고용차별금지법의 국제비교

- 영미법계의 연령·장애 차별금지법제를 중심으로 -

조 용 만

목 차

요 약	i
제1장 서 론	1
제1절 연구의 목적과 대상	1
제2절 차별 개념과 고용차별금지의 필요성	3
1. 헌법상의 평등 개념	3
2. 현행 법률상의 차별 개념	4
3. 연령차별과 장애차별의 개념	6
4. 형식적 평등과 결과적 평등 및 기회평등의 비교	9
5. 고용차별금지의 필요성	12
제2장 고용차별금지 관련 국내법의 현황과 한계	16
제1절 근로기준법	19
1. 채용제한	19
2. 근로조건에서의 균등대우	20
3. 동일가치노동에 대한 동일임금	22
4. 해고의 제한	30
5. 정년제	35
제2절 장애인고용촉진 및 직업재활법	39
1. 법적용의 대상이 되는 장애인의 개념	39
2. 장애인에 대한 사업주의 차별대우금지	44
3. 장애인고용의무제 및 고용부담금제	45
4. 국가 및 지자체의 보호고용 실시의무	49

제3절	고령자고용촉진법	50
1.	준고령자 및 고령자에 대한 사업주의 차별대우금지	50
2.	고령자기준고용률제도	52
3.	60세 정년장려제도	56
제4절	국가인권위원회법	57
1.	구제절차 및 구제수단에 관한 법의 내용	57
2.	한계	59
제3장	고용차별금지에 관한 국제규범	60
제1절	국제노동기구(ILO)의 협약과 권고	60
1.	고용·직업에서의 차별금지에 관한 협약	62
2.	동일가치노동 남녀동일임금에 관한 협약	65
3.	장애인 직업재활 및 고용에 관한 협약	67
4.	단시간(파트타임)근로에 관한 협약	68
5.	고용차별금지 내지 평등대우에 관한 기타의 협약	70
제2절	유럽연합(EU)의 조약과 지침	71
1.	유럽공동체조약	73
2.	고용과 직업에서의 평등대우에 관한 지침	74
3.	남녀의 동일임금 및 평등대우에 관한 지침	81
4.	단시간근로 및 유기근로(有期勤勞)에 관한 지침	84
제3절	시사점	85
제4장	미국의 고용차별금지법	89
제1절	법제의 개관	89
제2절	연령차별금지법	91
1.	적용범위	94
2.	차별의 사유와 유형	97
3.	차별에 해당하지 않는 사유	104
4.	차별금지의 영역	107

5. 차별구제	109
제3절 장애인법	111
1. 적용범위	112
2. 차별의 사유와 유형	113
3. 차별에 해당하지 않는 정당 사유	123
4. 차별금지의 영역	124
5. 차별의 구제	125
제4절 시사점	128
1. 차별보호 대상자의 범위	128
2. 차별 판단기준	129
3. 차별금지 영역	131
4. 차별구제	131
제5장 영국의 고용차별금지법	132
제1절 법제의 개관	132
제2절 장애차별금지법	132
1. 적용 범위	134
2. 차별의 사유와 유형	135
3. 차별에 해당하지 않는 정당 사유	149
3. 차별금지의 영역	152
4. 차별의 구제	154
제3절 시사점	156
1. 차별보호 대상자의 범위	156
2. 차별 판단기준	157
3. 차별금지 영역	157
4. 차별구제	158

제6장 아일랜드의 고용차별금지법	159
제1절 법제의 개관	159
제2절 고용평등법	161
1. 적용 범위	161
2. 차별의 사유와 개념	162
3. 차별에 해당하지 않는 사유	163
4. 차별금지의 영역	166
5. 차별의 구제	170
제3절 시사점	174
1. 차별보호 대상자의 범위	174
2. 차별 판단기준	175
3. 차별금지 영역	176
4. 차별구제	176
제7장 결 론	178
참고문헌	184

요약

고용차별금지법은 고용 영역에서 평등권의 확립을 요구한다. 평등은 헌법의 최고원리이다. 고용차별은 인간의 존엄과 가치, 평등권, 직업 선택의 자유, 근로의 권리를 침해·제한한다는 점에서 규범적으로 정당화될 수 없다. 그리고 고용차별은 사회적 통합과 인적 자원의 활용을 저해하고, 사회적 비용을 증가시키며, 사람에 대한 그릇된 편견을 고착화한다는 점에서 사회·경제적으로 바람직하지 않다. 고용평등에 관한 현행법은 남녀고용차별의 규제에 초점을 두고 있고, 연령, 장애 등을 이유로 하는 다양한 고용차별을 규제함에 있어서 많은 한계를 안고 있다. 본 연구는 남녀차별 외에 연령차별, 장애인차별 등의 문제를 해결하기 위한 기초적 작업으로 비교법적 연구를 행하는 데 그 목적이 있다.

고용차별금지에 관한 국제규범으로는 국제노동기구(ILO)의 협약·권고와 유럽연합(EU)의 조약·지침을 검토하고 있다. 고용 및 직업에서의 차별금지에 관한 ILO 제111호 협약(1958년)은 차별 개념과 사유, 차별금지 영역, 차별에 해당하지 않는 사유, 평등촉진을 위한 국가정책의 수립·시행 등을 규정하고 있다. 동일가치 노동에 대한 남녀근로자의 동일임금에 관한 ILO 제100호 협약(1951년)은 근로조건 가운데 중요 요소인 임금에서의 남녀평등원칙의 내용과 적용에 관하여 규율하고 있다. 장애인의 직업재활 및 고용에 관한 ILO 제159호 협약(1983년)과 제168호 권고(1983년)는 장애인의 정의, 고용에서의 평등한 기회와 대우의 보장, 장애인의 직업재활 및 고용에 관한 국가정책의 수립·시행에 관한 사항 등을 규정하고 있다. 단시간근로에 관한 ILO 제175호 협약(1994년)은

단시간근로자(part-time worker)에 대한 고용차별금지 내용 담고 있다. 유럽연합의 경우에는 남녀평등대우원칙에 관한 제 76-207호 지침(1976년), 단시간근로에 관한 제97-81호 지침(1997년), 유기근로(fixed-term work)에 관한 제99-70호 지침(1999년), 인종·민족적 기원과 무관한 평등대우원칙에 관한 제2000-43호 지침(2000년), 고용과 직업에서의 평등대우에 관한 제2000-78호 지침(2000년) 등에서 고용차별금지의 내용을 규율하고 있다.

주요 외국의 입법례에 대한 고찰은 영미법계 국가인 미국과 영국 및 아일랜드를 대상으로 하고 있다. 미국은 일찍부터 고용차별금지법제를 제정·시행하고 있는 대표적인 국가이고, 영국 역시 미국법의 영향하에서 고용차별금지법제를 운영하고 있다. 한편, 아일랜드는 유럽 차원에서 연령, 장애 등을 이유로 한 고용차별을 포괄적으로 금지하는 법제(고용평등법)를 제정하여 시행하고 있는 대표적인 국가이다.

미국의 연령차별금지법(ADEA)은 고용 영역에서의 40세 이상의 자에 대한 연령차별을 금지하고 있다. 직접차별 및 간접차별에 대한 판단기준은 판례에 의해 확립되고 있고, 법에서는 연령차별에 해당하지 않는 사유(직업자격, 선임권제도, 근로자급부제도 등)을 구체적으로 열거하고 있다. 미국의 장애인법(ADA)은 법적용의 대상이 되는 장애인의 개념을 의학적 관점에 기초하여 협소하게 정의하지 않고, 차별금지 및 기회평등의 보장이라는 사회적 관점에서 과거의 장애, 주관적 장애를 포함하여 폭넓게 파악한다. 또한 실질적 기회평등을 보장하기 위하여 장애인에 고유한 차별 개념 내지 차별 유형을 설정하고 있다. 대표적인 예로 사용자에게 합리적 편의제공의무를 부과하고 그러한 의무의 불이행을 차별로 간주한다. 한편, 미국에서 고용차별 전반에 대한 행정적 구제는 고용기회평등위원회(EEOC)가 담당한다. 그렇지만 미국의 고용차별 구제제도는 사법적 구제(즉, 차별소송)를 중심으로 하는 제도이고

행정적 구제는 사법적 구제를 보충하는 지위에 있다.

영국의 장애차별금지법은 장애(과거의 장애 포함)를 갖고 있는 자에 대한 고용차별을 규제한다. 고용차별에는 합리적 조정의무의 불이행을 포함한다. 즉, 사용자의 작업제도 또는 사용자가 점유하는 부동산의 물리적 형태가 장애인을 비장애인에 비하여 실질적인 불이익에 처하게 하는 경우, 사용자는 그러한 작업제도 또는 물리적 형태에 의해 그러한 효과가 발생하지 않도록 어떤 상황에서도 합리적인 것으로 볼 수 있는 조치를 취할 의무가 있다. 장애인차별구제는 장애권리위원회(DRC)가 담당한다. 장애권리위원회의 위원 가운데 절반 이상은 반드시 장애인으로 구성하고 있는 점이 특징이다. 장애권리위원회의 행정적 구제는 법적 구속력이 있는 구제명령을 발할 수 있는 권한을 갖지는 않는다. 영국의 경우에도 미국처럼 법원(다만, 고용법원에 대한 제기라는 점에서 미국과는 다름)에의 차별소송 제기를 통하여 실질적인 구제가 이루어진다.

아일랜드는 연령, 장애 등 9가지 차별사유에 기한 고용차별을 금지하는 포괄적인 고용평등법(Employment Equality Act)을 제정·시행하고 있다. 고용평등법은 해당 법이 정하고 있는 예외의 경우를 제외하고는 공무원과 민간 근로자(가사사용인 제외) 및 사용자 모두에게 적용된다. 동 법은 직접차별과 간접차별의 개념을 규정하고 있고, 차별에 해당하지 않는 일반적 사유로 직업자격과 적극적 조치를 정하고 있다. 그리고 연령차별에 해당하지 않는 일반적 정당 사유와 특별 사유를 구체적으로 열거하고 있다. 고용차별에 대한 행정적 구제는 평등위원회(EA)와 평등심사국(ODEI)으로 이원화된 기구가 담당한다. 특히 평등심사국은 준사법적 행정기관으로서 법적 구속력이 있는 구제명령을 내릴 수 있다는 점에서 미국이나 영국의 행정적 차별구제기관과는 다른 특징을 갖는다.

제1장 서론

제1절 연구의 목적과 대상

역사적으로 평등의 문제는 정의의 문제로 다루어져 왔다. 어떤 내용의 법이 정의로운가에 대해 아리스토텔레스는 평등이라는 지표를 제시 하였듯이, 평등은 법이 추구하는 이념 중의 하나이고, 법철학에서 중요 하게 다루어지는 테마이다. 그만큼 평등은 법에서 난제(難題)이다. 고용 차별금지법은 노동법 영역에서 평등의 확립에 대한 요청이라 말할 수 있고, 따라서 노동법의 핵심적 이슈이다. 성별, 장애, 연령, 종교, 국적, 사회적 신분 등을 이유로 하는 고용차별은 직업 선택의 자유, 근로의 권리, 나아가 인간의 존엄과 가치 및 평등권을 침해 내지 제한한다는 점에서 사회·국가적으로 극복되어야 할 장애물이다. 또한 합리적 이유가 없는 고용차별은 고용기회를 박탈하거나 고용상실을 초래함으로써 노동시장의 경직성과 고용불안 등 고용증대정책에 반하는 결과를 초래하고, 사회보장 및 사회복지서비스의 제공에 따른 사회적 비용을 증가시킨다. 이러한 점에서 공정하고 평등한 고용기회의 제공 및 고용상의 대우는 UN과 ILO, OECD 등 국제기구가 추구하고 있는 핵심적 목표이고, 미국을 비롯한 주요 외국에서는 다양한 고용차별금지법을 제정·시행 하고 있다. 그런데 우리의 현행법은 남녀고용차별의 규제에 초점을 두

2 고용차별금지법의 국제비교

고 있고 연령, 장애 등을 이유로 하는 다양한 고용차별을 규제함에 있어서 많은 한계를 안고 있기 때문에 고용차별을 금지하기 위한 새로운 법제도적 접근이 필요로 되고 있다. 그뿐만 아니라 지금까지 고용차별에 대한 논의도 성차별을 중심으로 이루어져 왔고, 고용차별 전반에 대한 심도 깊은 논의와 연구가 미진하였다. 현실의 요구 내지 필요는 항상 법에 앞서 제기된다. 최근 고용차별 전반에 대한 사회적 관심이 증대하고 있고, 그에 따른 현실적 문제점의 제기 및 해결책을 찾기 위한 노력이 점진적이거나 계속되고 있는 점이 이를 말해 준다. 따라서 합리적인 이유 없는 고용차별을 금지하고 그에 따른 실효적인 구제제도를 확립하기 위한 제도개선 방안을 모색하여야 할 상황이다.

이러한 상황에서 본 연구는 고용차별금지에 관한 비교법연구를 연령차별과 장애인차별을 중심으로 행하고 있다. 남녀차별에 관해서는 동일 임금원칙과 관련하여 제2장(고용차별금지 관련 국내법의 현황과 한계)과 제3장(고용차별금지에 관한 국제규범)에서 간략하게 언급하고, 주요 외국의 입법례에 관한 고찰(제3장~제5장)에서는 제외하였다. 고용차별금지에 관한 국제규범으로는 국제노동기구(ILO)의 협약·권고와 유럽연합(EU)의 조약·지침을 살펴보고자 한다. 주요 외국의 입법례에 대한 고찰은 영미법계 국가인 미국과 영국 및 아일랜드를 대상으로 하고 있다. 미국은 일찍부터 고용차별금지법제를 제정·시행하고 있는 대표적인 국가이고, 영국 역시 미국법의 영향하에서 고용차별금지법제를 운영하고 있다. 한편, 아일랜드는 유럽 차원에서 연령, 장애 등을 이유로 한 고용차별을 포괄적으로 금지하는 법제(고용평등법)를 제정하여 시행하고 있는 대표적인 국가이다. 이하에서는 차별 개념과 고용차별금지의 필요성(제1장 제2절)에 관하여 먼저 언급하고, 고용차별금지 관련 국내법의 현황과 한계(제2장)를 살펴본 다음에 국제규범과 주요 외국의 입법례를 고찰하고자 한다. 대륙법계에 속하는 국가의 고용차별금지법제에 관한 연구는 차후의 과제로 삼고자 한다.

제2절 차별 개념과 고용차별금지의 필요성

차별과 평등은 동전의 양면과 같다. 평등이 요구하는 바는 곧 합리적 이유가 없는 차별을 금지하는 것이기 때문이다. 그런데 차별이 무엇인가에 대한 해답은 다양한 관점에서 내릴 수 있다. 여기서는 현행 헌법과 법률에서 규정되고 있는 평등 내지 차별에 대하여 우선적으로 고찰하고, 연령차별과 장애차별의 개념에 관하여 검토한다. 이어서 상대적 평등, 결과적 평등, 기회평등에 대하여 비교하고자 한다. 이러한 고찰을 바탕으로 하여 고용차별금지의 필요성을 규범적 차원과 사회경제적 차원에서 밝혀보고자 한다.

1. 헌법상의 평등 개념

헌법 제11조 제1항에서는, “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니 한다”고 규정하고 있다. 헌법에서는 차별이 무엇인가를 적극적으로 정의하고 있지 않다. 다만, 평등권 보장의 차원에서 차별을 금지하고 있을 뿐이다. 즉, 헌법상으로는 차별금지=평등이라고 이해할 수 있다.

평등원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고 원리이다. 즉, “평등원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고 원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권 중의 기본권”¹⁾인 것이다. 다만, 평등원칙은 “일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합

1) 헌법재판소 1989. 1. 25. 선고 88헌가7 결정.

4 고용차별금지법의 국제비교

리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고, 따라서 합리적인 근거가 있는 차별 또는 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다.”²⁾ 그리고 “합리적인 근거가 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법 목적을 달성하기 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 하여 판단한다.”³⁾ 또한 “국민의 기본권에 관한 차별에 있어서 합리적 근거에 의한 차별이라고 하기 위하여서는 우선 그 차별의 목적이 헌법에 합치하는 정당한 목적이어야 하고, 다음으로 차별의 기준이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 하며 차별의 정도 또한 적절한 것이어야 한다.”⁴⁾

2. 현행 법률상의 차별 개념

가. 국가인권위원회법상의 평등권 침해의 차별행위

국가인권위원회법(이하 인권위법) 제30조 제2항은 합리적인 이유 없이 장애 등 18가지⁵⁾ 차별사유에 기하여 다음의 3가지 영역, 즉 ① 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함), ② 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용, ③ 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함)을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위를 평등권 침해의 차별행위로 규정하고 있다. 다만, 다른 법률에서 특정한 사람에 대한 우대를 차별행위의 범위

2) 헌법재판소 1998. 9. 30. 선고 98헌가7, 96헌바93(병합) 결정 ; 1998. 11. 26. 선고 97헌바31 결정 ; 1999. 5. 27. 선고 98헌바26 결정 등.

3) 헌법재판소 1994. 2. 24. 선고 92헌바43 결정 ; 1995. 2. 23. 선고 93헌바43 결정 등.

4) 헌법재판소 1989. 5. 24. 선고 88헌가37·96(병합) 결정 ; 1996. 8. 29. 선고 93헌바57 결정.

5) 장애 외에도 성별, 종교, 나이, 사회적 신분, 출신 지역, 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)을 차별사유로 규정하고 있다.

에서 제외된 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다.

요약하면, 인권위법에서는 차별을 ‘합리적인 이유 없이 특정한 내지 특정집단을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위’로 정의하고 있고, 차별 유형을 고용차별, 재화·용역차별, 교육훈련차별로 분류하고 있다. 그러나 직접차별과 간접차별을 구별하여 정의하고 있지는 않다.

나. 남녀고용평등법상의 차별

남녀고용평등법(제2조 제1항)은 차별 개념을 직접차별과 간접차별로 구분하여 정의하고 있다. (직접)차별은 “사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우”를 말한다. 간접차별은 “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 경우”를 말한다.⁶⁾

한편, 남녀고용평등법은 차별에 해당하지 않는 사유로 ‘직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우’(직무성질), ‘근로여성의 임신, 출산, 수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우’(모성보호조치), ‘현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치를 취하는 경우’(적극적 차별시정조치)

6) 「남녀차별금지및구제에관한법률」(이하 남녀차별금지법)에서는 남녀차별을 “정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 인간으로서의 기본적 자유를 인식·향유하거나 권리를 행사함에 있어서 합리적인 이유 없이 성별을 이유로 행하여지는 모든 구별·배제 또는 제한”이라고 규정하면서, 다만, “이 경우 남성과 여성에 대한 적용조건이 양성 중립적이거나 성별에 관계 없는 표현으로 제시되었다고 하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 입증할 수 없는 때에도 이를 남녀차별로 본다. 다만, 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우에는 이를 남녀차별로 보지 아니한다”고 규정하고 있다. 남녀차별금지법은 고용뿐만 아니라 교육, 재화·시설·용역 등의 제공 및 이용, 법과 정책의 집행 등에서의 남녀차별을 금지하고 있기 때문에 차별의 개념 역시 폭넓게 정의되고 있다.

6 고용차별금지법의 국제비교

를 열거하고 있다. 또한 남녀고용평등업무처리규정(노동부 예규 제422호, 1999. 4. 28. 개정) 제3조에서는 “성에 따라 근로자를 달리 대우함에 합리적 이유가 있다고 하기 위해서는 당해 사업의 목적, 당해 직무의 성질·태양·작업조건 등을 구체적·종합적으로 고려하여 기업경영상 남녀를 달리 대우할 필요성이 인정되고 그 방법·정도 등이 적정하여야 한다”(기업경영상의 필요성 및 방법·정도의 적정성)고 규정하고 있다.

3. 연령차별과 장애차별의 개념

가. 연령차별

사람에 고유한 인적 특성 가운데 연령은 나름의 특수성을 갖고 있다. 예를 들어, 성별, 인종, 피부색, 출신국, 장애 등은 고정 불변의 특성을 갖는다. 따라서 피아(彼我)의 구분이 비교적 명확하고, 차별대상그룹이 고정되어 있다. 반면에 연령은 모든 사람과 관련되고 시간의 경과에 따라 변하는 가변적 특성을 갖는다. 이러한 연령의 보편성 및 가변성은 차별대상그룹의 명확한 구별, 차별 여부의 판단을 때때로 어렵게 한다. 종교 역시 개종에 의해 바뀔 수 있다는 점에서 가변적이나 연령은 사람이 선택할 수 있는 사항이 아니라는 점에서 양자는 서로 다르다. 연령은 사람의 의사와 무관하게 자연적으로 변화하는 인적 특성이다.

연령 자체와는 구별되지만 연령과 상관관계를 갖는 여러 가지 요소들이 있다. 우선, 재직기간과 연령 사이에는 밀접한 관계가 있다. 재직기간이 늘어날수록 나이가 많아지게 된다. 다음으로, 연령과 임금 간에도 일정한 상관관계가 있다. 특히 연공임금체계하에서는 일반적으로 재직기간 및 나이가 많을수록 보다 높은 임금을 받게 된다. 또한 연령은 연금수급자격과도 관련된다. 국민연금법에서는 60세 이상을 완전노령연금의 수급요건으로 설정하고 있다. 그런데 위와 같은 연령관련 요소 때문에 불이익을 입게 되는 경우에 이를 연령차별로 볼 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 예컨대, 사용자가 인건비 절감을 통해 경영위기를 타개하기 위하여 장기근속의 고임금 근로자들을 우선적인 정리해고의 대상

자로 삼은 경우에 장기근속 및 고임금이 연령과 밀접하게 연관되어 있다는 이유로 직접적인 연령차별이라고 말할 수 있는가 하는 점이다. 혹은 장기근속이나 고임금은 외관상 객관적이고 중립적인 기준이지만 고령근로자에게 특히 불리한 영향을 미치기 때문에 간접적인 연령차별이라고 판단할 수 있는가도 문제된다. 이렇듯 연령관련 요소에 근거하여 불리하게 대우하거나 불이익한 결과가 초래되는 경우 연령차별 여부의 판단이 그리 용이하지 않다. 성차별, 인종차별, 장애차별 등을 발생시키는 원인에는 증오, 멸시, 업신여김, 혐오 등과 같은 감정이 자리하는 경우가 많다. 이러한 감정을 통해 피아를 구별하고 타자를 배제하는 차별행위가 발생하게 된다. 그런데 연령차별은 나이 들(aging)과 무능력(inability)을 동일시하는 부정적이고 그릇된 고정관념이 그 원인으로 크게 작용한다. 동일 연령층에 속하는 개인 사이에 능력의 차이가 있음에도 불구하고 이를 무시하고 동일시하는 것이 연령차별로 귀결된다. 특히 개인간의 능력 차이를 확인·평가할 수 있는 제도가 마련되어 있지 않는 경우에는 더욱 그렇다. 따라서 연령차별을 금지하여야 할 규범적 기초는 ‘나이가 들어감에 따라 발생하는 정신적 내지 육체적인 퇴화는 개인마다 다르다’라고 하는 점에 있다.⁷⁾ 다른 한편, 우리 사회에서 나이 들은 일종의 특권이나 권위와 동일시되는 경우가 있다. 장유유서(長幼有序) 등 유교적 전통의 영향으로 연령을 중심으로 하는 위계질서 내지 조직문화가 강하게 형성되어 있기 때문이다. 전통적 효(孝)의 가치를 윤리적으로 부정할 수는 없을 것이다. 그러나 나이를 통한 위계질서 관계가 강조되는 사회일수록 일상적인 연령차별이 보편화되기 쉽다. 그런 점에서 합리적인 이유 없이 연장자를 우대하는 제도나 기준은 연령을 이유로 하는 또 다른 구별과 배제를 낳게 된다. 이것 또한 연령차별의 범주에 포괄되지 않을 수 없다. 결론적으로 한국 사회에서 나이 들은 이중적인 의미로 다가온다. 능력과 생산성이 강조되는 영역에서 나이 들은 능력 쇠퇴 내지 무능력과 동일시되면서 연령차별을 낳는다. 반면에 나이에 따른 위계질서가 강조되거나 능력에 따른 평가가 곤란한 영역에

7) Raymond F. Gregory, *Age Discrimination in the American Workplace*, Rutgers University Press, 2001, p.22 참조.

8 고용차별금지법의 국제비교

서 나이 들은 권위·존중·우대와 동일시되면서 상대적으로 나이가 적은 자를 배제하거나 구별하는 연령차별을 낳는다. 연령차별을 규제함에 있어서는 이러한 이중적 의미의 연령주의(ageism)에 주목하여야 한다.

나. 장애차별

장애는 사회구성원 누구나가 직면할 수 있는 것이다. 그런 점에서 인종이나 성별과 달리 피아(彼我)를 가르는 경계가 이전(shift)될 수 있다.⁸⁾ 어느 때고 누구에게나 닥칠 수 있는 것이 장애임에도 불구하고 사람들은 장애인을 자신과는 다른 부류로 취급하는 경향이 있다. 많은 경우 차별은 편견(prejudice)에서 발생한다. 장애차별 역시 장애라는 특성을 과대·강조하는 편견으로부터 기인한다. 장애인과 관련하여 실제로 존재하는 것보다 많은 차이를 장애인의 탓으로 돌리는 것이 편견이다. 그런데 사람간의 신체적·정신적 차이는 존재하기 마련이다. 장애인과 비장애인 간에 존재하는 개인적 차이를 인정하는 것, 그리고 장애인의 현실적 필요(needs)와 특수한 한계를 인식하는 것이 중요하다. 장애인에 대한 편견은 다른 종류의 편견과 유사한 원인을 갖는다. 내부집단(in-groups)과 외부집단(out-groups)을 구별·형성하는 것, 우등(superiority)과 열등(inferiority)이라는 이분법적 전제 위에 사람의 역할을 가르는 것 등이 그것이다. 이러한 공통적 원인 외에 장애차별을 발생시키는 주요한 원인으로 불편(discomfort), 자선 및 동정(patronization and pity), 그릇된 이미지 구축(stereotyping) 및 낙인(stigmatization) 등이 있다.⁹⁾

심리학적 연구에 따르면, 장애인 특히 외견상의 핸디캡을 갖고 있는 장애인과의 접촉은 통상적으로 비장애인에게 불편과 당혹이라는 감정을 불러일으킨다고 한다. 또한 심리학적으로 장애는 죽음, 질병, 부상에 대한 인간의 취약성을 상징적으로 보여주는 징표에 해당할 수 있다. 그

8) Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2002, p.58 참조.

9) 이하 내용은 Ruth Colker and Bonnie Poitras Tucker, *The Law of Disability Discrimination*, 3rd edition, Anderson, 2000, pp.2-6을 주로 참조하였다.

렇기 때문에 장애는 사람들로 하여금 자기 자신 또는 자신이 처한 가혹한 환경에 대한 유쾌하지 못한 진실에 직면케 하는 것이다. 사람들이 느끼는 이러한 감정 때문에 장애인은 일상에서 혐오라고 하는 사람들의 반응에 직면하고 있는 것이다. 또한 사람들은 종종 장애인을 도와야 한다는 도덕적 의무를 느끼거나 그에 따라 행동한다. 장애인에 대한 연민이나 동정으로 인해 자선이 행하여지기도 한다. 그리고 자선행위는 장애인에 대한 존중 내지 존엄을 부인하는 태도를 수반할 수 있다. 장애인에 대한 온정주의적 태도의 뿌리에는 장애인을 공동체의 일부로 간주하기보다는 세상으로부터 보호되어야 할 대상으로 보는 믿음이 자리하고 있는 것이다. 장애의 발생 원인과 발생 시기, 장애의 형태는 다양하기 때문에 장애가 사람의 능력에 미치는 영향은 다를 수 있다. 그럼에도 불구하고 사람들은 장애가 초래하는 제약이나 한계와는 실제적으로 거의 관련이 없는 다른 이미지를 마음속에 형성한다. 그리고 장애에 따른 제약이 현실적으로 하나 내지 두 가지밖에 없을지라도 사람들은 열 가지 이상의 제약이 있을 것으로 지레짐작한다. 이러한 그릇된 이미지가 실제의 장애인을 대체하게 된다. 그 결과 사람들이 장애인의 현실적인 인격, 특성, 필요, 능력을 발견하는 것이 극히 어렵게 된다. 역으로 장애인은 자신에 대한 그릇된 이미지를 교정시켜야 하는 추가적인 부담을 안고 있기 때문에 사람과의 관계를 형성함에 있어서 더욱 큰 어려움에 부딪히게 된다. 더 큰 문제는, 장애를 부정적 특성으로 낙인찍는 것이다. 장애인은 비장애인과는 다른 육체적 또는 정신적인 차이를 갖고 있는데, 이러한 차이를 바람직하지 않은 것 내지 부정적인 것이라고 가치판단하는 것이 바로 낙인인 것이다. 이러한 낙인에 의해 장애인은 무능력자 또는 결격자로 가치 절하되는 것이다.

4. 형식적 평등과 결과적 평등 및 기회평등의 비교

규범적 측면에서 허용되지 않는 차별에 해당하면 평등원칙 위반이 된다. 그런데 평등에는 형식적 평등, 결과적 평등, 기회평등이 존재한다. 이러한 세 가지의 평등 개념이 갖는 의미와 차이점 및 한계가 무엇인지

살펴본다.

가. 형식적 평등

형식적 평등(formal equality)은 가장 기본적인 평등 개념으로 이른바 ‘같은 것은 같게 취급되어야 한다(likes should be treated alike)’는 아리스토텔레스적 개념을 말한다. 이러한 형식적 평등의 개념은 명백한 차별행위(예컨대, 동일노동에 대하여 차별적인 임금을 지급하는 것)를 금지한다. 많은 경우 직접차별은 형식적 평등 위반에 해당한다. 우리 헌법이 규정하는 평등 역시 형식적 평등에 기초하고 있다. 그러나 형식적 평등이 초래하는 문제점 또한 존재한다.

우선, 형식적 평등은 동일한 대우만을 요구할 뿐이지 어떠한 내용으로 대우하는 것이 공정한 것인지에 관한 기준을 제시하고 있지 못하다. 동일한 상황에 처한 자를 동일하게 취급하면 되기 때문에, 설사 동일한 상황에 처한 자 모두를 똑같이 불이익하게 취급하더라도 차별에 해당하지 않게 된다.¹⁰⁾

다음으로, 형식적 평등은 비교요소를 필요로 하는데, 이러한 비교요소가 때로는 존재하지 않거나, 존재하더라도 그것은 사회적으로 지배적이거나 우월적인 가치 내지 집단이 되기 쉽다. 과거로부터 현재에 이르기까지 존재하고 있는 구조적인 차별로 인하여 비교 대상자(예컨대, 남성과 여성, 장애인과 비장애인 등)간에 현실적인 차이가 존재할 수밖에 없는 상황에서, 비교 대상자간의 동일·유사성 여부를 따진다는 것이 무의미할 수 있고, 결과적으로 형식적 평등은 현실적으로 존재하는 차별을 규제하지 못하고 오히려 강화시킬 수 있는 문제점을 내포한다. 따라서 사회적 소수자의 입장에서 볼 때, 공동체의 지배적 집단과 동일한 취급을 희망한다면 그들과 동일하게 사고하고 생활하여야 하고, 자신의 고유한 문화와 가치를 고집한다면 차별적으로 취급되는 것을 불평하지 말아야 한다는 결론에 이르게 된다.¹¹⁾

10) Sandra Fredman, op. cit., p.8 참조.

11) Sandra Fredman, op. cit., p.10.

마지막으로, 형식적 평등은 동일한 것에 대한 동일한 취급 내지 대우만을 요구할 뿐, 비교대상간에 존재하는 차이에 비례하는 취급 내지 대우를 요구하지 않는다. 예컨대, A라는 근로자가 80의 가치를 갖는 노동을 행하고, B라는 근로자가 100의 가치를 갖는 노동을 행하고 있음에도 불구하고, A에 대해 50의 가치를 갖는 노동을 행하는 것으로 대우하더라도 형식적 평등에 의하면 이는 차별에 해당하지 않는다.

나. 결과적 평등

결과적 평등은 결과가 평등할 것을 요구한다. 결과적 평등이 갖는 장점은 과거 또는 현재의 차별 때문에 동일한 취급·대우가 오히려 불평등을 현실적으로 강화시킬 수 있다는 점을 인정하고 있는 데에 있다.¹²⁾ 예컨대, 장애인에 대한 교육차별이 존재하는 상황에서 대학 졸업을 채용요건으로 설정하는 경우에는 상당수의 장애인을 배제하는 결과를 초래한다. 결국 결과적 평등은 이익의 보다 공정한 분배에 초점을 두고 있다. 장애인에 대한 고용할당제도는 결과적 평등의 관념을 반영하고 있는 것이다. 그렇지만 결과적 평등 역시 일정한 문제점을 내포한다. 결과적 평등은 목표로 하는 일정한 결과의 달성(예컨대, 고용할당률의 달성)을 가능케 하지만 그렇다고 하여 차별을 초래하는 근본적 구조의 시정이 반드시 수반되는 것은 아니다.

다. 기회평등

기회평등은 평등하게 경쟁할 수 있도록 동일한 기회를 부여하는 것을 말한다.¹³⁾ 출발선이 다르다면 평등한 경쟁이 이루어질 수 없기 때문이다. 그렇지만 동일한 기회가 부여되고 난 후에는 각자의 능력에 따른 평가 내지 대우를 행하여야 한다는 것이 기회평등이 전제하고 있는

12) Sandra Fredman, op. cit., p.11.

13) 기회평등에 관한 문헌으로 John E. Roemer, *Equality of Opportunity*, Harvard University Press, 1998.

바이다.

기회평등은 일정한 사회적 지위 내지 재화에의 접근을 가로막는 장애물의 제거를 요구한다. 예컨대, 채용에서 직무수행과 무관한 선발기준은 기회평등 차원에서 제거되어야 한다. 그러나 접근을 가로막는 장애물의 형식적인 제거만으로는 실질적인 기회평등을 달성하기 어려울 수 있다. 전통적이고 구조적인 차별로 인하여 접근 가능한 자격을 갖추고 있지 못한 자에게는 아예 기회가 주어질 수 없기 때문이다. 따라서 형식적인 기회평등만으로는 실질적인 평등을 달성할 수 없게 된다. 그런 점에서 실질적인 기회평등이 보장될 수 있도록 교육, 훈련 등과 같은 적극적이고 적절한 조치가 수반될 필요가 있다. 예컨대, 장애인은 비장애인과 동일한 작업조건 및 환경하에서는 평등한 경쟁을 할 수 없기 때문에, 일정한 편의 조치 내지 적극적 조치가 제공되어야 하고, 그럴 때 실질적인 기회평등이 가능케 되는 것이다. 결국 기회평등은 결과적 평등이 초래할 수 있는 역차별의 문제를 최소화하면서도 형식적 평등이 해결하지 못하는 구조적인 차별의 문제를 극복할 수 있게 한다는 점에서 유의미하다.

5. 고용차별금지의 필요성

고용차별은 고용 영역(채용에서 근로관계의 종료) 내지 고용관련 영역(직업훈련, 직업소개, 근로자단체에의 가입과 활동 등)에서 사회적으로 용납될 수 없는 일정한 사유에 근거하여 합리적 이유 없이 특정한 사람이나 그룹을 불이익하게 대우하거나 그러한 결과를 초래하는 제도나 관행 또는 행위를 의미하는 것으로 이해할 수 있다. 이러한 고용차별을 금지하여야 할 규범적 필요성과 사회·경제적 필요성은 다음과 같다.

가. 규범적 필요성

고용차별은 인간의 존엄과 가치, 평등권, 직업선택의 자유, 근로의 권

리를 침해·제한한다는 점에서 규범적으로 정당화될 수 없다.

첫째, 고용차별은 인간의 존엄과 가치를 침해한다. 인간의 존엄과 가치는 사람을 인간으로서 인격적으로 대우하고 독자적인 인격적 평가를 하여야 한다는 의미로 이해할 수 있다.¹⁴⁾ 고용차별은 인간에 대한 자주적인 인격체로서의 평가를 그르치게 한다는 점에서 금지되어야 한다.

둘째, 고용차별은 노동의 세계에서 평등권을 침해하는 전형적인 반가치적 행위이다. 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 평등권은 일차적으로 형식적 평등을 의미한다. 형식적 평등은 비교가 가능한 그룹간의 비교를 전제로 한다. 비교 결과 동일한 가치를 갖는 노동에 대하여 다르게 대우하거나 취급하는 것은 평등원칙에 반한다. 비교 결과 합리적으로 수긍할 수 있는 차이가 존재하면 차별대우가 허용된다. 그런데 이와 같은 비교가 전제되지 않는 차별대우는 형식적 평등에 반하는 것이 된다. 개인마다 다양한 능력의 차이가 존재함에도 불구하고, 그러한 차이를 구체적으로 비교·평가함이 없이 특정한 자 또는 그룹을 차별대우하는 것은 정당화될 수 없다. 예컨대, 성차별이나 연령차별은 여성이 남성보다 능력이 떨어진다는거나 혹은 나이가 들수록 사람의 능력이 떨어진다는 천편 일률적인 그릇된 사고 내지 믿음에 근거하여 사람을 불이익하게 대우하거나 불이익한 상황에 처하게 하는 것이기 때문에 금지되어야 한다. 다른 한편, 평등권에는 기회평등이 포함된다. 기회평등은 평등한 경쟁의 조건을 마련한 후에 능력과 성과에 따라 대우할 것을 요구한다. 예컨대, 장애인의 신체적·정신적 능력은 비장애인의 그것과 차이가 있다. 이러한 차이에 근거한 차별대우를 합리적인 것(즉, 다르기 때문에 다르게 취급·대우하는 것)으로 본다면, 이는 형식적 평등에 지나치게 집착한 결과이다. 비장애인을 기준으로 마련된 작업환경과 시설, 작업조건 속에서 장애인이 평등하게 경쟁한다는 것은 애초에 불가능하다. 경쟁의 스타트라인이 다르기 때문이다. 장애인에게 적합한 노동 환경과 조건이 마련될 때 비로소 능력과 성과에 따른 대우가 유의미할 수 있기 때문에, 평등한 경쟁조건을 마련하지 않고 차별대우하는 것은 정당화될 수 없다.

셋째, 고용차별은 직업 선택의 자유 및 근로의 권리를 제한 내지 침해

14) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2001, 303쪽.

한다. 근로 능력이 없는 자에 대한 국가의 보호는 생존권 보장의 차원에서 당연하다. 현행 헌법은 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”(제34조 제5항)고 규정하고 있다. 그러나 근로의 능력과 의사를 갖는 자는 자신의 능력과 적성에 맞는 직업을 자유롭게 선택하고, 일을 통해 자신의 생활을 영위해 나갈 권리를 갖는다. 고용차별은 이러한 권리를 제한·침해한다는 점에서 규범적으로 정당화될 수 없다.

나. 사회·경제적 필요성

고용차별은 사회적 통합과 인적자원의 활용을 저해하고, 사회적 비용을 증가시키며, 사람에 대한 그릇된 편견을 고착화한다는 점에서 사회·경제적으로 바람직하지 않다.

첫째, 고용차별은 여성, 장애인, 고령자 등의 직업적·사회적 통합을 저해하고, 인적자원의 충분한 활용을 가로막는다. 예컨대, 장애인과 고령자를 단지 사회적 부양(즉, 사회보장 내지 사회복지)의 대상으로만 보는 온정주의적 관점은 장애인과 고령자의 직업적·사회적 참여와 통합을 저해한다. 고용차별금지법은 근로 능력이 있는 장애인과 고령자의 노동시장 진입과 체류를 가로막는 불합리한 장벽을 제거함으로써 직업적 통합을 가능케 하고, 나아가 궁극적으로는 사회경제적 발전에 대한 장애인과 고령자의 참여를 가능하게 한다. 이를 통해 장애인과 고령자는 사회구성의 일원으로서 삶의 보람과 가치를 얻게 된다. 한편, 지식경제 사회라고 불리는 오늘날 기업과 사회는 다양한 근로자층으로부터 획득 가능한 기술과 경험, 능력을 완전하게 활용할 수 있어야 한다. 그것이 개인과 기업, 나아가 사회에 유용하다. 그런데 고용차별은 여러 가지 기술과 경험을 보유한 다양한 근로자층을 활용할 수 없게 한다.

둘째, 고용차별은 사회적 비용의 증가를 초래할 수 있다. 고령화가 급속도로 진행되고 있는 우리 사회에서¹⁵⁾ 연령차별은 고령자를 노동시장

15) 우리나라는 2000년에 65세 이상 노인 인구가 전체 인구의 7% 이상인 사회를 가리키는 고령화사회(ageing society)에 진입하였고, 노인인구가 전체 인구의

에서 조기에 퇴출케 함으로써 사회보장제도의 안정적 운영을 저해한다. 장기적인 관점에서 볼 때 고령자에 대한 노령연금지급 및 의료서비스 제공 등에 따른 사회적 비용은, 고령자의 고용기회를 확대하고 고령자가 연령을 이유로 노동시장에서 퇴출되지 않도록 함으로써, 그 비용을 절감 내지 상쇄시킬 수 있다. 장애인차별의 경우에도 마찬가지이다. 장애의 정도에 따라 장애가 노동 능력에 미치는 영향은 다르기 때문에, 노동 능력 있는 장애인에 대한 고용기회를 확대하고 장애를 이유로 노동 시장에서 퇴출되지 않도록 하면, 장애인에 대한 사회보장 내지 사회복지의 비용을 절감할 수 있다. 성차별 역시 예외일 수 없다. 배우자인 여성이 유족연금의 수급권자인 경우, 현행 국민연금법은 수급권이 발생한 때부터 5년간 유족연금을 지급한 후 50세에 달할 때까지 그 지급을 정지하는 것이 원칙이나, 소득이 있는 업무에 종사하지 아니한 때에는 그 지급을 정지하지 않는다(제66조). 따라서 성차별에 의한 고용기회의 박탈은 유족연금비용의 지출 증가를 초래한다.

셋째, 고용차별은 사람에 대한 그릇된 편견과 태도를 고착화·영속화시킨다. 차별 극복이라는 장기적 과제를 해결하기 위해서는 사회 일반의 인식 및 태도의 변화가 뒷받침되어야 한다. 따라서 고용차별금지는 사람에 대한 그릇된 편견과 태도를 근본적으로 시정·변화시킬 수 있는 계기가 될 수 있다.

14% 이상을 차지하는 고령사회(aged society)의 도래도 그리 멀지 않은 것(2019년 노인인구의 비율을 14.4%로 전망)으로 예측되고 있다. 인구 고령화에 따른 연금재정의 악화 및 후속세대의 부담 증가를 방지하기 위하여 노령연금 수급연령의 점진적 증대(65세 목표)를 제도적 예정하고 있을 뿐만 아니라 연금 지급률의 하향 조정, 보험료의 인상 등이 논의되고 있는 상황이다.

제2장

고용차별금지 관련 국내법의 현황과 한계

고용차별금지의 내용을 담고 있는 현행 법률은 다양하다. 근로기준법상 차별금지사유는 ‘남녀의 성, 국적, 신앙, 사회적 신분’이고, 차별금지영역은 근로조건(즉, 고용관계의 전개 및 종료)이다.¹⁶⁾ 남녀고용평등법상 차별금지사유는 ‘성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등’이고, 차별금지영역은 ‘모집 및 채용, 임금 및 복리후생, 교육·배치 및 승진, 정년·퇴직 및 해고(즉, 고용관계의 성립·전개·종료 모든 부문)’이다. 파견근로자보호등에관한법률(이하 근로자파견법)은 파견근로에 따른 파견사업주와 사용사업주의 부당한 차별적 처우를 금하고 있고,¹⁷⁾ 파견근로자의 성별, 종교, 사회적 신분 또는 정당한 노동조합 활동 등을 이유로 하는 사용사업주의 근로자파견 계약의 해지금지를 규정하고 있다.¹⁸⁾ 노동조합및노동관계조정법(이하 노조법)상 차별금지사유는 ‘인

16) 근로기준법 제5조에 의하면, “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.” 그리고 동법 제31조 제2항에 의하면, “사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니된다.”

17) 근로자파견법 제21조에 의하면, “파견사업주와 사용사업주는 파견근로자가 사용사업주의 사업 내의 동일한 업무를 수행하는 동종 근로자와 비교하여 부당하게 차별적 처우를 받지 아니하도록 하여야 한다.”

18) 근로자파견법 제22조 제1항에 의하면, “사용사업주는 파견근로자의 성별·종교·사회적 신분이나 파견근로자의 정당한 노동조합의 활동 등을 이유로 근로자파견계약을 해지하여서는 아니된다”

종·종교·성별·정당 또는 신분'이고, 차별금지영역은 '조합원지위의 취득·유지 및 조합 운영에의 참여'이다.¹⁹⁾ 고용정책기본법상 차별금지 사유는 '성별, 신앙, 사회적 신분, 출신지역, 출신학교 등'이고, 차별금지 영역은 '모집·채용(즉, 고용관계의 성립)'이다.²⁰⁾ 고령자고용촉진법상 차별금지사유는 '고령(55세 이상) 또는 준고령(50세 이상 55세 미만)'이고, 차별금지영역은 '모집·채용 및 해고(즉, 고용관계의 성립·종료'이다.²¹⁾ 장애인고용촉진및직업재활법(이하 장애인고용촉진법)에 의하면, 차별금지사유는 '장애'이고,²²⁾ 차별금지영역은 '채용·승진·전보 및 교육훈련 등 인사관리(즉, 고용관계의 성립 및 전개(종료)'이다.²³⁾ 직업안정법상 차별금지사유는 '성별·종교·사회적 신분 또는 혼인 여부 등'이고, 차별금지영역은 '직업소개·직업지도 또는 고용관계의 결정'이다.²⁴⁾ 인권위상 차별금지사유는 '성별, 종교, 장애, 나이 등' 18가지이고, 차별금지영역은 '고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 용자, 정년, 퇴직, 해고 등 포함)'이다.²⁵⁾

-
- 19) 노조법 제9조에 의하면, “노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종·종교·성별·정당 또는 신분에 의하여 차별대우를 받지 아니한다.”
- 20) 고용정책기본법 제19조(취업기회의 균등한 보장)에 의하면, “사업주는 근로자를 모집·채용함에 있어서 성별, 신앙, 사회적 신분, 출신 지역 또는 출신 학교 등을 이유로 차별을 하여서는 아니되며, 균등한 취업기회를 보장하여야 한다.”
- 21) 고령자고용촉진법 제4조의 2(2002년 12월 31일 개정 법률에 의해 신설)에 의하면, “사업주는 근로자의 모집, 채용 또는 해고를 함에 있어 정당한 사유 없이 고령자 또는 제15조 제1항의 규정에 의한 준고령자임을 이유로 차별하여서는 아니된다.”
- 22) 장애인고용촉진법 제2조 제1호는 ‘장애인’을 “신체 또는 정신상의 장애로 인하여 장기간에 걸쳐 직업생활에 상당한 제약을 받는 자로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 자”로 정의하고 있다.
- 23) 장애인고용촉진법 제4조 제2항에 의하면, “사업주는 근로자가 장애인이라는 이유로 채용·승진·전보 및 교육훈련 등 인사관리상의 차별대우를 하여서는 아니된다.”
- 24) 직업안정법 제2조에 의하면, “누구든지 성별·종교·사회적 신분 또는 혼인 여부 등을 이유로 직업소개·직업지도 또는 고용관계의 결정에 있어서 차별대우를 받지 아니한다.”
- 25) 인권위법 제30조 제2항에 의하면, “평등권 침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역, 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적(性的) 지향, 병력(病歷)을 이유로 한 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 다른 법률에서 특정

18 고용차별금지법의 국제비교

• 현행 법률상의 고용차별금지 사유·영역·주체

구분	차별금지 사유	차별금지 영역	차별금지 주체
근로기준법	남녀, 국적, 신앙, 사회적 신분	근로조건	사용자
남녀고용평등법	성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등	고용관계의 성립·전개·종료	사용자
근로자 파견법	- 파견근로 - 파견근로자의 성별·종교·사회적 신분 또는 정당한 노동조합 활동 등	- 부당한 차별적 처우 - 근로자 파견계약의 해지	- 파견/사용사업주 - 사용자
노조법	인종, 종교, 성별, 정당, 신분	조합원 지위의 취득·유지 조합 운영에의 참여	노동조합
고용정책기본법	성별, 신앙, 사회적 신분, 출신 지역, 출산 학교 등	모집·채용	사업주
고령자고용촉진법	고령, 준고령	모집·채용·해고	사업주
장애인고용촉진법	장애	채용·승진·전보 및 교육훈련 등 인사관리	사업주
직업안정법	성별·종교·사회적 신분 또는 혼인 여부 등	직업소개·직업지도·고용관계의 결정	고용정책운영기관 및 관련 단체 등
인권위법	성별, 종교, 장애, 나이 등 18가지	고용	법인, 단체, 사인

본장(제2장)에서는 고용차별금지 관련 국내법의 현황과 한계를 근로기준법, 남녀고용평등법, 장애인고용촉진법, 고령자고용촉진법, 인권위법을 중심으로 하여 고찰하겠다.

한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외할 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다. 1. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”.

제1절 근로기준법

현행 근로기준법은 채용제한, 근로조건에서의 균등대우, 해고의 제한 등에 관하여 규정하고 있으나, 고용차별규제와 관련하여 일정한 한계를 갖고 있다.

1. 채용제한

가. 법의 내용

채용과 관련하여 근로기준법은 제62조 제1항에서 15세 미만자의 채용을 금지하고 있고(연소자의 최저채용연령 제한), 제63조에서 특정 직종(도덕상 또는 보건상 유해·위험한 사업)과 관련하여 연소자(18세 미만자 및 18세 이상의 여성)의 채용을 금지하고 있을 뿐이다.

나. 한계

위와 같은 제한 외에 사용자는 광범위한 채용의 자유를 갖는다. 채용 기준으로 어느 사항을 사용하고 중시할 것인가는 원칙적으로 사용자의 자유이고,²⁶⁾ 연령 제한을 두거나 장애인에 대한 채용 거부도 근로기준법 위반의 문제는 아니다. 따라서 남녀고용평등법 제7조와 같이 모집 및 채용에서의 차별을 규제하는 특별 규정을 근로기준법에 두고 있지 않는 한, 채용 단계에서 이루어지는 차별행위에 대한 법적 규제는 불가능하다. 그리고 공무원의 근로관계는 원칙적으로 공무원관계법령이 우선적으로 적용되기 때문에 근로기준법에 모집·채용상의 차별을 제한하는 특별 규정을 두더라도 공무원의 근로관계에는 적용될 수 없다.²⁷⁾

26) 임종률, 『노동법』, 제3판, 박영사, 2002, 340쪽 참조.

27) 공무원 채용에서 채용시험 응시연령을 제한하고 있다. 현행 공무원 임용 및 시

2. 근로조건에서의 균등대우

가. 법의 내용

근로기준법 제5조는 근로조건에 있어서의 평등원칙을 선언하고 있는 기본조항이다. 동 조는 헌법 제11조의 평등권을 사용자와 근로자와의 관계에 대하여 구체적으로 실현하고자 하는 것이다.²⁸⁾ 동 조에 의하면, “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.”

나. 판례

근로기준법 제5조가 규정하고 있는 차별금지사유 중 사회적 신분의 의미에 대하여, 이를 생래적(선천적)인 것으로 한정하는 견해도 있지만,²⁹⁾ 판례는 후천적인 것도 포함된다고 본다. 헌법재판소는 사회적 신분을 “사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것”³⁰⁾으로 보면서 전과자도 사회적 신분에 해당한다고 판단하였다. 하급심 판결례도 사회적 신분을 “사람이 태어나면서부터 생래적으로 가지고 있는 지위 또는 후천적으로 가지게 된 지위로서 자신의 의사로도 피할 수 없는 것을 가리키는 것이고, 노조의 선출직 간부라는 일시적 지위가 사회적 신분에 해당하는 것은 아니다”고 판단한 바 있다.³¹⁾

험시행규칙상 채용시험 응시연령은 공개경쟁 채용시험에서 ① 5급·연구관 및 지도관의 경우 20~32세, ② 6급·7급·연구사 및 지도사의 경우 20~35세, ③ 8급 및 9급의 경우 18~28세, ④ 기능 7급 이상 18~40세, ⑤ 기능 8급 이하 18~35세이다.

28) 김형배, 『근로기준법』, 제8판(증보신판), 박영사, 2001, 73쪽.

29) 김형배, 앞의 책, 77쪽.

30) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 93헌바43 결정.

31) 서울민사지방법원 1994. 9. 16. 선고 94가합40258 판결.

다. 한계

근로기준법상의 균등대우원칙은 채용(예컨대, 채용기준이나 조건 등)에 대하여 적용되지 않는다. 한편, 근로기준법 제5조는 근로조건에 대한 차별대우의 금지사유로 성별, 국적, 신앙, 사회적 신분을 열거하고 있다. 여기에는 연령, 장애 등 다른 차별사유가 포함될 수 있는 예시적인 열거인가 아니면 다른 차별사유가 포함될 수 없는 한정적 열거인가 하는 문제가 제기될 수 있다. 동 조 위반에 대해서는 벌칙(제115조)이 적용되기 때문에 최형법정주의원칙상 연령 등 그 밖의 사유도 포함할 수 있는 것으로 확대해석하는 것은 곤란하다는 한계를 지적하지 않을 수 없다. 그러나 범위반에 따른 형사처벌이 문제되는 형사법적 관계를 제외하고, 사법적 관계에서는 근기법 제5조상의 차별금지사유는 단순한 예시에 불과한 것으로 해석될 여지가 없는 것은 아니다.³²⁾ 그렇지만 근기법은 근로조건에 최저기준을 정하고, 근로관계의 당사자의 의사에 관계없이 이를 강제하는 강행법규로서의 성격을 갖고 있기 때문에 확대해석에는 무리가 있다.

