
젠더(gender) 관련 차별금지 입법 연구

이 숙 진(연구책임자)

2010. 12



국회입법조사처
NATIONAL ASSEMBLY RESEARCH SERVICE

젠더(gender) 관련 차별금지 입법 연구

2010. 11~12.

연구책임자: 이숙진

제 출 문

국회 입법조사처장 귀하

본 보고서를 「젠더(gender) 관련 차별금지 입법 연구」 연구용역의 최종
보고서로 제출합니다.

2010년 12월

이 속 진

차 례

□ 요약

I. 문제제기 / 1

II. 연구 내용 및 방법 / 2

1. 연구 내용 및 범위

가. 연구 내용

(1) ‘젠더(gender)’ 관련 사유 검토

(2) ‘젠더(gender)’ 관련 주요국가들의 입법 상황

나. 연구 범위

2. 연구 방법

III. 기존 논의 및 실태 / 4

1. 국제규약 및 국내 논의

2. 국가인권위 결정례 상의 젠더(gender) 관련 내용

IV. 젠더(gender) 관련 차별금지 사유 / 17

1. 성(sex), 젠더(gender)에 대한 규정

가. 일반적 차별금지법

나. 개별적 차별금지법

2. 성적 지향, 성적 정체성, 성별 정체성에 대한 규정

가. 국제규약

나. 국가별 입법례

3. 임신 및 출산, 혼인상황, 가족상황에 대한 규정

가. 임신 및 출산

나. 혼인상황

다. 가족상황

V. 성적 괴롭힘(sexual harrasment)에 대한 규정 / 46

1. 성적 괴롭힘이 차별인가

2. 성적 괴롭힘/괴롭힘에 대한 규정

VI. 정책적 제언 / 60

□ 참고문헌

표 차례

[표 1] 국가인권위원회 젠더 관련 차별사유별 진정통계 -----	8
[표 2] 성별에 근거한 차별 결정례 -----	9
[표 3] 성희롱에 근거한 차별 결정례 -----	11
[표 4] 혼인여부에 의한 차별 결정례 -----	15
[표 5] 임신 또는 출산에 의한 차별 결정례 -----	15
[표 6] 가족형태 혹은 가족상황에 의한 차별 결정례 -----	16
[표 7] 성적 지향에 근거한 차별 결정례 -----	16
[표 8] 성(sex) 혹은 젠더(gender) 정의 규정여부(일반적 차별금지법) -----	20
[표 9] 성(sex) 혹은 젠더(gender) 정의 규정여부(개별적 차별금지법) -----	23
[표 10] 국가별 입법례 -----	27
[표 11] 임신출산 등에 근거한 차별금지 해외 입법례 -----	35
[표 12] 성적 괴롭힘/괴롭힘 입법례 -----	49
[표 13] 독일, 캐나다, EU지침의 괴롭힘/성적 괴롭힘 규정 -----	50
[표 14] 영국의 괴롭힘/성적 괴롭힘 규정 -----	52
[표 15] 성적 괴롭힘에 대한 국내 입법례 -----	55

요 약

이 연구는 성별, 성별 정체성, 성적 지향 등 젠더(gender)와 관련된 차별 금지의 입법 형태가 어떻게 명문화되었는지를 국제사회 및 주요국가들의 입법례를 통해 살펴보고, 그 개념적 정의와 유형 등에 대한 고찰을 통해 한국사회의 성평등 및 차별금지에 관한 입법에 시사점을 얻고자 한다. 우리의 경우, 헌법을 비롯하여 모두 13개의 법률에서 성별을 언급하고 있지만 어느 법에서도 성별이 무엇을 의미하는 것인지를 정의하고 있지는 않다. 따라서 이 연구는 성별 관련 차별금지법제의 전체적 구조보다는 성별 즉 젠더(gender) 관련 개념들의 법률적 정의에 제한하여 살펴보았다.

차별금지 관련법에서는 성 혹은 젠더에 관한 별도의 정의규정을 두지 않는 경우가 더 많다. 법률적 용어로는 성(sex)을 사용하되, 분석적으로 구분한 성별 즉 젠더에 의한 차별을 포함하는 방법과 성(sex) 이외의 차별금지사유를 구체적으로 적시하여 관련 사유들 즉 성적 지향, 성적 정체성 등을 각각 차별금지사유로 열거하는 방법이 있다. 국제규약에서는 성적 지향(sexual orientation), 성적 정체성(sexual identity) 그리고 성별 정체성(gender identity)에 대한 차별금지를 별도 사유로 언급하거나, 이에 대한 별도의 개념 정의도 내리고 있지 않으나, 규약 당사국에 대한 최종견해와 개인진정 사건을 통해 성적 지향을 차별금지사유로 해석하고 있으며 이러한 국제적 흐름은 개별 국가들의 입법형태에 반영되고 있다. 젠더 관련 국내법 제정 시, 성적 괴롭힘은 물론 괴롭힘에 대한 법률적 규정 또한 반드시 필요한 부분이다.

성 혹은 젠더에 근거한 개별적 차별금지법의 경우 차별사유는 제한적으로 하되, 개별적 차별금지법으로 포괄되지 않는 다양한 사유는 일반적 차별금지법으로 포함시키는 방안을 생각할 수 있다.

I. 문제제기

‘차별금지’는 ‘평등’의 다른 이름이다. 우리나라에서 평등 담론을 법제도화하는 입법운동은 ‘성별’의 영역 즉 여성에 대한 차별금지와 평등을 위한 입법에서 가장 먼저 시작되었으며 그 결과가 1987년에 제정된 남녀고용평등법이었다고, 이후 1999년에 남녀차별금지법이 제정되었다. 남녀고용평등 및 일가정양립 지원에 관한 법률은 고용영역에서의 남녀차별을 금지하고 있으며, 남녀차별금지법은 2005년에 폐지되었다.

현재 ‘젠더(gender)’ 즉 ‘성별’에 근거한 평등권 침해를 가장 광범위하게 금지하고 있는 법률은 헌법과 국가인권위원회법이다. 특히 국민 개개인의 일상생활에서 발생하는 성별에 근거한 평등권 침해는 인권위법에 근거해 인권위에 진정하고 피해구제가 이루어지고 있으나 인권위법은 인권법이기도 하지만 조직법적 성격이 강해서 ‘성별’에 대한 별도의 개념과 정의규정을 가지고 있지 않다.

그러면 ‘성별’이란 무엇인가. ‘성별’에 근거한 차별금지는 생물학적인 성으로서의 남성과 여성을 의미하는 것인가, 아니면 트랜스 젠더까지를 포함하는 것인가. 성적 괴롭힘은 ‘성별’에 근거한 차별인가. 성적 지향(sexual orientation)은 별도의 차별금지 사유인가, ‘성별’과 관련된 차별금지 사유인가. 성별 정체성(gender identity)에 근거한 차별금지는 구체적으로 무엇을 의미하는가. 이런 질문들에 대해 우리의 입법은 전혀 답하지 않고 있다.

이 연구는 위와 같은 문제의식을 기초로 젠더(gender)와 관련된 차별금지의 입법 형태가 어떻게 명문화되었는지를 최근 입법을 추진한 주요 국가들의 사례를 통해 살펴보고 그 개념적 정의와 유형, 범위 등에 대한 고찰을 통해 한국사회의 성평등 및 차별금지에 관한 입법에 시사점을 얻고자 한다.

II. 연구 내용 및 방법

1. 연구 내용 및 범위

가. 연구 내용

(1) ‘젠더(gender)’ 관련 사유 검토

먼저 이 글에서 사용되고 있는 용어는 성(sex), 젠더(gender) 혹은 성별(gender)로 사용하고자 한다. 이 연구에서 젠더(gender)가 포괄하는 혹은 연관된 개념으로 살펴보고자 하는 차별사유로는 성(sex)을 포함하여, 임신 및 출산, 혼인상황(marital status), 가족상황(family status), 성적 지향(sexual orientation), 성적 정체성(sexual identity), 성별 정체성(gender identity)이며, 차별유형으로는 괴롭힘과 성적 괴롭힘(sexual harrassment)을 살펴볼 것이다. 본 연구의 주된 목적은 ‘젠더(gender)’ 개념 자체에 대한 논의보다는 이를 둘러싼 차별금지 입법 형태를 살펴보고자 하는 것이므로 관련 사유들의 입법을 포괄적으로 검토하는 것이 보다 유용할 것이라고 판단하였다. 이를 위해 성별로 번역되고 있는 ‘젠더(gender)’에 대한 국제입법례 및 국내 논의의 현실을 검토하고 이를 법률에서 어떻게 반영하고 있는지를 검토하고자 한다. 여기서는 ‘젠더’를 가능하면 그대로 사용키로 하며 필요한 경우에 한하여 ‘성별’로 구분하여 사용키로 한다.

(2) ‘젠더(gender)’ 관련 주요국가들의 입법 상황

영국의 2010 평등법, 독일의 2006 평등대우법 등을 비롯해 EU의 남녀평등대우 지침 등에서 성별, 성적 괴롭힘, 성적정체성 등을 비롯한 젠더 관련 사유들이 어떻게 정의되고 있으며, 괴롭힘과 성적 괴롭힘의 차별유형이 차별사

유들과 관련하여 어떻게 정의되고 있는지를 살펴본다. 또한 가족상황과 관련하여 돌봄과 가족책임 등에 기초한 차별금지 등이 입법에 반영되고 있는 현실임을 감안하여, 주요 국가들에서 이에 대한 지침이나 법제정 등의 동향을 살펴보고자 한다.

나. 연구범위

연구범위와 관련하여 차별금지 관련 법제에서 검토되어야 할 부분을 각국의 차별금지법 유형을 중심으로 일반적 차별금지법과 ‘젠더 평등’ 혹은 ‘성차별금지’의 형태로 제정된 개별적 차별금지법을 살펴볼 것이며 이를 차별 사유, 차별유형 등에 대한 정의규정 등을 통해 각 법령들에서 이를 어떻게 규정하고 있는지를 비교하여 국내 입법 사례 시 반영하고자 한다.

2. 연구방법

본 연구는 ‘젠더(gender)’ 범주에서 분석될 수 있는 평등과 차별금지 관련 국내외 법령을 분석한다. 입법연구의 특성상 개념적 논쟁이나 이론적 기원보다는 주요 법규와 규정들을 중심으로 살펴볼 것이다. 이는 ‘평등’과 ‘차별금지’에 관한 법률을 제정한 주요 국가들(미국, 영국, 캐나다, 호주, 독일, EU)과 인권법이 제정된 도시 혹은 지역, 그리고 성평등 관련 법제를 제정한 국가들의 사례를 통해 ‘젠더(gender)’관련 차별금지 법제의 외국 입법례를 검토할 것이다. 연구기간은 2010년 11월~12월이다.

Ⅲ. 기존 논의 및 실태

1. 국제규약 및 국내 논의

세계인권선언 제2조는 “모든 사람은 (중략) 성(중략), 기타의 지위 등에 따른 어떠한 종류의 구별도 없이, 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있다”고 규정한다. 성별에 따른 차별 없는 권리는 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)’과 ‘경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(ICESCR)’에도 정의하고 있다. ICCPR은 이 규약을 비준한 당사국은 관할 내의 모든 사람을 성별에 따른 차별 없이 규약 상 권리를 존중하고 보장하며, 남녀에게 동등한 권리를 확보할 것(제2조제1항, 제3조)을 규정하며, 모든 아동의 성별에 관한 차별 없이 가족, 사회 및 국가에 대하여 미성년자로서의 지위로 인하여 요구되는 보호조치를 받을 권리를 규정(제24조제1항)한다. ICESCR 역시 성별에 따른 차별 없이 규약 상 권리가 행사되도록 보장(제2조제2항)하며, 당사국은 여성에 대해 동등한 노동에 대한 동등한 보수, 남성보다 열등하지 않은 근로조건 보장을 향유할 권리를 인정하여야 한다(제7조). ICCPR과 ICESCR 등 국제규약에서 정의하는 성은 sex로 명기되어 있다. 남녀 간의 동등한 권리를 강조하는 규정인 ICESCR 제3조는 “...equal right men and women...”으로 되어 있어 자유권과 사회권 국제규약에서 ‘젠더(gender)’를 법률적 용어로 사용하지는 않고 있다.

‘여성에 대한 모든 형태의 차별철폐협약(CEDAW)’은 협약의 목적을 위하여 “여성에 대한 차별”을 정의하고 있다. 이는 평등권과 인간 존엄의 존중원칙에 위배되는 것으로 “정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 분야에 있어서 결혼여부에 관계없이 남녀동등의 기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적

을 가지는 성(sex)에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한”이라고 하였다.

EU에서도 UN과 비슷한 수준의 기준들이 지침에 반영되어 있으며 이는 유럽연합 회원국들이 자국 내에서 이를 실현하기 위한 구체적 수단을 요구하고 있기도 하다. EU의 성평등 실현을 위한 남녀동등대우 관련 지침들은 ‘남녀 동일임금지침(75/117/EEC), 고용 및 직업에 관한 평등대우의 일반적 구성(2000/78/EC), 남녀 간의 재화용역에의 접근 및 공급에 대한 평등대우원칙의 이행(2004/113/EC), 고용 및 직업에 있어 남녀 간의 기회균등 및 평등대우원칙의 이행(2006/54/EC)’ 등이 있다. EU의 지침은 ‘남녀동등’을 위한 별도의 지침이라는 점에서 이하의 장에서 개별적 차별금지법의 형태로 간주하여 구체적으로 살펴볼 것이다.

EU의 지침을 반영하여 영국, 독일 등은 성별과 관련한 차별금지법을 재정비하였는데 특히 영국은 성차별금지법을 폐지하고 ‘2010 평등법’으로 통합하였으며 독일은 ‘2006 일반평등대우법’을 제정, 차별사유에 근거한 개별적 차별금지법보다는 해당되는 차별사유를 열거한 형태의 일반적 차별금지법의 제정을 통해 차별금지에 관한 입법을 정비했다.

우리의 경우, 헌법을 비롯하여 모두 13개의 법률에서 ‘성별’을 언급하고 있지만 어느 법에서도 ‘성별’이 무엇을 의미하는 것인지를 정의하고 있지는 않다. 헌법 제11조 제1항 ‘모든 국민은 법앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교, 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다’고 규정하고 있다. ‘성별’에 의하여 차별받지 아니할 것을 헌법에 정의하고 있으나 여기서의 ‘성별’이 의미하는 바는 규정되지 않았다. 다만, 대법원 판례는 ‘사람의 성은 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 내부 생식기와 외부 성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적·정신적인 성과 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 한다’고 판시하였으며¹⁾, 개명과 호

적 정정에 관한 대법원의 결정문은 ‘근래에 와서는 생물학적인 요소뿐만 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성 역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정²⁾함을 밝히고 있다. 이는 태어날 때 부여받은 남성 혹은 여성과는 다른 성으로 인식할 경우 법률적 성별의 변경이 가능하다는 것을 의미한다.

