

SA 9.1.9

국고통

국가인권위원회법의 「차별」판단을 위한 지침

2002

차별연구모임

국가인권위원회법의 「차별」판단을 위한 지침

연구자 (가나다 순)

- 김화숙 (국가인권위원회 차별조사 1과)
- 배용호 (장애인편의시설촉진시민연대)
- 백미순 (국가인권위원회 인권침해조사 1과)
- 이성진 (국가인권위원회 법제개선담당관실)
- 이숙진 (인천발전연구원)
- 정경아 (이화여대 여성학과 대학원)
- 정금나 (미국 매사추세츠대학 공공정책학과 대학원)
- 조순경 (이화여대 여성학과)
- 한승희 (이화여대 아시아여성학센터)

2002

차별연구모임

발 간 사

인권과 평화에 대한 인간의 염원은 인류사의 길이 만큼 커지고 있다고 믿는다. 2001년 5월 24일부터 우리도 국가인권위원회법을 갖게 되었다. 본 자료를 내게 된 차별연구모임은 국가인권위원회법의 존재와 그 깨를 같이 한다. 몇몇 연구자와 활동가들은 국가인권위원회법이 조사와 구제의 대상으로 제시한 18개 영역의 평등권 침해의 차별행위의 판단을 위한 지침의 필요성을 절감하고 차별연구모임을 구성하여 본 연구를 시작하였다. 그것은 우리사회의 뿌리 깊은 차별구조에 눌러 저항하지 못하는 소수자들이 보내는 도움의 손짓에 답하고자 하는 열정이었다.

18개 주제의 차별문제 중에는 우리사회에서는 아직 충분한 담론 형성되지 못한 주제들이 있어 사회적 합의를 끌어낼 수 있도록 개념화하고 이에 대한 각각의 지침을 만들어 보고자 했던 계획부터가 본 연구모임에게는 힘에 겨운 과제였다. 심수 차례의 워크샵을 통해 사회적 신분, 출신지역, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과 등 몇몇 주제는 그 연구를 뒤로 미루고 우선 정리되어진 성별, 장애, 나이, 인종, 피부색, 출신민족, 출신국가, 임신 또는 출산, 가족상황, 성적지향 등에 대한 연구 결과물을 출간하기로 하였다.

차별연구모임에서 지침을 마련을 위한 연구 원칙은 다음과 같다. 우선 차별을 받는 개인, 집단이 어떤 시선과 조건 속에서 살아가고 있고, 무슨 생각을 하고 있는지 차별 받는 개인, 집단의 눈으로 차별의 문제를 바라보고자 했다. 현장에서의 귀기울임은 많은 것을 배울 수 있게 했고, 이어서 수 차례 진행된 토론회는 각자의 견해를 고집하지 않고 많은 것들을 수정할 수 있는 밑바탕이 되었다.

이번 연구의 큰 줄기는 국내법과의 관계를 고려하면서 그 방향과 내용은 국제인권법에서 찾고자 노력하였다. 그리고 그 토론의 결과물을 각 주제의 지침에 녹아내리는 작업으로 이어졌다. 연구모임의 토론과정에서 차별행위를 둘러싸고 좀 더 명확해져야 할 부분과 국가인권위원회법에 미처 담아내지 못한 개념들에 대한 논의도 있었다. 그 아쉬움은 다음으로 이어질 연구작업으로 넘기고자 한다.

본 연구 결과가 널리 활용되어 차별문제에 대한 감수성을 넓이고, 차별 받는 이들의 구제활동에 쓰일 수 있다면 좋은 일이다.

끝으로 본 연구를 위한 토론 모임에 함께 참여하였던 김선민님, 김엘림님, 임순영님, 이호영님과 이 연구를 수행할 수 있도록 도움을 주신 국가인권위원회 설립준비기획단에 감사드립니다.

2002. 8.

차 별 연 구 모 임
정 강 자

목 차

제1장. 차별의 이해	1
제2장. 성별을 이유로 한 차별	21
제3장. 장애를 이유로 한 차별	43
제4장. 나이를 이유로 한 차별	67
제5장. 인종, 피부색, 출신 민족, 출신 국가를 이유로 한 차별	83
제6장. 용모 등 신체 조건을 이유로 한 차별	105
제7장. 혼인 여부를 이유로 한 차별	123
제8장. 임신 또는 출산을 이유로 한 차별	147
제9장. 가족 상황을 이유로 한 차별	169
제10장. 성적 지향을 이유로 한 차별	187

제1장. 차별의 이해

인권은 그가 인간이라는 단순한 이유만으로 주어진, 모든 인간들에 내재한 권리를 의미한다. 즉 인권은 국가나 어느 인간 또는 단체에 의해 '주어지는' 것이 아니며, 인간으로 태어났다는 사실만으로 평등하게 대우받을 권리를 가지게 되는 것이다. 이러한 맥락에서 세계인권선언은 자유, 정치적 권리뿐만 아니라 경제, 사회, 문화적 권리를 인간의 보편적 권리로 인정하고 있다. 국가인권위원회법에 의하면 평등권 침해의 차별행위를 인권 침해로 규정하고 있다.)

- 1) 국가인권위원회법 제30조 (위원회의 조사대상) ①다음 각호의 1의 경우에 인권을 침해당한 사람(이하 "피해자"라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다.
1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구급·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우
 2. 법인, 단체 또는 사인(私人)에 의하여 평등권침해의 차별행위를 당한 경우
- ②평등권침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)을 이유로 한 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 다른 법률에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외한 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다.
1. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
 2. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
 3. 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

여기서 '차별' 없는 상태로서의 '평등'이란, 인간으로서 보장받을 존엄과 가치의 권리를 성이나 인종 등 그 개인의 태생적, 사회적 성격을 이유로 침해받지 않음을 의미하며, 인간들 사이에 존재하는 다양한 차이들을 위계화하거나 서열화하지 않는 상태를 의미한다.

모든 차별은 인간들 사이의 다름을 서열화하고 위계화하는 데에서 시작한다. 여기서 개인들간의 '다름'을 서열화하는 기준은 대부분의 경우 권력관계에 있어서 중심적인 위치에 있는 집단에 의해, 그들의 이해와 관점에 의해 정해지게 된다. 비장애인 중심의 가부장제 사회에서 '능력'의 판단 기준이 비장애인, 남성적 속성을 띤 능력 요소들로 구성되는 것이 그러한 예이다.

이러한 위계화된 질서에서 소외되고, 배제되고, 그 존재가 인정받지 못하는 집단은 열등한 존재로 보호와 통제의 대상이 된다. 그리고 그러한 통제 동기와의 도를 은폐하기 위해 필요한 것이 그들에 대한 편견과 고정관념이다. 이러한 편견과 고정관념, 그리고 무지에 의해 권력의 주변부에 위치한 사회적 소수자들은 그들이 태생적, 또는 후천적으로 획득한 속성을 이유로 구별되고, 배제되고, 제한을 받게 된다.²⁾

I. 차별에 대한 법적 규제의 배경³⁾

제2차 세계대전 이후 지금에 이르기까지 세계 각국은 인간의 태생적, 후천적 특성을 이유로 하여 분리하고, 구별하고, 배제하고, 제한하여 그에게 불이익을 주는 행위에 대해 법 제도적 장치를 통해 규제하려 해 왔다.

2) 조순경, "차이의 신화와 차별의 현실" 한국인권재단주최, 제주인권학술회의, 한국인권의 현황과 과제, 기초발제 논문 (한국인권재단, 2002).

3) 이하 차별에 대한 법적 규제의 배경이나 위법한 차별의 의미 등에 관한 보다 상세한 내용은 조순경, 위의 글 참조.

2 국가인권위원회법의 '차별' 판단 지침

역설적이게도 자유방임국가의 대표로 알려진 미국이 그러한 차별 금지 정책을 마련하는데 가장 선도적인 역할을 해 왔다. 의도적이고 직접적인 차별의 한계를 인정하고 새롭게 확대한 차별 개념, 그 개념에 기반하여 실질적인 평등을 이루고자 하는 다양한 제도적 장치들. 미국의 법원에서 만들어진 반차별 금지 법안 및 판례, 그리고 제도들은 영국, 호주, 캐나다, 네덜란드, 스웨덴 세계 각국의 차별 금지 정책의 이론적 기초가 되고 정책적 모델이 되어 왔다. 우리나라의 남녀고용평등법, 남녀차별금지및구제에관한법률, 그리고 국가인권위원회법에 담겨진 차별 금지 조항들 또한 이러한 전 세계적으로 받아들이고 있는 반차별법 모델을 상당 부분 수용한 것이다.

각 사회의 반차별 법과 제도적 장치들은 그 사회에서 추구하는 이념적 전통, 역사적 배경, 지배적인 차별 유형, 그리고 시민운동의 성격에 따라 매우 다른 방식으로 만들어져 왔다. 자유주의적 개인주의 전통, 노예제도와 인종차별의 문제를 안고 있던 미국의 경우 차별 금지는 개인을 그가 속한 집단과 분리함으로써 그의 권리를 보장하는 방식으로 추구해 왔으며, 대규모적으로 조직적 저항이 가능했던 인종 차별 반대 운동과 여성운동의 영향으로 인종과 성에 의한 차별 금지 방안 중심으로 정책이 만들어져 왔다. 그리고 이러한 모델은 지금 하나의 국제적 기준으로 자리잡아 가고 있다.

이 모델에서 가장 일반적으로 받아들여지는 차별에 대한 정의는 사회적 소수자 개인을 그가 속한 집단과 동일시하여 그 집단이 가진 속성을 가졌다고 보고, 그 개인을 불리하게 구분하고, 배제하고, 제한하는 것이다. 장애인은 이동성이 떨어지는 집단이라고 규정하고, 지체 장애인 개인을 그러한 속성을 가졌을 것이라고 판단하여, 일정 속도를 요구하는 업무에서 그를 배제할 경우 차별이라고 규정하는 것이다.

차별에 대한 이러한 접근은 개인의 권리 보장을 추구한다는 점에서 긍정적이나,

그 개인이 속한 집단에 대한 편견, 그리고 차이의 서열화와 위계화에 균열을 가져올 수 없다는 점에서 한계를 가지고 있다. 이러한 차별 금지 모델에서 장애인 은 여전히 이동성이 떨어지는 집단으로 간주되며, 빠른 속도는 느린 속도에 비해, 높은 이동성은 낮은 이동성에 비해 우월한 것이라는 통념은 변하지 않는다. 이러한 방식으로 차이의 서열화가 재생산된다면 장애인은 비장애인에 비해 열등한 존재라는 편견은 지속될 수밖에 없다. 여전히 정상의 규범과 기준은 비장애인 중심이기 때문이다.

시장의 자원배분 기능과 자율적 조정 기능에 대한 믿음을 전제로 하는 신고전주의 학파에 의하면 차별의 해소도 시장경쟁을 통해 이루어질 수 있다고 본다. 이 모델에 의하면 기업이 경쟁 시장에 놓여 있는 한, 기업 생존을 위해 이윤 극대화를 추구해야 한다고 본다. 능력(인적 자본 등)에 의하지 아니하고, 성, 인종 등 생래적 조건에 의해 차별을 한다면 그 차별을 하는 기업의 이윤은 차별을 하지 않는 경쟁 기업에 비해 상대적으로 낮아질 것이며, 결국은 시장에서 도태할 수 밖에 없다는 것이다.⁴⁾ 그러나 이러한 논리는 경험적으로 타당하지 않음이 여러 나라들의 역사적 경험에서 확인된다. 시장원리를 그 어느 나라보다 강조하는 미국은 지난 30년동안 세계에서 가장 강력한 차별 금지 정책을 실시해 오고 있다. 이는 시장의 자율적 조정을 통한 자원의 효율적 배분은 경쟁의 공정성을 통해서만 가능하며, 그를 위해 국가의 강력한 정책적 개입이 필요하다는 사실을 알려준다.

편견의 제거와 차별의 해소는 경제적 효율성의 문제를 넘어서, 인간의 양도할 수 없는 권리 확보라는 차원에서, 그리고 참여 민주주의의 확대라는 차원에서 우리 사회가 해결해야 할 과제이다.

4) 그러나 현실적으로 (1) 개인의 능력이나 생산성에 대한 객관적 측정이 불가능한 경우 차별은 이윤 극대화와 완전히 일치할 수도 있으며, (2) 노동자나 고객에 의한 차별 성향이 존재하는 한 경쟁력과 무관하게 노동시장에는 차별이 존재할 수 있으며, 그리고 (3) 기업이 일차적 목표는 이윤 극대화보다는 매출 극대화, 또는 주가 극대화에 있을 수 있다.

세계적으로 각 나라들에서의 차별에 대한 규제에 있어서 주목할 만한 사실은 첫째, 위법한 차별 개념을 확대해 오고 있다는 점, 둘째, 법적으로 금지하는 차별의 영역과 대상을 넓혀오고 있다는 점, 그리고 셋째, 차별 발생 이후의 금지를 넘어서 교육 등과 같은 차별 예방 조치에 점차 많은 정책적 관심을 기울이고 있다는 점이다. 현재 캐나다, 호주, 미국, 영국 및 유럽연합 국가들에서 규정하고 있는 위법한 차별의 의미는 공통적으로 다음과 같은 내용을 담고 있다.⁵⁾

II. 위법한 차별의 의미

모든 언어와 개념이 사회적 구성물이듯, '차별' 개념도 사회역사적 상황의 변화에 따라 그 의미가 새롭게 구성되어 왔다. 특히 차별을 판단할 수 있는 구체적 기준이 마련되어 있지 않은 법령들에 포함된 차별개념은 '불확정 개념'으로서, 해석과 판례에 따라 그 구체적 의미가 규정되어 왔다. 예를 들어 가시적이고 직접적인 형태의 차별이 지배적인 사회적 상황에서 의미하는 차별은 직접적인 형태로 존재하는, 명백하게 판단이 가능할 정도의 가시적 차별로 해석되는 경향이 강하다.

차별에 대한 법적 체제가 가해지기 시작한 초기 단계에서 차별은 직접적이고 가시적이고 의도적으로 특정 개인이나 집단을 불리하게 대우(disparate treatment)한 경우를 의미했다. 그러나 현재 유엔을 비롯하여 미국, 호주, 캐나다, 영국, 네덜란드, 폴란드, 덴마크, 스웨덴 등 서구 각국에서의 금지하는 차별은 이러한 직접차별과 간접차별, 그리고 폭력(harassment)을 의미한다. 또한 과거 차별의 결과로 형성된 현재의 정치, 사회, 문화, 경제적 구조를 개선하기 위

5) 우리나라의 국가인권위원회법의 경우 위법한 차별의 의미를 구체화하고 있지 않으나 이러한 세계 각 나라들에서 규정하는 차별의 내용에서 크게 벗어나지 않으리라고 판단된다.

해, 과거의 차별이 현재에 영향을 미치지 않을 때까지 취하는 한시적인 적극적 차별 수정조치는 차별로 보지 않는다.

1. 직접 차별

직접차별은 합리적 이유없이, 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 직접 차별이 된다. 초기에는 이처럼 차별의 직접적 의도성을 차별 판단의 주요한 기준으로 삼았으나, 점차 그 의도성과 상관없이 차별을 판단하고 있다. 예를 들어 호주에서는, 만약 집 주인이 장애인이라는 것을 이유로 임대를 거부한 것이 아니라, 자신의 집이 장애인에게 불편할 것이라 판단하여 임대를 거부하였다더라도, 즉 차별 의도가 없는데, 선의에 의한 행동이라 할지라도 소수자 당사자의 의사에 반하여 직접적으로 장애를 이유로 임대를 거부하였다면 직접 차별로 간주한다.