다만, 사회적 신분에는 고령자, 장애인 등이 포함될 수 있는가 하는 문제는 여전히 남는다. 연령은 성별, 국적, 인종, 장애 등과 달리 특정인 내지 특정 그룹에 한정되는 고정불변의 인적 특성이 아니라 모든 사람과 관계되고 시간의 흐름에 따라 변하는 특성이기 때문에 비록 자신의 의사로 피할 수는 없지만 사회적 평가를 수반하는 장기간 점하는 지위로 보기는 곤란하다. 따라서 사회적 신분에 연령이 포함되는 것으로 해석할 수는 없을 것이다. 한편, 판례가 제시하고 있는 기준에 입각할 때, 장애는 선천적으로 또는 후천적으로 발생할 수 있는 것이고, 사회적 평가를 수반하여 장기간 동안 점하는 지위로 볼 수 있기 때문에 사회적 신분에 장애가 포함되는 것으로 적극적으로 해석할 수도 있다. 그렇지만 인권위법에서는 장애와 사회적 신분을 구별하여 차별금지 사유로 규

32) 근기법 제5조를 단순 예시로 보는 입장은 근로자의 노동 능력에 대한 합리적 평가 외의 기준에 근거한 불합리한 차별대우가 금지된다고 해석한다. 이러한 견해로 신인령, 『세계화와 여성 노동권』, 이화여대출판부, 1995, 67쪽 참조.

정하고 있는 점, 그리고 근로기준법 제5조 위반은 형사벌칙의 대상이므로 죄형법정주의원칙상 확대해석이 곤란한 점 등을 고려하면, 위와 같은 적극적 해석이 수용되기 어려운 한계 역시 존재한다는 사실을 인정하지 않을 수 없다.

3. 동일가치노동에 대한 동일임금

가. 법의 내용

근기법은 ‘동일가치노동 동일임금’원칙에 대하여 규정하고 있지 않다. 반면에 남녀고용평등법은 이를 규정하고 있다. 남녀고용평등법은 고용에서의 남녀의 평등한 기회 및 대우의 보장, 모성보호, 직장과 가정생활의 양립, 여성의 직업능력개발 및 고용촉진의 지원을 목적으로 하고 있다. 동 법은 모집과 채용, 임금, 교육·배치 및 승진, 정년·퇴직 및 해고 등에서 남녀차별대우를 금지하고 있고, 직장 내 성희롱의 금지와 예방에 관한 사항, 여성의 직업능력개발 및 고용촉진에 관한 사항, 모성보호에 관한 사항, 분쟁의 예방과 조정을 위한 특별절차 등에 대하여 규정하고 있다.

남녀고용평등법 제8조에서는 ‘동일 사업 내의 동일가치노동에 대한 동일임금원칙’을 선언하면서 동일가치노동의 기준으로 “직무수행에 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등”을 규정하고 있다. 이러한 기준을 정함에 있어 동 법상의 고충처리기관 근로자대표의 의견을 청취할 의무를 사업주에게 부과하고 있다. 그리고 남녀고용평등법무처리규정(노동부예규) 제5조는 동일가치노동에 대하여 “노동수행에서 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등의 기준에서 볼 때 서로 비교되는 남녀간의 노동이 동일하거나 거의 같은 성질인 노동 또는 두 업무가 다소 다르더라도 직무평가 등의 방법에 의해 본질적으로 동일한 가치가 있다고 인정되는 노동”으로 정의하고 있다. 이 경우 “기술, 노력, 책임 및 작업조건 등이라 함은 당해 업무가 요구하는 내용에 관한 것으로서” 기술은 “자격증, 습득된 경험 등 업무수행 능력 또는 습

씨의 객관적 수준”, 노력은 “업무수행에 필요한 육체적·정신적 힘의 작용”, 책임은 “업무에 내재된 의무의 성격·범위, 사업주가 당해 직무에 의존하는 정도”, 작업조건은 “소음, 열, 물리적·화학적 위험의 정도 등 당해 업무에 종사하는 근로자가 통상적으로 처하는 작업환경”으로 정의되고 있다(노동부 예규 제5조 제2항).³³⁾ 그리고 위의 노동부 예규에 따르면, 서로 비교되는 남녀간의 노동이 동일가치인가를 판단할 때에는 남녀고용평등법 제8조 제2항에 규정하고 있는 4가지 기준 외에 당해 근로자의 학력, 경력, 근속연수 등을 종합적으로 고려하도록 요구하고 있다(노동부 예규 제5조 제3항). 그리하여 ① 비교되는 남녀근로자가 동일하거나 비슷한 일을 하더라도 당해 근로자 사이의 학력, 경력, 근속연수, 직급 등의 차이가 객관적·합리적인 기준으로 정립되어 임금이 차등 지급되는 경우, ② 임금형태를 직무급, 능률급, 능력급 등으로 정하여 비교되는 남녀근로자 사이에 능력 또는 업적상의 격차가 구체적·객관적으로 존재함으로써 임금이 차등 지급되는 경우에는 임금지급에 있어 성차별 행위에 해당하지 않는다(노동부 예규 제5조 제7항).

33) 한편, 노동부 예규 제5조 제6항에서는 동일가치노동에 대한 동일임금을 지급하지 아니한 경우로, ① 여성의 임금은 보편적으로 가계보조적이라는 고정관념 등에 기초하여 일률적으로 동일직군의 남성보다 적은 임금을 지급하는 경우, ② 근로의 질·양 등에 관계없이 근로자에게 생활보조적·후생적 급품(가족수당·교육수당·통근수당·김장수당 등 단, 임금의 범주에 포함되는 것에 한함)을 지급함에 있어 성을 이유로 차별하는 경우, ③ 기본급·호봉산정·승급 등에 있어서 성에 따라 그 기준을 달리 적용함으로써 임금을 차별하는 경우, ④ 모성보호 등을 위하여 여성근로자에게 더 많은 비용이 지출된다는 이유로 여성의 임금을 낮게 책정하는 경우, ⑤ 군복무자에 대하여 호봉을 가산하는 경우에 있어서 그 가산의 정도가 군복무기간을 상회하거나 병역면제자 또는 미필자인 남성에게도 호봉가산을 적용하여 지급하는 경우, ⑥ 여성이 대다수인 직종의 임금을 합리적인 이유 없이 다른 직종보다 낮게 정하여 지급하는 경우, ⑦ 기타 합리적 이유 없이 동일가치노동에 대해 남녀의 임금을 차등 지급하는 경우를 규정하고 있고, 또한 제7항에서는 임금지급에 있어 성차별 행위로 보지 아니하는 경우로, ① 비교되는 남녀근로자가 동일하거나 비슷한 일을 하더라도 당해 근로자 사이의 학력, 경력, 근속연수, 직급 등의 차이가 객관적·합리적인 기준으로 정립되어 임금이 차등 지급되는 경우, ② 임금형태를 직무급, 능률급, 능력급 등으로 정하여 비교되는 남녀근로자 사이에 능력 또는 업적상의 격차가 구체적·객관적으로 존재함으로써 임금이 차등 지급되는 경우를 규정하고 있다.

나. 판례

하급심 판결레이기는 하지만 동일가치노동의 판단기준을 제시한 최초의 판결이 1991년에 있었다. 그러나 동 판결에서는 동일가치노동의 판단기준에 입각한 구체적인 판단 과정 없이 단순히 업무의 성질, 내용, 책임 정도, 작업조건 등에 비추어 동일가치의 노동에 해당하지 않는다는 결론을 내리고 있다.

“남녀고용평등법이 동일가치노동의 징표로 들고 있는 요소 중 기술은 자격증, 학위, 습득된 경험에 의한 능력을, 노력은 육체적 및 정신적 노력, 작업수행과 관련된 물리적 및 정신적 긴장 즉 노동강도를, 책임은 직업에 내재한 의무의 성격, 범위, 복잡성, 그리고 고용주가 피고용주에게 의지하는 정도를, 작업조건이란 소음, 열, 물리적 위험, 고립, 추위 등의 물리적 환경을 각 의미한다 할 것인바, 위 인정사실에 의하면 피고법인의 일용직 청소원인 원고의 노동과 정식 직원인 남자 방호원의 노동은 그 담당하는 업무의 성질, 내용, 책임의 정도, 작업조건 등에 비추어 위 남녀고용평등법 제6조의 2 제1항 소정의 동일가치의 노동에 해당된다고 볼 수 없다 할 것이다.” (서울지방법원 1991. 6. 27. 선고 90가단7848 판결)

한편, 최근에 대법원은 앞에서 언급한 노동부 예규인 남녀고용평등업무처리규정상의 동일가치노동에 대한 판단기준을 구체적으로 적용하여, 동일임금원칙 위반(형사사건)이라는 결론을 처음으로 내린 바 있다.

“소외 회사의 신규채용 일용직 근로자의 경우, (1) 남녀 모두 하나의 공장 안에서의 연속된 작업공정에 배치되어 협동체로서 함께 근무하고 있고 공정에 따라 위험도나 작업환경에 별다른 차이가 있다고 볼 수 없어 그 ‘작업조건’이 본질적으로 다르다고 할 수는 없고, (2) 이들은 모두 일용직 근로자로서 그 ‘책임’의 면에서 별다른 차이가 있다고 보기도 어려우며, (3) 일반적으로 앞서 본 ‘기술’과 ‘노력’의 면에서 임금차별을 정당화할 만한 실질적 차이가 없는 한 체력이 우세한 남자가 여자에 비하여 더 많은 체력을 요하는 노동을 한다면 여자보다 남자에게 적합한 기계작동 관련 노동을 한다는 점만으로 남자근로자에게 더 높은 임금을 주는 것이 정당화되지는 않는 것인데, 소외 회사 공장의

경우에 남녀근로자가 하는 작업이 작업의 성격이나 기계작동 유무의 면에서 다소의 차이가 있고, 작업공정에 따라서는 남자근로자가 무거운 물건을 운반하고 취급하는 등 여자근로자에 비하여 더 많은 체력을 소모하는 노동에 종사한 것이 사실이지만, 그렇다고 하여 남자근로자의 작업이 일반적인 생산직 근로자에 비하여 특별히 고도의 노동강도를 요하는 것이었다든가 신규채용되는 남자근로자에게 기계작동을 위한 특별한 기술이나 경험이 요구되었던 것은 아닌 것으로 보이므로, 원심 인정과 같은 정도의 차이만으로 남녀간 임금의 차별 지급을 정당화할 정도로 '기술'과 '노력'상의 차이가 있다고 볼 수는 없다고 할 것이다. 그렇다면, 이 사건 사업장 내에서 일용직 남녀근로자들이 하는 일에 다소간의 차이가 있기는 하지만 그것이 임금의 결정에 있어서 차등을 둘 만큼 실질적으로 중요한 차이라고 보기는 어려우므로, 그들은 실질적으로는 거의 같은 성질의 노동에 종사하고 있다고 봄이 상당하고, 따라서 달리 위와 같은 남녀근로자 사이의 임금 차별이 합리적인 기준에 근거한 것임을 알아볼 수 있는 자료가 없는 이상, 소의 회사는 임금 책정에 있어 성에 따라 그 기준을 달리 적용함으로써 여자근로자에게 동일가치의 노동에 종사하는 남자근로자보다 적은 임금을 지급한 것이라고 보아야 할 것이다.” (대법원 2003. 3. 14. 선고 2002도3883 판결)

다. 한계

동일가치노동 동일임금원칙은 남녀간 임금차별 외에 예컨대, 연령에 근거한 임금차별에도 적용될 수 있는지 문제된다. 또한 연령과 밀접한 관련성을 갖는 근속연수(재직기간)에 따른 임금의 차등지급은 연령차별인가 여부를 검토할 필요가 있다. 한편, 동일임금원칙과 직접적 관련성은 없지만 특히 최근 도입 여부에 관한 논의가 진행 중에 있는 임금조정제도(임금피크제)가 연령에 따른 임금차별에 해당하는지 여부도 검토되어야 한다.

우선, 연령에 근거한 임금차별의 동일임금원칙 위반 여부이다. 역사적으로나 비교법적 차원으로 볼 때 동일임금원칙은 남녀차별금지의 차원에서 발전·확립된 원칙이다. 그러나 이러한 원칙이 성차별의 영역에 국한하여 적용되는 것으로 보아야 할 당위성이 있는 것은 아니다. ILO 국제노동기준을 보면 1951년의 남녀동일임금협약(제100호) 외에도 1958

년의 고용·직업에서의 차별금지협약(제111호)을 보충하는 권고(제111호)에서는 ‘동일가치노동에 대한 동일보수’를 규정하고 있다(동 권고 제2조). 그리고 1980년 고령근로자권고(제162호)에서는 연령에 의한 차별 없이 다른 근로자의 균등한 기회·대우를 보장하여야 할 사항의 하나로 ‘동일가치노동에 대한 보수’를 언급하고 있다(제5조). 그 외에도 1994년 단시간근로(part-time work)협약(제175호)은 ‘기본급(basic wage)에서의 동일보호원칙’을 규정하고 있다(제5조).³⁴⁾ 이렇듯 노동기준에 관한 국제규범에서 동일임금원칙은 남녀차별 외의 영역에까지 확대·적용되고 있다. 따라서 근기법 제5조가 규정하고 있는 근로조건에서의 균등처우에는 동일임금원칙이 내포되어 있는 것으로 보아야 한다. 그러나 근기법 제5조가 연령을 차별금지사유로 언급하고 있지 않다는 점(차별사유를 한정적으로 열거한 것으로 보는 입장)에서 연령을 이유로 하는 임금차별(이하 ‘연령임금차별’이라 함)을 근기법 위반으로 보기는 어렵다. 반면에 근기법 제5조의 차별금지사유를 예시적인 것으로 보면 연령임금차별은 범위밖에 해당하게 되나 예시적인 것인지 여부에 대한 논란이 있다. 다른 한편, 동일임금원칙을 규정하고 있는 남녀고용평등법의 정신을 살려 연령임금차별에의 유추해석·적용을 상정해 볼 수도 있다. 하지만 동 법이 고용 영역에서 남녀의 평등한 기회와 대우의 보장을 주된 목적으로 하고 있다는 점에서 그러한 유추해석·적용이 타당한지 의문이 제기될 수 있다. 결국 해석론으로 연령임금차별에 대해 동일임금원칙을 적용하기에는 여러 가지 무리가 있기 때문에 동일임금원칙의 일반화(즉, 남녀임금차별 외의 연령임금차별 등에의 확대적용)를 위한 법제도의 개선이 필요하다.

34) 동 조에 의하면, “시간이나 성과(performance) 내지 작업량(piece-rate)에 비례하여 계산되는 기본급에 있어서, 단시간근로자가 오로지 파트타임으로 근로한다는 이유만으로, 비교 대상이 되는 정규근로자보다 낮은 기본급을 받지 않도록 국내법과 관행에 적합한 조치를 취하여야 한다.” 다른 한편, 유럽연합(EU)의 경우에도 1997년 단시간근로지침(제97-81호) 및 1999년 기간제근로(fixed-term work)지침(제99-70호)에서는 근로조건과 관련하여 상이한 대우(different treatment)가 객관적 이유에 근거하여 정당화되지 않는 한 단시간근로자 또는 기간제근로자가 단지 파트타임이나 기한제로 근로한다는 이유만으로 ‘비교 대상이 되는 정규근로자’보다 불이익하게 대우받아서는 아니된다고 규정하고 있다(각 해당 지침 제4조 제1항 참조).

다음으로, 근속연수에 따른 임금의 차등지급의 문제이다. 근속연수가 늘어남에 따라 나이도 많아지기 때문에 근속연수에 따른 임금의 차등지급은 연령차별에 해당하는지가 문제된다. 남녀고용평등법 제8조 제2항은 동일가치노동의 판단기준으로 ‘직무수행에 요구되는 기술, 노력, 책임 및 작업조건 등’을 규정하고 있다. 이러한 4가지 기준 외에 남녀고용평등업무처리규정(노동부 예규)에서는 당해 근로자의 학력, 경력, 근속연수 등을 종합적으로 고려하도록 요구하고 있다(제5조 제3항). 그리고 ① 비교되는 남녀근로자가 동일하거나 비슷한 일을 하더라도 당해 근로자 사이의 학력, 경력, 근속연수, 직급 등의 차이가 객관적·합리적인 기준으로 정립되어 임금이 차등 지급되는 경우, ② 임금형태를 직무급, 능력급, 능력급 등으로 정하여 비교되는 남녀근로자 사이에 능력 또는 업적상의 격차가 구체적·객관적으로 존재함으로써 임금이 차등 지급되는 경우에는 임금지급에 있어 성차별 행위에 해당하지 않는다고 규정하고 있다(노동부예규 제5조 제7항). 이러한 규정을 유추해석하면 동일·유사한 직무를 수행하더라도 근속연수의 차이가 객관적·합리적인 기준으로 정립되어 임금이 차등적으로 지급되는 경우에는 연령차별에 해당하지 않게 된다. 근속연수에 따른 대우의 차이(예컨대, 임금차이)는 기업에의 공헌도 내지 결합도 등에 근거한 보상의 차이라는 점에서 합리적 이유가 있는 차별로 볼 수 있다. 그리고 근속연수의 차이가 곧 생산성(또는 기업공헌도)의 차이와 동일시될 수 있다면 근속연수에 따른 임금차별은 합리적 이유가 있는 것이고, 연령을 이유로 하는 임금차별로 보기 어려울 것이다. 왜냐하면, 이 경우 근속연수라고 하는 요소는 연령이 아니라 생산성과 밀접한 관련성을 갖고 있기 때문이다. 또한 개별 근로자의 생산성을 측정·평가하는 것이 현실적으로 불가능하거나 무의미한 경우 근속연수의 차이에 따른 차등보상은 평가자의 주관에 개입될 여지가 상대적으로 적은 객관적 기준에 의한 차등대우라고 하는 점에서 오히려 합리적이라고도 말할 수 있다. 그러나 동일·유사한 직무를 수행함에 있어서 재직기간이 오래된 자가 그렇지 않은 자보다 반드시 생산성이 높다거나 기업공헌도가 크다고 단정할 수는 없다. 특히 동일·유사한 직무를 수행하는 비교 가능한 근로자간의 생산성의 차이

가 객관적으로 존재함에도 불구하고 ‘생산성의 차이에 따른 임금격차’보다도 ‘근속연수에 따른 임금격차’가 현저히 큰 경우에는 이를 합리화할 수 있는 이유·근거가 없는 한 연령차별로 볼 여지가 있게 된다. 직무·능력급의 임금체계를 취하고 있는 경우에는 더욱 그렇다. 그러나 연공급 임금체계에 있어서는 ‘근속연수에 따른 임금격차’가 ‘생산성의 차이에 따른 임금격차’보다 현저히 큰 경우에도 연령차별이 아닌 합리적인 차별로 해석될 수 있다. 특정 기업에서 근로자의 직업생애 전반을 놓고 볼 때, 연공급 임금체계는 전반기에는 생산성을 하회하는 임금지급, 후반기에는 생산성을 초과하는 임금지급을 통해 근속기간 전체적으로는 임금 손실이 발생하지 않는다는 것을 가정하고 있다. 따라서 이러한 경우 특정 시점에서 근로자 사이에 발생하는 임금격차의 주된 요인이 연령과 상관관계를 갖는 근속연수라고 하여 이를 연령차별로 단정할 수 없는 것이다.

그 다음으로, 임금조정제의 연령차별 해당 여부이다. 최근 임금피크제라고 칭하는 임금조정제도의 도입 여부를 둘러싼 논의가 한창이다. 임금조정제도는 일정 연령 이상의 근로자에 대하여 정년을 보장하거나 정년을 연장하는 대신에 임금을 삭감·조정하여 근로자의 고용유지와 기업의 인건비 부담 완화를 목적으로 하는 제도라고 말할 수 있다.³⁵⁾ 이하에서는 이러한 임금조정제도가 연령임금차별에 해당하는지의 여부를 검토하고자 한다. 조기퇴직 내지 정리해고 등으로 중·고령근로자의 고용불안이 심각해지고 있는 상황에서 임금조정제도는 근로자의 고용유지 내지 고용안정에 기여하는 측면이 없지 않다. 특히 정년연장을 목적으로 정년 이전의 일정 기간 동안 임금을 삭감·조정하는 제도(정년연장형 임금조정제도)는 정년을 넘어서는 고용연장과 소득보장이라는 점에서, 그리고 정년 이전의 임금삭감액과 정년 이후의 임금수령액 사이에 균형이 이루어질 수 있다는 점에서 연령임금차별이라고 단정하기 어렵다. 그러나 주로 고령근로자를 대상으로 정년보장을 목적으로 하여 정년 이전의 일정 기간 동안 임금을 삭감·조정하는 제도(정년보장형

35) 임금피크제의 모델에 관한 보다 자세한 내용은 장지연 외, 『고령화시대의 노동시장과 고용정책(III)』, 한국노동연구원, 2003, 244쪽 이하를 참고하기 바란다.

임금조정제도)는 나이 이외에 그러한 임금삭감을 정당화할 수 있는 합리적 이유가 존재하지 않는 한 연령임금차별로 해석될 가능성이 크다. 특히 개별 근로자의 생산성(능력)을 고려하지 않고 일률적으로 일정 연령 이상의 근로자에 대하여 정년까지 임금을 삭감하는 것은 특별한 사정이 없는 한 연령차별에 해당한다. 개별 근로자의 생산성 저하를 이유로 하는 임금 삭감·조정인 경우에도 외관상 중립적 기준에 의한 간접적인 연령차별에 해당할 수 있다. 연공서열형 임금체계하에서 사용자는 근로자의 직업생애 중 생산성이 높은 시기에 생산성보다 적은 임금을 지급함으로써 이득을 보게 되고, 이러한 이득은 직업생애의 후반기에 생산성보다 높은 임금을 지급함으로써 상쇄된다. 그런데 사용자가 근로자의 생산성이 높은 시기에 이득을 보고 나서 직업생애 후반기에는 그러한 이득을 상쇄하는 임금액을 지급하지 않고 오히려 생산성의 저하를 이유로 임금을 삭감하는 행위는 불공정할 뿐만 아니라 연령을 이유로 하는 간접차별로 볼 수 있는 것이다. 더구나 ILO의 고령근로자권고(제162호)는 노령연금의 수급연령에 도달하기 이전의 일정 기간 동안에 고령근로자에게 발생할 수 있는 소득의 감소 내지 상실에 따른 보호조치를 취할 것을 요구하고 있다.³⁶⁾

다른 한편, 남녀고용평등법이 규정하고 있는 동일가치노동에 대한 동일임금원칙은 ‘같은 것은 같게 취급하여야 한다’는 형식적 평등을 구체화하고 있는 원칙이다. 그런데 제1장에서 언급하였듯이 형식적 평등은 동일한 대우만을 요구할 뿐이지 어떠한 내용과 수준에서 동등하게 대우하는 것이 공정한 것인지에 관한 기준을 제시하고 있는 것은 아니라는 한계를 내포한다. 예컨대, 남성의 임금을 여성의 임금수준으로 하향시켜 동일임금을 지급하든, 아니면 남성 임금의 하향조정 및 여성 임금의 상향조정을 통해 동일임금을 지급하더라도 동일임금원칙 위반으로 보기 어려운 문제점이 있는 것이다. 결국 동일가치노동에 대한 동일임금원칙을 이유로 하여 기존의 임금수준을 낮추는 것에 대해 이를 금지하는 법적 규제가 있어야 한다.

36) 동 권고에서는 단시간근로로 전환한 고령근로자에게 발생하는 소득감소의 일부 또는 전부를 보상하는 제도가 마련되어야 한다고 규정하고 있다(제23조).

4. 해고의 제한

가. 법의 내용

근로기준법 제30조 제1항에 의하면, “사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타 징벌을 하지 못한다.” 경영상 이유에 의한 해고(이하 정리해고)를 함에 있어서도 근로기준법 제31조는 제2항은 합리적이고 공정한 해고의 기준에 따라 해고 대상자를 선정할 것을 사용자에게 요구하고 있다. 동 항에서는 남녀의 성을 이유로 하는 차별을 명시적으로 금지하고 있지만 그 밖의 차별사유에 대해서는 명시적으로 언급하고 있는 바가 없다.

나. 판례

1) 장애에 따른 직무수행능력의 결여를 이유로 한 해고

장애는 노동능력의 상실 내지 감소를 초래하게 되는데, 이를 이유로 하는 해고의 정당성 여부를 판단하는 기준으로 대법원은 ① 장애의 원인, ② 종전 업무의 성격·내용과 잔존 노동능력에 부합하는 업무의 존부·내용, ③ 장애근로자의 직장복귀를 위한 사용자의 배려, ④ 새로운 업무에 대한 근로자의 적응 노력 등을 제시하고 있다. 그 구체적 내용은 다음과 같다.

“근로자가 취업규칙에서 정한 ‘신체장애로 인하여 직무를 감당할 수 없을 때’에 해당한다고 보아 퇴직처분을 함에 있어서 그 정당성은 근로자가 신체장애를 입게 된 경위 및 그 사고가 사용자의 귀책사유 또는 업무상 부상으로 인한 것인지의 여부, 근로자의 치료 기간 및 치료 종결 후 노동능력 상실의 정도, 근로자가 사고를 당할 당시 담당하고 있던 업무의 성격과 내용, 근로자가 그 잔존 노동능력으로 감당할 수 있는 업무의 존부 및 그 내용, 사용자로서도 신체장애를 입은 근로자의 순조로운 직장복귀를 위하여 담당 업무를 조정하는 등의 배려를 하였는지 여부, 사용자의 배려에 의하여 새로운 업무를 담당하게 된 근로자의 적응 노력 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단

하여야 한다.” (대법원 1996. 12. 6. 선고 95다45934 판결)

한편, 산재에 따른 장애로 종전 업무의 수행이 불가하거나 부적합한 경우에 이것을 이유로 하는 해고는 정당하고, 배치전환 등의 배려가 반드시 수반되어야 하는 것은 아니라고 본 대법원 판례도 있다. 구체적인 내용은 다음과 같다.

“근로자의 업무상 부상에 관한 요양 종결에 따라 상당한 신체장해가 남아 있는 상태에서 그 근로자가 종전과 같은 작업강도를 지닌 갱내 기계수리공의 업무를 수행할 수 없다고 보아야 할 뿐만 아니라, 그 신체장해가 남아 있는 부분은 허리(요추) 부분으로 그 부분은 신체부위 중 운동량이 많고 중량의 부하를 특히 많이 받는 부분이어서 근로자가 종전과 같이 갱내 굴진·채탄작업 등에 사용되는 기계 등의 중량물을 취급하는 업무를 계속 담당할 경우에 장해부위가 악화될 가능성도 배제할 수 없는 사정이고 보면, 근로자에게 그와 같은 신체장해가 있어 종전의 담당업무를 수행할 수 없거나 부적합하게 되었음을 이유로 한 회사의 근로자에 대한 장해해고는 정당하고, 이러한 경우 해고 시기가 (구) 근로기준법 제27조 제2항(현행 근로법 제30조 제2항) 소정의 해고금지기간에 해당하지 않는 한 해고를 하기에 앞서 반드시 장해근로자에 대하여 일정기간 유예기간을 두고 배치전환 등을 하여 근무하도록 하면서 관찰하여야 하는 것은 아니다.” (대법원 1996. 11. 12. 선고 95누15728 판결)

다른 한편, 회사의 업무상 재해관리지침상 취업 부적격 장애등급자에 해당하더라도 배치전환된 업무를 정상적으로 수행하여 왔다면 해고의 정당성이 인정될 수 없다고 본 대법원 판례도 있다.

“참가인은 참가인의 업무상 재해자 관리지침상 요양 종결을 마친 업무상 재해자의 장해 정도가 신체장해등급 9급까지는 취업 부적격자로서 해고한다는 규정을 들어 원고에게 해고 예고기간을 통보한 후 원고를 직권면직한 사실, 원고의 경우에는 오른쪽 귀는 고도난청으로 청력 회복이 불가능하나 왼쪽 귀는 정상이어서 위와 같이 소음이 덜한 작업으로 전환배치된 후 직권면직될 때까지 소음성 난청으로 인하여 담당업무를 수행함에 있어 특별히 근무능력이 떨어진다든가의 일이 없어 정상적으로 근무하여 온 사실을 알 수 있다. 사정

이 이와 같다면, 원고가 위와 같은 신체장애로 인하여 그 직무를 감당할 수 없다는 사정이 인정되지 아니하는 이 사건에 있어서 참가인이 원고의 신체장애 등급이 형식적으로 위 업무상 재해관리지침상의 취업 부적격자에 해당한다는 이유만으로 원고를 직권면직한 것은 정당한 이유가 없는 것으로서 부당해고에 해당한다 할 것이다.” (대법원 1997. 8. 24. 선고 94구24123 판결)

2) 정리해고

정리해고의 대상자를 선정함에 있어서 어떤 해고기준이 근로기준법이 규정하는 합리적이고 공정한 해고기준에 해당하는가 하는 문제가 제기된다. 즉, 해고로 인한 피해가 상대적으로 커서 해고로부터 보호하여야 할 필요성이 큰 근로자(예컨대, 장애인, 고령자 등)를 우선적으로 해고하는 기준은 합리적이고 공정하지 않는 것으로 보아야 하는가 하는 점이다.

근로자보호의 관점이 우선되어야 한다고 본 하급심 판결례가 있지만 이러한 견해는 이후의 판례에 큰 영향을 미치지 못하였다.

“정리해고의 경우 근로자의 일신상, 형태상의 사유가 아닌 사용자측의 경영상 필요로 해고가 이루어지는 것이므로 연령, 근속기간, 부양의무의 유무, 재산, 건강상태 등 근로자 각자의 주관적 사정을 기초로 그 사회적 위치를 살펴 상대적으로 사회적 보호를 덜 필요로 하는 근로자들부터 해고를 하여야 하고, 근무성적, 업무능력 등 사용자측의 이해관계와 관련된 사정들을 부차적으로 고려되어야 할 것임에도 피고는 해고대상 근로자 선별기준을 마련함에 있어서 피고 법인의 이해관계와 밀접한 사항들만을 반영할 뿐 근로자 각자의 주관적 사정을 전혀 고려하지 아니하였으므로 이러한 점으로 보아도 피고의 초과인원 정리기준은 정당하다고 볼 수 없다. 피고가 이러한 기준을 마련함에 있어 피고법인 노동조합과 협의 또는 합의를 하였다 하여도 이러한 사정은 해고 대상자 선별기준의 정당성에 아무런 영향을 미치지 않는다.” (서울지방법원 1995. 12. 15. 선고 94가합10586 판결)

다수의 하급심 판례는 근로자보호의 관점과 기업 보호의 관점이 종합적·균형적으로 고려되어야 한다고 보고 있다.

“해고 대상자를 선정함에 있어서 어떠한 기준을 설정하고 각 항목별로 어떠한 비중을 부여하는 것이 합리성과 공정성을 갖춘 것인지 여부는 확일적·일률적으로 말할 것은 아니고, 정리해고 대상자에게 미치는 불이익의 정도, 사회적 보호의 필요성과 같은 근로자의 주관적 사정과 정리해고를 통해 달성하고자 하는 경영상 목표, 정리해고를 실시하는 사업체의 인사구조 및 이에 관한 구성원들의 인식, 향후 사업체의 발전 역량의 보존 등 객관적 사정을 두루 고려하여 이를 판단하여야 한다.” (서울행정법원 2000. 6. 1. 선고 99구28247 판결)

그러나 근로자 보호의 관점을 고려하지 않은 해고기준도 정당할 수 있다고 본 하급심 판결례도 있다.

“원고는 위 해고기준이 근로자측의 주관적인 사정을 고려하지 아니한 것으로서 합리적이고 공정하지 아니한 것이라고 주장하나, 정리해고의 기준은 기업의 경쟁력 향상이라는 측면에 주안점을 두어 정할 수도 있고 근로자의 생활 안정이라는 측면에 주안점을 두고 정할 수도 있는 것이며, 그 어느 쪽에 주안점을 두어 정하더라도 그것이 사회적 타당성을 가지는 것이라면 이를 정당한 것이라고 할 것이어서, 위 정리해고의 기준이 근로자의 부양가족의 수라든가 재취업 가능성을 고려하지 아니하였다 하더라도 그러한 사유만으로 합리적이고 공정한 해고기준이 아니라고는 할 수 없다.” (서울고등법원 2001. 8. 3. 선고 2000나51829 판결)

초기에 대법원은 해고 대상자를 선정함에 있어서 해고로부터 보다 많은 보호를 받아야 할 장기근속자를 우선적인 해고 대상으로 정한 것은 합리성과 공정성을 결여한 것이라고 판단하였었다.³⁷⁾ 그러나 2002년 판결(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452)에서는 근로자 보호의 관점을 고려하지 않은 해고기준(직급별로 연령이 많은 자, 장기간 재직자, 근무성적 저조자)도 그 정당성을 인정할 수 있다는 취지의 결정을 내리게 된다. 동 사안에서 사용자(은행)는 노동조합 가입자격이 없는 상위직 근로자(3급 이상 직원)를 대상으로 인원감축을 하기로 결정하였고, 과반

37) 대법원 1993. 12. 28 선고 92다34858 판결.

수 노조와 합의하여 정한 해고기준은 직급별 해고인원수를 정하고, 각 직급에서 연령이 많은 직원, 재직기간이 장기간인 직원, 근무성적이 나쁜 직원을 해고 대상으로 하되 앞의 두 기준에 해당하는 자 중 근무성적 상위자를 제외하기로 하는 것이었다. 이에 대해 대법원은 다음과 같이 판단하고 있다.

“합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제 상황 등에 따라 달라지는 것이다. ... (중략) ... 우리나라에 독특한 연공서열적인 임금체계를 감안하면 상대적으로 고임금을 받는 높은 직급의 연령이 많은 직원과 재직기간이 긴 직원을 해고하면 해고인원을 최소화할 수 있었던 사정을 종합적으로 고려해 보면 피고 은행이 정한 위 기준은 당시의 상황에서 나름대로 합리적이고 공정한 기준으로서 수긍할 만하고, 정리해고를 조속히 마무리지어 안정을 기해야 할 필요성에 비추어 주관적 판단에 좌우되기 쉬운 근로자 각자의 개인적 사정을 일일이 고려하지 못하였다고 하여 달리 볼 수는 없다.” (대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결)³⁸⁾

다. 한계

장애에 따른 직무수행능력의 결여를 이유로 하는 해고(이른바 장애해고)에 대하여 판례는 비교적 엄격하게 해석하여 해고를 제한하려는 태도를 취하고 있다. 그러나 정리해고의 경우에 있어서 대법원은 시간이 지나면서 기업 보호의 관점에 치우치는 경향을 보이고 있다. 특히 우리

38) 동 사안의 원심(서울고등법원 2001. 4. 11. 선고 2000나15908 판결)은 “근로자의 부양의무의 유무, 재산, 건강상태, 재취업 가능성 등 근로자 각자의 주관적인 사정과 사용자의 이익 측면을 적절히 조화시켜야 함에도 근로자의 생활보호 측면을 전혀 고려함이 없이 단순히 연령, 재직기간, 근무성적 등 3가지 선정기준만을 설정하였을 뿐 아니라 그나마 이들 기준을 합리적으로 조화시키지 아니하고 그 중 어느 하나의 요건에만 해당하면 근무성적을 다소 고려하는 외에는 다른 기준에도 불구하고 아무런 심사 과정도 거치지 아니하고 바로 감축 대상으로 선정한 점에 비추어 그 대상자 선정기준 역시 합리적이고 공정하다고 할 수 없다”고 판단하였었다.

나라에서는 연공서열 임금체계 때문에 중·고령은 근속연수 및 고임금과 밀접한 관련을 갖는다. 따라서 대부분 중·고령자에 해당하는 장기근속자를 우선적 해고 대상자로 삼는 이유에 대해 사용자가 비용절감을 주장하는 경우, 과연 이를 연령차별이라고 볼 수 있는가 하는 법적 문제가 제기될 수 있다. 위에서 살펴본 대법원 판례의 입장에 따르면 동일직급에서 직무능력과 임금수준이 동일·유사한 경우 연령이 많은 자를 우선적 해고 대상으로 삼는 기준이 정당화될 수 있다는 결론에 이른다. 이러한 대법원 판결의 입장은 정리해고에 있어서 중·고령근로자를 우선적 퇴출 대상으로 삼고자 하는 기업의 행위를 용인하는 것이자, 정리해고시에 발생할 수 있는 합리적 이유 없는 연령차별을 규제함에 있어서 현행 근로기준법이 현실적으로 한계를 가질 수밖에 없음을 보여주는 것으로 평가할 수 있다. 한편, 우선적인 정리해고의 대상으로 장애인이 문제되었던 직접적 사건은 없었지만, 위와 같은 대법원 판례의 경향은 정리해고에서의 장애인차별을 효과적으로 규제하는 데 한계가 있을 수 있음을 보여준다.

장애, 연령, 근속기간, 부양부담 등과 같은 근로자 보호의 요소를 반드시 고려하여 해고기준을 정하도록 근로기준법을 개정하든지 아니면 장애, 연령 등을 이유로 고용차별을 하지 못하게 사용자에게 사법적 의무를 부과하는 새로운 형태의 고용차별금지법을 제정하지 않는 한 정리해고 대상자의 선정과 관련한 위의 대법원 판례의 흐름을 바꾸기에는 한계가 있다.

5. 정년제

가. 법의 내용

현행 근로기준법에는 정년제에 관한 규정이 없다. 따라서 근로기준법상 정년퇴직의 연령에 대한 특별한 규율이나 제한은 없고, 관행이나 취업규칙 또는 단체협약 등에 의해 정해지고 있다. 정년제는 일반적으로 근로자가 일정한 연령에 이르면 그 능력이나 의사에 무관하게 근로관계

를 일률적·강제적·자동적으로 종료시키는 제도를 말한다. 종신고용제 아래 연공임금을 전제로 하는 노무관리에서 고임금·고연령 근로자를 배제하고 인사의 신진대사를 제도적으로 확보하려는 데 그 취지가 있다고 설명되고 있다.³⁹⁾

우리나라의 정년제는 그 법적 성질이 ‘정년해고제’가 아닌 ‘정년퇴직제’이다. 이는 사용자의 의사표시 없이 근로자가 정년연령에 도달했다는 사실만으로 근로관계가 종료되기 때문에 이를 종기를 정한 근로계약의 일종으로 보는 입장⁴⁰⁾과 근로계약의 종료사유에 관한 특약이라고 하는 입장⁴¹⁾이 대립하고 있다. 그러나 어느 입장에 따르더라도 근로자는 정년에 도달하기 이전에 언제든지 퇴직할 수 있고, 정년에 도달하게 되면 별도의 의사표시가 없더라도 근로관계가 종료된다.⁴²⁾ 한편, 채택하고 있는 정년제의 형태를 보면 일률정년제와 직종 및 직급의 차등정년제를 혼합하여 운영하는 경우가 많다.

나. 판례

판례는 직책 또는 직급에 따른 차등정년제도 허용하고 있기 때문에 정년제의 적법성을 승인하고 있는 것으로 볼 수 있다. 다만, 성별 작업 구분이나 근로조건의 구분을 명확히 하지 아니한 채 남녀를 차별하여 정년을 규정한 단체협약서 및 취업규칙의 조항이 근로기준법 제5조와 남녀고용평등법 제8조 제1항에 위배되어 무효라고 본 사례,⁴³⁾ 교환직렬 직종의 정년을 43세로 정한 것이 합리적인 이유 없이 여성근로자들로 하여금 조기퇴직하도록 부당하게 낮은 정년을 정한 것이라면 근로기준

39) 이병태, 『신노동법』, (주)중앙경제, 2002, 683쪽.

40) 김유성, 『정년제의 의의와 법적 문제』, 『법학』 제90호, 서울대학교 법학연구소, 1992, 82쪽 ; 김형배, 앞의 책, 467쪽.

41) 임종률, 앞의 책, 512쪽 ; 이병태, 앞의 책, 600쪽.

42) 정년퇴직제의 법적 성격에 관하여 판례는, 정년에 따른 퇴직인사명령은 당사자가 당연히 퇴직하였다는 것을 공적으로 확인하여 알려 주는 사실의 통보에 불과한 것으로 새로운 형성적 행위(‘해고 또는 해지의 의사표시’)라고 볼 수 없다(대법원 1994. 12. 27, 91누9244 판결)고 판시하였고, 노동위원회의 견해(중노위 2001. 02. 02, 2000부해314 판정 참조)도 같은 입장이다.

43) 대법원 1993. 4. 9. 선고 92누15765 판결.

법 소정의 남녀차별금지규정에 해당되어 무효라고 본 사례가 있다.⁴⁴⁾ 반면에 일반직 직원의 정년을 58세로 규정하면서 전화교환직렬 직원만은 정년을 53세로 규정하여 5년간의 정년차등을 둔 것이 사회통념상 합리성이 있다고 본 사례도 있다.⁴⁵⁾

헌법재판소는 법관 정년제의 합리성을 다음과 같은 논리로 인정하고 있다. 즉, 법관의 노령으로 인한 정신적·육체적 능력 쇠퇴로부터 사법이라는 임무를 제대로 수행함으로써 사법제도를 유지하게 하고, 사업인력의 신진대사를 촉진하여 사법 조직에 활력을 불어넣고 업무의 효율성을 제고하며, 법관 스스로가 본인의 능력을 판단하여 물러나게 하는 제도로는 사법제도의 유지와 조직의 활성화 및 직무능률의 유지향상이 어렵고, 노령에 다른 개개인의 업무감당 능력을 객관적으로 측정하기 곤란하기 때문에 그 합리성이 인정된다는 것이다.⁴⁶⁾

다. 한계

정년제의 합법성을 주장하는 견해는 그 근거로 ① 기업 고용인원의 한계성, ② 청년근로자의 채용을 통한 종업원 연령 구성상의 균형 유지의 필요성, ③ 고령자 개인별 평가에 따른 선별적 퇴직보다는 정년제가 더 합리적이고 공정하다는 노사 쌍방의 인식을 제시하고 있다.⁴⁷⁾ 반면에 정년제의 위법성을 주장하는 견해는 그 근거로 ① 연령에 의한 고용차별로 헌법상의 평등조항과 근로기준법상의 균등대우조항 및 민법상의 공서양서조항에 대한 위반, ② 근로자는 정년에 관계없이 해고사유의 유무에 의해서만 해고될 수 있다는 점 등을 제시하고 있다.⁴⁸⁾

연령차별금지의 관점에서 볼 때, 정년제의 문제점은 개별 근로자의 능력과 가치를 고려하지 않고 일정한 연령에 도달하면 일률적·자동적으로 근로관계를 종료시킨다는 점이다. 또한 퇴직의 시기에 대한 근로

44) 대법원 1988. 12. 27. 선고 85다카657 판결.

45) 대법원 1996. 8. 23. 선고 94누13589 판결.

46) 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌마557 판결.

47) 임종률, 앞의 책, 512쪽 참조.

48) 김유성, 앞의 글, 79쪽 참조.

자의 선택권을 배제함으로써 자발적 퇴직이 아니라 강제적 퇴직을 초래한다는 점이다. 특히 정년제하에서 비용(인건비) 절감을 목적으로 하는 조기퇴직(명예퇴직)의 장려, 심지어 강요는 사실상 정년단축의 효과를 초래한다. 그럼에도 불구하고 현행 근로기준법은 정년제에 대하여 어떠한 규율도 정하지 않고 침묵하고 있다. 따라서 정년제에 내포된 연령차별적 요소를 법적으로 규율함에 있어서 현행 근로기준법은 많은 한계를 갖고 있다고 평가하지 않을 수 없다.

일정한 나이에 도달하였다는 이유만으로 근로자의 의사에 반하여 강제적으로 근로관계를 종료시키는 것은 그것을 정당화할 수 있는 합리적 이유가 없는 한 연령차별에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 생물학적 연령은 특정 개인의 업무수행능력을 보여주는 충분한 지표가 아니므로 연령에 근거한 강제퇴직은 자의적일 수 있다. 그런데 우리의 경우 연공서열 임금제도가 정년제를 합리적 이유가 있는 연령차별로 해석할 근거가 되는지 문제된다. 연공(근속연수)에 따른 임금상승이 개별 근로자의 생산성(능력)을 초과하여 무한정 계속되는 것은 경제적으로 용인될 수 없는 불합리성을 갖기 때문에 일정 연령에서 근로관계를 종료시키는 것이 오히려 합리적이고 연령차별에 해당하지 않는 것으로 볼 여지가 있다. 직종에 따라서는 직무의 성격상 정년 설정이 불가피한 경우도 있다. 그러나 같은 나이의 근로자간에도 능력의 차이가 존재하기 때문에 일률적인 정년의 설정이 합리적인지 의문 제기가 가능하다. 몇 세의 나이를 정년으로 하는 것이 합리적인 것인지에 대한 입증 내지 평가도 용이하지 않다. 더구나 근로자의 능력은 교육·훈련 등을 통해 향상될 수 있기 때문에 초기에 설정된 일정 나이의 정년이 상당 기간 경과 후에도 합리적인 것으로 평가될 수 있는지 의문이라 하지 않을 수 없다. 또한 근로자의 노화에 따른 능력 쇠퇴로 인해 업무를 감당할 수 없는 경우 사용자는 업무수행능력의 결여를 이유로 하여 해고할 수 있는 권한을 갖고 있다. 위와 같은 점들을 종합적으로 고려할 때, 일률적이고 강제적인 기업정년제는 원칙적으로 연령차별의 한 가지 유형으로 규제되어야 타당하다. 다만, 근로자도 언젠가는 노동생활에서 자연스럽게 은퇴하지 않을 수 없기 때문에 사회적으로 바람직한 은퇴연령을 정년과 연계시키는 것까

지 금지할 필요는 없을 것이다. 예컨대, 노후의 생활보장을 가능케 하는 연금제도하에서 노령연금의 수급연령과 정년을 연계시키는 경우에는 이를 입법정책상 연령차별에 해당하지 않는 것으로 간주할 수 있을 것이다.

제2절 장애인고용촉진 및 직업재활법

장애인고용촉진은 장애인에 대한 사업주의 차별대우금지, 장애인고용의무제 및 고용부담금제, 국가·지자체에 의한 보호고용의 실시 등을 규정하고 있는 중요한 법이다.

1. 법적용의 대상이 되는 장애인의 개념

가. 법의 내용

1) 장애인

장애인고용촉진법에서는 장애인을 “신체 또는 정신상의 장애로 인하여 장기간에 걸쳐 직업생활에 상당한 제약을 받는 자로서 대통령이 정하는 기준에 해당하는 자”로 정의하고 있다(제2조 제1호). 이러한 정의에 따르면, 장애인은 ① 신체 또는 정신상의 장애의 존재, ② 장기간에 걸친 직업생활에의 상당한 제약성, ③ 시행령상의 기준 해당성을 요건으로 하고 있다. ①과 ③은 합치면 시행령상의 기준에 해당하는 신체 또는 정신상의 장애가 존재할 것이라는 의미로 해석할 수 있다.

한편, 장애인고용촉진법 시행령 제3조(장애인의 기준)에 의하면, 장애인은 ① 장애인복지법 시행령 제2조의 규정에 의한 장애인 기준에 해당하는 자, ② 『국가유공자등예우및지원에관한법률』(이하 국가유공자법) 시행령 제14조 제3항의 규정에 의한 상이등급 기준에 해당하는 자, ③ 산업재해보상보험법(이하 산재보험법) 시행령 제31조 제1항의 규정에

의한 신체장애등급 기준 중 제1급 내지 제9급에 해당하는 자이다. 장애인복지법 시행령(별표 1)에서는 장애인의 종류와 기준을 15가지(지체장애인, 뇌병변장애인, 시각장애인, 청각장애인, 언어장애인 등)로 분류하고 있고, 동 법 시행규칙(별표 1)에서는 장애의 종류별로 장애등급을 정하고 있다. 국가유공자법 시행령(별표 3)에서는 상이등급 기준을 1급~7급으로 분류하고 있고, 산재보험법 시행령(별표 2)은 신체장애등급을 제1급~14급으로 구분하고 있다. 참고로 장애인복지법 시행령상 장애인의 종류와 기준은 다음과 같이 규정되고 있다.

<장애인복지법 시행령상 장애인의 종류 및 기준>

- 지체장애인(肢體障礙人)
 - 가. 한 팔, 한 다리 또는 몸통의 기능에 영속적인 장애가 있는 사람
 - 나. 한 손의 엄지손가락을 지골관절(指骨關節) 이상의 부위에서 잃은 사람 또는 한 손의 둘째손가락을 포함한 2 이상의 손가락을 모두 제1지골관절 이상의 부위에서 잃은 사람
 - 다. 한 다리를 리스프랑(Lisfranc) 관절 이상의 부위에서 잃은 사람
 - 라. 두 발의 모든 발가락을 잃은 사람
 - 마. 한 손의 엄지손가락의 기능을 잃은 사람 또는 한 손의 둘째손가락을 포함한 2 이상의 손가락의 기능을 잃은 사람
 - 바. 왜소증으로 인하여 키가 심하게 작거나 척추에 현저한 변형 또는 기형이 있는 사람
 - 사. 지체(肢體)에 위 각목의 1에 해당하는 장애 정도 이상의 장애가 있다고 인정되는 사람
- 뇌병변장애인(腦病變障礙人)
 - 뇌성마비, 외상성 뇌손상, 뇌졸중(腦卒中) 등 뇌의 기질적 병변에 기인한 신체적 장애로 보행 또는 일상생활의 동작 등에 상당한 제한을 받는 사람
- 시각장애인(視覺障礙人)
 - 가. 나쁜 눈의 시력(만국식시력표에 따라 측정된 교정시력을 말한다. 이하 같다)이 0.02 이하인 사람

- 나. 좋은 눈의 시력이 0.2 이하인 사람
- 다. 두 눈의 시야가 각각 주시점에서 10도 이하로 남은 사람
- 라. 두 눈의 시야의 2분의 1 이상을 잃은 사람
- 청각장애인(聽覺障礙人)
 - 가. 두 귀의 청력 손실이 각각 60데시벨(dB) 이상인 사람
 - 나. 한 귀의 청력 손실이 80데시벨(dB) 이상, 다른 귀의 청력 손실이 40데시벨(dB) 이상인 사람
 - 다. 두 귀에 들리는 보통 말소리의 명료도가 50% 이하인 사람
 - 라. 평형기능에 상당한 장애가 있는 사람
- 언어장애인(言語障礙人)
 - 음성 기능 또는 언어 기능에 영속적으로 상당한 장애가 있는 사람
- 정신지체인(精神遲滯人)
 - 정신발육이 항구적으로 지체되어 지적 능력의 발달이 불충분하거나 불완전하고 자신의 일을 처리하는 것과 사회생활에의 적응이 상당히 곤란한 사람
- 발달장애인(發達障礙人)
 - 소아기 자폐증, 비전형적 자폐증에 의한 언어·신체표현·자기조절·사회적응 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활 또는 사회생활을 하는 데 있어 상당한 제한을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 사람
- 정신장애인(精神障礙人)
 - 지속적인 정신분열병, 분열형 정동장애(情動障礙), 양극성 정동장애 및 반복성 우울장애에 의한 감정조절·행동·사고 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활 또는 사회생활을 하는 데 있어 상당한 제한을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 사람
- 신장장애인(腎臟障礙人)
 - 신장의 기능 부전으로 인하여 혈액투석이나 복막투석을 지속적으로 받아야 하거나, 신장 기능의 영속적인 장애로 인하여 일상생활을 하는 데 있어 상당한 제한을 받는 사람
- 심장장애인(心臟障礙人)

심장의 기능 부전으로 인한 호흡곤란 등의 장애로 인하여 일상생활을 하는 데 있어 상당한 제한을 받는 사람

○ 호흡기장애인(呼吸器障礙人)

폐나 기관지 등 호흡기관의 만성적 기능 부전으로 인한 호흡기능의 장애로 인하여 일상생활을 하는 데 있어 상당한 제한을 받는 사람

○ 간장애인(肝障礙人)

간의 만성적 기능 부전과 그에 따른 합병증 등으로 인한 간기능의 장애로 인하여 일상생활을 하는 데 있어 상당한 제한을 받는 사람

○ 안면장애인(顔面障礙人)

안면부위의 변형 또는 기형으로 인하여 사회생활을 하는 데 있어 상당한 제한을 받는 사람

○ 장루·요루장애인(腸瘻·尿瘻障礙人)

배변기능 또는 배뇨기능의 장애로 인하여 장루(腸瘻) 또는 요루(尿瘻)를 시술하여 일상생활을 하는 데 있어 상당한 제한을 받는 사람

○ 간질장애인(癇疾障礙人)

간질에 의한 뇌신경세포의 장애로 인하여 일상생활 또는 사회생활을 하는 데 있어 상당한 제한을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 사람

2) 중증장애인

장애인고용촉진법은 중증장애인을 “장애인 중 근로능력이 현저하게 상실된 자로서 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 자”로 정의하고 있다(제2조 제2호). 장애인고용촉진법 시행령(제4조)에서는 중증장애인의 기준을 ① 장애인복지법 시행령 제2조의 규정에 의한 장애인 기준에 해당하는 장애인 중 노동부령이 정하는 장애등급(즉, 장애인복지법 시행규칙 별표 1의 규정에 의한 장애인의 장애등급 중 제2급) 이상의 장애등급에 해당하는 자, ② 장애인복지법 시행령 제2조의 규정에 의한 장

• 유형별 중증장애 구분표

유형		등급		장애등급														
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14			
장애 인 복 지 법 상 분 류	지체장애																	※ 음영처리된 부분이 중증장애인을 표시한 것이며 사선은 해당 등급이 없음을 나타냄 ※ 지체장애인 3급 중 음영 표시된 부분은 상지장애인
	뇌병변장애																	
	시각장애																	
	청각장애																	
	언어장애																	
	정신지체																	
	정신장애																	
	발달장애																	
	신장장애																	
	심장장애																	
산재장애자																		
국가유공자																		

※ 자료 : 노동부, 『장애인고용촉진및직업재활법 해설』, 2003.