법률적으로 ‘성별’에 대한 논의를 가장 활발히 전개한 것은 국가인권위원회법을 둘러싼 ‘성별’의 의미해석이다. 국가인권위원회법 제2조제4항은 “평등권침해의 차별행위”를 규정하고 차별금지사유로 ‘성별, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 성적 지향...’ 등을 열거하고 있는데 국가인권위원회법 역시 ‘성별’에 대한 법률적 정의를 내리고 있지는 않다. 다만, 국가인권위원회법 해설집(2005:277-278)에서는 ‘성별’의 국내외적 의미를 세 가지로 소개하고 있는데 “하나는 생물학적 의미의 성(sex), 두 번째는 사회문화적인 성(gender) 그리고 세 번째는 성적인 의미의 성(sexuality)”이며, ‘남녀동등권’이란 “남성 또는 여성이 성과 관련하여 차별과 폭력, 소외를 당하지 않고 인간으로서의 존엄과 권리 및 자유를 동등하게 누릴 수 있는 인권”이며, ‘성차별’이란 “성별에 의한 차별로서 남성 또는 여성에 대하여 성(sex, gender, sexuality)과 관련하여 합리적 이유 없이 남녀평등권을 침해하여 불이익을 주는 행위”로 설명한다. 인권위 해설집에 의한 ‘성별’의 의미 혹은 ‘성차별’에 대한 정의는 가장 포괄적인 해석이라고 할 수 있는데 이 해석에 따르면 성적 지향(sexual orientation), 성적 정체성(sexual identity) 혹은 성별정체성(gender identity)도 전부 포함되어 차별행위의 범주에서 해석될 수 있는 사유가 된다. 그러나 이러

1) 대법원 1996. 6. 11 선고 96도791 판결

2) 대법원 결정, 2004스42 개명, 호적정정

한 해석은 인권위의 차별판단에서 각기 분리되어 적용되고 있는데 이는 별도의 ‘성적 지향’ 사유가 평등권 침해 사유로 규정되어 있으며, 성적 정체성, 혹은 성별 정체성 등에 따른 차별판단은 ‘성별’ 사유에 따른 진정 사건에서 전혀 드러나지 않고 있다는 점이다. 인권위의 2008년 차별판단지침은 인권위법상의 ‘성별’이란 젠더(gender)를 의미한다고 해석하며, 이는 여성, 남성을 강조하는 개념이지만 생물학적 성(sex)을 배제하는 개념은 아니라고 설명한다(2008:52). 그리고 사회통념상의 성역할 고정관념을 근거로 행해지는 차별은 성별에 의한 차별에 해당하는 것으로 보고 있기도 하다. 현행 여성발전기본법에서도 성별 혹은 성평등에 대한 별도의 정의 규정은 없으며 최근 이에 대한 개정안이 제출된 상태이다. 결과적으로 국내법 가운데 ‘성별’에 대한 정의를 법률에서 규정한 경우는 없다.

2. 국가인권위 결정례 상의 젠더(gender) 관련 내용

현재 ‘성별’을 근거로 한 차별은 국가인권위에 진정하여 조사 및 피해구제절차를 진행할 수 있는데 국가인권위원회가 설립된 2001년 이래로 2010년 3월까지의 젠더 관련 차별사유별 진정통계를 살펴보면 다음과 같다.

젠더 관련 차별진정은 총 1,310건이었으며 이 가운데 성희롱 진정 건수가 가장 많았고, 차별 조사 및 판단에 이어 권고에 이른 건수는 총 125건으로 이 가운데 성희롱이 63건, 성별이 35건, 임신·출산이 9건, 가족상황과 성적 지향이 각각 7건, 혼인여부가 4건이었다. 이 가운데 성별, 임신·출산, 성희롱, 성적 지향은 포괄적 의미의 ‘젠더’에 근거한 차별이라고 볼 수 있으나, 가족상황, 혼인여부 등은 개별 사례에 대한 검토를 거쳐야 젠더 관련 차별판단으로 분류할 수 있을 것이다. 다음은 인권위에 분류된 각 사유별 진정사건의 결정례들이다.

[표 1] 국가인권위원회 젠더 관련 차별사유별 진정통계

구 분	접수	종결	조정	권고	징계권고	합의종결	각하	이송	기각	조사중지	조사중	구성비
건 수	1,310	1,216	10	125	3	105	817	14	118	24	94	17.5
%		100	0.2	7.4	0.0	3.1	65.5	0.9	22.2	0.7		
가족상황	70	65	1	7	0	1	43	0	13	0	5	0.9
성별	351	324	0	35	0	3	228	1	47	10	27	4.7
성적지향	27	24	0	7	0	0	10	1	5	1	3	0.4
성희롱	711	664	9	63	3	94	432	12	39	12	47	9.5
임신, 출산	92	80	0	9	0	7	56	0	7	1	12	1.2
혼인여부	59	59	0	4	0	0	48	0	7	0	0	0.8

주 : 이는 2001년부터 2010년 3월까지 국가인권위원회 진정통계 총 7,515건 가운데 젠더관련 사유를 중심으로 자료를 재구성한 것임.

이하에서는 성별, 성적 괴롭힘(성희롱), 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족형태 혹은 가족상황, 성적 지향에 근거한 차별 결정례들을 간단한 내용과 함께 정리해보았다. 각 사유별로 나타난 차별의 현실은 각각의 사례를 분석함으로써 가능할 것이나 이는 본 연구의 범위를 벗어나므로 여기서는 생략키로 한다.

[표 2] 성별에 근거한 차별 결정례

결정번호 (권고일자)	사례내용
02진차2,36 (2002.11.25)	업무상재해의 장애보상금 지급 기준에서의 남녀 차별
02진차90,91,92,93 (2003.11.17)	여교사의 보건휴가 사용 제한 중지 및 재발방지 권고
03진차5 (2003.6.30)	안면홍터 휴유장애에 보험금 차등지급 규정 개정 권고
03진차10 (2003.9.1)	양성평등채용목표제 검찰사무직 제외 규정 개정 권고
03진차589 (2004.10.18)	경찰/소방공무원 채용 남녀 응시연령이 상이 개정 권고
04진차12 (2004.5.10)	YMCA 여성회원의 총회의결권 배제에 허용을 권고
04진차130 (2004.6.21)	얼굴홍터로 유공자 상이등급구분 시 성별 차등적용
04진차286, 287	생리로 인해 초등학교 수업참여에 불이익, 시정 권고
05진차430 (2007.8.27)	소방공무원 채용 시 특정성별 지원자격 제한 중지 권고
05진차467 (2005.9.28)	교사 복직 시 성별을 이유로 한 농업인 경력인정 차별
05진차517 (2005.9.28)	초등학교 출석부에서 여학생에게 뒤 번호 부여는 차별
06진차37 (2006.5.29)	해사계열 대학전형 여학생 정원제한으로 부당한 불합격
06진차42 (2006.11.6)	승진 소요연수 및 상위직급 점유율 차이는 평등권 침해
06진차116,136 (2006.9.11)	한국철도공사의 여승무원 채용조건 및 외주고용은 차별
06진차229 (2006.08.29)	지역 농협 여성대의원 선출권이 여성에게만 있어 차별

결정번호 (권고일자)	사례내용
06진차326 (2006.11.28)	군사학과 재학생 중 남학생에게만 군장학금 지급 차별
06진차391 (2006.12.22)	부부 각자 강제퇴거명령, 가정법원 남편만 집행은 차별
07진차56 (2007.03.28)	직원 채용 시 자격을 남자만으로 제한해 시정 권고
07진차232 (2007.10.8)	OO전자 동일한 노동에 대한 차별임금 지급 배상 권고
07진차350 (2007.10.30)	무형문화재 전승자 선정 시 여성 제외, 기준 준수 권고
07차550 (2008.1.14)	보호시설 규정으로 인해 모자복지시설에는 식당이 없음
07진차654 (2008.1.28)	간호사 채용 시 남성 응시자를 제한하지 않도록 권고
07진차981 (2008.10.27)	남녀분리호봉제 개선과 미지급 임금 지급 권고
08진차197 (2008.11.10)	여성재소자에게 정보화교육을 실시하지 않는 것은 차별
08진차325 (2008.12.29)	승진 대상자를 병역 및 학력으로 평가해 차별함
09진차225	남성 주부 배우자 신용카드 발급거부 합리적 이유없음
09진차487	항공사 가족마일리지 합산제도 모계친족 배제는 차별
09진차736,1022 (2009.9.30)	특수직 규정에 도우미 정년을 30세로 규정하고 해고
09진차773	공군 사관후보생 조종장교 지원자격 성별 및 신장 제한
09진차1006 (2009.8.17)	항공사 가족합산 마일리지에서 모계 직계가족 배제
09진차1218	미용고등학교 입학 시 공고와 다르게 남학생 배제

[표 3] 성희롱에 근거한 차별 결정례

순번	사례내용
03진차48 (2003.09.01)	대학병원 교수가 간호사들에게 폭행 및 수치심 유발
05진차470 (2005.09.13)	교수가 수강 학생에 언어성희롱, 인권 및 예방교육 권고
05진차784 (2005.12.13)	지사장의 반복적인 직원 성희롱, 수치심으로 퇴사함
05진차811	직원회식 자리에서 30여 분간 성적 수치심을 주는 언동
05진차1061 (2006.05.29)	과장이 부하직원 신체접촉 및 성적발언으로 성희롱
06진차10 2007.04.11	중학교 교사의 학교폭력 피해 어머니 성희롱에 징계
06진차182 (2006.07.04)	병원 직원이 정신분열 환자를 성추행
06진차201 (2006.09.18)	회식 차 스트립 쇼 업소에 데려간 후 모멸감으로 사직
06진차266 (2006.08.29)	동료들이 사생활에 대해 악의적인 소문을 퍼트림
06진차287 (2006.08.29)	사회복지법인 대표가 상담원에 수차례 성적 언동
06진차359 (2006.12.12)	재단 팀장이 식사 후 노래방에 가 직원을 성추행함
06진차401 (2007.03.28)	파업을 벌이던 중 대학 교수가 노조전임자들을 성희롱
06진차425 (2006.12.22)	연구소 고문이 연구원을 집으로 불러 자고 가도록 강요
06진차465 (2006.12.26)	주유소 총무가 동료직원에게 성적 언동 및 술시중 요구
06진차488 (2007.01.31)	대학교수가 학생들에게 언어 비하와 협박, 성희롱
06진차503 (2007.01.31)	사장이 직원에게 상습적으로 성적 언동을 함

순번	사례내용
06진차529 (2006.12.22)	사장이 직원에게 업무 외의 요구와 신체 접촉
06진차534 (2007.02.20)	역장이 역무원에 인사상 이익을 내세우며 성적인 언동
06진차606 (2006.12.12)	형부인 초등학교 기능직 직원이 임시직원 성희롱
06진차747 (2007.02.20)	교사의 교무보조 직원 성희롱과 인사상 불이익 언급
06진차787 (2007.7.13)	직장 상사가 노조 조합원인 청소용역 직원들 성희롱
06진차838	근무 중 수차례 성희롱으로 퇴직, 급여 등 보상
07진차47	근무 중 수차례에 걸쳐 성희롱을 당함
07진차89 (2007.5.10)	원어민 강사가 영어 캠프 조교를 성희롱함
07진차103 (2007.04.30)	회사 고문이 여직원을 모텔 앞으로 데려가는 등 성희롱
07진차146 (2007.8.30)	해외 봉사센터 간부가 봉사단원에 언어적 성희롱
07진차330	원장실로 직원을 불러 허벅지를 만지는 등 성희롱
07진차463 (2008.8.25)	OO전기 부서장이 계속적 신체접촉과 인사 불이익을 줌
07진차483	직상 상사가 강제 성추행한 충격으로 인해 병원 치료
07진차585	같은 동 동장이 통장을 수차례 성희롱하고 모욕을 줌
07진차600	학원 동료교사가 성적인 경험담 등을 이야기함
07진차610	직장상사가 업무상 빌미로 비디오방에서 성추행
07진차615	사내에서 수차례 성희롱으로 모욕과 수치심을 유발
07진차778	진정인들에게 성적 언동으로 수치심을 줌
07진차854	팀장이 아르바이트생에 티셔츠를 벗어보라는 등의 언동
07진차853	보험설계사가 비서에게 언어적, 육체적 성희롱을 함
07진차1017	공공기관에서 성적 매력을 칭찬하며 신체접촉 등을 함

순번	사례내용
0진차1081	초등학교 정보부장 교사가 컴퓨터 강사에게 성적언동
07진차1100 (2007.7.13)	용역 경비업체 직원이 노조원들을 성희롱 수치심을 줌
07진차1118 (2008.12.29)	병원 장례식장 직원이 도우미의 속옷을 당기거나 만짐
07진차1182	여교사에게 성적인 관계를 암시하는 편지 등을 건넨
08진차6	폭탄주를 강요하고 노래방에서 신체접촉 등 성희롱
08진차208 (2008.9.22)	업무 중 사장의 지속적인 성희롱으로 퇴사함
08진차480 (2008.9.22)	여사장이 남직원을 성희롱하고 굴욕감을 느끼게 함
08진차526	팀장으로부터 입사 이래 지속적 성희롱을 당함
08진차696	학원 강사 동료들과 간 노래주점에서 성적 혐오감 느낌
08진차828,1049	관제센터장의 성희롱 문제제기를 이유로 고용상 차별
08진차955	모 종교 교단 중의원이 여성회원에게 성희롱
08진차958	업무상 식사 후 귀가 도중 갑자기 입을 맞추어 성희롱
08진차974	성희롱으로 조치를 취했음에도 성적 이야기를 퍼트림
08진차1020	회식 때마다 춤추는 것을 빙자하여 성추행을 일삼음
08진차1208	금융기관 상사가 성적 언행 및 폭언을 상습적으로 해옴
08진차1343	상사가 성행위를 암시하는 행동을 하여 직장을 그만둠
09진차38	사장이 술자리에서 신체접촉과 모욕을 한 후 해고 통보
09진차245	직장 상사가 성적 모멸감을 주는 발언을 반복함
09진차396	지자체 시찰버스에서 옷을 벗기고 음주 강권 등 성희롱
09진차627	광고주인 업체 대표가 메신저로 성희롱을 함
09진차652	복지관 관장이 직원의 몸을 만지고 호텔에 가자고 함
09진차770	주방장이 여직원들에게 성적 농담을 하고 입을 맞춤
09진차804	회사 간부가 동료인 남편을 성적으로 언급하고 희롱
09진차1091	강제추행 재조사 시 여형사 요구를 무시하고 성희롱

순번	사례내용
09진차1088	직장상사가 가슴을 언급하며 수치심을 주는 행동을 함
09진차1198	교수가 수업 중에 2차 운운하며 학생을 성희롱함
09진차1342	술 마시자는 제안을 거절하자 괴롭힘과 성적 언동을 함
09진차1415	과장이 만취한 직원의 가슴을 만지는 등 성희롱
09진차1546	회의 차 함께 출장 중 술을 마시고 침대에 쓰러뜨림
09진차1620	팀장 성희롱으로 사직했으나 노동청은 해당없다고 답변
09진차1626,1627, 1628,1629	합창단 지휘자의 성희롱을 제기하자 무고죄로 고소함
10진차77	직장상사가 비서의 외모를 지적하고 문자 등으로 희롱
10진차114	상사가 자신의 방으로 데려가 여러 차례 성추행
10진차119	의사가 피부관리사의 남편을 언급하며 굴욕감을 줌
10진차137	언론사 부장이 여성을 상습적으로 희롱해 사직하게 함

[표 4] 혼인여부에 의한 차별 결정례

순번	사례내용
05진차355 (2005.11.7)	이혼 여성공무원의 자녀학비 보조수당 지급조항은 차별
06진차219 (2006.8.29)	이혼한 형제자매의 국민건강보험 피부양자 혜택 제외
06진차399	이혼전력으로 여군부사관 전형에서 탈락은 부당
06진차481 (2006.12.22)	방송사 계약직 여직원의 결혼 퇴사 관행 개선 필요
08진차226 (2008. 10. 27)	비혼단독세대주에 대한 토지전용허가 불허는 독신차별

[표 5] 임신 또는 출산에 의한 차별 결정례

순번	사례내용
05진차6 (2005.3.7)	산전후휴가 사용한 여성 인턴에 추가수련 요구는 차별
06진차263 (2007.3.9)	성과상여금 지급 시 산전후휴가, 육아휴직 제외 차별
06진차308 (2006.10.10)	육아휴직 중이라는 이유로 승진 대상자 제외 규정 시정
06진차618 (2007.3.9)	보건소 의사의 계약만료, 임신 이유로 채용 탈락은 부당
07진차797	계약직 직원이 결혼 후 임신하자 재계약에서 해지
07진차 953 (2008. 5. 19)	출산 및 육아휴직 후 강등 및 업무제한, 배상 권고
08진차797	구속수감 중 출산, 갑작스러운 입감으로 양육상 어려움
08진차818	출산을 이유로 휴가기간 동안의 전공의 추가수련 요구
09진차535	고교 재학 중 임신, 학교 측 강요로 자퇴서 제출은 부당

