

제목: 성소수자 인권과 고용 차별

구미영(한국여성정책연구원 연구위원)<sup>1)</sup>

## 1. 서론

고용은 시민이 경제적 자립을 이루고 사회적 관계를 유지하는 데 중요한 역할을 하기 때문에 차별금지법이 적용되는 주요한 영역이다. 이러한 중요성에도 불구하고 성소수자에 대한 고용 차별은 모집, 채용 단계에서부터 만연하다. 고(故) 변희수 전 육군 하사가 강제전역 당한 것에서 알 수 있듯이 성소수자의 일할 권리는 여전히 위협받고 침해되고 있다. 2020년 실태조사 결과에 따르면, 구직 활동 경험이 있는 트랜스젠더 중 정체성 때문에 구직 지원을 포기한 적이 있다는 응답이 57.1%, 면접 과정에서 성별 고정관념에 맞지 않는 외모, 말투라고 부정적인 평가를 당한 적이 있다는 응답이 48.2%에 달하였다.<sup>2)</sup> 청년 성소수자를 대상으로 한 실태조사에서는 직장에서의 성소수자에 대해 전반적으로 부정적인 태도를 경험했다는 응답이 42.5%에 달하여 적대적인 직장 환경을 확인할 수 있었다.<sup>3)</sup>

이 발표문에서는 모집, 채용, 복리후생 및 근로조건, 근로관계 종료 등 포괄적 의미의 고용 영역에서의 성소수자 차별을 금지하는 입법례와 판결례를 검토하고 주요한 쟁점 관련한 논의가 어떻게 진행되었는지 정리한다. 또한 이러한 외국 사례들이 한국에 주는 법적 제도적 시사점과 성소수자의 고용 영역에서의 인권 보장을 위해 개선되어야 할 방향을 제시하고자 한다.<sup>4)</sup>

## 2. 국내 입법 현황

고용 영역에서의 성소수자 차별을 명시적으로 금지하는 국내 법률은 「국가인권위원회법」이 유일하다. 성적 지향에 따른 고용 차별을 명시적으로 금지하는 법률로는 「국가인권위원회법」이 유일하나 구속력 있는 명령을 내릴 수 없기 때문에 한계가 있다. 또한 「예술인의 지위와 권리의 보장에 관한 법률」은 국가기관, 지방자치단체, 공공기관 등이 예술인 또는 단체에 지원사업을 할 때 차별하면 아니 되는 사유 중 하나로 성적 지향을 명시하고 있다(제8조 제2항). 고용 영역을 다루는 조항으로 보기 어려운 것이 사실이나, 주로 프리랜서로 활동하는 예술인에게 국가 등의 지원사업이 갖는 중요성은 고용관계와 유사한 의미를 갖는다는 점에서 유의미한 고용 차별 금지 입법례로 볼 수 있다.

「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」은 차별 금지 사유로 성별만을 명시하고 있는데, 후술할 미국의 Bostock판결처럼 이 법의 ‘성별’에 성적 지향이나 성별 정체성이 포섭될 수 있는지는 해석론에 맡겨져 있는 상황이다. 따라서 성소수자라는 이유로 고용 영역에서 차별을 당한 경우 헌법 상 평등권(제11조 제1항) 침해나 민법 상 공서양속(제103조) 위반을 주

1) 이 발표문은 김지혜 외, 성소수자 차별 관련 해외 입법동향 및 사례연구, 국가인권위, 2021 보고서에서 발표자가 집필한 부분을 일부 수정한 것임.

2) 홍성수 외, 트랜스젠더 혐오차별 실태조사, 국가인권위, 2020.

3) 다음, 2021년 청년 성소수자 사회적 욕구 및 실태 조사 결과보고서, 2021.

4) 이 연구에서 ‘성소수자’(sexual and gender minority)란, “성별, 성징(성특징), 성적지향, 성별정체성, 성별표현이 주류의 규범과 다른 사람들을 지칭한다. 성소수자는 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더, 인터섹스, 자신을 트랜스젠더라고 생각하지는 않지만 젠더규범에 부합하지 않는 사람 등 다양한 정체성과 행위를 포괄하는 용어로 사용된다.”(김지혜 외, 위의 보고서)

장하는 방법 밖에 없다. 성소수자임을 이유로 한 괴롭힘 피해를 입은 경우에는 「근로기준법」 상 괴롭힘 금지 조항 위반(제76조의2) 또는 근로계약 상 사용자의 안전배려 의무 위반에 대한 손해배상 청구 등이 가능하다.<sup>5)</sup> 그러나 성소수자 고용차별을 금지하는 개별법 상 근거가 없기 때문에 법원의 해석론에 따라 피해 구제의 가능성이 달라질 수 있고, 입법을 통해 성소수자 고용 차별이 위법한 행위라는 사회적 인식 확립 등 예방적 효과를 기대하기 어려운 것이 현실이다. 고용 차별은 시민의 경제적 독립과 생존권을 침해하는 심각한 문제라는 점에서 2001년 제정 「국가인권위원회법」에서 성적 지향에 따른 차별을 금지한 후 20여년이 지났음에도 권리의 공백 상태로 남아 있는 상황에 대한 통렬한 반성이 필요하다.

### 3. 해외의 입법 현황

#### 가. 국제 인권 기준

국제노동기구(International Labour Organization, 이하 'ILO') 등 고용 관련 국제기구 협약에서 성소수자 차별을 명시하는 경우는 많지 않다. 예컨대 ILO 제111호 협약은 대표적인 고용 차별 금지 관련 협약인데 이 조항에서는 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 의견, 사회적 출신에 바탕한 차별을 금지한다고 규정할 뿐이다. 이는 이 협약이 채택된 시기가 1958년으로 성소수자 관련 논의가 활발하지 않았던 때로 UN 인권선언에서 보호 필요성을 언급하는 소수 집단을 그대로 차용했기 때문이다.<sup>6)</sup> 그럼에도 ILO 협약·권고적용 전문가 위원회(Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, CEACR)는 고용과 직업 영역에서 차별은 지속적으로 진화해왔고 차별의 복잡한 실태에 효과적으로 대응할 수 있는 조치가 취해져야 한다는 점을 강조한다는 점에 주목한다. 또한 ILO 권고 중 비교적 근래에 통과된 민간직업소개기관권고나 HIV 및 AIDS 권고의 경우 성적지향에 근거한 차별을 금지하도록 규정한다는 것도 중요하다.<sup>7)</sup> 그 밖에도 국제적 차원에서는 성소수자 차별 금지와 관련하여 욕아카르타 원칙을 비롯한 상당수의 결의(resolution)가 채택되어 왔다.<sup>8)</sup>

국제인권법 중 성소수자를 차별이 금지되는 집단으로 명시하는 것이 드물기는 하나 성소수자 차별도 포함하는 것이 일반적인 해석론이다. 유엔 자유권위원회가 '성(sex)에 근거한' 차별금지에 성소수자에 대한 차별금지가 포함된다는 해석론을 확립하였고, 유엔 사회권규약 등 국제인권조약에서 "기타 지위(other status)"에 성소수자가 포함된다고 해석하는 것 등이 대표적인 예이다.<sup>9)</sup> 예컨대 유엔 자유권위원회는 군인 유족연금을 동성인 파트너에게 지급하지 않는 것이 문제된 Young v. Australia 사건(2003)에 대해 "성별에 근거한 또는 성적지향에 근거한" 차별을 받지 않을 권리의 침해라고 판단하였다.<sup>10)</sup> 또한 유엔 사회권위원회는 차별금지에

5) 일본은 직장 괴롭힘의 세부 유형 중 하나로 아우팅을 예시하는 등 성소수자임을 이유로 한 괴롭힘도 괴롭힘 금지법에 포섭된다는 방침을 밝히고 있다.

6) Constance Thomas and Catherine Weber, Information Paper on Protection against Sexual Orientation, Gender Identity and Expression and Sexual Characteristics (SOGIESC) Discrimination, ILO International Labour Standards Department (2019), 5-6.

7) Private Employment Agencies Recommendation, No. 188 (1997)과 HIV and AIDS Recommendation, No. 200 (2010).

8) Thomas & Weber, 앞의 글, 6.

9) Thomas & Weber, 앞의 글, 7.

10) UN Human Rights Committee, Young v. Australia, Communication No. 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000 (2003. 9. 18.).

대한 제20호 논평에서 성소수자에 대한 보호는 사회권규약 제2조 2문의 “기타 지위”에 근거하는 것임을 명확히 하였고 욱야카르타 원칙을 인용하였다.<sup>11)</sup> 유엔 사회권위원회는 2016년 노동조건에 대한 일반논평에서는 성적지향, 성별정체성, 인터섹스 등을 이유로 한 차별과 괴롭힘이 금지되어야 한다고 하였다.<sup>12)</sup> 여성차별철폐협약의 2010년 일반권고 제28호에서도 성별에 근거한 차별은 성적지향 및 성별정체성과 같은 다른 요인들과 불가분하게 연관되어 있다고 해석하여 왔다.<sup>13)</sup>

#### 나. 국내법

고용영역에서의 차별은 성소수자의 경제적 자립과 생존, 사회적 활동을 위협한다는 점에서 차별금지법 등에서 주요하게 규율하는 사안이다. 그럼에도 성소수자도 고용차별금지법의 보호대상이라는 미국 연방대법원 판례가 나온 것이 2020년이고,<sup>14)</sup> 영국에서도 舊성차별금지법이 성별재지정에 적용된다고 해석하는 판례가 1999년에야 형성되었다. 2003년 제정된 「고용평등규정(성적지향) 2003」(The Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003)이 최초의 입법이다.

유럽연합(European Union, 이하 “EU”) 회원국들은 2000년 제정된 ‘고용 및 직업에서의 평등대우를 위한 일반적 틀을 수립하는 지침’(Directive 2000/78/EC, 이하 “고용평등지침”)에서 ‘성적지향’을 차별금지사유로 명시한 영향으로 2000년대 들어서 고용에서의 성소수자 차별을 규율하는 법률을 입법하는 경향을 보인다.<sup>15)</sup> EU 회원국 중 성소수자에 대한 고용차별 금지 법률이 있는 국가는 대부분 아래 EU 고용평등지침과 유사하게 규정한다. EU 지침 중 성

11) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 20: Nondiscrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/20 (2009. 7. 2.).

12) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment No. 23 (2016) on the right to just and favourable conditions of work (article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/23 (2016. 4. 7.).

13) Thomas & Weber, 앞의 글, 10; UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/GC/28 (2010. 12. 16.), para. 18.

14) 다만 주 법률을 통해 성소수자 고용차별을 규율하는 입법례는 존재하고 있었다. 성소수자에 대한 주 및 지방 차원의 고용 차별이 34개 주, 2개 준주(territories), 그리고 워싱턴 D.C.(성적지향에 기반한 고용 차별 금지)에서 금지되고 있다. 이를 자세히 살펴보면, 2020년 현재 21개 주, 2개의 준주, 워싱턴 D.C.는 공공 및 민간기관에서 성적지향과 성별정체성에 기반한 차별을 금지하고 있는 반면 1개 주(위스콘신)은 성적지향에 대한 보호 수준으로 제한을 두고 있고, 12개 주는 공공기관으로 한정하고 있다. 이들 중 8개 주는 성적지향과 성별정체성 모두에 대한 보호를 제공하고 있는 반면 나머지 4개 주는 성적지향에 대해서만 보호를 제공한다. 또한 몇몇 주에서는 성적지향이나 성별정체성에 기반하여 공공기업(기관)의 노동자를 차별하는 것을 금지하는 인사규정, 행정적 명령(administrative order)와 대통령령(executive order)을 시행하고 있다. 또한 많은 지자체에서는 성별정체성을 이유로 한 고용 차별 금지 조치를 제공하고 있다. 2017년 1월 28일 최소 225개 시·군에서는, 공공 및 민간 사용자가 성별정체성을 기반으로 차별하는 것을 금지하는 조례(ordinances)를 제정했다. William Besl, Larissa Johnson, James Rouchard, and Sonja Swanbeck, “Employment Discrimination Against LGBT Persons”, The Georgetown Journal of Gender and The Law, Vol. 21 (2020).

15) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation. 다만 EU 회원국 중에서도 폴란드, 헝가리처럼 성소수자에 대한 차별을 법률로 허용하는 국가 사례가 여전히 존재한다.

별정체성이나 성별표현, 성징(sexual characteristics)을 이유로 한 차별금지를 명시한 사례는 없는데, 유럽사법재판소는 성별재지정을 이유로 한 차별이 성차별에 해당한다고 해석하는 입장이다.

(가) EU 고용평등지침 (Council Directive 2000/78/EC)

①

② 제1조 이 지침은 회원국이 평등대우원칙을 시행하도록 고용 및 직업과 관련하여 종교 또는 신념, 장애, 연령, 성적지향을 이유로 차별하는 것에 대항하기 위한 일반적인 틀을 만드는 것을 목적으로 한다.

③

④ 제2조 차별의 개념

⑤

⑥ 1. 이 지침의 목적을 위해, “평등대우원칙”이란 제1조에서 언급한 사유에 근거한 직접 또는 간접차별이 없어야 함을 의미한다.

⑦

⑧ 2. 제1조의 목적을 위해:

⑨ (a) 직접차별은 제1조에 언급된 사유에 근거하여, 유사한 상황에 있는 다른 사람이 대우 받거나 받았거나 받을 것에 비해 덜 우호적인 대우를 받는 경우 발생한다.

⑩ (b) 간접차별은 외견상 중립적인 조항, 기준 또는 관행이, 특정한 종교 또는 신념, 장애, 특정 연령, 또는 특정 성적지향을 가진 사람에게 다른 사람보다 더 불이익을 주는 경우 발생한다. 다만 다음의 경우를 제외한다:

⑪ (i) 해당 조항, 기준 또는 관행의 목적의 정당성이 객관적으로 성립하고 그 목적을 달성하는 수단이 적절하고 필요한 경우, 또는

⑫ (ii) 특정 장애를 가진 사람에 관하여, 고용주 또는 이 지침이 적용되는 개인이나 단체가 그러한 조항, 기준 또는 관행에 의해 초래된 불이익을 철폐하기 위하여 제5조에 담긴 원칙에 부합하도록 적절한 조치를 취하도록 국내법에 따른 의무를 가진 경우.

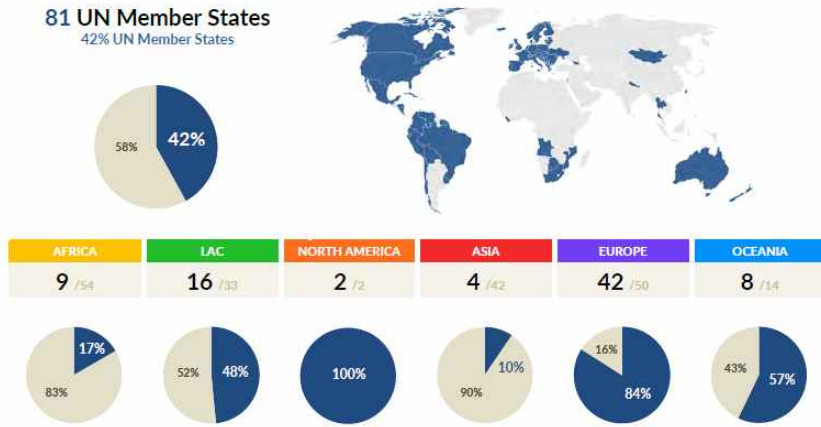
⑬

⑭ 3. 괴롭힘은 제1조에 해당하는 차별의 형태로 보며, 제1조에 언급된 사유에 관련된 원치 않는 행위가 그 사람의 존엄성을 해치거나 위협, 적의, 모멸감, 수치감, 불쾌감을 주는 환경을 조성하는 목적이나 효과를 가질 때를 말한다. 이 맥락에서, 괴롭힘의 개념은 회원국의 국내법과 관행에 따라 정의될 수 있다.

⑮

⑯ 4. 제1조에 언급된 사유에 근거해 사람을 차별하도록 지시하는

것은 제1조에 해당하는 차별로 본다. (후략)



<그림> 고용영역에서 성적지향을 이유로 한 차별금지 입법현황 (2020. 12. 기준)

출처: ILGA World: Lucas Ramon Mendos, Kellyn Botha, Rafael Carrano Lelis, Enrique López de la Peña, Ilia Savelev and Daron Tan, State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update, Geneva: ILGA (2020), 217.

고용상 성소수자 차별금지 입법현황을 살펴보면, 2020년 12월 기준 성적지향을 이유로 한 고용차별을 금지하는 국가는 북미 2개국, 라틴아메리카와 카리비안 16개국, 오세아니아 8개국, 아시아 4개국, 아프리카 9개국, 유럽 42개국 등이다.<sup>16)</sup> 아메리카인권협약을 시행하는 라틴아메리카에서는 성적지향, 성별정체성, 성별표현 등을 차별금지의 근거로 포함하는 법률이 채택되는 경향을 보인다. 유럽에서는 벨기에, 보스니아 헤르체고비나, 핀란드, 프랑스, 그리스, 몬테네그로, 노르웨이, 우크라이나 등이 성적지향 외에도 성별정체성과 성별표현을 차별금지 사유로 명시한다. 호주의 차별금지법은 성적지향, 성별정체성, 인터섹스를 이유로 한 차별을 금지한다.<sup>17)</sup>

위 그림에서 보듯 동아시아 국가 중 성소수자에 대한 고용차별금지법이 있는 국가는 대만을 제외하고는 찾아보기 어렵다. 한국은 국가인권위원회법을 제외하고는 성소수자에 대한 고용차별을 명시적으로 금지하는 법률이 없고, 일본은 행정가이드나 지자체 조례를 통한 규율 내지는 지원 정책이 존재할 뿐이다. 이에 비해 대만의 경우 아래와 같이 고용서비스법 제5조와 고용성평등법 제2장에서 성적지향을 이유로 한 고용차별을 금지한다.

(나) 대만 고용서비스법<sup>18)</sup>

①

② 제5조 고용에서의 평등한 기회를 보장하기 위하여, 사용자는 인종, 계층,

16) ILGA World: Lucas Ramon Mendos, Kellyn Botha, Rafael Carrano Lelis, Enrique López de la Peña, Ilia Savelev and Daron Tan, State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update, Geneva: ILGA (2020), 217.

17) Thomas & Weber, 앞의 글, 25-27.

언어, 사상, 종교, 정당, 출신국, 출생지, 성별, 성적지향, 연령, 혼인상태, 외모, 얼굴의 특징, 장애, 별자리, 혈액형, 노동조합 조합원 이력을 이유로 구직자 또는 노동자에게 차별하면 안 된다. (후략)

(다) 대만 고용성평등법<sup>19)</sup>

① 제2장 성차별의 금지

②

③ 제7조 사용자는 구직자 또는 노동자의 성별이나 성적지향을 이유로 채용, 선발, 고용, 배치, 업무분장, 평가 및 승진의 과정에서 차별하여서는 안 된다. 다만 업무의 본질이 특정 성별에 대해서만 적합한 경우, 위 제한은 적용되지 아니한다.

④ 제8조 사용자는 노동자의 성별이나 성적지향을 이유로 교육, 훈련 또는 기타 관련 활동을 개최하거나 제공할 때 차별하여서는 안 된다.

⑤ 제9조 사용자는 노동자의 성별이나 성적지향을 이유로 다양한 복지 조치를 마련하거나 제공할 때 차별하여서는 안 된다.

⑥ 제10조 사용자는 임금을 지불할 때 성별이나 성적지향을 이유로 차별하여서는 안 된다. (후략)

⑦ 제11조 사용자는 은퇴, 퇴직, 해고, 종료에 있어 성별이나 성적지향을 이유로 차별하여서는 안 된다. (후략)

일본은 성소수자 고용차별 금지를 명시한 법령이 아직 존재하지 않는다. (한국의 근로기준법과 유사한) 일본 노동기준법에도 균등처우조항(제4조)이 있으나 이 조항이나 고용기회균등법에서 금지하는 성별을 이유로 하는 차별에 성적지향 차별 등이 포함되지 않는다는 것이 학계와 판례의 입장이었다. 이에 민법상 공서양속 위반이나 헌법 상 평등권 위반으로 성소수자에 대한 차별의 부당함을 주장할 수밖에 없는 상황이다. 그럼에도 후생노동성의 가이드를 통해 기업이 차별이나 괴롭힘 관련 정책을 시행하도록 계도하는 것은 한국보다 발전된 부분이다. 입법에 반영되지는 않았으나 정부 가이드에 포함되었기 때문에 성소수자 차별 금지 조항을 포함하는 취업규칙이 한국 기업에 비해서 더 많을 것으로 예상된다.

(라) 일본의 성소수자 고용차별 관련 가이드 현황<sup>20)</sup>

①

② · 후생노동성의 “공정한 채용 전형을 목표로 하여”에는, 기업의 대응 사례로서 LGBT 차별을 금지하고 공표, ‘성별 기입란이 없는 입사지원서 설정’ 등의 예가 기재되어 있다. 그 이외에 ‘LGBT라는 이유만으로 혐오감을 나타내기보다 사람을 사람으로 보는 인권존중의 정신이 중요하다’라고 기재되어 있다.

③ · 2019년 3월 후생노동성이 발표한 취업규칙 모델에는 괴롭힘 금지 조항

18) 대만 법률정보사이트, Employment Service Act,

<https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=N0090001> (2021. 12. 13. 확인).

19) 대만 법률정보사이트, Act of Gender Equality in Employment,

<https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=N0030014>, (2021. 11. 30. 확인).

에 “성적지향이나 성별정체성에 관한 언동 등 직장에서의 다른 노동자의 취업환경을 해치는 어떠한 괴롭힘도 해서는 안 된다”는 내용을 명시하고 있다.

④ · 후생노동성의 “사업주가 직장에서의 우월적인 관계를 배경으로 한 언동에서 비롯되는 문제에 관하여 고용관리를 위해 강구해야 하는 조치 등에 대한 지침”은 성적지향이나 성별정체성, 병력, 불임치료 등 민감한 개인정보에 대하여 해당 노동자의 양해를 얻지 않고 다른 노동자에게 폭로하는 것 등을 직장 괴롭힘의 구체적 예로 소개한다.

⑤ · 지자체 사례로는 오사카부 성적지향 및 성별정체성의 다양성에 관한 오사카부민의 이해 증진에 관한 조례(2019년 오사카부 조례 제18호)가 있는데, “사업주는 기본이념에 따라 성적지향 및 성별정체성의 다양성에 관한 이해를 심화하고, 사업활동을 할 때는 성적지향 및 성별정체성의 다양성에 관한 이해 증진을 위해 노력하도록 한다”는 책무를 명기한다.