애인 기준에 해당하는 장애인 중 위의 ①의 규정에 의한 장애등급보다 1단계 낮은 장애등급에 해당하는 자로서 뇌병변장애인·시각장애인·정신지체인·발달장애인·정신장애인·심장장애인 및 상지에 장애가 있는 지체장애인, ③ 국가유공자법 시행령 제14조 제3항의 규정에 의한 상이등급에 해당하는 자 중 3급 이상의 상이등급에 해당하는 자, ④ 산재보험법 시행령 제31조 제1항의 규정에 의한 신체장애등급에 해당하는 자 중 제3급 이상의 장애등급에 해당하는 자로 규정하고 있다.

중증장애인은 일반적으로 보호고용의 대상이 된다. 보호고용은 통제(보호)된 작업환경하에서 장애인 개인에게 근로경험 및 그와 관련된 서비스를 제공해 줌으로써 그들이 정상적인 생활과 생산적인 취업상태로 발전해 나가도록 도와주는 재활방법이다. 장애인고용촉진법(제13조)에서도 보호고용에 관하여 규정하고 있다. 즉, “국가 및 지방자치단체는 장애인 중 정상적인 작업조건하에서 일하기 어려운 장애인을 위하여 특정한 근로환경을 제공하고 그 근로환경에서 일할 수 있도록 보호고용을 실시하여야 한다.”

나. 한계

장애인복지법 등에서는 주로 의학적 모델에 기초하여 장애인의 기준과 종류, 장애등급 등을 정하고 있다. 장애인고용촉진법 역시 이러한 기준을 준용하고 있다. 그런데 장애인고용촉진법에서 정의하고 있는 장애인 개념에 따르면, 신체 또는 정신상의 장애가 존재하여야 할 뿐만 아니라 그러한 장애에 의하여 ‘장기간에 걸친 직업생활에의 상당한 제약’이 초래되어야 한다. 후자의 요건은 중요함에도 불구하고 장애인고용촉진법령에서는 그 의미 내지 판단 기준을 제시하고 있지 않다. 그리고 장애에 따른 근로능력의 유무와 정도는 장애인복지법령 등이 정하고 있는 장애등급만으로 판단될 수 없다. 판례도 이러한 입장에서, “근로자가 업무상 재해로 요양을 종결한 후에도 신체장애가 잔존하는 경우 근로능력의 유무는 단순히 장애등급만으로써 결정할 수 있는 것이 아니라 장애의 부위 및 정도, 근로자가 종사를 원하는 업무의 내용과 성격 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 것”이라고 말하고 있다.⁴⁹⁾ 다른 한편, 장애인복지법(제2조)은 장애인을 “신체적·정신적 장애로 인하여 장기간에 걸쳐 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받는 자”로 정의하고 있다. 장애인복지법이 규정하고 있는 ‘일상생활 또는 사회생활에의 상당한 제약성’과 장애인고용촉진법이 규정하고 있는 ‘직업생활에의 제약성’은 서로 다른 요건임에도 불구하고, 장애인고용촉진법령에서는 그 차이를 확인할 수 있는 기준이나 내용을 담고 있지 않다.

2. 장애인에 대한 사업주의 차별대우금지

가. 법의 내용

장애인고용촉진법 제4조에 의하면, 사업주는 장애인이 가진 능력을 정당하게 평가하여 고용의 기회를 제공함과 동시에 적절한 고용관리를

49) 서울고법 1995. 8. 24. 선고 94구24123 판결.

행할 의무를 가지며, 근로자가 장애인이라는 이유로 채용·승진·진보 및 교육훈련 등 인사관리상의 차별대우를 하여서는 아니된다. 다른 한편, 장애인복지법(제8조)은 장애를 이유로 하는 정치·경제·사회·문화생활의 모든 영역에서의 차별을 일반적으로 금지하고 있다.

나. 한계

장애인고용촉진법이 규정하고 있는 장애인에 대한 사업주의 차별대우금지 는 사실상 선언적 금지에 불과하다. 그 위반에 대한 어떠한 제재(벌칙 또는 과태료)나 구제절차를 마련하고 있지 않다. 차별금지의 내용으로 차별 의도가 개입된 직접차별뿐만 아니라 차별 의도가 없는 기준이나 관행, 행위 등에 의하여 차별적 결과가 초래되는 간접차별을 포괄하는 것인지 불분명하다. 또한 인사관리 이외의 고용 영역(예컨대, 임금, 부가급부 등)에서의 차별대우까지 금지되는 것인지 법문언상 분명치 않다. 그 외에도 동 법상의 차별금지 규정을 위반한 경우 그 법적 효과가 사법적으로 무효라고 보기도 어렵다. 동 법상의 차별금지에 대한 사업주의 의무는 국가와의 관계에서 발생하는 공법적 의무에 불과하고 사법상의 의무로 볼 수 없기 때문이다.

3. 장애인고용의무제 및 고용부담금제

가. 법의 내용

장애인고용촉진법은 장애인의 고용기회 확대를 통한 자활여건의 조성 및 복지향상을 목적으로 장애인고용의무제도 및 고용부담금제도를 마련하고 있다.

상시 300인 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 근로자의 총수의 100분의 5의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율(2%) 이상의 장애인을 고용하여야 한다(법 제24조 제1항, 시행령 제23조 제1항 및 제24조).⁵⁰⁾ 의무고용률(2%)에 미달하는 장애인을 고용하는 사업주는 미달

부분에 상응하는 장애인고용부담금(미고용 장애인 1인당 노동부 장관이 정하는 기초부담액)을 납부하여야 한다(법 제27조).⁵¹⁾ 이러한 장애인고용부담금은 장애인의 고용촉진 및 직업재활을 위한 사업을 수행하기 위한 기금(장애인고용촉진 및 직업재활기금)의 재원으로 사용된다(법 제59조 및 제60조). 의무고용률 이상의 장애인을 고용하는 사업주에게는 인센티브를 부여하는 제도(고용장려금)를 마련하고 있다(법 제26조).⁵²⁾

한편, 국가 및 지방자치단체 역시 소속공무원 정원의 2% 이상을 장애인으로 고용하여야 한다(법 제23조 제1항).⁵³⁾ 그리고 의무고용률을 조기에 달성할 수 있도록 하기 위하여 재직 중인 장애인공무원 수가 1만 명에 이를 때까지 장애인공무원 공개채용비율을 5%로 상향조정하고 있다(법 제23조 제2항 단서). 국가 및 지자체의 장애인의무고용은 과거에는 권장사항에 불과하였으나, 2000년 1월 12일 개정 법률(제6166호)에 의해 의무사항으로 변경되었다.

50) 운전사가 딸린 건설장비임대업을 제외한 건설업의 경우 장애인의무고용제도의 적용 대상이 되는 사업주는 공사 실적액이 매년 노동부 장관이 정하여 고시하는 금액 이상인 사업주를 말한다. 그리고 장애인을 고용하기 어렵다고 인정하는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종에 대하여는 노동부 장관이 위원회의 심의를 거쳐 정하는 적용제외율에 해당하는 근로자의 수를 그 근로자의 총수에서 제외할 수 있다(이상의 내용은 시행령 제23조 제1항).

51) 예컨대, 2003년도의 경우 부담기초액이 월 최저임금 514,150원의 85%인 437,000원으로 결정·고시되었으므로 근로자가 300인인 사업장에서는 2%인 6명의 장애인을 의무적으로 고용하여야 하는데, 만일 연간 5명을 고용했다면 1명 미고용에 대한 부담금 5,244,000원(437,000×12월×1인)을 납부하여야 한다.

52) 장애인고용장려금은 의무고용률 이상의 장애인을 고용하여야 할 의무를 부담하지 않는 사업주(300인 미만)에 대해서도 지급될 수 있다(법 제26조 제1항). 이는 장애인고용의 사회적 비용 부담은 없이 혜택만 주는 것으로 모순이라는 비판이 있다(한국노동연구원, 『사회적 통합을 위한 장애인 고용정책』, 노동부, 2002, 116면).

53) 다만, 직무의 성격상 장애인의 근무가 부적합한 직무분야·직종·직급 등에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 적용하지 아니할 수 있다(법 제23조 제4항). 시행령 제21조 및 별표 1에서 장애인고용의무 규정의 적용을 받지 아니하는 공무원의 범위를 정하고 있다. 그 내용을 보면 1급 내지 9급 일반직공무원 중 공안·광공업·농림수산·물리·교통(교통직렬 제외)·시설·정보통신(전산직렬 제외) 직군의 전체 직렬 등이다.

나. 판례

헌법재판소는 장애인의무고용제 및 장애인고용부담금제에 대하여 위헌이 아니라는 결정을 내린 바 있다. 경제활동의 자유 및 계약자유의 원칙은 무제한적인 것이 아니라 공공복리를 위해 법률로 그 제한이 가능하고, 사업주에 대한 일정 정도의 고용의무의 부과는 사회·경제적 약자인 장애인에 대하여 인간으로서의 존엄과 가치를 인정하고 나아가 인간다운 생활을 보장하기 위한 불가피한 요구라고 하는 점에서 위헌이 아니라고 판단하였던 것이다. 이하에서는 그 내용을 직접 인용한다.

“우리 헌법은 그 지도이념인 전문(前文)에서 국민 모두에 대한 기회균등보장을 선언하고 사회적 기본권 보장의 방향을 제시하면서 복지국가의 실현을 지향하고 있다. 그리고 이를 구체화하여 헌법 제32조는 모든 국민은 근로의 권리를 가지며 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 한다고 규정하고(제1항), 제34조는 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다고 선언하는 한편(제1항), 이와 같은 인간다운 생활의 구체적인 실현을 위하여 국가에게 사회보장·사회복지 증진의무를 지우고 있고(제2항), 특히 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다고 강조하고 있다(제5항).

이에 따라 구법 제1조(목적)는 “이 법은 장애인이 그 능력에 맞는 직업생활을 통하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 장애인의 고용촉진과 직업재활 및 직업안정을 도모함을 목적으로 한다”고 하여, 동 법이 헌법의 이념과 원리를 구체화하고 실현하기 위하여 제정되었음을 선언하고 있다. 장애인에 대한 복지정책의 추진에 있어서 장애인고용이라는 과제는 가장 중요한 의미를 갖는다. 고용은 생계유지의 수단일 뿐만 아니라 고용을 통하여 창조적인 능력발휘와 자아발전의 계기가 되고, 나아가 사회통합의 직접적인 수단이 되기 때문이다.

우리는 장애인의 완전한 참여와 평등을 보장하여 장애인으로 하여금 사회공동체에 주체적으로 참여하여 진정한 자립을 기할 수 있도록 하

고, 비장애인과 균등한 참여기회를 보장받아 취업 및 고용이 이루어지도록 함으로써 궁극적으로는 더불어 살아가는 사회공동체를 구현하고자 하는 과제를 안고 있다.

그런데 장애인은 그 신체적·정신적 조건으로 말미암아 유형·무형의 사회적 편견 및 냉대를 받기 쉽고 이로 인하여 능력에 맞는 직업을 구하기가 지극히 어려운 것이 현실이므로, 장애인의 근로의 권리를 보장하기 위하여는 사회적·국가적 차원에서의 조치가 요구된다. 이러한 관점에서 볼 때, 자유민주적 기본질서를 지향하는 우리 헌법이 원칙적으로 기업의 경제활동의 자유를 보장(헌법 제119조 제1항)하고 개인의 계약자유 원칙을 천명(헌법 제10조 전문)하고 있다 하더라도 일정한 범위에서 이러한 자유를 제약하는 것은 불가피한 조치라고 할 수 있다. 즉, 일자리의 창출은 국가 이외에도 일반 사기업이 담당하므로, 장애인의 고용보장과 관련하여 사기업에 대해서도 상당한 정도 내에서의 의무의 부과는 불가피한 것이다.

외국의 입법례를 보더라도 스웨덴이나 미국, 그리고 1996년 이후의 영국과 같이 장애인고용의 할당제를 실시하지 않는 대신에 장애인에 대한 차별금지라는 측면에서 접근하는 나라도 있으나, 앞에서 본 일본·독일·프랑스뿐만 아니라 많은 나라에서 민간기업에 대한 장애인고용 의무제도를 실시하고 있다는 것은 바로 이러한 배경하에서 장애인고용을 제도화한 것으로 볼 수 있다.

요컨대, 청구인이 주장하는 계약자유 원칙과 기업의 경제상의 자유는 무제한의 자유가 아니라 헌법 제37조 제2항에 의하여 공공복리를 위해 법률로써 제한이 가능한 것이며, 국가가 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위해 규제와 조정을 할 수 있다(헌법 제119조 제2항)고 천명하고 있는 것은 사회·경제적 약자인 장애인에 대하여 인간으로서의 존엄과 가치를 인정하고 나아가 인간다운 생활을 보장하기 위한 불가피한 요구라고 할 것이어서, 그로 인하여 사업주의 계약의 자유 및 경제상의 자유가 일정한 범위 내에서 제한된다고 하여 곧 비례의 원칙을 위반하였다고는 볼 수 없다고 할 것이다.”(헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌바96 결정)

다. 한계

장애인고용의무제도는 결과적 평등을 확보하기 위한 차원에서 마련된 제도이자 사회연대책의 원리를 반영하고 있는 제도라고 평가할 수 있다. 동 제도는 장애인고용의 확보를 위하여 사용자의 채용의 자유, 기업경영의 자유 등에 대한 일정한 제한을 가하고 있다. 장애인고용을 일정 정도 직접적으로 창출한다는 점에서 장애인고용의무제도는 유의미하다. 그러나 동 제도에 의해 장애인에 대한 구조적이고 제도화된 고용차별이 근본적으로 해소되는 것은 아니라는 점에서 한계가 있다. 사업주는 부담금 납부를 통해 장애인고용을 회피할 수 있다. 더구나 앞에서 언급하였듯이, 장애를 이유로 한 채용 거부를 제재하거나 구제할 수 있는 제도가 별도로 마련되어 있는 것도 아니다. 결국 장애인고용의무제도를 통한 장애인의 고용촉진에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 따라서 장애를 이유로 하는 고용차별을 금지하고 구제하는 법제도를 강화하여, 장애차별을 보다 근본적으로 해소할 수 있는 방향으로 나가는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

4. 국가 및 지자체의 보호고용 실시의무

가. 법의 내용

국가 및 지자체는 장애인을 위한 보호고용을 실시할 의무를 부담한다. 즉, 장애인고용촉진법(제13조)에 의하면, “국가 및 지방자치단체는 장애인 중 정상적인 작업조건하에서 일하기 어려운 장애인을 위하여 특정한 근로환경을 제공하고 그 근로환경에서 일할 수 있도록 보호고용을 실시하여야 한다.”

장애인고용제도에는 고용의무제와 보호고용제가 있는데, 보호고용제는 일반 고용시장에서의 고용이 곤란한 중증장애인에 대하여 특별히 계획된 조건하에서 생산적이고 보수를 받을 수 있는 일을 국가나 공공기관의 책임하에 제공하는 제도이다.

나. 한계

현행 장애인고용촉진법은 실질적 기회평등을 보장하기 위한 조치를 중증장애인을 대상으로 하는 보호고용제로 한정하고 있고, 그 의무도 국가 및 지자체에 국한하고 있다. 중증장애인이 아닌 일반 장애인에게도 적절한 노동환경과 직업조건을 제공하기 위한 편의제공 등에 관해서는 규정하고 있는 바가 없다. 장애인은 그 신체적 내지 정신적 상태 때문에 비장애인과 동일한 조건하에서 경쟁할 수 없다. 동일한 조건하에서 경쟁할 수 있도록 하여야 장애인에게 기회평등이 보장되는 것이다. 그럼에도 불구하고 현행법은 이에 관해 침묵하고 있다. 장애인에 대한 기회평등의 보장이라는 측면에서 현행 장애인고용촉진법은 근본적인 한계를 안고 있다.

제3절 고령자고용촉진법

고령자고용촉진법은 그 목적 달성을 위한 주요 수단으로 고용차별금지, 고령자기준고용률제도, 60세 정년장려제도를 규정하고 있으나 그 실효성의 측면에서 한계를 갖고 있다.

1. 준고령자 및 고령자에 대한 사업주의 차별대우금지

가. 법의 내용

2002년 12월 30일에 개정된 고령자고용촉진법(법률 제06849호)은 제4조의 2(고령자 등 고용차별금지)를 신설하여, “사업주는 근로자의 모집, 채용 또는 해고를 함에 있어 정당한 사유 없이 고령자 또는 제15조 제1항의 규정에 의한 준고령자임을 이유로 차별하여서는 아니된다”고 규정하고 있다. 동 법 시행령 제2조에 따르면, 고령자는 55세 이상인 자, 준

고령자는 50세 이상 55세 미만인 자이다. 개정법은 고령(55세 이상) 또는 준고령(50~54세)을 이유로 하는 근로관계의 성립(모집·채용) 또는 해고에서의 차별을 금지하고 있는 것이다. 그 입법취지는 “우리 사회의 급속한 고령화로 인하여 고령인구의 경제활동참여 확대와 이를 통한 산업인력의 안정적 확보가 사회·경제적 과제로 대두되고 있어 고령자의 고용촉진 기반 구축이 긴요한 실정이므로 고령자 등임을 이유로 정당한 이유 없이 차별을 하지 못하도록 하고 … 고령자의 고용안정 및 고용촉진을 도모하기 위한 제도를 개선·보완하려는 것”이다.

나. 한계

고령자고용촉진법상 고용차별금지 규정은 선언적 금지에 머무르고 있다. 그 위반에 대한 어떠한 제재(벌칙 또는 과태료)도 두고 있지 않다. 차별금지의 내용으로 사용자의 차별 의도가 개입된 직접차별뿐만 아니라 차별 의도가 없는 기준이나 관행, 행위 등에 의하여 차별적 결과가 초래되는 간접차별을 포괄하는 것인지 불분명하다. 또한 고용차별금지의 영역에서 정년을 배제하고 있다. 개정법은 ‘해고’에서의 고령자 또는 준고령자의 차별을 금지하고 있는데, 법적 의미에서 정년은 해고와 다르다. 정년은 근로관계의 자동적 종료사유이고, 해고는 사용자의 일방적 의사에 기한 근로관계의 종료행위이기 때문이다.

한편, 고령자고용촉진법이 규정하고 있는 모집·채용상의 차별금지는 50세 이상의 특정 연령층만을 대상으로 한다는 점에서 한계를 갖는다. 50세 미만의 자에 대한 모집·채용상의 연령차별은 고령자고용촉진법의 규제 대상이 아니다. 2003년 12월에 개정된 고용정책기본법 제19조(취업기회의 균등한 보장)는 사업주가 “근로자를 모집·채용함에 있어서 성별, 신앙, 연령, 사회적 신분, 출신 지역 또는 출신 학교 등을 이유로 차별을 하여서는 아니되며, 균등한 취업기회를 보장하여야 한다”고 규정하고 있고, 연령의 범위를 특정하고 있지 않다. 그러나 동 법 역시 그 위반에 대한 제재를 규정하고 있지 않기 때문에 선언적 의미에서의 금지에 그치고 있다. 또한 차별행위로부터 근로자를 구제할 수 있는 특

별한 절차 내지 수단을 마련하고 있지도 않다. 물론 법원에의 소제기를 통한 사법적 구제는 가능하겠으나 노동위원회에의 구제신청은 불가하다. 노동위원회는 부당노동행위 및 부당해고에 대한 심판 권한을 갖고 있을 뿐 모집·채용상의 연령차별에 대한 구제 권한은 없다. 국가인권위에 대한 진정은 가능하나 동 기관은 법적 구속력이 있는 결정을 할 수 없다.

2. 고령자기준고용률제도

가. 법의 내용

고령자고용촉진법은 고령자의 고용촉진을 위한 제도로 기준고용률제도와 우선직종고용제도를 두고 있다.

기준고용률제도는 일정한 사업주에게 고령자를 일정 비율 이상 고용하도록 노력할 것을 요구하고, 기준고용률을 초과하는 경우에는 일정한 인센티브를 부여하는 제도이다.⁵⁴⁾ 고령자고용촉진법 제12조(사업주의 고령자고용 노력의무)는 “대통령령이 정하는 일정 수 이상의 근로자를 사용하는 사업주는 기준고용률 이상의 고령자를 고용하도록 노력하여야 한다”고 규정하고 있다. 기준고용률제도의 적용 대상이 되는 사업자는 상시 300인 이상의 근로자를 사용하는 사업장의 사업주이다(동 법 시행령 제4조). 고령자기준고용률은 업종에 따라 달리 설정되고 있는데, ① 제조업의 경우 그 사업장의 상시 근로자수의 100분의 2, ② 운수업,

54) 고령자고용촉진법상 고용촉진을 위한 제도에는 기준고용률제도 외에도 우선직종고용제도가 있다. 우선직종고용제도는 고령자 및 준고령자의 고용에 적합한 직종을 선정·고시하고, 특히 국가와 지방자치단체, 정부투자기관 등 공공부문의 경우에는 고령자 및 준고령자를 우선적으로 고용하도록 의무를 부과하고 있는 제도이다(동 법 제15조, 제16조 제1항). 민간 사업주에게는 고용의무가 부과되지 않고 노력의무만을 요구하고 있을 뿐이다. 국가 및 지방자치단체, 정부투자기관관리기본법에 의한 정부투자기관, 정부출연기관, 정부출자·위탁기관(노동부장관이 정하는 기관에 한한다)의 장은 그 기관의 우선고용직종에 대통령령이 정하는 바에 따라서 고령자와 준고령자를 우선적으로 고용하여야 한다(동 법 제16조 제1항). 2002년 12월 30일 개정으로 고령자 우선고용직종에 대한 우선고용의무 대상기관이 정부출자·위탁기관으로 확대되었다.

부동산 및 임대업의 경우 그 사업장의 상시 근로자수의 100분의 6, ③ 기타 산업의 경우 그 사업장의 상시 근로자수의 100분의 3이다(동 법 시행령 제3조). 과거에는 고령자기준고용률을 모든 업종에 일률적으로 그 사업장 상시근로자의 100분의 3으로 적용하였으나, 업종별 특성을 반영하여 차등 적용하는 것으로 변경되었다(2003. 7. 10 개정). 노동부장관은 상시 고용하는 고령자의 비율이 기준고용률에 미달하는 사업주에 대하여 노동부령이 정하는 바에 의하여 기준고용률 이행에 관한 계획을 작성하여 제출하도록 요청할 수 있고, 계획이 적절하지 아니하다고 인정하는 때에는 그 계획의 변경을 권고할 수 있으며, 필요하다고 인정하는 때에는 계획을 작성한 사업주에 대하여 그 계획의 적정한 실시를 권고할 수 있다(동 법 제13조). 다른 한편, 기준고용률을 초과하여 고령자를 추가로 고용하는 사업주에 대해서는 조세감면이 있게 되고, 노동부장관은 예산(고용보험법에 의한 고용보험기금을 포함)의 범위 안에서 일정기간 고용지원금을 지급할 수 있다(동 법 제14조). 2002년 12월 30일 법개정으로 고용보험기금에 의한 지원의 근거가 마련되었다.

우선직종고용제도는 공공부문에서 고령자(55세 이상) 및 준고령자(50세~54세)의 고용에 적합한 직종(우선고용직종)을 선정·고시하여 해당 직종에 고령자를 우선적으로 고용하도록 의무를 부과하는 제도이다. 노동부 장관은 고용정책기본법 제6조의 규정에 의한 고용정책심의회 의 심의를 거쳐 고령자 및 준고령자의 고용에 적합한 직종을 선정하고, 선정된 우선고용직종을 고시하여야 한다(제15조 제1항).⁵⁵⁾ 그리고 국가 및 지방자치단체, 정부투자기관관리기본법에 의한 정부투자기관, 정부출연기관, 정부출자·위탁기관(노동부 장관이 정하는 기관에 한한다)의 장은 그 기관의 우선고용직종에 대통령령이 정하는 바에 따라 고령자와 준고령자를 우선적으로 고용하여야 한다(제16조 제1항). 2002년 12월 30

55) 준·고령자우선고용직종을 선정함에 있어서는 ① 실제 취업알선기관에서 고령자 구인·구직, 취업이 많은 직종, ② 노동시장 진입 가능성, 육체적 활동 가능성, 환경조건, 위험 가능성 등을 종합적으로 평가하여 적합한 직종, ③ 취업자·설업자를 대상으로 설문조사 및 전문가회의 결과 선정된 직종을 기준으로 하고 있고, 공공부문의 경우 현재 70개 직종이 선정·고시되고 있다(노동부 고시 제2003-7호). 이상의 내용은 노동부, 『준·고령자 우선고용직종(정책자료)』, 2003. 6 참조.

일 법개정으로 우선고용직종에 대한 우선고용 대상기관이 정부출자·위탁기관에까지 확대되었다. 시행령에 의하면 우선고용직종이 신설 또는 확대됨에 따라 신규인력을 채용하는 경우, 퇴직 또는 이직 등에 따라 우선고용직종에 결원이 생겨서 인력보충이 필요한 경우에 고령자와 준고령자를 우선적으로 고용하여야 한다(시행령 제5조 제1항). 우선고용직종과 관련하여 민간 사업주에게는 고용의무가 부과되지 않고 노력의 무만을 요구하고 있을 뿐이다(제16조 제2항).

노동부 장관은 고령자와 준고령자의 우선적 채용실적이 부진한 자, 상시 고용하는 고령자의 비율이 기준고용률에 미달하는 사업주에 대하여 고용확대를 요청할 수 있다(제17조). 정당한 이유 없이 이러한 고용확대 요청에 따르지 아니한 자에 대하여 노동부 장관은 그 내용을 공표하거나 직업안정 업무를 행하는 행정기관에서 제공하는 직업지도 및 취업알선 등 고용관련 서비스를 중단할 수 있다(제18조).

나. 한계

일정 기준 이상의 고용을 강제하는 장애인의무고용제도(불이행시 부담금 납부)와 달리 고령자기준고용률제도는 고령자의 고용을 장려하는 권고제도이다. 기준고용률을 미달 사업장에 대해 정부는 행정지도(기준고용률 이행계획 작성·제출 요구)와 고용관련 서비스 제공의 중단 외에는 기준고용률을 강제할 수 있는 효과적인 정책수단이 부재한 실정이다. 그렇다고 권고적 성격의 기준고용률제도를 강제적 성격을 갖는 의무고용제로 전환하는 것은 기업(영업)의 자유를 제한하는 문제를 초래할 수 있다.⁵⁶⁾ 과거에 기준고용률 3%를 전 산업에 일률적으로 적용하

56) 장애인의무고용제도와 관련하여 헌법재판소는 합헌이라는 입장을 취하고 있다(헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌바96 결정). 즉, “장애인은 그 신체적·정신적 조건으로 말미암아 유형·무형의 사회적 편견 및 냉대를 받기 쉽고 이로 인하여 능력에 맞는 직업을 구하기가 지극히 어려운 것이 현실이므로, 장애인의 근로의 권리를 보장하기 위하여는 사회적·국가적 차원에서의 조치가 요구된다. 이러한 관점에서 볼 때, 자유민주적 기본질서를 지향하는 우리 헌법이 원칙적으로 기업의 경제활동의 자유를 보장(헌법 제119조 제1항)하고 개인의 계약자유의 원칙을 천명(헌법 제10조 전문)하고 있다 하더라도 일정한 범위에서

었던 정책은 이미 고령자가 집중되어 있는 산업이나 고령자 3%에 현저히 미달되는 산업 양쪽에서 가이드라인으로서의 역할을 충분히 할 수 없는 문제점이 있었다.⁵⁷⁾ 이러한 문제의 시정을 위해 최근 산업의 종류에 따른 기준고용률의 차등적용제도로 전환되었지만, 기준고용률 달성을 위한 효과적인 정책적 수단이 보완되지는 못하였다. 기준고용률을 초과하는 사업주에 대한 인센티브제도가 있지만 이는 잘못하면 고령자 고용을 선호하는 일부 업종·산업에 대해 일종의 특혜를 부여하는 역기능을 낳을 수도 있다. 한편, 고령자우선직종고용제도는 의무고용의 성격을 띠고 있으나, 공공부문에 국한하여 적용된다는 점에서 한계를 갖는다. 그리고 고령자고용우선직종의 대부분은 주변적인 일거리라는 비판이 있다.

다른 한편, 고용보험법에서는 고령자의 고용촉진을 위한 여러 지원제도(다수고용장려금, 신규고용장려금, 재고용장려금)를 마련하고 있다. 고령자다수고용장려금제도는 고령자를 6% 이상 고용한 사업주에게 기준초과 1인당 매분기 일정액을 지원하는 것이다. 고령자신규고용장려금제도는 구직등록(실직) 3개월이 경과한 고령자를 신규고용한 사업주에게 6개월간 1인당 일정액을 지원하는 제도이다. 고령재고용장려금제도는 해당 사업장에서 퇴직한 근로자(45-59세)를 재고용한 사업주에게 6개월간 1인당 일정액을 지원하는 제도이다. 고령자고용촉진장려금은 사중손실(제도가 없었더라도 취업 가능한 자에 대한 지원에 따른 손실)과 청년층 구축효과(청년층의 고용을 고령층의 고용으로 대체하는 효과)라는 점에서 제도의 효율성에 대한 의문이 제기되고 있지만, 이 프로그램의 수혜자가 얻게 되는 안정된 고용기회나 소득창출효과라는 면에서 정책의 효과성은 충분히 있는 것으로 평가되고 있다. 다만, 고령자다수고용촉진장려금은 제도의 사중손실이 크고, 실제로는 특정 업종에서만 활용이 가능하도록 설계되어 있어 업종간 현실에 맞는 방식으로 개선이

이러한 자유를 제약하는 것은 불가피한 조치라고 할 수 있다. 즉, 일자리의 창출은 국가 이외에도 일반 사기업이 담당하므로, 장애인의 고용보장과 관련하여 사기업에 대해서도 상당한 정도 내에서의 의무의 부과 불가피한 것이다.”

57) 장지연, 『고령화시대의 노동시장과 고용정책(I)』, 한국노동연구원, 2002, 170쪽 참조.

필요하다는 견해가 제시되고 있다.⁵⁸⁾

3. 60세 정년장려제도

가. 법의 내용

고령자고용촉진법에서는 “사업주가 근로자의 정년을 정하는 경우에는 그 정년이 60세 이상이 되도록 노력하여야 한다”고 규정하고 있다(제19조). 그리고 정년을 현저히 낮게 정한 사업주(시행령상 상시 300인 이상 근로자 사용 사업주에 한함)에 대하여 노동부 장관은 정년연장에 관한 계획을 작성하여 제출할 것을 요청할 수도 있다(제20조 제1항). 다른 한편, 고령자고용촉진법은 정년에 도달한 자가 그 사업장에 다시 취업하기를 희망하는 때에는 그 직무수행능력에 적합한 직종에 재고용하도록 노력할 것을 사업주에게 요구하고 있다(제21조). 그리고 인센티브 제도로 정년퇴직자의 재고용에 대한 지원제도를 마련하고 있다. 즉, 노동부 장관은 정년퇴직자를 재고용하거나 그 밖에 정년퇴직자의 고용안정에 필요한 조치를 하는 사업주에 대하여 장려금 지급 등 필요한 지원을 할 수 있다(제21조의 2).

나. 한계

고령자고용촉진법에서는 60세 정년을 지향하고 있지만 행정지도(정년연장계획의 작성·제출) 외에는 60세를 하회하는 정년의 설정을 규제할 수 있는 장치가 마련되어 있지 않다. 정년퇴직자 재고용장려제도 역시 직접적인 정년연장의 효과를 갖지 않는다. 오히려 기존 정년연령의 유지·고착화를 초래할 수도 있다. 결국 60세 정년 장려제도와 정년퇴직자 재고용지원지도를 통한 실질적인 정년연장의 효과를 기대하기는 어렵고, 연령차별금지라는 관점에서의 규제도 불가능하다. 다른 한편, 국민연금법상 노령연금의 수급연령은 원칙적으로 60세이고 예외적으로

58) 이상의 내용은 장지연, 앞의 책, 193쪽.

55세(조기노령연금의 경우)이다. 55세 미만의 정년제와 노령연금제 사이에 존재하는 공백(무소득상태)을 퇴직금제도가 일정 정도 커버하고 있지만 장기간의 공백을 커버하기에는 한계가 있다는 점 등을 고려할 때, 장차 정년제도와 노령연금 양자간의 제도적 연계성을 강화할 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다.

제4절 국가인권위원회법

인권위법은 평등권 침해의 차별행위에 대한 구제절차와 구제수단을 마련하고 있지만, 구제의 실효성을 담보하기에는 한계가 있다.

1. 구제절차 및 구제수단에 관한 법의 내용

가. 구제절차

차별행위의 피해자 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다(제30조 제1항). 국가인권위원회에의 진정은 원칙적으로 진정 원인이 된 사실이 발생한 날부터 1년 이내에 이루어져야 하고, 그 기간이 경과하여 진정이 있는 경우에는 각하 대상이 된다(제32조 제1항 제4호). 국가인권위원회는 진정이 없는 경우에도 차별행위가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 이를 직권으로 조사할 수 있다(제30조 제3항). 조사방법으로는 ① 진정인·피해자·피진정인(이하 ‘당사자’) 또는 관계인에 대한 출석요구 및 진술청취 또는 진술서 제출요구, ② 당사자, 관계인 또는 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 자료 등의 제출요구, ③ 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 장소, 시설, 자료 등에 대한 실지조사 또는 감정, ④ 당사자, 관계인, 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련이 있다고 인정되는 사실 또는 정보에 대한 조회 등

이다(제36조 제1항).⁵⁹⁾ 다만, 피진정인에 대한 출석요구는 차별행위를 행한 행위당사자의 진술서만으로는 사안을 판단하기 어렵고, 차별행위가 있었다고 볼 만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 할 수 있다(제36조 제4항).

나. 구제수단

국가인권위원회는 차별구제의 수단으로 ① ‘합의권고’, ② ‘조정’, ③ ‘조정에 갈음하는 결정으로서의 구제조치’, ④ ‘구제조치의 이행 등의 권고’를 할 수 있다. 국가인권위원회는 조사 중이거나 조사가 끝난 진정에 대하여 사건의 공정한 해결을 위하여 필요한 구제조치를 당사자에게 제시하고 합의를 권고할 수 있다(제40조). 또한 국가인권위원회는 진정에 대하여 차별행위가 있다고 인정하고 합의권고가 성립하지 않은 경우 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 진정을 조정위원회에 회부하여 조정절차를 시작할 수 있다(제42조 제1항). 조정이 성립한 경우에는 재판상의 화해와 같은 효력이 있다(제43조). 조정절차 중에 당사자 사이에 합의가 이루어지지 않는 경우 국가인권위원회는 사건의 공정한 해결을 위하여 조정에 갈음하는 결정으로, ① 조사 대상 차별행위의 중지, ② 원상회복·손해배상 그 밖의 필요한 구제조치, ③ 동일 또는 유사한 차별행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취할 수 있고(제42조 제4항), 당사자가 이러한 구제조치의 결정서를 송달받은 날부터 14일 이내에 이의를 신청하지 아니하는 때에는 조정을 수락한 것으로 본다(제42조 제6항). 국가인권위원회가 진정을 조사한 결과 차별행위가 일어났다고 판단하는 때에는 피진정인, 그 소속기관·단체 또는 감독기관의 장에게 ① 조정에 갈음하는 구제조치의 이행 혹은 ② 법령·제도·정책·관행의 시정 또는 개선을 권고할 수 있다(제44조 제1항). 다만, 이러한 권고를 하기 전에 피진정인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 이 경우

59) 정당한 이유 없이 ① 실지조사를 거부, 방해 또는 기피한 자, ② 진술서 제출요구 또는 출석요구에 응하지 아니한 자, ③ 자료 등의 제출요구 및 사실조회에 응하지 아니하거나 거짓의 자료 등을 제출한 자에 대해서는 1천만원 이하의 과태료에 처하게 된다(제63조 제1항).

당사자 또는 이해관계인은 구두 또는 서면으로 위원회에 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있다(제46조).

2. 한계

인권위법은 장애 등을 포함한 고용차별을 광범위하게 규정하고 있으나, 이는 동 위원회에 의한 조사 및 구제의 대상이 될 뿐 해당 장애차별 행위를 사법적으로 무효화하거나 위법한 것으로 취급하는 법적 효과는 발생하지 않는다. 또한 국가인권위원회가 취할 수 있는 조사행위 및 구제수단 역시 제도적으로 일정한 한계를 내포하고 있다. 정당한 이유 없이 조사를 거부하거나 기타 요구에 응하지 않더라도 사후적인 과태료의 부과라고 하는 제재 이외에는 조사절차를 진행할 수 있는 방법이 현실적으로 없게 된다. 당사자간 조정이 성립하지 않아서 조정에 갈음하는 구제조치를 내리는 경우에도 당사자가 이의를 제기하면 그러한 구제조치는 법적으로 아무런 효력을 가질 수 없게 되고, 구제조치의 이행이나 차별적 제도·관행 등의 시정 또는 개선조치는 법적 구속력이 없는 권고사항에 그치는 것이기 때문에 구제의 현실적 실효성에 한계가 있을 수밖에 없다.

제3장

고용차별금지에 관한 국제규범

고용차별금지에 관한 국제규범으로 국제노동기구(ILO)의 협약과 권고, 유럽연합(EU)의 조약과 지침(directive)을 고찰한다. 전자는 ILO 회원국을 적용 대상으로 하는 국제노동기준이고,⁶⁰⁾ 후자는 EU 회원국을 적용 대상으로 하는 법규범이다.

제1절 국제노동기구(ILO)의 협약과 권고

고용에서의 차별금지는 ILO의 중대한 관심사항 중의 하나다. 1944년 필라델피아에서 열린 제26차 ILO 총회에서 채택된 'ILO의 목적에 관한 선언'(이른바 필라델피아선언으로 ILO 헌장의 부속문서)에서는 “모든 인간은 인종, 신조 또는 성별에 관계 없이 자유·존엄과 경제적 안

60) 좁은 의미의 국제노동기준은 통상적으로 ILO가 채택한 협약(Convention)과 권고(Recommendations)를 말한다. 협약은 ILO 회원국에 의한 비준의 대상이 되는 국제적 조약이다. 권고는 구속력을 갖지 않는 문서이지만 대개 협약과 동일한 사항을 다루고 있고, 회원국의 국내 정책과 행위의 가이드라인을 설정하는 문서이다. 매년 개최되는 ILO 총회는 협약이나 권고보다는 덜 공식적인 문서에 대해 합의하기도 한다. 이러한 문서는 행동준칙(codes of conduct), 결의(resolution), 선언(declaration)의 형태를 띤다. 이러한 문서는 흔히 규범적 효력을 갖지만 좁은 의미의 국제노동기준에는 해당하지 않는다.

정 및 기회평등의 조건하에서 물질적 복지 및 정신적 발전을 추구할 권리를 가진다”⁶¹⁾고 천명하고 있다(동 선언 II(a)). 그리고 1998년 6월 18일 ILO 제86차 총회에서 채택된 ‘노동에서의 기본적 원칙과 권리에 관한 선언’(ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)⁶²⁾에서는 “모든 ILO 회원국들은 비록 문제가 되고 있는 협약들을 비준하지 않았다고 하더라도 ILO의 회원국이라는 사실 그 자체로부터, ILO 헌장에 부합하도록 다음과 같은 기본적 권리에 관한 원칙 즉, ① 결사의 자유와 단체교섭권의 효과적 승인, ② 모든 형태의 강제 노동의 폐지, ③ 아동노동의 효과적 폐지, ④ 고용·직업에서의 차별 제거를 성실하게 존중하고 증진시키며 실현하기 위한 의무를 가진다”⁶³⁾고 규정하고 있다(동 선언 제2조).⁶⁴⁾ ILO는 위의 4개 분야에 해당하는 총 8개의 협약을 기본협약으로 취급하고 있다. 그 가운데 고용차별금지(균등대우) 분야의 기본협약은 1951년 ‘동일가치노동 남녀동일

61) “all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity.”

62) 이 선언의 내용과 의미에 관한 자세한 내용은 Hilary Kellerson, “The ILO Declaration of 1998 on fundamental principles and rights : A challenge for the future”, *International Labour Review*, Vol. 137, No. 2, 1998, p.223 이하를 참고하기 바란다.

63) “Declares that all Members, even if they have not ratified the Conventions in question, have an obligation arising from the very fact of membership in the Organization to respect, to promote and to realize, in good faith and in accordance with the Constitution, the principles concerning the fundamental rights which are the subject of those Conventions, namely: (a) freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; (b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour; (c) the effective abolition of child labour; and (d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation.”

64) 이러한 4가지의 사항이 기본적 원칙으로 간주되어야 하는 이유는 동 선언의 전문(前文)에 나타나고 있다. 전문에 의하면, 경제적 성장은 필수적이나 공평·사회적 진보·빈곤 근절에 충분한 것은 아니며, 사회적 진보와 경제적 성장 사이의 연관성을 유지하기 위해서는 노동에서의 기본적 원칙과 권리의 보장이 특히 중요한데 이러한 원칙과 권리가 보장됨으로써 사람들은 기회의 평등에 기초하여 자유롭게 자신들이 그 산출에 기여하였던 부(富)에 대한 자신의 공정한 몫을 주장하고 자신의 인적 잠재력을 충분히 달성할 수 있게 된다는 것이다.

임금’에 관한 제100호 협약과 1958년 ‘고용·직업관련 차별’에 관한 제111호 협약이다.⁶⁵⁾ 그 외에 여러 협약과 권고에서 고용차별금지에 관한 규정을 포함하고 있다.

1. 고용·직업에서의 차별금지에 관한 협약

고용 및 직업에서의 차별금지에 관한 제111호 협약(1958년)⁶⁶⁾은 차별의 개념과 사유, 차별금지의 영역, 차별에 해당하지 않는 사유, 평등촉진을 위한 국가정책의 수립·시행 등을 규정하고 있다.

가. 차별의 개념과 사유

제111호 협약 제1조 제1항 (a)에 의하면, 차별은 “인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 출신국(국적) 또는 사회적 신분에 근거하여, 고용 내지 직업에서의 기회 또는 대우의 평등을 무가치하게(nullifying) 하거나 손상시키는(impairing) 효과를 갖는 구별(distinction), 배제(exclusion) 또는 우대(preference)”를 의미한다.

기회·대우의 평등을 “무가치하게 하거나 손상시키는 효과를 갖는...” 이라고 하는 표현을 사용한 취지는 법기술적 측면에서 직접차별(direct discrimination : 차별 의도가 있는 차별)과 간접차별(indirect

65) 1919년에 설립된 국제노동기구(ILO)는 2002년 9월 현재 175개 회원국을 두고 있고, 184개 협약과 192개 권고를 채택하였다. 우리나라는 1991년 152번째 회원국이 된 이래 총 18개의 협약을 비준하였다. ILO 기본협약으로 분류되는 8개 협약 중 균등대우 및 아동노동 분야의 4개 협약은 비준하였지만, 결사의 자유 및 강제근로 분야의 4개 협약은 아직 비준하지 못하고 있는 상황이다.

<우리나라의 ILO 기본협약 비준현황>

협약	결사의 자유		강제근로		균등대우		아동노동	
	제87호	제98호	제29호	제105호	제100호	제111호	제138호	제182호
비준일	-	-	-	-	'97. 12. 8	'98. 12. 4	'99. 1. 28	'01. 3. 29

* ILO(<http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang =EN>)

66) Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation.

discrimination : 차별 의도를 요하지 않는 결과적인 차별) 모두를 포괄하기 위한 것이다.⁶⁷⁾ 따라서 차별의 성립 여부에 있어서 반드시 차별 의도가 존재할 것을 요하지 않는다. 중요한 것은 차별적 취급으로 인하여 기회 및 대우의 평등(equal opportunity and treatment)이 박탈되거나 제한되는 효과가 발생하고 있는가 하는 점이다.⁶⁸⁾

한편, 제111호 협약은 연령, 장애, 혼인상의 지위(예컨대 기혼, 미혼, 이혼 등), 성적 지향(sexual orientation) 등과 같은 차별사유를 포함하고 있다. 그러나 동 협약 제1조 제1항 (b)에서는 국가가 노사단체와의 협의를 통해 다른 차별사유를 정할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 제111호 협약은 1958년 협약 제정 당시의 전형적인 차별사유 7가지 사유를 예시적으로 열거한 것으로 보아야 한다. 그 외의 차별사유를 허용하는 것은 아니다.

나. 차별금지의 영역

차별금지에 관한 제111호 협약의 내용은 공공부문과 민간부문 모두에 적용된다. 차별금지영역으로 설정되고 있는 고용(employment) 및 직업(occupation)이라는 용어는 ‘직업훈련에의 접근’, ‘고용 및 특정 직업에의 접근(access to employment and to particular occupations)’, ‘근로조건’을 포함한다(제111호 협약 제1조 제3항, 이하 ‘제111호 협약 생략’). 한편, 제111호 협약을 보충하는 제111호 권고 제2조에서는 차별금지영역을 보다 구체적으로 열거하고 있다. 즉, ① 직업지도 및 직업소개 서비스의 이용, ② 개인의 적성에 따라 스스로 선택한 훈련 또는 고용에의 접근, ③ 각자의 자질, 경험, 능력 및 근면성에 따른 승진, ④ 고용기간(tenure of employment)의 보장, ⑤ 동일가치노동에 대한 동일보수, ⑥

67) 국제노동기구(ILO) 엮음, 『ILO 노동입법 가이드라인』, 한국노동연구원, 2003, 123쪽 참조.

68) ILO, *Time for Equality at Work*, Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference 91st Session 2003, Report I(B), International Labour Office, 2003, p.16.

근로조건(근로시간, 휴식, 연차유급휴가, 직업안전·건강 등) 및 사회보장, 기타 고용관련 복지시설 및 혜택, ⑦ 정부부문에서의 고용, ⑧ 단체교섭 및 단체협약, ⑨ 노사단체에의 가입·활동 등이다.

다. 차별에 해당하지 않는 사유

제111호 협약은 차별에 해당하지 않는 4가지 사유를 규정하고 있다.

첫째, 특정 직업에 고유한 자격요건(inherent requirements)이다. 이러한 직업 자격요건에 근거한 구별, 배제 내지 우대는 차별로 간주되지 않는다(제1조 제2항). 해당 직무를 수행함에 있어서 일정한 자격이나 기준이 진정으로 요구되는 경우에 그러한 자격이나 기준을 충족하는 자를 우대하는 것은 해당 자격·기준을 충족하지 못하는 자에 대한 차별이 아니다. 예컨대, 특정 종교 단체가 종교 활동의 수행과 관련하여 해당 종교의 신자일 것을 채용기준으로 설정하는 행위는 고용차별에 해당하지 않는다.

둘째, 국가안보관련 조치이다. 국가안보(security of the state)에 해가 되는 행위를 행한 자 또는 행한 것으로 정당하게 의심받는 자에게 영향을 미치는 조치는 그 자가 관할기관에 이의를 제기할 수 있는 권리를 갖고 있는 한 차별로 간주되지 않는다(제4조). 예컨대, 테러행위자, 국가전복을 기도한 자 등에 대해서는 안보관련 직업(직무)에 종사할 수 없도록 배제하거나 제한할 수 있다. 다만, 제111호 협약은 그러한 불이익을 받는 자가 이의를 제기할 수 있는 제도 및 절차의 확립을 전제조건으로 하여 국가안보 관련 조치를 차별예외사유로 설정하고 있다.

셋째, 국제노동기준상의 특별한 보호·지원조치이다. 국제노동기구(ILO)가 채택한 여타의 협약 또는 권고상의 특별한 보호조치 내지 지원조치는 차별로 간주되지 않는다(제5조 제1항). 여성의 임신·출산을 보호하기 위한 협약과 권고가 이에 해당한다. 다만, 최근에는 여성에 대한 특별대우 내지 보호정책이 노동시장에서 여성고용을 저해하는 역효과를 초래할 수 있고, 직업 위험으로부터 건강을 보호하는 것은 성별에 관계없이 모든 근로자에게 적용되어야 하기 때문에 여성에게 혜택을 주는 특별조치는 임신·출산에 해가 될 가능성이 있다고 판명된 일에 한한다

는 것이 ILO의 입장이다.⁶⁹⁾

넷째, 적극적 평등보호 내지 차별시정조치이다. 성별, 나이, 장애, 가족부양 책임 또는 사회·문화적 지위 등의 이유로 특별한 보호 내지 지원이 요구된다고 일반적으로 인정되는 자의 특정한 요구를 충족시키기 위하여 국가가 노사단체와 협의 후에 정한 특별조치는 차별로 간주되지 않는다(제5조 제2항). 차별을 금지하는 것만으로는 제도화되고 관행화된 차별을 제거하는 데 한계가 있을 수 있기 때문에 실질적 평등을 확립하기 위한 적극적 차별시정조치(예컨대, 고용할당제도, 장애인을 위한 보호고용 내지 편의제공제도 등)가 정당화될 수 있다.

라. 평등촉진을 위한 국가정책의 수립·시행

국가는 고용·직업에서의 차별을 제거하기 위하여 고용 및 직업에서의 기회 및 대우의 평등을 촉진하기 위한 국가정책을 수립하고 이행하여야 한다(제2조). 법령 제정 및 교육활동을 포함하는 이러한 국가정책은 공공부문과 민간부문 모두에 적용될 뿐만 아니라 국가기관의 통제 하에 있는 직업지도, 직업훈련, 직업소개 서비스에도 적용되며, 국가는 정책을 준비하고 시행함에 있어서 노사단체와 협력하여야 한다(제3조).

2. 동일가치노동 남녀동일임금에 관한 협약

동일가치노동에 대한 남녀근로자의 동일임금에 관한 제100호 협약(1951년)⁷⁰⁾은 근로조건 중 중요한 요소인 임금에서의 남녀평등원칙의 내용과 적용에 관하여 규율하고 있다. 동일가치노동 동일임금원칙은 ‘사실상 같은 것은 동일하게’ 취급하여야 한다는 평등원칙을 임금 분야에서 표현하고 있는 원칙이다.

69) 국제노동기구(ILO) 엮음, 앞의 책, 130쪽 참조.

70) Convention concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value.

가. 동일임금원칙의 의미

동일임금의 의미에 대하여 제100호 협약은 ‘성별에 근거한 차별이 없이 정하여지는 보수율(rates of remuneration established without discrimination based on sex)’이라고 정의하고 있지만(제1조 (b)), 동일 가치노동 여부에 대한 판단기준을 제시하고 있지는 않다. 다만, 성별과 무관하게 객관적인 직무평가에 의하여 결정된 직무수행의 차이에 상응하는 근로자간의 보수 차이는 남녀동일임금원칙에 반하지 않는다(제3조 제3항). 한편, 보수(remuneration)에는 근로자의 고용으로부터 발생하고 사용자가 근로자에게 금전이나 현물로 직접 또는 간접적으로 지급하는 통상적이거나 기본적인 임금과 기타 추가적 급여가 포함된다(제1조 (a)).

나. 동일임금원칙의 적용방법

동일임금원칙은 ① 국내 법령, ② 합법적으로 수립되거나 인정된 임금결정제도 또는 ③ 노사간의 단체협약 등을 통해 적용되어야 한다(제2조). 그리고 동일임금원칙에 관한 제100호 협약의 시행에 효과적인 경우에는 객관적인 직무평가를 촉진하기 위한 조치를 취하여야 한다(제3조 제1항). 객관적 직무평가를 위한 방식은 보수의 결정권자(단체협약으로 결정되는 경우에는 노사 당사자)가 정한다(제3조 제2항). 다만, 제111호 협약을 보충하는 제90호 권고에서는 국가가 노사단체와의 합의 하에 직무분석이나 기타 절차를 통해 객관적 직무평가방식을 확립하거나 그 확립을 장려하여야 한다고 규정하고 있다(제90호 권고 제5조). 그리고 제90호 권고는 동일임금원칙의 적용촉진을 위해 필요한 경우 여성 근로자의 생산성(productive efficiency)을 향상시키기 위한 조치(직업훈련·직업소개·직업상담 서비스의 여성이용촉진, 가족부양 책임을 부담하는 여성근로자의 필요를 충족시키기 위한 복지 및 사회서비스의 제공 등)를 취할 것을 요구하고 있다(제90호 권고 제6조).

3. 장애인 직업재활 및 고용에 관한 협약

장애인의 직업재활 및 고용에 관한 제159호 협약(1983년)⁷¹⁾과 제168호 권고(1983년)는 장애인의 정의, 장애인을 위한 직업재활 및 고용정책의 원칙, 지역사회에의 참여, 농촌 지역에서의 직업재활, 장애인의 직업재활 및 고용을 위한 서비스 제공자의 훈련, 직업재활 서비스의 개발을 위한 노사단체의 기여 등에 관하여 규정하고 있다. 이하에서는 장애인의 정의, 고용에서의 평등한 기회와 대우의 보장, 장애인의 직업재활 및 고용에 관한 국가정책의 수립·시행에 관한 사항을 중심으로 하여 제159호 협약 및 제168호 권고의 내용을 고찰한다.

가. 장애인의 정의

장애인(disabled person)은 “정식적으로 인정된 신체적 또는 정신적 손상(impairment)으로 인하여 적합한 고용(suitable employment)을 획득·유지하고 승진할 수 있는 전망이 실질적으로(substantially) 감소된 자”이다(제159호 협약 제1조 제1항). 이와 같은 정의에 따르면, 장애인 인정의 요건은 ① 신체적 또는 정신적 손상의 존재, ② 그러한 손상으로 인한 고용 획득·유지의 가능성의 실질적 감소이다.

나. 고용에서의 평등한 기회와 대우의 보장

장애인은 가능한 한 그 자신의 선택에 부합하고 자신의 개인적 적합성이 고려된 고용에 접근하고 고용을 유지하며 승진함에 있어서, 평등한 기회와 대우를 보장받아야 한다(제168호 권고 제7조). 따라서 고용기회의 획득 및 고용유지에서 장애인에 대한 차별은 금지되는 것이다. 또한 장애인에게 직업재활 및 고용지원을 제공함에 있어서는 남녀간의 기회·대우의 평등원칙이 준수되어야 한다(제159호 협약 제4조, 제

71) Convention concerning Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons).

