출산휴가로 근로조건에 있어 우선권을 행사할 수 없는 것이 성별에 의한 차별에 해당되는지 여부[1)]

1. 사건개요

재판소원의 청구인은 청소전문업체에 고용된 정규직 시간제근로자로 주당 20시간 D 보건소에서 근무하였다. 청구인은 고위험임신으로 2010. 3. 28.로부터 일 년간 휴직하였고 출산하게 되었다. 같은 해 7. 5. 상기 회사는 다른 여성을 정규직 시간제근로자로 채용하여 동일한 청소 업무를 하되 주당 30시간 새로 설립된 A 보건소에서 근무하도록 하였다. 청구인은 회사에 복직하여 (회사와 다른 여성이 체결한) 새로운 근로계약에 대해 2011. 4. 20. 알게 되었고, 자신의 근로계약이 더 이전에 체결된 것이고 '카디스 도[2)]의 건물과 지역 상점의 청소에 관한 단체협약'[3)](이하 '단체협약') 제23조의 우선권(derecho preferente)[4)]을 주장하면서 자신도 새 보건소에서 일하고 근무시간을 20시간에서 30시간으로 확대해 줄 것을 회사에 요청하였으나 받아들여지지 않았다.

청구인은 헤레스 데 라 프론테라(Jerez de la Frontera) 단독법원에 이러한 내용을 주장하였고, 2013. 10. 21. 단독법원은 청구인(원고)의 주장을 인용하여 청구인이 주당 30시간 새 보건소에서 근무하도록 하고, 발생한 손해와 관련하여 2011. 4. 21.로부터 기산하여 일일 7.01 유로를 회사가 청구인에게 지급하도록 명하였다. 상기 판결이유에서 이 사안의 경우 단체협약 제23조에 위배될 뿐만 아니라, 헌법 제14조에 따른 평등권과 성별에 의한 차별을 받지 않을 권리에도 반한다고 설시하였다. 한편, 회사는 단체협약상 우선권의 대세효(erga omnes)를 전제로 해서 회사에게 의무를 지도록 하는 것이 현실과

---

1) 제2부 2017년 1월 16일 결정, 판례번호 2/2017.
2) 카디스는 스페인 52개의 도(provincia) 중의 하나이다.
3) Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales comerciales para la provincia de Cádiz.
4) 카디스 도의 건물과 지역 상점의 청소에 관한 단체협약 제23조: (…) 시간제 근로계약. 시간제 근로계약에 따른 기업의 근로자는, 기업에서 근무시간을 확대하는 계약을 새롭게 할 필요가 있는 경우 제3자에 대해서 우선권을 갖는다. (…)

동떨어진 기준이라고 주장하면서 안달루시아(Andalucía) 고등법원에 항소하였는데, 2015. 3. 9. 고등법원은 회사(항소인)의 주장을 받아들여 원심을 파기했다. 당해 판결이유에 따르면, D 보건소에서 근무 중이었던 청구인이 고위험임신에 의한 일시적 노동 불능 상태였고, 다른 여성이 새 보건소에서 근무하게 된 것은 "필요"에 의한 것이었지 청구인을 차별 대우한 것이라고 볼 수 없다고 판시하였다. 이에 대해 청구인은 2015. 5. 12. 헌법재판소에 재판소원을 청구하였다.

2. 결정요지

(1) 본안판단에 앞서, 청구인이 안달루시아 고등법원에 사법부조직법 제241조[5]의 부수적 무효소송(incidente de nulidad de actuaciones)[6]을 제기하지 않아 사전권리구제절차를 거치지 않았다는 검찰의 주장을 검토해 보고자 한다. 부수적 무효소송을 제기하기 위한 요건으로 동 조문에 따르면 첫째, 기본권의 침해가 있었으며 최종 판결 선고 전에 제기할 수 없었던 것이어야