일본 사례를 보면, 한국에서도 입법 미비를 이유로 성소수자 차별 금지 정책을 공백상태로 두기보다는 고용노동부의 취업규칙 표준안이나 공정채용 가이드 등에 차별금지 방침을 포함시키는 정책적 방안을 고려할 수 있을 것이다.

성소수자를 차별금지 사유로 명시하는 법률이 있는 국가에서는 성소수자 차별을 허용할 수 있는 진정직업자격이나 합리적 이유가 어디까지 인정될 수 있는지가 주요 쟁점이다. 또한 성소수자에 대한 혐오발언이 특히 심각한 상황에서 성소수자를 채용하지 않겠다는 발언만으로 차별이 성립될 수 있는가, 성소수자에 대한 차별적 괴롭힘의 판단기준도 많이 다뤄진다. 반면에 개별 법률이 없는 상황에서는, 성차별금지법으로 성소수자 차별을 포섭할 수 있는가, 헌법상 평등권, 사생활 보호 조항 등을 근거한 차별금지를 주장할 수 있는가 등이 주된 쟁점이 된다.

#### 4. 개별법 상 근거규정이 없음에도 성소수자 고용 차별 피해를 구제한 사례

한국처럼 개별법 상 금지규정의 입법이 지연되는 상황에서 현행 법령을 통해 어떻게 고용 차별 피해를 구제할 수 있는지에 대한 고민이 필요하다. 해외 사례를 검토한 결과 헌법 상 기본권 침해로 접근하는 방식과 고용 성차별금지법으로 포섭하는 방식을 확인할 수 있다.

##### 1) 헌법 상 기본권에 근거하여 고용차별을 판단한 사례

1998년 콜롬비아 헌법재판소가 결정한 Sentencia C-481/98는 평등권 침해와 자유권 침해 주장을 모두 보여주는 사례이다.<sup>21)</sup> 성적지향을 이유로 교사를 해고할 수 있다는 법령의 위헌 여부가 다투진 사안에서, 콜롬비아 헌법재판소는 ‘개인의 성적지향이 선천적인 것인지 아니면 개인적 선택의 문제인지를 고려하여, 전자의 경우라면 그것은 성(sex)에 가깝기 때문에 헌법 제13조의 차별 조항으로부터 보호받는 근거가 된다고 하였다. 만일 후자의 경우라면, 제16조에 따른 인격의 자유발달권에 의해 보호되는 자유권 문제라고 판단하였다. 성적지향에 따른 대우의 차이는 선천적 또는 생물학적 특성으로서 가장 엄격한 사법 검토의 대상이었으며, 대

20) 이나경·최흥배, “일본 LGBT에 관한 노동 문제와 법 정책 과제”, 노동법논총 제50권 (2020), 816-817, 819-823.

21) Sentencia C-481/98, Constitutional Court of Colombia (9 September 1998).

우의 차이가 공공의 이익을 지키는 유일한 수단임을 보여줌으로써만 정당화될 수 있었다고 하였다. 개인의 자유권 침해로 여겨지는 경우에도 해당 법령은 위헌이라고 판단하였는데, 사생활의 권리와 인격의 자유로운 발달이 타인의 권리나 법적 질서에 지장을 주지 않는 한 개인의 자기 결정은 보호받기 때문이다. 헌법재판소는 또한 유엔 자유권위원회의 결정 Toonen v. Australia<sup>22)</sup>을 선례로 언급하였는데, 이 결정은 자유권규약 제2조와 제26조에 따라 “성(sex)”에 성적지향이 포함된다고 해석한 바 있다.<sup>23)</sup>

헌법 상 기본권 침해로 성소수자 고용 차별을 규율한 사례는 중요한 의의가 있다. 다만, 법령이나 행정처분의 차별이 문제된 경우라면 국가나 공공기관 등에 대하여 기본권 침해를 주장하여 인정받기 쉽겠으나, 사기업에서의 차별인 경우 헌법 상 기본권의 대사인효가 인정될 수 있을지 다툼의 여지가 있다.

#### 헌법에 근거하여 고용 차별을 규율한 국가 사례<sup>24)</sup>

- 성적지향에 근거한 차별금지를 헌법에 명시한 국가(볼리비아, 에콰도르, 피지, 코소보,<sup>25)</sup> 몰타, 멕시코, 네팔, 포르투갈, 남아프리카, 스웨덴)
- 해석을 통해 차별로부터의 헌법상 보호 제공 가능하다고 판단한 국가(안도라, 벨리즈, 캐나다, 콜롬비아, 인도, 스위스, 태국, 터키).<sup>26)</sup> 캐나다는 연방인권법이 성적지향을 차별금지 사유 중 하나로 명시하도록 개정되기 이전에는 기본권헌장(the Canadian Charter of Right and Freedom)에 근거하여 차별을 규율하였다. 이 헌장의 평등권조항(제15조)은 성적지향을 명시하지 않고 있는데, Egan v. Canada 판례에서<sup>27)</sup> 캐나다 연방대법원은 동성 커플의 사회보장급여 수령 자격에 대한 차별이 헌장에 근거하여 금지되었다고 판결했다. 연방대법원은 “성적지향은 제15조(1)에 열거된 차별의 근거와 유사하다”고 판단했다.
- 터키의 한 법원은 성적지향 때문에 축구 연맹에서 심판을 해임한 것은 일반적인 헌법상의 차별금지 조항을 위반하는 것이라고 판결하였다.<sup>28)</sup>

## 2) 성차별금지법을 성소수자 차별에 적용한 사례

22) Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

23) International Commission of Jurists, Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook (2011).

24) Thomas & Weber, 앞의 글, 21.

25) As defined in United Nations Security Council Resolution, No. 1244 (1999).

26) Amy Raub et al, “Protections of Equal Rights across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions”, Yale Journal of Law & Feminism, Vol. 28, Iss. 1 (2017); Thomas & Weber, 앞의 글에서 재인용.

27) Supreme Court of Canada, Egan v. Canada 2 SCR 513 (1995).

28) Civil Court of First Instance in Istanbul, Dec (2015). 이는 민간부문에서 성적지향에 따른 고용 차별을 발견한 첫 번째 판결이며 성적지향에 따른 차별을 근거로 한 첫 배상사례이다. BBC 뉴스, “터키 축구 연맹, 동성애자 심판 해고로 벌금 부과” (2015. 12. 29.), <https://www.bbc.co.uk/news/world-europe-35194359> (2021. 12. 10. 확인).



성별에 따른 고용 차별을 금지하는 법률이 있는 국가에서는 해당 법률에서의 ‘성별(sex 또는 gender)’에 성소수자라는 속성도 포함된다는 해석론으로 대응하는 경향을 보인다.

#### 가. 성별정체성 또는 성별재지정

성별정체성 또는 성별재지정(gender reassignment)은 성적지향에 비해 상대적으로 빠르게 성차별금지법의 적용대상으로 인정되는 경향을 보인다.

미국 연방하급심 판결인 *Schroer v. Billington* (2008)은 테러방지 연구 전문가로서의 채용 교섭을 진행 중이었는데, 예비 사용자에게 남성에서 여성으로 전환하겠다고 통보한 후 고용제안이 철회되었다.<sup>29)</sup> 사용자는 원고가 보안 허가를 받지 못할 수 있으며 트랜스젠더 여성은 군과의 접촉이나 의회 증언 시 신뢰도가 떨어질 수 있다고 주장했다. 워싱턴 D.C. 연방지방법원은 “타인의 실제적 또는 추정된 편견을 존중하는 것은 차별”이라는 이유로 두 가지 주장을 모두 기각했다. 법원은 원고가 성별 고정관념(남성적인 외모가 아니라는 점)과 성(sex) 자체 때문에 모두 차별을 받았다고 언급하면서 성별정체성에 따른 차별은 성차별의 한 형태라고 판시하였다. 여기서 법원은 성을 바꾸는 것을 개종에 비유하여, 종교 개종자에 대한 차별이 종교를 이유로 한 차별이라면, “성확정수술을 통해 해부학적 성을 바꿀 계획이라는 고지를 받고 원고를 고용하지 않은 것은 문자 그대로 ‘성(sex)으로 인한’ 차별”이라고 판단하였다. *Schroer v. Billington*는 이전 미국의 판결들과 달리 성별정체성에 따른 차별 주장을 인정했다는 점에서 의의가 있다. 고용 성차별 사건인 *Price Waterhouse v. Hopkins*에서 미국 연방대법원은 여성스러운 옷차림과 태도를 보이지 않는다는 이유로 승진에서 불이익을 주는 것은 차별이라고 판시한 바 있다.<sup>30)</sup> 이 판결은 이후 성별정체성 고용차별 사례에서 인용되었는데, 자신의 지정성별에 순응하지 않는 트랜스젠더에 대한 차별은 성별 고정관념에 순응하지 않는 여성(또는 남성)에 대한 차별과 동일하다는 것이다. 그럼에도 불구하고 미국 연방하급심은 “하나의 소수자 집단으로서 트랜스젠더”를 보호한 것이 아니라 성별에 비순응하는 자에 대한 차별이라는 관점에서 접근했다는 한계가 있었다. 이와 달리 위 *Schroer* 판결은 최초로 성별 고정관념에의 비순응뿐만 아니라 성별재지정으로 인한 차별을 포함하여 성차별로 인정했다는 점에서 의의가 있다.<sup>31)</sup>

유럽사법재판소도 비슷한 경향을 보였는데, 1996년 *P v. S and Cornwall County* 판결이 대표적인 예이다.<sup>32)</sup> 유럽사법재판소는 이 결정에서 트랜스젠더임을 이유로 한 차별은 1976년 EU ‘채용, 직업 훈련, 승진 및 근로 조건에 관한 남성과 여성의 평등대우 원칙의 이행에 관한 지침’(Directive 76/207/EEC)<sup>33)</sup>에 따라 금지된 성차별에 해당한다고 결론지었다. 이 지침의 범위가 “단순히 한 가지 또는 다른 성별이라는 사실에 근거한 차별에만 국한될 수 없고” 성별재지정을 선택한 사람에게는 적용된다고 하였다. 성별재지정을 하려고 하거나 했다는 이유로 한 개인이 해고된 경우, 그 또는 그녀는 성별재지정을 하기 전에 그 또는 그녀가 속한 것으로

29) *Schroer v. Billington*, 577 F. Supp. 2d 293 (D.D.C. 2008).

30) *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989).

31) International Commission of Jurists (2011).

32) *P v S and Cornwall County Council* [1996] ECR I-2143 (C-13/94).

33) Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the Implementation of the Principle of Equal Treatment for Men and Women as Regards Access to Employment, Vocational Training and Promotion, and Working Conditions.

간주되는 성별의 사람과 비교하여 불리한 대우를 받는다고 보았다. 그 후 2006년 ‘고용 및 직업에서 남성과 여성의 평등기회와 평등대우 원칙의 이행에 관한 지침’(Directive 2006/54/EC)에는 성별재지정도 차별금지 사유로 명시되었다.<sup>34)</sup>

#### 성차별금지법을 적용한 사례

· 룩셈부르크의 개정 노동법은 “성별변경(change of sex)에 따른 차별은 성별에 의한 차별과 동등한 것으로 간주되어야 한다”고 명시함.<sup>35)</sup>

· 태국의 성평등법(Gender Equality Act)

2015년 제정된 성평등법에서는 성차별(gender discrimination)을 “위법한 성차별이란” 남성 또는 여성이라는 이유로 또는 출생시에 기대되는 것과 다른 외모라는 이유로 분리, 차별, 권리나 혜택의 제한을 직접적 또는 간접적으로 초래하는 어떠한 행위 또는 부작위로 정당화 사유가 없는 경우를 뜻한다라고 정의함. 이러한 정의는 성별정체성을 성차별 개념으로 포섭하는 입법으로 평가됨.

