이 행위자로 지목되어 각하된 사건이나, 식당주 남편이 행위자로 지목되어 각하된 사건의 경우 피진정인들이 진정인의 고용지위에 영향을 미칠 수는 없다고 하여도, 사업주가 영업장을 피진정인에게 전적으로 맡기고 자리를 비웠다는 사실만 보아도 해당 사업장에 대한 관리 및 운영, 비상시 대처 등에 대해 피진정인에게 그 권한을 위임하였음이 명확하다고 할 것인바, 관리책임이 없다고 할 수 없고 진정인의 일상적인 직무수행에 영향을 전혀 미치지 않았다고 볼 수도 없다.

다. 근로자에 대한 판단

한편, 인권위원회는 피해자가 동일하게 방송작가로 동일하더라도 행위자가 방송제작사 직원인 경우에는 근로자로서 행위자 요건에 해당된다고 보았지만, 방송작가가 동료작가를 성희롱 한 사건에서는 대법원 판례 등에 따라 방송작가가 근로자 또는 사용자에게 해당하지 않아 조사대상이 아니라고 각하하였다(14진정0456600). 즉, 인권위원회법은 성희롱의 상대를 특정하고 있지 않으므로 방송작가가 성희롱의 상대일 경우에는 방송작가의 근로자성 등이 문제되지 않지만, 행위자일 경우에는 “공공기관 종사자, 사용자, 근로자”중 하나에 해당되어야 하므로 근로자 또는 사용자 해당여부를 판단할 수밖에 없고, 행위자가 방송작가를 비롯한 특수고용근로자 등 이미 법원 판단에 의해 근로자가 아님이 명백한 경우는 조사대상으로 삼지 않은 것으로 보인다. 이는 인권위원회가 “공공기관 종사자, 사용자, 근로자”의 범위를 넓게 해석해 온 입장과 상충된다.¹⁵⁾ 국가인권위원회 차별판단지침상에도, 실습생이나 교생 등 임금을 받는 근로자는 아니나 상당 기간 당해 기관과 일정한 관련을 맺고 그 기관의 업무를 수행하고 있는 사람의 경우 근로자 범주에 포함한다고 하고 있고, 본 사건의 사건조사결과보고서에서도 ‘방송작가가 주식회사 ○○방송과의 관계에서 「근로기준법」상 근로자성이 인정되지 않지만 ○○방송의 업무를 수행하기 위해 계약을 맺고 근로를 제공하고 그 대가로 계약에 의한 임금을 지급받고 있는 점에서 성희롱 주체인 ‘근로자’에 해당하고 성희롱이 인정된다.’고 하였던 점¹⁶⁾ 등을 살펴건데,

15) 국가위원회법상 성희롱 행위자인 공공기관의 종사자·사용자·근로자 범위 검토 보고(2010.9.14., 12차 차별시정위 보고)에 따르면 성희롱 주체인 ‘근로자’를 「근로기준법」상 ‘근로자’와 동일하게 해석할 필요가 없다고 보고 있음.

16) 박선영 외, 차별판단기준 기초조사 연구, 2019, 234면.

방송작가 또한 성희롱의 주체로서 근로자에 해당된다고 보지 않을 이유가 없다.

또한 근로자에 해당하는 것으로 보지 않더라도 공공기관 종사자를 공공기관으로부터 위탁받아 업무를 수행하는 자까지 확대하여 해석하였던 사례, 보험모집원 교육을 실시한 보험설계사를 보험모집인 교육이라는 피진정인의 업무를 위임받아 수행하는 것이므로 사용자에게 해당한다고 본 사례(09진차404)에서처럼 사용자로 확대 해석할 여지도 있다고 본다.

따라서 성희롱 행위자로서 근로자를 해석하는데 있어 법원 판결에 귀속되지 않음을 명확하게 하고, 인권위원회만의 성희롱 주체로서의 근로자 해석기준을 명확히 하는 것이 필요하다.

2. 성희롱의 대상 관련 쟁점

국가인권위원회법은 성희롱의 대상(피해자) 범위를 특정하고 있지 않은 바, 구직자에 대해서도 성립되며, 파견직원, 용역업체 직원, 프리랜서, 거래업체 직원, 고객(환자), 조사대상 피해자 등 제3자에 대해서도 업무관련성이 인정되면 성희롱이 성립한다. 학생이 성희롱 행위자인 경우 당사자 요건이 부정되지만, 교육과정에서 교사 등에 의해 발생한 성희롱 대상이 학생인 사건은 그러하지 않다.

