

차별의 법적 개념

윤 문 희*

I. 서론

모든 언어와 개념이 사회적 상황에 따라 변화하듯 ‘차별’의 개념도 사회역사적 상황의 변화에 따라 그 의미가 새롭게 구성되어 왔다. 일반적으로 법에서 나타나는 차별 개념은 현실적으로 차별을 판단할 수 있는 구체적 기준이 마련되어 있지 않은 ‘불확정 개념’으로서, 실제에 있어서는 법문의 해석과 판례에 따라 그 구체적인 의미가 규정되어 온 것이 사실이다.¹⁾

차별에 대한 법적 제재가 가해지기 시작한 초기 단계에서, 차별은 직접적이고 가시적이며 의도적으로 특정 개인이나 집단을 불리하게 대우한 경우를 의미하였다. 그러나 현재 유엔을 비롯한 미국, 호주, 캐나다, 영국, 네덜란드, 프랑스, 덴마크, 스웨덴 등 서구 각국에서 금지하는 차별은 이러한 직접차별과 함께 간접차별, 그리고 괴롭힘(harassment)까지 포함하는 개념으로 보고 있다.²⁾

우리나라는 1948년 제헌헌법에서 평등권조항을 채용한 이후³⁾ 현행 헌법까지 평등권 조항을 유지하고 있다. 그리고 이러한 헌법을 기본으로 하여 노동관계법을 비롯한 여러

* 한국노동연구원 노사관계연구본부 연구원(mhyi97@kli.re.kr).

- 1) 차별연구모임(2002), 『국가인권위원회법의 ‘차별’ 판단을 위한 지침』, p.5.
- 2) 국가인권위원회 차별조사국 편(조순경, 2002), 「차별의 이해」, 『차별행위 이론과 실제』, 국가인권위원회, p.27.
- 3) 제헌헌법(1948. 7. 17.) 제5조: 대한민국은 정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 자유, 평등과 창의를 존중하고 보장하며 공공복리의 향상을 위하여 이를 보호하고 조정하는 의무를 진다. 제8조: 모든 국민은 법률 앞에 평등하며 성별, 신앙 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다. 사회적 특수계급의 제도는 일체 인정되지 아니하며 여하한 형태로도 이를 창설하지 못한다. 훈장과 기타 영전의 수여는 오로지 그 받은 자의 영예에 한한 것이며 여하한 특권도 창설되지 아니한다.

법에서 평등에 관하여 규정하고 있다.

평등의 개념을 고찰함에 있어서 차별과 구분지어 생각하기 어렵다. 평등 실현의 기초가 되는 것이 차별의 철폐이며, 각 법들은 평등을 구현하기 위하여 차별금지를 규정하고 있다. 그러므로 차별금지의 실현과 평등을 이루기 위하여서는 차별의 개념을 명확히 할 필요가 있다. 차별금지라는 것은 적극적으로 평등실현 곧 차별의 철폐를 위한 것으로 개인의 행위를 규제하고 강제하도록 한다. 그러나 이러한 강제는 헌법에서 규정하여 보호되고 있는 기본권인 자유권에 대한 제약으로, 평등권과의 충돌이 불가피하다. 그렇다면 자유권에 대한 제한을 두면서까지 차별을 금지하는 이유는 어디 있을까? 이에 대한 고찰은 차별의 개념으로부터 시작된다. 차별 영역과 차별 사유의 규정과 규정방법에 대해서는 별론으로 하더라도, 이하에서는 평등을 실현하기 위한 기본적 단계로 어떤 것을 철폐하여야 할 차별로 볼 것인가에 대하여 살펴보고 현재 차별의 개념이 가지고 있는 문제점을 생각하여 보고자 한다.

II. 법에서 차별의 내용

1. 개 관

평등은 논리적으로 우선 둘 또는 그 이상의 대상(개인, 인간집단, 사태, 생활관계 등)을 전제로 한다.⁴⁾ 평등하다는 표현은 두 개의 사물을 어떤 관계에서 그들이 평등하다고 제시하지 않고서는 평등하다고 표현할 수 없다. 결국 평등을 바라보는 시각은 비교적 대상을 전제로 한다는 점, 그리고 그 비교적 대상을 바라보는 관점은⁵⁾ 동일하여야 한다⁶⁾는 것을 의미한다. 하나의 대상은 같은 시간에 스스로 평등할 수 없다. 이로써 평등은 단 하나의 대상을 전제로 하는 정체성과 구별되는 것이다. 따라서 평등은 상이한 것들 상호간의 관계이다.⁷⁾ 평등에 대한 판단은 대상들을 상호 관련시키고 그것들을 비교

4) W. Windelband(1910), *ber Gleichheit und Identität*, S.8; “‘평등을 판단하는 논리적 기본 전제는 판단자의 시각에 의해 구별될 수 있는 다수의 대상’이다”(K. Hesse, *Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht*, AöR NF Bd. 38<1951-1952> S.172에서 인용); 계희열(1997), 「우리 헌법상의 평등권」, 『법학논집』 33, 고려대학교 법학연구소, p.1-33, p.5에서 재인용.

5) 비교 기준, 비교의 제3자.