168호 권고 제8조). 그리고 장애근로자와 일반근로자 간의 효과적인 평등한 기회 및 대우를 목적으로 하는 특별한 적극적 조치(special positive measures)는 일반근로자에 대한 차별로 간주되어서는 아니된다(제159호 협약 제4조, 제168호 권고 제9조). 즉, 실질적인 평등의 실현을 위하여 장애인을 대상으로 행하는 적극적 조치는 허용되어야 한다는 점을 강조하고 있는 것이다.

다. 장애인의 직업재활 및 고용에 관한 국가정책의 수립·시행

국가(회원국)는 장애인의 직업재활 및 고용에 관한 국가정책을 수립·시행하고 정기적으로 검토하여야 한다(제159호 협약 제2조). 이러한 국가정책은 모든 범주의 장애인이 적절한 직업재활조치를 이용할 수 있게 하는 것이어야 하고, 노동시장에서 장애인을 위한 고용기회를 증대시키는 것을 목적으로 하여야 한다(제159호 협약 제3조). 또한 국가정책은 장애근로자와 일반근로자 간의 기회평등원칙에 근거하는 것이어야 한다(제159호 협약 제4조).

4. 단시간(파트타임)근로에 관한 협약

단시간근로에 관한 제175호 협약(1994년)은 단시간근로자(part-time worker)에 대한 보호를 규정하고 있다.

가. 단시간근로자 등에 대한 정의

단시간근로자는 “비교 대상이 되는 정규근로자(comparable full-time workers)에 비하여 통상적인 근로시간이 짧은 자”를 말한다(제1조 (a)). 부분적 실업(partial unemployment) 즉, 경제적·기술적 또는 구조적인 이유로 통상적 근로시간의 집단적·일시적인 단축에 의해 영향을 받는 정규근로자는 단시간근로자로 보지 않는다(제1조 (d)). 비교 대상이 되는 정규근로자는 “관련된 단시간근로자와 동일한 형태의 고용관계를 맺

고 있고, 동일한 사업장에 고용되어 동일·유사한 형태의 작업이나 직업에 종사하는 자”를 말하며, 다만 “동일한 사업장에 비교 대상이 되는 정규근로자가 없는 경우에는 동일한 기업에서의 그러한 자, 동일한 기업에도 존재하지 않는 경우에는 동일한 산업(직업) 분야에서의 그러한 자”를 의미한다(제1조 (c)).

나. 단시간근로자에 대한 보호의 내용

첫째, 고용차별금지 등에 있어서 동일한 보호원칙이다. 단시간근로자가 다음의 사항과 관련하여 비교 대상이 되는 정규근로자에게 인정되는 것과 동일한 보호를 받을 수 있도록 보장하기 위한 조치가 취해져야 한다(제4조). 동일한 보호가 보장되어야 할 사항은 ① 단결권, 단체교섭권, 근로자대표로 행동할 수 있는 권리, ② 직업적 안전과 건강, ③ 고용 및 직업에서의 차별금지이다.

둘째, 기본급(basic wage)에서의 동일보호원칙이다. 시간이나 성과(performance) 내지 작업량(piece-rate)에 비례하여 계산되는 기본급에 있어서, 단시간근로자가 오로지 파트타임으로 근로한다는 이유만으로, 비교 대상이 되는 정규근로자보다 낮은 기본급을 받지 않도록 국내법과 관행에 적합한 조치를 취하여야 한다(제5조).

셋째, 기타 근로조건에서의 동일대우원칙이다. 단시간근로자는 모성(임신·출산)보호, 고용 종료, 연차유급휴가 및 유급공휴일, 상병휴가(sick leave)에 있어서 비교 대상이 되는 정규근로자와 동일한 조건으로 대우받을 수 있도록 보장하기 위한 조치가 취해져야 하고, 다만 금전적 대우(pecuniary entitlements)는 근로시간이나 소득에 비례하여 결정될 수 있다(제7조). 단시간근로자의 근로시간이나 소득이 일정한 기준(specified thresholds)을 하회하는 경우 국가는 제7조상의 조치적용을 배제할 수 있으나(단, 법정 사회보장제도에 의해 제공되는 것 이외의 모성보호는 배제 불가), 이러한 예외를 정하는 위의 기준은 지나치게 많은 단시간근로자들이 배제되지 않도록 충분히 낮게 설정되어야 하고, 정기적으로 재검토되어야 하며, 노사단체와 협의하여야 한다(제8조).

넷째, 법정 사회보장제도(statutory social security schemes)에서의 동일대우원칙이다. 직업활동에 기초한 법정 사회보장제도에서 단시간근로자는 비교 대상이 되는 정규근로자와 동일한 조건으로 대우받을 수 있어야 하며, 다만 그 조건은 근로시간이나 보험료 또는 소득에 비례하여 결정될 수 있고, 기타 국내법과 관행에 적합한 방법을 통해 결정하는 것도 가능하다(제6조). 단시간근로자의 근로시간이나 소득이 일정한 기준을 하회하는 경우 국가는 법정 사회보장제도의 적용을 배제할 수 있으나(단, 산재급여 배제불가), 이러한 예외를 정하는 기준은 이미 언급한 바와 같이 지나치게 많은 단시간근로자들이 배제되지 않도록 충분히 낮게 설정되어야 하고, 정기적으로 재검토되어야 하며, 노사단체와 협의하여야 한다(제8조).

이상에서 언급한 단시간근로자의 보호에 관한 제175호 협약의 내용이 단체협약이나 국내 관행에 의해 보장되지 않는 경우에는 법령에 의해 시행되어야 하고, 이러한 법령의 채택 이전에 가장 대표적인 노사단체와 협의하여야 한다(제11조).

5. 고용차별금지 내지 평등대우에 관한 기타의 협약

고용차별금지 내지 평등대우에 관한 내용을 포함하고 있는 기타의 협약으로 다음의 것들이 있다.

첫째, 단결권 및 단체교섭원칙의 적용에 관한 제98호 협약(1949년)은 조합원이라는 이유로 또는 조합활동을 이유로 해고나 기타 불이익하게 대우하는 행위를 반조합적 차별행위로 금지하고 있다(제1조 제2항).

둘째, 고용정책에 관한 제122호 협약(1964년)은 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 출신국(국적), 사회적 신분에 관계없이 근로자가 자신에게 적합한 직업을 위한 자격을 갖추고, 그러한 직업에서 기술과 재능을 발휘할 수 있도록, 고용 선택의 자유와 가능한 최대한의 고용기회 제공을 목적으로 하는 고용정책을 수립하고 시행할 것을 요구하고 있다(제1조).

셋째, 유급교육훈련휴가(paid educational leave)에 관한 제140호 협약

(1974년)은 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 출신국(국적), 사회적 신분을 이유로 하는 유급교육훈련휴가의 거부를 금지하고 있다(제10조). 여기서 유급교육훈련휴가는 근로시간 중에 일정한 기간 동안 교육훈련의 목적으로 근로자에게 부여되는 적정한 금전적 급여가 수반되는 휴가를 말한다(제1조).

넷째, 인적자원개발에서의 직업지도 및 직업훈련에 관한 제142호 협약(1975년)은 고용과 밀접하게 관련된 직업지도 및 직업훈련에 관한 국가정책 및 프로그램이 차별 없이 평등하게 모든 사람이 자신의 직업능력을 개발하고 발휘할 수 있도록 할 것을 요구하고 있다(제1조 제5항).

다섯째, 이민근로자(migrant workers)의 기회 및 대우의 평등추진 등에 관한 제143호 협약(1975년)은 자국의 영토 내에 합법적으로 거주하는 이민근로자 및 그 가족에게 ① 고용과 직업, ② 사회보장, ③ 노동조합과 문화적 권리, ④ 개인적·집단적 자유와 관련하여 평등한 기회와 대우를 촉진하고 보장하도록 요구하고 있다(제10조).

여섯째, 사용자의 주도에 의한 고용 종료에 관한 제158호 협약(1982년)은 인종, 피부색, 성별, 혼인상의 지위, 가족부양 책임, 임신, 종교, 정치적 견해, 출신국(국적), 사회적 신분 등을 이유로 하는 해고를 금지하고 있다(제5조).

일곱째, 가내근로(home work)에 관한 제177호 협약(1996년)은 ① 자유로운 선택에 의한 단체의 설립·가입·활동, ② 고용과 직업에서의 차별보호, ③ 산업안전 및 건강에서의 보호, ④ 보수, ⑤ 법정 사회보장제도, ⑥ 훈련에의 접근, ⑦ 모성보호 등에서 가내근로자와 임금소득자 간의 평등대우를 촉진하는 국가정책의 수립과 이행을 요구하고 있다(제4조).

제2절 유럽연합(EU)의 조약과 지침

유럽연합의 법제는 제1차 법원(法源)으로 유럽공동체 및 유럽연합 창설의 근거가 되는 조약(로마조약, 마스트리히트조약, 암스테르담조약

등)이 있고, 제2차 법원(法源)으로 유럽이사회(Council)와 유럽위원회(Commission)가 제1차 법원인 조약에 근거하여 제정하는 법령이 있다. 제2차 법원(法源)인 법령에는 규칙(regulation), 지침(directive) 등이 있다.⁷²⁾ 따라서 차별금지에 관한 EU법은 제1차 법원(法源)인 조약에서 기본적인 내용이 규정되고, 제2차 법원(法源)인 법령, 특히 지침에서 구체적인 내용이 정해진다.

노동에서의 차별금지 내지 균등대우에 관한 주요 지침으로는 1976년 남녀의 평등대우원칙에 관한 제76-207호 지침,⁷³⁾ 2000년 인종·민족적 기원과 무관한 평등대우원칙에 관한 제2000-43호 지침(이하 제43호 지침이라 함),⁷⁴⁾ 2000년 고용과 직업에서의 평등대우에 관한 제2000-78호 지침(이하 제78호 지침이라 함)⁷⁵⁾ 등이 있다.⁷⁶⁾ 제43호 지침은 인종 또는 민족을 차별금지사유로 정하고 있는 반면에 제78호 지침은 종교, 신조, 장애, 연령, 성적 지향을 차별금지사유로 정하고 있다. 제43호 지침과 제78호 지침은 그 기본적인 내용이 동일하나 차별금지영역의 측면에서 제43호 지침이 제78호 지침보다 포괄적이다. 제78호 지침은 채용, 승진, 근로조건, 직업훈련, 노사단체에의 가입과 활동 등에 국한하여 적용되지만, 제48호 지침은 그 외에도 사회보장·의료를 포함하는 사회보호, 사회적 이익, 교육, 재화와 서비스의 이용과 공급(주택 포함)에 대해서도 적용된다. 이하에서는 제1차 법원(法源)인 조약상의 차별금지의 내용을

72) 규칙은 일반적으로 적용되고 그 자체가 구속력을 가지며, 전체 회원국에게 직접적으로 적용된다. 지침은 달성하고자 하는 결과에 대해서만 회원국에 대해 구속력을 가지며, 그 형식 및 방법에 관해서는 회원국의 권한있는 기관에 위임된다. 요컨대, 지침의 경우 회원국은 일정한 기간 내에 국내법 제정 등의 의무를 부담하는 데 반하여 규칙은 지침과 달리 회원국에 의한 국내법으로의 전환을 요함이 없이 직접적으로 회원국의 사인에 대하여도 적용된다. 濱口桂一郎, 『EU労働法の形成』, 日本労働研究機構, 2001, 6쪽.

73) Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions.

74) Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

75) Council directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

76) 유럽연합(EU) 차원의 차별금지법제의 내용에 관한 문헌으로 Mark Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, 2002.

먼저 살펴보고, 이어서 제78호 지침을 중심으로 고찰한다. 기타 고용차별금지 관련 지침의 내용에 대해서는 간략하게 언급한다.

1. 유럽공동체조약

유럽공동체조약(TEC : Treaty establishing the European Community)상의 차별금지규정은 1997년 암스테르담조약(Amsterdam Treaty)이 성립되기 이전과 이후의 시기로 구분하여 살펴볼 필요가 있다.⁷⁷⁾ 암스테르담조약에 의해 개정된 유럽공동체조약 제13조는 광범위한 형태의 차별을 제거하기 위한 유럽연합 차원에서의 포괄적인 차별금지정책과 입법 등을 행할 수 있는 기초가 되었기 때문이다.

암스테르담조약에 의해 현행의 제13조가 성립되기 이전에는 차별금지와 관련하여 세 가지의 영역이 존재하였다. 첫째는, 재화와 용역, 노동과 자본의 자유로운 이동을 보장하기 위한 차원에서, 특히 현행 제12조(과거 제6조)상의 국적을 이유로 하는 차별금지다. 유럽공동체 법원(ECJ : European Court of Justice)의 판례에 따르면 국적차별금지규정은 회원국뿐만 아니라 개인 모두에게 직접적으로 적용되는 법적 효력을 갖는다.⁷⁸⁾ 둘째는, 현행 제2조, 제3조, 제137조 및 제141조(과거 제118조 및 제119조)상의 남녀의 평등대우이다. 셋째는, 현행 제34조 제2항(과거 제40조 제3항)에 근거한 농업분야에서의 생산자간 또는 소비자간의 차별금지와 현행 제90조(과거 제95조)상의 국내 생산품과 회원국으로부터 수입된 상품을 차별하는 세금부과의 금지이다.⁷⁹⁾

1997년 암스테르담조약에 의해 개정된 유럽공동체조약 제13조에 의하면, “본 조약상의 다른 규정을 침해하지 않고 본 조약이 공동체에 부여하고 있는 권한의 범위 내에서, 유럽이사회(Council)는 성별, 인종적

77) 유럽연합의 고용법제의 역사적 형성과 전개 과정에 관해서는 Jeff Kenner, *EU Employment Law*, Hart Publishing, 2003을 참고하기 바란다.

78) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, *Discrimination Law Handbook*, Legal Action Group, 2002, p.271 참조.

79) 바로 위의 각주를 제외한 이상의 내용은 Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU LAW : TEXT, CASES, AND MATERIALS*, 2nd edition, OXFORD University Press, 1998, p.364 참조.

내지 민족적 기원, 종교 내지 신조, 장애, 연령 또는 성적 지향에 근거한 차별을 없애기 위한 적절한 행동을 취할 수 있다.” 제13조는 유럽이사회가 성별, 인종, 민족, 종교, 신조, 장애, 연령, 성적 지향을 이유로 한 차별을 금지시키는 입법조치를 취할 수 있는 법적 근거를 제공하였다. 제13조에 근거하여 2000년에 제43호 지침(인종·민족을 이유로 하는 차별 금지)과 제78호 지침(종교·신조·장애·연령·성적 지향을 이유로 하는 고용차별금지)이 만들어지게 된 것이다.

유럽연합에서 역사적으로 국적과 성별을 이유로 하는 차별금지가 기타의 차별사유에 대한 금지보다도 선행하여 규제되었던 배경에는 단일 시장의 창출이라는 경제적 관점이 중요하였기 때문이다. 경제공동체의 창출을 위한 근로자의 자유로운 이동을 보장하기 위하여 국적차별은 강하게 금지할 필요성이 컸지만 인종 내지 민족차별의 경우에는 그렇지 않았다. 성차별, 특히 동일가치노동에 대한 남녀동일임금원칙도 초기에는 기본적인 인권이라는 사회적 관점뿐만 아니라 경제적 관점에서 규제되었다. 유럽공동체 법원은 1976년 판결(Defrenne사건)에서 남녀동일임금원칙을 시행하는 국가의 기업이 그렇지 않는 국가의 기업에 비하여 경쟁에서 불이익한 상황에 처하는 것을 피하는 것이 유럽공동체조약상의 남녀동일임금원칙에 관한 규정(과거의 제119조, 현행 제141조)이 추구하는 목적의 하나로 보았던 것이다.⁸⁰⁾ 이러한 배경에서 유럽연합의 경우 역사적으로 국적과 성별을 이유로 하는 차별금지가 우선적으로 규제되었고, 1997년 암스테르담조약에 근거하여 유럽공동체조약 제13조가 성립된 이후에 다른 차별사유를 규제하는 것으로 발전하게 되었다.

2. 고용과 직업에서의 평등대우에 관한 지침

고용·직업에서의 평등대우에 관한 제78호 지침(2000년)이 규정하고 있는 내용은 최저기준이다. 회원국은 동 지침보다 유리한 평등대우원칙의 규정을 도입하거나 유지할 수 있다(제8조 제1항). 그리고 동 지침의

80) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, *op. cit.*, pp.264-265 참조.

시행은 어떠한 경우에도 동 지침이 적용 대상으로 삼고 있는 영역에서 회원국에 의해 이미 시행되고 있는 차별로부터의 보호 수준을 감소시키는 이유가 될 수 없다(제8조 제2항). 다른 한편, 회원국은 2003년 12월 2일까지 제78호 지침에 부합하는 법령을 채택하여야 하지만, 장애 및 연령에 관한 제78호 지침의 내용은 3년이 더 연장되어 2006년 12월 2일까지 관련 법령을 채택하여야 한다(제18조).⁸¹⁾

가. 성립 배경

제78호 지침이 성립되기 이전에 유럽연합 회원국에서 고용차별의 금지는 존재하였지만 그 범위와 내용 등에 있어서 상당한 차이가 있었다. 고용차별금지에 관한 회원국간 법적 규제의 차이는 고용평등이라는 기본원칙의 실효성을 저해한다는 점에서, 나아가 유럽연합 차원에서 고용평등에 대한 개인의 권리를 승인하는 것이 회원국 국민의 권리와 이익을 강화한다는 점에서 제43호 지침과 더불어 제78호 지침이 제안되었다.⁸²⁾

나. 차별의 개념과 사유

제78호 지침은 회원국에서 평등대우원칙의 시행을 목적으로, 고용 및 직업과 관련하여 종교 내지 신조, 장애, 연령 또는 성적 지향을 이유로 하는 차별을 제거하기 위한 일반적 틀(즉, 최소한의 기준)을 설정하는 것을 목적으로 한다(제1조). 제78호 지침이 커버하고 있는 차별사유는 성별, 인종, 민족을 제외하고는 유럽공동체조약 제13조상의 그것과 일치

81) 유럽연합 회원국의 고용차별금지법제의 현황에 관해서는 Employment & social affairs, *Report on Member States' legal provisions to combat discrimination*, European Commission, 2000 ; Division des Etudes de législation comparée, *La lutte contre les discriminations sur les lieux de travail*, Sénat de France, 2000을 참고하기 바란다.

82) Commission of the European communities, *Proposal for a Council Directive Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation*, COM(1999) 565 final, 1999. 11. 25., p.5 참조.

하고 있다.⁸³⁾

평등대우원칙은 제1조에서 언급하고 있는 사유 가운데 어떤 것이든 그것을 이유로 하는 직접차별(direct discrimination) 또는 간접차별(indirect discrimination)이 없는 것을 의미한다(제2조 제1항). 직접차별은 제1조에서 언급하고 있는 사유 가운데 어떤 것이든 그것을 이유로, 어떤 자를 유사한 상황(comparable situation)에 있는 다른 자보다 불리하게 대우하고 있거나 불리하게 대우하였거나 하려고 하는 경우에 발생한다(제2조 제2항 (a)).⁸⁴⁾ 간접차별은 외관상 중립적 규정·기준 또는 행위에 의해 특정의 종교 내지 신념, 특정의 장애, 특정의 연령 또는 특정의 성적 지향을 갖고 있는 자가 다른 자에 비하여 특정의 불이익에 처하게 되는 경우에 발생한다(제2조 제2항 (b)).⁸⁵⁾ 다만, 외관상 중립적인 규정·기준 또는 행위가 합법적 목적(a legitimate aim)에 의해 객관적으로 정당화되고, 그러한 합법적 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필수적인(appropriate and necessary) 경우(제2조 제2항 (b)의 (i)) 또는 장애자와 관련하여 외관상 중립적인 규정·기준 또는 행위에 수반된 불이익을 제거하기 위하여 사용자(기타 자연인 또는 단체 포함)가 국내법상 적절한 조치를 취할 의무를 부담하는 경우(제2조 제2항 (b)의 (ii))에는 간접차별에 해당하지 않는다.

직접차별과 달리 간접차별은 식별하기가 훨씬 더 어렵다. 간접차별의 정의는 근로자의 자유로운 이동에 관한 유럽공동체 법원의 판례법에 영향을 받아 성립한 것이다.⁸⁶⁾ 예컨대, 유럽공동체 법원은 독일우체국이

83) 이미 언급한 바와 같이 성별을 이유로 하는 차별금지로서 유럽공동체조약 제 141조는 동일노동 내지 동일가치를 갖는 노동에 대한 남녀동일임금원칙의 시행을 규정하고 있고, 고용과 직업훈련 및 승진·근로조건에서의 남녀평등대우원칙의 시행에 관한 제76-207호 지침이 존재하고 있다. 인종 또는 민족을 이유로 하는 차별금지는 제43호 지침으로 성립하고 있다.

84) “direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation, on any of the grounds referred to in Article 1.”

85) “indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, or a particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons.”

86) Commission of the European communities, op. cit., p.8.

독일 내 주거지로부터 떨어진 곳에 고용된 근로자에게 지급하는 수당을 증액함에 있어서, 최초의 고용시에 주거지가 해외이었던 근로자들(그 국적 불문)에게는 증액이 인정되지 않았던 것에 대해 이탈리아 출신의 근로자(Sotgiu)가 공동체조약 위반을 주장한 사건에서 “평등원칙에 관한 규율은 국적을 이유로 하는 명백한 차별뿐만 아니라 구별기준의 적용에 의하여 사실상 동일한 결과를 초래하는 차별의 형태를 포괄한다. 출신지 또는 근로자의 주거지와 같은 기준은 상황에 따라 그 실제적 효과에 있어서 국적을 이유로 하는 차별과 동일할 수 있다”고 판단하였다.⁸⁷⁾

다. 차별금지의 영역

제78호 지침은 ① 선발기준·채용조건을 포함한 고용접근(access to employment)과 승진(promotion), ② 실무적 현장경험을 포함한 모든 형태 및 모든 수준의 직업지도와 직업훈련, ③ 해고와 임금을 포함하는 고용 및 근로조건, ④ 노사단체에의 가입과 활동 및 노사단체가 제공하는 급부와 관련하여 공공기관을 포함한 공공부문과 민간부문의 모든 자에게 원칙적으로 적용된다(제3조 제1항).

고용 접근과 관련한 평등대우는 모든 형태의 고용 내지 직업에 대한 개인의 접근을 막는 일체의 규정으로부터 발생하는 차별을 제거하기 위한 것이고, 승진에 관한 평등대우는 캐리어 구조 내에서의 승진이 해당 직업에 관한 자격·능력, 해당 업무와 관련된 경험 및 기타의 객관적 기준에 기초하여야 이루어져야 한다는 점을 의미한다. 또한 고용상 평등대우는 직업훈련에서의 평등대우에 의해 좌우되기 때문에 직업훈련에의 접근과 관련한 모든 형태의 차별을 금지하고 있다. 그리고 고용 및 근로조건에서의 해고와 임금은 가장 명백한 차별영역의 예로서 언급되고 있다.⁸⁸⁾

87) Case 152/73, Sotgiu v. Deutsche Bundespost [1974] ECR 153. Paul Craig and Gráinne de Búrca, op. cit., p.668.

88) Commission of the European Communities, op. cit., p.10.

다른 한편, 제78호 지침은 유럽공동체 외 제3국의 국민이나 무국적자의 회원국 영토에의 진입과 거주에 관한 규정과 요건, 제3국의 국민과 무국적자의 법적 지위로부터 발생하는 대우에 관하여서는 적용되지 않으며(제3조 제2항), 국가(법정)의 사회보장 내지 사회보호 등 국가제도 또는 그와 유사한 것에 의해 이루어지는 금전지급(payment)에도 적용되지 않는다(제3조 제3항). 즉, 공적연금의 지급 연령에 대해서는 제78호 지침이 적용되지 않는다. 그리고 회원국은 장애 및 연령을 이유로 하는 차별과 관련하여 제78호 지침을 군대에는 적용하지 않을 수 있다(제3조 제4항).

라. 장애인을 위한 사용자의 합리적인 편의제공의무

제78호 지침 제5조는 장애인을 위한 합리적인 편의의 제공을 규정하고 있다. 그 내용은 다음과 같다. “장애인과 관련하여 평등대우원칙이 충족되기 위해서는, 장애인을 위한 합리적인 편의(reasonable accommodation for disabled persons)가 제공되어야 한다. 이것은 사용자가 일정한 상황에서 필요로 되는 경우에는 장애인의 고용에의 접근·참여, 승진 또는 훈련참여를 가능케 하는 적절한 조치를 - 그러한 조치가 사용자에게 과도한 부담(disproportionate burden)을 과하는 것이 아닌한 - 취하여야 한다는 것을 의미한다. 사용자의 부담이 회원국의 장애정책의 기본틀 내에서 존재하고 있는 조치들에 의해 충분히 제거(경감, 치유)되는 경우에는 과도한 것으로 보지 아니한다.”(이상의 내용은 제78호 지침 제5조)

합리적인 편의라고 하는 개념은, 장애인의 능력이 노동에 투입될 수 있도록 장애에 대한 합리적인 고려가 있어야 평등대우원칙의 달성이 실질적으로 가능하다는 인식에서 도출된 것이다. 합리적인 편의가 제공된다 해도 해당 직업의 본질적 기능을 수행할 수 없는 장애인과 관련하여서는 사용자에게 편의제공의무는 부과되지 않는다. 장애인에 대한 편의제공의무는 두 가지 측면에서 제한적인 의무이다. 우선, 합리적인 것에 한정된다. 다음으로, 과도한 부담을 사용자에게 초래한 경우에는 제한된다.⁸⁹⁾

마. 차별에 해당하지 않는 사유

제78호 지침은 차별에 해당하지 않는 사유에 관하여 규정하고 있다.

첫째, 직업자격(occupational requirements)이다. 동 지침이 규정하는 차별사유와 관련된 특성에 근거한 대우의 차이가 해당 직업의 성격 또는 그 직업이 수행되는 상황에 비추어 그러한 특성이 진정한하고도 결정적인 직업자격(a genuine and determining occupational requirement)에 해당하고 그 목적이 합법적이고 직업자격요건이 적절한 것인 한 차별에 해당하지 않는다(제4조 제1항). 종교, 장애, 연령, 성적 지향과 관련된 특성이 진정한 직업자격에 해당하는 경우에는 대우의 차이가 정당화될 수 있고, 이 경우 그러한 정당화는 해당 직업의 성격 또는 그 직업이 수행되는 상황과 관련된 것이어야 한다.

둘째, 적극적 조치(positive action)이다. 실제상으로 완전한 평등을 달성하기 위한 목적으로(with a view to ensuring full equality in practice) 국가(회원국)가 제78호 지침상의 차별사유와 연관된 불이익을 예방하거나 보상하기 위한 특별조치를 유지 내지 채택하는 것은 평등대우원칙에 반하지 않는다(제7조 제1항). 따라서 국가가 현존하는 불평등의 상황을 예방하고 시정하는 데 필수적인 입법적 또는 행정적 조치를 취하는 것이 허용된다. 그러나 유럽공동체 법원의 판례상에 나타나고 있듯이, 이러한 적극적 조치는 평등원칙의 예외로서 허용되는 것이기 때문에 엄격하게 해석되어야 한다는 점을 제78호 지침의 제안서는 밝히고 있다.

셋째, 연령을 이유로 하는 대우의 차이가 정당화되는 경우이다. 연령에 근거한 대우의 차이가 국내법적 상황에서 고용정책·노동시장·직업훈련상의 목적 등 합법적인 목적에 의해 객관적이고 합리적으로 정당화되고, 그러한 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필수적인 경우 회원국은 이를 차별로 보지 않을 수 있다(제6조 제1항). 그리고 연령에 기한 대우의 차이가 정당화되는 경우로서 다음의 사항이 포함될 수 있다(제6조 제1항 및 제2항). 즉, ① 청년, 고령근로자, 개호책임(caring responsibilities) 부담자의 직업적 통합을 촉진하거나 이러한 자의 보호

89) 이상의 내용은 Commission of the European communities, op. cit., p.9.

를 목적으로 고용·직업훈련의 기회 및 근로조건(해고 및 임금 등)에 관한 특별한 요건을 설정하는 것, ② 고용기회 또는 고용 관련 특정 이익을 제공함에 있어서 연령, 직업경험 또는 재직기간에 대한 최저 기준을 설정하는 것, ③ 해당 직무가 요구하는 훈련에 비추어 또는 은퇴(retirement) 이전의 합리적인 고용기간의 필요성 때문에 채용에서 최고 연령을 설정하는 것, ④ 직역(직업)사회보장제도(occupational social security schemes)에 있어서 노령연금 또는 장애연금의 가입 내지 수급의 연령을 설정하는 것(예컨대, 근로자 그룹 내지 범주에 따라 연령을 달리 설정하고 실제의 연금계산에서 연령기준을 사용하는 것 등은 성별에 근거한 차별을 초래하지 않는 한 이를 연령에 근거한 차별에 해당하지 않는 것으로 회원국은 규정할 수 있음)은 정당화되는 차별대우이다.

바. 차별구제 및 제재

제78호 지침은 차별구제절차, 입증책임, 사용자의 보복으로부터의 보호, 차별행위의 제재에 관한 내용을 규정하고 있다.

첫째, 차별을 주장하는 자가 이용할 수 있도록 사법적 및(또는) 행정적 구제절차(적절한 경우 조정절차를 포함)가 마련되어야 하고(제9조 제1항), 관련 단체 또는 기관은 차별구제의 신청인(원고)의 동의하에 그를 대표 또는 지원하기 위하여 구제절차에 참여할 수 있다(제9조 제2항). 다만, 구제신청의 기간에 관해서는 국내법으로 정할 수 있다(제9조 제3항).

둘째, 입증책임과 관련하여 차별을 받았다고 주장하는 자가 직접차별이나 간접차별을 추정할 수 있는 사실을 법원이나 기타 권한 있는 기관에 제기한 경우 평등대우원칙에 대한 위반이 아니라는 점에 대한 입증책임을 타방 당사자가 부담하도록 국내 사법체계에 부합하는 필요한 조치가 취해져야 한다(제10조 제1항). 통상적으로 입증책임은 주장자에게 있지만 차별사건에서의 관련 정보는 흔히 타방 당사자의 수중에 있기 때문에 제78호 지침은 이른바 입증책임의 전환을 규정하고 있다.⁹⁰⁾ 관

90) Commission of the European communities, op. cit., p.13.

런 단체 또는 기관이 차별구제의 신청인(원고)을 대표하여 구제절차에 참여하는 경우에도 입증책임의 전환에 관한 규정이 적용된다(제10조 제4항) 그러나 이러한 입증책임의 전환은 형사절차에는 적용되지 않으며(제10조 제3항), 법원이나 권한 있는 기관이 행하는 사실관계의 조사절차에도 적용시키지 않을 수 있다(제10조 제5항). 한편, 차별구제의 신청인(원고)에게 보다 유리한 증거법칙을 도입하는 것도 허용된다(제10조 제2항).

셋째, 평등대우원칙의 위반과 관련한 기업 내에서 고충제기 또는 법적 구제의 신청에 대하여 사용자가 해고 또는 불이익을 주지 못하도록 근로자를 보호하기 위하여 필요한 조치를 국내법상으로 제도화하여야 한다(제11조). 보복의 위험 때문에 구제를 위한 권리행사가 방해되지 않도록, 해고 기타 불이익한 취급(예컨대, 강등 또는 기타의 억압적 조치)으로부터 보호하기 위한 제도의 마련이 필수적이라는 점을 제78호 지침은 규정하고 있는 것이다.⁹¹⁾

넷째, 제78호 지침과 관련하여 채택된 국내법을 위반한 경우 적용되는 제재(sanctions)에 대한 물을 국가(회원국)는 설정하고 그 적용을 위한 필요한 모든 조치를 취하여야 하며, 이 경우 제재(보상금지급 포함 가능)는 실효적(effective)이고 비례적(proportionate)이며 예방적(dissuasive)이어야 한다(제17조). 다만, 차별행위의 제재에 관한 이러한 제78호 지침의 내용은 국가(회원국)에 대하여 형사제재(penal sanction)의 도입 의무를 부과하는 것은 아니다.⁹²⁾

3. 남녀의 동일임금 및 평등대우에 관한 지침

1957년 유럽공동체(EC) 창설의 근거가 로마조약(유럽공동체조약) 제119조(현행 제141조)는 동일가치노동에 대한 남녀동일임금원칙,⁹³⁾ 고

91) Ibid.

92) Commission of the European communities, op. cit., p.14.

93) 제119조(현행 제141조) 제1항 : “회원국은 동일노동 또는 동일가치노동에 대하여 남녀동일임금원칙이 적용되는 것을 보장하여야 한다.” 동 조 제2항 : “본조에서 임금은 통상의 기본적 또는 최저의 임금이나 급여, 그리고 근로자가 현금

용·직업에 관한 남녀의 평등한 기회 및 대우의 원칙,⁹⁴⁾ 적극적 조치(affirmative action)⁹⁵⁾를 규정하였다. 이러한 규정에 근거하여 1975년 남녀동일임금에 관한 제75-117호 지침(이하 제117호 지침)⁹⁶⁾과 1976년 남녀평등대우에 관한 제76-207호 지침(이하 제207호 지침)⁹⁷⁾이 제정되었다.

가. 남녀동일임금에 관한 제117호 지침(1975년)

제117호 지침에 의하면, 동일임금원칙(principle of equal pay)은 “동일한 노동 또는 동일한 가치의 노동에 대하여 임금의 모든 측면·요건과 관련하여 성에 근거한 일체의 차별을 제거하는 것”을 의미하며, 특히 임금결정을 위해 직무분류제도(job classification system)를 이용하는 경우 그러한 제도는 남녀동일기준에 기초하여야 하며, 성차별을 배제하도록 만들어져야 한다(제1조). 회원국은 동일임금원칙에 반하는 법령이나 행정규정으로부터 발생하는 일체의 남녀차별을 폐지하여야 한다(제3조). 또한 회원국은 동일임금원칙에 반하는 단체협약, 임금협정 또는 개

또는 현물로 고용과 관련하여 사용자로부터 직접 또는 간접적으로 수령하는 일체의 보수를 의미한다. 성에 의한 차별이 없는 동일임금이라고 하는 것은 ① 동일노동에 대한 성과급(at piece rates)의 임금은 동일한 계산 단위에 기초하여 계산되는 것, ② 시간급에 의한 임금은 동일한 직업에 대하여 동일하게 계산되는 것을 의미한다.”

94) 제199조(현행 제141조) 제3항(1997년 암스테르담조약에 의해 신설) : “이사회는 제251조가 규정하는 절차에 따라 경제사회위원회와 협의 후, 동일노동 또는 동일가치노동 동일임금원칙을 포함하여 고용 및 직업에 관한 남녀동일기회 및 동일대우원칙의 채용을 보장하는 조치를 강구한다.”

95) 제199조(현행 제141조) 제4항 : “노동생활에서 남녀의 완전한 평등을 실제로 보장하기 위한 목적으로, 평등대우원칙은 회원국이 불충분하게 대표되고 있는 성에 대하여 직업훈련의 실시 또는 전문직에서의 불이익의 방지 내지 보상을 용이하게 하기 위하여 특별한 우대조치 제공의 유지 또는 채택하는 것을 방해하지 않는다.”

96) Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women.

97) Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions.

별근로계약상의 규정을 무효로 하거나 개정토록 하는 필요한 조치를 취하여야 한다(제4조).

나. 남녀평등대우에 관한 제207호 지침(1976년)

1) 평등대우원칙의 의미와 예외

제207호 지침은 고용에서의 남녀평등에 관한 핵심적 내용을 담고 있는 주요 지침이다. 동 지침에 의하면, 평등대우원칙(principle of equal treatment)은 “직접적이든 간접적이든, 성별 특히 혼인상 또는 가족상의 지위(marital or family status)를 이유로 하는 어떠한 차별도 있어서는 아니된다”는 것을 의미한다(제2조 제1항). 이 규정 내용에서는 직접차별 뿐만 아니라 간접차별도 평등대우원칙에 반하는 것임을 표현하고 있다.

한편, 제207호 지침은 평등대우원칙의 예외를 인정하고 있다. 그 예외는 ① 그 성질이나 그것이 수행되는 상황으로 인하여 근로자의 성별이 결정적인 요소가 되는 직업활동과 이를 위한 직업훈련, ② 모성보호, 특히 임신과 출산에 관한 규정, ③ 특히 여성의 기회에 영향을 미치는 현존의 불평등 제거를 통한 남녀기회평등의 촉진조치이다(제2조 제2항~제4항).

2) 적용영역

평등대우원칙은 ① 어떤 분야 내지 부문의 활동이든, 모든 직업·지위 또는 모든 직업서열레벨(all levels of the occupational hierarchy)에의 접근을 위한 조건(선발기준 포함, 제3조 제1항), ② 모든 유형·레벨의 직업지도, 직업훈련, 고등직업훈련(advanced vocational training)과 재훈련(제4조), ③ 해고를 포함한 근로조건(제5조 제1항)에 적용된다.

한편, 회원국은 평등대우원칙의 적용을 위한 다음과 같은 조치를 취하여야 한다. 그 조치의 내용은 ① 평등대우원칙에 반하는 법령이나 행정규정의 폐지, ② 단체협약, 임금협정, 근로계약, 취업규칙상 평등대우원칙에 반하는 규정의 무효화 또는 개정토록 하는 조치(이상의 내용은 제3조~제5조), ③ 평등대우원칙의 침해를 주장하는 근로자가 여타의

가능한 진정절차를 거친 후 사법절차를 통해 권리를 주장할 수 있게 하는 것, ④ 기업 내에서의 고충처리 및 사법절차 진행에 대한 보복적 해고로부터의 근로자보호(제9조)이다.

4. 단시간근로 및 유기근로(有期勤勞)에 관한 지침

유럽연합은 1997년 단시간근로(part-time work)에 관한 제97-81호 지침(이하 제81호 지침)⁹⁸⁾과 1999년 유기근로(fixed-term work)에 관한 제99-70호 지침(이하 제70호 지침)⁹⁹⁾을 제정하였다.

가. 단시간근로에 관한 제81호 지침(1997년)

제81호 지침은 단시간근로자에 대한 차별해소, 자발적인 단시간근로의 발전 촉진, 노사의 필요를 고려한 근로시간의 유연한 조직화 촉진을 목적으로 하고 있다(제1조). 동 지침 제4조는 차별금지원칙(principle of non-discrimination)을 규정하고 있다. 고용조건과 관련하여, 상이한 대우(different treatment)가 객관적 이유에 근거하여 정당화되지 않는 한, 단시간근로자는 단지 파트타임으로 근로한다는 이유만으로, ‘비교 대상이 되는 정규근로자(comparable full-time workers)’보다 불이익하게 대우받아서서는 아니된다(제4조 제1항). 다만, 적절한 경우에는 비례원칙(pro rata temporis)이 적용될 수 있다(제4조 제2항). ‘비교 대상이 되는 정규근로자’는 “동일한 사업장에서 동일한 형태의 근로계약이나 고용관계를 갖고 있고, 재직기간(seniority) 및 직업 자격과 기술 등에 비추어 동일하거나 유사한 작업·직업에 종사하는 정규근로자”를 의미하고, “동일한 사업장에 비교 대상이 되는 정규근로자가 존재하지 않는 경우에는 단체협약 또는 관행”에 따른다(제3조 제2항).

98) Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC - Annex : Framework agreement on part-time work.

99) Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP.

나. 유기근로에 관한 제70호 지침(1999년)

제70호 지침은 차별금지원칙의 적용을 통한 유기근로의 질 개선, 연쇄적인 유기계약의 활용으로부터 발생하는 남용의 방지를 목적으로 하고 있다(제1조). 단시간근로에 관한 제81호 지침과 마찬가지로 제70호 지침 제4조는 차별금지원칙을 규정하고 있다. 고용조건과 관련하여, 상이한 대우가 객관적 이유에 근거하여 정당화되지 않는 한, 유기근로자는 단지 유기근로계약이나 유기관계의 관례를 갖고 있다는 이유만으로, '비교 대상이 되는 정규근로자(comparable permanent workers)'보다 불이익하게 대우받아서서는 아니된다(제4조 제1항). 다만, 적절한 경우에는 비례원칙(pro rata temporis)이 적용될 수 있다(제4조 제2항). 특정의 고용조건과 관련한 재직기간요건(period-of service qualifications)은 객관적 이유에 의해 정당화되는 경우를 제외하고는 정규근로자와 유기근로자에게 동일하여야 한다(제4조 제4항). '비교 대상이 되는 정규근로자'의 개념은 제81호 지침이 규정하고 있는 것과 동일하다.

제3절 시사점

(1) 1958년 ILO의 제111호 협약(고용과 직업에서의 차별금지)에서는 차별금지사유로 연령, 장애 등을 언급하고 있지 않지만, 국가가 노사단체와의 협의를 통해 적절하다고 여기는 다른 차별금지사유를 법으로 규정할 수 있음을 인정하고 있다. 그리고 1980년 고령근로자에 관한 제162호 권고는 고령근로자에 대한 고용차별금지의 조치를 취할 것을 요구하고 있다. 장애인에 관한 제159호 협약은 장애인에 대한 평등한 기회 및 대우의 보장을 규정하고 있다. 또한 1994년 제175호 단시간근로협약은 단시간근로자가 비교 대상이 되는 정규근로자에게 인정되는 것과 동일한 보호를 받을 수 있도록 조치를 취할 의무를 규정하고 있다.

한편, EU의 2000년 제78호 지침(고용·직업에서의 평등대우)은 차별

금지사유로 연령, 장애 등을 명시적으로 언급하고 있다. 그리고 단시간 근로에 관한 제81호 지침(1997년)과 유기근로에 관한 제70호(1999년)는 근로조건과 관련하여 서로 다른 취급이 객관적 이유에 근거하여 정당화 되지 않는 한 단시간근로 또는 유기근로라는 것만을 이유로 하여 비교 대상이 되는 정규근로자보다 불리한 방식으로 대우받아서는 아니된다고 규정하고 있다.

(2) ILO의 제111호 협약은 직접차별과 간접차별을 구분하여 개념을 정의하고 있지는 않으며 해석상 양자를 포괄할 수 있는 표현방식을 사용하고 있다. 즉, 고용평등을 무가치하게 하거나 손상시키는 효과를 갖는 구별, 배제 또는 우대를 차별로 규정하고 있다. 반면에 EU의 제78호 지침은 직접차별과 간접차별을 구분하여 개념 정의하고 있다.

차별에 해당하지 않는 사유에 대하여, 제111호 협약과 제78호 지침은 직업자격과 적극적 차별시정조치를 공통적으로 들고 있다. 특히 제78호 지침은 외관상 중립적인 규정·기준 또는 행위가 합법적 목적에 의해 객관적으로 정당화되고, 그러한 합법적 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필수적인 경우 또는 장애자와 관련하여 외관상 중립적인 규정·기준 또는 행위에 수반된 불이익을 제거하기 위하여 사용자(기타 자연인 또는 단체 포함)가 국내법상 적절한 조치를 취할 의무를 부담하는 경우에는 간접차별에 해당하지 않는 것으로 규정하고 있다. 특히 제78호 지침은 합법적인 목적(고용정책·노동시장·직업훈련상의 목적 등)에 의해 객관적으로 정당화되고, 그러한 목적을 달성하기 위한 수단이 적절하고 필수적인 경우에는 연령차별에 해당하지 않는다고 규정하고 있다. 한편, 정년제와 관련하여 ILO의 제162호 권고는 정년제가 고용차별금지 및 자발적 퇴직의 원칙에 비추어 검토되어야 한다고 조심스러운 입장을 보이고 있다. EU 제78호 지침은 정년제를 명시적으로 금지하고 있지는 않지만, 위에서 언급한 합법성원칙·필요성원칙·비례성원칙에 부합하지 않는 한 고용차별에 해당한다는 점을 시사하고 있다.

(3) 국제규범에서는 장애인을 위한 적극적 조치 내지 합리적인 편의

조치를 강조하고 있다. ILO 제159호 협약은 장애인근로자와 일반근로자 간의 평등한 기회·대우를 목적으로 하는 특별한 적극적 조치는 일반근로자에 대한 차별로 간주되어서는 아니된다고 규정함으로써, 실질적인 평등의 실현을 위하여 장애인을 대상으로 하는 적극적 조치가 허용되어야 한다는 점을 간접적으로 표현하고 있다. EU 제78호 지침(고용·직업에서의 평등대우)은 사용자에게 과도한 부담을 초래하지 않는 한 장애인을 위한 합리적 편의(즉, 일정한 상황에서 필요하게 되는 경우 장애인의 고용접근·참여, 승진 또는 훈련참여를 가능케 하는 적절한 조치)가 제공되어야 한다고 명시적으로 규정하고 있다.

(4) 고용차별에 해당하지 않는 일반적 사유에 관하여, 국제규범(ILO 제111호 협약과 EU 제78호 지침)은 직업자격과 적극적 차별시정조치를 공통적으로 들고 있다. ILO 제111호 협약과 EU 제78호 지침은 고용차별금지의 영역으로 채용에서 고용 종료에 이르는 근로관계의 전 영역, 직업훈련, 직업지도 및 직업소개, 노사단체에의 가입·활동 등을 공통적으로 들고 있다. 또한 공공부문과 민간부문 모두를 고용차별금지의 적용 대상으로 삼고 있다. 다만, 제78호 지침은 적용 대상에 군대를 제외하고 있다. 이러한 국제기준에 따르면 고용차별금지의 대상영역으로 적어도 개별적 근로관계의 전 영역, 직업소개 및 직업능력개발의 영역, 근로자단체에의 가입·활동의 영역이 포함되어야 한다는 점을 시사한다.

(5) 고용차별의 구제와 관련하여 ILO의 국제노동기준이 특별히 규정하고 있는 바는 없고, EU 제78호 지침에서는 일정한 기준을 제시하고 있다. 행정적 구제절차(조정절차 포함 가능) 또는 사법적 구제절차가 마련되어야 하고(구제신청기간에 대한 국내법적 제한 가능), 차별행위의 피해자뿐만 아니라 관련단체나 기관도 구제절차에 참여할 수 있음을 인정하고 있다. 차별 추정的事实이 제기된 경우 차별이 아니라는 점에 대한 입증책임을 타방 당사자에게 전환하는 제도(단, 형사절차에 미적용, 사실관계 조사절차에서도 배제 가능)를 마련할 것을 요구하고 있다. 또한 차별구제신청을 이유로 하는 사용자의 불이익취급을 금지하고 있고,

차별행위에 대한 제재(형사처벌을 강제하고 있지는 않음)가 실효적이고 비례적이며 예방적이어야 함을 강조하고 있다. 이상의 내용에 비추어 볼 때, 연령차별의 구제와 관련하여서는 조정절차를 포함한 행정적 구제절차의 확립, 구제신청자의 범위 확대, 입증책임의 전환, 사용자의 불이익취급금지, 차별행위에 대한 민사상 또는 형사상의 제재 등이 반드시 고려되어야 할 사항이라는 점을 확인할 수 있다.

제4장 미국의 고용차별금지법

제1절 법제의 개관

미국에서는 전통적으로 임의고용(employment at will) 및 임의해고의 원칙이 존중되어 왔다. 해고의 자유를 제한하는, 즉 해고의 정당한 이유를 요구하는 연방 차원의 법률도 존재하지 않는다. 그런데 이러한 해고 자유의 원칙을 수정하고, 나아가 채용 및 근로조건 등에서의 차별을 금지하는 일련의 고용차별금지법들이 연방법으로서 1960년대 중반부터 제정되기 시작하였다. 고용차별금지법제에는 1963년 평등임금법(Equal Pay Act), 1964년 민권법(民權法) 제7편(Title VII of the Civil rights Act), 1967년 고용에서의 연령차별금지법(Age Discrimination in Employment Act), 1973년 재활법(Rehabilitation Act), 1990년 장애인법 제1편(Title I of the ADA) 등이 있다.

1964년에 제정된 민권법 제7편은 고용차별금지법의 모델에 해당하는 일반법 내지 기본법으로서의 지위를 갖고 있고, 이후 고용차별금지입법에 많은 영향을 미쳤다. 민권법 제7편은 흑인, 여성 등 전통적으로 소수 집단에 속하는 자들에 대한 고용차별을 제한하기 위한 목적으로 인종, 피부색, 종교, 성별(임신 포함) 또는 출신국 등을 이유로 하는 차별금지를 사용자와 근로자단체 및 직업소개기관의 의무로 부여하였다.¹⁰⁰⁾

1967년에 제정된 『고용에서의 연령차별금지법(이하 ADEA로 칭함)』은 사용자 등이 40세 이상의 자를 연령을 이유로 고용관련 영역에서 차별하는 것을 금지하고 있다.¹⁰¹⁾ 의회에서 민권법 제7편이 심의되는 과정에서 연령차별금지에 관한 제안이 있었지만 받아들여지지 않았고, 그 대신 의회는 노동장관에게 연령차별 문제에 관한 조사보고서를 제출하도록 요구하였다. 그 결과 제출된 1965년의 보고서가 ADEA의 기초가 되었다.¹⁰²⁾

장애인차별을 금지하는 1973년 재활법은 정부기관의 사용자, 연방정부로부터 자금지원을 받는 자, 연방정부와 계약관계에 있는 자를 적용 대상으로 하고, 연방정부와 계약을 체결하는 자(즉, 연방정부에 재화 또는 서비스를 공급하는 기업)에 대하여 차별시정조치(Affirmative action)의 의무를 부과하는 한편, 연방의 재정지원을 받는 프로그램에서의 차별을 금지하고 있다.¹⁰³⁾ 재활법은 현재에도 존속하고 있으나 그 적용범위가 한정되는 등 한계를 갖고 있어서, 1990년에 일반의 사용자에 대하여 광범위하게 적용되는 장애인법이 제정되었고, 이것이 장애차별에 관한 기본법이 되고 있다. 장애인법은 고용 영역뿐만 아니라 기타 영역(공공서비스, 공공편의시설, 전기통신)에서의 장애차별을 금지한다. 고용 영역에서 차별을 금지하는 장애인법 제1편은 민권법 제7편을 모델로 하여 제정되었고, 적용범위와 구제의 절차·내용은 민권법 제7편과 동일하다.

100) Mack A. Player, *Federal law of employment discrimination*, 3rd ed., West, 1992, p.12.

101) 미국의 연령차별금지법에 관한 국내 문헌으로 서장권, 『미국의 고용에서의 연령차별금지법리』, 『고령자고용과 정년제의 법적 과제』, 한국법제연구원, 2003, 39쪽 이하를 참고하기 바란다.

102) Samuel Estreicher and Michael C. Harper, *Employment Discrimination and Employment Law*, West Group, 2000, p.444.

103) 연방정부 계약이행프로그램에 관한 보다 자세한 내용은 한홍순·김중렬 옮김, 『노동경제학』, 교보문고, 2003, 484쪽 이하 참고.

제2절 연령차별금지법

1950년대부터 연령차별을 규제하는 연방 차원의 행정정책이 추진되었으나,¹⁰⁴⁾ 그 적용 범위가 한정적이었고, 1964년 민권법 제7편의 제정을 배경으로 하여 1967년에 ADEA가 탄생하게 된다. ADEA는 미국연방법령집(U.S. Code) 노동편(Title29) 제14장에 편제되어 있고, 총 13개 조문(제621조~제634조)으로 구성되어 있다.¹⁰⁵⁾

ADEA에는 동 법의 제정 배경과 입법 목적이 기술되고 있다. 제정 배경으로 ① 생산성향상과 풍요에도 불구하고 고령근로자는 고용유지뿐만 아니라 특히, 실직시의 재취업에서 불이익을 받고 있는 점, ② 직무수행능력과 무관한 자의적인 연령 한계의 설정이 일반화되었고, 다른 몇몇의 바람직한 관행도 고령자에게 불이익하게 작용할 수 있다는 점, ③ 실업의 영향, 특히 기술·도덕·고용 가능성의 저하를 초래하는 장기실업은 청년층에 비하여 고령근로자들에게서 높게 나타나고 있고, 그 숫자도 크게 증가하고 있으며, 고령자의 고용 문제가 심각한 상황이라는 점, ④ 통상에 영향을 미치는 산업에서 연령을 이유로 하는 자의적인 고용차별의 존재는 통상 및 통상에서의 재화의 자유로운 이동을 저해하고 있는 점을 들고 있다(U.S. Code, 제29편 제621조 (a), 이하 조문 인용시 'U.S. Code 제29편' 생략).¹⁰⁶⁾ 입법 목적으로 ① 나이보다는 능력에

104) ADEA 제정 이전인 1956년 연방 차원에서 미국공무위원회(United States Civil Service Commission)가 연방공무원의 채용에서 최고연령 제한을 폐지하였다. 1964년에는 대통령 행정명령 제11141호(Executive Order 11141)를 발하여, 연방정부와 계약을 체결하는 자에 의한 연령차별을 금지하는 정책을 마련하였지만 차별구제를 위한 행정적 절차를 별도로 두지는 않았다. David Neumark, *Age discrimination legislation in the United States*, NBER Working Paper 8152, National Bureau of Economic Research, 2001, pp.1-2.

105) 그 주요 내용은 입법의 배경과 취지(제621조), 교육 및 연구 사업(제622조), 연령차별금지(제623조), 기록유지·조사 및 집행(제626조), EEOC에 의한 규칙 제정(제628조), 형사제재(제629조), 개념 정의(제630조), 연령 한계(제631조), 연례보고서(제632조), 연방과 주의 관계(제633조), 연방정부 고용에서의 연령차별금지(제633a조) 등이다.

