

발 간 등 록 번 호

11-1620000-000822-01

2020년도 연구용역보고서

# 차별판단기준 수립을 위한 연구 (제2부)



Nation Human Rights Commission of Korea



# 차별판단기준 수립을 위한 연구(제2부)

2020년도 국가인권위원회  
연구용역보고서를 제출합니다.

2020. 12.

연구수행기관	한국노동법학회
연구책임자	박은정(인제대학교)
연구원	강을영(법률사무소 재율) 권오성(성신여자대학교) 남공준(한국노동연구원) 박귀천(이화여자대학교) 신수정(경제사회노동위원회) 이소라(다인노무법인) 이율경(세명대학교) 이정선(법률사무소 재율) 차혜령(공익인권법재단 공감)
자문위원	김미영(경제사회노동위원회)
연구보조원	김소진(인제대학교) 최한미(인제대학교)

이 보고서는 연구용역수행기관의 결과물로서,  
국가인권위원회의 입장과 다를 수 있습니다.

# 목차

제1장 해외사례 .....	1
I. EU .....	3
II. 영국 .....	11
III. 캐나다 .....	23
IV. 독일 .....	32
제2장 해외 차별판단지침 .....	41
제1절. 미국 EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues .....	43
I. 개관 .....	43
II. 심리가 가능한 청구 .....	43
III. 적용받는 당사자 .....	51
IV. 제척기간 .....	69
V. 원고적격 .....	77
VI. 이전 주 또는 연방 법원 결정에 근거한 배제 .....	78
제2절. 미국 Enforcement Guidance on Sex Discrimination in the Compensation of Sports Coaches in Educational Institutions(EEOC-CVG-1998-1) .....	83
I. 배경 .....	83
II. 법적 분석 .....	83
III. 결론 .....	91
제3절. 미국 Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities(EEOC-CVG-2007-1) .....	92
I. 배경 및 도입 .....	92
II. 돌봄제공자에 대한 위법한 차별처우 .....	93
III. 보복행위 .....	103
제4절. 미국 Enforcement Guidance on Harris v. Forklift Sys. Inc.(EEOC-CVG-1994-5) .....	104
제5절. 미국 Enforcement Guidance: Vicarious Liability for Unlawful Harassment by Supervisors(EEOC-CVG-1999-2) .....	109
I. 도입 .....	109
II. 모든 차별금지 사유에 대한 위법한 괴롭힘에 적용하는 대위책임 규칙 .....	109
III. 누가 관리자(supervisor)인가? .....	110
IV. 가시적인 고용상 결정을 한 관리자의 괴롭힘 .....	111
V. 가시적 고용상 결정이 없는 관리자의 괴롭힘 .....	113
VI. ‘사용자와 동일한 자(alter ego)’가 행한 괴롭힘 .....	122

VII. 결론 .....	122
<b>제6절. 미국 Enforcement Guidance on O'Connor v. Consolidated Coin Caterers Corp.(EEOC-CVG-1996-4) .....</b>	<b>124</b>
<b>제7절. 미국 Section 3. Employee Benefits(EEOC-CVG-2001-1) .....</b>	<b>126</b>
I. 개관 .....	126
II. 이 섹션에서 다루는 각종 수당 .....	126
〈ADEA 이슈들〉 .....	130
I. 들어가며 .....	130
II. 기초지식(Background) : 동일 수당(Equal Benefits) .....	131
III. 기초 지식 : 동일 비용과 보충 .....	134
IV. 동일비용과 상계 분석을 특정 수당에 적용하기 .....	139
V. 연금 .....	146
VI. 조기 퇴직 장려금 .....	148
〈ADA 문제들〉 .....	154
I. 서설 .....	154
II. 동일한 급여 .....	155
III. 장애에 기반한 구분 .....	155
IV. 장애에 근거한 구분의 정당성 .....	156
V. 장애퇴직 및 근속퇴직 제도 .....	158
〈민권법 제7절 및 EPA와 관련된 문제〉 .....	159
I. 서설 .....	159
II. 성별, 인종, 색상, 국적 또는 종교에 따른 차별 .....	160
III. 임신, 출산 또는 관련된 의료적 질환에 근거한 차별 .....	161
<b>제8절. 미국 Section 10 Compensation Discrimination(EEOC-CVG-2001-3) .....</b>	<b>164</b>
I. 배경 .....	164
II. 개관 .....	164
III. 민권법 제7편, ADEA, ADA를 위반한 보상 차별 .....	165
IV. 동일임금법 위반에 있어서 보상 차별 .....	175
V. 민권법 제7편과 EPA의 상호작용 .....	186
VI. 구체 .....	187
VII. 보복 .....	189
<b>제9절. 미국 Enforcement Guidance on Pregnancy Discrimination and Related Issues(EEOC-CVG-2015-1) .....</b>	<b>190</b>
I. 임신차별금지법(Pregnancy Discrimination Act, PDA) .....	192
II. 장애인법(Americans with Disabilities Act, ADA) .....	214
III. 임신부 근로자에 영향을 미치는 기타 요건 .....	219
IV. 모범 사례 .....	222
<b>제10절. 미국 Enforcement Guidance on Retaliation and Related Issues(EEOC-CVG-2016-1) .....</b>	<b>225</b>

I. 개요 .....	225
II. 보복에 대한 구제 신청의 요소 .....	228
III. ADA의 개입 관련 규정 .....	259
IV. 구제 .....	261
V. 유망한 실무 관행 .....	264
<b>제11절. 캐나다 인권지침 .....</b>	<b>267</b>
1. 캐나다 연령지침(Age Guidelines (SI/78-165)) .....	267
2. 캐나다 인권위원회의 제3호 규칙(By-law No. 3 of the Canadian Human Rights Commission (SOR/78-223)) .....	268
3. 캐나다 인권 급여 규정(Canadian Human Rights Benefit Regulations) .....	269
4. 관세(Customs) 및 소비세(Excise) 인권 조사 규정(Customs and Excise Human Rights Investigation Regulations (SOR/83-196)) .....	271
5. 균등임금 규칙(Equal Wages Guidelines, 1986 (SOR/86-1082)) .....	273
6. 인권재판소 항소 규정(Human Rights Tribunal Appeal Regulations (SOR/80-394)) .....	276
7. 출입국 조사 규정(Immigration Investigation Regulations (SOR/80-686)) .....	278
<b>제3장 해외법제 .....</b>	<b>279</b>
I. 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act) .....	281
II. 미국 민권법 제7장(Title VII of the Civil Rights Act of 1964) .....	301
III. 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) .....	312



---

---

## 제 1 장

---

---

### 해 외 사 례

---

---



## I. EU

### 1. Case C-267/12<sup>1)</sup> : 이성간 결혼을 전제로 지급되는 결혼휴가와 결혼수당을 동성간 결합에 대하여 적용하지 않는 것이 차별인지가 문제된 사안

#### 가. 사건개요

동성 간 PACS를 체결한 B사의 직원인 A는 B사의 국가단체협약에 규정된 결혼휴가와 결혼수당을 청구하였으나, 결혼휴가 및 결혼수당은 결혼한 사람에 대하여야만 인정된다는 이유로 거절당하였다. A는 결혼휴가 및 결혼수당의 지급을 요구하며 노동법원에 제소하였으나, 노동법원과 항소법원은 민법상 결혼과 PACS는 구별되고, 결혼이라는 지위를 전제로 결혼휴가와 결혼수당이 지급되며, PACS에 대하여도 확장 적용하도록 개정된 내용의 규정은 소급효를 규정하고 있지 않다는 이유로 A의 청구를 기각하였다. 이에 A는 동성 간에는 PACS를 체결할 가능성만 있으므로 PACS를 체결한 동성간 결합에 대하여 결혼휴가와 결혼수당을 지급하지 않는 것은 성적 성향에 따른 차별이라는 이유로 상고하였다. 상고법원은 본 사안에서 문제된 규정과 관련하여 EU사법재판소에 EU지침 2000/78의 해석을 요청하였다.

#### 나. 쟁점

본 사안에서 고용과 직업에 있어서 동등대우를 위한 일반적인 틀을 마련하는 지침 2000/78이 이성간 결혼이 가능하도록 규정한 국가적 입법에 따라 결혼휴가와 결혼수당에 있어서 동성 간 결합의 이익을 제한하는 단체협약을 배제하는지 여부가 쟁점이 되었다.

#### 다. 판결의 주요내용

EU사법재판소는 개인의 혼인 상태에 관한 법률은 각 회원국의 권한에 속하나, 지침 2000/78 제2조의 동등 대우의 원칙은 고용과 직업에 있어서 종교 혹은 신념, 장애, 나이 혹은 성적 지향성을 이유로 한 직·간접적 차별을 금지하고 있으며, 직접적인 차별의 경우 지침 제2조 제(5)항의 공공질서의 유지, 범죄의 예방, 건강의 보호, 타인의 권리와 자유 보호에 근거하여서만 정당성을 인정된다고 보았다.

본 사안에 있어서 동 지침 제3조 제(1)항 제(c)호의 ‘임금’은 지급형태, 지급시기, 의무적 지급 여부를 불문하고 사용자가 지급하는 모든 대가를 의미하는 것으로 ‘결혼휴가 및 결혼수당’도 이에 포함되며, 성별이 다른 사람들만 합법적인 결혼이 가능한 상황에서 근로조건에 있어서 기혼 근로자에 대하여 혜택을 제공하는 것은 PACS를 체결한 근로자의 성적 성향에 기초하여 직접적인 차별을 야기하는바, 예외인정 사유가 별도로 인정되지 아니하므로 본 사안의 단체협약 규정은 지침 2000/78에 위반한다고 판단하였다.

### 2. Case C-614/11<sup>2)</sup> : 성별에 따른 정년연령의 차별이 문제된 사안

#### 가. 사건개요

A는 B사와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 근무하던 중, DO규정에 따른 근로조건 적용에 동의하였다. DO규정은 기간의 정함이 없는 근로계약 관계에 있어서 남성의 정년을 65세, 여성의 정년을 60세로 규정하고 있는바, B사는 DO규정에 따라 A에 대하여 2008.12.31.자 고용종료를 통보하였다. A는 이러한 고용종료 통보에 관하여 소를 제기하였고, 1심과 2심에서는 A가 승소하였으나, B사가 이에 불복하여 대법원에 항고하였다. 대법원은 본 사안의 DO규정이 EU 지침 76/207에 위반하는 것인지 여부

1) Frédéric Hay v Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres, 2013

2) Niederösterreichische Landes-Landwirtschaftskammer v Anneliese Kuso, 2013

에 관하여 EU 사법재판소에 의견제시를 요청하였다.

#### 나. 쟁점

본 사안에서 ① EU 가입 전 근로계약이 체결되었으나 EU 가입 후 정년이 도래한 경우, 정년에 관한 DO규정이 EU지침 76/207의 시간적·물적 범위에 포함되는지 여부와 ② 남녀의 정년을 다르게 규정하고 있는 DO규정이 EU지침 76/207에 위반하는지 여부가 쟁점이 되었다.

#### 다. 판결의 주요내용

상기 쟁점 ①과 관련하여 EU사법재판소는 오스트리아의 EU가입과 관련된 법률에서 지침 76/207의 적용에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않으므로 장래효를 가지는바, 기존 규범에 대한 정당한 기대권이 보호된다고 하더라도 기존 규범에 따라 발생한 상황의 미래 효과에 대하여는 새로운 규범이 적용된다고 하였다. 따라서 남녀의 정년을 다르게 규정하고 있는 DO 규정이 EU 가입 전에 적용되었더라도 가입 후 이에 따라 정년연령에 도달하는 경우 지침 76/207이 적용된다고 판단하였다.

다음으로 상기 쟁점 ②와 관련하여, 고용, 직업훈련 및 승진, 근로조건에 관한 남녀 평등 대우 원칙의 시행에 관한 지침 76/207은 직·간접적 차별을 금지하며 간접적 차별에 대하여만 목적의 정당성과 수단의 필요성·적정성에 의하여 정당화된다고 규정하고 있는바, 정년연령의 차이로 인하여 여성근로자가 퇴직연금수급연령이 앞당겨진다는 사정이 있다고 하더라도 이는 차별적 처우 판단에 영향을 미치지 아니하며, 정년이라는 동일한 상황에서 성별에 따라 정년을 다르게 규정하고 있는 DO규정은 직접적인 차별에 해당하며 이를 정당화할 수 없으므로 지침 76/207은 DO규정에 따른 정년 연령의 차별적용을 배제한다고 판단하였다.

### 3. Case C-157/15<sup>3)</sup> : 직장 내에서 종교적 신념과 관련된 의복을 착용 금지한 것이 차별인지가 문제된 사안

#### 가. 사건개요

B사에서 접수원으로 근무하는 이슬람교도인 A는 근무시간 중 히잡을 착용하겠다는 주장을 계속하여 해고되었다. 한편 B사의 작업 협의회는 직장에서 직원들이 정치적·사상적·종교적 신념을 나타내는 표식을 착용하는 것을 금지하는 내용의 취업규칙을 승인한 바 있다. A는 B사의 해고통보에 불복하여 소송을 제기하였으나, 노동법원과 고등노동법원에서 기각당하였다. 이에 A는 고등노동법원의 판단이 EU 지침 2000/78 제2조 (2)항의 직접적 차별과 간접적 차별을 잘못 해석한 것이라는 이유로 court of cassation에 상고하였다. court of cassation은 이슬람교도인 여성에 대하여 히잡 착용을 금지하는 것이 EU 지침 2000/78 제2조 (2)항 (a)호의 직접적 차별에 해당하는지 여부에 관하여 EU사법재판소에 의견제시를 요청하였다.

#### 나. 쟁점

본 사안에서는 ① 취업규칙 등에서 모든 직원에 대하여 정치적·사상적·종교적 신념을 나타내는 표식을 착용하는 것을 금지하는 경우, 이슬람교도인 여성으로서 직장 내에서 히잡 착용을 금지당하는 것이 EU 지침 2000/78 제2조 차별에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다.

#### 다. 판결의 주요내용

EU 사법재판소는 지침 2000/78 제2조 제(1)항의 ‘동등 대우 원칙’은 종교, 신념, 장애, 나이, 성적 지향을 이유로 이루어지는 직접적·간접적 차별을 금지함을 의미하는바, 특히 상기 사유에 대하여 비교

3) Samira Achbita v. G4S Secure Solutions NV, 2017

가능한 상황에서 다른 사람보다 불리하게 대우하는 것은 동 지침 제2조 제(2)항 제(a)호에서 규정된 직접적 차별에 해당한다고 하였다.

본 사안의 경우가 동 지침에서 금지하는 직접적 차별에 해당하는지 여부와 관련하여, EU사법재판소는 B사의 취업규칙은 일반적이고 차별화되지 않은 방식으로 정치적·사상적·종교적 신념을 나타내는 표시의 착용을 금지하고 있으므로 종교나 신념에 직접 기초한 것이 아니며, 이러한 취업규칙이 A에 대하여 다르게 적용되었다고 볼 만한 사정이 없으므로, B사의 취업규칙에 따라 이루어진 하잡의 착용 금지는 지침 2000/78 제2조 제(2)항 제(a)호에서 금지하는 직접적 차별에 해당하지 않는다고 보았다.

다음으로 민간 사업장의 취업규칙에 따라 특정 종교나 신념을 준수하는 사람에게 일정한 불이익이 발생하여 명백하게 중립의무를 위반하는 경우 지침 2000/78 제2조 제(2)항 제(b)호의 간접차별에 해당할 수 있으나, 이러한 처우의 차이는 목적의 정당성과 수단의 적절성·필요성을 갖춘 경우에 차별적 처우를 정당화할 수 있다고 하였다. 다만, 구체적인 사안에서 내부 규정이 간접차별에 해당하지 않는 요건을 갖추었는지 여부는 각국의 법원에서 판단하여야 하나, 이를 판단하기 위한 기준으로 ① 목적의 정당성과 관련하여 공공 및 민간 부분의 고객과의 관계에서 정치적·사상적·종교적 중립 정책이 합법적인 것으로 간주되었는지 여부와, ② 정당한 목적을 달성하기 위한 중립적 정책이 일관성있고 체계적으로 적용되었는지 여부, ③ 중립적 정책을 거부하는 직원에 대하여 해고 대신 고객과의 접촉이 없는 직무로의 이동 등 중립 정책이 필요한 경우에 한하여 제한적으로 적용되었는지 여부를 제시할 수 있다고 하였다.

#### 4. Case C-574/16<sup>4)</sup> : 근로계약 해지에 관한 노동법 규정의 적용에 있어서 기간제근로자와 기간의 정함이 없는 근로자 사이에 다른 처우를 하는 것이 차별인지가 문제된 사안

##### 가. 사건개요

A는 스페인 노동자법에 따라 부분퇴직한 어머니를 대체하여 청소용역회사인 B사와 구제근로계약을 체결하였다(계약기간 : 2012.11.1.~2015.9.18.). 이후 B사가 계약기간 만료를 통보하자 A는 본인의 근무지인 C병원에서는 구제근로계약을 체결한 청소부의 경우 기간의 정함이 없이 고용되는 것이 관행이라고 주장하며 스페인 사회법원에 소를 제기하였다. 스페인 사회법원은 이를 부당해고로 인정하였고, 이에 대하여 B사는 항소를 제기하였는바, 항소법원은 기간제근로자와 기간의 정함이 없는 근로자의 근로계약 해지시 발생하는 보상금의 차이가 불평등한 대우에 해당하는지에 대해 EU사법재판소에 의견제시를 요청하였다.

##### 나. 쟁점

본 사안에서 ① 스페인 노동자법 제49조 제1항 제(c)호의 기간제 근로계약에 있어서 계약 해지와 동법 제52조의 기간의 정함이 없는 근로계약에 있어서 계약의 해지를 비교 가능한 상황을 볼 수 있는지 여부와 ② 각 상황에서의 보상 차이가 지침 1999/70을 위반하는지 여부 및 기본합의서 제4조 제(1)항에 따라 “구제고용계약”이라는 계약유형의 시행을 정당화하는 사회정책적 목적이 이러한 처우의 차이를 정당화할 수 있는지 여부가 쟁점이 되었다.

##### 다. 판결의 주요내용

상기 쟁점 사항 ①과 관련하여, 기본합의서의 목적상 관련자가 동일하거나 유사한 업무에 종사하고 있는지 여부는 기본합의서 제3조 제(2)항과 제4조 제(1)항에 따라 업무의 성격과 근무조건 등 여러 요소에 비추어 판단하여야 하는바, 제출된 증거에 따를 때 A와 같은 기간제 근로자는 B사와 고용한 청소업무를 하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자와 비교대상에 해당한다고 보았다.

한편 상기 쟁점 사항 ②와 관련하여, 이러한 비교대상 간의 차별적 처우는 기간제 근로계약이 체결된 목적과 각 회원국의 사회정책적 목표에 따라 판단될 수 있는바, 스페인 노동법 제52조는 근로계약관계

4) Grupo Norte Facility SA v. Angel Manuel Moreira Gómez., 2018

의 계속이 단절됨에 대한 보상임에 반하여 스페인 노동법 제49조 제(1)항 제(c)호의 보상은 근로자가 예상할 수 있는 사실에 대한 것이라는 점과 이는 근로관계에 관한 사회정책적인 결정에 따른 것이라는 점에서 기간제근로자의 근로계약 종료에 대한 보상을 다르게 설정하는 것은 정당화된다고 하였다. 따라서 ETUC, UNICE 및 CEEP로 체결된 기간제 근로 기본협약의 관련된 의회 지침 1999/70에 따르는 기간제 근로 기본협약 제4조 제(1)항은 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 지급되는 보상금을 다르게 설정하는 국가입법을 배제하지 않는다고 판단하였다.

## 5. Case C-385/11<sup>5)</sup> : 퇴직연금 산정방법의 적용이 파트타임 근로자에게 차별의 결과를 야기하는지가 문제된 사안

### 가. 사건개요

18년간 매주 4시간씩 청소부로 근무한 A(여성)는 국립사회보장청(INSS)에 퇴직연금을 신청하였으나, 사회보장일반법(LGSS) 규정상 A가 퇴직연금을 받기 위해서는 최소 4,931일이 필요하나 퇴직시까지 1,362일만 충족하였다는 것을 근거로 퇴직연금의 지급이 거절되었다. A는 시간제 근로자의 경우 낮은 연금액을 받음에도 불구하고 퇴직연금 수급자격 충족에 필요한 가입기간을 더 길게 요구하는 LGSS 규정은 시간제 근로자의 80%가 여성인 점에 비추어볼 때 평등원칙에 위반된다는 이유로 바르셀로나 사회법원에 소를 제기하였다. 사회법원은 스페인 사회보장제도에 근거한 퇴직연금제도가 기본계획 제4조의 적용대상인 근로조건에 해당하는지 여부와 이러한 제도가 금지되는 차별에 해당하는지 여부에 관하여 EU 사법재판소에 해석을 요청하였다.

### 나. 쟁점

본 사안에서는 우선 스페인 사회보장제도에 따른 퇴직연금이 지침 97/81에 부속된 기본계획 제4조의 차별금지의 적용대상인 “근로조건”에 포함되는지 여부와 시간비례원칙의 이중적용으로 인하여 정규직 근로자에 비하여 단시간 근로자에 대하여 더 많은 기여기간을 요구하는 것이 지침 79/7 제4조에서 금지하는 성별을 이유로 하는 차별인지 여부가 쟁점이 되었다.

### 다. 판결의 주요내용

우선 스페인 사회보장제도에 따른 퇴직연금의 성격과 관련하여 EU사법재판소는 기본협정 제4조 제1항의 ‘근로조건’에서 사회정책적 고려에 의하여 결정되는 법정 사회보장연금은 제외되므로 본 사안의 연금제도는 근로조건에 해당하지 않는다고 보았다.

그러나 스페인 사회보장제도에 따른 퇴직연금은 사회보장에 있어서 남녀 동등대우원칙의 점진적 시행에 관한 지침 79/7 제3조 제(1)항에서 규정하고 있는 위험 중 실업에 대한 보호를 제공하고자 하는 목적을 가지므로 지침 79/7의 적용범위에 포함되며, 중립적 용어로 되어 있더라도 이에 따른 국가의 조치가 여성에게 불리하게 작용하는 경우 동 지침 제4조의 간접차별에 해당함을 전제로, 시간제 근로라는 특성에 따라 비례하여 퇴직연금이 감소된다는 점과 시간제 근로자에 대하여 수정된 산정식을 적용하더라도 정규직 근로자에 비하여 더 긴 기여기간을 필요로 한다는 점, 현실적으로 시간제 근로자의 대다수가 여성이라는 점을 고려할 때 입법은 동 지침을 위반하는 것이라고 보았다.

## 6. Case C-457/17<sup>6)</sup> : 교육분야에 있어서 인종 또는 민족적 기원에 의한 차별인지 여부가 문제된 사안

### 가. 사건개요

5) Isabel Elbal Moreno v. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), 2012

6) Heiko Jonny Maniero v Studienstiftung des deutschen Volkes eV, 2018

독일에서 출생하여 거주하고 있는 이탈리아 국적의 A는 아르메니아의 대학에서 법학 학사 학위를 취득한 후 B재단에 장학금을 신청하였다. B재단은 독일의 1차 주법률시험을 통과하지 않았다는 이유로 A의 신청을 거절하였는바, A는 자신이 취득한 아르메니아의 법학학사자격은 독일의 2차 국가법률시험과 동등한 자격을 가지므로 B재단의 장학금 지급 거절 통보는 인종·사회적 기원에 따른 차별이라는 이유로 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다. 1심과 2심에서는 A의 청구가 기각되자 연방법원에 상고를 제기하였는바, 연방법원은 본 사건에서 문제된 B재단의 장학금 신청요건이 간접차별에 해당하는지 여부에 관하여 EU사법재판소에 의견제시를 요청하였다.

#### 나. 쟁점

본 사안에서 ① B재단의 장학금 지급이 교육의 범위에 포함되는지 여부와 ② 독일의 1차 주법률시험 통과라는 B재단의 장학금 지급요건이 간접차별에 해당하는지 여부에 관한 것이다.

#### 다. 판결의 주요내용

상기 쟁점 ①과 관련하여 EU사법재판소는 지침 2000/43에서 ‘교육’의 정의 규정을 별도로 두고 있지 않으나 일상 언어에서 통상적인 의미를 고려하면서 맥락과 목적을 고려하여 결정되어야 한다는 점과 이러한 ‘교육’은 교육에 대한 접근성을 필수적인 요소로 한다는 점, 교육에 대한 접근성에는 연구 프로젝트 참여에 관련된 비용이 포함된다는 점을 고려할 때 장학금 형식의 재정 지급은 연구 프로젝트와 밀접한 관계가 있을 때 ‘교육’ 개념에 속한다고 보았다. 따라서 본 사안에서 B재단의 장학금 제도는 해외 연구 프로젝트나 대학 법학 연구에 참여할 수 있도록 재정적 지원을 하는 것으로 교육에 해당한다고 판단하였다.

또한 상기 쟁점 ②와 관련하여 지침 2000/43의 간접적 차별은 명백하게 중립적인 조항과 기준, 관행이 구체적인 사안에서 특정한 인종·민족 출신자에 대하여 특정한 불이익을 가져오는 경우로서, 이러한 조항과 기준, 관행이 목적의 정당성과 수단의 필요성·적절성을 충족하는 경우에 정당화된다고 보았다. 본 사안의 경우 제1차 주법률시험을 합격한 사람에 대하여 B재단의 장학금이 지급된다는 것일 뿐 특정 민족에 속하는 사람이 이러한 요건을 충족하는 것이 더 불리하다는 증거가 없는 이상 인종·민족적 기원을 이유로 한 간접적 차별에 해당하지 않는다고 판단하였다.

### 7. Case C-270/16<sup>7)</sup> : 일정 결근일수를 이유로 한 해고를 긍정하여 장애근로자의 해고 가능성이 높아지게 되는 것이 차별인지 여부가 문제된 사안

#### 가. 사건개요

청소회사인 B사에서 근무하는 A는 누적 결근기간이 근무시간의 20%를 초과하고 12개월간 근무시간의 5%에 해당한다는 이유로 스페인 노동자법 제52조 (d)항에 따라 해고통보를 받았다. 이에 대해 A는 이러한 해고가 장애를 이유로 한 차별이라는 이유로 사회법원에 소를 제기하였다. 사회법원은 스페인 노동자법 제52조 제(d)항이 EU지침 2000/78에 위반되는지와 장애로 인한 업무 공백도 결근에 포함되는지에 관하여 EU사법재판소에 의견제시를 요청하였다.

#### 나. 쟁점

본 사안에서의 쟁점은, EU 지침 2000/78에 따라 장애인에 해당하는 근로자의 결근일이 12개월 동안의 근로시간의 5% 이상이거나 12개월 내 간헐적으로 4개월 동안의 근로시간의 25% 이상으로 연속 2개월 동안 근로시간의 20%에 해당하는 경우, 간헐적인 결근에 근거하여 사용자가 해고할 수 있는 권리를 부여하는 국가법의 규정이 EU 지침 2000/78에 의하여 금지하고 있는지가 쟁점이 되었다.

7) Carlos Enrique Ruiz Conejero v Ferrosfer Servicios Auxiliares SA and Ministerio Fiscal, 2018

## 다. 판결의 주요내용

우선 EU 사법재판소는 EU지침 2000/78의 ‘장애’란 다른 사람과 비교하였을 때 다양한 원인으로 인하여 직업생활 등에 효과적으로 참여할 수 없도록 하는 장기적인 신체적·정신적 장애에서 비롯된 수용력의 한계를 의미하며, 개인의 ‘비만’도 이러한 능력의 한계를 수반하는 경우 EU지침 2000/78의 ‘장애’에 포함된다고 보았다. 다만, 국가법에 의하여 인정되는 장애와 EU지침 2000/78의 장애가 동일한 것이 아닌바, 본 사안에서 A의 장애가 EU지침 2000/78에 해당하는지 여부는 해당국의 법원이 결정하여야 한다고 하였다.

다음으로, EU지침 2000/78에서의 장애를 가진 근로자는 이와 관련된 모든 차별에서 보호되어야 하는바, 스페인 노동자법 제52조 제(d)항의 해고 요건은 장애와 분리할 수 없는 기준을 사용하여 장애근로자와 비장애근로자에게 동일하게 적용되므로 해당 지침에서 금지하는 장애를 이유로 한 직접적인 차별에 해당한다고 보았다.

또한, 스페인 노동자법 제52조 제(d)항에 의하여 장애를 이유로 한 간접적 차별이 발생하는지와 관련하여, ‘장애’와 ‘병증’의 개념은 서로 동일하지 않다는 점과 장애근로자와 비장애근로자보다 해당 규정에 따라 해고될 위험성이 더 높다는 점에 비추어보면, 해당 규정에 의하여 장애근로자에 대하여 간접적인 처우의 차이가 있다고 볼 수 있다고 하였다. 다만, 이러한 처우의 차이는 목적의 정당성과 수단의 필요성·적합성을 갖춘 경우 차별에 해당하지 않게 되는데, 지침 2000/78 제2조 제(2)항 제(d)호(i)은 국내법이 장애 근로자의 장애에 기인한 질병으로 인하여 발생하는 부정기적 결근을 이유로 사용자가 근로자를 해고할 수 있도록 하더라도 결근에 대처하고자 하는 입법목적 달성을 위하여 필요한 한도를 넘는 경우 이러한 국가적 입법을 배제하여야 한다고 판단하였다.

## 8. Case C-335/15<sup>8)</sup> : 출산휴가 중인 여성근로자에 대한 보호의 정도에 관한 사안

### 가. 사건개요

이탈리아 지방법원 판사인 A(여성)는 법무부에 대하여 1997년~1998년, 2000년~2001년에 걸쳐 이루어진 두 번의 출산휴가 기간 중 특별재판수당의 지급을 요청하였으나, 법 개정 전 출산휴가가 이루어졌고 개정 전 법에 따르면 출산휴가 중 특별재판수당이 지급되지 않았다는 이유로 A의 요청을 거절하였다. 이에 A는 특별탄원을 제기하였고 특별탄원 사건을 담당하는 the council of State는 법에서 강제하는 출산휴가기간 중 특별재판수당을 지급하지 않는 이탈리아의 법이 EU 지침에 위반되는지 여부에 관하여 의견제시를 요청하였다.

### 나. 쟁점

본 사안에서 의무적으로 부여되는 출산휴가에 있어서 지급되는 임금 중 특별재판수당을 제외하도록 하는 이탈리아의 법이 ① 출산휴가 기간 중 기존과 동등한 임금을 지급하도록 하는 임신·출산 근로자의 사업장에서의 안전과 건강을 보호하기 위한 지침 92/85/EEC 제11조를 위반하였는지 여부와 ② 출산휴가 기간 중 특별재판수당을 지급하지 않는 것이 「유럽경제공동체설립조약」 제119조(이후 제141조)와 고용과 직업의 문제에 있어서 남성과 여성의 기회 균등과 평등 대우원칙에 관한 지침 75/117에 위반하는지 여부가 쟁점이 되었다.

## 다. 판결의 주요내용

유럽 사법재판소는 우선 상기 ①의 쟁점과 관련하여 지침 92/85/EEC 제11조의 “임금”은 해당 근로자의 출산휴가 기간 동안 사용자가 근로계약관계에 있어서 직·간접적으로 지급한 대가를 포함하나 이는 실제 근무하는 동안 받게 되는 “임금 전액”과 구별되는 것으로, 지침 92/85/EEC과 이에 관한 판례법

8) Maria Cristina Elisabetta Ornano v Ministero della Giustizia, Direzione Generale dei Magistrati del Ministero, 2016

에 따를 때 동 지침 제11조 제2항 및 제3항의 최소한의 보호에 급여 전액을 받는 것은 포함되지 않는다고 보았다. 따라서 출산휴가 기간 동안 국가사회보장제도에 따른 소득과 동등한 수준의 소득을 받는다면, 이에 더하여 직업적 수행에 드는 비용(특별재판수당)을 별도로 지급하지 않더라도 지침 92/85/EEC 위반에 해당하지 않는다고 판단하였다.

또한, 상기 ②의 쟁점과 관련하여 「유럽경제공동체설립조약」 제119조(이후 제141조)와 지침 75/117의 급여에 있어서의 평등 원칙은 출산휴가의 목적을 형해화할 정도로 낮은 임금을 지급하는 경우가 아닌 출산휴가 기간동안 여성에 대하여 계속 임금 전액을 지급하도록 규정하지 않으며 지급하여야 할 임금의 결정 기준을 규정하고 있지 않았다는 전제에서 판례법에 따라 출산휴가 기간 동안 근무하던 남성 근로자에 비하여 특별사법수당을 받지 못하였다는 사정만으로 성별을 이유로 한 차별에 해당하지 않는다고 보았다.

## 9. Case C-5/12<sup>9)</sup> : 자영업자인 산모 또는 그의 배우자에 대해 출산휴가제도를 적용하지 않는 것이 차별인지가 문제된 사안

### 가. 사건개요

A의 배우자는 스페인의 사회보장제도의 적용을 받지 않는 자영업자인바, A는 산모인 배우자의 출산과 관련한 권리에서 파생되는 출산휴가와 출산급여의 지급을 청구하였으나, A의 배우자가 사회보장제도의 적용을 받지 않는 자영업자임을 이유로 거절당하였다. A는 동등대우원칙 위반을 이유로 스페인 사회법원에 소를 제기하였고, 스페인 사회법원은 해당 사건이 스페인 노동법과 헌법을 준수하였는지 관하여 헌법재판소에 회부하는 한편, 해당 규정인 EU 지침 76/207과 96/34에 위반하였는지에 관하여 EU 사법재판소에 해석을 요청하였다.

### 나. 쟁점

본 사안에서 ① 출산후 6주를 경과한 후 산모의 건강이 위협해지는 경우를 제외하고 출산의 경우에 있어서 1차적이고 자율적인 권리자로서의 산모와 산모가 근로자이고 해당 출산휴가 중 일정 부분을 선택하도록 지정된 경우에 한하여 인정되는 2차적 권리자로서의 근로자인 아버지를 대상으로 하는 스페인 노동자법 제48조 제(4)항이 남녀의 동등대우원칙을 규정하고 있는 EU 지침 76/207과 임신·출산 근로자를 보호하기 위한 지침 92/85를 위반하는지 여부, ② 스페인 사회보장제도상 입양의 경우에 있어서 아버지에게 독자적인 휴가권을 보장하는 것과 달리 친자 출생시 독자적인 권리가 아닌 산모의 휴가에서 파생된 휴가권을 인정하는 스페인법이 동등대우원칙을 위반하는지 여부가 쟁점이 되었다.

### 다. 판결의 주요내용

우선 EU사법재판소는 여성 근로자에게 보장되는 출산휴가는 임신 중과 출산 후 여성의 생물학적 상태를 보호하고 임신과 출산에 따른 기간 동안 여성과 아이 사이의 특별한 관계를 보호하기 위한 것이라는 전제로 스페인 노동자법이 EU 지침에 위반하는지 여부를 판단하였다.

상기 쟁점 ① 중 지침 76/207 위반 여부와 관련하여, 여성을 1차적 권리자로 규정한 스페인 근로법은 성(性)에 근거하여 차이를 설정하지만, 임신 중 및 임신 후 여성의 생물학적 상태를 보호하기 위한 조치라는 동 지침 제2조 제(1)항의 의미를 고려해볼 때 정당화된다고 보았으며, 지침 92/85은 근로자를 대상으로 하는 지침으로 근로자가 아닌 산모에 대하여 사회보장제도를 적용하지 않더라도 동 지침 위반에는 해당하지 않는다고 보았다. 따라서 지침 92/85와 지침 76/207은 남성에 대하여 근로자인 여성의 동의를 얻어 출산휴가를 부여하고 근로자가 아닌 여성에 대하여는 출산휴가를 부여하지 않는 스페인 노동자법 규정을 배제하는 것으로 해석되지 않는다고 판단하였다.

한편, 상기 쟁점 ②와 관련하여, EU사법재판소는 분쟁 주체가 EU법률과 관련이 없고 해석 대상인 법률이 EU법률의 범위 밖에 있는 경우 관할권이 없으나, EU법률 및 지침 등으로 양부와 친부 사이의 차별

9) Marc Betriu Montull v Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), 2013

을 금지하는 어떠한 규정도 없으므로 이에 관하여 판단할 권한이 없다고 보았다.

## 10. Case C-172/11<sup>10)</sup> : 이주노동자에 대하여 적용하는 과세기준의 부당성이 문제된 사안

### 가. 사건개요

프랑스에 거주하고 독일에 소재한 B사에서 근무하는 프랑스 국민인 A는 프랑스와 독일 사이에 체결된 이중과세방지협약의 적용을 받아 A의 소득 중 독일에서의 사회보장기금을 공제한 후 프랑스에서 세금을 납부하는 바, 근로소득에 관한 프랑스의 세율이 낮은 관계로 A의 실수령액은 독일의 세율을 적용했을 때보다 높다. A와 B사는 고령 근로자의 시간제 근로계약을 체결하였는바, 이 계약에 따르면 시간제 근무를 하는 동안 시간제 근로에 대한 급여 외에 보조금이 지급되며 시간제 근로에 대한 매월 실수령액은 기존의 실수령액(최고액)의 85%에 해당한다.

B사는 A가 시간제 근로를 하지 않았을 경우 받게 될 총 급여와 독일의 과세구간Ⅲ(기혼 근로자)를 기준으로 실수령액의 85%를 산정한 후, A와 같은 특성을 가진 독일에서의 납세의무자가 부담하는 세금을 공제하는 방식으로 급여를 지급하였다.

A는 이와 같은 B사의 산정방식이 이중과세에 해당한다며 노동법원에 소를 제기하였으며, 노동법원은 독일에서 납세의무를 지는 근로자들이 기존 실수령액의 85%를 받는 것에 비하여 프랑스에서 납세의무를 지는 근로자들이 기존 실수령액의 85%보다 적은 금액을 받는 것이 TFEU 제45조를 위반하는 것인지 여부에 관하여 EU 사법재판소의 의견제시를 요청하였다.

### 나. 쟁점

본 사안에서는 당사자 간에 체결된 고령 근로자의 시간제 근로계약에 따라 산정된 최고액을 기준으로 실질급여를 결정하는 것이 근로자의 이동의 자유와 이를 보장하기 위한 동등대우원칙을 규정하는 TFEU 제45조 및 제1612조/68호 규정 제7조를 위반하였는지 여부와 이와 별도로 당사자 간의 계약 내용으로 정해진 산정기준을 적용할 수 있는지 여부가 쟁점이 되었다.

### 다. 판결의 주요내용

EU 사법재판소는 TFEU 제45조와 제1612조/68호 규정 제7조에 규정된 동등한 대우규정은 국적에 의한 명백한 차별뿐만 아니라 다른 구별 기준을 적용함으로써 사실상 동일한 결과를 초래하는 모든 형태의 차별을 금지하며, 비차별 원칙은 비교 가능한 상황을 다르게 다루어서는 안 될 뿐만 아니라 다른 상황도 같은 방식으로 다루는 것을 금지한다고 보았다. 국가법이나 협정서의 조항이 본질적으로 국가 근로자보다 이주 노동자에게 더 많은 영향을 미칠 위험이 있고, 이러한 위험이 이주노동자에게 특정한 불이익으로 작용하는 경우 간접 차별로 간주되어야 하는바, 이러한 간접 차별에 해당하기 위해서는 해당 국가의 국적을 가진 모든 국민을 유리하게 하거나, 해당 국가를 제외한 다른 회원국에 대하여만 불리하게 할 필요는 없다.

이러한 전제에서 사안의 경우, ① 독일의 근로소득세를 개념적으로 고려하여 공제한다면 독일에서 거주하며 납세의무를 지는 근로자에 비하여 독일 외에 거주하며 그 곳에서 납세의무를 지는 근로자에게 불리한 상황이 초래되고, ② 국가의 재정부담 증가와 행정적 곤란성은 이러한 차별을 정당화하는 근거가 되지 않으며, ③ 사회적 파트너의 자율성 존중도 비차별 원칙을 준수하는 범위 내에서 이루어져야 한다는 점을 근거로 제1612/68호 규정 제45조와 TFEU 제7조 제4항에 위반한다고 보았다.

따라서 본 사안에서 문제가 된 바와 같이, 고령 근로자의 시간제 근무제도를 적용하는 경우 최고액 산정기준을 정함에 있어서 이중과세를 회피하기 위한 조세협약에 따라 지급되는 급여가 있음에도 불구하고, 개념적으로 근로계약을 체결한 국가에서의 과세기준으로 최고액을 산정하도록 하는 단체협약 및 개인 합의서의 조항은 제1612/68호 규정 제45조와 TFEU 제7조 제4항에 의하여 효력을 상실하게 된다고 판단하였다.

10) Georges Erny v Daimler AG — Werk Wörth, 2012

## II. 영국

### 1. 종교 또는 신념(religion or belief): Nicholson v Grainger plc [2010] IRLR 411)

#### 가. 사건개요

Grainger라는 회사에서 지속가능성 부서의 책임자로 일하던 Nicholson은 2008년 7월 해고되었다. 고용심판소의 소송에서 Grainger 측은 해당 해고가 잉여인력 발생에 따른 정리해고라고 주장한 반면, Nicholson은 이 해고가 불공정해고 및 그의 기후변화에 대한 신념, 즉 기후변화가 인간에 의해 초래된 것이라는 “철학적 신념(philosophical belief)”을 이유로 한 차별적 처우라고 주장하였다. 고용심판소와 (대상판결인) 고용항소심판소는 모두 Nicholson의 손을 들어주었다.

#### 나. 쟁점

대상판결의 핵심 쟁점은 개인의 철학적 신념이 해고 당시 발효 중이던 Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003 및 이후 Equality Act 2010이 규정하는 ‘보호되는 속성(Protected characteristics)’ (차별금지사유) 중 하나인 “철학적 믿음”에 해당하기 위한 요건이 무엇인지였다.

#### 다. 판결의 주요내용

대상판결은 어떤 믿음/신념(belief)가 “철학적 신념”에 해당하는지 판단하기 위한 일반기준을 다음과 같이 제시했다. 즉 철학적 신념은 ① 당해 근로자가 진정으로 믿는 것이고; ② 현재 접근 가능한 정보에 근거한 의견이나 관점이 아니라 믿음이어야 하며; ③ 인간 생활과 행동의 중요하고도 실질적인 측면에 관한 믿음이어야 하며; ④ 일정한 수준 이상의 타당성, 진지함, 응집성(cohesion), 중요성을 갖춰야 하며; ⑤ 민주사회에서 존중될만한 가치가 있는 믿음이어야 하며 인간의 존엄 및 타인의 기본권과 충돌하지 않아야 한다. 고용항소심판소는 Nicholson의 기후변화가 인간에 의해 초래되었다는 믿음이 이러한 심사기준을 충족한다고 보고 차별의 존재를 인정했다.

#### 라. 판결의 의의

비록 대법원의 판결은 아니지만 대상판결이 제시한 기준(criteria)은 이후 “정치적 신념” 해당 여부가 쟁점이 된 사건에서 빈번하게 인용되며 일종의 선도적 판결의 역할을 하고 있다.

### 2. 성별(sex): Ali v Capita Customer Management Ltd; Hextall v Chief Constable of Leicestershire Police [2019] EWCA Civ 900<sup>12)</sup>

#### 가. 사건개요

두 사건이 병합된 항소법원의 대상판결의 각 사실관계는 다음과 같다. 먼저 Ali 사건에서 남성 근로자인 원고는, 그의 여성 동거인(partner)이 산후우울증을 이유로 조기에 직장으로 복귀하자 신생아를 돌보기 위해 공동부모휴가제(shared parental leave)를 사용하였다. 원고는, 자신의 직장(사기업, Capita Customer Management Ltd)이 어머니/여성 근로자에게는 14주 동안 법정기준을 상회하는 수준의 출산 휴가 급여를 지급하는데 반해, 아버지/남성 근로자에게는 2주만 동 급여를 지급하는 것이 차별이라고

11) Grainger plc & ors v Nicholson, UKEAT/0219/09/ZT, 3 November 2009 [https://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2009/0219\\_09\\_0311.html](https://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2009/0219_09_0311.html).

12) <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2019/900.html>.

주장하였다. 한편 Hextall 사건에서 남성인 원고는, 자신이 경영하는 사업의 정상적 운영을 위해 배우자가 조기복귀하자 자신이 공동부모휴가를 써서 육아를 담당했다. 원고의 직장(지방경찰청, Leicestershire)은 여성 직원에게는 법정기준을 상회하는 수준의 출산휴가 급여를 15주 동안 지급하는 반면, 공동부모휴가를 사용하는 남성 직원에게는 법이 정한 최저 기준의 급여만을 지급하여 차별을 주장하였다. Ali 사건의 원고는 고용심판소에서는 승소하였으나 고용항소심판소에서는 패소하였고(차별 불인정), Hextall 사건의 원고는 둘 다 패소한 상태(차별 불인정)로 각각 불복하여 항소법원에 이르게 되었다.

## 나. 쟁점

대상판결의 핵심쟁점은 공동부모휴가를 쓰는 남성이 출산휴가를 쓰는 여성을 자신의 비교대상으로 삼을 수 있는지였다.

## 다. 판결의 주요내용

대상판결은 공동부모휴가를 쓰는 남성과 출산휴가를 쓰는 여성은 서로 비교대상이 아니라는 점을 분명히 했다. 출산휴가는 단순히 육아만을 위한 것이 아니라 임신부/출산모인 여성의 임신 후기를 잘 대비 및 관리하고, 임신과 출산으로 인한 건강상 변화로부터 잘 회복하며 모유수유 및 신생아와의 유대 관계를 형성할 수 있도록 돕는 것을 목적으로 한다고 보았다. 따라서 법상 출산 직후 2주를 반드시 출산휴가에 포함하여 사용되도록 정한 규정을 근거로 동 2주만을 해당 여성근로자의 건강 관리·회복을 위한 휴가기간으로 전제하여 제시된 원고의 논증을 기각했다. 결론적으로 공동부모휴가를 쓰는 남성의 적절한 비교대상은 -출산휴가(maternity leave)를 쓰는 여성이 아닌- 공동부모휴가를 쓰는 여성이라고 보았다.

## 라. 판결의 의의

여성근로자에게만 지급하는 출산휴가(maternity leave) 수당은 법정 기준을 초과하는 금액을 지급하고 남성도 신청할 수 있는 공동육아휴직(shared parental leave) 수당은 법정 기준에 따른 금액을 지급하는 회사의 규정이 성별에 의한 차별이 아니라는 판결은 법리적 측면에서 그 자체로는 큰 문제가 없어 보인다. 그러나 결과적으로는 이 판결 때문에 2014년에 도입된 공동육아휴가 제도가 그 취지대로 활용되지 못할 수 있다는 우려가 있다. 동 제도는 50주의 육아휴직과 37주간의 육아휴직 수당을 부모가 자율적으로 결정하여 공유할 수 있도록 한다. 즉 당사자의 선택을 존중하면서도 실질적으로는 성별 간 균등한 육아의무 부담을 축진한다는 정책적 목적을 가지고 도입된 제도이다. 그런데 여성의 출산휴가 수당을 더 높게 지급하는 대부분의 직장(사용자)의 관행이 이 판결로 인해 그 적법성이 인정되었다. 이런 상황이 지속될 경우 여성이 출산휴가를 쓰고, 그만큼 남성은 공동부모휴가를 쓰지 않는 것이 경제적으로 더 합리적인 선택이 되므로 여성이 육아에 더 큰 책임을 부담하는 전통적 모습이 고착화될 수 있기 때문이다.

## 3. 장애(disability): City of York Council v Grosset [2018] EWCA Civ 1105

### 가. 사건개요

원고는 선천성 낭포성 섬유증(cystic fibrosis)을 앓고 있는 공립학교 교사였다. 그의 장애를 감안한 일정한 편의가 제공되었다고 하는데 적절히 기록되지 않았다. 새 교장이 부임하고 업무 스트레스가 증가하여 원고는 과도한 마감과 업무량에 대해 고충을 제기하고 그의 장애 사실을 언급하며 업무량을 줄여줄 것을 요청하였다. 그러나 그의 요청은 받아들여지지 않았고, 원고는 18세-등급 영화를 15세 학생들에게 보여주었다. 징계위원회의 소명절차에서 원고는 위 행위가 그의 장애와 관련된 스트레스에서 비롯된 판단 실수였다고 해명했다. 그러나 City of York Council는 그의 주장을 받아들이지 않았고 중대한 비위행위를 이유로 원고를 해고하였다. 이에 원고는 사건의 해고가 평등법상 보호되는 속성인 장

애를 이유로 한 차별(제15조)이며 불공정해고에 해당한다고 주장·제소하였다.

#### 나. 쟁점

장애를 원인으로 한 원고의 행위(청소년인 학생을 가르치는 교사로서 부적절한 행위)가 해고의 사유가 된 경우 설령 그 사실을 학교 측이 몰랐고 해고처분 당시 원고의 장애 사실을 증명할만한 어떤 의학적 증거가 제시되지 않았고 또 그것을 인지하지 못한 것에 대한 학교 측의 과실이 없는 경우에도 차별이 성립할 수 있는가.

#### 다. 판결의 주요내용

고용심판소는 불공정해고에 대한 원고의 주장은 기각했으나 위법한 차별이라는 주장은 인용했다. 해고 당시 학교는 원고의 비위행위(미성년 학생에게 성인영화 상영)와 그의 장애 사이의 관련성이 있다는 점을 인식하지 못했다는 점은 사실로 인정되었다. 그러나 학교의 인지 여부 상관없이 제출된 증거를 입각할 때 객관적으로 그러한 관련성의 존재를 추단할 수 있다고 결론내렸다. 따라서 아동인 학생들을 보호한다는 학교 측의 해고처분의 정당한 목적은 인정되지만, 해고가 그러한 목적을 달성하기 위한 비례적 수단이었는지 증명되지 않았으며, 따라서 차별이 성립한다고 판단했다. 이러한 고용심판소의 판단은 고용항소심판소에서도 유지되었고 항소법원에 이르렀다.

항소법원은, 오직 장애사실과 비위행위 간 관련성이 인지되었을 경우에만 책임이 있다는 학교 측의 주장을 기각했다. 항소법원은 장애를 이유로 한 차별의 성립 여부 판단은 두 단계로 나누었다. 첫 번째 단계는 사건의 불리한 취급이 ‘무언가’를 이유로 이루어졌는지를 판단하는 것이다. 두 번째 단계는 그 ‘무언가’가 근로자의 장애의 결과로서 비롯된 것인가(‘something’ arose in consequence of the employee’s disability)를 인데, 이 두 번째 단계의 검토는 객관적으로 이루어져야 한다고 보았다. 고용심판소는 제출된 증거를 바탕으로 다음의 사실을 인정했다. 즉 원고가 극심한 스트레스로 인해 부적절한 행위(영화상영)를 했는데, 이 이례적 스트레스는 직장에서 그에 대한 업무 관련 요구가 증가할 때 그의 장애로부터 발생하였다고 객관적으로 판단했다. 항소법원은 이 고용심판소의 판단이 권한 내에서 이루어진 문제 없는 판단이라고 보았다. 나아가 항소법원은 이 연장선 상에서 고용심판소의 판단, 즉 학교가 원고의 업무량 감축 요청을 받은 후 업무량을 줄여 온당하게 배려했더라면(reasonable adjustments), 원고는 스트레스 정도가 적정히 유지되었을 것이고 그러한 비위행위와 같은 사고도 일어나지 않았을 것이라는 결론을 인용했다.

### 4. 혼인과 시빌 파트너십(marriage and civil partnership): R (on the application of Steinfeld and Keidan) v Secretary of State for International Development (in substitution for the Home Secretary and the Education Secretary) [2018] UKSC 32<sup>13)</sup>

#### 가. 사건개요

시민동반자법(Civil Partnership Act 2004)은 오직 동성커플만 시민동반자 관계가 될 수 있도록 정하고 있었다. 이후 동성결혼법(Marriage (Same Sex couples) Act 2013)이 제정되면서 동성결혼이 법적으로 인정되었다. 동성결혼법 제정 당시 의회는 의도적으로 시민동반자관계를 폐지하지 않았고 그것을 이성 간 관계로 확장시키지도 않았다. 정부는 후속 조사·검토가 필요하다는 입장이었다. 이성 간 시민동반자 관계가 인정되지 않았기에 그들의 관계를 시민동반자 관계로 인정받기를 위한 대상판결의 상고인들은 관련 정부의 결정에 대한 사법심사를 청구하였다.

#### 나. 쟁점

대상판결의 하급심에서의 주요 쟁점은 이성커플이 시민동반자관계를 형성할 수 없도록 한 현행법 규

13) <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0060-judgment.pdf>.

정이 (영국이 가입한) 유럽인권협약 제14조와 제8조 의해 부여된 상고인들의 권리를 차별적으로 침해하는가였다.

**유럽인권협약 제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)**

1. 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
2. 법률에 합치되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니된다.

**제14조(차별의 금지)** 성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.

그러나 상고심에서의 쟁점은 사건의 차별이 정당화하는가로 좁혀졌다. 특히 당시 영국 정부의 동성결혼의 시민동반자관계에 미치는 영향의 검토를 기다리고 있던 정책적 입장 하에서 정당화될 수 있는가가 문제되었다. 항소법원은 그러한 정부의 정책은 정당화된다고 결론 내리면서 여러 유럽인권재판소의 판결들을 인용하였는데, 해당 판결들은 회원국은 입법적 선택을 할 때 유연함(flexibility)을 향유할 수 있다는 점을 판시한 것이었다.

**다. 판결의 주요내용**

대법원은 상고를 허락했고, 이성이 시민동반자가 될 수 없도록 하는 규정은 차별이며 정책적 근거로 정당화되지 않는다고 판단했다. 피상고인은 유럽인권재판소의 판결에 따른 회원국의 넓은 재량 영역 (margin of appreciation)의 존재와 그 재량과 관련해 언제부터 새로운 관계(이성 간의 시민동반자 관계 인정)를 법인(法忍)할 지에 대해 의회가 중요한 역할을 할 수 있어야 한다고 주장했지만, 대법원은 이를 기각했다. 대법원은 현재 상황을 놓고 볼 때 그 재량은 크지 않은데, 그 이유는 이 사안이 의회가 향후 발생할 것으로 예상되는 불평등을 검증하기 위해 시간을 들일 사안이 아니라 이미 시간을 들여 해당 법이 스스로 초래한 불평등을 검증했어야 하는 사안이라는 것이다.

이러한 판단 하에 대법원은 비례성원칙을 적용해 사건의 법률이 정당화될 수 있는지 검토했다. 첫 단계는 동 법률을 통해 달성하고자 하는 목적이 기본권을 제한할 정도로 충분할 정도로 정당한 것인지였다. 두 번째 단계는 해당 조치가 그 목적을 이루는 데 합리적으로 적합한지였다. 세 번째 단계는 필요성 원칙, 즉 해당 조치가 최소침해성 원칙을 만족하는지였고, 네 번째는 개인의 권리와 공동체의 이익 간 균형이 지켜지고 있는지였다. 대법원은 시민동반자관계 관련 데이터 수집을 위해 시간이 필요하(고 그 결과에 따라 이성 간 시민동반자관계 인정 여부를 결정한다)는 목적이 ‘정당한 목적성’ 심사를 통과하지 못한다고 판단했다. 대법원은 정부의 주장이 동성커플과 이성커플을 대한 대우의 차이를 정당화하는 것이 아니라 정부가 이 문제를 어떻게 해결할지 결정하는 동안 차별이 지속되도록 용인하는 것일 뿐이라고 보았다. 대법원은 만약 목적이 정당하였다면 사건의 시간 지연은 적합성 원칙을 충족했을 수도 있었을 것이라고 보았다. 세 번째 필요성 심사와 관련해 대법원은 동성결혼이 법적으로 인정되자마자 바로 시민동반자관계에서 동성커플과 이성커플 간 대우에 있어서의 불평등을 제거했어야 했다고 보았다. 그리고 그 수단의 예로 바로 시민동반자관계를 이성커플에게도 확장적용하는 것을 들었다. 마지막 균형성(협회의 비례성) 심사에서 대법원은 설령 목적이 정당했다고 하더라도 사안의 조치는 동 심사를 통과할 수 없었을 것이라고 보았다. 이성 간에 시민동반자관계를 부정하는 것이 전체 공동체에 미치는 부정적 영향은 불분명한 반면에, 그러한 관계를 원하지만 형성할 수 없는 이성커플이 입어야 하는 권리와 이익의 침해는 광범위하기 때문이라는 것이다.

이러한 근거 위에 대법원은 이성커플에게 시민동반자관계를 인정하지 않는 시민동반자법 제1조와 제3조가 유럽인권협약 제14조 및 제8조에 부합하지 않는다고 선언했다.

**5. 임신 및 출산(pregnancy and maternity): Mrs J Mulla v Enigma Fashiions Ltd and others ET 2601433/2016<sup>14)</sup>**

## 가. 사건개요

원고는 2009. 12. 17. 의류회사인 피고1(회사: Enigma)과의 고용관계를 시작한 후 근로자와 이사직을 역임하였다. 입사 후 약 6년이 지난 시점에 원고는 임신을 하였고 임신과 관련한 중한 질병을 앓게 되어 예정일보다 6주 빠르게 출산을 하게 되었다. 출산 후유증 및 질병치료를 위해 출산 후 2주 동안 입원을 해야했다. 동료 이사였던 피고2(Mr. Raj Rajshakha)는 원고를 이사직에서 해임하고 해고하고자 하였다. 원고는 회사가 폐업한다는 통보를 받았고 회사의 상황을 살피기 위해 출산휴가를 다 쓰기 않고 회사에 복귀하였다. 그러나 원고는 회사 건물로의 진입이 거부되었으며 회사의 다른 직원들은 원고와의 접촉하거나 연락하지 말 것을 지시받았다. 또한, 원고는 허위주장에 근거한 징계절차에 회부되었다. 이러한 피고1과 피고2의 행위로 인해 2016. 3. 3. 원고는 사직하였고 피고를 상대로 의제해고/불공정해고, 임신 및 출산에 의한 차별, 계약위반을 주장하며 소송을 제기하였다.<sup>15)</sup>

## 나. 쟁점

사실관계가 명확해 차별성립과 관련하여 실체법적으로 다툼만한 쟁점은 없으나, 위 판례는 각 청구원인에 대응하는 손해배상책임의 성부, 항목 및 정도에 대한 내용을 비교적 상세히 설명했다는 점에서 의의가 있다.

## 다. 판결의 주요내용

이 사건에 대한 피고의 손해배상책임은 한화로 도합 약 1억 1,348만원에 달했는데 그 구성항목을 살펴보면 아래와 같다.<sup>16)</sup>

- **불공정해고**에 대한 피고1의 손해배상: £ 55,963.58(약 8,115만원)
  - 기본배상(basic award): £ 3,087.50(448만원)
  - 손해배상(compensatory award): £ 52,876.08(약 7,667만원)
    - 해고일부터 변론일까지 상실된 소득: £ 35,110
    - 장래소득 상실분(12개월 x £ 1,451.34): £ 17,416.08
    - 제정법상 권리 상실에 의한 손해: £ 350
- **계약위반**에 대한 피고1의 손해배상: £ 4,055(약 588만원)
- 피고1의 **고용권법 제1조 위반**<sup>17)</sup>: £ 3,244(약 470만원)
- **위자료**(피고1과 피고2의 연대책임): £ 15,000(약 2,175만원)

차별과 관련하여 특히 눈여겨볼 만한 것은 차별행위에 대한 법률효과/구제수단으로서 위자료 산정의 문제이다.<sup>18)</sup> 대상판결은 선례를 언급하며,<sup>19)</sup> 위자료의 목적과 기능이 발생한 손해에 대한 배상적 성격

14)

<https://www.gov.uk/employment-tribunal-decisions/mrs-j-mulla-v-enigma-fashions-uk-ltd-and-mr-raj-raishakha-2601433-2016>.

15) 사용자가 해고를 한 것은 아니지만 그 외 불이익 처우, 예컨대 강등, 호봉의 삭감, 배치전환, 대기발령, 감봉 처분 등을 부당하게 하여 근로자가 그 고용관계를 유지하는 것이 사실상 불가능하게 되는 경우가 있다. 이러한 경우 근로자는 사직을 함으로써 고용관계를 종료시키되 그것이 사용자의 불합리한 행위에 의한 불가피한 것이었음을 주장할 수 있다. 영국의 고용권법은 이러한 근로자의 사직에 의한 근로관계 종료를 의제해고(constructive dismissal)로 개념화해 해고의 한 종류로 규정한다. Employment Rights Act 1996 Secs 95(1)(c), 136(1)(c).

16) 영국 1파운드(GBP) = 한화 약 1,450원(KRW).

17) 사용자는 근로관계를 시작할 때 근로자(노무제공자 포함)에게 주요 근로조건에 대해 고지할 의무를 부담한다.

18) 2010 평등법은 차별에 대한 구제수단으로서 위자료 배상을 인정한다. 평등법 제119조 제4항.

19) Prison Service v Johnson [1997] IRLR 162.

을 유지해야 하며 그 비례성을 잃고서 불법행위자(tortfeasor)에 대한 징벌적 수단으로 사용되면 안 된다고 판시했다. 즉 불법행위자(여기서는 피고들)에 대한 분노감정이 배상액을 필요 이상으로 증대시키는 것을 경계했다. 그러나 동시에 사회가 비난하는 차별을 금지하는 정책적 목적을 약화시킬 만큼 경미한 금액으로 획정되어서도 안 된다고 보았다. 그러면서 종합적으로 위자료 산정은 신체적 상해(personal injury)와 유사한 원리를 통해 해결해야 한다고 판단하였다. 대상판결은 이 사건의 차별적 행위가 오랜 기간에 걸쳐 조직적으로 행해진 차별적 처우는 아니며 또한 일회성의 행위도 아닌만큼 위자료 산정에 있어서 중간 등급으로 평가하였고, 따라서 적정한 위자료의 액수는 £10,000으로 결정하였다. 다만 해당 행위가 원고가 임신/출산이라는 신체적·정신적으로 특별히 취약한 시기에 이루어졌다는 점을 감안해 £5,000을 가중하였다.

## 6. 성적 지향(sexual orientation): Lee v Ashers Baking Co Ltd [2018] UKSC 49<sup>20)</sup>

### 가. 사안개요

이 사건은 이른바 영국의 ‘동성애자 케이크 사건’으로 알려진 사건이다. 성적 소수자를 위한 단체의 자원봉사자로 일하는 동성애자인 고객(원고)은 피고(제과점)에게 “동성결혼을 지지합니다”라는 문구를 케이크에 장식해줄 것을 주문했으나 거절당했다. 피고는 신앙에 따라 성서의 가르침에 부합하고 신에게 수용될 수 있는 유일한 형태의 결혼은 이성 간 결혼이라는 종교적 신념을 고수하고 있었다. 원고는 피고를 상대로 2010년 평등법에 의해 보호되어야 하는 자신의 성적 지향을 사유로 직접 및 간접 차별을 당하였다고 주장하며 소송을 제기하였다.

### 나. 쟁점

사실관계에서 적시된 피고의 거절 행위의 성격 및 내용(침해되고 보호받는 보호법익)이 무엇인지 확정하는 것과 해당 행위가 평등법상 차별을 성립시키는지였다.

### 다. 판결의 주요내용

대법원은 (지방법원의 판단을 인용하며) 피고가, 원고의 실제 혹은 인지된 성적 지향 때문에 원고의 요청을 거절했다고 보지 않았다. 피고가 거부한 행위는 케이크 위에 “동성결혼을 지지합니다”라는 메시지를 장식하는 것이었다. 즉 다른 고객의 개인적 기질/특질 자체에 반대한 것이 아니라는 것이다. 대법원은 그러한 메시지와 고객의 성적 지향을 구별할 수 있다고 보았다. 따라서 전자에 대한 반대 혹은 거절이 곧 후자에 대한 반대 혹은 거절을 의미하는 것은 아니라고 보았다. 메시지의 효과는 동성애자 혹은 양성애자에게만 미치는 것이 아니라 그들의 가족과 친구 및 더 넓은 공동체에까지 이를 수 있다고 보았다. 이러한 근거로 대법원은 이 사건에서 성적 지향을 근거로 한 차별은 발생하지 않았다고 판단하였다. 나아가 대법원은 영국에 법적 구속력을 갖는 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)이 보장하는 사상, 양심, 신앙의 자유에 대한 권리 및 표현의 자유에 대한 권리에, 개인이 견지하지 않는 신념을 표현하지 않을 (소극적) 권리가 포함된다고 판단하였다. 다시 말해 제과점을 운영하는 피고가 케이크와 같은 상품을 동성애자인 원고에게 팔지 않을 권리는 인정될 수 없지만(즉 고객의 요청이 있을 시 팔아야 할 의무가 있지만), 케이크 위에 자신의 믿음에 근본적으로 배치되는 내용의 장식(‘동성결혼을 지지합니다’)까지 해야 할 의무는 없다는 것이다.

## 7. 성전환(gender reassignment): Croft v Royal Mail Group Plc ! [2003] EWCA Civ 1045<sup>21)</sup>

### 가. 사안개요

20) <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0020-judgment.pdf>.

21) <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2003/1045.html>.

원고는 여성으로의 성전환 수술의 마지막 단계를 남겨두고 있던 근로자이다. 피고 회사는 아직 여성으로의 성전환 수술을 완료하지 않은 상태로서는 남성으로 볼 수밖에 없어 여성 화장실 이용을 금지했다. 원고는 이에 소송을 제기했는데 고용항소심판소는 이러한 피고의 행위가 법적 남성인 원고를 불이익하게 처우한 것이 아니라는 입장을 취했고, 이에 원고는 항소하여 본 소송에 이르게 되었다.

#### 나. 쟁점

통합 평등법이 제정되기 전 성차별에 관한 단행 법률인 1975년 성차별금지법(Sex Discrimination Act 1975) 하에서 판결된 사건으로, 여성으로의 성전환 수술의 마지막 단계를 남겨두고 있던 근로자에게 여성화장실 이용을 제한하고 남녀공용 장애인 화장실을 이용할 것을 요구한 사용자(피고)의 행동이 차별에 해당하는지가 쟁점이 되었다.

#### 다. 판결의 주요내용

항소법원은 원고의 항소를 기각하고 고용항소심판소의 결정을 인용했다. 그러나 이유는 달랐다. 대상 판결은 성전환을 이유로 한 차별금지가 성전환의 모든 단계에 적용된다고 인정하여 수술이 완료되지 않은 이들도 그러한 법의 보호범위에 들어올 수 있다고 보았다. 그러나 성전환을 이유로 한 불이익 처우 여부를 판단할 때 성전환의 과도기에 있는 이가 곧바로 모든 측면에서 전환되고자 하는 성별인 남성 혹은 여성으로서 대우받을 수 있는 것은 아니라고 보았다. 이 사건의 경우를 적용하자면 성전환 중인 원고가 바로 여성 화장실을 사용할 수 있는 권리를 부여하는 것은 아니며, 동시에 영구히 금지해야 하는 것도 아니라고 보았다. 대상판결은 사용자가 개별 사건의 모든 구체적 사정을 고려하여 언제부터 성전환 수술 전에 있는 이가 여성 화장실을 쓸 수 있을지 판단을 내려야 한다고 보았다. 이때 사용자가 종합적으로 고려할 사정으로는 다른 근로자들의 입장, 성전환자의 개인의 상황, 성전환에 있어서 의료적으로 어느 단계에 위치해 있는지, (절대적이지는 않지만) 성전환 당사자의 주관적 인식/평가 등이 제시되었다. 이러한 일반 법리를 근거로 항소법원은 이 사건의 구체적 상황을 검토한 후 당분간 원고가 여성화장실을 이용할 수 없고 양성 공용의 장애인 화장실을 사용하도록 하는 것이 충분할 수 있다고 판시하였다.

#### 라. 판결의 의의

성전환 수술을 완료하지 않은 이는 아직 기존의 성별로 간주하는 이분법적 판단에 기반한 고용항소심판소에 비해 항소법원은 보다 현실적인 기준을 제시했다고 판단된다. 다만 구체적인 시점을 개별 사정을 모두 고려한 후 사용자가 결정하도록 하고 있어 법적 안정성이나 예측 가능성의 측면에서는 유사한 사건이 계속 소송의 대상이 될 수 있다는 점은 불가피한 것으로 보인다.

### 8. 동일가치노동 동일임금: ASDA Stores Ltd. v Brierley and Others [2019] EWCA Civ 4422)

#### 가. 사실관계

원고는 주로 여성으로 구성된 약 35,000명의 현직·전직 대형 슈퍼마켓 체인인 피고 ASDA의 매장 판매직 근로자였다. 피고는 약 133,000명이 근로하는 630개의 매장(소매점)을 운영하고 있으며 2003년부터 총 11,000명이 넘는 근로자가 투입된 자체 유통사업까지 함께 운영하고 있다. 매장에는 노동조합이 조직되어 있지 않으며 사용자가 정한 ‘소매점 근로조건’에 따라 일괄적으로 매장 근로자의 근로조건이 규율된다. 임금은 회사 내부 절차에 따라 매년 정해진다. 물류창고 직원들은 노동조합(GMB)에 가입하고 있으며 단체협약이 정한 ‘표준 근로조건’에 따라 임금을 제외한 나머지 근로조건이 규율된다.

22) <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2019/44.html>. 현재 대법원에 계류 중.

임금의 경우 물류창고별로 교섭을 하여 창고별로 다소 차이가 있다. 한편 ASDA는 미국의 월마트의 자회사로서 임금 관련 주요 결정은 월마트의 승인이 필요하다. 이러한 배경에서 원고들은 남성이 대다수인 물류창고 직원과 비교해 크기는 약 3파운드(한화 약 4,400원)의 시급 차이가 난다는 점을 지적하며 성별에 의한 임금차별을 주장하였다.

#### 나. 쟁점

차별이 성립하기 위해서는 비교대상자(comparator)가 필요한 바, 매장 근로자와 물류창고 근로자가 서로 비교될 수 있는지가 핵심쟁점이다. 원고는 비교대상이 될 수 있다고 주장한 반면, 피고 ASDA는 매장 근로자와 물류창고 근로자의 근로조건을 관리하는 부서는 상이하고 임금결정 방법 또한 다르므로 둘은 비교대상이 될 수 없다고 주장하였다. 비교대상자 쟁점은 원고가 근거한 법령, 즉 국내법인 평등법과 유럽연합법(유럽연합기능조약 제157조)에 따라 각각 더 구체적 쟁점으로 치환되었다. 첫째, 2010년 평등법 제79(4)(c)조의 의미에서 ‘공통 근로조건(common terms of employment)’ 이 실제 두 다른 사업장에 적용되었는지, (예비적 쟁점으로서) 둘째, Defrenne 판결에 의해 확립된 유럽연합법의 직접적 효력/적용을 전제로, 원고와 비교대상 근로자의 고용조건이 ‘동일한 재원(single source)’ 에 기반하는지가 그것이다.

#### 다. 판결의 주요내용

항소법원은 원고인 매장 근로자가 다른 사업장에서 근로를 제공하는 물류창고 근로자를 자신의 비교대상으로 삼기 위해서는, 다른 사업장 간(원고와 비교대상근로자 사이가 아님에 주의) 공통 근로조건이 적용되어야 한다고 보았다. 이를테면 甲 사업장에 있는 모든 근로자와 乙 사업장에서 일하는 모든 근로자에게 공통 근로조건이 적용되는지, 아니면 甲 사업장에 있는 매장근로자와 乙 사업장의 매장근로자, 갑 사업장의 물류창고근로자와 乙 사업장의 물류창고근로자가 같은 근로조건을 향유하는지가 여기서 확인해야 할 사항이다. 또한, 항소법원은 본 사건처럼 甲 사업장에는 창고직이 없고 乙 사업장에는 매장직이 없는 경우 가상적 판단, 즉 ‘甲 사업장에는 창고직이 일하고 乙 사업장에 매장 근로자가 있다고 가정할 경우 공통 근로조건이 적용될 것인가’ 를 판단할 수 있다고 보았다. 항소법원은 이러한 가상질문에 대한 긍정적 답변을 할 수 있는 경우로 어느 사업장인지 묻지 않고 관련되는 두 직렬(classes)을 모두 포함해 적용되는 하나의 단체협약이 있는 경우를 제시했다. 직렬별로 적용되는 별개의 단체협약이 있지만 사업장을 구분하지 않고 적용되는 경우도 이에 해당한다고 보았다. 또한 사용자가 일방적으로 전 사업장에 공통적으로 근로조건을 부과하는 경우도 여기에 해당할 수 있다고 보았다. 나아가 이때 ‘공통 근로조건’ 은 모든 측면에서 완벽히 동일한 것이 아닌 넓게 보아 공통적이면 충분한 것으로 이해했으며 이는 상식적으로 판단할 수 있다고 보았다. 항소법원은 이와 같은 법리를 확인한 후 이를 이 사건의 사실관계에 적용해 물류창고 근로자들이 원고들의 비교대상근로자가 될 수 있다고 판단했다.

#### 라. 판결의 의의

항소법원은 이 사업장을 초월하여 비교대상자를 선정하는 문제에 대해 판단을 하였다는 점에서 법리적으로 중요한 가치가 있으며, 또 경제적·현실적으로 이후 영국의 다른 슈퍼마켓 체인 근로자들에 의한 유사소송을 부를 수 있고 우리에게도 유의미한 시사점을 준다.

### 9-10. 인종, 연령 또는 종교와 관련된 간접차별의 요건: Essop and others v Home Office (UK Border Agency); Naeem (Appellant) v Secretary of State for Justice [2017] UKSC 27<sup>23)</sup>

23) <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0161-judgment.pdf>. 이 판결에 대한 상세한 분석은 남궁준, 「간접차별의 요건- 영국 대법원 Essop, Naeem 판결 분석」, 『국제노동브리프』 15(5) 2017. 5, pp. 65-74 참조.

## 가. 사건개요

*Essop* 사건에서 Essop을 대표당사자로 하는 49명의 상고인(이하 ‘원고’)들은 모두 행정자치부 소속 현 (혹은 전) 공무원으로서 일정 공무원 직급으로 승급하기 위해 핵심기량평가(Core Skills Assessment, CSA)를 통과해야 했다. 2010년 발표된 보고서에 따르면 흑인과 소수민족 응시자 그리고 35세 이상 응시자의 경우 백인 및 34세 이하 응시자에 비해 현저히 저조한 합격률을 보였는데 그 원인은 (상고심 현재까지) 밝혀지지 않았다. 이와 같은 사실을 근거로 원고들은 위 핵심기량평가 합격을 진급의 필수조건으로 한 것이 인종 또는 연령을 기반으로 한 간접차별에 해당한다고 주장했다. 피상고인(이하 ‘피고’)인 행정자치부는 평등법 제19조 제2항 (b)에 따라, 간접차별을 주장하는 원고에게 특정 인종 및 연령 응시자가 왜 더 낮은 비율로 합격하는지 증명할 책임이 있다고 주장하며, 이를 성공적으로 입증하지 못한 원고의 청구는 기각돼야 한다고 주장했다.

*Naeem* 사건에서 상고인(이하 ‘원고’)인 Naeem은 이슬람교 종교위원으로 교도소에서 근무해오고 있었다. 2002년 이전까지 동 교도소 소속 기독교 종교위원은 정규직 근로자로서 고정된 급여(salary)가 보장됐으나 이슬람교 성직자 교정위원은 필요가 있을 때만 근로하고 시간당 급여를 지급받았다. Naeem은 2001년 6월 근무를 시작했고 2004년 10월부터 정규직 근로자가 되었다. 당시 정규직 종교위원에게 적용되던 임금체계는 연공급제로 근로기간에 비례해 급여가 인상되었기 때문에, 평균 계속근로연수가 긴 기독교 종교위원들의 기본급이 일반적으로 타 종교위원들에 비해 높았다. 원고는 이 임금체계가 이슬람교를 포함한 비기독교 종교위원을 차별한다고 주장했다. 근무기간과 능력·경험이 반드시 비례하지 않기 때문에 이러한 급여 차이는 종교에 기반 한 간접차별이라는 것이 그 이유였다. 피상고인(이하 ‘피고’)인 법무부는 불이익의 이유가 법이 보호하는 속성과 관련되어야만 하므로, 각 종교위원의 근로연수 차이가 임금 차이를 초래한 본 사건은 간접차별이 문제되지 않는다고 주장했다. 이어 비교대상 집단은 해당 연공급 임금체계를 적용받는 모든 종교위원이 아니라, (이슬람교 종교위원도 정규직으로 채용 또는 전환된) 2002년 이후에 정규직으로 채용 또는 전환된 종교위원들만을 그 비교대상으로 삼아야 하며, 이 경우 그들 간 임금차별이 존재하지 않는다고 반박했다.

## 나. 쟁점

Essop과 Naeem은 모두 근로조건과 관련된 간접차별이 쟁점이었다. 전자는 인종 및 연령과 관련된 진급시험 합격률이 문제되었고, 후자는 종교에 따른 임금 차별이 다투어졌다. 두 사건 모두 2010년 평등법(Equality Act 2010)이 적용되었다. 동법 제19조 제1항은 “어떤 사람이 다른 사람에게, 법이 보호하는 속성과 관련된 차별적 규정, 기준, 또는 관행을 적용” 하는 것을 간접차별로 정의한다. 평등법에 의해 보호되는 특성은 연령, 장애, 성전환, 혼인 및 시민동반자관계(civil partnership), 인종, 종교 또는 신념(belief), 성적 지향으로 총 8가지이다. Essop의 경우는 인종 및/또는 연령이, Naeem의 경우는 종교가 동법에 의해 보호되는 특성이다.

평등법 제19조 제2항은 이러한 속성에 관한 규정, 기준 또는 관행이 ‘차별적’ 이기 위한 요건을 다음과 같이 규정한다.<sup>24)</sup> 첫째, A가 B’에게 적용하는 PCP를 C에게도 적용하거나 적용하였을 것이어야 한다.<sup>25)</sup> 둘째, C와 비교할 때, 이 PCP가 B와 B’ 모두에게 특정 불이익(particular disadvantage)을 주었어야 한다.<sup>26)</sup> 이 조항에 ‘불이익한 상태에 둘 수 있을 것’ (would put)이라는 법문이 명시적으로 추가되어, 아직 시행되지는 않았지만 장래 시행이 예정된 PCP에 대해서도 동 조항에 근거해 간접차별 여부를 다룰 수 있게 되었다. 물론 이때 B는 시행예정 PCP가 차별적 효과를 가져올 것이라는 것을 증명해야 한다.<sup>27)</sup> 한편 법이 직접 정의를 내리고 있지 않은 ‘불이익’의 의미에 대해, 평등인권위원회는 보통의 합리적(reasonable)인 사람이 이의를 제기할만한 기회 또는 선택의 거부, 제지(deterrence), 거절이나 배

24) 편의상 평등법 제19조 제1항의 ‘규정, 기준 또는 관행’을 ‘PCP’로, 이 PCP를 적용하는 ‘어떤 사람’을 ‘A’로, 법이 보호하는 속성을 가진 ‘다른 사람’을 ‘B’로, B와 그 속성을 공유하는 사람들을 ‘B’로, 그 속성을 공유하지 않는 사람들을 ‘C’로 약칭한다.

25) 평등법 제19조 제2항 (a).

26) 평등법 제19조 제2항 (b) and (c).

27) Equality and Human Rights Commission, *Equality Act 2010 Code of Practice: Employment Code of Practice*, 2011, para. 4.7, p. 61.

제 등으로 이해한다.<sup>28)</sup> 셋째, 문제되는 PCP가 정당한 목적을 달성하기 위해 비례적인 수단이라는 사실을 A가 증명할 수 없어야 한다.<sup>29)</sup> 이 요건들을 모두 충족했을 때 간접차별은 성립한다.

Essop 사건의 주된 쟁점은 다음의 세 가지이다. 첫째, 평등법 제19조 제2항 (b)에 따른 때 원고가 속한 (법이 보호하는 속성을 공유하는) 집단이 무슨 이유로 PCP로 인해 특정 불이익을 받았는지 밝혀져야 하는지, 둘째, 사안의 ‘불이익’ 이 구체적으로 무엇인지, 셋째, 간접차별 성립요건, 특히 불이익 존재 및 PCP와 불이익 간 인과관계를 누가, 어떻게 증명해야 하는지이다.

Naeem 사건의 주된 쟁점은 세 가지이다. 첫째, 원고가 겪는 불이익을 초래한 이유가 법이 보호하는 속성(이 사건의 경우는 종교)과 반드시 관련되어야 하는지이다. 둘째, 비교대상 집단의 범위를 어떻게 정할 것인가이다. 다시 말해 이 사건의 경우 교도소 종교위원 전체를 비교대상으로 할 것인지 아니면 2002년 이후 채용된 종교위원으로 한정해야 하는지이다. 마지막 쟁점은 사안의 임금체계가 평등법 제19조 제2항 (d)에 의해 정당화될 수 있을 것인가이다.

#### 다. 판결의 주요내용

##### Essop 사건

대법원은 먼저 2010년 평등법은 (그리고 평등법으로 통합되기 전 관련 개별 법률 중 어느 것도) 특정 PCP가 특정 집단을 더 불이익한 상태에 두는 이유를 설명할 것을 명시적으로 요구하지 않는다는 점에 주목했다. 대법원은 이러한 이유의 예로 힘과 키와 같은 유전적 요소, 사회적으로 여성에게 더욱 크게 기대되는 가정과 육아에 대한 책임, 여성과 남성에게 적합한 직업이 다르다고 보는 전통적인 고용관행을 들었다. 대법원은 이러한 이유가 반드시 합법적이거나 불법적일 필요도 없고 사용자가 통제할 수 있어야 하는 것도 아니라고 보았다. 또 입증 가능성이 있을 만큼 항상 명백한 것도 아니라고 보았다. 따라서 사안의 PCP가 특정 집단에 불이익을 준다는 결과적 사실만 증명되면 간접차별이 성립될 수 있으며, 구체적으로 어떠한 이유로 불이익이 발생하는지 까지 증명될 필요는 없다고 판단했다. 따라서 대법원은 Essop 등 원고가 속해 있는 집단, 즉 흑인, 소수민족, 35세 이상의 핵심기량평가 응시자가 백인, 35세 미만 응시자에 비해 왜 현저히 높은 비율로 불합격하게 되었는지 밝히지 않더라도 간접차별은 성립할 수 있다고 결론 내렸다.

다음으로 대법원은 사안의 불이익을 ‘시험 불합격이라는 사실’ (mere fact of failure of the test)로 보았다. 다시 말해 불균형적으로 높은 비율의 흑인, 소수민족, 35세 이상 응시자가 핵심기량평가에서 불합격하고 원고 개인도 불합격했다는 사실이 불이익이라는 것이다. 이로써 대법원이 고용항소심판소의 입장을 지지하고, 사안의 불이익을 ‘불합격 확률의 증대’ (greater likelihood of failure)로 파악한 고용심판소 및 항소법원의 판단을 배척했다. 이 논점은 여러 쟁점의 논리적 연결고리 역할을 한다. 일단 평등법 제19조 제2항 (c)는 간접차별을 주장하는 개인이 입은 불이익이 소속 집단의 불이익과 일치할 것을 요구하므로, 불이익이 무엇인지 특정해야 한다. 이어 대법원은 (PCP가 특정 집단에 불이익을 주는 이유의 증명은 불필요하지만) PCP와 집단과 개인이 입은 불이익 사이에 반드시 인과관계가 존재해야 한다고 보므로, 이 판단을 위해서도 사안의 불이익이 무엇인지 확정되어야 한다.

대법원은 직접차별과 구별되는 간접차별의 특성으로부터 논의를 출발한다. 먼저 대법원은 간접차별에서 문제되는 PCP는 해당 집단 구성원 전부를 불이익한 상태에 둘 필요는 없다는 점을 지적했다. 불균형한 비율의 구성원이 불이익을 입은 것으로 충분하며, 이것은 간접차별의 본질적 특성이라는 것이다. 간접차별에서 동일집단에 속한 어떤 이는 불이익을 경험하고 다른 이는 그렇지 않은 상황은 늘 발생한다. 이러한 이해를 바탕으로 대법원은 Essop에서 불이익을 불합격 확률의 증대가 아닌 시험 불합격 자체로 이해하더라도 집단의 불이익과 개인의 불이익이 일치시키는데 아무런 문제가 없다고 보았다. 이 둘은 잠재적(potential) 혹은 추상적 불이익인지, 실제로 실현된 불이익(actual disadvantage)인지만 다를 뿐 근본적으로 동일하다는 것이다. 대법원은 불이익을 확률의 증대로 파악할 경우 사안의 핵심기량평가를 합격한 집단 구성원이나 개인적 사유(시험 불출석, 대비 부족 등)로 불합격한 이들도 불이익을 입었고 이 불이익과 PCP 사이에 인과관계가 존재한다는 것을 인정해야 하는데, 이는 관념적으로는 생각할 수 있지만 현실적으로 받아들이기 어려운 논리라고 지적했다. 결과적 혹은 실용적 관점에서도 불이익을 불합격 자체로 보는 입장이, 인과관계 성립을 저지함으로써 자격 없는 이(“undeserving“

28) Ibid, para. 4.9, p. 61.

29) 평등법 제19조 제2항 (d).

claimants)가 부당하게 간접차별 보호를 받는 것("coat tail")을 더욱 효과적으로 방지할 수 있다고 판단했다.

마지막으로 대법원은 간접차별 성립요건의 증명책임을 어떻게 분배할 것인지에 대해서도 판단했다. 평등법 제19조 제2항에서 열거하는 불이익의 존재, 집단과 개인이 입은 불이익의 일치, PCP와 불이익 간 인과관계의 존재와 같은 적극적 사실은 간접차별을 주장하는 원고가 주장·증명해야 하며, 이때 PCP가 어떤 이유로 집단과 개인에게 불이익을 주었는지는 이에 해당하지 않는다는 점을 분명히 했다. 또 특정 집단이 입은 불이익, 즉 차별적 효과가 존재한다는 사실을 증명하기 위해 통계적 증거를 사용할 수 있다고 판시했다. 한편 대법원은 이때 피고가 원고가 주장하는 것과 반대되는 사실을 증명하여 간접차별 성립을 저지할 수 있다는 점을 확인했다.

이러한 근거로 대법원은 Essop의 상고를 인용하고, 본 판결에 따라 다시 판단하도록 고용심판소로 사건을 환송했다.

### Naeem 사건

이 사건은 Essop과 달리 PCP가 특정 집단에 불이익을 주는 이유가 분명했다. 사건의 근로기간에 비례해 급여가 인상되는 교도소의 연공급 임금체계는 종교위원의 계속근로연수를 이유로 이슬람교 및 다른 아시아 종교위원에게 상대적 불이익을 주었다. 문제는 불이익의 이유 그 자체가 법이 보호하는 속성과 관련되어야 하는지였다. 피고는 (그리고 항소법원은) 차별적 효과를 초래한 원인은 원고를 포함한 이슬람교 종교위원이 상대적으로 늦게 정규직으로 근로를 시작했다는 사실(상대적으로 짧은 계속근로연수)로서 이것은 법에 의해 보호되는 속성인 종교와 아무런 관련이 없다고 주장했다. 그것은 상대적으로 단기인 근로기간은 종교 자체의 속성과 관련이 없으며, 단지 2002년 이전까지 원고를 포함한 이슬람교 종교위원에 대한 수요가 부족했다는 사실을 반영할 뿐이라는 것이다. 대법원은 이 주장을 받아들이지 않았다. 대법원은 불이익의 원인과 법이 보호하는 속성 사이에 어떤 필연적 관계가 있어야 한다고 보지 않았다. 예컨대 여성이 가정을 돌보는 책임을 더 많이 부담하는 현실은 여성으로서의 고유한 속성과 무관한 우연적 결과일 뿐이라는 것이다. 그러나 이로 인한 여성의 경력단절 혹은 늦은 노동시장 진입은 근로기간에 따라 임금을 인상하는 연공급제와 맞물려 여성이 상대적으로 낮은 임금이라는 불이익을 입게 하는 원인이 된다. 이것과 비교할 때 이슬람교 종교위원에 대한 수요 부족은 오히려 이슬람교 교인으로서 그들이 갖는 독특한 속성에 가깝다고 보았다. 이러한 근거로 대법원은 Naeem의 연공급 임금체계는 단순한 근로기간 차이가 아닌, 종교와 관련한 차별적 효과를 갖는다고 결론지었다.

비교대상 집단 쟁점에 대해 대법원은 여러 관련 하급심 판례와 함께 평등인권위원회의 입장을 참조한 후, 해당 PCP에 의해 영향을 받는 모든 집단을 비교대상으로 삼아야 한다고 판단했다. 즉 이 사안의 경우 2002년부터 채용된 종교위원뿐 아니라 연공급 임금체계를 적용받는 모든 종교위원을 검토 대상으로 한 후, 이슬람교 및 아시아 종교 교정위원과 (2002년 이후는 물론 그 이전에 채용된) 기독교 (및 기타 종교) 교정위원을 비교해야 한다고 보았다. 그 결과 대법원은 원고가 평등법 제19조 제2항 (b)와 (c) 요건을 충족해 간접차별이 존재한다고 판단했다. 다만 마지막으로 동조 동향 (d)에 따라 사안의 연공급 임금체계가 '정당한 목적을 달성하기 위한 비례적 수단'으로서 정당화될 수 있는지 검토해야 한다고 보았다.

정당화 분석에 임하면서 (하급심과) 대법원이 주목한 사실은 사안의 PCP, 즉 연공급 임금체계가 계속해서 변하는 과정에 있다는 것이었다. 초기의 임금체계는 가장 낮은 호봉부터 가장 높은 호봉에 도달하기까지 17년이 필요했다. 그러나 계속해서 해당 기간을 줄여 궁극적으로 6년으로 단축할 계획을 갖고 있었다. 따라서 2009년에 채용된 종교위원은 가장 높은 호봉에 이르는데 9년이 소요되게 되었다. 기존의 사제들도 이러한 변화로 호봉승급상 불이익을 입지 않을 수 있는 과도기 임금체계가 적용되었다. 먼저 이러한 연공급 기반 임금체계가 정당한 목적에 해당하는지를 두고 법원은 각기 다르게 판단했다. 고용심판소는 기본적으로 기존 연공급제는 직무에 대한 충실과 숙련을 보상하는 제도로 이해하면서, 피고가 추진하는 임금제 변경 역시 진지한 목적을 가진, 조직에 필요한 변화로 인정했다. 이 점은 고용항소심판소도 동의했다. 그러나 고용심판소와 고용항소심판소는 이 임금제 변경이 비례적인 수단이었는지를 두고 견해를 달리 했다. 고용심판소가 임금제 변경 과정에서 원고에게 초래된 불이익이 정당한 목적달성을 위해 필요한 최소한의 침해였다는 점을 간단히 인정한 반면, 고용항소심판소는 원고(와 그가 속한 집단)의 불이익을 제거 내지 최소화할 수 있는 대안을 검토하지 않은 점을 지적했다. 대법원은 원칙적으로 고용항소심판소의 입장을 지지했지만, 이 쟁점이 법률문제가 아닌 사실판단의 문제로서 고

용심판소가 전속관할권을 보유하기 때문에 법률문제만을 다루는 항소심이나 상고심에서 이 사실을 다룰 수 없다고 판단했다.

이러한 이유로 대법원은 Naeem의 상고를 기각해, 사안의 PCP에 해당하는 임금체계가 간접차별에 해당하지 않는다고 결론지었다.

### Ⅲ. 캐나다

#### 1. 연령기준 유족급여감액조항의 차별성 : Withler v. Canada (Attorney General), 2011 SCC 12, [2011] 1 SCR 396.<sup>30)</sup>

##### 가. 사건개요

이 사건은 정부 공무원(government civil servants)과 군인(military personnel)의 배우자를 위한 유족급여를 지급받는 미망인을 대표하여 제기된 집단소송이었다. 이 두 정책은 재직 중 및 퇴직 후에 업무상 사유로 사망한 사람의 생존한 배우자와 유족에게 일련의 유족급여를 제공하였다. 사망 시 일시금으로 지급되는 보충적 유족급여(supplementary death benefit)는 연금 가입자가 일정한 연령에 도달한 이후 매년 10%씩 감액되었다.

원고는 사망자의 연령을 기준으로 보충적 유족급여를 감액하는 조항이 연령 차별적이며 캐나다 헌장(Canadian Charter) 제15조 제1항을 위반했다고 주장하였다.

##### 나. 쟁점

사망자의 연령을 기준으로 보충적 유족급여를 감액하는 규정이 캐나다 헌장(Canadian Charter) 제15조 제1항을 위반한 연령차별인지 여부가 쟁점이 되었다.

##### 다. 판결의 주요 내용

캐나다 대법원(SCC)은 연금의 전체 맥락에서 연령에 따른 구별이 차별적이지 않다고 보아 BC주 대법원과 항소법원의 결정을 승인하고 항소를 기각하였다.

SCC는 R v Kapp, 2008 SCC 41에서 확립된 캐나다 헌장 제15조 제1항에 관한 차별의 판단에 관한 두 단계로 구성된 아래의 테스트에 따랐는데, 이는 Law v Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 SCR 497을 재확인한 것이다.

- (1) 법이 열거되거나 유사한 사유에 근거하여 구별을 만드는가?
- (2) 그러한 구별이 편견과 고정관념을 영구화시킴으로써 불리함을 만드는가?

오랜 관행을 따라, 원고는 사망자의 연령을 이유로 감소되지 않은 유족급여를 받는 보다 젊은 배우자들의 집단을 적합한 비교대상 집단으로 특정하고 자신의 상황을 유사한 위치에 있는 다른 사람과 비교하려 하였다.

SCC는 비교대상 집단의 사용이 두 단계의 프로세스 전체에 걸친 맥락적 적용을 방해할 수 있다고 보아 이러한 분석을 거부하였다. SCC는 이러한 비교대상 집단 분석에 관하여 ① 실질적인 불평등을 포착하지 못할 수도 있고, ② 이는 동일성을 추구하는 것이 될 수 있으며, ③ 실질적 분석의 두 번째 단계인 실질적 평등 분석(substantive equality analysis)을 우회할 수 있고, ④ 신청하기 어려울 수 있으며, ⑤ 원고가 비교대상 집단을 검색하는 데 상당한 비용을 들이게 될 수 있다는 몇 가지 단점에 주목하였다.

오히려 두 단계의 분석에서 비교의 역할은 보다 미묘하고 맥락적인 적용에 있다. 예컨대, 테스트의 첫 번째 단계에서 구별(distinction)의 개념을 확인할 때에는 비교가 사용된다. 그러나, 차별의 근거라고 주장되는 특성을 제외하고 원고 집단과 정확하게 일치하는 집단을 정확하게 특정할 필요는 없다. 이 사건에서는 법문상 차별은 명백하였고, 법이 원고 집단에 미치는 영향에 추가적인 증거는 필요하지 않았다.

두 번째 단계와 관련해서는, 비교는 법제도 및 사회 내에서 원고의 지위에 대한 맥락적 이해를 강화

30) <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2011/2011scc12/2011scc12.html>

할 수 있으며, 따라서 의문이 제기된 법이 불이익이나 고정관념을 영구화하는가에 관한 결정에 도움이 된다.

이 사건에서 SCC는 상황별 고려사항에 관하여 “보다 넓은 연금 제도의 맥락에서 의문이 제기된 조항의 목적을 확인하는 것이 중심적인 고려사항이다. 중요한 것은 다양한 상황과 다양한 이해관계를 가진 많은 집단에게 급여를 주도록 고안된 연금급여 제도의 본질이다. 문제는 영향을 받는 집단의 상황과 [연금] 계획의 대상을 고려할 때, 그어진 선이 일반적으로 적절한지 여부이다. 완벽한 조정은 필요하지 않다. 자원의 배분과 입법 정책의 목표도 고려해야 할 요소가 될 수 있다.” 고 판단하였다.

최종적으로, SCC는 단일한 대조군에 기반한 형식적 분석이 아니라, 두 연금제도와 관련된 상황과 영향 및 목적에 근거한 원심의 맥락적 분석에 동의하고, 그러한 조항들은 법령에 의해 제공되는 전체 급여와 관련하여 고려되었을 때 원고의 수요와 상황에 부합한다는 결론을 승인하였다.

사망한 젊은 가입자의 생존 배우자들은 보통 연금의 보호를 받지 못할 것이다. 고령의 가입자가 사망한 경우 그 배우자는 연금제도의 다른 조항에 따라 유족급여(survivor's pension benefits)와 건강급여(health care benefits)를 받는다. 이러한 급여는 배우자에게 지속적인 소득을 제공한다. 고령자가 사망했을 때 보충 유족급여는 최종적인 치료비용과 장례비용(death expenses)을 보조하는 보다 제한된 기능을 한다. SCC는 연금급여 제도가 다양한 원고의 이익과 균형을 이루어야 하며, 모든 개인의 개인적인 상황에 완벽하게 부합할 수는 없다고 인식했다. 따라서, 전체적인 입법 계획은 배우자가 사망할 당시 각 원고의 지속적인 소득과 배우자의 사망시 생명보험 보장의 필요성을 전체적으로 고려한 것이다.

## 2. 고용관계에 있지 않은 자에 대한 연령차별의 성립가능성 : McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP, 2014 SCC 39.<sup>31)</sup>

### 가. 사건개요

1980년 이후 McCormick은 Fasken Martineau DuMoulin LLP의 강제퇴직조항(mandatory retirement provision)의 적용을 받았는데, 이 조항은 지분 파트너(equity partner)에게 은퇴를 요구하고 65세 이전에 지분을 처분하도록 요구하였다. 65세가 되기 1년 전, McCormick은 회사의 정책이 연령에 따른 차별에 해당한다고 주장하며 BC 인권법(RSBC 1996, c 210)에 근거한 진정을 제기하였다.

### 나. 쟁점

연령이 법이 열거한 차별사유에 해당하는 경우에도 법률의 적용을 받기 위해서는 진정인과 회사의 관계가 고용(employment)으로 인정되어야 하는데, 지분 파트너(equity partner)와 LLP의 관계가 고용관계인지가 쟁점이 되었다..

### 다. 판결의 주요 내용

SCC는 궁극적으로 이 사건에서 McCormick과 회사의 관계가 고용관계가 아니었으며, 따라서 법률이 적용되지 않고 그 결과 어떠한 구제도 제공할 수 없다고 판결했다. 다만, SCC는 고용관계의 존재를 식별하기 위한 실질 우선(substance-over-form)의 접근 방식은 인권법의 맥락에 제한되어야 한다는 점을 분명히 했다. “고용”이라는 용어는 그 용어 자체가 고정적이거나 본질적인 고유한 가치를 갖기 때문에, “고용”이라는 용어의 의미를 추구하지는 않았다.

SCC는 “독립 계약자는 인권법상의 목적상 근로자로 판명되었음에도 불구하고 다른 법적 맥락에서는 근로자로 간주되지 않는다.” 고 할 만큼 이러한 특정한 맥락에서 “고용”이라는 용어가 넓게 해석되어야 한다는 원칙이 확실히 확립되어 있음을 지적하였다. 또한 중요한 것은 법률의 목적이다. 법률의 목적은 취약계층을 보호하는 것이기 때문에 가능한 한 많은 사람들이 법률의 보호영역 아래에 있도록 하는 광범위한 해석이 요구된다.

SCC는 일반적으로 파트너에게는 고용차별을 금지하는 법률이 적용되지 않음을 고려하여 파트너를

31) <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13663/index.do>.

차별로부터 보호하기 위하여 제정된 영국의 법률을 지적했다. 그러나 캐나다에는 유사한 파트너십 입법(partnership legislation)이 없다. 결론적으로, SCC는 파트너십 법(RSBC 1996, c 348)에 따라 파트너 상호 간에 부담하는 신의의 의무(duty of good faith)가 잠재적으로 구제를 제공할 수 있다고 제안한다.

### 3. 진정연금제도에 따른 고용해지허용의 차별가능성 : New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc, 2008 SCC 45<sup>32)</sup>

#### 가. 사건개요

이 사건은 정년조항(mandatory retirement policy)에 따라 65세에 퇴직을 요구받은 근로자가 직원이 뉴브런즈윅 인권위원회(New Brunswick Human Rights Commission, NB-HRC)에 진정을 제기하면서 시작되었다.

#### 나. 쟁점

법적 쟁점은 진정한 연금제도(bona fide pension plan)에 따른 고용 해지를 허용하는 주 인권법 제3조 제(6)항 제(1)호에 규정된 연령차별 혐의에 대한 예외에 해당하는가였다.

#### 다. 판결의 주요 내용

SCC의 다수의견은 진정성 요건(bona fide requirement)을 충족하기 위해서는 “연금제도는 주관적이고 객관적으로 진정해야 한다. 그것은 적법한 제도이어야 하며, 보호된 권리를 무력화할 목적이 아니라 신의로 채택되었어야 한다” 고 하였고, 보다 실질적인 측면에서 다수의견은 “진정한 연금제도는 채택 당시 ‘가짜(a sham)’ 가 아닌 정의되고 등록된 제도라고 하였다. 연금제도가 근로자의 권리를 뒤엎을 목적이 아니라 선의로 채택된 것이라면, 연금제도에 의해 부과된 의무적 퇴직이 가혹하거나 불합리하거나 연금제도의 성공적 운영에 반드시 필요한 것이 아니라고 판명되더라도 사용자는 연령에 따라 차별하지 않을 의무가 면제된다.” 고 하였다.

### 4. 유죄판결(Criminal Conviction)에 근거한 차별 : Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc., 2003 SCC 68.<sup>33)</sup>

#### 가. 쟁점

이 사건에서 해고사유가 될 수 있었던 이유는 R이 형사상 유죄판결을 받은 사실과 수감된 상태여서 노무를 제공할 수 없었다는 점의 두 가지인바, 이러한 해고가 형사 유죄판결에 근거한 차별에 해당하지 여부가 문제되었다.

#### 나. 판결의 주요 내용

SCC는 징역으로 인하여 결근한 직원을 해고하는 것은 형사 유죄판결에 근거한 차별에 해당하지 않는다고 판단하였다. 대법원은 인권법상 “형사 유죄판결” 조항의 목적은 유죄판결에 수반 될 수 있는 낙인 때문에 개인이 노동시장에서 부당하게 배제되는 것을 방지하는 것이라는 판시하였다.

SCC는 사용자가 개인의 고용과 관련이 없는 경우 범죄기록이 있다는 이유만으로 개인을 해고해서는

32)

<http://www.thecourt.ca/the-place-of-human-rights-legislation-new-brunswick-human-rights-commission-v-potash-corporation-of-saskatchewan-inc/>

33)

<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2003/2003scc68/2003scc68.html?autocompleteStr=2003%20SCC%2068%20&autocompletePos=1>

안되지만, 직무에 참석할 수 없는 개인의 고용을 해고할 수 있음을 보여준다.

## 5. 가족의 직업을 이유로 한 차별 : Brossard v. Quebec (Commission des droits de la personne) [1988] 2 SCR 279.<sup>34)</sup>

### 가. 사건개요

Brossard시는 정규직 직원 및 시의원의 직계 가족 구성원이 시에서 고용되지 못하게 하는 반-족벌주의 정책(anti-nepotism hiring policy)을 채택하였다.

A의 어머니가 시에서 정규직 타자수로 일하고 있다는 이유로, 시가 A의 인명구조원에 관한 고용신청에 응하지 않자 A는 인권위원회(Commission des droits de la personne)에 구제를 신청하였다.

위원회는 시의 잘못을 인정하고, A의 고용신청에 응할 것을 권고하였으나, 시는 퀘벡 인권 및 자유헌장의 10조에 따라 고용 정책이 부당한 차별에 해당하지 않는다는 상급 법원의 판결을 요청하였다.

### 나. 쟁점

정규직 직원 및 시의원의 직계 가족 구성원이 시에서 고용되지 못하게 하는 반-족벌주의 정책(anti-nepotism hiring policy)이 시민적 신분에 의한 차별에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다.

### 다. 판결의 주요 내용

SCC는 “시민적 신분(civil status)” 라는 용어는 어머니와 딸 사이의 관계를 포함하여 많은 종류의 가까운 가족관계를 의미한다고 보아 판단하고, Brossard시의 반-족벌주의 정책이 시민적 신분에 근거한 차별이라고 판결했다.

## 5. 가족상의 지위를 이유로 한 해고 : B. v. Ontario (Human Rights Commission), 2002 SCC 66<sup>35)</sup>

### 가. 사건개요

A는 사장인 C와 부사장 겸 매니저인 B가 소유 한 회사인 D사에서 해고되었는데, B와 C는 A의 배우자의 형제이고 A 부부의 딸의 삼촌이었다.

A의 딸과 아내가 B가 딸을 성적으로 학대했다고 비난하자, B가 A를 해고하였다. 위 해고 당시 A는 56세였고, D사에서 26년간 재직하였다.

### 나. 쟁점

신분에 근거한 적대감으로 해고한 것이 가족관계(family status) 및 혼인상태(marital status)에 따른 차별인지 여부가 쟁점이 되었다.

### 다. 판결의 주요 내용

A씨는 Ontario 인권위원회(Human Rights Commission)에 자신의 해고가 고용 차별에 해당한다고 구제를 신청하였고, 조사위원회는 동 해고가 가족관계(family status) 및 혼인상태(marital status)에 따른 차별이라고 판단하였다.

B가 위원회의 결정에 대하여 Ontario Divisional Court에 제소하였고, Ontario Divisional Court은 해고

34) <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/370/index.do>

35) <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2002/2002scc66/2002scc66.html>

가 특정 관계와 관련된 것이 아니라 일반적으로 자신의 상태와 관련이 있다고 판단했다. 이후 Ontario Court of Appeal은 A가 아내와 딸의 신분예 근거한 적대감으로 해고되어 차별을 받았다고 보아 위원회의 결정을 지지하였다.

대법원은 항소법원의 해석을 지지하면서, 추가적으로 법 제24조 제(1)항 제(d)호가 그 코드는 일반적인 규칙의 예외로서 족벌주의(nepotism)나 반-족벌주의(anti-nepotism) 정책을 언급하고 있는 것은 배우자나 친척의 신분 때문에 차별 대우로부터 근로자들을 보호하려는 입법적 의도가 있다고 판단하였다.

## 6. 정신적 장애를 이유로 한 학교시설이용거부의 차별성립 가능성 : University of British Columbia v. Berg, [1993] 2 SCR 353.<sup>36)</sup>

### 가. 사건개요

Berg는 University of British Columbia의 대학원생으로 심각한 우울증을 겪었고 이로 인한 몇몇 사건에 있었다.

Berg는 연구를 끝내기 위해 학교 건물에 들어갈 열쇠를 요구했으나, 다른 모든 대학원생들에게 그 열쇠를 주었음에도 거부당하였고, 졸업에 필요한 인턴십을 구하기 위해 추천서를 부탁한 교수도 이를 거절하였다.

### 나. 쟁점

이 사건의 쟁점은 이 사건이 BC 인권법(British Columbia Human Rights Act)의 제3조의 “공중에게 제공되는 용역”에 해당하는지다.

### 다. 판결의 주요 내용

이 사건의 쟁점은 이 사건이 BC 인권법(British Columbia Human Rights Act)의 제3조의 “공중에게 제공되는 용역”에 해당하는지다.

SCC는 석사 과정에 재학 중인 갖춘 소수의 사람들에게만 제공되는 용역도 여전히 대학이 봉사하는 “공중에게 관례적으로(customarily available to the public)” 제공된 용역으로 보아 법의 적용대상으로 판단하였다.

SCC는 기관과 개인 간의 관계의 본질이 공적(public)이어야 한다고 보았다. 용역이 공중에게 제공되는 것인지를 판단함에 있어 중요한 것은 당사자 사이의 관계의 성격이 공공적인지 여부일 뿐이다. 이 사건의 경우 UBC와 대학원생의 관계는 공적 관계이고, 교수도 UBC의 대리인 역할을 한 것이다.

## 7. 시력질환자에게 운전면허증을 발급하지 않는 것이 차별인지 여부 : British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights), [1999] 3 SCR 868<sup>37)</sup>

### 가. 사건개요

British Columbia 정부는 시력에 영향을 미치는 질환(homonymous hemianopsia, HH)을 앓고 있는 사람들에게 운전면허증을 발급하지 않는다는 방침을 세웠다.

청구인은 이런 조건을 갖고 있었지만 ‘프리즘 안경’을 이용하여 직장이나 공공도로에서 문제없이 운전하였으나, 개별적인 평가를 거부당했고 면허를 받을 수 없었다.

### 나. 쟁점

36) <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1006/index.do>

37) <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1761/index.do>

이 사건의 쟁점은 개별적 평가의 가능성을 허용하지 않고, 시각장애가 있는 사람의 운전면허를 절대적으로 금지하는 것이 차별에 해당하는가였다.

다. 판결의 주요 내용

이 사건의 쟁점은 개별적 평가의 가능성을 허용하지 않고, 시각장애가 있는 사람의 운전면허를 절대적으로 금지하는 것이 차별에 해당하는가였다.

SCC는 사업장 외에서의 차별이 정당화될 수 있는지에 관하여, ① 문제가 되는 해당 기준이 업무수행과 합리적으로 연관성이 있는지, ② 해당 기준이 그 목적을 실현하기 위해 필요하다는 사용자의 선의의 믿음 하에 채택되었는지, ③ 해당 기준이 그 목적을 실현하기 위해 합리적으로 필요한지를 입증해야 한다는 Meiorin 기준을 적용하여 판단하였다.

이 사건의 경우 ‘합리적인 안전성’이라는 기준의 목적이 ‘운전면허증 발급’의 기능과 합리적으로 연결되기 때문에 첫 번째 단계는 충족한다. 또한 도로 안전 외의 이유로HH 환자에 대하여 면허를 허용하지 않았다는 증거가 없기 때문에 두 번째 단계도 충족한다. 다만, SCC는 HH환자에 대한 운전면허를 거부하는 것이 ‘합리적 안전성’이라는 기준의 목적에 합리적으로 필요하지 않다고 보아 세 번째 단계를 충족하지 않는다고 판단했다.

**8. 인종, 피부색, 출신민족과 출신지역을 이유로 하는 차별 : Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143<sup>38)</sup>**

가. 사건개요

캐나다 영주권자인 Andrews는 캐나다 시민권을 제외한 BC주 변호사회(British Columbia Bar)의 모든 입회요건의 충족하였다.

British Columbia Bar는 Andrews가 캐나다 시민이 아니라는 이유로 입회를 거부하였다.

그는 Andrews는 British Columbia Bar의 입회에 관한 ‘시민권 요건’이 캐나다 권리 및 자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms) 제15조의 평등권을 침해했다는 근거로 제소하였다.

나. 쟁점

시민권이 없다는 이유 British Columbia Bar의 입회를 거절하는 것이 캐나다 권리 및 자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms) 제15조의 평등권을 침해하는 것인지 여부가 쟁점이 되었다.

다. 판결의 주요 내용

SCC는 시민권이 없다는 이유만으로 교육, 전문자격 또는 개인의 기타 속성이나 장점을 고려하지 않고 모든 계층의 사람들이 특정한 형태의 고용을 하지 못하도록 하는 규칙은 캐나다 권리 및 자유헌장 제15조의 평등권을 침해한다고 판단하였다.

나아가 이 사건에서 SCC는 법원은 제15조에 규정된 차별금지 사유가 한정적인 것이 아니라고 보아 제15조에 명시된 사유와 유사한 이유로 개인을 차별하는 것은 금지된다고 보았다.

**9. 종교적 안식일을 이유로 근무일변경요청을 거부한 것의 차별성립 가능성 : Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud, [1992] 2 SCR 970<sup>39)</sup>**

38) <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/407/index.do>

39) <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/910/index.do>

가. 사건개요

Larry Renaud는 중앙 Central Okanagan School District의 관리인이자 제7일의 재림교회의 신자이다. 단체협약에 따라 Renaud는 금요일 저녁에 근무해야 하나, Renaud의 신앙 때문에 금요일 일몰에서 토요일 일몰까지 일하는 것이 곤란하였다.

Renaud는 단체협약의 종교적 예외조항으로서 일요일부터 목요일까지 근무할 여러 대안을 제안하였으나, 학교 이사회는 그 대안들을 거부했고 결국 그의 고용을 해지하였다.

Renaud는 레나우드는 학교 이사회가 종교에 따른 차별을 이유로 브리티시 컬럼비아 인권법 8조를 위반했다는 이유로 구제를 신청하였다.

나. 쟁점

이 사건의 쟁점은 Renaud가 간접적으로 차별을 받았는지, 학교가 그를 수용할 의무가 있는지 여부였다

다. 판결의 주요 내용

SCC는 BC인권법이 단체협약보다 상위의 법규인 만큼 단체협약을 구실로 BC인권법을 위반할 수 없다고 보았다. 따라서 사용자는 단체협약 기타 계약에도 불구하고 근로자에게 과도한 어려움을 주지 않고 근로자의 종교적 신념을 수용할 의무가 있다고 보았다.

또한 SCC는 사용자나 노동조합 모두 근로자에 대한 편의제공에 책임이 있다고 보았다.

**10. 아파트 발코니에 수카(succahs)를 만들지 못하게 한 것이 종교차별에 해당하는지 여부 : Syndicat Northcrest v. Amselem, 2004 SCC 47.<sup>40)</sup>**

가. 사건개요

몬트리올의 한 아파트 단지 내 유대인 거주자들은 발코니에 수코트 기간에 사는 작은 주거지인 수카(succahs)를 만들고 싶어했다.

아파트 관리회사인 Syndicat Northcrest는 아파트의 관리규약(by-laws)상 발코니에 구조물을 세우는 것을 금지하는 조항을 이유로 이를 금지하였다.

나. 판결의 주요 내용

SCC는 종교의 자유는 종교적 신념의 객관적 타당성이 아니라 개인의 신실한 신념에 기반한다고 판단하였다. 다만 종교의 자유도 다른 사람의 권리와 균형을 이루어야 한다.

SCC는 종교의 자유가 여기에서 재산을 향유할 권리와 개인의 안전에 대한 권리에 의해 제한되어야 한다는 Syndicat Northcrest의 주장에 대하여, 이 사건의 경우 정통 유대인의 종교의 자유가 심각하게 침해된 반면 Syndicat Northcrest의 권리는 크게 영향받지 않는다고 보았다.

**11. 성희롱을 금지할 의무가 사업주에게 있는지 여부 : Janzen v. Platy Enterprises Ltd., [1989] 1 SCR 1252<sup>41)</sup>**

가. 사건개요

Janzen과 Govereau는 모두 매니토바 주 위니펙에 있는 파로스 레스토랑에서 웨이트리스로 고용되었

40) <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2161/index.do>

41) <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/456/index.do>

다.

위 식당의 요리사 Tommy Grammas는 Janzen에게 성희롱을 하였고, Janzen은 거부의 의사를 거듭 분명히 말했으나 그럼에도 불구하고 성희롱이 계속되었다.

Janzen이 식당 지배인인 Eleftherois Anastasiadis에게 상의하였으나 “토미 때문이라면 어쩔 수 없다”고 거부당하였다.

나. 쟁점

요리사의 성희롱에 대하여 식당에게 요리사로 하여금 성희롱을 하지 않도록 할 책임이 있는지 여부가 쟁점이 되었다.

다. 판결의 주요 내용

성희롱은 성별에 따라 고용조건 또는 직원에게 제공되는 고용기회를 제한하는 차별의 한 형태이다. 사용자는 업무와 관련된 직원의 차별 행위에 대해 책임을 져야한다(캐나다 인권법 제10조, 제14.2조). 요리사 Tommy Grammas의 행동은 업무와 관련이 있었고, 따라서 요리사가 성희롱을 하지 않도록 하는 것은 Platy Enterprises Ltd.의 책임이다.

## 12. 체력검사조건이 진정직업요건인지 여부 : British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v British Columbia Government Service Employees' Union [1999] 3 SCR 3

가. 사건개요

Tawney Meiorin은 브리티시 컬럼비아 산림청에 소방관으로 고용되었다.

정부는 채용된 지 3년 만에 전 직원이 의무적으로 합격해야 하는 체력검사를 도입하였고, Meiorin은 2.5km를 11분 만에 주파하는 기준을 제외한 모든 기준을 충족하였다.

4번의 시도 끝에, Meiorin의 최고 기록은 허용된 최대 허용 시간보다 49.4초를 초과하였고, 결과적으로 해고되었다.

나. 쟁점

아무리 노력하더라도 극복할 수 없는 (생래적인) 체력조건을 여성에게 부과함으로써 여성의 직업선택의 기회를 제한하는 것은 진정직업요건으로 인정될 수 있는지 여부가 쟁점이 되었다.

다. 판결의 주요 내용

SCC는 능력기준의 채택이 그 직무를 수행하는데 상대적으로 요구되는 것이라 하더라도 여성이 아무리 노력하더라도 극복할 수 없는 (생래적인) 체력조건을 여성에게 부과함으로써 여성의 직업선택의 기회를 제한하는 것은 진정직업요건으로 인정되지 못한다고 판단하였다.

SCC는 이후 Meiorin 기준으로 불리게 된 ① 합리적인 직무관련성, ② 진실하고 선의에 기한 믿음, ③ 합리적인 필요성과 그 판단기준으로 편의제공으로 인한 과도한 부담의 발생 여부의 세 가지 기준을 제시하였다.

나아가 사용자가 편의를 제공함에 있어 부담하여야 하는 부담의 정도가 과도한 것인지 여부에 대해 사용자에게 입증책임을 부과하고 있으며, 진정직업요건을 판단함에 있어 특정 ‘성’에게 평등한 고용의 기회를 제공하도록 하기 위한 선행요건으로 합리적인 대안의 조사와 편의제공 의무를 요구하였다.

### 13. 성적 지향 : British Columbia Human Rights Tribunal v Schrenk, 2017 SCC 62<sup>42)</sup>

#### 가. 사건개요

이란 이민자이자 이슬람 신자인 Sheikhzadeh-Mashgoul은 2013. 8. 브리티시 컬럼비아의 도로 개선 프로젝트를 감독하기 위해 엔지니어링 회사에서 근무하는 토목기사였다.

Mashgoul은 이러한 지위에서 자신의 출생지, 종교 및 성적 취향에 대해 고소인에게 반복적으로 경멸적인 발언을 한 Schrenk를 포함하여 현장의 노동자들을 감독하였다.

두 개의 별도의 회사에 고용된 Schrenk와 Sheikhzadeh-Mashgoul은 같은 사용자의 직원도 아니고 서로의 사용자도 아니다.

Sheikhzadeh-Mashgoul은 Schrenk의 학대를 이유로 브리티시 컬럼비아 인권심판소(British Columbia's Human Rights Tribunal)에 Schrenk과 Schrenk의 사용자를 상대로 그들이 자신을 차별했다고 주장하는 구제신청서를 제출하였다.

#### 나. 쟁점

직접적인 고용관계가 없는 당사자들 간에도 ‘고용과 관련’ 한 차별이 성립할 수 있는지 여부가 쟁점이 되었다.

#### 다. 판결의 주요 내용

SCC는 BC주 “ ‘사람’ 이 ‘고용과 관련하여’ 다른 사람을 차별하는 것” 을 금지하는 인권법 제13조와 관련하여 위 조항이 ‘사용자’ 가 아니라 ‘사람’ 이라고 규정한 것은 가해자가 피해자의 고용조건에 대한 명시적인 권한을 가진 상황을 넘어 보호를 확장하는 취지라고 해석했다.

이러한 관점에서 ‘고용과 관련’ 한 차별은 (i) 가해자가 피해자의 작업장에 필수적인지 여부, (ii) 피해자의 직장에서 차별이 발생했는지 여부 및 (iii) 피해자의 업무성과 또는 업무환경이 부정적인 영향을 받았는지 여부 등을 고려하여 판단해야 한다고 보았다. 이로써 사용자는 자신이 고용하지 않은 개인에 대하여 한 자신의 직원의 행동에 대하여 고용상 차별에 대한 책임을 부담할 수 있게 되었다.

42) <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2017/2017scc62/2017scc62.html>

## IV. 독일

### 0. 독일의 차별금지 관련 법제 개관

독일에서는 헌법에 해당되는 독일 기본법(Grundgesetz) 및 유럽연합의 각종 차별금지 지침들의 영향을 직접적으로 받아 제정된 독일 국내법인 ‘일반동등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)’을 중심으로 차별 금지 및 차별 판단 기준의 법리가 규율되고 있다.

독일 기본법 제3조는 평등에 관하여 규정하고 있다. 동조 제1항은 “모든 인간은 법 앞에 평등하다” 라고 규정하고 있고, 제2항 1문은 “남성과 여성은 동등한 권리를 가진다.” 라고 하여 남녀동권에 대해 규정하고 있으며, 2문은 “국가는 여성과 남성의 동등권을 사실상 관철시키기 위하여 적극적으로 지원하며, 현존하는 불이익의 제거를 위해 힘쓴다.” 라고 규정하고 있다. 또한 독일 기본법 제3조 제3항 1문은 “누구도 자신의 성별, 혈통, 인종, 언어, 출신지역과 신분, 사상, 종교, 정치적 견해에 의해 불이익을 받거나 우대받지 않는다.” 라고 하여 차별 금지에 관해 규정하고 있다.

‘일반동등대우법’은 독일 기본법 제3조의 평등을 구체화시키는 일반적 법률이라고 할 수 있다. 즉, 동법은 이미 앞서 제정, 시행되고 있던 ‘연방남녀평등법’, ‘장애인평등실현법’, ‘외국인차별금지에 관한 법률’ 등 전체 차별금지법제의 일반법으로서의 성격을 갖는다. 즉, 그 제정 시기에 관계없이 ‘일반동등대우법’상의 일반규정을 기본적인 바탕으로 하여 각 분야별 개별적 차별금지법이 적용되는 것으로 이해된다. ‘일반동등대우법’은 인종 및 민족적 출신, 성별, 종교 및 세계관, 연령, 장애, 성적 정체성 등을 이유로 하는 차별을 금지하고 있고 원칙적으로 모든 상이한 처우를 허용되지 않는 차별로 간주하고 있다. 다만 여성과 장애인에 대한 특별한 적극적 조치 정책은 계속적으로 허용된다.

동법 제1조는 “이 법의 목적은 인종, 민족적 출신, 성별, 종교나 세계관, 장애, 연령 혹은 성적 정체성을 이유로 한 불리한 차별을 예방하거나 제거하는 것이다.” 라고 규정하고 있다. 동법에서 차별을 금지하는 영역은 크게 직업활동분야, 사회보장영역, 교육영역, 주택을 포함하여 일반공중이 이용할 수 있는 재화와 용역에 대한 접근과 그 공급, 민사분야 등 광범위한 분야를 망라한다.

또한 동법이 금지하는 “불리한 차별”의 개념은 직접차별, 간접차별, 괴롭힘, 성적 괴롭힘, 지시에 의한 차별 등 다섯 가지로 나누어 정의되고 있다.

한편, 2017년 제정된 ‘임금공개법(Entgelttransparenzgesetz)’<sup>43)</sup>은 동일(가치)노동 동일임금의 원칙을 실현하기 위해 임금에 대한 정보를 공개하도록 하는 내용을 규정하고 있다. 이 법은 여성과 남성의 동일 또는 동일가치노동에 있어서 동일임금의 원칙을 실현시키기 위한 목적으로 제정되었다(법 제1조).

동법에 따르면 200인 이상 사업장의 사용자는 취업자가 요구할 경우 임금에 관한 구체적 기준을 서면으로 설명해야 하는 의무가 있고, 500인 이상 사업장의 사용자는 동일(가치)노동 동일임금원칙의 이행을 위해 임금체계를 정기적으로 점검해야 하며 500인 이상 사업장의 사용자는 정기적으로 동일임금원칙 실현을 위한 경영보고서를 제출 및 공개해야 한다. 200인 이상 사업장에서 근무하는 취업자는 자신의 임금, 임금의 확정을 위한 기준과 절차에 대한 정보와 자신과 비교 가능한 업무의 임금 및 그 기준과 관련된 사항의 정보를 요구하여 받을 수 있다.

이 법 적용 대상인 ‘취업자’라 함은 근로자, 연방 및 그 밖의 공법상 연방의 감독하에 있는 단체, 공공기관, 재단의 공무원, 연방판사, 군인, 직업훈련생, 재택근무 혹은 그와 비슷한 형태의 취업자를 포함하는 개념이다. 단, 이 법에서 규정하고 있는 동일 또는 동일가치노동은 동일한 사업장에서 동일한 사용자에게 속한 근로자에게만 적용된다.

법 제3조 제1항에 따라 동일 또는 동일가치노동을 할 때 전체적인 임금구성요소와 임금조건의 관점에서 성별을 이유로 하는 직접 또는 간접 차별을 금지하는바, 동일노동이란 여성 또는 남성근로자가 동일 또는 동종의 업무를 수행하는 경우를 의미하고(법 제4조 제1항), 법 제4조 제2항에 따르면 동일가치노동이란 여성과 남성 근로자가 업무요소의 전반을 바탕으로 하여 비교 가능한 상황을 간주될 수 있는 경우로서, 노동의 종류, 요구되는 직업교육, 근로조건 등을 고려하여 판단하게 된다.

어떠한 노동이 동일노동에 해당하는 경우는 여성근로자와 남성근로자가 서로 다른 일자리에서 동일

43) 정식 명칭은 ‘남녀 간의 보다 높은 임금공정성에 관한 법률(Gesetz für mehr Lohngerechtigkeit zwischen Frauen und Männern)’이다.

또는 동종 업무를 수행하거나 같은 일자리에 연속하여 동일 또는 동종 업무를 수행하는 경우이다. 이는 필요에 따라 서로 대체될 수 있어야 함을 의미한다.<sup>44)</sup> ‘동일가치노동’이라는 법적 개념은 겉으로 보기에 비교할 수 있는 업무가 아니지만 동일한 노동가치를 가진 업무이다. 동일가치노동인지 여부를 확인하기 위해서는 비교가능한 상태에 있는지 여부가 검토되어야 한다. 이는 추상적, 형식적인 기준이 아닌 다양한 객관적 기준에 의해 결정되고, 개별 사례에서의 모든 정황이 고려되어야 한다. 중요한 요소는 통상적으로 노동의 종류, 교육에 대한 요구, 근로조건이다. 이러한 기준은 다시 자격, 숙련도, 책임, 정신적 또는 육체적 부담과 같은 세부기준에 의해 검토될 수 있다.

## 1. 단체협약상 임금 성차별에 관한 연방노동법원 판결(BAG 15.01.1955 - 1 AZR 305/54)

### 가. 사건개요

단체협약상 규정을 통해 여성에게 남성보다 적은 임금을 지급하는 관행과 관련하여 당시 헌법상 평등권이 사인(私人)간에도 적용되는지 여부가 다투어졌 기본권의 대사인적 효력, 남녀 동일노동 동일임금지급 원칙에 대해 다룬 독일 최초의 판결이다.

### 나. 판결의 주요 내용

평등원칙과 차별금지에는 동일한 노동에 대한 남성과 여성의 동등 임금 원칙도 포함된다.

기본법 제1조 제3항에 따르면 뒤이어 나오는 기본권들은 직접 적용되는 권리로서 입법에 대해서도 구속력이 있다. 단체협약은 근로조건에 있어 당사자들의 고용 관계에 대해 객관적인 권리를 설정하기 때문에 입법, 즉, 실체적 의미에서의 법률(Gesetze im materiellen Sinne)이다. 이는 독일 연방 전체에 대해 효력이 있는 1949년 4월 9일 단체협약법(TVG)으로부터 강행적으로 도출된다.

동일임금원칙(Lohngleichheitssatz)에 관한 한, 재판부의 견해는 독일기본법 탄생 역사에서 나오는 것과 마찬가지로 헌법 제정자의 의지와 일치한다. 단체협약은 여성에 대한 동일임금의 원칙에 구속된다. 단체협약의 규범적 효력 역시 주권적 권력(hoheitliche Gewalt)에서 나오는 것이다. 단체협약은 오늘날 근로조건을 규율하는 가장 중심적이고 가장 중요한 법규범이라는 점이 간과되어서는 안 된다. 단체협약이 여성에 대한 동일임금원칙에 관한 헌법의 원칙에 구속되지 않는다면 노동법은 종이에 불과하게 될 것이다. 동일임금원칙의 과제와 의미는 단지 국가로부터 개인을 보호하는 것만이 아니다. 국가는 민간부문에 적용되는 법을 통해 동일한 노동에 대해 여성의 임금을 낮게 정한다는 생각을 결코 하지 않는다. 반대로 법제정의 권한을 허락받은 단체가 남성과 여성에 대한 동일임금원칙에 위반하는 경우에, 그 단체로부터 개인을 보호하는 것이 중요하고 실무적으로 매우 의미가 있다.

임금은 노동을 남성이 하는지 여성이 하는지 여부에 관계 없이 수행되는 노동에 따라서만 정해져야 한다. 임금에 뚜렷하게 드러나지 않더라도 남성 노동의 경제적 가치 역시 사업에 대해서 대단히 다양할 수 있다.

## 2. 직접차별 및 간접차별 개념과 판단기준에 관한 연방노동법원 판결(BAG, Urteil vom 18.9.2014 - 8 AZR 753/13 )

### 가. 사건개요

연방노동법원 판결 중에는 7세의 자녀가 있는 여성지원자가 채용되지 않은 것은 성을 이유로 하는 직접차별에 해당된다고 본 경우가 있다. 이 사건에서 여성지원자(원고)는 이력서에 “기혼, 자녀 1명”이라고만 기재하였는데, 채용에 불합격한 후 돌려받은 지원서류에는 자녀 1명이라고 기재한 부분에 밑줄이 그어져 있었고, “아이가 7살!”이라고 메모해 놓은 것을 발견하였다. 원고가 지원했던 자리에는

44) Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Das Entgelttransparenzgesetz - Ein Leitfaden für Arbeitgeber sowie für Betriebs- und Personalräte, 2017, 16쪽.

원고보다 나이가 어리고 아이가 없는 기혼 여성이 채용되었다. 이에 원고는 자녀 때문에 채용되지 않은 것은 차별이라고 주장하면서 일반동등대우법 제15조 제2항에 따른 위자료를 청구하였는데, 원심은 자녀 있는 기혼여성과 기혼남성의 소득활동 상의 차이에 대한 통계자료를 근거로 간접차별로 인정한 반면, 연방노동법원은 간접차별이 아니라 오히려 직접차별에 해당되는지 여부가 검토되어야 했었다고 판단하였다.

이 사건의 원심 법원인 함(Hamm) 주노동법원은 “아이가 7살!” 이라고 손으로 적어 놓은 메모가 간접차별에서 문제되는 ‘중립적 기준’ 이 될 수 있다고 보았고, 통계자료에 기반하여 간접차별을 인정했다. 반면 일반동등대우법 제3조 제1항 제2문에서 말하는 모성보호로 인한 직접차별에는 해당되지 않는다고 판단했다. 이 경우 모성보호는 임신 및 출산에 직접 관련되는 상황만 포함한다고 판단했기 때문이다.

#### 나. 판결의 주요 내용

이에 대해서 연방노동법원은 해당 통계자료를 간접차별 인정의 근거로 보기 어렵다고 판시했다. 원심은 독일의 2010년 분기별 인구(및 생업 활동) 조사결과, 자녀가 있는 기혼여성의 60%, 자녀가 있는 기혼남성의 85%가 직업활동을 하고 있었고, 소득활동에 종사하는 자녀가 있는 기혼남성의 95%가 풀타임 노동에 종사한 반면, 자녀가 있는 기혼여성의 25%만이 풀타임노동에 종사한다는 통계자료를 인용했는데, 연방노동법원은 이러한 통계자료에 의해 원고에 대한 채용에 있어서의 간접차별이 추론될 수는 없다고 판시했다. 이 자료는 소득활동을 하고 있는 경우에 대한 자료이지 채용에 대한 자료는 아니기 때문이라는 것이다. 또한 이 사건이 임신, 출산 등의 모성보호와 관련되는 것은 아니기 때문에 모성보호를 이유로 하는 직접차별에 해당되지는 않지만 성별을 이유로 하는 직접차별이 단지 모성보호의 경우에만 국한되는 것은 아니라는 점을 언급했다. 결론적으로 연방노동법원은 오히려 원심이 직접차별에 해당되는지 여부를 우선적으로 검토했어야 했다고 지적하면서 원심을 파기환송하였다.

이후 Hamm 주노동법원은 여성 지원자 채용과 관련하여 사용자가 자녀의 나이를 언급하는 것은 성별을 이유로 하는 직접차별에 해당될 수 있다고 판단했다. 즉, 채용과 관련하여 특정성에 대한 전통적인 성역할 고정관념과 연결되는 사용자의 언급이 성별을 이유로 하는 직접 차별이 될 수 있다고 판시했다.<sup>45)</sup>

### 3. 트랜스젠더임을 이유로 하는 채용상 차별이 성적 정체성 사유에 포함되는 것으로 본 연방노동법원 판결(BAG, Urteil vom 17.12.2015 - 8 AZR 421/14)

#### 가. 사건개요

피고2는 보석디자인업을 운영하고 있고, 피고1은 독일 전국적으로 근로자과견업을 운영하고 있다(피고1은 원심까지만 참여했음). 원고는 2012년 9월 7일 고용센터의 직업소개제안을 근거로 피고1에게 문의했다. 원고는 피고1에 근무하는 여성 W로부터 피고2의 위탁판매인(Kommissioniererin) 일자리가 있었다는 말을 들었고, W는 피고2의 물류관리자(Logistikleiter)인 남성 P와 같은 날 오후 3시에 원고의 면접을 보기로 합의했다. W와 원고는 원고에게 근로계약서를 우편으로 보내는 것에 합의했다.

원고는 2012년 9월 7일 오후 P와 통화를 했다. P는 원고에게 “나는 W가 Ms. M<sup>46)</sup>에게 면접을 알렸다고 생각했습니다.” 라고 말했다. 원고는 본인이 Ms. M이라고 했다. 2012년 9월 10일 W는 원고에게 피고2가 다른 과견업체 소속의 지원자로 결정했다고 알렸다. 이후 원고는 일반동등대우법 소정의 성별에 의한 불리한 대우를 받은 것이라고 주장했다. 원고는 P가 자신과의 전화통화를 통해 자신이 여성이라는 것을 믿지 않았고 이를 통해 자신이 조롱당했다고 주장했다. 다른 한편으로 구직광고는 원칙적으로 성중립적으로 작성되어야 한다고 주장했다. 원고는 일반동등대우법상 성별을 이유로 하는 불리한 대우를 받았음을 주장하며 손해배상을 청구했다. 원고는 법에서 말하는 ‘성별’이라는 그룹에는 남성, 여성 및 중간성이 모두 포함된다고 주장했다.

45) LAG Hamm, Urteil vom 11.06.2015 - 11 Sa 194/15.

46) 독일어로는 Frau M으로 표기되어 있는데, Frau는 영어의 Ms.에 해당됨.

#### 나. 판결의 주요 내용

트랜스젠더임을 이유로 채용 상 차별이 문제된 사건에서 연방노동법원은 비록 일반동등대우법 제1조가 트랜스젠더를 차별금지 사유로 규정하고 있지는 않지만 이는 성별 및 성적 정체성이라는 사유에 포함되는 것으로 고려될 수 있다고 판단했다. 독일 입법자는 트랜스젠더를 ‘성적 정체성’ 사유에 포함되는 것으로 보지만 유럽연합 지침에 따르면 ‘성별’ 사유에 포함되는 것으로 보기 때문이라고 한다.

평등대우원칙의 침해를 주장하는 사람은 일반동등대우법 제1조에서 규정한 사유들 중 하나로 인해 불리한 대우가 이루어졌음을 암시하는 주요한 개연성(Wahrscheinlichkeit)에 의한 간접증거를 진술하는 경우 이미 입증책임은 충분하다.

트랜스젠더는 그 자체로 일반동등대우법 제1조에서 말하는 사유에 해당되지는 않는다. 그렇지만 이는 법 제1조의 ‘성별’이라는 사유의 범위에서 뿐 아니라 ‘성적 정체성’이라는 사유의 범위에서도 의미가 있다.

### 4. 육체적 능력에 따른 고령자 차별 관련 연방노동법원 판결(BAG, Urteil vom 13.10.2009 – 9 AZR 722/08)

#### 가. 사건개요

1964년에 태어난 원고는 1994년부터 피고 연방주(Land)의 사회복지사(Sozialarbeiter)로 근무했다. 원고는 고등학교와 종합학교에서 사회복지사로 일했다. 2006년 피고 연방주는 직원협의회(Gesamtpersonalrat)와 교직원 배치전환에 관한 협정을 체결했다. 배치전환의 요건으로는 연령, 가족상황, 자녀유무 등을 고려하여 점수를 부여했는데 그 중 연령과 관련하여 30세 이하는 0점이 부여되었고, 30세 초과하는 경우 매1년에 대해 1점이 부여되었다(최고 35점까지 부여). 가장 낮은 점수를 받은 직원은 배치전환 대상자로 예정되었다. 원고는 연령과 가족상황에 대한 점수를 합하여 17점을 받았고, 원고와 함께 일하던 다른 사회복지사들은 각각 25점, 26점, 28점을 받았는데, 그들의 나이는 각각 55세, 56세, 58세였다. 이에 연방주는 원고에게 다른학교로 배치전환 될 것임을 통보했다. 원고는 이러한 배치전환은 일반동등대우법상 연령에 의한 불리한 대우라고 주장했다.

#### 나. 판결의 주요 내용

이 사건에서 문제된 배치전환 기준 중 연령에 점수를 부여하는 기준은 고령자에게는 유리하게 작용하고 상대적으로 젊은 직원들에게는 불리하게 작용한다. 이는 일반동등대우법상 연령을 이유로 하는 직접차별에 해당된다. 연령이 높아질수록 높은 점수를 받게 되어 배치전환될 가능성이 줄어들기 때문이다.

다만, 연령이 높아짐에 따라 증가되는 부담으로부터 근로자를 보호하기 위한 목적의 배치전환에 관한 계약은 일반동등대우법 제10조 제1항에 따른 사회정책적인 합법적 목적을 가진다고 할 수 있다. 근로자가 연령이 높아짐에 따라 유연성이 감소하여 변화된 환경에 맞추어 근로하는 것이 일반적으로 어려워진다는 경험칙이 존재하는지 여부에 대해서는 회의적이다. 판례에서는 단지 연령이 높아짐에 따라 육체적 부담능력이 감소함을 인정하고 있을 뿐이다.

### 5. 연령에 따른 휴가 차별 관련 연방노동법원 판결(BAG, Urteil vom 21.10.2014 – 9 AZR 956/12)

#### 가. 사건개요

피고는 신발을 생산하는 업체이다. 1960년 4월 10일생인 원고는 1994년 7월 1일부터 피고회사에서 생산직근로자로 근무했다. 2000년 11월 13일 체결된 근로계약에서는 매년 34일의 근로일에 대한 휴가

청구권이 있음을 정했다. 다만 피고회사는 만 58세 이상 근로자에 대해서는 연간 36일의 휴가를 부여 했는데 이에 대해서는 개별적인 계약은 없었다. 원고는 이러한 휴가부여가 연령차별이라고 주장했다. 제조업체에서 상대적으로 나이가 많은 근로자가 더 많은 휴양기간을 필요로 한다는 것에 대해서는 입증되지 않았다고 하면서 연방휴가법은 휴가기간에 대해 연령이나 육체적 부담과 관련하여 규정하고 있지 않다고 주장했다. 피고회사는 58세 이상이 되면 왜 보다 많은 휴양의 필요성이 있는지에 대해서는 이유를 말하지 않았다.

#### 나. 판결의 주요 내용

단체협약의 적용을 받지 않는 신발제조업체에서 만 58세 이상이 된 생산직 근로자에 대해 그보다 젊은 근로자에 비해 매년 보다 많은 휴가를 부여하는 것은 고령 근로자 보호라는 관점에서 연령을 이유로 하는 다른 대우로서 이는 일반동등대우법 제10조 제3문 제1호에 따라 허용될 수 있다.

이 사건 사용자 스스로의 평가를 통해 고령 근로자가 젊은 근로자에 비해 보다 긴 휴양시간을 필요로 한다고 판단하였는데 연방노동법원은 이러한 판단이 적정한 재량 범위를 넘어서지 않은 것이라고 판단하였다.

### 6. 정리해고시 보상금 차등 지급 관련 연방노동법원 판결(BAG, Urteil vom 12.04.2011 - 1 AZR 743/09)

#### 가. 사건개요

1967년에 태어난 원고는 1995년 11월 이후 피고회사에서 근무했다. 2007년 1월초 피고회사는 폐업을 결정했고, 회사의 재산은 제3자에게 매각하기로 했다. 2007년 7월 19일 피고회사는 사업장협의회와 사회적 계획에 합의했다. 정리해고에 대한 보상금 지급시 근속년수, 연령, 부양자녀, 중증장애가족에 대한 추가수당을 지급하기로 했다. 원고는 연령이 높은 자에 대해 보다 많은 추가수당을 지급하는 것은 상대적으로 젊은 직원에 대한 연령을 이유로 하는 차별이라고 주장했다.

#### 나. 판결의 주요 내용

정리해고시 마련하는 사회적 계획에서 근속년수 및 연령에 따라 보상금을 차등지급하도록 규정하는 것이 문제된 사례인데, 연방노동법원은 45세 이상 및 50세 이상 근로자에게 차등적으로 보다 많은 보상금을 지급하도록 하는 것은 젊은 근로자에 대한 연령차별에 해당되지 않는다고 보았다.

일반동등대우법 제10조 제3항 제6호는 상대적으로 나이가 많은 근로자가 노동시장에서 전형적으로 젊은 근로자들에 비해 더 큰 어려움을 가진다는 상황을 입법자가 고려한 것이다. 이러한 점은 일반적인 사회정책적 이익에 근거한 것이고, 단지 사용자의 개인적인 이익에만 근거한 것이 아니다.

정리해고시 연령에 따른 추가수당 지급은 보다 고령의 근로자가 일자리 상실과 관련하여 보다 높은 경제적 불이익을 당하게 되는 것에 대한 보상이라는 규율 목적을 지원하기에 적합하다. 예상되는 경제적 불이익을 어느 정도 범위에서 어떻게 완화시킬 것인지 여부에 대해서는 사업장내 당사자들이 형성의 재량을 가진다. 연방고용청의 통계에 따르면 2007년 연령별 실업률 상황을 보면, 25세 이상 30세 미만은 11.4%, 30세 이상 35세 미만은 10.7%, 35세 이상 40세 미만은 12.7%, 40세 이상 45세 미만은 14.2%, 45세 이상 50세 미만은 13.9%, 50세 이상 55 미만은 13.6%이다. 이러한 통계는 - 30세 이상 35세 미만 그룹에서 경미하게 줄어드는 경향은 있지만 - 나이가 많아질수록 실업률이 높아진다는 상황을 보여준다. 또한 2007년의 연령대별 평균 실업기간을 보면, 25~29세는 200일, 30~34세는 267일, 35~39세는 303일, 40~44세는 330일, 45~49세는 362일, 50~54세는 415일이다. 이는 25세 이후 5년씩 연령이 높아질수록 실업자로 머물게 될 위험이 커진다는 것을 분명하게 보여준다.

### 7. 종교의 자유 관련 - 이슬람교도인 여성 사법연수생에 대한 히잡 착용 금지는 독일 헌법

## 에 합치된다고 판단한 헌법재판소 결정(BVerfG, Entscheidung über die einstweilige Anordnung vom 27.06.2017 - 2 BvR 1333/17)

### 가. 사건개요

이 사건은 독일에서 자주 문제되는 이슬람여성의 히잡 착용 금지와 관련하여 사법연수생에 대한 히잡 착용 금지가 종교의 자유를 침해하는지 여부가 문제된 사례이다.

헷센주 공무원법 제45조는 중립의무에 대해 규율하고 있다. 청구인은 독일 및 모로코 국적을 가지고 있고, 2017년 1월 2일부터 헷센주의 사법연수생으로 연수기관에서 교육을 받았다. 청구인의 진술에 따르면 자신의 개인적 신앙에 따라 일반 대중이 있는 곳에서 히잡을 착용한다. 2007년 6월 28일 헷센주 법무부령(Erlass des Hessischen Ministeriums der Justiz vom 28. Juni 2007)은 사법연수생은 시민들 앞에서 정치, 종교, 세계관의 중립을 지켜야 하므로 히잡을 착용해서는 안된다고 규정했다. 청구인은 히잡 금지가 헌법에 위반된다고 주장하며 헌법소원을 청구했다.

### 나. 판결의 주요 내용

국가의 대리인(Repräsentanten)으로서 인식되거나 인식될 수 있는 활동을 함에 있어서 종교상의 의복 규율을 따르는 것을 통해 자신이 특정 종교단체 소속임이 드러나지 않게 해야 할 사법연수생의 의무는 헌법 제4조에 의해 보장되는 개인의 신앙의 자유를 침해한다.

종교의 자유에 대한 침해를 정당화할 수 있는 신앙의 자유와 모순되는 헌법상 이익으로서 국가의 세계관 및 종교의 중립성 원칙, 법집행의 기능성의 원칙 및 원칙적으로 보호되는 제3자의 소극적인 종교의 자유와의 충돌 가능성이 고려되어야 한다. 그에 반해 법관의 공평성의 사명과 세계관 및 종교상의 평화 보장의 사상은 정당화의 효력을 만들지 못한다.

국가의 중립성에 대한 의무는 공직수행자의 중립성 의무와 다를 수 없다. 국가는 사람을 통해서만 행위할 수 있기 때문이다. 물론 공직수행자가 공무를 수행하는 경우, 그의 사적인 기본권행사가 모두 국가의 행위로 고려되어야 하는 것은 아니다. 그렇지만 무엇보다도 사법 영역과 같이 국가가 공무집행의 외관상 특징에 특별한 영향을 주는 경우에는 그러한 고려가 문제된다.