성희롱의 피해자가 아닌 피해자의 아버지나 배우자, 더 나아가 일반 시민이 진정한 경우에도 진정한 적격을 인정하고 있는바, 성희롱의 대상으로서 피해자 요건과 진정한 적격을 별개로 보고 판단하고 있다. 예를 들어 인권위원회는 실업팀 감독들이 여성축구선수에 대한 성별 진단 요구한 사건(13진정0845200 병합)에서 진정한 1, 2는 일반시민이고, 진정한 3은 서울특별시체육회 사무처장으로 피해자에 해당하지 않았음에도 사건 조사 후 성희롱을 인정한 바 있다. 그러나 마찬가지로 일반 시민이 SNS를 통해 울산시 소재 식당 사장이 '여대생을 과일에 비유한 글을 화장실에 게시한 사실'을 알게 되어 진정한 사건에서 진정한들은 SNS를 통해 피진정인이 화장실에 여대생을 과일에 비유한 문구를 게시한 사실을 알게 되었으므로 인권위원회는 「국가인권위원회법」상 피해자 요건에 해당하지 않아 조사대상이 아니라며 각하(17진정0229600 17진정0229800 병합)하였다. 앞서 성희롱이 인정된 여성축구선수에 대한 성별 진단 요구 사건(13진정0845200 병합)에서 피해자가 특정 여성축구선수로 명확하게 지정되었던 것에 비추어보면, 인권위원회의 판단은 진정한들이 식당의 이용객 등 화장실 게시물을 직접 본 당사자가 아니기 때문에 피해자가 아니라는 의미로 해석된다. 이에 대해 피해자로 인정되기 위해서는 문제된 성적 언동의 '직접적인 대상'이라는 '피해자 요건'이 추가적으로 필요한 것인지 그 의미와 근거를 밝히는 것이 필요하다는 의견이 있다¹⁷⁾. 성희롱의 피해자는 불특정 다수가 될 수 있고, 문제된 화장실의 게시글은 해당 식당의 이용객 뿐 아니라 요즘 같이 SNS가 발달된 시대에는 충분히 SNS로 불특정 다수에게 전파될 가능성이 있으며, 향후 유사한 진정사건들이 제기될 가능성이 높은 바, 성적 언동의 대상인 피해자를 어느 범위까지 인정할 수 있는지 그 기준을 마련하는 것이 필요하다.

3. 업무관련성 관련 쟁점

업무관련성은 근무시간, 직장내 등의 근무장소, 업무와의 직접적인 연관성에만 국한되지 않으며, 업무와의 보다 폭넓은 연관성 속에서 판단이 이루어져야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이 행위자가 자

17) 박선영 외, 차별판단기준 기초조사 연구, 2019, 278면.

신의 업무상 지위를 이용할 수 있는 상황이었거나 적어도 쌍방 혹은 어느 일방의 업무수행에 응하기 위한 만남, 업무관련 활동을 위한 만남에서 이어진 자리 등은 업무관련성이 인정되었다.

인권위원회는 병원 직원이 환자를 성희롱 하거나(10진정0652700), 경찰관이 사건을 조사하는 과정에서 행한 발언(09진차0001091) 등 행위자의 업무수행과 관련하여 발생한 성적언동이라면 상대방이 민원인, 고객 등 제3자인 경우에도 업무관련성을 인정하였다.