기초한 고령자의 고용증진, ② 고용에서의 자의적인 연령차별(arbitrary age discrimination)의 금지, ③ 연령이 고용에 미치는 영향으로부터 발생하는 문제점에 대해 노사가 대처할 수 있는 방법을 찾을 수 있도록 지원하는 것이 제시되고 있다(제621조 (b)항).¹⁰⁷⁾ 당시의 의회기록에 의하면, ADEA법안은 두 가지 종류의 연령차별을 부당한 것으로 보고 있다. 하나는 연령과 능력(usefulness)의 관계에 대한 그릇된 인식의 결과로 발생하는 차별이고, 다른 하나는 오로지 연령을 이유로 근로자의 가치를 의도적으로 무시하는 결과로 발생하는 차별이다. 따라서 입법 목적에서 제시되고 있는 ‘자의적인 연령차별’은 부정적인 판에 박은 사고(negative stereotypes)에 기초한 고령자에 대한 차별을 의미한다.¹⁰⁸⁾

ADEA 제정 이후 이루어진 중요한 변화는 공공부문으로의 적용확대, 연령 상한선의 연장 및 폐지, 고용기회평등위원회(EEOC, 이하 EEOC라 함)에 의한 동 법의 집행 등이다. 제정 당시의 ADEA는 연방정부와 주 정부에는 적용되지 않았고, 보호 대상자도 40~65세의 자로 한정하였다. 1974년 개정으로 ADEA의 적용은 연방, 주(State), 지자체에까지 확대되었다.¹⁰⁹⁾ 1978년 개정에서는 연령 상한선이 70세로 상향되었고(다만,

106) “(1) in the face of rising productivity and affluence, older workers find themselves disadvantaged in their efforts to retain employment, and especially to regain employment when displaced from jobs; (2) the setting of arbitrary age limits regardless of potential for job performance has become a common practice, and certain otherwise desirable practices may work to the disadvantage of older persons; (3) the incidence of unemployment, especially long-term unemployment with resultant deterioration of skill, morale, and employer acceptability is, relative to the younger ages, high among older workers; their numbers are great and growing; and their employment problems grave; (4) the existence in industries affecting commerce, of arbitrary discrimination in employment because of age, burdens commerce and the free flow of goods in commerce.”

107) “It is therefore the purpose of this chapter to promote employment of older persons based on their ability rather than age; to prohibit arbitrary age discrimination in employment; to help employers and workers find ways of meeting problems arising from the impact of age on employment.”

108) 이상의 내용은 David Neumark, op. cit., p.3.

109) Raymond F. Gregory, *Age discrimination in the American workplace*, Rutgers University Press, 2001, p.20.

상층 관리직의 경우 일정 요건하에서 65~69세의 강제퇴직 허용), 대부분의 연방공무원에 대한 강제퇴직제를 폐지하였다.¹¹⁰⁾ 1986년 개정에서는 70세 연령 상한성이 폐지되어, 결과적으로 몇 가지 예외를 제외하고 강제퇴직제도는 완전히 금지되기에 이르렀다.¹¹¹⁾ 당시 의회는 특정 연령에서의 강제퇴직은 사회보장시스템을 저해하는 것이며, 고기술·기능을 갖고 있는 근로자들을 노동시장에 붙잡아 두는 것이 국가경제에 이익이 된다는 점을 승인하였던 것이다.¹¹²⁾ 그리고 강제퇴직을 금지하는 1986년 개정법은 국가정책의 우선순위가 고령자의 고용을 강조하는 것에서 40세 이상 근로자의 고용안정을 유지하는 쪽으로 전환되었음을 보여주는 것이다.¹¹³⁾ 한편, 1978년에는 ADEA의 집행에 관한 책임이 노동부에서 EEOC로 이관되었다. 1964년 민권법에 의해 창설된 EEOC는 1978년 ADEA 제정 당시에 이미 많은 차별구제 신청사건으로 적절한 업무수행이 어려운 상태에 이르렀고, 이러한 점을 고려하여 법제정 당시 ADEA의 집행 책임이 노동부에 부여되었다.¹¹⁴⁾ 그리고 당시 의회는 연령차별이 인종차별이나 성차별 등과는 매우 다르기 때문에 기존의 EEOC와는 다른 기관이 필요하다는 점을 인식하였고, 연방노동관계위원회(NLRB)와 같은 새로운 기관을 설치할 것인가 아니면 공정근로기준법(FLSA)의 집행을 담당하고 있는 노동부를 활용할 것인가 하는 선택에서 연령차별 분쟁의 신속한 해결을 위해서는 후자가 적절하다고 판단하였다.¹¹⁵⁾ 그런데 카터 행정부는 모든 고용차별금지법은 하나의 연방기관에 의해 집행되어야 한다고 결론을 내리게 되어, 1978년에 ADEA의 집행책임이 노동부에서 EEOC로 이관되었고, 이후 EEOC는 연방 차원의 모든 고용차별금지법의 집행을 책임지는 기관으로 오늘에 이르고 있다.¹¹⁶⁾

110) David Neumark, op. cit., p.3.

111) David Neumark, op. cit., p.4. 1986년 개정에서는 주정부가 경찰관과 소방관의 고용 및 퇴직에 대한 연령제한을 두는 것을 허용하였다(Mack A. Player, op. cit., p.15).

112) Raymond F. Gregory, op. cit., p.20.

113) Raymond F. Gregory, op. cit., p.21.

114) 이상의 내용은 Raymond F. Gregory, op. cit., pp.183-184.

115) Samuel Estreicher and Michael C. Harper, op. cit., p.444.

ADEA 제정 이전에는 고령자에 대한 채용차별의 증거가 많았고, 승진이나 훈련 등에서의 차별을 입증하는 연구보고서들도 있었다. ADEA 제정 이후에도 고령자에 대한 차별 증거가 여전히 존재하지만, 연방과 주차원에서 고령자의 상대적 고용을 증가시키고, 고령근로자의 퇴직을 감소시키고 있다. 경험적 증거에 의하면, ADEA의 주된 효과는, 기업이 보다 높은 임금을 받는 고령근로자와의 장기적인 관계유지(long-term commitments to older, higher-paid workers)를 단절하고자 하는 가능성을 줄임으로써, 결과적으로 근로자와 기업 간의 장기적 고용관계(long-term relationships)를 강화하였다는 점이다.¹¹⁷⁾

1. 적용범위

가. 차별금지의 보호대상자

1) 원칙

ADEA는 40세 이상의 자에게 적용된다(제631조 (a)). 이러한 점에서 ADEA는 중·고령자에 대한 보호의 성격을 갖는다. 40세 미만의 자는 동 법에 의해 보호되지 않는다.¹¹⁸⁾ 따라서 40세 미만의 자보다 40세 이상의 자를 우대하는 것은 연령차별에 해당하지 않는다. 역의 경우에는 원칙적으로 연령차별이다. 예컨대, 채용에서 상한연령을 설정하여 30세 미만의 자로 한정하여 40세 이상의 자를 배제하는 행위는 차별로 볼 수 없는 정당사유(예컨대, 진정한 직업자격)가 없는 한 연령차별이다. 40세 이상이면 비록 상대적으로 나이가 어리다고 하더라도(예컨대, 45세) 나

116) Raymond F. Gregory, op. cit., pp.183-184.

117) David Neumark, op. cit., pp.34-35 참조.

118) 40세 미만의 자라고 할지라도 ADEA보다 유리한 주법(州法)이 있으면 그 법에 의해 보호될 수 있다. 현재 모든 주가 고용에서 연령차별을 금지하는 법을 갖고 있는데, 일부 주는 18세 이상의 자를 보호 대상으로 하고 있고, 연령을 특정하지 않는 주들도 있다. Lawrence M. Friedman, "Age discrimination law : some remarks on the American experience", *Age as an Equality Issue*, edited by Sandra Fredman and Sarah Spencer, Hart Publishing, 2003, p.176.

이가 보다 많은 자(예컨대, 55세)와 동일한 조건하에서 ADEA의 보호를 받는다. 그리고 다른 연령그룹(예컨대, 50세 미만의 근로자)에 부과하지 않는 요구 내지 조건을 어떤 연령그룹(예컨대, 50세 이상의 근로자)에게 부과하는 것도 연령차별이다.¹¹⁹⁾

2) 예외

다음의 경우에는 ADEA가 적용되지 않는다.

첫째, 주(州)의 경찰 및 소방관에 대한 채용연령의 제한 및 강제퇴직의 경우다. 이 경우 주(州) 또는 그 산하의 행정기관(a political subdivision of a State)이 다음과 같은 요건 하에서 연령을 이유로 채용을 거부하거나 해고하는 것은 허용된다. 즉, ① 주법(州法) 등이 정한 채용상한연령을 초과하거나 퇴직연령에 도달하였고, ② 이러한 채용·퇴직의 연령 제한이 ADEA의 적용을 회피하기 위한 구실이 아닐 것이 그 요건이다(제623조 (i)). 적용예외가 인정되는 이유는 이러한 직종의 경우 고령화와 업무수행 부적격성 간에 강한 상관관계가 있기 때문이다.¹²⁰⁾

둘째, 경영간부 및 고위의 정책입안자에 대한 강제퇴직의 경우이다. 65세 이상의 자로서 퇴직 직전 2년 동안 경영간부직(a bona fide executive) 또는 고위의 정책입안직(a high policy making position)에 고용되어 있었고, 사용자로부터 연간 4만 4천 달러 이상의 퇴직연금(retirement benefit)을 즉시 지급할 수 있는 권리를 갖고 있으면 이러한 자의 강제퇴직이 금지되지 않는다(제631조 (c)). EEOC의 규칙(regulations)에 의하면, 경영간부는 본사의 주요 부서의 장과 같이 “상당수의 근로자 및 대량의 비즈니스에 대한 실질적인 관리권한을 행사하는 소수의 고위직 근로자(a very few top level employees)”를 의미하고, 고위의 정책결정자는 “기업정책의 개발에서 실질적인 역할을 수행하고 그 시행에 관하여 효과적으로 조언할 수 있을 정도의 지위와 책임

119) Mack A. Player, op. cit., p.137.

120) Michael Evan Gold, *An Introduction to the Law of Employment Discrimination*, 2nd ed., Cornell University Press, 2001, p.39.

을 갖는 몇몇의 고위직 근로자”를 의미한다.¹²¹⁾ 이러한 EEOC의 견해는 판례에 의해서도 승인되고 있다.¹²²⁾

셋째, 주(州)에서 공직에 선출된 자 및 정부정책결정 담당직에 임명된 자 등의 경우(단, 주정부의 공무원법의 적용을 받는 자는 제외)에는 ADEA의 적용에서 완전히 배제된다(제630조 (f)).

넷째, 다른 연방법에 연령요건을 정하고 있는 경우 ADEA의 적용이 배제된다. 이 경우 연령요건을 정한 다른 연방법은 이른바 ADEA의 특별법에 해당하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 연방의 경찰 및 항공관제사에 대한 강제퇴직, 상업용 항공기의 조종사에 대한 연령 제한 등이 그 예이다.¹²³⁾

나. 차별금지의 의무자

차별금지의 의무를 부담하는 자는 사용자, 근로자단체, 직업소개기관이다. 이하에서는 사용자의 경우를 살펴보고자 한다.

ADEA는 민간부문의 사용자뿐만 아니라 연방정부와 주정부에도 적용된다. 다만, 연방정부의 경우에는 특별한 구제제도가 적용된다. 사용자는 통상에 영향을 미치는 산업에서 사업을 행하는 20인 이상의 근로자를 고용하는 자이다(제630조 (b)).¹²⁴⁾ ‘통상에 영향을 미치는 산업(industry affecting commerce)’에서 사업을 행하는 자는 연방법이 요구하는 일정 수의 근로자를 고용하는 자를 의미하는 것으로 폭넓게 해석되고 있고 예컨대, 자선단체도 적용 대상이 된다.¹²⁵⁾ 종교단체도 20인 이상의 근로자를 고용하는 한 사용자에게 해당한다.¹²⁶⁾ 다만, 헌법상 종교의 자유가 보장되기 때문에 종교 활동의 자유를 침해하지 않는 범위 내

121) Samuel Estreicher and Michael C. Harper, op. cit., p.499.

122) Ibid.

123) Mack A. Player, op. cit., p.142.

124) 20인 이상의 근로자 고용 여부를 판단하는 기준이 법에서 규정되고 있다. 즉, 현재 연도 또는 이전 연도에서 20주 이상의 기간 동안 각 근로일에 고용된 근로자의 수가 20인 이상인 경우를 의미한다(제630조 (b)).

125) Mack A. Player, op. cit., p.24.

126) Michael Evan Gold, op. cit., p.39.

에서 ADEA가 적용된다.¹²⁷⁾

20인 이상의 근로자를 고용하는 주(State) 또는 그 산하의 행정기관도 사용자에게 해당한다(제630조 (b)).¹²⁸⁾ 한편, ADEA는 연방정부에 의한 차별을 금지하고 있지만, 연방정부는 사용자의 정의에서 제외되고 있다(제630조 (b)). 따라서 사용자(사인, 주정부 또는 지방정부)에게 적용되는 일반적인 구제의 절차와 수단은 연방정부에 대해서는 적용되지 않고, 별도의 특별한 구제의 절차와 수단이 적용된다.¹²⁹⁾

2. 차별의 사유와 유형

연령차별을 주장하는 자는 사용자의 행위가 연령에 근거하여 이루어졌음(즉, 연령이 유일한 이유는 아니더라도 결정적인 이유라는 점)을 입증하여야 한다. 이러한 입증은 두 가지 방식 중 어느 하나에 의해 이루어질 수 있다. 하나는 이른바 ‘차별적 대우(disparate treatment)’, 즉 직접차별을 입증하는 것이고, 다른 하나는 이른바 ‘차별적 영향(disparate impact)’, 즉 간접차별을 입증하는 것이다.

가. 직접차별

직접차별은 사용자가 연령을 이유로 어떤 근로자들을 다른 근로자들과는 다르게 또는 불이익하게 대우하는 경우에 발생하게 된다. 직접차별의 입증은 사용자가 연령을 이유로 의도적으로 불이익하게 대우하였음을 입증하는 것이다. 즉, 차별의도(동기)의 입증이 요구된다. 이 경우 직접증거, 간접(정황)증거, 통계적 증거가 활용된다.

127) Mack A. Player, op. cit., p.27 참조.

128) 2000년 연방대법원 판결(Kimel v Florida Board of Regents, 528 U.S. 62, 120 S. Ct 631)에 의하면, 주정부를 위하여 근로하는 자(또는 주정부의 고용에 지원한 자)는 연방법인 ADEA에 근거하여 법원에 소송을 제기할 수 없고, 해당 주법(州法)의 연령차별금지법에 근거하여 소송을 제기할 수 있을 뿐이다. EEOC는 ADEA의 집행권한을 주정부를 상대로 행사할 수 있다. Samuel Estreicher and Michael C. Harper, op. cit., p.449.

129) Mack A. Player, op. cit., p.25.

1) 직접증거

직접증거는, 증거 그 자체로 의심의 여지가 없이 연령차별을 보여주는 증거를 말하며, 그런 점에서 “smoking gun” evidence라고도 칭한다.¹³⁰⁾ 직접증거의 가장 보편적인 예는 연령에 대한 사용자의 발언, 예컨대, “우리 기업은 당신과 같은 늙은 사람을 필요로 하지 않는다” 또는 “이 일을 하기에는 당신이 너무 늙었다” 등과 같은 경우이다. 해고와 관련된 사안에서, “오래되고 큰 나무를 베어내어야 그 밑에 있는 작은 나무들이 성장할 수 있다”는 비유적 발언도 직접증거로 인정되었다.¹³¹⁾ 그러나 연령에 관한 발언이 모두 차별의도를 입증하는 직접증거가 되는 것은 아니고, 그러한 발언이 연령에 근거하여 불이익한 결정이 이루어졌음을 추정케 할 정도로 충분한 것이어야 한다.¹³²⁾ 연령 언급이 서술적인(descriptive) 것에 불과하고 가치평가적인(evaluative) 것에 해당하지 않거나, 가치평가적인 것이라고 하더라도 흔히 있을 수 있는 견해 표명으로서 사용자의 불이익한 결정과는 무관하거나 시간적으로 거리가 있었던 경우(예컨대, “나이 많은 근로자는 변화와 새로운 방침에 대한 적응에서 문제가 있다”)에는 불법적인 연령차별의도(동기)를 추정케 하지 않는다.¹³³⁾ 그렇지만 젊음에 대한 선호 또는 연령에 대한 적의를 드러내는 명백한 언급이 고위경영자(top executives)에 의해 이루어지거나 공식적인 회사 계획문서에 담겨진 경우 또는 차별 피해자와 관련하여 결정권한을 갖는 사용자의 이익대표자(a representative of management)에 의해 이루어진 경우에는 직접증거로 활용될 수 있다.¹³⁴⁾

2) 간접(정황)증거

많은 경우 차별 의도나 동기를 밝혀 주는 직접증거를 구하기 어렵다. 이러한 경우 간접증거(indirect evidence) 내지 정황증거(circumstantial

130) Raymond F. Gregory, op. cit., p.153.

131) Harold S. Lewis and Elizabeth J. Norman, *Employment Discrimination Law and Practice*, West Group, 2001, p.374.

132) Mack A. Player, op. cit., pp.137-138 참조.

133) Mack A. Player, op. cit., p.138.

134) Harold S. Lewis and Elizabeth J. Norman, op. cit., p.375.

evidence)가 사용된다. 간접(상황)증거는 차별 의도를 추정케 하는 증거를 말한다. 사용자의 마음속에 들어 있는 주관적인 의도나 동기를 직접적으로 밝혀낸다는 것이 불가능하거나 비현실적일 수 있다. 따라서 간접(상황)증거가 제시되면 차별 의도가 ‘일응 입증(prima facie)’되었다고 보게 되고, 상대방(사용자)이 합법적 또는 비차별적인 이유를 제시하지 못하면 차별이 성립하게 된다.¹³⁵⁾ 예컨대, 채용거부 사건에서, 차별 주장자가 ① 자신이 40세 이상이라는 사실(즉, ADEA에 의해 보호되는 연령그룹에 해당하는 점), ② 해당 일자리에 대한 자격을 갖고 있음에도 채용이 거부된 사실, ③ 그 후 사용자가 상당히 젊은 사람을 채용한 사실을 제시하게 되면, 사용자의 차별 의도(동기)를 추정케 하는 일응의 입증이 성립하게 된다.¹³⁶⁾ 또 다른 예로, 해고사건의 경우 차별 주장자는 ① 자신이 40세 이상이라는 사실, ② 해고 당시까지 사용자의 기대에 부응하여 자신의 직무를 문제없이 수행하고 있었던 사실, ③ 해고 후에 유사한 직업자격 내지 직무수행능력을 갖는 상당히 젊은(substantially younger than the plaintiff) 자(40세 미만의 자일 것을 요하지는 않음)¹³⁷⁾가 해당 일자리(내지 직무)를 수행하고 있는 사실(정리해고의 경우, 유사한 상황에 있는 보다 젊은 자는 해고되지 않았던 사실)을 제시하게 되면, 일응의 입증이 성립하게 된다.¹³⁸⁾ 이러한 ‘일응 입증’의 법리에 의해, 차별이 아니라는 이유 내지 사실을 제시하여야 할 책임이 상대방에게 전환된다. 결과적으로 차별 주장자의 입증책임 부담이 완화되는 효과가 발생한다. 그렇지만 상대방이 제시한 합법적이고 비차별적인 이

135) 간접(상황)증거를 통한 이러한 ‘일응 입증의 법리’는 원래 민권법 제7편과 관련한 McDonnell사건(McDonnell Douglas v. Green, 411 U.S. 792, 93 S.Ct. 1817, 1973)에 확립된 것이다.

136) Michael Evan Gold, op. cit., p.48 참조 ; Harold S. Lewis and Elizabeth J. Norman, op. cit., p.378 참조.

137) O'Connor v. Consolidated Coin Caterers Corp. 사건(517 U.S. 308, 116 S.Ct. 1307, 1996)에서는 56세의 근로자(원고)가 해고되어 40세의 근로자로 대체되었는데 연방대법원은 원고를 대체하는 근로자가 ADEA의 적용 대상그룹(즉, 40세 이상의 자) 밖의 자(즉, 40세 미만의 자)이어야 하는 것은 아니고, 법 적용 대상그룹에 해당하는 상당히 젊은 자로 대체된 경우에도 연령차별을 추정케 하는 하나의 요소가 될 수 있음을 인정하였다. 이상의 내용은 Samuel Estreicher and Michael C. Harper, op. cit., pp.449-451 참조.

138) Samuel Estreicher and Michael C. Harper, op. cit., p.450 참조.

유 내지 사실이 거짓되었거나 차별 의도를 은폐하기 위한 핑계 내지 구실(pretext)에 불과하다는 점에 대한 최종 입증책임은 차별을 주장하는 자에게 있다.¹³⁹⁾ 예컨대, 사용자가 해고 이유로 업무성과의 저조(poor job performance)를 제시하였다면, 차별 주장자는 해고 이전까지 업무 성과가 전혀 문제되지 않았다는 점을 제시함으로써 사용자의 주장이 허위이거나 핑계라는 점을 입증하여야 하는 것이다.¹⁴⁰⁾

3) 통계적 증거

사용자의 차별 의도를 입증하는 데 통계가 활용될 수도 있다. 사용자에 의해 체계적 내지 관행적으로 차별이 이루어지는 경우에 특히 이러한 통계적 증거의 활용이 유의미할 수 있다. 그러나 연령에 따른 대우의 차이는 연령 이외의 다른 여러 가지 요소들에 의해서도 설명이 가능한 경우가 많기 때문에, 차별 의도를 입증하기 위하여 활용되는 통계는 연령 외의 다른 사유로는 설명될 수 없는 ‘뚜렷한 경향(stark pattern)’을 보여주는 것이어야 한다.¹⁴¹⁾ 따라서 성차별이나 인종차별의 경우와는 달리 연령차별에서 통계적 증거는 보다 엄밀한 정확성을 요구한다.¹⁴²⁾

나. 간접차별

1) 원칙

차별적 영향(disparate impact), 즉 간접차별의 개념¹⁴³⁾은 민권법 제7편의 적용과 관련하여 1971년 Griggs사건(401 U.S. 424, 91 S.Ct. 849)¹⁴⁴⁾에서 판례에 의해 확립되었고, ADEA하의 연령차별에도 연방하급

139) Mack A. Player, op. cit., pp.138-139 참조 ; Harold S. Lewis and Elizabeth J. Norman, op. cit., p.378 참조.

140) Raymond F. Gregory, op. cit., pp.138-139 참조.

141) Mack A. Player, op. cit., p.139.

142) Michael Evan Gold, op. cit., p.49.

143) 간접차별에 관한 국내 문헌으로 한승희, “고용상의 간접차별 판단기준에 관한 연구”, 이화여대 석사학위논문, 2000 ; 조순경 외 4인, 『간접차별 판단기준을 위한 연구』, 노동부, 2002 ; 구미영, “고용상의 간접차별 규제 - 미국 사례를 중심으로”, 서울대학교 법학석사학위논문, 2003을 참고하기 바란다.

144) 해당 사건의 판결 내용은 Samuel Estreicher and Michael C. Harper, op. cit.,

심에서 적용된 예가 있다. 물론 연방대법원은 현재까지 간접차별법리가 ADEA하의 연령차별에도 적용될 수 있는가 하는 문제에 대하여 명확한 입장을 밝히고 있지는 않다.¹⁴⁵⁾ 민권법 제7편과 관련하여 확립된 간접차별법리를 연령차별에 적용하면, 연령을 이유로 하는 간접차별은 외관상 중립적인(즉, 차별 의도가 개입되지 않은) 사용자의 정책, 관행 내지 결정이 40세 이상의 자에게 현저히 불리한 영향(a disproportional adverse effect)을 미치고, 그러한 사용자의 정책 등이 경영상의 필요(needs of the business)에 의해 정당화되지 않는 경우를 말한다.¹⁴⁶⁾

간접차별법리에서는 사용자의 차별 의도에 대한 입증을 요하지 않는다. 이러한 점에서 간접차별법리는 고령근로자의 채용, 승진, 해고 등과 관련하여 관행적 내지 제도적으로 이루어지는 차별에 대항할 수 있는 매우 유용한 법적 수단으로 기능할 수 있다.¹⁴⁷⁾ 차별을 주장하는 자는 통계자료 또는 기타 수단을 통해 사용자의 고용정책 등이 본인에게 현저히 불리한 영향을 미치고 있음을 밝히면, 상대방인 사용자는 그러한 정책 등이 경영상의 필요에 의해 정당화되는 것임을 보여주어야 하고, 그렇지 않으면 차별이 성립한다.¹⁴⁸⁾ 간접차별 사건에서 통계적 증거가 주로 활용되는 이유는, 문제가 되는 사용자의 정책 등이 서로 상이한 그룹에 어느 정도로 다른 영향을 미치고 있는가를 밝혀야 할 필요성이 있기 때문이다.¹⁴⁹⁾ 그렇지만 사용자의 정책 등이 ADEA의 적용 대상이 되는 40세 이상의 모든 근로자들에게 현저히 불리한 영향을 미치는 것 이어야 하는지 아니면 40세 이상의 일부 근로자들(예컨대, 55세 이상의 근로자들)에게 현저히 불리한 영향을 미치는 것으로 족한지 여부에 관해서는 연방하급심법원간에 다툼이 있다.¹⁵⁰⁾ 다른 한편, 경영상의 필요라는 사용자의 항변과 관련하여 비용절감(saving money)이 여기에 해

p.122 이하 참조하기 바란다.

145) Michael Evan Gold, op. cit., p.51 참조.

146) Michael Evan Gold, op. cit., p.51 참조 ; Raymond F. Gregory, op. cit., p.158 참조.

147) Raymond F. Gregory, op. cit., p.160 참조

148) Raymond F. Gregory, op. cit., p.159 참조.

149) David Neumark, op. cit., p.10.

150) Michael Evan Gold, op. cit., pp.51-52 참조.

당하는가 여부가 문제된다. 처음에는 판례가 부정적으로 보았다.¹⁵¹⁾ 다만, 도산(bankruptcy)을 회피하기 위한 목적에서 이루어진 비용절감(고 임금 근로자의 정리해고)은 피할 수 없는 것으로 경영상의 필요에 해당하는 것임을 인정하였다.¹⁵²⁾ 최근에는 도산과 같은 극한적 상황뿐만 아니라 통상적인 상황에서도 비용절감은 경영상의 필요에 해당한다고 보는 경향이 있다.¹⁵³⁾

2) 한계

간접차별법리가 갖는 유용성에도 불구하고, 동 법리는 인종차별이나 성차별 사건과는 달리 ADEA하의 연령차별 사건에는 보편적으로 적용되고 있지 못하다.¹⁵⁴⁾ 특히 1991년 이후부터 연령차별 사건에 대한 간접차별법리의 적용을 거부하거나 제한적으로 적용하려는 연방하급심 판결례가 등장함에 따라 연령차별에서의 간접차별법리의 유용성이 상당히 약화된 상황이다. 그 이유는 대략 다음과 같다.

첫째, 1991년에 개정된 민권법 제7편은 간접차별법리를 명문화하고 있는데,¹⁵⁵⁾ 의회는 동일한 취지의 내용으로 ADEA를 개정하지 않았고, 이는 연령차별에 대한 간접차별법리의 적용 배제로 해석될 여지를 남기게 되었다.¹⁵⁶⁾

151) 예컨대, Gellert사건(United States Court of Appeals, Second Circuit, 635 F.2d 1027, 1980)의 경우가 그러하다. 동 사건의 내용은 Samuel Estreicher and Michael C. Harper, *op. cit.*, p.486 이하.

152) *Finnegan v. Trans World Airlines Inc.*, 967 F.2d 1161 (7th Cir. 1992), Harold S. Lewis and Elizabeth J. Norman, *op. cit.*, p.378 참조.

153) Michael Evan Gold, *op. cit.*, p.52.

154) David Neumark, *op. cit.*, p.10.

155) 이러한 1991년의 민권법 개정은, 최종적인 입증책임(경영상의 필요에 대한 입증)을 사용자에게 전환시키는 것을 인정하지 않고 차별 주장자에게 최종적인 입증책임(즉, 경영상 필요에 대한 사용자의 주장이 거짓이거나 핑계라는 점에 대한 입증)을 부과하는 판례의 입장(즉, 이러한 판례 입장은 직접차별법리와 간접차별의 구별을 무의미하게 하는 것)을 입법적으로 거부하기 위한 목적에서 이루어졌다. 개정된 법에 의하면, 사용자는 경영상의 필요를 보여주는 사실을 단순히 제시하는 것만으로는 부족하고 실제로 이를 입증하여야 할 것이 요구된다. 즉, 사용자에게 경영상 사유에 대한 증거제출책임과 설득책임을 동시에 부여하고 있는 것이다. 이에 관한 보다 자세한 내용은 구미영, 앞의 논문, 29쪽 이하를 참조하기 바란다.

둘째, ADEA에서는 ‘연령 이외의 합리적인 요소에 근거한 차이(differentiation is based on reasonable factors other than age)’가 연령을 이유로 하는 차별에 해당하지 않는 것으로 규정하고 있다(제623조 (f)(1)). 따라서 고령자에게 현저히 불리한 영향을 미치는 고용상의 결정이 정당한 것임을 주장함에 있어서, 사용자는 경영상의 필요를 입증할 필요 없이 그러한 결정이 연령 이외의 합리적인 요소에 근거한 것임을 밝히면 ADEA 위반책임으로부터 벗어날 수 있는 것이다. 보다 자세한 내용은 후술한다.

셋째, 직접차별과 관련하여 연방대법원이 1993년에 내린 Hazen사건 판결¹⁵⁷⁾이 ADEA상의 간접차별법리에 부정적인 영향을 미치고 있다. 동 사건에서 사용자는 몇 주 후에 기업연금을 수급할 수 있는 자격(10년의 가입기간)을 충족하게 되는 근로자를 해고하여 연금비용의 부담을 회피하려 하였다. 이 사건에서 연방대법원은 고령근로자에 대한 연령차별의 핵심은 고령화되어 감에 따라 생산성과 능력이 감소한다는 부정확하고 편견일률적인 믿음(inaccurate and stigmatizing stereotypes)에 기초하여 차별이 발생하는 것이라는 점을 지적하면서, ADEA는 사용자에게 근로자의 나이가 아니라 능력(merits)에 근거하여 (고령)근로자들을 평가할 것을 요구하고 있다고 말하고 있다. 그리고 사용자의 결정이 연령 이외의 다른 요소에 전적으로 근거하였던 경우에는 부정확하고 편견일률적인 믿음이라고 하는 것이 발생할 여지가 없고, 연금상의 지위(pension status)를 그러한 예로 보고 있다. 즉, ‘연령과 연관되어 있는 요소(correlated with age)’라고 할지라도 ‘근속연수는 분석적인 측면에서 볼 때 연령과는 구별되는 것(analytically distinct from his years of service)’이기 때문에, 근속연수에 근거한 사용자의 결정은 반드시 연령에 근거한 것이라고 말할 수 없다고 결론짓고 있다. 이러한 연방대법원의 입장에 따르면, 연령과 연관된 요소에 근거하여 이루어진 사용자의 결정이 반드시 연령을 이유로 하는 직접차별에 해당하는 것은 아니게 된다. 따라서

156) Harold S. Lewis and Elizabeth J. Norman, op. cit., pp.388-389 참조.

157) Hazen Paper Company v. Biggins, 507 U.S. 604, 113 S.Ct. 1701, 1993. 동 판결의 내용은 Samuel Estreicher and Michael C. Harper, op. cit., p.480 이하.

연령과 연관되어 있으나 연령 그 자체와는 다른 요소에 근거한 차별대우가 허용될 수 있는데 고령자에게 현저하게 불리한 영향을 미친다는 이유로 ADEA 위반으로 볼 수 없다는 논리로 이어지게 되는 것이다. 그리하여 Hazen 판결 이후 연방하급심 법원들은 고령근로자의 보다 높은 임금을 이유로 하는 사용자의 결정에 대하여 간접차별법리를 적용하는 데 소극적이게 되었고, 몇몇 법원들은 연공(seniority)에 따른 높은 보상을 이유로 하는 근로자의 해고는 ADEA 위반이 아니라고 판결하고 있다.¹⁵⁸⁾

3. 차별에 해당하지 않는 사유

ADEA는 차별행위로 해당하지 않는 경우를 구체적으로 규정하고 있다. 그 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 특정 사업의 정상적인 운영에 있어서 연령이 합리적으로 필요한 '진정한 직업자격(bona fide occupational qualification)'에 해당하는 경우에는, 다른 법령에 의해 금지되지 않는 한, 연령차별이 아니다(제 623조 (f)(1)). 예컨대, 사용자 채용연령의 상한선을 설정하거나 퇴직연령을 설정하는 경우(예, 항공기 조종사) ADEA는 그러한 사용자의 행위가 사업의 정상적인 운영을 위하여 합리적으로 필요한 때에는 허용되는 것으로 보고 있다. 다만, 사용자가 일정한 연령을 설정하는 경우에는 ① 그러한 연령을 초과하는 모든 자(또는 거의 모든 자)가 해당 업무상의 본질적 의무를 안전하고 효율적으로 수행할 수 없다는 점, 또는 ② 정해진 연령을 초과하는 일부의 근로자들이 안전하고 효율적으로 업무를 수행할 수 없는 특성(trait)을 갖고 있고, 그러한 특성을 개인별로 파악하는 것이 불가능하거나 비현실적이라는 점을 입증하여야 한다.¹⁵⁹⁾ 연령이 진정한 직업 자격인가를 결정함에 있어서, 예컨대 고령근로자를 훈련시키는 데 보다 많은 비용이 든다든지, 또는 고령근로자의 생산성이 더 낮을 것이라고 가정하는 등의 이른바 경제적 고려는 관련성이 없으며, 오히려 고객 및 동료근로자의 건강과 안전이 핵심적인 사항이다.¹⁶⁰⁾

158) David Neumark, op. cit., p.11-12 참조.

159) Mack A. Player, op. cit., p.144 참조.

둘째, 연령 이외의 합리적인 요소에 근거(based on reasonable factors other than age)하여 차이(differentiation)를 두는 경우에는, 다른 법령에 의해 금지되지 않는 한 연령차별에 해당하지 않는다(제623조 (f)(1)). ‘연령 이외의 합리적 요소’에는 학력·경험과 같이 일률적으로 요구되는 자격, 직무수행의 능력이나 질 또는 양을 측정하는 시스템이 포함된다.¹⁶¹⁾ 그러나 연령 이외의 요소가 시간의 경과에 따라 형성되는 것으로서 고령근로자에게 불리하게 작용하는 것(즉, 요구되는 것보다 높은 자격을 갖고 있는 것)이라면 허용되지 않는다. 너무 많은 경험을 갖고 있거나 너무 많은 훈련 또는 교육을 받았다는 것은 직무수행과 무관한 것이자 시간의 경과와 관련된 요소로 고령자에게 절대적으로 불리한 영향을 미치는 것이기 때문이다.¹⁶²⁾ 경영상 이유로 인원을 삭감함에 있어서 근속연수 또는 기업연금 수급자격은 연령과 밀접하게 연관되어 있기 때문에 고령근로자의 정리해고를 정당화하는 연령 이외의 요소에 해당할 수 없다는 것이 과거 연방하급심 판례의 입장이었고, 상대적인 임금의 차이(즉, 고임금)도 도산 회피와 같은 불기피한 목적을 위한 경우에 한하여 예외적으로 허용하였던 것이 기본적인 입장이었다.¹⁶³⁾ 그러나 앞에서 이미 설명한 바와 같이 연방대법원의 Hazen 판결 이후 최근의 연방하급심 판례에서는 근로자가 연령을 이유로 하는 직접차별을 입증하지 못하는 한, 비용절감을 목적으로 하는 고임금 고령근로자의 정리해고를 인정하는 경향을 보이고 있고, 간접차별법리의 적용에 대해서도 소극적이다.

셋째, ADEA의 목적을 회피하려고 의도한 것이 아니라 진정한 선임권제도(bona fide seniority system)에 의거한 경우에는 연령차별에 해당하지 않는다(제623조 (f)(2)(A)). 선임권제도는 재직기간이 늘어남에 따라 근로자에게 더 많은 이익을 부여하는 단체협약상의 제도이다.¹⁶⁴⁾

160) Michael Evan Gold, op. cit., p.50.

161) Mack A. Player, op. cit., p.145.

162) Ibid.

163) Mack A. Player, op. cit., p.149 참조.

164) 일시해고(경영상 해고) 및 재고용에 관한 사용자의 전권(專權)을 인정하면서도 해고 대상자의 선정에 있어서 사용자의 자의와 차별을 방지하기 위하여 근속기간이라는 객관적 기준에 의거하도록 하는 단체협약상의 제도가 이른바 선임

선임권제도에 의하면, 정리해고시에 재직기간이 짧은 자가 우선적인 해고 대상이 된다(Last In First Out). 따라서 선임권제도는 일반적으로 고령근로자에게 유리하게 작용한다. 상대적으로 근속기간이 오래된 고령근로자는 그렇지 않는 자에 비하여 정리해고로부터 보호되기 때문이다.¹⁶⁵⁾ 그러나 특정한 경우에는 보다 젊은 근로자에게 유리하게 작용할 수도 있다. 예컨대, 기업이 주로 젊은 근로자들로 구성되어 있는 상황에서 고령자가 최근에 채용되었고 기업이 선임권제도에 기초하여 정리해고를 행하는 경우에는 고령근로자가 우선적인 해고 대상이 되게 된다. 이러한 경우 선임권제도가 고령근로자를 불이익하게 취급하려는 목적으로 창설되거나 운영되는 것이 아닌 한 선임권제도의 준수는 ADEA의 위반에 해당하지 않는다.¹⁶⁶⁾ 한편, 재직기간이 보다 짧은 자를 더 우대하는 역선임권제도(reverse seniority)는 ADEA에 의해 보호되지 않기 때문에, 이러한 역선임권제도가 고령근로자에게 불리한 영향을 미치는 경우 사용자는 그 경영상의 필요를 입증하여야 한다.¹⁶⁷⁾

넷째, 근로자급부제도(employee benefit plan) 또는 자발적 조기퇴직장려제도(voluntary early retirement incentive plan)상의 요건을 준수하기 위한 경우에는 연령차별에 해당하지 않는다(제623조 (f)(2)(B)). 기업연금제도상 연금수급 연령을 설정하는 것은 가능하지만(제623조 (l)(1)(A)), 사용자가 기여금이나 연금급여에서 고령근로자를 차별하는 것은 허용되지 않는다.¹⁶⁸⁾ 기업연금 이외의 부가급부제도, 특히 생명보험이나 의료보험의 경우에는 고령근로자의 사망률 내지 중병 발생률이 젊은 근로자보다 높기 때문에 젊은 근로자를 위한 부가급부 비용과 고령근로자를 위한 부가급 비용이 유사할 수 있도록 사용자가 후자의 비

권제도이다.

165) 그렇지만 해고 대상자를 선정하는 모든 경우에 있어서 선임권(즉, 상대적으로 장기인 근속기간)이 유일한 기준으로 기능하고 있는 것은 아니고 선임권과 더불어 근로자의 업무능력·실적 등 다른 기준을 함께 고려하기도 하지만 업무능력이나 자격이 대등한 경우 단체협약상의 선임권제도는 해고 대상자 선정에서 결정적 기준으로 작용하게 된다. 이상의 내용은 木下正義, 『整理解雇の展開と法理』, 成文堂, 1996, 149쪽 참조.

166) Michael Evan Gold, op. cit., p.53.

167) Ibid.

168) Michael Evan Gold, op. cit., p.47.

용을 감액·조정하는 것이 가능하다.¹⁶⁹⁾ 그러나 보다 나이가 많은 근로자를 위하여 사용자가 실제로 지불한 금액이나 부담한 비용이 나이가 더 어린 근로자를 위하여 실제로 지불한 금액이나 부담한 비용보다 적어서는 아니된다(제623조 (f)(2)(B)). 이처럼 급부비용 조정이 가능하기 때문에 근로자급부제도는 연령을 이유로 채용하지 않거나 비자발적인 퇴직을 정당화하기 위하여 이용될 수는 없다(제623조 (f)(2)(B)). 다른 한편, 일정 연령의 강제퇴직제도는 금지되지만 사용자는 조기퇴직장려제도를 통해 금전적 인센티브를 제공함으로써 고령근로자의 자발적 퇴직을 유도할 수 있다. 조기퇴직 기준으로 최저연령(예컨대, 50세 이상)을 정할 수 있지만 특정 연령 범주에 한정하여(예컨대, 55~60세) 조기퇴직을 장려하여서는 아니된다.¹⁷⁰⁾ 기업연금제도에 의해 지급되는 급여액을 증액하기 위하여 조기퇴직장려제도를 활용하는 것(즉, 근속연수에 따라 또는 연령과 근속연수를 조합하여, 균일한 퇴직장려금 또는 증액하는 퇴직장려금을 지급하는 것)은 허용된다.¹⁷¹⁾ 특히 경영상의 이유로 잉여인원을 정리할 필요가 있는 경우, 많은 기업은 퇴직 대상 근로자의 선정수단으로 조기퇴직장려제도를 실시하는데 일정 연령 이상의 근로자(주로 고령근로자)를 대상으로 하여 통상의 퇴직으로부터 얻을 수 있는 기업연금 급여 이외에 추가적으로 금전적 보상을 행함으로써 근로자가 자발적으로 퇴직하도록 장려하고 있다.¹⁷²⁾

4. 차별금지의 영역

ADEA는 사용자, 직업소개기관(employment agency), 근로자단체에 의한 연령차별을 위법한 것으로 금지하고 있다.

첫째, 사용자가 연령을 이유로 하여(because of such individual's

169) Michael Evan Gold, op. cit., p.43.

170) Mack A. Player, op. cit., p.150.

171) Ibid.

172) 井村眞己, “高齢者の退職に伴う放棄契約の締結と雇用差別禁止法 - アメリカにおけるADEAの改正を契機として”, 『季刊労働法』, 제182호, 総合労働研究所, 1997, 127-128쪽.

age), ① 채용을 거부하거나 해고하는 것 또는 보수·고용조건·고용기간·고용상의 이익과 관련하여 차별하는 행위, ② 어떤 자의 고용기회를 박탈하거나 근로자의 지위에 부정적 영향을 미치는 방식으로 근로자를 제한(limit)하거나 격리(segregate)하거나 분류(classify)하는 행위, 또는 ③ ADEA를 준수하기 위하여 근로자의 임금액을 삭감하는 행위는 위법한 것으로 규정되고 있다(제623조 (a)).¹⁷³⁾ 즉, 채용에서 해고까지 고용관계가 성립·유지·종료되는 모든 단계에서의 사용자의 연령차별을 금지하고 있는 것이다.

둘째, 직업소개기관이 ① 연령을 이유로 하여 고용을 위한 서비스를 제공하지 않거나 거부하는 행위 혹은 기타 차별하는 행위, 또는 ② 고용과 관련하여 연령에 기초하여 사람을 분류하거나 서비스를 제공하는 행위는 위법한 것으로 규정하고 있다(제623조 (b)).¹⁷⁴⁾

셋째, 근로자단체가 ① 연령을 이유로 하여 그 가입을 배제하거나 단체로부터 추출하는 행위 또는 기타의 차별행위, ② 연령을 이유로 하여 고용기회를 박탈·제한하거나 근로자의 지위 또는 채용 지원자의 지위에 부정적 영향을 미치는 방식으로, 단체 구성원 자격을 제한·격리·분류하거나 고용관련 서비스를 제공하지 않거나 거부하는 행위, 또는 ③ 사용자로 하여금 연령차별을 행하도록 하거나 그렇게 하도록 시도하는 행위는 위법한 것으로 규정하고 있다(제623조 (c)).¹⁷⁵⁾

173) "It shall be unlawful for an employer-

(1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual or otherwise discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's age;

(2) to limit, segregate, or classify his employees in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's age; or

(3) to reduce the wage rate of any employee in order to comply with this chapter."

174) "It shall be unlawful for an employment agency to fail or refuse to refer for employment, or otherwise to discriminate against, any individual because of such individual's age, or to classify or refer for employment any individual on the basis of such individual's age."

175) "It shall be unlawful for a labor organization-

(1) to exclude or to expel from its membership, or otherwise to discriminate

넷째, ADEA 위반에 해당하는 불법적인 행위에 반대하거나 ADEA 위반과 관련한 구제신청, 소송 제기, 증언, 지원 또는 참여를 이유로 하여 사용자, 직업소개기관, 근로자단체가 차별하는 행위도 위법한 것으로 규정하고 있다(제623조 (d)). 그 외에도 사용자, 직업소개기관, 근로자단체가 연령에 기초한 선호, 제한, 특정 또는 차별을 나타내는 인쇄물이나 광고를 제작하거나 발간하는 행위 또는 그렇게 하도록 지시하는 행위도 위법한 것으로 규정하고 있다(제623조 (e)).

5. 차별구제

고용기회평등위원회(EEOC)는 민권법 제7편, 연령차별금지법(ADEA), 장애인법(ADA), 평등임금법(EPA)의 운영 및 시행을 담당하는 특별기관으로 대통령이 임명하는 5인의 위원(임기5년)과 EEOC를 대표하여 차별소송을 담당하는 자(General Counsel, 임기 4년)로 구성되며, 지방사무소(regional offices)를 두고 있다. EEOC는 법의 내용에 대한 각종의 해석 가이드라인을 작성할 뿐만 아니라 구체적 사안에서 차별 피해자의 신청에 기하여 조사를 행하고, 비공식적 수단(조정, 협의, 설득)을 통한 사건 해결에 노력한다. 그러나 EEOC는 사용자에게 대하여 법적 구속력이 있는 구제명령을 내릴 수 있는 권한이 없으며, 실질적 구제는 법원에 대한 차별소송을 통해 이루어진다.

ADEA 위반에 따른 구제절차와 소송절차는 일반절차와 특별절차로 구분된다. 일반절차는 사용자가 사인(私人), 주(州) 또는 지방의 기관인 경우에 적용되고, 특별절차는 사용자가 연방기관인 경우에 적용된다. 이

against, any individual because of his age;

(2) to limit, segregate, or classify its membership, or to classify or fail or refuse to refer for employment any individual, in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities, or would limit such employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee or as an applicant for employment, because of such individual's age;

(3) to cause or attempt to cause an employer to discriminate against an individual in violation of this section.”

하에서는 일반절차를 중심으로 살펴보고, 특별절차에 대해서는 간략하게 언급하고자 한다.

가. 일반절차

일반절차는 ① EEOC가 차별 피해자를 대신하여 직접 법원에 차별소송을 제기하는 경우(이하 EEOC소송이라 함), ② 차별 피해자가 행정적 구제절차를 거쳐 개인적으로 법원에 차별소송을 제기하는 경우(이하 개인소송이라 함)로 구분할 수 있다.

우선, EEOC소송의 경우 차별 피해자의 요구가 없더라도 EEOC가 직권으로 소송을 제기할 수 있는 권한을 갖는다.¹⁷⁶⁾ 즉, EEOC소송에서는 차별 피해자의 행정적 구제신청이 전제되지 않는다. 그러나 소송을 제기하기에 앞서 EEOC는 비공식적 수단(조정, 협의, 설득)을 통하여 사건 당사자들의 자발적인 차별 시정을 이끌어 내기 위한 시도를 하여야 하고, 이러한 시도가 실패한 경우 EEOC가 사용자를 상대로 법원에 소송을 제기할 수 있다(제626조 (b)). EEOC가 소송을 제기하면 차별 피해자는 개인적으로 소송을 제기할 수 없다(제626조 (c)(1)).

다음으로, 개인소송은 차별 피해자가 행정적 구제절차를 거쳐야 가능하다. 이 경우 행정적 구제절차는 해당 주(州)에 주법(州法)상의 차별구제기관이 존재하는가의 여부에 따라 다르다. 해당 주에 차별구제기관이 없으면 차별 피해자는 EEOC에 차별사건 발생일로부터 180일 이내에 구제신청을 제기하여야 한다(제626조 (d)(1)). 구제신청이 제기되면 EEOC는 60일의 기간 동안 비공식적 수단을 통해 사건 해결을 시도하게 되고, 이 기간에는 개인소송이 금지된다(제626조 (d)). 60일이 경과한 후에는 개인소송이 가능하나 행정구제절차의 과정에서 EEOC가 차별 피해자를 대신하여 소송을 제기하게 되면 개인소송을 할 수 없다(제626조 (c)(1)). 한편, 해당 주(州)에 주법(州法)상의 차별구제기관이 설치되어 있는 경우, 차별 피해자는 행정구제절차로서 해당 주의 차별구제기관과 EEOC 모두를 이용할 수 있다. 해당 주의 차별구제기관에 대한

176) Mack A. Player, op. cit., pp.40-41.

구제신청은 어느 때나 가능한데, EEOC에 대한 구제신청과 동시에, 그 이전에 또는 그 후에 모두 가능하다.¹⁷⁷⁾ EEOC에 대한 구제신청은 차별 사건 발생일로부터 300일 이내 또는 주법(州法)하에서의 행정구제절차 종료 통지를 수령한 날로부터 30일 이내에 제기하여야 한다(제626조(d)(2)). 해당 주의 차별구제기관도 구제신청일로부터 60일 동안 비공식적 수단을 통해 사건 해결을 시도하게 되고, 이 기간에는 개인소송이 금지된다.¹⁷⁸⁾

나. 특별절차

사용자가 연방기관인 경우, 이러한 기관을 상대로 하는 연령차별 구제절차는 앞에서 살펴보았던 일반절차와 다르다. 우선, EEOC는 연방기관을 상대로 ADEA 위반에 대한 소송을 제기할 수 있는 권한을 갖지 않는다. 차별 피해자는 연방기관 내에 마련된 내부적인 행정구제절차를 이용할 수 있지만 이러한 절차의 이용이 소송 제기의 전제조건은 아니다. 차별 피해자는 차별행위 발생일로부터 180일 이내에 소송제기의 의사를 EEOC에 통지하고, 통지 후 30일의 기간이 경과하면 소송을 제기할 수 있다.¹⁷⁹⁾

제3절 장애인법

장애인법이 제정되기 이전에는 민권법을 개정하여 장애차별을 포함하는 방안과 별개의 법률을 제정하는 방안에 대한 논의가 있었다. 그 와중에서 종래의 장애인차별금지법제가 제한된 영역에 대해서만 적용되고, 판단기준이 불분명하며 권리구제수단도 미비하다는 인식 아래

177) Mack A. Player, op. cit., p.268.

178) Mack A. Player, op. cit., pp.268-269 참조.

179) 이상의 내용은 Mack A. Player, op. cit., pp.272-273 참조.

보다 포괄적이고 강력한 장애인차별금지법이 제정되어야 한다는 입장이 대두되었고, 장애인에 대한 실태조사 및 권리보장을 위한 입법을 마련하기 위하여 설립된 국가장애심의회(National Council on Disabilities)가 1980년대 후반에 보고서를 제출하여 포괄적인 장애인차별금지법의 제정을 주장하게 되고, 이 보고서에 기초한 법안이 1990년 의회에 상정되어 장애인법이 제정·공포되게 된다.¹⁸⁰⁾ 장애인법은 모두 5개의 편(Title)으로 구성되어 있다. 제1편은 고용 영역에서의 차별을 금지하고 있다. 제2편은 공공서비스(public service) 영역에서의 차별을 금지하고 있다. 제3편은 민간(private entities)이 운영하는 공공편의시설 및 서비스 영역에서의 차별을 금지하고 있다. 제4편은 전기통신영역에서의 차별을 금지하고 있다. 제5편에서는 기타의 사항을 규정하고 있다. 고용 영역에서의 장애인차별을 금지하는 장애인법 제1편에서는 입법배경 및 목적과 관련하여 장애인차별의 현황과 특징, 장애인차별에 대한 실효적인 법적 구제수단의 부재, 장애인차별금지의 목적 등을 언급하고 있다(U.S. Code, 제42편 제12101조, 이하 조문 인용시 ‘U.S. Code 제42편’ 생략함).

1. 적용범위

고용 영역에서의 장애인차별금지(즉, 장애인법 제1편)는 15인 이상의 근로자를 고용하는 민간의 사용자, 노동단체(labor union), 직업소개기관(employment agency) 등을 적용 대상으로 하고 있다(제12111조 제5항(a) 및 제7항). 그리고 지방정부도 적용 대상이 되지만, 최근 연방대법원의 판결에 의해 주정부는 적용 대상이 되지 않는다.¹⁸¹⁾ 연방과 연방정부가 전적으로 소유하는 기업, 세금을 면제받고 있는 사적 클럽(private membership club)도 적용 대상이 아니다(제12111조 제5항(b)).

180) 이상의 내용은 장애우권익문제연구소, 『장애인 차별실태 자료분석을 통한 인권의식 개선방안에 관한 연구』, 국가인권위원회, 2002, 30-31쪽 참조.

181) Michael Evan Gold, op. cit., p.55.

2. 차별의 사유와 유형

가. 차별사유

장애인법 제1편(이하 제1편 생략)은 자격이 있는 장애인(qualified individual with a disability)에 대하여 그 장애를 이유로 하는(because of the disability) 고용차별을 금지하고 있다(제12112조 (a)). 장애의 개념과 ‘자격이 있는 장애인’의 개념에 대하여 차례로 살펴보겠다.

1) 장애

장애인법은 장애에 대하여 광범위하게 정의하고 있다. 장애는 ① 주요한 생활상의 행동을 실질적으로 제한하는 신체적 또는 정신적 손상(physical or mental impairment that substantially limits one or more of the major life activities), ② 그러한 손상의 기록(record of such an impairment), 또는 ③ 그러한 손상이 있다고 여겨지는 것(being regarded as having such an impairment)을 의미한다(제12102조 제2항). 장애인법상 장애는 현재의 장애뿐만 아니라 과거의 장애, 그리고 ‘갖고 있는 것으로 여겨지는(인식되는) 장애(perceived disability)’를 포함한다. 이러한 장애의 정의에 따르면 장애인은 ‘현재 장애를 갖고 있는 자’, ‘장애의 기록을 갖고 있는 자’ 또는 ‘장애를 가지고 있는 것으로 여겨지는(인식되는) 자’이다. 이하에서는 장애의 개념을 구성하는 요소, 즉 ‘손상’과 ‘주요한 생활상의 행동에 대한 실질적 제한’ 두 가지를 살펴본다.