법집행의 기능성(Funktionsfähigkeit)은 법치국가의 기본조건에 속하고 헌법의 가치평가에 있어서 분명히 성문화되어 있다. 왜냐하면 각 판례는 결국 기본권 보장을 위한 것이기 때문이다. 기능성은 사회적 신뢰가 판사 개인의 인성에서만 아니라 사법부 전체에 존재한다는 것을 전제로 한다. 전체 민중의 절대적인 신뢰에 도달할 수는 없지만 국가에게는 최선을 다해야 하는 과제가 주어진다.

종교다원적 사회가 반영되어야 하는 신앙에 대해 열려있는 종교혼합학교의 영역과는 달리 국가는 사법에 있어 시민에게 전통적·고권적이고 따라서 시민에게 강력한 침해효과를 가지고 대하게 된다.

판사 업무에 있어 종교적 상징의 사용은 그 자체로 관련 판사의 객관성에 대한 의심을 제기하기에는 적절하지 않다. 관용원칙의 고려하에서 헌법적 이익 사이의 규범적 긴장관계를 해결하는 것은 대중의 의사형성 과정에서 모두에게 기대가능한 타협을 발견해내야 하는 민주적 입법자의 의무이다.

소송에서 문제가되는 금지의 구체적 형태를 고려할 때, 법정에서 종교적 상징의 착용을 금지하거나 허용하도록 헌법적으로 요구하는, 상충되는 법적 입장 중 어느 것도 지배적인 비중을 갖지 않는다. 따라서 사법연수생에게 세계관과 종교의 중립을 지키도록 하는 의무에 대한 입법자의 결정은 헌법적 관점에서 존중되어야 한다.

## 8. 이라크출신 환자의 언어능력 부족을 이유로 병원에서 심장이식수술을 거부한 것이 차별에 해당되는지 문제된 사건에 관한 헌법재판소 결정(BVerfG, Beschluss vom 28.01.2013 - 1 BvR 274/12)

### 가. 사건개요

이 사건은 외국계 환자가 심장이식수술을 받기 위해 병원의 환자대기목록에 올려줄 것을 요청했으나 병원측에서는 심장수술을 전후하여 독일어능력이 부족한 외국계 환자와의 의사소통이 어려운 경우 수술과 치료에서 문제가 발생할 수 있음을 이유로 대기환자 목록에 올리는 것을 거부하여 일반동등대우법상 차별금지 규정 위반이 문제된 사례이다. 이 환자는 해당 병원에서 거부당한 후 다른 병원에서 대기목록에 받아들여졌다. 환자는 언어능력 부족을 이유로 병원에서 거부된 것은 차별이고 자신의 일반적 인격권이 침해당했다고 하면서 위자료청구 소송을 위한 소송비용보조를 신청했다. 주법원과 고등주법원은 병원에서 충분한 독일어 능력을 요구하는 것은 일반동등대우법상 직접 차별에 해당되지 않는다고 판단했다. 이에 관한 법률상 규정이 없다는 것을 이유로 제시했다. 합법적 목적에 의한 객관적 정당화 사유가 있기 때문에 간접 차별 역시 성립되지 않는다고 판단했다. 따라서 병원을 상대로 하는 위자료청구는 인정될 수 없다고 보았고, 위자료청구 소송을 위한 소송비용 보조신청을 기각했다. 이에 환자는 헌법소원을 제기했다.

#### 나. 판결의 주요 내용

언어능력 부족을 이유로 심장이식수술을 위한 대기환자목록에 올리는 것을 거부당한 것과, 이로 인한 일반적 인격권 침해를 이유로 하는 위자료 청구를 하기 위한 소송비용보조를 거부하는 것은 헌법 제20조 제3항 및 제3조 제1항에 의해 도출되는 평등한 법적 보호에 대한 요청과 모순된다.

수술의 성공을 위해 충분한 언어능력이 필요한 것인지 여부에 관해서는 판례에서 다루어진바 없는 문제이다. 그렇지만 법적 보호 요구에 대해 성공하기 어렵다는 관점에서 소송비용보조신청을 거부하는 것은 법적 보호 평등원칙 위반이 된다. (Leitsätze der Redaktion)

### 9. 은행에서 작성해야 하는 서류 서식에 ‘계좌소지인(Kontoinhaber)’ 가 남성형으로만 표시되어 있는 것이 성차별에 해당되는지 여부에 관한 연방대법원 판결(BGH, Urteil vom 13.03.2018 - VI ZR 143/17)

#### 가. 사건개요

원고는 은행 거래에 사용되는 서식에 문법적으로 남성형에 해당되는 계좌소지남성(Kontoinhaber)이라는 단어만 기재되어 있고, 여성형(계좌소지여성, Kontoinhaberin) 단어는 기재되어 있지 않는 것은 성차별에 해당된다고 주장하면서 은행 서류에 여성형 단어도 기재할 것을 요구했다.<sup>47)</sup> 연방노동법원은 원고의 청구를 기각했다.

#### 나. 판결의 주요 내용

문법적인 성별과 관련하여 은행 서식에 남성형, 여성형 등을 모두 기재하도록 요구할 법적 권리는 존재하지 않는다. 일반적 통상적인 언어사용과 언어에 대한 이해에 따르면 문법적으로 남성형의 사람에게 관한 단어는 모든 자연적인 성별을 포함할 수 있는 것이다.

### 10. 호텔에서 극우주의 정당(NPD) 간부들의 출입을 금지한 것이 일반동등대우법상 차별금지 규정 위반인지 문제된 사건(BGH, Urteil vom 09.03.2012 - V ZR 115/11)

#### 가. 사건개요

원고의 아내는 여행을 통해서 2009년 12월 6일부터 12월 10일까지 피고호텔에서의 숙박을 예약했다. 여행사는 우선 예약을 확인한 후에 2009년 11월 19일 호텔숙박이 불가능하다고 알렸다. 그리고 다양한 대안과 무료 취소료를 제안했다. 2009년 11월 23일 원고는 호텔 출입금지의 이유가 원고가 극우주

47) 독일어에서 사람을 지칭하는 단어가 남성형, 여성형이 다르기 때문에 독일에서는 남성형만 기재해 놓은 것에 대해 성차별이라는 다툼이 자주 일어난다.

의정당의 연방의장(NPD-Bundesvorsitzender)이기 때문이었고, 모든 손님들의 최고의 편안함을 위한 것임을 알게 되었다.

원고는 이를 차별이라고 생각하고 소송을 통해 출입금지가 철회되기를 원했다. 특히 예전에 이 호텔에 숙박했을 때 자신은 정치적인 표현을 하지 않았다는 점을 주장했다. 1심 및 2심에서 소송은 기각되었다. 연방법원에서는 원고가 일부 승소했다. 숙박계약이 체결된 후에는 인격권침해나 차별이 문제되는 출입금지는 이를 정당화할 객관적 사유를 필요로 하지만 계약 체결 이전에 누구를 손님으로 받을 것인가는 호텔 사업주의 경영상 자유의 영역이라고 판단했다.

#### 나. 판결의 주요 내용

숙박계약의 체결에 의해 호텔업주의 사적 자치, 경영상 자유, 소유권 행사는 이후의 호텔 출입(숙박) 금지와 관련된 계약당사자들의 인격권 및 차별금지 뒤로 밀려나게 한다. 이 경우 호텔출입금지를 하기 위해서는 객관적 정당화 사유를 필요로 한다. 피고에 대한 민법상의 구속력은 헌법 제2조 제1항에 따른 사적자치, 헌법 제12조에 따른 경영상 자유, 헌법 제14조에 따른 소유권 행사에 호소하는 것의 비중이 명백하게 상실되게 한다.

그렇지만 호텔사업주가 누구를 손님으로 받아들일 것인지에 관한 결정을 유보하는 경우, 그는 자신의 공간에 타인을 숙박하도록 허락할 것인지 여부 및 어떤 조건하에서 숙박을 허락할 것인지 여부에 관한 경영상 결정에 있어 자유롭다. 이 경우 숙박금지를 하는 것은 객관적 사유에 의해 정당화되어야 하는 것은 아니다.

피고가 원고의 정치적 주장을 근거로 출입금지를 하는 것은 법에 위반된다고 보기 어렵다. 헌법 제3조 제3항에 따른 정치적 관점에 의한 불리한 대우의 금지는 사인(私人)간의 법적 거래에 직접 적용될 수 있는 것이 아니다.

헌법 제3조 제3항이 사인간의 관계에서도 특별한 중요성을 가질 수 있다 하더라도 그러한 점으로부터 원고가 정치적 언행을 이유로 호텔 출입금지의 불리한 대우를 받지 않을 이익이 역시 헌법에 의해 보호되는 피고의 이익에 대한 비교형량에서 관철된다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 그리고 원고는 호텔 출입금지로 인해 단지 자신의 자유시간의 설계를 침해받은 것일 뿐이다. 또한 원고는 호텔에 도착하기 전에 서면으로 출입금지를 통보받았으므로 대중앞에서 조롱을 당한 것도 아니다. 그에 반해 피고는 웰니스 호텔이라는 자신의 경영상 컨셉에 대해 경제적인 위험을 부담하게 된다. 피고는 - 계약상 구속되는 것이 아닌 한 - 원고의 정치적 언행으로 인해 경영 컨셉이 침해당할 수 있기 때문에 원고의 출입을 거부할 자유는 정당화될 수 있을 것이다.



---

---

## 제 2장

---

---

### 해 외 차 별 판 단 지 침

---

---



## 제1절. 미국 EEOC-CVG-2000-2 : Threshold Issues

### I. 개관

- 심리가 가능한 청구: 고소가 적용되는 근거 및 적용되는 쟁점과 관련한 차별을 주장하는가?
  - 적용되는 근거: 고소가 개인의 보호받는 지위에 근거한 차별을 주장하는가?
  - 적용되는 쟁점: 고소의 쟁점에 EEO 법령이 적용되는가?
  
- 적용받는 당사자: 고소가 적용받는 개인이 적용받는 주체에 의한 차별을 당하였다고 주장하는가?
  - 적용받는 개인: 해당 개인이 EEO 법령의 보호를 받는 개인에 대한 차별을 주장하는가?
  - 적용받는 주체: 혐의를 받는 차별에 적용받는 주체가 관여하였는가?
  
- 추가적인 기준 요건:
  - 시기적절함: 고소가 시기적절한가?
  - 당사자 적격: 고소 당사자가 고소를 제기하는데 적격인가?
  - 배제: 고소가 이전의 주 또는 연방 법원의 결정으로 배제되는가?

위원회에 고소가 제기되면 배정된 조사관은 보통 차별 청구의 본안을 살펴보기 전에 일정한 기준 요건들이 충족되는지 판단한다. 이 절은 고소가 Civil Rights Act 1964 VII편, Age Discrimination in Employment Act 1967(ADEA), Americans with Disabilities Act 1990(ADA) 또는 Equal Pay Act 1963(EPA)에 의거하여 제기될 때 고려할 적용 범위, 시기적절함, 기타 기준 쟁점들을 논한다. 이 절은 선의의 직업적 자격 항변이나 ADEA에 의거한 수당 청구에 대한 실체법적 항변과 같은, 피고가 기준 요건을 충족하는 차별 고소를 무효화하기 위해 제기할 수 있는 항변을 다루지는 않는다.

보통, 기준 요건이 충족되었는가를 판단하는 것은 상당히 간단하다. 그러나 때로는 조사관이 추가적인 조사 없이 특정한 기준 요건이 충족되었는지 선뜻 결정 내릴 수 없다. 고소가 기준 요건을 충족하지 못하면 이는 기각되어야 한다. 특정 요건의 충족이 판단하기 어려운 문제인 경우 고소를 받아들여 처리해야 한다.

이 절에서 논하는 원칙은 대부분의 관할 구역에서 적용되지만 몇몇은 특정 관할 구역의 법과 모순될 수 있다. 조사관은 적용할 수 있는 판례법이 특정 쟁점에 대한 위원회의 입장과 상이한 경우 법률 부서와 상의해야 한다.

### II. 심리가 가능한 청구

위원회에 제기되는 고소는 위원회가 집행할 수 있는 법에 의거하여 심리할 수 있는 청구를 제시해야 한다. 구체적으로, 고소는 EEO 법령의 적용을 받는 근거와 쟁점을 주장해야 한다.

#### A. 적용되는 근거

고소는 개인이 다음의 보호되는 범주 중 하나 이상에 속한다는 것을 근거로 고용 차별을 받았다고 주장해야 한다.

- 적용되는 근거
  - 민권법 VII편: 인종/피부색, 출신국, 종교, 성별(임신 포함)
  - EPA: 성별(보상 차별에 국한)

- ADEA: 연령(40세 이상)
- ADA: 장애
- 모든 법령: 보호되는 활동에 대한 보복(차별 반대, EEO 절차에의 참여)

다음 쟁점들은 이러한 근거 중 어떤 것에 의거해서든 발생할 수 있다:

- 같은 보호받는 부류 구성원에 의한 차별: EEO 법령은 보호받는 부류의 구성원이 같은 보호받는 부류 구성원을 차별하는 것을 금한다. 예를 들어 VII편은 남성 관리자가 남성 부하직원을 성별을 근거로 성적으로 괴롭히는 것을 금한다(Oncale v. Sundowner Oshore Servs., Inc., 523 U.S. 75 (1998)).
- 하위부류에 대한 차별: EEO 법령은 특정 보호받는 집단의 하위부류에 대한 차별을 금한다. 예를 들어 사용자는 학령 전 자녀가 있는 남성을 고용한다면 학령 전 자녀가 있는 여성의 고용을 거부할 수 없다(Phillips v. Martin Marietta Corp., 400 U.S. 542, 544 (1971)).
- 교차 차별: EEO 법령은 둘 이상의 보호받는 부류에 속한다는 것을 근거로 개인을 차별하는 것을 금한다. 예를 들어 VII편은 사용자가 백인 남성이나 아프리카계 미국인 여성은 차별하지 않는다 하더라도 아프리카계 미국인 남성을 차별하는 것을 금한다(Hicks v. Gates Rubber Co., 833 F.2d 1406, 1416 (10th Cir. 1987)). 유사하게, 교차 차별은 둘 이상의 EEO 법령, 예를 들어 연령과 장애에 근거한 차별이나 성별과 연령에 근거한 차별을 수반할 수 있다.
- 고정관념: 보호받는 근거에 의한 차별에는 보호받는 부류의 구성원에 대한 고정관념적인 추정을 이유로 한 차별이 포함된다. 예를 들어 여성이 “지나치게 공격적”으로 인식되거나 “여자답지 않은” 것으로 여겨지는 비속어를 사용한다는 이유로 차별하는 것은 성차별의 한 형태이다(Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228, 250-51 (1989)).

## 1. 민권법 VII편

VII편은 인종, 피부색, 출신국, 종교, 성별을 근거로 어떠한 개인에 대해서든 고용차별하는 것을 금한다. 따라서 예를 들어 법령은 백인, 아프리카계 미국인, 아시아인을 인종과 피부색으로 차별받는 것으로부터, 남성과 여성을 성차별로부터, 이란인, 쿠바인, 미국인을 출신국 차별로부터, 기독교도, 유대교도, 회교도, 무신론자를 종교적 차별로부터 보호한다. 다음 절은 VII편을 근거로 제기될 수 있는 몇몇 구체적인 종류의 고소를 설명한다.

### a. 인종과 피부색

VII편은 인종차별과 피부색 차별을 모두 금한다. 그러나 법원이 이 둘을 언제나 구분하는 것은 아니다(Felix v. Marquez, No. 78-2314, 1980 WL 242 (D.D.C. Sept. 11, 1980)). 그 결과 조사관은 보통 적대적 행동이 인종에 근거한 것인지 피부색에 근거한 것인지를, 고소 당사자가 둘 중 하나 또는 둘 다를 주장하는 한 적대적 행위가 인종에 근거한 것인지 피부색에 근거한 것인지 판단할 필요가 없다.

- 신체적 특징: 인종차별에는 특정 인종과 연관된 신체적 특징을 근거로 한 차별을 포함하며, 고소 당사자와 차별 혐의자가 같은 인종에 속한다고 하여도 마찬가지이다. 예를 들어 VII편은 아시아인을 얼굴의 특징이나 키와 같은 신체적 특징을 이유로 차별하는 것을 금한다(Motley v. Tractor Supply Co., 32 F. Supp. 2d 1026, 1056 (S.D. Ind. 1998)).
- 피부색: 인종/피부색 차별에는 피부색의 색조를 근거로 한 차별이 포함된다. 예를 들어 사용자가 어두운색이나 밝은색의 피부를 가진 아프리카계 미국인을 차별하는 것은 불법이다(Walker v. Secretary of the Treasury, 713 F. Supp. 403, 405-08 (N.D. Ga. 1989)).
- 보호받는 개인과의 연관: VII편은 개인이 특정 인종이나 피부색의 다른 개인과 연관이 있음을 이유로 한 차별을 금한다. 예를 들어 북미 원주민과 결혼했다거나 혼혈자녀를 두고 있다

는 이유로 백인 근로자에 대하여 불리한 고용조치를 취하는 것은 불법이다(Tetro v. Elliott Popham Pontiac, Oldsmobile, Buick, & GMC Trucks, Inc., 173 F.3d 988, 994-95 (6th Cir. 1999)).

## b. 출신국

출신국 차별에는 출신지나 출신국 집단의 신체적, 문화적 또는 언어적 특징에 근거한 차별이 포함된다. 때로 출신국 차별은 인종차별과 겹치고, 그러한 경우 차별의 근거는 인종 및 출신국 둘 다로 분류될 수 있다. 예를 들어 북미 원주민에 대한 차별은 인종/출신국 차별이 될 수 있다(Perkins v. Lake County Dep't of Utils., 860 F. Supp. 1262, 1273 n.7 (N.D. Ohio 1994)).

- 말씨/언어: 출신국 차별에는 말씨, 말투, 언어의 유창함에 근거한 차별이 포함된다(Carino v. University of Okla. Bd. of Regents, 750 F.2d 815, 819 (10th Cir. 1984)). 근로자가 직장에서 영어만 하도록 요구하는 규칙에도 적용된다.
- 다언어 사용: 출신국 차별은 다언어를 사용하는 근로자에게 추가적인 보상 없이 단일언어를 사용하는 동료보다 더 많은 일을 하도록 요구하는 것이 포함된다.
- 시민권: EEO 법령은 미국 내에서 적용받는 사용자를 위해 노동하는 모든 근로자를 시민권 신분이나 노동 허가와 무관하게 보호한다. 덧붙여 시민권에 근거한 차별은 출신국에 근거한 차별을 목적으로 하거나 그러한 효과를 내는 경우 VII편의 출신국 차별 금지를 위반하는 것이다.
- 보호받는 개인과의 연관: 출신국 차별에는 개인이 출신국 집단에 속한 어떤 사람과 연관이 있다는 것을 근거로 한 차별이 포함된다. 따라서 예를 들어 어떤 개인이 중동 출신의 사람과 결혼하였다고 하여 차별하는 것은 불법이다.
- 국가 안보: 국가 안보에 대한 고려에 근거한 고용 결정은 기밀정보 취급허가 결정을 포함하여 EEO 법령에 의거한 제한된 심사의 대상이다. 아래 § 2-III B.4.v.iv 참고.
- 출신국 차별에 대한 추가적인 논의는 위원회의 “Guidelines on Discrimination Because of National Origin” 29 C.F.R.Part 1606 참고.

위원회는 “종교”를 전통적인 종교적 관점 정도로 진지하게 가진, 도덕 또는 윤리적 신념을 포함하는 것을 정의한다. 이러한 광범위한 적용 범위는 개인들이 자신의 특정한 종교적 신념이나 관습이 얼마나 널리 퍼져 있는가와 무관하게 종교적 차별로부터 보호받도록 한다. 또한 그 덕으로 위원회가 어떤 것이 종교인지 아닌지 판단하지 않아도 되는데 이러한 판단은 정부가 하기 부적절한 일이다. 종교적 차별에는 또한 누군가가 무신론자라고 하여 차별하는 것도 포함된다(Shapolia v. Los Alamos Nat'l Lab., 773 F. Supp. 304, 305 (D.N.M. 1991), Shapolia v. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints, 13 F.3d 406 (10th Cir. 1993)).

- 합리적 편의 제공: VII편은 적용받는 주체가 지나친 곤란을 야기하지 않는 한 종교적 휴일을 지키기 위한 휴가와 같은 개인의 종교적 관습에 합리적인 편의를 제공할 것을 요구한다.
- 보호받는 개인과의 연관: VII편은 개인이 특정한 종교를 가진 다른 사람과 연관되어 있다는 것을 이유로 차별하는 것을 금한다. 예를 들어 회교도와 결혼하였다고 하여 기독교도를 차별하는 것은 불법이다.

종교적 차별에 대한 추가적인 논의는 위원회의 “Guidelines on Discrimination Because of Religion” 29 C.F.R. Part 1605 참고.

## d. 성별

VII편은 성별에 근거한 차별을 금하는데 여기에는 금지된 행위가 성적인 성격인 경우인 성적 괴롭힘

과 성적인 성격은 아닌, 젠더에 근거한 괴롭힘이라고도 하는 성별에 근거한 괴롭힘이 모두 포함된다.

- \* 예 1- CP(? 고소 당사자? 이후에 이렇게 번역)는 자신의 관리자가 여성에 대한 경멸적인 언급을 자주 하고 여성 근로자들을 “아가씨들”이라고 지칭하였다고 주장한다. 고소 당사자는 VII편이 적용되는 성에 근거한 차별을 주장하였다.
- \* 예 2- 고소 당사자는 자신의 관리자가 자신과 성적 관계를 맺는 것을 거부하였다는 이유로 승진을 거부하였다고 주장한다. 고소 당사자는 VII편이 적용되는 성별에 근거한 차별을 주장했다.
- 임신: 성별에 근거한 차별에는 임신, 출산, 그리고 관련 질환을 이유로 한 차별이 포함된다. 예를 들어 사용자는 유사하게 노동할 수 없는 다른 개인들에게 하는 것과 같은 조건으로 임신과 출산의 영향을 받는 여성들을 위한 휴가와 혜택을 제공하여야 한다.

성차별에 대한 추가적인 논의는 위원회의 “Guidelines on Discrimination Because of Sex” 29 C.F.R. Part 1604 참고.

## 2. EPA

EPA는 성별에 근거한 보상 차별을 금지한다. 이는 남녀를 모두 보호한다. 고소가 성별에 근거한 보상 차별을 주장하면 조사관은 시기적절성과 같은 법정 요건을 조건으로 이것이 VII편과 EPA 모두에 의거한 위반을 주장하는 것으로 취급하여야 한다. EPA가 적용되는 보상 차별에 대한 보다 상세한 논의는 29 C.F.R. Part 1620 참고.

## 3. ADEA

ADEA는 40세 이상의 개인에 대한 연령차별을 금지한다.

- 부류내 차별: ADEA는 보호받는 집단 내외의 개인들 간뿐만 아니라 보호받는 집단 내의 개인들 간의 차별도 금지한다. 따라서 55세인 자가 48세인 자로 대체되는 경우 55세인 자는 ADEA 위반을 주장할 수 있다(O'Connor v. Consolidated Coin Caterers Corp., 517 U.S. 308, 312 (1996); see also Enforcement Guidance on O'Connor v. Consolidated Coin Caterers Corp. (1996)).
- 40세 미만인 개인: ADEA는 40세 미만인 사람을 연령차별로부터 보호하지 않는다. 하지만 보호받는 활동에 종사한 것에 대한 보복으로부터는 보호받는다. 아래 § 2-II A.5 참고.
- 근무 기간: 개인의 근무 기간에만 근거한 고용 행위는 근무 기간이 연령의 대용인 경우 ADEA에 의거한 이질적 처우에 해당한다(Hazen Paper Co. v. Biggins, 507 U.S. 604, 611 (1993)). 그러한 행위는 또한 연령에 근거한 이질적 영향을 미치는 경우 불법일 수 있다.

연령 차별에 대한 보다 상세한 논의는 29 C.F.R. Part 1625 참고.

## 4. ADA

### a. 개괄

대부분의 상황에서 ADA는 “장애가 있는 유자격 개인”에 대한 차별만 금지한다. 고소 당사자의 신분이 보호받는 집단의 구성원이라는 것을 의심할 여지가 드문 VII편과 ADA와는 다르게 ADA 사건에서는 적용 범위가 중요한 쟁점이 되는 경우가 많다. 그러한 경우 해당 개인이 장애가 있고 또한 자격이 있는지를 결정하는 것이 필요하다.

□ ADA에 의거한 적용 범위

- 장애
  - 하나 이상의 주요한 생활 활동을 상당히 제약하는 육체적 또는 정신적 장애
  - 그러한 장애 기록, 또는
  - 그러한 장애가 있다고 평가되는 것
- 유자격
  - 필요한 기술, 교육, 경험, 개인이 차지하거나 바라는 고용직의 여타 직무 관련 요건을 충족하고
  - 합리적인 편의를 제공받거나 제공받지 않고 그러한 직의 필수적 기능을 수행할 수 있음

개인이 장애가 있는 유자격 개인인지 결정하려면 조사관이 필요할 수 있다. 조사관이 개인이 적용 대상인지 확신하지 못하는 경우 고소는 받아들여지고 쟁점은 조사되어야 한다.

- 경감 수단: 어떤 사람에게 장애가 있는지 판단하는 데는 해당인이 약물, 인공보철물, 보청기와 같은 경감 수단을 이용할 때 주요한 생활 활동에 상당한 제약이 있는지를 고려하여야 한다(Sutton v. United Air Lines, Inc., 527 U.S. 471 (1999)). 경감 수단의 혜택과 악영향을 모두 고려하여야 한다.
- 자격 기준: 다른 면에서는 자격이 있는 장애인 또는 장애인 부류를 걸러내거나 걸러내는 경향이 있는 자격 기준은 사용자가 그것이 직무와 관련되고 영업상 필요와 일치한다는 것을 입증하지 않는 한 금지된다.
- 합리적 편의 제공: ADA는 적용받는 주체가 과도한 어려움이 야기되지 않는 한 개인의 알려진 육체적 또는 정신적 제약에 대하여 합리적인 편의를 제공할 것을 요구한다.

적용 범위를 평가하는 방법에 대한 상세한 논의는 위원회의 “Instructions to EEOC Field Offices on Analyzing ADA Charges After Supreme Court Decisions Addressing ‘Disability’ and ‘Qualified’ ” (1999), “Regulations to Implement the Equal Employment Provisions of the Americans with Disabilities Act” 29 C.F.R. Part 1630, EEO Compliance Manual Volume II (1995) Section 902: Definition of the Term “Disability” 참고(모두 [www.eeoc.gov](http://www.eeoc.gov) 에서 입수할 수 있음).

## **b. 장애가 있으나 자격이 없는 개인의 보호**

어떤 상황에서 ADA는 장애가 있으나 자격은 없는 사람을 보호한다. 이러한 상황에는 다음과 같은 것이 포함된다.

건강진단과 조사: 건강진단과 조사에 대한 ADA의 제한은 개인에게 장애가 있는가와 무관하게 적용된다(Roe v. Cheyenne Mountain Conference Resort, Inc., 124 F.3d 1221, 1229 (10th Cir. 1997)). 아래 §2-II B.8 참고.

- 비밀: 의료기록의 유지와 비밀에 대한 ADA의 규정은 개인에게 장애가 있는지와 무관하게 적용된다(Cossette v. Minnesota Power & Light, 188 F.3d 964, 969-70 (8th Cir. 1999)). 아래 II B. 9 참고.
- 연관: ADA는 유자격 개인이 장애가 있는 사람과의 연관 때문에 차별당하는 것을 금지한다. 예를 들어 사용자는 자격은 있고 장애는 없는데 자녀에게 장애가 있다는 이유로 고용을 거부할 수 없다.
- 보복: ADA는 보호받는 활동에 간여한 개인에 대한 보복을 금지한다. 아래 II. A. 5 참고.

## **5. 모든 신분: 보복**

EEO 법령은 다음 중 하나를 포함하는 보호받는 활동에 간여하였다는 이유로 개인에게 보복하는 것을 금한다.

□ 보호받는 활동

- 반대: EEO 법령 중 하나로 불법화된 관행에 반대하는 것이나(EEOC v. Romeo Community Sch., 976 F.2d 985, 989-990 (6th Cir. 1992))
- 참여: 고소, 증언, 조력, 기타 적용 가능한 법령에 의거한 조사, 소송 또는 심리에 어떠한 형태로든 참여하는 것

보호받는 활동에는 EEO 위반 혐의에 적용되는 내부 조사의 일부로 증언하거나 증거를 제시하는 것도 포함된다.

개인은 자신이 불법적인 차별 관행에 반대하고 있다는 합리적이고 선의적인 믿음을 가졌고 반대하는 방식이 합리적이었던 한 차별에 반대한 것에 대한 보복으로부터 보호된다. 그러나 개인은 애초의 차별 주장의 타당성이나 합리성과 무관하게 고소 절차에 참여한 데 대한 보복으로부터 보호된다.

개인은 보복으로부터 보호받기 위해 기초가 되는 법령의 위반을 입증할 필요가 없다. 개인이 보호받는 행동에 간여한 것인지를 판단하는 데 대한 상세한 지침은 EEOC Compliance Manual, Volume II (BNA) § 8-II B, 8II-C, 614:0001-0004 (1988) Section 8: Retaliation 참고.

- 차별의 대상이 되는 보호받는 부류에 속하지 않는 개인에 대한 보복으로부터의 보호: 보복을 주장하는 고소 당사자는 기초가 되는 차별의 대상이었던 보호받는 부류에 속할 필요가 없다. 따라서 백인이 아프리카계 미국인에 대한 차별에 반대한 것 때문에 보복을 당했다고 주장할 수 있으며 25세인 개인이 동료 근로자가 제기한 ADEA 청구를 위해서 증언한 것 때문에 보복을 당했다고 주장할 수 있고(Anderson v. Phillips Petroleum, 722 F. Supp. 668, 671-72 (D. Kan. 1989)). 장애인/유자격자가 아닌 개인이 합리적인 편의를 불법적으로 거부당했다고 주장하는 사전 고소(?prior charge)를 제기했다는 이유로 보복의 대상이 되었다고 주장할 수 있다(Krouse v. American Sterilizer Co., 126 F.3d 494, 502 (3d Cir. 1997)).
- 보호받는 개인과의 연관: EEO 법령은 또한 보호받는 활동에 간여한 개인과 밀접한 관계가 있거나 연관이 있는 사람에 대한 차별을 금지한다. 예를 들어 사용자는 배우자나 친구가 보호받는 활동에 간여한 근로자에 대하여 근로자를 해고함으로써 보복할 수 없다(EEOC v. Ohio Edison Co., 7 F.3d 541, 544 (6th Cir. 1993)).
- 법령 위반에 반대한 데 대한 보복에 관한 ADA 적용 범위: ADA는 고용 차별 뿐만 아니라 법령에 대한 여하한 위반에 대한 반대를 이유로 개인에게 보복하는 것을 금지한다. 여기에는 주 및 지방 관청, 공공시설, 상업 시설, 전기통신에서의 차별에 대한 반대가 포함된다(Haord v. Seidner, 183 F.3d 506 (6th Cir. 1999)).

## B. 적용되는 쟁점

조사관은 고소가 EEO 법령의 적용 대상이 되는 쟁점과 관련한 차별을 주장하는 것인지 결정해야 한다. EEO 법의 적용을 받는 쟁점의 범위는 매우 광범위해서 개인의 고용과 관련된 모든 사안에 적용된다. 적용되는 쟁점에는 다음과 같은 것들이 포함되지만 이에 국한되는 것은 아니다.

□ 적용되는 쟁점

- 일자리 결정, 고용 관행, 여타의 고용 조건 및 특혜
- 보호받는 근거에 따른 괴롭힘
- 합리적 편의
- 추천 관행
- 노동 단체 관행
- 수습 및 여타 훈련 프로그램으로 의무를 지게 되는 관행
- 광고 및 모집
- 의료 조사 및 검진
- 의료기록의 유지 및 비밀

- 제한, 분리, 구분
- 보복: 보호받는 활동을 막을 가능성이 큰 행동

## 1. 일자리 결정, 고용관행, 여타의 고용 조건 및 특혜

이 영역에서의 EEOC 적용 범위는 넓다. VII편, ADEA, ADA는 개인의 보호받는 신분이나 일자리 결정, 고용 관행, 여타의 고용 조건 및 특혜와 관련한 차별을 금지한다. 어떤 상황에서는 개인의 보호받는 개인과의 관계에 근거한 차별도 금지한다. 덧붙여, EPA는 성별에 근거한 보상 차별을 금지한다.

고소 당사자가 제기할 수 있는 이러한 유형의 구체적 쟁점에는 다음과 같은 것들이 포함되지만 이에 국한되는 것은 아니다.

- 고용하지 않는 것
- 면직(termination)
- 승진 거부
- 원치 않는 재배치
- 상벌
- 휴가
- 보상
- 혜택
- 훈련
- 노동 할당

## 2. 보호받는 이유에 근거한 괴롭힘

고소 당사자는 보호받는 여하한 이유에 근거한 괴롭힘을 주장할 수 있다(Haord v. Seidner, 183 F.3d 506 (6th Cir. 1999), Breeding v. Arthur J. Gallagher & Co., 164 F.3d 1151 (8th Cir. 1999)). 유형의 고용 행위를 낳거나 고용조건이 바뀔 정도로 극심하거나 만연한 괴롭힘은 EEO 법령에 의거한 소송을 초래할 수 있는 주장을 성립시킨다(Faragher v. City of Boca Raton, 524 U.S. 775, 786 (1998)). 이러한 기준에 대한 논의는 위원회의 Enforcement Guideline on Harris v. Forklift Sys. Inc. (1994) ([www.eeoc.gov](http://www.eeoc.gov)에서 입수 가능)을 참고할 것. Enforcement Guidance on Vicarious Employer Liability for Unlawful Harassment by Supervisors (1999) ([www.eeoc.gov](http://www.eeoc.gov)에서 입수 가능)도 참고할 것.

## 3. 합리적 편의

### a. 종교

고소 당사자는 적용받는 주체가 종교 의식이나 관행을 위한 합리적 편의 제공을 거부하였다고 주장할 수 있다. 적용받는 주체는 과도한 어려움을 강요하는 것임을 입증할 수 있지 않은 한 합리적인 편의를 제공할 것을 요구받는다. 적용받는 주체는 편의가 사소한(de minimis) 부담을 넘어선다는 것을 보일 수 있다면 과도한 어려움을 입증할 수 있다. 장애 편의를 위한 합리적 편의 제공과 과도한 부담의 기준은 종교적 편의와는 다르다. 종교적 편의에 대한 더 많은 지침은 29 C.F.R. § 1605.2 참고.

### b. 장애

고소 당사자는 또한 다른 면에서는 자격이 있지만 장애가 있는 개인의 알려진 정신적 또는 육체적 한계에 대한 합리적인 편의 제공을 적용받는 주체가 거부하였다고 주장할 수도 있다. 적용받는 주체는 과도한 어려움을 강요하는 것임을 입증할 수 있지 않은 한 합리적인 편의를 제공할 것을 요구받는다. 과도한 어려움은 구체적인 합리적 편의 제공이 상당한 어려움이나 비용을 낳을 것임을 보여주는 현재

의 상황에 대한 개별화된 평가에 근거한 것이어야 한다. 장애 편의를 위한 합리적 편의 제공과 과도한 어려움의 기준은 종교적 편의에 대한 기준과는 다르다. 이 쟁점에 대한 더 많은 지침에 대해서는 Enforcement Guidance on Reasonable Accommodation and Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act (1999) ([www.eeoc.gov](http://www.eeoc.gov)에서 입수할 수 있음) 참고.

#### 4. 추천 관행

VII편과 ADEA, ADA는 사용자, 직업소개소, 노조를 포함한 모든 적용받는 주체의 차별적 고용 추천 관행을 금지한다.

#### 5. 노동 단체 관행

EEO 법령은 추천을 포함한 노동 단체 관행에서의 차별을 금지한다. 덧붙여 노동 단체는 개인의 보호되는 신분(*Pejic v. Hughes Helicopters, Inc.*, 840 F.2d 667, 674 (9th Cir. 1988))이나 고충이 차별을 주장한다는 것을 이유로(*Woods v. Graphic Communications*, 925 F.2d 1195, 1200 (9th Cir. 1991), *EEOC v. Foster Wheeler Constructors, Inc.*, No. 98C 1601, 1999 WL 507191 (N.D. Ill. July 6, 1999)) 고충을 제기하는 것을 거부하는 것을 금지한다.

#### 6. 수습 및 여타 훈련 프로그램으로 의무를 지게 되는 관행

VII, ADEA, ADA는 수습 및 여타 직업 훈련 프로그램에서의 가입이나 고용과 관련한 차별을 금지한다. 적용받는 주체는 프로그램이 고용관계의 산물인지의 여부와 무관하게 수습이나 여타 훈련 프로그램과 관련하여 차별할 수 없다. 따라서 두 명의 개인이 피고의 훈련 프로그램에 참여하면서 성적 괴롭힘을 당하지만 한 명만 피고의 근로자라면 둘 다 원고에 대하여 VII편 고소를 제기할 수 있다. 훈련 프로그램에서의 차별은 또한 프로그램에 참여하는 것이 고용 전에 요구되거나 정기적으로 고용으로 이어지는 경우 고용에서의 차별에 해당한다.

#### 7. 광고와 모집

VII편, ADEA, ADA는 인종, 피부색, 출신국, 성별, 종교, 연령, 또는 장애에 근거한 고용, 고용 추천, 수습 또는 기타 훈련과 관련한 광고와 모집에서의 차별을 금지한다. 광고 역시 특정 부류에 속한 사람이 지원하지 못하게 할 용어나 구절을 포함해서는 안 된다. 예를 들어 구인광고에 “젊은” “대학생” 또는 “최근 대학 졸업생” 과 같은 용어를 사용하는 것은 40세 이상의 개인이 지원하지 못하게 하여 ADEA를 위반하는 것이다.

#### 8. 의료 조사 및 검진

ADA는 적용받는 주체가 제안전(pre-offer) 검진을 시행하거나 지원자가 장애가 있는 개인인지 여부에 대해 또는 장애의 특성이나 심각성에 대하여 제안전 조사를 하는 것을 금지한다. 그러나 적용받는 주체는 개인이 문제의 직위의 필수적 기능을 수행할 능력에 대하여 제안전 조사를 할 수 있다. 조건부 제안을 연장하고 나서 주체는 장애 관련 질문을 하거나 장애와 무관하게 동일한 직종분류에 속하는 모든 취업 근로자에게 대해서도 마찬가지로 한 검진을 요구할 수 있다. 질문이나 검진이 장애에 근거하여 개인을 걸러낸다면 주체는 그렇게 하는 이유가 직무와 관련된 것이며 사업상 필요와 일치하는 것임을 입증해야 한다. 적용받는 주체는 또한 검진이나 조사가 직무와 관련된 것이며 사업상 필요와 일치하는 것임을 입증하지 않는 한 검진을 요구하거나 근로자에 대한 장애 관련 조사를 하는 것은 금지되어 있다. 이러한 금지는 개인이 장애가 있는 유자격 개인인가와 무관하게 개인을 보호한다(*Griffin v. Steeltek, Inc.*, 160 F.3d 591 (10th Cir. 1998), cert. denied, 119 S. Ct. 1455 (1999)).

## 9. 의료기록의 유지와 비밀

ADA는 의료기록을 별도로 유지하고 관리자에게 필요한 제한이나 편의를 알려주는 것을 포함하는 협소한 상황을 제외하고는 비밀로 취급할 것을 요구한다. 이러한 금지는 개인이 장애가 있는 유자격 개인인지의 여부와는 무관하게 개인을 보호한다.

## 10. 제한, 분리, 구분

EEO 법령은 일자리 지원자나 근로자를 보호받는 신분을 이유로 개인의 기회나 신분에 악영향을 미치는 방식으로 제한, 분리, 구분하는 것을 금지한다. 따라서 예를 들어 사용자는 분리되거나 불평등한 시설을 제공할 수 없다(Robinson v. City of Fairfield, 750 F.2d 1507, 1509 n.1 (11th Cir. 1985)). 보호받는 범주에 근거하여 직무 분류를 분리하거나 어떤 보호받는 부류의 개인들을 특정한 자리나 진로로 “보내는” 것도 불법이다. 예를 들어 사용자는 남성을 위한 직무 범주와 동일한 노동을 수행하는 여성에 대한 별도의 직무 범주를 둘 수 없고(EEOC Dec. No. 71-796, ¶¶ 6189 (CCH) (1970)) 여성, 소수자, 장애가 있는 개인을 급여가 낮은 일자리로 보낼 수도 없다(Carpenter v. Stephen F. Austin State Univ., 706 F.2d 608 (5th Cir. 1983)).

## 11. 보복: 보호받는 활동을 막을 가능성이 큰 행동

보호되는 근거에 대한 앞서의 논의에서 말했듯 EEO 법령은 적용받는 주체가 EEO 절차에 대한 참여와 차별에 대한 반대를 모두 포함하는 보호받는 활동에 간여한 개인에 대하여 보복하는 것을 금지한다. 보복에 대한 금지는 대단히 광범위하고 고용의 조건이나 특권과 관련한 단순한 차별적 처우 이상의 것에 적용된다. 반보복 규정은 보복적 동기에 근거하고 고소 당사자나 그 외의 사람들이 보호받는 활동에 간여하지 못하게 할 가능성이 상당히 큰 모든 불리한 처우를 금지한다. 예를 들어 EEOC 고소를 하였다고 이전 근로자에 대하여 절도와 위조로 형사 고소를 개시하는 것은 보복적이다(Berry v. Stevinson Chevrolet, 74 F.3d 980, 986 (10th Cir. 1996)). 보복에 근거한 고소에 대한 보다 상세한 논의는 EEOC Compliance Manual Volume II (1998) Section 8: Retaliation 참고([www.eeoc.gov](http://www.eeoc.gov)에서 입수할 수 있음).

## II. 적용받는 당사자

고소는 적용받는 주체가 적용받는 개인에 대하여 차별적인 행동을 했음을 주장하여야 한다.

### A. 적용받는 개인

- 적용받는 개인
  - 근로자와 고용 지원자
  - 이전 근로자
  - 훈련 및 수습 프로그램 신청자 및 참가자

고소는 적용받는 개인이 차별을 당하였음을 주장해야 한다. 다음의 절들은 누가 EEO 법령의 보호를 받는지 논한다.

#### 1. “근로자”란 어떤 사람인가?

대부분의 상황에서 개인은 독립 하청업자, 동업자, 기타 비근로자가 아니라 주장되는 차별 당시 “근로자”였던 경우에만 보호된다. “근로자”는 “사용자에게 고용된 개인”이다. 개인에게 둘 이상의 사용자가 있을 수 있다. 사용자-근로자 관계가 존재하는가 하는 문제는 구체적 사실에 좌우되는 것으로

사용자가 노동자의 노동 수행의 수단과 방법을 통제하는가에 달렸다. 이러한 결정은 노동자가 사용자와 가지는 관계의 모든 측면을 고려해야 한다. 노동자가 사용자와의 고용관계에 놓여 있음을 나타내는 요소들에는 다음과 같은 것들이 포함된다(Nationwide Mutual Insurance Co. v. Darden, 503 U.S. 318, 323-24 (1992)).

- 사용자는 노동자가 언제 어디서 어떻게 일을 수행하는지 통제할 권한이 있다.
- 노동이 높은 수준의 기술이나 전문지식을 요하지 않는다.
- 사용자가 도구, 재료, 장비를 공급한다.
- 노동이 사용자의 부지에서 수행된다.
- 노동자와 사용자 간에 지속적인 관계가 있다.
- 사용자는 노동자에게 추가적인 과제를 배정할 권한이 있다.
- 사용자가 노동 시간과 일의 기간을 정한다.
- 노동자는 특정한 일을 수행하는 합의된 비용이 아니라 시간, 주, 또는 월 단위로 보수를 받는다.
- 노동자는 조수를 고용하여 보수를 지급하지 않는다.
- 노동자가 수행하는 노동은 사용자의 정규사업의 일부이다.
- 사용자는 사업을 한다.
- 노동자는 자신만의 별도의 직업이나 사업에 종사하지 않는다.
- 사용자는 노동자에게 보험, 휴가, 산재보험과 같은 혜택을 제공한다.
- 노동자는 세금 목적상 사용자의 근로자로 간주된다(즉 사용자가 연방, 주, 사회보장 세금을 공제한다).
- 사용자는 노동자를 해고할 수 있다.
- 노동자와 사용자는 자신들이 사용자-노동자관계를 창출한다고 생각한다.

이 목록은 완전한 것이 아니다. 당사자들 간의 관계의 다른 측면들이 사용자-근로자 관계가 존재하는지를 결정하는 데 영향을 미칠 수 있다. 게다가 나열된 기준의 전부, 심지어는 과반수가 충족될 필요도 없다. 오히려 결정은 당사자들이 근로자 관계라고 하건 독립 하청업자 관계라고 하건 상관없이 당사자들 간의 관계의 모든 상황에 근거해야 한다.

\* 예 1- 고소 당사자는 사업체들에 컴퓨터 컨설팅 서비스를 제공한다. 피고는 고소 당사자와 접촉하여 균일요금으로 컴퓨터 데이터베이스를 만들어달라고 한다. 고소 당사자는 자신의 영업장에서 자신의 장비로 데이터베이스를 만들어 완성된 산물을 피고에게 인도한다. 이러한 상황에서 고소 당사자는 독립 하청업자이다.

\* 예 2- 인재파견회사에서 고소 당사자를 고용하여 의뢰인을 위한 장기 회계 프로젝트를 수행하도록 파견한다. 인재파견회사와의 계약에는 고소 당사자가 독립 하청업자라고 되어 있다. 고소 당사자는 다른 의뢰인을 위해 일할 권리를 유지하지만 실질적으로 모든 노동 시간을 상기 의뢰인의 부지에서 상기 의뢰인을 위한 서비스를 제공하는 데 사용한다. 의뢰인은 고소 당사자를 감독하고 노동 일정을 정하며 필요한 장비와 물자를 제공하고 노동을 달성하는 방법을 명시한다. 고소 당사자는 인재파견회사에 자신이 일한 시간을 보고하고 인재파견회사는 보수를 지급하고 의뢰인에게 청구한다. 이러한 상황에서 계약서에 고소 당사자가 독립 하청업자라고 되어 있다 하더라도 고소 당사자는 인재파견회사와 의뢰인의 근로자이다.

다음 절들은 사용자-근로자 관계가 존재하는 가를 결정하는 데 추가적인 고려사항들이 관련이 있을 수 있는 구체적인 상황들을 다룬다.

#### **a. 복지 수급자**

보조금 수취의 조건으로 노동과 관련된 활동에 참여하는 복지 수급자는 “근로자” 일 가능성이 크다. 주체가 노동자에게 월급을 주지 않는다는 사실이 사용자-근로자 관계의 존재를 불가능하게 하는

것은 아니다. 고용관계가 존재하는가의 결정은 위에서 개설한 것과 같은 요소에 근거한다.

#### b. 노조 간사

노조에서 임금을 받지 않는 노조 간사라도 노조의 “근로자”가 될 수 있다. 예를 들어 노조 간사는 근로시간 중에 노조 임무를 수행하며 쓴 시간에 대하여 조합비나 퇴직연금 기여분에 대하여 노조가 변제하는 경우 노조 근로자이다(Daggitt v. United Food & Commercial Workers Int'l Union Local 304A, 59 F. Supp. 2d 980 (D.S.D. 1999)).

#### c. 자원봉사자

자원봉사자는 보통 보호받는 “근로자”가 아니다. 그러나 개인은 자원봉사의 결과로 연금, 단체생명보험, 산재보험과 같은 혜택과 전문적 검정 자격을 받는다면 혜택을 제3자가 제공하는 것이라 하더라도 특정 주체의 근로자로 간주될 수 있다(Pietras v. Board of Fire Comm'rs, 180 F.3d 468, 473 (2d Cir. 1999)). 혜택은 “다른 점에서는 무보수 관계의 중요치 않은 부대적 조건”에 지나지 않는 것이 아니라 “상당한 보수”에 해당한다(Haavistola v. Community Fire Co. of Rising Sun, Inc., 6 F.3d 211, 222 (4th Cir. 1993)).

- \* 예- 고소 당사자는 민첩성 시험에서 떨어지고 수습 자원소방관 직에서 해고되었다. 고소 당사자는 이 시험이 여성에게 이질적인 영향을 미친다고 주장한다. 피고는 고소 당사자가 근로자가 아니므로 VII편의 보호를 받지 않는다고 주장한다. X주는 자원소방관에게 최고 월 400달러의 주 은퇴수당(5년 복무 후), 사망 및 유족 급여, 단체 생명보험, 장애 및 재활 수당, 의료혜택, 응급 의학 및 소방 기술 과정에 대한 수업료 변제를 제공한다. 이러한 혜택들은 고소 당사자와 원고 간의 고용관계를 창출하기에 충분한 “상당한 보수”에 해당한다.

자원봉사자는 또한 자원 노동이 정규 고용에 요구되거나 통례적으로 동일한 주체에 의한 정규 고용으로 이어진다면 EEO법령의 적용을 받는다. 이러한 상황에서 피고에 의한 차별은 고소 당사자의 고용 기회를 거부하는 영향을 미친다(Charlton v. Paramus Bd. of Educ., 25 F.3d 194, 198 n.4 (3d Cir.)).

- \* 예- 고소 당사자는 공익단체인 피고와 일하는 자원 상담자로 자신의 관리자와 동료들에게 성적 괴롭힘을 당했다고 주장한다. 피고는 고소 당사자가 단체의 근로자가 아니므로 VII편이 적용되지 않는다고 주장한다. 자원봉사는 고용의 전제조건이 아니지만 이전의 자원봉사자들은 공식을 놓고 피고에서 자원봉사를 하지 않은 지원자들과 경쟁할 때 특혜 처우를 받는다. 대부분의 피고의 정규 유급 상담자들은 처음에 피고를 위해 자원봉사활동을 했다. 이 사건에서 자원봉사는 통례적으로 피고에 의한 고용으로 이어진다. 따라서 고소 당사자는 EEO 법령의 보호를 받는다.

#### d. 동업자, 임원, 이사, 주요 주주

대부분의 상황에서 동업자, 임원, 이사, 주요 주주인 개인은 근로자 자격이 없다(Hishon v. King & Spalding, 467 U.S. 69 (1984)). 그러나 개인의 직함은 해당 개인이 근로자가 아닌 동업자, 임원, 이사, 또는 주요 주주임을 결정하지 않는다. 조서관은 해당 개인이 독립적으로 활동하고 조직관리에 참여하는지, 조직의 통제를 받는지 결정하여야 한다(Serapion v. Martinez, 119 F.3d 982, 989-90 (1st Cir. 1997)). 해당 개인이 조직의 통제를 받는다면 근로자이다. 다음의 요소들을 고려하여야 한다.

- 동업자, 임원, 이사, 주요 주주의 적용 범위와 관련하여 고려하여야 할 요소들
- 단체가 해당 개인을 고용하거나 해고할 수 있거나 개인의 노동에 대한 규칙과 규정을 정할 수 있는가
- 단체가 개인의 노동을 감독하는가, 한다면 어느 정도 하는가
- 개인이 단체 상급자에게 보고하는가
- 당사자들이 해당 개인을 서면 합의나 계약에 표현된 대로 근로자로 생각하였는가
- 해당 개인이 단체의 이윤, 손해, 책임을 공유하는가

- \* 예 1- 고소 당사자는 회계사무소에서 일하며 동업자 직함을 가지고 있다. 사무소는 고소 당사자에게 월급을 주고 고소 당사자는 더 상급인 개인의 감독을 받는다. 고소 당사자는 월급에 덧붙여 사무소의 이윤의 일부를 받지만 사무소가 내리는 결정은 고위 동업자들이 하고 고소 당사자는 전혀 참여하지 않는다. 고소 당사자는 동업자 직함을 가지고 있지만 실은 근로자이다.
- \* 예 2- 고소 당사자는 소기업인 피고의 임원이다. 기업의 한 부서의 장인 고소 당사자의 행동은 이사회가 검토하지만 관리자는 없다. 월급을 받지는 않고 피고가 낸 이윤의 일부를 받는다. 고소 당사자는 다른 개인들의 표 만큼 인정을 받지는 못하지만 피고가 내리는 결정에 투표권이 있다. 고소 당사자는 근로자가 아니고 따라서 EEO의 보호를 받지 않는다.

## 2. 이전 근로자의 적용 범위

이전 근로자는 이전의 고용 관계에서 야기되는 차별을 받는다면 EEO 법령의 보호를 받는다 (Robinson v. Shell Oil Co., 519 U.S. 337, 346 (1997), Passer v. American Chem. Soc'y, 935 F.2d 322, 330 (D.C. Cir. 1991)). 예를 들어 EEO 법령은 이전 사용자에게서 차별적인 일자리 추천을 받거나 이전 사용자가 ADEA를 위반하여 65세를 초과하는 자들에 대한 혜택 수준을 감축한 개인을 보호한다 (McKeever v. Ironworker's Dist. Council, No. CIV. A. 96-5858, 1997 WL 109569 (E.D. Pa. Mar. 7, 1997)).

## 3. 훈련 프로그램 지원자와 참가자의 적용 범위

훈련 또는 수습 프로그램의 지원자 또는 참가자는 해당 개인의 “근로자” 여부와 무관하게 훈련 또는 수습 프로그램 가입 또는 참여와 관련한 차별로부터 보호된다. 고용 전에 요구되거나 흔히 정규 고용으로 이어지는 수습 또는 훈련 프로그램 참여자에 대한 차별 역시 고용 지원자에 대한 차별에 해당하며 고용 기회를 차별적으로 거부하는 효과가 있기 때문에 금지된다.

- \* 예- 고소 당사자 1, 고소 당사자 2, 고소 당사자 3은 피고가 제공한 훈련 프로그램 참가자들로 프로그램 책임자의 성적 접근을 거부한 것을 이유로 각각 프로그램에서 쫓겨났다. 고소 당사자 1은 피고의 근로자로 피고가 훈련을 받도록 요구하였다. 고소 당사자 2는 피고의 근로자는 아니지만 고소 당사자 2가 지원하고자 하는 피고의 직위에 필요하기 때문에 훈련을 받았다. 고소 당사자 3은 피고가 아닌 사용자의 직위를 얻는 데 도움을 얻고자 훈련에서 다루는 주제에 대해 더 배우고 싶어서 과정을 밟았다. 고소 당사자 1, 고소 당사자 2, 고소 당사자 3은 모두 VII편의 적용을 받는다.

## 4. 외국인(Non-Citizens)

미국에서 고용된 개인들은 시민권이나 이민 자격과 무관하게 EEO 법령의 보호를 받는다.

EEO 법령은 미국 외에서 고용된 외국인은 보호하지 않는다.

시민권 신분이나 부당 문서 관행(? unfair document practices)과 근거한 차별 청구는 Immigration Reform and Control Act가 적용되며 법무부 소속 이민 관련 부당 고용 관행 담당 특별 법무관실(Office of Special Counsel for Immigration-Related Unfair employment Practices)의 관할권에 속한다. 특별 법무관실 회부 절차에 대한 상세한 정보는 Memorandum of Understanding Between the Equal Employment Opportunity Commission and the Office of Special Counsel for Immigration-Related Unfair Employment Practices (1997) (www.eeoc.gov에서 입수 가능) 참고.

## 5. 선출 공무원과 그 전속직원, 피임명자, 직속 고문의 적용 범위

- 선출 공무원: 선출직 공무원은 VII편, ADEA, EPA에 의거한 적용 범위에서 명확하게 배제된다. ADA는 그 적용 범위에서 선출직 공무원을 배제하지 않는다.
- 전속직원, 피임명자, 직속 고문: 선출직 공무원의 수행직원, 정책 입안 수준의 피임명자, 선출 공무원직의 헌법 또는 법률적 권한의 행사에 대한 직속 고문의 구성원들은 VII편, ADEA,

ADA가 적용된다. 그러나 이러한 개인들이 제기한 소송은 1991sus Civil Rights Act 321절에 따른 수정된 집행 절차의 대상이다.

개인에 321절이 적용되는 몇 가지 징후는 다음과 같다:

- 선출 공무원이 해당 개인을 해당 공무원의 전속직원으로 선택하거나 지명하였고 해당 개인과 긴밀한 관계를 공유한다(Cromer v. Brown, 88 F.3d 1315, 1323-24 (4th Cir. 1996)).
- 해당 개인이 선출 공무원의 지시를 받고 결과적으로 직접 공무원에게 책임을 진다.
- 해당 개인이 주 또는 지방 공무원조직법의 적용 대상이 아니다(Owens v. Rush, 654 F.2d 1370, 1376 (10th Cir. 1981)).

선출 공무원의 전속직원이 EEO 법에 의거하여 보호를 받기는 하지만 ADEA에 의거한 주를 대상으로 한 사적 소송에는 제약이 있다. 이 쟁점에 대해서는 주 100과 아래 동반되는 본문을 참고할 것.

- \* 예 1- 보안관보인 고소 당사자는 소환장을 송달하고 소장과 보고서를 타이핑하며 형사들의 통화와 서신을 처리하고 사건 파일을 배분하는 것을 포함하는 사무 및 비서 직무를 수행하였다. 이 직은 만들어진 것으로 보수는 주법에 따라 제공되었다. 고소 당사자는 명령 체계상 높은 자리에 있지 않았다. 보안관의 직접적 지휘를 받지 않았고 승진 요청은 보안관의 부하에게 전달되었다. 고소 당사자가 보안관과 매우 신뢰를 받고 민감한 관계가 있었다는 증거는 없었다. 이러한 상황에서 고소 당사자는 보안관의 전속직원이 아니었다. 따라서 고소 당사자가 제기한 고소는 29 C.F.R. Part 1601에 있는 절차에 따라 처리될 것이다.
- \* 예 2- 고소 당사자는 성별을 근거로 X주의 인사위원회(Human Affairs Commission: HAC) 위원직을 거부당하였다고 주장하며 고소를 제기한다. 위원은 X주의 공무원조직법에서 면제되고 해당 직에 선정되는 개인은 주지사가 직접 임명한다. HAC는 주 행정부의 한 부문으로 주 시민들에 대한 공정한 처우를 장려하고 그에 대한 차별을 방지하기 위해 입법부가 만든 것이다. HAC는 규칙과 규정을 만들고 X주의 인사법(human affairs law)의 목적을 달성하는 정책을 입안하며 이러한 정책의 발전에 대한 권고를 할 권한이 있다. 이는 모두 정책 입안 기능이다. HAC의 수장으로서 위원은 정책을 입안하고 이를 입법부가 받아들여 이행을 하는 데 중요한 역할을 한다. 따라서 위원직에 있는 개인은 정책 입안 수준의 피임명자이고 321조의 적용을 받는다.

## 6. ADEA 면제

### a. 진정한 경영간부직(?bona fide executive)과 고위 정책입안자의 의무 퇴직

ADEA는 일반적으로 비자발적인 퇴직을 금지하지만 65세가 된 “진정한 경영간부직과 고위 정책입안자”에 있는 근로자의 의무 퇴직은 명시적으로 허용한다. 이러한 면제는 연방 근로자에게는 적용되지 않는다. 면제를 적용하고자 하는 사용자는 다음의 요소가 충족됨을 입증하여야 한다.

- 진정한 경영간부직과 고위 정책입안자에 대한 면제 요건
- 해당 개인이 퇴직 전에 2년간 진정한 경영간부직이나 고위 정책입안직에 있었고
- 연간 퇴직수당이 최소한 총 44,000달러일 것.

해당되는 2년 동안 둘 이상의 직위에 있는 개인 역시 두 직위가 모두 경영간부 또는 고위 정책입안적인 경우 면제의 대상이 된다. 그러나 사용자가 근로자를 면제에 해당되는 직에서 면제에 해당되지 않는 직으로 이동시킨 경우 그로써 근로자는 퇴직이 강제될 수는 없다.

#### 1) 진정한 경영간부 또는 고위 정책입안자는 어떤 사람인가?

##### (a) 진정한 경영간부

어떤 개인이 진정한 경영간부인가를 결정하는 것은 월급과 무관하게 해당 근로자가 수행한 기능에 달렸다. 어떤 개인이 “진정한 경영간부”였음을 입증하고자 하는 사용자는 다음을 증명해야 한다.

□ “진정한 경영간부”가 되는 요건

- 단체 또는 단체의 부서나 하위부문을 관리한다
- 두 명 이상의 다른 근로자의 노동을 지휘한다
- 다른 근로자들을 고용 또는 해고할 권한이 있거나 인사 결정에 대한 제안에 특별한 무게가 실린다
- 관례상 또는 정기적으로 재량권을 행사한다

노동 시간의 20% 이하(소매 시설이나 서비스 시설에 있는 경우 40% 이하)를 위의 요건 1-4에 서술된 것과 무관한 활동에 쏟는다. 이 요건은 해당 개인이 독립 시설이나 물리적으로 분리된 지점 시설을 홀로 책임지거나 자신이 고용된 기업이 내는 이익의 최소 20%를 소유하는 경우에는 적용되지 않는다.

면제는 중간관리 근로자에게는 적용되지 않고 상당수의 근로자들과 상당한 양의 영업에 대한 상당한 경영 권한을 행사하는 최고위급 근로자에게만 적용된다. 예를 들어 회사의 중요하고 상당한 지방 또는 지역 사업체(예를 들어 주요 생산 시설)의 장은 “진정한 경영간부”라는 용어가 적용되지만 작은 지점의 장은 그렇지 않다. 재무나 법무 같은 기업 본부 운영과 관련된 주요 부서의 장 역시 통상적으로 “진정한 경영간부”라는 용어가 적용된다.

## (b) 고위 정책입안자

“고위 정책입안자”이라는 용어는 “진정한 경영간부”는 아니지만 기업 정책의 개발과 시행에서 중요한 역할을 하는 일정한 최고위 근로자를 지칭한다. 예를 들어 선임 경제전문가나 선임 연구과학자는 라인 권한(line authority: 관리자가 부하에게 지휘, 명령하는 권한)은 적을 수 있지만 그래도 경제 또는 과학 경향의 평가에 근거하여 최고위급 간부들에게 조언을 함으로써 정책 결정에 상당한 영향을 미친다.

- \* 예 1- 65세가 된 고소 당사자는 은행의 법인 담당 부사장직에서 퇴직하라는 요구를 받았다. 고소 당사자는 CEO에게 직보하고 은행 정책결정자들과 직접 접촉하며 고위 경영자 집단 회의에 매주 참석한다. 덧붙여 주 및 지방 연방의 입법 및 규제상의 진전을 감시하여 이를 준수하도록 정책을 권고하고 저축은행 업계에 중요한 입법에 대하여 주 입법자들과 긴밀히 협력하는 일을 홀로 책임진다. 또한 은행과 연관된 중요한 조세 입법을 감시하고 조정하는데 여기에는 법률 고문에게 권고를 하고 통장 저축 계좌의 이율에 대한 은행 정책을 조정하는 일도 포함된다. 고소 당사자는 고위 정책입안자에 대한 면제에 속하므로 피고는 65세에 퇴직을 요구할 수 있다. *Morrissey v. Boston Five Cents Sav. Bank*, 54 F.3d 27, 32-33 (1st Cir. 1995).
- \* 예 2- 고소 당사자는 65세에 달하면서 기업의 수석 노무 법률고문(Chief Labor Counsel) 직에서 퇴직할 것을 요구받고 나서 고소를 제기한다. 고소 당사자는 노동법을 전문으로 하는 사내 변호사로 네 명의 다른 노동법 변호사들에 대한 상대적으로 사소한 감독 업무를 행사했다. 법무부서의 장과는 동떨어졌고 법률 고문(general counsel)에게 보고하는 여덟 명의 법률고문보(assistant general counsel) 중 한 명에게 보고하는 여섯 명의 변호사 중 한 명이었다. 고소 당사자는 또한 정책에 대단찮은 영향력을 미쳤고 경영의 고위 정책입안에 사실상 접근할 수 없었으며 주로 법적 조언을 할 목적으로 일정한 위원회 회의에 참석했다. 고소 당사자는 진정한 경영간부로도 고위 정책입안자로도 간주되지 않으므로 피고는 고소 당사자의 퇴직을 강제하는 것이 허용되지 않는다. *Whittlesey v. Union Carbide Corp.*, F. Supp.1320, 1321028(S.D.N.Y. 1983), *aff'd*, 742 F.2d 724 (2d Cir. 1984).

## 2) 퇴직 수당 계산

진정한 경영간부나 고위 정책입안자인 것에 더해 이러한 면제의 대상이 되는 근로자는 매년 최소 44,000달러의 퇴직수당을 받을 권리가 있어야 한다. 이러한 수치는 퇴직 일자와는 무관하며 인플레이션을 고려하여 조정되지도 않는다. 수당은 “상실 불가능한 것이어야 하는데 그 의미는 제도가 수당이 44,000달러 미만으로 감액되는 상황을 규정할 수 없다는 것이다.

수당은 요건을 충족하기 위해 다음을 포함한 몇 가지 형태 중 어느 것으로나 제공될 수 있다.

- 합해서 연간 최소 44,000달러가 되는 연불
- 연간 최소 44,000달러가 나오는 단일한 종신연금을 구매할 수 있는 일시불 지급.

수당 지급은 근로자가 60일이 종료된 이후로 수당 수급을 미루기로 하지 않은 한 퇴직 발효일로부터 60일 이내에 개시되어야 한다.

수당 가액을 계산할 때는 사용자가 제공하는 금액과 연금, 이익배분, 저축, 또는 거치식 보상제도의 조건에 따라 거기에서 얻어지는 소득만 계산에 넣는다. 사회보장제도, 근로자 기여분, 이전 사용자의 기여분, 차환(? rollover) 기여분은 배제된다.

진정한 경영간부와 고위 정책입안자의 면제에 의거한 퇴직 수당 계산에 대한 추가적인 지침은 29 C.F.R. § 1627.17 참고.

### **b. 소방관과 법집행관**

ADEA는 소방관과 법집행관에 적용되며 주 또는 지방 법에 따라 만들어진 일정한 고용 및 해고 결정을 면제한다.

1983년 3월 3일 당시 시행중이었거나 1996년 9월 30일 이후에 입법된 법: 대부분의 상황에서 지방 법은 1983년 3월 3일 시행중이었거나 1996년 9월 30일 이후 입법된 것이어야 한다.

1983년 3월 3일 당시 시행중이었거나 1996년 9월 30일 이후에 입법된 법은 고용에 대한 연령 상한을 정할 수 있다.

1996년 9월 30일 이후 입법된 법은 55세 미만의 은퇴 연령을 정할 수 없다. 1983년 3월 3일 당시 시행중이던 법은 여하한 은퇴 연령을 정할 수 있다.

1983년 3월 3일 이후 시행되었고 1996년 10월 1일 이전에 입법된 법: 1983년 3월 3일 이후 발효되었고 1996년 10월 1일 이전에 입법된 법은 1983년 3월 3일에 시행되던 법보다 더 제한적일 수 없다.

예- 1990년 통과된 지역 조례에 따라 고소 당사자는 1999년 55세 정년이 되면서 소방관직에서 해고되었다. 법은 1983년 3월 3일 당시 시행중이지 않았고 1996년 9월 30일 이후에 입법된 것도 아니므로 해고 결정은 면제에 해당하지 않는다.

### **c. “특별 고용 문제” 가 있는 개인을 위해 만들어진 프로그램**

ADEA는 “특별 고용 문제” 가 있는 고용을 증진하기 위해 만들어진 연방 자금지원을 받거나 주의 프로그램에 적용되지 않는다. 그러한 프로그램에는 장기 실업자, 장애가 있는 개인, 소수 집단 구성원, 나이 든 노동자, 또는 젊은이의 고용을 증진하기 위해 만들어진 것들이 포함된다. 이러한 예외에 대한 추가적인 지침은 EEOC Compliance Manual Volume II(1988) Specific Exemptions from Coverage Pursuant to § 9 of the Age Discrimination in Employment Act의 Policy Statement 참고.

## **B. 적용받는 주체**

- 적용받는 주체
  - 사용자
  - 직업소개소
  - 노동단체

VII편, ADEA, ADA에 의거한 금지는 보통 사용자, 직업소개소, 노동단체에 적용된다. EPA는 사용자와 노동단체에 적용된다. 이러한 주체 각각에 대한 적용 범위의 요건은 아래에 논한다.

### **1. 적용범위 요건**

## a. 사용자

### D) VII편, ADEA, ADA

“사용자”에는 민간부문과 주 및 지방 정부 주체가 포함된다. 사용자는 주장되는 차별이 발생하였던 때와 같은 해, 또는 그 이전 해에 20주 이상의 각 주의 각 근무일에 15인 이상의 근로자를 둔 경우 VII편이나 ADA의 적용을 받는다. 민간부문 사용자가 ADEA의 적용 범위에 드는 요건도 같지만 20인 이상의 근로자를 두어야 한다는 점은 다르다. 주 또는 지방 정부 사용자는 근로자의 수와 상관 없이 ADEA의 적용 범위에 든다.

중요한 것은 연방대법원이 ADEA에 의거한 주에 대한 민간 연령 차별 소송은 주가 통치 행위 면책 특권을 포기하지 않는 한 허용되지 않는다는 것이다(Kimel v. Florida Bd. of Regents, 120 S. Ct. 631 (2000)). 그러나 EEOC의 집행 권한은 영향을 받지 않고 EEOC는 개인에 대한 구제를 얻어내기 위해 주를 상대로 소송을 제기할 수 있다. 따라서 조사관은 ADEA에 의거하여 주를 상대로 소송을 제기해야 한다. ADA나 EPA에 의거하여 주를 상대로 소송을 제기하는 경우 조사관은 법무팀과 상의해야 한다.

적용받기 위해 사용자 역시 “통상에 영향을 미치는 업계”에 종사해야 한다. 그러나 이러한 요건이 생점이 되는 경우는 드물고 사용자가 관련 기간 필요한 수의 근로자를 둔다는 것 역시 통상 요건을 충족한다고 추정할 수 있다.

적용받는 사용자에는 적절한 범규에 의거한 요건을 충족하는 사용자의 대리인도 포함된다. 대리인의 적용 범위는 아래 §2-III B.2에서 논한다.

VII편, ADEA, ADA에 의거하여 사용자는 개별 근로자의 일일 노동 일정과 무관하게 관련 주 수 동안 필요한 수의 근로자와 근로관계를 가지고 있는 경우 적용받는다(Walters v. Metropolitan Educ. Enter., Inc., 519 U.S. 202, 206 (1997)). 예를 들어 월요일과 수요일에만 일하는 근로자는 그 주 내내 사용자와 고용관계를 계속 가지고 있으므로 해당 주 내내 근로자로 계산된다. 개인은 고용된 후 고용이 종료될 때까지 매 근무일동안 근로자로 계산된다.

#### □ 근로자 계산

근로자를 계산하기 위해서는 사용자의 급여 대상자 명단에 있는 근로자의 수를 밝힌다. 해고된/이전 근로자나 독립 하청업자 같은 근로자가 아닌 개인은 배제한다. 이러한 수치에 임시 노동자나 기타 인 재파견회사 노동자와 같이 사용자와 근로관계를 맺은 여타의 개인을 더한다. 연초에 고소가 제기되는 경우 사용자 적용 범위를 평가하기 위해 같은 해의 나중까지 기다리는 것이 필요할 수 있다.

20주 요건이 충족되는지 판단함에 있어 사용자가 해당 주 동안 필요한 수의 근로자를 둔 주만 계산한다. 그러나 20주가 연속될 필요는 없다. 덧붙여 주중에 고용이 시작되거나 끝난 근로자는 사용자와 고용관계를 가진 날에 대해 근로자로 계산된다.

사용자는 차별이 발생한 해의 연말까지 요건이 충족되는 한 위반 혐의 당시나 그 전에 법정 근로자 수를 두고 있을 필요는 없다. 예를 들어 새로 만들어진 회사는 분쟁이 되는 행동이 발생한 당시 단기 기간만 운영되었을 수 있다. 그러나 같은 해 나머지 기간동안 20주 요건을 충족하면 적용받는다(EEOC Dec. 88-2, ¶I 6871 (CCH) (1988)).

\* 예- 고소 당사자는 1998년 3월 1일 자신의 성별과 연령을 이유로 고용되지 않았다고 주장하며 고소를 제기하였다. 피고의 인사기록을 살펴본 바 다음과 같은 사실이 밝혀진다.

1998년 1월 1일-4월 1일: 근로자 14인

1998년 4월 2일-8월 1일: 근로자 21인

1998년 8월 2일-11월 1일: 근로자 14인

1998년 11월 2일-12월 31일: 근로자 19인

: 이 기록은 피고가 주장되는 바 차별이 발생한 해인 1998년에 적어도 20주 동안 15인 이상의 근로자를 뒀음을 드러낸다. 따라서 VII편에 의해 적용받는 사용자이다. 그러나 적어도 20주 동안 20인 이상의 근로자를 두지 않았으므로 ADEA의 적용은 받지 않는다.

## 2) EPA

EPA 적용 범위는 극도로 넓다. EPA는 “통상이나 통상을 위한 제품 생산에 종사” 하며 500,000달러

이상의 연간 총 판매나 사업실적이 있는 사용자에게 적용된다. 보건 및 교육 기관과 정부 기관들은 규모와 상관 없이 EPA의 적용을 받는다. 일정 전문직의 근로자에 대한 몇 가지 협소한 면제가 있다. EPA 적용 범위에 피고가 이익을 제기하는 승산 없는 경우에 조사관은 법무팀과 상의해야 한다.

### 3) 복수 주체와 관련한 특별한 쟁점

#### (a) 통합기업

사용자가 법정 요건을 충족하는 최소한의 수의 근로자를 두고 있지 않다 해도 사용자가 전반적으로 요건을 충족하는 “통합기업”의 일부인 경우에는 여전히 적용을 받는다. 통합기업은 둘 이상의 사용자의 사업이 얽혀 있어서 고소 당사자의 단일한 사용자로 간주될 수 있다고 여겨지는 경우이다. 통합기업을 구성하는 별도의 주체들은 적용 범위와 책임이라는 목적에서 단일한 사용자로 취급된다. 고소가 주체 중 하나에 대하여 제기되는 경우 구제는 통합기업의 일부인 주체 중 어느 쪽에서든 얻을 수 있다.

별도의 주체들을 통합기업으로 취급해야 하는가를 판단하는 데 고려해야 할 요소는 다음과 같다 (Baker v. Stuart Broadcasting Co., 560 F.2d 389, 391 (8th Cir. 1977), Lyes v. City of Riviera Beach, 166 F.3d 1332, 1342 (11th Cir. 1999), Lockard v. Pizza Hut, Inc., 162 F.3d 1062, 1069 (10th Cir. 1998), Cook v. Arrowsmith Shelburne, Inc., 69 F.3d 1235, 1240-41 (2d Cir. 1995), Garcia v. Elf Atochem N. Am., 28 F.3d 446, 450 (5th Cir. 1994)).

- 사업 간의 상호관계의 정도
  - 수표 작성, 상호 정책 편람 작성, 계약 협상, 사업허가증의 완료와 같은 경영 업무의 공유
  - 급여 대상자 명단과 보험 프로그램의 공유
  - 관리자와 인사 업무의 공유
  - 사무실 공간, 설비, 창고의 공유
  - 주체들을 단일한 단위로 운영
  
- 주체들이 공동경영을 공유하는 정도
  - 같은 개인들이 서로 다른 주체들을 운영 또는 감독하는가
  - 주체들이 공동의 임원과 이사회를 두고 있는가
  
- 노동관계의 중앙집중적 통제
  - 인사정책 개발에 대한 중앙집중화된 출처가 있는가
  - 하나의 주체가 인사기록을 유지하고 고용 지원자들을 걸러내고 시험하는가
  - 주체들이 인사(인적 자원)부를 공유하는가, 회사 간 전근과 인사 승진이 흔한가
  - 같은 사람들이 양쪽 주체에 대한 고용 결정을 내리는가
  
- 공동의 소유권 또는 주체들에 대한 재정적 통제의 정도
  - 같은 사람이나 사람들이 서로 다른 주체들을 소유 또는 통제하는가
  - 같은 사람들이 서로 다른 주체들의 임원/이사 역할을 하는가
  - 하나의 회사가 다른 회사의 주식 과반 또는 전부를 소유하는가

이러한 요소들의 목적은 한 주체가 다른 주체의 운영에 대하여 행사하는 통제의 정도를 규명하는 것이다. 별도의 주체들이 하나의 통합기업을 이루는가 하는 것을 평가하면서 이 모든 요소를 고려해야 하지만 모든 요소가 존재해야 하는 것도 아니고 어느 하나의 요소가 존재한다고 하여 방향이 결정되는 것도 아니다. 주된 초점은 중앙집중적인 노동관계 통제에 맞춰져야 한다. 이 쟁점이 모-자회사 관계가 있는 경우 제기되는 경우가 많기는 하지만 모-자회사 관계가 두 회사가 하나의 통합기업으로 간주되는 데 필요한 것은 아니라는 점에 주목해야 한다(EEOC v. State of Ill., 69 F.3d 167, 171 (7th Cir. 1995)).

- \* 예- 고소 당사자는 ABC Corp.의 일자리에 지원했으나 거부되었고 성 및 연령 차별을 주장하며 고소를 제기했다. ABC Corp.는 컴퓨터훈련센터이다. Jane Smith는 그 사장이자 유일한 소유자이다. 또한 세 개의 다른 컴퓨터훈련센터와 ABC Corp.를 운영하는 Computer Training, Inc.(CTI)의 사장이다. Smith는 이러한 회사들 각각의 운영에 직접 개입하고 CTI 사장이자 개별 센터의 사장 자격으로 훈련센터들에 대한 인사 결정을 내린다. CTI가 각 훈련센터의 청구서를 지불하고 급여 대상자 명단을 관리하며 센터들에 대한 계약을 협상한다. CTI는 각 훈련센터에서 사용하도록 인사 편람을 제작하였다. 각 훈련센터의 이윤은 CTI 명의의 하나의 은행 계좌로 모이고 CTI는 중앙집중적인 경영 계좌를 유지하여 더 성공적인 훈련센터의 이윤으로 덜 성공한 센터의 손실을 메꿀 수 있다. 이러한 상황에서 ABC, CTI, 그리고 그 외의 훈련센터들은 통합기업으로 EEO 법령에 의거한 적용 범위와 책임을 목적으로 단일한 사용자로 간주되어야 한다.

## (b) 공동 사용자

“공동 사용자”라는 용어는 무관하거나 통합기업으로 간주할 만큼 관계되지는 않았지만 각각이 개인에 대하여 그 사용자로 간주되기에 충분한 통제를 행사하는 둘 이상의 사용자를 지칭한다. “공동 사용자” 쟁점은 임시채용업체가 연루된 사건에서 자주 제기된다. 해당 사용자에 대한 청구를 하려면 각 사용자에게 고소를 제기해야 한다.

피고가 적용되는가를 결정하려면 피고가 단독으로 고용한 개인들의 수와 피고 및 다른 주체들이 공동으로 고용한 근로자들의 수를 계산한다. 어떤 개인이 둘 이상의 사용자에게 공동으로 고용되었다면 적용 범위를 목적으로 해당 개인과 고용관계가 있는 각 사용자에 대하여 계산된다.

민간부문 사용자와 연방기관이 공동으로 고용한 계약직 노동자가 고소를 제기한 경우 노동자는 연방기관에 대한 청구는 해당기관의 EEO 부서에 제기하여야 한다는 것을 통지받아야 한다.

어떤 주체가 공동 사용자로 간주되는가에 대한 결정에 관한 더 많은 지침에 대해서는 위원회의 Application of EEO Laws to Contingent Workers Placed by Temporary Employment Agencies and Other Staing Firms, Questions 1-2, N:3319-21 (BNA) (1997) ([www.eeoc.gov](http://www.eeoc.gov)에서 입수 가능)에 대한 집행 지침 참고(어떤 주체가 개인의 사용자로 간주되기에 충분한 통제를 하고 있는지를 결정하는데 고려할 요소들을 논함).

- \* 예 1- 고소 당사자는 ABC Corp에 대하여 종교적 괴롭힘을 당했다고 주장하며 고소를 제기한다. ABC Corp.는 13명의 정규 근로자와 파견업체가 배정한 다섯 명의 근로자를 두고 있는데 후자는 ABC와 파견업체에 공동으로 고용되어 있다. ABC는 18인의 근로자를 두고 있어서 VII편 적용을 받는다.
- \* 예 2- 고소 당사자 1은 ADEA에 의거 ABC Corp에 고소를 제기한다. 고소 당사자 2는 VII편에 의거 Smith Corpdp 고소를 제기한다. ABC는 17명의 근로자에 대한 단독 사용자이다. ABC는 또한 Smith와 공동으로 5인의 근로자를 고용하고 있다. Smith는 12인의 근로자에 대한 단독 사용자이다. 이러한 상황에서 ABC는 ADEA의 적용을 받고 Smith는 VII편의 적용을 받는다.

## b. 직업소개소

용역에 대한 보상을 받건 말건 적어도 하나의 적용받는 사용자에게 정기적으로 근로자를 조달하는 경우 그 주체는 적용받는 직업소개소다. 정기적으로 적어도 하나의 적용받는 사용자에게 근로자를 조달하는 직업소개소는 적용받지 않는 사용자에 대한 추천을 포함한 그 모든 근로자 조달과 추천 활동과 관련하여 적용받는다. 적용 범위는 그러한 직업소개소의 대리인까지 확대된다. 대리인에 대한 논의는 아래 §2-III B.2 참고. 적용받는 직업소개소의 근로자는 해당 직업소개소가 관련 EEO 법령에 의거한 사용자 적용 범위에 필요한 수의 근로자를 갖추고 있지 않다고 해도 자신의 사용자로서 소개소에 소송을 제기할 수 있다.

- \* 예 1- 고소 당사자는 직업소개소인 피고가 연령을 이유로 자신을 17인의 근로자가 있는 ABC Corp.의 일자리에 추천해주지 않았다고 주장하며 고소를 제기한다. 피고는 또한 50인 이상의 근로자가 있는 XYZ Corps에 근로자를 정기적으로 조달한다. ABC는 ADEA에 의거하여 적용받는 사용자가 아니지만, 피고는 또한 적용받는 사용자인 XYZ에도 정기적으로 근로자를 조달한다. 따라서 피고는 적용받는 직업소개소이며 적용받지 않는 사용자인 ABC에 행하는 것을 포함한 모든 추천 및 조달 활동에서의 차별은 금지된다.

- \* 예 2- 고소 당사자 1은 12인의 근로자를 갖춘 직업소개소인 피고가 종교를 이유로 자신을 고용하지 않았다고 주장하며 고소를 제기하였다. 고소 당사자 2는 인종을 이유로 17인의 근로자를 갖춘 Smith Corps.의 일자리에 자신을 추천하지 않았다고 주장하며 고소를 제기하였다. 피고는 Smith Corps.에 정기적으로 근로자를 조달한다. 따라서 피고는 고소 당사자 1이 제기한 청구와 고소 당사자 2가 제기한 청구와 관련하여 적용받는다.

### c. 노동단체

노동단체는 다음의 두 기준을 충족하면 VII편, ADEA, ADA의 적용을 받는다.

- 15인 이상(ADEA의 경우 25인 이상)의 구성원을 갖추었거나 적어도 하나의 적용받는 사용자에 근로자를 조달하는 노조 직영 직업소개소를 유지하고 있거나
- 사용자의 근로자를 대리하고 있고
- 통상에 영향을 미치는 업계에 종사한다

노조 적용 범위에 대한 후자의 근거는 보통 연방 근로자를 대리하는 노조에 EEO 법령이 적용되도록 한다(Jones v. American Postal Workers Union, 192 F.3d 417 (4th Cir. 1999)). 노동단체는 적어도 하나의 적용받는 사용자에 근로자를 대리하는 경우 EPA의 적용을 받는다.

연방 근로자를 대리하는 것을 포함한 대부분의 노동단체는 “노동단체”에 대한 위의 정의들 중 적어도 하나의 적용을 받는다. 적용 범위가 분쟁대상이고 쉽게 평가될 수 없다면 조사관은 법무팀과 연락해야 한다. 노동단체의 대리인도 적용받는다. 대리인에 대한 논의는 아래 §2-III B.2 참고.

적용받는 노동단체의 근로자는 관련 EEO 법령에 의거한 사용자 적용 범위에 필요한 수의 근로자를 갖추고 있지 않더라도 자신의 사용자로서 노동단체에 대한 고소를 제기할 수 있다는 것이 EEOC의 입장이다. 그러나 이러한 입장은 법원에서 거부당하는 것이 보통이다(Kern v. City of Rochester, 93 F.3d 38, 46 (2d Cir. 1996), cert. denied, 520 U.S. 1155 (1997); Herman v. United Bhd. of Carpenters & Joiners, 60 F.3d 1375, 1384 (9th Cir. 1995)). 따라서 고소 당사자가 이러한 적용 범위 쟁점을 제기하며 고소를 제기하는 경우 조사관은 법무팀과 상의해야 한다.

피고가 비연방 노조인 경우 고소 당사자는 National Labor Relations Board(NLRB)에도 고소를 제기할 수 있다는 조언을 받아야 한다. 피고가 연방 노조(우편 노조 제외)인 경우 조사관은 고소 당사자에게 Federal Labor Relations Authority에도 부당노동행위 고소를 제기할 수 있음을 통지해야 한다. 우편 노조에 대한 부당노동행위 고소는 NLRB에 제기한다.

- \* 예- 고소 당사자 1은 노동단체인 피고가 정신장애를 이유로 자신을 고용하지 않았다고 주장하며 고소를 제기한다. 고소 당사자 2는 자신이 연령에 근거한 괴롭힘을 받고 있다고 주장하는 고충을 피고가 제기하는 것을 거부하였다고 주장하며 고소를 제기했다. 피고에게는 9인의 근로자만 있지만 ADA와 ADEA의 적용을 받는 노동단체이다. 피고는 고소 당사자 1이 제기한 청구와 고소 당사자 2가 제기한 청구와 관련하여 적용받는다.

VII편, ADEA, ADA는 적용받는 노동단체가 차별적인 노조원 관행이나 예를 들어 청각장애가 있는 교섭단위 근로자에게 수화 통역사를 제공하지 않는 것과 같은 노동단체로서의 지위와 관련된 여타의 차별적 행위에 관여하는 것을 금지한다.

EPA는 노동단체가 적용받는 사용자가 법규를 위반하도록 하거나 이를 시도하는 것을 금지한다.

## 2. 대리인

### a. 대리인이 취한 조치에 대한 책임

적용받는 주체는 자신이 취한 조치만큼이나 그 대리인의 행위에 대해서도 책임이 있다. 대리인은 적용받는 주체를 대리하여, 또는 그 지휘에 따라 행동할 권한을 가진 개인이나 주체이다(Carparts Distribution Ctr., Inc. v. Automotive Wholesaler's Ass'n of New England, Inc., 37 F.3d 12, 17 (1st Cir. 1994)).

대리인의 예에는 다음이 포함된다.

- 관리자
- 노조 임원
- 보험판매회사(insurance provider)(Graf v. K-Mart Corp., 50 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 1370, 1373 (W.D. Pa. 1989)) 또는 수당 관리자(benefits administrator)
- 연금제도 관리자(pension plan administrator)(United States v. State of Ill., 3 AD Cases 1157, 1160-61 (E.D. Ill. 1994))

### b. 대리인의 책임

적용받는 주체의 대리인인 주체는 적용받는 주체를 대리하여 취한 차별적 조치에 책임이 있다(Spirt v. Teachers Ins. & Annuity Ass'n, 691 F.2d 1054, 1063 (2d Cir. 1982)). 예를 들어 법률사무소의 근로자에게 차별적 혜택을 제공하는 보험회사는 법률사무소의 대리인으로 EEO 법령에 의거하여 책임이 있을 수 있다.

대부분의 연방 항소법원은 관리자는 차별에 대하여 개인적으로 책임이 있다고 볼 수 없다고 판결하였는데 그들이 “사용자” 라는 용어의 정의를 충족하지 않기 때문이다. 개별 관리자에게 고소가 제기 되면 조사관은 법무팀과 상의해야 한다. 조사관은 또한 금지구제명령(injunctive relief)을 받고자 주 공무원에게 고소가 제기될 가능성에 대하여 법무팀과 상의해야 한다.

물론 적어도 15인 또는 20인의 근로자를 고용하는 단독 소유자는 (적용 가능한 법규에 따라) 적용받는 “사용자” 로서 책임이 있다(EEOC v. AIC Security Investigations, Ltd., 55 F.3d 1276, 1280 n.2 (7th Cir. 1995)).

## 3. 사용자의 적용 범위와 관련한 구체적 쟁점

### a. 고용 기회에 대한 제삼자 개입

#### 1) 개괄

사용자가 근로자를 차별하는 것을 금지하는 데 덧붙여 VII편, ADEA, ADA는 적용받는 제삼자 사용자가 다른 사용자에 대한 개인의 고용 기회에 차별적으로 개입하는 것을 금한다. 어떤 경우에는 제삼자 사용자가 공동 사용자일 수도 있지만 여기서 설명한 원칙은 고용관계가 제삼자 사용자와 개인 간에 존재한 적이 없었다 하더라도 적용된다. 이러한 종류의 책임은 흔히 “제삼자 개입” 이라고 알려져 있다. ADA는 법규에 의거하여 보호되는 권리에 대한 개입을 금지한다. VII편과 ADEA에는 이와 비슷한 규정이 없지만 “개인” 에 대한 차별을 금지하고 있다. 따라서 고소 당사자는 반드시 차별적 개입으로 고소된 사용자의 근로자일 필요는 없다(Sibley Memorial Hosp. v. Wilson, 488 F.2d 1338, 1341 (D.C. Cir. 1973)).

EPA는 피고 사용자에게 고용된 개인만을 성별에 근거한 보상 차별로부터 보호하는데 피고의 근로자에 대한 차별만 금지하기 때문이다.

제삼자 개입 이론을 사용자에게 사용하려면 두 가지 요건이 충족되어야 한다.

#### □ 제삼자 개입의 요건

- VII편과 ADEA에 의거하여 차별적 개입으로 고소당한 사용자(피고)는 적용받는 사용자여야 한다. ADA에 의거하면 피고는 적용받는 사용자일 필요가 없다.
  - 고소 당사자가 고용 관계를 가지고 있거나 고용 관계를 요구하는 주체는 적용받는 사용자일 필요가 없다.
- 피고는 고용 관계에 대한 개입으로 고소되어야 한다.
  - 독립 하청이나 기타 비고용 관계에 대한 개입에는 적용되지 않는다.

연방기관은 VII편이나 ADEA에 의거하여 다른 당사자의 근로자에 대한 차별에 책임이 있는 것으로 간주될 수 없는데 이 두 법규가 연방기관이 “근로자”와 고용 지원자에 대한 차별을 하는 것만 금지하고 있기 때문이다. 그러나 연방기관은 장애에 근거한 다른 당사자의 근로자에 대한 차별에 대해서는 책임이 있는 것으로 간주될 수 있는데 Rehabilitation Act에 해당 장애 의거한 모든 개인의 권리에 대한 개입을 금지하는 ADA 503절을 포함하고 있기 때문이다.

- \* 예 1- 피고는 ABC Medical Corp.로부터 응급실 서비스를 받고 있는 병원이다. 고소 당사자는 ABC에 의해 피고의 응급실 책임자로 고용되었다. 고소 당사자는 피고가 ABC에 자신을 젊은 책임자로 교체해 달라고 요청함으로써 연령과 성별에 근거하여 자신을 차별하였다고 주장하는 고소를 하였다. 피고는 VII편과 ADEA의 적용을 받는 사용자이다. 이러한 상황에서 고소 당사자는 ABC와의 고용관계에 개입한 것을 이유로 VII편과 ADEA에 의거한 청구권을 가지고 있다. 피고가 고소 당사자에 대하여 충분한 지배력을 행사한다면 공동 사용자로서도 책임이 있을 수 있다.
- \* 예 2- 피고는 XYZ Corp.에 청소 용역을 제공하는 하청회사(? contract firm)이다. XYZ Corp.의 근로자인 고소 당사자는 피고에 대하여 자신이 피고의 관리자 중 한 명에게 성적으로 괴롭힘을 당했다고 주장하는 고소를 제기했다. 피고는 VII편의 적용을 받는 사용자이다. 이러한 상황에서 고소 당사자는 피고에 대하여 XYZ과의 고용 관계에 개입한 것을 이유로 VII편에 따른 청구권을 가지고 있다. 물론 고소 당사자는 자신의 사용자에게 괴롭힘에 대해 알린 후에 사용자가 즉각적이고 적절한 시정조치를 하지 않은 경우 사용자에게 대해서도 청구권을 가질 수 있다.
- \* 예 3- 피고는 Smith, Inc. 근로자에 보증을 제공하는 보험회사이다. 고소 당사자는 Smith, Inc.의 근로자로 피고가 AIDS 관련 질병에 대해서 상대적으로 낮은 수준의 보상을 제공함으로써 ADA를 위반하였다고 주장하는 고소를 제기하였다. 이러한 상황에서 고소 당사자는 Smith, Inc.와의 고용 관계에서 발생하는 차별적인 보험 혜택을 제공하였다는 것을 이유로 피고에 대한 ADA 청구권이 있다. ADA에 의거하여 고소를 제기했기에 피고가 적용되는 사용자일 필요는 없다.

제삼자 개입 이론에 대한 더 많은 지침은 Control by Third Parties over the Employment Relationship Between and Individual and His/Her Direct Employer, EEOC Compliance Manual, Volume II, Appendix 605-F에 대한 시행지침 참고.

## 2) 전문직 종사자/면허위원회(? licensing board)

제삼자 개입 이론은 보통 EEO 법규에 의거 개인에게 특정 전문직에서 일하도록 면허나 자격을 부여하는 주 기관이 면허를 부여하거나 거부하는 데 있어 경찰권을 행사하는 경우에 그러한 기관에는 적용될 수 없다(Darks v. City of Cincinnati, 745 F.2d 1040, 1042 (6th Cir. 1984)). 그러나 면허 기관은 단순한 경찰권을 행사하는 것을 넘어서서 기능을 행사하는 경우 제삼자 개입 이론에 의거하여 책임이 있을 수 있다.

- \* 예- 어떤 주 위원회는 조교사에게 면허를 발급하고 마구간 공간을 임대한다. 이러한 상황에서 위원회는 허가권자로서의 지위로 사용자로 적용을 받지 않지만 적용 범위의 다른 요건들이 충족되는 경우 마구간 공간의 임대자로서의 지위로 제삼자 개입 이론에 의거 적용받을 수 있다. Puntolillo v. New Hampshire Racing Comm n, 375 F. Supp. 1089(D.N.H. 1974).

면허 기관에 대한 고소가 장애를 근거로 한 차별을 주장한다면 고소 당사자는 ADA II편에 의거한 청구권이 있을 수 있음을 고지받고 법무부에 회부되어야 한다.

면허위원회가 제삼자 개입 이론에 따라 책임이 있는 것은 아닌 경우라도 VII편이나 ADA에 의거 책임이 있을 수 있다. ADA에 포함되어 있는 VII편 707절은 위원회가 여하한 자나 집단이 법규로 규정된 타인의 권리를 부정하는 일의 되풀이나 관행에 간여하고 있다고 믿을 만한 합리적인 이유가 있는 경우에는 언제나 집행조치를 취하고 그러한 차별의 되풀이나 관행에 대한 고소를 조사할 권한을 부여한다(EEOC Dec. 87-2, ¶I 6869 (CCH) (1987)). 차별의 되풀이나 관행은 일회적인 사건이 아니라 차별의 반복적 일상을 지칭한다. 예를 들어 아프리카계 미국인이나 그 외의 어떤 보호 받는 부류에 대한 까다로운 면허 요건 집행 혐의는 707절의 적용을 받는 차별의 되풀이나 관행 혐의에 해당한다.

### 3) 교정시설

교도소는 수감자와 고용 관계를 가지고 있지 않다. 따라서 교도소에서 노동을 수행하는 수감자의 감독은 노동이 급전 또는 여타의 보상을 위해 수행되고 있다 하더라도 EEO 법규의 대상이 되지 않는다(Williams v. Meese, 926 F.2d 994, 997 (10th Cir. 1991)). 그럼에도 교정시설이 적용받는 사용자라면 외부취업 프로그램을 통한 재소자의 외부 사용자에게 의한 고용을 차별적으로 간섭하는 것은 금지될 것이다. 예를 들어 VII편은 15인 이상의 근로자를 둔 교정기관이 재소자들이 외부취업 프로그램을 통해 외부 사용자와 일하는 것을 허용하는 데 인종을 원인으로 사용하는 것을 금지할 것이다.

다른 사업체를 취득한 사업체는 EEO 법규에 의거 승계자가 고소에 거명되어 있지 않다 하더라도 그 사업체가 승계한 주체가 저지른 차별에 대한 책임이 있을 수 있다. 승계자가 전임자의 차별행위에 대해 책임이 있다고 간주되어야 하는지의 여부는 사례별로 결정되어야 하며 사용자와 근로자의 이해의 균형이 필요하다. 다음의 요소들을 고려해야 한다.

- 승계자 주체가 고소에 대한 고지를 받았는가
- 전임자가 구제를 제공할 수 있는가
- 동일한 경영활동이 계속되고 있는가
- 승계자가 전임자와 같은 공장, 인력, 경영진/장비와 생산수단을 사용하였는가
- 실질적으로 같은 노동 조건으로 같은 일자리들이 존재하는가
- 승계자가 같은 제품을 생산하는가

일반적으로, 승계자는 고소 통지를 받았고 전임자가 구제를 제공할 수 없는 경우에만 책임이 있는 것으로 간주될 수 있다(Rojas v. TK Communications, Inc., 87 F.3d 745, 750 (5th Cir. 1996)). 세 번째 요소, 즉 경영활동의 지속성에는 위에 열거한 기준의 검토가 필요하다.

- \* 예 1- 고소 당사자는 피고가 자신의 출신국에 근거하여 판매원직에서 자신을 해고하였다고 주장한다. 피고는 판매 사업을 ABC Corporation에 매각하였지만 생산회사로서 영업은 계속 하고 있다. 고소 당사자는 자신의 해고로부터 XYZ Corporation에서 다른 일자리를 얻게 된 날까지의 기간에 대한 체불임금을 받고자 한다. 피고가 구제를 제공할 수 있으므로 ABC는 책임이 있는 것으로 간주되어서는 안 된다.
- \* 예 2- 위와 같은 경우이지만 단 고소 당사자는 복직을 하고자 한다. ABC만 복직을 제공할 수 있으므로 ABC는 고소 고지를 받은 한 책임이 있다고 간주될 수 있고 구제를 제공하도록 요구될 수 있다.
- \* 예 3- 고소 당사자는 전자제품생산회사인 피고의 관리직원에게 성적 괴롭힘을 당했다고 주장한다. 고소 당사자가 고소를 제기하고 나서 피고는 자산과 사업을 경쟁자인 Smith Corps.에 매각하였고 Smith는 매각 시점에 고소에 대한 고지를 받았다. 매각 이후 피고는 파산선언을 하였다. ABC는 피고 회사에서 일하던 근로자들의 대부분을 유지하고 피고의 전자제품 생산사업을 계속했다. 이러한 상황에서 승계자 책임 요건은 충족되며 Smith Corp.는 피고의 차별 행위에 대한 책임이 있다고 간주될 수 있다.

#### c. 미국 내 외국 사용자와 해외 미국 사용자

아래에서 논한 쟁점에 대한 상세한 지침은 Title VII and the Americans with Disabilities Act to Conduct Overseas and to Foreign Employers Discriminating in the United States(1993) 집행 지침과 Application of the Age Discrimination in Employment Act Of 1967(ADEA) and the Equal Pay Act of 1963(EPA) to American Firms Overseas, Their Overseas Subsidiaries, and Foreign Firms(1989) 정책 지침을 참고할 것.

##### 1) 미국 내 외국 사용자

###### (a) 개괄

미국에서 사업을 하는 외국 사용자는 보통 미국 사용자와 같은 정도로 EEO 법규의 적용을 받는다. 그러나 어떤 경우에는 그러한 사용자가 일정 직에 대해서는 자국인을 선호하는 것을 허용하는 조약의 당사자라고 주장할 수 있다. 이러한 항변이 제기되면 조사관은 다음을 결정해야 한다.

- 피고가 조약의 보호를 받는가?
- 보호를 받는다면 문제의 고용 관행에 조약이 적용되는가
- 적용된다면 관련 EEO 법규의 적용에 대한 조약의 영향은 어떤 것인가?

조사관은 법무관실과 연락하여 조력을 받아야 한다.

외국 사용자의 미국에 근거를 둔 지사가 적용받는지 결정하는데 있어 미국과 외국의 지사들이 통합기업을 이루는 경우 해외에 근거를 둔 근로자들 역시 계산에 넣어야 한다(Morelli v. Cedel, 141 F.3d 39, 44-45 (2d Cir. 1998)). 따라서 일본 사용자가 근로자가 10인뿐인 미국 기반 지사를 두고 있다 해도 미국 사용자가 5인 이상의 근로자를 둔 외국 지사와 통합되어 있다면 역시 VII편의 적용을 받는다. 통합 기업에 대한 논의는 위 § 2-III B.1.a.iii(a) 참고.

## (b) 대사관

미국 내에 위치한 외국 대사관은 보통 Foreign Sovereign Immunities Act(FSIA)에 의거하여 미국 법원에 대하여 면책된다. EEO 법규는 제한된 경우에만 미국 내에 위치한 외국 대사관 직원들에게 적용된다.

- 미국 시민과 제삼국인: 미국 시민과 제삼국인, 즉 미국 시민도 아니고 면책 특권을 주장하는 국가의 시민도 아닌 자는 EEO 법규가 적용된다(Elliott v. British Tourist Auth., 986 F. Supp. 189, 194 (S.D.N.Y. 1997), aff'd, 172 F.3d 37 (2d Cir. 1999) (unpublished)).
- FSIA에 의거한 면책 특권을 주장하는 외국 시민이 상업활동에 종사하는 경우: FSIA는 상업활동에 대해서는 면책 특권의 예외를 규정한다. 따라서 면책 특권을 주장하는 외국 시민은 상업활동에 종사할 시 EEO가 적용된다(Elliott v. British Tourist Auth., 172 F.3d 37 (unpublished), 1999 WL 38836 at \*1 (2d Cir. 1999)). 외교, 행정, 군사 직원은 정치적이지만 예를 들어 인부(laborer), 사무직 또는 홍보 공무원과 같은 여타의 직원들은 상업적이다(Holden v. Canadian Consulate, 92 F.3d 918, 921 (9th Cir. 1996), cert. denied, 519 U.S. 1091 (1997)).

## 2) 해외 미국 사용자

VII편, ADEA, ADA는 보통 해외에서 운영하는 미국 사용자가 미국 시민을 차별하는 것을 금지한다. EPA는 해외에서 적용되지 않는다. 미국에서 법인화되어 해외에서 운영하는 사용자는 보통 미국 사용자로 여기기에 충분한 미국과의 관계가 있다. 사용자가 미국에서 법인화되지 않았거나 예를 들어 법률사무소처럼 아예 법인화가 되지 않은 경우, 사용자가 미국 사용자가 되기에 충분한 미국과의 연결을 갖고 있는지 결정하기 위해 다양한 요소를 고려해야 한다. 고려해야 할 요소에는 다음과 같은 것들이 포함된다.

- 사용자의 주 사업처, 즉 공장, 사무실, 기타 시설이 위치한 주요 장소
- 지배주주/의결권(voting control)을 가진 주주의 국적
- 경영진의 국적과 위치

EEO 법규는 또한 미국 사용자가 지배하는 외국 사용자의 차별을 금지한다. 미국 사용자가 외국 사용자를 지배하는가를 결정하는 것은 다음에 근거한다.

- 미국 사용자에게 의한 외국 사용자의 지배
  - 사업의 상호관계
  - 공통 경영진
  - 중앙집중화된 노동관계 통제
  - 미국 사용자와 외국 사용자의 공통 소유권 또는 재정적 지배

이러한 요소들을 적용하는 방법에 대해서는 위 § 2-III B.1.a.iii(a) (통합 기업) 참고.

#### 4. 적용 대상으로부터의 면제와 배제

##### a. 모든 고용 결정에 대한 적용 범위에서 면제되는 주체

###### 1) 북미 원주민 부족의 VII편과 ADA 면제

VII편과 ADA는 “사용자”의 정의에서 배제되는 북미 원주민에는 적용되지 않지만 부족이 소유한 사업에 대해서는 적용될 수 있다. 부족이 소유한 사업이 면제되는가를 결정하는 결정적 요소는 본질적으로 부족을 대리하여 정부 기능을 수행하는가의 여부와 부족에 통합되어 있고 부족의 지배를 받는가 하는 여부이다.

ADEA도 EPA도 북미 원주민 부족을 “사용자” 정의에서 배제하지 않는다. 따라서 이러한 법규들은 적용하였을 때 미국 원주민 부족에도 적용될 것으로 추정되지만 조약상 권리나 부족의 주권을 침해할 것이라면 얘기가 다르다(Florida Paralegic Ass’n, Inc. v. Miccosukee Tribe of Indians, 166 F.3d 1126 (11th Cir. 1999)).

###### 2) 진정한 회원 전용 클럽(private membership club)

VII편과 ADA는 Internal Revenue Code of 1954 501(c)절에 의거하여 조세가 면제되는 (노동단체를 제외한) 진정한 회원 전용 클럽에 적용되지 않는다. 진정한 회원 전용 클럽은 ADEA나 EPA에 대해서는 면제되지 않는다.

VII편/ADA 면제에 속하려면 단체는 비과세이며 진정한 회원 전용 클럽임을 입증해야 한다. 단체는 다음 각 요건을 충족하는 경우 진정한 회원 전용 클럽으로 간주된다.

- 진정한 회원 전용 클럽 요건
  - 단체는 일반적인 의미에서의 클럽이고
  - 단체는 전용이며
  - 유의미한 제한된 회원자격 조건이 있다.

##### (a) “클럽”의 정의

“클럽”은 다음과 같이 정의된다.

사교 및 오락 목적, 또는 공통된 목표(문학, 과학, 정치 활동)의 증진을 목적으로 한 사람들의 결사로 흔히 공동으로 지원하고 정기적으로 만나며 사교클럽 회원권은 무기명 투표로 부여되고 클럽 건물을 이용하는 특권이 수반되는 것이 보통임(Quijano v. University Federal Credit Union, 617 F.2d 129, 131 (5th Cir. 1980)).

##### (b) 클럽이 전용인가?

클럽이 전용인지 결정하는 데 있어 위원회는 다음을 고려한다.

- 시설과 서비스를 클럽 회원과 회원의 손님에 국한하는 정도

- 회원들이 지배하거나 소유하는 정도/방식
- 회원을 모으기 위해 또는 시설이나 서비스를 공중이 이용하는 것을 촉진하기 위해 공개적으로 광고를 하는지, 하면 어느 정도나 하는지

그러나 이러한 요소 중 어느 하나의 존재나 부재가 결정적인 것은 아니며 어떤 단체가 전용인가라는 문제는 사례별로 다뤄져야 한다.

### (c) 제한된 회원권의 유의미한 조건

마지막으로 제한된 회원권의 유의미한 조건 요건이 충족되는가를 결정함에 있어 위원회는 회원 규모에 대한 여하한 제한의 존재를 포함한 회원 규모와 회원 적격 요건을 고려한다.

- \* 예 1- 피고는 오락 활동으로서의 골프의 인기를 증진하고자 설립되었다. 200인의 회원이 있으며 이들이 모든 운영 수입을 제공한다. Internal Revenue Code 501(c)절에 의거 면세를 받고 있다. 회원들은 골프 코스, 건강관리시설, 회의실, 카페테리아를 포함한 단체의 시설을 자유롭게 이용한다. 비회원은 회원의 요청과 동반이 있는 경우에만 시설을 이용할 수 있다. 회원 지원자들은 25세 이상이어야 하고 학사 학위가 있어야 하며 5인 이상의 현 회원을 알고 현 회원의 추천을 받아야 하는데 추천하는 현 회원은 피추천자를 알게 된 경위와 피추천자가 회원으로 받아들여져야 할 이유를 설명해야 한다. 피고는 대부분의 지원자를 받아들이지만 다 받아들이는 것은 아니다. 피고는 “진정한 회원 전용 클럽” 자격이 있기에 VII편이나 ADA는 적용되지 않는다.
- \* 예 2- 위와 사실은 같지만 비회원도 추가 요금을 내면 보증 회원이 없어도 시설을 이용할 수 있다는 점이 다르다. 회원 지원자는 한 명의 현 회원만 알면 되고, 피고는 모든 회원 지원자를 받아들였다. 피고는 전용이라는 것도, 제한된 회원권에 대한 유의미한 조건도 입증하지 않았다. 따라서 피고는 진정한 회원 전용 클럽이 아니다.

## 3) 공공 국제기구

세계은행, 국제통화기금, 국제연합 같은 공공 국제기구는 보통 국제법 및 미국법에 따라 부여된 면책 특권 때문에 EEO 법규의 적용을 받지 않는다. 어떤 기구는 International Organization Immunities Act에 정해진 면책 특권이 있는 기구 목록에 포함되어 있는 경우 면책 특권이 있지만 면책 특권을 기구가 포기하거나 대통령 행정명령으로 적용하지 않는 경우는 예외이다. 어떤 기구의 면책 특권이 포기되었는지 불분명한 경우 고소는 EEO 법규를 기구에 적용할 수 있는지에 대한 판단을 위해 법무팀에 회부하여야 한다. 이러한 고소의 처리에 대한 보다 상세한 지침은 EEOC Compliance Manual, Volume II, Appendix 605-B 집행 지침 참고.

### b. 부분적 면제

#### 1) 종교에 근거한 차별에 대한 면제

VII편은 고용과 해고에 있어 종교를 근거로 한 종교단체의 차별에는 적용되지 않는다. 이러한 면제는 그 “목적과 성격이 주로 종교적인” 단체에 적용된다(EEOC v. Townley Eng. & Mfg. Co., 859 F.2d 610, 618 (9th Cir. 1988), cert. denied, 489 U.S. 1077 (1989)). 이러한 결정에는 모든 종교적이고 세속적인 특징들을 따져보는 것이 필요하다(Killinger v. Samford Univ., 113 F.3d 196, 199-200 (11th Cir. 1997)).

예외는 모든 직위에 적용된다. 그러나 종교 이외에 어떠한 근거에 의한 것이든 차별은 허용되지 않는다(Corporation of the Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos, 483 U.S. 327 (1987)). 덧붙여 면제는 고용과 해고에만 적용되고 임금이나 혜택 같은 고용 조건 또는 특전에는 적용되지 않는다.

연방헌법 수정조항 제1조에 근거한 별도의 “성직자” 면제는 종교 기관과 그 임명된 성직자, 사실상 그러한 지위로 활동하는 개인 또는 종교적 교화에 긴밀히 간여하는 개인 간의 개입을 막는다

(McClure v. Salvation Army, 460 F.2d 553 (5th Cir.), cert. denied, 409 U.S. 896 (1972); Guinan v. Roman Catholic Archdiocese, 42 F. Supp. 2d 849, 853 (S.D. Ind. 1998)). 따라서 EEO 법규는 이러한 면제에 속하는 개인과 관련한 고용 결정에 적용되지 않는다(Bollard v. California Province of the Soc'y of Jesus, 196 F.3d 940, 947-48 (9th Cir. 1999)). 성직자 면제와 종교 기관을 규제하는 데 대한 헌법적 제한에 대한 상세한 논의는 Religious Organization that Pay Women Less Than Men in Accordance with Religious Beliefs(1990) (종교 기관은 종교적 신념에 따른 정책이라 하더라도 남성보다 여성에게 적은 급여를 줄 수 없다).

## 2) 북미 원주민 보호구역 내나 인근에서의 사업

북미 원주민 보호구역 내나 인근에 있는 주체는 공개적으로 발표된 고용 관행과 관련하여 보호구역이나 그 근처에 거주하는 북미 원주민에게 특혜적 처우가 인정될 수 있다. “인근”은 합리적인 통근 거리 내에 위치한다고 정의된다. 특혜적 처우가 인정될 수 있는 고용관행에는 고용, 승진, 전근, 복직, 인력감축이 포함된다. 면제는 사용자가 비 북미 원주민보다 북미 원주민을 선호하는 것은 허용하지만 한 부족의 부족민을 다른 부족의 부족민보다 선호하는 것은 허용되지 않는다(Dawavendewa v. Salt River Agric. Improvement & Power Dist., 154 F.3d 1117, 1121-24 (9th Cir. 1998), cert. denied, 120 S. Ct. 843 (2000)). 선호는 오클라호마주와 Alaska Native Claims Settlement Act 규정에 의거하여 유지되는 원주민 알래스카 땅까지 확장된다. 공개 발표 요건을 충족하려면 주체는 특혜적 처우가 특정 고용 관행과 관련하여 주어질 것임을 밝혀야 한다(EEOC Dec. No. 74-26, ¶¶ 6398 (CCH) (1973)). 예를 들어 사용자가 어떤 공석에 지원하는 북미 원주민에게 특혜적 처우를 주고자 한다면 공석을 발표하는 것과 같은 고지에서 그렇게 서술해야 한다.

## 3) 재향군인 선호

VII편은 연방, 주 또는 지방 법으로 만들어진 재향군인 선호를 이유로 취해진 결정에 적용되지 않는다. 따라서 재향군인 선호가 예를 들어 여성을 불균형하게 배제할 수 있다 하더라도 입법부에서 입법한 선호라면 VII편에 위반되지 않는다(Bannerman v. Department of Youth Auth., 436 F. Supp. 1273, 1279-80 (N.D. Cal. 1977)). 이와는 반대로 사용자가 자발적으로 제공한 재향군인 선호는 금지된 근거로 차별할 목적이거나 효과가 있다면 VII편을 포함한 EEO 법률을 위반할 수 있다(Brown v. Puget Sound Elec. Apprenticeship & Training Trust, 732 F.2d 726, 730-31 (9th Cir. 1984)).

ADA, ADEA, EPA는 재향군인 선호에 근거하여 취해진 고용 조치를 면제하지 않는다.

## 4) 국가안보

VII편은 개인이 법규나 행정명령에 의거 시행 중인 모든 보안 프로그램에 따른 국가안보를 위하여 부과된 직위 요건을 개인이 충족하지 못할 시 해고 또는 고용이나 조회 거부를 금지하지 않는다(Molerio v. F.B.I., 749 F.2d 815 (D.C. Cir. 1984)). 피고는 기밀정보 취급허가 결정이 법규나 행정명령에 따른 국가안보프로그램에 의거한 직위에 필요함을 확정적으로 입증해야 한다.

피고가 그러한 기밀정보 취급허가가 필요하다고 입증하면 위원회 심리는 제한된다. 위원회는 기밀정보 취급허가의 부여, 거부, 철회가 차별적인 방식으로 시행되었는가를 심리할 수 있다. 따라서 위원회는 기밀정보 취급허가 결정을 함에 있어 절차적 요건이 개인의 보호받는 지위와 무관하게 준수되었는가를 심리할 수 있다. 예를 들어 위원회는 피고가 백인인 개인의 허가를 철회하면서 일정한 절차적 요건을 따랐지만 아시아인인 개인의 허가를 철회하면서는 그러한 절차를 따르지 않았다는 청구를 심리할 수 있다. 그러나 위원회가 어떠한 EEO 법규에 의거해서든 기밀정보 취급허가 결정이나 보안 요건의 내용을 심리하는 것은 불가능하다(Department of Navy v. Egan, 484 U.S. 518 (1988)).

이러한 결정을 내리는 데 대한 더 많은 지침에 대해서는 Use of the National Security Exception Contained in § 703(g) of the Civil Rights Act of 1964, as amended (1989)에 대한 정책 지침 참고.

## IV. 제척기간

보통 고소는 법정 시한 내에 제기되어야 한다. 제기 시한은 공정한 고려사항이 요구하거나 당사자들이 시한을 포기하기로 합의한 경우에는 때때로 연장될 수 있다.

### A. 고소 제기

EEOC로 고소를 제기하는 시한은?

- VII편, ADEA, ADA
  - 공정고용관행기관(fair employment practices agency: FEPA)에 관할권이 있는 경우 300일
  - FEPA의 관할권이 없는 경우 180일
  - EEOC 고소는 연방 민사소송의 전제조건
- EPA
  - 2년. 위반이 고의였다면 3년.
  - EEOC 고소를 먼저 제기하지 않고 법원으로 곧바로 갈 수 있다.

#### 1. VII편, ADEA, ADA

VII편, ADEA, ADA에 의거, 고소 당사자는 위반 혐의가 구제를 승인하거나 구할 권한이 있는 주 또는 지방 공정고용관행기관(FEPA)이 있는 관할구역에서 발생하였는가에 따라 혐의가 되는 불법 고용 관행으로부터 180일 또는 300일 이내에 EEOC에 고소를 제기해야 한다. 시한이 주말이나 휴일에 해당하는 경우 돌아오는 평일까지 연장된다(Clark v. Resistoflex Co., 854 F.2d 762, 765 n.3 (5th Cir. 1988); 29 Am. Jur. Trials § 19 (1982)).

- FEPA이 없는 관할구역: 위반 혐의가 구제를 승인할 권한이 있는 FEPA가 없는 주 또는 지방에서 발생한 경우 위반 180일 이내에 EEOC에 고소를 제기하여야 한다.
- FEPA가 있는 관할구역: 위반혐의가 FEPA가 있는 주 또는 지방에서 발생한 경우 위반 300일 이내에 EEOC나 FEPA에 고소를 제기하여야 한다.

대부분의 관할구역에는 FEPA가 있으므로 기한은 보통 300일이다. 그러나 조사관은 확실치 않을 경우 적용 가능한 기한을 결정하기 위해 법무팀에 확인해야 한다.

- \* 예- 1998년 1월 1일 고소 당사자는 X주 소재 피고의 직위로부터 해고되었음을 통지받았다. 200일 뒤 고소 당사자는 피고가 연령(45세)과 성별에 근거하여 자신을 해고하였다고 주장하는 고소를 EEOC에 제기하였다. X주에는 성차별을 금지하는 FEP법이 있다. 그러나 고소 당사자가 고용된 X주에도 지방 관할지역에도 연령 차별을 금지하는 FEP법은 없다. 따라서 고소 당사자의 고소는 성차별 청구와 관련해서는 시기적절하나 연령 차별 청구와 관련한 사적 고소권을 지키는 데는 시기적절하지 않았다.

#### 2. EPA

EPA 위반을 주장하는 개인은 법원으로 곧바로 갈 수 있고 그 전에 EEOC 고소를 제기할 필요는 없다. EEOC에 EPA고소를 제기하는 시한과 법원으로 가는 시간은 같다. 불법적 보상 관행 혐의가 발생한 때로부터 2년 이내 또는 고의적 위반의 경우 3년 이내이다(McLaughlin v. Richland Shoe Co., 486 U.S.128, 133 (1988); Pollis v. New Sch. for Social Research, 132 F.3d 115, 119 (2d Cir. 1997)). 물론 이것은 고소 당사자/EEOC가 완료된 조사 덕을 보면서 시기적절한 소송을 제기할 수 있도록 EEOC가 시한이 지나기 훨씬 전에 조사를 완료해야 한다는 의미이다.

## B. 민사소송 제기

사적 민사소송을 제기하는 기간은 EEOC 고소를 처리하는 데 있어 기준이 되는 쟁점이 아니지만 조사관은 고소 당사자에게 기간과 연방 법원에 고소를 제기하는 요건을 고지하여야 한다. 조사관이 고소 당사자에게 EPA 소송을 제기하는 기간을 고지하는 것은 특히 중요한데 EPA 고소는 법원에 갈 시기를 유예하지 않기 때문이다

### 1. VII편, ADEA, ADA

VII편이나 ADA에 의하면 사적인 소송은 소송권 고지(NRTS)를 받은 때로부터 90일 이내에 제기해야 한다. NRTS는 위원회가 고소를 기각하거나 조정 합의를 체결하는 데 실패한 경우 발부된다. 개인은 고소를 제기하고 나서 180일 이후에 NRTS를 요구할 수 있다. EEOC의 규칙은 위원회가 제기일로부터 180일 이내에 고소에 대한 행정적 처리를 완료할 가능성이 적다고 결정하는 경우 180일 기간이 만료되기 전에 개인이 NRTS를 요구할 수 있다고 규정한다(29 C.F.R. § 1601.28(a)(2)). 그러나 어떤 관할지역의 법원들은 180일 대기 기간이 법에 정해진 것이고 EEOC가 이를 포기할 수 없다고 결정하였다(Martini v. Federal National Mortgage Ass'n, 178 F.3d 1336 (D.C. Cir. 1999), Montoya v. Valencia County, 872 F. Supp. 904 (D.N.M. 1994); Henschke v. New York Hosp.-Cornell Med. Ctr., 821 F. Supp. 166, 170-71 (S.D.N.Y. 1993)). 그런 관할지역에서도 피고가 180일 기간을 포기할 수 있다. 따라서 180일 기간이 만료되기 전에 NRTS가 발급되기 이전에 조사관은 해당 관할지역의 법원이 EEOC가 그렇게 할 권한이 있다는 것을 인정하는지 결정하여야 한다. 그렇지 않다면 피고에게 180일 기간을 포기하라고 요청하는 것이 한 대안이다.

이와 비슷하게 ADEA에 따르면 피해를 호소하는 자는 고소가 기각되었거나 위원회 소송절차가 달리 종료되었다는 EEOC 고지를 받은 날로부터 90일 이내에 소송해야 한다. 그러나 소송권 고지의 수령은 ADEA에 의거한 사적 소송을 제기하는 조건이 아니다. 피해를 호소하는 자는 시기적절한 고소를 제기하고 나서 60일이 지난 이후 언제나, EEOC가 사안을 조정하고자 하여 실패한 경우에는 그보다 일찍 ADEA 소송을 제기할 수 있다.

고소 당사자가 주를 상대로 ADEA 고소를 제기한 경우 조사관은 주를 상대로 사적 소송을 제기할 권리가 없음을 조언해야 한다. 그러나 조사관은 위원회가 주를 상대로 ADEA 소송을 제기할 수 있음을 알고 있어야 한다. 게다가 고소 당사자는 자신의 공식적 지위에 따라 활동하는 주 관리를 상대로 금지 명령 청구를 할 수 있을 수 있다. 이러한 상황이 발생하면 조사관은 법무팀과 상의해야 한다. 조사관은 또한 고소 당사자에게 주 구제를 이용할 가능성과 관련하여 주 또는 지방 공정고용관행기관과 상의할 수도 있음을 알려야 한다.

### 2. EPA

법원에 고소를 제기하기 전에 EEOC에 고소를 제기할 필요는 없기 때문에 개인은 불법 보상 관행 혐의가 발생한 때로부터 2년 이내, 위반이 고의적인 것이었다면 3년 이내 어느 때라도 EPA 소송을 제기할 수 있다. EPA 고소의 제기는 법원에 갈 시기를 유예하지 않는다.

## C. 차별행위에 이의를 제기할 수 있는 때는?

### 1. 개괄

고소 당사자는 보통 불법 고용 관행 혐의가 발생한 뒤 180/300일 이내에 고소를 제기해야 한다. 연방 부문 원고는 45일 이내에 EEO절차를 개시해야 한다. National Railroad Passenger Co. v Morga 사건에서 연방대법원은 고소의 시기적절함은 개별적인 행동과 관련된 것인지 적대적 노동 환경 청구와 관련된 것인지에 따라 다르다고 판결했다.

## a. 개별적 행동

고용이나 승진 불이행, 해고, 전근 거부와 같은 개별적 행동은 시기적절한 고소의 대상인 경우 별개로 소송할 수 있다. 그러한 행위는 고소 당사자가 법적 조치의 발효일과 무관하게 법적 조치에 대한 명백한 서면 또는 구두 통지를 받은 날로부터 180/300일 이내에 이의를 제기하여야 한다. 법적 조치를 취할 수 있다는 단순한 경고나 제안로는 완료된 최종 조치에 이의를 제기하는 시한이 개시되지 않는다.

- \* 예 1- 2002년 3월 1일 고소 당사자는 2002년 4월 30일자로 해고된다는 서면통지를 받았다. 그에 따라 고소 당사자는 2002년 3월 1일로부터 180/300일 이내에 고소를 제기해야 한다.
- \* 예 2- 2002년 1월 1일 고소 당사자는 자신의 강등이 제안되었다는 통지를 받았다. 2002년 2월 1일 고소 당사자는 2002년 3월 1일자로 강등된다는 통지를 받았다. 그에 따라 고소 당사자는 2002년 2월 1일로부터 180/300일 이내에 고소를 제기하여야 한다.
- \* 예 3- 2002년 1월 1일 고소 당사자는 업무중 부상을 당하였고 여러 달 동안 일을 할 수 없었다. 9월, 고소 당사자의 의사는 업무에 복귀해도 좋다고 허락했다. 고소 당사자는 2002년 9월 15일 출근해서 고용이 2002년 9월 1일에 종료되었으며 근무할 일자리가 없다고 통지받았다. 그에 따라 고소 당사자는 2002년 9월 15일로부터 180/300일 이내에 고소를 제기하여야 한다.

동일한 차별적 고용 조치의 반복적 발생은 한 건의 차별행위가 고소 제기 기한 내에 발생한 한 이의를 제기할 수 있다. 이와 비슷하게 사용자는 합리적인 편의를 제공할 계속적인 의무가 있기 때문에 그렇나 편의를 제공하지 않는 것은 근로자에게 편의가 필요할 때마다 위반이 된다. 시기적절한 고소는 또한 고소가 제기된 이후에 발생한 관련 사건들에도 이의를 제기할 수 있다(*Butts v. City of New York Dep't of Hous. Pres. & Dev.*, 990 F.2d 1397, 1402-03 (2d Cir. 1993), *Nealon v. Stone*, 958 F.2d 584, 590 (4th Cir. 1992)).

- \* 예4- 청각장애인 연방 근로자인 로버트는 주례 사무실 계획시간마다 수화통역사가 참석해줄 것을 요청했다. 2001년 3월 1일 이러한 요청은 거부되었다. 로버트는 통역사 없이 계속 회의에 참석했지만 2001년 7월 1일 로버트의 관리자는 로버트가 사무실의 우선 사항 계획을 따라오지 못하는 것 같다고 했다. 로버트는 즉각 편의 거부에 대하여 EEO 상담역에게 연락하였다. 로버트는 시기적절한 방법으로 EEO 절차를 개시했다.

고소 기간 이전에 발생한 각각의 개별적인 행동은 보통 시기적으로 부적절하다. 따라서 고소 기간 내에 발생한 행동들과 연관이 있는 것이 거의 틀림 없는 경우라 하더라도 소송할 수 없다(*Morgan*, 536 U.S. at 113). 그렇지만 이러한 시기적으로 부적절한 개별적인 차별 행위들은 고소 기간 내에 취해진 행동들이 차별적이었는가를 결정하는 것과 연관이 있는 경우 배경 증거로 고려할 수 있다. 관련 증거에 대해서는 시한이 없다.

- \* 예 5- 고소 당사자는 3년간 네 차례에 걸쳐 관리직 승진에 지원했다. 가장 최근에 거부당한 지 두 달 후 고소 당사자는 자신이 매번 출신국 때문에 승진을 거부당했다고 주장하는 고소를 제기했다. 조사관은 승진 결정을 매번 같은 관리자가 내렸고 같은 부서의 직위에 대한 것이기는 했지만 마지막 승진 결정만 고소 기간에 발생하였음에 주목하였다. 승진 거부는 개별적 행동이므로 마지막 승진 결정만 시기적절하다. 그러나 조사관은 시기적절한 결정이 차별적이었는지를 평가하면서 시기적으로 부적절한 승진 결정들을 배경 증거로 이용할 수 있다.

## b. 적대적 노동 환경 청구

적대적 노동 환경 청구를 이루는 사건들이 “총괄하여 하나의 ‘불법 고용 관행’ 을 이루므로” (*Morgan*, 501 U.S) 청구의 일부를 이루는 적어도 하나의 사건이 고소 기간 내에 발생하였다면 전체 청구를 소송할 수 있다. 여기에는 고소 당사자가 발생 시점에 소송이 가능함을 알았거나 알았음이 분명한, 고소 기간 외에 발생한 사건들이 포함된다.

- \* 예 1- 고소 당사자는 2002년 9월 3일 2년 반동안 관리자 및 동료들에게 연령에 근거한 경멸적인 언사를 당했다고 주장하는 소송을 제기했다. 마지막 사건은 2002년 7월 15일에 발생하였다. 조사를 통해 이 사건들은 서로 연관되어 단일한 적대적 노동 환경 청구를 구성하고 사건 중 적어도 하나는 고소 기간 내에 발생하였음이 드러났다. 적대적 노동 환경을 조성하는 모든 사건이 청구와 관련한 책임과 손해배상을 결정할 때 고려되어야 한다.

특정한 사건이 적대적 노동 환경 청구의 일부인가 하는 것은 사실에 따라 결정된다. 어떤 사건은 개별적 행동이기도 했다 하더라도 적대적 노동 환경의 일부일 수 있다(Singletary v. District of Columbia, 351 F.3d 519, 527). 그러나 개별적 차별 행동은 모욕적 행실이나 표현, 즉 반복적인 차별적 위협, 조롱, 무례와 관련되어 있는 경우에만 적대적 노동 환경의 일부일 수 있다(Morgan, 536 U.S. at 116). 모욕적 행실이나 표현과 무관한 개별적 행동은 보통 적대적 노동 환경 청구를 뒷받침하지 않는다.

고소 기간 전에 발생한 개별적 행동이 시기적절한 적대적 노동 환경 청구의 일부라면 고소 당사자는 적대적 노동 환경 청소의 일부로서만 해당 행동에 이의를 제기할 수 있다. 예를 들어 고소 이전 기간의 강등이 고소 기간까지 이어진 반복적인 모욕적 행실이나 표현과 관련이 있다면 해당 강등은 근로자가 적대적 노동 환경에 처했는지를 평가하고 해당 위반에 대한 적절한 구제를 결정하면서 고려될 수 있다. 그러나 강등에 대하여 시기적절한 이의 제기가 없었으므로 단독적으로 소송할 수는 없고 고소 당사자는 강등 그 자체에 대해서는 소급분 급여나 임명 같은 구제를 받을 자격이 없다(Madison v. IBP, Inc., 330 F.3d 1051, 1061 n.6 (8th Cir. 2003)).

- \* 예 2- 2002년 3월 15일 고소 당사자는 자기 관리자가 고소 당사자의 고용일인 2000년 1월 1일부터 고소 당사자가 전근된 2002년 1월 15일까지 인종에 근거한 차별적인 행실로 자신을 대했다고 주장하는 고소를 제기했다. 구체적으로 고소 당사자는 적대적 노동 환경의 대상이 되었고 2000년 12월과 2001년 12월에 두 건의 상여금을 차별적으로 거부당했다고 주장했다.

조사관은 두 건의 상여금 결정은 300일 고소 기간까지 이어지는 반복적인 괴롭힘과 관련이 있다고 결정했다. 따라서 두 건의 상여금 결정은 고소 당사자의 적대적 노동 환경 청구의 일부이고 괴롭히는 행실이 적대적 노동 환경을 창출할 정도로 심하거나 만연했는지, 그렇다면 어떤 구제가 적절할지 결정하는 데 있어 고려될 수 있다.

덧붙여 상여금 결정은 개별적 행동이므로 고소 당사자는 두 번째 상여금 결정에 대해서는 체불임금을 회수할 수 있다. 그러나 첫 번째 상여금 결정에 대해서는 체불임금을 회수할 수 없는데 고소 기간 전에 발생한 것이기에 별도로 소송할 수 없기 때문이다. 그러나 첫 번째 결정은 두 번째 상여금 결정이 차별적이었는지를 결정하는데 있어 관련 배경 증거가 될 수 있다.

- \* 예 3- 2002년 5월 15일 고소 당사자는 2001년 초부터 자신의 관리자인 존이 반복적으로 성적으로 빈정대어 적대적 노동 환경을 조성하였으며 그러한 행실은 자신이 고소를 제기할 때까지 계속되었다고 주장하는 고소를 제기하였다. 또한 2001년 승진을 이유로 승진이 거부되었다고도 주장했다.

승진 거부는 고소 기간 외에 발생한 것이기 때문에 개별 행동으로 소송할 수는 없다. 그러나 고소 당사자는 그것이 반복적인 괴롭힘의 일부였다고 주장한다. 조사를 통해 존이 고소 당사자를 좋아했고 자신이 고소 당사자와 악의 없이 시시덕거린 것이라고 생각했다는 것, 그가 자신이 승진시킨 수 명의 다른 여성들에게 비슷한 부적절한 행실을 했으며 승진에 20명의 지원자가 있었고 선정 결정은 존이 혼자 내린 것이 아니라 다섯 명의 심사위원단이 내린 것이고 존은 하급 심사위원이었다는 것이 드러났다. 조사관은 승진 거부는 반복적인 괴롭힘의 일부가 아니라고 결론지었다.

## 2. 반복행위 또는 관행 청구

차별의 반복행위나 관행의 일부가 되는 차별적 행동들은 단일한 청구로 이의를 제기할 수 있다. 차별적 반복행위나 관행이 고소 기간까지 이어졌다면 반복행위나 관행을 이루는 모든 행동들은 시기적절하여 그러한 행동 중 어떤 것에 대해서도 구제를 받을 수 있다.

- \* 예- 2003년 3월 고소 당사자는 피고가 수습 프로그램에 대한 아프리카계 미국인 지원자를 차별하였다고 주장하는 고소를 제기하였다. 고소 당사자에 따르면 자신은 2000년 9월 수습 프로그램이 시작될 때부터

반복적으로 프로그램에 지원하였으나 선정된 적이 없었다. 조사를 통해 수습 프로그램에 대한 아프리카계 미국인 지원자들이 비슷한 자격의 백인 지원자들에 비해 현저하게 낮은 비율로 선정되었음이 드러났다. 수습 프로그램에 대한 아프리카계 미국인 지원자에 대한 피고의 체계적 차별은 반복적 또는 관행적 차별에 해당하므로 프로그램에 따른 모든 차별적 선정 결정은 시기적절하다.

### 3. 연공체계

피해를 호소하는 개인은 차별적인 연공체계에 대하여, 그 체계가 외면상 중립적이고 적용할 수 있는 180/300일 시한 이전에 도입된 것이라 하더라도 VII편, ADA 또는 ADEA에 의거하여 그러한 체계에 이의를 제기할 수 있다. VII편이나 ADA 고소가 연공체계가 고의적으로 차별적인 목적으로 도입된 것이라고 주장하면 고소 기간은 다음 중 어느 한 가지 사건이 발생한 때로부터 개시된다. 1) 연공체계가 도입되거나 2) 고통을 받은 사람이 연공체계 대상이 되었거나 3) 고통을 받은 사람이 체계의 적용으로 상처를 받았다. ADEA는 차별적 연공체계나 근로자 혜택 방식은 체계나 방식이 도입된 날과 상관없이 법규를 준수하여야 한다고 규정한다. 따라서 차별적 연공체계나 근로자 혜택 방식이 적용 가능한 180/300일 시한 이전에 도입되었더라도 개인은 일단 그러한 체계나 방식의 대상이 되거나 체계나 방식이 개인에게 적용되면 그러한 체계나 방식에 적용되는 시기적절한 ADEA 고소를 제기할 수 있다.

### 4. 보상 차별

피해를 호소하는 개인은 차별이 언제 시작되었는지와 무관하게 차별적 보상 결정이나 여타의 차별적 관행의 영향을 받은 보상을 받은 때로부터 180/300일까지 고소를 제기할 수 있다. 고소가 VII편, ADA, Rehabilitation Act 또는 ADEA에 의거한 보상 차별을 주장하는 경우 고소 기간은 다음 중 어느 하나가 발생하였을 때 개시된다. 1) 사용자가 차별적 보상 결정이나 보상에 영향을 미치는 여타의 차별적 관행을 도입하거나 2) 고소 당사자가 차별적 보상 결정이나 보상에 영향을 미치는 여타 차별적 관행의 대상이 되거나 3) 고소 당사자의 보상이 차별적 보상 결정이나 그러한 차별적 결정이나 관행의 전체 또는 일부를 야기하는 임금, 혜택, 여타 보상이 지급되는 각각의 때를 포함한 여타의 차별적 관행의 적용으로 영향을 받는다.

보상의 지급은 차별적 보상 결정이나 여타의 차별적 관행의 영향을 받은 것이라면 소송할 수 있다. 예를 들어 고소 당사자는 경력 단계상의 승진이 차별적으로 거부되어 그렇지 않았더라면 받았을 것보다 낮은 급여를 받은 때로부터 180/300일 이내에 이의를 제기할 수 있다. 경력 단계상의 승진에서 개인은 해당 개인이 일정한 선결 요건, 등급 정제 기간(time-in-grade), 기타 기준을 충족하였는지에 근거하여 더 높은 급여/등급 수준으로 승진된다.

- \* 예- 생산 관리자로 근 10년을 일해온 뒤 고소 당사자는 같은 부서의 나머지 네 명의 생산 관리자보다 자신의 급여가 낮다는 것을 알게 되었다. 그 네 명은 모두 남자이다. 급여 차이를 알자마자 고소 당사자는 VII편을 위반한 성별에 근거한 임금 차별을 주장하는 EEOC 고소를 제기하였다. 조사를 통해 고소 당사자가 낮은 성과 평가의 결과 같은 급의 남성들보다 일반적으로 임금 인상이 낮았다는 것이 밝혀졌는데 고소 당사자는 이것이 차별적인 것이라고 주장했다. 이러한 성과 평가와 관련된 임금 인상이 모두 300일을 넘긴 후에 고소 당사자는 고소를 제기하였지만 그것이 고소 당사자의 급여에 영향을 미친 것은 고소 기간 이내이다. 따라서 고소 당사자의 급여 차별 고소는 시기적절하다.

이러한 기간은 연금수당 지급을 포함한 모든 형태의 보상에 적용된다. 그러나 의회의 결론은 “[Lilly Ledbetter Fair Pay Act] 어떤 내용도 연금 기여분이 언제 지급된 것으로 간주되는 때에 대한 현행법의 처리를 변화할 의도가 없다” 고 하였으므로 연금 수당은 “각 연금 수표의 발행이 아닌 퇴직하는 때에” 지급된 것으로 간주된다고 단정할 수 있다. 따라서 잠재적인 시기적절성 문제를 피하려면 연금수당에 이의를 제기하는 것을 고려하는 개인은 퇴직 후 180/300일 이내에 고소를 제기할 것을 강력히 권고한다.

#### D. 고소 시기의 연장

- 고소 기간이 연장될 수 있는 경우는?

- 형평법상 중지(equitable tolling): 고소 당사자가 EEO 절차나 위반 혐의에 대한 고소 당사자의 용납되는 지식 부족으로 인해 고소가 지연되었는가?
- 형평법상 금반언(equitable estoppel): 피고의 비행이 부적절하게 고소 당사자가 고소를 지연하도록 유도하였는가?
- 포기: 당사자들이 고소 기간을 포기하기로 합의하였는가?

EEO 법규는 고소가 위반 혐의일로부터 180/300일 이내에 제기되어야 한다고 규정하고는 있지만 시한은 공정한 중지, 공정한 금반언, 포기를 조건으로 한다. 따라서, 위반 혐의가 시한 외에 발생하였더라도 고소가 시기적절한 것으로 받아들여져야 하는 상황이 있다.

## 1. 공정한 중지

법정 시한은 고소 당사자가 EEO 절차나 차별을 의심하도록 이끌었어야 할 중요한 사실을 알지 못한 것이 당연한 경우 형평법상의 이유로 연장, 또는 “정지” 될 수 있다. 형평법상 정지의 근거에는 다음과 같은 것들이 포함된다.

- 형평법상 정지의 근거
  - 분쟁 대상인 사건 당시 차별을 의심할 이유가 없었음
  - 정신적 무능력
  - 오해의 소지가 있는 정보 또는 EEOC나 FEPA가 고소를 잘못 처리한 것
  - 시기적절하였으나 잘못된 장에 제기한 것
  - 관련 기간에 변호사의 대리를 받은 개인은 정지 권리를 입증하기 어렵다.

형평법상 정지가 정당화되었을 때 시한이 자동적으로 다시 개시되는 것은 아니다. 그 대신 “합리적인” 기간 동안 연장된다(Oshiver v. Levin, Fishbein, Sedran, & Berman, 38 F.3d 1380, 1390 (3d Cir. 1994)). 이는 경우에 따라 다양하기는 하지만 고소 당사자에게는 변호사와 상의하고 고소를 제기할지 평가할 기회가 주어져야 한다. 고소 당사자가 일반적으로 합리적으로 여겨지는 것보다 오래 미루면 특별한 상황이 지연을 정당화한다는 것을 입증할 책임이 있다(Thelen v. Marc's Big Boy Corp., 64 F.3d 264, 268 (7th Cir. 1995)).

- \* 예- 1997년 3월 1일 고소 당사자는 피고가 자신을 회계원으로 고용하지 않겠다는 얘길 들었다. 5월, 고소 당사자는 피고가 지난 3년간 남성 회계원만 고용하였다는 것을 알게 되었다. 이후 차별을 의심하게 되었다. 혐의가 제기된 차별은 고소기간이 300일인 관할지역에서 발생하였다. 고소 당사자는 1998년 2월 1일, 자신이 고용되지 않을 것이라는 통지를 받은 뒤로 300일 넘게 지났지만 처음 합리적으로 차별을 의심한 지는 300일이 넘지 않은 때 고소를 제기하였다. 다른 사실이 없다면 기간은 정지되지 않았을 것이다. 고소 당사자는 1997년 5월과 원래의 시한이 종료되는 1997년 12월 26일 사이에 고소를 제기할 합리적인 시간을 넘어서는 기간이 있었다.

### a. 차별에 대한 합리적 의심

고소 당사자가 혐의가 제기된 위반 당시 가능한 때 청구를 알지 못하는 경우가 있다. 이러한 상황에서 고소 기간은 해당 개인이 차별에 대한 합리적인 의심을 뒷받침할 충분한 정보를 얻거나 얻었어야 할 때까지 정지되어야 한다(Cada v. Baxter Healthcare Corp., 920 F.2d 446, 450-51 (7th Cir. 1990)).

- \* 예 1- 1997년 3월 15일 아프리카계 미국인 남성인 고소 당사자는 피고로부터 말단 회계원 직에 고용되지 않았다는 통지를 받았다. 300일이 넘게 지난 1998년 2월, 고소 당사자는 선발된 백인 여성이 자신보다 직에 대한 자격이 훨씬 모자라다는 것을 알게 되었다. 고소 당사자는 1998년 3월 15일 인종 및 성차별 고소를 제기하였다. 차별을 의심하게 할 정보를 취득하자마자 제기하였으므로 고소는 시기적절한 것으로 취급된다.
- \* 예 2- 1997년 3월 1일 55세 여성인 고소 당사자는 연구개발실에서 승진이 거부되었다는 것과 그 자리가

비슷한 자격의 50세 남성에게 돌아갔다는 것을 알게 되었다. 나중에 같은 사무실의 또 다른 승진 기회에 지원하였고 1998년 1월 그 자리가 비슷한 자격을 갖춘 35세 여성에게 돌아갔다는 통지를 받았다. 두 번째 거부로 인해 고소 당사자는 자신이 나이가 많은 여성이라는 이유로 차별당하고 있다고 의심하고 5주 뒤인 1998년 2월 고소를 제기하였다. 정지가 적용되어야 하며 두 건의 승진 거부에 모두 이의를 제기할 수 있다.

개인의 무지는 용납해야 하므로 필수적인 정보를 얻으려고 “마땅한 성실함”으로 행동하지 않은 것은 형평법상 정지를 불가능하게 한다(Washburn v. Sauer-Sundstrand, Inc., 909 F. Supp. 554, 559 (N.D. Ill. 1995)). 고소 기간은 개인이 합리적으로 자신이 유효한 EEO 권리가 있음을 의심할 만한 정보를 얻을 때까지 정지된다. 달리 말하자면 고소 기간은 개인이 권리에 확신을 가지지 않더라도 권리가 있을 수 있다고 깨달은 때부터 흐르기 시작한다.

- \* 예- 고소 당사자는 1997년 2월 1일 피고에게 해고당했다. 고소 당사자는 관리자가 자기 나이에 대하여 말하는 것을 들었고 그러한 말에 대해 경영진에게 항의까지 했기 때문에 나이를 근거로 해고된 것이 아닌가 의심했다. 그럼에도 그는 1998년 1월 피고가 체계적인 연령차별에 간여한 이유로 조사를 받고 있다는 것을 알고 나서야 고소를 제기했다. 시한은 정지되어서는 안 된다. 고소 당사자는 자신의 해고가 차별적이라고 의심했고 더 많은 정보를 찾고/해고로부터 180/300일 내에 고소를 제기했어야 한다.

## b. 정신적 무능력

예외적인 상황에서 정신적 무능력은 고소 기간의 형평법상 정지의 근거가 될 수 있다. 고소 당사자는 고소 기간 중에 법적 구제를 추구하지 못하게 한 정신적 상태를 입증해야 한다(Hood v. Sears Roebuck & Co., 168 F.3d 231, 233 (5th Cir. 1999)).

- \* 예- 고소 당사자는 잦은 성적 괴롭힘을 당하고 결국 1997년 1월 사직했다. 괴롭힘과 사직의 결과로 고소 당사자는 우울증을 앓았고 정신과 치료가 필요했다. 사직 후 약 1년간 고소 당사자는 노동을 할 수도 없고 자녀나 가정을 돌볼 수도 없어서 대개 수면으로 시간을 보냈다. 1998년 1월, 고소 당사자의 정신과 담당의는 고소 당사자의 병세가 어느 정도 나아졌다고 보고 변호사를 알아보도록 했다. 고소 당사자는 즉시 변호사와 상담하여 고소를 제기했다. 이러한 상황에서 정신적 무능력으로 고소 당사자가 법적 권리를 행사하지 못했으므로 기간은 정지되어야 한다. Llewellyn v. Celanese Corp., 693 F. Supp. 369 (W.D.N.C 1988).