6) E. Husserl, *Logische Untersuchungen*, Bd. II, 1(3. Aufl. 1922), S.2(계희열(1997), 앞의 논문, p.4에서 재인용).

하는 사고활동의 결과이다. 여기에서 비교되는 대상들은 결코 전체로서가 아니라 상당수의 특징적인 것들을 고려하여 몇 개의 관계만이 비교될 수 있다.

즉 평등은 결코 대상 전체로서가 아니라 하나의 대상이 갖고 있는 특징적인 표지(標識)들의 일치와 관련하여서만 판단될 수 있다. 일치하는 표지는 하나이거나 몇 개 또는 다수일 수 있지만 그 밖의 표지들은 상이할 수밖에 없다. 결국 평등은 상이성을 내포하고 있는 것이다. 평등이란 항상 비교를 의미하며 따라서 상이하다는 것을 전제한다.⁸⁾

둘 또는 여러 대상이 평등한가 또는 불평등한가를 확정하는 것은 결국 비교하는 대상들이 갖고 있는 특징적인 표지들이 본질적인가 아니면 비본질적인가와 연결된다. 즉 이 표지들이 차별 기준이 된다.

이 차별의 극복이 평등 실현의 하나의 방법일 것이다. 차별의 금지가 평등권의 실현과 일치하는 것으로는 보지 않는다. 다만 평등을 실현하는 항목 중에 빠지지 않는 것이 차별처우를 금지하는 것이며, 평등 실현의 근간이라고 생각된다.

2. 헌법상 차별금지

헌법에서는 차별금지를 명시적으로 다루고 있지 않으며 국민의 평등권을 규정하고 국민이 차별을 받지 아니한다고 하여(제11조 제1항) 차별금지를 규정하고 있다. 따라서 헌법에서는 차별금지에 관한 직접적인 규정 분석보다는 평등권조항을 통한 차별금지의 의미를 살펴보고자 한다.

앞서 언급한 바와 같이 우리나라는 평등권조항이 1948년 제헌헌법에 규정된 이후 현행 헌법까지 평등권조항을 유지하고 있다.

우리 헌법은 헌법 전문에서 “정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 한다”고 기회균등에 대하여 선언하고 있다. 또 헌법 제10조는 모든 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 모든 기본권 보장의 이념적 기초로 규정하고 있다.

제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하여 전문에서는 ‘법 앞의 평등’이라는 일반적 평등권을 규정하고 있다. 일반적 평등권은 모든 생활 영역에서 여러 가지 형태로 영향을 미쳐 각 영역마다 구체적으로 평등을 보장하는 개별적 평등권으로 나타난다. 헌법 제11조 제1항에서는 일반적 평등권을 규정하는 데에 있어 차별의 개념을 사용하고 있다. 즉 제11조 제1항 전문에서는 ‘법 앞의 평등’을 규정하고 있으면서 후문에서는 “성별·종교 또는 사회적 신분

7) W. Windelband, 앞의 논문 S.8(계희열, 앞의 논문 p4에서 재인용).

8) 계희열(1997), 앞의 논문, p.5.

에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 하여 법에서 예시하고 있는 각 개별적 사항을 이유로 차별받지 아니하는 하나의 권리로서 규정하고 있다.

차별금지의 사유는 성별·종교 또는 사회적 신분이다. 성별은 성별에 의한 차별의 금지는 남녀평등을 의미한다. 성에 관한 가치판단을 기초로 하는 차별대우는 어디에서도 허용되지 아니하지만 성에 관한 가치판단의 결과가 아니라 남녀의 사실적 차이에 의거한 차별이라든가 그 밖의 합리적 이유가 있는 차별은 허용된다. 종교에 의한 차별금지는 종교평등을 의미한다. 종교를 이유로 하는 차별은 사기업에서의 근무관계라든가 사립학교의 입학관계 등에서 흔히 문제되고 있다. 사회적 신분이란 선천적 신분은 물론이고 후천적으로 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미한다.⁹⁾

차별금지의 영역은 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역으로 헌법 전문이 밝히고 있는 국민의 기회가 균등히 부여되어야 하는 영역과 동일하다. 정치적 생활 영역에 있어서 모든 국민은 평등한 처우를 받아야 하기 때문에 투표와 선거 그리고 공직 취임 등에서 평등이 보장되어야 한다. 사회적 생활 영역에 있어서도 평등이 보장되어야 하기 때문에 주거·여행·공공시설이용 등에서 차별, 적자와 서자의 차별, 혼인과 가족생활에서의 남녀의 차별은 허용되어서는 아니된다. 또 문화적 생활 영역에 있어서 평등은 보장되어야 하고 그 중 대표적인 것이 교육의 기회 균등의 보장이다. 문화적 활동이나 문화적 자료 이용 또는 정보에의 접근 등에서의 차별은 허용되지 않으며 앞서 말한 바와 같이 교육에 있어서 능력에 의한 차별은 허용된다. 경제적 생활 영역은 경제적·대표적으로 고용에 있어서 동일자격·동일취업의 원칙, 임금에 있어서는 동일노동·동일임금의 원칙이 지켜져야 할 것이다. 헌법은 특히 근로관계에 있어서 여성의 차별을 금지하고 있으므로(제32조 제4항) 고용·취업·임금·근로조건 등에서 여성을 부당하게 차별하여서는 아니된다.¹⁰⁾