· 미국 고용기회평등위원회의 해석<sup>36)</sup>

고용기회평등위원회는 성별정체성, 성별재지정 등에 근거한 차별이 민권법 제7편 상 성차별의 근거로 인식될 수 있다고 결정했다. 고용기회평등위원회의 결정은 “성”이라는 용어가 여성과 남성, 그리고 성별 사이의 생물학적 차이를 모두 포함하고 있음을 이해하는 데 근거한다.<sup>37)</sup> 고용기회평등위원회는 트랜스젠더 개인에 대한 차별이 성별에 기초한 차별이라는 것을 인정한다는 연방지방법원 판결의 꾸준한 흐름을 언급했다. 고용기회평등위원회는 젠더는 한 개인의 생물학적 성별뿐만 아니라 남성성과 여성성과 관련된 문화적, 사회적 측면을 포함하기 때문에 성별이 젠더를 포괄한다는 것에 대한 이해의 중요성을 강조했다. 따라서 성차별은 사용자가 근로자를 성별에 기반한 기대나 규범에 부합하지 않는다고 하여 다르게 대우할 때에 발생한다고 인정하였다.

고용기회평등위원회는 민권법 제7편(Title VII)의 입안자들이 이 법의 초안을 작성할 때 트랜스젠더를 염두에 두지 않았을 것이라고 인정했지만, 그럼에도 불구하고 이 법의 조항이 모든 성별에 기반한 차별적 행위를 포괄하도록 확장되어야 한다고 결정했다.<sup>38)</sup>

34) Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the Implementation of the Principle of Equal Opportunities and Equal Treatment of Men and Women in Matters of Employment and Occupation.

35) Thomas & Weber, 앞의 글, 22.

36) EEOC, Preventing Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual or Transgender Workers. <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/preventing-employment-discrimination-against-lesbian-gay-bisexual-or-transgender> (2021. 12. 5. 확인)

#### 나. 성적지향의 경우

EU가 2000년대 들어 고용평등지침에서 성적지향 등을 차별금지 사유로 명시하였던 것과 달리 미국의 연방 고용차별금지법인 민권법 제7편(Title VII of Civil Rights Act)은 성적지향 등을 명시하지 않았다. 따라서 민권법 제7편에서 금지하는 ‘성별을 이유로 하는’ 차별에 성적지향 차별도 포함되는지(성별재지정이나 성별정체성은 해석상 포함되는 것으로 정리됨) 관련 된 논쟁이 계속되었는데 고용기회평등위원회는 성차별에 포함된다는 입장을 유지해왔다. 최종 적으로 2020년 연방대법원의 Bostock 판결을 통해 성적지향에 근거한 차별도 성차별에 해당 한다고 정리하며 해석상 다툼을 종결지었다. 이에 따라 별도의 입법 없이도 연방 고용 성차별 금지법을 성적지향을 사유로 한 차별 사건에도 적용할 수 있게 되었다.

#### 성적지향 관련 미국 고용기회평등위원회의 해석<sup>39)</sup>

2015년 고용기회평등위원회는 성적지향에 기반한 차별이 민권법 제7편(Title VII)의 의미 안에서 성차별을 구성했는가에 대한 문제를 비슷하게 직접적으로 다뤘다.<sup>40)</sup> 고용기회평등위원회는 성적지향은 본질적으로 “성 기반 고려 요소”이며, 따라서 성적지향에 기반한 차별의 주장은 필연적으로 민권법 제7편 하의 성차별 주장이라고 판단하였다. 고용기회평등위원회는 성적지향에 기반한 차별은 성에 기반한 선호, 전제, 기대, 고정관념 또는 규범에 의해 전제된다고 추론했다. 따라서 하나의 개념으로서의 “성적지향”은 성별에 대한 언급 없이 정의되거나 이해될 수 없다. 고용기회평등위원회는 또한 성적지향 차별은 성별 연계차별(associational discrimination)과 성별 고정관념에 근거한 성차별과 같은 다양한 성차별의 형태를 취할 수 있다고 설명했다. 고용기회평등위원회는 민권법 제7편의 성적지향 차별 적용에 대한 자체적인 이해가 시간이 지남에 따라 발전했으며, 심지어 과거에는 일관성이 없었다고 지적했다. 미국 내에서도 주 단위의 결정은 위의 논리를 따랐고 최근 두 개의 연방항소법원은 민권법 제7편의 성 차별 금지가 성적지향 차별에 적용된다고 인정한 바 있다.<sup>41)</sup> 또한 항소법원은 1980년대부터 성차별의 범위와 의미를 확장한 일련의 대법원 판결에 의존했는데, 이는 민권법 제7편의 입안자들이 생각하지 않았던 개념을 포함하기 위해서였다. 여기에는 적대적 환경 성희롱, 성별 고정관념에 기초한 성차별, 그리고 동성간 성적 차별이 포함된다.

아래의 Hively v. Ivy Tech Community College 판결은 연방항소심에서 최초로 성적지향 차별이 성차별로 포섭될 수 있다고 판시한 사례이다. Bostock 판결 이전에도 성적지향 차별

37) 이와 관련하여 고용기회평등위원회는 미국연방대법원의 Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228, 239 (1989)를 인용했다. 이는 민권법 제7편이 “생물학적 성에 의한 차별뿐 아니라 성별 고정관념 즉, 성별로 정의된 기대치에 따라 행동하며 보이는 것에 실패하는 것”을 금지했다고 주장했다.

38) EEOC, Preventing Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual or Transgender Workers. 앞의 글. 고용기회평등위원회는 Bostock 판결 이전부터 이러한 해석론을 유지하여 왔다.

39) Thomas & Weber, 앞의 글, 23.

40) EEOC: Baldwin v. Foxx, Appeal No. 0120133080, Agency No. 2012-24738-FAA-03.

41) Hively v. Ivy Tech, 853 F.3d 339 (7th Cir. en banc, 2017) and Zarda v. Altitude Express, 883 F.3d 100 (2d Cir. en banc 2018).

에 민권법 제7편이 적용될 수 있다고 연방항소법원이 판단한 첫 사례라는 의의가 있다.

미국 연방항소법원 Hively v. Ivy Tech Community College (853 F.3d 339 (7th Cir. 2017))<sup>42)</sup>

■ 사건개요: 원고-항소인 김벌리 하이블리(Kimberly Hively)는 Ivy Tech Community College의 시간제 겸임교수였는데, 대학이 성적지향을 이유로 그녀를 승진시키지 않고 전일제 고용 허가를 거부했다고 주장하였다. 인디애나 북부지방법원은 청구를 진술하지 않았다는 이유로 그녀의 고소를 기각하였다. 고용기회평등위원회는 이 소송에서 민권법 제7편이 성적지향 차별을 금지한다고 판결할 것을 재판부에 촉구하였다.

■ 쟁점: 고용 성차별금지법이 성적지향 차별에도 적용될 수 있는가

■ 판단내용: 법원은 이 사건을 다시 심리하기로 했으며 2017년 4월 4일 성적지향 차별을 성차별의 한 형태로 금지한다는 획기적인 판결을 하였다. 이 결정으로 제7연방항소법원은 민권법 제7편에 따라 성적지향 차별을 규율한 최초의 연방항소법원이 되었다.

아래 Bostock v. Clayton County 판결은 연방대법원이 판례를 변경하여 성적지향을 이유로 한 차별은 성차별에 포섭되며 민권법 제7편에 따른 규율대상이라고 판시한 역사적인 판결이다.

미국 연방대법원 Bostock v. Clayton County, 140 S.Ct. 1731 (2020)<sup>43)</sup>

■ 사건개요: 클레이턴 카운티 소속 아동복지 부서에서 근무하던 제럴드 보스톡(Gerald Bostock)이 게이 야구동호회 리그에 참여하기 시작한 후 “부적절한 행동”을 하였다는 이유로 해고되었다.<sup>44)</sup>

■ 쟁점: 성차별금지법을 성소수자에게 적용할 때 비교대상이 필요한가? 고용차별 금지조항의 ‘성별’에 성적지향도 포함되는가?

■ 판단내용:

사용자측은, 남녀 불문 동성애인 것을 이유로 해고했을 것이므로 성별을 이유로 한 차별이 아니라고 주장하였다. 이에 대법원은 남녀 집단 전체적으로 평등하게

42) EEOC, Fact Sheet: Notable EEOC Litigation Regarding Title VII & Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity  
<https://www.eeoc.gov/fact-sheet-notable-eeoc-litigation-regarding-title-vii-discrimination-based-sexual-orientation-and> (2021.11.30. 확인)

대우한다는 것만으로는 차별의 성립을 부인할 수 없고, 집단 전체적으로는 같게 대우하더라도 특정 노동자를 성적지향을 이유로 차별한다면 여전히 차별 여부를 심사해야 한다고 판시하였다.

반대의견은 성적지향 차별은 그 자체로 성별에 의한 차별을 수반하지 않는다고 보았다. 노동자의 성별을 구분하지 않은 채 동성애자 차별 정책을 적용할 수 있기 때문이라는 것이다. 하지만 대법원은 성적지향을 이유로 한 차별은 성별로 인한 차별을 필연적으로 수반한다고 판단하였다. 사용자는 노동자의 성별에 근거하여 해고 대상을 의도적으로 선별하는 것으로 해당 성별이 아니었다면 해고되지 않았을 것(but-for cause)이라고 실시하였다. 마찬가지로 출생 시 남성으로 지정받았으나 현재 여성의 정체성인 트랜스젠더를 해고하는 케이스라면, 출생 시의 성별이 남성이었기 때문에 해고를 당한 것이므로 성차별이라고 보았다.

또 피고측은 사회통념적으로 성별을 이유로 한 차별에는 성적지향이나 성별정체성 차별이 포함되지 않는다고 주장하였다. 이에 대해 대법원은 통상적인 대화의 맥락과 법률이 금지하는 차별의 대상이 무엇인가라는 해석은 별개의 문제라고 하였다.

한편 민권법 제7편 입법 연혁을 근거로 성적지향은 성별에 포함되지 않는다는 주장에 대하여, 대법원은 법령 상 문언의 의미가 모호하거나 불명확할 때 입법연혁을 참조할 필요가 있으나, 이 사안은 문언의 의미가 명확하여 굳이 연혁을 참고할 필요가 없다고 하였다.

#### 다. 미국의 연방정부정책 사례

미국은 2020년 연방대법원 Bostock 판결 이전까지는 연방 고용차별금지법이 성적지향을 이유로 한 차별에도 적용되지 않는다는 판례의 영향 아래에 있었다. 그런데 연방정부는 연방정부 소속 노동자에 민권법 제7편을 적용하는 대통령령을 개정하여 1998년에는 성적지향을, 2014년에는 성별정체성을 추가하였다.<sup>45)</sup> 대통령령 11478은 행정부 내 고용에서 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 차별을 명시적으로 금지하고, 이 차별금지정책이 "법이 허용하는 한 도 내에서 연방정부 직원을 고용, 개발, 승진 및 대우할 때 있어 인사 정책 및 관행의 모든 측면에서 필수적인 부분이어야 한다"고 명시한다. 성소수자인 연방정부 소속 노동자를 보호하는 법률로는 민권법 제7편, 1978년 공무원 개혁법 등이 있다.<sup>46)</sup> 연방정부에서 민권법 제7편

43) 이하 내용은 다음 논문에서 발췌한 부분과 필자가 보스톡 판결에서 발췌, 번역한 내용임. 김영진, "성소수자의 성적지향에 따른 고용차별: 미국 연방대법원 Bostock v. Clayton County 판결의 평석을 중심으로", 외법논집 제45권 제1호 (2021).