## c. 오해의 소지가 있는 정보나 EEOC나 FEPA가 고소를 잘못 처리한 것

형평법상 정지는 EEOC나 FEPA가 고소 당사자에게 오해의 소지가 있는 말을 했거나 고소를 잘못 처리하여 고소가 시기적절하지 못했을 때 적절하다. 예를 들어 개인이 EEOC나 FEPA가 제시한 잘못된 고소 시한에 의존하였거나(Bracey v. Helene Curtis, Inc., 780 F. Supp. 568, 570 (N.D. Ill. 1992)), EEOC나 FEPA가 법을 잘못 해석하여 고소를 받아들여기를 거부한 경우(Anderson v. Unisys Corp., 47 F.3d 302, 307 (8th Cir.)) 정지는 타당하다.

그러나 그저 고소 당사자가 변호인의 대리를 받지 않았거나 자신의 EEO 권리를 숙지하지 못한 것 때문이라면 정지는 이용할 수 없다.

## d. 시기적절하였으나 잘못된 장애 제기한 것

이러한 차별 청구를 심리할 관할권이 없는 연방이나 주 기관 같은 차별 혐의에 대한 적절한 구제를 제공할 권한이 없는 장애 고소를 제기한 것은 고소 당사자가 성실하게 자신의 권리를 주장하려 했던 한 형평법상 정지의 근거가 된다. 기한 내에 잘못된 EEOC 사무소에 고소를 제기한 것은 시기적절 한 것으로 받아들여지고 즉시 적절한 사무소로 이관되어야 한다.

중재나 협상에 의한 고충 처리, 내부 항의 절차와 같은 대안적인 장애 이용한 것만으로는 고소 제기 기간이 연장되지 않는다.

- \* 예 1- 고소 당사자는 1997년 12월 15일 직위에서 해고되었다. 고소 당사자는 노동부, 연방계약준수국

(Office of Federal Contract Compliance Programs: OFCCP)에 해고가 불법이라는 편지를 보냈다. OFCCP는 1998년 6월 고소 당사자와 접촉하여 주장을 명확하게 해 달라고 요청했다. 일주일 뒤 고소 당사자는 OFCCP에 자신의 청구를 명확하게 하는 편지를 보내며 성별 때문에 피고에게 해고되었다고 주장했다. 이 편지는 VIII편에 의거한 공식적 고소에 해당하는데 OFCCP가 이 편지를 받은 것은 고소 기간 마지막 날이었다. OFCCP는 관할권이 없다고 결정하고 고소 당사자에게 EEOC에 고소를 제기해야 한다고 통지했다. 고소 당사자는 EEOC에 고소를 우편으로 보냈는데 EEOC가 이를 받은 것은 고소 기간이 만료된 뒤였다. 고소 당사자의 해고 당시 피고는 행정명령 11246의 적용을 받는 연방 하청업자가 아니어서 고소 당사자는 잘못된 기관에 고소를 제기한 것이었다. 그러나 고소 당사자는 명확히 해달라는 요청에 즉각 응답함으로써 성실성을 보였다. 따라서 고소 기간은 정지되어야 한다.

- \* 예 2- 고소 당사자는 1998년 1월 15일 강등당하고 강등이 피고의 내부 절차를 위반한 것이며 고소 당사자가 이전에 EEOC에 고소를 제기한 것에 대한 보복이라고 주장하는 고충을 제기했다. 고소 당사자는 1998년 11월 15일에 최종 고충 결정을 받았는데 부정적인 결과였다. 1998년 12월 15일 고소 당사자는 EEOC에 고소를 제기하였다. 고소 당사자가 고충을 제기하는 쪽을 선택했고 그 장에서 청구를 심리받을 기회를 얻었기 때문에 고소 기간은 정지되어서는 안 된다.

## 2. 형평법상 금반언

고소 기간은 또한 고소 당사자의 고소가 지연된 것이 시기적절한 고소를 막으려는 피고의 적극적인 위법행위나 사용자라면 고소를 지연시킬 것을 분명히 알 조치 닦인 경우에도 연장될 수 있다. 형평법상 금반언 원칙은 보통 고소 당사자가 소송을 야기한 사실을 알았고 피고의 위법행위가 아니었다면 더 일찍 제기했을 수 있었다고 추정한다(Dring v. McDonnell Douglas Corp., 58 F.3d 1323, 1329 (8th Cir. 1995)). 형평법상 금반언이 적용되는 경우 고소 기간은 고소 당사자가 위법행위를 알거나 발견했어야 할 때 진행이 시작된다(Felty v. Graves-Humphreys Co., 785 F.2d 516, 520 (4th Cir. 1986)).

형평법상 금반언을 이용할 수 있는 상황에는 다음과 같은 것들이 포함된다.

- 제기하지 않기로 한 약속: 피고가 항변으로 시한을 제기하지 않기로 약속하였다.
- 보복 위협: 피고가 고소 당사자를 EEO 권리를 주장하는 데 대한 보복으로 위협하였다.
- 피고에 의한 구체적인 위협에 근거한 것이 아닌 보복에 대한 일반적인 두려움으로는 고소 기간의 연장이 정당화되지 않는다.
- 은폐 또는 와전: 피고가 차별 고소를 뒷받침할 사실을 은폐하거나 왜곡하였다(Rhodes v. Guiberson Oil Tools Div., 927 F.2d 876, 880-81 (5th Cir. 1991)).
- 피고가 그저 비행을 인정하지 않은 것만으로는 형평법상 정지가 정당화되지 않는다.
- 구제의 확약: 피고가 고소 당사자에게 내부 절차로 구제가 제공될 것이라는 확약을 함으로써 고소를 제기하지 않도록 달랬다(Currier v. Radio Free Europe/Radio Liberty, Inc., 159 F.3d 1363, 1368 (D.C. Cir. 1998)).
- 그러나 그저 합의 협상에 들어간 것 만으로는 고소 기간을 연장하기에 충분치 않다.
- 고지 공고 태만: 사용자가 EEO 절차와 고소를 제기하는 기간을 설명하는 고지를 공고하는 데 태만하였고 고소 당사자가 다른 방식으로 자신의 권리를 알지 못했다(EEOC v. Kentucky State Police Dep't, 80 F.3d 1086, 1096 (6th Cir.)). 그러한 상황에서 180/300일 고소 기간은 개인이 자신의 권리를 알거나 변호사를 고용한 때로부터 진행이 시작된다.

- \* 예- 고소 당사자는 관리자에게 성적 괴롭힘을 당하여 1997년 3월 1일 사직하였다. 고소 당사자는 위반 혐의와 관련하여 피고의 인사부와 접촉하여 피고가 내부 검토를 진행할 것이라는 말을 들었다. 피고는 조사가 완료되면 적절한 구제가 제공될 것이고 내부 조사가 완료될 때까지 EEOC 고소는 제기할 필요가 없다고 했다. 1998년 2월 1일 피고는 고소 당사자에게 조사가 완료되었고 고소 당사자가 성적 괴롭힘을 당하지 않았다고 결론지었다고 통지했다. 고소 당사자는 조사 결과에 불만을 품고 1998년 3월 1일 고소를 제기하였다. 이러한 상황에서 기간은 연장되어야 하며 고소 당사자의 고소는 시기적절한 것으로 받아들여져야 한다.

## 3. 포기

고소 제기에 대한 시간적 요건은 당사자들이 상호 합의로 포기할 수 있으며 이로써 고소 당사자가 180/300일 법정 시한을 넘겨서 고소를 제기할 수 있다. 예를 들어 당사자들은 사적 협상에 참여할 수 있도록 시한을 포기하기로 합의할 수 있다(Leake v. University of Cincinnati, 605 F.2d 255, 259 (6th Cir. 1979)). 협상이 고소 당사자에게 만족스러운 해결을 낳지 못한 경우 고소 당사자는 협사이 종료 후 합리적인 기간 내에 고소를 제기하여야 한다.

## V. 원고적격

EEO 법규에 의거한 고소 제기 적격은 매우 광범위하다. 고소는 개인이 하나 이상의 보호받는 부류에 속한다는 것을 이유로 취해진 불리한 고용 조치를 주장해야 한다. 그러한 고소는 피해를 호소하는 자, 피해를 호소하는 자를 대리하여 제기하는 자, 또는 EEOC 위원이 제기할 수 있다.

### □ 고소를 제기할 적격인 자

- 피해를 호소하는 자:
  - 혐의가 되는 차별을 당한 개인
  - 타인에 대한 혐의가 되는 차별로 피해를 받은 사람들(개인과 단체 모두)
- 피해를 호소하는 사람 또는 사람들을 “대리하여” 고소를 제기하는 사람들
- EEOC 위원

## A. 피해를 호소하는 자가 제기한 고소

### 1. 혐의가 되는 차별을 당한 개인이 제기한 고소

전형적인 고소는 개인이 보호받는 신분 때문에 금지된 차별을 당했다고 주장한다. 예를 들어 어떤 여성은 자신의 사용자가 남성 동료들보다 자신에게 급여를 덜 주었다고 주장하는 고소를 제기할 수 있고 청각 장애가 있는 망성은 자신의 장애에 대한 합리적인 편의를 제공받지 못했다고 주장할 수 있다.

차별적인 고용 관행이 있는지 확인하기 위해 고용에 지원은 하지만 제안을 받더라도 그러한 고용을 받아들일 의도는 없는 개인인 “시험자”가 고소를 제기할 수 있다. 시험자의 원고적격에 대한 보다 완전한 논의는 “Testers” & Employment Discrimination Claims(1996) 집행지침 ([www.eeoc.gov](http://www.eeoc.gov)에서 입수할 수 있음) 참고.

### 2. 타인에 대한 차별로 개인적으로 피해를 입은 피해 호소인이 제기한 고소

VII편, ADEA, ADA, EPA에 의거한 소송은 금지된 차별의 대상은 아니었지만 다른 이들에 대한 금지된 차별로 피해를 입은 개인이 제기할 수도 있다(Anjelino v. New York Times Co., 200 F.3d 73, 92 (3d Cir. 1999)). 예를 들어 백인 근로자는 자신이 소수자들에 대한 차별의 결과로 인종간 유대의 혜택을 거부당했다고 주장할 원고적격이며(Stewart v. Hannon, 675 F.2d 846, 850 (7th Cir. 1982)) 40세 미만인 개인은 40세 이상의 개인에 대한 차별의 결과로 특정 공장이 폐쇄되어 해고당했다면 고소를 제기할 원고적격이다(Allen v. American Home Foods, Inc., 644 F. Supp. 1553, 1557-58 (N.D. Ind. 1986)). 이러한 유형의 고소에는 고소 당사자가 피고의 차별조치로 피해를 입은 방식에 대한 설명이 포함되어야 한다.

- \* 예- 피고를 위해 일하는 북미 원주민 여성인 고소 당사자는 피고가 주로 아프리카계 미국인 주민이 있는 지역에 거주하는 지원자들의 이력서를 걸러내는 피고의 관행으로 피해를 입었는데 그 이유는 아프리카계 미국인과 어울리는 혜택을 거부당했기 때문이라고 주장한다. 백인 남성인 고소 당사자 2는 자신이 주로 아프리카계 미국인이 사는 지역에 거주한다는 이유로 피고가 고용을 고려하지 않으며 자신의 이력서가 걸러졌다고 주장한다. 고소 당사자 1과 고소 당사자 2는 피고의 차별적 정책의 피해를 입었으며 따라서 둘 다 원고적격이다.

어떤 상황에서는 단체가 “피해호소자”로 고소를 제기할 원고적격이다. 예를 들어 단체는 회원이나 잠재적 회원들이 차별을 당해 회원이나 교섭력, 재정적 지원을 잃었기 때문에 피해를 호소할 수 있다 (EEOC v. Nevada Resort Ass’n, 792 F.2d 882, 885 (9th Cir. 1986)). 그렇지 않더라도 차별적인 고용 관행을 적발하는 수단으로 시험자들을 후원하느라 자원이 고갈된 단체도 피해를 호소할 수 있다(Fair Employment Council v. BMC Marketing Corp., 28 F.3d 1268, 1276-77 (D.C. Cir. 1994)).

## B. 피해호소자를 “대리하여” 제기하는 고소

피해호소자를 “대리하여” 개인, 기관, 단체가 EEO 법규의 어떤 것에 의거해서든 고소를 제기할 수도 있다. 예를 들어 노조, 민권단체, 지지단체가 구성원을 대리하여 고소를 제기할 수 있다. “대리” 고소는 고소는 위원회가 처리하지만 피해를 호소하는 개인은 익명으로 남을 수 있게 해준다. “대리” 고소의 처리에 대한 더 많은 정보는 EEOC Compliance Manual, Volume I, Section 2: Intake of Charges and Complaints 참고.

## C. 위원 고소

EEOC 위원은 VII편이나 ADA에 의거하여 위원회에 고소를 제기할 수 있다. ADEA와 EPA는 명시적으로 위원 고소에 대해 언급하지 않는다. 그러나 위원회는 고소를 처리함과 동시에, 또는 별도의 사안으로 이러한 법규들에 의거하여 자발적으로 지휘에 따른 조사와 소송을 시행할 수 있다. 위원 고소 및 지휘에 따른 조사에 대한 더 많은 정보는 EEOC Compliance Manual, Volume I, Section 8: Intake of Commission Initiated Actions 참고.

# VI. 이전 주 또는 연방 법원 결정에 근거한 배제

- 배제가 적용되는 경우는?
  - 동일한 청구나 쟁점을 제기하며 연방이나 주 소송이 제기되었는가?
  - 소송이 제기되었다면, 결정이 공표되었는가?
  - 결정이 공표되었다면, 조사관은 법무팀과 상의하여 청구나 쟁점의 배제가 적용되는지 결정해야 한다.

## A. 배제의 두 가지 주요한 유형: 청구 배제와 쟁점 배제

배제에는 두 가지 주요한 유형이 있다.

- 배제의 유형
  - 청구 배제
  - 쟁점 배제

청구 및 쟁점 배제 원칙에 따라 개인은 이전에 연방이나 주 법원 결정으로 결정된 특정한 청구나 쟁점을 연방 법원에서 재소송할 수 없다. 법원이 심리하지 않은 주 또는 연방 기관 결정은 배제되지 않는다. 마찬가지로 중재자의 심리되지 않은 결정이나 심리되지 않은 고충 결정은 배제되지 않는다. 그러나 고소 당사자는 자발적인 분쟁 후 중재 합의에는 구속될 수 있다. 고소 당사자는 화해(settlement)에도 구속될 수 있다.

연방법원에서 청구나 쟁점을 소송할 수 없다면 EEOC가 본안에 대한 청구나 쟁점을 조사하는 것은 별 도움이 되지 않는다.

법원 결정은 일부 동일한 사실을 수반하거나 일부 동일한 쟁점을 제기하는 경우 EEOC 고소에서 배제 효과를 가질 잠재성이 있다.

## 1. 청구 배제

청구 배제 원칙 또는 “기결 사항(res judicata)” 에 따라 연방법원은 주 또는 연방 법원에서의 이전의 소송에서 제기되었거나 제기되었을 수 있는 청구를 기각한다. 청구는 한 묶음의 사실이고 EEO 위반 혐의는 그러한 사실에서 발생하는 것이며 고소는 여기에 근거를 둔다. 예를 들어 고소에는 피고가 고소 당사자를 고소를 제기한 다른 사람을 위하여 증언한 것에 대한 보복으로 해고하였다는 청구가 포함될 수 있다. 이전의 법원이 고소 당사자가 해고되고 고소 당사자가 VII편 보복 청구를 제기하였거나 제기했을 수 있었던 상황을 다루었다면 청구 배제가 적용될 수도 있다.

청구인이 이전의 법원 소송에서 청구를 제기하지 못했다면 청구 배제가 적용될 것인지의 여부의 결정은 청구인이 법원 소송에서 그러한 청구를 제기할 수 있었는가에 달렸다. ADEA와 EPA는 명시적으로 공존하는 주 및 연방 법원 관할권을 규정한다. 주 및 연방 법원은 또한 VII편과 ADA 청구에 대해서도 공존하는 관할권을 가지고 있다(Yellow Freight Sys., Inc. v. Donnelly, 494 U.S. 820 (1990)). 따라서 주 법원은 보통 EEO 법규에 의거한 청구를 다룰 관할권을 가지고 있다. 그러나 어떤 경우에는 주법원의 관할권이 제한될 수도 있어서 법원이 심리한 청구가 EEOC 고소와 동일한 사실을 제기하는 경우라도 하더라도 관련 EEO 법규에 의거한 청구를 다루지 못한다(Tolefree v. City of Kansas City, Mo., 980 F.2d 1171, 1175 (8th Cir. 1992)). 청구 배제가 청구 전체를 금지하지 않는 경우라도 쟁점 배제는 청구가 제기하는 특정 쟁점을 배제할 수 있다. 아래 § 2-VI A.2 참고.

- \* 예 1- 피고에게 해고당한 고소 당사자는 주 실업 보상 위원회(state unemployment compensation board)에 청구를 제기하였다. 위원회는 청구를 기각하면서 피고가 고소 당사자를 해고할 충분한 이유가 있었다고 보았다. 고소 당사자는 주 법원에 항소했는데 주 법원은 임의적이고 번덕스러운 기준을 근거로 위원회 결정을 확인하였고 이에 따라 고소 당사자는 새로운 청구를 제기할 수 없게 되었다. 고소 당사자는 EEOC에 자신의 해고가 인종에 근거한 것이라고 주장하는 고소를 제기하였다. 이러한 상황에서 고소 당사자가 인종에 근거하여 해고되었다고 주장하는 것은 배제되지 않는다. 이러한 청구는 주 법원에서 결정되지 않았고 결정될 수도 없었는데 법원의 심리가 고소 당사자가 새로운 청구를 제기하는 것을 허용하지 않았기 때문이다.
- \* 예 2- 위와 마찬가지로이지만 단 주 법원 심리가 새로이 열려(de novo) 법원이 인종 차별 청구를 살필 관할권을 가졌고 고소 당사자는 여전히 차별 청구를 제기하지 못하였다. 이러한 상황에서 고소 당사자는 차별 고소를 제기하는 것이 배제되는데 청구가 주 법원에서 결정될 수 있었기 때문이다.

때로 위원회에 낸 고소에서 제기된 청구가 이전 소송에 의해 배제되지 않을 때가 있는데 이는 이전의 소송이 위원회가 처리를 종료하기 전에 이전의 소송이 끝나고 관련 EEO 법규에 의거한 법정 대기 시간이 만료되지 않았기 때문이다. 예를 들어 위원회가 180일 기간이 만료되기 전에 고소의 처리를 종료하지 않은 한 VII편 청구인은 보통 고소를 제기하고 180일이 지나기 전까지는 민사소송을 제기할 수 없다. 따라서 법원이 대기 시간이 만료되기 전에 법원이 결정을 공표하거나 그 외의 이유로 고소 당사자가 EEOC고소에서 제기된 청구를 포함하도록 시기적절한 방법으로 소송을 수정할 수 없었던 경우 법원 소송은 EEOC 고소에서 제기된 청구를 배제하지 않는다(Whitfield v. City of Knoxville, 756 F.2d 455, 463 (6th Cir. 1985)).

- \* 예- 고소 당사자는 피고와의 고용이 종료된 뒤 X주에서 실업위원회에 소송을 제기했다. 또한 EEOC에 자신이 피고에게서 인종적 괴롭힘을 당하여 의제해고가 야기되었음을 주장하는 고소를 제기하였다. 주 실업위원회는 고소 당사자가 그만둘 근거가 불충분하다고 보고 실업 보상 청구를 거부하였다. 고소 당사자는 주 법원에 항소하였고 고소 당사자가 EEOC 고소를 제기한 지 180일이 되기 전에 법원은 실업 보상의 거부를 확인하였다. 청구 배제는 EEOC 고소에서의 의제 해고 청구를 금지하지 않는데 주 법원 결정이 180일 대기기간 만료 전에 공표되었기 때문이다. 그러나 아래 “쟁점 배제”에 관한 절에서 논하였듯 주 법원 결정은 어떤 쟁점에 대한 재고는 금지할 수 있다.

## 2. 쟁점 배제

“부수적 금반언” 이라고도 하는 쟁점 배제는 이전의 주 또는 연방 법원 소송에서 실제로 소송되었던 쟁점에 적용되는 것으로 이후의 소송절차에서 동일한 쟁점의 소송을 막는다. 예를 들어 실업보상위

원회에서 해고의 “이유”가 있었다고 결정되었고 이러한 결정을 주 법원이 심리하였다면 이 쟁점은 다시 소송할 수 없다. 그러나 청구인은 이후의 소송에서 복합적 동기의 증거를 제시할 수 있다(Thomas v. Contoocook Valley Sch. Dist., 150 F.3d 31, 41-42 (1st Cir. 1998)).

- \* 예- 고소 당사자는 피고에게 해고되고 자신의 해고를 주 인사위원회에 항소하였다. 위원회는 만족스럽지 못한 성과로 해고가 정당화된다고 보았다. 위원회의 결정은 주 법원이 확인하였는데 주 법원은 새로운 쟁점들을 살필 관할권은 없었다. 고소 당사자는 자신의 해고가 인종에 근거한 것이라고 주장하는 EEOC 고소를 제기하였다. 고소 당사자가 자신의 해고가 만족스러운 성과에 근거한 것인지의 여부를 다시 소송하는 것은 배제된다. 그러나 복합적 동기 분석에 근거하여 자신의 해고가 불법적 차별에도 근거한 것이라는 입증을 시도할 수는 있다.

고소 당사자는 또한 쟁점 배제를 “공격적으로” 이용할 수도 있다. 즉 피고가 이전의 주 또는 연방 법원 사건에서 결정된 쟁점을 다시 소송하는 것이 배제될 수도 있다는 것이다. 예를 들어 피고는 동일한 고용조치에 이의를 제기한 다른 원고가 이전에 제기한 소송으로 쟁점이 해결된 경우 고용에 대한 적법한 비차별적 이유를 주장하는 것이 배제될 수 있다(Meredith v. Beech Aircraft Corp., 18 F.3d 890, 894 (10th Cir. 1994)).

## B. 청구 또는 쟁점 배제의 요건

청구 또는 쟁점 배제를 적용할 요건은 이전의 결정을 공표한 법원에 달렸다. 이전 결정을 주 법원에서 공표하였다면 배제는 결정을 공표한 주의 법에 달렸다. 이전 결정을 연방 법원에서 공표하였다면 배제는 연방 판례법에 달렸다.

### 1. 이전 주 법원 결정

이전 주 법원 결정에 의한 배제에는 두 가지 요건이 있다.

- 이전 주 법원 결정에 의한 배제
  - 청구나 쟁점은 이전의 결정을 공표한 주의 다른 법원들에서 배제될 것이고
  - 정당한 법 절차 요건이 주 소송에서 충족되었다.

#### a. 배제에 대한 전형적 요건

연방법원에서 배제되려면 주 법원 결정은 결정을 공표한 주의 다른 법원 들에서 배제되어야 한다. 예를 들어 텍사스주 법원의 결정은 텍사스주 법에 따라 텍사스 법원들에서도 배제하는 경우에만 연방 법원에서 배제한다. 그러한 모든 주 법원 결정은 정당한 법 절차 요건이 충족되었다면 배제한다. 따라서 주 법원 결정은 주 법원이 임의적이고 변덕스러운 기준에 의거하여 주 기관 결정을 심사하였을 뿐 이거나 피고가 주 법원에 대한 항소를 개시하여 유리한 기관 결정을 뒤집었다 하더라도 그러한 결정이 결정을 공표한 주의 다른 법원들에서 배제하는 한 연방 법원에서의 소송을 배제할 수 있다(Gonsalves v. Alpine Country Club, 727 F.2d 27 (1st Cir. 1984)).

배제 요건은 주에 따라 다르지만 주들은 보통 청구 배제에 대한 다음의 요건을 두고 있다.

- 청구가 주법에 정의된 대로 동일해야 하고
- 당사자들이 동일해야 하고
- 최초의 법원 결정이 본안에 대한 최종적인 것이었어야 하며
- 최초의 결정을 공표한 법원이 두 번째 소송에서 적용된 법에 의거하여 사건을 살필 관할권을 가지고 있었어야 한다.

쟁점 배제는 일정한 요건이 충족될 시 첫 번째 소송에서 실제로 소송된 쟁점에 적용된다. 대부분의 주에서는 다음을 요건으로 삼는다(Dici v. Commonwealth of Pa., 91 F.3d 542, 548 (3d Cir. 1996)).

- 결정의 쟁점이 동일해야 하고
- 첫 번째 소송의 결정이 본안에 대한 최종적인 것이었어야 하며
- 쟁점이 첫 번째 소송의 판결에서 필수적인 것이었어야 하고
- 배제가 주장되는 당사자가 이전 소송의 당사자였어야 한다.
- 조사관은 적용 가능한 배제 요건과 그러한 요건이 충족되었는지를 결정함에 있어 법무팀의 도움을 구해야 한다.

## b. 정당한 법 절차

위에서 논한 대로 특정 주의 청구 또는 쟁점 배제 요건을 충족하는 데 덧붙여 행정/사법 수준에서의 이전의 주 소송절차가 연방헌법 수정 제14조에 의거한 정당한 법 절차 요건을 충족해야 한다. 고소 당사자가 최종 판결이 잘못된 것이라고 주장하더라도 그러한 정당한 법 절차 요건을 충족한다면 배제된다(Heyliger v. State Univ. & Community College Sys., 126 F.3d 849, 853 (6th Cir. 1997)).

\* 예: 고소 당사자는 주 인권위원회(HRC: human rights commission)에 자신이 주 인권법을 위반하여 성별을 이유로 해고되었다고 주장하는 고소를 제기했다. 고소 당사자는 다음의 권리를 포함한 청구와 관련하여 공청회의 기회를 얻었다.

- 청구인이 요구된다면 선서를 하고 증거물과 목격자 증언을 포함한 증거를 제시할 완전한 기회
- 청구인이 반대 증거를 반박할 기회
- 변호사의 조력을 받을 기회
- 청구인의 요청에 따라 소환장을 발부할 FEPA의 권한

청구인은 또한 절차적 결과와 임의적이고 변덕스러운 행정 결정으로부터 보호받기 위한 모든 행정 결정에 대한 사법심사의 권리가 있다. 이러한 상황에서 주 소송절차는 정당한 법 절차 요건을 충족하였다. Kremer v. Chemical Constr. Corp., 456U.S. 461(1981).

## c. 배제 원칙의 적용

\* 예 1- X주의 FEP 법에 의거 청구인은 FETA에 고소를 제기하거나 곧바로 주 법원에 고소할 수 있다. 고소 당사자는 주 법원에 곱다로 소송을 제기하여 피고가 인종을 근거로 자신을 차별하였다고 주장했다. 또한 EEOC에도 고소를 제기하였다. 주 법원은 차별이 없다고 보았다. 조사관은 주 법원 결정이 주 법에 의거 배제 효과 자격을 가지고 있고 정당한 법 절차 요건이 충족되었다면 지역 변호사(Regional Attorney)와 협의하여 고소를 기각해야 한다. 주 기관 결정이 없었다는 사실은 배제가 적용되는가의 여부에 영향을 미치지 않는다.

\* 예 2- 고소 당사자는 Y주 주 기관과 EEOC에 고소를 제기하여 피고가 연령을 근거로 자신을 차별하였다고 주장했다. 기관은 피고가 고소 당사자를 차별하였다고 믿을 만한 합리적 이유를 찾아 못했고, 고소 당사자는 주 법원에 항소하였다. 법원은 고소 태만(failure to prosecute)을 이유로 사건을 기각하였다. 고소 태만을 이유로 한 기각은 본안에 대한 결정으로 간주되지 않을 것이므로 대부분의 주에서 배제적이지 않을 수 있지만, 조사관은 지역 변호사와 협의하여 주 법원이 고소 태만을 이유로 기각한 것에 Y주 법에 의거 배제 효과가 부여되는지, 정당한 법 절차 요건이 충족되었는지 결정해야 한다.

\* 예 3- 고소 당사자는 Z주 주 기관과 EEOC에 고소를 제기하여 피고가 임금 지급에 있어 성별을 근거로 자신을 차별하였다고 주장하였다. 사건을 조사한 주 기관은 피고가 고소 당사자를 차별하였다고 믿을 만한 합리적 이유를 찾았다. 피고는 주 법원에 항소하여 주 기관 결정을 뒤집었다. 조사관과 지역 변호사는 Z주의 법에 의거 피고가 제기한 소송에서의 주 법원 결정이 고소 당사자가 주 법원에 청구를 재소송하는 것을 배제하고 정당한 법 절차 요건이 충족되었다고 결정한다. 따라서 고소 당사자의 고소는 기각되어야 한다.

- \* 예 4- 위와 사실은 같으나 단 2주의 법이 피고가 제기한 주 법원 소송과 고소 당사자가 제기한 소송을 구분하여 후자에 대해서만 배제 효과를 부여한다. 이러한 상황에서 조사관은 고소 당사자의 고소를 계속 조사해야 한다.

## 2. 이전 연방 법원 결정

이전 연방 법원 결정에 근거한 배제는 연방 판례법의 지배를 받는다(Allen v. McCurry, 449 U.S. 90, 96 (1980); Lee v. Kroger Co., 901 F. Supp. 1218, 1222 (S.D. Tex. 1995)). 연방 판례법에 의거한 청구 배제의 중요한 요소는 다음과 같다. 1) 이전 소송에서의 본안에 대한 최종 판결이 결정력 있는 관할권을 가진 법원에서 이루어졌다. 2) 이전과 이후의 소송과 청구가 동일하다. 3) 두 소송의 당사자가 동일하다. 연방 판례법에 의거한 쟁점 배제의 중요한 요소는 다음과 같다. 1) 이전과 이후의 소송에서의 동일한 쟁점. 2) 쟁점이 이전의 소송에서 실제로 소송되었다. 3) 이전과 이후의 소송의 당사자가 동일하다. 4) 이전 소송에서의 쟁점에 대한 결정이 그 결과 나온 판결에 필수적이고 중요하다. 5) 이전 법원 소송에서의 본안에 대한 최종 판결.

- \* 예 1- 고소 당사자는 피고에게 해고되었다. 고소 당사자는 자신이 육체적 장애에 대한 편의를 요구한 것을 이유로 피고에게 해고되었다고 주장하는 고소를 제기하였다. 고소 당사자는 또한 연방 법원에 피고의 의료보험을 박탈하고자 자신을 해고하였으므로 ERISA(Employee Retirement Income Security Act)를 위반하였다고 주장하는 소송을 제기했다. 고소 당사자가 고소를 제기한 지 10개월 뒤 법원은 ERISA가 위반되지 않았다는 결정을 공표했다. 이러한 경우 고소 당사자는 소송에서 ADA 위반을 주장할 수 있었는데 이 법이 고소 당사자의 해고 상황을 다루고 법정 대기 기간이 끝났기 때문이다. 덧붙여 당사자들은 동일하고 법원이 ERISA 청구에 대하여 본안에 대한 최종 결정을 공표하였다. 따라서 고소 당사자의 ADA 청구는 이전 ERISA 소송절차에 의해 배제된다.
- \* 예 2- 고소 당사자는 인종 때문에 해고되었다고 주장하는 고소를 제기했다. 해고되기 3개월 전 고소 당사자는 자신이 인종 때문에 정직되었다는 소송을 제기했다. 고소 당사자가 고소를 제기한 지 8개월 뒤 법원은 고소 당사자가 비행에 간여하여 정직된 것이라는 결정을 공표하였다. 여기서 고소 당사자의 고소는 주로 해고 쟁점을 제기하였던 반면 이전의 소송절차는 정직을 다루었으므로 청구 배제는 적용되지 않는다. 그러나 쟁점 배제는 고소 당사자가 비행에 간여하였는가의 여부와 같은, 이전의 소송절차에서 결정되고 판결에 필요한 쟁점의 결정을 금지한다.

## 제2절. 미국 Enforcement Guidance on Sex Discrimination in the Compensation of Sports Coaches in Educational Institutions(EEOC-CVG-1998-1)

### I. 배경

최근 연구는 교육기관에서 여성팀과 남성팀의 감독과 코치에게 지급하는 급여에 실질적 차이가 있음을 보여주었다. 예를 들어, 최근 National Collegiate Athletic Association의 조사에 따르면, 1부 기관에서 남성 스포츠 코치 급여의 76% 급여와 감독 급여의 60%를 받는다. 텍사스 대학이 87개 종합대학을 대상으로 최근에 실시한 비공개 조사는 그 사실을 확인해주는데, 남성과 여성들 코치에 지급하는 급여에 큰 차이가 있음을 보여준다. 또한 남성 팀의 코치는 여성 팀의 코치 보다 더 나은 부가급여를 받는다. 연방회계국(GAO) 조사는, 예를 들어, 여성 농구팀의 감독은 남성 농구팀의 감독이 받는 평균 추가수당의 25%를 받는 것으로 밝혔는데, 추가수당은 주택보조, 무료 차량, 무료 입장권과 클럽 회원권 등을 포함한 것이다.

남성팀 코치와 여성팀 코치 사이 그와 같은 임금 격차는 EEOC가 주목하는 사안이 되었는데, 교육기관들의 전반적인 코치 고용형태가 성중립적gender-neutral이지 않기 때문이다. 대부분의 여성들은 여성을 지도하는 것으로 한정되어 있는 반면에, 남성들은 여성과 남성 모두를 지도한다. 예를 들어, 1996년 NCAA 학교에서 대학간 여성 운동팀 감독의 47.7%가 여성이었지만, 남성팀 감독의 약 2%정도만이 여성이었다. 고등학교 수준에서, 1990년 현재, 여학생 팀의 40% 이상이 남성의 지도를 받고 있었으며, 남학생 팀의 2% 정도만이 여성의 지도를 받고 있었다. 스포츠 지도에서 임금차별 청구는 많은 사실적 맥락에서 있을 수 있지만, 여성팀의 여성 코치가 남성팀의 남성 코치의 보수가 더 높은 것은 법률 위반이라고 주장하는 경우에 발생한다.

시민권법(1964) 제7장과 평등임금법(EPA) 모두에서 그러한 임금격차에 대한 적절한 분석과 관련한 중요한 질문이 제기된다. 시민권법 제7장과 평등임금법이 스포츠 지도에서 임금차별에 적용된 사례의 수와 EEOC의 입장에서, 독특한 사실을 보여주는 사례의 수가 매우 제한적이고, 법률에 대한 분석도 완료되지 않았다. 또한 이와 같은 임금격차를 고려하면서 제기되는 많은 오해들이 있다. EEOC는 시민권법 제7장과 평등임금법을 스포츠 코치들 보수의 성불평등 청구에 적용할 적절한 틀을 정하기 위하여 이 지침을 공포한다.

### II. 법적 분석

평등임금법은 동일한 사업장에서 ‘동일한 숙련, 노력 및 책임성으로 수행되고, 유사한 근로조건 하에 수행되는 직무에서 동일하게 노동하는’ 반대 성별의 근로자 보다 낮은 임금을 사용자가 근로자에게 지급하는 것을 금지한다. 29 USC § 206(d)(1). 그 직무는 완전히 같아야 하는 것은 아니고 실질적으로 동일하면 된다. 29 CFR § 1620.13(a).

시민권법 제7장은 ‘채용에서 또는 보수, 계약내용과 조건, 고용상의 혜택과 관련하여’ 성별을 이유로 차별하는 것을 금지한다. 42 USC § 2000e-2(a)(1). 또한 시민권법 제7장은 ‘개인의 고용 기회를 박탈하거나 박탈하는 경향이 있거나, 아니면 근로자로서 지위에 불리하게 영향이 있는 어떤 방식으로든’ 사용자가 자신의 근로자를 제한, 분리 또는 분류하는 것을 금지한다. 42 USC § 2000e-2(a)(2). 두 개 규정 모두 임금차별 혐의에 적용될 수 있다.

불평등 임금 청구는 두 개 법률 모두에 따라 제기될 수 있는데, 관할 요건이 충족되는 한은 그러하다. 평등임금법과 시민권법 제7장은 완전히 동일한 것은 아니지만 상당히 중첩된다. 원칙적으로, 시민권법 제7장은 동일노동 불평등 임금이 아니라 임금차별을 금지한다. 따라서 시민권법 제7장에 반하는

고용행위가 당연히 평등임금법 위반이 되지 않는 것이다. 그러나 모든 형태의 평등임금법 위반은 또한 시민권법 제7장 위반도 된다. 29 CFR 1620.27(a).

교육기관이 코치직에 임금차별이 존재하는지를 평가하면서, 두 가지 추가적인 사항을 명심해야 한다. 첫째, 직무는 기능적으로 분석되어야 하는데, 예를 들어, 그리고 학습시키거나 지도하는 특정한 신체적 숙련에 관한 것 뿐 아니라 실제 직무요건이 무엇인가에 관한 것이다. 따라서 ‘다른 스포츠를 지도하는 직무들에 대해서 평등임금법의 목적에 따른’ 실질적으로 동일한 ‘업무라고 할 수 있고, 다른 스포츠의 코치들이 시민권법 제7장에 따른 적절한 비교대상자로 될 수 있다. 둘째, 만일 두 개의 직무가 실질적으로 동일하지 않다는 주장 자체가 고용계약의 내용과 조건의 차별에 근거한 것이라면 임금차별은 정당화될 수 없다. 고용계약의 내용과 조건을 분석하면서, 위원회는 교육기관의 특정한 팀(과 그들의 코치)에 제공된 지원은 남성팀과 여성팀의 전반적인 프로그램의 취급에 관한 것인 한, 차이가 있을 수 있으며 차별이 아니라는 시민권법 제9장 원칙을 적용할 것이다. 먼저 고용평등법을 설명하고 이어서 시민권법 제7장을 다룬다.

## A. 평등임금법

### 1. 비교대상자 선정

평등임금법 분석에서 첫 번째 단계는 남성과 여성 비교대상자를 밝히는 것인데, 그렇게 해서 그들이 실질적으로 동등한지를 결정하기 위해서 그들의 직무를 분석할 수 있다. 비교대상자 선정에서, 원고는 자신을 가상의 남성 또는 여성과 비교할 수 없다. 오히려 원고는 반대 성별의 특정 근로자가 실질적으로 동일한 직무에 대해 더 높은 임금을 받는다는 것을 입증해야 한다. 단일한 비교대상자가 있을 수 있고, 하나 이상의 비교대상자가 있을 수 있다. 교육기관이 고려대상으로 다른 비교대상자를 제기할지라도, 원고는 단일한 비교대상자를 먼저 밝힘으로써 입증책임을 완수해야 한다. 모든 평등임금법 사안에서, 그 직위position에 필요한 숙련, 노력 및 책임은 물론 직무job가 수행되는 조건도 평가해야 하고 사례에 따라 비교해야 한다. 비교대상자를 밝히는 것과 함께, 그들이 수행한 직무가 원고의 직무와 실질적으로 동일하다는 것도 원고가 입증책임을 부담한다. 학교마다 고용관행이 다양하기 때문에 각각의 사실상 상황은 자세하게 조사되어야 한다.

#### 사례1

한 여성이 필드하키팀을 지도하였다. 그녀는 1년에 3만달러를 받았다. 그녀는 자신의 직무가 라크로스팀을 지도하는 남성(연간 4만달러), 소년 배구팀을 지도하는 남성(연간 5만달러) 그리고 야구팀을 지도하는 남성(연간 6만달러)의 직무와 실질적으로 동일하다고 주장한다. 그녀의 직무가 세명의 남성 코치의 모든 직무 또는 어느 직무와 실질적으로 동일인지 결정하기 위해서 각 직위의 숙련기준, 노력, 책임 및 업무환경을 조사해야 한다.

### 2. 그 직무는 실질적으로 동일한가?

비교대상자가 정해진 경우, 다음 단계는 그 직무가 실질적으로 동일한지를 결정하는 것이다. ‘동일한 숙련, 동일한 노력 또는 동일한 책임이 무엇인지 정확하게 정의할 수는 없다.’ 그러나 ‘법의 넓은 구제 목적이 고려되어야 한다.’ 29 CFR § 1620.14(a).

따라서, 중요하지 않거나 하찮은 차이는 동일성 판단에 영향을 주지 않는다. 직무가 실질적으로 동일한가에 대한 분석이 법률이 열거한 4가지 요소로 분해된다고 해도, 중점은 전반적인 직무 내용에 있어야 한다.

#### a. 동일한 숙련

각 코치와 그 반대 성별의 비교대상자에게 필요한 숙련을 조사할 때는 ‘경력, 직업훈련, 교육 및 능

력’ 같은 요소들을 고려해야 한다. 29 CFR § 1620.15(a). 또한 ‘숙련은 그 직무 수행에 필요한 자격 요건에 관하여 검토해야 한다. Id. 따라서, 그 직무 수행의 자격요건이 아닌 추가적인 직업훈련, 교육, 능력은 직무의 실질적인 동일성 여부를 결정할 때 고려해선 안된다.

#### 사례2

남성은 남학생 테니스팀을 지도하고 여성은 여학생 테니스팀을 지도한다. 또한 둘 다 업무시간의 약 50%를 체육교과 수업 진행에 쓴다. 둘은 같은 해에 그 학교에 부임했으며 그 이전에는 교직 경험이 없다. 학교 측은 학사학위를 요건으로 했지만 둘 다 운동팀을 지도한 경력은 없다. 남성 코치는 테니스와 관련 없는 라디오 방송을 매주 진행한다. 라디오 방송을 진행하는 능력이 있다는 사실이 그 두 코치의 숙련이 실질적으로 동일하지 않다는 것을 증명하지 못하는데, 테니스 코치로서 일하기 위해서 라디오 진행자로서 숙련을 사용할 필요는 없기 때문이다.

### b. 동일한 노력

운동을 지도하는 직무가 동일한 노력을 요하는지 결정하기 위하여, 위원회는 비교되는 직무의 실제 자격요건을 살필 것이며, 29 CFR § 1620.16(a), 같은 스포츠의 코치들로 한정하여 분석하지 않을 것이다. 스포츠 종목과 관계없이, 코치들은 고등학교와 대학교 수준에서 다음과 같은 전형적인 임무를 수행해야 한다. 1) 가르치기/훈련하기; 2) 학생 운동선수 상담/충고; 3) 전체 프로그램 관리; 4) 예산 관리; 5) 자금조달; 6) 홍보; 7) 대학교 수준에서, 선수 모집. 일부 코치 직무는 다른 업무도 요구할 수 있는데, 예를 들어, 직원 관리와 행사 관리 같은 것이다.

#### 사례3

남성은 남학생 아이스 하키팀을 지도하고 여성은 여학생 조정팀을 지도한다. 연간 학생들 지도 시간 수는 거의 동일하다. 둘 다 거의 동일한 시간 동안 거의 동일한 학생 운동선수들을 훈련시키고 상담하며, 각자 팀의 예산을 관리하고, 자금조달을 조직하며, 홍보에 참여하고, 전지훈련 일정을 배정하고 장비를 점검하는 등 그 프로그램 운영에 필요한 일상 업무를 수행한다. 코치들이 각자의 팀에 다른 숙련을 가르치고 있는 사실에도 불구하고, 그 직무 수행에 필요한 노력의 정도와 양에서 실질적인 차이는 없다. 따라서 평등임금법 하에서 그 직무는 동일한 노력을 필요로 한다.

### c. 동일한 책임

‘책임은 그 직무 수행에서 요구되는 책임성의 정도에 관한 것인데, 그 직무상 의무’의 중요도를 강조하는 것이다. 29 CFR § 1620.17(a). 위원회는 책임의 차이가 동일하지 않은 임금을 정당화하는지 평가하기 위하여 코치들이 실제 수행한 임무를 중점적으로 검토할 것이다.

직무들이 완전히 같은 것일 필요가 없다는 것을 명심해야 한다. Brock v. George Southwestern College, 765 F.2d 1065, 1035 (11<sup>th</sup> Cir. 1985) 판례에서 사용자는 배구팀의 남성 코치에 비해서 학교 대항 운동팀 여성 코치의 임금이 더 낮은 것을 정당화하기 위해서 그녀가 더 적은 예산을 관리하고 학교 외부 경기를 준비하지 않기 때문이라고 주장했다. 그러나 법원은 여성 코치도 운동 일정을 짜고 예산 산정 책임을 지고 있다는 것을 인정하면서, 두 직위가 실질적으로 동일하다고 판결하였다. 책임을 분석하는데 관련된 다른 요소들, 예를 들어, 그 팀의 규모, 보조자의 수, 그리고 행사 수요와 언론관리 등도 포함할 수 있다. 평등임금법의 다른 요소들 분석하면서, 위원회는 교육기관이 차별적이지 않은 방식으로 남성과 여성 코치에게 책임 부담의 기회를 제공했는지 여부를 검토할 것이다.

#### 사례4

여성은 여자 필드하키팀을 지도하고 남성은 남자 라크로스팀을 지도한다. 각 팀의 선수의 수는 거의 동일하

다. 양측 코치들은 학생 운동선수를 훈련하고 상담하며, 팀의 예산을 관리하고, 자금조달을 조직하고, 홍보에 참여하며 전지훈련 일정을 배정하고 장비를 점검하는 등 그 프로그램 운영에 필요한 일상 업무를 수행한다. 학기 동안에 지도하는 시간 수도 거의 같다. 남성은 체육 코디네이터 직함을 갖고 있지만 중요하지 않은 추가적 책임일 뿐이다. 평등임금법 하에서 그 코치들은 자신의 직무에서 실질적으로 동일한 책임을 진다.

**사례5**

대형 종합대학에서, 남성은 축구팀의 감독이고, 여성은 여자 배구팀의 감독이다. 두 팀은 경쟁이 심한 단계에서 경기에 참여하며, 양쪽 감독들은 팀을 승리로 이끌어야 한다는 실질적인 압박이 있다. 축구팀 감독은 9명의 보조자가 있으며 120명의 선수가 명부에 있다. 배구팀 감독은 단시간 보조자 한명이 있으며 20명의 선수를 지도한다. 축구 경기 마다 6만 관중이 관람하고, 배구 경기에는 관중이 200명 정도이다. 축구 경기는 TV에 방영되지만 배구 경기는 그렇지 않다. 남성과 여성을 비교할 때, 남성은 더 많은 직원을 관리감독하며 더 큰 팀을 운영한다. 또한 축구팀은 훨씬 많은 관중이 관람하고 언론은 남성에게 더 큰 책임을 요구한다. 축구팀 감독은 배구팀 감독 보다 책임이 더 크며, 따라서, 평등임금법 하에서 그 직무는 실질적으로 동일하지 않다.

남성 감독이 여성 감독 보다 한명 아니면 두명 더 많은 보조 코치들을 갖고 있다는 사실만으로는 평등임금법의 목적에서 남성 감독이 책임이 더 큰 직위라는 것을 당연히 증명하는 것은 아니다. 또한, 만일 교육기관이 남성 감독을 보조하기 위해 제공되는 비교대상 보조코치 인력을 여성 감독에게 제공하지 않은 것이라면, 여성의 직위가 책임이 낮다는 주장에 근거하여 임금을 더 낮게 지급하는 것은 정당화될 수 없다.

**d. 유사한 업무환경**

대부분의 코치들은 평등임금법의 목적에서 유사한 업무환경에서 일한다. “일반적으로 동일한 숙련, 노력 및 책임을 요하는 직무를 수행하는 근로자들은 유사한 업무환경 하에서 근무할 것이다.” 29 CFR § 1620.18(b).19

**3. 확인의 항변affirmative defense을 적용할 수 있는가?**

원고가 비교대상 또는 비교대상들을 밝히고, 그 직무가 실질적으로 동일하다는 것을 입증하여, 일응의 추정 사안prima facie case(\*형소법 증거법칙의 하나)임을 주장한 이후에, 자신의 임금이 더 낮았다는 것을 증명해야 한다. 이것이 완료된 경우에, 입증책임은 사용자에게 전환되는데 문제의 직위에 적용하는 평등임금법의 4가지 예외 중에 하나라는 것을 증명해야 한다. 평등임금법은 다음에 근거한 격차 있는 임금의 항변을 규정한다. (i) 연공급제; (ii) 능력급제; (iii) 생산량 또는 품질에 따라 정하는 임금제도; 또는 (iv) 성별 이외 다른 요소에 근거한 격차. 29 U.S.C § 206(d)(1). 연공급제 또는 능력급제에 기초한 임금격차 항변은 평등임금법 사안에서 그렇게 한 것으로 적용될 것이다. 전형적으로 해석되는 것 같이, 생산 기준에 기초한 항변은 스포츠 지도직에 적용 가능성이 거의 없을 것이다.

그러나 ‘성별 이외의 요소’ 항변은 운동 지도자 사안과 관련하여 특별한 문제를 제기한다. 일반적인 문제로서, 그 항변을 채택한 사용자는 임금격차를 만든 것은 목시적 또는 명시적으로 성별 요소가 아니란 것을 증명해야 한다. 또한 사용자, 이 경우에는 교육기관이 임금격차가 사업 운영에 관련 요소들에 근거한 것임을 입증해야 한다. 위원회는 스포츠 지도직에서 임금격차 정당화를 위해서 성별 이외 요소들로 제시되는 다음의 정당화 사유를 알고 있다. (a) 남성 코치가 여성 코치에 비해서 학교에 더 많은 수익을 내준다; (b) 경쟁력을 위해서 남성 코치가 더 높은 임금을 받아야 한다; (c) 이전 급여 수준에 따른 급여이다; (d) 급여는 코치의 성별이 아니라 학생 운동선수의 성별에 연계되어 있다; (e) 남성 코치가 더 좋은 경력, 교육 및 능력 수준을 갖고 있다; (f) 남성 코치의 업무가 더 많다. 이하에서 순서대로 설명한다.

**a. 성별 이외 요소로서 수익**

일부 교육기관은 여성 코치 보다 남성 코치가 학교에 더 많은 수익을 낸다고(혹은 더 많은 수익을

낼 것으로 기대된다고) 주장하면서 남성 코치에 유리한 임금격차를 정당화 하려고 한다. 그것은 평등임금법 일부 사안에서 항변을 구성할 수 있다.

위원회는 어떤 팀이나 코치가 실제로 만드는 수익금액은 많은 다양한 변수의 영향을 받으며, 그 변수의 상당수는 교육기관의 직접적 통제 안에 있지 않다는 것을 인정한다. 또한 일부 남성팀과 여성팀은 다른 발전 단계에 있고 그래서 같은 처우가 적절하지 않거나 필요하지 않을 수도 있다. 그러나 위원회는 역사적으로나 현재나 여성 스포츠는 남성 스포츠에 비해서 자원이 충분하지 않았다는 연구 결과를 알고 있다. 따라서, 위원회는 여성 코치가 수익을 창출하는데 필요한 지원을 차별적으로 줄여서 제공했는지를 결정하기 위하여 수익 창출이 성별 이외 요소라는 주장의 항변을 신중하게 분석할 것이다. 만일 그런 사안이라면, 평등임금법 하에서 임금격차 정당화를 위해 채택할 수 없는 고용계약의 내용과 조건에서 차별이 될 것이다.

#### 사례6

대형 종합대학에서 남성 코치는 남자 농구팀을 지도하며 여성 코치는 여자 농구팀을 지도한다. 그 남성과 여성은 교육과 경력에서 유사한 배경을 갖고 있다. 각 팀의 선수들은 거의 비슷한 인원이며 플레이하는 경기의 수도 같다. 대학 측은 남성 코치에게 여성 코치 보다 50% 많은 임금을 준다. 남성이 여성 보다 실질적으로 더 많은 수익을 올린다는 이유로 성별 이외 요소로서 그 격차를 정당화 한다. 그러나 조사에 따르면, 대학 측은 수익을 창출하는데 있어서 여성 코치 보다 남성 코치에게 실질적으로 더 많은 지원을 하였다. 3명의 보조 코치에 더하여, 그 팀을 위해서만 마케팅과 홍보활동을 하고 언론 인터뷰 일정과 연설 약속을 잡고, 스포츠 정보 기능을 담당하는 직원을 남성 코치에게 배정되었다. 여성 코치는 한명의 보조 코치가 있었고, 학교 측에 요구했지만, 마케팅이나 스포츠 정보 직원이 배정되지 않았다. 그 대신 그녀는 체육부서에 전체에 배치된 직원에 의존해야만 했다. 또한 남성 코치는 여성에 비해서 더 많은 유료광고 예산을 배정받았다. 여성 코치는 보조코치와 함께 팀의 잠재적 수익을 확대하기 위하여 노력하였다. 인터뷰와 연설 일정을 잡고, 특정 경기에 대한 홍보활동을 개발하고, 후원회를 조직하는 등의 활동이었다. 그러나 추가적인 수익을 높이는데 실패했다. 이 경우에 수익은 임금격차를 정당화 할 수 있는 성별 이외의 요소가 되지 않는다. 여성이 수익을 높일 수 있도록 동등한 지원이 제공되지 않았기 때문이다.

교육기관 스포츠에서 형평equity은 특정 스포츠 종목이 아니라 그 프로그램 전체를 기초로 하여 분석된다는 시민권법 제9장 원칙에 부합하여, 위원회는 유사한 스포츠 종목의 남성과 여성 코치가 전반적으로 다르게 처우되었다고 해도, 관중을 모으고 수익을 창출하는데 필요한 자원이 남성과 여성 코치에게 차별적이지 않다면, 고용계약의 내용과 조건에서 차별로 판단하지 않을 것이다. 따라서, 앞의 사례에서, 만일 대학 측이 농구팀 남성 코치에게 제공된 것과 비교할 수 있는 자원을 다른 여성 코치에게 지원하여 그녀가 팀을 위해 수익을 높일 수 있게 한다면, 농구팀 여성 코치가 제기한 차별 청구에 대한 항변으로 수익이 성별 이외의 요소가 될 수 있다.

#### 사례7

대학에서 남성 코치는 남자 농구팀과 체조팀을 지도하고, 여성 코치는 여자 농구팀과 체조팀을 지도한다. 남자와 여자 농구팀과 체조팀을 지도하는 것은 동일한 숙련, 노력 및 책임을 필요로 하며 실질적으로 동일한 업무환경에서 행해진다. 그러나 남자 농구팀과 여자 체조팀은 여자 농구팀과 남자 체조팀 보다 학교에 더 많은 수익을 내준다. 대학 측은 남자 농구팀과 여자 농구팀의 코치에게 수익창출 프로그램을 만들고 유지하는데 필요한 자원을 성별에 기초한 차별이 아닌 방식으로 배정했다. 대학 측은 남자 농구팀과 여자 체조팀을 위해 비슷한 마케팅 프로그램을 지원하고, 두 코치를 위해 매주 언론 인터뷰 일정을 정하고, 스포츠 정보 직원을 두 팀에 동일하게 제공했다. 그들이 높은 수익에 기초해서, 남자 농구팀 코치와 여자 체조팀 코치는 같은 임금을 받는데, 그것은 여자 농구팀 코치 또는 남자 체조팀 코치 보다 높았다. 대학 측은 임금격차가 성별이 아니라 수익의 격차에 근거한다는 항변을 할 수 있다.

#### b. 성별 이외 요소로서 시장marketplace

또한 사용자는 여성 코치 보다 남성 코치를 영입하기 위해서는 더 높은 임금을 지급해야 한다고 주장하면서, 성별이 아니라 시장이 요인이었다고 한다. 위원회는 ‘시장가치marketplace value’ 와 ‘시장임금market rate’ 항변을 구별한다. ‘시장임금’ 항변은 위원회와 여러 법원들이 배척하였는데, 그것은 ‘수요와 공급’ 의 원칙 같은 ‘시장’ 요소 때문에 ‘여성들은 더 낮은 임금으로 고용할 수 있다’ 는 사용자의 추정에 기초하는 것이다. ‘시장가치’ 항변은 성별 기초가 아니라, 임금 결정에서 개인의 가치에 대한 사용자의 판단에 기초하는 것이다. 그러한 판단은 성별 이외 요소로 인정될 수 있는데, 특정 개인의 직무 관련 특징에 대한 시장가치를 평가하였고, 모든 임금격차는 성별에 근거하지 않는다는 것을 사용자가 입증할 수 있는 경우에만 그러하다. 여성이 행한 직무에 더 낮은 임금을 초래하는 시장에서 성차별은 시장가치 항변을 지원하지 못한다.

**사례8**

중간규모 대학이 남자 농구팀의 감독으로 남성을 채용하였다. 기본임금 10만 달러에서 시작하기로 하였는데, 그게 현재 임금 수준이기 때문이고 그 직위의 임금은 ‘전통적으로’ 그랬다는 것이다. 남성과 여성 코치의 직무가 실질적으로 동일함에도 불구하고 여자 농구팀 여성 코치가 받는 급여의 2배를 받는 것이다. 그러나 남성의 더 높은 임금은 여자팀에는 필요 없지만 남자팀을 지도 할 때 만 필요한 경력, 전문성 또는 숙련의 특별한 형태로 정당화 되지도 않는다. 채용한 특정 남성이 가진 직무관련 숙련의 시장가치도 더 높은 임금을 정당화 하지 못할 것이다. 대학 측은 남자팀의 코치에게 10만 달러를 지급할 필요가 있을 것을 단지 추정할 것이다. ‘시장’ 은 성별 이외의 요소가 아니다.

**사례9**

대학은 남자 체조팀 코치를 모집했는데, 그 대학의 여자 체조팀의 높은 경쟁력 수준까지 올리리기 위한 것이다. 지원자 중에 한명은 남성으로 다른 대학에서 그전에 성적이 좋지 않았던 남자 체조팀을 성공하게 만든 경력이 있다. 대학 측은 처음에 여자 체조팀 코치와 동일한 임금을 제시하였는데, 그 직무가 실질적으로 동일하기 때문이다. 지원자는 다른 두 학교에서 더 높은 임금 제안을 받았다고 통지하고 그 중에 한곳의 제안을 수용할 수 있다고 하였다. 대학 측은 처음보다 더 높은 임금을 제시했는데, 특별한 경력과 능력으로 볼 때 가장 적임자이고 더 높은 임금은 그를 채용하기 위해서는 필수적이기 때문이다. ‘시장’ 이 성별 이외의 요소가 된 것이다.

**c. 성별 이외 요소로서 근로자의 예전 임금 근거**

또한 사용자는 근로자의 급여를 그 이전 급여에 기초하는 것은 동일 직무에서 임금격차를 정당화 하는 성별 이외의 요소라고 주장한다. 그러나 근로자의 과거 급여만 사용하는 것은 전통적으로 성차별에 기초한 여성의 더 낮은 임금을 영속화 시킬 수 있다. 예를 들어, 여성들은 남자팀을 지도하는 더 높은 임金的 직무에 지원하지 못한 경우에, 사용자는 임금격차를 항변하기 위해 과거의 임금 수준에 근거할 수 없다. 코치의 급여에서 임금격차가 있는지를 분석할 때, 특히 적용할 수 있는 문제이다. 운동 프로그램에서 임금은 통상의 시장 압력이 아니라 비경제적 요소들의 영향을 받는다. 문화와 사회적 요소들이 인위적으로 남성 코치의 임금을 인위적으로 상승시킬 수 있고 차별적으로 높은 임금을 유지하게 만들 수도 있다.

따라서, 만일 사용자가 성별 이외 요소로 과거의 임금을 주장한다면, 다음의 사항에 관한 증거를 제시해야 한다. 1) 근로자의 시작 및 최종 급여의 근거를 결정하기 위해서 근로자의 이전 사용자와 협의했는지; 2) 과거의 임금이 교육, 경력 또는 다른 관련 요소들에 기초하여 근로자의 능력에 대한 정확한 지표인지를 판단했는지; 3) 근로자의 현재 임금 수준 결정 과정에서 과거의 급여 수준에만 근거하지 않았는지에 관한 증거이다. 또한 사용자가 임금에 관하여 남성과 여성 근로자와 협상하였는지에 관한 것이다. 예를 들어, 사용자가 남성 근로자와 협상하면서 구체적인 금액이 아니라 일정한 임금 범위를 제시한다면, 여성도 유사하게 처우해야 한다. 협상을 하지 않은 것은 더 능력 있는 자를 채용하기 위해서

더 높은 임금을 남성 근로자에게 제시했다는 사용자의 주장은 의심을 받을 것이다.

**사례10**

대학 측은 남자 농구팀과 여자 농구팀의 코치를 모집하였다. 그 직무는 실질적으로 동일하다. 남성은 남자팀의 코치에 지원하였다. 대학 측은 그를 채용하고 연간 10만달러를 임금으로 지급하는데 단지 그가 이전에 코치로서 받은 금액이라는 이유였다. 여자팀의 코치로 여성을 채용하고, 연간 5만 달러를 임금으로 지급하는데, 단지 지난 코치 직무에서 그녀의 연봉이라는 이유였다. 사용자는 양자의 이전 급여가 교육, 경력 또는 기타 관련 요소들에 기반하여 그들의 능력을 정확히 반영했는지 또는 그들의 최초 또는 최종 급여의 근거를 판단하기 위해서 그 남성과 여성의 이전 사용자와 협의하지 않았다. 그 사실에 근거하여 과거의 임금은 성별 이외의 요소가 아니다. 또한 여성의 과거 사용자는 더 높은 임금의 남성팀 코치에 여성이 지원하지 못하도록 했다는 증거가 있다. 따라서 사용자가 그 남성의 임금 근거에 관해 이전 사용자와 협의했는지라도, 여성의 이전 급여가 성차별의 영향을 받은 것이었기 때문에, 성별 이외의 요소가 될 수 없다.

**d. 성별 이외 요소로서 선수들의 성별**

코치의 성별은 학생 선수들의 성별과 연동되는 것이 일반적인데, 여성 선수 지도에 한정된 여성 코치는 남자 선수들의 코치인 남성 보다 급여 수준이 낮다. 임금격차가 문제된 교육기관에서 동등한 기회를 제공하지 않은 증거가 있다면, 위원회는 학생 선수들의 성별이 임금격차를 정당화 하는 성별 이외의 요소라는 항변을 수용하지 않을 것인데, 그것은 성별 중립적 요소가 아니기 때문이다. 남성과 여성이 모두 여자팀을 지도한다고 할지라도, 남자팀을 지도하는 직무에서 여성을 사실상 배제한다면 그것은 선수들의 성별은 성별 이외의 요소가 아니란 것을 보여주는 것이다.

**e. 성별 이외 사유로서 경력, 교육, 및 능력**

우수한 경력, 교육 및 능력은 성별에 기초하지 않은 기준에 따른 구별이면 임금격차를 정당화 할 수 있다. 그 구별의 이유가 성별이 아니라 진정한 것인지에 대한 결정은 사안별로 이루어져야 한다.

**사례11**

대학에서 남성 코치는 남자 야구팀을 지도하고 여성 코치는 여성 소프트볼팀을 지도한다. 그들의 직무는 실질적으로 동일하다. 양쪽은 코치로서 경력기간도 거의 동일하다. 남성은 대학을 졸업하고 코치가 되기 이전 5년 동안 보험판매원이었다. 보험판매를 통해서 일반적인 숙련을 개발했다는 사실이 코치의 임금을 정할 때 그 남성이 그 여성과 다른 처우를 받게하지 못한다. 사용자는 그 경력을 이유로 남성에게 더 많은 급여를 지급할 수 없다.

**사례12**

대학에서, 남성 코치는 크로스-컨츄리팀을 지도하고, 여성은 배구팀을 지도한다. 그들의 직무는 사실상 동일하다. 남성은 예술학 학사 학위가 있으며 2년간 대학 수준에서 코치 일을 하였다. 여성은 예술학 학사 학위가 있으며 10년간 대학 수준에서 코치 일을 하였다. 사용자가 경력에 대한 임금 수준을 정한다면, 사용자는 여성의 더 많은 경력에 근거해서 남성보다 여성에게 더 많은 임금을 지급해야 한다.

**f. 더 많은 업무**

더 높은 임금이 추가 업무에 관련된 경우에만 한 성별에 대한 더 높은 임금 지급에 대한 항변으로 추가 업무를 주장할 수 있다. 학교는 추가 업무의 기회를 남성과 여성 코치에게 차별적인 방식으로 제안할 수 없으며, 차별적인 업무 배분은 임금격차를 정당화 하지 못한다.

### 사례13

대학에서, 남성은 남자 축구팀을 지도하고 여성은 여자 필드하키팀을 지도한다. 양쪽 코치는 학생 선수를 훈련시키고, 선수들을 상담하고, 팀의 예산을 관리하며, 자금조달을 조직하고, 홍보에 참여하며 장비 점검과 전지훈련 일정 같이, 그 프로그램에 대한 일상적 운영을 책임진다. 대학은 남자팀의 개막전 연습경기에 자금을 지원하였다. 그러나 코치가 요청했음에도 불구하고 여자팀의 개막전 연습경기에는 재정 지원을 하지 않았다. 코치들은 동일한 기본급여를 받았다. 그러나 남성은 개막전 연습경기에 대해 추가 급여도 받았다. 남성이 개막전 연습경기 동안에 그 팀을 지도하는 추가 업무를 했다는 사실은 평등임금법 하에서 항변이 되지 못한다. 여자팀에는 기회가 주어지지 않고 남자팀에만 주어졌기 때문이다.

요약하면, 평등임금법에 따른 절차가 진행되기 위해서는 먼저 개인이 코치 직무가 실질적으로 동일하다는 것을 입증해야 한다. 개인이 그것을 입증한 경우에, 학교가 불평등 임금의 이유가 평등임금법의 4가지 확인항변의 하나에 포함된다는 것을 입증할 수 없다면, 학교가 책임을 져야 한다.

## B. 시민권법 제7장

### 1. 평등임금 청구

동일노동 불평등 임금 사안의 청구는 평등임금법뿐 아니라 시민권법 제7장에 따라 제기될 수도 있다. 일반적으로 시민권법 제7장과 평등임금법의 입증책임이 동일하진 않지만, 동일노동 불평등 임금 사안의 청구에서는 같은 입증책임이 적용된다. 원고가 동일노동 불평등 임금 사안에 대한 일종의 추정을 수립하면, 입증책임은 피고에게 전환되어, 평등임금법의 4가지 항변 -연공제, 능력급제, 생산의 품질과 양에 따른 임금제, 또는 성별 이외의 기타 사유 중에 하나를 입증하도록 한다. 42 USC § 2000e-2(h). 29 CFR § 1604.8(b).

### 2. 기타 보수차별 청구

시민권법 제7장은 평등임금법이 포괄하지 못하는 임금차별의 형태도 대상으로 한다. 직무가 평등임금법의 ‘동일노동’ 요건을 충족하지 않는 경우라도 시민권법 제7장의 청구가 될 수 있다. County of Washington v. Gunther, 452 U.S. 161 (1981) 판례에서, 연방대법원은 시민권법 제7장하에서 제기된 성을 이유로 한 임금차별 청구에서 평등임금법의 4가지 확인항변이 적용되긴 하지만, 평등임금법의 동일노동 동일임금 기준은 적용되지 않는다고 하였다. 달리 말하면, 시민권법 제7장하에 임금차별 청구에서 원고는 평등임금법의 동일노동 기준을 충족할 필요가 없다는 것이다. 연방대법원에 따르면, 그와 달리 판단하는 것은 ‘차별적으로 저임금인 여성은 -그 차별이 아무리 심각하더라도- 사용자가 같은 사업장에서 동일한 직무에 더 높은 임금으로 남성을 또 채용하지 않는 한은 구제수단이 없게 된다’ 고 하였다. 452 U.S. at 178. 그러한 시나리오 하에서는 회사의 특별한 직군에 여성을 채용하고 남성이었다면 임금이 더 높았을 것이라고 인정하는 행위 또는 여성이 남성과 동일한 직무를 얻지 못한 경우에 명백하게 성별 편견에 기반한 임금체계를 사용하는 행위에 대해 사용자가 책임지지 않을 것이다.

### 사례14

중간규모 대학에서, 남자 야구팀과 아이스 하키팀의 남성 코치는 시즌에서 승리하면 수당을 받았다. 시즌 승리에 대해 수당을 받는 여자팀의 여성 코치는 없었다. 직무가 실질적으로 동일하지 않더라도, 사용자가 남성과 여성에게 차별적인 혜택을 부여하는 것은 위법행위인데, 그 차이가 성별에 근거하지 않았다는 것을 입증할 수 없는 한은 그렇다. 따라서 코치는 사안의 사실에 따라서 평등임금법 혹은 시민권법 제7장에 의거하여 보수가 차별적이라는 청구를 할 수 있다.

### Ⅲ. 결론

시민권법 제7장과 평등임금법 모두 보수에서 성별을 이유로 한 차별을 금지한다. 위원회는 교육기관의 스포츠 코치의 보수에서 격차가 만연해 있음을 알고 있으며, 이 지침에 따라 정한 원칙에 따라 신중하게 사례들을 분석할 것이다.

#### <구제신청 처리 지침>

1. 교육기관 스포츠 코치 보수에서 성차별 관련 구제신청은 평등임금법과 시민권법 제7장 모두에 의거하여 분석해야 한다.
2. 양자 모두의 분석에서 비교대상자가 동일 또는 유사 스포츠를 지도할 필요는 없다. 특정 코치 또는 코치들이 신청인을 위하여 적정한 비교대상자 인지 결정하기 위해서, 코치의 기능적 업무 -지도하는 스포츠가 아니라-가 결정적인 요소이다.
3. 구제 신청인과 그 비교대상자 또는 비교대상자들의 코치 직무가 평등임금법의 목적에서 또는 시민권법 제7장 목적에 비교하여 실질적으로 동일하지 않다는 청구는 직무에서 주장된 차이가 그러한 판단을 지지할 정도로 충분한지를 결정하기 위해서 면밀히 조사되어야 한다. 직무에서 차이가 그 판단을 지지한다면, 조사관은 코치 직무들 사이에 차이가 그 자체로 차별의 결과인지를 판단해야 한다. 만일 그렇다면, 그러한 차이는 평등임금법과 시민권법 제7장에 의거한 청구를 물리치지 못한다.
4. 조사관은 또한 확인의 항변이, 성별 이외에 다른 요소를 포함하여, 성차별에 연관된 것인지를 고려해야 한다. 그렇다면, 성별 이외 요소를 포함하여, 주장한 항변은 차별 청구를 물리치지 못한다.
5. 코치의 임금격차는 지도하는 운동선수들의 성별에 기초한다고 사용자가 항변하거나, 조사에서 학생 선수들에 대한 차별인 것으로 보이면, 조사관은 그 사안을 연방교육부 시민권국에 송부해야 하는데, 사용자가 시민권법 제7장을 위반하여 성별을 이유로 학생들을 차별했는지 판단하기 위해서이다.

### 제3절. 미국 Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities(EEOC-CVG-2007-1)

연방 고용평등법(EEOA)가 돌봄제공자에 대한 차별도 당연히 금지하고 있지만, 돌봄제공자caregiver 대상 차별이 위법한 불이익 처우가 되는 상황이 있다. 이 문서의 목적은 돌봄제공자에 영향을 주는 특정한 고용상 결정이 시민권법(1964) 또는 장애차별금지법(1990)이 금지하는 특성을 이유로 한 위법한 차별인지를 평가하는 과정에서 조사관, 근로자, 사용자에게 도움을 주는 것이다. 이 문서는 새로운 보호법주 창설을 목적하는 것은 아니고, 시민권법 제7장 또는 장애가 있는 노동자와 관련있는 사유로 차별을 금지하는 장애차별금지법 위반이 될 수 있는 행위의 전형 또는 다른 불이익 처우 형태의 사례를 설명하는 것이다. 또한 사용자는 연방가족간병휴가법(Family and Medical Leave Act)과 같은 연방법과 관련 주법 및 지역 법규에 의하여 돌봄제공자에 대한 특정한 의무를 부담할 수 있다.

#### I. 배경 및 도입

##### A. 돌봄제공의 책임을 가진 노동자

시민권법 제7장의 성차별 금지는 여성의 경제활동인구 진입을 더 쉽게 만들었다. 연방의회가 시민권법 제7장을 제정한 이래, 가정 외부에서 일하는 여성의 비율이 현저하게 증가했고, 현재 미국 경제활동인구의 거의 절반을 차지한다. 그 증가는 어린 자녀가 있는 여성에서 극적으로 나타났는데, 30년 전에 비하면 오늘날은 거의 2배 이상이 되었다. 자녀가 있는 부부가 노동하는 시간의 총량도 증가했다. 여성의 취업에서 얻는 수입은 많은 가정의 경제적 안정에 중요하며, 특히 저소득 노동자들 사이에서 그러하고, 부부가 근로하는 가정의 수입 중에 3분의 1 이상을 차지한다. 이러한 변화에도 불구하고, 여전히 여성은 대부분 가정의 1차 돌봄제공자이다.

물론, 노동자의 돌봄제공 책임은 아동보육에 한정되지 않고 돌봄의 많은 형태를 포함한다. 고령자 돌봄제공의 비율이 증가하고 있으며, 이러한 경향은 베이붐 세대가 고령화 되면서 지속될 것이다. 아동보육과 마찬가지로, 여성은 사회의 고령자에 대한 돌봄을 1차적으로 책임지는데, 친부모, 배우자의 부모 및 배우자 돌봄을 포함한다. 그러나 아동보육과 달리, 고령자 돌봄 책임은 일반적으로 시간이 지날수록 증가하며, 고령자 돌봄은 아동보육에 비해서 예측 가능성이 낮는데 전형적으로 증가하는 건강의 문제 때문이다. 고령자 돌봄이 더 보편화 되면서, 30대에서 60대 사이에 있는 이들 ‘샌드위치 세대’ 노동자들은 아동보육과 고령자 돌봄의 책임 모두를 함께 책임지면서 노동에 직면할 것이다.

성인 아동, 배우자 또는 부모를 포함하여 장애인 돌봄 역시도 노동자들의 일반적인 책임이다. 최근 미국 인구센서스에 따르면, 거의 3분의 1에 이르는 가정이 최소한 1명의 장애가족이 있으며, 18세 이하 자녀가 있는 열 가정 중에 하나가 장애아동이 있는 것으로 나타났다. 장애가 있는 친인척 또는 개인을 돌보는 남성 또는 여성 대부분이 취업하고 있었다.

전반적으로 돌봄 책임은 일하는 여성에게 불평등하게 영향을 주고 있지만, 유색인 여성, 특히 아프리카계 미국인 여성들은 가정 외부에서 노동한 오랜 역사를 갖고 있다. 자녀가 있는 아프리카계 미국인 여성은 자녀를 양육하는 다른 여성들 보다 더 많이 취업하고 있는데, 아프리카계 미국인 여성과 히스패닉계 여성은 백인 또는 아시아계 미국인 여성에 비해서 한부모 가정에서 자녀를 양육하는 경우가 더 많다. 또한 유색인 여성은 백인 여성에 비해서 확장된 가족 구성원을 돌보는 시간이 더 긴데, 손자와 고령의 친인척 등이다.

여전히 여성이 가족 돌봄의 상당 부분을 책임지고 있지만 남성의 역할이 증가하고 있다. 1965년과 2003년 사이에, 남성이 아동보육에 소비한 시간은 거의 3배가 되었으며, 2003년에는 1965년에 비해서

남성이 가사노동에 소비한 시간이 두배 이상 길어졌다. 또한 일하는 여성들은 자녀의 아버지인 배우자를 자녀의 1차 보육자로 하는 비율이 증가하고 있다.

## B. 노동-가정의 충돌

자녀있는 여성이 경제활동인구에 진입했을 때, 가족들은 점차 노동과 가족책임 사이 충돌에 직면하게 되며, 이는 돌봄 책임을 지는 노동자의 고용 기회를 제한하는 ‘모성 장벽maternal wall’ 을 초래한다. 이 충돌은 대부분 유색인 저임금 노동자들이 직면할 것이다. 아동보육 제공자를 채용할 여력이 안되면서 자녀 양육을 위해 서로 번갈아 가며 반대로 교대근무를 하는 ‘맞교대 팀tag team’ 이 되고 있다. 전문직중에 비하여, 저임금 노동자들은 자신의 근무일정에 대한 통제력이 낮은 편이고 유연성이 없는 사업장 규칙에 처할 가능성이 더 많다. 가족의 요구에 따라 돌봄 책임을 행하기 위하여 노동자가 사업장 규칙을 위반하는 경우에는 징계 또는 해고까지 당할 수 있다.

노동-가정 충돌이 영향을 전문직중 노동자까지 확장되는데, 많은 여성들이 그들이 경력을 높이지 못하게 하는 모성 장벽 또는 ‘유리 천장’ 으로 이어지는 것이다. 최근 EEOC 보고서는, 여성들이 경제활동인구의 절반을 차지함에도 불구하고 고위경영진과 임원에서 여성 비율은 훨씬 더 적다는 것을 나타냈다. 그러한 불균형은 경영계의 최고위층에서 더 심한데 Fortune지의 CEO 500인 중에 여성은 1.4%이다. 그래서 1995년 연방 Glass Ceiling Commission가 결정한 권고 중의 하나는 노동자가 전체 직업경력 동안에 노동과 가족책임 사이에 균형을 유지할 수 있는 정책을 모든 기업이 채택하라는 것이었다.

돌봄제공 책임이 있는 개인은 또한 사용자의 고정관념으로 모성 장벽에 직면할 수 있다. 2003년 연방대법원 판결에서 Rehnquist 대법관은 ‘노동과 가정 사이 단층선fault line은 정확히 성별 과잉일반화가 강하게 남아 있는 지점’ 이라고 썼다. 돌봄제공 책임에 대한 성별 고정관념은 아동보육에 한정되지 않으며 아픈 부모 또는 배우자 같이 돌봄제공의 다른 형태를 포함한다. 돌봄 책임을 지는 여성은 업무보다 돌봄에 더 기여할 것이고, 그들의 돌봄 책임이 업무수행에 실제로 어떻게 영향을 주는지와 관계없이, 다른 노동자들에 비해 경쟁력이 낮을 것으로 인식된다. 남성 돌봄제공자는 고정관념의 거울 이미지에 직면할 것이다. 즉, 남자는 돌봄제공에 적합하지 않다는 것이다. 그 결과로 여성에게 일상적으로 허용되는 육아휴직 또는 기타 부가혜택은 남성한테 인정되지 않는다. 또한 인종과 민족적 고정관념이 유색인의 고용기회를 제한한다.

그러한 고정관념에 근거한 고용상 결정은 연방차별금지법을 위반하는 것인데, 사용자가 무의식적으로 또는 반사적으로 그러한 고정관념에 따라 행위했다라도 마찬가지이다. 연방대법원이 설명한 바와 같이, “우리는 어느 집단에 대한 고정관념과 연계한 것을 전제하거나 주장하면서 근로자를 평가할 수 있는 시대를 지났다.따라서, 예를 들어, 자녀있는 여성에 대한 고정관념에 기초한 고용상 결정은 위법하다. ‘차별금지법은 일정한 평균적 특성을 갖는 집단의 구성원이 아니라 개인으로써 평가받을 권한을 부여하기 때문이다.’

돌봄제공자에게 불리한 영향이 있는 일부 고용상 결정은 성별 또는 다른 보호되는 특성을 이유로 하는 위법한 차별행위가 될 수 있는데, EEOC는 여성이건 남성이건 간에 모든 노동자가 노동과 개인적 책임이 보다 쉽게 균형을 이루게 하는 최선의 방안을 채택하라고 사용자들에게 권장한다. 사업장 유연성이 근로자 만족도와 업무성과를 높인다는 실제적 증거들이 있다. 사용자는 유연한 사업장 규칙을 채택함으로써 수백만 달러의 유지 비용을 절약하는 이익을 누릴 수 있다.

## II. 돌봄제공자에 대한 위법한 차별처우

이 장은 돌봄 책임이 있는 노동자에 대한 차별이 시민권법 제7장과 장애차별금지법에 따른 위법한 차별처우를 구성하는 다양한 사례를 설명한다. A에서는 성별 고정관념에 중점을 맞춰서, 여성 돌봄제공

자에 대한 성을 이유로 한 불이익 처우를 논의한다. B는 임신한 노동자에 대한 고정관념과 불이익 처우를 다룬다. C는 여성 노동자에게 가능한 육아휴직 배제 같이 남성 돌봄제공자에 대한 성별 이유의 불이익 처우를 논의한다. D는 돌봄제공을 책임지는 유색인 여성에 대한 불이익 처우를 다룬다. E는 자녀 또는 부모와 같이, 장애가 있는 개인을 돌보는 노동자에 대한 불이익 처우를 논의한다. 마지막으로 F는 돌봄 책임이 있는 노동자에 대한 적대적 업무 환경을 초래하는 괴롭힘 행위를 다룬다.

## A. 여성 돌봄제공자에 대한 성차별

### 1. 증거분석

돌봄제공 책임이 있는 노동자에 대한 고의적 성차별은 다른 성차별 사례에서 사용되는 모든 형태의 증거로 입증될 수 있다. 다른 혐의와 마찬가지로, 여성 돌봄제공자에 대해 성을 이유로 한 불이익 처우를 주장하는 혐의를 접수한 조사관은 특정한 행위가 위법하게 차별적이었는지 결정하기 위해 증거의 총체성을 조사해야 한다. 모든 증거는 상황적으로 검증되어야 한다. 어느 특정한 종류의 증거가 부재 또는 현존하는 것은 결정적이지 않다. 예를 들어, 자주 비교증거가 유용하지만, 위반을 확정하기 위해 필수적인 것은 아니다. 자녀가 있는 여성노동자의 신뢰성에 대한 임원의 발언이 증거가 될 수 있고 또는 업무능력의 저하가 없음에도 불구하고 출산 이후에 여성노동자가 불리한 근로조건에 처해진 것도 증거가 될 수 있다. 돌봄제공자에 대한 불리한 조치가 성을 이유로 한 것이라는 증거는 필수적이다.

여성 돌봄제공자에 대한 불이익 처우를 주장하는 혐의에서 관련 증거는, 한정되는 것은 아니지만, 다음과 같은 것을 포함할 수 있다.

- 남성지원자는 제외하고 여성지원자에게만 혼인과 자녀 여부를 질문하거나 육아 또는 돌봄책임이 있는지를 질문했는지 여부;
- 의사결정권자 또는 임원이 임신 노동자, 일하는 여성 또는 여성 돌봄제공자에 대한 고정관념이나 경멸적 언급을 하였는지 여부;
- 업무성과의 하락이 없음에도 불구하고, 여성 또는 피해 당사자가 돌봄제공 책임을 맡은 이후에 불리한 처우를 받았는지 여부;
- 자녀가 있는 여성 또는 기타 여성 돌봄제공자에 대한 고정관념에 근거해서 여성 돌봄제공자에 비하여, 자녀가 없거나 돌봄제공 책임이 없는 여성 노동자가 더 유리한 처우를 받았는지 여부
- 돌봄책임이 있는 여성을 그 급이 낮거나 저임금인 직무에 배치하거나 조정했는지 여부;
- 돌봄제공 책임이 있는 남성 노동자가 같은 여성 노동자에 비하여 더 나은 처우를 받았는지 여부;
- 통계적 증거가 임신한 노동자 또는 여성 돌봄제공자에 대한 불리한 처우를 입증하는지 여부;
- 해당 조치가 사업장 규칙에서 벗어난 것인지 여부;
- 사용자가 주장하는 문제의 조치에 대한 사유가 믿을만 한지 여부.

### 2. 남성 돌봄제공자와 비교하여 여성 돌봄제공자에 대한 위법적 차별 처우

시민권법 제7장은 돌봄제공 책임이 있는 노동자를 불리하게 차별하는 고용상 결정을 금지하는데, 성별 또는 법률이 보호하는 특성을 이유로 한 결정이라면, 사용자가 법률이 보호하는 집단의 모든 구성원을 상대로 더 광범위하게 차별했는지 여부 관계없이 그러하다. 예를 들어, 자녀있는 여성 노동자에 대한 성차별은 시민권법 제7장의 금지 대상이 되는데, 만일 사용자가 자녀없는 여성 노동자는 차별하지 않았더라도 그러하다.

#### 사례 1 어린자녀가 있는 여성에 대한 위법한 차별

샤메인은 미취학 자녀가 2명 있는 여성 노동자인데, EEOC에 차별구제 신청을 하였다. 사용자가 개최하는 경영간부 훈련 프로그램에 탈락하자 성차별이라고 주장했다. 사용자는 그 프로그램에 선발된 지원자들은 업무성과 평가가 우수하거나 경영관리직 경력이 풍부한 이들이었고, 샤메인은 ‘경영관리직 인재’가 아니기

때문에 탈락된 것이라고 주장했다. 또한 사용자는 선발된 지원자의 절반이 여성이란 사실은 사메인의 탈락이 성차별이 아님을 보여준다고 주장했다. 그러나 조사에 따르면, 사메인은 여러 지원자들에 비해서 경영관리직 경력이 더 많았고 업무성과 평가가 더 좋았다. 사용자의 서면 선발기준에 따라 가중했을 때, 남녀를 모두 포함하여 그러하였다. 그에 더해, 사용자는 그 프로그램에 남성과 여성을 모두 선발했지만, 미취학 자녀가 있는 지원자는 남성뿐이었다. 그런 맥락에서, 조사관은 사메인에 대한 성차별로 결정할 것이다.

시민권법 제7장은 단지 부모 또는 기타 돌봄제공자 지위를 이유로 하는 차별을 금지한다. 따라서 자녀가 없는 노동자에 비교하여 자녀가 있는 여성 또는 남성 노동자를 동일하게 불리한(또는 유리한) 방식으로 처우한 경우는 시민권법 제7장의 불리한 처우 금지에 위반되지 않는다.

### 3. 여성노동자에 대한 위법한 성역할 고정관념

대부분의 가정에서 실제로 여성이 돌봄 책임을 부담하고 많은 여성들이 돌봄제공자가 되었을 때 자신의 업무상 책임을 그에 맞춰 단축한다고 할지라도, 특정한 여성 노동자는 돌봄 책임을 부담할 것이라거나 여성의 돌봄 책임은 업무수행을 방해할 것이라는 성별 전제만 갖고 사용자가 여성 노동자를 불리하게 처우하는 것은 시민권법 제7장 위반이 된다. 여성 돌봄제공자는 자신의 업무에 충실하지 못하거나, 앓거나, 할 수 없다는 고정관념은 성별에 기초한 것이며, 그러한 고정관념에 근거한 고용상 결정은 시민권법 제7장에 반한다.

#### 장래의 돌봄제공 책임에 대한 성별 추정

전통적인 성역할 고정관념과 가사와 노동의 분업에 근거하여 일부 사용자들은 육아책임은 남성 노동자에 비해 여성 노동자의 업무능력을 더 낮출 것으로 추정할 수 있는데, 여성노동자가 임신하지 않은 경우와 임신하지 않을 것으로 보임에도 불구하고 그럴 수도 있다. 그러한 고정관념에 대한 두려움 때문에 기혼 여성 구직자들은 입사 면접을 가기 전에 결혼반지를 빼버리기 조차 한다.

#### 사례2 채용과정에서 위법한 고정관념

경영대학원을 갓 졸업한 패트리샤는 홍보회사에 마케팅 보조로 입사 면접을 하였다. 면접에서, 구인하고 있는 부서의 관리자인 밥이 패트리샤의 결혼반지를 보면서 질문하였다. “자녀가 몇 명이죠?” 패트리샤는 아직 아이가 없지만 자신과 남편이 취직을 했을 때 출산 계획이 있다고 대답하였다. 밥은 마케팅 보조 업무가 매우 부담이 많다고 설명하면서, 패트리샤의 자격 보다는, 필요한 경우에, 자녀양육과 업무의 균형을 어떻게 유지할 것인지를 질문했다. 패트리샤는 자녀양육은 남편과 분담할 것이라고 설명했지만, 밥은 남성은 믿을 만한 돌봄제공자가 아니라고 대답했다. 나중에 밥은 자녀를 가질 수 있다고 생각되는 젊은 기혼여성 채용에 대해 걱정하는 말을 비서에게 하였으며, 자녀가 있는 여성은 ‘속도가 빠른 사업 환경’과 맞지 않다고 생각했다. 면접 일주일 후에, 패트리샤는 채용에서 탈락했다는 통지를 받았다.

패트리샤는 자신이 자격이 충분히 되며 면접관의 질문이 성별 편견을 반영했다고 판단하여 EEOC에 성차별 구제를 신청하였다. 조사관은 패트리샤를 탈락시킨 후에 사용자가 그 직무를 재공고 한 것을 밝혀냈다. 사용자는 첫 번째 단계에서 지원자들의 경력 수준이 충분하지 않았기 때문에 재공고 하였다고 말했다. 그러나, 조사관은 패트리샤가 그 직무의 자격요건을 쉽게 충족하며 마케팅 보조로 최근에 채용된 다른 이들 보다 많은 경력이 있음을 입증했다. 그런 맥락에서, 조사관은 첫 번째 채용에서 패트리샤를 탈락시킨 것은 시민권법 제7장에 반하는 성별 고정관념 때문이라고 하였다.

#### 복합 동기mixed-motives 사례

신청인의 성별이 해당 고용상 결정의 한 동기가 되었다면 합법적인 사업상 이유도 같이 있었을지라도 사용은 시민권법 제7장을 위반한 것이다. 그러나 사용자가 차별적 동기가 없었더라도 동일한 조치를 취했을 것임을 입증한 경우에는 구제신청자에게 원직복직, 소급임금 또는 손해배상의 권리가 인정되지 않는다.

#### 사례 3

### 위법한 고정관념과 합법적인 사업상 이유가 모두 동기가 되어 행한 결정

위의 사례에서 사용자가 재공고를 하지 않고 패트리샤가 참가했던 면접에서 톰을 채용했다고 가정해보자. 또한 톰의 경력이 더 좋고 톰과 패트리샤가 비슷한 자격을 갖고 있었지만 사용자가 동점인 상태를 깨는 요소로 관련 경력을 지속적으로 활용했다. 조사관은 패트리샤를 채용하지 않은 결정의 동기가 성별을 이유로 하여 시민권법 제7장에 위반한다고 결정하고, 패트리샤와 다른 지원자들 면접 당시에 밥의 질문이 자격요건이 아니라 돌봄책임에 집중된 것을 증거로 하였다. 그러나, 사용자는 차별적 동기가 없었더라도 톰의 경력이 더 좋았기 때문에 톰을 선발했을 것이다. 따라서, 패트리샤는 변호사 또는 가처분 구제를 청구할 수 있지만, 취업, 소급입급, 보상적 또는 징벌적 손해배상을 청구할 수는 없다.

### 여성 돌봄제공자의 업무수행에 대한 추정

실제로 돌봄제공 책임을 맡기 시작하거나 여성노동자가 임신한 후에 고정관념이 효과가 강화될 수 있다. 예를 들어, 자녀가 있는 여성노동자는 장시간 노동을 하지 않을 것이거나 할 수 없거나 자녀를 갖기 전에 비해서 업무 집중도가 낮아질 것이라는 고정관념에 근거한 추정을 한다. 그러한 고정관념에 기반해서, 일부 사용자들은 여성 돌봄제공자의 고용 기회를 박탈해버리는데, 노동과 가정의 균형을 유지할 것이라는 추정 때문이다. 또한 사용자는 ‘전업주부’로서 단시간 근로 또는 유연근로 시간을 선택하는 여성 돌봄제공자는 전일제 노동자에 비하여 업무 집중도가 낮을 것이라는 고정관념을 가질 수 있다. 특정 근로자의 업무성과 보다는 그러한 성별 추정이나 추측에 기반한 불리한 고용상 결정은 시민권법 제7장에 반한다.

#### 사례 4 업무성과에 대한 위법한 성별 추정

안줄리는 경찰관인데, 시경찰국에서 첫 4년 동안에 매우 우수한 성과평가를 받았고 고속 승진을 하였다. 그러나 5년차에 자녀 입양휴가에서 복귀한 후에, 그녀의 상관은 유이를 돌보면서 어떻게 업무량을 최대로 유지할 것인지 자주 물어보았다. 안줄리는 그전과 같은 시간으로 계속 일했고 입양하기 전에 했던 정도로 사건을 마무리 하였지만, 그녀의 상사는 다른 상관들 중에는 자녀있는 여성이 없었다고 하면서, 안줄리를 중요한 사건에서 배제하여 보통은 신입 수사관들이 처리하는 사소하고 일상적인 사건을 배정하겠다고 지적하였다. 이는 자녀있는 여성 노동자에 대한 성별 고정관념 때문에 안줄리를 불리하게 처우함으로써 시정부가 시민권법 제7장을 위반한 것이다.

#### 사례 5 유연근무제 선택을 이유로 하는 위법한 고정관념

에밀리는 대학의 수학과 조교수로 7년간 근무하였는데, 정년보장에서 탈락한 것은 자신의 성별 때문이라고 주장하면서 차별구제를 신청하였다. 대학은 노동자가 불이익이 없이 1년간 휴직할 수 있는 유연근무제를 실시하고 있었다. 그 휴직 이전에, 에밀리는 최상의 성과평가를 받았고, 전공 영역에서 높이 인정받는 세권의 단행본을 출판했다. 휴직에서 복귀한 후에, 에밀리는 돌봄제공자가 아니거나 그 휴직을 사용하지 않은 자신의 동료에 비해 더 높은 평가기준의 적용을 받았다고 생각했는데, 그것은 휴직에서 복귀한 후에 학과장이 그녀에게 준 가장 낮은 업무평가에 반영되어 있다고 하였다. 에밀리는 정년보장직 승진에 지원했지만 학과장이 탈락시켰다. 그 학과장은 경력중단 기간을 갖는 여성 교원들을 비난한 전력이 있었고, ‘저 여자도 다른 여자들과 똑같아. 가족들 돌보려고 자기를 좋으데로 왔다 갔다할 수 있다고 생각해’ 라고 말했다고 들었다. 대학 측은 에밀리가 정년보장직의 자격요건을 인정하지만, 그녀가 탈락한 것은 업무수행을 거부했기 때문이라고 주장했다. 그러나 조사에 따르면, 에밀리의 복직 이후 업무성과와 강의평가는 휴직하기 이전 업무성과와 비슷한 수준이었다. 또한 대학 측은 에밀리의 업무평가에서 그 탈락을 정당화 하는 어떤 구체적인 흠결을 제시하지 못했다. 그런 맥락에서 조사관은 에밀 리가 성별 때문에 정년보장직에서 탈락했다고 결정하였다.

추정이나 고정관념이 아니라, 노동자의 실제 업무성과에 기초한 고용상 결정은 시민권법 제7장 위반이 아닌데, 노동자의 불충분한 업무성과가 돌봄제공 때문이라고 해도 그러하다.

**사례 6**  
**실제 업무성과에 근거한 합법적인 고용상 결정**

칼라는 법무법인의 수습변호사로 출산휴가에서 복귀하였는데 육아의 어려움 때문에 자주 결근하였고 몇 번의 중요한 마감일을 지키지 못하였다. 그로 인해, 회사는 주요 고객을 잃었고, 칼라는 업무수행에 관한 서면 경고를 받았다. 칼라의 육아부담은 계속되었고 여러 중요한 프로젝트 마감일을 지키지 못했다. 칼라가 서면 경고를 받은 2개월 후에 회사는 그녀를 다른 부서로 발령하였는데, 아주 중요한 사건에서 배제되는 것이긴 하지만 시간 제약이 거의 없는 일을 하는 것이었다. 칼라는 성차별을 주장하며 구제신청을 하였다. 조사관은 칼라가 다른 노동자와 유사하게 처우되었다고 밝혔다. 즉, 아주 중요한 프로젝트에서 마감일을 지키지 못하였거나 합리적인 기간 내에, 개선하지 못하고 업무를 제대로 수행하지 못한 다른 노동자들, 남성과 여성을 모두 포함하여 그들과 유사하게 처우되었다고 하였다.

**‘배려’ 라는 고정관념**

사용자는 성별 고정관념에 기초한 불리한 어떤 고용상 결정이 노동자에게 이익이 된다고 인식하거나 의도한다. 예를 들어, 자녀있는 여성노동자는 다른 도시로 전출을 원하지 않는다고 추측하는 것인데, 그 전출이 승진을 의미할 때조차도 그럴 것으로 추측해버린다. 물론, 성별 고정관념에 근거한 불리한 조치는 시민권법 제7장 위반인데, 사용자가 고의없이 행한 것이라도 그러하다.

**사례 7**  
**배려가 이유라도 위법한 고정관념**

론다는 중간규모 회계법인의 회계사인데, 조카들의 후견인이 되었고 그들과 같이 살게 되어서 이사를 위해서 몇일 휴가가 필요하다고 상사에게 말했다. 상사는 업무부담이 많은 직무와 새로운 가족 돌봄 사이에 균형을 유지할 수 없을 것이란 걱정을 표시했고, 론다가 스트레스와 탈진으로 힘들 것이라고 걱정했다. 2주 후에 상사는 회사의 가장 큰 3개 고객사 회계에서 론다를 배제하고 몇몇 작은 기업의 회계를 다루는 지원 역할을 배정하였다. 그렇게 하면서, 상사는 론다에게 ‘새로운 가족과 더 많은 시간을 보낼 수 있도록’ 배정한 것이라고 말했다. 론다가 추가로 휴가를 요청하지 않았고 시한에 맞춰서 충분한 방식으로 업무를 완료했음에도 불구하고 그렇게 하였다. 그해 말에, 론다는 근무한지 7년만에 처음으로 회사를 그만 두는데, 많은 다른 동료들은 임금이 인상되었는데 론다는 임금이 인상되지 않았기 때문이다. 론다가 그 이유를 요구했을 때, 회사는 임금인상을 원하면 더 큰 고객사의 회계를 다룰 수 있어야 한다는 얘기를 들었다. 여기에서, 사용자는 위법한 성차별 행위를 한 것인데, 돌봄책임이 있는 여성에 대한 고정관념에 근거해서 여성노동자에게 불리한 조치를 한 것이다. 비록 사용자는 노동자에게 최선의 이익이 되는 것으로 생각했다 해도 마찬가지이다.

일부 상황에서, 사용자는 노동자가 반대하는 것을 인지하고서도 여성 또는 남성이 어떠한 해야 한다는 자신의 고정관념에 따라 위법한 부담을 여성 노동자에게 부과하는 조치를 한다. 따라서, 관리감독자가 자녀있는 여성노동자는 전일제로 일하면 안된다고 생각한다면, 노동시간이 실질적으로 증가하게 되는 승진에서 자녀있는 여성노동자를 배제할 것이다. 해당 여성노동자가 그러한 승진을 수용할 것이라고 분명히 밝혔다 해도 말이다.

**사례 8**  
**엄마 역할에 대한 고정관념에 기초한 승진 탈락**

선은 데이터 서비스 회사의 중간급 관리자인데, 새로 만들어진 고위 경영직으로 승진에 지원하였다. 승진을 위한 면접에서, 선발 임원이던 찰리는 그전에는 선을 만난 적이 없었는데, 그녀에게 육아책임에 대해 질문하였다. 선은 2명의 10대 자녀가 있으며 자신의 집이 있는 뉴욕과 회사가 있는 북버지니아 사이를 매주 출퇴근한다고 하였다. 찰리는 ‘집에서 그렇게 멀리 있고 주말을 제외하고 평일에는 가족을 돌보지 않는 사실’을 남편이 어떻게 받아들이냐고 질문하였다. 선은 남편과 아이들이 ‘성공적인 가정’을 위해서 ‘서로 돕는다’고 설명하였지만, 찰리는 ‘어떤 남자가 평일에 집에서 멀리 떨어져 있는 자신의 아내를 허용하는 이유를 이해하기 매우 어렵다’고 대답했다. 선은 승진에서 탈락한 후에, 성차별을 이유로 EEOC에 구제신청을 하였다. 사용자에 따르면, 선과 다른 한 지원자를 승진 대상으로 고려했고, 두 사람 모두 자격이 충분했지만, 선을 선발하지 않았는데, 엄마가 집에서 멀리 떨어져서 일하는 것은 선의 자녀들에게 공정하지 않다고 생각했기 때문이라고 하였다. 그런 맥락에서, 조사관은 선의 승진 탈락은 위법한 성차별이 이유이며, 특히, 자녀가 있는 여성은 평일 동안에 집에서 떨어져 살면 안된다는 고정관념에 따른 결정이었다고 하였다.

다.

#### 4. 노무 수행의 주관적 수인에 관한 고정관념의 효과

여성노동자가 일과 돌봄제공 책임 사이에 어떻게 균형을 잡는가 하는 추정에 더하여, 돌봄제공자의 고정관념은 노동자의 일반적 능력에 관한 인식에 더 영향을 준다. 여성 노동자가 자녀가 있는 경우에, 사용자는 그 여성이 자녀가 없는 여성 노동자 또는 남성 노동자에 비하여 능력이 낮을 것으로 인식한다. 그 남성 노동자가 자녀가 있는지 여부는 상관하지 않는다. 이러한 성별 고정관념은 자녀 있는 여성 노동자를 ‘이중구속double bind’의 상태에 두는 것인데, 사용자는 그 여성 노동자를 자신의 직업에 시간과 자원을 투자하는 ‘나쁜 엄마’ 이면서 가정을 신경쓰고 시간을 쏟는 ‘나쁜 노동자’ 로 동시에 간주한다. 특히 이중구속은 단시간으로 노동하는 여성 노동자들에게 심각하다. 동료 노동자들은 자녀있는 단시간 여성노동자를 업무에 집중하지 못한다고 여기면서도 전일제 여성 노동자는 무심한 엄마라고 여긴다. 단시간 남성 노동자는 또 다른 고정관념으로 인해 그 유사한 상처를 받는다.

조사관은 노동자의 전반적인 업무능력에 대한 사용자의 평가에 영향이 있는 경우가 일과 돌봄 책임 사이 균형 유지에 대한 추정을 초래한 경우 보다 성별 고정관념을 인식하기가 더 어렵다는 것을 알아야 한다. 그러한 고정관념은 무의식적인 고정관념에 기초할 수 있는데, 특히 임원이 주관적 의사결정에 참여한 경우에 그렇다. 성별 고정관념 형태에 대해서, 남성 돌봄제공자에 대한 더 유리한 처우를 입증하는 비교증거는 더 중요하지만 법률 위반행위 확정의 필수요소는 아니다. 조사관은 특히 다음과 같은 증거에 유념해야 한다.

- 노동자의 실제 성과와 관련이 없이, 노동자가 임신 또는 돌봄 책임을 맡게 된 이후에, 발생한 업무평가의 변경;
- 구체적이고 객관적인 기준이 없는 주관적 평가; 그리고
- 차별금지 사유로 쉽게 설명되지 않는 업무배정과 직무

#### 사례 9 근로자에 대한 사용자의 고정관념 영향

바바라는 대규모 홍보회사에서 상당히 성공한 마케팅 임원인데, 최근에 2명의 어린 손주를 돌보게 되었다. 한달에 두 번, 바바라와 그 동료는 오전 9시 기업 매출회의에 참석해야 했다. 지난달, 바바라는 그 회의에 몇분 지각하였다. 바바라는 그 지각이 눈에 띌 정도는 아니라고 생각했는데, 그녀의 동료 짐은 그 회의에 정기적으로 지각했기 때문이다. 그러나 바바라가 지각한 것에 대해 상사인 수잔은 심하게 비난하였고, 업무 일지를 매일 매일 작성하라고 지시하였다.

다음달에, 수잔은 마케팅 임원 중에 한명이 부사장으로 승진된다고 발표하였고, 수잔은 짐을 선발하였다. 이에 대해 바바라는 자신의 승진탈락은 성별 때문이라는 차별구제 신청을 하였다. 수잔은 다른 후보자들에 비해서 더 ‘신뢰할 수 있고, 믿을 만하며 업무에 헌신’ 할 것으로 생각했기 때문에 짐을 선발했다고 하였다. 수잔은 조사관에게 말하길, 바바라가 짐보다 업무성고가 더 좋다는 것은 인정하지만, 기업 매출회의에 지각하는 사람을 승진시킬 수 없었으며, 그것이 자녀돌봄 때문이라 하여도 마찬가지라고 하였다. 다른 근로자들은 바바라는 단 한번 회의에 지각했지만, 짐은 여러번 지각했다고 진술하였다. 이에 대하여, 수잔은 짐이 몇 번이나 지각했는지 기억나지 않지만, 그렇다 해도 짐이 더 믿을만하다고 생각한다고 하였다. 조사관은 몇가지 더 구체적인 사항을 질문했지만, 수잔은 자신의 판단은 수년간 바바라와 짐과 같이 일한 경험에 따른 것이라고만 했다. 그런 맥락에서, 조사관은 바바라의 승진 탈락은 성별에 따른 것이었다고 결정하였다.

#### 사례 10 차별금지에 기초한 주관적 의사결정

2명의 초등학교 자녀가 있는 시몬은 중소기업에서 기자직에서 해고된 후에 성차별을 주장하며 EEOC에 구제신청을 하였다. 사용자는 회사의 수입이 감소하면서 인력감축이 필요했고 그 조치로 시몬이 해고되었다고 주장했다. 사용자는 시몬의 관리감독자인 알렉스가 같은 부서의 정리해고 대상인 2명의 다른 기자들과 시몬을 비교했다고 진술하였다. 알렉스에 따르면, 조셀린(성인 자녀가 있는 연장자 여성)이 시몬 보다 더 우수하다고 하였는데, 조셀린의 업무는 편집과 감독이 덜 필요했고, 그 부서에서 경력이 가장 많기 때문이라고 하였다. 알렉스는 시몬 보다 루이스(자녀가 없는 젊은 남성)가 더 낫다고 하였는데, 그는 전국적

으로 게재된 여러 기사를 썼고 청년 리더쉽과 광고 수입을 높이는 새로운 제안을 만들어서 우수한 창의성과 적극성을 보여주었기 때문이라고 하였다. 알렉스는 시몬의 업무능력을 인정하지만 조셀린과 루이스가 그 부서에서 갖고 있는 독특한 재능이 없었다고 하였다. 그 조사에서 알렉스가 제시한 이유들이 성차별에 대한 핑계라는 것이 입증되지 못했고, 조사관은 시몬이 성차별을 당했다고 결정하지 않았다.

**B. 임신 차별**

사용자는 업무집중이나 특정한 육체적 업무 수행능력에 대한 선입견으로 임신 노동자를 간주함으로써 시민권법 제7장을 위반할 수 있다. 연방대법원에 따르면, ‘남성 노동자와 같은 직무를 수행할 수 있는 여성 노동자는 육아와 업무 중에 선택을 강요받아선 안된다.’ 시민권법 제7장의 성차별 금지는 임신을 이유로 하는 어떤 고용상 결정도 금지하며, 그것은 사용자가 전반적으로 여성을 차별하지 않은 경우라도 그러하다. 성별 고정관념으로, 시민권법 제7장은 근로자의 직무수행에 미치는 임신의 영향에 대한 고정관념을 어떤 고용상 결정의 근거로 삼는 것을 금지하는데, 사용자가 고의로 행위했는지 또는 근로자의 이익을 위한 행위로 믿었는지 여부와 관계없이 그러하다.

시민권법 제7장은 임신을 이유로 하는 차별을 금지하므로, 사용자는 임신과 관련한 질문을 해선 안된다. 전반적으로 EEOC는 임신에 관한 질문을 임신차별의 증거로 간주하는데, 그 후에 사용자가 임신 노동자에게 영향이 있는 직무상 불이익한 결정을 한 경우에 그러하다. 또한 사용자는 임신여부 조사가 건강진단의 활용을 제한하는 장애차별금지법(ADA)에 관련된다는 것을 알고 있어야 한다. 시민권법 제7장과 장애차별금지법 적용 가능성을 고려하여, EEOC는 사용자가 임신 관련한 질문을 하거나 임신 검사를 실시하지 못하도록 강력히 규제한다. 또한 사용자는 임신으로 인해 일시적으로 업무의 일부를 수행하지 못하는 임신 노동자를 임신 이외 사유로 그와 유사하게 업무의 일부 수행이 불가능해진 노동자들에 비하여 불이익하게 처우해서 안된다. 예를 들어, 사용자가 노동자의 일시적인 건강상태에 대해 8주의 유급휴가를 인정한다면, 임신 또는 임신 관련 건강상태에 대해서도 8주의 유급휴가를 부여해야 한다.

시민권법 제7장의 임신차별에 대한 더 자세한 내용은 시행령 29 CFR Part 1604 부칙(1978) ‘임신차별금지법 질의 응답’ 참조.

**사례 11  
임신에 근거한 위법한 고정관념**

안나는 건강관리 단체의 의무기록사인데, 임신 5개월인 상태에서 임신 관련 질병으로 2일 결근하였다. 다시 업무에 복귀하였을 때, 안나의 관리감독자 톰은 그녀를 사무실로 불러서 그녀의 ‘몸상태에 뭔가 있는 것 같다’ 하고 그녀가 ‘출근하는 것이 심각한 문제가 될 수 있다’ 고 하였다. 안나는 2일만 결근했을 뿐이며, 의사가 가벼운 질환이며 관련 합병증은 발견하지 못했다고 말해주었다. 그러나 톰은 “그래, 지금 당신은 임신 중이고, 아마 몇일씩 결근할걸. 우리는 믿을만한 사람이 필요해” 라고 대답했다. 톰은 안나에게 무급휴가를 부여하면서, 출산하고 회복한 다음에 복귀할 수 있으며, “지금은 일하지 않는 것이 최선” 이라고 말했다. 안나가 임신차별 구제를 EEOC에 신청한 것에 대하여, 사용자는 안나에게 무급휴가를 부여한 것은 출근율이 안좋았기 때문이라고 하였다. 그러나 그 조사에서 무급휴가 이전에 안나의 출근률은 매우 우수했음이 밝혀졌다. 전년도에 그녀는 질병으로 단 3일만 결근했는데, 임신 관련 질병에 따른 2일을 포함하여 임신 전에 아팠던 1일이었다. 조사관은 임신한 여성노동자는 출근율이 나쁠 것이거나 업무의 기준을 충족할 수 없을거라는 고정관념에 근거해서 행위함으로써 시민권법 제7장이 금지하는 성차별 행위를 하였다고 결정하였다.

**사례 12  
업무 조정에 대한 위법한 거절**

잉그리드는 주류회사에 근무하는 기계 기사로 임신 중인데, 얼마간은 20파운드 이상 들지 말라는 의사의 진단을 받았다. 기계 기사는 하루에도 몇 번씩 운용하는 기계에서 20파운드 이상 되는 무게의 자재를 옮기는 작업도 포함 한다. 잉그리드는 임신로 그 작업 배정을 제외해 줄 수 있는지 관리감독자에게 문의하였다.

관리감독자는 운반 작업을 할 수 없는 기간 동안 임시로 다른 저임금 직무로 전출시킬 수밖에 없다고 하면서 거절하였다. 잉그리드는 그러한 전출을 수용하지 않고 EEOC에 성차별 구제를 신청하였다. 조사관은 그 이전 6개월 동안 사용자는 다른 세명의 기사들에게 운반 작업을 조정해주었는데, 자동차 사고로 팔을 다친 남성과 탈장 치료를 위해 수술한 여성이 포함되어 있었다. 그런 맥락에서 조사관은 사용자가 잉그리드를 성별(예를 들어, 임신)을 이유로 차별하였다고 결정하였다.

### C. 남성 돌봄제공자에 대한 차별

연방대법원은 성별 고정관념이 남성 노동자에 대한 인식에도 영향을 준다고 하였다. ‘여성의 가정 내 역할에 대한 고정관념은 같은 선상의 고정관념, 즉, 남성의 가정내 책임 부재로 강화된다. 이들 상호 공고히 하는 고정관념은 차별의 자기충족 순환을 만들었다.’ ‘생계부양자’로서 남성이라는 고정관념은 단시간으로 일하는 남자는 좋은 아버지가 아니라는 인식으로 이어지는데, 그가 자녀를 돌본다고 해도 마찬가지다. 따라서 일하는 여성은 성별 고정관념에 따른 부담을 부담하지만, 일하는 아버지와 다른 남성 돌봄제공자에 대한 위법한 추정으로 인해 남성 노동자는 일하는 여성 노동자에 제공되는 혜택을 받지 못하고, 1차 돌봄제공자인 남성은 괴롭힘을 당하거나 불리한 처우를 받기도 한다. 예를 들어, 일부 사용자는 여성 노동자의 경우와 달리 남성 노동자가 신청하는 육아휴직을 배제한다. 차별적 처우 결정 방식에 대한 더 많은 정보는 앞서 기술한 II. A. 1을 참조. ‘여성 돌봄제공자에 대한 성별에 기초한 차별적 처우-증거 분석’

#### 사례 13

##### 사용자가 성별 고정관념을 이유로 남성노동자에게 혜택 부여를 거부하는 위법한 행위

에릭은 초등학교 교사인데 새로 태어난 아들을 돌보기 위해 다음 년도에 무급휴가를 신청하였다. 학교는 신생아 돌봄을 포함하여 다양한 개인적 사유에 대해 1년까지 무급휴가를 허용하는 단체협약이 있는데, 인사관리자는 에릭의 신청을 거부하였다. 여성은 육아휴직이 가능하다는 것을 에릭이 지적하자, 인사관리자는 ‘그것은 다르다. 우리는 여성에게만 육아휴직을 주어야한다’고 말하였다. 그 대신 에릭은 무급의 긴급휴가를 신청할 수 있는데, 90일까지만 가능하다고 하였다. 이것은 시민권법 제7장 위반이다. 임신과 관계없이 여성 노동자에게 부여하는 형태의 휴가를 남성 노동자한테는 부인하기 때문이다.

#### 사례 14

##### 사용자가 성별을 이유로 남성 노동자에게 단시간 직무 배정을 부인하는 위법한 행위

테일러는 통신회사의 서비스 기사인데, 부인이 직장에 복귀하면서 2살 딸을 돌보기 위해 단시간 직무로 재배정을 요구하였다. 그러나 테일러의 관리감독자는 그 요구를 거부하면서, 부서에 단시간 직무는 하나만 가능한데 그것은 여성 기사가 필요한 경우를 대비한 것이라고 말하였다. 또한 단시간 직무에 공석이 하나 더 생겨야만 테일러가 단시간 직무로 배정될 수 있다고 하였다. 2개월 후에 추가로 공석이 생기지 않았고 테일러는 EEOC에 성차별 구제신청을 하였다. 그런 맥락에서 사용자는 테일러에게 단시간 직무 배정을 거부함으로써 성별을 이유로 차별한 것이다.

### D. 유색인 여성 차별

성차별에 더해서, 유색인 또는 출신국적은 돌봄제공자인 유색인 여성이 직면하는 또다른 고용 장벽이 될 수 있다. 예를 들어, 라틴계 여성노동자는 자녀있는 여성 노동자 또는 임신 노동자에 대한 관리감독자의 고정관념과 또한 라틴계에 대한 일반적인 적대감에 근거한 차별의 대상이 될 수 있다. 또한 유색인 여성은 교차차별intersectional discrimination의 대상이 될 수 있는데, 특히, 모든 여성에 대한 것이기 보다는 특정한 인종 또는 민족 출신 여성을 구체적인 대상으로 하는 것으로, 예를 들어, 백인여성보다 아프리카계 미국인 여성 노동자를 불이익하게 처우하는 것으로 이어질 수 있다.

**사례 15**  
**인종을 이유로 보상휴가를 부인하는 위법한 행위**

마가렛은 시정부의 공원 및 여가 부서에 근무하는 아프리카계 미국인으로 EEOC에 차별 구제 신청을 하였는데, 인종을 이유로 보상휴가 사용 권한이 부인되었다고 주장하였다. 관리감독자인 사라에게 아이들보미를 구하지 못하는 경우에 자녀를 돌보는 것과 같이 개인적 용무를 처리하기 위하여 통상 근로시간 동안 때때로 결근할 수 있는 보상휴가 사용을 신청하였다. 사라는 그 신청을 거부하였는데, 마가렛의 직무는 시간이 고정되어 있고 공식적인 휴가에 따른 결근만 허용된다고 설명하였다. 조사에 따르면, 시정부는 공식적인 보상휴가 정책이 없으며, 마가렛과 같은 직무의 여러 백인 근로자들은 육아를 이유로 하는 보상휴가 사용이 허용되었음이 밝혀졌다. 그 이유를 질문했을 때, 사라는 단지 그 노동자들의 상황이 ‘달랐다’ 고만 대답했다. 또한 조사에서 백인 노동자들은 보상휴가가 허용된 반면에 아프리카계 미국인 노동자는 그렇지 않았음이 밝혀졌다. 그런 맥락에서 조사관은 인종을 이유로 그 보상휴가 사용이 위법하게 부인되어싸고 결정하였다.

**사례 15**  
**성별과 출신국적을 이유로 한 위법한 괴롭힘과 업무배정**

크리스티나는 멕시코계 미국인으로, EEOC에 차별구제 신청을 하였는데 출신국적과 임신을 이유로 한 차별을 당했다고 주장했다. 크리스티나는 대형 체인점 식당에서 임신 4개월이 되어 주방직으로 전환되기 전까지 서빙 종업원으로 근무하였다. 크리스티나의 관리감독자 중의 한명은 사업장에서 멕시코인들이 불법 입국하여 미국인의 일자리를 뺏는다는 언급을 정기적으로 하는 사람이었다. 그는 크리스티나가 임신한 후에 크리스티나를 지목하면서 그런 언급을 하였고, 멕시코인들은 가족이 너무 많고, 멕시코인들이 미국에 와서 세금을 ‘훔치고’ 그들에게 세금을 사용하는 것은 불공정하다고 말하였다. 크리스티나를 주방직에 배정하면서, 임신한 사람이 음식을 서빙하면 고객들의 식욕이 떨어질 것으로 생각했다고 설명했다. 그런 맥락에서, 모든 증거들이 크리스티나가 성별(임신)과 출신국적을 이유로 차별 당했다는 것을 보여준다.

**E. 장애차별금지법 하에서 돌봄제공자에 대한 위법한 고정관념**

**사례 17**  
**장애인과 연관된 위법한 고정관념**

사용자가 컴퓨터 프로그래머 직무 지원자들 인터뷰를 하고 그 지원자 중에 한명인 아놀드가 적임자라고 결정하였다. 그러나 사용자는 아놀드 채용을 주저하였는데, 인터뷰 과정에서 그가 이혼하였고 장애가 있는 아들의 유일한 양육권자임을 알았기 때문이다. 사용자는 장애인에 대한 아놀드의 돌봄책임은 그의 출근과 업무수행에 부정적 영향을 줄 것으로 결론 짓고, 두 번째로 자격조건이 되는 프레드를 채용하였다. 아놀드에게는 돌봄책임에 변화가 생기면 다음 기회에 지원하라고 권유했다. 그런 맥락에서, 사용자가 장애인과 관련을 이유로 아놀드 채용을 거절한 것은 장애차별금지법을 위반한 것이다.

**F. 적대적 업무환경**

돌봄책임 있는 노동자가 인종, 성별(임신 포함), 장애인과 관련, 법률이 보호하는 특성을 이유로 공격적인 표현 또는 기타 괴롭힘의 대상이 되고, 그 행위가 심각하고 만연한 적대적 업무환경을 만들 정도이면, 사용자가 법적 책임을 질 수 있다. 고용차별금지 법률이 금지하는 다른 괴롭힘 형태에 적용되는 동일한 법적 기준이 돌봄제공자 또는 임신 노동자를 대상으로 하는 위법한 괴롭힘 행위에도 적용된다.

사용자는 사업장에서 돌봄제공자 또는 임신 노동자를 대상으로 하는 괴롭힘 방지 조치를 해야 하고 그러한 행위가 발생한 경우에는 신속하게 교정해야 한다. 결국, 그러한 괴롭힘을 당한 노동자는 사용자의 이의제기 절차에 따르거나 그 행위에 대해 사용자에게 고지해야 하며, 사용자는 사안에 대한 조사와 적절한 조치를 취할 수 있다. 괴롭힘 청구에 관한 더 많은 정보는 EEOC Policy Guidance on Current Issues of Sexual Harrassment(Mar 19.1990)와 Enforcement Vicarious Employer Liability for

**사례 18**

**모성에 대한 고정관념에 기초한 적대적 업무환경**

야엘은 건설현장의 관리감독자로 출산휴가 후에 업무에 복귀한 후에 그녀의 관리감독자 로셀은 점심시간에 야엘이 어린이집에 가서 수유할 수 있도록 허용하면서 ‘지금 당신은 엄마야. 그전과 동일하게 업무에 집중하지 않을걸. 그래서 내가 아이를 갖지 않는 이유지. 관리감독자인 거는 다시 생각해야 할거야’ 라고 말했다. 그러면서 야엘이 점심시간에 외출했다가 복귀하는 시간을 조사하고 감시하기 시작했고, 몇분이라도 늦으면 심하게 질책하였다. 점심시간에 현장을 나가는 다른 노동자들은 그렇게 감시하지 않았다. 로셀은 야엘에게 또 출산하면 ‘경력과는 작별’ 할 수도 있으며, 좋은 엄마이면서 동시에 좋은 관리감독자가 되는 것은 모든 여성에게 불가능 했다고 말했다. 야엘은 로셀의 행태에 심하게 마음이 상했고 관련 사실을 더 고위 경영진에게 보고하였다. 그러나 사용자는 어떠한 조치도 하지 않기로 하면서, 야엘이 단지 ‘성격차이’ 로 인한 충돌 문제를 제기한 것이고 그런 사적인 문제에 개입하지 않는다고 하였다. 로셀의 행태가 몇 달간 더 계속되자, 야엘은 EEOC에 자신이 성을 이유로 한 괴롭힘을 당했다고 주장하는 구제신청을 하였다. 그런 맥락에서, 조사관은 야엘이 성별에 기초한 적대적 업무환경의 대상이며, 사용자가 법적책임이 있다고 결정하였다.

**사례 19**

**임신에 근거한 적대적 업무환경**

라모나는 컴퓨터 소프트웨어 기업에서 임신할 때까지 5년 동안 회계직원으로 근무했다. 그때까지 라모나는 ‘최우수 성과자’ 였고 여러 차례의 승진과 유리한 평가를 받았다. 라모나의 임신 기간 동안 그녀의 관리감독자 헨리는 임신 관련한 언급을 자주하였는데, ‘꼭 풍선 같네.’ ‘여기서 뒤통거리지 좀 마.’ ‘임신한 노동자들은 회사의 최종 결산을 까먹는다.’ 같은 것들이다. 또한 헨리는 라모나를 다른 회계직원과 다르게 처우했는데, 예를 들어, 진료 예약 서류와 사전 고지를 요구하는 식이었다. 라모나가 임신하기 전에는 진료를 위해 휴가를 사용하는 다른 노동자들에게 그러한 요구를 하지 않았다.

라모나가 출산휴가에서 복귀한 후에도 헨리는 계속 그녀를 다른 노동자와 달리 처우했다. 예를 들어, 라모나의 출산휴가 직후에, 라모나의 동료들에게 오후 휴가를 허용하여 박람회 참석할 수 있도록 하였다. 그 박람회 참석은 라모나의 작업량도 포함하여 회계업무 수행에 대한 ‘보상’ 차원에서 허용된 것이었다. 그러나 헨리는 라모나만 사무실에 남아서 전화를 받으라고 지시했다. 또 다른 경우로, 라모나는 어린이집에서 아들을 픽업하기 위해 좀 일찍 퇴근할 수 있도록 근무시간 조정을 헨리에게 신청하였으나, 헨리는 별다른 설명없이 그 신청을 거부하였는데, 다른 노동자들의 근무시간 조정 신청은 그 사유가 무엇이든 자유롭게 허용하였다. 또한 헨리는 주기적으로 임신 관련한 언급을 라모나에게 계속하였다. 예를 들어, 라모나가 출산휴가에서 복귀한 다음에 라모나와 헨리가 동료 노동자의 임신에 관해 얘기하게 되었는데, 헨리는 라모나에게 ‘네가 다시 임신한 줄 알았다.’ ‘지난번처럼 우리가 너의 일을 대신해야 하는 줄 알았다.’ 라고 비꼬았다.

라모나는 헨리의 행태에 관해 인사관리자에게 이의를 제기하였지만 그는 근무시간 조정은 관리자의 재량권 사항이며 어느 편도 들고 싶지 않다고 말하였다. 헨리의 행태가 몇 달간 계속 되자, 라모나는 EEOC에 차별 구제 신청을 하였는데 임신과 출산휴가를 이유로 하는 적대적 업무환경의 대상이 되었다고 주장하였다. 라모나는 임신한 이후에 지속적인 괴롭힘을 당했다는 사실에 주목하여, 조사관은 라모나가 임신을 이유로 하는 적대적 업무환경의 대상이었으며 사용자가 법적책임이 있다고 결정하였다.

**사례 20**

**장애인 관련에 기초한 적대적 업무 환경**

마틴은 백화점의 현장 관리감독자로 수년 동안 자신의 관리감독자인 아담과 좋은 관계를 유지했다. 그러나 마틴의 부인이 심각한 다발성 경화증 상태임을 아담이 알고 난 직후부터 그들이 관계가 악화되었다. 마틴은 항상 업무평가가 좋았지만, 아담은 마틴이 그 부인을 돌보아야 하기 때문에 업무를 완수하지 못할 것이라는 걱정을 자주 표현하였다. 아담은 마틴을 팀프로젝트에서 제외하면서, 마틴이 ‘부인의 치료 문제를 걱정하느라’ 그 프로젝트에서 자기 업무를 완수하지 못할 것으로 동료들이 생각한다고 말했다. 아담은 비현실적인 기한을 정해서 마틴에게 프로젝트를 배정했고 동료들이 있는 앞에서 예정된 마감일 준수에 관하여 마틴을 비난했다. 또한 다른 노동자들에게 적용되지 않는 회사의 정책에 따르면 요구하기 시작했는데, 긴박한 경우를 제외하고 휴가를 최소한 일주일 전에 신청하라는 식이었다. 아담의 그런 행태에 대해 마틴은 여러 차례 상급 경영진에게 이의제기를 했지만, 사용자는 아무런 조치도 하지 않았다. 마틴은 EEOC에 구제신청을 하였고, 조사관은 마틴이 장애인 관련을 이유로 당한 괴롭힘에 대해 사용자가 책임이 있다고 결정했다.

### Ⅲ. 보복행위

사용자는 노동자가 위법한 차별행위에 반대한 것을 이유 보복행위를 해서는 안되는데, 자녀있는 여성노동자에 대한 성별 고정관념에 대해 사용자에게 이의제기를 하거나, EEOC의 구제절차에 참여하는 것, 예를 들어, 차별 구제신청을 하거나 구제신청을 한 다른 노동자를 위해 증언을 하는 것을 이유로 하는 것이다. 돌봄제공자 대상의 차별은 고용차별 금지 법률들에 위반될 수 있는데, 그러한 차별행위에 대해 이의제기한 노동자 대상의 보복행위도 마찬가지이다.

고용차별 금지 법률들 하에서 보복행위 금지 규정은 법률이 보호하는 행위를 포기하게 만들 것 같다고 합리적으로 판단될 수 있는 모든 형태의 보복행위로부터 개인을 보호한다. 돌봄제공자는 특히 위법한 보복행위에 취약할 수 있는데, 일과 가족부양 책임의 균형을 유지하는 과정에서 그들이 직면하는 어려움 때문이다. 자녀있는 여성 노동자가 장래에 EEOC 차별구제 신청을 포기하게 만들 수 있는 행위는 실질적인 돌봄제공 책임이 없는 이들에겐 그렇지 않을 수 있다. 2006년 판결에서 연방대법원이 언급 하였듯이, “근로자의 업무시간 변경은 많은 노동자들에게 거의 차이가 없을 수 있지만 취약 자녀가 있는 젊은 여성 노동자에겐 엄청나게 중요한 사안일 수 있다.” 따라서 고용차별 금지 법률들은 그러한 보복적인 업무시간 변경이나 자녀있는 여성노동자 또는 돌봄제공자가 법적으로 보호되는 행위를 포기하게 만든다고 합리적으로 볼 수 있는 모든 행위들을 금지한다.

## 제4절. 미국 Enforcement Guidance on Harris v. Forklift Sys. Inc.(EEOC-CVG-1994-5)

### <요지>

Harris v. Forklift Sys., Inc. NO.92-1168 slip op. (Nov.9, 1993)에서 대법원은 Title VII of the Civil Rights Act of 1964 (as amended, 42 U.S.C § § 2000e et seq.에 의한 적대적 환경의 성희롱을 주장하는 소의 원인을 확정하기 위해서 정신적 상해psychological injury를 증명해야 할 것인지를 판단했다. 대법원은 만장일치로 사업장workplace에 차별적으로 적대적이거나 모욕적인 작업 환경을 만들 정도로 가혹한 행태가 만연해있다면, 원고에게 정신적 상해가 초래됐는지 여부와 관계없이 Title VII는 위반된다고 결정했다. 대법원의 그 판결은 Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57, 40 EPD § 36,159(1986) 판결을 재확인하고, 적대적이고 환경적 성희롱에 대한 위원회의 현행 정책에 부합하는 것이다. 결론적으로, 위원회는 적대적이고 환경적인 사안에 대한 수사를 이전부터 해왔던 동일한 방식으로 계속할 것이다.

### <사실관계>

원고 Teresa Harris는 이전 사용자, 장비 대여 기업 Forklift Systems Inc. (“Forklift”)을 상대로 Forklift사가 성적으로 적대적인 작업환경을 조성했다고 주장하는 Title VII 소송을 제기하였다. Harris는 1985년 4월부터 1987년 10월까지 관리자로 Forklift사에서 근무했다.

이 사건은 Harris가 고용되었던 동안에, Forklift사 사장 Charles Hardy가 수차례에 걸쳐서 모욕적인 표현과 원치 않는 성적 농담을 Harris에게 하였다는 것을 확인한 치안판사Magistrate가 심리하였다. 특히, Hardy는 여러 차례, 원고와 다른 여성근로자들에게 자신의 바지 앞주머니에서 동전을 찾도록 요구하고, 원고와 다른 여성근로자의 복장에 대해, 성적 농담을 사용하여 언급하고, 그들 앞쪽 바닥에 던진 물건을 주우라고 요구하기도 하였다. 또 다른 경우로, Hardy는 다른 근로자들이 있는 앞에서, 원고에게, “이게 누구야 여자군” “너는 멍청한 여자야” “우리는 관리자로 남자가 필요해” 같은 말을 하였다. 또한, 고객을 포함하여, 다른 근로자들이 있는 앞에서, Harris의 승진을 협상하기 위해서는 홀리데이 여관에 가야 한다고 말한 적도 있다.

1987년 8월, Harris는 그런 행동이 모욕적이라고 Hardy에게 항의하였다. Hardy는 사과하고 그런 행동을 하지 않겠다고 약속했음에도 불구하고, 1987년 9월, 다른 근로자들이 있는 앞에서, Harris가 계약관계를 유지하기 위해서 어느 고객에게 성적 호의를 약속했다고 말했다. 그 직후에, Harris는 사직의사를 제출하고, Forklift사를 상대로 적대적인 성희롱 환경을 주장하며 Title VII 소송을 제기했다.

지방법원은 Harris가 성희롱 주장을 입증하지 못했다고 결정하고 사안을 기각했다. 그러나 법원은 “Hardy가 사업장에서 여성 근로자를 비하하는 천박한 자” 라고 인정했다. Harris v. Forklift Sys., Inc., 60 EPD § 42,070 (M.D.Tenn.1991). 법원은 또한 “그 같은 상황에서 Hardy의 언행은 합리적인 여성 관리자를 불쾌하게 했을 것” 이라고 하였다. 그럼에도, 법원은 그것만으로 성희롱 주장을 입증하기는 충분하지 않았다고 판결하였다. Rabidue v. Osceola Refining Co., 805 F.2d 611, 620, 41 EPD § 36,643 (6<sup>th</sup> Cir. 1996), cert. denied, 481 U.S. 1041 (1987) 판결에서 정한 기준을 적용하면서, 법원은 “성희롱이 적대적 업무환경 수준인지에 대한 검증은 그 성희롱이 ‘가상의 합리적 개인의 업무 수행을 방해할 것이고, 동일한 환경에서 그 합리적 개인의 정신적 안녕에 심각한 영향을 줄 수 있는 행위’ 인지 여부” 라고 하였다. Harris, 60 EPD § 42,070 (Rabidue, 805 F.2d at 620 인용). 그 지방법원은 ‘Hardy의 말들은 Harris의 정신적 안녕에 심각한 영향이 예견될 정도로 가혹하진 않았다’ 고 결정하면서 소를 기각하였다. 그 법원의 관점에서, “동일한 환경에서 합리적인 여성 관리자라면 Hardy의 언행으로 불쾌했을 것이지만, 그의 행위는 그 여성 관리자의 업무수행을 방해하는 수준에 이르진 않을 것” 이었다. 전원합의 의견으로 제6항소법원은 치안판사의 논리에서 Forklift사의 주장을 인정한 판결을 확인하였다.

연방대법원은 상고certiorari, 507 U.S. (1993)를 허용했다. 적대적 환경에 대해서 성희롱 청구가 인용

되기 위해서는 원고가 정신적 상해를 입증해야 할 것인지에 대해 항소법원들 사이에 해석의 차이를 해결하기 위한 것이다.

#### <판단>

처음부터, O' Connor 대법관은 대법원의 만장일치 판결문을 작성하면서, Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57, 40 EPD § 36,159 (1986)에서 정한 기준을 확인하였는데, 그것은 원고의 고용조건을 바꿀 정도로 심각하고 만연하다면 성희롱 소송이 가능하다는 것이다. 연방대법원은 “합리적인 개인인 적대적 또는 모욕적이라고 확인할 정도이고, 피해자가 주관적으로 그렇게 인식한 경우에 ‘객관적으로 적대적 또는 모욕적인 업무환경’ 이 성립된다고 하였다. Harris, slip op. at 4.

제6항소법원의 정신적 상해 요건을 파기하면서, 연방대법원은 차별적인 일들이 근로자의 정신적 안녕에 중대한 영향을 주지 않았더라도, 차별적이고 모욕적인 업무환경은, 무엇보다도, 근로자의 직무수행 또는 향상에 영향을 줄 수 있다고 하였다. 연방대법원은 괴롭힘 행위가 ‘유형적 영향’ 을 만들지 않았을지라도, 그 ‘차별적 행위’ 가 인종, 성별, 종교 또는 출신국가를 이유로, 근로자에게 모욕적인 업무환경을 만든 정도로 심각하고 만연하였다면, 원고는 Title VII 소의 원인을 주장할 수 있다고 판결하였다. 대법원에 따르면, “피해자의 고용조건을 바꾸고 모욕적인 업무환경을 만드는 정도로 심각하거나 공공연하게 ‘차별적인 위협, 조롱(ridicule) 및 모욕(insult)’ 이 사업장에 만연하다면, Title VII를 위반” 한 것이다. (Meritor, 477 U.S. at 65, 67 인용)

Meritor 판례를 명확히 하기 위해, 연방대법원은 소수자의 감정적 그리고 정신적 안정을 완전히 파괴한 Meritor 판례의 업무환경이 최악의 사례를 기술한 것이고, “소송 가능한 범위를 정하기 위한 것은 아니었다.” 고 하였다.

적대적 환경에 대한 검증은 “수학적으로 정밀” 할 수 없다고 언급하면서, 연방대법원은 적대적 환경 청구를 평가할 때, 그 환경의 총체성(the totality of the circumstances)이 탐구되어야 하며, 그에는 “차별행위의 빈발성” 이 포함된다. 즉, 물리적인 모욕이나 위협인지 아니면 단순히 모욕적인 발언인지 여부; 근로자의 업무수행을 불합리하게 방해했는지 여부; 정신적 상해가 관련될 수는 있지만, 필수요건은 아니다. See id. at 5-6.

따라서 연방대법원은 적대적 환경이 조성되었는지를 판단하도록 그 사안을 환송하였다. 연방대법원은 Harris가 정신적 상해를 입었는지에 대한 연방지역법원의 판단이 최종 판단에 매우 영향을 주었을 수 있으며, 특히 이 사안에 대한 종료 결정에 있어서 그렇다고 하였다.

Scalia대법관과 Ginsburg대법관은 별도의 찬성 의견을 냈다. 그 찬성의견에서 Scalia대법관은 대법원이 Meritor판례의 기준을 개선했다고 하지만 거의 확신이 없다고 추가하였다. 그에 따르면, 대법원은 적대적 환경이 조성되었는지 여부를 결정하는 객관적 기준을 채택하고, 판단해야할 요소를 열거하였지만, 각 요소가 어느 정도 필요한지 제시하지 않았고, 결정적인 단일 요소를 구분하지 않았다고 하였다. 그러나 Scalia대법관은 대법원이 택한 방법론을 대체할 대안이 없다는 것을 알고 있다고 인정하였고, “오늘날 대법원이 채택한 것 보다 본질적으로 모호한 법률 문언에 더 신뢰할만한 검증 방법이 없다는 것은 알고 있다” 고 하였다. Harris (Scalia, J., concurring), slip op. at2.

찬성 의견에서 Ginsburg대법관은 적대적 환경 사안에서 핵심 쟁점은 “한 성별의 근로자가 다른 성별의 근로자는 직면하지 않는 고용상의 불이익에 노출되는지 여부” 라고 구성하였다. Harris (Ginsburg, J., concurring), slip op. at 1. EEOC의 결정 취지서를 인용하면서, Ginsburg대법관은 적대적 환경 사안에서 핵심 질문은 “차별행위가 원고의 업무수행을 불합리하게 방해하였는지 여부” 라고 하였다. Id. Ginsburg대법관에 따르면, “모든 원고는 성희롱 행위harassing conduct가 그 업무 수행을 더 어렵게 만들었을 증명해야 한다” 고 하였다.

<분석>

Harris판결에서 대법원의 결정은 Meritor판례를 바꾸기 보다는 재확인하고, 적대적 환경 성희롱 증명에 필요한 요소를 명확하게 하였다. 이는 EEOC의 “성별을 이유로 한 차별 지침” 29 CFR § 1604.11과 그 정책지침, “성희롱의 현재 쟁점” EEOC Policy Guidance No. N-915-050, CCH § 3114 (March 19, 1990)과 완전히 부합한다. 따라서, Harris판결은 EEOC의 정책이나 그 협의를 수사하는 방식에 어떠한 변화를 요구하지 않는다.

Harris판결에서 연방대법원은 ‘상황의 총체성’ 방법론을 채택했는데, 이는 “성별을 이유로 한 차별 지침”과 그 정책지침, “성희롱의 현재 쟁점”에서 EEOC가 이전에 설정한 방법론이다. 따라서, 그 행위가 위반에 이를 정도로 만연했거나 가혹했는지 그리고 받아들여진 정도를 판단하면서, 조사관 investigators은 상황의 총체성, 즉, 성적 접근의 성향, 문제의 사건이 발생한 맥락 등에 대해 전체적으로 기록을 계속 검토해야 한다. 29 CFR § 1604.11(b).

연방대법원은 또한 적대적 또는 모욕적 환경을 나타내는 요소들은 차별행위의 빈발성, 가혹한 정도, 신체적인 위협이나 굴욕감 여부 그리고 근로자의 업무수행을 불합리하게 방해한 것인지 여부를 포함할 것이라고 하였다. 대법원이 인용한 요소들은 EEOC의 정책지침, “성희롱의 현재 쟁점”에 열거된 것들과 같다. See “Current Issues of Sexual Harassment,” at 14. 또한 대법원과 EEOC는 적대적 환경을 소의 원인으로 하기 위해서 어느 단일요소를 근로자가 입증할 필요는 없다고 강조한다. See Harris, slip op. at 5-6; “Current Issues of Sexual Harassment,” at 17. 앞서 언급한 내용에 기초해서, 조사관들은 특정 사건에 관련될 수 있는 어떤 추가요소들뿐 아니라 Harris 판결에서 열거한 요소들을 고려하여 그 협의를 계속 판단해야 한다.

정신적 상해 요건을 배제한 대법원의 판단은 EEOC의 정책과도 일치한다. EEOC는 침해violation을 증명하기 위하여, 적대적 환경 조성에 대해 합리적인 자가 충분히 모욕적이라고 판단할 것뿐 아니라, 그 정신적 안녕에 영향이 있었음을 원고가 입증해야 한다는 논리를 명시적으로 배척한다. 조사관은 적대적 환경이 조성되었는지를 판단하는 한 요소로서 정신적 상해를 고려할 수 있지만, 적대적 환경에 의한 성희롱 소송을 확정하는데 있어서 어떠한 단일 요소가 필수조건이 아니란 점을 명심해야 한다. See generally “Current Issues of Sexual Harassment,” at 15, n.20.

Harris 판결에서 대법원은 적대적 환경 청구를 평가하기 위해서 “합리적 개인” 기준을 사용했다. 그전에 “성희롱의 현재 쟁점” 정책가이드에서 EEOC는 ‘합리적 개인’ 기준을 채택했다; “성희롱이 적대적 환경 조성에 충분할 정도로 가혹하거나 만연”한지 여부를 결정하는데 있어서, 가해자the harasser의 행위는 ‘합리적 개인’이라는 객관적 관점에서 평가되어야 한다. Current Issues of Sexual Harassment, at 14.

추상적인 “합리적 개인”을 정의하면서, EEOC는 ‘합리적 개인’ 기준은 사회적으로 용인된 행위의 전형적인 양식이 아니라, 피해자의 관점에서 고려해야 한다.Id. at 15. Harris 판결에서, 대법원은 ‘합리적 개인’의 개념을 정교하게 다듬지 않았다. 합리적 개인은 피해자 관점에서 판단한다는 대법원의 결정은 EEOC의 관점과 일치한다. 따라서, 조사관은 피해자의 상황에서 합리적인 개인이 적대적 또는 모욕적이라고 판단할 것인지를 계속 판단해야 한다.

\* <사례> 구제신청자(CP, Charging Party)는 30명이 근무하는 광고회사에서 카피라이터로 일한다. 구제신청자는 그 회사에서 세 명의 여성근로자 중에 한명이다. 그녀는 약 8개월간 그 회사에서 근무하고 상급 카피라이터로 승진했다. 승진 이후에, 상사 중에 2명이 새로운 업무에 관해 알려주기 위해서 그녀의 사무실에 방문했다. 그때에 그 상사들은 그녀가 승진한 이유는 회사가 ‘몸매 좋고 다리가 멋진 고위직급’을 잠재적 고객들에게 보여줄 필요가 있었기 때문이라고 넌지시 말했다. 또한 승진을 위해서 인사책임자와 같이 잘 것인지를 구제신청자에게 묻기도 했다. 그 이후에, 그 상사들뿐 아니라 동료들까지 구제신청자를 비웃었는데 다른 동료들 앞에서 때로는 고객들 앞에서도, 구제신청자가 그 외모 때문에, 그리고 상사와 고객의 성적 접근을 마다하지 않을 것이기 때문에 승진했다는 것을 드러내는 것이었다. 구제신청자는 경영진에게 이의제기 한 후에 EEOC에 구제신청을 하였다. 그 신청을 검토한 조사관은 구제신청자의 입장에 있는 합리적 개인의 관점에서 그 행위를 감안해야 한다. 구제신청자의 입장에 있는 합리적 개인은

‘좋은 몸매’ ‘멋진 다리’ 또는 ‘승진을 위해 누군가와 자는 것’ 같은 말들에 불쾌감을 느낄 수 있고 따라서 그녀의 동료들과 상사들의 행위는 적대적이고 모욕적인 것으로 판단될 수 있다.

Harris 판결에서, 연방대법원은 시민권법 제7장 위반이 되는 행위는 객관적으로 합리적 개인에게도 충분히 가혹하거나 모욕적이어야 할뿐 아니라, 구제신청자도 주관적으로 모욕적으로 인식해야 한다고 하였다. See Harris, slip op. at 4. 대법원은 환경이 “적대적이거나 모욕적”으로 인식될 것이거나 인식되는 한, 시민권법 제7장은 위반될 것이다. Id. at 5(강조 추가). 시민권법 제7장 위반을 주장하기 위해서 구제신청자가 적대적 환경으로 인식해야 한다는 개념에서 새로운 것은 없다. 만일 모욕적으로 주장한 행위가 실제로는 ‘환영받은 행위’로 확인된다면 구제신청자의 청구는 실패한다는 것은 이미 잘 확립되어 있다.

EEOC의 현재 정책 하에서, 조사관은 해당 성희롱이 ‘성적 성격의 언어적 또는 신체적 행위’로 ... 거절당했는지 여부를 판단해야 한다. 29 CFR § 1604.11(a); see Meritor, 477 U.S. at 2406 (거절 여부를 판단). EEOC는 제11항소법원이 정한 거절행위(the unwelcome conduct)의 정의를 채택하여, 해당 근로자가 요구하거나 조장하지 않았으며, 그 행위를 원하지 않거나 모욕적으로 여겼다는 측면에서 ‘그 행위는 거절된 것’이라고 한다. “Current Issues of Sexual Harassment,” at 7 (Henson v. City of Dundee, 682 F.2d 897, 903, 29 EPD § 32,993 (11<sup>th</sup> Cir. 1982)). 이 정책에 따라서 해당 성희롱 행위가 구제신청자에게 모욕적이고 원하지 않은 것이었다는 주장에 부합하는 피해자의 행동인지를 조사관이 수사해야 한다. ‘거절행위 요건’의 두 번째 갈래는, 근로자가 그 행위를 모욕적으로 인식했는지 여부는, 사실상 ‘주관적으로 그 환경이 모욕적이라고 인식한 것’과 동일하다.

모욕의 주관적 인식을 구성하기 위하여, 구제신청자는 성희롱 행위가 있는 시점에 그 행위가 적대적이거나 모욕적으로 인식했음을 증명해야 한다. 피신청인이 그 반대의 증거를 제시하지 않는 한, 주관적 인식 부분은 충족될 것이다.