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 차별 개념과 판단 기준이 만들어 졌다. '간접 차별'이 그 대표적인 예이다.

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 것인가

가에 관한 논쟁이 일어나기 시작했으며, 간접적인 차별을 규제할 수 있는 방향으로 법이 개정되었다. 이같이 개정된 법에서 차별의 개념을 확대하여 정의한 것은 우리 사회에서 성차별이 보다 비가시적이고 체계적인 방식으로 이루어지고 있음을 반영하는 것이다.

2. 간접 차별

직접 차별이 합리적 이유 없이 개인이나 집단이 가지고 있는 속성을 이유로 그 개인이나 집단에 대해 불이익한 대우(disparate treatment)를 하는 것을 의미한다면, 간접 차별은 중립적인 기준을 적용하였으나, 그러한 중립적 기준이 특정 소수자 집단에게 불이익한 결과(disparate impact)를 야기하는 경우를 차별로 보는 개념이다⁶⁾

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 예방을 위해 고용주나 시설 및 서비스 제공자는 특정한 기준이나 행위가 소수자 집단에게 현저하게 불리한 영향이 미치지 않도록, 합리적인 편의(reasonable accommodation)를 제공함으로써 특정한 기준이 차별적 영향을 미치지 않도록 하여야 한다. 대표적으로 건물이나 기타 시설 등에 장애인에 대한 편의시설을 제공함으로써 장애인들이 '감당할 수 없는 어려움(undue hardship)'으로 인해 교육이나 주거, 교통 수단 등의 이용에서 배제되거나 제한받지 않도록 하게 하는 것이다.

각국 법원에서 '차별'에 대한 해석을 끊임없이 새롭게 확대해 오고 있는 것은

6) 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.

이처럼 기존의 차별 개념의 한계를 분석하고 그 한계를 넘어서고자 하기 때문이다. 고용상의 성차별을 가장 강력하게 규제하고 있는 미국의 경우도 초기에는 차별의 개념을 직접적이고 의도적인 차별만을 규제하다가 점차 간접적이고 의도하지 않은 차별에 대해서도 금지하는 방향으로 차별 개념을 확대 적용해 오고 있다.⁷⁾

1971년 미국의 대법원은 사용자의 의도가 없었다 하더라도 중립적인 고용상의 기준이 특정한 집단에게 불리한 영향을 미치는 결과를 가져온다면 이는 차별이라고 판시하고 있다. 당시 그릭스(Griggs)라는 흑인 노동자는 듀크 전력(Duke Power)이라는 회사가 공민권법 제 7조(Title VII of the Civil Rights Act)를 위반하였다 하여 소송을 하였다. 듀크 전력은 직원 채용과정에서 자격요건으로 직무 수행에 필요하지 않은 학력(고졸)과 일정 수준 이상의 IQ를 요구하였다. 대법원은 듀크 전력이 요구한 자격조건인 학력이나 IQ 점수가 중립적인(neutral) 기준이라 할지라도 그러한 기준이 특정한 집단에게 불리한 결과를 가져오고, 동시에 그러한 기준에 의해 선별되는 자격 조건이 직무수행상 반드시 필요한 것이 아니라면 그러한 '차별'을 요구하는 것은 고용차별이라고 판시한 것이다.⁸⁾ 이러한 대법원의 판례는 공민권법 제 7조에서 규정하는 '차별'에 대한 해석을 '의도한 차별' 뿐 아니라 '의도하지 않은 차별'까지도 확장하는 데에 결정적인 영향을 미쳤다.

여기서 '불평등 효과'는 어떠한 특별한 규칙이나 기준, 관행이 특정 집단에 대하여 불리한 영향(adverse impact)을 미치는 것으로 인해 발생하는 차별을 의미한다. 즉 인종 중립적인 요건인 학력을 요구하였다 하더라도 역사적으로 흑인은 백인보다 교육기회가 적었다는 사실을 통계적으로도 확인할 수 있기 때문에 그러한 기준을 적용하였을 때 흑인 지원자 개인에게 불리할 수밖에 없고, 따라서

7) EEOC, Theories of Discrimination, U.S. Equal Employment Opportunity Commission (U.S. EEOC, 1995).

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

8 국가인권위원회법의 「차별」 판단 지침

그 기준은 흑인 개인을 고용과정에서 체계적으로 배제하게 된다고 보는 것이다.⁹⁾

이처럼 의형상으로 중립적으로 보이는 기준이나 절차, 테스트라 할지라도, 그것이 이전의 차별적 고용 관행이 결과했던 상태를 유지시킨다면 허용되어서는 안 되는 것이다. 예를 들어, 채용, 승진, 퇴직, 해고 상의 기준이 직접적으로 성이나 인종, 연령, 성적 성향을 매개로 하지 않기 때문에 차별 의도성을 성차별 피해자가 입증하지 않더라도, 그러한 기준의 적용으로 인해 두 집단간에 매우 불균등한 결과가 나타났다면, 통계적인 불균형 자체만으로도 차별 혐의가 있다고 판단한다.

간접차별 개념에 따르면, 중립적 고용관행이나 기준이 어떤 집단에게 불평등한 효과를 가져온다는 것을 입증하는 방법으로 주로 사용되는 것이 통계적 증거이다. 고용상의 성차별을 판단하는 데 있어서 이러한 통계적 방법이 갖는 중요한 점은 만일 전체 인구의 성비와 표본 인구의 성비 사이에 현저한 차이가 난다면 이는 고용 과정이 왜곡되었다는 것 즉, 고용 과정에서 성적 편견이나 차별이 개입되었다는 것을 의미하는 것으로 해석할 수 있다는 것이다. 따라서 간접차별 소송에서 원고는 중립적 관행이나 규칙의 결과가 한 성에게 불평등한 효과를 가져온다는 통계를 제시함으로써 차별의 증거를 제시하게 된다.¹⁰⁾

미국의 평등고용위원회(Equal Employment Opportunity Commission)는 차별이 있었을 것이라고 판단하는 통계적 불균형의 정도를 4/5규칙으로 정하고 있으며, 미국 법원에서는 이에 의한 차별 입증을 법적으로 인정하고 있다.¹¹⁾ 4/5규

9) Peter Mahnoey, 'The End(s) of Disparate Impact: Doctrinal Reconstruction, Fair Housing and Lending Law, and the Antidiscrimination Principle,' n.d.(mimeo).

10) 한승희, 앞의 글.

11) U.S. Equal Employment Opportunity Commission (U.S. EEOC, 1995). 앞의 글; John Sauls. "Proving Business Necessity: The Disparate Impact Challenge" *FBI Law*

칙은 어떠한 고용상의 기준에 의해 소수 집단의 비율이 다수 집단의 비율의 4/5(80%) 미만일 경우, 그 기준은 소수집단에게 불리한 영향을 주어 '불평등 효과(adverse impact)'를 야기한 것이고, 따라서 그 기준은 차별적이라고 판단하는 것이다. 예를 들어 여성은 승진대상자 12명 중에서 3명만이 승진한데 반해 남성은 25명 중 15명이 승진했다면 여성의 승진비율 25%는 남성 승진 비율 60%의 4/5인 48%에 미치지 못하기 때문에 차별이라고 판단하는 것이다.¹²⁾ 이러한 불평등 효과 개념에서 판단할 때, 우리가 객관적 측정 방법이라고 생각하는 시험(test)도 차별로부터 자유롭지 않다.

일단 통계적으로 차별 혐의가 입증되면, 고용주는 그 고용상의 기준이 차별적인 것이 아니라는 점을 입증해야 한다. 여기서 입증 책임은 전적으로 고용주에게 있고, 그 기준이 '업무상 필요성(business necessity)', 또는 직무 수행에 필수적인 능력과의 관련성(job-relatedness)이 있음을 입증할 책임이 있다. 여기서 '업무상 필요성'은 매우 엄격하게 적용되는 것이 일반적이다. 여기서 미국 법원은 '업무상 필요(business necessity)'와 기업의 경제적 이익이나 편리라는 차원의 '업무상의 편의(business convenience)'를 구분하고 있다. 즉 "업무 수행에 있어서 특정 기준을 선택하지 않으면 그 업무의 본질(essence)이 심각하게 훼손되는 경우"에만 인정하고 있다. 고용주가 이러한 입증에 실패할 경우 차별 혐의를 벗어날 수 없으며, 그 기준은 위법한 차별로 판단되게 된다.

또한, 미국을 비롯, 호주, 캐나다 등의 법원에서는 대안적 방법이 있었음에도 불구하고, 그 방법을 선택하지 않고, 차별적 문화나 편견, 와 통념을 이용하여 결

Enforcement Bulletin 64, 4(1995); Steven Blackwell, et al. "Legal Issues in Personal Management" Drug Topics. 140. 12 (1996).

12) 4/5 규칙의 구체적인 적용 예에 대해서는 정금나, '고용 차별 개념의 새로운 이해를 위하여,' 노동과 페미니즘 (조순경 편, 이화여대 출판부, 2000)와 한승희, '고용상의 간접차별 판단 기준에 관한 연구' (이화여대 대학원 여성학과 석사학위 논문, 2000. 5.), 조순경, "구조조정의 과잉 정치화와 성차별의 체계화," 여성과 경제 연구회 Working Paper no.3 (여성과경제연구회, 2001. 4.) 참고.

과적으로 소수자 집단에게 현저하게 불균등한 결과를 가져왔다면 위법한 차별로 판단한다.

3. 폭력(harassment)

위법한 차별 행위로서의 폭력은 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)을 이유로 개인으로 하여금 그 개인의 의사에 반하여, 그로 하여금 수치감, 모욕감, 모멸감, 혐오감, 위협감을 느끼게 하거나 그를 신체적, 정신적, 정서적으로 공격하는 모든 종류의 행위를 말한다.

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

대부분의 유럽연합 국가들과 미국, 캐나다, 호주, 뉴질랜드 등의 국가에서는 위법한 차별의 범주에 성, 장애, 신체조건, 연령, 성적 지향, 인종, 혼인상태, 가족관계 등 개인의 속성들을 이유로, 그 개인의 의사에 반하여 그에게 정신적, 신체적 폭력을 가하는 것을 포함시키고 있다. 위법한 폭력에는 신체적인 괴롭힘 뿐만 아니라 조롱이나 비웃음, 경멸, 농담 등을 포함한 언어적, 시각적 행위를 통한 괴롭힘도 포함된다.

여기서 이러한 행위를 한 행위자의 의도와 상관없이, 그러한 행위가 피해자가

그 행위로 인해 공포나 모멸감, 모욕, 수치심, 불쾌감을 경험하였다면 폭력으로 간주된다. 대표적인 폭력의 한 예로, 성희롱을 둘러싼 법정 공방에서 우리는 우리의 경험의 차이가 어떻게 인식의 차이를 가져오는가를 볼 수 있다. 다음의 서울대 신정휴 교수 성희롱 사건의 고등법원 판결문 내용은 가운데 일부이다.

앞서 본 바와 같이 위법성의 여부를 판단함에는 당해 성적 언동의 성질이 나 그것이 행해진 배경적 계 상황 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다. 그러나 위에서 본 위법성의 제 요소를 판단함에 있어서 누구의 관점에 의할 것인가가 논란되고 있다.... (중략) 그러나 남녀간의 관계를 투쟁적, 대립적 관계로 평가하는 여성주의적 관점만을 표준으로 삼을 수 없고, 사회를 함께 살아가는 남녀의 관계를 공동적, 화합적 관계로 이해하는, 건전한 품위와 예의를 지닌 일반 평균인의 입장에서 이를 판단하는 것이 옳을 것이다.¹³⁾

여기서 '건전한 품위와 예의를 지닌 일반 평균인의 입장'은 무엇인가? (성)희롱의 피해자와 가해자의 입장이 완전히 상반될 때 누구의 입장에서 판단할 것인가? '일반 평균인'의 관점은 무엇이며, 어떠한 근거에서 '일반 평균인의 관점'이 가장 객관적이라고 할 수 있는가?

이처럼 우리는 흔히 '객관적'으로 보이는 사실에 대해서도 경험의 차이에 따라 사람들이 상이하게 인식하게 되는 것을 발견하게 된다. 그러나 성희롱이나 다른 위법한 폭력과 관련된 사안의 경우 실증주의적 의미의 '가치 중립적' 판단은 현실적으로 가능하지 않다. 기존의 가치나 이데올로기, 또는 세계관으로부터 독립된 '순수한 관찰'은 현실적으로 가능하지 않기 때문이다.

이러한 이유로 미국, 캐나다, 호주 등 서구 법조계에서는 성희롱을 포함하여, 위법한 차별의 한 형태로서의 폭력은 폭력을 행한 가해자의 의도와 관계없이, 보

13) 서울고등법원, 1955.7.25. 서울대 신정휴교수 성희롱 사건 항소심 판결문, 94나15358.

12 국가인권위원회법의 「차별」 판단 지침

다 객관적인 판단과 평가를 할 수 있는 주체는 피해자라고 보고 있다. 이러한 판단 기준은 그러한 폭력행위로 인해 일차적으로 고통을 겪는 자는 피해자이기 때문이다.

III. 위법한 차별의 예외

개인이나 집단의 속성을 이유로 한 모든 차등 대우가 위법한 차별로 간주되는 것은 아니다. 차등대우를 하는 합리적인 사유가 있을 때에는 위법한 차별로 보지 아니한다. 그러한 합리적 사유에 포함되는 것으로는 (1) 진정직업자격(Bona Fide Occupational Qualification, BFOQ) 또는 진정자격(Bona Fide Qualification, BFQ)에 기초한 경우로, 특정한 직무나 사업을 수행하는 데 있어서 그 개인이 가진 속성이 그것들을 수행하는 데에 반드시 필요하다는 것을 고용주나 집 소유주, 시설이나 서비스 제공자가 입증하는 경우, (2) 과거로부터 축적된 차별을 수정하기 위해 잠정적으로 특정한 소수자 집단을 우대하는 적극적 차별 수정조치(affirmative action), 그리고 (3) 모성 보호를 위한 차등 대우를 하는 경우에는 위법한 차별로 간주하지 아니한다. 아래에서는 이 가운데에서 진정 직업자격 또는 진정 자격과 적극적 차별 수정 조치를 중심으로 보다 자세히 살펴보기로 한다.

1. 진정직업자격(BFOQ) 및 진정자격(BFQ)

진정직업자격(BFOQ 또는 BOQ)은 고용의 영역에서, 그리고 진정 자격(BFQ)은 채용, 용역, 교통수단, 상업시설, 토지, 주거시설의 공급 및 이용, 교육이나 직업 훈련기관의 이용 및 서비스의 이용에 있어서 해당 직무나 사업을 수행하기 위해 반드시 필요한 자격이나 요건들을 의미하며, 미국, 영국, 캐나다, 호주 등의 국가에서는 이러한 자격이나 요건을 갖추어 소수자 집단에 속한 개인이나 집단을 차등 대우한 경우 위법한 차별로 보지 아니한다.

