

발 간 등 록 번 호

11-1620000-000945-01

# 소수자의 권리 보호

포괄적 차별금지법 입안을 위한 실무 지침서

차별  
없고  
평등한  
세계



이 실무 지침서는 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)와 평등권연대(Equal Rights Trust)를 대표하여 UN에서 공동 출판하였다.

인용문의 개작 또는 복사 요청은 [copyright.com](http://copyright.com)의 저작권료 정산센터에 문의하기 바란다.

부차적 이용허락을 포함한 모든 권리와 라이선스 관련 기타 문의 사항은 미국 뉴욕시 이스트 42번가 405번지 S-11FW001, 유엔 출판부로 문의하기 바란다.

이메일: [Permissions@un.org](mailto:Permissions@un.org); website: [Shop.un.org](http://Shop.un.org).

본 출판물에서 사용된 명칭과 자료는 어떤 경우에도 어떤 국가, 영토, 도시, 또는 지역의 법적 지위나, 경계 또는 국경의 정의에 대한 유엔사무국의 견해가 아님을 고지한다.

유엔 문서의 기호는 대문자와 숫자의 조합으로 이루어진다. 이러한 기호의 언급(사용)은 유엔 문서를 참조한 것을 의미한다.

본 실무 지침서는 Equal Rights Trust가 유럽연합, 영국 외교·연방·개발청 및 시그리드 라우징 신탁사의 재정 지원을 받아 개발하였다. 그리고 이 실무 지침서를 개발하는 동안 직원들을 지원해준 기부자들에게 감사의 인사를 드린다.

본 공동 출판물에서 표현된 견해와 의견은 반드시 유럽연합, 영국 외교·연방·개발청 또는 시그리드 라우징 신탁사의 공식 방침이나 입장을 반영하는 것은 아니다.

© 2023 유엔 영문판

© 2023 유엔 한국어판

전세계적으로 판권 보유 / 무단전재금지

HR/PUB/22/6

본 출판물은 유엔(인권최고대표사무소)의 동의를 받아 번역 발간되었으며, 국가인권위원회가 전적으로 책임을 지는 비공식 번역본이며, 유엔을 위하여 그리고 유엔을 대신하여 출판되었으며, 한국어판의 발간사에 표현된 견해는 발행처의 의견이며, 국제연합(UN) 또는 평등권연대(ERT)의 입장을 반영한 것은 아니다.

# 발간사

2023년은 유엔에서 세계인권선언이 채택된 지 75주년이 되는 해입니다. 인간의 존엄과 기본적인 자유 보장을 위한 인류의 약속인 세계인권선언의 숭고한 정신은 우리 일상생활 속에 항상 살아있어야 합니다.

세계인권선언에서 선포한 권리들이 우리 삶 속에서 실현되기 위해서는 실체법 규정으로 구체화 되는 것이 필요합니다. 우리 「헌법」은 모든 국민이 평등하고 모든 영역에서 차별 받지 않을 것을 규정하고 있습니다.

국가인권위원회는 위 「헌법」 규정을 이어받아 2006년 정부에 차별금지법 제정을 권고한 이래 2020년에는 국회에 「평등 및 차별금지에 관한 법률」 시안을 제시하는 등 지속적으로 평등법(차별금지법)이 제정될 수 있도록 노력하여 왔고, 그 후 국회에서 4개의 평등법안이 발의되기도 하였으나 현재까지 결실을 보지 못하고 있어, 매우 안타까운 상황이 아닐 수 없습니다.

이러한 때에 유엔인권최고대표사무소(OHCHR)와 평등권연대(EQUAL RIGHTS TRUST)가 공동으로 발간한 ‘소수자의 권리 보호, 포괄적 차별금지법 입안을 위한 실무 지침서 (Protecting Minority Rights A Practical Guide to Developing Comprehensive Anti-Discrimination Legislation)’를 번역하여 발간하게 된 것을 뜻깊게 생각합니다.

이 책에는 유엔 인권규약 등에 규정된 차별금지 내용과 함께 각국 법령 및 사례들이 풍부하게 담겨 있습니다. 이 책이 현재 국회에 멈추어져 있는 ‘평등법’ 제정을 진척시키고, 차별 없는 세상을 향해 나아가는 우리 모두에게 보탬이 되기를 희망합니다. 마지막으로 번역출간에 흔쾌히 동의하고 협조해 주신 유엔인권최고대표사무소와 평등권연대에 깊은 감사를 드립니다.

감사합니다.

2023. 12.

국가인권위원회 위원장 송 두 환

# 목차

전문	viii
감사의 말	x
요약	xi
서문	xx
I. 방법론, 범위 및 한계	xxvi
A. 연구과정과 방법론	xxvii
B. 감독 및 자문	xxviii
C. 접근법	xxviii
D. 범위 및 한계	xxviii
II. 실무 지침서 사용법	xxix
A. 실무 지침서 구조	xxix
B. 실무 지침서의 절 구조	xxx

---

제 1 부 국가의 포괄적 차별금지법 제정 의무	1
I. 포괄적 차별금지법 채택의 필요성에 대한 합의	3
A. 국제인권법의 체계	3
B. 존중, 보호, 실현 의무	4
C. 유엔 인권조약(문서)및 해석	5
II. 유엔 현장기구 및 기타 국제 프로세스	7
A. 유엔 특별절차 수임자	7
B. 국가별 정례인권검토	8
C. 기타 국제 프로세스	8
III. 지역 및 국가별 법률 발전	9
A. 아프리카	9
B. 미주	11
C. 유럽	12
D. 그 밖의 국내법의 발전	14
IV. 결론	16

<b>제 2 부 포괄적 차별금지법의 내용</b> .....	<b>17</b>
<b>I. 평등권과 차별받지 않을 권리</b> .....	<b>19</b>
<b>A. 차별 금지</b> .....	<b>19</b>
1. 차별받지 않을 권리의 인적 범위 .....	21
2. 차별 유형 .....	30
3. 차별받지 않을 권리의 물적 범위 .....	48
4. 정당한 이유 .....	51
<b>B. 적극적 조치</b> .....	<b>56</b>
1. 적극적 조치 채택 의무 .....	58
2. 적극적 조치의 목적과 범위 .....	59
3. 적극적 조치의 운용 원리 .....	61
4. 포괄적 차별금지법 상의 적극적 조치 .....	64
<b>C. 평등 의무</b> .....	<b>65</b>
1. 접근성 .....	65
2. 법적 평등 의무 .....	68
3. 평등 의무의 효력 보장 .....	72
<b>II. 구제책(REMEDY)</b> .....	<b>73</b>
<b>A. 다양한 법 분야의 구제책</b> .....	<b>75</b>
<b>B. 제재(Sanction): 가해자에 대한 사법 정의</b> .....	<b>76</b>
<b>C. 배상: 인정, 보상, 원상회복</b> .....	<b>77</b>
<b>D. 제도적·사회적 구제책</b> .....	<b>79</b>
1. 제도적 구제책 .....	79
2. 사회적 구제책 .....	80
<b>III. 사법과 집행</b> .....	<b>82</b>
<b>A. 사법 접근성과 법적 절차</b> .....	<b>82</b>
1. 사법 접근성 보장의 필수 요건 .....	83
<b>B. 증거(evidence)와 증명(proof)</b> .....	<b>88</b>
1. 입증 책임 .....	88
2. 예외 사항 .....	90
3. 증거(Evidence) .....	90
<b>C. 국제 사법 메커니즘</b> .....	<b>91</b>
1. 개인진정 제도 .....	91
2. 진정인(Complainant), 피진정인(respondent), 절차 .....	93
<b>IV. 평등기구</b> .....	<b>94</b>
<b>A. 평등기구 및 국제법</b> .....	<b>95</b>
<b>B. 평등기구의 제도적 요건</b> .....	<b>96</b>
1. 독립성 .....	96
2. 충분한 자원 .....	97

3. 포용성, 참여성, 다양성 보장 .....	98
4. 평등기구에의 접근성 .....	99
C. 평등기구의 임무, 기능, 권한 .....	100
1. 증진 및 예방 .....	102
2. 지원 및 법적 조치 .....	103
3. 의사 결정과 법집행 .....	104
D. 평등기구 효력 보장 .....	105
<b>V. 이행 의무 .....</b>	<b>107</b>
A. 평등 정책 및 전략 .....	108
B. 평등영향평가 .....	109
C. 추적(monitoring)과 자료(data) .....	111
D. 협의, 관여 및 참여 .....	112
<hr/>	
<b>제 3 부 소수자의 권리 보호 .....</b>	<b>115</b>
<b>I. 소수자 권리와 차별 금지 .....</b>	<b>117</b>
A. 국제법상의 소수자 권리 .....	120
B. 누가 소수자인가? .....	121
<b>II. 인종 차별 및 연관된 피해에 노출된 집단 .....</b>	<b>124</b>
A. 인종 차별: 강행법규, 특히 부당한 피해 및 부인(denial) 문제 .....	127
B. 공동체, 자치성, 평등과 비차별, 그리고 유해한 관례들 .....	129
<b>III. 종교 또는 (종교적) 신념 소수자와 차별 .....</b>	<b>132</b>
A. 종교 및 신념의 자유 권리 행사에서의 평등과 비차별 .....	133
1. 국교와 종교 및 (종교적) 신념 소수자 .....	134
2. 종교 및 (종교적) 신념 소수자 공동체와 그 구성원들의 동등한 인정 .....	134
B. 생활의 다른 영역에서 종교 또는 (종교적) 신념에 기반한 차별 .....	137
1. 종교적 복장, 상징물 및 공공 영역 .....	137
2. 의무 수범자로서의 종교 또는 신념 공동체 .....	140
3. 정당한 편익과 종교적 관행 .....	140
4. 의료 분야에서의 치료 거부 .....	142
C. 종교를 명분으로 삼는, 다른 특성을 이유로 한 차별 .....	142
1. 양심적 거부와 그 한계 .....	143
2. 가족 및 가정에서의 지위에 관한 법: 결혼, 이혼, 상속 및 장례 .....	145
3. 유해한 관행 .....	145
<b>IV. 언어, 언어적 소수자, 차별, 평등 및 포용 .....</b>	<b>146</b>
<b>V. 진정성 있고 효과적인 소수자 참여와 차별금지 .....</b>	<b>153</b>
<b>VI. 선주민의 권리 .....</b>	<b>154</b>

**제 4 부 차별적 폭력 및 증오범죄 ..... 159**

**제 5 부 차별과 표현 ..... 165**

**I. 차별금지법에 직접 연관된 발언과 표현 ..... 168**

**II. 혐오표현과 차별, 적대감, 폭력의 선동 금지 ..... 169**

- A. 민족, 인종 또는 종교에 대한 혐오와 장애, 성별표현 및 성별정체성, 성별, 성적지향, 성적 특성, 그 밖의 사유와 관련이 있는 혐오에 대한 옹호 ..... 173
  - 1. 맥락(context) 평가 ..... 175
  - 2. 발언자 구분 ..... 176
- B. 인종 우월주의나 증오에 기반한 이념 확산 ..... 177
- C. 집단학살 선동 ..... 178
- D. 테러행위 선동 ..... 178
- E. 명예훼손 ..... 178

**III. 선동과 그 밖의 다른 형태의 혐오 및 편견 표현에 대한 제재 ..... 179**

**IV. 법외적 조치 ..... 180**

**제 6 부 다양성과 평등의 증진: 차별의 근원을 해소해야 할 의무 ..... 183**

**I. 편견, 고정관념 및 낙인을 해결해야 할 국제법적 책무 ..... 186**

**II. 구체적인 조치 ..... 190**

- A. 공적생활에 참여와 대표성 ..... 190
- B. 다양성과 동등한 대표성 ..... 191
- C. 교육 ..... 192
- D. 미디어와 인식 제고 ..... 192
- E. 훈련과 감수성 ..... 193
- F. 집행과 이행 ..... 194

**III. 결론: 평등과 다양성 증진하기 ..... 195**

## 전문

1990년대 이래로, 포괄적 차별금지법의 채택을 요구하는 목소리가 커지고 있다. 차별에 노출된 사람들은 포괄적이고 효과적인 평등법의 제정을 주장하기 위해 모여들었다. 일부 국가에서는 이러한 운동이 성공을 거두었으며, 다른 국가에서는 여전히 투쟁 중이다. 유엔 인권 전문가들은 이러한 요구에 공감하는 목소리를 내고 논의를 확장해 왔다. 세계 각지의 국가들은 국가별 정례인권검토(universal periodic review)에서 이러한 법의 채택을 지속적으로 동료 국가에게 권고해왔다.

이러한 개혁 운동은 - 주도하는 주체가 시민 사회이든 정부이든 관계없이 - 차별이 있는 곳에 평등이 없다는 것을 인정하며, 포괄적이고 효과적인 법안의 제정, 집행, 시행 없이는 차별을 없앨 수 없다는 것을 증명하고 있다.

포괄적 차별금지법은 평등에 대한 국제적인 법적 약속이 국내법에 따라 실행 가능하고 집행 가능한 권리가 되도록 한다. 이러한 포괄적 차별금지법은 다양한 차별 유형을 정의하는 데 필요한 국내법의 법적 틀을 규정하며, 평등권과 차별받지 않을 권리의 인적 범위와 물적 범위를 규정하고, 효과적인 구제책에 대한 지침을 제공하며, 피해자를 위한 정의를 보장하기 위해 필요한 절차적 보호 조치를 마련한다. 이러한 법은 차별을 없애고, 의무, 편견, 고정관념 및 낙인을 근절하며, 평등을 증진할 적극적 의무를 법적으로 정립한다.

법은 단순히 규칙을 만들고 권리가 침해되었을 때 어떤 일이 일어나는지 규정하는 역할 그 이상을 한다. 법은 우리의 가치를 표현하며, 법은 우리의 규범과 기대를 또렷이 나타낸다. 적절한 법 체계는 우리의 세계를 더 나은 곳으로 만든다. 반면에 악법이나 보호에 빈틈이 있는 법은 사회를 병들게 할 수 있다.

포괄적 차별금지법은 변화를 일으킬 잠재성을 갖고 있다. 가장 단순하게는, 이러한 법은 차별에 대한 이해를 높이고, 차별을 방지하는 행동을 촉진하며, 궁극적으로는 차별을 없애기 위한 노력을 증가시켜 긍정적인 변화를 유도할 수 있다. 차별에 노출된 사람은 그들이 경험한 차별적 대우에 대항할 수단을 갖게 되고, 피해에 대한 구제책을 확보하게 된다. 의무의 수범자는 책임을 지게 되며, 차별적인 행위, 정책 및 관행을 방지하기 위한 절차를 실천하여야 하게 된다. 시간이 경과하면서, 이러한 변화는 소외된 집단의 대표성과 가시성을 높여주고, 그럼으로써 행동을 변화시키고 궁극적으로는 사회적 규범의 변화에 기여할 가능성이 있다.

또한 포괄적 차별금지법은 평등을 증진하기 위한 적극적 조치를 지시하고 이를 위한 법적 틀을 제공한다. 전 세계의 공공 및 민간 주체들은 이 같은 법에 따라 다양한 적극적 조치를 취해왔다. 당국은 신체적 장애가 있거나, 이동 또는 감각에 장애가 있는 사람이 접근할 수 있는 사회의 공동 공간을 제공하기 위해 노력해왔다. 고용주는 사업장에서 격차를 식별하고, 민족이나 종족, 종교 및 언어 소수자 공동체 및 차별에 노출된 여타 집단의 참여를 높이기 위한 프로그램을 수립해왔다. 정부는 편견, 고정관념 및 낙인과 싸우기 위한 공공 교육 프로그램을 채택해왔다. 이외에도 수없이 많은 사례를 제시할 수 있다.

포괄적 차별금지법이 법 질서로서 갖는 가치 - 그리고 이 법을 채택할 의무의 그러한 가치 - 에 대한 논의는 여러 가지 질문을 제기한다. 이러한 질문 중 일부는 기술적이고, 다른 일부는 개념적인 것이며, 또 다른 일부는 실무적이다. 이 실무 지침서는 - 전 세계에서 공인된 전문가와 협업으로 만들고 있다 - 국가공무원, 국회의원, 국가인권기구 구성원, 인권 옹호자 및 풀뿌리 시민활동가가 차별받지 않을 권리와 평등권의 필수 요소를 어떻게 국내법에 도입할 수 있는지에 대하여 가장 자주 묻는 질문에 답을 하려는 시도이다.

유엔, 국가인권기구, 그리고 Equal Rights Trust와 같은 시민사회 조직은 이러한 포괄적 법률을 개발하는 과정에서 정부, 입법자 및 정책 결정자를 지원하거나 조언해 달라는 요청을 종종 받는다. 이러한 요청에 답을 할 만큼 명확하고 포괄적이며 권위있는 지침은 아직까지 존재하지 않았다. 이 실무 지침서가 그 공백을 채워준다. 국제법에 대한 철저한 분석과 전 세계 전문가의 광범위한 협의를 기반으로, 이 실무 지침서는 국가가 평등권과 차별금지권을 존중하고 보호하며 완수할 의무를 이행하기 위해 채택해야 하는 법에 대한 명확하고 모호하지 않은 지침을 규정한다.

아직 할 일이 많이 남아 있다. 포괄적 차별금지법의 채택은 차별 철폐를 향한 여정에서 필요한 단계일 뿐이며 충분하지는 않다. 이러한 법의 채택은 포괄적이고 적절한 자원을 갖춘 국가 행동 계획(national action plan) 또는 지역 단위 계획에서 다루어지게 되고, 이에 영향을 받는 개인, 그들의 조직 및 그들이 벌이는 운동과 긴밀하게 협력할 때 가장 효과적이다. 이 실무 지침서는 끝이 아니라 시작이다.

포용적이고 서로 연결되고 효과적인 다자주의를 통한 글로벌 협력을 위한 미래 비전을 다룬 '우리의 공동 의제(Our Common Agenda)'에서 사무총장은 다음과 같이 언급했다: "팬데믹 동안 바이러스로 인해 비난받는 집단을 희생양으로 삼는 모습에서 보았듯이, 모든 사회에 인종주의, 불관용 및 차별은 계속 존재한다. 제일 먼저 말하자면, 인종, 민족, 연령, 젠더, 종교, 장애, 성적지향 또는 성별정체성 등을 이유로 한 차별에 맞서는 포괄적 법은 이미 예전에 채택되어야 했다."<sup>1)</sup>

*\*역주: 우리의 공동 의제(Our Common Agenda)는 유엔 사무총장이 2021. 9. 발표한 보고서로, 유엔 총회가 2020. 9. 유엔 설립 75주년을 맞아 채택한 결의(A/RES/75/1)에서 유엔 사무총장에게 글로벌 거버넌스를 강화하는 데 대한 도전적 요소에 대응하기 위한 권고를 보고할 것을 요구한 데 따라 발표된 문서이다.*

'우리의 공동 의제' 중심에 포괄적 차별금지법 제정에 대한 호소가 있는 것은 우연이 아니다. 세계인권선언의 서문에는, 그리고 누구도 소외되지 않도록 하겠다(leave no one behind)는 지속가능발전 2030의제 및 지속가능발전 목표의 소명에는 모든 유형의 차별을 철폐할 필요성에 대한 회원국들의 인정과 - 그리고 그렇게 하겠다는 회원국들의 약속이 - 담겨 있다.

이 실무 지침서는 이러한 법을 개발하고 제정하는 방법을 안내하며, 그럼으로써 모두의 존엄과 권리가 평등하게 보장되는 세상을 위해 필요한 체계와 기반을 마련하는 방법을 안내한다.



Dr. Evelyn Collins CEB  
Chair of the Board of Trustees  
Equal Rights Trust



Volker Türk  
유엔인권최고대표

1) A/75/982, 문단 34. 사무총장의 이 보고서는 2021년 제75차 총회에서 발표되었다. 다른 참조: [www.un.org/en/un75/common-agenda](http://www.un.org/en/un75/common-agenda).

## 감사의 말

이 실무 지침서는 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR; 인권에 대한 전 세계적 약속의 제도적 표현)와 Equal Rights Trust(평등법의 채택과 시행을 지원하기 위해 일하는 사람들을 지원하는 선도적인 국제 시민사회 조직)이 2년 동안 협력하여 만든 결과물이다.

공동 팀이 이 실무 지침서의 연구, 개발 및 초안 작성을 수행하였다. OHCHR은 관련 분야와 본부에 있는 다양한 직원들과 협의를 통해 선주민과 소수자의 권리 부분의 초안 작성과 개발을 주도했다. Equal Rights Trust는 직원 2명(Jim Fitzgerald과 Sam Barnes)이 초안 작성 및 개발을 담당하였는데, 이 과정에서 Equal Rights Trust의 광범위한 네트워크의 전문 지식을 활용하였다. 특히 이 실무 지침서의 제1부에 대한 귀중한 연구를 제공해주신 Latham & Watkins 법률사무소에 감사의 말씀을 전한다.

차별금지법과 평등법 분야에서 선도적 전문가들로 구성된 독립적인 자문위원회가 이 실무 지침서 개념화부터 최종 검토까지 개발 과정을 자문하였다. 이 자문위원회의 구성원들은 정부, 비정부 및 정부간 직무경험이 있고, 다양한 법률 체계와 전통을 대표하며, 풍부한 경험을 갖춘 인권옹호자, 학자, 활동가와 개인들이다. OHCHR과 Equal Rights Trust는 전 과정에 걸쳐 지원을 해준 다음의 자문위원회 회원에게 감사의 말씀을 전하고자 한다: Catalina Devandas Aguilar, Niall Crowley, Sandra Fredman, Nazila Ghanea, Nahla Haidar, Margarita S. Ilieva, Imrana Jalal, Tarun Khaitan, Abdul Koroma, Gay McDougall, Vitit Muntarbhorn, GraceMumbi Ngugi.

또한 OHCHR과 Equal Rights Trust는 지침서의 전체 또는 일부에 대한 검토, 의견 제시 및 검증에 기여이 시간을 할애해 주신 다음의 전문가 단체에게 감사의 말씀을 전하고자 한다: Barbora Bukovská (제19조: 국제 검열 반대 센터(Article 19: International Centre against Censorship)); Joshua Castellino (소수자 권리 그룹(Minority Rights Group)); Sophia Fernandes (웨스트민스터 민주주의 재단(Westminster Foundation for Democracy)); Beth Gaze (멜버른 법학대학); Nena Georgantzi (에이지 플랫폼 유럽(AGE Platform Europe)); Tamas Kadar (유럽 평등 기구 네트워크(European Network of Equality Bodies)); John Kinahan (포럼 18(Forum 18)); Kseniya Kirichenko (국제 LGBTI협회(International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association)); Antonia Kirkland (평등 나우(Equality Now)); Susheela Math 및 Julia Harrington Reddy (열린 사회 정의 이니셔티브(Open Society Justice Initiative)); Dragana Ciric Milovanovic (장애인권 인터내셔널(Disability Rights International)); David Oppenheimer (버클리 평등 및 차별금지법 비교법연구센터(Berkeley Center on Comparative Equality and Anti-Discrimination Law)); Simon Rice (시드니 대학교); Bridget Slep (헬프에이지 인터내셔널(HelpAge International)); 그리고 Meghan Campbell (옥스포드 인권 허브(Oxford Human Rights Hub)).

OHCHR과 Equal Rights Trust는 이 실무 지침서의 준비 과정에서 정보를 규정한 많은 국가, 국가인권기구, 시민사회 단체, 유엔 기구 및 인권 옹호자에게 감사의 말씀을 전한다. 이들은 정보 요청에 응하거나 또는 4차례의 협의 회의 중 한 번 이상 참여해 주셨다.

마지막으로, OHCHR과 Equal Rights Trust는 그들의 경험, 활동 및 소송으로 차별받지 않을 권리에 대한 이해를 높이고 포괄적 차별금지법의 내용을 구성하는데 도움을 준 모든 차별 피해자들을 인정하고 감사의 말씀을 전한다. 이 실무 지침서에서 제시하는 법적 기준은 그들의 투쟁의 산물이기에 우리는 이 실무 지침서를 그들에게 바친다.

## 요약

본 실무 지침서는 정부, 입법자, 시민사회 활동가 및 기타 공익 주체에게 평등권과 차별받지 않을 권리에 관한 국제법적 기준을 충족하는 포괄적 차별금지법의 입안에 관한 권위 있는 지침을 제공하는 것을 목적으로 한다. 본 지침서는 국제기준의 발전, 해석, 이행을 자세히 살펴보고, 국제법을 준수하기 위해서 법에 명문화되어야 하는 핵심 원칙들을 설명하였다. 본 요약본은 해당 주요 원칙들을 정리한 것이다.

본 요약본에 제시된 기준은 국가가 평등하고 차별받지 않을 권리를 존중, 보호, 실현할 핵심적인 국제법적 의무를 다 할 수 있도록, 차별금지법이 포괄적이고 실질적으로 모든 형태의 차별을 철폐하고 평등을 실현할 수 있도록 하기 위하여 차별금지법에 담아야 할 내용을 반영하고 있다. 본 요약본에 제시된 법의 구성요소는 국제인권법에서도 출된 것으로 관련 내용은 실무 지침서 주요 장에서 자세히 다루었다. 조사방법론에 세부적으로 기술하였듯이 본 지침서는 국제법에 대한 종합적인 검토 외에도 다양한 이해관계자와의 폭넓은 자문을 거쳐 작성되었다. 관련 국제기준을 실무 지침서 전반에 설명하였고, 국제법상 의무를 어떻게 국내법질서에 녹여냈는지를 보여주는 각국의 사례를 포함하였다. 또한 법이 실무적으로 어떻게 적용되는지를 보여주기 위해서 핵심적인 법적 개념을 자세히 설명하고 사례연구, 예시를 포함하였다.

본 실무 지침서가 국제법적 기준의 발전, 해석 및 적용에 대한 세부적인 논의사항을 담고 있다면 본 요약본은 해당 기준을 충족하기 위해서 국내법에 명문화되어야 하는 핵심 원칙들을 제시하고 있다. 따라서 본 요약본은 실무 지침서의 내용을 요약한 것이기도 하지만 포괄적 차별금지법 입안에 관련된 사람들에게 독립적 툴킷(toolkit)의 기능을 한다. 대개의 경우, 국가는 국제기준을 준수하기 위해서 규칙, 절차, 또는 제도를 마련해야 하지만 이 규칙, 절차, 또는 제도를 국내법에 반영하는 방식에 있어서는 재량을 갖는다. 어떤 경우에는, 국가는 인권협약 자체와 유권 기관에 의한 해석을 포함해 국제법 문서에 규정되어 있는 특정한 정의를 채택해야만 한다. 이와 관련하여, 국제인권기준과의 일치를 확보하기 위해서 입법 과정에 참여하는 입법자와 시민사회단체가 법안에 곧바로 사용할 수 있는 정의를 글 상자(textbox) 형식으로 제시하였다. 그 외의 경우에는, 본 요약본은 법에 규정되어야 하는 내용에 대한 설명과 지침을 담고 있다.

## I. 포괄적 차별금지법 제정 의무

포괄적 차별금지법<sup>1)</sup>은 모든 유형의 차별 철폐와 모든 사람의 평등이라는 목적과 취지를 가지고 채택한 법이다.

국가는 모든 사람이 평등하고 차별받지 않을 권리를 존중, 보호, 실현할 국제인권법 상 의무를 충족하기 위해서 포괄적인 차별금지법을 제정하여야 한다. 또한 모든 유형의 차별금지와 평등권 실현이 소수자 보호에 관한 국제법의 중심이므로 포괄적 차별금지법의 채택은 소수자 권리 보호의 필수적 요소이다.

포괄적 차별금지법은 특정한 단체를 특정한 이유로 근거로 또는 특정한 생활 영역에서 차별을 금지하는 특정 차별금지법과 구별된다. 또한 국가 헌법이나 기타 법에서 규정되는 일반적인 차별금지와 평등권 약속과도 구별된다.

국가는 특정 차별금지법 또는 특정 집단 구성원의 참여를 구조적으로 막는 장벽을 파악하고 이를 해결하기 위하여 다른 법률을 채택할 수 있다. 이러한 법이나 일반적인 차별금지 조항의 채택이 포괄적인 법의 채택 의무와 상충되지는 않으며 이것으로 포괄적인 법의 채택 의무에서 벗어나는 것도 아니다: 다시 말해서 국가는 특정 법이나 현재 시행 중인 기타 차별금지 조항의 채택과는 상관없이 포괄적인 차별금지법을 채택하여야 한다.

1) 본 지침서는 “포괄적 차별금지법률”과 “포괄적 차별금지법”이라는 용어를 혼용해서 사용하였다.

국가는 차별금지법이 실효성을 갖도록 평등하고 차별받지 않을 권리의 실질적인 집행과 이행을 위한 세부적인 규칙, 제도, 절차를 수립하고 공공 당국과 민간 주체 등 모두에게 적용되는 의무를 명확히 제시하여야 한다. 이러한 조항은 포괄적인 차별금지법에 직접 규정하거나 또는 민사소송과 같은 분야의 법 개정을 통해서 포함시킬 수도 있다.

포괄적 차별금지법은 대개 단일법의 형식을 취한다. 일부 국가는 적용범위가 포괄적이거나 거의 포괄적인 2개 이상의 법을 조합하여 채택하고 있다.<sup>2)</sup> 더욱이 단일법을 채택하는 국가도 일부 의무가 실효성을 갖도록 다른 법과 정책을 채택할 필요가 있을 수도 있다.<sup>3)</sup> 본 지침 전반에 “포괄적 차별금지법”과 “포괄적 차별금지 법률”이라는 용어를 혼용한다.

## II. 포괄적 차별금지법의 내용

포괄적인 차별금지법률이 되기 위해서는 여러 기준을 충족하여야만 한다. 특히 국제인권법상 차별금지법에서 요구되는 내용은 다음과 같다:

- 광범위하고 예시적인 차별금지 사유를 근거로 법의 규제를 받는 생활의 전 영역에서 모든 차별의 유형과 그 표현을 금지할 것.
- 국제인권법 하에 인정된 정의에 부합하는 모든 유형의 차별에 대해 명확하게 정의할 것.
- 차별과 불이익을 경험하거나 이에 노출된 사람과 집단의 평등권 실현을 위한 변화를 만들기 위해 개발된 적극적 조치의 채택을 명확하게 허용하고, 요구하며, 규정할 것.
- 공적 영역 및 사적 영역에서 평등권과 차별받지 않을 권리가 작동하도록 접근성을 보장하고 평등권에 대한 의무를 정립할 것.
- 효과적이고, 억제 효과가 있으며, 비례적인 제재를 포함한 효과적 구제; 피해자를 위한 인정, 보상 및 원상회복; 적절한 제도적·사회적 구제책을 규정할 것.
- 진정인이 일응의 차별을 입증하면 증명책임을 전환하는 조항, 피해자에 대한 가해 금지 조항을 포함하지만 이에 국한되지 않고, 사법적 구제에 대한 접근성을 보장하기 위해 필요한 절차적 안전장치와 개정방안을 마련할 것.
- 충분한 자원, 기능 및 권한을 가진 독립적이고 전문적인 평등기구를 설립하고 기구의 효과성을 보장할 수 있는 권한을 부여할 것.
- 구조적인 차별에 대응하고 평등을 증진하도록 그 밖의 이행 조치의 채택을 명시할 것. 여기에는 차별적 정책이 영향을 발휘하기 전에 이를 식별 및 방지하며, 평등 실현에 필요한 효과를 확보하도록 공법과 공공정책 전반에 평등영향평가를 실시하는 것이 포함되어야 한다.

### A. 차별 금지

포괄적인 차별금지법은 광범위하고 예시적인 특성의 목록을 기반으로 법이 규정하는 생활의 전 영역에 있는 모든

2) 예를 들어, 남아프리카공화국에서는 2000년 평등 증진 및 불공정한 차별방지법은 고용 분야에 적용되지 않는다. 고용 분야는 1998년 고용 평등법의 규제를 받는데, 이 법은 보완적인 평등 및 차별금지를 보장한다. 핀란드에서는 2014년 차별금지법이 차별의 이유로 "젠더"를 명확하게 표현하지 않는다. 그러나 이 법의 제3(1)문단에 따르면, 젠더에 기반한 차별금지와 성 평등 촉진 조항은 1986년 남녀 성 평등에 관한 법이 규정하고 있다.

3) 예를 들어, 차별 사건에서 입증 책임을 규정하는 절차적 규칙이 민사 소송법이나 증거법 관련 규정 속에 포함되어 있을 수도 있다.

유형의 차별을 정의하고 금지하여야 한다. 차별받지 않을 권리는 네 가지 측면을 가지고 있다고 이해할 수 있다: (a) 권리의 인적 범위; (b) 금지된 행동의 형태; (c) 권리의 물적 범위; (d) 정당한 이유. 차별금지법은 각 영역에 대해 명확한 정의를 규정해야 한다.

## 1. 인적 범위

국제법의 요구사항을 충족하려면, 포괄적 차별금지법은 광범위하고 예시적인 차별금지사유의 목록에 근거하여 발생하는 차별을 금지해야만 한다. 그렇게 하기 위해서는 국제법에서 인정하는 모든 특성 외에도 해당 사회에서 보호를 필요로 하는 다른 모든 이유에 대해 명시적인 보호가 필요하다. 포괄적 차별금지법은 “그 밖의 지위(other status)” 또는 이와 유사한 조항을 통해 추가적인 차별 사유를 인정할 가능성을 허용해야만 한다. 차별금지법이 새로운 차별 사유를 식별하고 인정하는 기준을 포함할 수도 있다.

연령; 출생; 결혼, 가족 상황 또는 보호자로서의 지위; 피부색; 신분제도(카스트)를 포함한 출신; 장애; 경제적 지위; 민족; 성별표현; 성별정체성; 유전병이나 그 외 질병에 대한 소인; 건강 상태; 선주민 출신; 언어; 혼인 상태; 부성 또는 모성 지위; 이주민 지위; 소수자 지위; 출신 국가; 국적; 주거지; 정치적 사상 또는 그 밖의 사상; 임신; 재산; 인종; 난민 또는 망명 지위; 종교 또는 신념; 성별; 성적 특성; 성적지향; 사회적 출신; 사회적 상황; 또는 모든 그 밖의 지위를 이유로 하는 차별은 금지된다.

차별금지법률은 다음과 같은 상황에서 차별을 금지해야만 한다: (a) 특정 특성을 가진 단체 또는 또 다른 개인과 연관되었다는 것을 이유로 차별이 발생한 경우; (b) 개인이 특정 특성을 가졌다는 인식(그 인식이 정확하든 아니든 관계없이)으로 인해 차별이 발생한 경우. 또한, 특성들의 조합으로 인해 발생하는 차별(다중 차별)도 금지해야 한다.

차별 금지에는 연관과 인식에 기반한 차별도 포함된다.

인식에 기반한 차별은 개인이 차별금지사유에 해당하는 특성을 가졌다는 인식—이러한 인식이 정확하든 아니든 관계없이—으로 인해 불이익을 받을 때 발생한다. 연관에 기반한 차별은 개인이 차별금지사유에 해당하는 특성을 가진 다른 사람 또는 사람들과 연관되어 있다는 이유로 불이익을 받을 때 발생한다.

차별 금지는 다중 (교차 및 누적) 차별을 금지하며, 그러한 차별과 관련한 특별한 피해를 인정한다.

누적 차별은 2개 이상의 별개의 차별금지 사유를 이유로 한 차별이 발생할 때 일어난다. 교차 차별은 상호 교차하는 복합적인 차별금지 사유를 이유로 한, 뚜렷하고 구체적인 차별이다.

## 2. 금지된 행동

포괄적 차별금지법은 국제법에서 인정하는 모든 유형의 차별을 반드시 명확하게 정의하고 금지해야 한다. 이 차별 금지 유형에는 (a) 직접 차별; (b) 간접 차별; (c) 괴롭힘; (d) 정당한 편의의 거부; (e) 접근성 보장 실패; (f) 분리 차별; (g) 가해(보복)가 포함된다. 차별금지법은 모든 유형의 차별에 대한 지시와 조장을 금지해야만 한다. 차별은 고의적으로 또는 실수로 일어날 수 있다. 또한 공개적으로 또는 은밀하게 이루어질 수도 있다.

**차별금지에는 모든 유형의 차별이 포함된다. 차별금지에는 다음 각 금지 행동이 포함된다:**

- 직접 차별은 다른 사람의 경우는 유사한 상황에서 받아왔거나 받게 될 대우에 비해서 1개 이상의 차별금지사유를 이유로 덜 호의적인 대우를 받을 때, 또는 1개 이상의 차별금지사유로 인해 손해를 당했을 때 발생한다.

- 간접 차별은 특정 조항, 기준, 또는 관행이 1개 이상의 차별금지사유와 연관된 지위나 특성을 가진 사람에게 불균형적이고 부정적인 영향을 미쳐왔거나 미치게 될 때 발생한다.
- 차별금지 사유를 이유로 한 괴롭힘은, 개인의 존엄성을 침해하고 위협적, 적대적, 모멸적, 굴욕적 또는 공격적인 환경을 조성할 목적을 가지거나 이러한 효과를 초래하는, 특정한 차별 사유와 관련된 원치 않는 행동이 있을 때 발생한다.
- 정당한 편의란 법의 규제를 받는 생활의 모든 영역에서 다른 사람과 동등하게 인권 및 기본적 자유, 동등한 참여를 향유하고 행사할 수 있도록 보장하기 위해, 과도하거나 부당한 부담을 지우지 않는 수준의, 필요하고 적절한 수정, 조정, 또는 지원을 의미한다. 정당한 편의의 거부는 차별의 한 유형이다.
- 접근성은 공정한 접근을 보장하기 위해 물리적 환경, 교통, 정보 및 통신, 직장, 교육, 보건 및 기타 공공시설 및 서비스에 대한 접근을 보장하기 위해 필요한 조치를 채택하고 시행해야 하는 선행적이고 체계적인 의무이다. 국가는 생활의 모든 영역에 접근성을 보장할 의무가 있다. 접근성 기준을 준수하지 못하는 것은 차별금지법이 금지하는 행위의 한 유형이다.
- 분리 차별은 특정한 차별금지사유를 공유하는 사람들이 본인의 완전하고 자유로운, 그리고 정보에 기반한 동의 없이 분리되고, 기관, 재화, 서비스, 권리 또는 물리적인 환경에 대하여 타인과 다른 접근을 제공받을 때 발생한다.
- 가해(victimization)\*는 차별에 대한 불만 제기 또는 평등 조항의 집행을 목적으로 하는 과정에 관여한 결과로 불리한 대우나 결과를 경험할 때 발생한다.

\* 역주: 국내 법률에서는 '불이익조치'라는 용어를 사용하고 있다.

성희롱은 원치 않는 성적인 행동이나 행위를 수반하는 독특한 유형의 피해이다. 성희롱을 금지할 의무는 구체적이고 보완적 의무이다. 국가는 성희롱을 특정한 성범죄에 관한 법률에서 금지할 수 있는데, 넓게는 형법에 규정할 수도 있고, 그 밖의 법률에서도 금지할 수 있다. 성희롱 금지는 차별금지사유에 기반한 괴롭힘 금지와는 별개로, 그리고 이에 추가로 정의되어야 한다.

성희롱은 특히 위협적, 적대적, 모멸적, 굴욕적 또는 공격적인 환경을 조성하여 개인의 존엄성을 침해할 목적 또는 효과를 가지고 원치 않는 성적인 행위가 있을 때 발생한다.

### 3. 물적 범위

포괄적 차별금지법은 법의 규제를 받는 생활 전 영역에서 차별로부터 보호하고, 공공 및 민간 주체를 비롯한 모든 사람의 행동에 적용되어야 한다.

차별 금지는 법의 규제를 받는 생활 모든 영역에 적용해야 한다. 차별을 삼가해야 할 의무는 공공 당국 및 민간 주체를 포함하여 (하지만 여기에 국한하지 않고) 모든 이에게 있다.

### 4. 정당한 이유

일부 상황에서는 차별로부터 보호받을 이유에 기반하여 발생하는 차별적 대우 또는 법 조항, 기준, 관행의 차별적 영향이 정당화될 수 있다. 모든 정당한 이유는 포괄적 차별금지법에서 규정한 명백한 기준에 따라 평가해야 한다.

이러한 기준은 정당한 목적이 인정되고, 이러한 목적을 달성하는 수단이 적절하고, 필요하며, 비례적이란 점을 확인하는 것이다. 정당한 목적은 차별적 고정관념을 근거로 결코 정당화될 수 없다. 특정 유형의 금지된 행동(괴롭힘, 성희롱 및 가해를 포함하여)은 그 자체로 정당화될 수 없다. 직접 차별은 엄격히 정의된 기준에 따라 예외적으로만 정당화될 수 있다.

정당한 목적을 위해 채택된 적절하고 필요하며 비례적인 법 조항, 기준 또는 관행은 차별에 해당한다고 볼 수 없다. 직접 차별은 극히 예외적인 경우에만 정당화될 수 있다.

## B. 적극적 조치

포괄적 차별금지법은 적극적 행동을 위한 조치를 명확하게 허용하고 요구하여야만 한다. 적극적 조치(때로는 적극적 우대조치, 구체적 조치 또는 일시적 특별 조치라고 부른다)에는 평등을 증진 또는 달성하고 불이익을 해소할 목적으로 개발된 모든 조치가 포함된다. 적극적 조치로 인해 고립, 분리, 고정관념 또는 낙인이 영구화되거나, 불평등한 기준이나 별도의 기준이 유지되는 결과를 초래하여서는 안 된다. 적극적 조치는 불이익을 제거할 때 지속적이고 긍정적인 변화를 유발할 수 있도록 충분한 시간을 두고 수립되어야 하지만, 그럼에도 반드시 한시적이어야 한다.

평등권 보장에는 적극적 조치 채택이 필요하다.

적극적 조치에는 불평등을 줄이거나 극복하기 위해 그리고 평등을 실현하는 것을 목표(target)로 하는 입법적, 행정적, 정책적 조치가 포함된다. 이러한 조치는 한시적이어야 하고, 수시로 검토를 받아야 하고, 평등을 증진하거나 달성한다는 목표와 비례적이어야 한다.

‘한시적’이란 단어를 반드시 기간이 짧다는 의미로 해석할 필요는 없다. 일단 목적이 달성되면 적극적 조치는 중지해야 한다.

적극적 조치가 차별이 되어서는 안 된다.

## C. 평등 의무

### 1. 접근성

국가는 타인과 동등하게 물리적 환경, 교통, 정보와 통신, 시설과 서비스에 접근할 수 있도록 보장할 의무가 있다. 접근성은 상황을 앞선 주도적, 체계적 의무이다. 이는 사후가 아닌 사전적 의무로서 개인의 접근 요구와 무관하게 존재한다. 그리고 이는 무조건적인 의무로서 제공자의 부담이 불이행의 이유가 될 수 없다.

차별금지법은 국가와 민간 주체가 접근의 평등성을 방해하는 제약을 식별하고 제거할 의무를 규정해야 한다. 또한 접근성에 대한 최소한의 기준과 지침을 개발, 배포 및 모니터링할 국가의 의무를 규정해야 한다. 접근성 기준을 준수하지 못하는 것은 포괄적 차별금지법 상에서 금지해야 할 차별의 한 형태이다.

### 2. 법적 평등 의무

포괄적 차별금지법은 명시적으로 평등 의무를 규정해야 하는데, 이는 평등권과 차별받지 않을 권리를 작동시키는 효과적이고 필요한 수단을 규정하며 해당 수단이 공공 당국과 기타 의무 수범자의 시스템과 업무에 통합되도록

보장해 준다. 평등 의무에는 차별 행위가 발생하기 전에 이를 회피하는 것을 목적으로 하는 예방 의무, 공공 및 민간부문 기관의 업무와 운영에 있어 평등을 증진하는 것을 목적으로 하는 제도적 의무, 그리고 공적 의사결정 과정에서 평등 목표를 통합하고 중요시하는 것을 목적으로 하는 주류화 의무가 포함된다. 차별금지법의 효과를 높이기 위해서는 이러한 접근의 조합이 필요하다.

## D. 효과적 구제책

차별금지법은 차별에 대한 효과적 구제책을 규정해야 한다. 구제책은 다음을 포함하지만 이에 국한되지 않는다: 차별에 책임이 있는 자에 대한 제재; 차별 피해자에 대한 인정, 배상 및 원상회복을 포함한 회복; 그리고 차별의 사회적인 원인과 결과를 해소하기 위해 고안된 제도적·사회적 조치. 차별금지법은 차별에 대한 효과적이고 억제력 있고 균형잡힌 제재책을 규정해야 한다. 또한 차별 피해자를 인정하고, 이들에 대한 금전배상, 원상회복, 재할 형태의 회복조치를 규정해야 한다. 배상은 피해자 중심적이고 평등에 민감해야 한다.

차별금지법은 법원과 차별 사례를 판단할 책임이 있는 기구에 권한을 부여하여 차별을 시정, 억제 및 예방하고 재발 방지를 보장하기에 적절한 제도적·사회적 조치를 명할 수 있도록 해야 한다. 국내법에 차별 피해자에 대한 구제책 유형이 구체적으로 규정되어 있는 경우, 적용가능한 구제책의 목록은 한정적이어서는 안 된다. 즉, 법원을 비롯한 권한을 가진 기관이 사건의 차별 피해에 적합한 구제책을 결정할 수 있는 재량을 가져야 한다.

## E. 집행과 사법에 대한 접근성

포괄적 차별금지법은 차별을 경험한 사람이 사법에 효과적으로 접근할 수 있도록 보장해야만 한다. 효과적인 사법에 대한 접근은 재판 회부 가능성, 가용성, 접근성, 양질의 재판, 책임성을 그 구성 요소로 한다.

국가는 이러한 요건을 충족하기 위해서 충분한 재원을 가진 독립적이고 공정한 집행 기구를 설치 및 유지하여 지방을 포함하여 전국의 차별 진정을 다룰 수 있어야 한다. 이러한 기구에는 평등기구를 포함하여 사법 및 행정 메카니즘 모두 포함될 수 있다. 이 기구들이 차별이 발생한 것으로 판명된 상황에서 효과적인 구제책을 제공할 수 있도록 적절한 법집행 권한을 부여해야 한다. 이 기구들은 질적으로 우수하고 책임을 질 수 있으며, 차별에 노출된 개인과 집단의 의견, 상황과 요구에 대응하고, 참여적이어야 한다.

국가는 접근성 조치 및 절차적 편의를 통해서 집행 시스템 참여를 가로막는 법적, 재정적, 물리적, 소통적 및 기타 제약을 제거해야만 한다. 차별받지 않을 권리가 실현될 수 있는 곳이라면 어디든지 법률 구조와 지원은 제공되어야 한다.

당사자 적격과 이해관계가 있는 제3자의 참여에 대해서 포용적 접근을 취하여야 한다.

차별금지법률은 차별 인정의 근거가 될 수 있는 증거의 허용성에 대한 장벽이 없도록 보장해야 한다. 효과적인 사법이 보장되도록 증거법이 조정되어야 한다. 여기에는 형사법을 제외한 모든 법 영역에서 일단 차별이라는 일종의 증거가 있으면, 입증 책임이 원고에게서 피고에게 '전환' 되도록 요구하는 규칙을 채택하는 것이 포함된다.

차별을 경험했다고 주장하는 사람이 법정 또는 감독관청 앞에서 차별이 있었다는 개연성을 인정할 수 있는 사실을 입증하는 경우(일종의 증명), 차별받지 않을 권리의 침해가 없었음을 증명할 책임은 피진정인에게 있어야 한다.

대개의 경우, 차별 피해자에게 있어 국제 수준의 사법절차는 국내 구제책이 모두 소진된 후에야 이용할 수 있다. 국가는 관련된 선택 의정서를 비준하고 관련 국제인권조약 하에서 필요한 선언을 함으로써 개인이 차별에 대한

진정을 유엔의 조약기구에 제기할 수 있도록 보장해야 한다. 국가는 포괄적 차별금지법을 채택할 때 이를 계기로 위와 같은 선언을 할 기회를 확보해야 하고, 국내 법체제와 관련하여 국제법 절차의 역할을 인정하고, 국제법 절차의 이용 가능성을 대중에게 알려야 한다.

## F. 평등기구

포괄적 차별금지법은 독립적이고, 효과적이며 접근 가능한 평등기구의 수립을 규정해야 한다. 평등기구는 평등을 촉진하고 차별을 예방해야 하는 광범위한 임무를 수행하는 데 필요한 자원과 기능 및 권한을 부여받아야만 한다. 평등기구는 반드시 다음과 같은 업무 수행이 가능할 수 있어야 한다: (a) 차별과 편협성에 노출된 개인과 집단에 법률상담과 법정대리 등을 지원하고 이들을 대신해 소송 추진; (b) 전 부문에 모범적 평등 사례 확산; (c) 연구 실시; (d) 권리에 관한 정보 제공 및 평등의 공론화; (e) 정책 조언 제공. 또한 평등기구는 차별에 대한 진정을 검토하고, 권고를 하며 의사결정을 내리는 권한을 부여받을 수도 있다. 평등기구가 의사결정 권한을 갖는 경우, 효과적인 사법에 접근을 보장하고 구제책과 제재 모두를 제공할 권한을 부여받아야만 한다.

## G. 이행

포괄적 차별금지법은 국가가 평등권과 차별받지 않을 권리의 집행에 관한 제도적·정책적 의무를 이행하기 위해서 필요한 체계를 요구하고 규정해야만 한다. 이를 위해서 다음과 같은 의무가 필요하다:

- 평등 및 비차별 정책과 전략을 개발, 채택 및 시행하고, 평등 및 비차별 고려사항을 여타 정책과 프로그램에서 주류화할 것.
- 공법과 공공정책 전반에 평등영향평가를 통합할 것. 평등영향평가는 모든 차별적 영향을 식별하고 방지하기 위하여; 차별을 경험하거나 노출된 개인과 집단의 특별한 요구를 식별하고 이를 수용하고 해결하도록 하기 위하여; 그리고 평등이 효과적으로 증진되도록 보장하기 위하여 법률, 정책 또는 의사결정에 대한 선제적이고 자문적이며 데이터 중심의 평가를 포함할 것.
- 세분화된 자료의 수집, 분석, 발표를 통해 평등과 차별금지, 법·정책·관행의 효과성을 추적(monitor)하고 관찰할 수 있는 체계를 수립할 것.
- 차별 퇴치와 평등 촉진을 위한 법, 정책, 제도 개선 과정에서 차별을 경험한 사람과 집단, 이들을 대표하는 단체의 의견을 듣고 이들의 참여를 보장하는 메커니즘을 수립하고 시행할 의무.

국제법은 또한 국가가 실제로 있어서 차별적이거나 차별을 유발하는 법·정책·관행을 개선 또는 폐지하기 위한 모든 적절한 조치를 취하도록 요구한다.

## H. 소수자 권리 및 차별금지법

평등권과 차별받지 않을 권리는 소수자 권리의 핵심이다. 이 권리는 소수자에게 평등하게 적용되며 소수자 권리 실현에 필수적이다. 민족적, 인종적, 종교적, 언어적 소수자의 권리를 실현하기 위해서는 차별받지 않을 권리를 효과적으로 보호하고 실현해야 한다. 그렇게 국가가 그들 소수자 권리를 존중, 보호, 실현할 의무를 이행하기 위해서는 포괄적 차별금지법의 제정, 집행, 이행이 필수적이다.

차별금지법은 소수자 권리에 내재되어 있다. 국가는 소수자 권리를 보장하기 위한 국가의 노력에서 차별받지 않을

권리가 가진 모든 측면이 효과적이 되도록 해야 한다. 여기에는 소수 공동체 구성원이 자신의 문화를 향유하고, 자신의 종교를 공언하고 또는 일상적으로 행하고, 자신의 언어를 사용하는 데 있어, 법·정책·관행이 이를 직·간접적으로 차별하지 않도록 보장하는 것이 포함된다. 여기에는 또한 소수자 그룹 구성원의 권리를 존중하고 보장하는 조치가 포함되는데, 다른 구성원과 함께하는 공동체 속에서, 이들이 문화적·종교적 관례와 언어 사용에 참여하는 것이 어떤 이유에서라도 차별을 초래하지 않도록 보장하는 것이 포함된다.

광범위한 소수자 권리 보장 조치가 효과적이고 실제로 실현되지 않는 한 소수자의 평등권과 차별받지 않을 권리는 효과적으로 실현될 수 없다. 이러한 보장 조치에는 소수자 공동체와 관련이 있는 모든 사안에서 소수자 공동체의 인정, 진정한 참여, 협의가 포함된다.

차별받지 않을 권리가 소수자 권리의 향유에 있어 중심이지만 이러한 권리가 실현되기 위해서는 다양한 범위의 구체적인 법률적, 정책적, 실제적 조치가 필요하며, 국가는 이를 포괄적 차별금지법의 제정과 병행하여 채택해야 한다. 특정한 그룹은 - 특히 선주민(indigenous peoples)은 - 소수자에게 필수적으로 보장되어야 하는 권리의 범위를 넘어 국제인권법 상의 명시적 권리를 향유한다.

## I. 차별적 폭력 및 증오범죄

국가는 모든 유형의 차별을 철폐한다는 약속과 국제법 상의 의무를 다하기 위해 본질적으로 범죄인 차별적인 폭력과 기타 편견이 동기가 된 행위를 범죄화해야 한다. 국가는 폭력 행위 또는 기타 형사상 또는 경범죄 행위가 차별금지 사유와 관련된 이유에서 범해진 경우에 형법에서 편견이 동기가 되었음을 명확하게 인정하고 구체적인 처벌을 내리도록 이를 규정해야 한다.

형법과 경범죄 법은 국제법상 인정되는 차별금지 사유를 이유로 가해진 모든 범죄에 대해서 차별적 동기가 인정되도록 규정해야 한다. 형법에 차별적 폭력이나 증오범죄와 관련하여 별도의 조항을 두거나, 범죄 행위와 관련된 현행 형법 조항에 편견이 동기가 된 범죄에 대한 조항을 부가함으로써 이러한 인정이 이루어질 수 있다. 만약 후자의 방법을 채택할 시, 모든 가능한 관련 형사범죄 행위와 경범죄 행위에 대해 차별적 동기가 인정되는 것이 중요하다. 증오 또는 적대감이 동기가 된 편견이 인정된다면 이는 판결 시에 고려사항이 되어야 한다.

형법에는 예측가능성이 요구되기 때문에 형법에 규정된 차별금지 사유들은 필연적으로 한정적인 수밖에 없다(예를 들어 “또는 그 밖의 이와 유사한 지위” 항목은 포함하지 않는다).

## J. 차별과 표현

표현과 차별금지에 관한 법 사이의 관계는 복잡하다.

표현과 의사전달은 차별금지법에서 금지하는 차별금지사유에 근거한 괴롭힘에 해당하는 행동의 구성 요소가 될 수 있다.

표현과 의사전달은 차별금지법 및 차별하라는 지시와 관련된 사건에서 또다른 역할을 하는데, 잠재적으로, (차별의) 의도와 동기의 증거가 될 수 있다.

국가는 국제법에서 인정되는 모든 차별금지사유에 기반한 폭력, 차별, 적의 또는 증오 선동을 금지하여야 하며, 이러한 이유에는 연령, 장애, 젠더표현, 성별정체성, 국적, 인종 또는 민족, 종교, 성별, 성적 특성 및 성적지향이 포함되나 이에 국한되지 않는다.

또한 국제법은 특정 인종이나 특정 피부색·민족 집단이 우월하다는 생각이나 이론을 기반으로 한 모든 선전과

조직을, 또는 모든 형태의 인종 혐오와 인종차별을 정당화하려는 시도를 국가가 규탄하도록 규정한다.

금지가 반드시 형사범죄화를 의미하지는 않는다. 국가는 형사범죄화되어야 하는 표현, 민사적·행정적 제재를 받아야 할 표현, 그리고 그 밖의 유형의 대응이 적절한 표현을 구분하여야 한다. 국가는 혐오표현을 퇴치하기 위한 조치의 적용이 개인 또는 집단 누구에게도 어떤 유형의 차별도 초래하지 않도록 보장해야 한다.

각국의 법원 및 각 지역의 재판소들은 차별금지법에 근거해 혐오표현을 수반하는 사건을 판결해 왔다. 지역 재판소들은 소수자와 그 밖의 소외된 개인 또는 집단이 혐오표현에 노출되어 왔고 공공 당국의 대응이 적절하지 못했던 사건에서 국가가 그들의 차별받지 않을 권리를 침해하였다고 판시했다.

혐오표현은 그 외에도 다음과 같은 적극적 개입으로 대응할 필요가 있다: 교육, 인식 제고, 피해자들의 대항 발언(counter-speech)이 가능하도록 지지를 제공하기, 다양성에 대한 긍정적 메시지를 담은 공공 정보 캠페인을 확산하기.

## K. 평등, 포용성 및 다양성 촉진

국가의 국제조약 상 책무는 국가로 하여금 차별을 단순히 법으로 금지하게 하는 데에 그치지 않고 실제로 차별을 철폐하도록 한다. 차별의 문화적·사회적 동인을 해소하는 적극적이고 사전적인 조치를 취하는 것이 이러한 책무의 필수불가결한 요소이다. 이 조치에는 포괄적인 행동 프로그램이 필요하며, 이는 차별금지법에 규정된 집행가능한 의무(duty)와 책무(obligation)에 의하여 요구되고, 뒷받침된다. 국가를 구속하는 의무에는 선입견, 고정관념, 낙인을 퇴치하기 위한 사전적 조치의 채택이 포함되고, 이러한 조치는 다음을 포함하지만 반드시 이에 국한되지는 않는다:

- 권리 보유자의 역량강화 및 참여.
- 제도에서 다양성, 포용성, 동등한 대표성을 촉진하기 위한 조치.
- 선입견, 고정관념, 낙인에 맞서고 교육을 통해 다양성, 포용성, 평등을 촉진하는 조치.
- 매체(주류 매체와 소셜 미디어 모두)와 보다 넓은 인식 개선 노력을 통해 대중에게 정보를 제공하는 조치.
- 공직자를 포함하여 생활 전 영역에 있는 개인과 집단을, 평등과 차별금지에 관한 법과 원칙뿐 아니라 권리 보유자의 상황과 경험에 대하여 훈련하는 조치.

만약 국가가 책무를 이행하고, 차별을 철폐하고 참여의 평등을 보장하겠다는 약속을 지킬 것이라면, 선입견, 고정관념, 낙인을 퇴치할 뿐 아니라 이를 넘어서는 노력을 해야 한다. 부정적인 사회 세력에 대응할 뿐 아니라 평등하고 다양하며 포용적인 사회를 적극적으로 만들어 가는 데에 노력을 집중해야 한다.

## L. 결론

본 실무 지침서는 필연적으로 소극적인 금지사항 - 국가가 (차별을) 금지하고, 예방하며, 법을 집행할 의무 - 에 초점을 두고 있다. 국가가 차별받지 않을 권리를 존중, 보호, 실현할 책무를 다하기 위해서는 이러한 금지 조치는 반드시 필요하고 필수적이다. 그러나 이러한 법을 채택하는 것은 끝이 아닌 시작이며, 천장이 아니라 더 쌓아 올려야 할 바닥이다. 궁극적으로 국가가 평등권과 차별받지 않을 권리를 실현하기 위해서는 포괄적 차별금지법을 채택하고, 이 법을 공평하고 다양하며 포용적인 사회를 촉진 및 달성하기 위한 시스템 전반의 노력을 위한 플랫폼이나 기반으로 삼는 것이 필요하다.

# 서문

불평등은 인간의 존엄성을 손상하고, 빈곤을 야기하고 영구화하며, 인권의 향유를 제한한다.

불평등은 경제적, 사회적, 정치적 생활에 참여하는 데 장벽으로 작용한다. 사람의 삶의 기회를 제한하고, 어떤 공동체들에 속하는 사람들 전원을 억압하고 소외시킨다. 이처럼 불평등에 직접적으로 영향을 받는 사람들의 경험을 넘어, 불평등한 사회는 건강 및 사회적 문제로 고통받을 가능성이 높으며, 이 때 발생할 수 있는 문제는 높은 수준의 고립, 폭력, 그 밖의 사회 문제로부터 낮은 수준의 사회적 이동성에 이른다.<sup>1)</sup> 그리고 불평등은 사회의 결속을 약화시키고 갈등을 조장한다. 소수자와 소외된 집단의 배제를 악화시킨다. 특히, 불평등은 불공정성을 내재하며, 이는 사람과 공동체에 대한 강력한 부정적인 결과를 가져온다.

2015년에 193개 국가가 모여 지속 가능한 발전을 위한 2030 의제를 승인했다. 이를 통해 그들은 빈곤을 척결하고, 인권을 확보하고, 지구를 보호하기 위한 새로운 전 세계적 노력으로 "누구도 소외되지 않을 것(no one will be left behind)"이라고 선언했다.<sup>2)</sup> 이 성명은 불평등을 해결해야만 지속 가능한 발전을 달성할 수 있다는 인식을 반영했는데, 구체적으로 지속가능발전목표 중 국가 내 및 국가 간 불평등 감소에 대한 목표 10, 성평등에 관한 목표 5, 그리고 접근, 참여, 결과에서의 평등에 초점을 맞춘 다른 많은 목표와 세부목표가 이를 뒷받침한다.

2030 지속가능발전의제의 중심이 평등이라는 사실은 1948년 채택된 세계인권선언에서 평등이 주요 위치에 있었던 사실을 상기시킨다. 세계인권선언은 "수백만 명의 유대인, 수십만 명의 롬인(Roma)과 신티(Sinti)인들, 장애인, 동성애자, 전쟁 포로, 정치 반대자 및 레지스탕스 조직 구성원들"<sup>3)</sup>의 몰살을 목격했던 제2차 세계 대전의 홀로코스트(대학살)의 공포와 잔혹함에서 비롯되었고, 인권 체계의 핵심에 평등과 차별금지에 관한 권리를 두고 있다. 제1조는 "모든 인간은 태어날 때부터 자유로우며 그 존엄과 권리에 있어 동등하다"라고 단언한다. 제2조는 인권이 "어떠한 차별도 없이" 모든 사람에게 부여되어야 한다는 사실을 명확히 하고 있다.

65년 이상의 간격을 두고 선포된 이 두 개의 세계적 선언은, 정의롭고 포용적이며 평화로운 사회를 창출하고, 빈곤을 퇴치하고, 인권의 향유를 보장하려고 노력하려면 불평등 해소에 초점이 맞출 것이 요구된다는 점을 국제사회가 인정한다는 사실을 보여준다.

## 불평등과 차별받지 않을 권리

불평등에는 여러 가지 유형이 있으며 그 원인도 경제적, 사회적, 정치적, 문화적으로 수없이 많다. 따라서 모든 사람이 평등하게 참여할 수 있고 참여하는 세상을 만들기 위해서는 조화롭고 협력적이며 포괄적인 접근법이 요구된다. 차별 철폐가 이 퍼즐의 주요 부분이다: 개인이나 집단이 그들의 특정 지위, 신념 또는 정체성을 기반으로 불리한 처우를 받거나 불이익을 당하는 상황에서는 평등이 있을 수 없다. 실제로, 국제사회가 차별받지 않을 권리가 중심이 되는 국제인권 제도들을 채택함으로써 이 생각은 넓게 그리고 일관되게 인정을 받고 있다.

포괄적 차별금지법 - 모든 유형의 차별금지를 목적과 효과로 하는 법 - 의 채택은 차별받지 않을 권리를 실현하는 노력에서 꼭 필요한 단계이다. 국제법에서 인정하는 모든 차별금지사유를 이유로 하는, 법에 의해 규제를 받는 생활 전 영역에 있는 모든 유형의 차별을 금지하고, 권리의 효과적 집행을 규정하고, 역사적이고 구조적인 차별을 해소할 적극적 대응 조치를 명령하는 법을 제정하지 않는 한, 국가는 차별받지 않을 권리를 실현할 수 없을 것이

1) 참조: 예를 들어, Richard Wilkinson과 Kate Pickett의 저서인 "The Spirit Level: Why More Equal Societies Almost Always Do Better" (런던, 알렌 레인, 2009).

2) 유엔 총회 결의 70/1

3) 유엔 인권최고대표사무소, "아우슈비츠 75년 후 - 세계 정의를 위한 홀로코스트 교육 및 추모", Michelle Bachelet (유엔 인권최고대표)의 성명, 2020년 1월 27일.

다. 국가가 불평등에 맞서 싸우겠다는 목표를 실현하는 방법은 오직 차별받지 않을 권리의 효력과 향유를 보장하는 것뿐이다.

## 본 실무 지침서의 목적

이 실무 지침서는 입법자와 인권옹호자들에게 포괄적 차별금지법 개발에 대한 지침을 제공하는 것을 목적으로 한다. 유엔 인권 협약과 그에 대한 각 협약기구의 구속력 있는 해석을 따라, 이 실무 지침서는 국제법적 기준을 통합하고 조화롭게 설명하며, 국가가 국제적 의무를 충족시키기 위해서 포괄적 차별금지법에 꼭 규정해야 할 범위와 내용에 대한 명확하고 접근 가능한 지침을 제공하고자 한다. 또한 전 세계의 실제 모범사례를 수집하여 소개하는데, 이는 모범사례를 확산하고, 법의 효과성을 보장하기 위해 필요한 법의 구성요소를 자세히 설명하려는 노력의 일환이다.

불가피하게, 이러한 접근법을 취함으로써, 이 실무 지침서는 국가들의 책무와 의무 그리고 국제법의 요구사항에 대한 논의를 담게 된다. 이러한 책무들은 국가들이 평등을 추구하기 위해 차별을 철폐해야 한다는 필요성을 인정하여, 개발하고 채택한 국제법적 문서(조약 등)에 근거한다. 이러한 국제법적 문서들의 주요 목적은 모든 사람이 동등하게 참여할 수 있는 사회를 만드는 것이다. 따라서 이 실무 지침서는 포괄적 차별금지법의 채택이 책무라는 틀을 취함과 동시에, 평등한 세상의 달성과 관련하여 그들의 열망과 약속을 이루려는 국가의 길잡이가 되는 것을 목적으로 한다.

## 국제법 속의 차별받지 않을 권리

세계인권선언이 채택되자, 그 후로 일련의 법적 구속력이 있는 국제인권 문서(조약 등)가 채택되었고, 차별금지원칙은 이들의 핵심적 특성이다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이하 '자유권규약')과 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(이하 '사회권규약') 모두 그들이 보장하는 모든 권리의 향유에 관하여 차별을 금지하고 있다. 특히 자유권규약은 독립적인 조항을 두어 차별받지 않을 권리와 모든 사람들이 법 앞에서의 동등한 인정을 받을 권리, 그리고 법에 의해 동등한 보호와 혜택을 받을 권리를 그 자체로서 하나의 권리로 규정한다.

차별받지 않을 권리는 두 협약뿐만 아니라 다른 국제인권조약들의 핵심이다. 인종 차별 및 여성 차별 철폐, 장애인 권리에 관한 구체적인 인권조약들이 채택되었다. 고문 금지에서 아동의 권리에 이르는 다양한 초점의 인권조약은 모두 각각 차별금지 조항을 포함하고 있다. 실제로, 평등권과 차별받지 않을 권리는 "모든 인권의 기초"<sup>4)</sup>로 인정되어 왔으며 소수자와 그 밖의 소외되거나 낙인당한 집단이 영위하는 인권을 보호하는 데에 절대적인 핵심을 이룬다.

## 평등권과 차별받지 않을 권리에 대한 이해의 발전

초기 국제인권 실무에서 평등권과 차별받지 않을 권리는 동등하게 대우받을 권리와 동일한 것으로 이해되었다. 이러한 이해의 중심에는 비교라는 개념이 있었는데, 그것은 개인은 비슷한 상황에 있는 다른 사람과 비교되었을 때 개인이 가진 특정한 중요한 특성 또는 "차별금지사유"에 근거해 다르게 대우를 받지 않아야 한다는 의미이다. 이것은 모든 개인은 그들의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 의견 또는 기타 의견, 국가적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타 지위와 관계없이 동등한 대우를 받아야 한다고 이해되었다.

4) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단 4

시간이 지남에 따라 새로운 인권조약들이 채택되고 국가 차원에서의 발전이 국제법적 실무에 영향을 미치면서, 평등권과 차별받지 않을 권리에 대한 이해도 발전하여 왔다. 본질적으로, 국가는 모든 유형의 차별을 철폐하겠다는 핵심적이고 가장 중요한 그들의 약속을 실행하기 위해 필요한 법 구성 요건을 상세하게 정리하고 성문화했다. 이러한 발전 경과를 상세히 추적하는 것은 이 실무 지침서의 범위를 벗어나지만, 몇 가지 주요 추세를 간략하게 살펴보면 왜 국가들과 국제 기구가, 포괄적 차별금지의 채택과 그 효과적 집행 및 이행을 통한 때에만 평등권과 차별받지 않을 권리가 효과적으로 보장될 수 있다는 결론에 이르렀는지 그 이유와 방법을 알게 된다.

첫째, 차별받지 않을 권리의 인적 범위가 명확해졌는데, 이는 국가들이 “그 밖의 지위”를 이유로 한 차별을 규정하면서 가장 첫 번째로 채택된 국제 조약들에 명시적으로 포함된 차별금지사유의 짧은 목록에서 빠져 있는 많은 특성들이 이에 포함된다는 점을 인정하면서부터이다. 초기의 인권 조약들은 몇 안 되는 특정한 차별금지사유만을 나열했고, 연령, 장애, 성적지향 등이 빠져 있었다. 국가들이 이러한 특성 및 그 밖의 특성을 이유로 하는 불리한 대우가 초기 조약들에서 나열한 이유를 근거로 한 불리한 대우만큼이나 심각하고 해롭다는 점을 인식함에 따라, 더 넓은 범위의 차별금지사유들이 법으로 성문화되었다. 이 점을 반영하여 인권 조약기구는 “그 밖의 지위”의 형식을 통해 점점 더 많은 차별금지사유를 인정해 왔다. 2021년경에는 국제법적으로 인정되는 차별금지사유가 20개 이상이 되었다. 이 과정에서, 조약기구는 차별금지사유를 인정할 때 포용적이고 제약을 두지 않는 접근을 취할 필요성을 강화하고 반복해서 선언했는데, 수십 년 동안 추가적인 차별금지사유를 점진적으로 인정해 온 사실이 차별금지사유의 목록에 제약을 두지 않을 필요성을 뒷받침한다. 추가적으로, 어떤 사람이 특정한 특성을 가지고 있다는 인식을 이유로 한 행위, 또는 그러한 특성을 가진 사람들과 연관되어 있다는 점을 이유로 한 행위의 경우에도, 관련된 사람의 실제 지위와는 상관없이 차별이 성립한다는 점을 인정하는 발전도 있었다. 동시에, 인권 기구는 교차 차별을 금지할 국가의 의무를 점점 더 인정해 왔는데, 교차 차별은 두 개 이상의 다른 특성이 상호 작용함으로써 발생한다. 이 같은 차별의 금지는 포괄적 차별금지법을 통해서만 달성될 수 있다.

둘째, 차별받지 않을 권리에 대한 초기의 해석이 - 동일하게 대우받을 권리 - 모든 유형의 차별을 효과적으로 해결하지 못했음을 국가들이 인정함에 따라, 다양한 유형의 차별이 정의되고 명확하게 금지되어왔다. 특히, 다른 요구와 특성을 가진 사람을 동일하게 대우하는 것이 차별을 발생시킬 수 있다는 점이 인정되었다. 그래서 추가적인 차별 유형들이 국가 및 국제 수준에서 법 속으로 성문화되었다. 간접 차별은 - 보편적으로 같은 기준을 적용하지만, 그 기준을 특정한 특성을 가진 사람에게 적용하면 불균형한 부정적 영향을 미치게 될 때 발생하는 차별 - 국제법에서 오랫동안 확립된 개념이다. 또다른 발전으로, 국제법은 정당한 편의를 대한 권리를 - 장애인이나 다른 특정 집단이 동등한 기초 위에서 참여할 수 있게 하기 위하여 필요한 조정 조치에 대한 권리 - 차별받지 않을 권리의 핵심 요소로 인정해 왔다. 이러한 발전과 그 밖의 발전은, 상이한 대우를 금지하는 데에 초점을 맞춘 차별받지 않을 권리의 협소한 해석에서, 차이를 인정하고 정당한 편의를 제공하면서 동등한 참여를 추구하는 포용적 모델로의 진보를 반영한다.

세 번째, 국가는 차별로 발생하는 다양한 범주의 피해를 해결하는 새로운 구제조치를 개발했고 차별금지법의 효력을 보장하기 위해 필요한 절차적 보호 장치를 수립했다. 이러한 조치가 국제 수준에서 성문화되어 왔다. 국내 수준에서는 차별금지법의 적용, 집행 및 이행에서 경험한 난제들이, 차별 구제와 및 차별에 노출된 사람의 사법 접근 분야에서 새로운 기준의 발전을 이끌었다. 인권기구들은 국가가 동등하고 효과적인 사법접근성을 보장하고, 피해자에 대한 가해(불이익조치 등)를 금지하고 구제하며, 차별받지 않을 권리의 효과성을 보장하도록 증거와 증명에 관한 규칙을 수정하기 위해, 국가의 법 속에 통합해야 하는 조치에 대한 지침을 제공해왔다. 피해자의 주장이 증명된 경우에 대해서는, 구제의 개념이 차별의 제도적, 사회적 측면을 다루기 위해 고안된 조치를 통합하도록 확장되었다.

네 번째, 권리의 향유에 있어 비차별과 생활의 전 영역에서 평등한 참여를 보장하기 위해 적극적이고 사전적인 조치의 필요성과 범위를 점점 더 인정하게 되었다. 이는 단순히 차별을 없애려는 것만으로는, 상당 부분이 사회적 및 경제적 구조에 깊이 뿌리 박혀 있거나 차별이 역사적으로 반복되어 온 결과로 발생하는, 모든 지위나 정체성을

이유로 한 불평등을 전부 해결할 수 없다는 인정을 바탕으로 하고 있다. 적극적 조치 - 특별 조치 또는 일시적 특별 조치라고 불리기도 한다 - 은 이러한 불평등 문제를 해소하기 위해 고안된 표적화되고 우선적인 조치를 포함한다. 가장 초기의 인권 조약은 국가가 특정 사람이나 집단에 대한 불이익을 바로잡고 평등을 증진하기 위해 고안된 이러한 표적화된 조치를 채택할 수도 있다고 했으나, 이후에 이러한 조치는 단순히 허용되는 것이 아니라 필수적이라는 생각이 확립되었다. 더 넓게 보면, 세기가 바뀔 때부터 실질적인 평등을 달성하려면 전체적이고 포괄적인 접근이 필요하다는 인식, 즉 차별의 금지를 넘어서 다양한 선행적 조치를 채택해야 한다는 인식이 확장되어 왔다.

다섯 번째 주요 영역은 차별의 발현을 뒷받침하고 야기하는 사회적 힘 - 편견, 고정관념, 낙인 - 에 대응하는 법의 역할을 다룬다. 한편으로, 국제법은 차별은 항상 고의 또는 고의가 없는 경우 양쪽 모두에서 발생한다고 인정해왔다. 따라서 차별의 정의는 차별하는 측의 동기를 평가하기보다는 개인의 특성과 그들이 경험한 피해 사이의 인과 관계에 중점을 둔다. 다른 한편으로, 국제법은 국가가 편견, 고정관념, 낙인, 그리고 평등을 훼손하는 기타 사회적 또는 문화적 관행과 행동 양식에 맞서 싸우는 조치를 취함으로써 차별의 근본 원인을 해결할 책무를 인정한다. 다른 분야와 마찬가지로, 이러한 책무는 초기 인권 조약에서도 인정되었지만, 최근 국제인권기구들은 편견, 고정관념, 낙인의 역할에 대해 더욱 집중적인 관심을 보이고 있으며 국가들의 책무에 대한 명확한 기준을 개발하였다. 궁극적으로, 국제인권법은 적극적인 태도, 즉 다양성의 증진을 요구한다는 인식이 커지고 있다.

이러한 각각의 발전은 차별이 발생하는 모든 방식과, 서로 다른 유형의 차별이 평등에 어떻게 악영향을 미치는지에 대한 인식이 향상되었음을 보여준다. 각각의 발전은 차별받지 않을 권리를 보호하고 실현하려면 법적 개념과 정의, 절차와 규칙, 권리와 의무를 성문화하는 것이 필요하다는 인식, 즉 구체적인 입법이 필요하다는 인식을 반영한다. 결과적으로, 밀레니엄이 시작된 후 수십 년 동안 국가가 모든 유형의 차별을 완전히 효과적으로 철폐하려면 포괄적 차별금지법을 채택, 집행 및 이행하는 것이 필요하다는 공감대가 커지고 가속화되었다.

## 소수자 권리와 차별금지

차별받지 않을 권리는 소수자 권리의 향유에 있어 중추적인 역할을 한다. 이에 따라서 포괄적 차별금지법의 제정<sup>5)</sup>은 소수자 권리의 실현에 있어 필수 단계이다.

민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자에 속하는 사람의 권리에 대한 유엔 인권이사회<sup>6)</sup>의 최근 결의는 다음과 같은 내용을 담고 있다:

그들의 경제적 및 사회적 조건과 소외에 대응하는 것을 포함하여, 민족이나 종족, 종교 및 언어 소수자에 속하는 사람의 권리를 완전히 실현하고 그들에 대한 모든 유형의 차별을 종식시키는 목표를 실현하기 위한 노력을 강화하는 것이 필요하다.

...

민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자에 속하는 사람들에 대한 다중적, 가중적, 교차적 유형의 차별, 그들의 권리 향유에 대한 복합적인 부정적 영향을 인식하고 해결하는 일의 중요성을 강조한다.<sup>6)</sup>

차별받지 않을 권리는 민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자의 권리에 대한 선언(1992)의 핵심이다. 유엔 인권 조약 기구는 국가가 소수자에게 차별 없이 모든 인권의 향유를 보장하도록 꾸준히 요청해왔으며, 국가별 정례인권 검토(UPR) 및 기타 메카니즘을 통해 동료 국가에게 소수자 권리와 소수자 포용성을 강화하도록 꾸준히 촉구해왔다. 오스트리아 정부 - 유엔 인권이사회 소수자 의제의 후원자 - 는 인권이사회 제43차 회의에서의 발언에서 차별받지 않을 권리를 소수자 보호의 중심에 두었다.

5) 본 지침 전반에 “포괄적 차별금지법률”과 “포괄적 차별금지법”이라는 용어를 혼용된다.

6) 인권이사회 결의안 43/8, 서문의 제8문단과 제10문단.

이러한 진술은 모두 민족적, 종교적 및 언어적 소수자들이 교육에 대한 접근부터 공공생활 참여에까지, 또 고용에서부터 주택 및 보전에 이르기까지 생활의 다양한 영역에서 차별을 경험한다는 사실을 반영해준다. 역사적으로 차별받지 않을 권리의 테두리를 벗어난 것으로 이해되는 다양한 소수자 권리의 요소가 있다. 그러나 다른 모든 인권과 마찬가지로, 이러한 권리도 차별로부터의 효과적인 보호가 없이는 실현될 수 없다. 실제로, 좀 더 넓게 보면, 자신의 고유한 문화를 향유할, 자신 고유의 종교를 공언하고 행할, 또는 자신 고유의 언어를 사용할 소수자 권리는 법의 평등한 보호에 대한 권리와 차별받지 않을 권리의 구체적 표현과 적용으로 이해될 수 있다.

차별받지 않을 권리를 실현하려면 기존에는 소수자로 간주되지 않았던 그룹에 대한 보호가 포함되어야 한다. 그럼에도 불구하고, 앞서 언급한 바와 같이, 인간 개성의 복잡성과 풍부함 때문에 소수자 권리 그리고 실제로 모든 권리의 실현에 대한 교차적 접근법이 필요로 한다는 것이 명확하게 인정되어 왔다. 소수자 권리 그룹 인터내셔널(Minority Rights Group International) - 민족적, 종교적 및 언어적 소수자 및 선주민의 권리를 보장하는데 중점을 두는 기관 - 이 다음과 같이 강조한 것이 바로 이 같은 이유에서다: "가장 소외된 집단까지 손길을 미치려면 차별이 다양한 정체성(예를 들어, 젠더, 성적 정체성, 연령, 인종, 종교, 장애)의 축에서 어떻게 교차하는지 이해해야 한다. 이것들은 서로 독립적으로 경험되는 것이 아니다. 특정 개인의 살아 있는 현실에서 차별의 경험을 누적적으로 악화시킨다."<sup>7)</sup> 위 글 및 이와 유사한 관찰 결과에 따르면, 차별금지법이 포괄적 보호를 규정하지 않는 경우 소수자는 효과적인 보호와 구제를 받지 못하게 된다.

소수자 권리 자체를 실현할 필요성을 넘어, 소수자에 대한 차별금지과 평등을 보장하려는 전 세계적 관심은, 다른 것들도 있겠지만, 소수자에 대한 구조적 차별이 전쟁과 대량 학살을 포함하여 인류의 가장 어두운 세력을 준동할 수 있다는 인식에 깔려 있다. 또한 이는 오래 되었지만 이제 더욱 긴급한 문제, 즉 차별을 지지하고 그 차별이 반복되는 패턴을 야기하는 사회적 세력에 대응해야 한다는 문제를 반영한다.

따라서 포괄적 차별금지법의 채택과 시행은 소수자 권리를 실현하기 위한 충분조건은 아니지만, 필요조건이며, 실제로 효과적인 보호 체계의 요소로 꼭 필요하다.

## 포괄적 차별금지법의 영향

국가가 모든 유형의 차별을 해소하고 소수자 권리를 향유할 권리를 보장하기 위해서는 포괄적 차별금지법의 제정, 집행 및 이행이 필수적이다. 2000년 이후로 점점 더 많은 국가들이 - 남아프리카 공화국에서부터 몰도바 공화국, 볼리비아 다민족 국가에서 영국까지- 포괄적 차별금지법을 채택했다. 이러한 국가들은 포괄적 차별금지법을 채택할 때 국내법이 국제법적 의무를 준수하도록 만들었다.

그러나 이러한 법의 채택은 그 이상의 의미를 갖는다. 법이 존엄, 포용성 및 다양성이라는 공유 가치를 반영해야 한다는 점, 피해로부터 효과적인 보호를 규정해야 한다는 점, 국가가 더 평등한 사회를 창출할 수 있는 방법을 차별을 해결하는 것이란 점에 대한 국가의 인정을 나타내는 것이다.

이러한 법의 정당성은 무엇보다도 평등에 대한 추상적인 약속을 법적으로 집행 가능한 권리로 바꾸는 데에, 차별과 이와 관련된 불이익을 당하는 사람에게 그러한 대우에 맞서고 구제책을 받을 수 있는 도구를 제공하는 데에 있다. 한 사례 연구는 이 놀라운 변화를 실제로 보여준다: 2016년, 설립된 지 20년이 넘는 Unia (벨기에의 연방 평등 기구)는 5,619건의 차별 신고를 접수했으며 이 중 1,907건이 인종, 장애 및 종교 또는 신념을 포함한 다양한 차별금지 사유를 이유로 한 차별에 대한 재판으로 이어졌다. 또한 Unia는 벨기에 교육 체계에서, 특히 사회적 배경, 젠더, 장애 또는 학생들의 성적지향과 관련된 중요한 불평등 사례를 확인해주는 포괄적 평가를 공표했다.<sup>8)</sup> 벨기에가

7) Nicole Girard, "가장 소외된 이들에게 닿기: 소수자 권리에 대한 교차적 접근법", Minority Rights Group International. URL: <https://minorityrights.org/fifty/report/intersectional-approach>.

8) 참조 URL: [www.unia.be/en/publications-statistics/publications/unias-work-expressed-in-figures-for-2016](http://www.unia.be/en/publications-statistics/publications/unias-work-expressed-in-figures-for-2016).

다른 국가에 비해 차별이 더 많은지 아니면 적은지에 대해서는 보여주지 않는다. 대신, 이 데이터는 사람들이 일상 생활에서 경험해 본 적이 있다고 느낀 차별에 대응하고 이를 해결하기 위해 시스템이 작동한다는 점, 행정이 이러한 문제를 진지하게 받아들이고 해결할 법적 수단을 수립해 왔다는 점을 보여준다.

그러므로, 포괄적 차별금지법은, 올바르게 만들어진다면, 사람들이 자신의 권리가 침해되었다고 생각할 때 그 권리를 주장할 수 있는 실질적이고 구체적인 틀을 제공해준다. 전 세계적으로, 포괄적 차별금지법을 채택한 국가에서는 차별에 영향을 받은 사람이 구제책을 모색하고 구제받을 가능성이 증가했다. 예를 들어보자. 2004년 7월, Sofia의 한 법원은 그 해 1월에 발효가 된 포괄적 차별금지법 하에서 최초의 판결을 내렸다. 법원은 진정한인 세브다 네드코바 나노바(Sevda Nedkova Nanova, 소피아 출신의 롬인 여성)씨에게 300달러에 상당하는 비물질적 손해를 배상 하라고 회사에 명령했다. 법원은 회사의 양말 가게 직원이 나노바 씨에게 서비스 제공을 거부하며 가게에서 떠나도록 강요했을 때, 이 과정에서 모욕적인 인종 욕설을 듣게 된 것은 직접 차별이라고 간주했다.<sup>9)</sup> 나노바 씨에게 손해 배상금 명령뿐만 아니라, 이 판결은 차별이 금지되어 있으며 새로운 법에서 제재를 받게 될 것이라는 중요한 신호로 보냈다.

다른 예시도 많이 있다. 몰도바 공화국에서는 2012년 몰도바 포괄적 차별금지법에 따라 설립된 차별 예방 및 철폐와 평등 보장 위원회가 여러 차례 언어적 소수자의 편을 들어주었는데, 여기에는 공공기관이 웹사이트를 루마니아어와 러시아어로 게시하도록 하는 명령도 포함되어 있다.<sup>10)</sup> 남아프리카 공화국(최초로 포괄적 차별금지법을 채택한 국가 중 하나)에서, 더반 근교의 한 흑인 거주주 출신의 25세의 여성이 포괄적 차별금지법을 이용해 지역 공동체 지도자의 포고령으로 내려진 여성 바지 착용 금지에 맞섰고, 그 금지령을 뒤집었다.<sup>11)</sup> 포괄적 차별금지법은 소송과 법원의 결정이 주는 개인과 지역 사회에 대한 긍정적 영향 말고도, 소수자와 다른 소외된 지역 사회에 수많은 방식으로 혜택을 준다. 예를 들어, 볼리비아 다민족 국가에서는 포괄적 차별금지법의 제정으로 다른 발전 사항 중에 선주민들의 정치 참여가 증가했고 땅의 재분배가 개선되었다.<sup>12)</sup> 한편 영국에서는 2010년 평등법으로 지방 당국은 소수 민족 및 종교적 지역 공동체 출신의 아동의 교육 성취를 가로막는 장벽을 찾아내고 이를 철폐하게 되었다.<sup>13)</sup>

포괄적 차별금지법의 채택과 시행에 따라, 개인과 지역 공동체에 대한 직접적이고 명확한 긍정적 효과 이외에도, 소수자와 소외된 집단에 대한 포용성을 증진하고, 다양성과 대표성을 촉진하고, 소외될 위험에 처한 사람들을 위한 평등한 참여를 보장할 기회가 만들어졌다. 이러한 법의 집행은 특정 차별 행위에 대해 제재와 구제책을 초점을 두는 것이 전형적이라는 것도 사실이지만, 고정관념에 맞서는 데에도 긍정적인 기여를 할 수 있다. 대중은 차별금지법의 시행으로 차별 경험에 직면하는 사람의 어려움에 대해 알게 된다. 이러한 법이 국가의 법 질서에서 두드러지면서 낙인 찍히고 배제된 사람과 집단이 불평등한 대우에 맞서 행동할 수 있도록 지원함으로써 무력감과 취약성에 대한 담론을 끝내는데 도움을 줄 수 있다. 궁극적으로, 지속적이고 광범위한 법 집행으로 정책과 관행에 변화가 일어나고, 장벽을 없애고, 소외되거나 낙인 찍힌 사람과 집단의 참여가 높아지고, 따라서 다양성, 이해, 관용이 증가하게 된다. 그러므로 세계적으로 각국이 포괄적 차별금지법을 채택하고 효과적으로 시행하면서, 진정한 사회 변화를 이끌었고 평화, 상호 존중, 이해의 문화가 촉진되었다.

9) 해당 사례에 대한 추가 논의를 알고 싶다면 다음을 참조: 불가리아 헬싱키 위원회, "소피아 시법원은 집시(Roma)에 대한 인종 차별 혐의로 회사를 유죄 판결" (2004).

10) [http://egalitate.md/wp-content/uploads/2016/04/Decizie\\_constatare\\_36\\_2018.pdf](http://egalitate.md/wp-content/uploads/2016/04/Decizie_constatare_36_2018.pdf)[http://egalitate.md/wp-content/uploads/2016/04/Decizie\\_constatare\\_37\\_2018.pdf](http://egalitate.md/wp-content/uploads/2016/04/Decizie_constatare_37_2018.pdf) 참조: 예를 들어, 몰도바 공화국의 차별 예방 및 철폐와 평등 보장 위원회, 사건 번호 36/218, 결정, 2018년 8월 2일 (이용 URL: [http://egalitate.md/wp-content/uploads/2016/04/Decizie\\_constatare\\_36\\_2018.pdf](http://egalitate.md/wp-content/uploads/2016/04/Decizie_constatare_36_2018.pdf)); 사건 번호 37/18, 결정, 2018년 8월 23일 (이용 URL: [http://egalitate.md/wp-content/uploads/2016/04/Decizie\\_constatare\\_37\\_2018.pdf](http://egalitate.md/wp-content/uploads/2016/04/Decizie_constatare_37_2018.pdf)).

11) Emily N. Keehn, "성전환을 위한 수단으로서의 평등 법원", 2010. 이용 URL: [https://escholarship.org/content/qt1ms61553/qt1ms61553\\_noSplash\\_a09f8d08d80f6b092e02247da12ca35e.pdf](https://escholarship.org/content/qt1ms61553/qt1ms61553_noSplash_a09f8d08d80f6b092e02247da12ca35e.pdf).

12) Comunidad de Derechos Humanos and Equal Rights Trust, *Balance de la Implementación de la Ley Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación: 사건 번호 045* (La Paz, 2020).

13) 참조: 평등 및 인권위원회에서 진행한 타워 햄릿스(Tower Hamlets) 자치구에 관한 사례 연구. 참조 URL: [www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/individual-benefits](http://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/individual-benefits).

## 변화하는 세상에서의 차별금지법

차별받지 않을 권리 실현에 대한 국가의 약속은 수십 년이 되었지만, 코로나(COVID-19) 팬데믹으로 불평등과 차별의 문제는 새로운 조명을 받게 되었고, 이를 서둘러 해결하기 위한 노력이 중요해졌다. 국가가 보건 서비스 제공, 봉쇄 조치 시행, 경제 충격의 완화를 위한 고안된 정책에 집중하자 코로나 팬데믹은 우리 사회 내 깊은 불평등을 드러내 보였다.<sup>14)</sup> 예를 들어, 코로나19 회복 계획을 통해 구조적 인종 및 민족에 기반한 차별 문제를 해결하지는 프론티어 담화(Frontier Dialogue)에서는, 비집계 데이터를 이용할 수 있는 경우, 차별을 겪는 민족 집단의 코로나 19 발병률과 사망률이 훨씬 더 높다는 것을 보여주었다. 프론티어 담화는 미국과 같은 국가의 데이터를 인용했는데, 미국의 경우, 아프리카계 미국인에게 불균형적으로 나타나는 바이러스의 영향은 부분적으로 구조적 차별과 불평등 때문이었으며, 이에는 일선의 필수 인력으로서의 그들의 불균형적인 역할, 건강 보험에 대한 낮은 접근성, 특정 지역에서의 빈약한 의료보험 적용, 그리고 무의식적인 의사의 편견이 있었다.<sup>15)</sup> 그 밖의 지역은 시민 사회 단체의 연구에서 팬데믹에 대한 대응으로 발생하는 수많은 차별의 영향을 확인했는데, 여기에는 해고가 파라과이 여성 노동자에게 미치는 불균형적인 영향<sup>16)</sup>에서부터 키르기스스탄의 원격 교육 프로그램에서 장애가 있는 아이와 소수 언어 사용자의 필요성을 수용하지 못하는 문제까지 다양한 사례가 포함되었다.<sup>17)</sup>

팬데믹은 차별 문제에 대해 새로운 시각을 가져야 한다는 필요성을 강조하는 유일한 중요 변화는 아니다. 온라인 정보의 무섭고 극적인 속도와 접근성의 발전에서부터 인공지능과 머신 러닝의 사용 증가에 이르기까지 기술 발전은 새로운 차별의 위협과 위협을 제기한다. 기후 변화는 역사적인 불평등과 현대의 차별 정책과 관행의 결과로 소수자 공동체와 기타 소외된 개인과 집단에 이미 불균형적인 영향을 미치고 있다. 더욱이, 이러한 추세가 미치는 차별적 영향 - 그리고 이러한 추세에 대한 국가의 대응 - 이 이미 보이기 시작한, 잠재적인 차별 영향의 전체 범위는 아직 확인하기 어렵다.

이와 같은 그리고 그 밖의 변화는 차별금지법과 인권 실현에 대한 수십 년의 노력에 새로운 긴급함을 부여하고, 국가는 평등영향평가를 사용하여 그들의 법, 정책, 관례의 차별적 영향 요소를 확인하고 철폐해야 한다는 필요성을 입증해 보인다. 이는 포괄적 차별금지법의 제정 및 시행이 필요하다는 점을 강조한다.

결국, 불평등이 다양한 방식으로 발현되고 상이한 사회, 경제, 정치적 요인들의 결과로 발생하지만, 불평등을 해결하기 위한 노력에는 차별이 없어야 한다. 차별을 - 효과적이고 포괄적으로 - 해결하지 못하는 사회는 결코 평등하지 않을 것이며, 따라서 개인과 사회의 불평등에 따른 피해를 계속해서 경험하게 될 것이다. 그러므로 만약 우리가 모든 사람이 자유롭게 존엄에서 평등한 사회를 만들고자 한다면, 포괄적인 차별금지법의 채택은 단순히 말해서 필수 사항이다.

본 실무 지침서는 좀 더 위대한 평등으로의 길로 나서는 이들에게 도움이 되도록 고안되었다.

## I. 방법론, 범위 및 한계

이 실무 지침서는 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)와 Equal Rights Trust과의 파트너십을 통해 개발되었다. OHCHR는 인권에 대한 전 세계적인 약속의 제도적 표현이며, Equal Rights Trust는 평등법의 채택과 시행을 지원하기 위해 일하는 사람들을 지원하는 선도적인 국제 시민사회 조직이다. 이 파트너들은 평등과 차별금지에 대한 국제 기준에 대해 폭넓은 지식과 전문성, 그리고 차별금지법의 개발과 채택에서의 경험을 가져다주었다. 동시

14) Equal Rights Trust과 그 외, “행동 요구(Call to Action): 전 세계의 코로나19에 대한 대응에서 나타난 차별과 불평등 문제 해결” (2020). 이용 URL: [www.equalrightstrust.org/sites/default/files/images/COVIDResponse.pdf](http://www.equalrightstrust.org/sites/default/files/images/COVIDResponse.pdf).

15) 국제노동기구(ILO), 2020년 일반 조사 추가 보고서: 변화하는 환경에서 고용과 적절한 일자리 촉진 (제네바, 2021), 문단226.

16) Kuña Roga and Central Unitaria de Trabajadores (파라과이), 2021년 5월 (Equal Rights Trust에 제출된 파일).

17) 키르기스스탄 청소년 발전 연구소 2021년 5월 (Equal Rights Trust에 제출된 파일).

에 이 파트너십은 전 세계에서 차별금지법 분야에 경험이 있는 다양한 국가 및 비국가 주체, 전문가 및 활동가와의 협력을 가능하게 했다.

이 실무 지침서는 평등 및 차별받지 않을 권리에 대한 국제법률 기준에 대한 연구와, 국가 수준에서 관련 관행을 찾아 내기위해 정부와 비정부 조직 모두와의 폭넓은 협의가 합쳐져 작성되었다. Equal Rights Trust와 OHCHR 선주민 및 소수자 부서의 소규모 협업팀이 이 실무 지침서의 연구, 협의 및 초안 작성을 수행하였다.

## A. 연구과정과 방법론

이 실무 지침서는 4가지 연구 과정을 거쳐 만들어졌다. 첫째, Equal Rights Trust와 OHCHR 직원이 법률 연구를 수행해 평등과 차별금지법과 관련된 국제 법률 기준을 찾아냈다. 이 과정에서 관련 국제인권 조약, 유엔 조약기구의 일반논평(general comment), 최종견해, 개인진정 사건의 결론에 담긴 조약에 대한 해석, 이러한 기준에 대한 학자, 비정부 조직, 국가인권기구 등의 분석 및 논평에 대해 철저한 고려가 이루어졌다. Equal Rights Trust 펠로우와 공익을 위해 무료로 일하는 개별적인 전문가들이 아프리카, 유럽, 미주 지역 인권 체제에 대한 연구를 수행하였다. OHCHR의 주제별 부서와 현장 사무소는 이 실무 지침서를 개발하는 모든 면에 기여를 하였다. 2020년 상반기부터 연구, 분석 및 초안 작성 과정이 시작되었고, 2021년 1분기까지 계속되었으며, 외부에 대한 정보제공요청 및 의견수렴이 병행되었다.

둘째, 첫 번째 활동과 병행하여, 파트너들은 정보제공요청을 시작했다. 2020년 중반, OHCHR는 유엔 회원국에게 국가의 차별금지법의 샘플 조항과 모범 사례를 요청하는 외교 서한을 송부했다. 또한 대중을 대상으로 정보제공을 요청해 시민 사회와 보다 많은 대중으로부터 의견을 수집했다. 이러한 요청은 OHCHR 현장(=지역) 사무소, 글로벌 소수자 펠로우 네트워크(Global Network of Minority Fellows)를 통해 배포되고, 전 세계에 걸친 Equal Rights Trust의 동료 평등 옹호자 네트워크에도 보내졌다. 동시에, Equal Rights Trust는 포괄적 차별금지법이 있는 국가 출신의 전문가를 참여시켜 사례와 의견을 제공하도록 했다. 이러한 적극적 활동의 결과로 본 실무 지침서의 초안 작성자들은 전 세계 정부, 시민사회, 국제 비정부단체(NGO) 및 풀뿌리단체들로부터 정보를 제출받았고, 모범 사례, 모범적 법 조항, 차별금지 및 평등법 분야의 딜레마 및 우려에 대한 견해를 공유받았다.

셋째, 이 파트너들은 연구 과정에서 확인된 주요 주제, 쟁점 및 문제를 논의하기 위해 총 4번의 글로벌 간담회를 온라인으로 개최했다. 2020년 11월에 다음과 같은 주제로 세 번의 온라인 웹 세미나 간담회가 개최되었다:

- 모든 유형의 차별로부터 보호받을 권리의 요소와 범위, "차별 유형: 명시된 행위와 누락된 점들" (세션 1) 및 "효과적 구제에 대한 권리" (세션 2) 등.
- 모든 유형의 차별로부터 보호받을 권리와 그에 대한 거버넌스, "적극적 조치"(세션 3) 및 "평등기구: 전세계적 아이디어?" (세션 4) 등.
- 소수자 보호, 특별한 그룹 및 다른 특별한 적용에 대한 쟁점, "소수자 보호, 특별한 집단 및 기타 특별한 적용의 쟁점" (세션 5) 및 열린 세션(미리 주제를 정하지 않음) (세션 6) 등.

2021년 2월, 위 간담회들 이후, 프로젝트 파트너들은 "표현과 행동의 연결: 혐오표현, 선동과 차별금지법률"에 초점을 맞춘 웨비나를 진행했다.

그리고 검증과 확인을 위해 전문가에게 실무 지침서 초안을 제출하였다. 2021년 1분기에 완전한 실무 지침서 초안을, 특히 차별에 노출된 다양한 집단을 위해 일하고 있는 선도적인 국제기구를 포함하여 학계, 시민사회 및 OHCHR 내의 50명 이상의 전문가들에게 보내서 검토와 확인을 받았다. 이러한 과정과 함께 독립적인 자문위원회가 이 실무 지침서를 상세히 검토하였다. 확인절차를 거친 후, 연구팀은 모든 피드백, 의견 및 제안을 고려하여 지침서의 정확성과 완전성을 보장하기 위해 필요한 만큼 본문을 수정하였다.

## B. 감독 및 자문

실무 지침서는 두 개의 전문가 위원회(독립적인 자문위원회와 OHCHR의 출판위원회)의 감독하에 작성되었다.

독립적인 자문위원회(Advisory Committee)는 실무 지침서가 처음 개발될 때 설립되었다. 자문위원회는 차별금지법과 평등법 분야에서 선도적인 13명의 전문가로 구성되었으며, 그 중에도 3명의 이전 유엔 특별보고관, 비교평등법 분야의 많은 학계 전문가, 풍부한 경험을 가진 소송 변호사, 판사 그리고 독립된 평등기구의 대표가 포함되어 있다. 자문위원회 구성원들의 참여는 개인의 전문 지식뿐만 아니라 다양한 전문성, 경험, 의견, 조언을 보장하고자 했다. 자문위원회는 젠더 균형적이며, 여성, 장애인, 여성 동성애자(레즈비언), 남성 동성애자(게이), 양성애자(바이섹슈얼), 성전환자(트랜스젠더), 간성애자(인터섹스) 및 소수자에 대한 차별법 분야에서 인정받은 전문가들이 포함되어 있다. 그리고 경험이 많은 변호사, 학자, 활동가와 정부, 비정부 및 정부간 영역에서 경험을 쌓은 개인으로 구성되어 있다. 자문위원회 회원은 전 세계 지역의 다양한 법적 체계와 전통을 대표한다.

자문위원회는 실무 지침서 개발 전 과정에서 프로젝트 파트너들에게 전문적인 조언을 제공하였고 지침서의 적절성, 유용성 및 타당성을 보장하는데 도움을 주었다. 자문위원회는 시작, 개발, 상담 및 검증 단계에 참여했고 전 과정에서 의견을 제공할 수 있었다. 자문위원회는 여러 번 모여 연구 및 초안 작성 전 과정에서 정기적인 자문을 해주었다. 개발 단계에서 실무 지침서에 대해 제안을 해 주었을 뿐만 아니라 위원들은 실무 지침서의 초안이 작성되는 동안 이를 검토해 주었다. 2021년 초 초안이 완성되자, 수 일 동안 회의를 열고 초안을 면밀하게 검토하고 의견을 제시했으며, 또한 서면으로도 많은 의견을 제공했다.

OHCHR 출판위원회(Publications Committee) 또한 실무 지침서의 개발에 광범위하게 참여했다. 출판위원회는 초기 컨셉 노트를 승인하는 것뿐만 아니라 실무 지침서의 개발에 대해 정기적으로 의견을 제공할 수 있는 전문가를 선임하여 주었다. 또한 절차에 따라, 출판위원회는 자문위원회의 검증, 확인 및 검토를 거친 후 동료 검토자(peer reviewer)를 지정하여 원고를 검토하도록 했다. 동료 검토자들의 제안은 실무 지침서의 최종 안에 반영되었다.

## C. 접근법

이 실무 지침서 개발의 전 단계에서 파트너들이 보여준 깊고 광범위하며 참여적이고 협력적인 접근은 이 법의 영역에서 몇 가지 기본적 사실을 인정할 수 있음을 보여준 셈이다. 먼저, 세계 모든 국가에서 평등과 차별금지 이슈를 위해 일하는 실무자들의 진정한 세계적 커뮤니티가 있다. 국제법은 국가 및 지역적 수준에서의 발전에 영향을 받고 또 영향을 주어 왔으며, 따라서 국가 및 지역적 그리고 국제적 수준에서 최대한 넓은 범위의 파트너들과 협력하는 것이 중요하다.

둘째, 여기에서 쟁점으로 다루는 법적 문제가 공통된 공공의 관심사이긴 하지만, 다양한 질문에 대하여, 다양한 세계의 법률 체계와 전통 때문에 신중하게 생각하고 조화를 찾아야 하는 여러 이견이 있었다. 다시 말해, 국제법은 국가들이 포괄적으로 모든 유형의 차별을 철폐할 의무에 대해 명확하고 모호하지 않은 입장을 고수하지만, 이를 해석하는 사람들은 종종 다르게 해석한다.

결론적으로, 이 실무 지침서의 질적 개선은 실무 지침서의 개발 과정에서 전문가, 실무자, 차별의 영향을 받는 당사자 집단, 정부 및 기타 관계자가 기여한 시간과 노력에 크게 빚지고 있다.

## D. 범위 및 한계

이 실무 지침서는 차별금지법 개발을 위해 일하는 사람에게 그러한 법적 제도가 어떤 요소를 갖추어야 하는지

명확하게 규정해주는 지침을 제공하고, 이를 전 세계의 다양한 맥락에서 어떻게 실행해 왔는지에 대한 실용적 사례를 제공하는 것을 목적으로 한다. 이 과정에서, 초안 작성자들은 필연적으로 이러한 법의 근거에 대한 개념적, 법적 및 규범적 논의를 포함하게 되었고, 국제법과 국제적으로 권위 있는 지침을 참조하였다.

이 실무 지침서가 무엇을 규정하지 않는지 명확히 밝히는 것도 중요하다.

첫째, 이 실무 지침서 전반에 법률적 사례가 인용되지만, 이는 오직 차별금지법에서 특정 개념이 어떻게 발전했고 그 의미가 어떻게 해석되는지 설명하기 위한 목적이다. 본 지침서는 소송이나 판결을 위한 지침이 아니다.

둘째, 평등법이 미래에 어떻게 발전하게 될지에 대한 전세계적인 논의가 활발하게 진행되고 있으며, 이 문제에 진심인 학자, 운동가, 전문가의 공동체가 있다. 이렇게 많은 사람들의 전문 지식이 실무 지침서를 개발하는 데 지금까지 아주 중요한 역할을 했지만, 본 지침서는 미래 지향적이지 않으므로 이런 논의에 도움이 되고자 노력하지 않는다. 이 실무 지침서에 제시된 자료는 현재 상태 그대로 해당 법을 구성하는 것으로 해석되어야 한다. 이 실무 지침서는 국제법이 미래에 어떻게 발전할지, 또는 안 할지에 대해 논의하지는 않는다. 실제로 초안 작성자는 많은 견지에서 추측적이거나 열망에 기댄 자료는 배제했다.

마지막으로, 실무 지침서 저자는 전 세계적으로 차별금지법을 개발하고 제정한 경험을 바탕으로 지침서의 초안을 작성하려고 했지만, 이러한 노력에 투입할 자원은 결국 한정적이었다. 그러므로 이 지침서에 모든 관련된 법, 법 해석, 경험, 전통 및 딜레마가 모두 포함되어 있다고 주장할 수 없다. 초안 작성자는 법률 입안자가 관련 의무와 요구 사항을 명확하게 이해할 수 있도록 국제법과 그 적용에 대한 논의를 포괄적으로 포함하려고 노력했지만, 국내 법의 관점에서는 이 지침서는 좋은 예시로 생각되어야 하며, 완전한 것으로 생각해서는 안 된다.

## II. 실무 지침서 사용법

이 실무 지침서는 유용성을 고려하여 고안되고, 개발되고, 작성되었다. 그러므로 포괄적인 차별금지법의 개발에 참여하는 사람들이 가장 쉽게 이해할 수 있도록 가능한 한 명확하고 간결하며 포괄적인 지침을 작성하고자 했다.

### A. 실무 지침서 구조

이 실무 지침서는 가능한 최대한 순서대로 설명하는 방식으로 작성되었다. 지침서의 ‘요약’ 부분은 본문에 포함된 자료를 요약하고 차별금지법 제정에 관해 국가의 주요 국제법상 의무를 재확인하는 기능을 수행하도록 작성되었다. 요약에서 제시된 원칙은 이 실무 지침서의 나머지 부분에서 상세하게 논의되는 국제법의 기준을 종합한 것이며, 포괄적 차별금지법의 개발을 위한 핵심 원칙을 모은 독립적 자료로서 역할을 하도록 구성되었다.

제1부에서 실무 지침서의 작성자들은 포괄적 차별금지법을 채택해야 하는 의무를 뒷받침하는 국제적 규범의 틀에 대해 자세하게 설명한다. 그리고 국제법상 포괄적 차별금지법을 제정, 집행 및 이행해야 하는 국가의 책무를 제시할 뿐만 아니라, 지역 및 국가 수준에서 점점 증가하고 있는 국가들의 합의에 대한 논의를 포함한다.

제2부에서 작성자들은 차별금지법이 포괄적이기 위해서, 즉 국제법 기준을 충족하기 위해서, 꼭 필요한 내용을 논의한다. 제2부는 차별금지법의 각 영역을 다루는 절로 구성된다. 제1절은 차별받지 않을 권리의 내용을 다루는데, 이 내용에는 인적 범위, 금지되는 행동의 형태, 물적 범위 및 정당화 사유와 예외(적극적 조치와 평등에 대한 의무)를 다룬다. 그 다음으로 이 실무 지침서는 다음 주제들을 다루는 각 절을 포함한다 - 효과적 구제에 대한 권리, 사법절차에 대한 접근성과 법집행, 전문적인 평등기구의 임무, 기능, 권한 그리고 법의 이행과 관련된 보다 넓은 범위의 국가의 의무(평등 정책과 전략의 개발, 평등영향평가 사용 등).

제3부에서 작성자들은 소수자 권리 보호의 맥락에서 차별받지 않을 권리의 특별한 적용을 검토하고, 소수자 권리를 향유할 권리의 핵심이 무엇인지, 다양한 교차점에서 일어나는 복잡한 쟁점이 무엇인지를 언급한다.

제4부에서 작성자들은 포괄적 차별금지법의 입안과 관련된 두 가지 별개의 쟁점을 검토한다: 차별적 폭력과 증오범죄, 그리고 혐오표현과 선동.

그리고 이 실무 지침서는 차별의 근본 원인을 해소하고 다양성을 촉진할 국가의 의무를 충족하는데 있어 차별금지법의 역할을 검토하는 절로 마무리한다.

## B. 실무 지침서의 절 구조

실무 지침서 각 부는 절로 나뉘고, 각 절에서는 차별금지법의 특정 요소나 구성 요소를 검토한다. 각 절은 관련 법적 개념에 대한 논의를 포함하는데, 인권 조약에서 규정한 관련 국제법 기준에 초점을 맞추어 시작하고, 유엔 조약기구의 작업을 통한 해석이나 상세 설명을 논의한다. 그런 다음, 지역적 기준을 논의하고, 필요한 경우 각국의 국내 기준과 해석을 고려한다.

각 절은 국제법에서 수립된 관련 법 원칙을 종합하는 '요약 박스(box)'로 시작한다. 이러한 요약 박스의 목표는 차별금지법 초안 작성자에게 문제가 되는 영역의 법에 무엇을 포함해야 하는지에 대해 지침을 제공하는 것이다. 요약 박스의 내용은 본 지침서의 '요약' 부분에 정리되어 있는데, '요약' 부분은 포괄적인 차별금지법에서 필요한 내용에 대한 독립적인 지침으로 기능하도록 고안되었다.

**각 절은 이처럼 박스 안에 요약된다.**

실무 지침서가 무엇보다도 실용적인 것이 초안 작성자의 목표이므로 예제와 사례 연구, 특정한 또는 복잡한 국제법의 쟁점이 앞서 언급한 절 요약과 함께 설명 박스에 포함된다. 편의상, 이 박스는 다음과 같이 색상으로 구분한다:

**녹색 박스에는 주로 국가의 차별금지법 조항 형식을 빌려 국가의 관례 예시를 제공한다. 이러한 상자는 차별금지법의 개발에 관여하는 사람이 채택하거나 각색할 수 있는 모범 사례 조항을 제공하는 목적으로 제공한다.**

**모래색 박스에는 지역 또는 국제적인 관행, 법, 법적 판례 또는 해설 예시를 제공한다.**

**살구색 박스에서는 차별금지법의 특정한 쟁점을 검토한다. 차별금지법 영역을 완전히 이해하기 위해서는 특정한 쟁점을 검토하는 것이 중요하지만, 포괄적인 금지차별법에서 특정한 또는 추가적 성문법화가 필요하지 않은 경우, 논쟁 중에 있는 문제는 이러한 박스에 포함한다. 따라서 예를 들어, 차별법에서 고의의 역할, 비시민권자에 대한 차별 문제 및 비교집단에 대한 논의는 모두 빨간색 박스에 포함한다.**

# 차별 없는 세상



## 제 1 부

### 국가의 포괄적 차별금지법 제정 의무



평등권과 차별받지 않을 권리는 국제인권법의 기본 구성 요소다.

유엔 인권조약 기구의 노력으로 이러한 권리에 대해 좀 더 잘 이해하게 되었고, 차별을 효과적으로 보호하기 위해서는 포괄적 차별금지법의 채택이 필요하다고 인정하게 되었다. 새로운 천년이 도래했을 때 전 세계에서 단지 소수 국가만이 이러한 법을 채택했다. 이런 점에서 우리는 지난 이십 년 동안 상당한 증진을 목격했다. 세계 각 지역의 그리고 상이한 법적 전통을 가진 더 많은 국가가 불평등을 억제하기 위해 포괄적이고 전체적인 접근법이 이롭다는 점을 인식했고, 그들의 국제법상 의무를 실행하려고 노력해왔다. 본 장에서, 초안 작성자는 이러한 발전을 설명한다.

## I. 포괄적 차별금지법 채택의 필요성에 대한 합의

### A. 국제인권법의 체계

차별받지 않을 권리는 법 앞에 평등과 법의 동등한 보호와 함께 "인권 보호와 관련된 기본적이고 일반적인 원칙"<sup>18)</sup>이며 "즉각적이고 공통적인" 의무를 수반하는 국제인권법의 "기본 구성 요소"이다.<sup>19)</sup> 이 권리는 이중적 지위를 가지고 있다: 개인은 다른 모든 인권을 향유할 때 차별로부터 자유로울 권리를 가지고 있으며, 법에 규제를 받지만 다른 인권에 종속되지 않는 영역에서 "독립적인" 차별받지 않을 권리를 가진다.

자유권규약과 사회권규약에 모두 가입한 국가는 이러한 조약에 규정된 시민, 정치, 경제, 사회, 문화 권리를 차별 없이 존중하고 보장할 의무를 수락한다.<sup>20)</sup> 이러한 조항은 남성과 여성이 권리를 동등하게 향유할 수 있도록 보장하는 각 협약의 제3조에 추가했다. 자유권규약 제16조는 "모든 사람은 어디에서나 법앞에 인간으로서 인정받을 권리를 가진다"라는 보장 조항을 추가했다. 해당 규약의 제26조는 "모든 사람은 법 앞에서 평등하며, 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리가 있다"라는 규정을 담고 있다. 자유권위원회(Human Rights Committee)는 이러한 조항이 공공 당국이 규제하고 보호하는 모든 분야에서 차별을 금지하는 자치권을 규정한다는 것을 명확히 했다.<sup>21)</sup>

두 협약에 더하여, 특정 이유에 근거한 차별을 철폐하기 위해 특정한 조약(문서)이 채택되었다. 모든 형태의 인종 차별 철폐에 관한 국제협약(이하 인종차별철폐협약), 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(이하 여성차별철폐협약), 그리고 장애인의 권리에 관한 협약(이하 장애인권리협약)은 모두 차별 철폐를 그 핵심에 둔다. 이러한 각각의 조약(문서)은 차별을 정의하고, 국가가 차별받지 않을 권리 시행을 위한 입법적, 정책적, 관례적 의무를 제시하며, 생활의 기타 영역에서의 차별금지 의무를 설명한다.

인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 그리고 장애인권리협약은 법 앞에 평등과 법의 공평한 보호의 전제에 기반하고 있으며, 각 협약은 이를 구체적인 권리로 인식한다.<sup>22)</sup> 실제로, 각 협약은 대상인 사람과 집단, 그리고 이러한 집단의 개별 구성원이 동등하게 인정받고 보호받을 수 있도록 구체적인 법률 요건을 설명하고 있다.

또한, 평등한 행위능력에 대한 권리를 법 앞에 평등하고 법의 공평한 보호를 보장할 국가의 책무의 기본적 구성 요소로서 인정하는 인식이 커지고 있다.<sup>23)</sup> 이러한 맥락에서, 유엔 장애인권리위원회는 "국제인권법에 따르면 법

18) 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단1.

19) 참조: 특히, 유엔 사회권위원회(이하 '사회권위원회'), 일반 논평 제20호 (2009), 문단2 및 문단7.

20) 자유권규약, 제2조(1); 사회권규약, 제2조(2).

21) 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단12.

22) 유엔 인종차별철폐협약, 제5조; 유엔 여성차별철폐협약, 제15조; 유엔 장애인권리협약, 제12조.

23) 그러한 특정한 국제적인 법적 수단(조약이나 문서)이 있다고 해서, 국가가 모든 사람을 위한 동등한 인정과 보호를 보장하는 전제 조건이 되는 것은 아니지만, 이것은 자유권규약에서 직접 규정하는 즉각적인 의무이다.

앞에서 평등한 사람으로 인정받을 권리를 박탈하거나 제한하는 어떤 상황도 허용되지 않는다"라고 한 바 있다.<sup>24)</sup>

위 조약들 이외에도, 평등과 비차별을 보장하여야 한다는 규정은 다양한 국제조약에서 찾아볼 수 있다. 아동의 권리에 관한 국제협약(이하 아동권리협약)에 가입한 당사국은 해당 규약에 명시된 권리를 "어떠한 종류의 차별도 없이"<sup>25)</sup> "존중하고 보장"하여야 하며,<sup>26)</sup> 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약(이하 '이주노동자 권리협약')에도 유사한 책무가 규정되어 있다. 유엔총회는 노인의 권리와 관련하여 구체적인 인권 조약에 대한 논의를 시작하였으며,<sup>27)</sup> 이 협약에도 마찬가지로 차별금지에 대한 강력한 약속이 포함될 것으로 예상된다.

각국은 국제노동기구(ILO) 협약들<sup>28)</sup>과 교육상 차별금지에 관한 협약<sup>29)</sup>을 비준함으로써, 고용과 교육 등 구체적인 생활 영역에서, 또한 선주민과 같은 특별한 그룹과 관련하여, 차별금지 의무를 수용하고 있다.

## B. 존중, 보호, 실현 의무

국가는 인권 조약을 비준함으로써 그 조약이 규정하는 권리에 효과를 부여하고 이를 실현하기 위해 필요한 모든 조치 - 행정, 입법 및 사법 - 를 취할 즉각적인 의무를 진다. 조약을 비준함으로써 국가는 3가지의 별개이지만 상호 관련된 의무를 지는데, 이는 조약에 규정된 권리를 존중하고(respect), 보호하며(protect), 실현할(fulfill) 의무이다.<sup>30)</sup> 조약기구와 기타 기구의 노력으로 "존중, 보호 및 실현" 프레임워크에 대한 이해가 높아졌으며, 이들은 차별받지 않을 권리를 포함하여 여러 가지 측면에서 이 프레임워크를 적용해 왔다.<sup>31)</sup>

유엔 여성차별철폐위원회가 주목한 바와 같이, 국가가 인권을 존중할 책무는 소극적인 의무로서, 국가가 법, 정책 또는 관행에서 차별을 하지 않도록 요구한다.<sup>32)</sup> 이 의무는 두 가지 주요 구성 요소를 담고 있다고 볼 수 있다. 첫째, 국가는 차별적인 행위에 관여하지 않을 책무, 또는 목적이나 효과가 차별적인 정책을 채택, 시행 또는 추진하지 않을 책무를 지게 된다.<sup>33)</sup> 둘째, 국가는 "차별을 만들거나 영속화하는 효과가 있는 법 및 규정을 수정, 철회 또는 무효화" 할 책무를 지게 된다.<sup>34)</sup>

보호 의무는 민간 주체를 포함한 모든 주체가 차별에 맞서 인권을 보호할 의무이다. 이를 위해서 입법을 포함하여 구체적인 법적, 정책적 조치가 필요하다. 자유권규약 제26조는 차별금지법을 채택할 명확한 의무를 담고 있으며, "이 법은 모든 차별을 금지하고 모든 사람에게 평등하고 효과적인 차별에 맞선 보호를 보장해야 한다"고 규정하고 있다. 좀 더 넓게 보면, 동일한 조약의 제2조 (2)에 따라, 국가는 차별받지 않을 권리를 포함하여 협약에 규정된

24) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제1호 (2014), 문단5.

25) 유엔 아동권리협약, 제2조(1).

26) 유엔 이주노동자권리협약, 제1조 (1).

27) 고령화에 관한 공개 실무그룹에 대한 정보는 다음 웹 사이트에서 확인할 수 있다: <https://social.un.org/ageing-working-group/>

28) 참조: 특히, 동일한 가치 노동에 대한 남녀근로자의 동일보수에 관한 조약, 1951 (제100호); 고용 및 직업에서의 차별에 관한 조약, 1958 (제111호); 1989 선주민과 부족민에 대한 조약 (제169호), 2019년, 폭력 및 괴롭힘에 관한 조약, 2019년 (제190호)가 채택되었다. 이 글을 쓰는 지금까지, 10개국이 이 조약을 비준했다. 이 조약은 2021년 6월부터 발효되었다.

29) 교육상 차별금지에 관한 협약, 1960년 채택.

30) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제24호 (2017), 문단10; 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단9; 유엔 인종차별철폐 위원회, "코로나바이러스 (COVID-19) 대유행과 인종차별철폐협약에 따른 그 함의에 관한 성명" (2020), 2쪽; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단 30. 자유권위원회는 제2조(1)에 따라 국가가 차별을 삼가야 하는 부정적 의무와 보호 조치를 취할 적극적 의무의 견지에서 국가의 의무를 명시해왔다. 위원회는 일반 논평 제18호 (1989)에서 평등권과 차별금지권리의 이행에는 적극적 대응이 필요로 함을 분명히 하였다. 참조: 자유권위원회, 일반 논평 제31호 (2004), 문단6 및 문단8; 일반 논평 제18호 (1989), 문단10.

31) 참조: 예를 들어, 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단30; 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단9.

32) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단9. 다른 참조: 자유권위원회, 일반 논평 제31호 (2004), 문단6 및 문단8.

33) 참조: 예를 들어, 유엔 인종차별철폐협약, 제2조(1); 유엔 여성차별철폐협약, 제2조(d); 유엔 장애인권리협약, 제4조(1) (b).

34) 유엔 인종차별철폐협약, 제2조(1) (c). 다른 참조: 여성차별철폐협약 제2조; 장애인권리협약 제4조(1) (b); 종교 또는 신념을 이유로 한 모든 형태의 불관용과 차별 철폐에 관한 선언 제4조(2).

권리를 정립하기 위해 "효력을 발생시키기 위해 필요할 수 있는 법이나 기타 조치를 취할 ... 필요한 조치를 할" 의무를 지게 된다. 또한 사회권규약 제2조 (1)은 이와 유사한 의무를 지우고 있다. 인종차별철폐협약 제2조 (1)(d), 여성차별철폐협약 제2조 (a), 장애인권리협약 제4조 (1)도 유사한 의무를 정하고 있다. 아래에서 더 자세히 논의되었듯이, 적어도 2000년 이래, 위 인권조약 그리고 그 밖의 인권조약에 대한 해석에 있어 보호 의무에는 본질상 포괄성을 가진 차별금지법률의 채택이 포함된다는 점을 명확히 해 왔다.<sup>35)</sup>

국가의 실현 의무는 차별을 실제로 철폐하고 평등권과 차별받지 않을 권리의 효과적인 행사를 보장할 것을 요구한다. 유엔 사회권위원회가 밝혔듯이: "국가 당사자는 차별적 행위를 하지 않는 것 외에도, 차별이 철폐되도록 이를 보장하는 구체적이고 신중하고 표적화된 조치를 취해야 한다."<sup>36)</sup> 이 위원회와 다른 조약기구들은 차별받지 않을 권리를 실현하기 위해 국가가 반드시 시행해야 하는 일련의 조치를 제시해왔다. 이 조치에는 정책, 계획과 전략의 개발 및 시행; 데이터 수집 및 분석; 공개 보고; 공공 교육, 훈련 및 인식 제고; 기관 설립 등이 포함된다.<sup>37)</sup> 눈에 띄는 점은, 이 의무가 역사적인 불이익을 해소하고 모두가 동등한 기반에서 참여할 수 있도록 고안된 적극적 조치 - 적극적 우대조치 또는 일시적 특별 조치로도 알려져 있다 - 를 채택할 의무를 발생시킨다는 점이다.<sup>38)</sup> 국제법 또한 국가가 차별의 원인인 편견, 고정관념 및 기타 차별을 야기하는 동인(動因)에 맞서 평등을 달성하도록 하는 책무를 부과한다.<sup>39)</sup>

## C. 유엔 인권조약(문서)및 해석

지난 20년 동안 국가는 차별받지 않을 권리를 존중, 보호 및 실현할 의무를 이행하기 위해서 구체적이고 포괄적인 차별금지 법을 채택해야 한다는 국제적인 합의가 이루어졌다. 유엔 체계 내부와 외부 메카니즘이 인권조약과 국제 문서 등 인권 도구를 권위 있게 해석하는 것에서 이러한 국제적 합의가 반영된 것을 알 수 있다.

