

<예시 14> 파트너가 같은 직장이나 경쟁 회사에서 일한다는 이유로 해고당할 때, 이것이 결혼한 사람들은 함께 일할 수 없다거나 파트너의 범죄는 다른 파트너에게 영향을 미친다는 등 특정 혼인 상태에 있는 사람에 대한 편견에 기반한 경우에는 혼인 여부에 의한 차별행위에 해당한다. (<http://www.agd.nsw.gov.au>)

(바) 고용주나 같은 사업장에 근무하는 근로자가 직장 근무를 지속하기가 어려울 정도로 특정 혼인 상태와 관련하여 모욕적인 농담이나 조롱, 비웃음, 경멸의 말 등 폭력을 가하여 근로자가 해고를 당하거나 퇴직하도록 하는 행위

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

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

(1) 재화 등의 공급이나 이용에서의 혼인 여부에 의한 차별행위의 예는 다음과 같다.

(가) 대출 등 재화나 서비스 등의 공급이나 이용에 있어 합리적인 이유 없이 혼인 여부를 이유로 불리하게 대우하거나 거부·제한하는 행위

<예시 15> 기존 여성이 본인 이름의 예금계좌를 만드는 것을 은행이 거부한다면 이는 혼인 여부에 의한 차별행위이다. 또한 은행이 대출시 남편의 서명을 요구하는 것 또한 혼인 여부를 이유로 한 차별행위이다.

<예시 16> 최근 남편과 헤어져 여러 차례 이사를 하였던 여성에게 은행이 거주 불안정이라는 이유를 들어 용자를 거부한 사례. 이는 은행 측이 공식적으로는 잦은 이사를 문제로 삼은 것이지만 실제로는 남편과 이혼을 한 여성은 당연히 경제적 능력이 없다는 편견에 기반한 것으로, 혼인 여부에 의한 차별행위에 해당한다. (<http://www.agd.nsw.gov.au>)

<예시 17> 새 차를 구입하려는 테리 테일러는 자신의 신용으로 충분한 돈을 마련할 수 없다고 판단하여 연인과 함께 신용조합에서 공동용자(joint loan)를 받으려고 하였으나 조합으로부터 거절당하였다. 이는 테일러의 신용이 나빠서도 이들 커플의 공동자원이 부족해서도 아니라 단지 신용조합이 미혼 커플에게 공동용자를 주지 않는다는 점 때문이었다. 신용조합은 회원에게 대부를 하는데, 이때 회원에는 시에 고용된 사람이나 그들의 직접적인 가족구성원이 포함된다. 신용조합 이사회는 “직접적인 가족”의 의미불 고용인의 배우자나 혈연 친척에 한정하는 의미로 정의해왔다. 그러나 L.A 소비자변호사협회가 테일러 사건을 혼인 여부를 이유로 한 차별행위로 인정한 후, 신용조합 이사회는 “가족”을 배우자, 혈연, 친척, 혹은 가구파트너(domestic partner)와 같은 여타 가구 구성원을 포함하는 의미로 정의하게 되었다. (<http://www.unmarriedamerica.com/real-life-cases.htm>)

<예시 18> 결혼을 앞둔 마사 레빈 커플은 집을 마련하기 위해 드레워스 소비자은행에 공동용자를 신청하였다. 그러나 은행은 이들 커플이 집의 공동소유자이고 충분한 수입과 좋은 신용을 가지고 있음에도 불구하고 공증인이 증명하는 서류에 이들이 분명히 결혼을 할 것이며 결혼 날짜를 확정했다는 점을 명시하지 않으면 용자를 할 수 없다고 하였다. 이 사례는 은행용자에 필요한 신용이나 수입 등의 합리적인 조건과 무관하게 법적인 혼인 상태에 있지 않다는 이유로 용자를 거부한 것으로, 혼인 여부에 의한 차별행위에 해당한다.(<http://www.unmarri-edamerica.com/real-life-cases.htm>)

<예시 19> 1997년 3월 홍콩에서 노점상을 하는 6명의 여성이 동등기회위원회에 혼인 여부에 의한 차별 관련 소송을 제기하였다. 기존에 물건을 팔던 장소가 다른 곳으로 이동하게 되면서 노점상 주인들은 새 장소에서 물건을 팔 수 있도록 우선권 입찰을 신청해야 했는데, 담당 부서가 한 가족당 한 명만 신청할 수 있는 '한가족 한노점상' 정책을 실시하여 남편과 독립된 노점상을 하는 여성들에게 신청권을 주지 않았다. 이는 기존여성을 남편과 한 가족단위로 간주했기 때문인데, 만일 이 여성들이 결혼을 하지 않았더라면 신청할 수 있었다는 점에서 특정한 혼인 상태에 기반해 여타 혼인 상태에 비해 부당한 대우를 한 것이다. 홍콩 성차별금지법 하에서, 서비스나 기타 재화의 제공에서 특정한 혼인 상태를 이유로 개인을 다르게 취급하는 것은 불법이기에 이 사건의 경우 혼인 여부를 이유로 한 불법적인 차별행위라는 주장이 성립되었다(여성특별위원회, 1999, 성차별분쟁조정기구 및 분쟁처리절차비교연구, 48쪽). 이 사례는 특정한 가족상황을 기반으로, 그리고 여성을 남성에 비해 불리하게 대우한 것이므로 가족상황과 성별을 이유로 한 차별행위로도 판단할 수 있다.

(나) 혼인 여부를 이유로 편의시설이나 공공시설에의 접근 또는 이용을 거부하

거나 부당한 조건을 제시하거나 기타 부당한 대우를 하는 행위
(다) 주거시설의 구입이나 임대차, 호텔, 모텔 등의 숙박시설을 이용하는 데 있어서 혼인 여부를 이유로 계약 또는 이용을 거부하거나 제한하는 행위

<예시 20> 임대자가 미혼 커플에 비해 기혼 커플에게 임대 우선권을 주거나 독신커플이나 미혼 커플을 거부하는 것은 혼인 여부를 이유로 한 차별행위에 해당한다.

<예시 21> 남편과의 이혼·사별 등으로 인해 홀로 자녀를 키우는 여성(single mother)나 미혼모에게 임대를 하지 않는 것은 특정한 혼인 상태를 이유로 한 차별행위이다. 또한 이러한 경우는 혼인 여부뿐만 아니라 특정한 가족상황을 기반으로 하는 차별행위로 판단된다.

<판례 1> 1993년 집주인 존 호피우스는 자신의 종교적인 신념으로 보건대 "죄를 짓고 사는 것"으로 보이는 미혼 커플인 맥크래디와 커, 비아즈와 페루세에게 집을 임대하는 것을 거부하였다. 이에 대해 미시간 대법원은 집주인이 미혼 커플에게 종교상의 이유로 임대차계약을 거부한 것은 이들의 시민권을 위반한 것이며 혼인 여부를 이유로 한 주택시설 이용에서의 차별이라고 판결하였다. 이 판결은 미국에서 주택이용의 권리와 종교의 자유와 관련하여 많은 논쟁이 있었는데, 종교의 자유가 인종차별로 귀결될 수 있다는 우려로 인해 많은 논란이 있었다 (Thomas v. Anchorage Equal Rights Commission, 1996).

<판례 2> 피츠패트릭은 그의 동성 파트너인 톰슨 소유의 아파트에서 살았다. 그들은 1976년부터 톰슨이 사망한 1994년까지 함께 살았는데, 톰슨이 사망하자 피츠패트릭은 아파트를 비워줄 것을 요구받았다. 이에 피츠패트릭은 소송을 제기하였고 1999년 9월 28일 영국 대법원은 피츠패트릭과 톰슨이 법적인 혼인을 한 것은 아니나 실질적인 배우자에 해당하기 때문에 가족이라고 간주할 수 있으며 따라서 피츠패트릭은 임차권을 가질 수 있다고 판결하였다. 이는 동성애 커플에게 이성애 커플과 동등한 임대권을 부여한 것이었으며, 또한 특정한 혼인 상태 불이유로 한 부당한 행위를 차별로 인정한 판결이었다(Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltd., 1999).

(라) 혼인 여부를 이유로 상속, 연금, 신용카드 가입, 기타 보험가입이나 보험료 등에 있어 불이익을 주는 행위

<예시 22> 운전기록 등에서 동일한 조건을 가졌음에도 불구하고 자동차보험회사들이 기존 운전자에 비해 미혼 운전자가 위험률이 더 높고 덜 안정적이라고 간주하여 미혼 운전자에게 더 높은 보험료를 부과하는 것은 혼인 여부에 의한 차별행위이다.(<http://www.unmarri-edamerica.com/cost-discrimination.htm>)

<판례 3> 존 미론과 조셀린 발리에르는 자녀와 함께 수년간 사실혼 관계에 있는 파트너였다. 가족의 자동차보험은 조셀린의 이름으로 되어 있었는데, 어느 날 존이 보험 미가입 운전자가 모는 보험 미가입 차를 타고 가다가 사고를 당하였다. 더 이상 일을 할 수 없게 된 존은 자동차손해보험에 문의하여 조셀린의 배우자로서 연금을 요청하였으나 법적인 혼인관계에 있지 않다는 이유로 거부당하였다. 이 사건에 대해 캐나다 대법원은 “보험에서 결혼한 파트너가 이용할 수 있는 사고연금에서 법적인 혼인관계에 있지 않은 파트너를 배제하는 것은 캐나다 인권법을 위반하는 것”이라며 혼인 여부를 이유로 한 차별행위로 인정하였다. 캐나다 대법원은 점점 더 많은 사람들이 법적인 혼인이 아니라 사실혼의 관계에 있는 만큼 보험법에서 “배우자”를 법적으로 혼인한 사람에게 제한하는 것은 이에 속하지 않는 사람의 권리를 침해하는 것이며 보험법의 목적에도 부합하지 않다고 지적하였 (캐나다 대법원 판결, 1995. 5)

(마) 혼인 여부를 이유로 재화 등의 공급이나 이용을 향유하지 못하거나 계속 향유하지 못할 정도로 불쾌한 농담이나 모욕, 조롱, 비웃음, 정렬적인 말이나 행동 등 폭력을 가하는 행위

<예시 23> 공공시설이나 교통시설, 상업시설 등의 시설에 이혼이나 한 부모 가구에 대한 언어적인 폭력을 드러내는 포스터, 스티커, 연설 등을 게시하여 개인에게 불명예, 모욕감, 불쾌감을 일으키는 경우는 혼인 여부에 의한 차별행위에 해당한다. 일례로 부모가 이혼한 가구를 불완전하고 결핍된 것으로 간주하여 낙인찍는 것은 혼인 여부에 의한 차별행위에 해당한다. 이는 또한 특정 가족상황에 기반해 폭력을 가하는 것으로 가족상황에 의한 차별행위로도 볼 수 있다.

(바) 기타 재화·시설·용역의 이용 및 제공과 관련하여 합리적인 이유 없이 혼인 여부를 이유로 배제·제한하고 불리하게 대우하는 행위

3. 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서의 혼인에 의한 차별금지

가. 교육시설이나 직업훈련기관의 이용

(1) “교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서의 혼인 여부에 의한 차별”이라 함은 혼인 여부를 이유로 교육기관이나 직업훈련기관에 지원하는 것 또는 교육시설이나 직업훈련기관을 이용하는 데 있어서 우대·배제·제한하거나 혹은 불리하게 대우하는 행위를 말한다.

(2) 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서의 혼인 여부에 의한 차별행위의 예는 다음과 같다.

(가) 혼인 여부를 이유로 교육기관이나 직업훈련기관에 지원하는 것을 금지하거나 배제·불리하게 대우하는 행위

<예시 24> 혼인 여부가 학업능력과 필연적인 관련이 있는지에 대한 고려를 하지 않고 대학이 합리적인 이유없이 기혼 여성의 입학을 거부하거나 혼인시 학업을 지속할 수 없게 하는 것은 혼인 여부에 의한 차별행위이다.

<예시 25> 한부모 가족이거나 부모가 이혼 혹은 별거하였다는 이유로 교육기관 등에 지원하는 것을 배제하거나 불리하게 대우하는 것은 혼인 여부에 의한 차별행위에 포함된다.

(나) 혼인 여부를 이유로 견습생이나 훈련생을 뽑지 않거나, 견습생이 훈련을

그만두게 하는 행위

(다) 학교 입학 시 혼인 여부에 대한 정보를 요구하는 행위

<예시 26> 학생에게 자신 혹은 부모의 혼인 상태에 대한 정보를 요구하여 고정관념과 편견을 조장함으로써 학생이 부당한 대우를 받거나 부모의 이혼이나 별거 등을 조사하고 이를 기재토록 하는 것은 혼인 여부에 의한 차별행위에 해당한다.

(라) 교육에 있어 특정 혼인 상태에 대한 노골적인 혐오나 편견을 드러내는 행위

(마) 혼인 여부를 이유로 교육기관이나 직업훈련기관의 이용을 하지 못하거나 계속하지 못할 정도로 정신적, 육체적 폭력 또는 농담, 모욕, 조롱, 비웃음, 경멸 등의 말이나 시선을 가하는 행위

<예시 27> 자신이나 부모의 이혼이나 별거 등을 이유로 비난을 하거나 언어적인 모욕과 비웃음 등 폭력을 가해 특정 개인을 배제하고 제한하는 것은 혼인 여부에 의한 차별행위라 할 수 있다.

(바) 혼인 여부를 이유로 각종 징계를 가하는 행위

III. 혼인 여부에 의한 차별 금지의 예외

혼인 여부에 의한 차별의 규정에도 불구하고 다른 법률에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다)에 대한 우대를 차별의 범위에서 제외된 경우는 차별행위에 해당하지 않는다.

또한 오랫동안 누적된 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방자치단체, 공공기관이나 교육시설, 사업주 등이 잠정적으로 적극적 조치를 취하는 것은 차별행위로 보지 아니한다. 일례로 기혼여성을 우대하는 조치를 취하는 경우는 혼인 여부에 의한 차별행위로 보지 아니한다.

<예시 28> 대학이 기혼 여성에게 교육의 기회를 주기 위해 주부특별 등의 전형을 실시하는 것은 기혼여성에 대한 적극적 조치로 간주하여 여타 혼인 상태에 대한 차별행위로 보지 않는다.

IV. 보완되어야 할 영역

혼인 여부에 의한 차별행위는 앞에서 거론된 영역만이 아니다. 특정한 혼인 상태에 대한 사회적인 편견이나 고정관념을 유포하는 언론이나 대중매체도 검토되어야 할 영역이다. 일례로 언론이나 대중매체는 법적으로 인정되는 이성애적 혼인관계만을 정상성으로 간주하여 미혼 커플이나 동성애 커플을 비하하곤 한다. 또한 대중매체는 독신자, 특히 중년 독신자에 대한 공포를 부추기거나 이들을 부족하고 비정상적인 인간으로 묘사하곤 한다. 별거나 이혼한 사람을 정상적이지 않은 인간으로, 그리고 그 자녀들을 결핍된 존재로 표현하는 경우도 종종 발견된다. 그런데 이는 특정한 혼인 상태에 있는 사람들을 배제·제한하고 부당하게 대우하고 폭력을 가하는 것으로 혼인 여부에 의한 차별행위라 할 수 있다.

법제도적인 측면에서의 혼인 여부에 의한 차별행위도 언급해야 할 영역이다. 법적인 영역에서 발생하는 혼인 여부에 의한 차별은 주로 혼인 여부에 대한 정의와 연결되어 있는데, 우리나라에서 법적인 혼인관계를 명시하고 있는 민법과 호적법이 대표적인 예이다.

민법에서 규정하고 있는 혼인은 호적법에 정한 바에 의하여 혼인신고를 함으로

써 법률상의 효력이 생긴다. 현행 민법이나 호적법은 법률혼주의를 채택하여 국가가 혼인 당사자에게 혼인의 요건으로 일정한 신고절차의 이행을 요구하고 있는데, 이는 국가적·사회적인 견지에서 혼인을 형식적으로 획일화하고 그것을 공지함으로써 신분질서를 유지하고자 하는 데 그 취지가 있다고 한다(민법 812조, 호적법 76조). 민법이나 호적법은 일정한 절차를 거쳐 혼인의 실질적인 요소를 갖춘 경우를 혼인으로 간주하여 법적인 혼인관계만을 정상으로 인정한다. 이러한 정의에 근거할 때 혼인 여부는 이성애적 결혼을 전제하고 법적인 절차를 거친 기혼과 이혼, 기혼의 상태에 있지 않은 미혼으로 해석된다.