대부분의 국가에서는 이러한 진정직업자격 또는 진정자격의 충족 기준을 매우 엄격하게 적용하고 있다. 예를 들어 고객이나 고용주가 특정 성이나 연령층, 신체조건을 선호하거나 그러한 집단의 고용이 기업의 이윤에 도움이 된다거나 하여 특정 집단을 제한하고 배제하는 방식으로 고용을 할 경우 그러한 행위는 진정직업자격을 충족한 것으로 보지 아니한다. 예로, 미국의 치트우드 대 중서부 전신전화국 판례(Cheatwood vs So. Cent Bell Tel & Tel Co.)에 의하면, 사용자 측이 여성 고용을 거부한 이유로 동전을 수급하고 무거운 동전상자를 교체해야 하는 판매 대행업의 업무가 여성에게 위험하기 때문에 진정직업자격을 주장하였다. 그러나 법원은 모든 또는 관련된 여성들이 모두 안전하고 효율적으로 직무를 수행할 수 없음을 사용자가 입증하지 못하였기 때문에 진정직업자격을 충족한 것이라고 인정할 수 없다고 판시하고 있다.¹⁴⁾

영국의 경우에도 미국과 유사한 개념으로 진정직업자격(Genuine Occupational Qualification, GOQ)을 차별 예외 조항으로 규정하고 있다. 영국에서 진정직업자격은 1) 직업의 본질적 속성이 연극이나 기타 예술관련 업종에서 신체적 이유로 반드시 특정한 성을 필요로 하여, 만약 다른 성이 그 일을 수행하면 본질적으로 일에 차질이 생기는 경우나 2) 직무 수행에 있어서 신체적 접촉이 필요하여 특정 성의 사람을 배제하는 경우의 고용이 가능하지 않은 경우, 3) 그 업무의 수행자가 모두 옷을 벗어야 하거나 하여 특정 성의 사람을 배제하는 경우에 인정하고 있다.¹⁵⁾

14) Lindgren & Taub, The Law of Sex Discrimination (West publishing Co. 1998), 127,

정금나, 앞의 글에서 재인용.

15) 정금나, 위의 글.

14 국가인권위원회법의 「차별」 판단 지침

2. 적극적 차별 수정 조치

적극적 차별 수정 조치 혹은 적극적 조치(affirmative action)는 형식적인 기획의 평등만으로는 실질적 평등의 실현이 어려운 문제들이 계속 제기됨에 따라 특정 집단에 대한 우선 처우론(preferential treatment theory)이 제기되면서 등장하게 된 개념이다. 적극적 조치는 구조적 차별을 수정하기 위한 조치로, 차별을 야기하는 편견과 통념, 고정관념, 관습 등을 수정하기 위한 조치라 할 수 있다.

유엔의 정의에 의하면 적극적 조치란 “과거의 차별로 인한 현재의 권리 행사의 어려움을 조정하기 위하여, 과거의 차별이 영향을 미치지 않도록 현재의 정치, 사회, 경제 구조를 개선할 수 있는 조치로, 과거의 차별로 인한 영향이 사라질 때까지의 잠정적 조치”이다. 즉 현재의 사회 경제 구조나 제반 조건, 관습, 그리고 관념 등은 과거로부터 지금까지 지속적으로 존재해 왔던 차별이 축적된 것으로, 이러한 구조와 관습, 관념 등의 변화를 가져올 수 있는 적극적인 정책적 조치가 없이는 실질적인 평등을 이룰 수 없다는 이해에서 출발하였다.

현재 우리 사회의 차별 수정, 차별 금지를 위한 법 제도들은 소극적 차별 안하기 정책에 집중되어 있다. 그러나 이미 우리 사회에서 과거로부터 축적된 차별의 결과가 현재에까지 영향을 미치고 있다는 것을 인정한다면, 소극적 ‘차별 안하기’는 결과적으로 ‘차별하기’와 다름없다. 이런 맥락에서, 누적된 차별로 이루어진 다수자의 독과점 체제를 해체하기 위해 국가의 적극적 개입이 필요하다. 자유시장 경쟁의 원리를 가장 철저하게 받아들이는 나라 가운데 하나인 미국이 ‘역사적 차별’에 대한 사회 보상 차원에서 적극적 조치(affirmative action)를 행하는 이유가 여기에 있다.

차이의 서열화, 위계화의 해소를 통한 차이와 다양성의 인정, 그를 통한 관용의 문화는 구조적 차별의 해소 방안을 통해 이루어질 수 있다. 그리고 현재 단계에서 구조적 차별을 수정할 수 있는 가장 현실적인 방안은 적극적 차별 수정조치

를 제도화하는 것이다.

우리가 알고 있는 할당제는 적극적 조치의 일부분일 뿐이다. 그리고 할당제는 대표성을 가지기에 수가 적은, 또는 그 수를 파악하는 것조차 어려운 성적 소수자나 소수 민족에 대한 차별을 수정하는 데에는 근본적인 한계를 안고 있다는 점을 감안할 때, 할당제 형태의 적극적 조치는 소수자에 대한 편견을 제거하는 방안으로는 충분하지 않다고 판단된다.

집단으로서의 사회적 소수자들에 대한 편견의 제거와 그를 통한 차이의 인정을 위해서는 대표성의 확보에 초점을 두는 적극적 조치보다는 차별의 주체들이 자율적으로 편견을 제거하도록 예방조치를 취하는 법적 강제 또는 편견 제거를 위한 체계적인 교육이 더욱 중요하다고 판단된다.

IV. 차별 감수성 제고를 위한 방안¹⁶⁾

현재의 국가인권위원회법과 같은 제도의 도입을 통해 우리사회의 차별 해소가 일정부분 이루어질 수 있으나, (1) 법 제도적 영역에 들어오지 않는 편견이나 고정관념의 문제는 직접적으로 규제할 수 없다는 문제, (2) 이미 드러난 차별의 문제만 건드릴 수 있다는 점, 즉 드러나지 않은, 언어조차 없어서 차별로 인정되지 않은 차별의 문제는 제재하지 못한다는 문제가 있다. 차별 예방 방안으로서 인권교육 또는 반차별 교육의 중요성이 강조될 필요가 있다.

차별은 소수자에 대한 부정적이고 왜곡된 편견과 고정관념에 기초한다. 그러나

16) 법제도적 장치가 정교하지 않을 뿐 아니라, 법의 집행과 실행 과정에서조차 소수자에 대한 편견과 차별이 만연한 우리 사회의 경우 차별에 대한 사후 처벌이나 규제보다 교육 등 예방조치에 더 관심을 가질 필요가 있다. 이하 내용에 대한 보다 상세한 논의는 조순경, 앞의 글.

16 국가인권위원회법의 「차별, 편견」 지침

편견과 고정관념 자체는 법적 제재의 대상이 되지 않는다. 그 편견이 구체적인 행동으로 나타났을 때 법적 규제의 범주 안에 들어오게 된다. 이러한 의미에서 사회적 소수자에 대한 편견과 무지를 수정하는 교육은 차별 예방 차원에서 가장 우선적으로 다루어져야 할 부분이다.

예를 들어 우리사회의 뿌리깊은 호모포비아(동성애 혐오증)으로 인해 동성애적 성적 성향을 가진 사람이 자신을 끊임없이 부정하고, 부인하고, 혐오하고 하는 경우 구체적인 차별 주체를 알수도 없고 보이지도 않기 때문에 법적 제재가 가능하지 않다. 사회 전반적인 소수자에 대한 편견과 낙인, 그 결과 발생하는 차별은 국가가 직접적으로 개입하기 어렵다.

교육은 차별을 해소하는 가장 효과적인 방법 가운데 하나이다. 반차별(anti-discrimination) 교육이 체계적으로 이루어지기 위해서 국가가 적극적인 차별 수정 조치로서 국가의 지원을 받는 모든 사회조직에서 인권교육을 실시하도록 강제할 필요가 있다. 이러한 반차별 교육이 활성화되고, 예방적 차원에서 효율적으로 이루어지기 위해서는 차별이 발생했을 때 그 차별에 대한 처벌을 강하게 제도화하는 것이 필요하다. 이러한 교육과 법적 강제의 연계를 통해 차별 수정을 하는 것이 가장 효과적이라는 것을 외국의 경험을 통해 알 수 있다. 징벌적 손해배상청구와 집단소송이 가능하기 때문에 잠재적인 차별 주체들이 자율적으로 차별 예방교육을 하게 하기 때문이다.

의도적인 차별 발생시 징벌적 손해배상 제도와 집단 소송제(class action)를 통해 엄청난 액수의 경제적 비용을 치르게 하는 미국의 경우 정부의 지원을 받는 각 조직들은 다양한 형태의 차별 예방 교육을 하도록 제도화되어 있다.¹⁷⁾ 다양성 교육(diversity training)과 상세한 차별 예방 지침을 자율적으로 기업과 학교 등에서 마련하고 있는 것은 그러한 이유에서이다. 이러한 예방 교육에도 불구하고

17) EEOC, Employer EEO Responsibilities: Preventing Discrimination in the Workplace, U.S. Equal Employment Opportunity Commission (1999).

고 차별이 발생했을 경우, 그러한 교육을 하였다는 사실 자체가 차별을 수정하고자 하는 '노력을 하였다'는 점을 확인해주고, 그러한 노력 자체가 차별의 수준을 크게 낮추는 것도 예방 교육을 활성화시키는 이유중의 하나이다.¹⁸⁾

국가인권위원회에서 인권교육을 인권 침해나 차별에 대한 조사만큼 중요하게 다루어야 하는 이유가 여기에 있다. 차별에 대한 사회적 민감도, 차별 감수성을 높이는 것은 국가가 지원하는 인권교육의 일차적 과제이다.

여기서 중요한 점은 편견을 수정하는 인권교육을 위한 전제 조건으로 교육자의 다양화가 필요하다는 것이다. 현재 우리 사회의 지식 생산과 유통을 담당하는 학계, 언론계, 법조계에서 '일류대' 출신의 남성들이 거의 독과점적 지위를 차지하고 있다. 우려되는 점을 그러한 대학들의 교육자의 구성이 너무 단일하여, 차이에 기반한 다양성의 중요성, 그리고 차별의 고통을 이해할 수 있는 감수성을 결여하고 있다.

차별에 대해 가장 강력한 규제 조치들, 그리고 가장 정교한 차별 금지법을 가지고 있는 나라들의 경험은 사회적 소수자에 대한 편견과 차별을 수정하는 법과 제도는 차별의 피해자들의 저항에 의해 만들어진다는 사실, 그리고 피해자들의 끊임없는 법적 소송의 결과라는 사실을 말해준다.

차별에 대한 개별적, 집단적 차원의 저항의 과정에서 그 저항이 성공을 하기 위해서는 최소한도의 정서적 지지를 해 줄 수 있는 비공식적 소모임이나 조직을 반드시 필요로 한다. 소수자의 권리와 인권을 위한 시민 운동은 이러한 소모임이 각 조직 내에서 활성화됨과 더불어 시작된다. 여기서 중요한 것은 피해자들이 피해자의 관점에서 차별의 현실을 읽어내고, 문제를 만들어내고, 차별을 명명하고, 그렇게 형성된 차별 문제를 가시화하는 것이다.

18) EEOC (1999), 앞의 책.

18 국가인권위원회법의 '차별', 판단 지침

이러한 점에서 우리 사회의 차별 예방과 수정은 단순히 국가인권위원회의 기능만으로는 가능하지 않다. 차별 문제를 다루는 시민사회단체의 역할이 중요하며, 적극적 차별 수정 조치의 하나로 국가는 우리 사회에 존재하는 다양한 형태의 차별을 드러내고, 시민 사회의 차별 감수성을 높이기 위해 소수자 인권 운동을 중심으로 한 소수자 인권운동단체들을 지원할 필요성이 있다.¹⁹⁾

그리고 그러한 지원 과정에서 소수자 인권운동단체에 대한 지원 기준과 내용을 다양화할 필요가 있다. 단체의 특수한 성격에 따라 지원 자격이나 요건의 다양화 뿐만 아니라, 그 과정 자체가 차별을 예방하고 수정하는 방식으로 이루어져야 할 것이다.

이러한 예들은 차별 예방 조치 또는 차별 규제 조치의 실행 과정 자체에서 소수자에 대한 차별이 발생할 수 있다는 것을 말해주며, 국가에 의한 차별 금지 정책의 범위에는 이러한 정책 집행 단계의 모든 과정까지 포함되어야 할 필요성을 역설해 주고 있다.

가장 정교하고, 체계적으로 만들어졌다고 평가받는 미국의 차별금지법제는 차별의 수정 과정에서 차이의 위계화가 새롭게 만들어질 가능성이 있다는 점, 그리고 개인들의 권리 구제 차원에서 이루어지는 차별 금지 정책은 그 개인이 속한 소수자 집단에 대한 편견을 수정하기 어렵다는 점, 그리고 소수자 집단이 가진 특성을 인정하지 않는다는 점에서 진정한 의미의 '차이를 인정'하는 방안이 되기 어렵다.

19) 반 차별 운동은 한편으로는 개개인의 의식화와 연대를 도모하고 서로간의 정서적 지지의 기반을 확보해 준다는 점에서도 중요하지만 국가 정책 결정과정에 영향을 미친다는 점에서도 중요하다. 국가인권위원회 자체도 오랜동안의 사회 운동, 인권 운동의 산물이라는 경험에 비추어 보아도 그러하다. 또한 우리사회에서 성차별에 대한 사회적 인식이나 민감도가 가장 높은 것이 자율적이고 독자적인 여성운동의 산물이라는 점을 보아도 그러하다.

그럼에도 불구하고 우리는 미국을 비롯한 서구에서 발전시킨 차별의 개념과 정책들을 받아들일 수 밖에 없는 딜레마에 처해있다. 그 딜레마적 상황을 최소화하는 방법은 사회적 소수자 집단들, 그 중에서도 가장 차별받는 집단의 시선으로 우리 사회의 차별의 현실을 보고, 그들을 배제하지 않는 방식으로 차별 수정 조치를 만들어 나가는 데에서 찾을 수 있을 것이다.

제도 및 비제도권 내에서의 인권 교육과 다양성 교육, 그리고 그 교육 프로그램의 구상과 실행 과정, 그리고 향후 국가인권위원회법등 차별 금지 법안의 개정 작업에 차별의 피해자인 사회적 소수자들의 실질적 참여를 가능하게 하는 것이 하나의 구체적인 방안이 될 수 있을 것이다.

제2장. 성별을 이유로 한 차별

1. 성별에 의한 차별 금지의 배경과 정의

1. 성별에 의한 차별 금지의 배경

여성과 남성은 인간으로서 평등하며 따라서 인간으로서 동등한 대우를 받을 권리를 가지고 있다. 그러나 인간 불평등의 가장 오래된 기원을 가진 성불평등은 현재까지 다양한 형태와 내용으로 존재하고 있다. 인간의 자유와 평등에 대한 논의가 시작된 근대 사회 이후에도 여성은 오랫동안 개인 혹은 시민으로서의 권리를 갖지 못하였으며, 그 결과 투표할 권리나 교육을 받을 권리로부터 배제당하기도 했다. 여성에 대한 차별은 가족 안에서 가장에 의한 지배와 종속이 이루어지는 가부장적 가족의 유지에 의해 이루어지고 있기도 하다. 20세기까지도 결혼한 여성의 신분은 남편에 의해 통제되었으며 신체에 대한 남편의 통제나 기존 여성들의 법적인 무능력이 존재했다. 남성중심적인 사회에서 여성들은 그들의 역할과 지위에 따라 각기 다른 형태의 차별을 경험하였으며 그러한 차별은 그들의 성별에 기인한 경우가 대부분이었다. 즉 가부장적인 사회 구조에서 여성과 여성성, 여성다움은 보다 열등한 존재이자 낮은 가치를 지닌 것으로 평가되었다.