가) 손상

손상(impairment)은 통상의 사람이 할 수 있는 것을 할 수 없게 하는 신체적 또는 정신적 상태를 의미한다. 신체적 또는 정신적 손상은 의학적으로 인정된 것이어야 한다.¹⁸²⁾ 신체적 손상에는 일체의 신체적인 불완전 내지 부조화, 외견상의 손상, 해부학상의 결손이 포함된다. 정신적 손상은 모든 정신적 또는 심리학적인 불완전을 의미하고, 실어증, 정신

182) Mark A. Player, op. cit., p.153.

박약, 정서질환, 학습장애 등이 포함된다.

결핵이나 HIV(AIDS의 원인되는 바이러스)와 같은 전염병은 신체적 손상에 해당한다. 이러한 질병에 감염된 자가 타인의 건강과 안전에 중대한 위협을 미친다는 점을 입증할 수 있는 경우에만 사용자가 이러한 질병을 가진 자를 차별하는 것이 허용된다.¹⁸³⁾ 음식물 취급(handling of food)을 통해 전달되는 전염병을 지닌 자의 경우에 있어서 합리적인 편의조치(reasonable accommodation)에 의해 제거될 수 없는 전염병이라면 음식물취급관련 업무로부터 그러한 자를 배제할 수 있다(제12113조(d)(2)). 한편, 알코올 중독 및 약물 중독은 장애에 해당한다. 그러나 사용자는 사업장에서의 마약 등 약물(drugs)과 알코올의 사용을 금지할 수 있고, 약물을 불법적으로 사용하는 자와 다량의 음주자에 대하여 다른 근로자에게 요구되는 것과 동일한 수준의 고용자격기준 및 직무수행을 요구(비록 불만족스러운 작업성과 또는 행동이 약물·알코올의 이용과 관련되어 있다고 할지라도)할 수 있다(제12114조(c)).

신체적 또는 정신적 상태는 의학적으로 인정되는 것이어야 하므로 일반적인 신체적 또는 성격적 특성은 장애에 해당하지 않는다. 예컨대, 적극성(aggressiveness), 경한 정도의 비만, 왼손잡이 등이 그 예이다. 한편, 장애인법은 의학적으로 인정된 몇 가지의 상태를 장애에서 배제하고 있는데, 동성애, 양성애(bisexuality), 복장도착(transvestism), 성전환, 소아성애(小兒性愛, pedophilia), 노출증, 관음증, 신체적 손상에 기인하지 않는 성적 도착(gender identity disorders), 기타 성적행동도착(other sexual behavior disorders), 강박적 도박(compulsive gambling), 도벽(盜癖, kleptomania), 방화벽(放火癖, pyromania), 위법한 약물 사용에 기인하는 각성물질사용착란(psychoactive substance use disorders resulting from current illegal use of drugs)이 그것이다(제12211조).

나) 주요한 생활상의 행동에 대한 실질적 제한

장애가 성립하기 위해서는 정신적 또는 신체적 손상에 의해 주요한 생활상의 행동(major life activities)이 실질적으로 제한되어야 한다. 주

183) 이상의 내용은 Mark A. Player, op. cit., p.154.

요한 생활상의 행동에는 스스로 돌보기(caring for oneself), 수작업(手作業)하기, 걷기, 보기, 듣기, 말하기, 호흡하기, 학습, 일하기 등이 포함된다. 예컨대, 정맥류증(varicose veins)이 보기 흉하고 고통을 일으키는 것이라고 하더라도, 걷고 서고(standing) 통상적인 근로를 하는 것을 불가능케 하는 수준에 이르지 않는 한 장애에 해당하지 않게 된다.¹⁸⁴⁾ 한 쪽 눈의 부분적 시력 상실이 있더라도, 보고 스스로를 돌보며 일을 획득할 수 있는 능력에 실질적인 제한을 초래하지 않는다면 장애가 아니다.¹⁸⁵⁾

일할 수 없다는 것은, 그 의학적 상태가 광범위한 직업 또는 작업의 수행능력을 실질적으로 제한하여야 장애에 해당한다. 어떤 자가 단지 특정의 작업을 수행할 수 없다는 것만으로는 노동불능 내지 장애를 갖고 있는 것으로 되지 않는다. 예컨대, 고소공포증이 있는 자는 높은 곳으로 가는 능력이 제약되기 때문에 특정의 건설작업을 행하는 것이 가능하지 않지만, 스스로를 돌보거나 광범위한 일자리를 획득할 수 있는 능력을 실질적으로 제한하는 것이 아니기 때문에 장애에 해당하지 않는다.¹⁸⁶⁾

주요한 생활상의 행동이 방해되는 상태가 실질적인 제한을 초래한다고 볼 수 없을 정도로 일시적인 경우, 예컨대 사고로 무릎을 다쳤지만 걷는 활동이 단지 일시적으로 제한되는 경우에는 장애가 아니다.¹⁸⁷⁾

2) 자격이 있는 장애인

장애인법은 ‘자격이 있는 장애인(qualified individual with a disability, 이하 유자격 장애인이라 함)’을 보호 대상으로 삼고 있다. 유자격(有資格) 장애인이라 함은 “자신이 보유하고 있거나 원하는 고용지위(employment position)상의 본질적 직무(essential functions)를 — 합리적 편의가 제공된다면 또는 제공되지 않더라도(with or without reasonable accommodation) — 수행할 수 있는 장애인”을 말하다(제12111

184) Oesterling v. Walters (8th Cir. 1985).

185) Santiago v. Temple University (E.D.Pa. 1990).

186) Forrisi v. Bowen (4th Cir. 1986).

187) Evans v. Dallas (5th Cir. 1988).

조 (8)). 사용자가 채용광고 또는 면접 이전에 직무에 관하여 기술하고 있는 서면(written description)을 준비하였다면 이러한 서면은 해당 직무의 본질적 기능의 증거로 고려되어야 한다(제12111조 (8)). 유자격 장애인의 개념을 구성하는 주요 요소는 해당 직업의 본질적 직무와 합리적 편의이다. 합리적 편의에 관한 자세한 내용은 후술한다.

모든 직업에는 본질적 직무와 부수적 직무가 있다. 어떤 직무를 수행하기 위하여 해당 직업이 존재하거나 소수의 근로자들만이 수행할 수 있는 경우에 그 직무는 본질적이다. 예컨대, 비서는 타이핑과 전화받기가 본질적 직무이고, 가구를 옮기거나 상사의 자식을 위한 생일선물의 구입은 부수적 직무이다. 장애인이 본질적 직무를 수행할 수 있다면, 비록 몇 가지 부수적인 직무를 수행할 수 없다고 하더라도 그것을 이유로 차별할 수는 없다.¹⁸⁸⁾ 한편, 장애인이 본질적인 직무를 수행할 수 없는 경우라고 할지라도, 사용자에게 의한 합리적 편의조치의 제공으로 본질적 직무를 수행할 수 있다면 그 장애인은 유자격 장애인에 해당하게 된다.¹⁸⁹⁾ 예컨대, 걷는 것이 불편한 장애인 여성이 비서직에 지원하였는데 심부름을 할 수 없다는 이유로 채용이 거부된 경우, 해당 직업이 1년에 한 번 내지 두 번 정도 심부름하는 것을 요하고 다른 근로자들이 이를 할 수 있다면 해당 여성은 유자격 장애인에 해당하고, 사용자는 그 여성을 차별한 것이 된다. 반면에 해당 직업이 매일 심부름하는 것을 요한다면, 심부름은 해당 직업의 본질적 직무에 해당하게 된다. 그러나 이 경우에도 사용자가 합리적 편의를 제공하여야 할 의무를 이행하지 않으면 차별에 해당하게 된다. 한편, 본질적 직무를 수행하는 데 일정한 자격기준(예컨대, 교육, 경험, 기능수준 등)이 필요로 되는 경우, 그러한 기준을 충족하고 있어야 유자격 장애인에 해당하게 된다. 예컨대, 의사를 선발하는데 의과대학 졸업과 일정 기간의 수련의 과정을 거칠 것을 요구하는 경우가 그 예이다.

다른 한편, 근로자의 장애가 장애인 자신이나 다른 동료 근로자의 건강·안전 또는 재산에 실질적이고 직접적인 위협을 초래하고, 사용자의

188) Mark A. Player, op. cit., p.158.

189) Ibid.

합리적인 편의조치에 의해 이러한 위협을 제거할 수 없는 경우에는, 그 장애인은 유자격 장애인에 해당하지 않게 된다. 그러나 이러한 위협은 해당 직업의 본질적 직무와 관련된 것이어야 한다. 직무가 본질적이지 않는 경우에는 그 직무를 다른 근로자에게 배당함으로써 장애에 의해 초래될 수 있는 위협을 회피할 수 있기 때문이다.¹⁹⁰⁾

유자격 장애인 개념은 장애인이 본질적 직무를 수행할 수 있는 한, 장애가 차별의 원인으로 불리하게 작용하지 않도록 하는 데 그 취지가 있다. 그렇지만 장애인법이 유자격 장애인 개념을 도입하고 있다고 하여서, 사용자가 가장 유능하고 적격의 자격을 갖추고 있는 자를 채용하는 것을 부정하는 것은 아니다. 최적격자를 선발하고자 하는 사용자의 의사는 정당한 이유에 해당하기 때문이다.

나. 차별 유형

장애(현재의 손상, 과거의 손상기록, 장애로 여겨지는(인식되는) 손상) 차별을 주장하는 자는 사용자의 행위가 장애를 이유로 한 것임(즉, 장애가 유일한 이유는 아니더라도 결정적인 이유라는 점)을 입증하여야 한다. 이러한 입증에는 직접차별(즉, 차별적 대우)의 입증과 간접차별(즉, 차별적 영향)의 입증이 있다. 한편, 장애인법에서는 동 법이 금지하는 차별 유형을 구체적으로 규정하고 있고, 그 가운데 일부는 직접차별 및 간접차별의 범주에 해당하는 차별 유형이고, 그 외는 장애인법상의 독특한 차별 유형이다.

1) 직접차별

직접차별은 사용자가 장애를 이유로 장애인을 불이익하게 대우하는 경우를 말한다. 장애인법이 규정하고 있는 바에 의하면, “채용 지원자 또는 근로자의 장애를 이유로 하여 그러한 자의 기회 또는 지위에 불리하게 작용할 수 있는 방식으로 그러한 자를 제한하거나 분리하거나 분류하는 것”은 차별에 해당한다(제12112조 (b)(1)). 직접차별의 입증은

190) Michael Evan Gold, op. cit., p.61.

사용자가 장애를 이유로 의도적으로 불이익하게 대우하였음을 입증하는 것이다. 즉, 차별 의도(동기)의 입증이 요구된다. 이 경우 직접증거, 간접(정황)증거 등이 활용된다. 한편, 직접차별이라는 주장에 대하여 사용자는 장애를 이유로 한 것이 아니라 정당한 사유(legitimate reason)에 기하여 장애인을 불이익 대우한 것이라고 항변할 수 있고, 그러한 경우 차별이 성립하지 않는다.

직접증거의 가장 보편적인 예는 장애에 대한 사용자의 발언이나 문서이다. 원고(장애인)가 장애를 이유로 불이익한 대우를 받았다는 것을 보여주는 직접증거를 제출하고, 직접증거에 의해 사용자의 장애차별 의도가 불이익한 결정에서 중대한 역할을 하였다는 점이 인정되면, 입증책임이 사용자에게 전환되어 사용자는 장애가 아닌 정당한 사유로 불이익하게 대우한 것이라는 점을 입증하여야 한다.¹⁹¹⁾ 직접증거가 없는 경우에는 간접증거 내지 정황증거가 사용된다. 간접(정황)증거가 제시되면 차별 의도가 ‘일응 입증(prima facie)’ 내지 추정된다고 보게 되고, 상대방(사용자)이 합법적 또는 비차별적인 이유를 제시하여야 한다. 채용차별의 경우를 예로 들어 그 과정을 설명하면 다음과 같다. ① 원고(장애인)는 장애인법이 정의하고 있는 장애를 갖고 있다는 사실, ② 원고는 유자격 장애인이라는 사실(즉, 본질적 직무수행이 가능하다는 점), ③ 원고가 공식 채용에 응하였으나 거부되었다는 사실, ④ 사용자가 해당 일자리에 동일한 장애를 갖지 않은 자를 채용하였거나 계속해서 모집하였다는 사실이 입증되면, 사용자는 원고를 채용 거부한 합법적이고 정당한 이유(예컨대, 원고에게 범죄경력 있다는 점, 채용된 자가 학력이 높다는 점 등)를 제시하여야 한다.¹⁹²⁾ 해고사건의 경우에는 사용자가 해당 장애인이 근로자들에게 통일적으로 부과되고 있는 정당한 기대수준으로 업무를 수행하지 않았음을 정당한 이유로 제시할 수 있다.¹⁹³⁾ 사용자가 합법적이고 정당한 이유에 관한 증거를 제출하면, 원고는 사용자의 장애차별 의도(동기)를 입증하여야 할 책임을 부담하게 된다. 다

191) Mark A. Player, op. cit., p.161.

192) Mark A. Player, op. cit., p.161.

193) *Jasany v. U.S. Postal Service* (6th Cir. 1985).

만, 원고는 사용자가 제시한 합법적이고 정당한 이유 내지 사실이 거짓 되었거나 차별 의도를 은폐하기 위한 핑계 내지 구실에 불과하다는 점을 입증할 수 있다.

2) 간접차별

장애인법은 판례에 의해 확립된 간접차별의 법리를 입법적으로 채택하고 있다. 장애인법 제12112조 (b)(3)에 의하면, ① ‘장애에 근거한 차별의 효과를 초래하는’ 또는 ② ‘공통적인 관리감독(common administrative control)의 대상이 되는 다른 자에 대한 차별을 영속시키는’ 기준이나 관리방법(methods of administration)을 사용하는 것은 차별에 해당한다. 예를 들어, 장비 조작의 일자리에 지원한 자에게 필기시험을 치르게 하였으나 그 자가 읽기 장애로 인하여 답안을 작성할 수 없었던 경우에, 이러한 시험이 업무상 필요한 것(business necessity)이고 필기 시험 이외의 다른 테스트 방법이 없음을 사용자가 입증하지 않는 한, 이러한 시험으로 해당 지원자를 탈락시키는 것은 허용되지 않는다.¹⁹⁴⁾ 한편, 장애인 또는 장애인그룹을 배제하거나 배제하려는 자격기준, 고용테스트(employment tests) 또는 기타의 선발방법을 사용하는 것도 차별에 해당하지만, 그러한 기준이나 시험 또는 선발방법이 해당 직무와 관련성(job-related for the position in question)을 가지며 업무상 필요성(business necessity)에 부합하는 경우에는 그러하지 않는다(제12112조 (6)). 또한 감각기능, 수작업기능(manual skills) 또는 언어능력(speaking skills)의 면에서 장애를 갖고 있는 자를 대상으로 고용관련 테스트가 시행되는 경우에, 그러한 테스트의 결과가 해당 장애인의 손상된 감각기능이나 수작업기능 또는 언어능력을 반영하는 것이 되어서는 아니되고(다만, 테스트가 그러한 기능·능력을 측정하기 위한 취지로 시행되는 경우는 예외), 응시자의 기능이나 적성 또는 기타 요소(테스트에 의한 측정 대상이 되는 요소)가 정확하게 반영될 수 있는 가장 효과적인 방식으로 테스트를 택하고 운영하여야 하며, 그렇지 않으면 차별에 해당한다(제12112조 (7)).

194) *Stutts v. Freeman* (11th Cir. 1983).

3) 합리적 편의제공의 거부

장애인법에서는 사용자가 합리적 편의(reasonable accommodation)를 제공하지 않는 것을 차별의 한 유형으로 규정하고 있다. 즉, “편의제공으로 사업운영에 과도한 곤란(undue hardship)이 초래된다는 점을 입증할 수 있는 경우가 아닌 한, 유자격 장애인(채용지원자 또는 근로자)의 신체적 또는 정신적 제한(the known physical or mental limitations)과 관련하여 합리적인 편의를 제공하지 않는 것”은 차별에 해당한다(제12112조 (b)(5)(A)). 또한 “장애인(채용 지원자 또는 근로자)의 신체적 또는 정신적 손상과 관련하여 합리적인 편의조치를 취하여야 할 필요성 때문에, 유자격 장애인에 대하여 고용기회를 부여하지 않는 것”은 차별에 해당한다(제12112조 (b)(5)(B)).

가) 합리적 편의의 내용

장애인법은 합리적 편의의 구체적 예로 ① 근로자들이 사용하는 기존의 설비를 장애인이 손쉽게 접근·사용할 수 있도록 만드는 것, ② 작업 조정(job restructuring), ③ 파트타임 또는 작업스케줄 변경(modified work schedules), ④ 공식으로의 배치전환, ⑤ 설비·장치의 획득 또는 개량, ⑥ 평가(examinations) 또는 훈련도구·수단의 적절한 조정 내지 개선, ⑦ 자격이 있는 대독자(readers) 또는 통역자의 제공 등을 규정하고 있다(제12111조 (9)).

나) 과도한 곤란

과도한 곤란(undue hardship)이라고 하는 것은 다음의 요소를 고려할 때 현저한 어려움 내지 비용(significant difficulty or expense)을 초래하는 행위를 의미한다. 그 요소에는 ① 필요로 되는 편의의 종류와 비용, ② 합리적 편의제공과 관련된 시설 또는 설비의 전반적 자원, 시설에 고용된 자의 숫자, 비용 및 재원에 미치는 효과, 그러한 편의가 시설운영에 미치는 영향, ③ 사업체의 전반적 자원, 사업의 규모, 시설의 수·유형·위치, ④ 노동력의 구성·조직·기능을 포함한 사업의 운영 형태, 해당 사업체 시설의 지리적 분리 여부 또는 행정·재정적 관계가 포함

된다(제12111조 (10)). 편의제공이 과도한 곤란을 초래한다는 점에 대한 입증책임은 사용자에게 있다.¹⁹⁵⁾ 편의제공이 상당한 비용을 초래하는 경우에도 사용자는 비용을 부담하고자 하는 지원자(applicant) 또는 복지기관의 의지를 고려하여야 한다.¹⁹⁶⁾

4) 타자와의 계약 등에 따른 차별과 연관차별

장애인법은 사용자가 다른 자와 계약관계 내지 기타관계를 맺음 (participating in a contractual or other arrangement or relationship)으로써 장애를 갖는 채용 지원자 또는 근로자를 동 법이 금지하는 차별에 처하게 하는 것을 차별의 한 유형으로 금지하고 있다(제12112조 (b)(2)). 즉, 사용자는 다른 자와의 계약체결 등을 통해 장애인법의 준수를 회피할 수 없다. 예컨대, 사용자가 근로자의 교육훈련을 위해 A라고 하는 훈련기관과 훈련 약정을 맺은 경우, A훈련기관에 휠체어를 탄 장애인이 출입할 수 있는 시설이 갖추어지지 않았다는 이유로, 장애인근로자에게 교육훈련 기회를 제공하지 않는 것은 장애인법이 금지하는 차별에 해당한다.¹⁹⁷⁾

다른 한편, 장애인법은 장애인과 친족관계(relationship), 결합관계(association)가 있는 비장애인에 대하여 장애를 이유로 동등한 직무(jobs) 내지 급부(benefits)를 배제하거나 제공하지 않는 행위를 동 법이 금지하는 차별에 해당하는 것으로 규정하고 있다(제12112조 (b)(4)). 비록 차별 대상자가 비장애인이라고 할지라도, 그 자가 장애인과 일정한 관계를 맺고 있다는 사실 때문에 고용차별을 행하는 것을 금지하고 있는 것이다. 이러한 차별을 연관차별(associational discrimination)이라고 한다. 예컨대, 사용자는 채용 지원자의 배우자가 에이즈환자라는 이유로 채용을 거부할 수 없다. 그러나 비장애인은 합리적 편의조치의 대상이 되지 않기 때문에, 예컨대 비장애인은 장애인인 자식이나 배우자를 돌보기 위한 근로시간의 변경 등과 같은 편의조치를 사용자에게 요구할

195) *Mantolite v. Bolger* (9th Cir. 1985).

196) Mark A. Player, op. cit., p.160.

197) Michael Evan Gold, op. cit., p.56 참조.

수 없다.¹⁹⁸⁾

5) 의료검사 등의 차별

장애인법은 채용 지원자 또는 근로자에 대한 의료검사(medical examinations) 및 질문·조사(inquiries)에서의 일정한 행위를 차별의 한 유형으로 금지하고 있다. 마약 등 약물 사용 여부의 테스트(drug testing)는 의료검사에 해당하지 않는다(제12114조 (d)).

채용 이전(preemployment)의 단계에서, 장애의 유무 또는 장애의 종류와 정도를 확인하기 위하여 채용 지원자에 대한 의료검사 내지 질문·조사를 행하는 것은 금지된다(제12112조 (d)(2)(A)). 그러나 채용 지원자의 직무관련 수행능력을 질문·조사하는 것은 허용된다(제12112조 (d)(2)(B)).

채용 결정(after an offer of employment) 후에 그리고 취로 개시 이전(prior to the commencement of the employment duties)에 이루어지는 의료검사는 ① 장애의 유무에 관계없이 채용이 결정된 자 전체를 대상으로 실시되고, ② 검사 결과가 비밀로 취급·관리되며, ③ 검사 결과는 위법하게 사용되어서는 아니된다는 조건하에서 허용된다(제12112조 (d)(3)). 다만, 장애인의 직무수행 능력상의 제한, 그리고 필요로 하는 편의조치와 관련하여 검사 결과 정보는 관리감독자(supervisors and managers)에게 제공될 수 있고, 응급조치를 요하는 장애 등 적절한 경우에는 소방·안전요원(first aid and safety personel)에게 관련 정보가 제공될 수 있으며, 장애인법의 준수 여부에 대한 조사 권한을 갖는 공무원에게도 관련 정보가 제공될 수 있다(제12112조 (d)(3)(B)). 채용 취소는 검사 결과 발견된 장애에 의해, 비록 합리적 편의가 제공되더라도, 본질적 직무를 수행할 수 없는 경우에 한하여 허용된다.¹⁹⁹⁾

채용(취로 개시) 이후의 단계에서 근로자에 대한 장애 여부 또는 장애의 종류·정도에 대한 의료검사 내지 조사는 직무관련성(job-related) 및 업무상 필요성(business necessity)이 없는 한 허용되지 않는다(제

198) Michael Evan Gold, op. cit., p.63 참조.

199) Mark A. Player, op. cit., pp.164-165.

12112조 (d)(4)(A). 예컨대, 버스 운전기사와 같이 안전에 주의를 기울여야 하는 직업에 종사하는 근로자에 대해서는 안전하게 직무를 수행할 수 있는 능력과 관련된 범위 내에서 정기적인 검사를 행할 수 있지만, 직무수행의 안전성과 무관한 검사는 허용되지 않는다.²⁰⁰⁾ 한편, 사용자는 작업장에서의 근로자 건강관리(employee health program) 차원에서 근로자 자발적 참여의 의료검사(voluntary medical examinations)를 행할 수 있고, 근로자의 직무수행 능력을 사용자가 조사하는 것도 허용된다((제12112조 (d)(4)(B)). 다만, 이 경우에도 검사 및 조사 결과에 관한 정보는 비밀로 취급·관리되어야 하고, 위법하게 사용되어서는 아니된다((제12112조 (d)(4)(C)).

3. 차별에 해당하지 않는 정당 사유

장애인법에서는 차별 주장에 대한 사용자의 항변, 차별에 해당하지 않는 행위를 규정하고 있다.

첫째, 자격기준, 테스트 또는 선발기준에 의한 간접차별의 주장에 대하여, 그것이 직무관련성 및 업무상 필요성에 따른 것이고, 합리적 편의조치가 제공되더라도 본질적인 직무수행이 불가능한 점이 입증되면, 위법한 차별에 해당하지 않는다(제12113조 (a)). 이 경우 자격기준의 내용으로, 작업장에서 다른 근로자의 건강이나 안전에 대한 직접적인 위협을 주지 않아야 한다는 내용을 포함할 수 있다(제12113조 (b)).

둘째, 종교 단체가 자신의 종교 활동과 관련된 직무를 수행하기 위하여 특정 종교를 갖고 있는 자를 고용상 우대하는 것은 금지되지 않는다(제12113조 (c)).

셋째, 음식물 취급(handling of food)을 통해 전달되는 전염병을 지닌 자의 경우 합리적인 편의조치에 의해 제거될 수 없는 전염병이라면 음식물취급관련 업무로부터 그러한 자를 배제할 수 있다(제12113조 (d)(2)).

넷째, 사용자는 사업장에서의 마약 등 약물(drugs)과 알코올의 사용을

²⁰⁰⁾ Mark A. Player, op. cit., p.165.

금지할 수 있고, 약물을 불법적으로 사용하는 자와 다량음주 습성자에 대하여 다른 근로자에게 요구되는 것과 동일한 수준의 고용자격기준 및 직무수행을 요구(비록 불만족스러운 작업성과 또는 행동이 약물·알코올의 이용과 관련되어 있다고 할지라도)할 수 있다(제 12114조 (c)). 그리고 약물의 불법적 사용 여부를 검사하는 테스트(drug testing)는 의료 검사에 해당하지 않기 때문에, 그러한 테스트는 금지되지 않으며, 테스트 결과에 기초하여 사용자는 고용상의 결정을 행할 수 있다(제12114조 (d)).

다섯째, 직업(기업)의료보험 등에서 위험(risk) 계산에 기초한 보험적용의 배제, 보험료 및 보험급여의 차이 등은 차별에 해당하지 않는다(제 12201조 (c) 참조). 예컨대, 사용자는 채용 이전부터 존재하고 있었던 신체상태 또는 질병을 보험적용 대상에서 제외할 수 있고, 알코올 중독이나 마약 중독과 같은 특정의 장애를 배제할 수도 있다.²⁰¹⁾ 그러나 사용자는 장애인을 보험적용 대상에서 완전히 배제할 수는 없고, 보험비용의 증가를 이유로 장애인의 채용을 거부할 수도 없다. 또한 연관차별(장애인과 친족관계 등에 있는 비장애인에 대한 차별)은 금지되기 때문에, 사용자가 근로자의 피부양자를 의료보험 급여의 적용 대상으로 삼고 있는 경우에는 비록 피부양자가 장애인이라고 할지라도 그러한 피부양자를 보험적용대상에서 제외할 수 없다. 그리고 보험상의 급여 차이가 보험통계상의 원칙에 근거한 것이 아닌 한 장애인과 비장애인에게는 동일한 보험급여가 제공되어야 한다.²⁰²⁾

4. 차별금지의 영역

장애인법 제1편은 고용 영역에서 사용자, 노동 단체, 직업소개기관 등 (이하 사용자 등 이라 함)에 의한 차별을 금지하고 있다.

사용자 등은 모집절차, 채용, 승진, 해고, 보상(compensation), 직업훈련, 기타의 고용조건 및 이익(other terms, conditions, and privileges of

201) Mark A. Player, op. cit., p.164 참조.

202) 이상의 내용은 Michael Evan Gold, op. cit., pp.75-76 참조.

employment)과 관련하여 장애를 이유로 하여 유자격(有資格) 장애인을 차별하여서는 아니된다(제12112조 (a)). 모집에서 해고에 이르는 고용의 전 과정에 걸쳐서 장애차별을 금지하고 있다. 그리고 장애인법 제12112조 (b)에서는 금지되는 차별 유형을 구체적으로 규정하고 있고, 그 내용은 앞에서 이미 살펴본 바와 같다. 다시 한번 요약하자면, ① 직접차별 범주에 해당하는 차별(제12112조 (b)(1)), ② 간접차별 범주에 해당하는 차별(제12112조 (b)(3)(6)(7)), ③ 합리적 편의제공의 거부(제12112조 (b)(5)), ④ 다른 자와의 계약 등에 따른 차별(제12112조 (b)(2)), ⑤ 연관 차별(제12112조 (b)(4)), ⑥ 의료검사의 차별(제12112조 (d)) 등이다.

5. 차별의 구제

차별의 구제는 고용기회평등위원회(Equal Employment Opportunity Commission, 이하 EEOC라 함)에 의한 행정적 구제와, 법원에 의한 사법적 구제가 있다. EEOC는 장애인법뿐만 아니라 민권법 제7편, 연령차별금지법, 평등임금법의 운영 및 시행을 담당하는 특별기관으로 대통령이 임명하는 5인의 위원(임기 5년)과 EEOC를 대표하여 차별소송을 담당하는 자(General Counsel, 임기 4년)로 구성되며, 지방사무소(regional offices)를 두고 있다.²⁰³⁾ EEOC는 법의 내용에 대한 각종의 해석 가이드라인을 작성할 뿐만 아니라 구체적 사안에서 차별 피해자의 신청에 기하여 조사를 행하고, 비공식적 수단(조정, 협의, 설득)을 통한 사건 해결에 노력한다. 그러나 EEOC는 사용자에 대하여 법적 구속력이 있는 구제명령을 내릴 수 있는 권한이 없으며, 따라서 실질적 구제는 법원에 대한 차별소송의 제기(EEOC에 의한 소송제기 또는 차별 피해자에 의한 소송제기)를 통해 이루어진다. 한편, 차별 피해자는 행정적 구제절차를 거치지 않고 직접 법원에 차별소송을 제기할 수 없다는 점이 특징이다. 그리고 장애인법 제12117조는 민권법 제7편이 규정하고 있는 구제의 절차와 내용을 준용하고 있다. 따라서 이하에서는 민권법 제7편이 규정하고 있는 사항을 중심으로 하여 구제에 관한 사항을 고찰하고자 한다.

203) Mack A. Player, op. cit., p.40.

가. 고용기회평등위원회(EEOC)에 의한 행정적 구제

민권법 제7편에 의하면, 차별 피해자가 구제를 받기 위해서는 동 법 제2000e-5조 (b)의 규정에 따라 EEOC에 구제신청을 하여야 한다. 구제신청은 원칙적으로 차별행위가 있었던 날로부터 180일 이내에 제기되어야 한다(제2000e-5조 (e)). 그러나 주 또는 지방정부가 연방법(민권법 제7편 등)에 상당하는 독자의 차별금지법령을 제정하고 별도의 구제기관(EEOC에 의해 인정된 기관)을 설치하고 있는 경우에는 이러한 기관에 우선적으로 구제신청을 하여야 한다. 주 또는 지방의 구제기관에 구제신청이 제기되면, 그 기관이 60일 동안 구제절차를 진행한다. 60일의 기간이 경과한 경우 또는 60일 경과 이전이라도 구제절차 종료의 통지가 있는 경우 차별 피해자는 EEOC에 다시 구제신청을 할 수 있다. 이 경우 EEOC에 대한 구제신청은 차별행위의 시점으로부터 300일 이내에 또는 주·지방의 구제기관에 의한 구제절차 종료 통지일로부터 30일 이내에 제기되어야 한다(제2000e-5조 (e)).

구제신청이 있으면 EEOC는 조사를 행하게 되고, 그 결과 구제신청의 이유가 있다고 판단하면 비공식적 수단(조정, 협의, 설득)을 통한 사건 해결(당사자간 합의에 의한 자발적인 차별시정)에 노력하게 된다(제2000e-5조 (b)). 구제신청 후 30일이 경과하여도 비공식적인 수단을 통한 해결이 이루어지지 않는 경우, EEOC는 스스로 원고가 되어 피신청인을 상대로 법원에 차별구제를 위한 민사소송을 제기할 수 있다(제2000e-5조 (f)(1)). 이 경우 구제신청인은 소송에 참가할 수는 있지만 독자적으로 소송을 제기할 수는 없다.

EEOC가 차별소송을 제기하지 않는 경우, 구제신청인은 EEOC로부터 제소권 통지(right-to-sue notice)를 받아 90일 내에 직접 법원에 차별소송을 제기할 수 있다(제2000e-5조 (f)(1)). 제소권 통지는 ① EEOC가 구제신청을 기각한 경우, ② EEOC에 의한 비공적인 사건해결 노력이 실패하였으나 EEOC가 직접 차별소송을 제기하지 않는 경우, 또는 ③ 구제신청일로부터 180일이 경과한 후 구제신청인이 요청한 경우에 발해진다.

나. 법원에 의한 사법적 구제

민권법 제7편 제2000e-5조 (g)에 의하면, 법원은 위법한 차별에 대하여 ① 차별행위의 금지, ② 소급임금(back pay)의 지급을 포함한(또는 포함되지 않는) 복직 또는 재고용 등 적절한 적극적 시정조치(affirmative action), ③ 기타 법원이 적절하다고 여기는 형평적 구제(equitable relief)를 명할 수 있다.

소급임금지급책임(back pay liability)은 EEOC에 대한 구제신청일을 기준으로 그 전에 이미 2년이 경과한 임금에 대해서는 발생하지 않으며, 차별 피해자의 중간수입(interim earnings) 또는 합리적 노력으로(with reasonable diligence) 얻을 수 있었을 수입액은 소급임금에서 공제된다(민권법 제7편 제2000e-5조 (g)(1)).

법원이 명할 수 있는 적극적 시정조치는 만연된 차별(pervasive discrimination)의 계속적인 영향(lingering effects)을 해소할 필요가 있는 경우 등에 있어서 지속적 또는 악질적인 차별(peristent or egregious discrimination)을 시정할 수 있는 조치로서, 직접적인 차별 피해자 이외의 자에 대한 차별을 시정할 수 있는 구제수단이라는 점에서 유의미하다.²⁰⁴⁾ 이러한 적극적 시정조치 명령은 인종차별과 관련하여 행하여진 예는 있으나, 그에 관한 많은 논란이 있고, 흔히 이용되는 구제수단이라고 볼 수는 없다.

한편, 민권법 제7편의 차별구제는 형평적 구제이기 때문에 보통법(common law)상의 구제, 즉 손해배상(보상적 손해배상, 징벌적 손해배상 등)에 의한 구제는 인정되지 않는다는 것이 기존 판례의 입장이었지만, 1991년에 제정된 민권법 제102조는 민권법 제7편 위반(장애인법 위반 포함)에 대한 구제로서 손해배상을 입법적으로 인정하게 된다.²⁰⁵⁾ 즉, 불법적이고 의도적 차별(unlawful intentional discrimination)에 대한 보상적 손해배상과 징벌적 손해배상(compensatory and punitive damages)이 1991년 민권법 제102조에 의해 도입되었다. 다만, 이러한

204) Mack A. Player, op. cit., pp.224-225 참조.

205) Mack A. Player, op. cit., p.223 참조.

손해배상은 불법적이고 의도적인 차별에 대해서 적용되기 때문에 차별 의도가 개입되지 않은 간접차별에 대해서는 적용되지 않는다. 보상적 손해배상은 법정(法定) 최고 한도액 범위 내에서 재산적 손해(장래의 금전적 손실) 및 정신적 손해를 전보하는 것으로, 소급임금지급 등 민권법 제7편에 의해 가능한 구제는 포함되지 않는다(1991년 민권법 제102조 (b)(2)(3)). 징벌적 손해배상은 피고(정부기관은 제외)의 차별행위가 악의(malice)에 의해, 또는 원고(차별피해자)의 권리에 대한 무분별한 무시(reckless indifference)에 의해 이루어진 것임을 원고가 입증한 경우에 인정된다(1991년 민권법 제102조 (b)(1)).

제4절 시사점

1. 차별보호 대상자의 범위

미국의 ADEA는 보호 대상자의 범위를 40세 이상의 자로 한정하고 있다. 미국의 경우에는 중·고령자에 대한 연령차별금지에 초점을 두고 있는 셈이다. 1967년 법제정 당시에는 40~65세의 자가 보호 대상자였으나 그 후 1978년 법개정을 통해 법 적용 대상 연령 상한선이 70세로 연장되었다가 1986년 개정시에 연령 상한선이 완전히 폐지되었다. ADEA는 민간부문과 공공부문의 모든 근로자에게 적용되지만, 경찰과 소방관, 일정 요건하의 경영간부와 고위정책입안자, 공직에 선출된 자 및 정부 정책결정담당자, 다른 연방법에 의한 특정 직종(예, 항공관제사, 조종사 등)의 연령제한 등을 ADEA의 적용예외로 설정하고 있다.

미국의 장애인법은 고용차별금지의 대상이 되는 장애 또는 장애인의 개념을 의학적 관점에 기초하여 협소하게 정의하지 않고, 차별금지 및 기회평등의 보장이라는 사회적 관점에서 폭넓게 파악하고 있다. 현재 장애를 갖고 있는 자뿐만 아니라 과거에 장애를 갖고 있었던 자까지도 보호 대상으로 삼고 있다. 특히 의학적·객관적인 장애뿐만 아니라 주

관적 장애(즉, 사람들에 의해 장애가 있는 것으로 인식됨으로 신체적·정신적 손상)까지도 장애의 개념에 포괄하고 있다. 그런 점에서 미국은 장애차별금지라는 사회적 관점에 가장 충실한 입법을 갖고 있는 것으로 평가할 수 있다. 한편, 미국에서는 고용차별보호 대상자로 ‘자격이 있는 장애인(有資格障礙人)’이라는 개념을 별도로 설정하고 있다. 즉, 사용자에 의한 합리적인 편의조치가 제공된다면 본질적인 직무를 수행할 수 있는 경우, 또는 그러한 편의조치가 없더라도 본질적인 직무를 수행할 수 있는 경우에는 고용차별로부터의 보호 대상이 된다.

2. 차별 판단기준

미국에서는 판례에 의해 직접차별 및 간접차별의 법리를 확립하였다. 특히 미국에서는 차별 입증에 관한 법리가 판례에 의해 잘 발달되어 있다. 그럼에도 불구하고 초기와 달리 미국의 연방하급심 법원들은 연령차별에 대한 간접차별법리의 적용에 소극적인 모습을 보여주고 있음을 확인할 수 있었다. 이는 다음과 같은 점에 유의할 필요가 있음을 시사한다. 즉, 다른 차별사유와 달리 연령차별의 경우에는 비록 입법적으로 간접차별의 개념을 정의한다고 하더라도, 그 적용이 용이하지 않을 수 있다는 것이다. 달리 말하면, 간접차별 개념의 입법화 여부보다는 구체적인 연령차별 사안에서 간접차별 여부를 판단할 수 있는 법리를 확립하는 것이 보다 중요하다는 점을 알 수 있다. 한편, 미국의 ADEA는 차별에 해당하지 않는 경우를 구체적으로 열거하고 있다. ① 특정 사업의 정상적인 운영에 있어서 연령이 합리적으로 필요한 ‘진정한 직업자격(bona fide occupational qualification)’에 해당하는 경우, ② 연령 이외의 합리적인 요소에 근거하여 차이를 두는 경우, ③ ADEA의 목적을 회피하려고 의도한 것이 아니라 진정한 선임권제도에 의거한 경우, ④ 근로자급부제도 또는 자발적 조기퇴직장려제도상의 요건을 준수하기 위한 경우이다. 정년제와 관련하여 미국의 경우 ADEA에 의한 정년제(강제퇴직제도)의 금지는 현실적으로 근로자의 종신고용을 보장하는 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 해고제한법제를 통해 해고를 규제

하는 다른 국가와 달리 미국은 전통적으로 확립된 해고 자유의 원칙에 따라 비교적 용이하게 근로자를 해고할 수 있기 때문이다.

한편, 장애인차별과 관련하여 주목하여야 할 점은 성차별, 인종차별 등에 널리 통용되는 직접차별 및 간접차별뿐만 아니라 실질적 기회평등을 보장하기 위하여 장애인에 고유한 차별 개념 내지 차별 유형을 설정하고 있다는 점이다. 그 대표적인 예로서, 사용자에게 합리적 편의제공 의무를 부과하고 그러한 의무의 불이행을 차별로 간주하고 있다. 미국의 장애인법에 의하면, 편의제공으로 사업운영에 과도한 곤란이 초래된다는 점을 입증할 수 있는 경우가 아닌 한, 유자격 장애인(채용 지원자 또는 근로자)의 신체적 또는 정신적 제한과 관련하여 합리적인 편의를 제공하지 않는 것은 차별에 해당한다. 또한 장애인(채용 지원자 또는 근로자)의 신체적 또는 정신적 손상과 관련하여 합리적인 편의조치를 취하여야 할 필요성 때문에, 유자격 장애인에 대하여 고용기회를 부여하지 않는 것도 차별이다. 그리고 장애인법은 합리적 편의조치의 예를 열거하고 있고, 편의 제공에 따른 사업운영에의 과도한 곤란 여부를 판단할 수 있는 기준(고려요소)을 규정하고 있다. 그리고 장애인법에서는 차별에 해당하지 않는 사유로, ① 직무관련성 및 업무상 필요성에 따른 것이고 합리적 편의조치가 제공되더라도 본질적인 직무수행이 불가능한 점이 입증된 경우에는 자격기준, 테스트 또는 선발기준에 의한 간접차별이 성립하지 않으며, ② 종교 단체가 자신의 활동과 관련된 직무를 수행하기 위하여 특정 종교를 갖고 있는 자를 고용상 우대하는 것은 허용되고, ③ 음식물 취급을 통해 전달되는 전염병을 지닌 자의 경우 합리적인 편의조치에 의해 제거될 수 없는 전염병이라면 음식물취급관련 업무로부터 그러한 자를 배제할 수 있고, ④ 사용자는 사업장에서의 마약 등 약물(drugs)과 알코올의 사용을 금지할 수 있고, 약물을 불법적으로 사용하는 자와 다량 음주의 습성자에 대하여 다른 근로자에게 요구되는 것과 동일한 수준의 고용자격기준 및 직무수행을 요구할 수 있으며, ⑤ 직업(기업)의료보험 등에서 위험(risk) 계산에 기초한 보험적용의 배제, 보험료 및 보험급여의 차이 등은 허용된다.

3. 차별금지 영역

미국의 ADEA와 장애인법은 사용자, 직업소개기관, 근로자 단체에 의한 고용차별을 규제하고 있고, 모집·채용에서 근로관계의 종료에 이르는 전 단계, 직업소개서비스, 근로자 단체에의 가입 등은 공통적인 차별금지의 영역으로 설정되고 있다. 사용자에 의한 위법한 차별에 대하여 ADEA는 연령을 이유로 하는 ① 채용 거부, 해고 또는 보수·고용조건·고용기간·고용상의 이익과 관련한 차별행위, ② 고용기회를 박탈하거나 근로자의 지위에 부정적 영향을 미치는 방식으로 근로자를 제한하거나 격리하거나 분류하는 행위, 또는 ③ ADEA를 준수하기 위하여 근로자의 임금액을 삭감하는 행위를 규정하고 있다. 그리고 장애인법은 모집절차, 채용, 승진, 해고, 보상, 직업훈련, 기타의 고용조건 및 이익과 관련하여 장애를 이유로 하여 유자격(有資格) 장애인을 차별하는 것을 사용자의 위법행위로 규정하고 있다.

4. 차별구제

미국에서는 고용기회평등위원회(EEOC)라는 하나의 기관이 고용차별 전반에 대한 행정적 구제절차를 담당하고 있다. EEOC의 행정적 구제절차는 차별분쟁 당사자간의 자주적인 해결을 지원·촉진하는 것이 중심적 기능이고, 차별 피해자는 이러한 행정적 구제절차를 거쳐야 법원에 차별소송을 제기할 수 있다. 그렇지만 미국의 EEOC는 차별 피해자를 대신하여 법원에 차별소송을 제기할 수 있는 권한을 갖고 있고, 이러한 권한이 행사되면 차별 피해자가 직접 법원에 소송을 제기할 수 없다는 점이 특징이다. 미국은 사법적 구제(즉, 차별소송)를 중심으로 하는 제도이고 행정적 구제는 사법적 구제를 보충하는 지위에 있음을 확인할 수 있다.

제5장

영국의 고용차별금지법

제1절 법제의 개관

영국의 고용차별금지법제에는 1970년 임금평등법(Equal Pay Act), 1975년 성차별금지법(Sex Discrimination Act), 1976년 인종관계법(Race Relations Act), 1995년 장애차별금지법(Disability Discrimination Act) 등이 있다. 유럽연합 제78호 지침과 관련하여, 연령차별을 금지하는 법률을 제정하기 위한 입법 논의가 현재 진행 중에 있다. 장애차별금지법은 고용 영역뿐만 아니라 기타 영역(재화·시설·서비스의 제공, 교육, 대중교통 등)에서의 장애차별을 금지하기 위한 목적에서 제정된 법이다.

제2절 장애차별금지법

1995년 장애차별금지법이 제정되기 이전에는 장애인 고용과 관련하여, 1944년에 성립한 장애인고용법(Disabled Persons (Employment) Act)이 적용되고 있었다. 장애인고용법은 장애인등록제도, 고용의무제

도, 장애인전용직종제도, 보호고용제도 등을 주요 내용으로 하였다. 동법은 20인 이상의 근로자를 고용하는 사용자에 대하여 일정 비율(3%) 이상의 장애인을 고용하도록 의무를 부과하였다.²⁰⁶⁾ 그러나 기준고용률 미달에 따른 일정액의 금전을 납부하는 고용부담금제도를 두지는 않았다. 그 대신 사용자의 의무고용 위반에 대한 형사처벌(인신구속)을 규정하였지만, 실제로 적용된 예는 거의 없었다.²⁰⁷⁾

장애인 고용관련 법제의 개혁을 요구하는 국내적 압력에도 불구하고 영국 정부는 상당 기간 동안 장애를 이유로 하는 차별금지법의 제정에 소극적이었다. 장애는 성별이나 인종과 달리 직무수행과 밀접한 관련성을 갖는다는 이유 때문이었다. 그러다 1995년에 정부의 입장이 변화되어 장애차별금지법안이 제출되게 된다.²⁰⁸⁾

1995년 장애차별금지법(DDA)에 의해 고용의무제도, 장애인등록제도, 장애인전용직종제도는 폐지되었다. 이러한 제도는 장애인에 대한 그릇된 편견과 낙인을 찍는 결과를 초래하고, 노동시장에서의 장애인의 필요(needs)를 충족시키는 데 실패하였기 때문이다.²⁰⁹⁾ 특히 고용의무제도는 법이 예정한 3% 고용률에 훨씬 못 미치는 결과를 낳았을 뿐만 아니라, 교육·훈련이나 고용지위 향상과 같은 문제들을 고려하는 실효적인 고용정책과는 무관하였다.²¹⁰⁾ 반면에 1995년 장애차별금지법은 가능한 한 장애인이 일반 근로자들과 평등하게 경쟁할 수 있는 환경을 조성하는 것을 입법 목적의 하나로 삼고 있다.

장애차별금지법은 모두 7개의 파트(Part)로 구성되어 있다. 제1부에서는 장애의 개념을 정의하고 있다. 제2부는 고용에서의 사용자 및 기

206) Jean Brading and John Curtis, *Disability discrimination*, 2nd edition, Kogan Page, 2000, p.15

207) Deirdre Fordham, "Anti-discrimination legislation", *Employment and people with disabilities*, Report of the special meeting of the high level group on disability, Employment & social affaires(European Commission), 1997, p.36. Deirdre Fordham는 오늘날의 관점에서 볼 때 고용 분야에서 장애인 보호를 위해 형벌이 필요하게 된다는 것은 전적으로 부적절하다는 평가를 내리고 있다.

208) 이상의 내용은 Simon Deakin and Gillian S Morris, *Labour law*, 3rd edition, Butterworths, 2001, p.659 참조.

209) Deirdre Fordham, op. cit., p.36.

210) Ibid.

타의 자(노동조합 등)에 의한 차별을 규제하고 있다. 제3부는 재화, 시설, 서비스, 토지, 자산의 제공·이용과 관련한 차별을 규제하고 있다. 제4부는 교육관련 차별, 제5부는 대중교통 관련 차별을 규제하고 있다. 제6부에서는 국가장애위원회(National Disability Council)에 관한 규정, 제7부와 제8부에서는 보충사항과 기타사항에 관한 규정을 두고 있다.

1. 적용 범위

고용에서의 장애차별금지(즉, 장애차별금지법 제2부(Part II))는 15인 이상의 근로자를 고용하는 사용자에 적용된다(제7조). 처음에는 근로자 20인 미만의 사용자를 적용 대상에서 제외하였으나, 1998년 법개정에 의해 적용제외 대상은 15인 미만의 근로자를 고용하는 사용자로 변경되었다. 소규모 사업의 사용자에 대한 이러한 적용제외는 장애차별금지법에 특유한 사항이다. 성차별금지법 및 인종관계법은 이러한 예외를 인정하고 있지 않다(다만, 성차별금지법은 최초 제정시 근로자 5인 이하의 기업을 적용에서 배제). 영국 정부는 유럽연합 제78호 지침(고용·직업에서의 차별금지)의 준수와 관련하여 2004년 10월까지 소규모 사업의 사용자에 대한 적용제외를 폐지할 계획이다.²¹¹⁾

한편, 군인, 경찰, 교도관, 소방관에 대해서는 장애차별금지법 제2부가 적용되지 않는다(제64조 제5항~제7항). 또한 영국 영토 내의 사업장에 고용된 것으로 간주될 수 없는 선원이나 항공기 승무원에 대해서도 장애차별금지법(법령에서 달리 정한 바가 없는 한)이 적용되지 않는다(제68조 제3항). 파견근로자(*agency workers or contract workers*)는 파견사업주 또는 사용자사업주에 의한 고용차별로부터의 보호 대상이 된다(제12조).

211) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, *Discrimination Law Handbook*, Legal Action Group, 2002, p.385.

2. 차별의 사유와 유형

가. 차별 사유

1) 장애의 개념

장애는 “통상적인 일상활동을 행할 능력에 실질적이고 장기적으로 불리한 효과(영향)를 미치는 신체적 또는 정신적 손상(a physical or mental impairment which has a substantial and long-term adverse effect on his ability to carry out normal day-to-day activities)”을 말하며, 이러한 장애를 갖고 있는 자가 장애인이다(제1조).²¹²⁾ 장애에 대한 입증책임은 장애를 주장하는 자에게 있다. 장애차별금지법이 정의하고 있는 장애 또는 장애인의 개념요소는 ① 손상(impairment), ② 통상적인 일상활동(normal day-to-day activities), ③ 실질적이고 불리한 효과(substantial adverse effect), ④ 장기적 효과(long-term effect)이다. 한편, 과거의 장애(past disabilities)도 장애차별금지법의 적용 대상이 되는 장애에 해당한다.

가) 손상

손상에는 신체적 손상과 정신적 손상이 있다. 손상은 신체적·정신적 구조 내지 기능의 손실이나 비정상을 뜻한다. 장애차별금지법은 정신적 손상의 의미를 의학상 공지(公知, clinically well-recognised)된 정신병에 기인한 손상 또는 그러한 정신병으로 구성되는 손상을 포함하는 것으로 규정하고 있다(부칙 1, 제1조 제1항). 신체적 손상에는 시각 또는 청각에 영향을 미치는 감각적 손상이나 암·간질·당뇨병 등과 같은 일

212) 1944년 장애인고용법에서는 장애인을 “부상, 질병 또는 선천적인 기형으로 인하여 자신의 연령·경험·자격에 적합한 고용을 획득하거나 유지함에 있어서 또는 자신의 계산(비용)으로 작업을 수행함에 있어서 실질적으로 핸디캡을 갖는 자”로 정의하였다. 1944년 장애인고용법은 고용획득 또는 고용유지에 있어서 핸디캡이 되는 손상에 초점을 둔 기능적 관점에서 장애인을 정의하였는데, 1995년 장애차별금지법은 50년이 경과된 시점에서 1944년 법률상의 정의가 부적절하다는 점을 인정하여 온정주의적 접근법에서 사회적 접근법으로 전환하여 장애인을 정의하고 있다. 이상의 내용은 Deirdre Fordham, op. cit., p.38.

반적이고 승인된 신체상태 등이 포함된다.²¹³⁾

1996년에 제정된 장애차별(장애 의미)규칙(Disability Discrimination (Meaning of Disability) Regulations)은 ① 알코올, 니코틴 또는 기타 물질(의학적으로 규명되지 않는 것)에의 중독 내지 의존, ② 방화(set fires)의 성향, ③ 도벽(盜癖), ④ 타인에 대한 신체적 또는 성적인 능욕(physical or sexual abuse)의 경향, ⑤ 노출증, ⑥ 관음증, ⑦ 다른 신체 상태에의 효과를 악화시키지 않는 계절적인 알레르기성 비염(즉, 건초 열 hay fever), ⑧ 문신, ⑨ 비진료 목적의 신체뚫기(body piercing)를 손상에서 제외하고 있다.²¹⁴⁾

나) 통상적인 일상활동

손상은 다음의 어느 사항(①~⑧)에 효과를 미치는 경우에만 통상적인 일상의 활동과 관련한 사람의 능력에 영향을 주는 것으로 간주된다(부칙 1, 제4조 제1항). 장애차별금지법에 의하면, ① 이동(mobility), ② 손놀림의 정확성(manual dexterity), ③ 신체 움직임의 균형적 상호작용(physical coordination),²¹⁵⁾ ④ 통제력(continenence),²¹⁶⁾ ⑤ 일상용품을 들어올리거나 이동시킬 수 있는 능력(ability to lift, carry or otherwise move everyday objects), ⑥ 말하기·듣기·보기, ⑦ 기억하거나 집중·습득·이해하는 능력(memory or ability to concentrate, learn or understanding), ⑧ 육체적 위험의 인식(perception of the risk of physical danger)이다.

다) 실질적이고 불리한 효과

장애차별금지법의 규정에 따르면, 손상이 일상생활에 미치는 효과(영향)는 실질적(substantial)이고 불리한(adverse) 것이어야 한다. 실질적 효과는 적거나(minor) 사소한(trivial) 것으로 볼 수 없는 즉, 사람 사이

213) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., p.42 참조.

214) Jean Brading and John Curtis, op. cit., pp.124-125.

215) 예컨대, 걸으면서 동시에 손을 사용할 수 있는 능력을 말한다.

216) 예컨대, 배뇨 또는 배변을 컨트롤할 수 있는 능력을 말한다.

의 통상적인 능력 차이를 넘어서는 것(한계)을 의미한다.²¹⁷⁾ 실질적 효과 여부를 판단함에 있어서는 손상이 있는 자가 일상활동을 행하는 방식과 그에 소용되는 시간(손상이 없는 자가 행하는 방식 및 그 소요시간과 비교하여)을 고려하여야 한다.²¹⁸⁾ 불리한 효과라는 것은 일상생활을 행하는 사람의 능력에 제한을 주는 것을 의미한다. 이하에서는 실질적이고 불리한 효과와 관련된 여러 가지 문제를 살펴본다.