이 때 규정하고 있는 성별·종교 또는 사회적 신분 등의 차별금지의 사유와 차별금지

9) 권영성(2006), 『헌법학원론』, 법문사, 392-393쪽 참조; 헌재 1990. 10. 8. 선고, 89헌마89 결정(국·공립사범대학 등 출신자를 교육공무원인 국·공립학교 교사로 우선하여 채용하도록 규정한 교육공무원법 제11조 제1항은 사립사범대학 졸업자와 일반대학의 교직과정 이수자가 교육공무원으로 채용될 수 있는 기회를 제한 또는 박탈하게 되어 결국 교육공무원이 되고자 하는 자를 그 출신 학교의 설립 주체나 학과에 따라 차별하는 결과가 되는데, 이러한 차별은 이를 정당화할 합리적인 근거가 없으므로 헌법상 평등의 원칙에 어긋난다; 헌재 1997. 7. 16. 선고, 97헌마26 결정(과거의 특정 신분(검찰총장 재직경력)만을 이유로 한 개별적 기본권 제한은 특별한 사정이 없는 한 그 차별의 합리성을 인정하기 어려운 것이다).

10) 권영성(2006), 앞의 책, pp.393-394.

의 영역은 예시적 규정이다. 즉 헌법에 열거된 사유와 영역은 예시적 열거로 그 외의 사유와 영역이라도 그 차별이 불합리한 것이면 허용되지 아니한다고 보는 것이 타당하다.¹¹⁾ 왜냐하면 이 조항을 한정적 열거로 볼 경우 시대와 환경에 따라 변화하는 상황을 반영하지 못하여 실제로 차별이 존재함에도 불구하고 차별로 인정되지 못하는 사태가 발생하기 때문에 이를 예시적 열거규정으로 보는 것이 타당하다. 헌법 전문 및 제11조 제1항에서 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 금지하는 것으로 규정하고 있으므로 근로관계에 있어서도 성별·종교 또는 사회적 신분 등을 이유로 차별을 하는 것은 위법하다.

그리고 제11조 제2항은 “사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다”고 규정하여 사회적 특수계급 창설을 금지하고 있다. 본항은 사회적 특수계급제도를 인정하지 않고 어떤 형태로도 이를 창설할 수 없다고 규정하고 있다. 또 동조 제3항은 “훈장 등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다”라고 규정하여 사회적 특권제도의 금지를 규정하고 있다. 본항은 훈장 등의 영전이 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 않는다고 규정하여 영전의 세습제나 영전의 특권화를 배제하고 있다.

또 헌법 제31조 제1항에서 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가지고 있다”라고 규정하여 교육의 평등을 규정하고 있다. 또 제32조 제4항에서 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별은 받지 아니한다”, 동조 제5항에서 “연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다”는 근로관계에 있어서 여자와 연소자의 특별한 보호를 규정하고 있다. 제36조 제1항에서 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 하여 혼인 여부에 따른 차별을 금지하는 규정을 두고 있다. 선거와 관련하여서 헌법은 제41조 제1항과 제67조 제1항 각각에서 “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다”, “대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다”라고 하여 각각 국회의원과 대통령 선거권에 있어서의 평등을 규정하고 있다.

헌법의 내용은 차별금지를 통한 평등의 실현을 규정하고 있다. 따라서 헌법의 내용은 한편으로는 매우 개괄적이고 일반적인 태도를 보이는 반면 다른 한편으로 개별 조항에 연소자와 여성의 보호와 양성평등에 관하여 규정하는 모습을 보인다. 즉 헌법이 일반적 평등권 규정을 제11조에 두고 있으면서 근로관계에 있어서 여성과 연소자의 보호를 특별히 헌법에까지 규정하고 있는 것은 여성과 연소자에 대한 차별이 심각하였기 때문이

11) 권영성(2006), 앞의 책, p.391.

라고 판단된다.

3. 국가인권위원회법

2005년 12월 현재 우리나라 현행법 중 차별행위를 금지하고 있는 법은 18종에 달한다.¹²⁾ 이 중 국가인권위원회법은 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함을 목적으로 하는 국가인권위원회의 설립 목적에 맞추어 인권을 구체적으로 보장하고자 제정되었다.

국가인권위원회법은 차별과 관련하여 국내법 가운데 4개의 차별 영역과 19개의 차별 사유¹³⁾를 규정함으로써 그 영역과 사유에 있어서 가장 광범위한 법이다.¹⁴⁾ 즉 그 차별의 사유로는 제2조 제4호에 규정하고 있으며 이 또한 헌법이나 근로기준법 등과 마찬가지로 예시적 규정이다. 국가인권위원회법은 차별의 영역에 고용을 명시함으로써 근로관계에서 발생하게 되는 차별을 위법한 것으로 볼 수 있도록 명시적으로 나타나 있다.