남성중심적인 가부장제 사회에서 성별에 의한 차별은 주로 여성에 대한 차별로 나타났으며, 여성의 일과 남성의 일이 분리된 사회 구조에서 여성의 정치, 경제, 사회, 문화적 지위를 낮게 하였다. 예를 들어, 여성을 가사와 양육의 전담자로 간주하는 성별분업은 이러한 노동에 종사하는 여성들을 소득이 없는 경제적 의존자로 만들었으며, 노동 시장에서는 여성의 일차적인 역할이 생계 부양자가 아니라는 이유로 보다 낮은 임금과 낮은 지위를 제공하였다. 이러한 결과는 여성들은 더욱 가난하고 경제적으로 빈곤한 집단이 되었으며, 자신의 생존을 스스로

책임질 수 있는 독립적 존재로 간주되지 못하였다. 그러나 여성들은 자신의 노동에 대한 정당한 대우를 받을 권리를 가지고 있으며 인간으로서 동등한 대우를 누릴 권리를 가지고 있다. 이러한 권리는 여성과 남성 모두 그들의 성별에 의하여 차별받지 않을 권리에 해당한다.

UN헌장은 기본적 인권, 인간의 존엄과 가치 및 남녀 평등권을 명시하고 있으며, 세계인권선언은 모든 인간은 자유롭게 그리고 존엄과 제반권리에 있어 평등하며 성에 기인한 차별을 포함한 어떠한 종류의 차별도 받지 아니할 권리를 가지고 있음을 선언했다. 이러한 성에 기인한 차별의 금지는 불평등과 억압 그리고 차별에 의하여 인간적 권리를 침해하였던 제반 영역의 변화를 추진하였으며 성문법에 의해 성별에 기인한 차별을 금지하도록 하였다. 인간 존엄의 정신을 이어받는 가운데 1985년 나이로비 여성발전전략과 1995년 베이징선언에서는 '여성의 평등, 발전, 그리고 평화'를 통해 세계 인권과 여성 인권의 수호를 확인하였다.

우리가 가입한 성별을 이유로 한 차별 금지가 포함된 국제조약은 '여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약' '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약' '경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약' '부녀자의 정치적 권리에 관한 협약' '고용 및 직업상의 차별에 관한 협약' '동일가치노동에 대한 남녀근로자의 동일보수에 관한 협약' 등이 있다.²⁰⁾ 국내법에서 성별을 이유로 한 차별을

20) 국제규약의 내용은 다음과 같다.

* '여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약'은 전체 제6부로 나누어 제30조까지 여성차별이 금지되기 위한 제반 영역을 제안하였다.

제1부제1조. '여성에 대한 차별'을 '정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 분야에 있어서 결혼 여부에 관계없이 남녀 동등의 기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가지는 성(sex)에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한을 의미'한다고 정의하였다. 동 협약에는 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 광범위한 영역의 필요한 조치들을 언급하였다.

* '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'(조약 제1042호)

제2조 제1항. 이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다.

제3조. 이 규약의 당사국은 이 규약에서 규정된 모든 시민적 및 정치적 권리를 향유함에 있어서 남녀에게 동등한 권리를 확보할 것을 약속한다.

제26조. 모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.

* 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약

제2조 제2항. 이 규약의 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다.

제3조. 이 규약의 당사국은 이 규약에 규정된 모든 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 향유함에 있어서 남녀에게 동등한 권리를 확보할 것을 약속한다.

* 부녀자의 정치적 권리에 관한 협약(조약 제48호)

제약국은 유엔헌장에 규정된 남녀 평등의 원칙을 실현할 것을 희망하며, 모든 국민은 직접 또는 자유로이 선출된 대표를 통하여 국정에 참여할 권리가 있으며 또한 그 국가의 공직을 평등하게 담임할 수 있음을 인정하고, 유엔헌장과 세계인권선언의 규정에 따라 남성과 여성이 정치적 권리의 향유 및 행사에 있어서 동등한 지위를 유지할 것을 희망하며, 이 목적을 위하여 협약을 체결할 것을 결의하고 다음과 같이 합의한다.

* 고용 및 직업상의 차별에 관한 협약(조약 제1499호)

전문. . . . 필라델피아 선언이 모든 인간은 인종, 종교 또는 성별에 관계없이 자유와 존엄, 경제적 보장과 기회의 평등이라는 조건 하에 그들의 물질적 안녕과 정신적 개발을 추구할 권리가 있다고 확인하고. . . .

제1조. 이 협약의 목적상, '차별'이라 함은 다음 사항을 포함한다. 가. 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 출신국 또는 사회적 신분에 근거한 모든 구별, 배제, 또는 우대로서, 고용 또는 직업상의 기회 또는 대우의 균등을 부정하거나 저해하는 효과를 가지는 것.

* 동일가치노동에 대한 남녀근로자의 동일보수에 관한 협약(조약 제1465호)

제1조 나항. '동일가치 노동에 대한 남녀근로자의 동일보수'라 함은 성별에 따른 차별 없이 정하여지는 보수액을 말한다.

금지하고 있는 법률로는 헌법, 여성발전기본법, 남녀차별금지및구제에관한법률, 남녀고용평등법, 국가인권위원회법 등이 있다. 이 가운데 '남녀차별금지및구제에 관한법률'(법률제5934호)은 1999년 2월에 제정, 헌법이 보장한 평등권 중 성별에 따라 차별받지 아니할 권리를 규정한 법으로 남녀차별의 유형과 금지의 기준을 구체적으로 제시하였고 2001년 1월에 개정(법률 제6401호)한 바 있다. 남녀차별 금지및구제에관한법률 제2조는 '남녀 차별'을 '정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 인간으로서의 기본적 자유를 인식·향유하거나 권리를 행사함에 있어서 합리적인 이유 없이 성별을 이유로 행하여지는 모든 구별·배제 또는 제한'을 말한다고 규정하고 있다.

이밖에 '헌법의 남녀 평등 이념을 구현'하는 국내 법률인 여성발전기본법은 1995년에 제정(법률제5136호)되어 2001년 1월에 개정(법률제6400호)되었으며, 남녀고용평등법(법률제6508호)은 1987년 11월에 제정되어 2001년 8월에 개정되었다. 여성발전기본법은 남녀 평등 이념을 구현하기 위한 '국가와 지방 자치 단체의 책무 등에 관한 기본적인 사항을 규정'하고 있으며, 남녀고용평등법은 '고용에 있어서 남녀의 평등한 기회 및 대우를 보장하는 한편 모성을 보호하고 직장 과 가정생활의 양립과 여성의 직업 능력 개발 및 고용 촉진을 지원함으로써 남녀 고용 평등 실현'을 목적으로 하고 있다.²¹⁾

성별에 의한 차별 금지를 규정한 국내법을 영역별로 구분하여 보면, 남녀차별금지및구제에관한법률은 고용, 교육, 재화·시설·용역 등의 제공 및 이용, 법과 정책의 집행, 성희롱 금지 등의 영역에서 남녀차별금지를 명시하고 있으며, 여성발전기본법은 국가와 지방 자치 단체의 책무를 중심으로 남녀 평등 이념의

21) 남녀차별금지및구제에관한법률은 여성부가 권리 구제 절차를 진행하는 한편, 남녀고용평등법은 노동부가 권리 구제 절차를 진행한다. 남녀차별금지및구제에관한법률에서는 고용 이외의 사회 전반의 차별을 금지하고 있어서 고용상의 차별 문제도 여성부에서 권리 구제 절차를 처리할 수 있다. 국가인권위원회법에서도 성별에 의한 평등권 침해에 따른 진정이 이루어짐에 따라 권리 구제 기관이 다양화되는 측면이 있으며 진정 접수와 중복은 피해자 구제에 유리한 기관으로의 권리 구제 이송이 규정되어 있다.

구현을 명시하고, 남녀고용평등법²²⁾은 고용에 있어서 남녀 평등과 모성보호, 직장 과 가정생활의 양립, 여성의 직업능력개발 및 고용촉진 지원을 주 내용으로 삼고 있다.

성별에 의한 차별 논의와 이에 따른 차별 금지 기준은 고용 차별과 관련하여 주로 이루어져왔다. 일반적으로 이와 관련하여 외국의 입법례를 통해 나타나는 위법한 차별금지 는 직접적이고 가시적인 명백한 차별 형태인 직접차별로부터 특정한 집단에게 결과적으로 불이익을 초래한 간접차별과 폭력(harassment)을 차별로 규정하여 금지하는 형태로 나아가고 있다.²³⁾

2. 성별에 의한 차별 금지의 정의

'성별(gender)'이라 함은 생물학적으로 태어난 성(sex)에 근거하여 사회, 문화적으로 형성된 성별(gender)을 의미하는 것이다. 즉 특정한 생물학적인 성(일반적으로 여성 혹은 남성으로 구분됨)에 의하여 그 성에 기초하여 사회적이고 문화적인 기질과 역할을 구성하는 것이 '성별'이며, 따라서 '성별'은 사회적으로 구성되는 여성 혹은 남성에 대한 구조화된 정의라고 할 수 있다. 즉 어떤 개인이

22) 남녀고용평등법은 동법제2조에서 '차별'에 대한 정의를 내리고 있는데 이는 '사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우'라고 하며, 더불어 간접차별의 개념을 적용하는 규정을 도입하여 '사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 혹은 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'로 명시하였다. 이와 같은 간접차별 개념의 도입은 남녀차별금지및구제에관한법률에서도 이루어져 '남성과 여성에 대한 적용 조건이 양성중립적이거나 성별에 관계없는 표현으로 제시되었다하더라도 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 때에도 이를 남녀차별로 본다'고 명시하였다.

23) <http://www.discriminationattorney.com>. 이와 관련하여 미국, 호주 그리고 캐나다 등지에서는 성별 고정 관념이나 성역할에 따른 차별도 금지되어야 할 내용으로 삼고 있다.

여성으로 태어났을 때 우리 사회는 여성에게 맡겨진 기능이나 역할에 대한 특정한 관념을 가지고 있으며 그에 따라 여성의 기능, 역할, 과제 그리고 가치 등을 결정하게 된다. 이러한 '성별'이 가부장제 사회의 남성지배와 여성종속의 불평등한 권력 관계가 유지되는 사회 구조에서는 '성별' 자체가 위계적으로 생산, 재생산될 수 있는 것이다.

따라서 '성별'에 의한 차별은 남녀 동등의 기초 위에서 제반 사회적인 영역에서 여성 혹은 남성이라는 그들의 성별을 이유로 하여 발생하는 모든 구별, 배제, 제한 그리고 폭력이 해당된다. '성별'에 의한 차별 금지는 여성에 대한 차별 금지를 포함함과 동시에 남성에 대한 차별 금지를 포함하며, 동시에 현 사회의 고정된 성역할로 인한 차별까지 금지의 대상이 된다. 남성중심적이고 가부장적인 사회에서 '성별'을 이유로 한 차별의 주 대상이 여성인 것은 사실이다. 그러나 동시에 여성만이 아니라 남성도 인간성을 억압당하거나 그로 인한 차별을 받을 수 있는데 예를 들어 특정한 남성이 자신의 성별을 이유로 자녀를 양육할 권리가 부정되어 육아 휴직이 거부된다면 이는 성별에 의한 차별이 되는 것이다.²⁴⁾

성별에 의한 차별을 금지하는 것은 남녀간의 차이와 서로 다른 사회적 역할을 동등하게 받아들이고 가치를 인정하기 위한 것이다. 따라서 성별에 의한 차별 금지는 여성에 대한 차별금지를 포함하여 성희롱에 의한 차별금지 등 차별금지의 영역이 보다 넓어진다고 할 수 있다. '성별'에 의한 차별 금지는 특정한 '성별'에 대하여 직접적이고 가시적으로 이루어지는 불평등한 대우를 금지함과 동시에 모든 사람에게 동일하게 적용되는 것처럼 보이는 기준이나 규칙들이 그 효과에 있어서 특정한 성별에게 불평등한 효과를 가져오는 간접적인 차별도 금지하고 있으며, 더불어 특정한 성별에 대한 폭력도 차별로 간주된다.

24) 호주의 경우 트랜스젠더에 대한 차별의 문제를 성별에 의한 차별의 영역에서 다루었다.

II. 성별에 의한 차별이 금지되고 있는 영역

1. 고용²⁵⁾

“고용”이라 함은 공공 기관과 모든 사업 및 사업장의 정규직, 임시직, 계약직 등 모든 형태의 근로 계약 관계를 포함하며, 근로 계약 체결에 이르기 위한 모집·채용 등 근로 계약 개시 이전 단계, 근로 관계의 종료 및 이와 관련하여 구체적으로 파생된 절차가 완료되기까지의 모든 과정을 포함한다.

가. 모집과 채용

“모집과 채용”이라 함은, 공공 기관이나 사용자가 불특정인을 상대로 한 신문·방송 등을 통한 광고 모집, 직접 또는 위탁 모집, 연고에 의한 채용, 공공 직업 안내소 또는 직업 소개 사업을 하는 자를 통한 구인 신청 등을 포함하여 근로 계약 체결에 이르기 위한 근로 계약 개시 이전의 모든 고용과정을 말한다.

모집과 채용에 있어서 성별을 이유로 한 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

- (1) 모집·채용에 있어서 성별을 이유로 고용 기회를 주지 아니하거나 연령, 용모 등의 제한적인 조건을 부과하는 경우
- (2) 동일 자격 조건임에도 불구하고 성별을 이유로 다른 고용 형태로 채용하거나 채용 방법·경로를 달리하는 경우
- (3) 응모자 개인의 능력에 기초한 선발이 아닌, 그 개인이 속한 성별 집단에 대한 일반적인 속성에 근거하여 채용기회·조건·방법 등을 달리하는 경우

25) 고용에서의 성별에 의한 차별 금지 기준은 현행 남녀차별금지및구제에관한법률에 의한 남녀차별금지기준의 제2장 ‘고용에서의 남녀차별금지기준’을 준용할 수 있다.

<판례 1> 제대군인에게 공무원 채용 시험등에 응시한 때에 과목별 특 점에 과목별 만점의 5% 혹은 3%를 가산하는 제대군인가산점제도는 여 성, 신체 장애자의 평등권을 침해한 차별이다 (제대군인지원에관한법률, 제8조제1항의 위헌확인, 98헌마363).

<예시 1> 기사를 모집하면서 여성인 경우 미혼일 것을 자격 요건으로 한 신문사에 기혼 여성이 혼인 사실을 숨기고 응시하여 합격하였으나 수습기간 중 기혼임이 밝혀지자 신문사측이 발령 취소 처분을 내린 경 우 이는 성별을 이유로 한 위법한 남녀 차별로 신문사측이 발령 취소 조치를 철회하였다.

<예시 2> 철도청이 1998년 여성 열차 승무원 임용 과정에서 여성 응시 자들에게 '반팔 상의에 스커트차림, 일정 거리를 걸어 보라, 뒤돌아 보 라' 등의 요구를 한 것은 성차별적 고용 관행으로 시정요 요구되었으나 철도청이 이는 철도청 직원 복제 규정에 따른 것이며, 일정 거리를 걸 어 보라, 뒤돌아 보라고 한 것은 고속 운행 열차에서 균형 유지를 위해 시행한 것이라고 하여 여성 단체가 검찰에 고발하였다. 노동부는 이에 직무 수행상 불가피한 합리적인 이유가 없는 한 남녀고용평등법 제6조 제2항의 취지에 반하는 것으로 철도청에 협조 요청서를 보내고 철도청 은 선면접제도를 폐지함.