- \* <사례> 구제신청자는, 여성이고, A기업에서 3년 동안 근무했다. 처음에 근무를 시작했을 때, 동료와 상사들이 성적 이야기를 나눌 때 함께 했다. 그녀 스스로 성적 단어나 선정적인 언급을 했었다. 근무한지 1년 정도 지난 후에, 다른 동료들이 복도와 사무실 벽에 성적으로 노골적인 사진을 게재하였고, 상사들은 이를 허용했다. 구제신청자는 동료의 외설적인 언급으로 모욕감을 느끼진 않았지만, 포르노 사진을 게재하는 것은 여성을 비하하는 것으로 생각했다. 그녀는 그 동료 근로자들에게 포르노 사진을 제거해 달라고 요구했으나 거절당하고 상사에게 이의제기를 하였다. 그러나 그 직후에 더 많은 사진이 게재되었다. 자신의 이의제기에 어떠한 조치도 받지 못하게 되자, 구제신청을 하였다. 위 사실에 기초해서, 조사관은 그 행위가 거절되었다고 판단해야 하는데, 구제신청자는 주관적으로 그 포르노 사진을 모욕적인 것으로 인식했다고 판단하는 것이다. 스스로 성적 농담에 참여했다는 것은 그 사진에 대한 구제신청자의 인식을 판단할 때 중요한 것은 아니다. 다른 근로자에 대해 적대적 환경이 조성되었는지를 판단할 때, 성적 농담이 만연한 정도를 조사관이 고려할 수는 있다.

마지막으로, Harris 판결은 시민권법 제7장이 적용되는 근거에서 성희롱을 구성하는 행위는 마찬가지로 고용관계에서 차별적 계약조건, 내용 또는 특혜라는 EEOC의 입장을 강화하고 있다. See Harris, slip op. at 4; see also id. at 2 (Ginsburg, J., concurring)(인종, 출신국가, 종교 및 성별을 이유로 한 괴롭힘도 위법행위.) EEOC는 Harris판결은 연령 또는 장애를 이유로 하는 적대적 환경 괴롭힘 사안에도 적용된다고 판단한다. 따라서, 조사관은 앞서 제시한 차별금지 법률에 관계없이, Harris 판결을 적용할 수 있다고 보아야 한다.

#### <사건 처리과정>

조사관은 적대적 환경 괴롭힘에 관한 사건을 처리할 때, 다음의 단계를 준수해야 한다.

- 상황의 총체성 판단 — 무엇보다, 행위(언어 또는 신체적인지 여부) 행위의 성격, 해당 사건이 발생한 맥락, 행위의 빈발성, 그 가혹한 정도와 만연한 정도, 신체적으로 위협 또는 모욕인지 여부, 그 행위가 거절되었는지 여부, 그리고 그 행위가 불합리하게 근로자의 업무수행을 방해했는지 여부를 검토한다.
- 동일하거나 유사한 상황에 있는 합리적 개인이 해당 행위가 위협적이거나, 적대적이거나, 모욕적인 업무환경을 조성할 정도로 충분히 가혹하거나 모욕적이라고 판단할 것인지 여부를 검토한다.
- 구제신청자가 그 환경이 적대적이거나 모욕적이라고 인식했는지 여부, 예를 들어, 그 행위가 거절

되었는지 여부를 검토한다. 이와 같은 분석을 하면서, 조사관은 구제신청자의 행동을 고려해야 한다. “Current Issues of Sexual Harassment,” at 10.

March 8, 1994, Tony E Gallegos, Chairman

## 제5절. 미국 Enforcement Guidance: Vicarious Liability for Unlawful Harassment by Supervisors(EEOC-CVG-1999-2)

### I. 도입

Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 118 S.Ct. 2257 (1998)과 Faragher v. City of Boca Raton, 118 S.Ct. 2275 (1998) 판례에서 연방대법원은 관리자(supervisors)의 위법한 괴롭힘(harassment)에 대해 대위 책임(vicarious liability)을 진다고 분명히 하였다. 판례에서 정한 그 책임의 기준은 두 가지 원칙을 전제한다. 1) 사용자는 자신의 관리자가 한 행위에 대해 책임이 있으며, 2) 사용자는 괴롭힘을 예방해야 하고, 괴롭힘으로 인한 근로자의 손해를 회피하거나 최소화해야 한다는 것이다. 이 원칙을 수용하기 위하여, 대법원은 관리자의 괴롭힘이 명백한 고용관계 내에서 행해졌다면 사용자는 항상 그 행위에 대해 책임이 있다고 판결하였다. 그러나 그렇지 않으면, 사용자는 다음의 필수요소 두 가지를 포함하는 확인의 항변(affirmative defense)을 제출하여 책임을 면하거나 손해배상을 줄일 수 있다.

- 사용자는 모든 괴롭힘을 예방하고 신속하게 교정하기 위한 합리적 주의의무를 하였고,
- 근로자는 불합리하게 사용자가 제공한 예방 또는 교정의 기회를 향유하거나, 상해를 면하려는 행위를 하지 않음.

Faragher판례와 Ellerth판례는 성희롱을 다루고 있지만, 대법원은 법률이 보호하는 사유를 이유로 한 차별사안들이 정한 기준을 원용한 것이다. 또한 EEOC는 금지된 모든 유형의 괴롭힘에 동일한 기본 기준을 적용한다는 입장을 유지해왔다. 따라서, 그 판례가 정한 책임의 기준은 모든 형태의 위법한 가혹행위에 적용한다.(See section II, below.)

미국 사업장에서 괴롭힘은 여전히 만연한 문제이다. EEOC와 주정부 기관에 제기된 괴롭힘 구제신청 건수는 최근에 현저히 높아지고 있다. 예를 들어, 성희롱 구제신청 건수는 1991년 회계연도에 6,883건에서 1998년도에 15,618건으로 증가했다. 같은 기간에 인종차별 구제신청 건수는 4,910건에서 9,908건으로 높아졌다. 차별금지법은 차별행위 구제를 정하고 있지만, 그 우선 목적은 위반행위를 방지하는 것이다. 연방대법원은 Faragher판례와 Ellerth판례에서, 괴롭힘 예방을 위해 필요한 모든 단계를 사용자에게 권고한 EEOC지침에 기초하고 있다. 새로운 확인의 항변은 그러한 사용자의 예방 노력을 인정하는 것인데, 그것은 법률의 분명한 목적을 이행하고 정부의 시민권법 제7장 집행 노력을 보완하는 것이다.

책임의 문제는 위법한 괴롭힘이 발생한 이후에만 제기된다. 괴롭힘은 인종, 피부색, 성별, 종교, 출신국적, 40세 이상 연령차별, 장애 또는 기타 차별금지법이 금지하는 사유를 이유로 하는 차별적 처우를 포함하지 않는 한, 연방(차별금지법) 위반이 아니다. 또한 차별금지법은 ‘보편적 예절 규범(general civility code)’ 이 아니다. 따라서 연방법은 단순한 장난, 통명스런 말투, ‘극단적으로 심각하지 않은’ 따돌림(isolated incidents)을 금지하는 것은 아니다. 또한 그 행위는 ‘피해자의 고용 환경을 바꿀 정도로’ 객관적으로 모욕적이어야 한다. 그 괴롭힘이 가시적인 고용상의 행위로 되었거나 적대적 업무 환경이 조성될 정도로 가혹하고 만연하였을 때만 고용 환경이 바뀌었다고 할 수 있다. 문제의 행위가 위법한 괴롭힘 수준인지 여부를 결정하는 현행 EEOC 지침의 효력은 유지된다. 이 문서는 관리자의 괴롭힘 행위에 대한 사용자의 대위책임 쟁점에 관한 기존 EEOC 지침을 대체한다. 동료 근로자의 괴롭힘 행위에 대한 사용자 책임에 대한 EEOC의 오랜 지침의 효력은 유지된다. 즉, 사용자는 즉각적이고 적절한 시정조치 시행을 증명하지 않는 한, 그 위법행위를 알았거나 알아야 했다면, 그 책임을 부담해야 한다. 이 기준은 사용자의 근로자는 아니지만, 사용자가 통제할 수 있는 개인의 위법행위에도 적용된다.

### II. 모든 차별금지 사유에 대한 위법한 괴롭힘에 적용하는 대위책임 규칙

대위책임에 관한 Ellerth판례와 Faragher판례는 인종, 피부색, 성(성적 의도이건 아니건), 종교, 출신국적, 법률상 보호되는 행위, 연령, 또는 장애를 이유로 하는 관리자의 괴롭힘 행위에 적용된다. 따라서 사용자는 차별금지 정책과 위법한 괴롭힘의 모든 형태를 포섭하는 이의제기 절차를 수립하여야 한다.

### Ⅲ. 누가 관리자(supervisor)인가?

#### A. 관리자 지휘명령 계통에서 괴롭힘 가해자

근로자에 대하여 직속(또는 계통적으로 더 높은) 권한을 가진 관리자가 행한 괴롭힘이라면, 사용자는 그 위법한 괴롭힘에 대해 대위책임을 진다. 따라서, 위법한 괴롭힘 가해자가 구제신청자에 대하여 관리감독 권한이 있는지를 판단하는 것이 중요하다.

연방 차별금지법들은 ‘관리자’를 정의하는 조항이 없다. 다만, ‘대리인(agents)’의 차별행위에 대해 사용자 책임을 정하고 있는데, 관리자를 사용자의 대리인이라고 한다. 그러나 ‘대리관계 법리’는 모든 개별 사례에서 연방 고용차별금지법들 적용에 원용되지 못할 수 있다. 사용자의 대위책임 성립 면에서 어떤 자가 ‘관리자’로 간주될 정도로 충분한 권한이 있는지 결정하는 문제는 대리관계 법리를 순전하게 기계적으로 적용해서 해결될 수 없다. 괴롭힘 행위에 대한 차별금지법의 목적과 연방대법원 판례의 논리도 고려해야 한다.

Faragher판례와 Ellerth판례에서 연방대법원은 관리자의 괴롭힘 행위에 대한 대위책임이 적정한 이유는 사용자가 관리자에게 위임한 권한이 그러한 위법행위에 기여했기 때문이라고 하였다. 따라서, 그 권한은 괴롭힘 행위 과정에서 명시적 또는 묵시적으로 가해자를 보조할 정도로 그 범위가 충분해야 한다. 가해자가 그러한 권한을 가졌는지에 대한 결정은 직위의 명칭(예를 들어, 팀장) 보다는 직무의 기능과 구체적 사실에 근거해야 한다.

다음과 같다면, 사용자의 관리자이다.

- 근로자에 영향을 주는 가시적인 고용상 결정을 권고하거나 수행할 권한이 있는 자; 또는
- 근로자의 일상 업무수행을 지휘 감독할 권한이 있는 자

#### 1. 가시적인 고용상 행위를 권고하거나 수행할 권한

근로자에 영향이 있는 가시적인 고용상 결정을 수행할 권한이 있는 자이면 근로자의 ‘관리자’에 해당한다. ‘가시적인 고용상 결정(tangible employment decisions)’은 다른 근로자의 고용상 지위를 현저하게 변경할 수 있는 결정이다. (고용상 행위에 대한 자세한 설명은 아래 IV(B) 참조.) 그러한 행위는 근로자를 채용, 해고, 승진, 강등, 배치전환 하는 것을 포함하는데, 그에 한정되는 것은 아니다. 연방대법원은 ‘가시적인 고용상 행위’는 관리자의 특별한 영역에 포함된다고 하였다.

근로자에 영향이 있는 가시적인 직무상 결정을 권고하는 권한을 포함하는 직책(job responsibility)에 있는 자는 최종 결정권을 갖지 않더라도 사용자의 관리자에 해당한다. Ellerth판례에서 연방대법원이 인정한 바와 같이, ‘가시적인 고용상 결정은 더 높은 직급의 관리자가 심리’할 수 있는 것이다. 그 개인의 권고가 최종 결정권자에게 실질적으로 중요도가 있는 것이면, 그 개인은 관리자의 정의에 부합한다.

#### 2. 근로자의 일상업무 수행을 지휘 감독할 권한

다른 근로자의 일상업무 수행을 감독할 권한이 있는 자는 비록 가시적인 직무상 결정을 하거나 권고할 권한이 없을지라도 해당 근로자의 관리자로 간주된다. 업무하중을 높이거나 어려운 일을 배정할 권

한으로 인해 해당 근로자에 대한 괴롭힘 행위가 가능하기 때문에, 사용자가 대위책임을 지는지 여부를 결정할 때는 그러한 자를 ‘관리자’로 간주하는 것이 적절하다.

Faragher판례에서, 가해자 중의 한명은 안전요원을 채용, 감독, 상담 및 징계할 권한이 있었으며, 다른 한명은 안전요원의 일상업무를 배정하고 그 노무와 체력 훈련까지 감독하는 책임자였다. 비록 그들 중에 한명은 가시적인 직무상 결정에 관한 권한이 없었지만, 연방대법원이 양자 모두를 “관리자”로 간주한 것은 의문의 여지가 없다.

다른 근로자의 일상업무를 한시적으로 감독할 권한이 있는 자는 그 기간 동안 해당 근로자의 사용자로 간주된다. 따라서 그 자가 그 기간 동안 위법한 가혹행위를 한다면 사용자는 대위책임을 져야할 것이다.

반대로, 단순히 다른 임원의 지침에 따라서 업무를 배정하고 결과를 보고하는 자는 진정한 관리권한자가 아니다. 또한 한정된 업무와 직무만 지휘 감독하는 자는 관리자로 간주되지 않는다. 예를 들어, 권한을 위임받은 자는 제한된 범위에서 업무 프로젝트를 조정하는 것에 한정된 자는 관리자가 아니다.

## B. 관리자의 지휘명령 체계에 속하지 않는 괴롭힘 가해자

어떤 상황에서는 근로자에 대하여 실질적 권한이 없는 관리자의 괴롭힘 행위에 대해서도 대위책임을 질 수 있다. 해당 근로자가 괴롭힘 가해자가 그런 권한이 있다고 믿을 합리적인 이유가 있었을 때 그러하다. 예를 들어, 지휘명령 체계가 불분명해서 그렇게 믿었을 수도 있다. 아니면, 괴롭힘 가해자가 비록 해당 근로자의 지휘명령 체계 외부에 있을지라도 근로조건 결정에 실질적으로 영향을 줄 수 있는 포괄적인 위임 권한을 갖고 있다고 합리적으로 믿었을 수 있다.

만일 괴롭힘 가해자가 근로자에 대한 실질적인 관리권한이 없고, 그러한 권한이 있다고 근로자가 믿을 합리적인 이유가 없다면, 동료 근로자에 대한 일반적인 책임법리가 적용된다.

## IV. 가시적인 고용상 결정을 한 관리자의 괴롭힘

### A. 책임의 기준

가시적인 고용상 결정을 한 관리자가 위법한 괴롭힘 행위를 한 경우에 사용자는 항상 책임을 부담해야 한다. 그러한 경우에 확인의 항변은 허용되지 않는다. 연방대법원에 따르면, 사용자는 그 관리자를 통해서 행위하고 관리자가 수행한 고용상 결정은 사용자의 행위를 구성하기 때문이라고 하였다.

### B. ‘가시적인 고용상 결정 tangible employment action’

가시적인 고용상 결정은 고용상 지위의 중대한 변화이다. 성공하지 못한 위협은 충분하지 않다. 가시적인 고용상 결정은 다음과 같다.

1. 고용상 행위는 기업의 공식적인 권한에 복종하도록 하는 수단이며, 다음과 같은 경우이다.

- 기업의 공식적인 행위를 요구한다.
- 기업의 공식적 자료로 기록되어 있다.
- 더 높은 수준의 관리자가 심사하도록 되어 있다.
- 기업의 공식적인 승인과 내부 절차를 거치도록 되어 있다.

2. 고용상 행위는 직접적인 경제적 손실을 항상 초래한다.

3. 가시적 고용상 결정은, 대부분의 경우에, 회사의 권한을 갖고 행위 하는 관리자 또는 기타 개인이 행한다.

- 가시적 고용상 결정의 사례는 다음과 같다.
- 채용 및 해고
- 승진 및 승진누락
- 강등
- 강제배치
- 부가급여에 중대한 변화를 초래하는 결정
- 보수 결정
- 업무배정

모든 고용상 결정은 고용상 지위에 중대한 영향을 초래하면 ‘가시적인’ 것으로 간주된다. 예를 들어, 현재 직무에서 개인의 업무 내용이 실질적으로 변경되는 것이 가시적인 고용상 행위를 구성하는데, 동일한 임금과 부가급여를 받는지 여부는 상관이 없다. 마찬가지로, 승진이나 임금인상 기회를 방해하는 방식으로 개인의 직무에 영향을 주는 것도 가시적인 고용상 결정이 된다. 반대로, 신청인의 고용상 지위에 사소한 변경만 초래한다면, ‘가시적’이라는 기준에 이르지 못한 고용상 결정이다. 예를 들어, 직급 명칭을 변경하는 것은 임금, 부가급여, 업무내용 또는 위신에는 변화가 없고, 개인의 자존심이 상하게 하는 정도의 효과만 있는 것이라면, 가시적인 고용상 결정이 되지 않는다. 그러나 업무상 지위에 중대한 변경이 있고, 새로운 직급 명칭이 명성이 낮아서 그로 인해 결과적으로 강등demotion이 된다면, 그것은 가시적인 고용상 결정으로 판단될 수 있다.

원하지 않은 성적요구에 대한 부하직원의 반응에 따라서 가시적인 고용상 결정을 하였거나 권고했다면, 사용자는 그에 대한 책임을 지며 확인의 항변을 제기할 수 없다. 근로자가 그 성적요구를 거부하여 고용상 결정에서 불이익을 당했는지, 아니면 그 요구를 수용하여 어떤 이익을 얻었는지 간에 사용자가 책임을 지는 것은 마찬가지이다. 이전에 그러한 괴롭힘은 ‘보상물quid pro quo’ 간주되었을 것이다. 원하지 않은 성적 요구를 근로자가 거절한 것을 이유로 그 관리자가 가시적인 직무상 혜택을 거부하였다면 사용자의 확인의 항변 배제가 잘못된 것일 수 있다. 그러나, 근로자가 그 요구를 수용한 것을 이유로 관리자가 가시적인 직무상 혜택을 부여했다면 그 항변을 제기할 수 있다고 한다. EEOC는 그러한 분석을 거부한다. 양자 모든 맥락에서 관리자는 차별적 이유로 가시적 고용상 결정을 한 것이다. 연방 대법원은 고용상 지위에 중대한 변경이 있어야 한다고 하였다. 그 변경이 해당 고용상 결정의 가시성 기준을 부인하는 것에 이를 것을 요구하진 않았다.

만일 문제의 고용상 결정이 가시적이지 않다면, 증거에 따라서 확인의 항변을 조건으로 하는 적대적 업무환경의 일부로 계속 심리될 것이다. Ellerth판결에서, 연방대법원은 관리자가 직무상 손해를 위협하지 않았다는 이유로 가시적인 고용상 결정은 없었다고 하였다. 그에 따르면, 원고 Ellerth는 괴롭힘 청구를 계속 진행할 수 있었지만, 그 청구는 “가혹하고 만연한 행태를 입증해야 하는 적대적 업무환경 청구로 적절히 분류” 되었다고 하였다.

### C. 가시적 고용상 결정과 괴롭힘 사이 연관

괴롭힘이 가시적 고용상 결정에 이른 경우에는 사용자가 확인의 항변을 제기할 수 없다. 이런 종류의 청구는 문제의 고용상 결정이 차별적이라고 주장되는 다른 사안의 경우와 동일하게 분석된다. 만일 사용자가 그 고용상 행위에 대해 차별하지 않았음을 해명하는 증거를 제출한다면, 판결은 차별적 동기를 숨기기 위한 변명인지 여부를 정해야 한다.

예를 들어, 관리자의 성적 요구를 거절했기 때문에 강등되었다고 근로자가 주장한다면, 그 강등이 성

적 요구에 대한 대응인지, 아니면 성별 때문인지를 결정해야 할 것이다. 마찬가지로, 출신국가를 이유로 하는 관리자의 가혹하고 만연한 괴롭힘으로 인해 해고되었다고 근로자가 주장한다면, 그 해고가 해당 근로자의 출신국적을 이유로 한 것인지를 결정해야 한다. 괴롭힌 관리자가 피해자victim에게 영향이 있는 가시적인 고용상 결정을 하거나 개입된 경우에는 항상 차별의 강력한 추정이 인정되는데, 그 경우에는 가해자는 원고에 관하여 객관적이고 차별적이지 않은 의사결정자로 행위하지 않았다고 추정할 수 있기 때문이다. 그러나, 사용자가 그 행위가 차별이 아님을 보이는 증거를 제출한다면, 근로자는 그 증거가 차별적 동기를 숨기려고 의도한 핑계였음을 증명해야 할 것이다.

만일 그 가시적인 결정이 앞선 괴롭힘과 연결된 차별적 사유에 근거한 것이라고 결정되면, 구체수단은 가시적 고용상 결정에 있는 위법행위의 전체 형태를 대상으로 하며, 확인의 항변은 할 수 없다. 그러나, 가시적 고용상 결정 이전 괴롭힘이 소의 대상이 되기 위해서는 가혹하거나 만연한 것이어야 한다. 그 가시적 고용상 결정이 차별적이지 않은 동기에서 기인한 것이었다면, 사용자는 이전 괴롭힘에 기초한 확인의 항변을 제기할 수 있다.

## V. 가시적 고용상 결정이 없는 관리자의 괴롭힘

### A. 책임의 기준

관리자의 가혹행위가 위법한 적대적 업무환경은 조성했지만, 가시적인 고용상 결정은 없는 경우에, 압도적인 증거로 입증하는 것을 조건으로, 사용자는 책임 또는 손해배상에 대한 확인의 항변을 제기할 수 있다. 항변은 2개의 필수요소로 구성된다.

- 사용자가 예방을 위해서 합리적 주의를 하였으며 모든 괴롭힘 행위를 신속하게 교정하였고;
- 사용자가 제공한 예방적 또는 교정적 기회 또는 손실을 회피할 수 있었던 기회를 근로자가 불합리하게unreasonably 활용하지 않은 경우이다.

### B. 기준의 효과

사용자가 합리적 주의의무를 이행하였고, 근로자가 손실을 회피할 수 있었지만 불합리하게 그렇게 하지 않았음을 입증할 수 있다면, 사용자는 위법한 괴롭힘 행위에 대한 모든 책임을 면할 것이다. 예를 들어, 근로자가 위법한 적대적 업무환경을 만든 장애를 이유로 한 괴롭힘을 당했지만, 자신의 부주의로 감정적 손해를 받기 전에 관리자에게 합리적으로 이의제기를 하지 않았고, 사용자는 괴롭힘 행위를 예방하고 신속하게 교정하기 위하여 합리적 주의를 하였다면, 사용자는 책임을 면할 것이다.

사용자가 합리적 주의의무를 다했으며, 근로자가 불합리하게 그 손실을 회피하지 않았다는 것을 입증할 수 없으면, 사용자는 책임을 부담할 것이다. 예를 들어, 관리자의 위법한 괴롭힘이 일어났고, 사용자가 그 예방을 위한 합리적인 주의의무를 다하지 않았다면, 근로자가 관리자에게 사전에 고지하지 않은 것이 불합리한 것이었거나 사용자가 그 고지를 받았을 때 신속하고 적절한 교정 조치를 취했다고 할지라도 사용자는 책임을 부담해야 한다.

대부분의 경우에, 사용자와 근로자가 각자의 합리적 주의의무를 다한다면, 위법한 괴롭힘 행위는 예방될 것이고 책임의 문제를 고려할 이유가 없을 것이다. 예를 들어, 관리자의 빈번한, 지독한 인종적 욕설 때문에 사실상 처음부터 감정적 상해를 입었고, 근로자는 신속하게 이의제기를 하였으며, 사용자의 교정 조치가 더 이상의 상해를 방지할 수 있었겠지만, 그 근로자가 이미 당한 소송 가능한 상해를 교정하지는 못한다. 그 대신, 근로자가 가혹하거나 만연해지기 전에 괴롭힘 행위에 대해 이의제기를 하였다면, 사용자가 취한 구체조치가 그 행위를 중단시켰을지라도 소송 가능한 단계에 이르기 전에 그 괴롭힘을 중단시키는 것에 실패한 것이다. 그 경우에, 사용자는 책임을 부담해야 할 것인데, 항변은 합리적인 법적 주의의무를 행사하였고 근로자가 불합리하게 그 상해를 회피하지 않았다는 입증을 요구하기 때문이다. 과실 기반 통지의 원칙(a notice-based negligence standard)은 사용자 책임을 배제할 것이

지만, 그 기준은 Ellerth판결과 Faragher판결에서 제시되지 않는다. 연방대법원의 설명에 따르면, 대위 책임(vicarious liability)은 과실 이론의 최소 기준 보다 더 엄격한 기준을 사용자에게 적용한다.

그 결론이 사용자에게 가혹하게 보일 수 있지만, 차별금지법률에 따른 책임 기준에 부합한다. 즉, 사용자는 관리자의 차별행위에 대해 포괄적으로 책임을 진다는 것이다. 예를 들어, 관리자가 출신국적에 기초한 편견 때문에 승진 후보자를 거부한다면, 해당 근로자가 더 상위 경영진에게 이의제기를 했는지 여부에 관계없이 그리고 그 관리자의 동기를 더 상위의 경영진이 인지했는지 여부에 관계없이 책임을 질 것이다. 괴롭힘은 책임을 회피할 수 있는 사용자를 위해 관리자가 행한 차별의 유일한 형태이며, 그 제한은 좁게 해석되어야 한다. 사용자는 괴롭힘을 예방하고 교정하기 위해 합리적 주의의무를 다하였다는 것, 그리고 근로자가 모든 손실을 불합리하게 회피하지 않았다는 것을 입증할 경우에만 관리자의 괴롭힘 행위에 대한 책임을 면할 것이다. 양당사자가 합리적 주의의무를 다하였다면 그 항변은 배척될 것이다.

일부 사례에서, 사용자는 책임을 완전히 면할 수는 없지만 손해배상을 제한하는 수단으로서 확인의 항변을 수립할 수 있다. 괴롭힘에 따른 손실의 전부는 아니지만 일부라도 근로자가 합리적으로 회피할 수 있었던 경우에만 그 항변이 손해배상을 제한한다. 위의 사례, 즉, 관리자가 빈번하게 악의적인 인종적 욕설을 한 경우, 근로자가 이의제기를 불합리하게 지연한 것은 손해배상 책임의 전체는 아니지만 일부는 제한할 수 있다. 이는 합리적이고 신속한 이의제기는 소송 가능한 손실을 제거하진 못할지라도 줄일 수는 있기 때문이다.

### C. 확인 항변의 첫 번째 단계: 사용자의 합리적 주의의무 이행

확인 항변 첫 번째 단계는 괴롭힘 행위를 예방하고 신속하게 교정하기 위하여 합리적 주의의무를 다했다는 것을 사용자가 입증하도록 요구하는 것이다. 그 합리적 주의의무는 괴롭힘 금지 정책과 이의제기 절차를 수립, 확산 및 집행하고, 괴롭힘 행위를 예방하고 교정하기 위한 합리적 조치를 취할 것을 요구한다. 아래의 조치는 의무적인 요건은 아니다. 사용자가 합리적 주의의무를 이행했는지 여부는 구체적인 특정 상황, 그리고 일부는 사업장 근로자들의 성향에 따라 달라질 수 있다. 소규모 사용자들은 비공식적 수단을 통해서 괴롭힘 행위를 효과적으로 예방하고 교정할 수 있지만, 대규모 사용자들은 그보다 공식적인 구조를 설치해야 할 것이다. 사용자는 서면 정책과 절차를 근거로 책임을 회피할 수는 없다. 최선의 정책과 이의제기 절차라도 그것만으로 합리적 주의의무 입증책임을 충족할 수 없는데, 구제신청의 특정한 경우에, 사용자가 그 절차를 효과적으로 시행하지 않았다면 말이다. 예를 들어, 사용자가 충분한 정책과 근로자의 괴롭힘 행위 구제신청에 적절하게 대응할 수 있는 이의제기 절차를 갖고 있지만, 경영진이 동일한 가해자에 대한 다른 근로자의 이전 구제신청을 무시했다면, 그 사용자는 괴롭힘 행위를 예방하기 위해 합리적인 주의의무를 이행한 것이 아니다. 마찬가지로, 사용자가 충분한 정책과 이의제기 절차를 갖고 있지만, 괴롭힘 혐의에 대한 조사를 효과적으로 실시하지 않았다면, 사용자는 합리적 주의의무를 이행하지 않은 것이다. 그 대신, 공식적인 정책과 이의제기 절차의 흠결은 사용자가 다른 수단을 통해서 충분한 주의의무를 이행했다는 항변을 물리치지 못한다.

#### 1. 정책과 이의제기 절차complaint procedure

사용자는 괴롭힘 금지 정책과 이의제기 절차를 설치, 공표 및 집행할 의무가 있다. 연방대법원에 따르면, “시민권법 제7장은 괴롭힘 금지 정책과 효과적인 이의제기 처리 방법의 창설을 촉진하는 목적이 있다.” Ellerth, 118, S.Ct. at 2270. 연방대법원은 “그것은 법의 문제로서 모든 경우에 필수적인 것은 아니지만” 그 불이행은 사용자가 괴롭힘 행위를 예방하고 교정하기 위해 합리적인 주의의무를 다했다는 입증을 어렵게 할 것이다. (아래 section V(C)(3) 참조)

사용자는 모든 근로자에게 그 정책과 이의제기 절차를 제공해야 하며, 주기적으로 공표해야 한다. 그 정책과 이의제기 절차는 사용자의 사업장내 모든 근로자가 이해할 수 있는 방식의 서면으로 작성해야 한다. 그 정책과 이의제기 절차의 효과적인 확산을 위한 다른 조치로는 사업장의 중앙에 게시하고 사

업장 규정집(employee handbooks)에 명시하는 것이 있다. 가능하면, 사용자는 근로자들이 자신의 권리와 책임을 확인하도록 교육훈련을 모든 근로자에게 제공해야 한다.

괴롭힘 금지 정책과 이의제기 절차는 최소한 다음의 요소를 포함해야 한다.

- 금지하는 행위에 대한 명확한 설명
- 괴롭힘 구제신청이나 관련 정보를 제공한 근로자는 보복행위로부터 보호될 것이라는 선언
- 이용 가능한 이의제기 수단을 제공하는 구제신청 절차에 대한 명확한 설명
- 가능한 범위까지 괴롭힘 구제신청에 관한 비밀을 사용자가 지킬 것이라는 선언
- 신속하고, 완전하며, 공평한 조사가 이루어지는 이의제기 절차
- 괴롭힘 행위가 발생했다고 확인되면 사용자가 즉각적이고 적절한 시정조치를 취할 것이라는 선언

위의 요소들은 다음에서 설명한다.

### 괴롭힘 금지

사용자의 정책은 성별(성적 행위가 있건 없건), 인종, 피부색, 종교, 출신국적, 연령, 장애 및 법률이 보호하는 활동(예: 법률이 금지하는 차별행위에 반대하거나 법률이 정한 이의제기 절차에 참여하는 것)을 이유로 하는 괴롭힘을 용인하지 않을 것이 명백해야 한다. 이와 같은 괴롭힘 금지는 사업장에 있는 모든 자-지휘감독권 있는 자, 동료 또는 그 사업장의 근로자가 아닌 자-를 대상으로 한다. 경영진은 괴롭힘 금지의 심각성을 전달해야 한다. 그렇게 하기 위한 방법은 ‘위로부터 오는(come from the top)’ 권한이다.

괴롭힘이 더 가혹해지거나 만연해지기(pervasive) 전에 근로자가 신고할 수 있게 만드는 정책이어야 한다. 괴롭힘 사건을 따로 따로 분리해서 보면 연방법 위반이 아니더라도, 그러한 사건의 패턴이 위법할 수는 있다. 따라서 예방적 주의의무를 면하기 위해서는 사용자는 괴롭힘 행위가 연방법 위반에 이르기 전에 중지될 것임을 근로자에게 명확히 이해시켜야 한다.

### 보복행위에서 보호

괴롭힘 행위를 신고하거나 그 이의제기에 관련한 정보 제공을 이유로 사용자가 근로자를 불리하게 처우하지 않을 것임을 명확하게 해야 한다. 그러한 보장이 없이는 괴롭힘 금지 정책과 이의제기 절차가 유효할 수 없다.

경영진은 보복행위가 발생하지 않도록 하는데 필요한 모든 조치를 취해야 한다. 예를 들어, 괴롭힘 사안을 조사할 때, 당사자와 증인을 인터뷰하는 관리자(official)는 보복행위 금지에 관하여 그들에게 상시시켜 주어야 한다. 경영진은 그 조사 기간에 또는 그 후에 괴롭힘 이의청구자와 증인에게 영향이 있는 고용상 결정이 보복행위의 동기에 근거하지 않음을 보장하기 위하여 세심하게 주의해야 한다.

### 유효한 이의제기 절차

괴롭힘 이의제기 절차는 피해자가 적극적으로 이용할 수 있도록 설계되어야 한다. 처음부터 끝까지, 이의제기에 대한 불합리한 장애요인이 없다는 것을 보장하고 그 과정을 분명하게 설명해야 한다. 이의제기 절차가 너무 경직적이면 안된다. 괴롭힘 행위를 교정하고 방지하는 목표를 상실할 수 있기 때문이다. 근로자가 경영진에게 괴롭힘 피해를 제기하는 경우에, 특정한 형식이나 서면작성의 형식에 부합하는지와 관계없이 사용자는 그 이의제기를 조사할 의무가 있다.

이의제기 절차는 그 개시 단계에서 접근 가능한 창구를 제공해야 한다. 근로자가 괴롭힘 피해 주장을 직접 상급자한테만 할 수 있다면, 그 이의제기 절차의 실효성이 없을 것인데, 가해자가 그 상급자일

수도 있기 때문이다. 또한 괴롭힘 행위를 예방하고 교정하기 위한 사용자의 합리적 주의 의무는 괴롭힘 피해 주장을 적정한 임원에게 보고하도록 모든 관리감독자 supervisor를 교육하는 것도 포함한다.

괴롭힘 이의제기를 처리하기 위하여 근로자의 지휘감독 체계 외부에 있는 최소한 하나의 공인된 기관을 설계하라고 사용자에게 권고할 수 있다. 예를 들어, 만일 사용자가 인적자원 부서를 갖고 있다면, 그 부서 안에 하나 이상의 공인 기관이 그 이의제기 처리권한을 가질 수 있을 것이다. 근로자가 자신의 지휘명령 계통을 우회할 수 있게 하는 것은 그 이의제기가 공정한 방식으로 처리될 것이라는 추가적인 보장이 되는데, 자신의 상급자가 행한 괴롭힘 행위를 신고하는 근로자는 지휘명령 계통 내에 있는 임원은 그 사건에 대한 상급자의 입장을 더 쉽게 믿을 것으로 생각할 수 있기 때문이다.

사용자의 괴롭힘 금지 정책과 이의제기 절차에서 중요한 것이 또 있다. EEOC 또는 주정부의 고용평등 기관에 위법한 괴롭힘 구제신청 기간을 알려주고, 위법한 괴롭힘 행위가 있는 마지막 날부터 제척기간이 기산되는 것이고, 사용자에게 제기한 절차가 종료할 날부터가 아니란 것을 알려주는 것이다. 근로자가 사용자에게 제기한 절차가 종료할 때까지 구제신청을 연기하할 수 있을 정도로 이의제기 절차는 신속하게 진행되어야 한다.

### **비밀유지**

사용자는 가능한 범위까지 괴롭힘 피해 주장의 비밀이 유지될 것임을 근로자가 분명히 알 수 있도록 해야 한다. 사용자가 완전한 비밀유지를 보장할 수는 없는데, 가해자와 증인 예정자에게 일정한 정보를 밝히지 않고서는 효과적인 조사를 진행할 수 없기 때문이다. 그러나 괴롭힘 주장 관련 정보는 그것을 알아야 할 필요가 있는 사람들만 공유해야 한다. 괴롭힘 주장에 관련된 기록들은 같은 이유로 비밀로 유지되어야 한다.

근로자가 괴롭힘 주장을 자신의 상급자에게 알린 경우에는 근로자의 비밀유지 의사와 사용자의 조사 의무 사이에 충돌이 발생할 수 있지만, 그 상급자에게 비밀 유지와 어떠한 조치도 하지 않도록 요구하여야 한다. 그러한 상황에서 상급자의 부작위는 사용자의 책임이 될 것이다. 이의제기 절차를 계속 진행할지를 근로자가 결정하도록 하는 것이 합리적으로 보이는 경우에 사용자는 괴롭힘 행위 예방과 교정 의무를 면한다. 그러한 충돌을 피하는 한 방법은 근로자가 익명으로 괴롭힘 행위에 관한 질문과 고민을 논의할 수 있는 전화선을 사용자가 개설하는 것이다.

### **효과적인 조사 과정**

사용자는 신속하고, 상세하며 공정하게 괴롭힘 피해 주장을 조사하는 체계를 만들어야 한다. 경영진이 괴롭힘 피해 주장을 인지하자마자, 상세한 사실확인 fact-finding 조사가 필요한지를 결정해야 한다. 예를 들어, 가해 피의자가 그 주장을 부인하지 못한다면, 증인 인터뷰는 필요없이, 사용자는 적절한 교정 조치를 즉시 결정할 수 있을 것이다.

사실확인 조사가 필요하면, 즉각 개시해야 한다. 그 조사를 완료하는데 드는 시간은 구체적인 상황에 따라 달라진다. 예를 들어, 괴롭힘 피해를 주장하는 이들이 다수이면, 당사자와 증인을 인터뷰하는데 더 오랜 시간이 걸릴 것이다.

추가 괴롭힘 행위가 발생하지 않도록 하기 위해서 조사가 완료되기 전이라도 즉각적인 조치가 필요할 수 있다. 그러한 조치의 예는 당사자들의 접촉을 피하기 위해 업무시간을 변경하기, 가해 피의자 전보 조치하기, 또는 조사의 결론이 있을 때까지 가해 피의자에게 비징계성 유급휴가를 부여하는 것이다. 괴롭힘 이의제기 당사자가 의사와 무관하게 전보 조치되거나, 어떤 부담을 지게 해서는 안된다. 그것은 위법한 보복행위를 구성할 수 있다.

사용자는 조사를 실시하는 자가 관련 사실을 객관적으로 수집하고 고려하도록 만들어야 한다. 가해

피의자가 그 조사를 실시하는 자에 대해 관리감독권을 가져서는 안되며, 그 조사에 대해 직접적이든 간접적이든 간에 어떠한 통제도 해서는 안된다. 조사를 실시하는 자는 누구든지 간에 증인을 인터뷰하고 신뢰성을 평가하는데 필요한 전문 기술을 갖추어야 한다.

### 당사자와 증인에 대한 질문

상세한 사실조사가 필요한 경우에 조사자는 괴롭힘 피해자, 가해 피의자 및 관련 정보를 가졌을 것으로 합리적으로 기대할 수 있는 제3자를 인터뷰해야 한다. 사업장 외부에서 당사자의 사생활에 관련된 정보는 예외적인 경우에만 사용될 것이다. 당사자와 증인을 인터뷰하는 경우에, 조사자는 자신의 의견을 제시해서는 안된다.

당사자와 증인 예정자에게 묻기에 적절한 질문의 사례는 다음과 같다. 실제 조사는 구체적인 사실에 따라 맞춰져야 한다.

#### 피해 주장인에 질문

- 누가, 무엇을, 언제, 어디서, 어떻게: 누가 괴롭힘 행위를 하였나? 정확히 무슨 일이 발생했나 또는 무슨 말이었나? 언제 발생했으며 여전히 지속되고 있나? 어디에서 그 일이 있었나? 얼마나 자주 발생했나? 당신에게 어떤 영향을 주었나?
- 당신은 어떻게 대응했나? 사건이 발생한 당시 또는 그 후에 당신은 무슨 대응을 하였나?
- 괴롭힘 행위는 당신에게 어떻게 영향을 주었나? 어떤 방식이든 당신의 직무에 영향이 있었나?
- 어떤 사람들이 관련 정보를 갖고 있나? 사건에 관해 누군가에게 말했나? 문제의 괴롭힘 행위가 있던 직후에 누군가를 보았는가?
- 당신을 괴롭힌 사람이 다른 사람들도 괴롭혔나? 당신을 괴롭힌 사람에 대해 다른 누군가 이의제기를 했는지 알고 있나?
- 사건과 관련있는 메모, 물리적 증거 또는 다른 서류들이 있는가?
- 당신은 이 사건이 어떻게 해결되었으면 좋겠나?
- 알고 있는 다른 정보들이 있는가?

#### 가해 피의자에 질문

- 괴롭힘 행위에 주장에 대한 당신의 입장은 무엇인가?
- 만일 가해 피의자가 괴롭힘 행위의 주장이 거짓이라고 한다면, 피해자 주장인이 거짓말하는 이유를 묻는다.
- 어떤 사람들이 관련 정보를 갖고 있나?
- 사건과 관련있는 메모, 물리적 증거 또는 다른 서류들이 있는가?
- 알고 있는 다른 정보들이 있는가?

#### 제3자에 질문

- 무엇을 보거나 들었나? 언제 사건이 발생했나? 사업장에서 피해 주장인과 다른 이들에 대한 가해 피의자의 행실을 설명하라.
- 피해 주장인이 당신에게 얘기 것은 무엇인가? 언제 그 얘기를 했나?
- 알고 있는 다른 정보들이 있는가?
- 관련 정보를 가진 다른 사람들이 있는가?

#### 신뢰성 결정

문제의 사건에 대해 상호 충돌하는 입장이 있으면, 사용자는 각 당사자 주장의 신뢰성을 결정해야

할 것이다. 신뢰성 산정(credibility assessments)은 문제의 괴롭힘 행위가 실제로 발생했는지를 결정할 때 중요할 수 있다.

- **일용 타당성:** 표면적으로 진술이 믿을만 한가? 말이 되는건가?
- **태도:** 진술인이 진실을 말하는 것으로 보였는가? 아니면 거짓을 말하는 것으로 보였는가?
- **거짓말의 동기:** 진술인이 거짓말을 할 이유가 있었나?
- **보강증거:** 당사자의 진술을 뒷받침하는 **증인의 진술**(목격자, 문제의 사건 직후에 당사자를 목격한 사람들, 사건이 발생한 즈음에 그 사건에 대해 의논한 사람들의 증언 같은 것)이나 **물리적 증거**(서면 기록물 같은 것)이 있는가?
- **전과:** 가해 피의자가 과거에도 유사한 행위를 한 전력이 있는가?

신뢰성 판단에 있어서 유일하게 결정적인 요소는 없다. 예를 들어, 문제의 괴롭힘 행위를 목격한 증인이 없다는 것이 반드시 피해 주장의 신뢰성을 배제한다는 의미는 아닌데, 괴롭힘 행위는 밀폐된 공간에서 주로 발생하기 때문이다. 또한 과거에 가해 피의자의 유사한 행위 전력이 그와 같은 행위를 반복했다는 것을 반드시 의미하는 것도 아니다.

### 결정

모든 증거가 확보되는 경우에 인터뷰가 종료되고, 신뢰성 이슈가 결정되는데, 경영진은 괴롭힘 행위가 발생했는지에 관해 결정해야 한다. 사건을 직접 조사한 조사자 또는 그 조사자의 보고서를 심리한 경영진 임원이 결정할 수 있다. 그 결정은 당사자에게 통지해야 한다.

일정한 상황에서, 당사자 사이 모순된 주장과 기록 또는 목격자의 뒷받침이 없어서, 경영진이 어떤 결정을 하기가 어려울 수 있다. 그러한 사안에서, 신뢰성 산정은 앞서 제시한 것들과 같은 요소들에 근거하여 결정을 위한 근거를 만들 수 있다.

증거가 확실하지 않아서 결정을 할 수 없다면, 사용자는 교육과 감독 같은 예방조치를 계속 수행해야 한다.

### 즉각적이고 적절한 교정조치 보장

사용자의 정책을 위반한 괴롭힘 행위가 발생했다고 결정했을 때는 징계를 포함하여, 즉각적이고 적절한 교정조치를 할 것임을 명확히 해야 한다. 경영진은 그 조치에 관하여 양당사자에게 통지해야 한다.

구제조치는 괴롭힘 행위를 중단하고, 근로자에 미치는 그 영향을 교정하며, 괴롭힘 행위가 재발하지 않는다는 것을 보장하도록 만들어져야 한다. 그러한 구제조치들은 유효하기만 하면 근로자가 요구하거나 선호하는 것일 필요는 없다.

징계조치를 결정할 때, 경영진은 괴롭힘 행위가 중단되지 않으면 그 책임은 사용자가 부담한다는 것을 명심해야 한다. 또한, 경영진은 과도한 징계조치는 부당해고와 같은 소송을 초래할 수 있고, 부적절할 수 있는 점을 주의해야 한다.

징계조치는 위반행위의 심각성에 비례해야 한다. 괴롭힘 행위가 사소한 것이었다면, 예를 들어, 과거에 유사한 위반행위의 전력이 없는 개인이 몇몇 ‘상스러운’ 표현을 한 것과 같은 것이었다면, 상담과 구두 경고가 필요할 것이다. 반대로, 괴롭힘 행위가 가혹하거나 지속적인 것이었다면, 정직 또는 해고가 적절할 것이다.

구제조치가 피해자에게 불이익한 영향이 있어서는 안된다. 따라서, 예를 들어, 당사자를 분리할 필요

가 있다면, 피해자가 원하지 않는 한, 가해자가 전출되어야 한다. 피해자를 처벌하는 구제조치는 위법한 보복행위가 될 수 있으며, 괴롭힘 행위를 교정하는 효과가 없다.

또한 구제조치는 괴롭힘 행위의 영향을 교정해야 한다. 위법한 행위가 발생하기 전에 있었을 지위에 근로자가 있을 수 있도록 만들어져야 한다.

### 괴롭힘 행위 중단과 재발을 방지하는 조치의 사례

- 구두 또는 서면 경고, 견책
- 전직 또는 재발령
- 강등
- 임금삭감
- 정직
- 해고
- 자신의 행위가 사용자의 괴롭힘 금지 정책에 반하는 이유를 이해시킬 수 있는 가해자 교육 또는 상담
- 괴롭힘 행위를 하지 않도록 가해자에 대한 관찰

### 괴롭힘 행위의 영향을 교정하는 조치의 사례

- 괴롭힘 행위로 박탈된 휴가를 원상회복
- 근로자의 인사기록에서 괴롭힘 행위에 따른 부정적 평가내용 제거
- 원직복직
- 가해자의 사과
- 괴롭힘 피해자라는 이유로 사업장내 다른 이들 또는 가해자의 보복행위 대상이 되지 않도록 근로자의 처우를 관찰
- 괴롭힘 행위로 초래된 모든 피해를 회복

## 2. 기타의 예방 및 교정 조치들

괴롭힘 행위를 예방하고 교정하기 위한 사용자의 합리적 주의 의무는 괴롭힘 행위 금지 정책과 이의 제기 절차 시행으로 한정되지 않는다. 연방대법원은 “보통의 노동자들 보다 관리감독자의 위반행위를 방지할 기회가 더 많다고 하면서, 사용자는 그들을 조사하고, 교육하고 그들의 임무 수행을 감독한다”고 하였다. Faragher, 118 S.Ct.at 2291.

본래 업무인지 여부, 그리고 그 이의제기가 특정한 이의제기 절차를 따른 형식을 갖추었는지 여부와 관계없이, 관리감독자와 관리자가 괴롭힘 피해 주장을 처리하고 걱정된 임원에게 신고하도록 교육하는 것까지 사용자의 주의의무 이행에 포함된다. 예를 들어, 만일 근로자가 위법한 괴롭힘 행위를 주장하는 구제신청을 EEOC에 제기한다면, 근로자가 사업장 내부의 이의제기 절차를 통해 제기하지 않았더라도, 사용자는 내부조사를 개시해야 한다.

또한, 근로자가 내부의 이의제기 절차를 신청했는지 여부와 관계없이, 그 행위가 명백하게 환영받지 않는다면, 경영진은 그 괴롭힘 행위를 교정해야 하는 것도 주의의무에 포함된다. 예를 들어, 인종적 또는 성적 욕설을 포함한 낙서가 있는 구역이 사업장에 있다면, 내부 이의제기 절차를 기다리지 말고, 그 낙서를 제거해야 한다.

사용자는 조직의 괴롭힘 금지 정책과 이의제기 절차에 따른 책임을 관리감독자와 관리자들이 이해하도록 만들어야 한다. 그들을 대상으로 하는 정기적인 교육이 유용할 것이다. 그러한 교육은 사용자의 괴롭힘 금지 정책에 위반되는 행위 유형; 괴롭힘 피해 주장을 인지했을 때, 관리감독자와 관리자의 책임; 그리고 보복행위 금지에 대해 설명해야 한다.

사용자는 관리감독자와 관리자들이 조직의 괴롭힘 금지 정책에 따른 자신의 책임을 수행하도록 그들의 행태를 추적해야 한다. 예를 들어, 사용자는 공식적 평가에 그 준수 여부를 포함할 수 있다.

합리적인 예방조치는 관리감독직의 지원자를 검증할 때, 괴롭힘 행위 전력이 있는지 조사하는 것도 포함된다. 만일 그렇다면, 사용자는 그 전력을 이유로 또는 괴롭힘 행위 방지를 위한 추가 조치를 이유로 하여 그 후보자를 거절할 수도 있다.

마지막으로, 사용자는 괴롭힘 피해 주장에 관한 모든 기록을 보관해야 한다. 그러한 기록이 없으면, 사용자는 동일한 개인이 행한 괴롭힘 행태를 인지할 수 없을 것이다. 그러한 행태는 신뢰성 산정과 징계 조치에 관련될 것이다.

### 3. 영세사업

고용한 근로자가 많지 않은 사용자는 위에서 서술한 공식적인 이의제기 절차 유형을 만들 필요가 없을 것이다. 괴롭힘 행위를 예방하고 교정하는 효과가 있는 비공식적 방법이라도, 영세사용자는 괴롭힘 피해 청구에 대한 확인 항변의 첫 번째 단계를 충족할 수 있다. 연방대법원은 Faragher 판례에서, 영세 규모 사업장의 사용자는 괴롭힘 행위 방지를 위한 충분한 주의의무를 비공식적으로 이행할 수도 있다고 인정하였다.

예를 들어, 영세사업장 사용자가 괴롭힘 행위를 금지하는 정책을 서면으로 배포하지 않은 것이 확인의 항변을 박탈하지는 않을 것인데, 전체 직원회의에서 모든 근로자에게 괴롭힘 행위 금지와 유효한 이의제기 방법을 효과적으로 전달했다면 말이다. 모든 근로자와 정기적으로 회의하는 영세 사업장 소유자는 월간 직원회의에서 괴롭힘 행위를 용서하지 않을 것이며 괴롭힘을 경험한 누구라도 ‘곧장 상부에 전달’ 해야 한다고 말할 수 있을 것이다.

이의제기가 발생한다면, 다른 사용자와 마찬가지로, 그 사업자는 신속하게, 처음부터 끝까지, 공정한 조사를 실시해야 하고, 적정한 경우에는 신속하고 적절한 교정 조치를 취해야 한다. 앞서 제5조(C)(1)(e)(i)에 서술한 질문이 심리절차의 지침이 될 수 있으며, 제5조(C)(1)(e)(ii)에 서술한 요소들은 각 당사자의 신뢰성을 평가할 때 고려되어야 한다.

#### D. 확인항변의 두 번째 단계: 사용자의 합리적 주의의무 이행

확인항변의 두 번째 단계는 사용자가 제공하는 예방 또는 교정의 기회를 놓치거나 피해를 당하지 않을 수 있던 기회를 불합리하게 놓치지 않도록 하는 사용자의 조치를 요구한다. Faragher, 118 S. Ct. at 2293; Ellerth, 118 S. Ct. at 2270.

그 항변은 “피해자는 법률 위반으로 초래되는 손해를 회피하거나 최소화하려는 합리적인 방식을 선택할 의무가 있다”는 일반원칙에서 나온다. Faragher, 118 S.Ct. at 2292, Ford Motor Co. v. EEOC, 458 U.S. 219, 231 n.15(1982) 인용. 따라서, 앞서 V(C)에서 서술한 합리적 주의의무를 이행한 사용자는 피해 근로자가 소송 가능한 모든 손해를 회피할 수 있었다면, 그 위법한 괴롭힘 행위에 대해 책임을 면한다. 손해의 전부는 아니지만 일부를 피할 수 있었다면, 손해배상액은 그에 따라 경감될 것이다.

근로자의 이의제기가 사용자의 확인항변을 당연히 배척하진 못한다. 예를 들어, 근로자가 자신의 주장을 뒷받침하는 자료를 제공하지 못하거나 진실성 있는 정보를 주지 않거나, 아니면 조사에 협조하지 않았다면, 그 이의제기는 손해 회피 노력으로 인정되지 않을 것이다. 또한 근로자가 불합리하게 이의제기를 지연하고, 더 빨리 하였다면 그 손해를 완화할 수 있었다면, 확인의 항변은 손해배상액을 경감하는 쪽으로 작동할 것이다.

사용자가 제공한 이의제기 절차를 근로자가 불합리하게 사용하지 않았다는 입증책임은 통상적으로 사용자가 부담한다. 그러나 이의제기 하지 않은 근로자는 그 결정의 합리성 입증의 책임을 부담하지 않는다는 것이 중요하다. 오히려 입증책임은 사용자에게 있는데, 근로자가 이의제기 하지 않은 것이 불합리하였다고 입증하는 것이다.

## 1. 이의제기 불이행

근로자가 손해를 회피할 수 있었거나 이의제기 하지 않은 것이 불합리 하였는지 여부는 그 시점에 근로자에게 가능했던 특정한 환경과 정보에 달려 있다. 근로자가 상대적으로 사소한 괴롭힘 사건의 처음 또는 두 번째 직후에 곧바로 경영진에 이의제기해야 하는 것은 아니다. 인종, 성별 또는 기타 법적으로 보호되는 범주를 이유로 하는 모든 사소하고 불쾌한 표현이 이의제기와 조사로 이어져서 사업장이 전쟁터가 될 필요는 없다. 근로자는 이의제기 절차로 가지 않고 괴롭힘 행위가 중단되기를 바라면서 사소한 사건은 합리적으로 무시할 수 있다. 경영진에게 이의제기 하기 전에 근로자는 괴롭힘 행위 중단을 가해자에게 직접 요구하고 그 행위가 중단되는지 지켜볼 수 있다. 만일 괴롭힘 행위가 지속됨에도 불구하고 이의제기를 더 지연한다면, 그것은 불합리한 것으로 판단될 수 있다.

근로자가 이의제기를 지연하거나 사용자의 이의제기 절차를 활용하지 않은 것에 대한 다른 합리적인 설명이 있을 수 있다.

이의제기 절차의 이용에 보복행위의 위험이 있는 경우  
이의제기를 방해하는 장애요소가 있는 경우; 그리고  
이의제기 절차가 실효적이지 않은 경우

확인 항변의 두 번째 단계를 만들기 위해서, 사용자는 근로자의 이의제기 불이행이 불합리했다는 믿음이나 인식을 입증해야 한다.

### 보복행위의 위험

근로자가 보복행위를 두려워할 합리적 이유가 있다면 이의제기 절차를 이용할지 않은 것이 불합리적이었는 주장에 사용자가 할 수 없다. 한 조사에 따르면, 괴롭힘 피해를 당한 근로자들은 보복행위가 두려워서 경영진에게 이의를 제기하지 않는 경우가 빈번했다. 근로자들이 그러한 두려움을 갖지 않도록 하기 위해 사용자는 괴롭힘 피해 주장을 이유로 보복당하지 않을 것을 분명하게 공지하고 그 정책을 집행해야 한다.

### 이의제기 방해요소

이의제기 절차에 불필요한 방해요소가 있어서 근로자가 그 절차를 이용하지 않은 것이면 그것은 합리적으로 간주될 것이다. 예를 들어, 그 절차가 근로자에게 과도한 비용을 부과하거나, 이의를 접수할 창구의 접근성이 떨어지거나, 불필요하게 겁을 주거나 부담을 주는 신청 요건들이 있는 경우에 근로자가 그러한 이유로 사용자의 이의제기 절차를 이용하지 않은 것은 합리적인 것으로 판단될 것이다.

근로자가 의무적인 조정 또는 그 외에 다른 분쟁조정 과정에 참여하지 않은 것도 불합리한 것으로 간주되지 않는다. 근로자가 관련 정보를 제공하여 사용자의 조사에 협조할 것이 기대될 수는 있지만, 그렇다고 해서 근로자가 합리적 주의의무 이행으로 실제적 또는 절차적 권리를 포기하는 것은 아니다. 근로자가 주의의무를 이행하는 한 요소로서 가해자와 그 문제를 해결해야 할 필요는 없다.

### 이의제기 절차가 실효성이 없다는 인식

이의제기 절차가 실효성이 없다고 합리적으로 믿은 근로자가 그 절차를 개시하지 않은 것이면, 사용

자는 확인항변의 두 번째 단계를 만들 수 없다. 예를 들어, 이의제기 절차의 개시 요건이 괴롭힘 당사자인 관리감독자에게 먼저 제출해야 하는 것이라면, 그 절차가 실효적이지 않을 것이라는 근로자의 믿음은 합리적인 것이 된다. 또한 동료 노동자의 이의제기가 괴롭힘 행위를 중단시키지 못한 사례를 알았다면 그것도 합리적인 이유가 될 것이다. 이의제기 절차의 실효성에 대한 근로자의 신뢰를 높이는 한 방법은 괴롭힘 행위를 중단할 교정조치와 징계조치에 관한 포괄적인 정보를 사용자가 근로자들에게 공표하는 것이다.

## 2. 손해 회피 노력

일반적으로, 사용자는 그 이의제기 절차를 근로자가 불합리하게 이용하지 않은 경우에 확인 항변의 두 번째 단계를 입증할 수 있다. 그러나 근로자가 다른 형태의 손해 회피 노력을 했다면, 그러한 입증이 그 항변을 확립하지 못한다.

예를 들어, 근로자가 EEOC 또는 주정부 기관에 신속하게 구제신청을 하였다면, 괴롭힘 행위가 지속되는 중이라도 그와 같은 손해 회피 노력으로 간주될 수 있다. 노동조합의 고충처리절차도 손해 회피 노력으로 간주될 수 있다. 마찬가지로, 사용사업주의 사업장에서 괴롭힘 행위를 당한 파견사업주의 노동자는 그 문제를 교정할 수 있다고 믿은 파견사업주 또는 사용사업주에게 그 괴롭힘을 신고할 수 있다. 따라서 노동자가 그들 중 하나에게 이의제기 하지 않은 것이 뒤이은 구제신청을 막을 수는 없다.

이와 같은 손해 회피 노력들과 함께, 이의제기의 시기도 책임이나 손해배상에 영향을 줄 수 있다. 만일 근로자가 조기에 이의를 제기하여 손해의 일부를 회피할 수 있었다면, 그만큼 손해배상액이 경감될 것이다.

## VI. ‘사용자와 동일한 자(alter ego)’가 행한 괴롭힘

### A. 책임의 기준

‘단체의 대리인으로 간주될 수 있는... 부류’에 속하는 고위층이 가해자인 경우에는 그 위법한 괴롭힘 행위에 대해 언제나 사용자가 책임을 진다. Faragher, 118 S.Ct. at 2284. 그러한 상황에서 임원의 위법한 괴롭힘 행위는 당연히 사용자에게 책임이 전가된다. 따라서 그 괴롭힘 행위가 유형의 고용상 행위를 초래하진 않았더라도 사용자는 확인의 항변을 주장할 수 없다.

### B. ‘사용자와 동일한 자’ 또는 ‘대리인’으로 간주되는 임원

연방대법원은 Faragher판례에서, 괴롭힘 행위의 책임이 당연히 사용자에게 전가 되는 임원의 사례를 다음과 같이 제시했다.

사장president  
소유자owner  
동업자partner  
기업 임원corporate officer

## VII. 결론

Ellerth판례와 Faragher판례에서 연방대법원은 사용자가 강력한 괴롭힘 방지 정책을 시행하고, 실효

성 있는 이의제기 절차를 집행하게 만드는 유인을 만들었다. 또한 그 판례들은 괴롭힘 행위가 더 가혹하고 만연해지기 전에 근로자가 그 행위에 대해 경영진에게 알리도록 한다. 사용자와 근로자가 그 단계를 취하면, 위법한 괴롭힘 행위는 방지될 수 있고, 그에 따라 차별금지 법률의 중요한 목적을 실현하는 것이다.

## 제6절. 미국 Enforcement Guidance on O'Connor v. Consolidated Coin Caterers Corp.(EEOC-CVG-1996-4)

### I. 결정 배경

1996년 4월 1일, 미국 대법원은 O' Connor v. Consolidated Coin Caterers Corp., 116 S. Ct. 1307(1996) 사건에 대한 판결을 내렸다. O' Connor 판결은 일용 입증(prima facie) 사건을 해결하기 위해, 개정된 (ADEA), 29 U.S.C. § 621 et seq.,에 의해, 1967년 고용법의 연령차별을 위반하여 해고되었다고 주장하는 원고가 자신이 보호되는 연령 그룹 외의 누군가(즉, 40세 이하의 누군가)에 의해 대체된 것을 입증해야 하는지에 대한 협소한 문제를 다루었다.

법원은 만장일치로 40세 이하인 자에 의한 대체는 ADEA 일용 입증 사건의 필수적인 요소가 아니라 판단했다.

O' Connor 사건의 원고는 해고 당시 56세였는데, 지방법원에서 자신의 나이 때문에 피고 회사가 자신을 해고했다고 주장했으나 패소했다. 지방법원은 피고의 즉결심판 청구를 받아들였다. 항소심에서, 제4순회 항소법원이 지방법원의 기각 결정을 확정했다.

제4순회 항소법원은 McDonell Douglas 판결(McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U.S. 792 (1973) (Title VII) 원칙을 적용하면서, 강제력 없는 사건에서 항소인(원고)이 (1) ADEA에 의해 보호되는 연령그룹에 속한다는 점(PAG), (2) 해고되거나 강등되었다는 점, (3) 그의 해고나 강등 시기에 그가 그의 직무를 사용자의 정당한 기대에 부합되는 수준으로 수행했다는 점, 그리고 (4) 그의 해고나 강등에 뒤이어 법에 의해 보호되는 연령계층 외의 사람으로 교체되었던 점을 입증한다면 연령 차별의 일용 입증 사건을 확립할 수 있다고 판시하였다. 법원은 항소인 대신 채용된 사람이 40세였기 때문에, 항소인은 입증에 실패했다고 결론지었다. 대법원은 번복하였다.

대법원은 당초 McDonell Douglas에서 제시된 기본적인 증거 원칙이 ADEA에 적용되는지 여부를 결정할 기회가 없었다고 지적했다. 그러나 당사자들은 그 점에 이의를 제기하지 않았고, 제4순회 법원이 다른 연방 항소법원과 마찬가지로, McDonell Douglas을 변형하여 ADEA의 다른 사건에 적용했기 때문에, 법원은 판결의 목적을 위해 그것이 적용되었다고 상정했다.

따라서 대법원은 McDonell Douglas 원칙의 관점에서 일용 입증 사건을 보면서, “적어도 일용 입증 사례의 각 요소와 불법적인 차별 사이에 ‘법적으로 의무적이며 반증 가능한 가정(116 S. Ct. at 1310)’을 확립하는 논리적 관련이 있어야 한다”고 판시했다. 대법원은 40세 이하인 사람에 의한 대체 요소가 이 요건을 충족하지 못한다는 것을 발견했다. 즉, 대법원은 (PAG 차별에 반대되는) 연령 차별에 대한 추론은 40세가 39세(PAG 외부의 누군가)로 대체될 때, 56세가 40세(PAG 내의 누군가)로 대체되는 것보다 더 크게 도출될 수 없다고 판단했다. 대법원은 “확증적 가치가 없기 때문에, ADEA 원고가 (PAG) 외부의 누군가에 의해 대체되었다는 사실은 McDonell Douglas 일용 입증 사건의 적절한 요소가 아니”라고 결론지었다.

결론에서, 대법원은 ADEA는 “개인의 연령 때문에” 차별을 금지한다고 강조했다. 법률은 “40세 이상 고령자(즉, PAG)이기 때문에 고용인에 대한 차별을 금지하는 것이 아니다; 고용인의 연령을 이유로 하는 차별을 금지하지만, 그 보호대상을 40세 이상으로 제한하고 있다(116 S. Ct. at 1310).” 대법원은 “따라서 PAG의 한 사람이 PAG의 다른 사람에게 밀려난 사실은 이와 무관하고, 그의 연령으로 인해 밀려난 것”이라고 판시했다. (강조는 원문)

법원은 또한 일용 입증 사건은 “고용관련 결정이 (불법적인) 차별기준에 기반한 것이었다는 추정을 만들기 적당한 증거”를 요구하고 116 S. Ct. at 1310 (quoting Teamsters v. United States, 431 U.S. 324, 358 (1977) 인용), 어느 근로자를 “매우 더 어린” 다른 근로자로 대체한다고 해서 그러한 추정을 도출할 수 없다고 판시했다. ADEA는 소속 구성원이 아닌 연령에 따른 차별을 금지하기 때문에, 법원은 연령차별의 맥

락에서, “대체자가 원고보다 훨씬 어리다는 사실은 원고가 (PAG) 외부의 누군가로 대체되었다는 사실보다 훨씬 더 신뢰할 수 있는 연령차별의 지표” 라고 제시했다.

## II. 질문과 답변

다음의 질문과 답변은 O’ Connor 판결과 관련하여 발생하는 문제에 대한 위원회의 입장이다.

질문 : O’ Connor의 기본 의의는 무엇입니까?

답변 : O’ Connor 판결은 연령차별의 일응 입증은 원고의 대체자가 PAG 최소 연령(즉, 40세)보다 어릴 것을 요구하지 않는다고 결정했습니다.

2. 질문 : O’ Connor 판결은 조사관이 연령차별 혐의를 처리하는 방식을 변경합니까?

답변 : 아닙니다. O’ Connor는 제소 당사자가 그/그녀의 대체자(또는 비교자)가 ADEA의 보호를 받는 연령 그룹(40세 이상)인 개인이라고 판시했기 때문에, 위원회의 오랜 입장과 일치합니다. 실제로, 비교자의 특성들이 ADEA, 5장, 미국장애인법(the Americans with Disabilities; ADA), 또는 1973년 4월 재활법(the Rehabilitation Act)의 일응 입증 사건의 필수 요소는 아니라는 것이 위원회의 입장입니다.

3. 질문 : O’ Connor 이후에 일응 입증 사건과 궁극적으로 ADEA 위반을 설정할 수 있습니까?

답변 : 그렇습니다. 판결의 입장은 피고가 제소 당사자의 대체자를 고용하는 것에 종속되지 않습니다. O’ Connor는 대체자의 연령이 일응 입증 사건의 일부가 될 때, 대체자가 보호되는 연령 그룹에 속한다는 이유로, 그 사건이 차별에 해당하지 않는 것은 아니라는 입장입니다.

4. 질문 : O’ Connor 법원은 원고의 대체를 언급할 때, “근소하게 어린( insignificantly younger)” 과 “상당히 어린(substantially younger)” 이라는 단어를 사용합니다. 판결에서 이러한 단어에 대해 정의하고 있습니까?

답변 : 아닙니다. 특별한 경우의 사실로부터 도출된 연령차별 추정 강화 논의에서 법원은 단지 “68세가 65세로 대체된 사례” 를 제시하고 그러한 사실이 “매우 얇은 증거에 기초해서 일응 입증 사건을 만드는 것” (116 S. Ct. at 1310.)에 해당할 수 있다고 제안합니다.

5. 질문 : 제소 당사자의 대체자/비교자가 제소 당사자보다 “근소하게” 또는 “상당히” 어린 지에 대해 구체적으로 결정해야 합니까? 만약 그렇다면, O’ Connor 판결이 이 단어들을 정의하지 않았는데, 위원회는 어떻게 결정을 내려야 합니까?

답변 : 연령 차이를 “근소한” 또는 “상당한” 처럼 구체적으로 분류할 필요는 없습니다. 그러나 과거와 마찬가지로 제소 당사자와 그/그녀의 대체자/비교자의 상대적 연령은 사건의 본안에서 관련 증거가 될 수 있습니다. 이에 대한 구체적인 결정이 필요한 경우, 위원회는 사례별로 결정을 내릴 것입니다.

더 나아가서, 우리는 연령 차이가 “근소한 지” 또는 “상당한 지” 그 여부를 판단하기 위한 “분명한 기준점” 은 없다고 강조합니다. 연령 차이가 연령차별을 입증하기에 충분한 지 여부는 사건을 평가할 때 고려해야 할 문제 중 하나일 뿐입니다. (아래 설명 참조)

6. 질문 : O’ Connor 판결은 제소 당사자가 약간 더 어린 사람으로 대체된 것으로 판단되는 경우 “이유 없음” 으로 기각을 요구합니까? 예를 들어, 제소 당사자의 대체자가 제소 당사자보다 2-3살

어리다면, 나이 때문에 해고되었다는 주장을 기각해야 합니까?

답변 : 아닙니다. 어떤 상황에서도 제소 당사자의 대체자가 약간 더 젊다는 이유만으로 조사 없이 소송을 기각해서는 안 됩니다. 담당 사무소는 사안에 대한 결정을 내릴 때, 다른 모든 사실 및 상황과 함께 이 점을 고려할 재량권이 있습니다.

7. 질문 : 비교자가 제소 당사자보다 약간 어리더라도, 담당 사무소는 어떤 상황에서 차별 인용 결정을 내릴 수 있습니까?

답변 : 그러한 차별인용 결정이 적절한 여러 상황이 있을 수 있습니다. 제소 당사자와 그/그녀의 비교자간의 연령 차이가 “상당” 하지 않다는 사실은 합리적인 이유가 있는지 여부를 판단할 때 다른 모든 증거와 함께 판단되어야 하는 증거 중 하나일 뿐입니다. 예를 들면 :

(1) 만약 연령차별을 숨길 목적으로 약간 더 젊은 비교자가 선택되었다는 증거가 보인다면, 연령에서 상대적인 약간의 차이는 제소 당사자의 사건을 배척할 수 없습니다. 예를 들어 다음과 같은 경우입니다.

\* 약간의 연령 차이에도 불구하고, 비교자는 상당히 젊고, 더 활기차고 튼튼해 보이며, 고용주는 비교자의 “젊은” 외모에 대해 호의적으로 언급했습니다.

\* 대체자는 은퇴 연령이 가까워지고 은퇴에 관심을 표현한 사람입니다. 따라서 고용주가 상당히 젊은 대체자를 고용할 수 있는 방법을 제시합니다.

(2) 고용주의 가장 오래된 근로자에 대한 처우의 이력은 비교자가 제소 당사자보다 약간 어린 경우에 연령차별 추정을 뒷받침합니다.

(3) 차별적인 행위와 관련하여 연령에 기초한 발언이 있었다는 증거는 상대적으로 약간의 연령 차이에도 불구하고 연령차별의 추정을 뒷받침합니다.

(4) 비교자가 제소 당사자보다 약간 어리더라도 직업에 대한 자격이 부족하면 연령차별 추정을 뒷받침합니다.

(5) 제소 당사자를 해고한 사람이 아닌, 통제할 수 없는 사람이 약간 더 젊은 대체자를 고용한 경우, 상대적으로 작은 연령 차이로 인해 연령차별 추정이 손상되지 않습니다(해고 및 고용 이후 두 명의 다른 개인에 의한 분리되고 독립적인 행위였습니다).

비교자가 제소 당사자보다 약간 어리지만, 전체적인 증거가 연령차별의 추정을 성립하기 적절한 경우, 담당 사무소는 답변자가 합법적이고 차별이 아니라는 이유를 입증하지 못할 때, 또는 불법적 차별의 구실이라고 판단될 때, 차별인용 결정을 내려야 합니다.

8. 질문 : O’ Connor 판결 후 위원회가 연령 사건에 McDonnell Douglas 일용 입증 사례 구조를 계속 적용합니까?

답변 : 그렇습니다. 구조는 7장에 따라 개발되었지만, 위원회와 사실상 모든 연방법원은 McDonnell Douglas에서 개발한 기본 입증 구조의 일부 변형을 ADEA의 다른 사건 처리에도 적용했습니다. 실제로 대법원은 O’ Connor 사건에 McDonnell Douglas를 사용했습니다.

9. 질문 : McDonnell Douglas 구조는 다른 사건 처리에서 증거를 평가하는 독점적인 방법입니까?

답변 : 아닙니다. McDonnell Douglas 모델은 증거를 평가합니다. 예를 들어, 차별의 직접적인 증거가 있는 경우, McDonnell Douglas 구조에 의존하지 않아도 사건에 대한 결정을 내릴 수 있습니다. 그러나 EEOC 조사 목적을 위해 중요한 고려 사항은 규정된 “공식”을 엄격하게 또는 유연하게 준수하지 않고 얻은 증거에 기초하여 사건에 대한 결정을 내려야 한다는 것입니다. Carson v. Bethlehem Steel Corp.에서 제7 순회법원에 의해 다음과 같이 판시된 바 있습니다 : “고용주가 침묵을 유지한다면, 만약 증거가 주장에 부합하지 않더라도 원고에게 유리한 판단을 뒷받침하도록 하는 강한 입증입니다.” 82 F.3d at 159.

10. 질문 : O’ Connor 판결은 연령 사건에 차별에 대한 역효과 이론의 적용 가능성을 다루고 있습니까?

답변 : 아닙니다. 이 사건은 차별에 대한 다른 처리 이론만을 다루고 있습니다. 대법원은 연령 사건에 역효과 이론을 적용할 수 있다고 판단한 적 없지만(Hazen Paper Co. v. Biggins, 507 U.S. 604, 610 (1993)), 연방항소법원의 대다수는 이 이론이 연령 사건에 적용된다고 주장하거나 가정했습니다. 위원회는 그러한 적용을 판례법에서 금지하지 않는 한, 연령 사건에 역효과 분석을 적용합니다. 29 C.F.R. § 1625.7(d).

11. 질문 : O’ Connor의 논리는 계류 중인 사건에 적용됩니까? 만약 대법원 판결 전에 보호받는 연령 그룹의 구성원이 보호받는 연령 그룹의 다른 구성원으로 대체되는 사건이 발생해서 제4 순회법원 담당 사무소에 사건이 계류 중이면, 담당 사무소는 어떻게 진행해야 합니까?

답변 : O’ Connor 판결은 계류 중인 사건에 적용됩니다. 따라서 담당 사무소(제4 순회법원 사무소 포함)는 대법원에서 정한 판례법을 적용해야 합니다. 이 문서 또는 특정 소송에 대한 적용에 의문이 있는 경우, EEOC 조사관은 해당 법률 부서에 연락해야 합니다.

## 제7절. 미국 Section 3. Employee Benefits(EEOC-CVG-2001-1)

### I. 개관

고용 연령 차별법(ADEA), 미국 장애인법(ADA), 민권법(제7편)은 보상과 기간, 조건 그리고 고용 특권에 있어 보호받는 집단에 대하여 차별을 금지한다. 동일임금법(EPA)은 성별에 근거한 임금 차별을 금지한다. 이러한 법들은 근로자의 모든 수당들이 법률상 예외로서 인정되지 않는 한 차별없이 지급될 것을 요구한다.

근로자의 각종 수당에 있어 차별을 주장하는 많은 소송은 - 휴가, 이익 공유와 교육 수당을 포함하는 - standard theories of disparate treatment and disparate impact를 이용하여 해결될 수 있다. 이러한 형태의 수당에 관한 주제들은 전형적으로 격차가 보호받은 분류에 기반했던 것인지 또는 차별의 효과를 가지고 있었는지 그리고 사용자가 그러한 차별에 항변할 사항을 가지고 있었는지가 될 것이다.

본 the Compliance Manual 섹션에서는 독특한 이슈들을 야기하는 근로자의 각종 수당 : 생명 및 건강 보험 수당, 장기 그리고 단기 장애 수당, 해직 수당, 연금 또는 다른 퇴직 수당 그리고 조기 퇴직 인센티브-에 중점을 둔다. ADEA와 ADA상의 명시적인 법률 규정에 근거하여, 이러한 수당들은 standard disparate treatment or impact 분석을 통해 해결할 수 없는 문제점들을 야기한다.

이 절에서는 이러한 수당에 대한 차별이 주장되었을 때 발생할 수 있는 특정한 이슈들에 대해서 깊이 있게 검토한다.

### II. 이 섹션에서 다루는 각종 수당

- 생명 보험 수당(life insurance benefits)

생명 보험 수당은 보험자의 사망 사고에 있어 피보험자 본인 그리고/또는 피보험자의 수혜자를 위한 금전적 혜택을 제공한다. 일반적으로 수당은 일시불로 지급되는데, 때때로 연금의 형태로 지급된다. 이를 통해 수혜자는 평생 동안 정기적인 수당을 지급 받는다.

- 건강 보험 수당(health insurance benefits)

건강 보험 수당은 의료에서 발생하는 모든 또는 부분적인 비용들을 담당한다. 보상범위는 근로자에 제한될 수 있고 또는 근로자의 배우자 그리고(또는) 피부양자녀를 포함하여, 근로자와 관계가 있는 다른 사람들에게 확장될 수도 있다.

- 장기 및 단기 장애 수당(long-term and short disability benefits)

장애 수당은 질병 또는 부상으로 일을 할 수 없는 근로자를 위하여 급여 대체를 제공한다. 어떤 사용자는 또한 복직권을 부여하는데 장애를 받은 근로자가 회복이 되면 자신의 일로 돌아올 수 있다. 장기 수당은 전형적으로 늘어난 기간 동안 지급된다. 그럼에도 불구하고 많은 제도들은 수당 프로그램의 기간 결정에서 정신적 악화와 육체적 악화 사이에 차이가 생긴다. 단기 수당은 상대적으로 짧은 기간 안에 근로자가 다시 일할 수 있을 것으로 사용자가 예견할 경우 더 일시적인 조건들을 위하여 활용할 수 있는 것이다.

- 장애 퇴직 수당(disability retirement benefits)

장기 그리고 단기 장애 수당처럼, 장애 퇴직 수당은 질병 또는 부상으로 일할 수 없는 근로자들에게 지급된다. 그러나 다른 장애 수당들과는 다르게, 장애 퇴직 수당은 근로자가 다시 일을 시작할 수 없다면 전형적으로 죽을 때까지 지급될 수 있다. 그러므로 이 수당은 종전 근로자를 위한 퇴직 수당으로서 기능한다. 장애 퇴직 수당은 근속 퇴직 수당과는 구별되어야 하는데, 근속 퇴직 수당은 정년에 이르렀거나, 근속 년수를 충족하거나 사용자의 다른 적격 기준을 충족하는 근로자들에게 지급된다.

- 해직 수당(severance benefits)

해직 수당은 일을 그만두는 근로자들에게 지급되는 수당이다. 많은 경우에, 해직 수당은 어떤 근로자가 그 자신의 직무 또는 행위가 아닌 다른 이유로 일을 그만둘 때 지급될 수 있다. 그것은 가장 전형적으로 경제적 내지 사업적 이유로 인력 감축(reductions in force)이나 감량 경영(downsizing)할 때이다. 해직 수당은 사용자의 일방적인 결정에 근거하거나 단체협약의 조건에 의하여 지급될 수 있다. 지급되는 해직 수당의 액수는 또한 사용자에 따라 다양하다. 예를 들어, 어떤 사용자는 모든 해고된 근로자들에게 일정한 액수(a set amount)를 지급한다. 반면 다른 사용자들은 근로자들 해고에 의해서 발생하는 각각의 근속 년수에 대하여 한 주의 봉급을 지급할 수 있다.

- 근속 퇴직 수당(service retirement benefits)

퇴직 수당은 종전 근로자들에게 그들의 고용 종료 후 소득 원천을 제공한다. 이러한 수당은 근속 퇴직 내지 연금 수당으로 불린다. 이 수당은 일시불로 지급되거나 평생 동안 정기적 연금으로 지급될 수 있다.

다른 기준 가운데, 모든 - “감액되지 않은” - 퇴직 수당을 받기 위해서는 사용자는 전형적으로 근로자들이 “규정된 정년”에 도달할 것을 요구하고(거나) 특정 근속 년수를 다했을 것을 요구한다. 사용자들은 때때로 요구된 나이나 근속 년수에 이르기 전에 일자리에서 떠나는 근로자들에게 감액된 연금 수당을 받고 은퇴하는 것을 허락한다.

많은 경우에, 퇴직 수당은 확정 급여 또는 확정 기여 제도(또는 이 두 가지의 조합을 통해)를 통해 제공된다. 확정 급여 방식 하에서는, 그 사용자는 각 근로자들의 퇴직 수당을 계산할 특정 계산식을 제공하고 일단 근로자가 자격을 갖추게 되면 그 액수를 지급할 것을 약속한다. 계산식들은 사용자에 따라 다양하고 근로자의 나이, 근속 년수, 봉급 수준 또는 기타의 기준의 조합에 기반할 수 있다.

확정 기여 방식하에서는 사용자는 각 참여자들을 위한 개별 계좌에 정해진 기여금(set contribution)을 만든다. 퇴직 수당의 액수는 근로자 계좌의 소득에 달려있다. “401(k)” 방식은 확정 기여 방식의 예이다. 확정 급여 방식과 같이 사용자의 기여 액수는 기여금이 계산식에 의해 계산되는 것처럼, 특정 사용자에 따라 좌우될 것이다.

- 조기 퇴직 인센티브(early retirement incentives)

몇몇 경우에, 사용자들은 근로자들에게 조기 퇴직할 수 있는 기회를 부여할 수 있는데, 이는 정년에 이르기 전이나 요구된 근속 연수를 채우기 전에, 그렇지 않았으면 근로자들에게 제공되지 않았을 부가적인 수당에 대한 교환으로. 사용자는 때때로 이러한 인센티브를 제공하는데, 그렇지 않으면 구조조정에 이를 수 있는 재정상의 우려를 대처할 수단으로 근로자들이 자발적으로 조기 퇴직을 할 것을 독려할 의도이다.

## 제소를 위한 기초(BASIS FOR FILING A CHARGE)

본 섹션은 연령, 장애, 인종, 피부색, 국적, 종교, 또는 보복에 의해 수당을 부정받거나 낮은 수당을 받아왔던 경우에 적용된다. 이 섹션은 생명 보험 수당, 건강 보험 수당, 장기 또는 단기 장애 수당, 장애 퇴직 수당, 해직 수당, 근속 퇴직 수당 그리고 조기 퇴직 인센티브를 포함한다. ADEA 하에서, EEOC가 사용자의 부가 혜택 실행에 대한 조사를 위하여 소송(charge)은 요구되지 않는다.

이 섹션은 먼저 ADEA를 다룬다. 왜냐하면 그 법은 명백하게 이러한 종류의 수당과 관련한 청구(claims)에 대한 분석을 규율하는 포괄적인 규정들을 담고 있기 때문이다. 이러한 규정들은 사용자가 어떤 경우에 저연령 근로자보다 고연령 근로자에게 낮은 수당을 주는 것을 허용한다. 이 장은 더 낮은 수당이 허용될 때와 사용자가 그것을 주는 것을 정당화하기 위하여 입증해야만 하는 것을 설명한다.

ADA는 또한 사용자가 근로자 수당에 있어 특정한 장애를 기반으로 한 차이를 두는 것을 허용한다. 이 섹션에서는 ADA 수당 소송 분석을 통하여 해결해야 하는 몇 가지 의문점들을 검토한다.

민권법(제7편) 하에서 사용자는 결코 수당 결정을 인종, 성별, 국적 또는 종교에 기하여 할 수 없다. 사용자는 또한 수당 제도에서 포태, 임신 또는 관련된 의학적 조건을 배제하는 것 또는 차별적 조치를 위하여 그러한 조건들을 뽑아내는 것을 금지당한다. 이 섹션은 이러한 금지의 범위와 적용을 다룬다.

이 모든 세 가지 법 하에서, 사용자는 수당의 차별에 대하여 수당을 제공할지 또는 보험회사나 다른 존재로부터 수당 내지 수당 패키지를 살지 여부 선택에 대한 책임을 질 것이다(Arizona Governing Committee v. Norris, 463 U.S. 1073, 1089 (1983)). 같은 룰이 수당의 원천과 무관하게 적용된다.

사용자가 근로자의 고용기간 동안의 차별과 관련이 있던 경우, 소송 당사자는 전형적으로 현재 근로자일 것이다. 그러나 고용에 의해 개인이 수당을 받을 자격이 되는 경우, 그는 현재 고용되어 있는 것과 관계없이 소를 제기할 수 있다. 예를 들어, 몇몇 경우에 소의 당사자가 사용자가 그의 고용 종료 이래로 차별적으로 은퇴 내지 다른 고용 후 수당을 변경하였다고 주장할 수 있을 것이다. 이러한 전직 근로자는 그러한 차별에 문제를 제기할 수 있고 조사관들은 그러한 주장을 받아들여야 할 것이다. 물가상승분(Threshold) 이슈에 대한 응낙(접수) 매뉴얼 섹션2를 보라.

## <ADEA 이슈들>

### I. 들어가며

만약 사용자가 그의 근로자들에게 부가혜택을 제공한다면 그것은 일반적으로 근로자의 연령과 무관하게 행해져야 한다. 그러나, 사용자들은 일정 조건하에 저연령 근로자들보다 고연령 근로자에게 더 낮은 수당을 주는 것이 가능하다.

근로자 수당 평가에 있어 첫 번째 질문은 사용자가 저연령 근로자보다 고연령 근로자에게 덜한 혜택을 제공하고 있는가이다. 만약 수당들이 동일하다면, 더 이상의 절차로 나아갈 필요는 없다.

만약 고연령 근로자에게 주어지는 수당들이 저연령 근로자에게 제공되는 것과는 같지 않다면, 다음의 질문은 어떤 차이가 ADEA에 의해 허용되는가이다. 이 섹션에서 논의되는 종류의 수당에 있어, 사용자들은 고연령 근로자들에게 더 낮은 수준 내지 기간의 수당을 제공할 수 있다.

- 특정한 종류의 수당에 있어, 만약 사용자가 같은 액수를 지불하거나 같은 비용을 부담하고 있다면, 고연령과 저연령 근로자들에게 대한 수당에 대해서; 또는
- 만약 ADEA가 사용자가 그의 고연령 근로자들에게 제공하는 수당들을 보충(offset상계)하는

것을 정당화하고, 그리고 고연령 근로자들이 받을 수 있고, 사용자 또는 다른 원천으로부터 받는 총 수당이 저연령 근로자들에게 제공되는 수당보다 불리하지 않다면.

일정 조건 하에서, ADEA는 또한 사용자들이 고연령 근로자에게 더 낮은 수당을 주는 조기 퇴직 인센티브 제공을 허용한다.

어떤 사용자들은 제도가 ERISA(the Employee Retirement Income Security Act of 1974)의 요건을 충족하는 경우 수당 격차들을 방어하고자 노력할 수 있는데, 이 법은 근로자 수당 제도의 수립, 포함, 관리 또는 the Internal Revenue Code를 규율한다. 그러나 이러한 법들 중 어떤 것도 사용자가 연령에 근거하여 차별하는 것을 요구하지 않기 때문에 ADEA하에서 불법적이라 판단되는 행위를 하는 것에 대한 방어가 아니다. 그래서, 수당 제도가 ERISA나 the Internal Revenue Code의 기준들을 충족한다는 사실은 전형적으로 그 계획이 ADEA에 따르는지 여부를 결정하는데 적절하지 않다.

그래서, 적절한 질문은 다음의 것들이다:

**사용자가 그의 모든 근로자에게 평등한(equal) 수당들을 제공해 왔는가?**

**만약 그렇지 않다면,**

- 수당들은 동일 비용 항변을 조건으로 하는가? 그러하다면, 사용자는 저연령 그리고 고연령 근로자들을 위하여 동일한 액수를 쓰거나 동일 비용을 부담해 왔는가? 사용자는 비용에 상응하는 수당을 제공하기 위하여 그러한 액수를 사용해 왔는가?

또는

- ADEA는 상계(보충)를 허용하는가? 만약 그렇다면, 그리고 다른 원천으로부터 이용가능한 수당들을 고려한다면, 고연령 근로자들의 총 수당은 같은 상황의 저연령 근로자들에게 제공되는 총 수당보다 덜 유리한 것은 아니지 (않은가)?

또는

- 그 수당들은 유효한 조기 퇴직 인센티브 제도의 부분인가?

## II. 기초지식(Background) : 동일 수당(Equal Benefits)

### A. 들어가며

이러한 분석의 목적으로, 수당들은 단지 모든 관점에서 고연령과 저연령 근로자에게 같은(the same) 경우에만 “동일” 하다. 불평등(unequal) 수당들은 불법이 아닐 수도 있다. 그러나 만약 수당들이 고연령과 저연령 근로자들에게 같지 않다면, 사용자는 그 차이를 정당화해야만 할 것이다.

동일 수당을 받기 위해, 고연령과 저연령 근로자들은 다음의 모든 것을 받아야만 한다.

- 동일(same) 지급 옵션

사례

만약 55세 근로자들이 일시불 연금 지급과 연부금 사이에 선택할 수 있으나, 65세 근로자들은 연부금으로만 연금 수당을 받아야 한다면 수당은 불평등(not equal)하다.

- 동일 형태 수당

**사례**

만약 구조조정된 55세 근로자가 해직 수당과 재교육훈련을 받는 반면, 구조조정된 65세 근로자는 해직 수당과 생명보험을 받는 경우 - 각자에게 지급된 수당들의 금전적 가치가 같아도 - 수당들은 불평등하다.

- 동일 액수 수당

**사례**

만약 50세 근로자들과 70세 근로자들 모두 5만 달러의 사망 수당을 받는다면 생명 보험 수당은 평등하다.

**사례**

만약 50세 근로자들과 70세 근로자들 모두 그들의 연봉에서 세 배의 사망 수당을 받는다면, 생명 보험 수당은 평등하다. 수당을 계산하는 공식이 같은 한, 고연령과 저연령 근로자들에게 제공된 실제 보상범위(coverage)는 다를 수 있다.

**사례**

만약 50세 근로자와 70세 근로자 모두 한 달에 500달러(내지 그들의 봉급이 다름에도 불구하고, 그들의 봉급에서 같은 비율)를 그들이 구조조정된 후 같은 기간 동안 받는다면, 해직 수당은 평등하다.

**사례**

만약 모든 근로자들에 있어 근속 년수에 근거하여 계산된다면, 근속 년수가 더 긴 저연령 근로자들이 더 짧은 근속 년수의 고연령 근로자들보다 더 높은 수당을 받는다고 할지라도 해직 수당은 평등하다.

만약 사용자의 제도가 고연령과 저연령 근로자들이 그들의 사망까지 매달 같은 액수를 지급받는다면 - 고연령 근로자들이 더 짧은 여명을 가지고 그래서 총 수당에 있어 더 적게 받을 가능성이 있을지라도 - 수당은 또한 평등할 것이다.

**사례**

사용자 A가 75세 퇴직자와 65세 퇴직자에게 연금 수당을 매달 2천달러 지급한다. 두 퇴직자는 동일한 봉급을 받고 있었고, 퇴직 전에 사용자를 위해 동일한 연수 동안 일했으며, 그들이 사망할 때까지 연금 수당을 받을 권리를 부여받았다. 비록 65세 퇴직자가 궁극적으로 더 긴 여명을 가지기 때문에 총액에 있어 더 큰 액수를 받을 가능성이 있다하더라도 각자에게 제공되는 연금 수당은 같다.

반면에 제도가 근로자들이 지급받을 수 있는 기간에 대해서 특정한, 연령에 기반한 한계(기한)를 설정한 경우, 수당은 평등하지 않을 것이다.

**사례**

사용자 O의 장기 장애 (수당) 제도는 62세에 도달할 때까지 해당 근로자들에게 매달 2천 달러를 지급한다. 사용자 O의 제도하에서, 각 근로자는 매달 같은 액수를 받을 것이다. 그러나 고연령 근로자들은 그들의 나이에 근거하면 저연령 근로자들보다 더 적은 지불을 받을 것이다. 수당의 기한이 명시적으로 연령에 근거하고 있기 때문에 이러한 수당들은 평등하지 않다.

**사례**

사용자 L은 이하의 스케줄에 따라 장기 장애 수당을 지급한다; 50세와 54세 사이의 장애가 발생한 근로자들은 10년 동안 매달 지불을 받는다; 55세와 59세 사이의 장애가 발생한 근로자들은 5년 동안 지불을 받는다; 60세 또는 그 이상 나이에 장애가 발생한 근로자들은 어떤 수당에 대한 해당도 없다. 도움이 됨에도 불구하고, 근로자가 장애를 받은 나이에 근거하여 이러한 기간이 차이가 나기 때문에, 이러한 수당은 평등하지 않다.

## B. 수당이 평등한지 여부를 결정하는 방법

몇몇 경우에는 고연령 근로자가 연령에 근거하여 저연령 근로자보다 적은 수당을 받는 수당 제도의

명문상으로부터 명백할 수 있다.

**사례**

사용자 R은 근로자에게 55세가 되면 기본 봉급의 50%에 해당하는 가치가 있는 생명 보험 혜택을 제공한다. 그 제도에 따르면 근로자들은 매년 혜택의 5%를 잃을 것이고 일단 65세가 되면 완전히 범위에서 적격성이 없게 된다. 이러한 수당은 수급자의 나이와 명시적으로 관계가 있으면서 수급자의 나이 때문에 감액되는 것이다(Solon v. Gary Community School Corp., 180 F.3d 844, 855 (7 Cir.1999); O'Brien v. Board of Education, 82 FEP Cases 1164, n.4(E.D.N.Y. 2000); cf. International Union, UAW v. Johnson Controls, Inc., 499 U.S. 187, 199-200 (1991) ; Arnett v. California Public Employees Retirement Syst., 179 F.3d 690 (9 Cir. 1999)).

게다가, 계획이 명시적으로 연령에 의해 정의되는(완전히 또는 부분적으로) 기준에 근거하여 수당을 줄이거나 없애는 경우 수당들은 평등하지 않을 것이다.

**사례**

사용자 F는 근속 퇴직에 적격성이 있는 날로부터 5년 미만에 장애를 받은 어떤 근로자에게도 장애 수당을 지급하는 것을 거절한다. 연령이 근속 퇴직 적격성 기준의 하나인 경우, 연령에 기반한 차별이 될 것이다 (Auerbach v. Board of Education, 136 F.3d 104, 110 (2d Cir. 1998); Hu v. UARCO, 122 F.3d 374, 388 (7 Cir. 1997)).

수당들이 명시적으로 연령 또는 연령에 기반한 요소들과 연계되어 있지 않은 경우 고연령과 저연령 근로자들이 평등한 수당을 받고 있는지 평가하기 위해서, 동일한 상황의 고연령과 저연령 근로자들을 비교해라. 동일한 상황의 저연령 근로자란 수당 및 수령과 관계있는 모든 것들에 있어 고연령 근로자와 동일한 근로자들이다. 근속 기간과 봉급 또는 같은 보험 제도에서의 등록. 예를 들어, 10년 근무한 55세 근로자는 만약 사용자의 제도가 수당들을 근무기간에 기반하게 한다면, 4년의 근무를 한 65세 근로자에 대하여 적절한 비교대상이 아니다.

조사자는 고연령 근로자의 희생으로 혜택을 받은 특정의 저연령 근로자를 식별할 필요는 없다. 몇몇 경우에, 그러한 근로자는 존재하지 않는다. 만약 실제의 비교대상자가 없다면, 조사자는 소의 당사자보다 저연령이면서 모든 관련 요소들에 있어 같은 상황에 있는 가정적인 근로자에게 제도가 지불할 수당을 계산해야 한다.

**사례**

소의 당사자, 60세는 장애 퇴직 수당에 있어 연령 차별을 주장한다. 사용자는 이러한 수당들은 근로자가 그 만두는 날에 봉급 수준과 근무 기간을 고려하는 계산식에 기반한다고 주장한다. 그 제도는 명시적인 연령 기반 기준을 담고 있지는 않다. 장애 퇴직한 날에 소의 당사자는 15년간 사용자를 위해 일해 왔고 매달 1200달러의 봉급을 받았다. 소의 당사자는 장애 퇴직 수당에 있어 더 많이 받는 저연령 동료를 특정한다.

조사자는 특정된 그 동료가 같은 근무 기간 수를 갖고 소의 당사자와 같은 봉급을 받는지 또는 장애 퇴직에 있어 적절한 비교대상자인 다른 저연령 근로자들이 있는지를 결정해야 한다. 만약 그렇다면, 조사자는 장애 퇴직 수당에 있어 얼마의 액수를 각 비교대상자가 수령하는지를 결정해야 한다.

만약 동일한 상황 하의 근로자들이 없다면, 조사자는 수당 제도 문서에 기반하거나 다른 관련 정보에 기반하여, 장애 퇴직 수당들이 근무 기간이 15년이고 1200달러의 봉급을 매달 받는 가상의 저연령 근로자들에 대하여 어떻게 계산될지를 계산하고 소의 당사자가 받는 액수와 이러한 수당들을 비교하여야 한다. 적절한 경우에 사용자는 그러한 계산을 하는데 도와줄 것을 요청받을 수 있다.

조사자들은 이하와 같이 관련 정보를 차트화하기를 바랄 수 있다. 사용자들은 받게 되는 수당에 있어 어떠한 차이라도 설명하도록 요청받아야 하며, 그래서 조사자들은 만약 연령이 사용자의 수당 계산에 있어 차이를 만드는 요소였는지를 결정할 수 있다.

연령	매달 봉급	근무년수	매달 장애 수당
----	-------	------	----------

60(CP)	1200불	15	500불
55	1200불	15	
52	1200불	15	
50	1200불	15	
45(기타)	1200불	15	

분석의 이러한 비율에 있어 최종적 질문은 고연령 근로자들이 연령을 기초로 저연령 근로자보다 불리한 수당을 받아왔는지 여부이다. 만약 그들이 그렇지 않았다면, ADEA 위반은 없을 것이다. 그러나 고연령 근로자들이 연령에 기초하여 동일한 상황의 저연령 근로자보다 더 적게 받는 데도 불구하고, 이것이 필연적으로 사용자가 ADEA를 위반해 왔다는 것을 의미하지는 않는다. 그것은 단지 조사자가 불리한 수당들이 법에 의해 허용받는 방법으로 정당화되는지 여부를 결정하여야 한다는 것을 의미한다.

### C. 고연령 근로자들에게 더 나은 수당들을 제공하는 것

위원회의 ADEA 규정(regulation)은 사용자가 그 수당들이 연령 차별과 관련된 문제를 상계(counteract)할 것이라 결론 내리는데 합리적인 기초를 가지는 경우에는 사용자가 고연령 근로자들에게 추가적인 수당을 지급하는 것을 인정한다.

#### 사례

사용자 Y는 인력 감축에 의해 30명의 근로자들과의 계약을 종료한다. 구조조정 근로자들의 8명은 40세와 50세 사이이고, 두 명은 55세이다. Y는 1000달러의 해직 수당을 50세 이하의 근로자 각각에게 주고 55세의 근로자 각각에는 2000불의 해직 수당을 제공한다. 이의제기를 받았을 때, Y는 저연령 근로자들보다 구조조정 후에 50세 이상의 미숙련 근로자들이 직장을 다시 얻는데 훨씬 더 어려운 시간을 갖는다는 정부 연구에 기 반하여 고연령 근로자들에게 더 높은 수당을 주었다고 진술한다. 사용자 Y는 고연령 근로자가 직업을 얻는데 겪는 문제들을 검토하여 행동해 왔고 ADEA를 위반해오지는 않았다.

만약 수당들이 고연령 근로자들에게 더 낮고, 불평등한 수당들이 정당화되지 않는 한 위반은 발견될 것이다. 가능한 정당화들은 아래 장에서 논의된다.

## III. 기초 지식 : 동일 비용과 보충

### A. 동일 비용 틀

#### 1. 동일 비용의 정의

ADEA 하에서, 저연령 근로자를 위하는 만큼 고연령 근로자들을 위하여 같은 액수의 쓰거나 같은 비용을 부담하는 사용자는 -만약 특정 조건들을 충족한다면 -특정한 부가 수당들을 저연령 근로자들에게 제공하는 것보다 더 적은 액수를 받거나 더 짧은 기간의 고연령 근로자에게 제공할 수 있다. 이는 “동일 비용” 항변으로 알려져 있다. 그것은 모든 항변의 국면이 충족되었는지를 증명할 사용자의 의무이다.

ADEA의 주목적은 고연령 근로자들의 고용과 유지를 장려하기 위한 것이었다. 의회는 고연령 근로자들에게 특정 수당들을 제공하는 비용이 저연령 근로자들에게 그러한 같은 수당들을 제공하는 비용보다 더 크다는 것과 그러한 더 큰 비용이 고연령 근로자를 고용하는데 저해요소로 작용할 것임을 인식하였다.

#### 2. 동일 비용 항변을 조건으로 하는 수당들

동일 비용 항변은 모든 수당들에 대하여 사용될 수는 없다. 사용자들은 단지 연령이 높아지기 때문에 제공하는 더 많은 비용이 드는 수당들에 대해서 항변하는데 이용할 수 있다. 이러한 테스트를 충족할 수 있는 이러한 형태의 수당들은 다음과 같다.

- 생명 보험 수당
- 건강 보험 수당 그리고
- 장애 수당

많은 수당은 사람들이 나이 들어감에 따라 제공하는데 있어 더 비싸지지 않는다. 예를 들어, 유급휴가와 질병휴가는 동일 비용 항변을 조건으로 하지 않는다. 동일 비용 항변은 또한 근속 퇴직 또는 해직 수당에 적용되지 않는다.

그것이 적용되는 수당들에 관하여, 동일 비용 항변은 사용자가 저연령 근로자에 대한 것보다 고연령 근로자에 대한 수당에 있어 더 낮은 액수나 기간을 제공할 때 기능을 발휘한다. 그러나 동일 비용 항변은 연령 때문에 고용을 거절하거나 비자발적인 퇴직을 하는 것을 정당화할 수는 없다.

### 3. 동일 비용 항변의 요건들

동일 비용 항변을 충족시키기 위하여, 사용자는 이하의 모든 것들이 충족된다는 것을 보여주어야 한다.

생명 보험, 건강 보험 그리고 장기 장애 수당의 비용들은 전형적으로 연령과 같이 오른다. 그러나 사용자는 비용에 있어 비 연령 기반 증가를 피하기 위하여 고연령 근로자들에게 지급되는 이러한 형태의 수당들을 줄일 수 없다. 만약 그러한 근로자들의 나이와 관계없는 비용 증가를 상계하기 위한 방법으로서 저연령 근로자들에 대한 것보다 고연령 근로자들에게 더 많은 수당들을 줄이고 있는 증거가 있다면, 동일 비용 항변은 적용될 수 없다.

- 수당이 진실한 근로자 수당 제도의 부분인 경우

제도가 만약 그 조건들이 정확히 모든 근로자에게 쓰여져있는 것으로 묘사된다면 진실하다. 덧붙여, 그 제도는 미리 정해진 조건에 따라 수당들을 지급해야 한다. 제도가 이러한 기준을 충족하는지를 결정하기 위하여, 조사관들은 전형적으로 단순히 사용자의 제도 문서본을 입수하고 수당이 사실상 지급되어 왔다는 것을 확인할 필요가 있다.

- 제도가 더 낮은 수당들을 요구하는 경우

고연령 근로자에 대하여 수당의 더 낮은 수준이나 기간이 제도에 따라 명시적으로 요구되어야 한다. 항변은 만약 제도가 단지 사용자가 원할 경우 고연령 근로자에게 더 낮은 수당들을 지급하는 재량권을 부여하는 경우 충족할 수 없다.

- 고연령 근로자를 위하여 실제 지불되는 액수 또는 부담되는 비용이 저연령 근로자를 위하여 행해진 것 또는 부과된 것만큼인 경우

사용자는 연령에 관계없이 각 근로자들에 대하여 수당을 위한 같은 납입금(premiums)을 지불하여야 한다.

많은 그룹의 수당 제도에 있어, 사용자는 근로자들 각각에 대하여 1인당 비율로 부담할 수 있다. 그것은 총 납입료가 보험자가 각 사람에게 집단에 의해 부과되는 위험을 포함하기 위하여 부과하는 정해진 액수를 근로자들 수에 배수로 하여 계산될 수 있다. 그러한 경우에 사용자의 비율은 전형적으로 제

도의 명문과 지불하는 영수증상 둘 다에서 반영될 것이다. 만약 그렇다면, 동일 비용 항변의 이러한 일종은 이미 만족될 수 있다.

사용자가 그것은 1인당 비율로 부과되었다는 것을 보여줄 수 없는 경우 또는 사용자가 패키지의 부분으로써 하나의 혜택(수당) 이상을 산 경우, 조사자는 사용자가 연령과 관계없이 근로자 각각을 위하여 사항에 대해 특별한 수당에 대한 동일한 비용을 부담하고 있어 왔다는 것을 보여줄 추가적인 정보를 찾을 필요가 있을 것이다. 사용자들은 이러한 데이터를 제공하는 그들의 보험회사로부터 서류를 획득할 필요가 있을 것이다.

입증 부담이 공식적으로 행정 절차동안 부과되지 않는 경우, 조사하는 동안 적절한 서류를 제시하는 것은 사용자의 책임이다. 만약 사용자가 이를 할 수 없다면, 이러한 동일 비용 항변의 일종은 만족될 수 없을 것이다. 사용자가 그밖에 그러한 경우에 더 작은 수당을 정당화할 수 없다면, 조사자는 이유(cause)를 찾아야 한다.

**사례**

사용자 L은 300명의 인력을 위하여 장애 수당을 구입하기 위하여 매년 총 3만달러를 지급한다는 것을 보여주는 서류를 제공한다. 사용자 L은 그 3만불이 어떻게 도출되었는지와 각 근로자를 위하여 얼마를 지불하는지를 보여주어야 한다. 사용자 L은 그의 보험업자로부터 정보를 요구할 필요가 있을 것이다.

**사례**

사용자 S는 생명과 건강 보험 수당을 포함하는 패키지를 구입하기 위하여 그의 근로자들 각각에 대하여 매년 4천달러를 지급한다는 것을 보인다. 사용자 S는 이러한 수당들 사이에 4천달러가 어떻게 할당되는지 보여주어야 한다.

사용자가 그의 근로자들 각각을 위하여 각 수당에 대하여 같은 납입료를 지불해 왔다 하더라도, 조사를 위한 더 많은 사항들이 있다. 사용자는 또한 고연령 근로자에게 주어진 수당에 있어 감축이 연령 기반 비용에 의해 정당화된다는 것을 보여주어야 한다.

- 고연령 근로자에 대한 수당 수준이 단지 고연령과 저연령 근로자들을 위한 비용에 있어 대략적인 등가에 도달하는데 필요한 정도까지 축소되는 경우

수당이 일반적으로 나이와 함께 증가하는 비용의 형태라 할지라도, 사용자는 그 수당에 있어 특정 감소가 비용 정당화되는 것을 보여줘야만 한다. 즉, 고연령 근로자들에게 제공되는 수당이 비용에 있어 등가를 이루기 위해서 필요한 것보다 더 낮지 않다는 것, 이것을 보이는 것은 보험회계사가 산정한 데이터를 이용할 것이 요구된다.

보험회계사가 산정한 데이터는 보험에 부과될 수 있는 비율의 계산에 이용된다.—즉 특정 지불이 살수있는 보험의 양—그들은 사망 또는 장애와 같은 사고의 발생 가능성을 측정할 수 있기 때문에, 보험회계사가 산정한 데이터는 또한 얼마나 많이 부과될지를 —즉 수당이 얼마여야 적정한지— 적정하게 수당이 요구될 수 있는 증가된 가능성을 포함하도록 평가하는데 이용된다.

연령과 함께 사망, 질병 또는 장애의 가능성은 증가하기 때문에, 이러한 사고에 대한 보험의 비용도 상응하게 증가한다. 사용자는 그래서 이러한 수당들을 줄일 수 있는 반면에, 감축이 비용을 맞추는데 필요한 것보다 더 크지 않다는 것을 보여주어야 한다.

**사례**

사용자 Q는 62세 이하의 그의 근로자 각각에 대한 수당을 위하여 한 사람 당 100달러를 지불한다. 사용자 Q의 보험회사는 Q에게 피보험자의 62세 생일에 납입금이 50% 증가하여 150달러에 이를 것이라 고지한다. 사용자 Q는 그래서 저연령 근로자들보다 고연령 근로자들을 위한 수당을 위해서 1/3 더 많이 소비하고 있다. 만약 이러한 것들이 정당화된 연령 기반의 비용 증가라면, Q가 각 근로자에 대한 납입료 비용이 100달러로 감축하는 데 필요한 정도까지 62세 근로자들에게 지불하는 수당을 감축할 수 있을 것이다.

#### 사례

사용자 Q는 단체 생명 보험 제도에 참가하기 위하여 그의 근로자들을 위하여 인당 1000달러를 지불한다. 그 제도 하에서, 59세 이하인 근로자들은 생명 보험 수당에서 20만달러에 대한 권리를 가진다. 반면 60세 이상의 근로자들은 단지 수당으로 2000달러를 받을 권리가 있다. 사용자가 각 근로자들을 위한 평등한 비용을 지불해 왔다고 할지라도 어떤 보험회계사가 산정한 데이터도 개인이 60세 생일을 시작함에 따라 받는 수당에 있어 99%의 감소를 정당화할 수 없을 것이다. 그래서 이 계획은 ADEA를 위반한다. 유효한 동일 비용 항변이 되기 위해서, 사용자 Q는 얼마나 많이 사망의 가능성(그리고 수당의 청구)이 보험수혜자가 나이가 들에 따라 증가하는지와 수당에 있어 얼마의 감소가 근로자 당 1000달러 비용을 유지하는데 필요할 것인지 보여 주는 데이터를 제공해야만 할 것이다.

사용자들은 이러한 계산을 하기 위하여 5년에 이르는 연령 범위를 이용하는 것을 허락받는다. 예를 들어, 사용자는 보험회계사가 산정한 데이터가 59세와 60세 사이의 있어 수당의 특정 감소를 정당화하는 것을 증명할 필요는 없다. 사용자는 대신에 이러한 연령 집단의 사람들을 위한 수당 수준을 세팅할 때 60세부터 64세 나이의 사람들에게 대한 데이터와 55세부터 59세의 사람에 대한 보험회계사가 산정한 데이터를 비교할 수 있다. 사용자는 5년 이하의 범위를 이용한 비용 비교를 수행할 수 있지만 어떠한 조건하에서도 5년을 초과하는 범위를 이용할 수는 없다. 동일한 범위가 제도를 통해 사용되어야 한다.

특정 수당 감축에 대한 정당화는 특정 사례의 사실에 근거하여 평가되어야 한다. 보험회계사의 원리에 대한 더한 검토를 위해, 부록 A를 보라. 만약 의문들이 특정 부담에 대한 보험회계사의 가치 산정의 계산에 대해서 일어난다면 법률 자문 사무소에 연락하라.

#### 4. 수당 “패키징”

이 전 섹션들은 각각의 수당(benefit-by-benefit) 분석을 다룬다. 사용자들은 또한 수당 패키지에서 특정한 수당들을 제공하는 것을 허락받는다. 수당들을 패키징함으로써, 사용자들은 비용 데이터에 의해 정당화될 수 있는 것보다 많은 하나의 수당을 감소시킬 수 있다. 만약 그들이 상응하는 액수의 패키지 내에서 다른 수당들을 유지하거나 증가시킨다면, 단지 특정 수당들만이 패키징될 수 있고, 전체 결과가 (1) 사용자에게 더 낮은 비용이 아니어야 하고 (2) 개별 수당식의 접근 하에서 근로자에게 부여되는 수당들보다 전체적으로 불리하지 않은 패키지여야 한다.

#### 사례

사용자 F는 장기 장애 수당과 생명 보험 둘 다를 제공한다. 두 수당의 비용은 사용자에게 같다. 연령 기반 비용 증가가 55세부터 59세까지의 사람들에게 대한 각각의 수당에 대하여 두 수당에 10%의 감축을 정당화할 것이라 가정하라. 그러나, 사용자 F가 20%까지 생명 보험을 감축하기로 결정하고 이 연령의 집단의 근로자들에 대하여 감축없이 완전한 장기 장애 수당을 유지하기로 결정한다. 만약 수당 패키징의 모든 다른 요소들이 만족된다면 이것은 허용된다.

#### 사례

사용자 F가 15%까지 생명 보험 범위를 축소하고 8% 장애 범위를 축소하는 것만 제외하고 위에서 제시한 사실과 동일하다. 위에서 연령 기반 비용 증가가 각각 수당에 대하여 20% 전체 최대 축소를 정당화할 수 있을 것이다. (각 수당에 10%) 사용자 F는 23%의 전체 축소를 했기 때문에, 패키지에서 수당은 각각의 수당 접근 하에서 가능할 수 있는 수당보다 고연령 근로자에게 불리하다. 이것은 허용될 수 없다.

수당 패키징에는 특정 제한들이 있다.

- 수당 패키지는 연령 증가와 함께 그러한 수당들이 부담하는 더 많은 비용이 들 경우의 수당만을 포함할 수 있다. 사용자는 예를 들어, 생명 보험과 유급 휴가를 패키징할 수 없다.근속 퇴직 수당 또한 패키징의 일부가 될 수 없다.
- 만약 건강 수당이 패키징의 일부로 만들어진다면, 그 수당들은 만약 건강 수당이 홀로 있거나 패키징의 일부가 아니었다면 허용될 수 있는 이상으로 감액될 수 없다. 은퇴자에 대한 건강 수당의 감액에 대한 제한에 대한 더 많은 정보를 위해서는 4(B)장을 보라.

- 개별 수당 접근 하에서 허용되는 것보다 더 크게 수당 감축이 되는 경우 같은 근로자들에게 지급되는 또다른 수당에 의해 대체되어야 한다.
- 수당 패키지 접근 하에서 감축을 정당화하고자 하는 사용자들은 그러한 감축이 완전히 비용 정당화될 수 있다는 것을 보여주는 데이터를 생산할 준비가 되어야만 한다.

## 5. 독자적으로, 또는 부분적으로 재원조성된 수당 제도

이하의 동일 비용 룰은 사용자가 근로자에게 가능한 수당의 재원에 공헌하는 것을 요구하는 경우 그리고 그러한 수당에 대한 납입료가 연령과 함께 증가하는 경우에 적용한다.

- 고연령 근로자는 고용 조건으로서 수당을 위하여 더 많이 지불하도록 요구받을 수 없다. 납입료가 고연령근로자에게 증가하는 경우, 사용자는 수당 제도로부터 전적으로 철회하는 옵션을 근로자에게 제공하여야 한다. 사용자는 대안적으로 근로자에게 그의 납입료 비용이 동일하도록 하기 위하여 수당 범위를 축소하는 옵션을 제공할 수 있다.
- 자발적 계획에 참여하는 것을 선택한 고연령 근로자는 수당을 위하여 더 많이 지불할 것을 요구받을 수 있지만, 단지 근로자가 저연령 근로자가 지불하는 납입료 비용의 더 큰 비율을 지급하지 않는 경우에만 가능하다.
- 고연령 근로자는 그렇지 아니하다면 범위에서 정당화되는 축소를 피하기 위하여 수당에 대해서 지불하거나 또는 더 많이 지불하는 옵션을 제공받을 수 있다. 근로자가 더 많이 지불하는 것을 선택하는 경우, 그는 완전 범위를 유지하기에 필요한 액수 그 이상으로 부과될 수 없다.

### 사례

사용자 K는 그의 근로자들 각자가 회사 건강 제도에 등록하고 각 근로자에 대하여 납입료 비용의 40%를 지불할 것을 요구한다. 소의 당사자가 60세가 될 때, K의 보험회사는 K에게 소의 당사자의 건강 보험에 대한 납입료 증가가 10% 있을 것이라고 고지한다. K는 소의 당사자에게 그의 건강 보험을 위해 비용의 40%를 납부할 여력이 없다고 통보한다. 그리고 그는 그 자신 스스로 부가적인 부담을 지불할 것을 요구받을 것이라고 통보한다. K는 그의 모든 근로자들이 같은 건강 보험을 가져야 하기 때문에 만약 그가 추가적인 납입료 비용을 지불하지 못하면 소의 당사자와 계약을 종료할 수 밖에 없다고 알린다. 소의 당사자는 지금 고용 조건으로서 그의 보험을 위하여 더 많은 지불을 강요받고 있기 때문에 이는 ADEA를 위반한다.

### 사례

사용자 Z는 그의 근로자들에게 장애 수당 계획에 등록할 옵션을 제공하지만 그들이 납입료 비용의 100%를 지불할 것을 요구한다. 납입료 비용은 근로자들이 나이가 먹어감에 따라 오른다. 60세 근로자들은 그래서 55세 근로자들이 내는 것보다 Z에 의해 제공된 장애 수당 범위를 위해 더 많이 지불해야 한다. 납입료 증가가 고연령과 저연령 근로자들에 대한 같은 수준의 범위를 유지하기에 필요한 액수를 초과하지 않는 한, 이는 허용된다. 계획에 등록하는 것은 자발적이고 모든 나이의 근로자들이 그들 연령에 대한 범위를 비용에 대한 같은 비율을 부담한다. - 여기서는 100% -

## B. 상계

일정한 경우에 사용자는 근로자들이 받는 연령 기반의 수당을 가지고 - 예를 들면 Medicare, 사회 보장 또는 특정의 다른 사용자 제공의 수당들- 사용자가 고연령 근로자들에게 제공하는 특정 종류의 수당들의 액수를 상계할 수 있는데, 이러한 상계의 기초가 되는 다양한 이론적 설명이 있다. 몇몇 경우에, ADEA은 고연령 근로자들에게 중복의 지불을 피하기 위하여 상계를 허용한다. 다른 경우에 있어서, 사용자가 다른 수당에서 동일하거나 더 많은 장점이 있는 조치를 고연령 근로자에게 제공하고 있는 경

우에는 하나의 형태의 수당에서 상계는 허용된다. 상계에 대한 이론적 설명이 무엇이든, 일반적인 룰은 상계는 단지 이하의 경우에 합법적이라는 것이다.

- 특별히 ADEA에 의해 권한을 받은 경우, 그리고
- 고연령 근로자가 (그들에게 가능한 모든 원천으로부터) 사용자가 비슷한 상황의 저연령 근로자에게 제공하는 것들보다 불리하지 않은 수당을 받을 자격이 있는 경우

각각의 정당화된 상계는 또한 그러한 상계에 특별히 관계가 있는 특정 룰과 관계가 있다. 그래서 이 섹션에서는 별도로 각각의 상계를 위한 요건들을 논의한다. 적절한 수당의 종류를 검토하는 문서의 장에서. 이 섹션에서 논의되는 상계들은 다음과 같다.

- 장기 장애 (수당)지급로부터 특정 연금 수당을 공제하기(장기 장애 수당에 대해서는 4(C)장을 보라)
- 퇴직 (수당)지급로부터 특정 퇴직 건강 수당 또는 특정 추가 연금 수당을 공제하기
- 연금 수당 부가 이자로부터 특정 액수를 공제하기

#### IV. 동일비용과 상계 분석을 특정 수당에 적용하기

##### A. 생명 보험

###### 사례

사용자 M은 서면 제도에 의해 모든 근로자에게 생명 보험을 제공하고 있다. 제도는 50세 이하 근로자에 대하여 10만달러의 사망 수당을 제공한다. 50세 시점에, 사망 수당은 매 5년 10%씩 감소한다. 그래서, 그 범위에서 50세에서 54세의 근로자들은 9만달러를 수령하고, 55세에서 59세의 근로자는 8.1만 달러, 60세에서 64세까지의 근로자는 7.29만달러를 수령한다. 수당이 이러한 제도하에서 지급될 때마다, 앞의 규정에 따라 지급받아 왔다. 사용자는 이러한 수준의 보호범위를 획득하기 위하여 근로자 각각에 대하여 동일한 납입료를 지급하여 왔다는 것을 보여주고 있다.

##### 1. 같은 수당(same benefit)

명확하게, 고연령 근로자들은 연령 때문에 저연령 근로자보다 덜한 혜택을 받는다. 제도는 만약 사용자가 더 낮은 수당을 정당화하는 것을 입증할 수 없다면 위법할 것이다.

##### 2. 동일 비용 항변

###### A. 수당의 비용이 연령과 함께 증가하는가?

그렇다. 기대수명이 연령과 함께 줄어들기 때문에, 납입료에 의해 커버되는 기간에 수당이 청구될 가능성이 늘어난다.

###### B. 그 수당은 진실한 근로자 수당 제도의 부분인가?

그렇다. 제도가 문서화되어 있고 수당이 그 조건에 따라 제공되어 왔다.

###### C. 제도는 더 낮은 수당을 요구하는가?

그렇다. 제도가 명시적으로 근로자가 나이들어감에 따라 지급될 수당을 축소시키고 있다.

D. 사용자는 고연령과 저연령 근로자들을 위하여 동일한 액수를 지불하고 동일한 비용을 부담해 왔는가?

그렇다. 사용자는 근로자 각각에 대하여 같은 납입료를 지불해왔다.

E. 고연령 근로자들에 대한 수당 수준은 단지 고연령과 저연령 근로자들을 위한 비용에 있어 대략적 증가를 달성하기에 필요한 정도로서만 감소되어 왔는가?

여기의 질문은 각 연령 그룹을 위한 생명 보험 적용(coverage)에 있어 10% 감축이 비용 정당화될 수 있는지 — 즉, 10%가 수당에 있어 사용자가 고연령 근로자를 위한 납입료 비용을 저연령 근로자들을 위해 지불하는 동일한 수준으로 유지하기에 필요한 수준의 감축이었는지. 만약 감축의 액수가 의문이라면, 사용자는 그것의 정당함을 입증해야 한다. 만약 단지 수당에서 5%의 감축만 비용정당화됨을 제시하는 데이터가 있다면, -- 즉, 납입료가 50세와 54세 사이의 근로자를 위한 적용인 9.5만달러를 사는데 이용되어 왔어야 하는지를 보여주는-- 사용자는 동일 비용 항변을 충족시킬 수 없을 것이다. 보험설계사의 산정에 대한 더 많은 설명을 위해서는 부록A를 보라.

이 예시에서 사용자가 연령 단계를 이용해 왔다는 것에 유의하라. 그래서, 사용자는 보험회계사가 산정한 데이터가 5년 단위 그룹핑(50~54, 55~59)을 지지하는지 보여줘야만 한다. 단계는 5년 이상을 포함할 수 없다. 단계는 또한 단계 안에서 포함되는 근로자들의 연령에도 불구하고 동일한 기간이어야 한다. 예를 들어, 사용자는 50-54 사이의 근로자를 위한 5년 단계와 55~57세 사이의 근로자들을 위한 3년 단계를 만들 수 없을 것이다.

## B. 건강 보험

삭제

## C. 장기 장애

### 1. 동일비용규칙

#### 사례

사용자 D는 성실하게 작성된 조건에 따라 장기 장애수당을 제공한다. 이 제도는 수당을 받을 자격이 있는 모든 근로자가 연령에 상관없이 동일한 월액을 받을 수 있도록 하고 있다. 그러나 60세 이전에 발생하는 장애에 대해서는 수급자가 65세가 되면 수당이 중단된다고 규정하고 있다. 60세 이후에 발생하는 장애에 대해서는, 이 제도는 장애 발생 5년 후에 수당이 중단될 것이라고 명시하고 있다.

#### 가. 동일한 수당

사용자 D는 각 수급인에게 동일한 월액을 지급하지만, 개인의 연령에 따라 다른 기간에 대해 지급한다. 결과적으로, 수당은 동일하지 않으며 정당화될 수 없는 한, ADEA 하에서는 불법이 될 것이다.

#### 나. 동일한 비용 방어

이 사례에서 사용자 D는 동일한 비용 방어에 대한 공식적인 요구사항을 충족하였다. 장애수당의 비용은 나이가 들수록 증가하며, 그 수당은 수당 일정을 명시적으로 제시하는 성실하게 작성된 근로자 수당제도의 한 부분이다.

이 사례에서 사용자 D는 장애수당의 지급 기간을 단축하였다. ADEA는 두 가지 접근법을 허용한다. 또

한 EEOC 규정은 장기적 장해수당의 존속기간에 대한 허용 한도를 “안전 항만”으로 설정하였다. 만약 고용주가 이 일정을 준수한다면 ADEA를 위반하지 않았다. 고용주는 개별화된 비용 데이터를 생산할 필요가 없다.

사용자 D는 안전 항만에 해당했다. EEOC 규정에 따라 다음과 같은 ADEA 위반은 없다 :

- 60세 이하에서 발생하는 장애의 경우, 65세에 수당이 중단된다. 그리고
- 60세에 발생하는 장애의 경우 장애 발생 5년 후 수당이 중단된다.

이곳은 EEOC 규정에 의해 승인된 유일한 “안전 항만”이다. 장기 장해수당에 대한 일정이 위에서 제시한 것과 다른 경우, 사용자는 그들의 특정 제도가 동일한 비용 방어 요건을 충족한다는 것을 보여줘야 한다.

**사례**

사용자 J는 서면 제도에 따라 장기 장해수당을 제공한다. 수당 일정은 다음과 같다 :

- 61세 이하 장애인 : 65세까지 수당
- 62세 장애인 : 3.5년 동안 수당;
- 63세 장애인 : 3년 동안 수당;
- 64세 장애인 : 2.5년 동안 수당;
- 65세 장애인 : 2년 동안 수당;
- 66세 장애인 : 1.75년 동안 수당;
- 67세 장애인 : 1.5년 동안 수당;
- 68세 장애인 : 1.25년 동안 수당;
- 69세 이상 장애인 : 1년 동안 수당.

사용자 J는 규정에 명시된 특정 안전 항만과는 다른 일정을 선택했다.

사용자 J는 동일한 비용을 지출하고 장기 장해수당의 기간을 그 비용을 보존하는 데 필요한 범위까지만 줄였다는 것을 보여주는 데이터를 작성해야 한다(EEOC v. City of Mt. Lebanon, 842 F.2d 1480, 1492 & n.11 (3d Cir. 1988); Milwaukee Professional Fire Fighters Assn v. City of Milwaukee, 869 F. Supp. 633 (E.D.Wis. 1994)).

물론, 사용자는 수당 지급 기간이 아니라 수당 액을 줄이거나 금액과 기간을 모두 줄이는 경우에도 동일한 비용 방어의 표준 요건을 충족해야 한다.

**2. 상계**

사용자는 근로자가 받을 자격이 있는 정부가 제공하는 장해수당에서 상계할 수 있다. 그러한 수당은 근로자의 장애 상태에 의해 발생되며 연령에 근거하지 않는다. 정부가 제공하는 이러한 혜택에는 사회보장장해급여와 근로자들의 보상이 포함된다.

더욱이, 두 가지 경우에 사용자는 노령 근로자에 대한 장기 장해수당을 사용자의 기여금으로 인한 근로자의 연금급여액만큼 감액할 수 있다. 사용자는 다음과 같은 경우에 그렇게 할 수 있다.

- (연령에 상관없이) 자발적으로 연금을 받기로 선택한 근로자, 또는
- 근로자는 62세 이후 또는 연금제도의 일반적인 퇴직 연령에 감액되지 않은 연금을 받을 자격이 있다.

**사례**

사용자 R은 근로자들을 위해 진정한 장기 장애와 연금 제도를 가지고 있다. 두 제도 모두 전적으로 사용자가 자금을 조달한다. 연금제도에 따르면, 근로자는 65세에 퇴직할 수 있으며, 장애인이 되면 장기 장해수당을 받는다.

CP는 부상을 당하여 62세의 나이에 사용자의 장기 장애 제도의 대상이 되었다. 이 제도는 매달 1,000달러의 장해수당을 지급한다. 지급 기간은 EEOC 규정의 안전 항만과 일치한다. 그 규정에 따르면 CP는 5년간(이 경우 67세가 될 때까지) 장해수당을 받을 수 있다.

CP가 - 연금제도에 따른 일반적인 정년 - 65세에 도달하면 사용자 R은 장해수당을 없앤다. 사용자 R은 CP가 매월 1,200달러의 연금수당을 받을 자격이 있기 때문에, 그 금액을 장해수당과 상계할 수 있다고 주장한다. CP의 연금수당의 총액이 장해수당의 총액을 초과하기 때문에 R은 장해수당을 전액 해지했다.

사용자 R의 상계는 다음과 같은 이유로 합법적이다 :

- 상계규정은 진정한 근로자 수당제도의 일부이다 -- 즉, 제도가 존재하고 수당을 지급하며 상계특성을 설명한다 ;
- 연금수당은 전적으로 사용자가 자금을 조달한다 ;
- 연금수당의 총액이 장해수당의 총액을 초과하여 장해수당의 완전한 상계가 허용된다 ;
- 사용자 R은 제도의 일반적인 정년인 65세에 상계를 실행하였으며, CP는 감액되지 않은 연금수당을 받을 수 있다(e Kalvinskis v. California Institute of Technology, 96 F.3d 1305 (9th Cir. 1996); Milwaukee Professional Fire Fighters Assn v. City of Milwaukee, 896 F. Supp. 633, 647 (E.D. Wis. 1994)).

#### 사례

위와 동일한 사실 관계에서, CP의 연금은 그가 직접 낸 기금으로 일부 자금을 조달한다.

이러한 상황에서 조판관은 CP의 매월 1,200달러인 사용자와 CP의 기여금으로 인한 연금수당의 상대적인 부분을 계산해야 한다. 예를 들어, 연금에 납입된 돈의 50%가 CP에 의해 납부된 경우, 사용자는 CP에게 지급될 장해수당의 50%(이 경우 600달러)만 설정할 수 있다. 따라서 사용자는 CP의 장해수당을 월 400달러로 줄일 수 있다.

#### 사례

위와 동일한 사실 관계에서, 66세에 CP가 완전히 회복하여 사용자 R에게 복직하고 싶다고 알린다. 장애 제도는 장해수당을 받고 있는 모든 근로자가 업무에 복귀할 수 있을 때 사용자 R에게 그 직위를 보장받을 수 있도록 하고 있다.

그러나 사용자 R은 65세가 됐을 때 연금을 받기로 한 것은 그가 ‘퇴직했다’는 것을 의미한다면 자동 복직권을 박탈당했다는 CP의 요청을 부인하고 있다.

사용자 R은 ADEA를 위반했다. 사용자 R은 CP의 장해 퇴직수당을 CP가 받을 자격이 있는 연금수당으로 설정할 수는 있지만, 사용자 R이 CP에게 “퇴직” 상태를 유지하도록 강요할 수는 없다.

따라서 개인이 연금 상계 없이 장기 장애 상태를 유지한 경우에, 사용자는 여전히 장기 장해수당을 지급받는 개인이 사용할 수 있는 동일한 복직권을 제공해야 한다(Milwaukee Professional Fire Fighters Assn v. City of Milwaukee, 869 F. Supp. 633 (E.D. Wis. 1994)).

## D. 장해연금

### 1. 동일비용규칙

#### 사례

10년 근속인 30세 근로자 A와 10년 근속인 55세의 근로자 B는 같은 날 장애 퇴직을 한다. 사용자의 장애 퇴직제도에 따르면, 근로자들은 근속 연수를 기준으로 계산된 월 급여를 받는다. 따라서 A와 B는 동일한 장해 퇴직수당을 받는다. ADEA의 위반은 없다.

#### 사례

위와 동일한 사실관계에서, 사업주의 장애 퇴직 제도에서 장애 근로자가 일반적인 정년까지 근무했을 경우의 근속연수에 따라 급여를 지급받을 수 있도록 규정하고 있다는 점을 제외한다. 연금제도에 따른 일반적인 정년은 60세이다.

이 공식에 따라 A는 근속 40년(실제 근속 10년+30세 이상 60세 이하 근속 30년)을 기준으로 장애 퇴직연금을, B는 근속 15년(실제 근속 10년에 B씨가 60세에 이르기까지 남은 5년)을 기준으로 장애 퇴직연금을 받게 된다. 따라서 두 사람 모두 동일한 기간 동안 사용자를 위해 일했음에도 불구하고 A의 장애 퇴직연금은 B의 3배 정도 규모가 될 것이다.

### 가. 동일한 수당

장애인이 일반적인 정년까지 근무할 수 있는 연수에 근거하여 장애 퇴직수당을 지급하는 것은 고연령 근로자보다 저연령 근로자에게 더 유용한 근속연수를 제공하는 것이다(See *Arnett v. California Public Employees Retirement Syst.*, 179 F. 3d 690 (9th Cir. 1999); *Lyon v. Ohio Education Assn.*, 53 F.3d 135 (6th Cir. 1995)). 수당은 동일하지 않다.

### 나. 동일한 비용 방어

위의 예에서, 사용자는 -- 근로자들은 나이가 들수록 장애퇴직의 자격을 더 많이 갖게 될 것 -- 즉, 장애 퇴직을 30년 연장근로를 기준으로 30년 연장근로를 하는 것만큼이나 5년 연장근로를 기준으로 55세에게 장애퇴직을 지불하는 데 많은 비용이 드는 것을 고려하는 것을 보여줘야 할 것이다. 만약 고용주가 이것을 보여줄 수 없다면, ADEA 위반의 책임이 있다.

## 2. 상계

장기 장애수당과 마찬가지로, 사용자는 근로자가 받을 수 있는 정부 지원 장애 수당을 장애 퇴직금에서 상계할 수 있다.

## E. 해직 수당

### 1. 개관

일반적으로, 사용자는 연령과 상관없이 비슷한 직위에 있는 근로자들과 동일한 해직 수당을 지급해야 한다. 사용자는 근로자가 사용자로부터 연금을 받을 수 있는 자격이 있기 때문에, 근로자에게 해직 수당을 거부하거나(*EEOC v. Westinghouse Elec. Corp.*, 725 F.2d 211 (3d Cir. 1983); *EEOC v. Borden's, Inc.*, 724 F.2d 1390 (9th Cir. 1984)), 해직 때 받는 연금 수당을 상계할 수 없다(이하 제4섹션 (E)(3)에서 설명하는 것을 제외하고).

#### 사례

사용자 F는 근로자들이 55세가 되고, 10년 근속하면 퇴직할 수 있도록 하는 연금제도를 가지고 있다. 사용자는 공장 하나를 폐쇄한다. 그 공장의 해고된 근로자들은 현찰로 2,000달러를 받게 되며, 해직 패키지의 일환으로 사업이 재개될 경우 직위에 대한 권리를 갖게 될 것이라고 말했다. 그러나 사업주는 한 가지 예외를 두는데, -- 폐업 당시 연금을 받을 자격이 있는 근로자에게 해직 수당 또는 복직권 등을 제공하는 것을 거부한다.

이러한 사실은 다음과 같은 여러 가지 이유로, ADEA 위반으로 결정한다 :

- 저연령 근로자들은 더 많은 금전적 수당을 받는다. 근속 연수가 10년 이상인 55세 미만 직원은 -- 해직 수당과 55세 연금을 모두 받게 된다. 근속 연수가 10년 이상인 55세 이상 근로자는 저연령 근로자처럼 비자발적으로 일자리를 잃었음에도 해직 수당을 받지 못한다.

- 저연령 근로자들은 복직권을 얻는다. 근속연수가 10년 이상인 55세 이상에게는 근속연수가 10년 이상인 55세 이하의 사람에게 제공되는 복직권을 주지 않는다. 이것은 또한 고연령 근로자들의 비자발적인 퇴직에 해당할 수도 있다.
- 연금 수령 자격은 연령과 직결된다. 따라서 이 경우 연금적격성 등을 이유로 해직 수당을 부정하는 것은 나이를 이유로 해직 수당을 부정하는 것과 같다.

#### 사례

위와 같은 사실 관계에서, 사용자 F는 해직 수당을 받을 수 있는 근로자에게 -- 연금 수당의 초과하는 금액에 대해서만 허용한다. CP는 연금 지급으로 매월 1,000달러의 평생연금을 받을 수 있다. 사용자 F는 CP의 해직 수당 2,000달러에서 첫 월 연금 지급액을 상계하고, CP에게 해직 수당으로 1,000달러만 지급한다.

사용자 F는 이 사례에서도 ADEA를 위반했다. 사용자 F는 CP의 해직 수당을 전면 부인하지는 않았지만, CP의 연금액만큼 그 지급액을 줄였다. 따라서 CP는 그의 연령을 이유로 저연령 근로자보다 낮은 해직 수당을 받는다. 이 기초연금 수당의 상계는 허용되지 않는다.

## 2. 동일비용규칙

해직 수당에는 동일한 비용 방어가 적용되지 않는다. 해직 수당은 근속 연수가 동일한 저연령 근로자보다 고연령 근로자에게 지급하는 데 더 많은 비용이 들지 않기 때문이다(Hazen Paper Co. v. Biggins, 507 U.S. 604 (1993)). 만약, 사용자가 불평등한 해직 수당을 지급하고 동일한 비용 방어만 주장한다면 조사관은 이유를 찾아야 한다.

그러나 ADEA가 사용자들에게 저연령 근로자들보다 고연령 근로자들에게 더 낮은 해직 수당을 주는 것을 허용하는 제한적인 상황은 있다.

## 3. 상계

사용자가 고연령 근로자에게 지급하는 해직 수당에서 상계될 수 있는 두 가지 유형의 수당이 있다 :

- 퇴직자의 건강 수당; 그리고
- 근로자가 고용으로부터 분리되었기 때문에 추가로 받을 수 있게 된 연금 수당.

사용자는 자신이 주장하는 상계에 대해 다음과 같은 요건을 충족하였음을 보여 주어야 한다.

퇴직자의 건강 수당은 만약 다음과 같다면 상계할 수 있다 :

- 퇴직자는 실제로 건강 수당의 적용을 받을 수 있다 ;
- 퇴직자의 건강 수당은 적어도 유형과 가치에서 의료보험 혜택의 경우-와 비교될 수 있거나, -- 퇴직자가 65세 이상이라면 -- 유형과 가치에서 의료보험 혜택의 4분의 1에 상당한다 ; 그리고
- 퇴직자는 즉시 연금을 받을 자격이 있다.

#### 사례

60세의 CP는 강제 인원감축 중에 일자리를 잃는다. 사용자의 해직 제도에 따르면, 강제 감축에 의해 영향을 받는 모든 근로자들은 25,000달러의 해직금을 받을 자격이 있다. 그러나 CP는 사용자로부터 퇴직자 건강 보험 받는 것을 선택한다. 보장 범위는 의료보험 혜택과 비슷하며, 혜택은 평생 지급된다. CP는 또한 사용자로부터 즉시 연금 수당을 받을 수 있다. 이러한 상황에서 사용자는 그가 지급하는 의료보험 급여에 대해 CP의 해직 수당에서 상계할 수 있다.

**사례**

60세의 CP는 30,000달러의 해직 수당을 받을 자격이 있다. CP의 사용자는 그녀가 거부하는 퇴직자 종신 건강 수당을 제공한다. 그럼에도 불구하고 사용자는 CP의 해직 패키지를 건강 수당의 가치로 상계시키려 한다. 이것은 CP가 실제로 건강 수당을 받지 못했기 때문에 ADEA를 위반한다.

ADEA는 요구되는 기준을 충족하는 퇴직자 건강 수당에 대한 특정 가치를 배치한다. 이러한 가치는 (a) 종료 시점의 개인 연령과 (b) 건강 보장 기간을 기준으로 한다.

**사례**

CP의 사용자는 30,000달러의 해직 수당을 지급하지만, 의료보험과 비슷한 퇴직자 건강수당도 3년간 지급한다. 60세인 CP는 그 수당을 받고 연금도 받을 수 있다. 이 법에 따르면, 이러한 수당에 대한 상계액은 해직 당시 65세 이하인 근로자의 경우 9,000달러이다. 따라서 사용자는 CP에게 해직 수당으로 21,000달러(30,000달러에서 9,000달러 적은)를 지급해야 한다.

상계액은 다음과 같이 더 감액되어야 한다 :

- 제도의 일반적인 퇴직 연령보다 젊기 때문에 근로자의 연금이 감액된 비율 ; 그리고/또는
- 퇴직자의 건강 보험 혜택을 위해 근로자에게 요구되는 보험료의 비율.

**사례**

사용자 L의 퇴직 제도는 일반적인 퇴직은 65세라고 되어 있지만, 연금 수당에서 10% 감액하면 60세에 퇴직하는 것을 허용한다. 사용자 L은 60세가 된 CP를 해고한다. CP는 의료보험 혜택과 비슷하고 12,000달러(즉, 연간 3,000달러로 4년간 이용가능)로 평가되는 퇴직자 건강 수당을 받는다. L은 모든 근로자들에게 15,000달러 상당의 해직 패키지를 제공하지만 CP의 건강수당을 그녀에게 지급된 해직 수당과 상계하고 싶어한다.

CP의 연금 수당이 10% 감액되기 때문에, 사용자 L은 상계액을 -- 12,000달러에서 10,800달러로 10% 줄여야 한다. 따라서 사용자 L은 CP에게 해직 수당으로 4,200달러를 지급해야 한다(15,000달러 해직 수당에서 건강 수당의 조정된 가치평가인 10,800달러를 뺀다).

**사례**

사용자 X는 해고된 근로자들에게 45,000달러 상당의 해직 패키지를 제공한다. 64세인 CP는 그녀의 해직 패키지가 그녀의 연령을 이유로 21,000달러로 줄어들었다고 주장하며 제소했다. CP는 의료보험과 비슷한 종신 퇴직자 건강 수당을 받고 있지만, 그 수당을 위해 보험료의 50%를 지불해야 한다. 그녀는 또한 사용자로부터 즉시 연금을 받을 자격이 있다.

조사관은 이유 없음을 찾아내야 한다. ADEA에 따르면 65세 이하인 사람에 대한 종신 퇴직 건강 수당의 가치는 48,000달러다. 그러나 CP는 보험료의 50%를 그녀의 수당으로 지급하기 때문에 상계액의 가치도 50%인 24,000달러로 줄여야 한다. 45,000달러의 해직 패키지에서 24,000달러를 상계하면 21,000달러의 해직금이 CP에게 남게 된다.

다음의 경우 추가적인 연금 수당이 해직금을 상계할 수 있다 :

- 근로자가 고용으로부터 분리되어 있어서 추가적인 연금 수당만 사용할 수 있는 경우 ; 그리고
- 추가적인 연금 수당을 계산하면, 근로자는 즉시 감액되지 않은 연금 -- 즉, 근로자는 일반적인 퇴직 연령이 되었을 때 받을 수 있는 연금 전액을 받을 수 있다(Stokes v. Westinghouse Savannah River Co., 206 F.3d 420 (4th Cir. 2000)).

상계는 추가적인 연금 수당에 대해서만 받을 수 있다. 근로자가 이미 고용으로부터 분리되어 발생한 연금 수당은 해직금에서 상계되지 않을 수 있다. 섹션 IV(E)(1)의 논의를 참조하라.

추가적인 연금 수당에 대한 상계는 퇴직자 건강 수당에 허용되는 상계에서 두 가지 기본적인 측면에서 다르다.

- 퇴직자 건강 수당의 경우, 사용자는 근로자가 실제로 건강 수당 혜택을 받는 경우에만 상계할 수 있다. 사용자는 근로자가 그러한 수당 받는 것을 선택했든 아니든 간에, 연금 수당을 받을 수 있게 한 경우에는 추가적인 연금 수당을 상계할 수 있다(Kalvinskas v. California Institute of Technology, 96 F.3d 1305 (9th Cir. 1996)).
- 퇴직자 건강 수당의 경우, 근로자가 즉시 연금수당을 받을 수 있으면 사용자가 상계할 수 있다. 사용자는 근로자가 -- 이미 일반적인 퇴직 연령에 도달해서 전체 연금을 받을 자격이 있는 경우 또는 연금보조금 자체가 근로자가 받을 수 있는 금액되지 않은 전액 연금 사이의 격차를 해소하는 경우에만 추가적인 연금 수당을 상계할 수 있다. 따라서 고용으로부터 분리 당시 아직 일반적인 퇴직 연령이 되지 않은 근로자의 경우, 연금 “sweetener(촉진)” 는 일반적으로 연금을 받을 자격이 생기기 전에 연금 전액을 받을 수 있다.

만약 사용자가 근로자의 금액되지 않은 연금 수준으로 끌어올리는데 필요한 연금 수당보다 충분하거나 더 높은 추가적인 연금 수당을 지급한다면, 사용자는 그 연금 수당의 전액을 상계할 수 있다. 한편, 사용자가 근로자를 금액되지 않은 연금으로 끌어올리는데 부족한 수당을 지급한다면, 사용자는 어떠한 상계 요구도 할 수 없다.

**사례**

사용자 J의 연금제도는 일반적인 퇴직 연령은 65세, 조기 퇴직 연령은 60세이다. 이 제도에 따르면, 근속 연수 20년으로 65세에 퇴직하는 근로자는 매달 1,000달러의 연금 수당을 받을 수 있다. 60세에서 64세 사이에 퇴직하는 이와 유사한 직위에 있는 근로자는 매월 900달러의 연금 수당을 받을 수 있다.

사용자 J는 3개의 시설을 폐쇄할 수 밖에 없다. 정리해고된 근로자들에게 월 200달러의 해직금을 6개월간 지급한다. 또한 65세 또는 그 이상의 정리해고자에게 월 100달러의 연금 수당을 추가적으로 지급한다. 추가적인 연금 수당은 오직 정리해고를 이유로만 적용되고, 65세 이상인 근로자들은 (이미) 금액되지 않은 연금을 받을 자격이 있기 때문에, 사용자 J는 그러한 근로자들의 해직 수당에 대해 추가적인 종신 연금의 현재 가치인 100달러를 상계할 수 있다. “현재 가치”에 대한 설명은 부록 A, 인프라를 참조하십시오.

**사례**

위와 동일한 사실 관계에서, 사용자 J는 60세에서 64세 사이로 20년 동안 근무한, 정리해고자들에게 동일한 근속연수를 가진 65세 근로자에게 제공되는 연금 수당(즉, 월 1,000달러)에 상당하는 연금 수당을 지급한다는 규정을 제외한다. 이러한 혜택은 정리해고 때문에 독점적으로 제공되기 때문에, 그리고 -- sweetener의 적용 후 -- 이러한 근로자들은 금액되지 않은 연금을 받을 자격이 있기 때문에, 사용자 J는 연금 수당에서 각 근로자에게 지급하게 될 월 100달러의 추가금액의 현재 가치를 해직금에서 상계할 수 있다.