자유권규약 제26조는 국가가 차별을 금지하는 법을 제정하도록 명확하게 요구한다. 자유권위원회는 일반 논평 제18호(1989년)에서 비록 국가 의무의 본질이나 범위를 완전히 상세하게 서술하지는 않았지만, 해당 권리에 관해 명확한 설명을 했다. 자유권위원회는 그 이후부터 지금까지 차별받지 않을 권리를 실현하기 위해 포괄적 차별금지법의 채택이 필요하다는 점을 반복적으로 선언했다: 2010년 이후에는 전 세계 45개 국가에 대하여 포괄적 차별금지법을 채택하라는 47개의 명확한 권고를 했다. 아프리카 국가에 대한 15개 권고,<sup>40)</sup> 미주 국가에 대한 7개 권고,<sup>41)</sup> 아시아 국가에 대한 18개 권고,<sup>42)</sup> 유럽 국가에 대한 6개 권고;<sup>43)</sup> 그리고 호주에 대한 1개 권고가 포함된다.<sup>44)</sup>

35) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단37; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단22; CCPR/C/KOR/CO/4, 문단12-13; CERD/C/KGZ/CO/8-10, 문단 11; CEDAW/C/KAZ/CO/5, 문단12(a); CRC/C/COD/CO/3-5, 문단15; CMW/C/LBY/CO/1, 제29조(a); 모든 유형의 차별과 불관용에 반대하는 미주(美洲) 협약, 제7조; 미주 인권위원회, 미주의 LGBTI(성 소수자) 인권 인정에 대한 진보와 도전 (OEA/Ser.L/V/II.170, 문서 184) (2018), 문단94; 유럽의회의 결의 1844 (2011) 유럽의회의 평등과 활동에 관한 원칙 선언; 아프리카 인권위원회, "케냐 공화국 제8차부터 제11차 정기보고서에 대한 종합적인 관찰 및 권고" (2016), 문단55.

36) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단36.

37) 같은 문헌, 문단36, 38-39, 41.

38) 참조: 예를 들어, 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단9.

39) 참조: 특히, 본 실무 지침서 제6부 1장.

40) CCPR/C/DZA/CO/4, 문단19-20; CCPR/C/AGO/CO/2, 문단14; CCPR/C/CPV/CO/1/Add.1, 문단9-10; CCPR/C/CMR/CO/5, 문단14; CCPR/C/CAF/CO/3, 문단11-12; CCPR/C/COD/CO/4, 문단13-14; CCPR/C/GNQ/CO/1, 문단25; CCPR/C/GMB/CO/2, 문단11-12; CCPR/C/LBR/CO/1, 문단16-17; CCPR/C/MDG/CO/4, 문단15-16; CCPR/C/NER/CO/2, 문단19; CCPR/C/NGA/CO/2, 문단16-17; CCPR/C/SEN/CO/5, 문단11; CCPR/C/SDN/CO/4, 문단11; CCPR/C/SDN/CO/5, 문단14-16.

41) CCPR/C/BLZ/CO/1/Add.1, 문단11-13; CCPR/C/DMA/COAR/1, 문단15-17, 48; CCPR/C/SLV/CO/7, 문단9-10; CCPR/C/JAM/CO/4, 문단15-16; CCPR/C/PRY/CO/3, 문단9; CCPR/C/PRY/CO/4, 문단14-15; CCPR/C/VEN/CO/4, 문단8.

42) CCPR/C/BHR/CO/1, 문단15-16; CCPR/C/BGD/CO/1, 문단12; CCPR/C/CHN-HKG/CO/3, 문단19; CCPR/C/IRQ/CO/5, 문단 11-12; CCPR/C/JPN/CO/6, 문단11; CCPR/C/JOR/CO/5, 문단8-9; CCPR/C/KGZ/CO/2, 문단8; CCPR/C/LAO/CO/1, 문단15-16; CCPR/C/LBN/CO/3, 문단11-12; CCPR/C/MNG/CO/6, 문단9-10; CCPR/C/PAK/CO/1, 문단12; CCPR/C/PHL/CO/4, 문단 10; CCPR/C/KOR/CO/4, 문단12-13; CCPR/C/TJK/CO/3, 문단13-14; CCPR/C/TUR/CO/1, 문단8; CCPR/C/TKM/CO/2, 문단6

2009년, 유엔 사회권위원회는 경제, 사회 및 문화에 대한 차별금지에 대한 일반 논평 제20호(2009)을 공표하고 다음과 같이 강조하였다: "차별 문제를 해소하는 법률의 채택은 사회권규약 제2조 제2항[차별금지]을 준수하는데 없어서는 안 된다."<sup>45)</sup> 그리고 위원회는 같은 일반 논평에서 차별받지 않을 권리의 포괄적 본질에 대해 상세히 설명하였고, 그 중에서도 국가는 제2조(2)를 준수하기 위해서 광범위하고 제약 없는 차별금지사유를 바탕으로 직접적 그리고 간접적 차별과 괴롭힘으로부터 보호를 제공해야 한다고 규정하였다.<sup>46)</sup> 위원회는 이후에도 계속 국가가 협약 제2조(2)에 따라 차별금지 의무를 준수하기 위해 포괄적 차별금지법을 채택하는 것에 대한 다양한 권고를 하고 있다.<sup>47)</sup>

유엔 인종차별철폐협약, 유엔 여성차별철폐협약, 그리고 장애인권리협약은 국가가 각 조약이 대상으로 하는 차별금지사유를 이유로 하는 차별을 금지하는 법을 채택하도록 하는 명확한 조항을 담고 있다.<sup>48)</sup> 최근 몇 년 동안 각 조약기구는 조약에 따라 "모든 유형의 차별"을 철폐하기 위해서는 교차 차별을 금지할 필요성을 명확히 하였다.<sup>49)</sup> 그렇게, 이러한 조약에 규정된 차별을 금지하는 법을 제정할 의무에는 포괄적 차별금지법의 채택이 포함되는 것으로 이해되고 있으며, 조약기구는 이런 취지로 관련 권고를 제시해 왔다.<sup>50)</sup>

2010년 이후, 유엔 인종차별철폐위원회는 벨리즈, 아이슬란드, 이라크, 이스라엘, 카자흐스탄, 키르기스스탄, 라트비아, 파키스탄, 러시아 연방, 베트남, 잠비아, 팔레스타인 국가를 포함한 최소한 12개 국가에 대해 포괄적 차별금지법 채택에 대한 권고를 했다.<sup>51)</sup> 예를 들어, 2018년 위원회는 키르기스스탄에 대해 "직접적 그리고 간접적 차별을 정의하고, 차별의 모든 사유를 포함하며, 모든 유형의 인종 차별을 금지하는 포괄적 차별금지법을 채택할 것"을 권고했다.<sup>52)</sup>

유엔 여성차별철폐위원회는 일반 권고 제28호(2011)에서 "본 협약의 제2조가 협약에 따라 여성의 모든 생활 영역에서 차별을 금지하는 법률을 제정할 의무"를 정립했다고 말했다. 그리고 이러한 법률은 직접 차별과 간접 차별을 모두 금지하고, 공공 및 민간 주체 모두에게 적용되며, 효과적인 구제책을 규정하고, - 결정적으로 - "그러한 교차적 유형의 차별을 법적으로 인정하고 이를 금지해야 한다"고 명확히 하였다.<sup>53)</sup>

유엔 장애인권리위원회 또한 평등권과 차별받지 않을 권리에 대한 지침을 발표했다. 이 위원회는 조약기구들이 앞서 발전시킨 견해를 반영하여 일반 논평 제6호 (2018)에서 협약은 "구체적이고 포괄적인 차별금지법을 제정할 의무"를 수립했다고 명확하게 밝혔다.<sup>54)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 이러한 법률의 인적 범위와 물적 범위, 금지된

-7: CCPR/C/UZB/CO/5, 문단8-9; CCPR/C/VNM/CO/3, 문단14.

43) CCPR/C/BLR/CO/5, 문단15-16; CCPR/C/CZE/CO/4, 문단10; CCPR/C/ISL/CO/5, 문단6; CCPR/C/ITA/CO/6, 문단8-9; CCPR/C/SMR/CO/3, 문단8-9; CCPR/C/CHE/CO/4, 문단16-17.

44) CCPR/C/AUS/CO/6, 문단17-18.

45) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단37.

46) 같은 문헌, 문단7, 10, 18-35.

47) 최근 예시는 다음을 참조: E/C.12/DNK/CO/6, 문단22; E/C.12/ISR/CO/4, 문단19; E/C.12/KAZ/CO/2, 문단11 (a).

48) 유엔 인종차별철폐협약 제2조(d)는 "어떤 개인, 집단 또는 조직에 의한 인종 차별이라도, 이를 상황에 따라 필요한 법 제정을 포함하여 모든 적절한 조치를 취하여 금지하고 종식시키도록 각 국가 당사자에게 요구한다." 유엔 여성차별철폐협약 제2조(a)는 국가가 "남녀 평등 원칙이 아직 국가 헌법 속에 통합되지 않은 경우, 국가 헌법이나 기타 적절한 법률 속에 남녀 평등의 원칙을 명시하고, 법과 기타 적절한 수단을 통해 이 원칙이 실질적으로 실현되도록 보장해야 한다"고 요구한다. 장애인권리협약 제4조(1)(a)는 국가가 "본 협약에서 인정되는 권리의 시행을 위해 모든 적절한 법률적, 행정적, 그리고 기타 조치를 취할 것"을 요구한다.

49) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단7; 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단18; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단19, 21-22.

50) 참조: 예를 들어, CERD/C/KGZ/CO/8-10, 문단11; CEDAW/C/KAZ/CO/5, 문단12 (a); 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단22.

51) CERD/C/BLZ/CO/1, 문단7; CERD/C/ISL/CO/19-20, 문단12; CERD/C/IRQ/CO/22-25, 문단10; CERD/C/ISR/CO/17-19, 문단12; CERD/C/KAZ/CO/6-7, 문단6; CERD/C/KGZ/CO/8-10, 문단11; CERD/C/LVA/CO/6-12, 문단12-13; CERD/C/PAK/CO/21-23, 문단9-10; CERD/C/RUS/CO/20-22, 문단7; CERD/C/RUS/CO/23-24, 문단9; CERD/C/VNM/CO/10-14, 문단7; CERD/C/ZMB/CO/17-19, 문단11 (d), 12 (b); CERD/C/PSE/CO/1-2, 문단12 (a).

52) CERD/C/KGZ/CO/8-10, 문단11.

53) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단31 및 문단18. 다른 참조: 문단9-10, 13, 16-17, 32, 34-36.

54) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단22.

행동의 유형, 그리고 효과적 집행과 이행을 보장하기 위해 필요한 조치에 대해 더욱 상세하게 설명했다.<sup>55)</sup> 위원회는 이 의무를 포용적 평등 모델을 실행하기 위해 필요한 수단으로 위치 매김하고, 다음과 같이 자세하게 설명하였다:

포용적 평등은 이 협약을 통해 발전된 새로운 평등 모델이다. 이것은 실질적인 평등 모델을 포함하고, 평등의 내용을 다음과 같이 확장하고 상세화한다: (a) 사회경제적 불이익의 문제를 해결하기 위한 공정한 재분배 차원, (b) 낙인, 고정관념, 편견 및 폭력과 맞서고, 인간의 존엄성과 이러한 것들의 교차성을 인정하는 인식 차원, (c) 사람의 사회적 본질을 사회 집단의 구성원으로서 재차 확인하고 사회 속 포용을 통하여 인류를 완전히 인정하는 참여 차원, (d) 인간 존엄성에 대한 문제로서 차이의 여지를 열어 두는 수용적인 차원이다. 이 협약은 포용적 평등을 기반으로 한다.<sup>56)</sup>

국제법의 다른 분야에서는, 협약과 권고 적용을 위한 국제노동기구 전문가 위원회(the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations)는 포괄적 차별금지법의 제정을 반복해서 권고해 왔다.<sup>57)</sup> 동 위원회에 따르면, 헌법상의 평등이 보장되어 있거나 일반 고용 법률에 차별금지 조항이 이미 채택된 국가에서조차도 반복해서 나타나는 고용 차별 패턴을 해결하는 데 포괄적 차별금지법이 필요할 수 있다.<sup>58)</sup>

## II. 유엔 헌장기구 및 기타 국제 프로세스

포괄적 차별금지법 제정 필요성에 대한 합의는 조약을 기반으로 한 절차 이외의 영역에서도 뚜렷하게 나타난다. 유엔 특별절차 수임자들은 차별 위험에 노출된 사람과 집단을 보호하기 위해 포괄적 차별금지법을 채택할 것을 더욱 촉구해왔다. 전 세계의 모든 지역의 국가는 유엔 인권이사회의 국가별 정례인권검토 메카니즘을 통해 포괄적 차별금지법 채택을 위한 권고를 하고<sup>59)</sup>, 받고<sup>60)</sup>, 수용<sup>61)</sup>하였다. 동시에, 차별금지법과 이에 의한, 지속 가능한 발전과 같은 관련된 사회적 목표의 달성 사이의 연결고리가 더욱 명확하게 이해되었다. 그리고 국가는 기타 국제적 절차(processes)를 통해 차별금지와 평등권의 법적 보호를 위한 책무를 보여주었다.

### A. 유엔 특별절차 수임자

2010년부터, 다양한 특별절차 수임자들은 주제별 보고서<sup>62)</sup> 와 국가 방문<sup>63)</sup>을 통해 포괄적 차별금지법 채택에 대한 권고를 국가에 제시해왔다. 아프리카계 사람들에 대한 전문가 실무그룹(Working Group of Experts on People of African Descent)은 2013년 파나마를 방문한 이후, 파나마에 "모든 사유에 근거한 차별을 금지하는

55) 같은 문헌, 문단12-73.

56) 같은 문헌, 문단11.

57) ILO, "협약 및 권고 적용에 관한 전문가 위원회 보고서", 보고서 III (제1부 A) (제네바, 2009), 문단109. 이용 URL: [www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(2009-98-1A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(2009-98-1A).pdf).

58) 같은 문헌

59) 참조: 예를 들어, 호주, 방글라데시, 덴마크, 가나 및 온두라스의 권고사항(아래).

60) 참조: 예를 들어, 앙골라 (A/HRC/43/11, 문단146.64); 도미니카 공화국 (A/HRC/41/16, 문단94.54); 피지(A/HRC/43/8, 문단 140.25); 일본 (A/HRC/37/15, 문단161.65); 스페인 (A/HRC/44/7, 문단150.25).

61) 참조: 예를 들어, 국가별 정례인권검토 실무그룹 보고서와 코스타리카의 세번째 주기 검토와 관련된 부가 자료(A/HRC/42/12, 문단 111.12, 111.20, A/HRC/42/12/Add.1, 문단10), 가봉 (A/HRC/37/6, 문단118.62), 대한민국 (A/HRC/37/11/Add.1, 문단15), 스웨덴 (A/HRC/44/12, 문단156.91, A/HRC/44/12/Add.1, 문단4).

62) A/68/293, 문단76; A/HRC/36/43, 문단61 (e); A/HRC/42/38, 문단147-148; A/75/385, 문단80 (d).

63) 참조: 예를 들어, A/HRC/19/56/Add.1, 문단90; A/HRC/24/52/Add.2, 문단105 (a); A/HRC/37/56/Add.2, 문단46; A/HRC/38/43/Add.1, 문단63과 문단78 (d); A/HRC/41/42/Add.2, 문단78 (b); A/HRC/42/38/Add.1, 문단73; A/HRC/41/34/Add.1, 문단100 (k); A/HRC/40/61/Add.2, 문단105 (a).

포괄적 차별금지법률을 제정할 것"을 촉구했다. 실무그룹에 따르면, 이와 같은 법률은 "효과적 집행 메카니즘과 이용 가능한 구제책을 규정해야 한다."<sup>64)</sup> 좀 더 최근인 2020년에, 종교 또는 신념의 자유에 관한 유엔 특별보고관 (the Special Rapporteur on freedom of religion or belief)이 모든 국가에 "직접 및 간접 차별, 괴롭힘 및 정당한 편의제공 거부를 금지하는 포괄적 차별금지법을 채택할 것"을 촉구했다.<sup>65)</sup> 이에 따르면 그러한 법률은 "국제 법과 법의 규제를 받는 생활 모든 영역에서 종교와 그 밖의 모든 사유에 근거한" 차별을 금지해야 한다.<sup>66)</sup>

## B. 국가별 정례인권검토

최근 몇 년 동안, 더 많은 국가들이 동료국가 간의 상호작용을 통해 포괄적 차별금지법을 채택, 수정 또는 시행하라는 권고를 주고받았다. 제35차 국가별 정례인권검토 실무그룹 회의, 즉 세 번째 국가별 정례인권검토 주기에서, 동아프리카, 남아프리카, 서아프리카, 북미, 중남미, 카리브, 남아시아, 서아시아, 유럽, 그리고 호주와 뉴질랜드에 걸쳐 46개 국가가 포괄적 차별금지법 제정에 대한 구체적인 권고를 했다.<sup>67)</sup> 가봉<sup>68)</sup>부터 대한민국까지 다양한 법적, 사회적, 지리적 배경의 국가들이 이러한 권고를 수용했다.<sup>69)</sup>

## C. 기타 국제 프로세스

2000년대 이후, 국가들은 유엔 인권협약 뿐만 아니라 다른 국제적 약속을 통해 포괄적 차별금지법 제정 필요성에 대하여 관심을 증대해 왔다.

2001년, 더반에서 열린 '인종주의, 인종차별, 외국인 혐오 및 이와 관련된 불관용 철폐를 위한 세계회의'에서 교차 차별 문제가 많은 주목을 받았다. 더반선언은 인종주의와 인종차별의 피해자들이 "성별, 언어, 종교, 정치적 의견 또는 기타 의견, 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타 지위와 같은 관련된 차별금지사유에 근거해 다수의 또는 가중된 유형의 차별을 겪을 수 있다"고 지적했다.<sup>70)</sup> 2009년에 열린 더반 검토회의에서는 "다수 또는 가중된 유형의 차별의 증가"에 대한 우려가 발생하였고, 국가들은 "다수의... 차별을 근절할 조치를... 취하거나 강화하며, 특히 이러한 현상을 해결할 법률을 ... 제정하거나 개선하는 방법을 취할 것"을 촉구했다.<sup>71)</sup>

64) A/HRC/24/52/Add.2, 제105문단 (a).

65) A/75/385, 문단80 (d).

66) 같은 문헌.

67) 아프가니스탄 (A/HRC/42/12, 문단111.12), 알바니아 (A/HRC/37/11, 문단132.32), 호주 (A/HRC/44/4, 문단140.48), 방글라데시 (A/HRC/37/11, 문단132.28), 바베이도스 (A/HRC/44/12, 문단156.91), 벨기에 (A/HRC/43/6, 문단127.48), 보츠와나 (A/HRC/37/11, 문단132.37), 브라질 (A/HRC/43/6, 문단127.51), 캐나다 (A/HRC/44/9, 문단144.26), 칠레 (A/HRC/43/10, 문단139.47), 콜롬비아 (A/HRC/37/11, 문단132.36), 코트디부아르 (A/HRC/37/13, 문단152.83), 체코 (A/HRC/44/10, 문단153.59), 덴마크 (A/HRC/44/4, 문단140.209), 프랑스 (A/HRC/37/11, 문단132.44), 조지아 (A/HRC/37/11, 문단132.31), 독일 (A/HRC/37/15, 문단161.63), 가나 (A/HRC/43/11, 문단146.64), 아이티 (A/HRC/37/15, 문단161.64), 온두라스 (A/HRC/43/10, 문단139.53), 아이슬란드 (A/HRC/43/13, 문단123.4), 인도 (A/HRC/37/12, 문단148.34), 이라크 (A/HRC/37/15, 문단161.66), 아일랜드 (A/HRC/41/15, 문단139.36), 이탈리아 (A/HRC/37/11, 문단132.62), 케냐 (A/HRC/37/15, 문단161.67), 마다가스카르 (A/HRC/40/13 및 Corr.1, 문단78.23), 멕시코 (A/HRC/44/10, 문단153.52), 몬테네그로 (A/HRC/39/3, 문단115.2), 네덜란드 (A/HRC/37/15, 문단161.59), 뉴질랜드 (A/HRC/44/8, 문단111.29), 니카라과 (A/HRC/37/11, 문단132.33), 노르웨이 (A/HRC/44/9, 문단144.25), 포르투갈 (A/HRC/43/8, 문단140.23), 세네갈 (A/HRC/38/16, 문단108.32), 시에라리온 (A/HRC/37/12, 문단148.32), 슬로바키아 (A/HRC/44/10, 문단153.54), 슬로베니아 (A/HRC/43/8, 문단140.25), 스페인 (A/HRC/37/11, 문단132.29), 스웨덴 (A/HRC/44/14, 문단45.74), 튀르키예(터키) (A/HRC/37/11, 문단132.34), 우크라이나 (A/HRC/38/16, 문단108.31), 미국 (A/HRC/38/9, 문단105.122), 우루과이 (A/HRC/44/10, 문단153.57), 베네수엘라 (볼리비아리안공화국의 베네수엘라) (A/HRC/37/12, 문단148.31), 팔레스타인 (A/HRC/37/11, 문단132.35).

68) A/HRC/37/6, 문단118.62.

69) A/HRC/37/11, 문단132.27-132.29, 132.34-132.35, 132.37-132.40, 132.42 및 132.64-132.65; A/HRC/37/11/Add.1, 문단15-16.

70) 더반 선언, 문단2.

또한, 국가는 평등과 차별금지법 지속 가능한 발전을 달성하는 데에 매우 중요하다는 점을 인정했다. 2030 의제에서 "누구도 소외시키지 않는다(leave no one behind)"는 약속은 - 불평등을 줄이겠다는 구체적 목표와 많은 발전 분야에서 평등을 요구하는 세부목표와 함께 - 지속가능한 발전의 어떤 내용이든 평등과 차별금지가 중요한 역할을 하며, 지속가능한 발전과 관련되어 있음을 인정한 것이다.<sup>72)</sup> 특히, 지속가능 발전목표의 세부목표 10.3은 국가가 "기회 균등을 보장하고, 이와 관련하여 적절한 법률, 정책, 및 조치를 촉진함으로써 결과의 불평등을 줄일 것"을 요구한다.<sup>73)</sup> 이 세부목표는 포괄적 평등법의 제정이 지속가능발전목표 체계 내에서 기능적으로 필수적인 요소가 되도록 한다: 제대로 해석한다면, 이는 "기회 균등을 보장하고 결과의 불평등을 줄이기 위해" "적합한 법률"을 채택하라는 요구는 적극적 조치를 포함한 포괄적 차별금지법의 제정<sup>74)</sup>이 필요하다는 것을 의미한다. 또한, 목표 5와 16의 세부목표는 모두 차별금지법률의 채택을 명시적으로 요구하고 있으며,<sup>75)</sup> 발전권에 대한 유엔 특별보고관은 2019년 보고서에서 포괄적 차별금지법률의 채택이 "지속가능 발전목표와 그 세부 목표를 달성하기 위해 필요하다"고 인정하였다.<sup>76)</sup>

### III. 지역 및 국가별 법률 발전

지역 수준에서, 판결권을 가진 기관을 포함하여 초국가적 규범 기구들은 포괄적 차별금지법의 가치를 인정하고 있다. 미주, 아프리카, 유럽의 지역 인권 기구는 모두 해당 지역의 인권 조약에 서명한 국가가 포괄적 차별금지법을 제정할 의무가 있다고 결론을 내렸다. 국가 수준에서, 차별금지법이 - 일부 사례의 경우 불완전한 하지만 - 채택되었다. 이 법은 적어도 겉으로 보기에 포괄적인 수준의 보호를 제공하려고 애쓰기 때문에 국가 사이에 포괄적 차별금지법의 필요성에 대한 명확한 합의가 있다는 사실을 입증해 보이는 것이다. 포괄적 차별금지법을 채택하도록 하는 노력이 진정한 세계적 운동으로 성장해 가자, 각 대륙에서는 추가적으로 법을 개선하려는 노력이 진행 중이다.

#### A. 아프리카

인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights, 이하 아프리카 인권헌장) 제2조는 다음과 같이 규정한다: "모든 개인은 인종, 민족, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 견해, 국가 및 사회적 출신, 재산, 출생 또는 그 밖의 지위와 같은 어떤 종류의 구분 없이 본 헌장이 인정하고 보장하는 권리와 자유를 향유할 권리가 있다." 헌장 제1조는 국가가 "본 헌장에 명시된 권리, 의무 및 자유를 인정하고 ... 그것이 효력을 발휘하도록 입법적 또는 기타 조치를 취할 것"을 요구한다. 제2조에 명시된 차별금지원칙은 아프리카 여성 권리에 대한 아프리카 인권헌장 의정서 서문에서 다시 강조된다. 의정서 제2조는 국가가 여성에 대한 차별과 맞서기 위해 "적절한 입법적, 제도적 및 기타 조치"를 취할 것을 요구한다.

2010년, 아프리카 인권위원회(African Commission on Human and Peoples' Rights)는 아프리카 인권헌장에

71) 더반 검토회의 결과 문서, 문단85.

72) 특히, 목표 10 및 목표 16 달성. 다른 곳에서 논의되었듯이, 평등법은 차별적인 발전 장벽에 맞서는 법적 체계를 제공함으로써 목표 1, 2, 3, 4를 달성하기 위한 가속화하는 수단을 제공한다. Equal Rights Trust의 "누구도 소외되지 않는다: 지속 가능한 발전으로의 평등권적 접근(No one left behind: an equal rights approach to sustainable development)"을 참조. 이것은 유엔 특별보고관에게 제출된 발전권의 실질적 시행과 관련된 모범 사례에 관한 보고서(런던, 2018)이다.

73) 지속가능 발전목표의 세부목표 10.3.

74) A/HRC/42/38, 문단147-148.

75) 특히, 세부목표 5.c는 국가가 "성(gender)평등 초진을 위한 건전한 정책과 집행 가능한 법률을 채택하고 강화하도록" 요구하며, 세부목표 16.b는 국가가 "차별금지 법률과 정책을 촉진 및 집행하도록" 요구한다.

76) A/HRC/42/38, 문단147-148.

규정된 경제적, 사회적, 문화적 권리의 이행에 관한 원칙과 지침을 채택했다. 이는 국가가 "다음의 여러 사유의 조합—하지만 이에 국한하지 않고—에 근거한 교차적 차별을 인정하고 이에 대처하기 위한 조치를 취할" 의무를 강조한다: 성별/젠더, 인종, 민족, 언어, 종교, 정치적 및 기타 견해, 성적 특성, 출신국 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 연령, 장애, 결혼, 난민, 이주민 및/또는 기타 지위.<sup>77)</sup> 위원회는 이 지침에 따라 국가가 "포괄적 평등과 차별금지법"을 채택할 것을 권장했다.<sup>78)</sup> 아프리카의 여러 국가는 이 권장사항을 고려하여 평등에 대한 국내법적 체계를 검토하고 있다.<sup>79)</sup> 일부 국가(예를 들어 케냐)에서는 이러한 검토 과정의 일부로 포괄적 차별금지법을 채택할 가능성에 대해 고려해왔다.<sup>80)</sup>

### 남아프리카 공화국: 평등 촉진 및 불공정 차별방지법

2000년, 남아프리카 공화국은 평등 촉진 및 불공정 차별 방지법(the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act)을 제정했다. 이 법은 초기에 제정된 대표적 포괄적 차별금지법 중 하나이며, 그 이후 여러 법의 바탕이 되었고, 차별 개념 및 모범 사례를 제공해 왔다.

이 법의 1절에서 평등은 "헌법상 권리와 자유의 완전하고 공평한 향유"를 포함하는 것으로 정의되었으며, "법률상의 평등과 사실상의 평등, 그리고 결과적인 평등"을 포함한다. 차별은 "차별금지사유 중 하나 이상을 이유로, 직접적으로 또는 간접적으로, 사람에게 (a) 부담, 의무 또는 불이익을 부과하거나, (b) 혜택, 기회 또는 이익을 배제하는 정책, 법, 규칙, 관행, 상황 등 모든 행위 또는 부작위"를 포함하도록 정의되었다.

차별금지사유는 이 법의 제1조에 명시되어 있으며, 여기에는 (명확하게) "인종, 젠더, 성별, 임신, 혼인 상태, 민족 또는 사회적 출신, 피부색, 성적지향, 연령, 장애, 종교, 양심, 신념, 문화, 언어, 출생 및 HIV/AIDS(후천성 면역 결핍증) 상태"가 포함된다. 또한, 이 실무 지침서의 다른 부분에서 논의하는 바와 같이, 이 법은 새로운 차별금지사유를 식별하기 위한 기준을 규정하고 있다.<sup>81)</sup>

이 법 제5조는 이 법 조항이 "국가와 모든 개인"에게 법적 구속력이 있다고 명시하고 있지만, 고용 분야에서의 차별은 고용 평등법에 따라 별도로 규제를 받는다.<sup>82)</sup> 이 법의 제6조는 일반적인 차별금지에 관한 조항을 포함하고 있는데, 여기서 차별은 위에서 언급한 모든 이유에 근거한 차별을 말한다. 이 법 제7조부터 제9조까지는 인종, 젠더, 및 장애를 근거로 한 차별금지의 특정한 예시를 제공한다. 예를 들어, 제8조는 젠더 기반 폭력은 젠더를 이유로 한 차별금지 조항의 금지 대상에 포함된다고 명시하고 있다. 제9조에서는 확립된 접근성 기준을 위반하는 것은 장애를 이유로 한 차별이라고 정의한다.

제10조부터 제12조까지는 각각 혐오표현, 괴롭힘, 및 "불공정한 차별 정보의 전파와 게재"를 금지한다. 2019년, 최고항소법원은 제10조에 포함된 혐오표현의 정의가 범위가 너무 넓어서 위헌이라고 판단했다.<sup>83)</sup> 최고항소법원은 의회가 18개월 이내에 관련 규정을 개정하도록 명령을 내렸다. 이 사건은 곧 헌법재판소에 항소되었고, 헌법재판소는 2021년 판결에서 부분적으로 기존 판결을 유지했다.<sup>84)</sup>

이 법을 위반하면, 제16조에 따라 평등법원에 소가 제기될 수 있다. 평등법원은 고등법원과 예심법원으로 구성되어 있다. 평등법원의 권한은 이 법 제21조에 규정되어 있으며, 명령을 내릴 수 있는 광범위한 권한을 포함하고 있다. 제13조에는 차별사건에서 입증책임의 분배가 규정되어 있으며, 제20조는 당사자적격을 넓게 인정하는데, 특히, 이 중에서도 공익소송을 허용한다.<sup>85)</sup>

77) 아프리카 인권위원회, '아프리카 인권 및 민족권 현황(아프리카 인권현황)에 규정된 경제적, 사회적 그리고 문화적 권리의 이행에 관한 원칙과 지침', 문단38.

78) 아프리카 인권위원회, "케냐 공화국 제8차에서 제11차까지 주기 보고서에 대한 최종 견해 및 권고" (2016), 문단55 (ii).

79) 참조: 예를 들어, CCPR/C/KEN/4, 문단170. 다른 참조: 아래 튀니지에 대한 논의.

80) 실제로, 2017년 유엔 여성차별철폐위원회의 케냐 대표단은 케냐 법제개혁위원회가 포괄적 차별금지법 제정을 검토하고 있음을 내비쳤다. 참조: 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR), "유엔 여성차별철폐위원회는 케냐 보고서를 검토한다", 2017년 11월 2일.

81) 이 점에 대한 추가적인 논의에 대해서는 본 실무 지침서 제2부 I.A.1(a)절을 참조하기 바란다.

## B. 미주

미주 인권협약(American Convention on Human Rights) 제2조는 해당 협약에서 보호받는 권리와 자유를 실현하는 데에 필요한 "입법 또는 기타 조치"를 취해야 하는 의무를 규정하고 있다. 협약 제1조(1)은 "인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 의견 또는 기타 견해, 출신국 또는 사회적 출신, 경제적 지위, 출생 또는 그 외 기타 사회적 조건을 이유로 어떠한 차별도 없이 협약에서 인정하는 권리와 자유를 존중해야 하는" 일반 의무를 규정하고 있다. 제24조는 법 앞에 평등한 보호를 받을 권리를 정립하고 "차별없이 법의 동등한 보호"를 받을 권리가 있다는 점을 규정하고 있다. 미주 인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)와 미주 인권위원회(Inter-American Commission on Human Rights)가 인정하는 바와 같이, 위 조항들을 종합하면 국가가 협약에서 규정한 권리와 자유를 효과적으로 평등하게 행사할 수 있도록 보장하기 위해 필요한 모든 조치(법 제정을 포함하여)를 취할 적극적이며 예외없는 책무를 규정하고 있다.<sup>86)</sup> 미주 인권위원회는 "차별금지법률을 채택할" 명확한 의무<sup>87)</sup>를 인정했고, 이 분야에서 의견 일치가 강해지는 사실을 인용했다.<sup>88)</sup> 이러한 입법조치가 효과적이기 위해서는 반드시 "포괄적"이어야 하며 "형식적인 차별뿐 아니라 실질적인 차별, 법률상의 차별뿐 아니라 사실상의 차별"을 모두 포함해야 한다.<sup>89)</sup>

모든 유형의 차별과 불관용에 반대하는 미주 협약(The Inter-American Convention against All Forms of Discrimination and Intolerance)은 2013년에 채택되었고 2020년 2월에 발효되었다. 협약 제7조에 따라, "협약 당사국은 모든 공공 당국과 개인 또는 자연인 및 법인 모두에게 적용되며, 차별과 편견을 명확하게 정의하고 금지하는 법률을 공공 부문과 민간 부문 모두에서 제정할 임무를 갖는다"고 정하고 있다. 이 협약은 차별금지사유들을 특정하는 다양한 협약들을 보완하면서도 이를 기반으로 하는데, 여성, 인종 및 종족 소수자, 장애인 및 노인에게 대한 차별을 철폐하기 위해 고안된 법과 정책을 채택할 구체적이고 보완적인 의무를 부과한다.<sup>90)</sup> 이 지침서를 작성하는 시점에, 북미, 중미 및 남미의 12개 국가가 협약에 서명했다.<sup>91)</sup> 미주의 국가들은 그들의 지역적 법과 국제법적 의무에 따라 포괄적인 보호를 제공하는 차별금지법을 채택하였고, 다양한 생활 영역에서 제한되지 않은 차별금지사유 목록을 이유로 한 차별을 금지하고 있다.<sup>92)</sup>

82) 고용 평등법(Employment Equity Act), 1998 (법 제55호).

83) 최고항소법원, *Qwelane v. South African Human Rights Commission and Another* 사건 (686/2018) [2019] ZASCA 167; [2020] 1 All SA 325 (SCA); 2020 (2) SA 124 (SCA); 2020 (3) BCLR 334 (SCA) (2019년 11월 29일).

84) 특히, 법원은 제10절(1)(a)에서 "hurtful(마음을 상하게 하는)"이라는 단어의 사용이 너무 광범위하고, 그 광범위한 한도에서 헌법과 불일치한다고 판단했다. 헌법에 위반된다는 선고의 효력은 2년 동안 정지되었는데, 의회에게 해당 절을 개정할 충분한 시간을 주기 위해서였다. 참조: *Qwelane v. South African Human Rights Commission and Another* (CCT 13/20) [2021] ZACC 22; 2021 (6) SA 579 (CC); 2022 (2) BCLR 129 (CC) (2021년 7월 31일).

85) 평등 촉진 및 불공정 차별방지법, 제20절(1) (d).

86) 참조: 예를 들어, 미주 인권재판소, *Atala Riffo and Daughters v. Chile*, 판결, 2012년 2월 24일, 문단279; 미주 인권위원회, *San Miguel Sosa and others v. Venezuela*, 사건 12.923, Report No. 75/15, 본안, 2015년 10월 28일, 문단144; 미주 인권재판소, *Norin Catrimán et al. (Leaders, Members and Activist of the Mapuche Indigenous People) v. Chile*, 판결, 2014년 5월 29일, 문단199.

87) 미주 인권위원회, *미주 LGBTI(성 소수자) 인권 인정에 대한 진보와 도전(Advances and Challenges towards the Recognition of the Rights of LGBTI Persons in the Americas)*, 문단 82. 다른 참조: 미주 인권위원회, *미주 성소수자(LGBTI)에 대한 폭력(Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas)*(OEA/Ser.L/V/II, Doc.36/15 Rev.2) (2015), 270 쪽 (권고, 문단25).

88) 미주 인권위원회, *미주 LGBTI(성 소수자) 인권 인정에 대한 진보와 도전*, 문단82-84.

89) 같은 문헌, 문단94.

90) 여성에 대한 폭력 예방, 처벌 및 근절에 관한 미주 협약, 제7조: 인종주의, 인종차별 및 이와 관련한 불관용에 반대하는 미주 협약, 제7조: 장애인에 대한 모든 유형의 차별 철폐에 관한 미주 협약, 제3조(1); 노인의 인권 보호에 관한 미주 협약, 제4조-제5조.

91) 아르헨티나, 볼리비아 (다민족 국가), 브라질, 칠레, 콜롬비아, 코스타리카, 에콰도르, 아이티, 멕시코, 파나마, 페루, 우루과이.

92) 참조: 예시로, 다민족 국가 볼리비아, 인종 차별 및 모든 유형의 차별 대한 법, 2010 (법 제45호); 멕시코, 차별 예방 및 철폐를 위한 연방법, 2003년

93) 참조 URL: [www.bcn.cl/historiadaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4516](http://www.bcn.cl/historiadaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4516).

**칠레: 차별금지 조치 수립에 관한 법률**

칠레 의회는 2012년에 차별금지 조치 수립에 관한 법률을 법률 제20.609호로 통과시켰다. 이 법의 초안은 2005년에 칠레 하원(the Chamber of Deputies) 의장에 의해 처음 도입되었다. 24세의 다니엘 자무디오(Daniel Zamudio)가 산티아고 공원에서 신나치주의자로 추정되는 집단에게 잔인한 공격, 고문, 살해를 당한 차별 사건이 있었고, 이로 인해 2012년 이 법의 국회 통과가 가속화되었다.<sup>93)</sup>

이 법은 자의적 차별 행위가 발생할 때마다 법치를 효과적으로 재정립하는 사법 메카니즘을 수립한다. 이 법 제1조는 법의 물적 범위를 규정하는데, 국가의 각 행정 기관이 그 권한 범위 내에서 책무를 지도록 한다. 또한 제1조는 국가 기관이 모든 사람에게 차별로부터 자유로운 권리를 보장하기 위해 설계된 정책을 개발 및 이행하도록 하는 적극적 의무를 규정한다.

제2조에서는 차별을 국가 기관이나 개인이 행한, 합리적인 정당성이 없는, 헌법 및 칠레가 비준하여 발효된 인권에 관한 국제 조약에 규정된 기본권을 합법적으로 행사할 권리를 박탈, 교란 또는 위협하는, 구별, 배제, 또는 제한으로 정의한다. 제2조는 인종 또는 민족, 국적, 사회경제적 상황, 언어, 이념 또는 정치적 견해, 종교 또는 신념, 조합 가입 또는 참여, 성별(Sex), 성적지향, 성별정체성 및 혼인 상태, 그 밖의 다른 사유들을 이유로 한 차별을 금지하는, 예시적인 차별금지사유 목록을 규정한다.

또한 제2조는 여러 개의 구체적 헌법 조항을 참조하면서, 다른 기본권의 합법적 행사에 의하여 차별이 정당화될 수 있다고 덧붙인다.

**C. 유럽**

인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약(이하 '유럽인권협약') 제14조는 다른 국제협약에 규정된 바에 따라 차별을 금지한다. 유럽 인권재판소는 이 조항을 유사한 것들을 다르게 대하거나 다른 것들을 유사하게 대하는 것을 금지하는 것으로 해석한다.<sup>94)</sup> 유럽인권협약 제12의정서 제1조가 이 규정을 보충하는데, 해당 규정은 차별받지 않을 권리를 독립적인 권리로 규정하고 있다. 현재까지 20개 국가가 제12의정서를 비준했다. 제12의정서 비준은 유럽평의회 회원 자격의 전제 조건이기 때문에 모든 47개 유럽평의회 회원 국가는 제14조의 의무에 구속된다.<sup>95)</sup> 다수 국가는 유럽사회헌장 또는 개정된 헌장을 비준하였기에 해당 조약에 따른 차별금지 의무에 구속된다.<sup>96)</sup>

유럽연합은 평등 대우에 관한 EU 지침들(directives)과 국내 평등법이 일치하도록 하는 것을 모든 유럽연합 회원국의 의무로, 그리고 더 긴밀한 관계를 추구하는 국가들간의 연합과 가입자격에 대한 협상 사항으로 만들었다. 종합하면, 이 지침들은 차별로부터 개인을 보호할 의무를 고용에서 연령, 장애, 젠더, 인종 또는 출신민족, 종교 또는 신념, 성적지향을 이유로 한, 그리고 교육 분야에서 인종 또는 출신민족을 이유로 한 차별을 금지하는 것으로 확장하며, 사회보장 및 보건 등의 사회적 보호, 주거 등 재화와 서비스의 제공으로 확장한다.<sup>97)</sup> 2008년 이후 이들을 통합하는 '수평적 지침(horizontal directive)' 초안이 유럽평의회에서 논의 중이다.<sup>98)</sup> 지침 외에도, 유럽연합 기본

94) 유럽 인권재판소, *Thlimmenos v. Greece*, Application No. 34369/97, 판결, 2000년 4월 6일.  
 95) 또한, 2011년 유럽평의회는 '평등 원칙에 관한 선언과 유럽평의회 활동에 관한 결의 1844호 (2011)'를 채택했는데, 이는 회원 국가들이 포괄적 차별금지법을 채택하도록 촉구한다.  
 96) 유럽사회헌장, 서문 3번째 단락; 유럽사회헌장(개정본), 제5부, art. E.  
 97) 2000년 11월 27일자 2000/78/EC 지침은 고용과 직업에서의 평등한 대우에 대한 일반적 프레임워크를 정립하였고; 2000년 6월 29일자 2000/43/EC 지침은 인종 또는 민족적 출신과 상관없이 사람을 평등하게 대우해야 한다는 원칙을 구체화하였으며; 2004년 12월 13일자 2004/113/EC 지침은 재화와 서비스의 접근성 및 공급에서 남녀간 평등 대우 원칙을 구체화하였고; 2006년 7월 5일자 2006/54/EC 지침은 고용 및 직업 분야에서 남녀에게 평등한 기회를 부여하고 평등하게 대우하여야 한다는 원칙을 구체화하였다(개정).  
 98) 종교 또는 신념, 장애, 연령 또는 성적지향에 상관없이 사람을 평등하게 대우해야 한다는 원칙을 구체화하는 유럽평의회 지침 초안. 추가 정보는 다음 참조: 유럽 평등 기구 네트워크(EQUINET)의 "유럽연합 법 체계에서 평등과 그 이행을 개선하기(Advancing the

권헌장 제3장은 국가가 유럽연합법을 적용하는 데에 추가적인 의무 사항을 부과하는데, 이는 차별금지사유 목록을 확장하고<sup>99)</sup>, 실제 권리보호 수준을 높이는 데 이용될 수 있다.<sup>100)</sup>

유럽연합 회원국과 유럽연합 가입을 원하는 국가들이 유럽연합 평등 대우 지침들에 맞춰 그들의 법률을 개정하면서, 유럽연합은 전 대륙적으로 평등법 개혁의 추진에 도움을 주었다. 2009년, 체코가 차별금지법 (Anti-Discrimination Act)을 제정하면서 유럽연합 27개 회원국 중에서 위 지침들의 요구사항을 이행하는 법률을 채택한 마지막 국가가 되었다.<sup>101)</sup> 또한, 2008년부터 2015년 사이에 크로아티아, 보스니아 헤르체고비나, 세르비아, 알바니아, 몬테네그로, 북마케도니아, 우크라이나, 몰도바 공화국, 그리고 마지막으로 조지아까지, 유럽 대륙의 아홉 국가가 포괄적(또는 거의 포괄적인) 차별금지법을 채택하였다.<sup>102)</sup>

**북마케도니아: 차별예방 및 차별로부터의 보호에 관한 법률**

가장 최근 유럽에서 제정된 평등법률 중 하나는 2019년 5월 북마케도니아에서 제정된 차별예방 및 차별로부터의 보호에 관한 법률이며, 이 법은 이전의 법률을 대체하였다. 이 법은 시행된지 약 1년 후인 2020년 5월 14일에 절차상의 이유로 폐지되었는데, 헌법 제75조에 따른 정족수를 만족시키지 못하고 채택되었기 때문이다. 2020년 10월 27일, 북마케도니아 의회는 이 법을 다시 채택하였고, 그로부터 3일 후에 관보에 게재되면서 발표되었다.<sup>103)</sup>

제3조는 이 법의 물적 범위를 규정하는데, "모든 자연인 및 법인"에 적용되며, 적용대상이 되는 생활영역은 예시적으로 규정되었다. 제3조(2) 및 (3)에 따라 모든 "국가기관, 지방자치단체, 공공 당국의 법인 및 기타 모든 법인과 자연인"은 "평등 촉진과 차별 방지를 위한 조치 또는 행동을 취할" 의무를 준수해야한다. 이 법 제3조(4)는 데이터 수집과 처리에 관련된 기관 등의 의무를 좀 더 자세히 설명하고 있다.

제4조는 용어의 용례를 담고 있다. 여기서 평등을 "모든 사람이 동등한 권리를 가진다는 원칙"으로 정의한다. 연관과 인식에 기반한 차별, 다중 차별과 교차 차별 또한 정의하고 있으며, "정당한 편익"과 같은 다른 핵심 용어들도 함께 정의되어 있다.

제5조는 법의 인적 범위를 규정한다: "인종, 피부색, 출신민족이나 종족, 성별(sex), 젠더, 성적지향, 성별정체성, 소외된 그룹에 속한다는 사실, 언어, 국적, 사회적 배경, 교육, 종교 또는 종교적 신념, 정치적 신념, 그 밖의 신념, 장애, 연령, 가족 또는 결혼 상태, 재산 상태, 건강 상태, 개인 능력 및 사회적 지위, 또는 그 밖의 어떤 사유를 이유로 한 차별"을 금지한다.

제6조는 차별을 다음과 같이 정의한다: "타인과 동등한 기반에서 개인이나 집단의 권리와 자유를 향유하거나 행사하거나 인정받는 것을 방해 또는 제한하는 것을 목적으로 하거나 그러한 효과를 발생시키는, 모든 차별금지사유에 근거한, 작위 또는 부작위에 의한, 모든 구별, 배제, 제한 또는 선호". 여기에 직접 및 간접 차별, 차별 선동과 차별의 지시, 괴롭힘(성희롱 포함), 가해(불이익조치 등)와 분리가 포함되며, 각 차별유형은 제8조에서 제12조까지 정의되어 있다. 또한 제6조에 따른 차별에는 정당한 편익의 접근성 보장 조치의 거부도 포함된다.

EU legal framework for equality and its implementation)" 문서, 2020년 11월 9일.  
 99) 유럽연합 기본권 헌장, 제21조(1).  
 100) 참조: 예를 들어, ECJ, *Blanka Soukupová v. Ministerstvo zemědělství*, 사건 번호 C-401/11, 판결, 2013년 4월 11일  
 다른 참조: 유럽연합 기본권청(European Union Agency for Fundamental Rights), *국가 수준에서 유럽연합 기본권 헌장을 법과 정책 결정에 적용하기 지침(Applying the Charter of Fundamental Rights of the European Union in Law and Policymaking at National Level: Guidance)* (룩셈부르크, 유럽연합 출판사무소, 2020), pp. 29-30.  
 101) Equal Rights Trust, "체코 공화국, 차별금지법 채택을 채택한 마지막 EU 국가", 2009년 6월 25일.  
 102) 크로아티아, 차별금지법, 2008; 보스니아 헤르체고비나, 차별금지법, 2009; 세르비아, 차별금지법, 2009; 알바니아, 차별로부터 보호를 위한 법률 제10 221호, 2010; 북마케도니아, 차별방지 및 보호법, 2010 (2020년 10월 대체); 몰도바 공화국, 평등법, 2012; 우크라이나, 우크라이나에서 차별 예방 및 대응 원칙에 관한 법률, 2012; 조지아, 모든 유형의 차별 철폐법, 2014; 몬테네그로, 차별금지법, 2014.

적극적 조치(positive action)는 "모든 사람 또는 집단에 대한 실질적 평등이 달성될 때까지 인권과 자유의 불평등한 향유를 철폐하는 것을 유일한 목적"으로 채택되는데, 제7조의 요건이 충족된다면 차별로 간주되지 않는다. 제7조 규정은 차별금지 체계에서 예외에 해당한다: 특정한 차별금지사유를 이유로 하는 차별적 대우는 "그 차별적 대우가 '진정하고 결정적인 직업요건'을 구성하는 상황에서는 정당화될 수 있는데, 단 '그 목표가 정당하고 요건이 그 실현을 위해 요구되는 수준을 초과하지 않는 경우'일 것을 요한다(제7조 (3) (2)).

법 제3장은 차별방지위원회에 대하여 규정하는데, 이 위원회는 제14조에 따라 법인이며 "자율적 독립기관"으로서 설립된다. 제15조에서 제22조는 이 위원회의 제도적 권한과 요건을 규정하고 있는데, 여기에는 위원회의 예산과 구성 및 위원의 임명, 해임에 대한 규칙이 포함된다. 이 법 제4장은 위원회에 진정을 제출하는 절차를 규정하고 있으며, 이에는 입증책임에 관한 규칙이 포함된다. 제4장은 위원회가 정보를 수집하고 문서와 시설을 검사하는 권한을 자세하게 규정한다.

제5장은 법원의 보호에 관한 내용을 다룬다. 제32조에 따라, 차별을 경험한 모든 개인은 "관할 민사법원에 소를 제기할 권리"를 갖는다. 제35조에 따라 공익적 목적으로 차별로부터의 보호를 구하는 소송(민중소송, actio popularis)가 허용되며, 제40조는 이해관계가 있는 제3자가 법원 절차에 참여할 권리를 규정한다. 제37조는 차별사건에서의 입증책임에 대하여 규정하는데, 차별이 일어났다는 일응의 증거가 있으면(prima facie case) 피고에게로 입증책임이 넘어간다. 제38조는 차별 사건에서의 증거법칙은 민사소송법을 따라야 한다고 규정한다. 이 규정에 따라 "통계자료나 또는 상황 실험을 통해 얻은 자료"의 사용이 확실히 허용된다. 제39조는 차별 진정을 시작하는 개인이 법원 수수료를 부담하지 않아도 되도록 면제하고, 이를 국가가 부담하도록 하고 있다.

마지막으로, 제6장은 이 법을 위반했을 때 벌칙을 규정하고, 제7장은 경과조치와 종결규정(final provisions)을 담고 있다.

## D. 그 밖의 국내법의 발전

세계 다른 지역에서 포괄적 차별금지법의 채택은 좀 더 제한적으로 발전하고 있지만, 국가들이 이러한 법이 필요하다는 국제적 합의를 점점 더 추진하며, 그러한 합의에 참여하는 징후가 강해지는 추세는 명확하다.

여러 지역에서 평등법 개정 노력이 진행 중이다. 예를 들어, 2018년에는 튀니지가 모든 유형의 인종 차별을 금지하는 법률을 채택했고, 최근에는 국회의원들이 더 포괄적인 범위의 차별금지사유에 근거한 차별금지법 초안을 상정했다.<sup>104</sup> 방글라데시의 국가인권위원회<sup>105</sup>는 차별철폐에 관한 법 초안을 제안했으며, 현재 법무부, 법원, 국회 사무처에서 이 초안을 검토 중이다.<sup>106</sup> 2020년에는 중국 홍콩이 차별 입법 조례(기타 개정)를 통과시켰는데, 이는 (구체적인 차별금지사유에 근거한) 홍콩의 평등 조례<sup>107</sup>에 따른 차별 보호 범위를 확대한 것이다. 호주에서는 연방 차원의 평등 제도들을<sup>108</sup> 을 하나의 평등법으로 통합하는 것에 관해 적어도 2011년<sup>109</sup>부터 논의가 계속되어 오고

103) 다른 참조: 성평등 및 차별금지 법 전문가 유럽 네트워크, "긴급속보: 북마케도니아", 2020년 12월 1일 이용 URL: [www.equalitylaw.eu/downloads/5306-north-macedonia-anti-discrimination-law-re-adopted-by-parliament-following-annulment-by-the-constitutional-court-89-kb](http://www.equalitylaw.eu/downloads/5306-north-macedonia-anti-discrimination-law-re-adopted-by-parliament-following-annulment-by-the-constitutional-court-89-kb).

104) CCPR/C/TUN/CO/6, 문단15-16.

105) Muhammed Yeasin, "NHRC, 정부에 초안 제출", *Independent* (다카), 2018년 4월 21일. 이용 URL: [www.theindependentbd.com/post/146679](http://www.theindependentbd.com/post/146679).

106) 방글라데시 연대 그룹(Solidarity Group for Bangladesh), "방글라데시의 인권: UPR 3차 주기 동안 이행 상황 중간 평가" (2020). 이용 URL: [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/UPR/NGOsMidTermReports/JointSubmissionSolidarityGroup\\_Bangladesh.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/UPR/NGOsMidTermReports/JointSubmissionSolidarityGroup_Bangladesh.pdf).

107) 성별 차별 조례, 1995; 장애 차별 조례, 1995; 가족 지위 차별 조례, 1997; 인종 차별 조례, 2008.

108) 인종 차별 법, 1975; 성별 차별 법, 1984; 장애 차별 법, 1992; 연령 차별 법, 2004.

있으며, 최근에는 호주 인권위원회가 연방 차별금지법의 추가 개정에 관한 논의를 이끌었다.<sup>110)</sup> 아르헨티나에서는 시민사회조직연합이 2015년 부에노스아이레스에서 법(제5261호)을 통과시킨 성공 경험을 바탕으로, 국가 전체의 포괄적 차별금지법 채택을 추진하고자 노력하고 있다.

2021년에는 필리핀<sup>111)</sup>과 아르메니아<sup>112)</sup>의 행정 및 입법 기관이 포괄적 차별금지법의 채택을 적극 검토하고 있으며, 한편 도미니카 공화국, 인도, 키르기스스탄, 파라과이를 포함한 여러 국가에서는 주로 시민 사회가 초안 법률을 작성하고 지지하고 있다.

### 인도: 차별금지 및 평등 법안

2017년, 인도 의회의 의원이자 전 유엔 부사무차장인 샤시 타루르(Shashi Tharoor)는 "2016 차별금지 및 평등 법안"이라는 제목의 포괄적 차별금지법 초안을 인도 의회에 의원발의 법안으로 제출했다.<sup>113)</sup> 이 초안은 이전의 입법 계획안<sup>114)</sup>을 바탕으로 작성되었으며 인도에서 구체적으로 제안된 첫번째 포괄적 차별금지법이다. 비록 이 법안은 폐기되었지만, 차별금지 분야 시민사회가 이 법에 대해 추가 작업을 진행하고 있으며, 앞으로 입법 발전의 여지가 남아 있다.

법안은 5개 장으로 구성된다. 제2장은 법의 인적 범위, 금지된 행위의 유형 및 적극적 의무를 규정한다. 제3장은 중앙평등위원회의 설립, 임무, 자원 및 권한을 규정한다. 제4장은 차별 행위에 대한 구제책과 관련된 조항을 담고 있고, 제5장은 그 중에서도 차별 사건에서의 입증책임과 소제기의 당사자자격 등과 같은 기타 조항을 포함하는데, 여기서 당사자자격은 "피해자"(차별을 경험한 개인), 가까운 친족(피해자가 사망한 경우), 사전 동의를 받아 피해자를 대표하는 조직 또는 피해자들의 집단을 대표하는 피해자로 확대되어 있다.<sup>115)</sup>

제3조에는 차별금지사유의 구체적 목록을 규정하는데, 이에 "신분(카스트), 인종, 민족, 출신, 성별, 성별정체성, 임신, 성적지향, 종교 및 신념, 부족, 장애, 언어적 정체성, HIV 상태, 국적, 결혼 상태, 음식 선호, 피부색, 거주지, 출생지 또는 연령"이 포함된다. 또한 이 법안은 "그 밖에 다음과 같은 특성"을 이유로 한 차별을 금지한다:

- (a) 개인의 실효적인 통제를 벗어나거나, 근본적인 선택이거나, 둘 다인 특성.
- (b) 같은 특성으로 정의되는 다른 그룹과 비교했을 때, 광범위하고 실질적인 불이익을 받거나 또는 받을 위험에 처한 하나 이상의 집단을 정의하는 특성.<sup>116)</sup>

위에서 언급한 모든 특성의 조합을 이유로 한 차별 또한 금지된다.<sup>117)</sup> 제4조에 따라 "보호받는 집단"이라는 용어는 "해당 집단의 구성원으로 그리고 해당 집단의 구성원과 연관된 개인으로(올바르게 또는 올바르게 않게) 인식되는 사람들, 그리고 해당 집단의 구성원으로서 공식적인 인정이나, 사회적으로 응집된 집단이나, 독특한 문화적 정체성을 가지고 있거나, 그렇지 않을 수도 있는 사람들"을 포함하는 것으로 정의된다.

제6조에서 제12조까지는 금지된 행동 유형을 규정하는데, 이에 직접 차별, 간접 차별, 괴롭힘, 배제(보이콧), 분리, 차별적 폭력 및 가해(불이익조치 등)가 포함된다. 제14조에서 제16조는 "차별금지", "다양화" 및 "적절한 고려" 의무를 규정한다. "적절한 고려(due regard)" 의무의 경우 "모든 공공 당국은 규칙, 규정, 정책 또는 전략적 결정을 내릴 때 평등과 다양성을 촉진하기 위해 모든 유형의 차별을 철폐하는 데 적절한 고려를 해야 한다." 제33절에 따르면, 이러한 의무를 위반할 경우, 국가평등위원회는 발생한 피해를 구제하기 위해 "적절한 지시, 공표, 금지 명령, 구제책 또는 보상안"을 내릴 수 있다.

109) 참조: 예를 들어, 호주 인권위원회, *연방 차별법 통합(Consolidation of Commonwealth Discrimination Law)* (시드니, 2011).

110) 호주 인권위원회, "자유롭고 평등한: 호주 인권에 대한 대화 - 토론 문서: 연방 차별법 개혁 우선 순위("Free and equal: an Australian conversation on human rights - discussion paper: priorities for federal discrimination law reform") (시드니, 2019).

111) 참조: 예를 들어, 인권위원회, "하원에서의 포괄적 차별금지법안에 대한 입장문, 제18대 의회" (케손 시티, 2020). 이용 URL: [http://chr.gov.ph/wp-content/uploads/2020/11/SIGNED-Position-Paper\\_CADB\\_House-copy.pdf](http://chr.gov.ph/wp-content/uploads/2020/11/SIGNED-Position-Paper_CADB_House-copy.pdf).

112) CCPR/C/ARM/RQ/3, 문단9-10.

구제책은 다양한데, 가령 차별을 중단하거나 차별적인 관행을 수정하도록 하는 명령, 손해배상 지급, 공개 사과 및 재발 방지 보장, 다양화 조치 채택, 다양성 교육, 향후 권리 침해를 피하기 위한 구조적 조치 등이 포함될 수 있다.

## IV. 결론

그러므로, 모든 수준에서 - 유엔 조약기구에서부터 개별 국가 입법부까지, 국가별 정례인권검토에서부터 지속가능 발전목표까지 - 이제 국가가 모든 유형의 차별을 철폐할 의무를 이행하기 위해서 반드시 차별금지법을 채택해야 한다는 공감대가 형성되었다. 이 실무 지침서의 다음 장에서는 이러한 법들이 국제법을 준수하고 포괄적이고 효과적인 보호를 제공하기 위해 필요한 내용을 설명한다.

---

113) 2016 차별금지 및 평등 법안. 이용 URL: <http://164.100.47.4/BillsTexts/LSBillTexts/Asintroduced/2991.pdf>.

114) 기회 균등 위원회에 대한 법 초안을 포함하는데, 이것은 기회 균등 위원회(Menon 위원회)의 구조와 기능을 검토하고 결정하기 위해 전문가 집단이 2008년 보고서에서 발표, *기회 균등 위원회: 무엇이, 왜, 그리고 어떻게?* (뉴 델리, 2008). 이용 URL: [www.minorityaffairs.gov.in/sites/default/files/eoc\\_wwh.pdf](http://www.minorityaffairs.gov.in/sites/default/files/eoc_wwh.pdf).

115) 2016 차별금지 및 평등 법안, 제37절.

116) 같은 문헌, 제3절.

117) 같은 문헌, 제3절 (iii).

# 차별 없이 사는 세계



## 제 2 부

### 포괄적 차별금지법의 내용



## I. 평등권과 차별받지 않을 권리

이 실무 지침서의 제2부는 차별금지법의 중요한 요소와 평등권과 차별받지 않을 권리의 정의와 보장 방법에 대해 다룬다.

먼저, 차별받지 않을 권리에서 알아야 할 정의와 범위에 대해 논의한다. 포괄적 차별금지법이 국제법의 요건을 따르기 위해서는 국제법과 법의 규제를 받는 생활의 모든 영역에서 인정되는 차별금지사유에 근거한 모든 유형의 차별을 정의하고 금지해야 한다. A 절에서는 이러한 각각의 측면에서 국제법 요건을 살펴보고, 인적 범위, 금지된 유형의 행동, 그리고 물적 범위의 시각에서 차별금지법의 필요 요소를 정의한다. 그런 다음, 그렇게 못한 경우에 해당 법이 차별적인 행동의 정당성을 어떻게 처리하는지 검토한다.

국가는 단순히 차별을 정의하는 것으로 국제법적 의무를 이행한 것이 아니다. 특히 역사적으로 불리한 처지에 처한 사람들이나 보호하지 않는다면 동등하게 참여할 수 없는 사람을 위한 평등을 증진하도록 적극적 조치를 취해야 한다. 따라서 B 절에서는 적극적 조치에 대한 국가의 의무와 이를 차별금지법을 통해 어떻게 시행해야 하는지를 검토한다.

마지막으로, C 절에서는 평등 의무를 검토한다. 평등 의무는 차별금지법을 통해 국가가 평등하고 차별받지 않을 권리를 존중, 보호, 완수할 의무를 이행할 수 있도록 하는 법정 의무와 더불어, 물리적 환경, 교통, 인프라, 서비스, 정보 및 통신에 대해 공평한 접근성을 보장하는 국가의 의무에 대한 것이다.

이 절에서는 각 경우에 대해서 포괄적 차별금지법의 구성 요소를 정립하기 위해 국제법의 기준과 이에 관련된 유엔 조약기구의 유권 해석을 검토한다.

### A. 차별 금지

포괄적 차별금지법은 반드시 차별을 정의하고 금지해야 한다.

자유권규약이나 사회권규약에서는 "차별"에 대한 명확한 정의가 제시되지 않지만, 유엔 인종차별철폐협약, 유엔 여성차별철폐협약, 그리고 장애인권리협약은 차별에 대한 정의를 제공한다. 인종차별철폐협약 제1조는 "인종 차별"을 인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족에 기원을 둔 모든 구별, 배제, 제한 또는 우선권(preference)으로 규정하며, 이러한 행위가 정치, 경제, 사회, 문화 또는 기타 모든 공공생활의 분야에 있어서 평등하게 인권과 기본적인 자유의 인정, 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 경우"라고 규정한다. 유엔 여성차별철폐협약 제1조와 장애인권리협약 제2조에서도 이 정의를 반복한다. 단지 "인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족"을 "성별(Sex)" 및 "장애"라는 단어로 대체하고 "우선권(preference)"은 빠져 있다.<sup>118)</sup> 자유권위원회는 일반 논평 제18호에서 유엔 인종차별철폐협약 및 유엔 여성차별철폐협약에서 사용된 정의를 거의 그대로 받아들였으며, 인적 범위를 "어떠한 이유로든"으로 확대하기 위해 필요한 정도에 한해서만 수정하였다.<sup>119)</sup> 사회권위원회는 일반 논평 제20호(2009)에서 "선호"라는 단어 다음에 "또는 차별금지사유에 근거한 직접적 또는 간접적 차별 대우"라는 구절을 삽입하면서 이와 유사한 접근법을 취하였다.<sup>120)</sup>

118) 장애인권리협약 제2조에는 "그것은 정당한 편의제공의 거부를 포함하여 모든 유형의 차별을 포함한다"라는 문장을 추가되어 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 종교 또는 신념에 기초한 모든 유형의 편견과 차별 철폐에 관한 선언 제2조(2)의 "종교 또는 신념에 기초한 편협성과 차별"에 대한 정의 또한 유엔 인종차별철폐협약에서 사용되는 정의와 유사하며, 이에는 "선호"에 대한 언급이 포함되어 있다.

참조: Heiner Bielefeldt와 Michael Wiene의 "종교 또는 신념에 기초한 모든 유형의 편견과 차별 철폐에 관한 선언" (2021), 3쪽. 이용 URL: [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_36-55/ga\\_36-55\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_36-55/ga_36-55_e.pdf).

119) 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단6-7.

\*역주: 차별유형으로서 preference는 특정한 차별금지사유를 이유로 다른 개인 또는 집단을 우대하는 행위를 이르는데, 우리 정부 문서에서 이에 대한 번역은 '우선권' 또는 '선호'로 서로 다르다. 이 글에서는 국제인권규약 조항을 직접 인용하는 경우를 제외하고는 보다 직관적으로 이해할 수 있는 '선호'로 번역한다.

"목적 또는 효과"라는 단어가 이러한 정의에서 일관성 있게 나타나듯이, 차별은 관련된 비슷한 상황의 다른 사람과 다르게 대우를 받거나, 관련된 다른 상황의 사람과 동일하게 대우받는 경우 모두에서 발생하는 것으로 널리 알려져 있다.<sup>121)</sup>

### 차별 정의하기

유엔 조약기구의 관례와 견해를 바탕으로 살펴보면, 차별은 다음과 같이 정의할 수 있다: 인권과 기본 자유의 평등한 인정, 향유 및 행사를 무효화하거나 훼손시키는 목적 또는 효과가 있거나, 법으로 규제되는 생활의 모든 영역에서의 평등한 참여를 방해하는 하나 이상의 차별금지사유에 기반한 모든 구별, 배제 또는 제한. 모든 유형의 차별이 차별 금지 대상이며, 이에는 차별금지사유에 근거한 괴롭힘과 정당한 편의제공의 거부도 포함된다.

이 정의가 암시하듯이, 비교는 역사적으로 차별을 이해하는데 핵심적인 역할을 했다. 상식적으로 생각해도, 차별을 경험하는 개인이나 공동체는 다른 사람에 비해 불리한 조건으로 고통을 받는다는 것을 이해할 수 있다. 그래서, "어떤 비교 대상"과 실제로 또는 가상으로 "비교되었는가"가 많은 차별사건 판결에서 문제가 되었다. 아래에서 살펴보듯이, 차별에 대한 이해가 높아지면서 차별은 명확한 비교 대상이 없더라도 손해를 초래할 수 있다는 것이 인식되었고, 일부 유형의 차별의 경우에는 비교가 법적 정의의 일부가 아닐 수도 있다. 아래에서 살펴보듯이, 차별이 어떻게 발생하는지 그리고 그 결과가 어떤지를 이해하는 데 비교는 유용할 수 있지만, 비교 대상을 찾지 못했다고 해서 그것이 결코 사건 검토의 결정적 요인이 되어서는 안 된다.

### 멕시코: 차별을 방지하고 철폐하기 위한 연방법 제1조(III)

본 법의 목적에 따르면, 멕시코의 차별을 방지하고 철폐하기 위한 연방법 제1조(III)에, 차별은 행위로든 아니면 행위를 하지 않든, 또는 의도가 있든 없든지와는 관계없이, 객관적이지 않고 합리적이지 않은 또는 균형적이지 않은 하나 이상의 이유를 근거로 인권과 자유의 인정, 향유, 또는 행사를 제한, 방지, 손상 또는 무효화하는 것을 목표로 하거나 아니면 그런 효과를 발생시키는 구별, 배제, 제한 또는 선호를 의미한다.

따라서 차별에 대해 합의된 정의가 강조하듯이, 차별받지 않을 권리는 개인의 "특성" 또는 "차별금지사유"와 연결되어 발생하고, 삶의 향유를 손상하는 차별적인 대우나 영향으로부터 개인을 보호하는 데 관심을 둔다. 이에 따라, 네 가지 차원으로 차별받지 않을 권리를 구성할 수 있으며, 각 차원에 대한 간단한 질문은 다음과 같다:

- 권리의 인적 범위: 누가 보호 대상인가?
- 권리가 금지하는 행위: 어떤 행위로부터 사람을 보호하는가?
- 권리의 물적 범위: 어떤 경우에 사람을 보호하며, 보호의 의무는 누가 지는가?
- 행위의 잠재적 정당성: 어떤 이유에서 차별이 허용되는가?

본 절에서는 이러한 개념의 발전에 대해 논의한다. 그리고 포괄적 차별금지법을 채택하고자 노력하는 정책 입안자와 시민사회가 국제인권법 준수를 보장할 수 있도록 이러한 법률에 포함해야 할 내용에 대해 실질적인 지침을 제공한다.

120) 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단7.

121) 참조: 예를 들어, 유엔 장애인권리위원회, *Domina and Bendtsen v. Denmark* (CRPD/C/20/D/39/2017), 문단8.3, 유럽 인권재판소에서 규정하는 기준의 적용, *Thlimmenos v. Greece* 사건, 문단44.

## 1. 차별받지 않을 권리의 인적 범위

차별받지 않을 권리는 지위, 정체성, 특성 또는 신념과 관련하여 발생하는 피해로부터의 보호에 집중한다. 이러한 요소를 종합적으로 "차별금지사유(grounds of discrimination)"라고 지칭한다.<sup>122)</sup> 본 절에서는 이러한 사유에 대해 논의하고 요소들 사이에 존재하는 다양한 관계와 사람이 이들에게 어떻게 노출되는 지를 살펴본다.

### (a) 차별금지사유

#### 요약

- 차별금지법률은 광범위하고 제한적이지 않은 특성들을 기반으로 차별을 금지해야 한다.
- 다음 사유에 근거한 차별은 금지되어야 한다: 연령; 출생; 결혼; 가족 또는 보호자 지위; 피부색; 신분제도(카스트)를 포함하여 출신; 장애; 경제적 지위; 민족; 성별표현; 성별정체성; 유전병이나 그 외 질병에 대한 소인; 건강 상태; 출신 고향; 언어; 혼인 상태; 부성 또는 모성 지위; 이민자 신분; 소수자 신분; 출신 국가; 국적; 주거지; 정치적 의견 또는 기타 의견; 임신; 재산; 인종; 난민 또는 망명 지위; 종교 또는 신념; 성별 (Sex); 성적 특성(Sex characteristic); 성적지향; 사회적 출신; 사회적 상황; 또는 모든 기타 지위.
- 해당 사회에서 보호를 요구하는 그런 추가적 특성을 기반으로 발생하는 차별 또한 금지해야 한다.
- 차별금지법률은 명시적으로 나열한 것 외에도 추가적인 차별금지사유를 수용할 수 있는 포용성이 있어야 하며, "모든 기타 지위"에 기반한 차별을 금지해야 한다.

1948년에 채택된 세계인권선언 이후, 사람들은 차별을 금지해야 할 사유에 대해 많이 이해하게 되었다. 특히, 국가와 국제기구는 초기 수단에서 명확히 나열하지 않은 특성을 포함해 "다른 모든 사유"에서 차별은 금지되어야 한다는 점을 인정했다. 다른 특성 중에서도 초기 조약(문서)에 명시적으로 나열되지 않은 많은 사유(연령, 장애, 성별정체성, 건강 상태 및 성적지향 등)가 다른 차별금지사유와 동등한 것으로 인정되어, 차별금지사유 목록에 포함되었다.

1948년에 채택된 세계인권선언은 모든 사람은 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교(또는 신념)<sup>123)</sup>, 정치적 또는 기타의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분과 같은 어떠한 종류의 차별이 없이 세계인권선언에 규정된 모든 권리와 자유를 향유할 자격이 있다고 규정한다.<sup>124)</sup> 이 세계인권선언은 자유권규약의 제2조(1) 및 제26조와 사회권규약의 제2조(2)에 있는 차별금지 규정의 기본 역할을 했으며, 이 규약들 모두 세계인권선언의 차별금지 사유의 목록과 같은 목록을 사용한다.<sup>125)</sup> 이에 더하여, 1965년에 채택된 인종차별철폐협약에서는 "가문"과 "출신민족"을 인종 차별의 금지 유형으로 인정한다.<sup>126)</sup>

이후 조약은 점점 더 많은 차별금지사유를 인정하게 되었다. 유엔 여성차별철폐협약에 따르면, 결혼, 임신, 모성(또

122) 자유권규약의 제26조는 법 앞에 평등하고 공평한 보호를 받을 권리를 인정한다. 그리고 여러 국가의 헌법에도 공평한 보호를 인정하는데, 이는 차별의 기준이 되는 사유가 필요하지 않는 평등을 보장하는 것이다. 따라서 법원은 보호의 대상인 차별 특성에 대해 포괄적으로 접근할 수 있다.

123) 세계인권선언의 제2조에서는 "종교"라는 용어가 사용되지만, 제18조(사상, 양심 및 종교의 자유에 관한 권리)에서는 "종교 또는 신념"이라고 지칭한다. 자유권규약의 제2조(1) 및 제18조에서도 유사한 언어가 사용된다. 인권 조약기구는 그 해설에서 사람의 "종교 또는 신념(belief)"(모든 비 직업적 종교 또는 신념을 포함)을 기반으로 한 차별은 차별금지의 대상이 된다고 명확히 밝혔다. 이는 "종교 또는 신념(conviction)"이라는 용어를 사용하는 유엔 이주노동자권리협약 제1조(1)에서 명시적으로 기술되어 있다. 참조: 예시로, 자유권위원회, 일반 논평 제22호 (1993), 문단2, 10 and 11; 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단22; 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단18.

124) 세계인권선언, 제2조.

125) ILO 고용 및 직업에서의 차별에 관한 조약, 1958 (No. 111)의 제1조는 짧아지기는 했지만 비슷한 차별금지사유 목록을 담고 있다.

126) 유엔 인종차별철폐협약, 제1조(1).

는 부정) 상태를 이유로 한 차별<sup>127)</sup>은 금지된다.<sup>128)</sup> 유엔 아동권리협약 제2조(1)는 명시적으로 장애를 차별금지사유로 인정하는데, 이것은 2006년 장애인권리협약의 채택을 통해 크게 강화되었다.<sup>129)</sup> 1990년에 채택된 유엔 이주노동자 권리협약은 이러한 발전 사항의 많은 부분을 받아들이고 위에 나열된 대부분의 사유를 재확인하며, 이에 추가로 연령, 경제적 지위<sup>130)</sup> 및 국적을 차별금지사유로 인정한다.<sup>131)</sup>

많은 주요 인권조약들은 자유권규약, 사회권규약 등에서 명시적인 차별금지사유 목록을 제공하고 있으며, 그 외 "기타 지위(Other Status)"에 근거한 차별을 금지하고 있다.<sup>132)</sup> 여러 지역 인권조약(문서)도 유사한 문구의 조항을 갖고 있다.<sup>133)</sup> "기타 지위"이라는 용어는 협약에 명시된 차별금지사유 목록이 열거적이기보다는 예시적이라는 점을 나타내며, 그래서 차별에 대한 이해도가 높아지면서 새로운 차별금지사유를 인정할 수 있다.<sup>134)</sup>

### 추가적인 차별금지사유 인식: 국제, 지역 및 국내 관례

유엔 사회권위원회는 일반 논평 제20호(2009)에서 "기타 지위"이라는 용어를 이해하는데 있어 "유연한 접근법"의 중요성을 강조했다. 위원회에 따르면:

차별의 본질은 상황에 따라 다르고 시간에 따라 변한다. 그러므로 합리적이고 객관적으로 정당화할 수 없는 그리고 제2조 2항에 명시적으로 인정된 차별금지사유와 비교 가능한 본질의 기타 유형의 차별적 대우를 찾아낼 수 있도록 "그 밖의 지위"라는 차별금지사유에 대해 유연한 접근이 필요하다. 이러한 추가적인 차별금지사유는 소외되며 고통을 받아왔으며 계속 고통을 받게 될 취약한 사회 집단의 경험을 반영할 때 일반적으로 인정을 받는다.<sup>135)</sup>

유럽 인권재판소는 "그 밖의 지위"라는 용어에 "넓은 의미"<sup>136)</sup>를 부여해야 하며, "타고났거나 본질적인" 의미에서 개인적인 특성에 국한하지 않아야 한다고 지적했다.<sup>137)</sup> 마찬가지로, 미주 인권위원회는 미주 인권협약 제1조 제1항에 따라 "기타 모든 사회적 조건"이라는 용어를 넓게 해석하여, "인간에게 가장 유리한 선택의 맥락에서 해석되어야 하며, 현대 국제법에서 기본권의 발전을 고려하여" 해석해야 한다고 권고했다.<sup>138)</sup>

127) 우리는 본 실무 지침서에서 "부정 또는 모성 지위"라는 용어를 사용해 유엔 장애인권리위원회가 2018년 일반 논평 제6호에서 채택한 표현을 반영한다. 유엔 여성차별철폐위원회는 최종 의견서에서 젠더 불평등과 여성의 시장 배제를 해결하기 위한 수단으로 국가가 동등한 출산휴가와 육아휴가를 보장할 것을 촉구해왔다. 참조: 예를 들어, CEDAW/C/PRK/CO/2-4, 문단35-36.

128) 유엔 여성차별철폐협약, 제11조 (2).

129) 유엔 장애인권리협약, 제4조(1).

130) 유엔 사회권위원회의 일반 논평 제20호 (2009)에서는 "경제적 상황"이라고 언급되고, 유엔 장애인권리위원회의 일반 논평 제6호 (2018)에서는 "경제적 지위"라고 지칭된다. 본 실무 지침서에서는 "경제적 지위"라는 용어를 사용한다.

131) 유엔 이주노동자 권리협약, 제1조(1). 또한 이 협약은 "신념(conviction)"을 근거로 한 차별을 금지하는데, 이 차별금지사유는 많은 국제 기구에 의해 보호되는 종교 또는 신념의 특성과 유사하다.

132) 자유권규약, 제2조(1)과 제26조; 사회권규약, 제2조(2). 다른 참조: 유엔 이주노동자 권리협약, 제1조(1); 유엔 아동 권리협약, 제2조(1).

133) 아프리카 인권헌장 제2조, 유럽 인권협약 제14조 그리고 의정서 제12호의 제1조 (1) 문단에 따라 "기타 지위"를 근거로 한 차별 또한 금지한다. 각 차별금지 조약(문서)은 "...와 같은(such as)"라는 문구를 사용하여 차별금지사유 목록이 완전한 것이 아니라 실례를 든 것이라는 점을 나타낸다. 이는 유럽연합 기본권 헌장의 제21조(1)도 마찬가지다. 제21조(1)에서 "기타 지위"라는 용어는 사용되지 않는다. 미주 인권협약의 제1조(1)는 "또는 그 밖의 모든 사회적 조건"을 근거로 한 차별을 금지한다. 모든 유형의 차별과 불관용에 반대하는 미주 협약의 제1조(1)는 "사회적"이라는 단어를 빼고 "그 밖의 모든 조건"을 근거로 한 차별을 금지하고 있다.

134) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단27.

135) 같은 문헌.

136) 유럽 인권재판소, *Carson and others v. the United Kingdom*, 소송 신청번호 42184/05, 판결, 2010년 3월 16일, 문단70.

137) 유럽 인권재판소, *Clift v. the United Kingdom*, 소송 신청번호 7205/07, 판결, 2010년 7월 13일, 문단56-59.

138) 미주 인권위원회, *Duque v. Colombia*, 사건 12.841, 보고서 번호 5/14, 본안, 2014년 4월 2일, 문단64.

### 남아프리카 공화국: 평등 촉진 및 불공정 차별방지법

남아프리카공화국의 평등 촉진 및 불공정 차별방지법은 추가적인 차별금지사유를 식별하기 위한 기준을 규정한다. 법률에 명시적으로 나열된 이유 외에도 "차별금지사유"라는 용어는 다음과 같은 "다른 사유를 근거로 하는 차별"을 포함한다(i) 조직적 불이익을 야기하거나 영속화시키는 경우; (ii) 인간의 존엄성을 손상시키는 경우; 또는 (iii) 명시적으로 나열된 사유에 근거한 차별과 비견할 만큼 개인의 권리와 자유의 평등한 향유에 부정적인 영향을 심각하게 미치는 경우.<sup>139)</sup> 남아프리카공화국의 법 모델은 초기의 포괄적 평등법 중 하나로써 영향력이 컸으며, 이후 모범 사례 접근법 개발에 기여했다.<sup>140)</sup> 인권 조약기구는 개인진정, 일반 논평, 최종 견해를 검토하여 "그 밖의 지위"의 형태를 갖는 다양한 개인 특성이 있음을 확인했다.

그중에서도 여기에는 성적지향,<sup>141)</sup> 성별정체성<sup>142)</sup> 그리고 - 간성(intersex)에게 영향을 미치는 특정한 피해를 고려하여 <sup>143)</sup> - 성적 특성(Sex characteristic)이 포함된다.<sup>144)</sup> 이러한 분야의 발전은 대부분 지역 수준에서<sup>145)</sup>, 그리고 국가의 인권 의무에 따라 채택된 국가 법률에 나타난다.<sup>146)</sup>

유엔 사회권위원회와 유엔 장애인권리위원회는 평등과 차별금지에 대한 일반 논평을 발표했다. 이 논평은 국제 수준에서 차별금지가 얼마나 발전했는지 반영하고, 국제법에서 인정된 (폐쇄적이지 않은) 차별금지사유 목록을 제공한다.

이 목록에는 앞에서 명시적으로 제시한 목록의 특성 외에도 가족(또는 보호자)의 지위,<sup>147)</sup> 성별정체성,<sup>148)</sup> 건강 상태, 주거지, 성적지향,<sup>149)</sup> 사회적 지위, 시민권, 성별표현,<sup>150)</sup> 유전병이나 그 외 질병에 대한 소인, 출신 고향,

139) 평등 촉진 및 불공정 차별방지법, 2000, 제1절.

140) Equal Rights Trust, 평등 원칙에 관한 선언, 원칙 5; 그리고 유럽평의회, 평등 원칙 선언서와 유럽평의회에 관한 결의 1844 (2011), 문단10.

141) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단32; CRC/C/BLR/CO/5-6, 문단15 (a); 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단18; CRPD/C/IND/CO/1, 문단19 (b); 유엔 고문방지 위원회, 일반 논평 제2호 (2007), 문단21; CERD/C/KGZ/CO/8-10, 문단16; CMW/C/LKA/CO/2, 문단27 (c); 자유권위원회, *Young v. Australia* (CCPR/C/78/D/941/2000), 문단10.4.

142) 참조: 예를 들어, E/C.12/UKR/CO/7, 문단10-11; CCPR/C/UZB/CO/5, 문단10-11; 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제36호 (2020), 문단18 and 60; CEDAW/C/NZL/CO/8, 문단12 (a); CRPD/C/MMR/CO/1, 문단12; CMW/C/LKA/CO/2, 문단27 (c); CRC/C/LVA/CO/3-5, 문단27 (c); CAT/C/UZB/CO/5, 문단64.

143) 회원국, 유엔 기구, 지역 메카니즘 및 시민사회 조직은 "성적특성", "간성(intersex) 지위" 및 "신체적 다양성"을 포함해 다른 용어로 간성인 사람이 인권 침해를 당하는 근거인 차별금지사유를 기술한다. 본 실무 지침서에서는 일반적으로 사용되는 "성적 특성(sex characteristic)"을 그 용어로 사용한다.

144) 참조: 예를 들어, E/C.12/ECU/CO/4, 문단25-26; CRC/C/LVA/CO/3-5, 문단27 (c); CEDAW/C/NZL/CO/8, 문단12 (a); CRPD/C/IND/CO/1, 문단19 (b); CAT/C/BLR/CO/5, 문단30 (b); CERD/C/ARG/CO/21-23, 문단36; CMW/C/GTM/CO/2, 문단26 (a) 및 문단27 (d); CCPR/C/TUN/CO/6, 문단19-20.

145) 예를 들어, 성적지향에 근거한 차별과 관련하여 다음의 참조: 아프리카 인권위원회, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe* 사건, 진정 제245호/02, 결정, 2006년 5월 11일부터 15일, 문단169; 미주 인권재판소, *Atala Riffo and Daughters v. Chile* 사건, 판결, 2012년 2월 24일; 유럽 인권재판소, *S.L. v. Austria*, 소송 신청번호 45330/99, 2003, 문단37. 이 점에 대한 추가적인 논의를 원한다면 다음을 참조: 아프리카 인권위원회와 다른 기관, *성적지향과 성별정체성에 기반한 폭력과 기타 인권 침해 종식: 아프리카 인권위원회, 미주 인권위원회, 그리고 유엔의 공동 대화* (Pretoria, Pretoria University Law Press, 2016). 이용 URL: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/Endingviolence\\_ACHPR\\_IACHR\\_UN\\_SOGI\\_dialogue\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/Endingviolence_ACHPR_IACHR_UN_SOGI_dialogue_EN.pdf)

146) 참조: 예를 들어, 몰타, 성별정체성, 성별표현 및 성적 특성에 관한 법, 2015.

147) 유엔 장애인권리위원회는 일반 논평 제6호(2018)에서 보호자 지위(carer status)가 아니라 'career status'라는 용어를 사용한다. 하지만, 이전 일반 논평 초안(여기서 'carer(보호자)'라는 용어를 사용한다)과 'family or career status(가족 또는 보호자 지위)'라는 문구 안에서 'career' 단어의 위치를 살펴보면 그것이 오타라는 것을 알 수 있다. 본 실무 지침서에서는 'career status'가 아니라 '가족 또는 보호자 지위' 이유로 지칭한다.

148) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단32; E/C.12/UKR/CO/7, 문단10-11; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제3호 (2016), 문단4; CRPD/C/MMR/CO/1, 문단12 (a); CRPD/C/IND/CO/1, 문단19 (b).

149) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단32. 다른 참조: 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단21 및 문단33; CRPD/C/IND/CO/1, 문단19 (b).

이민자 신분, 소수민족, 성적 특성<sup>151)</sup> 그리고 난민 또는 망명 지위를 포함한다.<sup>152)</sup> 조약기구는 판결을 내리는 과정에서 "가문"과 같은 국내법에 근거한 기타 사유를 인정해왔다.<sup>153)</sup>

일부 조약기구는 특정한 차별금지사유를 함께 고려한다. 예를 들어, 유엔 사회권위원회의 일반 논평 제20호(2009)에서는 인종 차별의 한 유형으로서 출신민족에 기반한 차별; 성별 기반의 차별 측면에서 젠더와 임신에 기반한 차별; 정치적 견해 또는 기타 의견에 기반한 차별 유형으로서 노동조합 및 정당 회원 자격; 국적을 표제로 한 난민, 망명신청자, 이주민, 인신매매 피해자 및 무국적자; 그리고 출생에 근거한 출신(decent) 기반 차별을 포함한다.<sup>154)</sup>

조약기구는 관련된 개념을 설명할 때 다른 용어를 사용할 수도 있다. 이는 가장 적절한 용어에 대해 가끔 서로 이해가 잘 되고 있다는 것을 의미한다.<sup>155)</sup> 또는 관련된 차별금지사유의 다양한 측면을 더 잘 이해하게 된 것을 의미한다. 그러므로, 유엔 장애인권리위원회의 일반 논평 제6호(2018)에서는 성별정체성과 성별표현<sup>156)</sup>을 구별하는 것이 이 분야의 모범 사례이다.<sup>157)</sup> 그러나 차별의 근거가 되는 특성 간에는 종종 중첩 및 교차가 있으므로, 용어를 명확하게 하여 차별로부터 보호가 충분히 이루어질 수 있도록 주의해야 한다.

국가가 국제법상 의무를 이행하기 위해 포괄적 차별금지법을 채택할 때 차별받지 않을 권리가 존중되고 보호되며 이행되도록 이를 보장해야 한다.<sup>158)</sup> 이것은 국제법에서 인정된 차별금지사유 중 하나 이상에 근거한 차별에 노출된 모든 개인이 자신의 권리를 행하고 구제책을 받을 수 있는 법적 경로를 제공받는다는 의미이다.<sup>159)</sup> 또한, 국가 입법자는 그들의 사회에서 보호가 필요한 기타 특성을 명시하여 모두가 차별받지 않을 권리를 누릴 수 있도록 해야 한다.<sup>160)</sup> 이런 점에서, 몇몇 국가는 그들의 국가 법 체계에서 명시되지 않은 차별금지사유를 - "신분제도(카스트)"부터 "HIV/AIDS 상태"까지- 인정해왔다.<sup>161)</sup>

### 국제법에 따라 인정된 차별금지사유

아래 박스에는 국제법에서 차별금지사유로 인정한 항목을 나열하고 있는데, 이는 하나 또는 그 이상의 조약에 포함된 내용이거나 권한 있는 조약기구의 해석을 통해 규정된 차별금지사유이다. 여기에는 중요 국제인권 조약의 차별금지 조항 본문에 명시적으로 포함된 특성뿐만 아니라, 유엔 사회권위원회의 일반 논평 제20호(2009)와 유엔 장애인권리위원회의 일반 논평 제6호(2018)에서 언급된 특성도 포함하고 있다. 전체적으로 보면, 이러한 일반 논평은 국제법이 많은 차별금지사유를 인정해 왔음을 나타내지만, 백색증<sup>162)</sup>처럼 그 보호받을 지위나 국제 기준을 완전히

150) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제22호 (2016), 문단23 및 문단40; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단21.  
 151) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제22호 (2016), 문단2, 23, 30; E/C.12/NLD/CO/6, 문단18-19; CRPD/C/IND/CO/1, 문단19 (b); 위에서 언급된 성적 특성에 대한 논의.  
 152) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단18-35; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단21.  
 153) 유엔 자유권위원회, *Ross v. Canada* (CCPP/C/70/D/736/1997), 뉴 브런즈윅 주 법률에 근거하며 그리고 캐나다 대법원에서 판결한 사례를 바탕으로 한 차별금지사유.  
 154) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단19-20, 23, 26, 30 및 32.  
 155) 참조: 예를 들어, Equal Rights Trust에서의 "사회경제적 불이익"이라는 용어에 대한 논의, *불평등 학습: 평등 법을 활용하여 학교 밖 아동의 초등 교육 장벽 해소* (London, 2017) 32-35쪽.  
 156) "성별정체성"은 욱야카르타(족자카르타; yogyakarta) 원칙에서 "한 사람이 깊이 느끼고 있는 내면적이고 개인적인 젠더의 경험"으로 출생 시 배정된 성별(Sex)과 일치할 수도 있고 아닐 수도 있는 것"으로 정의된다. 욱야카르타 원칙(플러스 10)은 "성별표현"을 "개인의 외모... 및 버릇, 말투, 행동 패턴, 이름 및 호칭을 통해 표현하는 성별"으로 정의한다. 역사적으로 논의되었지만, 개인의 성별표현은 "개인의 성별정체성과 일치할 수도 있고 아닐 수도 있다."  
 157) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단21 and 34; CEDAW/C/NZL/CO/8, 문단11 (a) 및 문단12 (a); CCPR/C/SLV/CO/7, 문단9; 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제22호 (2016), 문단23 및 문단 40; CRC/C/SWE/CO/5, 문단15.  
 158) 참고: 본 실무 지침서의 제1부 1절 B  
 159) 참고: 본 실무 지침서의 제2부 제2장 확인  
 160) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단27.  
 161) 참조: 예를 들어, 인도의 헌법, 제15조 (1), 카스트를 기반으로 한 차별과 관련하여; 부룬디의 헌법, 제22조, HIV/AIDS 지위와 관련하여. 이러한 각 차별금지사유는 국제법에서도 인정되지만, "출신" or "건강 상태"와 같은 다른 이름으로 논의된다. 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단26 및 문단 33.  
 162) 그러나 이 차별 이유는 피부색 또는 장애와 같은 다른 표제로 논의된다. 참조: E/C.12/GIN/CO/1, 항18; CCPR/C/AGO/CO/2,

반영하지는 못하고 있다.<sup>163)</sup> 그러므로, 이 박스는 국제법에서 인정된 모든 차별금지사유에 대한 포괄적인 시각을 제공하려는 의도가 아니라는 것을 강조할 필요가 있다. 특정한 특성이 조약의 차별금지 조항에 명시적으로 나열되어 있지 않았다고 보호받지 못한다는 의미는 아니며<sup>164)</sup> "기타 지위" 조항을 넓게 해석하여 모든 사람이 차별받지 않을 권리를 부여받을 수 있도록 하는 것이 중요하다.

**국제법에 따라 인정된 차별금지사유**

연령	이민자 지위
출생	소수자 지위
결혼, 가족 또는 보호자 지위	출신 국가
피부색	국적
신분제도(카스트)를 포함하여 출신	주거지
장애	정치적 견해 또는 기타 의견
경제적 지위	임신
민족	재산
성별표현	인종
성별정체성	난민 또는 망명 지위
유전병이나 그 외 질병에 대한 소인	종교 또는 신념
건강 상태	성별(Sex)
출신 고향	성적 특성(Sex Characteristic)
언어	성적지향
혼인 상태	사회적 출신
임산부 또는 부모 지위	사회적 지위

더불어, 국제법에 따르면, 국가는 "그 밖의 지위"를 기반으로 하는 차별을 금지하며, "한정되지 않은" 차별금지 사유들을 유지해야 한다.

**비시민권자 차별**

국제인권조약은 모든 사람이 평등한 존엄과 권리를 타고났다는 전 세계적인 약속에 따라 시민권에 관계없이 "모두"에게 권리를 보장한다. 자유권위원회는 자유권규약의 모든 권리는 시민권자와 비시민권자 사이에 차별없이 보장되어야 함을 지적한다. 그리고 비시민권자는 조약 제2조의 규정된 조항의 혜택을 받는다고 강조한다.<sup>165)</sup> 위원회는 개별적인 진정 사건을 검토하는 과정에서, 조약 제26조는 시민권자와 비시민권자 사이의 차별이 차별금지의 대상이라고 주장한다.<sup>166)</sup> 이와 비슷하게, 유엔 사회권위원회는 국제적 사회권규약 제2조(2)의 "기타 지위"에 속하는 보호를 받는 차별금지사유라고 기술하고 있다. 또한 이 조약에 보호를 받는 권리는 법적 지위와 서류 여부와 관계없이 "난민, 망명자, 무국적자, 이주 노동자 및 국제 인신매매 피해자와 같은 비국민을 포함한 모든 사람에게 적용된다"고 강조한다.<sup>167)</sup>

유엔 인종차별철폐위원회는 비시민권자가 어떤 유형의 차별에도 노출되지 않도록 국가가 취해야 할 조치에 대해 상세하게 조사했다. 이 조치에는 다음의 일반 원칙이 포함된다: (a) 국가의 "법적 조항은 어떤 특정 국적도

항13-14; CEDAW/C/ETH/CO/8, 항21; CERD/C/ZMB/CO/17-19, 항29-30; CRPD/C/SEN/CO/1, 항7-8.

163) 참조: OHCHR, 유엔 인권옹호자 선언 20주년, 2018년 5월 3일.

164) 위에서 언급한 바와 같이, 유엔 사회권위원회의 일반 논평 제20호(2009)에서는 다른 조약기구에서 인정된 여러 차별금지사유를 단일 표제 하에 포괄한다. 예를 들어, "출생"이라는 차별금지사유는 출신 및 신분제도(카스트)를 기반으로 한 차별을 포함한다. 무국적 상태는 국적 기반의 차별 유형 중 하나로 고려된다. 참조: 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호(2009), 문단26 및 문단30.

차별하지 않아야 한다"; (b) 국제법은 "차별금지원칙을 손상시키지 않도록 해석되어야 한다"; (c) 국가는 "시민적, 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 향유 권리에서 인종차별을 금지하고 철폐할 적극적 의무가 있다. ... 국가는 이러한 권리를 국제법에서 인정하는 범위 내에서 향유하는 데 있어 시민권자와 비시민권자 사이의 평등을 보장할 의무가 있다."; (d) "시민권이나 이민자 지위에 기반한 모든 차별적 대우는 그러한 차별 기준이 적법한 목적에 맞게 적용되지 않거나, 이 목적의 달성에 균형적이지 않은 경우 차별이 될 것이다."<sup>168)</sup>

유럽 인권재판소와 같은 재판소(tribunal)는, 예를 들어, 외국 국적자를 실업 수당에서 제외하거나 영주권이 없는 사람에게 중등학교 수업료를 내게 하는 경우, 등은 국가가 차별금지를 위반한 것이라고 보았다.<sup>169)</sup> 재판소는 또한, 시민권 취득 절차에서 인종 차별금지 사항을 위반한 국가를 판결했다.<sup>170)</sup> 재판소는 외국인 집단 추방과 관련한 사건에서 다른 차별 사례와 비교했을 때 더 엄격한 입증 기준을 국가에 적용했다.<sup>171)</sup>

위에서 보았듯이, 경제, 사회, 문화적 생활의 대부분 영역(모든 영역은 아니지만)에서 국적을 기반으로 한 차별은 다른 차별금지사유와 마찬가지로 계속 금지되는 추세이다. 국제인권법을 준수하기 위해서는, 국적과 관련된 예외 사항이 국내법에 포함되어 있는 경우, 이는 좁게 정의가 되어야 한다. 더불어, 일반적 차별금지에 따라, 비국민도 이민, 추방, 시민권, 기타 국경 통제 영역에서 성별, 성적지향, 성별정체성, 장애 등, 유엔 인종차별철폐위원회가 2004년에 언급한 인종, 피부색, 출신, 민족, 종족 등을 포함하며 (이에 국한되지 않고) 그 밖에 모든 차별금지사유에 기반한 차별에서도 보호를 받아야 한다.<sup>172)</sup>

## (b) 연관과 인식에 기반한 차별

### 요약

- 차별 금지 법률은 다음과 같이 정의되는 인식과 연관을 기반으로 한 차별을 금지해야 한다:
  - 인식 기반 차별: 개인이 보호 대상인 특성을 가진다는 인식 - 이러한 인식이 정확하든 아니든 관계없이 - 때문에 불이익을 받는 것.
  - 연관 기반 차별: 보호 대상인 특성을 소유한 다른 사람과 연관되어 있다는 이유로 불이익을 받는 것.

차별은 특정한 특성, 지위, 또는 정체성을 가진 개인에게만 일어나지 않는다. 어떤 개인이 보호 대상인 특성을 공유하는 집단에 속해 있다는 인식, 또는 그러한 특성을 가진 사람이나 집단과 연관되어 있기 때문에도 차별을 경험할 수 있다. 인식에 기반한 차별은 개인이 보호 대상인 특성을 가진다는 인식 (이러한 인식이 정확하든 아니든 관계없이)으로 인해 불이익을 받을 때 발생한다. 연관에 기반한 차별은 보호 대상인 특성을 소유한 또 다른 사람 또는 사람들과 연관되어 있다는 이유로 불이익을 받을 때 발생한다.

165) 자유권위원회, 일반 논평 제15호 (1986), 문단2.

166) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, *Gueye et al. v. France*, 진정 제966호/1983; *Adam v. Czech Republic*, 진정 제586호/1994; *Karakurt v. Austria*, 진정 제965호/2000.

167) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단30.

168) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제30호 (2004), 문단1-4.

169) 유럽 인권재판소, *Gaygusuz v. Austria*, 소송 신청번호 17371/90, 판결, 1996년 9월 16일; and *Ponomaryovi v. Bulgaria*, 소송 신청번호 5335/05, 판결, 2011년 6월 21일.

170) 유럽 인권재판소, *Biao v. Denmark*, 소송 신청번호 38590/10, 판결, 2016년 5월 24일. 다른 참조: 유럽 인권위원회, *East African Asians v. the United Kingdom*, 소송 신청번호 4403/70-4419/70 및 기타. 보고서, 1973년 12월 14일.

171) "법원은 준수한 절차가 추방이 집단적일 수도 있었다는 모든 의심을 배제할 수 없다고 판단한다." 유럽 인권재판소, *Čonka v. Belgium*, 소송 신청번호 51564/99, 판결, 2002년 2월 5일, 문단61.

172) 참조: 이민 문제의 맥락에서, 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제30호 (2004), 문단9.

## 코소보:173) 차별로부터의 보호에 관한 법률, 2015

## 제4조

1.7. 연관에 기반한 차별은 이 법 제1조에 규정된 이유에 근거한 차별로, 특정 집단에 속하지 않지만 그러한 집단과 연관된 제3자를 대상으로 하는 경우에도 차별로 간주된다;

...

1.9. 인식에 기반한 차별은 이 법 제1조에 명시된 이유에 근거한 차별로, 특정 집단에 속하지 않지만 그러한 집단에 속한다고 인식되는 제3자를 대상으로 하는 경우 차별로 간주된다.

보호 대상인 집단의 구성원에는 차별금지사유 중 하나로, 특성 지어진 집단과의 "연관"과 "한 개인이 그러한 집단의 일원이라는 타인의 인식"이 포함된다는 것에 주목했다.<sup>174)</sup> 이와 유사하게, 유엔 장애인권리위원회는 관련 협약의 해석에서, "장애가 있다고 추정되는 사람과 장애가 있는 사람과 연관된 사람"에게까지 차별금지가 확대 적용된다고 언급했다.<sup>175)</sup> 다른 조약기구도 최종 견해에서 인식에 기반한 차별에 대해 다루고 있다.<sup>176)</sup>

지역 수준의 법원이 처리하는 사건은 인식에 기반한 차별과 연관에 의한 차별 문제를 다루도록 하고 있다, 이것은 보호의 본질을 상세히 설명해준다. 미주 인권재판소는 미주 인권협약이 "[개인의] 어떤 사회 부문이나 집단과의 관계에 대해 다른 사람이 가지는 인식"에 근거한 차별은 그것이 피해자에 대해 사실이든 자기 인식이든 관계없이 금지해야 한다고 이야기한다.<sup>177)</sup> 재판소에 따르면, 이러한 차별은 개인을 "다른 개인적 조건은 고려하지 않고 [그들에게] 귀속된 유일한 특성으로 만드는 목적이나 효과를 가진다. 이러한 정체성의 축소는 결과적으로 차별적인 대우를 초래하고 따라서 피해자의 권리를 침해한다."<sup>178)</sup> 재판소는 인식과 연관에 기반한 차별금지와 관련하여 유엔 사회권위원회에 동의를 얻어 범정에 소환한 적이 있으며,<sup>179)</sup> 보호 대상 집단에 속한 사람과의 개인적인 연관에 기반한 차별은 금지되어야 한다는 점을 암시적으로 인정했다.<sup>180)</sup>

유럽연합에서는 이러한 개념에 대한 이해가 *Coleman v. Attridge Law* 사건과 *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia* 사건을 계기로 발전하였다. 전자의 경우, 유럽 사법재판소는 이 여성이 아들의 장애 때문에 불합리한 대우를 받았고 그것은 차별이라고 판단했다. 재판소에 따르면, 고용 평등 지침을 보호의 대상인 특성(이 경우에는 장애)을 가진 사람에게만 제한하여 적용하는 것은 "지침의 중요한 효력요소를 박탈하는 것"이 될 수 있다.<sup>181)</sup> 재판소는 이러한 논리를 적용하여, *CHEZ* 사건에서 인종 평등 지침은 "자신이 해당 인종이나 민족 집단의 구성원이 아니지만 그런 차별금지사유 중 하나에 기반하여 덜 유리한 대우나 특정한 불이익을 겪는 사람"에게까지 확대된다고 보았다. 이 사건은 롬인(Roma) 거주 지역에서 사업을 운영하는 비롬인 여성 아넬리아 니콜로바가 제기한 것으로, 이곳에서의 전기 소비량은 대부분의 비롬인 거주 지역과는 다르게 계량

173) 코소보 사건의 인용은 안전보장이사회 결의 1244(1999)의 맥락에서 이해해야 한다.

174) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단16.

175) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단20. 일반 논평 제6호 (2018) 문단20에서, 유엔 장애인권리위원회는 평등한 행위능력, 자유 박탈 및 포용적 교육과 관련된, 그리고 이를 포함한 삶의 많은 영역에서 존재하는 "실제의 아니면 인식에 의한 손상"을 기반으로 하여 장애를 가진 사람의 대우 문제를 다룬다. 참조: 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제1호 (2014), 문단13; 일반 논평 제3호 (2016), 문단52; 일반 논평 제4호 (2016), 문단6.

176) 참조: 예를 들어, 성적지향과 관련하여: CCPR/C/ZAF/CO/1, 문단20-21; CCPR/C/SEN/CO/5, 문단15 (c); CCPR/C/MAR/CO/6, 문단12; CRC/C/IRN/CO/3-4, 문단31; CAT/C/SEN/CO/4, 문단36 (b). 다른 참조: 건강 상태와 관련하여: CMW/C/LKA/CO/2, 문단27 (c).

177) 미주 인권재판소, 자문의견 OC-24/17, 2017년 11월 24일, 문단79. 다른 참조: 미주 인권재판소, *Perozo et al. v. Venezuela*, 판결, 2009년 1월 28일, 문단380; *Rios et al. v. Venezuela*, 판결, 2009년 1월 28일, 문단349.

178) 미주 인권재판소, *Flor Freire v. Ecuador*, 판결, 2016년 8월 31일, 문단120.

179) 같은 문헌, 문단21.

180) 미주 인권재판소, *Gonzales Lluy et al. v. Ecuador*, 판결, 2015년 9월 1일, 문단214-216.

181) 유럽 사법재판소, *Coleman v. Attridge Law*, 사건 C-303/06, 판결, 2008년 7월 17일, 문단51.

된다. 재판소는 이 사건의 판결에서 청구인이 지침에 명시된 차별금지사유에 근거한 차별이 발생했다는 것을 입증해야 하는데 그것은 청구인이 특정 집단의 구성원이어야 할 필요는 없기 때문이라고 보았다.<sup>182)</sup> 따라서, 아넬리아 니콜로바와는 실제로 해당 집단에 속하지 않았다는 사실에도 불구하고 인종이나 종족 기원에 근거한 차별을 겪었다. 이러한 접근법은 국가 수준에서도 비슷하게 적용된다.<sup>183)</sup>

유럽 인권재판소<sup>184)</sup> 와 아프리카 인권위원회는 —각자 차이는 있지만— 모두 인식 또는 연관에 기반한 차별 행위를 금지한다.<sup>185)</sup>

### (c) 교차성과 복합차별(multiple discrimination)

#### 요약

- 차별금지법률은 복합차별을 금지해야 한다. 이를 위해 보호의 대상이 되는 특성이 하나 이상을 기반으로 발생할 수 있다는 점을 인정해야 한다. 복합차별의 본질은 "누적적" 또는 "교차적"일 수 있다:
  - 누적 차별은 2개 이상의 별개의 차별금지사유를 기반으로 발생할 때 일어난다.
  - 교차 차별은 상호 교차하는 복합적인 차별금지사유로 인해 발생하는, 뚜렷하고 특정한 차별이다.
- 차별금지법률이 차별을 포괄적으로 보호하기 위해서는 누적 및 교차 차별이 명시적으로 금지되도록 해야 한다.

최근 몇십 년 동안, 차별은 여러 이유를 기반으로 발생할 수 있으며, 서로 복잡하게 상호작용한다는 점이 보다 많이 인정되고 있다. 그 결과, 차별받지 않을 권리를 효과적으로 보호하기 위해서는 복합차별을 - 다시 말해, 한 가지 이상의 이유에 따른 차별을 - 금지해야 한다는 합의가 유엔 인권조약 기구들 사이에서는 명확하게 도출되고 있다. "복합차별"이라는 용어는 다음 두 가지 구별된 현상을 지칭할 수 있다:

- "누적" 차별은 개인이 두 개 이상의 구별된 차별금지사유를 기반으로 하는 차별을 경험할 때 생긴다. 누적 차별은 복합적인 불이익을 초래할 수도 또는 초래하지만, 하나의 차별금지사유를 기반으로 한 차별을 금지하는 법률들은 이렇게 구별되고 분리적인 차별 행위에 맞선 대응 수단을 제공할 수 있다.
- "교차" 차별은 여러 차별금지사유가 특정한 피해를 초래하는 방식으로 서로 상호 작용하여 일으키는 차별을 경험할 때 발생한다. 예를 들어, 텔레비전 방송국이 45세가 되면 여성 진행자의 고용 계약을 종결하는 정책을 채택하는 경우가 여기에 해당할 수 있다. 이 경우 같은 연령대의 남성, 또한 젊은 여성은 이 방침에 영향을 받지 않는다. 이 경우, 차별은 연령이나 성별 등 독립적 차별금지사유가 아니라 여러 이유가 상호작용하거나 결합되어 발생한다. 이러한 경우에는, 문제가 되는 특성 중 하나만 가진 개인은 차별을 받지 않으며, 피해는 2개 이상의 차별금지사유가 결합하고 교차하여 발생한다. 그러므로 법이 교차 차별을 인정하지 않으면 보호에 공백이 생길 수 있다.

유엔 사회권위원회는 협약 제2조(2)에서 차별금지에서 누적 차별과 교차 차별을 모두 포함한다고 명시한다.<sup>186)</sup>

182) 유럽 사법재판소, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 사건 C-83/14, 판결, 2015년 7월 16일, 문단56.

183) 참조: 예를 들어, 형가리, *형법*, 2012, 제216절.

184) *Guberina v. Croatia*, 유럽 인권재판소는 유럽 인권협약에 따라 제14조 차별금지 "개인이 다른 사람의 지위나 보호 대상인 특성에 기반하여 불리하게 대우받는 사례를 포함한다"고 명확히 밝혔다. 또한, 이 재판소는 "진짜이거나 인식에 의한 민족에 기반한 차별"을 인종 차별의 한 유형으로 식별했다. 각각 참조: 유럽 인권재판소, *Guberina v. Croatia*, 소송 신청번호 23682/13, 판결, 2016년 3월 22일, 문단78; *Timishev v. Russia*, 소송 신청번호 55762/00 및 55974/00, 판결, 2005년 12월 13일, 문단56.

185) 예를 들어, 아프리카 인권위원회는 2014년에 채택된 결의안에서 "실제의 아니면 추정에 의한 성적지향 또는 성별정체성 때문에 개인에게 가해지는 폭력 및 차별"에 대해 우려를 표명했다. 아프리카 인권현장의 장애인 권리 부가 의정서에 따르면, 장애인과의 연관을 기반으로 한 차별은 금지된다(제5조(2)문단(c)). 참조: 실제의 아니면 추정에 의한 성적지향 또는 성별정체성에 기반한 폭력과 기타 인권 침해 보호에 대한 아프리카 인권위원회의 결의안(ACHPR/Res.275(LV)2014).

자유권위원회는 국가의 차별금지 의무를 평가할 때 이 협약에 따라 복합 또는 교차 차별 개념을 점점 더 많이 적용하고 있으며<sup>187)</sup> 국가가 포괄적 평등법을 채택하여 모든 유형의 복합 또는 교차 차별을 금지하도록 권고하고 있다.<sup>188)</sup> 이러한 권고는 유엔 인종차별철폐위원회,<sup>189)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회<sup>190)</sup> 및 유엔 장애인권리위원회<sup>191)</sup>의 관례에서도 반영되는데, 각각의 위원회는 국가가 각 조약에 따른 평등과 차별금지 의무를 이행하기 위해서는 복합차별에 대한 인정이 필수적임을 인정하고 있다.

### 복합차별과 아프리카 인권위원회

아프리카 인권위원회는 2004년 36차 정례 회의에서 아프리카의 경제, 사회, 문화적 권리에 대한 결의안을 채택했다.<sup>192)</sup> 위원회는 아프리카의 경제, 사회, 문화적 권리에 대한 원칙과 지침을 개발하기 위해 실무그룹을 구성하도록 요청했다. 제50차 회의에서 최종 지침이 공식적으로 발표되었으며,<sup>193)</sup> 이 지침서의 목적은 "아프리카 헌장에 따라 국가 당사자가 의무를 수행하는 것을 돕는 것"이다.<sup>194)</sup> 다른 것 중에서, 본 실무 지침서에는 국가가 복합 및 교차 차별을 철폐할 의무가 명확하게 인정되어 있으며, 복합 및 교차 차별을 다음과 같이 정의하고 있다: "교차적 또는 복합적 차별은 한 사람이 인종과 젠더와 같이 동시에 둘 이상의 차별금지사유에 기반한 차별을 받는 경우 발생한다".<sup>195)</sup>

지역 수준에서 보면, 복합차별 개념이 가장 잘 발전한 곳은 미주권이다. 여기에서는 미주 인권위원회와 인권재판소가 선주민 여성에 대한 성폭력과 같은 쟁점에 관한 사건에서 교차성을 다루고 있다.<sup>196)</sup> 인권재판소는 복합차별이 단순히 여러 차별 요인의 결합 결과가 아니라, 구체적인 질적으로 구분되는 유형의 차별을 일으키는 구분되는 요인들의 특별한 상호 작용 결과라고 강조한다.<sup>197)</sup> 예를 들어, *Gonzales Lluy et al. v. Ecuador* 사건에서 HIV/AIDS에 걸린 소녀는 건강 상태로 인해 의료 서비스에 대한 접근이 거부되고 학교에서 퇴학되는 등 다양한 피해를 입었다. 인권재판소는 "소녀의 건강 상태, 젠더, 사회-경제적 배경 등 다양한 요인이 상호 교차하여 구체적인 유형의 차별이 발생했다는 것, 달리 말해서, 그 요인 중 하나가 존재하지 않았다면, 차별은 달랐을 것이다"라고 생각했다.<sup>198)</sup>

아프리카 인권위원회는 최근에 "...한 차별금지사유의 조합을 기반으로 발생하는 교차 차별을 인정하고 이를 철폐하는 조치를 취할" 국가의 의무를 분명히 표현하고 있다.<sup>199)</sup> 이 쟁점에 대한 유럽 인권재판소의 법리학은 큰 발전을

186) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단17 및 문단27.

187) 참조: 예를 들어, CCPR/C/MRT/CO/2, 문단14-17.

188) 참조: 예를 들어, CCPR/C/ITA/CO/6, 문단9; CCPR/C/AUS/CO/6, 문단18.

189) 유엔 인종차별철폐위원회는 다음과 같이 규정한다: 평등을 기반으로 한 인권 향유 원칙이 인종, 피부색, 출신, 민족이나 종족을 기반으로 한 차별을 금지하는 협약의 근본이다. 실제로 '차별금지사유'가 '교차성' 개념은 때문에 확대되고, 위원회는 이중 또는 다중적인 차별 상황을 다루게 된다." 참조: 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단7.

190) 유엔 여성차별철폐위원회는 "여성에 대한 성별(sex)과 젠더에 기반한 차별은 불가분의 관계다" 그리고 교차성 개념이 "협약 제2조에 포함된 국가 당사자의 일반 의무의 범위를 이해하는 데 필수적이다"고 지적했다. 참고: 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단18. 다른 참조: 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단12.

191) 장애인권리협약 제6조는 장애 여성과 소녀는 복합차별의 대상이 될 수 있다고 명시적으로 인정하고 있다. 유엔 장애인권리위원회는 이 규정은 단지 예시적인 것일 뿐이며, 복합 및 교차 차별금지지는 이 협약에 따라 공통 의무라는 사실을 지적한다. 참조: 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단19 및 문단36.

192) 아프리카 인권위원회, 아프리카 경제, 사회 및 문화 권리에 대한 결의안 73 (ACHPR/Res.73(XXXV)04).

193) 아프리카 인권위원회, "제50차 아프리카 인권위원회 정례회의 최종 통신문" (Banjul, 2011).

194) 아프리카 인권위원회, '아프리카 인권헌장에 규정된 경제적, 사회적 그리고 문화적 권리의 이행에 관한 원칙과 지침', 서문.

195) 같은 문헌, 문단1 (l) 및 38.

196) 참조: 예를 들어, 미주 인권위원회, *González Pérez v. Mexico*, 사건 11.565, 보고서 번호 53/01, 2001년 4월 4일; 미주 인권재판소, *Fernández Ortega et al. v. Mexico*, 판결, 2010년 8월 30일, 문단185; 미주 인권재판소, *Rosendo Cantú et al. v. Mexico*, 판결, 2011년 8월 31일.

197) 미주 인권재판소, *Gonzales Lluy et al. v. Ecuador*, 판결, 2015년 9월 1일, 문단290, 및 판사 Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot 의 보충 의견, 문단11 *I.V. v. Bolivia*, 판결, 2016년 11월 30일, 문단247; *Ramirez Escobar et al. v. Guatemala*, 판결, 2018년 3월 9일, 문단276 및 문단304.

198) 미주 인권재판소, *Gonzales Lluy et al. v. Ecuador*, 판결, 2015년 9월 1일, 문단290.

이루지 못했지만, 차별을 식별할 때 교차하는 개인의 정체성 측면들이 사건에 인용되고 있다.<sup>200)</sup>

## 2. 차별 유형

유엔 인종차별철폐협약과 유엔 여성차별철폐협약은 모두 국가가 "모든 유형의 차별"을 철폐하도록 명시적으로 요구한다. 자유권위원회, 유엔 사회권위원회, 그리고 유엔 장애인권리위원회는 국가들과 차별금지 의무에 관한 협상에서 이와 동일한 표현을 반복적으로 사용해왔다.<sup>201)</sup> 그러나 유엔 장애인권리위원회는 약간 예외적일 뿐,<sup>202)</sup> 주요 유엔 인권 조약은 서로 다른 유형의 차별에 대해서는 논의하지 않는다. 반면, 유엔 인종차별철폐협약, 유엔 여성차별철폐협약, 그리고 장애인권리협약은 인권의 평등한 향유 권리를 방해하는 "목적이나 효과"가 있는 모든 구별, 배제, 또는 제한(또는 선호)으로 정의한다.<sup>203)</sup> 앞서 언급한 바와 같이, 자유권위원회<sup>204)</sup> 와 유엔 사회권위원회 모두가 이 정의를 채택하고 있다.<sup>205)</sup>

### 조지아: 모든 유형의 차별 철폐법

#### 제2조

1. 조지아에서는 모든 유형의 차별을 금지한다. ...

유엔 장애인권리위원회의 일반 논평 제6호(2018)는 국제 인권 관행에서 인정하는 "주요한" 4가지 유형의 차별을 제시한다. 이에 (a) 직접 차별, (b) 간접 차별, (c) 정당한 편의의 거부, (d) 괴롭힘(차별금지사유에 근거한)이 포함된다.<sup>206)</sup> 이러한 개념은 미묘한 차이가 있지만, 각각의 국제인권조약이 규정하는 차별받지 않을 권리의 범위에 속하는 금지된 행동으로 인정된다.<sup>207)</sup> 본 실무 지침서는 이러한 차별금지사유 목록에 더해서, 국제법에서 인정하는 금지 행동의 유형으로 분리 차별과 가해를 논의한다.<sup>208)</sup> 인권 메카니즘 내에서, 그리고 인권 메카니즘 간에 이러한 개념의 접근법과 이 접근법이 구체적인 사례에 적용될 때 약간의 차이와 중복되는 부분이 있을 수도 있다.<sup>209)</sup> 이러한 미묘한 차이는 아래에서 논의한다.

시간이 가면서, 차별이라는 개념과 차별을 당한 집단의 경험이 더 잘 이해되고, 새로운 유형의 차별에 대한 법적

199) 아프리카 인권위원회, '아프리카 인권헌장에 규정된 경제적, 사회적 그리고 문화적 권리의 이행에 관한 원칙과 지침', 문단38.  
200) 예를 들어, *B.S. v. Spain* 사건에서, 법원은 "국내 법원의 결정은 아프리카 여성으로서의 성매매를 하는 진정인의 입장이 갖는 특별한 취약성을 고려하지 않았다"고 판단했고, 협약의 제14조와 제3조의 절차적 측면과 관련하여 위반으로 간주했다. 참조: 유럽 인권재판소, *B.S. v. Spain*, 소송 신청번호 47159/08, 판결, 2012년 7월 24일, 문단62. 다른 참조: 연령과 젠더와 관련하여, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, 소송 신청번호 17484/15, 판결, 2017년 7월 25.

201) 주목할 만한 점은, 유엔 인종차별철폐협약과 유엔 여성차별철폐협약 모두가 개별 협약의 수혜 집단에 대한 "모든 유형의 차별"을 철폐해야 한다는 생각에서 만들어졌다는 것이다. 유엔 장애인권리위원회는 협약에 따라 "모든 차별을 금지하는 의무"는 "모든 유형의 차별을 포함한다"는 점에 주목한다. 조약기구는 국가의 의무 이해 성과를 검토할 때 그 중에서도 "모든 유형의 차별"을 금지하는 포괄적 차별금지법을 채택할 것을 권고한다. 참고: 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단18; CCPR/C/LBR/CO/1, 문단17 (a); E/C.12/CPV/CO/1, 문단17; CRC/C/PSE/CO/1, 문단21; CMW/C/LBY/CO/1, 문단29 (a).

202) "정당한 편의"의 거부를 차별의 한 유형으로 정의한다. 참조: 유엔 장애인권리협약, 제2조.

203) 유엔 인종차별철폐협약, 제1조(1); 유엔 여성차별철폐협약, 제1조; 유엔 장애인권리협약, 제2조 유엔 인종차별철폐협약 국제협약은 추가적인 용어인 "우선권(preference, 선호)"을 담고 있다. 본 실무 지침서 제2부 I.B.3 절에서 논의한 바와 같이, 인종차별철폐위원회는 우선적 대우가 수반될 수도 있는 "특별 조치"와 "부당한 우선권"을 구분하고자 하였다. 그리고 협약은 "부당한 우선권"만을 금지된 인종 차별의 유형으로 인정한다. 1958년 고용 및 직업에서의 차별에 관한 ILO 협약 (제111호)의 제1조 (a)는 유엔 인종차별철폐협약과 비슷한 용어를 "제한"이라는 용어는 생략했지만 사용한다. 참고: 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단7.

204) 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단6-7.

205) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단7.

206) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단18.

207) 참조: 특히, 본 실무 지침서의 2부 I.A.2(d) 절에서 정당한 편의의 거부는 대부분 (장애) 차별의 구체적 유형으로 논의된다.

208) 본 실무 지침서의 제2부 I.A.2(f) 절에서 논의한 바와 같이, 가해(victimization)는 명시적인 금지 행위로 인식되지만, 구별된 유형의 차별로 문단상 다루어지지 않는다. 국제법에서, 가해는 국가가 사법에 접근성을 보장할 국가 의무의 일부로써 자주 논의된다.

209) 참조: 특히, 정당한 편의와 간접 차별 간의 중복(섹션 I.A.2(d))과 분리 차별 처리(섹션 I.A.2(e))에 대한 대우에 관한 본 실무 지침서의 제2부 논의.

제제가 필요할 수도 있다.<sup>210)</sup> 모든 경우에서, 모든 유형의 차별로부터 효과적으로 보호하기 위해 포괄적 차별금지법은 중요하다. 이를 위해서는 이 절에서 설명한 금지 유형의 행동에 대한 모든 개인이 적절한 법률 메커니즘을 제공받아 권리를 주장하고 옹호할 수 있도록 보장하는 것이 필요하다.<sup>211)</sup>

### (a) 직접 차별

#### 요약

- 직접 차별은 보호받을 특정한 특성에 근거하여 사람을 덜 호의적으로 대하거나 손해를 입게 하는 행위를 의미한다. 직접 차별은 행위 또는 행위를 하지 않음으로, 고의적으로 또는 실수로, 명시적이거나 은밀하게 일어날 수 있다. 차별금지법률은 이러한 직접 차별을 금지해야 한다. 직접 차별은 다른 사람이 유사한 상황에서 받아왔거나 받게 될 대우에 비해 보호받을 이유로 인하여 덜 호의적인 대우를 받거나, 차별금지사유로 인해 손해를 입을 경우 발생한다.

#### 차별과 의도의 요건

국제인권법에 따르면, 권리를 평등하게 향유할 권리를 손상시키는 "목적 또는 효과"를 가진 행위는 금지된다.<sup>212)</sup> 목적"과 "효과"라는 단어는 때때로 각각 "직접" 및 "간접" 차별과 동일시되고, 동일한 유형의 행위를 포괄할 수도 있지만<sup>213)</sup>, 이들은 동의어가 아니다. 그리고 함께 사용하면 직접 차별과 간접 차별 모두로부터의 보호를 제공할 수 있다.

직접 차별은 명시적인 차별 목적 또는 의도 없이도 발생할 수 있다. 예를 들어, 미주 인권위원회는, 여성 동성애자(L), 남성 동성애자(G), 양성애자(B), 성전환자(T)인 교도소 수용자를 교도소의 폭력 위험에서 보호받기 위해 격리하는 관행에 대해 언급하면서 이 관행이 LGBT 사람을 보호하려는 의도에도 불구하고, 자유를 박탈하는 차별이 될 수도 있다고 보았다.<sup>214)</sup>

인권 조약 기구(인종차별철폐위원회, 유엔 장애인권리위원회, 자유권위원회를 포함하여)는 "효과"라는 용어를 차별 동기나 의도를 식별할 필요 없는 차별을 금지하는 것으로 해석해왔다.<sup>215)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 일반 논평 제6호 (2018)에서 직접 차별을 "차별을 하는 당사자의 동기나 의도는 차별이 발생했는지 여부를 판단하는데 관련이 없다"는 점에 주목한다.<sup>216)</sup> 유엔 인종차별철폐위원회는 2016년 가브레 가바롬 대 프랑스(*Gabre Gabaroum v. France*) 사건에서 유사한 결론을 내리며, "인종 차별의 추정 피해자는 자신들에 대한 차별적 의도가 있었음을 입증할 필요가 없다"고 강조했다.<sup>217)</sup>

아래에서 자세히 설명하겠지만, 간접 차별 사례들을 보면 명백하게 의도를 요구하지 않는다. 이와 관련하여 유엔 인종차별철폐위원회는 법이 협약의 요건을 충족하지 못하는 국가들을 비판했다.<sup>218)</sup>

유럽 인권재판소,<sup>219)</sup> 유럽 사법재판소,<sup>220)</sup> 아프리카 인권위원회<sup>221)</sup> 및 미주 인권위원회를 포함하여, 각각의 지역 인권기구들도 당사자의 의도는 차별을 인정하는 것과 관련이 없다고 실시했다.<sup>222)</sup>

210) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단8 및 문단15.