행위자의 성적 언동이 직접 민원인에 대해 이루어진 것이 아닌 경우 업무관련성이 부정된 사례가 있다. 인권위원회는 진정인이 민원 업무를 보고 있던 중에, 옆 부서 팀장인 피진정인이 들어와서 욕설을 하며 떠들다가 한 남성 직원에게 성적 발언을 진정인에게 들리도록 이야기한 것에 대하여, 다른 부서 근무자의 언동이 민원인에 대한 직접 언동이 아니므로 직위를 이용하거나 업무연관성을 가지고 성적 언동을 했다고 보기 어려워 조사대상이 아니라고 각하하였다(15진정0043800). 그러나 해당 행위는 근무시간 중에 근무장소에서 다른 직원을 상대로 이루어진 성적 언동으로 업무관련성이 부인될 아무런 근거가 없다. 인권위원회는 성희롱의 피해를 주장하는 사람이 해당 발언의 직접 대상자인 남성 직원이 아니라 해당 이야기를 들은 민원인이고, 행위자와 해당 발언을 들은 민원인 사이에 업무관련성이 인정될 수 있는가에 주목한 것으로 보인다. 앞서 언급한 병원직원이 환자에게 한 성희롱 사건, 경찰관이 조사대상자에게 한 성희롱 사건 등 성희롱이 인정된 다른 사건에서는 고객 등이 행위의 직접 대상자였던 점에서 본 사건과 차이가 있기는 하다.

그러나 업무의 직접적인 수행과 관련하여 이루어진 발언이 아닌 점이 업무관련성을 부인하는 이유라면 남성 직원과의 관계에서도 업무관련성은 인정될 수 없는 것이며, 그럴 경우 직장내 이루어지는 업무와 무관한 성적 농담 등은 모두 성희롱으로 인정받지 못하는 결과를 낳는다. 이는 업무관련성을 포괄적 업무관련성으로 폭넓게 인정해 온 국가인권위원회 입장과는 맞지 않는다. 업무관련성은 업무에 편승된 것 뿐 아니라 업무와 관련된 상황까지 다 포함된 것으로 보아야 한다.

또한 인권위는 민원인이 성적 언동의 직접 대상이 아니라는 점을 업무관련성을 부인하는 근거로 삼았는데, 성적 언동의 직접 대상이 아니라는 것의 의미가 모호하다. 성적언동의 대상이 된다는 것에는 ① 성적인 이야기의 소재로서 대상이 되는 것, ②성적인 발언의 직접 들은 상대방이 되는 것, ③ 성적인 이야기에 노출된 대상이 되는 것이 모두 해당될 수 있으며, 세 가지 경우 모두 성적인 굴욕감을 느낄 수 있는 상황이 될 수 있다. 인권위원회는 성적인 이야기에 노출된 대상이 된 경우에 피해자가 될 수 있다는 점을 간과한 것으로 보인다. 하지만, 본 사건과 유사하게 타인에 대한 성적 언동을 함께 들은 사람을 피해자로 인정한 사례(19진정0421300)를 볼 때 인권위원회의 판단에 일관성이 있다고 보기는 어렵다. 두 사건의 차이점은 타인에 대한 성적 언동을 들은 사람이 민원인이나, 근로자이냐의 차이인데, 인권위원회법은 성희롱의 대상(피해자) 범위를 특정하고 있지 않은바, 성희롱의 당사자 요건은 두 사건 모두 동일하게 충족하는 것이고, 결국 성적 발언에 노출된 대상이 누구냐에 따라 업무상 관련성을 달리 판단한 것이라면 그 구체적 근거를 밝혀야 할 것이다.

4. 수사 중인 사건의 각하

진정이 제기될 당시 진정의 원인이 된 사실에 관하여 수사기관의 수사가 진행 중인 경우에는 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제5호에 따라 각하한다.

진정의 제기 직후 동일한 사실에 대해 경찰청에 고소, 이에 대해 혐의없음으로 불기소 처리된 것이 「국가인권위원회법」 제32조 제1항 제5호에 의한 각하 사유인지에 대하여, 수사기관은 강제추행에 이르지 않는 성희롱은 형사상 적용할 죄목이 없어 다루지 않고 다만 그와 관련하여 강제추행이나 모

욕죄 등에 해당할만한 혐의가 있는지 여부만을 판단한 것으로 확인되는바, 국가인권위원회 진정내용에 관해서는 기왕에 어떠한 실체적 판단도 내려진 바가 없어 '수사기관의 수사가 종결된 경우'에 해당하지 않으므로 본 진정이 부적법하여 각하사유에 해당하는 것은 아니라고 판단한 사례가 있다(10진정235200·10진정390700(병합)).