[표 6] 가족형태 혹은 가족상황에 의한 차별 결정례

순번	사례내용
02진차70 (2003.5.7)	교육법시행령 보호자 규정의 평등권 침해로 개정 권고
04진차244 (2005.2.28)	배우자가 함께 전임교수로 재직하고 있어 임용 시 배제
05진차355	공무원 가족수당 및 학비지원에서 이혼가정 배제
05진차457 (2006.6.19)	건강보험 직장 가입자 배우자 계부모에는 피부양 불허
07진차423 (2007.11.13)	출산지원금 지급 시 재혼에 대한 차별, 제도 개선 권고
08진차603 (2008.12.8)	가족이 없으면 경마공원 매점 임대 불가능, 개선 권고
08진차1081 (2009.5.25)	국가유공자 자녀의 보충역 편입 시 입양자녀 차별

[표 7] 성적 지향에 근거한 차별 결정례

순번	사례내용
02진차80,130 (2003.3.31)	청소년유해매체물 규정에서 동성애 항목 삭제 권고
03진차664 (2004.8.3)	헌혈카드 문진사항 중 동성과의 성접촉 항목 삭제 권고
04진차218 (2005.2.21)	지자체 여성센터가 동성애자 단체 회원 교육수강 불허
06진차87 (2006.6.26)	군대 내 동성애자 사병에 대한 인격권 침해 및 성희롱
06진차525,673 (2008.8.25)	자녀가 있는 성전환자의 호적정정 불가지침은 차별

IV. 젠더(gender) 관련 차별금지 사유

1. 성(sex), 젠더(gender)에 대한 규정

성차별 관련 법률에서 사용하는 ‘성’이 성(sex)인가 젠더(gender)인가에 대한 관심은 그것이 포괄하는 차별금지의 대상이 달라지기 때문이다. 주로 여성학, 사회학, 심리학이나 문화인류학 등에서는 성(sex)과 별도로 젠더(gender)를 정의하고 있지만 초기에는 이 둘을 서로 구분되는 개념으로 사용하다가 최근에는 이 두 개념이 완전히 구분되는 것으로 이해하지 않고 있다. 예를 들어, 「문화이론사전」에서는 젠더(gender)를 성(sex)과 개념적으로 반대되는 위치에 놓이는 것으로 보고, “성(여성/남성)은 생물학의 문제라면 젠더(여성성/남성성)는 문화의 문제이다”(384)라고 설명한다. 그러나 심리학 사전(Dictionary of psychology)에서는 젠더를 “남성, 여성 또는 중간성자(male, female or neuter)가 되는 조건”으로, 성(sex)은 “1. 남성과 여성 간에 구분되는 특성. 성(sex)은 신체적이며 생물학적 특성을 언급하는 반면에 젠더(gender)는 사회적, 문화적인 것으로 언급된다. 그러나 이 두 개념 간의 차이가 규칙적으로 관찰되는 것은 아니다”고 언급하고 있다. 이하에서는 현재 차별금지 관련 법률이 있는 국가들에서 성(sex)차별 혹은 성평등(gender equality) 관련 입법에서 각각 이에 대한 정의 규정들을 담고 있는지, 담고 있다면 그것의 내용은 무엇인지를 살펴보고자 한다.

가. 일반적 차별금지법

각각의 개별적인 차별사유에 근거하여 개별법으로 차별금지법을 제정하는 국가들이 있는 반면, 여러 차별 사유들에 대한 금지 규정을 하나의 일반법에 담고 있는 차별금지법의 유형으로는 캐나다 인권법, 미국의 민권법, 영국의 평

등법, 독일의 평등대우법을 생각할 수 있다.

대부분의 일반적 차별금지법에서는 차별금지사유로 성 혹은 성별에 근거한 차별금지를 명시하고 있다. 젠더(gender)를 명시하는 법률보다는 성(sex)에 근거한 차별금지를 규정하고 있는 경우가 일반적이는데 이는 젠더(gender) 개념이 아직까지 학문적이며 법률적으로는 일치된 개념정의가 존재하지 않기 때문이기도 하다.

일반적 차별금지법이나 인권법 등에서 성(sex) 혹은 젠더(gender)가 각각 의미하는 바가 무엇인지를 조문을 통해 정의한 사례는 찾아보기 어렵다. 캐나다 인권법은 차별금지 사유로 ‘인종, 출신국가 또는 출신민족, 피부색, 종교, 연령, 성별, 성적지향, 결혼지위, 가족지위, 신체장애 및 사면받은 유죄판결’로 인한 차별을 금지하여 모두 11개의 차별금지사유를 담고 있으며, 동법 제3조2항에 의해 ‘임신이나 출산을 사유로 한 차별은 성별(sex)에 근거한 차별로 간주한다’고 정의한다. 즉 ‘성(sex)’차별은 ‘임신·출산’차별을 포함하는 것으로 보고 있다.

영국은 성차별금지법을 통해 성(sex), 성별전환(gender reassignment), 혼인 여부(married person), 임신과 출산(pregnancy or maternity leave)에 대한 차별을 금지하다가 2010 평등법 제정과 더불어 성차별금지법을 폐지하고, 성차별금지법에 포함된 내용들을 평등법으로 통합시켰다. 이 과정에서 매우 상세하게 정의되었던 각 차별사유들도 대체로 통합된 평등법에 담겨졌는데 특히 성(sex)에 대한 부분은 새로운 규정이 생겨났다. 이는 평등법의 주요 개념을 정의한 2부의 제1장11조에서 차별금지사유로서의 성(sex)은 ‘특정한 차별금지사유를 가진 사람이 남성 혹은 여성일 경우’와 ‘차별금지사유를 공유한 사람이 동일한 성(sex)일 경우’로 정의한다.³⁾

3) 이는 ‘(a)a reference to a person who has a particular protected characteristic is a reference to a man or to a woman; (b)a reference to persons who share a protected characteristic is a reference to persons of the same sex.

독일의 2006 평등대우법은 ‘성별’에 대한 법률적 정의를 내리고 있지 않다. 그러나 입법이유서에 나타난 성별에 대한 언급들을 살펴보면 평등대우법의 주요한 주제가 성별이며, 특히 여성에 대한 차별이라고 보고 있다.⁴⁾ 평등대우법의 주요한 반차별주제는 성별이며, 2차 세계대전 후 노동시장에서의 여성추방 문제와 1975년 세계 여성의 해 이후에 차별의 주요 주제가 여성의 차별이라는 점을 지적한다. 별도의 개념정의가 없음에도 불구하고 독일 평등대우법에서 강조하는 점은 여성이 남성과 동등하게 인권과 기본적 자유를 행사하도록 보장하며, 이민여성, 장애인여성, 고령여성들이 보다 차별을 당할 위험이 높고, 성별이 다른 차별요소를 강화하게 된다는 점을 밝힘으로써 남성과 비교하여 여성에 대한 불이익을 금지하는 의미임을 알 수 있다. 또한 독일의 평등대우법이 유럽연합지침에 따른 제정이라는 점에서 평등대우법의 ‘성별’은 유럽연합지침에서 의미하는 바를 반영한다고도 볼 수 있다.

미국의 민권법 제7장은 고용에서의 차별금지를 명문화하고, 차별금지사유로 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국가를 열거한다. 이 경우 법조문은 ‘성(sex)’으로 명기되어 있으며 민권법 제2000e조[701조] (k)에서 ‘성을 이유로’ 또는 ‘성에 근거하여’는 임신, 출산 또는 관련된 건강상태를 이유로 하거나 근거로 하는 것을 포함한다고 규정한다. ‘성’에 대한 별도의 정의 규정은 없다. 성을 이유로 한 차별이 여성에 대한 차별만으로 제한한 것인가에 관해서 미국 고용평등위원회(EEOC)의 지침은 남성에 대한 차별도 성(sex)차별로 보고 있다. 예를 들어, 여성 근로자가 제공받는 휴식시간이나 시설물을 남성 근로자가 제공받지 못한다면 이는 남성에 대한 차별로 위법한 것이며, 동시에 남성 근로자의 아내와 가족에게 지급하는 급부를 여성 근로자의 남편이나 가족에게 지급하지 않는 것도 성차별에 해당한다.⁵⁾

4) 법무부, 「독일 평등대우법의 제정과정에 관한 연구」, 2008, 38

5) EEOC, EEOC Guideline on Discrimination Because of Sex(29 CFR Part 1604)

미국 민권법에서는 성(sex)차별에 대한 규정을 두었지만 뉴욕시 인권법은 젠더(gender)에 대한 규정을 통해 좀 더 포괄적인 의미들을 포함하고 있다. 2002년에 개정된 뉴욕시 인권법은 성별 정체성(gender identity)과 관련된 문제들을 명확히 하기 위한 것이었는데 여기서 포함하는 젠더(gender)는 “실제적 또는 인지되는 성, 성별정체성, 자기 이미지, 보여지는 모습, 행동 또는 표현”을 포함하는 것이다(김윤재 외, 2006).

스웨덴은 일반적 차별금지법을 2009년에 제정했는데 이는 모두 7개의 기존 차별금지 혹은 평등권 관련 법률들을 하나의 통합된 차별금지법으로 만들었으며 이는 성(sex)에 근거한 차별금지를 포함하고 있다. 성(sex)에 대한 별도의 정의는 규정하지 않았다.

일반적 차별금지법이 제정되지 않은 한국의 경우 이의 제정을 권고한 인권위의 「차별금지법 권고법안」을 통해 살펴보면 권고안에는 ‘성별’을 정의하고 있다. “여성, 남성, 기타 여성 또는 남성으로 분류하기 어려운 성”으로 ‘성별’을 정의하고 있는데 이는 생물학적 의미뿐만 아니라 심리학적 의미를 포함한 것으로 해석될 수 있어 사전적 의미로서는 성(sex)보다는 젠더(gender)와 유사한 개념이라고 볼 수 있다.

일반적 차별금지법에서 성(sex) 혹은 젠더(gender)에 대한 별도의 법률적 정의를 내리고 있지는 않으나 이는 같은 법률 내에서 차별금지사유로서 성적 지향, 성적 정체성 등의 사유가 열거되는지에 따라 젠더(gender)의 정의나 범주가 보다 분명해질 수 있을 것이다. 성(sex) 혹은 젠더(gender)에 근거한 차별이 주로 여성에 대한 차별을 금지하기 위한 입법 목표를 가지고 출발하였으나 대부분의 입법례들은 이를 여성에 대한 차별금지만으로 제한하지 않으며 남성에 대한 차별도 불법적임을 지적하고 있다.

[표 8] 성(sex) 혹은 젠더(gender) 정의 규정 여부(일반적 차별금지법)

국가	성(sex), 젠더(gender) : 정의유무
캐나다 인권법	성(sex) : 정의 규정 없음
영국 평등법	성(sex) : 정의 규정 있음
독일 평등대우법	성(sex) : 정의 규정 없음
미국 민권법	성(sex) : 정의 규정 없음
스웨덴 차별금지법	성(sex) : 정의 규정 없음
한국 인권위 차별금지법(안)	성별 차별금지 규정 : 여성, 남성, 기타 여성 또는 남성으로 분류하기 어려운 성

나. 개별적 차별금지법

성차별 혹은 성평등에 대한 개별적 차별금지법이 있는 나라들은 호주, 노르웨이, 베트남, 몽고 등이 있다. EU의 남녀평등지침도 개별적 사유에 해당된다는 점에서 일국적 차원의 법률은 아니지만 성평등에 관한 개별적 차별금지법의 범주에서 파악할 수 있을 것이다.

호주는 1984년에 성차별금지법(Sex-Discrimination Act 1984)을 제정, 성을 이유로 한 차별을 금지하고 있다. 성차별금지법은 성(sex)에 대한 정의규정을 두고 있지 않으며, 이 법은 성(sex), 임신과 혼인상황(pregnancy and marital status)에 근거한 차별로부터 보호하고, 가족책임(family responsibility)을 가진 근로자를 보호하며, 성적 괴롭힘(sexual harrasment)도 성차별임을 규정하고 있다.

노르웨이는 1978년에 성평등법(Gender Equality Act)을 제정, 교육과 고용

등 사회 제분야에서 여성에 대한 차별을 금지하고 있다. 노르웨이는 차별금지 옴부즈법(Anti-Discrimination Ombud Act)과 관련하여 성평등법이 적용됨을 법에 명시하고 있으며, 성평등법에서 젠더(gender)에 대한 별도 정의 규정은 없다. 성평등법 제1조는 “성평등을 촉진시키며 특히 여성의 지위를 개선시키는 것을 목적으로 한다”고 밝히고 있어 여성에 대한 차별을 개선하려는 것이 주요 목표임을 알 수 있다.

몽고의 성평등(Gender equality)증진법은 젠더(gender)에 대한 정의 규정을 비롯, 성평등(gender equality), 성고정관념(gender stereotypes), 성차별(gender discrimination), 성적 괴롭힘(sexual harassment), 성별에 근거한 폭력(gender-based violence), 성별쿼터(gender quota)에 대한 정의 규정을 제4조에 두고 있다.⁶⁾ 젠더(gender)는 ‘남성 혹은 여성이 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 그리고 가족의 영역에서 이루기를 기대하는 역할들, 책임감들 그리고 지위들에 대한 인지’이며, 성평등(gender equality)은 ‘경제적, 사회적 문화적 발전의 혜택에 기여하고 접근하기 위한 동등한 기회와 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 그리고 가족 관계에서 남성과 여성의 동등한 참여를 통해 성취되는 성(sex)에 기초한 차별의 부재’로, 성고정관념(gender stereotype)은 ‘성(sex)에 근거한 정치적, 경제적, 사회적 그리고 가족관계에서 남성과 여성의 역할과 권리의 차별적인 역할과 성(sex)에 기초한 남성과 여성에 대한 대우(treatment)’로 정의했다. 젠더차별(gender discrimination)은 ‘정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 가족영역 그리고 그 밖의 관계에서 남성과 여성의 혼인지위와 성(sex)에 기초한 혹은 성(sex)의 특성에 기초한 차별, 배제 혹은 제한을 결과하는 작위 또는 무작위’를 말한다.

베트남의 젠더평등(Gender Equality)법도 젠더(gender)에 대한 정의규정을 둔 나라에 해당한다.⁷⁾ 젠더평등법 제5조에서 젠더(gender)란 ‘모든 사회관계에

6) Ulaanbaatar, Law of Mongolia on Promotion of Gender Equality, 2009

서 남성과 여성의 특성, 위치 그리고 역할'을 나타내는 것이며, 성(sex)은 '남성과 여성의 생물학적 특성'으로 정의한다. 젠더평등(gender equality)은 '남성과 여성이 동등한 지위와 역할을 가지며; 공동체의 발전과 가족을 위한 그들의 능력을 발전시킬 동등한 조건과 기회를 부여하며, 그러한 발전의 성과를 동등하게 누리는 것' 그리고 젠더차별(gender discrimination)은 '사회적인 모든 분야와 가족생활에서 남성과 여성 간의 불평등을 가져오는 남성과 여성의 역할과 지위에 대한 제한, 배제, 인식 없음 또는 부정'이라고 규정한다.

[표 9] 성(sex) 혹은 젠더(gender) 정의 규정 여부(개별적 차별금지법)

국가	성(sex), 젠더(gender) : 정의유무
호주	성(Sex) : 정의 규정 없음
노르웨이	성평등(Gender Equality) : 정의 규정 없음
몽고	성평등(Gender Equality) : 정의 규정 있음
베트남	성평등(Gender Equality) : 정의 규정 있음
EU지침	남녀간(men and women), 성(sex) : 정의 규정 없음

EU의 지침 가운데 '남녀평등대우원칙'은 크게 고용영역의 지침과 재화용역영역의 지침 2개를 살펴볼 수 있다. '고용 및 직업에 있어 남녀 간의 기회 균등 및 평등대우원칙의 이행'과 '남녀 간의 재화용역에의 접근 및 공급에 대한 평등대우원칙의 이해'인데 이 2개의 지침은 공통적으로 '남녀 간(between men and women)'이라는 표현을 쓰고 있으며 성(sex)에 근거한 차별을 금지하는 지침을 정하면서 '젠더(gender)'라는 용어는 사용하지 않고 있다. EU 지침

7) Socialist Republic of Vietnam, The Law on Gender Equality, 2006

에서 성(sex)에 근거한 차별에는 임신과 출산에 의한 차별을 포함하고 있으며 이는 고용과 재화용역 영역 모두에서 지적된다.