44) 이 대법원 판결은 Bostock 연방항소심 판결 외에도 민권법 제7편이 성적지향을 이유로 한 차별에도 적용될 수 있는가를 다룬 다른 하급심 판결들을 다 다룬 것임.

45) Federal Register: Executive Order 13087 of May 28, 1998. <https://www.eeoc.gov/executive-order-13087> (2021. 12. 10. 확인). Executive Order -- Further Amendments to Executive Order 11478, Equal Employment Opportunity in the Federal Government, and Executive Order 11246, Equal Employment Opportunity". whitehouse.gov. Office of the Press Secretary. July 21, 2014. Retrieved July 21, 2014 - via National Archives. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/07/21/executive-order-further-amendments-executive-order-11478-equal-employment> (2021. 12. 10. 확인)

46) 1978년 공무원 개혁법 중 5 U.S.C. § 2302(b)(1)은 성별을 근거로 한 직장 차별에 대한 Title VII의

의 해석 및 집행을 담당하는 기관인 고용기회평등위원회가 성차별 금지에 성적지향 및 성별정체성 차별금지가 포함되어 있다고 해석하므로 이에 근거하여 대통령령 11478을 제정한 것으로 보인다.<sup>47)</sup> 대통령령에 근거하여 연방기관들은 성소수자와 관련하여 다음의 책무를 진다.

미국 최대 고용주인 연방 정부는 다른 고용주들에게 성적지향이나 성별정체성에 따른 차별이 용납될 수 없음을 보여주는 모범이 되어야 한다. 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더를 포함한 모든 연방 근로자는 불법적인 차별 없이 직무를 수행할 수 있어야 한다.

공무원 및 관리자를 포함한 연방기관은 기존 연방법에 따라 성적지향 및 성별정체성에 따른 차별이 없는 근무환경을 조성을 위해 노력해야 한다. 기관은 직원에게 시정 방법을 알리고 차별 사례를 상사와 기관의 EEO(고용 기회 균등) 사무소에 보고하도록 권장해야 한다. 성적지향 또는 성별정체성 차별에 대한 모든 보고는 심각하게 받아들여 신속하고 적절하게 처리해야 한다.<sup>48)</sup>

따라서 Bostock 판결 이전에도 고용기회균등위원회는 연방기관 소속 노동자에 대한 성적지향 차별을 민권법 제7편 위반의 위법한 차별로 인정하는 다수의 결정을 할 수 있었다.

미국 고용기회평등위원회 Phyllis F. v. Dep't of Homeland Security (Transp. Security Admin.), EEOC Appeal No. 0120150799, 2021 WL 871245 (2021. 2. 16)

■ 쟁점: 성적지향을 이유로 한 괴롭힘 및 보복조치의 성립 여부

■ 사건개요 및 판단내용: 동료가 대해 원고에게 성적지향 관련하여 여러 가지 모욕적인 말(그녀의 삶에 남자가 필요하다고 하고 동성애와 동성혼을 승인하지 않는다는 발언 등)을 하는 방식으로 괴롭힘을 했다는 사실을 고용기회평등위원회가 인정하였다. 또한 원고가 낮은 성과 등급을 받고 해고된 것도 괴롭힘 고충을 제기한 것에 대한 보복조치라고 판단하였다.

Bostock 판결 이전에서부터 미국 법원은 공공부문 종사자인 성소수자에 대해서는 헌법 상 평등보호조항에 근거하여 고용차별로부터의 보호를 제공한다고 해석하였다. 공공기관인지 여부를 판단하기 위하여 해당 사업의 기능(functions)을 고려하는데, 예컨대 1979년 Gay Law Students Ass'n v. Pacific Telephone & Telegraph Co. 사건에서 캘리포니아주 대법원은

금지와 유사한 규정인데 고용기회평등위원회해석에 따라 성소수자 차별에도 적용된다고 해석한다. 또한 5 U.S.C. § 2302(b)(10)은 기관이 직무 수행에 부정적인 영향을 미치지 않는 행위를 근거로 직원을 차별하는 것을 금지합니다. 이 금지는 성적 성향과 성별정체성에 근거한 차별을 금지하는 것으로 오랫동안 인식되어 왔다. 개인이 성적지향이나 성별정체성을 근거로 금지된 인사 관행을 받았다고 생각하는 경우 특정 상황에서 미국 특별 법률 고문실(OSC) 및/또는 공로 시스템 보호 위원회(MSPB)에 도움을 요청할 수 있다. Office of Personnel Management, Addressing Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination in Federal Civilian Employment: A Guide to Employment Rights, Protections, and Responsibilities (2015), 4.

47) Office of Personnel Management, 위의 글, 2.

48) Office of Personnel Management, 위의 글, 3.

해당 사업에 대한 엄격한 규제라는 특성, 주정부로부터 관련 분야의 독점을 사실상 보장받는 점 등을 들어 순수한 민간 사용자이기 보다는 정부기관과 더 유사하다고 보았다.<sup>49)</sup> 따라서 캘리포니아주 헌법의 평등보호 조항을 적용할 수 있다고 판단하였다. 또 1998년 Weaver v. Nebo School District 사건에서<sup>50)</sup> 유타 연방지방법원은, 교사의 성적지향에 대한 지역 내 부정적 반응 때문에 교육청이 그녀가 배구 코치를 못하도록 결정한 것은 수정헌법 제14조 평등보호조항 위반이라고 판결했다. 법원은 “일부 공동체 구성원의 사적인 반감이 국가적 차별을 정당화 할 수 없다”고 강조하였다.<sup>51)</sup>

미국의 이와 같은 사례는 국가 및 지방자치단체, 공공부문에서의 차별금지 관련 규정이나 인권경영지침에 우선적으로 성소수자 차별금지를 포함하는 보호정책의 가능성을 보여준다.

## 5. 성소수자 고용 차별 관련 쟁점

### 가. 성소수자를 고용하지 않겠다는 인터뷰 발언

인권위법의 19개 차별 금지 사유에 해당함에도 공공연하게 혐오발언의 대상이 되는 대표적인 집단이 성소수자이다. 따라서 성소수자 관련해서는 고용 차별의 다양한 영역과 유형 중에서도 혐오 발언을 고용차별금지법으로 규율하는 것이 더욱 중요성을 갖는다.

아래 유럽사법재판소의 NH v. Associazione Avvocatura per I Diritti LGBTI-Rete Lenford 판결은 성소수자의 입사 지원을 막겠다는 차별적인 발언을 고용차별로 판단할 수 있는지 쟁점이 된 사례이다.

유럽사법재판소 NH v. Associazione Avvocatura per I Diritti LGBTI-Rete Lenford, C-507/17 (2020. 4. 23.)<sup>52)</sup>

■ 사건개요: 한 라디오 프로그램에서 로펌의 한 선임 변호사(소송 절차에 따라 “NH”로 익명화됨)가 성소수자를 절대로 고용하지 않을 것이며 그런 사람에게 서비스를 받고 싶지도 않다고 말했다. 인터뷰 당시, NH의 로펌에는 채용 결원(job openings)이 없었다. 그럼에도 성소수자권리옹호협회-렌포드네트워크(the Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford)(이후 “연합”)라는 변호사 연합은 NH에 소송을 제기하였다. 연합이 입은 비물질적 손해에 대해 피해를 보상하고, 본인이 받은 명령의 일부를 전국 일간신문에 게재하고 로펌에서 차별을 철폐하기 위한 조치 계획 수립을 청구하는 소송이었다. 이탈리아 대법원은 유럽사법재판소에 EU 고용평등지침(Directive 2000/78)의 범위와 관련한 두 가지 질문에 판단할 것을 요구했는데 첫째는, 연합은 손해배상 소송을 제기할 수 있는 당사자 자격이 있는가, 둘째는, 라디오 프로그램에서의 발언이 해당 시점에서 진행 중이거나 계획된 채용 절차와 아무 관련이 없더라도 고용평등지침의 적용범위에 해당하는가였다.

49) Gay Law Students Ass'n v. Pacific Telephone & Telegraph Co., 24 Cal.3d 458 (1979).

50) Weaver v. Nebo School District 29 F. Supp. 2d 1279 (D. Utah 1998).

51) Besl et al, 앞의 글, 317-319.

■ 쟁점: (1) 성소수자 배제가 모집채용 기준에 명시되지 않았고 채용절차가 개시되지 않은 상황에서 경영진이 “성소수자를 채용하지 않겠다”라고 발언한 것만으로 성적지향을 이유로 한 직접차별이 성립할 수 있는지 여부, 면접관이 아닌 경영진이나 경영진에 영향력을 행사할 수 있는 사람이 채용과 무관한 자리에서 한 발언을 차별로 볼 수 있는지 여부, 모집채용 기준(selection criteria)과 구분되는 “고용에 대한 접근성(access to employment)”의 의미.

(2) 실제 채용지원자가 아닌 성소수자 권익 보호단체에 피해구제 신청의 당사자 적격이 있는가

■ 판단내용: 각 쟁점에 대해 유럽사법재판소는 다음과 같이 판단하였다.

(1) 모집 및 채용 절차가 개시되지 않은 상황에서 문제된 발언만으로 고용 차별이 성립할 수 있는지 등

고용평등지침 제3조는 차별금지가 적용되는 영역에 대해 규정하는데 이 조항의 1.a)항은 “선발기준, 모집조건, 승진을 포함한 고용, 자영업, 직업에의 접근 조건(필자 밑줄 표기)”에서의 차별이 금지된다고 하였다. 재판소는 인터뷰 발언을 할 당시 채용을 위한 어떤 절차도 진행 중이지 않았다는 사실만으로 고용평등지침의 적용대상이 아니라고 단정지을 수 없다고 판단하였다. 또한 그러한 진술이 고용평등지침의 실질적 적용 영역에 속하기 위해서는 그 발언이 “실제로 해당 사용자의 채용 정책에 관련될 수 있어야 하는데, 이는 그 발언과 고용 및 직업에 대한 접근 조건의 연관성이 가정적인 것이 아니어야 함”을 의미하였다. 유럽사법재판소는 i) 해당 발언을 한 사람의 지위와구직자에게 미칠 수 있는 영향, 능력, ii) 해당 발언의 성격과 내용, 그리고 iii) 문제의 발언이 이루어진 맥락을 참고하여야 한다고 판시하였다. 이러한 논변을 바탕으로 사용자 또는 채용 정책에 결정적인 영향을 행사할 능력이 있다고 인지되는 사람이 고용 및 직업과 관련하여 차별적 의견을 표명하는 것은 그 대상이 되는 개인들이 해당 직무에 지원하는 것을 단념시키기 쉽다는 점에서 고용에 대한 접근 조건 차원에서 불리하게 대우한 것으로 차별이라고 판단하였다.

사용자측의 표현의 자유 주장에 대해서는, 고용평등지침의 목적(고용 및 직업 상의 평등한 대우를 위한 원리와 높은 수준의 고용 및 사회적 보호의 달성)을 성취하기 위한 의도 안에서만 표현의 자유 주장이 적용될 수 있다고 하여 표현의 자유 주장의 한계를 언급하였다.