이 사건에서는 강제추행에 이르지 않아 형사상 적용할 죄목이 없는 경우였지만, 형사상 적용할 죄목이 있는 행위의 경우 그에 대한 수사가 진행된다면 국가인권위원회 진정사건은 각하되는 것인데, 성희롱과 성폭력은 구성요건이 다르고 같은 행위가 형사적으로 무죄판결을 받는다고 하더라도 성희롱이 성립하지 않는 것은 아님에도 수사 중인 사건을 각하하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 성희롱 행위에 대해 수사결과 증거불충분 등으로 무혐의 처분이 이루어지면 피해자는 형사적으로도 구제를 받지 못하고 국가인권위원회 진정절차를 통해서도 구제를 못 받는 경우가 발생할 수 있기 때문이다.

5. 성차별적 통념에 기댄 표현을 성희롱으로 볼 수 있는지 여부

성희롱의 성립요건은 성적인 언동과 관련하여, 성적인(sexual) 의미에 대하여 인권위원회는 '성행위와 관련되는 것'이나 '남성 또는 여성의 신체적 특징과 관련한 육체적, 언어적, 시각적 언동(18진정0419700)'을 의미한다고 보아 성희롱을 'Sexual Harassment'로 한정하고 있다. 성적인(sexual) 의미가 없더라도 직장 내에서 특정 성에 대해 비우호적인 언동이나 분위기를 조성하고 그로 인해 특정 성의 근로환경에 악영향을 주는 것' 즉 Gender Harassment는 「국가인권위원회법」상 성희롱에는 해당하지 않는 것으로 보고 있다.

따라서 인권위원회는 여성비하적 발언만이 진정요지일 경우 인용 결정을 하고 있지 않다. 공식회의 석상에서 진정인에게 직책이 아닌 '여인네'라는 호칭 등을 사용한 것이 여성비하 발언에 해당할 여지는 있으나 성적 언동에 해당하지는 않는다고 보았고(12-진정-0369000), "여자들이 문제가 있다. 여성들은 소통이 안 되고 이기적이다."라는 발언에 대해서도 여성평하 발언은 될 수 있을지라도, 성적 함의를 갖는 언동으로는 볼 수 없다고 보았다(13진정0375600). "앉아서 오줌 싸는 종자"라고 발언한 것은 단순히 성별에 따른 생물학적인 차이를 언급한 것이 아니라, 성적 위계관계에 근거한 여성에 대한 비하 내지 차별적 표현으로, 듣는 사람으로 하여금 성적 굴욕감이나 혐오감은 물론이고 근무환경을 악화시키는 결과를 초래한다고 하여 성희롱을 인정한 사례가 있으나(18진정0862400), 이 경우 여성비하적 발언 뿐만 아니라 성기를 언급한 내용이 인용으로의 판단에 주효하게 작용했다고 보인다.

단순히 성적(sexual)인 것을 넘어서 성적 언동을 인정한 사례는 '피해자의 체력이 여성 이상이라는 것, 외모가 여성적인 특질을 보이지 않는다는 등의 발언'에 대해 외모에 대한 성적 평가와 무관하지 않으므로 넓은 의미의 성적 언동이고, 운동선수라 하여 이러한 요구를 언제나 수인해야 한다고 할 수 없다고 판단한 사례(13진정0845200)가 유일한데, 이 경우도 성적 언행을 확대하여 해석하여 인정한 것이라 Gender Harassment를 인정한 것이라 볼 수는 없다.

미투 이후 성희롱에 대한 대중적 인식이 확산되면서 Gender Harassment도 성희롱으로 인식하고 진정을 제기하거나, 사내 고충처리를 요구하는 사례들이 많아지고 있다. 따라서 성적 언동 판단에 있어서 인권위원회는 성희롱을 'Sexual Harassment'로 한정하고, 'Gender Harassment'에 대하여 부정하고 있는데, 그에 대한 명확한 근거와 구별기준을 결정문을 통해 명시적으로 제시하는 것이 필요해 보인다¹⁸⁾.

아울러 'Gender Harassment'에 대한 규율방식에 대한 검토가 필요하다. 이에 대해서는 성희롱의 범위를 확장하여 sexual한 것에 제한되지 않도록 확장하여 성적 언행을 해석하는 방법, 직장내 괴롭힘으로 규율하는 방법, 고용차별로 규율하는 방법 등이 있을 수 있다. 한편, 국가인권위가 발의한 평등법 제정안이 성차별적 괴롭힘을 규율할 수 있는 근거규정을 포함하고 있다.