이상에서 살펴본 바에 따르면 차별금지 관련법에서 성(sex) 혹은 젠더(gender)에 대한 정의 규정을 두는 경우보다 두지 않는 경우가 많다. 그러나 성차별은 점차 성(sex)에 대한 차별을 생물학적 성으로서의 여성과 남성에 대한 차별금지를 기반으로 하지만 생물학적 성(sex)으로 포괄할 수 없는 차별사유가 있음을 젠더(gender)에 대한 차별로 반영하는 추세라 할 수 있다. 이는 성차별금지법을 통해 제정되기 보다는 일반적 차별금지법에서 성(sex) 이외의 차별금지사유를 제정하는 방식으로 이루어지고 있다. 이하에서 보다 구체적으로 살펴보고자 한다.

2. 성적 지향, 성적 정체성, 성별 정체성에 대한 규정

성적 지향(sexual orientation), 성적 정체성(sexual identity) 그리고 성별 정체성(gender identity)은 국제규약에서 차별금지사유로 해석되고 있으며, 이를 법률에 규정하고 있는 국가들은 대체적으로 일반적 차별금지법을 통해 이를 제정하고 있다. 또한 성차별금지법에서 포함하고 있는 여성에 대한 차별은 개별적 사유와 관련하여 임신과 출산 혹은 혼인여부 등을 포함하고 있으나 성적 지향, 성적 정체성 혹은 성별 정체성 등을 차별금지사유로 함께 규정하고 있지는 않다.

가. 국제규약

국제규약을 살펴보면, 자유권 규약인 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제

규약⁸⁾(ICCPR)은 성(sex), 기타의 신분(other status)에 따른 차별금지를 언급하고, 별도로 성적 지향(sexual orientation)을 규정하지는 않았다. 그러나 자유권규약위원회의 개인진정사건을 통해 ‘성(sex)’에 ‘성적 지향(sexual orientation)’이 포함된 것임을 명시하고 있는데 이 사건이 1991년 Toonen v. Australia 에 대한 견해⁸⁾와 2000년 Mr. Edward Young v. Australia 에 대한 견해⁹⁾에서 보다 분명히 나타났다.

사회권 규약인 ‘경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(ICESCR)의 경우도 기타의 신분(other status)에 ‘성적 지향(sexual orientation)’이 포함된다고 밝히고 있다. 2009년에 사회권위원회는 ‘제2조 제2항에 따른 경제, 사회, 문화적 권리에 대한 차별금지’에 대한 일반논평 제20호에서 성별 정체성(gender identity)에 근거한 차별금지도 지적하고 있는데 이는 트랜스젠더(transgender), 트랜스섹슈얼(transsexual), 또는 간성(intersex)인 사람들이 학교나 직장에서의 괴롭힘(harrassment)과 같이 심각한 인권침해를 경험하게 되는 것을 말한다고 설명했다.

자유권규약과 사회권규약 모두 ‘성적 지향(sexual orientation)’을 차별금지 사유로 간주하고 있는데 특징적인 점은 자유권규약위원회에서는 ‘성적 지향(sexual orientation)’이 성(sex)차별에 포함된다는 견해를 밝힌 반면, 사회권규약위원회는 ‘성적 지향(sexual orientation)’과 ‘성별 정체성(gender identity)’이 ‘기타의 신분(other status)’에 포함된다고 본 것이다. 이러한 차이는 차별금지사유가 열거되는 방식에 있어서나 혹은 개별적 차별금지 사유를 해석하는 방식에 있어서 차이를 가져오는데 이는 성차별금지에 ‘성적 지향(sexual orientation)’이 포함되느냐 포함되지 않느냐를 둘러싼 입법 방향에 영향을 줄 수 있기 때문이다.

8) Toonen v. Australia(Communication No. 488/1992)

9) Mr. Edward Young v. Australia (Communication No. 941/2000)

‘여성에 대한 모든 형태의 차별철폐협약(CEDAW)’에서도 역시 ‘여성에 대한 차별’에 ‘성적 지향(sexual orientation)’이 포함된다는 명시적 규정은 없으나 1998년 이후 CEDAW가 제시한 최종견해들에서 ‘성적 지향(sexual orientation)’에 대한 언급과 권고가 제시되어 있다. 그러나 CEDAW의 최종견해는 ‘성적 지향(sexual orientation)’을 범죄로 보는 것에 대한 견해를 밝힌 것으로 형법상 동성애가 처벌대상인지의 여부, 여성동성애가 성적 지향으로 재정의되고 이에 대한 벌칙이 폐지될 것을 권고하는 형태로 제시되고 있어 ‘성적 지향(sexual orientation)’에 근거한 차별문제를 성차별로 포함시키기 보다 여성동성애에 제한하여 여성차별로 보고 있음을 알 수 있다.

‘성적 지향(sexual orientation)’에 근거한 차별금지를 해석하고 있는 국제규약에서는 이를 어떻게 정의하고 있는가. 규약 상 이에 대한 정의를 규정하고 있지는 않으나 대체적으로 이성애, 동성애, 양성애를 포괄하는 개념으로 이해되고 있다. 심리학에서 사용되는 ‘성적 지향(sexual orientation)’은 “개인이 이끌리는 사회적 성(gender)으로, 다른 사람에게 지속적으로 성적, 정서적, 낭만적, 감정적 매력을 느끼거나 끌리는 현상이며 이성애(heterosexual), 동성애(homosexual), 양성애(bisexual), 무성애(nonsexual)로 나뉜다. 성적지향은 생물학적 성(sex), 성별정체성(gender identity), 사회적 성역할(sex role) 등과 구별되는 개념이다”고 정의한다(강진령, 2008). 정정훈·장서연(2010)은 ‘성적 지향(sexual orientation)’을 “남성, 여성 또는 모두에 대하여 성적 또는 정서적 반응을 경험하는 경향, 자신에 대한 인식”으로 이해하며 보통 이성애, 양성애, 동성애로 구분되는데 그 범위는 특별한 젠더(gender)의 사람에 대한 지속적인 호감을 경험하는 것, 스스로를 이성애자, 게이, 레즈비언, 또는 양성애자로 규정해나가거나 자의식을 갖는 것, 성적 지향에 의하여 정체성을 확립해나가는 것, 같은 성적 지향을 가진 사람들의 공동체와 정체성을 찾아가는 것 등을 포함하여 다양한 양상을 갖는 것으로 설명한다.

이상에서 살펴본 바에 따르면, 국제규약에서 성적 지향(sexual orientation), 성적 정체성(sexual identity) 그리고 성별 정체성(gender identity)에 대한 차별 금지를 별도 사유로 언급하고 있지는 않으며 따라서 이에 대한 별도 개념 정의를 하고 있지는 않으나, 규약 당사국에 대한 최종견해와 개인진정 사건을 통해 ‘성적 지향(sexual orientation)’을 차별금지사유로 해석하고 있으며 이러한 국제적 흐름은 개별 국가들의 입법형태에 반영되고 있다.

나. 국가별 입법례

성적지향(sexual orientation), 성적 정체성(sexual identity) 그리고 성별 정체성(gender identity)에 대한 입법례를 통해 이를 근거로 한 차별금지가 제정되는 방식을 살펴보면 다음과 같다.

[표 10] 국가별 입법례

국가	법률명	차별금지 사유
네덜란드	평등대우기본법 (1994)	성별(sex), 성적 지향
스웨덴	차별금지법 (2009)	성별, 성정체성(transgender identity or expression) , 성적 지향
독일	평등대우기본법 (2006)	성정체성, 성별
영국	고용평등(성적 지향)규칙(2003)	성적 지향
	평등법(2010)	성별, 성전환 , 성적 지향 (*성적지향은 2010년 포괄적 평등법이 제정되면서 포함됨)
캐나다	인권법(1977)	성별, 성적지향 , 혼인여부, 가족상황,

남아프리카공화국	헌법(1966)	<u>성적 지향</u> , 젠더, 성별, 임신, 혼인여부
뉴질랜드	인권법(1993)	성별, 혼인여부, 가족상황, <u>성적 지향</u>
아일랜드	고용평등법(1998) 평등지위법(2000)	<u>성적 지향</u> , 성, 혼인 상의 지위, 가족형태
뉴욕시	인권법(2002)	성별, 성적 지향
호주	북부준주차별금지법(1992)	<u>성, 섹슈얼리티</u> , 혼인여부, 임신, 가족상황
	NSW차별금지법	성(임신, 성희롱 포함), 혼인 상의 지위, <u>성적 지향, 트랜스젠더</u>
한국	인권위 차별금지법(안)	<u>성별, 성적 지향</u>

주: 정정훈장서연(2010), “성적지향을 이유로 한 차별금지”, 16-17쪽 재인용 및 재구성

각국의 입법례를 통해 성적지향(sexual orientation), 성적 정체성(sexual identity) 그리고 성별 정체성(gender identity)에 대한 차별금지의 입법방향을 보면 일반적 차별금지법 혹은 통합적인 차별금지법의 형태로 이를 제정하고 있음을 알 수 있다. 각국의 법률들은 성(sex) 혹은 젠더(gender)와는 별도로 성적지향(sexual orientation), 성적 정체성(sexual identity) 그리고 성별 정체성(gender identity)에 근거한 차별금지를 규정하고 있는 경우가 다수이며 이러한 입법례는 통상적으로 성(sex) 혹은 성별(gender)에 근거한 차별을 별도 입법으로 했을 때 이는 임신 및 출산과 혼인여부를 포함하는 것이며, 성적지향(sexual orientation), 성적 정체성(sexual identity) 그리고 성별 정체성(gender

identity)은 별도 입법을 통해 포함하고 있기 때문이기도 하다. 즉 스웨덴의 경우 입법의 경로가 이미 기존에 존재했던 “성적 지향에 근거한 직업생활에서의 차별금지법”¹⁰⁾이 있었으며 평등옴부즈만으로서의 차별금지 업무 통합과 더불어 통합적인 차별금지법을 제정하면서 이러한 법률들을 하나의 법률로 정비하는 입법적 경로가 있었다는 점이다.

간단히 각국의 입법례를 통해 성적지향(sexual orientation), 성적 정체성(sexual identity) 그리고 성별 정체성(gender identity)에 대한 정의규정을 살펴 보면, 스웨덴의 경우 ‘트랜스젠더 정체성 또는 표현(transgender identity or expression)’과 성적 지향(sexual orientation)을 별도로 차별금지사유로 정하고 있는데 ‘트랜스젠더 정체성 또는 표현(transgender identity or expression)’은 “여성 또는 남성으로 자신(herself/himself)을 내면화(identify)하지 않는 사람, 또는 자신의 의복이나 다른 방식을 통해 다른 성(another sex)에 속하는 것을 표현하는 사람”을 말한다.

독일은 ‘성적 정체성(sexual identity)’이라고 규정하고 있는데 이에 대한 정의 규정을 법률에 두고 있지는 않지만, 입법이유서를 통해 이는 유럽연합지침을 수용한 것과 같은 것으로 “동성애자(남성, 여성), 양성애자, 성전환자, 중간성자들이 여기에 해당한다”고 밝히고 있다. 주목해야 할 점은 성별 정체성(gender identity)이 아닌 성적 정체성(sexual identity)의 개념을 사용하고 있다는 점이다. 법무부(2008) 자료는 성적 정체성(sexual identity)은 ‘동성애, 양성애, 성전환을 의미’하는 것으로 해석하며, 정정훈·장서연(2010)은 “독일의 성 정체성 규정은 이성애, 동성애, 양성애, 트랜스젠더를 포함하는 것으로, 성적 지향과 성별 정체성을 포괄하는 의미”로 해석한다. 즉 성적 정체성(sexual identity)은 젠더(gender)보다 성(sex)이 보다 일반적인 법률적 용어가 된 현실임을 감안할 때 성적 지향(sexual orientation)과 성별 정체성(gender identity)을

10) Swedish Code of Statutes 1999:133

포함하는 개념으로 사용하고 있다고 보는 것이다.

성적 지향(sexual orientation), 성적 정체성(sexual identity) 그리고 성별 정체성(gender identity)에 대한 개념적 구분은 성(sex), 젠더(gender), 그리고 섹슈얼리티(sexuality)에 대한 정의와 해당 사회에서 이를 어떤 맥락으로 이해하고 있는가가 매우 중요하다. 젠더가 사회적이고 문화적인 성으로서 생물학적인 성(sex)과 구분되는 의미로 사용되어져 왔지만 특정사회에서는 이미 이 둘의 구분이 모호하고 이러한 구분 자체가 불가능하다는 인식이 확대되어 있을 경우에는 이를 구분하지 않고 사용하거나 혹은 성(sex)에 젠더의 의미를 포함시켜 확대하여 해석하기도 한다.

영국의 경우 2010 평등법(Equality Act)은 ‘젠더전환(gender reassignment)’과 ‘성적 지향(sexual orientation)’을 각각 별도로 규정하고 주요 개념을 2부 제1장에서 각각 정의하고 있다. ‘젠더전환(gender reassignment)’은 “성(sex)의 생리학적 또는 기타의 특성을 변경함으로써 그의 성(sex)을 전환할 목적으로 하는 과정(process)을 진행하려고 하거나, 진행하고 있거나 혹은 진행한 경우”를 말하며, ‘성적 지향(sexual orientation)’은 “동일한 성의 사람들에 대한, 반대의 성의 사람들에 대한, 또는 양쪽의 성의 사람들에 대한 성적 지향”을 말한다. 한편 영국은 동성의 결혼에 관하여서는 별도의 법률을 통해 보호했는데 2005년 제정된 시민동반자법(civil partnership act)이다. 시민동반자법은 2010년 평등법에서 혼인 및 동성결혼(marriage and civil partnership)에 근거한 차별을 금지하는 것으로 통합되었다. 즉 영국의 경우 이미 성(sex), 트랜스젠더(기존의 성차별금지법에서 포함), 시민동반자(동성결혼) 등과 관련한 차별을 개별적 차별금지법에서 포괄하고 있었고, 다만, 2010의 평등법은 이를 통합하고, 여기에 성적 지향(sexual orientation)을 별도의 차별금지 사유로 추가한 것이다. 이러한 영국 평등법의 특성은 성, 젠더 전환, 성적지향, 혼인 및 동성결혼을 각각 분리된 차별사유로 보았다는 점에서 개념 간 구분을 통한 차별금지의 대상을

분명히 하고 있다.

한편 뉴욕시 인권법의 경우 성적지향과 젠더(gender)에 대한 정의 규정을 두고 있는데 §8-102 정의 규정을 통해 20.성적 지향은 “이성애, 동성애 또는 양성애”를 의미하며, 23.젠더는 “실체적이거나 인지된 성(actual or perceived sex)을 포함하고, 젠더 정체성(gender identity), 자기 이미지(self-image), 외모(appearance), 행동(behavior) 또는 표현(expression)이 태어날 때 결정된 법률적 인 성과 전통적으로 관련되든 되지 않든, 개인의 젠더 정체성(gender identity), 자기 이미지(self-image), 외모(appearance), 행동(behavior) 또는 표현(expression)을 포함한다”고 정의한다. 뉴욕시 인권법의 경우 성적지향과 젠더를 구분한 것이나 이 둘을 모두 차별금지 사유로 명시했다.

대부분의 차별금지 관련 법률에서 젠더, 혹은 성적지향 등의 개념을 사용하고 있는데 반해 호주 북부준주차별금지법은 섹슈얼리티(sexuality)를 법률적 용어로 사용하고 있는 경우이다. 호주 북부준주차별금지법¹¹⁾은 여타의 다른 사유들과 더불어 성(sex)과 섹슈얼리티(sexuality)에 근거한 차별금지를 규정하고 있는데 섹슈얼리티(sexuality)에 대한 정의를 “이성애, 동성애, 양성애 또는 트랜스섹슈얼리티의 성적 특성이나 전이된 성적 특성”이라고 본다.

섹슈얼리티에 대한 일반적 정의는 무엇인가. ‘섹슈얼리티’를 법률적 용어로 사용하는 것은 매우 드문 일이고 그런 점에서 호주 북부준주차별금지법은 성 혹은 젠더와 관련된 매우 광범위하고 열린 개념의 적용을 담지하고 있다는 점에서 흥미롭게 보아야 할 부분이다. 섹슈얼리티에 근거한 차별을 금지한다고 할 때 ‘섹슈얼리티’에 대한 별도의 정의 없이 통상적 의미로 섹슈얼리티를 사용한다면 이는 매우 광범위한 차별금지사유가 된다.