<예시 3> 1989년 사원 모집시 지원 자격을 남자로 한정하여 신문에 모집광고를 낸 8개 회사를 서울지역 여대생대표자협의회가 남녀고용평 등법 제6조 위반으로 고발하여 성차별조치임이 인정되었다.

(4) 사용자, 같은 사업장에 근무하는 근로자 집단, 모집 의뢰인 또는 고객의 선

호를 이유로 성별에 따라 채용을 거부하는 경우

(5) 특정 성의 이직율이 다른 성의 이직율보다 높다는 등의 상대적 근무특성을 이유로 특정 성에 대하여 채용을 거부하는 경우

(6) 모집·채용과 관련된 정보 제공에 있어서 동일한 조건의 모집·채용 대상임 에도 불구하고 특정 성에 대하여 불리한 대우를 하는 경우

(7) 기타 모집·채용의 과정에서 합리적인 이유없이 성별을 이유로 구별·배 제·제한하는 경우

나. 임금 및 임금 외의 금품지급

이는 공공 기관 및 사용자가 근로의 대상으로 근로자 등에게 임금·봉급 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 포함한다.

임금과 관련하여 성별을 이유로 한 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(1) 동일가치, 동일노동에도 불구하고 기본급·호봉산정·수당·승급 등에 있어 서 성별을 이유로 기준을 달리 적용하는 경우

(2) 근무 연수의 증가나 승진에 따른 임금 인상에 있어서 특정 성의 인상액·인 상율을 다른 성보다 낮게 산정하는 경우

(3) 기타 임금의 산정 및 지급과 관련하여 합리적인 이유없이 성별을 이유로 구 별·배제·제한하는 경우

다. 승진

“승진”이라 함은 공공 기관의 종사자 및 근로자가 직장 내에서 하위직에서 상위직으로 이동하는 것을 말한다.

승진과 관련된 성별을 이유로 한 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

- (1) 특정 성에 대하여는 승진 기회를 주지 아니하거나 합리적 기준 없이 승진 대상자를 특정 성에 편중하는 경우
- (2) 특정 성보다 장기간 근무를 요건으로 하거나 특정 성에게만 승진 시험을 통과해야 하는 요건을 부과하는 등의 방법으로 특정 성에게 상대적으로 불리한 승진 조건이나 절차를 적용하는 경우
- (3) 특정 성에 대하여는 일정 직급 또는 직위 이상으로 승진할 수 없도록 하거나, 특정 성의 직급 또는 직위를 더 많은 단계로 세분화하여 결과적으로 승진을 불리하게 하는 경우
- (4) 승진의 객관적 기준이 되는 근무 평정 등에 있어서 특정 성에 대하여 불리한 평가를 가져오는 항목을 두는 경우
- (5) 기타 승진과 관련하여 합리적인 이유없이 성별에 따라 구별·배제·제한하는 경우

<예시 4> 근무 평정 과정에서 남자 직원에게 높은 점수를 주어 경력과 업무 능력이 우수한 여성직원이 승진에서 탈락한 강원도에서의 사례로 승진 심사가 합리적인 이유 없이 여성을 부당하게 차별하였으므로 이는 성별을 이유로 한 차별로 처리됨.

<예시 5> 성별에 따른 고정 관념에 근거하여 승진 결정을 내리는 경우로 승진 대상자인 여성이 ‘마초’같다며 ‘차밍 스킨에 다닐 것’을 권유 받으면서 승진이 연기될 때 이는 여성의 성별과 그녀가 너무 ‘남자’처럼 보인다는 성별화된 고정 관념에 의해 다르게 대우받은 것이므로 성별을 이유로 한 차별 혐의가 있음.

라. 배치

“배치”라 함은 신규 채용자 배치 및 전근, 전직, 진출, 파견 등 근로자를 일정한 업무에 취업시키는 것 또는 취업시킨 상태를 말하며, 종사할 직무내용 및 직무장소를 주요 요소로 한다.

배치와 관련된 성별을 이유로 한 차별행위의 유형은 다음과 같다.

- (1) 직무 수행상 필요 불가결한 요건이나 업무의 특수성에 근거하지 아니하고 일정한 직무의 배치 대상에서 특정 성을 배제하거나 특정 성을 편중하여 배치하는 경우
- (2) 동일학력·자격으로 채용하였음에도 특정 성은 주로 기간 업무에 배치하고 다른 성은 본인의 의사에 관계없이 정형적인 단순 보조 업무에 배치하는 경우
- (3) 특정 성을 특정 직군에 배치하거나 지원하도록 중용하는 경우
- (4) 승진 시험에 합격하거나 일정 경력에 이르렀음에도 특정 성에 대하여만 그에 상응하는 업무에 배치시키지 아니하는 경우
- (5) 혼인·임신·출산·연령 등을 이유로 특정 성을 일정한 직무 배치의 대상에

서 배제하는 경우

(6) 기타 배치와 관련하여 합리적인 이유 없이 성별에 따라 구별·배제·제한하는 경우

<예시 6> 1990년에 충남의 수협에서 근무하는 여성이 결혼과 동시에 직속 상판에게 퇴사를 종용받고 이에 응하지 않자 근무 기피 부서 및 연고지와 관계없는 전보 발령을 받아온 사례로 이는 여성에게만 결혼과 출산이 퇴직 압력으로 작용한 전보 발령이므로 성별을 이유로 한 차별 행위에 해당한다.

마. 퇴직

“퇴직”이라 함은, 관련 법규, 취업 규칙, 단체 협약 등에서 정한 정년·기간의 만료, 합의해지, 사직 등의 사유로 근로 관계가 종료되는 것을 말한다. “해고”라 함은, 근로자의 의사가 아닌 공공 기관, 사용자의 일방적인 의사 표시로 장래에 대하여 근로 관계를 종료시키는 행위를 말한다.

퇴직, 해고와 관련된 성별에 의한 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

- (1) 특정 성의 근로자가 많은 직종의 정년을 다른 직종에 비하여 현저하게 낮게 규정하는 경우
- (2) 동일 직종임에도 성별을 이유로 정년 기준을 달리하는 경우
- (3) 특정 성에 대하여 혼인·임신·출산 등의 이유로 해고하거나 퇴직을 강요하는 경우
- (4) 성별을 이유로 퇴직 방법을 달리하는 경우

(5) 정리해고대상 선정시 합리적 기준에 따르지 아니하고 특정 성을 우선적으로 해고대상으로 선정하는 경우

(6) 정리해고의 합리적 기준을 정함에 있어서 동일 직장내 배우자가 근무하는 자를 정리 해고 대상에 포함시킴으로써 사회 관념 또는 당해 직업의 속성상 특정 성의 해고를 강요하거나 특정 성이 우선적으로 해고되는 결과를 초래하는 경우

(7) 성별을 이유로 정계 사유나 절차를 달리 적용하는 경우

(8) 기타 퇴직, 해고 등 근로 관계의 종료와 관련하여 합리적인 이유없이 성별에 따라 구별·배제·제한하는 경우

<판례 2> 1993년 신은 상호신용금고의 여사원 정계 해고 사건으로 결혼 퇴직과 성차별적 임금에 불만을 가진 여사원이 상사의 업무 지시에 대해 태만히 하자 이에 대해 폭력과 폭언을 행사하고 무보직 인사 발령을 내렸고 3개월 후 해고한 사건으로 이에 대해 해고 무효 확인 소송을 내 승소하였다. 성별을 이유로 한 결혼 퇴직과 차별 임금 실시는 위법한 차별임 (1994.9.2선고 94나6347).

아. 폭력(harassment)

외국의 입법례에서는 폭력을 차별로 보고 있으며, 국내법에서는 성희롱을 남녀 차별로 정의하고 있다.²⁶⁾

26) 폭력(harassment)에 관한 국내법의 규정을 살펴보면, 남녀차별금지및구제에관한법률 제7조는 성희롱 금지등을 규정하고 있으며 이는 공공기관의 종사자, 사용자 및 근로자는 성희롱을 하여서는 아니되고, 제7조제3항은 '성희롱은 남녀 차별로 본다'고 정의하였다. 남

남녀차별금지및구제에관한법률과 남녀고용평등법에서 포괄하는 폭력은 약간의 차이를 가지고 있다. 남녀차별금지및구제에관한법률에서는 '업무, 고용 기타관계'로 적용범위를 정하고 있으나 남녀고용평등법은 '사업주, 상급자 또는 근로자'로 고용관계'에서 발생하는 폭력 규제를 의미하고 있다. 양법에서 이에 대한 판단 요건이 다른 것은 아니다.

폭력과 관련한 성별 차별 금지의 대표적인 유형은 다음과 같다.²⁷⁾

- (1) 입맞춤이나 포옹, 뒤에서 껴안기 등의 신체적 접촉
- (2) 가슴, 엉덩이 등 특정 신체 부위를 만지는 행위
- (3) 안마나 애무를 강요하는 행위
- (4) 음란한 농담이나 음담 폐설
- (5) 외모에 대한 성적인 비유나 평가
- (6) 성적 사실 관계를 묻거나 성적인 내용의 정보를 의도적으로 유포하는 행위
- (7) 성적 관계를 강요하거나 희유하는 행위
- (8) 음란한 내용의 전화 통화

남녀고용평등법에서는 제2조에서 '직장내 성희롱'이라 함은 '사업주, 상급자 또는 근로자가 직장내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적인 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말한다'로 되었다.

27) 이는 남녀차별금지기준의 제17조 성적언동의 대표적 유형을 준용할 수 있다.

(9) 회식 자리 등에서 술을 따르도록 강요하는 행위 등

(10) 의설적인 사진, 그림, 낙서, 음란 출판물 등을 게시하거나 보여주는 행위

(11) 직접 또는 팩스나 컴퓨터 등을 통하여 음란한 편지, 사진, 그림을 보내는 행위

(12) 성과 관련된 자신의 특정 신체 부위를 고의적으로 노출하거나 만지는 행위

(13) 기타 사회 통념상 성적 굴욕감 또는 혐오감을 유발하는 것으로 인정되는 언어나 행동

<예시 7> 사내의 공식적인 회식 자리에서 사업주가 직원에게 춤을 출 것을 요구하며 포옹하려 하여 이를 거부하자 승진에서 탈락시키는 것은 폭력으로 이는 성별을 이유로 한 차별이다.

<예시 8> 피해자는 주로 하급자인 여성근로자나 동료 여성근로자가 될 수 있으나 남성도 피해자가 될 수 있으며, 하급자인 남성근로자가 상급자인 여성을 성희롱하는 경우에도 폭력이며 이는 성별을 이유로 한 차별이다.

<예시 9> 미국의 Astra USA는 1988년 Boston, Massachusetts에서 차별의 희생자로 판명된 60명의 고용인들에게 1천만 달러의 보상금을 지급하였다. 여성 판매 담당 부서원들이 관리인들에게 폭력을 당했으나 회사측은 여성에게 적대적인 환경을 유지하였으며, 그 폭력에 대해 불만을 표시한 여성과 남성 고용인 모두에게 불이익 조치를 행하였다. EEOC의 조사에 따르면 여성 고용인들은 그들의 업무 수행 평가가 고위 관리자들과의 사회적 관계에 달려있다는 말을 들은 것으로 드러났다. 이 여성고용인들은 성적인 내용의 코멘트와 신체적 접촉의 피해를 입었으며, 그에 좀 더 순응적이었던 고용인들이 덜 순응적이었던 사람들보다 고용조건상 더 유리한 취급을 받았다. 고위 관리직에서 폭력을 용납하는 분위기는 하위직 직원, 고객, 계약자들에 의한 여성 고용인 폭력을 용납하는 분위기를 가져왔다. 이 사례는 피해자에 대한 금전적 보상 이외에도 Astra USA가 모든 관리직 직원에게 폭력에 대한 교육을 시키고, 고객이나 계약자들에 의한 성적인 폭력이 일어났을 때 즉각적인 행동을 취하고, 그리고 2년간 이 회사가 이런 문제에 제대로 대응하고 있는가를 판단할 수 있는 회사의 인품을 한 명 임명하는 것에 동의하는 것으로 결말이 났다 (여성특별위원회 정책자료 99-4, 성차별분쟁조정기구 및 분쟁처리절차비교연구, 24쪽).

2. 재화, 용역, 교통수단, 상업시설, 토지, 주거시설의 공급이나 이용

이와 관련된 성별을 이유로 한 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

- (1) 근로자에 대한 생활 보조적·후생적 금품의 지급 등 근로자 복지 제도의 실시에 있어서 성별을 이유로 차이를 두는 경우
- (2) 금전 대출, 신용 카드 발급, 카드 가입, 자동차 할부 판매 등 기타 금융제도에 있어서 성별을 이유로 차이를 두는 경우

(3) 공공 기관 및 사용자가 용역을 제공함에 있어서 성별을 이유로 차이를 두는 경우

(4) 기타 재화·시설·용역의 이용 및 제공과 관련하여 합리적인 이유 없이 성별을 이유로 구별·배제·제한하는 경우

(5) 재화, 용역의 제공과 토지, 주거 그리고 편의 시설의 이용, 공공 장소와 시설의 접근 등에서 성별을 이유로 폭력이 발생하는 경우

<예시 10> 홍콩에서 1997년 3월, 6명의 노점상 주인 여성들이 동등 기회 위원회에 결혼 상태에 기반한 차별에 관련된 소송을 신청하였다. 항상 물건을 팔던 장소가 다른 장소로 이동되면서 노점상 주인들은 새 장소에서 물건을 팔 수 있도록 우선권 입찰을 신청해야 했다. 이것을 담당하는 정부 부서가 한 가족 당 한 명만 신청할 수 있는 '한 가족 한 노점상' 정책을 실시하였으므로 비록 이들 여성들이 남편과는 독립된 노점상을 가지고 있었음에도 신청이 금지되었다. 남편과 한 가족 단위로 여겨지기 때문이다. 만일 이들 여성이 결혼하지 않았다면 신청할 수 있었을 것이다. 성차별법 하에서, 결혼 여부에 따라 서비스나 기타 재화의 제공 상 개인을 다르게 취급하는 것은 불법이다. 이 법은 정부에도 적용되며 따라서 6명의 노점상 주인의 경우 결혼 여부에 따른 불법적인 차별 주장이 성립되었다 (여성특별위원회 정책 자료 99-4, 성차별 분쟁 조정 기구 및 분쟁처리 절차 비교 연구, 48쪽).

<예시 11> 뉴질랜드의 인권위원회는 재화, 시설, 용역의 제공에 있어서 위법한 차별은 직접적이거나 간접적인 차별이 포함되는 것이며, 시설의 정의에 은행, 보험과 grants, loans, 신용 또는 finance을 포함하였다 (<http://www.hrc.co.nz/act>).

<예시 12> 간호사 등 제3자의 입회 없이 유방암 진료 중 질 맞사지법 등 특이한 치료 방법에 대해 소개받는 등 성적 수치심과 정신적인 충격을 받은 사례로 이는 진료 도중에 발생한 성적인 폭력으로 성별을 이유로 한 차별임.

3. 교육시설이나 직업훈련기관의 이용

“교육 시설과 직업 훈련 기관”이라 함은 교육기본법에 기초한 초·중등교육법, 고등교육법을 비롯하여 사회교육법, 직업훈련촉진법 등 기타 다른 법률에 의하여 설치된 교육 시설과 공공 기관 및 사업장에서 취업·직무 수행에 필요한 지식·기술 및 태도를 학습·향상시키기 위하여 실시하는 직업 훈련 시설 등과 시설에서 제공되는 교재, 교과 내용 및 각종 서비스를 포함하는 것을 말한다.