---

5) 사법부조직법 제241조: ① 일반적으로 부수적 무효소송은 허용되지 않는다. 그러나 예외적으로 원고적격을 가지거나 가져야 하는 자는 헌법 제53조 제2항에 따른 기본권의 침해가 있는 경우 서면으로 무효소송의 확인을 제기할 수 있는데, 최종 판결 선고 전에 제기할 수 없었던 것이어야 하고, 해당 판결이 일반소송이나 특별소송에 의해 제기될 수 없어야 한다.
본 소송은 확정 판결을 내린 법원이나 재판소가 관할권을 가진다. 무효를 제기할 수 있는 기간은 판결 통지로부터 20일 이내이거나 무방어에 기인한 결함을 인식한 때인데, 후자의 경우 판결 통지 후 5년이 경과되면 무효소송을 제기할 수 없다.
법원이나 재판소는 간결한 이유가 명시된 결정을 통해 다른 사항에 대해 이의제기하는 소송을 불수리한다. 이 불수리결정에 대해 어떠한 불복도 허용되지 않는다.
② 본조 전항에 규정된 흠결에 기초해서 서면에 의한 무효소송이 수리되더라도, 이 소송이 목적을 상실하는 것을 막고자 정지하기로 명시적으로 합의하지 않는 이상, 확정력을 갖는 결정 내지 판결의 효력과 집행은 정지되지 않는다. 이 소장과 경우에 따라 소에 의해 제기하는 흠결 내지 결함을 증명하기 위한 관련 문서의 등본을 다른 당사자들에게 송달하고, 5일 기간 내에 자신의 주장을 서면으로 작성하여 관련있는 서류도 함께 제출한다.
무효가 받아들여지는 경우 원인이 된 흠결 이전의 상태로 절차가 회복되고, 그 후에 확립된 법적 절차를 따른다. 무효가 기각되는 경우 결정을 통해 원고에게 모든 소송비용을 부담케 하고, 만약 법원이나 재판소에서 소송이 무분별하게 제기되었다고 판단하는 경우 원고에게 90에서 600 유로의 벌금을 부과한다.
이 무효소송 판결에 대해 어떠한 불복도 허용되지 않는다.

6) 헌법소원심판의 청구에 앞서, 일반법원에 기본권 침해를 제기하고 이를 해결할 수 있도록 하는 부수적 무효소송과 관련하여, 「세계헌법재판동향」에 번역 및 소개된 스페인 헌법재판소의 여러 결정들을 참조해 볼 수 있다. 대표적인 결정으로 "공직자 부패를 폭로한 출판사의 표현의 자유 침해여부에 대한 재판소원" 사건(「세계헌법재판동향」 2015년 제2호, 77-82면)이 있고, 그 외에 "CCTV에 의한 교직원 징계처분에 대한 재판소원" 사건(「세계헌법재판동향」 2014년 제5호, 62-65면), "사법기관의 이유설시 의무에 대한 재판소원" 사건(「세계헌법재판동향」 2015년 제4호, 87-90면) 등이 있다.

하고, 둘째, 해당 판결이 일반소송이나 특별소송에 의해 제기될 수 없었어야 하는데, 첫 번째 요건과 관련하여 이 사건의 청구인은 고위험임신과 출산휴가로 자신의 근로조건 개선에 관하여 우선권이 인정되지 않은 것에 대해 1심에서부터 단체협약에 위배될 뿐만 아니라 헌법적 측면에서 성별에 의한 차별이라고 주장했고, 이 쟁점은 재판 과정 중에 계속 문제되어 심지어 회사 측에서도 이를 염두에 두고 반박하고자 하였다. 이러한 사정을 감안할 때, 청구인이 형식상 안달루시아 고등법원에 부수적 무효소송을 제기하지 않은 것을 가지고 비난할 수는 없다.