학자에 따라 다르기는 하나 성, 젠더, 섹슈얼리티의 개념 간 구분은 점차

11) NORTHERN TERRITORY OF AUSTRALIA ANTI-DISCRIMINATION ACT;sexuality means the sexual characteristics or imputed sexual characteristics of heterosexuality, homosexuality, bisexuality or transsexuality

불분명해지는 추세이다. 성(sex)과 섹슈얼리티의 개념에서도 에로틱한 것과 더 넓은 의미의 젠더와 정체성, 관능적인 것 사이에 분명한 경계를 정하는 것이 가능한가에 대한 논쟁이 있으며, 앤서니 기든스는 성(sex)에 대한 정의 역시 친밀성, 생식기에 관련된 것으로 여겨지지 않고, 자아의 정치학 내에서 자기를 양식화하는 기술로 변형되고 있다고 지적한다(이현정·우종민 역, 2001). 이 모든 개념들이 매우 유동적이고 고정되지 않은 경험적 세계를 분석적으로 구분할 따름이라는 지적에도 불구하고 이에 대한 조작적 정의는 “○성 (sex): 남성, 여성의 구분, 성교 ○성별(gender): 여성과 남성의 사회문화적 차이로 여성과 남성에게 적절하다고 간주되는 사회적 의미와 가치, 그리고 남성과 여성의 관계를 포괄적으로 포함하는 개념으로 남성과 여성의 역할, 태도에 대한 고정관념, 삶의 방식, 정체성 등 ○섹슈얼리티(sexuality): 성행위에만 국한 되는 것이 아니라 성적 실천과 정체성, 에로틱한 욕망을 포함하여 성적 감성과 관계, 그리고 우리가 성적(sexual)이라고 규정하는 범주까지도 포함하는 개념, 즉 성적 욕망을 창조하고 구성하고 표현하며 추구하는 사회적 과정이며 성역할, 성행위, 성적감수성, 성적 지향, 성적 환상과 정체성을 정의하고 생산하는 모든 영역을 포괄한다”고 본다(변혜정, 2004) 이러한 정의에 비추어보면 섹슈얼리티는 성을 둘러싼 욕망과 인식, 행위, 금기 등을 포함하며 이를 생산하는 과정과 사회적 규범 그리고 제도 등을 포함하고 있다. 이처럼 섹슈얼리티를 삶의 전반을 아우르는 개념으로 사용하는 김준우(2010)는 섹슈얼리티를 다음과 같이 정의한다.

(1)동성애, 이성애, 양성애, 무성애 등을 포괄하는 성적 지향, (2)남녀로 나누곤 하는 섹스와 젠더, 그리고 남녀이분법과 권력관계, 이분법에 포함되지 않는 이외의 성별 등에 대한 젠더, (3)양성애와 동성애로 자신을 설명하는 과정과 TG(Transgender)/TS(Transsexual)가 자신의 젠더를 정체화해가고 전환해가

는 과정, 이성애자가 이성애성을 ‘정상성’으로 수용해버리게끔 교육받은 과정, 성별과 인종, 계급, 국적 등의 조건에 따라 자신을 설명하는 방식이 드러나는 (젠더)정체성, (4)삽입, 구강, 항문, 손과 발, SM(사도마조히즘), 관음, 페티시, 다자 간, 친밀성, 우연성, 낯설음 등 성적 기호와 성행위를 아우르는 모든 행위들과 기저의 욕망들, (5)생물학적 신체에 기반한 성성(남성성, 여성성, 중성성 등)과 경험(임신출산의 경험 등), IS(Intersexual)의 육체와 TG/TS의 전환과정 속의 몸, 그에 따르는 각자 다른 감정과 경험, 한계인식과 극복 과정 등 성적으로 체현되는 방식, (6)옷과 신발, 화장과 머리카락, 장신구, 몸짓, 몸집 등으로 드러나는 성별성과 이를 인지하는 자신의/타인의 시선과 인식, 혹은 스타일이란 말로 표현되는 일련의 것들(성별전용 의상, 유니섹스 의상, 노출의 경계, 크로스드레서의 욕망 등) (7)일부일처, 일부다처, 다처일부, 다처다부, 비혼, 기혼, 미혼, 동거 등 결혼관계/유사혼인관계에 대한 사회적/법적 규정과 그로 인해 형성되는 친족 관계들, 연애담론과 같이 친밀한 관계 구성과 그 관계가 대외적으로 표출되었을 때 생기는 접합성/이질성 등 성적 관계망에 대한 사회 규범과 담론들, (8)문화예술계 등에서 재현되는 성적인 것들(글쓰기, 그림, 음악, 영상 등은 물론이고 상업적 광고나 포르노 문화, 스포츠와 과학기술 등에서 드러나는 성별성을 다 아우름)이 뒤엉켜 만드는 성적 재현물, 기타 등등.

이상과 같은 섹슈얼리티의 개념을 어떻게 법에 담을 것인가. 담론을 법에 담는 것, 이것은 때로는 매우 분절적이고 파편적인 개념적 구분을 거쳐야만 가능하다. 법적 실효성을 위한 법률적 언어로의 전환이 필요하다는 점에서 외국의 입법례들은 이를 ‘젠더’ ‘성적 지향’ ‘성적 정체성’ ‘성별전환’ ‘동성결혼’ 등의 사유로 구분하였고 이를 각각 차별금지사유로 규정한 것으로 보여진다. 섹슈얼리티를 법률적 용어로 사용한 호주 북부준주의 차별금지법 역시 그 정의 조항에서 의미하는 바는 ‘성적 지향’과 ‘성별전환’의 내용을 ‘섹슈얼리티’로

설명했다고 볼 수 있다.

성, 젠더 그리고 섹슈얼리티 등 담론적 수준에서 언급되는 논의들을 차별 금지법에 담기 위한 우리의 시도로 인권위의 차별금지법 권고안은 ‘성별’과 ‘성적지향’을 구분했고, 이때 ‘성적 지향’은 “이성애, 동성애, 양성애를 말한다”고 정의했다. 차별금지법 제정을 위한 연대체라고 할 수 있는 반차별공동행동에서는 이와 관련한 정의와 구분을 다음과 같이 제안하고 있다(반차별공동행동, 2010)

- 성별 : 여성 또는 남성
- 성적 지향 : 이성애, 동성애, 양성애 등
- 성별 정체성 : 자신의 성별에 관한 인식 혹은 표현, 자신이 인지하는 성과 타인이 인지하는 성이 같등하는 상황

즉 반차별공동행동은 섹슈얼리티에 대한 법률적 언어로의 전환을 성별, 성적 지향, 성별 정체성으로 구분하고 이를 모두 차별금지사유로 담아 법제화해야 한다고 보았다.

3. 임신 및 출산, 혼인상황, 가족상황에 대한 규정

우리 국가인권위원회법에는 평등권침해의 차별행위로 ‘임신 또는 출산, 가족형태 및 가족상황, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인여부’를 열거하고 있다. 이 각각의 사유에 대하여 인권위법에서 법률적 정의를 내리고 있지는 않다. 인권위법 해설집(2005)과 차별판단지침(2008)을 통해 각

사유에 대한 정의를 살펴보면 ‘임신 또는 출산’이란 “실제 임신을 하거나, 출산과 관련된 것뿐만 아니라 잠재적인 임신가능성을 포함한 포괄적인 의미”로 사용한다. ‘가족형태 및 가족상황’은 “가족 구성의 권리를 포함한 가족의 형태, 가족의 구성과정, 그리고 가족구성원 및 가족의 책임과 관련된 상황’을 말하고, ‘혼인여부’라 함은 “혼인상의 지위를 의미하는 것으로 기혼, 미혼, 별거, 이혼, 사별, 재혼, 사실혼 등 혼인여부”를 말한다. 물론 이러한 정의와 개념규정들은 각 사유에 근거한 차별을 판단하기 위한 지침으로 제시되는 것이며 법률적 구속력은 없다.

[표 11] 임신출산 등에 근거한 차별금지 해외입법례

국가	법률명	차별금지사유
캐나다	인권법(1977)	혼인여부, 가족상황
남아프리카공화국	헌법(1966)	임신, 혼인여부
뉴질랜드	인권법(1993)	혼인여부, 가족상황
아일랜드	고용평등법(1998) 평등지위법(2000)	혼인 상의 지위, 가족형태
뉴욕시	인권법(2002)	혼인 상의 지위, 동반자의 지위(partnership status)
호주	북부준주차별금지법(1992)	혼인여부, 임신, 가족상황
	NSW차별금지법	혼인 상의 지위
한국	인권위 차별금지법(안)	혼인여부, 임신 또는 출산, 가족형태 및 가족상황

가. 임신 및 출산

해외 입법례를 통해 각각의 차별금지 사유가 정의되는 방식을 살펴보면 ‘임신’과 관련된 가장 자세한 규정으로는 온타리오 인권위원회의 규정을 참조할 수 있다. 온타리오 인권법에서 ‘임신’은 ‘착상에서부터 출산에 이르기까지의 과정, 출산 후 회복기간과 수유를 포함하여 임신과 관련된 모든 상황’을 의미한다.¹²⁾ 캐나다 인권법은 “임신 혹은 출산에 의한 차별은 성(sex)에 근거한 차별이다”고 제3조2항에 규정하고 있다.

호주의 성차별금지법(The Sex Discrimination Act)은 성, 혼인 상의 지위, 임신 또는 잠재적 임신(potential pregnancy)에 근거한 차별을 금지하도록 규정하고 있는데 특히 임신과는 별도로 ‘잠재적 임신’에 근거한 차별도 금지하고 있다는 점에 주목할 수 있다. 성차별금지법 4B조의 ‘잠재적 임신의 의미’에 대한 규정은 “(a)한 여성이 자녀를 낳을 수 있는 가능성이 있는 사실, 또는 (b)한 여성이 임신이 되기를 원한다는 것을 표현하는 사실, 또는 (c)여성임신할 것 같은 때 혹은 그럴 것 같아 보이는 사실을 포함하는 것”이다. 이러한 규정은 착상 이후부터를 임신으로 보는 것과는 달리 임신 이전의 단계나 임신의 가능성을 포괄적으로 포함한 것으로 볼 수 있으며, 임신 전후 단계 혹은 임신의 가능성을 가진 모든 여성에 대하여 이를 근거로 한 법적 구속력 있는 차별금지를 적용하고 있는 것이다. 호주 북부준주차별금지법에서는 4조 해석에 해당하는 파트에서 ‘임신’은 ‘어린이를 양육할 능력을 포함한다’고 규정하고 있으며 차별금지사유로 ‘수유’도 별도로 정하고 있어서 비교적 사유를 세분화하여 차별금지사유로 열거하고 있다.

미국은 임신차별을 임신차별금지법(Pregnancy Discrimination Act)으로 적용하는데 ‘임신과 출산 또는 이와 관련된 건강상태(medical condition)에 근거

12) Ontario Human Rights Commission, Policy on Discrimination because of Pregnancy and Breastfeeding, 2001

한 차별'은 위법한 것으로 성차별이라고 판단한다. 임신과 출산이 여성의 몸에서 일어난다는 점에서 임신차별은 여성차별로 포함되며, 육아에서의 차별은 별도로 다루어진다. 미국 민권법은 육아휴가와 관련하여 고용주가 남녀 피고용인을 다르게 대우하는 것은 차별이라고 판단한다.

대체적으로 '임신 또는 출산'은 여성에 대한 차별에 포함되고 있다. 따라서 '임신 또는 출산'에 근거한 차별금지를 별도 법으로 제정하지 않았거나 혹은 별도 사유로 명시하지 않았다고 해서 이를 근거로 차별금지가 허용되는 것이 아니며 이는 성차별에 포함되고 있음을 주지할 필요가 있다. 개별국가들의 입법례에서 '임신 또는 출산'을 별도 사유로 구분하는 것은 국가별 맥락에 따른 심각한 차별금지의 필요성에 기인한다.

나. 혼인상황

이 연구에서는 혼인여부를 '혼인상황(marital status)'으로 사용한다. 앞서 지적했듯이 우리나라의 인권위법은 '기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인여부'를 이유로 한 차별을 금지하고 있다. '혼인여부'일 경우 법률혼과 사실혼에 관계없이 혼인을 했는가 하지 않았는가에 집중될 가능성이 있으므로 혼인여부보다는 '혼인상황' 혹은 '혼인지위'의 개념이 보다 적절하다. 특히 인권위법의 '혼인여부'에 근거한 차별금지 규정은 혼인하지 않은, 즉 비혼에 대한 차별금지를 포괄하고 있지 못하다는 비판을 받고 있기도 하다.

차별금지 관련 법률에서 혼인상황에 대한 차별금지를 규정한 경우는 혼인과 관련된 지위를 포괄적으로 다루고 있는데 미국의 민권법은 '혼인상황'을 이유로 한 차별을 금지하고 있지는 않으나 기혼남성에게 동일하게 적용되지 않는 기준으로 기혼여성의 고용을 제한하거나 금지하는 것은 성(sex)차별로 판단한다. 즉 가부장적 이성애 중심의 사회에서 여성의 결혼이 남성의 결혼과 다르게 불이익한 대우를 받는 경우 이를 성차별의 범주로 다루고 있으며 이러

한 국가들은 혼인상황을 성차별금지로 포함하되 별도의 차별금지 사유로 열거하지 않고 있다. 그러나 성차별로 보면서도 이를 열거하는 국가는 호주인데 호주의 성차별금지법은 차별금지 사유로 “성, 혼인상황, 임신 또는 잠재적 임신”을 규정, 혼인상황을 적시하고 있다. 성차별금지법에서 정의하는 ‘혼인상황’은 “독신, 기혼, 별거, 이혼, 사별 또는 다른 사실상의 배우자(de facto spouse)”로 규정한다. 이 경우 사실상의 배우자(de facto spouse)를 혼인상황으로 간주하는 것은 사실혼의 의미뿐만이 아니다. 성차별금지법에서 정의하는 ‘사실상의 배우자’는 “법률적으로 혼인하지 않았다 하더라도 실제적인 가족기반(domestic basis)을 같이하는 남편이나 부인으로서 반대되는 성(opposite sex)의 사람을 의미”한다. 이러한 정의에 의하면 이성애에 기반한 배우자임을 알 수 있어서 ‘혼인상황’은 이성애적 관계를 설정하고 있다.

별도의 차별금지사유로 ‘혼인상황’을 열거하는 캐나다 인권법은 ‘혼인상황’을 “독신, 법적 혼인, 사실상의 혼인(이성 또는 동성), 사별, 이혼의 상태”를 말한다고 규정한다. 온타리오 인권법도 ‘혼인상황(marital status)’에 근거한 차별을 금지하고 있다. 이 법은 ‘혼인상황’을 “기혼, 독신, 사별, 이혼 또는 별거한 상태를 의미하며, 이는 혼인 외에 부부의 관계로 살아가는 지위를 포함”한다고 정의하며 동시에 이 규정은 “동성(same-sex)과 이성(opposite-sex)의 관계를 포함”한다. 즉 캐나다 인권법과 온타리오 인권법은 혼인상황과 관련하여 이성애만을 제한하고 있지 않음을 알 수 있다.

‘혼인상황’에 근거하여 차별을 금지하는 것은 혼인 상의 지위 즉 독신을 비롯하여 기혼, 사별, 별거, 이혼과 법률혼뿐만 아니라 사실혼 등의 상태를 포함하는 것이 일반적이며, 이를 별도의 차별금지 사유로 열거하지 않더라도 이를 근거로 한 차별은 위법한 것으로 간주되고 있다. 다만, 동성(same-sex)과의 관계를 혼인으로 포괄하느냐는 국가별로 달리 정의되고 있다.