211) 참조: 차별금지법의 효과적인 시행을 보장하기 위해 필요한 절차적 보장을 규정한 본 실무 지침서의 제1부 제3장.

212) 유엔 인종차별철폐협약, 제1조; 유엔 여성차별철폐협약, 제1조; 유엔 장애인권리협약, 제2조. 2; 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단6-7; 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단7.

213) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, *Althammer et al. v. Austria* (CCPR/C/78/D/998/2001), 문단10.2; 유엔 인종차별철폐위원회, *L.R. et al. v. Slovak Republic* (CERD/C/66/D/31/2003), 문단10.4.

214) 미주 인권위원회, *미주(美洲) 성소수자(LGBTI)에 대한 폭력*, 문단160.

215) 유엔 인종차별철폐위원회, *V.S. v. Slovakia* (CERD/C/88/D/56/2014), 문단7.4; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단18 (a); 자유권위원회, *Simunek et al. v. the Czech* (CCPR/C/54/D/516/1992), 문단11.7.

직접 차별은 많은 사람들이 일상적인 대화에서 "차별"이라는 단어로 말하는 것이다. 즉, 특정한 특성이나 특성들로 인해 누군가를 덜 호의적으로 대하는 것이다. 예를 들어, 고용주가 어떤 사람의 출신민족을 이유로 고용하지 않거나 레스토랑이 성적지향 때문에 그 사람을 손님으로 받지 않는 경우이다. 이 두가지 보기는 모두 특정한 특성과 관련하여 "공공연한"(공개적이며 투명하게 드러난) 비호의적 대우를 포함한다. 그러나 직접 차별은 은밀하게 또는 구실을 만들어 발생할 수도 있다.<sup>223)</sup> 더욱이, 직접 차별은 동기나 의도가 요구되지 않는다: 차별하는 당사자는 해를 야기하거나 불이익을 주려는 의도(또는 인식) 없이 행동한다. 즉, 피해와 특성 사이에 인과 관계가 있을 뿐이다.

**가이아나: 1997년 차별 방지법 제4조(3)에 규정된 의도**

"아래 절(2)에서 언급된 차별금지사유를 이유로 직접적 또는 간접적 차별을 초래하는 모든 행위 또는 부작위, 또는 관행 또는 정책은, 그 행위 또는 부작위, 또는 관행 또는 정책에 책임이 있는 사람이 차별하려는 의도를 가졌는지와 상관없이 차별 행위이다."

주요 유엔 인권조약은 직접 차별과 간접 차별이라는 용어를 명시적으로 사용하지는 않는다. 그렇지만 인권 조약기구는 이 두 가지 차별을 차별받지 않을 권리의 범위 내에 속하는 금지된 유형의 행동으로 일관되게 인정해왔다.<sup>224)</sup>

유엔 사회권위원회는 일반 논평 제20호 (2009)에서 직접 차별과 간접 차별이 모두 제2조(2)의 범위에 속한다고 보았으며, "한 개인이 차별금지사유와 관련된 이유 때문에 비슷한 상황에서 다른 사람보다 덜 호의적으로 대우를 받는" 상황을 직접 차별로 정의한다.<sup>225)</sup> 유엔 장애인권리위원회도 비슷한 정의를 채택했다.<sup>226)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회는 약간 더 넓은 범위의 표현을 사용하여 "덜 호의적인 대우에 대한 언급은 생략하고 단순히 "여성에 대한 직접적인 차별은 명백하게 성별 및 젠더 차이를 이유로 한 다른 대우"라고 지적했다.<sup>227)</sup> 유엔 인종차별철폐위원회와 자유권위원회는 모두 일반 논평에서 직접 차별 또는 간접 차별을 정의하려고 하지 않았지만,<sup>228)</sup> 두 위원회 모두 그 개념을 인정했고<sup>229)</sup>, 각 당사국들에 대하여 직접 차별과 간접 차별을 금지하는 포괄적 평등 법률을 채택할 것을 촉구했다.<sup>230)</sup>

216) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단18(a).  
 217) 유엔 인종차별철폐위원회, *Gabre Gabaroum v. France* (CERD/C/89/D/52/2012), 문단7.2. 이 사건은 "차별적 효과"라는 용어를 사용해 판결을 내렸지만, 실제로는 고용에서 발생한 직접 인종 차별과 관련된 사건이었다.  
 218) 참조: 예를 들어, CERD/C/USA/CO/7-9, 문단5.  
 219) 유럽 인권재판소, *Biao v. Denmark*, 소송 신청번호 38590/10, 판결, 2016년 5월 24일, 문단91 및 문단103, and 판사 핀토 데 알부케르케의 보충 의견, 문단7, 사실상의 차별을 철폐하기 위해 설계된 적극적 조치의 채택을 이 규칙에 대한 예외로 판단.  
 220) 재판소의 한 판결 사례에 따르면, 기업의 이사가 "고객이 자신의 사적 주거지에 그들(이민자 노동자)의 접근을 꺼린다"고 주장하면서 이민자 노동자에게는 일자리를 제공하지 않겠다는 공개 발언을 했다. 재판소는 이사의 의도(차별 의도가 아니라 고객을 유지하려는 바람에서 발언한 것이라고 주장)는 이 사건에서 고려해야 할 사항이라고 보지 않았고, 차별이라고 판결했다. 참조: 유럽 사법재판소, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, 사건 C-54/07, 판결, 2008년 7월 10일, 문단16.  
 221) 아프리카 인권위원회, *Open Society Justice Initiative v. Côte d'Ivoire*, 진정 제318호/06, 결정, 2016년 2월, 문단144.  
 222) 미주 인권위원회, *Tide Méndez et al. v. Dominican Republic*, 사건12.271, 보고서 제64호/12, 2012년 3월 29일, 문단158.  
 223) 참조: 예를 들어, 유럽 인권재판소, *Oršuš and others v. Croatia*, 소송 신청번호 15766/03, 판결, 2010년 3월 16일.  
 224) 참조: 예시로, CCPR/C/UZB/CO/5, 문단9 (a); CERD/C/PSE/CO/1-2, 문단12 (a); E/C.12/GIN/CO/1, 문단19 (a); CEDAW/C/QAT/CO/2, 문단14 (b); CRPD/C/IND/CO/1, 문단13 (a); CRC/C/BLR/CO/5-6, 문단15 (a); CMW/C/MOZ/CO/1, 문단28. 참조: 마찬가지로, ILO 협약 및 권고사항 적용에 관한 전문가 위원회, 인종, 피부색 및 국적에 기반한 차별에 대한 일반 관찰(2018)에서 위원회는 직접 차별과 간접 차별을 정의하고, 이를 금지하는 명시적 조항을 포함한 포괄적 법률의 채택을 촉구한다.  
 225) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단10 (a).  
 226) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단18.  
 227) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단16.  
 228) 그럼에도 유엔 인종차별철폐위원회는 일반 권고 제32호(2009)에서 "직접 차별과 간접 차별"이라는 표제(즉, B)를 명시적으로 언급한다.  
 229) 자유권위원회, *Althammer et al. v. Austria* (CCPR/C/78/D/998/2001), 문단10.2; 유엔 인종차별철폐위원회, *L.R. et al. v. Slovak Republic* (CERD/C/66/D/31/2003), 문단10.4.  
 230) 참조: 예를 들어, CCPR/C/UZB/CO/5, 문단9 (a); CERD/C/PSE/CO/1-2, 문단12 (a).

지역 인권메카니즘은 일반적으로 직접 차별 사건을 광범위한 차별금지 시점에서 접근하는 경향이 있는 반면 간접 차별은 구별된 개별적 금지 행동의 유형으로 식별하고 차별화한다.<sup>231)</sup> 그럼에도 차별적 또는 비우호적인—하나 이상의 차별금지사유와 관련된—대우는 차별의 정의의 핵심에 여전히 남아 있다.<sup>232)</sup>

### 유럽연합법에 따른 직접 차별

유럽연합법의 평등 대우 지침들에 따르면 직접 차별은 "차별금지사유에 근거하여 한 사람이 다른 사람보다 불리하게 대우를 받는 상황[비교 가능한 상황에서]"으로 정의된다.<sup>233)</sup> *Feryn* 사건에서, 유럽 사법재판소는 고용주의 발언이 "특정 인종이나 민족 출신의 직원은 고용하지 않겠다"고 한 진술은 인종 평등 지침 제2조(2)(a)의 목적에 따라 직접 차별에 해당한다고 판결했다. 유럽 인권재판소에 따르면, "직접 차별은 자신이 피해자라고 주장하는 진정인의 신원에 의존하지 않는다."<sup>234)</sup> 이러한 상황에서, 특정 민족 출신의 사람을 고용하지 않을 의사를 표명한 고용주의 발언은 그 자체가 차별이다.<sup>235)</sup>

차별 여부는 사실의 문제이며, 흔히 비교군(comparator)을—문제가 되고 있는 진정인의 특성을 가지고 있지 않지만 진정인과 비슷한 상황에 있는 실제 또는 가상의 사람—사용해 증명된다.<sup>236)</sup> 그러나 항상 비교군을 찾을 수 있는 것은 아니며, 차별이 발생했다는 것을 입증하기 위해 비교군을 찾을 필요는 없다.

- 231) 따라서, 예를 들어, '아프리카 인권헌장에 규정된 경제적, 사회적 그리고 문화적 권리의 이행에 관한 원칙과 지침(Principles and Guidelines on the Implementation of Economic, Social and Cultural Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights)'(문단82(i))에서 아프리카 인권위원회는 국가가 "사회보장 제도에서 차별금지사유에 기반한 어떤 직접 또는 간접 차별도 없도록 이를 보장"하도록 촉구하지만, 문단 1에서 "간접 차별"만을 정의하고 있다. 참조: 이와 유사하게, 미주 인권위원회, *Artavia Murillo et al. (채외 수정) v. Costa Rica*, 사건 12.361, 보고서 제85호/10, 2010년 7월 10일, 문단120-125; 모든 유형의 차별과 불관용에 반대하는 미주 협약, 제1조 (1)-(2). 유럽 인권재판소는 차별을 광범위하게 보고, "식별가능한 특성에 기반하는" "유사하거나 관련성 있는 상황에서의 개인의 대우 차이"라고 정의한다. 이러한 대우의 차이는—비록 중립적으로 표현되었지만—한 집단을 차별하는 일반 정책이나 조치가 불균형적으로 불리한 효과의 형태를 띠는 상황에서 간접 차별이 될 수 있다. 각각 참조: 유럽 인권재판소, *Carson and others v. the United Kingdom*, 소송 신청번호 42184/05, 판결, 2010년 3월 16일, 문단61; 유럽 인권재판소, *Biao v. Denmark*, 소송 신청번호 38590/10, 판결, 2016년 5월 24일, 문단103.
- 232) 일반적으로 차별의 정의는 구별, 배제, 또는 제한을 의미한다. 참조: 예를 들어, 모든 유형의 차별과 불관용에 반대하는 미주 협약, 제1조 (1). 다른 참조: 아프리카 인권위원회, '아프리카 인권헌장에 규정된 경제적, 사회적 그리고 문화적 권리의 이행에 관한 원칙과 지침', 문단19; 인종 또는 출신민족과 무관하게 사람들 간 평등한 대우 원칙을 실행하기 위해 2000년 6월 20일 제정된 유럽평의회 지침(Directive) 2000/43/EC, 제2조(2); 고용과 직업에서 평등한 대우에 대한 일반적 프레임워크를 수립하기 위해 2000년 11월 27일 제정된 유럽평의회 지침(Directive) 2000/78/EC, 제2조(2); 남성과 여성간의 재화와 서비스에 접근성 및 공급에서의 평등한 대우 원칙을 실행하기 위해 2004년 12월 13일 제정된 유럽평의회 지침(Directive) 2004/113/EC, 제2조(a)-(b); 고용 및 직업 문제에서 남성과 여성의 기회 평등과 대우 평등 원칙 실행에 관한 2006년 7월 5일 유럽 의회와 유럽평의회 지침 2006/54/EC (일부개정), 제2조(1) (a) 및 (2); 유럽 인권재판소, *D.H. and others v. the Czech Republic*, 소송 신청번호 57325/00, 판결, 2007년 11월 13일, 문단184. 다른 참조: 유럽 사회권위원회, *Equal Rights Trust v. Bulgaria*, 소장 제121호/2016, 본안에 대한 판결, 2018년 10월 16일, 문단87.
- 233) 인종 또는 출신 민족과 무관한 사람 간의 평등 대우 원칙을 이행하는 2000년 6월 29일자 2000/43/EC 지침은, 제2조(2) (a): 고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체계를 정립하는 2000년 11월 27일자 2000/78/EC 지침, 제2조(2) (a); 남성과 여성 간의 재화와 서비스에 대한 접근 및 공급에서의 평등한 대우 원칙을 이행하기 위해 2004년 12월 13일 제정된 지침 2004/113/EC, 제2조(a); 및 고용 및 직업 문제에서 남성과 여성의 기회 평등과 동등대우 원칙 실행에 관한 2006년 7월 5일 지침 2006/54/EC(일부개정), 제2조(1) (a).
- 234) 유럽 사법재판소, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, 사건 C-54/07, 판결, 2008년 7월 10일, 문단25. 참조: 마찬가지로, 유엔 인종차별철폐위원회, *Koptova v. Slovak Republic*, 진정 제13호/1998, 문단8.2. (1) 이 진정에서 위원회는 유엔 인종차별철폐협약의 제14조에 따라, 안나 코프토바가 국가가 제정한 차별적 결의의 직접적 표적이 된 인구 집단(롬인)에 속하기 때문에 "피해자"라는 이전의 입장을 그대로 인용했다.
- 235) 유럽 사법재판소, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, 사건 C-54/07, 판결, 2008년 7월 10일, 문단34. 참조: 마찬가지로, 유럽 사법재판소, *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 사건 C-81/12, 판결, 2013년 4월 25일; *NH v. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, 사건 C-507/18, 판결, 2020년 4월 23일.
- 236) 참조: 대조군에 대해 제2부의 절I.A.2(b).

## (b) 간접 차별

### 요약

- 간접 차별은 외관상 중립적으로 보이지만, 특정한 특성을 가진 사람들에게 불균형한 부정적 영향을 미치는 규칙의 적용을 수반한다.
- 차별금지법률은 간접 차별을 금지해야 한다. 간접 차별은 법 조항, 기준, 관행이 한 가지 이상의 차별금지사유와 관련된 지위나 특성을 가진 사람에게 불균형한 부정적 영향을 미치거나 미칠 수 있을 때 발생한다.

간접 차별은 특정한 특성을 가진 사람들에게 덜 우호적인 영향을 미치거나 미칠 것으로 예상되는 규칙이나 관행이 적용될 때 발생한다. 간접 차별은 중립적이고 보편적인 듯, 모든 사람에게 공평하게 작용하고 특정한 특성을 지칭하지 않는 듯 보이지만 특정한 특성을 가진 사람들에게 불균형한 영향을 주는 규칙, 방침, 또는 관행과 관련이 있다. 예를 들어, (남성보다 평균적으로 키가 작은) 여성들에게 불균형한 영향을 미칠 수 있는 신장 요구사항을 명시한 소방관 채용 광고나, 머리카락이나 얼굴을 덮는 것을 금지하여 유대인이나 시크교도 소년, 정통파 유대인 또는 무슬림 소녀, 그리고 롬인 그밖의 소수 민족 등에게 불이익을 주는 교칙 등이 간접 차별이라 할 수 있다.

따라서 직접 차별에는 특정한 특성에 근거한 다른 그리고 덜 우호적인 대우가 포함되는 반면, 간접 차별은 같은 대우지만 서로 다르고 덜 우호적인 영향을 주는 경우를 포함한다.

사람들은 직접 차별과 간접 차별의 차이에 대해 종종 혼란을 일으킨다. 그 차이는 심각성의 차이가 아니다. 직접 차별과 간접 차별 모두 심각하고 지속적인 영향을 미칠 수 있다.

또한 차별하는 당사자가 드러내는 의도나 동기와 관련해서도 직접 차별과 간접 차별의 개념은 차이가 없다. 위에서 논의한 것처럼, 직접 차별은 의도적일 수도 있고 비의도적일 수도 있으며<sup>237)</sup> 명시적일 수도(공개적이고 투명한) 있고 은밀할 수도(숨겨진) 있다.<sup>238)</sup>

간접 차별은 국제법 및 지역법에서 차별로 확실히 규정되어 있다. 유엔 사회권위원회, 유엔 여성차별철폐위원회, 그리고 유엔 장애인권리위원회는 각각 차별받지 않을 권리의 완전한 향유를 보장하기 위해 간접 차별을 금지할 필요성을 인정하며, 일관된 정의를 채택하고 있다.<sup>239)</sup> 각 위원회의 정의는 보호받는 집단에 속하는 개인의 권리에 균형에 맞지 않는 부정적 영향을 미치는 중립적인 법률, 정책, 또는 관행에 중점을 둔다.<sup>240)</sup> 전술한 바와 같이, 유엔 인종차별철폐위원회와 자유권위원회는 차별을 "평등에 기반하여 모든 권리와 자유의 인정, 향유 또는 행사를 무효화 하거나 훼손하는 목적이나 효과를 가지는 구별, 배제, 제한 또는 선호"로 정의한다.<sup>241)</sup> 자유권위원회와 인종차별철폐위원회는 둘다 직접 그리고 간접 차별을 철폐할 국가의 의무를 인정한다.<sup>242)</sup> 아프리카,<sup>243)</sup> 미주,<sup>244)</sup>

237) 앞서 언급한 바와 같이, 직접 차별의 경우 의도가 빠져 있을 수도 있으며, 일부 상황에서는 보호받는 집단을 차별하겠다는 명확한 의도를 가진 일종의 중립법이 채택될 수도 있다. 참조: 예를 들어, 유엔 인종차별철폐위원회, *L.R. et al. v. Slovak Republic* (CERD/C/66/D/31/2003), 문단10.5.

238) 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절I.A.2(a)에서 있는 의도에 대한 논의.

239) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단7 및 문단10; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단18 (b); 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단16.

240) 사회권규약 제2조(2)의 해석에서, 예를 들어, 유엔 사회권위원회는 간접 차별을 "겉으로는 중립적으로 보이지만, 차별금지사유에 따라 구별되는 균형에 맞지 않는 영향을 미치는 법률, 정책 또는 관행"으로 정의한다. 유엔 장애인권리위원회는 이와 유사한 정의를 채택하고 있다. 참조: 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단10 (b); 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단18 (b).

241) 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단7.

242) CCPR/C/UZB/CO/5, 문단9 (a); CERD/C/PSE/CO/1-2, 문단12 (a). 참조: 마찬가지로, ILO 협약 및 권고사항 적용에 관한 전문가 위원회, 인종, 피부색 및 국적에 기반한 차별에 대한 일반 관찰(2018)에서 위원회는 직접 차별과 간접 차별을 정의하고, 이를 금지하는 명시적 조항을 포함한 포괄적 법률의 채택을 촉구한다.

243) 아프리카 인권위원회, '아프리카 인권헌장에 규정된 경제적, 사회적 그리고 문화적 권리의 이행에 관한 원칙과 지침', 문단1(m).

유럽연합<sup>245)</sup> 및 유럽 인권재판소<sup>246)</sup>의 인권 체계는 간접 차별에 대해 모두 국제 기구와 비슷한 정의를 채택하고 있으며, 접근법에서도 큰 차이가 없다.

### 모든 유형의 차별과 불관용에 반대하는 미주 협약 제1조(2)

“공공 및 민간 부문의 모든 영역에서, 중립적인 것처럼 보이는 법 조항, 기준, 또는 관행이 특정 집단에 속한 사람에게 특별한 불이익을 수반할 가능성이 있거나, 그들을 불이익에 처하게 할 경우 간접 차별이 발생하는 것으로 간주한다. 단, 해당 법 조항, 기준, 또는 관행이 국제인권법에 따른 합리적이고 적법한 목적이나 정당성을 갖는다면 예외이다.”

아래 제2부의 절 I.A.4에서 논의한 바와 같이, 차별적 영향을 미치는 규칙, 정책, 또는 관행은 객관적이고 합리적인 기준에 근거하여 수립되고 적법한 목적을 달성하기 위한 비례적 수단일 때 정당화될 수 있다.<sup>247)</sup>

### 비교군

직접 차별의 발생을 확인할 수 있는 한 가지 방법은 진정한이 비교적 유사한 상황에서 다른 사람이나 사람들의 집단에 비해 덜 우호적으로 대우를 받았다는 사실을 보여주는 것이다. 마찬가지로, 간접 차별의 발생을 확인할 수 있는 한 가지 방법은 특정한 특성을 공유한 사람의 집단이 다른 집단과 비교할 때 규칙의 적용으로 인해 불균형한 영향을 받았다는 사실을 입증하는 것이다. 이러한 경우, 진정한과 비교되는 다른 사람이나 사람들의 집단을 비교군이라고 한다.

비교군은 차별의 발생 여부를 확인하기 위해 사용되는 흔한 방법이지만, 필수 사항은 아니다. 국제법은 비교군을 참조하지 않고도 차별을 확인할 수 있음을 인정한다. 즉, 차별금지사유와 관련해 피해를 경험한 당사자가 차별을 입증만 할 수 있으면 된다. 더불어, 비교군은 실제일 필요는 없다. 가설적일 수도 있다는 점이 널리 합의되어 있다.

유럽 인권재판소는 비교군을 사용해야 하는지를 법적 해석에서 탐구해왔다. 인권재판소는 여러 사건에서 "유사하거나 비교적 유사한 상황"에 속한 사람에게 차별적인 대우가 있는지 여부를 판단해야 한다고 주장했다.<sup>248)</sup> 이는 유사한 상황을 입증해야 한다는 것이 반드시 비교군이 (진정한의 상황과) 똑같아야 할 필요는 없음을 나타낸다. 또한 인권재판소는 청구인은 자신의 청구의 특정한 본질을 고려할 때, 다른 대우를 받는 다른 사람들과 상당히 유사한 상황에 있다는 사실을 증명해야만 한다고 주장했다.<sup>249)</sup> 다른 상황인지를 판단하고 비교군이 될 수 있는지를 결정하는 요소들은 문제가 되는 차별적 처우의 실질적 목적의 관점에서 평가해야 한다.<sup>250)</sup> 다시 말해, 상이한 대우와 차별을 평가할 목적으로 두 사람 또는 집단이 비교 가능한 상황에 있는지 아닌지에 대한 분석은 구체적이고 맥락에 부합해야 한다.<sup>251)</sup>

244) 참조: 예를 들어, 미주 인권재판소, *Artavia Murillo et al.* (체외 수정) *v. Costa Rica*, 사건 12.361, 보고서 제85호/10, 2010년 7월 14일, 문단123 및 문단125. 다른 참조: 모든 유형의 차별과 불관용에 반대하는 미주 협약, 제1조 (2).

245) 인종 또는 출신민족과 무관한 사람 간의 평등 대우 원칙 시행에 관한 2000년 6월 29일자 2000/43/EC 지침, 제2조(2) (b); 고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체계 정립에 관한 2000년 11월 27일자 2000/78/EC 지침 제2조(2) (b); 남성과 여성 간의 재화와 서비스에 대한 접근 및 공급에서의 평등한 대우 원칙을 실행하기 위해 2004년 12월 13일 제정된 지침 2004/113/EC, 제2조(b); 고용 및 직업 문제에서 남성과 여성의 기회 평등과 대우 평등 원칙 실행에 관한 2006년 7월 5일 2006/54/EC 지침(개정), 제2조(1) (b).

246) 유럽 인권재판소, *D.H. and others v. the Czech Republic*, 소송 신청번호 57325/00, 판결, 2007년 11월 13일, 문단184. 유럽 사회권리위원회는 간접 차별에 대한 독특한 정의를 채택했다. 위원회에 따르면: "이러한 간접 차별은 모든 관련된 차이에 대해 적절하고 긍정적인 고려를 하지 못하거나, 모든 사람에 열려 있는 권리와 집단적 이로움이 진정으로 모든 사람에 의해 모든 사람에게 접근할 수 있도록 이를 보장하는 적절한 조치를 취하지 못함으로써 발생할 수 있다". 참조: 유럽 사회권리위원회, *Equal Rights Trust v. Bulgaria*, 소장 제121호/2016, 본 안에 대한 판결, 2018년 10월 16일, 문단87.

247) 참조: 본 실무 지침서 제2부 절 I.A.4(b)

248) 유럽 인권재판소, *Molla Sali v. Greece*, 소송 신청번호 20452/14, 판결, 2018년 12월 19일, 문단133; *Fabián v. Hungary*,

영국 하원은 이 질문에 대한 법 해석에서 "두 가지 상황 사이에 매우 명백한 관련성의 차이가 없다면, 대우에서 차이가 나타나는 이유와 그것이 객관적이고 합리적인 정당한지를 여부에 집중하는 것이 낫다"고 말했다.<sup>252)</sup>

비교군은 직접 차별이나 간접 차별의 발생을 확인하는 한 가지 방법일 뿐이다. 유엔 사회권위원회와 유엔 장애인권리위원회는 차별은 "비교할 수 있는 유사한 상황이 없는 때, 차별금지사유를 이유로 한 해로운 행위 또는 부작위"를 포함할 수 있다는 점에 주목한다.<sup>253)</sup> 차별 피해자들에게 비교군 - 그것이 실제이든 아니든 가설적이든 - 설정하는 것이 어렵고<sup>254)</sup> 종종 그들의 주장에 불리할 수 있기 때문에 이 원칙은 기본적으로 중요하다. 그러므로, 직접 차별과 간접 차별의 경우, 비교군이 없다는 이유로 주장을 기각하는 것은 부당하다.

비교군을 반드시 사용해야 하는 것은 아니다. 괴롭힘, 정당한 편의 제공의 실패 또는 가해 등의 주장 - 아래에서 이러한 개념들에 대해 자세히 살핀다 - 을 고려할 때에는 비교군의 사용은 사실 부적절하다.

### (c) (차별금지) 사유에 근거한 괴롭힘(harassment)

#### 요약

- 차별금지법률은 괴롭힘을 금지해야 한다. 차별금지사유를 이유로 한 괴롭힘은 개인의 존엄성을 침해하고 위협적, 적대적, 모멸적, 굴욕적 또는 공격적인 환경을 조성할 목적을 가지고 또는 이러한 효과를 초래하는 특정한 차별 사유와 관련된 원치 않는 행동이 있을 때 발생한다.
- 괴롭힘은 의도적이거나 비의도적으로 일어날 수 있다.
- 성희롱은 성적인 것을 그 본질로 하는 행위를 수반하는 별개 유형의 가해다. 성희롱 금지 의무는 차별 금지와 동일하게 국가가 이행해야 할 구체적 의무이다. 성희롱 금지가 차별금지법률에 명시되어 있는 경우, 별도로 정의하고 차별금지사유를 이유로 한 괴롭힘 금지와 같이 다루어야 한다.

차별금지사유에 근거한 괴롭힘은 차별의 한 유형이며, 개인이 차별금지사유와 관련하여, 존엄성을 침해하고 위협적, 적대적, 비하적, 모욕적 또는 불쾌한 환경을 만드는, 또는 실제로 성공하지 못하더라도 이것을 목적으로 하는 원치 않는 행위를 경험할 때 발생한다. 개인의 말, 행동 및 기타 행위를 포함하여 광범위한 행위가 이 정의에 포함될

소송 신청번호 78117/13, 판결, 2017년 9월 5일, 문단113; *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, 소송 신청번호 60367/08 와 961/11, 판결, 2017년 1월 24일, 문단64; *X and others v. Austria*, 소송 신청번호 19010/07, 판결, 2013년 2월 19일, 문단98; *Konstantin Markin v. Russia*, 소송 신청번호 30078/06, 판결, 2012년 3월 22일, 문단125; *Burden v. the United Kingdom*, 소송 신청번호 13378/08, 판결, 2008년 4월 29일, 문단60; *D.H. and others v. the Czech Republic*, 소송 신청번호 57325/00, 판결, 2007년 11월 13일, 문단175; *Zarb Adami v. Malta*, 소송 신청번호 17209/02, 판결, 2006년 6월 20일, 문단71; *Kafkaris v. Cyprus*, 소송 신청번호 21906/04, 2008년 2월 12일, 문단160.

249) 유럽 인권재판소, *Fábián v. Hungary*, 소송 신청번호 78117/13, 판결, 2017년 9월 5일, 문단113; and *Clift v. the United Kingdom*, 소송 신청번호 7205/07, 2010년 7월 13일, 문단66.

250) 유럽 인권재판소, *Fábián v. Hungary*, 소송 신청번호 78117/13, 판결, 2017년 9월 5일, 문단121.

251) 유럽 인권재판소의 비교군 사용에 대한 추가적인 문헌 정보는 다음을 참조: 유럽 인권재판소, *유럽 인권협약 제14조 및 협약 제12의정서 제1조에 대한 안내서: 차별 금지(Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention: Prohibition of Discrimination)* (스트라스부르, 2021), 문단52-61. 유럽 사법재판소의 비교 대상자(대조군)에 대한 접근법 개요와 규칙의 예외를 포함한 내용을 알고자 한다면 다음을 참고: 유럽연합 기본권청과 유럽평의회가 발행한 "유럽 비차별법 핸드북(*Handbook on European Non-Discrimination Law*)" (록셈부르크, 유럽연합 출판사, 2018) 44-49쪽.

252) *Al (Serbia) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 42, Hale of Richmond 여사의 발언.

253) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단10 (a); 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단18 (a).

254) 참조: 예를 들어, 임신 상황에서, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단10 (a); 마찬가지로, 유럽 사법재판소, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, 사건 C-177/88, 판결, 1990년 11월 8일.

수 있다.<sup>255)</sup> 다른 형태의 차별과 마찬가지로, 괴롭힘을 입증하기 위해 의도나 동기는 필요하지 않다 - 문제 행위가 존엄성 침해 및 적대적 환경 조성 효과가 있다면 그것으로도 충분하다.<sup>256)</sup>

또한 차별금지사유에 근거한 괴롭힘은 개인 또는 집단이 보호받는 특성에 기반하여 고의로 배제되거나 표적이 되는 상황에서도 발생할 수 있다. 예를 들어, 인도의 차별금지 활동가들은 카스트, 종교 또는 민족에 기반하여 특정 공동체가 개인을 사회적으로 배제 또는 경제적으로 배척하는 관행에 대해 우려를 제기해 왔다.

일부 사법 관할권에서는 차별금지법의 일부가 아닌 별개의 괴롭힘 범죄가 있다.<sup>257)</sup> 이러한 범죄에는 예를 들면 학대, 집단괴롭힘이나 왕따(bullying), 원치 않는 접촉 또는 사람을 괴롭게 하거나 위협을 느끼게 만드는 다른 행동이 포함되며, 이는 차별금지사유와 관련이 없다. 본 지침서는 이러한 범죄 행위를 다루지 않는다. 유엔 사회권위원회는 괴롭힘이 사회권규약 제2조(2)의 규정에 따라 차별의 한 유형이라고 밝혔고,<sup>258)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 괴롭힘을 관련 협약이 금지하는 차별의 "네 가지 주요 유형" 중 하나로 식별했다.<sup>259)</sup> 다른 조약기구도 유엔 인종차별철폐협약, 유엔 여성차별철폐협약 및 자유권규약이 규정하는 차별받지 않을 권리에 대한 국가별 이행상황 심의에서 괴롭힘을 금지 행동의 한 유형으로 인정했다.<sup>260)</sup> 성희롱은 별개이지만 관련된 피해 유형으로, 국제법은 이를 독립적으로 정의하고 있다.

### 성희롱

유럽연합법에서는, 괴롭힘(개인의 성별뿐만 아니라 기타 이유로 발생할 수 있다)과 성희롱은 별개의 피해 유형으로 따로 정의된다. 두 가지 범법 행위 모두 인간의 존엄성을 침해하고 "위협적, 적대적, 비하적, 모욕적 또는 불쾌한 환경"을 조성하는 효과가 있지만,<sup>261)</sup> 성희롱은 구체적으로 본질이 성적인 행위와 관련되어 있고 차별금지사유와 관련될 필요가 없다.<sup>262)</sup>

성희롱의 예로는 성적 발언, 포르노그래피 또는 성적으로 노골적인 자료의 전시, 그리고 형법에 따라 별도의 범죄가 될 수 있는 성적 접촉 유형이 있다.<sup>263)</sup> 유엔 사회권위원회와 자유권위원회는 최근의 최종 견해에서 당사국이 국내법에서 성희롱을 금지하도록 요청했다.<sup>264)</sup> 이러한 금지 조치는 이 절에서 정의한 차별금지사유에 근거한 괴롭힘 금지와 함께, 그리고 이에 더하여 적용해야 한다.<sup>265)</sup>

평도는 다르지만, 각 지역 인권체제는 괴롭힘을 금지된 행동의 한 유형으로 인정한다. 평등 대우에 관한 유럽연합 지침들은 괴롭힘을 명시적으로 금지한다.<sup>266)</sup> 유럽 인권재판소는 차별받지 않을 권리에 대한 지침에서 괴롭힘을

255) 참조: 예를 들어, 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단18 (d).

256) 참조: 본 실무 지침서 제2부 절 I.A.2(a)에 있는 의도 논의.

257) 참조: 예를 들어, 영국, 1997 괴롭힘 방지법.

258) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단7.

259) "장어나 기타 금지 이유와 관련하여, 개인의 존엄성을 침해하고 위협적, 적대적, 비하적, 모욕적 또는 불쾌한 환경을 조성할 목적 또는 효과가 발생하는 원치 않는 행위"로 정의된다. 다른 차별의 "주요 유형"에는 직접 차별, 간접 차별 및 정당한 편의의 미제공이 있다. 참조: 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단18 (d).

260) 참조: 예를 들어, CCPR/C/BLR/CO/5, 문단19; CERD/C/ITA/CO/19-20, 문단25; CEDAW/C/JPN/CO/7-8, 문단12 (e) 및 문단13 (c). ILO 협약 및 권고사항 적용 전문가 위원회도 고용 및 직업에서의 차별에 관한 조약, 1958 (No. 111)의 제1조 1문단 a)에 따라 차별 금지에 "차별에 근거한 괴롭힘"이 포함된다고 지적하였다. 참조: ILO 협약 및 권고사항 적용 전문가 위원회, 인종, 피부색 및 국적에 근거한 차별에 대한 일반적 관찰 (2018).

261) 고용 및 직업 문제에서 남성과 여성의 기회 평등과 대우 평등 원칙 실행에 관한 2006년 7월 5일 유럽 의회와 이사회의 지침 2006/54/EC (개정), 제2조(1) (c)-(d).

262) 같은 법, 제2조(1) (d).

263) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제19호 (1992), 문단18.

264) 참조: 예를 들어, CCPR/C/JAM/CO/4, 문단24; E/C.12/TKM/CO/2, 문단21 (f).

265) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제23호 (2016), 문단48.

266) 인종 또는 출신민족과 무관한 사람 간의 평등 대우 원칙 시행에 관한 2000년 6월 29일자 2000/43/EC 지침, 제2조(3); 고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체계 정립에 관한 2000년 11월 27일자 2000/78/EC 지침, 제2조(3); 남성과 여성 간의 재화와 서비스에 대한 접근 및 공급에서의 평등한 대우 원칙 실행에 관한 2004년 12월 13일자 2004/113/EC 지침, 제2조(c)

"직접 차별의 특별한 발현"으로 본다.<sup>267)</sup> 아프리카 인권위원회와 미주 인권위원회는 괴롭힘을 주로 성희롱과 관련하여 논의하지만<sup>268)</sup> 두 기구 모두 보다 넓은 범위의 이유에 대해 이 원칙을 적용한다.<sup>269)</sup>

특히, 아프리카 인권위원회는 "괴롭힘을 인종, 피부색, 종교, 출신 국가, 연령, 성별/젠더, 성적지향, 장애 또는 기타 상태에 따른 차별로 간주할 수 있다"고 하였다.<sup>270)</sup> 또한 이 위원회는 국가가 직장 내 괴롭힘을 해결하도록 "법률을 제정하고 시행하고 이행 조치를 도입할 것"을 촉구했다.<sup>271)</sup>

**아르메니아: 평등 확보에 관한 법안 상 이유에 근거한 괴롭힘**

아르메니아의 평등 확보에 관한 법안 제5조(1)(6)는 괴롭힘을 다음과 같이 정의한다: "하나 이상의 보호받는 특성을 이유로 또는 이와 관련하여, 해당 사람에게 불친절한, 적대적인, 불쾌한, 모욕적인 또는 부정적인 분위기 조성하는 효과 또는 목적을 갖는 원치 않는 대우".

**국제노동기구(ILO) 폭력과 괴롭힘에 관한 협약 2019 (No. 190) 상 괴롭힘**

2019년에 ILO는 폭력과 괴롭힘에 관한 협약, 2019 (No. 190)를 채택했다. 협약 제1조(1)에 "폭력과 괴롭힘"이라는 용어는 "한번 발생하였던 여러 번 발생하였던 상관없이 신체적, 심리적, 성적 또는 경제적 피해를 목표로 하거나, 그러한 결과를 야기하거나, 그러한 결과로 이어질 가능성이 있는 넓은 범주의 수용이 불가한 행동과 관례, 또는 그러한 위협"을 포함하는 것으로 정의한다. 괴롭힘에 대해 조약기구가 정한 정의보다 더 높은 기준을 설정한 것이 눈에 띄지만, 그럼에도 ILO의 기준 강화는 환영받을 만하다. 또한 성별에 기반한 괴롭힘 및 성희롱 유형을 포함한 점도 주목할 만하다.<sup>272)</sup>

협약 제6조에 따라 국가는 "고용 및 직업에서의 평등권과 비차별을 보장하는 법률, 규정 및 정책"을 채택할 것에 동의하며, 여기에는 "일의 세계에서 폭력과 괴롭힘에 불균형하게 영향을 받는, 하나 또는 그 이상의 취약 집단이나 취약한 상황에 속한 집단의 사람"을 위한 법률, 규정 및 정책이 포함된다. 또한 제7조에 따라 국가는 자국법 체계에서 폭력과 괴롭힘을 정의하는 데 동의한다.

차별금지사유에 근거한 괴롭힘은 주로 고용 분야에서 금지된다. 예를 들어, 2004년 탄자니아 연합 공화국의 고용 및 노동 관계법, 7조(5)에 따르면 "고용인에 대한 괴롭힘은 차별의 한 유형이며, 하위 조항(4)에 규정된 차별금지사유 중 하나 또는 복수의 조합에 근거한 (괴롭힘이) 금지되어야 한다."

그러나 국제법에서 차별 금지의 물적 범위는 고용 분야를 넘어 법의 규제를 받는 생활의 모든 영역으로 확대된다.<sup>273)</sup> 그리고 조약기구는 교육<sup>274)</sup> 및 보건과 같은 일상의 다양한 영역에서 괴롭힘을 금지할 국가의 의무를

및 제4조(3); 고용 및 직업 문제에서 남성과 여성의 기회 평등과 대우 평등 원칙 실행에 관한 2006년 7월 5일 2006/54/EC 지침(개정), 제2조(1) (c) 및 (2) (a). 추가적으로, 지침 2004/113/EC 제2조(d)와 2006/54/EC, 제2조(1) (d)는 성희롱을 별도로 정의하며 "특히 겁을 주거나 적대적이고 비하하거나 굴욕적이거나 모욕적인 환경을 조성할 목적 또는 효과를 갖는 성적 본질의 모든 원치 않는 언어적, 비언어적 또는 신체적 행위[가 발생한다]"를 포함한다.

267) 유럽 인권재판소, 유럽 인권협약 제14조 및 협약 제12의정서 제1조에 대한 안내서: 차별 금지, 문단30.

268) 미주 인권위원회, 여성 및 소녀에 대한 폭력과 차별: 아메리카와 카리브해 지역의 모범 사례와 도전 과제(Violence and Discrimination against Women and Girls: Best Practices and Challenges in Latin America and the Caribbean) (OEA/Ser.L/V/II, Doc.233/19) (2019); 아프리카 인권위원회, '아프리카 인권헌장에 규정된 경제적, 사회적 그리고 문화적 권리의 이행에 관한 원칙과 지침', 문단59 (k).

269) 예를 들어, 미주 인권위원회는 여성 동성애자, 남성 동성애자, 양성애자, 트랜스젠더 및 이성애자에 대한 괴롭힘 행위를 비난하며, 국가가 공공 및 사립 교육 기관에서 "이러한 사람에 대한 차별을 예방하기 위해 효과적인 조치를 채택하고 시행할 것"을 촉구한다. 참조: 미주 인권위원회, "IACHR는 교육 및 가족 환경에서 LGBTI 인권에 대한 폭력과 차별에 대해 우려를 표명한다", 2013년 11월 22일.

270) 아프리카 인권위원회, '아프리카 인권헌장에 규정된 경제적, 사회적 그리고 문화적 권리의 이행에 관한 원칙과 지침', 문단59 (k).

271) 같은 문헌.

인정한다.<sup>275)</sup> ILO 협약 및 권고사항 적용 전문가 위원회(the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations)는 차별 문제 해결을 위해 포괄적인 접근의 중요성을 인정하고 "대부분의 경우 포괄적 차별금지법은 [차별 (고용 및 직업)] 협약의 효과적인 적용을 보장하기에 필요하다"고 지적한다.<sup>276)</sup>

국제 및 지역 기구가 괴롭힘을 정의하는 상황을 보면, 그 정의에는 동일한 핵심 요소가 담겨 있다: 차별금지사유와 관련하여, "개인의 존엄성을 침해하고 위협적, 적대적, 비하적, 모욕적 또는 불쾌한 환경"을 조성할 "목적 또는 효과를 갖는" "원치 않는 행위".<sup>277)</sup> 유엔 사회권위원회는 국가가 차별금지법에서 "괴롭힘을 넓게 정의하고, 성적 및 기타 형태의 괴롭힘 —예를 들어 성별, 장애, 인종, 성적지향, 성별정체성 및 간성(intersex) 지위에 근거한 차별과 같이—을 "명시적으로 언급"하도록 촉구한다.<sup>278)</sup>

#### (d) 정당한 편의를 거부

##### 요약

- **정당한 편의를 거부**는 차별금지법에서 금지되는 차별의 한 유형이며, 다음과 같이 정의한다: 정당한 편이란 법의 규제를 받는 생활의 모든 영역에서 다른 사람과 동등한 기반에서 인권과 기본적 자유를 향유하고 행사하고, 동등한 참여를 보장하기 위한, 과도한 또는 부당한 부담을 지우지 않는, 필요한 그리고 적절한 변경, 조정 또는 지원을 의미한다. 정당한 편의를 거부하는 차별의 한 유형이다.

모든 개인이 동등한 기반에서 사회에 참여할 수 있도록 보장하기 위해서 규칙, 관행, 의사소통 수단, 물리적 또는 기타 사회 기반시설의 변경 또는 조정이 필요할 수도 있다. 이러한 조정이 "정당한 편의"로 알려져 있다. 특정한 경우에 정당한 편의를 제공하지 못하는 경우 - 즉, 이러한 조정이 "비례에 어긋나거나 부당한 부담"을 주지 않는 상황에서 - 국제법은 이것을 차별의 한 유형으로 인정한다.

##### 필리핀: 포괄적 차별 금지법 초안 중 장애를 이유로 한 정당한 편의

###### 제3절 (u)

"정당한 편의는 특정한 경우에서 필요할 때, 과도하거나 부당한 부담을 주지 않는, 필요하고 적절한 변경과 조정을 말하며, 장애인이 다른 사람과 동등한 기반에서 모든 인권과 기본적인 자유를 향유하고 행사할 수 있도록 보장하기 위한 것이다."

정당한 편의를 거부하는 장애인권리협약 제2조에 장애 차별의 한 유형으로 포함되어 있으며<sup>279)</sup> 유엔 사회권위원

272) 다른 참조: 2019년 ILO 폭력 및 괴롭힘 권고 (No. 206).

273) 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절I.A.3.

274) 참조: 예를 들어, 린인 학생들에 대한 인종적 괴롭힘과 관련하여. 참조: 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제27호 (2000), 문단20.

275) 예를 들어, 성적 그리고 생식 건강 권리의 행사에 관해서 참조: 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제22호 (2016), 문단31.

276) ILO, "협약 및 권고사항 적용에 관한 전문가 위원회 보고서", 보고서 III (제1부 A), 문단109.

277) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단18 (d); 인종 또는 출신민족과 무관한 사람 간의 평등 대우 원칙 시행에 관한 2000년 6월 29일자 2000/43/EC 지침, 제2조(3); 고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체계 정립에 관한 2000년 11월 27일자 2000/78/EC 지침 제2조(3); 남성과 여성 간의 재화와 서비스에 대한 접근 및 공급에서의 평등한 대우 원칙을 실행하기 위한 2004년 12월 13일 2004/113/EC 지침, 제2조(c); 고용 및 직업 문제에서 남성과 여성의 기회 평등과 대우 평등 원칙 실행에 관한 2006년 7월 5일 2006/54/EC 지침 (개정), 제2조(1) (c).

278) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제23호 (2016), 문단48.

279) 다른 참조: 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단17 및 문단18 (c).

회<sup>280</sup>), 자유권위원회<sup>281</sup>) 그리고 유엔 여성차별철폐위원회<sup>282</sup>)와 같은 조약기구에서 인정받고 있다. 미주 인권재판소는 최근 판례에서 장애인에 대한 정당한 편의와 접근성 조치 거부로 인해 미주 인권협약 제1조(1)에 따른 차별받지 않을 권리가 침해되었다고 판단했다.<sup>283</sup>)

장애인의 권리에 관한 아프리카 인권헌장 의정서는 "장애를 근거로 한 차별"이 정당한 편의의 거부를 포함한다고 규정하고 있다.<sup>284</sup>) 아프리카 인권위원회는 최종 견해에서 관련 권고사항을 국가에 전달했다.<sup>285</sup>) 유럽 인권재판소는 정당한 편의의 제공을 장애를 근거로 한 차별금지의 일부로 인정하며,<sup>286</sup>) 유럽연합법에서는 정당한 편의의 제공 의무를 평등 대우 원칙의 일부로 본다.<sup>287</sup>)

### 정당한 편의 개념의 이해와 그 발전

정당한 편의 제공 의무는 장애차별 상황에서 가장 흔히 언급되지만 다른 차별금지사유에도 적용된다. 예를 들어 캐나다 법원은 연령, 인종과 출신민족, 성별 및 젠더와 관련하여 정당한 편의를 제공할 법적 의무를 인정한다.<sup>288</sup>)

2012년 온타리오 인권법의 개정 이후,<sup>289</sup>) 온타리오 인권위원회는 정당한 편의 제공 의무가 성별정체성 및 성별표현에도 적용되어야 함을 명확히 밝혔다.<sup>290</sup>) 제공된 모든 편의는 다음을 보장함으로써 반드시 "적절해야" 한다: (a) 존엄성 존중; (b) 개별화; (c) 통합과 완전한 참여; (d) 포용적 설계. 위원회는 이런 원칙을 적용하며 다음의 예를 든다:

한 피트니스 클럽 회원이 공개적으로 자신이 여성이라는 신분을 밝히고 있다. 그녀는 남자 탈의실을 사용하는 것이 더는 적절하거나 안전하지 않다고 생각한다. 그럼에도 여자 탈의실을 사용하는 것이 아직 편안하지 않다. 클럽 관리자는 그녀와 함께 임시적인 해결책을 찾고 있다. 예를 들어 여자나 남자 샤워실 및 탈의 공간에 프라이버시 커튼이나 칸막이를 설치하거나, 직원 개인 공간을 이용하도록 하는 것이다.

또한 미래를 위해 보편적으로 포괄적인 옵션을 모색하고 있다. 예를 들면 각 탈의실에 개인용 칸막이를 설치한 다거나 샤워 시설과 탈의 공간을 갖춘 공용 단일 사용자 젠더 중립 화장실을 설치하는 것이다.<sup>291</sup>)

유엔 종교 또는 신념의 자유에 관한 특별보고관은 정당한 편의의 중요성에 대해 깊이 연구했으며, 종교의 자유권을 실현하기 위해서는 "정당한 편의의 조치에 대한 고려 없이는 차별 철폐 정책은 온전히 효과적일 수 없다"고 지적했다.<sup>292</sup>) 이 맥락에서 정당한 편의는 중립적 정책 또는 조치에 의한 간접 차별의 영향을 없애는 수단으로 표현된다.<sup>293</sup>) 그러므로, 예를 들어, 종교적 전통 의식의 날짜를 고려하여 근무 시간을 조정하거나 유니폼의 요건에 종교적 복장을 반영하는 것이 고용에서 차별을 철폐하고 평등한 참여를 보장하는 데 필요할 수 있다.<sup>294</sup>)

차별 사건에 적용되는 (적법한 목적을 달성하기 위하여 조치의 필요성을 평가하고 덜 제한적인 수단을 찾아낼 것을 요구하는) 정당성 검토가 광범위한 영역에서 차이를 수용할 보편적 의무를 의미할 수도 있다고 주장한다.<sup>295</sup>)

280) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단28.

281) 참조: 예를 들어, CCPR/C/BGR/CO/4, 문단17.

282) 참조: 예를 들어, 교육권에 대한 맥락에서, 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제36호 (2017), 문단46 (f).

283) 미주 인권재판소, *Chinchilla Sandoval v. Guatemala*, 판결, 2016년 2월 29일, 문단215 및 문단219. 다른 참조: 판사 로베르토 F. 칼다스의 개별 의견.

284) 장애인의 권리에 관한 아프리카 인권헌장 의정서, 제1조.

285) 참조: 예를 들어, 아프리카 인권위원회, 말라위 공화국의 아프리카 인권헌장의 이행에 대한 최초 및 결합 정기 보고서에 대한 "최종 견해 및 권고(1995-2013)" (Banjul, 2015), 문단132.

286) 유럽 인권재판소, *Çam v. Turkey*, 소송 신청번호 51500/08, 판결, 2016년 2월 23일, 문단65, 문단67 및 문단69.

287) 고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체계 정립에 관한 2000년 11월 27일자 2000/78/EC 지침, 제5조.

288) 이 점에 대한 보다 상세한 논의를 위해 다음을 참조: 엠마뉴엘 브리보시아와 이사벨 로리베 (비차별 분야의 유럽 법률 전문가 네트워크), *유럽에서의 장애를 넘어선 정당한 편의? (Reasonable Accommodation Beyond Disability in Europe?)* (룩셈부르크, 유럽연합

장애인권리협약 제2조에서는 "정당한 편의"를 "장애인이 다른 사람들과 동등하게 모든 인권과 기본적인 자유의 향유 또는 행사를 보장하기 위하여 특별한 경우, 과도하거나 부당한 부담을 지우지 아니하는 필요하고 적절한 변경 및 조정"으로 정의한다.<sup>296)</sup> 유럽 인권재판소<sup>297)</sup> 와 장애인의 권리에 관한 아프리카 인권헌장 의정서도 이와 유사한 정의를 사용한다. 단, 후자의 경우 "과도하거나 부당한 부담을 지우지 않는"이라는 제한 조건은 빠져있다.<sup>298)</sup>

### 접근성 보장 실패

장애인권리협약의 제9조는 접근성을 보장할 의무를 규정하는데 이에 따라 국가는 "장애인에게 다른 사람과 동등하게 물리적 환경, 교통, 정보통신 기술 및 시스템을 포함한 정보통신, 그리고 대중에 개방 또는 제공된 기타 시설 및 서비스에 대한 접근을 보장하는 적절한 조치를 하도록" 되어 있다.

유엔 장애인권리위원회는 "정당한 편의 의무"와 "접근성 의무"를 구분한다.<sup>299)</sup> 편의는 개인 차원에서 제공되는 반면,<sup>300)</sup> "접근성 의무는 집단에 관련한 것으로, 점진적이지만 무조건 이행해야 한다".<sup>301)</sup> 따라서 접근성은 주로 국가의 의무와 책임으로 표현된다.<sup>302)</sup> 본 실무 지침서 제2부 I.C.1 절 평등 의무에서 접근성 의무에 대해 더 자세히 설명하고 있다.

그럼에도 유엔 장애인권리위원회는 특정한 상황에서 접근성 거부가 차별의 한 유형이 될 수 있다고 명확히 밝히고 있다. 위원회는 접근성 보장의 실패를 금지된 차별 행위로 간주해야 하는 두 가지 상황을 밝힌다: (a) "적용 가능한 접근성 기준이 도입된 후에 서비스나 시설이 설립된 경우", (b) "정당한 편의를 통해 시설이나 서비스에 (시설이나 서비스가 생겼을 때) 접근이 가능했을 수도 있었으나 그렇지 못한 경우"<sup>303)</sup>.

유엔 장애인권리위원회는 정당한 편의에 대한 권리가 즉각적으로 충족할 요구 사항임을 지적하며,<sup>304)</sup> "해당 사람이 편의(시설)이 필요할 수도 있는 장애를 가지고 있음을 인지했어야만 했던 (그러나 그렇지 못한) 상황"에 적용한다.<sup>305)</sup>

"정당한"이라는 용어는 요청된 편의를 제공하기 위한 비용이나 실행 가능성이 아니라 동등한 참여를 보장하는 목표를 달성하기 위해 취하는 조치의 "관련성, 적절성 및 효과성"<sup>306)</sup>을 의미한다. 편의 제공이 "과도하게 균형에 맞지

출판사, 2013), 14-19쪽 및 해당 문헌에 인용된 참고 문헌.

289) 온타리오, 캐나다, 토비법(Toby's Act) (성별정체성이나 성별표현에 의한 차별과 괴롭힘으로부터 자유로운 권리), 2012. 2017년 캐나다 인권법에도 비슷한 개정이 있었으며, 이는 연방 규제 활동에 적용된다. 참조: 캐나다 인권법, 1985.

290) 온타리오 인권위원회, *성별정체성과 성별표현에 의한 차별 금지 정책(Policy on Preventing Discrimination Because of Gender Identity and Gender Expression)* (온타리오, 2014), 제8절.

291) 같은 문헌 제8장 제2절 제5항.

292) A/69/261, 문단71.

293) 같은 문헌, 문단70.

294) 같은 문헌, 문단46. 미국 평등고용기회위원회(EEOC)의 *종교 차별 준수 매뉴얼(Compliance Manual on Religious Discrimination)* 은 1964년 민권법 제7장에 따라 종교적 차별로 이어질 수 있는 정당한 편의 거부의 몇 가지 예시를 규정하고 있다. 그 중에서도 다음이 이런 예시에 포함된다: 의복이나 옷 단장 기준이 제공 거부; 빈 방을 기도 시설로 사용하는 것에 대한 거부; 종교적 휴일을 제공하지 않는 경우.

295) 브리보시아 및 로리베, *유럽에서의 장애를 넘어선 정당한 편의?*, 22쪽.

296) 비차별법 분야에서 정당성에 대한 추가적 논의는 다음 참조: 제2부의 절 I.A.4

297) 유럽 인권재판소, *Cam v. Turkey*, 소송 신청번호 51500/08, 판결, 2016년 2월 23일, 문단65.

298) 장애인의 권리에 관한 아프리카 인권헌장 의정서, 제1조.

299) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단24.

300) 같은 문헌, 24 (b).

301) 같은 문헌, 문단41 (a).

302) 같은 문헌, 문단40.

303) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제2호 (2014), 문단31.

304) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단24 (b).

305) 같은 문헌

306) 같은 문헌, 문단25 (a).

않거나 부담"을 주는지 아닌지에 대한 평가는 분석의 두 번째 단계이며,<sup>307)</sup> 본 실무 지침서의 제2부 절 I.A.4(a)에서 더 자세히 논의된 바와 같이, 편의 제공의 실패가 정당화될 수 있는지 아닌지에 중점을 둔다.

### (e) 분리 차별

#### 요약

- 포괄적 차별금지법은 분리 차별을 금지해야 한다. 분리 차별은 다음과 같이 정의된다:  
분리 차별은 특정한 차별금지사유를 가진 사람이 본인의 완전하고 자유로운, 그리고 정보를 기반한 동의 없이 분리되고 시설, 재화, 서비스, 권리 또는 물리적인 환경에 상이한 접근을 제공받을 때 발생한다. 인종적 분리 차별에 대한 동의는 있을 수 없다.

비록 “분리 차별”이라는 용어를 명시적으로 정의하는 주요 유엔 인권조약은 없지만, 특정한 특성을 공유하는 개인이 강제적으로 분리되어, 다른 집단이나 일반 대중과 비교할 때 재화와 서비스 또는 권리에 대해 다른 접근성을 받을 때 발생하는 심각한 유형의 차별로 널리 인식되어 있다. 분리 차별은 일반적으로 - 항상 그런 것은 아니지만 - 어느 정도의 강제적 또는 강요적 분리, 고립 또는 배제를 함축한다. 실제로, 이러한 맥락에서 강제가 강요란 관련된 개인이나 집단이 완전히 자유롭게 정보에 근거해 동의하지 않은 것을 의미한다. 완전히 자유롭게 정보에 근거한 동의 그 자체는 강제적이지 않은 환경에서 이루어져야 하며, 동의는 언제든지 철회할 수 있어야 한다.

분리 차별은 흔히 공간적인 측면에서 생각된다. 그러나 다른 유형의 분리를 강제하기 위해 만들어진 법적 정책 또는 관행적 조치도 포함할 수 있다. 그러므로 예를 들어, 미국 연방대법원은 유명한 러빙 대 버지니아(Loving v. Virginia) 사건에서 인종 간 결혼 금지법이 - 그리고 가족 관계에서 인종 분리 차별을 적용한 것은 - 헌법상 평등, 동등한 보호와 비차별 보장을 침해한다고 판결했다.<sup>308)</sup>

분리 차별 금지의 주요 인종 분리 차별 상황에서 발전되었다. 그리고 인종 차별 및 관련 요인(카스트를 포함하여)에 기반한 분리 차별은 금지된다는 점이 명확하게 정립되어 있다.<sup>309)</sup> 또한 지금은 분리 차별이 다양한 차별금지사유와 관련하여 그리고 복합 및 교차 차별금지사유에 근거하여 발생할 수 있는 금지 행동의 한 유형이라고 널리 인식되고 있다. 인종 차별 외에도 유엔 인권 메커니즘은 연령,<sup>310)</sup> 장애,<sup>311)</sup> 성별정체성 및 성별표현,<sup>312)</sup> 성별<sup>313)</sup> 및 성적지향과 관련된 분리 차별 관련 우려를 제기했다.<sup>314)</sup>

307) 같은 문헌, 문단25 (b).

308) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 1967.

309) 카스트를 포함하여 출신에 기반한 차별은 다음 참조: 특히, 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제29호 (2002), 문단(a) 및 문단 (n)-문단(q).

310) 참조: 그중에서도, A/HRC/39/50, A/HRC/30/43. 일반 논평 제6호 (1995)에서 유엔 사회권위원회는 유엔 노인들을 위한 원칙 (United Nations Principles for Older Person, 유엔총회 결의 46/91, 부록) 제7원칙, 즉, “노인은 사회 속에 계속 통합되어 있어야 하며, 그들의 복지에 직접 영향을 주는 정책의 수립과 시행에 적극적으로 참여하고, 그들의 지식과 기술을 후손에게 전해야 한다”를 상기시켜 주었다 (일반 논평 문단39).

311) 참조: 예를 들어, A/71/314, 문단6; CRPD/C/HUN/CO/1, 문단33; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제5호 (2017), 특히 문단16 (c); 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단56 and 64; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제4호 (2016), 문단11 및 문단13; CRPD/C/TUR/CO/1, 문단48 (a); CRPD/C/IND/CO/1, 문단6 (b) 및 문단50 (a); CRPD/C/IRQ/CO/1, 문단43 (a); CRC/C/PSE/CO/1, 문단54 (b); CRC/C/MDA/CO/4-5, 문단29 (c); CRC/C/QAT/CO/3-4, 문단29 (c); CRC/C/BRA/CO/2-4, 문단51; CERD/C/CZE/CO/12-13, 문단17; CCPR/C/AZE/CO/4, 문단10; E/C.12/MEX/CO/5-6, 문단65 (e) 및 문단66 (e); E/C.12/VNM/CO/2-4, 문단15; CEDAW/C/AUL/CO/7, 문단38.

312) 참조: 예를 들어, CAT/C/BLR/CO/5, 문단29-30. 다른 참조: 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR), *자유롭고 동등한 삶: 여자 동성애자, 남자 동성애자, 양성애자, 트랜스젠더 및 이성애자에 대한 폭력 및 차별을 저지하기 위해 국가가 하는 일(Living Free & Equal: What States are Doing to Tackle Violence and Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex People)* (뉴욕, 제네바, 2016), 42쪽.

313) 참조: 예를 들어, CEDAW/C/KOR/CO/8, 문단30-31; CEDAW/C/EST/CO/5-6, 문단29; CEDAW/C/SVK/CO/5-6, 문단20, 28 및 문단30.

예를 들어, 노인들의 인권 향유에 대한 독립전문가는 공간 계획이 "노인의 참여를 용이하게 하고... 분리 차별을 피해야 한다"고 주장한다.<sup>315)</sup> 성적지향과 성별정체성에 근거한 폭력과 차별로부터의 보호에 대한 독립전문가는 국가가 "위생 시설 및 탈의실과 같이 분리된 공간에 대한 접근성에 지침을 주는, 공공장소 사용에 관한 젠더 기반의 정책을 검토하고 업데이트할 것"을 권장한다".<sup>316)</sup>

### 미국에서의 분리 차별

인종에 근거한 강제적 분리 차별에 대한 법적 투쟁은 미국 시민평등권 운동의 핵심이었다. 이 때 법 원칙이 — 특히 1896년 연방대법원 *플레시 대 퍼저슨(Plessy v. Ferguson)* 판례에서 확인된 — 소위 "분리되지만 평등한" 규정을 허용했다:

단순히 백인과 유색 인종 간의 법적 구분을 암시하는 법률이 ... 두 인종의 법적 평등을 파괴하는 경향을 갖고 있다고 볼 수 없다.<sup>317)</sup>

이 차별적 선례는 거의 60년이 지나 공공 교육에서의 인종 분리 차별과 관련된 대표적 사건인 *브라운 대 토페카 교육 위원회(Brown v. Board of Education of Topeka)* (1954)판례에서 뒤집혔다. *브라운* 사건에서 법원이 고심한 문제는 "공립학교에서 아이들을 오로지 인종을 근거로 — 물리적 시설 및 기타 '유형적' 요소가 평등하다 할지라도 — 분리 차별하는 것이 소수 집단의 아이들에게 평등한 교육의 기회를 박탈하는가?"였다.<sup>318)</sup> 법원은 "우리는 그렇다고 믿는다"<sup>319)</sup>고 주장했고, "공공 교육 분야에서 '분리되지만 평등한' 교리는 발붙일 곳이 없다"고 말했다.<sup>320)</sup>

법원은 "분리된 교육 시설은 본질적으로 불평등하다"고 판단했고, 진정인은 "분리 차별로 인해 수정 헌법 제14 조가 보장하는 법의 평등 보호권을 박탈당했다"고 주장했다."<sup>321)</sup>

분리 차별은 유엔 인종차별철폐협약 제3조에 명시적으로 금지되어 있으며, 이에 따라 국가는 "인종 분리 차별과 아파르트헤이트(apartheid)를 특별히 비난하고 관할 영토에서 이러한 모든 행위를 예방, 금지 및 근절하기로 약속한다".<sup>322)</sup> 유엔 사회권위원회는 일반 논평 제20호 (2009)에서 사회권규약 제2조(2)에 따라 국가는 "분리 차별을 철폐하기 위해 적극적인 접근을 취해야 한다"고 지적한다.<sup>323)</sup> 장애인권리협약은 독립적 삶에 관한 제19조와 장애 아동에 관한 제23조에서 "분리 차별"이라는 단어를 명시적으로 사용한다.<sup>324)</sup> 제3조에서는 이보다 넓은 입장에서 "포용성"을 협약의 8가지 "일반 원칙" 중 하나로 나열하고 있다.<sup>325)</sup> 그리고 이에 따라 유엔 장애인권리위원회는 "차별받지 않을 권리는 분리되지 않을 권리를 포함한다"<sup>326)</sup>고 밝혔고, 고용 및 교육과 같은 분야에서의 분리 차별은 국가가 차별금지과 평등과 관련한 일반 의무를 위반한 것이라고 주장한다.<sup>327)</sup>

314) 참조:CAT/C/BLR/CO/5, 문단29-30. 다른 참조: 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR), *자유롭고 동등한 삶*, 42쪽.

315) A/HRC/39/50, 문단30. 유엔총회는 고령화에 관한 공개 실무그룹에게 노인의 인권에 대한 기존 국제 체제를 검토하고, 있을 법한 빈틈을 찾아내고 그것을 가장 잘 해결할 수 방법을 생각하도록 요청했다. 이 방법에는 적절한 경우 추가적인 조약(문서)과 조치의 실행 가능성을 고려하는 것이 포함되었다. 참조: 유엔총회 결의안 65/182, 문단28.

316) A/74/181, 문단7 및 문단101 (e).

317) *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), 543쪽.

318) *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), 493쪽.

319) 같은 문헌.

320) 같은 문헌, 495쪽.

321) 같은 문헌.

322) 이 규정 조항 외에도, 아파르트헤이트는 국제형사재판소 규정인 로마규정은 아파르트헤이트 범죄를 "비인도적 행위... 한 인종 집단이 체계적인 억압과 지배의 제도화된 체제 속에서 다른 인종 집단 또는 집단들을 대상으로 저지른 행위"로 정의한다. 로마규정, 제7조 (2) (h).

323) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단39.

324) 유엔 장애인권리협약, 제19조9 (b) 및 제23조(3).

325) 같은 문헌, 제3조3 (c).

326) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제4호 (2016), 문단13.

유엔 인종차별철폐위원회는 유엔 인종차별철폐협약의 제3조에 따른 국가의 의무를 자세히 설명한다. 이 위원회는 분리 차별이 "공공 당국의 어떤 주도적인 조치나 직접적인 개입 없이도" 발생할 수 있다고 주장하며,<sup>328)</sup> 국가는 이전 정부 아래에서 발생한 분리 차별을 종식하기 위해 적극적 의무를 져야 한다고 지적한다.<sup>329)</sup> 위원회는 국가가 다음과 같은 조치를 하기를 권고한다: 분리 차별을 일으키는 추세를 모니터링하고 분리 차별로 나타나는 결과를 근절하도록 노력할 것; 분리 차별을 예방, 금지, 근절하기 위해 노력할 것; "모두가 일반 대중이 사용하도록 의도된 장소나 서비스에 대해 평등하고 차별 없는 접근권을 갖도록 보장할 것"; "다민족 공동체를 촉진하기 위한 조치를 할 것".<sup>330)</sup>

앞서 언급했듯이, 장애인권리협약 제19조(b)는 국가가 장애인이 공동체에서 삶과 포용성을 지원하기 위해 그리고 해당 공동체로부터 고립이나 분리 차별을 받지 않도록 이를 방지하기 위해 필요한 지원 서비스에 접근할 수 있도록 보장해야 한다고 규정한다. 협약 제23조(3)은 국가가 "장애인 아동의 은닉, 방임, 학대 및 분리 차별을 예방해야 한다"고 규정한다. 더 넓게 보면, 유엔 장애인권리위원회는 분리 차별이 협약의 여러 조항을 위반하는 것으로 판단한다. 따라서 위원회는 분리 차별이 협약 제15조와 제16조가 금지하는 폭력, 학대 및 기타 잔인하고 비열한 처벌의 한 유형임을 지적한다.<sup>331)</sup> 위원회는 또한 교육 분야에서의 분리 차별이 협약 제5조와 제24조를 위반한다고 명시하고 있으며,<sup>332)</sup> 국가별 정례인권검토에서 교육 분야의 분리 차별에 대한 우려를 계속 표현해왔다.<sup>333)</sup> 위원회는 소위 "보호작업장"이라고 부르는 관례와 같은 분리된 고용 환경에 대해 우려를 표명한다.<sup>334)</sup> 장애인 권리에 관한 유엔 특별보고관은 "분리된 시설 및/또는 "지원 서비스를 포함해 지원의 부족"이 보건과 교육과 같은 필수적인 서비스에 접근에 "추가적인 난제"가 되고 있다고 지적한다.<sup>335)</sup>

### 장애인 분리 차별

장애인권리협약 선택의정서 제6조에 따라 수행된 조사에서 유엔 장애인권리위원회는 장애인(특히 지적 또는 사회적 정신장애를 가진 사람)에 대한 형가리의 제도적 장치가 협약 조항에 위반되는지 조사하도록 요청받았다. 이 진정 사건은 특히 공동체에서 독립적으로 살아가고 공동체에 포함될 권리를 보장하는 장애인권리협약 제19조 위반 주장에 중점을 두고 있었다. 이 주장에 더하여 이 사건에서는 2018년 기준으로 총 98,539명의 사람이 보호시설에서 생활하고, 그중 24,553명이 장애인이라는 사실이 언급되었다. 2018년 말 기준으로 총 54,959명의 장애인이 후견인의 보호 속에 생활하며, 그중 48,945명이 투표권을 박탈당했다. 위원회는 2020년 9월에 공개된 조사 보고서에서 "협약에 따른 권리의 중대한 위반을 발견하였으며, 후견인 제도와 보호 기관 생활이 상당수 장애인의 생활에 심한 영향을 미쳤고, 특히 이것은 지적 또는 사회적 정신장애를 가진 사람에 대한 차별을 더욱 악화시키고 사회로부터의 분리 차별과 고립을 영구화시킨다"고 밝혔다.<sup>336)</sup>

327) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단30, 문단64, 문단67 (a), 문단73 (c).

328) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제19 (1995), 문단4.

329) 같은 문헌, 문단2.

330) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제29호 (2002), 문단(p)-(q).

331) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단56.

332) 같은 문헌, 문단64.

333) CRPD/C/TUR/CO/1, 문단48; CRPD/C/IND/CO/1, 문단50.

334) 따라서 예를 들어, "특히 시골이나 외진 지역에서의 서비스 제공 모델과 관례는 보호 고용, 분리된 교육 및 제한된 사회주택 접근을 통해 장애인을 계속 차별화하고 있다" (CRPD/C/HUN/IR/1 및 Corr.1, 제101문단(j)). 다른 참조: CRPD/C/CAN/CO/1, 문단47; CRPD/C/SVK/CO/1, 문단73-74; CRPD/C/SRB/CO/1, 문단55-56; CRPD/C/BIH/CO/1, 문단47-48; CRPD/C/AUT/CO/1, 문단44; CRPD/C/BOL/CO/1, 문단61-62. 위원회는 일반 논평 제6호(2018)에서 국가에 다음 조치를 할 것을 촉구한다: "장애인이 분리된 작업 환경으로부터 벗어나도록 이를 촉진하고 개방된 노동시장에 참여를 지원하고, 그러는 동안에도 노동 권리가 그러한 환경에 즉각 적용될 수 있도록 보장하라." 참조: 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단67 (a). 다른 참조: 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제18호 (2006), 문단17.

335) A/71/314, 문단6.

336) CRPD/C/HUN/IR/1 및 Corr.1, 문단107.

지역 수준에서, 인종차별 및 불관용에 관한 유럽위원회(European Commission against Racism and Intolerance)는 “분리 차별”을 “(자연인 또는 법인) 사람이 객관적이고 합리적인 정당성 없이 다른 사람들을 열거된 이유 중 하나에 근거하여 분리하는 행위”로 정의했다.<sup>337)</sup> *정신장애 지지 센터(MDAC) 대 벨기에(Mental Disability Advocacy Center (MDAC) v. Belgium)* 사건에서 유럽 사회권위원회(European Committee of Social Rights)는 유럽 사회 개정 헌장 제15조(1)이 교육에서 “불법적으로 배제되거나 분리된” 사람을 위해 “효과적인 구제책”이 필요하다고 하였다.<sup>338)</sup> 또한 분리 차별은 다양한 미주 조약에 금지된 행위로 명시되어 있다. 예를 들어, 노인의 인권 보호에 관한 미주 협약(e Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons) 제7조는 국가가 “노인이 가정 내, 거주지 및 기타 지역 지원 서비스에 점진적으로 접근할 수 있도록 이를 보장하며, 이를 통해 해당 공동체에서의 삶과 포용성을 지원하고 고립이나 분리 차별을 예방”해야 한다고 규정한다. 인종주의, 인종 차별 및 관련 유형의 불관용에 대한 미주 협약 및 모든 유형의 차별과 불관용에 반대하는 미주 협약의 전문(recital)은 다양한 차별금지사유에 기반한 “분리 차별 및 고립과 맞서기 위해서는 개인적 그리고 집단적 차별과 불관용의 경험을 반드시 고려해야 한다”고 명시한다. 또한 미주 인권위원회는 감옥 및 이민 구금소에서 그리고 장애를 근거로 한 트랜스젠더들의 분리 차별에 대한 우려를 표명하고 있다.<sup>339)</sup> 아프리카 인권위원회는 교육 및 직업 훈련 상황에서 젠더에 기반한 분리 차별을 증식할 것을 촉구한다.<sup>340)</sup>

### 롬인\*에 대한 인종 분리 차별

\*역주: 롬인을 가리키는 “Roma”는 흔히 “집시”로 번역되는데, “로마인” 또는 “롬인”으로 지칭하는 것이 타당하다고 보이며, 본 지침서에서는 “롬인”이라는 번역을 채택하였다.

특히 교육, 고용, 보건, 주거 및 공간 계획 분야에서 롬인에 대한 인종 분리 차별은 지난 30년 동안 유럽 및 국제 인권 기구의 주요 관심사였다. 유엔 인종차별철폐위원회는 일반 권고 제27호(2000)에서 특히 교육과 주거 분야에서 롬인에 대한 분리 차별을 끝낼 것을 촉구했다.

*L.R.와 그 외 v. 슬로바키아 공화국(L.R. et al. v. Slovak Republic)* 사건에서, 인종차별철폐위원회는 Dobšiná 시의 조치는 인종차별철폐위원회의 질의의 대상이 되었다. 자세하게 말하자면, Dobšiná 시는 도시 외곽의 열악한 빈민가 환경에서 거주하는 현지 롬인을 위해 사회적 주택을 건설하기로 하였다. 그런데 약 2,700명의 현지 비(非)롬인 주민이 이 계획에 반대하는 청원을 올렸고, 시의 결정이 철회되어 사회적 주택 건설을 하지 않기로 결정이 바뀌었다. 위원회는 슬로바키아가 주거 차별과 효과적 구제권을 포함하여 유엔 인종차별철폐협약의 여러 조항을 위반했다고 판단했다.<sup>341)</sup> 유엔 인종차별철폐위원회는 *코토히아 v. 슬로바키아(Koptova v. Slovakia)* 사건에서 여러 시가 롬인의 출입을 금지하는 결정을 한 것은 유엔 인종차별철폐협약의 조항을 위반한 것으로 판단했다.<sup>342)</sup>

최근 몇 년간 교육 분야에서 롬인의 분리 차별은 여러 소송의 대상이 되었고, 불가리아, 체코, 그리스, 헝가리, 루마니아 및 슬로바키아와 관련된 사건에서 유럽 인권재판소와 국가 법원은 주요한 판결이 내렸다. 2007년에 내려진 최초의 역사적 판결인 *D.H. 와 그 외 v. 체코 공화국 사건(D.H. and others v. the Czech Republic)*<sup>343)</sup>은 롬인 아동을 분리하여 소위 “경증 정신장애”를 가진 아동을 위한 학교에 배치한 국가의 정책과 관련된

337) 유럽평의회, 유럽 인종주의 및 불관용 반대 위원회, 인종 차별 및 인종 차별과 싸우기 위한 국가 법률에 관한 제7호 일반 정책 권고 (CRI(2003)8 Rev.), 2002, 문단16.

338) 유럽 사회권위원회, *Mental Disability Advocacy Center (MDAC) v. Belgium*, 소장 제109호/2014, 결정, 2017년 10월 16일, 문단84.

339) 미주 인권위원회, “IACHR는 자유를 박탈당한 성소수자(LGBT)에 대한 폭력과 차별에 대해 우려를 표명한다”, 보도자료 번호 053/15, 2015년 5월 21일. 이용 URL: [www.oas.org/en/iachr/media\\_center/PReleases/2015/053.asp](http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2015/053.asp).

340) 아프리카 인권위원회, “국제 소녀의 날 공동 성명”, 2013년 10월 11일. 이용 URL: [www.achpr.org/pressrelease/detail?id=242](http://www.achpr.org/pressrelease/detail?id=242). 다른 참조: 아프리카 어린이 권리와 복지에 관한 전문가 위원회, 아프리카 어린이 권리와 복지에 관한 헌장 제30조에 대한 일반적 의견, 2013, 제28조: “감옥에서 임신한 여성, 영아가 있는 여성 및 수유 중인 어머니에게 중한 근신 또는 분리 처벌을 적용해서는 안 된다.”

사건이었다.<sup>344)</sup>

이 사건 이후 유럽 재판소 및 각국 국내 법원은 롬인 아동을 학교에서 완전히 배제하는 것을 용인하거나, 불충분한 언어 능력의 롬인 아동을 별도의 반에 배치하는 명분으로 삼거나, 과거의 분리 차별 잔재를 극복하지 못하거나, 민족적 이유에 근거하여 별도의 교육을 유지할 목적으로 사립 교육 기관을 설립하는 관행 등을 규탄했다.

국제법은 성별, 종교 또는 신념, 언어를 근거로한 분리 차별이 특히 교육 분야에서는 일부 정당성을 인정받을 가능성을 규정하고 있다.<sup>345)</sup> 그러나, 정부 당국은 언어 능력 강화를 위한 치료적 필요성을 근거로 한 걸치레 명분으로 인종 차별을 행해서는 안 된다는 점에 동의할 것이다.<sup>346)</sup> 언어를 기반으로 한 분리는 교육이 서로 다른 언어로 이루어지는 경우에만 허용된다고 이해해야 한다.<sup>347)</sup>

## (f) 가해 또는 보복

### 요약

- 차별금지법률은 가해\*를 금지해야 한다.
- 가해\*란, 차별에 대한 불만 제기 또는 평등 조항을 집행하는 과정에 관여한 결과로 불리한 대우나 결과를 경험할 때 발생한다.

\*역주: 가해(victimization)는 국내법에서 피해자에 대한 불이익조치와 유사한 개념으로 이해할 수 있지만, 아래에서 자세히 살펴듯 이보다 넓은 개념이다. 따라서 본서에서는 victimization을 불이익조치가 아닌 '가해'로 번역하였다.

가해-일부 사법권에서는 보복 또는 앙갚음이라고 칭한다는 불만 제기 또는 평등 조항을 집행하는 과정에 관여한 결과로 불리한 대우나 결과를 경험할 때 발생한다.<sup>348)</sup> 여기에는 차별의 피해자 또는 피해자들이 제기한 공식적이고 비공식적인 불만 및 법적 또는 그 밖의 절차뿐 아니라 다른 사람이 시작한 절차도 포함된다.<sup>349)</sup> 본 실무 지침서에서 사용되는 "가해"라는 용어는 차별금지법에서 특정한 형태의 피해를 의미하며, 차별에 노출된 사람들의 능력 박탈을

341) 유엔 인종차별철폐위원회, *L.R. et al. v. Slovak Republic*, 진정 제31호/2003.

342) 유엔 인종차별철폐위원회, *Koptova v. Slovak Republic*, 진정 제13호/1998.

343) 유럽 인권재판소, *D.H. and others v. the Czech Republic*, 소송 신청번호 57325/00, 판결, 2007년 11월 13일.

344) 이러한 학교의 운영 자체가 장애인권리협약 제24조 위반이다.

345) 예를 들어, 교육에서의 차별 철폐 협약 제2조는 다음과 같은 상황은 협약 제1조에서 정의한 차별에 해당하지 않는 것으로 규정하고 있다:

- 두 성별의 학생을 위해 별도로 설립 및 유지하는 교육 체계 또는 기관이 동등한 접근을 제공하고, 동일한 수준의 자격을 갖춘 교직원 및 동일한 품질의 교육 시설 및 장비를 제공하고, 동일하거나 동등한 과정을 수강할 기회를 제공하는 경우;
- 종교적 이유 또는 언어적 이유로 별도로 설립 및 유지하는 교육 체계 또는 기관이 학생의 부모 또는 법정 보호자의 희망과 부합하고, 이러한 체계나 기관에 참여 또는 출석이 선택이며, 제공되는 교육이 주요 교육 당국이 정하거나 승인한 기준, 특히 동일 수준의 교육을 위한 기준을 따르는 경우;
- 설립 및 유지하는 사립 교육 기관의 목적이 특정 집단을 배제하는 것이 아니라 공공 당국이 제공하는 교육 시설 외에 추가적인 교육 시설을 제공할 목적이며, 그 목적에 따라 운영되고, 제공되는 교육이 주요 교육 당국이 정하거나 승인한 기준, 특히 동일 수준의 교육을 위한 기준을 따르는 경우

346) 참조: 예를 들어, 유럽 인권재판소, *Oršuš and others v. Croatia*, 소송 신청번호 15766/03, 판결, 2010년 3월 16일.

347) A/HRC/43/47, 문단41 and 44; A/HRC/10/11/Add.1, 문단4, 문단10 및 문단27; CCPR/C/MKD/CO/2, 문단19; CRC/C/KGZ/CO/3-4, 문단59; CRC/C/15/Add.191, 문단75 (b).

348) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단73 (i).

349) 이것은 연관에 기반한 차별 금지로부터 추론할 수 있으며 —제2부 절 I.A.1(b)에서 논의했듯이— 실제로 여러 유럽 국가에서 관례적으로 행해지고 있다. 참조: 이자벨 쇼팽 및 카타리나 저메인 (성평등 및 비차별 법 전문가 유럽 네트워크를 위한), *유럽에서의 비차별법 비교 분석(A Comparative Analysis of Non-Discrimination Law in Europe)*, 2019 (룩셈부르크, 유럽연합 출판사, 2020), 96-99쪽.

의미하는 일반적 용어와 혼동해서는 안 된다.

다른 유형의 차별 대우와 같이, 가해 발생을 판단할 때 의도는 관련이 없다.<sup>350)</sup> 가해를 할 근거가 충분하다 하더라도 이것이 정당하다고 볼 수는 없다.<sup>351)</sup>

#### 키르기스스탄: 평등권 확보 및 차별 보호를 위한 법률 초안 제1조(8)

가해는 차별의 한 유형으로, 차별을 신고했거나 자진하여 신고할 의도가 있는; 차별을 목격했거나; 차별을 가하라는 지시를 따르지 않은 또는 차별 소송에 참여한; 또는 대중에게 차별에 대해 알린 개인 또는 개인의 집단에 대해 불리한 결과나 불리한 대우의 형태로 표현된다.

정도는 다르지만, 인권 조약기구는 가해를 해결할 의무를 인식하며, 주로 사법에 접근성을 보장하는 좀 더 폭넓은 요구 사항의 일부로 간주한다. 이와 관련하여 유엔 여성차별철폐위원회는 국가가 "법적 절차가 진행되기 이전, 진행되는 동안, 그리고 진행 이후에 여성을 위협, 괴롭힘 및 기타 유형의 피해로부터" 보호할 의무를 단언했다.<sup>352)</sup> 마찬가지로 자유권위원회는 최종 견해에서 국가는 "직장에서 차별 피해 여성이 불만을 제기하도록 이를 촉진하고, 그들을 보복으로부터 보호할 적절한 조치를 취할 것"을 촉구한다.<sup>353)</sup> 유엔 인종차별철폐위원회 또한 "인종 차별 피해자가 "보복이 두려워" 불만을 제기하는 것을 꺼리는 문제에 대해 우려를 표현하며, 사법에 접근성을 보장하기 위해 차별금지법을 포함하여 "필요한 모든 조치"를 취할 것을 국가에 권고한다.<sup>354)</sup> 이 보다 넓게, 유엔 사회권위원회는 모든 개인이 —인권 옹호자, 노동운동가, 그리고 그들의 법률 대리인을 포함하여— 경제적, 사회적, 문화적 권리의 침해에 관해 소를 제기한 이유로 받게 되는 "위협" 또는 "보복" 행위로부터 이들을 보호하기 위한 조치를 취할 국가의 의무를 지적한다.<sup>355)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 가해 금지에 대해 어떤 기구보다 큰 목소리를 내는데,<sup>356)</sup> 주로 유럽연합 평등 대우 지침서의 문구를 그대로 사용하여 가해를 "평등 대우 원칙의 준수를 집행할 목적의 진정 또는 소송 절차에 대한 반응으로 나타나는 불리한 대우 또는 불리한 결과"로 정의한다.<sup>357)</sup>

최근의 ILO 폭력 및 괴롭힘에 대한 조약(2019년, 제190호) 또한 가해로부터 보호를 보장하는 의무를 명시하고 있다. 이 조약은 국가에게 "진정인, 피해자, 목격자 및 내부 고발자에 대한 보복"을 예방하도록 요구한다.<sup>358)</sup>

350) 참조: 본 실무 지침서 제2부 절 I.A.2(a)의 의도에 관한 논의.

351) 특히, 정당한 목적이 결여되었기 때문에. 참조: 본 실무 지침서 제2부 절 I.A.4의 정당성에 대한 논의.

352) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단18 (g).

353) CCPR/C/MUS/CO/5, 문단12.

354) CERD/C/KGZ/CO/8-10, 문단14.

355) 이런 논리를 차별 맥락에 적용하면서, 위원회는 국가가 국내 직장 괴롭힘 정책 안에 "보복에 대한 명시적 금지"를 포함하여 성희롱 피해자의 보호를 보장하도록 촉구하였다. 각각 참조: E/C.12/VNM/CO/2-4, 문단9; E/C.12/CHN/CO/2, 문단38; 일반 논평 제23호 (2016), 문단48.

356) "가해"라는 용어를 명시적으로 사용하지 않았더라도. 참조: 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단73 (i).

357) 유엔 장애인권리위원회는 "평등 조항 준수를 보장"이라는 더 짧은 문구를 사용한다. 참조: 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단73 (i). 다른 참조: 인종 또는 출신민족과 무관한 사람 간의 평등 대우 원칙 시행에 관한 2000년 6월 29일자 2000/43/EC 지침, 제 9조; 고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체계 정립에 관한 2000년 11월 27일자 2000/78/EC 지침고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체계를 정립, 제11조; 남성과 여성 간의 재화와 서비스에 대한 접근 및 공급에서의 평등한 대우 원칙을 실행하기 위해 2004년 12월 13일 제정된 지침 2004/113/EC, 제10조; 유럽 의회와 이사회의 2006년 7월 5일 남녀 고용 및 직업 문제에서 평등한 기회와 평등한 대우 원칙의 시행에 관한 2006/54/EC 지침 (재구성), 제 24조.

358) 제10조(b) (iv).

### 3. 차별받지 않을 권리의 물적 범위

#### 요약

- 차별금지법률은 국제법 및 국내법에 따라 보호받는 모든 권리를 차별 없이 동등하게 향유할 수 있도록 이를 보장해야 한다.
- 차별 금지는 법의 규제를 받는 생활 전 영역에 적용해야 한다. 차별을 하지 않을 의무는 공공 당국 및 민간 주체를 포함하여 (하지만 여기에 국한하지 않고) 모든 이에게 있다.

차별금지법률의 물적 범위는 법률의 두 가지 기능에 의해 결정된다: 첫째, 차별받지 않을 권리는 모든 다른 인권에 관련하여 적용된다;<sup>359)</sup> 법의 규제를 받는 모든 활동 영역과 관련하여 차별받지 않을 권리는 독립적 권리로서 적용된다.<sup>360)</sup> 차별금지법의 범위는 공적 영역 및 사적 영역 모두에 걸쳐 있고, 민간 주체의 행동과 관련된 의무 사항도 포함한다.<sup>361)</sup>

#### 남아프리카 공화국: 평등 촉진 및 불공정 차별방지법

##### 제5절

“(1) 이 법은 국가와 모든 사람에게 구속력을 갖는다.”

#### (a) 인권 향유에서의 비차별

인권 향유에서의 비차별이 인권법의 본질을 규정하는 원칙이다.<sup>362)</sup> 자유권규약 및 사회권규약은 각 협약 내에 규정된 시민, 문화, 경제, 정치 및 사회권에 대한 차별을 금지한다.<sup>363)</sup> 많은 지역 인권조약에서도 이와 유사한 금지 조항을 발견할 수 있다.<sup>364)</sup> 더욱이, 장애인권리협약과 유엔 여성차별철폐협약의 물적 범위는 인권의 평등한 향유의 권리 이상으로 확대되어 있으며, 두 협약 모두 인권의 행사와 향유를 차별 없이 보장할 명시적 의무를 포함하고 있다.<sup>365)</sup>

#### 유엔 인종차별철폐협약 상 평등한 권리 향유

자유권규약 및 사회권규약 - 이들 협약은 그 안에 포함된 모든 권리가 차별 없이 보장되어야 함을 명시하고 있다 - 그리고 유엔 여성차별철폐협약 및 장애인권리협약 - 이들 협약은 국가가 직장, 교육, 보건 등의 영역에서 차별 금지를 보장할 의무를 상세하게 규정하고 있다 -. 그리고 유엔 인종차별철폐협약의 제5조는 국가가

359) 참조: 예를 들어, 자유권규약, 제2조(1); 사회권규약, 제2조(2). 다른 참조: 유엔 이주노동자 권리협약, 제1조(1); 유엔 아동 권리협약, 제2조(1).  
 360) 참조: 예를 들어, 자유권규약, 제26조; 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단12. 다른 참조: 유엔 장애인권리협약, 제5조; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단13.  
 361) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단11 및 문단37; 자유권위원회, 일반 논평 제31호 (2004), 문단8; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단13 및 문단73 (c) 및 (h); 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단9; 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단9-10, 문단13 및 문단17.  
 362) 다음 진술문에 명시되어 있다: “모든 인간은 태어날 때부터 자유로우며 그 존엄과 권리에 있어 동등하다.” 참조: 세계인권선언, 제1조. 다른 참조: 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단2; 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단1.  
 363) 자유권규약, 제2조(1); 사회권규약, 제2조(2). 다른 참조: 유엔 이주노동자 권리협약, 제1조(1); 유엔 아동 권리협약, 제2조(1).  
 364) 참조: 예를 들어, 유럽 인권협약, 제14조; 미주 인권협약, 제1조(1); 아프리카 인권헌장, 제2조.  
 365) 참조: 특히, 유엔 장애인권리협약, 제2조 및 제4조(1); 유엔 여성 차별철폐협약, 제2조.  
 366) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단9. 이와 유사한 시각에서, 유엔 여성차별철폐위원회는 관련 협약이 보호하는

차별 없이 보장해야 하는 권리 목록을 담고 있다. 제5조는 다음과 같이 규정한다:

제2조에 규정된 기본적 의무에 따라, 당사국은 특히 아래의 제 권리를 향유함에 있어서 인종, 피부색 또는 민족이나 종족의 기원에 구별없이 모든 사람의 권리를 법앞에 평등하게 보장하고 모든 형태의 인종 차별을 금지하고 폐지할 의무를 진다.

- (a) 법원 및 기타 모든 사법기관 앞에서 평등한 대우를 받을 권리
- (b) 정부 관리에 의해 자행되거나 또는 개인, 집단 또는 단체에 의해 자행되거나 간에 폭행 또는 신체적 피해에 대하여 국가가 부여하는 인간의 안전 및 보호를 받을 권리
- (c) 정치적 권리 특히 선거에 참여하는 권리, 보통·평등 선거의 기초위에서 투표하고 입후보하는 권리, 각급 공공업무의 행사는 물론 정부에 참여하는 권리 그리고 공공업무에의 평등한 접근을 할 권리
- (d) 기타의 민권 특히
  - (i) 당해 당사국 국경이내에서의 거주 이전의 자유에 대한 권리
  - (ii) 자국을 포함, 모든 국가로부터 출국하고 자국으로 귀국하는 권리
  - (iii) 국적 취득권
  - (iv) 혼인 및 배우자 선택권
  - (v) 단독 및 공공재산 소유권
  - (vi) 상속권
  - (vii) 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리
  - (viii) 의견과 표현의 자유에 대한 권리
  - (ix) 평화적인 집회와 결사의 자유에 대한 권리
- (e) 경제적, 사회적 및 문화적 권리, 특히
  - (i) 근로, 직업 선택의 자유, 공정하고 알맞는 근로조건, 실업에 대한 보호, 동일 노동 동일 임금, 정당하고 알맞는 보수 등에 대한 권리
  - (ii) 노동조합 결성 및 가입권
  - (iii) 주거에 대한 권리
  - (iv) 공중보건, 의료, 사회보장 및 사회봉사에 대한 권리
  - (v) 교육과 훈련에 대한 권리
  - (vi) 문화적 활동에 균등 참여 권리
- (f) 운송, 호텔, 음식점, 카페, 극장 및 공원과 같은 공중이 사용하는 모든 장소 또는 시설에 접근하는 권리

유엔 인종차별철폐위원회는 다음과 같이 밝혔다: "협약에 따라 [비차별 원칙]이 적용되는 인권 목록은 폐쇄적이지 않아야 하며, 당사국의 공공 당국이 규제하는 인권의 전 영역으로 확대되어야 한다.<sup>366)</sup>" 실제로, 다른 곳에서 언급한 바와 같이, 위원회가 차별받지 않을 권리를 적용하는 영역은 광범위하다.<sup>367)</sup>

권리 영역의 목록은 완전하지 않으며, 그 중에서도, "국내 또는 다른 모든 분야"로 확장되어야 한다고 주목한다. 이에 더하여, 협약국은 "협약에 따라 모든 여성의 삶 영역에서 차별을 금지하는 법률을 제정해야 한다". 참조: 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단4, 문단7 및 문단31.

367) 예를 들어, 유엔 인종차별철폐협약에 따른 관례 평가에서 페트리 쏬베리는 다음과 같은 권리를 확인했다: "언어에 대한 권리; 이름에 대한 권리 및 정체성에 대한 권리; '정치' 영역을 넘어서 확장된 참여에 대한 권리; 생식에 대한 권리; 가족생활에 대한 권리; 식량에 대한 권리; 농 르플르망 원칙을 포함하여 난민 및 망명자와 관련된 일련의 권리, 망명에 대한 권리, 난민 신분 거부에 대해 항소할 권리; 적절한 생활 수준에 대한 권리를 포함하여 경제적, 사회적, 문화적 권리, 물에 대한 권리, 아동 출생을 등록할 권리 등. 참조: 페트리 쏬베리, *유엔 인종차별철폐협약: 해설* (옥스포드대학 출판사, 2018), 394-395쪽.

## (b) 독립적인 권리(free-standing right)로서의 차별받지 않을 권리

자유권규약 제26조는 다른 인권의 평등한 향유를 보장하는 것을 넘어, 독립적인 권리로서 차별받지 않을 권리를 규정하는데, "공공 당국이 규제하고 보호하는 모든 영역에서 법률로써, 또 실제로" 차별을 금지하도록 하는 것이다.<sup>368)</sup> 장애인권리협약 제5조의 차별받지 않을 권리의 물적 범위 또한 이와 유사하게 확장적이고, 자유권위원회와 같이 유엔 장애인권리위원회는 이를 비차별에 대한 독립적 권리를 수립하는 규정으로 해석한다.<sup>369)</sup> 마찬가지로, 유엔 여성차별철폐협약 제15조는 "협약 당사국이 여성도 법의 모든 영역에서 남성과 동등한 실질적 평등을 향유하도록 이를 보장할 의무"를 진다고 해석된다.<sup>370)</sup> 보다 넓은 의미에서, 여성차별철폐위원회는 협약에 의해 국가는 "여성의 모든 삶의 영역에서 차별을 금지하는 법률을 제정"해야 한다고 지적한다.<sup>371)</sup> 이와 관련하여 유엔 인종차별철폐협약은 덜 명확한 입장을 취하지만, 유엔 인종차별철폐위원회는 최근의 개인진정 결정문에서 협약 제1조(1)에 따라 모든 법률 및 공공생활 영역을 포함하는 포괄적 차별금지법이 채택되어야 한다고 권장한다.<sup>372)</sup>

많은 지역 인권조약은 자유권규약에서 규정된 것과 유사한 이원적 접근법을 채택하여, 협약에 규정된 다른 권리와 관련된 차별을 금지하고<sup>373)</sup> 그리고 독립적인 평등 조항을 두어 법률이 규제하는 삶의 모든 기타 영역과 관련된<sup>374)</sup> 차별을 금지한다. 예를 들어, 미주 인권위원회는 미주 인권협약 제24조에 따른 평등 보호 조항이 모든 국내법 및 그 이행에 적용되어야 한다고 명확히 밝혔다.<sup>375)</sup> "아프리카 인권위원회는 "아프리카 헌장 제3조에는 제2조에서 규정된 차별 금지를 보완하는 일반적인 평등 보장이 포함되어 있다"고 강조했다.<sup>376)</sup> 제3조를 적용하려면, 진정인이 주장하는 "불평등"은 "법률"에서 비롯되어야 한다.<sup>377)</sup> 이는 차별적인 법률 자체의 존재를 요구하지 않는다. 오히려 헌장의 제3조는 국가의 법 체계의 불평등한 적용으로 인한 불평등을 금지한다.<sup>378)</sup>

유럽 인권협약은 다소 예외적으로 다른 지역조약과는 달리 독립적으로 차별받지 않을 권리를 규정하지 않는다. 협약 제14조는 "협약에 명시된 권리와 자유를 향유할 권리"와 관련하여 차별을 금지한다. 제14조의 물적 범위는 대부분의 국제협약 및 지역조약의 조항보다 제한적이다. 하지만 유럽 인권재판소의 판결로 그 적용 범위는 점차 확대되고 있다. 중요한 것은, 법원이 제14조를 위반했다는 것을 인정하기 위해 다른 협약의 권리의 침해를 입증할 필요가 없다고 판결한 것이다. 차별이 "협약의 어떤 조항이든 그 일반적 범위에 속한다면" 그것으로 충분하다.<sup>379)</sup> 제14조는 이러한 범위에서 "독립적"이다.<sup>380)</sup>

재판소는 제14조가 또한 "국가가 자발적으로 규정하기로 결정한 협약 조항의 일반적 범위에 속하는 추가적인 권리에도 적용된다"고 명확히 밝혔다.<sup>381)</sup> 이러한 원칙을 적용하면서, 제14조의 적용 범위에 속하는 생활의 넓은 영역이 확인되는데, 이 영역에는 (예시적으로) 입양 절차,<sup>382)</sup> 가족생활,<sup>383)</sup> 주거,<sup>384)</sup> 보험 보장,<sup>385)</sup> 연금,<sup>386)</sup> 시민권 획득

368) 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단12.

369) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단13.

370) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단6 및 문단22.

371) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단31.

372) CERD/C/RUS/CO/23-24, 문단10.

373) 참조: 예를 들어, 아프리카 인권헌장, 제2조; 미주 인권협약, 제1조(1); 유럽 인권협약, 제14조.

374) 참조: 예를 들어, 아프리카 인권헌장, 제3조; 미주 인권협약, 제24조; 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약 의정서 제12호, 제1조.

375) 미주 인권재판소, *Duque v. Colombia*, 판결, 2016년 2월 26일, 문단94.

376) 아프리카 인권위원회, *Bissangou v. Republic of Congo*, communication No. 253/2002, 진정 제253호/2002, 결정, 2006년 1월 15일-29일, 문단70.

377) 같은 문헌, 문단71.

378) 같은 문헌 다른 참조: 아프리카 인권위원회, *푸로히트 및 무어 데 감비아*, 진정 제241호/01, 결정, 2003년 5월 15일-29일, 문단49. 여기서 아프리카 헌장은 제2조와 제3조를 다음과 같이 구별한다: "제2조는 아프리카 헌장의 정신의 필수 원칙을 규정한다. 그러므로 제2조는 모든 유형의 차별을 근절하는 데 필요하다. 반면 제3조는 해당 국가의 법제도 안에서 개인의 공정한 대우를 보장하기 때문에 중요하다."

379) 유럽 인권재판소, *Carson and others v. the United Kingdom*, 소송 신청번호 42184/05, 판결, 2010년 3월 16일, 문단63.

380) 유럽 인권재판소, *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, 소송 신청번호 55480/00 및 59330/00, 판결, 2004년 7월 27일, 문단38.

381) 유럽 인권재판소, *Fábián v. Hungary*, 소송 신청번호 78117/13, 판결, 2017년 9월 5일, 문단112.

382) 참조: 예를 들어, 유럽 인권재판소, *A.H. and others v. Russia*, 소송 신청번호 6033/13 및 기타 15개의 신청 건, 판결, 2017년

절차,<sup>387)</sup> 파트너십에 대한 법적 인정 조항,<sup>388)</sup> 사회보장 조치<sup>389)</sup> 및 차별적 동기로 인한 범죄의 조사 등이 포함된다.<sup>390)</sup> 또한 협약의 의정서 제12호의 제1조는 —협약 당사자가 별도로 기준을 해야 하지만— 생활의 모든 영역에서 차별받지 않을 권리를 규정하고 있다는 점은 언급할 가치가 있다.<sup>391)</sup>

## 4. 정당한 이유

### 요약

- 적절하고 꼭 필요하고 비례적인, 정당한 목적에 따라 채택한 법 조항, 기준 또는 관행은 차별에 해당하지 않는다. 직접 차별은 극히 예외적인 경우에만 정당화될 수 있다.

어떤 경우에는 집단 사이를 구별하거나 한 집단에 다른 집단보다 불리한 영향을 미치는 정책이나 관례를 시행하는 것이 필요하고 또 적절한 때가 있다. 따라서 국제법은 차별 사건에서 차별이 정당화될 수 있는 경우를 인정하고 있는데, 주목할 것은 다른 경우라면 차별로 간주될 행위가 정당화될 가능성이 차별의 유형과 차별금지사유에 따라 상당히 다양할 수도 있다는 점이다.

핵심적인 유엔 인권조약 중 어느 것도 차별이 정당화되는 요건을 명시적으로 규정하지는 않지만, 아래에서 자세히 설명하는 바와 같이 그 접근법과 용어에서 약간의 차이가 있기는 할지언정 이 부분에서는 전체적인 합의가 있었다. 구별이 차별이 되는지 아닌지는 그것이 정당한 목적을 따랐는지, 그리고 합리적이고 객관적인 기준에 의해 정당화할 수 있는지에 따라 결정된다. 이 말은 결국 조치나 채택한 관행이 비례적인지를 평가하는 것이 요구된다는 의미이다. 아래 언급하는 것처럼, 이런 정당화 요건은 직접 차별이나 간접 차별이나에 따라 다르게 작용하며 괴롭힘 또는 가해의 사례에는 적용되지 않는다.

### (a) 국제법과 지역법

자유권위원회는 "구별 기준이 합리적이고 객관적이며 그 목표가 협약에 따라 정당한 목적을 달성하는 것일 경우, 모든 차별 대우가 차별이 되지 않는다"고 말한다.<sup>392)</sup> 위원회가 각각의 사건에서 확인한 바와 같이, 객관적이고

1월 17일 (정정. 2017년 12월 12일); *E.B. v. France*, 소송 신청번호 43546/02, 판결, 2008년 1월 22일; *X and others v. Austria*, 소송 신청번호 19010/07, 판결, 2013년 2월 19일.

383) 유럽 인권재판소, *Biao v. Denmark*, 소송 신청번호 38590/10, 판결, 2016년 5월 24일.

384) 유럽 인권재판소, *Moldovan and others v. Romania*, 소송 신청번호 41138/98 및 64320/01, 판결 제2호, 2005년 7월 12일; 유럽 인권재판소, *Vrontou v. Cyprus*, 소송 신청번호 33631/06, 판결, 2015년 10월 13일.

385) 유럽 인권재판소, *P.B. and J.S. v. Austria*, 소송 신청번호 18984/02, 판결, 2010년 7월 22일.

386) 유럽 인권재판소, *Willis v. the United Kingdom*, 소송 신청번호 36042/97, 판결, 2002년 6월 11일; *Muñoz Díaz v. Spain*, 소송 신청번호 49151/07, 판결, 2009년 12월 8일; *Andrejeva v. Latvia*, 소송 신청번호 55707/00, 판결, 2009년 2월 18일; *Gaygusuz v. Austria*, 소송 신청번호 17371/90, 판결, 1996년 9월 16일; *Koua Poirrez v. France*, 소송 신청번호 40892/98, 판결, 2003년 9월 30일.

387) 유럽 인권재판소, *Biao v. Denmark*, 소송 신청번호 38590/10, 판결, 2016년 5월 24일.

388) 유럽 인권재판소, *Oliari and others v. Italy*, 소송 신청번호 18766/11 및 36030/11, 판결, 2015년 7월 21일; *Pajić v. Croatia*, Application No. 68453/13, 판결, 2016년 2월 23일; *X and others v. Austria*, Application No. 19010/07, 판결, 2013년 2월 19일; and *Vallianatos and others v. Greece*, 소송 신청번호. 29381/09 and 32684/09, 판결, 2013년 11월 7일.

389) 유럽 인권재판소, *Gaygusuz v. Austria*, 번호 17371/90, 판결, 1996년 9월 16일.

390) 유럽 인권재판소, *Identoba and others v. Georgia*, 소송 신청번호 73235/12, 판결, 2015년 5월 12일, 문단65; *M.C. and A.C. v. Romania*, 소송 신청번호 12060/12, 판결, 2016년 4월 12일, 문단113; *Nachova and others v. Bulgaria*, 소송 신청번호 43577/98, 판결, 2005년 7월 6일, 문단160; *Gldani 예호와의 증인 교회 회원 97명 및 기타 4명 v. Georgia*, 소송 신청번호 71156/01, 판결, 3 May 2007, 문단138-142; *R.B. v. Hungary*, 소송 신청번호 64602/12, 판결, 2016년 4월 12일, 문단80 및 문단84; *Bayev and others v. Russia*, 소송 신청번호 67667/09, 44092/12 및 56717/12, 판결, 2017년 6월 20일, 문단81-84.

391) 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약 제12의정서, 제4조.

합리적인 정당성 검토에는 비례성 평가가 수반된다.<sup>393)</sup> 약간의 미묘한 차이는 있지만, 유엔 인종차별철폐위원회,<sup>394)</sup> 유엔 사회권위원회<sup>395)</sup>, 유엔 장애인권리위원회,<sup>396)</sup> 주요 지역인권 메커니즘,<sup>397)</sup> 등이 이 모델을 채택하고 있다. 유엔 여성차별철폐위원회는 일반 권고에서 정당화에 대한 주제를 언급하지는 않지만, 개별 당사국들은 관련 협약에 따라 일반적인 정당화 요건을 지지한다.<sup>398)</sup>

비록 "차별적 대우"<sup>399)</sup>에 대한 언급을 통해 정당성 검토가 직접 차별 사건에도 동일하게 적용된다는 점을 알 수 있지만 정당성 검토는 국제 수준에서 보통 간접 차별<sup>400)</sup> 관련하여 가장 많이 언급된다.<sup>401)</sup> 사실, 유엔 사회권위원회와 자유권위원회 모두 이런 방식으로 정당성 검토를 적용한다.<sup>402)</sup> 그러나 실제로 직접 차별이 정당화되는 경우는 거의 없으며 인종과 민족과 같은 특정한 특성에 근거한 직접 차별은 결코 정당화될 수 없다.<sup>403)</sup> 그에 반해서, 언뜻 보기에 증거가 확실하여 간접적으로 차별적인 증립적 정책과 관행이지만 종종 적법한 목적을 수행한다. 그러나 이에 사용된 수단이 항상 균형적이지는 않고, 잠재적인 차별적 영향을 제거하기 위해서는 덜 제한적인 조치가 도입될 필요도 있다.

유럽 인권재판소의 이 정의에 따라, 괴롭힘은 결코 정당화될 수 없다. 그 이유는 보호받을 대상인 특성에 근거한 존엄성을 침해하거나 적대적 환경을 조성하는 행위는 결코 정당한 목적에 맞지 않기 때문이다.<sup>404)</sup> 비슷한 이유에서, 가해 또한 정당화될 수 없다. 차별을 조장하는 것과 관련된 문제도 —아래에서 다룬다— 정당화되지 않는다. 아래에서 좀 더 자세히 설명하겠지만, 장애인권리협약에 따라 해당 위원회는 정당한 편의의 제공(또는 거부)과 관련된 사례에 적용할 특정한 기준을 규정했다.

392) 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단13.

393) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, *Yaker v. France* (CCPR/C/123/D/2747/2016), 문단8.15-8.17.

394) 참조: 예를 들어, 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제14 (1993), 문단2; 일반 권고 제30호 (2005), 문단4; 일반 권고 제32호 (2009), 문단8. 일반 권고 제30호 (2005), 문단4; 일반 권고 제32호 (2009), 문단8. 유엔 인종차별철폐위원회는 일반 권고에서 대체로 "객관적이고 합리적인 정당성"이라는 용어를 사용하지는 않지만, 정당성 검토의 핵심 구성 요소가 비례성과 정당한 목적임을 확인했다. 또한 위원회는 관련 맥락에서 "객관적 기준"과 "합리적 정당성"이란 용어를 언급한다. 참조: 예를 들어, 위원회의 인종 프로파일링에 대한 "공통 요소" (일반 권고 제36호 (2020), 문단13)

395) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단13.

396) *Domina and Bendtsen v. Denmark* 사건에서, 유엔 장애인권리위원회는 "객관적이고 합리적인 정당성" 검토를 언급했지만 요구 사항에 대해 더 자세한 설명을 하지 않았다. *Noble v. Australia* 사건에서 위원회는 채택된 조치의 비례성과 적법성의 관련성을 인정하며 "합리성"의 체계 내에서 대우의 차이를 평가한다. *V.F.C. v. Spain* 사건에서 위원회는 국가 당사자가 채택한 조치가 정당한 목적을 추구했음에도 불구하고 차별적이라고 판단한다. 각각 참조: 유엔 장애인권리위원회, *Domina and Bendtsen v. Denmark* (CRPD/C/20/D/39/2017), 문단8.3; *Noble v. 호주* (CRPD/C/16/D/7/2012), 문단8.2-8.3; *V.F.C. v. Spain* (CRPD/C/21/D/34/2015), 문단8.10.

397) 참조: 예를 들어, 아프리카 인권위원회, *Good v. Republic of Botswana*, 진정 제313호/05, 결정, 2010년 5월 12일-26일, 문단219; 미주 인권위원회, *Morales de Sierra v. Guatemala*, 사건 11.625, 보고서 번호 4/01, 2001년 1월 19일, 문단31; 유럽 인권재판소, *Biao v. Denmark*, 소송 신청번호 38590/10, 판결, 2016년 5월 24일, 문단90.

398) 유엔 여성차별철폐위원회, *G.D. and S.F. v. France* (CEDAW/C/44/D/12/2007), 문단12.15.

399) 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단13; 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단8; 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단13; 유엔 장애인권리위원회, *Domina and Bendtsen v. Denmark* (CRPD/C/20/D/39/2017), 문단8.3; 아프리카 인권위원회, *Good v. Republic of Botswana*, 진정 제313호/05, 결정, 2010년 5월 12일-26일, 문단219; 유럽 인권재판소, *Biao v. Denmark*, 소송 신청번호 38590/10, 판결, 2016년 5월 24일, 문단90. 미주 (인권)위원회는 대체로 정당화되지 않은 "구별"을 언급하는 경향이 있지만 "차별적 대우"라는 용어 또한 사용한다. 참조: 미주 인권위원회, *San Miguel Sosa and others v. Venezuela*, 사건 12.923, 보고서 번호 75/15, 본안, 2015년 10월 28일, 문단169.

400) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, *Yaker v. France* (CCPR/C/123/D/2747/2016); 유엔 사회권위원회, *Trujillo Calero v. Ecuador* (E/C.12/63/D/10/2015); 유엔 장애인권리위원회, *Domina and Bendtsen v. Denmark* (CRPD/C/20/D/39/2017); CERD/C/CHE/CO/7-9, 문단16.

401) 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절 I.A.2(a)의 논의.

402) 참조: 예시로, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제16호 (2005), 문단12; 자유권위원회, *Fedotova v. Russian Federation* (CCPR/C/106/D/1932/2010), 문단10.6. 마찬가지로, 유럽 인권재판소는 정당성 검토는 직접 차별 및 간접 차별에 적용된다고 명확히 밝혔다. 참조: 예를 들어, 유럽 인권재판소, *Biao v. Denmark*, 소송 신청번호 38590/10, 판결, 2016년 5월 24일, 문단90-91.

403) 참조: 예를 들어, 유럽 인권재판소, *D.H. and others v. the Czech Republic*, 소송 신청번호 57325/00, 판결, 2007년 11월 13일, 문단176. 이 문단에서 유럽 인권재판소는 "인종 차별은 특히 부당한 유형의 차별"이라고 지적하며, "사람의 종족 기원에 전적으로 또는 결정적으로 기초한 차별 대우는 객관적으로 정당화될 수 없다"고 주장한다.

404) 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절I.A.2(c)에 있는 괴롭힘의 정의.

### 장애인권리협약에서 정당성과 정당한 편의

유엔 장애인권리위원회는 정당한 편의와 관련된 사례에 적용할 정당성 검토에 대한 자세한 지침을 제공한다.<sup>405)</sup> 위원회에 따르면, "정당한"이라는 용어는 편의를 제공할 의무와 연결되지 않는다. 오히려 편의의 "관련성, 적절성 및 효과성"과 관련이 된다.<sup>406)</sup> 다르게 표현하자면, "정당한"이란 개념은 조치가 동등한 참여를 보장하려는 의도된 목적을 충족하는지 (또는 충족할 수 있는지) 여부에 대한 평가를 포함한다.<sup>407)</sup>

정당한 편의는 편의 수용자에게 "비례에 맞지 않는 또는 과도한 부담"을 주어서는 안 된다.<sup>408)</sup> "과도한 부담"인지에 대한 검토에 비례성 평가가 포함된다. 비례성 평가는 권리의 동등한 향유(예를 들어, 정치 참여)를 보장하는 것이 바람직하다는 것과 편의를 제공받는자에 대한 편의를 제공하는 부담 또는 영향 사이에 균형을 추구하는 것이다.<sup>409)</sup> 이 평가의 일부로 생각할 있는 요소에는, 그 중에서도, "금융 비용, 사용 가능한 자원(공공 보조금 포함하여), 편의를 제공받는자의 규모(전체로), 기관이나 기업에 대한 수정 영향, 제삼자 혜택, 다른 사람에게 미치는 부정적 영향 및 합리적인 보전 및 안전 요구 사항" 등이 있다.<sup>410)</sup>

위원회는 "정당한 편의"와 "절차적 편의"를 구별한다.<sup>411)</sup> 절차적 편의는 동등한 참여를 보장하기 위해서 "특정한 경우에 필요로 한 ... 사법에 접근하는 상황에서의 필요한 그리고 적절한 변경 및 조정"이다.<sup>412)</sup> 정당한 편의의 거부는 과도한 부담의 검토를 통해 정당화할 수 있지만, 절차적 편의의 —법적 소송에서 청각 장애인을 위한 수어 해석의 제공과 같은 것— 거부는 해당 편의와 사법접근성 사이의 관계 때문에 정당화할 수 없다.<sup>413)</sup>

정당성 검토와 관련하여, 평등 대우에 대한 유럽연합 지침들의 접근방식은 아마도 국제 및 지역조약(문서) 중에서도 가장 독특한 것이다: 이 지침에 따르면, 직접 차별은 정당화할 수 없다.<sup>414)</sup> 대신 차별금지법제에 대한 일련의 제한된 예외가 규정되어 있는데, 명시된 기준을 충족할 때만 차별적 대우가 허용된다. 이러한 예외 사항에는 연령 및 종교 또는 신념에 근거한 협소하고 특정한 예외 사항과, 지침에 나열된 모든 차별금지사유에 적용될 수 있는 "진정한 직업 요건"을 포함한 보다 넓은 예외가 포함된다 (이는 직접 차별과 간접 차별 모두에 적용된다).<sup>415)</sup> 실제로 이런 접근법은 (그렇지 않으면) 직접 차별적인 조치가 채택될 수도 있는 영역을 제한하는 역할을 한다. 정책이나

405) 위원회의 법 해석은 장애 차별에 특화된 것이지만 기타 차별금지사유에도 유사한 검토를 적용할 수 있다. 본 실무 지침서 제2부 절 I.A.2(d)에서 논의한 바와 같이, "정당한 편의"라는 개념은 국제적 그리고 국가적 수준에서 종교 또는 신념 및 성별정체성을 포함하여 다양한 차별금지사유에 적용된다.

406) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단25 (a).

407) 같은 문헌

408) 같은 문헌, 문단25 (b).

409) 같은 문헌, 문단26 (d).

410) 같은 문헌, 문단26 (e).

411) 같은 문헌, 문단25 (d).

412) 유엔 장애인 권리 특별조사위원, 유엔 장애인권리위원회 및 유엔 사무총장 특사의 장애 및 접근성에 관한 "장애인을 위한 사법 접근에 관한 국제 원칙 및 지침(International Principles and Guidelines on Access to Justice for Persons with Disabilities)" (제네바, 2020), 9쪽

413) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단25 (d) 및 문단51.

414) 특히, 유럽평의회 지침에 따르면 간접 차별의 정의에는 "법 조항, 기준, 관행은 (해당 목적을 달성하는 수단이 적절하고 필요하다면) 정당한 목적에 의해 객관적으로 정당화될 수(도) 있다"고 규정되어 있다. 그러나 직접 차별의 정의에는 이러한 조항이 없다. 참조: 인종 또는 출신민족과 무관한 사람 간의 평등 대우 원칙 시행에 관한 2000년 6월 29일자 2000/43/EC 지침, 제2조(2) (b); 고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체제 정립에 관한 2000년 11월 27일자 2000/78/EC 지침고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체제를 정립, 제2조(2) (b) (i); 남성과 여성 간의 재화와 서비스에 대한 접근 및 공급에서의 평등한 대우 원칙을 실행하기 위해 2004년 12월 13일 제정된 유럽평의회 지침 2004/113/EC, 제2조(b); 고용 및 직업 문제에서 남성과 여성의 기회 평등과 대우 평등 원칙 실행에 관한 2006년 7월 5일 유럽평의회 지침 2006/54/EC (재구성), 제2조(1) (b).

415) 평등 대우에 관한 유럽연합 지침 하에서 정당성에 대한 추가적 논의는 다음 참조: 유럽연합 기본권장 및 유럽평의회, *유럽 비차별법 핸드북*, 91-108; 쇼팽과 저메인 사건, *유럽 비차별법에 대한 비교 접근*, 2019년, 68-80쪽. ILO 고용 및 직업에서의 차별에 관한 조약, 1958 (제111호)는 고용 분야에서 정당성과 예외 사항에 대해 본질적으로 유사한 접근법을 채택하고 있다. 협약 제1조(2)에 따르면 "특정 직무의 본질적 요구조건에 기반한 구별, 배제, 제한 또는 우선권은 차별로 간주하지 않는다."

조치가 자국법 상에 예외 사항의 속하는 경우라도, 그것이 목표에 맞게 필요하고 비례적인지를 반드시 입증해야 한다.<sup>416)</sup>

## (b) 정당한 목적 및 비례성 평가

자유권위원회는 정당한 목적이 인정되기 위해서는 "협약에" 규정되어 있어야 한다고 주장한다.<sup>417)</sup> 유엔 사회권위원회도 같은 표현을 사용하면서,<sup>418)</sup> 또한 정당한 목적은 "민주적 사회에서 오롯이 일반의 복지를 촉진하기 위한 목적"이어야 하며<sup>419)</sup> "협약 권리의 본질과 일치해야" 한다고 지적한다.<sup>420)</sup> 마찬가지로, 유엔 인종차별철폐위원회는 정당한 목적이 "협약의 목표와 목적에 따라" 평가되어야 한다고 말한다.<sup>421)</sup>

조약기구는 이 분야에 대해 지침을 추가적으로 내놓지는 않았지만, 자유권위원회는 실무에서 그 중에서도 보호 개념을 포함하여 청소년의 복지 보호, 공공질서의 보호와 안전, 범죄 예방, 불법 이민 통제 및 사회 보장 수혜금의 중복 배분을 피하는 것을 비롯한 다양한 정책 목표를 정당한 것으로 인정한다.<sup>422)</sup> 유럽 인권재판소도 이와 유사한 광범위한 접근법을 채택하고 있다.<sup>423)</sup>

국제적 수준에서는 명시적으로 다루어지지 않지만, 법원이 국내 수준에서 특히 간접 차별의 사례를 심리하면서 민간 주체에 의한 다양한 정책과 관행 중 정당한 목적을 인정한 사례들이 있다. 정당한 목적이란 예를 들어 사업 수익의 보장, 자원의 효과적 관리 보장 또는 관련 단체의 평판 보호 등이 될 수 있다. 이러한 목표를 달성하고자 하는 정책이 정당인지 여부는 그 목적을 달성하는 수단이 꼭 필요한지 그리고 비례적인지 아닌지에 달려있다.

이러한 일반적인 입장은 두 가지 중요한 단서를 갖는다. 먼저, 목적 그 자체가 차별적이거나 차별적인 고정관념인 예를 들어, 여성의 "생식 기능"과 관련된— 목적은 적법하지 않다.<sup>424)</sup> 이 조건은 유엔 인종차별철폐협약, 유엔 여성차별철폐협약, 장애인권리협약, 사회권규약, 그리고 자유권규약에 다음의 의미를 부여한다: 차별 철폐는 각 조약의 "대상 및 목적"의 핵심이다.<sup>425)</sup> 따라서 예를 들어 자유권위원회는 신원 확인이 정당한 목적을 가질 수 있지만, "특정한 신체적 또는 인종적 특성을 가진 사람만을 대상으로 하는 방식으로 신원 확인을 수행해서는 안 된다"고 지적한다.<sup>426)</sup> 마찬가지로, "전통적, 역사적, 종교적 또는 문화적 태도"가 "법 앞에서 평등할 여성의 권리를 침해하는

416) 참조: 예를 들어, 유럽 사법재판소 *Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, 사건 C-414/16, 판결, 2018년 4월 17일, 문단66-68. 이점에 관해서, 평론가들은 "[유럽 인권협약]에 따른 객관적 이유에 근거한 정당성 검토와 비차별 지침에 따른 예외 사항 아래의 정당성 검토는 매우 유사하다"고 말한다. 참조: 예를 들어, 유럽연합 기본권청 및 유럽평의회, *유럽 비차별법 핸드북*, 92쪽.

417) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단13; *Fedotova v. Russian Federation* (CCPR/C/106/D/1932/2010), 문단10.6; *Yaker v. France* (CCPR/C/123/D/2747/2016), 문단8.14.

418) 유엔 사회권위원회, *López Rodríguez v. Spain* (E/C.12/57/D/1/2013), 문단14.1.

419) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단13. 참조: 마찬가지로, 미주 인권위원회, *미등록 외국인 근로자 대 미국*, 사건 12.834, 보고서 번호 50/16, 2016년 11월 30일, 문단74.

420) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단13.

421) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단8.

422) 그러나 관련 사건 대다수에서 차별적 대우는 정당화되지 않았다. 참조: 예시로, 자유권위원회, *Fedotova v. Russian Federation* (CCPR/C/106/D/1932/2010), 문단10.8; *Yaker v. France* (CCPR/C/123/D/2747/2016), 문단8.7; *Williams Lecraft v. Spain* (CCPR/C/96/D/1493/2006), 문단7.2; *Vos v. Netherlands*, 진정 제218호/1986, 문단12.

423) 참조: 예를 들어, 유럽 인권재판소, *유럽 인권협약 제14조 및 협약 제12의정서 제1조에 대한 안내서: 차별 금지*, 18-19.

424) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단20; 유엔 여성차별철폐위원회, *Medvedeva v. Russia* (CEDAW/C/63/D/60/2013), 문단11.3.

425) 실제로, 이것은 "모든 유형의 차별"을 강조하는 유엔 여성차별철폐협약과 유엔 인종차별철폐협약의 입장에서 자명한 사실이다. 유엔 사회권위원회는 차별받지 않을 권리가 "경제, 사회, 문화 권리의 행사와 향유에 꼭 필요하다"고 지적하고, 유엔 장애인권리위원회는 평등권과 차별받지 않을 권리는 "협약의 핵심"이라고 기술한다. 자유권위원회는 그 목적과 목표를 고려할 때 협약 제2조(1)에 대한 유보는 허용되지 않는다고 강조한다. 각각 참조: 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단2; 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 제4-5문단 및 제7문단; 자유권위원회, 일반 논평 제24호 (1994), 문단9. 다른 참조: 유엔 여성차별철폐위원회, "유엔 여성 차별철폐협약 유보에 대한 성명" (A/53/38/Rev.1, 47-50쪽), 문단6 및 문단16.

426) 자유권위원회, *Williams Lecraft v. Spain* (CCPR/C/96/D/1493/2006), 문단7.2. 이 주제에 대한 추가적 논의는 다음 참조: 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제36호 (2020).