해외 입법례의 경우, 차별금지사유에 해당되는 사유에 의한 괴롭힘 행위를 차별금지법에서 규율하여 피해자 구제 및 가해자 제재가 가능하도록 하고 있는 경우가 많다. 예를 들어 독일의 「일반적동등대우법」 제1조는 인종 및 민족적 출신, 성별, 종교 및 세계관, 연령, 장애, 성적 정체성 등을 이유로 하는 차별을 금지하고 있고, 동법이 금지하는 “불리한 차별”의 개념은 직접차별, 간접차별, 괴롭힘, 성적 괴롭힘, 지시에 의한 차별¹⁹⁾ 등 다섯가지로 나누어 정의되고 있다. 일반동등대우법은 ‘괴롭힘’에 관해서 제1조에서 금지하는 사유와 관련성을 가지는, 상대방이 원치 않는 행동방식이 그 상대방의 존엄을 침해하고 불안, 적대심, 굴욕, 인격손상 또는 모욕감이 나타나는 환경을 조성하는 것을 목적으로 하거나 이에 영향을 주는 경우 괴롭힘은 차별에 해당된다고 규정하고 있다(법 제3조 제3항).

7. 성적 굴욕감 또는 혐오감

「양성평등기본법」과, 「국가인권위원회법」, 「남녀고용평등법」은 모두 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 성적 언동을 성희롱으로 규정하고 있다. “성적 굴욕감 또는 혐오감”이란 성적 언동으로 인하여 상대방(피해자)이 느끼게 되는 불쾌한 감정을 말한다.

현재 법률상 성희롱이 성립하기 위해서는 ‘성적 굴욕감이나 혐오감’ 또는 ‘고용상의 불이익’을 요구되는 것은 성희롱 사건이 법원에서 불법행위로 논쟁되는 과정에서 성희롱을 피해자가 입은 손해를 입증해야 한다는 판례로부터 문제제기 되었다고 볼 수 있다. 당시 판례²⁰⁾에서 성희롱에 대한 행위유형이 고용관계와 관련하여 행해져야 하며, 피해자가 실제로 가지게 되는 심리적 태도와 고용조건, 근로환경에 대한 불이익이 있어야 불법행위로서 인정된다고 보았다. 그리고 이후 대법 판례²¹⁾에서 성적 굴욕감이나 혐오감으로 지칭되는 환경형 성희롱의 성립요건을 불법행위의 성부를 가질 수 있으면 족하다고 함으로써 그 성립요건을 완화하였고, 최근 판례에서는 좀 더 구체적으로 ‘성인지 감수성’을 전제로 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하여 피해자와 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장에서 판단하도록 하였다²²⁾.

성희롱 개념이 “성적 굴욕감 또는 혐오감”을 요구하는 것은 한편으로는 성희롱을 판단하는데 있어 피해자 입장을 고려할 수 있다는 장점이 있으나, 이와 관련하여 성희롱의 성립여부가 상대방(피해자)의 주관적인 감정에 좌우되는 것이 아닌가 하는 논란을 지속시켰다. 실제 현장에서는 피해자의 주관적 특징에 따라 마치 행위자의 성적 언동이 성희롱의 성립여부를 결정하는 것으로 간주되어 피해자가 예민한가 그렇지 않은가에 따라 결과가 달라지는 것처럼 오해되고 있다.

법원이 “피해자들과 같은 처지에 있는 평균적인 사람의 입장”에서 성적 굴욕감 또는 혐오감을 판단한다고 해도 판단자의 주관성을 완전히 배제하기는 어렵다.

18) 박선영 외, 차별판단기준 기초조사 연구, 2019, 283면.

19) 이는 제1조에 열거된 사유로 사람에게 불이익한 처우를 하도록 하는 지시도 차별로 간주된다는 것이다. 이러한 지시는 특히 누군가가 다른 사람으로 하여금 근로자에 대해 제1조에 열거된 사유로 불이익한 처우를 하게 하거나 할 수 있도록 할 경우에 존재하는 것으로 인정된다.