**사례**

위와 동일한 사실 관계에서, 사용자 J가 60세에서 64세 사이로 20년 동안 근무한 정리해고자들에게 월 950달러의 연금을 받는 데 필요한 추가 금액을 제공하겠다고 밝힌 것을 제외한다. 이 상황에서 사용자 J는 이러한 근로자들이 즉시 금액되지 않은 연금을 받을 자격이 없기 때문에, 해직금에서 상계할 수 없다.

**V. 연금**

**1. 시설**

사용자가 퇴직급여를 제공하여야 하는 경우는 그 중에서도 다음 각 호와 같다.

- 급여 지급을 위하여 정상 및/또는 조기 정년을 설정한 경우
- 퇴직 자격이 주어지기 전에 일정한 기간 또는 근속 연수를 요구하는 경우
- 근속연수의 한도를 연령과 연계하지 않는 한, 근무연수에 있어서 제공되는 총 급여액 또는 확정급여형 제도에서 연금수당을 산정시 한계를 설정하는 경우

**사례**

사용자 C의 확정급여형 연금제도는 근로자가 55세가 되고 5년 이상 근속할 때 연금급여를 받을 수 있도록 규정하고 있다. 50세이고 근무기간이 10년인 CP는 연령 차별을 이유로 소를 제기하였다. 조사는 어떤 이유도 찾아낼 수 없었을 것이다. 사용자 C는 근무연수와 관계없이 자격연령에 도달하지 않은 근로자에게 연금 급여를 지급할 필요가 없다.

**사례**

연령차별을 이유로 소를 제기한 근로자가 65세이고 근속기간이 4년이라는 점을 제외하면 상기 사례와 동일하다. 조사는 이 경우에도 이유를 찾아낼 수 없었을 것이다. 연금수급자격인 최소 5년 이상의 근무라는 연금수급자격요건은 연령을 이유로 한 차별이 아니다. 55세 이상 모든 근로자는 이 요건을 충족하면 즉시 연금 혜택을 받을 수 있다.

**사례**

사용자 C가 설정한 확정급여형 연금제도에 따라 지급하여야 할 연간 최고 급여액이 근로자의 임금 최고액의 50%라는 점을 제외하고 상기 사례와 동일하다. 이러한 제한은 근로자의 연령과 무관하므로 ADEA를 위반하지 않는다.

**사례**

사용자 C가 설정한 확정급여형 연금제도에 따라 근로자의 연금급여액을 산정함에 있어서 근로자의 근속기간은 최대 30년이라는 점을 제외하고 상기 사례와 동일하다. 이러한 제한은 연령과 무관하므로 ADEA를 위반하지 않는다.

그러나 ADEA는 연금제도의 다음과 같은 연령에 따른 제한을 금지하고 있다.

- 사용자는 해당 근로자가 고용되었을 때의 연령이 연금제도에서 정한 통상적인 정년에 가깝다는 이유로 연금제도의 적용에서 제외할 수 없다.

**사례**

사용자 D의 연금제도는 55세를 통상적인 정년으로 정하였으나, 통상적인 정년이 되기 전 5년 이내, 즉 50세 이상에 고용된 근로자에 대하여 연금제도의 적용에서 제외하고 있다. 51세에 채용되어 연금제도의 적용을 받지 못하는 CP는 연령 차별을 이유로 고소를 제기하였다.

사용자 D의 연금제도에서의 적용 배제는 ADEA를 위반한다. 통상적인 정년은 그 의미상 연령에 근거를 둔 것이므로 통상적인 정년을 5년 앞둔 사람들을 연금제도의 적용대상에서 배제하는 것 역시 연령에 근거한 것이 된다. 따라서 그러한 배제는 연령 차별에 해당한다.(Quinones v. City of Evanston, 58 F.3d 275 (7th Cir. 1995)) 물론, 사용자 D는 연금급여를 받기 전에 최소 근속 연수를 달성하도록 연금제도를 변경할 수 있다.

- ADEA 제4조 (i)항에 따라, 사용자는 연령에 근거하여 연금급여의 적립이나 기여를 중단하거나 적립률이나 기여율을 감소시킬 수 없다.

**사례**

사용자 Q는 통상적인 정년을 65세로 설정하고 다음 공식에 따라 급여를 지급하는 확정급여형 연금제도를 운영하고 있다: 근로자의 근속연수 x 1.75% x 해당 근로자의 최종 3년간의 임금 (예: 근속연수 25년 x 1.75% = 43.75% x 55,000달러(근로자의 최종 3년간 임금) = 24,062.50달러의 평생연금액). 이 제도에서는 또한 통상적인 정년 이후의 근무기간은 근속연수에 포함되지 않는다. 이는 연령 상한제도이다.

CP는 35세에 사용자 Q와 근로계약을 체결한 후 70세(근속기간 35년)에 퇴직하기로 하였다. 그러나 사용자 Q는 CP가 65세가 된 후 근무한 5년을 제외하고 30년의 근속기간만으로 CP의 연금 급여를 산정하였다. 이러한 제도는 연령을 이유로 CP의 연금 급여의 발생을 중단하였기 때문에 ADEA를 위반한다.

**사례**

사용자 O의 확정기여형 연금제도에 따르면, 근로자는 매월 급여의 최대 10%를 기여금으로 추가납입할 수 있다. 사용자 O는 다음과 같은 계획에 따라 각 근로자의 연금 계정에 “맞춤” 기여금을 추가로 납입한다: 40세 이하의 경우 100%, 41세 ~ 60세의 경우 75%, 61세 이상의 경우 50%. 이러한 계획은 연령에 따라 근로자들의 연금 계정예의 기여율을 감소시키기 때문에 법에 위반한다.

연금급여의 적격성에 있어서 연금 적립금이나 기여금 그 자체가 나이와 관련하여 조건화되는 경우, 이는 ADEA에도 위배된다.

**사례**

사용자 Q의 연금제도에 따르면, 근로자의 근속연수에 따라 연금급여가 증가한다. 그러나 사용자 Q는 축소되지 않은 사회보장급여 자격을 획득한 이후의 해당 근로자의 근속연수를 포함하지 않는다. 축소되지 않는 사회보장급여는 65세부터 지급된다. 따라서 사용자 Q의 정책은 연령에 기초한다.

**2. 불평등한 연금급여에 대한 항변**

**가. 동일한 비용**

제4조 (i)항의 위반에 대해서는 동일한 비용을 이유로 한 항변이 적용되지 않는다. 따라서 사용자는 청년 및 고령 근로자의 연금급여를 위해 동일한 비용을 지출했다는 이유로 연령에 따른 적립금이나 기여금의 감소를 정당화할 수 없다. 또한, 사용자는 동일한 비용 규정에 따라 연금제도를 다른 급여제도에 포함시키지 않을 수 있다.

**나. 상계**

세 가지 경우에 사용자는 근로자가 받는 그 밖의 급여의 발생 또는 배분액을 그 근로자의 연금급여와 상계할 수 있다.

- \* 만약 사용자가 정상 정년을 초과하여 일하는 근로자의 연금급여가치를 보험통계적으로 증가시킨다면, 그것은 그 근로자의 연금발생으로 인한 급여의 강화된 가치를 상계할 수 있다.

**사례**

확정급여형 연금제도는 65세의 통상적인 정년퇴직시 월 20달러의 퇴직급여에 근속연수를 곱한 금액을 제공한다. 근로자가 65세 이후로 정년을 연기하는 경우, 해당 제도는 퇴직자가 연금수급기간이 단축되는 점을 반영하여 퇴직급여를 월별로 인상한다.

근속기간 30년인 CP는 65세에 퇴직하는 경우 월 600달러의 연금급여(20달러 x 근속기간 30년)를 받을 수 있다. 그는 67세까지 계속 일하기로 결심하였다. CP가 67세에 퇴직하는 경우 연금수급기간이 단축될 가능성이 높기 때문에, 그의 사용자는 CP가 65세에 받을 수 있는 600달러의 월 급여를 보험적으로 조정하고 그가 67세에 퇴직할 때 매달 756달러를 지급하였다. CP는 또한 그의 사용자가 해당 연금제도의 일반적인 산정식에 따라 2년간의 추가 근무 기간을 감안하여 월 40달러의 추가 근무액을 포함한 월 796달러를 지급하여야 한다고 주장한다.

CP는 ADEA 규정을 위반하지 않았다. 보험통계적 조정액(CP가 65세에 수급권을 갖게 되는 금액에서 매월 156달러)이 근무연수에 따라 CP가 사용할 수 있는 월 40달러의 인상액을 상계하는 것 이상이므로, 사용자는 매월 40달러를 별도로 지급할 필요가 없다.

**사례**

CP의 보험통계적 조정 급여가 67세에 월 625달러의 연금을 발생시킨다는 점을 제외하고 상기 사례와 동일하다. CP의 사용자는 65세에서 67세 사이의 CP 연금 적립액에서 CP 연금가치가 매월 25달러씩 증가하는 것을 상계할 수 있다. 그러나 CP의 사용자는 여전히 보험통계적 급여와 근속연수에 따른 급여 사이의 차이를 지급해야 한다(이 경우 월 15달러).

- \* 사용자가 근로자가 근무하고 있는 동안 연금급여의 지급을 개시하는 경우, 사용자는 실제로 지급한 연금액의 보험통계적 가치를 그 근로자의 연금 적립금에서 상계할 수 있다.

**사례**

CP가 퇴직하지 않았음에도 통상적인 정년연령에 연금을 지급받았다는 점을 제외하면 상기 사례와 동일하다. CP는 66세까지 계속 근무하였다. 65세부터 66세까지 CP는 7,200달러의 연금급여를 받는다(매월 600달러 x 12개월). CP의 수명에 비해 7,200달러의 보험통계적 가치, 즉, 7,200달러에 대해 발생하게 될 이자를 계산하면, 매월 약 40달러가 된다. 따라서 CP의 사용자는 CP의 1년간 추가 근무로 발생한 추가 월 연금 적립액인 20달러로 40달러를 상계할 수 있다. CP의 사용자는 65세까지 연금급여로 발생한 금액을 CP에게 지급해야 하지만, CP의 1년간 추가 근무로 발생한 추가 적립액은 지급하지 않아도 된다.

- \* 사용자는 사용자가 제공한 연금급여에서 사회보장상 노령급여를 상계할 수 있다.

사용자는 경우에 따라 근로자에게 제공하는 연금급여에서 사회보장상 노령급여를 공제할 수 있다. 국제청은 그러한 공제가 허용되는 상황에 대한 세부 규정을 공표했다. 이러한 공제에 대하여 고발인이 사용자의 연령 차별을 주장하는 경우 법률자문단의 도움을 받을 수 있다.

### 3. 현금 잔고 계획

어떤 경우에는 사용자가 도출한 공식에 기초하여 퇴직시 특정급여를 지급하는 전통적인 확정급여제도를 “현금잔고제도”로 전환하기도 한다. 현금잔고제도는 사용자가 근로자의 퇴직금 계정에 일정 금액 또는 급여의 일정 비율을 출자하고, 근로자는 퇴직 후 사용자가 보증한 이자율을 기준으로 특정 급여를 받는 확정급여제도다. 근로자에게 지급되는 연금은 사업주의 기여금과 특정 이자율을 곱한 금액이다.

최근 전통적인 확정급여에서 현금잔고제도로의 전환에 관하여 고소가 제기되고 있다. 위원회는 현재 이러한 혐의에 대한 조사를 진행 중이며, 본 장의 승인일 현재 현금 잔액 계획의 합법성에 대해서는 결론을 내리지 않았다. 그 사이에 조사관들은 현장 프로그램단 및/또는 일반 자문단의 지시를 따라야 한다.

## VI. 조기 퇴직 장려금

### 1. 서설

자발적인 조기 퇴직 장려금 제도(ERI)는 기업의 규모 축소와의 관계에서 사용자와 근로자가 함께 일할 수 있도록 하는 효과적인 도구가 되었다. ERI에서는 일반적으로 고령의 근로자가 정년보다 일찍 퇴사하기로 합의한 대가로 재정적 인센티브를 제공받는다. 장려금을 받는 고령의 근로자는 대개 고임금자에 해당하므로, 사용자들은 종종 비자발적인 기업 규모 축소보다 ERI를 통해 훨씬 더 많은 돈을 절약할 수 있다. 더 많은 퇴직급여를 받으면서 퇴직할 수 있다는 점은 고령의 근로자에 대하여도 장점으로 작용한다.

ERI가 자발적인 것인 이상, 사용자는 ERI의 내용을 다음과 같이 구성할 수 있다.

- 근로자가 참여할 수 있는 최소 연령 또는 최소 근속 연수의 설정
- ERI의 한시적 제공(예: 1월 1일부터 4월 30일 사이에 은퇴한 사람에게만 해당) 및/또는
- 회사의 일부 집단에만 ERI 적용(예: 관리자만 제공, 특정 부서만 제공 또는 단일 시설에 있는 근로자만 적용)

그러나 사용자가 법에 명시된 다섯 가지 방법 중 하나로 ERI의 급여를 낮은 수준으로 제공하는 것을 정당화할 수 없는 한, 사용자는 유사한 위치에 있는 젊은 근로자보다 ERI 급여를 낮게 정하거나 아무런 급여도 제공하지 않을 수 없다.

따라서 ERI와 관련하여 고발이 이루어진 경우 조사관은 다음과 같은 질문을 해야 한다.

- ERI는 자발적으로 이루어지는가? 그렇지 않다면 원인을 찾아야 한다.

ERI가 자발적이라면

- 연령에 상관없이 근로자에게 동등한 급여를 제공하는가?

그렇지 않다면 원인을 찾아야 한다.

- 해당 계획이 동일한 비용 기준을 충족하거나,
- “조기퇴직급여의 상당 부분“을 제공하거나,
- 사회 보장제도의 보충적인 성격을 가지거나,
- 종신 재직 교수에 대하여 보충적 급여를 제공하거나,
- “ADEA의 관련 목적 또는 목적에 부합하는” 경우이다.

## 2. 자발성

고령의 근로자들은 조기 퇴직을 강요받지 않을 수도 있다. ERI가 자발적인지 여부는 특정 사건의 사실과 상황에 기초하여야 한다. 이를 판단하는 기준은 해당 상황에서 합리적인 사람이라면 그 제안을 수락하는 것 이외에 다른 결정을 할 수 없었는가이다.(Auerbach v. Board of Education, 136 F.3d 104, 113 (2d Cir. 1998)) 이와 관련하여 다음과 같은 사항이 고려될 수 있다.

- 해당 근로자는 결정을 내릴 충분한 시간을 받았는가?
- 해당 근로자는 그 계획에 대한 정확하고 완전한 정보를 제공받았는가?
- 해당 근로자는 협박이나 강요를 받았는가?
- 고령의 근로자가 그 제안을 거부할 경우 부정적인 결과가 초래되는가?
- 해당 근로자가 결정을 내리는 동안 상담이나 조언을 받았는가?

사용자의 제안을 받아들일지 여부에 대한 정보에 근거한 의사결정을 하기 위해 근로자에게 충분한 시간 또는 불충분한 정보가 주어진다면, 계획은 자발적인 것이 아닐 수 있다. 근로자나 근로자 집단이 ERI 적용에 대한 댓가로 ADEA에 따른 권리를 포기할 것을 요청받은 경우, 더욱이 특정 시간 제한이 적용된다. 개인은 21일 이상, 그리고 근로자 그룹은 45일 이상 포기 여부를 고려해야 한다.

고령의 근로자가 위협받는 유일한 대상이 아닌 한, 자발적으로 퇴직하는 근로자의 수가 충분하지 않은 경우 일시 해고의 가능성이 있다는 점을 사용자가 반드시 통보하여야 하는 것은 아니다. 사용자의 제안이 “거부할 수 없을 정도로 좋은 것“이어야 할 필요도 없다.(Auerbach v. Board of Education, 136 F.3d 104, 113 (2d Cir. 1998); Anderson v. Montgomery Ward & Co., Inc., 650 F. Supp. 1480 (N.D. Ill. 1987))

### 사례

사용자 E는 55세 이상이고 10년 이상 근속한 근로자에게 조기 퇴직 장려금 제도를 실시한다. 사용자 E는 근로자에게 근무일 종료까지 조기 퇴직 장려금을 신청할지 여부를 결정하도록 하였다. 상사도 적격 근로자에게 찾아가 사장이 “매우 불행할 것“이며, 제안을 거절할 경우 “회사에서의 지위를 재고할 것“이라고 조언한다. 이 ERI는 자발적이지 않다.

근로자의 조기 퇴직 결정이 자발적인 것이 아니었다면 조사관은 원인을 찾아야 한다.

## 3. 동등한 혜택

그 계획이 자발적인 것이라면, 다음 질문은 그것이 고령의 근로자와 비슷한 지위에 있는 젊은 근로자에게 동등한 혜택을 제공하는가 여부이다. 혜택은 모든 면에서 동등해야 한다(예: 금액 및 지급 옵션).

## 4. 동등하지 않는 혜택에 대한 항변

고령의 근로자와 젊은 근로자에게 동등한 혜택을 주어지지 않는다면, 사용자는 이러한 차이를 정당화해야 한다. ADEA에 규정된 다섯 가지 정당성은 다음과 같다. 이러한 정당성 중 하나를 소명할 수 있다면, 사용자는 ADEA 위반에 해당하지 않을 것이다.

## 가. 동등한 비용

사용자는 연령에 기초한 비용의 고려하였다는 점을 근거로 고령의 근로자에 대한 낮은 수준의 ERI 혜택을 정당화할 수도 있다. 즉, 혜택에 있어서 모든 근로자에 대하여 동등한 비용을 지출하나, 고령의 근로자들에 대한 비용이 적다는 것이다. 조기퇴직급여에 소요되는 비용은 나이에 따라 증가하지 않는 것이 일반적이므로 이러한 소명은 성공할 것 같지 않다.

## 나. “보조 부분” 상계

사용자는 조기 퇴직자가 통상적인 정년연령에 퇴직하였을 때 받을 수 있는 연금 수준으로 상향 조정하기 위하여 젊은 근로자에 대해 ERI를 제한하거나 ERI 혜택을 더 많이 지급할 수 있다.

### 사례

사용자 C의 연금제도에 따르면, 근로자 E는 65세(통상적인 정년연령)에 연 25,000달러의 연금급여를 받으며 은퇴할 수 있다. E가 55세에 은퇴하면 E는 보험통계적으로 감액된 연금액인 12,500달러를 매년 받게 된다.

사용자 C는 55세에서 65세 사이의 모든 근로자에게 ERI를 적용하는데, 이 ERI 제도는 사용자의 표준적인 연금제도에 따라 조기 퇴직 시 받을 수 있는 연금급여와 통상적인 정년연령에 퇴직시 받을 수 있는 연금급여의 차액을 지급한다. 따라서 사용자 C는 근로자 E에게 55세에 퇴직할 수 있는 기회를 제공하고 연 25,000달러의 연금을 지급한다.

사용자 C의 ERI는 ADEA에 위반하지 않는다. ERI는 고령의 근로자보다 젊은 근로자들에게 더 큰 혜택을 제공하지만(사실, 65세 이상의 근로자는 ERI로부터 아무것도 얻지 못한다), 55세 이상의 비슷한 위치에 있는 모든 근로자는 동등한 연간 연금 혜택을 받게 될 것이다.

### 사례

사용자 C의 ERI는 근로자 E에게 2만 달러의 연금을 지급한다는 점을 제외하고 상기 사례와 동일하다.

이러한 ERI 제도 역시 합법적이다. 사용자 C는 근로자 E가 통상적인 정년연령에 퇴직하였을 때 받을 수 있는 연금 수준의 금액을 지급할 수 있지만, 격차를 해소하기 위해 필요한 금액을 모두 지급할 필요는 없다.

그러나 이러한 상계는 다음과 같은 제한이 있다.

- \* 근로자 E의 연간 총 연금액은 통상적인 정년 연령에 퇴직한 근로자의 연금액을 초과할 수 없다. 즉, 정년 연령에 퇴직한 근로자의 연금액이 25,000달러인 경우, E의 연금은 26,000달러로 늘리지 못한다.
- \* ERI 급여는 확정급여형 연금제도의 일부로 제공되어야 한다.
- \* 이러한 제도는 ERI 적용대상인 젊은 근로자에 대하여 적용되는 동일한 조건을 고령의 근로자에게 제공해야 한다. 예를 들어, 어떤 ERI 제도에서 60세의 근로자에 대하여 연간 20,000달러의 연금을 지급하면서 55세의 근로자에 대하여 연간 25,000달러를 지급하도록 할 수 없다. 더욱이 사용자가 55세의 경우 100%의 보험통계적 감소율을 적용하겠다고 제안한다면, 또한 56세와 통상적인 정년연령 사이의 모든 연령에 대한 100%의 보험통계적 감소율 -- 50%, 75%, 또는 더 낮은 비율이 아닌 --을 적용하여야 한다.

## 다. 사회보장제도의 보완

사용자는 사회보장제도에 따른 퇴직급여 수급자격을 갖추지 못한 사람에 대하여 조기퇴직연령과 사회보장제도 수급연령(일반적으로 조기퇴직연령은 62세, 사회보장제도 수급연령은 65세) 사이의 “격차를 해소”하는 ERI를 제공할 수 있다.

### 사례

사용자 P는 근속기간이 30년이고 55세 이후에 퇴직한 근로자에 대하여 62세가 될 때까지 사회보장급여에 상응하는 매월 300달러의 보조금을 지급한다. 근속기간이 30년이고 동일한 급여수준이었으나 64세에 퇴직한 CP는 보조금을 받지 못하였다는 이유로 연령 차별을 이유로 고소하였다.

사용자 P는 ADEA를 위반하지 않았다. CP는 보충금을 얻을 수는 없지만, 정부로부터 사회보장급여로 300달러를 받을 자격이 있다. 결과적으로, 유사한 지위에 있는 각 퇴직자가 받는 총 연간 퇴직급여는 동일하다. 다만 급여의 원천(주로 젊은 근로자는 사용자로부터, 고령 근로자는 사용자와 정부로부터)은 다를 뿐이다.

사용자는 62세 또는 65세에 보조금 지급의 종료 여부를 선택할 수 있다. 상기 사례에서, 사용자 P는 근로자가 65세가 될 때까지 사회보장보조금을 지급하겠다고 제안할 수 있다.

사회보장 보조금 지급에 관한 ERI가 유효하기 위하여는 다음과 같은 세 가지 요건이 있다.

- \* 이러한 보조금 제도는 축소 또는 축소되지 않은 사회보장급여 수급연령(현재 각각 62세 및 65세)에 종료되어야 한다.
- \* 이러한 보조금은 근로자에게 지급되는 확정급여여야 한다.
- \* 그리고 보조금의 액수는 보조금 제도가 종료되는 날(즉, 근로자가 62세 또는 65세가 되는 날)에 해당 근로자가 받을 사회보장 급여를 초과할 수 없다.

#### 사례

사용자 A는 55세에서 62세 사이의 근로자에 대하여 조기퇴직 장려금으로 사회보장 보조금을 제안하였다. 근로자 Y(55세)는 62세에는 월 200달러의 사회보장 급여를, 65세에는 월 300달러의 사회보장 급여를 받을 수 있다. 근로자 Y의 보조금은 월 200달러를 초과할 수 없으며, Y가 62세가 되면 종료되어야 한다.

사회보장 보조금 제도에서 각 근로자가 받을 수 있는 금액은 해당 개인의 근무 기간에 따라 달라질 것이다. ADEA가 개인의 권리에 초점을 맞추고 있으며 유사한 지위에 있는 젊은 근로자보다 나이 많은 퇴직자들이 총 급여에서 적은 금액을 받는 경우에 이러한 항변이 가능하기 때문에, 젊은 근로자들의 사회 보장 자격에 따라 개별적으로 보조금이 산정되어야 한다. 근로자 집단을 기준으로 한 평균 금액에 기초하여 산정되어서는 안된다.

#### 라. 종신 재직자에게 제공되는 계획

#### 사례

사립 대학인 사용자 T는 종신 재직 교수에게 조기 퇴직 장려금을 제공한다. 55세에서 60세 사이의 퇴직자는 15,000달러의 ERI 급여를, 61세에서 64세 사이의 퇴직자는 10,000달러의 ERI 급여를 받을 수 있다. 65세 이상의 나이에 퇴직한 사람은 ERI 급여를 받을 수 없다. 사용자 T는 이러한 급여가 적격 근로자를 감액되지 않은 연금 수준으로 끌어올리는 데 필요한 금액이나 사회보장 보조금으로 정당화된다고 주장하지 않는다.

사용자 T는 ADEA를 위반하지 않았다. 최근 개정된 법률에 따르면 고등교육기관은 본 섹션에 명시된 기준 중 하나를 충족한다는 것을 입증하지 않고 종신 교수에게 제공되는 ERI 급여를 연령에 따라 감소시킬 수 있다. 그러나 이러한 규정에는 다음과 같은 명시적인 제한이 있다.

- \* 사용자는 고등교육기관이어야 한다. 다른 사용자는 종신 교수(예: 컨설턴트)를 고용하더라도 이 면제조항에 따라 적용되지 않는다.
- \* 사용자는 종신 교수에 한하여 연령에 따른 감면을 할 수 있다. 사용자가 고등교육기관이라 하더라도 비종신 근로자에 대하여는 연령에 따라 ERI 급여를 축소할 수 없다.
- \* ADEA에서 다른 방법으로 허용하지 않는 한 사용자는 종신 재직으로 인한 다른 혜택을 줄이거나 제거할 수 없다.

#### 사례

사용자 T는 종신교수가 ERI를 선택하는 경우 퇴직시에도 적용되는 기존 건강보험 혜택을 포기해야 한다고 규정하고 있다. 만약 사용자 T가 연령에 따라 ERI 제도를 축소한다면, 종신교수에 대하여 이러한 선택을 요구할 수 없다.

- \* 사용자는 365일 이내에 ERI 적용 대상 근로자에게 제공되었던 급여(기타 ERI 급여는 제외)를 다른 명칭으로 제공할 수 없다.

#### 사례

1999년 1월에, 사용자 T는 기존 퇴직자들에게 제공했던 건강상의 혜택을 없앴다. 1999년 6월, 사용자 T는 55세에서 64세 사이에 은퇴한 종신교수가 퇴직시에도 적용되는 기존의 건강보험 혜택을 받을 수 있는 새로운

ERI를 제공한다. 이는 근로자가 이전에 받을 수 있었던 급여를 재포장한 것이기 때문에, 사용자 T의 ERI 제도는 면제규정에 의해 보호되지 않는다. 이러한 제도는 사용자 T가 연령에 기초한 ERI에 대한 다른 항변 중 하나를 만족한다는 것을 보여줄 수 있는 경우에만 유효할 것이다.

- \* 종신 재직 교수는 처음에 해당 급여 자격을 갖추었을 때 급여를 선택할 수 있는 최소한 한 번의 기회를 가져야 한다. 이는 사용자가 ERI를 처음 도입할 때 조기 퇴직할 수 있는 연령이 넘은 종신 교수를 보호하기 위한 '기득권 인정' 조항이다.

**사례**  
1999년 1월, 사용자 T는 55세에서 59세 사이에 은퇴하고 10년 근속한 모든 종신재직 교수에게 20,000 달러를 제공하는 ERI를 도입하였다. 10년간 근속하고 64세의 종신재직 교수인 CP는 연령 차별을 주장한다.

CP는 나이에 불구하고 조기 퇴직할 수 있는 기회가 부여되어야 한다. CP는 퇴직을 선택하기 위해 최소한 180일을 주어야 하며, 실제로 퇴직을 선택한 후 180일이 더 지나야 한다.

**마. ADEA의 목적 또는 이와 관련된 목적에 부합하는 계획**

이 면제에 따라 사용자는 특정 연령 이상의 모든 근로자에게 적용되는 ERI를 설계할 수 있다.

- \* 고정 금액(예: 20,000달러)
- \* 추가 근무기간에 기초한 혜택(예: 1,000달러에 근속연수를 곱한 금액)
- \* 급여의 비율
- \* 연금 급여에 있어서 일정 금액의 증가(예: 월 200달러)
- \* 연금 급여에 있어서 비율의 증가(예: 20%) 및
- \* 귀속된 근속연수 및/또는 연령(예: 연금의 목적에 따른 5년 이상의 근속연수 및/또는 연령 추가)

이러한 유형의 ERI 제도는 나이에 관계없이 근로자를 공평하게 대우하기 때문에, ADEA의 관련 목적이거나 목적에 부합한다. 사용자가 특정 연령 이상의 모든 근로자에게 ERI 혜택을 지급하거나 또 다른 명시적 면제의 요건을 충족하는 경우, 즉 ERI가 (a) 조기퇴직급여의 보조적인 부분이거나, (b) ADEA에 부합하는 사회보장제도의 보조금을 제공하거나, (c) 고등교육기관에서 종신재직 교수에게 제공되는 경우 이러한 기준이 충족될 수 있다.

반면에 ERI 제도가 다른 방법으로 나이를 근로자에 대한 급여를 연령에 따라 감소시키거나 종료하는 경우에는 이 면제 범위에 포함되지 않는다. 이는 사용자가 ERI 대상자에게 연령에 따라 ERI 혜택을 감소시키거나(예: 55~59세보다 60~64세에 대하여 더 적게 지급하는 경우) 고령 근로자에 대하여 특정 기간이 경과한 후 ERI에 참여할 수 있는 기회를 거부하는 경우에 적용된다.

**사례**  
사용자 G는 58세에서 61세 사이의 근로자에 대하여만 적용되는 ERI 제도를 설계하였다. 일찍 퇴직한 사람들은 62세가 될 때까지 매달 월급을 받는다. 그 결과 58세에 퇴직하는 근로자는 이 제도에 따라 48개월의 급여를 받고, 59세에서 61세 사이의 퇴직자는 같은 금액이지만 짧은 기간동안 급여를 받지만, 62세 이상의 퇴직자는 ERI 급여를 전혀 받지 못한다. 사용자 G는 이 지급 일정이 조기 퇴직급여의 보조적인 부분이나 사회보장 보조금으로서 정당화될 수 있다는 증거를 제시하지 않았다. 이 제도는 ADEA의 목적과 일치하지 않는다.(Solon v. Gary Community School Corp., 180 F.3d 844 (7th Cir. 1999); O'Brien v. Board of Education, 82 FEP Cases 1164 (E.D.N.Y. 2000))

**사례**  
사용자 H의 ERI 제도에 따르면, 최소 10년 이상의 근속기간을 충족하고 55세가 된 후 1년 이내에 퇴직한 근로자만 ERI 급여를 받을 수 있다. 급여수급 자격은 부분적으로 근로자의 연령에 맞춰져 있기 때문에, 이 ERI 제도는 ADEA의 목적과 일치하지 않는다.

이 각각의 경우에, 사용자는 임의로 연령차별을 해 왔다. 첫째로, 이러한 각각의 제도는 개인들이 관습적으로 특정한 나이에 은퇴하며, 따라서 그 나이 이전에만 은퇴하는 것을 “조기”로 간주할 수 있다는 고정 관념에 따라 운영된다. ADEA는 고령 노동자에 대한 그러한 일반화를 금지하고 있다.(Solon v. Gary Community School Corp., 180 F.3d 844, 853 (7th Cir. 1999) ; EEOC v. Crown Point Community School Corp., 72 FEP Cases 1803 (N.D. Ind. 1997); arlen v. City Colleges of Chicago, 837 F.2d 314 (7th Cir.)) 둘째, 이 ERI 제도들은 각각 특정 연령에 은퇴하도록 유도하기 위한 수단으로 고령 근로자에 대한 급여지급

을 보류하고 있다. 따라서 이러한 계획에 따른 은퇴는 진정으로 자발적인 것으로 볼 수 없다.

ADEA의 용어, 구조 및 입법 이력을 통해 이러한 이해를 확인할 수 있다. 첫째로, 의회는 ADEA가 일반적으로 조기 퇴직 장려금의 연령에 기반한 감소를 허가하지 않는다는 것이 명백하다. 의회가 고등교육기관에 연령에 기반한 조기 퇴직급여를 종신재직 교수에 적용할 수 있도록 한 이유이다.

또한 ADEA의 구조는 고령의 근로자에게 더 낮은 급여를 제공하는 사용자가 최소한 다음 두 가지 중 하나를 입증하여야 한다는 점을 분명히 하고 있다. (a) 고령의 근로자와 젊은 근로자에게 동일한 급여를 지급하였거나, (b) 다른 출처의 급여를 고려할 때 고령의 근로자가 비슷한 위치에 있는 젊은 근로자와 동일한 급여 총액을 받은 경우. 이러한 예외는 근로자의 연령이 이러한 급여에 소요되는 비용 및 고용 기회에 영향을 미칠 수 있을 뿐만 아니라 정부가 제공한 개인에 대한 급여의 가용성에 영향을 미칠 수 있다는 점을 인식하면서 임의적인 연령 차별을 제거하기 위해 신중하게 고안되었다. 따라서 이러한 예외는 조기퇴직급여의 보조된 부분을 제공하는 ERI의 예외나 사회보장 보조 제도의 예외와 마찬가지로 ADEA의 관련 목적을 충족한다. 근로자의 나이에 따라 임의로 ERI 급여를 줄이거나 거부하는 것은 이러한 기준을 충족하지 못한다.

마지막으로, 의회는 “어쨌든 고령의 근로자는 퇴직할 것이다”라는 고정관념에 근거한 조기 퇴직 장려금 계획에서 고령의 근로자를 제외하는 것은 불법이라고 명시했다. 그러나 사용자가 고령의 근로자에게 낮은 수준의 ERI 급여 또는 전혀 급여를 제공하지 않았지만 상술한 소명이 이루어지지 않은 경우, 그러한 가정에 따라 정확하게 작동되었다. 그러한 ERI는 불법이며 이 면제에 참고하여 정당화될 수 없다.

## <ADA 문제들>

### I. 서설

사용자는 부가급여에 관하여 장애가 있는 적격자를 장애에 근거하여 차별할 수 없다. 그러나 일부 유형의 급여제도가 허용되는 위험분석 원칙에 따라 다양한 건강상태와 관련된 위험과 비용의 평가에 기초하고 있다는 점은 의회도 인정하고 있다. 결과적으로, ADA는 구분이 건전한 보험통계적 원칙에 기초하거나 실제 또는 합리적으로 예상되는 경험과 관련된 경우, 사용자가 근로자급여제도에서 장애에 기초하여 구분하는 것을 허용한다. 이 절은 그러한 구분이 합법적인 경우와 그렇지 않은 경우에 대하여 다룬다.

근로자에 대한 급여제도의 조건이 장애에 근거하여 차별적으로 적용된다고 고발한 경우, 첫 번째 질문은 사업주가 장애를 가진 자격을 갖춘 근로자에 대하여 해당 제도에 따라 일반적으로 근로자에게 제공되는 급여와 동등한 급여를 제공하였는지 여부이다. 장애에 관계없이 해당 제도의 적용을 받는 모든 근로자에 대하여 동일한 유형의 급여, 동일한 지급 조건, 동일한 금액의 보상금을 동일하게 지급될 경우에만 급여는 동등하게 된다.

사용자가 동등한 급여를 제공했다면 ADA 위반은 없다. 반면, 사용자가 다른 근로자에게 제공하는 혜택과 다른 급여를 장애를 가진 적격 근로자에게 제공했다면, 다음 질문은 그러한 차이가 해당 근로자의 장애에 근거한 것인가 여부이다. 급여에 있어서의 차이가 장애에 따른 것이 아니고, 해당 규정이 모든 근로자에게 동일하게 적용된다면 법률 위반에 해당하지 않는다.

장애가 있는 적격 근로자에게 대한 동등하지 않은 급여가 장애에 근거한 것이라면, 사용자가 장애에 근거한 구분이 ADA의 목적을 회피하기 위한 “속임수”가 아님을 소명하지 않는 한, 이러한 급여제도는 불법에 해당할 것이다. 사용자가 이것을 소명할 수 있는 몇 가지 방법이 있다. 전술한 섹션 IV 참조하기 바란다.

따라서 급여 제도의 조건이나 규정에 의한 차별에 대하여 고발이 이루어진 경우 관련 질문은 다음과 같다.

사용자는 장애인 근로자와 제도의 적용대상인 다른 근로자에게 동등한 혜택을 제공하였는가?

아니라면

급여의 차이는 해당 제도에서 장애에 근거한 구분에 따른 결과인가?

그렇다면

사용자는 그러한 급여제도가 진실한 것이고 장애에 기초한 구분이 ADA의 목적을 회피하기 위한 속임수가 아니라는 것을 소명할 수 있는가?

## II. 동일한 급여

급여가 동등하려면, 유사하게 위치한 모든 근로자에 대하여 동일한 조건으로 동일한 적용범위가 적용되어야 한다. 예를 들면 다음과 관련하여 급여 제도가 동일해야 한다.

- 보험료;
- 공제금액
- 적용범위의 상한선.
- 대기 기간

### 사례

사용자 X의 건강보험 제도에는 HIV/AIDS 치료에 있어서 50,000달러인 평생 상한액의 제한이 있지만, 다른 모든 의료적 치료에 있어서는 200,000달러의 평생 상한액의 제한이 있다. 이러한 급여는 동등하지 않다.

### 사례

사용자 X의 건강보험 제도에는 연간 250달러의 공제액이 있지만, 정신질환 치료에 대하여 300달러의 별도 공제액이 있다. 정신질환자는 동등한 혜택을 받지 못한다.

## III. 장애에 기반한 구분

건강과 관련된 사용자의 급여제도의 모든 조항이 장애가 있는 근로자의 급여에 있어서 동등하지 않은 결과를 야기하는 경우 이는 장애에 기초한 것이다. 장애에 근거하지 않고 모든 근로자에게 동등하게 적용되는 건강과 관련된 구분은 ADA를 위반하지 않는다. 따라서 다음 질문은 급여의 차이가 장애에 기초한 구별에서 발생하는지 여부에 관한 것이다.

급여제도에 있어서 건강과 관련된 구분은 다음과 같은 경우에 장애에 기초한 것이다.

- 특정 장애
- 개별적인 장애 그룹, 또는
- 일반 장애

다음은 장애에 기초한 구별의 예다.

### 사례

특정 장애를 제외하는 경우. 사용자 Z의 장애퇴직 제도는 심각한 우울증을 제외한 모든 신체적, 정신적 장애를 포함한다.

**사례**

개별적인 장애 그룹을 제외하는 경우. 사용자 Z의 건강보험 제도는 암 치료비를 100만 달러로 제한하고, 다른 모든 신체조건에 관한 치료비를 2,000만 달러로 제한하고 있다.

**사례**

일반적으로 장애를 제외하는 경우. 사용자 Z는 신체적 또는 정신적 장애로 인해 더 이상 일할 수 없는 근로자가 사용자의 퇴직제도에 따라 퇴직할 수 있더라도 장애 퇴직제도에 따라 퇴직하도록 요구한다.

일반적으로 급여제도에 있어서 건강과 관련된 부분이 장애에 근거하지 않는 경우는 다음과 같다.

- 일반적인 다른 조건들에 적용되는 넓은 구별인 경우와
- 장애가 있는 개인과 장애가 없는 개인 모두에 대하여 적용되는 경우

**사례**

사용자 U의 건강보험 제도는 근로자의 손해배상을 우선적으로 보장하며, 업무상 부상이나 질병으로 인한 상황에 대해서는 2차적인 보장만 제공한다. 여러 가지 다른 유형의 장애는 업무상 부상이나 질병으로 인해 발생할 수 있고, 보장범위의 한도가 장애가 있는 근로자와 없는 근로자 모두에게 영향을 미치지 때문에, 이는 장애에 따른 구분이 아니다.

**사례**

사용자 U의 장기 장애 제도는 모든 기존 질환에 대하여 6개월의 유예기간을 두고 있다. 이것은 장애에 근거한 구분이 아니다.

**사례**

사용자 U의 건강보험 제도는 1인당 연간 두 번의 ERI(전자공명영상) 스캔을 보장한다. ERI 스캔은 모든 상황에 적용되며 이러한 제한은 장애를 가진 개인과 장애가 없는 개인 모두에게 영향을 미치지 때문에 이 규정은 장애에 근거한 것이 아니다.

또한, 사용자의 건강보험 제도가 신체적 질환에 대하여 정신질환에 대해 동등하지 않은 급여를 제공하는 경우, 위원회는 이것이 반드시 장애에 근거한 구분은 아니라는 입장을 취하였다. 이는 건강보험의 맥락에서 '정신질환'이라는 용어가 예를 들어 정신분열증 및 중증 우울증과 같은 장애만이 아니라 장애는 아니지만 ADA에 따라 장애가 될 가능성이 있는 슬픔, 자존감, 또는 결혼 문제 등에 대한 상담도 포함하기 때문이다. 그 결과, 정신질환과 비교할 때, 육체적 치료비용에 대한 건강보험 제도의 보장범위는 (a) 일반적인 다른 조건들에 적용되는 넓은 구별을 구성하며, (b) 장애가 있는 개인과 장애가 없는 개인 모두를 제한한다. 따라서 건강보험제도의 이러한 구분은 일반적으로 ADA를 위반하지 않게 된다.(EEOC v. Staten Island Savings Bank, 207 F.3d 144 (2d Cir. 2000) (equal coverage of all disabilities not required by ADA); Lewis v. Kmart Corp., 180 F.3d 166, 170 (4th Cir. 1999); Ford v. Schering-Plough Corp., 145 F.3d 601, 611 (3d Cir. 1998); Olmstead v. L.C., 527 U.S. 581(1999))

#### IV. 장애에 근거한 구분의 정당성

사용자가 급여 제도에서 장애에 근거하여 구분을 한 경우, 이러한 구분이 정당하다는 것을 소명할 수 없는 한, ADA 위반에 대한 책임을 진다. ADA는 항변에 필요한 두 가지 요소를 제시한다. 사용자는 다음과 같은 사항을 입증해야 한다.

- 해당 급여제도는 진정한 것이어야 하며,
- 이러한 제도는 ADA의 목적을 회피하기 위한 속임수가 아니어야 한다.

##### 1. 진정한 제도

첫 번째 사항에 있어서, 사용자는 해당 제도가 주법과 모순되지 않는 진정한 보험제도이거나 진정한 자

가 보험제도라는 것을 입증해야 한다. 진정한 보험이 되려면, 제도가 존재하고 급여를 지급해야 하며, 제도의 조건은 자격을 갖춘 근로자에게 정확하게 전달되어야 한다. 어떤 제도가 이러한 기준을 충족하는지 여부를 확인하기 위해, 조사관은 일반적으로 사용자의 계획 문서의 사본을 입수하고 급여가 실제로 지급되었는지 조사할 필요가 있다.

## 2. 속임수

“속임수”란 장애와 관련된 위험이나 비용, --즉 “진정한 보험통계적 원칙에 기초하거나 실제 또는 합리적으로 예상되는 경험과 관련이 없는” 장애에 근거한 구별-- 에 의해 정당화되지 않는 장애에 근거한 상이한 처우를 말한다. 어떠한 급여제도의 조항이 속임수인지 여부는 사례별로 결정되어야 한다.

사용자가 급여제도에 있어서 장애에 기초한 구분이 속임수가 아님을 증명할 수 있는 몇 가지 방법이 있다. 정당성이 인정될 수 있는 사유 중에는 다음과 같은 것들이 있다.

- 장애에 기초하여 상이한 처우를 하였다고 주장된 사실에 대하여 사용자가 관여하지 않았음을 증명할 수 있는 경우.

### 사례

CP는 사용자 N이 다른 근로자의 류마티스 관절염 치료비를 보상했음에도 불구하고 자신의 당뇨병에 대한 치료비를 부담하기를 거부했다고 주장한다. 사용자 N은 CP의 질환이 보험제도에 가입하기 전에 발생하였다는 이유로 당뇨병에 대한 보장을 거부했으며, 나아가 모든 기존 질환을 유사하게 취급하고 있다는 점을 소명하였다.

- 사용자는 장애에 기초한 상이한 처우가 합법적인 보험통계적 자료나 실제 또는 합리적으로 예상되는 경험에 의해 정당화되며, 비교가능한 보험통계적 자료 및/또는 경험이 있는 질환도 동일하게 처리된다는 것을 증명할 수 있는 경우

보험통계적 데이터는 사용자가 장애와 관련된 보험비용을 부담할 가능성과 그 발생시점에 그 비용의 규모를 모두 측정할 것이다. 따라서 사용자는 급여가 청구될 가능성이 증가하거나 보험혜택에 필요한 금액이 더 많을 것이라는 점을 설명하기 위해 장애인이나 장애에 대한 보험혜택의 감소가 요구된다는 것을 소명하여야 한다. 그러나 사용자는 오래된 보험통계적 자료에 의존하지 않을 수도 있고, 문제가 되고 있는 장애에 대한 미신, 두려움, 고정관념 또는 가정에 기초한 보험통계적 자료에 의존하지 않을 수도 있다.

사용자가 어떤 질환에 대한 치료의 위험과 비용이 그 치료의 상이한 처우를 정당화한다는 것을 증명하는 보험통계적 자료를 제출할 수 있는 경우에도, 사용자는 동일한 위험과 비용을 포함하는 다른 질환을 동일하게 대우하였음을 보여주어야 한다. 사용자가 다른 질환을 문제가 되는 장애와 다르게 취급했다는 증거가 있을 경우, 사용자는 특정 장애를 선별하여 불리하게 처우한 것이다. 조사관들은 원인을 찾을 수 있다.

- 사용자는 이러한 제도의 지급능력을 유지하기 위해 장애에 기초한 상이한 처우가 필요하다는 것을 증명할 수 있다. 이러한 항변이 성립하기 위하여 사용자는 다음과 같은 내용을 소명하여야 한다.
  - 문제가 되는 장애나 장애에 대한 보장은 일반적으로 인정되거나 법적으로 요구되는 기준에 따른 제도의 재정 건전성을 위협할 정도로 상당한 급여 지급이 요구되는 경우
  - 이러한 재정적 결과를 제한할 수 있는 장애에 근거하지 않은 급여제도 변경이 불가능한 경우

사용자가 이러한 항변을 제기하는 경우 법률 고문관으로 연락하여야 한다.

- 사용자는 급여제도에 있어서 적용범위나 보험료의 허용할 수 없는 변경을 피하기 위해 도전

적인 관행이나 활동이 필요하다는 것을 증명하는 경우. “허용할 수 없는” 변경은 보험료 납입액(또는 공동지급금 또는 공제액)의 급격한 증가 또는 제공되는 혜택의 범위 또는 수준을 대폭 변경하는 것으로, 다음과 같다.

- 상당수의 근로자가 급여제도를 효과적으로 이용할 수 없도록 다른 근로자에 대한 비용을 실질적으로 증가시키는 경우
- 현저한 역선택을 초래할 정도로 급여제도가 매력적이지 않게 되는 경우 또는
- 지역사회에서 다른 사용자가 제공하는 급여제도의 우월성으로 인해 사용자가 적격 근로자를 모집하고 유지하는데 있어 경쟁할 수 없을 정도로 복지제도가 매력적이지 않게 되는 경우. 사용자는 의료보험제도에서 제외된 특정한 치료에 대하여 의료혜택을 제공하지 않는다는 것을 증명할 수 있다. 즉, 사용자는 신뢰할 수 있는 과학적 증거에 의해 장애특정적 치료가 질환을 치료하지 않거나, 그 질환에 기인하는 퇴화/악화 또는 위해를 늦추지 않거나, 질환의 증상을 완화시키지 않거나, 그러한 치료를 받은 장애인의 현재 건강상태를 유지하지 못한다는 것을 증명할 수 있다. 그러나 사용자는 이러한 기준에 따라 판단할 때 의료적 가치가 없는 다른 치료법을 보장하는 경우에는 이 주장에 의존하지 않을 수 있다.

장애에 근거한 구분이 속임수에 해당하기 위하여는, (a) ADA 제정 후 또는 (b) 고용, 승진, 해고 또는 기타 비급여에 있어서 차별할 목적으로 도입될 필요는 없다.(Ohio Public Employees Retirement Syst. v. Betts, 492 U.S. 158 (1989)) 우선, 입법 이력은 의회가 보험 또는 급여 제도가 ADA의 제정 이전에 도입된 경우에도 적용하려는 것을 의도했음을 보여준다. 게다가, ADA는 부가급여의 차별을 명시적으로 금지하고 있으며, 고용, 해고 또는 고용에 있어서 기타 비급여적인 측면에서의 차별에 국한되지 않는다. 결과적으로, 부가급여에서의 차별이 다른 고용 결정에서 차별하기 위한 수단으로 의도되었다는 것을 증명할 필요는 없다.(Cloutier v. Prudential Ins. Co. of Am., 964 F. Supp. 299, 304 (N.D. Cal. 1996); Ford v. Schering-Plough Corp., 145 F.3d 601, 611 (3d Cir. 1998))

## V. 장애퇴직 및 근속퇴직 제도

사용자는 근로자에 대한 장애 및/또는 근속 퇴직 제도를 제공할 필요가 없다. 게다가, 사용자가 장애 퇴직이 아닌 근속 퇴직만을 제공하는 것은 ADA를 위반하지 않는다. 그러나 사용자가 제도 중 하나 또는 둘 다를 도입하는 경우 장애인 근로자를 차별하지 않을 수 있다.

사용자는 다음 중 어느 하나에 해당하는 행위를 할 경우 ADA를 위반하게 된다.

- 근로자에 대하여 장애를 이유로 근속 퇴직 또는 장애 퇴직 제도에 참여하지 못하도록 제외하는 경우

### 사례

사용자 F는 ADA의 적용 대상인 근로자에 대하여 장애 퇴직 급여를 받기 위해 근속 및 장애 퇴직급여 제도의 요건을 갖추는 것을 요구한다. 이것은 ADA를 위반하는 것이다.

- 장애인 근로자와 비장애인 근로자가 사용자의 근속 퇴직이나 장애퇴직 제도를 적용받기 위하여 고용기간을 달리 정하는 경우

### 사례

사용자 F는 근속 퇴직 제도를 적용받기 위하여는 장애인 근로자에 대하여 12년의 근속기간을 충족하여야 하며, 비장애인 근로자에 대하여 10년의 근속기간을 충족하도록 하고 있다. 이는 차별이다.

- 근속 퇴직 제도에 있어서 장애인 근로자와 비장애인 근로자에 대해 다른 보장 유형과 수준을 설정하는 경우

### 사례

근속 퇴직 제도에 따라 사용자 G는 비장애인 근로자에 대하여는 3년마다 생계비를 인상하지만, 장애인 근로

자에 대하여는 5년마다 인상한다. 이는 ADA 위반에 해당한다.

**사례**

사용자 G의 근속 퇴직 제도에 따르면, 에이즈에 걸린 근로자는 연간 최고 보상액의 33%에 해당하는 수당을 받지만, 다른 적격 근로자는 연간 최고 보상액의 50%를 받는다. 이는 특정한 장애를 가진 근로자를 차별하는 것이며 법 위반에 해당한다.

그러나, 서로 다른 목적에 따른 서로 다른 급여이므로, ADA는 근속 퇴직 제도와 장애 퇴직 제도가 동일한 수준의 급여를 제공할 것을 요구하지 않는다. 장애 유무와 관계없이, 모든 근로자가 동일한 조건으로 근속 퇴직 제도를 적용받을 수 있는 한, 사용자가 근속 퇴직 제도보다 장애 퇴직 제도에서 낮은 수준의 급여를 제공하더라도 ADA를 위반하지 않는다.

**사례**

사용자 Q의 근속 퇴직 제도는 20년 이상 근속한 모든 근로자가 퇴직시 개인의 연간 최고 보상의 30%에 해당하는 연금을 받을 수 있다. 사용자 Q의 장애 퇴직 제도는 질병이나 부상이 개인의 계속근로를 방해할 때 지급하는 것으로, 해당 근로자의 연간 최고 보상의 25%에 해당하는 연금을 지급한다. 이는 두 가지 제도의 요건을 모두 갖춘 근로자가 장애 퇴직 제도와 근속 퇴직 제도 중 하나를 선택할 권리가 있는 한 ADA를 위반하지 않는다.

**사례**

사용자 Q의 근속 퇴직 제도에 따르면 퇴직자는 정기적으로 인상된 금액(예: 물가상승률 또는 투자 연기금의 수익 증가)를 받는다. 사용자의 장애 퇴직 제도에 따르면 장애퇴직자는 고정적인 급여를 받는다. 이것은 불법이 아니다.

또한, 사용자가 이전에 자발적으로 장애퇴직급여를 받기로 한 사람에게 근속퇴직급여를 부정하는 것은 ADA를 위반하지 않는다. 조사관은 그러한 거부에 대하여 이의가 제기되고 고발인이 자발적으로 장애퇴직급여를 선택했다면 어떠한 이유도 찾을 수 없을 것이다(Castellano v. City of New York, 142 F.3d 58, 70 (2d Cir.), cert. denied, 119 S.Ct. 60 (1998)).

## <민권법 제7절 및 EPA와 관련된 문제>

### I. 서설

민권법 제7장에 따라 사용자는 다음 사항을 결정할 때 개인의 인종, 피부색, 성별(임신 포함), 국적 또는 종교를 고려하여서는 안된다.

- 지원 자격;
- 의 양
- 의무
- 근로자의 급여에 대한

급여에 소요되는 비용은 항변이 되지 않는다. 따라서 예를 들어, 하나의 집단으로서 남성보다 여성들에게 사용자가 급여를 지급하는데 더 많은 비용이 소요되더라도, 사용자는 그 차이를 보충하기 위해 여성에게 더 많은 비용을 청구하거나 더 적은 혜택을 제공하지 않을 수 없다.

제2절에서는 민권법 제7장에서 금지된 어떤 기준으로든 급여상 차별을 주장하는 경우에 발생할 수 있는 특정 이슈에 대해 논의한다. 제3절1절은 임신을 근거한 급여의 차별을 다룬다.

## II. 성별, 인종, 색상, 국적 또는 종교에 따른 차별

### 1. 퇴직 급여

비록 한 집단으로서 여성들이 일반적으로 남성들보다 더 오래 살지만, 민권법 제7장은 각각의 여성들, 그리고 각 남성들이 개인으로서 대우받을 것을 요구한다. 결과적으로, 사용자는 급여에 있어서 남성과 여성에 대해 지급할 금액이나 그러한 급여에 대해 남녀 근로자에게 부과할 금액을 산정하기 위하여, 남성과 여성의 일반화된 기대수명에 의존하는 성별에 근거한 보험통계적 표를 사용할 수 없다.(Arizona Governing Committee v. Norris, 463 U.S. 1073 (1983); Los Angeles Dep't of Water and Power v. Manhart, 435 U.S. 702 (1978)) 사용자가 성별에 근거한 보험통계적 표를 사용하는 경우, 조사관은 원인을 찾을 수 있다.

퇴직자의 연금급여의 일부가 1983년 8월 1일 이전의 기여금에서 발생한 경우, 그러한 기여금과 관하여 성별에 기초한 보험통계적 표를 사용하더라도 구제방법에 한계가 있을 수 있다. 해당 일자 이전의 기여금에 근거한 급여와 관련된 고발이 있는 경우, 법률 고문관에 문의하여야 한다.

### 2. 건강보험 급여

퇴직급여와 마찬가지로 건강보험 혜택은 피보험자의 인종, 피부색, 성별, 국적, 종교와 무관하게 제공되어야 한다. 사용자는 유사한 지위에 있는 모든 근로자에게 차별 없이 건강보험 제도를 적용받을 수 있는 동일한 기회를 제공해야 한다. 사용자는 또한 자신의 건강보험의 조건이 차별적이지 않다는 것을 보장해야 한다. 사용자가 제공하는 건강보험 제도의 관점에서 근로자가 차별받고 있다는 고발을 평가할 때에는 다음과 같은 원칙이 적용된다.

- 사용자는 보험으로 보장되는 위험에 관하여 공통계약 가능한 경우, 즉 기본 질환이 남성과 여성 모두에게 영향을 미치거나 치료/검사가 공통적으로 적용되는 경우, 남성과 여성 모두에게 서로 다른 보장범위를 제공할 수 없다.

남성과 여성 모두 동일한 질환에 의해 영향을 받거나 동일한 치료를 받을 수 있는 경우, 사용자는 성별에 따라 각 성별의 근로자에게 서로 다른 보장 범위를 제공한다면 성차별에 대한 책임을 지게 된다.

#### 사례

사용자 H의 건강보험 제도는 심장마비 치료를 포함한다. 남성이 여성보다 심장마비를 더 자주, 더 이른 나이에 겪는다는 통계를 인용하여 사용자 H는 심장질환에 대한 보장범위를 여성이 아닌 남성이 추가 보험료를 내야 하는 부수적인 혜택으로 취급한다. 이것은 남성에 대한 직접적인 차별이다. 남성의 심장 질환에 대한 보장이 여성에 비하여 사용자 H에게 더 많은 비용이 들 수 있다는 것은 항변으로 기능할 수 없다.

- 만약 사용자가 EEO법에 따른 다른 보호구분에 기초한 근로자 또는 남성이나 여성에게 불균형적으로 영향을 미치는 질환이나 위험에 대한 치료를 배제하기 위해 직접적이고 중립적인 기준을 적용한다면, 사용자는 그 기준이 일반적으로 인정되는 의료기준에 기초한다는 것을 소명하여야 한다.

그릭스 대 듀크 파워 컴퍼니 사건에서 대법원은, 민권법 제7장은 “공개적인 차별뿐 아니라 형식적으로는 공정하지만 운영상 차별적인 행위를 금지한다” 고 하였다. 1991년 민권법의 일부로 성문화된 상이한 영향 분석은 사용자의 건강보험 급여에 관한 규정에도 동일하게 적용된다. 사용자가 보호집단의 구성원에 불균형적으로 영향을 미치는 질환이나 치료에 대한 보험 적용을 거부하기 위해 직접적이고 중립적인 기준을 사용하는 경우, 사용자의 기준은 상이한 영향을 발생시킬 것이다. 건강보험 급여의 맥락에서 사용자는 제외함에 있어서 근거한 기준이 일반적으로 인정되는 의료적 기준에 기초하고 있음을 소명하여야 한다.

**사례**

H 사용자의 건강보험제도는 “전문적 ntal 치료” 을 제외한다. CP는 사용자 H가 유방암에 골수이식을 사용하는 것을 배제함으로써 이러한 기준을 적용함에 있어 차별을 가했다고 주장한다. 유방암은 대부분 여성에게만 영향을 미치기 때문에, 사용자 H의 제도는 성별에 따라 이질적인 영향을 끼쳤다는 것이다. 사용자 H는 일반적으로 인정되는 의료기준에 기초한다는 것을 보여줌으로써 이러한 배제를 정당화하여야 한다. 조사관은 사용자 H에게 치료법이 실험적인지 여부를 결정하기 위해 사용하는 기준과 유방암에 있어서 골수 이식에 대한 배제를 정당화하기 위하여 이러한 기준을 어떻게 적용했는지 설명하도록 요청해야 한다. 또한 조사관은 사용자 H에 대하여 그러한 기준에 대한 과학적 근거에 관한 정보를 요청해야 한다. 사용자 H의 기준이 의료계에서 일반적으로 받아들여지지 않는다면, 사용자 H가 그러한 치료를 적용하지 않는 것은 성차별에 해당한다.

**사례**

사용자 H는 특정 치료의 “효능성”의 측정에 기초하여 보상범위를 결정한다. 그렇게 함으로써, 그러한 치료에 의하여 성공적으로 치료되거나 해당 질환이 개선된 경우의 비율에 의존하는 공식을 적용한다. 사용자 H가 모든 조건의 치료에 동일한 공식을 적용한다고 가정할 때, 위원회는 이러한 공식이 일반적으로 인정되는 의료기준에 기초한다면 민권법 제7장의 위반을 발견하지 못할 것이다.

사용자가 근로자의 배우자와 부양가족의 의료비용을 부담하는 경우에도 동일한 기준이 적용된다. 이러한 정책은 근로자의 성별에 관계없이 동등한 적용 범위를 제공해야 한다(Newport News Shipbuilding and Dry Dock Co. v. EEOC, 462 U.S. 669 (1983)).

사용자의 기준이 일반적으로 인정되는 의료 기준에 근거하는지 여부에 대한 의문이 발생할 경우 법률 자문관에 문의하여야 한다.

### III. 임신, 출산 또는 관련된 의료적 질환에 근거한 차별

#### 1. 서설

임신차별법(PDA)에 따르면, 임신, 출산, 관련 의료적 질환에 영향을 받는 여성은 일을 할 수 있거나 할 수 없는 사람과 동등하게 대우받아야 한다. 사용자가 퇴직급여, 건강보험, 장애급여 등을 포함하는 어떤 종류의 급여를 제공하는 경우, 다른 의료 조건을 다루는 것과 같은 방식과 정도로 임신과 관련된 의료적 질환을 보장하여야 한다.

#### 2. 퇴직 급여

사용자들은 임신과 관계없는 이유로 휴가 중인 여성들과 같은 방식으로 임신과 관련된 휴가 중인 여성들에게 근속기간을 인정하여야 한다. 따라서 만약 사용자가 질병으로 휴가 중인 근로자가 근속기간을 유지하고 휴가기간 중 추가적인 근속기간을 인정받을 수 있도록 허용한다면, 사용자는 임신과 관련된 휴가 중인 여성에 대해서도 동일하게 대우하여야 한다. 이와 유사하게, 사용자는 근로자의 연금이나 조기 퇴직에 대한 적격성 평가시 인정되는 근속연수를 산정할 때 임신과 관련된 휴가를 다른 질병 휴가와 동일하게 취급하여야 한다.

또한 이 원칙은 사용자가 퇴직급여의 적격성에 관한 기준을 수립하기 위하여 근속기간을 사용하는 경우, PDA 시행일 이전에 시작한 임신 관련 휴가에도 적용된다.

**사례**

CP는 PDA가 통과되기 전인 1975년에 출산 휴가를 사용하였다. 당시 CP의 사용자는 다른 의료상의 이유로 근로자에 대하여 휴가 중 근속기간을 인정받을 수 있도록 허용했음에도 불구하고 출산 휴가 중 근속기간을 인정받을 수 없도록 하였다. 1979년 PDA에 부합하고 출산휴가를 다른 의료휴가와 유사하게 취급하기 위하여 사용자가 해당 정책을 바꿨지만 PDA 전 휴가에 대해 CP 근속기간으로 인정하지 않았다.

1996년, CP의 사용자는 25년 이상 근속한 근로자가 조기퇴직시 전체 연금을 받을 수 있도록 하는 제도를 시행하였다. 근속기간으로 인정받지 못하는 출산휴가를 사용하였기 때문에 25년의 근속연수에 미달하게 되자 CP는 임신에 근거한 차별이라는 이유로 고소하였다.

CP의 주장은 시기적절하며 PDA 위반을 명시하고 있다. 1996년 조기퇴직 적격성 평가에서 사용자는 임신과 관련된 장애로 인하여 1979년 이전에 휴가를 사용한 근로자와 다른 일시적 장애를 이유로 1979년 이전에 휴가를 사용한 근로자를 구분하였다. CP가 휴가를 사용한 1979년에 출산 휴가 중인 여성에 대하여 근속기간을 부정하는 것은 불법이 아니었지만, 1996년 근속기간 산정시 그러한 근속기간을 부정하기로 한 사용자의 결정은 차별적이다.(Pallas v. Pacific Bell, 940 F.2d 1324 (9th Cir. 1991) (authorizing PDA claim on these facts); Carter v. American Tel. and Tel. Co., 870 F. Supp. 1438 (S.D. Ohio 1994); EEOC v. Bell Atlantic Corp., 80 FEP Cases 164 (S.D.N.Y. 1999); Ameritech Benefit Plan Comm. v. Communications Workers of America, 220 F.3d 814 (7th Cir. 2000); Whitehead v. Oklahoma Gas & Elect. Co., 187 F.3d 1184 (10th Cir. 1999))

### 3. 건강보험 급여

고용과 관련하여 제공되는 건강보험제도는 임신과 출산 및 관련된 의료적 질환을 동일한 방법과 동일한 정도로 보장하여야 한다. 이는 본질적으로 두 가지를 의미한다.

- 사용자의 건강보험제도는 임신 또는 관련된 의료적 질환에 대한 보장을 모두 제외할 수 없으며,
- 사용자의 건강보험제도는 임신과 출산 및 관련된 의료적 질환에 대하여 다른 의료적 질환과 동일한 조건을 제시하여야 한다.

다른 의료적 질환과 동일한 조건으로 임신, 출산 및 관련된 의료적 질환을 보장하려면 사용자의 건강보험제도가 다음과 같은 내용을 충족해야 한다.

- 동일한 공제액
- 동일한 수준의 공동보험 지급
- 의사 및 병원의 선택에 있어서 동일한 기회 제공.
- 동일한 환급 기준(예: 고정 금액 또는 실제 요금의 비율)
- 사용자와 근로자 사이의 보험료에 대한 동일한 분담.

#### 사례

CP는 다른 주(州)로의 업무상 출장 중에 3주 일찍 아기를 출산하였다. 사용자 J는 지역 병원에서 출산하지 않았다는 이유로 CP의 병원비 지급을 거절하였다. 사용자 J는 근로자들이 집에서 멀리 떨어진 곳에 의료적인 응급상황이 발생했을 때 타지역 병원에서 발생하는 비용을 일반적으로 부담하였다면 PDA를 위반한 것이 된다.

#### 사례

사용자 Q는 CP가 건강보험제도에 가입한 일자보다 임신일자가 앞선다는 이유로 CP의 임신에 관한비용의 보장을 거절하였다. 만약 사용자 Q가 해당 제도에 따라 개인별 보장일자에 앞서서 발생한 모든 질환에 대하여 보장을 제외한다면, 이는 PDA 위반에 해당하지 않을 것이다.

#### 사례

사용자 U의 정책은 임신 중 일상적 초음파 검사는 포함하지 않는다고 명시한다. 조사관은 사용자 U가 다른 일상적인 진단 절차에 대한 주장을 어떻게 처리하는지에 관하여 확인할 수 있다. 예를 들어 사용자 U가 일상적인 치료용 X선이나 자궁경부암 검사 비용을 부담한다면, 이와 유사한 범위까지 초음파 검사를 보장하여야 한다.

## 결론

이 절에서는 생명 및 건강보험 급여, 장단기 장애급여, 해고 급여, 퇴직연금 또는 기타 퇴직급여, 조기퇴직장려금 등의 차별을 다룬다. ADEA, ADA 및 민권법 제7장에 따르면, 이러한 유형의 혜택과 관련된 고발은 특별한 분석이 필요한 독특한 문제를 제기할 수 있다. 이 절에서는 그 분석을 상세히 논한다. 그러나, 근본적으로는 차별금지법의 기본 원칙이 다른 모든 것과 마찬가지로 이 맥락에서도 적용된다: 사용자가

금지된 요소에 근거하여 개인에게 낮은 수준의 급여를 제공한다면, 그것은 반드시 항변을 제시하여야 한다. 만약 그렇게 할 수 없다면, 그 행위는 불법이 될 것이며, 그 원인을 찾을 수 있을 것이다.

## 제8절. 미국 Section 10 Compensation Discrimination(EEOC-CVG-2001-3)

### I. 배경

연방 EEO법에 의하여 보상 차별이 오랫동안 금지되어 왔음에도 불구하고, 다양한 인구통계학적 그룹의 근로자들 사이에 임금 격차는 지속되고 있다. 예를 들어, 1999년 정규직 여성의 주당 평균 소득은 남성의 주당 평균소득 중위값의 75.7%에 달했다. 정규직으로 일하는 아프리카계 미국인의 중위 소득은 백인의 중위 소득의 75.9%에 달했다. 히스패닉계의 중위 소득은 백인의 중위소득의 65.9%, 흑인의 중위 소득의 86.8%이었다. 장애인 개인의 중위소득이 비장애인 개인의 중위소득보다 현저히 낮다는 증거도 있다.

보상 불균형의 일부는 직업, 기술 및 경험의 차이와 다른 합법적인 요인의 차이에서 기인하는 것이 분명하지만, 그러한 요인에 의해 모든 불균형이 설명될 수 있는 것은 아니다. 1998년, 대통령 경제자문 위원회는 성별 임금 격차에 관한 보고서를 발표했는데, 그 보고서에서는 임금 차별의 정도에 대한 거칠지만 그럴듯한 한 가지 척도는 급여에 있어서 설명되지 않는 차이라고 언급했다. 위원회는 측정 가능한 요인을 고려한 후에도 남성과 여성의 급여 사이에는 여전히 설명할 수 없는 12%의 차이가 있다고 결론내렸다. 2000년 보고서에서, 위원회는 또한 정보 기술분야에서 남성과 여성 사이의 설명할 수 없는 12%의 임금 격차를 추정했다. 한 민간연구에서는 인종적 측면에서 흑인 여성과 백인 여성의 임금 격차의 절반 정도만 직업, 교육, 기타 정당한 요인의 차이로 설명된다고 추정한 바 있다.

### II. 개관

본 매뉴얼 섹션은 민권법(제7편), 고용 연령 차별법(ADEA), 미국 장애인법(ADA) 또는 동일임금법(EPA)을 위반하여 보상차별이 성립되는 기준을 제시한다. 본 매뉴얼은 이행 매뉴얼 제2권 제66조, 제701조, 제704조 및 제708조를 대체한다.

민권법 제7편, ADEA, ADA는 인종, 피부색, 성별, 종교, 국적, 나이, 장애 또는 보호활동에 따른 보상 차별을 금지하고 있다. 보호 범위 외에 실질적으로 동일한 고임금 직업을 가진 사람이 없더라도 이들 법령 중 하나에 따라 보상 차별 청구가 제기 될 수 있다. 게다가 민권법 제7편, ADEA, 그리고 ADA는 이러한 법령으로 보호되는 집단에 대해 급여를 받는 일자리를 줄이도록 제한하는 것과 같이 보상에 간접적으로 영향을 미치는 차별적 관행을 금지하고 있다. 이러한 관행은 EPA에서 다루지 않는다.

EPA는 좀 더 목적적이다. EPA는 같은 직장에 있는 남성과 여성 근로자에게 “동일한 기술, 노력 및 책임이 요구되고 유사한 업무 환경에서 수행되는 직무 성과에 기초한 동일한 업무에 대해” 동등한 임금을 지급할 것을 요건으로 한다. 비교되는 직무는 동일하지 않더라도 실질적으로 같아야 한다. 불평등한 보상은 임금의 차이가 진정한 근속급제도, 능력급제도, 성과급제도 또는 성별 이외의 다른 요소에 기인한다는 점을 사용자가 입증하는 경우에만 정당화될 수 있다.

성별에 근거한 불평등 보상 청구는 관할적 전제조건이 충족되는 한 EPA 또는 민권법 제7편에 따라 제기될 수 있다. 청구 당사자의 권리를 완전히 보호하고 회복을 극대화하기 위하여, 성별에 근거한 보상 차별의 청구는 일반적으로 민권법 제7편과 EPA의 위반을 주장하여야 한다. 두 법령의 적용범위가 상당히 중복되어 있지만, 완전히 동일하지 않다. 민권법 제7편은 차별적 보상 관행을 광범위하게 금지하는 반면, EPA는 같은 직장상에서 실질적으로 동등한 직무에 대한 보상에 있어 성별에 기초한 차이만을 금지한다. 따라서 민권법 제7편에 위반되는 모든 보상 관행이 EPA를 위반하는 것은 아니다. 한편, 위원회의 EPA지침은 EPA를 위반하는 관행도 민권법 제7편을 위반한다고 명시하고 있다.

모든 차별금지법령은 법령 위반에 반대하거나 법에서 정한 고소(고발)과정에 참여하는 것에 대한 보복을 금지하고 있다. 보상금지 조항은 보상차별에 반대하는 조치를 취하거나 보상차별의 혐의를 다루는 고소(고발) 절차에 참여하는 사람을 보호한다.

### Ⅲ. 민권법 제7편, ADEA, ADA를 위반한 보상 차별

민권법 제7편, ADEA, ADA는 인종, 피부색, 종교, 성별, 국적, 나이, 장애 또는 보호 활동에 기초한 “보상”에서의 차별을 금지하고 있다. “보상”이란 고용에 대한 보수로 근로자에게 지급한 것 또는 고용에 대한 보수를 대신하여 지급한 것을 포함한다. 민권법 제7편, ADEA, 또는 ADA를 위반하는 보상 차별은 다음과 같은 여러 형태로 존재할 수 있다.

- 사용자가 보호 범위에 속하지 않는 유사 지위의 근로자보다 보호 범위에 속하는 근로자에게 급여를 적게 지급하고 이에 대하여 사용자가 제시하는 근거가 충분하지 않은 경우;
- 사용자가 보호 범위에 속하는 근로자에게 악영향을 미치며 직무관련성과 업무상 필요성에 부합하는 것으로 볼 수 없는 중립적인 보상정책이나 관행을 유지하는 경우;
- 사용자가 보호 범위 외의 근로자의 직무에 대한 임금을 직무평가조사에서 제시하는 수준과 동일하게 설정하는 반면, 보호 범위에 속하는 구성원의 직무에 대한 임금을 주로 사용자의 직무평가조사에서 제시한 수준 이하로 정하는 경우(County of Washington v. Gunther, 452 U.S. 161, 180-81 (1981));
- 차별적 보상제도가 중단되었지만 이 제도로 인한 임금 격차는 근절되지 않는 경우(Bazemore v. Friday, 478 U.S. 385, 395-96 (1986)), 또는
- 보호 범위에 속하지 않는 근로자보다 낮은 임금을 받는 직무로 유인하거나 승진, 성과평가, 업무 배치절차 또는 교육훈련기회에 있어서의 차별과 같이 보상에 영향을 미치는 사용자의 관행으로 인하여 보호 범위에 속하는 1인 이상의 근로자에 대한 보상을 인위적으로 줄이는 경우

다음의 A.부터 D.까지에서는 민권법 제7편, ADEA, 또는 ADA에 따른 보상차별 청구의 조사를 위한 기준과 단계별 제안을 논의하고자 한다. 1.에서는 차별적 처우에 대하여, 2.에서는 차별적 영향에 대하여, 3.에서는 보상(예. 상여금)의 비기준 요소에 관하여, 4.에서는 보상에 영향을 미치는 차별적 관행에 관하여 논의하고자 한다.

#### 1. 차별적 처우

차별의 직접적인 증거가 드물기 때문에 일반적으로 조사관들은 비교 증거를 통해 보상 차별을 발견할 수 있는지를 평가하여야 한다. 배타적인 방법으로 의도된 것은 아니지만, 비교를 통한 보상 분석을 수행하기 위해 본 항에서 제안된 방법은 다음과 같은 세 가지 일반 구성요소를 가진다.

- 직무 유사성 및 기타 객관적인 요인에 근거하여 고발 당사자와 유사한 지위에 있는 근로자를 구별하고, 이들의 보상과 비교한다.
- 고발 당사자의 보상이 대조군의 보상보다 낮은 경우 사용자에게 대해 이러한 차이가 비차별적이라는 점에 관한 근거를 제시하도록 요청하고, 이를 평가한다.
- 통계를 이용한 체계적 조사를 고려한다.

분석의 각 구성요소는 다음과 같다.

#### 가. 고발 당사자와 유사한 지위에 있는 근로자의 확인

조사관은 고발 당사자가 속해있는 보호 범위 내외에서 유사한 지위에 있는 근로자를 식별해야 한다. 유사한 지위에 있는 근로자란 직무 및 다른 객관적 요인의 유사성 때문에 동일한 보상을 받을 것으로

예상되는 근로자를 의미한다.

## 1) 정보의 초기 요청

보상차별에 관한 조사를 시작할 때, 소속 근로자의 보상에 관한 사용자의 일반적인 시스템에 대한 정보를 취득하는 것이 중요하다. 보상의 비교를 위하여 고발 당사자와 유사한 지위에 있는 근로자를 식별하는 것이 유용할 것이다. 조사관이 특정 사례에 있어서 어떤 정보를 요청해야 하는지 문의가 있는 경우, 연구·정보·기획국(ORIP)의 연구·기술 정보부 또는 일반 법무 연구·분석 지원국(RAS)의 부서에 연락해야 한다.

다른 조사와 마찬가지로 필요한 경우 정보의 최초 요청 외에도 보다 구체적인 보상 정보에 대한 추가 요청을 할 수 있다. 조사관은 효율적이고 철저한 조사를 위하여 정보에 대한 요청을 설계해야 한다. 경우에 따라 이러한 요청에는 다음과 같은 사항들이 포함될 수 있다.

- \* 다른 근로자와 비교하여 고발 당사자의 상대적 지위를 반영하는 조직도 및 세부 직무설명서를 포함하는 기타 문서
- \* 다음과 같은 사항을 포함한 근로자 보상 시스템에 관한 서면 기술서 — 단체협약; 초임 임금 또는 임금률; 주기적인 인상, 성과 및 기타 보너스 보상 계획에 관한 정책 또는 관행; 이러한 임금 관행의 이유;
- \* 직무평가연구, 보고서 또는 사용자가 보상 및 임금율의 방법에 관하여 수행한 기타 분석들

때로는 상기한 정보의 많은 부분이 고발 당사자나 다른 증인에 의하여 제공될 수도 있다. 고발 당사와 잠재적으로 유사한 지위에 있는 근로자의 직무 또는 직위를 확인하기 위한 정보를 사용한 다음, 조사관은 해당 근로자가 수행하는 과업의 유형과 복잡성을 밝혀낼 수 있는 해당 직위에 관한 직무기술서 뿐만 아니라 작업 지시서 및 작업 결과물 예시서와 같은 다른 서류들을 확보하여야 한다.

조사관은 다른 조사와 마찬가지로 사용자가 제출한 서면을 사용자 및 다른 증인의 인터뷰로 보완하는 방안을 검토해야 한다. 현장 점검도 도움이 될 수 있다.

## 2) 직무 유사성

조사관은 직무가 일반적으로 유사한 업무를 수반하는지, 유사한 기술, 노력 및 책임, 작업환경이 필요한지, 복잡성 또는 난이도가 유사한지를 확인하여 직무의 유사성을 판단하여야 한다(Crockwell v. Blackmon-Mooring Steamatic, Inc., 627 F. Supp. 800, 806 (W.D. Tenn. 1985); Miranda v. B&B Cash Grocery Store, Inc., 975 F.2d 1518, 1530 (11th Cir. 1998)). 직무의 실제 내용은 그 직무를 수행하는 근로자들에 대하여 동일한 비율이나 수준으로 임금의 지급이 예상될 만큼 비슷하여야 한다. 유사한 업무를 포함하는 직무에 있어서 직책과 직무기술서가 다를 수 있으므로, 직책과 공식적인 직무기술서는 이러한 결정을 내리는데에 도움이 될 수 있으나 절대적인 것은 아니다(Coward v. ADT Sec. Sys., Inc., 140 F.3d 271, 275 (D.C. Cir. 1998)). 마찬가지로, 근로자가 다른 부서나 다른 조직 단위에서 근무한다는 사실은 관련성이 있을 수 있으나 절대적인 것은 아니다(Gibbons v. Auburn Univ. at Montgomery, 108 F. Supp. 2d 1311,1318 (M.D. Ala. 2000)). 아래의 사례 1과 사례 2의 사실관계는 이러한 점을 설명한다.

**사례 1:** R사는 대형 전자장비 제조업체이다. R사는 개발, 테스트, 제조 및 마케팅 부서로 구성되어 있다. 아시아계 미국인인 CP는 개발부서에서 일하는 전자공학 엔지니어이다. 그는 이 회사의 대표 제품인 “옵니위젯”의 업그레이드를 담당하는 엔지니어 팀에 속해있다. CP는 그가 아시아계 미국인이기 때문에 해당 팀의 다른 기술자들보다 적은 임금을 받는다고 주장하며 고발하였다. 조사 결과 옵니위젯 디자인 팀은 팀원 5명과 관리자 1명으로 구성되어 있었다. 회사의 다른 제품을 담당하는 팀들도 이와 유사하게 구조화되어 있다. 조사관은 옵니위젯 팀과 다른 제품팀에서 전자공학 엔지니어의 직무 내용을 분석하여 유사한 과업이 수반되고, 유사한 기술·노력·책임감이 필요하며, 복잡성과 난이도가 유사하다고 결론내린다. 따라서 조사관은 개발 팀의 엔지니어들이 그들의 보상을 비교할 수 있는 유사한 지위에 있다고 결론짓는다.

### 3) 다른 객관적인 요인

직무 내용 이외의 요인들도 유사한 지위에 있는 대조군을 식별하는데 중요할 수 있다. 예를 들어, 전문 면허나 증명과 같은 최소한의 객관적 자격요건도 고려되어야 한다(Anderson v. Zubieta, 180 F.3d 329, 341-42 (D.C. Cir. 1999)). 직무가 동일하다고 하더라도, 어떠한 최소 객관적 자격요건이 요구되는 직무에 종사하는 사람들과 그러한 자격이 필요하지 않은 직무에 종사하는 사람들을 함께 그룹화해서는 안된다. 유사한 지위에 있는 근로자의 범위를 정의할 때 최소한의 객관적 자격요건을 고려하여야 하지만, 이 단계에서 근로자의 상대적 자격요건을 고려해서는 안된다. 자격, 경력 및 교육의 차이는 궁극적으로 급여 차이를 설명할 수 있지만, 이러한 요인은 정당성을 판단하기 위한 이유나 상이한 영향 분석을 필요로 하며, 따라서 대조군의 범위를 결정한 후에만 고려해야 한다(후술하는 10-III A. 2와 B 참조). 이러한 접근방식에서는 관련 대조군을 먼저 식별한 후 보상격차를 설명할 수 있는 요인을 적절히 고려하게 된다.

**사례 2 :** 상기 사례 1.의 경우와 동일하다. 조사관은 시험, 제조, 마케팅 부서의 직무도 분석한다. 조사관은 제조 및 마케팅 분야의 직무가 CP의 개발 분야의 직무와 유사하지 않다고 빠르게 결론짓는다. 그러나 조사관은 개발부서의 엔지니어가 테스트 부서의 엔지니어와 밀접하게 협력하고, 두 부서의 엔지니어가 일반적으로 다른 부서와 관련된 작업을 수행하는 경우가 많다는 것을 발견한다. 조사관은 테스트 부서의 직무 내용이 개발부서의 직무와 충분히 유사하므로 두 부서의 엔지니어가 동일한 비율이나 수준으로 임금을 받을 것으로 예상할 수 있다고 결론짓는다.

정보의 최초 제출에 포함된 사용자의 “직위 진술서”에서, 사용자는 성과, 경험 및 그 외 상대적인 자격과 같은 다양한 이유로 고발 당사자와 유사한 지위에 있지 않다고 주장하는 다수의 개인을 확인하였다. 보상 차이를 설명하기 위하여 사용자가 제안하는 요인은 적절한 평가를 위한 대조군 집단이 결정된 후에 이루어진 분석에서 잘 나타난다. 그러한 분석이 필요하지 않다는 근거가 없는 경우, 조사자는 테스트 및 개발 부서의 기술자들이 그들의 보상을 비교하기 위하여 유사한 지위에 있다고 결론 내려야 한다. 사례1과 사례2의 사실에도 불구하고, 직함, 부서 또는 기타 조직 단위의 차이는 근로자 사이의 직접적인 비교를 방해하는 직무 내용 또는 기타 요인의 의미 있는 차이를 반영할 수 있다. 그러나 항상 그렇듯이 조사관은 다른 직무 범주, 부서 등에서 발견된 증거가 조사 범위를 확대하거나 시스템 조사까지 포함할 수 있는 정당성을 가지는지를 결정해야 한다(EEOC v. Shell Oil Co., 466 U.S. 54, 68 (1984)). ORIP와 RAS는 제도적 조사에 관련된 기술적 문제에 있어서 조사관을 도울 수 있다.

어떤 경우든, 고발 당사자와 유사한 지위에 있는 근로자가 확인된 후, 다음 단계는 고발 당사자가 보호 범위에 속하지 않는 유사 지위의 근로자보다 적은 보상을 받는지 결정하는 것이다. 조사관은 해당 정보가 아직 제공되지 않은 경우 사용자에게 관련 임금 정보를 요청해야 한다.

#### 나. 보상 차이가 차별에 의한 것인지에 관한 판단

보상 차이가 존재하는 경우, 사용자에게 그러한 차이가 차별적이지 않은 이유를 제시하도록 요청해야 한다. 사용자가 임금 격차에 관한 근거를 제시하지 않거나 제시한 근거가 “너무 모호하거나 내부적으로 일관성이 없거나, 표면적으로 신뢰할 수 없는” 경우, 조사관은 “원인”을 찾아야 한다. 사용자가 차별적이지 않다는 근거를 제시하는 경우, 그 이유가 임금 차이를 충분히 설명하는지 조사하여야 한다.

**사례 3 :** CP(아프리카계 미국인인 A. Jones)는 고급 레스토랑에서 유급 웨이터로 근무한다. A. Jones는 차별적으로 임금을 지급받고 있다고 주장한다. 조사 결과 A. Jones는 대조군인 백인보다 적은 임금을 받았다. 사용자는 다른 직원의 업무 성과가 우수하고 레스토랑에서 웨이터로 근무한 경험 때문에 보상에 있어서의 차이가 발생한다고 주장하였다. 이후 조사관은 A. Jones와 유사한 지위에 있는 근로자에 관한 다음과 같은 표를 작

성하였다.

보호 범위에 속하는 근로자	임금	임금에 영향을 미친다고 주장된 요소	임금 격차의 이유가 해명되었는지 여부	보호 범위에 속하지 않는 근로자	임금	임금에 영향을 미친다고 주장된 요소
A. Jones (CP)	\$23,000	-3년 경력 -평균 성과등급 2등급	아님. - A. Jones는 A. Smith와 동일한 경력과 평균성과 등급을 가지고 있으나, 더 낮은 임금을 받음.	A. Smith	\$31,000	-3년 경력 -평균 성과등급 2등급
				B. Thomas	\$34,000	-5년 경력 -평균성과등급 4등급
				C. Adams	\$37,000	-5년 경력 -평균성과등급 5등급
				D. Buckley	\$40,000	-6년 경력 -평균성과등급 5등급

상기 표의 중간란에서 지적한 바와 같이, A. Jones는 A. Smith와 동일한 경력과 평균 성과등급을 가지고 있음에도 더 낮은 임금을 받고 있으므로 조사관은 사용자의 설명이 임금 격차를 설명하지 않는다고 결론짓는다. 따라서 “원인” 이 발견된다.

사용자가 제시하는 근거는 전체적인 보상 차이를 설명하여야 한다. 따라서 사용자가 제시하는 근거가 일부 보상 차이를 정당화하는 것으로 보이더라도, 이러한 근거에 의하여 설명되는 것보다 보상 차이가 훨씬 더 큰 경우 조사관은 원인을 찾아야 한다.

**사례 4:** A. Smith가 A. Jones보다 더 풍부한 경력을 가지고 평균적인 성과등급이 높다는 점을 제외하고 사례 3과 동일한 사례이다.

보호 범위에 속하는 근로자	임금	임금에 영향을 미친다고 주장된 요소	임금 격차의 이유가 해명되었는지 여부	보호 범위에 속하지 않는 근로자	임금	임금에 영향을 미친다고 주장된 요소
A. Jones (CP)	\$23,000	-3년 경력 -평균 성과등급 2등급	아님. - A. Jones의 임금 차이는 설명된 요인의 차이에 비례하지 않는다.	A. Smith	\$31,000	-4년 경력 -평균성과등급 3등급
				B. Thomas	\$34,000	-5년 경력 -평균성과등급 4등급
				C. Adams	\$37,000	-5년 경력 -평균성과등급 5등급
				D. Buckley	\$40,000	-6년 경력 -평균성과등급 5등급

이러한 사례의 변화에서, A. Smith가 A. Jones보다 더 많은 경력과 더 높은 평균성과등급을 가지고 있음에도 불구하고, A. Jones에 비하여 백인 웨이터 사이의 임금 차이가 훨씬 더 적기 때문에 조사관은 사용자가 제시한 A. Jones의 임금에 대한 근거가 신뢰성이 없다고 결론짓는다. 예를 들어, A. Smith와 A. Jones 사이의 8,000달러의 임금 격차로 나타나는 동일한 경력과 성과의 차이(경력 1년, 평균성과등급 1등급)는 B. Thomas와 A. Smith 사이에서는 3,000달러로 나타난다. 그러므로 “원인” 이 발견된다.

조사관은 고발 당사자와 유사한 지위에 있는 모든 직원을 분석에 포함하여야 한다. 보호 범위에 속하는 1명 이상의 근로자가 보호 범위에 속하지 않는 근로자와 동일하거나 그 이상의 임금을 받는다고 하여 반드시 차별이 없는 것은 아니다(Connecticut v. Teal, 457 U.S. 440, 455 (1982)). 특정 보호 범위에 속하는 구성원이 받는 임금이 더 높은 것은 레드 씨클링이나 근속과 같은 다른 요인들에 의한 것일 수 있으며, 보호 범위에 속하는 다른 구성원에 대한 데이터는 여전히 차별을 시사하는 것일 수 있다.

1~2명의 유사한 지위에 있는 개인의 비교는 보상차별의 추론으로 이어짐에도 불구하고 유사한 지위에 있는 모든 근로자의 비교는 이러한 추론을 불식시킬 수 있으므로, 조사관은 유사한 지위에 있는 모든 근로자의 보상을 분석하여야 한다. 다음 사례는 이를 실증하기 위하여 고안되었다.

**사례 5:** CP가 속한 보호 범위 내에 추가 대조군이 있다는 점을 제외하면 사례 4와 동일한 사례이다.

보호 범위에 속하는 근로자	임금	임금에 영향을 미친다고 주장된 요소	임금 격차의 이유가 해명되었는지 여부	보호 범위에 속하지 않는 근로자	임금	임금에 영향을 미친다고 주장된 요소
A. Jones (CP)	\$23,000	-3년 경력 -평균성과등급 2등급	하단 설명 참조	A. Smith	\$31,000	-4년 경력 -평균성과등급 3등급
B. West	\$33,000	-4년 경력 -평균성과등급 4등급		B. Thomas	\$34,000	-5년 경력 -평균성과등급 4등급
C. Barnes	\$39,000	-5년 경력 -평균성과등급 5등급		C. Adams	\$37,000	-5년 경력 -평균성과등급 5등급
				D. Buckley	\$40,000	-6년 경력 -평균성과등급 5등급

이러한 사례의 변화에서, 아프리카계 미국인인 B. West는 그의 경력과 평균성과등급을 볼 때 그의 백인 동료들의 임금과 비슷하다. 또 다른 아프리카계 미국인에 해당하는 대조군 C. Barnes는 같은 경력과 동일한 평균성과등급을 가진 백인보다 더 높은 임금을 받는다. 이러한 사실들은 A. Jones의 낮은 임금이 차별에 기인한 것이 아닐 수도 있다는 것을 암시한다. 이 경우의 고발은 더 이상 원인규명없이 무혐의 처분해야 한다.

#### 다. 통계의 사용

통계는 보상 사례에서 다양하게 사용될 수 있다. 통계적 증거는 의도적 차별의 광범위한 패턴이 있는지, 예를 들어 의도적 차별이 사용자의 “표준적 운영 절차” 인지 여부를 판단하는데 도움이 될 수 있다(Teamsters v. United States, 431 U.S. 324, 336 (1977)). 조사범위가 좁을 경우, 통계는 개인이 보상에 있어서 고의적인 차별을 겪었는지 여부를 판단하는데 여전히 도움이 될 수 있다(McDonnell Douglas Corp. v. Green., 411 U.S. 792, 804-05 (1973)). 또한 통계는 중립적 보상정책이나 실무관행이 보호 범위에 속하는 구성원에게 부정적인 영향을 미치는지 여부를 판단하는데 유용하다.

이 하위섹션은 통계적 추론이라고 알려진 분석 도구를 사용하여 보상 관행을 조사하는 하나의 접근 방식을 설명한다. 이를 통해 보호 범위에 속하는 대상 집단과 비교대상 집단 사이의 차이가 “통계적으로 유의미한지”, 즉 그 차이가 우연히 발생한 것으로 예상할 수 없었는지를 판단할 수 있다(Hazelwood Sch. Dist. v. United States, 433 U.S. 299, 311 n.17 (1977)). 이는 기술통계량이라고 알려진 기본수치 또는 백분율의 기본비교와 다르다. 기술통계량의 의미는 개인마다 다르게 해석될 수 있는 반면, 통계 추론은 일관된 의사결정을 보장하는데 도움이 된다. 조사를 위한 통계사용 여부와 방법에 관한 결정은 사례별로 이루어져야 한다.

소수의 사람을 대상으로 하는 통계분석은 신뢰성이 떨어지기 때문에, 조사관은 특정 사안에 있어서 통계분석을 수행할 수 있을 정도로 대조군의 수가 크기에 관하여 ORIP 또는 RAS(각주 17 참조)에 문의하여야 한다.

##### 1) 필요한 정보

통계분석을 수행할 준비를 함에 있어, 그러한 정보가 제공되지 않는 경우 조사관은 사용자에게 유사한 지위에 있는 근로자 집단의 임금 정보를 요청하여야 한다. 조사관이 정보요청서를 발송하기 전에 ORIP 또는 RAS와 다음 사항에 대하여 협의하여야 한다. : (a) 요청할 정보; (b) 정보를 요청하는 형식; (c) 해당 형식을 문서화하는 방법(예. 어떤 하드웨어 및 소프트웨어로 산출한 정보를 문서화하는 방법, 정보구성방법 등).

가능하면 사용자에게 전산화된 형식으로 해당 정보를 제공하도록 요청하는 것이 바람직하다. 특히 다음과 같은 경우에는 더욱 그러하다.: (a) 유사한 지위에 있는 사람의 수가 25명을 초과하거나; (b) 사용자가 많은 설명 및(또는) 항변을 제기할 것으로 예상되거나; (c) 조사결과 임금 형평성 이외의 문제 - 특히 차별적 승진이나 배치와 같은 문제가 관련된 - 가 제기될 수 있는 경우. 사용자가 유사한 지위에 있는 모든 근로자에 대한 적절한 정보를 제출한 후, 조사관은 사용자의 임금 관행이 고발 당사자가 속한 보호 범위 내외에 미치는 영향을 결정하기 위한 단계를 시작할 수 있다.

## 2) 임금점 통계검정

잠재적 차별 패턴에 관한 보상 데이터를 분석하기 위한 대체 통계검정이 있다. 조사관은 ORIP 또는 RAS의 도움을 받아 통계적 절차와 가능한 대안을 확인할 수 있다. 다음은 조사관이 이미 사용하고 있는 EEOST 통계 소프트웨어를 활용하는 하나의 통계적 방법에 대한 설명이다.

이 임금점 통계검정은 모든 대조군의 평균 임금보다 작거나 같은 보호 범위에 속하는 예상 근로자의 수와 실제 근로자의 수 사이에 통계적으로 유의미한 차이(즉, 우연히 발생할 가능성이 없는 차이)가 있는지를 알려준다. 그러나 이 검정은 조사자에 대하여 실제로 관찰된 패턴을 유발한 원인이 무엇인지 알려줄 수 없다. 따라서 그러한 패턴이 존재하는 경우 이에 대한 사용자의 설명을 점검하기 위하여 좀 더 정교하고 자원 집약적인 통계기법(후술하는 10-III A. 3. c. 참조)을 사용할 수 있도록 통계적으로 유의한 패턴이 존재하는지를 판단하기 위한 초기 도구로만 사용하는 것이 좋다.

### 가) 중위값 보상 결정

임금점 통계검정에서는 우선 대조군 집단에 속하는 근로자의 중위 임금을 산정하여야 한다. 중위값은 임금이 오름차순 또는 내림차순으로 배열되었을 때의 중간점을 뜻한다. 중위값을 산정하기 위하여 스프레드시트 소프트웨어를 사용할 수 있다.

**사례 6:** 조사관은 스프레드시트 소프트웨어를 사용하여 유사한 지위에 있는 근로자 집단에 대해 다음과 같은 표를 작성하였다.

응답자 : 임금에 따라 정렬된 근로자				
No.	ID	인종	임금	
1	321-11-7892	흑인	\$22,100	
2	321-11-3211	백인	\$22,200	
3	421-11-7892	백인	\$22,300	
4	521-11-7892	백인	\$22,400	
5	111-11-1115	흑인	\$22,500	
6	111-11-1116	흑인	\$22,600	
7	111-11-1117	흑인	\$22,700	
8	111-11-1118	흑인	\$22,800	
9	111-11-1119	흑인	\$22,900	
10	211-11-1111	흑인	\$23,000	
11	311-11-1111	흑인	\$23,100	
12	511-11-1111	흑인	\$23,200	
13	111-11-1216	흑인	\$23,300	
14	611-11-1111	흑인	\$23,400	
15	711-11-1111	흑인	\$23,500	
16	811-11-1111	흑인	\$23,600	중위값
17	911-11-1111	백인	\$23,700	
18	101-11-1111	백인	\$23,800	



진다. 더 전형적으로, 사용자는 임금 격차가 비차별적 요인에 의해 발생한다고 주장할 것이다. 그러한 요소에는 근로자의 교육, 이전 사용자와의 업무 경험, 직무에 있어서 근속, 특정 임금 등급에서의 소요 시간, 성과등급 등이 포함될 수 있다. 위원회는 고발 당사자와 유사한 지위에 있는 각 근로자에 관하여 사용자가 의존하는 모든 변수에 대한 정확한 정보를 필요로 할 것이다. 사용자에게 부담스러운 반복적 요청의 필요성을 줄이기 위하여 보상 차이에 대한 모든 이유를 제공하고 설명하도록 요청하여야 한다.

사용자가 통계적으로 유의미한 보상 패턴에 대해 하나 이상의 정당한 비차별적 이유를 제공한 경우, 그 이유를 분석하여 보상 차이를 입증하는지를 결정하여야 한다. 조사관은 ORIP 또는 RAS를 통하여 다변량 분석을 포함한 보다 정교한 통계검정을 고려할 수 있다. 다변량 분석은 하나 이상의 독립적 요인(예. 인종, 근속기간, 성과등급)과 하나의 종속적 요인(예. 보상) 사이의 관계의 정도를 보여준다. 궁극적인 질문은 사용자의 언급에 따랐을 때 보상에 영향을 미치는 다른 요소들을 고려한 후에도 근로자의 보호 정도가 그들의 보상과 통계적으로 유의미한 관계를 가지는가 하는 것이다. 만약 사용자가 비차별적 관점에서 임금 차이를 증명하기 위하여 자신의 의도에 대한 통계 분석을 준비하고 제출한다면, 조사관은 ORIP 또는 RAS를 이용하여 사용자의 분석을 평가할 수 있다.

**사례 8:** 아프리카계 미국인인 재무보조원 CP는 아프리카계 미국인이 아닌 유사한 지위에 있는 근로자들보다 낮은 임금을 받는다고 주장한다. 조사관은 CP가 유사하다고 판단하는 직무에 대한 상세한 정보를 입수하여 민권법 제7편의 목적과 비교할 수 있는 대상을 결정한 후, 해당 직무에 종사하는 전 근로자의 임금과 인종에 관한 정보를 요청하였다. 조사관은 보상 패턴에 통계적으로 유의미한 차이가 있는지 여부를 결정하기 위해 임계값 통계검정을 수행하였다. 조사관은 먼저 중간값인 42,000달러를 산정한다. 아프리카계 미국인 근로자 75명 중 55명, 아프리카계 미국인이 아닌 근로자 120명 중 36명이 중위값 이하의 임금을 받는 것으로 나타났다. 다음으로 조사관은 EEOST/SQUARE 프로그램을 사용하여, 모든 대조군의 임금의 중위값 이하의 임금을 받는 아프리카계 미국인의 예상 숫자와 실제 숫자 사이의 차이가 통계적으로 유의미하다는 것을 발견하였다. 조사관은 사용자에게 임금 격차의 원인을 밝혀달라고 요청하였다. 사용자는 임금 차이가 근속기간, 교육, 성과에 차이에 기인한다고 주장한다. RAS의 도움을 받아, 조사관은 사용자에게 모든 대조군에 대해 이러한 각 요인에 대한 자료를 제공하도록 요청한다. RAS는 추가적인 통계검정을 수행하고 사용자가 제공한 보상 요인이 임금 차이를 충분히 설명하지 못한다고 결론짓는다. 따라서 조사관은 RAS의 통계분석에 따라 원인을 결정한다.

## 2. 불평등 효과

불평등 효과 분석은 ‘형식적으로 공평하지만 운용상 차별적인 관행’을 대상으로 한다(Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424, 431 (1971)). 보상차별이 발생했는지를 판단하는 또 다른 분석 도구이다 (County of Washington v. Gunther, 452 U.S. 161, 170 (1981)). 불평등 효과 분석의 초점은 중립적 보상 관행이나 정책이 보호 범위에 속하는 근로자에게 불이익을 주는지 여부이다. 보상의 영역에서, 불평등 효과 분석에 포함될 수 있는 관행은 교육 요건, 성과평가, 시험, 자격 기준 및 기타 관행 또는 정책을 포함한다. 불평등 효과 분석은 차별적 처우에 관하여 상기한 바와 같은 동일한 통계적 방법에 기초하여 이루어질 수 있다.

불평등 효과 방식에서 조사관은 어떤 특정한 관행이나 정책이 이러한 효과를 야기하였는지를 판단하여야 한다. 예를 들어, 만약 사용자가 “한 가정의 가장”인 근로자 - 즉, 부양가족과 결혼하여 가계의 주요 재정 기여자인 자 - 에게 추가 보상을 제공한다면, 그러한 정책은 여성에게 불평등 효과를 미칠 수 있다.

사용자의 의사결정과정의 요소가 분석에 맞도록 분리되지 않는 경우, 조사관은 의사결정과정을 하나의 통일된 고용관행으로 보고 분석할 수 있다. 예를 들어, 사용자가 보상 결정과 관련된 필요한 기록을 파기하거나 유지하지 못한 경우, 불평등 효과의 특정 원인을 식별하는 것이 불가능할 수 있다.

불평등 효과가 성립되면, 조사관은 적법성에 관해 이의가 제기된 보상 관행이나 정책이 “해당 직책에 관련되고 사업상 필요성에 부합하는 일” 인지 판단하여야 한다. 만약 그렇지 않다면, 조사관은 “원인”을 찾아야 한다. 보상 관행이나 정책이 직무와 관련되고 사업상 필요성과 일치하더라도, 조사관은 보호 범위에 속하는 근로자에 대한 불평등 효과없이 사용자의 사업상 필요에 부응하는 하나 이상의 대안적 관행이 있는지 판단하여야 한다.

**사례 9:** 관리인인 CP는 자신이 히스패닉계라는 이유로 임금에 있어서 차별을 받는다고 주장하며 고발하였다. 조사결과 R사의 방침은 고등학교 학위를 취득한 관리인 직무의 근로자에 대하여 고등학교 학위를 취득하지 않은 근로자보다 높은 임금을 지급하는 것으로 드러났다. 조사관은 통계자료를 통해 고등학교 학위 요건이 히스패닉계 근로자에 대하여 불평등 효과를 미친다고 판단하였다. 또한 조사관은 업무나 책임에 있어서 더 높은 임금을 받는 관리인과 차이가 없다고 판단되므로 해당 직무와 업무상 필요성과 관련이 없고 일치하지 않는다고 보았다. 따라서 “원인”이 발견된다.

### 3. 기타 보상

기본급이나 임금은 종종 직원들에 대한 보상의 일부분만을 구성한다. 근로자에 대한 보상은 또한 주식매수선택권, 상여금, 특약 및 고용에 대한 보상으로 이루어진 기타 지급으로 구성될 수 있다. 기타 보상은 기본 보상이 아니라고 하더라도 차별적일 수 있다.

보너스, 수수료, 특약과 같은 기타 보상항목은 일반적으로 누가 받을 자격이 있는지, 그리고 그 금액은 얼마인지를 결정하는 사용자의 정책적 기능이다. 결과적으로, 특정 직업의 직무 내용은 고발 당사자와 유사한 지위에 있는 근로자의 범위를 정의하는 것과 무관할 것이다. 대신에 조사관은 그러한 혜택을 받을 대상을 정하는 사용자의 기준을 검토하여야 하여야 한다.

이러한 조사는 설계와 적용에 있어서 사용자의 정책이 비차별적인지 여부에 초점을 맞추어야 한다. 조사관은 다음 두 항목을 조사하여야 한다. (1) 사용자가 기타 보상에 대한 자격기준을 보호 범위 내외의 근로자에게 적용하는 방법; 그리고 (2) 기타 보상 대상자 중 보호 범위 내외의 근로자가 기타 보상을 차별없는 금액으로 받는지 여부

#### 가. 자격

모든 근로자가 동일한 기타 보상을 받을 자격이 있는 경우, 자격 기준을 차별적으로 적용할 수 있는 가능성은 존재하지 않는다. 그러나 일부 근로자가 동일한 기타 보상을 받을 자격이 없는 경우, 조사관은 관련된 보호 범위의 특성(예. 성별)과 무관하게 각 유형의 기타 보상에 대하여 자격 기준을 일관되게 적용하는지를 판단하여야 한다. 차별적 처우 또는 불평등 효과의 입증 방법에 관하여 적격성 기준을 분석함에 있어서 본 매뉴얼의 앞부분에서 논의한 통계적 방법을 적절하게 사용할 수 있다.

**사례 10:** 경영컨설팅회사의 경제학자인 CP는 성별을 이유로 R사의 보너스 프로그램의 참여를 거부당하였다고 주장하며 고발하였다. 조사 결과, R사는 경영 컨설턴트에 대하여 보너스 프로그램에 참여를 제한하고 있으며, R사의 보너스 프로그램에 남성 등 소속 경제학자는 참여하지 않는 것으로 드러났다. 비차별적 자격 기준은 CP가 R사의 보너스 프로그램에 참여하지 못한 이유를 설명하기 때문에 더 이상의 원인규명 없이 무혐의 처분되어야 한다.

#### 나. 금액

사용자의 기타 보상 적격기준이 설계와 적용에 있어서 차별성이 없다고 하더라도, 고발 당사자와 보

**사례 11:** 또 다른 고발은 사례 10의 경영컨설팅 회사인 R사에 대한 것으로, 여성인 경영 컨설턴트가 지난 2년 동안의 보너스가 남성 경영 컨설턴트의 보너스보다 적었다고 주장한다. R사는 150명의 컨설턴트를 고용하고 있다. 컨설턴트를 대상으로 하는 R사의 현금보너스 시스템은 두 부분으로 구성된다. 각 컨설턴트가 받는 보너스의 절반은 회사의 수익에 기초하며, 이 부분은 모든 컨설턴트에 대하여 동일하게 적용된다. 각 컨설턴트의 보너스의 나머지 절반은 미리 정해진 기준에 따라 측정된 개인적 성과에 기초한다. 조사관은 모든 컨설턴트에 대하여 R사의 상여금 제도가 적용되며, 이론적으로 동일한 상여금을 받을 자격이 있다고 결론짓는다. 다음으로 조사관은 각 개인의 보너스 금액이 비차별적인지 여부를 결정하여야 한다(사례 12 참조).

호 범위에 속하는 다른 구성원에게 지급되는 기타 보상금액은 여전히 차별적일 수 있다. 따라서 문제가 되는 기타 보상에 있어서 조사관은 적격 근로자 중 보호 범위에 속하는 근로자가 보호 범위에 속하지 않는 근로자와 동일한 금액을 지급받는지, 그렇지 않다면 그 격차가 차별에 기인하는지를 판단하여야 한다. 다시 한 번, 본 매뉴얼의 앞에서 논의한 통계적 방법을 이 부분에서 사용할 수 있다.

**사례 12:** 사례 11과 동일한 사안이다. 조사관은 ORIP의 도움을 받아 통계를 이용하여 R사의 보너스 제도를 분석하였다. 분석 결과, 보너스의 중위값보다 적은 금액을 받는 여성 컨설턴트의 예상 숫자와 실제 숫자의 통계적으로 유의미한 차이가 드러났다. R사는 그 차이가 성과에 기초하였기 때문이라고 주장하였다. 조사관은 대조군 그룹에 대한 성과 기록을 입수하였고, ORIP는 성과기록을 이용하여 성별에 따른 보너스 금액을 비교하는 추가적인 통계검정을 수행하였다. 분석결과 성과평가를 고려하더라도 근로자의 성별이 보너스 액수와 통계적으로 유의미한 관계가 있는 것으로 나타났다. 비통계적 증거가 차별의 추론을 불식시키지 못하며 조사관은 “원인”을 발견한다.

**사례 13:** 급성장 중인 컴퓨터 소프트웨어 회사인 R사는 근로자들이 주식매수선택권의 형태로 상여금을 받는 인센티브 프로그램을 가지고 있다. 주식매수선택권은 근로자에게 3년간 보유한 후에 상여금이 지급될 당시의 시장가격으로 회사 주식을 살 수 있는 권리를 부여한다. 모든 프로그래머는 해당 프로그램을 적용받는다. 히스패닉계 프로그래머인 CP는 R사가 20XX년에 히스패닉이 아닌 직원들보다 주식매수선택권을 더 적게 받았다고 주장하며 R을 고발하였다. R사는 각 프로그래머에게 부여된 주식매수선택권의 수가 각 프로그래머가 담당하는 소프트웨어 패키지의 판매와 연관되어 있다는 증거를 제출하였다. 또한 R사는 CP와 다른 프로젝트를 진행 중인 다른 히스패닉계 프로그래머도 CP의 프로젝트를 진행 중인 비 히스패닉계 프로그래머보다 더 많은 주식매수선택권을 제공받았다는 것을 입증하였다. 조사관은 R사가 제시한 근거에 신빙성이 없다는 증거를 찾지 못하였다. 따라서 해당 고발에 있어서 더 이상의 원인 규명없이 무혐의 처분하여야 한다.

#### 4. 보상에 영향을 미치는 차별적 관행

보상에 간접적으로 영향을 미치는 차별적 관행 때문에 보상격차가 발생할 수 있다. 예를 들어, 이른바 “유리 천장” 현상 - 즉, 보호 범위에 속하는 개인의 발전에 대한 인위적인 장벽 - 은 보호 범위에 속하는 구성원의 보상을 억제할 수 있다. 이러한 유형의 불법적인 관행은 예를 들어 차별적 승진 결정, 성과평가, 업무 배치 절차 또는 훈련기회, 보호 범위에 속하는 구성원의 저임금 직무로의 유도, 또는 더 나은 직무로 이동할 기회의 제한을 포함할 수 있다.

이러한 관행은 근로자의 보상에 영향을 미칠 뿐만 아니라 자신의 권리에 있어서 민권법 제7편, ADEA 및 ADA를 위반한다. 따라서 보상차별 고발사건을 조사할 때, 조사관은 또한 사용자가 유리 천장 형태의 관행에 따라 민권법 제7편, ADEA 또는 ADA를 위반하였다는 증거에 경각심을 가져야 한다.

**사례 14:** 히스패닉계 행정보조원인 CP는 비슷한 업무를 수행함에도 불구하고 사무실 관리자보다 낮은 임금을 받는다고 주장하며 고발하였다. 조사관은 CP가 업무와 관련된 책임의 차이로 인하여 사무실 관리자와 유사한 지위에 있지 않다고 결론짓는다. 그럼에도 불구하고, 조사결과 R사의 히스패닉계 근로자 중 한 명을 제외하고는 모두 급여가 낮은 사무직, 비서직, 하위 행정직을 맡고 있는 것으로 드러났다. 직원들 중 다수는 더 높은 임금을 받는 직무에 대한 홍보 기회가 부족하다고 증언하였다. R사는 자격이 있는 지원자가 부족하기 때문에 더 많은 임금을 받는 직무에 히스패닉계 근로자를 고용하지 않는다고 주장하였다. 조사관은 자격이 있는 히스패닉계 근로자가 해당 직무에 지원하였으나 CP와 같이 거의 모든 근로자가 승진되지 않았다고 판단하였다. 따라서 “원인”은 히스패닉계 근로자를 낮은 임금을 받는 직책으로 유도하고 그들의 승진을 거부

하는 것과 관련하여 발견된다.

**사례 15:** CP(여)는 남성보다 낮은 임금을 받는다는 사실로 R사를 고발하였는데, CP는 R사의 채용담당자로 6개월 동안 근무했다. 조사관은 두 직무를 분석하여 CP가 낮은 직급에 채용된 반면, 남성은 상위 직급에 채용되어 책임이 더 크기 때문에 두 직무가 비슷하지 않다고 결론짓는다. 그러나, 조사 결과 CP는 R사의 인사부서에도 입사지원서를 냈고, R사의 마케팅부서에도 입사지원서를 냈다. CP는 두 직무 모두 자격이었지만 그녀는 마케팅부서의 직무를 선택하였다. 조사관은 마케팅 부서의 직무에 CP를 배제한 사람이 작성한 이메일을 입수하였는데, 그는 이메일에서 여성이 마케팅부서에 충분히 적극적이지 않은 경향이 있다는 이유로 CP가 인사부서에 더 적합하다고 하였다. 조사관은 또 추가조사를 통해 주요부서에서 인사부서와 같은 지원부서의 수익성이 떨어지는 직무로 유도되었다는 증거를 밝혀냈다. 조사관은 이 증거를 토대로 R사가 불법적으로 여성을 저임금 직무로 유도했던 관행이 있었다고 보는 “원인”을 찾아냈다.

#### IV. 동일임금법 위반에 있어서 보상 차별

민권법 제7편, ADEA, ADA 외에 동일임금법(EPA)도 보상에 있어서의 차별을 금지하고 있다. 이러한 중복으로 인하여 EPA 고소사건을 분석함에 있어서 조사관은 통계분석에 관한 논의를 포함하여 10-III의 분석을 참조할 수 있다. 그러나 EPA는 독립적인 체계를 가진 다른 법령이다. 게다가 동 법은 같은 조직에서 실질적으로 동일한 업무를 수행하는 남성과 여성 사이의 임금 차별만을 대상으로 하고 있다.

##### 1. 신속한 조사의 필요성

EPA 위반을 주장하는 개인은 직접 법원에 제소할 수 있으며, 제소에 앞서 EEOC에 고발할 필요가 없다. EEOC에 EPA 고발할 수 있는 기간과 법원에의 제소기간은 동일하다. 불법적인 보상관행이 발생한 후 2년 이내 또는 고의적인 위반의 경우 3년 이내. EPA 고발의 제기는 제소기간을 정지시키지 않는다. 따라서 조사는 제소기간이 도과되기 이전에 완료되어야 하며, 고발당사자 및(또는) 위원회가 완료된 조사의 이익을 이용하여 적시에 소송을 제기할 수 있다. 또한 EPA에 따른 임금 소급분의 청구는 소송 제기 또는 성공적인 조정 종료 전 2년(또는 고의적 위반의 경우 3년)으로 제한된다. 소급기간은 2년 또는 3년의 기간으로, 조사일수가 추가될 때마다 소급기간이 하루씩 앞당겨져 고발 당사자의 구제가 낮아진다. 따라서 각각 추가된 조사일은 고발 당사자의 하한선 완화 조치에 직접적인 영향을 미칠 것이다.

##### 2. 청구 요건

EPA 청구시 요건은 다음과 같다.

###### EPA 청구

- 반증이 없으면 승소할 사건 : (1) 고소인이 동일 조직의 이성 근로자에게 지급되는 임금보다 낮은 임금을 받는 경우; 그리고 (2) 해당 근로자가 (기술, 노력, 책임의 면에서) 유사한 업무 환경에서 실질적으로 동일한 업무를 수행하는 경우
- 적극적인 항변 : 사용자가 실질적으로 동일한 업무에 대해 불평등한 임금을 지급한다는 사실이 드러난 경우, 해당 보상의 차이가 근속급제도, 능력급제도, 성과급제도 또는 성별 이외의 다른 요소에 기초한다는 점을 입증하여야 한다.

민권법 제7편, ADEA, ADA에 따른 입증모델은 EPA에 적용되지 않는다. 고소인은 같은 조직에서 실

질적으로 같은 직무에서 성별에 따른 임금 격차를 보여줄 필요가 있을 뿐이다. 사용자가 이를 반증할 수 없다면, 임금 격차가 네 가지 적극적 항변 중 하나에 기초한다는 점을 입증하여야 한다.

### 3. “임금” 과 “임금률” 의 정의

- “임금” 이라는 용어는 부가적으로 지급되는 급부를 포함한 모든 형태의 보상을 포괄한다.
- “임금률” 이란 근로자의 임금이 결정되는 척도이다.

“임금” 에는 “고용에 대한 보수로서 근로자에게 지급되는 모든 지급액” 이 포함된다. 이 용어는 부가적으로 지급되는 급부를 포함한 모든 형태의 보상을 포괄한다. 임금에는 지급시기(정기적 또는 후불)를 불문하고 지급되는 급여를 포함하며, 주급·임금·연장근로수당, 상여금, 휴가 또는 휴일수당, 유류비, 체류비, 관용차의 사용, 의료·병원·상해·생명보험, 퇴직급여, 주식우선매수권·이익공유·성과급제도, 출장비·실비보상 등의 혜택이 포함된다(그러나 이 항목에 한정되지는 않는다). 따라서 예를 들어 실질적으로 동일한 업무를 수행하는 남성과 여성 근로자가 동일한 임금을 받지만 부가적인 급여에 있어서 동일하지 않은 경우 EPA 위반이 성립될 수 있다.

“임금률” 이란 근로자에 대한 보상이 결정되는 척도이다. 이는 시간, 수수료, 세부업무항목, 직무장려금, 이익공유, 상여금 또는 기타 기준으로 계산된 임금의 비율을 포함한다. 임금률이 동일하다면, 사용자가 실질적으로 동일한 업무를 수행하는 여성보다 남성에게 다른 임금을 지급하더라도 EPA 위반에 해당하지 않는다. 예를 들어, 실질적으로 동일한 판매직의 직무를 수행하는 남성 근로자와 여성 근로자가 동일한 수수료율을 기준으로 임금을 받는다면, 두 근로자가 벌어들인 총 수수료의 차이는 법에 위반되지 않는다. 반대로, 수수료율이 다른 경우, 두 근로자가 벌어들인 총 보상액이 같더라도 반증이 없다면 승소할 사건에 해당한다(Bence v. Detroit Health Corp., 712 F.2d 1024, 1027 (6th Cir. 1983)).

동일임금은 동일한 형태로 지급하여야 한다. 예를 들어 실질적으로 동일한 업무에 대해 시간을 기준으로 임금을 받는 남성 근로자와 여성 근로자는 동일한 시간급을 받아야 한다. 사용자는 일부 성별의 근로자에 대하여 높은 시간급을 지급한 다음, 주기적으로 다른 성별의 근로자에게 보너스를 지급함으로써 임금 격차를 균등하게 하는 것도 불가능하다.

**사례 16:** 특정 헬스클럽의 남성 테니스 강사와 여성 테니스 강사는 실질적으로 동일한 테니스 수업을 제공한다. 남성 강사는 주급으로 임금을 받지만, 여성 강사는 각 강습횟수를 기준으로 임금을 받는다. 두 강사의 1주 임금이 본질적으로 동일하더라도 실질적으로 동일한 업무수행에 대해 남성과 여성이 동일한 형태로 임금을 지급받지 못하기 때문에 법 위반 사항이 발생한다.

### 4. “조직” 의 의미

- “조직” 은 일반적으로 물리적으로 분리된 사업체를 의미한다.
- 인사와 임금이 중앙에서 결정되고 분리된 두 기구의 운영이 상호 연결된 경우, 물리적으로 분리된 둘 이상의 사업 부문은 하나의 “조직” 으로 간주되어야 한다.

EPA에 따른 보상 차별의 금지는 “한 조직 내” 의 “직무” 에 적용된다. “조직” 이란 “전체 사업체 또는 여러 개의 개별 사업장을 포함할 수 있는 ‘기업’ 이 아닌 물리적으로 구별되는 사업장소” 를 뜻한다. 예를 들어, 한 체인점의 개별 설비는 일반적으로 서로 비교할 수 없다.

그러나 어떤 상황에서는 물리적으로 분리된 사업체를 하나의 조직으로 취급하여야 한다. 중앙에서 관리하는 부서가 근로자를 채용하여 보상을 결정하고 근무지를 배정하는 경우가 이에 해당한다(Mulhall v. Advance Sec., Inc., 19 F.3d 586, 592-93 (11th Cir.); Brennan v. Goose Creek Consol. Indep. Sch. Dist., 519 F.2d 53, 58 (5th Cir. 1975)).

사례 17: 학교 교사인 CP는 같은 학군에서 동일한 업무를 수행하는 남성 교사에 비하여 적은 임금을 받는다고 주장한다. 해당 학군은 서로 다른 학교에서 근무하기 때문에 EPA에 따라 보상을 비교할 수 없다고 주장한다. 조사 결과, 채용과 교사의 배치, 보상율이 중앙에서 결정되고, 근로자들이 다른 학교로 재배치되는 경우가 있으므로 해당 학군은 단일한 조직으로 판단된다. 그러므로 두 교사의 보상을 비교할 수 있다.

사례 18: 여성인 CP는 수많은 도시에 지사가 있는 컴퓨터 서비스 회사에서 근무한다. 그녀는 자신이 다른 지사에서 동일한 업무를 하는 남성보다 적은 임금을 받는다고 주장한다. 사용자는 각 지사가 별도의 조직이기 때문에 각 지사의 보상을 서로 비교할 수 없다고 주장한다. 증거를 통해, 본사가 지사에 대해 어느 정도 통제권을 행사하지만, 구체적인 임금은 각 지사의 관리자에 의하여 결정된다는 사실이 밝혀졌다. 따라서 지사는 별도의 조직에 해당하며, CP의 임금은 다른 지사에 있는 근로자의 임금과 비교할 수 없다.

협소한 환경에서 하나의 사업장에 위치한 사업체의 둘 이상의 부분이 별도의 조직을 구성할 수 있다. 예를 들어 기업의 일부가 물리적으로 분리될 뿐만 아니라 기능적으로 분리된 업무를 수행하며 별도의 관리구조, 직원 및 기록보관을 하는 경우가 이에 해당할 수 있다.

## 5. 반증이 없다면 승소할 사건 : 적절한 비교대상

### 가. 반대 성별의 대조군

EPA 위반에 관한 반증이 없다면 승소할 사건은 남성과 여성이 동일 조직 내에서 실질적으로 동일한 업무에 대해 불평등한 보상을 받는다는 것을 입증함으로써 성립한다. 고소인은 자신을 가상의 남성 또는 여성에 비교할 수 없다. 오히려, 고소인은 반대 성별의 특정 직원이 실질적으로 동일한 업무에 대하여 더 높은 보상을 받았다는 것을 입증하여야 한다.

고소인이 직무군에서 성차별적 보상격차의 패턴을 입증할 필요는 없다(EEOC v. Maricopa County Community College Dist., 736 F.2d 510, 515 (9th Cir. 1984)). 즉, 여성이 동일한 업무를 수행하는 남성 근로자보다 낮은 임금을 받는 경우, 해당 직무군에서 낮은 임금을 받는 다른 여성 근로자의 수가 적다고 하더라도 고소인에 대한 EPA 위반을 발견하는 것을 배제하지 않는다. 그러나 사용자의 다른 여성 근로자에 대한 처우는 고소인과 관련이 있다. - 다른 여성 근로자가 남성 근로자와 동일하거나 그 이상의 임금을 받는 경우, 이는 성별 이외의 요인이 고소인의 보상을 설명한다는 것을 나타낼 수 있다.

대조군들이 항상 그들의 직무를 유지할 필요는 없다. 예를 들어, 남성 근로자가 저임금 여성 근로자로 대체되거나 여성 근로자가 고임금 남성 근로자로 대체되는 경우, 반증이 없다면 승소할 사건에 해당할 수 있다. 한편, 한 조직에서 여성 근로자와 실질적으로 동일한 업무를 수행하는 남성 근로자가 한 명도 없었거나, 그 반대의 경우 EPA 위반이 성립하지 않는다.

### 나. 노동의 비교

“동일 노동” 요건을 충족하는지를 판단함에 있어서 중요한 비교는 직무를 수행하는 사람이 아닌 직무의 비교이다. 따라서 대조군 간의 차이는 직무 동일성 여부와 관계가 없다. 이러한 분석의 지점에서 가장 중요한 것은 직무에 동일한 노동이 포함되는지 여부이다. 그러나, 대조군 간의 차이는 보상격차에 대한 항변으로 적합할 수 있다. 이러한 항변은 본 매뉴얼 뒷부분에서 설명한다.

EPA는 “동일 노동” 이라는 측면에서 말하고 있지만, EPA에서의 “동일” 이라는 단어는 비교되는 직무가 완전히 같은 것을 의미하지 않으며, 실질적으로 동등한 것을 의미한다. 따라서 직무에서 요구되는 기술, 노력 또는 책임에 있어서 사소한 차이가 동일 노동을 부정하지 않는다. EPA 목적에 따라 두 직무를 비교하는 경우, 해당 근로자가 수행하여야 하는 실제 업무를 고려해야 한다. 직책이나 직무 범

추가 아닌 직무 내용이 직무의 동일성을 결정한다(EEOC v. Maricopa County Community College Dist., 736 F.2d 510, 515 (9th Cir. 1984)). 직무가 서로 다른 부서에 있다는 점은 결정적이지 않지만 경우에 따라서 직무 내용의 차이를 나타낼 수 있다(Strag v. Board of Trustees, 55 F.3d 943, 950 (4th Cir. 1995)).

두 직무의 실질적 동일성 여부를 판단함에 있어서, 먼저 해당 직무들이 동일한 “공통 핵심”을 가지고 있는지, 즉 수행된 과업의 상당 부분이 동일한지를 조사하여야 한다(Stanley v. University of S. Cal., 178 F.3d 1069, 1074 (9th Cir.); Stopka v. Alliance of Am. Insurers, 141 F.3d 681, 685 (7th Cir. 1998); Brewster v. Barnes, 788 F.2d 985, 991 (4th Cir. 1986)). 과업의 공통 핵심이 실질적으로 동일하지 않으면 추가 검증이 필요하지 않으며, EPA 위반에 대해 “근거없음”을 확인할 수 있다. 두 직무에서 수행한 과업의 상당 부분이 동일한 경우 대조군이 업무를 실질적으로 다르게 만드는 추가 업무를 수행하는지를 조사하여야 한다. 대조군이 추가 업무를 수행하더라도, 그 업무가 크게 중요하지 않으면 세부 업무의 공통내용이 동일한 직무는 서로 동일하다(EEOC v. Central Kansas Med. Ctr., 705 F.2d 1270, 1272-73 (10th Cir. 1983); McLaughlin v. Richland Shoe Co., 486 U.S. 128 (1988); Corning Glass Works v. Brennan, 417 U.S. 188, 203 n.24 (1974); Goodrich v. International Bhd. of Elec. Workers, 815 F.2d 1519, 1525 (D.C. Cir. 1987); Brock v. Georgia Southwestern College, 765 F.2d 1026, 1034 (11th Cir. 1985); McLaughlin v. Richland Shoe Co., 486 U.S. 128 (1988); Trans World Airlines, Inc. v. Thurston, 469 U.S. 111 (1985)).

**사례 19:** 대학 교사인 CP는 EPA를 위반하여 같은 학교의 남성 교사보다 적은 임금을 받는다고 주장한다. 학교 측은 남성 교사가 수업을 더 많이 하기 때문에 두 직무가 동일하지 않다고 주장한다. 그러나 업무량의 유일한 차이점은 남성 교사가 비정기적으로 추가 강의를 한다는 것뿐임이 증거를 통해 나타났다. 이러한 차이는 직무가 실질적으로 동등하다는 점을 반박할 만큼 충분히 중요하지 않다.

**사례 20:** CP는 보험중개회사의 보험 청구를 관리한다. 그녀는 보험금 청구를 조사하고 보험회사에 보험금을 청구하며 고객들의 보험금 청구에 대해 조언을 한다. CP는 EPA를 위반하여 그녀가 남성인 영업담당 임원보다 적은 임금을 받는다고 주장하였다. 남성 대조군은 보험사업자와 회사의 고객들 사이에 적절한 보험적용을 협상하면서 중개업무를 한다. CP는 중개업무를 하지 않으며 남성 대조군은 보험금 청구를 관리하지 않는다. 직무의 과업의 차이로 두 직무는 동일하지 않다.

비교 직무 사이의 과업의 핵심적인 내용이 동일하다면, 전체 직무 내용의 측면에서 해당 직무에 실질적으로 동일한 기술, 노력, 책임이 필요한지와 업무환경이 유사한지를 고려해야 한다.

## 1) 기술

**기술은 업무 수행에 필요한 경험, 능력, 교육, 훈련 등의 요인에 의해 측정된다.**

각 직무에 관하여 필요한 경험, 능력, 교육 및 훈련이 실질적으로 동일한 경우, EPA의 목적에 따라 둘 때 두 직무는 동일한 기술을 요구한다. 두 직무를 수행하는데 필요한 기술을 비교할 때, 그 직무의 특성을 비교하여야 한다. 해당 직무의 요건을 충족시키기 위해 필요하지 않은 기술을 보유하는 것은 고려되어서는 안된다(Soto v. Adams Elevator Equip. Co., 941 F.2d 543, 549-50 (7th Cir. 1991)).

일반적으로 두 직무가 공통적인 핵심 과업을 공유한다면, 어느 한 직무에 낮은 수준의 기술을 수반하는 특정 업무가 포함되어 있다는 사실만으로 두 직무가 동일하다는 사실이 부정되지 않는다. 예를 들어, 서기로 일하는 두 사람 중 한 명이 장부 작성 업무 이외에 사무 업무를 수행한다면, 두 직무를 수행하는 데 필요한 기술은 실질적으로 동일할 것이다.

반면에, 어떤 직무에 다른 경험, 능력, 교육 또는 훈련이 필요하다면, 해당 직무는 다른 직무와 동일

하지 않다. 예를 들어, 무역협회의 다른 부회장들이 협회의 주요 정책결정을 하는 경우, 그녀의 지위에서 요구되지 않은 기술을 이용하여 업무를 수행하는 다른 부사장들과 그녀의 업무는 동일하지 않다. 적절한 분석은 직무에 실제로 필요한 기술을 분석하는 기능적 분석이다.

**사례 21:** 호텔 종업원인 CP는 그녀가 실질적으로 동일한 업무를 수행하는 남성보다 낮은 임금을 받는다고 주장한다. CP는 고등학교 학위만 가지고 있는 반면, 남성 대조군은 대학 학위를 가지고 있다. 그러나 두 직무를 수행함에 있어서 동일한 교육, 능력, 경험, 훈련이 필요하다. 각 직무를 수행하기 위해서 대학 학위가 필요하지 않다. 따라서, 두 직무를 수행하는데 필요한 기술은 실질적으로 동일하다.

**사례 22:** 남성인 CP는 전화회사에서 고객의 전화선에 발생한 문제점을 진단하는 일을 한다. 그는 EPA를 위반하여 여성인 전임자보다 적은 임금을 받았다고 주장한다. CP의 전임자의 직무는 진단 기법에 관한 전문가 교육과 고도의 전문 컴퓨터 기술을 필요로 하였다는 것이 증거를 통해 드러났다. 사용자는 CP의 전임자가 사임한 후 더 새롭고 발전된 컴퓨터 테스트 시스템으로 전환했다. 현재 그 직무는 CP의 전임자가 하던 것보다 컴퓨터 기술을 포함한 전반적인 기술을 훨씬 덜 필요로 한다. 따라서 기술이 대등하지 않고, 아무런 위반도 발견되지 않는다.

**사례 23:** 백화점 여성복 매장의 판매원인 CP는 남성복 매장의 남성 판매원보다 적은 임금을 받고 있다고 주장한다. 사용자는 두 직무에 필요한 기술의 차이가 그들을 동등하지 않게 한다고 주장한다. 그러나 조사 결과, 두 매장에서 의류를 판매하려면 고객 응대, 피팅, 제품 지식, 재고 관리 등 동일한 기술이 필요한 것으로 드러났다. 따라서 두 직무에 필요한 기술을 실질적으로 동일하다.

## 2) 노력

**노력은 직무를 수행하는데 필요한 육체적 또는 정신적 노력의 양이다.**

직무에 필요한 노력을 결정할 때 신체적 또는 정신적 피로나 스트레스를 유발하는 직무 요인을 고려하여야 한다. 노력의 양이 실질적으로 같다면 투입된 노력의 종류의 차이가 보상의 차이를 정당화하지 않는다.

**사례 24:** CP는 그녀와 다른 여성인 식료품점의 근로자들이 실질적으로 동일한 업무를 하는 남성에 비하여 적은 임금을 받는다고 주장한다. 남성과 여성이 수행하는 과업의 대부분은 동일하다. 같은 과업 이외에도 남성 근로자들은 무거운 물건을 가게 진열대에 놓고, 여성 근로자들은 작은 물품들을 진열한다. 남성 근로자들이 수행하는 추가적인 과업은 더 많은 육체적인 노력을 필요로 하지만, 여성 근로자들이 수행하는 추가 과업은 더 반복적이어서, 해당 직무를 수행하는데 필요한 노력의 양은 실질적으로 동일하다.

**사례 25:** 남성인 식료품점 근로자 중 두 명이 정기적으로 트럭에서 상점으로 무거운 상자를 운반한다는 점을 제외하면 사례 24와 동일하다. 이 경우, 사용자는 추가 과업을 수행하는 자에게 합법적으로 더 높은 임금을 지급할 수 있다. 반면에, 일부 남성 근로자의 직무에 대해서만 필요한 추가적인 노력에 근거하여 모든 남성 근로자가 더 높은 보상을 받는다면 위반에 해당할 것이다.

## 3) 책임

**책임이란 직무를 수행하는데 필요한 의무의 정도를 말한다.**

직무의 책임 수준을 결정할 때 고려해야 할 요인은 다음과 같다:

- 근로자가 감독없이 일하는 범위;
- 근로자가 감독기능을 수행하는 범위; 그리고
- 근로자의 직무수행이 사용자의 사업에 미치는 영향

직무책임의 차이는 직책에 따라 달라지지 않는다. 따라서 직원을 “감독자”로 지정한다고 해서 그 자체로 EPA에 따라 감독자로 지정되지 않은 근로자와 비교하는 것이 불가능하지 않다. 뿐만 아니라 근로자가 보조원을 두고 있다는 사실만으로 보조원이 없는 근로자보다 책임있는 직책을 갖고 있다는 점이 증명되는 것은 아니다. 또한, 조사관들은 저임금을 받는 성별에 대해 고임금을 받는 성별이 부담하는 추가적인 책임을 맡을 기회가 차별적으로 거부되는지 여부를 고려해야 한다.

다른 방법으로 동일한 직무를 수행하는 집단의 근로자 한 명에게 상당한 수준의 책임이 필요한 다른 과업이 주어진다면, 그 사람의 직무에서의 책임 수준을 다른 근로자들과 같지 않다(Krenik v. County of LeSueur, 47 F.3d 953, 961 (8th Cir. 1995); Fallon v. State of Ill., 882 F.2d 1206, 1209 (7th Cir. 1989)).

**사례 26:** 여성 영업사원인 CP는 남성 영업사원이 더 높은 보상을 받는 것에 비해 실질적으로 동등한 업무를 한다고 주장한다. 증거를 통해 남성 대조군은 CP가 수행하는 과업을 수행하는 것 외에 고객으로부터 개인수표 수취 여부를 결정하는 데에 전적으로 책임이 있다는 점이 드러났다. 만약 부도수표를 수취하는 경우의 잠재적인 손실로 인하여 이러한 추가적인 책임은 유의미하다. 책임의 차이로 두 직무가 실질적으로 동일하지 않다.

**사례 27:** CP, 남성대조군 및 다른 영업사원은 개인수표 수취 여부를 결정하는 추가적인 책임을 진다는 점을 제외하고 사례 26과 동일하다. 이 사례에서 해당 직무는 실질적으로 동일하다.

**사례 28:** 부정기적으로 이상 상황의 확인을 위하여 일과 후 건물을 순찰하는 책임을 지는 대조군이 있다는 점 외에 사례 26과 동일하다. 이 사례에서 책임의 차이가 미미하기 때문에 해당 직무는 실질적으로 동일하다.

#### 4) 업무환경

**업무환경은 다음 두 가지 요소로 구성된다.:**

- \* 환경; 그리고
- \* 위험요소

“환경”에서는 열, 추위, 습도, 소음, 연기, 냄새, 먼지, 환기 등과 같이 해당 직무에서 발생하는 환경 요소의 강도와 빈도를 고려한다. “위험”에서는 물리적 위험의 수와 빈도, 물리적 위해로 인하여 야기될 수 있는 부상의 심각성을 고려한다. 각 직무가 수행되는 주간 또는 야간은 EPA의 의미 내에서 해당 직무가 실질적으로 동일한지 여부를 결정하기 위한 업무환경에 해당하지 않는다. 다른 물리적 환경에서 해당 직무가 수행된다는 사실이 업무환경이 유사하다는 사실을 반드시 부정하는 것은 아니다. “업무환경”의 비교가능성은 법령상 업무환경을 ‘같다’가 아니라 ‘비슷하다’라고만 규정하고 있기 때문에 기술이나 노력, 책임보다 더 유연한 기준으로 측정된다. 실질적으로 동등한 기술, 노력과 책임이 요구되는 직무를 수행하는 근로자들은 비슷한 업무환경에서 일을 할 가능성이 높기 때문에, 업무환경의 유사성은 거의 논쟁대상이 되지 않는다.

**사례 29:** R사는 큰 복합상업지구를 보유하고 있는 회사이다. 여성인 CP는 R사에서 사내 우편물을 배달한다. CP는 자신과 동일하게 우편물을 배달하는 남성에 비하여 낮은 임금을 받는다고 주장하며 고발하였다. 그러

나 조사관은 남성 근로자의 직무가 종종 극한 기후조건(여름의 더위, 겨울의 추위와 눈)에서 복합상업지구의 건물들을 오가며 우편물을 운반하면서 장시간 실외에서 일을 한다는 점을 밝혀냈다. 반면에 CP는 한 건물 내에서만 우편물을 배달한다. 해당 회사가 공석이 발생하였을 때 경제적으로 더 유리한 직위를 얻는 것을 CP를 포함한 여성 근로자들에게 금지한다는 증거는 없다. 조사관은 업무환경이 다르므로(두 직무에서 요구되는 노력에도 차이가 있을 수 있다) 해당 직무는 동일하지 않다고 판단한다.

## 6. 항변

증거를 통해 반증이 없는 이상 승소가 확실한 EPA 위반이 입증된 경우, 사용자는 이러한 보상 차이가 법령에 규정된 네 가지 적극적 항변 중 하나에 기초한다는 점을 입증하여야 한다. 사용자는 성별이 보상 차이에 아무런 영향을 미치지 않았음을 입증하여야 하기 때문에 무거운 부담을 지게 된다.

### EPA 항변

실질적으로 동일한 직무에서 성별에 기초한 보상 차이는 다음 사항에 기초하는 경우 정당화된다.

- 근속급제도;
- 능력급제도;
- 생산량 또는 품질에 따라 수익을 측정하는 제도(“성과급제도”); 또는
- 성별 이외의 다른 요인

#### 가. 근속급제도, 능력급제도, 성과급제도는 진정한 것이어야 한다.

사용자는 진정한 근속급제도, 능력급제도, 성과급제도에 기초하여 근로자에게 합법적으로 다르게 보상할 수 있다. 근속급제도는 고용 기간에 따라 근로자에게 보상한다. 능력급제도는 근로자의 우수한 직무수행에 대하여 보상한다. 성과급제도는 생산의 질이나 양에 근거하여 보상을 제공한다. 진정한 제도가 되기 위해서는 차별적 의도를 가지고 도입되어서는 안되며, 미리 정해진 기준에 근거하여야 하고, 근로자들에게 고지되어야 하며, 양성 근로자에게 일관성있고 공평하게 적용되어야 한다.

#### 근속급제도, 능력급제도 또는 성과급제도 항변

EPA 항변으로 기능하기 위해서는 근속급제도, 능력급제도, 성과급제도가 제대로 작동하여야 한다. 이는 다음을 의미한다.

- \* (이러한 제도는) 차별적 의도로 도입되지 않았다.
- \* (이러한 제도는) 근속, 능력 또는 생산성 측정을 위하여 미리 정해진 기준을 포함하는 확립된 제도여야 한다.
- \* (이러한 제도는) 근로자에 대하여 고지되어야 한다.
- \* (이러한 제도는) 양성 근로자에게 일관성있고 공평하게 적용되어야 한다. 그리고
- \* (이러한 제도는) 실질적으로 보상의 기초가 된다.

근속급제도는 고용기간에 따라 권리, 혜택과 보상을 배분한다. 근로자가 알고 이해하는 예외사항이 규정되어 있지 않는 한 모든 근로자에게 일관되게 적용되어야 한다.

항변으로 기능하는 능력급제도는 효율성과 정확성, 능력 등 미리 정해진 기준에 따라 근로자를 정기적으로 평가하는 구조화된 절차여야 한다(Willner v. University of Kan., 848 F.2d 1023, 1031 (10th Cir. 1988)). 능력급제도는 시험과 같은 객관적 측정이나 주관적 등급에 기초할 수 있다. 다만, 주관적인 능력급제도는 지속적 적용되는지 철저하게 따져보아야 한다.

**사례 30:** 은행원인 CP는 같은 직무를 수행하는 남성 은행원보다 적은 임금을 받는다고 주장한다. 사용자는 능력급제도에 따라 임금을 지급하기 때문에 보상격차가 정당하다고 주장한다. 능력급제도라고 주장된 제도는 구조화되지 않았으며, 매니저의 “직감”에 근거하였다. 더욱이 사용자는 능력급제도에 따른 CP의 낮은 보상

을 뒷받침할 객관적인 근거를 제시하지 않았다. 이 사례에서, 능력급제도는 진정한 제도가 아니며 보상격차를 정당화하지 못한다.

**사례 31:** 근로자가 능력급제도를 충분히 인지하고 있으며 성 중립적이고 객관적인 기준에 의한 체계적이고 공식적인 절차임이 증명되었다는 점을 제외하고 사례 30과 동일하다. 또한 사용자는 능력급제도에서 대조군이 수행한 작업이 CP보다 더 높은 보상을 받을 자격이 있음을 증명하였다. 이 사례에서 능력급제도는 보상격차를 정당화한다.

성과급제도는 근로자들이 보다 생산적이고 효율적으로 일하도록 장려하기 위하여 고안되었다. 예를 들어 사용자는 문서를 작성하는 직무를 수행하는 근로자에 대하여 생산한 문서에 따라 일정 금액을 지급할 수 있다. 마찬가지로, 어떤 상점에서는 판매량에 따라 판매원에게 수수료를 지불할 수 있다.

근속급제도, 능력급제도, 성과급제도는 보상격차를 설명하는 범위 내에서만 항변 수단으로 기능한다.

**사례 32:** 고등학교 교사인 CP는 실질적으로 동일한 업무를 수행하는 남성 교사보다 임금이 5,000달러 적다고 주장한다. 사용자는 이러한 보상 차이는 근속급제도에 따른 것이며, 남성 교사는 근속기간이 더 길다고 주장하였다. 조사결과, 해당 남성 교사는 CP보다 3년 더 근무한 것으로 밝혀졌는데, 해당 근속급제도에서 3,000달러의 임금 차이만 정당화된다. EPA 위반이 확인되었다.

**사례 33:** 10,000달러의 임금 격차가 있다는 점을 제외하고 사례 32와 동일하다. 사용자는 이러한 차이가 근속급제도와 능력급제도에 의한 것이라고 주장한다. 다시 한 번, 조사 결과 근속급제도에 따라 3,000달러의 임금 차이가 설명되는 것으로 나타났다. 조사관은 또한 사용자가 실제로 근속급제도를 운용하고 있으며, 해당 제도는 진정한 것으로 판단하였다. 그러나 CP의 능력 증가는 남성 대조군의 능력 증가와 거의 같았기 때문에 능력 차이로 인한 나머지 7,000달러의 임금 격차는 설명되지 않는다. EPA 위반이 확인되었다.

#### 나. “성별 외의 다른 요인”

EPA에서는 성별 외의 다른 요인에 근거한 보상 차이가 허용된다. 이러한 항변은 가능한 요인을 광범위하게 포괄하지만, 사용자는 이러한 보상격차가 일관성있게 적용되는 성중립적 요인으로 인한 것임을 입증하여야 한다. “성별 외의 다른 요인” 항변을 주장하는 사용자는 또한 그 요인이 직무요건과 관련이 있거나 그렇지 않으면 사용자의 사업에 이익이 된다는 점을 입증하여야 한다(Kouba v. Allstate Ins. Co., 691 F.2d 873, 876 (9th Cir.1982); Glenn v. General Motors Corp., 841 F.2d 1567, 1571 (11th Cir. 1988); Fallonv. State of Ill., 882 F.2d 1206, 1211 (7th Cir. 1989)). 더욱이, 해당 요인은 사용자가 명시한 사업 목적과 그 밖의 관행에 비추어 합리적으로 사용되어야 한다.

다음은 적절한 분석에 대한 논의와 함께 사용자가 성별 외의 다른 요인으로 주장한 정당화의 예이다.

##### 1) 교육, 경험, 훈련 및 능력

개인의 상대적인 교육, 경험, 훈련 및(또는) 능력은 그들의 직무에 동일한 기술이 필요한지를 결정하는 것과 관련 없지만, 경우에 따라 이러한 요소들은 보상격차를 정당화할 수 있다. 사용자는 자격요인이 직무 수행과 관련 있거나 그 밖의 사용자에게 이익이 되는 경우, 교육, 경력, 훈련 또는 능력이 우수한 구직자와 근로자에게 더 높은 보상을 제공할 수 있다(Tomka v. Seiler Corp., , 66 F.3d 1295, 1312 (2d Cir. 1995); EEOC v. First Citizens, 758 F.2d 397, 401 (9th Cir.)). 사용자가 보상을 설정할 때 그러한 자격을 알지 못하거나 사용자가 일관되게 그러한 자격에 의존하지 않는 경우, 해당 자격은 더 높은 보상을 정당화하지 못할 것이다(EEOC v. White and Son Enters., 881 F.2d 1006, 1010 (11th Cir. 1989)). 나아가, 교육, 경험, 훈련 또는 능력의 차이는 보상격차에 부합하여야 한다. 따라서 경험의 매우 작은

차이가 유의미한 보상의 차이를 정당화하지 못할 것이다. 더욱이, 임금이 낮은 근로자가 대조군에 속하는 근로자와 실질적으로 같거나 그 이상의 수준으로 더 오래 근무할수록, 고용되기 전에 보유한 자격에 지속적으로 의존하는 것은 합리적이지 못하다(Jones v. Westside Urban Health Ctr., Inc., 760 F. Supp. 1575, 1580 (S.D. Ga. 1991)).