이와 관련된 성별을 이유로 한 차별 금지의 유형은 다음과 같다.

- (1) 성별에 따라 교육 대상 인원을 배정하는 경우
- (2) 해외 연수·직업 훈련 등 각종 교육의 대상자 선정에 있어서 합리적인 기준에 의하지 아니하고 특정 성을 제외하는 경우
- (3) 교육 기관, 직업 훈련을 주관하는 기관이나 부서에서 성별을 이유로 교육여건 제공과 교육 활동에 대한 행·재정 지원 등을 달리한 결과 특정한 성에 불리한 영향을 미치는 경우
- (4) 교육 기관에서 성별을 이유로 교육내용 및 교과과정 편성을 달리하는 경우
- (5) 공공 기관 및 사업장에서 실시하는 교육에서 동일한 자격임에도 불구하고

성별을 이유로 교육 내용 및 교육 과정 편성·운영을 달리하는 경우

- (6) 남녀 역할에 대한 편견을 갖도록 하는 교육 목표 제시, 교육 내용 구성, 생활지도 등을 하는 경우
- (7) 성별을 이유로 활동 기회를 제한하거나 활동 내용을 구분하는 경우
- (8) 성별을 이유로 교과 선택 기회, 진로 선택 범위 등을 제한하는 경우
- (9) 교육의 결과를 평가할 때 성별을 이유로 다른 기준을 적용하는 경우
- (10) 기타 교육 시설 및 직업 훈련 기관의 이용과 관련하여 합리적인 이유없이 성별을 이유로 구별·배제·제한하는 경우
- (11) 교육 시설 및 직업 훈련 기관의 이용과 관련하여 폭력이 발생하는 경우

<예시 13> 대학의 특정 학과(음대·미대 관련학과) 신입생 모집시 입학정원을 성별로 구분하는 것은 특정 성의 입학을 우대하거나 차별하는 결과를 초래할 수 있다. 1999년 이와 관련하여 건국대, 경희대, 상명대, 서울대, 성균관대, 연세대, 장신대, 홍익대 등 8개대학이 시정 조치됨.

<예시 14> 출석부의 번호를 성별로 분리하여 항상적으로 여학생의 번호가 뒷번호가 되도록 하는 것은 여성이 남성의 다음이라는 차별적 고정관념을 가져올 수 있으므로 이는 성별을 이유로 한 차별 혐의가 있다.

III. 성별에 의한 차별 금지의 예외

성별에 의한 차별의 예외가 되는 것은 크게 세 가지의 내용을 포함하고 있는데 이는 1) 적극적 조치, 2) 모성보호, 3) 진정직업자격과 관련된 것이다.

1. 적극적 조치

현존하는 성별에 의한 차별을 극복하기 위하여 적극적 조치를 취할 경우 이를 차별로 보지 아니한다.

가. 남녀차별금지및구제에관한법률에 의거하여 '다른 법률에 규정된 남녀평등을 촉진하기 위한 잠정적 조치 등은 이 법에 의한 남녀차별로 보지 아니한다'로 규정하였다(동법제8조).

나. 여성발전기본법은 제6조에서 '국가 및 지방 자치 단체는 여성의 참여가 현저히 부진한 분야에 대하여 합리적인 범위 안에서 그 참여를 촉진하기 위하여 관계법령이 정하는 바에 따라 잠정적인 우대 조치를 취할 수 있다'고 규정하였다.

<예시 15> 국가와 지방 자치 단체의 각종 위원회에 여성의 대표성을 확보하기 위하여 여성위원이 30% 이상 확보되도록 하는 조치는 여성의 과소대표에 의한 구조적인 성불평등을 제거하기 위한 조치이므로 차별로 보지 아니한다.

다. 남녀고용평등법에서는 차별 금지 예외 조항으로 동법 제2조에 '현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방 자치 단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치를 취하는 경우 등은 차별로 보지 아니한다'로 규정했다.

2. 모성 보호

가. 남녀고용평등법 제2조에서는 '근로여성의 임신, 출산, 수유 등 모성 보호를 위한 조치를 취하는 경우'에는 차별로 보지 아니함을 규정했다.

나. 근로기준법 제72조 임신부의 보호는 성별에 의한 차별로 보지 아니한다.

<예시 16> 근로기준법 제63조와 동법 시행령 제37조에서 규정한 사용 금지 직종에 따라 임신부, 임신부가 아닌 18세 이상의 여성에 대한 사용금지 조치는 현행 법률에 의해 국가에서 도덕상 또는 보건상 유해·위험 사업에 여성 혹은 임신부의 고용을 금지하고 있으므로 이는 성차별로 볼 수 없다. 임신 중인 여성의 사용 금지 직종은 12개이며, 산후 1년이 경과되지 아니한 여성에게는 영아와 임신에 지장이 있는 3개 업무로 한정하고, 임신부 이외의 18세 이상의 여성은 임신에 영향을 주는 2브로모프로판에 한하여 사용 금지하도록 함.

3. 진정직업자격 (BFOQ)

특정한 성이 특정한 직무를 수행하는데 필수불가결함을 입증하는 진정직업자격으로 인정될 때 성차별로 보지 않는다. 진정직업자격에 의한 차별 예외는 미국이나 캐나다, 호주 등에서 매우 엄격한 기준을 가지고 적용하고 있다.

제3장. 장애를 이유로 한 차별

1. 장애인 차별 금지의 배경과 정의

1. 장애인 차별 금지의 배경

현재 우리나라는 장애인을 신체적, 정신적 장애로 인해 장기간에 걸쳐 일상생활, 또는 사회생활에 상당한 제약울 받는 사람으로 정의하고 있으며,²⁸⁾ 장애의 유형을 10가지로 정의하고 있다.²⁹⁾ 그리고 장애인은 우리나라 전체인구의 3.09%인 144만 명으로 나타나고 있다.³⁰⁾ 그럼에도 불구하고 장애인에 대한 차별은 우리 사회에서 광범위하고 다양하게 나타나고 있다. 장애인에 대한 차별은 고용, 교육, 공공시설의 이용, 대중교통의 이용, 정보와 커뮤니케이션 등에서 심각하게 나타나고 있으며, 중대한 인권 침해로까지 이어지고 있다.

장애인의 신체적, 정신적인 장애를 이유로 모집 및 채용에서 차별하거나 교육의 기회를 제공하지 않는 사례는 빈번하며, 공공시설의 이용 및 대중교통의 이용에 대한 제한은 차별로 인식조차 되지 않고 있다. 뿐만 아니라 생활시설 내에서의 두발 제한 등 각종 제한과 폭행, 강제불임 등은 장애인에 대한 차별이 단순한 차별을 넘어서 심각한 인권 침해로 이어지고 있음을 보여주고 있다.

이러한 차별로 인해 장애인은 대한민국의 국민으로 살아가면서도 국민으로서의 기본적인 권리조차 누리지 못하는 2등 국민으로 살아가고 있으며, 일상생활 전반에 걸친 차별로 인해 사회활동과 사회참여에 크게 제한을 받고 있다. 또한 고

28) 장애인복지법 제2조 “정의”

29) 장애인복지법 시행령 별표 1에 따르면, 장애를 지체장애, 시각장애, 청각장애, 언어장애, 뇌병변장애, 정신지체, 정신장애, 발달장애, 심장장애, 신장장애로 분류하고 있다.

30) 보건복지부, 한국보건사회연구원(2001), 2000년도 장애인실태조사

용과 교육에 있어서의 차별은 빈곤의 원인이 되고 있으며, 공공시설과 대중교통의 이용에 있어서의 차별은 장애인의 삶의 질은 낮추는 주된 원인이 되고 있다.

뿐만 아니라 전쟁, 테러, 교통사고, 산업재해, 자연재해, 환경오염, 의학의 발달³¹⁾은 장애를 더욱 많이 출현시키고 있으며, 이에 따라 장애인의 대부분이 후천적인 요인에 의해 출현하고 있다.³²⁾ 아울러 노령인구의 증가는 노령에 의한 장애인의 증가를 가져오고 있다. 따라서 장애의 문제는 결코 소수의 문제도 아니며, 특정한 사람에게 국한된 문제도 아니다. 장애는 우리 모두의 문제이며, 우리 모두의 미래의 문제이다.

따라서 장애인에 대한 차별금지에는 장애인을 동등한 국민과 시민으로 인정하고 어떠한 신체적, 정신적 장애를 이유로 차별하거나 다르게 대우해서는 안되며, 국민과 시민으로서의 동등한 권리를 부여해야 하는 것을 기본으로 하되, 장애인의 장애에 따른 적절한 환경 및 서비스의 제공을 포함한다. 장애에 따른 합리적이고 적절한 환경 및 서비스를 제공하지 않을 경우 장애인이 동등하게 사회참여를 하고, 공공시설이나 교통수단을 이용할 수 없기 때문이다.

현재 장애인의 차별금지를 다루고 있는 대표적인 문헌은 세계인권선언³³⁾과 UN

31) 의학의 발달도 장애인을 증가시키는 요인이 되고 있다. 즉, 의학이 발달하기 이전에는 작은 사고나 질병으로 만으로도 사망을 했지만, 의학의 발달에 따라 장애인으로 살아남을 수 있게 된 것이다. 또한 의학에 발달에 따른 수명의 연장은 노령 인구의 증가로 나타났으며, 노령에 의한 장애 역시 증가하고 있다.

32) 보건복지부, 한국보건사회연구원, 2000년도 장애인실태조사, 35쪽

33) UN(1948)의 세계인권선언은 특별히 장애인에 대해 언급을 하고 있지는 않지만, 모든 사람의 기본적인 권리에 대해 명시하고 있으며, 이 모든 사람이라는 범주 안에 장애인도 분명히 포함이 되고 있다. 즉

“제1조 모든 사람은 날 때부터 자유롭고 동등한 존엄성과 권리를 가지고 있다. 사람은 천부적으로 이성과 양심을 가지고 있으며 서로 형제애의 정신으로써 행동하여야 한다.

제2조 1. 모든 사람은 종족, 살색, 성별, 인종, 종교, 정치상 기타의견, 민족적 혹은 사회적 출신, 재산, 가문 혹은 기타 지위여하로 인하여 하등의 차별을 받음이 없이 본 선언에

의 장애인 권리선언이 있으며, 장애 영역별로는 농아인 권리선언과 UN의 정신 지체인 권리선언이 있다. 우리나라 역시 지난 1999년에 장애인인권헌장을 선포한바 있다.

법률로는 장애인 복지에 대해 전반적으로 규정하고 있는 장애인복지법³⁴⁾, 장애인의 특수교육을 보장하고 있는 특수교육진흥법, 장애인의 고용에 관한 장애인 고용촉진 및 직업재활법, 장애인의 공공시설 및 교통수단과 정보에 대한 접근을 명시하고 있는 장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률이 있다.

외국의 경우, 미국의 “장애를 가진 미국인 법”(Americans with Disabilities Act:ADA), 영국과 호주의 “장애인차별금지법”(Disabilities Discrimination Act:DDA) 등에서 장애인에 대한 차별을 규정하고 이에 대한 금지를 명확히 하고 있다.

2. 장애의 정의

우리는 흔히 신체적, 정신적 기능의 일부 혹은 전부를 상실했을 경우에 이를 장애라고 하고, 그러한 사람을 장애인이라 부르고 있다. 하지만 기능의 일부 혹은 전부의 상실이 과연 장애인가? 그러한 사람을 과연 장애인이라고 부를 수 있는가?

우리말 국어사전은 “장애”를 1) “무슨 일을 하는데 거처적거리어 방해가 되는 일, 또는 그것”, 2) “신체상의 고장”이라고 정의하고 있다.³⁵⁾ 따라서 우리말의

발표된 모든 권리와 자유를 향유할 권리를 가진다.”라고 명시하고 있다.

34) 장애인복지법 제8조(차별금지 등)에서 장애인에 대한 차별의 영역을 다음과 같이 규정하고 있다. ① 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니하고, 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 생활의 모든 영역에서 장애인을 차별하여서는 아니된다.

35) “장애”, 동아새국어사전, 동아출판사, 1984

의미를 그대로 풀이하면 장애인이란 “일의 방해가 되는 사람” 또는 “신체상의 고장이 있는 사람”이 되는 셈이다.

그렇다면 장애인복지법은 장애인에 대해 무엇이라고 정의하고 있는가? 개정된 장애인복지법 제2조에서는 장애 및 장애인을 다음과 같이 규정하고 있다.

“① 장애인은 신체적·정신적 장애로 인하여 장기간에 걸쳐 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받는 자를 말한다. ② 이 법의 적용을 받는 장애인은 제1항의 규정에 의한 장애인 중 다음 각 호의 1에 해당하는 장애를 가진 자로서 대통령령이 정하는 장애의 종류 및 기준에 해당하는 자를 말한다.
1. 신체적 장애라 함은 주요외부신체기능의 장애, 내부기관의 장애 등을 말한다.
2. 정신적 장애라 함은 정신지체 또는 정신적 질환으로 발생하는 장애를 말한다.”

따라서 이 법에 의하면 장애인은 신체적, 정신적 장애로 인해 장기간에 걸쳐 일상생활, 사회생활에 상당한 제약을 받는 사람이며, 크게 신체적 장애와 정신적 장애로 분류함을 알 수 있다. 그리고 이는 다시, 지체장애, 뇌병변장애, 시각장애, 청각장애, 언어장애, 정신지체, 정신장애, 발달장애, 신장장애, 심장장애 등 10가지로 분류하고 있다.³⁶⁾

그러나 우리나라와 같은 이러한 장애에 대한 정의와 분류는 의학적인 분류라는 비난을 면치 못하고 있다. 그래서 이에 대한 반발로서 WHO(세계보건기구)를 중심으로 하여 새로운 장애에 대한 개념과 분류가 시도되고 있다.