그런데 혼인 여부에 대한 이러한 해석은 결혼후 사별, 사실혼, 독신, 별거, 미래의 혼인가능성, 동성애 커플 등 다양한 혼인 상태를 배제한 지나치게 협소한 정의이다. 이는 이성애적인 법률혼을 벗어난 여타 혼인 상태를 배제하고 부당하게 대우하는, 혼인 여부에 의한 차별행위로서 앞으로 개선되어야 할 부분이다.

입양축진및절차에관한특례법에도 혼인 여부에 의한 차별을 찾을 수 있다. 이 법은 양친이 갖추어야 할 조건으로 “혼인중일 것”을 명시하고 있는데, 이는 법적으로 인정되는 혼인관계에 있는 사람에게만 입양 자격을 부여하는 것으로 여타 혼인 상태의 사람들을 배제·불리하게 대우하는 혼인 여부에 의한 차별행위이다. 향후 혼인 여부를 이유로 한 차별행위와 관련된 정책이나 제도, 법률에 대하여 지속적인 검토와 개선의 노력이 필요하다.

제8장. 임신 또는 출산을 이유로 한 차별

1. 임신 또는 출산 차별 금지의 배경과 정의

1. 임신 또는 출산 차별 금지의 배경

여성이 자신의 몸과 관련된 결정인 “임신과 출산을 하는 것 혹은 하지 않는 것”은 여성 스스로 결정해야 할 기본적 권리이다. 그러나 우리 사회에서 여성의 임신과 출산은 개인적 선택의 문제라기보다는 많은 경우 사회·문화적 관습과 제도, 고정관념 등에 의해 영향을 좌우된다. 즉, 사회적으로 만들어진 규범, 기준에 의해 어떤 집단의 여성에게는 임신이 ‘강요’되고, 다른 집단의 여성에게는 ‘억제’됨으로써 “보호받는 임신”과 “보호받지 못하는 임신”이 존재하게 된다. 예를 들면 젊은 미혼 여성의 임신, 장애가 있는 여성의 임신 등은 전통적인 가족 관계 속에 있는 여성의 임신보다 더 많은 불이익과 차별을 받는다. 이러한 임신과 출산에 대한 사회적 기준과 관념은 법과 제도적 측면, 고용, 여타 사회 시설과 서비스 등에도 그대로 반영되어 있다.

현재의 우리 사회에서 임신 출산과 관련하여 여성은 사회적 지위나 개인적 정체성을 형성하는 다른 특성에 의해 다양한 형태와 다양한 정도의 불이익과 차별을 경험하고 있다. 임신, 출산 차별은 고용에서 두드러지게 나타나고 있는데, 예를 들면, 출산 이후 휴가는 여성들의 경력에 불리한 영향을 주고 있다. 또한 모유 수유를 하는 여성들은 종종 고용주로부터 혹은 공공 시설이나 서비스를 이용하는데 있어서 부정적 반응에 직면하고 있으며 이들 여성들이 모유 수유를 할 수 있는 적절한 시설을 찾는 데 어려움을 겪는다.

이러한 임신한 여성에 대한 차별은 많은 경우 임신한 여성은 “비정상적”이라고

생각하고 일반적인 업무를 수행하기 어렵다거나 보기 흉하다는 고정관념에서 비롯된다. 그러나 임신과 출산은 많은 여성들이 경험하는 지극히 정상적이고 건강한 신체적 현상이며, 또한 노동력 재생산이라는 측면에서 전체 사회의 이익에 부합하는 것이다. 따라서 여성이 임신 또는 출산의 결과로 인한 불이익과 차별을 받아서는 안 되며, 임신, 출산과 관련된 사회적, 경제적 부담을 오로지 여성에게만 지워서는 안 된다.

또한 임신 또는 출산 차별은 여성에 대한 성차별이므로 규제되어야 한다. 여성만이 임신과 출산을 할 수 있기 때문에 임신은 여성의 성(sex)과 필수적으로 관련된 특성이다. 따라서 특정인을 임신 또는 출산을 이유로 차별한다면 이러한 차별 행위는 남성이 아닌 여성에게만 특수하게 가해지게 되는 것이다. 결과적으로 임신 또는 출산을 이유로 차별은 성차별이 된다. 차별을 받지 않고 동등하게 대우받을 권리는 여성이 임신·출산을 이유로 또는 앞으로 임신·출산할 것을 이유로 차별 받지 않고 동등하게 대우받을 권리가 포함된다.

이러한 취지에서 임신 또는 출산 차별은 우리나라를 비롯한 각⁹³⁾국에서 규제되고 있다. 임신과 출산을 이유로 한 차별을 금지하고 있는 우리나라의 법률에는 남녀고용평등법⁹³⁾ 남녀차별금지및구제에관한법률, 근로기준법 등이 있다. 또한 임신과 출산 차별에 대한 금지는 국제적으로 규제되고 있는 사항으로서, 우리나라가 가입하고 있는 국제협약에는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)⁹⁴⁾ 여성

93) 남녀고용평등법 제2조. 이 법에서 “차별”이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우를 말한다. 사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우에도 이를 차별로 본다.

94) 제10조. 이 규약의 당사국은 다음 사항을 인정한다.

1. 사회의 자연적이고 기초적인 단위인 가정에 대하여는, 특히 가정의 성립을 위하여 그리

에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women),⁹⁵⁾ 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child),⁹⁶⁾ 국제노동기구(International Labour Organization)의 모성보호조약⁹⁷⁾ 등이 있다. 또한 선진 각

고 가정의 부양 어린이의 양육과 교육에 책임을 맡고 있는 동안에는 가능한 한 광범위한 보호와 지원이 부여된다. 혼인은 혼인의사를 가진 양 당사자의 자유로운 동의하에 성립된다. 2. 임신부에게는 분만전후의 적당한 기간동안 특별한 보호가 부여된다. 동 기간중의 근로 임신부에게는 유급휴가 또는 적당한 사회보장의 혜택이 있는 휴가가 부여된다.

95) 이 협약 당사국은... 현재까지 충분히 인식되지 못하고 있는 가정의 복지와 사회의 발전에 대한 여성의지대한 공헌, 모성의 사회적 중요성 및 가정과 자녀양육에 있어서의 부모의 역할을 명심하며 또한 출산에 있어서의 여성의 역할이 차별의 근거가 될 수 없으며, 아동의 양육에는 남성, 여성 및 사회전체가 책임을 분담해야 함을 인식하고, 남성과 여성 사이에 완전한 평등을 달성하기 위하여는 사회와 가정에서의 여성의 역할뿐만 아니라 남성의 전통적 역할에도 변화가 필요함을 인식하고, 여성에 대한 차별의 철폐에 관한 선언에 명시된 제 원칙을 이행하며, 이러한 목적으로 모든 형태 및 양태에 있어서의 차별을 철폐하는데 필요한 조치를 취할 것을 결의하면서 다음과 같이 합의하였다.

제 11조. 당사국은 결혼 또는 모성을 이유로 한 여성에 대한 차별을 방지하며 여성의 근로에 대한 유효한 권리를 확보하기 위하여 다음을 위한 적절한 조치를 취하여야 한다. (가) 임신 또는 출산휴가를 이유로 한 해고 및 혼인여부를 근거로 한 해고에 있어서의 차별을 금지하고 위반 시 제재를 가하도록 하는 것, (나) 종전의 직업, 선임순위 또는 사회보장 수당을 상실없이 유급 또는 이에 상당하는 사회보장급부를 포함하는 출산휴가제를 도입하는 것, (다) 특히 아동보육 시설망의 확립과 발전의 촉진을 통하여 부모가 직장에서의 책임 및 사회생활에의 참여를 가사의 의무와 병행하는데 도움이 될 필요한 사회보장 혜택의 제공을 장려하는 것, (라) 임신중의 여성에게 유해한 것이 증명된 유형의 직업에는 동 여성에 대한 특별한 보호를 제공하는 것.

96) 제24조의 2. 당사국은 이 권리의 완전한 이행을 추구하여야 하며, 특히 다음과 같은 적절한 조치를 취하여야 한다. 가. 유아와 아동의 사망율을 감소시키기 위한 조치, 나. 기초건강관리의 발전에 중점을 두면서 모든 아동에게 필요한 의도지원과 건강관리의 제공을 보장하는 조치, 다. 환경오염의 위험과 손해를 감안하면서, 기초건강관리 체계 안에서 무엇보다도 쉽게 이용가능한 기술의 적용과 충분한 영양식 및 깨끗한 음용수의 제공 등을 통하여 질병과 영양실조를 퇴치하기 위한 조치, 라. 산모를 위하여 출산 전후의 적절한 건강관리를 보장하는 조치, 마. 모든 사회구성원 특히 부모와 아동은 아동의 건강과 영양, 모유·수유의 이익, 위생 및 환경정화 그리고 사고 예방에 관한 기초 지식의 활용에 있어서 정보를 제공받고 교육을 받으며 지원을 받을 것을 확보하는 조치.

97) 제3조의 1. 본 조약의 적용을 받는 여자는 분만 예정일을 기제한 진단서를 제출할 때에

는 출산 휴가를 받을 권리를 가진다. 2. 출산 휴가의 기간을 적어도 12주간으로 하며 또한 산후의 강제적 휴가의 기간을 포함한다. 3. 산후의 강제적 휴가의 기간은 국내의 법률 또는 규칙으로 정하여야 한다. 다만 어떠한 경우에도 6주간미만이 되어서는 아니 된다. 잔여의 출산 휴가의 기간은 국내의 법률 또는 규칙에 정하는 바에 따라 분만 예정일 전에 또는 일부로 강제적 휴가의 기간 경과 후에 부여할 수 있다. 4. 분만 예정일 전의 휴가는 분만 예정일과 실제의 분만일과의 사이에 경과한 기간만 연장하여야 하며 또한 산후에 취하여야 할 강제적 휴가의 기간은 이 때문에 감소하여서는 아니 된다. 5. 임신에 기인한다고 진단되는 질병에 대하여는 국내의 법률 또는 규칙에 산전의 추가휴가에 관한 규정을 두어야 한다. 다만, 그 최대기간은 권한 있는 기관이 결정할 수 있다. 6. 분만에 기인한다고 진단되는 질병에 대하여는 여자는 산후의 휴가를 연장 받을 권리를 가진다. 다만, 그 최대기간은 권한 있는 기관이 결정할 수 있다.

제4조의 1. 제3조의 규정에 의거한 출산휴가에 의한 휴업중 여자는 현금 및 의료의 급부를 받을 권리를 가진다. 2. 현금급부의 액은 적당한 생활수준에 따라서 본인 및 그 생아(生兒)가 충분하고 건강한 생활을 영위하는 데 부족한 급부를 보장하도록 국내의 법률 또는 규칙으로 정하여야 한다. 3. 의료급부는 자격있는 조산부(助産婦) 또는 의사에 의한 산전, 분만 및 산후의 치료 및 필요가 있을 경우의 입원을 포함한다. 의사선택의 자유 및 공립 또는 사립병원의 선택자유는 존중하여야 한다. 4. 현금 및 의료급부는 강제적 사회보장 또는 공적기금에서 부여하여야 한다. 또는 공적 기금에서 부여하여야 한다. 어떠한 경우에도 그것들은 소정의 조건을 갖춘 모든 여자에게 당연한 권리로서 부여하여야 한다. 5. 당연한 권리로서 부여되는 급부를 받을 자격을 가지지 아니하는 여자는 사회적 부조를 받기 위하여 필요한 자선조사를 조건으로 사회적 부조기금에서 충분한 급부를 받을 권리를 가진다. 6. 강제적 사회보험으로 부여되는 현금급부는 그것이 종전의 소득에 의거하여 결정되는 경우에는 급부계산을 위하여 고려되는 당해 여자의 종전의 소득의 3분의 2이하여서는 아니 된다. 7. 모성 급부를 부여하는 강제적 사회보험제도에 의거하여 지불하여야 할 각출금 및 전기(前記)의 급부를 부여하기 위하여 입금을 기초로 하여 각출되는 조세는 사용자 및 피용자의 양자에 의하여 지불되는 사용자에 의하여 지불되는 성별의 여하에 불문하고 이 사업에 사용되는 남녀총수에 대하여 지불되어야 한다. 8. 어떠한 경우에도 사용자는 그 사용하는 여자에 부여하여야 할 전기(前記)의 급부의 비용에 대하여 개인으로서 책임을 지지 아니한다.

제5조의 1 생아(生兒)를 보육하고 있는 여자는 국내의 법률 또는 규칙이 정하는 육아시간 중 이 목적을 위하여 그 업무를 중단할 권리를 가진다. 2. 문제가 국내의 법률 또는 규칙에 의하여 또는 그에 따라서 규율되는 경우에는 보육을 위한 업무의 중단은 노동시간으로서 계산하고 또한 그것에 의하여 보수를 지불하여야 하며 또한 문제가 단체협약에 의하여 규율되는 경우에는 조건은 이 협약에 의하여 결정된다.

제6조. 여자가 본 조약 제3조의 규정에 의거하는 출산휴가에 의하여 휴업하는 기간 중에는 그 사용자가 해고의 통고를 하거나 또는 그 기간 중에 만기가 되도록 해고의 예고를 하는 것은 허용하지 아니한다.

국의 경우 임신 차별의 심각성을 인식하고 임신차별을 법으로 규제하고 있으며, 임신차별에 대한 구체적인 지침서(Guideline) 등을 발간하고 있다.⁹⁸⁾

2. 임신 또는 출산의 정의

현재 우리나라의 근로기준법의 모성보호 조항에서 '임산부'를 '임신 중이거나 산후 1년이 경과되지 아니한 여성'⁹⁹⁾으로 규정하고 있음으로써 "태아를 임신하고 있는 상태나 출산 후 1년이 되지 않은 상태"를 임신으로 정의하고 있다. 2001년 11월 1일부터 시행되고 있는 개정된 여성노동관련법에서도 "태아건강검진휴가"와 "유사산 휴가"를 포함시키지 않고 있다. 따라서 이러한 법에서 상정하고 있는 임신에는 "유사산"의 가능성이 포함되어 있지 않다. 한편 남녀고용평등법 제2조의 차별 정의 규정에서 임신과 출산을 사유로 한 차별을 금지하고 있으며, 근로 여성의 임신, 출산, 수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우는 차별로 보지 아니한다고 정의하여, 임신과 더불어 '출산과 수유'를 모성 보호의 범주로 언급하고 있다. 그러나 이러한 정의는 구체적이지 못하고 협소하다. 임신, 출산을 협소하게 정의하게 되면 임신 차별에 대한 정의 또한 협소해질 수밖에 없다.

반면 캐나다, 호주 등 외국의 경우 '임신'의 개념을 넓게 확대하여 다음과 같이 정의하고 있다.

"임신"은 실제 임신 기간(actual period of pregnancy)뿐만 아니라 임신과 관련된 모든 상황(any circumstances related to pregnancy)을 포함하는 것으로 이해

98) 미국의 임신차별금지법 (Pregnancy Discrimination Act)과 Practical Guidance on Pregnancy Discrimination, 캐나다의 Ontario Human Rights Code와 Ontario Human Rights Commission의 Policy on Discrimination because of Pregnancy and Breastfeeding, 호주의 Sex Discrimination Act 1984와 Human Rights and Equal Opportunity Commission의 Pregnancy Guidelines 등이 있다.

99) 근로기준법 제63조, 제72조.