것을 정당화하는 데 사용되어서는 안 된다.<sup>427)</sup> 유엔 사회권위원회는 고정관념에 근거한 여성 고용 거부가 차별이 된다고 주목했다.<sup>428)</sup> 유사한 법해석이 지역 수준에서도 나타난다.<sup>429)</sup> 이런 점에서, 개인의 의도는 차별의 판단과 관련이 없으며, 고객의 차별적 선호를 따르는 것은 적절한 목적이 되지 못한다.<sup>430)</sup> 둘째로, 채택한 조치는 적절해야 한다. 즉, 채택한 조치가 실제로 의도한 목표를 이룰 수 있다는 점을 입증할 증거를 제시해야 한다.<sup>431)</sup>

또한 채택한 조치가 추구하는 목적과 비례적임을 입증해야 한다. 비례적이지 못한 수단으로 추구하는 정당한 목적은 정당화될 수가 없다. 대체로 이러한 해당 조치로 야기된 피해가 해당 목적을 달성하는 데 생기는 이익보다 커서는 안 된다는 의미이다. 또한 해당 조치가 목적을 달성하기 위해 꼭 필요한 것 이상이었는지 여부를 평가할 필요가 있다는 의미이다. 따라서, 예를 들어, *야커 대 프랑스(Yaker v. France)* 사건에서, 자유권위원회는 얼굴 전면 베일(full-face veil)의 사용에 대한 사실상의 금지가 "여성인 진정인에게 큰 영향을 미치는 점"을 고려하여 공공의 안전을 이유로 정당화할 수 없다고 판단했다.<sup>432)</sup>

같은 사건에서 위원회는 또한 프랑스가 채택한 조치와 관련하여 국가가 덜 제한적인 수단을 시행할 수도 있었기 때문에<sup>433)</sup> "필요하지" 않다고 주장한다.<sup>434)</sup> 필요성이라는 조건이 비례성 평가에 암묵적으로 포함되어 있는 것으로 볼 수 있다: 만약 집단을 구별하지 않고도, 또는 피해가 적은 방식으로 동일한 목표를 달성할 수 있는 다른 조치를 채택할 수 있었다면 사용한 수단은 비례적이지 않다.<sup>435)</sup>

427) 자유권위원회, 일반 논평 제28호 (2000), 문단5. 마찬가지로, *Müller and Engelhard v. Namibia* 사건에서, 위원회는 "오랜 전통이 계속하여 남성과 여성의 차별적 대우에 대한 일반적 정당성이 될 수는 없으며, 이는 협약에 어긋난다"고 주장한다. 참조: 자유권위원회, *Müller and Engelhard v. Namibia* 사건 (CCPR/C/74/D/919/2000), 문단6.8.

428) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단20. 다른 참조: 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제16호 (2005), 문단11.

429) 예를 들어, 유럽 인권재판소는 "특정 국가의 전통, 일반적 가정 또는 지배적인 사회 태도에 대한 참조"가 차별적인 조치를 충분히 정당화하지 않는다고 강조한다. 참조: 유럽 인권재판소, *Konstantin Markin v. Russia*, 소송 신청번호 30078/06, 판결, 2012년 3월 22일, 문단127. *Morales de Sierra v. Guatemala* 사건에서, 미주 인권위원회는 "전통적인 과테말라 가치에 대한 존중과... 부인과 어머니로서의 여성을 보호할 필요성에 기초한 국내법의 문제"로 지속하여 온 "젠더 기반 구별"은 정당화될 수 없다고 주장한다. 참조: 미주 인권위원회, *Morales de Sierra v. Guatemala*, 사건 11.625, 보고서 번호 4/01, 19 January 2001년 1월 19일, 문단31, 문단37, 및 문단39, 37.

430) 참조: 예를 들어, 유럽 사법재판소, *voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, 사건 C-54/07, 판결, 2008년 7월 10일. 다른 참조: 본 실무 지침서 제2부 절 I.A.2(b)에 있는 의도 논의.

431) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, *Yaker v. France* (CCPR/C/123/D/2747/2016), 문단8.7 및 문단8.15; 자유권위원회, *Fedotova v. Russian Federation* (CCPR/C/106/D/1932/2010), 문단10.6; 아프리카 인권위원회, *Good v. Republic of Botswana*, 진정 제313호/05, 결정, 2010년 5월 12일-26일, 문단224; 유럽 사법재판소, *Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, 사건 C-414/16, 판결, 2018년 4월 17일, 문단66; 유럽 인권재판소, *Konstantin Markin v. Russia*, 소송 신청번호 30078/06, 판결, 2012년 3월 22일, 문단144.

432) 자유권위원회, *Yaker v. France* (CCPR/C/123/D/2747/2016), 문단8.8.

433) 같은 문헌, 문단8.8.

434) 같은 문헌, 문단8.17.

435) 참조: 예시로, 유럽 사법재판소, *Léger v. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes and Etablissement français du sang*, 사건 C-528/13, 판결, 2015년 4월 29일 문단58; *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashchita ot diskriminatsia*, 사건 C-83/14, 판결, 2015년 7월 16일, 문단128.

## B. 적극적 조치

### 요약

- 평등권을 위해 적극적 조치를 채택할 필요가 있다.
- 적극적 조치에는 불평등을 줄이거나 극복하기 위해 그리고 평등을 실현하기 위해 표적화된 입법적, 행정적, 정책적 조치가 포함된다. 이러한 조치는 한시적이어야 하고, 수시로 검토를 받아야 하고, 평등을 진전 또는 달성하고자 하는 목표와 비례적이어야 한다.
- 국제인권법은 적극적 조치를 택할 것을 요구한다. 차별금지법은 실질적 불평등이 확인되는 상황에 대해 적극적 조치를 요구하고 규정해야 한다 또한 국가와 민간 주체는 특정 수요가 확인된 상황에 대해 적극적 조치와 프로그램을 개발하고, 채택하고, 시행해야 한다.
- 적극적 조치는 평등의 진전과 달성이라는 목적을 추구해야 하며, 차별적 기준이나 고정관념을 정당화해서는 안 된다.
- 적극적 조치가 불평등하거나 별도의 기준이 유지되는 결과로 이어져서는 안 된다. 이 목적을 위해, 채택한 적극적 조치는 한시적이어야 하며, 정기적으로 검토하고, 평등의 달성되면 중단해야 한다. '한시적'이란 의미가 반드시 짧은 기간으로 해석될 필요는 없다.

국제인권법은 국가가 적극적 조치를 채택하고 시행할 의무를 확고하게 규정하고 있다.<sup>436)</sup> “적극적 우대조치”,<sup>437)</sup> “일시적 특별 조치”<sup>438)</sup> 또는 “특정 조치”<sup>439)</sup> 처럼 다양한 이름으로 불리는 적극적 조치는 차별이나 불리함을 받았거나 받아왔거나 현재 받고 있는 집단을 위해 평등을 가속하거나 달성하는 데 필요한 조치를 칭하는 포괄적 용어이다. 조약기구는 이러한 조치를 “긍정적 차별(positive discrimination)”이라고 부르지 않도록 강력하게 권고하고 있다<sup>440)</sup>.

여러 조치가 적극적 조치가 될 자격이 있지만, 모든 적극적 조치는 모두 불평등을 극복하기 위해 표적화된 조치여야 한다. 다르게 말해, 유엔 장애인권리위원회가 밝힌 바와 같이 “잘 드러나지 않거나 소외된 집단을 위하여 특정한 이익을 채택하거나 유지하는 것”이어야 한다.<sup>441)</sup> 아래 언급하듯이, 적극적 조치는 때때로 과거 또는 현재의 구조적인 피해를 바로잡는 것으로 간주하며,<sup>442)</sup> 이러한 조치는 적어도 일부는 효과적인 구제책을 보장할 의무에서 비롯될 수도 있다. 그렇긴 하지만, 실질적 불평등이 확인되는 상황이라면, 과거 또는 현재의 차별 증거와 상관없이 적극적

436) 유엔 인종차별철폐협약, 제1조(4) 와 제 2조(2); 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단11 와 문단 4; 유엔 여성차별철폐협약, 제4조(1); 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단24; 유엔 장애인권리협약, 제5조(4) 와 제 27조(1) (h); 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단16; 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단9; 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단10; 자유권위원회, 일반 논평 제28호 (2000), 문단3.

437) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단10. 다른 참조: 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 권말 주(註) 4: “적극적 조치” 라는 용어는 미국과 다수의 유엔 문서에서 사용되고 있다”.

438) 유엔 여성차별철폐협약, 제4조(1). 유엔 여성차별철폐위원회는 다음과 같이 주목한다: “특별(special)”이라는 용어가 인권의 담론을 따르지만 그 설명에 있어 주의를 기울일 필요가 있다. 이 용어를 사용하면 때때로 차별을 받는 여성 및 기타 집단을 약하고, 취약하고, 사회에 참여 또는 경쟁하도록 하기 위해 추가적인 또는 '특별한' 조치가 필요한 대상으로 여기게 만든다. 하지만 제4조 제1문단에 진술된 '특별'이란 말은 실제로 해당 조치가 특정한 목표를 이루도록 설계되어 있다는 의미이다.” 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단21.

439) 유엔 장애인권리협약, 제5조(4).

440) 유엔 인종차별철폐위원회는 “긍정적 차별”이라는 말은 국제인권법의 맥락에서는 모순되는 용어이기 때문에 피해야 한다고 지적한다. 참조: 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단12.

441) 유엔 장애인권리위원회는 정부에서 여성의 정치 참여를 늘리기 위한 젠더 할당제의 시행을 여성이 정치 참여권에 접근하는 데 역사적 체계적 장벽을 해결하는 기타 조치의 일부로 인식한다. 다음을 추가적으로 참조: 미주 인권위원회, *실질적 민주주의로 가는 길: 미주(美洲)의 여성 정치 참여* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 79) (2011), 문단62 및 문단82.

442) 예를 들어, 미주 인권위원회 일반 논평 제6호 (2018), 문단28

조치를 취해야 한다.

"적극적 조치"를 평등을 향한 증진을 이루고 차별을 철폐하기 위해 취한 모든 선행적 계획을 포함하여 넓은 의미에서 이해해야 한다는 목소리가 커지고 있다.<sup>443)</sup> 그러나 평등을 촉진하고 차별과 맞서 싸우기 위한 일반적인 조치와 구별하여, 적극적 조치는 특정하게 식별된 사람과 집단에 대한 불리한 사항을 바로잡는 데 목표를 둔다는 것이 적극적 조치에 대한 합의된 견해이다.<sup>444)</sup> 이러한 조치는 특정한 특성을 공유하는 사람과 집단을 대상으로 하는 것이므로 조약기구는 적극적 조치와 정당하지 않은 차별화를 구별하는 방법에 대해 지침을 제공하며 그 적용을 규제하는 기준을 규정하고 있다.

국가의 국제법상 의무가 충족되려면, 포괄적 차별금지법은 실질적 불평등이 존재하는 상황에서 적극적 조치를 채택해야 하고, 필요성이 확인되는 경우 국가와 민간 주체가 이러한 조치를 개발하고 시행할 수 있도록 허용해야 한다. 차별금지법이 적극적 조치를 요구하고 허용하지만 세부적인 조치 사항은 다른 법 및 정책 문서에 규정될 수도 있다.

### 적극적 조치: 르완다에서 여성의 의사결정 참여 보장

2018년, 유엔 여성기구(UN-Women)는 르완다가 취한 일련의 특별 조치의 결과로 여성의 의사결정 참여를 보장하는 데 있어 "놀라운 진전"이 있었다고 언급했다.<sup>445)</sup>

여성의 의사결정 참여는 2003년 르완다의 헌법을 그 시발점으로 증가하기 시작했다. 2003년 헌법 제9조(4)는 여성은 의사결정 기관에서 최소 30%의 직위를 부여받아야 한다고 규정했고, 제76조는 국민 의회의 80석 중 24석을 지역 여성 회의와 지구 의회의 투표자로 구성된 특별 선거인단 제도를 통해 선출된 여성에게 배정하도록 했다. 2010년 6월 19일, 르완다는 법 제27/2010호를 제정하여 정당의 의회 선거 후보자 명단에 여성이 최소한 30%가 되어야 한다고 규정했다.<sup>446)</sup>

유엔 여성차별철폐위원회는 2017년 최종 견해에서 르완다의 "여성의 의회 참여에 대한 선도적 역할, 즉, 세계에서 가장 큰 여성 대표성뿐만 아니라 지역 행정과 사법부의 의사결정 직책에 상대적으로 높은 여성의 대표성"을 환영했다.<sup>447)</sup>

2020년에 제3차 국가별 정례인권검토의 일환으로 제출된 국가 보고서에서는 르완다는 "여성의 권한 부여와 의사결정 참여는 주로 의회, 장관직, 그리고 공공, 민간 및 시민 사회 단체의 다양한 지배 구조에서 여성이 차지한 비율에서 나타난다"고 확인했다.<sup>448)</sup> 또한 해당 조치가 여성의 의사결정 참여를 보장하는 데 미치는 영향을 다음과 같이 강조했다: 여성이 차지한 내각 대표성이 2020년에는 36.8%에서 2014년에는 52%로 상승했다.<sup>449)</sup> 더불어 현재 진행 중인 2018-2023년 의회에서 하원에서 61.2%, 상원에서는 38%를 여성이 차지하고 있다.<sup>450)</sup> 지방 수준에 보면, 2016년과 2018년 사이에 여성이 지역구 시장을 차지한 비율은 16.7%에서 30%로, 지역구 의회에서는 45.6%로 개선되었다.<sup>451)</sup> 또한 르완다는 여성의 대표성을 민간 부문에서도 지속적으로 모니터링하고 있으며, "여성의 관리직에서의 대표성을 높이기 위한 노력"은 계속될 것이라고 밝혔다.<sup>452)</sup>

443) 이 점에 대한 추가적인 논의는 다음을 참조: Chantal Davies, *연구 보고서 123: 수습직의 잘 드러나지 않는 문제를 해결하기 위한 도구로써 적극적 조치의 탐색*(Research Report 123: Exploring Positive Action as a Tool to Address Under Representation in Apprenticeships) (맨체스터, 평등 인권위원회, 2019), 26-28쪽, 및 그곳에서 인용된 자료.

444) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단10 ("그러한 조치는 일부 사람에게 나머지 사람과 비교되는, 특정한 문제에 대해 특정한 우선적 대우를 일정 시간 부여하는 것일 수 있다"); 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단28 (평등을 달성하기 위해서 "특정 조치는 과소 대표되는 또는 주변화된 집단에 유리한 특정한 이점을 채택하거나 유지하는 것을" 포함한다).

445) 유엔 여성기구, "전무후무한 의회 선거 5년 후 르완다를 다시 생각한다", 2018년 8월 13일.

446) CEDAW/C/RWA/CO/7-9, 문단4 (i).

447) 같은 문헌, 문단30.

448) A/HRC/WG.6/37/RWA/1, 문단51.

## 1. 적극적 조치 채택 의무

유엔 인종차별철폐협약의 제1조 제4항은 국가가 평등한 권리와 자유의 향유를 보장하기 위해 "특별 조치"를 채택할 것을 규정하고 있다. 유엔 여성 차별철폐협약과 장애인권리협약도 비슷한 조항을 포함하고 있다.<sup>453)</sup> 자유권위원회는 국가가 협약에서 금지하는 차별을 야기 또는 영속화하는 조건을 줄이거나 철폐하기 위해 "적극적 대응을 취해야 할 수도 있다고 한다".<sup>454)</sup> 마찬가지로 유엔 사회권위원회는 사회권규약 제2조 2항이 "차별을 영속화하는 조건을 완화하거나 억제하는 특별 조치를 채택할 의무를 진다"고 강조한다.<sup>455)</sup>

조약기구 사이에는 적극적 조치가 단순히 허용 가능하다기 보다는 꼭 필요하다는 의견 일치가 확실히 존재한다. 앞서 언급했듯이, 자유권위원회와 사회권위원회는 적극적 조치가 실질적 불평등이 존재하는 상황에서 필요하다고 밝혔다.<sup>456)</sup> 유엔 인종차별철폐협약 제2조 제2항은 국가가 "상황이 조치의 타당성을 부여한다면 "권리와 자유의 동등한 향유를 보장하는 목적에서 특별하고 구체적인 조치를 취해야 한다"고 규정하고 있으며, 인종차별철폐위원회는 관련 규정에 대한 논의에서 특별 조치를 취할 "의무"를 지적하였다.<sup>457)</sup> 여성차별철폐위원회는 "국가 당사자는 일시적 특별 조치를 채택하고 이행할 의무가 있다"고 밝혔다".<sup>458)</sup> 최근인 2018년 장애인권리위원회는 명확히 "국가 는 적극적 조치를 취해야만 한다"고 공식화 했다.<sup>459)</sup>

가장 지역적 차원에서, 아프리카와 미주 인권 시스템 모두 적극적 조치를 인정한다. 여성 권리에 대한 아프리카 인권헌장 의정서와 장애인의 권리에 관한 아프리카 인권헌장 의정서 모두 의무적인 적극적 조치 조항을 담고 있으며, 다만 여성 권리에 대한 아프리카 인권헌장 의정서는 교육과 정치 참여 분야로 그 요구 사항을 제한하고 있다.<sup>460)</sup> 미주 인권위원회는 미주 인권협약에 따라 국가가 의무를 이행하기 위해 "모든 개인에게 평등한 보호를 보장하는 데 필요한 적극적 조치를 취해야 한다"고 결론을 내리고 있다.<sup>461)</sup> 한편 모든 차별 유형 및 불관용에 반대하는 미주 협약은 국가가 "권리와 기본적인 자유의 향유와 행사를 보장하는 데 필요한 특별 정책 및 적극적 조치를 채택 할 의무를 진다"고 규정하고 있다.<sup>462)</sup> 소수 민족 보호를 위한 유럽평의회 기본협약은 국가가 "경제, 사회, 정치 및 문화적 분야에서 완전하고 효과적인 평등을 촉진하는 데 필요한 경우 적절한 조치를 취할 것을 약속"해야 한다고 요구한다.<sup>463)</sup>

449) 같은 문헌.

450) 같은 문헌.

451) 같은 문헌.

452) 같은 문헌, 문단 52.

453) 유엔 여성 차별철폐협약, 제4조(1); 유엔 장애인권리협약, 제5장(4). 다른 참조: 유엔 장애인권리협약, 제27조 (1) (h). 국가는 이 문단에 따라 "적절한 정책과 조치를 통해 —이에는 적극적 대응 프로그램, 인센티브 및 기타 조치가 포함될 수 있다— 민간 부문에서 장애인의 고용을 촉진할 것을 약속한다.

454) 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단10.

455) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단9.

456) 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단10; 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단9. 이 문단은 "실질적 차별을 철폐하기 위해, 국가는 특별 조치를 취할 의무가 있을 수도 있으며, 어떤 경우에는 그러한 의무가 있다"고 규정한다.

457) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단11과 문단14.

458) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단24.

459) 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단16.

460) 참조: 예를 들어, 아프리카 여성 권리에 대한 아프리카 인권헌장 의정서(Maputo Protocol), 제2조(d), 제9조(1) 및 제12조 (2). 이 문단은 정치적 참여와 교육에 관해 적극적 조치의 채택을 의무화하고 있다; 장애인의 권리에 관한 아프리카 인권헌장 의정서, 제5조(2) (b). 이 문단은 국가 당사자가 "장애인에 대한 차별을 철폐하도록 필요한 경우 특정 조치가 제공되도록 이를 보장하는 조치는 취하도록 요구하며, 이런 조치는 차별로 간주하지 않아야 한다고 규정한다.

461) 미주 인권위원회, *미주 지역에서 아프리카계 사람들의 상황* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 62) (2011), 문단232.

462) 모든 유형의 차별과 불관용에 반대하는 미주 협약, 제5조.

463) 소수 민족 보호를 위한 유럽 기본 협약 이사회, 제4조(2). 유럽연합법은 유럽연합 회원국에 대해 약간 덜 엄격한 요구조건을 부과한다(참조: 예를 들어, 고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체계 정립에 관한 2000년 11월 27일자 2000/78/EC 지침고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체계를 정립, 제7조; 인종 또는 출신민족과 무관하게 사람들 간 평등한 대우 원칙을 실행하기 위해 2000년 6월 29일 제정된 이사회 지침 2000/43/EC, 제5조; 남성과 여성 간의 재화와 서비스에 대하여 접근 및 공급에서의 평등한 대우 원칙을 실행하기 위해 2004년 12월 13일 제정된 이사회 지침 2004/113/EC, 제6조; 고용 및 직업 문제에서 남성과 여성의 기회 평등과 대우 평등 원칙 실행에 관한 2006년 7월 5일 2006/54/EC 지침(개정), 제3조).

유엔 여성차별철폐위원회와 유엔 인종차별철폐위원회는 모두 국가가 의무를 이행하기 위해서 그들의 국가 법 체계에 특별 조치에 관한 법 조항을 포함해야 한다고 지적한다.<sup>464)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회는 법은 "해당 영역에서 명백히 규정된 목표를 달성하기 위해 적용해야 할 일시적 조치의 유형에 대한 지침을 내릴 수 있다"는 점에 주목한다.<sup>465)</sup> 그러나 두 기구는 모두 법률적 수단이 아닌 정책 지침, 프로그램 및 지침을 통해 적극적 조치를 채택하거나 시행할 수 있다는 점에 주목한다.<sup>466)</sup>

## 2. 적극적 조치의 목적과 범위

조약기구들 사이에는 차별에 노출된 집단의 평등을 증진하기 위한 목적으로 취하는 모든 조치가 적극적 조치가 될 수 있다는 합의가 넓게 이루어져 있다.

### (a) 적극적 조치의 목적

인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약 및 장애인권리협약은 특별 조치를 권리의 "평등한 향유와 행사를 보장하기 위해 필요한",<sup>467)</sup> "사실상 평등을 가속하는 데 목표를 둔"<sup>468)</sup> 그리고 "사실상의 평등을 가속화하거나 달성하기 필요한" 것으로 각기 정의한다.<sup>469)</sup> 인종차별철폐위원회는 "특별 조치는 비차별 원칙의 예외 사항이 아니라 이 원칙의 의미에 있어 없어서는 안 될 부분"이며 "효과적인 평등"의 진전이라는 목표에 꼭 필요하다고 강조한다.<sup>470)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 평등을 이루기 위해 "잘 드러나지 않거나 소외된 집단에게 일정한 이점을 채택하거나 유지하는 것"이라고 말하면서 적극적 조치를 유사한 용어로 정의했다. 지역 수준에서도 이와 비슷한 방식으로 적극적 조치의 목적을 정의하고 있다.<sup>471)</sup>

조약기구는 일시적 조치(=적극적 조치)의 목적을 정의하고 명료화할 때 이런 조치를 "비차별적 기반에서 인권과 기본적인 자유를 보장하기 위한... 일반적인 적극적 의무"<sup>472)</sup>와 구별할 필요성을 강조한다.<sup>473)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회는 "여성에게 잠재적으로 유리하거나 앞으로 유리할 모든 조치가 모두 일시적 특별 조치는 아니다"라는 점에 주목하며, 차별 금지와 권리의 평등한 향유 권리를 보장하기 위한 일반적인 조치를 "일시적 특별 조치"라고 부르면서 안 된다"고 강조한다.<sup>474)</sup> 좀 더 구체적으로 말하면, 유엔 인종차별철폐위원회는 특정 범주에 속한 사람과 관련된 특정한 권리는 —예를 들어 문화를 표현하거나 종교를 실천하거나 언어를 사용하는 권리 등— 특별한 조치가 아니라

464) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단30; 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단13.

465) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단31.

466) 같은 문헌, 문단32; 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단13.

467) 유엔 인종차별철폐협약, 제1조(4).

468) 유엔 여성 차별철폐협약, 제4조(1).

469) 유엔 장애인권리협약, 제5장(4).

470) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단20.

471) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단28.

472) 유럽 평등 대우 지침에 나와 있는 적극적 조치는 "실제로 완전한 평등을 보장하기 위해" 채택할 수도 있다. 참조: 예를 들어, 고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체계 정립에 관한 2000년 11월 27일자 2000/78/EC 지침 제7조. 고용 및 직업에서의 공평한 대우에 대한 일반적 체계를 정립. 다른 참조: 유럽 사법재판소, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, 사건 C-450/93, 판결, 1995년 10월 17일, 문단18. 유럽 지역 인권 질서에서 소수 민족 보호를 위한 유럽 기본 협약은 더 엄격한 기준을 정하고 있으며, 제4조(2)에 따라 "당사자는 경제, 사회, 정치 및 문화적 삶의 모든 영역에서 소수 국민에 속하는 사람과 다수 국민에 속하는 사람 사이에 완전하고 실질적인 평등을 촉진하는 데 필요한 경우 적절한 조치를 취할 것을 약속한다. 이점에 있어서, 당사자는 소수 국민에 속하는 사람의 특정한 조건을 합당하게 고려해야 한다"라고 규정하고 있다. 미주 인권위원회는 "사실상의 차별을 바로잡는 것"과 "편견 및 차별과 배제의 패턴으로 생긴 역사적 차이"를 줄일 필요성 안에 적극적 조치를 두고 있다. 참조: 미주 인권위원회, *미주(美洲) 지역에서 아프리카계 사람들의 상황*, 문단237-239. 장애인의 권리에 관한 아프리카 인권헌장 의정서 제5조(2)(b)에 따라, 국가가 채택한 특정 조치는 장애인에 대한 차별을 "철폐하는 것"을 목표로 해야 한다.

473) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단14. 다른 참조: 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단10; 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단9; 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단19-20; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단16, 문단17 및 문단22.

474) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단19.

"영구적인 권리"라고 지적한다.<sup>475)</sup> 마찬가지로, 유엔 장애인권리위원회는 특별한 조치를 정당한 편의와 구별할 필요성을 강조하며, 정당한 편의를 비차별 의무라고 말한다.<sup>476)</sup>

적극적 조치가 사회적으로 혜택을 받지 못하는 사람과 집단의 평등을 가속하는 데 중점을 두고 있다는 점을 고려하면, 이 조치는 종종 과거의 차별 영향을 시정하고 보상하는 데 초점을 맞추는 교정적인 측면을 가지고 있다. 실제로 적극적 조치는 효과적인 구제책을 보장하는 중요한 요소가 될 수 있다.<sup>477)</sup> 그러나 조약기구는 적극적 조치 의무는 그 본질에서 교정적일 뿐만 아니라 "과거 차별에 대한 증명 여부와는 관계없이" 생긴다는 점을 강조해왔다.<sup>478)</sup> 그러므로, 예를 들어, 유엔 인종차별철폐위원회는 일시적 특별 조치가 "과거의 차별로부터 발생하는 차이를 포함하여" 차이를 완화하고 시정하기 위한 목적"을 가지고 있기는 하지만, 특별 조치 프로그램의 타당성을 검증하기 위해 '역사적' 차별을 증명할 필요는 없다는 점을 인정한다.<sup>479)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회도 유사한 입장을 취한다. 국가는 과거의 차별 여부를 증명하는 것과는 무관하게 여성의 지위를 사실상의 또는 실질적 평등의 한 수준까지 개선할 주도적 의무를 갖는다고 지적한다.<sup>480)</sup>

### (b) 적극적 조치의 범위

조약기구는 특별 조치에 포함될 수 있는 다양한 조치를 반복적으로 강조해왔다. 인종차별철폐위원회는 특별 조치라는 용어에는 모든 국가 조직의 수준에서의 입법, 집행, 행정, 예산 및 규제 조약뿐만 아니라, 고용, 주거, 교육, 문화 및 공공 생활 참여와 같은 분야에서의 계획, 정책, 프로그램 및 우선권 제도가 포함된다고 지적하였다.<sup>481)</sup>

유엔 여성차별철폐위원회는 관련 협약의 제4조(1)가 "다양한 조치를 포함"한다며, 원조 활동 또는 지원 프로그램; 자원의 배정 및/또는 재배정; 우선적 대우; 표적화된 채용, 고용 및 승진; 일정별 수치 목표; 할당제 등을 예시로 나열한다.<sup>482)</sup> 유엔 장애인권리위원회도 특별 조치의 범위에 있어 이와 유사한 포괄적 접근법을 취한다.<sup>483)</sup>

조약기구는 적극적 조치에는 다양한 범위의 잠재적 조치가 포함되지만, 그러한 조치는 입증된 필요성에 기반하고 피해를 본 집단에 관여된 명확한 목표에 따라 만들어져야 함을 명확히 밝히고 있다. 유엔 인종차별철폐위원회는 국가가 "차이를 줄이고 구제하는 것을 목표로 하는 목표 지향적 프로그램"을 개발해야 한다고 지적한다.<sup>484)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회는 조치가 "특정한 목표에 도움이 되도록 만들어져야 하고", "특정 '조치'는 맥락에 따라... 그리고 그것이 달성하고자 하는 구체적인 목표에 맞게 선택해야 한다"고 지적한다.<sup>485)</sup>

유엔 인종차별철폐위원회는 "조치가 필요성에 근거하여 만들어지고 시행되어야 하며, 관련된 개인과 공동체의 현 상황에 대한 사실적 평가에 기반해야 하는데, 이에 자료의 수집과 분석, 그리고 협의의 의무가 수반된다고 지적한다.<sup>486)</sup> 마찬가지로, 유엔 여성차별철폐위원회는 여성이 이러한 프로그램의 설계, 시행, 평가에 역할을 담당해야 한다고 지적하고, 성별로 분류된 자료를 사용해야 한다고 강조한다.<sup>487)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 "국가는 장애인과 긴밀하게 협의하고 이들을 적극 참여시켜야 한다고 지적하며<sup>488)</sup>, "자료와 자료 분석은 효과적인 ... 평등 조치를 개발하는 데 아주 중요하다"는 점을 주목한다.<sup>489)</sup>

475) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단15.

476) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단23.

477) 참조: 추가적으로 본 실무 지침서의 제2부 절 II.D.

478) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단18: 및 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단22.

479) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단22.

480) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단18.

481) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단13.

482) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단22.

483) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단28.

484) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단22.

485) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단21-22.

486) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단16.

487) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단34-35.

488) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단29.

### 브라질의 고등 교육에서 적극적 우대조치 정책

2013년 브라질을 방문한 유엔 아프리카계 사람들에 대한 전문가 실무그룹(United Nations Working Group of Experts on People of African Descent)은 브라질이 "아프리카 계 브라질 사람과 기타 소외된 집단을 위한 고용과 교육에 대한 적극적 우대조치 정책에서 어떻게 지역 리더"가 되어 왔는지 설명했다.<sup>490)</sup>

2003년, 브라질은 제4886호 법령에 따라 인종 평등 촉진을 위한 국가 정책을 만들었는데, 이것은 이러한 집단 출신의 사람을 위한 적극적 우대조치를 규정하고 있다. 이 정책에 따라 일부 대학에서 2004년부터 할당제가 시행되어 고등 교육에 접근성이 개선되었다.<sup>491)</sup>

고등 교육에서 적극적 우대조치 정책은 차별이라고 주장하는 여러 법적 도전을 받은 후, 2012년 4월 26일 브라질 연방 최고 법원은 교육에서 인종 할당제는 헌법에 부합한다고 만장일치 판결을 내렸다.<sup>492)</sup>

2012년 8월 29일, 할당법(Quota Law, 제12,711호 법률)이 채택되었다. 이 법에 따라, 연방 대학 및 기술 고등 교육 기관의 정원 50%는 "공동체에서 해당 집단의 비율에 기반하여 중등 교육을 마친 아프리카계 브라질 사람 및 토착민에게 할당되었다".<sup>493)</sup>

유엔 아프리카계 사람 전문가 실무그룹은 그들의 보고서에서 할당법의 채택과 함께 "향후 연구는 고등 교육 할당제 시행이 더욱 긍정적인 결과를 낳을 것이다. 그리고 할당제는 구조적인 제도적 인종차별을 변화시키기 위한 꼭 필요한 첫 단계이다"라고 표현했다.<sup>494)</sup>

이후 연구에서 적극적 우대조치 정책이 고등 교육에 접근성을 보장하는 데 효과가 있다는 초기 징후가 나타났다. 2017년 제3주기 국가별 정례인권검토에서 브라질은 아프리카계 브라질인에게 배정된 고등 교육의 정원이 2013년 37,100명에서 2015년 82,800명으로 증가했다고 보고했다.<sup>495)</sup>

## 3. 적극적 조치의 운용 원리

적극적 조치는 보호의 대상인 특성에 근거한 우선적 대우를 수반한다.<sup>496)</sup> 유엔 인종차별철폐위원회에 주목했듯이, 유엔 인종차별철폐협약(그리고 해석에 따라서는 자유권규약과 사회권규약)이 차별을 "모든 구별, 배제, 제한 또는 선호"로 정의하기 때문에 이러한 적극적 조치의 운용 원리는 잠재적 갈등이 된다.<sup>497)</sup> 위원회가 말한 것처럼, "특별 조치와 부당한 편중을 구분"할 필요가 있다.<sup>498)</sup>

유엔 인권기구는 특별 조치와 부당한 편중을 구분하기 위해 적극적 조치의 운영 기준을 개발했다.<sup>499)</sup> 예를 들어,

489) 같은 문헌, 문단34.

490) A/HRC/27/68/Add.1, 문단25.

491) 같은 문헌, 문단27.

492) 브라질 연방 대법원, "브라질 연방 대법원(STF)은 브라질리아 대학의 할당제가 합헌이라고 선언했다", 2012년 4월 26일. 이용 URL: [www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque\\_en\\_us&idConteudo=207138](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_en_us&idConteudo=207138)

493) A/HRC/WG.6/27/BRA/1, 문단53; A/HRC/27/68/Add.1, 문단16 및 문단40.

494) A/HRC/27/68/Add.1, 문단43.

495) A/HRC/WG.6/27/BRA/1, 문단53.

496) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단10 ("그리하면 조치는 일부 사람에게 나머지 사람과 비교되는, 특정한 문제에 대해 특정한 우선적 대우를 일정 시간 부여하는 것일 수 있다"); 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단28: 평등을 달성하기 위해서 "특정 조치는 잘 드러나지 않거나 소외된 집단에 유리한 특정한 이점을 채택하거나 유지하는 것을" 포함한다.

497) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단7-8.

498) 같은 문헌, 문단16-18.

499) 참조: 예를 들어, 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단24; 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단16; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단28-29.

유엔 인종차별철폐위원회는 특별 조치가 (a) 개선이 필요한 상황에 적절하고, (b) 정당하며, (c) 민주사회에서 필요하고, (d) 공정성과 비례성의 원칙을 존중하며, 그리고 (e) 일시적<sup>500)</sup>이어야 한다고 지적했고, 미주 인권위원회는 이런 입장을 채택했다.<sup>501)</sup>

다른 기구들의 입장을 종합하면, 세 가지 광의의 원칙을 도출할 수 있다. 먼저, 적극적 조치는 평등을 증진 또는 달성하는 목적을 추구해야 한다. 둘째, 적극적 조치가 '불평등하거나 별도의 기준'이 되어서는 안 된다.<sup>502)</sup> 이 목적을 이루기 위해서, 적극적 조치는 시간적으로 제한적이어야 하며, 정기적으로 검토 받고 평등 목표를 달성하면 중단해야 한다.<sup>503)</sup> 셋째, 적극적 조치는 민주사회에서 필요하고 추구하는 목표와 비례적이어야 한다.

### (a) 적극적 조치의 목적

적극적 조치의 목적은 우선적으로 표적화된 조치에 필요성과 정당성을 부여하며, 이러한 조치를 직접 차별과 구별한다.<sup>504)</sup> 차별의 결과는 불평등의 증가지만 적극적 조치를 시행할 때 예상되는 결과는 평등의 증진이다.

따라서 인종차별철폐위원회가 주목한 것처럼, "특별 조치는 인권과 기본적 자유의 평등한 향유 보장을 그 '유일한 목적'으로 할 때 차별이 되지 않는다."<sup>505)</sup> 위원회는 이 "동기가 ... 조치 그 자체에서, 그 조치를 정당화하는 논거에서, 그리고 그 조치에 효력을 부여하는 문서에서 분명히 나타나야" 한다고 지적한다. 또한 위원회는 다음을 더욱 명료화하였다: "유일한 목적'에 대한 언급은 협약의 문언과 조건 내에서 인정 가능한 특별 조치의 동기의 범위를 한정한다"<sup>506)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회는 특별 조치의 목표는 "여성의 평등한 참여를 가속하는 것"이어야 한다고 지적하며, "이러한 조치는 ... 남성에 대한 차별이 아니다"라고 재차 강조한다.<sup>507)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 간단히 다음에 주목한다: "장애가 있는 사람의 사실상의 평등을 가속화하거나 달성하는 것을 목표로 하는 적극적이거나 적극적인 조치는 차별로 간주되어서는 안 된다."<sup>508)</sup> 자유권위원회는 "사실상의 차별을 바로잡기 위해 필요한" 우선적 조치는 합법적이라고 명확히 말했다.<sup>509)</sup> 유엔 사회권위원회가 이 입장을 되풀이했다.<sup>510)</sup>

적극적 조치는 평등을 훼손하는 기능을 해서는 안 되며, 차별적 기준이나 고정관념으로 정당화되어서는 안 된다. 고정관념에 기반하여 특정 집단을 "보호"한다는 명백히 규정된 목적 하에 취해진 조치는 —예를 들어, 여성을 특정 직업을 가지지 못하게 미리 배제하는 규칙(여성이 그러한 일을 수행하지 못하도록 "보호"해야 한다는 이유에서), 장애가 있는 사람이 일을 전혀 하지 못하게 하는 규칙(그들을 사회 지원 대상으로 규정하여 법적 조항으로 그들을 노동력에서 제외), 또는 노인이 보험을 들지 못하게 하거나 운전 라이선스 자격을 주지 않는 자동 규칙 등— 적극적 조치가 아니라 직접 차별 정책이다. 따라서, *매드베데바 대 러시아 연방(Medvedeva v. Russian Federation)* 사건에서, 유엔 여성차별철폐위원회는 젠더 고정관념에 근거한, 겉으로 보기에 "보호적"인 조치가 —그 경우에는, 여성이 위험하거나 해롭다고 고려되는 특정 직업을 수행하지 못하게 금지하는 규정— 특별 조치라고 주장하는 것을 단호하게 거부했으며, 대신 이를 직접 차별이라고 결정했다.<sup>511)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 적극적 조치가 "격리,

500) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단16.

501) 미주 인권위원회는 "적극적 우대 조치"(여기서는 적극적 조치로 지칭한다) 채택을 위한 몇 가지 최소 요건들을 확인했다. 위원회에 따르면, 이러한 조치는 반드시 다음과 같아야 한다: "i) 시정할 상황에 적절할 것; ii) 합법적일 것; iii) 민주사회에서 필요할 것; iv) 정의와 비례성의 원칙을 존중할 것; v) 일시적일 것; vi) 필요한 경우에 설계되고 시행될 것; vii) 피해를 입은 개인과 지역사회의 상황을 현실적으로 평가하고 이에 기반할 것." 참조: 미주 인권위원회, *미주(美洲) 지역에서 아프리카계 사람들의 상황*, 문단240.

502) 유엔 여성 차별철폐협약, 제4조(1).

503) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단20; 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단27.

504) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단10: "그러한 조치가 사실상 차별을 시정하기 위해 필요한 한, 그것은 협약에 따라 합법적 차별 사례이다".

505) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단21.

506) 같은 문헌.

507) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단18.

508) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단28.

509) 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단10.

510) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단9: "이러한 조치는 사실상 차별을 시정하기 위해 합리적이고 객관적이며 균형적인 수단을 제공하는 한, 합법적이고, 실질적인 평등을 지속 가능한 정도까지 달성했을 때 중단된다."

분리 차별, 고정관념, 낙인화 또는 그 외의 차별을 영속화시키지 않아야 한다"는 점에 주목한다.<sup>512)</sup>

### (b) 제한된 시간과 검토 대상

적극적 조치는 차별금지사유에 기반한 다른 대우를 수반하기 때문에, 이러한 조치는 기존의 불평등을 시정하기 위해 필요한 기간 동안만 제공해야 한다. 이 기간이 지난 이러한 조치를 유지하는 것은 직접 차별이 된다. 유엔 인종차별철폐협약 및 유엔 여성차별철폐협약 모두 유엔 인종차별철폐협약과 유엔 여성차별철폐협약은 적극적 조치가 불평등하거나 별도의 기준으로 유지되지 않아야 한다고 명시하고 있다.<sup>513)</sup> 유엔 인종차별철폐위원회가 규정한 바와 같이, 이렇게 적극적 조치를 제한하는 것은 이 조치가 "기능적"이며 "사용 목적—평등 목표—이 지속 가능할 정도로 달성되었을 때는 적용을 중단해야 한다"는 의미이다.<sup>514)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회 및 유엔 사회권위원회가 이런 입장에 동의하고 있다.<sup>515)</sup>

"일시적"은 "짧은" 과 같은 뜻은 아니라는 점에 의견이 일치한다. 유엔 인종차별철폐위원회는 시간의 길이는 목표, 수단, 결과에 따라 다를 것이라고 주목했고, 유엔 여성차별철폐위원회는 조치가 "오래 기간" 필요할 수도 있다고 명시한다.<sup>516)</sup> 두 위원회는 조치가 결과를 달성하고 유지될 때 중단해야 하며, "미리 정한 기간"을 기반으로 하지 않아야 한다는 입장에 동의한다.<sup>517)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 일반 논평 제6호(2018)에서 "특정한 장애나 사회의 구조적 장벽을 포함하여 맥락과 상황에 따라" 특정한 상황에서는 사실상의 "영구 조치"가 필요할 수도 있다고 주목한다.<sup>518)</sup>

적극적 조치는 평등 목표를 달성했을 때 중단되어야 하지만 그 이전에는 중단되지 않아야 하고 실제로 효과적이지 않은 조치를 강화하도록 하기 위해서 채택된 모든 조치는 정기적인 검토와 추적 관찰을 받아야 한다. 예를 들어, 유엔 인종차별철폐위원회는 "적절하다면, 정성적·정량적 평가 방법을 사용하여 조치의 신청과 결과를 추적 관찰하는 지속적인 시스템"의 필요성과 대상 집단에 대해 "갑작스러운 특별 조치의 철회"가 미치는 결과를 고려할 필요성을 강조한다.<sup>519)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회는 특별 조치가 어떻게 진행되고 효력은 어떤 지 평가하기 위해 참여, 협의 및 자료의 사용이 중요하다고 강조한다.<sup>520)</sup>

### (c) 비례성

마지막으로 유엔 사회권위원회가 주목했듯이, 적극적 조치는 불평등을 줄이기 위한 "합리적이고 객관적이며 비례적인 수단"이어야 한다.<sup>521)</sup> 대부분 다른 조약기구도 이 입장에 공감한다. 따라서 유엔 인종차별철폐위원회는 특별 조치가 합법적이고 민주사회에서 필요하며 "공정성과 비례성의 원칙을 존중해야 한다"고 지적한다.<sup>522)</sup> 한편 유엔 여성차별철폐위원회는 국가는 "적극적 조치가 실질적 평등을 빠르게 달성하는 데 필요하고 적절한 것이라고 보일 경우 특별 조치를 채택해야 한다"고 밝히고 있다.<sup>523)</sup>

이러한 맥락에서 "필요성"이 엄격한 필요성 검토를 수반하지 않는다는 점을 주목해야 한다. 필요성 검토는 불평등 감소라는 목표를 이루기 위해 달성하기 위해 조치가 "민주사회에서 필요한지" 그 여부를 평가하기보다는, 일반적인

511) 유엔 여성차별철폐위원회, *Medvedeva v. Russian Federation* (CEDAW/C/63/D/60/2013), 문단11.3.

512) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단29. 참조: 본 실무 지침서 제2부 절 I.A.4(b)에 있는 이 점에 관한 추가적인 논의.

513) 유엔 여성차별철폐협약, 제4조(1); 유엔 인종차별철폐협약, 제2조(2).

514) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단27.

515) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단20; 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단9.

516) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단20; 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단27.

517) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단20.

518) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단28.

519) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단35.

520) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단34-35.

521) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단9.

522) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단16.

523) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제25호 (2004), 문단24.

로 좀 덜 제한적인 조치를 취할 수 있을지 여부를 평가하기 위한 것이다. 그러므로, 유엔 인종차별철폐위원회는 개인과 지역사회의 현 상황을 현실적으로 평가하고 그 결과에 근거하여 "필요성에 따라 조치를 설계하고 시행해야 한다"고 밝힌다.<sup>524)</sup>

비슷한 맥락에서 적극적 조치의 비례성 평가는 규정된 목적—평등으로의 빠른 진전—이 어느 정도 달성되었는 지에 검토의 중점을 두어야 한다. 비례성 검토를 적용하려면 이러한 목표—가 경우에는 역사적 불이익의 해소나 평등을 향한 빠른 진전—과 이 목표를 추구하는 과정에서 야기될 수도 있는 모든 피해를 고려하여 그 상호 균형을 잡는 일이 필요하다.

일각에서 지적하듯 이러한 섬세한 균형은 유럽연합 같은 곳에서 흥미로운 판례법으로 발전했다.<sup>525)</sup> 그러나 자유권 위원회가 지적한 바와 같이, 일시적 특별 조치의 목적은 비례성 평가에 큰 비중을 차지한다. "그러한 조치가 실제 차별을 바로잡기 위해 필요한 한, 이 조치는 협약에 따라 정당한 차별 사례이다."<sup>526)</sup>

#### 4. 포괄적 차별금지법 상의 적극적 조치

각국은 국내 차별금지법률에 따라 적극적 조치에 대해 다른 접근법을 채택하고 있다. 일부 국가는 평등 진전에 필요한 적극적 조치의 구체적인 유형에 대한 자세한 지침을 제공하는 반면, 어떤 국가는 이러한 세부 사항을 다른 법과 정책에 맡기기도 한다. 이러한 접근법은 모두 효과적일 수 있다. 그런데 중요한 것은 채택된 특정 조치를 정기적으로 검토하고 효력을 지속적으로 평가하는 일이다. 포괄적 차별금지법이 효과적으로 작동하기 위해서는 적극적 조치가 허용됨을 명확히 하고, 채택 요건을 명시하는 것이 가장 중요하다.

국가는 국제적인 평등 의무에 따라 다양한 적극적 조치를 채택해왔다. 이에는 교육에서 평등한 접근과 참여를 촉진하기 위한 장학 보조금 지급이나 특별 장학금 제도 운영부터, 할당제 도입, 차별받는 집단 구성원을 위한 특별 직업 연수 프로그램 개발 및 직장 관리직 코스의 보장 등 다양하며, 상황마다 필요한 것은 다르다. 그러므로 수혜자 집단의 다양한 구성원과 협의를 통해 해당 조치를 결정해야 한다.<sup>527)</sup> 협의를 할 때는 피해를 입은 공동체 구성원의 의미 있는 참여가 이루어지도록 해야 하고, 특히 여성과 소녀에 주의를 기울여야 한다.

##### 코스보: 성평등에 관한 법률 제6조

1. 공공 기관은 불평등이 존재하는 영역에서 여성과 남성 간의 실질적 평등을 가속하도록 일시적 특별 조치를 취해야 한다.
2. 특별 조치는 다음을 포함할 수 있다:
  - 2.1. 여성과 남성의 평등한 대표성을 달성하기 위한 할당제
  - 2.2. 의사결정 및 공공생활에서 잘 드러나지 않는 성(性)의 참여를 높이는 지원 프로그램
  - 2.3. 교육, 건강, 문화 및 자원 배치 및/또는 재배치에 있어 일터 평등의 개선이 필요한 분야에서 여성 또는 남성의 경제적 역량강화 및 지위를 개선할 조치
  - 2.4. 불평등이 존재하는 각 영역에서 우선적 대우, 채용, 고용 및 승진 및 기타 조치
- ...
6. 공공 기관이 법적 조항을 포함하여 여성과 남성 간의 실질적 평등을 가속하는 것을 목표로 특별 조치를

524) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단16.

525) 고용 영역에서 유럽연합의 접근법을 논의하고자 한다면 다음 참조: Goran Selanec and Linda Senden, *기업 이사회를 포함하여 실질적인 남녀 평등을 보장하기 위한 긍정적 조치*, (룩셈부르크, 유럽연합 출판사, 2013), 9-13쪽.

526) 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단10.

취할 때, 이는 성차별이 되지 않는다. 성평등 목표가 달성되면 이러한 조치는 중단되어야 한다.

7. 모든 수준의 입법, 행정, 사법 기관 및 기타 공공 기관은 본 법에 따라 남녀의 동등한 대표성이 달성될 때까지 잘 드러나지 않는 성별대표성을 높이기 위한 특별 조치를 채택하고 시행할 의무가 있다.
8. 모든 입법, 행정, 사법 기관 및 기타 공공 기관의 동등한 성별대표성은 관리 및 의사 결정 기관을 포함해 각 성별의 최소 대표성(50%)이 보장될 때 달성된다.

## C. 평등 의무

모든 유형의 차별에 대해 포괄적이고 효과적인 금지를 보장하고 실질적 불평등을 해소하기 위해 적극적 조치를 요구하는 의무와 함께, 국가는 차별을 철폐하고 참여 평등을 보장하는 그 밖의 적극적 의무를 진다. 특히, 장애인권리협약 제9조는 환경, 교통, 서비스, 시설 및 정보와 통신에 장애인의 접근성을 보장할 의무를 규정하고 있다. 이러한 기준을 채택하면서 그 밖의 이유 때문에 차별을 받는 사람의 평등한 접근성을 보장하는 의무가 —다른 규약 중에서도— 자유권규약과 사회권규약이 규정하는 권리에 내재되어 있다는 인식이 점점 확산되었다. 이와는 별개이지만 또 다른 발전 사항은 더 많은 국가가 법적 평등—평등권과 차별받지 않을 권리에 대한 고려가 결정 과정으로 통합되는 법 체제—를 국제법상 의무 준수를 보장하는 수단으로 채택하고 있다는 점이다.

### 1. 접근성

#### 요약

- 접근성이란 공정한 접근을 보장하기 위해 물리적 환경, 교통, 정보 및 통신, 직장, 교육, 보건 및 기타 공공시설 및 서비스에 대한 접근을 보장하도록 필요한 조치를 채택하고 시행하는 선행적이고 체계적인 의무이다. 국가는 생활의 모든 영역에 접근성을 보장할 의무가 있다. 접근성 기준을 준수하지 못하는 것은 금지된 행동의 한 유형이다. 이는 사전적 의무로서 개인의 접근 요구와 상관없이 존재한다. 그리고 이는 무조건적인 의무로서 제공자의 부담이 불이행의 이유가 될 수 없다.
- 차별금지법은 국가와 민간 주체가 접근성의 평등을 방해하는 제약을 찾아내 제거할 의무를 규정해야 한다. 또한 국가가 접근성에 관한 최소의 기준과 지침을 개발, 공포 및 추적 관찰할 의무를 규정해야 한다.
- 접근성 기준의 미준수는 차별의 한 형태이며, 따라서 포괄적 차별금지법에 따라 금지되어야 한다.

장애인권리협약 제9조는 국가가 장애인을 위해 다른 사람과 동등한 기반에서 물리적 환경, 교통, 정보통신 기술과 시스템을 포함해 정보 및 통신, 그리고 대중에 공개되거나 제공되는 기타 시설 및 서비스에 대한 접근을 보장하는 적절한 조치를 취하도록 규정하고 있다. 제9조는 동일한 접근을 방해하는 장애요인을 찾아 제거할 소극적 의무와 적극적으로 접근성을 보장할 적극적 의무를 모두 포함한다. 제9조(1)는 국가는 건물, 도로, 교통 및 기타 시설, 정보, 통신 및 기타 서비스를 포함하는 영역에서 —하지만 이에 국한되지 않고— 장애물과 장벽을 찾아 철폐할 의무가 있다고 규정한다. 제9조(2)는 국가가 폭넓은 선행 주도적 조치를 취해야 하며, 여기에는 대중에 개방되거나 제공되는 시설과 서비스의 접근성에 대한 최소한의 기준과 지침을 개발, 공포 및 시행을 추적 관찰하고, "대중에게 개방되거나 제공되는 시설과 서비스를 제공하는 민간 주체가 장애를 가진 사람의 접근성을 모든 측면에서 고려하도

527) 참조: 예를 들어, 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단29; 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제32호 (2009), 문단18.

록 이를 보장하는 것"이 포함된다.

유엔 장애인권리위원회는 제9조에 규정된 의무의 내용을 상세하게 설명하고 있다. 위원회는 일반 논평 제2호 (2014)에서 접근성이 본질적으로 차별 금지와 관련이 있다는 점에 주목하며, 다음과 같이 서술한다:

재화, 제품 및 서비스가 대중에게 개방되거나 제공되는 한, 모든 사람이 이에 접근할 수 있어야 한다. 장애인도 대중에게 개방되거나 제공되는 모든 재화, 제품, 및 용역에 평등한 접근성을 가져야 하는데, 그 방식은 접근이 효과적이고 동등하며, 그들의 존엄성을 존중하는 방식이어야 한다. 이 접근법은 차별 금지에서 비롯된 것으로 접근 거부하는 가해자가 공공 단체이든 민간 단체이든 관계없이 차별적 행위로 간주되어야 한다.<sup>528)</sup>

아래에서 언급하는 바와 같이, 유엔 장애인권리위원회는 법 해석에 있어 접근성 분야에서 협약 조항의 미준수는 관련 협약을 위반한 것으로 판단한다.

유엔 장애인권리위원회는 국가가 새롭게 만들어진 물건, 기반시설, 재화, 제품 및 서비스에 대해 즉시적 접근을 보장할 의무와 이미 존재하는 물건, 기반시설, 재화, 제품 및 서비스에 대한 접근 장벽을 제거할 의무를 구분한다.<sup>529)</sup> 또한 위원회는 접근성 의무는 매번 따로 접근을 요청할 필요가 없는 사전적 의무이며, 제공자의 부담을 이유로 접근을 보장하지 않는 것은 변명의 대상이 되지 않는 무조건적 의무임을 명확히 하고 있다. 이 두 가지 측면에서 접근성은 정당한 편의와 구별된다.<sup>530)</sup> 위원회는 좀 더 최근의 일반 논평 제6호 (2018)에서 접근성을 보장하는 "선행적, 체계적 의무"와 정당한 편의를 제공하기 위한 "개별화된 반응적 의무"를 구분하고 있다.<sup>531)</sup>

이처럼 접근성을 보장할 의무는 선행 주도적이고 체계적인 본질을 띠므로 명확한 기한을 정하고, 적절한 자원을 할당하고, 각 당국의 의무를 분장하며, 효과적인 추적 관찰 메커니즘을 수립하고, 접근성 기준을 시행하지 못하는 대상에게 제재를 가할 책무를 수반하게 된다.<sup>532)</sup> 국가는 이러한 조치를 통해 장애물이 "지속적이고 체계적인 방식으로, 서서히 그러나 꾸준히" 제거되도록 이를 보장해야 한다.<sup>533)</sup> 국가는 장애인과 협의를 통해 그리고 기존 법률에 대한 포괄적인 검토를 거쳐 접근성 기준을 채택하고, 추적 관찰하며, 공표해야 할 의무가 있다. 이에 대해 법은 접근성 기준을 의무적으로 적용해야 하고 이를 적용하지 않는 대상에 대해 제재를 규정해야 한다.<sup>534)</sup>

**뉴스티 및 타카치 대 헝가리(NYUSTI AND TAKÁCS V. HUNGARY) 사건<sup>535)</sup>**

시각 장애가 있는 두 명의 헝가리 국적자가 유엔 장애인권리위원회에 진정을 제기하며 헝가리가 시각 장애인을 위한 접근 가능한 은행 서비스를 보장하지 못했으며 이는 협약 제9조(2)(b)에 반한다고 주장했다. 구체적으로 말하자면, 진정인은 모두 OTP 은행에 수수료를 지급하는 고객인데, OTP 은행의 현금 지급기는 점자 키보드, 오디오 안내, 음성 지원 또는 시각 장애인을 위한 접근성을 보장하는 기타 기계적 장치가 없다고 주장했다.

위원회는 국가가 OTP와 기타 기관에서 제공하는 자동 현금지급기의 접근성을 높이기 위한 조치를 취해왔지만 "이러한 조치 중 어느 것도... 접근성을 보장하지 못했으며" 이런 이유로 제9조(2)(b)에 따른 의무를 이행하지 못했다는 사실을 발견했다.

이에 위원회는 개별적으로 그리고 일반적 수준에서의 조치를 취할 것을 권고했다. 위원회는 진정인과 관련하여 국가가 접근성 결여를 시정하고 적절한 보상을 할 책무가 있다고 밝혔다.

528) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제2호 (2014), 문단13.

529) 같은 문헌, 문단24.

530) 같은 문헌, 문단25.

531) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단24.

532) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제2호 (2014), 문단25.

533) 같은 문헌, 문단27.

534) 같은 문헌, 문단28.

일반적 수준에서는, 위원회는 국가가 "구체적이고 집행 가능하며 시간이 정해진 벤치마킹을 포함하여, (a) "은행 서비스 접근성을 위한 최소기준을 설정"하고 (b) "협약의 내용에 대한 적절하고 정기적인 교육 제공"하며; (c) "법률과 조치가 적용되는 방식이 장애인이 자신의 권리를 다른 사람과 동등한 기반에서 행사하는 것을 훼손하거나 무효화하는 목적 또는 효과를 갖지 않도록 이를 보장"하여 재발을 미연에 방지할 의무가 있다고 밝혔다

유엔 장애인권리위원회 이외에도 많은 다른 조약기구가 장애인에 대한 접근성 보장을 하나의 의무로 인정한다.<sup>536</sup> 또한 접근성 의무는 지역 수준에서도 인정된다. 장애인의 권리에 관한 아프리카 인권헌장 의정서 제15조는 "물리적 환경, 교통, 정보(통신 기술 및 시스템 포함) 및 대중에 개방되거나 제공되는 기타 시설 및 서비스에 대해 장벽 없는 접근 권리"를 규정하며 이 권리를 충분히 향유할 수 있도록 국가가 "합리적이고 점진적인" 조치를 취할 것을 요구한다. 2019년, 유럽 접근성 법(the European Accessibility Act)이 통과되고 2025년 이후 개발될 재화와 서비스에 대해서 유럽연합 전역에 최소 접근성 기준이 확립되었다.<sup>537</sup>

## 그 밖의 이유에 근거한 접근성

유엔 장애인권리위원회는 일반 논평 제2호(2014년)에서 "접근성은" —그중에서도— 자유권규약의 제25조(c)항에서 규정한 "접근권의 사회적 측면에 대해, 장애에 대해서는 구체적으로 재확인한 것으로 보아야 한다"고 설명했다.

또 위원회는 차별에 근거한 접근 거부와, 물리적 또는 기타 기존의 장벽 때문에 생기는 거부는 서로 다르다고 인정하면서도, 일반 대중이 사용할 것을 목적으로 하는 장소나 서비스에 평등한 접근을 보장하는 의무(유엔 인종차별철폐협약 제5조(f)에서 규정하고 있다)와 유사하다고 밝혔다<sup>538</sup>

이 두 가지 측면 모두에서 유엔 장애인권리위원회가 취하는 태도는 국가가 그 밖의 모든 인권의 향유와 법 규제를 받는 생활 전 영역에서 비차별을 보장할 의무가 있으며, 이 의무는 결국 접근권을 그 대상에 포함한다는 사실을 반영해준다. 예를 들어, 달성 가능한 최고 수준의 건강권에 관한 일반 논평 제14호(2000)에서 유엔 사회권위원회는 접근권을 건강권의 "핵심 요소" 중 하나로 인정한다. 즉, "보건 시설, 재화, 그리고 서비스는 국가 당사자의 사법권 내에서 차별 없이 모든 사람에게 접근이 가능해야 한다."<sup>539</sup> 위원회는 접근성에는 4가지 차원이 있다고 말한다: 비차별, 물리적 접근성, 경제적 접근성(가용성), 정보 접근성.<sup>540</sup> 위원회는 국가가 공공 행정 서비스의 접근성을 보장할 의무가 있다는 점에 주목한다. 위원회는 이스라엘에 대한 최종 견해에서 "모든 언어 소수자가 공공 행정 서비스에 완전히 접근할 수 있도록 해야 하며, 아랍어를 포함해 모든 공식 언어로 완전한 접근성을 제공하도록 보장해야 한다"는 판결을 내렸다.<sup>541</sup> 유엔 여성차별철폐위원회는 이와 비슷한 맥락에서 "교육이 차별 금지 기준을 충족하려면 모든 여성은 반드시 법과 관례에 접근이 가능해야 한다"고 지적했다.<sup>542</sup>

그러므로, 장애인권리협약이 유엔 인권조약 중 유일하게 접근성을 의무 사항으로 명시하고 있지만, 인권과 대중이 이용 가능한 재화와 서비스에 대한 평등하고 차별되지 않은 접근을 보장할 의무는 국제인권법 체계 전반에 함축되어 있는 것은 분명해 보인다. 권리의 향유와 재화와 서비스에 접근성에 차별이 없도록 보장하는 의무를 이행하기 위해서, 국가는 차별적인 법률, 정책, 관례를 수정하거나 제거하고, 접근을 방해하는 장애물을 제거하고, 선행 주도적 접근성 기준을 채택할 필요가 있다.

535) 유엔 장애인권리위원회, *Nyusti and Takács v. Hungary* (CRPD/C/9/D/1/2010), 문단9.6 및 문단10 (2) (a)-(c).

536) 참조: 예를 들어, CCPR/C/GIN/CO/3, 문단18; E/C.12/DNK/CO/6, 문단22; CEDAW/C/SUR/CO/4-6, 문단47; CERD/C/CAN/CO/21-23, 문단26; CRC/C/TUV/CO/2-5, 문단38 (e).

537) 재화와 서비스에 관한 접근성 요건에 대한 2019년 4월 17일자 2019/882 지침

538) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제2호 (2014), 문단4.

539) 유엔 사회권위원회, 일반 제14호 (2000), 문단12 (b) (각주 생략).

540) 같은 문헌.

541) CCPR/C/ISR/CO/3, 문단23.

542) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제36호 (2017), 문단20.

## 2. 법적 평등 의무(Statutory equality duties)

### 요약

- 평등 의무는 평등권과 차별받지 않을 권리가 작동하도록 하고, 공공 당국 및 기타 의무 수범자의 업무에 해당 권리를 통합시키는 데에 효과적이고 꼭 필요한 수단이다. 국가는 평등 의무를 통해 평등권과 차별받지 않을 권리를 존중, 보호, 실현할 의무를 다할 수 있다.
- 국내적으로, 각국은 다양한 평등 의무를 채택해 왔는데, 이들은 크게 세 가지 주요 범주로 나눌 수 있다: (a) 예방적 의무. 이것은 차별 행위가 발생하기 전에 예방할 의무이다; (b) 제도적 의무. 이것은 공공 부문과 민간 부문 조직의 업무에서 평등을 촉진하는 의무이다; (c) 주류화 의무. 이것은 공공 의사결정 분야에 평등 계획을 통합하고 중요한 요소로 고려할 의무이다.

점점 많은 국가가 법적 평등 의무를 국가의 평등과 비차별 의무 사항을 이행하는 수단으로 규정하고 있다. 이러한 의무는 의무 수범자가 평등권과 차별받지 않을 권리를 의사결정 과정에 통합하여 내재화할 수 있는 법적 체계를 제공함으로써 사회적 그리고 제도적 변화의 보장을 추구한다. 여러 가지 법적 평등 의무 모델이 채택되어 왔다. 이들 각각은 차별을 철폐하고 실질적인 평등을 달성하는 데에 중점을 둔다.<sup>543)</sup> 따라서 평등 의무의 역할은 이중적이다. 즉, 국가가 차별하지 않을 의무를 충족하도록 하고, 동시에 평등권이 작동하도록 해 적극적 조치의 채택을 지원하는 메커니즘을 제공한다.

법적 평등 의무는 관련된 의무 수범자가 특정한 의사결정 과정을 따르거나 평등권과 차별받지 않을 권리의 주류화를 그 목적으로 하는 절차를 채택할 의무를 지도록 한다. 이러한 의무는 목표와 결과 및 운영 방식 모두에서 상당히 다를 수 있다. 일부 국가에서는 —예를 들면 영국에서는— 평등 의무라는 용어가 넓은 의미로 표현되며, 공공 기관이 관련된 활동을 할 때 "차별을 철폐할 필요성을 특히 고려하고", "기회의 평등을 진전하고" 그리고 "사람 간의 좋은 관계를 조성하도록" 요구한다.<sup>544)</sup> 다른 국가의 경우에는 평등 계획의 채택 또는 고용이나 교육과 같은 분야에서 세분화된 자료의 수집과 같은 특정한 일련의 조치가 요구될 수도 있다.

평등 의무가 부과하는 의무 사항은 본질적으로 절차적이므로 차별을 당한 개별 피해자가 없어도 집행이 가능하다. 이러한 견지에서 이러한 의무는 개별적 권리 침해를 구제책하는 것을 목표로 하는 "반응적" 차별금지법 모델에서 법제화된 정책적 요건을 채택하거나 따라야 하는 절차적 의무를 지키지 못했을 경우 그 자체가 법적 주장의 효력이 생기는 선형 주도적 "준수 기반" 모델로의 변화를 반영한다.<sup>545)</sup> 이 두 체계는 상호 지원적이며 서로를 강화해 준다. 예를 들어, 스웨덴과 같은 일부 국가에서는 법정 평등 의무를 지키지 않으면 차별이라고 추정함으로써 차별 주장에 힘을 실어주고 있다.<sup>546)</sup>

2016년에 유럽 평등기구 네트워크인 에퀴넷(Equinet)이 유럽의 법정 평등 의무의 이용에 대한 연구를 발표했다. 이 연구는 다음과 같은 3가지 범주의 평등 의무 유형을 소개했다: (a) 차별 행위 예방에 목표를 두는 예방적 의무; (b) 공공 및 민간 부문 기관의 업무에서 평등권 촉진을 목표로 하는 기관 차원의 의무; (c) 공공 당국의 의사결정 과정에서 평등을 중심이 되도록 목표로 하는 주류화 의무.<sup>547)</sup>

이 실무 지침서에서 이러한 범주를 상세히 논의하는 것은 의도된 범위를 벗어나는 것이지만 각 기본 모델과 그

543) 참조: 넓은 의미로, 니알 크라우리, *유럽을 좀 더 평등하게 만들기: 법적 의무? (Making Europe More Equal: A Legal Duty?)* (브뤼셀, 에퀴넷, 2016). 이용 URL: [www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/positiveequality\\_duties-finalweb.pdf](http://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/positiveequality_duties-finalweb.pdf).

544) 평등법, 2010, 제149절 (1).

545) 베스 가르 및 벨린다 스미스, *호주의 평등 및 차별법: 개론* (케임브리지, 영국, 케임브리지 대학 출판사, 2016), 제8장 (적극적 조치).

546) 스톡홀름 대학 제출/스웨덴 평등 옴부즈맨.

547) 크라우리, *유럽을 좀 더 평등하게 만들기*, 8-9쪽.

적용 범위를 아래에서 소개한다. 이 분야의 모범사례 개요서는 2022년에 발표되었다.<sup>548)</sup>

### (a) 예방 의무

예방적 의무는 의무 수범자가 차별 행위가 발생하지 않도록 조치를 취할 의무이다. 예를 들어, 고용주에게 직장에서 차별을 예방하는 "조치를 취할 것"을 요구하는 것과 같은 것이다. 하지만 때로는 직장 내 괴롭힘 정책을 채택하거나 동일 임금에 관한 자료를 공개하도록 하는 요구 조건처럼 좀 더 구체적으로 표현되기도 한다.<sup>549)</sup> 예방적 의무가 즉각적으로 차별을 삼가는 의무와 밀접하게 연관되어 있기는 하지만,<sup>550)</sup> 예방적 의무는 관련 절차를 따르지 않으면 그 결과가 위반이 되므로 권리 침해에 대한 증거를 규명할 필요가 없다는 점에서 비차별 조항과 다르다. 이러한 점에서 예방적 의무는 구조적 유형의 차별을 대상으로 이의를 제기하는 데 유용하며, 특히 고용 부문과 같이 개인이 소송 제기를 단념할 수 있는 영역에서 특히 유용하다.

### (b) 기관 차원의 의무

기관의 평등 의무에는 민간 조직(공공 부문 기관도 마찬가지이다)에 내부 정책, 절차, 관행의 검토와 그들의 업무 방식에 평등 계획을 통합할 것을 의무 사항으로 부과하는 것이 포함된다. 이런 방식으로, 기관의 평등 의무는 차별을 초래하고 불평등을 영속화하는 뿌리 박힌 제도 규범에 이의를 제기할 수 있는 조건을 만드는 데 도움을 줄 수 있다.<sup>551)</sup> 에퀴넷은(Equinet) 기관의 평등 의무를 "조직이 해당 직원이나 서비스에 접근하는 사람에게 평등을 촉진해야 하는 법정 의무"로 정의한다.<sup>552)</sup> 이러한 의무는 보통 고용과 교육 분야에 적용되지만, 더 넓은 생활 영역에도 적용할 수 있다. 제도적 의무에는 본 실무 지침서에서 논의된 다양한 선행 주도적 시행 조치가 포함될 수 있는데, 이에에는 평등에 대한 교육과 인식 제고를 위한 전략을 포함하여 평등 계획에 따른 세분화된 자료 수집 및 다양성 증진 조치가 있을 수 있다.

유엔 사회권위원회는 "공공 및 민간 기관은 비차별을 촉진할 행동 계획을 개발해야 한다"고 밝히고 있다.<sup>553)</sup> 이 원칙에 따라, 많은 국가 사법권은 고용주, 지방 당국 또는 기타 기관이 계획적이고 체계적으로 평등을 전진하고 차별과 맞서 싸울 법적 의무를 부과한다. 일부 평등기구는 이러한 의무를 지원하고 집행할 역할을 맡아왔는데 이것이 체계적 차별을 해소하고 실제로 완전한 평등을 달성하는 데 중요한 역할을 해왔다.

#### 북아일랜드: '공정 고용 및 대우 명령'에 따른 평등 의무

1998년에 채택된 공정 고용 및 대우(북아일랜드) 명령은 이전 법률을 통합하고 확대한 것이다. 이 명령에 따라, 10명 이상의 종업원을 고용하고 있는 고용주는 사업장의 공동체 구성(법률에서는 "프로테스탄트 공동체 또는 로마 가톨릭 공동체"로 정의한다)이 어떻게 되는지 추적 관찰하고, 북아일랜드 평등위원회에 연간 보고서를 제출하도록 되어 있다. 만약 이 과정에서 고용주는 노동력의 균형적인 대표성에 격차가 발견되면 불균형을 해소하기 위한 구체 조치를 취해야 한다. 명령 제55조에 따르면 고용주는 적어도 3년마다 관련 고용 정책 및 관례(예를 들어, 채용 및 승진과 관련된)을 전면 검토해야 한다.

"고용에 공정한 참여"를 보장하기 위해, 고용주는 "적극적 대응"을 취할 권한을 부여받고, 평등위원회가 요구하는 경우 적극적 조치를 시행해야 할 수도 있다. 이 명령을 준수하지 않을 경우 제재 대상이 될 수도 있다.

이 명령은 북아일랜드 노동자에게 고용의 평등이라는 견지에서 중요한 변화의 원동력이 입증되었다.

548) 에퀴넷, "평등 주류화에 대한 모범사례 개요서: 평등 의무와 평등 영향평가의 사용" (브뤼셀, 2021).

549) 같은 문헌, 16-21쪽. 다른 참조: 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제23호 (2016), 문단48 및 문단62.

550) 이 체계에 대한 추가적 논의는 다음 참조: 본 실무 지침서의 제1부 절 I.B.

551) 크라우리, *유럽을 좀 더 평등하게 만들기*, 10-11쪽.

552) 같은 문헌, 8쪽.

553) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단38.

2004년 북아일랜드의 공정 고용 체계에 대한 평가를 통해<sup>554)</sup> 다음에 대한 증거가 발견되었다:

- (a) 가톨릭 신자의 고용 구성에 대한 관심이 크게 개선;
- (b) 공공 주택에서 분리가 계속되는 것과 대조적으로 통합형 직장에서 일하는 사람의 수는 크게 증가;
- (c) 고용주는 강력한 법률이 관행을 바꾸는 데 도움이 되었다는 뜻을 시사했고 적극적 조치 합의가 직장에서 과소대표성을 바로잡는 데 도움이 되었다는 것을 증거로 보여줌.<sup>555)</sup>

이 명령 하에서 평등한 참여는 다양성을 강화하고, 여성, 소수 민족, 장애인, HIV/AIDS 감염인, 비시민권자 및 그 밖의 사람들을 위한 포용성과 진보를 가로막는 내부 장애를 바로잡는 데 도움이 되었다.

개념적으로 보면, 이러한 명령은 차별에 대한 기존의 "화재 경보"식 (즉, 피해자의 진정에 의존하는) 대응 체계에 "경찰 순찰"식 (즉, 개별 회사에서 평등과 다양성 쟁점을 정기적으로 검토하는) 체계를 보충한 것이다. 경험상, "화재 경보"와 "경찰 순찰"식 관리 체계는 낙인당하거나 소외된 집단을 배제하는 문제를 해결하기 위한 목적으로 둘 다 필요하다.<sup>556)</sup> 이 모델이 성공을 거두자, 다른 국가도 자국의 포괄적 차별금지법에 비슷한 권한을 포함했고, 지방자치단체의 다양성을 감독하는 권한을 늘렸다.<sup>557)</sup>

### (c) 주류화 의무

주류화 의무는 공공 당국의 행동을 규제하며 "법률, 예산, 정책 및 프로그램"의 개발을 포함하여 모든 수준의 공공 의사결정에 평등 계획을 통합하는 것을 목표로 한다.<sup>558)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회와 유엔 장애인권리위원회 모두 국가가 정책 과정에 평등 고려사항을 주류화해야 할 의무가 있다고 본다.<sup>559)</sup>

#### 인도: 차별금지법과 평등 법안에 따른 평등 의무

인도의 차별금지법과 평등 법안의 제14절에서 제16절<sup>560)</sup>은 이 법에 따라 의무 수범자가 이행해야 하는 세 가지 의무를 제시한다: (a) 차별금지 의무; (b) 다양화 의무; (c) 적절한 고려 의무.

차별금지 의무는 법안의 제14절에 자세히 설명되어 있다. 이 의무는 관련 의무 수범자가 차별을 자제하고, "중앙평등위원회(제3장에서 설명할 기관)가 발행한 지침에 따라 쉽게 접근이 가능하고, 독립적이며, 대중에게 잘 알려진 공식적인 진정 메커니즘을 수립"하도록 요구한다.

다양화 의무는 제15절에 다음과 같이 상세하게 설명되어 있다: "모든 공공 기관, 임대인 또는 50 주택 이상을 관리하는 주택 협회, 중등 또는 고등 교육 기관, 공공 기능을 수행하는 개인, 그리고 100명 이상의 직원을

554) "로버트 D. 오스본과 랜 서틀워스, 편집, 북아일랜드에서의 공정한 고용, 한 세대가 지난 후 (벨파스트, 블랙스텝 신문, 2004)." 555) 같은 문헌.

556) 평등법 분야의 "경찰 순찰"과 "화재 경보" 관리 감독 메커니즘에 대해서는 다음 참조: 아예렛 샤카르, "다양성의 사유화: 가족법 종교 중재에서 나온 경고의 이야기(Privatizing diversity: a cautionary tale from religious arbitration in family law)", *법의 이론적 탐구*, 제9권, 2호(2008).

557) 참조: 예를 들어, 평등한 대우와 평등한 기회의 촉진에 관한 2003년 헝가리 법 CXXV, 수정. 이 법의 제4절 (1) (a)는 기본권 특별보고관이 "신청이 있으면 그렇게 해야 하는 의무가 있는 고용주가 평등 기회 계획을 수립했는지 아닌지를 조사하고, 그 조사에 근거하여 결정을 내릴 것"을 임무 목록으로 규정하고 있다. 법 제17/A절 (6)(위반에 대한 법적 결과는) "해당 당국이 평등한 기회 계획을 수립해야 할 고용주가 그렇게 하지 않았다고 판단하면, 그 고용주에게 이를 시정하도록 요청하고, 문단(1)c)에서 e)까지 규정된 법적 결과를 문단(3)에서 문단(4)까지 해당 판단에 따라 적용할 수 있다"고 규정하고 있다. 이용 URL: [https://nit.hu/translation/J2003T0125P\\_20210301\\_FIN.PDF](https://nit.hu/translation/J2003T0125P_20210301_FIN.PDF).

558) 크라울리, *우월을 좀 더 평등하게 만들기*, 30쪽.

559) 유엔 여성차별철폐위원회는 일반 권고와 최종 견해 모두에서 국가의 젠더 주류화 의무가 있다고 본다. 참조: 예를 들어, 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제24호 (1999), 문단31 (a); CEDAW/C/BGR/CO/8, 문단14 (a). 다른 참조: 유엔 장애인권리협약, 제4조(1) (c); 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단14-15.

둔 고용주는 자신의 다양성 지수를 계산하고, 중앙평등위원회가 규정한 양식에 맞게 해당 지수를 국가평등위원회에 발표하고 보고해야 한다.”

다양성 의무가 있는 개인과 기관은 "그들의 업무 전반에서 다양성을 점진적으로 실현할 조치를 취하고" 책임 사항을 수행해야 한다. 또한 공공 당국은 "직원에게 정기적인 교육을 실시하여 그들이 평등, 차별금지, 다양성의 중요성에 대해 민감할 수 있도록 하고, 이 법의 목적을 이행하기 위한 교육을 실시해야 한다."

적절한 고려 의무는 제16절에 다음과 같이 규정되어 있다: "모든 공공 당국은 규칙, 규정, 정책을 수립하거나 전략적 결정을 내릴 때 평등과 다양성을 증진하기 위해 모든 유형의 차별에 [철폐하는 것에] 대해 적절한 고려를 기울여야 한다."

차별금지, 다양화, 적절한 고려 의무 위반에 대한 대응책은 제33절에 명시되어 있다. 이에는 "적절한 명령, 공표, 가치분, 구제 또는 지급 판정"이 포함될 수 있다. 그중에서도 피해 배상 명령(그리고 가중된 차별 사례에 대한 징벌적 손해배상 지불), 사과와 재발방지보장 명령, 그리고 교육 명령이 포함될 수 있다.

에퀴넷(Equinet)은 유럽에서 채택된 주류화 의무에 대한 네 가지 접근법을 설명한다: (a) "평등 계획 접근법"은 서로 다른 "차별과 불평등이 일어나는 상황과 경험을 분석하고 이를 해결하기 위한 목표, 대상 및 조치를 정의할 것을 요구한다; (b) "공동 접근법"은 특히 포괄적인 평등 전략을 개발하기 위해 정부 부서간 기관적 협력을 요구한다; (c) 프로세스 접근법은 "기존의 공공 부문 프로세스" 속에 —예를 들어, 공공 구매 과정에— 평등을 주류화하는 것을 포함하도록 요구한다; (d) "평등 영향평가 접근법"<sup>561)</sup> 마지막 접근법의 경우 —예를 들어, 벨기에, 에스토니아, 핀란드, 영국 및 북아일랜드는 이 접근법을 채택하고 따르고 있다<sup>562)</sup>— 국가가 국제법상 의무를 준수하는데 있어 평등 영향평가가 갖는 광범위한 역할을 고려하여 아래에서 좀 더 자세히 논의한다.

### 빅토리아 (호주): 성평등법

빅토리아(호주) 성평등법은 2020년 채택되었고 2021년 5월 31일에 발효되었다. 이 법은 공공부문 기관에 적용되고 두 가지 주요 기능을 가지고 있다.

첫째, 이 법은 조직에게 정책과 프로그램을 개발하고 공공 서비스를 제공할 때 성평등을 주류화하는 적극적 의무를 부과한다 (제7조). 이 의무는 조직이 (a) 젠더 평등을 고려하고 촉진하며, (b) 성평등을 달성하기 위해 필요하고 균형 잡힌 행동을 취하도록 요구한다. 이 의무를 직접적으로 집행할 수는 없지만, 이것은 호주에서 이러한 종류의 의무 중 첫 번째이다.

둘째, 이 법은 공공부문 기관의 고용 분야에서 부서간 평등에 중점을 두고 성평등을 증진하기 위해 검토, 보고, 추적 관찰 및 집행 과정을 규정한다.

이 프로세스는 근로자 성평등 감사(gender audits)를 수행하고, 해당 감사에 기반한 성평등 계획(4년마다 갱신해야 함)을 채택하며, 성평등 계획에 대한 "합리적이고 실질적인 진전"을 이루어야 하며, 계획에 대한 진전 상황을 공공부문 성평등 특별보고관에게 2년마다 공개적으로 보고해야 한다. 공공부문 성평등 특별보고관은 진전이 이루어지지 않을 경우, 준수 통지서를 보내고 집행 가능한 약속을 받아 낼 권한이 있다. 이 법의 성평등 지표에는 다음이 포함된다: 모든 근로자 수준에서의 성별 구성; 정부 부처의 성별 구성; 동일하거나 비슷한 가치의 업무에 대한 동일 보수; 성희롱; 채용 및 승진 관례; 가족 폭력, 휴가, 유연 근무 배정 및 가족이나 책임지고 돌봐야 하는 사람이 있는 직원을 지원하는 근무 배정과 관련된 조건과 관례의 이용 가능성과 활용; 직장 내 성별 기반 구분 차별; 그리고 규정에 의해 추가된 사항들.

560) 해당 법안과 제정 배경에 대한 추가적 논의는 다음 참조: 본 실무 지침서의 제1주 절 III.D.

561) 크라울리, *유럽을 좀 더 평등하게 만들기*, 30-40쪽.

### 3. 평등 의무의 효력 보장

국가는 선행 주도적 평등 의무를 이행하는 방법에 대해 폭넓은 재량권을 갖는다. 그리고 위에서 논의한 바와 같이, 국가 수준에서 법적 평등 의무를 개발하고 이러한 법적 평등 의무의 적용을 체계화하고 운영하는 다양한 모델을 채택하고 있다. 법적 평등 의무를 채택한 경우, 유엔 조약기구의 관례와 특별절차를 통해 볼 때 일부 핵심이 되는 최소 요구사항을 충족해야 함은 분명하다. 특히, 이러한 의무는 교차 차별을 대상으로 하며,<sup>563)</sup> 공공 기관 전반<sup>564)</sup> 과 다양한 생활 영역에<sup>565)</sup> 적용해야 하며, 시행을 돕는 법적 지침을 동반해야 한다.<sup>566)</sup> 국가가 평등 의무를 채택한 경우, 그 효력을 보장하기 위해 명확한 법집행 메커니즘의 규제를 받는 것이 중요하다.<sup>567)</sup>

---

562) 같은 문헌, 30쪽.

563) 참조: 예를 들어, CEDAW/C/GBR/CO/8, 문단16 (c).

564) 같은 문헌, 문단16 (b).

565) 예를 들어, 현대 유형의 인종차별, 외국인 혐오증 및 관련된 편협성을 조사하는 유엔 특별보고관이 영국을 방문했을 때, "이민 기능을 포함하여 필요한 모든 맥락에서" 공공 부문의 평등 의무는 적용되어야 한다고 권고했다 (A/HRC/41/54/Add.2, 문단74 (d)).

566) CEDAW/C/GBR/CO/7, 문단17.

567) 크라올리, *유럽을 좀 더 평등하게 만들기*, 46쪽.

## II. 구제책(REMEDY)

### 요약

- 차별금지법은 차별에 대한 효과적인 구제책을 규정해야 한다. 구제책은 다음을 포함하지만 이에 국한하지 않는다: 차별에 책임이 있는 자에 대한 제재; 차별 피해자에 대한 인정, 보상 및 원상회복을 포함한 배상; 그리고 차별의 사회적인 원인과 결과를 해소하기 위해 고안된 제도적·사회적 조치.
- 차별금지법은 차별에 대한 효과적·역제적·비례적 제재를 규정해야 한다.
- 차별금지법은 차별 피해자에 대한 인정과 배상을 규정해야 하며, 이에는 보상, 원상회복 및 재활의 형태가 포함된다. 배상은 피해자 중심으로 접근하고 평등 관점을 가져야(equality sensitive) 한다.
- 차별금지법은 차별 사건을 판단하는 법원과 책임 있는 기관에게 권한을 부여하여 이들이 차별을 시정, 제지, 예방하고 재발방지를 보증할 수 있는 적절한 제도적 또는 사회적 조치를 명령할 수 있어야 한다.
- 자국법에 차별 피해자에 대한 구제 수단이 구체적으로 규정되어 있는 경우, 가능성 있는 구제책은 한정적이어서는 안된다. 즉, 법원을 비롯한 평결 기관은 특정 사건에서 피해에 적합한 구제책들의 유형, 범위와 순서를 결정할 수 있는 재량을 가져야 한다.

국가는 차별을 단순히 법으로 금지한다고 해서 차별로부터의 보호 의무를 이행하는 것은 아니다. 국가는 차별받지 않을 권리를 실효적으로 보장해야 한다. 효력을 보장할 때 한 가지 필수적인 요소는 권리 침해에 대한 구제책을 마련하고, 제재하고, 피해자에게 인정과 손실보상, 원상회복을 제공하며, 재발을 방지하기 위한 조치를 취하는 것이다.

차별에 대한 효과적인 구제를 받을 권리에는 여러 요소가 포함된다. 먼저, 구제책이 효과적이기 위해서는 가해자를 법 앞에 세우고 효과적인 제재를 적용해야 한다. 둘째, 물질적 및 비물질적 피해에 대한 보상과 차별이 없었다면 피해자가 향유했을 상황으로 되돌리기 위해 필요한 원상회복과 재활 조치의 형태를 띠는 형태의 평등 관점의 배상(불평등을 인지한 배상; equality sensitive reparation)이 필요하다. 평등 관점의 배상(equality sensitive reparation)이란 "가해진 피해에 대한 공정한 평가"와 "배상—그리고 배상을 통한 이익—에 대한 평등한 접근"을 보장하기 위해 다른 집단 사이에 존재하는 "기준의... 관계와 권력의 불균형"을 고려하는 것을 의미한다.<sup>568</sup> 배상에는 피해의 인정, 적절한 경우에는 합당한 사회적 인정을 포함한, 요소가 포함된다. 셋째, 효과적인 구제책은 진정한 이 입은 피해를 해소하고 시정하는 것을 넘어, 역사적, 구조적 또는 체계적인 차별의 원인과 결과를 바로잡고 해결하는 조치를 채택하고 시행하는 것을 요구한다. 이 세 가지 다른 구제책 요소는 각각 피해자 중심, 가해자 중심, 그리고 사회 중심으로 이해할 수 있다.

이 세 번째 구제책은 제도적 구제책과 사회적 구제책 모두를 포함한 것으로 이해할 수 있다. 제도적 구제책은 차별적인 법률, 정책 또는 관례의 철폐를 명령하고, 차별을 바로잡고 재발을 방지하기 위해 필요한 조직적 또는 구조적 개혁이나 변화를 요구하는 구제책이다. 사회적 구제책은 교육 및 민감화(차별 감수성 향상; sensitization) 프로그램, 공개 추모 및 사과 및 과거의 불이익을 바로잡고 차별의 근본 원인을 해소하고, 편견, 고정관념, 낙인을 노출, 논의 및 해결하며, 피해를 입은 개인과 집단의 연대를 구축하는 등의 조치를 포함한다. 이러한 본질을 가지는 구제책은 비반복성(효과적인 구제책이 되기 위한 필수적인 요소)의 중요성을 반영해준다.

또한 이러한 구제책은 차별이 사회에 해를 미치고 그 영향이 광범위하다는 점과, 장애인 차별, 연령차별, 동성애 혐오, 인종차별, 성차별, 성전환자 혐오, 외국인 혐오 등과 같은 부정적 사회 힘의 원인과 결과가 될 수 있다는

568) 유엔 사무총장, '사무총장 지침: 분쟁 관련 성별 성폭력에 대한 배상' (2014), 4-5쪽. 이용 URL: [www.ohchr.org/Documents/Press/GuidanceNoteReparationsJune-2014.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Press/GuidanceNoteReparationsJune-2014.pdf). 다른 참조: 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015).

사실을 반영한다.

권리를 침해당한 사람은 효과적 구제책을 받을 권리가 있다는 것은 확고하게 확립되어 있다. 따라서 예를 들어, 유엔 인종차별철폐협약 제6조는 인종차별에 대해 효과적 구제를 받을 권리를 명시적으로 포함하고 있다. 유엔 인종차별철폐위원회는 일반 권고 제26호(2000)에서 효과적 구제는 차별에 책임이 있는 자의 처벌과 함께 재산적, 정신적 손해의 배상을 포함한다고 단언하고 있다.<sup>569)</sup> 자유권규약은 국가가 시민적, 정치적 권리를 침해에 대한 구제책을 제공할 구체적 의무를 담고 있다. 그리고 자유권위원회는 국가가 차별 생존자가 자신의 권리<sup>570)</sup>를—차별받지 않을 권리를 포함하여— 옹호하기 위한 접근 가능하고 효과적인 구제책을 보장해야 한다고 강조한다. 유엔 사회권위원회는 차별을 다루는 기관은 "보상, 배상, 원상회복, 재활, 재발방지 보장, 공개적 사과"를 포함하여 효과적인 구제책을 제공할 수 있도록 권한을 부여받아야 한다고 명시하고 있다.<sup>571)</sup> 유엔 여성차별 철폐위원회도 유사한 권고를 하는데,<sup>572)</sup> 국가의 "차별에 대한 적합하고, 시기 적절한 구제책을 제공하고 시행할" 의무와 "구제책이 적절하고, 효과적이며, 신속하게 제공되며, 종합적이고, 입은 피해의 심각성에 비례할" 것을 보장하는 의무를 지적하였다.<sup>573)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 차별받지 않을 권리 위반에 대한 제재는 "효과적이고, 균형적이며, 억제적이어야" 한다고 강조한다.<sup>574)</sup>

자유권규약에 따라 국가의 일반적인 법적 의무를 다루는 일반 논평 제31호 (2004)에서, 자유권위원회는 "배상에는 원상회복, 재활, 그리고 공개적 사과, 공공 추모식, 재발 방지 보장, 관련 법률 및 관례의 변경, 인권 위반 가해자에 대한 사법처리 등 만족 조치(measures of satisfaction)가 포함될 수 있다"고 지적하였다.<sup>575)</sup> 또한 위원회는 "일반적으로, 위반의 재발을 막는 조치에 대한 의무 없이는 협약의 목적을 달성할 수 없을 것이다"고 주목하면서, "문제된 위반이 반복되지 않도록 특정 피해자에 대한 구제책 그 이상의 조치를 취해야 한다"는 주장을 반복한다.<sup>576)</sup> 이러한 측면에서 위원회의 권고사항은 "완전하고 효과적인 배상"의 다섯 가지 요소(원상회복, 보상, 재활, 만족, 재발 방지 보장)를 나열하고 있는 국제인권법의 중대한 위반행위와 국제인도법의 심각한 위반행위의 피해자의 구제와 배상에 대한 권리에 관한 기본원칙과 가이드라인(인권침해피해배상권리장전)과 일맥상통한다.<sup>577)</sup>

자유권위원회와 같은 접근법을 취하는 유엔 여성차별철폐위원회는 구제책에는 원상회복, 보상, 재활, 그리고 "공개적 사과, 공공 추모식, 재발방지 보장과 같은 만족 조치(measures of satisfaction)"가 포함된다는 점을 지적하였다.<sup>578)</sup> 유엔 사회권위원회도 이 입장에 대부분 공감한다.<sup>579)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 차별이 체계적인 성격을 가진 경우에는 피해자에게 단순히 피해 보상을 하는 것으로는 이 접근법의 변화시키는 데 실질적인 효과를 주지 못할 수 있으므로 국가가 "앞을 내다보는 비금전적 구제책"도 시행해야 한다고 지적한다.<sup>580)</sup>

569) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제26호 (2000), 문단2.

570) 자유권규약, 제2조(3); 자유권위원회, 일반 논평 제31호 (2004), 문단15.

571) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40.

572) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단32.

573) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단19 (a) 및 (b).

574) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단31 (f).

575) 자유권위원회, 일반 논평 제31호 (2004), 문단16.

576) 같은 문헌, 문단17.

577) 국제인권법과 국제인도법의 심각한 위반에 대한 피해자 구제책권리 기본원칙과 가이드라인 (유엔총회 결의안 60/147, 부록), 문단15-22, 문단18. 이 기본원칙과 가이드라인은 유엔 사회권위원회로부터 승인을 받아 인용했으며, 이 위원회는 이 기본원칙과 가이드라인이 "국가가 효과적인 구제책에 접근을 제공하기 위해 일반적인 의무 사항 중 따라야 하는 의무에 대해 유용한 지표를 제공한다"고 지적하였다. 참조: 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제24호 (2017), 문단40.

578) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단32.

579) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40.

580) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단22.

## A. 다양한 법 분야의 구체책

역사적으로, 많은 사법권은 발효한 헌법과 형법으로 차별을 금지하는 내용을 담고 있다. 차별금지법 분야가 발전하면서, 국가가 국가가 효과적인 구체책을 보장하려면—특히 청구인에 대해 보상과 원상회복을 보장하는 의무를 이행해야 한다면—차별에 대한 금지는 민사나 행정법 분야에서 규정되어야 한다는 인식이 점점 더 강해졌다. 차별적 폭력과 등 차별적인 동기의 범죄 행위는 특정 형사 제재의 대상이 되어야 하는 명확한 예외가 발생하는 데 그런 법 분야에 대해서는 제4부에서 논의한다. 국내 (법) 체계에 차별에 대해 선진적이고 잘 개발된 차별금지를 규정하고 있는 국가의 경우, 행정, 민사(노동법과 언론법 등 특정 법 영역을 포함하여) 및 형사 분야에서 관련성 있고 적절한 구체책을 규정한다.

차별이 개인의 권리를 침해한다는 전제에서 민법 구체책이 사용되기 시작했다. 민법 구체책은 종종 구체책과 시정을 위한 적절한 체계로 간주된다.<sup>581)</sup> 반대로 일부 국가는 "피해자의 존엄성뿐만 아니라 사회적 구조를 침식하는" 차별의 영향을 분명히 반영하려는 노력에서 차별을 형사 처벌하기로 했다.<sup>582)</sup> 그러나, 차별에 대해 형법적 처벌은 유럽의 다른 구체책 및 제재 방식의 효력 비교 연구에서 상당한 한계가 드러났다.<sup>583)</sup>

보다 넓은 맥락에서 보면, 유엔 인종차별철폐위원회는 특정 형태의 인종 차별의 경우 형사 처벌이 효과적인 구체책을 제공하는 데 있어 중요할 수 있다고 주장해 왔지만<sup>584)</sup> 직접 차별, 간접 차별, 그리고 정당한 편의를 제공하지 못하는 경우 민법과 행정법이 가장 효과적인 구체책과 제재를 제공한다는 인식이 점점 강해지고 있다.<sup>585)</sup> 실제로, 형법은 다음과 같은 여러 이유로 이러한 유형의 차별을 구제하는 수단으로 부적절하고 불충분하다.

- **의도나 악의적인 동기를 필요로 하지 않음.** 첫째, 차별 여부의 판단에 차별하려는 악의적인 동기나 의도는 필요하지 않다.<sup>586)</sup> 본 실무 지침서 제2부 절 I.A.2(a)에서 논의한 바와 같이, 차별은 의도적이거나 의도적이지 않을 수 있고 —적법한 목적을 추구함에도 불구하고— 특정한 특성을 공유하는 사람에게 균형에 맞지 않는 영향을 미치는 규칙, 정책, 또는 절차의 유지 때문에 발생할 수도 있다 (참조: 절 I.A.2(b)). 차별의 의도가 없었거나 간접적인 경우에 형사 기소는 비례적이지 않고 정당화할 수 없다.
- **입증의 기준.** 많은 법 제도에서 범죄 입증 기준은 합리적 의심이 없을 정도의 사실 증명을 의미한다.<sup>587)</sup> 이 입증 기준은 일반적으로 민사 소송에서 사용되는 개연성의 교량(balance of probabilities)기준보다 훨씬 높다. 본 실무 지침서 제2부 절 III.B에서 논의한 바와 같이, 차별 사건의 경우, 형법에서 요구하는 입증 기준인 "합리적 의심을 넘어서는" 기준을 충족시키기 위해 진정인이 필요한 증거에 접근하기는 어렵기 때문에 적절하지 않다.
- **증거법칙과 입증 책임의 전환.** 본 실무 지침서 제2부 절 III.B.1에서 자세히 논의한 바와 같이, 차별받지 않을 권리의 실효성을 보장하기 위해서 차별금지법은 차별 사건에서 입증 책임의 "전환" 또는 "이전"에 대해 규정해야

581) Romanița Iordache와 Iustina Ionescu가 주목했듯이, "민사적 구체책은 피해자 중심적이고, 차별을 종식시키고, *이전의 상태*로 복원시키며, 발생한 피해에 대한 보상과 미래 피해 보상을 보장하는 개인적 성격의 구체책을 포함한다. 또한, 민사적 구체책은 고용 차별의 경우, 피해자의 원상회복도 포함할 수 있다." 참조: Romanița Iordache and Iustina Ionescu, "차별과 차별 제재 - 유럽 차별금지법에서의 상징적 구체책 대 실효적 구체책", *유럽 차별금지법 검토*, 제19호 (2014), 쪽13쪽.

582) Romanița Iordache와 Iustina Ionescu, "차별과 차별 제재", 15쪽. 참조: 유럽연합 내 예시에 대해.

583) 같은 문헌, 17쪽. "비교 연구는... 징벌적 방법의 다음의 한계점을 발견했다: 형사 또는 행정 사건을 시작하기 위한 제한적인 법적 지위(standing)와 차별에 대응하는 기관들의 위임된 권한의 한계. 연구에서도 규정된 행정적 구체책은 종종 부적절하거나 특정 차별 유형에 대해서만 적용 가능한 것으로 나타난다."

584) 유엔 인종차별철폐위원회, *Lacko v. Slovak Republic* (CERD/C/59/D/11/1998).

585) 괴롭힘에 대한 접근법은 좀 더 복잡하다: 일부 사법권에서는 괴롭힘을 민법과 형법 모두에서 금지하고 있다. 예를 들어, 영국에서는 2010년 평등법과 1997년 괴롭힘방지법 모두 괴롭힘을 금지하고 있다. 평등법 제26절(1)는 다음과 같이 규정한다: "(a) A가 보호 대상 특성과 관련된 원치 않는 행동에 관여하고, (b) 그 행동이 (i) B의 존엄성을 침해하거나 (ii) B에게 위협적이거나 적대적인, 비하적인, 굴욕적인 또는 모욕적인 환경을 조성하는 목적 또는 효과를 가진다면 "A라는 사람은 B라는 사람에게 괴롭힘을 가한다고 볼 수 있다." 괴롭힘방지법이 괴롭힘을 정의하지 않지만 같은 유형의 피해를 괴롭힘으로 본다고 해석된다.

586) 다른 참조: 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단18 (a); 자유권위원회, 일반 논평 제18호 (1989), 문단7.

587) 자유권위원회, 일반 논평 제32호(2007), 문단30.

한다. 이것은 청구인이 대개 차별 발생 여부를 확인하기 위해 필요한 증거에 접근할 수 없는 사실을 반영한 것이다. 형법의 무죄 추정은 입증 책임의 전환과는 양립할 수 없는 중요한 원칙이다.<sup>588)</sup>

- **개방형 목록과 양립 불가능성.** 본 실무 지침서 제2부 절 I.A.1(a)에서 주목했듯이, 민사 및 행정법 영역에서의 포괄적 차별금지법에서는 "기타 지위(other status)"에 근거한 차별을 금지해야 한다. 그러나 —가해자에게 훨씬 심각한 결과가 따르는— 형법에서는 예견 가능성의 요건 때문에 개방형 목록을 사용하는 것이 부적절하다.
- **형법에서 피해자를 위해 모든 측면을 감안한 효과적 구제책을 제공하는 것의 어려움.** 일반적으로, 형법의 목적은 범죄 가해자를 처벌하고 그들의 행동으로 생긴 사회적 피해를 인정하는 것이지, 특정 범죄에 의해 발생한 피해에 대해 피해자에게 피해 배상을 하는 것이 아니다. 차별 배상요구의 상황에서 형법은 억제적 제재의 가능성을 규정 하지만 종종 피해자에게 효과적인 구제책은 제공하지 못한다. 예를 들어, 유엔 인종차별철폐위원회가 *B.J. v. 덴마크(B.J. v. Denmark)* 사건에서 지적한 바와 같이, 차별 행위는 "경제적 보상을 받는 데에 장점이 있을 수 있으며, 단지 가해자에게 형사적 제재를 가하는 것으로는 충분히 (그 행위가) 바로잡히거나 만족될 수 없다".<sup>589)</sup>

국제적 모범 사례는 대부분의 생활 영역 속에서 존재하는 직접적이고 간접적인 차별 표시에 효과적인 구제책과 시정을 보장하려면 민사 및 행정법에 제재를 포함할 것을 제시한다. 국가의 적극적 개혁 노력이 모든 관련 법 분야를 풍부하게 만들게 될 것이다.

## B. 제재(Sanction): 가해자에 대한 사법 정의

차별에 대한 효과적인 구제책을 보장하는 방법은 특별 억제와 일반 억제 모두의 수단으로, 책임자를 조건없이 법 앞에 세우고 차별 행위를 처벌할 것을 요구하는 것이다. 실제로, 각 인권 조약기구는 차별 책임자에게 제재를 가해야 할 필요성을 명확히 언급하고 있다.<sup>590)</sup> 위에서 언급한 바와 같이, 유엔 장애인권리위원회는 제재가 "효과적이고, 비례적이며, 억제적"이어야 한다고 강조한다.<sup>591)</sup>

차별이 민사법 또는 행정법의 대상인 법제도에서 제재는 금전적 과태료나 이와 비슷한 벌칙의 형태를 취할 것이다. 실제로 일부 사법권에서는 청구인에게 배상을 해 주는 것이 —이것 자체가 피해자 중심의 구제책에서 필요한 요소이다— 제재의 한 형태로 간주된다. "효과적이고, 비례적이며, 억제적인" 기준을 만족하기 위해서 어느 정도 수준의 금전적 제재면 충분할지는 상황에 따라 다르다. 일부 사법권에서는 차별에 대한 인식이 커지면서 시간이 지남에 따라 손해배상의 수준이<sup>592)</sup> 커졌다.

다른 사법권에서는 차별금지법이 차별 판정 사건에 대해 부과될 과태료의 범위를 명시하고 있다. 일부 경우에는 최대 과태료 한도가 "억제적"이지 않을 수 있다는 우려를 낳기도 한다.<sup>593)</sup> 게다가, 일부 국가에서는 대기업이나 기타 서비스 제공자가 "차별 면허를 지불하는" 현상이 있다고 기록하고 있다. 여기서 차별 면허란 실제로는 차별 문제를 해결하지 않고 대신 개별 사건에 대해 충분하지 않은 과태료를 단지 지불하고 말겠다는 현상이다. 조약기구는 국가들이 자국법에서 차별에 대한 낮은 수준의 과태료를 부과하는 것에 우려를 나타내고 관련된 권고를 제시했

588) 참조: 그중에서도, 자유권규약, 제14조(2); 자유권위원회, 일반 논평 제32호 (2007), 문단30.

589) 유엔 인종차별철폐위원회, *B.J. v. Denmark* (CERD/C/56/D/17/1999), 문단6.3.

590) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, 일반 논평 제31호 (2004), 문단16 및 문단 18; 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단17 및 문단 33; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단31 (f).

591) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단31 (f).

592) 예를 들어, 미국에서는 1970년대 중반에 "몇 달러만의 합의금만 받아도 해당 차별 사건은 상당한 승리로 간주되었다. 그러나 1990년까지 워싱턴 대도시 공정주거위원회(FHCGW)는 10여 건의 사건에 대해 합의금 또는 판결액이 각각 20,000달러 이상이었고, 몇몇 사건은 환수액이 100,000달러를 초과했다 (각주 생략). 피츨 알레우, "인종 차별 입증 검사: 헝가리의 방법론과 응용", 유럽로마권리센터, 2000년 10월 3일. 이용 URL: [www.errc.org/roma-rights-journal/testing-to-prove-racial-discrimination-methodology-and-application-in-hungary](http://www.errc.org/roma-rights-journal/testing-to-prove-racial-discrimination-methodology-and-application-in-hungary).

593) 이자벨 쇼펄, 카민 콘테 및 에디스 상브리에 (유럽 성평등과 비차별 법률 전문가 네트워크), *2018년 유럽의 비차별 법에 대한 비교법적 분석* (룩셈부르크, 유럽연합 출판사, 2019), 114-119쪽.

다.<sup>594</sup>) 이러한 표현은 차별금지법이 효과적인 구제책을 제공할 의무를 이행하기 위해서 금전적 제재의 수준을 결정하는 데 있어 비례적인 접근법을 규정하는 것이 아주 중요하다는 사실을 반영한 것이다.

#### 유럽 사법재판소의 제재: 마샬(Marshall) 사건<sup>595</sup>)

헬렌 마샬은 사우스햄프턴과 사우스 웨스트 햄프셔 지역 보건 당국에서 일했다. 1980년에 그녀는 60세(국가 연금을 받을 자격이 주어지는 나이)라는 단 한가지 이유로 해고되었다. 남성의 연금 자격 연령은 65세였다.

마샬 부인은 국내 법원에서 그녀의 해고는 1976년 2월 9일 자 남녀의 고용, 직업 훈련 및 승진, 그리고 노동 조건에 대한 균등 대우 원칙의 시행에 관한 유럽연합이사회 지침 76/207/EEC에 위반된다고 주장했다. 그녀는 소득 손실에 기반하여 적절한 보상을 요구했다. 국내 법원은 마샬 부인의 손을 들어주었다. 그러나 성차별금지법에 따르면, 모든 차별 사건의 최대 배상액은 6,250 파운드였다. 마샬 부인은 항소했다.

유럽연합이사회 지침 제6조는 회원국은 구제책을 제공해야 한다고 규정한다. 유럽 사법재판소는 "제6조는 차별적인 해고의 결과로 손해를 입은 사람이 받은 손실과 배상은 미리 정해진 상한선에 의해 제한되거나, 피해 배상의 수혜자에게 부여된 금액이 지급될 때까지의 시간이 경과함으로써 발생한 손실을 보상하기 위한 이자 지급을 배제해서는 안된다고 보아야 한다"는 결정을 내렸다.<sup>596</sup>)

일부 사법권은 차별을 행정법적 문제로 다루는 데, 이 때 차별은 사실상 경범죄로 취급된다. 행정 제재에는 벌금 외에도 경고, 징계 조치 또는 이와 유사한 조치가 포함될 수 있다. 법원과 함께, 특수 평등 기구 및 노동, 교육, 소비자 보호, 언론 또는 기타 특정 영역과 관련하여 권한을 가진 기관이 행정 제재를 조치할 수 있다.<sup>597</sup>) 입법자가 가해자에 대한 제재 권한을 평등기구에 부여한 상황에서 —이 사안은 본 실무 지침서 제2부 절IV.C.3에서 다룬다— 이러한 행정 제재는 주로 행정법 영역에 속한다.

앞서 언급한 바와 같이, 일부 사법권은 차별을 범죄로 보는 데, 그 결과로 생기는 제재에는 벌금과 벌칙 외에도 자유의 박탈이 포함된다. 그러나 위에서 언급한 이유로, 폭력이나 증오범죄가 포함되지 않은 차별 사건에 대해 형사적 제재를 적용하는 것은 균형에 맞지 않으며, 여러 실질적인 이유로 인해 효과가 없을 것으로 예상된다.

## C. 배상: 인정, 보상, 원상회복

위에서 설명한 바와 같이, 차별 피해자의 배상을 받을 권리는 확립되어 있다. 실제로, 자유권위원회가 주목한 바와 같이, 협약 상 권리를 침해당한 사람에게 "효과적 구제책을 제공할 의무는 배상이 없이는 이행되지 않는다".<sup>598</sup>) 배상은 적어도 세 가지 요소를 포함하는 것으로 이해할 수 있다: 인정, 보상 그리고 원상회복.

먼저, 배상은 인권 피해를 공개적으로 인정하는 행동에서 시작된다. 또한 특정 범주의 사람과 그들의 개인적 또는 집단적 고통의 경험을 인식하고 이를 가시화할 것을 요구하기도 한다.<sup>599</sup>) 인정은 인권 침해의 피해자에게 특히 중요하다. 다이나 셸튼(Dinah Shelton)은 다음과 같이 말했다: "인정은 사회가 피해자가 경험한 고통과 모욕, 그리고 부당함의 느낌을 이해하고 인정한다는 점을 나타내는 중요한 역할을 한다."<sup>600</sup>) 인정은 가해자의 해롭고

594) 참조: 예를 들어, CRPD/C/RUS/CO/1, 문단13; CCPR/C/GEO/CO/4, 문단6.

595) 유럽 사법재판소, *Marshall v. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, 사건 C-271/91, 판결, 1993년 8월 2일.

596) 같은 문헌, 문단32.

597) Iordache and Ionescu, "차별과 그에 따른 제재".

598) 자유권위원회, 일반 논평 제31호 (2004), 문단16.

599) 피터 J 덕슨, "배상과 인정의 정치학(Reparations and the politics of recognition)", 도전받은 정의: 국제형사재판소 중재의 정치와 관례(*Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*)에서, 크리스찬 디 보스, 사라 켈달 및 카스텐 스탄, 편집. (케임브리지, 영국, 케임브리지 대학 출판사, 2015).

잘못된 행동, 그리고 특정 개인이나 집단이 겪은 차별에 대해 명확하고 공적인 확인일뿐만 아니라, 피해자의 존엄성을 회복하고 그들의 재활을 가능하게 하는 잠재력이 있다. 지역 수준에서, 미주 인권재판소는 피해자의 인정 요구를 배상 조치의 범위를 결정할 때 포함시키는 진전을 이루었다.<sup>601)</sup> 예를 들어, 재판소는 다양한 사건에서 국가가 책임을 공개적으로 인정하도록; 피해자와 가족에게 사과하도록; 판결 중 일부 선별한 내용을 정부 공식 저널이나 전국에 유통되는 매체(예: 라디오나 신문)에 게재하도록; 기념비를 세우도록/또는 피해자를 기리기 위한 기념식을 열도록 명령했다.<sup>602)</sup>

또한 배상에는 물질적 그리고 비물질적 손해에 대한 금전적 보상도 포함된다. 자유권위원회는 자유권규약이 보호하는 권리의 침해에 대한 배상에는 '적절한 보상'이 포함되어야 한다고 명시한다.<sup>603)</sup> 유엔 사회권위원회도 유사한 입장을 취한다.<sup>604)</sup> 과태료처럼, '효과적인, 비례적인, 그리고 억제적인' 기준이 충족되도록 충분히 폭넓은 범위와 수준의 보상 또는 손해 배상이 가능하도록 보장하는 것이 필요하다. 유엔 인종차별철폐위원회는 "법원 및 기타 관계 당국은 피해자가 겪은 물질적 또는 정신적 손해에 대해 금전적 보상을 하는 것을 고려해야 한다"고 주목하면서, 차별 피해자는 기본적인 재정적 손해 배상 이상의 금전적 보상을 받을 자격이 있다고 보았다.<sup>605)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회는 국가가 피해 보상의 접근 가능성을 보장해야 하는데, 이 보상은 "금전, 재화, 또는 서비스"의 형태로 제공될 수 있다고 했다.<sup>606)</sup>

#### 태국에서의 보상: 부당한 성차별 심사위원회의 역할

태국에서 부당한 성차별 심사위원회(WorLorPor Committee)는 다른 권한 가운데 임시 조치를 규정하고, 명령을 내리거나, 고충처리국에 진정을 제출하는 등의 권한을 갖는다. 구제책에는 "일을 못한 기간 동안의 소득 손실" 또는 "상업적 기회의 손실"에 대한 현금 또는 현물로 지급하는 보상; "신체적 및 정신적 재활을 포함하여 보건 비용에 대한 보상; 그리고 "다른 유형이나 특성의 보상 및 구제"가 포함된다.<sup>607)</sup>

차별에 대한 효과적 구제책은 재정적 손실과 기타 피해에 대한 적절한 보상을 넘어 원상회복이 —"피해자를 원래의 상태로 회복시키기 위한" 조치— 필요하다.<sup>608)</sup> 예를 들어, 이러한 조치에는 차별 때문에 거부를 당한 직장이나 기타 직위로의 복직, 또는 재화 또는 서비스의 제공 등이 포함될 수 있다. 자유권위원회와<sup>609)</sup> 사회권위원회<sup>610)</sup> 모두 배상이 원상회복과 재활의 의무를 수반한다는 점에 주목한다. 인종차별철폐위원회는 비슷한 의무를 인정하는데, 예를 들어, *L.R. 외 그 외 v. 슬로바키아 공화국(L.R. et al. v. Slovak Republic)* 사건에서 위원회는 인종차별철폐협약 제6조에 따라 효과적 구제책은 국가가 "진정인이 지역 당국의 차별적 결정 이전의 상태로 돌아갈 수 있는 조치를 취해야" 한다고 결정했다.<sup>611)</sup> 그리고 유엔 여성차별철폐위원회에 따르면 관련 협약으로 "원상회복, 재활

600) 다이나 셸튼, *국제 인권법에서의 구제책(Remedies in International Human Rights Law)*, 제3판 (옥스포드 대학 출판사, 2005), 14쪽 (각주 생략).

601) 참조: 예를 들어, 미주 인권재판소, *Río Negro Massacres v. Guatemala*, 판결, 2012년 9월 4일. *Río Negro Massacres* 사건은 인정에 대해 흥미로운 예시이다. 미주 인권재판소는 과테말라가 마야 아치(Maya Achi) 공동체에 저지른 학살에 대해 공개적 인정(문단 276-278)과 다른 배상 조치 중에서도 국내 무장 분쟁의 피해자를 기리기 위한 박물관 설립(문단279-280)을 요구했다.

602) 토마스 M 안토니오비악, "국제 법원의 새로운 의무: 피해자 중심의 구제책과 회복적 사법(An emerging mandate for international courts: victim centered remedies and restorative justice)", *스탠포드 국제법 저널*, 제47권, 제2호(2011). 토마스 안토니오비악 이 지적인 바와 같이, 2004년 *Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala and Molina-Theissen v. Guatemala* 사건 기일에서 국가의 공식적인 사과가 처음으로 이루어졌다.

603) 자유권위원회, 일반 논평 제31호 (2004), 문단16.

604) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40.

605) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제26호 (2000), 문단2.

606) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단19 (b). 다른 참조: 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단32.

607) 성평등법, B.E. 2558 (2015), 제26절.

608) 국제인권법과 국제인도법의 심각한 위반에 대한 피해자 구제책권리 기본원칙과 가이드라인, 문단19.

609) 자유권위원회, 일반 논평 제31호 (2004), 문단16.

610) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40.

및 복직"의 의무가 생긴다.<sup>612)</sup>

이러한 배상의 요소들은 전반적으로 피해자 중심의 접근법을 따라야 한다. 토마스 안토니오비악(Thomas Antkowiak)은 일반적으로 피해자 중심의 접근법이 인권 침해 피해자의 구체적인 필요성, 우려, 권리에 맞도록 배상 조치를 조정하는 데 중요하다고 지적한다.<sup>613)</sup> 피해자 중심의 배상 조치는 회복적 사법 모델과 결을 맞추어 개인과 공동체 수준에서의 회복과 치유를 더욱 가능하게 한다.<sup>614)</sup> 또한, 배상은 차별을 당한 사람의 특정한 상황을 반영하고, 적절한 구제책을 결정하는 과정에 피해자를 참여시키는 평등 관점을 지니는 것이 필수적이다.

## D. 제도적·사회적 구제책

가해자에 대한 효과적이고, 비례적인, 그리고 억제적인 제재를 적용하고 개인 피해자에 대해 적절하고 적합한 배상을 제공하는 것 외에도, 효과적 구제책에는 차별의 넓은 사회적 및 제도적 영향력을 다루는 조치가 필요할 수 있다. 이런 구제책은 일부 저자들이 "미래지향적인" 또는 "변혁적인(transformative)" 이라고 묘사한 것으로, "차별의 만연한 영향을 해결하겠다는 약속을 나타낸다".<sup>615)</sup>

자유권위원회는 자유권규약 제2조(3)에 따라 배상에는 "공개적 사과, 공공 추모식, 재발방지 보장, 관련 법과 관례의 변경과 같은 만족 조치(measures of satisfaction)"가 포함된다는 점에 주목하며, "위반의 재발을 막을 조치 의무 없이는 협약의 목적을 달성할 수 없을 것"이라고 지적한다.<sup>616)</sup>

사회권위원회는 차별에 대한 효과적 구제책이 "재발 방지 보장과 공개 사과"를 포함한다고 지적한다.<sup>617)</sup> 유엔 장애인권위원회는 "차별이 체계적인 본질을 가질 때는 개인에게 보상을 제공하는 것만으로는 해당 접근법을 변화시키는 데 실제적인 효과가 없을 수 있다.... 국가 당사자는 '미래지향적인 비금전적 구제책'을 시행해야 한다"고 더욱 상세하고 있다.<sup>618)</sup> 유엔 여성차별철폐협약의 선택 의정서에 따른 법 해석에서, 유엔 여성차별철폐위원회는 국가가 진정인의 필요를 충족시키기 위해 만들어진 조치 외에도 법률을 검토하고 강화하며, 관련 전문가에게 교육을 제공하는 체계적 조치를 취하도록 반복하여 권고하고 있다.<sup>619)</sup> 실제로, 이 영역에서 구제책은 차별에 책임이 있는 것으로 밝혀진 제도 내에서 차별을 시정하고, 억제하며, 예방하는 데 중점을 둔 맞춤형 제도적 구제책이거나, 차별의 사회적 원인과 결과를 해소하는 데 초점을 둔 사회적 구제책으로 생각할 수 있다.

### 1. 제도적 구제책

제도적 구제책은 차별을 초래한 구조적, 조직적, 정책적 조건을 시정하고 개혁하는 데 중점을 두고 있다. 이러한 조치는 차별적인 정책의 철폐, 개정 또는 평등 정책의 채택을 요구하는 법원의 명령으로부터 직원에게 차별 감수성 교육과 강좌를 제공하라는 요구까지 다양하다. 아일랜드의 법원들은 "채용 정책 검토, 다양성 감사, 다양성 정책 또는 비차별 규정 채택, 또는 평등 교육을 조직화하라는 의무"를 형성하는 명령을 내렸다.<sup>620)</sup> 남아프리카공화국에서는 평등 촉진 및 불공정 차별방지법에서 해당 법으로 설립된 평등법원이 "부당한 차별적 관례를 제지하거나 차별

611) 유엔 인종차별철폐위원회, *L.R. et al. v. Slovak Republic* (CERD/C/66/D/31/2003), 문단12.

612) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단32.

613) 참조: 예를 들어, 토마스 M 안토니오비악, "국제 법원의 새로운 의무".

614) 셸턴, *국제인권법에서의 구제책 방안*, 제1장/특히 22-27쪽.

615) 아이오르다체와 이오네스큐, "차별과 그에 따른 제재", 18-19쪽.

616) 자유권위원회, 일반 논평 제31호 (2004), 문단16-17.

617) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40.

618) 유엔 장애인권위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단22.

619) 참조: 예를 들어, 유엔 여성차별철폐위원회, *O.G. v. Russian Federation* (CEDAW/C/68/D/91/2015), 문단9 (b); *E.S. 및 E.S. and S.C. v. United Republic of Tanzania* (CEDAW/C/60/D/48/2013), 문단9 (b); *L.C. v. Peru* (CEDAW/C/50/D/22/2009), 문단9.2.

620) 아이오르다체와 이오네스큐, "차별과 그에 따른 제재", 19쪽 (각주 생략).

을 멈추기 위한 구체적인 조치를 취해야 한다고 지시하는 명령”, “피진정인은 특정 정책 또는 관례에 대해 감사를 받으라는 명령”, 또는 “개인의 허가를 중지하거나 철회하라는 적절한 명령”을, 하지만 이것에 국한하지 않고, 내릴 수 있다고 규정하고 있다.<sup>621)</sup> 이외에도 유럽의 구제책과 제재 접근법에 대한 비교 연구에서는 승인이나 면허의 철회 또는 일시 중지,<sup>622)</sup> 국가 기금의 철회 또는 공공 조달 입찰에서 제외<sup>623)</sup> 그리고 압수 명령<sup>624)</sup> 등을 부여하는 국가들의 사례가 발견되었다. 이러한 예에서 보듯이, 제도적 구제책은 시정, 억제, 예방적 요소를 포함한다.

### 캐나다와 콜롬비아의 구조적 명령 판결

두셋-부드로 대 노바스코샤 (교육부)(*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* 사건에서, 원고는 제도적 구제를 신청했다. 즉, 중급학교 수준에서 프랑스어 교육 시설과 프로그램을 제공하라는 명령이다. 프랑스어 교육의 수립과 운영은 캐나다 권리와 자유 헌장 제23조에서 요구하는 내용이지만 노바스코샤(Nova Scotia) 주 정부는 이 의무를 준수하지 않음으로써 해당 의무를 우선시하지 않았다. 캐나다 대법원은 노바스코샤 주가 법을 위반했으며, 특정 날짜까지 관련 교육 프로그램을 “최선의 노력”으로 제공하라는 재판부 원심 판결을 지지했다. 캐나다 대법원은 노바스코샤 주의 프랑스 모국어 소수민족에게 특정 학년을 위해 특정 지역에서 특정 시간까지 동질적인 교육 시설을 제공되어야 하고, 해당 주 정부 관료는 이 명령을 준수하기 위해 최선의 노력을 기울여야 하고, 법원은 정부로부터 명령 준수에 대해 보고를 받을 수 있는 관할을 보유할 것이라는 명령을 내렸다.<sup>625)</sup>

2004년, 콜롬비아 헌법재판소는 강제 이주에 처한 사람들의 권리를 보호하는 역사적인 판결을 내렸다.<sup>626)</sup> 강제 이주에 처한 사람들의 위태로운 상황과 관련하여 17개의 개별적이며 일반적인 쟁점을 판결해 왔던 콜롬비아 헌법재판소가 2004년 판결에서 위헌적 상황을 선언하고 국가가 이 상황을 타개할 공공정책을 채택하라는 명령을 내렸는데, 이것은 차별받지 않을 권리를 포함한 여러 권리의 침해 사실을 인정한 판결이었다. 더욱이, 헌법재판소는 매년 공개 청문회를 통해 정부의 명령 준수에 대한 보고를 듣기 위해 관할권을 유지하겠다고 밝혔다.

## 2. 사회적 구제책

사회적 구제책은 다음을 목표로 하는 조치이다: 편견, 고정관념, 낙인에 맞서도록 개발된 조치의 집행을 통해 차별의 근본 원인을 해결하고, 가해자의 차별적 정책을 폭로하여 대중의 편견에 이의를 제기하고 미래 차별을 억제하거나, 소수자 집단과, 잠재적 피해자 그리고 피해자 집단의 이해와 연대를 구축한다. 이러한 구제책에는, 예를 들어, 공개적 사과 명령이나 기타 형태의 공개적 기법이나 공적 기록이 포함된다. 앞서 언급한 “인권침해피해배상권리장전”에서는 이러한 조치에 대해 비포괄적 목록을 규정하는 데, 이에는 “사실의 확인과 진실의 완전하고 대중적인 공개”, “피해자와 밀접하게 연관된 사람의 존엄성, 평판, 권리를 원상회복하는 공개적 선언 또는 법적 결정”, “사실의 인정과 책임의 수용을 포함한 공개적 사과”, “피해자를 기리는 추모 및 헌사” 등이 포함된다.<sup>627)</sup>

621) 남아프리카공화국, 평등 촉진 및 불공정 차별방지법, 제21절(2).

622) 여기에 체코, 독일, 헝가리, 아일랜드, 북마케도니아, 포르투갈, 루마니아가 포함된다. 참조: Iordache and Ionescu, “차별과 그에 따른 제재”, 19쪽.

623) 같은 문헌 예를 들어, 이탈리아.

624) 같은 문헌 예를 들어, 체코 및 포르투갈.

625) 캐나다 대법원, *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (교육부)* [2003] SCC 62.

626) 콜롬비아 헌법재판소, 2004년, 판결 T-025 이용 URL: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm).

627) 국제인권법의 중대한 위반행위와 국제인도법의 심각한 위반행위의 피해자 구제와 권리에 관한 기본원칙과 가이드라인(인권침해 피해배상 권리장전), 문단22 (b)-(e) 및 (g).

### 헝가리의 사회적 구제책

2003년에 헝가리의 국영 라디오 및 텔레비전 위원회는 TV2 텔레비전 방송국이 2002년 "나의 그리스식 웨딩" 영화를 바탕으로 한 풍자 프로그램인 "나의 집시식 웨딩(My Big Fat Gypsy Wedding)"을 2003년 3월 30일에 방송함으로써 헝가리내 롬인의 평등한 존엄성을 심각하게 침해했다고 판결했다. TV2 프로그램은 롬인이 학교에 가지 않고, 자동차를 훔치며, 싸우고, 자신의 무지를 자랑하는 모습을 묘사했다. 당시 교육부 장관인 발린트 마자르(Bálint Magyar)는 이 프로그램이 "헝가리의 잠재된 반-롬인 감정을 부추겼다"는 의견을 밝혔다. 이 판결의 결과로 TV2는 프라임 타임 저녁 방송 시간 동안 30분이나 방송을 중단하고, 대신 판결 요약 내용을 방송해야 했다. TV2 경영진은 판결에 항소하지 않았고, 공식적인 제재 조치를 받아들인 TV2는 방송 중단 30분 전후로 헝가리 롬인의 상황에 대한 토론을 방송하였다.<sup>628)</sup>

두 번째 종류의 사회적 구제책은 제도적이고 사회적 성격을 가진다. 공공 당국이 차별적인 법률, 정책, 관례를 시정하거나 폐지하고 적극적 조치 프로그램을 시행하도록 요구하는 조치들이 특히 그렇다. 예를 들어, 남아프리카 공화국에서 평등 법원은 "차별, 혐오표현 또는 괴롭힘을 해결하기 위한 특별 조치의 시행"을 명령할 수 있는 권한이 있다.<sup>629)</sup>

이 두번째 범주의 구제책이 보여주듯이, 사회적 구제책과 국가의 적극적 조치 의무는 명확하게 연결되어 있다. 그러나 본 실무 지침서 제2부의 I.B절에서 논의한 바와 같이, 두 가지를 구별하는 것이 중요하다: 한 편에서는 법원이 특정 사건의 구제책으로 적극적 조치를 명령할 수도 있고, 다른 한 편에서는 상당한 불평등이 존재하는 상황이라서 국가가 차별 여부의 판단이 필요하지 않는 적극적 조치를 시행할 즉각적 의무를 가지고 있다.