국가인권위원회법은 헌법이 천명하고 있는 인권과 민주적 기본질서를 구체적으로 보장하고 실현하는 법으로¹⁵⁾ 다른 차별을 규정하고 있는 법보다 그 차별 사유에 있어서 구체적이며 많은 사유를 담고 있다. 앞서 말한 바와 같이 차별 사유의 규정은 예시적 규정으로서 예시된 차별 사유의 개수에 대하여 의미를 두지 않을 수 있지만 차별규정을 예시하는 것은 명백히 차별로 인정하여 차별 여부에 대한 논란의 여지를 두지 않으려는 것으로 볼 수 있다. 이것이 인권의 보호에 있어서 일반법적 지위를 가지고 있는 국가인

12) 헌법, 국가인권위원회법, 근로기준법, 노동조합및노동관계조정법, 고용정책기본법, 직업안정법, 파견근로자보호등에관한법률, 고령자고용촉진법, 남녀고용평등법, 여성발전기본법, 방송법, 아동복지법, 장애인복지법, 교육기본법, 행형법, 영유아보육법, 사회복지사업법, 외국인근로자의고용등에관한법률.

13) 차별 영역으로는 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다), 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 성희롱 행위를 규정하고 있으며, 차별 사유로는 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역(출생지, 원적지, 본적지, 성년이 되기 전의 주된 거주지역 등을 말한다), 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 규정하고 있다.

14) 최근 국가인권위원회가 국무총리에게 입법을 권고한 차별금지법안은 차별금지 사유가 총 20개로(성별, 장애, 병력, 나이, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족형태 및 가족상황, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 전과, 성적 지향, 학력, 고용형태, 사회적 신분) 국가인권위원회법보다 규정한 차별 사유가 더 많다.

15) 국가인권위원회(2005), 앞의 책, p.7.

권위원회법이 여타 다른 법에 비하여 차별 사유에 있어 항목이 보다 구체적이며 차별 영역에 있어서도 보다 구체적인 이유이다. 또한 헌법이나 여타의 차별을 규정하고 있는 법보다 시기적으로 후에 나타난 것도 하나의 이유가 될 것이다. 시대의 변화에 따라 나타나게 된 다양한 차별에 대한 시각을 담아내고자 한 것도 다른 차별금지 규정에 비하여 차별사유가 많은 이유 중의 하나이다.

국가인권위원회법은 차별의 사유와 영역뿐만 아니라 성차별과 성희롱을 포함한 다양한 차별행위에 관한 권리구제를 제시하고 있다(국가인권위원회법 제44조).¹⁶⁾

4. 노동관계법

노동관계법상 정하고 있는 차별대우 금지는 헌법상의 평등원칙(제11조 제1항)을 근로관계에서 구체화하여 실현하고자 하는 취지에서 마련된 것이다. 다만, 헌법상의 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 금지하는 상대적 평등을 뜻하고, 합리적 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등원칙에 반하지 않는다.¹⁷⁾

노동관계법상 평등사상과 관련하여서는 근로자와 사용자와의 평등, 남녀의 평등을 포함한 근로자 상호간의 평등 등을 생각할 수 있다. 헌법은 기본적으로 모든 국민의 법 앞의 평등을 보장하고 있다. 또한 근로관계에 있어서는 여성근로에 대하여 특별한 보호와 근로조건의 부당한 차별을 금지하여 남녀의 실질적인 평등을 보장하고 있으며, 모든 근로자에게 노동기본권을 보장하여 노사의 평등을 도모하고 있다.

우리나라의 근로자의 균등대우와 관련한 규정은 근로기준법을 비롯한 여러 법령들에

16) 국가인권위원회(2005), 『국가인권위원회법 해설집』, 국가인권위원회 해설집 발간위원회, p.10; 국가인권위원회 발족 당시에는 그 권리구제 방법이 남녀차별개선위원회의 것과 유사하였다. 그 당시 성차별과 성희롱에 관한 권리구제기관은 고용평등위원회, 남녀차별개선위원회, 국가인권위원회 등 3개 기관으로 나누어져 있었다. 그러나 2005년 차별행위에 관한 권리구제의 일원화 방안을 배경으로 하여 여성부가 수행하던 남녀차별 개선관련 사무가 국가인권위원회로 이관되고 남녀차별 개선위원회가 폐지되었으며 국가인권위원회가 성차별과 성희롱에 관한 조사·구제 업무를 전문적으로 하기 위한 국가인권위원회법이 개정·공포되었다. 그 후 노동부는 고용평등위원회를 폐지하는 남녀고용평등법을 개정하여 국가인권위원회는 남녀차별 시정에 있어서 전담기구가 되었다(2005년 3월 24일 ‘정부조직법’ 개정법률안과 함께 ‘남녀차별금지및구제에관한법률’을 성희롱 예방교육에 관한 규정을 제외하고는 폐지하는 법률안이 공포되었고, 이 때 남녀차별 개선관련 사무가 국가인권위원회로 이관되고, 2005년 7월 29일 국가인권위원회가 성차별과 성희롱에 관한 조사·구제 업무를 전문적으로 하기 위한 규정을 마련하기 위한 ‘국가인권위원회법’이 개정·공포하였다. 같은 해 12월 노동부는 고용평등위원회를 폐지하는 ‘남녀고용평등법’을 개정함).