되어져야 한다. 따라서 임신(pregnancy)에는 태아의 착상에서부터 출산 이후의 시기 즉, 산후 회복기와 모유수유를 포함하며, 배가 부르는 증상과 피곤함과 같은 신체적 특성도 포함된다.¹⁰⁰⁾

또한 "임신"에는 임신한 여성이 특별히 필요로 하는 요구 상황(special needs and circumstances)이 포함된다. 예를 들면 유산, 낙태, 임신 또는 출산으로 인한 합병증, 유사산¹⁰¹⁾이나 낙태로 인해 직, 간접적으로 발생하는 상황, 산후 회복, 모유 수유 등과 관련하여 특별한 요구가 나타날 수 있다. 임신과 관련된 여성의 경험의 다를 수 있으며, 이에 따라 필요한 요구도 달라질 수 있다.¹⁰²⁾

또한 "임신"의 의미에는 잠재적 임신(potential pregnancy) 가능성도 포함된다. 즉 여성이 아이를 임신할 가능성도 포함하는 것으로서 한 여성이 자녀를 낳고자 하는 의지를 표시하거나 앞으로 임신할 것으로 보이는 경우도 포함된다. 예를 들면 유해한 물질을 다루는 제조업체에서 여성들은 나중에 임신할 경우 태아에 위험할 수 있다는 이유로 모든 여성들을 특정 직무에 배치하지 않는 것은 여성이 임신할 가능성이 있다는 이유로 차별적으로 대우하는 것이다.

3. 임신 또는 출산 차별 정의

국가인권위원회법은 임신 또는 출산을 이유로 한 차별을 규제하고 있다. 국가인권위원회법에서 정의하고 있는 "임신 또는 출산 차별"은 합리적인 이유 없이

100) 캐나다 Ontario Human Rights Commission (2001년, <http://www.ohrc.on.ca>)에서 펴낸 Policy on Discrimination because of Pregnancy and Breastfeeding 참고.

101) British Columbia Human Rights Tribunal은 Tisley v. Subway Sandwiches(2001) 39 C.H.R.R.D./102 (B.C.H.R.T) 사건 (유산으로 병원에 입원해 있는 동안 출근하지 않았다는 이유로 해고된 사례)에 대해 유산을 이유로 한 차별은 성차별이며, "고용주는 근로자의 유산을 포함하여 임신에 있어서 편의를 제공(accomodate)해야 한다"고 판결했다.

102) 캐나다 Ontario Human Rights Commission(2001년, <http://www.ohrc.on.ca>)에서 펴낸 Policy on Discrimination Because of Pregnancy and Breastfeeding 참고.

여성이 임신, 출산한 것을 이유로, 또는 앞으로 임신 또는 출산할 가능성이 있는 것을 이유로 행해지는 구별, 배제, 제한 또는 폭력을 가하는 것을 의미한다.

이를 좀더 구체적으로 설명하면 다음과 같다.

“임신 또는 출산 차별”은 임신한 여성 또는 임신할 가능성이 있는 여성을 동일한 상황에 있는 임신하지 않은 여성 혹은 임신할 가능성이 없는 사람에 비해 임신 또는 출산을 이유로 덜 우호적으로 대우하는 행위를 말한다. 이러한 차별은 종종 고정관념을 기반을 두고 있다. 예를 들면 임신한 여성은 출산 후에 일을 계속하지 않을 것이라든지 일을 계속하더라도 업무에 충실하지 못할 것이라는 가정에 기반해서 차별을 하는 것이다. 임신, 출산을 이유로 한 여성에 대한 차별에는 차별적인 행위(discriminatory act)만이 포함되는 것이 아니라 임신, 출산한 여성의 특별한 요구(special needs)를 수용하지 않는 것 또한 차별이다.

공식적 혹은 비공식적인 규칙, 정책, 관행, 기준, 규정, 자격요건 등이 모든 사람에게 동일하게 적용되는 것처럼 보이지만 실제 그 효과가 있어서 “임신 또는 출산한 여성에게 불평등한 효과를 가져오는 것” 또한 임신 또는 출산을 이유로 한 차별이다.

직장이나 공공 시설, 공공 장소에서 임신한 여성에게 임신과 관련된 농담, 조롱, 비웃음, 경멸의 시선이나 경멸적 언어를 사용하거나 신체상의 폭력을 가하는 행위 등은 차별 행위이다. 폭력의 의도 여부와 상관없이 어떠한 언어나 행위가 상대방이 원하지 않는 것으로 판단된다면 폭력으로써 차별행위이다.

II. 임신 또는 출산 차별이 금지되고 있는 영역

1. 고용

“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.

고용에서의 임신 또는 출산 차별은 고용의 다양한 단계에서 다양한 형태로 나타날 수 있다. 고용주는 임신을 다른 질병이나 의료적 치료를 받아야 하는 상황에 있는 것과 동일한 방식으로 간주하여야 한다. 따라서 고용주는 임신한 여성에게 이와 유사한 상황에 있는 일시적으로 업무를 수행하기 어려운 근로자와 동일하게 대우하며 이들과 동일한 수준의 권리와 혜택을 주어야 한다.

고용에서의 임신 또는 출산 차별은 임신 또는 미래에 임신할 것을 이유로 여성을 적, 간접적인 방법으로 채용하지 않거나 고용을 지속시키지 않는 행위, 또는 고용 중에 임신한 여성, 미래에 임신할 가능성이 있는 여성을 적·간접적인 방법으로 불리하게 대우하는 행위를 말한다. 또한 직장에서 고용주, 동료, 고객 등이 임신한 여성에게 임신과 관련된 농담을 하거나 경멸적인 말을 하는 행위 등은 임신한 여성에 대한 차별이다. 폭력을 가하려는 의도가 있었는가의 여부는 중요하지 않으며 어떠한 행위나 말이 받아들여질 수 없는 불쾌한 것이었다면 이는 폭력으로서 차별 행위이다.

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 고용 과정을 말한다.

모집·채용과 관련된 임신 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(1) 임신한 여성 혹은 미래에 임신할 가능성이 있는 여성, 자녀를 둔 여성에게 전적으로 모집, 채용의 기회를 주지 아니하는 경우.

(2) 모집, 채용 광고에서 임신을 이유로 한 어떠한 제한을 표현하거나 암시하는 채용 광고를 게재하거나 문서 혹은 구두로 요청하는 행위.

(3) 임신을 이유로 한 어떠한 제한을 표현하거나 암시하는 입사지원서 양식을 사용 또는 배포하는 행위.

(4) 채용 면접시에 면접자의 임신여부 혹은 임신계획에 대해 질문하는 행위.

<예시 1> 고용주가 1년 안에 새로운 회계 시스템을 완성할 회계사를 고용하는 것과 같이 종료 시점이 명확한 사업에 충원할 인력을 모집하는 경우, 면접에서 지원한 여성에게 임신이나 출산 계획이 있는지를 질문하는 것은 차별행위이다. 만일 업무를 지속하는 것이 중요하다면 기간 내에 임무를 수행하는데 방해가 될만한 일이 있는지를 질문해야 할 것이다.

<예시 2> 고용주가 장거리 여행을 필요로 한 직무에 배치할 사람을 모집하는 경우, 면접에서 지원한 여성에게 임신이나 출산 계획 여부를 질문하는 것은 차별 행위이다. 임신한 여성이 장거리 여행을 해야 하는 직무를 제대로 수행할 수 없을 것이라는 가정을 해서 안 된다. 고용주가 채용하는 데 필요한 정보는 근로자가 다른 지역에 있는 사람과 효과적으로 의사소통 할 수 있는가이기 때문에 고용주는 "임신할 계획이 있습니까?"를 질문하는 것이 아니라 "이 직무는 장거리 여행을 필요로 하는 직무인데 수행할 수 있습니까?"를 질문해야 한다.

(5) 고용주가 여성 지원자가 임신하게 될 것이라는 믿고 고용하지 않는 행위.

(6) 임신한 여성은 직무를 제대로 수행할 수 없을 것 또는 출산 후에는 퇴직할 것이라는 가정과 편견에서 임신한 여성을 고용하지 않는 행위.

<판례 1> 회사측이 우수한 성적을 얻은 여성 지원자를 미래의 임신의 가능성이 있다는 이유로 수습조종사로 채용하는 것을 거부한 사례로서 회사측은 여성들이 나중에 임신해서 출산을 할 경우 훈련에 투자한 비용을 낭비하는 것이 된다는 판단 하에 여성 지원자를 채용하지 않았다. 여성에 대한 차별로 판정됨(호주, Wardley v. Ansett Industries (Operations) Pty Ltd., (1984년) EOC 92-002).

(7) 임신과 관련된 건강 검진 정보가 채용에 영향을 주어서는 안 된다. 채용 시에 실시되는 건강검진은 특정 직무의 업무 수행 능력을 평가하는데만 사용되어야 하며, 임신한 여성의 채용 여부를 판단하는 정보로 이용되어서는 안 되며 따라서 엄격히 비밀로 유지되어야 한다.

<예시 3> 신체 검사를 통해 임신이 확인된 여성 지원자의 합격이 취소된 사례. 항공사의 스튜어디스 채용 시험에서, 모든 테스트에 합격한 여성이 마지막 신체 검사에서 임신한 사실이 밝혀졌고, 임신을 했다는 이유로 합격이 취소되었다면 이는 명백한 임신 차별이다.

나. 임금

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

임금에 있어서의 임신 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(1) 모성 보호 등을 위하여 여성 근로자에게 더 많은 비용이 지출된다는 이유로 여성의 임금을 낮게 책정하는 경우

다. 교육

“교육”에는 신입 사원 교육, 관리 감독자 훈련, 국내외 연수 등의 명칭에 관계 없이 근로자의 직무 수행 능력의 배양 또는 향상을 위하여 사업주가 소속 근로자를 대상으로 실시하는 모든 교육 및 직업 훈련이 포함된다.

교육에 있어서의 임신 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(1) 임신을 이유로 교육에서 배제하는 행위. 단, 교육 과정이 출산 휴가 예정일 보다 더 오래 걸리는 경우는 제외.

(2) 해외연수 등 각종 교육의 대상자 선에 있어 본인의 의사에 반하여 임신을 이유로 여성을 제외하거나 다른 근로자에 비해 불리한 조건을 부과하는 경우.

라. 배치

“배치”라 함은 사업주가 근로자에게 직무의 내용과 직무의 장소 등을 정하여 특정업무에 종사하도록 하는 것을 말하며 신규 채용자 배치, 기존 근로자 배치 전환, 파견 조치, 대기 발령 등을 포함한다.

배치에 있어서의 임신차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(1) 임신 또는 출산을 이유로 본인의 의사에 반하여 여성 근로자에 대해서 불이익이 되도록 배치하는 경우.¹⁰³⁾

(2) 임신한 여성에게 임신을 이유로 중요한 업무 배정하지 않는 행위.

(3) 임신한 여성을 임신을 이유로 팀 프로젝트에 참여시키지 않는 행위.

(4) 임신한 여성의 동의 없이 임신을 이유로 눈에 띄지 않는(out of sight) 부서로 배치하는 행위.

<판례 2> 회의 진행을 관리하는 사람(convention supervisor)이 임신을 하자 임신한 여성이 영사기(film projector)를 옮기는 것은 ‘보기에 좋지 않다’는 이유로 사업주가 임금이 동일한 전화 교환 업무(telephonist position)에 배치하였다. 비록 임금이 같다고 해도 이것은 임신을 이유로 여성을 강등(demote)시킨 것이므로 이 사업주는 차별 판결을 받음 (호주, Duggan v. Shore Inn Pty Ltd, 1992년, EOC 92-457).

(5) 출산 휴가 후 복직한 여성에게 출산 전과 동일한 또는 유사한 직무를 주지 않는 경우.

<판례 3> 출산 휴가에서 복직한 여성에게 상의 없이 구조조정(restructuring)을 통해 새로운 직무에 배치한 경우. 조사위원회(The Hearing Commissioner)는 피고의 임신이 직무 변경의 한 요소였음을 밝혀내고 고용주가 임신한 여성에게 불법적 성차별을 한 것으로 판결함(호주, Gibbs v. Australian Wool Corporation, 1990, EOC 92-327).

103) 남녀고용평등법 제19조. 사업주는 제1항의 규정에 의한 육아휴직 종료 후에는 휴직전과 동일한 업무 또는 동등한 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 한다.

남녀차별금지및구제에관한법률에 의한 남녀차별금지기준 제9조. 직무 수행상 필요 불가결한 요건이나 업무의 특수성에 근거하지 아니하고 일정한 직무의 배치대상에서 혼인·임신·출산·연령 등을 이유로 여성을 일정한 직무 배치의 대상에서 배제하는 경우

(6) 고용주가 안전상의 이유 없이 임신한 여성이 더 안전할 것이라 믿고 임신한 여성을 다른 직무에 배치하는 행위

바. 승진

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

승진에 있어서의 임신 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

- (1) 임신을 이유로 임신한 여성을 승진에서 제외하는 행위.
- (2) 출산 휴가 기간을 승진, 승급, 퇴직금 또는 상여금 산정, 연차 휴가 일수 가산 등의 기초가 되는 근속 기간에 포함시키지 않는 경우.

<예시 4> “2년 연속 근무해야 승진 대상이 된다는 인사 규정”은 출산 휴가를 내야 하는 여성에게는 결과적으로 불리한 영향을 가져오는 차별적 규정이다.

(3) 임금 인상, 승진 기회와 관련된 직무 평가에서 임신한 여성 직원이 곧 출산 휴가를 가질 것이라는 이유로 다른 직원과 동일한 직무 평가를 하지 않는 행위. 만일 임신한 여성이 출산 휴가 중에 근무 평가가 이루어질 경우에는 임신한 여성이 근무했던 근무 평가 기간의 일부를 평가하거나 출산 휴가에서 돌아와서 근무한 기간의 근무를 평가해야 하며, 이를 거부할 경우 차별이다.

사. 퇴직, 해고

“퇴직”이라 함은 관련법규, 취업규칙, 단체협약 등에서 정한 정년·기간의 만료,

합의해지, 사직 등의 사유로 근로관계가 종료되는 것을 말한다. “해고”라 함은 근로자의 의사와는 관계없이 사용자가 일방적인 의사 표시로 장래에 근로관계를 소멸시키는 것을 말한다.

해고 및 퇴직에 있어서의 임신 차별 행위의 유형은 다음과 같다

- (1) 임신, 출산 등을 이유로 여성을 해고하는 행위.

<판례 4> 카페일 바에서 일하는 웨이트레스가 임신을 이유로 해고된다면 이는 차별이다. 고용주는 카페일 웨이트레스가 임신한 것은 적절치 못하다고 판단하여 임신한 여성을 해고하였다. 이에 대해 진상조사단(Board of Inquiry)은 임신하지 않은 상태(not being pregnant)가 카페일 바에서 웨이트레스로 일하는 데 있어서 BFOQ가 아니므로 고용주의 주장을 받아들이지 않고 차별로 판단(Stefanyshyn, Wormsbecker v. Super Valu and Westfair Foods Ltd., 1983, 4 C. H.R.R.D/1443, 캐나다, the B.C. Human Rights Council 판례).

(2) 여성의 임신 또는 출산을 퇴직 사유로 한 단체협약, 취업규칙 근로계약 등은 무효이며 이 규정을 근거로 퇴직 처분을 하는 것은 정당한 이유 없는 해고에 해당한다.¹⁰⁴⁾

아. 임신 또는 출산한 여성의 특별 요구 수용

임신한 여성들 중에서 일부는 임신 기간 중에 피로감이나 심한 입덧과 같은 신체적 증상을 경험할 수 있다. 대부분의 경우 이러한 증상이 일상적 직무 수행을

104) 남녀고용평등법 제11조. 사업주는 근로 여성의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직 사유로 예정하는 근로 계약을 체결하여서는 아니 된다.

할 수 없을 정도로 방해가 되지 않지만, 특별한 상황에 있는 여성의 특별한 요구를 수용하지 않는 것은 차별이다. 임신, 출산, 산후에 필요한 특별한 요구에는 다음과 같은 것이 있다.

(1) 다른 부서 혹은 다른 업무로의 일시적 배치(re-assignment of duties)를 거부하는 행위. 고용주는 임신한 여성이 의사의 처방에 따라 덜 위험하고 힘든 직무로 옮겨 달라는 요구를 받았을 경우 임신한 여성의 요구를 수용하여 다른 직무에 배치시켜야 한다.