20) 고법 1995.7.25.선고, 94나15358 판결

21) 대법 1998.2.10.선고 95다 39533 판결

22) 이원희, 이소라, 변섭(2018), “직장내 성희롱 예방 및 근절을 위한 법제연구”, 일자리위원회, 149쪽 참조

한편, 성희롱의 성립요건으로서 성적 굴욕감 또는 혐오감 뿐만 아니라 성폭력 처벌법에서 사용하는 용어인 성적 수치심 등에 대해서도 피해자의 다양한 피해 감정을 소외시킨다는 지적과 피해자를 감정적으로 억압할 가능성이 있다는 지적이 있다²³⁾. 피해자가 느끼는 감정은 분노, 무기력, 무기력감 등 피해자 수만큼이나 다양하며, 복잡하다는 것이다. 여성가족부 조사에 따르면 일상 속 성차별적 언어에 대해 느끼는 감정은 외모에 대한 성차별적 표현의 경우 불쾌감이 가장 높고(65%, 분노(12.2%)가 2순위를 차지, 성역할에 대한 차별적 표현 또한 불쾌감이 67.3%, 분노가 13.2%로 다음 순을 차지하는 등 불쾌감이 차지하는 비중이 가장 컸다.²⁴⁾

따라서 성희롱의 성립여부가 피해자의 주관적 감정에 기초한다는 논란을 줄이고 실제 피해자가 느끼는 감정의 다양성을 고려하여, 현재의 성희롱의 개념을 피해자의 주관적 감정에 기초하여 정의하기보다 가해자의 행위를 객관적인 언어로 표현로 표현하되, 상대방의 인격권을 침해하는 행위에 대한 규제를 명확하게 하는 개념으로 전환하는 것이 필요하다.

8. 2차 피해 관련 조항의 부재로 인한 문제점

가. 2차 피해만을 대상으로 별도의 조사를 진행해야 하는지 여부

「남녀고용평등법」은 사업주에게 성희롱 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자 등에 불리한 처우를 하여서는 안된다고 하여 2차 피해에 대해 명문 규정을 두고 있으나(제14조제6항), 「국가인권위원회법」은 제2조 제3호 라목에 평등권 침해의 차별행위로 성희롱에 대해서만 규정하고 있을 뿐 성희롱 피해를 입은 근로자 또는 성희롱 피해 발생을 주장하는 근로자에게 한 불리한 조치에 대한 명문 규정을 두고 있지 않다. 제55조에서 ‘누구든지 이 법에 따라 위원회에 진정, 진술, 증언, 자료 등의 제출 또는 답변을 하였다는 이유만으로 해고, 전보, 징계, 부당한 대우, 그 밖에 신분이나 처우와 관련하여 불이익을 받지 아니한다’고 하여 ‘불이익 금지와 지원’을 규정하고 있으나, 그 위반에 대하여는 별도 규정을 두고 있지 않다.

그렇다 보니 2차 피해를 주장하는 사건에 대하여 조사대상인지 여부, 2차 피해를 인정하는 근거 등에 대해 일관된 원칙을 가지고 있지 못하다.

앞서 살펴본 사례 중에는 성희롱 사안이 수사기관에서 수사 중이어서 각하 대상이므로 성희롱 사건에 대한 사업주의 조치 미흡에 대해 국가인권위원회 조사대상이 아니라고 각하한 사건(13진정0922300)이 있는가 하면, 형사고소 중이거나 성희롱 발생일로부터 1년이 경과하여 각하대상임에도 사업주가 조치의무를 하지 않은 것에 대해 2차 피해를 인정한 사건들이 있다(17진정0752500, 18진정0467300). 즉, 성희롱 사안이 동일하게 각하 대상이라도 2차 피해를 판단대상인지에 대해 달리 결정이 이루어졌는데, 성희롱 사안이 각하 대상임에도 2차 피해를 판단한 사건에서 인권위원회는 2차 피해의 인정 근거를 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제14조 제2항을 위반한 행위로 해석하거나(17진정0752500), 성희롱의 개념에 2차 피해를 포섭하는 방식으로 제시하였다(18진정0467300). 후자를 근거로 삼은 사건에서 인권위는 “성희롱 피해로 인한 직접 피해 이후 이로 인해 발생하는 불이익 혹은 사건에 대응하는 과정에서 발생하는 피해, 즉 2차 피해 역시 성희롱으로 인한 고용 환경의 악화를 초래한다는 측면에서 성희롱 피해의 연장으로 보는 것이 타당하다.”고 밝혔는데, 2차 피해에 대한 명문규정 없이도 2차 피해를 성희롱 피해의 연장으로 해석하여 인정하였다는

23) 석진희 기자, “성적 수치심, 안느꼈는데요? ‘성적 수치심’ 을 느꼈어요.”, 한겨레, 2020.8.15

24) 이수연(2018), “일상 속 성차별 언어표현 현황 연구”, 여성가족부, 51쪽 참조

점에서 그 의의가 있다.