(2) 헌법 제14조[7]에서 성별에 의한 차별을 받지 않을 기본권을 인정하고 있다. 입법자는 이 기본권의 효력을 보장하고, 동등한 대우와 성별에 의한 차별 금지에 관한 유럽의 규범에 부합하기 위해 유럽 지침[8]을 국내법으로 수용하였고, 2007년에 '여성과 남성의 효과적인 평등을 위한 조직법 3/2007'[9]을 제정하였다. 동 조직법 제8조에서 "임신이나 출산과 관련하여 여성에 대한 모든 불리한 대우는 성별에 의한 직접적인 차별에 해당된다."고 명시하고 있다. 이와 유사하게, 근로기준법(Ley del Estatuto de los Trabajadores) 제4조 제2항 c)에서 근로자의 권리로 "고용을 위해 또는 한 번 고용된 이상, 성별을 이유로 직접적이나 간접적으로 차별을 받지 않는다."고 되어 있고, 제17조 제1항에서 직접적이나 간접적인 차별을 야기하는 사업자의 행위를 무효로 한다고 규정하고 있다.

보다 구체적으로, 헌법재판소는 임신과 이에 따른 여성의 근로조건과 관련하여, "(임신은) 생물학적으로 명백한 사실에 기초하여 차이가 발생하는 요

7) 헌법 제14조: 스페인 국민은 법 앞에서 평등하며 출생, 인종, 성별, 종교, 의견 또는 기타 개인적 또는 사회적 조건 또는 상황을 이유로 차별받지 아니한다.

8) Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions; Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services.

9) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

소 내지 원인(elemento o factor diferencial)으로 여성에 대해서만 배타적으로 영향을 미친다."고 이전의 결정에서 확인한 바 있다.[10] 이러한 맥락에서, "생물학적인 조건과 일하는 여성의 건강 보호는, 여성의 직업에 관한 권리를 유지하는 것과 양립되어야 하며, 임신이나 출산을 이유로 과소평가되거나 피해를 받게 된다면 성별에 의한 직접적인 차별을 구성하게 된다."[11] 물론 233/2007 결정[12]에서도 설시되었지만, "헌법 제14조에서 출산의 장려(promoción de la maternidad)를 구체적으로 명시하고 있지 않으나, 헌법 제14조는 이러한 상황에 처한 일하고 있는 여성의 합리적인 이익이나 권리의 제한, 더 악화된 대우(trato peyorativo)와 모든 차별을 금지하고 있으며, 출산과 관련된 권리를 제한하거나 합당하게 출산한 사실행위로 인해 부정적인 고용 결과를 야기하는 것은 헌법 제14조에 반하는 요인이 될 수 있다."

마찬가지로 상기 결정에서, 엄격한 의미에서 출산의 권리를 행사하는 것에 상반되는 회사의 결정이 있는 경우, 또한 여성이 출산과 관련된 권리를 행사하는데 장애가 있는 경우, 고용을 유지하기 위해 여성이 남성과의 차이를 감내하는 현실적인 불이익 - 남성과 달리 여성이 출산과 수유로 인해 직장을 관두는 비율이 통계적으로도 제시되고 있고, 특히 어린 자녀를 둔 여성의 경우, 원인이 다양할 수는 있지만, 복직하거나 근무를 계속 하는데 어려움이 있는데, 이는 동일한 상황에 있는 남성과 비교했을 때 여성이 명백히 불리한 사회적 범주(categoría social)에 위치하게 된다. - 이 있어 보상할 필요가 있다는 것이 성별에 의한 차별을 받지 않을 권리에 영향을 끼친다고 판단하였다.

따라서 헌법 제14조의 성별에 의한 차별금지 조항이 실효성을 갖도록 하기 위해 헌법재판소는 일반적 평등원칙의 측면에서 규범에 의한 차별이 정

10) 제1부 2005년 7월 4일 결정, 판례번호 175/2005; 제2부 2006년 7월 3일 결정, 판례번호 214/2006; 제1부 2006년 12월 11일 결정, 판례번호 342/2006.
11) 제1부 2005년 7월 4일 결정, 판례번호 182/2005; 제1부 2008년 6월 23일 결정, 판례번호 74/2008; 제1부 2008년 7월 21일 결정, 판례번호 92/2008.
12) 제2부 2007년 11월 5일 결정, 판례번호 233/2007.