<판례 5> 경찰관으로 근무하는 여성이 임신을 하여 임신 말기에 경미한 직무로 배치시켜 달라는 요구를 거절한 경우.

모든 직원에게 직무 변경을 시켜주지 않는 규정(a policy that does not provide a modified work program)을 갖고 있는 캐나다 경찰국은 임신한 경찰관의 직무 변경 요구를 거절하고 그 대신 이 여성에게 저임금의 파트타임 대인 봉사 업무를 맡김. 캐나다 온타리오 인권위원회의 진상조사단은 "rule of no modified duties"는 비록 모든 경찰관에 적용되는 중립적 기준이지만, 임신 말기의 여성 경관의 위험을 배제하고 있기 때문에 모든 경찰관에게 동일한 기준을 적용하는 것은 임신한 경찰관에게 불리한 결과를 가져온다. 더욱이 부상당한 다른 남성 경찰관에게는 경미한 업무를 주고 있기 때문에 대안으로 제시된 파트타임 대인 봉사업무는 합리적이지 않다고 판단했다(Julie Lord v. Haldimand-Norfolk Police Services Board (1995년), unreported, Mikus, L. (Ontario Board of Inquiry)).

(2) 임신, 출산과 관련된 진료에 필요한 휴가를 거부하는 행위.

(3) 임신 중의 여성에 대하여 산전후 휴가를 주지 않거나 무급으로 하는 경

우.¹⁰⁵⁾

(4) 생후 1년 미만의 유아를 가진 여성근로자에게 유급수유 시간을 허용하지 않는 경우.¹⁰⁶⁾ 모유 수유하는 여성에게 수유를 가능하게 하는 환경(supportive environment) 제공하지 않는 행위도 차별이다. 여성이 원할 경우 사업주는 보육자가 아기를 직장에 데려오는 것을 허용하고 사적인 공간을 확보하여 수요할 수 있는 공간을 제공해야 하며 이를 거부할 경우 차별이다.

<예시 5> "정해진 점심시간과 휴식시간 이외의 여타 휴식을 허용하지 않는다"는 회사의 규정은 모유 수유를 하는 여성에게 필요한 시간을 확보하기 불가능하게 만들기 때문에 모유 수유를 하는 여성에게 차별적 결과를 초래하는 행위이다.

(5) 임신부에게 필요한 휴식을 거부하는 행위.

<예시 6> "카운터 업무를 하는 모든 직원은 근무시간에 서 있어야 한다"는 규정은 모든 직원에게 동일하게 적용되고 있지만, 임신한 여성들이 사실상 휴식 없이 장시간 서 있는 것이 불가능하기 때문에 이 규정은 임신한 여성들에게는 차별적 규정이다.

(6) 근로자에게 유니폼을 제공하는 회사에서 임신한 여성에게 큰 사이즈의 유니폼을 제공하지 않는 행위.

105) 근로기준법 제72조. 사용자는 임신 중의 여성에 대하여 산전, 산후를 통하여 90일의 보호휴가를 주어야 한다. 이 경우 휴가 기간의 배치는 산후에 45일 이상이 되어야 한다. 산전산후휴가 중 최초 60일은 유급으로 한다.

106) 근로기준법 제73조. 생후 1년 미만의 유아를 가진 여성 근로자의 청구가 있는 경우에는 1일 2회 각각 30분 이상의 유급 수유 시간을 주어야 한다.

자. 폭력

직장에서 고용주, 동료, 고객 등이 임신한 여성에게 임신과 관련된 농담, 조롱, 비웃음, 경멸의 시선을 가하거나 신체상의 폭력을 가하는 경우 등도 차별 행위이다. 폭력의 의도 여부와 상관없이 어떠한 언어나 행위가 상대방이 원하지 않는 것으로 판단된다면 폭력으로써 차별행위이다.

임신한 여성에 대한 직장에서의 폭력은 다음과 같다.

- (1) 직장에서 임신한 여성이 화장실에서 오랜 시간을 보내는 것을 비난함으로써 불쾌함을 느끼게 하는 행위.
- (2) 임신한 여성에게 부적절한 말이나 농담을 함으로써 불쾌감을 느끼게 하는 행위.
- (3) 임신 사실에 대해서 지속적으로 언급함으로써 불쾌감을 느끼게 하는 행위.
- (4) 결혼한 여성이 '임신하지 않는 것'에 대해 지속적으로 언급함으로써 불쾌감을 느끼게 하는 행위.
- (5) 임신한 여성의 배를 만지거나 임신한 여성의 배와 몸무게 등에 대한 신체적 외모(physical appearance)에 대해 언급함으로써 불쾌감을 느끼게 하는 행위.
- (6) 출산 후 "진짜로" 계속 일을 한 것인지를 질문하여 괴롭히는 행위.
- (7) 고용주가 여성이 임신 또는 임신으로 인한 외모를 갖고 회통하거나 동료 근로자들이 회통하는 것을 묵인하는 행위.

2. 재화, 용역, 교통수단, 상업 시설, 토지, 주거 시설의 공급이나 이용

- (1) 임신한 여성이 극장이나 레스토랑과 같은 시설에 접근이 거부당하거나 시설이나 서비스 이용을 거부당하는 것은 BFOQ가 없는 한 한 차별이다.
- (2) 레스토랑이나 공공장소에서 여성의 모유를 수유하는 금지하는 것 또한 차별이다. 모유 수유를 위해 사람이 없는 다른 장소로 이동하라는 요구 또한 차별 행위이다. 모유 수유에 대해 다른 사람이 불만을 제기한다고 해서 여성의 모유 수유할 권리를 침해하는 것을 정당화할 수 없다.
- (3) 주택에 세를 들거나 호텔, 모텔 등의 숙박시설을 이용하는데 있어서 임신은 이유로 계약 또는 이용을 거부, 제한하는 것은 차별 행위이다.
- (4) 임신 또는 출산, 수유를 이유로 재화나 서비스 제공하는데 있어서 부당한 조건을 제시하거나 부당한 대우를 하는 경우.
- (5) 시설에 수용되어 있는 장애 여성의 임신을 막기 위하여 강제로 피임 수술을 하는 경우.
- (6) 시설의 이용이나 서비스를 받는 상황에서 임신한 여성에게 임신과 관련된 농담, 조롱, 비웃음, 경멸의 시선을 가하거나 신체상의 폭력을 가하는 경우 등도 차별 행위이다. 폭력의 의도 여부와 상관없이 어떠한 언어나 행위가 상대방이 원하지 않는 것으로 판단된다면 폭력으로써 차별 행위이다.

3. 교육 시설이나 직업 훈련 기관의 이용

"교육시설과 직업훈련기관"은 교육기본법에 기초한 후·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 등을 말하며, 이러한 시설에서 제공되는 각종 교재, 교육 내용, 서비스를 포함한다.

이와 관련된 임신, 출산을 이유로 한 차별 금지의 유형은 다음과 같다.

- (1) 임신을 이유로 혹은 미래에 임신할 것을 예상하여 교육 기관이나 직업 훈련 기관에 지원하는 것 또는 교육을 받는 데 있어서 배제 혹은 제한하는 경우.
- (2) 임신을 이유로 여성 견습생을 뽑지 않거나, 임신한 견습생이 훈련을 그만두게 하는 행위.
- (3) 미혼의 여성이 임신했다는 이유로 교육 기관이나 직업 훈련 기관에 지원하는 것 또는 교육을 받는 데 있어서 배제 혹은 제한하는 경우.
- (4) 대학 등의 교육 시설에서 임신한 여성 혹은 호유 수유를 하는 여성에게 적절한 시설과 서비스의 제공을 거부하는 행위.

<예시 7> 호주의 교육 기관의 학위 과정에 등록된 임신한 여성이 출산 예정일과 시험 날짜가 겹쳐서 다른 학생에 비해 시험 날짜를 조금 앞당겨서 볼 수 있도록 학교측에 요청했으나 학교측이 이를 받아들이지 않음으로써 학기를 마칠 수 없었던 경우. 학교측은 이 학생에 대해 한 학기를 더 다닐 것을 요구했으나 이 여성은 만일 한 학기를 더 다닌다면, 이미 받은 한 학기 동안의 수업 학점은 인정받지 못하게 되며, 경제적으로도 추가 부담이 되는 것이라고 주장. 이에 대해 학교측은 이 여성의 요구를 받아들여 학위과정을 정상적으로 마치는 데 문제가 없게 함("Harsh Realities Workplace Case Studies," http://www.hrecoc.gov.au/sex_discrimination/harsh_2/index.html).

(5) 교육 시설이나 직업 훈련 기관의 이용에 있어서 임신한 여성에게 임신과 관련된 농담, 조롱, 비웃음, 경멸의 시선을 가하거나 신체상의 폭력을 가하는 경우 등도 차별 행위이다. 폭력의 의도 여부와 상관없이 어떠한 언어나 행위가 상대방이 원하지 않는 것으로 판단된다면 폭력으로써 차별행위이다.

III. 임신 또는 출산 차별 금지의 예외

다음의 경우는 임신 또는 출산 차별에 적용되지 않는다.

1. 근로 여성의 임신, 출산, 수유 등 모성 보호를 위한 조치를 취하는 경우는 차별로 보지 아니한다.¹⁰⁷⁾

가. 사용자가 임신 중이거나 산후 1년이 경과되지 아니한 여성을 도덕상 또는 보건 상 유해·위험한 사업에서 제외하는 경우(근로기준법 제63조).

나. 임신부가 아닌 18세 이상의 여성을 보건 상 유해·위험한 사업 중 임신 또는 출산에 관한 기능에 유해·위험한 사업에서 제외하는 경우(근로기준법 제63조).

다. 산후 1년이 경과되지 아니한 여성에 대하여 단체 협약이 있는 경우라도 1일에 2시간, 1주일에 6시간, 1년에 150시간을 초과하는 시간의 근로에서 제외시키는 경우(근로기준법 제69조).

라. 임신부를 오후 10시부터 오전 6시까지의 사이 및 휴일 근로에서 제외하는

107) 남녀고용평등법 제2조. 출산은 전체 사회에 필요한 것이며 따라서 여성은 임신으로 인한 불이익을 받아서는 안 된다. 따라서 출산과 관련된 경력력, 사회적 부담을 오로지 여성에게 지워서는 안 된다.

경우. 단, 산후 1년이 경과되지 아니한 여성의 동의를 있는 경우와 임신 중의 여성이 명시적으로 청구하는 경우는 노동부 장관의 인가를 얻어 오후 10시부터 오전 6시까지의 사이 및 휴일에 근로시킬 수 있다(근로기준법 제68조).

마. 임신중의 여성에 대하여 산전후를 통하여 90일의 보호휴가를 주고 이중 최초 60일을 유급으로 하는 경우(근로기준법 제 72조).

바. 임신중의 여성근로자에 대하여 시간외 근로를 시키지 않으며, 당해 근로자의 요구가 있어 경이한 종류의 근로로 전환시키는 경우(근로기준법 제72조).

사. 생후 1년 미만의 유아를 가진 여성 근로자의 청구에 의해 1일 2회 각각 30분 이상의 유급 수유 시간을 주는 경우(근로기준법 제73조).

아. 교통 수단에서 임신부를 우대석을 지정하는 경우 등.

2. 현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방 자치 단체 또는 사업주가 임신한 여성에 대한 적극적 조치(affirmative action)를 실시하는 경우 이를 차별로 보지 않는다. 과거로부터 누적된 임신한 여성에 대한 차별을 철폐하기 위해 임신한 여성을 우대하는 정책이나 법률을 시행하는 것은 차별이 아니다.¹⁰⁸⁾

3. 진정직업자격(BFOQ)이 입증되는 경우는 차별로 보지 않는다. 임신 상태에 있지 않음(not being pregnant)이 BFOQ임을 입증할 경우, 임신한 여성 혹은 여성이 미래에 임신을 하게 되는 경우에 대한 다른 대우는 위법이 아니다. 그러나 이 예외조항은 매우 엄격하게 기준을 적용하여야 한다. 만일 "임신이 아닌 상태"가 "진정직업자격(BFOQ)"으로 인정받기 위해서는 직무의 수행에 있어서 "임신하지 않은 상태"여야 하는 합리적 필요성을 가지고 있음을 입증되어야 한다.

108) 남녀고용평등법 제2조. 현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방 자치 단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정성을 우대하는 조치를 취하는 것은 차별로 보지 않는다.

<판례 6> 가스를 취급하는 회사에서 가스누출사고가 발생할 것을 우려하여 가임기 여성 혹은 임신한 여성에게 해로울 수 있기 때문에 여성을 고용하지 않은 경우는 차별이다. 캐나다의 Human Rights Act Committee의 조사단(Board of Inquiry)은 우발적 가스누출사고로 태아에게 미칠 위험은 아주 희박하며, 또한 이를 뒷받침하는 과학적 연구조사가 없기 때문에 이러한 회사측의 우려는 타당하지 않다고 결론을 내렸다. 그리고 만일 그렇다면 임신한 사실을 알고 있는 여성 혹은 임신을 계획이 있는 여성을 출산할 때까지 가스를 다루지 않는 다른 부서로 옮기면 된다고 판결한 바 있다(Wiens v. Inco Metals Co. (1988), C.H.R.R.D/4795, Ontario Board of Inquiry).

<판례 7> 업무 특성상 뒤따르는 위험은 태아의 건강을 해칠 것이라는 진정한 우려(genuine concern)도 임신한 여성 혹은 가임 여성을 그 직무에서 배제하는 것을 정당화할 수 없다. 회사측이 납중독을 이유로 회사 내 모든 가임기 여성들에게 30ug/dl of blood를 초과하는 납 축적이 일어날 수 있는 직무에서 배제하는 정책을 취함. 이에 대한 미국 대법원은 회사는 앞으로 일어날 수 있는 위험으로부터 미래의 자녀를 보호하기 위해 가임기 여성을 직무에서 배제해서는 안 된다고 판결. 태아의 건강의 중요성을 인정한다고 해도 태아의 보호가 이 회사의 본무가 아니기 때문에 BFOQ가 될 수 없다는 결정을 내렸다(Automobile Workers v. Johnson Controls, INC., 499 US 187 (1991)).

제9장. 가족 상황을 이유로 한 차별

1. 가족 상황에 의한 차별 금지의 배경과 정의

1. 가족 상황에 의한 차별 금지의 배경

가족 상황에 의한 차별은 우리 사회의 지배적인 가족 유형이나 가족의 역할과 관련하여 행해지고 있다. 주로 부부중심의 이성애적 핵가족을 정상적인 가족으로 간주하고 이외의 가족에 대하여는 공식, 비공식적 제도와 정책들 그리고 사회 문화적으로 다양한 형태의 차별이 발생하고 있는 것이다. 예를 들어 한부모 가족은 아버지 혹은 어머니를 결여한 가족이므로 부모와 자녀로 구성된 가족에 비해 편견과 차별을 받은 대표적인 가족 형태이며, 동성애 가족의 경우 가족 형태로조차 인정받지 못하고 있는 현실이다.

가족은 인류 초창기로부터 매우 다양하게 존재해 온 역사를 가지고 있으며, 이론적이고 실증적인 논의를 통해 '가족의 형태와 구성은 다양하다'는 점에 대체로 합의하고 있다. 부부 중심의 이성애적 핵가족만이 유일하거나 정상적인 가족 형태인 것은 아니다.¹⁰⁹⁾ 사회 구성원 모두가 그들이 원하는 가족을 구성한 권리를 가지고 있다는 점에서 남성 1인과 여성 1인의 부모와 그들의 생물학적인 자녀만으로 구성되는 가족 이외의 다양한 가족 구성에 대한 권리가 인정될 필요가 있다.

109) 산업 사회의 보편적 가족 형태가 핵가족(nuclear family)이며 이를 정상적인 가족, 즉 정상가족(normal family)으로 간주하고 있으나 이러한 가족은 서구 산업 사회의 사회적, 문화적 배경 하에서 부부의 애정을 기반으로 미혼의 자녀로 구성되는 부부 중심 가족을 의미하는 것이다. 이러한 의미의 핵가족을 정상 가족으로 간주하는 것은 다양한 형태의 가족을 비정상 가족으로 범주화시키는 오류를 범하고 있으며 가구 구성에 대한 현실태를 반영하지도 못한다는 비판을 받고 있다.