17) 김유성(2005), 『노동법 I』, 법문사, pp.33-34; 현재 1998. 9. 30. 선고, 98헌가7, 96헌바93 결정; 현재 1998. 11. 26. 선고 97헌바31 결정; 헌법재판소 1995. 5. 27. 선고, 98헌바26 결정.

홀어져 있다. 근로기준법과 같이 균등대우(차별적 처우의 금지)에 규정을 두는 경우도 있고, 노동조합및노동관계조정법에서는 노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종·종교·성별·정당 또는 신분에 의하여 차별대우를 받지 아니한다고 규정하여 조합원간 평등을 규정하고 있다. 또 남녀고용평등법과 같이 ‘성’을 이유로 한 차별에 대한 금지를 규정을 목적으로 하는 법률도 있으며, ‘장애’를 이유로 한 차별을 금지하는 장애인고용촉진및직업재활법, ‘연령’을 사유로 하는 고령자고용촉진법 등 다양한 법률이 존재한다.

이하에서는 노동관계법령 중 대표적인 근로기준법과 남녀고용평등법상의 차별금지의 내용을 살펴보고자 한다.

가. 근로기준법

근로기준법 제5조는 균등대우에 관한 규정은 “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다”고 한 근로관계에 있어서 차별적 처우를 금지하는 규정이다. 본 규정은 차별의 영역과 차별의 사유에 대하여 규정하고 있지만 그 구제에 대하여서는 규정하고 있지 않은 한계를 가지고 있다.

근로기준법이 규정하고 있는 차별 사유로는 성별, 국적, 신앙, 사회적 신분이다. 성별은 남성 또는 여성이라는 성적인 구별 외에도 혼인, 임신·출산, 성적 지향 등 특정한 성과 연관된 특성까지도 포함하는 것으로 해석되어야 한다. 남녀고용평등법은 이러한 취지를 명문으로 규정하고 있다. 국적은 어떤 나라의 국민으로서의 신분을 뜻한다. 다만 무국적 또는 이중국적의 경우에는 차별금지 사유인 국적의 범주에 해당한다고 보아야 할 것이다. 신앙은 사람이 믿고 따르는 것으로 종교적인 것 외에 정치적 신조, 나아가 특정한 사상이나 이념의 지향까지 포함하는 넓은 개념이다. 사회적 신분은 “사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것”을 의미한다.¹⁸⁾ 사람이 태어나면서 선천적으로 갖는 지위뿐만 아니라 후천적인 지위까지 포함한다. 다만, 후천적 지위는 전과자, 파산자 등 사람이 자신의 의사로서 그러한 지위를 피할 수 없는 것을 가리키므로 노동조합의 임원과 같은 일시적 지위는 이에 해당하지 않는다.¹⁹⁾

근로기준법상 차별이 금지되는 대상 영역은 근로조건이다. 임금, 근로시간, 직무의 배치 및 전직, 취업장소, 교육훈련, 휴직, 안전과 보건, 복리후생 등 근로관계의 유지를 전제로 하는 것파, 해고·정년 등 근로관계의 종료를 전제로 하는 것 모두를 포함한다. 특

18) 헌재 1995. 2. 23. 선고, 93헌바43 결정.

19) 서울지법 1994. 9. 16. 선고, 94가합40258 판결.

히 성별 등을 이유로 하는 차별적 해고는 근로기준법상 균등처우위반(제5조) 외에 부당 해고(근로기준법 제30조 제1항)에도 해당한다. 그러나 모집·채용상의 조건은 근로조건에 해당하지 않으므로 그에 관한 차별은 근기법 위반이 아니다. 다른 법률에서 모집·채용상의 차별을 특별히 규제하고 있는 경우에는 그에 따른다.

근로기준법 제5조에서 나타나는 차별 사유는 헌법이나 국가인권위원회법과 마찬가지로 예시적 규정이다. 근로기준법 또한 차별 사유에 대한 상대적 판단과 시대의 변화로 인하여 모든 차별 사유를 열거할 수 없다는 한계를 분명히 가지고 있다는 점, 그리고 차별 사유를 열거적으로 보았을 경우 구제될 수 있는 차별의 범위가 협소하다는 점 등을 고려할 때 이 규정을 예시적 규정으로 보는 것이 타당하다.

나. 남녀고용평등법

고용에서 성차별을 특별히 규제하기 위한 법으로 남녀고용평등법이 있다. 남녀고용평등법은 1987년 12월 4일 법률 제3989호로 제정되어 오늘에 이르고 있다. 동법은 차별의 개념을 구체적으로 정의하고 있을 뿐만 아니라 모집·채용에서 정년·퇴직·해고에 이르기까지 구체적으로 유형별로 성차별을 금지하고 있고(위반시 처벌), 나아가 직장 내 성희롱의 금지와 예방(법 제12조~제14조), 분쟁의 예방과 조정을 위한 특별절차(법 제23조~30조) 등에 관하여 규정하고 있다.