1981년에 세계보건기구는 장애를 impairment(신체적 손상), disability(능력의 장애), handicap(사회적 불리)으로 정의하고 분류한 바 있으며, 이를 다시 세분화하여 800여 개의 장애로 분류한 바 있다. 하지만 이와 같은 분류는 의학적인 측

36 보건복지부, 장애인복지법 시행령 별표 1 참조

면에서만 분류한 것이라는 비난을 받았다. 장애의 문제는 의학적인 문제만이 아니라라는 것이다. 오히려, 의학적인 측면보다는 사회적인 측면이 보다 강하다는 견해가 대두되었다. 따라서 최근에는 이러한 의학적 분류에 대한 대안으로서 장애를 impairment(신체적 손상), activity(활동), participant(참여)로서 정의하고 있다. 즉, 장애를 신체적 손상의 장애, 활동의 장애, 참여의 장애로 분류하고, 이를 다시 각 항목에 따라 수십 개, 혹은 수백 개의 장애로 분류를 하고 있다. 이에 따라 세계보건기구의 장애유형은 약 1500여 가지에 달하고 있다.³⁷⁾

ICIDH-2에서 제시된 정의에 의하면, 손상(impairment)은 신체 구조나 물리적, 심리적 기능상의 상식이나 비정상성을 의미한다. 손상의 차원은 신체 기능 혹은 신체 구조와 관련된 것으로서 이러한 기능상의 제한, 신체 혹은 신체의 부분의 기본적인 기능을 수행하는데 따른 불능을 손상이라고 한다. 활동(activity)/활동 제한(activity limitation)은 개인적 수준에서 기능의 범위와 본질로서 활동의 차원은 일상 생활과 관계된 개인의 활동을 다룬다. 일상의 과업에서 기대되는 개인의 통합된 활동으로서 단순하게는 걷기에서부터 쇼핑, 직무완수 등의 활동에 이르기까지 활동의 차원은 행위의 차원을 넘어선 것이다. 마지막으로 참여(participation)/참여억제(participation restriction)는 손상, 활동, 건강조건, 상황 요인과 관련한 생활 상황에서 개인의 연관성 정도와 본질로 정의한다. 따라서 참여의 차원은 사회적 현상을 다루며 개인의 참여 정도, 참여를 촉진하거나 방해하는 사회적 반응을 의미한다. 다양한 영역에 참여하는 것이 사회적 건강의 중요성을 말하는 것이며, 이는 물리적, 사회적, 태도적 세계의 환경적 요인을 포함하는 것이다. 다른 환경은 한 장애인에게 다른 영향을 준다. 이에 참여는 환경과 장애를 가진 사람간의 복잡한 관계와 상호작용이다. 참여는 따라서 생태학적이고 환경적인 모델에 의한 것이다. 이에 해당하는 세 분류는 개인적인 유지와 보호의 참여, 이동성의 참여, 정보교환의 참여, 사회적 관계의 참여, 교육, 노동, 레저와 정신적 영역의 참여, 경제생활의 참여, 도시와 지역 사회생활의 참여

37) ICIDH-2 : International Classification of Impairments, Activities, and Participation. Beta-1 draft for field trials, (Geneva : World Health Organization, 1997).

이다. ICIDH-2에서 제시한 손상, 활동, 참여의 3대 축의 적용은 사실상 모든 개인에게 적용이 가능한 것으로 이에 과거의 장애인의 경계는 점점 무너지고 있는 것이다.³⁸⁾

국가인권위원회법상의 장애의 정의 또는 장애인의 정의를 무엇으로 볼 것인가. 특히 일시적 장애를 어떻게 이해할 것인가와 “자격이 있는 장애인”³⁹⁾을 어떻게 정의할 것인가이다. 현재 장애인복지법에서는 부상, 질병, 임신 등으로 인한 일시적인 장애를 인정하지 않고 있으며, 따라서 장애인의 정의를 장애인복지법의 정의로만 국한한다면 일시적인 장애를 갖는 사람들은 국가인권위원회법에 따른 차별금지 적용을 받기 어렵게 된다. 둘째, 자격이 있는 장애인에 대한 정의를 하지 않을 경우 차별적용의 예외규정이나 차별사례로서의 적용에 대한 기준이 없게 된다.

3. 장애인 차별의 정의

장애를 이유로 한 차별이라 함은 합리적인 이유 없이 정신적 혹은 신체적 장애를 이유로 구별, 배제, 차등 또는 제한, 폭력을 가하는 것을 의미한다. 국가인권위원회법은 장애를 이유로 고용, 교육 등에서 배제하거나 구별하거나 불리하게 대우하는 경우를 차별로 인정하고 있다.⁴⁰⁾

38) 제주DPI 장애여성 특별위원회 편(2007), 제주도 장애여성실태 및 차별에 관한 연구보고서, 23-24쪽.

39) 미국의 “장애를 가진 미국인법”(ADA: Americans with Disabilities Act)에 의하면 “자격이 장애인(Qualified individual with a disability)이란 장애인으로서 합리적인 편의시설을 갖출 경우 또는 갖추지 않고서도, 그가 보유하거나 보유하기를 원하는 직책의 본질적인 기능을 수행할 수 있는 자를 말한다(The term qualified individual with a disability means an individual with a disability who, with or without reasonable accommodation, can perform the essential functions of the employment position that such individual holds or desires).

40) 국가인권위원회법 제30조 (위원회의 조사대상)

① 다음 각호의 1의 경우에 인권을 침해당한 사람(이하 “피해자”라 한다) 또는 그 사실을 알

그러나 국가인권위원회법은 정확한 차별행위가 무엇인지에 대해서는 자세히 언급하지 않고 있다.

장애인복지법 역시 차별의 영역에 대해서만 정치·경제·사회·문화생활이라는 영역에서 장애인을 차별해서는 안 된다고 언급하고 있을 뿐, 정확한 차별행위가 무엇인지에 대해서는 역시 언급하고 있지 않다.

장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률에서만 장애인등도 다른 사람들이 이용하는 시설이나 설비를 다른 사람의 도움 없이 동등하게 이용할 수 있고, 다른 사람들이 접근하는 정보에 다른 사람의 도움 없이 동등하게 접근할 권리가 있다는 접근권을 밝힘으로써 다른 사람들이 이용하는 시설이나 설비, 정보에 동등하게 접근할 수 없거나, 다른 사람의 도움 없이 접근할 수 없다면

고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다.

1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구급·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법 재판소의 재판소 제외한다)과 관련하여 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우
 2. 법인, 단체 또는 사인(私人)에 의하여 평등권침해의 차별행위를 당한 경우
- ② 평등권침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)을 이 유로 한 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 다른 법률에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단)을 포함한다. 이하 같다)에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외한 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다.
1. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
 2. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위
 3. 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

이것이 차별임을 간접적으로 밝히고 있다.

따라서 장애인이 정치, 경제, 사회, 문화 등 일상생활의 전 영역에서는 물론이고 고용, 교육, 공공시설, 정보접근, 주거 등의 영역에서의 차별에 대하여 국가인권위원회에서 분명하게 규정을 해주고 이러한 규정을 바탕으로 무엇이 차별인가를 밝힐 필요가 있다.

II. 장애인 차별이 금지되는 영역

1. 고용

“고용”이라 함은 공공기관과 모든 사업 및 사업장의 정규직, 임시직, 계약직 등 모든 형태의 근로계약관계를 포함하며, 근로계약 체결에 이르기 위한 모집·채용 등 근로계약 개시 이전 단계, 근로관계의 종료 및 이와 관련하여 구체적으로 파생된 절차가 완료되기까지의 모든 과정을 포함한다.

가. 모집과 채용

(1) “모집과 채용”이라 함은, 공공기관이나 사용자가 불특정인을 상대로 한 신문·방송 등을 통한 광고모집, 직접 또는 위탁모집, 연고에 의한 채용, 공공직업 안내소 또는 직업소개사업을 하는 자를 통한 구인신청 등을 포함하여 근로계약 체결에 이르기 위한 근로계약 개시 이전의 모든 고용과정을 말한다.

(2) 모집과 채용에 있어서의 합리적인 이유 없이 다음과 같은 행위를 하는 것은 장애인 차별로 간주한다.

(가) 모집요강에서 “신체건강한 자, 용모단정한 자”와 같이 신체 또는 외모에

대한 조지 명시하여 장애인의 응시 자격을 제한하거나 기회를 주지 않는 행위

(나) 모집에서 "남자의 경우 군복무를 마친 자"와 같이 장애인이 참여할 수 없는 조건을 명시하여 장애인의 응시 자격을 제한하거나 기회를 주지 않는 행위

(다) 채용절시에 모집하는 직무와 무관한 신체적 능력을 요구하거나 질문하는 행위

(라) 채용절시에 면접자에게 합리적인 편의를 제공할 수 없다고 거절하는 행위

(마) 채용절시에 면접자에게 작업 현장에 편의시설 등의 환경이 갖추어지지 않았으므로 채용할 수 없다고 거절하는 행위

(바) 채용절시에 면접자에게 채용 후에 합리적인 편의제공에 대하여 고용주에게 요거나 요구하지 않을 것을 약속하도록 강요하는 행위

(사) 채용절에서 면접자가 면접에서의 성적도 우수하며, 채용하고자 하는 직능에서의 우수행능력이 뛰어난에도 불구하고 합리적 사유 없이 채용하지 않는 행위

(아) 면접 사용자 채용하고자 하는 직능에 대하여 자격을 갖추고 원서를 지원했음에도 불구하고 합리적 사유 없이 면접조차 실시하지 않는 행위

<사례 1> 저시력 시각장애를 가지고 있는 여성이 대학의 강단에 서기 위해 딸을 보았다. 이 과정에서 면접관이 그녀에게 "운전을 할 수 있는가?" 물었다. 이것은 해당 직무수행과 관련없는 질문이므로 이러한 질문을 행위자체 및 합리적 사유없이 장애를 이유로 탈락시키는 것은 차이다.

<사례 2> 현재 우리나라의 경우 초등학교, 중학교 입학 때, 신체검사를 실시하며, 휠체어를 사용하는 장애인 등은 신체검사에서 탈락한다. 교육대학의 경우 휠체어를 사용하는 장애인들은 신체검사에서 탈락되어 입학이 가능하지 않은데, 이는 장애를 이유로 한 차별이다.

나. 임금

(1) "임금"이라 함은 공공기관 및 사용자가 근로의 대상으로 근로자 등에게 임금·봉급 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 포함한다.

(2) 임금에 있어서의 장애인차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(가) 동일 가치, 동일 노동에도 불구하고 합리적 사유 없이 장애를 이유로 기본급, 수당, 호봉 등을 비장애인보다 낮게 책정하는 행위

(나) 근무 시간 외의 초과 근무에 대한 수당 등을 장애인에게만 지급하지 않거나 지급하지 않을 목적으로 장애인을 고용하는 행위

(다) 장애인고용지원금을 정부로부터 지원 받는 사용자가 장애인에게 동일가치, 동일노동에 종사하는 다른 사람보다 낮은 급여를 지급하는 행위

다. 교육 및 훈련

(1) "교육"에는 신입사원 교육, 관리감독자 훈련, 국내의 연수 등의 명칭에 관계 없이 근로자의 직무수행능력의 배양 또는 향상을 위하여 사업주가 소속 근로자를 대상으로 실시하는 모든 교육 및 직업훈련이 포함된다.

(2) 교육에 있어서의 장애인 차별의 행위의 유형은 다음과 같다.

(가) 사용자가 시행하는 모든 교육, 훈련, 연수에 있어서 합리적인 이유 없이 장

애인을 배제하는 행위

(나) 사용자가 시행하는 모든 교육, 훈련, 연수에 있어서 장애인 근로자가 다른 사람의 도움 없이 동등하게 참여할 수 있도록 합리적인 편의를 제공하지 않는 행위

(다) 해외연수 등 각종 교육의 대상자 선정에 있어 본인의 의사에 반하여 장애를 이유로 장애인을 제외하거나 다른 근로자에 비해 불리한 조건을 부과하는 경우

라. 배치

(1) “배치”라 함은 사업주가 근로자에게 직무의 내용과 직무의 장소 등을 정하여 특정업무에 종사하도록 하는 것을 말하며 신규 채용자 배치, 기존 근로자 배치전환, 파견조치, 대기발령 등을 포함한다.

(2) 배치에 있어서의 장애인 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(가) 장애인의 의사와 반하여 장애를 이유로 장애인 근로자에게 불이익이 되도록 배치하는 행위

(나) 장애인에게 장애를 이유로 본래의 직무상 중요한 업무에 참여시키지 않는 행위

(다) 장애인의 의사와 반하여 안전상, 업무 환경상을 이유로 장애인에게 필요한 합리적인 편의를 제공하는 대신에 다른 직무에 배치하는 행위

마. 승진

(1) “승진”이라 함은 사업주가 근로자를 현재의 직급 또는 직위로부터 보다 상위의 직급 또는 직위에 임명하는 것을 말한다.

(2) 승진에 있어서의 장애인차별 행위의 유형은 다음과 같다

(가) 장애를 이유로 장애인을 승진에서 제외하는 행위

(나) 업무환경을 이유로 장애인을 승진에서 제외하는 행위

(다) 승진시험 등에 있어서 장애인에게 불리한 기준을 적용하는 행위

(라) 업무 평가 등에 있어서 장애인의 장애로 인한 작업시간의 초과, 업무 내용의 조정 등을 불리하게 반영하는 행위

<판례1> 스미스 대 플레처 사건

텍사스 연방지구 법원에서는 성과 신체 장애를 근거로 한 차별이 있었다는 사실을 발견하고 원고를 승진시킬 것을 명령했다. 월체를 사용하는 하지 마비 장애인인 스미스는 1962년 GS-7 등급으로 미국 항공 우주국에 근무하고 있었다. 1963년 GS-9로 승진했으나 체력이 떨어진다는 이유로 GS-5로 강등되었고 다시 1973년에 GS-7로, 1974년에 GS-9로 승진했다. 스미스와 같은 시기에 고용된 두 남자 직원은 거의 같은 자격을 갖고 있으면서도 GS-9 등급에서 출발했으며 그 가운데 한 사람은 GS-1등급으로 승진했다. 두 사람 가운데 강등된 사람은 아무도 없었다.

스미스에게는 일상적인 사무와 관련된 업무만 주어진 반면, 자격이 같은 다른 직원들에게는 고급 연구 계획과 관련된 업무가 주어졌다. 스미스는 1971년 성과 신체장애를 근거로 한 차별에 대해 공무원 임용 위원회에 소송을 제기했다. 그러나 공무원 임용 위원회에서는 아무런 특별 구제 조치 명령도 내리지 않았다.

행정기록을 검토한 결과 법원은 스미스 여인이 여성이라는 이유와 장애가 있다는 이유 때문에 신체적으로 충분히 수행할 수 있고 또한 마땅히 승진할 수 있는 직책을 맡지 못했다고 주장했다. 그리고 이것은 공무원법과 그 시행령을 위반한 사건이라고 판결하면서 소급 승진과 함께 급여를 소급 지급하라는 명령을 내렸다 (인도주의실천의사협의회 역, 1992, 장애인의 권리, 장애우권익문제연구소, 191쪽)

바. 해고, 퇴직

(1) “해고”라 함은 근로자의 의사와는 관계없이 사용자가 일방적인 의사표시로 장애에 대하여 근로관계를 소멸시키는 것을 말한다.

(2) 해고 및 퇴직에 있어서의 장애인 차별 행위의 유형은 다음과 같다

(가) 합리적 사유 없이 장애를 이유로 장애인을 해고하거나 강제 퇴직하게 하는 행위

(나) 장애인의 장애를 퇴직사유로 한 단체협약, 취업규칙 근로계약 등 합리적 사유 없이 이 규정을 근거로 퇴직처분을 하는 행위

사. 기타

(1) 합리적인 편의를 제공하지 않거나 제공하기를 거부하는 것은 차별이다.

(가) 장애인에게 필요한 장애인의 업무 환경을 위하여 편의시설의 설치(4) 등 합리적인 편의를 제공하지 않는 행위

4) “장애인, 노인, 임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률”이 정하는 바에 따른 편의시설의 설치를 의미한다.