가족 구성의 권리와 더불어 가족에 대한 주된 논의 중의 하나는 가족 내의 역할과 관련한 것으로 가족 구성원들 간의 노동분업의 문제이다. 성별노동분업은 여성이 가사와 양육의 노동을 담당하고 남성이 생계부양의 노동을 담당하는 것으로 인식되어 있다. 그러나 이와 같은 성별분업이 여성의 일에 대한 사회적 가치를 떨어뜨리며 노동 시장에서 여성의 저임금, 저지위를 발생시키고 있으며 더불어 여성의 노동권을 제한하고 있다는 인식에 따라 UN과 ILO¹¹⁰⁾ 등에서는 가사와 양육이 여성만의 일이 아니라 남녀 혹은 사회가 담당하여야 하는 일임을 명시하고 있다.

이러한 가족의 형태나 구성, 그리고 가족 내의 역할 등에 대한 논의와 관련하여 가족 상황에 따른 차별 금지가 규정되고 있다. 국가인권위원회법 제30조 제2호에는 가족 상황(family status)에 의한 차별을 평등권 침해 행위로 규정하고 있다.¹¹¹⁾ 가족 상황에 의한 차별 금지를 규정한 외국의 입법례를 살펴보면 홍콩, 호주, 캐나다 등에서 가족 상황(family status)이나 가족 책임(family responsibility) 혹은 돌봐야 할 사람이 있는 자의 책임(carer's responsibility)을 이유로 한 차별을 금지하고 있다. 가족 상황에 대한 외국의 입법 동향은 결혼과

110) 1981년 '가족 책임을 가진 남녀 근로자의 고용 기회와 평등에 관한 ILO협약' 등이 대표적이며 이밖에 1995년 '세계여성행동강령' 등은 여성과 남성간의 성별에 따른 차이는 여성의 임신, 출산, 수유와 같은 모성 기능을 고유하게 가진다는 것을 중심으로 강조되고 있다.

111) '가족 상황' 차별 금지를 구체적으로 명시한 국내의 법규는 다음과 같다. 국가인권위원회법 제30조의 ②항 "평등권 침해의 행위라 함은 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역, 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체 조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적 지향, 병력유 이유로 한 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 말한다." 뉴질랜드 인권법(<http://www.hrc.co.nz/act/factsheet4.htm>)의 위법한 차별의 형태에 따르면 성, 혼인상황, 종교적 신념, 윤리적 신념, 피부색, 인종, 출신 민족, 장애, 연령, 정치적 의견, 고용상황, 가족 상황, 성적 지향을 이유로 한 차별은 위법한 차별임을 명시하였다. 캐나다 인권법(http://www.chrc-cddp.ca/publications/chra_guide)에서는 인종, 출신 민족, 피부색, 종교, 연령, 성, 혼인 여부, 가족 상황, 정신적이거나 육체적인 장애, 사면된 전과, 성적 지향을 이유로 한 차별은 위법한 차별로 규정하고 있다.

가족에 대한 의식과 태도의 변화를 수반하며, 가족 구조 혹은 결혼 형태 등에 대한 다양성을 포함하여 이루어지고 있다. 특히 호주에서는 '돌봐야 할 사람이 있는 자의 책임'을 이유로 한 차별 금지를 규정하여 가족 구성원을 돌봐야 하는 여성들이 이를 이유로 하여 차별적 대우를 받지 않도록 강조하고 있는 추세이다.

호주의 경우 반차별법에 명시된 '돌봐야 할 사람이 있는 자의 책임'과 관련된 가족 상황은 주로 가족 구성원 가운데 돌봄과 지원이 필요한 어린이나 가족원에 대한 책임감과 관련된 것이다. 호주에서 인정하는 '가족'의 개념에는 이성애 가족과 동성애 가족, 사실혼과 법률혼이 모두 포함되어 있다.¹¹²⁾ 따라서 직계 가족의 구성 범위 역시 매우 다양하며 광범위하게 설정되고 있다.

외국의 입법례 등을 기초로 하여 가족 상황에 의한 차별은 "가족 내에서 부양이나 돌봄의 책임을 지는 것으로 인하여 합리적인 이유 없이 행해지는 구별, 배제, 제한 또는 폭력(harassment)을 가하는 것"으로 집약된다.¹¹³⁾ 캐나다와 호주에서 명문화된 가족 상황에 의한 차별 금지의 형태는 사스카툰(Saskatchewan)의 경우 부모와 자녀의 관계에서 발생하는 것으로 정의하고 있으며, 퀘벡(Quebec)에서는 '시민적 상황(civil status)'에 의한 차별의 의미로 사용하고 있다. 호주의 반차별법은 '돌봐야 할 사람이 있는 자의 책임(carers' responsibility)'에 의한 차별을 위법한 차별로 간주하고 있다.¹¹⁴⁾

112) 호주의 반차별법에 의한 직계 가족 구성원의 범위는 결혼에 의한, 또는 사실혼에 의한, 이성 혹은 동성의 배우자 혹은 이전의 배우자, 부모 또는 배우자의 부모, 이전 배우자의 부모, 형제 또는 배우자의 형제, 이전 배우자의 형제, 자매 또는 배우자의 자매, 이전 배우자의 자매, 손주 또는 배우자의 손주, 이전 배우자의 손주, 조부모 또는 배우자의 조부모, 이전 배우자의 조부모가 포함된다.

113) 가족 상황을 가족 내에서의 돌봄의 책무, 특히 양육과 관련하여 규정하여 차별 금지를 규정한 협약으로 우리나라가 가입한 '경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약'을 살펴보면, 제10조의 1. 사회의 자연적이고 기초적인 단위인 가정에 대하여는, 특히 가정의 성립을 위하여 그리고 가정이 부양 어린이의 양육과 교육에 책임을 맡고 있는 동안에는 가능한 한 광범위한 보호와 지원이 부여된다.

2. 가족 상황에 의한 차별 개념의 정의

'가족 상황'은 '가족'에 대한 개념 정의와 문제 의식으로부터 출발한다. 일반적으로 '가족'은 가족의 형태나 가족 공동체에 대한 의식과 관련하여 고정된 모습으로 존재하였다기보다는 역사적으로 변화되어 왔으며 특정한 사회와 문화에 따라 '가족'이라고 이름짓는 것의 내용이 달라지기도 하였다. '사람들이 가족이라고 생각하는 것'이 바로 '가족'이라고 할 만큼 '가족'에 대한 개념적 정의는 다양하게 존재해 왔다. 그러한 가족 개념의 다양함에도 불구하고 '가족'은 '혈연, 비혈연 관계로 이루어진 공동체 의식을 공유하는 집단'을 의미한다는 점에는 일반적인 합의가 이루어지고 있다.

'가족 상황'이라 함은 '가족 구성의 권리를 포함한 가족 형태, 가족의 구성과정, 가족의 구성원, 그리고 가족에 대한 책임감과 관련한 상황'이라는 개념적 정의가 가능하다.¹¹⁵⁾

따라서 앞서 제기한 가족 구성의 권리, 가족의 다양성, 가족 내의 성별분업 등

114) 호주의 New South Wales Anti-discrimination Act of 1977은 2001년 3월부터 'carers' responsibility'를 차별 금지 내용에 포함시켰다. 호주에서 이들 법으로 정하여 차별 금지를 하게 된 배경은 다음과 같다. 1) 15세에서 44세의 여성 10명중 7명이 현재 일하고 있으며, 2) 여성은 출산 후 곧바로 직장에 복귀하고 있으며, 3) 현재 인구가 노령화되어 많은 노동자들이 나이는 가족 구성원을 돌봐야 함 1998년의 경우 55세 이상의 노령 인구가 전체 인구의 21%를 차지하고 있으며, 2016년에는 29%로 늘어날 전망이다. 또한 많은 노동자들이 장애를 가진 가족 구성원을 돌봐야 하는 상황이며 이는 1998년의 경우 약 13%에 이르렀음, 4) 전체 가족의 20% 미만이 핵가족 스태레오타입에 맞지 않으며 한부모 가족, 동성애 배우자 가족, 그리고 다른 친척이 포함된 가족이 늘어남, 5) 대다수의 양부모 가족 중에서 부부 둘 다 일하는 경우가 91% 이상임.

115) 가족 상황에 의한 차별을 금지하고 있는 홍콩의 가정국(Home Affairs Bureau)은 '가족 상황에 의한 차별 규정'을 가지고 있으며 여기서 '가족 상황'이란 "직계 가족을 보살피야 하는 상황(status of having responsibility for the care of an immediate family member)"을 의미하고 있다. 여기서 '직계 가족'은 '혈연, 결혼, 입양에 의해 형성된 관계에 있는 사람'을 포함하는 것으로 사용된다.

을 포괄하여 '가족 상황에 의한 차별'의 개념 정의를 시도한다면 다음과 같다.

"가족 상황"을 이유로 한 차별이라 함은 합리적 이유 없이 가족의 형태나 가족의 구성 과정, 가족의 구성원, 그리고 가족에 대한 책임감 등을 이유로 특정 개인이나 집단을 불리하게 대우하거나 폭력을 행사하는 것을 말한다.

부부 중심의 이성애적 가족 형태만을 정상적인 가족으로 판단하여 한부모 가족이나 동성애 가족을 불공정하게 대하거나 폭력을 행사하는 것은 가족상황을 이유로 한 차별이다. 또한 혈연가족이 아닌 입양 혹은 공동체 가족 등을 이유로 다르게 혹은 불리하게 대우하는 것도 차별이며, 부모의 이혼이나 별거 등 가족 상황을 이유로 불리하게 대우하거나 폭력을 행사하는 것도 가족 상황에 의한 차별로 설명될 수 있다.

또한 공식적 혹은 비공식적인 규칙, 정책, 관행, 기준, 규정, 자격 요건 등이 모든 사람에게 동일하게 적용되는 것처럼 보이지만 실제 그 효과에 있어서 가족 상황에 따라 불평등한 효과를 가져오는 것 또한 가족 상황을 이유로 한 차별이다.

또한 직장이나 공공 시설, 공공 장소에서 가족 상황과 관련한 농담, 경멸적인 말을 하는 행위 등도 차별적 행위로 볼 수 있으며 이는 폭력(harassment) 의도의 여부와 상관없이 어떠한 언어나 행위가 상대방이 원하지 않는 것으로 판단된다면 '폭력'으로 간주하여 차별로 설명될 수 있을 것이다.

II. 가족 상황에 의한 차별이 금지되고 있는 영역

1. 고용

"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 구채적으로 파생된 절차가 완료되기까지의 모든 과정을 포함한다.

특정한 가족 상황을 이유로 직, 간접적인 방법으로 채용하지 않거나 고용을 지속시키지 않는 행위, 또는 고용 중에 있는 개인에 대하여 직, 간접적인 방법으로 불리하게 대우하는 행위는 차별이다.

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 고용 과정을 말한다.

<예시 1> 어떤 특정한 가족 상의 지위를 가지고 있는 사람이 그렇지 않은 상황에 있는 사람보다 비우호적으로 다루어질 때 모집과 채용 상에 있어서 가족 상황에 의한 차별이 발생한다. 예를 들면, 나이가 부모를 보살펴야 하는 사람이나 가족원 중에 치매 노인이 있는 사람을 지원에서 배제하거나 채용에서 배제하는 것은 가족 상황을 이유로 한 차별이다.

<예시 2> 편부모(한부모)로 구성된 가족 상황을 이유로 불이익을 주는 경우 혹은 아버지가 부재한 가족 상황이 고용 상 불이익을 주는 경우는 가족 상황을 이유로 한 차별이다.

<예시 3> 표면상으로 중립적인 조건이나 상황이 특정한 가족 상황에 있는 사람에게 불평등한 효과를 가져올 때 간접차별이 발생한다. 예를 들면, 어떤 회사가 근무 시간을 정해놓지 않고 규칙적이지 않은 노동 시간을 제시하면서 이러한 시간대에 일할 수 있는 사람만을 채용한다면 공공 보육 시설에 자녀를 맡길 수 없고, 어린 자녀를 직접 돌보아야 하는 대다수 사람들이 이러한 직업 요건을 만족시킬 수가 없다. 이러한 종류의 자격 조건은 합리적인 이유를 제시하지 못한다면 간접차별에 해당한다. 또한 돌보아야 할 어린 자녀가 있는 지원자의 대다수가 모집과 채용에서 배제되었고 그 성별이 여성이었다면 이는 가족 상황에 의한 차별이며 동시에 성차별이라고 할 수 있다.

<예시 4> 고용주가 가족 책임(자녀 책임 혹은 노약자 책임 등)을 이유로 고용하지 않는 행위는 가족 상황을 이유로 한 차별이다.

<예시 5> 자녀수 혹은 가족 수에 따라 모집, 채용상의 불이익을 주는 경우로 자녀가 많거나 혹은 적은 것을 이유로 혹은 자녀가 있고 없음을 이유로 고용 상의 불이익을 주는 것은 차별이다. 야근이 많은 사업장이나 노동 시간 자체가 유동적이어서 자녀에 대한 돌봄을 제공할 수 없다는 이유로 자녀수가 많거나 어린 자녀를 가진 지원자에게 고용상의 불이익을 주는 것은 가족 상황을 이유로 한 차별이다.

<예시 6> 부부 중심의 이성애적 가족만을 정상 가족으로 간주하여 다른 가족을 구성할 권리를 인정하지 아니하고 이를 이유로 모집, 채용상의 불이익을 주는 경우는 차별이다. 예를 들면, 동성에 가족 혹은 공동체 가족 혹은 동성의 부모에게 입양된 가족이거나 (편)조부모 가구 등에 대해 모집, 채용 상 불이익을 주는 행위는 가족 상황을 이유로 한 차별이다.

<판례 1> “자녀를 둔 남성은 채용했으나 자녀를 둔 여성의 채용을 거부”한 사례로 필립스라는 취학 전 아이를 가진 여성이 수습 조립 직종에 지원했지만 취학전의 자녀를 두었다는 이유로 채용되지 못하였으며 반면에 취학 전 자녀를 둔 남성지원자는 채용이 되었다. 원고는 회사의 성차별을 주장했으나 1심 법원은 이미 고용된 근로자의 80%가 여성이므로 이 회사의 방침이 성차별적이지 않다고 판결하였다. 그러나 항소심에서 존 브라운 판사는 피고 회사의 채용 거부가 원고인 필립스가 여성이며 아이를 가지고 있다는 것에 근거하고 있다고 보았다. 즉 아이를 가지고 있고 여성이기 때문에 고용에서 배제된 것이며 이는 미국의 민권법 제7편을 위반하는 불법적인 것이라는 판결을 내렸다. 대법원 판결 내용에는 “이 경우는 모든 남성과 비교했을 때 여성에 대한 차별은 아니지만, 아이를 가진 남성과 비교했을 때 아이를 가진 여성에 대한 차별이다. 이것은 아이를 가진 남성은 직장 일에 지장을 받지 않지만 아이를 가진 여성은 직장생활을 성실히 수행할 수 없다는 통념에 기반 한 것으로서 성차별이다”는 것이다 (Philips v. Marietta Corporation, 1971).

나. 임금 및 임금 외의 금품지급

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

<예시 7> 돌보아야 할 사람이 있는 근로자 혹은 미래의 잠재적 근로자를 그들이 돌보아야 할 사람이 있다는 것을 이유로 부당하게 혹은 다르게 대우하거나 어떤 직위의 제공을 거부하는 경우는 직접차별이다. 예를 들면, 다른 근로자가 공부를 위해 3개월 무급 휴가를 신청하여 허용을 받은 반면에 몸이 불편한 어머니를 돌보기 위해 3개월 무급 휴가를 신청했으나 반려되었을 경우는 차별이다.