남녀고용평등법에서 차별은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신·출산 등을 이유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우(법 제2조 제1항)는 직접차별에 해당하는 규정이다. 이와 함께 사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우에도 이를 차별(법 제2조 제1항)로 보는 간접차별도 규정하고 있다. 그러나 ① 직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우,²⁰⁾ ② 근로여성의 임신·출산·수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우,²¹⁾ ③ 현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치²²⁾를 취하는 경우에는 차별로 보지 않는다(법 제2조 제1호).

20) 외국 입법례에서 차별의 예외로 인정하고 있는 ‘진정직업자격’을 말한다.

21) 국제협약이나 국내의 법에서 공통적으로 사용되는 ‘모성보호’라는 용어는 여성의 고유한 임신·출산·수유 기능과 같은 모성 기능에 대한 보호를 의미한다. 남녀간의 본질적 차이는 여성의 모성 기능에 있으므로 모성 기능에 관하여서 남녀를 다르게 대우하여야 실질적·상대적 평등이념에 합치하는 개념이다.

남녀고용평등법에서 정하고 있는 차별금지행위는 모집·채용, 임금(임금 외의 금품 등 포함), 교육·배치 및 승진, 정년·퇴직 및 해고에서 남녀차별과 직장 내 성희롱을 금지하는 것이다.

Ⅲ. 차별의 형태

1. 직접차별

일반적으로 차별적 처우란 법 소정의 차별 사유를 이유로 하여 사용자가 동일·유사한 상황에 처한 근로자 사이에 서로 다른 취급을 하고, 이러한 상이한 취급을 정당화하는 특별한 사정이 없는 경우를 의미한다. 차별적 처우에는 차별 의도를 가지고 불이익하게 취급하는 직접차별뿐만 아니라 외관상 중립적이지만 결과적으로 불이익이 발생하지 않는 간접차별까지 포함한다.

이 때 직접차별이란 합리적 이유 없이 성이나 연령, 신체조건, 성적 지향 등 개인의 태생적 또는 후천적 속성을 기준으로 그 개인에 대해 불이익한 대우를 하는 것을 의미한다. 예를 들어 장애인에 대한 편견으로 주택 임대시 장애인이라는 것을 이유로 임대를 거부하였다면 이는 신체조건을 이유로 한 직접차별이 된다. 초기에는 이처럼 차별의 직접적 의도성을 차별 판단의 주요한 기준으로 삼았으나 점차 그 의도성과 상관없이 차별을 판단하고 있다.

우리나라의 경우 직접차별을 금지하는 법령의 제정, 그리고 그 법에 기초하여 전개된 여성운동의 결과 가시적이고 직접적인 차별은 점진적으로 축소되어 왔다. 그러나 그와 동시에 비가시적이고 간접적인, 즉 겉으로 보기에는 성을 매개로 하지 않았지만 결과적으로는 여성에게 불이익을 가져오는 방식의 제도와 관행들이 새롭게 생겨나게 되었다. 이러한 과정에서 ‘차별’을 무엇으로 볼 것인가에 관한 논쟁이 시작하였고, 간접적인 차별을 규제할 수 있는 방향으로 법이 개정되었다. 이러한 간접차별의 의미는 아래에서 보다 자세히 설명하려고 한다.

-
- 22) ‘적극적 조치’란 남녀평등을 효과적으로 실현하기 위하여 사회 참여의 기회나 대우에 있어 열세에 있는 특정 성을 잠정적으로 우대하여 적극적으로 차별을 개선하는 조치를 말한다. 이 조치는 남녀의 차별을 금지하거나 기회의 균등을 제공하는 것만으로는 오랫동안 고정관념과 편견이나 사회구조적으로 이루어진 차별로 인해 현재 발생된 남녀간의 현저한 지위상의 차이나 특정 성의 과소대표성을 해소하기 어렵다는 인식과 경험에서 널리 사용되고 있다.

2. 간접차별

한 사회에서 지배적인 차별의 성격이 직접적이고 의도적인 차별에서 점차 비가시적이고 간접적인 차별로 변화됨에 따라 직접차별에 대한 규제만으로는 평등의 실현이 실질적으로 어렵게 되었다. 또한 의도성이 있는 직접적인 차별에 대한 규제만으로는 사회적 소수자에 대한 편견, 통념, 그리고 관습 등의 변화를 가져올 수 없다는 인식에 따라 편견과 통념들을 수정할 수 있는 새로운 차별개념 판단 기준이 만들어졌다. 대표적인 예가 바로 ‘간접차별’이다.

2001년 8월에 개정된 남녀고용평등법은 “사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우에도 이를 차별로 본다”고 하여 간접차별의 개념을 도입하였다.²³⁾

즉 직접차별이 합리적 이유 없이 개인이나 집단이 가지고 있는 속성을 이유로 그 개인이나 집단에 대해 불이익한 대우를 하는 것을 의미한다면, 간접차별은 중립적인 기준을 적용하였으나 그러한 중립적 기준이 특정 소수자 집단에게 불이익한 결과를 야기하는 경우를 차별로 보는 개념이다.²⁴⁾