(2) 협회에 당사자 적격이 인정되는가

유럽사법재판소는 고용평등지침 제9조 2항에 대한 ACCEPT 연합 사건 판시<sup>53)</sup>를 인용하며, 고용평등지침의 준수 여부에 정당한 이해관계를 지닌 연합, 조직(국내법에서 정한 기준에 부합하는) 회원국이 진정인을 대신하거나 진정인을 지지하여 이 지침 위반에 대한 구제절차를 개시하는 것을 보장해야 한다고 판단하였다. 따라서 국내법에서 정한 기준에 부합하는 한 이 사건 연합에 당사자적격이 인정될 수 있다고 하였다.



경영진의 성소수자 혐오발언을 고용차별로 포섭할 수 있는지는 EU에서 중요하게 논의되어온 쟁점인데, 이 사건 판결을 계기로 고용차별로 인정할 수 있는 기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다. 이 사건 이전의 혐오발언 관련 판결로는 Feryn 판결과 ACCEPT 판결이 있는데, 모로코 출신을 채용하지 않겠다는 언론 인터뷰를 한 기업 임원 페린(Mr. Feryn)이 최종 의사 결정자임이 분명했었고 ACCEPT 사건에서는 성소수자 선수를 영입하지 않겠다고 발언한 베칼리(Mr. Becali)가 해당 축구클럽의 유력 후원자였다. 후자의 경우 발언자가 축구클럽의 인사권자 내지 경영진이 아닐지라도, 채용의 주체에 영향을 미치는 사람이기에 고용차별의 주체로 보아야 한다고 하였다. 따라서 유럽사법재판소는 축구클럽이 유력후원자의 차별적 언사로부터 거리를 둘 구체적인 의무가 있다고 판단한 것이다. 이러한 선례들에서 NH 판결이 더 진보한 것은 ‘실제로 채용 절차가 진행되지 않은 상태에서의 혐오발언도 고용차별금지 지침의 적용 대상으로 인정’했다는 점이다.<sup>54)</sup> NH 사건은 해당 로펌의 변호사가 인터뷰할 당시 채용을 위한 빈 자리가 없었음에도 ‘고용에의 접근성’과 관련하여 차별이 있었다고 인정했다는 점에서 의미가 있다. 채용에 영향을 미칠 수 있는 자의 발언으로 인하여 잠재적인 지원자들이 채용 자체를 포기할 수 있었다고 인정한 것이다. 실제 성소수자인 지원자가 채용에서 탈락하는 고용상 처분이 없었다 하더라도 경영진의 발언이라는 사실행위에 대해 차별임을 인정한 것이다. 여기에는 두 가지 의의가 있다. 채용 절차가 개시된 이후에서부터 채용차별을 논할 수 있고 채용 탈락 등 고용상 처분에 대해 민권법 제7편 상의 차별 금지 규정이 적용될 수 있다고 보는 미국의 판례, 그리고 한국의 법해석과 다르다는 데 첫 번째 의의가 있다. 고용평등지침 제3조는 “선발기준, 모집조건, 승진을 포함한 고용(자영업 포함) 및 직업에의 접근 조건”에서의 차별을 금지한다고 규정하기 때문에 가능한 해석으로 보인다. 이 소송에서 EU 법무심의관(Advocate General)이 제출한 의견서는 “고용 절차와의 최소한의 연계성도 존재하지 않는 단순한 의견의 진술은 표현의 자유에 의해 보호받는다”는 점을 확인하면서, 고용평등지침 제3조의 “고용에 대한 접근성이 취업을 위한 조건, 기준, 도구, 그리고 방법을 포괄”한다고 주장했다. 법무심의관은 “고용평등지침의 대상과 권리의 성격을 고려할 때, 그 개념의 범위는 제한적으로 정의될 수 없다는 점, 성소수자 등 보호되는 집단에 속하는 사람이 채용되지 않을 것이라는 공표는 명백히 특정 후보가 지원하는 것을 단념시키고 노동 시장에 대한 그들의 접근성을 방해하기 쉽다는 점, 채용 절차가 개시되었는지 여부는 관련 없다는 점, 성소수자인 진정인이 식별되지 않는다는 하더라도 핵심은 사용자가 실제로 문제된 차별 발언으로부터 분명하게 거리를 두었는지 여부라는 점” 등을 강조하였다.<sup>55)</sup> 한국의 남녀고용평등법은 성별 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치를 하는 경우 등을 차별로 정의하는데, 차별금지의 영역을 고용상 처분으로 제한하여 해석하는 경향이 있다. 한국의 국가인권위원회법은 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 차별로 정의하는데, 국가인권위원회 해석도 고용상 처분으로 한정하여 불리한 대우 여부를 인정하는 것으로 보인다. 그러나 NH사례는 고용상 처분이 아닌 사실행위에 대해서도 차별금지법상의 적용대상으로 볼 수 있음을 보여준다는 점에

52) 이하의 내용은 다음을 발췌, 정리한 것임. Uladzislau Belavusau, “The NH Case: On the 'Wings of Words' in EU Anti-discrimination Law”, European Papers, Vol. 5, No. 2 (2020),

<https://doi.org/10.15166/2499-8249/395> (2021. 11. 10. 확인).

53) Court of Justice, judgment of 25 April 2013, case C-81/12, Asociația Accept.

54) 이 사건이 2021년 논란이 되었던 동아제약 면접관의 성차별적인 발언 사건과 구별되는 지점이다.

55) Belavusau, 앞의 글, 1004.

서 새로운 해석의 가능성을 열어준다. 생각해보건대 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 “남녀고용평등법”)은 “모집하거나 채용할 때 ~ 차별하여서는 아니 된다”, 국가인권위원회법은 “고용과 관련하여”라고 규정하므로 포괄적으로 규정했다고 볼 수 있는 문언이다. 고용 상 처분에 대해서만 차별을 금지하는 것으로 해석해야 할 문언인지 현재의 해석에 대한 비판적 검토가 필요하다.

또한 NH 판결에서는 차별 개념에서의 “불리하게 대우”의 의미를 해석함에 있어 잠재적으로 성소수자의 지원을 억제, 포기시킬 가능성도 불리한 대우에 포함된다고 보았다는 점에서 두 번째 의의가 있다. 이와 관련하여 EU 법무심의관은 차별적 발언이 차별의 영역으로 인정되려면, 해당 발언(및 발언자)이 실제 채용 절차와 긴밀하게 연계되어야 한다고 주장하였다. 법무심의관은 순수하게 가정적인 연계성만으로는 충분하지 않고, i) 진술을 한 당사자의 지위와 역량이 실제 잠재적 고용주이거나, 법적 또는 실제로 잠재적 고용주의 채용 정책에 중대한 영향을 행사할 수 있는 사람이거나, 채용 관련 사항에서 고용주를 법적으로 구속할 수는 없을지라도 최소한 그러한 영향을 행사할 수 있다고 합리적으로 인지될 수 있는 사람이어야 한다는 것이다. ii) 발언의 성격과 내용을 고려했을 때 발언자가 잠재적 고용주나 그들을 (고용주) 만드는 사람 등의 활동영역 안에서 고용과 관련되어야 한다. iii) 발언의 맥락을 보았을 때 사적인 발언이었는지, 공적인 발언이었는지를 살펴보아야 한다. iv) 발언의 성격, 내용, 그리고 맥락이 보호된 집단에 속하는 사람들이 그 고용주에게 고용되기 위해 지원하는 것을 어느 정도로 좌절시킬 수 있는가를 고려해야 한다. 즉, “내가 변호사라면 절대로 내 로펌에 성소수자를 고용하지 않을 것이다”라고 선언했어도 로펌의 변호사 채용과 무관한 사람이라면 고용평등지침의 적용영역이 될 수 없다는 것이다.<sup>56)</sup> 유럽사법재판소는 법무심의관의 이러한 요건을 상당부분 수용하여 i) 해당 진술을 한 사람의 지위와 그 또는 그녀가 인사결정권자에게 행할 수 있는 능력, ii) 해당 진술의 성격과 내용, 그리고 iii) 문제의 진술이 이루어진 맥락을 고려하여 문제된 진술이 고용에의 접근성과 연계되는지를 판단해야 한다고 하였다. 또한 발언을 한 선임변호사가 채용 결정에 영향을 미칠 수 있는지 불명확한 상황에서 그의 가정적인 지위를 고려하여 i)의 문제를 판단하였다. 현재 채용이 진행되지 않는 로펌이라 하더라도 그의 발언이 성소수자의 지원을 저해할 “가능성을 배제하지는 않기 때문”이라는 것이다.<sup>57)</sup> 해당 발언을 한 사람이 로펌의 말단 행정직원이거나 정원사였다면 가능성을 배제할 수 있었을 것이라는 점에서 유럽사법재판소가 채용과 무관하지 않은 사람을 판단하는 기준을 유추할 수 있다.

이 판결은 성소수자 당사자가 아닌 성소수자 권리 옹호단체에 대해서도 당사자 적격을 인정할 수 있음을 확인했다는 의의가 있다. 유럽사법재판소의 이러한 판단은 이 판결 이전의 Feryn 판결과 ACCEPT 판결에서 이미 확인된 바 있으나, 다시 한 번 확인해준 사례이다. 이러한 판례는 성소수자 채용거절의사를 밝히는 발언 관련하여 식별가능한 피해자가 나타나지 않더라도 구제절차를 진행할 수 있다는 점에서 중요한 의의가 있다. 이러한 판단은 고용평등지침 제9조가 고용차별 금지 옹호단체 등의 소 제기 권한을 인정하기 때문에 가능했던 것으로 보인다. 한국의 국가인권위원회법은 제3자 진정을 허용하나 활용도가 낮은 편이고 남녀고용평등법은 당사자에 의한 신고, 소송 제기만 허용한다. 고용평등지침 제9조와 유럽사법재판소의 해석은 고용평등 옹호 단체, 연합의 당사자 적격을 인정하고 이들과의 협업을 통해 보다 실효성 있게 성소수자의 권리를 보호할 수 있도록 규정했다는 점에서 의의가 있다. 향후 고용평등 옹호 단

56) Belavusau, 앞의 글, 1005-1006.

57) Belavusau, 앞의 글, 1012.

체의 당사자적격을 인정하는 입법을 할 때 참고해야 할 지점이다.

마지막으로 이 판결은 성적지향을 이유로 한 차별적 괴롭힘과 직접차별이 어떻게 구분될 수 있는가라는 쟁점을 제기하였다. 이 판결은 왜 해당 사안이 고용평등지침가 금지하는 차별적 괴롭힘이 아닌 차별인지에 대한 상술을 하지 않았다는 점에서 한계로 지적받는다. 이에 대해 “인종차별적 또는 동성애 혐오적 따돌림을 고용된 상태에서 경험하지는 않았지만, 채용 주체와 관련된 어떤 사람의 발언로 인해 그들의 고용이 좌절되었다”는 점으로 인해 괴롭힘이 아닌 성소수자 차별로 인정된 것이라고 해석하였다. 고용되거나 채용 절차에 응시하지 않은 상태이기 때문에 차별적 괴롭힘보다는 채용 응시를 억제하는 차별로 구성하는 것이 적절하다는 평가가 있다.<sup>58)</sup>

#### 나. 성소수자에 대한 차별적 괴롭힘

대부분의 국가에서는 차별금지법의 차별적 괴롭힘 금지 조항이 성소수자에 대해서도 적용되는데, 뉴질랜드의 경우 성적지향이나 성별정체성 관련해서는 적용되지 않는다고 한다.<sup>59)</sup> 한국은 장애인차별금지법을 제외하고는 차별적인 괴롭힘을 명시적으로 금지하는 법률이 없어서 성소수자에 대한 차별적 괴롭힘 관련 규율의 사각지대가 존재한다.