다. 교육

“교육”에는 신입 사원 교육, 관리 감독자 훈련, 국내의 연수 등의 명칭에 관계 없이 근로자의 직무 수행 능력의 배양 또는 향상을 위하여 사업주가 소속 근로자를 대상으로 실시하는 모든 교육 및 직업 훈련이 포함된다

교육에 있어서 가족 상황을 이유로 한 차별의 예는 다음과 같다.

(1) 가족 상황을 이유로 교육에서 배제하는 행위

<예시 8> 부양해야 할 가족원이 있다는 이유로 본인의 의사에 반하여 장기 교육이나 해외 연수 등의 대상자에서 배제하는 경우는 차별이다. 또한 전통적인 성별분업에 의해 결혼한 여성의 장기 교육이나 해외 연수의 배제는 차별에 해당한다. 이러한 차별 금지 유형은 성별을 이유로 한 차별 금지나 혼인 여부를 이유로 한 차별 금지와도 중복되는 차별 행위이다.

(2) 해외 연수 등 각종 교육의 대상자 선에 있어 본인의 의사에 반하여 가족 상황을 이유로 다른 근로자에 비해 불리한 조건을 부과하는 경우

라. 배치

“배치”라 함은 사업주가 근로자에게 직무의 내용과 직무의 장소 등을 정하여 특정 업무에 종사하도록 하는 것을 말하며 신규 채용자 배치, 기존 근로자 배치 전환, 파견조치, 대기발령 등을 포함한다.

배치에 있어서 가족 상황에 의한 차별 유형은 다음과 같다.

(1) 합리적 이유 없이 가족 상황을 이유로 본인의 의사에 반하여 불이익이 되도록 배치하는 경우

(2) 합리적 이유 없이 가족 상황을 이유로 중요한 업무에 배정하지 않는 행위

<판례 2> 2000년 호주의 치과병원에서 감독의 지위에 있는 수석 간호사 보글(Mrs. Bogle)씨가 자녀를 입양하여 시간제(part-time) 노동을 신청했으나 고용주는 이를 거절하였다. 고용주는 현재의 직책으로 전일제(full-time)로 일하던지 아니면 더 낮은 지위에서 시간제로 일하던지 양자택일을 하도록 하였고, 이에 평등기회위원회는 보글씨가 성, 결혼, 가족책임(family responsibility)을 이유로 차별을 받았다고 판결하였다.
(<http://www.lawlink.nsw.gov.au/adjudgments/2000nswadt.nsf>)

마. 승진

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

승진에 있어서 가족 상황을 이유로 한 차별의 예는 다음과 같다.

<예시 9> 어떤 여성이 많은 여행을 필요로 하는 직무에서 승진 대상자임에도 불구하고 승진 심사에서 남편과 자녀가 있다는 이유로 승진에서 제외된 경우 가족 상황을 이유로 한 차별이다.

바. 해고, 퇴직

“해고”라 함은 근로자의 의사와는 관계없이 사용자가 일방적인 의사 표시로 장래에 대하여 근로 관계를 소멸시키는 것을 말한다.

해고 및 퇴직에 있어서의 가족 상황을 이유로 한 차별의 예는 다음과 같다.

(1) 합리적 사유 없이 가족 내 자녀 양육의 책임을 이유로 우선적으로 해고되는 경우

<예시 10> 1998년 농협이 구조조정과정에서 명예퇴직자 선정시 사내부부가 1차적인 대상자가 되었던 사례는 ‘사내부부’가 ‘상대적인 생활안정자’라는 명분으로 이루어졌으며 명예퇴직의 대상자가 되었던 ‘사내부부’는 결과적으로 가족구성원의 노동권과 관련하여 다른 가족에 비해 차별적으로 대우받은 것으로 볼 수 있다. 이는 ‘사내부부’라는 가족상황을 이유로 한 차별이다. 또한 명예퇴직한 ‘사내부부’ 퇴직자 가운데 90%가 여성이었다는 점은 결과적으로 여성에게 불리한 효과를 가져오는 것이었으므로 간접차별에 해당한다. 이러한 사례는 가족 상황을 이유로 한 차별과 성별을 이유로 한 중층적 차별이다.

<예시 11> 여성이 가사와 자녀를 우선적으로 돌보아야 한다는 가족내 역할에 근거하여 이를 이유로 우선적으로 해고하는 경우는 성별을 이유로 한 차별일 뿐만 아니라 가족 상황을 이유로 한 차별이다.

<판례 3> 알리안츠 제일생명 보험이 회사의 경영난을 타개하기 위하여 ‘인력 감축의 필요성을 느끼던 중 정리해고에 의한 인력 감축은 자칫하면 노동조합과의 마찰로 인하여 노사 분규만이 발생될 뿐 그 성공적인 수행이 어렵고 퇴직 위로금 등을 지급하여야하는 재정적인 부담이 예상되었던 차에 마침 언론 보도에 의하여 조성된 사내 결혼 부부 사원 중 1인을 자진 퇴직시키는 방식에 의한 인력 감축이 그 외의 사원들간에도 공감을 얻어 큰 무리 없이 수행될 것이라는 판단 및 이에 따른 계획 하에 노동조합을 통한 공론화를 피하고 그 대신 비공식적으로 부부 사원의 상관의 지위에 있는 중간관리자로 하여금 부부사원 중 1인에게 퇴직을 권유 또는 중용하도록 하는 방식을 택하여’ 사내 결혼 부부 사원의 퇴직을 조직적으로 수행한 것으로 판단함. 이로 인해 제출한 사직서는 의원 면직이 아닌 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로 계약 관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당하고, 정당한 이유 없는 해고는 부당 해고에 다름없는 것으로 판결함(2002. 1. 15).

그러나 판결의 주된 내용에는 성별을 이유로 한 차별에 대한 판단이나 가족 상황을 이유로 한 차별 혹은 혼인 여부를 이유로 한 차별의 내용을 포함하고 있지 않았다(사건 2001나25018 해고 무효 확인소송).

(3) 이밖에 합리적인 이유 없이 가족 상황을 이유로 해고 및 퇴직시키는 경우.

사. 폭력(harassment)

외국의 입법례에서는 폭력을 차별로 보고 있으며, 국내 남녀차별금지법과 남녀고용평등법에서는 차별에 성희롱을 포함하고 있다. 따라서 가족 상황을 이유로 한 차별에는 가족 상황을 이유로 한 폭력도 차별로 보아야 할 것이다.

고용에서 가족 상황을 이유로 한 차별의 구체적인 예는 특정한 가족 상황을 이유로 신체상의 폭력이나 언어폭력, 농담, 모욕, 조롱, 비웃음, 경멸의 시선 등을 가하는 경우들이 포함된다.

<예시 12> 직장에서 자녀가 없는 기혼의 근로자를 '문제가 있는 부부'라고 간주하여 언어 폭력을 행사하여 모욕감과 불쾌감을 주는 경우나 가족 구성원에 대한 장애, 병력, 정치적, 신념, 직업 등을 이유로 농담과 비난을 통해 모욕감과 불쾌감을 주는 경우 등은 가족 상황을 이유로 한 폭력으로 차별 혐의가 있다.

<예시 13> 회사에서 부모의 이혼이나 별거 등을 이유로 농담과 비난을 받거나, 돌봄의 책임감을 갖고 있는 사람을 무시하거나, 분리, 고립시키는 행위 또는 돌봄을 받는 사람을 지목하여 농담하거나 학대하는 행위는 가족 상황을 이유로 한 폭력으로 차별 혐의가 있다.

2. 재화, 용역, 교통 수단, 상업 시설, 토지, 주거 시설의 공급이나 이용

가. 가족 상황을 이유로 공공의 시설을 이용하거나 서비스 이용을 거부당하는 것은 합리적 이유가 없는 한 차별이다.

나. 주택에 세를 들거나, 호텔, 모텔 등의 숙박 시설을 이용하는데 있어서 가족 상황을 이유로 계약 또는 이용을 거부, 제한하는 것은 차별이다.

<예시 14> 치매 노인이 있다는 이유로 그 가족에게 주택임대를 거부하는 것은 차별이며, 자녀수 혹은 가족수 등을 이유로 주택임대를 거부하는 것도 차별이다. 또한 어린 자녀를 둔 한부모 어머니에게 아버지가 없다는 이유로 임대를 하지 않는 경우도 차별이다.

다. 가족 상황을 이유로 재화나 서비스를 제공하는데 있어서 부당한 조건을 제시하거나 부당한 대우를 하는 것은 차별이다.

<예시 15> 은행 대출에 있어서 여성들이 배우자의 승인을 받아야만 한다거나, 외국여행을 하는 기혼여성이 배우자의 승인을 받아야 하는 경우, 가족구성원의 채무에 의해 대출이 이루어지지 않은 경우 등은 가족 상황을 이유로 한 차별 혐의가 있다.

<예시 16> 호주 혹은 세대주를 가족의 대표로 간주하고 이를 근거로 하여 특정한 개인을 다르게 혹은 불리하게 대우하는 것은 차별이다. 예를 들어, 공공근로를 신청한 여성들이 세대주가 아니라는 이유로 불리한 대우를 받는 것은 차별이다.

라. 상속, 연금, 보험 가입 등에 있어서 가족 상황을 이유로 불이익을 받는 경우

<예시 17> 자동차 보험을 계약하는데 있어서 가족 특약에 따른 피보험자가 직계존속과 직계비속으로만 한정하여 형제 자매의 관계는 가족의 범위로 인정되지 않고 있는데 이는 가족의 개념을 직계존비속 관계로만 한정하고 있어서 가족 내 지위로 인하여 가족의 범주에서 제외됨으로써 가족 상황을 이유로 한 차별이 발생할 혐의가 있다.

마. 공공 시설에서 특정한 가족 상황을 이유로 신체상의 폭력이나 언어폭력, 농담, 모욕, 조롱, 비웃음, 경멸의 시선 등을 가하는 경우는 폭력에 해당하여 가족 상황에 의한 차별이 된다.

<예시 18> 공원이나 체육시설 혹은 공공이 이용하는 시설에 한부모 가구에 대한 언어적 폭력을 드러내는 낙서, 포스터, 스티커, 연설, 선동 등이 게시되어 이를 이유로 수치심, 불명예, 모욕감, 불쾌감을 일으키는 경우는 차별행위에 해당한다. 예를 들어 “애비 없는 자식들은 어머 어머하다”는 등의 낙서는 한부모 가족을 비하하는 폭력으로 가족 상황을 이유로 한 차별이다.

3. 교육 시설이나 직업 훈련 기관의 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.

가. 가족 상황을 이유로 교육 기관이나 직업 훈련 기관에 지원하는 것 또는 교육을 받는데 있어서 배제 혹은 제한하는 것은 차별이다.

<예시 19> 편(조)부모 가족이거나 조부모 가족 혹은 이혼이나 별거 가구의 가족 구성원임으로 인하여 교육 기관이나 직업 훈련 기관에 지원하는 것 또는 교육 기회를 배제 혹은 제한하는 것은 차별이다.

나. 교육 내용이나 생활 지도에 있어서 특정한 가족 상황을 기준으로 제시하여 다양한 가족 상황을 구별하거나 배제하도록 하는 경우

<예시 20> 학교 등에서 가족 상황을 조사하면서 각 가족의 경제적 상황을 드러나도록 하여 이로 인한 불이익을 받는 경우로, 예를 들면 실업자 가구의 가족원인 학생의 경우 부모의 직업을 상세히 기재하도록 하는 것은 가족 상황을 이유로 한 구별 혹은 제한을 통해 불이익이 이루어질 수 있으므로 차별 혐의가 있다.

<예시 21> 교육 내용에서 다양한 가족 형태를 포함시키기보다는 한부모 가족, 이혼 혹은 별거 가족에 대한 부적절한 인식을 갖게 함으로써 이로 인해 고정 관념과 편견을 조장하여 놀림을 받거나 교육관계에 있어서 부당한 대우를 받게 되는 경우 가족 상황을 이유로 한 차별 혐의가 있다.

III. 가족 상황에 의한 차별 금지의 예외

가족 상황에 의한 차별의 예외가 되는 것은 크게 다음의 세 가지 경우이며 이는 1) 적극적 조치 2) 모성보호와 관련된 것으로 이에 해당되는 경우 가족 상황을 이유로 한 차별이 되지 않는다.¹¹⁶⁾

1. 적극적 조치

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

116) 고용 및 직업 상의 차별에 관한 협약(ILO 협약 제111호, 조약제1499호)의 제5조의 2에는 “회원국은 사용자 및 노동자 대표 단체가 존재하는 경우 이들과 협의하여 성별, 연령, 장애, 가족상의 의무 또는 사회적·문화적 신분 등의 사유로 인하여 일반적으로 특별 보호 또는 지원이 필요하다고 인정되는 자의 특정한 필요를 충족하기 위한 특별한 조치는 차별로 간주하지 아니한다고 결정할 수 있다”고 되어있다.

가. 독거노인가구, 편부모가구(한부모가정), 소년소녀가구 등에 대하여 관련 법과 규정에 의거하여 우대·보호하는 정책은 차별로 보지 않는다. 앞서 열거한 가구들은 부부 중심의 핵가족 형태에서 벗어난 가족 형태이다. 이는 부부 중심의 핵가족이 남성 생계 부양자에게 가족 생계를 전담시키는 역할 분업을 전제로 하고 있는 상황에서 가족원의 생계 유지가 위협받고 있는 저소득 가구인 경우가 대부분이다. 따라서 국민기초생활보장법이나 모자복지법¹¹⁷⁾, 사회복지기본법 등에 의해 지원이 이루어지고 있으며 이러한 가구들에 대한 급여 지원이나 자녀에 대한 학비 지원 등은 차별로 보지 아니한다.

나. 비혈연관계로 구성된 공동체적 가족에 대하여 관련 법과 규정에 의거하여 우대·보호하는 정책은 차별로 보지 아니한다. 이는 입양에 의한 가족구성이나 그룹홈 등에 의한 가족 구성과 관련하여 이들을 지원하는 공식, 비공식적 제도 등이 혈연 중심의 현 가족에 대하여 차별적 행위를 하는 것으로 보지 아니함을 의미한다. 현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정한 가족 상황에 대해 우대하는 조치를 취하는 것은 차별로 보지 아니한다. 이는 가족 상황 혹은 가족상 지위로 인한 차별을 극복하기 위하여 잠정적인 우대 조치를 실시할 경우 이를 차별로 보지 않는다는 것을 의미한다.

2. 모성보호

117) 모자복지법에서는 다음 각 호의 1에 해당하는 세대주(세대주가 아니더라도 세대원을 사실상 부양하는 자를 포함)인 경우 등에 의하여 양육되는 18세 미만(다만, 취학 시에는 20세 미만)의 자녀로 이루어진 가정으로 재산 및 소득 기준을 충족한 자에 대한 지원을 하고 있다. 이때 해당되는 가구는 1. 배우자와 사별 또는 이혼하거나 배우자로부터 유기된 여성, 2. 정신 또는 신체 장애로 인하여 장기간 근로 능력을 상실한 배우자를 가진 여성, 3. 미혼모(사실혼 관계에 있는 자는 제외), 4. 배우자의 생사가 분명하지 아니한 여성, 5. 배우자 또는 배우자 가족과의 불화 등으로 인하여 가출한 여성, 6. 배우자의 해외거주·장기복역 등으로 인하여 부양을 받을 수 없는 여성 등이 모자복지법 제5조 및 동법 시행규칙 제3조에서 정한 소득 및 재산기준에 해당되는 경우 이에 대한 지원 사업을 하고 있다.

가. 남녀 근로자가 생후1년 미만의 영아를 가진 자가 그 영아를 양육하기 위하여 생후 1년이 경과되기 전까지 육아 휴직을 신청할 수 있으며, 이에 대한 휴직 급여 지급 및 기타의 보호 조치들은 차별로 보지 아니한다(남녀고용평등법 제19조, 근로기준법 제30조, 동법 시행령 제5조 등).