다. 가족상황

‘가족형태 및 가족상황’이 젠더 관련 차별금지 사유인가에 대한 논란이 있을 수 있다. 이는 ‘가족’을 부부중심의 이성애 핵가족을 정상가족으로 간주하여 여타의 가족 형태와 가족상황을 차별적으로 취급하여 특정한 불이익을 주고 있다는 문제의식에 기인한다면 ‘젠더’관련 차별사유이다. 즉 정상가족과 비교되는 다른 집단으로서의 가족은 그러한 가족을 구성할 권리에서부터 특정한 차별을 경험하게 되며 이는 젠더와 연관되는 개념일 수 있기 때문이다. 좀 더 깊이 검토해볼 문제는 차별금지와 관련된 입법에서 차별 피해의 당사자가 개인이고 이를 구제하기 위한 법적 목표를 가지고 있을 때 가족단위의 차별피해를 구제하기보다는 개인 단위의 피해구제만이 가능하다는 점이다. 즉 차별 피해의 당사자는 개인이고 그 개인이 특정한 가족의 구성원이거나 특정한 가족상황에 의해 받는 차별이지만 그 개인이 받는 차별이 자신의 가족상황에 기인하여 이루어졌을 때 그 개인이 받은 특정한 불이익에 대한 구제만이 제한적으로 이루어진다는 점이다.

‘가족상황(family status)’에 대한 차별금지를 언급할 때 ‘가족’이란 무엇인가에 대한 정의규정을 고려하게 되는데 현재 ‘가족’에 대한 정의를 두고 있는 우리의 법률은 민법과 건강가정기본법이다.

<민법>

제779조(가족의 범위) ① 다음의 자는 가족으로 한다.

1. 배우자, 직계혈족 및 형제자매
 2. 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족 및 배우자의 형제자매
- ② 제1항제2호의 경우에는 생계를 같이하는 경우에 한한다.

<건강가정기본법>

제3조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “가족”이라 함은 혼인·혈연·입양으로 이루어진 사회의 기본단위를 말한다.
2. “가정”이라 함은 가족구성원이 생계 또는 주거를 함께 하는 생활공동체로서 구성원의 일상적인 부양·양육·보호·교육 등이 이루어지는 생활단위를 말한다.
3. “건강가정”이라 함은 가족구성원의 욕구가 충족되고 인간다운 삶이 보장되는 가정을 말한다.

이러한 ‘가족’에 대한 규정은 현실에 존재하는 다양한 가족을 포함하지 못하고, 특히 ‘건강가정’이라는 범주는 ‘건강’이라는 개념들에 특정한 가족만을 포함시키고 다양한 다른 가족을 ‘건강하지 않은’ 가족으로 배제하거나 차별할 가능성을 담고 있는 정의라는 지적을 받는다. 다양한 가족을 평등하게 포괄하면서 이러한 각각의 가족이 다른 가족이 받는 대우에 비해 불이익과 차별을 받지 않게 ‘가족’을 정의할 수 있는 방법은 그리 간단한 문제가 아니다. 그것은 1인가족을 비롯하여 모든 사회구성원을 ‘가족’이라는 이름으로 다양하게 범주화시킬 수 있는데 이럴 경우 ‘가족’은 ‘개인’과 어떻게 다르며 어떻게 구별지어야 하는지에 대한 정의를 필요로 하기 때문이다. ‘혈연, 비혈연으로 이루어진 공동체 의식을 공유하는 집단’은 여타의 다른 조직 혹은 공동체와 가족을 구분지을 수 있는 정의인가. 여기에 ‘친밀성’ 혹은 ‘동일한 거주’ 등의 개념을 넣더라도 ‘가족’을 다른 공동체와 구분짓는 것은 매우 추상적이거나 모호해질 가능성이 높다. 장서연(2010)은 가족의 개념규정을 “가족으로서의 공동생활을 영위할 의사와 객관적인 실체가 있는 집단”이라고 정의하기엔 ‘가족’을 다시 정의해야 하는 순환에 빠지고, 자칫 ‘실제’가족과 ‘유사’가족을 구분

하여 비범주화하는 것처럼 해석될 수도 있는 문제점이 있다”며 차별금지법에 ‘가족’개념을 규정하는 것이 어렵다고 본다. 차별금지 혹은 인권법 등에서 ‘가족’을 정의하고 있는 경우는 뉴욕시 인권법에서 거의 유일하게 찾아볼 수 있다. §8-102 12조에서 사용되는 가족(family)은 ‘가구를 유지하고 점유하는 사람 또는 하숙인이 아닌 공동의 거주를 같이하는 2명 이상의 사람’을 의미하는 것으로 사용하고 있는데 이는 정서적 공동체로서 보다는 공동의 거주 개념에서 사용되고 있어서 뉴욕 사회의 특징을 반영하는 개념으로 보아야 한다.

외국의 입법례들에서는 ‘가족상황’을 어떻게 정의하고 있는가. 캐나다 인권법의 ‘가족상황(family status)’, 온타리오인권법의 ‘가족상황(family status)’, 홍콩가족상황차별금지법령의 ‘가족상황(family status)’ 그리고 호주성차별금지법의 ‘가족책임(family responsibilities)’ 등에서 가족과 관련된 차별금지의 규정들이 있다.

가족상황에 대해 자세한 해석을 하고 있는 온타리오인권법은 특정한 가족 관계를 보호하기 위하여 ‘가족상황(family status)’에 근거한 차별을 금지하고 있다. 인권법이 정의하는 가족상황은 “부모와 자녀관계”로 규정된다.¹³⁾ 여기서 부모와 자녀관계의 형태(type)는 돌봄, 책임, 계약과 유사한 관계를 지닌 비혈연 또는 입양을 포함하는 것이며, 이는 (입양, 위탁, 의붓부모를 포함해) 어린이에 대한 부모의 돌봄, 장애를 가진 친족이나 노인에게 대한 성인의 돌봄, 그리고 레즈비언, 게이, 양성애, 트랜스젠더 가족을 포함한다. ‘가족상황’에 근거한

13) The Ontario Human Rights Code protects specific familial relationships from discrimination through the grounds of marital and family status. The Code defines “family status” as “being in a parent and child relationship.” This can also mean a parent and child “type” of relationship, embracing a range of circumstances without blood or adoptive ties but with similar relationships of care, responsibility and commitment. Examples include parents caring for children (also by adoption, fostering and step parenting), adults caring for aging parents or relatives with disabilities, and families headed by lesbian, gay, bisexual or transgendered persons.

차별에 대한 온타리오인권위원회의 정책과 가이드라인¹⁴⁾은 ‘가족상황’의 범위, ‘가족상황’과 ‘성차별’의 관계 등을 정의하고 이로 인해 발생할 수 있는 차별의 예들을 제공한다.

온타리오에서의 가족은 전통적인 가족모델에 초점이 맞추어져 있지 않다. 가족은 혼인상황과 매우 밀접하게 관련되어 있는데 온타리오의 혼인(marital status)은 동성과 이성을 모두 포함하는 전제를 가지고 있고, 가족상황(family status)은 이러한 전제 위에 좀 더 협소하게 “부모와 자녀의 관계”를 규정하는 것이라는 점이다. 즉 혼인상황과 가족상황에 대한 정의를 내리면서 다양한 가족의 형태를 포괄하는데 이는 한부모, 양부모 그리고 동성 혹은 이성의 부모를 모두 포함한다. ‘가족상황’에 기초한다는 것은 생물학적이 아닌 부모와 자녀의 관계 즉 입양, 의붓, 위탁 그리고 게이와 레즈비언 부모와 같은 가족을 보호한다고 명시하고 있다.

그렇다면 이러한 가족상황이 성차별과 어떤 관계인가. ‘부모와 자녀의 관계’에서 직면하는 불이익한 대우는 돌봄과 관련되어 있는데 이는 성(sex)에 근거한 차별로도 볼 수 있다. 돌봄은 전통적으로 여성의 일로 간주되어 왔고 돌봄의 역할에 대한 고정관념과 전제들은 이를 여성의 이슈로 특징짓는다. 젠더 역할이 좀 더 유연해졌다 하더라도 돌봄의 책임은 여전히 성별화되어 있으며 여성들은 이로 인해 노동시장에서 저임금과 저지위를 감수하고 있는 것이 현실이다. 남성들도 때로는 젠더역할 즉 전통적인 성별역할에 의해 불이익을 받기도 하는데 그것은 실제로 돌봄 책임을 수행하고 있는 남성의 경우 성별화된 사회에서는 돌봄 수행과 관련한 지원을 받지 못하는 경우가 있기 때문이다. 결국 이러한 성별 역할에 대한 가정은 여성과 특정한 경우의 남성에게 차별을 가져오게 되고 이는 성(sex)에 근거한 차별로 간주될 수 있는 것이다.

14) The Ontario Human Rights Commission, Policy and Guidelines on Discrimination because of family Status.

온타리오의 가이드라인은 ‘가족상황’ 차별이 ‘성적 지향’과 ‘성별정체성’과 갖는 관계에 대해 레즈비언, 게이, 양성애 그리고 트랜스젠더(LGBT)¹⁵⁾가 이루는 가족들은 보통 가족으로 인정되지 않거나 비가시화되는 경우가 많은데 특히 이들은 부모로서의 능력에 대해 부정적인 고정관념에 직면하게 된다는 것을 강조한다. 자신의 가족에 대해 자유롭게 말하지도 못하고 적절한 서비스나 편의시설을 요청하지 못하게 되거나 혹은 LGBT가 가족구성원이라는 이유로 괴롭힘을 당하기도 한다는 것이다. 예를 들어, 부모가 게이(gay parents)인 딸이 학교에서 괴롭힘을 당한 경우 이들 부모는 온타리오 인권위에 가족상황을 이유로 한 진정을 할 수 있도록 한다.

온타리오 인권법이 동성을 포함한 혼인상황을 기초로 가족상황을 ‘부모자녀관계’ 혹은 ‘돌봄제공자로서의 역할’에 기초한 차별을 언급하고 있는 반면에 홍콩과 호주에서 언급되는 ‘가족상황’은 다소 의미가 다르다. 홍콩에서 ‘가족상황(family status)’은 ‘개인에 관련하여 직계 가족구성원의 보호책임을 보유한 상태’를 의미하며, ‘직계가족구성원(Immediate Family Member)’이란 ‘어느 개인에 관련하여 혈통, 결혼, 입양 또는 인척관계에 의하여 그 개인에게 연관이 되는 사람’을 의미한다. 이럴 경우 ‘가족’은 ‘개인’에 기초하여 보호책임을 가진다는 것이므로 돌봄의 책임을 가지는 ‘개인’이 반드시 부부 혹은 혼인관계여야 하는 것은 아닐 수 있다. 그러나 직계가족구성원에 대한 정의에서는 비생물학적인 관계를 포함하고 있지는 않다. 그렇다면 홍콩의 ‘가족상황’은 “개인과 관련하여 혈통, 결혼, 입양 또는 인척관계에 의하여 보호책임을 보유한 상태”를 의미하는 것이므로 동성애가족 등 보다 다양한 형태의 가족을 모두 포함하고 있다고 볼 수는 없다.

호주는 성차별금지법에 ‘가족책임’에 관한 부분을 규정하고 있는데 성차별금지법에서 정의한 ‘사실상의 배우자(de facto spouse)’는 이성애적 관계를

15) Lesbiana, Gays, Bisexual and Transgendered persons을 LGBT로 약칭

기반으로 하고 있음을 앞서 지적했다. 그러나 성차별금지법의 4A 가족책임 조항에서 ‘사실상의 파트너(de facto partner)’에 대한 의미는 해석법1901(the Acts Interpretation Act 1901)을 따르게 되어 있는데 이 법의 22A조는 ‘다른 사람의 사실상의 파트너인 개인’을 의미하는데 이때 ‘다른 사람은 동성(same-sex)이거나 이성(a different sex)’¹⁶⁾이 될 수 있다는 것이다. ‘직계가족구성원이 필요로 하는 돌봄과 지원과 관련한 책임’을 가족책임이라고 하며 이때 직계가족구성원이 배우자를 포함하고, 배우자라 함은 “이전의 배우자, 사실상의 파트너 그리고 이전의 파트너”를 포함한다. 이상의 정의에 비추어보면 호주 성차별금지법은 ‘혼인상황’에서는 이성애적인 관계를 기초로 정의하지만, ‘가족책임’과 관련한 직계가족구성원의 범위에서는 동성(same-sex)의 배우자를 포함하고 있음을 알 수 있다.

한편 스웨덴의 통합된 차별금지법에는 가족상황과 관련된 차별금지사유가 정의되지 않으며, 뉴욕 인권법은 ‘파트너의 지위(partnership status)’에 근거한 차별을 금지하고 있다.

‘가족상황’에 근거한 차별금지사유를 열거한 입법례들은 ‘혼인상황’과 연계해 차별금지를 규정하고 있다. 이럴 경우 반드시 동성(same-sex) 간의 혼인을 인정하는가의 여부와는 달리 동성(same-sex)의 배우자에 대한 돌봄의 책임은 인정하고 있으며 이를 차별금지사유에 포함하고 있다.

16) ACTS INTERPRETATION ACT 1901 - SECT 22A: References to de facto partners : For the purposes of a provision of an Act that is a provision in which de facto partner has the meaning given by this Act, a person is the de facto partner of another person (whether of the same sex or a different sex)

V. 성적 괴롭힘(sexual harrassment)에 대한 규정

1. 성적 괴롭힘이 차별인가

이 연구에서는 현행 법률에서 성희롱(sexual harrassment)으로 규정되어 있는 개념의 번역을 ‘성적 괴롭힘’으로 사용하고자 한다. 우리나라에서 성적 괴롭힘을 위법한 행위로 규정한 것은 서울대 신교수 사건이었다. 남녀고용평등법, 남녀차별금지법, 여성발전기본법, 국가인권위원회법 등에서 규정하고 있는 성희롱, 즉 성적 괴롭힘은 통상적으로 ‘고용상의 불이익’으로 제한하고 있지만 인권위법에서는 이의 적용범위를 확대하고 있다. 외국의 입법례들도 성적 괴롭힘을 반드시 고용의 문제로 제한하지 않는다.

차별은 평등권을 침해하는 행위이고 이는 서로 비교되는 개인들 또는 개인들의 집단을 전제로 한다. 그렇다면 괴롭힘 혹은 성적 괴롭힘이 평등권을 침해하는 행위로서 ‘차별’인가. 미국에서 성적 괴롭힘이라는 용어가 사용되기 시작한 것은 1974년부터인데 성적 괴롭힘을 성차별로 보는 최초의 판례는 1976년 Williams v. Saxbe 사건으로 이의 내용은 다음과 같다.

<성적 괴롭힘이 성차별임을 인정한 판례>¹⁷⁾

1976년 미국 법원은 법무부에 근무하고 있던 여성이 남성 상사로 부터 받은 여러 차례의 성적 유혹을 거절한 후 수모와 해고를 당했다고 주장하면서 그 상사와 사용자인 법무부를 상대로 피해구제를 제기한 사건. “성희롱이 한쪽 성(sex)만을 대상으로 이루어졌고, 고용을 보장하는 조건으로 이루어졌다면, 이는 민권법 7편을 위반하는 성차별의 한 형태이고 (가해자인) 상사의 행위에 관해 사용자는 가해자에 대한 책임이 있다”고 인정했다.

성적 괴롭힘이 성차별이라는 논리는 미국을 중심으로 발전해왔는데 이와 관련한 또 하나의 중요한 판례는 미 연방 대법원의 1986년의 Meritor Saving Bank v. Vinson 사건¹⁷⁾이다. 이 사건은 메리터 은행의 직원인 빈슨이 상사로 부터 성적 괴롭힘을 당했는데 이는 민권법 7편을 위반한 것이라고 하여 은행과 가해자인 상사를 상대로 소송을 제기한 것이다. 연방 대법원은 이를 적대적 환경형 성적 괴롭힘으로 판단하여 민권법을 위반한 것으로 판결했다. 법원이 인용한 판결문은 “한 성(sex)의 구성원들에게 적대적이거나 모욕적인 환경을 조성하는 성적 괴롭힘은 어느 모로 보나 직장에서의 성평등 실현에 대한 장애물로서 이는 특정 인종에 대한 괴롭힘이 인종 평등의 실현을 장애하는 것과 같다. 확실히 어떤 여성 또는 남성에게 고용을 조건으로 성적인 학대를 겪어야 한다고 요구하는 것은 심한 인종 모독적 발언만큼이나 모멸적이고 상대방을 좌절시킬 수 있다. 성적 괴롭힘이 (피해자의) 고용조건을 바꿀 만큼 그리고 적대적인 고용환경을 창출할 만큼 충분히 심각하고 만연하다면 소송가능하다”며 성적 괴롭힘이 성차별임을 인정하였다.