① 복합적 손상 또는 효과(cumulative impairment or effects)

둘 이상의 손상이 있는 경우에 각각의 손상만으로는 실질적이고 불리한 효과를 낳지 않더라도, 둘 이상의 손상이 복합되어 그러한 효과가 발생하는지를 판단하여야 한다.²¹⁹⁾

② 손상의 극복 내지 환경적응을 위한 자구 노력(coping strategies)

손상을 갖고 있는 자는 그 손상의 효과를 줄이기 위하여 스스로의 적응 노력을 하게 된다. 이러한 노력에 의해 손상의 실질적 효과가 더 이상 발생하지 않는 경우에는 장애차별금지법의 적용 대상이 되는 장애에 해당하지 않게 된다. 그러나 손상의 효과를 통제할 수 있는 능력은 특정 상황이나 환경하에서는 제약될 수 있다. 예컨대, 평상시에는 언어장애를 잘 통제할 수 있는 사람이라고 하더라도, 인터뷰와 같이 스트레스를 받는 상황에 처하게 되면 통제 능력이 사라지고 언어장애가 발생할 수 있는 것이다.²²⁰⁾ 따라서 실질적이고 불리한 효과 여부를 판단함에 있어서는 손상의 효과를 통제할 수 있는 능력에 영향을 미치는 환경 내지 요소가 반드시 고려되어야 한다.

③ 치료효과(effect of treatment)

장애차별금지법의 규정에 의하면, 의학적 처치(medical treatment) 또

217) Jean Brading and John Curtis, op. cit., p.125.

218) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., p.49 참조.

219) Jean Brading and John Curtis, op. cit., p.125.

220) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., p.51 참조.

는 인공보철물(prosthesis 예컨대, 의치, 의안, 의족 등)의 사용 등 손상을 치료 내지 교정하는 조치를 취할 수 있다고 하더라도, 그러한 조치가 없으면 손상이 일상의 활동을 수행하는 능력에 실질적이고 불리한 효과(영향)를 미치는 경우에는, 실질적이고 불리한 효과가 있는 것으로 간주된다(부칙 1, 제6조 제1항 및 제2항). 예컨대, 보청기를 사용하는 사람의 경우 실질적이고 불리한 효과를 낳는 손상인가 여부는 보청기가 없는 상태에서의 청력 수준에 의해 결정된다.²²¹⁾ 이처럼 의학적 조치가 있더라도 실질적이고 불리한 효과가 있는 것으로 간주하는 법규정은 시력을 교정하기 위하여 안경이나 콘택트렌즈를 사용하는 경우에는 적용되지 않는다(부칙 1, 제6조 제3항).

④ 심각한 외관 손상(severe disfigurement) 및 점진적 진행의 질병(progressive conditions)

심각한 외관 손상은 실질적이고 불리한 효과를 낳는 손상으로 간주된다(부칙 1, 제3조 제1항). 점진적으로 진행되는 질병, 예를 들어 암이나 복합적 경화 또는 면역결핍바이러스(HIV) 감염 등의 경우에는 비록 현재에는 일상생활에 실질적이고 불리한 효과를 미치고 있지 않더라도 언젠가는 그러한 효과가 발생할 가능성이 있으면 실질적이고 불리한 효과가 있는 것으로 간주된다(부칙 1, 제8조 제1항).

라) 장기적 효과

장애의 정의에 따르면, 신체적 또는 정신적 손상의 효과(영향)는 장기적이어야 한다. 이는 적어도 12개월간 지속되었거나 지속될 것을 합리적으로 기대할 수 있는 경우 또는 여생 동안에 지속될 가능성이 있는 경우를 의미한다(부칙 1, 제2조 제1항). 따라서 단기적인 질병이나 부상은 제외된다.

통상적인 일상의 활동을 행할 능력에 실질적이고 불리한 효과를 미치는 손상이 중단된 경우라고 할지라도 그러한 효과가 재발할 가능성이 있는 때에는 계속적으로 그러한 효과가 있는 것으로 간주된다(부칙 1,

²²¹⁾ Jean Brading and John Curtis, op. cit., p.126.

제2조 제2항).

2) 과거의 장애

장애차별금지법이 정의하고 있는 장애가 현재는 없지만 과거에 갖고 있었던 자의 경우 고용차별과 관련하여 동 법의 적용 대상이 된다(제2조 및 부칙 2). 완치가 되었음에도 질병 내지 진료 기록이 근로자에게 불리하게 작용할 수 있기 때문이다. 정신적 질환의 경우가 특히 그러하다. 과거에 심각한 정신적 손상으로 장애를 갖고 있었지만 차별행위가 이루어진 시점에서 그 때까지 그러한 손상이 재발되지 않았거나 또는 재발될 가능성이 없는 경우라고 할지라도 장애차별금지법의 적용 대상이 된다는 것이 판례의 입장이다.²²²⁾

나. 차별 유형

장애차별금지법에서는 차별 개념을 세 가지로 규정하고 있다. 첫째는 장애와 관련된 이유로 정당한 사유 없이 불이익하게 대우하는 행위(이하 ‘차별대우’라 함)이고(제5조 제1항), 둘째는 정당한 사유 없이 합리적 조정의무(duty of reasonable adjustment)를 이행하지 않는 행위(이하 ‘조정의무불이행’이라 함)이다(제5조 제2항). 두 가지의 경우 모두 정당 사유가 있는 경우에는 차별에 해당하지 않는 것으로 보고 있다. 이러한 정당 사유에 대해서는 ‘차별에 해당하지 않는 정당 사유’라는 항목으로 후술한다. 셋째는 장애차별금지법 위반에 대한 진정, 소제기, 증언 등을 이유로 불이익하게 대우하는 행위(이른바 보복차별 내지 낙인찍기, victimisation)이다(제55조). 이에 대한 고찰은 생략한다.

한편, 고용 영역에서의 차별 개념은 기타 영역(예컨대, 교통, 교육, 재화·서비스의 공급 등)에서의 차별 개념과 조금은 상이하다. 즉, 합리적 조정의무의 구체적 내용, 차별에 해당하지 않는 정당 사유의 구체적 내용 등에서 차이가 있다. 기타 영역에서의 차별 개념에 대해서는 별도로

²²²⁾ Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, *op. cit.*, p.55 참조.

고찰하지 않는다.

1) 차별대우

장애차별금지법 제5조 제1항에 의하면, 사용자가 “장애와 관련된 이유로, 그러한 이유가 적용되지 않는 비장애인에 비하여 장애인을 불리하게 대우하고, 그러한 대우의 정당성을 입증할 수 없는 경우(for a reason which relates to the disabled person’s disability, he treats him less favourably than he treats or would treat others to whom that reason does not or would not apply; and he cannot show that the treatment in question is justified)”에는 장애인에 대한 차별에 해당한다. 성차별금지법(SDA) 및 인종관계법(RRA)은 성별이나 인종에 따른 차별을 양면적으로 금지하고 있다. 즉, 여성에 대한 차별이나 남성에 대한 차별, 흑인에 대한 차별이나 백인에 대한 차별 모두가 금지된다. 그런데 장애차별금지법은 장애인에 대한 차별만을 금지하는 이른바, 일면적인 차별금지라는 점에서 성차별금지법이나 인종관계법과는 다른 특징을 갖는다. 다시 말하면, 장애차별금지법은 장애인에 대한 차별만이 규제 대상이 되고, 장애인에 대한 우대는 비장애인에 대한 차별에 해당하지 않는다.

가) 장애와 관련된 이유

장애차별금지법은 성차별금지법이나 인종관계법의 경우와 달리 간접차별의 개념을 규정하고 있지 않다. 그렇다고 하여 장애차별의 경우 간접차별이 배제되는 것은 아니다. 장애차별금지법은 ‘장애를 이유로’라는 표현을 쓰지 않고, ‘장애인의 장애와 관련된 이유(for a reason which relates to the disabled person’s disability)’라는 표현을 사용하고 있다. 이는 성차별금지법과 인종관계법에서 규정하고 있는 ‘성별을 이유로’ 또는 ‘인종을 이유로’ 라고 하는 표현법과는 다르다. ‘장애를 이유로’ 이루어지는 차별의 범주보다는 ‘장애와 관련된 이유로’ 이루어지는 차별의 범주가 더 넓게 되고, 결과적으로 간접차별에 해당할 수 있는 사항(요소)이 포괄될 수 있는 것이다. 따라서 차별대우를 규정하고 있는 장애차

별금지법 제5조 제1항의 개념 정의는 직접차별에 한정되는 것으로 해석하기보다는 직접차별과 간접차별 양자의 요소를 모두 포함하는 독특한 (*sui generis*) 개념 정의로 이해하는 것이 보다 정확하다.²²³⁾ 그 예를 들면 다음과 같다. 장애인근로자가 장애 때문에 아파서 일정 기간 결근하여 해고된 경우, 비록 비장애인이 어떤 이유로 동일한 기간을 결근하였다면 해고되었을 것이라고 인정되더라도, 장애인근로자의 해고는 장애와 관련된 이유로 이루어진 것이 된다.²²⁴⁾

나) 장애의 인지(認知) 여부

장애에 관련된 이유로 차별대우한 것에 해당하기 위해서는 사용자가 해당 근로자의 장애에 대하여 알고 있어야 하는가 하는 문제 (*knowledge of disability*)가 제기된다. 과거의 판례는 사용자가 장애를 인지하였을 것을 요구하였지만, 현재는 그렇지 않다.

O'Neil사건에서,²²⁵⁾ 1996년 9월 3일 회계사무원으로 채용된 O'Neil은 그 해 11월에 근육통뇌척수염(*myalgic encephalomyelitis*)의 진단을 받았고, 고용일 이후 15일간의 질병 결근을 이유로 그 해 12월에 해고되었다. 고용기간 동안 O'Neil은 동작저하, 팔다리의 고통과 경련, 가벼운 입파선, 인후염 등의 증상을 수반한 극심한 피로를 경험하였고, 이러한 것들이 통상적인 일상활동에 영향을 미쳤다. 이 사안에서 고용항소법원 (*Employment Appeal Tribunal*)은, 사용자가 해당 근로자의 진단서를 받지 못하였고 O'Neil이 근육통뇌척수염을 앓고 있는 사실을 알지 못하였기 때문에, 해고는 결근과 관련된 것이지 근로자의 장애와 관련된 이유를 원인으로 한 것이 아니기 때문에 불법적인 차별에 해당하지 않는다고 보았다. 그러나 그 후 Heinz사건에서²²⁶⁾ 고용항소법원은 사용자가 장애를 알고 있는가 하는 문제는 장애와 관련된 이유로 불이익한 대우

223) Simon Deakin and Gillian S Morris, *Labour Law*, 3rd ed., Butterworths, 2001, p.660.

224) *Clark v TDG Ltd t/a Novacold*, [1999] IRLR 318. Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, *op. cit.*, p.136 참조.

225) *O'Neil v Symm & Co Ltd*, 고용항소법원(EAT) Case no. 2700054/97. Jean Brading and John Curtis, *op. cit.*, p.123.

226) *Heinz v Kenrick*, [2000] IRLR 144, EAT.

를 받았는가 하는 객관적 문제와는 관련성이 없다고 보았다.²²⁷⁾ 즉, 장애차별금지법 그 자체는 사용자가 장애를 알고 있었는가 여부에 근거하여 차별 해당 여부를 판단할 것(즉, 주관적 평가)을 요구하고 있지 않으며, 객관적 평가에 기초하여 장애와 근로자 대우 간에 상당한 인관관계가 존재하는가 여부에 따라 차별 해당 여부가 판단되어야 한다고 보았다.²²⁸⁾ 예컨대, 의족을 한 사실을 숨긴 근로자가 직무수행이 느리다는 이유(slowness)로 해고된 경우, 비록 사용자가 근로자의 동작 느림이 태만 때문이라고 믿었다고 하더라도, 그 해고는 장애와 관련된 사유를 원인으로 한 것이 된다.

다) 불이익한 대우

불이익한 대우에 관한 입증책임은 차별을 주장하는 자에게 있다. 장애차별금지법에 의하면, 불이익한 대우(less favourable treatment)라고 하는 개념은 장애와 관련된 이유가 적용되지 않는 자 내지 그룹과 비교할 것을 요구하고 있다. 예컨대, 장애와 관련된 이유로 장애근로자가 결근한 경우, 불이익한 대우를 판단하기 위한 비교 대상은 장애와 무관한 이유로 동일기간 동안 결근한 근로자가 아니라 결근하지 않은 근로자에 대한 대우이다.²²⁹⁾ 비장애인이 동일한 기간 동안 결근하였다면 사용자가 해고하지는 않았을 것이라는 점을 장애차별 피해근로자가 입증할 필요는 없다는 것이 판례의 입장이다.²³⁰⁾ 장애차별금지법하에서 불이익한 대우의 다수 사례는 해고에 관한 것이다. 2000년 조사 결과에 따르면, 해고관련 사건이 68.5%이고 채용관련 사건은 8.9%였다.²³¹⁾

227) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, *op. cit.*, p.137.

228) Simon Deakin and Gillian S Morris, *op. cit.*, p.661 참조.

229) Jean Brading and John Curtis, *op. cit.*, p.137.

230) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, *op. cit.*, p.136.

231) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, *op. cit.*, p.137 참조.

2) 조정의무의 불이행

장애차별금지법은 일정한 상황에서 장애인을 원조하기(assist) 위한 합리적인 조정(reasonable adjustment)의 조치를 취할 적극적 의무를 사용자에게 부과하고 있다. 이는 장애인을 위한 진정한 기회평등을 확립하고, 고용에의 평등한 접근과 고용에서의 공정한 대우를 촉진하기 위한 것이다. 장애 영역에서의 진정한 기회평등은 동일대우원칙(treating like cases alike)에 의해 달성될 수 없기 때문이다.²³²⁾

장애차별금지법 제5조 제2항에 의하면, “장애인과 관련하여 동 법 제6조가 부과하는 합리적 조정의무를 사용자가 이행하지 않고, 그 불이행의 정당성을 입증할 수 없는 경우”에는 장애인에 대한 사용자의 차별에 해당하게 된다. 그리고 장애차별금지법 제6조 제1항에 의하면, “사용자(또는 그 대표자)가 만든 작업제도(arrangements) 또는 사용자가 점유하는 부동산(premlises)의 물리적 형태(physical feature)가 장애인을 비장애인에 비하여 실질적인 불이익(substantial disadvantage)에 처하게 하는 경우, 사용자는 그러한 작업제도 또는 물리적 형태에 의해 그러한 효과가 발생하지 않도록 어떤 상황에서도 합리적인 것으로 볼 수 있는 조치(steps)를 취할 의무가 있다.” 즉, 사용자의 합리적 조정의무는 모든 경우에 발생하게 되는 절대적인 의무가 아니라 일정한 상황 즉, 장애인이 사용자의 작업제도 또는 부동산의 물리적 형태에 의해 실질적 불이익에 처하게 되고, 그러한 불이익이 발생하지 않도록 조치를 취하는 것이 합리적인 것으로 여겨지는 경우에 인정되는 상대적인 의무이다. 그리고 사용자의 합리적 조정의무는 사용자가 장애인에 대하여 차별하였는가를 결정하기 위한 목적에서 부과되는 것, 즉 합리적 조정의무의 불이행에 의하여 장애차별이 발생하였는가를 판단하기 위한 것이기 때문에 조정의무의 이행 그 자체를 구하는 소송은 허용되지 않는다(제6조 제12항 참조).²³³⁾ 그렇지만 합리적 조정의무를 사용자가 이행하지 않아

232) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, *op. cit.*, p.138 참조.

233) “This section imposes duties only for the purpose of determining whether an employer has discriminated against a disabled person; and accordingly a breach of any such duty is not actionable as such.”

차별에 해당한다는 주장은 앞에서 살펴본 차별대우(즉, 장애와 관련된 이유로 불이익하게 대우하는 행위)의 주장과는 별개로 또는 그것과 결합하여 제기될 수 있다.

작업 또는 작업장이 조직·구성되는 방식에 따라 장애인에게는 장벽이 될 수 있고, 그러한 장벽의 제거가 바로 장애차별금지법이 합리적 조정의무의 부과를 통해 달성하고자 하는 목적인 것이다. 장애인의 필요(needs)에 적합한 조정조치를 행하는 것은 장애인에 대한 특별한 대우도 아니며 비장애인에 대한 적극적 차별도 아니다. 이하에서는 합리적 조정의무를 구성하는 요소에 대하여 고찰한다.

가) 사용자에 의해 만들어진 작업제도

장애차별금지법 제6조 제2항에 의하면, 사용자(또는 그 대표자)가 만든 작업제도는 ① 고용이 부여되어야 할 자(즉, 채용 대상자)의 결정, ② 고용, 승진, 배치전환, 훈련, 기타 급부를 제공·부여하기 위한 규정이나 조건 또는 결정에 관한 것이다. 즉, 사용자에 의해 만들어진 작업제도라는 개념은 일(job)과 관련된 사항, 작업이 구조·조직화되는 방식에 관한 것이다. 장애차별금지법은 사용자의 합리적 조정의무가 적용되지 않는 사항을 규정하고 있다. 동 법 제6조 제11항에 의하면, ① 근로관계의 종료(termination of service), ② 은퇴(retirement), 노령 또는 사망, ③ 사고, 부상, 질병 또는 사망, ④ 기타 하위법령이 정한 사항과 관련한 직업연금제도(occupational pension scheme) 또는 기타 근로자를 위한 제도상의 급부(benefit) 내지 금전이나 금전 가치가 있는 것으로 지급되는 기타 급부에 대해서는 합리적 조정의무가 적용되지 않는다.

장애인의 근로를 도와주는 보조자(assistant)를 제공하는 것 또는 질병수당(sick pay)의 지급 여부는 합리적 조정의무의 적용 대상이 되는 사용자의 작업제도에 관한 사항이지만, 장애인의 보호(care)를 위한 개인적인 보조자(helper)를 제공하는 것은 그렇지 않다. 다만, 장애인 스스로가 자신을 돌보기 위한 개인적 보조자를 고용한 경우에 그 보조자가 그러한 서비스를 제공할 수 있게 하는 것은 합리적 조정의무의 적용 대상이 되는 사용자의 작업제도에 해당될 수 있다.²³⁴⁾

한편, 장애차별금지법에서는 사용자의 작업제도와 관련하여 해고를 명시적으로 언급하고 있지 않다. 판례에 의하면, 해고 그 자체는 장애차별금지법상 사용자의 합리적 조정의무가 적용되는 대상에 해당하지 않는다.²³⁵⁾ 즉, 판례는 해고 이전 상황에서의 합리적 조정의무 위반(즉, 해고 이전의 차별)과 해고 그 자체를 구별하여, 해고 자체는 합리적 조정의무의 위반에 해당하지 않는다고 본다. 실무상으로는 해고를 피하기 위한 사용자의 조정의무의 불이행을 차별 피해자가 주장하게 되면, 법원은 해당 사건을 합리적 조정의무 및 차별대우 양자와 관련된 사안으로 처리한다.²³⁶⁾ 예컨대, 정리해고 대상자 선발의 경우에는 합리적 조정의무가 적용되어 해고를 피하기 위한 다른 일자리(alternative employment)의 제공이 요구된다.²³⁷⁾

나) 사용자가 점유하는 부동산의 물리적 형태

부동산의 물리적 형태는 광의로 해석되고 있고, 하위법령인 1996년 장애차별(고용)규칙(Disability Discrimination (Employment) Regulation) 제9조에 의하면 다음의 사항이 포함된다. ① 건물의 디자인이나 구조에 따른 항구적·일시적 생김새, ② 건물에의 접근이나 출입 등에 따른 부동산의 모습, ③ 부동산 위 또는 내부의 정착물(fixtures), 장치물(fittings), 가구·비품(furnishing and furniture), 장비 또는 설비, ④ 부동산을 구성하는 토지의 질이나 기타 물리적 요소가 부동산의 물리적 형태를 의미한다. 사용자가 부동산을 점유하는 법적 방식(예컨대, 임차, 소유, 무상점유 등)은 합리적 조정의무의 존부를 결정함에 있어서 고려 사항이 되지 않는다. 사용자가 부동산을 임차하고 있지만 해당 부동산에 변경을 가할 수 있는 권한이 없는 경우, 사용자는 합리적 조정의무를 이행하기 위하여 임대인의 서면합의를 얻어 부동산에 대한 변경을 가할

234) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., pp.141.

235) Jean Brading and John Curtis, op. cit., p.137 참조.

236) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., pp.141-142.

237) Jean Brading and John Curtis, op. cit., p.137.

수 있고, 임대인은 합리적인 이유 없이 부당하게 합의를 거부할 수는 없지만 부동산의 반환조건을 설정할 수는 있다(제16조).

다) 실질적 불이익

판례에 의하면, 실질적 불이익(substantial disadvantage)은 주요한 것(something major)이라기보다는 마이너하거나 사소하다고 볼 수 없는 것(something more than minor and more than trivial)을 의미한다.²³⁸⁾ 비장애인과 비교하여 장애인이 실질적으로 불이익을 받고 있으면 실질적 불이익에 해당하게 된다.

한편, 하위법령인 1996년 장애차별(고용)규칙에서는 성과급제도가 장애인을 실질적으로 불이익에 처하게 하는 것으로 간주되지 않는다고 규정하고 있는데, 그 문제점에 관한 사항은 차별에 해당하지 않는 정당 사유와 관련하여 후술한다.

라) 조정의무의 내용

사용자에게 부과되는 조정의무는 작업제도·관행 또는 작업장의 구조·시설 등에 의해 장애인이 실질적인 불이익에 처하지 않도록 방지하기 위하여 일정한 상황에서 사용자가 합리적인 조치를 취할 의무를 말한다. 장애차별금지법은 제6조 제3항에서 이러한 조치의 예를 예시적으로 열거하고 있다. 그 규정에 따르면, ① 건물·토지 등 부동산에 대하여 행하는 변경(making adjustments to premises), ② 장애인 직무의 일부를 다른 근로자에게 할당, ③ 공식으로의 배치전환, ④ 근로시간의 변경, ⑤ 작업장소의 변경, ⑥ 재활·치료를 위한 결근의 허가, ⑦ 직업훈련의 제공, ⑧ 장비(설비)의 취득 또는 개선, ⑨ 작업지시 또는 작업지침서(reference manuals)의 개선, ⑩ 시험 또는 평가절차의 개선, ⑪ 대독자(reader) 또는 통역자(interpreter)의 제공, ⑫ 감독(supervision)의 제공 등이다.

실태조사 결과에 의하면, 1996. 12. 2~2000. 9. 1 사이에 이루어진 합

238) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., pp.140.

리적 조정조치 가운데 35%가 공식으로의 배치전환, 25%가 장애인 직무 일부의 할당(배분), 20%가 장비(설비)의 취득·개선으로 나타났다.²³⁹⁾ 한편, 판례는 작업성과평가(assessment of performance)와 조정의무를 전혀 별개의 것으로 보고 있다. 합리적 조정의무가 반드시 작업의 질 또는 양을 낮추는 것(lowering)을 요구하는 것으로 확대 해석되어서는 아니 된다는 것이다. 그러나 추가적인 훈련 등에 의해 장애인근로자의 성과 향상 및 그에 따른 작업성과 목표 도달이 가능한 경우에는 조정의무가 발생한다.²⁴⁰⁾

마) 조정조치의 합리성

작업제도 등에 의하여 장애인이 실질적인 불이익에 처하는 것을 방지하기 위하여 사용자가 특정의 조치를 취하는 것이 어떤 상황에서도 합리적이라고 볼 수 있어야 한다(제6조 제1항 (b)). 합리성 여부의 판단은 사용자의 입장에서 행하는 주관적 판단이 아니라 객관적인 판단이다. 장애차별금지법 제6조 제4항은 조정의무를 준수하기 위하여 사용자가 특정의 조치를 취하는 것의 합리성 여부를 판단할 수 있는 요소를 예시적으로 규정하고 있다. 즉, ① 해당 조치가 실질적으로 불이익한 효과를 방지하는 정도(the extent to which taking the step would prevent the effect in question), ② 사용자에게 의한 해당 조치의 실행 가능성(the extent to which it is practicable for the employer to take the step), ③ 해당 조치를 취함에 있어서 사용자에게 발생하는 재정적 부담 및 기타 비용과 그에 따른 사업활동의 저해 정도(the financial and other costs which would be incurred by the employer in taking the step and the extent to which taking it would disrupt any of his activities), ④ 사용자의 재정 및 기타 자원의 규모(the extent of the employer's financial and other resources), ⑤ 해당 조치와 관련하여 금전적 지원 또는 기타 지원의 이용 가능성(the availability to the employer of financial or

239) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., pp.144.

240) 이상의 내용은 Ibid.

other assistance with respect to taking the step) 등이 합리성 판단요소이다. 위의 규정에 따르면, 합리성 여부의 판단에 있어서는 조정조치의 실효성 및 실행 가능성이라는 측면과 조달 가능한 재원이라는 측면이 중요한 요소임을 알 수 있다.

바) 사용자의 장애 인지(認知) 여부

차별대우의 경우와 달리 합리적 조정의무의 경우에는 장애 등에 대한 사용자의 인지(認知) 또는 장애인지(障礙認知)의 합리적 기대 가능성을 전제로 한다. 장애차별금지법 제6조 제6항에 의하면, 사용자가 다음의 어느 사항을 모르거나 알 것이라고 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 합리적 조정의무가 발생하지 않는다. 그 사항은 ① 채용 지원자(applicant) 또는 잠재적 채용 지원자가 장애인이라는 점 혹은 장애인일 수 있다는 점, 또는 ② 관련 해당자가 장애를 갖고 있고 작업제도 등에 의해 실질적 불이익에 처할 가능성이 있다는 점이다. 결국 사용자는 합리적 조정의무에 대한 항변 사유로 장애 그 자체의 무지(無知) 또는 실질적 불이익의 무지(無知)를 주장할 수 있는 것이다.

장애 또는 실질적 불이익에 대하여 알 수 있었을 것으로 합리적으로 기대 가능한 경우라고 하는 것은 사용자가 현실적으로 알기 위하여 행하였으리라고 합리적으로 기대할 수 있는 모든 것을 행하는 것을 의미한다는 것이 판례의 입장이다.²⁴¹⁾ 많은 경우 근로자는 공개적이지 않은 방식으로 또는 비밀리에 사용자 또는 상사에게 자신의 장애를 밝힌다. 행위준칙(Code of practice)²⁴²⁾에 의하면, 사용자의 대리인(agent of the employer)의 지위에 있는 자(예컨대, 회사의 건강보건 책임자)가 장애 또는 실질적 불이익을 알고 있는 경우에는 비록 그러한 정보가 비밀리에 알려진 경우라고 할지라도 사용자는 자신의 무지(無知)를 주장할 수 없다.²⁴³⁾

241) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., p.142.

242) 행위준칙은 노동법 분야에서 특정 행위에 대한 가이드라인을 제공하기 위하여 국무장관, 조인알선중재국(ACAS), 기회평등위원회(Equal Opportunities Commission) 등에 의해 작성된 문서로, 법적 구속력은 없지만 법원에서 증거로 취급되거나, 경우에 따라서는 법적 원칙으로 평가되기도 한다.

243) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey,

3. 차별에 해당하지 않는 정당 사유

장애차별금지법 제5조 제1항 및 제2항에 따르면, 차별대우(제5조 제1항) 또는 조정의무 불이행이 정당화되는 경우에는 차별에 해당하지 않는다. 그리고 동 법 제5조 제3항 및 제4항에서는 차별대우 및 조정의무 불이행이 정당화될 수 있는 기준을 규정하고 있다. 즉, 차별대우의 이유 또는 조정의무 불이행의 이유가 문제되고 있는 개별적인 상황에서(이른바 제반사정에 비추어) 불가결하고 실제적인 경우에는(if, but only if, the reason for it is both material to the circumstances of the particular case and substantial) 정당화된다. 즉, 장애에 관련된 이유로 차별대우하였다고 하더라도 차별대우의 이유가 불가결하고 실제적인 경우에는 차별에 해당하지 않게 된다. 그리고 조정의무를 이행하지 않은 이유가 불가결하고 실제적인 경우에도 차별이 아니게 된다. 차별에 해당하지 않는 이러한 정당화 기준을 엄격하게 해석하면 장애차별금지의 실효성을 높일 수 있지만 판례는 엄격하게 해석하고 있지 않다.

가. 차별(차별대우 또는 조정의무 불이행) 이유의 불가결성 및 실제성

차별(차별대우/조정의무 불이행) 이유의 불가결성에 대하여 판례는 차별 이유와 개별 상황 간의 단순관련성 이상일 것, 즉 ‘합리적으로 강한 사실적 관련성(reasonably strong factual connection)’을 의미하는 것으로 보고 있다. 차별 이유의 실제성에 대하여 판례는 차별 이유가 현실적 중요성과 실제적 내용을 담고 있어야 하는 것(must carry real weight and thus be of substance)으로 보고 있다.²⁴⁴⁾

그렇지만 판례(Jones사건)는 차별 이유의 정당성(불가결성 및 실제성) 여부는 사용자의 결정이 취해진 당시에 제시되지 않았던 사후의 새로운 증거에 기초하여 판단할 수 없고, 차별 이유가 외관상 불가결하고

op. cit., p.143.

244) 이상의 내용은 Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., p.149 참조.

실제적이며 비합리적이지 않는 한 법원은 사용자의 판단을 자신의 그것으로 대체할 수 없으며, 사용자의 결정이 최상의 것이었는지에 대하여 평가할 수 없다고 본다.²⁴⁵⁾ Jones사건에서 당뇨병이 있는 Jones는 기업측 의사의 조언에 따라 하루 2시간의 운전으로 제한되었는데(그 이상의 운전은 저혈당의 위험이 있다는 의사의 조언에 근거), 사후 재판 과정에서 Jones가 내세운 의학전문가는 기업측 의사와는 반대되는 견해를 제시하였고, 하급심인 고용법원이 그 견해를 수용하였지만 상급심인 항소법원은 하급심의 판단을 받아들이지 않았다.

그런데, Jones사건에서 확립된 정당성 판단의 법리가 합리적 조정의무의 영역에 적용되면 문제가 있게 된다. 앞에서 이미 살펴본 바와 같이 조정조치의 합리성 여부는 객관적으로 판단되어야 한다. 만일 Jones사건의 법리가 적용되면 사용자는 수많은 합리적 이유를 들어 장애인의 필요(needs)에 부합하는 객관적으로 합리적인 조치를 이행하지 않는 것이 정당화될 수 있는 결과를 초래하게 된다.²⁴⁶⁾ 그래서 사용자의 합리적 조정의무와 관련하여서는 정당화 사유가 배제되어야 한다는 입법론이 강력하게 제기되고 있고, 이는 유럽연합(EU)의 제78호 지침(고용·직업에서의 차별금지)의 준수와 관련된 문제이기도 하기 때문에 영국 정부는 조정의무 불이행을 정당화하는 규정의 삭제를 계획하고 있다.²⁴⁷⁾ 제78호 지침(제5조)은 과도한 부담을 초래하지 않는 한 장애인에게 합리적인 편의를 제공할 의무를 사용자에게 부여하고 있다.

나. 차별대우의 정당화와 조정의무

장애차별금지법 제5조 제5항에 의하면, 차별대우가 발생한 사안에서, 사용자가 합리적인 조정의무를 부담하고 있음에도 정당한 이유 없이 이

245) Jones v Post Office, [2000] EWCA Civ 558, [2001] IRLR 384. Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., p.149 참조 ; Simon Deakin and Gillian S Morris, op. cit., p.662 참조.

246) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., p.150.

247) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., p.154 참조.

행하지 않았고, 만일 그러한 조정의무가 이행되었다면 차별대우가 정당화되지 않았을 경우에는, 해당 차별대우가 정당화될 수 없다. 예컨대, 관절염 때문에 타이핑 속도가 매우 느려서 타이피스트 채용에서 최상의 적격자로는 볼 수 없는 지원자를 예로 들어 보자. 합리적 조정조치(예컨대, 적절하게 개조된 키보드)에 의해 문제가 극복될 수 있으면 사용자는 조정의무를 부담하게 된다. 그러한 조정의무가 이행되면 지원자의 타이핑 속도는 더 이상 채용 거부(즉, 차별대우)의 정당한 이유가 될 수 없게 된다. 그렇지만 조정조치(위의 적절하게 개조된 키보드)에도 불구하고 지원자의 타이핑 속도가 결과적으로 채용된 자보다 현저히 떨어지는 경우에는, 해당 일자리의 직무와 관련하여 타이핑 속도가 불가결하고 실질적인 요소(즉, 실제로 중요한 요소)라면 차별대우(즉, 채용 거부)의 이유(타이핑 속도)가 정당화될 수 있다. 이러한 경우, 비록 사용자가 정당한 이유 없이 키보드를 제공하지 않았다고(즉, 조정조치의 불이행) 하더라도 차별대우는 정당화된다.²⁴⁸⁾

다. 성과급제의 경우

1996년 장애차별(고용)규칙 제3조는 성과급제(performance-related pay), 즉 성과에 따라 임금의 전부 또는 일부가 결정되는 제도를 장애인에게 적용(근로자 전체에게 적용 또는 장애인을 포함하는 일정 범주의 근로자 모두에게 적용)하는 것에 의해 발생하는 불이익한 대우는 정당화된다고 규정하고 있다. 이러한 규정은 유럽연합 제78호 지침과 부합하지 않는다. 영국 정부는 2004년 10월까지 관련 규정을 제78호 지침과 부합할 수 있도록 개정할 것을 계획하고 있고, 개정 방향은 성과급제를 합리적 조정조치가 제공되어야 할 대상으로 삼거나 또는 객관적으로 정당화될 수 있는 간접차별의 범주로 포괄하는 것 등이 예상되고 있다.²⁴⁹⁾

248) 이상의 예에 대한 설명은 Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., p.152 참조.

249) Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, op. cit., p.152 및 p.154 참조.

3. 차별금지의 영역

장애차별금지법(제2부)은 고용 영역에서 사용자 또는 기타의 자(노동조합 등)에 의한 차별을 금지하고 있다. 사용자에 의한 차별이 금지되는 영역과 기타의 자에 의한 차별이 금지되는 영역을 살펴본다.

가. 사용자에 의한 차별금지

사용자에 의한 차별금지는 채용에서의 차별금지와 채용 이후 고용에서의 차별금지로 크게 구분된다. 그리고 차별금지의 내용에는 차별대우(즉, 불이익한 대우)뿐만 아니라 합리적 조정의무의 불이행이 포함된다.²⁵⁰⁾

1) 채용에서의 차별금지

장애차별금지법 제4조 제1항에 의하면, 채용자의 결정을 위한 제도(arrangement) 및 채용조건에서 장애인을 차별하거나 또는 고용 제공을 거부(의도적인 미제공의 경우 포함)함으로써 장애인을 차별하는 것은 위법이다.

위에서 언급하고 있는 제도(arrangement)에는 채용광고가 포함된다. 장애차별(합리적 조정조치의 불이행 의도 포함)을 드러내거나 그러한 것으로 합리적으로 이해될 수 있는 채용광고가 이루어졌고, 사용자가 장애인에 대한 고용 제공을 거부하였거나 의도적으로 고용을 제공하지 않았던 경우에는 반대의 입증이 없는 한 장애차별에 해당한다(제11조). 고용 제공의 거부는 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니다.

2) 채용 이후 고용에서의 차별금지

장애차별금지법 제4조 제2항에 의하면, ① 근로조건(terms of em-

250) 그 외에도 차별금지의 내용에는 장애차별금지법 위반의 진정, 소제기, 증언 등을 이유로 하는 동 법 제55조가 규정하는 불이익한 대우(victimisation)가 포함된다(제4조 제5항).

ployment)이나 승진·배치전환·훈련·기타 급부의 기회에서 장애인 근로자를 차별하거나, ② 그러한 기회의 제공을 거부하거나 의도적으로 제공하지 않음으로써 장애인근로자를 차별하는 것 또는 ③ 해고하거나 기타의 손해를 보게 함으로써 장애인근로자를 차별하는 것은 위법이다. 기타의 손해에는 장애를 이유로 하는 괴롭힘(harassment)이 포함될 수 있다.

그러나 장애차별금지법 제4조 제3항에 의하면, 사용자가 일반 공중 또는 공중의 일부(관련 근로자 포함)에게 유·무상으로 제공하는 시설이나 서비스(예컨대, 은행대출)가 근로자들에게 제공되는 그것과 본질적으로 다르지 않는 경우, 관련 근로자의 근로계약에 의해 규율되고 있지 않는 경우, 훈련과 관련된 것이 아닌 경우에는 차별에 해당하지 않는다. 역으로 사용자가 고용하고 있는 근로자들에게 제공하는 재화, 시설 또는 서비스가 일반 공중에게 제공되는 것과 다른 경우, 근로계약에 의해 규율되거나 또는 훈련과 관련된 것인 경우에는 차별에 해당하게 된다.

한편, 해고의 경우 부당해고를 금지하는 법과 장애차별금지법 양자에 의해 규율될 수 있는데, 후자의 위반을 주장하는 것이 장애인근로자에게는 보다 유리하다. 왜냐하면, 부당해고금지법에서는 보상금(compensation)의 상한선이 있고 소제기 요건으로 일정한 재직기간을 요구하고 있지만, 장애차별금지법에서는 그러한 제한을 두고 있지 않기 때문이다.

나. 기타의 자에 의한 차별금지

사용자 외의 기타의 자에 의한 차별에는 파견근로자에 대한 사용사업주의 차별(제12조)과 근로자단체(사용자단체 또는 기타 직업단체의 경우도 포함)에 의한 차별(제13조)이 있다.

장애차별금지법 제12조 제1항에 의하면, 사용사업주가 파견근로와 관련하여, ① 파견근로의 조건에서 장애인을 차별하는 것, ② 파견근로를 허용하지 않거나 계속적으로 파견근로하지 못하게 함으로써 장애인을 차별하는 것, ③ 급부의 제공방식에서 장애인을 차별하거나 급부의 제

공을 거부 또는 고의적으로 제공하지 않음으로써 장애인을 차별하는 것, ④ 기타의 손해를 가함으로써 장애인을 차별하는 것은 위법이다. 그러나 사용사업주가 일반 공중 또는 공중의 일부(관련 파견근로자 포함)에게 유·무상으로 제공하는 시설이나 서비스가 파견근로자들에게 제공되는 그것과 본질적으로 다르지 않는 경우에는 차별에 해당하지 않는다(제12조 제2항).

장애차별금지법 제13조 제1항 및 제2항에 의하면, 근로자단체(사용자단체 또는 기타 직업단체의 경우 포함)가 장애인에 대하여 ① 단체 가입의 조건에서 차별하는 것, ② 단체 가입을 거부하는 것, ③ 급부의 제공조건에서 차별하거나 급부 제공을 거부하는 것, ④ 단체구성원 자격의 박탈, 구성원 자격조건을 달리하는 것 또는 기타의 손해를 가하는 것은 위법이다.

4. 차별의 구제

차별구제는 장애권리위원회(DRC : Disability Rights Commission)에 의한 구제와 고용법원(employment tribunal)에 의한 구제가 있다. 전자는 행정적 구제를 담당하고, 후자는 사법적 구제를 담당한다. 그러나 장애권리위원회에 의한 행정적 구제는 법적 구속력을 갖지 않는다.

가. 장애권리위원회에 의한 행정적 구제

장애권리위원회는 1999년 장애권리위원회법(Disability Rights Commission Act)에 의해 설립되었고, 국무장관(Secretary of State)에 의해 임명되는 10~15인의 위원(그 중 반수 이상은 장애인이어야 함)으로 구성된다(장애권리위원회법 부칙 1, 제2조, 이하 장애권리위원회법이라는 명칭 생략함). 장애권리위원회가 설립되기 이전에는 장애차별금지법에 근거하여 국가장애위원회(NDC : National Disability Council)가 설립되어 있었지만 차별 조사 및 구제의 기능을 갖고 있지 않아서 기본적인 한계가 있었고, 장애권리위원회법의 제정을 통해 장애권리위원회가 창

설됨으로써 폐지되었다.

장애권리위원회는 인종차별에 대한 행정적 구제기관인 인종평등위원회(CRE : Commission for Racial Equality), 성차별에 대한 행정적 구제기관인 기회평등위원회(EOC : Equal Opportunities Commission)와 유사한 권한을 갖는다. 장애권리위원회의 일반적 임무는 차별해소를 위한 업무, 기회평등촉진, 장애차별금지법의 시행 및 개정 관련 정부에 대한 제안과 조언, 연구·정보제공 관련 사업의 수행 및 지원 등이다(제2조). 동 위원회는 장애인차별에 대한 조사 권한을 가지며(제3조), 조사 과정에서 불법적 차별행위를 확인한 경우에는 차별금지 통지(Non-discrimination notices)를 차별 행위자에게 발할 수 있다(제4조 제1항). 이러한 차별금지 통지에는 차별금지에 관한 권고사항과 차별금지이행계획서(action plan)의 제안이 포함될 수 있다(제4조 제2항 및 제3항). 차별금지 통지 또는 법원에 의한 차별행위의 확인에도 불구하고 차별행위가 계속되는 경우 장애권리위원회는 법원에 그 금지를 구하는 가처분을 신청할 수 있다(제6조). 장애권리위원회는 공식적인 구제권한을 행사하지 않는 대신에 차별행위자가 스스로 차별을 제거·시정하는 약정을 담은 서면합의서를 체결할 수도 있다(제5조). 한편, 차별을 받은 자가 지원을 요청한 경우 장애권리위원회는 해당 차별사건이 근본적인 문제(a question of principle)에 해당하고, 지원 요청자가 도움 없이는 해당 사건을 해결할 수 없다고 판단하는 때에는 법적 조언, 분쟁 해결의 조력, 변호사 연결 등의 지원을 행할 수 있다(제7조). 그 외에도 장애권리위원회는 행위준칙(Code of practice)을 제정할 수 있다(제9조).

나. 고용법원에 의한 사법적 구제

차별을 받은 자는 고용법원에 구제신청을 할 수 있는데(장애차별금지법 제8조 제1항, 이하 ‘장애차별금지법’ 생략), 이러한 구제신청은 차별행위가 종료된 날로부터 3개월 이내에 제기되어야 한다(부칙 3, 제3조 제1항). 구제신청 기간이 경과한 경우에도 고용법원은 제반의 사정에 비추어 정당하고 공정하다고 판단하는 경우에는 구제신청을 수리할 수

있다(부칙 3, 제3조 제2항).

구제신청의 이유가 있다고 고용법원이 판단하는 경우에는 정당하고 공정하다고 여기는 구제조치를 취하게 되는데, 구제조치에는 ① 구제신청의 사건과 관련한 신청인과 피신청인(사용자)의 권리에 대한 선언, ② 신청인에 대한 보상금(compensation)의 지급명령, ③ 차별행위에 의해 발생한 불이익을 제거 또는 감소하기 위하여 합리적인 것으로 판단되는 조치를 일정 기간 내 이행할 것을 권고하는 것이 있다(제8조 제2항). 보상금의 법적 성격은 불법행위에 대한 손해배상이다(제8조 제3항 참조). 보상금에는 위자료가 포함될 수 있고(제8조 제4항), 최고 한도액에 대한 제한은 없다. 피신청인(사용자)이 정당한 이유 없이 고용법원이 권고한 조치(위의 ③)를 이행하지 않는 경우, 보상금을 증액하거나 원래 보상금 지급명령을 내리지 않았던 때에는 보상금의 지급을 명할 수 있다(제8조 제5항).

제3절 시시점

1. 차별보호 대상자의 범위

영국의 장애차별금지법에서는 장애(신체적 또는 정신적 손상)가 일상 생활이나 직업생활에 미치는 영향 내지 효과를 보다 구체적으로 규정하고 있다. 즉, ‘실질적이고 장기적인 불리한 효과’라고 하는 기준을 채택하고 있고, 그러한 효과가 현재 발생하고 있지는 않지만 발생할 가능성이 있는 경우(예컨대, 암이나 HIV감염 등 점진적으로 진행되는 질병의 경우) 또는 그러한 효과가 중단되었으나 재발할 수 있는 경우를 포함하는 것으로 법에서 규정하고 있다. 그뿐 아니라 장기적인 효과의 판단기준(12개월 이상 지속 등)도 규정하고 있다.

2. 차별 판단기준

영국의 장애차별금지법은 사용자(또는 그 대표자)가 만든 작업제도 또는 사용자가 점유하는 부동산의 물리적 형태가 장애인을 비장애인에 비하여 실질적인 불이익에 처하게 하는 경우, 사용자는 그러한 작업제도 또는 물리적 형태에 의해 그러한 효과가 발생하지 않도록 어떤 상황에서든 합리적인 것으로 볼 수 있는 조치(steps)를 취할 의무가 있고, 이러한 합리적 조정의무를 사용자가 이행하지 않고, 그 불이행의 정당성을 입증할 수 없는 경우에는 차별에 해당한다. 그리고 조정조치의 내용과 합리성 판단기준을 법으로 규정하고 있다. 한편, ① 차별대우의 이유 또는 조정의무 불이행의 이유가 불가결하고 실제적인 경우에는 차별에 해당하지 않는 것으로 보며, ② 성과에 따라 임금의 전부 또는 일부가 결정되는 제도를 장애인에게 적용하는 것에 의해 발생하는 불이익한 대우 역시 정당화된다. 다만, 조정의무 불이행의 정당 사유를 인정하고 있는 점, 그리고 성과급제를 장애차별의 적용예외로 설정하고 있는 점은 EU 제78호 지침 준수와 관련하여 법개정의 대상으로 현재 논의가 진행 중에 있다.

3. 차별금지 영역

장애차별금지법은 사용자에 의한 차별이 금지되는 영역과 기타의 자에 의한 차별이 금지되는 영역을 구분하고 있다. 특히 사용자에 의한 차별금지와 관련하여 채용단계에서의 차별금지와 채용 이후 고용에서의 차별금지로 구분하여 규율하고 있는 점이 특징이다. 그리고 차별금지의 내용에는 차별대우(즉, 불이익한 대우)뿐만 아니라 합리적 조정의무의 불이행이 포함된다. 한편, 기타의 자에 의한 차별에는 파견근로자에 대한 사용자업주의 차별과 근로자단체(사용자단체 또는 기타 직업단체의 경우도 포함)에 의한 차별(제13조)을 규율하고 있다.

4. 차별구제

영국의 경우에는 차별 사유에 따른 행정적 구제기관이 각각 독립적으로 설치되어 있는데, 장애인 차별구제는 장애권리위원회(DRC)가 담당한다. 장애권리위원회의 위원 가운데 절반 이상은 반드시 장애인으로 구성하고 있는 점이 특징이다. 장애권리위원회의 행정적 구제는 차별금지통지, 차별금지사항의 권고, 차별금지이행계획서의 제안, 기타 차별 피해자에 대한 법적 자문과 지원 등이고, 법적 구속력이 있는 구제명령을 발할 수 있는 권한을 갖지는 않는다. 영국의 경우에도 미국처럼 법원(다만, 고용법원에 대한 제기라는 점에서 미국과는 다름)에의 차별소송 제기를 통하여 실질적인 구제가 이루어지고 있는 점이 특징이다.

제6장 아일랜드의 고용차별금지법

제1절 법제의 개관

유럽연합 국가 가운데에서도 아일랜드는 장애 등 9가지 차별사유에 기한 고용차별을 금지하는 포괄적이고 방대한 내용(총 105개 조)을 담고 있는 고용평등법(Employment Equality Act)을 1998년에 만들어 1999년 10월부터 시행하고 있다. 2000년 11월에 유럽연합 제78호 지침(고용과 직업에서의 평등대우)이 성립하였다는 점에 비추어 볼 때, 아일랜드의 1998년 고용평등법은 유럽연합 차원에서는 선구적인 고용차별금지법으로 평가할 수 있다. 그리고 동 법은 유럽연합 제78호 지침에도 일정 정도 영향을 주었다는 점에서 주목할 필요가 있다.²⁵¹⁾ 한편, 2000년에 제정된 평등지위법(Equal Status Act)은 고용평등법상의 9가지 차별사유에 기한 주택, 사적 클럽 등 재화 및 용역(서비스)의 제공·광고에서의 차별을 금지하고 있다.

성(性) 및 혼인상의 지위(marital status)를 이유로 하는 고용차별을 금지하는 입법(1977년 고용평등법)은 유럽공동체의 남녀차별금지 지침의 영향으로 1970년대에 이루어졌으나, 그 밖의 다른 차별 사유에 관한

251) European Industrial Relation Observatory(EIRO), *Industrial relations and the ageing workforce : a review of measure to combat discrimination in employment* (the case of Ireland), 2000, p.1.

입법은 1998년 고용평등법 이전까지는 거의 이루어지지 않았다.²⁵²⁾ 다만, 1993년에 개정된 불공정해고법(Unfair Dismissals (Amendment) Act)에 의해 연령 등을 이유로 한 해고는 금지되고 있었다.²⁵³⁾ 이러한 상황에서 1998년 고용평등법의 성립은 다분히 국내의 정치적 이유에 기한 것으로 평가되고 있다. 당시 포괄적인 차별금지입법을 주장한 노동당이 1993년에 여당과 연립정권을 수립한 것이 계기가 되어 노동당 출신인 평등관련 부처의 장관(Mervyn Taylor)이 법안 초안작업을 하게 되었고, 당시의 대통령(Mary Robinson)이 헌법학자 출신으로 평등 문제에 조예가 깊어 법안의 성립을 뒷받침하였던 것이다.²⁵⁴⁾

고용평등법은 7개의 파트(part) 총 105개의 조로 구성되어 있다. 제1부 서장(preliminary and general) 5개 조(제1조~제5조), 제2부 차별에 관한 총칙(discrimination : general provisions) 12개 조(제6조~제17조), 제3부 남녀평등에 관한 특칙(specific provisions as to equality between women and men) 10개 조(제18조~제27조), 제4부 기타 범주의 자에 관한 특칙(specific provisions as to equality between other categories of persons) 10개 조(제28조~제37조), 제5부 평등위원회(Equality Authority) 30개 조(제38조~제67조), 제6부 평등상황의 평가·검토, 행동계획 및 입법의 검토(equality reviews and action plans and review of legislation) 6개 조(제68조~제73조), 제7부 구제 및 집행(other remedies and enforcement) 31개 조(제74조~105조)등이다.

252) 삶과 근로조건향상을 위한 유럽기금(European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions) 홈페이지상의 게재 내용(the implication of the Employment Equality Act 1998) 참조.

www.eurofund.eu.int/1999/09/feature/ie9909144f.html

253) 연령 외에도 암스테르담조약 제13조에 규정된 차별사유(단, 장애는 제외)에 근거한 해고를 금지하였다.

254) 이상의 내용은 牧野利香, 『アイルランドの雇用における年齢差別禁止法制』, JIL Discussion Paper Series 03-002, 2003, 5-6쪽.

제2절 고용평등법

1. 적용 범위

고용평등법상 고용차별금지법은 공무원(국가공무원 및 지방공무원)을 포함한 모든 근로자 및 사용자에게 적용된다. 파견근로의 경우에는 파견근로자(agency worker)에 대한 임금지급의 책임을 부담하는 자가 사용자로 간주된다(제2조 제3항). 그러나 가사(private household)를 목적으로 하는 고용 즉, 가사사용인에 대해서는 동 법이 적용되지 않는다(제37조 제5항). 부분적으로 고용평등법의 적용이 배제되는 경우도 있다. 정리해고수당법(Redundancy Payments Act)에 의거하여 이루어진 행위에는 연령차별에 관한 동 법상의 규정이 적용되지 않는다(제17조 제4항). 항공기·열차·선박의 운전자격과 관련하여(제17조 제3항) 또한 군인·경찰·교도관과 관련하여서는(제37조 제6항) 장애차별(연령차별 포함)에 관한 동 법상의 규정이 적용되지 않는다. 아일랜드 대법원(Supreme Court)은 군인, 경찰, 교도관에 대한 적용 배제의 합헌성을 인정하였다. 즉, 해당 직업분야에서 요구되는 특유의 정신적·신체적 적격성자격요건(the distinctive mental and physical fitness requirement)을 고려할 때 군인 등의 적용제외는 허용될 수 있는 입법적 목적 범위 내에 해당한다는 것이다.²⁵⁵⁾ 한편, 연령차별금지법은 18세(단, 직업훈련의 경우에는 15세) 이상 65세 미만의 근로자에게 적용된다(제6조 제3항, 제12조 제3항). 따라서 18세 미만 자 또는 65세 이상의 자에 대한 불이익한 대우(차별)는 동 법상 연령을 이유로 하는 차별에 해당하지 않는다(제6조 제3항).²⁵⁶⁾

255) Colm O'Conneide, "Comparative European Perspectives on Age Discrimination Legislation", *Age as an Equality Issue*, edited by Sandra Fredman and Sarah Spencer, Hart Publishing, 2003, p.209.

256) 이렇게 고용평등법의 적용 대상 연령층을 일정 범위(18~64세)의 자로 한정된 것에 대해 아일랜드 대법원은 합헌으로 판단하였다. 그 근거로 차별적 대우가

2. 차별의 사유와 개념

고용평등법에서 차별은 동 법이 정하고 있는 사유에 근거하여 어떤 자를 다른 자보다 불리하게 취급하거나, 과거에 그렇게 취급되었거나 또는 장차 그렇게 취급하려고 하는 경우에 발생하는 것으로 규정하고 있다(제 6조 제1항).²⁵⁷⁾ 그리고 동 법이 규정하고 있는 차별사유는 ① 성(性), ② 혼인상의 지위(marital status)²⁵⁸⁾ ③ 가족적 지위(family status), ④ 성적 지향(sexual orientation), ⑤ 종교, ⑥ 연령, ⑦ 장애,²⁵⁹⁾ ⑧ 인종, 피부색, 국적, 민족 또는 출신국, ⑨ 유랑공동체민(traveller community)이다.