제10장. 성적 지향을 이유로 한 차별

1. 성적 지향 차별 금지의 배경과 정의

1. 성적 지향 차별 금지의 배경

동성 또는 이성에게 성적 매력을 느끼거나 자신의 성별을 남성 또는 여성이라고 인식하는 것은 개인의 정체성과 관련된 가장 기본적인 권리로서 그 자체로 인정받아야 한다. 그러나 대다수의 사회에서는 남성과 여성의 결합을 전제로 한 이성애적 관계만이 자연스러운 것, 바람직한 것으로 간주하고, 생물학적 성(sex)에 의한 성별만을 인정함으로써 성적 소수자에 대한 차별을 행하고 있다.

우리 사회에서 성적 소수자에 대한 대표적인 차별은 성적 소수자 집단으로 하여금 자신의 존재를 드러내지 못하도록 침묵을 강요하는 것이다. 많은 성적 소수자들은 자신의 성 정체성을 숨기면서 살고 있으며, 성적 소수자 집단에 대한 낙인과 혐오로 몇몇하게 자신을 밝히지 못한다. 이는 언론이나 학교, 직장 등 모든 공공 시설의 이용 및 제도에서 이성에 관계만이 자연스럽고 합법적인 것으로 인정되고, 그 밖의 어떤 성적 지향이나 성 정체성도 허용되지 않는 데서 비롯된다. 이성에 관계만을 정상으로 인정하는 사회는 성적 소수자들로 하여금 자신의 존재 자체를 의심하게 한다. 인간으로 태어났으면서도 "인간 이하"로 취급받거나 자연을 거스르는 존재, 신을 거스르는 존재 등 있어서는 안 될 존재로 취급받음으로써 성적 소수자들에 대한 집단적 폭력은 재생산되는 것이다.

이와 같은 성적 소수자에 대한 혐오와 낙인은 이들로 하여금 가장 가까운 부모나 친구에게까지 자신의 존재를 숨김으로써 인간다운 생활을 누리지 못하는 결과를 낳는다. 자신의 존재가 드러날 지 모른다는 생각에 불안해하며, 직장이나 학교, 공공장소 등에서도 항상 자신을 이상한 시선으로 보지는 않는지 두려움에

떨 수밖에 없다. 타인에게 어떠한 피해를 주지 않음에도 불구하고 남과 다른 성적 지향·가졌다는 이유만으로 존재 자체에 대한 불안감, 집단 따돌림에 대한 두려움, 정신적, 심리적 고통을 겪는 것이다. 특히, 우리 사회와 같이 성적 소수자에 대해 낙인과 혐오가 뿌리깊은 사회일수록 성적 소수자들에 대한 차별은 심각하여 아웃팅의 위협을 준다. 성적 소수자들을 변태, 정신질환, 비정상적으로 취급하는 사회분위기에서 자신이 바로 그러한 존재임이 밝혀지는 것은 가족 및 친구 등 친밀한 관계와의 단절을 가져오고, 직장 또는 학교에서 집단 따돌림을 야기하여 사회적으로 격리될 수밖에 없기 때문이다. 그러므로 성적 소수자들에게 행해지는 차별의 규제는 이들도 인간다운 생활을 보장받을 권리가 있다는 데서 출발하여야 하며, 이들에게 가해지는 낙인, 따돌림, 폭력, 살인 등을 수반하는 혐·범죄는 반드시 법적으로 금지될 필요가 있다.

한편, 트랜스젠더는 이러한 혐오와 낙인에 덧붙여 자신의 생물학적 성과 배치되는 성 정체성을 가짐으로써 주민등록증, 자동차 면허증, 의료보험 등 가장 기본적인 시민권의 영역에서 차별을 받게 된다. 이들에게는 성확정 수술을 받을 수 있는 의·체계의 접근, 전환된 성으로의 법적 인정을 통해 주민등록증 재발급, 자동차·이허증 재발급 등의 조치가 필요하다. 우리나라에서는 트랜스젠더에 대한 호적정정을 불가능하게 하는 판결이 대부분이었지만 얼마 전 성전환자의 호적 정정을 허가하는 판결이 나와 주목을 받고 있다.¹¹⁸⁾ 최근 우리사회에서는 홍석천의 커밍아웃과 트랜스젠더 하리수 등 성적소수자 연예인의 등장으로 성적 소수자에 대한 관심이 높아졌고, 동성애 인권 운동 단체들의 꾸준한 활동과 문제제기로 성적 소수자의 인권 문제가 제기되고 있다.

서구 사회에서도 성적 소수자들은 일탈, 정신질환, 범죄 행동 등과 연루되어서

118) 고종·부산지법 가정지원장은 2002년 7월 3일 트랜스젠더 윤모(30)씨가 신청한 호적정정 및 개명 신청에 대해 윤씨의 호적증 성별란 기재 '남'을 '여'로 정정하고 신청인 이름도 여·이름으로 개명하는 것을 허가하는 결정을 내렸다(한국일보, 2002. 7. 4일자). 이와 함께 홍신 국회의원은 성전환자 호적정정을 위한 입법을 추진하고 있어 트랜스젠더 호적변경에 대한 관심이 높아지고 있다(한겨레신문, 2002. 5. 20일자).

역사적으로 차별의 대상이 되어 왔으나 1989년 덴마크를 시작으로 노르웨이(1993), 스웨덴(1995) 등은 동성간의 결혼을 인정하고 있으며¹¹⁹⁾, 캐나다¹²⁰⁾, 호주¹²¹⁾ 등에서는 법적으로 성적 소수자에 대한 차별 금지를 명문화하면서 인권의 차원에서 접근하고 있다. 이처럼 현재 동성애에 대한 결혼을 인정하는 나라들은 주로 스칸디나비아를 중심으로 하는 북유럽에서 이루어지고 있는데, 이를 통해 입양, 친권, 상속, 재산, 연금, 보험 등 다양한 법률 및 정부정책에 있어 이성애 부부에 상응하는 제도들이 시행되고 있다.

그러나 인종, 성별, 종교 등에 의한 차별이 유엔의 국제조약에 명시되고 국제협약으로 금지되고 있는 데 반해, 성적 소수자에 대한 차별금지가 국제조약이나 협약 등에서 명문화되지는 않고 있다. 그러나 유럽을 중심으로 성적 소수자에 대한 인정, 탈범죄화, 차별금지조치는 각 국가로 확산되고 있는 추세이며, 최근 유럽연합의 활동은 이러한 국제적 추이를 보여준다. 예를 들어, 유럽 인권법정

119) 이들 국가는 모두 배우자 등록법(Registered Partnership Law)을 제정하여 동성애 부부의 관계를 합법적으로 인정하고 있다. 이때, 결혼의식이나 입양의 권리 등에 있어서는 이성애 부부와 동등한 권리를 부여하지 않는 것이 일반적이다. 예를 들어 스웨덴의 경우, 법적 인정을 받고자 하는 동성애 커플은 서로의 동의하에 등록을 하면 결혼이라는 의식을 거치지 않을 뿐 배우자 등록법(Registered Partnership Act)에 의해서 이성애적 결혼에 해당하는 모든 원칙을 따르며, 그 혜택을 받는다. 재산을 공유할 수 있으며, 국가 보험, 세금, 상속 등에 있어 혜택을 받으며, 성(姓)도 같이 쓴다. 단, 이들은 공동으로 아이를 입양할 권리는 갖지 못한다(www.ilga.org).

120) 1996년 개정된 캐나다 인권법(Human Rights Act)은 성적 지향에 의한 차별금지 조항을 삽입함으로써 성적 소수자에 대한 차별금지를 명문화했다. 한편, 캐나다는 13개 주 중 11개 지역이 인권법에 성적 지향에 의한 차별금지를 명문화하고 있으며, British Columbia 주는 인권법에 트랜스젠더에 의한 차별금지도 포함하고 있다(www.ilga.org).

121) 호주에서는 트랜스젠더에 대한 차별을 금지하고 이들에 대한 법적 권리를 인정하고 있는데, 생물학적 성과 배치되는 성 정체성을 가지고 트랜스젠더가 된 경우 공식적인 문서에 이름 및 사진을 바꾸고, 새로운 이름이 쓰여진 의료보험 카드(medicare card)를 발급받을 수 있으며, 새로운 이름으로 출생, 결혼, 사망신고를 할 수 있다. 또한 성 확장 수술을 받은 사람에게는 새로운 성으로 여권이 발급되며, 법적으로 새로운 성으로 인정된다. 또한 사회보장법과 같은 연방법 상의 권리를 새로운 성별로 누릴 수 있게 된다(호주 차별금지위원회, www.lawlink.nsw.gov.au).

(European Court of Human Rights)에서는 동성애는 이성애 관계와 마찬가지로 사적인 생활로 존중되어야 한다는 판결을 내려 동성애 관계를 탈범죄화하였고,¹²²⁾ 유럽연합(EU) 의회는 동성애 부부에게도 이성간의 부부와 똑같은 권리를 부여하도록 하는 결의안을 채택하여 15개 회원국에 촉구하는 노력을 한 바 있다. 이 결의안은 EU 회원국이 결손가정이나 미혼부부, 동성애 부부에게 세계와 금전상의 권리, 사회적 권리 등에서 전통적인 부부나 가정이 누리는 것과 똑같은 권리를 보장해야 한다고 명시하고 있다.

2. 성적 지향 차별의 정의

가. 성적 지향에 대한 개념 정의

성적 지향이란 'sexual orientation'을 번역한 것으로 일반적으로 실제 성적경험과는 무관하게 동성(same sex), 이성(opposite sex) 또는 양성에게 성적인 매력을 느끼는 것을 의미한다.¹²³⁾ 성적 지향이 특정 성에게 성적 매력을 느끼는 객관적인 상태를 뜻한다면, 성 정체성(sexual identity)은 이러한 성적 지향을 정체화한 주관적인 상태를 뜻한다. 예를 들어, 동성에게 성적인 매력을 느끼고 있으면서 스스로 이런 성적 지향을 자신의 성 정체성(sexual identity)으로 받아들인다면 그는 동성애자라고 할 수 있다.

한편, 성적 지향이 특정한 성에게 성적인 매력을 느끼는 것을 의미하는 반면,

122) 1981년 Dudgeon v United Kingdom 사례가 동성애를 인정한 최초의 사건이다. 영국은 동성애를 범죄로 간주하는 형법을 가지고 있었는데, 유럽인권법정을 통해 동성애는 합법적인 것으로 인정받게 된다. 유럽법정은 그 후에도 Norris v Ireland(1988), Modinos v Cyprus(1993) 등의 사건을 통해 유럽 각국이 동성애를 범죄화하는 법률이 인권법에 위반된다는 것을 판결함으로써 회원국으로 하여금 이러한 법률을 개정토록 했다(www.ilga.org).

123) 에릭 마터스와 컴투게더(2000), 커밍아웃, 박영출출판사, 25쪽

트랜스젠더는 자신의 생물학적인 성과 불일치하는 성 정체성(gender identity)을 가진 사람을 뜻한다. 즉, XY염색체를 가지고 태어나 남성의 성별을 부여받았으나 본인은 지속적으로 남성이 아니라고 생각한다면 그를 트랜스젠더라 부를 수 있다. 트랜스젠더는 실제로 성확정 수술을 한 사람을 일컫는 것이 아니라 생물학적인 성과 배치되는 지향을 가진 모든 사람들을 지칭하는 광범위한 용어라 할 수 있다.

국가인권위원회법에서 규제하고 있는 성적 지향을 이유로 한 차별은 성별 구분이 뚜렷한 이성애 중심의 사회에서 동성 또는 양성에게 성적인 매력을 느끼거나 자신의 생물학적인 성과 배치되는 지향을 가진 성적 소수자에 대한 차별을 의미한다. 즉, 자신의 성적 지향, 성 정체성을 이유로 동성애자, 양성애자, 트랜스젠더 등 성적 소수자에게 차별을 행하는 것을 금지하고 있다.

나. 성적 지향 차별의 정의

성적 지향(sexual orientation)을 이유로 한 차별이라 함은 합리적 이유 없이 동성애자(lesbian, gay), 양성애자(bisexual), 트랜스젠더 등 성적 소수자를 구별, 배제, 제한하거나 폭력(harassment)을 행사하는 것을 의미한다. 또한 누군가를 동성애자, 양성애자, 트랜스젠더라고 판단하여 불공정하게 대하거나 폭력을 행사하는 것도 성적 지향을 이유로 한 차별행위에 해당한다.¹²⁴⁾ 즉, 실제로 상대방이 동성애자이나 트랜스젠더인 것과 상관없이 그를 성적 소수자로 간주하여 혐오나 편견, 폭력을 행사하는 것도 차별 행위에 해당한다.

성적 지향을 이유로 한 차별이 갖는 특수한 성격은 성적 소수자들은 외모나 복

124) 호주에서는 동성애에 대한 차별(Homosexual or Lesbian Discrimination)과 트랜스젠더에 대한 차별(Transgender Discrimination)을 구분하여 차별행위를 금지하고 있다. 인권위법의 입법취지는 성적 소수자에 대한 차별을 금지하기 위한 것이므로 동성애자와 성전환자에 대한 차별을 모두 포괄한다고 할 수 있다(<http://www.lawlink.nsw.gov.au>, New South Wales의 anti-discrimination board).

장 등을 이유로 구분되는 것이 아니며, 주관적인 것이어서 겉으로 쉽게 드러나지 않는다는 점이다. 그러므로 누군가가 어떤 정체성을 갖느냐에 상관없이 그 사회에서 성적 소수자라고 판단되면 언제든지 혐오나 폭력의 대상이 될 수 있으며 이러한 행위 또한 성적 지향을 이유로 한 차별행위에 해당한다.

성적 지향을 이유로 한 직접적인 차별은 직장이나 학교 또는 공공시설의 이용 등에서 동성애자, 트랜스젠더라는 이유로 불리한 대우를 주는 것을 말한다. 연예인 홍석천씨가 동성애자임이 밝혀지자 이를 이유로 출연정지를 시킨 것은 이의 대표적인 예라 할 수 있다. 성적 지향을 이유로 한 차별은 겉으로 증명적인 것으로 보이나 실제로 이성애자들에 비해 게이나 레즈비언 등 동성애자들에게 불리한 결과를 가져오는 규칙, 정책 등도 포함되며 이를 간접차별이라 한다. 예를 들어, 사업주가 이성애 혼인관계에 있는 배우자들에게 이익을 주는 정책을 취한다면 이는 사실상의 동성 배우자들에게 불이익을 가져오는 것이므로 성적 지향을 이유로 한 차별행위라 할 수 있다.

또한 성적 지향을 이유로 한 차별금지에는 성적 소수자에 대한 폭력을 금지하는 것도 포함된다. 이성애 중심, 성별 구분이 뚜렷한 사회에서 성적 소수자에 대한 차별은 동성애 혐오증(homophobia)과 밀접한 관련이 있다. 이성애 관계를 “정상”, 그밖의 성 정체성을 가진 집단을 “비정상”으로 간주하는 것은 곧 동성애에 대한 혐오로 나타나고, 이러한 혐오가 행위로 이어질 때 성적 소수자들은 낙인, 따돌림, 괴롭힘, 소의를 경험하게 된다. 동성애 혐오증에 기초한 폭력은 성적 소수자에 대한 차별의 결과 나타나는 인권침해로서 성적 지향을 이유로 한 대표적인 차별 유형에 해당한다.¹²⁵⁾

125) 호주에서는 성적 소수자에 대한 혐오를 공공연하게 드러내는 이와 같은 행위를 성적 소수자에 대한 명예훼손 또는 비방(homosexual vilification)으로 정의하여 이를 불법행위로 간주한다.

II. 성적 지향을 이유로 한 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. 모집, 채용

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

모집·채용과 관련된 성적 지향 차별 유형은 다음과 같다.

(1) 채용 면접시에 지원자의 성적 지향에 관한 정보를 요구하거나 조사하는 경우

<예시 1> 남성지원자의 외모나 목소리가 부드럽고 여성스럽다는 이유로 동성애적 성향을 가졌을 것이라고 판단하여 채용과정에서 배제하는 경우, 이는 개인의 능력이나 자격요건과 무관한 특정 성적 지향에 대한 편견과 고정관념이 채용과정에서 불이익한 결과를 가져온 경우이므로 해당 지원자의 성적 지향에 대한 사실여부와 상관없이 차별행위에 해당함

나. 임금

“임금”이라 함은 공공기관 및 사용자가 근로의 대상으로 근로자 등에게 임금·봉급 기타 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 포함한다.