미국의 판례는 의도적인 정서적 괴롭힘을 차별과는 별개의 행위로 인정하고 있다. 차별적 괴롭힘을 입증하기 위해서 원고는 이러한 행위의 근본적 요소들을 일응 입증(소명)해야 한다. 그런데 사용자가 의도적으로 혹은 인지하지 못한 채 가한 괴롭힘의 수준이 어느 정도인지에 대한 명확한 기준이 없이는 성소수자인 원고에 유리하게 소송이 진행되기 어렵다고 한다. 만약 가해진 괴롭힘이 근로자의 실제 혹은 추정된 성적지향 때문만으로 신고 된 경우, 법원은 차별적 괴롭힘을 인정하지 않는 경향을 보인다. 예를 들어, Moyer v. Gary 사건<sup>60)</sup>에서 뉴욕 남부 연방지방법원은, 원고를 레즈비언이라고 주장하며 그녀를 “fag(게이 남성을 지칭하는 비하적 표현)”라고 부른 상사에 대하여 고용주가 의도적으로 정서적 괴롭힘을 가했다는 원고의 주장을 기각했다. 법원은 이 발언이 정서적 괴롭힘에 해당할 만큼 터무니없는 행위는 아니며, 의도적 정서적 괴롭힘에 해당하기 위해서는 욕설, 모욕을 넘어서는 더 심한 행위가 필요하다고 판시했다. 이처럼 의도적 정서적 괴롭힘(Intentional Infliction of Emotional Distress)에 대한 법적 책임의 판단기준이 높아 이 법이 성소수자에 대한 차별적 괴롭힘을 효과적으로 규율하기는 어렵다고 평가된다.<sup>61)</sup>

아래의 Apple-Metro 사건은 성소수자에 대한 어떤 차별적인 언행에 고용기회평등위원회가 사용자의 법적 책임을 인정하는지 보여준다.

미국 고용기회평등위원회 EEOC v. Apple-Metro, Inc. and Hawthorne Apple, LLC, S.D.N.Y. No. 1:17-cv-04333 (2017. 6. 8. 진정 제기, 2018. 10. 25. 재판상 화해)<sup>62)</sup>

58) Belavusau, 앞의 글, 1012-1014.

59) Thomas & Weber, 앞의 글, 28. 또한 영국은 성별재지정 관련해서는 간접차별 조항을 적용하지 않는다고 한다.

60) Moyer v. Gary, 595 F. Supp. 738, 739 (S.D.N.Y. 1984).

61) Besl et al, 앞의 글, 323,

■ 사건개요:

고용기회평등위원회는 뉴욕시와 그 주변 교외에 있는 애플비 (Applebee's) 레스토랑을 운영하는 피고인들이 트랜스젠더 여성인 진정인을 적대적인 업무 환경에 처하게 했다고 진정을 제기하였다. 그녀가 성별정체성을 이유로 괴롭힘을 당하였고 고충을 제기한 데에 대한 보복 조치로 해고당하였다는 것이다. 직장 동료들은 그녀가 트랜스젠더임을 알게되자 즉시 “트랜스젠더”, “성기가 있는 병아리”, 케이틀린 제너 (Caitlyn Jenner)에 대한 언급인 “Caitlyn”이라고 부르며 매일 욕설을 퍼붓기 시작했다. 또한 신청인을 남성 대명사로 부르며 그녀의 이름 대신 다니엘이라고 부르고 신청인의 생식기에 대해 질문하였다. 신청인은 2011년 9월 15일부터 21일까지 수차례 이러한 언행을 목격한 관리자에게 괴롭힘을 당한다는 고충을 호소했고 바텐더도 진정인에 대한 처우에 대해 문제제기 하였다. 총지배인은 2011년 9월 25일 능력이 없다는 이유로 신청인을 해고했지만 신청인은 그전까지 업무성과에 대해 경고나 부정적인 의견을 받은 적은 없었다.

■ 쟁점: 직원들의 성소수자 대상 차별적 괴롭힘을 중지시키지 않은 사용자의 법적 책임

■ 판단내용: 재판상 화해로 종결되었다. 화해결정문에는 진정인에게 \$100,000를 제공할 것, 민권법 제7편에 반하는 차별 및 성별정체성 차별을 금지하는 반차별 정책을 게시하고 배포할 것, 해마다 성별 및 성별 정체성에 근거한 차별과 괴롭힘에 관하여 고용기회평등위원회에서 승인 받은 교육을 제공할 것 등이 포함되었다.

고용기회평등위원회는, 차별적 괴롭힘에는 성별정체성에 근거한 원치 않는 행동이 포함된다고 해석한다. 예컨대 *Lusardi v. Dep't of the Army* 결정에서 고용기회평등위원회는 트랜스젠더 직원이 선호하는 이름과 대명사의 우발적인 오용이 민권법 제7편 위반에 이를 정도는 아니라고 판단하면서도, 의도적으로 잘못된 이름과 대명사를 반복적으로 사용하면 차별적 괴롭힘이 될 수 있다고 설시하였다.<sup>62)</sup>

영국의 평등법도 성소수자임을 이유로 한 차별적 괴롭힘을 금지한다. 예컨대 *Ditton v C P Publishing Ltd* 사건에서 채용 면접 과정에서 진정인이 동성애임을 알게 된 동료들이 동성애 혐오발언을 하였고 진정인은 8일 근무 후 해고당하였다.<sup>64)</sup> 이 사건에서 고용심판소는 성적지

62) Fact Sheet: Notable EEOC Litigation Regarding Title VII & Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity <https://www.eeoc.gov/fact-sheet-notable-eeoc-litigation-regarding-title-vii-discrimination-based-sexual-orientation-and> (2021.12.1. 확인)

63) Protections Against Employment Discrimination Based on Sexual Orientation or Gender Identity, <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/protections-against-employment-discrimination-based-sexual-orientation-or-gender> (2021.11.25. 확인)

64) *Ditton v CP Publishing Ltd* S/107918/05, Employment Tribunal Glasgow (2007).

향을 이유로 한 직접차별과 괴롭힘(“명백한 악의와 경멸”)을 인정하였고 정신적 피해에 대한 £ 10,000의 손해배상, 해고 기간 동안의 소급임금 등을 명하였다. 또한 해당 사용자가 진정한 고충 제기에 아무런 조치를 취하지 않았기 때문에 배상 금액이 가산되었다.

성적지향 외에도 성별재지정 관련한 괴롭힘도 인정된 사례들이 있다. 여성으로 성별을 정정한 직원에 대하여 남성형 호칭으로 부르고, 여성형 호칭으로 불러달라는 요청에도 불구하고 그러한 언행을 계속하였으며, 성별재지정에 대한 혐오를 드러내는 발언을 동료들이 계속적으로 한 사례이다.<sup>65)</sup> 이 사건에서 고용심판소는 사용자 대위책임을 인정하여 £ 25,000의 위자료 및 소급 임금 지급, 정해진 기한까지 성별재지정 관련 정책의 도입, 성평등 관련 직원 교육 내용에 성별정체성 차별 관련 내용을 포함할 것 등을 명령하였다.

아래 Lisboa v Realpubs Ltd 사건은 영국 고용심판소 결정례로 게이 펍으로서의 성격을 제거하기 위한 조치들이 성소수자인 직원에게는 차별이 될 수 있음을 인정한 사례라는 점에서 의의가 있다.

영국 고용심판소 Lisboa v Realpubs Ltd & Ors, UKEAT/0224/10/RN (2011)

■ 사건개요: 기존에 게이 펍 이미지가 강했던 곳을 리브랜딩 하는 과정에서 사용자가 “이곳은 게이 펍이 아닙니다”와 같은 사인 보드를 놓는 등의 시도를 하던 사업장이었다. 해당 펍이 게이 고객에게 덜 친화적인 곳으로 만드는 정책에 순응하도록 압력을 받던 성소수자 직원이 사직한 후 자신의 사직이 성소수자 차별로 인한 의제해고라고 주장한 사건이었다.

■ 쟁점: 게이 고객에게 덜 친화적인 곳으로 만드는 정책에 순응하도록 요구하는 사내 정책이 차별인가

■ 판단내용: 고용심판소는 해당 사용자가 게이 고객에게 덜 친화적인 펍을 만들기 위해 구체적으로 무엇을 행하지 않았고, 사용자의 모욕적인 발언 때문이 아니라 해당 사업장이 동성애자에 적대적인 조직이라는 오해 때문에 성소수자 직원이 사직한 것이라고 판단하였다. 그러나 고용항소심판소는 의제해고를 인정하면서, 레스토랑을 재오픈하는 과정에서 성소수자인 단골고객들이 덜 우호적으로 대우받지 않았는지 검토하지 않은 점을 지적하였다. 단지 펍의 성격을 바꾸려는 사업전략이 합법적이라는 판단에 멈춰서는 안 되며 성소수자 고객들이 명백하게 덜 우호적인 대우를 받았고 이러한 변화가 진정한 사직으로 이어졌음을 고려해야 했다고 판시하였다.

#### 다. 차별의 정당화 사유

65) Miss A de Souza E Souza v Primark Stores Ltd: 2206063/2017.

성소수자 차별의 정당화 사유 관련하여 대부분의 국가에 신념에 근거한 예외가 존재하는데, 종교적 성격의 기관에서는 신념이나 회원자격 등에 의한 차별이 진정직업자격으로 정당화될 수 있다(모스크나 종교인 양성 교육기관에서의 자격 요건 사례 등). 캐나다에서는 이러한 경우를 종교 집단에 대한 합리적 수용(duty to accommodate) 개념으로 해석하여 예외적 정당화 사유로 인정한다. 유럽인권재판소는 종교기관 또는 종교적 맥락을 제외하고는 성소수자에 대한 차별의 정당화 사유가 인정될 수 없다고 판시하였다(관련하여 본 보고서 제14장 참조).<sup>66)</sup> 고객의 선호가 성소수자 차별의 정당화 사유가 될 수 있는지에 관해, 미국 연방대법원과 고용 기회평등위원회는 민권법 제7편에서 금지하는 차별인 경우 고객의 선호를 정당화 사유로 인정하지 않기 때문에 성소수자에 대한 고객의 선호 여부도 마찬가지로 허용되지 않는다고 해석된다. 성적지향을 이유로 교사를 해고하고 자격을 정지한 것이 위법 무효하다고 판결한 *Weaver v. Nebo School District* 사건<sup>67)</sup>이나 트랜스젠더 직원의 복장이 고객에게 혼란을 준다는 이유로 불리한 처우를 한 *Broussard & EEOC v. First Tower Loan LLC*<sup>68)</sup> 사건에서 보듯, 성소수자 고용차별 사건에서도 고객의 선호만을 이유로 사용자측 항변이 인정되기 어려울 것이다.