성적 괴롭힘을 차별, 혹은 성차별로 규정하는 것은 크게 두 가지의 근거를 가지고 있다. 하나는 남녀 간의 권력관계에서 여성이 보다 불평등한 지위에 있으므로 평등권을 침해하는 행위로서의 성차별로 보는 시각이 있고, 다른 하나는 모든 사람이 자유롭게 동등하게 일하고 생활할 수 있어야 하는데 직장에서의 고용환경이 성적 괴롭힘에 의해 동등하게 제공되지 않고 있다는 시각이 있다.

먼저, 성적 괴롭힘을 차별로 보는 주요한 이유는 이러한 행위가 남녀 간의 불평등한 권력관계에 기인하기 때문이다. 성적 괴롭힘이 성차별로 인정되는 것은 사회전반의 권력관계에서 여성이 남성과 동등하지 못한 불평등한 지

17) 국가인권위원회, 차별판단지침, 서울, 2008, 100 재인용

18) 국가인권위원회, 차별판단지침, 서울, 2008, 101 재인용

위에 있으므로 인해 발생하며 남성 역시 성적 괴롭힘의 피해자가 될 수 있지만 대부분의 피해자는 여성이기도 하다. 이러한 입장은 미국, 호주, 캐나다 등 성적 괴롭힘을 규정하고 있는 대부분의 국가들에서도 나타나며, 미국은 성적 괴롭힘을 민권법에서 규정하는 성차별의 일종으로 해석하고, 호주는 성차별금지법의 제2부3장 28조에 성적 괴롭힘을 정의하면서 이는 성차별의 하나라고 명시한다. 호주 법원은 “여성이 성적 괴롭힘을 당한 것은 그녀가 남성이 아닌 여성이기 때문에 그러한 괴롭힘을 받은 것이며 이는 분명 성별에 따른 차별”이라는 입장을 나타냈다. 캐나다의 인권법 역시 괴롭힘과 성적 괴롭힘이 차별의 한 형태라는 입장을 취하고 있다.

다음으로, 성적 괴롭힘은 동등하고 자유롭게 일할 권리를 침해한다는 면에서 분명히 평등권을 침해하는 차별행위일 수 있다. 인권의 범주에서 성적 괴롭힘이나 괴롭힘은 타인의 행복과 존엄을 침해하는 인권침해적 행위이다. 이를 차별로 접근하는 캐나다 인권법은 괴롭힘과 성적 괴롭힘 모두 업무능력을 방해하고 직장에서 불이익을 주게 하는 부정적이고 적대적인 직장환경을 조성할 수 있다고 보면서 이를 차별의 한 형태로 정의한다. 온타리오 인권위의 언급은 성적 괴롭힘이 여성에 대한 권력과 권력을 실행하는 방식으로 젠더에 기초한 불평등한 대우라고 지적한다. 물론 인권은 여성에 대한 여성의 성적 괴롭힘과 남성에 대한 남성의 성적 괴롭힘은 물론이고 여성에 대한 남성의 성적 괴롭힘을 보호해야 한다. 그러나 직장에서의 권력관계에서 여성들은 저임금, 저지위의 보다 취약한 상태에 있으며 여성들이 성적 괴롭힘으로부터 더욱 자유롭지 않게 되는 사회적 현실이 존재한다는 점에서 성적 괴롭힘은 특정한 집단과 그 집단에 속한 개인에게 보다 불이익한 결과를 초래하고 있는 것이다.

독일의 평등대우법 입법이유서도 괴롭힘과 성적 괴롭힘을 평등대우 차원에서 보호해야 하는 이유를 특정 집단의 사회적 상황과 관련하여 설명한다.

즉 독일은 ‘차별금지의 문화’가 없는 국가이기도 하지만 현행법에서 차별에 대응할 법적 수단과 관례들이 잘 알려져 있지 않으며 특히 직장에서의 괴롭힘에 대해 충분한 보호를 제공하고 있지 않다고 평가한다. EU의 지침은 특정 집단을 특히 보호할 필요가 있는 것으로 정의하고 보호가 필요한 목록을 수록하고 있는데 독일은 이러한 EU의 지침을 실행하고, 외국인 취업자와 남성 장애인에 대한 괴롭힘 그리고 장애인여성과 소녀에 대한 성적 괴롭힘이 보다 빈번하다는 경험적 조사를 기반으로 괴롭힘과 성적 괴롭힘을 법률의 보호영역으로 포함시켰다. 개인적인 차별 사례들에 기인하여 이를 평등대우에 포함시켰다가 보다는 특별한 보호가 필요한 인적 집단이 존재하며 따라서 이를 평등대우 차원에서 차별을 금지시켜야 한다는 것이 독일 평등대우법에 괴롭힘과 성적 괴롭힘을 명시한 이유였다.

이상에서 살펴본 바에 따르면 성적 괴롭힘은 중대한 인권침해이자 폭력이면서 이에 대한 법률적 보호가 이루어지는 방식에 있어서 특정 집단에 대한 특별한 보호가 필요하다는 인식의 기초 하에 평등권 침해의 차별 행위로 다루어지고 있다.

2. 성적 괴롭힘/괴롭힘에 대한 규정

괴롭힘과 성적 괴롭힘에 대한 법률적 규정을 두고 있는 국가들은 대체적으로 이에 대한 의미와 정의를 내리고 있지만 법조문에 이를 규정하지 않는다 하더라도 별도의 정책과 지침을 통해 성적 괴롭힘이 무엇이며 어떤 경우에 차별이 되는지에 대한 해석과 가이드라인을 제공한다. 괴롭힘과 성적 괴롭힘을 명시하는 국가별 입법례는 다음과 같다.

[표 12] 성적 괴롭힘/괴롭힘 입법례

국가	입법 형태
독일 (일반평등대우법)	성적 괴롭힘/괴롭힘 각각 명시
영국 (평등법)	괴롭힘 명시
프랑스 (형법, 노동법)	형법: 괴롭힘 노동법 : 정신적 괴롭힘/성적 괴롭힘 각각 명시
캐나다 (인권법)	괴롭힘/ 성적 괴롭힘 각각 명시
미국 (민권법)	명시하지 않음
호주 (성차별금지법, 북부준주차별금지법)	성차별금지법: 성적 괴롭힘 명시 북부준주차별금지법 ; 성적 괴롭힘 명시
EU지침	괴롭힘/성적 괴롭힘 각각 명시

차별금지 관련 법률에서 성적 괴롭힘과 괴롭힘을 별도로 명시(독일, 캐나다, EU지침)한 입법례가 있는가 하면, 괴롭힘으로 통합(영국)하여 명시하기도 하고, 혹은 성적 괴롭힘만 명시(프랑스, 호주)하기도 한다. 괴롭힘만을 법률에서 규정한 국가인 영국의 경우 성적 괴롭힘에 대한 조항을 괴롭힘에서 함께 다루고 있으며, 프랑스는 노동법에서 정신적 괴롭힘과 성적 괴롭힘으로 나누어 각각을 차별행위로 규정하고 있다.

성적 괴롭힘을 괴롭힘과 구분하되, 이 둘 모두를 평등대우법에서 규정하고 있는 독일은 EU의 지침을 반영한다. 독일 평등대우법의 괴롭힘은 ‘원하지 않는 행위방식’에 의한 인간 존엄성의 침해가 본질적인 것이며 특히 위협, 적

대시, 멸시, 품위손상과 모욕 등에 의한 인간존엄성 침해는 법에 의해 보호되어야 한다고 보았다. 다만 인간 존엄성을 침해하기에 적합하지 않은 경미한 괴롭힘은 보호의 대상이 아니다. 이러한 괴롭힘의 방식은 언어적이거나 비언어적 방식 모두를 포함하며, 평등대우법에 열거된 모든 차별금지사유 즉 인종, 민족적 출신, 성별, 종교·세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성과 관련이 있는 비방, 모욕 그리고 비하적인 표현, 적대시, 위협과 신체적 침해 등이 해당한다. 또한 인격권, 건강 또는 성적 자기결정을 침해하는 행위는 손해배상 또는 위자료를 청구할 수 있으며 이러한 행위들은 형법의 적용을 받을 수도 있다.

독일의 성적 괴롭힘은 괴롭힘의 법률적 정의구조를 따르고 있는데 성적 괴롭힘은 원하지 않는 행위가 성적으로(sexually) 정의되어야만 하는 차이가 있다. 성적인 것으로 정의되는 행위의 사례들은 성적 행위와 성적 행위의 요구, 성적 신체접촉과 같은 전형적인 사례를 포함하는 것이다.

[표 13] 독일, 캐나다, EU지침의 괴롭힘/성적 괴롭힘 규정

국가	규정내용
<p style="text-align: center;">독일 (일반평등대우법)</p>	<p>제3항 괴롭힘이라 함은, 의사에 반하여 타인의 존엄성을 침해하거나 위협, 적대시, 멸시, 품위손상 또는 모욕 등에 의해 존엄성을 침해하는 분위기를 조성하는 것을 말한다.</p> <p>제4항 성적 괴롭힘이라 함은, 원하지 않는 성적 행위와 성적 행위에 대한 요구, 성적인 것으로 볼 수 있는 신체접촉, 성적인 내용에 대한 언동 및 원하지 않는 음란 표현물의 적시·현출 등 취업자의 의사에 반한 성적 행위가 타인의 존엄성을 침해하거나, 특히 위협, 적대시, 멸시, 품위손상 또는 모욕 등에 의해 존엄성을 침해하는 분위기를 조성하는 것을 말한다.</p>

<p>캐나다 (인권법)</p>	<p>괴롭힘 14조 (1) 다음에 있어서 금지된 차별사유를 근거로 한 개인을 괴롭히는 것은 차별적 관행이다 (a) 공중이 통상적으로 이용할 수 있는 재화, 용역, 편의 또는 시설의 제공 (b) 상업용 부동산 및 주거시설의 제공, 또는 (c) 고용문제와 관련된 사안</p> <p>성적 괴롭힘 (2) 상기 제1항의 일반원칙을 제한하지 않고, 그 항의 목적 범위 내에서 성적 괴롭힘은 금지된 차별사유를 근거로 한 괴롭힘으로 간주된다</p>
<p>EU 지침 (2004/113/EC, 2006/54/EC)</p>	<p>(c) 괴롭힘: 타인의 존엄성을 침해하거나 위협적, 적대적, 품위손상적, 굴욕적 또는 공격적 분위기 조성을 목적 또는 효과로 하는 성별과 관련하여 의사에 반하는 행위가 발생된 경우;</p> <p>(d) 성적 괴롭힘: 모든 형태의 의사에 반하는 성적 특징을 가진 신체적, 언어적 또는 비언어적 행위가 타인의 존엄성을 침해하거나 위협적, 적대적, 품위손상적, 굴욕적 또는 공격적 분위기 조성을 목적 또는 효과로 하는 경우.</p>

캐나다 인권법은 괴롭힘/성적 괴롭힘의 내용에 대한 정의를 담고 있지는 않으나 캐나다 인권위원회의 관련 정책에서 괴롭힘은 ‘원하지 않는 신체 또는 구두의 행위를 통해 상대방을 불쾌하게 하거나 수치심을 느끼게 하는 것’으로 보며 이러한 행위로 다음과 같은 형태를 포함한다.¹⁹⁾

- 협박, 위축, 언어폭력
- 환영받지 못하는 발언, 인종, 종교, 장애, 연령을 주제로 한 농담

19) 캐나다 인권위원회(chrc-ccdp.ca)의 자료 참조.

- 성차별적, 인종차별적 또는 다른 불쾌한 사진, 그림, 포스터 등을 전시
- 성적인 발언이나 행동
- 부적절한 신체접촉
- 육체적 폭력(성폭력 포함)

영국의 평등법은 모두 9개의 개별적 차별금지 관련 법률을 2010년에 평등법으로 통합하면서 괴롭힘에 대한 규정에서 성적인 괴롭힘을 포함하고 있다. 괴롭힘은 ‘원치 않는 행위로 인간 존엄성을 침해하는 위협적·적대적·모욕적·굴욕적·공격적 환경 조성을 목적하거나 효과로 하는 경우’이다. 괴롭힘에 성적 괴롭힘을 포함하여 제한함과 동시에 영국의 평등법은 괴롭힘이 적용되는 차별사유를 제한하고 있는데 영국의 평등법이 모두 9개 사유(연령, 장애, 젠더 전환, 결혼 및 동성결혼, 임신 및 모성, 인종, 종교와 신념, 성, 성적 지향)에 근거한 차별을 금지하지만 괴롭힘은 모두 7개 사유(결혼 및 동성결혼, 임신 및 모성은 제외)에만 적용하여 금지하고 있다.

[표 14] 영국의 괴롭힘/성적 괴롭힘 규정

20) 26 Harassment (1) A person (A) harasses another (B) if - (a) A engages in unwanted conduct related to a relevant protected characteristic, and (b) the conduct has the purpose or effect of - (i) violating B's dignity, or (ii) creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment for B. (2) A also harasses B if - (a) A engages in unwanted conduct of a sexual nature, and (b) the conduct has the purpose or effect referred to in subsection (1)(b), and (c) because of B's rejection of or submission to the conduct, A treats B less favourably than A would treat B if B had not rejected or submitted to the conduct. (4) In deciding whether conduct has the effect referred to in subsection (1)(b), each of the following must be taken into account - (a) the perception of B; (b) the other circumstances of the case; (c) whether it is reasonable for the conduct to have that effect. (5) The relevant protected characteristics are - age;

국가	규정내용
영국 (평등법)	<p>26 괴롭힘(harassment)²⁰⁾</p> <p>(1) 어떤 사람(A)은 다음과 같은 경우에 다른 사람(B)을 괴롭히는 것이다.</p> <p>(a) A가 관련 보호대상 특성과 관련된 원치 않는(unwanted) 행위에 종사하고,</p> <p>(b) 그 행위가 다음의 목적 또는 효과를 가지는 것</p> <p>(i) B의 존엄성을 침해하는, 또는</p> <p>(ii) B에 대하여 위협적이거나, 적대적이거나, 모욕적이거나, 굴욕적이거나 혹은 공격적인 환경을 조성하는</p> <p>(2) A는 또한 다음과 같은 경우에도 B를 괴롭히는 것이다.</p> <p>(a) A가 성적(性的)인 성격의 원치 않는 행위에 종사하고,</p> <p>(b) 그 행위가 (1)항 (b)호에서 언급된 목적 또는 효과를 가지는 것</p> <p>(3) A는 또한 다음과 같은 경우에도 B를 괴롭히는 것이다.</p> <p>(a) A 혹은 다른 사람이 성적(性的) 성격의 원치 않는 행위 또는 성전환이나 성별과 관련된 원치 않는 행위에 종사하고,</p> <p>(b) 그 행위가 (1)항 (b)호에서 언급된 목적 또는 효과를 가지며,</p> <p>(c) 그 행위에 대한 B의 거부 또는 복종을 이유로 하여, A가 만약 B가 그 행위를 거절하지 않거나 그 행위에 복종했다면 B를 대우했을 것보다, A가 덜 호의적으로 B를 대우하는 것</p> <p>(4) 행위가 (1)항 (b)호에서 언급된 효과를 가지는지 여부를 결정함에 있어서, 다음과 같은 각 사항이 고려되어야 한다.</p> <p>(a) B의 인식</p> <p>(b) 사안의 여타 상황</p> <p>(c) 그 행위가 그러한 효과는 갖는 것이 합리적인지 여부</p> <p>(5) 관련 보호대상 특성은 다음과 같다.</p> <p>연령; 장애; 성전환; 인종; 종교 혹은 신념; 성별; 성적 지향;</p>

disability; gender reassignment; race; religion or belief; sex; sexual orientation.