(나) 장애인이 합리적인 편의제공을 요구했을 때 이를 거부하는 행위

(2) 장애인의 신체적, 정신적 특성에 대한 비어, 속어적 표현을 하는 것을 장애를 이유로 한 폭력으로 차별이다

(가) 장애인에게 장애를 비유하거나 장애를 지칭하는 비어적 표현을 사용하는 행위

(나) 장애인에게 장애를 비유하는 용어를 고의적으로 사용함으로써 모욕을 주는 행위

(3) 장애인에게 교육, 배치 등에 있어서 장애인의 의사를 묻지 않고 고용주가의 임의로 결정하는 행위

(가) 교육, 배치 등에 있어서 장애인의 의사를 묻지 않거나 묻기를 거부하고 장애인을 배려한다는 이유로 고용주가 임의로 결정하는 행위

2. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용

1) 재화·용역 공급이나 이용

(1) 소비자 또는 고객이 장애인이라는 이유로 계약, 면허상의 불이익을 주는 행위

(2) 소비자 또는 고객이 장애인이라는 이유로 시설물의 물건, 서비스, 시설, 편의제공에 참여할 기회를 거절하거나 그것으로부터의 이익을 얻을 기회를 거절하는 행위

(3) 소비자 또는 고객이 장애인이라는 이유로 비장애인에게 제공하는 것과 동등

하지 않은 물건, 서비스, 특전, 이익, 편의를 제공하는 행위

(4) 장애인에게 물건, 서비스, 시설, 특전, 이익 또는 편의시설의 제공을 위하여 정책, 실행 또는 절차상의 변경이 필요함에도 불구하고 이러한 변경을 하지 않는 행위

(5) 건축상의 시설물, 교통시설 및 교통수단, 기존시설에 있어서 구조적인 통신 장애물 등에 장애인의 이용이나 접근을 용이하지 않게 하는 장애물을 즉시 제거할 수 있음에도 불구하고 제거하지 않는 행위

2) 공공시설 및 공중이용시설의 접근

(1) 장애인이 시민들 불특정 다수가 이용하는 공공시설 또는 공중이용시설을 동등하고 자유롭게 이용할 수 없다면 그것은 차별이다

(가) 합리적 사유 없이 장애를 이유로 출입을 거부하는 행위

(나) 시각장애인 안내견의 출입을 거부하는 행위

(다) 장애인의 출입 및 이용에 대하여 노골적으로 불만 또는 불평을 표시하는 행위

(라) 장애인에게 다른 고객과 다른 불리한 서비스를 제공하는 행위

<사례 3> 점심시간에 식당에 장애인이 들어가려 할 때, 식당이 불빈다며 출입을 거부하거나 서비스 제공을 거부하는 것은 합리적 사유 없는 차별의 행위라 할 수 있다.

(2) 장애인이 시설을 이용하기 위해 필요한 편의시설의 설치, 서비스의 제공, 자원봉사자 및 안내원을 배치하지 않는 것은 차별이다.

(가) 장애인이 시설을 안전하고 편리하며 동등하게 이용할 수 있도록 편의시설을 설치하지 않거나 이를 거부하는 행위 또는 편의증진법에서 규정한 편의시설의 설치를 거부하는 행위

(나) 장애인에게 목적지까지의 안내 등의 서비스를 제공하지 않는 행위

(다) 편의시설의 설치 및 서비스의 제공이 합리적으로 불가능할 경우 자원봉사자를 배치하지 않는 행위

(라) 장애인이 비상시에 피난 및 대피시설을 마련하지 않는 행위

(마) 장애인에게 현저하게 불리한 출입구를 이용하도록 강요하거나 주출입구를 이용할 수 있도록 편의시설의 설치를 거부하는 행위

3) 대중교통 및 교통시설의 접근

(1) 장애인이 버스, 택시, 지하철(전철), 철도, 비행기, 배 등 교통수단과 횡단보도, 도로, 지하보도, 육교, 정류장, 역사, 공항, 항만 등의 교통시설을 시민들과 동등하게 이용할 수 없는 것은 차별이다.

(가) 장애인의 장애를 이유로 교통수단 및 교통시설의 이용을 거부하는 행위

(나) 장애인이 교통수단 및 교통시설을 동등하게 이용할 수 있도록 합리적인 편의 제공을 거부하는 행위

(다) 장애인이 교통수단 및 교통시설을 이용할 때, 장애인을 불리하게 대우하거나 장애인의 이용에 대하여 불만 또는 불평을 표시하는 행위

<사례 4> 우리나라의 경우 열차에는 휠체어 사용자용 좌석이 설치되어 있다. 그러나 무궁화호에만 설치되어 있으며 새마을호에는 설치되어 있지 않다. 따라서 휠체어를 사용하는 장애인의 경우 편의시설이 설치되어 있는 열차를 타기 위해서는 무궁화호만을 타야 하며 새마을호를 이용할 수 없다. 이것은 장애인에게 새마을호는 탈 수 없고 무궁화호만 탈 수 있도록 한 것으로 장애를 이유로 한 차별에 해당한다.

4) 정보 및 통신의 이용과 접근

(1) 장애인이 의사소통, 텔레비전, 비디오 등 미디어매체, 신문, 잡지, 방송 등 언론매체, 인터넷을 이용하는데 있어서 시민과 동등하게 이용하고 접근할 수 있다면 이것은 차별이다.

(2) 시각장애인에게는 다른 시민들에게 제공하는 동일한 정보와 서비스를 제공해야 하며, 정보와 서비스의 제공 방법은 음성(음향)이나 점자로 제공을 하여야 한다. 이러한 정보나 서비스를 제공하지 않거나 제공하기를 거부하는 행위는 차별이다.

(3) 청각장애인에게는 다른 시민들에게 제공하는 동일한 정보와 서비스를 제공해야 하며, 정보와 서비스의 제공 방법은 문서(자막, 문자)와 수화통역을 통해 제공하여야 한다. 이러한 정보나 서비스를 제공하지 않거나 제공하기를 거부하는 행위는 차별이다.

5) 주거

(1) 장애를 이유로 주택의 임대, 매매를 거부하는 것은 차별이다

(가) 장애를 이유로 합리적인 이유 없이 주택의 임대를 거부하는 행위

(나) 장애를 이유로 합리적인 이유 없이 주택의 매매를 거부하는 행위

(2) 장애를 이유로 장애인의 주거를 거부하는 것은 차별이다

(가) 장애를 이유로 남성과 여성이 같은 화장실을 사용하게 하거나 같은 방을 사용하게 하는 행위

(나) 장애를 이유로 성적 행동 및 성행위에 대한 권리를 제한하거나 빼앗는 행위

(다) 장애를 이유로 결혼이벤트 회사 등에서 회원가입을 거부하는 행위

(라) 생활시설에서 장애인의 성적활동을 제한하거나 금지하는 행위

6) 선거 및 참정권의 행사

(1) 장애를 이유로 장애인이 비장애인과 동일하게 선거에 참여할 수 있도록 합리적인 편의 제공을 거부하는 것은 차별이다.

(가) 청각장애인에게 선거일의 공고 등 정보제공을 거부하는 행위

(나) 시각장애인에게 점자로 된 안내문, 후보자 안내문 등의 제공을 거부하는 행위

(다) 투표소, 기표소의 편의시설의 설치를 거부하는 행위

(2) 장애인의 장애를 이유로 선거에 입후보할 수 없도록 하거나 이를 거부하는 행위

7) 생활시설

(1) 장애인의 장애를 이유로 두발, 의상 등의 자유를 제한하거나 특정한 행태를

강요하는 것은 차별이다.

(2) 법적으로 성인인 장애인의 이성교제, 성적 행위를 제한하거나 금지하는 것은 차별이다.

(3) 장애인의 외출에 대하여 합리적인 이유 없는 제한이나 금지는 차별이다.

(4) 장애인의 통신에 대한 검열이나 제한 또는 금지는 차별이다.

8) 보험 및 연금제도

(1) 합리적 사유 없이 장애를 이유로 연금, 보험 등에 있어서 현저하게 불리한 기준을 적용하거나 가입을 거부하는 것은 차별이다

(가) 장애를 이유로 연금이나 보험가입을 거부하는 행위

(나) 장애를 이유로 연금 납입액이나 보험금 납입액을 비장애인에 비해 현저하게 불리하게 적용하는 행위

(다) 장애를 이유로 비장애인에 비해 연금액이나 보장금액을 현저하게 불리하게 적용하는 행위

9) 의료 및 재활

(1) 장애인에게 필요한 재활, 의료서비스를 제공하지 않거나 이를 거부하는 것은 차별이다.

(2) 장애발생 예방을 위한 검사, 치료, 교육을 제공하지 않거나 이를 거부하는 것은 차별이다.

(3) 장애인에게 시인과 동일한 의료 서비스를 제공하지 않는 것은 차별이다.

10) 성적(性的) 차별

(1) 장애인의 남성 또는 여성으로서의 권리 또는 성에 대한 권리를 빼앗거나 무시하는 것은 차별이다.

(2) 장애인을 어린이 대하듯 하거나 무시하는 것은 차별이다.

(가) 장애인에 대하여 성인임에도 불구하고 반말을 사용하거나 노골적으로 무시하는 용어를 사용하는 행위

(3) 여성장애인에게 장애를 이유로 결혼, 임신, 출산, 육아에 대한 권리를 제한하거나 빼앗는 것은 차별이다.

(가) 여성장애인에게 본인의 의사와 반하여 불임을 강요하는 행위

(나) 여성장애인에게 본인의 의사와 반하여 의사의 진단이나 권고 없이 낙태를 강요하는 행위

3. 교육시설이나 직업훈련기관의 이용

(1) 장애인, 장애 아동에게 비장애인, 비장애 아동과 동일한 교육의 기회를 제공하지 않는 것은 차별이다.

(가) 장애인에게 비장애인과 동일한 의무교육과 무상교육을 실시하지 않거나 이를 거부하는 행위

(나) 장애인의 장애를 이유로 입학, 편입, 전학을 거부하는 행위

(다) 장애인의 장애로 인한 학업상의 어려움을 자퇴사유로 한 각서 또는 이와

유사한 약속, 계약 등을 강요하는 행위

(라) 면접, 신체검사 등을 장애인에게만 강요하거나 이를 실시하는 행위

(2) 장애인에게 편의시설의 설치, 수화통역사의 배치, 자원봉사자의 배치 등 합리적인 편의를 제공하지 않거나 이를 거부하는 것은 차별이다.

(가) 장애인에게 편의시설 등이 없다는 이유로 입학, 편입, 전학을 거부하는 행위

(나) 장애인에게 편의시설, 자원봉사자의 배치 등 합리적인 편의제공을 학교에 요구하지 않을 것을 강요하는 행위

(다) 장애인 또는 장애인의 보호자가 합리적인 편의제공을 요구했을 때 이를 거부하는 행위

(라) 장애인이 입학, 편입, 전학을 했을 때, 합리적인 편의제공을 하지 않거나 무시하는 행위

III. 장애인 차별 금지의 예외

장애인에 대한 다음과 같은 우대조치는 차별로 보지 않는다.

1. 의무고용

현재 장애인고용촉진 및 직업재활에 관한 법률에 의하면 300인 이상의 종업원을 둔 기업에서는 종업원의 2%를 장애인으로 고용해야 하며, 이를 이행하지 않을 경우 일정액의 고용부담금을 납부하도록 규정하고 있다. 이것은 기업이 장애인의 고용을 꺼려하거나 장애인에 대한 편견에 의해 고용이 기피될 경우를 위해서 만든 규정이며, 이러한 규정이 없을 경우 장애인에 대한 편견과 기피가 사라지지 않는 한 우리 사회의 주류를 이루고 있는 비장애인의 힘에 밀려 장애인

의 취업은 불가능하게 된다. 따라서 장애인에 대한 의무고용제도는 장애인의 고용을 보장하기 위한 최소한의 규정이다. 이 경우 의무고용은 비장애인에 대한 차별로 보지 아니한다.

2. 장애인 전용 주차 구역

장애인 전용 주차 구역은 장애인차량 표지를 한 차량만이 주차할 수 있도록 한 주차공간이다. 이것은 보행이나 이동이 불편하거나 제한이 있는 장애인이 이용이 가능한 출입구에서 가장 가까운 곳에 마련된 장애인 전용 주차 구역을 이용함으로써 보다 안전하고 편리하게 이용할 수 있도록 하기 위한 것이다.

또한 장애인 전용 주차 구역은 일반 주차 구역에 비해 폭이 1m 더 넓다. 이것은 휠체어나 목발을 사용하는 장애인이 차량의 문을 완전히 연 상태에서 승하차를 하기 위한 공간을 확보하기 위해서이다. 따라서 이러한 주차공간이 마련되지 않을 경우 장애인차량의 좌우 옆에 다른 차량이 주차했을 때, 장애인의 승하차는 불가능하게 된다. 따라서 장애인 전용 주차 구역은 장애인이 차량에서 안전하고 편리하게 승하차를 하기 위한 최소한 규정이며, 주출입구에서 가장 가까운 곳에 주차함으로써 주출입구로 가장 최단거리로 이동하기 위한 최소한의 규정으로 차별로 보지 아니한다.

3. 특별전형

특수교육진흥법에 따라 장애인의 경우, 특수교육대상자 대학입학 특별전형제도를 이용해 대학에 입학할 수 있다. 현재 이 제도를 도입하고 있는 대학은 전체 대학의 50%에도 못 미치고 있지만⁴²⁾ 이 제도를 실시하고 있는 대부분의 대학들은 자체적으로 일정한 심사기준을 가지고 있어 입학이 쉬운 것만은 아니다. 이 제도는 중증장애인들에게 고등교육기회를 제공하기 위해 마련된 적극적 차

42) 2000년도의 경우 전국에서 54개 대학이 이 제도를 도입하여 실시했다.

64 국가인권위원회법의 「차별」 판단 지침

별수정조치로 차별로 보지 아니한다.

4. 교통수단

지하철 전동차 내에서의 장애인 노약자석의 지정은 많은 승객으로 인해 전동차 내에서의 좌석이 부족함에 따라 장애인과 노인들에게 좌석의 우선권을 주기 위한 것으로서 차별로 보지 아니한다.

제4장. 나이를 이유로 한 차별

1. 나이 차별 금지의 배경과 정의

1. 나이 차별 금지의 배경⁴³⁾

생물학적으로 “나이먹음”이란 늙어 가는 것이지만, 우리사회에서 “나이”는 단지 생물학적 현상으로서만이 아니라 다양한 인간관계 속에서 “나이에 맞는” 행동과 언어 사용의 잣대, 능력을 평가하는 기준, 권위의 정당화 도구로서 사용되고 있다. 우리 사회의 많은 사람들은 특정 나이대에 “해야 하는” 일정한 기준을 가지고 자기 스스로를 규제하는데, 자신이 그 틀에 맞는 생활을 하고 있지 않을 때는 뭔가 뒤쳐져 있거나 잘못되어 있다고 생각하게 된다. 이러한 사회적 분위기 속에서 나이대에 따라 서로 다른 속도와 능력, 각기 다른 모습의 삶의 형태는 다양성으로 인정받기보다는 “나이에 어울리지 않는”, “나이값을 하지 못하는” 행동으로 놀림과 비웃음을 받게 된다.

또한 나이가 권위의 정당화로서 가능할 때, 이것은 종종 나이 어린 사람에 대한 무시로 나타난다. 장유유서(長幼有序)의 논리 속에서 “나이 많음”은 종종 무비판적인 상명하복이나 연소자에 대한 무시, 시선·언어적 폭력 등을 정당화하는 논리로 사용된다. 나이가 어리다는 이유로 상대조차 하지 않거나 성인과 다른 대우는 연소자에게 민주적이고 평등한 인간관계의 경험과 훈련을 할 기회를 원천적으로 봉쇄하는 것이다.

나이가 어리다는 이유로 겪는 불이익도 크지만, 다른 한편에서는 나이가 많다는

43) 나이 차별 금지의 배경은 “우리사회에 나이차별은 있는가? - 나이차별에 대한 시론적 접근”(정경아·정금나, 2002, 제주인권학술회의 자료집, 한국인권재단)을 참조.