한편, 특정 성적지향이 직무수행에 필수적인 경우를 고려할 수 있다. 영국 인권위원회의 안내 자료에서는 특정 성적지향이 해당 직무 수행에 필수적인 경우로서, 성소수자 청소년 지원 상담 활동가를 채용하려는 경우 성소수자를 채용 요건으로 하는 것이 정당화될 수 있다고 설명한다.<sup>69)</sup>

#### 라. 연계차별과 오인차별

국가에 따라 차별금지 관련 법에서 연계차별(discrimination by association)뿐만 아니라 오인차별(discrimination by perception)에 대한 보호를 포함한다(예: 영국의 2010년 평등법).<sup>70)</sup> 이러한 조항은 오해, 낙인, 혐오로 인해 차별을 자주 경험하는 성소수자에게 중요한 보호를 제공한다.<sup>71)</sup> 예컨대 영국 항소법원의 *English v Thomas Sanderson Ltd* 판결<sup>72)</sup>에서 진정인은 게이가 아니었고 동료들도 그렇게 인식하지 않았으나 사업장 내 만연한 동성애혐오적인 발언들에 대해 차별적 괴롭힘 구제신청을 하여 인용된 바 있다.

캐나다도 오인차별을 금지하는 국가인데, 차별적이거나 괴롭히는 행동의 대상이 실제로 열거된 대상 그룹의 구성원일 필요는 없다고 해석한다. 소송 당사자에게 차별적이거나 괴롭힘의 표적이 되는 그룹의 구성원임을 입증하도록 요구하는 것은 부적절하기 때문이다. 인권법은 구제를 목적으로 하는 법률이며 피해자가 실제로 대상 그룹의 구성원인지 여부에 관계없이 괴롭힘으로 인한 피해는 동일하다고 본다.<sup>73)</sup>

66) Thomas & Weber, 앞의 글, 29.

67) *Weaver v. Nebo School District* 29 F. Supp. 2d 1279 (D. Utah 1998).

68) *Broussard & EEOC v. First Tower Loan LLC*, ED La., Civ. No. 2:15-cv-01161 (2017).

69) Sexual Orientation Discrimination, Equality and Human Rights Commission, <https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/sexual-orientation-discrimination#lawful> (2021.12.1. 확인)

70) 연계차별은 자폐증이 있는 자녀를 둔 학생에게 졸업식 참여 관련 안내를 하지 않는 경우처럼 가까운 사람의 장애, 성적지향 등을 이유로 누군가를 차별하는 경우를 뜻한다. 오인차별은 대상자가 성소수자인지 여부와 무관하게 성소수자라고 인식하여 차별하는 경우를 뜻한다.

71) Thomas & Weber, 앞의 글, 28.

72) *English v Sanderson Blinds Ltd* [2008] EWCA Civ 1421.

73) James G. Knight and Brian P. MacDonald, *Halsbury's Laws of Canada: Labour*, LexisNexis (2020), 372.

미국의 고용기회평등위원회 역시 사용자가 노동자의 성적지향이나 성별정체성을 몰랐음이 분명하다 하더라도 성별 고정관념에 부합하지 않는 언행, 복장 등을 이유로 불리하게 대우하면 안 된다고 해석한다.<sup>74)</sup>

## 5. 결론

고용 영역에서의 성소수자 차별 금지 입법은 유럽과 북아메리카, 라틴아메리카를 중심으로 도입되는 추세이고 동아시아 지역은 대만을 제외하고는 입법이 되지 않는 경향을 보인다. 한편, 일본은 한국과 유사하게 성소수자 차별을 명시적으로 금지하는 법률이 부재한 상황이나 고용 영역 관련해서는 공정채용 가이드나 직장 괴롭힘 방지 지침 등에 성적지향 관련 내용을 포함시키는 연성법(soft law) 방식의 접근을 취하고 있다. 고용 차별 관련 정부 정책(인권위 제외)에서 성소수자 관련 내용이 전무한 한국의 상황에서 참고할 필요가 있는 접근법이다.

외국의 사례를 보았을 때 성소수자에 대한 고용차별을 금지하는 개별 법률이 없는 경우 두 가지 방향에서의 접근이 가능하다. 공공부문 노동자에 대해서는 헌법상 평등권 침해를 주장하여 국가, 지자체, 공공기관의 고용 상 처분의 효력을 다투는 것이고, 민간기업 노동자에 대해서는 남녀고용평등법이나 근로기준법의 차별금지 조항에서 ‘남녀’ 차별금지에 성적지향, 성별정체성을 이유로 한 차별금지가 포섭된다고 주장하는 것이다. 공무원이나 공공부문 노동자가 성소수자임을 이유로 고용이나 근로조건, 사회보험 관련 차별을 당할 경우 헌법상 평등권 침해를 주장하는 방안을 고려할 필요가 있다. 미국은 헌법 상 평등보호 조항 및 고용기회평등위원회의 해석에 근거하여 연방정부 소속 노동자에 대해서는 Bostock 판결 이전에도 고용차별금지법이 적용된다는 대통령령을 적용하여 왔다. 차별금지법 제정 이전이라 하더라도 정부 부처나 공공기관에 성소수자에 대한 차별 금지를 명시할 가능성을 보여주는 사례이다. 또한 국가, 지자체, 공공기관의 관련 규칙, 인권(경영) 관련 지침 등에 성소수자 차별금지 관련 조항의 포함 여부에 대한 현황을 파악하고 개선할 필요성도 확인할 수 있다.

민간기업 노동자 관련해서는 국가인권위원회법을 제외하고는 성소수자 차별을 금지하는 법률이 없는 상황이다. 이와 관련하여 기존의 성차별금지법에서의 ‘성별’에 성별재지정이나 트랜스젠더가 포함된다고 해석한 EU의 판례 법리나, 미국의 Bostock 판결에서 민권법 제7편의 “성별”에 성적지향도 포함된다고 한 해석 등을 참고할 필요가 있다. 그런데 외국의 고용성차별금지법이 “성별 등을 이유로 한 차별을 금지”한다고 규정하는 것과 달리 한국의 남녀고용평등법은 “‘차별’이란 사업주가 근로자에게 성별 … 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치를 하는 경우를 말한다.”(제2조 제1호)고 정의한 후, 실제로 모집채용 등 고용차별을 금지하는 조항에서는 “남녀를 차별하여서는 아니 된다.”(제7조 등)는 표현을 사용하는 점 때문에 문언상의 차이를 이유로 한 해석상 논쟁이 더 클 것으로 예상된다. 그러나 “성(sex)”이 아닌 “남녀”라는 표현이라고 해서 성소수자를 포섭할 수 없다고 단정할 사안인지는 검토가 필요하다.

민간기업 관련해서 참고할 수 있는 사례로는 일본이 있는데, 성소수자 차별을 금지하는 개별 법률이 부재하다는 점에서 한국과 비슷하나 행정지침을 통해 괴롭힘, 채용 등 관련하여 차별

---

74) Fact Sheet: Notable EEOC Litigation Regarding Title VII & Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, U.S. Equal Employment Opportunity Commission, <https://www.eeoc.gov/fact-sheet-notable-eeoc-litigation-regarding-title-vii-discrimination-based-sexual-orientation-and> (2021. 12. 5. 확인).

하지 않도록 기업을 지도하고 있다. 시정지도나 과태료 부과 방식이 아니기에 한국에서 현재도 충분히 시행할 수 있는 정책이다.

성소수자에 대해서는 명시적으로 차별하겠다는 의사를 드러내는 사용자나 동료들이 많은 것이 현실이다. 이로 인해 성소수자를 채용하지 않겠다는 발언만으로 채용차별이 성립할 수 있는지가 유럽을 중심으로 중요하게 다뤄졌다.<sup>75)</sup> 유럽은 고용 결정에 영향을 미칠 수 있는 자가 한 발언일 경우라면 지원할 수도 있었던 성소수자의 응시를 포기시키는 효과가 예상되기 때문에 채용차별로 볼 수 있다는 판례를 확립하였다. 아직 채용 절차가 개시되지 않은 상황이기 때문에 실제 채용 응시자가 소송이나 진정을 제기하기 어려울 수밖에 없다. 이러한 문제점을 고용차별 소송이나 진정의 당사자적격을 입법과 해석론으로 확대함으로써 해결한 것도 유럽 사례의 중요한 지점이다.

성소수자에 대한 혐오발언이 사회적 이슈인 것처럼 직장 내에서의 차별적 괴롭힘도 중요한 이슈이고 유럽, 미국, 캐나다 등에 관련 결정례가 축적되어 있다. 차별적 괴롭힘 사건에서는 이를 예방, 사후조치 하지 않은 사용자에 대한 법적 책임이 중요한 쟁점인데, 성소수자에게 적대적 근무환경이 조성되었다고 보는 기준을 어떻게 설정하는지에 따라 판단결과가 달라질 수 있다. 외국의 사례들은 어떠한 언행이 성소수자에 대한 차별적 괴롭힘으로 인정되고, 어떠한 구제명령을 내릴 수 있는지 보여준다. 한국의 국가인권위법은 차별적 괴롭힘 관련 규정이 없어서 성소수자는 근로기준법 상 괴롭힘 금지조항을 제외하고는 차별적 괴롭힘으로부터 보호받을 법적 근거가 부족한 상황으로 개선이 필요하다.

현재 한국의 국가인권위법 및 남녀고용평등법 등 노동법의 차별금지조항은 사용자만을 수급대상으로 하는데, 외국의 차별금지법은 노동조합, 직업소개소 등도 포괄한다. 성소수자에 대한 괴롭힘 및 차별은 직장 동료 등이 행하는 경우가 많기 때문에 수급대상을 확대하는 입법이 필요하다.

---

75) 미국은 채용에 실제로 지원하여 탈락하지 않으면 채용차별이 성립할 수 없다는 판례이다.



□ 참고문헌

- 김영진, “성소수자의 성적지향에 따른 고용차별: 미국 연방대법원 Bostock v. Clayton County 판결의 평석을 중심으로”, 외법논집 제45권 제1호 (2021).
- 김지혜·구미영·김정혜·김지림·류다솔·류민희·박한희·송지은·신유정·전수윤·조혜인, 성소수자 차별 관련 해외 입법동향 및 사례연구, 국가인권위 (2021).
- 다움, 2021년 청년 성소수자 사회적 욕구 및 실태 조사 결과보고서 (2021).
- 이나경·최홍배, “일본 LGBT에 관한 노동 문제와 법 정책 과제”, 노동법논총, vol.50 (2020).
- 홍성수·강민형·김승섭·박한희·이승현·이혜민·이호림, 트랜스젠더 혐오차별 실태조사, 국가인권위, 2020.
- Amy Raub et al, “Protections of Equal Rights across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions”, Yale Journal of Law & Feminism, Vol. 28, Iss. 1 (2017).
- Barbara T. Lindemann et al, Employment Discrimination Law, ABA Section of Labor and Employment Law (2012).
- Constance Thomas and Catherine Weber, Information Paper on Protection against Sexual Orientation, Gender Identity and Expression and Sexual Characteristics (SOGIESC) Discrimination, ILO International Labour Standards Department (2019).
- International Commission of Jurists, Sexual Orientation, Gender Identity and Justice: A Comparative Law Casebook (2011).
- James G. Knight and Brian P. MacDonald, Halsbury's Laws of Canada: Labour, LexisNexis (2020).
- Office of Personnel Management, Addressing Sexual Orientation and Gender Identity Discrimination in Federal Civilian Employment: A Guide to Employment Rights, Protections, and Responsibilities (2015).
- Uladzislau Belavusau, “The NH Case: On the 'Wings of Words' in EU Anti-discrimination Law”, European Papers, Vol. 5, No. 2 (2020).
- William Besl, Larissa Johnson, James Rouchard and Sonja Swanbeck, “Employment Discrimination Against LGBT Persons”, The Georgetown Journal of Gender and The Law, Vol. 21 (2020).