임금에 있어서의 성적 지향 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(1) 회사에서 이성에 결혼관계에 있는 직원들을 대상으로 가족수당이나 유급휴가, 의료보험, 세금감면 등 임금, 복지에 있어 각종 혜택을 제공함으로써 성적 소수자인 직원을 제외하는 행위

<예시 2> 고용주들은 종종 배우자가 동성이라는 이유로 부가급부(유급휴가, 건강보험, 연금 등)를 제공하기를 거절한다. 1996년 영국의 Lisa Grant는 South West Trains사가 그녀의 파트너가 동성이라는 이유로 파트너에게 주는 무료여행 티켓을 거절하였기 때문에 유럽법정에 이를 제소하였다. 1999년 10월 5일 BBC뉴스에 의하면, 동성에 철도 노동자들은 이성에 커플들과 다른없는 부가급여(여행시 무료여행티켓) 권리를 확보했다(www.ilga.org).

다. 승진

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

승진에 있어서의 성적 지향 차별 행위의 유형은 다음과 같다

(1) 특정 성적 지향에 대해서는 승진 기회를 주지 아니하거나 객관적 기준 없이

승진 대상자를 특정 성적 지향에 편중하는 경우

(2) 승진 시험에 합격하거나 일정 경력에 이르렀음에도 특정 성적 지향을 이유로 그에 상응하는 업무에 배치시키지 않은 경우

<예시 3> 승진시험에 합격한 두 직원이 모든 자격요건이 같고, 이 중 A라는 직원이 주변동료들 사이에서 동성애적 성향이 있다는 소문이 있을 때, 고용주가 이러한 소문을 빌미로 B를 승진대상자로 지목했을 경우 이는 합리적 이유 없이 승진대상자를 특정 성적 지향(이성애)에 편중하는 것이므로 차별행위에 해당함.

<예시 4> 관리직으로 승진할 수 있는 자격을 갖춘 성적 소수자를 다른 직원들이 그를 상사로 대하기 어렵다는 이유를 들어 관리능력이 떨어진다고 판단, 더 이상 승진시키지 않는 경우 이는 특정 성적 지향을 이유로 한 차별행위에 해당함.

마. 배치

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

배치에 있어서의 성적 지향 차별 행위의 유형은 다음과 같다.

(1) 직무수행상 필요불가결한 요건이나 업무의 특수성에 근거하지 아니하고 일정한 직무의 배치대상에서 특정 성적 지향을 배제하거나 편중하여 배치하는 경우

(2) 동일 자격으로 채용하였음에도 불구하고 특정한 성적 지향을 가진 사람은 주로 기간업무에 배치하고 다른 성적 지향을 가진 사람은 본인의 의사와 관계 없이 보조업무나 격리된 업무에 배치하는 경우

<예시 5> 결혼하지 않은 30대 후반의 독신여성이 평소 여자친구와의 관계가 친밀하다는 이유로 동성애자라고 소문이 난 경우 고용주가 이를 빌미로 본인의 능력과 의사와 관계없이 특정 업무에 그 여성을 배치하는 경우

<예시 6> 성적 소수자가 커밍아웃한 뒤 고용주가 기존에 담당하던 업무를 줄이고 더 이상 업무를 부과하지 않은 경우

<예시 7> 영국의 한 Hampshire에 있는 한 중등학교에서 레즈비언 교사가 동료 교사, 학생들에게 심한 모욕 및 괴롭힘을 당한 뒤 결국 학교를 그만두는 사건이 있었다. 51세의 과학교사인 Pearce는 이 학교에서 20년 이상을 근무했는데, 학교안팎에서 레즈비언으로 소문이 나 6년 동안이나 비웃음, 조롱, 괴롭힘을 당해왔고, 이로 인해 건강이 악화되어 사직하였다. 그는 이와 같은 폭력에 적극적으로 대처하지 못한 정부에게 이를 성차별(sex discrimination)로 제소했다(www.ilga.org)

바. 해고, 퇴직

“해고”라 함은 근로자의 의사와는 관계없이 사용자가 일방적인 의사표시로 장래에 대하여 근로관계를 소멸시키는 것을 말한다.

해고 및 퇴직에 있어서의 성적 지향 차별 행위의 유형은 다음과 같다

(1) 성적 지향을 이유로 해고하거나 계약해지를 하는 경우

(2) 사용자, 같은 사업장에 근무하는 근로자 집단, 모집 의뢰인 또는 고객의 선호를 이유로 성적 소수자를 해고하는 경우

<예시 8> 동성애자 직원에 대한 동료들의 혐오와 따돌림이 만연하여 작업장 분위기를 해친다는 이유로 고용주가 그 직원을 해고하는 경우

<예시 9> 백화점 판매직으로 종사하는 성적 소수자에게 고객이 혐오감을 갖는다는 이유로 다른 회사로 옮길 것을 종용하는 경우, 이는 객관적 기준 없이 특정 성적 지향을 이유로 불이익을 가져오는 차별행위에 해당한다.

<예시 10> 2000년 9월 연예인 홍석천씨가 언론에 “호모”라고 보도된 뒤, 스스로 동성애자임을 밝히고 나자 이를 이유로 진행 중이던 방송 프로그램에서 정치 통보를 받은 것은 객관적 기준 없이 종속적 관계에 있는 연예인을 해고한 대표적인 사례이다.

사. 작업장 내 폭력

사용자 및 같은 사업장에 근무하는 근로자 집단이 특정 성적 지향을 이유로 동성애자 혹은 동성애자로 간주되는 직원에게 신체상의 폭력이나 언어폭력, 농담, 모욕, 조롱, 비웃음, 경멸의 시선 등을 가하는 것은 차별에 해당한다. 이때, 폭력을 가하려는 의도가 있었는가의 여부는 중요하지 않으며, 어떠한 행위나 말이 받아들여질 수 없는 모욕적인 것이었다면 이는 폭력이다.

(1) 평소 여성스럽고 동성애자라고 판단되는 남성 직원에게 “변태”, “호모같은 놈”, “계집애 같은 놈”, “너 여자랑 자 본 적 있나?” 등 동성애에 대한 혐오를 직접적으로 나타내는 것은 해당 직원의 성적 지향여부와 상관없이 특정 성적

지향을 이유로 수치심, 모욕감을 입힌 것이므로 차별행위에 해당한다.

(2) 동성애자로 낙인찍힌 직원의 책상이나 컴퓨터, 차 등에 동성애 혐오를 나타내는 낙서나 욕설, 사진 등을 공공연하게 게시하는 경우 이는 특정 성적 지향을 이유로 수치심, 불명예, 모욕감을 입힌 차별행위에 해당한다.

(3) 동성애자로 커밍아웃한 직원에게 동료들이 협박하고, 폭력을 가하는 등 집단적인 중오를 나타내는 경우 이는 특정 성적 지향을 이유로 신체적 해를 가한 차별행위에 해당한다.

<예시 11> 영국 TUC(Trades Union Congress)의 조사에 의하면, 400명의 성적 소수자들 중 50%가 폭력, 언어폭력, 해고 등을 경험하고 있다고 한다. TUC는 이 조사를 기초로 작업장에서 동성애자들에 대한 법적 보호가 필요함을 요구하였다. 한편, 1999년 12월 호주에서 발표된 보고서 “The Pink Ceiling is Too Low”에서도 900명의 동성애자들 중 60%가 폭력, 언어폭력, 학대, 사회적재산권의 파괴, 동성애혐오적인 농담, 비웃음, 조소를 당하고 있다고 보고되었다(www.ilga.org).

2. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용

가. 토지 및 주거시설

(1) 주거시설의 사용에 있어 합리적 이유 없이 성적 지향을 이유로 접근권이 제한되는 경우

(2) 동성애자라는 이유로 같은 주택에 사는 이웃들에게 지속적인 괴롭힘과 학대를 당하는 경우

<예시 12> 동성애자가 주택을 임대하고자 할 때, 그가 AIDS에 걸렸을 것이라고 생각하는 이웃들이 그를 싫어하고, 이를 이유로 집주인이 임대차계약을 거부하는 경우 이는 성적 지향을 이유로 한 차별행위에 해당한다(호주 New South Wales주의 사례).

나. 공공시설 및 상업시설

(1) 공공시설이나 유흥 및 관련 상업시설의 이용에 있어 성적 지향을 이유로 불이익을 받는 경우

(2) 공원이나 거리, 버스, 지하철 등과 같은 공공장소에서 동성애 혐오를 드러내는 낙서, 포스터, 스티커, 연설, 선동, 몸짓, 배지 등을 게시하는 경우 이는 동성애자들에게 수치심, 불명예, 모욕감, 불쾌감을 일으키는 차별행위에 해당한다.

(3) 성적 소수자라는 이유로 레스토랑이나 술집, 나이트 클럽과 같은 사용을 거부당한 경우 이는 합리적인 이유 없이 특정 성적 지향을 가진 사람을 구별·배제·제한하는 차별행위에 해당한다.

<예시 13> 일반적으로 음주판매 및 오락시설이 인가된 클럽에서 고용주, 종업원 또는 클럽에 있는 다른 사람으로부터 트랜스젠더이기 때문에 다르게 대우받거나 출입이 제한되는 경우 이는 성적 지향을 이유로 한 차별에 해당한다(호주 인권과 고용위원회법).

3. 교육시설이나 직업훈련기관의 이용

가. 입학

(1) 성적 소수자라는 이유로 공교육의 입학이 거부되거나 직업훈련기관의 견습생, 훈련생으로서의 입학이 거부되는 경우

나. 징계

(1) 공공학교나 직업훈련기관에서 성적 소수자 학생에게 체적, 퇴학, 전학 요구 등을 하는 것은 성적 지향을 이유로 합리적 기준 없이 징계를 함으로써 차별행위를 가하는 사례에 해당한다.

다. 교육내용

(1) 특정 성적 지향에 대한 혐오나 편견 등을 교육내용으로 편성하는 경우

<예시 14> 우리나라 교육기관에서 사용하고 있는 교련, 성교육 교과서 등에서 동성애를 “문란한 성행위”, “에이즈” 등과 연관된 것으로 표현함으로써 동성애에 대한 부정적인 편견을 교육하는 경우 이는 동성애자에 대한 차별행위에 해당한다.

라. 생활지도

(1) 교육이나 생활지도에 있어 특정 성적 지향을 지닌 집단에 대한 노골적인 혐오나 편견을 드러내는 경우

<예시 15> “호모는 어렸을 때 뇌의 이상이 생겨서 생긴 정신병의 일종이다”, “호모들은 에이즈에 걸려 죽는다”, “동성애는 신의 섭리를 거스르는 타락한 행위이다” 등 동성애에 대한 고정관념, 편견 등을 공공연하게 언급하는 것은 차별행위에 해당한다.

마. 학교 내 폭력

(1) 학교시책이나 공공시설 등에 특정 성적 지향을 지닌 집단에 대한 혐오를 공공연하게 드러내는 경우

(2) 교사나 동료집단 등으로부터 특정 성적 지향을 이유로 언어적, 신체적 폭력을 당하는 경우

<예시 16> 동성애 혐오를 드러내는 낙서, 포스터, 스티커, 연설, 선동, 몸짓, 뱃지 등을 게시하는 경우 이는 동성애자들에게 수치심, 불명예, 모욕감, 불쾌감을 일으키는 차별행위에 해당한다.

<예시 17> 동성애자 또는 동성애적 성향을 지녔다고 간주되는 학생에게 “계집애 같은 놈”, “에이즈에 걸려 죽을 놈”, “변태” 등 언어폭력을 가하거나 집단 따돌림, 신체적 해를 가져오는 폭력을 행사하는 경우 이는 동성애자의 두려움과 소외, 좌절감을 강화하는 차별행위에 해당한다.

III. 성적 지향 차별 금지의 예외

다음의 경우는 성적 지향을 이유로 한 차별에 적용되지 않는다.

1. 합리적인 이유로 성적 지향에 따라 차등 대우하는 것이 필요한 경우 이를 차별로 보지 않는다.

가. 생물학적 성은 남성이나 여성으로서의 정체성을 가지고 있는 트랜스젠더가

군대에 징집되었을 경우, 그의 바뀐 성별을 인정하여 군대 가는 것을 면제하는 경우 이는 합리적 이유가 있는 차등대우라고 볼 수 있다.

2. 현존하는 차별을 해소하기 위해 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 성적 소수자에 대한 적극적인 조치(affirmative action)을 실시하는 경우 이를 차별로 보지 않는다. 즉, 과거로부터 누적된 성적 소수자에 대한 차별을 철폐하기 위해 성적 소수자를 우대하는 정책이나 법률을 시행하는 것은 차별이 아니다.

가. 현재 우리 사회에서 동성애자가 사회적으로 자신을 드러내기 어려운 상황을 감안하여 동성애 인권단체가 정부 재정지원 프로그램을 신청할 경우 개인의 신상정보를 요구하지 않는 것은 적극적 조치의 하나로 볼 수 있다.

나. 고용이나 교육, 육아 지원, 주택, 직업훈련 등에서 과거로부터 누적된 차별을 고려하여 동성애자를 우대하는 조치를 취하는 것은 차별로 보지 않는다.

IV. 기타 보완되어야 할 차별 영역

1. 법, 제도상의 영역

가. 배우자 권리

현재 우리나라는 이성애 부부만을 합법적인 배우자로 인정하고 있으며, 동성애 커플에 대한 어떠한 언급도 없다. 이는 곧 실질적인 동성애 관계에 있는 집단을 법, 제도적인 권리에서 배제하게 되므로, 이에 대한 제도적, 법적 보완이 요구된다. 덴마크, 스웨덴, 노르웨이 등 북 유럽 국가와 같이 배우자 등록법을 시행함으로써 이성애 부부에 가까운 법적 권리를 부여하는 것이 가장 현실적인 대안일 것이다.

한편, 1999년 9월 28일 영국 대법원은 동성애 배우자들에게 이성애 배우자들과 동등한 임차권을 부여하는 판결을 내려 동성애 배우자들의 관계에 새로운 법적 지위를 부여하기도 했다.¹²⁶⁾

2. 언론에서의 차별

현재 국가인권위원회법 차별금지 조항으로는 언론매체에서 행해지는 성적 소수자에 대한 차별을 금지할 수 없다. 우리 사회의 경우 신문이나 라디오, 인터넷 등을 통해 성적 소수자들은 선정적으로 그려지거나 일탈의 대상으로 취급됨으로써 이들에 대한 왜곡된 정보를 주고, 동성애자는 '범죄자'나 '범죄 가능성을 가진 일탈자', '변태성욕자' 등으로 표현함으로써 동성애자에 대한 편견과 고정관념을 강화하는 경우가 많다. 이처럼 언론이나 출판물 등을 통해 성적 소수자에 대한 편견과 고정관념이 재생산된다는 것을 고려한다면 법, 제도적인 차별과 마찬가지로 언론매체에서의 공공연한 차별 행위를 금지할 것이 요구된다.

외국에서는 언론뿐 아니라 공공장소에서 공공연하게 성적 소수자에 대한 혐오나 증오, 편견, 모욕을 주는 행위를 할 경우 이러한 폭력을 금지하기 위해 비방금지법(Anti-vilification Law)을 따로 제정하는 경우가 많다. 이는 특히, 동성애자들이 가시화되어 이들에 대한 집단 혐오, 폭력이 드러남으로써 제정된 것인데, 우리나라 또한 언론매체를 포함한 모든 공공장소에서 공공연하게 폭력을 행사하는 경우, 우리나라 또한 이와 유사한 비방금지법, 혐오금지법 등이 제정될 것이 요구된다.

126) 런던 아파트에 사는 Martin Fitzpatrick은 그의 동성 파트너 John Thompson가 죽고 나자 집주인으로부터 집을 나가라는 요구를 받았다. 대법원은 법적으로 Fitzpatrick이 Thompson의 가족이라고 간주할 수 있으며, 따라서 임차권을 가질 수 있음을 판결하였다 (www.ilga.org).