성적 괴롭힘만을 별도로 규정하고 있는 국가는 프랑스와 호주이다. 특히 프랑스는 별도의 인권법 혹은 차별금지법이 아닌 형법과 노동법에서 이를 규정하고 있는데 형법에서는 성적 괴롭힘을, 노동법에서는 정신적 괴롭힘과 성적 괴롭힘으로 구분하여 이를 금지하고 있다. 그러나 이들 각 규정들이 정신적 괴롭힘과 성적 괴롭힘이 무엇인가를 정의하는 것이 아니라 정신적/성적 괴롭힘의 대상이 되어서는 아니되며 가해자에 대한 징계와 피해자에 대한 구제 조치 등을 규정하고 있는 조항들이다. 호주의 성차별금지법은 제2부 3장에서 성적 괴롭힘에 대한 규정을 담고 있다. 2부는 성적으로 다른 사람을 괴롭히는 것에 대한 규정을 담기 위한 것인데 여기서 성적인 행위는 ‘구두로 혹은 문서로 성적인 것을 의미하거나 성과 관련된 행위’를 말한다. 호주 인권위원회(HROC)은 성적 괴롭힘에 대한 정책적 가이드라인을 통해 이에 대한 자세한 설명을 제공한다. 여기서 성적 괴롭힘이란 “상대방에게 거부감을 주고 수치심과 모욕감을 주는 환영받지 못할(unwelcome) 성적 행위로서 상대방의 이러한 반응이 타당할 경우”를 의미한다. 예시하는 성적 괴롭힘은 다음과 같다(김윤재 외, 2006).

- 원하지 않는 접촉, 포옹, 키스
- 흘려보거나 결눈질 하는 경우
- 선정적 멘트나 농담
- 선정적 사진, 스크린보호막, 포스터
- 원치 않는 데이트 신청이나 성관계 요구
- 근로자의 사생활이나 신체에 관한 불필요한 질문
- 불필요한 친절
- 특정 성별에 대한 모욕 또는 비난
- 성적 표현의 이메일이나 문자메시지
- 성관련 인터넷 사이트 노출

- 신체적 공격, 음탕한 노출, 성적 괴롭힘, 스토킹, 음란내용 대화 등 형사법 상 처벌이 가능한 행동들

호주 성차별금지법에 규정된 성적 괴롭힘은 민법에 해당되지만 일부 성적 괴롭힘은 형법에 의해서도 처벌되는데 이는 신체적 괴롭힘이나 공격, 음탕한 노출, 성적인 공격, 스토킹, 음란한 대화(전화, 편지 등)이 해당한다.

성적 괴롭힘에 대한 국내적 정의는 국가인권위법과 남녀고용평등 및 일가정양립지원에 관한 법, 여성발전기본법 등에서 정의되고 있으며, 이는 괴롭힘에 대한 별도의 규정은 없이 성적 괴롭힘(성희롱)만을 규정하고 있다.

[표 15] 성적 괴롭힘에 대한 국내 입법례

법률	규정 내용
국가인권위원회법	5. “성희롱”이라 함은 업무, 고용 그 밖의 관계에서 공공기관의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 직위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 그 밖의 요구 등에 대한 불응을 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말한다.
남녀고용평등 및 일가정양립지원법	제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 2. “직장 내 성희롱”이란 사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 고용에서 불이익을 주는 것을 말한다.

여성발전기본법	<p>제3조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.</p> <p>4. “성희롱”이란 업무, 고용, 그 밖의 관계에서 국가기관·지방자치단체 또는 대통령령으로 정하는 공공단체(이하 “국가기관 등”이라 한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자가 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하는 경우를 말한다.</p> <p>가. 지위를 이용하거나 업무 등과 관련하여 성적(性的) 언동(言動) 등으로 상대방에게 성적 굴욕감이나 혐오감을 느끼게 하는 행위</p> <p>나. 상대방이 성적 언동이나 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 고용상의 불이익을 주는 행위</p>
---------	--

성적 괴롭힘과 관련하여 논쟁의 여지가 있는 부분은 ‘성적(sexual)’의 범위를 어디까지 보는가와 이를 특정한 차별금지사유에 제한할 것인가의 문제가 있다. 성적 괴롭힘은 차별금지사유라기 보다는 차별의 유형 즉 직접차별, 간접차별, 괴롭힘, 성적 괴롭힘으로 분류되는 차별 유형 중의 하나이므로 해당 법률에서 금지하는 차별사유에 따라 그러한 사유에 근거한 성적 괴롭힘인 경우에 차별로서 보호받는다. 예를 들어, 미국의 민권법은 ‘성적 지향’의 사유를 열거하지 않고 있기 때문에 성별에 근거한 성적 괴롭힘은 보호를 하지만 “단지 동성애라는 이유로 괴롭힘을 당했을 때 민권법으로 보호를 받지 못한다(김윤재 외, 2006)”고 한다. 이는 성적 괴롭힘의 가해자가 여성인지 남성인지 혹은 동성애자인지 이성애자인지 등의 문제가 아니라 성적 괴롭힘의 ‘성적’인 행위에 해당하는 괴롭힘이어야 차별로 보호받을 수 있다는 점이다. 그런 의미에서 동성 간의 ‘성적’ 괴롭힘은 성별에 근거한 차별이며 이는 보호의 대상이다. 미국의 판례들은 이성애자 남성이 이성애자 남성에게 한 성적 괴롭힘이 성적 욕망에서 비롯된 것이 아니라 할지라도 명백히 성적 의미를 담고 있는 위법적인 가해행위라고 인정²¹⁾했으며, 호주의 경우도 동성애자 남성이 이성애

자 여성에게 한 성적 괴롭힘에 관하여 법원은 가해자의 성적 지향은 성적 괴롭힘에 해당하는 지를 판결하는데 영향을 미칠 수 없다²²⁾고 보았다. 성적 괴롭힘은 행위 당사자 및 피해자의 성별이나 성적 지향에 영향을 받지 않는다고 볼 수 있다.

그렇다면 성적 괴롭힘은 젠더 혹은 젠더 정체성에 근거한 괴롭힘과는 어떤 관계인가. 젠더를 사회문화적 성으로 제한하여 해석할 경우 성역할에 근거한 괴롭힘(gender-based harrasment)은 성적 괴롭힘으로 볼 수 있는가. 미국의 판례는 성적 괴롭힘을 광범위하게 해석하고 있는데 ‘성적’ 의미를 담지 않더라도 성별을 근거로 여자 또는 남자 집단 전체에 대한 적대적이고 경멸적인 발언을 포함하여 개인을 괴롭히는 것은 위법적인 것으로 판단한다. 예를 들어, “여자 주제에 무엇을 아느냐, 여자는 그저 집 잘 지키고 아이들 잘 키워야 한다”는 언급은 고용 상 성별에 근거한 괴롭힘이 성립될 수 있다는 것이다. 온타리오 인권법에서도 성적 괴롭힘이 항상적으로 성적인 의미를 담는 것은 아닐 수 있으며 이는 그/그녀의 젠더에 근거하여 개인을 괴롭히는 언행을 포함할 수 있다고 보았다. 온타리오 인권법은 성적 괴롭힘과 젠더에 근거한 불평등한 대우가 권력관계에 기반해 실행되는 것이라는 점에 보다 주목한 것이다. 젠더 정체성은 인권법에 열거되어 있지만 법률적 구조로 보아 ‘성(sex)’에 근거한 이해는 ‘젠더 정체성’을 지지할 수 있고 ‘젠더 정체성’에 근거한 차별과 괴롭힘을 받은 개인을 보호한다는 것이 온타리오 인권위의 입장인 것이다(OHRC, 2009). ‘성(sex)’에 근거한 차별 또는 괴롭힘 없이 동등한 대우를 받을 권리는 모든 개인에게 적용되며, 온타리오 인권위는 이러한 보호를 ‘젠더 정체성(gender identity)’으로 확대한다. 그러나 이러한 정책은 출생 시 부여된 정체성에서 기인한 ‘젠더 정체성’에 초점을 맞추고 있다.

21) Oncale v. Sundowner Offshore Service, Inc., 523 U.S. 75(1998)

22) Font v. Paspaley Pearls [2002] FMCA 142

우리나라의 인권위는 ‘성적 괴롭힘’을 차별의 한 형태로 보고 이를 금지하고 있으나 인권위법에서 차별사유를 제한하고 있지는 않다. 법률적 구속력이 없지만 2008년의 인권위 차별판단지침은 성역할에 근거한 괴롭힘(gender harassment)은 성적 괴롭힘으로 보지 아니(인권위, 2008:117)하며, 이는 일반적인 성차별에 근거하여 판단할 것을 언급하고 있다.

성적 괴롭힘은 성차별금지법을 비롯하여 일반적인 차별금지법이나 평등법 등에서 차별의 형태로 간주하고 있다. 성적 괴롭힘에 적용되는 차별금지사유에 대해 국가별 차이는 있지만 대부분 인종, 장애, 성, 성적지향 등은 해당 사유에 속한다. 국가인권위의 차별금지법 권고(안)은 성적 괴롭힘을 별도로 규정하지 않고 괴롭힘을 ‘개인이나 집단에 대하여 신체적 고통을 가하거나 수치심, 모욕감, 두려움 등 정신적 고통을 주는 일체의 행위를 말한다’고 정의했으며 이는 성별, 장애, 인종, 출신국가, 출신민족, 피부색, 성적 지향으로 사유를 제한했다. 차별금지 관련법에 성적 괴롭힘을 명시하는 것은 성적 괴롭힘이 차별의 한 형태이며 이는 해당 법률이 주목하여 보호하고자 하는 개인과 집단에 대한 중대한 차별금지유형이다. 따라서 젠더 관련 국내법에서 성차별 혹은 일반적 차별금지를 목표로 할 때 성적 괴롭힘은 물론 괴롭힘에 대한 법률적 규정은 반드시 필요한 부분이다.

VI. 정책적 제언

이 연구에서는 젠더(gender) 관련 개념에 대한 입법례 검토를 통해 향후 이와 관련한 입법을 추진할 경우 차용되어야 할 법률적 용어와 그로 인한 차별금지의 사유 및 유형에 대해 검토했다. 우리나라의 경우 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률이 폐지된 이후 여성차별, 성차별을 별도로 금지하는 개별적인 차별금지법은 제정되어 있지 않다. 남녀고용평등 및 일가정양립지원에 관한 법률은 고용영역을 중심으로 성평등에 접근하고 있으며, 여성발전기본법은 국가와 지방자치단체의 책무를 중심으로 성평등에 접근하고 있다. 차별금지 관련 법률은 구체적인 평등권 침해를 받은 개인에게 피해를 구제하기 위한 진정을 통해 법률적 조치를 하는 것을 담게 된다. 차별을 철폐하기 위한 국제사회의 노력은 세계인권선언 이후 지속적으로 제기되어 왔고, 개별국가들은 성별, 장애, 연령, 인종 등과 같은 주요한 차별사유를 중심으로 이를 금지하기 위한 입법을 추진해왔으며 이는 최근에 각각의 사유에 기초한 개별적인 입법보다 차별금지사유를 열거 혹은 예시함으로써 다양한 차별금지사유를 하나의 법률로 통합하는 입법을 추진하는 경향이다. 우리의 경우 이러한 입법의 유형은 2006년 인권위가 권고한 차별금지법(안)이 그러한 형태라 할 수 있다. 통합적이고 일반적인 실체법으로서의 차별금지법이든 개별적 차별금지법이든 성 혹은 젠더에 기초한 차별금지사유는 관련 입법에서 반드시 반영되어야 부분이다. 이 연구에서는 매우 제한적이거나 외국의 입법례를 통해 성(sex), 젠더(gender), 성적 지향(sexual orientation), 성적 정체성(sexual identity), 성별 정체성(gender identity), 임신 및 출산, 혼인상황(marital status), 가족상황(family status)의 차별사유와 괴롭힘(harrassment)과 성적 괴롭힘(sexual harrassment)의 차별유형이 차별금지 관련 법률에 반영되어 있는 방식을 검토하였다. 이를 기초로 젠더 관련 차별금지 입법에서 고려되어야 할 사항을 제시하면 다음과 같

다.

첫째, 젠더 관련 입법에서 사용하는 사유가 성(sex)인지 젠더(gender)인지를 명시하고 이에 대한 개념을 법률적 용어로 정의하는 것이 필요하다. 성차별은 여성차별로 제한되지 않고 있으며 남성의 경우에도 적용되고 있다. 점차 성(sex)의 개념적 확장이 이루어지고 있으며 젠더와의 구분이 모호해지고 있음을 감안해야 한다. 따라서 성 혹은 젠더 차별이 여성, 남성, 혹은 기타 여성 또는 남성으로 분류하기 어려운 성을 포괄하는 것을 의미하는 것인지를 규정해야 한다.

둘째, 성 혹은 젠더 관련 차별이 포함할 수 있는 별도의 차별사유들을 검토해야 한다. 예를 들어, 임신 및 출산, 혼인상황, 가족상황을 성 혹은 젠더 차별과 별도의 사유로 간주할 것인지, 아니면 성 혹은 젠더 차별이 이러한 차별사유를 포함하는 것인지를 규정해야 한다.

셋째, 성 혹은 젠더 관련 차별금지 입법에서 차별유형으로 괴롭힘과 성적 괴롭힘을 포함해야 한다.

넷째, 성 혹은 젠더 관련 차별금지사유를 구체적으로 열거할 경우 성적 지향, 성적 정체성, 성별 정체성 등의 사유들과의 관계를 고려해야 한다. 이는 성 혹은 젠더를 정의하는 방식에 따라 달라질 수 있을 것이다. 이미 검토된 여러 개념들 간의 중복 혹은 교차를 고려할 수 있으나 이는 해당 국가의 사회적 문화적 맥락에서 이해되는 방식과 수준을 고려할 수 있어야 한다.

다섯째, 젠더 관련 차별금지 입법은 차별금지 관련 법률의 입법형태를 고려해야 하는데 성 혹은 젠더에 대한 개별적 차별금지법을 제정할 경우 제한적이고 분명한 법 제정의 목표를 가지는 것이 효과적일 수 있으며, 개별법으로 포괄되지 않는 다양한 사유는 일반적 차별금지법에 포함시키는 방안을 생각할 수 있다.

참고문헌

- 강진령, 「상당심리 용어사전」, 양서원, 2008
- 국가인권위원회, 「국가인권위원회법 해설집」, 2005, 277-278
- 국가인권위원회, 「차별판단지침」, 2008, 52
- 김윤재 외, 「차별판단지침에 대한 외국사례 조사(성별군 분야)」, 국가인권위원회, 2006, 62
- 김준우, “차별금지법 제정의 뜨거운 감자 ‘성적지향/성별정체성’ ”, 서울, 반차별공동행동, 2010, 7
- 박명진 외(역), 「문화이론사전」, 패러다임총서, 한나래, 384
- 법무부, 「독일 평등대우법의 제정과정에 관한 연구」, 2008, 38
- 법무부, 「각국의 차별금지법 제2권」, 2008, 16, 379-397
- 변혜정, “섹스, 젠더, 섹슈얼리티의 역할 : 여성으로 살아가기”, 서울, 늘푸른여성지원센터, 2004, 13
- 이현정·우종민(역), 「섹슈얼리티와 과학의 대화」, 도서출판 한울, 2001, 14-26
- 장서연, “차별금지법에서 재정의하고자 하는 ‘가족’이란”, 서울, 가족구성권연구모임 6차가족정책포럼, 상상연구소, 2010, 4
- 정정훈·장서연, “성적 지향을 이유로 한 차별금지”, 법무부 차별금지특별분과위원회 발표자료, 1
- American Psychological Association, 「APA concise dictionary of psychology」, American Psychological Association, 2009
- Leonard W. Levy; Kenneth L. Karst, 「Encyclopedia of the American Constitution」 Volume 5, 2nd Edition, United States of America, Gale Group(Macmillan Pub), 2000, 2398-2400, 2403-2404

Oliver Leaman; Glennys Howarth, 「Encyclopedia of death and dying」

London : Routledge, 2001

Charles B. Nemeroff; W. Edward Craighead, 「The concise Corsini encyclopedia of psychology and behavioral science」 Hoboken, 2004

Ulaanbaatar, 「Law of Mongolia on Promotion of Gender Equality」, 2009

Socialist Republic of Vietnam, 「The Law on Gender Equality」, 2006

http://www.hreoc.gov.au/sex_discrimination/publication/guide/index.html

<http://www.sweden.gov.se/sb/d/8366>

<http://www.nyc.gov/html/cchr/pdf/hrl.pdf>

<http://www.nt.gov.au/justice/adc/>

<http://www.ohrc.on.ca/>

http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90h19_e.htm