**사례 34:** CP는 한 회사의 매니저로 근무하고 있다. 그녀의 초임은 42,000달러였다. 그녀는 1년 후에 사직하였다. 그녀의 남성 후임자는 초임 50,000달러에 채용되었다. CP는 초임의 차이가 EPA를 위반하였다며 고발하였다. 사용자는 CP가 직무 관련 경력이 전혀 없는 것에 비하여 후임자는 매니저로서의 폭넓은 경험이 있기 때문에 임금 차이가 발생하였음을 증명하였다. 경력의 차이는 보상 차이를 정당화하는 성별 외의 다른 요소로 적합하다.

**사례 35:** 사용자가 매니저 직무에 대한 임금을 책정할 때 업무 경력에 일관성없이 의존하고 있으며, 경력이 부족한 남성들이 CP보다 더 높은 초임을 받았다는 증거가 있다는 점을 제외하고 사례 34와 동일하다. EPA 위반이 확인된다.

**사례 36:** CP의 후임자가 약간 더 많은 경력을 가지고 있음에도 불구하고 CP도 직무 관련 경력을 가지고 있었다는 점을 제외하면 사례 34와 동일하다. 그들의 경력 차이는 초임에서 8,000달러의 차이에 비례하지 않았으며, 따라서 EPA 위반이 확인된다.

## 2) 교육 프로그램에의 참여

진정한 의미의 교육 프로그램 참여로 인한 보상격차는 허용된다. 한 조직은 수많은 유형의 교육 프로그램을 제공할 수 있지만, 보상 차이를 정당화할 수 있는 진정한 의미의 교육 프로그램은 특정한 활동 방향을 가진 구조화된 프로그램이어야 한다. 합법적인 교육 프로그램의 요소에는 다음과 같은 사항이 포함된다: (1) 해당 프로그램의 근로자는 본인이 교육생임을 인지하고 있어야 한다. (2) 교육 프로그램은 남녀 모두에게 개방되어 있어야 한다. 그리고 (3) 사용자는 프로그램이 완료되었을 때 부여될 직위를 확정하여야 한다. 다른 직무를 통하여 교대로 교육이 이루어진다면, 이러한 교육 프로그램에서 근로자에 대한 보상은 기술 수준이 다른 직무를 교대할 때마다 수정될 필요가 없다.

**사례 37:** 은행원인 CP는 그녀가 실질적으로 동일한 업무를 수행하는 남성 은행원보다 적은 임금을 받는다고 주장한다. 사용자는 남성 대조군이 양성에게 개방된 경영훈련프로그램의 참가자라고 주장한다. 그러나 해당 프로그램이 공식적인 프로그램이 아니며, 프로그램의 참여한 다른 근로자가 확인되지 않았고, 대조군은 공식적인 지시를 받지 않거나 심지어 그가 경영 훈련 프로그램에 참여하였다는 점을 알지 못하였다는 것을 이유로 제대로 된 프로그램이 아님이 밝혀졌다. EPA 위반이 확인되었다.

## 3) 교대근무에서의 차이

야간과 주간 근무의 차이가 “근무환경”의 차이는 아니지만, 보상의 차이를 정당화하는 “성별 외의 다른 요인”에 해당할 수 있다. 교대근무에서의 차이는 남녀가 어느 교대조에서나 일할 수 있는 동등한 기회를 가질 때, 사용자가 보상의 차이를 설정한 이유가 성별이 아닐 때, 그리고 교대근무에서의 차이가 합리적으로 이용되어 사업 목적에 제공될 때 항변으로 작용한다.

**사례 38:** 여성 경비원인 CP는 숙련도, 노력도, 책임, 근무환경의 유사성의 측면에서 CP의 직무와 실질적으로 동일한 직무를 수행하는 남성 경비원보다 적은 임금을 받는다. 남성 대조군은 야간교대근무를 하고, CP는 주간교대근무를 하며, 사용자의 임금구조는 야간교대근무에 대해 더 많은 보상을 제공한다. 주간교대근무를 하는 다른 남성 경비원들도 CP와 같은 임금을 받는다. 임금의 차이가 차별에 근거하거나 성별이 교대근무에 어떠한 역할을 하거나, 또는 여성들이 낮은 임금을 받는 교대근무로 유도되었다는 증거는 발견되지 않았다. 야간근무가 선호되지 않고 근로자 채용이 어려워 야간교대근무에 대하여 추가적인 보상을 한다는 것이 R사

의 차등화 명분이다. EPA 위반을 발견되지 않았기 때문에 청구가 기각된다.

#### 4) 직무분류체계

보상률이 직무분류체계에 근거한다는 사용자의 주장 자체만으로는 실질적으로 동일한 업무를 수행하는 남성과 여성 사이의 보상 차이를 정당화하지 못한다. 사용자는 직무분류체계가 직무의 의무 및(또는) 직무와 관련된 근로자의 자격을 정확하게 반영하고 있으며 남녀에게 동일하게 적용되고 있음을 증명하여야 한다(Lindale v. Tokheim Corp., 145 F.3d 953, 958 (7th Cir. 1998)). 예를 들어, 한 상점에서 캐셔보다 헤드캐셔의 임금이 더 높은 직무분류체계를 가지고 있을 수 있다. 분류체계가 직무 및(또는) 직무관련 근로자의 자격을 정확하게 반영한다면 보상격차는 정당화될 수 있다.

**사례 39:** CP는 초등학교에서 청소부로 일한다. 대부분 청소부는 여성이다. CP는, 더 많은 임금을 받고 대부분 남성인 “관리인”의 직무와 그녀의 직무가 실질적으로 동일하다는 점을 입증한다. 해당 학교는 두 직무에 대한 다른 분류가 직무의 의무나 직무와 관련된 근로자의 자격의 차이를 정확하게 반영한다는 점을 증명하지 못한다. 따라서, EPA 위반이 확인되었다.

#### 5) “레드 서클” 임플: 임시적 재배치

“레드 서클링”은 특정한 이유로 근로자가 정상 보상 임플보다 높은 임금을 받는 것을 뜻한다. 성별이 요인이 아니며 유효한 사업상의 이유로 뒷받침된다면, 그러한 관행은 EPA 위반에 해당하지 않는다. 예를 들어, 사용자는 건강이 악화되어 기존에 수행하던 업무를 더 이상 수행할 수 없는 장기근속자를 낮은 임금을 받는 다른 직무로 이동시키지만, 장기근속한 것에 대한 보상으로 더 높은 임금을 유지할 수 있다. 이와 유사하게, 사용자는 더 높은 기술의 필요성이 다시 요구될 때까지 숙련된 직무에 종사하는 근로자들을 일시적으로 덜 까다로운 직무에 배치할 수 있다. 성별 외의 다른 요인과 마찬가지로, 조사관은 레드 서클 임플이 사용자의 사업적 정당성과 일치하는지, 또는 그 대신 사용자의 이유가 명분있는 것인지 판단하여야 한다. 레드 서클링 항변이 받아들여지면, 비록 다른 성별의 근로자가 적은 임금으로 같은 업무를 하더라도 해당 근로자에게 기존 임금을 계속 지급할 수 있다.

사용자는 보상을 변경하지 않고 일시적으로 근로자를 보다 높은 임금을 받는 직무로 배치할 수 있다. 그러나 조사관은 이러한 상황을 면밀하게 조사하여 성별이 진정한 차별의 이유인지 여부를 판단하여야 한다. 29 C.F.R. 1620.26(b) 참조.

#### 6) 수익 창출

사용자는 고임금 근로자가 저임금 근로자보다 더 많은 수익을 창출한다는 점을 증명함으로써 보상격차를 정당화할 수 있을 것이다(Byrd v. Ronayne, 61 F.3d 1026, 1034 (1st Cir. 1995)). 그러나 위원회는 이 항변을 면밀하게 검토하여 사용자가 저임금 근로자에게 수익 창출을 위한 지원을 감소시켰는지를 판단할 것이다. 만약 그렇다면, 수익의 차이가 보상격차를 정당화하지 못할 것이다. 더욱이, 고임금 근로자가 더 많은 수익을 창출할 것이라는 단순한 가정만으로 보상격차는 정당화되지 않을 것이다.

**사례 40:** 중견 로펌의 신입변호사인 CP는 같은 업무를 수행하는 남성 변호사보다 낮은 초봉으로 채용되었다고 주장한다. 사용자는, 남성 변호사가 회사에 상당한 수익을 창출하는 의뢰인을 유치한 반면, CP는 의뢰인을 유치하지 않았기 때문에 남성에 대하여 더 높은 임금을 지급하였다는 점을 증명하였다. 성별이 아닌 요소가 보상의 차이를 정당화하였다는 점이 증명되었다.

**사례 41:** CP와 남성 대조군은 채용되었을 때 어떤 고객도 유치하지 않았다는 점을 제외하면 사례 40과 동일한 사례이다. 그러나 그들이 고용된 이후 4년 동안, 남성 대조군은 회사의 고객들과 더 나은 관계를 형성하고, 자신의 고객을 두 명 유치하였으며, CP보다 지속적으로 더 많은 유료상담시간을 확보하였기 때문에 CP보다 더 많은 수익을 창출하였다. 그러나 조사 결과 회사는 남성 변호사에 대하여 기업 의뢰인에게 더 많이 노출될 수 있도록 하였고(예. 고객들과 직접 만나 근무할 수 있는 더 많은 기회), 남성 변호사가 잠재적인 고객에게 유의미하게 노출될 수 있는 법률 세미나에서 발언할 수 있는 기회를 더 많이 제공하였다는 점이 밝혀졌다. 해당 증거는 또한 해당 회사의 파트너들이 CP에게 덜 복잡한 업무를 제공함으로써 유료상담시간의 차이를 악화시킨다는 것을 보여주었다. 이러한 사례의 변이에서 수익생산은 성별 외의 다른 요소로 타당하지 않다.

## 7) 시장 요인

사용자는 때때로 남성 근로자의 시장 가치 때문에 같은 일을 하는 여성 근로자보다 남성 근로자에게 더 많은 임금을 지급하여야 한다고 주장해왔다. 물론 보상비율이 더 낮은 일자리가 여성에게 유효하다는 가정에 근거하여 여성에게 낮은 임금을 지급하는 것은 실질적으로 동일한 노동에 대한 불평등한 보상을 정당화하는 성별 이외의 요소로 적합하지 않다. 한 법원은 “공급과 수요에 따라 여성이라는 이유로 여성에게 저임금을 지급할 수도 있다는 주장은 정확히 [EPA]가 제거하기 위해 고안된 악의 일종이며 거부당했다.” 라고 밝혔다. 사용자가 특정 개인의 직무관련 자격요건의 시장가치를 평가했고, 어떠한 보상격차가 성에 근거하지 않는다는 점을 증명하는 경우에만 시장가치가 성별 이외의 요소로 간주된다.

기존에 지급받던 임금만으로는 보상격차를 정당화할 수 없다. 이는 구직자들의 기존 임금이 성차별을 반영할 수 있기 때문이다. 따라서, 기존 임금만을 근거로 보상격차를 허용하는 경우 “규칙을 완전히 가리고 성별 간 보상의 불평등이 지속될 것” 이다(*Irby v. Bittick*, 44 F.3d 949, 955 (11th Cir. 1995); *Glenn v. General Motors Corp.*, 841 F.2d 1567, 1571 (11th Cir. 1988); *Faust v. Hilton Hotels Corp.*, 1990 WL 120615, at \*5 (E.D. La. 1990)). 그러나 사용자가 기존 임금을 고려함에 있어서 성별이 요인이 아니었다는 점과 다른 요소도 고려했다는 점을 증명할 수 있다면 정당화는 성공할 수 있다. 예를 들어, 사용자는 다음과 같은 점을 증명하여야 한다: (1) 직무관련자격에 기초하여 기존 임금이 근로자의 능력을 정확하게 반영한다고 판단하였고, (2) 기존 임금을 고려하였으나, 근로자의 현재 임금을 설정하는 데에 기존 임금에만 의존하지 않았다.

만약 사용자가 고임금 대조군과 임금에 관해 협상을 하지 않았다면, 채용을 위해 사용자가 더 높은 임금을 제공하여야 한다는 주장에 의구심을 갖게 될 것이다. 그리고 협상이 있었다고 하더라도 조사관은 사용자가 여성과 남성을 다르게 협상하는지(예. 여성의 요구보다 남성의 요구에 더 호의적으로 반응하는지)를 고려하여야 한다.

**사례 42:** 공인회계사(CPA)인 CP는 R 회계법인이 남성 공인회계사(CPA)보다 낮은 초임을 제시하여 EPA를 위반하였다고 주장하고 있다. R사는 남성이 생산성과 고객에 대한 세금 자문을 제공하는 데 있어서 성공적인 경력을 가지고 있었고, 더 높은 연봉으로 다른 일자리를 제안받았으며, 더 높은 연봉을 협상하기 위한 도구로 이러한 일자리 제안을 사용하였기 때문에 더 높은 연봉을 제시하였다는 점을 증명하였다. R사는 남성에게 주어진 것과 같이 최초 제시요건으로 CP와 연봉 논의를 시작하였으며, “필요하다면 더 높아질 의향이 있다” 라고 밝혔다. 그러나 CP는 남성 공인회계사만큼 적극적으로 협상을 하지 않았고 결국 낮은 초임으로 끝났다. R사가 연봉 협상에서 CP를 남성들과 다르게 취급하였다는 증거는 없다. R사는 보상격차가 성별 이외의 다른 요인에 근거한다는 점을 증명하였으며, 따라서 EPA 위반은 발견되지 않았다.

고용 당시 근로자의 상대적 시장가치의 차이는 장래의 상대적 시장가치를 정확하게 반영하지 못할 수 있다. 따라서 EPA에 따라 근로자가 증거가 확실한 사례를 제시한 경우, 임금 격차를 정당화하기 위한 사용자의 시장 가치에 대한 지속적인 의존도를 평가하여 이러한 의존이 타당한지를 판단하여야 한다.

## 8) 시간제/기간제 근무 현황

노동력 데이터는 남성보다 실질적으로 더 많은 여성들이 시간제 근무를 한다는 것을 보여준다. 여성들은 또한 불균형적으로 기간제 일자리를 채운다. 따라서 시간제 및 기간제 근로자에 대한 임금과 혜택이 불균형적으로 낮은 것은 남성보다 여성에게 더 큰 영향을 미친다. 이러한 이유로 조사관들은 성별 이외의 다른 요소로서 시간제 또는 기간제 일자리가 보상격차를 정당화한다는 사용자의 주장을 면밀하게 조사하여야 한다. 물론 시간제 또는 기간제 (근무) 상황은 사용자가 보상격차를 설정하고 남녀가 어느 한 가지 방식에 따라 일할 수 있는 동등한 기회를 갖는 것과 같이(예. 유도하였다는 증거가 없는 경우) 성별이 그 이유가 아닌 경우에만 항변 수단으로 작용한다.

**사례 43:** CP는 뉴스레터를 발행하는 회사에서 편집과 교정 업무를 수행한다. 그녀는 매주 3일씩 일하지만, 같은 직무를 수행하는 정규직 월급에 절반에도 못 미치는 임금을 받는다. 또한 정규직은 건강보험 혜택을 받는데, 그녀는 이러한 혜택을 받지 못한다. CP는 그녀의 보상과 동일한 직무를 수행하는 남성 정규직에게 제공되는 보상 사이의 격차가 EPA를 위반한다고 주장한다. 조사관은 모든 시간제 근로자가 여성이며, 수많은 시도에 불구하고 최근까지 어떤 시간제 근로자가 정규직으로 전환되지 않았다는 사실을 밝혀냈다. EPA위반이 확인되었다.

또한 조사관은 임금지급의 근거가 순수하게 불평등하며 사용자가 여성 근로자의 정규직 접근을 불법적으로 제한함으로써 민권법 제7편을 위반하였다고 믿을 만한 이유를 찾았다(10-III D. 참조). “성별 이외의 다른 요인” 과 마찬가지로, 만약 근로자가 증거가 확실한 사례를 주장하는 경우 사용자는 이러한 명분이 정당한 사업 목적과 관련되고 그 목적에 비추어 합리적으로 이용된다는 것을 입증할 수 있는 경우에만 시간제 또는 기간제 근로자에게 차등적으로 지급하는 것을 정당화할 수 있다. 또한 “시간제” 또는 “기간제”의 분류도 정확하여야 한다. 따라서 “시간제”로 지정된 근로자가 정규직과 실질적으로 동일한 시간을 근무하거나 “기간제” 근로자가 계속적으로 근무하는 경우, 조사관은 이러한 지정이 “성별 이외의 다른 요인” 항변을 만족한다는 사용자의 주장에 신빙성을 부여해서는 안된다(*Vizcaino v. Microsoft Corp.*, 120 F.3d 1006 (9th Cir. 1997)).

## 9) 착오

보상격차가 성별에 근거한 것이라면 사용자는 문제상황에서의 직무가 다르다는 잘못된 믿음에서 비롯되었다는 주장 또는 일반적인 선의를 주장함으로써 격차를 항변할 수 없다. 그러나 EPA를 위반하지 않았다고 믿은 선의와 그 선의의 합리적인 근거에 대한 사용자의 입증은 사용자가 손해에 대한 보상을 피할 수 있는 근거가 될 수 있다(후술하는 10-VI 참조).

## 10) 단체협약

보상 차이가 단체협약에 기인한다는 사용자의 주장은 EPA에 따른 항변을 구성하지 않는다(*La*, 740 F.2d 1071, 1078 (D.C. Cir. 1984); *Albemarle Paper Co. v. Moody*, 422 U.S. 405, 422-23 & n.17; *United States v. Gregory*, 871 F.2d 1239, 1247 n.30 (4th Cir. 1989)). 노동조합이 보상 차이 조성에 기여하였다면, 응답자로 노동조합이 추가되어야 한다.

## V. 민권법 제7편과 EPA의 상호작용

남성과 여성 사이의 임금 차별에 있어서, 민권법 제7편에 대한 베넷 수정조항은 민권법 제7편과 EPA의 조정을 도모하였다. 베넷 수정조항은 민권법 제7편의 703(h)에 규정되어 있다. [EPA] 제29장의 섹션 206(d)의 규정에 의하여 그러한 차별화가 승인된 경우, 사용자가 성별에 근거하여 근로자에게 지급된

또는 지급할 임금 또는 보상을 결정하는 것은 이 하위 장에 따른 불법 고용 관행으로 간주되지 않는다.

워싱턴카운티 대 건터(County of Washington v. Gunther, 452 U.S. 161 (1981)) 사건에서 대법원은 베넷 수정조항에 민권법 제7편의 성별에 근거한 임금 청구에 있어서 EPA의 “동일노동” 요건이 아닌 EPA의 네 가지 적극 항변인 근속급제도, 능력급제도, 성과급제도 또는 성별 이외의 다른 요인이 적용 되도록 해석했다. 또한 민권법 제7편에서 EPA의 네 가지 적극 항변의 통합으로 인하여 EPA에 따른 네 가지 적극 방어에 대한 입증 부담을 사용자가 부담하는 것과 같이, 개별적 EPA 항변에 있어서의 입증 부담이 포함된다. 베넷 수정조항의 목적은 “민권법 제7편과 동일임금법 사이의 잠재적 갈등을 해소한다.”는 것과 “민권법 제7편만 적용되는 임금 차별 사례도 동일임금법의 기준에 따른다.”는 점을 명확히 하기 위함이었다. 따라서 일단 원고가 민권법 제7편에 따른 성차별에 대한 증거가 확실한 사례를 주장하면, 사용자는 네 가지 적극 항변 중 하나를 증명하여야 하는 부담을 갖게 된다(Brewster v. Barnes, 788 F.2d 895, 992 (4th Cir. 1986); Plemer v. Parsons-Gilbane, 713 F.2d 1127, 1136 (5th Cir. 1983); Fallon v. State of Ill., 882 F.2d 1206, 1215-18 (7th Cir. 1989); Tidwell v. Fort Howard Corp., 989 F.2d 406, 410 (10th Cir. 1993); Meeks v. Computer Assocs. Int'l, 15 F.3d 1013 (11th Cir. 1994)).

그러나 민권법 제7편을 위반하는 성별에 따른 보상 차별이 EPA 위반에 반드시 해당하는 것은 아니다. 이는 민권법 제7편 보상차별청구가 동일노동에 대한 불평등한 임금을 이유로 한 청구에 국한되지 않기 때문이다. 민권법 제7편을 위반하는 보상차별은 비록 동등하거나 높은 임금을 받는 비교대상군이 없더라도 성립될 수 있다. 민권법 제7편에서는 EPA에 따른 동일한 직무 요건보다 더 완화된 표준인 “유사한 지위에 있는” 근로자의 보상 비율을 비교할 수 있다. 게다가, 민권법 제7편에 따른 청구는 사용자가 저임금을 받는 보호 범위에 속하는 근로자들을 분리하거나 분류하고 더 높은 임금을 받는 직무를 확보할 기회를 제한하는 것에 기초하여 제기될 수 있다. 마지막으로, 민권법 제7편에 따른 보상 차별 청구는, 비록 민권법 제7편은 차별의 결과 아닌 한 “다른 지위에서 일하는” 근로자에게 다른 보상 기준을 적용하는 것을 금지하지 않지만(Russell v. American Tobacco Co., 528 F.3d 357, 362-63 (4th Cir. 1975)), 민권법 제7편에 따른 보상 차별 청구는 동일 직무 간의 비교가 이루어지는 청구에 국한되지 않는다(Bartelt v. Berlitz Sch. of Languages of Am., Inc., 698 F.2d 1003 (9th Cir.)).

## VI. 구제

보상차별이 인정되는 경우 조사관은 적절한 구제를 하여야 한다. 구제의 산정과 공식화는 복잡할 수 있다. ORIP와 RAS는 조사관을 보조할 수 있다.

이러한 구제책에는 저임금 및 고임금 대조군의 임금 사이의 법을 위반한 임금 차이에 따른 임금 인상과 임금 소급분이 포함되어야 한다. 변호사 수수료와 비용, 적절한 손해배상도 포함하여야 한다. 만약 이러한 위반이 직무범위를 분리하는 것에 기인한 경우, 사용자는 단지 고임금 범주를 모두에게 개방하는 것만으로 위반을 시정할 수 없다. 대신, 저임금 직무 종사자의 임금을 동등한 수준으로 올려야 하고, 임금 소급분도 지급하여야 한다. 또한 사용자는 임금이 낮은 근로자들에게 정기적으로 상여금을 지급하는 방법으로 위법한 보상 차등을 균등하게 할 수 없다. 제도적 보상 차별은 종종 “계속되는 위반”이기 때문에 청구 기간 이외의 기간에 발생한 차별(예. 각 급여)를 포함하여 정책 또는 관행을 지속하면서 발생한 모든 차별행위에 대하여 구제책에 일반적으로 적용 가능한 제한을 전제로 제도적인 위반에 관한 구제가 가능하다.

임금 소급분 지급과 임금인상 외에 민권법 제7편과 ADA는 고의적 차별에 대한 보상적 손해의 환수와 연방적 차원에서 보호되는 개인의 권리에 대한 악의적이거나 무모한 무관심과 관련된 차별에 대한 징벌적 손해의 환수를 허용한다. 42 U.S.C. 1981a. ADEA는 보상이나 징벌적 손해배상을 허용하지 않지만, 고의적인 위반에 대한 손해배상을 규정하고 있다. 29 U.S.C. 626(b). 또한 EPA는 사용자가 “신의성실”에 따라 행동하고 자신의 행위가 EPA를 위반하지 않았다고 믿을 수 있는 합리적인 근거가 없는 한, 소급임금에 상당하는 금액의 손해배상에 대해 규정하고 있다. 29 U.S.C. 260.

민권법 제7편, ADEA 및 ADA와 달리 EPA 위반을 주장하는 개인은 EEOC 고발없이 직접 법원에 제소할 수 있다. 또한 고발을 한다고 하여 제소기간이 정지되는 것이 아니다. 이는 고발이 제기된 이후에도, 그리고 수사기간동안에도 제소기간은 계속 진행된다는 의미이다. 따라서 조서관은 EPA 고발을 신속하게 조사함으로써 청구 당사자 및(또는) 위원회가 완료된 조사의 이익을 이용하여 소송을 제기할 수 있도록 해야 하며, 따라서 청구 당사자에 대한 구제조치가 과도하게 제한되지 않도록 해야 한다.

EPA에 따른 손해배상은 본질적으로 보상이다(Brooklyn Sav. Bank v. O'Neil, 324 U.S. 697 (1946)). 따라서 EPA와 민권법 제7편에 따른 성별에 근거한 임금 사례에서 고발 당사자는 EPA에 따른 손해배상과 동일한 손해에 대해 민권법 제7편에 따른 손해의 보상을 중복하여 구할 수 없다. 그럼에도 불구하고, 구제책은 각 개인에게 법률상 권리에 따라 부여되는 혜택 중 가장 높은 혜택을 주기 위하여 산정되어야 한다. 29 C.F.R. 1620.27(b) 참조. 따라서 고발 당사자는 EPA에 따른 손해배상과 민권법 제7편에 따른 손해의 보상 중 더 큰 손해에 대한 보상을 받을 수 있다. 손해배상의 가능성은 민권법 제7편에 따른 징벌적 손해의 가능성에 영향을 미치지 않는다. 임의적 구제도 이용할 수 있다.

예를 들어, EPA는 공정노동기준법(FLSA)의 수정법률이기 때문에, 위원회는 FLSA의 소위 “장물” 조항을 위반한 사람에 대하여 법원의 명령을 신청할 수 있다. 장물조항은 어떤 사람도 EPA를 위반하여 생산된 물품을 운송하거나 판매하는 것을 금지한다. 기업은 다음의 두 가지 상황에서 장물조항의 적용이 면제된다. (1) 자신이 생산하지 않은 사업체를 통상적인 과정에 따라 운송하는 공통 운송업자와 (2) 위반 사실을 통지하지 않고 EPA를 준수하여 생산되었다는 물품 생산자의 서면보증을 선의로 믿고 제품을 취득한 구매자. 따라서 EPA를 위반하여 상품이 생산된 경우, 위원회는 연방지방법원에 해당 사용자 등이 주(州)간 상거래에서 상품의 운송이나 판매를 면제하지 못하도록 금지 명령을 요청할 수 있다.

**사례 44:** 성장 중인 제약회사의 여성 영업사원인 CP는 그녀의 연봉이 실질적으로 동일한 업무를 수행하는 남성보다 5,000달러 적으며, 그 외에 비슷한 지위에 있다는 점을 주장한다. CP와 그녀의 대조군은 둘 다 연간 5%의 보너스를 받고 있었다. 또한, 사용자는 영업사원의 연금보험 중 10%를 부담하고 있었다. 조사 결과 보상격차는 EPA와 민권법 제7편에 위배되는 것으로 밝혀졌다. 조서관은 사용자가 보상에 대한 CP의 불만을 무시했기 때문에 EPA 위반이 고의적이라고 결론짓는다. 조서관은 다음과 같은 구제책을 요청한다: 그녀의 대조군 수준으로의 CP의 임금 및 혜택 인상; 3년간 급여, 상여금 및 연금 기여금의 차액을 반영한 17,250달러((급여 차액 5,000달러 + 상여금 차액 500달러 + 연금 기여금 차액 500달러) x 3); 그리고 17,250달러의 손해배상액. CP의 총 구제액은 34,500달러가 될 것이다.

**사례 45:** 자신의 임금 격차에 대한 항의하였지만 무시당한 결과로 발생한 정서적 피해와 의료비 보상손해에 대해 민권법 제7편에 따라 10,000달러를 받을 자격이 있다는 점을 문서와 의료 증거로 증명하였다는 점을 제외하면 사례 44와 동일하다. 그러나 EPA의 손해배상은 본질적으로 보상이며 이는 민권법 제7편의 손해배상보다 크기 때문에, 조서관은 EPA 구제책(민권법 제7편의 보상액 10,000달러가 아닌 EPA 손해배상액인 17,250달러)를 청구하게 된다. 따라서 CP는 사례 44와 동일한 금액인 34,500달러의 구제액을 받게 될 것이다.

**사례 46:** CP의 관리자가 CP의 감소된 보상이 민권법 제7편을 위반하였다고 믿었지만 CP의 수많은 항의에도 불구하고 이를 시정하지 않았다는 증언이 있다는 점을 제외하고 사례 45와 동일하다. 또한 사용자가 자신이나 그 근로자를 대상으로 민권법 제7조의 보상차별 금지에 대해 교육을 하였다는 증거가 없었다. 징벌적 손해배상은 적절하다. 사용자의 차별적 태도와 양호한 재정 상태를 감안할 때 징벌적 손해배상액은 75,000달러로 평가되며, 이는 사용자가 감수할 수 있는 범위 내에 있다. 이는 임금소급분(17,250달러)과 손해배상액(17,250달러) 외에 추가로 발생하는 것이다. CP의 총 구제액은 109,500달러가 될 것이다.

## VII. 보복

사용자가 EEO법령에 따른 보상 차별에 반대하거나 고소 절차에 참여하였다는 이유로 근로자에 대하여 보복하는 것은 불법이다. EPA는 “반대”에 근거한 보복은 불법이라고 명시하지 않았으나, 근로자들은 불평등한 보상에 대해 공식 또는 비공식적으로 불만을 제기하는 것을 이유로 한 보복으로부터 보호된다(EEOC v. Romeo Community Sch., 976 F.2d 985, 989-90 (6th Cir. 1992); White & Son Enters, 881 F.2d at 1011; Love v. Re/Max of America, 738 F.2d 383, 387 (10th Cir. 1984). Contra Lambert v. Genessee Hosp., 10 F.3d 46, 55 (2d Cir. 1993)). 보상 및 징벌적 손해배상은 EPA와 ADEA, 그리고 민권법 제7편과 ADA에 따라 제기되는 보복 배상 청구에 대해 적용될 수 있다. 보복에 대한 구제 규정을 공정근로기준법에서 차용한 EPA와 ADEA에 따르면 보복에 대한 보상 및 징벌적 손해배상은 법적 상한의 적용을 받지 않는다.

## 제9절. 미국 Enforcement Guidance on Pregnancy Discrimination and Related Issues(EEOC-CVG-2015-1)

### 임신 차별 및 관련 쟁점

#### 입법적 보호의 개요

##### 임신차별금지법

의회는 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 근거한 차별이 1964년 민권법 제7장(Civil Rights Act of 1964 (Title VII))에 의해 금지되는 성차별의 유형임을 명확하게 하기 위하여 1978년 임신차별금지법(Pregnancy Discrimination Act, PDA)을 입법하였다.<sup>1)</sup> 따라서, PDA는 “고용 기회의 평등을 달성하고, 기존 어느 한 집단의 근로자들과 다른 근로자들 사이에 존재하던 장벽을 없애고자 하는” 제7장(임신)의 목적으로까지 확대되었다.<sup>2)</sup>

의회는 PDA의 입법을 통하여 “근로할 수 있는 임산부는 다른 근로자들과 동일한 조건으로 근로할 수 있어야 하고; 이들이 의학적인 이유로 인하여 근로할 수 없는 경우에는, 근로하지 못하게 된 다른 근로자들이 갖는 것과 동일한 권리와 휴직 수당 및 기타 부가급여를 받을 수 있어야 함” 을 명확하게 하고자 하였다.<sup>3)</sup> PDA는 임산부 근로자들이 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 임산부가 아닌 다른 근로자들과 동일한 처우를 받도록 할 것을 요구한다.<sup>4)</sup>

#### PDA의 기본적 요건

- 1) 사용자<sup>5)</sup>는 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상을 근거로 근로자<sup>6)</sup>를 차별할 수 없다; 및
- 2) 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상으로 인한 영향을 받은 여성은 그로 인한 영향을 받지 않으나 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 다른 사람들과 동일한 처우를 받아야 한다.

PDA의 입법 이후, 임신 차별을 주장하는 구제 신청이 상당히 증가해 왔다. 회계연도 1997년에는 고

---

1) PDA의 본문은 다음과 같다: “성별에 의한(because of sex)” 또는 “성별에 근거한(on the basis of sex)”의 의미는 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 의하거나 또는 이를 근거로 하는 것을 포함하거나 이에 국한하지 않는다; 또한 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 따른 영향을 받은 여성은 부가급여 시스템에 따른 부가급여의 수령 등을 포함하여 고용과 관련한 모든 목적에 있어 그로 인한 영향을 받지 않으나 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 다른 사람들과 동일한 처우를 받아야 하며, 본 장 제2000e-2(h)조의 어떠한 부분도 이와 달리 허용하는 것으로 해석되지 않는다. 본 조항은 태아를 임신하고 있음으로써 산모의 생명이 위협받는 경우 또는 낙태로 인하여 합병증이 발생하는 경우를 제외하고, 사용자에게 낙태를 위한 건강보험료를 납부할 것을 요구하지 않는다: 단, 본 조항의 어떠한 부분도 사용자가 낙태와 관련하여 복리후생을 제공하는 것을 제한하거나 단체협약에 영향을 미쳐서는 아니 된다.

2) California Fed. Sav. & Loan Ass'n v. Guerra, 479 U.S. 272, 288 (1987) (Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424, 429-430 (1971) 인용).

3) S. Rep. No. 95-331, 4 (1977), Legislative History of the Pregnancy Discrimination Act of 1978에 재판됨 (노동인적자원 상원 위원회(Senate Committee on Labor and Human Resources)를 위한 위원회 자료), 41 (1980). PDA는 대법원의 General Electric Co. v. Gilbert, 429 U.S. 125 (1976) (장애 수당 제도에서 임신과 관련한 장애를 제외한 것은 그와 같은 제외가 성차별을 구실로 한 것이 아니기 때문에 성별에 근거한 차별이 성립하지 아니함) 및 Nashville Gas Co. v. Satty, 434 U.S. 136 (1977) (비직업적 질병 또는 부상으로 인하여 장애가 발생한 여타 근로자들에는 질병 휴가 수당을 지급하는 반면 임신으로 인하여 장애가 발생한 근로자들에 대해서는 그와 같은 수당을 지급하지 않는 정책은 그 제외가 성차별을 구실로 하지 않는 이상 제7장에 위배되지 아니함) 판결을 대체하기 위한 목적으로 입법되었다.

4) California Fed. Sav. & Loan Ass'n, 479 U.S. 290면.

5) 본 문서에서 “사용자”는 근로자단체 및 고용알선기관 포함하여 제7장의 적용을 받는 모든 단체를 의미한다.

6) 본 문서에서 “근로자”는 적절한 바에 따라, 구직자나 근로자단체의 가입신청자, 퇴직자 및 탈퇴 조합원을 포함한다.

용평등기회위원회(EEOC)와 주 및 지방의 공정고용관행기구(Fair Employment Practices Agencies)에 3,900건 이상의 신청이 접수되었으나, 회계연도 2013년에는 5,342건이 접수되었다.

2008년, 국립여성가족파트너십(National Partnership for Women & Families)의 연구에 따르면 임신 차별은 여성이 직장으로 꾸준히 유입되는 속도보다 빠른 속도로 증가하고 있는 것으로 나타났다.<sup>7)</sup> 이는 임신부 근로자들이 직장에서 지속적으로 불평등에 직면하고 있음을 시사한다.<sup>8)</sup> 나아가, 연구는 이와 같은 신청의 증가 중 많은 부분이 유색 인종의 여성으로부터 제기된 구제 신청의 증가에서 비롯된 것을 발견했다. 구체적으로, 유색 인종의 여성이 제기한 임신 관련 구제 신청은 회계연도 1999년에서 2005년까지 76% 증가하였고, 동일한 기간 동안 전반적인 임신 차별 관련 구제 신청은 25% 증가하였다.

지난 10년 동안, 임신 차별 관련 구제 신청에서 가장 흔하게 주장되는 문제들은 비교적 일관성을 유지해 왔다. 대부분의 신청은 임신을 이유로 하는 해고에 관한 주장을 포함한다. 그 외의 신청은 임신부에 임신부가 아닌 근로자들에 적용되는 것 보다 더 철저한 조사와 가혹한 징계를 적용하는 것, 질병 휴가 승인의 유예, 업무와 관련되었거나 사업상의 필요에 적합한 것이 아닌 건강검진, 강제 휴직 등과 같이 임신에 근거한 차별적인 고용 조건에 대한 주장을 포함한다.<sup>9)</sup>

### 장애인법 (ADA)

ADA 제1장은 개별 근로자들을 장애를 근거로 하는 고용 차별로부터 보호하고, 사용자가 고용을 목적으로 근로자 및 구직자에 의료 정보를 조회하거나 건강검진을 요구함에 있어 시기와 방법을 제한하며, 사용자에게 장애를 가진 근로자나 구직자를 위한 합리적인 편의를 제공하도록 한다.<sup>10)</sup> 임신은 그 자체로 장애는 아니지만, 임신부 근로자들과 구직자들은 ADA의 보호로부터 배제되지 않는다. 2008년 ADA 개정법(ADA Amendments Act of 2008 (ADAAA))의 입법에 따라 “장애”의 정의가 변경됨으로써, 임신과 관련한 장애를 갖게 된 임신부 근로자들이 그들의 장애를 입증하여 ADA에 따라 합리적인 편의에 대한 권리를 제공받는 것이 보다 용이해졌다.<sup>11)</sup> 인정되는 장애를 가진 임신부 근로자들에 제공되는 합리적인 편의는 임신부 근로자들에 보다 잦은 휴게시간을 갖고 작업장소에 보온병을 보관하거나 의자를 사용하는 것을 허용하는 것; 업무의 수행 방법을 변경하는 것; 또는 격무면제 지위로 임시 배치하는 것 등을 포함할 수 있다.

본 문서의 제1장은 제7장에 따른 임신 차별 금지에 대한 가이드라인을 제공한다. 이는 PDA의 적용

7) Nat'l Partnership for Women & Families, The Pregnancy Discrimination Act: Where We Stand 30 Years Later (2008), (

[http://qualitycarenow.nationalpartnership.org/site/DocServer/Pregnancy\\_Discrimination\\_Act\\_-\\_Where\\_We\\_Stand\\_30\\_Years\\_Later.pdf?docID=4281](http://qualitycarenow.nationalpartnership.org/site/DocServer/Pregnancy_Discrimination_Act_-_Where_We_Stand_30_Years_Later.pdf?docID=4281)에서 확인 가능)(최종 접속일 2014. 5. 5.).

8) 명확히 설명되지는 않으나 청구의 증가에는 다양한 요인이 있을 수 있고, 국립파트너십의 연구는 현대의 여성 근로자들은 과거의 여성 근로자들과 비교하였을 때 임신 기간 동안 직장에 남아있는 경우가 더 많고, 일부 매니저들이 임신부 근로자들에 대해 여전히 부정적인 시각을 갖고 있음을 나타낸다(전게서, 11).

9) 연구들은 임신부인 근로자 및 구직자들이 직장에서 고용, 급여 및 하급자 관리 능력에 영향을 미칠 수 있는 부정적인 반응을 어떻게 경험하는 지를 밝혀왔다. Stephen Benard et al., Cognitive Bias and the Motherhood Penalty, H L.J. 1359 (2008) 참조; Stephen Benard, Written Testimony of Dr. Stephen Benard, U.S. Equal Emp't Opportunity Comm'n, <http://www.eeoc.gov/eeoc/meetings/2-15-12/benard.cfm> (최종 접속일 2014. 4. 29.) (동일한 여성이 임신하였을 때와 임신하지 않았을 때 어떻게 대우 받는지를 분석한 연구에 관하여 논의함); Sharon Terman, Written Testimony of Sharon Terman, U.S. Equal Emp't Opportunity Comm'n, <http://www.eeoc.gov/eeoc/meetings/2-15-12/terman.cfm> (최종 접속일 2014. 4. 29.); Joan Williams, Written Testimony of Joan Williams, U.S. Equal Emp't Opportunity Comm'n, <http://www.eeoc.gov/eeoc/meetings/2-15-12/williams.cfm> (최종 접속일 2014. 4. 29.) (변호단체로부터 지원을 구하는 임신부 근로자들이 신고한 경험의 유형에 관하여 논의함).

10) 42 U.S.C. § 12112.

11) ADA Amendments Act of 2008, Pub. L. No. 110-325, 122 Stat. 3553 (2008). ADA에 따른 “장애” 개념의 확장은 PDA에 의거한 차별적 처우의 주장이 이루어지는 경우 비교 대상이 되는 임신부 아닌 근로자 수를 증가시킴으로써 제한적인 조건을 가진 임신부 근로자가 임신을 하지 않았으나 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 다른 근로자들과 동일한 처우를 받도록 하는 PDA의 요건에도 영향을 미칠 수 있다.

대상과 PDA 위반이 나타날 수 있는 사례, 그리고 임신부 근로자가 임신을 하지 않았으나 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 다른 근로자들과 동일한 처우를 받도록 하는 PDA의 요건(특히 격무면제 및 휴가 정책에 관한 사항에 중점을 둠)에 관한 사항을 명시한다. 제2장은 ADA의 “장애” 개념의 확장이 임신과 관련한 장애를 가진 근로자에 미친 영향, 특히 임신과 관련한 장애를 가진 근로자들이 합리적인 편의에 대한 권리를 갖게 되는 것과 관련한 영향을 다루며, 임신부 근로자들에 도움이 될 수 있는 구체적인 편의에 관하여 설명한다. 제3장은 PDA 및 ADA와 관련하지 않은 것으로서 임신부 근로자들에 영향을 미치는 여타 요건을 다룬다. 제4장은 사용자들을 위한 모범 사례를 포함한다.

## I. 임신차별금지법(Pregnancy Discrimination Act, PDA)

### A. PDA 적용 범위

의회는 PDA를 통과시킴에 있어 “출산 과정과 관련한 모든 범위의 사안”에 근거한 차별을 금지하고자 하였으며<sup>12)</sup>, 여성에 “임신 이전, 임신 기간 동안 및 그 이후에 재정적으로 및 법적으로 보호받을 권리”를 부여하였다.<sup>13)</sup> 따라서 PDA는 고용, 해고, 승진, 건강보험 혜택 및 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 다른 근로자들로써 임신을 하지 않은 근로자들과의 동일한 처우 등을 포함하여 임신 및 고용과 관련한 모든 측면에 적용된다.

#### PDA의 적용 범위

제7장은 PDA 및 그 개정된 바에 따라 다음에 근거한 차별을 금지한다:

- 현재의 임신
- 과거의 임신
- 임신 가능성 또는 임신 계획
- 임신 또는 출산과 관련한 의학적 증상

#### 1. 현재의 임신

가장 익숙한 형태의 임신 차별은 현재의 임신 상태에 근거한 차별이다. 그와 같은 차별은 사용자가 여성이 임신하였음을 이유로 해당 근로자의 직무 수행 능력과 무관하게 채용을 거부하거나 해고하고 또는 그 외의 불리한 조치를 취하는 때 발생한다.<sup>14)</sup>

##### a. 임신 사실에 관한 사용자의 인지

불리한 조치를 취한 자가 근로자가 임신하였음을 인지하지 못한 경우, 고의적인 임신 차별은 성립하지 않는다.<sup>15)</sup> 그러나 결정권자가 불리한 조치를 취하기 이전에 근로자가 본인의 임신 사실을 결정권자

12) H.R. Rep. No. 95-948, 95th Cong., 2d Sess. 5, 5 U.S.C.C.A.N. 4749, 4753 (1978)에 재판됨.

13) 124 Cong. Rec. 38574 (daily ed. Oct. 14, 1978) (statement of Rep. Sarasin, a manager of the House version of the PDA).

14) 예시로, *Asmo v. Keane, Inc.*, 471 F.3d 588, 594-95 (6th Cir. 2006) 참조 (사용자가 임신 사실을 알게 된 시점과 해고 결정 사이의 밀접한 타이밍이 원고의 해고에 대한 사용자의 해명이 임신 차별에 의한 것인지에 관한 중대한 이슈를 발생시킴); *Palmer v. Pioneer Inn Assocs., Ltd.*, 338 F.3d 981, 985 (9th Cir. 2003) (원고가 원고의 상관이 경영자가 임신부를 고용하기 원하지 않음을 이유로 원고에 대한 일자리 제의를 철회한다고 밝혔음을 진술한 사건에서, 사용자에 대해 즉결심판이 인정되지 않음); *Cleveland Bd. of Educ. v. LeFleur*, 414 U.S. 642 (1974) 비교 참조 (임신한 교사들이 출산예정일로부터 4개월 전에 출산 휴가를 시작하여 출산으로부터 3개월이 지나기 전까지 복직할 수 없음을 규정한 주 규칙의 절차적법성이 부인되었음).

15) 예시로, *Prebilich-Holland v. Gaylord Entm't Co.*, 297 F.3d 438, 444 (6th Cir. 2002) 참조 (사용자가 불리

에 알리지 않았다고 하더라도, 예컨대 소문을 통해서 또는 임신 사실이 명백하게 드러났기 때문에 해당 사실을 인지하고 있었을 수 있다. 임신의 명백성은 “시기에 따라 및 각 관련 당사자에 따라 달라질 수 있기 때문에”<sup>16)</sup>, 사용자가 임신에 관하여 인지하고 있었는지 여부에 관한 문제가 발생할 수 있다.<sup>17)</sup>

**사례 1**  
**임신 사실의 인지**

Germaine이 그녀의 임신 사실을 알게 되었을 때, 그녀는 이 사실을 발표하는 경우 다가오는 입사 기념일에 보너스를 받게 될 기회에 영향을 미치게 될 것을 우려하여 이를 해당 시점에 경영진에 알리지 않기로 결정하였다. 임신 3개월이 되었을 때, Germaine의 상관은 그녀에게 보너스를 받지 못하게 될 것임을 알렸다. 임신이 명백하지 않았고 결정권자들은 보너스의 결정 당시 Germaine의 임신 사실에 대하여 인지하지 못하였음이 입증되었기 때문에, Germaine에 대해 임신 차별이 이루어졌다고 판단할 만한 합리적인 이유가 존재하지 않는다.

**b. 고정관념 및 억측**

많은 경우, 임신부의 직업 역량과 업무 수행 능력에 대한 고정관념 및 억측 때문에 임신부에 대한 불리한 처우가 발생한다. 예컨대, 사용자는 임신부가 출산한 이후에 근태 문제를 발생시키거나 퇴직할 것이라는 억측에 기반하여 그녀를 고용하는 것을 거부할 수 있다.

이와 같은 고정관념이나 억측에 근거한 고용 결정은 제7장에 위배된다.<sup>18)</sup> 대법원이 실시한 바와 같이, “사용자가 특정 근로자들이 해당 근로자 집단에 관한 고정관념에 일치한다고 추정하여 또는 그와 같이 주장하며 이들을 평가할 수 있었던 시대는 지나갔다.”<sup>19)</sup> 사용자가 무의식적으로 고정관념에 따

한 고용상 조치를 취한 당시 원고의 임신 사실을 인지하지 못하였던 경우 임신 차별이 성립하지 않음); Miller v. Am. Family Mut. Ins. Co., 203 F.3d 997, 1006 (7th Cir. 2000) (임신 차별에 대한 청구는 “[사용자]가 여성이 임신한 사실을 알지 못한 경우에는 [그녀가] 임신한 사실에 근거할 수 없음”); Haman v. J.C. Penney Co., 904 F.2d 707, 1990 WL 82720, \*5 (6th Cir. 1990) (미공간 판례) (피고는 결정권자가 원고의 임신 사실을 알지 못했기 때문에 원고의 해고는 그녀가 임신한 사실에 기초하지 않았음을 주장하였으나, 원고의 상관이 임신에 관하여 알고 있었고, 해고 결정에 중요한 영향력을 행사하였음이 입증됨).

16) Geraci v. Moody-Tottrup, Int'l, Inc., 82 F.3d 578, 581(3d Cir. 1996).

17) 예시로, Griin v. Sisters of Saint Francis, Inc., 489 F.3d 838, 844 (7th Cir. 2007) 참조 (원고가 해당 시기에 임신이 겉으로 드러났고 임부복을 입었으며 더 이상 임신을 감출 수 없었음을 주장한 사건에서 사용자가 원고의 임신을 인지하였는지 여부에 관한 논쟁이 발생함) 이와 유사하게, 과거의 임신 사실 또는 임신 계획에 대하여 인지하였는지 여부에 관한 논쟁이 발생할 수 있다. Garcia v. Courtesy Ford, Inc., 2007 WL 1192681, \*3 (W.D. Wash. Apr. 20, 2007) 참조 (미공간 판례) (상관이 해고 당시에 원고의 임신에 대하여 인지하지 못하였음에도 불구하고, 그가 해당 근로자에 임신 계획이 있었음을 인지한 사실에 대해 PDA에 따른 보호가 성립함).

18) 예시로, Asmo v. Keane, Inc., 471 F.3d, 594-95 참조 (근로자가 쌍둥이 임신 사실을 밝혔을 때 다른 동료들이 축하를 건넨 것과는 달리 매니저가 침묵한 사실, 쌍둥이 출산 이후 바쁜 출장 일정을 어떻게 관리할 것인지 그녀와 논의하지 않은 사실 및 이후의 근로 기간 동안 임신 사실에 관하여 언급하지 않은 사실은 차별적 적의의 증거로서 해석될 수 있고, 따라서 이는 이후 발생한 원고의 해고에 대한 동기로 해석될 수 있음); Laxton v. Gap Inc., 333 F.3d 572, 584 (5th Cir. 2003) (상관이 원고의 임신 발표에 대해 부정적으로 반응하고 출산 시기에 대체 근로를 사용하여야 하는 것에 대한 우려를 표시한 사건에서, 위 상관이 해당 근로자가 임신으로 인하여 업무를 이행하는 것이 불가능할 것이라는 고정관념적인 억측을 품고 있었다고 합리적으로 추론됨); Wagner v. Dillard Dep't Stores, Inc., 17 Fed. Appx. 141, 149 (4th Cir. 2001) (미공간 판례) (원고가 그녀의 임신 또는 예정된 출산으로 인하여 출근하지 못하거나 출근하지 않을 것이라는 피고의 고정관념적인 억측이 입증되지 않음); Maldonado v. U.S. Bank, 186 F.3d 759, 768 (7th Cir.1999) (사용자는 “단순히 임신부 근로자가 그 직무에 기대되는 역량을 발휘하지 못할 것임을 ‘예측하였음’을 이유로” 해당 근로자를 해고할 수 없음); Duneen v. Northwest Airlines, Inc., 132 F.3d 431, 436 (8th Cir. 1998) (사용자가 근로자가 임신과 관련한 합병증으로 업무를 수행하지 못할 것임을 예측하여 복직을 허가하지 않은 사건에서, 차별의 증거가 입증됨).

19) Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228, 251 (1989) (상대적 다수의견).

라서 또는 사용자의 최선의 이익에 부합하도록 행위하는 것이라 믿으며 그와 같은 결정을 내린 경우에도 이는 불법이다.

### 사례 2 고정관념 및 억측

Maria가 자신의 임신 사실을 상관에 알리고 나서 3개월 이후, 임신과는 무관한 질병으로 인하여 며칠 결근하였다. 얼마 후, 그녀는 임신 합병증으로 인하여 추가 2일 동안 결근하게 되었다. Maria가 복귀하자, 그녀의 상관은 그녀의 몸에 문제가 생긴 것 같으며 출결 문제를 발생시키지 않는 사람이 필요하다고 말했다. 다음 날, Maria는 해고되었다. 조사를 통해 Maria의 출근기록은 임신부가 아닌 동료 근로자들과 비슷하거나 더 나은 것으로 밝혀졌다. 그녀의 해고는 Maria의 실제 출근기록에 근거한 것이라기보다는 임신부 근로자들의 근태에 관한 상관의 고정관념에 비롯된 것으로 결론짓는 것이 합리적이며, 이는 따라서 불법이다.<sup>20)</sup>

### 사례 3 고정관념 및 억측

임신 사실이 겉으로 드러나는 Darlene은 캠프지정지의 사무관리자 자리에 지원한다. 면접관은 7월과 8월이 1년 중 가장 바쁜 달이라고 말하며 그녀에게 해당 기간 동안 근무할 수 있을지를 질문한다. Darlene은 9월 말에 출산을 예정하고 있으며 출산일 직전까지 근무할 계획이라고 답변한다. 면접관은 캠프지정지 측은 그녀가 위 시기보다 이르게 근로를 중단하기로 결정하는 위험을 감수할 수 없으며 따라서 그녀를 고용할 수 없다고 설명한다. 이런 점에서, 캠프지정지 측에 의한 Darlene의 고용 거부는 임신 차별을 성립시킨다.

## 2. 과거의 임신

근로자는 과거의 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 근거한 차별을 주장할 수 있다. PDA는 구제 신청이 현재의 임신에 근거하여야 할 것이라고 제한하지 않는다. 어느 한 법원이 판시한 바와 같이, “사용자가 여성을 임신 기간 동안 해고하는 것을 금지하면서 출산 이후 그녀를 해고할 수 있도록 하는 경우, 그와 같은 해고가 애초에 해당 여성이 임신을 한 것에서 비롯된 것이라면 이는 어불성설이라 할 것이다.”<sup>21)</sup>

신청인의 과거 임신 사실과 문제된 행위와의 인과 관계는 둘 사이의 타이밍이 밀접한 경우에 입증될 가능성이 더 높다.<sup>22)</sup> 예컨대, 근로자가 임신과 관련한 휴직 기간 (즉, 임신 또는 산후조리를 이유로 제공되는 휴가) 또는 육아 휴직 기간 (즉, 신생아 또는 입양아와의 애착관계 형성 및/또는 양육을 위하여 제공되는 휴가) 동안에 해고되었고, 그에 관한 사용자의 해명이 납득되지 않는 경우, 제7장 위반이 성립할 수 있다.<sup>23)</sup>

20) 위 사실관계는 Troy v. Bay State Computer Group, Inc., 141 F.3d 378 (1st Cir. 1998) 사건에서 가져왔다. 법원은 Troy 사건에서 해고사유는 실제 출근기록이 아니라 임신에 관한 고정관념이었다고 판단한 배심원단의 판단이 합리적이라고 판단하였다. Joan Williams, Written Testimony of Joan Williams, supra note 9 참조 (고정관념의 증거가 될 수 있는 사례를 논의함).

21) Donaldson v. Am. Banco Corp., Inc., 945 F. Supp. 1456, 1464 (D. Colo. 1996); Piraino v. Int'l Orientation Res., Inc., 84 F.3d 270, 274 (7th Cir. 1996) 참조 (관련 행위가 원고의 출산 이후 발생한 경우 임신 차별은 증명되지 않는다는 피고의 “놀라운 주장”을 기각함); Pacourek v. Inland Steel Co., 858 F. Supp. 1393, 1402 (N.D. Ill. 1994) (Legislative History of the PDA, 124 Cong. Rec. 38574 (1978) 인용) (“PDA는 여성에 ‘임신 이전, 임신 기간 동안 및 그 이후에 재정적으로 및 법적으로 보호받을 권리’를 부여한다.”).

22) 예시로, Neessen v. Arona Corp., 2010 WL 1731652, \*7 (N.D. Iowa 2010. 4. 30.) 참조 (원고는 일자리에 지원한 시점에서 근태에 임신 및 출산하였기 때문에 피고가 원고를 고용하지 않은 것과 관련하여 원고는 PDA의 보호 대상에 속하였음).

#### 사례 4

#### 임신 기간 또는 육아 휴직 기간 동안의 불법 해고

Teresa가 상관에게 그녀의 임신 사실을 알린 직후, 상관은 Teresa와 그녀의 업무성과에 관한 문제를 논의했다. Teresa는 회사에서 근무한 8년 동안 지속적으로 뛰어난 업무평가를 받아왔다. 그러나 상관은 처음으로 Teresa에게 그녀가 불량한 태도를 보이고 있으며 고객들에 형편없는 서비스를 제공했다고 비난하였다. Teresa가 임신과 관련하여 질병 휴가를 시작한 때로부터 2주 후에, 사용자는 낮은 성과를 이유로 그녀를 해고하였다. 사용자에는 고객이 제기한 불만사항이라거나 기타 낮은 성과를 증명하는 어떠한 증거도 없었다. Teresa가 임신을 통보하기 이전 뛰어난 업무평가에 대한 증거와 이후의 낮은 성과와 관련한 증거의 부재, 그리고 해고의 시기는 불법한 임신 차별 성립의 증거가 될 수 있다.

임신, 출산 또는 관련 질병이 그와 같은 행위의 동기가 되었다는 증거가 있는 경우에는 신청인의 임신과 문제가 된 행위 사이의 시간적 간격이 길다고 하여도 무조건적으로 임신 차별이 성립하지 않게 되지는 않는다.<sup>24)</sup> 근로자의 임신에 뒤이어 발생한 불리한 처우가 근로자가 새로이 부담하게 되는 양육 책임에 의한 것이 아니라 임신에 근거한 것인지 여부를 결정하는 것은 어려울 수 있다. 문제의 행위가 근로자의 양육 책임에 근거한 것이라면, 근로자의 성별 또는 기타 보호되는 특성이 사용자의 행위의 동기가 되었다는 증거가 있는 경우 제7장 위반이 성립할 수 있다.<sup>25)</sup>

### 3. 임신 가능성 또는 임신 계획

대법원은 제7장은 “사용자가 임신이 가능하다는 것을 이유로 여성을 차별하는 것을 금지한다”고 판결하였다.<sup>26)</sup> 따라서, 여성이 임신할 수 있음을 이유로 직업의 기회나 혜택과 관련하여 차별되어서는 아니 된다.

#### a. 임신 가능성에 근거한 차별

대부분의 경우, 근로자나 태아에 발생할 수 있는 위험에 관한 사용자의 우려가 임신 가능성이 있는 여성을 대상으로 하는 직무에 대한 성별 특정한 제한을 정당화하지 않는다.<sup>27)</sup> 대법원은 이와 같은 원칙에 의거하여 배터리 제조사가 납 농도가 과도하다고 규정되어 태아를 위험에 노출시킬 수 있는 직무로부터 가임 여성들을 광범위하게 배제하였으나 -가임 남성들은 그와 유사한 정도로 배제하지 않음-

23) 예시로, *Shafir v. Ass'n of Reform Zionists of Am.*, 998 F. Supp. 355, 363 (S.D.N.Y. 1998) 참조 (원고가 육아 휴직 기간 동안 해고되어 임신하지 않은 다른 여성이 그 자리를 대체하게 되었고, 그녀의 상관은 원고가 명령에 따르지 못할 것임을 알면서도 휴직 기간이 종료되기 이전에 그녀에 복직을 명하였으며, 그녀가 출산 이후 근로를 계속할 의사나 능력이 있는지에 관한 의혹을 표시한 사건에서, 원고가 임신 차별에 관한 청구를 계속하는 것을 허용함).

24) *Solomen v. Redwood Advisory Co.*, 183 F. Supp. 2d 748, 754 (E.D. Pa. 2002) 참조 (“원고가 불리한 고용상 조치가 이루어진 당시 또는 그와 비슷한 시기에 임신하지 않은 경우, 명백한 판결을 이끌어 내기 위해서는 추가적인 입증 필요하다.”).

25) 양육 책임을 부담하는 근로자들에 대한 불리한 처우에 관한 논의는 Section I B.1.b., 이하; the EEOC’s Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities (May 23, 2007)(<http://www.eeoc.gov/policy/docs/caregiving.html>(최종 접속일 2014. 5. 5.))에서 확인 가능; 및 EEOC’s Employer Best Practices for Workers with Caregiving Responsibilities (<http://www.eeoc.gov/policy/docs/caregiver-best-practices.html>(최종 접속일 2014. 5. 5.))에서 확인 가능을 참조한다.

26) *Int’l Union, United Auto., Aerospace & Agric. Implement Workers of Am. v. Johnson Controls*, 499 U.S. 187, 206 (1991); *Kocak v. Cmty. Health Partners of Ohio*, 400 F.3d 466, 470 (6th Cir. 2005) 참조 (“원고의 임신을 이유로 그녀의 고용을 거부할 수 없다.”); *Krauel v. Iowa Methodist Med. Ctr.*, 95 F.3d 674, 680 (8th Cir. 1996) (“여성만이 임신을 할 수 있기 때문에 임신 가능성은 성별과 관련한 의학적 상태이다.”).

27) *Johnson Controls*, 499 U.S., 206.

으로써 제7장을 위반하였다고 판결하였다.<sup>28)</sup>

법원에 따르면, 이와 같은 정책은 “특정 직무를 위하여 생식 보전에 미치는 위험을 감수하고자 하는지 여부에 관하여” 가입 남성들에게는 주어진 선택의 기회를 가입 여성들에게는 인정하지 않았기 때문에 성별에 근거한 표면상의 분류를 만들어 냈다.<sup>29)</sup> 이에 따라 해당 정책의 정당성은 사용자가 여성의 불임이 진정한 진정직업자격(BFOQ)에 해당하였음을 증명하는 경우에 한하여 입증될 수 있다.<sup>30)</sup> 법원은, “태어날 아이의 복지에 관한 사항은 그 부모를 고용하고 있는 사용자가 결정하는 것이 아니라, 아이를 임신, 출산 및 양육할 부모가 결정하도록 하여야 한다” 고 설명하였다.<sup>31)</sup>

## b. 임신 계획에 근거한 차별

제7장은 위와 유사하게 사용자가 근로자의 임신 계획에 근거하여 해당 근로자를 차별하는 것을 금지한다.<sup>32)</sup> 어느 한 법원이 판시한 바와 같이, “근로자에 임신 계획이 있거나 근로자가 임신하고자 하고 또는 단순히 그에 임신할 가능성이 있다는 것을 이유로 해당 근로자를 차별하는 것은 불법 차별에 해당한다.”<sup>33)</sup> 또한, 제7장은 사용자가 근로자의 가족사항이나 자녀계획에 근거하여 남성과 여성을 차별적으로 대우하는 것을 금지한다.

제7장은 임신에 근거한 차별을 금지하고 있기 때문에, 사용자는 구직자나 근로자에 임신 계획이 있는지를 질문하여서는 아니 된다. 이후 사용자가 임산부 근로자에 영향을 미치는 불리한 인사결정을 하는 경우, EEOC는 일반적으로 그와 같은 질문을 임신 차별의 증거로 간주할 것이다.<sup>34)</sup>

28) 전계서, 209.

29) 전계서, 197; *Spees v. James Marine, Inc.*, 617 F.3d 380, 392-94 (6th Cir. 2010) 참조 (사용자가 용접으로 인하여 미칠 수 있는 위험성을 이유로 임산부 용접공을 공구실로 불법하게 인사 이동시킨 것인지 여부에 관하여 핵심사안에 대한 본질적 문제의 존재를 확인함); *EEOC v. Catholic Healthcare West*, 530 F. Supp. 2d 1096, 1105-07 (C.D. Cal. 2008) (임산부 간호사가 특정 의료행위를 수행하는 것을 금지하는 병원의 정책은 표면적 차별에 해당함); *Peralta v. Chromium Plating & Polishing*, 2000 WL 34633645 (E.D.N.Y. 2000. 9. 15.) (미공간 판례) (원고가 의사로부터 원고가 근로로 인하여 원고 자신이나 태아의 생명에 위험이 발생할 수 있다는 소견서를 제출한 것이 아닌 이상, 사용자는 원고에 금속부의 포장 및 검사를 중단하도록 지시함으로써 제7장을 위반하였음).

30) *Johnson Controls*, 499 U.S., 200면. BFOQ 항변에 관한 논의는, Section I B.1.c., 이하 참조.

31) 전계서, 206.

32) 근로자의 명시적 또는 묵시적 임신 계획에 근거한 차별의 증거를 확인하는 사건들에 관하여, *Walsh v. National Computer Sys, Inc.*, 332 F.3d 1150, 1160 (8th Cir. 2003) 참조 (상관이 육아 휴직에서 복귀한 원고에게 동료의 임신에 관하여 말하는 도중에 “다음엔 당신이 될 것 같아요.” 라고 얘기한 사실; 원고가 남편과 휴가를 보내고 복귀하자 “Garrett [원고의 아들] 동생이 생기겠어요.” 라고 얘기한 사실; 및 원고가 직장에서 쓰러졌을 때 “또 임신한 게 아니길 바래요!” 라고 얘기한 사실에 근거하여 임신 차별에 관한 원고의 주장을 인용하고 그에 보상을 명령함); *Santiago-Ramos v. Centennial P.R. Wireless Corp.*, 217 F.3d 46, 55-6 (1st Cir. 2000) (매니저가 원고가 둘째를 임신할 수 있는 가능성에 대하여 우려를 표시한 사실과 성 편견의 여타 증거 및 해고에 관한 정당한 사유의 부재는 해고가 부당한 것이었는지 여부에 관하여 핵심사안에 대한 본질적 문제의 존재를 확인함).

33) *Pacourek v. Inland Steel Co.*, 858 F. Supp. 1393, 1401 (N.D. Ill.1994); 및 *Batchelor v. Merck & Co., Inc.*, 651 F. Supp. 2d 818, 830-31(N.D. Ind. 2008) 참조 (상관이 원고가 첫 자녀를 계획하고 있다고 의사표시한 것에 근거하여 원고를 차별한 사건에서, 원고는 PDA에 따른 보호의 적용 대상으로 판단됨); *Cleese v. Hewlett-Packard Co.*, 911 F. Supp. 1312, 1317-18 (D. Or. 1995) (피고가 원고의 임신 계획을 인지하고 그로 인해 원고를 차별한 사건에서, 원고는 PDA에 따른 보호의 적용 대상으로 판단됨).

34) ADA에 따른 금지된 의료 정보의 조회에 관한 정보와 관련하여, Section II, 이하 참조.

**사례 5**  
**임신 계획에 근거한 차별**

Anne은 2세 아들을 둔 고위직 임원으로 매니저에 본인이 임신을 계획하고 있음을 알렸다. 매니저는 불쾌감을 표시하며, 임신이 그녀의 직무 역량에 방해가 될 수 있다고 말했다. 2주 후, Anne은 급여가 낮고 관리책임을 수반하지 않는 낮은 지위로 강등되었다. 사용자는 Anne의 EEOC 구제 신청에 대한 답변으로, Anne이 업무를 효과적으로 할당하지 못했기 때문에 Anne을 강등하였다고 주장하였다. Anne의 지속적으로 뛰어난 업무평가를 받아왔고, 그와 같은 문제점은 지적된 바 없다. 강등의 시기와 Anne의 사실 공개에 대한 매니저의 반응 및 사용자의 해명에 배치되는 서면 증거는 사용자가 불법차별을 행하였음을 명백하게 하였다.

**c. 불임치료에 근거한 차별**

불임치료와 관련한 인사결정은 제한적인 상황에서 제7장과 관련한다. 인공수정은 본질적으로 여성의 가임능력과 결부되기 때문에, 예컨대 근로자가 그 시술을 위하여 시간을 할애하는 것을 이유로 그를 불리하게 처벌하는 경우 불법적인 성차별의 문제가 발생할 수 있다.<sup>35)</sup> 그와 반대로 사용자 제공의 건강보험에서 불임을 제외한 것과 관련하여, 법원은 일반적으로 모든 근로자들을 대상으로 불임을 건강보험에서 제외하는 것은 성중립적이며 제7장에 위배되지 않는다고 판단해 왔다.<sup>36)</sup> 제7장은 특정 성별만을 대상으로 적용되는 치료를 제외하는 것과 관련할 수 있다.<sup>37)</sup>

**d. 피임 사용에 근거한 차별**

구체적인 상황에 따라, 여성 근로자의 피임 사용에 근거한 인사결정은 성별 및/또는 임신에 근거한 불법 차별에 해당할 수 있다. 피임은 여성이 가임능력을 제어할 수 있도록 하는 수단이므로, 제7장에 따라 임신 가능성에 근거한 차별을 금지하는 것은 여성의 피임 사용과 관련한 차별의 금지를 필연적으로 포함한다.<sup>38)</sup> 예컨대, 여성 근로자가 피임을 사용하였다는 것을 이유로 해고할 수 없다.<sup>39)</sup>

35) Hall v. Nalco Co., 534 F.3d 644, 648-49 (7th Cir. 2008) 참조 (체외수정을 위해 휴가를 낸 것을 이유로 해고된 근로자는 불임과 관련한 성중립적 조건에 근거하여 해고된 것이 아니라 특정 성별의 가임능력을 근거로 해고된 것임); Pacourek, 858 F. Supp., 1403-04 (원고가 체외수정을 시도하고 있던 기간 동안 사용자가 회사의 질병 휴가 정책을 원고에 차별적으로 적용하였음을 주장하며 제7장에 의거한 청구를 제기함). 장애로서의 불임 또는 장애로 인한 불임은 주요한 생식 생활을 상당부분 제한할 수 있고 따라서 장애에 포함될 수 있기 때문에, 불임에 근거한 인사결정은 장애인법과도 관련할 수 있다. ADA의 적용 범위에 관한 자세한 논의는 Section II, 이하를 참조한다.

36) Saks v. Franklin Covey, Inc., 316 F.3d 337, 346 (2d Cir. 2003) 참조 (“불임은 남성과 여성에게 동일한 빈도로 발생하는 의학적 조건이다.”); Krauel v. Iowa Methodist Med. Ctr., 95 F.3d 674, 680 (8th Cir. 1996) (“불임 치료에 대한 보험의 적용을 제외하는 정책은 여성과 남성 근로자 모두에게 적용되는 것이기 때문에, 성중립적이므로” 제7장에 위배되지 않음); Int’l Union, United Auto., Aerospace & Agric. Implement Workers of Am. v. Johnson Controls, 499 U.S. 187, 198 (1991) 참조 (사용자의 정책이 “불임만을 근거로 한 것이라기보다는” 성별 및 가임능력을 근거로 하여 허용될 수 없다고 판단됨).

Krauel 사건에서 제8순회법원은 원고가 불임치료에 관한 혜택을 적용한 것은 여성에게 차별적인 영향을 미친다고 주장하였으나, 여성 피보험자들이 그 제외로부터 차별적으로 피해를 입었음을 증명하는 통계 자료를 제공하지 못하였기 때문에 그와 같은 원고의 주장을 기각하였다. 95 F.3d, 681; Saks, 316 F.3d 347 참조 (인공수정 시술에 대한 보험 적용의 제외는 그와 같은 시술이 남성과 여성 모두에게 이루어지는 것으로서, 그 제외로 인하여 남성과 여성 근로자 모두 동등하게 불이익을 받게 되는 것이기 때문에 여성 근로자에 대한 차별이라 할 수 없음).

37) 예시로, Commission Decision on Coverage of Contraception (2000. 12. 14.) 참조 (여성에게 대해서만 피임제 처방이 이루어질 수 있기 때문에, 사용자가 이를 보험 적용대상에서 제외하는 것은 성별에 근거한 배제에 해당함)(<http://www.eeoc.gov/policy/docs/decision-contraception.html>(최종 접속일 2014. 5. 5.))에서 확인 가능).

38) 전게서; Cooley v. DaimlerChrysler Corp., 281 F. Supp. 2d 979, 984 (E.D. Mo. 2003) 참조 (“여성만이 임신할 수 있기 때문에, 여성이 가임능력을 제어할 수 있도록 하는 처방약의 보험 적용을 제외하는 것은 본질적으로 성별에 근거한 제외에 해당한다.”); Erickson v. Bartell Drug Co., 141 F. Supp. 2d 1266, 1271-72 (W.D. Wash. 2001) (피임제 처방을 사용자의 일반적인 종합 보험 제도의 적용으로부터 제외하는 것은 PDA에 위배됨) In re Union Pac. R.R. Employment Practices Litig., 479 F.3d 936, 942 (2007) 사건에서 “피임은 임신 이전에만 이루어지는 시술이기 때문에” “임신과 관련” 되지 않는다는 제8순회법원의 주장은 PDA가 임신 가능성에 대해서도 적용된다는 Johnson Controls 판결에 위배되기 때문에 설득력이 떨어

사용자는 피임제가 피임을 목적으로 처방되는지 또는 기타 의학적 목적으로 처방되는지 여부와 무관하게 건강보험으로부터 피임제 처방을 제외함으로써 제7장을 위반하게 될 수 있다.<sup>40)</sup> 피임제 처방은 여성에 대해서만 이루어질 수 있기 때문에, 건강보험이 종합적인 보험 혜택을 제공하면서 피임제 처방을 제외하는 경우, 성별에 근거하여 여성을 표면적으로 차별하는 것이 될 수 있다.<sup>41)</sup> 제7장에 따라, 사용자의 건강보험제도는 피임제 처방을 처방 약, 기구 및 임신 이외의 질환을 예방하기 위해 사용되는 서비스와 동일하게 적용 범위에 포함시켜야 한다.<sup>42)</sup> 예컨대, 사용자의 건강보험 제도가 백신, 신체검사, 혈압이나 콜레스테롤을 낮추기 위한 처방약 및/또는 예방적 치아 관리 등과 같이 임신 이외의 의학적 질환에 대한 예방적 관리를 포함하고 있다면, 피임제 처방에 대해서도 보험을 적용하도록 하여야 한다.

#### 4. 임신 또는 출산과 관련한 의학적 증상

##### a. 개요

제7장은 임신, 출산 또는 그와 관련한 증상에 근거한 차별을 금지한다. 따라서, 사용자는 임신이나

어진다.

- 39) 종교자유회복법(The Religious Freedom Restoration Act, RFRA)은 법률이 어느 종교 관행이 실질적으로 부담을 주고, 정부가 그와 같은 법률의 적용이 정부의 이익을 더욱 증진할 수 있으며 이는 이익을 증진시키기 위한 최소한의 제한적 조치를 설득력 있게 증명하지 못하는 경우, 법률이 종교에 대한 일반적 적용가능성과 중립성을 갖고 있더라도 연방법으로부터 종교적 면제를 받을 수 있도록 한다. 42 U.S.C. § 2000bb-1. 대법원은 2014년 6월에 판결이 이루어진 *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, --- U.S. ---, 134 S. Ct. 2751 (2014) 사건에서, 종교적인 이유로 소유주가 특정 유형의 피임에 관한 사항을 적용하는 것을 거부하는 가족지배의 영리법인에 대하여 적용되는 환자보호 및 부담적정보험법(Patient Protection and Affordable Care Act)에 따른 피임 의무는 RFRA에 위배된다고 판결하였다. 대법원은 그와 같은 사업의 소유주들이 피임 의무가 헌법상 종교활동의 자유 조항(Constitution's Free Exercise Clause)에 의거한 그들의 권리에 위배됨을 주장할 수 있는지에 관한 문제까지는 다루지 않았다. 본 시행 가이드라인은 제7장에 따른 임신 차별의 금지에 관하여 설명하는 것으로서; 특정 사용자들이 수정헌법 제1조(First Amendment) 또는 RFRA에 따라 제7장의 요건을 면제받을 수 있는지에 관한 사항은 다루지 않는다.
- 40) 예시로, Commission Decision on Coverage of Contraception, *supra* note 37 참조; 또한 Section 2713(a)(4) of the Public Health Service Act, as amended by the Patient Protection and Affordable Care Act, PL 111-148, 124 Stat. 119 (2010) 참조 (비종업원 그룹 또는 개인을 대상으로 하는 보험은 비용분담 없이 여성을 위한 예방적 건강보험 서비스를 제공할 것을 요함) 2011. 8. 1., 보건자원서비스국(Health Resources and Services Administration)은 피임 관련 보험 서비스가 여성을 위한 예방적 건강보험 서비스에 포함되도록 할 것을 요구하는 가이드라인을 발표하였다. 이 요건은 2012. 8., 갱신이 이루어진 최신의 보험 제도에 적용되었다. 26 C.F.R. § 54.9815-2713T(b)(1); 29 C.F.R. § 2590.715-2713(b)(1); 45 C.F.R. § 147.130(b)(1) (보험제도 및 보험사들은 새로운 권고가 발표된 날 또는 그로부터 1년 이후의 첫 번째 년도부터 새로이 권장된 예방적 보험 서비스의 적용을 시작하여야 함) 재무부, 노동부 및 보건복지부는 피임에 관한 보험 적용 범위, 적격 단체들이 수립 또는 가입하여야 할 그룹형 건강보험의 피임에 관한 적용 요건 (및 그와 관련하여 제공되는 그룹형 건강보험의 적용 범위)과 적격 고등 교육 기관 단체들이 마련한 학생 건강보험의 적용 범위에 대하여 종교적 사용자들을 위한 면제의 기준을 명확히 하는 규정을 발표하였다. 환자보호 및 부담적정보험법에 따른 특정 예방적 서비스에 대한 보험 적용 (Coverage of Certain Preventive Services Under the Affordable Care Act), 78 Fed. Reg. 39869 (2013. 7. 2.) (26 C.F.R. Part 54; 29 C.F.R. Parts 2510 and 2590; 45 C.F.R. Parts 147 and 1560으로 입법). 단, *supra* note 39 참조.
- 41) Commission Decision on Coverage of Contraception, *supra* note 37; *Erickson*, 141 F. Supp. 2d, 1272 참조 (“처방된 피임제는 여성만이 사용할 수 있다는 점에서, 그 보험적용을 일반적 보험 혜택으로부터 제외하기로 한 [피고의] 결정은 차별에 해당한다.”).
- 42) *supra* note 37 참조. 위원회는 피임이 남성과 여성 모두에게 적용되기 때문에 성중립적이라는 *In re Union Pac. R.R. Employment Practices Litig.*, 479 F.3d 936 (8th Cir. 2007) 사건의 판결에 동의하지 않는다. 법원은 피임에 관한 EEOC의 결정은 정관절제술 및 난관절찰술은 포함시키면서 피임제 처방은 제외한 건강보험 정책에 관한 것이었던 반면, *Union Pacific* 사건의 사용자는 다른 의학적 목적이 아닌 피임만을 목적으로 하는 외과적 피임술 및 피임제 처방과 관련하여 여성과 남성 모두의 피임에 관한 사항을 제외하였다는 점에 주목함으로써 위원회의 결정을 구분 지었다. 그러나 EEOC의 결정은 문제의 보험 정책이 정관절제술 및 난관절찰술을 포함하였다는 사실에 기초한 것이 아니었다. 위원회는 다른 의학적 질환을 예방하기 위하여 사용되는 약과 기구에 대해서는 보험 혜택을 제공하는 것과 달리 피임제 처방에 대해서는 보험 적용을 제외한 사실은 그와 같은 피임제 처방이 여성에 대해서만 이루어지기 때문에 성별에 근거한 제외라고 추론하였다. *Union Pacific*, 479 F.3d, 948-49 (Bye, J., dissenting) 참조 (피임은 “계획에 없던 임신으로 인한 건강상의 부담을 고려하였을 때 특정 성별을 대상으로 하는 여성의 문제이며”; 따라서 각 성별에 제공되는 예방적인 건강보험 적용 범위에 대해 적절한 비교가 이루어져야 함).

출산과 관련한 의학적 증상을 가진 여성을 차별할 수 없으며, 이들을 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상의 영향을 받지 않는 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 다른 사람들과 동일하게 처우하여야 한다.<sup>43)</sup>

**사례 6**  
**휴가 정책의 일괄적 적용**

Sherry는 임신과 관련한 증상으로 질병 휴가를 사용하였다. 사용자는 1년 미만을 근로한 근로자들에게 4주의 질병 휴가를 제공하고 있었다. Sherry는 근로한지 6개월 밖에 되지 않았고, Sherry가 4주의 휴직 기간 이후 복귀하지 않자 해고되었다. Sherry는 사용자가 그녀의 임신에 근거하여 그녀를 해고하였다고 주장하였으나, 사용자는 의학적 증상이나 성별과 무관하게 휴가 정책을 일괄적으로 적용하였음이 입증되었고, 따라서 불법에 해당하는 사용자의 차별적 처우가 성립하지 않았다.<sup>44)</sup>

제7장은 또한 임신과 관련한 증상에 대해서도 다른 의학적 증상에 대해 제공하는 것과 동일한 혜택을 제공할 것을 요구한다.<sup>45)</sup> 법원은 제7장에 따른 성별 및 임신에 근거한 차별의 금지는 근로자의 자녀에 대한 의료 급여와 관련한 비용에 근거한 인사결정에는 적용되지 않는다고 판단해 왔다.<sup>46)</sup> 그러나 임신과 관련한 근로자의 장애나 근로자 자녀의 장애로부터 발생하는 보험료를 회피하기 위하여 근로자를 해고하는 것과 같은 불리한 인사결정은 근로자 또는 근로자 자녀의 장애가 ADA에 따른 “장애”의 범위에 해당하는 경우에는 ADA 제1장의 위반에 해당할 수 있다.<sup>47)</sup> 이는 또한 유전자정보차별금지법(Genetic Information Nondiscrimination Act, GINA)<sup>48)</sup> 제2장 및/또는 근로자퇴직소득보장법(Employee

43) 예시로, *Miranda v. BBII Acquisition*, 120 F. Supp. 2d 157, 167 (D. Puerto Rico 2000) 참조 (원고가 상판에 게 임신과 관련한 합병증으로 인하여 질병 휴가 기간을 연장해야 할 필요가 있다고 말한지 약 1시간 30분 후에 해고가 이루어졌고, 근로자의 해고를 결정하는 것에 사용되는 절차를 증빙하는 문서가 존재하지 않으며, 최초로 폐지하기로 결정된 자리는 원고의 지위가 아니었던 사건에서, 원고의 해고가 차별적이었는지 여부에 관하여 핵심사안에 대한 본질적 문제의 존재를 확인함).

44) 본 예시의 사실관계는 *Kucharski v. CORT Furniture Rental*, 342 Fed. Appx. 712, 2009 WL 2524041 (2d Cir. Aug. 19, 2009) (미공간 판례) 사건에서 가져왔다. Although the plainti in *Kucharski* 사건에서 원고가 차별적 영향을 주장하지는 않았으나, 제한적인 질병 휴가 정책이 임신부 근로자들에 차별적 영향을 미친다는 주장이 이루어질 수 있었을 것이다. 차별적 영향에 관한 논의는 Section I B.2., 이하를 참조한다.

사용자가 Sherry가 1년 미만으로 근로한 사실을 이유로 Sherry에 추가적으로 휴직 기간을 부여하는 것을 거부하면서 Sherry와 업무에 대한 능력 또는 무능력이 유사한 임신부가 아닌 다른 근로자들에 대해 정책에 대한 예외를 적용하였다면, PDA 위반이 될 수 있다. Section I C., 이하 참조. 또한, 임신과 관련한 증상이 ADA에 따른 장애의 범위에 속하게 되는 경우, 사용자는 근로자가 근로한 기간이 6개월에 불과하다더라도 과도한 어려움을 겪지 않도록 휴직 기간을 최대 4주 연장하는 합리적인 편의를 제공하여야 할 것이다. Section II B., 이하 참조.

45) 건강보험과 관련한 PDA 요건에 관한 논의는, Section I C.4., 이하를 참조한다.

46) *Fleming v. Ayers & Assocs.*, 948 F.2d 993, 997 (6th Cir. 1991) (“법문상 ‘관련 의학적 증상으로 인한 영향을 받은 여성’은 임신부의 관련 의학적 증상을 의미하는 것이지 그 결과로 나온 자녀의 의학적 질환을 의미하는 것이 아니다. 남성과 여성 모두 그 결과로 나온 자녀의 의학적 질환으로부터 ‘영향’을 받게 된다.”); *Barnes v. Hewlett Packard Co.*, 846 F. Supp. 442, 445 (D. Md.1994) (“요컨대, 명백히 성별에 기초한 특성을 갖는 - 임신 및 출산 직후에 관한 요건이 종료하고 성증립적 특성을 갖는 양육활동이 시작되는 시기가 있다는 것이다.”).

47) 42 U.S.C. § 12112(b)(3), (4); Appendix to 29 C.F.R. § 1630.15(a) 참조 (“근로자 개인의 장애가 사용자의 현 보험 정책에 포함되어 있지 않다거나 사용자의 보험료 또는 산재보상금의 인상을 초래하지 않는다는 사실은 장애를 가진 근로자에 차별적 처우를 하는 이유를 정당화하지 않는다.”); EEOC Interim Enforcement Guidance on the Application of the Americans with Disabilities Act of 1990 to Disability-Based Distinctions in Employer Provided Health Insurance (1993. 6. 8.) (<http://www.eeoc.gov/policy/docs/health.html>에서 확인 가능)(최종 접속일 2014. 5. 5.) (“장애를 가진 근로자의 고용에 관한 결정은 근로자의 장애에 관한 사용자의 건강보험 제도의 영향에 관한 사항에 영향을 받지 아니한다.”); *Trujillo v. PacifiCorp*, 524 F.3d 1149, 1156-57 (10th Cir. 2008) 참조 (근로자들이 아들의 암으로 인하여 건강보험료 비용이 크게 늘어나자 사용자가 자신들을 해고하였다고 주장함); *Larimer v. Int’l Bus. Machs. Corp.*, 370 F.3d 698, 700 (7th Cir. 2004) (근로자와 관련된 자의 장애로 인하여 의료비용이 증가하게 되자 해당 근로자에 불리한 조치를 취하는 것은 ADA의 연계를 이유로 한 차별에 해당함).

48) 2008년 유전자정보차별금지법(Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008 (GINA), 42 U.S.C. § 2000 et seq., GINA) 제2장은 인사결정이 구직자나 근로자의 유전자 정보에 근거하는 것을 금지한다. 유전

## b. 수유 및 모유영양에 근거한 차별

수유하는 여성 근로자에 대한 차별이 제7장과 관련할 수 있는 다양한 상황이 있을 수 있다. 수유, 즉, 출산 후 모유의 분비는 호르몬으로 인해 발생하는 생리적 현상이다.<sup>50)</sup> 수유는 임신과 관련한 의학 적 증상이기 때문에, 수유하는 근로자들을 불리하게 대우하는 것과 관련하여 불법 차별의 문제가 발생 할 수 있다.<sup>51)</sup> 예컨대, 매니저가 어느 근로자의 모유수유를 이유로 그녀를 강등시켰다고 말하는 경우, 이에 관하여 그와 같은 강등은 임신과 관련한 의학 적 증상인 수유를 근거로 불법적으로 이루어진 것이 라는 주장이 제기될 수 있다.<sup>52)</sup>

일반적으로 모유를 수유하는 여성은 계속 적절하게 모유의 분비가 이루어지도록 하고, 유축의 지연 으로부터 발생하는 고통스러운 합병증을 피하기 위하여,<sup>53)</sup> 8시간의 근로 시간 중 2회에서 3회 정도 수 유하거나 유축기를 사용하여 유축하게 될 것이다.<sup>54)</sup> 여성 근로자가 수유와 관련한 위와 같은 필요에 관하여 의사를 표시함에 있어 동료들이 그와 유사하게 제한적으로 작용하는 여타 의학 적 증상에 관하 여 의사표시할 수 있는 것과 동일한 자유를 갖도록 하여야 한다. 예컨대, 사용자가 근로자들이 통상적 인 병원 예약으로 근무 일정을 변경하거나 병가를 사용하고 정상적 생활에 영향을 미치지 않는 질환에 대해 알리는 것을 허용하는 경우,<sup>55)</sup> 여성 근로자들이 그와 유사한 상황에서 수유와 관련한 필요를 목 적으로 근무 일정을 변경하거나 병가를 사용하는 것 또한 허용하여야 한다.

마지막으로, 여성만이 수유할 수 있기 때문에 특히 수유나 모유영양에 관하여 불리한 처우를 하는 것은 여성에게만 영향을 미치며, 따라서 표면적으로 이는 성별에 근거한 차별이 된다. 예컨대, 사용자가 근로자들이 개인적인 사유로 휴게시간을 자유로이 사용하는 것을 허용하나 수유를 위해 사용하는 것은 제외하는 경우, 제7장에 위배될 수 있다<sup>56)</sup>.

---

자 정보는 구직자나 근로자의 가족 구성원에 발현되는 질병이나 장애(즉, 가족력)에 관한 정보를 포함한다. 이는 또한, 페닐케톤뇨증(PKU)과 같은 질환이 있는지를 확인하기 위한 양수천자나 신생아 검사 등 유전자 검사를 포함한다. 위 법은 근로자나 구직자를 그의 자녀의 의학 적 질환에 근거하여 차별하는 것을 금지한다. 42 U.S.C. § § 2000-(3) (“가족 구성원”의 정의), 2000-(4) (“유전자 정보”의 정의); 29 C.F.R. § 1635.3(a)-(c) (“가족 구성원”, “가족력” 및 “유전자 정보”의 정의), 1635.4 (GINA에 의거한 금지행위) 참조. 임신과 관련한 근로자의 현재 의학 적 증상으로 인한 높은 건강보험료에 근거하여 인사결 정을 내리는 것은 ADA 및 PDA에 위배될 수 있으나, GINA에는 위배되지 않는다.

49) Fleming, 948 F.2d, 997 (ERISA는 제도에 따른 권리를 행사하는 참여 근로자 또는 수혜자를 해고하거나 그에 징계를 가하는 것을 금함).

50) Arthur C. Guyton, Textbook of Med. Physiology 1039-40 (2006) 참조 (모유의 분비가 발생하는 생리학 적 과정에 관한 설명).

51) EEOC v. Houston Funding II, Ltd., 717 F.3d 425 (5th Cir. 2013) (수유는 PDA의 목적상 임신과 관련한 의 학적 증상에 해당하며, 수유를 이유로 여성 근로자에 불리한 인사결정을 하는 것은 명백히 남성 근로자 에는 발생하지 않는 부담을 여성에 지우는 것이라 할 수 있음).

52) 궁극적으로 강등이 불법이었는지 여부는 사용자가 그에 관하여 정당하고 차별적이지 않은 이유를 주장하 는지, 그리고 그와 같은 주장이 있다면, 주장의 근거가 부당하다는 증거가 있는지에 의해 결정된다.

53) Overcoming Breastfeeding Problems, U.S. Nat’ Library of Med., <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/002452.htm> (최종 접속일 2014. 5. 5.); Diane Wiessinger, The Womanly Art of Breastfeeding 385 (8th ed. 2010) 참조.

54) Breastfeeding, U.S. Dep’t of Health & Human Servs., <http://www.womenshealth.gov/breastfeeding/going-back-to-work/> (최종 접속일 2014. 5. 5.).

55) 위원회는 임신과 관련한 의학 적 질환에 대한 보호는 “그에 대한 치료나 관리가 통상적이고 일반적인 경 우로 제한된다”는 Wallace v. Pyro Mining Co., 789 F. Supp. 867 (W.D. Ky. 1990), a’d, 951 F.2d 351 (6th Cir. 1991) (표) 사건의 결론에 동의하지 않는다. PDA는 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학 적 증상으로 인 한 영향을 받은 여성이 “업무에 대한 능력 또는 무능력”이 그와 유사한 다른 근로자들과 비교하여 동 일한 처우를 받도록 할 것을 요구한다. 어떠한 것도 임신과 관련하여 정상적 생활을 불가능하게 하는 의 학적 증상에 대한 보호를 제한하지 않는다. Notter v. North Hand Prot., 1996 WL 342008, \*5 (4th Cir. 1996. 6. 21.) 참조 (미공간 판례) (PDA는 “관련 의학 적 증상 “이 ” 정상적 생활을 불가능하게 하여야 한 다 “는 요건을 포함하지 않으며, 따라서 제왕절개 분만으로 인하여 발생한 의학 적 증상은 이것이 정상적 생활을 불가능하게 하지 않는 경우에도 PDA의 적용 대상에 포함됨).

56) Houston Funding II, Ltd., 717 F.3d, 430 참조. 위원회는 General Electric Co. v. Gilbert, 429 U.S. 125

수유하는 여성 근로자들은 제7장에 따른 보호 이외에도, 모유를 유축하여 수유하는 근로자들을 위하여 사용자로 하여금 매시간 합리적인 휴게 시간과 독립적인 공간을 제공하도록 하는 환자보호 및 부담 적정보험법(Patient Protection and Affordable Care Act)과 같은 여타 법령에 의거한 권리를 갖는다.<sup>57)</sup> 보다 자세한 사항에 관해서는 Section III C., 이하를 참조한다.

### c. 낙태

제7장은 낙태를 하거나 낙태를 고려하는 것으로 인하여 해고되는 것으로부터 여성을 보호한다.<sup>58)</sup> 그러나 제7장은 태아를 임신하고 있음으로써 산모의 생명이 위협받는 경우 또는 낙태로 인하여 합병증이 발생하는 경우를 제외하고, 사용자에게 낙태를 위한 건강보험료를 납부할 것을 요구하지 않는다.<sup>59)</sup> 또한, 제7장은 사용자가 낙태에 건강보험을 적용시키는 것을 허용하고 있으나 이는 의무는 아니다.<sup>60)</sup> 제7장은 위와 유사하게 근로자가 낙태를 하지 않기로 결정한 것에 근거하여 그에 불리한 인사결정을 하는 것을 금지한다. 예컨대, 근로자가 일자리를 유지하거나 보다 좋은 곳에 배치되고 또는 승진 순서를 유지하기 위하여 낙태를 하거나 하지 않는 것에 대하여 매니저가 근로자에 압력을 넣는 것은 불법에 해당할 것이다.<sup>61)</sup>

## B. PDA 적용대상인 인사 결정의 평가

임신 차별은 차별적 처우 (임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 질환이 불리한 인사결정의 요인이 되는 경우) 또는 차별적 영향 (성중립적 정책 또는 관행이 여성, 출산 또는 그와 관련한 의학적 질환에 의해 영향을 받는 여성에 중대하게 불리한 영향이 발생하는 경우 및 정책이나 관행이 업무와 관련되었고 사업상의 필요에 적합한 것이 아니거나 그보다 덜 차별적인 대체 방안이 있는데 사용자가 이를 채택하는 것을 거부하는 경우)의 형태로 나타날 수 있다.

---

(1976)에 근거하여, 수유를 위한 개인휴가를 반려한 것에 관하여 이는 휴가가 승인되었을 상황들 중에서 단지 하나의 경우만을 허용하지 않은 것이기 때문에 성별에 근거한 거부가 아니라고 판단한 Wallace v. Pyro Mining Co., 789 F. Supp., 869 사건의 결정에 동의하지 않는다. Martinez v. N.B.C., Inc., 49 F. Supp. 2d 305, 310-11 (S.D.N.Y. 1999) 참조 (수유에 근거한 차별은 비교 대상이 될 수 있는 남성 집단이 없다는 점에서, 즉 보다 유리한 처우를 받으면서 수유하는 남성이 없다는 점에서 성차별로 인정될 수 없음). Newport News Shipbuilding Co. v. EEOC, 462 U.S. 669 (1983) 사건에서 설명된 바와 같이, 의회는 PDA를 통과시키면서 Gilbert 사건의 판결만을 부인한 것이 아니라, 그 논거 또한 부인하였다. 따라서, 수유를 위한 개인휴가를 반려한 것은 여성에게만 가능한 개인휴가의 이용가능성을 제한한 것으로서 성별에 근거한 차별에 해당한다. Allen v. Totes/Isotoner, 915 N.E. 2d 622, 629 (Ohio 2009) (O'Connor, J., concurring) 참조 (수유와 관련한 성차별의 주장은 오하이오공정고용관행법(Ohio Fair Employment Practices Act)에 따라 인정된다고 결론 지으며, 오하이오 법률이 Gilbert 판결의 논거를 “명백하고 확실하게” 인정하지 않음에 근거하여 다른 법원들과는 달리 여타 법령에 따른 유사한 청구들을 판단함에 있어 Gilbert 사건에 기반하지 않음).

57) Pub. L. No. 111-148, amending Section 7 of the Fair Labor Standards Act of 1938, 29 U.S.C. § 207.

58) 42 U.S.C. § 2000e(k). Questions and Answers on the Pregnancy Discrimination Act, 29 C.F.R. pt. 1604 app., Question 34 (1979) 참조 (“사용자는 그 고용관행에 있어 낙태를 한 경험이 있거나 낙태를 고려하고 있는 여성을 차별할 수 없다.”); H.R. Conf. Rep. No. 95-1786, at 4 (1978), as reprinted in 95th Cong., 2d Sess. 4, 1978 U.S.C.C.A.N. 4749, 4766 (“따라서, 어떠한 사용자도, 예컨대 낙태할 권리를 행사한 것만을 이유로 하여 해당 여성을 해고하거나 그녀의 고용을 거부할 수 없다.”); Doe v. C.A.R.S. Protection Plus, Inc., 527 F.3d 358, 364 (3d Cir. 2008), cert. denied, 129 S. Ct. 576 (2008) (PDA는 여성 근로자가 낙태할 권리를 행사하였다는 것을 이유로 사용자가 해당 근로자를 차별하는 것을 금지함); Turic v. Holland Hospitality, Inc., 85 F.3d 1211, 1214 (6th Cir. 1996) (낙태를 고려하는 것을 이유로 임신부 근로자를 해고하는 것은 PDA에 위배됨) 참조.

59) 42 U.S.C. § 2000e(k) (“본 조항은 태아를 임신하고 있음으로써 산모의 생명이 위협받는 경우 또는 낙태로 인하여 합병증이 발생하는 경우를 제외하고, 사용자에게 낙태를 위한 건강보험료를 납부할 것을 요구하지 않는다: 단, 본 조항의 어떠한 부분도 사용자가 낙태와 관련하여 복리후생을 제공하는 것을 제한하거나 단체협약에 영향을 미쳐서는 아니 된다.”).

60) 전게서.

61) Velez v. Novartis Pharmaceuticals Corp., 244 F.R.D. 243 (S.D.N.Y. 2007) (매니저가 여성 근로자에게 낙태를 권유했다는 진술은 임신 차별에 관한 집단 청구를 증명하는 일화적인 증거에 해당함).

## 1. 차별적 처우

PDA는 성차별을 임신 이유로 하는 또는 임신에 근거한 차별을 포함하는 것으로 정의한다. 사용자에 의한 인사결정의 전체적인 또는 부분적인 동기가 근로자의 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 질환인 경우, 제7장에 따른 다른 구제 신청들의 경우와 마찬가지로, 사용자의 임신에 근거한 차별이 성립할 것이다. PDA에 의거한 고의적인 차별은 다른 모든 성차별 사건에서 사용되는 종류의 증거를 사용하여 증명될 수 있다. 차별적 동기는 직접적으로 성립하거나 관련된 사실 및 상황으로부터 추론될 수 있다.

PDA는 임신에 근거한 차별은 임신으로 인한 영향을 받은 여성들을 “고용과 관련한 모든 목적상..... 임신으로 인한 영향을 받지 않았으나 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 다른 근로자들과 동일하게” 대우하지 않는 것을 포함한다. 사용자의 정책이 임신부 근로자에 중대한 부담을 발생시키는 경우, 해당 정책은 이를 충분히 정당화할 수 있는 증거가 없는 이상, 표면적으로는 임신에 근거한 차별을 하지 않더라도 PDA의 위 조항에 위배될 수 있다.<sup>62)</sup>

다른 신청들의 경우와 마찬가지로, 임신, 출산 또는 그와 관련한 질환에 근거한 불리한 처우를 주장하는 구제 신청에 직면한 조사관들은 문제의 행위가 불법 차별에 해당한다고 판단할 만한 합리적인 이유가 있는지를 결정하기 위한 증거를 전체적으로 검토하여야 한다. 모든 증거는 하나의 맥락에서 검토되어야 하고, 특정한 종류의 증거가 존재하거나 존재하지 않는다는 사실이 결정적 역할을 하지 않는다.

임신, 출산 또는 그와 관련한 질환에 근거한 차별적 처우를 시사하는 증거에는 다음 사항이 포함된다:

- 임신에 대한 편견이 표면적으로 드러나 있고 문제의 행위와 관련한 명시적인 정책<sup>63)</sup> 또는 결정권자나 문제가 된 결정에 영향을 미친 자의 발언.
  - *Deneen v. Northwest Airlines, Inc.* 사건<sup>64)</sup>에서, 매니저가 “원고의 임신 합병증을 이유로” 원고를 재고용하지 말아야 한다고 발언함. 이는 임신 차별의 직접적 증거가 되었음.<sup>65)</sup>
- 문제의 행위와 사용자가 근로자의 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 질환을 인지한 시기의 밀접한 타이밍.
  - *Asmo v. Keane, Inc.* 사건<sup>66)</sup>에서, 사용자가 원고의 임신 사실을 알게 된 시기와 원고를 해고한 시기의 간격이 2개월이었던 사실로부터 원고의 임신과 해고 사이의 인과적 관계가 추론되었음.<sup>67)</sup>

62) *Young v. United Parcel Serv., Inc.*, --- U.S. ---, 135 S.Ct. 1338, 1354-55 (2015) 참조; 또한 Section I C., 이하 참조.

63) 예시로, *Int'l Union, United Auto., Aerospace & Agric. Implement Workers of Am. v. Johnson Controls*, 499 U.S. 187, 197-98 (1991) 참조 (의학적으로 불임이라고 기록된 여성을 제외한 모든 여성을 납에 대한 노출이 특정 기준치를 실질적으로 초과하거나 잠재적으로 초과할 수 있는 직무로부터 배제하는 사용자의 정책은 가입능력에 근거하여 여성을 표면적으로 차별한 것에 해당함).

64) 132 F.3d 431, 436 (8th Cir. 1998).

65) 또한 *Maldonado v. U.S. Bank*, 186 F.3d 759, 766 (7th Cir.1999) (회사의 부사장이 원고가 그에 임신 사실을 알린 다음날 “그녀의 증상을 이유로” 해고한다고 말한 사실은 임신 차별을 직접적으로 증명함); *Sheehan v. Donlen Corp.*, 173 F.3d 1039, 1044-45 (7th Cir. 1999) (상관이 임신부인 원고를 해고하며 원고에게 해고로 인해 자녀들과 더 많은 시간을 보낼 수 있길 바란다고 말한 사실과 이후 그와 유사한 발언을 한 사실은 매니저가 구체적으로 원고의 임신이 해고 사유였다고 발언하지 않았음에도 차별에 해당함); *Flores v. Flying J., Inc.*, 2010 WL 785969, \*3 (S.D. Ill. Mar. 4, 2010) (원고의 마지막 근무일에 매니저가 원고에게 원고가 임신하였기 때문에 더 이상 일을 할 수 없을 것이라고 이야기 한 사실로 인하여 해고가 임신 차별에 근거 하였는지에 대한 본질적 문제의 존재가 확인됨) 참조.

66) 471 F.3d 538, 593-94 (6th Cir. 2006).

67) *Gonzalez v. Biovail Corp. Int'l*, 356 F. Supp. 2d 68, 80 (D. Puerto Rico 2005)과 비교 (해고가 원고의 육아 휴직이 종료한지 6개월 이후에 이루어진 사건에서, 해고와 원고의 임신 사이의 시간적 연관성이 너무 멀리 떨어져 있어 청구가 인정되지 않음). 또한 *Piraino v. Int'l Orientation Res., Inc.*, 84 F.3d 270, 274 (7th Cir. 1996) 참조 (새로 고용된 근로자가 임신 사실을 공개한 때로부터 2개월 미만이 지난 다음 피고가 1년 이상 근로한 근로자들에게만 출산 휴가를 부여하도록 정책을 제한한 사건에서, 그 시간적 타이밍이

- 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 질병의 영향을 받지 않으나 업무에 대한 능력 또는 무능력 이 비슷한 수준인 어느 특정 성별<sup>68)</sup>의 근로자에 대한 보다 유리한 처우.
  - Wallace v. Methodist Hospital System 사건<sup>69)</sup>에서, 사용자는 임신부 근로자였던 원고가 의사의 확인이나 동의 없이 의료 시술을 수행한 것이 원고의 해고에 대한 부분적인 사유였다고 주장함.<sup>70)</sup>
- 문제된 행위에 대한 사용자의 해명의 신뢰성에 대한 의혹을 제기하는 증거.
  - Nelson v. Wittern Group 사건<sup>71)</sup>에서, 피고는 원고의 임신 때문이 아니라 인원과잉으로 인하여 인원 절감을 위해 원고를 해고한 것이라고 주장함. 법원은 원고와 그녀의 동료들이 많은 양의 업무를 하고 있었고, 원고의 상관이 원고가 육아 휴직에 들어가기 이전에 복귀에 대해 걱정하지 말라고 안심시켰음을 증명하는 증거가 있다는 점에서, 합리적인 배심원이라면 위와 같은 이유는 정당하지 못하다고 결론내릴 것이라고 판단함.<sup>72)</sup>
- 문제된 조치를 취함에 있어 사용자가 자신의 정책을 위반하였거나 잘못 적용하였음을 증명하는 증거.
  - Cumpiano v. Banco Santander Puerto Rico 사건<sup>73)</sup>에서, 법원은 사용자가 해고를 정당화할 수 있는 행동강령을 원고가 임신하기 전까지 시행하지 않았음을 증명하는 증거에 근거하여 임신 차별을 확인함.<sup>74)</sup>
- 표면적으로는 차별적이지 않으나 임신부 근로자들에 중대한 부담을 지우고 이를 충분히 정당화할 수 없는 사용자의 정책 또는 관행에 대한 증거.
  - Young v. United Parcel Serv., Inc. 사건<sup>75)</sup>에서, 사용자의 정책이나 관행이 높은 비율의 임신하지 않은 근로자들에게는 격무면제를 적용한 반면, 높은 비율의 임신부 근로자들에 대해서는 이를 적용하지 않은 사실은 해당 정책이나 관행이 임신부 근로자에 중대한 부담을 발생시킨 것이 될 수 있음. 이를 정당화하기 위한 사용자의 해명이 충분하지 않은 경우, “고의적 차별에 관한 문제가 제기될 수 있음.”<sup>76)</sup>

#### a. 괴롭힘

“의심스러웠음”); Kalia v. Robert Bosch Corp., 2008 WL 2858305, \*10 (E.D. Mich. Jul. 22, 2008) (미공간 판례) (원고가 임신 사실을 알린 다음날로부터 상관이 원고와 관련된 문제를 서면으로 기록하여 보관하기 시작하였고 다음 달 원고를 해고한 사건에서, 원고는 그녀의 임신과 해고 사이의 명확한 관계를 입증하였음).

- 68) EEOC v. Ackerman, Hood & McQueen, Inc., 956 F.2d 944, 948 (10th Cir. 1992) 참조 (PDA는 남성과 여성 근로자의 비교가 아니라 임신부 근로자와 임신부가 아닌 근로자 사이의 비교를 명문으로 정하고 있음).
- 69) 271 F.3d 212, 221 (5th Cir. 2001).
- 70) 원고가 사용자의 여타 해고 사유, 즉 원고가 의료 기록을 조작하였다는 해고 사유에 대해 반박할 수 없었기 때문에, Wallace 법원은 그럼에도 불구하고 평결불복법률심리(judgment as a matter of law)로서 사용자에게 유리한 판결을 하였다. 전게서, 221-22; 또한 Carreno v. DOJ, Inc., 668 F. Supp. 2d 1053, 1062 (M.D. Tenn. 2009) 참조 (원고는 비슷한 상황에서 임신부가 아닌 동료 근로자는 강등 처분을 받고 개선의 기회를 부여받았음에도 원고는 해고되었다는 증거를 제시하여 임신 차별을 입증하였음); Brockman v. Avaya, 545 F. Supp. 2d 1248, 1255-56 (M.D. Fla. 2008) (해고가 이루어진 당시 임신부였던 원고가 그녀를 대체하게 된 근로자와 비교하여 불리한 처우를 받았다는 점에서, 사용자의 약식제판 신청은 인정되지 않음).
- 71) 140 F. Supp. 2d 1001 (S.D. Iowa 2001).
- 72) 전게서, 1008; Zisumbo v. McLeodUSA Telecomm. Servs., Inc., 154 Fed. Appx. 715, 724 (10th Cir. 2005) (미공간 판례) 참조 (법정에서 설명된 사유가 EEOC에서 주장된 사유와 매우 달랐던 사건에서, 임신부 근로자를 강등시킨 것에 관한 사용자의 설명에 대한 본질적 문제의 존재가 확인됨); Kerzer v. Kingly Mfg., 156 F.3d 396, 403-04 (2d Cir. 1998) (회사 사장이 해당 직위를 폐지한다고 밝힘으로써 임신부 근로자를 해고하는 책임을 쉽게 회피할 수 있다고 발언하였던 사실, 원고가 임신을 공개하자 회사 사장이 원고에 적대적인 태도를 보였다는 사실 및 원고가 육아 휴직으로부터 복귀하기 직전에 해고되었다는 사실이 PDA에 의거한 차별 청구의 증거에 포함되었음).
- 73) 902 F.2d 148, 157-58 (1st Cir. 1990).
- 74) 또한 DeBoer v. Musashi Auto Parts, 124 Fed. Appx. 387, 392-93 (6th Cir. 2005) (미공간 판례) 참조 (사용자가 원고를 강등시키기 이전에 징계 절차를 따르지 않은 사실이 임신 차별에 대한 정황 증거에 포함되었음).
- 75) --- U.S. ---, 135 S.Ct. 1338 (2015).
- 76) 전게서, 1354-55.

제7장은 PDA에 의해 개정된 바에 따라 사용자에게 직장에서 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 근거한 괴롭힘이 발생하지 않도록 할 것을 요구한다. 그에 대한 책임은 상관, 동료 또는 동일한 지배력이 미치는 자로서 고객이나 사업적 파트너와 같은 근로자가 아닌 자의 행위로부터 발생할 수 있다.<sup>77)</sup>

임신, 출산 또는 수유 등과 같은 그와 관련한 의학적 증상에서 비롯된 달갑지 않고 불쾌한 농담이나 험담, 신체적인 폭행이나 위협, 협박, 조롱, 불쾌감을 주는 사물이나 사진, 업무 방해 등이 임신에 근거한 괴롭힘의 사례가 될 수 있다. 이와 같은 괴롭힘의 동기는 많은 경우 발언 등의 내용으로부터 입증될 수 있지만, 임신이 명시적으로 관련되지 않은 경우에도, 행위가 임신으로부터 비롯되었음을 증명하는 다른 증거가 있는 경우, 제7장 위반이 추론될 수 있다. 물론, 다른 특성에 근거한 괴롭힘과 마찬가지로, 문제의 행위는 근로자가 이를 불쾌하다거나 모욕적이라고 인식하고, 그와 같은 행위가 합리적인 사람의 관점에서 근로자가 근로조건을 변경할 만큼 충분히 심각하고 만연해 있는 경우에 한하여 불법 행위가 된다.<sup>78)</sup>

괴롭힘은 각 사건의 상황적 맥락을 고려하여 분석되어야 한다. 다음과 같은 요소들이 괴롭힘으로 인한 근로환경의 조건이 제7장의 위반을 성립시키기에 충분한지를 판단하는 것과 관련한 요소들에 해당할 수 있다(어느 하나의 요소가 결정적 역할을 하지는 않는다):

- 차별적 행위의 발생 빈도;
- 행위의 심각도;
- 행위가 신체적으로 위협적이거나 굴욕적이었는지 여부;
- 행위가 근로자의 업무 수행을 비합리적으로 방해하였는지 여부; 및
- 행위가 발생한 상황의 맥락 및 기타 관련 요소.

심각한 괴롭힘일수록 전과 범위의 기준이 낮으며, 그 반대도 마찬가지다. 따라서, 괴롭힘이 아주 심각한 것이 아닌 이상, 일반적으로 모욕적인 행위 또는 발언과 관련한 단일한 사건 또는 사고는 불법적이고 적대적인 근로환경을 조성하지 않는다. 괴롭힘과 관련한 책임을 발생시키는 사건의 기준 횟수가 정해진 것은 아니지만, 1회의 발생만으로는 심각도 요건을 충족시키지 못한 임신과 관련한 발언 또는 행위가 반복되는 경우, 책임을 발생시킬 수 있다.

**사례 7  
적대적 근로환경**

Binah는 나이지리아 출신의 흑인 여성으로, 둘째 자녀를 임신하여 임신 사실이 겉으로 드러나게 되었을 때, 그녀의 상관이 그녀의 업무량을 증가시키고 마감기한을 축소시킴으로써 업무를 이행하지 못하도록 하고, 그녀를 따돌렸으며, 그녀가 참석하여야 했을 회의들로부터 배제하였고, 폭설로 인하여 지각하였을 때 다른 근로자들은 질책하지 않은 반면 그녀는 질책하였으며, 그녀를 모욕하였음을 주장한다. Binah는 이와 같은 괴롭힘이 임신, 인종 및 출신국을 근거로 하였음을 주장한다. 위와 같은 행위들이 Binah의 임신, 인종 및/또는 출신국과 인과적 관계가 있음을 증명하는 증거가 있는 경우, 제7장 위반이 인정될 수 있다.<sup>79)</sup>

77) 어떤 경우 불법적인 괴롭힘이 성립하는지 그리고 어떤 경우 불법적인 괴롭힘에 대하여 사용자에게 책임이 발생하는지에 관한 자세한 사항에 대해서는, EEOC Enforcement Guidance: Vicarious Employer Liability for Unlawful Harassment by Supervisors (1999. 6. 18.)를 참조한다 (<http://www.eeoc.gov/policy/docs/harassment.html>에서 확인 가능 (최종 접속일 2014. 5. 5.)); Enforcement Guidance on Harris v. Forkli Sys., Inc. (1994. 3. 8.) (<http://www.eeoc.gov/policy/docs/harris.html>에서 확인 가능 (최종 접속일 2014. 5. 5.)); EEOC Policy Guidance on Current Issues of Sexual Harassment (1990. 3. 19.) (<http://www.eeoc.gov/policy/docs/currentissues.html>에서 확인 가능 (최종 접속일 2014. 5. 5.)); 29 C.F.R. § 1604.11.

78) Faragher v. City of Boca Raton, 524 U.S. 775 (1998). 괴롭힘이 실질적인 고용상 조치를 발생시킨 경우에도 제7장 위반이 될 수 있다. 위원회는 현재까지 임신에 근거한 괴롭힘이 실질적인 고용상 조치로 이어졌다고 판단한 판결에 대해 인지하고 있는 바 없다.

79) 위 사실관계는 Iweala v. Operational Technologies Services, Inc., 634 F. Supp. 2d 73 (D.D.C. 2009) 사건

## b. 양육 의무를 부담하는 근로자

근로자가 자녀를 출산한 이후, 사용자가 해당 근로자의 이전의 임신 사실을 이유로 하여서가 아니라 그 양육 의무에 근거하여 불리한 처우를 하는 경우가 있을 수 있다. 이와 같은 상황은 PDA의 적용 범위를 벗어날 수 있다. 그러나 위원회의 2007년 5월 23일자 시행 가이드라인: 양육 의무를 부담하는 근로자에 대한 불법적인 처우(Commission's Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities (2007. 5. 23.))<sup>80)</sup>에서 설명되는 바와 같이, 양육자로서의 지위는 연방의 고용 평등 기회 관련 법률상 차별의 근거가 되는 특성은 아니지만, 사용자가 성별이나 기타 연방 법률상 보호되는 특성에 근거하여 차별을 하는 경우, 양육 의무를 부담하는 근로자를 차별하는 것을 법적으로 다룰 수 있게 된다. 예컨대, 사용자가 어린 자녀가 있는 — 남성이 아닌 — 여성을 고용하지 않는다거나 엄마가 되어 업무에 전념하지 못할 것이라는 가정 하에 임신과 관련한 질병 휴가나 육아 휴직으로부터 복귀한 여성을 보다 덜 선호되는 업무에 배치하는 경우 제7장에 위배된다. 또한, 남성 양육자에게는 양육을 목적으로 휴가를 허용하였으나 여성 양육자에게는 이를 허용하지 않는다거나 워킹맘에 대한 고정관념 및 라틴계에 대한 일반적 편견에 근거하여 라틴계 워킹맘을 차별하는 경우에도 제7장 위반이 성립한다.<sup>81)</sup> 근로자가 장애를 가진 자녀를 양육하기 때문에 업무 수행 능력이 만족스럽지 않을 것이라는 가정 하에 해당 근로자에 불리한 처우를 하는 것은 ADA에 위배된다.<sup>82)</sup>

## c. 진정직업자격(BFOQ) 항변

어떤 경우, 사용자는 임신하지 않은 상태가 진정직업자격(BFOQ)에 해당하기 때문에 임신하였거나 임신할 가능성이 있는 여성을 특정 직무에서 배제하는 것이 정당하다고 주장할 수 있다.<sup>83)</sup> 그러나 이와 같은 항변은 성별에 근거한 차별에 대한 일반적인 금지에 있어 극히 적게 인정되는 예외이다. BFOQ를 입증하고자 하는 사용자는 임신이 여성 근로자가 해당 직무를 수행하는 능력을 실질적으로 제한한다는 사실을 증명하여야 하고,<sup>84)</sup> 해당 직무에 요구되는 확인이 가능한 능력은 추상적이고 주관적인 기준이기 보다는 객관적인 기준이어야 한다.<sup>85)</sup>

사용자가 임신에 근거한 BFOQ를 인정받은 사례는 극히 적다. 그와 같은 항변은 근로자나 태아에 미칠 수 있는 위험에 대한 두려움이나 불법행위 책임 가능성에 대한 두려움, 이직률이나 고객의 선호도

---

에서 가져왔다. 법원은 원고의 적대적 근로환경에 관한 청구에 대한 사용자의 약식재판 신청을 인정하지 않았다. 또한, *Dantuono v. Davis Vision, Inc.*, 2009 WL 5196151, at \*9 (E.D.N.Y. 2009. 12. 29.) (미공간 판례) 참조 (원고가 그녀의 임신 계획을 매니저에 알린 후로부터 매니저가 원고를 “무례하고”, “통명스럽게” 대하였고, 원고를 “편하하였으며”, 다른 임원들에게 그녀를 “험담하였고”, 직접 소통하기 보다는 이메일을 통해 소통하였으며, 매니저가 다른 근로자들과 대화를 나눌 때 사무실에서 나가도록 하였다고 주장한 사건에서, 적대적 근로환경에 대하여 본질적 문제의 존재가 확인됨); *Zisumbo*, 154 Fed. Appx. at 726-27 (원고의 상관이 원고의 임신 사실을 알게 된 이후부터 점점 원고에게 무례해지고 그녀를 모욕했으며, 그녀를 “임산부(prego)” 라고 호칭하였고, 그녀에게 임신으로 인한 스트레스를 감당할 수 없다면 일을 그만두거나, 그녀가 긍정적으로 업무평가를 받았음에도 불구하고 성과 문제로 원고를 강등시켰다는 증거가 발견된 사건에서, 피고에게 유리한 약식판결이 번복됨); *Walsh v. National Computer Sys, Inc.*, 332 F.3d 1150, 1160 (8th Cir. 2003) (원고의 상관이 원고의 출산 휴가 직후에 원고에게 적대적인 태도를 보였고, 이후 임신 가능성에 대해 차별적인 발언을 하였으며, 원고에게 동료 근로자들에 비해 부담이 큰 요건을 적용하였음이 증거로 입증된 사건에서, 원고의 임신 가능성을 이유로 한 적대적 근로환경이 조성되었음을 확인함).

80) 이에 관한 자세한 가이드라인은 EEOC의 Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities, supra, note 25. 참조.

81) 육아 휴직 관련 사안에 관한 보다 자세한 논의에 대해서는, Section I C.3., 이하 참조.

82) ADA는 근로자의 자녀 등과 같이 근로자가 관계를 갖고 있거나 근로자와 관련된 자의 장애에 근거하여 해당 근로자를 차별하는 것을 금지하고 있기 때문에, 이와 같은 상황들은 ADA 위반을 성립시킨다. 보다 자세한 정보에 관해서는 EEOC의 Questions and Answers About the Association Provision of the ADA ([http://www.eeoc.gov/facts/association\\_ada.html](http://www.eeoc.gov/facts/association_ada.html)에서 확인 가능 (최종 접속일 2014. 5. 5.))을 참조한다.

83) 42 U.S.C. § 2000e-2(e).

84) *Int'l Union, United Auto., Aerospace & Agric. Implement Workers of Am. v. Johnson Controls*, 499 U.S. 187, 204 (1991).

85) 전게서, 201.

와 같은 임신부 여성의 근로 특성에 대한 억측이나 고정관념에 근거할 수 없다.<sup>86)</sup>

사용자는 BFOQ를 증명하지 않고서 임신부 근로자에 대해 해당 근로자가 업무를 수행할 수 있는 이상 그녀가 출산할 때까지 또는 이후의 일정 기간 동안 휴직할 것을 요구할 수 없다.<sup>87)</sup>

## 2. 차별적 영향

표면적으로는 중립적인 정책이 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 의해 영향을 받은 여성에 차별적으로 불리한 효과를 미치고 사용자가 그와 같은 정책이 문제가 된 지위의 업무와 관련하여있고 이에 사업적 필요성이 있다는 점을 증명하지 못하는 경우, 제7장의 위반이 성립한다.<sup>88)</sup> 통상적으로, 차별적 영향을 증명하기 위해서는 특정한 고용 관행이 보호 대상 집단에 속한 근로자들에 차별적 효과를 미쳤음을 증명하는 통계적 증거가 필요하다. 그러나, 문제의 정책이 임신부 전부에 대하여 또는 그 실질적 전부에 대하여 부정적인 영향을 미쳤음을 증명할 수 있는 경우 통계적 증거가 필요하지 않을 수 있다.<sup>89)</sup>

사용자는 요건이 “안전하고 효율적인 업무 수행에 필요함”을 증명함으로써 사업적 필요성을 증명할 수 있다.<sup>90)</sup> 사용자가 이를 증명하는 경우에도 사업적 필요성을 충족시킬 수 있는 덜 차별적인 대안이 있었고 사용자가 이를 채택하지 않은 경우에는 여전히 위반이 성립할 수 있다.<sup>91)</sup> 임신부인 원고들은 예컨대, 근력(리프팅) 요건<sup>92)</sup>, 격무 면제 제한<sup>93)</sup> 및 제한적 휴가 정책<sup>94)</sup> 등을 다투는 것에 있어 제7장의 차별적 영향과 관련한 규정을 사용해 왔다.

### 사례 8 근력(리프팅) 요건

Carol은 창고의 일자리에 지원하였다. 면접에서, 고용 담당자는 직무 요건에 대해 설명하면서 이들을 충족할 수 있는지를 질문하였다. 요건 중 하나는 50 파운드 이상을 들어 올릴 수 있는 근력이었다. Carol은 임신 중이기 때문에 그와 같은 요건을 충족할 수는 없으나 그렇지 않았다면 요건을 충족할 수 있을 것이라고 답변하였다. Carol은 채용되지 않았다. 사용자는 Carol이 근력(리프팅) 요건을 충족시키지 못하였다고 주장하며 이와 같은 고용 기준은 모든 지원자들에게 동일하게 적용되었다는 증거를 제시하였다. 근력(리프팅) 요건이 임신부 지원자들을 차별적으로 배제한다는 증거가 있었다면, 사용자는 해당 요건이 문제의 지위의 업무에 관련되어 있고 사업적 필요성이 있었음을 증명하여야 했을 것이다.<sup>95)</sup>

86) Johnson Controls, 499 U.S., 206-07 and 208-211 (근로자나 태아 또는 불법행위 가능성에 대한 두려움에 근거한 BFOQ는 인정되지 않음); 29 C.F.R. § 1604.2(a) (1972) (고정관념 또는 고객의 선호도에 근거한 BFOQ는 인정되지 않음). 한 법원은 임신 금지를 미션으로 하는 단체와 관련하여, 임신하지 않아야 한다는 요건을 비혼 근로자들에 대한 BFOQ로 보았다. Chambers v. Omaha Girls Club, Inc., 834 F.2d 697 (8th Cir. 1987). 그러나, 전원합의체 재심리를 인정하지 않은 명령에 대한 반대의견으로서, 법원이 “사실관계 및 정황에 대하여 보다 자세하게 조사를” 수행하였어야 한다는 주장이 제기되었다. 840 F.2d, 584-86.

87) Cleveland Board of Educ. v. LaFleur, 414 U.S. 632 (1974); Carney v. Martin Luther Home, Inc., 824 F.2d 643 (8th Cir. 1987).

88) 42 U.S.C. § 2000e-2(k). 또한 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(2) 참조; 제7장은 “명시적인 차별만을 금지하는 것이 아니라, 형식적으로는 공정하나 차별적으로 운영되는 관행 또한 금지한다.” Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424, 431 (1971).

89) Garcia v. Woman's Hosp. of Tex., 97 F.3d 810, 813 (5th Cir. 1996) (만약 산부인과 전문의가 전체 임신부 또는 그 실질적 전부에 대해 150 파운드 이상을 들어올리지 말라고 조언한다면, 이들은 그와 같은 직무 요건에 의해 확실하게 불리한 영향을 받은 것으로서 통계적 증거는 불필요함).

90) Dothard v. Rawlinson, 433 U.S. 321, 331 n.14 (1977). 제7장은 사용자에 차별적 효과를 낳은 문제의 정책이 업무와 관련하여 사업적 필요성에 합치하는 것임을 증명할 것을 요구함으로써, 해당 정책이 임신부 근로자들에 대해 “인위적이고, 임의적이며, 불필요한 장벽”으로 작용하지 않도록 한다. Griggs, 401 U.S., 431 참조.

91) 42 U.S.C. § 2000e-2(k)(1)(A)(ii), (k)(1)(C) 참조.

92) Garcia, 97 F.3d, 813.

93) Spivey v. Beverly Enters., 196 F.3d 1309, 1314 (11th Cir. 1999). 격무면제에 관한 논의에 대해서는, Section I C.1., 이하 참조.

94) Abraham v. Graphic Arts. Int'l. Union, 660 F.2d 811, 819 (D.C. Cir. 1981). 제한적 휴가 정책에 관한 논의에 대해서는, Section I C.2., 이하 참조.

## C. 수당에 대한 평등한 자격

제7장에 따라, 사용자는 임신과 관련한 증상으로 인하여 일시적으로 직무를 수행할 수 없는 근로자를 경감된 업무나 대체 업무, 장애 수당과 같은 부가 급여나 무급 휴가를 제공하는 등 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 다른 근로자들과 동일하게 대우하여야 한다.<sup>96)</sup> “부가급여”는 휴가에 더하여, 예컨대 의료 급여와 퇴직 급여 등을 포함한다.

### 1. 격무면제

#### a. 차별적 처우

##### i. 임신과 관련한 적대감의 증거

사용자가 임신과 관련된 적대감으로 임신부 근로자에 격무면제를 인정하지 않았다는 직접적인 증거가 있는 경우, 해당 근로자는 여타 근로자들이 본인보다 유리한 대우를 받았다는 것을 증명할 필요성이 없다.

#### 사례 9

##### 임신과 관련한 적대감이 격무면제 제외의 동기가 되었다는 증거

한 근로자가 임신으로 인하여 격무면제를 요청한다. 그녀의 상관은 해당 근로자가 임신하였으며 임신부 근로자가 수행할 수 있는 격무면제의 지위가 있음을 인지하고 있다. 그럼에도 상관은 그와 같은 요청을 거절하며, 해당 근로자에게 임신부 근로자를 직장에 두는 것은 회사에 과도한 부담이 된다고 이야기 한다. 이와 같은 상황에서 임신부 근로자는 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 근로자로서 격무면제가 적용된 임신하지 않은 근로자들에 대한 증거를 제시할 필요가 없다.

##### ii. McDonnell Douglas 입증책임 전환 프레임워크를 통한 차별의 증거

원고는 임신과 관련한 적대감이 격무면제 제외의 동기가 되었다는 직접적 증거가 있는 경우, PDA의 고의적 위반을 성립시키기 위한 목적으로 McDonnell Douglas Corp. v. Green 사건<sup>97)</sup>의 입증책임 전환에 의존할 필요가 없다. 그러나, 그와 같은 증거가 없는 경우, 원고는 차별이 명확하게 성립하도록 하기 위해서는 유사한 상황의 근로자를 임신부 근로자와 다르게 또는 보다 유리하게 대우하였다는 증거를 제출하여야 한다.

대법원의 Young v. United Parcel Serv., Inc. 판결<sup>98)</sup>에 따라, PDA 사건의 원고는 “본인이 보호 대상 분류에 속하고, 편의를 구하였으나 사용자가 이를 허용하지 않았으며, 사용자는 또한 ‘업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한’ 다른 근로자들에게는 편의를 제공하였음”을 증명함으로써 차별 사건을 명백하게 성립시킬 수 있다.<sup>99)</sup> 법원이 주지한 바와 같이, “이와 같은 증명에 대한 입증책임은 ‘과도

95) 본 사례의 사실관계는 Garcia v. Woman’s Hospital of Texas, 97 F.3d 810 (5th Cir. 1996) 사건에서 가져왔다.

96) 42 U.S.C. § 2000e(k).

97) 411 U.S. 792, 802 (1973); see also Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine, 450 U.S. 248, 252-256 (1981); St. Mary’s Honor Center v. Hicks, 509 U.S. 502, 504-510 (1983); Reeves v. Sanderson Plumbing Products, Inc., 530 U.S. 133, 142 (2000); Raytheon Co. v. Hernandez, 540 U.S. 44, 50 (2003).

98) --- U.S. ---, 135 S.Ct. 1338 (2015).

99) 전게서, 1354.

하지’ 않다.”<sup>100)</sup> 차별 사건을 명백하게 성립시킴에 있어, 원고는 “모든 면에서 유사하나 보호되는 방식이 다른” 근로자를 지목할 필요가 없다.<sup>101)</sup> 예컨대, 원고는 (예를 들어 들어올리기에 제한적 능력을 가진 근로자와 같이) 장애로 인하여 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사하였던 근로자로서 원고가 요청하였던 편의를 제공받은 여타 근로자의 신원을 제시함으로써 입증책임 요건을 명백하게 충족시킬 수 있다.

근로자가 명백한 차별 사건을 성립시키고 나면, 사용자는 임신부 근로자를 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 임신하지 않은 다른 근로자들과 다르게 처우한 사실에 관하여 정당하고 차별적이지 않은 사유를 분명하게 설명하여야 한다. “통상적으로 그 사유는 단순히 임신부들을 사용자가 편의를 제공하는 특정 카테고리의 근로자들(‘업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한’)에 추가하는 것에 비용이 더 소요된다거나 그것이 덜 편리하다는 것을 이유로 할 수 없다.”<sup>102)</sup>

사용자가 차별적 처우에 관하여 정당하고 차별적이지 않은 사유를 주장할 수 있는 경우에도, 임신부 근로자는 그와 같은 사유가 핑계에 불과함을 주장할 수 있다. Young 판결에서는 다음과 같이 설명했다:

원고는 사용자의 정책이 임신부 근로자에 부담을 가하고, 사용자의 “정당하고 차별적이지 않은” 사유는 그와 같은 부담을 정당화하기에 충분치 않으며, 오히려 -그와 같이 부과된 부담을 고려하였을 때- 고의적 차별의 개입 가능성이 있음을 충분히 증명하는 증거를 제시함으로써 배심원을 설득할 수 있다.<sup>103)</sup>

제한적 상황에 있는 임신부 아닌 근로자들의 상당수에 편의를 제공하면서 임신부 근로자들의 상당수에는 이를 제공하지 않는 사용자의 정책은 임신부 근로자들에 중대한 부담을 가하는 결과를 낳을 수 있다.<sup>104)</sup> 예컨대, 법원은 Young 사건에서 근력(리프팅)에 제한적 능력을 갖고 있는 임신부 아닌 근로자들 대부분에는 편의를 제공하면서 근력(리프팅)에 제한적 능력을 갖고 있는 임신부에 대해서는 편의를 제공하지 않는 정책에 관하여 핵심사안에 대한 본질적 문제의 존재를 확인하였다.<sup>105)</sup>

## b. 차별적 영향

격무면제의 할당을 제한하는 정책은 또한 임신부 근로자들에 차별적 영향을 미칠 수 있다.<sup>106)</sup> 그와 같은 영향이 인정되면, 사용자는 그 정책이 업무와 관련하며 그에 사업적 필요성이 있음을 증명하여야 한다.<sup>107)</sup>

100) Id. (citing Texas Dep’t of Community Affairs v. Burdine, 430 U.S. 248, 253 (1981)).

101) 전계서. (McDonnell Douglas v. Green, 411 U.S. 792, 802 (1973) 인용).

102) 전계서

103) 전계서, 1354.

104) 전계서, 1354-55 참조.

105) 전계서, 1354.

106) 격무면제 정책에서 차별적 영향을 어떻게 인정할 것인지에 관하여 법원들 간에 서로 다른 의견을 보여 왔다. 이에 관하여 Germain, 2009 WL 1514513, \*4 (차별적 영향이 명백하게 인정될 수 있도록 하기 위하여, 임신부 근로자는 해당 근로자와 업무에 대한 능력 또는 무능력이 유사한 다른 근로자들이 업무를 못하게 된 사유와 무관하게 이들 전부와 사이에서 비교가 이루어져야 함) 사건을 Woodard v. Rest Haven Christian Servs., 2009 WL 703270, \*7 (N.D. Ill. 2009. 3. 16.) (미공간 판례) (임신 차별은 성차별에 해당하기 때문에, 비교가 임신부와 남성 사이에서 이루어지는 것이라고 하여도 차별적 영향을 받은 여성의 비율과 그와 같은 영향을 받은 남성의 비율에 대한 비교가 이루어져야 하므로, 원고는 차별적 영향을 인정받지 못함) 사건과 비교하여 참조한다. EEOC는 임신부와 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 모든 다른 근로자들을 비교하여야 한다는 Germain 판결에 동의하며, 모든 여성 또는 모든 임신부를 모든 남성에게 대하여 비교하여야 한다는 Woodard 판결에 동의하지 않는다. Germain 판결에서 법원이 인정한 바와 같이(Germain, 2009 WL 1514513, \*4), 대법원 또한, “PDA 제2조는 다음과 같이 분명히 정하고 있다: 임신부 근로자는 ‘고용과 관련한 모든 목적상’ 업무에 대한 능력이 그와 유사한 임신부 아닌 다른 근로자들과 동일한 처우를 받아야 한다” 고 판결하였다. Int’l Union v. Johnson Controls, 499 U.S. 187, 204-05 (1991) (인용). 이와 같은 법 규정은 차별적 처우에 관한 청구에 뿐만이 아니라 차별적 영향에 관한 청구에 대해서도 적용된다.

## 사례 10

### 격무면제 정책 - 차별적 영향

경찰관으로 근무하는 Leslie는 임신 6개월이 되었을 때 격무면제를 요청하였고, 의사로부터 20파운드 이상을 밀거나 들어 올리지 말라는 조언을 들었다. 경찰서는 직무 중 부상 입은 근로자들에 대해서만 격무면제를 적용하는 정책을 갖고 있기 때문에 요청은 거절되었다. 따라서, Leslie는 정규적인 순찰을 수행할 수 없는 동안에 대하여 누적된 휴가를 사용할 것을 요구받았다. 이후 제기한 소송에서, Leslie는 격무면제로부터 배제된 근로자들의 실질적 전부가 임신부였다는 점에서 경찰서의 격무면제 정책은 임신부 경찰관들에게 부정적 영향을 미침을 증명하였다. 경찰서는 주의 법률에 따라 직무 중 부상을 입은 경찰관에는 근무 여부와 무관하게 급여를 제공하여야 하고, 따라서 그와 같이 지급되는 급여와 관련하여 당해 격무면제 정책으로 납세자들이 혜택을 입을 수 있도록 했다고 주장하였다. 그러나, 직무 중 부상을 입지 않은 경찰관들에 대해서도 격무면제가 적용되었다는 증거가 있었다. 이와 같은 증거는 그 정책에 진정한 사업적 필요성이 있었다는 경찰서의 주장에 모순되었다.<sup>108)</sup>

이 정책에 대한 허용 여부는 제한적 능력을 초래한 사유에 근거하여 임신부 근로자와 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 임신부 아닌 근로자들을 구분하였다는 점에 근거하여서도 다룰 수 있다.

## 2. 휴가

### a. 차별적 처우<sup>109)</sup>

사용자는 근로자가 업무를 수행할 수 있는 이상, 해당 근로자가 임신하였음을 이유로 휴가를 사용할 것을 강제할 수 없다. 그와 같은 행위는 사용자가 근로자의 최선의 이익을 위한 것으로 판단하고 이를 행한 경우에도 제7장에 위배된다.<sup>110)</sup>

## 사례 11

### 강제 휴직

Lena는 근무 시간 이후 사무공간을 청소하는 서비스를 제공하는 청소 용역 회사에서 근로하였다. 그녀가 현장 감독에게 임신 사실을 알렸을 때, 현장 감독은 그녀가 일상적으로 굽히거나 미는 동작을 포함한 업무를 수행하면서 몸에 부담을 줄 수 있기 때문에 더 이상 근로할 수 없다고 이야기 하였다. 그녀는 괜찮다고 답변하며 의사로부터 근로를 포함하여 현재의 생활을 바꿔야 한다는 조언을 듣지 않았다고 설명하고 근로를 중단하여야 하는 것과 관련한 어떠한 특정한 우려도 표시하지 않았다. 현장 감독은 즉시 Lena로 하여금 임신 기간 동안 무급 휴가를 사용하도록 하였다. Lena는 출산하기 이전에 휴가를 모두 사용하였고, 궁극적으로 해고되었다. Lena의 해고는 임신에 대한 고정관념에 비롯한 것이었다.<sup>111)</sup>

107) 42 U.S.C. § 2000e-2(k)(1)(A)(i). 예시로, Germain, 2009 WL 1514513, \*4 참조 (사업적 필요성에 관하여 핵심사안에 대한 본질적 문제의 존재에 기초하여 약식판결이 인정되지 않음).

108) 이 사실관계는 Lehmueller v. Incorporated Village of Sag Harbor, 944 F. Supp. 1087 (E.D.N.Y. 1996) 사건에서 가져왔다. 이 사건에서 법원은 약식판결을 배제하도록 하는 중대한 쟁점을 발견하였다. 이와 같은 사실관계는 차별적 처우와 관련한 차별 사건으로서도 검토될 수 있다.

109) 본 항목에서는 PDA에 의거하여 발생할 수 있는 휴가 관련 쟁점들에 관하여 다룬다. PDA에 따른 휴가의 요건과 가족의료휴가법상 휴가 요건의 상호작용에 관한 논의에 대해서는, Section III A., 이하 참조.

110) Johnson Controls, 499 U.S., 200 참조 (“사용자의 목적에 있어서의 수혜성은 명백히 성별에 기초한 정책이 § 703(a)에 따른 성차별이라는 결론에 영향을 미치지 아니한다.”).

111) Sharon Terman, Written Testimony of Sharon Terman, U.S. Equal Emp’t Opportunity Comm’n, supra note 9 참조 (Stephanie Bornstein, Poor, Pregnant and Fired 인용: Caregiver Discrimination Against Low-Wage Workers (UC Hastings Center for WorkLife Law 2011)).

근로자에 임신 기간 동안 휴가를 사용하도록 하는 또는 임신하였거나 임신 가능성이 있는 모든 여성을 직무로부터 배제하는 정책은 임신하지 않거나 임신 가능성이 없을 것이 진정직업자격(BFOQ)으로 인정되는 극히 드문 경우를 제외하고는 불법에 해당한다.<sup>112)</sup> BFOQ가 인정되기 위해서는, 사용자가 문제가 된 자격이 “특정한 사업을 정상적으로 운영하는 것에 합리적으로 필요함”을 증명하여야 한다.<sup>113)</sup>

사용자는 임신부 근로자들에 강제 휴가를 강요할 수 없는 반면에, 임신으로 인하여 신체적인 제한 여건을 갖게 된 근로자들이 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 다른 근로자들에 적용되는 것과 동일한 조건으로 휴가를 사용할 수 있도록 하여야 한다.<sup>114)</sup> 따라서, 사용자는 임신부 근로자의 결근이 사용자의 질병 휴가 정책에 포함되는 결근인 경우 해당 근로자를 해고할 수 없다.<sup>115)</sup> 사용자는 다른 의학적 질환으로 인하여 휴가를 신청한 근로자들에 대해서도 동일한 요건을 부과하는 것이 아닌 이상, 임신이나 그와 관련한 의학적 증상으로 인하여 장애를 갖게 된 근로자들에 대하여 달리 누적된 휴가를 사용하기 이전에 병가를 먼저 소진할 것을 요구할 수 없다. 마찬가지로, 사용자는 임신과 관련한 휴직 기간의 최대 일수를 다른 종류의 질병 휴가 또는 단기 장애 휴직 기간보다 단축할 수 없다. 그러나 제7장은 사용자에게 임신과 관련한 질병 휴가나 육아 휴직을 제공할 것 또는 임신과 관련하여 결근하는 것을 다른 의학적 질환을 이유로 결근하는 것보다 유리하게 처우할 것을 요구하지는 않는다.<sup>116)</sup>

**사례 12**  
**임신과 관련한 질병 휴가 - 차별적 처우**

Jill은 임신과 관련한 합병증을 이유로 2개월의 휴직을 신청하였다. 사용자는 질병 휴가 정책상 그와 같은 휴직을 허용하고 있음에도 불구하고 신청을 반려하였다. Jill의 상관은 그녀의 부재로 인력충원에 문제가 발생할 것이며 그녀의 증상이 나아지지 않는 경우 추가적으로 휴가를 신청하게 될 것임을 주장하며 그녀의 신청을 반려할 것을 회사에 권고하였다. Jill은 의학적 질환으로 인하여 출근할 수 없었고, 이에 해고되었다.

112) 과거 항공사들은 임신의 부작용으로 승무원의 긴급상황 대처 능력이 저하될 수 있다는 증거에 기반하여 일정 개월 수 이상의 임신부 승무원들에 출산 휴가 또는 지상직으로의 전환을 강제하는 것을 정당화하였다. 예시로, *Levin v. Delta Air Lines, Inc.*, 730 F.2d 994 (5th Cir. 1984) 참조 (문제의 정책이 항공의 안전 문제와 관련하였고 해당 정책이 이와 같은 문제에 대해서 명백히 비합리적인 반응이 아니었다는 점에서, 사업적 필요성에 의거하여 의무적 휴가가 정당화됨); *Harriss v. Pan American World Airways, Inc.*, 649 F.2d 670 (9th Cir. 1980) (의무적 휴가가 임신으로 인해 발생하는 안전 문제에 근거한 진정직업자격으로서 정당화됨). 이는 대법원의 *Johnson Controls*, 499 U.S., 198-205 판결 이전에 내려진 결정들로, 이에 일치하지 않는다. 나아가, 위원회는 승무원이 업무를 수행할 수 있는 이상, 어떠한 특정한 개월 수도 그녀에 부적합성을 부여하지 않는다는 연방항공국(Federal Aviation Administration, FAA)의 입장에 동의한다. 연방항공청(Department of Transportation Federal Aviation)의 Administration Memo (5/5/1980) 및 (EEOC, 법률자문실과의) 확인 이메일 (3/5/2010) 참조.

113) 42 U.S.C. § 2000e-2(e)(1). BFOQ 항변에 관한 보다 자세한 논의에 대해서는, Section I B.1.c., 이하 참조.

114) 예시로, *Orr v. City of Albuquerque*, 531 F.3d 1210, 1216 (10th Cir. 2008) 참조 (임산부 아닌 근로자들이 FMLA 휴가를 사용하는 것에 대해서는 일반적으로 정기휴가나 대휴를 허용하였던 반면 원고들에는 질병 휴가를 사용할 것이 요구된 사건에서, 피고에게 유리한 약식판결이 번복됨); *Maddox v. Grandview Care Ctr., Inc.*, 780 F.2d 987, 991 (11th Cir. 1986) (사용자의 정책이 “질병”으로 인한 휴직은 무기한으로 인정된 반면 출산 휴가는 3개월로 제한한 사건에서, 원고에게 유리한 판결이 이루어짐).

115) *Byrd v. Lakeshore Hosp.*, 30 F.3d 1380, 1383 (11th Cir. 1994) 참조 (임신과 관련하여 누적된 병가를 사용한 것을 부분적 사유로 하여 해고된 원고가 임산부가 아닌 근로자들로서 그와 유사하게 병가를 사용한 근로자들이 본인 보다 유리한 대우를 받았음을 증명하여야 한다는 사용자의 주장을 기각함; 법원은 사용자는 일반적으로 자체적인 질병 휴가 정책을 준수하는 것으로 추정된다는 점에 주목하여, 사용자가 정책을 공통적으로 위반하는 경우에는 사용자가 이례적인 시나리오에 대한 입증책임을 부담한다고 판단함).

116) *Stout v. Baxter Healthcare*, 282 F.3d 856, 859-60 (5th Cir. 2002) 참조 (원고의 결근이 임신과 관련하지 않았다면 다른 처우를 받았을 것이라는 증거가 제시되지 않은 사건에서, 임신과 관련한 결근으로 인한 원고의 해고는 PDA 위반을 성립시키지 않음); *Armando v. Padlocker*, 209 F.3d 1319, 1321 (11th Cir. 2000) (PDA는 사용자로 하여금 결근한 임산부 근로자들을 다른 의학적 질환으로 인하여 결근한 임산부 아닌 다른 근로자들보다 유리하게 처우할 것을 요구하지 않음); *Marshall v. Am. Hosp. Ass'n*, 157 F.3d 520 (7th Cir. 1998) (사용자가 1년차 근로자였던 원고가 1년 중 가장 바쁜 시기에 8주의 휴가를 사용하고자 한 사실이 아니라 그녀의 임신에 근거하여 원고를 해고하였다는 주장에 대한 증거의 부족으로, 사용자에게 유리한 약식판결이 인용됨).

제7장은 임신과 관련하여 휴직을 제공할 것을 규정하고 있지 않으나, 가족의료휴가법은 대상 사용자들에 대하여 그와 같은 휴가를 제공할 것을 요구하고 있음에 주목하여야 한다. Section III A., 이하 참조.