마찬가지로, 제도적·사회적 구제책은 국가가 낙인, 편견, 그리고 차별의 근본 원인을 해결하기 위해 선형적 의무에 따라 시작할 수 있는 조치와, 평등 의무가 명하는 조치와 불가피하게 겹치게 된다. 그러나 다시 한번 말하지만, 이러한 개념을 구별하고, 이러한 의무의 선형적 본질과 구제책의 반응적 본질을 고려한다면 법에서 이들을 별도로 다루는 것이 중요하다. 근본적으로, 법원은 적절하다고 판단하는 선형적이고 미래지향적인 조치를 명령할 수 있는 권한을 부여받지만, 국가가 법원에 이러한 구제책을 규정하도록 권한을 부여하는 것만으로 국가가 적극적 의무를 이행하는 것은 아니다.

마지막으로, 자국법에 따라 차별금지법 위반 사건에서 규정되는 구제책은 한정적이거나 열거적이어서는 안 된다. 차별의 유형, 원인, 표현의 다양성을 고려할 때, 국가는 구제책을 한정적 열거하거나 특정 사례에 대해 특정한 구제책을 규정하지 않도록 하며, 대신에 판사가 제도적 그리고 사회적 수준에서 효과적인 구제책을 제공할 수 있도록 충분한 자유를 보장해야 한다. 모든 구제책 목록이나 명세는 개방형이어야 하며 "기타, 관련된" 구제책의 가능성을 열어 두어야 한다.

628) 유럽로마권리센터(European Roma Rights Centre), "명예훼손 프로그램 방송에 대해 헝가리 텔레비전 방송국이 제재를 받았다", 2003년 10월 29일. 이용 URL: [www.errc.org/roma-rights-journal/hungarian-television-station-sanctioned-for-broadcasting-a-defamatory-program](http://www.errc.org/roma-rights-journal/hungarian-television-station-sanctioned-for-broadcasting-a-defamatory-program).

629) 남아프리카공화국, 평등 촉진 및 불공정 차별방지법, 제21절(2) (h).

### III. 사법과 집행

#### 요약

- 차별받지 않을 권리가 실질적이고 효과적이 되기 위해서는 차별에 노출된 개인은 사법 접근성을 보장받아야 한다.
- 효과적인 사법에 대한 접근에는 재판 회부 가능성, 이용 가능성, 접근성, 우수함과 책무성이 포함된다.
- 국가는 이러한 요건을 충족하기 위해, 농촌 지역을 포함하여 국가의 영토 곳곳에서 차별 진정을 다루는 충분한 자원과 독립적이며 공정한 사법 및 기타 집행 기구를 설치하고 유지해야 한다.
- 이러한 기구는 우수하며, 평등 인지적(equality-sensitive)이고, 책무성 있고, 이용자의 필요성에 반응하며 참여적이어야 한다.
- 동등한 참여를 방해하는 장애물을 식별하고, 접근성 조치와 절차적 편의를 통해 제거해야 한다
- 권리 침해에 당한 모든 개인과 집단에게 차별받지 않을 권리를 보장하기 위해 필요한 경우에는 어떤 때라도 법률 보조와 지원이 이루어져야 한다.
- 당사자적격과 제3자의 참여를 규정하는 규칙에 대해 포용적 접근을 취해야 한다.
- 차별금지법은 법원이나 기타 감독관청의 절차에서, 진정인이 차별이 있었다라고 추정할 수 있는 사실을 제시 하면(일응의 증명 사례) 피진정인이 차별받지 않을 권리를 침해하지 않았음을 증명하도록 이를 보장해야 한다.
- 차별금지법은 차별을 증명할 수 있는 증거의 증거 능력에 장애 요소가 없도록 이를 보장해야 한다.
- 국가는 관련된 선택 의정서를 비준하고 관련 국제인권 조약(문서) 하에서 필요한 선언을 통해 개인이 차별 진정을 유엔의 조약기구에 제기할 수 있도록 이를 보장해야 한다. 국가는 조약기구에 대한 진정이 구제책 방안을 확보할 수 있는 구체적인 방법이라는 것을 명확히 알려야 한다.

평등권과 차별받지 않을 권리는 집행되어야 효과적이다. 그렇기 위해서는 정의를 보장하고, 정의에 대한 장애 요소를 없애고, 피해자가 구제책 방안을 확보할 수 있도록 해 주는 다양한 법적, 실질적 조치의 채택이 필요하다. 이러한 조치를 별도의 법률, 정책, 제도, 구조에 세부적으로 규정할 수 있지만, 포괄적인 차별금지법의 효력은 이들이 어떻게 적용되는가에 달려있고, 따라서 — 해당 법 내부이든, 별도의 법이든— 필요한 기준을 법에 명시해야 한다.

본 실무 지침서의 제2부에서는 평등권 혹은 비차별권이 침해를 당했다고 주장하는 사건에서 집행과 사법에 접근의 요건을 살펴본다. 효과적인 집행 체계의 일환으로서, 차별 생존자에 접근성, 이용 가능성, 재판 회부 가능성 및 우수한 사법 서비스를 보장하고, 낙인이나 가해 없이 사법 과정에 완전하고 적극적으로 참여할 수 있도록 실질적인 조치가 마련되어야 한다. 차별을 경험한 개인이나 집단이 공정한 판결을 받을 수 있도록 하려면 증거를 제시하고 입증책임 판단하는 방식에 대한 규칙을 변경하거나 법률을 조정해야 한다. 또한 이 장에서는 법적 지위(당사자적격)를 포함하여 법 또는 기타 절차에서 평등권과 차별받지 않을 권리 입증의 특정한 문제에 대한 논의를 포함한다.

#### A. 사법 접근성과 법적 절차

구제책의 효과성을 보장하기 위해, 국가는 차별 피해자에게 사법절차에 대한 접근을 보증 및 보장해야 한다. 이

의무는 국제법에 명확히 확립되어 있으며<sup>630)</sup> 장애인권리협약 제13조에서 국가는 "장애인에게 다른 사람과 동등하게 사법에 효과적으로 접근할 수 있도록 보장해야" 한다고 명확히 표현하고 있다. 유엔 여성차별철폐위원회는 사법에 대한 접근이 "협약에 따른 모든 권리의 실현에 필수적"이라고 확인한다.<sup>631)</sup> 다른 조약기구는 — 유엔 인종차별철폐위원회, 유엔 사회권위원회와 자유권위원회를 포함하여— 이 조약기구의 창설 인권 조약의 전제요건으로 사법 접근성의 보장을 의무로 인식한다.<sup>632)</sup>

## 1. 사법 접근성 보장의 필수 요건

2015년, 유엔 여성차별철폐위원회는 일반 권고 제33호를 발표했는데, 이 권고에서 사법에 접근을 보장하는 데 필요한 여섯 가지 필수적인 구성요소(상호 연관되어 있음)를 도출한 바 있다.<sup>633)</sup> 이 구성요소는 다음과 같다: 재판 회부 가능성, 이용 가능성, 접근성, 양질의 사법 시스템, 피해자를 위한 구제책 제공, 그리고 사법 체계의 책무성.<sup>634)</sup> 국가마다 현행 법률, 사회, 문화, 정치, 경제 상황에 차이가 있으므로 이러한 구성요소를 국가 맥락에 맞게 다르게 적용할 필요가 있겠지만, 이 접근법의 기본 요소는 보편적으로 중요하며, 포괄적 차별금지 법률에 즉시 적용할 수 있다.

### (a) 이용 가능성과 재판 회부 가능성

차별받지 않을 권리를 효과적으로 시행하려면 모든 개인이 자신의 권리를 법적으로 실행할 수 있도록 보장하는 법적 및 행정적 메커니즘을 채택할 필요가 있다.<sup>635)</sup> 법원, 재판소, ombudsman, 그리고 국가인권기구는 모두 —한 국가에서 또는 다른 국가에서, 그리고 그 보다 더 크거나 작은 범위에서— 집행에 대한 책임을 진다.<sup>636)</sup> 본 실무지침서 제2부 IV.C.3항에서 논의하였듯 일부 국가는 제도적 의무 실행의 일부로 특별 평등기구에 집행 권한을 부여하기도 한다.<sup>637)</sup> 이러한 기구들이 어떤 형태를 띠더라도, 사법에 접근은 효과적으로 보장해야 한다.

평등권과 차별받지 않을 권리의 집행을 담당하는 기구는 비용이 접근 가능해야 하며, 적절히 운영되고, 자금 지원을 충분하게 받아야 한다.<sup>638)</sup> 이러한 기구는 국가 전역, 도시와 농촌, 그리고 외진 곳에도 설립되어 있어야 하고, 모든 사람이 이용할 수 있어야 한다.<sup>639)</sup> 유엔 사회권위원회는 차별받지 않을 권리의 향유가 "사람의 현재나 과거의 주거지에 따라 결정되어서는 안 된다"고 강조한다.<sup>640)</sup> 이는, 특히, "공식 주거에 사는 사람뿐 아니라 비공식적 주거(informal settlement)"에 사는 사람, "국내 실향민(internally displaced)", 그리고 유목(nomadic) 생활을 하는 사람에게도 적용된다.<sup>641)</sup> 이 의무 사항은 또한 국가 내에 거주하는 비 시민까지 확장된다.<sup>642)</sup>

630) 참조: 예를 들어, 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단31 (b) 및 문단73 (h); 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단1; E/C.12/NPL/CO/3, 문단11 (f); CCPR/C/SVK/CO/4, 문단11; CERD/C/POL/CO/22-24, 문단8 (b).

631) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단1.

632) 그리고 다양한 문맥에서 다음을 각각 참조: 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제31호 (2005), 문단6-9; 자유권위원회, 일반 논평 제32호 (2007), 문단11; 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제24호 (2017), 문단40과 문단51-52. 위원회는 가장 최근에 사법에 접근을 구제의 맥락에서 논의했으며, 이에 대해서는 본 실무 지침서의 제2부 제2장에서 논의한다.

633) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단14.

634) 같은 문헌 구제책에 대한 논의는 다음 참조: 본 실무 지침서의 제2부 제2장

635) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단14 (a). 다른 참조: 자유권규약, 제2조(3) (b); 인종차별철폐협약, 제6조; 여성차별철폐협약 제2조(c); 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단73 (h); 자유권위원회, 일반 논평 제31호 (2004), 문단15; 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40.

636) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40.

637) 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절 IV.C.3 유럽의 맥락에서 사법에 접근을 보장하는 이러한 기구의 역할에 대해 논의는 다음을 참조: 유럽연합 기본권청(廳), *유럽 차별 사건에서 사법에 접근: 보다 나은 평등으로의 발걸음* (룩셈부르크, 유럽연합 출판사, 2012).

638) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단14 (b).

639) 같은 문헌, 문단16 (a).

640) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단34.

641) 같은 문헌.

642) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, 일반 논평 제15호 (1986), 문단1-2; 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제30호 (2005), 문단18-24; 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단30. 추가 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절 I.A.1(a).

평등권과 차별받지 않을 권리가 실제로 집행되기 위해서는 국가의 법 제도에 변화가 필요할 수도 있다. 여성차별철폐위원회가 제시하고, 아래에서 좀 더 자세하게 논의할 바와 같이, 여기(법제도 변화)에는 차별 사건에서 증거와 증명을 규정하는 규칙의 적응과<sup>643)</sup> 이해관계에 있는 제3자의 참여를 허용하기 위한 당사자자격 요건의 완화도 포함된다.<sup>644)</sup> 또한 가해로부터의 보호가 필요하다 —이는 진정이나 비차별 조항의 준수를 보장하는 것을 목표로 한 절차에 따른 불리한 대우나 불리한 결과로부터 개인을 보호하는 데 필요한 조치이다—.<sup>645)</sup> 가장 최근에 유엔 장애인권리위원회는 이 요건을 일반 논평 제6호 (2018)에서 국제적 수준에서 확인했으며, 이는 포괄적 차별금지법은 차별을 받은 사람이 구제책과 시정을 추구할 때 피해를 받지 않도록 보장해야 한다고 강조한다.<sup>646)</sup> 본 실무 지침서의 제2부 절 I.A.2(f)에서 제시한 바와 같이, 가해로부터의 보호 또한 금지 행동의 한 유형으로 포괄적 평등법에 통합되어야 한다.

차별에 노출된 사람을 위해 법 앞에 평등과 공평하고 효과적인 사법에 접근을 보장하려면 국가는 여성이나 차별에 노출된 집단의 증언에 "열등한 자격"을 부여하는<sup>647)</sup> 또는 차별에 노출된 사람이 다른 사람과 동등한 기준으로 증언할 수 있는 능력을 인정하지 않는 것(법, 절차, 그리고 관례)을 포함하여, 이 영역에서 직접적이거나 간접적으로 차별적인 법, 절차, 그리고 관례를 폐지해야 한다. 유엔 장애인권리위원회는 국가가 장애인의 진정과 진술에 대해 "비장애인에게 부여하는 것과 같은 중요성을 부여해야 한다"고 주목한다.<sup>648)</sup> 일부 국가의 법원은 고정관념에 기반한 증거 법칙의 차별적 조항을 폐지하는데 진전을 보인다. 예를 들어, *R. v. D.A.I.* 사건에서, 캐나다 대법원은 증인 중 어떠한 다른 분류에 속한 사람도 이 기준을 충족할 필요가 없는데도, 지적 장애가 있는 사람에 대해서는 서약, 진실, 그리고 거짓과 같은 개념의 의미를 설명할 수 없다면 증언할 수 없도록 하는 증거법 조항을 뒤집었다.<sup>649)</sup>

차별금지법의 기능상 한가지 지적되는 문제는 절차가 과도하다는 점이다 예를 들어, 일부 사법권에서는 벌금이나 다른 형태의 처벌과 관련된 절차가 끝나야 손해배상이나 다른 유형의 금전적 보상을 청구할 수 있다. 이 후속 청구는 완전히 다른 법원이나 기관에 해야 할 수도 있다. 이러한 절차는 구제책을 찾는 사람에게 걸림돌이 될 수 있으므로, 이는 사법에 접근을 보장하는 국가의 의무 사항을 위반한 것이 될 수 있다. 차별금지법의 효력을 보장하기 위해서 모든 사람이 법적 절차는 유효하게 이용할 수 있고 접근 가능해야 한다.

## (b) 양질과 책임성

사법 체계는 책임있고 양질이어야 한다.<sup>650)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회는 "이 체계의 모든 구성요소는 역량과 효율성에 관한 국제기준을 만족해야 한다"고 말한다.

이러한 사법 체계는 사법 목적이 반드시 달성되도록 "젠더에 민감하고", "맥락화 되어있으며, 역동적, 참여적이고", 사용자의 요구에 반응적이며, 제대로 집행되고 추적 관찰되어야 한다.<sup>651)</sup> 국가는 차별 사건에서 진정인에 대한 2차 가해를 미리 방지하기 위한 보호장치를 수립해야 한다.<sup>652)</sup>

사법에 접근을 보장하려면 차별 관련 사건의 조사와 판결에 참여하는 모든 행위자가 독립성과 공정성 원칙을 준수해야 한다. 이와 관련해 자유권위원회는 인권 침해를 조사하는 메커니즘이 "독립적이고 공정한 기관"이어야 한다고 강조한

643) 참조: 예를 들어, 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단15 (g).

644) 같은 문헌, 문단15 (h).

645) 같은 문헌, 문단18 (g).

646) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단73 (i).

647) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단25 (a) (iv).

648) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제1호 (2014), 문단39.

649) 캐나다 대법원, *R. v. D.A.I.*, 2012 SCC 5.

650) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단14 (d) 및 (f), 문단18 및 문단20.

651) 같은 문헌, 문단14 (d) 및 (f).

652) 같은 문헌, 문단51 (c). 차별에 —특히 혐오범죄에— 노출된 사람의 요구에 맞는 자원에 관한 내용은 다음을 참조: 유럽안보협력기구, 민주적 제도와 인권 사무소, "혐오범죄 피해자의 니즈 이해" (바르샤바, 2020); 유럽연합 기본권청(廳), *혐오범죄 피해자를 위한 정의 보장: 전문가 시각* (룩셈부르크, 유럽연합 출판사, 2016).

다.<sup>653</sup>) 마찬가지로, 유엔 사회권위원회는 차별 진정을 판결 또는 조사할 권한을 부여받은 기관은 "신속하고, 공정하게, 독립적으로" 판결 또는 조사를 해야 한다는 점에 주목한다.<sup>654</sup>) 유엔 여성차별철폐위원회도 비슷한 말을 했다.<sup>655</sup>) 국가는 독립성과 공정성뿐만 아니라 사법부(와 차별 사건의 판결에 참여하는 기타 사람들)가 충분한 지식과 이해력을 갖추어 사법 행정의 양질성을 보장하도록 해야 한다. 국가는 사법 행정에 참여하는 사법부와 기타 사람들을 훈련할 적극적 의무를 지고 있다.<sup>656</sup>) 여기에는 예를 들어, 사법부의 젠더 고정화 관념과<sup>657</sup>) 기타 유형의 편견 및 낙인 철폐 교육이 포함된다. 이러한 의무 사항은 본 실무 지침서의 제6부에서 더 자세히 논의한다.

### (c) 접근성, 절차적 편의 제공 및 법률 지원

사법 체계는 차별에 노출된 사람에게 접근 가능해야 한다. 2015년의 일반 권고 제33호에서, 유엔 여성차별철폐위원회는 접근성을 보장하는 데 필요한 다음과 같은 여러 조치를 확인했다: (a) 사용자에게 법률 지원과 경제적 장벽 제거(아래 법률 지원과 관련하여 논의할 것이다); (b) 번역과 통역의 제공을 통한 언어 장벽 제거, 그리고 읽거나 쓰지 못하는 사람을 위한 도움 제공; (c) 다양한 형식과 지역 언어로 사법 체계에 대한 봉사 활동, 교육 및 법적 정보 제공; (d) 정보와 통신 기술의 개발, 그리고 그 광범위한 사용 가능성 보장; (e) 참여에의 물리적, 환경적 제약 제거; (f) 법률 보조와 지원을 제공하는 "사법 접근 센터"의 설립 그리고 사법에 접근을 용이하게 하는 육아와 같은 기본 서비스 제공.<sup>658</sup>)

이러한 조치 중 여러 가지는 사법에 접근에 있어 차별받지 않을 권리를 존중해야 하는 국가 의무에 직접 응답하는 것이다. 예를 들어, 번역 및 통역 서비스는 언어 소수자가 법적 절차에 참여하는 데 필요할 수 있다. 유엔 장애인권리위원회는 이러한 유형의 조치를 "절차적 편의 제공"라고 부른다.<sup>659</sup>)

2020년, 장애인의 권리에 관한 유엔 특별보고관, 유엔 장애인권리위원회, 장애와 접근성에 관한 유엔 사무총장 특사 공동으로 "장애인의 사법 접근권에 대한 국제 원칙과 지침"을 발간했는데, 이 문서는 이 분야에서 국가의 의무 사항을 확대한 것이다.<sup>660</sup>) 지침의 원칙 3은 절차적 편의 제공 의무를 상세하게 설명한다. 이러한 편의 제공은 "개별적이고", "성별 및 나이에 적합하며" "특정한 경우에 맞게 필요하고 적절한 수정과 조정을 모두 포괄"해야 한다.<sup>661</sup>) 절차적 편의 제공의 의무(procedural accommodation)는 즉시적이며, —정당한 편의 제공(reasonable accommodation)과는 다르게— 이러한 조정의 비 제공은 "불비례성(disproportionality)"이나 과도한 부담이라는 이름으로 정당화될 수 없다.<sup>662</sup>) 지침의 원칙 2는 사법접근성의 중요성을 재확인한다<sup>663</sup>): "공평한 사법에 접근과 비차별을 보장하기 위해, 국가는 법률 기관에서 사용되는 시설과 서비스가 보편적 설계의 원칙에 기반하여 건설, 개발, 및 제공되도록 이를 보장해야 한다."<sup>664</sup>) 그렇게 하려면 관련된 법률, 정책, 그리고 관례를 채택하고, 충분한 재정 자원이 필요하다.<sup>665</sup>)

653) 자유권위원회, 일반 논평 제31호 (2004), 문단15.

654) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40.

655) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단14 (d), 15 (d), 18 (a), 20 (a) 및 문단54.

656) 참조: 예를 들어, 유엔 장애인권리협약, art. 13 (2); 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단64 (a).

657) 참조: 예를 들어, Simone Cusack, "사법 정형화 철폐: 성별 기반 폭력 사건에서 여성을 위한 평등한 사법에 접근" (2014) ([www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/StudyGenderStereotyping.doc](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/StudyGenderStereotyping.doc)); 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR), "성 및 재생산 권리와 관련된 해로운 성별 고정관념을 해소하는 사법부의 역할에 대한 배경 문서" (2018) ([www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/JudiciaryRoleCounterStereotypes\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/JudiciaryRoleCounterStereotypes_EN.pdf)); 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR), "성별 정형화 및 사법부" (2020) ([www.ohchr.org/Documents/Publications/GenderStereotyping\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GenderStereotyping_EN.pdf)).

658) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단17.

659) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단25 (d). 다른 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절 I.A.4의 정당한 사유 논의.

660) 장애인의 사법 접근권에 대한 국제 원칙 및 지침.

661) 같은 문헌, 지침 3.1.

662) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단25 (d).

663) 장애인의 사법접근권에 대한 국제 원칙 및 지침, 원칙 2.

664) 같은 문헌, 지침 2.1. 국가의 접근성 보장 의무에 대해 좀 더 자세한 내용은 다음을 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절 I.C.1 다른 참조: 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제2호 (2014).

### 법률 지원의 제공과 이용 가능성

많은 사법권에서 법적 조치와 관련하여 상당한 비용이 발생하며, 이로 인해 권리침해 피해자의 법적 대응이 억제될 수 있다. 국가는 평등한 사법에 접근을 보장하기 위한 적극적 의무가 있으며, 이는 법률 지원 제공의 의무가 포함된다. 자유권위원회는 다음과 같은 점에 주목한다: “[자유권규약의] 제14조는 제 3항(d)은 형사 절차에서 법률 지원의 보장을 명확하게 표명하고 있지만, 국가는 형사사건 아닌 사건에서 법률 지원의 비용을 지급할 수 있는 수단이 충분하지 않은 개인에게 무료 법률 지원을 제공하는 것을 권장한다… [그리고] 어떤 경우에는 이를 의무적으로 해야 할 수도 있다.”<sup>666</sup> 위원회는 또한 “사법에 접근을 사실상 막는 법률 비용을 당사자에게 부과하는 것은 제14조 위반이 될 수도 있다”고 더욱 강조한다.<sup>667</sup> 유엔 여성차별철폐위원회는 법률 지원은 “적정 부담의, 접근 가능하고 시기적절한 구제책”을 보장하기 위해 “필요한 것”으로 제공되어야 한다고 명시하고 있다.<sup>668</sup> 더 넓은 의미에서 인권 조약기구는 차별을 겪고 있는 사람에게 법률 지원을 제공할 것을 최종 견해에서 반복적으로 촉구하고 있다.<sup>669</sup> 이러한 지원에는 유효한 법적 대리를 확보하기 위한 재정적 지원과 법원 수수료 및 법적 절차와 관련된 기타 비용(예: 전문가 증인의 선임 비용)의 면제가 포함된다.

국제기구는 청구인의 재정적 자원에 초점을 맞추어, 법률 지원의 이용 가능성(availability)을 확인하는 기준을 마련했다.<sup>670</sup> 유엔 장애인권리위원회는 적절한 경우 경우 재정적 지원 여부는 “재산적 상황과 청구가 합리적 근거를 갖추었는지를 기준으로 한 심사(means and merits test)의 대상”이 될 수도 있다는 점에 주목한다.<sup>671</sup> 만약 국가가 재산적 상황에 대한 심사를 하기로 한다면, 차별받지 않을 권리는 실질적이고 효과적으로 유지되어야 하며, 개인에게 재정적 지원을 거부하는 결정이 실제로 사법에 접근을 제한하는 효과가 없어야 한다. 위원회는 이 점을 진전하기 위해 법률 지원을 받을 수 있는 문턱을 낮추어야 하며<sup>672</sup> 법률 지원이 “각 지역에서 이용 가능”해야 한다고 강조한다.<sup>673</sup>

어떤 상황에서는 법률 지원의 거부 자체가, 보호를 받는 집단 구성원에게 불균형적인 영향을 미치므로 차별이라는 주장으로 이어질 수 있다. 사회경제적 불이익은 차별의 “원인과 결과” 모두라고 인정되어왔다.<sup>674</sup> 따라서 차별을 경험한 사람은 종종 사회에서 차별 주장을 제기하거나 법률적 지원을 받는 데 필요한 재정 자원을 가지고 있을 가능성이 가장 낮은 사회 집단에 속한다. 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)는, 예를 들어, 장애인이 “세계에서 가난한 사람 중에서 불균형하게 많은 수를 차지하며 법적 조인과 대리를 얻는 데 어려움을 겪는다”고 지적한다.<sup>675</sup> 특별절차 임무 수행인은 국가 수준에서 비슷한 경향성을 지적한다.<sup>676</sup> 일부 조약기구 또한 사회경제적 지위를 “다른 지위”에 속하는 별개의 차별 사유로 인정하며<sup>677</sup> 이와 관련된 이유에서 법률 지원을 거부한 사례들이 지역 인권법정에 제기되었다.<sup>678</sup>

665) 장애인의 사법접근권 대한 국제 원칙 및 지침, 지침 2.1.

666) 자유권위원회, 일반 논평 제32호 (2007), 문단10.

667) 같은 문헌, 문단11.

668) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단34.

669) 참조: 예시로, CEDAW/C/ERI/CO/6, 문단25-26; E/C.12/BGR/CO/6, 문단12-13; CRPD/C/HTI/CO/1, 문단24-25; CCPR/C/CZE/CO/2, 문단16; CERD/C/KEN/CO/5-7, 문단16 (b).

670) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, 일반 논평 제32호 (2007), 문단10; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단49와 52 (d).

671) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단52 (d).

672) 같은 문헌, 문단49.

673) 같은 문헌, 문단49 (c).

674) 참조: 예를 들어, 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR), “극심한 빈곤과 인권에 관한 이행지침” (제네바, 2012), 문단18.

675) A/HRC/37/25, 문단40.

676) 예를 들어 2018년에 영국을 방문한 유엔 특별보고관은 극심한 빈곤과 인권에 대해 다음과 같이 주목했다: “여성, 인종과 민족 소수자, 아동, 한 부모, 장애인 그리고 기타 역사적으로 소외된 집단의 구성원은 불균형적으로 높은 빈곤의 위협에 직면하고 있다.” 참조: A/HRC/41/39/Add.1, 문단67.

677) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단35. 여기서 위원회는 “경제적 및 사회적 상황이라는 용어를 사용했다.

### (d) 당사자적격

조약기구들은 점점 더 차별 주장에서 당사자적격과 이에 관련된 제3자의 참여를 규제하는 국가 규칙에 대해 포괄적 접근법을 택할 것을 권고하고 있다.<sup>679)</sup> 당사자적격에 관한 준칙에 대한 구체적 세부사항은 국가 법제에 따라 다르겠지만, 차별 피해자의 사법접근권을 보장하기 위해, 이러한 준칙은 평등권과 차별받지 않을 권리에 적당한 이익을 가진 협회, 기관 및 기타 법적 단체가 차별을 당한 사람을 대신하여 또는 지원하여 그들의 승인을 받아 또는 그들을 대리하여 모든 법적 또는 행정적 절차를 진행할 수 있도록 보장해야 한다.

#### 피해자화와 법적 능력: 동등한 법적 능력

우리 사회의 일부 집단은 다른 사람이나 기관에 의사 결정권을 이전하도록 하는 법 조항 때문에 법적 능력을 인정받지 못하고 있다. 이는 특히 지적 또는 정신 장애가 있는 사람이 대상이 되지만, 법적 능력의 차별적인 거부는 다른 이유나 또 그러한 것의 결합에 의해서도 나타날 수 있다. 최근 몇 년 동안 장애인권리협약으로 인해 동등한 법적 능력의 요건이 무엇인지에 대한 이해가 상당히 발전되어졌다

장애인권리협약의 제12조는 장애인이 모든 생활 영역에서 다른 사람과 동등한 법적 능력을 갖추는 것을 국가가 인정해야 한다고 요구한다. 제12조 (3)에 따르면, 국가는 "장애인들이 법적 능력을 행사하기 위하여 필요한 지원에 접근할 수 있도록 적절한 조치를 취"해야 한다.

제12조 (4)에 따라서 이러한 조치는 "이해충돌과 부당한 압력으로부터 자유롭고, 개인이 처한 환경에 맞추어져 있으며 비례적이고, 가능한 신속하게 적용하며, 자격이 있고 독립적이며 공정한 당국 또는 법률기구에 의한 정기 심의의 대상이 되는, (제도의) 오용을 막기 위한 적절하고 효과적인 안전장치(safeguard)"를 포함해야 한다.

유엔 장애인권리위원회는 일반 논평 제1호 (2014)에서 다음과 같이 말하며 제12조의 의미를 자세히 설명한다: 국가가 "장애나 의사 결정 능력과 관계없이 모든 사람이 선천적으로 소유하고 있는 '보편적인 법적 능력'을 완전히 인정하려면, 목적 또는 효과 면에서 장애를 기반으로 한 차별적 법적 능력의 부정을 폐지해야 한다."<sup>680)</sup> 위원회는 이 요건을 소송능력과 소송의 다른 측면(증거의 제공 등)에 적용하면 차별 사건에도 적용될 수 있다고 강조한다.<sup>681)</sup> 이런 점에서 위원회는 국가가 "대리 결정 모델(substitute decision-making)"을 폐지하고, 개인의 본질적 존엄성을 인정하고 법 앞의 평등 개념과 일치하는 "지원 결정 모델(supported decision-making)"로 대체할 것을 권고한다.<sup>682)</sup>

많은 국가가 이러한 법적 요건을 개정해왔으며, 더 많은 국가가 현재 이 분야의 법과 관행을 개혁하는 과정에 있다.<sup>683)</sup> 예를 들어, 2018년에 장애인의 권리에 대한 유엔 특별보고관은 페루의 법 개혁을 "이정표"로서, 그리고 "모든 국가가 따라야 할 귀감"으로 환영했다.<sup>684)</sup> 이 페루의 법 개혁 이전에 판사들은 지적 또는 심리사회적 정신 장애가 있는 사람은 본인이나 자신의 재산을 돌볼 능력이 없다고 선언했고, 해당 국가의 민법에 따라 보호자를 지정하도록 했다. 페루의 법 개혁은 이러한 입장을 바르게 잡았고, 장애인의 권리에 대한 제한을 제거했으며, 장애인이 자신의 결정을 스스로 내리도록 지원했다.<sup>685)</sup>

678) 참조: 예를 들어, 유럽 인권재판소, *Airey v. Ireland*, 사건번호 6289/73, 판결, 1979년 10월 9일. 법원은 또한 외국인에게 법률 지원을 거부하는 경우에 차별받지 않을 권리에 대한 위반이라고 판단했다. 참조: 예를 들어, 유럽 인권재판소, *Anakomba Yula v. Belgium*, 사건번호 45413/07, 판결, 2009년 3월 10일.

679) 예를 들어, 유엔 장애인권리위원회는 *민중소송(actio popularis)*이 사법접근권을 보장하는 데 필요한 사법 제도에 참여를 보장하는 중요한 수단이라고 말한다. 유엔 여성차별철폐위원회는 국가에게 "주어진 사건에 관심이 있는 집단과 시민 사회가 청원서를 제출하고 절차에 참여할 수 있도록 당사자적격 준칙을 보장"하도록 촉구한다. 비슷한 권고가 지역 포럼에서도 제출되었다. 예를 들어, 유럽평의회는 특히 "법원이 제3자의 중재 제출을 허용하고, 평등기구가 특정 사건에서 개인을 대표하도록 허락하여 제소적격(提訴適格)의 법적 장애를 제거"하도록 권고한다. 아프리카 인권위원회는 해당 위원회의 신청 절차에 대해서 *민중의 소가 정의*를 구현하는 데 중요하다고 강조한다. 참고: 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단53; 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33호 (2015), 문단16 (c); 사법에 접근에서 평등과 비차별에 대한 유럽평의회 결의 (2015), 문단5.4; 아프리카 인권위원회, *제9호 v. State of Eritrea*, 진정 제275호/2003, 결정, 2007년 5월 16일-30일, 문단65.

넓은 범위의 당사자적격은 차별을 받는 사람이 혼자서는 청구할 수 없는 경우 또는 청구를 원하지 않는 경우 다른 사람이 도울 수 있도록 보장한다. 당사자적격은 종교 공동체나 선주민 집단과 같은 집단이 차별의 피해자인 경우에 사법예의 접근을 보장한다. 또한 국제기구의 결정례들을 보면, 소수 집단의 구성원이 직접 자신 개인에게 향한 침해가 아니더라도, 자신이 속한 더 큰 집단을 대상으로 한 침해에 대해 이의를 제기할 권리(당사자적격)가 있다고 해석한다.<sup>686)</sup> 또한 시민사회단체와 같은 대표자 집단이 차별에 맞서기 위해 당사자적격을 가져야 한다는 인식이 점점 늘어가고 있다.<sup>687)</sup> 이러한 행위자들은 차별을 당하는 사람을 지원하기에 필요한 지식, 전문성, 그리고 자원을 보유하고 있을 수 있다. 이러한 행위자가 청구를 제기하는 경우, 청구의 영향을 받는 공동체의 구성원은 상담을 받고, 절차에 참여하고, 그들의 의견이 충분히 고려되어야 한다.

## B. 증거(evidence)와 증명(proof)

차별은 종종 당사자 간의 권력 불균형과 차별 행위자만이 알고 있는 전체적이거나 부분적인 사실이 있다는 점을 반영한다. 이러한 경우에 보통의 절차적 규칙을 적용하는 것은, 즉 이미 확립된 법적 기준에 부합하는 차별의 입증 정도(주로 고도의 개인성)를 차별을 받은 당사자에게 지우는 것은 불공정한 결과를 자주 초래하는 것으로 확인되고 있다. 따라서 증거와 증명에 관련된 법적 규칙은 차별 피해자가 구제를 받고 그들의 권리를 실현할 수 있도록 조정되어야 한다. 차별받지 않은 권리를 규율하는 국제법, 지역법 그리고 국내법이 이 목표를 충족하기 위해 절차의 공정성을 향상하는 여러 방법을 개발해 왔다.

방법에는 입증 책임을 "전환"하고 차별 주장을 입증하기 위한 정당한 증거의 유형에 관한 법적 기준(그리고 특히, 실험과 통계자료의 역할에 대해)에 대한 규정이 포함된다. 본 절에서는 이러한 쟁점을 살펴본다.

### 1. 입증 책임

전통적으로, 변론주의에서는 침해를 주장하는 사람이 자신의 권리가 침해되었다는 것을 입증해야 한다. 주장을 입증하는 책임(onus), 또는 부담은 일반적으로 청구인에게 있다. 그러나 차별 사건에서는 이것이 문제가 될 수 있다. 청구인에게 차별을 가한 것으로 지목된 사람은 자원과 정보에 대한 접근이 더 수월하다는 점에서 청구인보다 영향력이 크다. 예를 들어, 해고가 차별적이었다는 것을 입증하려면 고용주가 보유한 문서와 기타 정보를 입수해야 한다. 하지만 고용인은 소를 진행하는데 필요한 증거에 접근할 가능성이 작으므로, 그들에게 이러한 증거를 제출하도록 요구하는 것은 사법에 접근성을 약화할 것이다.

차별 사건에서 전통적인 증거 법칙을 벗어나야 할 필요성에 의견이 모아졌다. 유엔 사회권위원회는 2009년 일반 논평 제20호에서 "쟁점의 대상인 사실과 사건(event)이 완전히 또는 부분적으로 당국이나 기타 피청구인만 알고

680) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제1호 (2014), 문단25.

681) 참조: 예를 들어, 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단49; 일반 논평 제1호 (2014), 문단13-14. 다른 참조: A/HRC/37/25, 문단4 및 문단 33-34.

682) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제1호 (2014), 문단26-29.

683) 2017년에 작성된 보고서에서, 장애인 권리에 대한 유엔 특별보고관은 다음의 최소 32개 국가에서 동등한 법적 능력을 실제로 증진하는 법 개혁 과정을 확인했다: 아르헨티나, 호주 (뉴사우스웨일스, 북부 지역 및 빅토리아), 오스트리아, 벨기에, 불가리아, 캐나다 (알버타), 콜롬비아, 코스타리카, 체코, 덴마크, 조지아, 독일, 헝가리, 아일랜드, 이스라엘, 인도, 케냐, 라트비아, 리투아니아, 몰타, 마셜 제도, 네덜란드, 페루, 포르투갈, 몰도바 공화국, 루마니아, 러시아 연방, 스페인 (카탈로니아), 스위스, 영국 (북부 아일랜드), 미국 (텍사스) 그리고 잠비아. 참조: A/HRC/37/56, 문단38.

684) 장애인 권리에 대한 유엔 특별보고관, "페루: 획기적인 장애인 권리 개혁이 다른 국가에게 길을 제시하다"라고 유엔 전문가는 말한다, 2018년 9월 4일. 이용 URL: [www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23501&LangID=E](http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23501&LangID=E).

685) 같은 문헌.

686) 참조: 예를 들어, 유엔 인종차별철폐위원회, *Koptova v. Slovak Republic*, 진정 제13호/1998, 또한 유럽 인권재판소, *Behar and Gutman v. Bulgaria*, 사건번호 29335/13, 결정, 2021년 2월 16일, 문단44-48.

687) 참조: 예를 들어, 유엔 여성차별철폐위원회, *Promo-LEX v. Republic of Moldova*(CEDAW/C/76/D/105/2016), 문단6.1-6.10.

있는 지식에 속한다면, 입증 책임은 각각 당국이나 기타 피청구인에게 있는 것으로 간주해야 한다"고 명시하고 있다.<sup>688)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 좀 더 최근인 2018년 일반 논평 제6호에서, 민사소송에서 원고가 차별이 발생했다는 점을 입증 추정할 수 있는 사실을 증명한 경우에는 피고에게 입증 책임을 전환할 필요가 있다고 명시했다.<sup>689)</sup>

#### 크로아티아: 차별금지법 제20조에 따른 입증 책임

- (1) 소송 또는 다른 법적 절차에서 당사자가 이 법 조항에 따른 균등대우 권리를 침해당했다고 주장하는 경우, 그는 차별이 발생했다는 점을 합리적으로 인정할 수 있는 사실을 제시해야 한다. 이 경우, 차별이 없었다는 것을 증명할 책임은 피진정인에게 있다.
- (2) 이 조항의 제1항은 경범죄와 형사 절차에는 적용되지 않는다.

"전환된" 입증 책임 요건은 차별을 금지하는 민사 및 행정법 조항의 효력에 있어 아주 중요하다. 일응의 추정이 일단 성립되면 상대방은 다음을 나타내는 증거를 제시하여 반박할 수 있다: a) 보호받는 이유에 기반한 대우나 영향에 차이가 없었다; 또는 (b) 문제의 사건에서 적용된 규정, 기준, 관례는 객관적이고 합리적으로 정당하다.<sup>690)</sup>

#### 입증 책임 전환 원칙의 적용: 추론하기

진정인이 일응의 증명을 했는지를 결정하려면 심판관은 제출된 자료를 바탕으로 추론을 해야 한다. 차별을 가한 당사자가 그들의 차별 결정이 차별받은 사람의 보호 대상인 특성에 기반한다고 명시적으로 말하는 드문 사례를 제외하고 추론은 거의 모든 직접 차별 사건에서 핵심적인 부분이다. 영국의 주목할만한 한 가지 판결에서, 상원(House of Lords)은 "차별금지사유를 이유로 한 차별의 판단에 대한 직접 증거가 있는 경우는 매우 드물다. 보통 차별 판단의 근거는 주변 상황으로부터 연역과 추론을 해야 한다."라고 판결했다.<sup>691)</sup> 상원은 원고가 고용주에 대해 이전에 여러 번 인종차별 소송을 제기했다는 이유로 직무에 임명되지 못했다는 영국 고용 심판원(employment tribunal)의 판정을 다시 확인했다. 이는 원고가 면접에서 표현력에 대해 "분명히 터무니없고 비현실적인 낮은 점수"를 받았다는 사실로부터 추론을 끌어낸 것이다. 차별 추론은 또한 구조적 차별로 인해 증거에 접근이 제한될 수 있는 유형의 차별을 해결하는 것과 관련이 있다.<sup>692)</sup> 그리고 실제로, 유럽 인권재판소는 원고가 증거를 수집하기 어려운 일련의 사건의 경우 추론에 의존해 왔다.<sup>693)</sup> 유엔 인종차별철폐위원회는 국내 법원이 차별을 주장하는 사람이 제시한 자료로부터 적절한 추론을 도출하지 않은 사건들에서에서 국가가 차별에 대한 효과적인 구제 권리를 위반했다고 판단했다.<sup>694)</sup>

일부 국가에서는 차별 사건에서의 입증 책임에 대한 조항이 포괄적 차별금지법에 명시되어 있으며, 어떤 국가에서는 다른 법에서 정의되어 있다. 일부 국가에서는 차별 사건에서 허용되는 유형의 증거를 규정하는 규칙을 채택하고

688) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40.

689) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단26 (g) 및 문단73 (i). 다른 참조: 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제30호 (2005), 문단24; 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33 (2015), 문단15 (g); 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40; CCPR/C/CZE/CO/4, 문단9.

690) 유럽연합 균등대우 지침에 따르면, 정당한 사유 검토는 오직 간접 차별의 경우에만 적용된다. 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절 I.A.4(a)의 정당한 사유와 예외 사항에 대한 추가적 논의.

691) 영국, 상원, *Swiggs and others v. Nagarajan* [1999] UKHL 36; [2000] 1 AC 501; [1999] 4 All ER 65; [1999]3 WLR 425 (1999년 7월 15일).

692) 이 점을 바탕으로, 유럽 인권재판소는 대규모 구조적 편향의 입증이 일응의 증명을 확립하는 데 충분할 수 있다고 시사했다. 참조: 예를 들어, *Volodina v. Russia*, 사건번호 41261/2019년 7월 17일, 문단112-114.

693) 참조: 예를 들어, *Čonka v. Belgium* 사건, 집단 추방에 관한 난민 사건. 유럽 인권재판소는 "준수한 절차가 [재판소가] 집단 추방이 존재할 수 있다는 의심을 모두 제거할 수 있게 하지 않는다"는 점을 근거로 본 협약의 의정서 제4호의 제4조를 위반했다고 판단했는데, 청구인에 대한 대우와 정치 당국의 발언 등을 포함해 많은 객관적인 요인이 이런 추론을 뒷받침해 주었다. 참조: *Čonka v. Belgium*, 사건번호51564/99, 결정, 2002년 2월 5일, 문단61-63.

694) 유엔 인종차별철폐위원회, *Zapescu v. Moldova (CERD/C/103/D/60/2016)*, 문단8.5-8.10.

있다. 다른 국가에서는 증거와 증명에 관한 비법률적 지침서가 법원이 차별 법률의 절차적 규정을 적용하는 데 도움을 준다. 입증 책임 전환을 규정하는 규칙이 명확하게 정립되어 있고, 법률가가 이를 잘 이해하며, 일반인이 접근할 수 있다면 각각의 접근법은 국가의 의무 사항에 부합할 것이다.

## 2. 예외 사항

형법상의 무죄 추정은 잘 정립되어 있고 중요한 원칙으로서, 무죄 추정 원칙과 증명의 책임 전환 원칙을 동시에 적용하기는 어렵다(참조: 본 실무 지침서의 제2부 절 II.A).<sup>695</sup> 또한, 직권탐지주의(inquisitorial systems)에서는 입증 책임의 전환이 적절하지 않을 수 있다. 이 경우 법원이나 검찰이 사건의 사실을 조사할 책임이 있기 때문이다.<sup>696</sup> 그런데도, 이러한 제도에서도 차별받지 않을 권리를 실현할 수 있어야 한다는 사실은 중요한데, 이것은 차별 사건의 경우 증명과 관련하여 본질적 어려움이 있음을 인정한 민사 체계 내의 국내 법원이 강조하는 사실이다.

### 입증 책임: 프랑스의 최고행정법원(국무원, Council of State)

2009년 한 사건에서, 프랑스의 최고행정법원인 국무원은<sup>697</sup> 차별 사건에서 입증 책임을 규정하는 절차를 제시했다. 프랑스 법 제도는 본질적으로 직권탐지주의를 채택하고 있으므로, 원고는 법무부의 결정에 도전하는 소송에서 일응의 증명 차별 사건에서 입증 책임의 전환을 요구하는 유럽연합법에 의존할 수 없었다.<sup>698</sup> 그러나 법원은 직권탐지주의에 따라 일반적으로 행정 판사의 책임은 당사자가 사건을 입증하는데 필요한 모든 요소를 제공하도록 보장하는 것이라는 점을 인정했다. 그런데 차별 사건에 있어서 판사는 차별 사건이 본질적으로 갖는 증명의 어려움을 고려하여 이 책임을 행해야 한다. 결국, 법원의 판결에 있어, 해당 행정적 결정이 평등 원칙을 침해했다는 추정을 발생하도록 하는 사실 요소를 판사에게 제출하는 책임은 원고의 몫이지만, 결정이 어떠한 차별 없이 객관적인 요소에 기반했다는 점을 입증하는 것을 가능하도록 만드는 사실 요소를 제공하는 것은 피고의 의무다.

## 3. 증거(Evidence)

차별 사건에서 증거의 허용성(admissibility)과 사용에 대한 접근법은 국가 법제의 절차 규정에 따라 다를 것이다. 이러한 절차 규정은 차별 피해자의 사법에 접근을 방해해서는 안 되며, 그들의 차별받지 않을 권리가 실질적이고 효과적으로 되도록 해야 한다는 원칙과 충돌해서는 안 된다. 지역 수준에서는 차별의 양상을 증명하기 위해 광범위한 출처와 자료에 의존해 왔는데, 이에는 통계적 증거,<sup>699</sup> 실험 증거<sup>700</sup> 그리고 인권 조직들의 보고서, 인권이사회

695) 참조: 그중에서도, 자유권규약, 제14조(2); 자유권위원회, 일반 논평 제32호 (2007), 문단30.

696) 이것은 유럽연합의 균등대우 지침에서 명확하게 나타나 있다. 참조: 고용과 직업문제에 있어서 남녀간의 평등한 기회와 대우 원칙의 시행에 관한 지침 2006/2006/54/EC (재구성), 제19조(3); 상품과 서비스 공급과 이용에 대한 남녀간의 평등조치원칙 시행에 대한 지침 2004/2004/113/EC, 제9조(5); 인종 또는 민족 출신과 관계없이 모든 사람을 동등하게 대우한다는 원칙을 구현하는 2000년 6월 29일자 2000/43/EC 지침(Directive) 제8조(5); 은 고용 및 직업에서의 균등대우에 대한 일반 지침을 정립하는 2000년 11월 27일자 2000/78/EC 지침(Directive) 제10조(5).

697) 프랑스, 국무원(최고행정법원), 사건 번호 298348, 결정, 2009년 10월 30일. 이용 URL: [www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000021219388](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000021219388) (in French). 이 사건의 유용한 요약본은 다음 참조: 국무원(최고행정법원, "Les grandes décisions du Conseil d'État", 2018년 10월 30일. 이용 URL: [www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-assemblee-30-octobre-2009-mme-perreux](http://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-assemblee-30-octobre-2009-mme-perreux) (프랑스어).

698) 2000년 11월 27일자 이사회 2000/78/EC 지침(Directive)은 고용 및 직업에서의 균등대우에 대한 일반 지침을 정립, 제10조.

699) 진정인이 통계적 증거에 의존할 수도 있고, 이 증거가 유효하고 중요한 상황에서는 국가 법원이 이를 고려하는 것은 많은 사법권에서는 이미 확립된 법이다. 참조: 예를 들어, 유럽 인권재판소, *D.H. and others v. the Czech Republic*, 사건번호 57325/00, 결정, 2007년 11월 13일, 문단187-188. 이 사건에서, 재판소는 특히 간접 차별에 관련하여, "신중한 검토에서 신뢰성 있고 중요하다고 판단되는" 통계는 진정인이 제출해야 하는 일응의 증명 증거가 되기에 충분하다고 말했다. 추가 논의는 다음 참조: 유럽연합 기본권청(廳) 및 유럽평의회, *유럽 비차별법 핸드북*, 242-248쪽. 그러나 이것은 간접 차별이 통계적 증거 없이 증명될 수 없다는 의미는 아니다 (같은 문헌).

700) 더 많은 사법권에서 실험(testing)은 차별을 입증하기 위해 사용되는, 법원이 인정한 기법이다. 정부 기관, 평등기구, 국가인권기구

의 특별절차 및 조약기구의 주기적 보고서 등이 포함된다.<sup>701)</sup> 유럽 인권재판소는 유럽 인권협약 하에서 "증거 능력(허용성)에 절차적 장벽"은 없다고 지적했고,<sup>702)</sup> 유럽 및 미주 법원 모두는 각각의 협약 하에서 차별받지 않을 권리를 위반한 사건을 판결할 때 그 과정에서 체계적인 차별에 대해 더욱 폭넓은 맥락적 증거를 고려할 의향이 있음을 보여주었다.<sup>703)</sup>

## C. 국제 사법 메커니즘

국가는 자국법 제도 내에서 효과적인 제재, 개인 배상, 및 제도적·사회적 구제책 조치를 제공하는 것 외에도, 차별을 경험한 사람이 직접 조약기구에 진정을 제기할 수 있도록 해야 효과적 구제책이 보장된다.

실제로, 여러 사건에서 차별 생존자는 자국의 구제책 수단을 모두 다 쓰고 난 후 국제적 수준에서 구제책을 구했을 때만 자신이 경험한 차별에 대한 인정과 구제책을 얻을 수 있었다. 개인(진정)에 관한 조약기구의 결정은 특정 사건에 대해 구제책을 제공하는 것뿐만 아니라, 국가 수준에서의 평등 개혁을 진전하고, 국제 수준에서 차별받지 않을 권리의 범위와 실체에 대한 이해도를 높이는 데 중요한 역할을 해왔다.

따라서, 국가는 포괄적인 구제책의 이용 가능성을 보장하기 위해 —그래서 국제적 의무를 이행하도록— 개인이 조약기구에 진정을 제출할 수 있도록 필요한 조치를 취해야 한다. 그렇게 하려면 국가는 선택 의정서(optional protocol)를 비준하거나 관련 조약(문서)에 대해 특정한 선언을 해야 한다. 이러한 조치가 아직 취해지지 않았다면, 포괄적 차별금지법의 채택과 동시에 해당 조치를 취해야 한다. 사실, 국가는 효과적인 사법에 접근을 보장하기 위해서 차별금지법에서 조약기구에 진정 제출을 특정한 구제책 확보 수단으로 확인하고, 그러한 기구에 접근하기 위해 필요한 단계를 명시해야 한다.

### 1. 개인 진정 제도

인권 침해에 대한 국제적인 사법 메커니즘 전체를 설명하는 것은 본 실무 지침서의 범위를 벗어나는 것이므로 이 절에서는 차별받지 않을 권리와 평등 권리의 쟁점을 가장 자주 다루는 기관의 개인 진정 메커니즘을 간략하게 요약한다.

자유권위원회는 자유권규약의 첫 번째 선택의정서에 가입한 국가는 해당 규약에서 규정하는 권리가 침해당했다는 개인의 주장(개인통보)을 검토할 권한이 있다. 위원회는 규약에서 보장된 시민적 및 정치적 권리에 대한 차별(조항 2) 또는 조항 26에 제시하듯이 법이 규정하는 모든 생활 영역에서의 차별에 관한 진정을 검토할 수 있다.

유엔 사회권위원회는 사회권규약의 선택의정서에 가입한 국가와 관련된 개인의 주장(개인통보)을 검토할 수도 있다. 위원회는 교육, 고용, 건강과 보건-성과 재생산 건강 및 권리를 포함하여-, 주택과 거주, 물과 위생에 접근, 음식 및 의복에 접근, 그리고 사회 보장과 사회 지원 등의 분야를 포함하여 규약에 따라 보장된 경제적, 사회적, 문화적 권리에 대해 차별을 주장하는 진정을 검토할 수 있다.

---

및 비정부 조직은 차별 양상 또는 관례를 발견하고, 문서화하고, 입증하기 위해 실험(testing)을 사용해왔다. 실험자는 "진짜 취업 또는 집을 구하는 사람"으로 위장하거나, 예를 들어, 식당, 호텔 또는 택시와 같은 서비스를 이용하는 사람의 행동을 연기한다. 실험 과정에서 "실험 팀 동료를 직장, 아파트, 또는 특정 서비스의 이용 가능성에 대한 정보를 얻도록 짧은 간격으로 이들을 투입한다" (각주 생략). 참조: 피츨 알레무, "인종차별 입증 실험: 헝가리에서의 방법론과 적용", 유럽 로마인권센터, 2000년 10월 3일, 그리고 그 안에 인용된 자국법 관례의 보기 참조. 이용 URL: [www.errc.org/roma-rights-journal/testing-to-prove-racial-discrimination-methodology-and-application-in-hungary](http://www.errc.org/roma-rights-journal/testing-to-prove-racial-discrimination-methodology-and-application-in-hungary).

701) 참조: 예를 들어, 유럽 인권재판소, *Volodina v. Russia*, 사건번호 41261/17, 결정, 2019년 7월 9일.

702) 유럽 인권재판소, *D.H. and others v. the Czech Republic*, 사건번호 57325/00, 결정, 2007년 11월 13일, 문단178.

703) 참조: 예를 들어, 유럽 인권재판소, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, 사건번호 17484/15, 결정, 2017년 7월 25일, 문단54; 미주 인권재판소, *Case of the Yean and Bosico Children v. the Dominican Republic*, 결정, 2005년 9월 8일, 문단168-170.

이러한 메커니즘에 더하여, 진정 메커니즘은 특정 집단의 차별을 해소하고 권리를 보호하기 위해 특별히 만들어진 조약 아래에 확고화 된다. 유엔 인종차별철폐위원회는 관련 협약의 제14조에 따라 선언을 한 당사국의 경우 당사국이 권리를 침해했다는 개인의 진정을 검토할 수도 있다. 유엔 여성차별철폐위원회는 협약의 선택의정서에 가입한 당사국에 대해 당사국이 관련 협약을 위반했다는 개인의 진정을 검토할 수도 있다. 마찬가지로, 유엔 장애인권리위원회는 해당 협약에 따라 선택의정서에 가입한 당사국이 관련 협약을 위반했다는 개별 진정을 검토할 수도 있다. 만약 국가가 유엔 아동권리협약에 대한 진정 절차에 관한 선택의정서를 비준한 경우, 아동권리위원회는 국가가 협약이나 해당 선택의정서를 위반했다는 진정을 검토할 수도 있다. 고문, 이주 노동자의 권리, 강제 실종의 대해서도 다른 진정 절차가 존재하지만, 이들에 대한 논의는 본 실무 지침서의 범위 밖이다.

### 국제인권 진정 메커니즘을 통한 제도적 평등 개혁 진전

#### *A. S. 대 헝가리(A.S. v. Hungary)*

A. S.는 자유의사에 기초한 사전인지 동의(free and informed consent) 없이 불임 수술을 받게 된 헝가리 립인 여성이다. 이 수술의 결과로 더는 자녀를 가질 수 없게 되었고, 지극히 내밀한 영역에 강제적 개입으로 트라우마를 경험하게 되었다. A. S.는 자신의 사건을 헝가리 법원에 제소했지만, 법원은 의사들의 행동에 매우 넓은 자율성을 부여하면서 그녀에게 유리한 판결을 내리지 않았다. 따라서 A. S.는 유엔 여성차별철폐위원회에 개인진정을 접수했다.

유엔 여성차별철폐위원회는 이 사건에 대한 결정에서 관련 협약의 제10조(h) (교육에서 차별철폐 요구), 제12조 (보건에서 차별철폐 요구) 그리고 제16조(1)(e) (혼인과 가족관계에서 차별철폐 요구)을 위반했다고 지적했다. 위원회는 헝가리가 침해의 심각성에 상응하는 적절한 보상을 A. S.에게 제공해야 하며, 그런 행위의 재발을 방지하기 위해 다음을 포함하는 몇 가지 일반적인 조치를 취하도록 권고했다:

- 병원과 진료소를 포함하여 공공 및 민간 보건 센터의 모든 관련 인원이 협약의 관련 조항과 위원회의 일반 권고중 여성의 재생산 건강과 권리에 관련된 항목(19, 21, 24번)들을 알고 이를 준수하도록 추가적인 조치를 취한다.
- 불임 사건에서 자유의사에 기초한 사전인지 동의 원칙에 관한 국내법을 검토하고 그 기준이 국제인권 및 의료 기준에 부합하도록 한다...
- 병원과 진료소를 포함하여 불임 수술을 수행하는 공공 및 민간 보건 센터를 추적 관찰하여 환자가 어떤 불임 수술이라도 시행하기 전에 이에 대해 완전히 이해한 상태에서 동의하도록 이를 보장하고, 위반 상황이 발생할 때 적절한 제재를 가한다.

... 위원회의 견해와 권고사항을 발표하고, 이를 헝가리어로 번역하여 널리 배포하며 모든 관련 사회 부문에 전달한다.<sup>704)</sup>

헝가리는 이 결정의 결과로 국내법과 정책을 많이 개정했고, A. S.에게 금전적 보상을 제공하였다.

704) 유엔 여성차별철폐위원회, *A. S. v. Hungary*, 진정 제4호/2004, 문단11.5-11.6.

## 2. 진정인(Complainant), 피진정인(respondent), 절차

해당 조약의 당사국이며, 관련된 선택의정서를 비준하거나 또는 선언(유엔 인종차별철폐위원회의 경우)을 하여 개인의 진정을 심사할 위원회의 권한을 인정하는 국가에 대해서 위원회에 진정을 접수할 수 있다. 진정이 제출되기 전에 국내의 모든 가능한 해결 방법을 소진했어야 한다.

자신이 차별이나 또는 관련 조약이 보장하는 다른 권리의 피해자라고 여기는 사람이면 누구나 진정을 제출할 수 있다. 제3자가 진정을 접수할 수도 있지만, 진정의 개인 주체가 서면 동의한 경우에만 가능하다. 특정한 경우에는, 예를 들어, 주체가 감옥에 있어 외부 세계에 접근할 수 없는 경우 또는 강제 실종의 피해자인 경우에 제3자는 진정의 주체의 동의 없이 진정을 접수할 수 있다. 이럴 때, 진정 작성자는 왜 진정 주체의 동의를 받을 수 없는지 명확하게 명시해야 한다.

조약기구는 진정 접수와 그 심사 절차에 대해 상세한 규칙을 가지고 있으며, 이는 관련 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR) 웹페이지에서 찾을 수 있다.<sup>705)</sup>

705) 참조: 예를 들어, [www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx).

## IV. 평등기구

### 요약

- 차별금지법은 특화된 평등기구 설립을 규정해야 한다.
- 평등기구는 독립적이고, 정치적 및 기타 행위자의 간섭 위험이 없어야 한다.
- 평등기구는 그들의 임무(mandate)를 완전히 이행하는 데 필요한 자원, 인력, 경험을 가져야 한다.
- 평등기구는 성별 균형을 이루고, 사회 다양성을 반영하고, 사회에서 소외된 사람과 집단에 포용적이어야 한다. 임명 과정은 투명해야 하며 공개적 참여를 보장해야 한다.
- 평등기구는 임무 사항을 효과적으로 수행할 수 있는 적절한 기능과 권한을 부여받아야 한다.
- 평등기구는 다음의 기능을 수행할 수 있도록 적절한 임무와 권한을 부여받아야 한다.
  - 평등을 촉진하고 차별을 예방한다.
  - 차별과 불관용에 노출된 사람들을 지원하고 그들을 대신하여 소송을 진행한다.
- 또한 평등기구는 차별에 대한 진정을 검토하고 결정 및 판단을 내리는 임무도 부여받을 수 있다. 평등기구가 의사 결정권을 가지고 있는 경우에, 효과적인 사법에 접근을 보장하고 구제책과 제재를 가할 수 있도록 적절하게 권한을 부여받아야 한다.
- 평등기구는 주기적으로 업무에 대해 공개적으로 보고해야 하며, 모든 사람이 접근할 수 있는 매체를 통해 그렇게 해야 한다. 국가는 평등기구의 업무를 지원하고 평등기구의 효력을 보장하기 위한 조치를 취해야 한다.

최근 수십 년 동안 독립적이고 전문화된 평등기구의 설립을 구하는 전세계적인 요구의 증가가 목격됐다. 평등기구는 차별금지법의 집행과 시행을 지원하기 위해 설립된 공공 기관이다. 이러한 기관은 개인을 피해로부터 보호하고 차별받지 않을 권리를 증진하는 중요한 기능을 공유한다. 또한 많은 사법권에서 평등기구는 구조적 불평등 사항을 해결하는 데 중요한 역할을 한다. 이는 적극적 조치의 채택과 법이 정한 평등 의무의 시행을 지원하는 역할을 포함한다. 따라서 평등기구에 대한 필요성은 평등하고 차별받지 않을 권리를 존중, 보호, 실현할 국가의 의무에서 직접 나온다.<sup>706)</sup> 또한 평등기구를 설립할 국가의 특정 의무는 조약기구들에 의해 확인됐다.

자국의 평등기구는 평등 의무를 이행하는 과정에서 차별 관례를 찾아내고 제거하는 일에 필수적인 역할을 담당하며, 종종 더 광범위한 국가의 평등과 비차별 의무에 따른 조치의 시행을 기획하는 책임이 있다. 일부 사법권에서는 평등기구가 차별에 대한 개인의 진정을 받고 결정을 내리며 직접적인 집행기능까지 갖는다.

이 절에 좀 더 자세히 논의된 바와 같이, 평등기구에 필요한 조직적 요건에 대해 합의 내용이 국제법에서 나타났다. 국가는 이러한 기관의 임무, 기능, 권한을 결정하는 데 있어 비교적 재량이 있었다. 그러나 국제법상 의무를 충족하려면 자국법에 따라 설립된 기관은 반드시 독립적이면서도 효과적이어야 한다. 평등기구가 효과적인 운영을 위해 필요한 제도적 보장을 받았고, 임무를 성공적으로 이행하는 데 필요한 기능과 권한을 부여받은 경우, 이러한 기관은 국가의 국제법상 의무에 따라 차별을 해결하고 불평등을 철폐하는 데 중요한 역할을 한 것으로 밝혀졌다.

706) 이 의무 사항에 대한 추가적 논의는 다음 참조: 본 실무 지침서의 제1부 절 I.B.

## A. 평등기구 및 국제법

핵심 유엔 인권문서 중 하나만 빼고 독립적인 평등기구를 설립해야 하는 의무를 명시적으로 규정한 곳은 없으며, "평등기구(equality body)"라는 용어는 국제적으로 사용되는 예가 드물다. 그러나 각 조약기구는 자신의 협약을 해석할 때 "국가위원회", "적절한 기관", "독립적인 감시 기관", "독립적인 메커니즘" 등의 필요성을 다양하게 언급했으며, 이는 평등기구를 설립할 구체적 의무가 있음을 보여준다.<sup>707)</sup>

최근에, 유엔 자유권위원회와 사회권위원회는 각각 독립적인 메커니즘과 기관을 설립하여 차별을 다룰 것을 권고하였고<sup>708)</sup> 기구가 설립된 상황을 가정하여 이러한 기구의 핵심 요건에 대해 권고하였다.<sup>709)</sup> 유엔 인종차별철폐위원회와 유엔 여성차별철폐위원회는 국가가 차별받지 않을 권리의 보호와 실현을 보장하는 의무의 일환으로 이러한 기관을 설립해야 한다고 주목한다. 따라서, 유엔 인종차별철폐위원회는 일반 권고 제17호(1993)에서 "당사국이 어떠한 차별도 없이 인권을 존중하기 위해 국가위원회 또는 다른 적절한 기관을 설립하도록 권고"하고 있다.<sup>710)</sup> 그리고 유엔 여성차별철폐위원회는 일반 권고 제28호(2010)에서 국가가 "독립적인 감시 제도, 예를 들어 국가인권기구 또는 독립적인 여성위원회를 설립하거나 기존의 국가기관이 협약에서 보장하는 권리를 증진하고 보호하는 임무를 부여받아야 한다"고 말한다.<sup>711)</sup>

장애인권리협약은 평등기구와 같은 독립적인 메커니즘을 설립할 의무를 명시하고 있다. 협약 33조(2항)에 따르면, 국가는 "입법과 행정 체계" 하나 또는 그 이상의 독립적 기구를 포함한 체제를 유지, 강화, 지정 또는 설치"해야 한다.<sup>712)</sup>

또한 평등기구의 설립은 더욱더 특별절차수임자(special procedure mandate holders)들의 권고사항 일부가 되고 있다.<sup>713)</sup> 그러므로, 예를 들어, 노인의 모든 인권 향유에 관한 독립 전문가는 국가가 "차별 쟁점을 추적 관찰하고 보고하며 ... 평등을 촉진하고 차별에 대한 진정을 신속하게 처리하기 위한 독립적인 국가 평등기구"를 설립하도록 권고하고 있다.<sup>714)</sup> 또한 현대적 형태의 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오주의 및 관련 차별에 관한 특별보고관은 최근에 주제별 위임 사항의 일환으로 인종차별 문제를 해소하기 위한 평등기구의 역할을 살펴보았다.<sup>715)</sup>

국제법은 국가에게 평등기구의 형태, 구조 및 임무에 대해 상당한 재량권을 부여한다. 지역 수준에서는 특히 유럽에서 모범 사례가 만들어져 오고 있다.

2000년부터 유럽연합법은 유럽연합 회원국과 입회 후보국에 독립적인 평등기구의 설립을 법적 요구 사항으로 두고 있다.<sup>716)</sup> 2017년 12월, 유럽평의회는 평등기구의 설립, 형태, 기능에 대한 지침을 회원 국가에게 배포했으며<sup>717)</sup>

707) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제17호 (1993), 문단1; 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단28; 유엔 장애인권리협약, 제33조(2); 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40.

708) 예를 들어, 유엔 사회권위원회는 롬인에 대한 차별을 막기 위한 "제도적 메커니즘"의 설립과 벨기에 내에 "언어 차별에 대한 진정을 다루는" 기관을 지정할 것을 권고한다. 또한, 자유권위원회는 튀니지에 대한 '최종 견해'에서 "인종차별에 맞서기 위한 국가위원회"의 설립을 촉구하고, 그리스에 대한 '최종 견해'에서는 장애인의 차별받지 않을 권리를 보장하기 위한 "독립적인 추적관찰과 보고 시스템"의 도입을 권고한다. 각각 참조: E/C.12/UKR/CO/7, 문단15 (b); E/C.12/BEL/CO/5, 문단19; CCPR/C/TUN/CO/6, 문단18 (b); CCPR/C/GRC/CO/2, 문단10.

709) 참조: 예를 들어, E/C.12/BGR/CO/6, 문단5; CCPR/C/MDA/CO/3, 문단7-8.

710) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제17호 (1993), 문단1.

711) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단28.

712) 유엔 장애인권리협약, 제33조(2).

713) 참조: 예를 들어, A/HRC/42/43/Add.2, 문단93; A/HRC/36/48/Add.2, 문단87; A/HRC/30/56/Add.1, 문단111; A/71/301, 문단15.

714) A/HRC/42/43/Add.2, 문단93.

715) A/71/301, 문단78.

716) 참조: 예를 들어, 2000년 6월 29일자 2000/43/EC 지침(Directive)은 인종 또는 민족 출신과 관계없이 모든 사람을 동등하게 대우한다는 원칙을 시행, 제13조(1).

717) 유럽평의회 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회, "ECRI 일반 정책 권고 제2호: 국가 수준에서 인종주의와 불관용과 싸우는 평등기구" (스트라스부르, 2018).

유럽연합 역시 평등기구에 대한 권고 기준을 배포했다<sup>718</sup>). 이러한 문서와 조약기구의 권고사항을 보면 평등기구가 제대로 기능을 하기 위해 몇 가지 핵심 요건을 확인할 수 있다. 이 요건은 두 가지 범주로 나눌 수 있다: (a) 제도적 요건; (b) 임무, 기능, 권한.

## B. 평등기구의 제도적 요건

조약기구는 그들 사이에서는 평등기구가 자신의 역할을 효과적으로 완수하는 데 필요한 특정한 제도적 요건을 확인했다. 특히, 평등기구는 반드시 다음과 같아야 한다: (a) 독립적이고; (b) 적절한 자원이 있으며; (c) 포용적이고, 참여적이며 사회 다양성을 대표해야 하며; (d) 접근 가능해야 한다. 2016년 현대적 형태의 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오주의 및 관련 차별에 관한 특별보고관의 보고서와 함께, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회와 유럽연합 집행위원회의 지침은 이러한 요건들을 발전시켜, 평등기구가 그들의 임무를 효과적으로 수행하는 데 필요한 조치에 대해 더욱 자세하게 설명하고 있다.

### 1. 독립성

평등기구는 독립적이고, 정치적 및 기타 행위자의 간섭 위험으로부터 떨어져 있어야 한다. 유엔 인종차별철폐위원회, 유엔 여성차별철폐위원회, 유엔 장애인권리위원회, 유엔 사회권위원회 그리고 유엔 자유권위원회는 평등기구가 진정한 독립을 보장할 국가의 의무에 주목한다.<sup>719</sup> 장애인권리위원회는 평등기구가 기능적으로 독립하기 위해서 "당사국의 집행부와 분리되어야 하며" "구성원은 공개적이고 민주적이며 투명하고 참여적인 방식으로 선정해야 한다"는 점에 주목한다.<sup>720</sup> 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회는 이와 비슷한 관점에서 자신의 지침에 평등기구가 "명목상(*de jure*) 그리고 사실상(*de facto*) 독립적이어야 하며" "행정부와 입법부 밖에 위치하는 별도의 법적 단체가 되어야 한다"고 강조한다.<sup>721</sup> 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회는 평등기구의 독립성을 보장하기 위해 헌법 조항 또는 법률에 따라 평등기구를 설립해야 하며, 이러한 법적 근거로 독립성을 확약하고 "이 독립성을 보장하기 위한 조건을 규정해야 한다"고 권장한다.<sup>722</sup>

실무적으로는, 평등기구의 구성원을 임명하고 해임하는 과정의 투명성과 청렴성, 그리고 이와 함께 임명된 구성원의 경험, 자격 및 독립성은 평등기구의 효력과 독립성을 보장하는 데 있어 중요한 요소임이 입증되었다.<sup>723</sup> 임명 과정의 핵심 요소에는 충분한 시간, 정보, 그리고 후보자와 그들의 자격에 대한 공공 및 언론 토론의 기회가 보장된 공개적이고 공공적인 절차가 포함된다.

장애인권리협약의 제33조와 유엔 인종차별철폐위원회의 일반 권고 제17호(1993)는 평등기구를 설립할 때 인권 보장 및 증진을 위한 국가인권기구의 지위에 관한 원칙(파리원칙 Paris Principles)을 고려하도록 요구하고 있다.<sup>724</sup> 다른 조약기구<sup>725</sup>와 특별절차 수임자도<sup>726</sup> 비슷한 권고를 했다. 파리원칙은 국가인권기구가 세계국가인권

718) 2018년 6월 22일 자 평등기구에 대한 집행위원회 권고 (EU) 2018/951.

719) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제17호 (1993), 문단1; 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단28; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단73 (m); 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40; CCPR/C/GEO/CO/4, 문단6.

720) 유엔 장애인권리위원회의 절차 규칙 (CRPD/C/1/Rev.1, 부록)에 첨부된 독립적 감시 프레임워크와 장애인의 유엔 장애인권리위원회 작업 참여 지침, 문단15.

721) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회, "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단2.

722) 같은 문헌.

723) 참조: 예를 들어, 나일 크라우리 (성평등 및 비차별 법 전문가 유럽 네트워크를 위한), *차이를 만드는 평등기구(Equality Bodies Making a Difference)* (룩셈부르크, 유럽연합 출판사, 2018), 89-101쪽.

724) 유엔 장애인권리협약, 제33조 (2); 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제17호 (1993), 문단1.

725) 참조: 예를 들어, E/C.12/BGR/CO/6, 문단5; CCPR/C/MDA/CO/3, 문단8.

726) A/71/301, 문단86.

기구연합(GNAHRI)의 인증을 받을 수 있는 국제기준을 제공한다. 비록 국가인권기구는 —인권에 대해 훨씬 넓은 임무를 갖고 있다— 기능적으로 평등기구와 다르고,<sup>727)</sup> 일부 다중 임무를 갖는 기관이 존재하지만,<sup>728)</sup> 이러한 원칙은 평등기구의 독립성을 평가하는데 유용한 틀이 된다.

파리원칙은 다음과 같이 독립성을 측정할 수 있는 6가지 주요 기준을 제시한다: (a) 임무와 역량; (b) 정부로부터의 자치성; (c) 법률 또는 헌법에 따라 보장된 독립성; (d) 다원주의; (e) 충분한 자원; (f) 충분한 조사 권한. 이러한 기준 중 몇 가지는 아래에서 자세히 논의한다. 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회는 지침에서 이 기준 목록을 발전시켜 몇 가지 구체적인 권고를 제시하였다. 그중에는 직원의 임명, 선택 임기; 인적자원 관리; 조달 및 사무 관리; 자료의 개발과 출판; 재정 관리 및 내부 거버넌스, 그리고 책임성 조치 등에 관한 것이 있다.<sup>729)</sup> 이 기준의 상세한 검토는 본 실무 지침서의 범위를 벗어나지만, 이 분야의 모범 사례는, 특히 유럽 영역에서의 모범 사례는 다른 곳에서 상세하게 기술하고 있다.<sup>730)</sup>

## 2. 충분한 자원

유엔 장애인권리위원회는 일반 논평 제6호(2018)에서 협약에 따라 설립된 평등기구가 "차별을 해소하기 위해 적절한 자원을 갖도록 이를 보장하는 것의 중요성을 강조한다."<sup>731)</sup> 마찬가지로, 위원회는 제33조(2)에 대한 지침에서 평등기구가 "충분한 재정적 지원과 기술적이고 숙련된 인적자원을 보유하도록"하고 "자치적으로 예산을 관리" 할 수 있도록 국가가 이를 보장해야 한다고 요구한다.<sup>732)</sup> 자유권위원회는 최종 견해에서 평등기구가 "임무를 효과적이고 독립적으로 이행할 수 있도록 필요한 재정적, 인적자원을 제공해야 한다"는 의견을 제시한다.<sup>733)</sup> 유엔 사회권위원회도 비슷한 견해를 밝혔다.<sup>734)</sup>

인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회의 지침과 현대적 형태의 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오주의 및 관련 차별에 관한 특별보고관의 보고서는 평등기구의 적절한 인적, 재정적 자원 보장의 중요성을 강조한다. 일부 사법권의 부족한 자원 지원은 평등기구가 임무를 수행하는 능력에 심각한 타격을 줬다.<sup>735)</sup> 유엔 특별보고관은 이러한 우려에 입각하여 모든 국가는 평등기구가 "기능을 최대한 발휘할 수 있도록 적절한 임무와 인적 그리고 재정적 자원을 갖도록" 이를 보장할 것을 권고한다.<sup>736)</sup>

유럽 수준에서도 비슷한 지침이 있다. 유럽연합 집행위원회는 2018년의 권고에서 국가가 평등기구의 효과적인 자원 확보를 보장하도록 요구하며, "평등기구가 자신의 모든 평등 기능을 효과적으로, 합리적인 시간 내에, 그리고 자국법이 정한 시한 내에 수행할 수 있도록 할 때만 자원이 충분하다고 간주할 수 있다"라는 점에 주목했다.<sup>737)</sup>

인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회의 일반 정책 권고 제2호의 제2항은 정책 기능을 수행하고 또한 피해자 지원 및 체계적 차별에 맞서는 조치를 취하는 견지에서 평등기구는 "실질적인 영향을 미치기 위하여 필요한 역량, 권한, 그리고 자원을 갖추고 있어야 한다"라고 밝혔다.<sup>738)</sup> 그리고 평등기구가 임무를 수행하는 데 필요한 자원을

727) 실제로, 현대적 형태의 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오주의 및 관련 차별에 관한 특별보고관은 국가가 "일반적인 국가인권기구와 평등기구를 구분"할 것을 요청한다. 참조: A/71/301, 문단86.

728) 이 점에 대한 추가적인 논의는 다음 참조: Crowley, *변화를 만드는 평등기구*, 45-56쪽.

729) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회의, "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단23-36.

다른 참조: 2018년 6월 22일 자 평등기구에 대한 유럽위원회 권고 (EU) 2018/951, 권고 1.2.1. 이 목록 외에도, 권고 1.2.1(2)은 국가가 평등기구의 직원, 지도부, 이사회 구성원이 관련되는 이해 충돌을 미리 방지하려는 조치를 채택할 것을 촉구한다.

730) 참조: 예를 들어, Crowley, *변화를 만드는 평등기구*, 89-101쪽.

731) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단73 (m).

732) 유엔 장애인권리위원회의 독립적 감시 프레임워크 지침과 해당 위원회 업무에 장애인 참여, 문단15.

733) CCPR/C/MDA/CO/3, 문단8.

734) E/C.12/BGR/CO/6, 문단5.

735) 참조: 예를 들어, A/71/301, 문단47.

736) 같은 문헌, 문단88.

737) 2018년 6월 22일 자 평등기구에 대한 유럽위원회 권고 (EU) 2018/951, 권고 1.2.2 (1).

738) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단2.

확보하도록 이를 보장하기 위해 고안된 여러 조치를 제안한다.<sup>739)</sup> 이러한 조치에는 "충분한 인적 자원과 자금의 제공", 독립적 예산 편성, 그리고 예산을 보호하고 (행정부에 의한 예산 축소에 대비해서), 감독하고, 평등기구의 필요를 충족하는 데 필요한 경우 예산을 확대하도록 보장하는 법 규정의 도입이 포함된다.<sup>740)</sup>

### 3. 포용성, 참여성, 다양성 보장

전문적인 평등기구가 효과적으로 작동하기 위해서는 사회의 다양성을 반영하고 평등기구 안에 소외된 사람과 집단을 포함해야 한다. 국제인권 조약법은 그 시행을 감시하는 기구에 소수자를 포함하고 성별을 적절하게 맞출 것을 요구한다.<sup>741)</sup> 국가적 또는 민족적, 종교적, 언어적 소수자에 속한 사람의 권리 선언(소수자권리선언)은 제2조에서 "소수자에 속하는 사람은 문화적, 종교적, 사회적, 경제적 그리고 공공 생활에 실질적으로 참여할 권리가 있다"<sup>742)</sup> 그리고 "소수자에 속하는 사람은 국가적, 그리고 적절한 경우 지역적 수준에서의 의사 결정에 실질적으로 참여할 권리가 있다"라고 명시하고 있다. 유엔 사회권위원회는 "하나 또는 그 이상의 차별금지 사유에 의해 구별되는 개인과 집단"이 의사 결정 과정에 공개적으로 참여할 권리에 대해 상세히 설명했다.<sup>743)</sup>

인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회는 "평등기구의 지도부, 자문 기구, 고위 운영진, 그리고 직원은 가능한 한 사회 전체의 다양성을 반영하고 성별이 균형을 맞추도록 해야 한다"라고 권고한다.<sup>744)</sup> 비슷하게, 국가인권기구가 소위 A 등급 인증을 신청할 때, 이 기구는 기구 설립법에 "기구 구성원의 다양, ... 여성의 대표성; ... 민족이나 소수 집단(예: 선주민, 종교 소수자 등)의 대표성; [그리고] 특정 집단들(예: 장애가 있는 사람들 등)의 대표성"을 나타내도록 기대된다.<sup>745)</sup> 이러한 준칙은 국가인권기구와 평등기구 모두에 직접 적용된다.<sup>746)</sup>

평등기구는 차별에 노출된 사람들과 집단의 직접적 참여를 추구하고, 여성, 소수 집단 또는 기타 집단을 대표하는 시민 사회 단체와 인권 옹호자와의 교류를 촉진해야 한다.<sup>747)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 이 점을 언급하고, 협약 제33조(2)에 따라 설립된 독립적 메커니즘은 "장애인과 그들을 대표하는 조직이 그들 모든 업무 분야에 완전히 관여하고 참여하도록 이를 보장해야 한다"고 명시하고 있다.<sup>748)</sup> 이런 참여는 실효적이어야 하며<sup>749)</sup> "의미 있는" 참여이어야 하고,<sup>750)</sup> "감독 과정의 모든 단계에서" 이루어져야 한다.<sup>751)</sup>

현대적 형태의 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오주의 및 관련 차별에 관한 특별보고관은 "비차별과 평등 쟁점을 다루는 시민 사회 단체들과의 관계와 파트너십의 중요성"을 강조한다.<sup>752)</sup> 이러한 시민 사회 단체들은 차별에 대한 감시, 보고 및 차별 인식 제고에 중요한 역할을 하며, 평등기구가 이러한 기능을 수행하도록 도움을 줄 수 있다.<sup>753)</sup> 유럽연합 집행위원회와 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회의 지침은 차별을 받는 집단과 관련 정부 기관을 포함한 기타 주요 이해관계자의 관여와 시민 사회 단체의 참여 중요성을 강조한다<sup>754)</sup>. 평등기구는 참여를 촉진하는

739) 같은 문헌, 문단28.

740) 같은 문헌 다른 참조: 2018년 6월 22일 자 평등기구에 대한 집행위원회 권고 (EU) 2018/951, 권고 1.2.2.

741) 예를 들어, 고문방지협약의 선택 의정서 제18조(2)는 고문에 대한 국가적 예방 메커니즘을 수립할 때, 국가는 "성별의 균형을 맞추고 해당 국가의 민족 및 소수자 집단의 적절한 대표성을 추구해야 한다"라고 규정하고 있다.

742) 다른 참조: 베이루트 선언과 신앙에 대한 권리에 대한 18개의 약속 (A/HRC/40/58, 부속서 I 및 II), 책무 VI.

743) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단36.

744) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단38.

745) 파리원칙, 준수 선언문 예시, 절3.1 (각주 생략).

746) 참조: 예를 들어, 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제33 (2015), 문단54 및 문단60 (a).

747) 참조: 본 실무 지침서 제2부 절V.D 국가 시행 의무에 참여와 관여의 중요성에 대해 논의.

748) 독립적 감독 기구와 그들이 장애인의 유엔 장애인권리위원회 작업에의 참여에 관한 지침, 문단20.

749) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단73 (m).

750) 독립적 감독 기구와 그들이 장애인의 유엔 장애인권리위원회 작업에의 참여에 관한 지침, 문단20.

751) 같은 문헌.

752) A/71/301, 문단10 및 문단46.

753) 같은 문헌, 문단46.

754) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단37; 2018년 6월 22일 자 평등기구에 대한 위원회 권고 (EU) 2018/951, 권고 1.3.

데 필요한 메커니즘을 준비할 필요가 있다.<sup>755)</sup>

#### 소수자의 평등기구 참여

2000년대부터, 스웨덴의 평등 옴부즈맨(Ombudsman)은 롬인에 대한 역사적 차별에 대해 대중의 이해를 높이기 위해 공공 토론을 주도하는 데 중추적인 역할을 해오고 있다. 평등 옴부즈맨은 다양한 방법을 통해 이런 역할을 수행했는데, 여기에는 정보 수집 강화, 롬인 공동체 지도자가 롬인에 대한 차별에 맞설 수 있도록 평등 옴부즈맨의 업무에 참여할 수 있도록 롬인을 포용하기 위한 협의 창구 구성, 차별 사건에 맞서기 위한 법적 행동이 포함된다. 2004년에 "민족 차별에 대응하는 옴부즈맨 사무소(당시 이름)는 롬인에 대한 차별이 심각하며, 이러한 차별 대부분에 대한 국가의 역사적 책임 인식 부족이 있다고 강조했다.<sup>756)</sup> 2011년 보고서에서 평등 옴부즈맨은 "한 사회 영역에서의 반 롬인 차별과 구조적 장애물은 다른 영역에서 롬인의 권리에 영향을 주며, 따라서 전체 사회에 영향을 준다. 주거 시장에서 롬인에 대한 차별은 롬인 아이들의 중단없는 학교 교육의 기회에 영향을 주고, 이는 롬인 아이가 평등한 조건에서 교육을 받을 기회에도 영향을 준다. 이는 다시 이들이 노동 시장에 진입하는 기회에도 영향을 준다"라고 말한다.<sup>757)</sup> 2014년 이런 오랜 노력은, 롬인에 대한 뿌리깊고 장기적인 배제와 차별에 대한 주요 정부 연구 발표로 이어졌다.<sup>758)</sup>

## 4. 평등기구의 접근성

본 실무 지침서의 뒤이은 제2부 절 I.C.1 및 I.A.2(d)에서 논의되듯이, 접근성은 평등권과 차별받지 않을 권리의 핵심 요소이다.<sup>759)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 일반 논평 제2호 (2014)에서 접근성 기준의 채택과 기준의 적용을 감독할 때 평등기구를 포함하여 독립적 메커니즘의 역할을 강조한다.<sup>760)</sup>

이 역할에 더해, 평등기구 자체가 자신들에 대한 접근성을 보장해야 한다는 것은 명확한 사실이다.<sup>761)</sup> 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회는 그 지침에서 평등기구의 접근성에 특별한 초점을 맞추고 유엔 장애인권리위원회의 지침을 따르는 여러 권장 사항을 제시한다. 이에는 다음이 포함된다: 접근이 쉬운 시설 제공, 온라인, 이메일, 전화 서비스, 해당 기관의 서비스를 이용하는 사람의 시간 제약에 대응하기 위한 유연성; 지역 사회와의 적극적 소통 활동 및 기관 업무를 수행하기 위한 지역과 지방 사무소 설립; 중요한 시점에 차별과 불관용을 경험한 집단의 곁에 있는 것과 연결 관계 유지; 차별이나 불관용에 노출된 사람이 평등기구에 비밀을 보장받으며, 그들이 원하는 언어로 연락하고 소통하며, 대면 연락을 하고 구두, 온라인 또는 서면으로 진정을 제출할 수 있도록 허용하고 진정 제출시에 최소한의 요건만을 요구하며; 모든 유형의 장애를 고려한 시설, 서비스, 절차, 관행의 조정, 읽기 쉬운 형식의 출판물을 사용, 특히 권리와 구제 방안에 대한 정보를 제공할 때; 일부 출판물을 자국에서 주로 사용되는 모든 언어로 번역; 평등기구의 기능과 서비스를 진정인과 피진정인에게 무료로 제공; 이러한 접근성을 보장하기 위한 조치를 널리 알리고 이를 사용하게끔 조치를 취함.<sup>762)</sup>

755) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단37.

756) 스웨덴, 문화부, '알려지지 않은 어두운 역사: 20세기 롬인에 대한 학대와 권리 침해에 관한 백서' (스톡홀름, 2015), 15쪽.

757) 같은 문헌, 쪽16.

758) 같은 문헌.

759) 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절 I.C.1 및 I.A.2(d) 추가 검토.

760) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제2호 (2014), 문단24, 문단33, 문단48.

761) 참조: 예를 들어, 유럽평의회, 유럽 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단40; 2018년 6월 22일 자 평등기구에 대한 위원회 권고 (EU) 2018/951, 권고 1.2.3.

762) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단40.

## C. 평등기구의 임무, 기능, 권한

국가는 전문화된 평등기구를 설립하고, 평등기구의 독립성을 보호하고, 효과성을 보장하기 위해 특정한 제도적 요건을 충족해야 한다는 합의가 넓게 이루어져 있기는 하지만 이러한 기구의 기능과 권한에 대해서는 국제적 수준에서 명확한 합의가 이루어지지 않은 상태이다.

유엔 장애인권리위원회는 평등기구의 임무는 "협약에 명시된 모든 권리의 촉진, 보호 및 추적을 포괄할 수 있도록 적절하게 그리고 충분히 넓게 정의되어야 한다"고 주장한다.<sup>763)</sup> 또한 위원회는 평등기구에게 "넓은 범위의 책무와 권한부여"가 있어야 한다고 제시한다.<sup>764)</sup> 이 주제와 관련하여 인종차별철폐위원회는 국가가 기구를 설립할 때는 다음 목적을 위한 것을 권고한다:

- (a) 어떠한 차별도 없는 인권 존중을 촉진하기 위해...
- (b) 정부 정책을 검토하기 위해...
- (c) 법률 준수를 감시하기 위해...
- (d) 대중에게 당사국의 협약에 따른 의무 사항에 대해 교육하기 위해...
- (e) 정부가 유엔 인종차별철폐위원회에 제출할 보고서의 준비를 돕기 위해<sup>765)</sup>

유엔 인종차별철폐위원회나 유엔 장애인권리위원회 모두 평등기구의 필수적인 형태, 기능, 임무, 또는 책임 사항에 대해 더 상술하지 않았고, 국가가 이에 대해서 상당한 재량권을 가지고 있다는 점은 명확하다. 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회는 그 지침에서 평등기구가 지원할 수 있는 세 가지 주요 기능을 규명하고 있다: (a) 증진과 예방 기능; (b) 지원 및 법적조치 기능; (c) 의사 결정 기능.<sup>766)</sup> 이러한 각 기능에 대해 뒤에서 자세히 논의한다.

### 케냐: 케냐의 국가 성별 및 평등 위원회

케냐의 국가 성별 및 평등 위원회는 2011년 국가 성별 및 평등 위원회법에 따라 설립된, 여러 차별금지사유를 다루는(multi-ground) 평등기구이다.

위원회의 임무는 해당 법 제8조에 자세히 기술되어 있으며, 이에에는 다음과 같이 증진 및 예방 기능, 지원 및 법적조치 기능을 포함하고 있다"

위원회는 다음의 기능을 해야 한다:

- (a) 헌법 제27조에 따라 성별 평등 및 차별로부터 자유(freedom from discrimination) 촉진;
- (b) 모든 국가 및 모든 지역의 정책, 법률, 그리고 모든 공공 및 사립 기관의 행정규정에서 평등 및 차별로부터 자유 원칙의 통합을 추적, 촉진, 그리고 조언하는 역할;
- (c) 평등 및 차별로부터 자유 원칙과 관련된 쟁점, 소수자 및 주변화된 사람, 여성, 장애인과 아동을 포함한 특별 이해 집단과 관련된 쟁점에 관해 케냐가 비준한 모든 조약과 협약의 준수를 보장하는 데 있어 국가의 주요 기관으로의 역할;
- (d) 국가 개발 과정에서 성별 그리고 장애인 또는 기타 주변화된 집단의 쟁점을 조정 및 주류화를 촉진하고, 이와 관련된 모든 내용에 대해 정부에 조언하는 역할

763) 독립적 감독 기구와 그들이 장애인의 유엔 장애인권리위원회 작업에의 참여에 관한 지침, 문단15.

764) 같은 문헌.

765) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제17호 (1993), 문단1.

- (e) 헌법에서 고려되었던 적극적 우대조치의 발전을 추적, 촉진, 그리고 조언하는 역할
- (f) 평등 및 차별로부터 자유 원칙에 대한 모든 위반 사항에 대해 자체적으로 또는 진정에 기반하여 조사를 수행하고, 관련 기구의 기능 향상을 위한 권고
- (g) 관련 기관과 협력하여 헌법 제43조와 다른 성문법에 명시된 경제 및 사회적 권리의 점진적 실현을 위한 정책 시행의 기준 개발업무
- (h) 평등 및 차별로부터 자유 원칙을 존중하는 문화를 창출하기 위한 공공 교육 프로그램의 기획과 조언
- (i) 헌법 제27조에 따른 평등 및 차별로부터 자유 원칙에 관한 문제에 대한 연구 활동과 조언
- (j) 평등 및 차별로부터 자유 원칙에 대한 헌법적, 법적 요건의 준수가 어떻게 진전되고 있는지에 대해 공공 기관 및 기타 부문이 작성한 연간 보고서를 받아 이를 평가
- (k) 국가인권위원회, 행정사법위원회, 그리고 이와 관련된 기타 기관과 협업하여 그들의 활동 효율성, 효과성 및 상호보완성을 보장하고, 평등 및 차별로부터 자유 원칙과 관련된 권리의 보호와 촉진을 위한 회부 및 협력 방안 수립;
- (l) 이 법에 따라 해당 위원회가 자신의 의무를 얼마나 이행했는지에 대한 연간 보고서를 준비하여 국회에 제출
- (m) 소수자, 주변화된 집단, 장애인, 여성, 청소년과 아동을 포함한 특수 이해 당사자 집단의 현황에 대한 감사 실시
- (n) 데이터 보호 법률에 따라, 각기 상이한 영향을 받는 이해 당사자 집단을 위해 평등 및 차별로부터 자유와 관계된 쟁점 데이터베이스를 구축하고, 이러한 이해관계 집단에 대한 평등 및 차별로부터 자유 실현의 진전을 국내, 지역 및 국제적으로 보고하기 위한 주기적인 보고서를 작성
- (o) 위원회가 평등 원칙과 차별로부터 자유로울 원칙의 촉진을 위해 필요하다고 생각하는 기타 기능의 수행
- (p) 헌법이나 기타 성문법이 규정할 수도 있는 기타 기능의 수행

이 법 제9조에서는 "위원회는 의장 1명과 기타 4명의 위원으로 구성되어야 한다"고 규정하고 있다. 위원회의 구성원 자격, 임명 절차, 임기 및 위원 또는 직원 해임은 제10조에서 제23조에 규정되어 있다.

법 제26조는 위원회의 일반적인 권한을 규정하고 있고, 제27조는 위원회가 임무를 수행할 수 있도록 특정 법정에서의 권한을 위원회에 부여한다. 이 법 조항들은 위원회에 넓은 판정 권한을 주고, 소환장 발부, 선서한 상태에서의 증언(statements under oath) 요구, 문서 획득, (법원의 허가 하에) 현지에의 출입, 인터뷰 시행, 감사 수행, 청문회 개최, 개인의 출석 강제 권한을 부여하고 있다. 법 제28조는 위원회의 조사 권한에 대해 자세히 설명하고 있는데, 이에는 "조사를 위해 누구라도 소환하고 출석을 강제하며" 문서 제출을 요구하고 강제할 수 있는 권한이 포함된다.

위원회는 (구속력이 없는) 의사 결정 권한을 가지고 있다. 법 제32조에 따라 차별을 경험한 사람(또는 특정 상황에서 그들의 동의를 받아 그리고 그들을 위하여 행동하는 사람)은 공식적인 진정을 제기할 수 있다. 제30조에서 명시된 사법권의 제한과 제34조에서 규정된 예외 조항들이 규정한 한계 내에서 위원회는 진정 사항을 조사하고 제41조에 규정된 여러 조치 중 하나를 선택하여 행할 것이다. 이 조치에는 "진정인에게 ... 법적 구제책 방안을 권고하고" —형법의 위반 사실이 드러나면— 검찰 총장이나 기타 관련 기관에 사안을 이관하는 것이 포함된다.

법 제29조(2)에 따라, 위원회는 "화해, 중재, 협상을 통해 제기된 문제를 해결해야" 한다. 이것이 사건을 해결하지 못할 경우, 위원회는 보고서를 작성하고, 차별 행위에 책임이 있는 개인, 단체 또는 조직에 권고사항을 제시할 수도 있다. 법 제42조는 이런 절차의 세부사항을 규정하고 있다. 위원회의 보고서는 "조사 결과와 제시된 모든 권고"를 담고 있어야 한다. 이런 권고사항에는 발생한 피해를 해결하기 위한 구체조치 권고도 포함해야 한다. 위원회는 관련 당사자에게 위원회의 권고사항을 실행하기 위해 취한 조치에 대해 보고서를 작성하도록 요구할 수도 있으며, 이를 준수하지 않는 경우에는 국회에 보고서를 제출할 수도 있다.

## 1. 증진 및 예방

평등 증진과 차별 예방은 모든 평등기구의 중심이 되는 주요 기능이다. 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회는 그 지침에서 이 기능을 효과적으로 수행하기 위해 평등기구가 가져야 할 15가지 구체적 역량을 강조한다.<sup>767</sup>

### 증진 및 예방

인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회에 따르면, 평등기구의 증진 및 예방 기능은 다음을 이행할 역량이 있어야 한다:

- a. 평등을 증진하고 달성하며, 차별과 불관용을 예방 및 철폐하고, 사회 속 상이한 집단 간에 다양성과 우호적인 관계를 촉진.
- b. 차별과 불관용을 경험하는 집단과 그들의 대표 조직, 그리고 인권과 평등 쟁점에 대해 좀 더 일반적인 사업을 진행하는 단체와 지속적인 소통 관계 구축.
- c. 개인적인 구조적인 차별을 모두 다루면서, 임무에 해당하는 모든 사안에 대해 자체적인 조사를 시행하고 권고를 만들고 게시.
- d. 임무에 해당하는 모든 사안에 대해 연구를 진행, 의뢰.
- e. 평등, 다양성, 균등 대우 법제, 비차별, 그리고 상호 이해에 대한 인식, 지식, 가치, 그리고 존중을 사회 전반에 구축.
- f. 차별과 불관용을 경험하는 집단에게 균등 대우 법제에 따른 권리와 구체책에 대한 지식을 알리고, 이러한 권리를 행사하는 능력을 키우고, 평등기구에 대한 신뢰를 구축.
- g. 평등을 증진 및 달성하고, 차별과 불관용을 예방하기 위한 모범 사례에 대해 기준을 정하고 공공 및 민간 부문에 속한 개인과 기관에 정보, 조언, 지침, 그리고 지원을 제공.
- h. 공공 및 민간 부문에서 불평등을 해소하기 위한 적극적 조치의 사용을 증진하고 지원.
- i. 모든 당국이 그들의 소임을 수행할 때 평등을 증진하고 차별을 예방하도록 이들의 일반적 의무를 시행할 수 있도록 지원하며, 시행을 위한 기준을 마련하고, 필요한 경우에는 이 기준을 강제함.
- j. 새로운 정책, 법률, 행정 행위를 위한 협의 절차에 참여하며, 기존의 정책, 법률, 행정 행위를 추적하고, 정책, 법률, 또는 행정 행위의 수정 또는 도입을 위한 권고사항 건의.

766) 유럽평의회, 유럽 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단4.

다른 참조: A/71/301, 문단25-37; 2018년 6월 22일 자 평등기구에 대한 위원회 권고 (EU) 2018/951, 권고 1.1.2.

767) 유럽평의회, 유럽 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단13.

768) 같은 문헌.

- k. 평등과 비차별에 관련된 주요 집단의 교육 증진 및 이에 기여.
- l. 권고사항의 이행을 감시.
- m. 법원과 다른 의사결정기관이 내린 결정을 추적.
- n. 관련 국제 조약의 비준을 촉진 및 지원, 해당 조약과 관련 기준, 판례법, 정부 간 기구에서 발행한 보고서의 시행 및 확산; 관련 정부 간 기구의 또는 기구와 함께 법적 절차에 참여; 그들의 권고를 고려하고 그 이행을 감시.
- o. 평등기구와 비슷한 목표를 가진 지원 조직과 협력하고 그들을 지원, 평등에 관한 주요 쟁점에 대해 공유된 이해를 만들어 가고 그런 조직과 업무협약을 체결.<sup>768)</sup>

본 실무 지침서의 제2부 제5장 및 제6부 제2장에 정리되어 있듯이, 이런 역량 중 많은 부분이 국가의 적극적인 평등과 집행 의무 사항과 직접 연결되어 있다.<sup>769)</sup> 현대적 형태의 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오주의 및 관련 차별에 관한 특별보고관은 이와 관련해 평등기구가 수행할 수 있는 중요한 역할을 강조했다: 법적 권리자의 인식 증진 및 감수성 향상.<sup>770)</sup> 그리고 추적 자료와 통계치를 수집하고 발행하는 것은 정책의 발전과 시행을 지원하고, 구체적인 사례(사건)에서 차별이라고 추론할 수 있는 차별 양상을 드러내는 데 도움이 될 수 있다.<sup>771)</sup> 평등기구가 증진 및 예방 임무를 효과적으로 수행할 수 있도록 보장하려면, 자료의 수집의 장벽을 찾아 해소하고, 평등기구의 존재, 이용 가능성 및 그들의 작업이 잠재적 사용자에서 잘 알려져 있어야 한다.<sup>772)</sup>

인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회는 평등기구의 효력을 보장하기 위해 그들이 "증거와 정보를 수집할 권한"을 가져야 한다고 결론 내렸다.<sup>773)</sup> 여기에는 다음의 권한(power)을 포함해야 한다: (a) "검사, 조사, 복사를 위해 파일, 문서, 그리고 기타 자료의 제출 요구"; (b) "현장 검사 수행"; (c) "심문"; (d) 미준수에 대하여 "집행 가능한 법원 명령 요청 또는 행정벌 부과".<sup>774)</sup> 평등기구의 조사(investigatory) 기능을 수행하는 이상 이 기구가 "신속하게, 공정하게, 독립적으로" 진정 사항을 조사하도록 보장하는 체계를 마련해야 한다.<sup>775)</sup>

## 2. 지원 및 법적 조치(litigation)

증진 및 예방 기능과 함께, 많은 평등기구는 지원 및 법적 조치 기능을 갖추고 있다. 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회는 그 지침에서 이 기능을 지원하는 데 필요한 여섯 가지 역량을 나열하고 있다.

769) 특히, 평등 정책과 전략 개발; 평등에 대한 인식 제고, 평등에 대한 교육과 훈련; 평등과 비차별 추적; 그리고 자문 관련하여.

770) A/71/301, 문단30-34.

771) 같은 문헌, 문단35-37.

772) 같은 문헌, 문단12 및 문단48-52.

773) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단21.

774) 같은 문헌.

775) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단40.

### 지원 및 법적 조치

인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회에 따르면, 평등기구의 지원 및 법적 조치 기능은 다음과 같은 역할을 포함해야 한다:

- a. 차별이나 불관용에 노출된 사람의 진정 접수 및 이들이 기관, 심판 기구 및 법원 앞에서 자신의 권리를 보장받을 수 있도록 개인적 지원과 법률적 조언 및 지원을 제공.
- b. 적절한 경우 조정 절차에 회부.
- c. 차별이나 불관용에 노출된 사람의 동의를 받아 기관, 심판 기구 및 법원 절차에서 이들을 대리.
- d. 평등기구의 이름으로 개별적이거나 구조적인 차별 및 불관용 사례를 기관, 심판 기구 및 법원 절차에 제기.
- e. 기관, 심판 기구, 그리고 법원 앞에서 '법정 조연자(amicus curiae)', 제3자, 또는 전문가로서 개입.
- f. 평등, 차별, 그리고 불관용의 문제를 다루는 기관, 심판 기구, 그리고 법원 결정의 집행을 감시.<sup>776)</sup>

인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회는 "평등기구는 자체적으로 규정한 공개된 기준에 따라 대리할 사건과 전략적 법적 행동을 위한 사건을 선택할 권리를 가져야 한다"라고 명시하고 있다.<sup>777)</sup> 더욱이, "국가는 특히 구조적 차별 사건과 전략적 소송을 위해 맡은 사건의 경우에, 차별이나 불관용에 노출된 사람이 법원 및 행정 수수료 또는 대리인 보수를 부담하지 않도록 하는 제도가 있도록 해야 한다"라고 주장한다.<sup>778)</sup>

### 3. 의사 결정과 법집행

모든 평등기구는 적어도 증진, 예방, 법적 조치, 지원 기능 중 일부를 수행한다. 하지만, 일부 국가에서는 평등기구에 특별한 의사 결정 및 강제력 있는 법집행 역할을 부여하기도 한다. 넓은 의미에서 보면 의사결정 기구는 두 가지 범주로 나눌 수 있다: 구속력이 있는 결정을 내리는 기구와 (구속력 없는) 권고 사항을 제시하는 기구다.

인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회의 지침에 따르면, 첫 번째 유형의 기구는 차별을 시정하고 미래에 발생 가능한 차별을 예방하는 권한을 부여받아야 한다. 여기에는 과태료 부과 및 배상을 포함한 "효과적이고, 비례적인, 그리고 억제적인 제재"의 부과가 포함된다.<sup>779)</sup>

이런 기구는 "자신이 내린 결정의 집행과 적용"을 보장할 수 있어야 한다. 그리고 그 결정은 발표되어 대중에게 공개되어야 한다.<sup>780)</sup> 이들의 결정은 자국법에 기반해야 하며, 입증 책임의 전환을 포함하여, 차별 사건에 적용되는 확립된 절차적 규칙을 따라야 한다.<sup>781)</sup>

이런 유형의 집행 기능을 부여받는 경우에, 평등기구는 국제법하에 평등기구에 관해 규정된 엄격한 기준을 충족하도록 요구받는데, 이 기준은 본 실무 지침서의 제2부 절 III.A.1(a)에 설명되어 있고,<sup>782)</sup> 법원에서 다룰 수 있어야 한다. 평등기구가 집행 권한과 함께 차별 사건의 조사와 소송 권한을 모두 가진 경우에는 공정한 재판을 받은 권리의 침해(denial of justice)를 초래할 수 있는 이해 상충을 피하고자 "각 기능을 다른 부서 또는 다른 직원이 제공하는" 것이 중요하다.<sup>783)</sup> 각 부서는 자신의 임무를 수행하는 데 필요한 제도적 보장을 갖춰야 한다.<sup>784)</sup> 특히, 각

776) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단14.

777) 같은 문헌, 문단15.

778) 같은 문헌, 문단16.

779) 같은 문헌, 문단17 (c).

780) 같은 문헌, 문단17 (d).

781) 같은 문헌 문단17 (a).

782) 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절 III.A.1(a).

783) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단11.

부서는 기능적으로 독립적이어야 하며, 충분한 인적 그리고 재정적 자원을 제공받아야 한다.<sup>785)</sup>

#### 사건 처리(casework): 몰도바 공화국의 사례

사건 처리에 있어, 평등기구는 차별 피해자가 적절한 법적 구제를 받도록 보장하는 데 있어서 중요한 역할을 해왔다. 또한 체계적인 차별 관례를 종식하는 데 중요한 역할을 해왔다. 예를 들어, 장애를 가진 사람으로서의 지위가 매니큐어와 페디큐어 작업을 수행할 수 없다는 전제에서 한 여성의 매니큐어 페디큐어 직업 재교육 프로그램에 등록을 거부한 사건에 대한 2014년 9월 9일 몰도바 공화국의 차별 방지 및 대응 그리고 평등보장 위원회의 110/240 사건이 있다. 위의 전제는 최근 몰도바 공화국이 비준한 장애인권리협약에 부합하지 않았으며, 특히 —일터를 포함하여— 장애인의 평등과 비차별의 보장에 부합하지 않았다. 위원회는 장애를 이유로 직업 훈련에서 제외하는 것이 차별적이라고 결정하였다. 이 결정은 장애인의 차별받지 않을 권리를 보장하는 법적 요건에 대한 사회의 이해를 크게 높였으며, 따라서 국가 수준에서 긍정적인 개혁을 촉진하는 데 중요한 역할을 하였다.

평등기구의 결정이 구속력이 없는 상황에서는 피해자가 그들의 법적 권리를 집행할 수 있는 법적 방안을 유지하는 것이 특히나 중요하다.<sup>786)</sup> 의사결정 권한을 가진 평등기구가 있을지라도 있을지라도 국가의 법 제도는 개인이 법원에 소를 제기할 가능성을 절대 배제해서는 안 된다.<sup>787)</sup> 또한, 정부와 기타 관련 의무 수범자가 권고 사항을 신중하게 고려하고 시행하도록 보장하는 장치가 있어야 한다.<sup>788)</sup>

#### 모니터링과 감독: 덴마크와 태국의 예시

명령된 조치의 이행에 대한 모니터링과 감독에 관해, 평등기구는 피진정인에게 일정 기한 내에 취한 조치에 대해 보고하도록 명령하거나, 또는 명령을 발한 후 이에 대한 준수 여부를 모니터링하고 감시할 권한을 부여받아야 한다. 만약 명령을 준수하지 않는 경우, 평등기구는 비준수에 대해 금전적 제재를 부과할 수 있는 권한이 있어야 한다. 예를 들어, 덴마크의 평등대우위원회가 내린 결정을 준수하지 않는 경우, 위원회는 진정인의 요청이나 진정인을 대신하여 해당 문제를 민사법원에 제기해야 한다.<sup>789)</sup> 일부 평등기구는 비준수에 대해 좀 더 엄격한 권한을 부여받고 있다: 태국에서는 성차별심사위원회의 명령을 위반한 사람은 누구라도 최대 6개월의 징역이나 최대 2만 바트의 벌금을 부과받을 수 있고, 또는 둘 다 병과되는 대상이 될 수 있다.

## D. 평등기구 효력 보장

평등하고 차별받지 않을 권리를 존중, 보호, 실현할 국가의 의무를 충족하는 데 평등기구의 설립은 꼭 필요하다.<sup>790)</sup> 실제로, 시행을 감독하고 피해자에게 지원과 전문성을 제공하며 충분한 자원을 가진 독립적인 기관을 설립하지 않고서 평등권과 차별받지 않을 권리의 진전을 이뤄낸 사법권을 찾기란 어렵다.

784) 같은 문헌 참조: 제2부 절IV.B 추가 내용.

785) 같은 문헌 참조: 특히, 절IV.B.1 및 절IV.B.2.

786) 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절 III.A.

787) 실제로, 유엔 사회권위원회는 "비차별과 관련된 일부 의무의 경우(하지만 이에 국한되지 않음)어떤 형태의 사법적 구제책을 제공하는 것이 협약 요건 이행에 필수적으로 보인다"는 점을 밝혔다. (각주 생략). 참조: 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제9호 (1998), 문단9.

788) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단36.

789) 프랑스의 권리 옹호자, 핀란드의 국가 비차별 및 평등 재판소, 그리고 스웨덴의 평등 옴부즈맨 사건에서도 이와 비슷한 메커니즘이 제공된다.

790) 참조: 본 실무 지침서의 제1부 절 I.B.

다양한 모델의 평등기구가 국가 수준에서 설립되었는데, 어떤 모델은 다른 모델에 비해 어떤 맥락에서는 더 적합할 수도 있다. 국가는 자국법에 따라 설립하는 기관의 의무, 기능, 권한을 결정하는 데 어느 정도의 재량을 가지고 있다. 하지만 평등기구는 평등권과 차별받지 않을 권리의 보호를 전진하는 데 효과적이어야 한다. 그러기 위해서는 독립성, 적절한 자원 제공, 접근성, 성찰성, 참여성 각각에 대한 제도적 보장 사항이 충족되어야 한다. 또한 평등기구는 적절한 위임 의무와 권한을 부여받아야 한다.

국가의 국제법상 의무에 맞게, 평등기구의 업무는 —하나의 기구로든 기구의 통합으로든— 공공 및 민간 부문을 포함하여 법의 규제를 받는 생활 전 영역에서 차별의 모든 사유, 유형 및 표현을 다루어야 한다.<sup>791)</sup> 일부 국가에서는 주로 인권옹부즈맨이나 국가인권기구와 같은 복수의 임무를 가진 기관이 평등과 인권 보장의 이중 임무를 가지고 설립된다. 그러한 기관의 효력을 보장하기 위해서는, 해당 기관의 평등에 관한 임무가 잘 정의되어 있으며 위에서 제시한 각 제도적 요건이 보장되는 것이 중요하다.<sup>792)</sup> 또한 자국법에 따라 설립된 상이한 독립된 기구들 사이의 "적절하고 밀접한 협력"을 보장하는 조치가 반드시 준비되어 있어야 한다.<sup>793)</sup>

평등기구가 충분한 재원을 제공받고, 명확한 임무를 가지며, 독립성을 지지하는 제도적 보장이 있는 경우 실제로 매우 효과적인 것으로 입증되었다. 평등기구는 전략적 계획을 수립하고, 목표를 설정하고, 업무 결과와 목표 달성을 추적 관찰하기 위한 지표와 측정기준을 설정하므로 위임된 임무를 효과적으로 수행하는데 그 자체로 중요한 역할을 수행한다.<sup>794)</sup> 국가가 이런 과정을 지원하고 평등기구의 효력을 보장하는데 노력하는 것이 중요하다. 이 부분에 대해서, 현대적 형태의 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오주의 및 관련 차별에 관한 특별보고관은 국가에게 "[평등] 기구가 직면하는 난제가 무엇인지 확인하고 그들이 수행하는 업무에 필요한 지원을 제공하라"고 요청한다.<sup>795)</sup>

---

791) 참조: 추가적으로 본 실무 지침서의 제2부 절 I.A. 다른 참조: 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단4. 마찬가지로, 다음 참조: A/71/301, 문단6 및 문단 8.

792) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회 "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단7-9.

793) 독립적 감독 기구와 그들이 장애인의 유엔 장애인권리위원회 작업에의 참여에 관한 지침, 문단14.

794) 유럽평의회, 인종주의 및 불관용에 대응하는 유럽위원회, "ECRI 일반 정책 권고 제2호", 문단33.

795) A/71/301, 문단12.

## V. 이행 의무

### 요약

- 평등영향평가는 차별받지 않을 권리의 이행과 집행에 필수적인 도구다.
- 평등영향평가를 위해서는 법률, 정책, 결정에 대해 선제(先制)적이고, 협의적이며, 데이터 기반의 평가가 필요하다. 이는 법률, 정책, 결정이 직접적이거나 간접적으로 차별하지 않도록 이를 보장하고 차별받는 사람과 집단의 특별한 욕구가 어떻게 수용되고 증진될 수 있는지를 확인하기 위한 것이다.
- 평등영향평가가 실효적이 되기 위해서는 정책이 도입되기 전에 실시해야 하며, 잠재적으로 영향을 받는 공동체 구성원, 그 공동체의 다양성을 모두 반영하고, 협의하여 수행해야 한다. 평등영향평가의 결과는 공개되고 실질적인 정책 변화를 가져와야 한다.

각각의 주요 유엔 인권조약들은 차별받지 않을 권리를 포함해 그들이 보호하는 권리를 이행하도록 국가가 필요한 조치를 취할 것을 요구한다.<sup>796)</sup> 예를 들어, 유엔 인종차별철폐협약과 유엔 여성차별철폐협약을 체결한 국가는 "적절한 모든 수단을 쓰고 지체없이 차별철폐 정책을 추진"할 것을 약속한다.<sup>797)</sup> 그러므로 차별적인 법률과 정책의 제거, 보호적 법률 체계의 수립 및 집행과 더불어, 국제법은 평등권과 차별받지 않을 권리의 시행을 위해 선행 주도적 조치의 채택을 요구한다.

시행 조치는 포괄적인 행동 계획의 일부인데, 여기에는 차별을 철폐하고 실제로 평등을 달성하기 위해 설계된 적극적 조치가 포함된다.<sup>798)</sup> 본 실무 지침서의 다른 곳에서 논의된 바와 같이, 시행 조치는 독립적인 평등기구의 감독을 받을 수 있고 법적인 평등 의무(duty)의 채택을 통해 실현될 수 있다.<sup>799)</sup>

차별받지 않을 권리의 효력을 보장하고 평등을 향해 진전을 이루어야 하는 포괄적인 의무에서 파생되어 나온 별개의 이행 의무가 있다는 사실에 대한 명확한 합의가 존재한다는 점은 인권 조약기구의 관례와 논평에서 확인된다. 본 실무 지침서의 제1부 절 I.B에서 명시한 바와 같이, 국가는 차별적인 법률, 정책, 관례를 폐지하거나 수정하고, 차별로부터의 포괄적이고 효과적인 보호를 보장할 즉각적 의무가 있다.<sup>800)</sup> 이러한 사항뿐만 아니라, 국가의 이행 의무에는 다음이 포함된다:

- 편견에 맞서 싸우고, 인간의 다양성을 진전할 의무. 이 의무는 —차별금지법률에 성문화되어야 하지만 법만으로 달성할 수 없어 그보다 더 광범위한 활동이 필요— 본 실무 지침서 제6부에서 논의한다.
- 평등 정책과 전략을 개발하고 시행할 의무.
- 평등영향평가를 이용할 의무.
- 세분된 자료를 수집, 분석, 게재함으로써 평등을 모니터링할 의무.
- 피해를 본 집단을 모든 정책, 전략, 모니터링, 연구 및 적극적 조치 계획에 참여하도록 이를 협의하고 보장할 의무.

796) 참조: 예를 들어, 자유권규약, 제2조; 사회권규약, 제2조; 유엔 인종차별철폐협약, 제2조; 유엔 여성차별철폐협약, 제2조; 유엔 장애인권리협약, art. 4; 유엔 아동권리협약, 제2조.

797) 유엔 인종차별철폐협약, 제2조; 유엔 여성차별철폐협약, 제2조.

798) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단36.

799) 참조: 본 실무 지침서의 제2부 절 I.C.2.

800) 유엔 인종차별철폐협약, 제2조 (1) (c); 유엔 여성차별철폐협약, 제2조; 유엔 장애인권리협약, 제4조 (1) (b).

주목할 점은 이러한 모든 조치를 포괄적인 차별금지법 속에 전부 적용하거나 포함해서는 안 된다. 실제로 그렇게 할 수도 없다. 일부 시행 조치는 국가가 법률로는 상세히 설명할 수 없는 정책이나 관례를 채택하도록 요구한다. 반면, 다른 시행 조치는 본질적으로 동적(dynamic)인 성격의 재정 또는 경제적 조치를 수반하게 된다. 그래서 비록 국제법에서는 국가가 평등권과 차별받지 않을 권리의 효과적인 시행을 반드시 보장해야 한다는 점을 명확히 하고 있지만, 주요 조약의 대부분은 그러한 조치의 설계는 국가의 재량에 맡기고 있다.<sup>801)</sup>

그렇기는 하지만, 국가에 차별금지법률에서 이행 조치를 채택하도록 요구하고 그 조치의 운영을 위한 틀을 제공하도록 보장하는 것이 중요하다.

## A. 평등 정책 및 전략

인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약 및 장애인권리협약 당사국은 모두 "차별을 철폐하는 정책을 모든 적절한 수단을 동원해 지체없이 추진하겠다"는 중대한 약속을 하고 있다.<sup>802)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회가 명확히 밝힌 바와 같이, 여기서 "정책" 약속은 가장 넓은 의미의 국가적 정책으로 이해되며, 이는 비차별을 보장하는 헌법의 채택부터 차별적 법률의 폐지에 이르는 "포괄적인 범위의 조치"를 채택해야 한다는 의미이다.<sup>803)</sup> 그러나 유엔 여성차별철폐위원회는 이 넓은 포괄적 정책 약속의 핵심 요소로서, 국가가 "여성과 남성의 공식적 그리고 실질적 평등 원칙을 현실적으로 실현하기 위한 틀을 제공하는 포괄적 행동 계획을 채택"할 것을 강조한다.<sup>804)</sup>

유엔 여성차별철폐위원회의 이 성명은 국가가 평등과 차별금지 정책, 행동 계획, 전략을 개발하고, 채택하며, 이를 시행해야 한다는 국제적으로 명확한 합의를 반영한다. 이 의무는 두 가지 측면을 수반하고 있다고 볼 수 있다.

첫째, 국가는 평등과 비차별을 달성하는 데 초점을 둔 특정한 전략을 채택해야 한다. 유엔사회권위원회는 국가가 "정부 그리고 민간 행위자들의 공식적이고 실질적인 차별을 해소하기 위한 전략, 정책, 행동 계획을 수립하고 시행해야 한다"고 언급했다.<sup>805)</sup> 앞서 언급했듯이, 유엔 여성차별철폐위원회는 국가가 남녀 사이에 평등을 실현하기 위한 포괄적인 행동 계획을 채택해야 한다는 점을 인정한다.<sup>806)</sup> 이와 비슷하게, 유엔 장애인권리위원회는 차별받지 않을 권리를 완전하게 시행하려면 "장애가 있는 사람들의 조직... 과 그 외 관련된 이해관계자들과 긴밀히 협의 하에... 모든 장애인을 포용하고 접근 가능한 평등 정책과 전략을 발전시키는 것"이 필요하다고 강조한다.<sup>807)</sup>

둘째로, 국가는 평등과 비차별 계획을 좀 더 광범위한 정책 개발 프로그램에 통합해야 한다.

예를 들어, 유엔 사회권위원회는 특정한 평등과 비차별 정책의 채택 요구와 더불어 권리가 차별없이 향유될 수 있도록 "예산 편성과 경제 성장을 자극하는 조치와 같은 경제 정책"이 설계되어야 한다고 권장한다.<sup>808)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회는 "정책의 모든 측면이 적절하게 재정 지원을 받을 수 있도록 국가는 차별철폐 조치가 정부의 예산 과정에 연결되도록 주류화해야 한다"고 지적한다.<sup>809)</sup> 유엔 장애인권리위원회는 국가가 "모든 정책과 프로그램에

801) 참조: 예를 들어, 유엔 여성차별철폐위원회의 일반 권고 제28호 (2010), 문단23은 "수단 또는 특정 행동 방식을 사용해야 하는 의무는 당사국에게 그 나라의 특정한 법적, 정치적, 경제적, 행정적 그리고 제도적 틀에 적합하며 또한 당사국에서 존재하는 여성에 대한 차별철폐에 장애물과 저문단 요소에 대응할 수 있는 정책을 고안하는 데 큰 유연성을 제공한다."

802) 유엔 인종차별철폐협약, 제2조(1); 유엔 여성차별철폐협약, 제2조 유엔 인종차별철폐협약, 제2조(1); 유엔 여성차별철폐협약, 제2조; 장애인권리협약의 제4조는 "모든 적절한 조치"를 취할 것과 모든 정책과 프로그램에 대해 장애인의 인권 보호와 증진을 고려할 특정한 의무"가 포함되는 국가의 일반적 의무를 제시한다.

803) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단24.

804) 같은 문헌.

805) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단38.

806) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단24.

807) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단73 (j).

808) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단38.

809) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단28.

대해 장애인의 인권 보호와 증진을 고려"할 것을 요구한다.<sup>810)</sup>

국가는 "많은 유연성"을 가지고 정책을 개발할 수 있지만,<sup>811)</sup> "선택한 특정한 수단이 적절성을 정당화하고 예상되는 효과와 결과를 달성할 수 있는지를 반드시 증명"해야 한다.<sup>812)</sup> 따라서 조치의 효과성 보장이 요구되며, 평등 계획과 전략의 개발 및 시행 과정은 협의를 거치고 참여를 기반으로 해야 한다.<sup>813)</sup>

## B. 평등영향평가

평등영향평가는 국제인권 조약에서 명시적인 요구사항은 아니지만 차별철폐의 필수적 도구로 점점 더 인식되고 있다.<sup>814)</sup> 따라서 국가가 국제법상 의무를 이행하는데 필요한 수단이다. 평등영향평가는 법률, 정책, 결정이 직접적이거나 간접적으로 차별하지 않도록 이를 보장하고 차별받는 사람과 집단의 특별한 요구가 어떻게 수용되고 증진될 수 있는지 확인하기 위한 법률, 정책, 결정에 대해 선제(先制)적이고, 협의적이며, 데이터 기반의 평가를 수반한다. 그러므로, 평등영향평가를 수행할 의무는 법률, 정책, 관례에서 차별하는 것을 피함으로써 차별받지 않을 권리를 존중할 국가 의무의 일부가 된다. 그러나 평등영향평가는 실제로는 동등한 참여의 구조적 장벽을 제거하고 평등을 좀 더 넓게 촉진하는 정책 대응을 국가가 찾아내어 채택할 수 있도록 함으로써 보다 넓은 영역에서 긍정적 영향을 미칠 수 있다.

최근 몇 년 동안 인권영향평가는 점점 더 많이 사용되었으며 인권기구는 환경, 기업,<sup>815)</sup> 선주민의 권리,<sup>816)</sup> 및 어린이의 권리<sup>817)</sup> 등 다양한 분야에서 그 적용을 권장한다. 현대적 형태의 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오주의 및 관련 차별에 관한 특별보고관은 최근 보고서에서 평등영향평가를 특정하여 디지털 기술 설계의 "필수 전제 조건"임을 확인했다.<sup>818)</sup> 장애인권리협약은 제4조에 국가는 "모든 정책과 프로그램에 장애인의 인권 보호와 증진을 고려해야 한다"는 요건을 포함하고 있다.<sup>819)</sup> 유엔 여성차별철폐위원회는 국가가 협약 제2조에 따라 의무를 이행하기 위해서는 "여성의 명목상 그리고 사실상의 상황을 즉각 평가하고 차별을 철폐하는 정책을 수립하고 시행하기 위한 구체적인 조치를 취해야 한다"는 점에 주목한다.<sup>820)</sup> 그리고 유엔 사회권위원회는 2009년의 일반 논평 제20호에서 국가는 경제적 또는 다른 정책이 경제적, 사회적, 문화적 권리에 대해 차별적인 거부나 제한을 초래하지 않도록 이를 보장하는 의무를 여러 번 언급하고 있다.<sup>821)</sup> 이는 분명히 어떠한 평가 요소를 수반하는 의무이다.

실제로, 유엔 사회권위원회의 비차별 의무에 대한 논의는 평등영향평가의 유용성과 필요성을 보여준다. 위원회는 협약에는 "역행 조치"에 반대하는 "강력한 전제"가 있다고 지적하였으며<sup>822)</sup> 이러한 역행 조치를 당사국이 예정한다면 "당사국은 그런 조치의 필요성을 입증할 책임이 있다"고 주장한다.<sup>823)</sup> 절대로 "불우하고 소외된 개인과 집단에게 불균형적인 영향을 미쳐서는" 안되며, "다른 방식으로 차별적으로 적용되어서는" 안 된다.<sup>824)</sup>

유엔 인권조약 기구와 특별절차수입자는 평등영향평가가 적절하게 적용되고 효과적으로 시행되도록 이를 보장할

810) 유엔 장애인권리협약, 제4조(1) (c).

811) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단23.

812) 같은 문헌.

813) 같은 문헌, 문단27-28; 유엔 장애인권리협약, art. 4 (3); 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단73 (j).

814) 참조: 예를 들어, A/HRC/44/57, 문단56; A/75/258, 문단89.

815) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제24호 (2017), 문단13.

816) 같은 문헌, 문단17.

817) 참조: 예를 들어, 유엔 아동권리위원회, 일반 논평 제5호 (2003), 문단45; 일반 제14호 (2013), 문단99.

818) A/HRC/44/57, 문단56.

819) 유엔 장애인권리협약, 제4조(1) (c).

820) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단24.

821) 참조: 예를 들어, 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단38.

822) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제25호 (2020), 문단24.

823) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제22호 (2016), 문단38. 823 같은 문헌

824) 같은 문헌.

지침을 제공한다. 첫째, 평등영향평가는 정책이 보호되는 집단에 미치는 모든 차별적인 영향을 평가하고 (그리고 제거하려는) 노력을 기울여야 한다.<sup>825)</sup> 차별적 영향이 확인되는 상황에서는 보호되는 집단의 요구에 맞게 해당 정책을 조정해야 하며, 불평등을 심화시켜서는 안 된다. 둘째, 효력을 보장하기 위해서 영향평가는 선택이 아니라 의무적으로 시행되어야 한다.<sup>826)</sup> 셋째, 차별받지 않을 권리에 의해 국가는 "즉각적이고 공통적으로 고려해야 할 의무"를 부여받는다라는 합의된 인식에 따라서<sup>827)</sup> 평등영향평가를 수행하는 의무는 사전 의무이며, 이는 정책을 채택하기 전에 영향평가를 수행해야 함을 의미한다.<sup>828)</sup> 그러나 예측하지 못한 또는 긴박한 차별적 영향을 피하고 모든 선행 주도적 조치가 의도한 대로 작동하고 있는지 확인할 수 있도록 평등영향평가를 정책 시행과 감독에 통합하는 것도 매우 중요하다. 세 번째로, 평등영향평가는 정책이 적용되는 집단의 구성원과 협의하여 수행해야 한다.<sup>829)</sup> 그리고 평가의 결과는 공개 이용될 수 있어야 하며, "정책 제안에 의미 있는 변화를 가져와야 한다."<sup>830)</sup>

### 실제 법제: 영국의 공공부문 평등 의무와 평등 영향평가

공공부문에서의 평등 의무는 2010년 평등법에서 도입되었으며, 이는 이전의 많은 특정한 평등 조약 속에 규정된 보호를 하나로 모아 조율하고 확장한 것이다. 이 의무는 공공 당국이 차별을 없애고, 기회의 평등을 증진하고, 사회 속에서 차별받는 집단과 그 밖의 사람들 사이의 좋은 관계를 육성할 필요성에 "충분한 고려"를 하도록 요구하여 평등에 대한 사고를 공공 결정과정 전반에 주류화하도록 요구한다. 특히, 이 법의 제149조(1)은 다음과 같이 규정한다:

1) 공공 당국은 자신의 기능을 행사하는 데 있어 다음의 필요성을 특히 고려해야 한다:

- a) 차별, 괴롭힘, 가해 및 이 법에 준거하여 또는 의해 금지된 기타 행위의 철폐;
- b) 관련된 차별금지사유에 해당하는 특성을 가진 사람들과 그렇지 않은 사람들 사이의 기회 평등을 증진;
- c) 관련된 차별금지사유에 해당하는 특성을 가진 사람들과 그렇지 않은 사람들 사이의 좋은 관계의 육성

"적절한 고려(due regard)"라는 용어는 해당 법 제149조(3)에서 공공 당국이 보호 대상인 집단의 개인이 경험하는 "불이익을 제거하거나 최소화"하고, 이러한 사람의 "요구를 충족시키는 조치를 취하고", "차별금지사유에 해당하는 특성을 가진 사람이 공공생활 또는 그러한 사람의 참여가 불균형적으로 낮은 기타 활동에 참여하도록 장려"할 필요성을 특히 고려하는 것으로 설명된다. 제149조(5)에 따르면, 공공 당국은 "편견에 맞서고" "이해를 촉진"하려는 필요성을 특히 고려해야 한다. 제149조(6)는 의무의 준수는 "일부 사람을 다른 사람보다 더 우호적으로 대우하는 것을 포함할 수 있다"고 명시적으로 인정하며, 이를 통해 (법의 다른 조항과 일관성이 유지되는 정도까지) 적극적 조치를 취할 수 있게 허용한다.

"적절한 고려"라는 용어의 의미는 법원에서 더욱 명확하게 하였다. R (브라운) v. 노동 및 연금부 장관(R (Brown) v. Secretary of State for Work and Pensions) 사건에서,<sup>831)</sup> 대법관 아이켄스(Aikens)는 브라운(Brown) 원칙으로 알려지게 된 6가지 주요 기준을 제시했는데, 이 기준은 다음과 같이 공공부문의 평등 의무를 어떻게 충족해야 하는지 규정하고 있다: (a) 공공 당국은 "확인된 목표에 대해 '적절한

825) 참조: 예를 들어, A/HRC/41/54/부록2, 문단15.

826) 같은 문헌, 문단15 및 문단 74 (c). 다른 참조: A/HRC/44/57, 문단56.

827) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단7; 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단12. 다른 참조: A/HRC/26/29, 문단19.

828) 참조: 예를 들어, A/75/258, 문단89 (c). 다른 참조: 유엔 아동권리위원회는 아동권리 영향평가(assessment, 사정)와 아동권리 영향평가(evaluation)를 구분한다. 두 가지 모두 협약에 따라 필요하지만, 전자는 사전적(事前的)인 의무(즉, 정책이 채택되기 전에 필요)이며, 후자는 사후적인 의무(즉, 정책이 채택된 후에 그 영향을 평가하기 위해 적용)이다. 참조: 유엔 아동권리위원회, 일반 논평 제5호 (2003), 문단45; 일반 제14호 (2013), 문단99.

829) A/HRC/44/57, 문단56; A/75/258, 문단89.

830) A/HRC/41/54/부록2, 문단34.

831) R (Brown) v. Secretary of State for Work and Pensions 사건 [2008] EWHC 3158 (행정부).

고려'를 해야 할 의무를 알아야 한다"; (b) 보호 대상인 집단에 영향을 미칠 수 있는 "특정 정책을 고려하기 전 그리고 그 때에 이 의무를 완수해야 한다"; (c) "의무는 실질적으로, 엄격하게, 그리고 열린 마음으로 행사해야 한다"; (d) 이 의무는 위임할 수 없다; (e) "이 의무는 계속된다"; (f) 공공 당국은 "평등 의무에 대해 생각하고, 관련된 질문을 고민한다는" 것을 입증하는 "적절한 기록"을 보관해야 한다".<sup>832)</sup>

많은 공공 당국은 그들이 공공부문에서 평등 의무를 준수함을 입증하고 도구화된 접근을 하기 위해서 평등영향 평가를 수행한다. 위에서 논의한 것처럼, 평등 영향평가는 영국에서는 의무가 아니지만(웨일스와 스코틀랜드는 의무), 실무에서는 의무적으로 요구된다.

### C. 추적(monitoring)과 자료(data)

조약 당사국은 차별철폐 조치의 시행과 효력을 추적할 의무가 있다. 조약기구는 정기 심의 과정을 통해 조약 당사국과 의사소통하며, 여러 다른 생활 영역에서의 차별에 노출된 집단들의 참여에 대한 분리된 집계 자료의 수집과 보고의 필요성을 여러 번 그리고 지속해서 강조한다.<sup>833)</sup> 유엔 인종차별철폐위원회는 일반 권고 제24호(1999)에서 "당사국이 자신의 영토 내에 다양한 집단의 존재에 대한 정보를 위원회에 가능한 한 제공하는 것은 필수적"이라고 명시하고 있다.<sup>834)</sup> 이와 유사하게, 유엔 여성차별철폐위원회 또한 국가는 "모든 여성 차별 유형에 대한 통계 데이터 베이스와 분석을 생성하고 지속적으로 개선해야 하며... 특히 특정한 취약 집단의 여성에 대해 더욱 그렇다"고 주장한다.<sup>835)</sup>

유엔 여성차별철폐위원회는 이러한 국제적 보고의 의무에 더하여 국내 수준에서도 차별금지법의 효과적인 시행을 보장하기 위해 모니터링과 자료 수집의 필요성을 강조하며, 국가는 "지표, 기준, 일정과" "관련된 성별 분리된 집계 자료를 수집하는 메커니즘을 설정하고 효과적인 모니터링이 가능하도록 하고, 지속적인 평가를 촉진하며, 기존 조치를 수정 또는 보완할 수 있도록 하고, 새로운 조치를 식별해야 한다"고 명시하고 있다.<sup>836)</sup> 유엔 사회권위원회는 차별을 없애기 위해 "구체적이고, 신중하며, 표적화된 조치"를 취해온 국가는 "선택한 조치가 실제로 효과적인지"를 정기적으로 평가해야 한다고 명시하고 있다. 또한 위원회는 이러한 "모니터링에는 차별을 철폐하기 위해 취한 조치와 이를 통해 이루어 낸 결과 모두를 평가해야 한다"는 점에 주목한다.<sup>837)</sup>

장애인권립협약 제정정보를 수집할 명시적인 의무를 부여한다. 협약 제31조는 국가가 "통계 자료와 연구 자료를 포함한 적절한 정보를 수집하여 이 정보를 기반으로 협약을 이행하기 위한 정책을 마련하며 시행하도록" 규정하고 있다. 그리고 제31조는 정보는 세분되어야 하며, 이 협약에 따라 국가 당사자의 의무 사항 이행을 평가하는 데 도움을 주고, 장애가 있는 사람이 자신의 권리를 행사하는데 직면하는 장벽을 확인하고 이를 해소하기 위해 "사용되어야 한다는 점을 밝히고 있다. 유엔 장애인권리위원회는 일반 권고 제6호 (2018)에서 자료는 "장애와 공통부분 범주에 근거하여 세분화" 되어야 하고 "모든 차별 유형에 대한 정보를 제공해야 한다"는 점에 주목하여 위 의무를 이행하는 방향을 제시한다. 그리고 수집할 자료는 "광범위해야 하며" 자료의 설계, 수집 및 분석은 참여를 통해 되어야 한다고 지적한다.<sup>838)</sup> 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)는 좀 더 실무적인 수준에서 많은 국가, 전문가, 유엔 기관, 개발 행위자 및 비정부기구와 협력하고, 유럽연합의 지원을 받아 간극 줄이기(Bridging the Gap) 프로젝트를 통해 협약의 이행을 측정하기 위한 일련의 지표를 개발하였다.<sup>839)</sup>

832) 같은 문헌, 문단90-92 및 문단94-96.

833) 참조: 예를 들어, CCPR/C/BEL/CO/6, 문단16 (c); E/C.12/FRA/CO/4, 문단17; CEDAW/C/BGR/CO/8, 문단46; CERD/C/KHM/CO/14-17, 문단6; CRPD/C/IRQ/CO/1, 문단60 (c).

834) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제24호 (1999), 문단1.

835) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단10.

836) 같은 문헌, 문단28.

837) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단36 및 문단41.

838) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단71.

정책 결정 및 평등, 비차별, 그 외 인권에 대한 보다 넓은 논의, 그리고 이러한 권리를 존중하고, 보호하고, 충족하려는 조치의 효력에 대해 정보를 제공하기 위하여 수집된 자료는 일반 대중이 쉽게 접근할 수 있는 형식으로 공개되어야 한다.<sup>840)</sup> 그러나, 자료 공개가 낙인을 심화하거나 사람에게 위협을 초래해서는 안 된다.<sup>841)</sup>

## D. 협의, 관여 및 참여

차별받지 않을 권리를 이행하는 국가 의무에 관련된 조약기구는 하나같이 협의, 관여 및 참여의 중요성을 강조한다.

평등한 참여를 보장하는 의무는 권리 보유자의 역량강화(empowerment)와 직접 관련된다. 예를 들어, 유엔 인종 차별철폐협약은 제2조(1)(e)에 따라, 국가에 “다종족 통합주의자단체와 인종간의 장벽을 폐지하는 운동 및 기타 방법을 장려하고, 또한 인종분열을 강화할 성향이 있는 어떠한 것도 막아야” 하는 의무를 부과한다. 이와 유사하게, 유엔 여성 차별철폐협약의 제7조도 국가가 “당사국은 국가의 정치적 및 공적 생활에서 여성에 대한 차별을 철폐하기 위하여 모든 적절한 조치를 취하고, 특히, 여성이 남성과 동등한 공적, 정치적 생활과 관련된 비정부기구 및 단체에 참여할 권리를 보장”하도록 요구한다. 유엔 장애인권리위원회는 일반 논평에서 평등한 참여를 관련 협약의 주요 쟁점으로 자세히 설명한다.<sup>842)</sup> 유엔 장애인의 권리에 관한 특별보고관은 “장애인의 결정 과정에서의 적극적인 참여는 장애인권 모델의 필수 조건”라고 말한다.<sup>843)</sup>

차별에 노출된 사람과 협의하고 이들을 참여시킬 의무는 모든 차별 관련 법률과 정책 개발에 적용된다. 예를 들어, 유엔 사회권위원회는 차별철폐 조치를 선택하는 데 있어, “한 가지 또는 그 이상의 차별 금지 이유로 남들과 구별되는 개인 및 개인 집단은 의사결정 과정에 참여하는 권리를 보장받아야 한다”고 지적한다.<sup>844)</sup> 이와 비슷하게, 유엔 여성차별철폐위원회는 국가가 “여성이 차별철폐를 위한 종합적인 정책의 개발, 시행 및 모니터링에 적극적으로 참여할 수 있도록 보장”하고, 더 나아가 “인권 및 비정부 여성 단체에 충분히 제공하고, 충분한 협의가 진행되며, 일반적으로 초기 및 향후 정책 개발에 적극적으로 역할을 수행할 수 있도록 자원을 투입해야 한다”고 권고한다.<sup>845)</sup> 이러한 요건은 예를 들어, 소수자권리선언이 제2조에서 “소수자에 속하는 사람은 국가와 —적절한 경우— 지역 수준에서 의사결정에 실효적으로 참여할 권리를 가지고 있다”고 표명하듯, 국제인권법의 오래된 원칙들을 반영하는 것이다.

839) 참조: 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR), 지속가능발전목표를 통한 장애인의 권리 증진: 자료 패키지의 "자료 소스 가이드"와 "장애인권리협약에 대한 인권 지표" (사전 버전, 2021, 다음에서 이용 가능 [www.ohchr.org/en/disabilities/sdg-crpd-resource-package](http://www.ohchr.org/en/disabilities/sdg-crpd-resource-package); 2023년에 공개 예정).

840) “국제인권법이 인정하는 차별 근거에 따라 분리된 자료를 국가가 수집하고 공개할 의무를 이행할 수 있도록 역량과 파트너십이 개발되어야 한다 ... 가능한 경우, 자료는 다중적이고 교차적인 불평등과 차별을 찾아내고 분석할 수 있는 형식으로 공개되어야 한다. 개인은 다양한 축(예: 젠더와 장애)에서 차별과 불평등을 경험할 수 있다. 하위 그룹 수준에서 자료를 분석하면 다중적이고 교차적인 불평등에 대한 이해가 가능하다. 피해를 본 사람의 법적, 제도적, 문화적 상태를 포함하여 질적 지표 및 맥락적 정보 또한 [인권 기반의 자료 접근법]에 따라 수집한 자료에 대해 이해를 증진하고 맥락을 파악하는 데 필수적이다.” 참조: 유엔 인권최고대표 사무소(OHCHR), “인권 기반의 자료 접근법: 2030 지속가능발전목표에서 아무도 뒤처지지 않게 하기” (제네바, 2018), 7-8쪽. 이용 URL: [www.ohchr.org/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf).

841) “일부 경우에는 논리적, 정치 또는 기타 이유로 인구 통계학적 특성을 이용해 특정 인구를 식별할 필요가 있다. 예를 들어, 국가에 의해 인정받지 못하지만 특정한 소수 민족이 한 곳에만 모여 거주한다고 알려져 있다면, 이런 경우에 개인의 주거지에 대한 자료가 결과적으로(ipso facto) 그들 민족을 나타낸다고 생각할 수 있다. 자료를 이런 방식으로 사용해 특정 집단을 찾아낼 때, 민족 정체성과 관련된 개인의 정보 공개가 없다면, 자료 수집자는 이런 자료를 처리하고 공개할 때 그 속에 개인의 정체화가 존재함을 시사하면 안 된다. 위의 보기처럼, 자료는 특정 집단을 위해 확립된 매개 변수는 주거지에 따라 설정된 것이며, 집단 구성원이 스스로 밝힌 것은 아니라는 점을 명확하게 하도록 자료를 정확하게 설명해야 한다. ... 개별 주체의 신분을 직접적이든 간접적이든 노출하는 방식으로 자료를 게시하거나 공개적으로 접근할 수 있도록해서는 안 된다. 정보 접근은 사생활 권리와 자료 보호 권리와 균형을 맞추어야 한다.” 같은 문헌, 13-19쪽, 13쪽 및 16쪽.

842) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제7호 (2018).

843) A/HRC/43/41, 문단46.

844) 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제20호 (2009), 문단36.

845) 유엔 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제28호 (2010), 문단 27.

장애인권리협약과 유엔 장애인권리위원회는 다른 협약처럼 장애인권리협약의 초점을 장애인이 모든 삶의 영역에 완전한 참여를 보장하는 것에 초점을 맞추어 현재의 모범사례를 명확히 표현한다. 협약 제4조 (3)는 국가가 장애인과 밀접하게 논의하고 이들을 입법과 정책의 개발과 시행에 적극적으로 참여시켜야 한다고 규정하고 있다. 또한 제33조 (3)는 장애인이 협약의 이행을 모니터링하는 데 포함되고 참여시켜야 한다고 규정하고 있다. 위에서 논의한 바와 같이, 위원회는 정책과 전략의 개발 및 협약의 모니터링과 시행 모두 장애인의 참여하에 이행되어야 한다는 점에 명확히 주목한다. 또한 위원회는 "사회의 광범위한 다양성"을 대표하도록 이를 보장하고 교차 차별 문제를 해소하기 위해서, 시민사회 단체들과의 밀접한 협의와 적극적인 참여가 특히 중요하다고 지적한다.<sup>846)</sup>

---

846) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호 (2018), 문단33.



# 차별 없이 보는 세상



## 제 3 부

### 소수자의 권리 보호



## 요약

- 민족적, 인종적, 종교적, 언어적 소수자의 권리 실현에는 차별받지 않을 권리의 효과적인 보호와 이행이 필요하다. 그와 마찬가지로, 국가가 그러한 소수자 권리를 존중, 보호, 실현할 의무를 이행하기 위해서는 포괄적 차별금지법의 제정, 집행, 이행이 필수적이다.
- 차별 금지는 소수자의 권리에 내재하고 있다. 국가는 그들의 노력에 있어 차별받지 않을 권리가 가진 모든 측면이 소수자 권리를 보장하기 위한 노력에 효과적으로 되도록 해야 한다. 이에 소수 공동체 구성원이 자신의 문화를 향유하고, 자신의 종교를 공언하고 또는 일상적으로 행하고 또는 자신의 언어를 사용하는 데 있어 법, 정책, 관행이 이를 직접 및 간접적인 차별을 하지 않도록 보장하는 것이 포함된다. 또한 문화에 대한 공동생활의 문화 향유, 종교의 실천, 그리고 언어의 사용을 존중하고 이를 확보하는 조치가 젠더, 성별(Sex), 성적지향 혹은 기타 사유를 근거로 한 차별을 초래하지 않도록 보장하는 것이 포함된다.
- 광범위한 소수자 권리 보장 조치가 효과적이고 실제로 실현되지 않으면 소수자의 평등, 차별받지 않을 권리는 효과적으로 실현될 수 없다. 이러한 보장 조치에는 소수 공동체와 관련이 있는 모든 사안에 대한 인식, 진정한 참여 및 협의가 포함된다.
- 선주민은 국제인권법이 규정하는 소수자를 위한 기본적인 권리보다 더욱 확장된, 특별한 권리를 가지고 이를 향유한다.

## I. 소수자 권리\*와 차별 금지

\*역주: “소수자(Minority)”는 다양한 이유로 소외받는 집단을 지칭할 때도 사용되는 용어이지만, 이 장에서는 민족적, 인종적, 종교적, 언어적 소수자(예: 소수민족)를 일컫는 맥락에서 주로 사용되고 있다. 따라서 “소수자 권리(Minority rights)”라는 용어 역시 이 장에서는 주로 민족적, 인종적, 종교적, 언어적 소수자의 권리를 일컫는다고 이해할 필요가 있다.

포괄적 차별금지법은 소수자의 인권 실현을 위한 핵심적이고 필수적인 요소이다. 이러한 법률의 제정 및 집행은 소수자 권리 향유의 필요조건이지만 충분조건은 아니다. 차별금지법의 범위와 요건 너머에 종교 및 언어 소수자를 위한 특정한 권리가 있기 때문이다. 마찬가지로, 포괄적 차별금지법은 소수자 공동체의 구성원뿐만 아니라 모든 사람을 보호한다. 소수자를 차별로부터 포괄적이고 효과적으로 보호하는 법이 없는 상태에서 소수자 권리는 실현될 수 없다고 널리 알려져 있다.

유엔 인권이사회는 최근 민족적, 인종적, 종교적, 언어적 소수자의 권리에 대한 결의에서 소수자의 권리와 차별받지 않을 권리 간의 연결성을 강조했다. 그중에서도 특히 다음이 포함된다:

그들의 경제적 및 사회적 조건과 소외를 해결하는 것을 포함하여, 민족이나 인종, 종교 및 언어 소수자에 속하는 사람의 권리를 완전히 실현하고 그들에 대한 모든 유형의 차별 종식하는 목표를 실현하기 위한 노력을 강화할 필요성

...

...민족이나 인종, 종교 및 언어 소수자에 속하는 사람들에 대한 다중적, 가중적, 교차적 유형의 차별과 권리의 향유에 복합적인 부정적 영향을 인식하고 해결하는 중요성의 강조.<sup>847)</sup>

유엔 자유권위원회, 사회권위원회, 여성차별철폐위원회, 인종차별철폐위원회, 장애인권리위원회, 유엔 고문방지위원회, 유엔 아동권리위원회, 유엔 이주노동자와 가족의 권리 보호 위원회를 포함한 조약기구는 국가가 생활의

847) 인권이사회 결의안 43/8, 서문.

다양한 맥락과 영역에서 차별없이 조약과 협약에 규정한 소수자 권리를 완전히 보장하도록 요청하였다.<sup>848)</sup> 국제노동기구(ILO) 협약 또한, 종교, 언어, 그리고 종교적 소수자에 대한 차별과 고정관념을 해소할 필요성을 인정한다<sup>849)</sup>. 유엔 인권이사회 제43차 회기에서 — 인권이사회 소수자의 위임권한 주요 후원국인— 오스트리아 정부는 차별 금지가 소수자 보호의 핵심이라고 강조하였다.

민족, 종교, 그리고 언어에 기반한 차별은 모든 조약과 기타 국제법 조항에서 금지하고 있다. 그런데도 이러한 사유에 기반한 차별의 패턴은 현재까지도 계속되고 있으며, 이 차별의 피해자는 흔히 소수자들이다. 그러므로, 소수자의 인권을 동등하게 보장하기 위해서는 이들을 차별로부터의 실효적으로 보호하는 것이 필요하다.

소수자가 직면하는 대부분의 차별 문제는 다른 차별금지사유에 기반한 문제와 다를 바가 없다. 예를 들어, 고용주가 민족이나 종교를 이유로 해당 직원을 고용하지 않는 직접적인 차별 사건의 법적 단계, 고려 사항, 또는 쟁점은 성별, 성적지향 또는 다른 보호받을 이유에 근거한 차별 사건에서 그것들과 다르지 않을 것이다. 따라서, 많은 차별금지법이 고용, 교육, 보건, 재화와 용역의 접근에 대한 차별 사건과 결부되어 소수자 보호에 적용되었다. 이는 법의 규제를 받는 생활의 기타 영역에서 다른 차별금지사유로 제기된 사건과 유사한 양상을 보인다.

따라서, 민족을 기반으로 한 차별에 맞선 사건 소송의 — 전 세계적으로 100년 이상 지속하고 있다— 잔재는 광범위한 법학 체계를 낳았다. 이 부분을 요약하는 것은 본 실무 지침서의 범위를 벗어나는 일이지만 교육, 고용, 보건, 주택, 사회 복지 및 보장과 같은 주요 영역에서 다음과 같은 일을 발생시켜 왔다: 대중교통, 택시 서비스, 레스토랑, 클럽, 디스코텍, 박물관, 도서관, 수영장 등 대중에게 제공되는 서비스에 대한 접근; 공직에 출마하고 참정권을 갖는 것과 같은 정치적 권리; 경찰의 조치와 기타 보안 서비스를 포함하며 사법제도에서의 차별 금지, 그리고 범죄에서 편견과 반감을 실효적으로 조사하고 밝혀낼 필요성. 사실상, 이 영역(민족 차별)에서 시행되는 차별금지법은 대부분 인종차별철폐협약 제5조에서 제시된 권리의 윤곽을 대체로 따르고 있다. 이 부분은 앞의 절에서 자세히 설명하였다.

그렇기는 하지만, 자유권위원회가 지적한 바와 같이, 자유권규약은 제27조에 의해 보장되는 소수자 권리 보호와 조약 제2(1)조 및 제26조가 규정하는 비차별과 평등 보호의 보장을 구별한다.<sup>850)</sup> 제27조는 다음과 같이 규정한다.

종교적, 종교적 또는 언어적 소수민족이 존재하는 국가에 있어서는 그러한 소수민족에 속하는 사람들에게 그 집단의 다른 구성원들과 함께 그들 자신의 문화를 향유하고, 그들 자신의 종교를 표명하고 실행하거나 또는 그들 자신의 언어를 사용할 권리가 부인되지 아니한다.

자유권위원회는 "제27조에서 사용된 용어는 어떤 집단에 속하고 문화, 종교 및 언어를 공유하는 사람들이 보호대상이라는 것을 나타내는 것"이라고 지적한다.<sup>851)</sup> 비록 모든 사람이 비차별의 자격이 있지만, 제27조에 의해 확립된 권리는 이 권리와 그리고 실제로 모든 기타 권리와는 "별개이며, 추가적인"<sup>852)</sup> 권리이다. 제27조에 의해 제2(1)조와 제26조의 권리와는 별도의 그리고 이 권리를 보완하는 특정한 공동의 실천적 권리가 생긴다.

조약 제27조의 권리는 1992년 12월 18일 유엔총회 결의 47/135로 채택된 민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자 권리 선언(Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and

848) 예를 들어, 유엔 사회권위원회의 일반 논평 제21호 (2009)는 소수자의 문화적 삶에 대한 특별한 권리문제를 다루는데, 이 권리는 모든 사람에게 비차별적으로 제공되어야 하는 한다. 참조: 유엔 사회권위원회, 일반 논평 제21호 (2009), 문단21-24 및 32-33. 다른 참조: CEDAW/C/DNK/CO/8, 문단34; CERD/C/ISR/CO/17-19, 문단35; CRPD/C/NOR/CO/1, 문단7; CAT/C/SWE/CO/6-7, 문단15; CRC/C/AUT/CO/5-6, 문단17; 및 CMW/C/LBY/CO/1, 문단29.

849) 특히 - 비록 독점적이지는 않지만 - 동일한 가치 노동에 대한 남녀근로자의 동일보수에 관한 조약, 1951 (제100호), 고용 및 직업에서의 차별에 관한 조약, 1958 (제111호), 그리고 고용 정책 협약, 1964 (제122호)의 조항을 기반으로 한다. 참조: 유엔총회 결의안 74/165. 다른 참조: ILO, "ILO의 민족, 언어, 종교 소수자에 관한 규범적 직무", 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)에 제출된 파일.

850) 자유권위원회, 일반 논평 제23호 (1994), 문단4.

851) 같은 문헌, 문단5.1.

852) 같은 문헌, 문단1.

Linguistic Minorities)에 좀 더 자세하게 설명되어 있다. 이 선언에서 유엔총회는, 그 중에서도, "민족이나 인종, 종교 및 언어 소수자에 속하는 사람은... 사적으로는 물론 공적으로, 그리고 어떤 형태의 간섭이나 차별도 받지 않고, 자신의 문화를 향유하고, 자신의 종교를 밝히고 실천하며, 자신의 언어를 자유롭게 사용할 권리를 가져야 한다"는 점을 재확인한다.<sup>853)</sup> 또한, 이 선언에서 소수자의 "문화적, 종교적, 사회적, 경제적 및 공공생활에 실질적으로 참여할 권리", "국가 수준의 그리고 적절한 경우 그들이 속해 있는 소수 집단과 또는 거주하는 관련된 지역 수준의 의사결정에 실효적으로 참여할 권리", "자신의 연합을 설립하고 유지할 권리" 등에 대한 권리를 확인하며, 특히 국가 간 맥락에서 기타 몇 가지 권리를 보장한다.<sup>854)</sup>

이러한 권리가 차별받지 않을 권리와는 구별되지만, 포괄적이고 효과적인 차별 보호가 있어야 실현된다. 국가는 법, 정책, 및 관례가 직접적이거나 간접적으로 인종, 종교, 언어 소수자가 자신의 문화를 발휘하고; 그들의 역사를 전달하고, 존중하며, 공적으로 기리며; 다른 사람과 함께하는 공동체에서 자신의 종교 또는 신념을 공언하고; 또는 다른 사람과 함께하는 공동체에서 자신의 언어를 사용하는 것이 차별을 받지 않도록 보장해야 한다. 마찬가지로, 국가는 이러한 권리의 행사와 향유를 간섭할 수 있는 민간 주체의 차별로부터 소수자 보호를 보장해야 한다.<sup>855)</sup>

그렇지만, 소수자 권리의 실현 문제는 - 실제로 - 소수자 공동체 내부와 외부 사람의 차별받지 않을 권리와 긴장의 관계에 놓일 수 있다. 다양한 지역들과 다양한 상황 속에서 입법자는 한편으로는 소수자 권리와 이와 관련된 보장 요소들과 다른 한편으로는 차별받지 않을 권리 사이에서 적절하게 균형을 맞추는 데 어려움을 겪는다. 이러한 난제의 영역 중 하나는 젠더를 기반으로 한 차별을 철폐하고 소수자 공동체의 권리를 실현해야 하는 국가의 의무에 관한 것이다. 또한 차별(하는) 당사자의 종교적 또는 문화적 신념을 참조하여 차별을 정당화하려는 시도 등에 관해 기타 많은 법적 질문이 제기되어왔다. 국가가 일부 요구사항을 포함하는 선택을 할 수도 있고, 반대로 이미 포괄적인 시스템에서 특정 부분을 "제외"할 수도 있는 상반된 선택으로 이러한 질문에 대한 답을 표현해 왔다. 이는 국가가 시스템 구축이나 정책 설정을 어떻게 결정하느냐에 따라 다를 수 있다.<sup>856)</sup> 유엔 조약기구는 소수자 권리를 실현하는 조치가 여성이나 소녀에 대한 차별 또는 기타 이유를 기반으로 한 차별을 일으켜서는 안 된다는 점을 일관되게 공인하고 있다.<sup>857)</sup> 그런데도, 사실은 (관련 권리 사이에) 어느 정도의 긴장 상태가 남아 있다. 예를 들어, 아래에서 언급하는 것처럼, 소수자의 언어적 상황에서 교육에 대한 평등한 접근성은 완전히 해결되지 않았다.

한 가지 핵심적인 문제는 이 두 가지 인접한 법 체제에서 누구를 보호해야 하는가에 관한 것이다. 소수자 권리는—국제인권법의 다른 측면과 발맞추어— 개인이 자신의 정체성에 대한 권리와 자기결정권을 가지고 있다는 점을 확약한다. 차별금지법은 이와 대조적으로 연상과 인식에 기반한 차별에 대해 위의 절에서 증명해 보였듯이, 관련된 사람의 정체성에 대해서는 알 필요가 없다는 태도를 보인다. 이 점을 설명하자면 다음과 같다. 헝가리에서 1996년 강화된 증오범죄 조항에 따라 심리가 이루어진 첫 번째 사건은 네오나치의 폭행 사건이다. 이들은 반유대주의 강령을 외치는 것을 듣고 자신을 유대인으로 공포한 남자를 폭행했다.<sup>858)</sup> 실제로 이 피해자는 유대인이 아니었고, 단지 인종 차별적인 견해에 반대하려는 의도로 자신을 유대인이라고 주장했을 뿐이었다. 헝가리 당국은 가해자를 편견에 기반한 범죄 행위로 기소했지만 피해자의 정체성에 대한 질문을 -정확하게- 조사하지는 않았다. 쟁점이 되는 질문은 피해자의 정체성이 아니라 가해자가 그를 유대인으로 인식했느냐였다.

본 실무 지침서의 이 절에서는 차별받지 않을 권리와 소수자의 권리가 교차하는 지점에서 발생하는 몇 가지 질문 사항에 대해 살펴본다.

853) 민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자 권리선언 제2조.

854) 같은 문헌.

855) 참조: 추가적으로 본 실무 지침서의 제2부 절 I.A.3.

856) 에이렛 샤하르, *다문화 사법권: 문화적 차이와 여성의 권리(Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Right)* (케임브리지, 영국, 케임브리지 대학 출판사, 2001).

857) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, 일반 논평 제28호 (2000), 문단32; 자유권위원회, *러블레이크스 대 캐나다*, 진정 제24호/1977.

858) Nemzeti és Etnikai Kisebbségi Jogvédő Iroda (NEKI), Tamas H. 사건 1997, <https://www.neki.hu/archivum-feher-fuzet/>, 또한 다음에 요약되어 있다: [https://magyararancs.hu/belpol/perek\\_szelsojobbaldaliak\\_ellen\\_itelet\\_is\\_meg\\_nem\\_is-61981?fbclid=IwAR2kxIEkPDVj\\_syl5\\_ulZRU8utBPKJy1gwh1rMj6CxnAxyIbvCAjoxDu8YE](https://magyararancs.hu/belpol/perek_szelsojobbaldaliak_ellen_itelet_is_meg_nem_is-61981?fbclid=IwAR2kxIEkPDVj_syl5_ulZRU8utBPKJy1gwh1rMj6CxnAxyIbvCAjoxDu8YE).

이것은 소수자 권리의 모든 측면을 포괄적으로 탐구할 목적이라기보다는, 차별금지법이 소수자 권리에 특정하게 적용되는 경우와 관점에서 발생하는 난제를 알아보는 것이 목적이다. 그러므로 차별금지법을 입안하는 사람이 소수자 권리 맥락에서 차별 금지를 권리에 적용하는 것을 이해하는 데 돕는 것을 주요 목표로 한다.

## A. 국제법상의 소수자 권리

앞서 언급했듯이, 자유권규약 제27조는 민족, 종교 또는 언어 소수자에 속하는 사람은 "그 집단의 다른 구성원과 공동체로 그들 자신의 문화를 향유하거나, 그들 자신의 종교를 표명하고 실천하거나, 그들 자신의 언어를 사용하는 권리가 부인되지 않는다"고 명시하고 있다. 유엔 아동권리협약의 제30조는 민족, 종교 또는 언어 소수자뿐만 아니라 "선주민 출신의 사람(persons of indigenous origin)"을 포함하여 이들에게 비슷한 권리를 보장한다. 지역 인권조약 또한 소수자 권리에 대해 명확하게 규정하고 있다.<sup>859)</sup>

자유권위원회는 일반 논평 제23호(1994)에서 자유권규약 제27조에 따라 확립된 권리의 여러 요소를 제시한다. 특히, 다음에 주목하고 있다:

비록 제27조 하에서 보호를 받는 권리는 개인의 권리이지만, 이 권리는 결국 소수자 집단이 그들의 문화, 언어 또는 종교를 유지하는 능력에 의존하는 것이다. 따라서, 국가의 적극적 조치는 소수자의 정체성을 보호하고, 소수자 구성원이 그들의 문화와 언어를 향유하고 발전시키며, 그들 집단의 다른 구성원과 함께 그들의 종교를 실천하는 권리를 보호하기 위해 필요할 수도 있다.<sup>860)</sup>

위원회는 이러한 적극적인 조치가 "다른 소수자 집단 간에 대우와 그 집단에 속한 구성원과 나머지 사람들 간의 대우 둘 다에 대해 본 협약의 제2조(1)과 제26조의 조항을 반드시 존중해야 한다"고 지적한다. 위원회는 더 나아가 소수자 권리의 공동 향유를 보장하기 위한 적극적 조치는 차별받지 않을 권리를 목적으로 "권리 향유를 방해하거나 손상시키는 조건을 바로잡는 것을 목표로 하고 합리적이고 객관적인 기준에 기반을 두고 있는 경우에 한 해 합법적인(으로 인정되는) 차별이 될 것이라는 점에 주목한다.<sup>861)</sup> 좀 더 넓게 말하자면, 위원회는 "협약 제27조 하에서 보호를 받는 어떤 권리가 다른 협약 상 권리와 어떤 식으로든 또는 어느 정도는 일치하지 않는 경우, 그 행사는 합법적일 수 없다"고 지적한다.<sup>862)</sup>

또한 위원회는 제27조로 인해 국가는 "이 권리의 존재와 행사가 국가나 민간 주체 모두에 의한 거부 또는 침해로부터 보호를 받도록 이를 보장할 의무를 지게 된다"고 지적한다.<sup>863)</sup>

더욱이, 위원회는 "문화는 토지 자원의 사용과 관련하여 특정한 생활 방식에서 ... 특히 선주민들의 경우, 다양한 형태로 표현된다. 이 때문에 "적극적 법적 보호 조치"뿐만 아니라 "소수자 공동체 구성원이 그들에게 영향을 미치는 의사결정에 실질적인 참여를 보장하는 조치"가 필요하다고 언급했다.<sup>864)</sup>

자유권위원회의 일반 논평 제23호(1994)를 전체를 읽어보면 위원회가 자유권규약 제27조에 따라 소수자 권리 조항의 중심을 평등권과 차별받지 않을 권리로 보고 있다는 점이 명확해진다.

859) 유럽평의회제도도 다음의 두 개 조약이 포함하고 있는데, 이들은 명백하게 소수자를 그 중심 대상으로 한다: 소수 민족 보호를 위한 유럽 기본 협약과 지역 또는 소수 언어에 대한 유럽 헌장. 모든 유형의 차별과 불관용에 반대하는 미주 협약 제4조에 따르면, "국가는 적용 가능한 국제적 또는 지역적 조약에 그리고 — 특히 취약한 상황과 차별에 처한 소수자 또는 소수 집단에 적용되는— 국제적이고 지역적인 인권법원의 판례에 명시된 인권을 향유하는 데 있어 ... 이를 막는 모든 차별적 제약을 예방하고, 제거하며, 금지하고, 처벌할 것을 약속한다".

860) 자유권위원회, 일반 논평 제23호 (1994), 문단6.2.

861) 같은 문헌.

862) 같은 문헌, 문단8.

863) 같은 문헌, 문단6.1.

864) 같은 문헌, 문단7.

자유권규약 제27조가 보장하는 권리에 더하여, '민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자 권리 선언'은 다음을 규정한다:

- 국가는 소수자의 존재와 정체성(민족적 또는 인종적, 문화적, 종교적 및 언어적)을 보호해야 한다(제1조).
- 민족이나 인종, 종교 및 언어 소수자에 속하는 사람은... 사적으로는 물론 공적으로, 그리고 어떤 유형의 간섭이나 차별도 받지 않고, 자신의 문화를 향유하고, 자신의 종교를 밝히고 실천하며, 자신의 언어를 자유롭게 사용할 권리; 문화, 종교, 사회, 경제, 그리고 공공생활에 실효적으로 참여할 권리; 국가 수준의 그리고 적절한 경우 그들이 속해 있는 소수 집단과 또는 거주하는 관련된 지역 수준의 의사결정에 실효적으로 참여할 권리; 자신의 연합을 설립하고 유지할 권리를 가진다(제2조).
- 이러한 권리는 개인적으로 그리고 해당 집단의 다른 구성원과 함께 그리고 차별 없이 행사될 수 있어야 한다(제3조).
- 국가는 소수자가 자신의 권리를 완전하게 그리고 실효적으로 행사할 수 있도록 이를 보장하는, 그리고 문화, 언어, 종교, 전통, 그리고 관습의 발전과 표현을 마음껏 할 수 있는 유리한 조건을 만드는 —선행하는— 주도적 조치를 포함하여— 조치를 취해야 한다(제4조).

이 권리 선언의 제8조(3)은 선언의 목표를 달성하기 위해 취해진 조치는 평등의 원칙에 반한다고 즉각적으로 간주해서는 안 된다고 규정하고 있다. 실제로, 이 권리 선언의 주석에서 소수자는 다음의 4가지 요건을 기반으로 보호를 받는다고 명시하고 있다: 소수자의 존재 보호, 배제하지 않음, 비차별, 그리고 해당 집단을 동화하지 않음.<sup>865)</sup>

## B. 누가 소수자인가?

"소수자"라는 용어는 '민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자 권리 선언'에서 정하는 다음의 네 가지 범주에 속하는 구성원을 가리킨다: 민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자. 자유권위원회는 일반 논평 제23호(1994)에서 제27조에 의해 "보호받아야 하는 사람들"은 "해당 집단에 속하고 문화, 종교 및/또는 언어를 공유하는 사람"이라고 정하고 있다.<sup>866)</sup> 소수자에 대해 보편적으로 인정되는 정의는 없다. 실제로, 소수자 문제에 대한 유엔 특별보고관이 지적한 것처럼, 소수자 쟁점에 대한 유엔 특별보고관이 주목했듯이 "누가 소수자인가에 대한 일관성이 있는 이해의 부재는 인권의 완전하고 효과적으로 실현을 반복해서 가로막는 장애물"이다.<sup>867)</sup> 그러나 일반적으로 수용되는 핵심 원칙들이 있다.

첫 번째 핵심 원칙은 "해당 당사국 내에 있는 인종, 종교 또는 언어 소수자의 존재 여부를 그 국가가 결정하는 것이 아니라, 객관적 기준으로 확인해야 한다"이다.<sup>868)</sup> 그러므로 소수자 집단의 존재는 법이나 공적인 정책 또는 의사결정의 문제가 아니라 사실의 문제이다.

또 다른 핵심 원칙은 소수자라는 정의를 시민 또는 영주권자로 제한할 수 없다는 사실이다.<sup>869)</sup> 자유권위원회는 소수자가 특정 지역이 아니라 국가 전체로 이해해야 한다고 주장한다.<sup>870)</sup> '민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자 권리 선언'을 (적용을) 위한 실무그룹(The Working Group on Minorities to the Declaration)은 이 선언의 적용 범위가 자유권규약의 제27조만큼 광범위하며, 시민권 여부와 관계없이 소수자에게 확장 적용된다고 명시하고

865) E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 문단23.

866) 자유권위원회, 일반 논평 제23호 (1994), 문단5.1.

867) 소수자 문제에 대한 유엔 특별보고관, "소수자의 개념: 위임 권한 정의", 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR), 2021. 이용 URL: [www.ohchr.org/EN/Issues/Minorities/SRMinorities/Pages/ConceptMinority.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Minorities/SRMinorities/Pages/ConceptMinority.aspx).

868) 자유권위원회, 일반 논평 제23호 (1994), 문단5.2.

869) 같은 문헌, 문단5.1-5.2. 다른 참조: A/74/160, 문단59.

870) 자유권위원회, *Ballantyne et al. v. Canada*, 진정 359/1989 및 385/1989.

있다.<sup>871)</sup> 소수자 보호를 전담하는 유럽평의회와 유럽 안전보장 협력기구의 부서도 이 접근법을 적용한다.<sup>872)</sup>

유럽은 소수자 정의에 대해 세 가지의 넓은 원칙을 따른다: (a) 법보다는 사실에 기초하여 소수자의 식별을 강조; (b) 소수자의 존재를 객관적인 기준과 주관적인 기준 모두에 따라 평가해야 할 문제로 인식;<sup>873)</sup> (c) 소수자의 인권을 좁게 정의하여 잠재적으로 발생할 수 있는 위협을 인식하면서, 단일하거나 엄격한 구속력 있는 개념정의에 대한 반대.<sup>874)</sup> 유럽 평의회와 유럽안보협력기구의 소수민족 특별보고관(High Commissioner on National Minorities)는 모두, 두 번째 접근법이 "실용적"이라고 칭한다.<sup>875)</sup>

또 다른 핵심 원칙은 "인종 차별과 소수자 보호에 대한 유엔 사무총장 지침(Guidance note of the Secretary-General on racial discrimination and protection of minorities)"에서 제시되었다. 이 지침에서, 사무총장은 가장 소외된 집단에 중점을 두어야 한다는 점을 다음과 같이 인정한다:

소수자는 대부분 지배적이지 않은 위치에 있으나, ...이들 소수자가 경험하는 것과 그들의 위치 사이에는 큰 차이가 있다. 어떤 소수자는 체계적으로 소외되고 의사결정 과정에서 배제되며, 상황을 개선할 지원을 거의 받지 못하지만, 다른 소수자는 경제, 국가 구조 및 기타 맥락에서 중요한 역할을 한다. 이렇게 다양한 경험과 위치는 소수자 공동체 내에도 있을 수 있다. ... 이러한 차이를 고려하면, 유엔 체계는 시간이 가면서 변화하는 이러한 차이에 대해, 특히 경제적, 정치적이거나 또는 사회적으로 가장 소외되고 특히 권리가 위협에 있는 사람에게 주의를 기울여야 한다.<sup>876)</sup>

"소수자"라는 용어가 국가 또는 지역 인구의 50% 미만을 차지하는 집단을 일컫는 말인지 아닌지에 대해 논의가 있었다. 소수자 쟁점에 대해 첫 번째 독립 전문가(=전문 위원)인 게이 맥두갈(McDougall)은 소수자의 정의를 수적인 양과 분리하기 위해 큰 노력을 기울였고, 그의 노력에는 브라질의 아프리카계 출신과 같이 인구 대부분을 차지할 수 있지만 체계적으로 소외된 공동체가 포함된다. 그녀는 이 권리 선언을 해석하며, "소수자와 관련하여 세계적으로 4가지 넓은 관심 분야"를 강조했다.

(a) 폭력 방지와 대량학살 예방을 통한 소수자의 생존 보호; (b) 소수자 집단의 문화적 정체성 보호 및 증진, 그리고 민족, 인종, 종교 또는 언어적 집단이 그들의 집단적 정체성을 향유하고 강제 동화를 거부할 권리; (c) 차별받지 않을 권리와 평등권의 보장, 구조적 또는 체계적 차별 종결 및 필요한 경우 적극적 조치 활동 포함; (d) 소수자의 구성원이 공공생활에 실질적으로 참여할 권리 보장, 특히 그들에게 영향을 미치는 의사결정에 관한 사항.<sup>877)</sup>

현재의 소수자 문제에 대한 유엔 특별보고관은 소수자를 다수의 인구보다 숫자가 적은 집단으로 지칭하는 이전의 소수자에 대한 이해를 회복하거나 다시 활성화하려고 노력하고 있다.<sup>878)</sup>

871) E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2, 문단9

872) 특히 유럽 평의회의 소수 민족 보호를 위한 유럽 기본 협약(1995)과 유럽안보협력기구의 소수 민족 최고대표와 관련하여.

873) 다른 참조: 자유권위원회, 일반 논평 제23호 (1994).

874) 법을 통한 민주주의를 위한 유럽 위원회(Venice Commission), *소수민족 보호에 관한 베니스 위원회 의견과 보고서 모음집* (스트라스부르, 2017). 이용 URL: [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2018\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2018)002-e).

875) '소수자'라는 개념에 대한 일반적으로 받아들여지는 정의는 없다. 예를 들어, 일부 요소는 소수자를 세 가지 집단인 민족 소수자, 언어 소수자, 종교 소수자로 분류하는 것이 보편적인 분류는 아니지만 표준으로 식별되어왔다. 한 가지 요소만 해당되는 때도 있지만, 대부분은 이 세 가지 요소가 동시에 일부 적용되어 소수 민족을 결정한다. 이 (부분적으로) 세 가지 분류 요소로 이루어진 특성화는 자유권규약의 제27조가 채택하고 있으며, 1994년 4월 6일의 일반 논평 제5.1절에서 이를 언급했다. 그러나, 지금까지 국제적인 법 조약(문서)이나 원칙(doctrine)도 소수자에 대해 일반적으로 수용되는 정의를 제시하지 않았다. 일부 저자는 이 문제에 대해 고민을 했지만, 다른 저자는 그러한 정의는 불가능하며, 어떤 사건의 경우 그 정의가 목적에 맞게 기능을 못 한다고 여기는 등의 이유로 소수자에 대해 정의 내리기를 원치 않았다. 그러므로 유럽안보협력회의 소수 민족 특별보고관은 소수자에게 영향을 주는 문제가 있을 때마다 실용적인 방식을 하며 소수자에 대한 정의는 내리지 않는다. 같은 문헌, 4쪽, 1994년 스트라스부르에서 발행된 법을 통한 민주주의를 위한 유럽 위원회(Venice Commission)의 *소수자 보호*, 민주주의의 수집 과학과 기술, 9호에서 소수자 권리에 대한 설문 조사 답변 보고서를 인용.

876) "인종 차별과 소수자 보호에 대한 유엔 사무총장의 지침서" (2013), 문단18-19. 이용 URL:

[www.ohchr.org/documents/Issues/Minorities/GuidanceNoteRacialDiscriminationMinorities.pdf](http://www.ohchr.org/documents/Issues/Minorities/GuidanceNoteRacialDiscriminationMinorities.pdf).

877) A/HRC/10/11/부록2, 문단3.

소수자 문제에서 우선적인 고려 사항은 관련된 사람의 자기 정체화이다. 국제법에서는 사람이 단일 소수자로 자기를 정체화하도록 요구하지 않는다. 사람은 다종의 인종, 종교 또는 언어적 소수자 구성원으로 자기를 정체화할 수 있도록 허용되어야 하며, 이를 법적으로 인정받아야 한다. 예를 들어, 유럽 경제 위원회(the Economic Commission for Europe)는 민족에 관한 문제에서 국가가 인구 조사를 시행할 때 그 지침에서 "민족은 필연적으로 주관적 시각으로 봐야 하며, 일부 민족 집단은 매우 규모가 작다"고 말한다. 이 말의 의미는 "사람이 자유롭게 자신에 대해 소개한 내용에 기반"을 두고 민족에 대한 정보를 얻어야 하며, "응답자는 그들이 원한다면 자신이 여러 민족 또는 그런 민족이 조합된 사람임을 자유롭게 표현할 수 있어야 한다"는 뜻이다.<sup>879)</sup> 또한, 정체성은 변할 수 있으며, 자유롭게 그리고 정체성이 깊이 생각한 후 내린 동의에 기반하여 변한 경우, 이는 공식적으로 인정을 받아야 한다.<sup>880)</sup> 개인의 자기 정체화는 개인의 자기 결정권에 의한 권리의 문제이다.<sup>881)</sup>

소수자의 권리에 대한 이해는 계속 변한다. 예를 들어, 유엔 특별보고관은 최근에 수어 사용자를 언어적 소수자에 포함했다.<sup>882)</sup> 유엔 특별보고관은 종교 또는 신념 소수자에 대해 다음과 같이 말했다: "이 범주에는 몰랄론자, 무신론자, 불가지론자, 인본주의자, '신종교', 기타 등을 포함하여 인정받지 못한 그리고 비전통적인 종교 또는 종교적 신념과 같은 넓은 범위의 종교적, 비종교적, 유신론적, 비 유신론적 믿음이 포함된다."<sup>883)</sup> 소수자가 무엇인가 그 정의에 대해 인권을 기반으로 한 이해 성찰은 '아무도 뒤처지지 않게 하기(leaving no one behind)'라는 맥락에서 아주 적절하다.<sup>884)</sup>

878) "한 국가에서 어떤 집단이 소수자인지 결정하는 주요 객관적 기준 중 하나는 수적 기준이다. 어떤 국가의 영토에서 해당 소수자가 대다수가 아니라는 의미이다. 객관적으로 말하면, 이 말은 어떤 하나의 민족, 종교, 또는 언어 집단이 그 나라 인구의 절반 이하를 차지한다는 것을 의미한다." 참조: 소수자 문제에 대한 유엔 특별보고관, "소수자의 개념: 위임 권한 정의". 유엔 특별보고관은 이런 소수자 정의의 문제로의 회귀가 소수자의 인권을 보호하고 강화하는데 기반이 된다고 다음과 같이 설명한다: "소수자가 누구인지에 대해 일관성 있는 이해가 없다면 이것은 소수자의 권리를 완전하고 실효적으로 실현하는 데 계속 걸림돌이 될 것이다. 어떤 유엔 기구는 다른 사람의 집단을 소수자로 간주할 수 있으므로 다른 유엔 기구를 반박할 수 있고, 다른 유엔 기구의 사람과 다른 관례와 이견을 보일 수도 있다. 유엔 회원국은 누가 소수자이며 그게 무엇을 의미하는지 모르기 때문에 소수자와 관련된 문제에 대해 관여하기를 주저한다. 일부 국가는 소수자에 대한 합의된 '정의'가 없으므로 각 국가가 소수자에 대해 자유롭게 정의를 결정할 수 있다는 가정을 할 수도 있다 이런 상황에서는 대부분 불확실성 때문에 소수자 문제에 대해 제한으로 접근한다: 즉, 많은 상황에서, 자신이 '전통적인' 소수자가 아니거나, 시민이 아니거나, 충분히 '지배받는' 상황이 아니라는 이유로 많은 사람이 소수자로서 '자격이 없다'고 간주된다. 결국, 일부 소수자는 다른 당사자(예. 유엔 기구)에 따라 '올바른 종류'의 소수자가 아니므로 소수자에서 배제된다. ... 무엇이 소수자인가에 대한 공통으로 참조할 기준이 없어서 유연성, 개방성, 그리고 진보의 가능성은 생기지 않고 일부 사람은 소수자 보호를 받는 데 필요한 자격을 얻지 못할 수도 있다." 참조: A/74/160, 문단21-22.

879) 유럽 경제 위원회, *유럽 통계학자 회의: 2010년 인구 및 주택 조사에 대한 권고사항(e, Conference of European Statisticians: Recommendations for the 2010 Censuses of Population and Housing)* (뉴욕, 제네바, 2006), 문단425-426.

880) *Ciobotaru v. Moldova* 사건에서, 소송 신청번호 27138/04, 판결, 2010년 4월 27일, 유럽 인권재판소는 진정한 구 소련 신분증을 몰도바 신분증으로 교환하는 신청을 할 때, 진정한 선언한 민족적 정체성("루마니아인")을 몰도바 공화국 당국이 진정한 부모가 그들의 출생 및 결혼 증명서에 "루마니아 민족"으로 기록되어 있지 않다는 이유로 진정한 신청을 거부한 사실을 심사했다. 재판소는 진정한 개인 문서에 효과적으로 접근하고, 그 문서가 개인의 자기 식별을 반영하도록 변경하지 못하게 몰도바 공화국은 유럽 인권협약 제8조(사적 및 가정생활에 대한 존중권)를 위반했다고 판결했다.

881) 인권 맥락에서의 개인 자결권에 대해 다음 참조: 예를 들어, A/HRC/22/53; 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR), *자유롭고 평등하게 살기*, 47-48쪽; 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)와 기타, "강제된, 강압적 그리고 비자발적 불임 수술 철폐: 기구 간 성명서" (제네바, WHO, 2014), 7쪽. "개인의 자결권"이라는 용어는 자유권규약 및 사회권규약에서 명시된 국민이 가지는 자기 결정권과 혼동되어서는 안 된다.

882) 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR), "유엔 인권 전문가가 수어 사용자를 소수자로 그 권리를 인정할 것을 요구한다", 2020년 9월 22일. 이용 URL: [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26278&LangID=E](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26278&LangID=E).

883) A/75/211, 문단76 (b). 다른 참조: 베이루트 선언(Beirut Declaration)과 권리를 위한 신념에 대한 18가지 책무 (특히 유신론, 비 유신론, 무신론 또는 기타 신앙자에 대한 책무 II와 소수자에 속하는 모든 사람의 권리에 대한 책무 VI).

884) 참조: 유엔 지속 가능한 발전 그룹, *아무도 뒤처지지 않게 하기: UNSDG 유엔 국가팀 운영 가이드 - 임시 초안* (2019). 이용 URL: <https://unsdg.un.org/sites/default/files/Interim-Draft-Operational-Guide-on-LNOB-for-UNCTs.pdf>.

## II. 인종 차별 및 연관된 피해에 노출된 집단

유엔 체계는 전 세계적으로 인종 차별 또는 관련된 유형의 편협성 또는 배제를 당한 경험이 있는 많은 특정 집단을 인정해왔다. 그러나 여러 가지 이유로 인해 이렇게 인정받은 집단은 전체에서 일부일 것이다. 실제로, 차별에 가장 취약한 일부 집단이 거부, 방해, 그리고 정치적 합의의 부재 등의 문제로 국제적 수준에서 인정을 받지 못하고 있다. 실제로 인권 학대에 노출되었거나 보호가 필요한 특정 집단을 (또는 아닌 집단을) 식별하는 일은 틀림없이 지정학적 요인의 영향을 받는다. 인종주의, 인종 차별, 그리고 특정 인종 집단에 대해 대우에 관한 문제도 또한 거부라는 문제에 영향을 받으며, 이것은 인권 문제 전반에 영향을 준다.<sup>885)</sup>

더욱이, 국제기구의 명명이 특정 집단의 자기정체화의 변화 정도를 따라잡지 못하거나, 종종 해방 운동의 과정에서 자기 집단의 개성과 공동 역사에 대해 소유권을 갖는 집단의 풍만함과 자기 강화를 완전히 반영하지 못하는 경우가 많다. 그런데도, 유엔 체계는 종종 심각한 인권 문제에 대한 우려를 표명하거나 인정이나 보호의 필요성을 전달하는 과정에서 인종 또는 민족에 기반한 차별에 노출된 많은 특정 집단에 이름을 붙였다.

인종 차별에 가장 먼저 그리고 크게 영향을 받는 범주의 사람은 인종적 소수자이다. 민족 소수자는 민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자 권리 선언에서 명시적으로 명명된 네 가지 범주 중 하나이다.

‘아프리카계 사람을 위한 국제적인 10년(the International Decade for People of African Descent)’이 현재 진행 중이며, 유엔은 아프리카계 사람들에 대한 전문가 실무그룹(Working Group of Experts on People of African Descent)을 설립하였다.<sup>886)</sup> 조지 플로이드의 살해 사건, ‘흑인의 생명도 소중하다(BLM)’ 운동, 그리고 이러한 사건들로 발생한 전 세계적인 연대 운동은 아프리카 계통의 사람들에 대한 인종적 불공정 문제에 대해 새롭게 더욱 커진 관심을 불러일으켰다. 이로 인해, 무엇보다, 법 집행관의 과도한 무력 사용과 기타 인권 침해에 맞서 아프리카인 및 아프리카계 사람의 인권과 기본적인 자유의 촉진 및 보호에 관한 유엔 인권이사회 결의안 43/1이 제정되었다. 이 결의안에서 이사회는 유엔 인권최고대표에게 이 주제에 대한 보고서 제출을 요청하였다.

2021년 6월에 발표된 보고서에서,<sup>887)</sup> 유엔 인권최고대표는 전 세계적인 비전을 가지고 다음과 같이 ‘인종적 정의와 평등을 위한 변혁적 변화를 위한 네 가지 의제’를 제시했다: (a) 체계적인 인종주의 철폐, (b) 정의 추구, (가해자) 무처별 종식 및 신뢰 구축, (c) 아프리카계 사람의 의견 경청 및 그들의 우려에 반응, (d) 과거 유산에 대처하고 특별 조치를 취하여 배상적(reparatory) 정의 제공. 이 보고서에 따라, 유엔 인권이사회는 만장일치로 결의안 47/21을 채택하였고, 법 집행의 맥락에서 인종적 정의와 평등을 진전하기 위한 새로운 국제적 독립 전문가 메커니즘을 설립하였다. 2021년 7월, 유엔총회는 아프리카계 사람과 기타 이해관계자를 위한 협의 메커니즘으로 그리고 인권이사회에 대한 자문 기구로서 역할을 할 ‘아프리카계 사람들의 영구 포럼(Permanent Forum of People of African Descent)’을 설립하였다. 이 두 가지 새로운 메커니즘은 인종주의와 맞서고, 인종 차별과 싸우고, 소수자의 권리와 보호를 강화하기 위해 설립된 기존의 유엔 체제를 더욱 강화하고 있다.

자신을 "집시"로 정체화하거나, 또는 이들과 관련된 집단으로 낙인찍힌 롬인(Roma), 신티인(Sinti), 트레벨러(Travellers)는 2001년에 ‘인종주의, 인종 차별, 제노포비아, 그리고 관련 편협성에 맞선 세계 회의’가 종료될 때 채택된 더반(Durban) 선언 및 행동 계획에서 명시되었다.<sup>888)</sup> 롬인에 대한 차별은 2000년 인종차별철폐위원회의 특정 일반 권고사항의 대상이었으며<sup>889)</sup> 유엔 인권이사회 결의안 26/4에서도 언급되었다. 유엔 인권이사회는 이 결의안에서 롬인은 수 세기 동안 전 세계적으로 그리고 생활의 모든 영역에서 광범위하고 지속적으로 인권 침해, 차별, 배척, 사회적 배제, 그리고 소외를 경험했다는 점을 인정하고 있으며, 롬인이 직면한 특정한 형태의 인종주의

885) 거부 문제에 대해서 다음 참조: 스탠리 코헨, *거부의 상태: 잔혹함과 고통에 대해 알기* (런던, 폴리타 프레스, 2000).

886) 해당 실무그룹의 웹 페이지: [www.ohchr.org/EN/Issues/Racism/WGAfricanDescent/Pages/WGEPADIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Racism/WGAfricanDescent/Pages/WGEPADIndex.aspx). 다른 참조: 미주 인권위원회, *미주(美洲) 지역에서 아프리카계 사람들의 상황*.

887) A/HRC/47/53.

888) 더반 선언, 문단68.

889) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제27호 (2000).

를 반집시주의라고 명명한다.<sup>890)</sup>

2010년대와 2020년대에, 특히 COVID-19 팬데믹의 상황에서, 유엔 사무총장을 포함하여 유엔 기구는 아시아계 사람에 대한 차별과 이러한 범주에 속한 다양한 사람의 공동체에 대한 편견에 동기를 둔 공격과 기타 형태의 배제에 대해 우려를 표명했다.<sup>891)</sup>

신분제도(카스트) 또는 출신 기반의 차별에 피해를 보는 사람도 특히 관심의 대상이다. 신분제도(카스트) 기반의 차별은 유엔 인종차별철폐위원회의 특정 일반 권고사항의 대상이다.<sup>892)</sup>

또한 유엔 체계는 다른 교차적 요소 중에 백색증을 가진 사람을 인종 차별을 당하는 집단으로 인식한다. 이는 유엔 인종차별철폐협약의 보호를 받는 것과 같은 다양한 문제와 관련된다.<sup>893)</sup>

### 난민, 무국적자들과 이주민들

난민과 무국적자가 반드시 인종, 종교 또는 언어적 소수자는 아니다. 그러나 그들은 출신 공동체나, 망명한 국가 내에서 소수자가 될 수도 있다.

개인은 다양한 이유로 고향을 떠나며, 이것은 다양한 이유에 기반한 차별 때문일 수도 있다. 대부분은, 난민과 무국적자 공동체는 그들이 정착하는 국가에서도 소수 집단이다. 이와 비슷하게, 이주민은 그들이 이주하는 국가의 다수 민족 그룹의 구성원일 수도 있지만, 이주민과 그들의 후손은 주로 소수 민족 공동체를 이루고 산다.

위에서 언급한 바와 같이, 국가는 시민권의 취득 여부와는 상관없이 그들의 영토에 거주하는 모든 사람에게 인권을 보장할 의무가 있다. 그래서 비시민권자는 시민권자와 동일하게 그들의 인종 또는 민족(그리고 실제로 모든 기타 이유)에 기반한 차별받지 않을 권리를 갖는다.<sup>894)</sup> 마찬가지로, 난민, 무국적자, 이주노동자, 그리고 그들의 후손이 소수자 공동체가 되는 상황에서, 그들은 자유권규약의 제27조와 '민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자 권리 선언'에서 보장되는 권리를 부여받아야 한다. 실제로 자유권위원회가 명시하듯이 "그러한 소수자를 구성하는 이주 노동자 또는 방문자는 [소수자] 권리의 행사를 거부당하지 않을 권리가 있다".<sup>895)</sup>

이러한 권리뿐만 아니라 비시민권자 집단 각각은 국제 수준에서 특정하고 평등에 기반한 보호 제도의 대상이다. 이 제도는 모든 사람에게 보장된 기존의 특정한 인권과 함께 소수자가 향유할 수 있는 모든 권리를 인정한다. 1951년에 채택된 난민의 지위에 관한 협약은 무엇이 난민으로 정의하는지 그리고 그들의 권리를 규정한다. 유엔난민최고대표사무소는 이러한 권리를 보호하고 실현하며, 더욱 넓게 난민을 보호하는 일을 한다.

유엔난민최고대표사무소는 무국적자를 보호할 임무가 있으며, 이들 무국적자는 또한 두 가지 국제문서 - 1954년 무국적자 지위에 관한 협약(Convention relating to the Status of Stateless Persons)과 1961년 무국적자 감소에 관한 협약(Convention on the Reduction of Statelessness)의 대상이기도 하다. 또한, 사무소는 "강제 이동에 영향을 받은 모든 사람을 보호하고 원조하기 위해 존재하므로" 국내실향민을 보호할 위임 권한을 가지고 있다.<sup>896)</sup>

국제이주기구는 원래 유엔 체계의 일부가 아니었다. 그러나 최근에 유엔 기구로 포함되었다.<sup>897)</sup> 1990년에 채택된 유엔 이주노동자권리협약은 차별받지 않을 권리를 포함한 일련의 권리를 보장한다.

890) 다른 참조: A/HRC/29/24.

891) 유엔 뉴스, "유엔 사무총장, 아시아인에 대한 폭력 증가에 '깊은 우려' 표명", 2021년 5월 22일. 이용 URL: <https://news.un.org/en/story/2021/03/1088002>.

892) 유엔 인종 차별 철폐 위원회, 일반 논평 제29호 (2002). 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)는 가문 기반 차별에 대응하기 위한 툴킷을 발표했다. 여기서 이용할 수 있다: [www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/GuidanceToolDiscrimination.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/GuidanceToolDiscrimination.pdf)

893) 참조: 예를 들어, A/74/190 및 정정판 1, 문단5. 백색증 환자의 권리에 대한 독립 전문가의 웹페이지는 다음에서 이용 가능: [www.ohchr.org/EN/Issues/Albinism/Pages/IEAlbinism.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Albinism/Pages/IEAlbinism.aspx).

2016년 9월 13일, 유엔총회는 세계적으로 깊은 우려의 분위기 속에서 난민과 이주민을 위한 뉴욕 선언을 채택했다. 이 선언에서 유엔총회는 "난민과 이주민에 대한 인종주의, 인종 차별, 제노포비아와 관련 편협성 그리고 종교나 신념을 이유의 기반으로 그들에게 가해지는 고정관념"을 강력히 규탄한다. 이 선언은 "다양성이 모든 사회를 풍요롭게 하고 사회적 응집력에 기여한다. 난민이나 이주민을 악마시하는 것은 우리가 헌신한 모든 인간의 존엄성과 평등에 대한 가치를 심각하게 침해하는 것이다."라는 점을 다시 떠올리게 한다.<sup>898)</sup> "난민과 이주민 모두에게 적용되는 책무"를 떠맡은 유엔총회는 "난민과 이주민의 대규모 이동 속에서 이동하며 취약한 상황에 놓인 모든 사람—위험에 처한 여성, 특히 가족과 동반하지 않은, 또는 가족과 분리된 사람, 민족 및 종교 소수자, 폭력 피해자, 노인, 장애인, 어떤 이유에서든 그로 인해 차별 받는 사람, 선주민, 인신매매 피해자, 그리고 이주민 밀입국 상황에서 착취와 학대를 당하는 피해자의" 필요성에 대응할 것을 약속한다.<sup>899)</sup> 또한 유엔총회는 난민과 이주민 여성 및 소녀들에 대한 다중 및 교차 차별 유형에 대응할 것을 더불어 약속한다.<sup>900)</sup> 유엔총회는 뉴욕 선언을 기반으로 그리고 책무의 약속을 실행하면서, 2018년 12월 난민에 대한 글로벌 협정과<sup>901)</sup> 안전하고, 질서 있고, 정기적인 이주를 위한 글로벌 협정을 채택했다.<sup>902)</sup>

일부 종교 집단 또한 민족이나 인종 차별 또는 관련 형태의 불관용의 대상이 될 수 있다. 널리 인식된 사례가 바로 유대인과 이슬람교도다. 이들은 각각 반유대주의와 이슬람 혐오증 또는 반이슬람교도 증오의 대상이 된다. 예를 들어, 넓게 보면 반유대주의의 역사는 인종 차별의 역사와 강하게 연결되어 있다. 특정한 정체성이 종교와 민족 사이의 경계에 위치할 수도 있다. 유엔 체계는 반유대주의와<sup>903)</sup> 이슬람 혐오증/반이슬람교도 증오에<sup>904)</sup> 특별히 주목해 왔다. 좀 더 최근에는, 현대적 형태의 인종 차별, 인종주의 및 관련된 편협성을 조사하는 특별보고관은 특히 이슬람교에 대한 우려와 관련하여 종교적 소속 의심에 기반한 인종 프로파일링에 대해 광범위한 발언을 이어 갔다.<sup>905)</sup> 어떤 맥락에서는 기독교인, 불교 신자 등도 차별, 박해 또는 공격을 받을 수 있다.<sup>906)</sup>

여기에 나열된 다른 집단과 마찬가지로, 선주민은 인종 및/또는 민족을 기반으로 한 차별받지 않을 권리에 따라 국제법 하에서 보호를 받을 뿐만이 아니라,<sup>907)</sup> 자유권규약의 제27조가 보장하는 소수자 권리 보호의 혜택을 받는다.<sup>908)</sup> 선주민도 2007년에 유엔총회에서 채택된 구체적인 국제인권법 문서, 즉 유엔 선주민 권리 선언(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)의 대상이며, 이 선언은 무엇보다 자기 결정권 및 자기 정체화(self-identification)에 대한 권리를 인정한다.<sup>909)</sup> 여러 유엔 메커니즘이 선주민의 권리에 대한

894) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, 일반 논평 제15호 (1986), 문단2. 다른 참조: 위의 비시민권자에 대한 차별 논의, 본 실무 지침서의 제2부 절 I.A.1(a).

895) 자유권위원회, 일반 논평 제23호 (1994), 문단5.2

896) 유엔 난민기구, "국내 실향민(Internally displaced people)". 이용 URL: [www.unhcr.org/uk/internally-displaced-people.html](http://www.unhcr.org/uk/internally-displaced-people.html).

897) 추가 참조: 국제 이주기구, "IOM 역사". 이용 URL: [www.iom.int/iom-history](http://www.iom.int/iom-history).

898) 유엔총회 71/1, 문단14.

899) 같은 문헌, 문단21 and 23.

900) 같은 문헌, 문단31.

901) A/73/12 (제2부).

902) 유엔총회 결의 73/195.

903) 참조: 예를 들어, A/74/358.

904) 참조: 예를 들어, A/74/195; A/74/215; A/HRC/43/28; A/HRC/46/30.

905) 참조: 예를 들어, A/HRC/29/46.

906) 참조: 예를 들어, A/74/195; A/74/215; A/HRC/43/28; [www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action\\_plan\\_on\\_hate\\_speech\\_EN.pdf](http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_EN.pdf); UN News, "유엔 뉴스, '유엔, 이집트에서의 테러 공격을 강력히 비난하다', 2017년 5월 26일. 이용 URL: <https://news.un.org/en/story/2017/05/558232-un-strongly-condemns-terrorist-attack-egypt>.

907) 유엔 인종 차별 철폐 위원회, 일반 권고 제23호 (1997).

908) 자유권위원회, 일반 논평 제23호 (1994), 문단3.2 및 문단7.

909) 다른 참조: 아프리카 인권 및 민족 권리 법원, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Kenya*, 소송 신청번호

지침 및 권고사항을 제공하는데, 여기에는 유엔 선주민 권리에 대한 전문가 메커니즘(UN Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples),<sup>910</sup> 선주민 문제에 대한 상설포럼(the Permanent Forum on Indigenous Issues), 그리고 선주민의 권리에 대한 유엔 특별보고관(Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples)과 같은 메커니즘이 포함된다.<sup>911</sup> 자신을 선주민으로 정체화하는 많은 사람들이 자신을 소수자로 분류하는 데 반대한다는 점을 주목하는 것이 중요한데, 그들이 토지의 최초 및 원래 거주자라는 고유의 정체성과 소수자에 대한 상대적으로 빈약한 국제 권리 프레임워크 때문이다.<sup>912</sup> 선주민의 권리는 아래에서 논의한다.

유엔 체제는 위협에 처한 집단을 전세계적으로 그리고 지역적으로 식별하는 것을 넘어, 많은 사례에서 특정 국가 또는 상황에서 우려되는 집단을 주목해왔다. 예를 들어, 과테말라의 마야 이실족,<sup>913</sup> 미얀마의 로힝야 및 기타 소수민족,<sup>914</sup> 이라크와 시리아의 예지디인,<sup>915</sup> 중국의 위구르족,<sup>916</sup> 이란 이슬람공화국의 바하이교도 및 기타 명명된 소수민족,<sup>917</sup> 파키스탄의 아흐마디아,<sup>918</sup> 수단의 다르푸리스<sup>919</sup> 등은 국제적으로 큰 우려의 대상이었다. 발트 국가의 러시아어 사용 소수 민족의 상황 또한 우려의 대상으로 이름을 올렸다.<sup>920</sup> 1949년, 유엔은 팔레스타인인의 권리에 중점을 둔 기구를 설립했는데, 이 집단(팔레스타인인)은 수십 년 동안 심각한 국제인권 문제의 대상이 되고 있다.<sup>921</sup>

유엔 인종차별철폐위원회는 국가들의 유엔 인종차별철폐협약 준수와 시행을 검토하는 과정에서 특정 국가 또는 상황에서 특별히 인종 차별 위협에 처한 집단을 밝혀왔다.<sup>922</sup> 다른 인권 조약기구와 유엔 메커니즘 또한 국내 상황에서 주의가 필요한 특정 집단을 공표할 수도 있다. 그러나 이들은 많은 이유로 모든 대상을 포함하지 않는다. 그것은 공동체가 자신을 포함하는 것을 원치 않거나 거부, 낙인, 또는 위협이 너무 만연하여 지칭할 수도 없거나 그 공동체가 지칭을 원하지 않기 때문이다.

## A. 인종 차별: 강행법규, 특히 부당한 피해 및 부인(denial) 문제

국제인권 조약에 의한 금지 외에도, 인종 차별 금지는 국제법 하에서 *대세적* 의무 사항이다. 1970년에 유엔국제사

006/2012, 판결, 2017년 5월 26일, 문단107-108; 미주 인권위원회, *선주민, 아프리카계 공동체, 채취 산업* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15) (2015).

910) 선주민 권리에 대한 전문가 메커니즘의 웹 페이지는 다음에서 이용 가능: [www.ohchr.org/en/issues/ipeoples/emrip/pages/emripindex.aspx](http://www.ohchr.org/en/issues/ipeoples/emrip/pages/emripindex.aspx).

911) 선주민 권리에 대한 유엔 특별보고관 웹사이트는 다음에서 이용 가능: [www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/SRIIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/SRIIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx).

912) 예를 들어, 유엔 선주민 권리에 관한 선언은 내부 및 지역 사안과 관련된 문제에 관해 자결, 자치 또는 자치 운영의 권리, 그리고 자치 기능을 위한 자금 조달 방법과 수단(제4조)을 명시하고 있다. 그리고 또한 이 선언은 "선주민의 자유롭게 그리고 사전에 정보를 갖고 내린 동의와 공평하고 공평한 보상에 대한 합의 이후에, 가능하다면 귀환의 선택권을 가지기 전에는 이주가 있어서는 안 된다"(제10조)고 명시하고 있다. 추가 참조: 아프리카 인권위원회, "유엔 선주민의 권리에 관한 선언에 대한 아프리카 인권위원회의 자문 의견" (2007).

913) 유엔 뉴스, "과테말라: 유엔 사무총장, 전 군사 지도자에 대한 '역사적인' 진압 범죄 판결을 환영", 13 May 2013. 이용 URL: <https://news.un.org/en/story/2013/05/439412-guatemala-un-rights-chief-welcomes-historic-genocide-conviction-former-military>.

914) 참조: 예를 들어, CRPD/C/MMR/CO/1, 문단31-32.

915) CEDAW/C/IRQ/CO/7, 문단19-21; CRC/C/SYR/CO/5, 문단19-20.

916) CERD/C/CHN/CO/14-17, 문단36-42.

917) CCPR/C/IRN/CO/3, 문단24.

918) CCPR/C/PAK/CO/1, 문단33.

919) 다르푸르에서 아프리카 연합-유엔 하이브리드 작전 (<https://unamid.unmissions.org/about-unamid-0>).

920) 참조: 예를 들어, A/HRC/7/23, 문단66.

921) 유엔 근동지역 팔레스타인 난민 구호와 작업 ([www.unrwa.org](http://www.unrwa.org)).

922) 그러므로 예를 들어, 유엔 인종차별철폐위원회는 최근 일본을 검토한 후 아이누인, 류큐/오키나와인, 부라쿠민, 재일 한국인(자이니치), 위안부 여성, 외국 출신의 이슬람교도, 이주민, 외국인, 그리고 비시민권자의 상황에 특별한 우려를 표명했다. 또한 "여성에 대한 교차 차별 유형 및 폭력"에 대해서도 우려를 표명했다. 참조: CERD/C/JPN/CO/10-11.

법재판소가 이 사실을 명확하게 했다.<sup>923)</sup> 실제로, 인종 차별 금지는 국제법의 강행법규 또는 강행 규범으로 간주할 수 있다.<sup>924)</sup> *바르셀로나 트렉션 전력회사(Barcelona Traction)* 사건에서, 유엔국제사법재판소는 강행법규 의무는 "현대 국제법에서는, 예를 들어, 침략 행위와 집단 학살의 불법화로부터, 또한 노예와 인종 차별로부터 보호를 포함하여 인간의 기본적인 권리에 대한 원칙과 규칙에 근거한다"고 밝혔다.<sup>925)</sup> 게다가, 인종주의와 인종 차별은 인권 쟁점으로만 인식되는 것이 아니라, 국가 간 및 국내 갈등의 잠재적 근본 원인으로 인식된다.<sup>926)</sup>

지역 법 해석에서, 아프리카 인권위원회는 인종 차별이 "아프리카 현장과 현장의 제2조의 정신을 위반하는 행위"라고 인정한다.<sup>927)</sup> 위원회는 "현장의 전반적인 어조는 인종 차별을 혐오한다"고 확인한다.<sup>928)</sup> 더욱이, 위원회는 오랫동안 인종 차별을 겪은 아프리카의 역사는 현장 체결 당사국이 모든 형태의 인종 차별을 철폐하기 위해 노력할 강력한 근거가 될 것이라는 점을 강조한다.<sup>929)</sup>

유럽 인권재판소는 다음을 자주 언급한다: "인종 차별은 특히 부당한 유형의 차별이고, 그 위험성을 생각할 때 당국의 특별한 경계와 활발한 대응이 필요하다. 당국은 인종주의와 맞서 싸우기 위해 가용할 수 있는 모든 수단을 써야만 하고, 이를 통해 다양성이 위협이 아니라 풍요의 원천으로 인식되는 민주주의 사회의 비전을 강화해야 하는 것이 바로 이런 이유 때문이다."<sup>930)</sup> 또한 재판소는 여러 사건을 통해 인종 차별은 충분히 심각한 유형의 피해로 비인도적 대우의 수준까지 이어질 수 있다고 판결했다.<sup>931)</sup>

유럽 사회권위원회는 인종 차별에 관한 문제에서 미주 체계에서 "가중 책임" 개념을 가져와 유럽 사회현장의 법 해석에 적용하였다. 이는 당국이 적극적으로 활달하게 관여하는 상황에서 특히 그러하다: "위원회는 진정 내용에 보고된, 공적인 행위자가 한 말은 인종 안정이 아니라 인종 차별에 기반한 정책 결정의 표현으로 차별 분위기를 조성한다고 간주한다. 따라서, 이탈리아 당국이 간접적으로 허용하거나 당국에서 직접 비롯된 톰인과 신티 이민자에 대한 인종주의를 불러일으키는 선동은 개정된 현장을 증대하게 위반한다고 판결한다."<sup>932)</sup>

미주 인권재판소는 인종 차별이 "모든 인간에게 내재한 평등과 존엄을 침해하며, 국제사회로부터 일제히 비난을 받으며, 미주 협약 제1조(1)항에 명시적으로 금지되어 있다"고 공인한다.<sup>933)</sup>

또한 미주 인권위원회는 인종 차별은 반복적으로 "일상적인 대인 관계"에서 나타나며, 개인적인 것뿐만 아니라 제도적인 모든 사회적 행동에 스며들고 있다고 주장한다.<sup>934)</sup>

여기서 언급한 가치가 있는 인종 차별 금지의 한 가지 측면이 더 있다. 그것은 국가가 인종 차별의 존재를 —특히

923) 유엔국제사법재판소, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 판결, I.C.J. 1970년 보고서, 3쪽, 32쪽, 문단33-34.

924) 23 A/CN.4/727, 문단91-101.

925) 유엔국제사법재판소, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 판결, I.C.J. 1970년 보고서, 2쪽3, 32쪽, 문단34.

926) 25 더반 선언, 문단20.

927) 아프리카 인권위원회, *Malawi African Association and others v. Mauritania*, 진정 제54호/91 와 기타, 결정, 2000년 5월 11일, 문단131.

928) 아프리카 인권위원회, "국가 주기 보고서 지침" (1989), 제5부.

929) 같은 문헌.

930) 유럽 인권재판소, *Timishev v. Russia*, 소송 신청번호 55762/00 및 55974/00, 판결, 2005년 12월 13일, 문단56.

931) 참조: 예를 들어, 유럽 인권재판소, *Cyprus v. Turkey*, 신청번호 제25호 781/94, 판결, 2001년 5월 10일, 이전의 유럽 인권위원회의 접근 방식을 특히 참조. 즉, "인종 외의 다른 이유로 인해 다른 대우를 받을 때는 문제가 되지 않을 수 있지만, 인종에 근거해 다르게 대우를 받을 때는 이것이 비하의 대우로 간주할 수 있다." (유럽 인권위원회, *East African Asians v. the United Kingdom*, 소송 신청번호 4403/70-4419/70 및 기타, 결정, 1973년 12월 14일, 문단207).

932) 유럽 사회권위원회, *강제 퇴거·주거 인권 감시단체 (COHRE) 대 이탈리아*, 소장 제58호/2009, 본안에 대한 판결, 2010년 6월 25일, 문단139.

933) 미주 인권재판소, *Rio Negro Massacres v. Guatemala*, 사건 번호 12.649, 보고서 번호 87/10, 2010년 11월 30일, 문단357. 다른 참조: 미주 인권위원회, *Kuna Indigenous People of Madungandi and Embera Indigenous People of Bayano and Their Members v. Panama*, 사건 번호 12.354, 보고서 번호 125/12, 2012년 11월 13일, 문단286-288.

934) 미주 인권위원회, *미주(美洲)에서 폭력 피해 여성을 위한 사법에 접근* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68) (2007), 문단196.

체계적인 차별이 공공연하고 분명하지만— 부인하는 것이다. 유엔 인종 차별과 소수자 보호 네트워크는 이 문제를 다음과 같이 설명한다:

20세기 초반에 인종 차별의 피해를 받는 소수자와 기타 집단의 배제는 어느 정도 공개적으로 이루어졌지만 오늘날, 그러한 소수자 집단을 배제하고 차별을 옹호하는 정책을 추구하는 정부는 세상에 거의 없다고 볼 수 있다. 가장 공통적인 시나리오는 정부가 인종 차별의 존재를 부인하는 것이다. 노골적이고 체계적인 학대의 상황에서조차도 인종 차별의 존재를 부인하는 정부가 있다. 많은 상황에서, 정부는 소외된 집단이 배제된 것을 소외된 집단의 책임으로 돌린다. 이러한 문제는 심지어 눈에 띄게 차별적인 경우에도 차별을 가한 당사자가 차별을 부인하거나 명백한 불평등 대우에 대해서도 정교하게 정당화를 행하는 가장 하위 단계에 까지 퍼져 있다.<sup>935)</sup>

인종차별의 존재를 부인하는 문제는 인종차별을 해결하는 데 특별한 걸림돌이 되었으며 계속해서 그렇게 될 것이다.<sup>936)</sup>

## B. 공동체, 자치성, 평등과 비차별, 그리고 유해한 관례들

자유권규약의 제27조에서 소수 민족은 "자신이 속한 집단의 다른 구성원과 공동체를 이루어 자신의 문화를 향유할 권리"가 있다고 명시하고 있다. 지역적 그리고 국가적 수준의 법률과 법 해석(=법원의 판결)을 통해 소수자 집단이 공동체로서 갖는 권리와, 이들이 차별받지 않을 권리가 어떻게 연결되어 작동하는지에 대한 이해가 점점 더 발전해 왔다.

예를 들어, 미주 인권재판소는 *모이와나 공동체 v. 수리남(Moiwana Community v. Suriname)* 사건에서 아프리카계 후손들에게 집단적 소유권을 보장하는 방향으로 법 해석(=판결)을 내렸다.<sup>937)</sup> 실제로, 이것은 법원이 점차 아프리카계 공동체의 보호와 그들의 부족민의 지위를 더욱 발전시켜 왔다는 사실을 반영해준다.<sup>938)</sup>

유럽 인권재판소는 "체약국에는 롬인의 생활 방식을 촉진할 적극적 의무가 있으며"<sup>939)</sup> "롬인/집시의 취약한 입지 때문에 그들의 필요성을 특별히 고려해야 한다".<sup>940)</sup>고 판결했다. 재판소는 *무뇨스 디아즈 대 스페인(Muñoz Díaz v. Spain)* 사건에서 스페인 국가가 차별받지 않을 권리를 침해하였다고 판단했다. 이 사건에서 한 롬인 여성이 스페인 정부당국에서 결혼을 공식적으로 인정받지 못했기 때문에 고인이 된 남편의 미망인 연금의 수령을 거절당했다. 그녀는 스페인 당국이 그녀가 작고한 남편과 롬인의 전통에 따라 올린 결혼을 "신부 측 부부 관계(*more uxorio*)로 - (법적으로는 받아들여지지 않는) 단지 사실적인 결혼 관계"로 취급했다고 주장했다.<sup>941)</sup>

유럽 인권재판소는 청구인이 "롬인 공동체의 의례와 전통에 따라 결혼하였다"고 판결하였다. 그리고 그들 부부는 함께 여섯 명의 아이를 두고, 무뇨스 디아즈 씨가 사망할 때까지 함께 살았다는 사실을 지적했다.<sup>942)</sup> 재판소는 이러한 상황에서 스페인 당국이 무뇨스 디아즈 씨에게 미망인 연금을 거부한 것은 차별로 간주했다:

이 협약의 제14조에 명시된 차별 금지는 그 조항에 나열된 기준과 관련된 청구인의 개인적 상황이

935) 유엔 인종 차별과 소수자 보호 네트워크, "사무총장의 행동 개시 요청에 대한 답변: 보호 의제" (2021), 3-4쪽. 이용 URL: [www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/UN\\_Network\\_Racial\\_Discrimination\\_Minority\\_Rights.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/UN_Network_Racial_Discrimination_Minority_Rights.pdf).

936) 인권 맥락에서 부인의 문제는 코헨, '부인 상태: 잔혹 행위와 고통에 대해 알기'(States of Denial: Knowing About Atrocities and Suffering)에서 상세하게 탐구되었다.

937) 미주 인권재판소, *Moiwana Community v. Suriname*, 판결, 2005년 6월 15일, 문단86 및 문단133.

938) 미주 인권재판소, *Saramaka People v. Suriname*, 판결, 2007년 11월 28일, 문단84-86.

939) 유럽 인권재판소, *Chapman v. United Kingdom*, 소송 신청번호 27238/95, 판결, 2001년 1월 28일, 문단96.

940) 이 경우의 특정 문구는 유럽 인권재판소의 다음에서 차용, *D.H. and others v. the Czech Republic*, 소송 신청번호 57325/00, 판결, 2007년 11월 13일, 문단181.

941) 유럽 인권재판소, *Muñoz Díaz v. Spain*, 소송 신청번호 49151/07, 판결, 2009년 12월 8일, 문단51

942) 같은 문헌, 문단52.

각각의 특정 사건에서 정확히 있는 그대로 (즉, 개개인의 상황이 그들이 처한 환경과 조건에 맞게 정확하게) 고려되는 경우에만 의미가 있다. 그렇지 않다면, 즉 청구인이 문제의 요소 중 하나를 변경함으로써 —예를 들어, 피해자가 민법상의 결혼을 올렸다면 — 차별을 피할 수 있었다는 이유로 피해자의 주장을 기각하는 것은 제14조의 차별 금지에 관한 법률의 본질을 와해하는 것이다.<sup>943)</sup>

유럽 인권재판소는 톰인/집시에 관한 여러 사건을 다룰 때 정부가 자국법에 소수자 권리 보호 체제를 수립하는 상황에서, 그 체제에 포함된 보호 조치—예를 들어 강제 퇴거로부터의 보호—는 다른 유형의 주거 보호 조치 보다 보호의 수준이 낮아서는 안 된다고 광범위하게 확인했다.<sup>944)</sup>

### 콜롬비아에서의 크리스 롬인(KRISS ROMA) 인정

2018년에는 콜롬비아의 내무부와 법무부가 콜롬비아 내 롬인 공동체 대표와 함께, 크리스 롬인(Kriss Roma)의 승인에 대한 의정서와 사법접근에 대한 권고(2010년에 제정된 명령(Decree) 2957에 따름)을 만드는 과정을 완결지었다. 의정서의 내용을 홍보하고 대국민 인식을 높이는 작업은 2019년부터 시작되었는데, 특히 *쿰파뇨 롬인(Kumpañy Roma)*이 있는 법원 관계자들을 대상으로 진행되었다. 미주기구 평화 프로세스 지원 조직(Mission to Support the Peace Process of the Organization of American States)의 특별한 임무의 도움을 받아 이러한 권고를 실제로 이행하는 노력이 함께 진행되었다.<sup>945)</sup>

1980년대 초 자유권위원회가 소수자와 선주민의 권리에는 본질적으로 평등의 의무가 내재해 있고, 따라서 소수자 또는 선주민 자치 공동체는 비차별을 보장하는 국가의 의무를 똑같이 이행해야 한다고 주장했을 때가 소수자 권리 이해에 있어 결정적인 순간이었다. 획기적인 *러블레이스 대 캐나다(Lovelace v. Canada)* 사건에서, 자유권위원회는 젠더 평등 요구사항이 소수자 권리를 보장하는 자유권규약의 제27조에 사실상 내재해 있다고 판결했다. 이 사건은 산드라 러블레이스라는 이름의 캐나다 선주민(First Nations) 여성과 관련이 있다. 그 여성은 다음과 같이 주장했다: 비선주민 남성과의 이혼 후 토비퀘 보호구역으로 돌아가려고 노력한 끝에, 그녀와 그녀 자녀는 캐나다 선주민 지위를 잃게 되었고, 이로 인해 주택, 교육, 보건에 대한 접근성을 박탈당했다. 그녀가 선주민 남성이었다면 유사한 상황에서도 그의 지위나 권리를 박탈당하지 않았을 것이다. 캐나다 정부는 문제가 되는 공동체를 포함해 캐나다 선주민 공동체가 조약에 의해 통치되는 자치적 지위를 누리고 있으므로, 연방 수준에서는 이를 받아들일 수밖에 없다고 주장했다. 그러나 자유권위원회는 자유권규약의 제27조에 위반되었다고 판단했다.<sup>946)</sup> 자유권위원회는 곧이어 일반 논평 제28호 (2000)에서 다음과 같이 설명했다:

조약 제27조에 따라 소수자에 속하는 사람이 그들의 언어, 문화 및 종교를 향유할 권리는, 어떤 국가, 집단 또는 개인이 여성이 법에 따른 동등한 보호를 받을 권리를 포함하여 모든 조약상 권리를 평등하게 향유할 여성의 권리를 침해하도록 허용되어서는 안 된다. 국가는 조약에 따라 여성의 평등한 권리를 침해할 수 있는, 소수자 공동체 구성원 신분과 관련된 법률이나 행정 관행에 대해서 보고해야 한다 (진정 24/1977호, *러블레이스 대 캐나다(Lovelace v. Canada)* 사건, 1981년 7월 채택된 견해). 그리고 조약 내 모든 시민적 및 정치적 권리를 남성과 여성이 평등하게 향유할 수 있도록 보장하기 위해 취해진 또는 계획된 조치에 대해서도 보고해야 한다.

국가는 여성의 권리에 영향을 주는 소수자 공동체 내의 문화적 또는 종교적 관례에 관련하여 그들의 책임을 이행하기 위해 취한 조치를 보고해야 한다. 조약국은 이 보고서를 작성할 때 선주민 여성이 그들의 공동체의 문화생활에 기여한 부분에 주목해야 한다.<sup>947)</sup>

943) 같은 문헌, 문단70.

944) 유럽 인권재판소, *Connors v. the United Kingdom*, 소송 신청번호 66746/01, 판결, 2004년 5월 27일.

945) 본 실무 지침서에 대한 의견을 요청하는 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)의 구상서(口上書, note verbale)에 콜롬비아 정부가 제공한 예시.

946) 자유권위원회, *Lovelace v. Canada*, 진정 제24/1977호.

### 캐나다의 선주민 권리 프레임워크의 승인 및 시행

2018년 2월, 캐나다 총리는 법과 정책을 모두 포함하여 선주민의 권리 승인과 이행에 대한 프레임워크(framework)를 수립하겠다고 발표했다. 이 프레임워크는 1982년 헌법에 따라 제35조에서 인정하고 선언한 선주민의 권리를 지지하는 동시에, 유엔 선주민권리선언의 조항과 일치하도록 설계되었다. 캐나다 정부는 "주권-속권(sovereign-to-subjects rights) 권리 기반의 접근에서 국가 대 국가의 본질적인 사법적 접근"으로의 전환을 약속한다고 발표했다.<sup>948)</sup> 정부는 선주민의 자치 정부를 캐나다가 개발 중인 협력적 연방주의 체제의 일부로 인정했다. 따라서, 조약상 관계를 포함한 관계는(국가 간, 정부 간, 이누이트족과 캐나다 연방 정부(Crown) 간의 관계)는 다음 사항을 포함하게 된다:

- 선주민이 캐나다 헌법의 프레임워크를 구성하는 데 있어 기초적인 부분임을 인정하는 메커니즘을 개발하고 과정을 설계함;
- 선주민을 우리의 공동의 주거지(=캐나다)에 대한 의사결정과 거버넌스 체계에 실효적으로 참여시킴;
- 식민지 체계의 행정과 거버넌스에서 벗어나도록 지원하는 효과적인 메커니즘을 갖추는 것, 현행 인디언법(the Indian Act) 하의 거버넌스와 행정에도 적용됨;
- 권리 인정에 기반하여 선주민의 사법권과 법률이 운용될 수 있는 공간을 보장함.<sup>949)</sup>

이와 관련하여 캐나다 국가는 일부 이전의 노력에 대해, 특히, 여성과 소녀들의 권리를 포함하여 젠더에 기반한 폭력 문제와 연결된 젠더 평등을 충분히 보호하지 않았다고 비난을 받아왔다.<sup>950)</sup>

자유권위원회의 이러한 결정은, 선주민 공동체가 - 그리고 그들의 공동체의 자치성 권리가 - 별도의 완벽하게 폐쇄된 사법권을 가지고 있고 다른 인권의 적용으로부터 면제된다는 논리를 바탕으로 소수자나 선주민 공동체 내의 가해행동에 맞서 국가가 보호할 책임을 이행하기를 부인하는 것이 부당하다는 것을 명확하게 보여주었다. 실제로, 전 세계의 정부는 젠더 평등, 아동의 권리, 그리고 소수자 내의 소수자 권리와 다른 영역을 어떻게 보장할지 그 방법을 실질적으로 고심해야 하고, 동시에 소수자와 선주민의 권리 요건을 존중해야 한다.<sup>951)</sup>

다른 조약기구도 비슷한 문제와 싸워왔고 대부분이 2000년에 제기된 자유권위원회의 일반 논평 제28호의 입장과 결을 같이하는 태도를 보인다. 이러한 문제는 소수자와 선주민 공동체에 대한 공공 당국의 역할 및 다수의 종교 또는 전통의 환경에서 운영되는 유사한 "관습"법에 대한 것이다. 유엔 여성차별철폐협약 채택 25주년을 기념하는 성명에서, 유엔 여성차별철폐위원회는 다음과 같이 말했다:

“개인의 지위와 사생활을 규율하는, 실정법 및 심지어 평등에 관한 헌법 조항보다 우선하는, 관습법과 종교법 등 다중의 법체계가 공존하며 이는 큰 우려의 원인으로 남아 있다.”<sup>952)</sup> 예를 들어, 2010년에 유엔 여성차별철폐위원회는 피지를 심의하면서, “폭력의 피해자에게 화해와 용서를 강요하는 의식인 블루블루(bulubulu)와 같은 문화적인 관행에 대해 우려”를 나타냈다.<sup>953)</sup> 위원회는 국가가 협약의 제2조(f)항 및 제5조(a)항에 따라, 법률의 검토와

947) 자유권위원회, 일반 논평 제28호 (2000), 문단32.

948) 국제 거버넌스 혁신 센터, UNDRIP 시행: 국제법, 국내법 및 선주민 법의 상호작용(Braiding) 대한 추가적인 고찰: 특별 보고서 (온타리오, 2018), 100쪽. 이용 URL: [www.cigionline.org/static/documents/documents/UNDRIP%20Fall%202018%20lowres.pdf](http://www.cigionline.org/static/documents/documents/UNDRIP%20Fall%202018%20lowres.pdf).

949) 캐나다 정부, “캐나다 정부와 선주민 국민 간의 관계에 관한 존중의 원칙들” (오타와, 2018), 9쪽. 이용 URL: [www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/principles-principes.html](http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/principles-principes.html).

950) 엠마 라로케, “문화적으로 적절한 형사법 모델 재검토”, 캐나다 선주민 및 조약 권리: 법, 평등, 그리고 차이에 대한 존중에 관한 에세이, 마이클 애슈, 편집자. (밴쿠버, UBC 출판사, 1997).

951) 이 문제에 대해 넓게 탐구를 원한다면 다음 참조: 국제인권 정책 위원회, 법률의 세계(Legal Worlds)가 충돌할 때: 인권, 국가 및 비국가 법 (베르수아, 2009).

952) 유엔 여성차별철폐위원회, “유엔 여성차별철폐협약 채택 25주년 기념 설명서”, 2004년 10월 13일. 이용 URL: [www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25anniversary/cedaw25-CEDAW.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25anniversary/cedaw25-CEDAW.pdf).

제정, 그리고 목표와 일정 설정을 포함하여, 여성을 차별하는 고정관념, 가부장적 태도, 문화적 관행을 바꾸거나 철폐하기 위한 포괄적인 전략을 실행"하도록 요구했다.<sup>954)</sup>

유엔 여성차별철폐위원회는 아동권리위원회와 함께, 해로운 관행(harmful practices)에 대한 공동 일반 권고/논평을 발표했는데, 위원회 여기에 다음과 같은 핵심 지침 아이디어를 제시하고 있다:

해로운 관행을 효과적으로 예방하고 철폐하려면 모든 수준에서의 정치적 헌신과 책임감이 결합된 사회적 조치를 포함하여 지원하는 법률과 정책적 조치를 담고 있는, 명확하게 정의되고 권리에 기반한 현지에 적합한 총체적인 전략 수립이 필요하다. ... 이러한 총체적인 전략은 반드시 수직적, 수평적으로 주류화되고 조율되어 해로운 관행을 예방하고 대응하는 국가의 노력에 통합해야 한다. 전략을 수평적으로 조율하기 위해서는 교육, 건강, 사법, 사회 복지, 법 집행, 이민 및 난민, 통신 및 미디어 등 여러 부문을 연계하는 조직화가 필요하다. 마찬가지로, 전략을 수직적으로 조율하기 위해서는 지방, 지역, 국가 수준에서의 행위자 사이 및 전통적, 종교적 기관과의 조직화가 필요하다. 이 조정 과정을 촉진하기 위해서는 모든 관련 이해관계자와 협력하여 기존에 있는 또는 특별히 설립된 상위 수준의 독립체에 이런 일을 위임하는 것을 고려할 필요가 있다.<sup>955)</sup>

유해한 관행은 소수자 공동체에만 있는 문제는 아니다. 그러나 소수자가 자신의 문화를 공동체 내에서 향유할 권리를 보장받도록 국가는 자신의 의무를 이행하는 데 있어서, 모든 사람의 평등과 차별받지 않을 권리가 모든 면에서 실효적으로 보장되도록 하는 안전장치가 —해당 공동체에 자치성을 부여하는 조치를 포함하여— 준비되어 있도록 이를 보장하는 것이 중요하다.

국가는 이러한 조치를 시행하는 동안 "피해자와/또는 이민자나 소수자 공동체에 대한 낙인과 차별이 지속되지 않도록 모든 적절한 조치를 취해야"한다.<sup>956)</sup> 여성에 대한 폭력, 폭력의 원인과 결과에 대해서 유엔 특별보고관은 다음에 주목했다: "동등한 인간으로서의 존엄성과 같은 인권은 세계의 모든 문화 전통에 퍼져 있다. 그런 의미에서, 모든 문화 전통 속에는 인권의 가치를 증진하고 촉진할 충분한 기반이 있다."<sup>957)</sup>

### III. 종교 또는 (종교적)신념 소수자와 차별

종교 또는 종교적 신념에 따른 소수자에는 "물할론자, 무신론자, 불가지론자, 인본주의자, '새로운 종교', 기타 등을 포함하여 인정받지 못한 그리고 비전통적인 종교 또는 종교적 신념과 같은 넓은 범위의 종교적, 비종교적, 유신론적, 비 유신론적 믿음"이 포함된다.<sup>958)</sup> 사상, 양심, 종교 또는 신념의 맥락에서 모든 유형의 강요를 거부하는 자유권 규약에 따라, 종교 또는 종교적 신념 소수자 집단에는 해당 종교를 믿지 않고 해당 믿음을 가지고 있지 않은 사람(= 불신자)이 포함된다.<sup>959)</sup> 종교 또는 종교적 신념 소수자 집단의 권리는 소수자 문제와 관련된 유엔 특별보고관의

953) CEDAW/C/FJI/CO/4, 문단20.

954) 같은 문헌, 문단21. 또한, "위원회는 지금까지 국가가 여성에게 유해하고/또는 모욕적인 고정관념과 문화적 관행을 바꾸거나 철폐하기 위한 효과적이고 체계적인 조치하지 않았다는 점에 대해 우려하고 있다." 같은 문헌, 문단20.

955) 유엔 여성차별철폐위원회 공동 일반 권고 제31호/유엔 아동 권리위원회 일반 논평 제18호 (2019), 문단33-34.

956) 같은 문헌, 문단81 (c).

957) E/CN.4/2003/75, 문단62

958) A/75/211, 문단76 (b). 참조: 이 용어에 대한 논의는 문단51-59 및 문단76.

959) 자유권규약의 제18조(2)문단에는 '어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해될 강제를 받지 아니한다'고 규정하고 있다. 비록 이 문장에 양심이라는 용어는 없지만, 사람의 종교나 신념의 도덕적 필연적 결과(moral corollary)로서 명확히 포함되어 있다. 강제적인 행위를 엄격하게 거부하는 것은 사유, 양심, 종교 또는 신념에 관한 개인의 자유 영역에 대한 존중이 있어야 하며, 이러한 개인의 자유 영역은 무조건 법적으로 보호받아야 한다: "종교나 신념의 자유 범위 내에서, 즉 사람의 종교나 신념 관련 신념의 내부 차원인 내심적 자유(forum internum)는 절대적인 보호를 받아야 한다. ... 자유권위원회가 지적한 바와 같이, 내심적 자유(forum internum)는 또한 각자의 선택에 따라 종교나 신념을 가지거나 채택하는 자유를 포함하며, 이 자유는 무조건 보호된다." 참조: A/67/303, 문단19.

임무에 포함되어 있으며<sup>960)</sup> 종교 또는 신념의 자유에 대한 문제는 종교 및 신념의 자유에 대한 특별보고관의 임무에 포함된다.<sup>961)</sup>

인종적, 언어적 소수자와 마찬가지로, 종교적 소수자가 직면하는 대부분의 차별은 다른 어떤 차별금지사유와 크게 다르지 않을 것이다.<sup>962)</sup> 예를 들어, 집주인이 종교적 이유로 어떤 사람에게 부동산을 임대하지 않는 직접 차별 사건의 경우, 성적지향이나 연령에 기반한 차별 사건에서의 법적 절차, 고려 사항 및 쟁점과 크게 다르지 않다.

그렇긴 하지만, 종교 소수자에 대한 차별(그리고 종교 소수자에 의한 차별) 문제는 사상, 양심, 종교의 자유의 권리가 규정된 자유권규약 제18조에 명시된 권리의 실질적인 행사를 차별받지 않을 권리와 어떻게 균형을 맞출 것인가에 대한 문제와 맞물릴 수도 있다. 제18조에서 보장하는 권리는 주로 다른 사람과 공동체 안에서 향유하는 권리로 이해가 된다.

실제로, 판례에서 이 법률 분야의 여러 면이 명확하게 해석되었지만 아직 불명확한 부분도 있다. 본 실무 지침서의 이 부분에서는 이러한 문제의 일부 측면을 검토한다. 그러나 이 검토는 종교 또는 종교적 신념의 자유에 관한 국제법을 포괄적으로 요약한 것은 아니다.<sup>963)</sup> 이 검토의 유일한 목표는 종교 또는 신념의 자유와, 평등과 비차별 간의 균형에 관한 문제를, 특히 종교 소수자에 중점을 두어서, 살펴보는 것이다. 먼저, 종교 또는 신념의 자유 권리 행사 시에 평등과 비차별에 주목하고, 둘째, 생활의 기타 영역에서 종교 또는 종교적 신념에 근거한 차별에 주목하며, 셋째, 종교가 구실이 되는 상황에서 기타 특성에 근거한 차별에 주목한다.

## A. 종교 및 신념의 자유 권리 행사에서의 평등과 비차별

유엔 종교 및 신념의 자유 특별보고관은 자유권위원회의 실례를 인용하여 종교 또는 신념의 자유에 대한 국가의 의무에는 다음이 관련된다고 지적한다:

차별적인 행위를 자제시키는 것과 같은 소극적 의무와, 종교적 증오를 부추기는 것을 포함하여 제3자에 의한 침해로부터의 보호와 같은 적극적 의무를 모두 포함한다. 또한 국가는 소수자에 속하는 개인이 자신의 종교나 신념을 실천하거나 국교 신자와 동일한 방식으로 공적인 지원을 받을 수 있도록 보장해야 한다.<sup>964)</sup>

그 외의 적극적 의무에는 자유권규약 제27조에서 규정한 모든 의무를 이행하는 것이 포함되는데, 민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자 권리 선언은 국가가 소수자에 속하는 사람이 “자신의 특성을 표현할 수 있도록” “우호적인 조건을 조성하기 위하여 조치를 취하도록” 요구한다.<sup>965)</sup>

다음 문단에서는 종교 또는 신념의 자유를 평등하게 향유할 권리를 국가가 보장할 의무와 차별적 침해 또는 종교 또는 신념의 자유를 거부하는 문제를 다룬다. 여기에는 국교를 설립하는 것이 종교 또는 종교적 신념 소수자에 대한 차별 문제를 초래하는지 여부, 그리고 종교적 또는 종교적 신념에 따른 공동체를 설립하는 분야에서의 평등과

960) 참조 URL: [www.ohchr.org/en/issues/minorities/srminorities/pages/srminorityissuesindex.aspx](http://www.ohchr.org/en/issues/minorities/srminorities/pages/srminorityissuesindex.aspx).

961) 참조 URL: [www.ohchr.org/en/issues/freedomreligion/pages/freedomreligionindex.aspx](http://www.ohchr.org/en/issues/freedomreligion/pages/freedomreligionindex.aspx).

962) 나질라 가네아, “종교적 소수자는 정말로 소수자인가? (Are religious minorities really minorities?)”, *옥스포드 법과 종교 저널*, 1권, 1호 (2012). 이용 URL: <https://doi.org/10.1093/ojlr/rwr029>.

963) 종교 또는 신념의 자유에 관한 국제법의 자세한 요약은 다음 참조: 헤이너 비엘레펠트, 나질라 가네아, 마이클 위너, *종교 또는 신념의 자유: 국제법 해설(Freedom of Religion or Belief: An International Law Commentary)* (옥스포드 대학 출판사, 2016).

964) 참조: A/HRC/37/49, 문단29. *Waldman v. Canada* 사건에서, 자유권위원회는 “만약 국가가 종교 학교에 공적 자금을 지원하기로 한다면, 이 자금은 차별없이 제공되어야 한다. 이 말은 한 종교 집단의 학교에 자금을 제공하고 다른 집단에 제공하지 않는다면 그것은 틀림없이 합리적이고 객관적인 기준에 기반을 두어야 한다는 것을 의미한다. 현재 사건에서, 위원회는 제출된 자료가 로마 가톨릭 신앙과 진정인의 종교 교파 사이의 차별적인 대우는 이러한 기준에 기반을 두고 있음을 보여주지 못한다고 결론지었다. 따라서, 자유권규약 제26조에 따른 원고의 평등하고 효과적인 차별 보호 권리가 침해되었다.”라고 판결했다. 참조: 자유권위원회, *Waldman v. Canada* (CCPR/C/67/D/694/1996), 문단10.6.

965) 민족이나 종족, 종교 및 언어 소수자에 속하는 사람의 권리 선언, 제4조(2).

비차별, 그리고 종교와 신념을 자유롭게 실천할 수 있는 평등한 능력의 보장에 대한 논의가 포함된다. 본 실무 지침서는 평등과 비차별에 중점을 두고 있으므로, 본 절에서는 종교 또는 신념의 자유 권리에 대한 모든 측면을 상세히 다루지는 않는다.

## 1. 국교와 종교 및 (종교적)신념 소수자

국가가 공식적인 종교를 정하거나 다수의 종교에 법적 또는 정치적 우선권을 부여하는 상황에서는 복잡한 문제가 종교적 또는 신념 소수자의 권리에 발생한다. 자유권위원회는 1993년 일반 논평 제22호에서 다음과 같이 제시한다:

종교가 국교로 인정되거나 공식적이거나 전통적인 것으로 규정되거나 그 종교의 신자가 인구 대다수를 차지한다는 사실로, 제18조와 제27조를 포함하여, 본 협약에 정해진 어떤 권리의 향유도 침해할 당해서는 안 되며, 또한 기타 종교의 신자나 불신자에 대한 차별을 초래해서도 안 된다.<sup>966</sup>

기타 적극적 의무는—소수자들이 그들의 특성을 표현하도록 우호적인 조건을 만드는 조치를 취할 필요성을 포함하여—위에서 언급하였다.

베이루트 선언과 권리를 위한 신념에 대한 18가지 책무는 개인이나 집단을 차별하거나, 실제로 종교적 또는 신념의 다원성 여지를 축소하는 "국교" 또는 "교리적 세속주의" 개념의 사용을 막을 것을 명시적으로 언급하고 있다.<sup>967</sup>

아프리카 인권위원회는 *국제사면위원회 및 그 외 v. 수단(Amnesty International and others v. Sudan)* 사건에서 특정한 국가에서 한 종교의 자유를 완전히 존중하는 것이 "다른 사람에게 차별과 고통을 초래해서는 안 된다"고 주장했다.<sup>968</sup> 또한 위원회는 "해당 종교의 법을 그 종교의 비신자에게 적용하는 것은 본질적으로 불공정하다"고 판단했다. 위원회는 같은 사건에서 "따라서 샤리아를 적용하는 재판소는 비이슬람 교도를 심판할 자격이 없으며, 모든 사람이 원한다면 세속 법원에서 재판받을 권리가 있어야 한다"고 말했다.<sup>969</sup> 더욱이, 위원회는 기독교도에 대한 다른 차별적 행동, 이슬람교로 개종을 강요하는 것, 선교사의 추방, 감옥에서 불평등한 식량 분배 등을 확인했다.<sup>970</sup>

## 2. 종교 및 (종교적)신념 소수자 공동체와 그 구성원들의 동등한 인정

많은 국가에서 법적 지위 획득이나 종교 또는 신앙 공동체 등록과 관련된 요구 사항은 소규모 집단을 직간접적으로 차별한다. 일부 경우에는 소수자 종교적 또는 신념 공동체의 합법성을 거부하는 것이 극단적인 결과를 —사형을 포함— 초래하기도 한다.<sup>971</sup>

유엔 종교 및 신념의 자유 특별보고관은 다음과 같이 명시했다:

국가는 종교 또는 신념의 자유라는 인권을 지원하는 정신과 방식으로 종교적 또는 (종교적)신념 공동체를 등록해야 한다. 따라서, 등록 과정은 신속하고 투명하며 차별이 없어야 한다. 이는 특정 종교

966) 자유권위원회, 일반 논평 제22호 (1993), 문단9.

967) A/HRC/40/58, 부록 II, 책무 IV. 다른 참조: A/HRC/37/49, 문단28-29; 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR), *#권리를 위한 신념 수단(Toolkit)* (2021), 모듈 4. 이용 URL: [www.ohchr.org/Documents/Press/faith4rights-toolkit.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Press/faith4rights-toolkit.pdf).

968) 아프리카 인권위원회, *Amnesty International and others v. Sudan*, 진정 번호 48/90, 50/91, 52/91 and 89/93, 결정, 1999년 11월 15일, 문단72.

969) 같은 문헌, 문단73.

970) 같은 문헌, 문단74-76.

971) 따라서 예를 들어, 자유권위원회는 2017년 파키스탄에 대한 검토에서 종교 소수자에 대한 혐오범죄와 "의무적인 사형 집행을 포함하여 중징계가 따르는 신성 모독죄(신성 모독죄는 특히 아흐마디인들에게 차별적인 영향을 미친다고 알려져 있다)"에 대해 우려를 표현했다. 이와 유사하게, 위원회는 이란 이슬람 공화국에서 바하이파, 기독교인, 순니파 이슬람교인에 대한 대우, 특히 이슬람에서 개종한 남성 배교자들이 사형 선고를 받은 점에 대해 우려를 표현했다. 각각 참조: CCPR/C/PAK/CO/1, 문단33-34; CCPR/C/IRN/CO/3, 문단23-26.

집단이 그동안 존재해 온 기간이나 집단의 크기를 기준으로 지나친 형식적 요건을 내세우면 안 되며, 등록을 신청하는 공동체에 부당한 부담을 주어서도 안 된다.<sup>972)</sup>

종교 공동체의 등록 과정은 "등록을 원하는 모든 종교 공동체는 등록 절차에 있어 평등하고 차별 없는 대우를 보장" 받도록 이루어져야 한다.<sup>974)</sup> 강제적으로 등록이 되어서는 안 된다. 즉, 등록이 종교를 실천하는 데 사전 조건이 되어서는 안 되며, 단지 법인 신분과 이와 관련 혜택을 얻기 위해서만 필요해야 한다. 더불어, "어떠한 종교나 신념 집단도 다른 종교나 신념 집단의 등록에 관해 결정에 영향을 주도록 허용해서는 안 된다."<sup>975)</sup>

#### 종교 및 신념의 자유에 대한 유엔 특별보고관 지침

종교 및 신념의 자유에 대한 유엔 특별보고관은 종교 및 신념의 자유와 비차별을 보장하기 위해 국가가 다음의 의무를 이행해야 한다고 주장한다:

- (a) 국가는 종교나 신념에 관련된 모든 행동이 모든 인간의 고유한 존엄성에 기반한 보편적인 인권으로 보고, 사람의 종교나 신념의 자유를 존중하는 것을 기반으로 철저히 이를 계획하고 시행해야 한다;
- (b) 국가는 국내법 하에서 법적 독립체로 등록을 원하지 않는 종교나 신념 집단에 대해 압박을 가해서는 안 된다;
- (c) 국가는 법을 집행하는 구성원과 다른 국가 기관의 구성원에게 등록되지 않은 종교적 또는 신념 공동체의 종교 활동은 불법이 아니며, 국가에 등록하는 행위보다 종교 또는 신념의 자유의 지위가 우선한다고 지침을 주어야 한다.
- (d) 국가들은 종교적 또는 신념 공동체가 원하는 경우 그들에게 법인격의 지위를 얻을 수 있는 적절한 선택안과 절차를 제공해야 한다. 그러한 지위를 얻을 수 있는 행정 절차는 모든 사람을 위한 종교 또는 신념의 자유의 완전한 향유를 제공하는 서비스 정신으로 수립되어야 한다. 따라서 빠르고, 투명하고, 공정하고, 포용적이며, 비차별적이어야 한다.
- (e) 모든 등록은 법에서 명확히 정의된 형식적 요소를 지키고 국제법과 일치하게 결정되어야 한다. 등록 여부가 특정 공동체 구성원의 수와 존재해 온 시간 등 지나친 형식적 요구사항에 의해 판단되어서는 안 되며, 신념의 실질적 내용, 공동체의 구조, 그리고 성직자의 임명 방법의 검토에 의존해 결정되어서는 안 된다.
- (f) 국가는 어떠한 종교 공동체라도 다른 종교 또는 신념 집단의 등록 찬성 및 반대 결정에 명목상의 그리고 사실상의 "거부권"을 행사하거나 그 결정에 영향을 미치게 해서는 안 된다.
- (g) 국가는 법인격의 등록을 거부하고 또는 임의로 등록을 지연하는 것에 진정을 제기하는 개인 또는 집단에 대해 효과적인 법적 구제책을 제공해야 한다.
- (h) 국가는 국가의 문화적 구성에 맞지 않는다고 판단되는 집단을 통제하고 소외하는 수단으로 이전에 그들이 가지고 있던 법적 지위를 임의로 박탈하는 것을 삼가야 한다.
- (i) 특권적인 법적 지위가 특정 종교적 또는 신념 공동체 또는 다른 집단에게 제공될 때, 이런 특정 지위는 비차별 원칙의 엄격한 준수와 모든 인간의 종교 또는 신념의 자유에 대한 완전한 존중이 전제로 되어야 한다.
- (j) 국가가 특정 종교적 또는 신념 공동체나 다른 집단에게 부여하는 어떠한 특정 지위도 국가의 정체성 정치 목적으로 악용되어서는 절대로 안 된다. 그 이유는 소수 공동체 출신 개인의 상황에 피해를 줄 수 있기 때문이다.<sup>973)</sup>

972) A/HRC/19/60/부록2, 문단82.

자유권위원회는 특정 종교 공동체의 등록 거부를 차별로 간주한다. 특히 다른 유형의 종교 공동체는 등록을 허가하는 패턴과 관행 속에서의 등록 거부는 특히 그렇다.<sup>976)</sup> 위원회는 국가가 임의적이거나 차별적인 방식으로 종교 공동체의 인정이나 등록을 거부한 것은 자유권규약을 위반한 것으로 판단했다.<sup>977)</sup> 또한 특정 종교 독립체의 설립 거부를 불법으로 간주하였고, 공동체 등록을 거부하는 결정에 대한 이의신청 기회를 배제하는 제도를 유지하는 조약 당사국은 협약을 위반한 것으로 판단했다.<sup>978)</sup> 유엔 종교 및 신념의 자유 특별보고관은 특정 종교 공동체를 인정하지 않는 명백한 거부 외에도, 공동체 설립과 인정을 방해하는 간접적인 차별적 기준도 있을 수도 있다고 지적한다. 이러한 기준에는 시민권이나 일정 수의 구성원이 있어야 한다는 요구사항, 오랜 대기 기간 또는 전임 목사가 필요하다는 기준 등이 여기에 포함되는 데<sup>979)</sup> 이는 소수 집단에게 불균형적인 영향을 준다.

미주 인권위원회는 1976년 아르헨티나 정부가 여호와의 증인에 대한 금지법을 도입한 것을 예로 들며, 특정 종교 집단에 대한 금지는 종교의 자유를 침해하는 것으로 인정했다.<sup>980)</sup> 미주 인권위원회는 파라과이와 같이 —1979년에 파라과이 정부는 여호와의 증인 공동체의 법인격을 강제로 해체하였다— 여러 국가에서 여호와의 증인에 대한 차별적인 행위를 확인했다.<sup>981)</sup> 또한 위원회는 국가는 차별적인 행동을 벌이거나, 종교적인 증오를 조장하거나, 종교적 박해를 가하거나, 종교적인 권리 행사를 방해하는 집단을 통제할 목적의 정책을 집행해야 할 의무가 있다고 언급했다.<sup>982)</sup>

유럽 인권재판소는 다른 종교 또는 신념 공동체에 대한 불평등한 대우는 유럽 인권협약에 어긋난다고 판결했다.<sup>983)</sup> 재판소의 법 해석에 따르면, "국가는 다양한 종교, 신념, 믿음의 행사를 중립적이고 공정하게 보장할 책임이 있으며",<sup>984)</sup> 국가의 역할은 "다원성의 가능성을 보호"하는 것이다.<sup>985)</sup>

재판소는 종교 공동체의 등록이나 인정을 임의로 또는 차별적으로 거부하여 협약의 조항을 위반한 국가들을 밝혀냈다.<sup>986)</sup> 또한, 종교 공동체의 등록 또는 탈퇴를 효과적으로 방해하는 법률 변경을 불법으로 판단하였다.<sup>987)</sup>

유럽평의회는 유럽 인권협약 제9조에 관한 지침에서 이 영역에 대한 유럽 인권재판소의 법 해석(=판결)을 요약하고 있는데, 이 지침에서 "종교 공동체의 법인격을 인정하지 않거나 그러한 인격을 부여하는 것을 거부하는 행위는 제9조에서 보장하는 권리에 대해, (공동체의) 외적이고 집단적인 차원에서의 공동체 그 자체뿐만 아니라 그 구성원에 대한 권리의 행사에 간섭이 된다"고 지적하고 있다.<sup>988)</sup> 또한, "당국이 집단의 등록을 거부하는 경우, 이는 집단 그 자체와 집단의 대표, 창립자 또는 개별 회원에게 직접 영향을 미친다"고 지적한다.<sup>989)</sup> 법 해석에서, 재판소는

973) A/HRC/19/60, 문단73.

974) A/HRC/13/40/부록3, 문단21.

975) A/HRC/19/60/부록2, 문단82

976) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, *Sister Immaculate Joseph and 80 Teaching Sisters of the Holy Cross of the Third Order of Saint Francis in Menzingen of Sri Lanka v. Sri Lanka* 사건(CCPR/C/85/D/1249/2004), 문단7.4.

977) 참조: 예를 들어, 자유권위원회, *Malakhovsky and Pikul v. Belarus* 사건 (CCPR/C/84/D/1207/2003).

978) 자유권위원회, *Sister Immaculate Joseph and 80 Teaching Sisters of the Holy Cross of the Third Order of Saint Francis in Menzingen of Sri Lanka v. Sri Lanka* 사건 (CCPR/C/85/D/1249/2004).

979) 참조: 예를 들어, A/HRC/19/60/부록2.

980) 미주 인권위원회, *Jehovah's Witnesses v. Argentina*, 사건 2137, 결의, 1978년 11월 18일.

981) 미주 인권위원회, *미주 인권위원회 연간 보고서: 1979-1980* (1980), 제5장 절B, 문단10.

982) 같은 문헌, 제5장 절D, 문단4; 미주 인권위원회, *미주 인권위원회 2008 연간 보고서* (2009), 제6장, 문단364-367.

983) 유럽 인권재판소, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and others v. Austria*, 소송 신청번호 40825/98, 판결, 2008년 7월 31일.

984) 유럽 인권재판소, *Lautsi and others v. Italy*, 소송 신청번호 30814/06, 판결, 2011년 3월 18일, 문단60.

985) 같은 문헌, 문단62.

986) 예를 들어, 유럽 인권재판소, *Jehovah's Witnesses of Moscow 외 v. Russia* 사건, 신청번호 302/02, 판결, 2010년 6월 10일, 참조.

987) 유럽 인권재판소, *Magyar Keresztény Mennonita Egyház 외 v. Hungary*, 신청번호 70945/11 및 기타, 판결, 2014년 4월 8일.

988) 유럽 인권재판소, 유럽인권협약 제9조에 관한 지침: 사상, 양심 및 종교의 자유(Strasbourg, 2021), 문단163. 이 원칙은 유럽 인권재판소의 법리에 잘 확립되어 있다. 예를 들어, 유럽 인권재판소, *Metropolitan Church of Bessarabia and others v. Moldova*, 사건번호 45701/99호, 2001년 12월 13일 판결, 문단105 참조.

989) 유럽 인권재판소, 유럽인권협약 제9조에 관한 지침: 사상, 양심 및 종교의 자유, 문단163.