직접차별이 편견이나 고정관념을 기초로 의도적으로 다르게 대우하는 것에서 기인한다면, 간접차별이나 체계적 차별, ‘불평등 효과’에 의한 차별은 특정 소수자 집단에게 현저하게 불리한 영향을 미치는 기준이나 행위에 의해 이루어진다. 이러한 간접차별의 예방은 고용주나 시설 및 서비스 제공자는 특정한 기준이나 행위가 소수자 집단에게 현저하게 불리한 영향을 미치는 기준이나 행위를 금지하는 것에 의해 이루어진다. 이러한 간접차별의 예방을 위해 고용주나 시설 및 서비스 제공자는 특정한 기준이나 행위가 소수자 집단에게 현저하게 불리한 영향이 미치지 않도록, 합리적인 편의를 제공함으로써 특정한 기준이 차별적 영향을 미치지 않도록 하여야 한다. 결국 간접차별이란 외형상으로 중립적으로 보이는 기준이나 테스트²⁵⁾라 할지라도 그것이 이전의 차별적 고용관행

23) 폐지된 남녀차별금지및구제에관한법률 제2조 제1호도 2003년 5월 법개정 때에 간접차별의 개념을 도입하여 “남성과 여성에 대한 적용조건이 양성 중립적이거나 성별에 관계없는 표현으로 제시되었다고 하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 입증할 수 없는 때에도 이를 남녀차별로 본다”라고 규정하였었다.

24) 간접차별은 직접차별에 대한 규제만으로는 차별을 야기하는 근본적인 요인들, 즉 편견과 통념의 변화를 가져올 수 없기 때문에 그러한 요인들의 변화를 가져오고, 그를 통해 실질적인 평등을 달성하고자 하는 목적에서 고안된 개념이다(차별연구모임(2002), 『국가인권위원회법의 ‘차별’ 판단을 위한 지침』, 국가인권위원회, p.7 각주 6) 참조).

이 결과했던 상태를 유지시킨다면 이를 금지하기 위해 마련된 개념이다.²⁶⁾

이러한 간접차별 조항들은 양성 중립적이거나 성별에 관계없는 기준, 특정 성에 속하는 다수에 대한 불리한 결과, 기준의 정당성 결여라는 세 가지 개념 요소를 제시하고 있다. 이는 유럽공동체법원이 간접차별에 대해 제시하는 세 가지의 개념 징표(차별과 직접 연관되지 않는 중립적인 차별 기준, 특정 성에 속하는 다수의 구성원이 사실상의 피해를 볼 것, 차별의 조건에서 객관적 정당성의 결여)와 일치한다.²⁷⁾²⁸⁾

그러나 이러한 요건에도 불구하고 어느 정도 불평등한 결과가 있는 경우를 간접차별로 볼 수 있는지의 여부가 여전히 문제로 남는다. 왜냐하면 앞에서 언급한 바와 같이 집단 사이의 ‘동일하지 않음’은 일반적인 경우이며, 따라서 일정 범위를 벗어난 결과상의 불평등이 있을 때에만 차별의 경우로 볼 수 있을 것이기 때문이다. 이러한 경우에 대한 간접차별의 판단은 앞으로 연구가 필요한 부분이다.

3. 괴롭힘(harassment)²⁹⁾

위법한 차별행위로서의 괴롭힘은 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신 국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적 지향, 병력(病歷) 등을 이유로 개인으로 하여금 그 개인의 의사에 반하여 그로 하여금 수치감, 모욕감, 모멸감, 혐오감, 위협감을 느끼게 하거나, 그를 신체적·정신적·정서적으로 공격하는 모든 종류의 행위를 말한다.

25) 예를 들면 미국의 사례로 듀크전력은 직원 채용 과정에서 자격 요건으로 직무수행에 필요하지 않은 학력(고졸)과 일정수준 이상의 IQ를 요구하였다. 1971년 대법원은 듀크전력이 요구한 자격 조건인 학력이나 IQ 점수가 중립적인 기준이라 할지라도 그러한 기준이 특정한 집단에게 불리한 결과를 가져오고, 동시에 그러한 기준에 의해 선별되는 자격 조건이 직무수행상 반드시 필요한 것이 아니라면 그러한 기준에 의해 선별되는 자격을 요구하는 것은 공민권법 제7조를 위반한 고용차별이라고 판시하였다(Griggs v. Duke Power Co., 401U.S.424(1971)).

26) 예를 들면 채용, 승진, 퇴직, 해고상의 기준이 직접적으로 성이나 인종, 연령, 성적 지향을 매개로 하지 않기 때문에 차별 의도성을 성차별 피해자가 입증하지 않더라도 그러한 기준의 적용으로 인해 두 집단 간에 매우 불균등한 결과가 나타났다면 통계적인 불균형 자체만으로도 차별 혐의가 있다고 판단한다.

27) 국가인권위원회(2005), 앞의 책, p.274.

28) 간접차별 성차별금지 관련 법규에 직접적으로 규정되어 있지만 성뿐만 아니라 모든 차별 사유에 적용된다. 예를 들면 군가산점제도의 경우 비제대군인에 대한 제대군인의 특혜라는 형식을 지니지만 사실상 사회적 약자인 여성과 장애인을 차별하는 결과를 가져오게 된다는 점에서 간접차별이 문제된다.

29) 차별연구모임(2002), 앞의 책, pp.11-13 참조.