한편, 간접차별은 고용에 관한 어떤 규정(관행 등 포함)이 근로자에게 적용된 결과, 어떤 특정의 성질을 갖는 자에게는 불리하게 작용하고, 실제로 그러한 성질을 갖는 자의 비율이 비교 대상이 되는 다른 근로자에 비하여 적게 되는 경우에는, 다른 정당한 사유가 없는 한, 사용자는 그러한 특정의 성질을 갖는 근로자에 대하여 차별한 것으로 간주된다(제 31조 제1항).²⁶⁰⁾

합법적 목적과는 아무런 관련성이 없고 자의적이고 비합리적인 경우 고령자나 연소자도 차별적인 법으로부터 보호받을 권리를 갖지만, 선택된 연령 범위에 노동력을 구성하는 대다수의 사람들이 해당하기 때문에 비합리적이거나 자의적인 것으로 볼 수 없다는 것이다. Colm O’Cinneide, op. cit., p.208.

257) “For the purposes of this Act, discrimination shall be taken to occur where, on any of the grounds in subsection (2) (in this Act referred to as “the discriminatory grounds”), one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated.”

258) 혼인상의 지위라고 함은 미혼(single), 기혼(married), 별거(separated), 이혼(divorced) 또는 미망인(widowed)을 뜻한다(제2조 제1항).

259) 장애는 ① 신체적 또는 정신적 기능의 완전한 또는 부분적인 부재(신체 일부의 부재를 포함), ② 만성적인 질병을 초래하거나 초래할 가능성이 있는 신체 기관의 존재, ③ 신체 일부의 고장(malfunction), 기형(malformation) 또는 손상(disfigurement), ④ 비장애인과는 다른 학습(learning)을 낳는 신체 상태 또는 기능불량, ⑤ 사고·사물인식·감정·판단에 영향을 미치거나 산란한 행동(disturbed behaviour)을 초래하는 신체 상태 또는 질병을 의미하고, 현존의 장애뿐만 아니라 과거에 존재하였던 장애 또는 미래에 존재할 수 있는 장애를 포함한다(제2조 제1항).

260) “Where a provision (whether in the nature of a requirement, practice or otherwise) relating to employment –

(a) applies to all the employees or prospective employees of a particular

3. 차별에 해당하지 않는 사유

고용평등법은 차별에 해당하지 않는 사유로 직업자격, 적극적 조치, 장애인 관련 임금지급 및 특별한 대우 또는 시설의 제공, 가족·혼인상의 지위를 고려한 급여, 연령차별의 예외 등을 규정하고 있다.

가. 직업자격

특정 일자리의 고용에서 어떤 자의 관련 특성이 그 일자리의 직업자격이기 때문에 그 자를 우대하는 것으로부터 발생하는 차별은 다른 자에 대한 차별에 해당하지 않는다(제37조 제2항). 생리학적인 이유로 또는 오락(entertainment) 목적을 이유로 해당 직업의 성격이 어떤 특성을 갖는 자를 요구하고 그러한 특성을 갖고 있지 않는 자로 채워지는 경우에는 해당 직업의 성격이 실질적으로 달라지는 경우 이러한 관련 특성은 직업자격으로 간주되므로 장애차별(연령차별 또는 인종차별 포함)에 해당하지 않는다(제37조 제3항). 예컨대, 배우 등의 경우를 상정할 수 있다.

나. 적극적 조치

장애인(또는 50세 이상의 고령자, 유랑공동체 구성원)의 고용촉진을

employer who include C and D or, as the case may be, to a particular class of those employees or prospective employees which includes C and D,
 (b) operates to the disadvantage of C, as compared with D, in relation to any of the matters specified in paragraphs (a) to (e) of section 8(1),
 (c) in practice can be complied with by a substantially smaller proportion of the employees or prospective employees having the same relevant characteristic as C when compared with the employees or prospective employees having the same relevant characteristic as D, and
 (d) cannot be justified as being reasonable in all the circumstances of the case,
 then, subject to subsections (4) and (5), for the purposes of this Act the employer shall be regarded as discriminating against C, contrary to section 8, on whichever of the discriminatory grounds gives rise to the relevant characteristics referred to in paragraph (c).”

목적으로, 이러한 자에 대한 차별 효과를 완화 내지 제거하기 위한 조치를 취하는 것은 차별에 해당하지 않는다(제33조 제1항, 제2항). 그리고 불이익을 받고 있는 그룹을 위한 국가의 훈련(또는 작업경험)의 제공은 그러한 제공이 없는 경우 불이익 그룹이 유사한 훈련(또는 작업경험)을 받을 가능성이 없음을 국가가 확인하는 경우에 차별에 해당하지 않는다(제33조 제3항).

다. 장애인 관련 임금지급 및 특별한 대우 또는 시설의 제공

비장애인과 동일한 직무를 수행하는 장애근로자가 장애로 인하여 비장애인과 동일한 작업량(또는 근로시간)을 담당할 수 없는 경우에 사용자가 해당 장애인에게 해당 근로에 대한 일정한 임금액을 지급하는 것은 위법하지 않다(제35조 제1항).

사용자 또는 기타의 자가 장애인에게 다음과 같은 특별한 대우 또는 시설을 제공하는 것은 위법하지 않다. 즉, 그러한 대우 또는 시설이 ① 장애인으로 하여금 직업훈련의 이수, 선발 과정에의 참여 또는 근로를 가능케 하거나 원조하는 경우, ② 장애에 적합한 훈련환경이나 근로환경을 제공하는 경우, 또는 ③ 직업훈련이나 근로와 관련하여 장애인을 원조하는 경우이다(제35조 제2항).

위의 제35조 제1항 및 제2항에 의하여, 장애인이 일정한 임금액을 받거나 특별한 대우 또는 시설을 제공받는 경우 비장애인이나 상이한 장애를 갖고 있는 자는 그러한 임금액이나 대우 또는 시설에 대한 권리를 갖지 않는다(제35조 제3항).

라. 가족·혼인상의 지위를 고려한 급여

① 근로자의 가족 구성원과 관련된 일(events) 또는 가족 구성원의 상황을 고려하여 근로자에게 지급하는 급여(benefit), ② 근로자 가족의 구성원인 어떤 자를 고려하거나 지급하거나 그 자에게 지급하는 급여, ③ 근로자의 혼인상의 지위(marital status)의 변화와 관련된 일(event)

을 이유로(또는 기준으로) 근로자에게 지급하는 급여, 또는 ④ 가족상의 책임을 부담하는 근로자가 근로시간 중에 해당 가족을 돌볼 수 있도록 지원하기 위한 목적의 급여는 차별에 해당하지 않는다(제34조 제1항).

다. 연령차별에 해당하지 않는 일반적 정당 사유 및 특별 사유

1) 일반적 정당 사유

만일 차별이 허용되지 않는다면 현저한 비용 증가(significantly increased costs)가 초래된다고 하는 명백한 보험통계상의 증거 내지 기타 증거(clear actuarial or other evidence)가 존재하는 상황에서는 연령차별(또는 장애차별)이 불법적인 것으로 되지 않는다(제34조 제3항).

2) 채용상 상한 연령의 설정

신입사원(recruit)이 ① 효과적으로 해당 직무를 수행할 수 있는 수준에 이르기까지 훈련시키는 데 소요되는 비용과 시간, 그리고 ② 해당 직무를 효과적으로 수행할 수 있기 위해서는 퇴직연령에 이르기 이전까지 일정한 합리적인 기간이 있어야 할 필요성을 고려하여 채용에서의 상한 연령(maximum age for recruitment)을 정하는 것은 연령차별에 해당하지 않는다(제34조 제5항).

3) 연공(근속기간)에 따른 대우의 차이

특정의 직이나 고용에 있어서 사용자가 서로 다른 근로자에 대하여 상대적인 연공 또는 근속기간(relative seniority or length of service)에 기초하여 상이한 임금액(rates of remuneration)과 근로조건을 제공하는 것은 연령차별에 해당하지 않는다(제34조 제7항).

4) 상이한 퇴직연령의 설정

자발적 퇴직이든 강제적 퇴직이든 근로자(또는 계급·직급)에 대하여 상이한 퇴직연령(different ages for the retirement)을 정하는 것은 연령차별에 해당하지 않는다(제34조 제4항).

5) 연령급제도에 대한 경과조치

연령관련급여(age-related remuneration)에 대한 합의가 고용평등법의 시행 이전에 발효되었고, 법시행 후 3년 이내에 종료하는 경우에는 범위반(동일임금원칙의 위반)에 해당하지 않는다(제34조 제6항). 이는 고용평등법상 허용되는 연령차별 이외에 연령과 관련된 단체협약이 동법에 부합할 수 있도록 그 경과조치를 정하고 있는 것이다.²⁶¹⁾

4. 차별금지의 영역

사용자에 의한 차별금지로서, ① 채용, ② 근로조건, ③ 고용관련 훈련 내지 경험, ④ 승진 또는 직급부여(promotion or regrading), ⑤ 직제 분류(classification of posts)와 관련하여 사용자는 근로자 또는 채용지원자(pro prospective employee)를 차별하여서는 아니된다(제8조 제1항). 이러한 5가지 사항과 관련하여 차별을 발생시키는 단체협약상의 규정은 무효이다(제9조 제2항). 또한 사용자가 채용을 제외한 위의 4가지 사항과 관련하여 어느 근로자 또는 근로자 그룹을 차별하는 규칙을 정하거나 지시하는 것 또는 관행을 적용하거나 운영하는 것 역시 금지된다(제8조 제4항). 사용자에 의한 고용차별 외에도 직업훈련기관, 직업소개기관, 노사단체 등에 의한 차별도 규제된다.

가. 채용

사용자가 ① 누구를 채용할 것인가를 결정함에 있어서 불리하게 취급하거나 또는 ② 고용될 수 있는 상황이 실질적으로 다르지 않음에도 불구하고 다른 자(또는 그룹)와 관련해서는 특정되지 않는 고용자격(entry requirements for employment)을 어떤 자(또는 그룹)에 대해서는 특정함으로써 불리하게 취급하는 경우에는 채용에서의 차별에 해당한다(제8조 제5항).

채용광고에서 ① 차별의 의도를 보이거나 또는 ② 합리적으로 볼 때

261) Colm O'Conneide, op. cit., p.210.

그러한 의도를 보이는 것으로 이해되는 광고를 출판하거나 전시하는 것은 허용되지 않는다(제10조 제1항). 또한 광고에서 어떤 일자리(post)를 표현하는 데 사용된 단어 또는 문구가 특정의 성(性)이나 기타 법 소정의 차별사유와 관련된 특성을 갖는 자를 암시하는 경우 또는 그러한 자에 의해서만 수행되는 일자리 내지 직무를 표시하거나 언급하는 경우에는 차별 의도를 보여주는 것으로 간주된다(제10조 제2항).

나. 근로계약 및 근로조건

1) 근로계약

차별적인 근로계약은 허용되지 않는다. 근로계약상에 차별금지(평등) 조항이 명시적으로 포함되어 있지 않더라도 포함되어 있는 것으로 간주된다(제21조 제1항, 제30조 제1항).²⁶²⁾ 한편, 어떤 근로자의 근로계약이 동일한 사용자에게 고용되어 실질적으로 다르지 않는 직무를 수행하는 다른 근로자의 근로계약보다도 불리한 내용을 포함하고 있는 경우 그러한 근로계약은 차별에 해당하며, 불리하지 않는 내용으로 수정되는 것으로 간주된다(단, 연금권²⁶³⁾ 제외). 다만, 사용자가 법 소정의 차별 사유 이외의 사유에 진정으로 근거한 차이라는 점을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다(이상은 제30조).²⁶⁴⁾

2) 근로조건 일반

근로조건에서의 차별 역시 규제된다. 고용되어 있는 상황이 실질적으로 다르지 않음에도 법 소정의 차별 사유에 근거하여 사용자가 ① 근로조건(연금권 제외), ② 작업환경, ③ 시간외근로, 교대근로(shift work), 근로시간단축(short time), 배치전환, 정리해고, 일반해고 및 징계에서,

262) 남녀간의 동일임금원칙에 관한 조항이 근로계약상에 포함되어 있는 것으로 간주하고 있는 규정은 제20조이다.

263) 연금권(pension rights)이라 함은 직역연금제도(occupational pension scheme) 상의 연금 또는 기타의 급여(benefit)를 뜻한다(제2조 제1항).

264) 성(性)을 이유로 하는 차별적 근로계약에 관한 동일한 내용은 제21조에서 규정하고 있다.

다른 근로자(또는 근로자 그룹)에게 제공하거나 대우한 것과는 다르게 어떤 근로자(또는 근로자 그룹)를 취급하는 것은 차별에 해당한다(제8조 제6항).

3) 임금

임금의 경우에는 ‘동일노동 동일임금원칙’을 규율하는 별도의 규정이 있다. 즉, 근로자가 근로계약의 조건으로서 해당 업무를 수행하는 시점을 기준으로 하여 전후 각 3년 동안에는 유사한 직무(like work)를 수행하는 다른 근로자에게 지급되는 것과 동일한 임금(the same rate of remuneration)을 받을 자격이 부여되어야 한다(제29조 제1항, 제2항). 이 경우 유사한 직무라 함은 ① 두 근로자가 동일 내지 비슷한 조건하에서 상호 대체가 가능한 동일한 작업을 수행하는 경우,²⁶⁵⁾ ② 어떤 근로자가 수행하는 작업이 다른 근로자가 수행하는 작업과 유사한 성질을 갖고 있고, 각자가 행하는 작업이나 작업수행조건 사이의 차이가 해당 작업 전체적으로 볼 때 작거나 유의미하지 않는 경우,²⁶⁶⁾ 또는 ③ 어떤 근로자가 행하는 작업이 기술, 신체적 내지 정신적 요구(부담), 책임, 근무조건 등에 비추어 다른 근로자가 행하는 작업과 동일한 가치를 갖는 경우²⁶⁷⁾를 말한다. 또한 단체협약의 규정이 법 소정의 차별 사유에 기하여 임금액의 차이를 정한 경우 그 규정은 무효로 된다(제9조 제1항).

그리고 근로자에게 적용되는 근로계약의 조건 또는 일정한 기준이 특정한 사용자의 모든 근로자들에게 또는 일정 그룹의 근로자들(C와 D 근로자 포함)에게 적용되는 경우에 있어서 그러한 조건이나 기준을 충족하는 자의 보수가 그렇지 못한 자의 보수와 다르고, 그러한 조건이나

265) “both perform the same work under the same or similar conditions, or each is interchangeable with the other in relation to the work”

266) “the work performed by one is of a similar nature to that performed by the other and any differences between the work performed or the conditions under which it is performed by each either are of small importance in relation to the work as a whole or occur with such irregularity as not to be significant to the work as a whole”

267) “the work performed by one is equal in value to the work performed by the other, having regard to such matters as skill, physical or mental requirements, responsibility and working conditions”

기준을 충족할 수 있는 근로자의 비율이, C근로자와 동일한 관련 특성을 근로자들의 경우에는 D근로자와 동일한 관련 특성을 갖는 근로자들에 비하여 실질적으로 보다 적을 때에는 합리적인 것으로 볼 수 없고, 이러한 경우 동일임금원칙과 관련하여 C와 D 근로자 각자가 기준이나 조건을 충족한 것으로 간주되든 그렇지 않은 것으로 간주되든 보다 높은 임금이 지급되어야 한다(제29조 제4항).²⁶⁸⁾ 다만, 법 소정의 차별 사유 이외의 이유로 서로 다른 근로자에게 상이한 임금을 지급하는 것을 금지하는 것은 아니다(제29조 제5항).

4) 승진

법 소정의 차별사유에 근거하여 사용자가 승진의 적격성과 자질을 갖추고 있음에도 불구하고 특정의 근로자에게는 ① 승진기회의 제공을 거부하거나 고의로 제외한 경우 또는 ② 승진의 기회를 다른 근로자와 동일한 방법으로 제공하지 않는 경우에는 승진에서의 차별에 해당한다(제8조 제8항).

다. 훈련 또는 직무경험

근로자가 고용된 상황이 실질적으로 다르지 않음에도 사용자가 다른

268) “Where a term of a contract of employment or a criterion applied to employees (including C and D)–
 (a) applies to all employees of a particular employer or to a particular class of such employees (including C and D),
 (b) is such that the remuneration of those who fulfil the term or criterion is different from that of those who do not,
 (c) is such that the proportion of employees who can fulfil the term or criterion is substantially smaller in the case of the employees having the same relevant characteristic as C when compared with the employees having the same relevant characteristic as D, and
 (d) cannot be justified as being reasonable in all the circumstances of the case,
 then, for the purposes of *subsection (1)*, C and D shall each be treated as fulfilling or, as the case may be, as not fulfilling the term or criterion, whichever results in the higher remuneration.”

근로자들에게는 고용상당·훈련(OJT 여부 불문)·직무경험을 위한 기회 또는 설비를 제공하고 어떤 근로자에게는 법 소정의 차별사유에 근거하여 그 제공을 거부하는 경우에는 고용관련 훈련 내지 경험에서의 차별에 해당한다(제8조 제7항)

라. 사용자 이외의 자에 의한 기타 영역에서의 차별금지

1) 직업훈련기관의 훈련 과정

교육훈련기관 등 직업훈련 과정을 제공하는 모든 자는 훈련 과정 및 관련설비의 제공조건, 제공의 유무 또는 제공의 방법에서 차별하여서는 아니된다(제12조 제1항). 그리고 이러한 차별금지는 그 적용 대상자의 최저 연령이 의무교육 종료연령(즉, 15세)으로 되고 있다(제12조 제3항). 한편, 직업훈련기관이 특정 범주의 자에 대하여 전통적 또는 역사적인 배려의 차원에서 일정한 지원조치(장학금, 장려금 등)를 취하는 것은 그러한 지원이 합리적으로 정당화될 수 있는 것인 한 연령 또는 인종에 기한 불법적 차별에 해당하지 않는다(제12조 제7항).

2) 직업소개기관의 서비스

직업소개기관(employment agency)은 직업소개, 캐리어·고용관련 기타 서비스(훈련 포함)에 관한 지도 등 해당 기관으로부터 서비스를 제공받고자 하는 자에 대하여 차별하여서는 아니된다(제11조 제1항).

3) 노사단체에의 가입 등

근로자단체, 사용자단체, 전문직단체, 상업단체 등은 해당 단체에의 가입이나 단체가 제공하는 이익(연금 제외), 해당 직업에의 입직이나 직업수행과 관련하여 차별하여서는 아니된다(제13조).

5. 차별의 구제

1998년 고용평등법에 의해 두 개의 기관, 즉 평등위원회(Equality

Authority)와 평등심사국(Office of the Director of Equality Investigations)이 창설되었다. 평등심사국은 차별사건에 대해 법적 구속력을 갖는 구제명령을 내리는 권한을 갖는다. 즉, 평등심사국은 차별 피해자로부터 구제신청을 받아 구제명령을 내리는 기관이다. 평등위원회도 차별 피해자에 대한 법률적 구조 또는 지원을 행하지만 이는 부수적인 업무이고, 주된 업무는 고용평등의 촉진과 고용차별의 시정을 위하여 행정적 차원에서 법의 운영에 관여하고 입법개선활동을 수행한다. 따라서 평등위원회는 고용평등법의 행정적 시행을 담당하는 기관이라고 볼 수 있고, 평등심사국은 고용평등법의 준수법적 집행을 담당하는 기관이라고 할 수 있다. 특히 평등심사국은 평등위원회와의 차별성을 강조하기 위하여 최근에는 평등법원(equality tribunal)이라는 별칭을 사용하고 있다.

가. 평등위원회

1) 조직 및 구성

평등위원회(EA)²⁶⁹는 관계 장관²⁷⁰이 임명하는 4년 임기의 12인(그 중 남녀는 각각 최소 5인이어야 함)으로 구성되고(제41조), 평등의 촉진을 목적으로 하는 기관이다(제39조). 위원회는 근로자단체를 대표하는 자 2인(남성 1인, 여성 1인), 사용자단체를 대표하는 자 2인(남성 1인, 여성 1인), 관계 장관이 지명하는 해당 분야의 전문적 지식·경험을 갖는 자 8인으로 구성되며, 위원은 파트타임으로 활동한다(제44조 제1항, 제2항).

2) 임무와 권한

평등위원회는 ① 고용차별의 제거를 목적으로 하는 업무, ② 고용평등법 관련 기회평등의 촉진, ③ 일반에의 정보제공, ④ 고용평등법의 개정 제안 등을 일반적 임무로 하고 있다(제39조). 평등위원회는 특정의

269) 동 기관은 과거의 고용평등국(Employment Equality Agency)을 대체하는 기관으로서 이전보다 확장된 역할과 기능을 담당하는 기관으로 탄생하였다(제38조).

270) 법무·평등·법개혁부장관(Minister for Justice, Equality and Law Reform)이다.

기업, 기업 그룹, 산업 부문 등과 관련하여 고용평등 상황을 평가·검토하고 평등촉진을 위한 행동계획(equality action plan)을 수립할 수 있고(제69조), 이러한 활동을 위한 자료·정보의 제공을 기업 등에게 요구할 수 있다(제70조). 또한 평등위원회는 고용차별의 제거 및 고용기회평등의 촉진에 영향을 미치거나 저해하는 법규정에 대한 검토 작업을 수행하여 보고서를 정부에 제출할 수 있다(제73조).

그 외에도 평등위원회는 차별행위의 피해자에 대한 법적 자문을 행하기도 한다.²⁷¹⁾ 그리고 평등위원회는 관계 장관의 요구가 있는 경우 또는 자신의 임무를 수행하기 위한 목적으로 자발적으로 조사활동을 행할 수 있다(제58조 제1항). 이러한 조사활동은 광고나 정책 내용의 영역에서 구조적인 차별을 제거하기 위한 목적으로 이루어지고 있다.²⁷²⁾ 조사과정에서 또는 조사 후에 평등위원회는 위에서 언급한 자신의 일반적 임무 중 ① 또는 ②와 관련하여 관계 장관을 포함하여 누구에게도 권고를 행할 수 있다(제61조 제1항). 그리고 평등위원회는 조사 과정이나 그 후에 차별행위자에게 차별금지통지(non-discrimination notice)를 발할 수 있다(제62조). 이러한 차별금지 통지에 기재되는 사항은 차별행위의 내용, 차별하지 말라는 취지, 특정된 기간 내에 차별금지 통지의 대상자가 취하여야 할 조치의 내용과 그 준수 여부에 대한 평등위원회에의 보고의무 등이다(제62조 제5항). 그런데 실무상으로 이러한 차별금지 통지의 권한은 차별적 광고처럼 차별이 명백한 행위에 대해 행사된다고 한다.²⁷³⁾ 차별금지 통지의 대상이 된 자는 42일 이내에 노동법원에 이의를 제기할 수 있고, 이 경우 노동법원은 차별금지 통지의 전부 내지 일부를 승인(내용의 변경도 가능)하거나 이의제기를 받아들일 수 있고, 후자의 경우 차별금지 통지는 그 효력을 상실하게 된다(제63조).

한편, 평등위원회는 이해관계 당사자의 진정이 없더라도 독자적인 판단으로 차별행위가 있다고 여기는 경우에는 후술하는 평등심사국에 사

271) 평등위원회 홈페이지의 게재된 내용(www.equality.ie/whatis/whatis.shtml)을 참조하였다.

272) Employment & social affairs, *Specialised bodies to promote equality and/or combat discrimination*, European Commission, 2002, p.74.

273) 牧野利香, 앞의 보고서, 14쪽.

건을 제기하여 평등심사국이 해당 차별행위를 시정할 수 있게끔 할 수 있다. 이러한 권한은 평등위원회가 차별이 일반적으로 행하여지고 있다고 여기는 경우, 특정인에 의한 평등심사국에의 구제신청을 합리적으로 기대할 수 없는 상황에서 그 자에 대한 차별이 이루어지고 있다고 여기는 경우 또는 차별적 모집광고가 이루어지고 있다고 여기는 경우 등에서 행사될 수 있다(제85조 제1항). 또한 평등위원회는 단체협약에 차별 조항이 포함되어 있다고 판단하는 경우에는 평등심사국에 그 시정을 구하는 신청을 제기할 수 있다(제86조 제1항).

나. 평등심사국

평등심사국(ODEI)은 관계 장관²⁷⁴⁾이 임명하는 공무원으로 구성되는 준사법적 행정기관으로 고용평등법 위반사건에 대한 구제수단으로 법적 구속력이 있는 결정을 내리는 권한을 갖는다.²⁷⁵⁾

고용평등법상의 차별 피해자는 차별이 행해진 때로부터 6개월 이내에 평등심사국에 구제를 신청할 수 있다(제77조 제1항, 제5항). 다만, 해고사건은 6개월 내에 노동법원에 제소하여야 한다(제77조 제2항, 제5항). 그리고 성차별사건의 경우에는 평등심사국에 대한 구제신청 대신에 6개월 내에 지방법원(Circuit Court)에 직접 제소할 수도 있다(제77조 제3항, 제5항). 차별사건 당사자 쌍방의 동의가 있는 경우 평등심사국은 조정절차를 통하여 사건을 해결할 수 있다(제78조 제1항).

당사자 어느 일방이 조정에 반대하는 경우 평등심사국은 심사절차를 진행하여야 한다(제78조 제3항). 심사 결과에 따라 평등심사국은 적절한 구제명령을 내릴 수 있다. 구제명령의 종류에는 ① 동일임금원칙 위반사건의 경우 구제신청 이전 3년 기간 내의 임금차액에 대한 금전보상명령, ② 구제신청일 이후의 동일임금지급명령, ③ 구제신청 이전 6년 기간 내에 발생하였던 차별행위에 대한 금전보상명령(성차별 외의 경우

274) 법무·평등·법개혁부장관(Minister for Justice, Equality and Law Reform)이다.

275) 2000년 평등지위법이 제정된 후 평등심사국은 동법 위반사건에 대한 구제도 담당한다.

최고 한도액으로 2년분의 임금), ④ 기타 해당 사건과 관련한 평등대우 명령 등이 있다(제82조 제1항). 노동법원에 제소된 차별해고사건의 경우에는 금전보상(성차별 외의 경우 최고 한도액으로 2년분의 임금)을 수반(또는 수반하지 않는) 복직명령 또는 재고용명령이 가능하다(제82조 제2항). 한편, 지방법원에 제소된 성차별사건의 경우 ① 평등임금원칙 위반시 구제신청 이전 6년 기간 내의 임금차액에 대한 금전보상명령, ② 구제신청일 이후의 동일임금지급명령, ③ 구제신청 이전 6년 기간 내에 발생하였던 차별행위에 대한 금전보상명령(최고 한도액의 제한 없음), ④ 기타 해당 사건과 관련한 평등대우명령, ⑤ 금전보상(최고 한도액의 제한 없음)을 수반(또는 수반하지 않는) 복직명령 또는 재고용명령 중에서 적절한 구제를 행할 수 있다(제82조 제3항).

평등심사국의 구제명령일로부터 42일 이내에 구제신청인 또는 피신청인은 노동법원에 재심을 청구할 수 있고(제83조 제1항), 노동법원의 판결에 대해서는 42일 내에 지방법원에 상소할 수 있다(제90조 제1항). 사용자가 평등심사국의 결정 또는 노동법원의 판결을 준수하지 않는 경우 지방법원은 법 소정의 이해관계자의 신청에 따라 그 이행을 명할 수 있다(제91조).

제3절 시사점

1. 차별보호 대상자의 범위

아일랜드의 고용평등법은 공무원(국가공무원 및 지방공무원)을 포함한 모든 근로자(가사사용인 제외) 및 사용자에게 적용된다. 다만, 연령 차별 보호 대상자의 범위를 18세(단, 직업훈련의 경우 15세)~64세의 근로자(공무원을 포함)로 설정하고 있다. 또한 군인, 경찰, 교도관의 경우와 항공기, 열차, 선박의 운전자격과 관련해서는 동법상의 연령차별규정이 적용되지 않는다. 미국법이 중·고령자에 대한 연령차별금지에 초점

을 두고 있는 반면에 아일랜드법은 연소자 및 청년에 대한 연령차별금지까지 포괄하고 있다. 미국형 모델에 비하여 아일랜드형 모델이 법적 규제의 대상이 되는 연령차별의 범위를 더 넓게 파악한다. 다른 한편, 아일랜드의 고용평등법은 보호 대상자의 연령 상한선(64세)을 설정하고 있고, 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 미국 ADEA의 경우에도 연령 상한선을 설정(65세)하는 것으로부터 출발하여 약 10년을 단위로 하여 점진적으로 연령 상한선을 연장·폐지하는 과정을 거쳤다.

한편, 2003년 8월 현재 아일랜드 정부는 고용평등법을 EU 제78호 지침에 완전히 부합할 수 있도록 하기 위한 입법안을 2003년 말까지는 마련한다는 계획 아래 작업을 진행하고 있다. 새로운 입법안의 주요 내용으로 자영인·가사사용인·군인에 대한 법적용의 확대(단, 군인의 경우 연령·장애차별은 적용제외), 65세 이상자 및 18세 미만 자(단, 의무교육연령인 15세 이상으로 한정)에 대한 법적용의 확대(단, 사용자에 의한 최저 채용연령 18세의 설정과 퇴직연령의 설정은 허용), 적극적 조치(positive action) 규정의 적용범위 확대, 성차별 외의 고용차별에 대한 금전보상의 최고 한도액 제한(2년분의 임금)의 삭제, 노동조합 및 기타 비정부기구(NGO)에 대한 소권 및 소송 참여의 인정 등이 거론되고 있다.²⁷⁶⁾

2. 차별 판단기준

아일랜드의 고용평등법에서는 직접차별과 간접차별의 개념을 규정하고 있다. 직접차별은 동 법이 정하고 있는 사유에 근거하여 어떤 자를 다른 자보다 불리하게 취급하는 것이고, 간접차별은 고용에 관한 어떤 규정(관행 등 포함)이 근로자에게 적용된 결과, 어떤 특성의 성질을 갖는 자에게는 불리하게 작용하고, 실제로 그러한 성질을 갖는 자의 비율

276) 이상의 내용은 '삶과 근로조건을 향상시키기 위한 유럽기금(European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions)' 홈페이지의 게재 내용(Thematic feature-implementation of the EU framework equal treatment Directive)을 참조하였다.

www.eiro.eurofound.eu.int/2003/08/feature/ie0308202f.html

이 비교 대상이 되는 다른 근로자에 비하여 적게 되는 경우를 말한다.

한편, 고용평등법은 차별에 해당하지 않는 일반적 사유로 직업자격과 적극적 조치를 규정하고 있다. 특정 일자리의 고용에서 어떤 자의 관련 특성이 그 일자리의 직업자격이기 때문에 그 자를 우대하는 것으로부터 발생하는 차별은 다른 자에 대한 차별에 해당하지 않는다. 그리고 장애인의 고용촉진을 목적으로, 이러한 자에 대한 차별효과를 완화 내지 제거하기 위한 조치를 취하는 것도 차별에 해당하지 않는다. 한편, 비장애인과 동일한 직무를 수행하는 장애인근로자가 장애로 인하여 비장애인과의 동일한 작업량(또는 근로시간)을 담당할 수 없는 경우에 사용자가 해당 장애인에게 해당 근로에 대한 일정한 임금액을 지급하는 것도 위법하지 않다.

3. 차별금지 영역

아일랜드의 고용평등법은 사용자, 직업훈련기관, 직업소개기관, 노사 단체에 의한 고용차별을 규제하고 있다. 모집·채용에서 근로관계의 종료에 이르는 전 단계, 직업소개서비스, 근로자단체에의 가입 등이 차별 금지의 영역이다. 특히 아일랜드의 경우에는 미국이나 영국과 달리 차별 금지의 영역별로 보다 구체적으로 차별 금지의 내용을 규정하고 있다는 점이 특징이다. 판례의 발전을 통한 내용의 구체화를 기대할 수도 있지만, 이는 오랜 기간을 필요로 한다. 가능하다면 보다 구체적인 내용을 입법화하는 것이 예측 가능성을 부여하고, 법의 해석·적용을 상대적으로 용이하게 한다는 점에서 바람직하다. 이러한 측면에서 아일랜드의 입법례에 주목할 필요가 있다.

4. 차별구제

아일랜드에서는 평등위원회(EA)와 평등심사국(ODEI)으로 이원화된 기구가 고용차별 전반에 대한 행정적 구제절차를 담당한다. 다만, 아일랜드의 평등심사국(평등법원이라는 별칭을 갖고 있음)은 준사법적 행정

기관으로서 법적 구속력이 있는 구체명령을 내릴 수 있다는 점에서 미국이나 영국의 행정적 차별구제 기관과는 다른 특징을 갖는다. 전체적으로 볼 때, 미국과 영국은 사법적 구제(즉, 차별소송)를 중심으로 하는 제도이고, 행정적 구제는 사법적 구제를 보충하는 정도에 그치고 있는 반면에 아일랜드는 상대적으로 행정적 구제를 중시하는 제도라고 평가할 수 있다. 특히 아일랜드의 차별구제도는 비록 구제 대상 사항이나 구제 기관의 구성 등은 우리와 다르지만 우리나라의 노동위원회 구제제도와 상당히 유사한 구제 시스템이라는 점에서 시사적이다.

제7장

결론

고용차별금지와 관련하여 본 연구에서는 그동안 입법에서나 연구에서 소홀히 다루어졌던 연령차별과 장애차별을 중심으로 하여 국제규범과 미국·영국·아일랜드의 입법례와 시사점을 고찰하였다. 그 전제로서 차별 개념과 고용차별금지의 필요성, 고용차별금지와 관련한 국내법의 현황과 한계에 대해서도 검토하였다. 그렇지만 본 연구에서는 고용차별금지에 관한 구체적인 법제도 개선방안을 제시하고 있지는 못하고 앞으로의 과제로 설정하고 있다. 다만, 이하에서는 향후 법제도 개선방안을 논함에 있어서 고려되어야 할 사항에 대하여 언급함으로써 결론에 대신하고자 한다.

첫째, 고용차별금지에 관한 입법적 규율방식이 문제된다. 근로기준법을 통하여 고용차별규제를 강화하는 방안은 근로기준법이 개별적 근로관계의 기본법이라는 특성 때문에 고용차별금지의 특수성과 구체적 내용을 충분히 반영하는 것이 곤란하다는 한계를 갖는다. 고용에서의 성차별을 규제하기 위하여 남녀고용평등법이 근로기준법의 특별법으로 제정·시정되고 있는 취지를 생각해 보면, 근로기준법을 통한 고용차별규제방안이 실효적이지 않다는 점을 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 장애인고용촉진법이나 고령자고용촉진법을 강화하는 방안은 동 법의 성격상 고용차별금지와 관련하여 사용자에게 사법적 의무를 발생시키지는 않는다는 점에서 한계가 있다. 인권위법을 강화하는 방안은 주로 규제

의 실효성을 강화하는 내용에 초점이 두어질 수밖에 없는데 동 법은 국가기관 등에 의한 인권침해행위와 고용 외의 영역에서 발생하는 차별행위를 포괄하고 있기 때문에 법적 구속력을 갖는 구제명령의 권한을 일률적으로 부여하기 곤란한 측면이 있고, 고용상의 차별행위 규제 및 구제에 집중할 수 없는 한계를 갖는다. 차별금지일반(기본)법을 제정하게 되면 연령, 장애 등 차별사유별로 여러 개의 법률(예컨대, 연령차별금지법, 장애인차별금지법 등)을 만들어야 하는 번거로움을 덜 수 있다. 즉, 차별금지법제의 다원화 내지 복잡화를 피할 수 있고, 통일성을 기할 수 있다. 그러나 단점도 있을 수 있다. 어느 정도 충실한 내용을 법률에 담아 내는가에 따라 다를 수 있지만 각 차별사유에 고유한 내용이 간과될 위험성이 있다. 이는 일반법 내지 기본법이 갖는 한계이기도 하다. 특히 차별금지일반(기본)법의 실제적 내용이 충분치 못할 경우에는 각 차별사유에 고유한 별개의 특별법을 또다시 제정할 것을 바라는 사회적 요구에 직면할 수도 있다. 이에 따른 사회적 갈등이 유발될 수 있다. 독립적인 장애인차별금지법 내지 연령차별금지법을 제정하는 방식은 각 차별사유의 특수성에 부합하는 법적 규제를 할 수 있는 장점이 있지만 여러 차별사유가 복합적으로 작용하여 차별의 결과를 발생하는 경우에 효과적인 구제를 곤란케 할 수 있고, 차별금지법제의 다원화를 초래할 수 있다. 그리고 이러한 차별금지법제의 다원화는 차별구제기관의 다원화로 이어질 수 있다. 결론적으로 아일랜드의 고용평등법과 같은 입법이 바람직하다고 판단된다. 아일랜드형 입법 모델은 차별사유별로 고용차별을 규제하는 여러 개의 법률을 만들 필요가 없다는 점에서 고용차별금지법제의 다원화 내지 복잡화를 피할 수 있는 장점을 갖는다. 또한 각종 차별사유를 포괄하는 고용차별금지법은 종속적인 상황에 처해 있는 근로자의 존엄을 보호하고 평등원칙에 충실할 수 있으며, 특정의 취약집단이 노동시장 및 고용 영역에서 경험하는 제도화된 불이익을 입법을 통해 시정할 수 있다는 점에서, 그리고 시장실패를 극복할 수 있는 수단이 될 수 있다는 점에서 유의미하다.

둘째, 차별 판단기준의 문제이다. 차별 여부의 판단기준으로 직접차별 외에 간접차별도 입법적으로 채택하는 것이 바람직하다. 그렇지 않

으면 차별 의도 없이 관행적으로 이루어지는 차별 또는 제도화된 차별을 규제하는 것이 곤란하기 때문이다. 그 개념 규정의 예로 EU 제78호 지침과 아일랜드의 고용평등법은 좋은 참고가 될 것이다. 연령, 장애를 이유로 하는 괴롭힘(harassment)에 대해서도 차별의 한 가지 유형으로 간주하여 이를 규제하여야 한다. 이 경우 괴롭힘은 나이, 장애를 이유로 하는 언동으로 개인의 존엄성·인격 침해하거나 위협적·적대적 또는 굴욕적 작업환경의 조성을 의미한다. 특히 우리 사회는 나이에 따른 위계질서가 상당히 강한 편이다. 나이가 어리다는 이유로 인격을 침해하는 발언을 행하거나 억압적인 고용환경을 조성하는 행위를 연령차별로 규제하여야 합리적인 조직 문화와 인간관계의 형성에 기여할 수 있다. 그리고 장애인차별의 영역에서는 다른 차별과 달리 기회평등의 원칙이 더 중시되어야 한다는 점에서 미국 및 영국의 입법례와 같이 사용자에게 합리적 편의제공 내지 조정의무를 부과할 필요가 있고, 정당한 이유가 없는 한 불이행 자체를 차별의 한 유형으로 간주하여야 한다. 장애인차별금지의 목표는 장애인의 독립성을 증대시키고, 생활의 모든 면에서 다른 일반인과 동등한 조건으로 경쟁할 수 있는 기회를 부여하는 것을 통해 달성될 수 있다. 따라서 장애인이 노동시장에서 비장애인과 동등한 지위·조건에서 경쟁할 수 있는 기회를 부여하기 위해서는 적당하고 합리적인 편의 내지 조정조치(예컨대, 시설·설비의 마련이나 근로시간의 조정 등)가 이루어져야 할 필요가 있다. 이는 장애인에 대한 실질적인 기회평등을 보장하기 위한 차원에서 요구되는 것이다.

셋째, 차별금지 영역의 문제이다. 고용차별금지의 취지상 고용관계의 모든 영역(즉, 채용에서부터 근로관계의 종료까지)을 차별금지의 대상 영역으로 포괄하여야 할 것이다. 그리고 가능하면 고용차별금지의 영역별로 금지되는 내용이나 사항을 구체화하는 것이 바람직할 것이다. 우선, ‘동일가치노동 동일임금원칙’(이하 동일임금원칙)이 관철되어야 한다. 동일가치노동의 판단기준은 현행 남녀고용평등법령상의 판단기준을 준용하면 될 것이다. 문제는 동일가치노동을 판단하는 기준을 적용할 수 있는 직무평가제도 내지 직무급임금체계가 현실적으로 정착되어 있지 않다는 점이다. 정부가 나서서 민간기업에 대해 직무평가제 및 직무

급임급제를 강제할 수는 없다. 이는 기업의 자율성을 침해하는 것이기 때문이다. 궁극적으로는 단체교섭이나 노사협의를 통해 노사가 자율적으로 제도화하는 것이 바람직하다. 공무원의 경우 정부가 직무평가제 및 직무급제도의 설계·도입을 검토할 필요가 있다. 그리고 제도운영의 경험·평가를 토대로 하여 공공부문으로 확대·적용하는 것도 고려해 볼 만하다. 다음으로, 인사 및 승진에 있어서도 평등대우의 원칙이 관철되어야 한다. 직무를 배치함에 있어서 업무의 특수성이나 개인의 적격성에 근거하지 않고 특정 연령(층)의 근로자 또는 장애인을 배제하는 행위를 규제하여야 한다. 그리고 승진의 적격성을 갖추고 있음에도 연령, 장애를 이유로 승진기회를 부여하지 않거나 사전에 설정된 승진기준을 달리 적용하는 것 등에 대한 규제가 입법적으로 이루어져야 한다. 끝으로, 정리해고의 경우 고령자, 장애인 등 사회적 보호를 필요로 하는 자의 처지를 고려하여 해고기준을 마련하도록 사용자에게 법적 의무를 부과하는 입법적 개선이 필요하다. 해고기준을 정함에 있어 고령자, 장애인 등 노동시장에서 재취업을 곤란케 하는 사회적 특성을 갖는 자의 처지를 반드시 고려하여야 한다는 일반적 내용으로 입법화하는 것도 가능할 것이다. 연령, 장애를 이유로 하는 정리해고 자체는 정당화될 수 없지만, 가령 사용자가 고령자 내지 장기근속자의 고임금, 장애인의 직무수행능력 부족을 이유로 하여 우선적인 해고의 대상으로 삼는 경우 이에 대한 적절한 입법적 대응이 취해지지 않으면 이를 범리상 연령차별, 장애인차별로 제한하는 데에는 상당한 제약이 뒤따를 수밖에 없다. 이런 측면에서 사회적 관점을 고려한 해고기준의 설정을 사용자의 의무로 입법화할 필요가 있다. 다른 한편, 고용과 밀접하게 연관되어 있는 영역에 대해서도 차별금지의 대상 영역으로 설정할 필요가 있을 것이다. 사용자에 의해 이루어지는 차별뿐만 아니라 직업훈련기관이나 직업소개기관에 의한 차별 역시 금지되어야 한다. 직업훈련기관과 직업소개기관은 능력개발, 구인정보의 제공 등 고용 접근을 위한 서비스를 제공하는 기관이다. 서비스를 제공하는 데 있어서 연령, 장애 등을 이유로 하는 구별, 배제, 제한은 고용에의 접근 가능성 자체에 영향을 미친다는 점에서 규제되어야 한다. 국제기준과 외국의 입법례에서 보듯이, 직업능

력개발(직업교육훈련)이나 직업지도·직업소개 또는 노동조합에의 가입과 활동 등의 경우를 대표적인 예로 들 수 있다.

넷째, 차별구제의 문제이다. 구제의 방식과 기관이라는 측면에서, 사법적 구제보다는 행정적 구제가 신속하고, 다양한 구제(행위중단, 원상회복, 장래 일정한 행위금지 등)를 가능케 하기 때문에 사법적 구제 외에 행정적 구제를 인정하는 것이 구제의 실효성을 높일 수 있다. 문제는 고용차별의 구제를 전담하는 별도의 기관을 새롭게 설치할 것인지, 아니면 현존 기관(노동위원회, 국가인권위원회)의 관할이나 권한을 확대·강화하여 활용할 것인지가 문제된다. 영국과 같이 다원적인 행정구제기관 체제는 각 차별사유의 특수성을 고려한 구제기관의 구성과 운영을 가능케 하는 장점을 갖지만, 다양한 기관의 설치에 따른 자원낭비를 초래할 수 있고, 통일적인 행정적 차별구제제도의 운영을 곤란케 할 수 있다. 그런 점에서 미국이나 아일랜드와 같은 일원적 내지 이원적 차별구제제도가 바람직하다고 본다. 특히 아일랜드는 차별시정을 위한 정책적 집행기능과 차별구제를 위한 준사법적 집행기능을 분리하고 있는 점이 우리의 국가인권위원회와 노동위원회가 향후 고용차별과 관련한 각자의 역할분담에 있어서 참고할 만한 좋은 예가 된다고 생각한다. 고용차별사건에 대한 개별적인 구제는 노동위원회가 준사법적 기능을 통해 담당하고, 국가인권위원회는 거시적 차원에서의 차별시정정책과 방향의 제시, 차별시정을 위한 가이드라인의 작성·홍보 및 법률적 지원서비스 체계의 구축 등 정책적 집행기능을 담당하는 이원적이면서도 상호보완적인 체계를 구축하는 방향을 생각해 볼 수 있다. 차별구제 신청자의 범위에는 피해자뿐만 아니라 관련 단체(예컨대, 노동조합)도 포함되어야 한다. 그리고 차별구제의 신청, 증언 등을 이유로 하는 사용자의 보복(불이익취급)을 금지하여야 한다. 근로관계가 유지되고 있는 상황에서 차별 피해자 개인이 직접 구제신청을 행하는 것이 곤란할 수 있고, 차별행위는 특정 근로자 개인뿐만 아니라 특정 근로자 그룹을 대상으로 발생하기 때문이다. 다만, 노동조합 등이 차별 피해자 개인을 대신하여 구제신청을 행하는 경우에는 그 동의가 있어야 할 것이다. 입증책임의 전환도 법으로 명시되어야 한다. 즉, 차별 피해자가 차별 피해의 사실을

주장하는 경우 차별이 아니라는 점에 대한 입증책임을 사용자측이 부담하도록 하여야 한다. 통상적으로 입증책임은 주장자에게 있지만 차별사건에서의 관련 정보는 대부분 상대방의 수중에 있기 때문에 입증책임의 전환 규정은 반드시 필요하다. 그렇지 않으면 차별구제의 실효성을 기대하기 어렵다. 근로자는 고용차별 관련 분쟁의 판단자료가 되는 인사자료 등에 접근하기가 곤란하므로 민사소송법상 입증책임원칙을 적용하는 경우 차별구제제도의 실효성을 담보하기 곤란하기 때문이다. 그 외에도 적절한 구제수단이 확보되어야 하고, 구제명령에 대한 법적 구속력이 부여되어야 한다. 구제수단의 내용으로는 차별행위의 중지 및 시정, 차별행위의 방지(차별행위 공포 및 사고 등), 차별에 따른 물적·정신적 손해의 배상 등이 고려되어야 한다. 특히 악의적인 차별행위에 대해서는 구제의 내용을 강화하여야 한다. 구제명령에 대해서는 일정한 경우 판결에 의해 확정되기 이전이라도 가집행이나 그 이행을 강제할 수 있는 제도가 강구되어야 한다. 차별구제와는 별개로 차별행위 그 자체에 대한 민·형사적 또는 행정적 징벌을 부과할 것인가 하는 제재의 문제가 제기된다. 이러한 문제는 원상회복 차원에서 차별행위의 피해자를 구제하는 것으로 고용차별금지의 목적을 충분히 달성할 수 있는가 하는 문제와 연관된다. 일반적으로 차별행위의 제재는 차별행위에 대한 응보적·예방적 징벌을 가한다는 점에서 이점이 있다. 특히 다양한 구제명령을 통한 구제의 실효성이 담보되지 못하는 상황에서 제재조차 전무하다면 차별행위금지의 실효성을 담보하기 어렵다. 특히 악의적이고 반복적인 차별행위에 대해서는 형사제재가 가해져야 한다. 그러나 차별의도가 없는 간접차별에 대한 형사벌칙의 적용은 곤란할 것이다. 한편, 형사처벌은 민사사건의 형사사건화를 초래하는 문제점도 있기 때문에 일정 액수 이상의 민사적 징벌을 과할 수 있는 방안도 고려될 필요가 있다. 이 경우 민사징벌의 최저 한도액을 법으로 규정함에 있어서는 실질적인 징벌의 효과를 거둘 수 있도록 하여야 한다.

참고문헌

○ 국내문헌

- 구미영, “고용상의 간접차별 규제 - 미국 사례를 중심으로”, 서울대학교 법학석사학위논문, 2003.
- 국제노동기구(ILO) 엮음, 『ILO 노동입법 가이드라인』, 한국노동연구원, 2003.
- 김유성, 『정년제의 의의와 법적 문제』, 『법학』 제90호, 서울대학교 법학연구소, 1992.
- 김형배, 『근로기준법』, 제8판(증보신판), 박영사, 2001.
- 노동부, 『준·고령자 우선고용직종(정책자료)』, 2003.
- 서장권, 『미국의 고용에서의 연령차별금지법리』, 『고령자고용과 정년제의 법적 과제』, 한국법제연구원, 2003.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2001.
- 신인령, 『세계화와 여성 노동권』, 이화여대출판부, 1995.
- 임종률, 『노동법』, 제3판, 박영사, 2002.
- 장애우권익문제연구소, 『장애인 차별실태 자료분석을 통한 인권의식 개선방안에 관한 연구』, 국가인권위원회, 2002.
- 장지연, 『고령화시대의 노동시장과 고용정책(I)』, 한국노동연구원, 2002.
- 장지연 외, 『고령화시대의 노동시장과 고용정책(II)』, 한국노동연구원, 2003.
- 조순경 외 4인, 『간접차별 판단기준을 위한 연구』, 노동부, 2002.
- 이병태, 『신노동법』, (주)중앙경제, 2002.
- 한국노동연구원, 『사회적 통합을 위한 장애인 고용정책』, 노동부용역보고서, 2002.
- 한승희, “고용상의 간접차별 판단기준에 관한 연구”, 이화여대 석사학위논문, 2000.
- 한홍순·김중렬 엮음, 『노동경제학』, 교보문고, 2003.

○ 외국문헌

- 牧野利香, 『アイルランドの雇用における年齢差別禁止法制』, JIL Discussion Paper Series 03-002, 2003.
- 濱口桂一郎, 『EU労働法の形成』, 日本労働研究機構, 2001.
- 木下正義, 『整理解雇の展開と法理』, 成文堂, 1996.
- 井村眞己, 『高齢者の退職に伴う放棄契約の締結と雇用差別禁止法 - アメリカにおけるADEAの改正を契機として』, 『季刊労働法』, 제 182호, 総合労働研究所, 1997.
- Camilla Palmer, Tess Gill, Karon Monaghan, Gay Moon and Mary Stacey, *Discrimination Law Handbook*, Legal Action Group, 2002.
- Colm O'Conneide, "Comparative European Perspectives on Age Discrimination Legislation", *Age as an Equality Issue*, edited by Sandra Fredman and Sarah Spencer, Hart Publishing, 2003.
- Commission of the European communities, *Proposal for a Council Directive establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*, COM(1999) 565 final, 1999. 11. 25.
- David Neumark, *Age Discrimination Legislation in the United States*, NBER working paper 8152, National Bureau of Economic Research, 2001.
- Division des Etudes de législation comparée, *La lutte contre les discriminations sur les lieux de travail*, Sénat de France, 2000.
- Employment & Social Affaires, *Report on Member States' legal provisions to combat discrimination*, European Commission, 2000.
- Employment & Social Affaires, *Specialised bodies to promote equality and/or combat discrimination*, European Commission, 2002.
- European Industrial Relation Observatory(EIRO), *Industrial Relations and the Ageing Workforce : a review of measure to combat*

- discrimination in employment* (the case of Ireland), 2000.
- Harold S. Lewis and Elizabeth J. Norman, *Employment Discrimination Law and Practice*, West Group, 2001.
- Hilary Kellerson, "The ILO Declaration of 1998 on Fundamental Principles and Rights : A Challenge for the Future", *International Labour Review*, Vol. 137, No. 2, 1998.
- ILO, *Time for Equality at Work*, Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference 91st Session 2003, Report I(B), International Labour Office, 2003.
- Jean Brading and John Curtis, *Disability Discrimination*, 2nd edition, Kogan Page, 2000.
- Jeff Kenner, *EU Employment Law*, Hart Publishing, 2003.
- John E. Roemer, *Equality of opportunity*, Harvard University Press, 1998.
- Lawrence M. Friedman, "Age Discrimination Law : some remarks on the American experience", *Age as an Equality Issue*, edited by Sandra Fredman and Sarah Spencer, Hart Publishing, 2003.
- Mack A. Player, *Federal Law of Employment Discrimination*, 3rd ed., West, 1992.
- Mark Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, 2002.
- Michael Evan Gold, *An Introduction to the Law of Employment Discrimination*, 2nd ed., Cornell University Press, 2001.
- Paul Craig and Gráinne de búrca, *EU LAW : TEXT, CASES, AND MATERIALS*, 2nd edition, OXFORD University Press, 1998.
- Raymond F. Gregory, *Age Discrimination in the American Workplace*, Rutgers University Press, 2001.
- Ruth Colker and Bonnie Poitras Tucker, *The Law of Disability Discrimination*, 3rd edition, Anderson, 2000.
- Samuel Estreicher and Michael C. Harper, *Employment*

- Discrimination and Employment Law*, West Group, 2000.
- Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2002.
- Simon Deakin and Gillian S Morris, *Labour Law*, 3rd ed.,
Butterworths, 2001.

◆ 著者 略歷

- 조용만
 - 서울대 법학 박사
 - 한국노동연구원 연구위원
 - 現 건국대 법대 교수

고용차별금지법의 국제비교

• 발행연월일	2004년 8월 26일 인쇄
2004년 8월 31일 발행
• 발 행 인	최 영 기
• 발 행 처	한국노동연구원
1510-0110 서울특별시 영등포구
여의도동 16-2 중소기업회관 9층
☎ 대표 (02) 782-0141 Fax (02) 786-1862
• 조 판 · 인 쇄	거목정보산업(주) (02) 706-7077
• 등 록 일 자	1988년 9월 13일
• 등 록 번 호	제13-155호

© 한국노동연구원

정가 9,000원