다만, 2차 피해가 성희롱 피해의 연장이라는 국가인권위원회 해석에 따르면, 2차 피해는 성희롱으로 인한 고용 환경의 악화를 초래하는 것이므로, 성희롱 피해로 인한 직접 피해 이후 이로 인해 발생하는 불이익 혹은 사건에 대응하는 과정에서 발생하는 피해에 한정된다. 그렇게 되면 1차 피해의 주요 내용이 성희롱 행위가 아닌 경우 2차 피해를 주장하는 것은 성희롱으로 인한 것이라고 보기 어려워진다(18진정271100). 또한 성희롱 피해를 신고한 제3자에 대하여 이루어지는 불이익 조치에 대하여는 신고자가 성희롱의 직접 피해자가 아니기 때문에 해당 피해를 성희롱 피해의 연장으로 해석하는 것에 무리가 있고, 신고자에 대한 불이익까지 2차 피해로 인정하기 위해서는 이미 확장된 성희롱 개념을 신고자에 대한 불이익까지 포함되는 것으로 더욱 확욱 화장시켜야 하는 문제가 있다. 성희롱에 대한 개념 규정이 명문화되어 있고, 그 성립요건 또한 분명하게 정립되어 있는 법체계에서 이러한 해석이 가능할지도 의문이다.

남녀고용평등법은 2차 피해로부터 보호되는 대상을 성희롱의 피해자 및 피해를 주장하는 자, 성희롱 발생 사실을 신고한 자로 하여, 성희롱 사안에 대한 인정 여부와 별개로 2차 피해에 대한 독자적인 판단이 가능한 것과 같이 국가인권위원회 또한 2차 피해만을 대상으로 별도의 조사를 하기 위해서는 해석에 의존하는 것보다, 명문 규정을 통해 2차 피해의 조사 및 판단 근거를 마련하는 것이 바람직하다.

나. 피해자를 도와준 동료 근로자의 2차 피해

남녀고용평등법 제14조 제6항은 사업주는 성희롱 발생사실을 신고한 근로자 및 피해근로자 등에게 징계 등의 불이익 조치에 해당하는 불리한 처우를 하여서는 아니 되는 것으로 정하고 있으며 이를 위반하는 경우 동법 제37조 제2항 제2호에 의하여 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 정하고 있다. 불리한 처우가 금지되는 대상은 성희롱 발생 사실을 신고한 근로자 및 성희롱과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 피해를 입었다고 주장하는 근로자'로 한정되어 있는바, 피해 근로자를 도와준 동료 근로자가 불리한 조치를 당한 경우에는 동 조항이 적용되지 않는 문제가 있다.

이에 대해 동법 제14조 제2항의 적용 대상에는 성희롱 피해근로자에게 도움을 준 동료 근로자도 포함되는 것으로 해석하여야 한다고 주장들이 있으나, 동 조항은 위반에 대한 형사처벌을 전제로 하는 조항으로 동료 근로자에게까지 확대 해석하는 것은 죄형법정주의에 어긋나는 것으로 불가능하다.

동료 근로자의 2차 피해에 대하여는 남녀고용평등법과 국가인권위원회법 모두 법 조항이 부재한 상태로, 향후 동료 근로자도 2차 피해의 대상이 되는 것으로 입법적으로 정비가 필요하다.

차별판단기준 수립을 위한 연구용역

| 인쇄일 | 2020년 12월 10일

| 발행일 | 2020년 12월 11일

| 발행처 | 국가인권위원회

| 주 소 | 04551 서울시 중구 삼일대로 340 나라키움 저동빌딩

<http://www.humanrights.go.kr>

| 문의전화 | 차별시정총괄과 02)2125-9944

| F A X | 02)2125-0923

| E-mail | research@humanrights.go.kr

| 제작 | 인프린트 031-912-1350

비매품