당화되는지를 심사하는 합리성 심사보다 더 엄격한 심사를 확립하였다. 종전의 결정[13]에서도 헌법재판소가 확인하였지만, "규범에 의한 차별의 합리성을 확인할 뿐, 목적과 수단 간의 비례성이 요구되지 않는 일반적 평등원칙과는 달리, 헌법 제14조에 포함된 차별금지는 헌법에 명시되어 있는 (출생, 인종, 성별, 종교, 의견 또는 기타 개인적 또는 사회적 조건을 이유로 하는) 차별에 관한 불합리성의 판단(juicio de irrazonabilidad)에 대한 것이고, 이는 입법자에 의해 예외적인 경우에만 법적 차별의 기준으로 사용될 수 있는바, 합헌성의 판단을 함에 있어서도 목적과 수단의 가치적 균형성(parificación)을 필요로 하는 비례성과 같은 더 엄격한 심사를 해야 한다.

(3) 살피건대, 증명된 사실에서도 드러나듯이 청구인은 자신의 근로조건에 있어 피해 내지 더 악화된 대우를 받았는데, 시간제근로자의 이익을 위해 근무지 및 다른 근무시간이 허용되는 단체협약상의 우선권을 행사할 수 없는 부정적인 결과가 발생했고, 만약 새 근무지의 근무시간을 확대할 회사 측의 필요가 제기되었을 당시에 청구인이 재직 중이었다면 청구인은 우선권을 행사할 수 있었을 것이다. 이러한 피해 내지 더 악화된 대우는 고위험임신과 출산으로 휴직에 있었던 여성이라는 조건에 기인한다. 청구인은 고위험임신과 출산휴가로 단체협약상의 자신의 권리를 행사할 수 없었을 뿐더러, 회사 측의 필요가 제기되었을 당시에 (재직 중이어서) 우선권을 행사할 수 있었을 시간제근로자인 다른 동료들보다 더 나쁜 조건(peor condición que el resto de sus compañeros de trabajo a tiempo parcial)의 상황에 놓이게 되었다.

회사는 청구인에 대해 우선권을 행사할 수 있는 기회를 제공했어야 했고, 만약 이러한 기회를 가졌을 다른 시간제근로자들과 동등하게 대우를 했어야 한다. 회사 측에서의 새로운 필요가 대두되어 시간제근로자가 우선권을 행사할지 여부를 회사가 휴직 중인 자에게 통보하지 않고, 또 이미 다른 사람을 채용하였다는 이유로 복직 후에도 청구인의 우선권을 인정하지 않은 것은,

13) 제1부 2014년 5월 5일 결정, 판례번호 66/2014; 제1부 2016년 10월 3일 결정, 판례번호 162/2016.

청구인에게 근무시간 확대 및 근무지 이전의 우선권을 행사할 수 있는 기회가 상실되는 부당한 결과를 초래하였다. 이에 따라, 회사의 행위로 인하여 성별에 의한 차별을 받지 않을 청구인의 권리가 침해되었고, 청구인을 다른 동료들과 비교했을 때 일하는 여성으로서 불이익을 받게 하는 것은 헌법 제14조에 반한다.

3. 주문

첫째, 성별에 의한 차별을 받지 않을(a no sufrir discriminación por razón de sexo) 청구인의 권리(헌법 제14조)가 침해되었음을 확인한다.

둘째, 청구인의 권리회복을 위해 안달루시아 고등법원의 판결을 무효로 하고, 헤레스 데 라 프론테라 단독법원의 판결을 확정한다.

4. 각하의견

Pedro José González-Trevijano Sánchez 재판관

헌법소원의 보충적 성격을 뒷받침하는 요건인 사전권리구제절차를 거치지 않았으므로 이 사건을 각하했어야 했다. 헌법재판소에 재판소원을 청구하기 전에, 안달루시아 고등법원에 부수적 무효소송을 제기하여 동 고등법원에서 평등권의 위반 가능성 여부를 다투고 청구인의 헌법 제14조에 따른 기본권 침해를 회복할 수 있는 새로운 판결을 선고하도록 했어야 했다.