더 나아가 제9조를 제11조의 내용을 비추어 해석했는데, "국내 정부당국이 개인들의 연합에 법인격을 부여하는 것을 거부하는 경우, 이는 진정한 연합의 자유권 행사를 간섭하는 것"이라고 판결하였다.<sup>990)</sup> 재판소는 여러 사건에서, 인정하지 않는 종교 조직의 활동을 단지 용인하는 것만으로 "관련된 조직이나 그 구성원들에게 권리를 인정해 주는 것이 아니다"는 판결을 내렸다.<sup>991)</sup> 재판소는 관련법이 비 인정 종교 집단의 활동을 명백하게 허가하더라도 국내법이 종교 활동을 수행하는 데 필수적인 일련의 권리를 법인격을 가진 등록된 조직을 위해 (법인격 부여를) 보류한다면 불충분하다"고 판결했다.<sup>992)</sup> 종교 집단이나 조직이 법인격을 받기 위한 신청서를 검토하는 데 걸리는 대기 시간에 대해, 재판소는 국가가 협약 제9조의 목적에 맞게 이 검토 과정을 "합리적으로 짧게" 유지할 의무가 있다고 보았다.<sup>993)</sup>

이 부분에서, 종교 단체와 민족 단체에 대해 어느 정도 다른 법적 판단이 이루어졌다. 종교 단체에 관한 사건에서는 피해자가 단체의 개인 구성원이거나 단체 자체일 수 있다. 민족 소수자에 대한 차별 사건에서는, 대학살과 같이 피해가 매우 극단적으로 심각하지 않은 한, 집단 자체를 피해자로 간주하지는 않을 것이다.

## B. 생활의 다른 영역에서 종교 또는 (종교적)신념에 기반한 차별

교육, 고용, 주택, 의료 영역에서 또는 기타 시민적, 문화적, 정치적, 사회적 권리 실현에 있어서 종교 또는 신념에 기반한 모든 형태의 차별(직접 차별과 간접 차별 모두 포함)은 국제법상 금지되어 있다. 종교나 신념에 기반한 직접적인 여러 차별 사례는 위에 기술된 차별을 금지하는 표준 규정을 벗어난다는 것 외에는 특별한 법적인 문제를 제기하지 않기 때문에 여기에서는 다루지 않을 것이다. 대신, 아래 하위 섹션에서는 (a) 복장 및 기타 종교나 신념의 신체적 표현이 다른 대우를 받는 합법적인 근거가 될 수 있는 경우, (b) 종교나 신념 공동체가 고용 또는 주거와 같은 영역에서 종교를 함께 하는 사람들을 우대할 수 있는 범위, (c) 교리에 근거하는 의료 서비스 거부 등 종교나 신념에 기반한 차별에 대해 검토할 때 구체적으로 제기되는 특정 질문에 초점을 맞추고 있다.

### 1. 종교적 복장, 상징물 및 공공 영역

국제 및 지역 차원에서, 예를 들면 기독교인, 유대인, 무슬림, 시크교도 등 다양한 집단에서 종교적 복장이나 기타 노골적인 개인적 종교적 표현(장신구, 머리 또는 머리가리개 등)에 관한 사건들이 발생했다. 대체로 유엔 인권기구와 조직은 종교적 상징물의 공공 전시를 제한하는 것에 더 문제가 많다고 판단하는 경향이 있다. 유럽 인권재판소도 이와 유사하게 복장에 대한 제한을 허용하거나 사건 심리를 거부한 바 있는데, 유엔 기구에서는 해당 사건을 심리하면서 여러 국가들의 관행이 실제로 차별적이라고 판단했다. 쟁점이 되는 영역(고용, 교육, 의료 등)에 따라 범위마다 다르게 판단했다는 것 또한 이러한 판결 기록의 특성이다.

복장 규정, 유니폼 규정 또는 기타 외모 관련 기준이 종교적 관행 또는 종교적 신념의 신체적 표현과 충돌하는 경우, 이것은 일단 간접적인 차별에 해당한다. 따라서, 이러한 규정의 적용이 정당화될 수 있는지 여부는 객관성 및 합리성 심사를 거쳐야 한다.<sup>994)</sup> 예를 들어, 직장에서 종교적 상징물 착용이 금지된 기독교인에 관한 일련의 사건에서 유럽 인권재판소는 표면적으로 통일된 기업 이미지를 보장할 필요성에 근거한 영국항공의 금지 조치는 정당화 될 수 없다고 판결한 반면, 공중 보건을 고려한 병원의 유사한 금지는 당사자의 권리에 대한 합법적이고

990) 유럽 인권재판소, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and others v. Austria* 사건, 신청번호 40825/98, 판결, 2008년 7월 31일, 문단62. 유럽 인권재판소, *Genov v. Bulgaria* 사건, 신청번호 40524/08, 판결, 2017년 3월 23일, 문단35 또한 참조.

991) 유럽 인권재판소, *İzzettin Doğan and others v. Turkey* 사건, 신청번호 62649/10, 2016년 4월 26일 판결, 문단127 및 유럽 인권재판소, 유럽인권협약 제9조에 관한 지침: 사상, 양심 및 종교의 자유, 문단165.

992) 유럽 인권재판소, 유럽인권협약 제9조에 관한 지침: 사상, 양심 및 종교의 자유, 문단165.

993) 유럽 인권재판소, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and others v. Austria* 사건, 신청번호 40825/98, 판결, 2008년 7월 31일, 문단79, 유럽 인권재판소, 유럽인권협약 제9조에 관한 지침: 사상, 양심 및 종교의 자유, 문단168.

994) 이 심사에 관한 자세한 내용은 본 지침서 제2부의 섹션 I.A.4 참조.

정당한 제한이라고 판단했다.<sup>995)</sup>

교육 분야의 경우, 자유권위원회는 학생들이 착용하는 유사하게 눈에 잘 띄지 않는 상징물에 대한 제한은<sup>996)</sup> 자유권규약에 위배되는 것으로 판단했다. 하지만 유럽 인권재판소는 종교적 복장 착용 관련 교사에 부여된 범위에 대해 한층 제한적인 접근 방식을 취했다.<sup>997)</sup> 그러나 소수 종교의 표현은 금지하면서 일부 형태의 종교적 표현(즉, 다수 종교의 표현)을 허용하는 것은 타당하지 않다는 원칙은 여전히 유효하다.<sup>998)</sup> 종교 및 신념의 자유 특별보고관은 일련의 "악화시킴/중립적"이라는 판단 지표를 개발했는데, 이는 "인권법 측면에서 종교적 상징물 착용 제한 및 금지"의 정당성 평가에 사용할 수 있다. "차별적인 방식으로 또는 차별적인 목적을 가지고(예를 들면, 여성과 같은 특성의 공동체나 그룹을 임의적으로 표적으로 삼는 경우)" 국가기관에 의한 제한은 국제 인권기준과 양립할 수 없는 '악화시킴' 지표로 명시되어 있다.<sup>999)</sup>

국내, 지역 및 국제 법원에서 검토하는 또 다른 일련의 질문들은 각기 다른 상황에서 종교적 머리카락 가리개를 착용할 수 있는 권리에 관한 것이다. 프랑스의 한 시크교도 남성이 제기한 주목할 만한 사건에서, 유럽 인권재판소는 사진 신분증에 머리 가리개 사용을 금지한 사건의 시비(是非)에 대해 결정하지 않겠다고 판결했는데, 이는 국가에서 인정할 수 있는 범위에 포함되기 때문이다.<sup>1000)</sup> 이후 비슷한 사건이 자유권위원회에 제출되었고, 두 기관은 사건을 심리한 후 프랑스가 해당 조치를 금지함으로써 자유권규약을 위반한 것으로 결정했다.<sup>1001)</sup>

종교적 복장과 관련한 문제는 전세계 법원에서 까다로운 주제라는 것이 입증되었다. 2014년에 내려진 유명한 판결에서, 유럽 인권재판소는 프랑스가 공공 장소에서 얼굴을 가리는 행위에 대한 형사 제재를 도입한 법안(소위 부르카 금지법)이 유럽인권협약 제9조 및 제14조와 양립할 수 있는지 여부에 대해 검토했다.<sup>1002)</sup>

금지 조치가 종교를 표현할 권리를 제한하는 효과가 있다고 지적하면서도 법원은 이러한 금지 조치가 정당하다고 판결했다. "함께 사는 것"은 관련 협약에 따라 합법적인 것이지만, 금지 조치는 이러한 목표 달성에 필요하고 균형적인 수단이므로 이는 국가에서 인정할 수 있는 범위에 포함되기 때문이다.<sup>1003)</sup> 2018년에 금지 조치의 정당성이 다시 검토되었는데, 이번에는 *Yaker v. France* 사건에서 자유권위원회가 검토했다.<sup>1004)</sup> 유럽 인권 재판소의 결정과 달리, 위원회는 자유권규약 제18조(종교의 자유) 및 제26조(차별 금지 및 법 앞에 평등) 위반 사항을 발견했다.<sup>1005)</sup> 위원회에 따르면, "함께 사는 것"의 개념은 "매우 모호하고 추상적인" 개념이고, 프랑스 당국은 이 개념과 '다른 사람의 권리 및 자유 보호' 사이의 합리적인 연관성을 입증하지 못했다.<sup>1006)</sup> 당국이 입증했다 하더라도, 형사 제재가 필요하거나 균형적이라는 것을 입증하지 못했다.<sup>1007)</sup> 이 법은 특정 종교 집단을 명시적으로 표적으로 삼지 않았다는 점에서 표면적으로는 중립적이지만, 무슬림 여성의 권리 향유에는 불균형적인 영향을 미쳤다. 이를 근거로 위원회는 해당 조치가 간접적으로 차별적이라고 판단하면서, 차별적 영향을 제거하고 피해자에게 배상할 수 있도록 법안을 재검토할 것을 프랑스에 명령했다.<sup>1008)</sup> 다른 조약기구에서는 프라이버시권과 표현의 자유 등

995) 유럽 인권재판소, *Eweida and others v. the United Kingdom* 사건, 신청번호 48420/10, 59842/10, 51671/10 및 36516/10, 2013년 1월 15일 판결. 콜롬비아 헌법재판소는 다음과 같이 판결했다. 학생들은 종교를 이유로 바지를 입도록 강요당할 수 없다고 판결했다. 콜롬비아 헌법재판소, 사건 T-832/11, 판결 참조. 2011년 11월 3일. [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-832-11.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-832-11.htm). 참조.

996) 예를 들어, 유럽 자유권위원회, *Türkan v. Turkey* (CCPR/C/123/D/2274/2013) 참조.

997) 예를 들어, 유럽 인권재판소, *Dahlab v. Switzerland* 사건, 신청번호 42393/98, 인정 여부 결정 참조, 2001년 2월 15일.

998) E/CN.4/2006/5, 문단55.

999) 위 결정문, 문단55(a).

1000) 유럽 인권재판소, *Mann Singh v. France* 사건, 신청번호 24479/07, 인정 여부 결정, 2008년 11월 13일.

1001) 자유권위원회, *Mann Singh v. France* 사건(CCPR/C/108/D/1928/2010). Heiner Bielefeldt 및 Michael Wiener, *종교의 자유에 대한 고찰*(Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2019) 156쪽 이하, 사건에 대한 검토 내용 또한 참조.

1002) 유럽 인권재판소, *S.A.S. v. France* 사건, 신청 번호 43835/11, 판결, 2014년 7월 1일.

1003) 같은 문헌, 157-159문단.

1004) 자유권위원회, *Yaker v. France* 사건(CCPR/C/123/D/2747/2016).

1005) 같은 문헌, 문단9.

1006) 같은 문헌, 문단8.10.

1007) 같은 문헌, 문단8.11.

권리를 평등하게 향유한다는 관점에서 종교적인 '머리 또는 얼굴 가리개' 금지에 대해 검토했고, 공공 업무 수행과 소수자의 권리에 참여할 필요성에 대해 살펴보았다. 여성차별철폐위원회는 결론적 관찰에서 머리 스카프 착용 금지가 여성과 소녀들에게 미치는 영향과 관련한 정보 부족에 대해 우려를 표명했고, 특히 교육 및 고용에 대한 접근성과 관련하여 국가가 이러한 영향을 모니터링하고 평가할 것을 요구했다.<sup>1009)</sup> 아동권리위원회도 이와 마찬가지로 관공서, 학교 및 대학에서 여성과 소녀들의 머리 스카프 착용을 금지하는 규정에 대한 우려를 표명했다.<sup>1010)</sup>

유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)는 이와 관련하여 다음과 같은 지침을 발표했다.

반복해서 언급한 것처럼, 어느 누구도 종교적 상징물을 착용하도록 강요를 받아서는 안 되지만, 특히 얼굴 전체를 가리는 베일 착용 결정에 관한 여성의 목소리를 무시하는 주장에 대해 일부에서는 이를 여성의 주체성과 동의 능력을 무시하는 것으로 간주한다. 일부에서는 사회적 압력에 의해 결정될 때에는 그 선택은 자유롭지 못하다고 주장한다. 그러나 여성의 신체를 단속하고, 여성이 해야 할 일과 하지 말아야 할 일을, 특히 옷차림을 법으로 규정하는 것으로 확대될 수 있기 때문에 이러한 주장은 위험할 수 있다. 사회적 기대가 여성과 소녀들의 자유를 제한하거나 유해한 고정관념이 고착화되더라도 기존의 가부장적 제도를 통해 여성과 소녀들을 사회적 기대에 부응하도록 이끌어갈 수는 있다고 말하는 것이 합리적일 수 있지만, 여성을 직접 처벌하는 법적 금지나 제한이 가장 적절한 대응책이 될 것인지 또는 이로 인하여 여성이 더욱 소외되고 차별이 고착화될 것인지에 대해서는 의문의 여지가 많다.<sup>1011)</sup>

유엔 인권최고대표사무소는 종교 및 신념의 자유 특별보고관을 인용하여 다음과 같이 지적했다.

제한을 통해 관련 종교나 신념에 따라 명시적인 차별 또는 위장된 차별을 의도하거나 이를 초래해서는 안 된다. 분석된 사례의 경우, 제한이 중립적인 것처럼 보이지만 실제로는 무슬림 여성에게 불균형적으로 영향을 미친다.

기타 상징물에 대한 기존의 제한 범위 및 이러한 제한이 다른 개인/공동체에 미치는 영향에 대해서는 더 많은 연구가 필요할 것이다. 판례법 이상으로, 머리 스카프를 착용한 무슬림 여성들의 경험은 폭력에 대한 노출은 물론 광범위한 차별 사례를 보여준다. 특정의 상황에서, 국가는 베일 착용에 대한 제한이 무슬림 여성에게 낙인을 찍고 이들의 구제책 모색을 방해한다는 점을 염두에 두어야 한다. 더욱이, 머리 스카프 착용에 대한 일부 논쟁으로 인하여 무슬림 및 여성의 역할에 대한 고정관념과 편견이 고착화될 수 있다.<sup>1012)</sup>

전신 가리개를 허용하는 것이 여성의 종속으로 이어지는 전통적 관행의 종식을 위한 여성차별철폐협약에 의거하는 국가의 적극적 의무에 부합하는지에 대한 의문이 제기된다.<sup>1013)</sup> 따라서, 종교 및 신념의 자유 특별보고관은 다음과 같이 지적한 바 있다. "특히 머리부터 발끝까지 가리는 베일을 착용하는 경우에, 여성의 권리 보호에 특별한 주의를 기울여야 한다."<sup>1014)</sup> 얼굴을 전부 가리는 베일에 대해서도 이와 비슷한 물음이 제기되었다.<sup>1015)</sup>

역대 종교 및 신념의 자유 특별보고관들은 자발적으로 종교적 상징물을 표시할 수 있는 적극적인 자유와 종교적 상징물을 표시하도록 강요를 받는 소극적인 자유 모두를 보호하는 것이 중요하다고 강조했다. 따라서, 특별보고관은 종교 또는 신념의 자유의 "소극적인" 측면(종교적 관행에 참여하도록 특히 국가 또는 국가 기관으로부터 압력을

1008) 같은 문헌, 문단10.

1009) 예를 들어, CEDAW/C/BEL/CO/7, 문단18-19 참조. 18-19 및 CEDAW/C/TUR/CO/6, 문단16-17.

1010) 예를 들어, CRC/C/TUN/CO/3, 문단36~37참조.

1011) OHCHR, "서유럽에서 베일을 쓰는 여성의 인권" (2019), 29쪽.

1012) 같은 문헌, 30쪽. E/CN.4/2006/5 문단55 또한 참조.

1013) 여성차별철폐협약 제5조 (a)문단은 다음과 같이 명시하고 있다: "특정의 성(性)이 열등하거나 우월하다는 생각 또는 남성과 여성의 역할에 대한 고정관념에 기반한 편견과 관습 및 기타 모든 관행의 철폐를 목적으로 여성과 남성의 사회적 문화적 행동 패턴을 바꿀 수 있도록... 당사국들은 모든 적절한 조치를 취한다."

1014) A/65/207, 문단34.

1015) OHCHR, "서유럽에서 베일을 쓴 여성의 인권", 8쪽.

받지 않을 권리)이 “공적 영역에서 종교적 상징물 또는 종교적 신앙이나 관행의 기타 표현과 대립하지 않을 권리를 의미하는 것은 아니다”고 지적하기도 했다.<sup>1016)</sup> 오히려 종교 또는 신념의 자유의 '소극적인' 측면의 목적은 어느 누구도 자신의 확신에 반하는 종교 또는 신념을 고백하거나 실천하라는 압력, 특히 국가의 압력에 노출되지 않도록 하는 것이다.<sup>1017)</sup>

## 2. 의무 수범자로서의 종교 또는 신념 공동체

판결 기록에서 살펴본 또 다른 영역은 종교 또는 신념 공동체가 고용주 또는 주택이나 의료 서비스 제공자의 역할을 수행할 때 종교 또는 신념에 따라 차별할 수 있는지 여부에 대한 질문이다. 고용 분야의 경우, 종교나 또는 신념 공동체 또는 이와 관련된 기관은 명백히 종교적 또는 교리적 내용이 있는 직책에만 '종교가 같은 사람'을 우선적으로 고용할 수 있다는 것이 정설이다. 종교적 또는 교리적 내용이 없는 직책에서는 차별이 있을 수 없다.

**종교적 자율성의 한계에 대한 정의:** *EGENBERGER 대 EVANGELISCHES WERK FÜR DIAKONIE UND ENTWICKLUNG EV* 사건

독일의 경우, 종교 단체가 '종교가 같은 사람'만 고용할 수 있는지에 대한 질문은 끊임없이 법적 분쟁의 대상이 되고 있다. 독일에는 노동 인구의 상당 부분을 차지하는 수많은 대형 자선단체가 있는데, 이들 중 상당수가 국가로부터 많은 지원을 받고 있다. 종교적 문제가 있는 경우, 이러한 단체의 일자리는 극히 제한적인 경우가 많다. 2018년, '종교가 같은 사람'이 아닌 사람은 고용하지 않는 이러한 단체들의 관행에 대한 법적 도전이 유럽 사법재판소에서 현실화되었다.

2012년, Vera Egenberger는 Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung라는 종교 관련 자선단체에 구직을 신청했다.

해당 일자리는 종교적 교리와 무관하게 유엔 기구에 필요한 보고서를 작성하는 컨설팅 직책이었으며, 그녀는 이에 대한 자격을 갖추고 있었다. 해당 채용공고에는 지원자가 개신교 신도이어야 한다는 조건이 명시되어 있었다. 그녀는 최종 후보에 올랐지만 면접 기회를 얻지 못했다. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung 단체는 결국 Ms. Egenberger의 입사 지원을 거부했다. Ms. Egenberger는 독일 법원에 이의를 제기했고, 선발 과정과 관련 대우가 종교나 신념에 기반한 차별 금지와 양립할 수 없다고 주장하면서 공평한 대우에 관한 독일 일반법(German General Law)과 종교 또는 신념에 기반한 고용차별을 금지한 유럽연합 지침을 언급했다.<sup>1018)</sup> Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung 단체는 해당 직책에 종교와 관련된 부분이 없음에도 불구하고 종교는 합법적인 직업 요건이라고 주장했다. 베를린 노동법원은 Ms. Egenberger가 차별을 받았다고 판결했지만, 보상금액은 제한적이었다. 이후, 해당 사건은 유럽 사법재판소에 회부되었다.

2018년 4월, 유럽 사법재판소는 특히 모든 종교 또는 신념 요건은 비례적이어야 한다고 판시하면서 Ms. Egenberger에게 유리한 판결을 내렸다. 즉 조직의 자기 인식만으로는 충분하지 않다는 것을 알 수 있다.<sup>1019)</sup>

## 3. 정당한 편익과 종교적 관행

특정의 종교나 신념의 교리 또는 관행에 따라 (또한, 개별적 신자나 수행자의 신념에 따라) 몇몇 종교나 신념에는

1016) A/HRC/19/60/Add.1, 문단31.

1017) 같은 문헌.

1018) 고용과 직업의 평등한 대우를 위한 일반적 기준을 수립하는 2000년 11월 27일 이사회 지침 2000/78/EC.

1019) 유럽 사법재판소, *Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, 사건 C-414/16, 2018년 4월 17일 판결.

특히 고용, 교육 및 보건 분야에서(물론 여기에 국한된 것은 아니지만) 정당한 편의를 필요한 규칙이나 관행이 포함될 수 있다. 마찬가지로, 해당 공동체와 교리 및 개인의 특정 신념에 따라 사람은 특정 관행을 "거부"할 수 있다. 이러한 관행에는 어떠한 차별도 없어야 한다. 다른 사람에 대한 차별로 이어지지 않는 요청을 수용하지 않으면 이는 차별에 해당한다.

2014년 유엔 인권이사회에 제출한 보고서에서, 종교 및 신념의 자유 특별보고관은 정당한 편위(1차적으로 장애에 기반한 차별 금지 내에서 개발된)이 종교적 또는 신념적 소수자들에게도 확대되어야 한다고 주장했다.

특정 기관 차원에서, 종교적 또는 신념적 소수자에 속하는 사람들의 구체적인 요구를 파악하려면 신뢰와 존중의 소통 문화가 필요하다... 장애인권리협약에 정당한 편의 원칙을 명시하는 것은 차별 근절을 위해 애쓰는 다른 영역(종교나 신념에 근거한 차별 포함)에서 유사한 조치의 역할을 논의하기 위한 출발점이 되어야 한다. 차별 철폐 정책들이 정당한 편의 제공을 고려하지 않는다면 완전한 효과를 발휘할 수 없다.<sup>1020)</sup>

특별보고관은 국가가 "직장 내 종교적 관용 및 차별 금지와 관련하여 공공 및 민간 고용주를 대상으로 직장 내 종교적 관용과 차별 금지에 관한 교육과 자문 서비스를 제공해야 한다고 권고했다. 여기에는 직장 내 종교 및 신념의 다양성에 대한 정당한 편의 정책에 관한 조인이 포함되어야 한다.<sup>1021)</sup> 또한, 정책 입안자와 입법자 및 판사들은 정당한 편의를 종교나 신념에 따른 차별 근절의 중요한 부분으로 취급해야 한다. 고용주 및 다른 사람들에게는 "차별 상황을 예방하거나 시정하고 다양성과 포용성을 증진할 수 있도록 직장 내 종교적 또는 신념적 다양성에 대한 정당한 편의 정책을 개발하도록 장려해야 한다.<sup>1022)</sup> 또한, "국가인권기구는 이 분야에서 교육 프로그램과 자문 기능을 개발해야 한다."<sup>1023)</sup>

#### 캐나다의 종교 또는 신념에 대한 정당한 편의

이른바 심슨-시어스(*Simpson-Sears*) 사건에서, 한 직원이 제7일안식일예수재림교회의 신도가 된 후 금요일 해질녘부터 토요일 해질녘까지 안식일을 엄격하게 지키기 시작했다. 이에, 해당 직원이 고용주에게 더 이상 토요일에 근무할 수 없다고 진정하면서 분쟁이 발생했다. 사건 판결에서, 캐나다 대법원은 캐나다 차별금지법의 해석과 적용에 초점을 맞추었다. 법원은 간접 차별로 판단하면서 그에 대응하는 정당한 편의 의무가 발생한 것으로 간주했고, (정당한 편의 제공이) 고용주 또는 기타 편의제공 주체에게 "부당한 어려움"을 부과하지 않는다고 보았다.<sup>1024)</sup>

2008년에 발표된 고위급 보고서에서는 의료 부문의 정당한 편의(여기에서는 '개인화'로 표현)와 관련한 사건에서 캐나다 법에 의거한 "부당한 어려움" 원칙을 이해하기 위한 조건을 다음과 같이 명시했다.

1. 개인화된 치료 요청은 임상적 판단, 모범 사례 및 전문가 윤리 강령에 위배되어서는 안 되고, 임상적 긴급성에 비추어 평가되어야 한다.
2. 개인화된 치료 요청은 안전 규칙(예: 감염 예방, 위험 관리 등)에 위배되지 않아야 한다.
3. 개인화된 치료 요청으로 인하여 불필요한 비용이나 인적, 물리적, 재정적 한계를 초과하는 비용이 발생하지 않아야 한다.
4. 개인화된 치료 요청은 다른 사용자 및 개입자의 권리와 자유에 해(害)가 되지 않아야 한다.<sup>1025)</sup>

1020) A/69/261, 문단70-71.

1021) 같은 문헌, 문단77.

1022) 같은 문헌, 문단81.

1023) 같은 문헌, 문단86.

1024) 캐나다 대법원, *Ontario Human Rights Commission and O'Malley (Vincent) v. Simpsons-Sears* 사건 [1985] 2 SCR 536.

## 4. 의료 분야에서의 치료 거부

이와 연관된 문제는 의료 절차 거부와 관련이 있다. 특정의 소수 종교에는 수혈, 예방 접종, 수술 및 일부의 경우에는 모든 형태의 주류의학을 포함하는 특정의 의료 절차에 참여하지 않아야 한다는 교리가 있다.

러시아가 여호와의 증인 공동체의 등록을 거부한 사건에서, 유럽 인권재판소는 이러한 금지 조치가 차별적이고 불법이라고 판단하면서 다음의 사항을 인정했다.

종교적 이유로 잠재적으로 생명을 구할 수 있는 치료를 거부하는 것은 국민의 생명과 건강을 보호할 국가의 이익과 신체적 완전성 및 종교적 신념이라는 영역에서 개인의 자율성에 대한 권리 사이에 충돌이 발생하기 때문에 법적으로도 상당히 복잡한 문제가 발생한다.<sup>1026)</sup>

그럼에도 불구하고, 여호와의 증인 공동체에 대한 금지 조치를 취소하면서 다음과 같이 판시했다.

자신이 선택한 방식으로 자신의 삶을 영위할 수 있는 능력에는 해당 개인에게 신체적으로 해롭거나 위험한 것으로 인식되는 활동을 추구할 수 있는 기회가 포함된다. 의료 지원 영역에서는 특정 치료를 거부하면 치명적인 결과를 초래할 수 있더라도 치료를 강요하는 것은... 신체적 완전성에 대한 환자의 권리를 방해하고 협약 제8조에 따라 보호되는 권리를 침해할 수 있다... 특정 치료를 수용 또는 거부하거나 다른 형태의 치료를 선택할 자유는 자기 결정권과 개인 자율성의 원칙에 필수적인 것이다. 의사 능력이 있는 성인 환자는, 예를 들어, 수술이나 치료를 받을 것인지 여부를 또는 수혈을 받을지 여부를 자유롭게 결정할 수 있다. 그러나 환자의 선택이 다른 사람들에게 아무리 비합리적이거나, 현명하지 않거나 또는 경솔하게 보이더라도, 이러한 자유가 의미가 있으려면 환자는 자신의 생각과 가치에 따라 선택할 수 있어야 한다.

수혈을 거부한 여호와의 증인 사건을 검토한 대부분의 사법기관들은 환자의 생명이나 건강을 보전하는 공적 이익이 의심할 여지없이 합법적이고 매우 강력하기는 하지만 환자가 자신의 생명을 결정하는 이익이 더 크다고 판단했다. 자유 선택과 자기 결정은 그 자체로 삶의 근본이 되는 요소이고, 제3자를 보호해야 할 필요성(예: 전염병이 유행하는 동안의 의무적인 예방접종)이 없는 경우에는 국가의 간섭이 생명의 가치를 떨어뜨릴 뿐 이를 끌어올릴 수 없기 때문에, 국가는 의료 서비스 영역에서 개인의 선택의 자유를 방해하지 않아야 한다고 강조했다.<sup>1027)</sup>

## C. 종교를 명분으로 삼는, 다른 특성을 이유로 한 차별

종교적이거나 종교와 관련된 문화의 교리 및 예민한 사항을 근거로 만들어진, 성별, 성적지향, 성별정체성 또는 기타 특성을 이유로 차별하는 규칙이나 정책 또는 관행을 유지하는 것은 정당하지 않다는 것이 확립된 법리이다.<sup>1028)</sup>

역대 종교 및 신념의 자유 특별보고관들은 여성의 차별받지 않을 권리가 "젠더 차별의 정당화에 사용되는 편협한 신념"에 우선하고<sup>1029)</sup> 종교 또는 신념의 자유가 결코 여성과 소녀들의 인권 침해를 결코 정당화할 수 없다고 명시했

1025) Gérard Bouchard 및 Charles Taylor, 미래 건설: 화해를 위한 시간 - 요약 보고서 (퀘벡, 퀘벡 정부, 2008), 52-53쪽. <https://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/buildingthefutureGerardBouchardcharlestaylor.pdf> 참조.

1026) 유럽 인권재판소, *Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia*, 신청번호 302/02, 판결, 2010년 6월 10일, 문단134.

1027) 같은 문헌, 135-136문단. 이 사건에서, 법원은 제14조 차별 문제에 대한 판결을 거부하면서, 법원에서 위반을 확인한 차별금지과 사상과 양심 및 종교의 자유(제9조), 평화로운 공개 집회(제11조)와 관련하여 별도의 문제가 발생하지 않았다고 판단했다.

1028) 자유권위원회는 "도덕의 개념은 많은 사회적, 철학적, 종교적 전통에서 파생된다. 따라서 도덕을 보호하기 위한 제한은... 하나의 원칙에만 근거하지 않는 원칙에 근거해야 한다"고 지적했다. 따라서 "이러한 제한은 인권의 보편성과 차별금지 원칙에 비추어 이해되어야 한다. 자유권위원회, 일반 논평 22호(1993) 문단8; 일반 논평 34호(2011) 문단32 참조.

1029) A/65/207, 문단69. A/68/268 및 A/HRC/22/51 또한 참조.

다.1030) 특별보고관은 종교적 신념이 여성과 소녀들에 대한 또는 성적지향이나 성별정체성에 기반하여 자행되는 다른 사람에 대한 폭력이나 차별을 합법적으로 '정당화'할 수 있다는 주장"을 받아들이지 않았다. 국제법은 종교 또는 신념의 표현이 국가에 의해 제한되려면, 차별금지 및 평등권을 포함한 타인의 기본권을 보호하기 위해 자유권 규약 제18조 (3)항에 명시된 기준에 전부 부합되는 경우여야 한다는 점을 분명히 밝히고 있는데, 이것은 종교 또는 신념의 자유에 대한 권리를 포함한 모든 인권의 기준이 되는 원칙이다.1031)

## 1. 양심적 거부와 그 한계

양심적 병역 거부(종교나 신념을 이유로 거부하는 경우가 많다)는 오랫동안 논란이 되고 있는 반대 의사의 표시 형태 중 하나다. 양심적 병역 거부의 권리를 자유권규약 제18조의 구성 요소라고 인정한 유엔 자유권위원회의 결정이 시간이 지나면서 발전하긴 했지만,1032) 위원회는 양심적 거부자에 대한 차별이 있어서는 안 된다는 것을 분명하게 확인했다.1033)

조약기구와 지역 인권기구 모두 양심에 따라 의무 병역을 거부하고 진정한 민간 대체복무를 수행할 권리를 인정하고 있다.1034)

2000년부터 의료 종사자 또는 기타 공무원이 자신의 개인적 신념과 일치하지 않는 의무 수행을 거부하려고 시도하면서 군 복무 영역을 넘어 양심적 거부를 주장하고 적용하려는 시도가 있었는데, 예를 들면 낙태 수술, 여성 동성애자와 남성동성애자 배우자의 결혼, 이혼, 주민 등록 절차 등이 여기에 포함된다.1035) 일부 지역에서는 남성 동성애자 또는 여성 동성애자의 결혼식용 웨딩 케이크 제공과 같은 서비스 거부나, 고용주가 제공하는 건강 보험에 피임이 포함되어야 한다는 요건에 대한 법적 문제까지 소송이 확대되고 있다. 이러한 소송이 한편으로는 종교 또는 신념의 자유에 대한 권리, 다른 한편으로는 차별받지 않을 권리의 접점에 대한 검토를 가능하게 했다.1036)

영국 대법원은 일련의 사건에서 일반 대중에게 서비스를 제공하는 사람들이 종교나 신념을 이유로 성소수자들에게 대한 서비스를 거부할 수 있는 범위에 대해 검토했고, 이는 이러한 경우 발생할 수 있는 문제에 대해 유용한 설명을

1030) A/68/290, 문단30 및 A/75/385.

1031) A/HRC/43/48, 문단69.

1032) Bielefeldt, Ghanaea 및 Wiener, *종교 또는 신념의 자유(Freedom of Religion or Belief: An International Law Commentary)*: 국제법 해설, 특히 양심적 병역 거부에 관한 1.3.11문단.

1033) 많은 사람들이 제18조에 명시된 자유에 근거하여 병역을 거부할 권리(양심적 병역 거부)를 주장해 왔다. 이러한 주장에 대해, 많은 국가들이 법에 따라 군 복무 이행을 금지하는 종교적 또는 기타 신념을 진정으로 가지고 있는 국민의 병역 의무를 면제했고 이를 대체복무제로 대체하고 있다. 관련 규약에 양심적 병역거부권을 명시적으로 언급하고 있는 것은 없지만, 위원회는 치명적인 무력을 사용할 의무가 양심의 자유와 심각한 충돌을 일으킬 수 있다는 점에서 이러한 권리가 제18조에서 파생될 수 있다고 생각한다. 이러한 권리가 법에 의해 또는 관행에 의해 인정되는 경우, 특정 신념의 특성에 근거하여 양심적 병역 거부자를 차별해서는 안 된다. 마찬가지로, 이들이 군 복무 이행을 하지 않았다는 이유로 양심적 병역거부자에 대한 차별이 있어서는 안 된다. 자유권위원회, 일반 논평 제22호(1993), 문단11 참조. 미주(美州) 체제에서 미주 인권위원회는 여호와의 증인 및 권리의 합법적 제한에 관한 다수의 사건에 대해 다음과 같은 판결을 내렸다. 총성 맹세, 국가와 그 상징물 인정 및 군 복무를 거부한다는 이유로 해당 종교의 신도들을 기소하는 것은 권리 침해라고 판단했다. (미주 인권위원회, *Jehovah's Witnesses v. Argentina* 사건 번호 2.137, 1978년 11월 18일 결의안 참조.

1034) 표준 요약은 Laurel Townhead, "양심적 병역 거부에 관한 국제 기준"(Geneva, Quaker United Nations Office, 2021) 개정판 참조. [www.quno.org/sites/default/files/resources/QUNO%20Conscientious%20Objection%20-%20International%20Standards\\_Revised%202021\\_FINAL.pdf](http://www.quno.org/sites/default/files/resources/QUNO%20Conscientious%20Objection%20-%20International%20Standards_Revised%202021_FINAL.pdf).

1035) 예를 들어, 의료 서비스의 경우에는 합법적인 의료 서비스의 양심적 거부 관리에 관한 유럽의회 의회 결의안 1763(2010) 참조.

1036) 종교 및 신념의 자유 특별보고관은 다음과 같이 언급했다. "종교 또는 신념의 자유와 남녀 평등 사이의 관계에 대한 추상적으로 적대적인 오해로 인하여 구체적인 요구, 희망, 주장, 경험 및 취약성이 두 인권의 교차점에 해당하는 수백만 명의 삶의 상황을 제대로 반영하지 못하는데, 이는 종교적 소수자인 여성의 인권에 불균형적인 영향을 미친다. 이에, 특별보고관은 '모든 인권은 보편적이고, 분리할 수 없으며, 상호 의존적이고 서로 관계가 있다'는 세계인권회의에서 만들어진 공식에 따라 전체론적 관점을 유지하는 것의 중요하다고 강조한다. 복잡하고 긴장된 상황에서도 옹호할 가치가 있는 이러한 총체적인 관점에 기반하여 그는 국가 및 기타 이해 관계자들에게 여러 가지 실질적인 권고 사항을 공식적으로 제안하고 있다." A/68/290, 2쪽 참조. 또한 Michael Wiener, "종교 또는 신념과 성의 자유: 유엔 특별보고관의 지난 30년간 위임 관행의 변화 추적", *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 6, No. 2 (2017) 참조.

제공한다. Bull 외 1인 대 Hall 외 1인(*Bull and another v. Hall and another*) 사건에서, 영국 대법원은 한 호텔 소유주가 제기한 상소를 심리하고 남성 동성애자 커플이 예약한 더블 룸을 제공하지 않은 것은 이들을 차별한 것이라고 판단했다.<sup>1037)</sup> 호텔 주인은 "결혼에 대한 깊은 존중의 의미로" 더블 룸을 "이성애자 부부"에게만 제공했다고 진술했다. 대법원은 만장일치로 호텔 주인의 차별이 불법적이라고 인정하고 상소를 기각하면서, 특히 호텔 주인의 차별 동기는 결혼과 아무런 관련이 없으며 일부의 사람들에게 성적 취향을 이유로 차별하는 것을 허용하면 차별금지법의 적용을 받지 않는 사람들을 만드는 것이라고 지적했다. 라델 대 이슬링턴 런던 자치구(*Ladele v. London Borough of Islington*) 사건에서, 진정인 릴리안 라델은 자신의 고용주인 런던 이슬링턴 자치구가 자신의 기독교 신념에 근거한 요청을 거부하면서 동성 결혼식 업무를 담당하도록 요구했기 때문에 고용주로부터 차별을 받았다고 주장했다.<sup>1038)</sup> 대법원은 이슬링턴 자치구가 합법적인 목표를 추구한 것이고, 동성 결혼식은 지극히 일반적인 업무이며, 라델의 직무상 의무 때문에 자신이 원하는 대로 신앙 생활을 하지 못한 것이 아니라고 지적하면서 패소 판결을 내렸다. 최근의 북아일랜드 사건의 경우, 대법원은 제과점에서 "남성 동성 결혼 지지"라는 문구가 적힌 케이크 만들기를 거부한 것이 불법적으로 차별한 것에 해당하는지 여부에 대해 검토했다.<sup>1039)</sup>

대법원은 제과점이 차별한 것이 아니라고 판결하면서, 원고는 여성 동성애자와 남성 동성애자 및 양성애자는 물론이고, 그 외 다른 모든 고객을 위해 해당 문구가 들어간 케이크 만들기를 거부했을 것이라고 판시했다. 이에 따라, 법원은 이 사건을 다른 사건과 구별했다. 이 사건은 현재 유럽 인권재판소에 회부되었다. 위 사건들은 대중에게 서비스를 제공하는 경우에는 서비스 제공자의 종교적 신념과 무관하게 성적지향(및 그 밖의 차별금지사유)을 이유로 한 차별없이 서비스가 제공되어야 한다는 것을 명확하게 보여주고 있다.

종교나 신념의 이름으로 행해지는 젠더 기반의 폭력과 차별에 관한 2020년 주제별 보고서에서, 종교 및 신념의 자유 특별보고관은 다음과 말했다.

종교적 신념에 필요한 국내법 준수와 관련하여 특히 우려되는 부분은 종교적인 이유로 낙태 시술이나 피임기구에 대한 접근성을 제공하지 않기 위해 의료 서비스 제공자와 관련 기관들이 양성적 병역 거부를 이용하는 경우이다.

예를 들어, 우루과이에서는 여성이 낙태를 선택할 수 있지만, 특정 지역에서는 의료 서비스 제공자의 87%가 낙태 시술을 거부한다. 케냐, 폴란드 및 미국과 같은 나라의 특별보고관의 상담에 참여한 참가자들은 법에 명시된 "양심 조항"의 시행으로 인하여 상당수의 여성들이 사실상 합법적인 낙태를 할 수 없게 되었다고 지적했다. 특별보고관은 자유권위원회가 양심적 거부의 결과로 합법적인 낙태 의료 서비스에 접근하기 위한 효과적인 전원(轉院) 시스템의 부재에 더하여 이러한 현상에 대한 우려를 표명했다.<sup>1040)</sup> 특별보고관은 자유권위원회가 의료 종사자의 양심적 거부(자유권위원회는 접근을 가로막는 "장애물"이라고 표현했다)에도 불구하고 여성들의 합법적인 낙태에 대한 접근성을 보장할 수 있도록 국가에 요청했다는 것을 상기시키면서(CCPR/C/POL/CO/7, 23-24항 및 CCPR/C/COL/CO/7, 20-21항) 양심적 거부가 허용된다면 개별 의료 제공자에게만 허용되어야 한다고 제안했다.<sup>1041)</sup> 특별보고관에게는 여성, 소녀, 성소수자에 대한 의료 또는 기타 서비스 제공을 거부하고 종교적 반대를 이유로 내세우는 민간인에 의한 젠더 기반 차별에 관한 추가적인 정보가 제공되었다. 미국에서의 의견수렴 내용을 예로 들면, 가족 계획 및 산전 관리, 불임 치료, 입양, 주택,<sup>1042)</sup> 숙박, 고용 및 상업 서비스 등의 영역을 포함하여 개인이 성소수자에 대한 서비스 제공을 거부한 사례들을 확인했다... 또한...

1037) 영국 대법원, *Bull and another v. Hall and another* 사건 [2013] UKSC 73.

1038) 영국 문단소법원, *Ladele v. London Borough of Islington* 사건 [2009] EWCA Civ 1357 CA.

1039) 영국 대법원, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others* 사건 [2018] UKSC 49.

1040) 사회권위원회, 일반 논평 제22호(2016), 14, 43 및 문단60, 아동권리위원회, 일반 논평 제15호(2013), 문단69 및 A/HRC/32/44.

1041) 자유권위원회, 일반 논평 제36호(2019), 문단8.

1042) 전통적으로 공공 부문에서 서비스를 제공하는 민간 기업의 인권 의무에 대해서는 사회권위원회, 일반 논평 제24호(2017), 문단21 참조.

종교적 책무를 이유로 한 차별 금지로부터의 법적 면제 주장도 점점 더 많이 수용되고 있었다. 예를 들어, 미주 지역 의견수렴 참가자들은 미혼이라는 이유로 임신한 직원을 해고하거나, 합법적인 재생산 의료 서비스에 대한 보험 적용을 거부하거나, 피임약 처방을 거부하거나, 합법적인 낙태 시술을 받을 수 있는 기회를 방해하거나, 성소수자에 대한 의료 서비스 및 치료 거부 등의 문제가 이로 인하여 발생한다고 지적했다.<sup>1043)</sup>

## 2. 가족 및 가정에서의 지위에 관한 법: 결혼, 이혼, 상속 및 장례

한편으로는 전통적, 종교적 또는 공동체적 규칙 사이의 긴장과 다른 한편으로는 차별을 받지 않을 권리 사이의 긴장은 여러 분야에서, 특히 결혼과 가족법 분야에서 나타나고 있다. 공동체가 공동체의 규칙과 관련하여 차별할 권리를 주장한 사건의 경우, 이러한 주장은 법원이나 행정 당국에 의해 기각되었다.

여성차별철폐협약 제15조에는 다음과 같이 명시되어 있다.

1. 당사국은 여성에 대하여 법앞에서의 남성과의 평등을 부여하여야 한다.
2. 당사국은 민사문제에 있어서, 여성에게 남성과 동등한 법적 능력 및 이를 행사할 수 있는 동일한 기회를 부여하여야 한다. 특히, 당사국은 계약을 체결하고 재산을 관리할 수 있는 동등한 권리를 여성에게 부여하여야 하며 법원과 법정의 절차상 모든 단계에서 여성을 동등히 취급하여야 한다.
3. 당사국은 여성의 법적 능력을 제한하는 법적 효과를 가지는 모든 계약과 및 기타 모든 종류의 사적 문서를 무효로 간주하는 데 동의한다.
4. 당사국은 사람의 이전에 관한 법과 그들의 주거 및 주소 선택의 자유와 관련하여 남성과 여성에게 동일한 권리를 부여하여야 한다.

일부 국가들은 여성차별철폐협약 비준 시 제15조와 관련하여 몇 가지 사항을 유보하기 위해 노력했다. 각국은 결혼 및 가족 관계와 관련된 모든 문제에서 여성차별철폐협약 제16조와 관련하여 이와 유사하게 유보를 표명했다. 그러나 여성차별철폐위원회는 이러한 유보가 조약의 목적과 취지에 부합하지 않고 조약법에 관한 비엔나 협약에 위배되므로 부당하다고 일관되게 주장해 왔다.<sup>1044)</sup>

캐나다의 여러 사례에서 공동체 규칙을 이해함에 있어서 평등 및 차별금지법의 역할이 검토되었다. 캐나다 대법원까지 올라간 사건에서, 정통 유대교 여성 한 사람이 정통 유대교 남편이 상당한 기간 동안 정통 유대교에서 발행하는 이혼 확인서인 "겟(get)"의 제공을 거부했기 때문에 법의 판단을 요구했다. "get"을 제공하지 않은 것은 남편과 이혼한 후 품위 있는 사회 생활을 영위할 수 있는 그녀의 능력에 중대한 영향을 미쳤다. 정통 유대교 율법에 따르면, 남편만 "get"을 제공할 수 있다. 대법원은 최종적이고 구속력 있는 판결을 통해, 제시된 사실들이 캐나다 평등법을 위반했다고 판결했다.<sup>1045)</sup>

## 3. 유해한 관행

국제인권법에 따르면 여성 생식기 절단을 포함하여 유해한 전통적 관행은 불법이다. 위에서 지적한 바와 같이, 여성차별철폐협약 제2조 (f)항과 제5조 (a)항에는 남성과 여성 사이의 불평등을 초래하는 문화적 관행을 종식시킬 책임은 국가에 있다고 명시되어 있다.

1043) A/HRC/43/48, 문단43-44. OHCHR은 다음과 같이 지적했다. "국가는 의료 전문가의 양심적 거부 행사로 인해 여성이 의료 서비스 이용에 방해받지 않도록 보장해야 한다." OHCHR, "성 및 생식 건강과 권리에 대한 정보 시리즈: 낙태(2020) 참조. [www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO\\_Abortion\\_WEB.pdf](http://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO_Abortion_WEB.pdf)에서 확인 가능.

1044) A/53/38/Rev.1, 문단1-25.

1045) Ayelet Shachar, "다양성의 사유화: 가족법에서 종교적 중재의 주의사항", 법의 이론적 탐구, 9권, No. 2(2008).

자유권규약에 명시된 잔인하거나 굴욕적인 대우 금지를 이유로, 특히 여성차별철폐협약에 명시된 여성에 대한 차별 금지로 인하여 종교나 신념 또는 기타 공동체에 대해서는 예외가 허용되지 않는다.<sup>1046)</sup> 마찬가지로, 아프리카 여성의 권리에 관한 인권 및 국민의 권리에 관한 아프리카 헌장 의정서도 이러한 행위를 금지하고 있다.

자유권위원회는 일반 논평 제28호(2000)에서 "당사국들은 전통적, 역사적, 종교적 또는 문화적 태도가 법 앞에서 평등하고 모든 규약상 권리의 동등한 향유에 대한 여성의 권리 침해를 정당화하기 위해 사용되지 않도록 하여야 한다"고 주장하면서<sup>1047)</sup> 여성 권리에 영향을 미치는 소수 공동체 내의 문화적 또는 종교적 관행을 어떻게 다루고 있는지에 대해 보고할 것을 촉구했다. "소수 민족에 속한 사람들이 자신의 언어, 문화 및 종교에 대해 규약 제27조에 따라 누리는 권리는 여성이 동등하게 향유할 수 있는 모든 규약상의 권리(동등한 법의 보호를 받을 수 있는 권리 포함)를 침해할 권한을 국가, 집단 또는 개인에게 부여하지 않는다."<sup>1048)</sup>

최근 일부 국가에서는 남성 할례를 금지하려는 움직임을 보이고 있다. 이와 관련한 인권법 문제는 아직 명확하지 않지만, 여성 생식기 절단과 관련한 문제와는 어느 정도 다르다는 것이 분명하다. 남성 할례 금지에 대한 논의가 진행 중이던 덴마크 방문에 대해 보고하면서, 종교의 자유 또는 신념에 관한 특별보고관은 이러한 금지에 명시적으로 반대하는 대신에 공공 토론을 통해 유대인과 무슬림에 대한 부정적인 담론과 이러한 제안으로 촉발된 해당 공동체의 경각심을 (특히 인터넷에서) 높이는 방식에 초점을 맞추었다.<sup>1049)</sup>

위에서 언급한 바와 같이, 2011년 여성차별철폐위원회와 아동권리위원회는 유해한 관행을 종식시키기 위한 세부 지침을 채택했고, 여기에는 소수자와 관련한 문제와 무엇보다 이들에게 낙인을 찍는 일이 없어야 한다는 내용이 포함되어 있다.<sup>1050)</sup>

## IV. 언어, 언어적 소수자, 차별, 평등 및 포용

자유권규약 제2조 및 제26조, 사회권규약 제2조 및 아동권리협약 제2조 모두 언어에 근거한 차별을 금지하고 있다.

자유권규약 제27조는 언어적 소수자의 권리를 명시하고 있고, 언어를 공통의 문화를 공유하는 '집단에 속한 사람'을 식별하는 수단으로 규정하고 있다.<sup>1051)</sup> 특히, 언어적 소수자에 대한 우려에 대해 자유권위원회는 다음과 같이 상세하게 설명했다.

소수 언어에 속하는 사람이 사적 또는 공적으로 자신의 언어를 사용할 수 있는 권리는 규약에 의거하여 보호되는 기타의 언어적 권리와 구별된다. 특히, 제19조에 의거하여 보호되는 표현의 자유에 대한 일반적인 권리와는 구별되어야 한다.<sup>1052)</sup>

자유권위원회는 또한 국가의 적극적인 조치가 "공동체에서 그룹의 다른 구성원들과 함께... 소수 민족의 정체성 및 문화와 언어를 향유하고 발전시킬 수 있는 구성원의 권리 보호를 위해 필요할 수 있다"고 판단했다.<sup>1053)</sup>

1046) 여성 폭력에 관한 최근의 일반 논평에서 여성차별철폐위원회는 다음과 같이 요약했다. "여성에 대한 젠더 기반 폭력은 특정 상황에서 고문이나 잔인하고 비인간적이거나 굴욕적인 대우에 해당할 수 있고, 여기에는 강간, 가정 폭력 또는 유해한 관행의 경우가 포함된다." 위원회는 이와 관련하여 특별절차 명령 보유자의 관련 보고서는 물론, 고문방지위원회 및 자유권위원회와 같은 인권 조약기구의 결론적 견해를 참조한다. 여성차별철폐위원회의 일반적 권고 제35호(2017), 16문단 및 여기에 포함된 인용문 참조. 또한 A/HRC/31/57 및 A/HRC/7/3, 문단36 참조.

1047) 자유권위원회, 일반 논평 제28호(2000), 문단5.

1048) 같은 문헌, 문단32.

1049) A/HRC/34/50/Add.1, 24-26문단. 덴마크는 이 보고서 작성 시점에 해당 금지 조항을 채택하지 않았다.

1050) 여성차별철폐위원회 공동 일반 논평 제31호 및 아동권리위원회 일반 논평 제18호 (2019).

1051) 자유권위원회, 일반 논평 제23호 (1994), 문단5.1.

1052) 같은 문헌, 문단5.3.

1053) 같은 문헌, 문단6.2.

민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자 권리 선언(The Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities)은 언어적 소수자가 "사적으로 또는 공적으로 자유롭게 간섭이나 어떠한 형태의 차별없이 자신의 언어를 사용할 권리", "문화, 종교, 사회, 경제 및 공공 생활에 효과적으로 참여할 권리", "국가 차원에서, 또한 해당하는 경우에 자신이 속한 소수 집단과 관련한 지역 차원에서의 결정에 효과적으로 참여할 권리", "자신들만의 협력 단체를 만들어 유지할 권리", "집단의 다른 구성원 및 다른 소수 민족에 속한 사람들과 평화롭게 접촉하고, 국경을 넘어 국가 또는 민족적, 종교적, 언어적 유대로 연관이 있는 다른 국가의 국민과 접촉할 권리"가 있다는 것을 재확인하고 있다.<sup>1054)</sup>

소수 언어로 된 공공 서비스에 대한 접근에 대한 지침이 여러 영역에서 구체화된 것은 물론, 초국가적 차원에서 판결을 내린 사건에서 확인되었는데, 예를 들면 다음과 같다.

- 소수 민족이 충분히 많이 거주하는 지역에서 소수 민족 언어로 선거 서비스를 제공하여 투표하고 선거에 참여할 권리.<sup>1055)</sup>
- 소수 언어로 교육받고 소수 언어를 가르칠 권리.<sup>1056)</sup>
- 적절한 곳에서, 소수 언어로 정부 서비스에 전반적으로 접근할 권리.<sup>1057)</sup>
- 공공 부문 미디어를 포함하는 방송, 인쇄 및 전자 매체에서 충분하고 균형적인 공간을 확보하여 소수 언어를 자유롭게 사용할 권리.<sup>1058)</sup>
- 공식 문서에서 자신의 언어로 자신의 이름을 사용할 권리.<sup>1059)</sup>
- 공식 또는 행정 절차에서 소수 언어를 사용할 권리.<sup>1060)</sup>

소수자 문제 특별보고관(The Special Rapporteur on minority)은 언어와 관련된 인권 의무를 이행하기 위해 국가기관은 다음과 같이 실행해야 한다고 명시했다:

- 언어적 권리의 주요한 부분을 인권으로서 존중한다.
- 사회의 모든 부문에서 관용, 문화적 언어적 다양성, 상호 존중, 이해, 협력을 인정하고 장려한다.
- 언어적 권리를 다루는 법과 정책을 마련하고, 그 실행을 위한 명확한 틀을 규정한다.
- 국가기관의 다양한 언어 사용 또는 지원의 균형적 원칙과 개인에게 필요한 언어 자유의 원칙을 전반적으로 준수하면서 인권 의무를 이행한다.
- 소수 언어를 사용하는 사람들이 이러한 서비스를 특별히 요청할 필요 없이 자신들이 원할 때 쉽게 이용할 수 있도록 언어적 권리를 존중하고 제공할 의무를 인정하면서 공공 서비스의 필수적인 부분으로 '적극적 제공' 개념을 통합한다.
- 언어적 권리 문제를 해결하고 시정할 수 있도록 사법, 행정 및 집행 기관에 효과적으로 진정을 제기할 수 있는 장치를 마련한다.<sup>1061)</sup>

1054) 국가적 또는 민족적, 종교적, 언어적 소수자에 속하는 사람의 권리에 관한 선언, 제2조.

1055) 예를 들어, 유럽안보협력기구 소수민족 특별보고관, "소수 민족의 효과적인 공공 생활 참여에 관한 Lund 권고 및 설명 노트"(헤이그, 1999) 참조. [www.osce.org/files/f/documents/0/9/32240.pdf](http://www.osce.org/files/f/documents/0/9/32240.pdf)에서 확인 가능.

1056) 자유권위원회, *Mavlonov and Sa'di v. Uzbekistan* 사건 (CCPR/C/95/D/1334/2004).

1057) 자유권위원회, *Diergaardt et al. v. Namibia* 사건 (CCPR/C/69/D/760/1997).

1058) 자유권위원회, *Ballantyne et al. v. Canada*, 통신 번호 359/1989 및 385/1989. 소수자 문제에 관한 특별보고관, "언어적 소수자의 언어 권리: 실행을 위한 실용적 가이드" 참조(제네바, OHCHR, 2017), 31-34쪽.

1059) 자유권위원회, *Raihan v. Latvia* 사건 (CCPR/C/100/D/1621/2007).

1060) 자유권위원회, *Diergaardt et al. v. Namibia* 사건 (CCPR/C/69/D/760/1997).

1061) 소수자 문제에 관한 특별보고관, "언어적 소수자의 언어 권리: 실행을 위한 실용적 가이드", 5-6쪽. 2012년 소수자 문제에

위에 요약된 국제인권 규범과 기준 및 소수 언어에 관한 추가적인 특정 조항에 따라,<sup>1062)</sup> 일부 국가에서는 소수 언어 사용 권리에 관한 국내법을 제정하기 위해 특별한 법 조항을 채택했다.<sup>1063)</sup>

본 장에서 논의한 다른 차별사유와 마찬가지로, 각국의 차별금지법은 언어에 기반한 차별을 금지해야 한다.

#### 허스트 대 퀸즐랜드 주 (HURST V. STATE OF QUEENSLAND)<sup>1064)</sup>

티아나 허스트(Tiahna Hurst)는 "중증~완전" 수준에 해당하는 청각 장애를 가진 아동으로, 오슬란(Auslan; 선주민 호주 수어) 수어 기술을 익혔지만 퀸즐랜드주에서 그녀를 위해 만든 교육 프로그램에서는 해당 언어를 활용할 수 없었는데, 그 이유는 당국에서는 영어 수어에 대한 지원단을 제공했기 때문이다. 허스트는 이러한 요건이 1992년 장애인차별금지법에 의거하여 간접 차별에 해당한다고 주장했다.

법정에서, 퀸즐랜드 교육부는 청각 장애인을 위한 특별 조항을 마련할 의무가 있음을 인정했다.<sup>1065)</sup> 그러나 퀸즐랜드 주정부는 허스트가 영어로 교육을 받아야 하고, 또한 청각 장애가 없는 또래 학생들과 동등하게 교육을 받아야 한다고 주장했다.

항소심에서, 호주 연방법원은 오슬란 교육을 거부함으로써 허스트에게 나쁜 영향을 주었고 궁극적으로는 그녀의 잠재력을 최대한 발휘할 기회를 거부당할 수 있다고 판단했다. 법원은 청각 장애가 있는 사람이 이러한 유형의 지원을 거부당하면 심각한 불이익을 당할 수 있다고 판단했다. 이에, 법원은 장애인차별금지법을 위반한 것으로 판결했다.<sup>1066)</sup>

언어적 권리와 차별에 대한 문제는 실제로 여러 가지 문제를 제기한다. 예를 들면, 언어에 기반하여 차별하는 것이 정당화될 수 있는 생활의 영역이 있는데(공공기관의 고용 등), 다른 이유로 인한 차별보다 허용될 가능성이 더 많은 직접적인 차별의 근거 중 하나가 바로 언어가 될 수 있다. 이 영역에서 차별의 복잡성을 보여주는 또 다른 예를 들면, 많은 언어적 소수자가 인종적 소수자이기도 하다는 것인데, 이러한 언어적 차별은 인종에 근거한 간접적인 차별이 될 수 있다.

한 가지 계속된 관심사는 소수 언어 교육에 대한 문제이다. 어떤 경우에는, 소수 언어 학교의 강제 폐쇄는 소수 언어 교육을 제공하지 않는 것과 마찬가지로 지역 인권법을 위반하는 것으로 간주되었다.<sup>1067)</sup> 그러나 별도의 언어 학교 운영이 사실상의 인종차별을 초래하는 것으로 밝혀진 경우도 있었다: 유럽 인권재판소는 인종적 이유로 분리

관한 외부 전문가의 보고서(A/HRC/22/49)를 바탕으로 작성되었다. 특별보고관은 이러한 기준이 국가 또는 민족적, 종교적, 언어적 소수 민족에 속하는 사람의 권리에 관한 선언, 언어의 세 가지 원칙 및 교육 (유네스코), 국가 또는 민족, 종교 및 언어 소수자에 속하는 사람의 권리 선언 실행에 관한 소수자 문제 포럼의 다양한 권고 사항, 국가 소수자 보호 기본 협약에 관한 유럽 평의회의 자문위원회 주제 해설 3호 및 소수 민족의 언어 권리에 대한 오슬로 권고 사항(유럽안보협력기구) 등 다양한 지침 문서와 국제 기준에서 더욱 구체화되었다는 점에 주목하고 있다.

1062) 예를 들어, 아동권리협약 제17조 (d)문단 참고. 이에 의거하여, 국가는 "대중 매체가 소수 집단에 속하거나 선주민인 아동의 언어적 필요성을 특별히 고려할 것"을 장려한다.

1063) 예를 들어, 이탈리아 헌법 제6조 참조. 여기에는 "공화국이 적절한 조치를 통해 언어 소수자를 보호한다"고 명시되어 있다. 이러한 헌법 조항은 법률 482/1999호 및 38/2001호에 제정된 규제 기준에 기반하여 지역 언어와 문화를 장려하기 위한 인센티브 제공을 목표로 하는 지역 법에 의해 보완되었다.

1064) 호주 연방법원, *Hurst v. State of Queensland* 사건 [2006] FCAFC 100(2006년 7월 28일).

1065) 이에 따라 "종합 커뮤니케이션 정책"이라는 제목의 정책을 수립했다. 종합 커뮤니케이션 정책에서는 수어 영어를 의사소통 및 문해력 개발에 필요한 우선적인 교육 방법으로 취급했다. Queensland 교육부는 Hurst에게 영어(수어 영어 포함)를 가르칠 것을 요구했다.

1066) 그러나 법원은 이번 판결이 교육 당국에서 청각장애 아동이 원하면 오슬란을 가르치거나 통역을 제공해야 한다는 것 또는 오슬란이 영어로 교육하는 것보다 낫다거나 교육 당국이 오슬란 지원을 거부하는 경우가 반드시 불합리하다는 것을 입증하지는 않았다는 점을 강조했다. 법원은 여러 이익 집단들이 이 사건을 정치화하려는 시도에 유감을 표명했다.

1067) 유럽 인권재판소, *Catan and others v. Moldova and Russia* 사건, 신청번호 43370/04, 8252/05 및 18454/06, 판결, 2012년 10월 19일; "벨기에 교육에서의 언어 사용에 관한 법률의 특정 부분과 관련한" 사건, 신청번호 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 및 2126/64, 판결(본안), 1968년 7월 23일.

하기 위해 언어에 기반한다는 구실로 별도의 시설을 제공한 사건에 대해 판결을 내린 바 있다.<sup>1068)</sup>

일부의 경우, 이러한 환경에서는 비(非)통합이라는 문제 또한 발생할 수도 있다. 실제로, 일부 초등학교와 중고등학교에서 별도의 언어 학교를 운영하면 대학교에서도 학업을 계속하기 위해 소수민족이 이주하는 경우가 많으며, 이는 종종 영구적인 이민으로 이어진다. 어떤 때에는, 다른 민족 언어 집단을 위해 별도의 학교 시설을 운영하는 경우에 공동체 사이의 긴장을 악화시키는 것으로 나타났는데, 특히 분리된 환경에서 두드러진다.

이러한 긴장을 해소하기 위한 노력의 일환으로 다국어 교육을 장려하는 움직임이 전반적으로 나타나고 있지만, 더 중요한 것은 다양성을 포용하는 활기찬 사회를 만들기 위한 노력의 일환이 되어야 한다. 이에 따라, 유엔 교육과 학문화기구(유네스코; UNESCO)는 적절한 균형 잡기에 대한 입장을 다음과 같이 표명했다.

1. 유네스코는 학습자와 교사의 지식과 경험 구축을 통해 교육의 질을 향상시키기 위한 수단으로서 모국어 교육을 지원한다.
2. 유네스코는 모든 수준의 교육에서 사회적 평등과 성평등을 증진하고 언어적으로 다양한 사회의 핵심 요소로서 이중 언어 및/또는 다국어 교육을 지원한다.
3. 유네스코는 서로 다른 인구 집단 간의 이해를 장려하고, 기본적 권리에 대한 존중을 위해 상호 문화교육의 필수 요소로서 언어를 지원한다.<sup>1069)</sup>

유럽안보협력기구의 소수민족 특별보고관은 소수 언어 교육을 고려할 때 소수 민족의 권리와 국가 또는 공식 언어에 대한 접근을 모두 보호하는 균형적인 접근방식을 주장했다.<sup>1070)</sup> 또한, 특별보고관은 이에 대해 다음과 같이 주장했다. "다중 언어 사용, 특히 정기적으로 상호 작용하는 사람들의 언어를 배우는 것은 집단적으로 풍요롭고 상호 이해와 관용을 향상시키는 도구이다."<sup>1071)</sup> 특히, 특별보고관은 교육 분야에서 다음과 같이 권고하고 있다:

국가는 소수 민족에 속한 사람들이 자신의 언어를 배우거나 또는 필요한 경우에 특히 전통적으로 또는 상당한 수의 소수 민족이 거주하는 지역에서 해당 언어로 교육을 받을 권리를 존중해야 한다. 국가는 모든 수준에서 통합적이고 다국어를 지원하는 모든 학생에게 동등한 접근, 기회 및 교육적 결과를 제공하도록 설계된 모든 수준의 통합 및 다국어 교육 시스템을 개발하여 이를 보완해야 한다. 이러한 통합 교육에는 모든 학생들에게 사회의 다양성에 대한 교육도 포함되어야 한다.<sup>1072)</sup>

모범 사례에는 다수 공동체의 어린이를 포함하는 모든 어린이가 소수 언어와 다수 언어 교육을 모두 받을 수 있는 다국어 교육 환경 구축이 포함된다.<sup>1073)</sup>

1068) 유럽 인권재판소, *Oršuš and others v. Croatia* 사건, 신청번호 15766/03, 판결, 2010년 3월 16일.

1069) 유네스코, "다국어 세계 속의 교육: 유네스코 교육 입장문" (파리, 2003), 30쪽.

<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000129728>. 참조.

1070) "국가는 소수 언어와 소수 민족에 속한 사람들이 소수 언어를 배우고 사용할 권리를 보호하고 증진할 의무가 있고, 소수 민족은 문화적, 사회적, 경제적 삶과 더 넓은 사회의 공적 업무에 참여할 책임을 다수 민족과 공유한다. 이러한 참여는 소수 민족에 속한 사람들이 국가 또는 공식 언어에 대한 적절한 지식을 습득해야 한다는 것을 의미한다." 유럽안보협력기구 소수민족 특별보고관, 다양한 사회 통합에 관한 Ljubljana 가이드라인 (헤이그, 2021), 52쪽 참조. [www.osce.org/files/f/documents/0/9/96883.pdf](http://www.osce.org/files/f/documents/0/9/96883.pdf)에서 확인 가능.

1071) 같은 문헌, 54쪽.

1072) 같은 문헌, 55쪽.

1073) 예를 들어, 베를린 Kreuzberg에서 주정부 지원을 받는 민간 프로그램 Komşu(이웃) 유치원은 2000년대 후반 현재 125명의 어린이가 등록했다. 대략 3분의 1은 터키인, 3분의 1은 독일인, 3분의 1은 혼혈아동으로 구성되었다. 또한 교직원들의 약 절반이 터키어를 사용했다. 각 학급/그룹에는 터키어를 사용하는 직원과 독일어를 구사하는 직원이 한 명씩 포함되었다. Komşu는 지역사회의 다양한 계층에서 인기가 있었고, 많은 사람들이 이곳을 찾았다. Lucy Hottmann, "베를린에서의 터키어 제공", 맨체스터 대학교에 제출한 논문(미발표), 2008, 33쪽 참고.

### 슬로베니아의 소수 언어 교육 및 학습

민족적 소수자 보호를 위한 기본 협약에 관한 유럽평의회(Council of Europe)의 자문 위원회(Council of Europe's Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities)는 슬로베니아의 소수자 상황에 대한 네 번째 의견에서 소수 언어의 교육 및 학습과 관련하여 다음과 같은 문제들에 주목하면서 이 분야의 과제 몇 가지를 구체적으로 설명하고 있다.

80. 이탈리아와 헝가리 소수 민족의 언어는 현재의 교육시스템 틀 안에서 계속 가르쳐지고 있다. 소수 민족 대표들은 우려를 표명했고, 정부 또한 충분하지 않은 교육으로 인해 교사들에게는 소수 언어로 가르치는 데 필요한 언어 능력이 부족하다고 인정했다. 국가 보고서에 따르면, 언어 지식과 교수법을 향상시키기 위한 교육 방법론을 개선하기 위한 여러 교육 프로젝트들이 교육과학체육부의 자금과 유럽 기금의 지원을 받았다. 자치 공동체가 이 프로젝트를 담당하고 있으며, 2016-2020년의 기간 동안 150명의 교사가 참여했다. 또한, 이탈리아어와 헝가리어 소수 민족을 위한 교육법 개정안에는 소수 언어로도 진행되는 '교사의 전문성 시험' 통과 의무가 포함된다.

마지막으로, 이웃 국가 출신의 교사를 임시로 고용하여 학교에서 가르치도록 할 수 있다. 두 소수 민족에 속하고 자치지역 외부에 거주하는 사람은 최소 학생 수 5명 기준에 도달하면 교과 활동으로 언어 교육을 받을 권리가 있다. 국가소수민족사무소에 따르면, 2016년에는 그러한 수업은 진행되지 않았고, 여러 민족이 뒤섞인 지역이 아닌 곳에서는 약 1,000명의 초등학생과 5,200명의 고등학생이 이탈리아어를 외국어로서 배울 수 있었다. 정부는 이 수업에 이탈리아 지역사회의 구성원들도 참석했다고 생각했다.

81. 롬어(Romani)는 자격을 갖춘 교사가 부족하고 롬인 어린이들의 관심이 부족하기 때문에 7학년부터 9학년까지 선택 과목으로 "롬인 문화"의 틀 안에서, 또한 과외 활동, 워크숍 및 세미나를 통해 가르친다. 롬어 수업은 롬인 정착촌 유치원에서도 진행된다. 교육은 자격 요건이 점차 교육에 필요한 수준으로 향상되고 있는 롬인 조교들이 담당한다. 그러나, 자문위원회는 롬어를 가르치는 과정 또한 지속적인 표준화 작업으로 인해 지연되는 것으로 이해하고 있다. 당국은 공개적으로 세 가지 언어를 언급하고 있지만 자문위원회는 사용하는 롬어에 여러 가지 종류가 있는 것으로 알고 있다. 표준화 작업이 제대로 이루어지고 있는지, 그리고 롬인이 이러한 작업을 받아들였는지는 아직 불분명하다. 그러나 옴부즈퍼슨(ombudsperson)의 안내장이 다양한 롬어로 발간되었다는 점은 환영할 만한 부분이다.

82. 마지막으로, 자문위원회는 새로운 국가 공동체와 이민자의 모국어 교육, 교육과학체육부의 공동 자금 지원을 보장하기 위한 시스템이 마련되어 있다는 사실을 환영하고 있다. 그러나 2015-2016년의 경우, 중앙 당국으로부터 14,850유로를 지원받아 이 수업에 참석한 어린이는 465명에 불과했고, 관련 언어에 대한 유고슬라비아의 다른 후계 국가들도 함께 지원했다. 표준 독일어는 주류 교육에서 외국어로도 제공되지만, 소멸 위기에 처한 Gottscheer(\*역주: 소수 언어의 한 종류) 언어는 배우기를 희망하는 소수의 학생을 대상으로 몇 시간 가르치고 있을 뿐이다. 또한, Gottscheer 언어의 교육이 오스트리아와의 문화 협약에 따라 계속 보장될지 여부도 확실하지 않다.

### 권고 사항

83. 자문위원회는 교사들을 위한 고급 소수 언어를 이탈리아어와 헝가리어로 교육할 수 있도록 당국에서 노력할 것을 요구한다. 또한, 롬인 지역사회 대표들과 긴밀하게 협조하면서 다양한 롬인 언어로 된 교재 개발을 지원하고 해당 언어에 대한 교육을 늘려야 한다.

84 다른 소수 공동체 대표와 협의하여 다른 소수 언어의 교육과 학습을 장려하고, 다른 소수 언어의 교육과 학습을 위한 적절한 조건을 보장하면서 잠재적 수혜자들의 욕구와 이익을 고려해야 한다.<sup>1074)</sup>

유엔 소수자 문제 특별보고관은 "교육 매체로 소수 언어를 사용하는 경우에 어떤 모델이나 접근 방식이 적용되든 어린이는 항상 자신이 살고 있는 지역의 공용어 또는 다수 언어를 효과적으로 배울 수는 기회가 있어야 한다"고 명시했다.<sup>1075)</sup>

소수자 문제 특별보고관은 소수 언어로 공교육을 제공하는 국가에서는 다음과 같은 원칙을 적용할 것을 권고했다:

1. **비례의 원칙**...
2. 소수 언어로 된 공교육을 이용할 수 있고 이를 적극적으로 장려하는 경우, **적극적 제안의 원칙**.
3. 모든 학생들이 공식 언어를 배우고 언어와 문화의 관계를 이해할 수 있는 **포용성의 원칙**.<sup>1076)</sup>

비례의 원칙을 설명하면서, 소수자 문제 특별보고관은 다음과 같이 부연하고 있다.

국가기관에서 제공하는 정책, 지원이나 서비스 및 조치에서 언어 선호도의 합리성을 평가할 때 고려할 부분은 언어가 아니라 불이익이나 배제 등 개인에게 미칠 수 있는 잠재적인 부정적 영향이다. 합리성을 판단하기 위한 기본적인 접근 방식은 공공 서비스와 관련된 모든 언어 문제에서 현지 상황에서 실행이 가능하다면 비례의 원칙을 출발점으로 삼는 것이다. 불이익, 배제 및 합리성 문제는 국가의 공공 서비스와 기타 활동에서 소수 언어 사용에 대한 비례적인 접근방식에 필요한 중요한 기준이 되어야 한다.<sup>1077)</sup>

소수자 문제 특별보고관은 다음과 같이 지적했다.

공식 언어에 대한 양질의 교육과 함께, 교육에서 소수 언어를 비례적으로 사용하면,

1. 장기적으로 비용면에서 효율적이다.
2. 중퇴 또는 유급 비율이 감소한다.
3. 특히 여자 아이들에게 뚜렷한 학습 효과가 나타난다.
4. 모국어와 공식 언어 또는 다수 언어 모두에서 문해력(文解力)과 유창함의 수준이 향상된다.
5. 가족과 공동체의 개입과 지원이 크게 늘어난다.
6. 국가의 행정 및 기타 공공 활동에서 소수 언어를 사용하여 포용성, 참여, 접근성, 양질성, 효과성과 같은 기본적인 문제들을 확인할 수 있다.<sup>1078)</sup>

2020년 소수자의 권리에 관한 결의에서, 소수자의 교육과 언어 및 인권과 관련한 문제를 살펴본 소수자 문제에 관한 12차 포럼의 권고 사항에 특히 초점을 맞추면서, 자유권위원회는 국가들이 이러한 문제들에 대해 일련의 조치를 취할 것을 촉구했다. 예를 들면 다음과 같다.

- (a) 소수자에 속하는 사람들 모두가 큰 성취를 이룰 수 있는 포용적인 환경에서 질적으로 동등한 교육을 받을 수 있도록 법적, 정책적 또는 실질적 조치를 취한다.
- (b) 언어적 소수자에 속하는 사람들(교육에 대한 권리와 관련이 있는 사람 포함)의 권리를 보호하고 증진하는 국제 및 지역 인권조약을 비준하고 가입하고 또한 이를 준수하도록 한다.

1074) 유럽평의회, 국가 소수자보호기본협약에 관한 자문위원회, "슬로베니아에 대한 네 번째 의견, 슬로베니아", ACFC/OP/IV(2017)003 (2018), 80-84문단 (각주 생략).

1075) A/HRC/43/47, 문단66.

1076) 소수자 문제 특별보고관, "언어적 소수자의 언어 권리: 실행을 위한 실용 가이드", 18쪽. A/HRC/43/47, 47쪽 또한 참조.

1077) 소수자 문제 특별보고관, "언어적 소수자의 언어 권리: 실행을 위한 실용 가이드", 13쪽.

1078) 같은 문헌, 14쪽 (각주 생략).

- (c) 가능하면 언제라도, 소수자에 속하는 사람들에게 자신의 고유 언어를 배우거나 가르칠 수 있는 충분한 기회를 제공하고, 소수자 또한 공식 언어로 교육을 받을 수 있도록 한다.
- (d) 포용적이고 형평에 맞는 양질의 교육을 받고 모두에게 평생 학습의 기회를 제공한다는 목표 하에 지속가능 발전목표의 네번째 목표를 실행할 때 소수자 언어 교육에 대해 검토한다.
- (e) 언어적 문화적 다양성과 소수자에 속하는 사람들에 대한 차별, 낙인, 혐오 및 혐오표현에서 자유로운 권리를 존중하는 교육 환경을 확대하고, 여기에는 공공 교육과 정보 캠페인을 통한 교육 및 교육자를 위한 교육이 포함된다.
- (f) 특히 소수자의 모국어를 교육받거나 가르치는 것을 금지하여 소수자에 속하는 사람들의 강제적인 동화(同化)를 지양한다.
- (g) 언어 관련 사안에서 소수자에 속하는 사람들의 인권을 위해 일하는 민간 단체의 대표들을 위해 안전하고 능동적인 환경을 조성하고, 소수 언어에 대한 접근, 교육 및 지도에 필요한 국가 의무의 이행 사항을 모니터링한다.
- (h) 소수 언어로 서비스를 제공하도록 고려하여 소수자에 속하는 사람들의 행정, 법률 및 의료 서비스 이용을 확대한다.
- (i) 청각장애 공동체에 적절한 수어로 교육을 제공하도록 한다.
- (k) 소수 언어 교사의 개발과 훈련에 필요한 프로그램을 개발하고 자금을 지원하며, 소수자 지역사회에서 해당 프로그램을 확대한다.
- (l) 소수 언어로 교육하고 지도할 수 있도록 이에 필요한 자원을 할당한다.
- (m) 교육 과정에 인종이나 성별에 기반하여 소수자에 대한 고정관념을 보여주는 자료가 포함되지 않도록 하고, 여기에는 소수자에 속하는 여성과 소녀들이 포함된다.

소수자 지역사회의 여성과 소녀들을 위한 소수 언어 교육과 지도에 필요한 모든 조치를 취하고, 해당하는 경우에 성별 및 소수자 지위로 인하여 종종 그 대상이 되는 여러가지 중복되는 형태의 차별, 고립 및 배제 사항을 고려한다.<sup>1079)</sup>

소수자의 언어 권리와 관련한 문제들은 매우 복잡하기 때문에, 유럽안보협력기구의 소수민족 특별보고관은 이러한 문제에 대해 특별한 지침을 마련했다.<sup>1080)</sup> 이번 지침과 기타 지침을 통해, 특별보고관은 다음과 같이 강조하고 있다.

적절하게 관리하고 통합을 촉진할 수 있도록 다음과 같은 요소들의 중요성을 강조한다.

- 소수자에 속하는 사람들의 정체성을 인정하고, 보호하고 확대한다.
- 공공 생활(정치적 의사결정 고정 포함)에 효과적으로 참여할 수 있는 기회를 소수자에게 제공한다.
- 소수자가 공공재(公共財)(경제적 기회 포함)를 공정하게 공유하도록 한다.
- 자신의 정체성을 개발할 수 있는 개인의 관리와 밀접한 소수자의 언어적 교육적 수요에 귀를 기울인다.<sup>1081)</sup>

1079) 유엔 인권이사회 결의 43/8, 6쪽.

1080) 유럽안보협력기구 소수민족 특별보고관, "소수민족의 교육권 및 설명 노트에 관한 헤이그 권고" (헤이그, 1996)

([www.osce.org/hcnm/hague](http://www.osce.org/hcnm/hague)). "소수 민족의 언어 권리에 관한 오슬로 권고 및 설명 노트" (헤이그, 1998)

([www.osce.org/hcnm/oslo-recommendations](http://www.osce.org/hcnm/oslo-recommendations)) 및 주류 상품, 서비스 및 포용에 있어서 소수자 권리 보호와 소수자 접근을 모두 강조하는 다양한 사회 통합에 관한 Ljubljana 가이드라인.

1081) 유럽안보협력기구 소수민족 특별보고관, "소수자를 위한 유엔 가이드 팸플릿 제9호, (2001), 10쪽.

[www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideMinorities9en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideMinorities9en.pdf)에서 확인 가능.

## V. 진정성 있고 효과적인 소수자 참여와 차별금지

민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자 권리 선언 제2조는 소수자 참여와 관련한 의무와 요건을 명시하고 있다.

여기에는 소수자에 속하는 사람들은 문화, 종교, 사회, 경제 및 공공 생활에 효과적으로 참여할 권리가 있다”는 제2조(2)항 및 소수자에 속하는 사람들은 자신이 속하거나 자신이 살고 있는 국가와 (해당하는 경우) 지역 차원에서 관련 법과 충돌하지 않는 방식으로 효과적으로 결정에 참여할 권리가 있다”는 제2조(3)항이 포함된다. 자유권위원회는 “자유권규약 제27조에서 보장하는 권리를 누리려면 “적극적인 법적 보호 조치와 자신들에게 영향을 주는 소수자 공동체 구성원의 효과적 참여를 보장하는 조치가 필요할 수 있다”고 지적했다.<sup>1082)</sup>

협의를 하고 참여할 권리와 차별을 받지 않을 권리가 부딪히는 지점에서는 여러 가지 문제가 발생한다. 예를 들면, 지역사회가 인종분리 주택 및 그러한 결론에 도달한 협의사항의 법적 지위에 동의할 수 있을까? 지역사회가 자신들에게 영향을 주는 결정에 참여할 권리에 기반하여 국가가 유해한 관행(예: 아동 결혼)으로부터 여성과 소녀들을 보호하기 위한 개입을 하는 것을 거절할 수 있을까?

자유권위원회에서 지적한 것처럼, 자유권규약 제27조에 명시된 소수자 권리를 실현하기 위해 취한 적극적인 조치는 “서로 다른 소수자들 사이의 대우 및 여기에 속하는 사람들과 나머지 사람들 사이의 대우와 관련한 규약 제2조 제1항과 제26조를 존중해야 한다”.<sup>1083)</sup> 넓은 의미에서, 위원회는 또한 “규약 제27조에 의거하여 보호되는 권리는 규약의 기타 조항들과 충돌하는 방식으로 합법적으로 행사할 수 없다”고 지적했다.<sup>1084)</sup>

따라서, 국가에서 취한 협의와 관련한 조치(또는 해당 협의에 따라 취한 조치)가 차별로 이어져서는 안 된다. “영향을 받는 집단과의 협의”를 진행한다고 주장하면서도 차별적인 문제를 일으키고 소수자 지역사회의 참여 논리에 기반한(또는 이와 관련한) 차별적 행동이나 부작위에 동의하는 것은 불법이다. 마찬가지로, 지역사회가 몇 가지 나쁜 옵션을 선택하는 “예-아니오” 방식의 협의도 유효하지 않다. 위에서 살펴본 것처럼, 차별은 의도적인 것일 수도 있고 의도하지 않은 것일 수도 있으므로, 차별은 동기의 문제가 아니라 사실의 문제이며, 협의를 통해 얻은 동의라도 차별적인 행동을 정당화할 수는 없다.

이와 마찬가지로, 위에서 살펴본 것처럼, 자유권위원회는 제27조에 의거하여 부여된 권리가 “국가나 집단 또는 개인이 규약상의 권리를 여성들이 동등하게 향유할 권리(법에 의해 동등하게 보호받을 권리 포함)를 침해할 수 있도록 허용하는 것은 아니다”고 지적했다.<sup>1087)</sup> 일반 논평 제23호(1994)에 기술된 위원회의 논리에 기반하여, 어떤 근거에 의한 차별이든 동일한 기준이 적용된다. 분명한 사실은, 국가는 협의나 참여를 이유로 소수자 지역사회 내에서 차별을 묵인할 수 없고, 만일 묵인한다면 이는 차별을 받지 않을 권리를 동등하게 향유하도록 보장해야 하는 의무를 위반하는 경우가 될 것이다.

### 세르비아의 소수자 강제 이주 및 차별

세르비아 베오그라드에서 시 당국과 함께 일하던 부동산 개발업체는 도시 중심부에 있는 금싸라기 땅의 빈민촌에 거주하는 롬인의 퇴거를 추진했다. 퇴거를 막으려는 시민운동과 국제적 움직임 이후, 베오그라드 당국은 유럽연합과 기부단체들이 자금을 지원하는 재건축 프로그램에 동의했다. 그러나, 이 프로그램은 도시 외곽에 집중된 주택단지로 롬인을 강제 이주시키는 것이었기 때문에 현지 다수 지역사회 또는 퇴거 당한 롬인이 이주하는 롬인 지역사회와 빈번하게 충돌이 발생했다. 피해를 입는 집단과 협의를 진행하였지만 통합된 형태의 주택단지는 선택가능한 방안으로 제시되지 않았다. 이주할 사람들의 우선순위에 대한 문제들만 제기되었을

1082) 자유권위원회, 일반 논평 제23호(1994), 문단7.

1083) 같은 문헌, 문단 6.2.

1084) 같은 문헌, 문단 8.

뿐이고, 어떤 경우에는 지역사회의 내부 충돌만 촉발되었다.

롬인에 대한 반감도 높아졌다. 적절한 생활 수준에 대한 권리로서 필요한 적절한 주택에 대해, 그리고 지금과 같은 상황에서는 차별을 받지 않을 권리에 대해 특별보고관은 이렇게 지적했다. “퇴거 당하는 롬인의 수가 균형적이지 않고, 당국에서 기본적인 서비스를 제공하지 않았거나 새로운 정착촌에서 법적으로 안전하게 거주하는 것을 보장하지 않았다는 것은 롬인에 대한 낙인과 차별을 보여주는 것이다.”<sup>1085)</sup> 결국, 특별보고관은 다음과 같은 의견을 표명했다.

2012년 4월, 전임 특별보고관은 약 240세대(주로 롬인)를 베오그라드의 벨빌 정착촌에서 강제 퇴거시키는 것과 관련하여 긴급 호소문을 발표했다. 이들이 도시 외곽의 4개 정착촌으로 다시 이주했지만 임시 정착촌(일명 “컨테이너 정착촌”)의 주거 조건은 국제 기준에 맞지 않았고, 현장의 위치도 이상적이지 않았으며, 공공 서비스도 이용할 수 없었고, 거주민들과 충분히 협의하거나 이들에게 관련 정보를 제공하지 않았다. 이러한 긴급 호소문에 대해 정부는 실제로 협의가 있었고, 해당 세대들은 이동식 주택 배정에 대해 사회복지부와 합의했으며, 정착촌에서 자발적으로 다시 이주하는 작업은 별다른 물리적 충돌 없이 진행되었다고 답변했다... 특별보고관은 재정착 시점에도 임시로 합의한 내용들은 적절한 주거공간 보장 의무를 준수하지 않았다고 지적했다. 거주자들이 이후 3년 이상 임시 주택에서 거주해야 한다는 사실은 상황만 더욱 악화시킬 것이므로 국제인권법에 의거하여 이를 받아들인 것으로 간주할 수 없다.<sup>1086)</sup>

## VI. 선주민의 권리

위에서 살펴본 것처럼, 선주민은 자유권위원회에 의해 자유권규약 제27조의 소수자 권리 조항의 범위에 속하는 것으로 인정을 받았지만, 2007년 선주민 권리에 관한 유엔선언(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples)의 채택에 따라 해당 선언에서 인정되어 상당히 강화된 권리의 결과로 선주민은 다른 소수자와 구별된다. 자유권위원회는 이후 해당 선언이 선주민의 권리를 보여주는 것으로 인정하면서 선주민 권리에 대한 분석에서 이를 언급하였고, 선언 자체를 고려하면서 규약 제27조를 해석했다.<sup>1088)</sup>

선언에 의해 보호를 받는 권리에는 집단의 자결권(제3조), 내부 및 현지 업무와 관련한 사안에 대한 자치권 및 자치정부(자치기능에 필요한 자금 조달 방법과 수단을 포함)에 관한 권리(제4조), 토지에 대한 권리(이하 참고), “정치적, 사회적, 경제적 및 문화적 우선순위를 스스로 결정할 수 있는 선주민의 권리를 보여주는” 충분한 정보에 기반하여 자유의사로 사전에 동의할 권리(제10조-제11조, 제19조, 제28조-제29조 및 제32조)가 포함된다.<sup>1089)</sup> 이들 조항과 유사한 내용이 민족적, 인종적, 종교적 및 언어적 소수자 권리 선언에는 없다.

선주민 권리에 대한 전문가 기구는 선주민 인권에 관한 유엔 선언에 의거하여 선주민의 권리는 집단적이고 또한 개별적이라고 지적했다.

선주민은 하나의 집단으로 또는 하나의 개인으로 모든 다른 사람들이나 개인과 동등하게 국제 인권기구에서 보장한 모든 인권과 기본적인 자유를 향유할 권리가 있다. 선주민의 자기결정과 이들의 관습적 인 토지보유 시스템을 존중하려면 이들의 토지, 영토 및 자원에 대한 집단 소유권을 인정해야 한다.

1085) A/HRC/31/54/Add.2, 문단44.

1086) 같은 문헌, 문단45-46.

1087) 자유권위원회, 일반 논평 제28호 (2000), 문단32.

1088) 자유권위원회, *Sanila-Aikio v. Finland* 사건(CCPR/C/124/D/2668/2015) 및 *Käkkäljärvi et al. v. Finland* 사건(CCPR/C/124/D/2950/2017).

1089) A/HRC/39/62, 문단14.

집단적이 아닌, 개별적인 토지 권리와 선주민이 관습적으로 소유한 토지에 대한 권리 부여는 이러한 시스템을 훼손한다.<sup>1090)</sup>

또한, 선주민 권리에 대한 전문가 기구는 집단적 권리가 “국제 및 지역 법리의 중심”에 있다는 것을 지적하면서 미주 인권법원 및 아프리카 인권위원회의 판례를 인용했다.<sup>1091)</sup>

2020년, 선주민 권리에 대한 전문가 기구는 토지 권리에 대한 종합적인 연구를 진행한 바 그 내용은 다음과 같다.

선주민의 경우, 토지는 단지 경제적 자산의 의미가 아니다. 이것은 자신의 정체성과 문화 및 자신들의 조상과 미래 세대와의 관계를 의미한다. 토지와 영토 및 자원에 대한 접근은 자유 시장이 아닌 공동체 구성원으로서 가능하다. 선주민에게 있어서, 토지 권리는 세대를 이어주는 것이기 때문에 현재와 미래 구성원들의 이익을 위해, 또한 국민으로서 계속 존재하는 데 필요한 관리 의무가 수반된다.<sup>1092)</sup>

선주민의 권리에 관한 유엔 선언은 토지와 관련한 선주민의 권리를 다루고 있다. 제25조에는 선주민이 전통적으로 소유하였거나 또는 점유하고 사용한 토지 및 자원과의 고유한 관계를 유지하고 강화할 권리는 선주민에게 있다고 명시되어 있다. 제26조(1)항에는 선주민이 전통적으로 소유하였거나 또는 점유하고 사용하고 취득한 토지와 영토 및 자원에 대한 권리는 선주민에게 있다고 명시되어 있고, 제26조(2)항에는 선주민의 전통적인 토지와 영토 및 자원을 소유하고 개발하고 관리하고 이용할 권리는 선주민에게 있다고 명시되어 있으며, 선주민의 관습과 전통 및 토지 소유 시스템을 존중하면서 제27조는 국가가 “선주민과 협조하여 공정하고, 독립적이며, 공평하고, 공개된 투명한 과정”을 확립하여 선주민의 토지와 영토 및 자원에 대한 선주민의 권리를 인정하고 판정할 것을 요구하고 있다. 토지에 대한 선주민의 권리는 제46조(유엔 선언이 국가의 영토 보전을 “훼손하는” 행위를 의미하거나 승인하거나 또는 장려하는 것으로 해석되거나 선언에 명시된 권리가 관련 법에 의해, 또한 국제 인권 의무에 따라 결정된 제한 사항에만 의거하는 것으로 해석되지 않는 것으로 명시되어 있다)와 제22조(선주민 노약자, 여성, 청소년, 아동 및 장애인의 권리에 특별한 관심을 기울이도록 요구하고 있다)에 근거한다. 이러한 권리는 조약기구들에 의해 개별 사례에서,<sup>1093)</sup> 또한 아프리카 및 미주 인권 시스템 내에서 결정을 통해 반복적으로 인정을 받았다.<sup>1094)</sup> 또한, 이러한 권리는 국내 법원에서 광범위한 법리 인정을 받고 있다.<sup>1095)</sup>

지역 차원에서 보면, 케냐의 Ogiek 부족의 권리와 관련한 2017년 세기의 판결에서 아프리카 인권법원은 Ogiek 부족은 선주민이므로 케냐 헌법에 따라 특별한 보호를 받아야 한다고 판결했다.<sup>1096)</sup> 법원은 “하나의 부족을 인정해 달라는 요청은 식민지 시대로 거슬러 올라가는데, 이들의 요청은 1933년 당시 케냐 토지위원회에 의해 거부되었다”고 지적했다.<sup>1097)</sup> 국내법에 따르면, 케냐에서는 부족의 지위가 있는 사람들만 “특별 보호구역” 또는 “공동구역”으로 토지를 받는다. 이에, 법원은 자연 환경에 전적으로 의존하면서 문화적 독창성을 갖고 전통 방식으로 살아가는 Ogiek 부족과 동일한 부류에 속하는 다른 집단들은 자신의 지위와 그에 따른 권리를 인정받는데, 케냐 정부가

1090) A/HRC/45/38, 문단6-7.

1091) 같은 문헌, 7장.

1092) 같은 문헌, 5장.

1093) 예를 들어, 자유권위원회, *Anton v. Algeria* 사건 (CCPR/C/88/D/1424/2005) 참조.

1094) 예를 들어, 아프리카 인권위원회, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, 연락번호 제276/2003호, 결정, 2009년 11월 25일, 미주 인권재판소, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* 사건, 판결, 2015년 11월 25일, 미주 인권재판소, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, 판결, 2005년 6월 17일, 미주 인권재판소, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay* 사건, 판결, 2006년 3월 29일, 및 미주 인권위원회, 조상의 땅과 천연자원에 대한 선주민 및 부족민의 권리: 미주 인권 시스템 규범과 법리 (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09) (2009) 참조.

1095) 예를 들어, 호주 고등법원, *Northern Territory v. Mr. A. Griffiths (deceased) and Lorraine Jones on behalf of the Ngaliwurru and Nungali Peoples* 사건, 판결, 2019년 6월 19일, 가이아나 고등법원, *Thomas and Arau Village Council v. Attorney General of Guyana and another* 사건, 판결, 2009년 4월 30일; 미국 대법원, *Carcieri v. Salazar* 사건, 555 U.S. 379 (2009) 참조.

1096) 아프리카 인권재판소, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, 신청 번호 006/2012, 판결, 2017년 5월 26일.

1097) 같은 문헌, 문단141.

Ogiek 부족에게는 동일한 권리를 인정하지 않고, 또한 동일한 권리를 부여하지 않는 것은 인간 및 인권에 관한 아프리카 헌장 제2조(차별 금지)를 위반한 것이라고 판결했다.<sup>1098)</sup>

미주 인권법원의 법리도 이와 유사하게 선주민의 권리를 인정했다. 예를 들면, *Awes Tingni*(\*역주: 니카라과에 거주하는 마야 선주민 공동체) 사건에서 법원은 니카라과 정부는 *Awes Tingni* 공동체가 주장한 공동 토지의 경계 결정, 구획 및 권한 소유권을 허용하는 국내법상 조치를 충분히 적용하지 않았고, 공동체의 구성원들이 신청한 긴급구제(amparo remedy)를 합리적인 시간 안에서 처리하지 않았다고 판결했다. 이에, 법원은 차별없이 권리를 존중해야 할 의무(제1조(1)항)와 관련하여 사법적 보호에 대한 권리(미주인권협약 제25조) 및 재산에 대한 권리(동협약 제21조)를 위반한 것으로 판단했다.<sup>1099)</sup> 마찬가지로, *Sawhoyamaya* 선주민 공동체 v. 파라과이 (*Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*) 사건에서 법원은 다른 형태의 부동산과 동일한 방식으로 조상들의 토지에 대한 선주민의 집단 재산권을 인정하지 않은 것은 차별없이 권리를 존중할 의무(제1조(1)항)와 관련하여 재산에 대한 권리(제21조)를 위반한 것으로 판단했다.<sup>1100)</sup> *Sawhoyamaya* 공동체 조상들의 토지가 수용된 상태에서, 법원은 공동체 구성원들이 전통적인 생계 수단을 박탈당하여 매우 빈곤하게 살아가도록 강요를 받으면서 물이나 음식, 교육 및 의료 서비스와 같은 기본적인 필수 서비스에 접근할 수 없었기 때문에 생존권(제4조)을 침해한 것으로 보았다.<sup>1101)</sup>

### 공고: 선주민의 권리를 보장하는 국내법

2011년, 공고는 선주민의 권리 증진과 보호에 관한 법 제5-211호를 채택했다.<sup>1102)</sup>

이 법의 구체적인 목표는 불이익을 받고 있는 선주민의 여건과 이들의 집단적 개별적 권리를 증진하는 것이다. 그리고 선주민에 대한 차별을 금지하고(제2조), 정의에 대한 동등한 접근을 포함하는 시민적, 정치적 권리를 보장한다(제10조). 또한, 분쟁 해결을 위해 자신들의 관습에 의존할 선주민의 권리를 확인하고(제11조), 선주민 마을을 행정 주체로 인정한다(제12조).

구체적인 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 보장한다. 동법 제6편은 노동권을 다루면서 일할 권리의 보호와 이를 향유할 몇 가지 적극적인 조치에 필요한 기준을 제시하고 있다. 제27조는 고용, 근무 여건, 교육 기회, 보수 및 사회보장에 대한 접근과 관련하여 선주민에 대한 모든 형태의 차별을 금지한다. 선주민의 강제 노동이나 노예화는 명시적으로 금지되고, 이를 위반하는 사람은 처벌을 받는다.

동법 제3편은 자신의 문화를 보존하는 선주민의 권리를 인정하고(제13조-제4조), 전통 지식 및 이를 활용하여 이득을 취할 권리와 관련한 지적재산권을 보장하며(제15조), 문화적 영적 물건과 신성시 여기는 장소를 보호한다(제16조). 선주민의 전통 약전(藥典) 또한 보호를 받고(제24조), 전통 의술을 사용하는 선주민의 능력을 제한하는 시도를 금지하며, 이를 위반할 시에는 처벌을 받는다(제25조).

동법 제4편은 교육에 대해 다루면서 차별없는 교육을 보장하고 있다(제17조). 국가는 선주민이 구체적으로 필요로 하는 것과 이들의 생활방식에 적절한 교육 프로그램을 실행해야 한다(제19조). 제18조는 선주민의 문화적 정체성, 전통, 역사 또는 열망을 폄하(貶下)하는 모든 형태의 설명이나 정보를 금지하고 있다. 제21조는 선주민 아이들이 교육 시스템의 모든 단계에서 재정적 지원을 받을 수 있도록 특별한 조치를 취해야 한다는 것을 분명하게 밝히고 있다.

또한, 아무런 차별없이 의료 서비스와 기타 모든 사회적 서비스 이용을 보장한다(제22조). 동법은 이러한 서비

1098) 같은 문헌, 문단142.

1099) 미주인권재판소, *Mayagna (Sumo) Awes Tingni Community v. Nicaragua* 사건, 판결, 2001년 8월 31일, 문단137, 문단139 및 문단155.

1100) 미주인권재판소, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay* 사건, 판결, 2006년 3월 29일, 문단120 및 문단144.

1101) 같은 문헌, 문단178.

스를 제공하는 센터들은 선주민이 살고 있는 지역에서 이들이 필요로 하는 것을 제공하도록 명시하고 있다(제23조(1)항). 선주민 의료 서비스 제공자가 하나로 통합된 주요 의료 서비스, 국가에서 진행되는 백신 프로그램 및 생식 건강과 관련한 인식 제고 과정에 참여하도록 명시되어 있다(제23조 (2)항). 동법은 선주민 여성과 아동에게 필요한 구체적인 의료 서비스 내용도 기술하고 있다(제23조(3)항).

또한, 동법은 토지와 자원에 대한 선주민의 권리에 대해서도 명시하고 있다. 선주민은 집단적으로 또한 개별적으로 자신들의 생존과 약전(藥典) 및 생활을 위해 전통적으로 사용하였거나 점유한 토지와 자원을 소유하고, 보유하고, 접근하여 이를 사용할 권리가 있다고 기술하고 있다(제31조). 국가는 선주민의 관습적인 권리에 기반한 이러한 토지의 경계 결정을 용이하게 만들어야 하고, 선주민에게 정식 권리가 없는 경우에도 관습적인 권리에 따라 법적으로 권리를 인정할 의무가 있다(제32조).

뿐만 아니라, 동법은 선주민의 토지나 자원에 영향을 주는 조치 또는 선주민의 생활 방식에 영향을 주는 보호구역 조성 및 관련 협의 사항도 명시하고 있다(제39조). 이 조항은 “선주민에게 직접 또는 간접적으로 영향을 줄 수 있는 입법, 행정 또는 개발 프로그램이나 프로젝트의 검토, 준비 또는 실행” 전에 선주민과 협의하도록 정한 동법 제3조를 보충하고 있다. 제3조는 국제 기준에 전반적으로 부합되는 조건으로 진행해야 하는 협의의 기본적 특성을 설명하면서 각료 이사회 법령에서 정한 선주민의 협의 및 참여에 필요한 절차를 명시하고 있다. 제3조(6)항은 선의에 입각하여, 압력이나 위협을 가하지 않고 충분한 정보에 기반하여 사전에 자유롭게 관련 선주민의 동의를 받을 수 있도록 협의를 진행해야 한다고 기술하고 있다.

1102) 다음은 A/HRC/18/35/Add.5, 문단40-48을 요약한 것이다.



# 차별 없는 세상



## 제 4 부

### 차별적 폭력 및 증오범죄



## 요약

- 국제인권법은 하나 이상의 차별금지사유와 관련이 있는 이유로 폭력 행위나 기타 범죄 행위가 실행된 경우에 범행 동기가 차별에서 비롯된 것이라는 점을 명시적으로 인정할 것을 요구한다.
- 형법과 경범죄법은 국제법에 의거하여 인정된 차별금지사유를 이유로 한 범죄 또는 경범죄에 대해서 차별적 동기(bias motive)를 인정하는 규정을 두어야 한다. 이러한 인정은 차별적 폭행이나 증오범죄와 관련한 구체적인 형법 조항을 지정하거나, 특정 범죄 행위와 관련한 형법 조항에 차별적 동기에 관한 적절한 조항을 추가하는 방식으로 실행할 수 있다. 후자의 접근방식을 택하는 경우, 가능한 모든 관련 범죄 및 경범죄 행위와 관련하여 그 동기를 인정하는 것이 중요하다.
- 형법에 규정되는 차별금지사유의 목록은 형법상 예측가능성 요건으로 인하여 반드시 열거적이어야 한다(즉, “그 밖의 유사한 지위”라는 항목을 포함하지 않아야 한다).

“모든 형태의 차별”을 없애야 하는 책임과 국제법상 의무를 충족하려면, 국가는 본질적으로 범죄에 해당하는 차별적 폭력과 기타 차별적 이유가 동기가 되는 행동을 반드시 범죄로 규정해야 한다. 차별적 폭력과 증오범죄는 기타 형태의 차별과 다르게 처리하는데, 대부분의 경우에 형법이 아닌 민법이나 행정법을 통해 다룬다.<sup>1103)</sup> 형법 사안에 적용되는 고유의 절차적 기술적 고려사항으로 인하여, 차별적 폭력과 증오범죄는 대개 형법의 구체적인 조항에서 다루고 있다. 이러한 행위의 금지는 차별을 받지 않을 권리를 존중 및 보호하고 이를 이행하면서 피해자를 효과적으로 구제해야 하는 국가 의무에서 매우 중요한 부분이다. 따라서, 국제법에 의거하는 이러한 행위와 그 처리에 관한 기본적인 내용을 여기에서 설명하고자 한다.

“차별적 폭력”이란 보호를 받는 개인의 신분에 기반하여 발생하는 모든 폭력 행위를 의미한다. 차별적 폭력을 범죄로 규정하는 요건은 국제법에 의거하여 명확하게 정립되어 있다.

이러한 금지는 인종차별철폐협약 제4조 (a)항에 구체적으로 명시되어 있는데, 동 조항은 국가가 인종과 피부색 또는 출신 민족에 기반하여 다른 사람에게 행하는 모든 행위는 법에 따라 처벌할 수 있는 범죄”라는 것을 선언하도록 요구한다. 마찬가지로, 장애인권리협약 제16조 (1)항은 국가가 “모든 형태의 착취, 폭력 및 학대로부터 장애인을 집 안팎에서 보호할 수 있도록” 모든 필요한 조치를 취할 것을 요구하고 있다. 여성차별철폐협약에는 차별적 폭력에 대한 구체적인 언급이 없지만, 각각의 개별 위원회는 여성에 대한 젠더 기반의 폭력에 상당한 관심을 보이면서 “남성과 동등하게 권리와 자유를 향유할 수 있는 여성의 능력을 심각하게 방해하는 형태의 차별”이라고 정의했는데, 이는 협약 제1조의 범위에 속한다.<sup>1104)</sup> 아래에 기술된 것처럼, 위원회는 “신체적, 성적 또는 심리적 완전성에 대한 폭력에 해당하는, 모든 분야의 여성들에 대한 모든 형태의 젠더 기반 폭력을 범죄로 규정하고, 범죄의 중대성 및 민사적 구제책 수단에 적합한 법적 처벌을 지체없이 도입하거나 이를 강화하도록” 국가의 의무를 구체적으로 명시했다.<sup>1105)</sup>

자유권규약 제9조 (1)항에 의거하는 “개인의 안전”에 대한 권리는 모든 형태의 폭력을 금지하고, 여기에는 성적 취향, 성별정체성 및 장애가 포함된다.<sup>1106)</sup> 자유권위원회는 이러한 폭력에 필요한 대응에는 “형법 집행”이 포함된다고 확인했다.<sup>1107)</sup> 사회권위원회는 규약 제12조에 의거한 의료 서비스에 대한 권리의 일환으로 폭력 문제를 다루었다.<sup>1108)</sup>

1103) 일부의 경우에, 인종차별철폐위원회는 형사 제재를 활용할 것을 권고하였다. 인종차별철폐위원회, Lacko v. Slovak Republic 사건(CERD/C/59/D/11/1998) 참조.

1104) 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제19호(1992), 문단1 및 문단6, 또한 일반 권고 제35호(2017), 문단1.

1105) 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제35호(2017), 문단29(a).

1106) 자유권위원회, 일반 논평 제35호(2014), 문단9.

1107) 같은 문헌.

### 젠더 기반의 폭력

젠더 기반의 폭력은 구체적이고 강력하며 포괄적인 입법적 대응이 필요한 차별의 한 형태로 인식된다. 일반 권고 제10호(1992)에서, 여성차별철폐위원회는 젠더 기반의 폭력을 “상대가 여성이라는 이유로 여성을 대상으로 하는 폭력 또는 여성에게 불균형적으로 영향을 주는” 폭력이라고 정의하고 있다.<sup>1109)</sup> 이후 일반 권고 제35호(2017)에서, 위원회는 이러한 폭력은 “여성에게 사망이나 신체적, 성적, 정신적 또는 경제적 피해, 고통을 주려는 의도가 있거나, 피해를 줄 가능성이 있거나, 실제로 피해가 발생하는 행위 또는 부작위, 이러한 행동의 위협, 괴롭힘, 강압 및 인위적인 자유 박탈 등 다양한 형태”를 취한다고 지적했다.<sup>1110)</sup>

여성차별철폐협약에 의거하여, 국가는 여성에 대한 모든 형태의 폭력을 근절하기 위한 적극적인 조치를 취하고, 권리 침해를 예방하거나 폭력 행위를 조사하고 처벌하는 조치를 성실하게 이행하지 않으면 이에 해당하는 사적영역 행위에 대해서도 책임을 져야 한다.<sup>1111)</sup> 이러한 조치에는 여성의 “신체적, 성적 또는 정신적 완전성”이 침해를 받는 경우에 형사 제재의 활용과 민사적 구제책 수단이 포함되어야 한다.<sup>1112)</sup> 여성차별철폐위원회는 다수 국가가 강간,<sup>1113)</sup> 가정폭력,<sup>1114)</sup> 강제 불임<sup>1115)</sup> 및 기타 형태의 젠더 기반 폭력과 관련한 사례에서 관련 협약의 조항을 위반한 것으로 판단했고, 모든 결정에서 매우 구체적으로 구제책 수단의 내용을 발표했다. 지역 재판소에서도 특히 젠더 기반의 폭력에 대한 당국의 대응에서 나타난 구조적인 차별을 확인했기 때문에 위원회의 법리를 따랐다.<sup>1116)</sup>

최근 수십년 간 구체적인 사례들을 통해, 지역 재판소들은 인종이나 민족,<sup>1117)</sup> 장애,<sup>1118)</sup> 및 성적지향이나 성별 정체성에<sup>1119)</sup> 기반한 차별적 동기에 의한 폭력과 관련한 사건에서 생명에 대한 권리, 잔인하고 모멸적인 대우나 차별 금지, 개인 및 가족 생활에 대한 권리와 관련한 차별을 확인했다.

가장 심각한 경우, 차별적 폭력은 고문 또는 잔인하고 비인간적이거나 굴욕적인 대우에 해당할 수 있다.<sup>1120)</sup> 이것은

1108) 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 위원회, 일반 논평 제14호(2000), 10, 21, 35 및 문단51.

1109) 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제19호 (1992), 문단6.

1110) 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제35호 (2017), 문단14 (각주 생략).

1111) 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제19호 (1992), 문단4 및 문단9. 일반 권고 제28호 (2010), 단락. 문단17. 여성차별철폐위원회, *V.K. v. Bulgaria* 사건 (CEDA/C/49/20/2008), 문단9.3 및 *Jallow v. Bulgaria* 사건 (CEDAW/C/52/D/32/2011), 문단8.4 또한 참조.

1112) 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제35호(2017), 문단29(a).

1113) 여성차별철폐위원회, *Vertido v. Philippines* 사건 (CEDAW/C/46/D/18/2008).

1114) 여성차별철폐위원회, *A.T. v. Hungary* 사건, 연락 번호 2/2003.

1115) 여성차별철폐위원회, *A. S. v. Hungary* 사건, 연락 번호 4/2004.

1116) 예를 들어, 유럽 인권재판소, *Opuz v. Turkey* 사건, 신청번호 33401/02, 판결, 2009년 6월 9일, *Volodina v. Russia* 사건, 신청번호 41261/17, 2019년 7월 9일 판결 참조.

1117) 미주 인권재판소, *Martínez et al. v. Argentina* 사건, 판결, 2020년 8월 31일, 문단96-103; 미주 인권위원회, 온두라스 인권 상황 (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 42/15) (2015), 문단420, 유럽 인권재판소, *Kurić and others v. Slovenia* 사건, 신청번호 26828/06, 판결, 2012년 6월 26일, 386-396문단, 유럽 인권재판소, *Stoica v. Romania*, 신청번호 42722/02, 판결, 2008년 3월 4일, 문단117 및 아프리카 인권위원회, *Malawi African Association and others v. Mauritania*, 결정, 2000년 5월 11일, 문단131.

1118) 유럽 인권재판소, *Cînta v. Romania* 사건, 신청번호 3891/19, 판결, 2020년 2월 18일, 문단43-81, 유럽 인권재판소, *Enver Şahin v. Turkey* 사건, 신청번호 23065/12, 판결, 2018년 1월 30일, 문단67-69, 미주 인권재판소, 우호적 화해 절차의 영향(OEA/Ser.L/V/II, Doc. 45/13) (2013), 204-205문단 및 아프리카 인권위원회, *Purohit & Moore v. the Gambia* 사건, 연락 번호 제241/2001호, 결정, 2003년 5월 15-29일, 61일.

1119) 유럽 인권재판소, *Sabalić v. Croatia* 사건, 신청번호 50231/13, 판결, 2021년 1월 14일, 문단115-116, 유럽 인권재판소, *X and others v. Austria* 사건, 신청번호 19010/07, 2013년 2월 19일 판결, 문단100-115, 미주 인권위원회, 미국 레즈비언, 게이, 양성애자, 성전환자 및 간성인에 대한 폭력 및 아프리카 인권위원회, 실제의 또는 추정되는 성적지향 또는 성별 정체성에 근거한 사람에 대한 폭력 및 기타 인권 침해에 대한 보호 결의 (ACHPR/Res.275(LV)2014).

1120) 예를 들어, 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제35호(2017), 문단16 참조.

고문 및 기타 잔인하고 비인도적이거나 굴욕적인 대우를 금지하는 협약에 분명하게 명시되어 있는데, 협약 제1조 제1항에 의거하여 인정된 차별을 나열하고 있다.<sup>1121)</sup> 고문에 반대하는 위원회와<sup>1122)</sup> 지역 재판소<sup>1123)</sup> 모두 이러한 높은 기준에 충분히 부합되는 것으로 판단한 사건에 대해 판결했다(인종적 동기에 의한 소수자에 대한 집단학살 포함).<sup>1124)</sup>

차별은 또한 국제 인도주의법과 관습적인 국제법에 의거하여 금지된 범죄의 근거가 될 수 있다(예: 대량 학살 및 반인도적 범죄). 특히 이러한 행위의 심각한 특성을 고려할 때, 이러한 범죄들은 본 지침의 범위를 벗어나는 특정한 국제 법률 체제의 적용을 받는다.<sup>1125)</sup>

#### 차별적 폭력에서 차별에 근거한 동기를 인정받을 권리

2013년 11월 14일, 부르키나 파소 출신인 Salifou Belemvire는 대중교통을 타고 가던 중 아무런 이유없이 S.I.의 공격을 받았다. 휴대폰으로 통화하고 있던 Mr. Belemvire에게 S.I.가 갑자기 주먹을 휘두르면서 인종차별적 목적을 퍼부었다. S.I.에 대해서는 이후 형법 제287조 (1)항에 의거한 폭력행위 혐의가 적용되었다. 몰도바 법에 따르면 "폭력행위"는 아무런 적개심이나 동기없이 행해지는 행동을 말한다.

Mr. Belemvire는 처음에는 단순 피해자로, 이후에는 인정된 범죄 피해자로 해당 수사와 법적 절차에 참여했다. 자신의 법률 대리인을 통해, Mr. Belemvire는 검찰이나 법원이 폭행의 차별적 성격을 명시적으로 인정할 수 있는 여러 범죄 중 하나로 재(再)분류할 것을 법적 절차의 여러 단계에서 반복적으로 요청했다. 그는 국제법에서는 이것을 인종적으로 차별하는 행동으로 인정할 것을 요구한다고 국내 재판소와 검찰에서 주장했다. 유죄 판결을 통해 그가 겪은 폭행을 인종적 적대감에서 비롯된 것임을 명시적으로 인정하지 않는다면 인종차별로부터 효과적으로 구제책을 받을 권리가 존중되지 않을 것이라고 주장했다. 그는 또한 지역 및 국제법을 인용하면서 폭력적인 인종차별적 행위는 "특히 악의적"이기 때문에 그가 겪은 폭행의 차별적 성격이 명시적으로 인정되어야 하는 사회에 무엇보다 중요하다고 주장했다. 법원과 검찰은 이러한 주장을 조직적으로 무시했고, 검찰은 제287조 제1항에 의거하여 기소 절차를 계속 진행했다. 2014년 10월 22일, 몰도바공화국 대법원은 S.I.에 대한 하급 법원의 유죄 판결과 18개월의 징역형을 확인하는 최종적인 국내 판결을 내렸다.

이후 Mr. Belemvire는 인종차별철폐위원회에 진정서를 제출했고, 이를 통해 그는 몰도바 당국이 범죄의 차별적 성격을 인정할 수 있는 방식으로 범죄를 다시 분류하는 것을 거부함으로써 인종차별철폐협약에 근거하는 자신의 여러 권리를 침해했다고 주장했다.

인종차별철폐위원회는 이 사건에 대한 판결을 통해 효과적인 구제책을 받을 권리에 관한 관련 협약을 위반했다고 판결했다. 위원회는 당사국이 수행한 범죄에 대한 조사는 피고의 차별적 동기를 고려하지 않았으므로 완전하지 못했다고 결정했다.

"당사국은 인종적 동기에 의한 범죄는 사회 결속과 사회 전체를 약화시키고 종종 개인적으로, 사회적으로 큰 피해를 입히기 때문에 이러한 측면을 범죄에 포함시켜야 했다. 또한, 당사국이 인종적 동기에 대한 조사를 거부한 것은 보고된 '인종 차별 행위에 대한 효과적인 보호 및 구제책'과 관련한 진정인의 권리도 박탈한 것이

1121) 이 부분에 대한 자세한 논의는 평등권 신탁, 벽을 뚫고 외치다: 차별적 고문 및 부당 대우-요르단 사례연구(런던, 2017), 9-27쪽 참조.

1122) 고문방지위원회, *Calfunao Paillalef v. Switzerland* 사건 (CAT/C/68/D/882/2018), 문단8.3-8.4 및 문단8.10.

1123) 유럽 인권재판소, *Aghdgomelashvili & Japaridze v. Georgia* 사건, 신청번호 7224/11, 판결, 2020년 10월 8일, 문단35 및 문단42-50, 미주인권재판소, *Azul Rojas Marín et al. v. Peru* 사건, 2020년 3월 12일 판결, 문단163-167 및 아프리카 인권위원회, 일반 논평 제4호(2017), 문단13.

1124) 고문방지위원회, *Hajrizi Dzemajl et al. v. Yugoslavia* 사건 (CAT/C/29/D/161/2000), 유럽 인권재판소, *Moldovan and others v. Romania*, 신청번호 41138/98 및 64320/01, 판결번호 제2호, 2005년 7월 12일.

1125) 유엔 집단학살 예방 및 보호 책임 사무국, "간행물 및 자료". [www.un.org/en/genocideprevention/publications-and-resources.shtml](http://www.un.org/en/genocideprevention/publications-and-resources.shtml)에서 확인 가능.

다. 위원회는 당사국이 Mr. Belemvire에게 협약 위반으로 인한 물질적, 도덕적 피해에 대해 보상할 것을 권고했고, 이에 더하여 당사국이 협약에 의거하는 의무에 비추어 인종 차별의 혐의가 있거나 또는 인종적 동기에 의한 폭력 사건의 기소에 관한 정책과 절차를 검토할 것을 촉구했다.<sup>1126)</sup>

'증오범죄'라는 용어는 차별에 기반한 것으로 형법상 금지된 형태의 행위에 적용된다. 우리가 알고 있는 증오범죄에는 위에서 설명한 차별적 폭력 행위뿐만 아니라, 인종 또는 기타 차별적 이유로 재산을 파괴하는 등의 행위도 포함된다. 증오범죄는 형법상 인정되어야 하고 구제책이 필요하다. 자유권위원회, 인종차별철폐위원회 및 장애인권리위원회 모두 당사국들에 대하여 법적 틀 안에 포괄적인 증오범죄 금지 조항이 없다고 비판했다.<sup>1127)</sup> 인종차별철폐위원회는 최근 차별적 동기에 대한 명시적 인정이 없는 형사 처벌은 '차별에 필요한 효과적인 구제책 수단에 대한 권리'에 관한 관련 협약 제6조를 위반한다고 결정했다.<sup>1128)</sup>

국가는 위에서 언급한 바대로 국제법상 인정된 모든 차별사유를 근거로 범죄 행위의 차별적 동기를 명시적으로 인정해야 할 적극적인 의무가 있다. 그러나 형법상 예측 가능성을 보장하기 위해서는 증오범죄를 규율하는 형법 조항의 근거들은 열거적이어야 한다(즉, "그 밖의 유사한 지위"라는 항목을 포함하지 않아야 한다). 이는 포괄적 차별금지법이 개방적인 차별금지사유의 목록을 요구하는 것과 비교된다.

(a) 형법에 증오 또는 차별에 의한 범죄 행위에 대한 독립적인 조항을 포함하는 것이 나오는지, 또는 (b) 특정 범죄 행위(폭행, 살인 등)가 차별 또는 이와 관련된 이유로 행해졌을 경우에 가중처벌 된다는 것을 인정하는 조항을 포함하는 것이 나오지에 대한 합의는 이루어지지 않았다. 일부 국가에서는 증오 또는 적개심에서 비롯된 차별의 인정 여부가 양형에 영향을 준다. 그러나 의심할 여지가 없는 것은 국가가 모든 범죄와 경범죄를 처벌할 때에 차별적 동기를 고려해야 하고, 그러한 동기가 밝혀지면 강력하게 처벌해야 한다.<sup>1129)</sup>

1126) 인종차별철폐위원회, *Belemvire v. Republic of Moldova* 사건(CERD/C/94/D/57/2015), 문단7.3-10(각주 생략).

1127) CCPR/C/EST/CO/4, 문단12, CERD/C/QAT/CO/17-21, 문단13, CEDAW/C/SVK/CO/5-6, 문단40, E/C.12/BIH/CO/2, 문단 11 및CRPD/C/GBR/CO/1, 문단39(b).

1128) 인종차별철폐위원회, *Belemvire v. Republic of Moldova* 사건(CERD/C/94/D/57/2015), 문단7.3-8.

1129) 유럽연합은 회원국의 국내 형법이 모든 범죄와 관련하여 편견(bias)이 고려되도록 보장할 것을 요구한다. 유럽연합 집행위원회는 이를 이행하지 않은 회원국을 상대로 위반여부를 가리는 절차를 시작했다: "벨기에와 불가리아의 법률체계는 인종차별 및 외국인 혐오 동기가 국내 법원에서 가장 요인으로 고려되도록 보장하지 않는다. 따라서 혐오범죄가 효과적이고 적절하게 기소될 수 있도록 보장하지 못하고 있다." 유럽연합 집행위원회 "2월 위반 패키지: 주요 결정", 2021년 2월 18일.

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/INF\\_21\\_441](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/INF_21_441) 참조.

# 차별 없이 사는 세상



제 5 부

차별과 표현



## 요약

- 표현(expression)과 의사전달(communication)은 차별금지법에서 금지하는 행위인, 차별금지사유에 기초한 괴롭힘(ground-based harassment)을 발생시키는 행동의 구성요소가 될 수 있다.
- 표현과 의사전달은 차별금지법에서 다른 역할도 하는데, 여기에는 의도나 동기의 증거로서, 또한 차별 지시와 관련한 사건에서의 잠재적 역할이 포함된다.
- 국가는 국제법에서 인정하는 모든 차별금지사유를 근거로 한 폭력, 차별, 적대감 또는 혐오에 대한 선동을 금지해야 하고, 여기에는 연령, 장애, 성별표현(gender expression), 성적정체성, 국적, 인종이나 민족, 종교, 성별, 성적 특성(sex characteristics), 성적지향 등이 포함되나 이에 국한되지 아니한다.
- 또한 국제법은 국가가 특정 인종이나 특정 피부색·민족 출신자의 집단이 우월하다는 사상이나 이론에 기초하는, 또는 어떤 형태로든 인종적 혐오와 차별을 정당화하고 조장하려는 모든 선전과 조직을 규탄할 것을 요구한다
- 금지가 반드시 범죄화를 의미하는 것은 아니다. 국가는 범죄화가 필요한 표현, 민사적 또는 행정적 처벌이 필요한 표현, 다른 형태의 대응이 필요한 표현을 구분해야 한다.
- 국가는 혐오표현에 대응하기 위한 조치를 적용하더라도 어떠한 형태의 차별도 발생하지 않도록 보장해야 한다.
- 무엇보다도 혐오표현은 다음과 같은 적극적인 개입을 통해 해결해야 한다. 즉 교육, 인식제고 및 긍정적이고 다양성을 존중하는 메시지를 담은 대중적 정보 캠페인을 포함하여, 피해자의 대항적 발언(counter-speech)이 가능하고 긍정적인 이야기를 전파할 수 있도록 피해자를 지원하는 것이다.

차별을 금지하는 법안 입안자와 정책 입안자들이 공통적으로 문의하는 사항 중 하나는 혐오표현에 관한 규정과 차별금지법 사이의 경계에 관한 것이다.

차별받지 않을 권리와 표현 행위 사이의 관계는 복잡하고 다면적이다. 알려진 바와 같이 세 가지의 구분되는 영역 즉 (a) 생각, (b) 표현 및 (c) 행동의 세 가지 영역으로 분류하는 경향이 있다. 아래에 명시된 바 대로, 첫 번째 영역인 생각은 법의 적용 범위에서 절대적으로 제외된다. 마음속에서 일어나는 일은 절대적으로 보호된다. 일부 차별금지법의 개념에서는 두 요소 즉, 표현과 행동 사이의 명확한 구분을 추구하려고 한다. 단순하게 설명하면, 차별금지법은 두 번째 항목인 '표현'이 아닌 '다른 대우나 영향'(즉, 세 번째 항목)을 다루고 있다. 나중에 확인하겠지만, 이것은 지나치게 단순화한 것이다. 표현은 차별금지법의 여러 영역에서 중요한 역할을 한다. 이번 장에서는 이러한 영역 중 일부를 살펴본 다음, 차별 또는 폭력, 적대감을 조장하는 혐오표현과 관련한 보다 광범위한 문제, 그리고 표현의 자유라는 권리의 프리즘을 통해 본 관련 질문들에 대해 살펴볼 것이다. 여기에는 혐오표현에 대한 논의를 둘러싼 최근의 세계적 동향이 포함된다.

차별과 표현 사이의 이러한 다차원적 관계와 많은 문제들에 대한 세계적인 공감대가 부족하다는 것을 감안하여, 본 지침에서는 구체적인 결론을 도출하려는 시도를 하지 않을 것이다. 오히려 이번 장의 목적은 연설 및 기타 형태의 표현이 차별금지법과 상호작용하는 영역에서 발생하는 몇 가지 법적 문제를 추적하는 것이다.

이번 섹션에서는 이러한 문제들에 대해 살펴볼 것이다.