이러한 행위는 그 행위에 관련된 개인들 간의 사사로운 사적인 문제가 아니라 사회적 권력관계와 위계관계에 기반한 사회적 문제이다. 이러한 폭력이 피해자의 인권침해 및 차별로 이해되는 첫 번째 이유는 괴롭힘의 결과 피해자는 자신의 인간으로서의 존엄 및 가치, 자아존중감, 그리고 정신적·신체적 건강의 침해를 받음으로써 자신의 능력 및 잠재적 개발에 장애를 경험하게 되기 때문이다. 두 번째 이유는 괴롭힘은 그 피해자로 하여금 그가 속한 조직이나 사회로부터 고립시키거나 배제하는 수단으로 작용하거나 그러한 결과를 가져오기 때문이다.

이러한 행위에 해당하는지에 대한 판단은 쉬운 일이 아니다. 판단의 기준이나 판단의 주체 등의 문제가 여기에 뒤따르게 된다. 이러한 괴롭힘의 판단은 ‘개관적’으로 보이는 사실에 대해서도 경험의 차이에 따라 사람들이 상이하게 인식할 수 있다. 그러나 성희롱이나 다른 위법한 괴롭힘과 관련된 사안의 경우 ‘가치중립적 판단’은 실질적으로 가능하지 않다. 기존의 가치나 이데올로기, 또는 세계관으로부터 독립된 순수한 관찰은 현실적으로 불가능하기 때문이다. 따라서 이러한 행위에 있어서 판단의 주체가 되는 것은 피해자이어야 한다. 이러한 행위를 한 행위자의 의도와 무관하게 그러한 행위가 피해자가 그 행위로 인하여 공포나 모멸감, 모욕, 수치심, 불쾌감을 경험하였다면 폭력으로 간주된다. 대표적인 괴롭힘의 예로 볼 수 있는 것이 성희롱이다.

IV. 결론

일반적으로 차별이라는 것은 다르게 대우하는 것이라고 할 수 있다. 다르게 대우하여 차별한다는 것은 다름을 인정하는 차이 또는 차등적 처우와는 달리 부당함 내지는 위법함을 내포한 개념이다. 따라서 금지의 대상이 되는 차별이라는 것은 차이나 차등적 처우가 아닌 부당한 차별대우를 의미한다. 차별의 부당함과 위법함을 판단함에 있어 법률적 의미의 차별이 의미를 갖는다. 금지되어야 할 대상인 차별을 법적으로 규정함으로써 평등의 실현에 기여하는 것이다.

우리나라 헌법은 ‘평등’에 대하여 구체적인 의미를 언급하지 않고 그 해석에 맡기고 있다. 다만 헌법 제11조 제1항을 통하여 평등권의 의미를 알 수 있다. 즉 헌법이 규정하고 있는 평등은 전 생활 영역에 있어서 법 앞의 평등이며, 누구든 어떠한 사유를 가지고 차별을 받지 아니하는 것이다. 차별의 제거가 곧 평등의 실현을 의미하지는 않는다. 앞서 말한 것처럼 차별금지란 평등을 이루어 가는 가운데 기초가 되기 때문이다.

대부분의 우리나라의 차별관련 규정은 직접차별에 대하여서는 규정하고 있으면서도

간접차별이나 괴롭힘에 대한 규정은 특정 법률에서만 보이는 것이 사실이다.³⁰⁾ 일반적인 의미에서 차별의 개념은 직접차별뿐만 아니라 간접차별 그리고 괴롭힘까지 포함되는 것으로 보는 것이 합리적이다. 물론 간접차별이나 괴롭힘이 명시적으로 규정되어 있지 않다고 하여 이러한 차별들이 허용되는 것은 아니고 해석에 의하여서도 가능할 것이다. 그러나 법이 모든 것을 담을 수 없다고 하더라도 현재까지 인식되고 있는 차별에 대한 개념을 담을 수 있어야 한다. 특히나 차별의 문제가 빈번하게 발생되고 있는 근로관계에 있어서 차별의 개념을 정립하는 것은 중요한 문제이다. 근로관계에서의 균등대우원칙 차별대우금지는 차별에 취약한 사회적 약자의 보호뿐만 아니라 근로자간 그리고 사용자간의 공정한 경쟁 및 교환질서의 보장에 기여한다.³¹⁾

현재 근로관계와 관련하여 나타나는 차별금지법제의 내용은 차별의 형태를 다 담지 못하거나 차별 사유에 있어서 너무나 제한적이거나 특정 차별 사유에 대한 차별을 구제하기 위한 법률들이다. 따라서 종합적이고 일반적인 차별의 판단과 구제에 있어서는 해석과 관행에 따라 이루어지고 있는 것이 현실이다. 보다 효과적인 차별의 구제와 근로관계 속의 평등을 이루기 위하여서는 근로관계에 있어서 공통되고 일반적으로 적용할 수 있는 차별의 내용을 정립하는 것이 필요하다. **KLI**

30) 남녀고용평등법과 폐지된 (구)남녀차별금지및구제에관한법률은 명시적으로 직접차별과 간접차별을 규정하고 있다.

31) 전윤구(2004), 「근로관계에서의 균등대우원칙에 관한 연구」, 고려대학교 박사학위논문, p.128.