인력충원의 문제는 중대하지 않았으며 사용자가 유사한 상황에 있던 임신부 아닌 다른 근로자에 대해서는 질병 휴가 기간의 연장을 승인하였다는 증거가 있었다. 나아가, Jill이 휴가를 연장할 것이라는 사용자의 우려는 임신부 근로자들에 대한 고정관념에서 비롯된 억측에 기반한 것이었다.<sup>117)</sup> 이와 같은 증거로 인해 Jill을 임신부가 아닌 다른 동료들과 차별적으로 처우한 것에 관한 사용자의 설명은 임신 차별의 구실에 불과함이 증명되었다.<sup>118)</sup>

**사례 13**  
**질병 휴가 정책 - 인정되지 않는 차별적 처우**

Michelle은 임신과 관련한 합병증을 이유로 2개월의 휴직을 신청하였다. 사용자는 사용자의 정책에 따라 최소 90일을 근로한 근로자들에 대해서만 유급 질병 휴가를 제공하고 있음을 이유로 그녀의 신청을 반려하였다. 신청 당시 Michelle의 근로 기간은 65일에 불과했다. 90일 미만으로 근로한 임신부 아닌 근로자들에 대하여 질병 휴가를 제공하였다는 증거도 없었다. 휴가 승인 여부에 관한 결정은 Michelle의 임신에 근거한 것이 아니라 정당한 규칙에 따라 이루어진 것이기 때문에, 임신 차별로 인한 차별적 처우가 발생하였다는 증거 또한 존재하지 않았다.<sup>119)</sup> 동일한 이유로, 사용자가 가족의료휴가법(Family and Medical Leave Act)에 따라 심각한 건강 문제를 갖고 있는 다른 근로자에게 휴가를 부여했다고 하더라도, 임신부 근로자가 직전 12개월의 기간 동안 기준을 충족시키는 시간만큼 근로함으로써 자격을 얻지 못한 경우에는 해당 임신부 근로자에 동일한 휴가를 부여할 것이 요구되지 않을 것이다.<sup>120)</sup>

**b. 차별적 영향**

휴가를 제한하는 정책은 임신부에 차별적인 영향을 미칠 수 있다. 예컨대, 질병 휴가를 최대 10일로 제한하는 정책이나 1년차 근로자들에 대해서 질병 휴가를 허용하지 않는 정책은 임신부에 차별적 영향을 미치는 것으로 판단되었다.<sup>121)</sup>

117) 임신에 관한 고정관념 및 억측과 관련한 보다 자세한 정보에 대해서는, Section I A.1.b., supra 참조.  
 118) 이 사실관계는 EEOC v. Lutheran Family Services in the Carolinas, 884 F. Supp. 1022 (E.D.N.C. 1994) 사건에서 가져왔다. 이 사건에서 법원은 피고의 약식재판 신청을 인정하지 않았다.  
 119) Michelle의 임신과 관련한 합병증이 ADA가 정하는 장애의 범위에 들어가는 경우, 사용자는 그 정책과 무관하게 그녀에게 휴가를 부여하여야 할지 또는 과도한 어려움을 발생시키지 않고 다른 합리적인 편의를 제공하는 것이 가능한지를 고려하여야 한다. Section II B., 이하 참조.  
 120) 가족의료휴가법에 관한 추가적인 정보에 관해서는 Section III A, supra 참조.  
 121) Abraham v. Graphic Arts. Int'l. Union, 660 F.2d 811, 819 (D.C. Cir. 1981) 참조 (10일의 절대적인 병가 제한은 출산 연령의 여성 근로자들에 대하여 남성 근로자들은 겪게 되지 않을 심각한 영향을 미칠 수 있음); EEOC v. Warshawsky & Co., 768 F. Supp. 647, 655 (N.D. Ill. 1991) (근로자들에 질병 휴가를 사용하려면 1년간 완전하게 근로할 것을 요구하는 것은 임신부 근로자들에 차별적 영향을 미쳤으며 사업적 필요성으로 정당화되지 않음); 29 C.F.R. § 1604.10(c) (“휴가 기간이 불충분하거나 휴직이 허용되지 않는 고용 정책으로 인하여 일시적으로 장애를 갖게 된 근로자가 해고되는 경우, 그와 같은 고용의 종류가 특정 성별의 근로자에게 차별적 영향을 미치고 사업적 필요성으로 정당화되지 않는다면, 이는 법률에 위배된다.”); Maganuco v. Leyden Cmty. High Sch. Dist. 212, 939 F.2d 440, 444 (7th Cir. 1991) 참조 (법원은 PDA에 따라 휴가 정책과 관련한 청구를 제기한 청구인이 임신으로 인하여 장애를 갖게 된 여성에 발생한 질병 휴가일이 남성이나 임신과 관련한 장애를 경험하지 않은 여성들의 질병 휴가일보다 많다는 점을 근거로 주장하였다면 청구가 인정될 수 있었다는 점에 주목하였으나, 원고는 그와 같은 원고를 제시하지 않았음).  
 위원회는 “휴가 정책의 차별적 영향을 다루는 청구를 허용하는 것은 PDA를 마치 임신부 근로자들에 질병 휴가를 보증하는 것처럼 변형시킬 수 있다”는 점에서, 원고가 수습 근로자에 관한 사용자의 제한적 휴가 정책이 수습 기간 중의 또는 수습 기간이 얼마 되지 않거나 남지 않은 임신부 전부 또는 그 실질적 전부에 불리한 영향을 미침을 증명하였음에도 불구하고, 차별적 영향을 인정하지 않은 Stout v. Baxter Healthcare, 282 F.3d 856 (5th Cir. 2002) 판결에 동의하지 않는다. 위원회는 제5순회법원이 원고가 명백한 사건을 성립시켰는지 여부와 정책이 불법인지 여부에 관한 궁극적 쟁점을 하나로 보는 오류를 범

신청인이 주장하는 정책의 차별적 영향이 인정되는 경우, 사용자는 해당 정책이 업무와 관련하며 그에 사업적 필요성이 있음을 증명하여야 한다. 사용자는 그 정책을 정당화시킬 수 있는 증거를 제시하여야 한다. 사업적 필요성은 단지 사유를 설명하는 것만으로는 인정되지 않는다. 이런 점에서, 법원은 증거 없이 이직률이 높다는 점과 “저력”을 입증한 근로자들에 대해서만 휴가를 허용하고자 하였다라는 점을 이유로 1년 미만을 근로한 근로자들에 대해서는 휴가를 허용하지 않았다는 사용자의 주장에 대하여 사업적 필요성을 인정하지 않았다.<sup>122)</sup> 법원은 또한, 1년차 근로자들의 이직은 주로 첫 3개월 내에 발생하였다는 증거가 있다는 점에서 보다 짧은 기간을 요건으로 정하는 대안적 정책으로도 동일한 사업적 목적을 달성할 수 있었다고 판단하였다.<sup>123)</sup>

### 3. 육아휴직

제7장의 요건을 결정함에 있어, 사용자는 임신 또는 출산으로 인한 신체적 제한과 관련한 휴직과 자녀와의 유대 및/또는 양육을 목적으로 하는 휴직을 주의깊게 구분하여야 한다.

임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상으로 인한 휴직은 그와 같은 증상에 의해 영향을 받은 여성들에 대해서만 적용된다.<sup>124)</sup> 그러나 육아 휴직은 유사한 상황에 놓인 남성과 여성 모두에게 동일한 조건으로 제공되어야 한다.<sup>125)</sup> 예컨대, 사용자가 엄마가 된 근로자에게 출산으로부터의 회복 기간 이외에 휴직 기간을 연장한다면(예컨대, 엄마가 자녀와 유대를 형성하거나 및/또는 자녀를 양육할 수 있도록 하기 위한 기간), 아빠가 된 근로자들에게도 동일한 목적으로 동일한 기간의 휴직 기간을 제공하여야 한다.

#### 사례 14

##### 임신과 관련한 질병 휴기 및 육아 휴직 정책 - 인정되지 않는 차별적 처우

사용자가 단기 장애 보험의 일환으로서, 임신 및 출산에 관하여 임신부 근로자에게 최대 10주의 임신 관련 질병 휴가를 제공한다. 사용자는 또한, 남성인지 여성인지와 무관하게 새로 부모가 된 근로자들에게 6주의 육아 휴직을 제공한다. 어느 한 남성 근로자가 이와 같은 정책은 여성에게는 최대 16주의 휴직 기간을 부여하는 반면 남성에게는 6주의 휴직 기간만을 부여한다는 점에서 차별적이라고 주장한다. 사용자의 위 정책은 제7장에 위배되지 않는다. 여성과 남성 모두 동일하게 6주의 육아 휴직 기간을 제공받으며, 단기 장애 보험에 의거하여 출산한 여성에 대해서만 임신 및 출산으로부터의 회복을 위한 추가 10주의 휴직 기간을 부여하는 것이기 때문이다.

#### 사례 15

##### 차별적 육아 휴직 정책

했다고 판단한다. 주지한 바와 같이, 사용자는 정책이 업무와 관련하고 사업적 필요성에 일치하며, 원고가 그와 동일한 효과를 갖는 보다 덜 차별적인 대안을 제시하지 못하는 경우, 해당 정책을 폐지하거나 수정하여야 할 의무가 없다. *Garcia v. Woman's Hosp. of Tex.*, 97 F.3d 810, 813 (5th Cir. 1996) 참조 (“PDA는 임신부에 대한 유리한 처우를 규정하고 있지 않음”; 사용자가 정책을 정당화하는 경우 원고가 패소함)).

122) *Warshawsky*, 768 F. Supp., 655.

123) 전계서.

124) *California Fed. Sav. & Loan Ass'n v. Guerra*, 479 U.S. 272, 290 (1987) 참조 (“법령이 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상으로 인하여 실질적으로 신체적 장애가 발생한 기간만을 보장하도록 범위를 제한하는 경우”, 주에서는 사용자로 하여금 임신부에게 최대 4개월의 질병 휴가를 제공할 것을 요구할 수 있음); *Johnson v. Univ. of Iowa*, 431 F.3d 325, 328 (8th Cir. 2005) (“휴가가 출산으로 인해 겪은 신체적 외상을 이유로 생물학적 엄마에게만 주어지는 것이라면, 성별과는 별개의 타당한 이유로 부여되는 것이다.”).

125) *Johnson*, 431 F.3d, 328 참조 (신생아의 양육과 그와의 유대 형성을 위해 엄마가 된 근로자에게 휴직을 제공하는 것이라면, “생물학적 아버지에게 동일한 혜택을 부인할 정당한 사유는 존재하지 않음.”); EEOC Enforcement Guidance: Unlawful Disparate Treatment of Workers with Caregiving Responsibilities, *supra* note 25. 제7장은 사용자가 가족과 관련하여 다른 휴직을 제공하고 있지 않은 경우 자녀 양육을 위한 휴직을 제공할 것을 요구하지는 않으나, 가족의료휴가법은 대상 사용자들에게 그와 같은 휴가를 제공할 것을 요구한다. Section III A., 이하 참조.

사용자는 임신 관련 증상을 겪는 여성 및 새로 임아가 된 여성이 출산으로부터 회복할 수 있도록 질병 휴가 기간을 제공하는 것에 더하여, 자녀와의 유대를 형성하고 자녀를 양육할 수 있도록 추가적으로 6개월의 유급 휴직 기간을 제공한다. 사용자는 아빠들에 대해서는 어떠한 유급 육아 휴직도 제공하지 않는다. 위와 같은 사용자의 정책은 유급 육아 휴직 기간이 여성과 남성에게 동일하게 적용되지 않았기 때문에 제7장에 위배된다.

#### 4. 건강보험

##### a. 개요

근로자들에 건강보험을 제공하는 사용자는 다른 부가급여들과 함께 그에 임신, 출산 및 그와 관련한 의학적 증상을 포함시킬 수 있다.<sup>126)</sup>

건강보험 제도를 운영하는 사용자는 임신과 관련하지 않은 여타 의료비용에 적용하는 것과 마찬가지로 임신과 관련된 비용에도 동일한 조건을 적용하여야 한다.<sup>127)</sup> 예컨대:

- 보험이 이전부터 존재하던 질환에도 적용되는 것이라면, 피보험 근로자의 기존 임신에 대한 비용에 대해서도 적용되어야 한다.<sup>128)</sup>
- 보험이 임신과 관련하지 않은 질환으로 인하여 발생한 의료비용 중 특정 비용을 보장하는 것이라면, 임신과 관련한 질환에 대해 회수 가능한 비용을 동일한 비율로 보장하여야 한다.
- 의료 급여에 공제가 적용될 수 있다면, 임신과 관련한 의료비용에 적용되는 공제는 그보다 더 높은 요율로 공제될 수 없다.
- 보험은 검진, 검사, 엑스레이, 앰블런스 또는 회복실 사용 등과 같은 임신 관련 서비스로 인한 의료비용에 대해서만 제한을 적용할 수 없다.
- 보험이 처방 약, 기구 및 임신 이외의 의학적 질환을 예방하기 위한 목적의 서비스에 적용되는 것과 동일한 조건으로 피임제 처방에 대해서도 적용되어야 한다.

다음의 원칙이 근로자 및 그 피부양자의 임신 관련 의학적 질환에 대한 보장에 적용된다:

- 사용자는 여성 근로자 및 그 피부양자에 남성 근로자 및 그 피부양자에 제공하는 것과 동일한 수준의 의료 보험을 제공하여야 한다.
- 사용자는 근로자의 배우자에게 여성 근로자에 제공하는 것과 동일한 수준의 의료 보험을 제공할 필요는 없다.<sup>129)</sup>

##### b. 낙태에 대한 보험의 보장 범위

PDA는 사용자가 건강보험 혜택을 제공하는 경우, 태아를 임신하고 있음으로써 산모의 생명이 위협받

126) PDA의 입법 연혁을 살펴보면, 법령은 “어떠한 방식으로든 현재 존재하고 있지 않은 새로운 프로그램을 도입할 것을 요구하지 않음”을 명확히 하고 있다. H.R.Rep. No. 95-948, p. 4 (1978), Leg. Hist. 150, U.S. Code Cong. & Admin. News 1978, pp. 4749, 4752. 불임 및 피임제에 대한 차별 금지 원칙의 적용에 대해서는 Section I A.3.c. and I A.3.d., supra에서 논의한다.

127) 29 C.F.R. § 1604.10(b) (“고용과 관련한 모든 목적상, 건강보험이나 장애보험 또는 질병 휴가 제도상의 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상으로 인하여 초래된 장애는 다른 의학적 질환으로 인하여 초래된 장애와 동일하게 취급되어야 한다.”).

128) 환자보호 및 부담적정보험법(The Patient Protection and Affordable Care Act (건강보험개혁법(Health Care Reform))으로도 알려짐), Pub. L. No. 111-148, 124 Stat. 119 (2010) (개정된 바에 따라 미국 법전 상 산재된 조항들에 입법화되었음)은 이전에 존재하던 질환과 관련한 보험의 적용을 포함한다. 보험사들은 2014년 1월 1일부터, 더 이상 그와 같은 질환에 대한 치료를 적용 제외할 수 없다.

129) 피임제 사용에 근거한 차별에 관한 보다 자세한 논의에 대해서는, Section I A.3.d., supra 참조; 또한 supra note 39 참조.

는 경우를 제외하고, 사용자에게 낙태를 위한 건강보험료를 납부할 것을 요구하지 않는다. 낙태 과정에서 합병증이 발생하는 경우, 건강보험은 그와 같은 합병증으로 인하여 발생한 비용을 지급하여야 한다.<sup>130)</sup>

법령은 사용자가 직접 또는 단체협약을 통하여 낙태와 관련한 혜택을 제공하는 것을 제한하지 않음을 분명히 하고 있다. 사용자가 낙태 비용을 보장하기로 결정하는 경우, 다른 의학적 질환에 적용하는 것과 동일한 정도로 이를 보장하여야 한다.<sup>131)</sup>

## 5. 퇴직 수당 및 연공

사용자는 임신과 관련한 의학적 증상으로 휴직한 근로자들에 대하여 임신과 관련하지 않은 사유로 휴직한 근로자들에 적용하는 것과 동일한 방식으로 연공을 적용하여야 한다. 따라서, 근로자가 질병 휴가를 사용하는 근로자들에 휴직 기간 동안 추가적으로 연공을 인정하는 경우, 임신과 관련하여 질병 휴가를 사용한 여성도 동일하게 대우하여야 한다. 마찬가지로, 사용자는 근로자의 연공 적격성 또는 조기 퇴직을 결정하는 것에 사용되는 연공의 산정에 있어 임신과 관련한 질병 휴가와 다른 사유로 인한 질병 휴가를 동일하게 취급하여야 한다.<sup>132)</sup>

## II. 장애인법(Americans with Disabilities Act, ADA)<sup>133)</sup>

ADA 제1장은 개별 근로자들을 장애를 근거로 하는 고용 차별로부터 보호한다. 장애 차별은 사용자나 기타 단체가 구직자 또는 근로자가 장애를 가졌거나 장애 이력이 있음을 이유로 또는 신체적 또는 정신적 장애를 가졌다고 판단된다는 이유로 해당인에 불리한 처우를 하는 경우에 발생한다.<sup>134)</sup> ADA에 따른 차별은 장애를 가진 개인이나 장애를 가진 집단을 걸러내거나 걸러낼 수 있는 자격, 시험 또는 기타 선별 기준의 적용 또한 포함한다. 단, 그와 같은 자격, 시험 또는 선별 기준이 해당 업무와 관련하고 그에 사업적 필요성이 있음이 입증되는 경우를 제외한다.<sup>135)</sup> ADA는 고용의 모든 측면에서 발생하는 모든 차별을 금지하며, 이는 채용, 해고, 급여, 업무 배치, 승진, 일시해고, 교육, 부가급여 및 기타 고용과 관련한 여타 조건들을 포함한다. ADA에 따라 사용자가 장애와 관련한 설문을 하거나 건강검진을 요구하는 것은 제한된다.<sup>136)</sup> ADA는 또한 사용자로 하여금 장애를 가진 근로자나 구직자에 편의를 제공하는 것이 사용자에게 정당하지 않은 어려움, 즉 사용자에게 중대한 어려움이나 비용을 발생시키는 것이 아닌 이상, 이들에 합리적인 편의를 제공할 것을 요구한다.<sup>137)</sup>

### A. 장애의 자격

130) Questions and Answers on the Pregnancy Discrimination Act, 29 C.F.R. pt. 1604 app., Question 36 (1979) 참조.

131) 42 U.S.C. § 2000e(k); 또한 Questions and Answers on the Pregnancy Discrimination Act, 29 C.F.R. pt. 1604 app., Question 37 (1979) 참조.

132) 단, PDA가 통과되기 이전에는, 사용자의 연공 제도가 임신과 관련하여 질병 휴가를 사용한 여성에게 다른 단기 질병 휴가를 사용한 근로자들과 비교하여 불리한 연공을 적용하는 경우에도 제7장에 위배되지 않았다. PDA가 소급 적용되는 것은 아니기 때문에, 사용자는 PDA의 발효일(1979. 4. 29.) 이전에 임신과 관련한 질병 휴가에 대해서는 임신과 관련한 질병 휴가에 다른 단기 질병 휴가에 적용한 것보다 불리한 조건이 적용되었다더라도 적용한 연공을 조정할 필요는 없다. AT&T Corp. v. Hulteen, 556 U.S. 701 (2009).

133) 본 항목에 규정하는 원칙들은 재활법(Rehabilitation Act, 29 U.S.C. § 791) 제501조로부터 발생하는 청구에 대해서도 적용된다.

134) ADA에서 “사용자”는 15인 이상의 근로자를 둔 민간 부문의 사용자와 주 또는 지방 정부의 사용자를 포함한다. 42 U.S.C. § 12111(5)(A). 본 문서에서 “사용자”는 ADA가 적용되는 단체를 가리키며, 근로자 단체 및 고용알선기관들을 포함한다.

135) 42 U.S.C. §§ 12112(b)(6), 12113(a); 29 C.F.R. § 1630.10 참조.

136) 42 U.S.C. § 12112(d); 29 C.F.R. § 1630.13.

137) 42 U.S.C. § 12112(b)(5); 29 C.F.R. § 1630.9.

ADA는 “장애” 를 하나 이상의 중요한 일상생활을 실질적으로 제한하는 것으로서 그에 대한 기록이 있는 것 또는 그와 같은 장애를 가졌다고 간주되는 것으로 정의한다.<sup>138)</sup> 의회는 2008년 장애인법 개정법(ADA Amendments Act of 2008, ADAAA)을 통하여 어느 개인의 장애가 법률상의 장애에 포함되는지에 관한 문제는 광범위한 분석을 요구하여서는 안 되며, 장애의 정의는 넓게 해석되어야 함을 분명히 하였다. 어느 개인이 장애를 가졌는지에 관한 판단은 장애로 인한 영향을 완화하거나 제거하도록 하는 약물이나 치료 등과 같이 이를 완화하는 조치에 의한 개선 조치와는 무관하게 이루어져야 한다.<sup>139)</sup> ADAAA에 의하면, 장애가 특정 기간 동안 지속되어 실질적 제한이 이루어지는 것으로 간주되어야 한다는 요건은 존재하지 않는다.<sup>140)</sup> ADAAA는 걷기, 서있기, 들어올리기 등과 같이 중요한 일상생활에 임신과 관련한 장애로 인한 영향을 받는 것에 더하여, 주요한 신체적 기능을 사용하는 것에 영향을 받는 것 또한 포함한다. 주요한 신체적 기능으로는 신경계, 근골격계, 내분비계 및 생식계 시스템의 작용과, 체내 각 개별 장기의 작용을 포함한다.

ADAAA의 입법 이전, 일부 법원은 임신과 관련한 의학적 증상은 일반적으로 ADA가 정하는 범위에 포함되지 않으며 따라서 장애가 아니라고 판단하였다.<sup>141)</sup> 임신은 ADA가 정하는 장애의 범위에 속하지 않으며,<sup>142)</sup> 따라서 그 자체로 장애는 아니지만,<sup>143)</sup> 일부 임신부 근로자들은 임신과 관련하여 개정된 ADA의 장애 범위에 해당하는 장애를 갖게 될 수 있다. 장애의 사유는 장애의 해당 여부를 결정하는 것과 무관하다.<sup>144)</sup> 나아가 개정된 ADA에 따르면, 업무에 제한을 가하는 임신과 관련한 장애는 비록 일시적일지라도 상당히 제한적인 것이다.<sup>145)</sup>

생식계에 발생하는 일부 장애는 임신을 보다 힘들게 만들고, 따라서 만약 임신을 가능하도록 하기 위하여 일정한 신체적인 제한을 필요로 하게 되고, 그렇지 않으면 출산 이후에 제한이 초래될 수 있다. 자궁 및 자궁경부에서의 이상이 그러한 합병증을 유발할 수 있다.<sup>146)</sup> 예컨대, 자궁경부의 이상을 진단받은 임신부는 임신 기간 동안 침대에서 휴식하는 것이 필요할 수 있다. 한 법원에 따르면, 생식계에 발생한 다수의 생리적인 이상으로 근로자에 제왕절개를 통한 출산이 요구되는 경우, 이는 장애가 작용하여 해당 근로자에 합리적인 편의에 대한 권리를 발생시킬 수 있다.<sup>147)</sup>

138) 42 U.S.C. § 12102(2); 29 C.F.R. § 1630.2(g).

139) Pub. L. No. 110-325, §§ 2(b)(5), 4(a), 122 Stat. 3553 (2008); 29 C.F.R. §§ 1630.1(c)(4), 1630.2(j)(1)(vi). 임신과 관련한 장애가 보호 대상 장애에 해당함을 증명하고자 하는 원고들은 증상 및 장애와 그로 인한 실질적 제한에 관한 구체적인 증거를 제시하여야 한다.

140) 29 C.F.R. § 1630.2(j)(1)(ix).

141) 예시로, *Gorman v. Wells Mfg. Corp.*, 209 F. Supp. 2d 970, 976 (S.D. Iowa 2002), a'd, 340 F.3d 543 (8th Cir. 2003) 참조 (주기적인 메스꺼움, 구토, 어지러움, 심각한 두통 및 피로는 “통상적인 임신 과정의 일부” 에 속하기 때문에 ADA의 장애에 속하지 않음); *Gudenkauf v. Stauer Commc'ns, Inc.*, 922 F. Supp. 465, 473 (D. Kan. 1996) (임신에 따른 입덧, 스트레스, 메스꺼움, 요통, 부종 및 두통 또는 심리적 변화는 정상적 범위를 벗어나거나 이상이 있는 것이 아닌 이상 장애에 해당하지 않음); *Tsetseranos v. Tech Prototype, Inc.*, 893 F. Supp. 109, 119 (D.N.H. 1995) (“임신 및 그와 관련한 의학적 증상은, 이례적인 경우가 아닌 이상, ADA에서 정하는 ‘신체적 또는 정신적 장애’ 로 간주되지 않는다.”).

142) 29 C.F.R. pt. 1630 app. § 1630.2(h).

143) 예시로, *Walker v. Fred Nesbit Distrib. Co.*, 331 F. Supp. 2d 780, 790 (S.D. Iowa 2004) 참조 (정상적인 임신은 ADA에 따른 장애가 아님); *Gover v. Speedway Super America, LLC*, 254 F. Supp. 2d 695, 705 (S.D. Ohio 2002) (위와 동일함).

144) 어떠한 자가 장애를 가졌는지 여부에 대한 판단이 장애의 명칭이나 진단에 근거할 필요는 없고, 그와 같은 장애가 그의 일상에 미치는 효과에 근거한다. 29 C.F.R. pt. 1630 app. § 1630.2(j). ADA는 장애의 의학적 정의에 더하여 기능적인 의미를 포함한다. 136 Cong. Rec. H1920 H1921 (daily ed. 1990. 5. 1.) (Statement of Rep. Bartlett).

145) 29 C.F.R. § 1630.2(j)(ix) 참조 (6개월 미만으로 지속되는 장애 또한 장애에 해당할 수 있음).

146) *Insuicent Cervix, U.S. Nat'l Library of Med.* <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/patientinstructions/000595.htm> (최종 접속일 2014. 4. 30.) (자궁경부의 이상에 관한 일반적 정보). 자궁 섬유양 (자궁벽 내부 및 주변에 발생하는 양성 종양)은 심각한 국소 부위의 복통을 발생시킬 수 있고, 유산의 위험성을 증가시키거나 조산 또는 둔위 분만을 유발할 수 있으며 제왕절개가 필요해질 수 있다. *Hee Joong Lee, MD et al., Contemporary Management of Fibroids in Pregnancy, R O & G (2010) 참조*(<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2876319/>) (최종 접속일 2014. 4. 30.).

147) *Price v. UTi, U.S., Inc.*, 2013 WL 798014, \*2 (E.D. Mo. 2013. 3. 5.), *Price v. UTi, U.S., Inc.*, 2013 WL 1411547 (E.D. Mo. Apr. 08, 2013)에서 재심이 기각 되었다. (근로자가 제왕절개로 출산한 후 3주 이후에

다른 주요한 신체적 기능과 관련한 장애 또한 임신과 관련한 제한으로 이어질 수 있다. 그 사례로, (정상적인 세포의 성장에 영향을 미치는) 임신성 빈혈; (근골격계 기능에 영향을 미치는) 임신 관련 좌골 신경통; (신경 기능에 영향을 미치는) 임신 관련 손목터널증후군; (내분비 기능에 영향을 미치는) 임신성 당뇨; (소화 또는 생식 기능에 영향을 미치는 것으로서) 심각한 탈수를 유발할 수 있는 메스꺼움; (심혈관 기능에 영향을 미치는 것으로서) 치료를 요할 수 있는 비정상적 심박수; (순환 기능에 영향을 미치는 것으로서) 순환의 문제로 특히 다리에 발생하는 부종; 및 (뇌 기능에 영향을 미치는) 우울증 등이 있다.<sup>148)</sup>

개정된 ADA를 적용함에 있어, 다수의 법원은 심각한 통증과 보행 장애를 유발하며 의사로부터 업무 제한이나 조기 휴직을 권고 받을 수 있도록 하는 골반 염증;<sup>149)</sup> 출산 후 물리치료를 필요로 하는 합병증을 유발할 수 있는 치골결합기능장애(SPD);<sup>150)</sup> 역위 태아로 인하여 응급실 방문 및 침상에서의 휴식을 요하는 임신 관련 합병증<sup>151)</sup> 등 임신과 관련한 장애가 ADA의 장애 범위에 속할 수 있다고 결론 내렸다. 원고가 의사로부터 임신이 “고위험군”에 있으며 근로시간을 제한하고 무거운 물건을 들어서는 안 된다는 권고를 받은 어느 사건에서, 의사가 구체적으로 장애를 확인하지는 않았음에도 원고가 ADA가 정하는 범위에 속하는 장애를 가졌는지 여부를 다룰 수 있다고 판단하였다.<sup>152)</sup>

**사례 16**

**임신 관련 장애가 일상생활을 실질적으로 제한하였기 때문에 ADA의 장애에 해당하는 사례**

Amy는 임신 5개월째 되는 달에, 고혈압, 심각한 두통, 복부 통증, 메스꺼움 및 어지러움을 겪게 되었다. 그녀는 의사로부터 자간전증(子癇前症)을 진단받았고, 남은 임신 기간 동안 침상에 누워 지낼 것을 권고 받았다. 그녀는 서기, 앉아있기, 걷기 등과 같은 주요한 일상생활을 제한하는 신체적인 이상을 갖게 되었고 심혈관 및 순환계 등과 같은 신체 기능에도 이상이 발생하였기 때문에 이와 같은 증거는 Amy가 ADA에서 정하는 장애를 갖고 있음을 의미한다. ADA 개정법은 어떤 사람이 장애를 갖고 있는지 여부를 판단함에 있어 이를 완화시킬 수 있는 조치는 고려하지 않기 때문에, 침상에 누워 쉬는 것이 Amy의 자간전증 증상을 완화시킬 수 있으나 이는 고려되지 않는다.

해당 근로자를 해고한 사용자에 대하여 약식재판이 인정되지 않음).

148) 심각한 탈수를 일으키는 구토를 유발하는 메스꺼움은 임신오조가 될 수 있다. 체액저류, 수종으로 인한 과도한 부종은 휴식을 필요로 하고 다리를 올리고 잇을 것을 필요로 할 수 있다. Pregnancy, U.S. Dep’t of Health & Human Servs. (<http://womenshealth.gov/pregnancy/you-are-pregnant/pregnancy-complications.html> (최종 접속일 2014. 4. 30.)) 참조.

149) McKellips v. Franciscan Health Sys., 2013 WL 1991103, \*4 (W.D. Wash. 2013. 5. 13.) (원고가 움직임을 줄이기 위한 업무공간의 조정과 조기 출산 휴가가 필요하도록 한 심각한 골반염과 움직일 수 없게 만드는 고통을 겪었다는 주장은 그녀가 이에 ADA 청구를 포함시키도록 하는 것에 충분하였음).

150) Nayak v. St. Vincent Hosp. and Health Care Ctr., Inc., 2013 WL 121838, \*3 (S.D. Ind. 2013. 1. 9.) (원고의 ADA 청구를 기각시키고자 한 피고의 재정신청은 인정되지 않음).

151) Mayorga v. Alorica, Inc., 2012 WL 3043021, \*6 (S.D. Fla. 2012. 7. 25.) (미공간 판례) (원고가 임신과 관련하여 주장한 조기의 자궁 수축, 자궁염, 심박수의 증가, 심각한 입덧, 심각한 골반통, 심각한 요통, 심각한 하복부 통증 및 심각한 두통을 포함하였던 사건에서, 원고의 청구를 기각시키고자 한 피고의 재정신청은 인정되지 않음). 최근 일부 지방 법원의 결정을 살펴보면, 장애가 주요한 일상생활을 제한한 사실에 관한 증거를 제시하지 못하였거나 ADA 개정법(ADAAA)의 발효일 이전에 존재한 장애에 대하여 보다 엄격한 요건을 적용함으로써 임신과 관련한 장애가 장애에 해당하지 않는다고 결정하였다. Wanamaker v. Westport Board of Education, 899 F. Supp. 2d 193 (D. Conn. 2012) 참조 (원고는 그녀가 출산 시 겪은 것으로서 그녀의 주요한 일상생활을 실질적으로 제한하였던 척수외상, 횡단성 척수염을 입증할 수 있는 사실을 주장하지 않음); Selkow v. 7-Eleven, Inc., 2012 WL 2054872 (M.D. Fla. 2012. 6. 7.) (법원은 원고의 해고가 이루어진 당시 효력이 있었던 ADAAA를 적용하지 않고, 원고의 쇠약해진 허리가 약식재판으로 장애를 성립시키기 위하여 필요한 임신과 관련한 “심각한 합병증”에 관한 증거를 제시하지 못하였다고 판단함); Sam-Sekur v. Whitmore Group, LTD, 2012 WL 2244325 (E.D.N.Y. 2012. 6. 15.) (법원은 ADAAA 입법 이전의 판례에 기초하여, “일시적인 장애, 임신 및 임신으로부터 발생하는 증상은 일반적으로 장애에 해당하지 않는다”고 판단하였으나, 원고 본인으로부터 하여금 담낭을 제거하도록 한 그녀의 만성 담낭염의 지속 기간에 관한 사실과 위 질병의 임신과의 연관성을 주장할 수 있도록 청구를 변경하는 것을 허용함).

152) Heatherly v. Portillo’s Hot Dogs, Inc., 2013 WL 3790909, \*6 (N.D. Ill. 2013. 7. 19.).

사용자가 임신부 근로자의 장애 이력에 기반하여 그녀가 과거에 실질적으로 제한을 발생시키는 장애를 가졌었다는 것을 이유로 그에 불리한 조치를 하는 경우 차별이 성립한다.

**사례 17**  
**구직자의 장애 이력에 근거한 차별**

카운티의 경찰서에서 어느 구직자에 경찰관으로서의 일자리를 제안한다. 이후 경찰서는 의료 설문 및 검진을 진행한다.<sup>153)</sup> 설문지에서, 구직자는 3년 전 임신하였을 때 임신성 당뇨를 앓았으나 출산 이후 증상이 치료되었다고 명시한다. 이와 같은 과거의 임신성 당뇨 이력을 이유로 현재 구직자가 업무를 안전하게 수행하는 것에 영향을 미치는 어떠한 장애도 갖고 있지 않음에도 해당 구직자를 채용하지 않는 경우, 경찰서는 ADA를 위반하게 된다.

마지막으로, 사용자가 임신부 근로자에 일시적이지 않고 (6개월 이상 지속되거나 지속될 것으로 예측되는) 사소하지 않은 실질적 또는 인지적 장애에 근거하여 해당 근로자에 대해 금지된 조치(예컨대 해당 근로자를 해고하거나 덜 선호되는 자리로 배치하는 등)를 취하는 경우 해당 근로자가 장애를 가진 것으로 간주하는 것이라고 할 수 있다.<sup>155)</sup>

**사례 18**  
**장애를 가진 것으로 간주되는 임신부 근로자**

사용자는 임신부 용접공을 공장의 공구실에서 일하는 자리로 재배치하여 사용을 위해 체크아웃 되었다가 근무 종료 시 반환되는 공구들을 관리하고 수리가 필요한 장비나 공구들과 관련한 서류 작업을 하도록 한다. 이 업무는 용접 업무보다 급여가 적고 대부분의 근로자들이 “만들어낸 직무”라고 간주하는 업무이다. 매니저는 근로자가 임신과 관련한 “합병증”을 겪고 있었고 용접공으로 계속 근로하였을 경우 “유산의 위험성이 컸다는 것”을 이유로 그와 같은 배치를 하였다. 그러나 해당 근로자는 임신 관련 합병증을 겪고 있지 않았고, 의사로부터 용접공으로 계속 근로하여도 된다는 확인을 받았다. 사용자는 그녀가 일시적이거나 사소하지 않은 장애를 가졌다고 판단한 것에 기초하여 그녀에게 금지된 조치(보다 급여가 적은 지위로 재배치한 사실)를 취하였기 때문에 근로자가 장애를 가진 것으로 간주했다고 할 수 있다. 또한 해당 근로자가 용접공으로서의 본질적인 업무를 이행할 능력이 없었다거나 그녀 자신 또는 직장 다른 이들에 직접적인 위협을 초래할 수 있었다는 증거가 없었기 때문에, 사용자는 차별에 대한 책임도 부담한다. 해당 근로자가 업무를 이행할 능력이 있었다는 증거가 있었다는 점에서, 사용자는 PDA에 따른 책임 또한 부담한다.<sup>154)</sup>

## B. 합리적인 편의 제공

임산부 근로자는 ADA에 따라 장애에 해당하는 임신과 관련한 증상으로부터 또는 기저 장애가 임신과 상호작용함으로써 나타나는 제한에 대하여 합리적인 편의를 제공받을 수 있다.<sup>156)</sup> 합리적인 편의는

153) ADA는 업무와 관련되어 있을지라도 고용을 제안하기 이전에 장애와 관련하여 어떠한 종류의 설문 및 검진하는 것을 금지한다. 사용자는 구직자에 조건부 고용 제안을 한 후 해당인이 근로를 시작하기 전까지, 업무와 관련된 것인지와 무관하게 장애와 관련한 설문 및 검진을 수행할 수 있다. 단, 이는 같은 직무 카테고리에 속한 모든 입사 근로자들을 대상으로 하는 것이어야 한다. 사용자는 근로자가 근로를 시작한 이후, 업무적 관련성 및 사업적 필요성이 있는 경우에 한하여 장애와 관련한 설문 및 검진을 요구할 수 있다. 대상 사업장은 직장에서 근로자에 제공하는 건강보험 프로그램의 일환으로 임의적 의무기록지 등과 같은 임의적 의료 검진을 수행할 수 있다. 42 U.S.C. § 12112(d)(4); 29 C.F.R. §§ 1630.13, 1630.14; EEOC Enforcement Guidance: Preemployment Disability-Related Questions and Medical Examinations (1995. 10. 10.), (<http://www.eeoc.gov/policy/docs/preemp.html>에서 확인 가능 (최종 접속일 2014. 5. 5.)); 또한 EEOC Enforcement Guidance on Disability-Related Inquiries and Medical Examinations of Employees Under the Americans with Disabilities Act (ADA), question 1, (2000. 7. 27.) 참조 (<http://www.eeoc.gov/policy/docs/guidance-inquiries.html>에서 확인 가능 (최종 접속일 2014. 5. 5.)).

154) 이 사실관계는 *Spees v. James Marine, Inc.*, 617 F.3d 380, 398 (6th Cir. 2010) 사건에서 가져왔다. 법원은 사용자가 ADAAA의 입법 이전 보다 엄격한 기준의 “간주” 하에 임신부 근로자를 그녀가 이전에 임신하였을 때 합병증이 있었다는 것을 이유로 장애를 가진 것으로 간주하였다고 판단하였다.

155) 29 C.F.R. § 1630.20(1).

근로환경 또는 장애를 가진 근로자가 일반적으로 일자리에 지원하고 업무를 본질적으로 이행하거나 고용상의 평등한 혜택을 누릴 수 있도록 이루어지는 것들을 변경하는 것을 의미한다.<sup>157)</sup> 사용자는 근로자에게 합리적인 편의를 제공하는 것이 정당하지 않은 어려움을 초래하는 경우에 한하여 이를 거부할 수 있다.<sup>158)</sup> 정당하지 않은 어려움은 중대한 어려움이나 비용을 발생시키는 행위로 정의된다.<sup>159)</sup>

**사례 19**  
**임신과 기저 장애의 상호작용으로부터 발생하는 증상**

Jennifer는 수년 간 신경학적 장애를 약물을 통해 성공적으로 관리해왔다. 그녀는 약물 없이는 극심한 피로를 느끼며 전일 근로를 완료하는 것에 어려움을 겪었지만, 처방받은 약과 모든 근로자들에게 제공되는 휴식 시간 덕분에 근로가 가능했다. 임신하게 되자 의사로부터 임신에 위험을 미칠 수 있는 일부 약물은 섭취하지 않도록 권고 받았고, 다른 적절한 대체제는 존재하지 않았다. 이후 점점 피로도가 높아지게 되었고, 짧은 휴식 시간과 점심시간은 이에 충분치 않았다. Jennifer는 피로를 경감시키기 위해 근로시간 동안 보다 자주 휴식 시간을 갖게 하여 줄 것을 요청하였다. 이는 사용자에게 정당하지 않은 어려움을 발생시키지 않으므로, 사용자는 그와 같은 편의를 제공하여야 할 것이다.

임신과 관련한 장애에 필요할 수 있는 합리적인 편의는 다음을 포함하나 이에 국한하지 않는다:<sup>160)</sup>

- 근로자가 장애로 인하여 수행할 수 없게 된 주변부적 업무들의 재분장. 주변부 업무는 직무의 비본질적 (또는 비필수적) 업무를 말함
  - \* 사례: 유기농 시장의 매니저는 임신과 관련한 좌골 신경통으로 인하여 임신 후반부에 20파운드 이상 물건을 들어 올리지 말 것을 권고 받았다. 매일 배송 트럭이 도착하면, 재고 담당자 중 한명이 제품을 내려 상점으로 운반한다. 한 달에 2회에서 3회 정도 재고 담당자가 늦거나 결근하는 경우 매니저가 제품을 대신 내려 운반하는 경우가 있다. 매니저가 물건을 들어 올리는 것과 관련한 제한을 겪는 기간 동안, 출납원 중 한명이 상품을 내리는 것이 가능했기 때문에, 사용자는 상품을 내리는 주변부적인 업무를 매니저의 직무로부터 제외할 수 있었다.
- 업무의 본질적 부분 또는 주변부적 부분의 수행 방식의 변경
  - \* 사례: 임신과 관련한 손목터널증후군을 겪게 된 창고의 매니저는 담당의로부터 컴퓨터 키보드로 일하는 것을 피하라는 권고를 받았다. 그녀는 현장의 재고를 관리하고 매주 요약 보고서를 작성하여야 할 책임을 부담한다. 지역의 매니저는 매주 말, 해당 근로자의 보조가 받아 적은 노트에 기초하여 요약 보고서에 필요한 데이터를 컴퓨터에 입력하도록 하고 해당 근로자가 입력 사항이 정확한지 확인하기로 한 계획을 승인하였다.
- 직장 내 정책의 변경
  - \* 사례: 개발 제안서에 관하여 건설 계획을 수령하고 작성하는 역할을 하는 사무원은 임신과 관련하여 신장 질환을 진단받아 근로시간 동안 정기적으로 수분을 섭취하라는 권고를 받게 되었다. 기존에는 문서를 손상시킬 우려 때문에 액체류를 섭취하는 것이 금지되었다. 그녀의 매니저는 파일 보관실 바로 앞쪽에 테이블을 마련하여 그녀가 쉽게 물을 섭취할 수 있도록 하였다.
- 장비 및 기구의 매입 또는 개조

156) Job Accommodation Network, “Accommodation Ideas for Pregnancy” 참조 (<https://askjan.org/soar/other/preg.html>에서 확인 가능 (최종 접속일 2014. 5. 5.)).

157) 29 C.F.R. § 1630.2(o); EEOC Revised Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation and Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act (2002. 10. 17.) 참조 (<http://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html>에서 확인 가능 (최종 접속일 2014. 5. 5.)).

158) 42 U.S.C. § 12112(b)(5)(A); 29 C.F.R. § 1630.9.

159) 29 C.F.R. § 1630.2(p) 참조. 제공하는 편의의 성격, 그에 따른 비용, 시설이나 단체의 전반적인 재정 상태 및 단체의 운영 유형 등이 그와 같은 편의의 제공이 정당하지 않은 어려움을 발생시키는지에 대한 판단에 고려될 수 있다.

160) supra note 157 참조.

- \* 사례: 우체국 사무원은 8시간의 근로 중 대부분의 시간에 카운터에 서서 고객을 응대하여야 했다. 임신 기간 동안 그녀는 완관절로 인한 심각한 골반통을 겪게 되었고, 안정을 위해 대부분의 시간 동안 앉아있어야 하게 되었다. 그녀의 매니저는 카운터 높이의 의자를 제공하여 그녀가 편안하게 근무할 수 있도록 하였다.

- 근무 스케줄의 조정

- \* 사례: 우울증을 겪고 있던 근로자는 임신 기간 동안 정기적으로 투여하던 약물을 더 이상 투여하지 못하게 되어 증상이 더욱 심각해졌음을 발견하였다. 그녀의 담당의는 매주 상담을 받는 것이 증상을 완화시켜 줄 것이라는 문서를 발급하였다. 상담이 근로시간 중에만 가능하기 때문에, 그녀는 오후에 1시간 늦게 근로를 시작하도록 허가해 줄 것을 요청하였다. 매니저는 그와 같이 스케줄을 조정하는 것이 근로자가 고객 및 클라이언트를 응대하는 것에 부정적인 영향을 미치지 않으며 배송을 내보내는 것과 보고서를 준비하는 것 등과 같은 근로자의 일부 직무는 오후 늦게라도 수행될 수 있기 때문에, 그와 같은 편의 제공이 정당하지 않은 어려움이 되지 않는다고 결정하였다.

- 사용자가 장애와 관련하여 통상적으로 제공하는 질병 휴가에 더하여 추가적으로 제공하는 휴직 기간 (근로자에 누적된 유급 휴가가 없는 경우, 무급 휴가가 될 수 있음)

- \* 사례: 은행의 회계 담당자는 임신 중 경부 이상을 진단받았고 담당의로부터 출산할 때까지 침상에서 지낼 것을 권고 받았다. 그녀는 가족의료휴가법에 따른 휴직에 대한 자격이 발생할 정도로 은행에 오래 근무하지 않았고, 사용자의 휴가 정책에 따라 병가 일수가 발생하기는 하였으나 권고 받은 기간만큼 휴직하기에는 모자랐다. 회사는 그녀의 요청에 따라 병가 일수를 넘어선 기간에 대하여 무급으로 병가를 더 제공하는 것이 정당하지 않은 어려움을 발생시키지 않는다고 결정하였다.

- 일시적인 격무면제<sup>161)</sup>

- \* 사례: 화원에서 근무하는 근로자는 화초에 물을 주고, 카트를 끌고 다니며, 작은 화분들을 카트에서 통으로 옮겨 담는 일을 담당하였다. 그녀의 담당의는 물건을 들어 올리는 일을 자제할 것을 권고 하였고, 호르몬의 변화에 따라 골반 관절에서 비롯된 임신과 관련한 골반통을 이유로 20파운드 이상의 물건을 들거나 운반하지 말아야 한다는 문서를 발급하였다. 매니저는 그녀에게 격무면제가 적용되는 출납대에서의 근무를 승인하였다.

### III. 임신부 근로자에 영향을 미치는 기타 요건

#### A. 가족의료휴가법 (Family and Medical Leave Act, FMLA)

제7장은 사용자가 다른 일시적 질병 또는 가족과 관련한 이유로 휴가를 제공하고 있지 않은 이상 사용자에게 임신 관련 휴가 또는 육아 휴직을 제공하여야 할 의무를 부과하고 있지 않으나, FMLA는 대상 사용자에게 그와 같은 휴가를 제공할 것을 요구한다.<sup>162)</sup> FMLA는 현재 또는 직전 년도(역년)에 20주 이상을 근로한 50인 이상의 근로자를 고용하는 민간 부문 및 연방, 주 및 지방 정부의 사용자에게 적용된다.<sup>163)</sup>

161) EEOC Enforcement Guidance: Workers' Compensation and the ADA, Q&A 28, (1996. 9. 10.) 참조 (<http://www.eeoc.gov/policy/docs/workcomp.html>에서 확인 가능 (최종 접속일 2014. 5. 5.)). 격무면제에 관한 보다 자세한 논의에 대해서는, Section I C.1., supra 참조.

162) 노동부(DOL)가 FMLA를 시행한다. FMLA에 따라 최근 개정된 DOL 규칙은 29 C.F.R. Part 825에서 확인할 수 있다. FMLA와 EEOC가 시행하는 법률 사이의 상호작용에 관한 추가적인 정보는 EEOC의 Fact Sheet on the Family and Medical Leave Act, the Americans with Disabilities Act, and Title VII of the Civil Rights Act of 1964에서 확인할 수 있다(<http://www.eeoc.gov/policy/docs/fmlaada.html> (최종 접속일 2014. 5. 5.)).

163) 이에 비해, 제7장은 차별이 발생하였다고 주장된 역년 또는 그 이전 역년에 포함된 20주 이상 역주의 각 근로일에 15인 이상의 근로자를 고용한 사용자에게 대해 적용된다. 제7장은 정부 단체에 대해서도 적용

FMLA에 따라, 적절한 근로자<sup>164</sup>)는 다음 중 하나 이상을 사유로 하여 12개월 동안 최대 12주의 휴가를 사용할 수 있다:

- (1) 근로자의 자녀의 탄생 및 양육을 위한 휴가;
- (2) 근로자가 입양 또는 위탁 보호를 통해 맞이하는 자녀를 위한 휴가;
- (3) 근로자의 배우자, 자녀 또는 부모가 심각한 질병을 앓는 경우, 그 간호를 위한 휴가; 또는
- (4) 근로자가 심각한 건강상의 문제로 인하여 근로하는 것이 불가능한 경우의 질병 휴가.<sup>165</sup>)

FMLA는 또한 다음을 규정한다:

- 사용자는 근로자가 FMLA에 따라 휴가를 사용하는 동안 해당 근로자가 휴가를 사용하지 않았을 경우와 동일하게 그에 대한 그룹형 건강보험의 보장 범위를 유지하여야 한다;
- FMLA에 따른 휴가 이후, 사용자는 해당 근로자를 그의 본래 직무 또는 급여, 혜택 및 고용의 기타 조건의 측면에서 그의 본래 직무와 동일한 직무로 복귀시켜야 한다;
- 동일한 사용자에 의해 고용된 부부는 둘 사이의 자녀의 탄생, 입양이나 위탁 보호 또는 심각한 질병을 앓는 부모의 간호에 관하여 12주 이상의 가족 휴가를 사용할 수 없다; 및
- 사용자는 FMLA에 의해 보장되는 권리의 행사를 방해, 제한 또는 거부할 수 없다; 사용자는 또한, 근로자가 FMLA에 의해 금지되는 관행에 항의한다거나 FMLA와 관련한 절차에 관여하는 것을 이유로 해당 근로자를 차별할 수 없다.

## B. 부모로서의 지위에 근거한 차별을 금지하는 행정명령 13152

행정명령 13152<sup>166</sup>)는 개인의 부모로서의 지위에 근거한 고용에 있어서의 차별을 금지한다. “부모로서의 지위”는 18세 미만자 또는 신체적이거나 정신적인 장애로 인하여 자립이 불가능한 18세 이상자와 관련하여,

- (1) 그의 생물학적 부모;
- (2) 양부모;
- (3) 위탁 보호자;
- (4) 의붓 부모;
- (5) 법적 후견인;
- (6) 그에 대하여 부모와 같은 책임을 맡은 자(loco parentis); 또는
- (7) 양육권 또는 입양을 구하는 자를 의미한다.

## C. 수유하는 여성을 위한 합리적인 휴게시간<sup>167</sup>)

환자보호 및 부담적정보험법 제4207조<sup>168</sup>)는 다음과 같이 정하고 있다:<sup>169</sup>)

된다.

164) 근로자들은 다음에 해당하는 경우 FMLA에 “적절한” 근로자가 된다: (1) 대상 사용자에게 고용되어 최소 12개월 근로하였고; (2) 휴가 시작일 직전의 12개월 동안 최소 1,250시간을 근로하였으며; (3) 75마일 이내에 50인 이상의 근로자를 둔 사업장에서 근로하여야 한다. 29 C.F.R. § 825.110. 승무원들에 대해서는 특별 근로 시간 요건이 적용된다. Airline Flight Crew Technical Corrections Act, Pub. L. No. 111-119, 123 Stat. 3476 (29 U.S.C. § 2611(2)(D)로 개정 입법되었음).

165) FMLA는 또한, 임신, 자녀 출산, 입양 또는 위탁 보호 자녀와 관련하지 않은 상황에서 군대에 있는 가족 구성원을 둔 근로자들에게 군인 가족 휴가에 대한 권리를 제공한다.

166) 65 Fed. Reg. 26115 (2000. 5. 4.). 연방인사관리처(The Office of Personnel Management)가 이 명령에 따라 가이드라인을 발표할 책임을 맡고 있다.

167) 수유 및 모유영양에 근거한 차별의 논의에 대해서는, Section I A.4.b., supra 참조.

168) Pub. L. No. 111-148,(공정근로기준법(Fair Labor Standards Act of 1938, 29 U.S.C. § 207) 제7조 개정). 적정보호법이 발표일을 명시하지 않았기 때문에, 수유하는 여성들에 대한 새로운 휴게시간 규칙의 효력은

- 사용자는 자녀가 첫돌이 되는 때까지 소유하는 근로자가 유축할 수 있도록 “합리적인 휴게시간”을 제공하여야 한다.
- 사용자는 위의 목적상 화장실 이외에 개별적인 공간을 제공하여야 한다.
- 사용자는 근로자가 위의 목적으로 사용한 시간에 대하여 급여를 지급하지 않아도 무방하다.<sup>170)</sup>
- 공정근로기준법(Fair Labor Standards Act)상 요건에 따라 초과근로 수당의 면제를 받지 않는 시간제 근로자는 유축을 위한 휴게시간을 갖는다.
- 50인 미만 사업장의 사용자에 대해서는 위 요건이 “사업의 규모, 성격 또는 구조를 고려하였을 때 중대한 어려움과 비용을 발생시킴으로써 정당하지 않은 어려움을 부과” 하는 경우에는 위 요건이 적용되지 않는다.
- 본 법의 어떠한 부분도 근로자들에 보다 광범위한 보호를 제공하는 주 법을 대체하지 않는다.<sup>171)</sup>

#### D. 주 법

제7장은 주 또는 지역의 법령이 제7장에 위배되는 행위를 요구하거나 허용하는 경우를 제외하고, 그에 따른 사용자의 의무를 면제하지 않는다.<sup>172)</sup> 따라서, 사용자는 그와 같은 규정이 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 근거한 차별을 요구하거나 허용하는 것이 아닌 이상, 임신부 근로자에 관한 주 또는 지역의 규정을 준수하여야 한다.<sup>173)</sup>

대법원은 California Fed. Sav. & Loan Ass'n v. Guerra 사건<sup>174)</sup>에서, PDA는 캘리포니아 주의 사용자들에게 임신 관련 장애에 관한 무급 휴가를 최대 4개월까지 제공하도록 하는 캘리포니아 주 법을 대체하지 않는다고 판단하였다. Cal Fed는 주 법이 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상으로 영향을 받은 여성 근로자들에 유리한 처우를 할 것을 요구하기 때문에 제7장에 위배된다고 주장하였으나, 법원은 의회가 PDA의 “임신 관련 장애의 기준은 그 상한 기준을 상승시킬 수 없다고 정한 것이 아니라 하한 기준을 떨어뜨리지 않도록” 하는 것을 의도하였다는 점에서 그에 동의하지 않았다.<sup>175)</sup>

Guerra 사건에서 법원은, “의회가 실제로 그와 같이 유리한 처우를 금지할 의도였다고 하더라도 특혜를 요구하지 않도록 할 의도만을 그토록 광범위하게 논의했을 것이라고 생각하기 어렵다” 고 하였다.<sup>176)</sup> 법원은 캘리포니아 주 법이 사용자에 장애를 가진 근로자들보다 임신부를 유리하게 대우할 것을

---

입법일 - 2010년 3월 23일로부터 발생하였다.

169) DOL은 소유하는 여성들의 휴게시간에 관한 일반적인 정보를 제공하는 Fact Sheet를 발표하였다. The Fact Sheet는 <http://www.dol.gov/whd/regs/compliance/whdfs73.htm>에서 확인할 수 있다 (최종 접속일 2014. 5. 5.).

170) DOL의 Fact Sheet에서는 사용자가 이미 유급 휴게시간을 제공하고 있는 경우, 유축을 위해 휴게시간을 사용하는 근로자에 대하여 다른 근로자들에게 제공하는 것과 동일하게 보상을 제공하여야 함을 설명한다.

171) 현재, 24개 주와 푸에르토리코 및 컬럼비아 특별구가 소유와 관련한 사업장 요건을 정하는 법령을 갖고 있다.

172) 제7장 제708조는 다음과 같이 규정한다: “주 또는 어느 주의 정치적 하부 조직의 현재 또는 장래의 법령이 본 장에 따른 불법적인 고용 관행을 요구하거나 허용하는 행위를 하는 것을 목적으로 하지 않는 이상, 본 장의 어떠한 부분도 어떠한 사람을 그에 따른 책임, 의무, 벌금 또는 벌칙으로부터 면제하거나 면책하는 것으로 간주되지 않는다.” 42 U.S.C. § 2000e-7.

민권법(Civil Rights Act) 상의 모든 권리에 적용되는 제 11장 제1104조는 다음과 같이 규정한다: “본 법에 포함된 어떠한 부분도 해당 권리가 작용하는 분야를 점거함으로써 주 법을 배제하려는 의회의 의도를 표시하는 것으로 해석되지 않으며, 본 법의 어떠한 규정도 주 법의 규정이 본 법 또는 본 법 규정에 일치하지 않는 것이 아닌 이상, 주 법을 무효화시키는 것으로 해석되지 않는다.” 42 U.S.C. § 2000h-4.

173) 알래스카, 캘리포니아, 코네티컷, 하와이, 일리노이, 루이지애나, 메릴랜드, 뉴저지, 텍사스, 미네소타 및 웨스트버지니아를 포함한 일부 주는 사용자에 임신부 근로자들을 위한 합리적인 편의를 제공할 것을 요구하는 법률을 통과시켰다. 예컨대, 메릴랜드에서 임신으로 인한 장애를 가진 근로자는 합리적인 편의의 제공을 요청할 수 있으며, 사용자는 “가능한 모든 수단의 합리적인 편의”를 제공하여야 한다. 법률상 직무 교체, 근로시간 변경, 기술적 또는 전자적 지원, 보다 스트레스가 적고 덜 위험한 지위로의 이동 및 휴가 제공 등과 같은 다양한 옵션이 명시되어 있다. Md. Code Ann., State Gov't Article, § 20-609.

174) 479 U.S. 272 (1987).

175) 전계서, 280 (인용 생략).

강제하지 않았다고 판단했다. 오히려 해당 주 법은 사용자로 하여금 임신부 근로자에게 제공할 것을 요구하는 특혜를 최소화하였다. 법원은, 사용자들이 장애를 가진 다른 근로자들에게 그에 상응하는 혜택을 자유로이 제공하도록 함으로써 임신으로 인한 영향을 받은 근로자들이 업무에 대한 능력 또는 무능력이 그와 유사한 다른 근로자들보다 유리한 대우를 받지 않도록 하겠다고 보았다.<sup>177)</sup>

#### IV. 모범 사례

임신 차별 및 관련 쟁점에 대한 법적 의무에 관하여 위에서 규정하였다. 이하에서는 사용자가 임신과 관련하여 PDA 및 ADA의 위반 가능성을 줄이고 평등 고용 기회를 위해 장벽을 허물 수 있도록 하기 위해 채택할 수 있는 모범 사례들을 소개한다.

모범 사례들은 사전적 조치로서 연방의 차별 금지 요건을 상회하거나 해당 요건을 보다 잘 충족시키도록 하는 것일 수 있다. 이 정책들은 불법 차별에 관한 구제 신청을 감소시키고 근로자의 생산성을 향상시킬 수 있을 것이다. 이는 또한 근로자의 모집 및 관리에 도움이 될 수 있다.

##### 일반

- PDA 및 ADA의 요건에 기초한 강력한 정책을 수립, 전파 및 시행한다.
  - 정책이 임신, 출산 및 그와 관련한 의학적 증상에 근거한 불법 차별을 성립시킬 수 있는 행위의 유형을 다루도록 한다.
  - 정책이 다양한 청구 방법에 관하여 다루도록 한다.
- 임신, 출산 및 그와 관련한 의학적 증상과 관련한 그 각 권리 및 책임에 관하여 매니저들과 근로자들을 정기적으로 교육한다.
  - PDA, ADA, FMLA 등에 의해 개정된 바에 따라 제7장을 포함하여 관련 연방, 주 및 지역의 법률 및 규정을 검토하고, 사용자의 관련 정책 또한 검토한다.
- 근로자들을 대상으로 하는 설문조사와 정책 및 관행 평가를 통해 그 정책 등이 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 의해 영향을 받은 근로자에 불이익을 발생시키는지 또는 조직 내에서 존재해 온 차별을 반복적으로 발생시키는지 확인하고 이를 시정한다.
- 임신 차별과 관련한 청구에 효율적이고 효과적으로 대응한다. 청구에 관한 조사를 신속하고 철저하게 이행한다. 문제의 해결을 위하여 필요한 바에 따라 시정 조치 및 예방 조치를 취하며, 미래에 발생할 수 있는 문제를 예방한다.
- 구직자 및 근로자들을 보복으로부터 보호한다. 구직자나 근로자가 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 근거하여 내부적 또는 외부적으로 차별을 보고하거나 그에 관한 정보를 제공하는 경우, 사용자가 이들을 보복으로부터 보호해 줄 것임을 분명히 한다. 보복 방지 조치를 시행하도록 한다.

##### 채용, 승진 및 기타 인사결정

- 문제의 자리에 대한 구직자 또는 근로자의 자격에 집중한다. 면접하는 동안 또는 성과평가를 하는 동안, 구직자나 근로자의 임신 상태, 자녀, 가족계획 또는 기타 관련 사안에 관하여 질문하지 않는다.
- 각 지위에 대하여 직무, 기능 및 자격요건을 반영하는 구체적이고 업무와 관련된 자격 기준을 마련하고, 성별에 근거한 고정관념과 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 기초한 차별을 최소화한다. 이 기준이 후보를 고를 때 일관되게 적용되도록 한다.
- 채용, 직책 및 승진에 관한 사항이 모든 적격 근로자들에 통지되도록 한다.

176) 전계서, 287.

177) 전계서, 291.

- 채용, 승진 및 기타 인사 결정이 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 의해 영향을 받은 여성에 대한 고정관념이나 억측과 무관하게 이루어지도록 한다.
- 채용 또는 승진 목적으로 구직자나 근로자의 직무 이력을 검토하는 경우, 경험과 성과에 집중하고 동일한 가중치로 해당 근로자의 이어져 온 서비스를 통해 누적되어 온 관련 경험에도 주목한다.
- 인사결정이 가능한 범위에서 문서로 잘 보관되고 관련 당사자들에 설명되도록 한다. 매니저들로 하여금 최소 입법상 요구되는 기간 동안 기록을 보관하도록 한다. 29 C.F.R. § 1602.14. 참조
- 구직자와 근로자에게 태아에 발생할 수 있는 위험에 대한 정보를 공개하고, 요청이 있으면 가능한 경우 요청에 따라 재배치하도록 한다.<sup>178)</sup>

## 휴가 및 기타 부가급여

- 임신, 출산 또는 그에 관한 의학적 증상과 관련한 휴가는 그와 같은 증상으로 인한 영향을 받은 모든 여성에 한하여 적용되는 것으로 제한할 수 있다. 육아 휴직은 유사한 상황의 남성과 여성 모두에 대해 동일한 조건으로 제공되어야 한다.
- (금지되는 기간 동안 휴가가 제한되는 등) 휴가 정책에 제한이 있는 경우, 그와 같은 정책이 임신부 근로자에게 차별적 영향을 미치는지, 미친다면 사업의 운영을 위해 필요한 것인지에 관하여 평가를 내린다.
- 고정 근로시간, 의무적 초과 근로 등과 같은 근로자의 근무유연성을 제한하는 사업장 내 정책을 검토하여 사업의 운영에 필요한 것인지 확실하게 하도록 한다.
- 임신 및/또는 육아 휴직을 계획하는 근로자들과 그들의 휴직 기간 동안 업무 분담을 어떻게 하면 좋을지에 관하여 논의한다.
- 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상으로 휴가를 사용하고 있는 근로자들이, 원한다면 외부에서도 교육훈련에 참여할 수 있도록 한다.<sup>179)</sup>

## 고용 조건

- 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상에 기반한 차별의 가능성을 확인하기 위한 목적으로 보상 관행 및 성과 평가 제도를 감독한다. 보상 관행 및 성과 평가 제도는 위와 같은 조건에 대한 고정관념에 근거하는 것이 아니라 근로자의 실질적인 업무 성과에 근거하도록 한다.
- 격무면제 정책을 검토한다. 격무면제 정책이 임신부 근로자들이 업무에 있어서의 한계가 그들과 유사한 다른 근로자들에 부여되는 것과 동등하게 격무면제에 대한 자격을 가질 수 있도록 구성되도록 한다.
- 가능한 경우, 임신 또는 관련 질환으로 업무 수행이 불가능한 근로자들에 임시적으로 직무를 재배치한다.
- 불법적인 괴롭힘으로부터 보호한다. 임신 관련 괴롭힘에 관한 정보를 통합하는 강력한 괴롭힘 방지 정책을 수립하고 전파한다; 정책의 내용 및 절차에 관하여 주기적으로 근로자 및 매니저들을 교육시킨다; 수유하는 근로자들에 대한 괴롭힘에 관한 정보를 통합하여 정책 및 교육을 수립한다; 괴롭힘 방지 정책을 엄중하게 시행한다.
- 임신, 출산 또는 그와 관련한 의학적 증상과 무관하게, 근로자, 관리자 및 임원의 가능성을 개발한다.
- 임신 또는 관련 의학적 증상으로 인한 영향을 받은 근로자들을 포함하여 모든 근로자들에게 교육을 제공하여, 업무를 잘 수행하는 것에 필요한 모든 정보를 제공받도록 한다.
- 근로자들이 업무 능력과 경험을 향상시키고 승진하는 것에 도움이 될 수 있는 복잡하거나 높은 수준의 업무에 대하여 동등한 기회를 부여받을 수 있도록 한다.

178) 그러나 사용자들은 근로자가 휴가 중에 교육에 참여 함으로써 공정근로기준법 상 지급 규정이 적용될 수 있음을 고려하여야 한다. 노동부 규칙에 의하면, 근로시간 외 특정 교육 활동 시간은 임금을 지급하여야 하는 시간으로 간주되지 않는다. 29 C.F.R. § § 785.11-785.32 참조.

179) 전제서.

- 근로자들에 직장 내 네트워크에 대한 동등한 접근 권한을 부여함으로써 직업적 관계를 발전시키고 아이디어 및 정보를 교환할 수 있도록 한다.

### **합리적인 편의의 제공**

- 임신과 관련한 장애를 가진 근로자들의 합리적 편의 제공 요청을 신속하게 검토할 수 있는 절차를 마련하고, 적절한 바에 따라 편의를 제공한다.
- 문서로 된 모든 합리적 편의 제공 정책에 합리적인 편의 제공은 임신과 관련한 장애를 포함하여 일시적인 장애를 갖게 된 근로자들에 대해서 제공될 수 있음을 명시한다.
- 사용자가 갖고 있는 문서로 된 모든 합리적 편의 제공 절차가 모든 근로자들에게 배포되도록 하고, 사용자는 정당하지 않은 어려움이 발생하지 않는 이상, 장애를 가진 근로자들이 필요로 하는 합리적인 편의를 제공할 것임을 주기적으로 상기시킨다.
- 합리적 편의 제공 요청을 확인하고 모든 요청에 신속하게 응답할 수 있도록 매니저들을 교육한다. 개정된 ADA에 따른 임신과 관련한 장애에 대한 광범위한 보장 범위를 고려하여, ADA가 명시적으로 장애의 존재를 인정하지 않는 것이 아닌 이상, 매니저들은 임신부 근로자들의 편의 제공 요청은 ADA에 의거한 요청인 것으로 간주하여야 한다.
- 합리적 편의 제공에 관한 요청의 처리를 담당하는 모든 자가 “장애”의 개념은 광범위하며 임신과 관련한 장애를 가진 근로자들을 포함한 편의 제공을 요청하는 근로자들에 대해 그들이 적용 대상 장애를 가졌음을 입증하는 합리적인 증빙 이외에 추가적인 증거를 제출할 것을 요구하여서는 안 된다는 점을 인지하도록 한다. 합리적인 증빙은 사용자가 해당인이 ADA에서 정하는 장애를 가졌으며 그 장애로 인하여 합리적인 편의 제공이 필요함을 입증할 것을 요구할 수 있음을 의미한다. 적절한 편의 제공에 관한 결정을 내리는 절차는 정당하지 않은 어려움이 발생하지 않을 것을 조건으로, 근로자의 업무와 관련한 한계와 근로자를 보조하기 위해 편의가 제공될 수 있는지 여부에 초점을 두어야 한다.
- 근로자가 요청한 특정한 편의를 제공할 수 없는 경우, 그 사유를 설명하고 대안적인 편의 제공에 관하여 논의한다.

## 제10절. 미국 Enforcement Guidance on Retaliation and Related Issues(EEOC-CVG-2016-1)

### I. 개요

#### A. 배경

연방의 고용 차별 관련 법령은 근로자 및 구직자의 두려움 없이 차별에 대한 구제를 신청하고자 하는 의지에 기초한다. 근로자가 사용자에 대하여 고용평등기회(EEO)의 위반을 주장하거나 회사 또는 기관에 의한 조사에 증인으로서 정보를 제공하는 경우 또는 고용평등기회위원회(Equal Employment Opportunity Commission, 위원회 또는 EEOC)에 구제를 신청하는 경우, 보복(retaliation, “양갚음(reprisal)”) 이라고도 알려짐)을 금지하는 입법 규정을 근거로 한다.

본 시행 가이드라인은 1998년 발표된 EEOC의 법규준수 매뉴얼 제8절: 보복(The Compliance Manual Section 8: Retaliation)을 대체한다. 대법원 및 하급심들은 1998년 이래로 고용 관련의 보복에 관하여 다수의 의미 있는 판결들을 내려왔다.<sup>180)</sup> 나아가, 1998년 이래로 EEOC의 민간 부문과 주 및 지방 정부의 보복 혐의에 대한 구제 신청의 비율은 기본적으로 두 배가 되었다.<sup>181)</sup> 현재 보복은 연방 정부에 속한 노동인구를 포함하는 모든 부문에서 차별에 대한 구제 신청의 근거로서 가장 빈번하게 제기되고 있다.<sup>182)</sup>

본 문서는 위원회의 보복 및 관련 쟁점에 관한 법률의 해석을 규정한다. 위원회는 본 문서의 구성에 있어 법원이 특정 사실관계에 대하여 어떻게 법을 해석하고 적용하였는지를 분석하였다. 보복과 관련한 많은 사안에 대해, 하급심들은 관련 법령을 통일적으로 해석하고 있다. 본 가이드라인은 위원회가 위 해석에 동의하는 범위에서, 그와 같은 쟁점에 대한 법령을 구체적인 사례와 함께 설명한다. 하급심들이 법령을 일관적으로 적용하지 못하였거나 EEOC의 법령 해석이 어떤 측면에서 그와 상이한 범위에서는, EEOC의 입장과 그에 관한 사항이 설명되었다. 이하에서 설명하는 위원회의 입장은 위원회가 시행하는 법령의 해석을 충분히 고려한 가이드라인이다. 또한 본 문서는 EEO 보복 관련 쟁점을 조사, 심사, 소송 또는 지원하는 위원회 소속의 직원 및 여타 연방 기관 소속의 직원들을 위한 참고 자료로도 기능한다. 이는 보복 관련 쟁점에 관하여 자세한 정보를 얻고자 하는 사용자, 근로자 및 전문가들에게도 유용할 것이며, 유망한 실무 관행에 관하여 알아보고자 하는 사용자들에게도 좋은 참고가 될 것이다.

180) EEOC가 시행하는 법령에 의거한 보복과 관련하여 EEOC의 1998년 법규준수 매뉴얼의 발표 이후 선고된 대법원 판결은 다음을 포함한다: *University of Texas Southwestern Medical Center v. Nassar*, 133 S. Ct. 2517 (2013); *Kasten v. Saint-Gobain Performance Plastics Corp.*, 563 U.S. 1 (2011); *Thompson v. North American Stainless, LP*, 562 U.S. 170 (2011); *Crawford v. Metropolitan Government of Nashville & Davidson County*, 555 U.S. 271 (2009); *Gomez-Perez v. Potter*, 553 U.S. 474 (2008); *Burlington Northern & Santa Fe Railway Co. v. White*, 548 U.S. 53 (2006); and *Clark County School District v. Breeden*, 532 U.S. 268 (2001).

181) 2009년 회계연도부터, 보복에 대한 구제 신청은 인종 차별에 대한 구제 신청을 능가하여 가장 빈번하게 제기된 구제 신청 사유가 되었다. 2015년 회계연도에는, EEOC에 제기된 모든 구제 신청의 44.5%, 그리고 제7장과 관련한 구제 신청의 35.7%에 보복에 관한 구제 신청이 포함되었다. 이에 관하여 1997-2015 회계연도에 대한 고용평등기회위원회의 구제 신청 통계를 참조한다 (<https://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/charges.cfm>, 최종 접속일 2016. 8. 18.).

182) 보복은 2008년 이래로 연방 부문에서 가장 빈번하게 제기된 구제 신청의 근거가 되어왔고, 2009-2015 회계연도에는 모든 EEO 위반 판결 가운데 42-53%를 차지하였다. 이에 관하여 Equal Employment Opportunity Data Posted Pursuant to the No Fear Act, Equal Emp't Opportunity Comm'n (<https://www.eeoc.gov/no-fear/equal-employment-opportunity-data-posted-pursuant-no-fear-act-0>, 최종 접속일 2016. 8. 18.)을 참조한다.

## B. 개관

보복은 근로자가 위원회가 시행하는 EEO 법령의 이행 과정에 참여하였다는 것을 이유로 또는 참여할 수 있다는 것을 이유로 사용자가 그에 중대하게 불리한 조치를 취하는 경우에 발생한다. EEO의 보복 금지 규정은 근로자들이 중대하게 불리한 조치를 취하는 사용자의 대응 없이 EEO 위반 혐의에 대해 구제 신청을 제기하거나 기타 EEO 관련 활동에 참여하는 것을 보장한다.

보복은 근로자가 위원회가 시행하는 EEO 법령의 이행 과정에 참여하였다는 것을 이유로 또는 참여할 수 있다는 것을 이유로 사용자가 그에 중대하게 불리한 조치를 취하는 경우에 발생한다.<sup>183)</sup> 각 EEO 법령은 보복 및 관련 행위를 금지한다: 1964년 민권법 제7장(Civil Rights Act of 1964 (Title VII)),<sup>184)</sup> 고용상연령차별금지법(Age Discrimination in Employment Act, ADEA),<sup>185)</sup> 장애인법(Disabilities Act, ADA) 제5장,<sup>186)</sup> 재활법 제501호(Rehabilitation Act (Section 501)),<sup>187)</sup> 평등임금법(Equal Pay Act, EPA)<sup>188)</sup> 및

183) 예컨대, 본인 또는 타인에 대한 차별에 관하여 구제 신청을 하거나 구제 신청을 하고자 하는 것은 보호 대상 행위에 해당할 수 있다. 이하 § II-A.2.e. 참조 (항의의 예시). 또한, 선행적인 보복 조치(선제적 보복 조치)에 관한 원칙은 사용자가 아직 보호 대상 행위에 참여하지 않은 근로자가 그와 같은 행위를 하지 않도록 하는 것을 목적으로 불리한 조치를 취할 것을 위협할 수 없도록 한다. 예시로, *Beckel v. Wal-Mart Assocs., Inc.*, 301 F.3d 621, 624 (7th Cir. 2002) 참조 (신청인이 소를 제기하는 경우 해고하겠다고 위협하는 것은 “선제적 보복 조치로서 제7장에 따른 보복에 해당할 수 있음.”); *Sauers v. Salt Lake Cty.*, 1 F.3d 1122, 1128 (10th Cir. 1993) (“근로자가 차별에 대하여 항의할 것이라고 예상하고 그에 대하여 취한 조치는 사실이 발생한 이후에 취한 조치와 마찬가지로 보복에 해당함.”). 참조: 보복에 해당할 수 있는 권리포기 및 면책은 본 가이드라인에서 다루지 않는다.

184) 제7장 제704(a)조(42 U.S.C. § 2000e-3(a))는 다음과 같이 규정한다: 본 장에서 다루는 불법적인 고용 관행에 대해 항의하였음을 이유로 또는 본 장에 따른 조사, 절차 또는 심리에 있어 구제신청이나 증언을 하였거나 이를 보조하고 또는 이에 어떠한 방식으로든 참여하였음을 이유로, 사용자가 고용에 있어 근로자 또는 구직자를 차별하는 것이나 고용알선기관이나 현장연수 프로그램 등 수습이나 교육 또는 재교육을 관리하는 공동노동관리위원회가 대상자를 차별하는 것 또는 근로자단체가 그 구성원이나 그에 가입을 신청한 자를 차별하는 것은 불법 고용관행에 해당한다.

185) ADEA 제4(d)조(29 U.S.C. § 623(d))는 다음과 같이 규정한다: 본 조항에서 다루는 불법적인 관행에 항의하였음을 이유로 또는 본 장에 따른 조사, 절차 또는 소송에 있어 구제신청이나 증언을 하였거나 이를 보조하고 또는 이에 어떠한 방식으로든 참여하였음을 이유로, 사용자가 고용에 있어 근로자 또는 구직자를 차별하는 것이나 고용알선기관이 대상자를 차별하는 것 또는 근로자단체가 그 구성원이나 그에 가입을 신청한 자를 차별하는 것은 불법이다.

186) ADA 제503조(42 U.S.C. § 12203)는 다음과 같이 규정한다:

(a) 보복 : 어떠한 자가 본 장에 따른 불법 행위나 관행에 항의하였음을 이유로 또는 본 장에 따른 조사, 절차 또는 심리에 있어 구제신청이나 증언을 하였거나 이를 보조하고 또는 이에 어떠한 방식으로든 참여하였음을 이유로 그를 차별하여서는 아니 된다.

(b) 개입, 강압 또는 위협 : 어떠한 자가 본 장에 따라 부여된 또는 보호되는 권리를 행사 또는 향유하거나 다른 이가 이를 행사 또는 향유하는 것을 보조하거나 장려하는 것에 강압, 위협, 협박하거나 개입하는 것은 불법이다.

(c) 구제수단 및 절차 : 챕터 I, 챕터 II 및 챕터 III [제I장, 제II장 및 제III장]와 각각 관련하여, 본 장 제12117조, 제12133조 및 제12188조 [제107조, 제203조 및 제308조]에 의거한 구제수단 및 절차는 본 조항 (a)호 및 (b)호의 위반으로 인해 피해를 입은 자가 이용할 수 있도록 하여야 한다.

187) 특정 정부 기관의 구직자 및 근로자들에 적용되는 재활법(Rehabilitation Act, 29 U.S.C. § 791(f)) 제501조 (“규정 위반의 판단에 사용되는 기준”)는 다음과 같이 규정한다: 본 조항에 따른 고용 차별에 대한 불리한 조치를 주장하는 구제신청에 있어 본 조항의 위반 여부를 판단하는 것에 사용되는 기준은 1990년 장애인법(Americans with Disabilities Act of 1990 (42 U.S.C. 12111 et seq.)) 제I장과 장애인법 제501-504조 및 제510조 규정에 따른 기준을 고용과 관련하여 적용한다.

188) EPA는 공정근로기준법(Fair Labor Standards Act (FLSA), 29 U.S.C. § 215(a)(3))의 보복 금지 규정을 통합한다. 본 조항은 항의 및 참여와 같은 보호 대상 행위의 유형을 기술하고 있지는 않으나, 그 명문은 구두 및 서면의 구제 신청 모두에 관하여 그와 같은 구제 신청이 사용자에게 대하여 내부적으로 제기된 것인지 EEOC나 주/지방의 공정 고용 관행 기관에 대하여 외부적으로 제기된 것인지와 무관하게 보복을 금지하는 것으로 해석되어 왔다. *Kasten v. Saint-Gobain Performance Plastics Corp.*, 563 U.S. 1, 14-16 (2011) 참조 (구두로 제기한 구제 신청이 보호 대상 행위가 될 수 있는지에 관하여 FLSA의 보복 금지 규정을 해석하였으나, 경영진에 내부적으로 제출한 구제 신청이 그에 충분히 해당하는지에 관한 결정은 내리지 않음), *채구류중*, 703 F.3d 966, 976 (7th Cir. 2012) (원고가 그의 매니저에게 구두로 항의한 것은 보호 대상 행위에 해당함이 인정됨); *Greathouse v. JHS Sec. Inc.*, 784 F.3d 105, 115-16 (2d Cir. 2015) (순회법원 전원의 만장일치에 따라, EPA로 통합된 FLSA의 보복 금지 규정은 사용자에게 대하여 구두로 구제를 신청한

유전자정보차별금지법(Genetic Information Nondiscrimination Act, GINA) 제2장.<sup>189)</sup> 이와 같은 입법 규정들은 근로자가 “보호 대상 행위”<sup>190)</sup>에 참여한 것을 이유로 정부 또는 민간 부문의 사용자들과 고용 알선기관 및 근로자단체<sup>191)</sup>가 그에 보복하는 것을 금지한다. 보호 대상 행위는 일반적으로 EEO 절차에 참여하는 것 또는 EEO 법상 불법인 행위에 항의하는 것으로 구성된다.

본 가이드라인 제III절에서는 참여 및 항의의 개념과 보복으로 간주될 수 있는 사용자 행위의 유형, 특정한 사건에서 사용자의 조치가 보복에 의한 것이었는지 여부를 판단하는 법적 기준을 설명한다.

제III절은 ADA에 따른 권리의 행사에 관한 사항과 함께 “개입”에 관한 ADA의 추가적인 금지 규정에 관하여 다룬다.<sup>192)</sup> 개입 금지 규정은 보복의 금지를 넘어서 근로자가 ADA에 따른 권리를 행사하거나 다른 이가 ADA에 따른 권리를 행사하는 것을 보조하는 것과 관련하여 강압, 위협, 협박 또는 기타 개입하는 행위를 불법으로 규정한다.

제IV절에서는 구제수단에 관한 사항을, 제V절에서는 보복 또는 개입의 금지에 관한 유망한 실무 관행에 관한 사항을 살펴본다.

이와 같은 보복 금지에 의한 보호의 범주가 넓다고 하여 근로자가 내부적으로 EEO 혐의를 제기하거나 집행 기관에 차별에 대한 구제를 신청하는 것과 관련한 그의 성과 부진 또는 부적절한 행위에 대한 결과로부터 보호받는 것은 아니다. 근로자에 의한 사건의 보호 대상 행위와 무관하게, 사용자는 정당하고 차별적이지 않으며 보복적이지 않은 사유에 근거하여 근로자를 징계 또는 해고할 자유를 갖는다.<sup>193)</sup> 불리한 조치가 근로자의 보호 대상 행위에 근거하여 이루어진 것인지는 사실관계에 기초하여 판단된다. 매니저가 근로자의 EEO 구제신청 또는 기타 보호 대상 행위를 인지하고 그에 불리한 조치를 내릴 것을 권고한 경우, 사용자는 그와 같은 불리한 조치가 적절한 것인지를 독자적으로 판단함으로써 보복의 성립 가능성을 줄일 수 있다.

---

근로자들에 대한 보복을 금지하는 것으로 결론 내려짐); *Minor v. Bostwick Labs., Inc.*, 669 F.3d 428, 432-33 (4th Cir. 2012) (순회법원 과반수의 의견과 같이, 회사 내부에서 이루어진 구제 신청은 FLSA에 따른 보호 대상 행위에 해당한다고 판단됨).

189) GINA 제II장 제207(f)조(42 U.S.C. § 2000-6(f))는 다음과 같이 규정한다: 어떠한 자가 본 조항에서 다루는 불법적인 행위 또는 관행에 항의하였음을 이유로 또는 본 장에 따른 조사, 절차 또는 심리에 있어 구제신청이나 증언을 하였거나 이를 보조하고 또는 이에 어떠한 방식으로든 참여하였음을 이유로, 그를 차별하여서는 아니 된다. 본 조항에 따른 구제수단 및 절차는 본 조항의 위반과 관련하여 피해를 입은 자가 이용할 수 있도록 하여야 한다.

190) EEOC 구제신청에 있어 제기된 보복 혐의가 EEOC의 관할권보다는 연방이나 주 또는 지방 정부의 관할권에 전적으로 귀속할 수 있는 것으로 보이는 경우, 정당한 권한을 가진 기관으로 신청 당사자가 신속하게 회부될 수 있도록 하여야 한다. 예컨대, 조합 활동에 대한 보복에 관한 구제 신청은 연방노동관계위원회(National Labor Relations Board)에 회부되어야 한다. 마찬가지로, 시간기록 위반 또는 시간외근무수당의 지급 유예에 관하여 이의를 제기한 사실에 대한 보복 등과 같이 연방의 임금 및 근로시간 법의 위반과 관련하여 제기된 보복에 관한 구제 신청은 노동부의 임금 및 근로시간과(Department of Labor, Wage and Hour Division)에 회부되어야 한다.

191) 본 문서에서 “사용자” 및 “근로자”는 EEO 법령의 모든 적용대상을 가리킨다. 2000년 EEOC 법규준수 매뉴얼 제2절: 기준 관련 쟁점(The EEOC Compliance Manual Section 2: Threshold Issues (2000), <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/section-2-threshold-issues>)은 특정한 단체의 규모 및 기타 특성에 기초하여 이 법령이 해당 단체에 적용되는지, 어느 근로자가 “독립 계약자” 등과 같은 다른 명칭으로 분류되는 것과 무관하게 EEO 법령의 목적상 “근로자”에 해당하는지 여부에 관한 가이드라인을 제공한다. 연방의 사용자들은 각 고용 차별 금지법상 보복을 행하는 것이 금지되는 적용 대상 단체에 포함된다. *Gomez-Perez v. Potter*, 553 U.S. 474, 487 (2008) 참조 (연방 부문에서의 청구원인을 ADEA에 의거한 보복 금지로부터 추론하며, ADEA § 633을 “특정한 금지 관행을 열거한 것이라기보다는 ‘차별’에 관한 광범위한 금지”라고 설명함).

192) 42 U.S.C. § 12203(b); supra note 7. 참조

193) *Glover v. S.C. Law Enf’t Div.*, 170 F.3d 411, 414 (4th Cir. 1999) (“EEOC 구제 신청은 근로자에 결근하거나 할당된 작업을 이행하지 않고 또는 통지 없이 근무지에서 이탈할 권리를 부여하지 않는다.” (*Brown v. Ralston Purina Co.*, 557 F.2d 570, 572 (6th Cir. 1977)) 판결 인용); *Jackson v. Saint Joseph State Hosp.*, 840 F.2d 1387, 1390-91 (8th Cir. 1988) (과거의 행위 및 증인이 증언을 번복하도록 “침해적 시도”한 것을 이유로 한 근로자의 해고의 타당성을 인정함). 그러나 위원회는 EEO 절차에서 대립적인 입장을 취했거나 변론한 근로자에 대하여 사용자가 보복하는 것을 허용하는 것으로까지 확장하여야 한다는 개념에 동의하지 않는다. 예시로, *Benes v. A.B. Data, Ltd.*, 724 F.3d 752, 754 (7th Cir. 2013) 참조.

EEOC의 웹사이트에서 보복에 관한 간략한 안내서를 확인할 수 있다:

*Questions and Answers: Enforcement Guidance on Retaliation and Related Issues*  
<https://www.eeoc.gov/laws/guidance/questions-and-answers-enforcement-guidance-retaliation-and-related-issues>

*Small Business Fact Sheet: Retaliation and Related Issues*  
<https://www.eeoc.gov/laws/guidance/small-business-fact-sheet-retaliation-and-related-issues>

## II. 보복에 대한 구제 신청의 요소

EEO 관련 행위로 인한 조치에 대하여 제기되는 보복에 관한 구제 신청은 세 가지 요소로 구성된다:

- (1) **보호 대상 행위**: EEO 절차에의 “참여” 또는 차별에 대한 “항의”;<sup>194</sup>
- (2) 사용자가 취한 **중대하게 불리한 조치**; 및
- (3) 보호 대상 행위 및 중대하게 불리한 조치 사이의 일정한 정도의 **인과적 관계**.

### A. 보호 대상 행위

중대하게 불리한 조치가 보복적이었다고 주장하는 구제 신청에 관하여 첫 번째로 분석되어야 하는 점은 기존에 구제 신청이나 법령상 보호되는 여타 EEO 행위(이른바 “보호 대상 행위”)가 있었는지 여부이다. 보호 대상 행위는 EEO 절차에의 “참여” 또는 차별에 대한 “항의”를 포함한다. 이 두 가지 유형의 보호 대상 행위는 상이한 범주를 갖는 두 가지의 보복 관련 입법 규정으로부터 직접적으로 발생한다. EEO 절차에의 참여는 구체적으로 EEO 법령에 따른 조사, 절차 또는 심리에 있어 구제 신청이나 증언을 하거나 이를 보조하고 또는 어떠한 방식으로든 이에 참여하는 것으로 보다 좁게 정의되나, 매우 광범위하게 보호된다. 이와 대조적으로, 항의는 EEO 법령 상 불법인 모든 관행에 항의하는 넓은 범주의 근로자의 행위를 포괄하나, 그에 대한 보호는 선의의 합리적인 판단으로 EEO 위반의 혐의가 있다고 판단하여 이에 합리적인 방식으로 항의한 근로자에 대해서만 제한적으로 이루어진다.

#### 1. 참여

보호 대상 행위의 한 가지 유형은 참여이다. 모든 근로자는 제7장, ADEA, EPA, ADA, 재활법 또는 GINA에 따른 조사, 절차 또는 심리에 있어 구제신청이나 증언을 하였거나 이를 보조하고 또는 이에 어떠한 방식으로든 참여한 사실에 대한 보복으로부터 보호된다. 예컨대, 참여는 차별을 주장하는 행정 절차나 소송을 제기하거나 그에 증언하는 행위를 포함할 수 있다.

보복 금지 조항은 근로자가 제7장, ADEA, EPA, ADA, 재활법 또는 GINA에 따른 조사, 절차 또는 심리에 있어 구제신청이나 증언을 하였거나 이를 보조하고 또는 이에 어떠한 방식으로든 참여한 사실에 이유로 그를 차별하는 것을 불법으로 규정한다. 이와 같은 규정, 이른바 “참여 조항”은 EEO 법령에 위배되는 차별을 주장하는 행정 절차나 소송을 제기하거나 어떠한 측에서라도 증인으로 증언하는 것 등을 포함한 많은 행위에 대한 보복으로부터 대상자를 보호한다.<sup>195</sup> 참여 조항은 그 기저가 된 주장이

194) note 4 (선행적 보복은 보호 대상 행위가 발생하기 이전에 나타날 수 있음. 예컨대, 근로자가 보호 대상 행위에 관여하는 경우 징계가 내려질 수 있다고 정하는 사용자의 정책이나 근로자가 EEO에 따른 권리를 행사하지 못하도록 하는 기타 정책 등이 이에 해당함) 참조.

195) 위원회는 내부적인 조사에 참여하는 것을 보호 대상의 참여 행위에 포함되는 것으로 간주하여야 한다고 판단한다. 그렇지 않은 경우, 신청인보다는 사용자를 옹호하는 정보를 제공하는 자가 보복으로부터 보호

인정되지 않거나 적시에 제기되지 않은 경우에 대해서도 적용될 수 있다.<sup>196)</sup>

위원회는 오랫동안 대상자가 문제의 주장이 불법행위거나 불법행위일 수 있다는 선의의 합리적인 판단을 하였는지 여부와 무관하게 EEO에 의거한 참여를 광범위하게 보호한다는 입장을 취해왔다.<sup>197)</sup> 대법원이 이 문제를 다루지는 않았지만, 참여 조항은 제한적인 규정을 포함하고 있지 않으며, 근로자가 구제 신청, 조사 또는 재판 절차에 참여하는 것에 대한 보복으로부터 근로자를 보호한다.<sup>198)</sup> 법령에 의해 “불법으로 규정되는” 행위에 항의하는 것을 보호하는 것으로서 문제의 행위가 법률에 위배된다는 선의의 합리적인 판단을 요하는 항의 조항과는 달리, 참여 조항은 법령에 의거한 모든 “조사, 절차 또는 심리에 어떠한 방식으로든” 참여하는 것을 보호한다. 42 U.S.C. § 2000e-3(a). 어느 항소 법원이 판시한 바와 같이 “제704(a)조의 참여 조항에 합리성 테스트를 적용하는 것은 해당 규정 본문에 위배될 것이며, 제7장의 목적을 약화시킬 것이다.”<sup>199)</sup>

대법원은 보복 금지 규정의 주요한 입법적 목적, 즉 “입법적으로 마련된 구제 수단을 제한 없이 이용할 수 있도록 하기 위한 목적”을 달성하기 위해서는 참여에 관한 광범위한 보호가 필요할 것이라 판단하였다.<sup>200)</sup> 참여 조항의 적용은 증언의 내용에 기초할 수 없다. “증인의 [EEO] 절차상 증언이 어떠한 빠져나가기 쉬운 합리성 기준을 충족하는 경우에 한하여 보복으로부터 보호받는다면, 분명 증인은 진실을 밝히지 않을 수 있기 때문이다.”<sup>201)</sup> 이와 같은 보호는 근로자들이 구제 신청 절차에서 앞으로 나서는 것에 위협받지 않도록 하고, 따라서 EEO 신청을 조사 및 판단하는 자들이 증인의 좌절되지 않은 증언을 얻을 수 있도록 한다.<sup>202)</sup> 이는 또한 문제의 혐의의 실질을 예단하는 것을 방지한다. 위원회는 위와 같은 이유로 이와 반대로 내려진 결정들에 동의하지 않는다.<sup>203)</sup>

---

되지 않을 수 있기 때문이다.

196) “참여 조항은 근로자의 EEOC 구제신청의 실질과 무관하게 근로자를 보복으로부터 보호한다.” *Sias v. City Demonstration Agency*, 588 F.2d 692, 695 (9th Cir. 1978) (*Pettway v. Am. Cast Iron Pipe Co.*, 411 F.2d 998, 1004-1007 (5th Cir. 1969) 인용); 또한, *Johnson v. Univ. of Cincinnati*, 215 F.3d 561, 582 (6th Cir. 2000) 참조.

197) 예시로, Brief of the EEOC as Amicus Curiae Supporting the Appellant, *Risley v. Fordham Univ.*, No. 01-7306 (2d Cir. filed Aug. 21, 2001) 참조, <https://www.eeoc.gov/litigation/briefs/risley-v-fordham-univ> (“제7장은 근로자가 EEOC에 구제를 신청하였음을 이유로 사용자가 그에 보복하는 것을 금지하며, 이는 근로자가 문제의 행위가 제7장에 위배된다고 합리적으로 판단한 것인지 여부와 무관하다”고 주장함); EEOC Decision No. 71-1115, 1971 WL 3855 (Jan. 11, 1971) (위원회는 *Pettway*를 인용하며, 인종차별 혐의에 대한 구제를 신청한 당사자가 선의로 구제를 신청하지 않았다는 기록은 없지만, “신청인의 항의 및 구제신청에 근거한 신청인에 대한 차별적 처우는 제7장에 위배된다”고 판단함).

198) *Glover*, 170 F.3d at 414 (“참여 조항”의 적용은 증언의 내용에 의해 좌우되어서는 아니 된다 “고 결론 내려짐 (*Pettway v. Am. Cast Iron Pipe Co.*, 411 F.2d, 1006 n.18 (5th Cir.1969) 인용); *Merritt v. Dillard Paper Co.*, 120 F.3d 1181, 1187 (11th Cir. 1997) (“법원은 입법 규정을 변경할 어떠한 권한도 갖고 있지 않기 때문에”, 참여에 대한 보복을 금지하는 보호 조항은 증언의 유형이나 근로자의 동기를 조건으로 하지 않음); *Wyatt v. City of Bos.*, 35 F.3d 13, 15 (1st Cir. 1994) (“참여 조항은 구제신청이 유효하여야 한다거나 합리적이어야 한다는 요건을 명문으로 정하거나 암시하고 있지 않다.”) (인용 생략); *Pettway*, 411 F.2d at 1006 n.18, 1007 (EEOC 구제 신청에 있어서의 “악의적인 명예훼손” 조차도 보호 대상의 참여 행위에 해당한다고 판단됨); *Ayala v. Summit Constructors, Inc.*, 788 F. Supp. 2d 703, 720-21 (M.D. Tenn. 2011) (참여에 대한 보복을 금지하는 보호 조항은 “근로자가 구제신청의 실질을 잘못 알았거나 구제신청의 내용이 악의적이고 명예훼손적이거나 잘못된 것이어도” 적용된다고 판단됨) (*Johnson v. Univ. of Cincinnati*, 215 F.3d 561, 582 (6th Cir. 2000) 인용).

199) *Glover*, 170 F.3d at 414 (“참여 조항의 명문은 그 자체로서 그와 같은 합리성 테스트는 배제하도록 한다.”).

200) *Robinson v. Shell Oil Co.*, 519 U.S. 337, 346 (1997) (제7장은 전, 현 또는 미래의 사용자에게 의한 보호로부터 근로자들을 보호하는 것으로까지 확장된다고 판단함).

201) *Glover*, 170 F.3d, 414.

202) *Merritt*, 120 F.3d, 1186 (참여 조항은 증인이 신청인을 보조하려는 목적으로 증언한 것이 아니거나 비자발적으로 증언한 경우에도 적용된다고 판단함).

203) 예시로, *Gilooly v. Mo. Dep’t of Health & Senior Servs.*, 421 F.3d 734, 740 (8th Cir. 2005) 참조 (“단순히 조사가 성적 괴롭힘에 관한 것이었음을 이유로 원고가 그에 미치는 심각한 영향을 배제하고 허위로 구제 신청을 하거나 조사관에 거짓 진술을 하고 또는 동료들 명예훼손 할 수는 없다”고 판단함); *Mattson v. Caterpillar, Inc.*, 359 F.3d 885, 891 (7th Cir. 2004) (근로자가 EEOC에 허위의 악의적 진술을 포함한 서면을 제출한 것은 보호 대상인 참여 행위에 해당하지 않는다고 판단함).

이는 참여의 과정에서 취해진 악의적인 행위에 결과가 뒤따르지 않는다는 것을 의미하지 않는다. EEO 협의에 대한 진상 조사원, 조사관 또는 심사기관은 신뢰성을 판단하고, 절차적 사안에 대해 결정하며, 진상 조사의 범위와 구제 신청의 실질을 결정함에 있어 근로자 또는 사용자에 의한 허위의 또는 악의적인 진술을 적절하게 고려할 수 있다. 그러나 위원회는 참여의 과정에서 취해진 행위에 대하여 사용자가 직접 보복의 결과를 발생시킨 것이라면 사용자는 그에 대해 책임을 부담할 수 있다는 입장을 취하고 있다.

대체적으로 법원들은 참여 조항의 적용을 EEO 법령에 따른 권리의 집행에 관한 행정 절차 또는 소송에 제한하고, 대신 내부적으로 이루어진 EEO 구제 신청 (예컨대, 회사의 매니저 또는 인사팀에 대한 구제 신청)은 “항의”로 정의하고 있으나,<sup>204</sup> 대법원은 Crawford v. Metropolitan Government of Nashville & Davidson County 사건에서 내부적인 EEO 구제 신청 또한 “참여”로 간주될 수 있는지 여부에 관하여 명시적으로 가능성을 열어두었다.<sup>205</sup> 위원회 및 법무부 송무차관(Solicitor General)은 EEOC 또는 공정고용관행기관(Fair Employment Practices Agency, FEPA)에 대한 구제 신청이 제기되기 이전인지 이후인지와 무관하게, 구제신청이나 자발적 또는 비자발적 증언을 제기하거나 사용자의 내부적 구제 절차 또는 조사 절차에 달리 참여하는 것이 “항의” 조항에 의해 보호되는 경우에도 그에 참여 조항의 광범위한 보호도 적용되는지에 관하여 오랫동안 참여와 항의에 공통부분이 있다는 입장을 취해 왔다.<sup>206</sup> 참여 조항의 명문의 규정은 법령에 의거한 “조사, 절차 또는 심리에 어떠한 방식으로든 참여한 자”에 대한 보복을 금지한다. 42 U.S.C. § 2000e-3(a) (강조 첨가). 법원들이 주지해 온 바와 같이, 위와 같은 입법 규정들은 광범위하고, 자격을 제한하지 않으며, EEOC가 수행하는 조사에 대해서만 명시적으로 제한하고 있지 않다.<sup>207</sup> 마찬가지로, 연방 기관 사용자의 내부 EEO 카운슬러에 대하여 29 C.F.R. § 1614.105에 따라 차별에 관한 구제를 신청하는 것 또한 참여에 해당한다.<sup>208</sup>

대법원은 Faragher v. City of Boca Raton, 524 U.S. 775 (1998) 사건 및 Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 524 U.S. 742 (1998) 사건에서 이와 같은 참여 조항의 적용을 인용하였고, 이는 내부적 구제 절차 및 조사 절차의 이용 가능성과 적절한 기능에 근거한 차별적 괴롭힘의 책임에 대하여 적극적 항변을 발생시켰다. 그와 같은 정책의 채택 또는 근로자가 불합리하게 이를 이용하지 못한 사실은 다양한 유형의 괴롭힘 관련 구제 신청에 대한 책임을 결정한다. 효과적인 절차를 마련함으로써 근로자들은 사

---

204) 예시로, Townsend v. Benjamin Enters., Inc., 679 F.3d 41, 49 (2d Cir. 2012) 참조 (구제 신청이 제기된 이후에 한하여 내부 조사에 대한 참여에 참여 조항이 적용된다고 판단함); Hatmaker v. Mem'l Med. Ctr., 619 F.3d 741, 746-47 (7th Cir. 2010) (EEOC에 구제를 신청하기 이전에는 내부 조사에 대한 참여에 참여 조항이 적용되지 않는다고 판결되었으나, 대법원 선례를 인용하지 않음); Clover v. Total Sys. Servs., Inc., 176 F.3d 1346, 1353 (11th Cir. 1999) (참여 조항이 모든 내부 조사에 적용되는지 여부에 관해서는 판단하지 않았으나, “적어도 사용자가 차별에 대한 구제 신청의 통지에 대한 응답으로서 조사를 수행하였고 따라서 해당 조사에 관하여 증거가 수집되는 것을 인정한 사실은 EEOC의 조사에서 고려되고, 이 경우 근로자의 참여는 EEOC의 조사에 ‘어떠한 방식으로든’ 참여하는 것에 해당한다”고 판단함); 또한 EEOC v. Total Sys. Servs., Inc., 221 F.3d 1171, 1174 n.3 (11th Cir. 2000) 참조 (법원은 보복적 행위가 있기 이전에 EEOC 구제를 신청하지 않았다는 점에서 Clover 사건과는 구별하여, 원고의 성적 괴롭힘에 대한 내부적 구제 신청에 대해서는 참여 조항이 적용되지 않는다고 판단함).

205) 555 U.S. 271, 280 (2009).

206) Brief of the EEOC as Amicus Curiae in Support of Appellant and in Favor of Reversal, DeMasters v. Carilion Clinic, 796 F.3d 409 (4th Cir. 2015) (No. 13-2278) 참조, <https://www.eeoc.gov/litigation/briefs/demasters-v-carilion-clinic-medical-center>; Brief of the EEOC as Amicus Curiae in Support of Appellant and in Favor of Reversal, Townsend v. Benjamin Enters., Inc., 679 F.3d 41 (2d Cir. 2012) (No. 09-0197-cv(L)), <https://www.eeoc.gov/litigation/briefs/townsend-v-benjamin-enterprises-inc>; Brief of the EEOC as Amicus Curiae in Support of Suggestion for Rehearing En Banc, Clover v. Total Sys. Servs., Inc., 176 F.3d 1346 (11th Cir. 1999) (No. 97-9229); Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioner, Crawford v. Metro. Gov't of Nashville & Davidson Cty., 555 U.S. 271 (2009) (No. 06-1595), <http://www.justice.gov/osg/brief/crawford-v-metropolitan-govt-nashville-amicus-merits>.

207) Merritt, 120 F.3d at 1186 (“‘증언’이란 단어의 앞뒤로 그 적용 범위를 제한하는 문구는 존재하지 않고”, 이후 “어떤 방식으로든”이라는 문구가 더해짐으로써 광범위한 해석을 의도하였다고 추론함); United States v. Wildes, 120 F.3d 468, 470 (4th Cir. 1997) (“입법상 ‘어떠한 (방식으로든)’이라는 문구는 광범위한 의미를 갖는 문구”라고 추론함).

208) Hashimoto v. Dalton, 118 F.3d 671, 680 (9th Cir. 1997) (연방의 근로자들이 기관의 EEO 카운슬러에 사전 구제를 신청한 사실은 제7장에 의거한 참여에 해당한다고 판단함).

용자 측이나 근로자 측에서 또는 중립적으로 정보를 제공하는 등 참여 행위를 하고자 할 것이다. 이와 같은 참여는 사용자가 필요한 경우 시정 조치를 신속하게 취하도록 하고, 이에 따라 사용자는 추후 EEO 법령의 의거한 책임으로부터 면책할 수 있을 것이다.<sup>209)</sup> 따라서 그와 같은 구제 신청 및 조사 절차에의 참여는 법령의 의미 및 해석 내에서 정하는 “조사” 또는 “절차”에의 참여에 해당한다고 할 것이다.

## 2. 항의

참여로부터의 보호에 더하여, 근로자들은 EEO 법령에 따른 불법 관행에 항의하는 것에 대한 보복으로부터 보호된다. 보호 대상인 “항의” 행위는 근로자가 다양한 방식으로 본인이 인지한 고용 차별에 관하여 명시적으로 또는 묵시적으로 항의를 표시하는 행위를 광범위하게 포함한다. 항의의 방식은 합리적이어야 하고, 항의는 그 된 행위가 불법이거나 불법이 될 것이라는 선의의 합리적인 판단에 근거하여야 한다.

EEO의 보복 금지 규정은 근로자가 고용 차별 법령에 따른 불법 관행에 항의하는 것에 대한 보복을 불법으로 규정한다.<sup>210)</sup> 동일한 행위는 사실관계에 따라 “참여”와 “항의”에 모두 해당하게 될 수 있다. 그러나, 항의 조항은 참여 조항보다 넓은 범주의 행위를 보호한다.

### a. 확장적 정의

제7장의 항의 조항은 “확장적 정의”를 갖고 있으며, 항의 행위에 대한 EEOC의 해석에 “중요한 항변”이 부여된다.<sup>211)</sup> 대법원이 Crawford v. Metropolitan Government of Nashville and Davidson County 사건에서 실시한 바와 같이, “근로자가 사용자가 고용 차별에 관여하였다고 판단하여 이를 그 사용자에게 알리는 경우, 그와 같은 소통은 실질적으로 모든 경우에 ‘해당 행위에 대한 근로자의 항의로 간주된다.’”<sup>212)</sup> 예컨대, 인사팀에 EEO 구제 신청을 제기하기 위하여 동료와 동행하거나,<sup>213)</sup> 경영진에 본인 또는 동료에 대한 차별에 관하여 불만을 제기하는 것은 보호 대상 행위에 포함될 것이다.<sup>214)</sup>

209) 예시로, Beard v. Flying J, Inc., 266 F.3d 792, 799 (8th Cir. 2001) 참조 (사용자가 가해자와 피해자만을 면담하고, 괴롭힘에 대한 이야기를 할 수 있었을 다른 근로자들과는 면담하지 않았으며, 조사가 단지 괴롭힘 가해자에게 이후 법원에서 “구타”로 정의 내려진 문제의 행위를 중단할 것을 경고하는 것으로 종료된 사건에서, 적극적 항변은 인정되지 않음); Frederick v. Sprint/United Mgmt. Co., 246 F.3d 1305, 1314-15 (11th Cir. 2001) (사용자의 항변이 인정되기 위해서는 사용자가 “합리적으로 신속하게” 괴롭힘에 대한 내부적 구제 신청에 응답하였어야 했다고 판단함).

210) Crawford v. Metro. Gov't of Nashville & Davidson Cty., 555 U.S. 271, 276-80 (2009); 또한 Valentin-Almeyda v. Municipality of Aguadilla, 447 F.3d 85, 94 (1st Cir. 2006) 참조 (“보호 대상 행위는 행정적 구제 신청뿐만 아니라 상관에 대한 구제 신청 또한 포함한다.”); EEOC v. Romeo Cmty. Sch., 976 F.2d 985, 989-90 (6th Cir. 1992) (비교 대상인 남성 근로자들에는 시간당 \$1 이상을 더 지급한 사실에 관하여 상관에게 제기한 구제 신청과 관련하여, 그로 인한 보복에 대한 구제 신청은 평등임금법(Equal Pay Act)으로 통합된 FLSA에 의거하여 인정될 수 있다고 판단함); EEOC v. White & Son Enters., 881 F.2d 1006, 1011 (11th Cir. 1989).

211) EEOC v. New Breed Logistics, 783 F.3d 1057, 1067 (6th Cir. 2015) (Johnson v. Univ. of Cincinnati, 215 F.3d 561, 579, 580 n.8 (6th Cir. 2000) 인용).

212) Crawford, 555 U.S. at 276 (강조 첨가) (Brief for the United States as Amicus Curiae에 인용된 바에 따라 위원회가 그 법규준수 매뉴얼에서 취한 입장을 채택함).

213) 전거서, 279 n.3 (“근로자들은 많은 경우, 본인에 대한 차별에 항의하는 것이 아니라 다른 이가 경험한 차별을 보고하는 것에 대한 보복에 직면하게 될 것이다.”); 또한 Collazo v. Bristol-Myers Squibb Mfg., Inc., 617 F.3d 39, 47-48 (1st Cir. 2010) 참조 (원고는 그의 감독 하에 있던 여성 연구원이 성적 괴롭힘에 관하여 내부적으로 구제를 신청함에 있어 인사팀에 함께 방문하였을 때 “한마디도 하지는 않았으나”, 그녀와 동행한 그의 행위는 문제의 괴롭힘에 대한 “효과적이고 목적의식이 있는 항의”였기 때문에 이를 보조함으로써 항의에 관여하였다고 판단함).

214) 예시로, Aman v. Cort Furniture Rental Corp., 85 F.3d 1074, 1085 (3d Cir. 1996) 참조 (동료에 대한 차별에 불만을 제기하고, 불만을 제기한 자들에 관한 부정적인 정보를 수집하라는 사용자의 행위를 이행하지 않은 것은 보호 대상의 항의 행위에 해당한다고 판단함). 위원회는 다른 이들에 대한 차별에 관하여 경영진에 불만을 제기한 근로자들에 대한 보복에 관한 쟁점을 다루었다. 예시로, EEOC v. Mountaire Farms, Inc., No. 7:13-CV-00182 (E.D.N.C. 2013. 11.자 조정서) 참조 (회사가 아이티 출신 근로자들을 아이티 출신이 아닌 근로자들과 비교하여 불리하게 처우한 사안에 대해 상관 및 인사팀에 반복적으로 불만을

항의는 “근로자가 사용자의 차별적 관행에 대해 ‘선동’의 방식으로 반대의 입장을 취하는 것이 아니라, 차별적 사유에 근거하여 하급 직원을 해고하라는 상관의 명령에 따르는 것을 거부하는 것 등과 같이 반대의 견해를 고수하는 경우를 포함한다.”<sup>215)</sup> 구제 신청의 당사자가 아닌 근로자가 차별 혐의와 관련한 사용자의 질의에 답변하는 것 또한 항의가 될 수 있다.<sup>216)</sup>

항의 조항은 근로자가 문제의 사안이 괴롭힘이나 여타의 차별이라는 또는 괴롭힘이나 여타의 차별이 될 수 있다는 판단을 명시적으로 또는 묵시적으로 알리는 경우에 적용된다.<sup>217)</sup> 이는 비공식적인 소통으로 이루어질 수 있고, 정황상 해당 근로자가 인지한 EEO 위반 혐의에 대해 항의나 저항을 전달하는 것이라면 “괴롭힘”이나 “차별” 또는 기타 법률 용어를 포함할 필요는 없다.<sup>218)</sup> 근로자가 차별 금지 법률상의 구체적인 요건을 알 수 없는 경우에는, 불공정한 처우에 대하여 개괄적이거나 분명하지 않은 구제 신청을 제기할 수 있다. 이와 같은 경우, 당해 구제 신청이 합리적인 범위에서 고용 차별에 대한 항의로 해석될 수 있다면, 보호 대상의 항의 행위에 포함된다.

항의 조항은 광범위하게 적용되기는 하지만, 고용 차별 혐의에 대한 모든 항의를 보호하는 것은 아니다. 이에 다음의 원칙이 적용된다.

### b. 항의의 방식은 합리적이어야 함

법원 및 위원회는 고용 차별에 항의할 권리와 안정적이고 생산적인 근로 환경을 유지하여야 할 사용자의 필요가 균형을 이루도록 한다. 위와 같은 이유로, 항의 조항에 따른 보호는 항의의 방식이 합리적인 경우에 한하여 적용된다.

사용자 이외의 자에 대한 항의. 법원은 항의 조항의 범위를 사용자에게 이루어진 불만 제기에 제한하지 않아 왔다.<sup>219)</sup> 일반적으로 항의는 매니저에 대한 불만 제기와 관련하지만,<sup>220)</sup> 조합의 임원, 동료, 변호사 또는 외부인 등 다른 사람들에게 차별에 관하여 알리는 것 또한 합리적인 방식의 항의가

---

제기한 회사의 통역사의 보복에 대한 구제 신청의 항의).

215) Crawford, 555 U.S. at 277; Collazo, 617 F.3d, 47 (근로자는 특히 상관과 개별적으로 면담하여 그로부터 제한적으로 사과를 이끌어냄으로써 상관의 괴롭힘에 “항의” 하였다고 판단함); EEOC v. Navy Fed. Credit Union, 424 F.3d 397, 406 (4th Cir. 2005) (부하 직원에 차별적으로 부정적인 평가를 내리도록 한 것을 거부함으로써 불법적인 보복에 “항의” 하였다고 판단함).

216) Crawford, 555 U.S., 277-78 (법원은 제7장의 항의 조항은 근로자가 “선동” 하였거나 “시작” 한 “적극적이고 지속적인” 행위를 넘어서 확장 적용된다고 설명하며, “질의에 응답하는 것은 논의를 유도하는 것과 동일하게 ‘항의’에 해당함은 분명하며, 법령의 어떠한 부분도 본인이 먼저 제기한 차별에 관한 보고는 보호하면서도 그와 동일한 문제에 관하여 상관의 질문한 것에 대해서 동일하게 답변한 것은 보호하지 않는다는 기형적인 원칙을 의도하고 있지 않다”고 실시하였다. 위원회는 차별 혐의에 관한 사용자의 질의에 응답하는 것은 참여 (supra note 27 참조) 및 항의에 모두 해당한다고 판단한다).

217) 예시로, Examples 4-5 and 8, and 이하 note 75 참조; 또한 Barber v. CSX Distrib. Servs., 68 F.3d 694, 701-02 (3d Cir. 1995) 참조 (원고가 희망하였던 직무가 그보다 자격이 미달되는 다른 근로자에게 배정된 사실에 대하여 인사팀에 불만을 제기한 원고의 서신은, 차별이 연령에 근거한 것임을 명시적 또는 묵시적으로 서신에 언급되지 않았음을 이유로 ADEA의 항의에 해당하지 않는다고 판단함).

218) Okoli v. City of Balt., 648 F.3d 216, 224 (4th Cir. 2011) (원고가 “괴롭힘”에 대하여 불만을 제기하였고, 직장 내에서 이루어진 불쾌한 성적 행위에 관한 일부 사실을 설명하였으며, “성적 괴롭힘”이나 여타의 구체적인 용어를 사용할 필요가 없었다는 사실은 “항의”를 성립시키기에 충분했다고 판단함); EEOC v. Go Daddy Sware, Inc., 581 F.3d 951, 964 (9th Cir. 2009) (“1회 이상의 발언에 대하여 구제를 신청하는 것이 보호 대상 행위에 해당하기 때문에”, 문제의 차별 행위에 관하여 모든 사안을 명시하지 않은 경우에도 항의가 성립될 수 있다고 판단함); Ogden v. Wax Works, Inc., 214 F.3d 999, 1007 (8th Cir. 2000) (원고가 상관이었던 괴롭힘 가해자에게 괴롭힘을 중단할 것을 전달한 사건에서, 합리적인 배심원이 라면 원고가 “차별적 행위”에 항의하였다고 판단할 수 있었을 것이라고 판단함).

219) I B. Lindemann, P. Grossman, & C. Weirich, Employment Discrimination Law 15-20 (5th ed. 2012) (collecting cases).

220) Crawford, 555 U.S. at 276 참조 (사용자가 “실질적으로 모든 경우에” 고용 차별에 관여하였다는 의견을 사용자에게 전달한 사실은 그에 대한 “항의”에 해당하며, 그에 대한 예외는 “이례적인 사건”일 것이라는 EEOC의 입장에 동의함); 예시로, Minor v. Bostwick Labs., Inc., 669 F.3d 428, 438 (4th Cir. 2012) 참조 (원고가 초과근로를 회피하도록 하기 위한 목적으로 근무시간 기록표를 허위로 작성하도록 한 상관의 지시에 항의하기 위하여 임원과 면담한 사실은 FLSA의 보호 대상 행위에 해당한다고 판단함).

될 수 있다.<sup>221)</sup> 예컨대, 장애, 인종 또는 성별과 관련한 직장 내 폭력에 관여한 동료의 형사 기소에 관하여 경찰과 접촉한 근로자의 행위는 매니저나 EEO 법령을 시행하는 정부 기관에 제기한 구제 신청이 아님에도 항의로서 보호된다.<sup>222)</sup>

공개적인 불만 제기. 상황에 따라, 해당 사실이 EEO 법령의 위반과 관련하는 범위에서, 차별에 관하여 대중의 관심을 집중시키는 것도 합리적인 방식의 항의가 될 수 있다.<sup>223)</sup> 항의는 피켓팅과 같은 행위 또한 포함할 수 있다.<sup>224)</sup> 고객에 비판적인 서신을 발송하는 것, 산업 또는 사회 전반에 대하여 차별에 관해 항의하는 것, 공식적으로 구제를 신청한 동료 근로자를 공개적으로 지지하는 것 등을 포함하여, 비공식적 또는 공개적으로 차별에 반대하는 시위를 하는 것도 포함된다.<sup>225)</sup> 단, 이는 너무 과격하거나 과도하여 불합리해지는 방식으로는 이루어질 수 없다.<sup>226)</sup> 나아가, 차별 혐의를 제기하기 위하여 지휘 체계나 정해진 내부적 구제 신청 절차를 벗어나는 것 또한 합리적인 방식이 될 수 있다.<sup>227)</sup>

사안이 소송으로 진행되기 이전, 사용자에게 소 제기 의사의 고지. 근로자가 EEOC나 주 또는 지역의 FEPA, 노동조합, 법원 또는 회사 인사팀, 높은 직급의 매니저 또는 CEO에 구제를 신청하기 이전에 그 의사를 사용자에게 솔직하게 이야기하는 것 또한 합리적인 방식의 항의가 될 수 있다. 예컨대, 근로자가 남성 동료와의 임금 차이를 성차별로 다루고자 EEOC에 구제를 신청하고자 하는 경우, 이를 그녀의 매니저에 알리는 것은 보호 대상의 항의 행위에 해당할 것이다.<sup>228)</sup> 나아가, 근로자가 사용자에게 차별이나 괴롭힘에 관하여 알리는 것은, 문제의 괴롭힘이 아직 “심각하거나 만연한” 적대적 근로 환경의 수준에 이르지 않은 경우에도 합리적인 방식의 항의가 이루어진 것이라고 할 수 있다.<sup>229)</sup>

비합리적인 방식에 의한 항의의 예시. 이와 반대로, 예컨대, 근로자가 명백히 명목적인 구제 신청을 과도하게 한다거나,<sup>230)</sup> EEOC 구제 신청에 있어 증언하라고 부하 직원을 괴롭히고 그와 같은 발언을

221) *Pearson v. Mass. Bay Transp. Auth.*, 723 F.3d 36, 42 (1st Cir. 2013) 참조 (“입법자에게 서신을 보내는 것이 보호 대상 행위에 해당함은 이견의 여지가 없다”고 판시함); *Conetta v. Nat'l Hair Care Ctrs., Inc.*, 236 F.3d 67, 76 (1st Cir. 2001) (성적 괴롭힘에 대하여 총 지배인의 아들인 동료에게 불만을 제기한 사실은 보호 대상의 항의에 해당한다고 판단함); *Johnson v. Univ. of Cincinnati*, 215 F.3d 561, 580 (6th Cir. 2000) (“불만을 제기하는 상대가 어떤 사람이어야 한다는 요건을 없으며,” 따라서 그 상대는 경영진, 조합, 여타 근로자, 기자 또는 “다른 어떤 사람”이라도 될 수 있다고 판시함).

222) “모든 경우에 고용 관련 분쟁에 경찰을 개입시키는 것을 보호 대상 행위의 일부로 고려하는 것은 아니지만, 이 사건에서와 마찬가지로, 이는 문제의 성적 괴롭힘과 밀접하게 관련된 행위로부터 보호하고자 한 노력으로 생각되며, 근로자의 해고를 초래할 수 있는 ‘전문 직업인답지 못한’ 행위로 간주될 수 없다.” *Scarbrough v. Bd. of Trs. Fla. A&M Univ.*, 504 F.3d 1220, 1222 (11th Cir. 2007) (합리적인 배심원이 라면 상관의 성적 행위를 거부하였음을 이유로 협박과 신체적 위협을 받은 이후 캠퍼스 경비원을 관여시킨 대학교 직원의 행위를 보호 대상 행위로 판단할 수 있을 것이라고 판단함).

223) *EEOC v. Crown Zellerbach Corp.*, 720 F.2d 1008, 1014 (9th Cir. 1983) (사용자의 관행에 대한 모든 항의 행위가 일정 수준의 불성실함을 발생시킴으로써 불합리한 수준에 이르도록 하려면, 그와 같은 항의는 “직장에 중대한 지장을 발생시키거나” “원고의 업무 능력을 직접적으로 저하시키는 것” 이어야 한다고 판시함); *EEOC v. Kidney Replacement Servs.*, No. 06-13351, 2007 WL 1218770, \*4-6 (E.D. Mich. 2007) (의료진이 성적 괴롭힘에 관한 구제 신청을 배치받은 교정 시설의 현장 감독관에게 직접적으로 제기한 사건에서, 이는 사실상 사용자의 고객을 대상으로 구제를 신청한 것이었음에도 불구하고, 합리적 방식에 의한 항의로 결론 내려짐).

224) 예시로, *Payne v. McLemore's Wholesale & Retail Stores*, 654 F.2d 1130, 1136 (5th Cir. 1981) 참조 (사용자의 불법 관행에 반대하는 피켓팅은 사용자의 사업에 지장이 발생하였음에도 제7장에 따른 보호 대상 행위에 해당함); *EEOC Dec. 71-1804*, 3 FEP 955 (1971) (불법적인 차별에 대하여 파업할 권리는 단체교섭을 통해 포기될 수 없음).

225) *Sumner v. U.S. Postal Serv.*, 899 F.2d 203, 209 (2d Cir. 1990); 또한 *Crown Zellerbach*, 720 F.2d at 1013-14 참조 (다수의 근로자들이 주요 고객에 “적극적 고용개선조치 보상”에 관하여 공개적 시위 서신을 발송한 것에 대한 보복으로써 정직의 징계를 내린 사건에서, 사용자가 제7장을 위반하였다고 판단함; 서신이 사용자의 경제적 이익에 잠재적으로 해를 끼칠 수 있음에도 불구하고, 이는 업무 이행에 지장을 주지 않았기 때문에 합리적 방식의 항의라는 추론이 이루어짐).

226) 예시로, *Matima v. Celli*, 228 F.3d 68, 78-79 (2d Cir. 2000) (삼입 어구로 제시된 사건) 참조.

227) *supra* notes 40-45 참조.

228) *EEOC v. L.B. Foster Co.*, 123 F.3d 746, 754 (3d Cir. 1997) (원고가 사용자에게 성차별에 관한 구제를 신청하고자 하는 의사를 알린 사건에서, 추후 마음을 바꿨음에도 불구하고 이는 보호 대상 행위였던 것으로 판단함). *cert. denied*, 522 U.S. 1147 (1998).

229) 이 쟁점에 관한 자세한 논의에 대해서는, 이하 notes 55-64 및 첨부 문서 참조.

변경하도록 강제하는 것 등은 합리적인 방식의 항의에 해당하지 않는다.<sup>231)</sup> 이와 같은 행위가 생명이나 재산에 폭력을 가하거나 이를 위협하는 것 등과 같은 불법행위를 포함하는 경우에도 이는 합리적인 것으로 간주되지 않는다. 위 예시는 완전한 것이 아니며; 항의의 방식이 불합리한지 여부는 맥락 및 구체적인 사실관계에 따라 판단된다.

차별에 대한 항의 또한 근로자에 직무에 따른 책임을 무시하여도 되는 라이선스를 부여하는 것이 아니다. 항의로 인하여 근로자의 업무 능력이 떨어지게 되는 경우, 보복 금지 규정은 근로자를 징계나 해고로부터 면책하도록 하지 않는다.<sup>232)</sup>

### c. 항의의 대상이 된 행위가 궁극적으로 정당하다고 간주되는 경우에도 항의는 선의의 합리적 판단에 기반할 수 있음

참여의 경우와 마찬가지로 항의에 근거한 보복에 대한 구제 신청은 기저의 문제 관행이 궁극적으로 정당하다고 판단되었음을 이유로 무효가 되지는 않는다.<sup>233)</sup> 그러나 어떠한 발언 또는 행위가 보호 대상의 항의가 되기 위해서는 해당 행위가 항의의 대상이 된 문제의 행위는 EEO 법령에 위배된다는 또는 그와 같은 행위가 반복된다면 EEO 법령에 위배될 것이라는 선의의 합리적 판단에 근거한 것이어야 한다.<sup>234)</sup> 제7장의 실질적인 위반에는 미치지 못하지만 그 위반이 합리적으로 인식될 수 있는 행위가 있기 때문에, 합리적 판단의 기준은 신청인과 기타 문제의 행위에 개입하거나 이를 보고하는 증인 또는 제3자를 위한 보호에 적용할 수 있다.<sup>235)</sup>

230) *Rollins v. Fla. Dep't of Law Enf't*, 868 F.2d 397, 399, 401 (11th Cir. 1989) (“대부분이 비논리적인” 차별에 관한 원고의 구제신청의 “횡수 및 빈도”는 “과도하다”고 설명하며, 항의의 방식이 합리적이지 않았다고 판단함).

231) *Jackson v. Saint Joseph State Hosp.*, 840 F.2d 1387, 1392 (8th Cir. 1988) (동료에게 그녀가 한 증언을 변경하도록 설득한 근로자의 시도가 “과하게 끈질겼고,” “방해가 되었으며,” “거의 제정신이 아니었고,” “이상했다”고 판단한 지방 법원의 정의에 주목함).

232) 예시로, *Coutu v. Martin Cty. Bd. of Comm'rs*, 47 F.3d 1068, 1074 (11th Cir. 1995) 참조 (원고는 “직원 홍보” 활동에 지나치게 많은 시간을 사용하였으며 다른 인사 업무를 완수하지 못했다는 점에서 해고되었음이 입증되었음).

233) *Trent v. Valley Elec. Ass'n, Inc.*, 41 F.3d 524, 526 (9th Cir. 1994) (“[항의 사건에 있어] 원고는 문제의 고용 관행이 제7장에 따라 사실상 불법임을 증명할 필요는 없다. 원고는 단지 항의의 대상이 된 고용 관행이 제7장에 따라 금지되는 행위였다고” 합리적으로 판단 “하였음을 증명하기만 하면 된다.”); 또한 *Berg v. La Crosse Cooler Co.*, 612 F.2d 1041, 1045 (7th Cir. 1980) 참조 (“보복에 대한 보호를 인정된 차별 구제 신청을 한 근로자들에 대해서만 적용하는 것으로 제한하는 것은 제7장의 주 목적인 비공식적 수단에 의한 고용 차별의 철폐를 약화시킨다: 사용자와 근로자 사이의 솔직하고 단절 없는 의견 교환을 훼손한다; 또한, 그 자체의 입법적 또는 정책적 목적을 이행하지 못하도록 한다.”). 위와 같은 이유로, 근로자가 악의로 EEO 구제를 신청하였다고 판단하여 근로자에 중대하게 불리한 조치를 취하는 경우, 사용자는 주관적으로 달리 판단하였음에도 배심원은 구제신청이 선의로 이루어졌다고 판단할 수 있기 때문에 보복에 관한 구제 신청에서 확실하게 승소할 것이라고 할 수 없다. *Sanders v. Madison Square Garden*, 525 F. Supp. 2d 364, 367 (S.D.N.Y. 2007. 9. 5.) 참조 (“근로자가 허위나 거짓 고발을 했다는 이유로 사용자가 그를 해고하고자 하는 경우, 그는 추후 배심원이 그에 동의하지 않을 것에 대한 위협을 감수하는 것이다.”); 또한 *supra* note 18 참조.

234) *Boyer-Liberto v. Fontainebleau Corp.*, 786 F.3d 264, 282 (4th Cir. 2015) (전원합의체) 참조 (“적대적 근로환경이 아직 완전하게 만들어지지 않고 그 과정이 진행 중이었을 때일지라도 근로자는 그에 항의하는 것에 대한 보복으로부터 보호된다”고 판단함); 또한 *Wasek v. Arrow Energy Servs., Inc.*, 682 F.3d 463, 470 (6th Cir. 2012) 참조 (“원고가 피해를 입었다고 선의로 판단하였음을 입증하기 위해서 가해자 완전 책임을 증명할 필요는 없기 때문에,” 성적 괴롭힘에 대한 구제 신청은 문제의 괴롭힘이 성별에 근거한 것이라는 것을 증명할 근거가 충분치 않은 경우에도 보호 대상 항의에 해당한다고 판단함); *Ayala v. Summit Constructors, Inc.*, 788 F. Supp. 2d 703, 719-22 (M.D. Tenn. 2011) (구제 신청은 선의의 합리적 판단 요건이 적용되는 경우에도, 근로자가 사안을 과장하거나 문제된 행위의 사유를 잘못 해석하였다는 것만을 이유로 불합리한 것이라거나 악의로 이루어진 것이라고 판단되지 않음).

235) 예시로, *Clover v. Total Sys. Servs., Inc.*, 176 F.3d 1346, 1352 (11th Cir. 1999) 참조 (증인에 대해 합리적 판단 기준을 적용하는 경우, “관련 행위는 단지 해당인이 항의하였던 행위일 뿐이며, 이는 그가 알고 있는 것 이상의 것일 수 없다”고 판단함). 일반적으로 증인은 사건의 모든 쟁점을 안다기 보다는 그 일부만을 관찰하였을 것이기 때문에, 위원회는 제3자인 증인의 증언에 대해서는 합리적 판단 기준을 적용할 필요가 없다고 주장한다. *Brief of EEOC as Appellant, EEOC v. Rite Way Serv., Inc.*, 819 F.3d 235 (5th Cir. 2016) (No. 15-60380) 참조, <https://www.eeoc.gov/litigation/briefs/eeoc-v-rite-way-service-inc>.

**사례 1 :**  
보호되는 항의 -  
선의의 합리적 판단

근로자는 오피스 매니저에게 상관이 명백하게 그녀보다 자격이 미달하는 남성을 승진시킨 이후 상관이 성별에 근거하여 승진을 시키지 않은 것이라고 구제를 신청하였다. 구제 신청이 차별이 발생하였다는 선의의 합리적 판단에 근거하였기 때문에, 해당 근로자는 문제의 승진 결정이 사실상 차별적이었는지 여부와 무관하게 보호 대상 항의에 관여한 것이다.

**사례 2 :**  
보호되지 않는 항의 -  
선의의 합리적 판단에서 비롯하지 않은 구제신청

위와 동일한 상황이나, 근로자는 CPA 자격증을 요하는 회계 업무를 하고자 하였으나 자격증이 없었고 선발된 자는 자격증을 갖고 있었다. 근로자는 해당 직무를 수행하기 위해서는 CPA 자격증이 필요하다는 사실을 알고 있었다. 그녀가 선발되지 않은 이유는 성차별에 인한 것이라는 선의의 합리적 판단에 근거하지 않았기 때문에, 보호 대상 항의에 관여하였다고 할 수 없다.

대법원은 Clark County School District v. Breeden, 532 U.S. 268 (2001) (익명판결) 사건에서 괴롭힘에 대한 항의의 합리적 판단 기준을 적용함에 있어, 원고와 함께 채용위원회에서 지원자들을 심사하던 남성이 큰 소리로 구직자의 성적 행위에 관한 사항을 읽으며 무슨 뜻인지 모르겠다고 이야기하고, 다른 남성 근로자가 “내가 나중에 얘기해 줄게.” 라고 이야기하자 웃은 상황과 관련하여, 합리적인 사람이라면 이와 같은 특정한 사실관계에 기초하여 문제의 남성 근로자가 불법적인 괴롭힘을 가했다고 판단하지 않을 것이라고 보았다. 법원은 Breeden 사건에서 “[원고의] 직무는 일반적으로 원고가 지원자들을 심사하는 과정에서 성적인 특성을 갖는 명시적인 진술을 검토하는 것을 요건으로 한다는 점에 주목하였다. 원고와 함께 채용 절차에 참여하였던 그녀의 동료들에게도 동일한 요건이 적용되었다” 고 하며, 원고는 지원서의 진술을 읽는 것이 “괴롭거나 불쾌하지 않다” 고 인정하였다. 이에 따라 법원은 그 사건에 대한 원고의 구제 신청은 보호 대상 항의에 해당하지 않으며, 제7장에 따른 보복에 대한 구제를 주장할 수 없다고 판단하였다.<sup>236)</sup>

Breeden 판결은 “성적 괴롭힘 혐의에 대하여 경영진에 불만을 제기하는 것은 전형적인 항의 행위에 해당한다” 는 정립된 입장을 변경하지 않았다.<sup>237)</sup> 사실, 적대적 근로환경에 대한 책임의 기준은 근로자들에 “상황이 심각하거나 만연해지기 이전에 괴롭힘을 보고할 것” 을 장려하는 것에 근거를 두고 있다.<sup>238)</sup> 대법원은 Faragher, 524 U.S. 775, and Ellerth, 524 U.S. 742에서, 근로자가 “사용자가 제공한 예방 또는 시정의 기회를 이용하지 못한 것” 에 근거하여 차별적 괴롭힘에 대한 적극적 항변을 성립시켰다.<sup>239)</sup> “Faragher/ Ellerth 항변에 의해 내부적으로 구제를 신청할 것이 피해자에 강제되었다” 고 재

236) Daniels v. Sch. Dist. of Phila., 776 F.3d 181, 194-95 (3d Cir. 2015) 참조 (원고가 많은 선생님들이 할머니 할아버지로 생각될 만큼 나이 들어 보인다고 평가한 교장의 생각 없는 지적에 원고가 불만을 제기한 행위는 보호 대상 행위에 해당하지는 않으나, 원고가 “할머니 할아버지” 관련 언급, 원고에 대하여 보다 철저하게 이루어진 조사, 동료들이 “구식” 이라고 언급한 사실, 학생을 징계하는 것에 있어 협조적이지 않았던 사실, 부정적인 업무평가, 교장이 원고의 교육 방식에 대해 학생들에게 질문한 사실 및 원고가 수차례 요청하였음에도 불구하고 새 학기가 시작하기 전까지 원고에게 원고의 교원 자격 지위에 대하여 알려주지 않은 사실에 관하여 인사팀에 이는 연령에 근거한 차별임을 주장하는 서신을 발송한 행위는 보호 대상 행위에 해당한다고 판단함); Collazo v. Bristol-Myers Squibb Mfg., 617 F.3d 39, 48 (1st Cir. 2010) (“[Breeden에서] 문제의 행위는 하나의 심각하지 않은 사고이자 무심코 나온 지적으로, 합리적인 사람이라면 그와 같은 행위가 제7장에 위배된다고 판단하지 않았을 것이다.”); Byers v. Dall. Morning News, 209 F.3d 419, 428 (5th Cir. 2000) (어떠한 증거로도 입증되지 않은 역차별에 관한 근로자의 구제 신청은 객관적으로 비합리적이었다고 판단함).

237) Wasek, 682 F.3d at 470-71.

238) 524 U.S. at 764 (강조 첨가). 일반적으로 “사용자와 근로자가 각자가 부담하는 합리적인 주의 의무를 다한다면, 불법적인 괴롭힘은 발생하지 않을 것이고, 책임의 소재를 고려할 이유가 없을 것” 이기 때문에, 이와 같은 구제 신청은 EEO 법규 준수 및 시행에 있어 중요한 부분을 차지한다. EEOC, Enforcement Guidance: Vicarious Employer Liability for Unlawful Harassment by Supervisors (1999), <https://www.eec.gov/laws/guidance/enforcement-guidance-vicarious-liability-unlawful-harassment-supervisor>.

239) Faragher, 524 U.S., 807.

정립되었다.<sup>240)</sup>

따라서 근로자의 내부적 구제 신청이 보호되지 않는다면, 근로자는 딜레마에 빠지게 될 것이다: 경협하거나 목격한 불쾌한 행위가 심각하거나 만연해지기 전에 그에 대하여 사용자에게 불만을 제기하거나 (이 경우, 사용자가 그로 인하여 자신을 해고할 수 있는 위험을 감수하여야 함), 또는 괴롭힘이 심각하거나 만연해져서 보복으로부터 보호될 것임이 분명할 때까지 기다리는 수밖에 없다 (이 경우, 괴롭힘이 추가적으로 발생할 수 있으며, 추후 법원이 적대적 근로환경이 이미 조성되었다고 판단하는 경우, 일찍 구제를 신청하지 않은 사실이 사용자의 책임을 완화할 수 있음). Faragher 및 Ellerth에 따르면 “피해자는 ‘위법행위를 보고하고, 조사하지는 않으며, 증거를 수집하고, 그리고 나서 회사의 임원에 전달’ 하여야 한다.”<sup>241)</sup>

따라서, 근로자가 “적대적 근로환경을 조성하고자 하는 계획이 있거나 그와 같은 환경이 발생할 가능성이 있다는 추가적인 증거에 대한 요건 없이, 그와 같은 근로환경이 조성되고 있다” 고 합리적으로 판단하였다면, 하나의 개별적인 괴롭힘 사건을 보고하는 것도 보호 대상 항의에 해당한다.<sup>242)</sup> 마찬가지로, 근로자가 충분히 자주 반복됨으로써 적대적 근로환경이 인정될 수 있다면, 근로자가 불쾌한 행위에 대하여 불만을 제기하는 것도 보호 대상 항의에 해당한다.<sup>243)</sup>

법령의 시행을 담당하는 주 기관인 위원회가 그와 같은 해석을 채택하였다면, 근로자가 문제의 행위가 EEO 법령에 위배된다고 판단하는 것이 합리적이다.<sup>244)</sup> 항의 조항의 입법적 목적은

**사례 3 :**  
보호되는 항의 -  
EEOC가 취하는 법적 지위에 일치하는 구제신청

근로자가 그의 성적 지향에 근거하여 동료로부터 괴롭힘을 당하고 있다고 판단하고, 이에 관하여 매니저와 인사팀에 불만을 제기한다. EEOC의 법적 입장과 그 시행의 관점에서 근로자가 성적 지향에 따른 차별은 제7장에 의거한 성차별로 인정될 수 있는 것이라고 판단하는 것이 합리적이기 때문에, 이는 제7장에 따른 보

240) Boyer-Liberto, 786 F.3d, 282.

241) 전게서, 282-83 (Matvia v. Bald Head Island Mgmt., Inc., 259 F.3d 261, 269 (4th Cir. 2001) 인용 (근로자가 구제를 신청하기 전에 보다 많은 사건이 발생하기까지를 기다렸기 때문에 괴롭힘에 관한 구제를 신청할 수 없었다고 판단함); Barrett v. Applied Radiant Energy Corp., 240 F.3d 262, 267 (4th Cir. 2001) (근로자의 “보복에 관한 일반적인 두려움은 괴롭힘을 보고하지 못한 것에 대한 면책 사유가 되지 않는다” 고 판단함).

242) Boyer-Liberto, 786 F.3d, 282, 268 (“신체적 위협이나 모욕을 포함한 단일 사건의 괴롭힘을 보고하는 경우에도 보복으로부터 보호받는다. 이는 그와 같은 단일한 사건으로 인하여 적대적 근로환경이 조성되지 않은 경우에도 마찬가지이다.”); 또한 Magyar v. Saint Joseph Reg'l Med. Ctr., 544 F.3d 766, 771 (7th Cir. 2008) 참조 (원고에게는 불법적 관행에 대해 항의하는 것이라는 “진실하고 합리적인 믿음”만 있으면 되고, 문제의 행위가 불법에 해당할 만큼 지속적이거나 심각할 필요는 없다. 단, 이는 “법령에 의해 금지되는 분류의 행위에 속하여야 한다.”); Baldwin v. Blue Cross/Blue Shield of Ala., 480 F.3d 1287, 1307 (11th Cir. 2007) (Faragher-Ellerth 판결에서 법원은 “그와 같은 계획은 근로자가 괴롭힘을 신속하게 보고하는 경우에만 효과가 있다. 늦는 것보다는 이른 것이 좋고, 빠르면 빠를수록 좋다” 고 추론하였음).

243) 위원회는 Boyer-Liberto 판결을 확장한 이와 같은 관점을, 해당 사건에 대하여 제출한 의견서에서 주장하였다. EEOC's Brief as Amicus Curiae Supporting Appellant's Petition for Rehearing en banc, Boyer-Liberto v. Fontainebleau Corp., 786 F.3d 264 (4th Cir. 2015) (전원합의체) (No. 13-1473) 참조 (행위가 반복된다면 적대적 근로환경을 조성할 수 있을 정도인 인종 차별적인 행위에 대하여 근로자들이 구제를 신청한 경우, 이들은 보복 금지의 목적상 보호 대상인 항의에 관여한 것이라고 “주장함), <https://www.eeoc.gov/litigation/briefs/boyer-liberto-v-fontainebleau-corp>. 위원회는 아직 “심각하거나 만연하지” 않았기 때문에 또는 합리적으로 그렇지 않은 것처럼 보였기 때문에 괴롭힘에 대한 구제를 신청한 근로자들을 보복으로부터 보호하지 않은 사건들에 대하여 오랫동안 반대 의견을 가져왔다.

244) 예컨대, 위원회는 성적 지향에 근거한 차별과 관련한 근로자의 구제 신청이 제7장에 대한 EEOC의 해석상 보호 대상 행위로 간주되어야 함을 주장하며, 다음과 같이 설명하였다: “그와 같이 판단하지 않는 것은 -일반적으로 ‘전문 지식이 없는’ - 차별 사건의 피해자나 증인으로 제7장의 보복 금지 규칙에 따른 광범위한 구제에 의한 보호의 안전지대를 확보하기 이전에 성차별 관련 법의 세부 사항을 통달하여야 할 것을 요구하는 결과를 낳을 것이다.” Brief of EEOC as Amicus Curiae in Support of Panel Rehearing, Muhammad v. Caterpillar, Inc., 767 F.3d 694 (7th Cir. 2014) (No. 12-1723), <https://www.eeoc.gov/litigation/briefs/muhammad-v-caterpillar-inc>.

**d. 항의에 대한 보복으로부터 보호받는 대상**

위원회에 따르면, 항의에 관여하는 모든 근로자는 해당인이 매니저, 인사팀 직원 또는 여타 EEO 전 문위원인 경우에도 보복으로부터 보호된다.<sup>246)</sup> 항의 조항의 입법적 목적은 EEO 위반 혐의를 발견, 조 사 및 보고할 가능성이 높은 담당자들에 의한 해당 법률의 위반에 관한 모든 소통을 보호함으로써 촉 진된다.<sup>247)</sup>

차별을 보고 또는 조사할 의무를 부담하는 관리직 근로자는 항의 조항에 따른 보복을 주장하는 다른 근로자들에 적용되는 것과 동일한 요건을 충족하여야 한다 - 즉, “항의”의 정의에 해당할 것, 항의의 방식이 합리적일 것, 항의 대상이 된 관행이 불법적이라는 (또는 반복될 경우 불법이 될 것이라는) 선 의의 합리적인 판단을 하였을 것 및 중대하게 불리한 조치와 필요한 인과 관계 및 책임을 증명할

245) Baldwin v. Dep’t of Transp., EEOC Appeal No. 0120133080, 2015 WL 4397641, \*10 (EEOC July 15, 2015), <https://www.eeoc.gov/decisions/0120133080.pdf>; 또한 Brief of EEOC as Amicus Curiae, Evans v. Ga. Reg’l Hosp., No. 15-15234 (11th Cir. filed Jan. 11, 2016) 참조, <https://www.eeoc.gov/litigation/briefs/evans-v-georgia-regional-hospital>. 이후 많은 법원들이 성차별에 대한 제7장의 금지는 성적 지향에 근거한 차별의 금지를 포함한다는 EEOC의 입장에 동의해 왔다. 예시로, Isaacs v. Felder Servs., 2015 WL 6560655, \*3 (M.D. Ala. Oct. 29, 2015); Videckis v. Pepperdine Univ., 2015 WL 8916764, \*8 (C.D. Cal. Dec. 15, 2015) (제9장 관련 사건); Roberts v. UPS, 115 F. Supp. 344, 363-68 (E.D.N.Y. 2015) (주 법의 해석)와 비교하여 참조; 반대로, Hively v. Ivy Tech Cmty. Coll., No. 15-1720, 2016 WL 4039703, \*6-14 (7th Cir. July 28, 2016) 참조. 그러나, 성적 지향에 근거한 차별에 대하여 EEOC와 동일한 입장을 보여 왔던 법원들만이 그와 관련한 항의에 대한 보복을 인정한 것은 아니다. 법원이 성적 지향에 근거한 차별에 대하여 EEOC의 입장을 채택하지 않았더라도, 근로자는 성적 지향에 근거한 차별에 관하여 항의한 행위에 대한 보복으로부터 보호된다. 예시로, Birkholz v. City of New York, No. 10-CV-4719 (NGG)(SMG), 2012 WL 580522, \*7-8 (E.D.N.Y. Feb. 22, 2012) 참조 (“성적 지향에 근거한 차별에 대해 항의하는 행위가 보호 대상 행위에 포함되지 않는다면, 성 고정관념의 피해자가 된 근로자들은 불법 행위에 항의하거나 항의하지 않는 행위를 [성적 지향에 근거한 차별과 성차별 사이의] 불안정한 법적 차이에 근거하여 결정해야 할 것이며, 이는 성 고정관념에 대한 구제 신청을 위촉되는 결과를 낳을 것이다.”) 마찬가지로, 임신한 근로자가 임신을 이유로 사용자에게 다른 이유로 다른 근로자들에게도 제공되는 것과 같은 격무면제를 요청하는 경우, 이와 같은 요청은 규칙에 대한 법의 적용이 새로운 것이 라거나 해당 근로자가 사업장과 관련한 사실관계를 완전하게 알지 못한 경우일지라도, 선의의 합리적인 판단에 근거한 보호 대상 행위에 해당할 수 있다. EEOC, Enforcement Guidance: Pregnancy Discrimination and Related Issues (2015) 참조, <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/enforcement-guidance-pregnancy-discrimination-and-related-issues>.