## I. 차별금지법에 직접 연관된 발언과 표현

말과 그밖의 다른 형태의 표현들은 차별을 받지 않을 권리와 광범위하고 복잡한 방식으로 상호작용한다. 차별의 형태에 관한 본 지침 제2부의 I.A.2(c)항에서 검토한 바 대로, 어떤 경우에는 발언이나 표현이, 금지된 행위인 차별 금지사유에 근거한 괴롭힘의 핵심 요소를 구성할 수 있다.<sup>1130)</sup> 차별금지사유에 근거한 괴롭힘의 여러 사례들은 특정한 특성, 지위 또는 정체성을 가진 사람에 대한 적대적이거나 비하적인, 또는 위협적인 환경을 조성하는 발언이나 그밖의 다른 형태의 표현이 주를 이룬다. 유엔 장애인권리위원회에서 지적한 것처럼, 괴롭힘이란 "장애 또는 그밖의 금지된 사유와 관련한 원치 않는 행위가 한 사람의 존엄을 침해하고, 위협적, 적대적, 비하적, 굴욕적이거나 공격적인 환경을 조성하려는 목적 또는 효과를 발생시키는 차별의 한 형태"이다. 이것은 장애인에 대한 차별과 억압이 지속되는 효과가 있는 행동이나 말을 통해 발생할 수 있다.<sup>1131)</sup> 위원회는 최근에, 괴롭힘은 사이버 괴롭힘과 사이버 혐오를 포함하는 것으로 이해되어야 한다는 견해를 제시했다.<sup>1132)</sup> 차별금지사유에 근거한 차별에 관한 것이므로, 모든 법적 대응은 제2부의 I.A.3항에 명시된 차별금지법의 실질적인 범위 안에서 이해할 필요가 있다.

차별금지사유에 근거한 괴롭힘은 표현과 차별금지 사이의 복잡한 관계의 한 측면일 뿐이다. 권력, 영향력 또는 권한이 있는 위치에 있는 사람이 차별을 지시하는 경우, 표현은 또한 다른 형태의 차별이 발생하는 수단이 될 수 있다. 괴롭힘과 차별 지시 모두 법으로 금지되어야 하는 차별의 한 형태이므로 특정한 상황에서는 발언과 표현을 금지할 수 있다. 일반적인 경우에, 이러한 행위는 민법, 행정법 또는 노동법 내에서 처리되며 형사 문제로 간주하지 않는다. 그러나 심각한 피해를 초래하는 차별을 지시하거나 명령하는 경우에는 형사 책임이 발생할 수 있다.<sup>1133)</sup>

또한, 말과 그밖의 다른 형태의 표현은 차별 판단에 중요한 역할을 할 수 있는데, 특히 차별적 동기나 의도를 입증하는 증거로 사용될 수 있다. 따라서, 예를 들어 범 집행과 관련한 사건에서 인종차별을 처음 판결하면서, 유럽 인권재판소는 군인들이 린인 남성 두 명을 총으로 쏘 죽인 직후에 린인에 대해 욕을 했다는 증언에 주목했다. 유럽 인권재판소 하급심은 처음에 이러한 증언 및 다른 증거들이 차별을 나타낸다고 판결했지만, 재판소의 상급심은 (법집행) 절차에서 차별이 존재하지만 이는 실제적 문제는 아니며, 린인에 대한 부정적인 발언과 기타 증거로 인하여 인종주의 또는 인종차별이 (법집행) 절차에 영향을 준 것은 아닌지 국가 당국에서 그 가능성을 조사하는 계기가 되었어야 한다고 판단했다.<sup>1134)</sup>

마지막으로, 본 지침의 다음 장에서 자세히 살펴보겠지만, 초점을 선동과 혐오표현에 맞추게 되면 고정관념, 낙인, 편견에 맞서 싸우고 차별금지, 평등, 포용, 다양성을 증진해야 할 국가의 적극적인 의무를 모호하게 만들 수 있다.

1130) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호(2018), 문단18(d) 참조. 유엔 장애인권리위원회는 또한 다음과 같이 언급했다: "거주시설, 특수학교 또는 정신병원과 같이 분리된 장소에 거주하는 장애인에게 특별한 주의를 기울여야 한다. 이러한 유형의 차별이 발생할 가능성이 한층 많고, 본질적으로 눈에 잘 띄지 않기 때문에 처벌될 가능성이 낮다. '왕따'와 온라인에서 이루어지는 형태인 사이버 괴롭힘과 사이버 혐오도 특히 폭력적이고 유해한 형태의 혐오범죄에 해당한다."

1131) 유엔 장애인권리위원회, 일반 논평 제6호(2018), 문단18(d).

1132) 같은 문헌.

1133) 예를 들어, 구 유고슬라비아 *Prosecutor v. Radovan Karadžić* 사건 참조, 사건번호 IT-95-5/18-T, 판결, 2016년 3월 24일.

1134) 유럽 인권재판소, *Nachova and others v. Bulgaria* 사건, 신청번호 43577/98 및 43579/98, 판결, 2005년 7월 6일. 인권 조약기구 시스템에서 제기된 사건에서 차별의 근거로 공개적 표현을 사용하는 유사한 사례의 경우, 인종차별철폐위원회, *Koptova v. Slovak Republic* 사건, 연락번호 제13/1998호.

## II. 혐오표현과 차별, 적대감, 폭력의 선동 금지

2010년대와 2020년대 초반, 차별의 원인과 결과 및 동인(動因)을 포함한 혐오표현 문제는 유엔 시스템에서 매우 높은 수준의 관심을 받았다. 2012년, 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)가 주최한 회의에서 전문가들은 오랜 기간의 글로벌 협의와 참여과정을 거쳐 차별, 적대감 또는 폭력을 선동하는 국가적, 인종적 또는 종교적 증오에 대한 옹호를 금지하는 라바트 행동계획(이하 "라바트 행동계획; Rabat Plan of Action")을 채택했다.<sup>1135)</sup> 최근 2019년에는 사무총장의 주도로 유엔 기관과 단체들이 혐오표현에 대응하기 위한 전략과 행동 계획을 수립해야 한다는 데 동의했다. 유엔의 혐오표현에 대한 전략과 계획은 "외국인 혐오증, 인종 차별, 편협함, 폭력적인 여성 혐오, 반유대주의, 반무슬림 혐오의 확산"에 대응하기 위해 개발되었다.<sup>1136)</sup> 이 전략은 지난 75년 동안 혐오표현이 르완다에서 보스니아, 캄보디아에 이르기까지 대량 학살을 포함한 잔학 범죄의 전조였다는 것을 인정하는 것이다.<sup>1137)</sup> 이 전략에는 유엔 기구들이 "혐오 표현 피해자와의 연대를 보여주고, 보복성 혐오표현과 폭력 확대에 대응하고 표적이 된 사람이나 공동체에 힘을 실어주기 위한 인권 중심 조치를 시행해야 한다"는 약속이 포함되어 있다. 또한, "피해자의 권리를 옹호하고 구제책 옹호, 사법 접근성, 심리 상담 등을 통해 이들의 요구가 해결되도록 보장하기 위한 조치를 장려해야 한다"고 명시되어 있다.<sup>1138)</sup> 행동 계획에 따른 권고 사항에는 "국제 인권법 및 기준을 준수하도록 차별금지법의 틀을 강화하도록 장려한다"는 내용이 포함되어 있다.<sup>1139)</sup>

특히 소수자 문제와 관련하여, 2021년 소수자 문제 특별보고관은 인권이사회에 연례 보고서를 제출했는데, 이것은 소셜 미디어에서의 혐오표현을 통한 광범위한 소수자 표적화에 대한 주제별 보고서였다. 이 보고서에서 특별보고관은 "국가 기관이 금지된 형태의 혐오표현을 인식하거나 이로부터 소수자를 효과적으로 보호하는 것에 대해 거부하거나 실패한 광범위한 사례"를 포함한 현상에 대해 기술했다. 그는 "혐오표현이 주로 소수자에게 문제된다는 점을 인정하는 것이 국가와 시민사회, 소셜미디어 플랫폼의 책임이고, 이와 관련된 인권책무의 완전하고 효과적인 이행을 위해 한 단계 더 나아가는 조치를 취하는 것이 그들의 의무라는 점"을 강조했다.<sup>1140)</sup>

자유권규약 제20조 (2)항에 따라 당사국은 차별, 적대감, 폭력 선동에 해당하는 국가적, 인종적, 종교적 증오를 옹호하는 행위를 법으로 금지해야 한다. 규약의 다른 조항에는 그밖의 다른 사유에 기한 혐오표현을 규제하는 근거가 명시되어 있다. 특히 제19조 (3)항에 의거하여 국가는 표현의 자유를 제한할 수 있는데, 이러한 제한은 관련 법에 규정되고 타인의 권리와 자유 보호를 포함한 6가지 명시된 목적 중 하나에 해당될 것을 필요로 한다. 라바트 행동계획에 명시된 바 대로, "혐오표현"으로 분류된 표현은 자유권규약 제18조 및 제19조에 의거하여 각기 다른 사유로 제한될 수 있다.<sup>1141)</sup> 실제로, 아래에 자세히 설명되어 있는 것처럼, 조약기구와 특별절차에서는 국가가 제20조에 열거된 사유 외에도 다양한 사유에 대해 혐오표현을 금지하기 위한 효과적인 조치를 취할 것을 촉구했다.

인종차별철폐협약 제4조는 인종, 피부색 또는 민족에 기반한 혐오표현의 금지를 보다 상세하게 정교화하고 있다. 이 조항은 국가가 "어떤 인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단이 우수하다는 판념이나 이론에 근거를 두고 있거나 또는 어떠한 형태로든 인종적 증오와 차별을 정당화하거나 조장하려고 시도하는 모든 선전과 조직을 규탄할 것"을 규정한다.

1135) A/HRC/22/17/Add.4, 부속자료, 별첨자료.

1136) 사무총장, "혐오표현에 대한 유엔 전략 및 행동 계획 출범식에서 사무총장의 발언 [전달된 대로]", 2019년 6월 18일. 또한 유엔, "혐오표현에 대한 유엔 전략 및 행동 계획"(2019) 참조. [www.un.org/en/genocideprevention/hate-speech-strategy.shtml](http://www.un.org/en/genocideprevention/hate-speech-strategy.shtml)에서 확인 가능.

1137) 사무총장, "혐오표현에 대한 유엔 전략 및 행동 계획 출범식에서의 사무총장 발언 [전달된 대로]".

1138) 유엔, 혐오표현에 대한 유엔 전략 및 행동 계획: 유엔의 현장 참여에 필요한 이행 세부 지침(2020), 30쪽, 공약 제3호. [www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20PoA%20on%20Hate%20Speech\\_Guidance%20on%20Addressing%20in%20field.pdf](http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20PoA%20on%20Hate%20Speech_Guidance%20on%20Addressing%20in%20field.pdf)에서 확인 가능.

1139) 같은 문헌, 31쪽.

1140) A/HRC/46/57.

1141) 라바트 행동계획, 문단14.

제4조에 의거하여, 이 요건은 '모든 형태의 차별'을 조장하는 선전까지 확대 적용된다. 또한 동 조항은 국가가 이와 관련하여 "즉각적이고 적극적인 조치를 채택할 것을 약속"하도록 하고 있으며, 여기에는 공공 기관 및 민간 단체에 관한 것도 포함된다.<sup>1142)</sup> 특히, 제4조(a)항은 다음과 같이 명시하고 있다.

인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 고무에 근거를 둔 모든 관념의 유포, 피부색이나 또는 종족의 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 고무를 법으로 처벌해야 하는 범죄로 선언하고, 또한 재정적 지원을 포함하여 인종주의자의 활동에 대한 어떠한 원조의 제공도 법에 의해 처벌해야 하는 범죄로 선언한다.

여성차별철폐협약이나 장애인권리협약 어느 것도 차별, 폭력 또는 적대감 선동 금지를 구체적으로 명시하고 있지 않다. 그러나 두 협약 모두 부정적인 사회 규범에 맞서 싸우는 것과 관련하여 구체적인 의무를 규정하고 있다. 예를 들어, 여성차별철폐협약 제5조(a)항은 "남성과 여성 어느 한쪽의 성이 열등하거나 우월하다는 관념 또는 남성과 여성의 역할에 대한 고정관념에 기반한 편견, 관습 및 기타의 모든 관행을 근절할 수 있도록 남성과 여성의 사회적, 문화적 행동양식을 바꾸기 위한" 국가의 적극적인 의무에 대한 광범위한 주의를 기울이도록 명시하고 있다.<sup>1143)</sup> 특히 여성에 대한 혐오표현의 경우에, 이러한 문제에는 발언과 기타 형태의 표현 및 의사전달이 포함된다.

자유권규약 제20조에 명시된 권리는 일반적으로 기타의 권리, 특히 (배타적이지는 않지만) 제19조에 의거하여 간섭 없이 의견을 개진할 권리와 표현의 자유에 대한 권리와 복합적인 관계에 있는 것으로 간주한다. 제19조는 다음과 같이 명시하고 있다:

1. 모든 사람은 간섭받지 않고 의견을 가질 권리를 가진다.
2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여, 국경에 관계없이, 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.
3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.
  - (a) 타인의 권리 또는 평판의 존중
  - (b) 국가안보, 공공질서, 공중보건 또는 공중도덕의 보호

사상과 표현의 자유에 대한 권리와 관련하여, 사상의 자유는 절대적이다.<sup>1144)</sup> 의견을 갖는다는 이유만으로 법적으로 또는 달리 어떠한 제한도 있을 수 없다. 반면 표현의 자유는 절대적이지 않다.<sup>1145)</sup>

자유권규약 제19조 (3)항에 따라, 표현의 자유에 대한 권리는 제한적 권리이며, 이는 명문의 제한적 사유에 근거하여 제한할 수 있다. 제19조 (3)항의 요건을 해석하면서, 자유권위원회는 이러한 제한은 좁게 해석되어야 하고, "당사국이 표현의 자유 행사에 제한을 가할 때 권리 자체를 위태롭게 할 수 없다"고 결정하 바 있다.<sup>1146)</sup> 위원회는 "권리와 제한의 관계, 규범과 예외의 관계를 뒤집어서는 안 된다"고 지적하면서 규약 제5조 (1)항이 다음과 같이

1142) 이 부분의 세부 요건은 인종차별철폐위원회 일반 권고 제35호(2013)에 명시되어 있다.  
 1143) 여성차별철폐위원회는 성별에 기반한 여성 폭력에 대한 세 번째이자 가장 최근의 일반 권고에서 특히 "온라인 및 기타 디지털 환경에서 발생하는 현대적 형태의 폭력"에 대해 우려를 표명했다. 유엔 사무총장은 여성 혐오표현과 여성에 대한 젠더 기반 폭력 사이의 직접적인 연관성을 지적하면서 "1999년 코소보(구 세르비아와 몬테네그로)에서 강간 및 기타 형태의 성폭력을 전쟁 무기와 인종 청소 방법으로 사용했고, 이에 앞서 알바니아 여성을 성적으로 난잡한 것으로 정형화하고 알바니아 인구 증가에 대한 세르비아인의 두려움을 악용했다는 국가 선전과 언론 설명을 내세웠다"고 말했다. 여성차별철폐위원회, 일반 권고 제35호(2017), 문단20; A/61/122/Add.1 및 Corr.1, 문단1 참조. 문단94 각각 참조.  
 1144) 자유권위원회, 일반 논평 제34호 (2011), 문단9. 의견을 표명할 모든 사람의 권리와 마찬가지로, 사상과 양심의 자유 및 자신이 선택한 종교나 신념을 갖거나 채택할 자유 또한 무조건 보호되어야 한다. 자유권위원회, 일반 논평 제22호(1993), 문단3 참조.  
 1145) 자유권위원회, 일반 논평 제34호(2011), 문단21.  
 1146) 같은 문헌.

규정하고 있다는 사실을 강조했다. "이 규약의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 규약에서 인정되는 권리 및 자유를 파괴하거나, 이 규약에서 규정된 제한의 범위를 넘어 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 종사하거나 또는 그와 같은 것을 목적으로 하는 행위를 행할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다."<sup>1147)</sup>

그러나, 표현의 자유에 대한 권리의 제한은 법률에 의해 규정되어야 하고(명확하게 명시),<sup>1148)</sup> 반드시 필요하고 비례적이어야 하며,<sup>1149)</sup> 타인의 권리나 명예 또는 국가 안보나 공공 질서, 공중 보건 또는 도덕을 존중할 수 있도록 채택되어야 한다.<sup>1150)</sup> 후자의 요건을 해석하면서, 자유권위원회는 다음과 같이 결정했다. "'도덕의 개념은 여러 가지 사회적, 철학적, 종교적 전통에서 유래한다. 따라서, 도덕을 보호하기 위한 제한은... 하나의 전통에서만 파생되지 않는 원칙들에 근거해야 한다. 이러한 제한은 인권의 보편성과 비차별 원칙(the principle of non-discrimination)에 비추어 이해되어야 한다."<sup>1151)</sup>

특히 제19조 (3)항과 제20조 간의 상호 작용을 검토한 결과, 위원회는 두 조항은 "서로 양립하고 보완한다"는 결론을 내리면서 다음과 같이 언급했다.

제20조에서 다루는 행위는 모두 제19조 (3)항에 따라 제한의 대상이 된다. 따라서 제20조에 근거하여 정당화되는 제한은 제19조 (3)항을 준수해야 한다. ... 제20조에서 다루는 행위가 제19조 (3)항에 따라 제한의 대상이 될 수 있는 다른 행위와 구별되는 점은, 제20조에서 다루는 행위의 경우에 규약에는 국가에 필요한 구체적인 대응, 즉 법률에 의한 금지를 명시하고 있다는 것이다. 제20조는 제19조와 관련하여 특별법(*lex specialis*)으로 간주될 수 있는 정도에 불과하다. ... 당사국이 법적 금지를 둘 책무를 지는 것은 제20조에 명시된 특정 형태의 표현의 경우에만 해당한다. 국가가 표현의 자유를 제한하는 모든 사건에서, 제19조를 엄격히 준수하여 금지 및 관련 조항을 정당화하는 것이 필요하다.<sup>1152)</sup>

자유권위원회는 혐오표현에 대한 국가들 조치를 지지해 왔고, 특히 발언자에게 주어진 강력한 절차적 보장이 있는 경우에도 증오를 선동하는 사람들의 고용 손실까지 용인했다.<sup>1153)</sup>

지역 인권 시스템은 표현의 자유 요건에 맞춰 혐오표현에 대한 접근 방식을 개발했다. 이에, 미주 인권위원회와 미주 인권재판소는 "표현의 자유는 절대적이지 않고, 문제의 표현이 본질적으로 정치적이더라도 제한이 허용될 수 있다"는 입장을 일관되게 견지해 왔다.<sup>1154)</sup> 유럽의 경우, 유럽 인권재판소는 인종적 혐오 또는 그밖의 다른 혐오를 선동하는 사람들이 국가 당국으로부터 이에 대한 조치를 받은 후 유럽 인권재판소에 항소한 사건을 반복적으로 심리했다. 유럽 인권재판소는 항소인들이 인권을 파괴할 목적이 있는 사건에서는 유럽 인권협약의 조항에 의존할 수 없다는 취지의 법리를 발전시켜왔다.<sup>1155)</sup>

1147) 같은 문헌.

1148) E/CN.4/1995/32, 문단38-55.

1149) "보호 기능을 달성에 적절한 기능. 원하는 결과를 얻을 수 있는 수단 중 침입 요소가 가장 적어야 하고, 보호하고자 하는 법익에 비례해야 한다." 자유권위원회 일반 논평 제27호(1999), 문단14 및 일반 논평 제34호(2011), 문단34 참조.

1150) A/74/486, 6문단.

1151) 자유권위원회, 일반 논평 제34호(2011), 문단32.

1152) 같은 문헌, 문단50-52(각주 생략).

1153) 자유권위원회, *Ross v. Canada* 사건 (CCPR/C/70/D/736/1997).

1154) 미주 인권재판소, *Granier et al. v. Venezuela*, 사건 12.828, 보고서 번호 112/12, 본안, 2012년 11월 9일, 문단124.

1155) 예를 들어, 특정 민족, 국가, 인종 또는 종교의 출신 또는 구성원이거나 비구성원이라는 이유로 프랑스 법원에서 차별, 증오 및 폭력을 선동한 혐의로 10,000 유로의 벌금형을 선고받은 Jean-Marie Le Pen의 청원을 받아들일 수 없다고 판결한 유럽 인권재판소의 만장일치 결정 참조. Mr. Le Pen의 표현의 자유에 대한 당국의 형사 유죄 판결 형태의 간섭은 법에 의해 규정되어 있었고, 이는 타인의 명예나 권리를 보호하려는 정당한 목적에 의한 것이었다. 법원은 민주주의 사회에서 정치적 논쟁의 맥락에서 표현의 자유를 가장 중요하게 생각하며, 이러한 표현의 자유는 호의적으로 받아들여지는 '정보' 또는 '아이디어'뿐만 아니라 불쾌감, 충격 또는 불안감을 주는 것에도 적용된다고 강조했다... 그러나 이 사건에서, Mr. Le Pen의 발언은 분명히 '무슬림 공동체' 전체의 거부감과 적대감을 불러일으킬 수 있는 시각을 보여주었다. 그는 무슬림 공동체의 종교적 신념이 구체적으로 언급되고 이들의 급속한 성장세가 프랑스 국민의 존엄성과 안전에 대한 잠재적 위협이 될 수 있다는 인식을 프랑스 국민들에게 심어주었다. 따라서 청원인에게 유죄 판결을 내린 국내 법원의 이유는 적절하고

**차별적 혐오표현: 동성애 혐오표현으로부터 개인을 보호해야 할 국가의 책임**

2020년 1월, 유럽 인권재판소는 리투아니아 당국이 온라인 혐오표현에 대한 조사와 제재를 거부한 것에 대해 검토했다. 이 사건은 동성 간 키스를 묘사한 사진이 리투아니아의 페이스북에 게시된 후 발생했다. Pijus Beizaras와 Mangirdas Levickas는 수백 개의 혐오성 온라인 댓글을 받았다. 이러한 댓글들은 전반적으로는 여성 동성애자, 남성 동성애자, 양성애자, 성전환자 사람들에게 대한 혐오와 폭력을, 직접적으로는 위의 두 사람에 대한 증오와 폭력을 선동하는 것이 목적이었다.

2014년 12월, 미국 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼 및 트랜스젠더 인권협회는 형법 제170조(국가, 인종, 민족, 종교 또는 기타 집단에 대한 선동)와 미디어에서 혐오나 폭력의 선동을 금지하는 '일반 대중에 대한 정보 제공에 관한 법(the Law on the Provision of Information to the Public)' 제19조를 위반한 혐의로 검찰에 고발했다.

국내 법원은 수사를 개시하지 않기로 결정했다. 예를 들어, Klaipėda City 지방법원은 "두 남자가 키스하는 사진을 통해 이러한 기이한 행동이 다른 견해를 가진 사람들의 사회적 결속이나 관용의 증진에 실질적으로 기여하지 않았고", "리투아니아 사회의 대다수는 전통적인 가족의 가치를 매우 높이 평가한다"는 사실을 예견했어야 한다"고 지적하면서 전국 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼 및 트랜스젠더 인권협회의 항소를 기각했다.

유럽 인권재판소는 이 사건에 대한 판결에서 리투아니아가 협약 제8조(존중할 권리)와 결합하여 제14조(차별 금지)를 위반했고, 제13조(효과적으로 구제책을 받을 권리) 또한 위반했다고 판결했다.

판결 과정에서, 재판소는 다음과 같은 확립된 판례법의 광범위한 원칙들의 목록을 상기시켰다. "민주 사회의 특성"에는 "다원주의, 관용 및 넓은 마음(broadmindedness)"이 포함된다. "다원주의와 민주주의는 다양성에 대한 진정한 인식과 존중을 바탕으로 구축된다". 그리고 다른 사람들에게 폭력을 선동하기 때문에, 가장 심각한 혐오표현에 대해 책임있는 개인들에 대한 형사 제재는 최후의 수단으로만 발동될 수 있다... 그러한 이유로 중대한 범죄를 구성하는 행위가 한 사람의 신체적, 정신적 완결성을 침해한다면 효율적인 형법적 장치만이 적절한 보호를 보장하고, 억제 요소로 작용할 수 있다. ... 이에 따라, 재판소는 차별적 태도에 의한 직접적인 언어적 폭력 및 신체적 위협과 관련하여 형법 차원의 조치가 필요하다는 것을 인정했다."<sup>1156)</sup>

재판소는 검사가 적용한 리투아니아 대법원의 판례법은 국내 법원에 의해 유지되고 있음에도 불구하고, 동성애 혐오를 주장하는 고소인들에 대한 효과적인 국내의 구제책이 제공되지 않는다고 판단했다. 이 사건은 차별금지법을 근거로, 혐오표현에 대해 재판소에서 판결을 내린 최근의 중요한 사례이다.

국가 및 지역 차원의 법원은 차별금지의 관점에서 혐오표현 사건에 대한 판결을 내리는 경우가 많은데, 여기에는 혐오표현에 대해 적절한 조치를 취하지 않은 국가를 국제법 위반으로 판단하는 경우가 포함된다. 예를 들어, 이탈리아의 법원은 국가 차원에서 괴롭힘, 즉 비하하는 분위기를 조성하는 행위와 관련된 법적 조항을 반(反)이민 라디오 방송에 적용했다.<sup>1157)</sup> 이탈리아와 관련한 최근의 사건에서, 유럽 사법재판소는 라디오 프로그램에서 저명한 변호사

충분했다. 또한 부과된 벌금이 불균형적인 것도 아니었다. 법원은 청원인의 표현의 자유에 대한 권리 향유에 대한 간섭이 '민주 사회에서 필요했다'고 판결했다. 이에 따라 그가 제기한 소송은 기각되었다." 유럽 인권재판소, *Le Pen v. France* 사건, 신청 번호 18788/09 참조, 결정, 2010년 4월 20일(이 결정의 공식 버전은 프랑스어로만 제공되지만, 위의 인용문은 등록청에서 발행한 보도자료에도 실려 있다. 이러한 접근방식은 일반적으로 유럽 인권협약 제17조에 근거를 두고 있는데, 여기에는 "이 협약의 어떠한 조항도 국가, 단체 또는 개인에게 협약에 명시된 권리와 자유의 파괴를 목적으로 하는 활동에 참여하거나 행위를 수행할 수 있는 권리가 있는 것으로 해석되어서는 안 된다"고 명시되어 있다.

1156) 유럽 인권재판소, *Beizaras and Levickas v. Lithuania* 사건, 신청 번호 41288/15, 판결, 2020년 1월 14일, 문단106-111.  
 1157) 또한 Cécile Kyenge 전(前) 통합부 장관과 관련된 사건에서 이탈리아 법원은 지방의원이 페이스북에 올린 "정글로 돌아가라"는 발언은 인종 증오 선동에 해당하고(이탈리아 Trento 상소법원, 형사항소부, *Italy v. Serafini*, 사건번호 315/2015, 판결, 2015년 10월 11일), 이탈리아 유럽의회 의원의 라디오 프로그램 발언도 인종 혐오에 해당한다는 판결을 내렸는데, 여기에는 Ms. Kyenge 가 "전통적인 부족" 출신이라는 발언이 포함된다(밀라노 재판소, *Borghesio v. Kyenge* 사건, 판결, 2017년 5월 18일). 이탈리아 대법원은 린인들에 대한 시의원들의 발언이 형사상 명예훼손 범죄에 해당한다고 밝혔다(대법원, 형사항

가 당시에는 실제로 채용이 진행되고 있지 않았음에도 불구하고 자신의 회사에서는 결코 동성애자를 고용하지 않을 것이라는 취지의 발언 내용이 고용차별에 해당한다고 판단했다.<sup>1158)</sup> 여성 동성애자, 남성 동성애자, 양성애자 및 성전환자에 대한 혐오표현과, 반유대주의 혐오표현, 반롭인 혐오발언과 관련한 일련의 최근 사건에서, 유럽 인권재판소는 특히 온라인상에서 이루어지는 혐오표현과 관련한 사건에 당국이 효과적으로 개입하지 않는 것은 사생활과 가족 생활에 대해 존중을 받을 권리와 관련된 차별에 해당한다고 판단했다.<sup>1159)</sup>

## A. 민족, 인종 또는 종교에 대한 혐오와 및 장애, 성별표현 및 성별정체성, 성별, 성적지향, 성적 특성 그 밖의 사유와 관련이 있는 혐오에 대한 옹호

차별, 적대감 또는 폭력의 선동에 해당하는 국가, 인종 또는 종교적 혐오를 옹호하는 행위는<sup>1160)</sup> 자유권규약 제20조에 의거하여 금지되어 있다. 그러나, 차별받지 않을 권리와 차별적 폭력으로부터 자유로운 권리를 보호하려면 여타의 사유로 인한 혐오표현으로부터도 보호해야 한다. 이러한 접근 방식은 실제로 자유권규약 제19조 제3항에서 타인의 권리 보호에 필요한 경우에는 표현의 자유를 법으로 제한할 수 있다고 인정한 내용과 일치한다.<sup>1161)</sup> 이에, 의견과 표현의 자유 증진 및 보호에 관한 특별보고관(Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression)은 다음과 같이 지적했다. "전세계적으로 보호가 확대되고 있음을 감안할 때, 선동 금지의 현재 국제 인권법에서 다루는 것보다 한층 광범위하게 적용되는 것으로 이해되어야 한다."<sup>1162)</sup>

조약기구는 장애, 성별표현, 성별정체성, 성별, 성적 특성, 성적지향 등 광범위한 근거에 대한 혐오표현을 금지할 수 있도록 국가가 효과적인 조치를 취할 것을 촉구했다.<sup>1163)</sup>

어떤 상황 하에서의 발언이나 기타 표현이 폭력, 차별 또는 증오에 의한 선동에 해당할 수 있는지에 대해 국가에 지침을 제공하기 위해 광범위한 작업이 수행되었고, 이는 라바트 행동계획으로 이어졌다.

라바트 행동계획은 "옹호", "혐오", "선동"이라는 용어에 대해 표현의 자유와 평등에 관한 Camden 원칙에서 개발된 정의를 참고하고 있는데,<sup>1164)</sup> 이것은 평등과 표현의 자유에 대한 권리와 관련하여 전문가들이 개발한 국제적인

소부, 사건번호 47894, 판결, 2012년 11월 22일).

1158) 유럽 사법재판소, *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, 사건 C-81/12, 판결, 2013년 4월 25일 및 *NH v. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, 사건 C-507/18, 판결, 2020년 4월 23일.

1159) 유럽 인권재판소, *Beizaras & Levickas v. Lithuania*, 사건번호 41288/15, 판결, 2020년 1월 14일, *Behar & Gutman v. Bulgaria* 사건, 신청번호 29335/13, 판결, 2021년 2월 16일, *Budinova & Chaprazov v. Bulgaria* 사건, 신청번호 12567/13호, 판결, 2021년 2월 16일.

1160) "혐오"와 "적대감"이라는 용어는 대상 집단에 대한 거부감, 적개심, 증오심과 같은 강렬하고 비이성적인 감정을 의미한다"(라바트 행동계획, 문단21, 각주 5). 자유권위원회는 자유권규약과 관련하여 "제19조와 제20조는 서로 양립할 수 있으며 서로 보완한다. 제20조에서 다루는 행위는 모두 제19조 3문단에 따른 제한의 대상이 된다. 따라서 제20조에 근거하여 정당화되는 제한 또한 제19조 제3항을 준수해야 한다"고 언급했다. 자유권위원회, 일반 논평 34호(2011), 문단50 참조. A/HRC/40/58, 문단57 또한 참조.

1161) 자유권위원회, 일반 논평 34호(2011), 문단11.

1162) A/74/486, 문단9 및 문단12.

1163) CCPR/C/BIH/CO/3, 문단22 및 A/HRC/38/43, 문단93. A/74/486, 성별 및 젠더와 관련하여, A/HRC/38/47, 문단52 또한 참조.

OHCHR은 '자유롭고 평등한 삶' 30쪽에 다음과 같이 명시하고 있다 "국가는 성적지향, 성별정체성, 성적 표현 및 성적 특성을 혐오범죄 및 혐오표현, 증오나 폭력 선동을 금지하는 법에서 보호되는 특성으로 포함되어야 한다." CCPR/C/LTU/CO/4, 문단12(a), CCPR/C/CZE/CO/4, 문단17, CCPR/C/UKR/CO/7, 문단10, CCPR/C/BLR/CO/5, 문단18, CCPR/C/SEN/CO/5, 문단14-15, CERD/C/SWE/CO/22-23, 문단10-11, CEDAW/C/MUS/CO/8, 문단34, CEDAW/C/SUR/CO/4-6, 문단50-51 및 CEDAW/C/FJI/CO/5, 문단52, CAT/C/POL/CO/7, 문단35-36, CAT/C/RUS/CO/6, 문단32-33, CRC/C/CI/CO/5-6, 문단16-17 및 CRC/C/POL/CO/3-4, 문단16-17 또한 참조.

모범 사례 문서이다. 이에 따르면 '혐오'와 '적대감'은 "대상 집단에 대한 거부감, 적개심, 증오심과 같은 강렬하고 비이성적인 감정"을 의미하고, '옹호'는 "대상 집단에 대한 혐오를 공개적으로 조장하려는 의도"를 의미하며, '선동'은 해당 집단에 속하는 사람에 대한 "차별, 적대감 또는 폭력의 임박한 위협을 초래하는 국가적, 인종적 또는 종교적 집단에 대한 진술"을 의미한다.<sup>1165)</sup> 라바트 행동계획은 또한 다음과 같이 명시하고 있다. "국가는 혐오 선동에 효과적으로 맞설 수 있는 예방 및 징벌적 조치를 포함하는 포괄적인 차별금지법을 채택해야 한다."<sup>1166)</sup>

#### 라바트(RABAT) 행동계획의 6가지 기준 적용

라바트 행동계획은 "표현의 자유 제한, 혐오 선동 및 제20조의 적용에 대한 사항을 정의하려면 그 기준이 엄격해야 한다"고 지적하고 있다. 이에 따라, 라바트 행동계획은 "범죄 행위로 간주되는 표현에 대한 6가지 기준 적용"을 다음과 같이 규정하고 있다:

- (a) 맥락(Context): 맥락은 특정 진술이 차별, 적대감 또는 폭력을 선동할 가능성이 있는지 평가할 때 매우 중요하고, 이것은 의도 및/또는 인과관계에 직접적인 영향을 줄 수 있다. 맥락을 분석할 때에는 해당 발언 행위를 발언이 이루어지고 유포될 당시 널리 퍼져 있던 사회적, 정치적 맥락에서 따져야 한다.
- (b) 발언자: 발언자의 사회적 위치나 지위, 구체적으로 발언이 향한 대상인 청중의 입장에서 개인이나 조직의 지위를 고려해야 한다.
- (c) 의도: 자유권규약 제20조는 의도를 예정한다. 과실이나 부주의만으로는 규약 제20조에 의거하는 위법 행위가 될 수 없는데, 이 조항이 자료의 단순한 배포나 유포가 아닌 "옹호"와 "선동"을 규정하고 있기 때문이다. 이와 관련하여, 이 조항은 발언 행위의 객체와 주제 및 청중 사이의 삼각 관계가 작동되어야 한다고 기술하고 있다.
- (d) 내용과 형식: 발언 내용은 법원 심리에서 집중하는 부분 중 하나이고, 선동의 중요한 요소이다. 내용 분석에는 발언이 도발적이고 직설적이었는지 여부, 발언의 형식, 스타일, 발언에서 전개된 주장의 성격 또는 전개된 주장들 간의 균형 문제가 포함될 수 있다.
- (e) 발언 행위의 범위: 범위는 발언의 전파력, 발언의 공공적 속성, 청중의 규모 등의 요소를 포함한다. 고려해야 할 다른 요소로는, 발언이 공개되었는지, 어떤 전파수단을 사용하였는지(예: 전단지, 주류 미디어 또는 인터넷을 통한 방송), 의사전달의 빈도와 규모 및 범위는 어떻게 되는지, 청중이 선동에 따라 행동할 수단이 있었는지, 발언 내용(또는 저작물)이 제한된 환경에서 유포되었는지 또는 일반 대중이 널리 접근할 수 있는지를 포함한다.
- (f) 임박성을 포함한 가능성: 선동은 개념상 예비의 범죄에 해당한다. 선동 발언을 통해 고취된 행동은 발언에서 이야기된 내용이 반드시 범죄로 실행되어야 하는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고, 어느 정도의 해악 위협은 반드시 확인되어야 한다. 이는 법원이 해당 연설이 대상 집단에 대해 실제 행동을 선동할 때 성공할 합리적인 개연성이 있고, 그러한 인과관계는 직접적이라고 판단해야 한다는 것을 의미한다.<sup>1167)</sup>

또한, 라바트 행동계획은 국내 제재와 관련하여 (a) 범죄 행위를 구성하는 표현, (b) 형사 처벌 대상이 되지는 않으나 민사 소송이나 행정 제재를 정당화할 수 있는 표현; (c) 형사, 민사 또는 행정 제재를 유발하지 않지만 관용, 예의

1164) 제19조, "표현의 자유와 평등에 관한 Camden 원칙" (런던, 2009).

[www.article19.org/data/files/pdfs/standards/the-camden-principles-on-freedom-of-expression-and-equality.pdf](http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/the-camden-principles-on-freedom-of-expression-and-equality.pdf)에서 확인 가능.

1165) 라바트 행동계획, 문단21, 각주 5.

1166) 같은 문헌, 문단26.

1167) 같은 문헌, 문단29.

및 권리 존중 측면에서 여전히 우려를 제기하는 표현으로 구분해야 한다고 명시하고 있다.<sup>1168)</sup> 라바트 행동계획은 자유권규약 제20조의 기준에 해당하는 사건의 가해자들이 일반적으로 기소되지 않지만, 소수 민족 구성원들은 모호한 국내법, 법리 및 정책의 남용으로 사실상 박해를 받고 있어 종종 다른 사람들에게 위축효과(chilling effect)를 준다는 점을 지적하고 있다.<sup>1169)</sup>

많은 국가들 그리고 여러 맥락에서, 금지에 초점을 두는 현상으로 인해 국제인권법에 의해 보호되는 표현이 정치적으로 부담스럽거나 논쟁의 여지가 있기 때문에, 또는 다수의 견해로 수용되지 않는다는 이유로, "혐오표현"으로 간주되는 현상으로 이어졌다. 이는 차별의 위협에 처한 집단에게 불리한 영향을 미치는 문제이며, 소수자에게 영향을 미치는 부당 대우의 일부가 될 수 있는 문제이다. 이와 동시에, 혐오표현이 특정 집단, 특히 소수자에게 영향을 미친다는 사실을 부정하는 경우가 많다.<sup>1170)</sup> 결과적으로, " '실제' 선동 사건은 기소가 되지 않는데 비해, 평화적인 비평가들이 '혐오 설교자'로 박해를 받는 상황"이 나타나고 있다.<sup>1171)</sup> 이것은 문제 소지가 많은 현상이자 시민 공간에 대한 광범위한 위협의 일부인데, 이에 대해 다루는 것은 본 지침의 범위를 벗어난다.<sup>1172)</sup>

동시에 혐오표현에 대한 법원과 기타 심사 기관의 조치가 증가하고 있는데, 이는 이 분야에 대한 우려가 급증하고 있는 점, 특히 성직자 및 여타 종교인들의 혐오표현 확산으로 인해 온라인상의 혐오가 확산되는 점에 기인한다.<sup>1173)</sup>

## 1. 맥락(context) 평가

라바트 6가지 기준 적용에 명시된 기준 중 일부는 설명할 가치가 있는데, 특히 특정 사례에 대한 국제 법리 또는 그 의미의 측면에서 자세히 설명할 필요가 있다. 예를 들어, 인종차별철폐위원회는 모욕적인 공공표지판에 관한 사건에서 국가가 인종차별철폐협약을 위반한 것으로 판단한 바 있다.

*헤이건 대 호주(Hagan v. Australia)* 사건에서 한 선주민은 자신이 살고 있는 퀸즐랜드 투움바에 소재하고 과거 스포츠계의 인물을 기리기 위해 명명된 중요한 경기장의 이름(현재는 심각한 인종차별적 욕설로 판단하고 있다)과 관련하여 협약 제2조, 특히 제2조 (1) (c), 제4조, 제5조 (d)(i)와 (ix)항, (e)(vi)와 (f)항, 제6조 및 제7조를 위반한 것이라고 주장했다. 인종차별철폐위원회는 호주가 협약을 위반한 것으로 인정하면서, 다음과 같이 결정했다.

불쾌감을 주는 용어를 사용하고 이를 자제하지 않으면 현재로서는 범죄에 해당하고 모욕적인 것으로 간주될 수 있으나, 오랜 기간 동안 그렇게 생각하지 않았다. 이제, 위원회는 협약을 '살아있는 도구'로 해석하고 이를 현대 사회 환경에 적용해야 한다고 생각한다. 이러한 맥락에서, 위원회는 모욕적인 용어와 같은 단어와 관련하여 현재는 이에 대한 민감성이 높아졌다는 것을 상기시켜야 한다고 생각한다.<sup>1174)</sup>

이러한 혐오표현에 대해, 시민단체는 맥락 평가에 대해 다음과 같은 지침을 제시했다.

1168) 같은 문헌, 문단20.

1169) 같은 문헌, 문단11.

1170) 소수자 문제 특별보고관은 다음과 같이 언급했다. "혐오표현의 위협은 무엇보다도 소수자에게 영향을 미친다. 그 이유는 부작위에 의한 것인지 여부와 무관하게, 현장의 많은 행위자들은 인종차별, 편견, 희생양 삼기, 심지어는 소셜 미디어에서 폭력을 선동하는 경우에도 주요 대상이 누구인지 체계적으로도 인정하지 않고 명목상으로도 인정하지 않는다. 소수자를 구체적으로 언급하지 않음으로써, 혐오표현의 범위와 잔인성은 무시되고 심지어 일반성이라는 안개 속에서 위장하기도 한다. 어떤 의미에서, 주요 피해자들이 익명으로 남아있을 때에는 모두가 혐오의 공범이 된다. 그 결과, 소수자에 대한 혐오의 대부모(代父母)인 불관용과 배제를 키울 수 있는 비옥한 토양이 마련된다." A/HRC/46/57, 문단22 참조.

1171) OHCHR, "혐오표현에 대한 기준 적용, 32개 언어로 제공", 2020년 5월 15일.  
[www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Hate-speech-threshold-test.aspx](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Hate-speech-threshold-test.aspx).

1172) 유엔, "유엔 지침서: 시민 공간의 보호 및 증진" (2020).  
[www.ohchr.org/Documents/Issues/CivicSpace/UN\\_Guidance\\_Note.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/CivicSpace/UN_Guidance_Note.pdf)

1173) 유엔, "혐오표현에 대한 전략 및 행동 계획"; OHCHR, #Faith4Rights Toolkit, 모듈 7. 인권 및 성직자의 혐오표현에 대해서는 Tamas Kadar, "성직자의 혐오표현 및 차별 선동과 관련된 사건 모음"(Strasbourg, 유럽평의회 출판부, 2021).

1174) 인종차별철폐위원회, *Hagan v. Australia* 사건(CERD/C/62/D/26/2002), 문단7.3.

의도 또는 인과관계와 직접적인 관련이 있기 때문에, 특정 표현은 해당 표현이 전달된 정치적, 경제적, 사회적 맥락에서 고려되어야 한다. 맥락적 분석에서는 특히 다음과 같은 사항을 고려해야 한다.

- 사회에 존재하는 갈등, 예를 들면 대상 집단에 대한 최근 폭력 사건
- 제도화된 차별의 존재와 역사. 예를 들어 법 집행과 사법에서의 차별
- 법적 프레임워크. 어떠한 차별금지 규정도 없거나 그러한 규정이 미비한 상황에서 대상 집단의 보호 받는 특성이 인정되는지 여부도 포함
- 미디어 환경, 예를 들면 대체 정보 출처가 부족한 대상 그룹에 대한 정기적이고 부정적인 매체 보도
- 정치적 환경, 특히 선거의 근접성 및 이러한 맥락에서 정체성 정치\*의 역할, 이에 더하여 대상 집단의 견해가 공식적인 정치 과정에서 대변되는 정도.<sup>1175)</sup>

\* 역주: 정체성(正體性) 정치란 개인의 주요한 관심과 관계는 인종, 민족, 종교, 성별 등 정체성에 기초하여 형성된다는 관점에서의 정치적 활동을 의미한다.

## 2. 발언자 구분

일부 심사 기관들은 혐오표현을 유포하는 주체들 사이에 구분을 짓기도 한다. 예를 들어 유럽 인권재판소에 제기된 사건에서, 덴마크 방송국에서 다큐멘터리 저널리스트로 활동하는 Jens Olaf Jersild는 자신이 제작하여 국영 TV에서 방송한 다큐멘터리와 관련하여 덴마크 당국으로부터 받은 벌금의 정당성에 대해 이의를 제기했는데, 그는 해당 다큐멘터리에서 코펜하겐의 젊은이들을 인터뷰하는 과정에서 이들을 "그린재킷(Greenjackets)"이라고 불렀다. 인터뷰에 응한 사람들은 카메라 앞에서 인종적 또는 민족적 우월감에 대한 생각을 말했고, 소수자에 대한 폭행 사례도 털어놓았다. 이 TV 프로그램을 근거로 덴마크 당국은 Jersild가 인터뷰한 그린재킷들을 기소했다. 그러나, 덴마크 당국은 인종차별철폐협약에 따라 스킨헤드들에게 혐오표현을 널리 퍼뜨릴 수 있는 수단, 즉 인종적 또는 민족적 우월성에 대한 생각을 전파하기 위해 황금 시간대 텔레비전 슬롯을 제공한 것에 대해서도 Jersild에게 제재를 내렸다. Jersild는 벌금에 대해 이의를 제기하면서 언론인과 미디어의 역할은 사회의 심각한 문제를 기록하고 주의를 환기시키는 것이라고 지적했다. 유럽 인권재판소는 Jersild에게 유리한 판결을 내리고 벌금을 취소했는데, 특히 사회의 심각한 문제에 대한 대중의 관심을 불러일으키는 언론인과 미디어의 특별한 역할을 재확인하였다.<sup>1176)</sup> 폭력적인 인종차별주의자가 사회에 존재한다는 것이 (사회적 심각한 문제와) 관련한 대표적인 사례로 보일 것이다. 법원은 Jersild 사건 판결에서 발언자의 입장을 고려하는 접근 방식을 채택했는데, 이는 라바트 행동계획의 핵심 기준을 보여주는 것이다. 의견과 표현의 자유 증진 및 보호에 관한 특별보고관은 특히 온라인 혐오표현과 관련하여 다음과 같은 지침을 제시했다.

혐오표현 규정이 적용되지 않는 이용자들이 있는가? 국제 표준은 혐오표현을 보도하는 언론인과 기타의 사람들이 콘텐츠 제한이나 불리한 조치로부터 보호받아야 한다는 점을 분명히 하고 있다. 또한, 라바트 행동계획의 맥락 기준을 적용하면 이러한 콘텐츠를 보호할 수 있다. 정치인과 정부 및 군 관계자, 기타 공인은 또 다른 문제이다. 그들의 유명세와 선동적인 행동에 대한 잠재적인 리더십 역할을 고려할 때, 이들은 국제 표준에 적용되는 것과 동일한 혐오표현 규정의 적용을 받아야 한다. 혐오표현 관련 정책의 경우에, 기본적으로 공인은 모든 이용자와 동일한 규정을 준수해야 한다. 맥락에 대한 평가는 일부의 경우에, 예를 들면 정치적 발언처럼 그 내용이 보호를 받아야 하는 경우에 예외 적용을

1175) 19조, "혐오표현" 설명: 톨킷 (런던, 2015), 78쪽 (각주 생략). [www.article19.org/resources/hate-speech-explained-a-toolkit](http://www.article19.org/resources/hate-speech-explained-a-toolkit) 에서 확인 가능. A/67/357, 문단45, "청중 ... 언론 매체 설립 시 장벽의 존재, 콘텐츠에 대한 광범위하고 불명확한 제한, 출판 또는 방송될 수 있는 내용에 대한 불명확하고 광범위한 제한, 정부 또는 광범위한 정책에 대한 비판의 부재, 미디어 및 기타 형태의 커뮤니케이션에서의 토론, 유포될 때 구체적인 근거에 의거하는 혐오표현에 대한 광범위한 사회적 비난의 부재".

1176) 유럽 인권재판소, *Jersild v. Denmark*, 신청 번호 15890/89, 판결, 1994년 9월 23일.

결정할 수 있다. 그러나 선동은 다른 이용자보다 리더가 발언할 때 더 해로울 수 있으며, 이러한 요소는 플랫폼 콘텐츠 평가의 일부가 되어야 한다.<sup>1177)</sup>

## B. 인종 우월주의나 증오에 기반한 이념 확산

인종차별철폐협약 제4조는 다음과 같이 명시하고 있다.

제4조 당사국은 어떤 인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단이 우수하다는 관념이나 이론에 근거를 두고 있거나 또는 어떠한 형태로든 인종적 증오와 차별을 정당화하거나 증진 시키려고 시도하는 모든 선전과 모든 조직을 규탄하며 또한 당사국은 이같은 차별을 위한 모든 선동 또는 행위를 근절시키기 위한 즉각적이고 적극적인 조치를 취할 의무를 지며 이 목적을 위하여 세계인권선언에 구현된 제 원칙 및 이 협약 제5조에 명시적으로 언급된 제 권리와 관련하여 특히 당사국은

- (a) 인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 고무에 근거를 둔 모든 사상의 유포 그리고 피부색이나 또는 종족의 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 고무를 법에 의해 처벌해야 하는 범죄로 선언하고 또한 재정적 지원을 포함하여 인종주의자의 활동에 대한 어떠한 원조의 제공도 법에 의해 처벌해야 하는 범죄로 선언한다
- (b) 인종차별을 촉진하고 고무하는 조직과 조직적 및 기타 모든 선전활동을 불법으로 선언하고 금지시킨다. 그리고 이러한 조직이나 활동에의 참여를 의법처벌하는 범죄로 인정한다.
- (c) 국가 또는 지방의 공공기관이나 공공단체가 인종차별을 촉진시키거나 또는 고무하는 것을 허용하지 아니한다.

제4조는 자유권규약 제19조 (3)항 및 제20조에 규정된 것과 관련되지만 별개의 각기 다른 의무를 국가에 부여한다. 특히, 제4조 (a)항은 인종적 우월성이나 혐오에 근거한 사상의 유포를 혐오 선동보다 더 금지하고 있다. 유엔 인권최고대표는 다음과 같이 지적했다. “[인종차별철폐협약] 제4조 (a)항은 우월성과 인종적 혐오에 기반한 사상의 유포만으로도 이를 금지한다… 사상의 유포는 그 의도나 영향에 대한 추가 사항 또는 요건 없이 그 자체로 제재를 받아야 한다.<sup>1178)</sup> 같은 보고서에서, 위원회는 “이것은 미묘한 차이로 보이지만 법의 범위를 결정하는 데 있어서 중요하다”고 언급했다.<sup>1179)</sup>

그럼에도 불구하고 인종차별철폐위원회는 선동의 기준에 도달하려면 위반 사항이 있어야 한다고 지적하면서, “국제법에 명시된 바대로, 집단학살 범죄와 반인도적 범죄를 공공연히 정당화하거나 범죄임을 부인하는 것이 인종차별적 선동, 폭력 또는 혐오의 선동에 명백히 해당된다면, 법으로 처벌할 수 있는 범죄로 선언되어야 하며, 다만, 이러한 범죄들은 인종, 폭력 또는 증오에 대한 선동에 분명하게 해당해야 한다.”<sup>1180)</sup> 자유권위원회는 반유대주의 사상의 유포<sup>1181)</sup> 및 홀로코스트 부정<sup>1182)</sup> 선동의 기준에 도달하면 처벌해야 한다고 판단했다. 외국인 혐오와 그밖의 혐오발언의 유포에 대한 처벌 가능성에 대한 공개적이고 지속적인 논의가 진행 중이다.<sup>1183)</sup>

1177) A/74/486, 문단47(d). 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제35호(2013), 문단15 참조.

1178) A/HRC/2/6, 문단39.

1179) 같은 문헌.

1180) 인종차별철폐위원회, 일반 권고 제35호(2013), 문단14.

1181) 자유권위원회, *Ross v. Canada* 사건 (CCPR/C/70/D/736/1997).

1182) 자유권위원회, *Faurisson v. France* 사건 (CCPR/C/58/D/550/1993).

1183) A/HRC/42/58, 108(a)문단. 총회 결의안 73/262호 및 인권이사회 결의 34/36호 참조.

## C. 집단학살 선동

집단학살 선동은 집단학살죄의 방지와 처벌에 관한 협약(the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide) 제3조와 국제형사재판소 로마규정 제25조 제3항에 따라 명백히 불법이다.<sup>1184</sup> 집단학살 선동은 형법의 문제이다.

## D. 테러행위 선동

테러행위 선동에 대한 처벌은 본 지침의 범위를 벗어난 문제이지만, 유사하게 (처벌이) 허용된다.<sup>1185</sup> 표현의 자유에 대한 제한이 자유권규약 제19조 (3)항에 규정된 요건에 부합한다면 이들을 제재할 수 있다.

## E. 명예훼손

명예훼손처럼 개인을 직접적으로 겨냥하는 발언 행위도 본 지침의 적용 범위를 벗어난다. 최근 국내 법원은 인종차별적 혐오표현 사건에서 명예훼손에 대한 형사 제재를 유지하고 있다.<sup>1186</sup> 국제법에 따라, 표현의 자유 제한이 자유권규약 제19조 (3)항에 규정된 요건에 부합하는 경우에는 발언과 표현을 제재할 수 있다. 일반적으로 국제인권법은 오직 사람에 대해서만 명예훼손으로부터 보호를 허용한다. 아래에서 살펴본 바 대로, 사상과 종교 또는 국기와 같은 추상적 실체는 명예훼손에 관한 국제 인권법의 보호를 받지 못한다. 또한, 공적 인물에 대해 비판할 수 있는 특별한 영역이 보장된다. 즉 "공인에 대한 논평은 오류가 있더라도 악의 없이 발언된, 사실 아닌 진술을 처벌하거나 불법적으로 간주하지 않도록 고려되어야 한다."<sup>1187</sup>

### 신성 모독, "종교적 명예 훼손" 및 국가나 국기 또는 제복에 대한 모욕

신성모독이나 "종교적 명예훼손"은 혐오표현이 아니며, 차별과 적대감 또는 폭력의 선동 기준에 도달하는 경우에만 제한할 수 있다.<sup>1188</sup> 자유권위원회는 다음과 같이 밝혔다.

신성 모독법을 포함하여 종교 또는 기타 신념 체계에 대한 존중 부족을 드러내는 행위 금지는 규약 제20조 제2항에서 예정한 특정한 상황을 제외하면 규약과 양립할 수 없다. 이러한 금지는 규약 제19조 제3항 및 제2조, 제5조, 제17조, 제18조 및 제26조의 엄격한 요건 또한 준수해야 한다.

따라서, 이러한 법이 하나 또는 특정한 종교나 신념체계를 우대하거나 불리하게, 또는 자신의 종교나 신념체계의 지지자를 다른 종교나 신념체계의 지지자보다, 신자를 비(非)신자보다 우대하거나 불리하게 차별하는 것은 허용되지 않는다. 또한 이러한 금지 조항이 종교 지도자에 대한 비판이나 종교 교리 및 신앙의 신조에 대한 논평을 방해하거나 처벌하는 데 사용되는 것도 허용되지 않는다.<sup>1189</sup>

실제로, 인권법의 목적상 이러한 구분의 정당성의 핵심은 개인과 공동체를 위협으로부터 보호하기 위한 것이지

1184) 집단학살 범죄의 예방 및 처벌에 관한 협약 제3조는 다음과 같이 명시하고 있다. "다음 행위를 처벌할 수 있다: ... (c) 집단학살을 자행하기 위한 직접적이고 공개적인 선동". 국제형사재판소 로마규정 제25조 제3항은 "해당하는 경우, 당사자는 이 법령에 따라 관할권 내 범죄에 대해 형사 책임을 받을 수 있다. (b) 실제로 발생하거나 시도되는 범죄의 범행을 명령, 요청 또는 유도하는 경우... (e) 대량학살 범죄와 관련하여, 다른 사람들이 대량학살을 자행하도록 직접 공개적으로 선동하는 경우".

1185) 총회 결의안 75/291.

1186) 이탈리아 대법원, 형사항소부, 사건번호 47894, 판결, 2012년 11월 22일.

1187) 자유권위원회, 일반 논평 34호(2011), 문단47.

만, 불쾌감을 유발할 수 있는 사상은 보호하지 않고, '국가', '국기', '예언자' 또는 기독교, 이슬람교, 유대교 또는 기타 종교 자체는 인권법의 목적상 보호되는 주체가 아니다. 실제로 전 세계적으로 신성모독 금지법이나 배교(背敎) 금지법을 악용하는 사례가 증가하고 있어 문제가 되고 있는데, 특히 종교적 또는 신념적 소수자를 표적으로 삼는 경우가 많다. 일부 국가에서는 신성모독 또는 배교에 대한 처벌로 사형이 선고될 수 있다.

### III. 선동과 그밖의 다른 형태의 혐오·편견 표현에 대한 제재

라바트 행동계획(Rabat Plan of Action)은 혐오표현을 금지하고자 하는 임무를 수행하는 데에 있어 (a) 범죄 행위를 구성하는 표현, (b) 형사 처벌 대상이 되지 않는으나 민사 소송이나 행정 제재를 정당화할 수 있는 표현; (c) 형사, 민사 또는 행정 제재를 유발하지 않지만 관용, 예의 및 권리 존중 측면에서 여전히 우려를 제기하는 표현으로 구별해야 한다고 규정한다.<sup>1190)</sup>

의견과 표현의 자유 증진 및 보호에 관한 유엔 특별보고관은 혐오표현을 금지하는 요건은 범죄화의 책무와 동일시되어서는 안 되며, "혐오를 선동하는 심각한하고 극단적인 사례만이 ... 범죄로 다루어져야 한다" 고 언급하면서, 혐오표현은 일련의 법적, 정책적 조치들을 통해 다루어져야 한다고 언급해왔다.<sup>1191)</sup> 이 한계를 충족하지 않는 경우, 특별보고관은 국가들이 "절차적 해결책... 그리고 실질적 해결책을 포함해 다양한 해결책을 적용(예를 들어, 표현의 중대성에 비례하고 신속하며 적합한 보상으로, 평판을 회복하거나, 재발을 예방하거나, 재정적 보상을 제공하는 것을 포함할 수 있다)"하여 민법을 채택할 것을 권장한다.<sup>1192)</sup> 제재는 최후의 수단에 대한 조치로, 라바트 기준 적용에서 제시된 요소들, 즉 맥락, 발언자, 의도, 내용, 발언의 범위, 피해 발생 가능성을 포함하여, 높고 강한 기준을 충족하는 엄격하게 정당화될 수 있는 상황에서만 적용되어야 한다.<sup>1193)</sup> 국가들은 민사 또는 행정 제재를 고려해야 하고,<sup>1194)</sup> 이는 형사적 제재보다 선호되어야 한다.<sup>1195)</sup> 사실상 라바트 행동계획은 "국가들이 혐오 조장을 효과적으로 방지하기 위한 예방 및 처벌적 조치를 포함한 포괄적인 차별금지 법령을 채택해야 한다"고 명시한다.<sup>1196)</sup> 실제로 혐오표현에 대한 대응 논의는 주로 범죄화 문제를 중심으로 회자되지만, 많은 사례들은 직장에서의 징계나 해고, 학교에서의 징계나 퇴학,<sup>1197)</sup> 공공 기반시설 명칭의 변경 권고 같은 다른 종류의 제재나 구제를 포함하고 있다.<sup>1198)</sup>

혐오표현이 인터넷에 전파되고 급격히 증폭되는 소셜미디어 시대에, 발언을 관리할 수 있는 한계에 관한 법적 질문들이 점점 더 많이 제기되고 있는데, 예컨대 혐오표현을 통제 또는 금지하도록 소셜미디어 회사와 인터넷 서비스 제공자가 개입해야 할 책무 등이다.<sup>1199)</sup> 2021년 1월부터 페이스북 감독위원회는 여러 가지 결정에 라바트 기준을

1188) 같은 문헌, 문단48. 종교적 명예훼손에 대해서는 A/62/280호, 문단70-71 및 A/HRC/2/3 참조.

1189) 자유권위원회, 일반 논평 34호(2011), 문단48. 마찬가지로, "위원회는 신성모독을 경범죄로 처벌하는 오래되고 차별적인 형법 조항이 Isle of Man에서 여전히 유효하다는 것에 우려를 표명하는 바 이를 폐지할 것을 권고한다". CCPR/C/79/Add.119, 문단15 참조.

1190) 라바트 행동계획, 문단20.

1191) A/67/357, 문단47. 유엔 기준보완 검토에 관한 특별위원회(Ad Hoc Committee on the Elaboration of Complementary Standards)는 인종차별주의자와 외국인 혐오 행위를 범죄화하도록 인종차별철폐협약 의정서를 마련하고 있다. A/HRC/42/58 참고.

1192) A/67/357, 문단48.

1193) OHCHR, "혐오발언에 관한 한계 시험", 2020. 참고 URL: [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Hate-speech-threshold-test.aspx](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/Hate-speech-threshold-test.aspx).

1194) 라바트 행동계획, 문단34.

1195) E/CN.4/2000/63, 문단52; A/HRC/4/27, 문단44-57.

1196) 라바트 행동계획, 문단26.

1197) 자유권위원회, *Ross v. Canada* 사건 (CCPR/C/70/D/736/1997).

1198) 인종차별철폐위원회, *Hagan v. Australia* 사건 (CERD/C/62/D/26/2002), 문단7.3.

이용한 적합성 검사를 해왔고,<sup>1200</sup> 자유권규약, 조약기구의 일반 논평, 특별절차별 보고서, 유엔 기업과 인권 이행 원칙을 명시적으로 참조해왔다.

## IV. 법외적 조치

일반적 문제로서, 전지구적으로, 혐오표현 방지에 대한 논의는 법외적 조치에 강하게 중점을 두어왔다. 인종, 피부색, 민족,<sup>1201</sup> 종교 또는 신념,<sup>1202</sup> 성별과 젠더, 성적지향,<sup>1203</sup> 성별정체성,<sup>1204</sup> 성적 특성,<sup>1205</sup> 장애, 이민자, 망명자, 롬인 등<sup>1206</sup> 특정 취약층에 근거한 관용, 부정적 고정관념 및 낙인의 표현은 적극적인 개입, 즉 교육, 인식제고, 피해자가 대항 발언과 긍정적인 이야기를 전파할 수 있는 피해자 지원과, 긍정적인 다양성 메세징을 포함한 대중적인 정보 캠페인 등으로 해결해야 한다.<sup>1207</sup> 국가는 미디어와 소셜미디어에서 이루어지는 폭력에 대한 선동과 혐오표현을 감독하고 독립적 미디어 감독기관을 설치하기 위해 조치를 취해야 한다.<sup>1208</sup> 이러한 조치는 사실상 인권조약법에 기초하며<sup>1209</sup> 국가에 대해 적극적인 책무를 구성한다. 공무원은 혐오표현을 체계적으로 고발하고 공개적으로 혐오표현을 비판할 책임이 있다.

지역의 인권체계는 혐오표현 대응, 표현의 자유 및 차별금지 사이의 명백한 연관성을 이끌어왔다. 가령, 미주 인권 위원회는 다음과 같이 언급하였다.

표현의 자유에 관한 위원회와 특별보고관실은 혐오표현을 효과적으로 방지하고 대응하기 위해서는 법적 조치를 넘어 예방적이고 교육적인 메커니즘을 포함하는 포괄적이고 지속적인 접근법을 채택해야 한다고 재차 확인한다. 표현의 자유에 관한 특별보고관실이 앞서 언급한 바와 같이, 이러한 유형의 조치는 구조적 차별 문화를 근절시킨다. 그런 이유로 그러한 조치는 혐오표현을 식별해내고 논박하는 데에, 그리고 다양성과 다원성, 관용의 원칙에 기초한 사회로 발전하도록 촉진하는데 값진 도구가 될 수 있다.<sup>1210</sup>

이러한 이유로 *혐오표현에 관한 유엔의 전략과 행동계획* 이행에 관한 상세한 지침에서는 “혐오표현에 대한 공개적 비판, 표현의 자유에 대한 권리를 행사하는 자를 향한 공격에 대한 귀책, 다양성 증진에 대한 공공 정책 조치의 신속한 처리는 혐오표현 또는 선동 사건의 즉각적인 여파가 있거나, 한 사회에서 긴장이 고조되는 상황에서 특히 중요할 수 있다.”<sup>1211</sup>

1199) 최근 몇 년간 미얀마의 로힝야족에 대한 혐오를 선동하는데에 페이스북의 역할에 대한 강도 높은 철저한 조사가 중요하다. 페이스북의 역할에 대한 세부 사항을 포함해 미얀마에 대한 독립적인 국제 진상조사사업의 상세한 결과 보고서, 339쪽 이하 참조. 참고: [www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/myanmar-ffm/reportofthe-myanmar-ffm](http://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/myanmar-ffm/reportofthe-myanmar-ffm).

1200) <https://oversightboard.com/decision> 참고.

1201) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반권고 35호 (2013), 문단29과 문단40.

1202) 유엔 인권이사회 결의안, 16/18.

1203) CCPR/C/SVK/CO/4, 문단15.

1204) 같은 문헌: CCPR/C/LBN/CO/3, 문단14; CCPR/C/UZB/CO/4, 문단7; CCPR/C/GEO/CO/4, 문단8; CCPR/C/RUS/CO/7, 문단10.

1205) CCPR/C/BLZ/CO/1/ADD.1, 문단15; CCPR/C/KOR/CO/4, 문단15; CCPR/C/LTU/CO/4, 문단12 (a).

1206) CCPR/C/HUN/CO/6, 18문단; CERD/C/POL/CO/22-24, 22문단 (e). A/HRC/29/24; 유럽연합 집행위원회, 유럽인종차별위원회, “반집시와 롬인 차별 방지에 관한 ECRJ 일반 정책 권고 13호”, 개정판 (스트라스부르, 2020) 참고.

1207) 특히 A/74/486, 유엔 인권이사회 결의 16/18 참고.

1208) 유엔 인권이사회 결의 46/58.

1209) 특히 다음을 포함하나 이에 국한되지 아니한다: 인종차별철폐협약 제7조; 여성차별철폐협약 제5조; 장애인권리협약, 제24조.

1210) 미주 인권위원회, 아메리카에서 여성 동성애자, 남성 동성애자, 양성애자, 성전환 및 간성인에 대한 폭력, *문단248 (각주 생략)*.

1211) 유엔, *혐오표현에 관한 유엔의 전략과 행동계획: 유엔 현장 주둔을 위한 이행에 관한 세부 지침*, 5-6쪽.

본 지침의 제2부 IID 절에 실린 사회 및 제도적 해결책에 대한 논의, 인종차별철폐협약, 제7조; 여성차별철폐협약, 제5조; 장애인권리협약, 제24조 등 조항에서 발생하는 국가의 선제적 의무에서 제2부, 제5장의 논의와 제6부, 제1장과 제2장의 논의 참고.

그러한 조치는 정부나 기관이 혐오표현에 관한 특정한 사안이나 양상에 대응하고, 편견, 낙인, 차별의 기타 동인에 직접적으로 사전에 대책을 강구하는 것일 수 있다. 이러한 대응 및 사전 대책은 모두 국제법에 깊이 기초를 둔다.<sup>1212)</sup> 사실상 고정관념, 낙인 및 편견에 맞서 싸워야 하는 국가의 적극적인 책무는 본 지침의 제6부에서 중점적으로 다룬다.

### 알고리즘 시스템의 차별적인 영향 다루기

최근에 공공 및 민간 행위자의 알고리즘 시스템 이용은 우리가 삶을 살아가는 방식을 근본적으로 바꾸어놓았다. 그러한 기술의 이용이 차별 및 인권에 실제적 그리고 잠재적으로 미치는 영향은 무수히 많고, 그에 따라 유엔 인권이사회와 특별절차에서 다루는 중요한 분석 주제가 되어왔다.<sup>1213)</sup>

#### 혐오표현의 전파와 악화에 있어 알고리즘 시스템의 역할

특히 우려되는 측면은 차별과 폭력에 대한 선동과 혐오표현의 전파에 있어 알고리즘 시스템이 하는 역할이다. 소수민족 문제에 관한 특별보고관은 혐오표현, 소셜미디어 및 소수민족이라는 주제에 관한 2021년 보고서에서 광고주가 정확하게 시청자를 표적화하도록 해주는 알고리즘을 설계하고 이용하여 수익 극대화를 목표로 한 페이스북, 구글, 유튜브, 트위터와 같은 소셜미디어 플랫폼의 비즈니스 모델과 관련된 우려를 강조하였다.<sup>1214)</sup> 이러한 시스템은 이용자를 참여시키기 위해 콘텐츠를 증폭시키지만 “때로는 너무 편협한 정보원인 동시에 편견과 편향을 집중시키는 반향실(echo chamber)”이다.<sup>1215)</sup> 이 모델은 극단적이고 때로는 유해한 강박적 콘텐츠로 사람들의 주의를 돌리는 결과를 낳는다.<sup>1216)</sup> 특별보고관은 극단주의자 집단에 가입한 3명 중 2명은 소셜미디어의 알고리즘에서 추천하는 내용으로 인해 가입하게 되었다고 언급하였고, “소셜미디어에 소수자에 대한 폭력, 적대감 및 차별을 구성하는 혐오, 과격화, 비인간화, 전가, 대학살 선동, 혐오 지지의 구동력이 되어 우려스러운 정도로 증가하는 증오범죄와 잔혹행위로 이어진다”고 언급하였다.<sup>1217)</sup>

현대적 형태의 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오주의 및 관련 차별에 관한 특별보고관은 신나치주의자 및 기타 백인 우월주의 집단이 사람과 기금을 모으고 조직화할 때 이러한 플랫폼에 의존함을 강조하였다.<sup>1218)</sup> 알고리즘의 이용은 차별에 노출된 집단이 경험하는 혐오와 피해를 강조하고 그에 기여하는 것으로 나타났다. 소수민족 문제에 관한 특별보고관은 반이슬람적이고 백인 우월주의적인 비방을 이용하도록 조장되는 소셜미디어 가짜 정보의 실례를 강조하였고,<sup>1219)</sup> 미얀마에 대한 국제독립진상조사단은 로힝야족에 대한 혐오표현을 악화시키는 데에 페이스북이 이용되었음을 언급하였다.<sup>1220)</sup>

#### 알고리즘 시스템과 인공지능(AI)의 광범위한 차별적 영향

알고리즘적 의사결정 및 인공지능의 이용은 다양한 방식으로 차별로 이어질 수 있다.<sup>1221)</sup> 두 가지 잘 기록된 패턴은 다음과 같다. (a) 개인정보의 불투명한 대량 수집과, 유해한 방식으로 알고리즘 시스템을 교육하기 위한 목적으로 그러한 정보의 이용; 예를 들어, 소셜미디어 플랫폼이 이용하는 시스템은 개인 정보와 이용자에 관한 정보를 수집하고 그 정보를 이용해 그들에 대한 내용을 표적화하여 운영된다; (b) 시스템이 차별적 자료로부터 “학습”하고 편향을 재현할 경우 차별적 결과로 이어지는 방식으로 기술 이용; 데이터 과학자가 “불량한 데이터가 입력되면 불량한 결과가 출력된다”고 말하는 효과이다.<sup>1222)</sup>

두 번째 패턴의 차별적 영향은 감시와 감시 활동에 명백하게 드러난다. 예를 들어, 2016년 연구에서 인권데이터분석그룹(Human Rights Data Analysis Group)은 캘리포니아 오클랜드에 ‘PredPol’이라는 예측 치안 유지활동 도구를 이용하면 비(非)백인과 저소득층 주민 인구가 많은 지역에 경찰 배치를 늘리도록 권장함으로써

1212) 본 지침의 제2부 II.D 절에 실린 사회 및 제도적 해결책에 대한 논의, 인종차별철폐협약, 제7조; 여성차별철폐협약, 제5조; 장애인권리협약, 제24조 등 조항에서 발생하는 국가의 선제적 의무에서 제2부, 제5장의 논의와 제6부, 제1장과 제2장의 논의 참고.

써 인증 편견이 있는 경찰 관행을 강화할 것이라고 하였다.<sup>1223)</sup> 마찬가지로 2018년 7월 미국시민자유연맹(American Civil Liberties Union)이 실시한 시험에서는 얼굴인식도구 ‘Rekognition’이 의회 의원 28명을 범죄로 체포된 사람으로 잘못 식별하였음을 알아냈다.<sup>1224)</sup> 식별 오류(false match)는 미국 의회 흑인 간부 6명을 포함해 불균형하게 유색인종이 높았다.

본문에 제공된 예시는 빙산의 일각이지만 알고리즘의 이용이 미치는 차별적 영향에 대한 전체적인 분석은 본 지침의 범위를 벗어난다. 하지만, 이러한 피해를 다루는 데에 있어 포괄적인 차별금지법이 열쇠가 된다. 민간 및 공공 부문은 알고리즘 시스템의 이용이 직간접적으로 차별하지 아니하고 그러한 시스템이 괴롭힘이나 혐오표현 등 기타 금지된 형태의 행위를 악화시키는 데에 사용되지 않게 법적 의무로 구속력을 발휘한다는 것이 중요하다.

또한 그러한 기술의 설계와 개발에 평등권 접근법을 채택하는 것도 중요하다. 특히, 평등영향평가의 실시는 모든 알고리즘 시스템의 설계, 출시 및 감시에 기본적인 요건이 되어야 한다. 그러한 평가는 실질적이고 의미 있어야 하며, 그러한 효과를 경험할 위험에 처한 집단과의 자문을 통해 알고리즘 시스템을 이용 시 실질적 및 잠재적 차별적 효과에 대한 고찰을 통합해야 한다. 현대적 형태의 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오주의 및 관련 차별에 관한 특별보고관은 2020년 유엔 인권이사회에 제출한 인종차별과 새로운 디지털 기술에 관한 보고서에서 평등영향평가에 대한 “의무적 접근법”이 반드시 필요함을 강조하였다.<sup>1225)</sup>

- 
- 1213) 신기술과 관련된 특별질차별 보고서 목록은 다음에서 이용할 수 있다: [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/List\\_SP\\_Reports\\_NewTech.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/List_SP_Reports_NewTech.pdf).
- 1214) A/HRC/46/57, 문단68-69.
- 1215) 같은 문헌, 문단68.
- 1216) 같은 문헌, 문단69.
- 1217) 같은 문헌, 문단70.
- 1218) A/HRC/41/55.
- 1219) A/HRC/46/57, 문단73.
- 1220) A/HRC/42/50, 문단72.
- 1221) 특히 Frederik Zuiderveen Borgesius, 차별, 인공지능 및 알고리즘 의사결정 (Strasbourg, 유럽평의회, 2018) 자료: <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73>. Solon Barocas and Andrew D. Selbst, “빅 데이터의 이질적 영향”, California Law Review, vol. 104 (2016) 참고.
- 1222) Vincent Southerland, “AI와 사법 제도 덕분에 데이터에 악마가 존재한다”, 미국시민자유연맹, 2018년 4월 9일. 자료: [www.aclu.org/issues/privacy-technology/surveillance-technologies/ai-and-criminal-justice-devil-data](http://www.aclu.org/issues/privacy-technology/surveillance-technologies/ai-and-criminal-justice-devil-data).
- 1223) Kristian Lum, and William Isaac, “예측하여 보호한다?”, *Significance*, vol. 13, 5호 (2016). 자료: <https://rss.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1740-9713.2016.00960.x>.
- 1224) Jacob Snow, “아마존 얼굴인식기능, 28명의 의회 DMLDML 의원을 피의자 얼굴로 오인식하다”, 미국시민자유연맹, 2018년 7월 26일. 참고: [www.aclu.org/blog/privacy-technology/surveillance-technologies/amazons-face-recognition-falsely-matched-28](http://www.aclu.org/blog/privacy-technology/surveillance-technologies/amazons-face-recognition-falsely-matched-28). 저자는 28건의 오인식 사례 중 11건이 유색인종을 잘못 확인하였다고 언급하였고(약 39%), 여기에는 시민권 주도자 John Lewis와 미국 의회 흑인 간부 5명이 포함되어 있다. 현재 의회 의원 중 20%만이 유색인종이므로 오인식율은 상당히 높은 비율로 유색인종 의원을 오인식 하였음을 나타낸다.
- 1225) A/HRC/44/57, 문단56.

# 차별 없고 평등한 세계



## 제 6 부

다양성과 평등의 증진:  
차별의 근원을 해소해야 할 의무



본 지침의 목적은 입법자와 지지자에게 포괄적 차별금지법 발전에 관해 분명하고 접근 가능한 지침을 제공하는 데에 있다. 또한 그러한 법률의 특성, 범위 및 내용과 관계가 있는 국제법적 기준을 강화하고 통합하는 것을 목표로 한다. 지침에 걸쳐 보이는 바와 같이, 국가가 차별금지에 대한 권한을 존중하고 보호하며 이행해야 할 국제법적 의무를 준수하기 위해서는 그러한 법률의 채택이 반드시 필요하다. 단, 포괄적인 차별금지법의 제정과 시행이 반드시 필요하긴 하지만 그 자체만으로는 이러한 의무를 다하기에 충분하지 않다.

궁극적으로 법률을 제정해야 하는 책무는 한 가지 수단인 반면, 국제법상 국가의 비차별 책무는 기본적으로 결과에 관한 것이다. 국가들은 차별을 단순히 금지하는 것이 아니라 철폐하겠다고 약속해왔다. 자유권규약과 사회권규약에 의거하여 국가들은 차별 없는 권리의 향유를 “보장” 또는 “약속”해왔고, 인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약 및 장애인권리협약 당사국들은 차별을 “철폐”하겠다고 약속하였다. 이는 차별적인 법률, 정책 및 관행의 철폐와 차별을 금지하는 법률의 제정 및 집행에 더해 차별의 근원을 밝히는 적극적이고 선제적인 조치의 채택과 이행을 요구하는 포괄적인 행동 프로그램을 통해서만 달성될 수 있는 결과의 책무이다. 다르게 말하자면, 포괄적인 차별금지법 채택은 필수적이고 의무적인 동시 평등과 비차별에 대한 권리를 실행하기 위해 국가가 취해야 하는 광범위한 행동 프로그램의 한 가지 주요 요소이다.

국제인권법은 편견, 낙인 및 고정관념에 싸워야 하는 적극적 책무와 차별을 일으키거나 영속화하는 사회 및 문화 규범을 시정해야 하는 적극적 책무를 정의한다. 이러한 책무는 인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 장애인권리협약을 포함해 다수의 국제 인권조약에 명시적으로 기술되어 있고, 조약기구도 상세히 설명해왔다. 예를 들어, 유엔 사회권위원회는 실무에서 차별을 철폐하기 위해서는 국가가 “차별을 일으키거나 영속화하는 조건과 태도를 예방, 약화 및 제거하는 데에 필요한 조치”를 채택하도록 요구한다.<sup>1226)</sup>

이러한 적극적인 책무는 포괄적인 차별금지법을 제정하고 이행해야 하는 의무와 복잡한 관계를 갖고 있다. 한편으로는 차별금지법에서 금지하는 차별의 형태는 태도, 이념 및 사회규범의 세계 바깥에 있다. 본 지침의 제2부 I.A.2(a)절에 명시된 바와 같이, 차별은 의도적이기도 하고 비의도적이기도 하다. 따라서 차별하는 당사자 측에 편견, 낙인 및 기타 편향의 동기에 대한 근거는 강력한 차별의 근거가 될 수 있는 반면 그러한 근거가 차별의 결과에 대한 근거일 필요는 없다. 편견이나 다른 적대감이 차별의 동기가 된다고 입증할 수 있는 상황이라 하더라도, 법률에서는 의견이나 신념을 바꾸기보다는 행위를 시정하거나 제재를 가하는 데에 집중하여 실세계에서 이러한 감정의 발현을 다룬다. 이러한 접근법은 법률이 차별의 피해자가 경험한 피해를 파악하고 다루는 데에 적절하게 중점을 두도록 보장하는 동시, 자유권규약 제19조(1)에서 보장하는 자유롭게 의견을 가질 절대적 권리와도 일관되도록 보장한다.

또 한편으로는, 다양한 관할권의 증거에 따르면 포괄적인 차별금지법의 채택 및 효과적 이행 자체가 편견과 고정관념에 맞서는데에 긍정적으로 기여함을 입증한다. 그러한 법률을 올바로 이행한다면 무엇보다 법률을 피해자의 손에 맡겨 그들이 정의를 추구하고 차별과 그 원인을 노출시키도록 조처함으로써 이러한 목표를 지원함과 동시 전개할 수 있다. 그러한 법률의 제정은 비차별의 중요성과 가치, 그리고 국가가 불평등을 다루기 위한 준비도와 관련해 사회에 중요한 신호를 보내기도 한다. 피해자가 자신을 향한 차별에 맞서도록 권리를 확립하는 데에 있어 이러한 법률은 공공 및 민간 기관이 행동의 변화를 추진하는 의무를 확립하기도 한다. 차별금지법을 적절하게 이행하고 집행한다면 장벽을 없애고 평등한 참여를 장려하는 정책 및 관행의 변화로 이어져 결과적으로 대표성을 높이고, 무지와 배제를 기반으로 한 편견과 고정관념에 맞설 수 있을 것이다.

하지만 인간의 이해, 연대 및 차이에 대한 존중을 촉진하도록 동등한 존엄으로 모든 이에게 정치체제를 개방하겠다는 충분한 약속과 헌신이 없이 법률만으로는 효과적이지 않을 것이다. 국가는 모든 법률, 정책, 계획 및 지출에 걸쳐 조치해야 한다. 이러한 조치는 차별금지법에 의거하여 요구하고 집행 가능해야 하지만 법률은 틀만 제공할 뿐이다.

1226) 유엔 사회권위원회, 일반논평 20호(2009), 문단8(b).

따라서, 이러한 선제적 책무는 차별금지법 내외에 모두 존재해야 한다. 이렇게 조치해야 하는 의무는 법률을 채택, 집행 및 이행해야 할 책무와 동시에 존재하며, 법률로 제정해야 할 책무에 포함되거나 그러한 책무로 이행되는 것이 아니라 동시에 이행되어야 하는 시급한 책무이다. 포괄적인 차별금지법은 편견, 낙인 및 고정관념과 싸우고 다양성을 촉진시키기 위한 선제적 조치의 채택을 요구하고 규정할 수 있어야 한다. 이러한 법에서는 그러한 조치를 파악하고 설계하며 이행할 수 있는 평등영향평가, 평등 의무 및 평등기구를 확립해야 한다. 차별금지법은 또한 이러한 책무의 시행 가능성을 보장하고, 고정관념, 편견 및 낙인을 다루기 위해 적시에 효과적이며 적절히 조치하지 못하는 국가에 대해 법적인 요구를 가능하게 해야 한다.

하지만, 선제적 조치를 지시하고 규제하는 법안을 통과하는 것만으로는 충분하지 않으며, 정책, 자금 제공 및 실무에 대한 포괄적인 프로그램을 통해서만 책무를 다할 수 있다. 포괄적인 차별금지법은 그러한 선제적 조치의 발전을 요구하는 반면, 국가는 구체적인 행동조치를 통해서만 책무를 완수할 수 있을 것이다.

## I. 편견, 고정관념 및 낙인을 해결할 국제법적 책무

### 요약

- 국제법에서는 국가에 편견, 고정관념 및 낙인을 다루어야 하는 선제적 책무를 명시적으로 규정한다. 구체적으로 권장하는 조치는 다음을 포함한다.
  - 권리보유자의 권한 강화와 참여.
  - 기관 내 다양성과 동등한 대표성을 촉진하기 위한 조치.
  - 편견, 고정관념 및 낙인에 맞서고, 교육을 통해 다양성, 포용성 및 평등성을 촉진하기 위한 조치.
  - 주류 미디어와 소셜미디어, 그리고 더 광범위한 인식 제고의 노력을 통해 대중의 인식에 영향을 미치는 조치.
  - 모든 생활 영역에 공무원을 비롯한 개인과 집단을 대상으로 권리자의 상황과 경험을 비롯해 평등 및 차별금지법과 원칙 교육.
- 또한 국가가 차별을 철폐하고 동등한 참여를 보장하겠다는 약속을 지키고 책무를 이행하려면 편견, 고정관념 및 낙인에 대응하는 것 이상으로 노력해야 한다. 다양한 특성, 상태 및 신념을 가진 개인과 집단에 대한 이해를 증진시키고, 더 평등하고 다양한 경제와 사회가 어떻게 모두에게 이익이 되는지 보여주기 위한 노력이 이루어져야 한다.

인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 장애인권리협약은 회원국에 편견, 고정관념 및 낙인을 다루기 위한 선제적 책무를 명시적으로 규정한다.

인종차별철폐협약 제7조는 회원국이 “인종차별로 이어지는 편견에 맞서고 이해, 관용 및 우호를 촉진하는 것을 목표로 하여 특히 교수, 교육, 문화 및 정보 분야에서 즉각적이고 효과적인 조치”를 채택하도록 요한다. 제2조(1)(e)에서는 더 구체적인 책무를 제시한다: 국가는 “다종족 통합주의자단체와 인종간의 장벽을 폐지하는 운동 및 기타 방법을 장려하고, 또한 인종분열을 강화할 성향이 있는 어떠한 것도 막아야” 한다.

여성차별철폐협약 제5조(a)에서는 국가가 일방의 성이 열등 또는 우수하다는 관념, 고정관념 및 “편견을 철폐하기 위한 목적으로 남성과 여성의 사회적 및 문화적 행동 양식을 수정하도록...모든 적절한 조치를 취해야 한다”고 요구한다. 여성에 대한 젠더 기반 폭력에 관한 사안에서 여성차별철폐위원회는 국가가 이러한 책무에 위반하였다고

판단하였다.<sup>1227)</sup>

#### 사회적 힘과 차별 사이의 연관성 기록: 여성차별철폐협약

부정적 사회규범과 차별 사이의 연관성에 대한 초기 인식은 여성차별철폐협약에서 찾을 수 있는데, 이는 성평등을 달성하기에 필요한 수단으로 남성과 여성의 사회적 역할을 변화시키는 데에 강한 중점을 두고 있다. 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)는 협약 전문에 다음과 같이 설명하였다.

협약은 전통과 문화가 여성의 기본적 권리 향유를 제약하는 것에 미치는 영향을 공식적으로 인정하면서 인권의 개념에 대한 이해를 확대하는 것을 목표로 한다. 이러한 힘은 여성의 발전에 수많은 법적, 정치적 및 경제적 제약을 일으키는 편견, 관습 및 규범으로 구체화된다. 이러한 상관관계에 주목하여 본 협약의 전문에서는 “남성과 여성의 평등을 달성하기 위해서는 사회와 가정에서 전통적인 여성과 남성의 역할에 변화가 필요하다”고 강조한다. 따라서 당사국은 “남성과 여성에게 정형화된 역할이나 성별의 열등 또는 우수 관념을 바탕으로 한 편견, 관례 및 모든 관행”을 철폐하기 위해 개인적 행동의 사회 및 문화적 행동양식을 바꾸도록 노력해야 할 의무가 있다.”(제5조). 제10조c에서는 교육 분야에서 고정관념을 제거하기 위한 목적으로 교과서, 학교 교육과정 및 교수방법을 개선하도록 의무화한다. 마지막으로, 공적 영역을 남성의 세계로 정의하고 가사 영역을 여성의 분야로 정의하는 문화적 행동양식은 교육 및 고용과 관련해 동등한 권리와 가정생활에서 양성의 동등한 책임을 확인하는 협약의 모든 조항에서 (변화가 필요한 것으로) 강력하게 지적되고 있다. 협약은 성별을 기반으로 한 차별을 일으키고 지속시켜온 다양한 세력에 대항하기 위한 종합적인 틀(framework)을 제공한다.<sup>1228)</sup>

장애인권리협약은 편견, 고정관념, 그리고 기타 차별의 동인에 대응하는 데에 중점을 둔 많은 조항을 포함한다. 평생통합교육에 대한 권리를 확고히 하는 협약의 제24조는 교육은 “인간의 잠재력, 존엄성 및 자기 존중감의 완전한 개발과 인권, 기본적인 자유 및 인간의 다양성에 대한 존중의 강화를 목적으로 해야” 한다고 제시한다. 제8조에서는 “성별과 연령을 이유로 하는 것을 포함하여 삶의 모든 영역에서 장애인에 관한 고정관념, 편견 및 유해한 관행에 맞서야 할” 명시적 책무를 비롯하여 협약에 의거한 국가의 인식 제고 책무를 상세히 설명한다.<sup>1229)</sup> 장애인 권리에 관한 특별보고관(Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities)은 다음과 같이 설명했다.

협약은 인간마다 차이를 받아들이고 인간의 경험의 다양성을 고려해야 하는 중요성을 강조한다. 사회는 예로부터 장애의 차이를 간과하거나 무시해왔고, 그에 따라 사회적 구조는 장애인을 고려하지 않았다. 협약은 인간 경험의 개인적 및 사회적 측면을 강조함으로써 인권 담론에서 인간의 중요성을 회복한다. 이런 방법으로 협약은 장애에 대한 전통적인 접근법에 맞서고, 권한 박탈(disempowerment), 온정주의, 장애인차별주의를 바로잡을 수 있는 잠재력이 있다.<sup>1230)</sup>

이러한 명시적 조항을 넘어, 차별을 일으키거나 주도하거나 악화시키는 사회규범을 타파하는 것을 강조하는 것은 국제인권법과 이와 관련된 보호 가능한 모든 영역에서 찾아볼 수 있다. 그에 따라 가령 사회권위원회는 국가들이 “전체적인 차별을 철폐하는 데에 적극적 접근법을 채택”해야 하며, 그러기 위해서는 “다양한 법률, 정책 및 프로그램을 구비한 종합적인 접근법이 필요할 것”이라고 언급하였다.<sup>1231)</sup> 최종견해(concluding observations)에서 사회권위원회와 자유권위원회 모두 여러 국가들에게 다양한 보호 집단에 영향을 미치는 편견 및 차별적 고정관념을

1227) 여성차별철폐위원회, *A.T. v. Hungary*, 통신 번호 2/2003 참고.

1228) 참고: [www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women](http://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women).

1229) A/HRC/43/27, 문단2.

1230) A/HRC/43/41, 문단40.

1231) 유엔 사회권위원회, 일반권고 No. 20 (2009), 문단39.

타파하기 위한 조치를 채택할 것을 촉구해왔다.<sup>1232)</sup>

차별의 근본적인 원인에 대해 문제를 제기해야 하는 오랜 책무는 국제 인권시스템이 인권 침해의 동인으로 낙인의 문제에 더 관심을 기울이면서, 다시 새롭게 주목을 받게 되었다. 가령, 성적지향과 성별정체성을 기반으로 한 폭력과 차별로부터 보호에 관한 독립전문가(Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity)는 2018년 취임 첫 해 보고서에서 다음과 같이 언급하였다.

폭력과 차별 행위의 기저에는 남성과 여성...또는 남성성과 여성성...을 구성하는 것에 대한 이분법적인 이해로 피해자의 성적지향과 성별정체성이 어떠해야 한다는 사전에 형성된 생각을 바탕으로... 성 규범에 저항하는 것으로 보이는 이들을 젠더에 기반한 폭력 형태로 처벌하려는 의도가 깔려 있다. 그러한 행위는 깊이 자리한 낙인과 편견, 비이성적인 혐오의 발현에 해당하고...낙인은 사회적으로 구조화된 “우리”와 “그들”의 구분 과정에 근거한 비정상이라고 명명된 정체성에 붙여진다.<sup>1233)</sup>

고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌에 관한 특별보고관(Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment)<sup>1234)</sup>부터 안전한 식수와 위생에 대한 인권에 관한 특별보고관(Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation)<sup>1235)</sup>까지 유엔 특별절차 수임자들은 인권의 차별적 침해를 주도하는 데에 낙인이 하는 역할을 언급해왔다. 가령, 유럽 사법재판소는 차별의 동인으로써 낙인에 대한 우려를 제시한 바 있다.<sup>1236)</sup>

시간이 지나면서 차별을 주도하는 부정적인 사회적 힘의 범위에 대해 더 알게 되면서 유엔 인권시스템은 그에 대응하는 데에 필요한 조치와 점점 다양해지는 편견 및 낙인의 형태를 파악하고 주목해왔다. 가령, 인종차별주의에 대한 세계회의는 최소 3차례가 열렸다. 반유대주의,<sup>1237)</sup> 반이슬람적 또는 반무슬림적 혐오,<sup>1238)</sup> 반롭인<sup>1239)</sup> 등 특정 소수 민족을 겨냥한 낙인과 편견이라는 주제는 유엔 인권이사회에서 특별히 집중해왔다. 또한, 유엔여성기구, 유엔 경제사회이사회 여성지위위원회, 여성차별철폐위원회는 다른 조약단체와 마찬가지로 여성 차별을 영구화하는 데에 성차별주의와 성 고정관념의 역할을 다루어왔다.<sup>1240)</sup> 여성 동성애자, 남성 동성애자, 양성애자, 성전환자 및 간성애자에 대한 편견, 차별 및 차별적 폭력을 주도하는 호모포비아와 트랜스포비아의 역할은 점점 더 시급한 주목을 받았고 독립 전문가(independent expert)의 임명과 같은 조치가 취해졌다.<sup>1241)</sup> 좀 더 최근에는 장애인차별주의나 구조적 연령차별주의(본 절의 텍스트박스 참고)와 같은 개념이 점점 더 많은 관심을 받고 있다. 이러한 현상은 그 원인과 발현이 서로 다르지만 차별을 일으키거나 추진하거나 악화시키는 사회규범을 설명하기 때문에 각각을 다루는 것은 차별을 제거해야 할 책무의 범위에 포함된다.

1232) 예를 들어, 2020년에 자유권위원회는 포르투갈에 “롭인, 아프리카인 후손, 무슬림, 여성 동성애자, 남성 동성애자, 양성애자, 성전환자를 포함해 취약집단과 소수집단을 향한 무관용, 고정관념, 편견 및 차별에 맞서기 위한 노력을 강화할 것”을 촉구하였다. 이와 같은 맥락에서, 유엔 사회권위원회는 최근에 기니에 대한 최종 관찰에서 “HIV/AIDS 환자나 백색증 환자의 동거인 등을 포함해 차별의 위험에 놓인 개인과 집단에 대한 고정관념에 맞서 싸우는 인식 제고 운동”을 이행할 것을 권고하였다. CCPR/C/PRT/CO/5, 문단15 (a); E/C.12/GIN/CO/1, 문단19 (e) 참고.

1233) A/HRC/38/43, 문단48-49.

1234) A/HRC/22/53, 문단36-38.

1235) A/HRC/21/42, 문단36-38. 이후 인권 시스템의 다른 행위자들이 이에 계속 몰두하였다. 예로, 병리화, 낙인 및 차별을 관련시키는 A/HRC/26/28/Add.2; A/HRC/35/21 참고.

1236) 예로, 유럽 사법재판소, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, Case C83/14, Judgment, 2015년 7월 16일, 특히 2015년 3월 12일자에 General Kokott 변호사 의견 참고.

1237) A/74/358.

1238) 예를 들어, A/74/195; A/74/215; A/HRC/43/28; 유엔, “혐오표현에 관한 유엔의 전략과 행동계획” 참고.

1239) 유엔 인권이사회 결의 26/4; A/HRC/29/24.

1240) 예를 들어, 여성차별철폐위원회, 일반권고 36호 (2017) 참고.

1241) 성적 지향과 성별정체성을 바탕으로 한 차별과 폭력으로부터 보호에 관한 독립적 전문가의 웹페이지 참고:

[www.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/Index.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/Index.aspx).

**구조적 연령차별주의(ageism)**

연령차별주의 국제보고서에 따르면, 연령차별주의는 연령을 기반으로 하는 사람에 대한 고정관념(어떻게 생각하는지), 편견(어떻게 느끼는지), 차별(어떻게 행동하는지)을 가리킨다.<sup>1242)</sup>

연구에서는 연령차별주의가 전 세계 기관, 법률 및 정책에 널리 퍼져 있음을 발견하였다.<sup>1243)</sup> 연령차별주의 국제보고서 저자들은 2명 중 1명이 고령자들에 대한 연령차별주의자에 해당하고, 유럽에서는 3명 중 1명꼴로 연령차별주의의 대상이 된 경험이 있다고 보고하였다. 연령차별주의는 그 규모에도 불구하고 잘 알려지지 않고 때로는 다른 형태의 편견에 비해 더 수용가능한 것으로 간주되곤 한다.<sup>1244)</sup>

유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)는 최근 한 연구에서 연령차별주의는 많은 인권 침해의 동인이지만 “이제까지는 국제인권체도가 이러한 행동을 명시적인 법률로 금지하거나 효과적인 해결책을 제공하지 못했다”고 설명한다.<sup>1245)</sup> OHCHR은 또한 “연령차별주의가 어떻게 구조화되고 불이익으로 이어지는지에 대한 이해는 고령자의 인권 침해에 대한 대응에 있어 중요”하다고 주장하고, 새로운 유엔 조약에 명시적인 책무를 자세히 설명하도록 권장한다.<sup>1246)</sup>

연령차별주의는 장애인차별주의, 성차별주의, 인종차별주의와 같은 다른 형태의 고정관념이나 편견과 교차하기도 한다. 가령, 장애인 권리에 관한 특별보고관은 노인 차별이란 “한낱 장애인 차별주의자가 가진 편견의 결과”가 아니며, 연령차별주의는 “고령 장애인을 포함해 고령자에게 영향을 미치는 억압의 형태”라고 언급하였다.<sup>1247)</sup>

따라서, 국가들은 편견, 고정관념, 낙인 및 기타 차별의 동인을 다루고, 인권에 대한 이해, 관용, 우호 및 존중, 기본적인 자유와 인간의 다양성의 긍정적인 가치를 증진시켜야 하는 명백하고 직접적이며 실질적인 적극적인 법적 책무가 있다. 편견, 고정관념 및 낙인을 해결하려면, 다양한 삶의 영역에 걸쳐, 공공 및 민간의 주체 모두에게 책무를 부여하는 포괄적인 범위의 조치들을 채택할 것을 요구한다. 국가는 이러한 조치를 설계할때에 어느 정도의 재량을 갖고 있기는 하지만, 조약기구는 행동 프로그램의 기본적인 부분을 구성해야 하는 공교육, 인식 제고 및 훈련을 비롯한 구체적인 조치를 파악해왔다. 어쨌거나 채택한 조치 그 자체보다는 효과성과 성과에 중점이 주어져야 한다.

1242) 세계보건기구, 연령차별주의에 관한 국제보고서 (제네바, 2021). 참고: [www.who.int/teams/social-determinants-of-health/demographic-change-and-healthy-ageing/combating-ageism/global-report-on-ageism](http://www.who.int/teams/social-determinants-of-health/demographic-change-and-healthy-ageing/combating-ageism/global-report-on-ageism).

1243) 같은 문헌, vii쪽. Israel Doron and Nena Georgantzi, eds., 고령화, 연령주의, 법: 고령자 권리에 관한 유럽의 관점 (Cheltenham, Edward Elgar, 2018) 참고.

1244) OHCHR, “고령자와 관련된 국제인권법에 규범적 기준에 관한 2012년 분석 결과 연구에 대한 업데이트: 유엔 인권최고대표사무소에서 작성한 조사보고서”(2021). 참고: <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/eleventh/OHCHR%20HROP%20working%20paper%2022%20Mar%202021.pdf>.

1245) 같은 문헌, 문단47.

1246) 같은 문헌, 문단41.

1247) A/74/186, 문단7. Mariska van der Horst and Sarah Vickerstaff, “연령주의의 일부는 사실상 장애인 차별주의인가?”, 고령화와 사회 (2021).

## II. 구체적인 조치

### A. 공적 생활에 참여와 대표성

국제인권조약과 유엔인권기구는 차별을 철폐해야 하는 국가의 법적 책무의 일환으로 권리자의 참여와 권한부여(empowerment)의 중요성을 훨씬 폭넓게 강조한다. 이는 정의롭고 마땅한 구체책이라는 이유때문만이 아니라 차별에 노출된 집단을 공적, 정치적 생활에 포괄하고 대표하도록 보장하는 것이 편견, 고정관념, 낙인에 맞서는 데에 중요한 역할을 하기 때문이기도 하다. 인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 장애인권리협약은 모두 이와 관련하여 국가에 수많은 요구사항을 규정하고 있다.

인종차별철폐협약 제2조(1)(e)에서는 당사국에 “국가는 다종족 통합주의자단체와 인종간의 장벽을 폐지하는 운동 및 기타 방법을 장려하고, 또한 인종분열을 강화할 성향이 있는 어떠한 것도 막을” 책무를 부여한다. 시민사회운동과 활동주의를 지원하고 강화해야 하는 의무는 똑같이 정치적 권리를 향유하도록 보장하기 위해 제5조(c)에 포함된 의무를 보완하며, “정치적 권리 특히 선거에 참가하는 권리, 보통·평등 선거의 기초위에서 투표하고 입후보하는 권리, 각급 공공업무의 행사는 물론 정부에 참여하는 권리 그리고 공공업무에의 평등한 접근을 할 권리”를 포함한다.

여성차별철폐협약 제7조에서는 “국가의 정치적 및 공적인 생활”에서 차별을 철폐하고 여성에게 평등을 보장해야 하는 국가의 광범위한 책무를 확립한다. 이는 투표를 하고 입후보하며 “정부 정책의 입안과 그 시행에 참여하고, 정부 모든 직급에서 공직을 맡거나 모든 공공 기능을 수행할 수 있는 권리에 있어 평등 보장을 포함한다. 제7조(c)에서는 국가가 “국가의 공적, 정치적 생활과 관련된 비정부기구 및 단체에 참여할” 동등한 권리를 보장하도록 요구한다. 나아가 제8조는 국가에게 여성이 “국제적인 차원에서 자국 정부를 대표하고 국제기구 업무에 참여”할 수 있는 동등한 기회를 보장하기에 “필요한 모든 적절한 조치”를 취하도록 요구한다. 종합하면 이러한 책무들은 동등한 참여의 가치를 반영하는데, 공적 생활에 참여하는 여성을 위해서만이 아니라 뿌리 깊이 박힌 편견과 고정관념에 맞서는 데에 더 큰 가시적 지표 역할을 한다.

장애인권리협약은 장애인과 대표 기관의 동등한 대표성을 목표로 한 여러 조항을 포함한다. 제29조에서는 국가가 “장애인이 다른 사람과 동등하게 정치적 권리와 기회를 향유할 수 있도록 보장”한다. 이는 정치 생활의 모든 측면에서 비차별을 보장해야 할 책무와 “비정부 기구나 정당에 참여하는 것을 포함하여, 장애인이 “공적 분쟁 활동에 효과적으로 온전히 참여할 수 있는 환경을 능동적으로 촉진”해야 할 책무를 포함한다. 제33조(3)에서는 협약의 이행에 대해 “시민사회, 특히 장애인과 그 대표기구는 감시과정에 전적으로 관여하고 온전히 참여해야 한다”고 규정한다. 사실상 장애인과 그 대표기구의 참여와 포함은 장애를 근거로 한 차별에 보다 광범위한 인권 제도로서 맞서기 위해 만들어진 협약과 논평의 핵심 특성이다. 장애인 인권에 관한 특별보고관은 다음과 같이 언급하였다.

의사결정에 장애인의 적극적인 참여는 장애인 인권 모형의 하나의 요건이다. 참여는 협약에서 공통 이슈로 다루고, 일반 원칙(제3조(c))이자 장애인 문제에 대한 의사결정과정에 장애인을 자문하고 적극 참여시켜야 하는 책무로 다룬다(제4조(3)과 제33조(3)). 의사결정과정에 장애인을 포함시키고자 하는 노력은 더 효율적이고 더 나은 성과로 이어질 뿐만 아니라 시민권, 대리행위 및 역량 강화를 촉진하기 때문에 중요하다.<sup>1248)</sup>

예를 들어, 장애인 권리에 관한 특별보고관은 의학 및 과학적 관행의 맥락에서 국가는 “법 개혁, 정책 발전 및 연구를 포함해 장애인과 관련된 모든 의사결정과정에 장애인과 그 대표 조직을 적극 관여시키고 자문”해야 한다고 추가로 언급하였다.<sup>1249)</sup>

1248) A/HRC/43/41, 문단46.

1249) 같은 문헌, 문단76 (g).

### 장애인차별주의(ableism)에 대응하기

최근 장애인차별주의라는 주제에서 장애인 권리에 관한 특별보고관은 차별의 근원을 다루면서 이러한 현상을 인정하고 노출시키는 중요성을 강조한다.

9. 국가 및 국제적인 차원에서 장애인 권리 인정과 관련된 유의미한 발전에도 불구하고 장애인의 삶의 가치에 대해 깊이 뿌리 박힌 부정적인 인식은 모든 사회에서 널리 퍼진 장애물이 된다. 그러한 인식은 장애인차별주의라는 것에 스며드는데, 장애인차별주의는 가치 있는 삶을 사는 데에 필수로 여기는 신체와 정신에서 특정한 전형적인 특성의 가치 체계이다. 장애인 차별적인 사고방식은 외모와 기능과 행동의 엄격한 기준을 바탕으로 하여 장애의 경험을 고통과 불이익으로 이어지는 불운으로 간주하고 인간의 삶을 평가 절하한다. 결과적으로, 장애인의 삶의 질이 매우 낮고, 장애인은 기대할 미래가 없으며, 절대로 행복하고 성취감을 주는 삶을 살지 못할 것이라고 가정하는 것이 일반적이다.

10. 장애인차별주의는 법률, 정책 및 관행에 영향을 미치면서 장애인에 대한 사회적 편견, 차별 및 억압으로 이어진다. 장애인 차별주의자의 추정은 장애 여아와 여성의 불임화(A/72/133 참고), 분리, 제도화, 장애 관련 시설에서 장애인의 자유 박탈, “치료 필요성” 또는 “자신과 타인에게 위험”이 된다는 이유로 강압 적용 등 차별적 관행이 핵심을 이룬다. ...

...

15. 지난 50년 간 장애인권리운동은 사회가 장벽을 철폐하지 못하고 필요한 지원을 제공하지 못했으며 장애의 경험을 인간 다양성의 일부로 수용하지 못했다고 언급하면서 깊이 뿌리 박힌 부정적인 인식에 맞서왔다. 하지만, 장애인의 권리를 인정해 달라는 주장은 묵살되는 것이 보통이고, 그에 기저하는 권력 불균형은 그들의 경험적 삶을 인정하지 않는다. 그들의 이야기는 주관적이기 때문에 객관적인 의사결정을 전달하기에는 어울리지 않으므로 진실되게 평가하거나 장애인차별주의에 맞설 여지가 주어지지 않는다. 토론을 진행하는 플랫폼에 대한 접근성도 제한되어 있어 장애인운동은 다른 사람들과 동등하게 정보를 공유하지 못한다.<sup>1250</sup>

이러한 예시들이 보여주는 바와 같이, 국가는 자유권규약 제25조에 명시한 것처럼 차별 없이 “사회 문제에 대한 활동에 참여하고... 투표하고 선출되며... 공공 서비스에 평등하게 접근할” 권리를 보장해야 할 의무가 있을 뿐 아니라 정부와 정치의 공식 구조 내에서 차별에 노출된 집단의 동등한 대표성을 보장하고, 대표하는 시민사회조직을 지원해야 할 의무도 있다.

## B. 다양성과 동등한 대표성

조약기구는 공적, 정치적 생활에 동등한 참여를 장려해야 하는 책무를 넘어 기관 내 다양성과 동등한 대표성을 촉진해야 하는 국가의 책무에 점점 주목하고 있다. 그러한 문제는 참여와 긍정적 행동 책무에 대한 차별적 장벽을 직간접적으로 철폐해야 하는 책무와 분명하게 교차하는 동시에 고정관념과 편견에 대응함으로써 대중의 이해를 형성하는 데에도 중요한 역할을 한다.

한 가지 예로, 유엔 인종차별철폐위원회는 최근 일반권고 36호(2000)에 다음과 같이 권고하였다.

국가는 법집행기관에서 자국민의 구성을 반영하는 다양한 노동자들을 고취시키는 채용, 유지 및 개선 전략을 발전시키도록 보장해야 한다. 내부 한도를 정하거나 소수민족 집단을 위한 채용 프로그램을

1250) 같은 문헌, 문단9-10과 문단15(각주 생략). A/HRC/40/54; A/HRC/37/56; A/73/161; A/70/297 참고.

발전시키는 것도 포함된다. 이는 편향이 적은 의사결정을 목표로 하여 기관 문화와 직원의 태도에 영향을 미칠 잠재성이 있다.

... 국가는 법집행기관이 채용과 승진 정책을 주기적으로 평가하고, 필요 시 종교, 성별과 젠더, 성적지향, 장애 및 연령을 바탕으로 한 차별을 동시적으로 경합하는 집단과 다양한 국적 및 인종적 소수집단의 과소대표성을 효과적으로 다루기 위한 임시 특별 방안을 취하도록 보장해야 한다.<sup>1251)</sup>

## C. 교육.

부정적인 사회규범을 다루고 평등을 촉진해야 하는 책무 중에 한 가지 주요 요소는 교육을 통해 편견, 낙인, 고정관념에 맞서고 다양성과 평등을 촉진하는 것이다. 이러한 책무는 대부분의 주요 국제인권조약에서 보장하는 교육에 대한 권리와도 맞물린다.

사회권규약 제13조제1항에서는 “교육은…인권과 기본적 자유에 대한 존중을 강화하고…모든 사람이 자유사회에 효과적으로 참여하며, 민족간에 있어서나 모든 인종적, 종족적 또는 종교적 집단 간에 있어서 이해, 관용 및 친선을 증진해야 한다”고 제시한다. 유엔 사회권위원회는 “금지하는 근거를 바탕으로 하는 우수성 또는 열등성에 대한 개념을 해체하고 사회의 여러 집단 간 대화와 관용을 촉진하는 것을 목표로 하여 포용적이고 다문화적인 공식 및 비공식 교육에 평등과 차별금지의 원칙에 대한 교육을 통합해야 한다”고 명시한다.<sup>1252)</sup>

인종차별철폐협약 제7조에서는 인종차별을 일으키는 편견에 대응하고 이해와 관용을 촉진하기 위해 국가가 교수방법과 교육 등 분야에 “즉각적이고 효과적인 조치”를 채택해야 할 직접적인 책무를 규정한다. 장애인권리협약에서는 교육은 “인간의 잠재력, 존엄성 및 자기 존중감의 완전한 계발과, 그리고 인권, 기본적인 자유 및 인간의 다양성에 대한 존중의 강화를 목적으로 해야 한다”고 명시한다.<sup>1253)</sup>

여성차별철폐협약 제10조(c)에서는 국가가 교과서와 학교 교육과정의 개편, 교수방법의 개선 등을 통해 “모든 수준 및 모든 형태의 교육에서 남성과 여성의 역할에 관한 고정관념을 철폐”할 것을 요청한다. 제5조(b)에서는 국가는 “자녀의 양육과 발달에 있어 남성과 여성의 공동 책임에 대한 인식”이 가정교육에 포함되도록 보장해야 한다고 명시한다. 여성차별철폐위원회는 국가에게는 제2조(e)에 의거하여 “교육 시스템에 걸쳐 그리고 지역사회 내에서 협약의 목표를 지원하고 교육을 촉진시켜야 하는” 책무가 있다고 별도로 명시하였다. <sup>1254)</sup> 나아가 “당사국은 더 이상 과거에 정해진 남성의 권력과 생활양식에 대한 패러다임에 기초를 두지 않도록 기회, 기관 및 시스템의 실질적인 변화를 향한 조치를 채택해야 한다. 교육제도는 일단 달성하기만 하면 다른 영역에 긍정적인 변화를 가속화할 수 있는 변화 영역의 실례다”라고 언급하였다. 이를 근거로 하여, 국가는 “여아와 여성을 상대로 성별에 근거한 차별을 재현하고 강화하는 전통적인 성 고정관념을 철폐하고 여성과 여아의 이미지와 목소리에 균형 잡히고 정확하며 건강하고 긍정적인 투영을 촉진하기 위해 비정형화된 교육과정, 교과서 및 교육 자료”를 발전시킬 것을 권고한다.<sup>1255)</sup>

## D. 미디어와 인식 제고

국가가 사회적 동인을 다룸으로써 차별을 철폐해야 하는 의무는 공식 교육 시스템을 넘어 미디어와 확대된 공공교육 및 인식 제고의 노력을 통해 대중의 인식에 영향을 미쳐야 할 책무를 초래한다.

1251) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반권고 36호 (2020), 문단46-47.

1252) 유엔 사회권위원회, 일반권고 20호 (2009), 문단38.

1253) 유엔 장애인권리협약, 제24조(1)(a).

1254) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제28호(2010), 문단36

1255) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제36호(2017), 문단26과 문단27(d).

여성차별철폐위원회는 일반권고 28호(2010)에서 국가는 제5조에 의거해 발생하는 책무와 더불어 제2조에 의거한 “개인, 조직 및 기업에 의한 여성 차별을 철폐하도록 모든 조치를 취해야 할” 주요 책무와 관련해 인식 제고의 의무가 있다고 언급하였다.<sup>1256)</sup> 구체적으로 위원회는 국가가 “여성과 남성의 평등에 관한 공공교육 프로그램에 모든 미디어의 협조를 요청하고, 특히 여성이 차별없는 평등에 대한 권리와 당사국이 협약을 이행하기 위해 취하는 조치를 인식하도록 보장”해야 한다고 언급하였다.<sup>1257)</sup>

장애인권리협약 제8조는 인식 제고에 중점을 둔다. 본조를 통해 당사국은 장애인의 권리와 존엄성을 존중하고 그에 대한 인식을 제고하며, 고정관념, 편견 및 유해한 관행에 대응하고, 장애인의 역량 인식을 고취시키길 것을 약속한다. 협약은 대중 인식제고 운동이나 교육 시스템과 미디어와의 협업을 포함해 인식제고 조치의 실효를 열거한다.<sup>1258)</sup> 장애인권리위원회는 “정부와 사회의 모든 부문에 걸쳐 인식이 제고되지 않고서는 차별에 맞서 싸울 수 없다”고 언급하고, 협약에 따라 채택한 조치는 “적절한 인식제고 조치가 동반되어야 한다”고 명시한다.<sup>1259)</sup>

## E. 훈련과 감수성

장애인권리협약 제4조(1)i)에서는 “본 협약에 의거한 권리에 따라 장애인과 함께 일하는 전문가와 직원의 훈련을 촉진시켜야 할” 국가의 구체적인 책무를 규정한다. 장애인권리위원회는 일반논평 6호(2018)에 “훈련과 교육은 법적 의사결정자, 서비스 제공자 및 기타 이해관계자와 같은 관련된 기관에 훈련과 교육을 제공해야 한다”고 언급하면서, 그러한 감수성은 장애인이 타인과 동등한 위치에서 재화와 서비스로 접근할 수 있도록 보장하는 데에 반드시 필요하다고 명시한다.<sup>1260)</sup> 협약 제8조(인식 제고), 제9조(접근성), 제13조(사법에 대한 접근성), 제20조(개인의 이동성), 제24조(교육), 제25조(건강), 제26조(장애에 대한 재활), 제27조(근로 및 고용), 제28조(적절한 생활수준과 사회적 보호)에서는 훈련에 관한 명시적인 조항을 포함하고 있다.

여성차별철폐위원회에서는 국가가 “모든 정부기관, 공무원, 특히 법조계와 사법부를 겨냥한 협약의 조항 및 원칙에 관한 구체적인 교육 및 훈련 프로그램을 이행”해야 한다고 명시해왔다.<sup>1261)</sup>

유엔 사회권위원회는 “국가는 공무원을 위한 인권교육 및 훈련 프로그램을 실시하고, 사법 임명 후보자와 판사에게 그러한 훈련을 제공해야 한다”고 규정한다.<sup>1262)</sup> 본 성명에서 명시하는 바와 같이, 판사와 변호인은 법에 대한 오해, 오역, 오적용을 피하기 위해 국제 차별금지법의 범위와 내용을 이해하는 것이 중요하다”고 언급한다.<sup>1263)</sup>

유엔 인종차별철폐위원회는 일반권고 36호(2000)에 훈련의 의무에 대한 상세한 지침을 제공하였다. 지침에 따르면, “인권교육과 훈련은 경찰관에 의한 차별금지를 보장하는 데에 반드시 필요하다. 국가인권기구는 시민사회단체와 협업하여 법 집행관을 훈련시키고, 차별로 이어질 수 있는 신기술 도구를 감시하며, 실제 다른 위험을 파악하는 데에 있어 중요한 역할을 할 수 있다.”<sup>1264)</sup>

그러한 훈련은 “구성원들이 교차하는 형태의 차별을 경험하는 집단을 포함해 낙인집단”의 참여를 보장해야 한다.<sup>1265)</sup> 훈련은 “공무원의 업무에 미치는 편견의 영향과 관련해 공무원의 인식을 제고하고...비차별 행동을 보장할

1256) 여성차별철폐위원회, 일반권고 제28호(2010), 문단36

1257) 같은 문헌 문단38(e).

1258) 유엔 장애인권리협약, 제8조(2).

1259) 장애인권리위원회, 일반권고 6호 (2018), 문단39. A/HRC/43/27 참고.

1260) 장애인권리위원회, 일반권고 6호 (2018), 문단50.

1261) 여성차별철폐위원회, 일반권고 28호 (2010), 문단38(d).

1262) 유엔 사회권위원회, 일반권고 20호 (2009), 문단38.

1263) 한 우려되는 사건에서 다수의 사법 및 준사법적 사례들은 사건이 국적 아니면 “개인적 상황”을 근거로 한 차별인지, 또는 주장이 직접 차별인지 아니면 간접 차별인지 결정하지 못했다. (유럽 사법재판소, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, 사건 C-83/14, 판결, 2015년 7월 16일).

1264) 유엔 인종차별철폐위원회, 일반권고 36호 (2020), 문단45.

방법을 보여주는 것”<sup>1266)</sup> 을 목표로 해야 하며, “기대하는 영향이 나타나는지 확인하기 위해 주기적으로 평가하고 업데이트”<sup>1267)</sup> 해야 한다.

유엔 인권이사회는 국가, 인종, 종교 및 언어적 소수민족에 속하는 사람의 권리에 대한 최신 결의안에서 “인권, 교육, 훈련과 학습, 문화 또는 종교 간 대화를 비롯한 담론, 모든 관련된 이해관계자와 사회 구성원 간에 국가 또는 인종적, 종교적, 언어적 소수민족에 속한 자들의 권리 증진과 보호에 관한 상호작용”을 강조하였다.<sup>1268)</sup> 이사회에 따르면, 이러한 요소들은 “사회 전체 발전에 중요한 부분”을 구성하고, “그중에서도 소수성 문제에 대한 상호 이해 증진, 다원적 정체성의 인정을 통한 다양성 관리, 포용적이고 공정하며 관대하고 안정적인 사회와 사회적 응집성 증진과 관련된 모범 실무의 공유”를 보장한다.<sup>1269)</sup>

## F. 집행과 이행

상기 열거한 바와 같이, 국제인권기구들은 차별의 근원 및 동인에 맞서 싸워야 할 명확한 책무를 규정한다. 이러한 기구와 조약기구들은 모두 이러한 책무를 이행하기 위해 국가가 이행해야 할 정책과 행동 목록을 상세히 설명하였는데, 이는 공적 생활에 대한 대표성과 참여를 강화하는 조치부터 교육제도를 통해 고정관념에 대응하고 평등을 증진하는 조치에 이르기까지 다양하다.

이러한 책무를 이행하기 위해서는 의무를 법으로 성문화하는 것을 넘어 포괄적이고 시스템 전반적인 대응이 필요하다. 그럼에도 불구하고 국가들은 차별금지법이 그러한 조치의 채택과 이행을 필요로 하고 대비하도록 보장해야 한다. 적어도 법률 내에서 편견과 낙인에 맞서 싸우고 고정관념에 대응하기 위해 집행 가능한 책무와 요건을 제시해야 한다. 이러한 일반적 요건은 공적 참여와 대표성, 교육, 미디어, 훈련, 감수성 영역에서 구체적인 의무로 보완해야 한다.

이러한 책무들은 국가 행위자에게 의무를 지우는 기타 법률 영역에 통합하고 반영하는 것이 좋다. 적극적인 조치 프로그램은 특히 공적 생활 영역에서 동등한 대표를 향한 신속한 발전을 통해 편견과 고정관념에 맞서 싸우는 데에 중요한 역할을 한다. 적극적 조치의 책무를 상세히 열거하는 법 조항은 차별의 동인을 다루기 위한 명시적인 요건을 포함해야 한다. 법적 평등 의무는 차별의 근원과 동인을 파악하고 그것을 다루기 위해 효과적으로 조치해야 할 의무와 더불어 동등하고 다양한 대표성을 촉진해야 하는 일반의무를 통합해야 한다. 평등영향평가는 편견, 고정관념, 낙인을 일으키거나 뿌리내리거나 악화시키는 역할을 하는 법률과 정책의 영향을 파악하여 제거하기 위한 요건을 통합해야 한다.

기관에 중점을 둔 차별금지법 요소는 편견, 고정관념, 낙인을 해결하기 위한 책무도 통합해야 한다. 집행기관(법원 또는 평등기구)에게 공개사과나 추모와 같은 사회적 해결책을 비롯해 훈련 프로그램과 같은 기관적 해결책을 지시할 수 있는 권한을 부여해야 한다. 평등기구는 평등과 차별금지를 촉진하고 그것을 약화시키는 사회세력에 대응하는 권한과 힘을 가져야 한다. 교육, 인식제고, 훈련 및 감수성 프로그램을 시행하는 권한도 포함된다.

결정적으로 차별금지법은 편견, 고정관념, 낙인을 다루어야 하는 의무와 책무를 규정하는 것 외에도 국가가 그러한 의무를 다하지 못하거나 적절히 효과적이며 비례적으로 조치를 취하지 못하는 상황에서 집행 조치를 제공해야 한다. 이러한 영역에서 국가의 책무는 선제적이어야 하고, 진정에 대한 대응이나 구제책으로만 되지 않으며, 집행가능성은 이러한 의무의 효과성을 보장하는 핵심이다.

1265) 같은 문헌, 문단42.

1266) 같은 문헌.

1267) 같은 문헌. 동일한 권고에서 위원회는 인공지능과 알고리즘 차별 영역에 훈련과 인권교육에 관한 권고도 제시하였다. 같은 문헌, 문단43-45.

1268) 인권이사회 결의안 43/8, 전문.

1269) 같은 문헌.

### III. 결론: 평등과 다양성 증진하기

국가들의 국제조약의무는 단순히 법률상 차별을 금지하는 것뿐만 아니라 사실상의 그러한 차별을 제거하는 데에 있다. 차별의 근원과 동인에 대응하기 위한 적극적이고 선제적인 조치는 이러한 책무에 없어서는 안 되는 요소다. 이를 위해서는 앞에서 설명한 바와 같이 차별금지법에서 집행 가능한 의무와 책무에서 요구하고 뒷받침하는 포괄적인 행동 프로그램이 필요하다.

그럼에도 불구하고, 차별을 철폐하거나 참여에 평등을 보장하겠다는 국가의 약속을 지키고 그 책무를 이행하기 위해서는 편견, 고정관념, 낙인에 대한 대응을 넘어서는 노력이 필요하다. 이를 위해서는 부정적인 사회적 영향력에 대응하는 것뿐만 아니라 동등하고 다양하며 포용적인 사회를 적극적으로 촉진하는 데에 중점을 두어야 한다. 다양한 특성, 지위, 신념을 가진 개인과 집단 간에 이해를 높이고, 동등하고 다양한 경제와 사회가 어떻게 모두에게 이익이 되는지 입증하기 위한 노력이 이루어져야 한다.

사실상 이는 보다 근본적인 진실을 말해준다. 본 지침은 상당부분 소극적인 처방, 즉 국가가 금지, 예방 및 이행해야 하는 책무에 집중해왔다. 국가가 차별금지에 대한 권리를 존중하고 보호하며 실현하려면 이러한 조치는 반드시 필요하다. 하지만, 그러한 법률을 채택한다고 해서 끝은 아니며 시작일 뿐이다.

궁극적으로 국가들은 포괄적인 차별금지법을 채택해 그러한 법률을 동등하고 다양하며 포용적인 사회를 촉진시키는 시스템 전반적인 노력을 위한 플랫폼이나 기반으로 이용해야만 평등과 차별금지에 대한 권리를 실현할 수 있을 것이다.



---

## 소수자의 권리 보호 - 포괄적 차별금지법 입안을 위한 실무 지침서

---

|인쇄| 2023년 12월

|발행| 2023년 12월

|발행인| 송 두 환 (국가인권위원회 위원장)

|발행처| 국가인권위원회

|주소| (04551) 서울특별시 중구 삼일대로 340(저동 1가)  
나라키움저동빌딩 차별시정총괄과

|전화| 02)2125-9949 |FAX| 02)2125-0923

|Homepage| [www.humanrights.go.kr](http://www.humanrights.go.kr)

|인쇄처| (주)두루행복한세상 (여성·장애인표준사업장)

|전화| (070) 4659-0803 |FAX| (070) 7500-1146

---

ISBN 978-89-6114-990-7 93360

본 저작물 감수에 도움을 주신 차별금지법제정연대(법률위원회)에 감사드리며, 이 저작물은 국가인권위원회가 지적재산권을 전부 소유하지 아니한 저작물이므로 자유롭게 이용(무단변경, 복제, 배포, 상업적인 사용 등)하기 위해서는 반드시 해당 저작권자의 허락을 받으셔야 합니다.