246) Brief for the Secretary of Labor and the Equal Employment Opportunity Commission as Amici Curiae in Support of Plaintiff-Appellant, Rosenfield v. GlobalTranz Enters., Inc., 811 F.3d 282 (9th Cir. 2015) (No. 13-15292) 참조 (매니저들이 보호 대상 행위에 관여하려면 매니저로서의 직무에서 “벗어나” 사용자와 반대의 입장을 취하여야 한다는 일부 법원들의 이른바 “매니저 규칙”을 인정하지 않음), <https://www.eeoc.gov/litigation/briefs/rosenfield-v-globaltranz-enterprises>; DeMasters v. Carilion Clinic, 796 F.3d 409, 422 (4th Cir. 2015) (근로자지원프로그램(Employee Assistance Program)의 카운슬러가 클라이언트인 근로자를 대리하여 항의한 사건에서, ‘매니저 규칙’은 제7장의 적용 범위에는 적용되지 않는다고 하며, 다음과 같이 판시함: “제7장의 어떠한 부분도 근로자의 항의 행위에 대하여 부여되는 입법적 보호가 근로자의 직무에 달려있다고 해석되지 않으며, 의회는 광범위한 분류의 근로자들을 보복 금지에 의하여 보호하고자 하였다.”); Warren v. Ohio Dep’t of Pub. Safety, 24 F. App’x 259, 265 (6th Cir. 2001)(위와 동일); Rangel v. Omni Hotel Mgmt. Corp, No. SA-09-CV-0811, 2010 WL 3927744, at \*5 (W.D. Tex. 2010. 10. 4.) (위와 동일).

247) 법원들이 인사팀이나 내부적인 EEO 구제 신청을 처리하는 직무를 담당하는 자들에 대하여 다른 규칙을 적용하여 온 경우에도, 그와 같은 근로자들이 해당 직무로부터 “벗어났을 때”에는 그와 무관하게 보호된다고 결론 지은 경우가 많았다. 예시로, Littlejohn v. City of New York, 795 F.3d 297, 318 (2d Cir. 2015) 참조 (사내 EEO 이사는 다른 근로자들의 차별 관련 구제 신청을 보고하거나 조사하는 직무를 이행하는 것과 관련하여서는 보호 대상인 항의에 관여하는 것이 아니지만, 다른 근로자들이 제7장의 권리를 행사하는 것을 적극적으로 보조하는 행위나 개인적인 구제 신청 또는 차별적 고용 관행에 대해 비판하는 행위는 항의에 해당한다고 판단함); Collazo v. Bristol-Myers Squibb Mfg., Inc., 617 F.3d 39, 49 (1st Cir. 2010) (“사용자는 단순히 근로자로 하여금 불법적인 고용 관행에 대하여 보고하도록 한 평등 고용 정책을 수립한 것만으로 책임을 피할 수 없다 “고 추론하며, 제7장과 관련하여 “해당 직무에서 벗어날 것”을 요하는 규칙을 적용한다고 가정할지라도, 원고는 부하 직원이 성적 괴롭힘에 관한 구제를 신청하는 것을 보조함에 있어 관리 직무에서 벗어났었다는 점에서 보호 대상에 해당한다고 판단함).

**e. 항의의 예시**

보호 대상 항의는 다음과 같은 행위를 포함한다: 본인 또는 다른 이에 대한 차별에 관하여 구제를 신청하거나 신청하고자 하는 행위; EEO 사안에 관한 사용자의 내부 조사에 정보를 제공하는 행위; 차별이라고 합리적으로 판단되는 명령에 따를 것을 거부하는 행위; 사용자에게 EEO 준수에 관하여 권고하는 행위; 성적 행위에 저항하거나 다른 이들을 보호하기 위해 개입하는 행위; 소극적인 저항 (타인이 항의를 표시하는 것을 허용하는 행위); 및 장애나 종교를 위한 합리적 편의 시설을 요청하는 행위.

- 본인 또는 타인에 대한 차별에 관하여 구제신청을 제기하거나 제기하고자 하는 행위<sup>249)</sup>

**사례 4:** 보호되는 항의  
아직 심각하거나 만연하지 않은 경우를 포함한, 성적 괴롭힘에 대한 구제신청

근로자는 상관에게 여성에게 무례한 표현을 담은 사업장 내 그래피티에 대하여 불만을 제기한다. 그래피티가 성별에 근거한 적대적인 근로환경을 조성했다고 판단한 사실을 명시하지는 않았으나, 그래피티가 성별에 근거한 내용을 담고 있었기 때문에, 상관은 그녀의 구제 신청이 성차별에 대한 항의인 것으로 합리적 판단을 할 수 있었을 것이다. 근로자의 구제 신청이 합리적인 항의로 인정받기 위해서 그래피티가 일정 수준의 심각하거나 만연한 적대적 근로환경을 조성하여야 할 필요는 없다.<sup>250)</sup>

- EEO 사안에 관한 사용자의 내부 조사에 정보를 제공하는 행위

**사례 5:** 보호되는 항의  
동료의 괴롭힘 관련 구제신청에 관한 증거 제시를 위해 사용자에게 정보를 제공하는 행위

본인이 직접 구제를 신청하지는 않은 근로자가 동료의 성적 괴롭힘과 관련한 사용자의 내부 조사에서 증인으로 확인되었다. 근로자는 사용자와 면담하는 과정에서 목격 및/또는 경험한 성적 괴롭힘에 관하여 이를 뒷받침하는 정보를 제공한다. 이 경우, 해당 근로자가 직접 내부적으로 구제를 신청한 것은 아니지만, 이는 보호 대상의 항의에 해당한다.

248) Warren, 24 F. App'x at 265 (선임 EEO 준수 담당자이자 인사과장으로 근무한 원고가 차별 관련 사안의 잘못된 처리에 대한 의혹을 사용자의 고문에게 보고한 것은 보호 대상 행위에 해당하나, 그녀의 해고는 본인의 과실로 인한 것으로 그와 같은 보고에 대한 보복이 아니었다고 판단함).

249) § II-A.1.에서 논의한 바에 따라, 참여와 항의에는 중복되는 부분이 있기 때문에, 위원회와 법무부 송무 차관(Solicitor General)은 사용자의 내부적 구제 처리 또는 조사 절차에 자발적 또는 비자발적으로 증언하거나 달리 참여하는 행위는 참여 행위로 간주될 수 있다는 입장을 취해 왔다. 이 행위가 항의에 해당한다면, 여기에서의 분석이 적용될 수 있다.

250) Crawford v. Metro. Gov't of Nashville & Davidson Cty., 555 U.S. 271, 279-80 (2009) (항의는 근로자가 “선동” 또는 “시작” 하는 “적극적이고 거듭되는” 행위 이상의 것으로 확장 적용되기 때문에, 다른 근로자의 괴롭힘 관련 구제 신청에 관한 사용자의 내부적인 조사에 참여하는 것도 보호 대상 행위에 포함된다고 판단함). 법원은 Crawford 사건에서, “법령의 어떠한 부분도 본인이 먼저 제기한 차별에 관한 보고는 보호하면서도 그와 동일한 문제에 관하여 상관의 질문한 것에 대해서 동일하게 답변한 것은 보호하지 않는다는 기형적인 원칙을 요구하지 않는다”고 명시하였다. 전게서, 277-78. 또한, “신중함 근로자라면 본인이나 다른 근로자를 대상으로 한 제7장의 위반에 관하여 침묵할 좋은 사유가 될 것”이기 때문에, 이와 다른 규칙은 Faragher-Ellerth 판결의 골조를 약화시킬 것이다. 전게서, 279. Jute v. Hamilton Sundstrand Corp., 420 F.3d 166 (2d Cir. 2005) 참조 (제7장의 보복 금지 규정은 실제로 본인이 증언할 의무가 없는 경우에도 동료를 대리하여 자발적으로 증언한 자를 보호한다고 판단함). EEOC v. Creative Networks, LLC, No. CV 05-3032-PHX-SMM, 2010 WL 276742, \*8 (D. Ariz. 2010. 1. 15.) 참조 (제7장의 보복 금지 규정은 근로자가 “동료의 차별 관련 구제 신청을 보조하려는 입장을 취하는지, 그에 관하여 의견을 제기하고자 하는지 또는 단지 인지적으로 관찰한 사실만을 제시하는 것인지”와 무관하게 그를 보호한다고 판단함).

- 차별이라고 합리적으로 판단되는 명령에 따를 것을 거부하는 행위

근로자가 그에 내려진 어떠한 명령으로 인하여 불법적인 고용 차별을 수행하게 될 것이라고 합리적으로 판단하는 경우, 이에 따르는 것을 거부하는 행위는 보호 대상의 항의에 해당한다. 보호 대상 항의는 차별적인 정책을 이행하는 것을 거부하는 행위 또한 포함한다.<sup>251)</sup>

**사례 6:** 보호되는 항의  
인종에 근거한 업무분장 명령에 대한 거부

법인 고객들의 계약직 및 정규직 자리에 근로자를 소개시켜주는 고용알선기관에서 근로하는 원고는 매니저로부터 클라이언트의 요청에 따라 특정 클라이언트에는 아프리카계 미국인들을 소개시켜주지 말라는 지시를 받는다. 원고는 매니저에게 이는 차별이 될 수 있다고 이야기하며, 이 클라이언트에게 근로자들을 소개함에 있어 계속 동등한 기회를 부여했다. 명령을 따를 것을 거부한 원고의 행위는 불법적인 고용 관행에 “항의” 한 것에 해당한다.<sup>252)</sup>

- 사용자에 EEO 준수를 권고하는 행위

**사례 7**  
보호되는 항의 - 인사담당자의 회사에 대한 ADA 위반 보고

XYZ Corp.의 인사팀 매니저는 회사가 ADA에 따라 장애를 가진 근로자에 부여되는 합리적인 편의에 대한 요청을 부당하게 거부하였다고 판단하게 되었다. 그녀가 이를 감독관리층에 보고한 직후, 그녀는 해고되었다. 그녀가 상관에 보고한 행위가 그녀의 관리 직무에 포함되는 행위이기는 하였으나, 회사의 불법적인 행위에 대해 보고한 것은 보호 대상 항의에 해당하였다. 보호 대상 행위는 매니저, 인사팀 직원 및 EEO 전문위원의 EEO 구제 신청을 -해당자의 직무로부터 발생한 구제 신청인 경우에도- 포함한다. 단, 이는 위 구제 신청이 보호 대상 행위에 적용되는 여타 관련 요건을 모두 충족할 것을 조건으로 한다.<sup>253)</sup>

- 성적인 접근에 저항하는 행위 또는 다른 이들을 보호하기 위하여 개입하는 행위

**사례 8**  
보호되는 항의  
상관의 성적인 접근에 대한 저항

251) Crawford, 555 U.S., 277 (“근로자가 사용자의 차별적인 관행에 대하여 어떠한 행위를 ‘선동’ 하는 것이 아니라 결정을 미루는 방식, 예컨대, 부하 직원을 차별적인 사유로 해고하라는 상관의 명령에 따를 것을 거부하는 방식으로 맞서는 경우에도, 이를 ‘항의’에 해당한다고 할 수 있을 것이다.”); EEOC v. HBE Corp., 135 F.3d 543, 554 (8th Cir. 1998) (인사팀 관리자가 인종을 이유로 근로자를 해고하는 것을 거부한 행위는 아프리카계 미국인 근로자들을 중요한 보직으로부터 배제하는 사용자의 차별적 정책에 항의한 것으로서 보호 대상 행위에 해당한다고 판단함).

252) “매니저가 차별적 정책을 이행하는 것을 거부하거나 그에 반대되는 조치를 취한 경우, 보호 대상 행위에 관여한 것으로 간주될 수 있다.” Foster v. Time Warner Entm’t. Co., 250 F.3d 1189, 1994 (8th Cir. 2001) (고객 서비스 매니저가 그녀의 새로운 상관에게 개정된 평가 정책이 기존에 간질을 앓고 있는 근로자에게 제공되던 ADA에 따른 편의에 어떠한 영향을 미치는지에 관하여 반복적으로 문의하고, 근로자들이 유연 근무하는 것을 계속적으로 허용함으로써 새로운 정책을 시행하지 않은 사건에서, 그녀의 그와 같은 행위는 보호 대상인 항의 행위에 해당한다고 판단함); Johnson v. Univ. of Cincinnati, 215 F.3d 561, 581 (6th Cir. 2000) (여성과 소수자에 대한 차별이라고 판단된 채용 결정에 대하여 어느 대학의 부총장이 사회적 약자 우대 정책의 담당자로서 취한 조치는 제7장에 따라 보호 대상인 항의 행위에 해당한다고 판단함).

253) Foster, 250 F.3d, 1194-95; 또한 supra notes 67-69 참조.

근로자는 반복되는 상관의 성적인 언급에 대하여 “저 좀 내버려 두세요” 그리고 “그만하세요” 라고 대답한다. 또한, 동료는 그녀를 대신하여 매니저에게 그만두라고 요청하기도 한다. 근로자의 저항과 동료의 개입은 모두 보호 대상 항의에 해당한다. 상관이 그 보복으로써 취하는 중대하게 불리한 조치는 보복으로 인정될 것이다.<sup>254</sup>

• **소극적 저항**

소극적인 항의는 다른 근로자들의 구제 신청에 개입하도록 하는 지시를 이행할 것을 거부하는 것 등과 같이 다른 이들이 항의를 표시하는 것을 허용하는 일정한 행위를 의미한다. 이와 같은 행위는 그 자체로 항의 조항에 따라 보호될 수 있다.

**사례 9**

보호되는 항의 - EEO 권리의 행사를 저지하도록 하는 지시를 이행하는 것을 거부한 사례

상관으로 하여금 부하 직원들이 차별에 관한 구제를 신청하는 것을 만류하도록 하는 경영진의 지시를 어느 상관이 이행하지 않는다. 이와 같은 상관의 지시 거부하는 보호 대상의 항의이며, 경영진이 구제 신청을 저지하는 것을 거부한 것에 대하여 그에 중대하게 불리한 조치를 취하는 것은 보복으로 인정될 것이다.<sup>255</sup>

• **장애 또는 종교를 위한 합리적인 편의를 요구하는 행위**

장애와 관련하여 합리적인 편의를 요청하는 것은 ADA에 의해 보호되는 행위고, 따라서 그와 같은 요청에 대한 보복은 불법이다.<sup>256</sup> 이와 동일한 논리로, 제7장에 따라 종교와 관련한 편의를 요청하는 자들은 그와 같은 요청에 대한 보복으로부터 보호된다.<sup>257</sup> 이는 말 그대로 차별에 “항의” 하거나 구제 신청 절차에 “참여” 하는 것에 해당하는 것은 아닐 수 있으나, 그와 같은 요청을 하는 자는 그 요청에 대한 보복으로부터 보호된다. 한 법원은 “의회가 합리적인 편의를 요청하는 근로자들을 정식으로

254) EEOC v. New Breed Logistics, 783 F.3d 1057, 1067 (6th Cir. 2015) (상관에 대하여 괴롭힘을 중단할 것을 요구한 행위는 보호 대상인 항의, 즉, 상관의 불법적 괴롭힘에 저항하거나 맞선 행위에 해당한다고 판단함); Ogden v. Wax Works, Inc., 214 F.3d 999, 1007 (8th Cir. 2000) (합리적인 배심원이라면 원고가 그녀의 상관에게 본인에 대한 괴롭힘을 중단할 것을 이야기 함으로써 보호 대상 항의에 관여하였다고 결론 지을 수 있을 것이라고 판단함); EEOC v. IPS Indus., Inc., 899 F. Supp. 2d 507, 521 (N.D. Miss. 2012) (근로자가 상관이 그녀가 동료와 사귀었다고 암시한 사실에 대해 그와 비공식적으로 대면하였고, 그가 뒤에서 그녀에게 손을 댄을 때 건드리지 말라고 얘기했으며, 그가 건드리는 것을 그만둬야 직장에 복귀하겠다고 알린 사실은 부적절한 성적 행위에 대한 “단순한 거부”가 아니라, 보호 대상인 항의에 해당한다고 판단함); Ross v. Baldwin Cty. Bd. of Educ., No. 06-0275, 2008 WL 820573, \*6 (S.D. Ala. Mar. 24, 2008) (“사용자가 지정한 특정한 담당자에게 근로자가 구제를 신청하는 경우에 한하여 제7장에 따라 보복으로부터 보호되는 것이라면, 이는 법령의 근본적인 목적을 해하는 것으로 이례적인 것이라고 할 것이다.”). 이와 같은 보호는 원칙적으로 상관으로부터의 성적 접근에 대한 자리를 피하거나 신체 부위로부터 상관의 손을 치우는 행위 등과 같은 비언어적인 저항에 대해서도 확장 적용될 수 있다.

255) McDonnell v. Cisneros, 84 F.3d 256, 262 (7th Cir. 1996) (근로자가 그의 부하 직원이 성적 괴롭힘에 관한 구제 신청을 제기하는 것을 막지 못했다는 것을 이유로 사용자가 그에 보복을 가했다고 주장한 사건에서 근로자가 보복에 관한 청구원인을 제시하였다고 판단함).

256) Solomon v. Vilsack, 763 F.3d 1, 15 n.6 (D.C. Cir. 2014) (합리적인 편의에 대한 요청은 보호 대상 행위에 해당한다는 모든 연방 순회 법원의 판결 인용); 9 Lex K. Larson, Employment Discrimination § 154.10, at p. 154-105 & n. 25 (2d ed. 2014) (“법원은 법령에 의해 구체적으로 보호되는 행위 이외에도 합리적인 편의를 요청하는 것이 보호 대상 행위에 해당한다고 판단해 왔다.”).

257) EEOC, Compliance Manual Section 12: Religious Discrimination § 12-V.B (2008) (“EEOC는 종교에 관한 편의를 요청하는 것은 보호 대상 행위에 포함된다는 입장을 취해왔다.”), <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/section-12-religious-discrimination>; 또한 Ollis v. HearthStone Homes, Inc., 495 F.3d 570 (8th Cir. 2007) 참조 (종교적 신념에 반하는 행위에 참여할 것은 강요한 행위에 대한 근로자의 구제 신청은 제7장에 따른 보호 대상 행위에 해당한다는 배심원단의 결정을 인용함); Shellenberger v. Summit Bancorp, Inc., 318 F.3d 183, 190 (3d Cir. 2003).

구제를 신청하는 경우가 아니라면 보복으로부터 보호하지 않겠다고 의도한 것으로 생각하는 것은 모순적이다. 이는 사용자가 편의를 제공하고 그 직후 보복으로서 근로자를 해고하는 경우에 해당 근로자가 보호받지 못하게 되는 결과를 낳을 것이다” 라고 설명하였다.<sup>258)</sup>

#### 사례 10

보호되는 항의 -

종교를 위한 편의의 일환으로 유니폼 정책에 대한 예외의 요청

소매업 근로자의 상관이 새로운 유니폼 정책에 대한 예외로서 종교적 특성을 갖는 두건을 착용하도록 하여 줄 것을 요청한 근로자의 요청을 거부한 이후, 회사의 인사팀은 그 상관에게 그와 같은 요청에 과도한 어려움이 발생하지 않으므로 요청을 수락할 것을 지시한다. 상관은 자신의 결정을 번복시킨 것에 분노하여, 해당 근로자에 대하여 업무평가를 부당하게 하였고, 다른 동료 근로자들에게는 승인한 교육 참석 요청을 해당 근로자에 대하여는 거부하였다. 종교적 특성을 갖는 두건을 착용하도록 하여 줄 것을 요청은 근로자의 요청은 보호 대상 행위이며, 상관의 그에 대한 대응은 제7장에 위배되는 보복에 해당한다.

#### f. 보수와 관련한 질의 및 기타 논의

보수에 관한 정보를 문의하거나 달리 논의하는 것에 대한 연방의 보호는 다른 사항들과 함께 특히 다음 사항을 포함한다: 보호 대상 행위에 대한 보복을 금지하는 EEOC 시행의 보호 규정; 보수에 관한 논의에 있어 연방의 도급인 및 하도급인에 대한 차별을 금지하는 미국 노동부 시행의 보호 규정; 및 연대 행위로서의 임금에 관한 논의에 대한 연방노동관계위원회 시행의 보호 규정.

보수에 관한 논의에 대하여 불리한 조치를 취하는 것은 다수의 여타 연방 법령들과 함께 EEO 보복 금지에 따른 보호와 관련될 수 있으며, 관련 당국들이 이를 어떻게 적용하는지에 관한 예시는 다음과 같다. 이에 대한 보호를 규정하는 주 법령들도 추가적으로 존재한다.<sup>259)</sup>

미국 노동부에 따르면, 조사 대상인 전국 민간 부문 근로자들의 60%가 그들의 임금을 동료들과 논의하는 것이 계약적으로 금지되었거나 경영진이 이를 강력하게 금지하고 있다고 보고했다.<sup>260)</sup> 민간 부문의 사용자가 임금 정보를 공개하여야 할 의무를 부담하고 있는 것은 아니지만, 이른바 “급여 비밀” 정책이나 기타 사용자의 조치 등을 통하여 근로자들이 서로 보수에 관하여 논의하는 것을 금지하는 사용자의 조치는 차별에 관한 이해를 제한하고 보호 대상 행위를 방해할 수 있다.

#### (1) EEO 법에 의거한 항의로서의 보수에 관한 논의

근로자가 경영진이나 동료에 보수에 관하여 불만을 제기하거나 문의하는 경우 또는 보수율을 달리 논의하는 경우, 그와 같은 소통은 EEO 법령상 보호되는 항의에 해당할 수 있고, 이에 사건의 사실관계에 따라 사용자의 보복 행위가 인정될 수 있도록 한다. 예컨대, 제기가 가능할 수 있는 EEO 구제 신청을 위한 정보나 증거를 수집하기 위하여 동료와 이야기를 나누는 것은 그와 같은 항의의 방식이 합리적이라는 전제 하에 보호 대상의 항의에 해당한다.<sup>261)</sup>

258) *Soileau v. Guilford of Me.*, 105 F.3d 12, 16 (1st Cir. 1997); 또한 *A.C. v. Shelby Cty. Bd. of Educ.*, 711 F.3d 687, 698 & n.4 (6th Cir. 2013) 참조.

259) Women’s Bureau, DOL, Pay Secrecy Fact Sheet (2014. 8.), [http://www.dol.gov/wb/media/pay\\_secrecy.pdf](http://www.dol.gov/wb/media/pay_secrecy.pdf) (1982년에서 2014년 사이 입법된 사용자의 임금 공개 금지 정책에 관한 주 법의 사례 검토).

260) 전게서 (2010 Institute for Women’s Policy Research/Rockefeller Survey of Economic Security의 결과 참조).

261) *Jackson v. Saint Joseph State Hosp.*, 840 F.2d 1387, 1390-91 (8th Cir. 1988) 참조 (다수의견과 반대의견은 동료로부터 정보나 증거를 수집하는 행위가 보호 대상 행위에 해당함에 동의하였으나, 근로자의 항의 방식이 사건의 사실관계에 미투어 합리적이었는지 여부에 관해서는 다른 결론에 도달함); *EEOC v. Kallir, Phillips, Ross, Inc.*, 401 F. Supp. 66, 72 (S.D.N.Y. 1975) (근로자가 함께 일하였던 회사의 고객에게 진행

### 사례 11

보호되는 항의 -

EEO와 관련한 것으로 합리적으로 해석되는 임금 관련 구제신청

계약직 관리인인 근로자가 본인이 기존에 근무하였던 남성 근로자보다 시간당 1달러를 덜 지급받고 있다는 사실을 알게 된다. 그녀는 상관에게 기존의 계약직 관리인에게 지급하였던 것보다 적은 임금을 지급하는 것은 “일종의 법률에 위배” 되는 것 같다고 이야기한다. 이는 보호 대상 항의에 해당한다.<sup>262)</sup> 이와 유사하게, 그녀가 “저에게 공정하게 임금이 지급되고 있지 않다고 생각합니다. 이 업무를 담당하는 남성 근로자의 임금은 어떻게 되는지 알려주시겠습니까?” 라고 이야기 하는 경우에도 보호 대상 항의에 해당하였을 것이다.

### 사례 12

보호되는 항의 -

급여에 관한 논의를 금지하는 사용자의 정책에도 불구하고 이루어지는 급여 차별 의혹에 관한 논의

아프리카계 미국인인 근로자는 그녀의 임금이 동일한 업무를 수행하는 백인 근로자의 임금보다 적다는 점에서 본인이 인종에 근거한 차별을 받고 있는 것 같다고 동료와 논의하였다. 그러자 사용자는 임금 차별 혐의에 관하여 논의하였음을 이유로 그녀를 징계하였다. 이와 같은 징계는 보호 대상인 항의에 대해 이루어진 불법적 보복에 해당한다. 사용자가 임금에 대한 논의를 금지하는 “복무규정”을 수립하였다는 사실은 제7장에 따른 보복에 대한 책임으로부터 사용자를 면책하지 않는다.

## (2) 기타 연방당국에 의한 관련 보호

EEOC가 시행하는 법령상의 보복 규정에 더하여, 보수와 관련한 논의에 대하여 특정 사용자에게 적용되는 다양한 연방의 보호 규정이 존재한다. 그 두 가지의 예로 행정명령(E.O.) 11246과 연방노동관계법(NLRA)이 있다.

### A. 개정된 바에 따른 행정명령 11246 - 연방의 도급인 및 하도급인

(2014년 4월 8일자) E.O. 13665에 의해 개정된 E.O. 11246에 따라, 연방의 도급인 및 하도급인은 본인 또는 여타 근로자나 구직자의 보수에 관하여 문의하거나 이를 논의 또는 공개하는 근로자 또는 구직자를 해고하거나 다른 어떠한 방식으로든 달리 차별할 수 없다.<sup>263)</sup> 이 차별 금지 요건은 보수에 관한 모든 종류의 문의, 논의 또는 공개를 보호한다. 차별 혐의에 관한 항의 또는 EEO 행위에 대한 참여는 E.O. 11246의 임금 투명성에 대한 위반의 필수 성립 요건이 아니다. 임금 투명성에 관한 보호 규정은 동료들 사이에서 발생하는 보수에 관한 단순한 질문에도 적용되며, 도급인이 근로자나 구직자가 보수를 논의 또는 공개하는 것을 금지하거나 제한하는 정책을 수립하는 것을 일반적으로 금지한다.<sup>264)</sup>

미국 노동부의 연방계약준수사무국(The Office of Federal Contract Compliance Programs, OFCCP)은 E.O. 11246을 시행하며, 2016년 1월 11일자로 발효한 E.O. 13665의 임금 투명성을 실행하는 규정을 발표하였다.<sup>265)</sup> 규정의 보호 범위는 광범위하나, 이는 임금 투명성 차별에 관한 구제 신청에 대한 두 가

중인 EEO 구제 신청에 관한 증거 자료로서 진술서를 작성하여 줄 것을 요청한 행위는 보호 대상 행위에 해당한다고 판단함).

262) EEOC v. Romeo Cmty. Sch., 976 F.2d 985, 989-90 (6th Cir. 1992) (계약직 관리인인 여성이 남성 동료들이 본인보다 한 시간당 \$1를 더 받고 있다고 구두로 불만을 제기한 사실에 대하여 그녀의 상관이 취한 조치에 관하여 평등임금법(Equal Pay Act)에 따라 제기한 보복 관련 구제 신청을 인용함); 또한 Blizzard v. Marion Tech. Coll., 698 F.3d 275, 288- 89 (6th Cir. 2012) 참조 (인사팀 관리자에게 “나이가 어린 근로자들과 다르게 대우하고 있다” 고 구두로 불만을 제기한 원고의 행위가 보호 대상인 항의에 해당한다고 판단함).

263) 행정명령 11246 및 그 개정 사항은 \$10,000를 초과하는 연방의 도급 계약 또는 하도급 계약을 체결한 회사들에 적용된다. 41 C.F.R. § 60-1.5 참조.

264) Government Contractors, Prohibitions Against Pay Secrecy Policies and Actions, 80 Fed. Reg. 54,934, 54,944 (2015. 9. 11.) 참조.

지의 도급인 측의 항변을 포함하고 있다. 도급인은 근로자가 구직자 또는 근로자가 보수를 논의 또는 공개하는 것을 금지하거나 금지하고자 하지 않는 것으로서 통일적으로 적용되는 규칙, 정책, 관행 또는 계약을 위반한 것에 대하여 근로자를 징계하였음을 입증할 수 있다. 도급인은 또한 근로자를 징계한 이유가 (a) 해당 근로자가 그의 직무에 따른 본질적인 부분으로서 다른 근로자들의 보수에 관한 정보에 접근 권한이 있었고, (b) 그 근로자가 본인의 보수에 대하여 논의하였거나 특정 상황에서 공개한 것이 아닌 이상, 이 정보를 그에 접근 권한이 없는 다른 근로자들에 공개하였기 때문이라는 점을 입증할 수 있다.<sup>266)</sup>

## B. 연방노동관계법 (National Labor Relations Act, NLRA)

NLRA는 법률의 적용 대상인 관리직 아닌 근로자들이 연대 행위의 일환으로서 동료들과 임금 또는 근로조건에 관하여 논의하는 경우, 이들을 노동조합이나 기타 정식 단체가 그에 관여하지 않더라도, 그에 대한 사용자의 보복으로부터 보호한다.<sup>267)</sup> NLRA는 사용자가 본인 또는 다른 근로자나 구직자의 보수를 논의 또는 공개하는 근로자 및 구직자를 차별하는 것을 금지한다. 그러나 NLRA에 의한 보호는 관리자, 매니저, 농업 근로자와 철도 및 항공 산업의 근로자에 대해서는 적용되지 않는다. NLRA의 보호 범위와 구제 신청, 법규 준수 및 시행에 관한 자세한 정보는 연방노동관계위원회의 웹사이트 (<https://www.nlr.gov>)에서 확인할 수 있다.

### 3. 보호 대상 행위에 관여하는 자의 범위

보복 금지에 관한 보호 규정은 EEO 위반 혐의에 관한 공식 또는 비공식의 구제를 신청한 근로자(그 인정 여부와 무관함), 조사에 증언하거나 참여한 자, 종교 또는 장애를 위한 편의의 제공을 요청한 자 및 고용 관계가 종료한 이후에 보복을 당한 자에 대해 적용된다.

위에서 논의한 바와 같이, 보호 대상 행위는 다양한 형태로 나타날 수 있다. 보호 대상 행위에 관여하는 근로자들은 다음을 포함한다:

- 직무나 직급과 무관하게 신청인, 대리인 또는 어느 측의 증인으로서 EEO 절차에 어떠한 방식으로든 참여한 자;<sup>268)</sup>

265) 행정명령 13665의 시행을 목적으로 OFCCP가 발표한 규정은 OFCCP의 임금 투명성 관련 웹페이지 (<http://www.dol.gov/ofccp/PayTransparency.html>, 최종 접속일 2016. 8. 18.)에서 확인할 수 있다. 도급인 및 근로자는 1-800-397-6251에 전화하거나 [OFCCP-Public@dol.gov](mailto:OFCCP-Public@dol.gov)에 메일을 발송함으로써 또는 근처의 OFCCP에 방문하여 OFCCP에 문의할 수 있다. 이에 관한 보다 자세한 정보는 OFCCP의 웹사이트에서 확인할 수 있다(<http://www.dol.gov/ofccp/>).

266) OFCCP 규정에 따라, 공개가 이루어질 수 있는 두 가지 상황은 다음과 같다: (1) 정식의 구제 신청 또는 소송에 대한 대응으로서, 조사, 법적절차, 심리 또는 법적 조치의 목적으로, 또는 정보를 제공하여야 할 도급인의 법적 의무에 따른 공개; 또는 (2) 다른 근로자의 보수 등을 포함하여 차별적인 처우의 존재 가능성에 대한 임원과의 논의 과정이나 도급인의 내부적 구제 신청 절차에서 발생하는 공개 또는 직무에 따른 본질적인 부분 이외의 수단으로 얻은 보수에 관한 정보의 공개.

267) 예시로, *NLRB v. Main St. Terrace Care*, 218 F.3d 531 (6th Cir. 2000) 참조 (사용자는 임금에 관한 논의를 금지한 규칙을 성문화하거나 일상적으로 시행한 것은 아니지만 이를 도입함으로써, 그리고 원고가 동료들과 그들이 공정하게 임금을 지급받고 있는지를 확인하기 위해 매니저로부터 구두로 지시받은 바를 무시하고 임금에 관하여 논의한 것을 이유로 그녀를 부당하게 해고함으로써, NLRA를 위반하였다고 판단함); *Wilson Trophy Co. v. NLRB*, 989 F.2d 1502, 1510 (9th Cir. 1993) (“[사용자도] 인정하는 바와 같이, 시간이나 장소의 제한 없이 근로자들 사이의 임금에 관한 논의를 금지하는 부적절한 규칙은 법률에 따라 무효로 간주된다.”); *Jeanette Corp. v. NLRB*, 532 F.2d 916, 918 (3d Cir. 1976) (“임금에 관한 논의는 보호 대상 행위가 될 수 있으며”, “그와 같은 논의를 금지하는 사용자의 부적절한 규칙은 보호 대상 행위에 제약을 가하는 경향이 있기 때문에,” 임금에 관한 논의를 포괄적으로 금지하는 사용자의 규칙은 NLRA에 따른 부당노동행위에 해당한다고 판단함).

268) *supra* § II-A.1. (보호 대상 행위로서의 참여에 관한 논의) 및 II-A.2. (보호 대상 행위로서의 항의에 관한 논의) 참조. 그러나, 보복 금지 규정은 과거에 사용자에게 대하여 어떠한 이유에서든 이의를 제기한 모든 자에게 권리를 부여하는 “포괄적인” 규정은 아니다. 예시로, *Rorrer v. City of Stow*, 743 F.3d 1025, 1046-47 (6th Cir. 2014) 참조 (원고가 이전에 EEO와 관련하지 않은 구제 신청에 대한 중재에 있어 증명한 사실은 이후의 ADA 보복 관련 구제 신청에 있어서 인정되는 보호 대상 행위에 해당하지 않는다고 판

- 본인 또는 타인에 대한 차별에 항의한 자<sup>269</sup>)로, 항의의 기저가 된 차별이 궁극적으로 인정되지 않는 경우도 포함함;<sup>270</sup>)
- 구제 신청이나 소를 제기하고자 하는 의사를 사용자에게 알린 자로, 구제 신청이나 소가 궁극적으로 제기되지 않은 경우도 포함함;<sup>271</sup>)
- 서로 다른 사용자와 관련한 보호 대상 행위에 관여한 자(예컨대, 이전 사용자가 수화통역사를 제 공해 주지 않은 사실에 대하여 또는 자격을 갖추었으나 청각 장애를 가진 구직자를 배제한 사실에 대하여 그에 ADA 구제 신청을 제기하였다는 이유로 채용되지 않은 구직자);<sup>272</sup>)
- 보호 대상 행위는 고용 기간 동안 발생하였으나 고용 관계가 종료한 이후 보복이 이루어진 자<sup>273</sup>) (예컨대, 이전 사용자가 추천서에 부당하고 사실이 아닌 부정적인 내용을 기재하거나 추천서를 제공하는 것을 거부하는 경우 또는 근로자의 장래 사용자에게 근로자가 이전에 제기한 EEO 구제 신청에 관하여 알리는 경우);<sup>274</sup>)
- 차별 금지 법령의 실질적 적용을 받지 않음에도 차별에 관한 혐의를 제기하는 자(예컨대, 장애에 근거한 차별에 대하여 구제를 신청하였으나 궁극적으로는 문제의 자리에 적합하지 않다고 결정된 자에 대한 보복<sup>275</sup>) 또는 연령에 근거한 차별에 대하여 구제를 신청하였으나 40세 이상이 아닌 자

단함).

269) Kelley v. City of Albuquerque, 542 F.3d 802, 820-21 (10th Cir. 2008) (EEO 관련 중재에 있어 도시를 대리한 변호사와 관련하여, 이후 시장으로 선출된 상대측 대리인이 그를 해고한 사건에서 그는 보복으로부터 보호된다고 판단됨); Moore v. City of Phila., 461 F.3d 331, 342 (3d Cir. 2006) (아프리카계 미국인들에 대해 인종적으로 적대적인 근로환경에 관하여 불만을 제기한 백인 근로자들은 그와 같은 행위에 대한 보복으로부터 보호된다고 판단됨); EEOC v. Ohio Edison Co., 7 F.3d 541, 543 (6th Cir. 1993) (제7장은 원고가 직접 보호 대상 행위에 관여하지는 않았으나 그를 대신하여 그의 동료가 보호 대상 행위에 관여한 경우에도 원고를 보복으로부터 보호한다고 판단함).

270) Supra note 54; 또한 Learned v. City of Bellevue, 860 F.2d 928, 932-33 (9th Cir. 1988) 참조 (“불법적인 보복에 대한 주장을 인정받기 위해 기저가 된 차별이 실질적으로 제7장에 위배되는지를 증명할 필요는 없다 ... 그와 같은 보호의 적용 가능성이 근로자의 신청이 궁극적으로 인정되는지 여부에 달려있다면, 이는 법률에 의한 구제를 심각하게 위축시키는 결과를 낳을 것이다.”).

271) 예시로, EEOC v. L.B. Foster Co., 123 F.3d 746, 754 (3d Cir. 1997) 참조 (원고가 그녀의 상관에게 구제를 신청하고자 하는 의도를 알렸을 때 보호 대상 행위에 관여한 것이라고 판단함); Giord v. Atchison, Topeka & Santa Fe Ry. Co., 685 F.2d 1149, 1156 n.3 (9th Cir. 1982) (사용자와 조합을 대상으로 EEOC 구제 신청을 제기하겠다고 알리는 서신을 발송한 것은 보호 대상 행위에 해당한다고 판단함); Hashimoto v. Dalton, 118 F.3d 671, 680 (9th Cir. 1997) 참조 (연방의 근로자가 에이전시의 EEO 카운슬러와 연락한 사실은 제7장에 의거한 참여에 해당한다고 판단함).

272) 예컨대, McMenemy v. City of Rochester, 241 F.3d 279, 283-84 (2d Cir. 2001) 사건에서, 법원은 조합 임원의 조합 비서에 대한 성폭행에 관하여 소방관이 조사를 시작한 행위는 “보호 대상 행위”에 해당한다고 판단하였다. 위 사건에서 법원은 “보호 대상 행위”는 문제의 보복 행위에 관여한 단체에 의한 불법적 고용 관행에 대한 항의만을 포함한다는 하급심 법원들의 판결을 인정하지 않았다. 법원은 이와 같은 논지를 부인하면서, “근로자는 다른 단체를 포함하는 고용 차별 관련 절차에 참여한 행위에 대한 보복으로부터 보호된다”는 EEOC의 입장을 채택하였다. 전게서, 법원은 이는 특히, “두 사용자 사이에 그 중 하나의 사용자가 다른 사용자를 대상으로 한 근로자의 보호 대상 행위에 대해 보복할 만한 동기를 발생시키는 관계를 맺고 있는 경우”에 적용된다고 판단하였다. 전게서, 284-85; 또한 Christopher v. Stouder Mem'l Hosp., 936 F.2d 870, 873-74 (6th Cir. 1991) 참조 (피고가 근로자가 그녀의 이전 사용자의 성차별적 행위에 대하여 취한 조치를 자주 언급한 사실은 피고가 채용을 거부한 것이 보복에 해당한다는 추론을 정당화함).

273) Robinson v. Shell Oil Co., 519 U.S. 337, 345-46 (1997) (제7장에 따른 근로자의 정의에는 “일시적 자격”에 관한 사항이 없기 때문에, 이전의 사용자가 원고가 추후 구직하는 때에 장래의 사용자에게 부정적인 내용의 추천서를 제공하는 경우, 이전의 사용자를 보복으로 고소할 수 있다고 판단함).

274) 예시로, 이하 Example 19; Jute v. Hamilton Sundstrand Corp., 420 F.3d 166, 178-80 (2d Cir. 2005) 참조 (원고가 동료의 EEO 관련 소송에 있어 증인으로 참여하였던 사실과 관련하여, 원고의 전 고용주가 원고를 채용하고자 했던 새로운 사용자에게 원고가 회사에 대하여 제기한 “계류 중인 소송”이 있다는 사실을 알린 이후 채용 제의가 취소되었음을 입증하는 증거를 인정함); Hillig v. Rumsfeld, 381 F.3d 1028, 1033-35 (10th Cir. 2004) (원고는 정당한 이유가 없는 부정적인 내용의 추천서는 보복적이었음을 주장할 수 있고, 그와 같은 추천서가 없었다면 채용되었을 것이라는 사실을 증명할 필요는 없다고 판단함); 또한 L.B. Foster Co., 123 F.3d, 753-54; Ruedlinger v. Jarrett, 106 F.3d 212, 214 (7th Cir. 1997); Serrano v. Schneider, Kleinick, Weitz, Damashek & Shoot, No. 02-CV-1660, 2004 WL 345520, \*7-8 (S.D.N.Y. Feb. 24, 2004) 참조 (근로자의 소송을 장래의 사용자에게 알리는 행위와 관련하여, 원고의 이전 상관이 원고가 그녀의 이전 사용자에게 대하여 소를 제기한 사실을 알림으로써, “그녀의 구직 가능성에 심각한 침해를 야기할 수 있음”을 “알았거나 알았어야 했을 것”임이 “분명”하기 때문에, 이는 제7장에 의거한 불리한 조치에 해당한다고 판단함).

에 대한 보복);<sup>276)</sup> 및

- ADA에 따른 고용 차별 뿐만이 아니라 ADA의 여타 규정과 관련한 보호 대상 행위에 관여한 자 (예컨대, 주 및 지방 정부의 서비스, 공공 편의시설, 상업 시설 또는 통신에 있어서 장애에 근거한 차별에 대한 항의).<sup>277)</sup>

또한 사용자가 보호 대상 행위에 관여한 것으로 착각한 근로자들도 보복으로부터 보호된다.<sup>278)</sup> § II.B.4. (제3자에 대한 보복) 항목을 참조한다.

## B. 중대하게 불리한 조치

보복은 “중대하게 불리한” 모든 조치를 광범위하게 포함하며, 이는 어느 합리적인 사람이 보호 대상 행위에 관여하지 못하도록 하는 조치를 의미한다.

### 1. 통칙

보복 금지 규정은 보호 대상 행위를 이유로 근로자에 중대하게 불리한 조치를 취하는 것을 불법으로 규정한다. 대법원은 Burlington Northern & Santa Fe Railway Co. v. White, 548 U.S. 53 (2006) 사건에서, 보복 금지 규정에 따라 다루어지는 “중대하게 불리한 조치”는 차별 금지 규정에 따라 다루어지는 “불리한 조치”보다 더 넓은 범위의 조치를 포괄한다고 판단하였다.<sup>279)</sup> 보복 금지 규정에 따른 보호의 목적을 고려하면, 이는 “합리적인 근로자가 차별에 관하여 불만을 제기하지 못하도록 할 수 있는” 사용자의 조치에 확장 적용될 것이다.<sup>280)</sup> 문제의 조치는 해당 조치가 사용자의 보복 행위에 해당하는 이상 독립적으로 보았을 때 중대하게 불리해야 하는 것은 아니고, 전체로서 보호 대상 행위에 방해가 되는 것이면 된다.<sup>281)</sup> “일반적으로 사소하고 경미한 곤란과 매너의 단순한 부족은 그와 같은 방해를 성립시키지 않지만”, 근로자가 실제로 방해를 받지 않은 경우에도 기준은 충족될 수 있다.<sup>282)</sup>

Burlington Northern 판결은 어느 조치가 합리적으로 보호 대상 행위에 방해되는지 여부는 그와 관련한 사실관계에 따라 결정되고, 기준은 “객관적”이지만, 취해진 어떤 조치의 중대성은 많은 경우 특정한 사실관계에 따라 달라지기 때문에 “일반적인 용어”로 규정되어 있다. 따라서 행위의 맥락이 중요하다“

275) Krouse v. Am. Sterilizer, 126 F.3d 494, 502 (3d Cir. 1997).

276) Anderson v. Phillips Petrol., 722 F. Supp. 668, 671-72 (D. Kan. 1989).

277) 42 U.S.C. § 12203(a).

278) Fogleman v. Mercy Hosp., 283 F.3d 561, 572 (3d Cir. 2002) (사용자가 원고가 보호 대상 행위에 관여한 것으로 오인하여 불리한 조치를 취한 경우, 근로자는 보호 대상 행위에 관여하지 않았음에도 보복을 다룰 수 있다고 판단함); Brock v. Richardson, 812 F.2d 121, 123-25 (3d Cir. 1987) (FLSA의 보복 금지 규정은 사용자가 근로자가 보호 대상 행위에 관여하지 않았음에도 근로자가 그와 같은 행위에 관여하였다고 오인하여 보복하는 것을 금지한다고 판단함).

279) Burlington N. & Santa Fe Ry. Co. v. White, 548 U.S. 53, 67 (2006) 참조 (“제7장의 실질적인 [차별 금지] 규정과 보복 금지 규정은 동일하지 않다. 보복 금지 규정은 직장이나 고용과 관련한 보복 행위 및 그 피해를 넘어서 적용되기 때문이다 ... 보복 금지 규정이 보복에 대한 포괄적인 보호를 제공하는 것으로 해석하는 것은 법의 주요한 목적이 근거하는 협조를 확보하는 것에 도움이 된다.”) 따라서, 이는 또한, “불리한 조치”의 범위를 실적주의제도보호위원회(Merit Systems Protection Board)의 관할 하에 있는 연방의 근로자들을 포함하여 확장된다.

280) 전제서, 69.

281) 예시로, Vega v. Hempstead Union Free Sch. Dist., 801 F.3d 72 (2d Cir. 2015) 참조 (어느 고등학교 선생님이 “그에게 자주 결석하는 학생들을 배정한 사실, 그에 이루어진 임시 감봉 및 교육구가 그에게 커리큘럼의 변경을 알리지 않은 사실”에 종합 근거하여 신청한 보복에 관한 구제를 인정함); Sanford v. Main St. Baptist Church Manor, Inc., 327 F. App'x 587, 599 (6th Cir. 2009) (일부 사건들은 독립적으로 불리한 조치의 수준에 이르지 못할 수는 있으나, “이들을 함께 고려하면, 합리적인 근로자가 차별에 관한 구제 신청을 제기하거나 이를 보조하지 못하도록 할 수 있다”고 판단함).

282) Burlington N., 548 U.S. at 68; 예시로, Patane v. Clark, 508 F.3d 106, 116 (2d Cir. 2007) 참조 (법원은 문제의 조치는 성적 괴롭힘이 다시 발생 하였을 때 원고가 이를 보고하는 것을 저지하지 못했기 때문에 Burlington Northern 판결에 따른 불리한 조치에 해당하지 않는다는 사용자의 주장을 기각하며, 그와 같은 주장은 “괴롭힘에 관하여 반복하여 구제를 신청하는 원고는 그의 첫 번째 구제 신청에 대해서는 보복을 당했을 수 없는 것으로 만들기 때문에 전혀 설득력이 없다”고 판단함).

는 점을 분명히 하였다.<sup>283)</sup> “어떠한 상황에서는 중대하지 않았을 행위가 다른 상황에서는 중대할 수 있다.”<sup>284)</sup> 실제로 대법원은 원고를 동일한 임금을 받고 같은 직무 카테고리에 있는 보다 고되고 더러운 직무로 이동시킨 행위와 임금 미지급분이 후에 지급되기는 하였지만 37일 간 임금 없이 정직시킨 행위는 모두 “중대하게 불리한 조치”에 해당하며, 이는 보복으로서 다루어질 수 있다고 판결하였다.<sup>285)</sup> 대법원이 인용한 사례들 가운데 보복이 인정된 또 다른 사례들로는, 요원에 대한 “살해 협박”을 조사하는 것을 거부한 FBI의 사례, 퇴직 근로자를 대상으로 허위의 형사 고발을 접수한 사례, 취학 연령의 자녀에 대한 양육 의무를 부담하는 부모의 근무 일정을 변경한 사례 및 승진과 연관된 점심식사 시간 동안의 주간 교육으로부터 근로자를 배제한 사례 등이 있다.<sup>286)</sup>

판결로부터의 “중대하게 불리한”에 관한 이와 같은 광범위한 정의는 민간 부문과 주 및 지방 정부의 고용뿐만 아니라 EEOC가 시행하는 모든 법령에 의거한 연방 부문의 고용에 대해서도 적용된다.<sup>287)</sup>

## 2. 중대하게 불리한 조치의 유형

업무와 관련한 조치. 가장 명백한 형태의 불리한 조치로는 승진 제외, 채용 거부, 복직혜택의 제외, 좌천, 정직 및 해고가 있을 수 있다.<sup>288)</sup> 그 외의 불리한 조치로는 업무와 관련한 위협,<sup>289)</sup> 경고, 견책,<sup>290)</sup> 인사이동,<sup>291)</sup> 부정적인 또는 낮은 점수의 인사평가,<sup>292)</sup> 보다 덜 중요하거나 덜 선호되는 직무<sup>293)</sup>

283) Burlington N., 548 U.S. at 69 (Oncale v. Sundowner Oshore Servs., 523 U.S. 75, 81-82 (1998) 인용).

284) 전계서 (인용 생략).

285) 전계서, 71-73.

286) 전계서, 63, 69; 또한 Williams v. W.D. Sports, N.M., Inc., 497 F.3d 1079, 1090 (10th Cir. 2007) 참조 (배심원들이 피고가 원고의 가정 및 결혼 생활을 망치겠다고 위협한 사실과 원고가 복리후생을 제공받는 것을 반대한 사실은 합리적인 사람이 보호 대상 행위에 관여하는 것을 저지할 수 있는 불리한 조치에 해당한다고 판단할 수 있을 것이기 때문에, 보복 관련 구제 신청에 대한 사용자의 약식명령 신청은 인정되지 않음).

287) 연방 부문에서의 보복에 관한 제7장의 규정이 “근로자 또는 구직자에 영향을 미치는 인사조치”를 언급하고 있음에도 불구하고, 위원회는 EEOC가 시행하는 보복 금지 규정이 적용되는 모든 근로자들을 리적인 사람이 보호 대상 행위에 관여하는 것을 저지할 수 있는 모든 조치로부터 보호해야 한다는 입장을 취한다. Federal Sector Equal Employment Opportunity, 77 Fed. Reg. 43,498, 43,501-43,502 (2012. 7. 25.) 참조 (29 C.F.R. § 1614로 임명됨), <https://federalregister.gov/a/2012-18134>; 예시로, Caldwell v. Johnson, 289 F. App'x 579, 589 (4th Cir. 2008) 참조 (Burlington Northern 판결을 적용하고, 연방 부문의 사용자와 그 이외의 사용자에 다른 기준을 적용하는 것을 명시적으로 부인함).

288) Roberts v. Roadway Express, Inc., 149 F.3d 1098, 1104 (10th Cir. 1998) (정직 및 해고는 “그 자체로 불리한 조치라는 특성을 갖고 있다”고 주장함).

289) Planadeball v. Wyndham Vacation Resorts, Inc., 793 F.3d 169 (1st Cir. 2015) (원고를 해고하겠다고 수차례 위협한 상관의 행위는 중대하게 불리한 조치에 해당하고 따라서 보복으로 인정될 수 있으나, 원고는 그와 같은 행위가 그녀의 보호 대상 행위에 근거한 것이라는 점을 입증하지 못함).

290) Millea v. Metro-N. R.R. Co., 658 F.3d 154, 165 (2d Cir. 2011) (법원은 FMLA에 따른 보복 관련 구제 신청에 보복과 관련한 중대하게 불리한 조치에 관한 제7장의 기준을 적용함에 있어, 질책 서한은 “직접적으로 또는 즉각적으로 임금이나 부가급여의 상실을 초래하지 않고, 인사기록에도 영구히 남는 것은 아님에도 불구하고,” 중대하게 불리한 조치에 해당할 수 있다고 판단함); Ridley v. Costco Wholesale Corp., 217 F. App'x 130, 135 (3d Cir. 2007) (좌천이 보복에 따른 조치는 아니었지만, 좌천 이후에 창고로 인사이동 시킨 조치, 경미한 사고에 대한 상담 통지 및 이 조치들에 관한 구제 신청을 조사하지 않은 사실은 불법적인 보복에 해당한다고 판단한 배심원단의 결정을 인용함).

291) Kessler v. Westchester Cty. Dep't of Soc. Servs., 461 F.3d 199, 209 (2d Cir. 2006) (높은 직급의 임원을 임금의 삭감 없이 관리직이 아니고 실질적인 직무가 없는 자리로 좌천시킨 행위는 보복으로 인정될 수 있다고 판단함).

292) 예시로, Walker v. Johnson, 798 F.3d 1085, 1095 (D.C. Cir. 2015) 참조 (“업무평가에 있어 응당한 등급으로 상황 평가하는 것을 거부한 행위”는 보복으로 인정될 수 있음); Porter v. Shah, 606 F.3d 809, 817-18 (D.C. Cir. 2010) (어느 특정 사건의 사실관계에 관하여, “기준을 아슬아슬 하게 통과한” 내부적 업무평가는 그와 같은 평가가 구두로 이루어졌고 원고의 인사기록에 기록되지 않았으며 해당 평가는 이후 원고의 연말평가로 대체되었다는 점에서 중대하게 불리한 조치가 아니었다고 판단함); 또한 Halfacre v. Home Depot, U.S.A., Inc., 221 F. App'x 424, 432-33 (6th Cir. 2007); Parikh v. N.Y.C. Transit Auth., No. 06 CV 3401(NG)(KAM), 2010 WL 364526, at \*9 (E.D.N.Y. 2010. 2. 2.) 참조.

293) 예시로, O'Neal v. City of Chi., 588 F.3d 406, 409-10 (7th Cir. 2009) (문제의 반복적인 재보직은 경사에서 부서장으로 승진할 수 있는 원고의 자격에 부정적인 영향을 미친 것으로 중대하게 불리한 조치에 해당한다고 판단함); Billings v. Town of Graon, 515 F.3d 39, 53 (1st Cir. 2008) (배심원단은 원고가 느낀 불

또는 근무 장소<sup>294</sup>)로의 이동 및 어느 합리적인 사람이 보호 대상 행위에 관여하는 것을 충분히 저지할 수 있는 상황에서의 여타 불리한 처우를 포함한다. 예컨대, 어느 항소 법원은, “사용자에 의한 공식적인 견책은 ‘경미한 모욕’ 이라거나 ‘가벼운 곤란’ 또는 ‘사소한’ 징벌이라고 할 수 없다. 이는 근로자가 향후 보너스, 임금 인상 및 승진할 가능성을 감소시킬 수 있고, 근로자가 그의 지위가 위태롭다고 (해당 사항이 실제로 옳은지 옳지 않은지와 무관하게) 판단하도록 할 수 있다” 고 판시하였다.<sup>295</sup> 또 다른 항소 법원은 동일한 논리가 낮은 점수의 업무평가에도 적용될 수 있다고 추론하였다.

대법원이 승진과 연관된 점심식사 시간 동안의 주간 교육으로부터 근로자를 배제한 행위를 중대하게 불리한 조치로 판단하였다면(Burlington 판결 [Northern & Santa Fe Railway Co. v. White, 548 U.S. 53, 69 (2006)] 참조), 현저하게 낮은 점수의 업무평가로 인하여 근로자의 임금 또는 승진에 중대한 영향을 미치도록 한 조치 또한 중대하게 불리한 조치에 해당한다.<sup>296</sup>

업무와 관련하지 않은 조치. 고용에 분명한 형태로 미치는 효과가 없거나 직장 밖에서만 이루어지는 조치의 경우에도, 그와 같은 조치가 합리적인 사람이 보호 대상 행위에 관여하는 것을 충분히 저지하는 이상, 중대하게 불리한 조치에 해당할 수 있다. “사용자는 근로자의 고용과 직접적으로 관련되지 않은 조치를 취함으로써 또는 직장 밖에서 근로자에 위해를 가함으로써 근로자에 효과적으로 보복할 수 있기 때문에,” 고용과 관련한 조치만을 금지하는 것은 보복을 방지하기 위한 목적을 달성하지 못할 것이다.<sup>297</sup> 대법원은 Burlington Northern 판결에서, 실질적인 차별 금지 규정들은 근로자의 인종, 민족 또는 기타 보호되는 특성에 근거하여 고용 기회에 영향을 미치는 차별을 금지하고자 하는 반면, 보복 금지 규정들은 사용자가 중대하게 불리한 조치를 취하는 방식으로 법률상 기본적으로 보장되는 권리를 행사하는 것을 방해하지 못하도록 함으로써 그와 같은 목적을 달성하고자 한다고 판단하였다.<sup>298</sup>

기타 사례. 중대하게 불리한 조치에 대한 다른 예시로는 다음과 같은 사항이 있을 수 있다:

- 대상자를 다른 사람들에게 또는 매체를 통하여 비방하는 행위;<sup>299</sup>

쾌한 감정만으로는 중대하게 불리한 조치로 인정하기에 충분하지 않으나, 원고를 하위 직급의 상관에게 보고하여야 하고, 셀렉트 이사회(Board of Selectmen), 시 당국 및 일반 위원들과 접촉하는 기회가 적으며, 보다 적은 경력과 자격사항을 요건으로 하는 객관적으로 낮은 지위로 이동시킨 사실은 원고에 중대하게 불리한 조치를 취한 것이라고 판단함) 참조.

294) Loya v. Sebelius, 840 F. Supp. 2d 245, 252-53 (D.D.C. 2012) (원고의 사무실을 같은 단지 내 다른 건물로 이동시킴으로써 원고를 동료들로부터 고립시킨 사실, 직무를 수행하기 어렵게 만든 사실, 선임 직원으로서의 지위를 축소한 사실, 책무가 줄어들도록 만든 사실, 원고가 행정 지원 서비스를 이용하지 못하도록 한 사실, 위험할 정도로 비가 오는 때 또는 빙판길을 건너 건물 사이를 오가도록 한 사실 및 원고가 당뇨를 관리하기 어렵도록 만든 사실은 중대하게 불리한 조치에 해당한다고 판단함).

295) Millea, 658 F.3d at 165; 또한 Alvarado v. Metro. Transp. Auth., No. 07 Civ. 3561(DAB), 2012 WL 1132143, \*13 (S.D.N.Y. 2012. 3. 30.) (“지시 서한”이 원고의 인사기록에 영구히 남음으로써 이후의 징계 조치에 사용될 수 있었던 사건에서, 보복 관련 구제 신청이 재판으로 진행될 수 있다고 판단함); White v. Dep’t of Corr. Servs., 814 F. Supp. 2d 374, 388 (S.D.N.Y. 2011) (배심원단은 업무평가에 있어서의 카운슬링 메모와 부정적인 평가는 그 자체로는 불리한 조치가 아닐 수 있으나, 징계 통지와 함께 고려하는 경우 불리한 조치로 인정될 수 있다고 판단함) 참조.

296) Halfacre, 221 F. App’x at 433 (대법원이 점심식사 시간 동안의 주간 교육으로부터 근로자를 제외한 사실은 “합리적인 근로자가 불만을 제기하는 것을 저지할 수 있다” 고 판단한 Burlington N., 548 U.S. 판결, 69-70 인용); 또한 Pérez-Cordero v. Wal-Mart P.R., Inc., 656 F.3d 19, 31 (1st Cir. 2011) (“Pérez-Cordero는 이와 같은 보호 대상 행위에 대한 보복으로서 보복적 해고와 같은 가시적인 고용상 불이익을 받지는 않았으나, 근로자가 상관에게 불만을 제기한 직후 상관의 괴롭힘이 증가한 사실은 충분히 사용자의 보복에 대한 구제 신청의 근거가 되는 불리한 조치가 될 수 있다.”) 참조.

297) Burlington N., 548 U.S. at 63; 예시로, Hawkins v. Anheuser-Busch, Inc., 517 F.3d 321, 347-48 (6th Cir. 2008) 참조 (근로자의 차에 불을 붙이고 “죽여버린다”고 위협한 사실은 보복으로 인정될 수 있다고 판단함); Aviles v. Cornell Forge Co., 183 F.3d 598, 604 (7th Cir. 1999) (근로자가 총을 소지하고 상관을 쏠 것이라고 위협하였다고 허위로 경찰에 신고하여 근로자를 심각하게 부상입힘으로써 해당 근로자가 6주 간 근로할 수 없도록 만든 사실은 보복으로 인정될 수 있다고 판단함); Berry v. Stevinson Chevrolet, 74 F.3d 980, 984, 986 (10th Cir. 1996) (허위의 형사 고소는 보복으로 인정될 수 있다고 판단함).

298) Burlington N., 548 U.S., 63-64.

299) Szeinbach v. Ohio State Univ., 493 F. App’x 690, 694-96 (6th Cir. 2012) (원고의 학술적 연구에 부정행

- 정부 당국에 허위 보고를 하는 행위;<sup>300)</sup>
- 민사 소송의 제기;<sup>301)</sup>
- 재배치하겠다는 위협;
- 정당한 사유 없이 다른 근로자들보다 근무 사항이나 근태를 면밀히 조사하는 행위;
- 관리 책임으로부터의 배제;<sup>302)</sup>
- 적대적 근로환경을 조성하기에는 충분히 “심각하거나 만연하지는” 않은 경우에도, 보호 대상 행위를 합리적으로 저지할 수 있는 언어폭력 또는 신체적 폭력;
- 고용 지위에 대한 재확인 요구, 국외추방에 대한 위협 또는 기타 보호 대상 행위에 근거한 이민 당국과의 절차 개시;<sup>303)</sup>
- 조합에 의한 고충처리절차의 종료 또는 기타 이용 가능한 구제 절차를 달리 차단하는 행위;<sup>304)</sup>
- (보호 대상 행위에 관여한 자에 대하여 피해자로서 구제를 신청할 수 있는) 가까운 가족 구성원에 대한 중대하게 불리한 조치 (또는 그와 같은 조치를 취하겠다는 위협);<sup>305)</sup> 및
- 합리적인 사람이 보호 대상 행위에 관여하는 것을 충분히 저지할 수 있는 기타 조치.<sup>306)</sup>

위가 있다고 보복적으로 혐의를 씌워 이를 잡지 편집사 및 다른 대학의 교수들에게 전자우편으로 발송한 행위는 중대하게 불리한 조치에 해당할 수 있음); *Dixon v. Int'l Bhd. of Police Officers*, 504 F.3d 73, 84 (1st Cir. 2007) (법원은 원고 측의 손을 들어준 배심원단의 결정을 인용하며, 조합의 조합장이 TV 프로그램에서 원고가 직무에 적합하지 않으며 원고는 원고가 제기한 차별 관련 구제 신청에 대한 대가를 치러야 할 것이라고 이야기 한 행위는 보복에 해당한다고 판단함).

- 300) *Greengrass v. Int'l Monetary Sys., Ltd.*, 776 F.3d 481, 485-86 (7th Cir. 2015) (사용자가 증권거래위원회 (Securities and Exchange Commission)에의 신고를 근로자의 이름으로 등록한 행위는 중대하게 불리한 조치에 해당한다고 판단함); *Lore v. City of Syracuse*, 670 F.3d 127, 164 (2d Cir. 2012) (근로자가 수표를 훔쳤다고 언론에 언급한 행위는 “그와 같은 발언이 Lore의 근로조건에는 영향을 미치지 않더라도, 합리적인 경찰관들이 차별에 관한 구제를 신청하는 것을 저지할 수 있기 때문에,” 중대하게 불리한 조치로 인정될 수 있다고 판단함); 또한 *Berry*, 74 F.3d, 986 (EEOC 구제 신청을 제기한 이전 근로자들에 대하여 범죄 및 위조 혐의를 씌우는 것은 보복적이라고 판단함) 참조.
- 301) *Burlington N.*, 548 U.S., 66-67 (*Bill Johnson's Restaurants, Inc. v. NLRB*, 461 U.S. 731, 740 (1983) 판결에서 실시된 바와 같이, 근로자에 대한 사용자의 소 제기가 NLRA의 보복 금지 규정에 따른 보복으로 인정된 사례를 근거로 함)
- 302) *Compare Geleta v. Gray*, 645 F.3d 408, 412 (D.C. Cir. 2011) (원고가 20인의 근로자를 관리하다가 아무도 관리하지 않게 된 사건에서, 중대하게 불리한 조치가 성립하는지에 관하여 배심원단이 사실관계를 판단함) 및 *Burke v. Gould*, 286 F.3d 513, 515, 521-22 (D.C. Cir. 2002) (“컴퓨터 시스템 분석 관리자”로부터 관리 직무를 제외시킨 문제의 행위에 대한 보복 관련 구제 신청에 대하여 사용자가 신청한 약식명령 신청을 부인함), *Higbie v. Kerry*, 605 F. App'x 304, 308-11 (5th Cir. 2015) (사용자가 근로자의 책상을 이동시키고 직무를 변경한 행위는 해당 근로자가 항상 간헐적으로만 관리 직무를 맡고 있었다는 점에서 중대하게 불리한 조치에 해당하지 않는다고 판단함).
- 303) 위원회는 이와 같은 사실에 기초하여 반복적으로 소를 제기해 왔다. *EEOC v. Queen's Med. Ctr.*, Civil Action No. 01-CV-00389 (D. Haw. 2002. 7.자 조정서) (보복 사건의 화해 근로자가 내부적으로 불만을 제기하자 사용자가 이민국(Immigration and Naturalization Service)에 연락하여 영구영주권 보증을 취소하여 INS가 근로자의 체류 신분에 관한 조사에 착수하였고 이에 근로자는 그의 정당한 영구권자로서의 신분을 증명하기 위해 변호사를 고용해야 하였음; 위 사건에 대하여 감정적 고통에 대한 손해배상으로서 \$150,000로 합의가 이루어짐); *EEOC v. Holiday Inn Express*, No. 0:00-cv-0034 (D. Minn. 2000. 1. 11.자 조정서) (근로자들이 NLRA 및 제7장에 따른 보호 대상 행위에 관여한 이후 사용자가 이들을 INS에 고발한 사건에서, 차별 및 보복 관련 청구에 대하여 \$72,000로 합의가 이루어짐; INS는 근로자들이 사건에서 증언할 시간을 주기 위해 2년 간 추방 조치를 유예함); 또한 *Bartolon-Perez v. Island Granite & Stone, Inc.*, 108 F. Supp. 3d 1335, 1340-41 (S.D. Fla. 2015) (법원은 제7장 관련 판례법을 인용하며, 사용자가 원고의 체류 신분을 알았으나 그가 보호 대상 행위에 관여하기 전까지 “벼르고 있었다는 점”에서 조사관은 사용자가 FLSA에 따른 보복에 관여한 것으로 결론지을 수 있을 것이라고 판단함) 참조; *EEOC v. Restaurant Co.*, 490 F. Supp. 2d 1039, 1050-51 (D. Minn. 2007) 참조 (법원은 사용자의 약식명령 신청을 기각하면서, 배심원단이 원고가 성적 괴롭힘에 관하여 보고하고 나서 이틀 후에 인사팀 임원이 그에게 I-9(신분 증명문서)를 제출하도록 한 타이밍을 이후 원고의 해고에 대한 보복적 동기의 근거로 추론할 수 있을 것이라고 판단함).
- 304) 예시로, *EEOC v. Bd. of Governors*, 957 F.2d 424, 430 (7th Cir. 1992) 참조.
- 305) *Thompson v. North American Stainless, LP*, 562 U.S. 170, 178 (2011).
- 306) *Alvarez v. Royal Atl. Developers, Inc.*, 610 F.3d 1253, 1268-70 (11th Cir. 2010) (원고의 보호 대상 행위를 이유로 원고를 계획보다 이르게 해고한 행위는 보복으로 인정될 수 있다고 판단함); *Passer v. Am. Chem. Soc.*, 935 F.2d 322, 331 (D.C. Cir. 1991) (ADEA 구제 신청을 제기한 퇴직 근로자를 기리는 심포지엄을 취소한 행위는 보복적이었다고 판단함).

사용자에 의한 문제의 조치가 참여나 항의를 저지하였는지는 사실에 기반한 분석을 적용하여 결정한다. 위원회는 Burlington Northern 판결을 인용하며 상기의 조치들이 보호 대상 행위를 저지할 정도로 중대할 수는 없다고 판단한 하급심 법원의 일부 판례들에 대하여, 그와 같은 단정적인 시각은 대법원이 제시한 구체적 맥락에 기반한 분석과 광범위한 추론 그리고 구체적인 사례에 반대되는 것이라고 판단한다.

일정한 경우, 근로자가 보호 대상 행위에 관여하는 것을 저지할 가능성이 없는 사안들은 보복으로 인정되지 않는다. 예컨대, 법원들은 사무실의 정책에 따라 좁은 사무실로 일시적으로 이동시킨 조치는 중대하게 불리한 조치가 아니며,<sup>307)</sup> 사용자가 적은 액수의 환불 수표를 발행하는 것에 있어 가끔 짧은 지연이 발생한 경우도 중대하게 불리한 조치가 아니라고 보았다.<sup>308)</sup> 그와 같은 조치들은 대법원이 Burlington Northern 사건에서 중대하게 불리한 조치라고 설명한 보다 고된 업무로 이동시키거나 점심 식사 동안의 주간 교육으로부터 배제하는 행위, 또는 근무일정을 덜 선호되는 일정으로 변경하는 행위와는 달리, 보호 대상 행위를 저지할 가능성이 있다고 간주되지 않는다.

사용자의 조치가 보호 대상 행위를 합리적으로 저지할 가능성이 있는 경우, 그와 같은 목적이 달성되지 못한 경우에도 이는 보복으로 다루어질 수 있다.<sup>309)</sup> 근로자가 경험하는 피해의 정도는 “책임 여부의 문제가 아니라, 손해배상의 문제로 귀결된다.”<sup>310)</sup> 보복은 다른 이들이 구제를 신청하는 것을 저지할 수 있다는 점에서 특정한 신청인에 미친 피해의 정도나 특징과 무관하게 공공의 이익을 저해한다.<sup>311)</sup> 제7장을 특정 형태의 보복에 대해서는 처벌이 이루어지지 않도록 허용하는 것은 EEO 법령의 효과를 약화시킬 것이며, 보복 금지 규정의 목적과도 상충된다.

Burlington Northern 판결에 따라, 어떠한 조치가 합리적으로 보호 대상 행위를 저지할 가능성이 있는지를 판단하는 것은 사실관계에 기반하여야 한다.

**사례 13**

팀 점심으로부터의 제외

연방 기관의 근로자가 그 EEO 사무소에 상관이 그녀의 성별을 이유로 승진에서 배제하였음을 주장하며 정식으로 구제를 신청하였다. 1주일 후, 그녀의 상관은 다른 근로자들을 점심식사에 초대하였다. 그녀는 그녀의 상관이 그녀가 구제 신청을 한 것을 이유로 점심에서 배제하였다고 생각했다. 이와 같은 경우, 상관이 근로자의 구제 신청으로 인하여 해당 근로자를 점심에 초대하지 않았다고 하더라도, 이는 합리적으로 보호 대상 행위를 저지할 가능성이 있는 것이 아니기 때문에 불법적인 보복에 해당하지 않는다. 반면, 상관이 해당 근로자의 팀에 있는 모든 근로자들을 정기적인 주간 오찬에 초대하였으나 그녀가 성차별에 대한 구제를 신청하였다는 것을 이유로 그녀를 배제한 것이라면, 이는 해당 근로자나 다른 근로자들이 보호 대상 행위에 관여하는 것을 합리적으로 저지할 수 있기 때문에 불법적인 보복에 해당할 수 있다.<sup>312)</sup>

307) Roncallo v. Sikorski Aircraft, Inc., 447 F. App'x 243 (2d Cir. 2011).

308) Fanning v. Potter, 614 F.3d 845, 850 (8th Cir. 2010) (분기별 건강보험 환급금인 \$300(원고의 월급의 2% 미만)의 지급에 단기간 지연이 발생한 사실은 중대하게 불리한 조치에 해당하지 않는다고 판단함). 이와 반대로, 위원회는 근로자에 지급되어야 하는 금액의 지급을 보복적으로 유예하는 행위에 대해 다루어 오기도 하였다. 예시로, EEOC v. Cardiac Sci. Corp., Civil Action No. 2:13-cv-01079 (E.D. Wis. 2014. 7.자 조정서) 참조 (사용자가 근로자가 이전에 EEOC 구제 신청을 제기하였음을 알게 된 이후 퇴직급여, 부가급여 및 기존에 그에 지급하기로 약정했던 금액을 지급하는 것을 거부한 사실에 근거한 보복 관련 청구에 대한 합의).

309) Hashimoto v. Dalton, 118 F.3d 671, 676 (9th Cir. 1997); EEOC v. L.B. Foster Co., 123 F.3d 746, 754 (3d Cir. 1997) (“보복을 가하는 사용자는 단지 보복이 의도하였던 결과를 가져오지 않았다는 것만을 이유로 책임을 회피할 수 없다.”).

310) Hashimoto, 118 F.3d at 676; 또한 L.B. Foster, 123 F.3d, 754 n.4 (보복적인 추천서는 해당 추천서가 채용 실패로 이어지지 않았더라도 그와 같은 결과는 손해배상에 참작될 뿐 책임과 관련한 것이 아니기 때문에 제7장에 위배된다고 판단함) 참조.

311) Garcia v. Lawn, 805 F.2d 1400, 1405 (9th Cir. 1986).

312) Burlington N. & Santa Fe Ry. Co. v. White, 548 U.S. 53, 69 (2006) (“상관이 근로자를 점심에 초대하는 것을 거부하는 행위는 일반적으로 사소하고 문제를 다룰만 하지 않으며 작은 모욕에 불과하다. 그러나 승진에 지대한 영향을 미치는 점심식사 시간의 주간 교육으로부터 근로자를 제외하는 행위는 합리적인 근로자가 차별에 관하여 불만을 제기하는 것을 저지할 수 있을 것이다.”).

#### 사례 14

##### 직장 내 감시

근로자가 그의 상관 및 동료로부터 인종에 근거한 괴롭힘을 당했다고 주장하며 EEOC 구제 신청을 제기하였다. 그는 또한, 그가 괴롭힘에 관하여 경영진에 불만을 제기한 이후, 그의 상관이 두 명의 동료 근로자로 하여금 그를 감시하고 그의 행동에 관하여 보고하도록 하였다고 주장했다. 이와 같은 감시는 보호 대상 행위를 저지할 수 있기 때문에 중대하게 불리한 조치에 해당하며, 그와 같은 감시가 근로자의 보호 대상 행위에 근거한 것이라면 그 자체로 불법이다.

#### 사례 15

##### 체류 신분을 보고하겠다는 위협

어느 도급인이 농업 근로자 등을 고용하여 그 법인 고객이 운영하는 농촌 지역의 농업 및 제조 시설들에 배치한다. 도급인과 이 시설들은 EEO 법률상 공동의 사용자에게 해당한다. 도급인과 그 고객들은 근로자 중 다수가 미등록외국인근로자일 수 있음을 의심하나, 인력 필요를 충족시키기 위하여, 이민법상 요구되는 바와 같은 이들의 근로 자격을 확인하려 하지 않는다. 위 농업 근로자 가운데 실제로 미등록외국인근로자였던 여성 근로자 일부가 고객사의 관리자와 도급인에게 신체적 폭력과 계속되는 불쾌한 성적 발언 및 접근을 포함한 동료 남성 근로자들의 성적 괴롭힘에 관하여 불만을 제기한다. 고객사의 관리자와 도급인은 이들에게 괴롭힘에 관한 불만을 계속적으로 제기하는 경우, 이들의 체류 신분을 폭로하겠다고 위협한다. 정부 당국에 근로자들의 체류 신분에 대한 의혹을 보고하겠다고 위협하는 행위 또는 실제로 이를 보고하는 행위는 중대하게 불리한 조치에 해당하며, 이는 근로자들이 보호 대상 행위에 관여하는 것을 저지할 수 있기 때문에 EEO 법령에 따라 그에 관여한 근로자들에 대한 보복으로 인정될 수 있다. EEOC 구제 신청이 제기된 경우, 보복에 대한 책임은 도급인과 시설 소유자에게 각각 부과될 수 있다. 근로자의 미등록외국인근로자로서의 신분과 도급인이 파견업체로서 근로자를 파견하였다는 사실은 항변이 될 수 없다.<sup>313)</sup>

#### 사례 16

##### 직장 내 고의적 방해 행위(사보타주), 선호되지 않는 자리로의 배치 및 악의적 일정 조정 관행

어느 근로자가 동료의 인종 차별에 대한 구제 신청에 관하여 직장 내에서 이루어진 조사에 협조한 이후, 상관이 고의적으로 창문을 약간 열린 상태로 두어 근로자가 (그의 직무 중 하나인) 건물 경보를 설정하지 못하도록 하고, 이에 대하여 그를 징계하였다. 상관은 또한 해당 근로자의 근무일 사이의 비번을 단축하고 그가 통상적으로 근무하였던 시설보다 위험한 시설에서 혼자 근무하도록 근무 일정을 변경하는 등 차별적인 성격을 갖는 일정 조정을 하였다. 이와 같은 직장 내 방해행위(사보타주), 덜 선호되는 자리로의 배치 및 차별적인 일정 조정은 중대하게 불리한 조치에 해당한다.<sup>314)</sup>

313) EEOC, Compliance Manual Section 2: Threshold Issues § III-A.4 (2000), <https://www.eeoc.gov/laws/guidance/section-2-threshold-issues> (“미국에서 고용되어 있는 모든 근로자는 그 시민권 또는 체류 자격과 무관하게 EEO 법령에 의해 보호받는다.”). 위원회는 이와 같은 사실에 근거하여 개별적 및 구조적 소송 사건을 진행해 왔다. 예시로, EEOC v. DeCoster Farms, No. 3:02-cv-03077-MWB (N.D. Iowa 2002.9.자 조정서) 참조 (EEOC는 여성 근로자, 특히 멕시코 여성과 여타 히스패닉계 여성 - 그 중 일부는 당시 등록되지 않은 근로자였음 -에 성적 괴롭힘과 성폭행을 가하고 EEOC에 협조하는 피해자는 추방 및 해고할 것이라고 위협한 관리자들을 고발함; 조정서를 통해 \$1.525 million이 지급됨; 등록되지 않았던 피해자들은 거주 자격 및 비자를 받게 됨); EEOC v. Quality Art, No. 2:00-cv-01171-SMM (D. Ariz. 2001.8.자 조정서) (성적 괴롭힘 및 출신지에 따른 괴롭힘을 포함한 사건; 사용자는 INS에 고발하겠다고 근로자들을 위협했고 근로자들을 체포 및/또는 추방하기 위한 목적으로 INS와 접촉함; 피해자들에 \$3.5 million을 지급하는 조정서); supra note 124 (추가적인 사건의 수집).

314) Hicks v. Baines, 593 F.3d 159, 167-70 (2d Cir. 2010) (Burlington Northern 기준에 따라, 징벌적 성격을 갖는 근무 일정의 편성은 사건의 사실 관계로 보아 중대하게 불리한 조치에 해당함). 또한, 예컨대, 정규적인 스케줄로 근무하는 판매직 근로자를 “대기조(on-call)” 스케줄로 근무하도록 하거나 기준에 승인해 주었던 유연근무 스케줄을 취소하는 등의 행위도 중대하게 불리한 조치에 해당할 수 있다. 예시로, Washington v. Illinois Dep’t of Revenue, 420 F.3d 658, 662 (7th Cir. 2005) 참조 (근로자의 유연 근무 스케줄은 근로자가 장애를 가진 자녀를 돌볼 수 있도록 기준에 승인이 이루어진 것이기 때문에 그 승인의 취소는 그로 인한 재정적 및 기타 결과를 고려할 때 중대하게 불리한 조치에 해당할 수 있다고 판단함).

### 3. 보복으로서의 괴롭힘

#### 사례 17

기밀인 EEO 정보의 공개 및 차별적인 업무량의 할당

연방의 근로자가 장애 및 성차별에 대한 구제신청에 관하여 EEO 카운슬링을 신청한 때로부터 3주 후, 그녀의 상관은 동료들이 접속할 수 있는 에이전시의 인트라넷에 해당 EEO 구제신청을 게시하였다. 상관은 또한 그녀의 업무량을 다른 근로자들의 5-6배 정도로 증가시켰다. 상관이 두 행위는 모두 중대하게 불리한 조치에 해당하며, 보복으로서 인정될 수 있다.<sup>315)</sup>

보복행위는 일정한 경우 “보복적 괴롭힘”으로 특징지어 질 수 있다. 보복적 괴롭힘의 성립에 대한 기준은 차별적이고 적대적인 근로환경의 성립에 대한 기준과 상이하다. 보복적 괴롭힘은 그와 같은 행위가 근로조건을 변경할 만큼 심각하거나 만연하지 않은 경우에도 Burlington Northern 기준에 따라 다투어질 수 있다.<sup>316)</sup> 어떠한 특정 맥락에서 그와 같은 행위가 보호 대상 행위를 저지할 만큼 중대하다면, 적대적 근로환경을 조성하기에는 심각하거나 만연하지 않더라도 보복으로 인정될 수 있다.

### 4. 제3자에 대한 보복 - 보복에 대한 구제를 신청하는 자는 항의의 주체가 아니어도 됨

#### a. 근로자에 대한 중대하게 불리한 조치

사용자가 구제 신청을 한 근로자와 밀접하게 관련이 있거나 연관되어 있는 제3자를 괴롭힘으로써 보호 대상 행위에 관여한 근로자에 대하여 중대하게 불리한 조치를 취하는 경우도 있다.<sup>317)</sup> 예컨대, 대법원은 “합리적인 근로자가 본인의 약혼자가 해고될 수 있다는 사실을 알았다면 보호 대상 행위에 관여하는 것을 주저했을 것임이 명백하다”고 설명한 바 있다.<sup>318)</sup> 이와 마찬가지로, 사용자가 어느 근로자가 보호 대상 행위에 관여한 것을 이유로 그 남편(해당 사용자가 남편을 고용한 것이 아니라 다른 도급인이 남편을 고용한 것인 경우에도)과의 판매 계약을 취소함으로써 해당 근로자를 징계하는 경우, 이는 합리적인 근로자가 보호 대상 행위에 관여하는 것을 저지할 수 있다.<sup>319)</sup> “불법적인 제3자에 대한 보복을 성립시키는 관계가 정해진 것은 아니지만, 가까운 가족 구성원을 해고하는 것은 대부분의 경우 Burlington 기준을 충족시킬 것이고, 단순한 지인에 보다 가벼운 보복을 가하는 정도는 거의 대부분의 경우 기준을 충족시키지 못할 것이다.”<sup>320)</sup>

315) Mogenhan v. Napolitano, 613 F.3d 1162, 1166-67 (D.C. Cir. 2010) 참조 (근로자의 EEO 구제 신청을 그녀의 동료들에게 공표하고 “그녀에게 일을 떠넘긴 행위”는 각각으로 보았을 때는 불분명하지만 종합해서 보면 확실히 중대하게 불리한 조치에 해당한다고 판단함).

316) 예시로, Martinelli v. Penn Millers Ins. Co., 269 F. App'x 226, 230 (3d Cir. 2008) (Burlington Northern 판결 이후, “직장 내 괴롭힘에 의한 보복”을 주장하는 근로자는 “더 이상 괴롭힘이 심각하거나 만연할 것을 증명할 필요가 없다”고 판단함); EEOC v. Chrysler Grp., LLC, No. 08-C-1067, 2011 WL 693642, \*8-11 (E.D. Wis. Feb. 17, 2011) (합리적인 배심원은 Burlington Northern 기준에 따라 인사팀 관리자가 근로자들을 대상으로 해고를 위협하며 소리를 지르고 주먹을 테이블에 내려치는 등 언어 폭력을 사용한 사실에 대하여 고충처리 절차를 접수하였다면 위 근로자들은 불법적 보복의 대상이 된 것으로 결론지을 수 있을 것이라고 판단함) 참조. 위원회는 또한, 연방 부문의 규정을 업데이트하기 위한 목적으로 이와 같은 입장을 2012년 최종적인 규칙으로 규정하였다. Federal Sector Equal Employment Opportunity, 77 Fed. Reg. 43,498, 43,502 (2012. 7. 25.) 참조 (29 C.F.R. § 1614로 입법됨), <https://federalregister.gov/a/2012-18134>.

317) Thompson v. N. Am. Stainless, LP, 562 U.S. 170 (2011); 또한 EEOC v. Fred Fuller Oil Co., No. 13-cv-295-PB, 2014 WL 347635, \*6 (D.N.H. 2014. 1. 31.) 참조 (EEOC 구제 신청을 제기한 근로자의 친한 친구를 포함하는 보복 관련 구제 신청의 각하).

318) Thompson, 562 U.S., 174.

319) McGhee v. Healthcare Servs. Grp., Inc., No. 5:10cv279/RS-EMT, 2011 WL 818662, \*2-3 (N.D. Fla. 2011. 3. 2.) (원고는 그의 배우자가 그녀의 사용자에게 대하여 EEOC 구제 신청을 제기한 이후 해당 사용자와 계약 관계에 있던 회사로부터 해고되었으며 이는 배우자의 사용자인 해당 사용자의 요청에 따른 것이었다는 주장에 근거하여 제7장에 따른 보복 관련 구제 신청을 진행할 수 있을 것으로 판단함).

320) Thompson, 562 U.S., 178.

## b. 청구의 당사자적격: “이해관계 범위”

제3자에 대한 보복이 인정될 수 있는 사건에서, 보호 대상 행위에 관여한 근로자와 중대하게 불리한 조치가 취해진 대상자인 제3자가 모두 구제를 신청할 수 있다. 위 제3자는 본인이 보호 대상 행위에 관여하지 않은 경우에도, 그리고 피고인 사용자가 고용한 적이 없는 자인 경우에도 구제를 신청할 수 있다. “원고들이 입은 피해는 피고가 원고들을 고용하였는지 여부와 무관하게 피고의 보복 금지 규정의 고의적 위반으로부터 발생한 산물이다.”<sup>321)</sup> 대법원이 판시한 바와 같이, 그와 같은 제3자는 “우발적 피해자”가 아니었고; “그와 같이 제3자에 피해를 끼친 행위는 오히려 사용자가 [보호 대상 행위에 관여한 근로자]에 피해를 줄 목적으로 고의적으로 선택한 수단이었다.”<sup>322)</sup> 따라서, 그와 같은 제3자는 “보복 금지 규정에 의해 보호되는 ‘이해관계 범위(zone of interest)’ 안에 포함되며, 피해에 관하여 사용자에게 적격하게 구제를 신청할 수 있다.”<sup>323)</sup>

## C. 인과적 관계

중대하게 불리한 조치는 해당 조치와 보호 대상 행위 사이에 인과적 관계가 존재하지 않는 이상 EEO 법령에 위배되지 않는다.

### 1. 인과관계의 기준

불법적인 보복은 중대하게 불리한 조치와 개인의 보호 대상 행위 사이에 인과적 관계가 성립하는 경우에 인정된다. 반드시 직접 중대하게 불리한 조치를 취하는 회사(사용자)의 임원이 보복적 적대감을 갖고 있어야 할 필요는 없다; 사용자는 사용자의 대리인 가운데 하나가 차별적이거나 보복적인 적대감을 동기로 하여 고의적으로 그리고 직접적으로 회사(사용자)의 임원이 그와 같은 조치를 취하도록 하는 경우에도 간접적으로 책임을 부담할 수 있다.<sup>324)</sup> 보복이 인과관계에 관한 적용 기준을 충족한다는 충분한 증거가 없는 경우에는 그에 대한 구제 신청이 인정되지 않을 것이다.

#### a. 민간 부문과 주 및 지방 정부의 사용자의 보복에 대한 구제 신청에 있어, 인과관계에 관한 “없었다면(But-For)” 기준

EEOC가 시행하는 법령에 따른 민간 부문과 주 및 지방 정부에서의 보복 사건에 있어, 인과관계에 관한 기준은 대법원이 University of Texas Southwest Medical Center v. Nassar 판결에서 명시한 바와 같이, 사용자에게 보복적인 동기가 “없었다면(but for)”, 불리한 조치를 취하지 않았을 것임을 입증하는 증거를 요한다.<sup>325)</sup> 이와 반대로, 차별에 대한 구제 신청에 있어 인과관계에 관한 “동기 요인” 기준은

321) Tolar v. Cummings, No. 2:13-cv-00132-JEO, 2014 WL 3974671, \*12 (N.D. Ala. 2014. 8. 11.).

322) Thompson, 562 U.S., 178.

323) 전게서, 177 (Lujan v. Nat'l Wildlife Fed'n, 497 U.S. 871, 883 (1990) 인용 (내적 인용 표시 생략)); 또한 Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioner at 16-23, Thompson v. N. Am. Stainless, LP., 562 U.S. 170 (2011) (No. 09-291) 참조 (신청인의 약혼자가 그를 상대로 성차별을 주장한 사실에 대한 보복으로서 사용자가 신청인을 해고함으로써 “피해를 입었다”고 주장함, [https://www.justice.gov/sites/default/files/crt/legacy/2010/12/28/thompsonbr\\_sctmerits.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/crt/legacy/2010/12/28/thompsonbr_sctmerits.pdf)).

324) Staub v. Proctor Hosp., 562 U.S. 411, 418-22 (2011) (군복무고용및재고용권법(Uniformed Services Employment and Reemployment Rights Act)에 따른 보복 관련 구제 신청에 대하여 “제7장과 매우 유사한” “알잠이(cat's paw)” 이론을 적용함; “관리자가 불리한 인사조치를 이루어지도록 할 목적으로 보복적인 적대감에 의하여 어떠한 행위를 행하고 그와 같은 행위가 최종적으로 이루어진 인사조치의 근접한 원인이라면, 사용자가 책임을 부담함”); Zamora v. City of Hous., 798 F.3d 326, 333-34 (5th Cir. 2015) (법원은 Staub 판결을 적용하며, 보복적인 정직이라고 결정한 배심원 판결에 충분한 증거가 존재한다고 판단함); Bennett v. Riceland Foods, Inc., 721 F.3d 546, 552 (8th Cir. 2013) (백인 근로자들이 그들의 직속 상관들이 소수 인종의 근로자들을 폄하하는 인종차별적 발언을 하는 것에 대해 구제 신청을 제기한 이후, 근로자들이 본래 제기하였던 구제 신청이 인용되자 상관들이 이들을 해고할 것을 권유하여, 경영진에 의해 이들이 해고된 사건에서, 법원은 Staub 판결을 적용하며, 근로자 측 손을 들어준 배심원 평결을 인용함).

325) Univ. of Tex. Sw. Med. Ctr. v. Nassar, 133 S. Ct. 2517, 2534 (2013) (42 U.S.C. § 2000e-3(a)에 의거한

사용자가 차별적인 동기 없이도 동일한 조치를 취하였을 경우에도 충족된다.<sup>326)</sup>

인과관계에 관한 “없었다면” 기준은 보복이 문제의 조치의 “단독적인 원인” 이어야 할 것을 필요로 하지 않는다. “없었다면 (사용자가 불리한 조치를 취하지 않았을)” 원인은 복수로 존재할 수 있고, 근로자가 구제 신청을 인정받는 것에 있어 보복이 불리한 조치에 대한 “없었다면 (사용자가 불리한 조치를 취하지 않았을)” 원인 가운데 하나이기만 하면 된다.<sup>327)</sup> 대법원은 다양한 원인이 존재하는 경우 인과관계에 관한 “없었다면” 기준이 어떻게 충족될 수 있는지에 관하여 다음과 같이 설명하였다:

“A가 B에 충을 썩서 B가 그에 맞아 사망하는 경우, A의 행위가 아니었다면 B는 사망하지 않을 것이기 때문에 A가 [실질적으로] B의 사망을 초래하였다고 할 수 있다.” LaFave 467-468 (이텔릭 체 생략). 이는 단적인 행위가 다른 요인들과 결합하여 어떠한 결과를 만들어 내는 경우에도, 다른 요인들이 그 자체만으로는 그와 같은 결과를 만들지 못하였을 것인 이상, 마찬가지로 적용된다. 즉, 이는 결정적 요인(straw that broke the camel’s back)이었다고 할 수 있다. 따라서, 여러 가지 질병으로 인하여 쇠약해진 자에게 독이 투여된다면, 그러한 질병들이 그의 사망에 일부 기여하였다고 하여도, 독의 증분 효과가 없었다면 그는 사망하지 않았을 것인 경우, 독은 그에 관한 “없었다면 (해당인이 사망하지 않았을)” 원인이 된다.”<sup>328)</sup>

#### **b. 제7장 및 ADEA에 따른 연방 부문 사용자의 보복에 대한 구제 신청에 있어, 인과관계에 관한 “동기 요인” 기준**

이와 대조적으로, 위원회는 연방 부문의 제7장 및 ADEA 사건에는 인과관계에 관한 “없었다면” 기준이 적용되지 않는다고 보았다. 연방 부문의 관련 법령은 법원이 Nassar 판결에서 근거한 내용을 규정으로 채택하지 않았기 때문이다.<sup>329)</sup> 연방 부문의 법령은 “구체적인 금지 관행들을 열거하기보다는 ‘차별’의 포괄적인 금지를 포함함”으로써, 고용에서 보복을 비롯하여 “어떠한 차별도 발생하지 않을 것”을 요구한다. 따라서 연방의 사용자에 대해 제기된 제7장 및 ADEA 관련 사건에서, 보복이 동기 요인에 해당한다면 이는 금지된다.<sup>330)</sup>

---

제7장의 보복을 입증하기 위해서는 “없었다면”의 인과관계가 필요한 반면, 그 이외의 제7장 관련 구제 신청에는 “동기 요인”의 인과관계만이 요구됨.

326) (많은 경우) 두 가지 인과관계 기준 모두에 있어 증거우위의 증명은 증거 제출 책임이 된다. 전게서, 2534; 또한, Gross v. FBL Fin. Servs., Inc., 557 U.S. 167, 178 n.4 (2009) 참조 (“없었다면”의 인과관계 기준에 따라 “강화된 증거 요건은 존재하지 않음”을 강조함).

327) Nassar, 133 S. Ct., 2534; 또한 Kwan v. Andalex Grp., 737 F.3d 834, 846 (2d Cir. 2013) (“‘없었다면’의 인과관계는 보복이 사용자의 행위의 유일한 원인이었을 것을 입증할 것을 요구하는 것이 아니라, 보복적인 동기가 없었다면 불리한 조치가 발생하지 않았을 것을 요구할 뿐이다.”) 참조. EEOC 시행 법령에 따른 “없었다면”의 인과관계에 대한 순회 법원들의 분석에 따르면, 그와 같은 기준은 문제의 원인이 “유일한” 원인일 것을 요구하지 않는다. 예시로, Ponce v. Billington, 679 F.3d 840, 846 (D.C. Cir. 2012) 참조 (원고가 혼합된 동기가 아니라 없었다면의 인과관계만을 찾고자 하였던 제7장 관련 사건에서, “제7장의 어떠한 부분도 원고에게 불법 차별이 불리한 인사조치의 유일한 원인일 것을 요구하지 않는다”고 함을 설명함); Lewis v. Humboldt Acquisition Corp., 681 F.3d 312, 316-17 (6th Cir. 2012) (ADA 제1장에 의한 “없었다면”의 인과관계는 “유일한 원인”일 것을 의미하지 않음); Alaniz v. Zamora-Quezada, 591 F.3d 761, 777 (5th Cir. 2009) (“없었다면”의 인과관계는 ‘유일한’ 원인과 동일한 의미가 아니기 때문에 제7장에 관한 배심원 지침에 대한 사용자의 이의제기를 인정하지 않음); Miller v. Am. Airlines, Inc., 525 F.3d 520, 523 (7th Cir. 2008) (“단, 원고들은 사용자의 결정에 대한 유일한 동기가 그들의 연령이었음을 증명할 필요는 없다; 연령이 “결정적인 요인”이거나 “없었다면 (사용자의 결정이 이루어지지 않았을)” 요인인 것으로 충분하다.”).

328) Buggage v. United States, 134 S. Ct. 881, 888-89 (2014) (State v. Frazier, 339 Mo. 966, 974-975, 98 S.W. 2d 707, 712-713 (1936) 인용).

329) 예시로, Nita H. v. Dep’t of Interior, EEOC Petition No. 0320110050, 2014 WL 3788011, \*10 n.6 (EEOC July 16, 2014) (연방 부문의 제7장 관련 사건에는 “없었다면” 기준이 적용되지 않는다고 판단함); Ford v. Mabus, 629 F.3d 198, 205-06 (D.C. Cir. 2010) (연방 근로자들이 제기하는 ADEA 구제 신청에 대해서는 “없었다면” 기준이 적용되지 않는다고 판단함) 참조.

330) Gomez-Perez v. Potter, 553 U.S. 474, 487-88 (2008) (40세 이상의 연방 근로자들에 영향을 미치는 인사조치는 “연령에 근거한 차별로부터 자유로워야 한다”는 29 U.S.C. § 633a(a)의 포괄적 금지는 연방의 에이전시에 의한 보복을 금지한다고 판단함); 또한, 42 U.S.C. § 2000e-16(a) (연방 근로자들에 영향을 미치는 인사조치는 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국 등에 근거한 “모든 차별로부터 자유로워야 한

## 2. 인과관계의 증거

근로자가 주장하는 위반 행위가 인정받기 위해서는, 보복이 발생하였을 가능성이 더 높다는 것을 증명하여야 한다. 사용자는 위반의 주장을 반증하여야 할 책임을 부담하지 않는다.<sup>331)</sup>

사용자가 그의 중대하게 불리한 조치에 대한 보복적인 동기를 인정하거나 무심코 드러낸 사실이 구두 또는 서면의 증거로써 입증되는 사례들이 있다.<sup>332)</sup> 그러나, 많은 경우 사용자는 문제의 조치에 대하여 보복적이지 않은 이유를 제시한다. 예컨대, 사용자는 보호 대상 행위에 대해 인지하지 못하였기 때문에 문제의 조치는 보복을 동기로 하지 않았다고 주장하거나,<sup>333)</sup> 근로자가 구제 신청을 제기한 사실을 인지하였더라도 그것이 차별과 관련한 것임을 몰랐다고 주장할 수 있다.<sup>334)</sup> 사용자는 그와 같은 행위가 보복으로 인한 것이 아니라 다음과 같이 그와 무관한 정당한 사유에 근거한 것임을 주장할 수도 있다: 저조한 업무 성과 또는 부정행위,<sup>335)</sup> 대상 지위에 적합하지 않은 자격,<sup>336)</sup> 또는 부정적인 내용의 추천서, 추천서상 정보의 진위.<sup>337)</sup>

이전 사용자는 그 퇴직 근로자의 업무 성과에 관한 정보 요청을 일반적으로 거절해 왔으나, 보호 대상 행위에 관여한 대상자에 관해서는 그 정책을 적용하지 않는 등 사용자가 주장한 보복적이지 않은 사유에 관한 설명이 핑계에 불과하다는 증거가 있을 수 있다.<sup>338)</sup> 사용자가 제시한 설명이 허위임이 밝혀지는 경우, 조사관은 이로부터 보복을 추론하거나 다른 이유로 (예컨대, 난처한 사실을 숨기기 위한 목적 등으로) 그와 같은 허위의 설명을 제시한 것이라고 결론지을 수 있다. 이와 같은 결정은 총체적인 증거에 기반하여 이루어져야 한다.

---

다” 고 규정함) 참조.

331) 민간 부문과 주 및 지방 정부의 고용 사건에서, EEOC는 증거를 수집하고, 그 조사에 기초하여 보복이나 차별이 발생하였다고 믿을만한 “합리적인 사유”가 있는지 여부를 결정한다.

332) 예컨대, 어느 사용자가 해고 대상인 근로자에게 “당신의 증언이 사건에 가장 큰 피해를 입혔어요. 당신은 더 이상 이곳에 설자리가 없습니다.” 라고 이야기 한 사건도 있었다. *Merritt v. Dillard Paper Co.*, 120 F.3d 1181, 1190-91 (11th Cir. 1997).

333) 예시로, *Henry v. Wyeth Pharm.*, 616 F.3d 134, 148 (2d Cir. 2010) 참조 (결정권자들은 원고의 보호 대상 행위를 인지하고 있었던 경영진 임원들로부터 지시를 받아 행위하였다는 점에 근거하여 이들에 원고의 보호 대상 행위에 관하여 필수적으로 알고 있었다는 결론에 이르지 못한 배심원 지침에 오류가 있었다고 판단함).

334) Compare *Zokari v. Gates*, 561 F.3d 1076, 1081-82 (10th Cir. 2009) (원고는 원고가 사용자의 영어 수업에 참여하라는 제안에 응하지 않은 이유는 그와 같은 제안이 차별적이라고 판단했기 때문임을 사용자가 인지하고 있었다는 증거를 제시하지 못하였다고 판단함) 및 *Hennagir v. Utah Dep't of Corr.*, 587 F.3d 1255, 1267 (10th Cir. 2009) (사용자가 원고의 구제 신청에 대하여 인지하고 있었던 사실, 구제 신청에 있어 원고의 상관이 가해자로 특정된 사실 및 사용자를 상대로 구제 신청이 이루어진 다음 날 상관이 원고의 업무평가 점수를 낮춘 사실에 근거하여, 합리적인 배심원이라면 상관이 그가 업무평가 점수를 낮췄을 당시 구제 신청 사실에 대하여 알고 있었을 것이라고 추론하는 것이 가능할 것이라고 판단함).

335) *Brown v. City of Jacksonville*, 711 F.3d 883, 892-94 (8th Cir. 2013) (원고의 해고는 원고가 동료들을 괴롭히고 비능률적인 업무 성과를 보여 왔기 때문이라는 증거에 기초하여 사용자는 보복에 대한 책임을 부담하지 않는 것으로 판단함); *Hypolite v. City of Hous.*, 493 F. App'x 597, 606 (5th Cir. 2012) (정직은 보복적인 적대감에 근거한 것이 아니라 근로자가 이메일을 부적절하게 사용하고 인종차별적인 발언을 했음이 입증되었다고 판단함).

336) Compare *Hoppe v. Lewis Univ.*, 692 F.3d 833, 843 (7th Cir. 2012) (사용자가 항공 윤리학 교사를 해고한 것은 그녀가 과거에 교육 철학에 관한 경력을 갖고 있다는 사실과 학생들로부터 긍정적인 평가를 받았다는 사실과 무관하게, 항공 분야에서 근무한 경력이 없고, 정식으로 항공 교육을 수강한 적 없으며, 관련 학위도 없었다는 정당하고 보복적이지 않은 사유에 근거하였다고 판단함) 및 *Patrick v. Ridge*, 394 F.3d 311, 317 (5th Cir. 2004) (승진에 대한 지원자의 “자격이 적절하지 않았다” 는 사용자의 주장은 모호하고, 이에 관한 설명이 없다면 이는 보복적이지 않은 사유에 해당하지도 않을 것이라고 판단함).

337) 예시로, *Fields v. Phillips Sch. of Bus. & Tech.*, 870 F. Supp. 149, 153-154 (W.D. Tex.), *aff'd mem.*, 59 F.3d 1242 (5th Cir. 1994) (전직 근로자였던 원고에 대하여 부정적인 내용으로 추천서를 작성한 사실은 상관이 원고가 근로하는 동안 직접 관찰한 원고의 모습과 이 관찰을 기록한 업무 기록에 근거한 것이었다고 판단함).

338) *Thomas v. iStar Fin., Inc.*, 448 F. Supp. 2d 532, 536 (S.D.N.Y. 2006) 참조 (중립적인 내용의 추천서를 제공하는 행위는 그와 같은 추천서가 회사의 정책에 따른 것인 경우 보복적 동기의 증거가 될 수 없다고 판단함).

### 사례 18

미발탁에 대한 설명이 보복의 핑계에 불과한 사례

어느 근로자가 본인이 승진에서 제외된 이유가 여성 경영진에 대한 과소평가에 관하여 항의하였고 이에 “트러블메이커”로 낙인찍혔기 때문이라고 주장한다. 사용자는 문제의 근로자는 학사 학위만을 가지고 있던 반면, 선임된 근로자는 석사 학위를 가지고 있었다는 점에서 직무에 더 적합하였다고 주장한다. 만약 문제의 근로자가 이 회사에서 훨씬 오랜 기간 동안 근무하였고 이전부터 오랫동안 회사의 관리자 선임에 대한 가장 중요한 기준이 근무 기간이었다면, 사용자의 이와 같은 설명은 보복의 핑계에 불과하다고 판단될 수 있다.

### 3. 보복을 성립시킬 수 있는 사실관계의 예시

위의 인과관계 기준이 충족되었다면, 각기 다른 종류 및 부분의 증거는 단독적으로 또는 서로 결합되어 결정에 중요하게 작용할 수 있다. 즉, 다른 부분의 증거들이 함께 고려되어 중대하게 불리한 조치가 보복이었다는 추론을 이끌어낼 수 있다.<sup>339)</sup>

이는 예컨대, 의심스러운 타이밍, 구두 발언 또는 서면의 진술, 유사한 상황의 다른 근로자들에 대한 처우가 상이하였다는 비교에 의한 증거, 불리한 조치의 사유에 관한 사용자의 거짓 진술 또는 기타 함께 고려하였을 때 보복의 의도가 추론될 수 있는 증거들을 포함할 수 있다.<sup>340)</sup>

의심스러운 타이밍. 많은 경우, 불리한 조치와 보호 대상 사이의 인과적 관계는 원고가 보호 대상 행위에 관여한 직후 불리한 조치가 발생하였다는 증거에 의해 성립한다.<sup>341)</sup> 그러나, 인과적 관계를 성립시키는 것에 시간적인 근접성이 필요한 것은 아니다.<sup>342)</sup> 보호 대상 행위와 불리한 조치 사이의 시간 간격이 긴 경우에도, 보복적인 동기에 관한 여타의 증거에 근거하여 인과관계가 성립할 수 있다.<sup>343)</sup> 예컨

339) 일부 법원들은 보복적 의도를 증명하기 위한 각기 다른 증거의 결합을 설명하기 위하여 “설득력 퍼즐 맞추기”의 개념을 사용해 왔다. 이는 법적 요건이나 인과관계 기준이라기보다는 관련 인과관계 기준을 충족시킬 목적으로 단순히 다른 종류의 증거들을 결합시키는 것을 의미한다. *Ortiz v. Werner Enters., Inc.*, No. 15-2574, 2016 WL 4411434, at \*3-4 (7th Cir. 2016. 8. 19.); *Muñoz v. Sociedad Española de Auxilio Mutuo y Beneficiencia de P.R.*, 671 F.3d 49, 56 (1st Cir. 2012) (원고가 ADEA 소송을 제기한 때로부터 5년 후에 문제의 해고가 발생한 경우에도, “[원고에게] 유리한 측면에서 이와 같이 모든 증거들을 종합하여 고려해 봤을 때, 이는 배심원단이 보복의 증거를 발견하기에 충분한 퍼즐을 형성한다”고 판단함); 또한 *Nita H. v. Dep’t of Interior*, EEOC Petition No. 0320110050, 2014 WL 3788011, \*10 (EEOC 2014. 7. 16.) 참조 (위원회는 “설득력 퍼즐 맞추기” 개념을 채택 및 적용함에 있어 근로자가 모든 증거를 빈틈없이 끼워 맞춰야 한다는 사용자의 주장을 부인함).

340) *Ortiz*, 2016 WL 4411434, \*3-4.

341) 예시로, *Quiles-Quiles v. Henderson*, 439 F.3d 1, 8-9 (1st Cir. 2006) (배심원단은 원고가 내부적으로 구제 신청을 제기한 직후 심화된 상관들의 괴롭힘에 관한 증거로부터 인과관계를 추론할 수 있을 것이라고 판단함); *Hossaini v. W. Mo. Med. Ctr.*, 97 F.3d 1085, 1089 (8th Cir. 1996) (원고가 보호 대상 행위에 관여한 직후 피고가 원고가 부적절한 행위를 하였다는 혐의에 대하여 조사에 착수한 사건에서, 합리적인 조사관이려면 원고의 해고에 대한 피고의 설명이 핑계에 불과하다고 추론할 수 있을 것이라고 판단함) 참조.

342) *Abbott v. Crown Motor Co.*, 348 F.3d 537 (6th Cir. 2003) (11개월의 간격이 있었음에도 불구하고, 상관이 차별과 관련한 주장을 옹호한 자들에게 “복수할 것”이라는 의사를 밝혔다는 점에서, 인과관계가 입증되었다고 판단함); *Kachmar v. SunGard Data Sys.*, 109 F.3d 173, 178 (3d Cir. 1997) (지방법원은 원고의 보복에 대한 구제 신청을 원고의 보호 대상 행위가 있는 때로부터 거의 1년 이후에 해고가 발생했다는 점에서 원고의 보복에 대한 구제 신청을 기각한 지방 법원의 판결에 오류가 있었다고 판단함; 이는 불리한 조치가 즉시 취해지지 않은 이유가 있을 수 있고, 즉각적으로 조치가 취해지지 않은 사실이 인과관계의 불성립을 증명하는 것은 아니기 때문임); *Shirley v. Chrysler First, Inc.*, 970 F.2d 39, 44 (5th Cir. 1992).

343) 예시로, *Muñoz*, 671 F.3d, 56-57 참조 (배심원단은 동일한 행위에 대해 원고는 해고된 반면 다른 근로자들에 대한 조치는 징계에 그쳤고, 원고에게 소명의 기회를 부여하지 않았으며, 수년간 결정권자들로부터 소를 제기한다면 다시는 병원에서 또는 푸에르토리코에서 일하지 못할 것이라고 위협한 사실에 기초하여, 의사인 원고는 그가 5년 전에 제기한 ADEA 소송에 대한 보복으로서 해고된 것이라고 결정함); *Rao v. Tex. Parks & Wildlife Dep’t*, No. 4:13-cv-0726, 2014 WL 1846102, \*3 (S.D. Tex. May 8, 2014) (결정권자가 원고에게 “당신이 잘못된 일은 없지만, 구제 신청을 제기했잖아요.”라고 이야기 한 사건에서, 승진 제외가 3년 전에 제기한 구제 신청에 대한 보복으로서 인정될 수 있다고 판단함).

대, 구제신청의 지속적인 처리와 관련한 조치는 사용자에게 그 미결된 상태를 상기시키거나 적대감을 불러일으킬 수 있다. 또한, 보복적인 행위에 관여할 수 있는 기회가 곧바로 발생하지 않을 수 있다. 이와 같은 경우, 중대하게 불리한 조치는 본래의 보호 대상 행위가 발생하고 나서 긴 시간이 지나야 발생할 수 있으나, 그럼에도 보복적인 동기는 증명된다.<sup>344)</sup>

구두 발언 또는 서면의 진술. 문제의 불리한 조치를 권고하거나 승인한 자가 보복적인 적대감을 표시하거나 모순적이고 미리 결정된 또는 불리한 조치에 대한 사유가 허위임을 드러내는 발언 및 진술을 구두나 서면으로 함으로써 보복적인 의도가 밝혀질 수 있다.<sup>345)</sup> 이와 같은 진술 등은 문제의 근로자나 다른 근로자들을 대상으로 이루어졌을 수 있다.<sup>346)</sup>

비교에 의한 증거. 불리한 조치가 보복을 동기로 하였다는 추론은 사용자가 보호 대상 행위에 관여하지 않은 유사한 상황의 다른 근로자들을 보다 유리하게 처우하였다는 증거에도 기반할 수 있다. 예컨대, 보복적인 사유로 징계 조치가 이루어진 경우, 선별적으로 징계가 이루어졌다는 증거(즉, 어느 직장에서 문제의 부정행위가 통상적으로는 징계되지 않는다는 사실 또는 똑같은 부정행위를 범한 다른 근로자에 대해서는 징계가 이루어지지 않았거나 비슷한 수준으로 심각하게 이루어지지 않았다는 증거)는 보복적 동기를 추론하기에 충분할 것이다.<sup>347)</sup> 마찬가지로, 업무 성과와 관련하여 새로이 발생한 문제에 대한 증거가 없는 경우, 보복적 동기는 해당 근로자가 보호 대상 행위에 관여하기 이전에는 높은 점수의 업무평가를 받았다는 사실로부터 추론될 수 있다.<sup>348)</sup>

모순되는 또는 번복되는 해명. 사용자가 문제의 불리한 조치에 대하여 설명한 사유를 시간이 흐름에 따라 또는 다른 맥락에 있어 변경하는 경우(예컨대, 해고에 관한 회의에 있어서 근로자에게 설명한 사유가 EEOC에 제출한 사유와 다른 경우 등), 그와 같은 사유는 핑계에 불과하였다고 추론될 수 있다.<sup>349)</sup> 그러나 모순된 점에 악의가 없거나 사용자가 그에 관하여 신뢰할 수 있는 설명을 제공할 수 있는 범위에서(예컨대, 추가적인 정보가 발견되는 경우 등), 이와 같은 변경으로부터 이끌어낼 수 있는 차별에 관한 추론은 축소될 것이다.

기타 사용자의 해명이 핑계에 불과함을 나타내는 증거. 문제의 조치에 대한 사용자의 사유가 신뢰할 수 없거나 그의 설명이 보복을 숨기기 위한 핑계에 불과함을 나타내는 여타 증거들도 있을 수 있다.<sup>350)</sup>

344) Davis v. Team Elec. Co., 520 F.3d 1080, 1094 (9th Cir. 2008); Goldsmith v. Babgy Elevator Co., 513 F.3d 1261, 1278 (11th Cir. 2008); Hamilton v. Gen. Elec. Co., 556 F.3d 428, 436 (6th Cir. 2009).

345) 예시로, Burnell v. Gates Rubber Co., 647 F.3d 704, 709-10 (7th Cir. 2011) (공장 매니저가 아프리카계 미국인 근로자에게 “인종적 특혜를 받는다”고 언급한 사실은 인종 차별과 관련한 보복적 해고에 대한 구제 신청에 있어 사용자의 약식명령 신청을 승인하지 않는 충분한 증거가 된다고 판단함); Abbott, 348 F.3d, 544 (상관이 “차별 관련 구제 신청을 옹호한 자들에게 복수할 것”이라는 의사를 밝힌 사실, 원고에게 그를 해고하는 이유는 “회사의 사기를 저하했기 때문”이라고 밝힌 사실 및 이사에게 그가 원고를 해고한 것은 원고가 동료의 차별 관련 구제 신청을 보조함으로써 다른 사람의 일에 참견했기 때문이라고 밝힌 사실에 기초하여, 보복 관련 구제 신청에 대한 사용자의 약식명령 신청은 부적절하다고 판단함) 참조.

346) 예시로, Burnell, 647 F.3d, 709-10 (원고에게 하였던 발언을 포함한 증거에 기초하여 사용자의 약식명령 신청은 부적절하다고 판단함); Abbott, 348 F.3d, 544 (원고 및 다른 근로자들에게 하였던 발언에 기초하여 사용자의 약식명령 신청은 부적절하다고 판단함) 참조.

347) Spengler v. Worthington Cylinders, 615 F.3d 481, 494-95 (6th Cir. 2010) (연령 차별 관련 불만을 제기한 이후 해고되었던 원고는 유능한 근로자였고 그의 해고에 기초가 된 규칙이 선별적으로 시행되었다는 사실이 입증되었다고 판단함).

348) supra notes 113 및 116 참조.

349) Pantoja v. Am. NTN Bearing Mfg. Corp., 495 F.3d 840, 851 (7th Cir. 2007) (일관성 없는 사용자의 설명은 배심원단에게 논란의 여지를 제공하였다고 판단함); Loudermilk v. Best Pallet Co., 636 F.3d 312, 315 (7th Cir. 2011) (사용자가 원고의 해고 사유에 관하여 EEOC 조사와 소송이 진행되는 동안 인력감축에서 상호 함의로 그리고 회사 정책의 위반으로 입장을 바꾸었기 때문에 이는 핑계에 불과하다는 사실을 증명할 수 있다고 판단함).

350) 예시로, Tuli v. Brigham & Women’s Hosp., 656 F.3d 33, 42 (1st Cir. 2011) 참조 (상관은 본인의 행위가 단순히 자격검토위원회에 원고의 구제 신청에 대한 합법성 평가를 제공하기 위한 것이었다고 주장하였으나, 그가 반대의견을 과장한 사실과 그가 원고가 기존에 수차례 제기한 구제 신청의 대상이었음을 공개하지 않은 사실에 기초하여, 배심원단은 그의 동기가 차별적 및/또는 보복적 적대감에 근거하였다고 결론내

**사례 19**

보복 의도에 관한 증거 -

신청인의 EEO 관련 기존 행위에 근거하여 매니저가 신청인을 고용하지 말 것을 권고한 사례

어느 근로자가 상관이 본인을 성적으로 괴롭혔고 의제해고(constructive discharge)하였다고 주장하며 A 회사를 상대로 소를 제기한다. 이 소송은 최종적으로 합의로 종결되었다. 그녀는 B 회사에 지원하였고, 평판조회를 조건으로 채용을 제의받는다. B 회사가 A 회사에 전화하였을 때, 해당 근로자의 이전 상관은 그녀가 성적 괴롭힘에 관한 소송을 제기한 “트러블메이커” 였다고 하며, “B 회사가 채용할 만한” 사람은 아니라고 이야기 하였다. B 회사는 이후 조건부 채용 제의를 철회하였다. 이와 같은 발언에 미루어 A 회사는 근로자가 이전에 제기하였던 성적 괴롭힘에 관한 구제 신청에 근거하여 부정적인 내용의 추천서를 제공하였고, 이에 B 회사가 채용 제의를 철회한 것이라는 결론을 내릴 수 있다. 이 경우, A 회사와 B 회사 모두가 보복에 대한 책임을 부담한다.

**사례 20** 보복적 의도에 관한 증거 -

매니저가 관행에서 벗어난 조치를 한 사례

여성 판매원인 Jane은 10년 이상 판매점에서 근무하여 왔고, 항상 판매 할당량을 달성해왔으며, 훌륭한 점수의 업무평가를 받아왔다. Jane이 동료의 성적 괴롭힘 관련 구제 신청을 지지하며 EEOC에서 증언하였다는 사실을 회사가 인지하게 된 후 며칠안아, 회사는 Jane이 동료와 근무 일정을 바꾸는 것에 대하여 48시간 전에 상관에게 통지하지 않았다는 것을 이유로 그녀를 해고하였다. 그녀는 이것이 보복적 해고임을 주장하였고, 근무 일정의 변경에 대하여 당일에 통지하는 것은 회사에서 널리 인정되던 것으로서 보통 허용되었던 관행이었다는 증거가 밝혀졌다. 이와 같은 증거는 회사가 그녀의 보호 대상 행위를 인지한 시점과 해고 사이의 시간적 간격이 근접하였다는 사실과 함께 당해 해고가 보복적이었다는 결론을 뒷받침할 수 있다.

**4. 보복이 인정되지 않을 수 있는 사실관계의 예시**

보호 대상 행위와 중대하게 불리한 조치가 발생한 경우에도, 조사관은 다음의 사실에 대한 증거를 단독적으로 또는 종합하여 고려함으로써 관련 인과관계 기준을 적용함에 있어 문제의 조치가 보호 대상 행위에 대한 보복이 아니었다는 결론을 내릴 수 있다.

사용자가 보호 대상 행위에 관한 사실을 인지하지 못한 경우. 사용자(결정권자 또는 결정권자에 영향을 미치는 자)가 이전에 발생하였던 보호 대상 행위에 대하여 인지하지 못한 경우에는 보복이 입증될 수 있다.<sup>351)</sup> 그와 같은 사실을 인지하지 못하였다면, 보복적인 의도가 있을 수 없고, 따라서 인과관계도 성립하지 않는다.<sup>352)</sup>

구제 신청이 이루어진 행위에 대한 보복적 특성을 갖지 않는 정당한 사유. 사용자는 문제의 조치에 관하여 정당하고 보복적인 사유를 제시할 수 있다. 다음과 같은 사유가 보복적이지 않은 사유에 포함될 수 있다:

릴 수 있었다고 판단함); Spengler, 615 F.3d, 495 (계절 근로자들은 12개월 이후에 해고된다는 사용자의 설명이 그와 같은 정책은 생산이 늦춰지는 경우에 한하여 적용되었고 생산이 늦춰진 바 없었다는 증언에 일치하지 않았기 때문에 이는 핑계에 불과할 수 있다고 판단함); Franklin v. Local 2 of the Sheet Metal Workers Int’l Ass’n, 565 F.3d 508, 521 (8th Cir. 2009) (피고가 조합 회의에서 법률 비용 청구서를 소리 내어 읽으면서 조합을 상대로 차별에 관한 구제를 신청한 근로자들을 확인한 행위는 기존에 제시하였던 보복적이지 않은 사유, 즉 그와 같은 행위가 지출에 대한 조합원의 승인을 위한 것이었다는 사유와 비교하였을 때 필요 이상의 범위를 공개한 것이라는 점에서, 보복에 해당할 수 있다고 판단함).

351) supra note 145에서 논의된 바와 같이, 사용자는 보복적 적대감을 가진 근로자가 보호 대상 행위 또는 적대감에 대하여 인지하지 못하고 있던 결정권자에 영향을 미치는 경우, “앞잡이(cat’s paw)” 이론에 따라 책임을 부담할 수 있다.

352) 예시로, Stephens v. Erickson, 569 F.3d 779, 788 (7th Cir. 2009) 참조 (원고는 그의 구두 면접의 점수를 평가한 면접관들이 원고가 기존에 제기하였던 차별 관련 구제 신청에 관하여 인지하고 있었음을 증명하지 못하였다고 판단함).

- 저조한 업무 성과;
- 대상 지위에 적합하지 않은 자격;
- 선발된 자에 미치지 못하는 자격, 지원 또는 면접 결과;
- 부정적인 내용의 추천서;
- 부정행위(예컨대, 협박, 불복종, 무단결근, 불성실성, 폭력적이거나 위협적인 행동 또는 도난 등);  
및
- 인력 감축 또는 삭감.

사용자는 보복을 반증할 책임을 부담하지는 않지만, 보호 대상 행위에 참여하지 않은 유사한 상황의 다른 근로자들에 대한 처우를 밝히거나 서면 및/또는 구두 증언을 뒷받침하는 비교적인 증거와 같이 문제의 조치에 관하여 사용자가 제시한 설명을 뒷받침하는 증거를 갖고 있을 수 있다.

#### 사례 21

추천서의 부정적 내용이 진실한 것으로서, 보복적 성격을 갖지 않는 경우

어느 근로자가 본인이 기존에 근무하였던 민간 부문의 이전 사용자가 본인이 해고 이후 차별 관련 EEO 구제신청을 하였다는 이유로 추천서를 부정적인 내용으로 작성하였음을 주장한다. 해당 사용자는 이전 근로자들의 업무 성과에 관한 정보를 통상적으로 제공하여 왔으며, 작성한 부정적 내용의 추천서는 이전 근로자의 업무 성과에 대한 정직한 평가로서 향후 그를 고용할 수 있는 다른 사용자를 위한 것이었다는 증거를 제시한다. 부정적 내용의 추천서가 차별 관련 구제 신청으로 인한 것이라고 결론지어지지 않는 이상, 보복은 성립하지 않을 것이다.

#### 사례 22

보복에 의하지 않은 행위

서비스 회사의 오피스 매니저인 원고는 관리직으로 선발되지 않은 이유가 성차별에 근거한다고 믿고, 온라인 소셜 미디어 플랫폼에 “EEO 전문 법률가 아는 분 있으신가요? 필요한 일이 있어서요.” 라는 글을 게시하였다. 경영진이 이 게시글을 보고 인사팀에 공유하였다. 이후 원고는 해고되었고 이것이 보복에 의한 것이라고 주장하였다. 그러나 해고는 원고가 승인 받지 않은 초과근로를 지나치게 많이 사용하였고 다른 근로자들에 적용되었던 회사의 재무 절차를 반복적으로 위반하였으며 그로 인하여 서면으로 징계가 내려졌던 사실에 근거하였음이 증거로써 입증되었다. 경영진이 원고의 보호 대상 행위 (EEO 구제 신청을 제기하고자 하였던 그녀의 의사)에 대하여 인지하였던 경우에도, 원고는 보복적인 해고를 증명할 수 없다.

보복의 의도에 관한 증거는 있으나 불리한 조치가 그와 무관하게 이루어졌을 것인 경우. “없었다면” 기준이 적용되는 경우, 보복이 “없었다면” 불리한 조치가 이루어지지 않았을 것이 아닌 이상 구제 신청은 인정되지 않을 것이다. 즉, 불리한 조치가 보복적 의도가 없더라도 불리한 조치가 발생하였을 것이라는 증거가 있는 경우에는 인과관계가 입증될 수 없다.

#### 사례 23

“없었다면”의 인과관계가 나타나지 않은 사례

어느 민간 부문의 근로자가 보복적 해고를 주장한다. 증거에 따르면 경영진은 근로자가 이전에 종교를 이유로 한 차별에 대하여 구제 신청을 제기한 사실에 대하여 “화가 났었다”는 사실을 인정하였으나, 이 사건에서 해고 사유는 그녀가 직장 내 안전 규칙을 반복적으로 위반하고 불복종한 것이기 때문에, 위 사실은 그녀의 보호 대상 행위가 “없었다면” 해고가 발생하지 않았을 것이라는 점을 증명하기에는 충분하지 않았다. 근로자는 규칙을 반복적으로 위반하고 그녀의 상관에 협조하지 않았음을 인정하였다. 나아가, 근로자가 EEO 구제 신청을 제기하기 이전에 안전 규칙을 계속 위반하는 경우 해고될 수 있다고 경고 받은 사실이 있음이 증거로써 입증되었다.<sup>353)</sup>

### III. ADA의 개입 관련 규정

ADA는 ADA 권리의 행사 또는 향유와 관련하여 보복만이 아니라 그에 “개입” 하는 것 또한 금지한다. 개입 금지 규정은 보복 금지 규정보다 광범위하고, 이는 ADA 권리와 관련하여 강요, 위협, 협박 또는 방해할 당한 근로자를 보호한다.

ADA는 보복에 더하여, ADA 권리를 행사 또는 향유하거나 다른 이들이 그와 같은 권리를 행사 또는 향유하는 것을 보조하는 것에 “개입” 하는 것 또한 금지한다.<sup>354</sup> 개입 금지 규정의 범위는 보복 금지 규정의 범위보다 넓다. 이는 ADA 권리와 관련하여 강요, 위협, 협박 또는 방해할 당한 근로자를 보호한다. 42 U.S.C. § 12203(b).<sup>355</sup> ADA의 보복과 마찬가지로, 구직자 또는 근로자는 ADA에 의거한 개입을 증명하기 위하여 본인이 “장애를 가진 자” 이거나 “자격을 갖춘 자” 임을 증명할 필요가 없다.

법령, 규정 및 판결은 “강요”, “위협”, “협박” 및 “개입” 을 개별적으로 정의해 오지 않았다. 대신 이와 같은 용어들은 불법적인 보복의 정도까지 미치는지와 무관하게 최소한 개입으로서 인정될 수 있는 종류의 일정한 조치들을 하나의 그룹으로 포함하는 것으로 해석되어 왔다.<sup>356</sup>

물론, 사용자의 협박 또는 강요는 많은 경우, ADA에 따라 그 자체로 편의 제공의 거부, 차별 또는 보복으로서 인정될 수 있고, 본 항목의 많은 예시들은 그와 동일한 책임 이론에 따라 인정될 수 있을 것이다. 그러나, “개입” 금지 규정의 범위가 더 넓다는 점에서, 문제의 행위가 보복의 성립에 필요한 “중대하게 불리한 조치” 기준을 충족하지 못하는 예시들의 경우에도 개입 금지 규정은 적용될 수 있을 것이다. ADA에 따라 금지되는 사용자의 개입 행위의 예시는 다음을 포함한다:

- 근로자로 하여금 그에 권리가 인정되는 편의를 포기하거나 단념하도록 강요하는 행위;
- 구직자가 구직 절차에 있어 편의를 요청하는 경우 채용되지 못할 수 있음을 암시함으로써 그와 같은 요청을 하지 못하도록 위협하는 행위;
- 법령에 따라 금지되는 건강검진이나 의료조치를 근로자가 “자발적으로” 제출하지 않는다면 해고 또는 다른 불리한 처우를 받을 수 있다고 근로자를 협박하는 행위;
- ADA 보호를 청구할 근로자의 권리를 제한하기 위한 목적의 정책이나 요건을 발표하는 행위(예컨

353) Etienne v. Spanish Lake Truck & Casino Plaza, LLC, 547 F. App'x 484, 489-90 (5th Cir. 2013) 참조 (법원은 제7장에 따른 보복 관련 구제 신청에 대한 사용자의 약식명령 신청을 승인하며, Nassar 판결을 적용하여 근로자가 보복적 동기가 단순한 해고의 원인이 아니라 “없었다면” 해고가 발생하지 않았을 원인임을 입증하지 못했다고 판단함).

354) ADA의 개입 금지 규정은 그에 상응하는 공평주거권리법(Fair Housing Act)의 규정과 동일한 문구를 사용하고, 의회도 이를 동일한 방식으로 해석하고자 하였다. H.R. Rep. No. 101-485, pt. 2, 138 (1990) (1990 U.S.C.C.A.N. 303, 421로 재판됨) (“위원회는 공평주거권리법의 유사한 규정에 대한 주택도시개발부(Department of Housing and Urban Development)의 해석을 ... 본 항목과 관련한 규정에 대한 해석의 기초로 사용하고자 한다.”). 연방노동관계법(The National Labor Relations Act, NLRA) 또한 ADA 규정과 유사한 문구의 개입 금지 규정을 포함하고 있다. 29 U.S.C. § 158(a)(1) 참조 (“근로자가 [법률상] 보장되는 권리를 행사하는 것에 사용자가 개입하거나 이를 제한 또는 강압하는 행위” 는 NLRA에 위배됨).

355) Brown v. City of Tucson, 336 F.3d 1181, 1192 (9th Cir. 2003) 참조 (개입 금지 규정은 보복 금지 규정과 비교할 때 보다 덜 명료하게 정의된 부정행위에 대하여 보다 넓은 분류의 대상자들을 보호한다고 정의하며; 원고에게 약물 복용을 중단하고 의료적인 제약에도 불구하고 직무를 수행하지 않으면 강제 퇴직당할 것이라고 요구한 행위는 개입 금지 행위로 인정될 수 있다고 판단함).

356) 개입 금지 규정을 시행하는 EEOC 규정은 “괴롭힘”이라는 용어를 추가적으로 포함한다. 29 C.F.R. § 1630.12(b) 참조 (“근로자가 본 장애 따라 부여 또는 보호되는 권리를 행사 또는 향유하는 것과 관련하여 또는 근로자가 다른 이들이 그와 같은 권리를 행사하는 것을 보조하거나 장려하였음을 이유로, 협박, 위협, 괴롭힘을 가하거나 그에 개입하는 것은 불법에 해당한다.”) 규정은 “괴롭힘”을 포함함으로써 일정한 상황에서 개입 금지 규정에 위배될 수 있는 불리한 처우의 유형에 관하여 설명하고자 한다.

대, “어떠한 경우에도 예외는 인정되지 않는다” 고 규정한 고정 일수 휴가 정책);

- 근로자가 소를 제기하는 경우 다음 일자리를 위한 추천서에 부정적인 내용을 기재할 것이라고 의사를 표시함으로써 퇴직 근로자가 이전 사용자에게 대하여 ADA 소송을 청구할 권리에 개입하는 행위;
- 근로자가 합리적 편의를 요청하는 동료를 도왔다는 사실을 이유로 그에 부당한 징계나 좌천, 또는 기타 불리한 조치를 내리는 경우.

개입 금지 규정은 근로자가 위협을 느끼는 모든 행위나 발언에 대해서 적용되는 것은 아니다.<sup>357)</sup> 위 원회는 위 규정은 ADA 권리의 행사 또는 향유에 합리적으로 개입할 가능성이 높은 행위만을 금지할 뿐이라고 판단한다.<sup>358)</sup>

#### 사례 24

매니저가 합리적인 편의 제공에 관한 권리에 관하여 동료에 조언하지 말라고 근로자를 압박한 사례

지적 장애를 가진 우편물실에서 근무하는 근로자인 Joe는 아침 직원 회의에서 구두로만 전달하는 상관의 지시 사항을 기억하는 것에 어려움을 겪고 있다. 동료인 Dave는 Joe에게 ADA에 따른 합리적인 편의로서 서면으로 지시 사항을 내려줄 것을 요청할 권리가 있을 수 있음을 설명하고, Joe와 함께 인사팀에 가서 그가 편의를 요청하는 것을 보조한다. 상관이 위 사실을 알게 되었을 때, 그는 지시 사항을 서면으로 전달하여야 하는 “더많은 일”을 처리해야 할 수 있다는 것에 화가 났고, 이에 Dave에게 이 “편의 제공” 관련 사항에 대하여 계속적으로 “Joe에게 이상한 생각”을 불어넣으면서 “문제를 크게 만든다” 면 후회하게 될 것이라고 이야기 하였다. Dave가 다른 근로자의 ADA 권리 행사를 보조한 것에 관하여 이와 같이 Dave에 위협한 행위는 개입에 해당할 수 있다.

#### 사례 25

매니저가 근로자에 우선 약물을 먼저 시도해보는 것이 아닌 이상 편의를 제공하는 것을 고려할 수 없다고 거부한 사례

우울증과 관련하여 근로자가 요청한 편의에 대한 근거 자료로서 수령한 의료 정보를 검토함에 있어, 사용자는 해당 근로자가 의사로부터 편의를 요청할 필요를 없앨 수 있는 약을 처방받았음에도 불구하고 약의 부작용 때문에 약을 복용하지 않기로 결정하였음을 알게 된다. 사용자는 근로자에게 우선적으로 약을 복용하지 않는다면, 편의를 제공하는 것을 고려하지 않을 것이라고 조언한다. 사용자의 위와 같은 조치는 ADA에 위배되는 합리적 편의의 제공에 대한 거부 및 개입에 모두 해당한다.

개입 금지 규정의 위반이 성립하기 위해서 위협이 반드시 이루어졌어야 하는 것은 아니고, 근로자들이 실제로 ADA 권리를 행사 또는 향유하는 것에 방해가 되었어야 하는 것도 아니다.

#### 사례 26

매니저가 근로자에 편의 제공을 요청하지 말라고 경고한 사례

시각 장애를 가진 근로자가 직장에서 컴퓨터를 사용하기 위해 특별한 기술을 필요로 한다. 그녀는 편의의 일환으로 회사(사용자)의 인사팀 매니저와 외부의 직업훈련센터에 방문하여 적절한 장비를 결정하고 이후 선정된 컴퓨터 프로그램에 대한 교육을 받는 것에 소요되는 일정들을 위한 유급의 공무 휴가를 신청한다. 그녀의 상관은 이에 반대했지만, 인사팀 매니저는 그에게 이는 근로자에게 ADA에 따른 편의로서 장비를 제공하는 것의 일환이라 하며 휴가를 승인하여야 한다고 고지하였다. 상관은 사무실로 근로자를 불러 이번에는 휴가를 승인할 것이지만, 다음번에 또다시 ADA와 관련한 문제를 제기하는 경우, “후회할 것”이라고

357) Brown, 336 F.3d, 1192-93 (ADA의 개입 금지 규정은 “보호 대상의 분류에 속하는 모든 대상자를 어떠한 방식으로든 방해하는 모든 조치”를 금지할 정도로 광범위하게 적용되는 것은 아니며, 원고의 긴 점심 시간과 이른 퇴근에 대하여 다른 근로자들이 불평했다고 상관이 언급한 사실만으로는 개입 금지 규정에 위배되지 않는다고 판단함) (인용 생략).

358) Brief of the EEOC as Amicus Curiae in Support of the Plaintiff-Appellant, Brown v. City of Tucson, 336 F.3d 1181 (9th Cir. 2003) (No. 01-16938) 참조.

이야기하였다. 이와 같은 상관의 위협은 그에 불리한 조치가 수반하거나 뒤따르지 않았더라도 법령에 위배되는 ADA 권리 행사에 대한 개입에 해당한다.

**사례 27**  
매니저가 근로자에 공식적인 편의 제공 요청을 철회하는 것을 조건으로 편의를 제공하겠다고 한 사례

장기간에 걸친 상담이 이루어진 이후, 다발성 경화증을 가진 근로자에 대하여 편의로서 근무 일정을 변경하는 것이 허용된다. 이후 증상이 악화되자, 그녀는 증상이 악화되어 견디 못하게 되는 날에는 재택근무를 하는 것 등과 같은 추가적인 편의를 요청한다. 사용자는 재택근무를 금지하는 정책을 갖고 있다. 근로자의 상관인 인사팀에 논의하자, ADA는 과도하게 곤란하지 않은 이상 합리적 편의로서 일반적인 정책에 대한 예외를 허용하도록 할 수 있다고 답변을 받았다. 상담 절차를 진행하는 대신에, 상관은 그녀에게 1주에 1일을 재택근무 할 수 있도록 허용하겠으나, 그녀가 공식적으로 편의 요청을 계속하는 경우, 그녀의 업무는 재택으로 수행할 수 없는 업무라고 인사팀에 알릴 것이라고 이야기하였다. 위와 같은 상관의 조치는 ADA에 위배되는 개입에 해당한다.

**사례 28**  
매니저가 근로자에 기존에 제공한 편의를 포기하지 않는다면 불리한 조치를 취할 것이라고 위협한 사례

어느 근로자는 야간에 발생한 폭행 사건에 따른 외상후 스트레스 장애로 인하여 낮 시간 동안 출퇴근 할 수 있도록 근무 일정을 배치 받는 편의를 제공받는다. 이후 그녀의 새로운 상관은 그녀에게 그녀가 “일반적인 일정”으로 근무하지 않는다면 그녀를 이동, 좌천시키거나 질병 퇴직시킨다고 위협한다. 이와 같은 사실에 비추어, 상관은 ADA의 개입 금지 규정을 위반하였다고 할 수 있다.

**사례 29**  
불법적인 고용 전 건강검진을 받지 않는다면 고용을 고려하지 않겠다고 거부한 사례

어느 구직자가 ADA는 조건부로 채용을 제의하기 이전의 건강검진을 금지하고 있음을 인용하며, 사전 건강검진을 제출하도록 한 면접관의 요청을 거부한다. 면접관은 건강검진 없이는 채용을 고려하지 않겠다고 거부하였고, 이에 구직자는 이를 제출한다. 구직자가 자격을 갖추었거나 결국 채용이 이루어졌는지와 무관하게, 사용자는 ADA에 위배되는 장애와 관련한 부적절한 검사 및 개입에 관여한 것이다.

## IV. 구제

### A. 잠정적 또는 예비적 금지명령 구제

EEOC는 예비적 조사를 통해 제7장의 목적을 이행하기 위해 신속한 사법적 조치가 필요하다는 점이 발견되는 경우 신청에 대한 최종적인 처분이 이루어지기 이전에 잠정적 금지명령 구제를 구할 수 있고, ADA 및 GINA도 이와 같은 규정을 포함한다.<sup>359)</sup> ADEA 및 EPA는 법원에 EEOC 구제 신청에 대한 결정이 이루어지기 이전에 잠정적 금지명령을 내리도록 하는 권한을 부여하지 않고 있으나, EEOC는 연방

359) 42 U.S.C. § 2000e-5(f)(2) (“구제 신청이 제기되고 위원회가 예비적 조사에 근거하여 본 법의 목적을 이행하기 위하여 신속한 사법적 조치가 필요할 것으로 판단하는 경우, ... 위원회는 문제의 신청에 대한 결정이 최종적으로 이루어지는 때까지 잠정적 또는 예비적 금지명령을 신청할 수 있다.”); 42 U.S.C § 12117 (ADA); 42 U.S.C. § 2000ff-6(a) (GINA).

민사소송규칙 65(Rule 65 of the Federal Rules of Civil Procedure)에 따른 영구적 금지명령에 관한 소의 일환으로서 그와 같은 구제를 구할 수 있다.

잠정적 또는 예비적 금지명령 구제는 법원이 보복이 발생하기 이전 또는 보복이 발생하는 동안 이를 중단시킬 수 있도록 한다. 그와 같은 구제는 문제의 조치가 불법적인 보복에 해당할 가능성이 있는 경우 및 보복으로 인하여 신청 당사자 및/또는 공공의 이익에 회복될 수 없는 피해가 발생할 가능성이 있는 경우, 적절할 수 있다. 법원들은 재정적인 곤란은 회복될 수 없는 피해가 아니라고 본 반면, 일자리 상실에 수반한 여타의 피해들은 회복될 수 없는 피해에 해당할 수 있다고 판단하여 왔다. 예컨대, 법원들은 강제 퇴직자들이 일자리와 앞으로의 채용 가능성을 상실하고 그로 인해 감정적인 괴로움과 우울증을 겪게 되었으며 사회적으로 위축되는 등과 같은 피해를 입은 사건에서, 이들이 회복될 수 없는 피해를 입었으며 이에 예비적 금지명령 구제를 구할 자격을 가졌다고 판단하였다.<sup>360)</sup>

**사례 30**

계류 중인 EEO 사건에서 보복적 인사이동을 금지하는 예비적 금지명령 구제

어느 근로자가 제7장에 따른 출신국에 근거한 차별 사건에서 내려진 구제를 따르기 위하여 법원에 집행명령을 신청하였다. 그의 사용자는 그로부터 2개월이 채 지나지 않은 때 그에게 로스앤젤레스의 사무소에서 디트로이트의 공장으로 이동하거나 그렇지 않으면 해고하겠다고 명령하였다. 법원은 예비적 금지명령 구제를 내려 보복적인 인사이동을 미연에 방지하고, 본안 판결이 있을 때까지 근로자가 고용을 유지하도록 하였다.<sup>361)</sup>

잠정적 금지명령 구제는 피신청인의 보복이 위원회가 신청인의 차별에 대한 본래의 구제 신청을 조사하는 것에 회복될 수 없는 피해를 초래할 가능성이 있는 경우에도 필요하다. 예컨대, 문제의 보복 행위가 동일한 또는 또 다른 불법행위에 대하여 다른 근로자들이 증언하거나 구제 신청을 추가적으로 제기하는 것을 저지한다면, 예비적 금지명령 구제가 정당화된다.<sup>362)</sup>

**사례 31**

증언에 대한 위협을 금지하는  
예비적 금지명령 구제

대규모 농업 생산업체에 고용된 다수의 저임금 계절 근로자들에 대한 성적 괴롭힘에 관한 EEOC의 구조적 조사 기간 동안, 위원회는 경영진이 전현직 근로자들이 증인으로서 협조하는 것을 방지하기 위하여 위협적인 환경을 조성하고 있었음을 발견하였다. 법원은 EEOC에 특정 분류에 속하는 EEOC 위원, 증인 또는 그 가족 구성원에 대한 보복적 조치와 위 대상자들이 연합하는 것을 좌절시킬 수 있는 모든 조치를 금지하는 예비적 금지명령 구제를 부여하였다. 법원은 또한 회사에 EEOC 사건에서 우호적인 증언을 하도록 할 목적으로 금전을 지급하거나 지급하고자 하지 말 것을 명령하였다.<sup>363)</sup>

360) EEOC v. Chrysler Corp., 733 F.2d 1183, 1186 (6th Cir. 1984); 또한 EEOC v. City of Bowling Green, 607 F. Supp. 524, 527 (W.D. Ky. 1985) 참조 (연령을 이유로 원고를 경찰서에서 강제적으로 퇴직시키는 것을 금지하는 예비적 금지명령을 승인함; 이후에 원고가 임금 소급분을 지급받고 복직할 수 있었을 지라도, (강제 퇴직으로 인하여) 경찰서의 현안을 알지 못하게 되고 걱정이나 감정적인 문제를 겪을 수도 있기 때문임).

361) Garcia v. Lawn, 805 F.2d 1400, 1405-06 (9th Cir. 1986).

362) 전계서 (사용자의 보복은 다른 근로자들이 자신의 권리를 행사하거나 원고를 위해 증언하고자 하는 의지를 위축시키는 결과를 낳을 수 있기 때문에 회복할 수 없는 피해를 야기할 것이라고 판단함); EEOC v. Peters' Bakery, 13-CV-04507-BLF (N.D. Cal. 2015년 7월자 예비적 금지명령) 참조 (미결된 구제 신청과 관련한 괴롭힘은 “그와 같은 상황에서 [근로자들] 해고하는 것을 허용하는 것은 다른 근로자들이 EEOC에 구제를 신청하고자 하는 것을 위축시켜 EEOC의 미션을 저해할 수 있기 때문에” 본안의 승소 가능성과 함께 연방의 EEO 소송이 진행되는 동안 사용자가 근로자를 해고하는 것을 금지하는 예비적 금지명령의 근거가 될 수 있다고 판단함).

## B. 전보적 손해배상 및 징벌적 손해배상

전보적 손해배상 및 징벌적 손해배상은 이하에서 설명하는 기준에 따라 보복 금지 규정에 의거하여 인정될 수 있다. 참조: 징벌적 손해배상은 민간 부문의 사용자에게 대해서만 인정되고, 정부 단체의 사용자에게 대해서는 인정되지 않는다.

### 1. 제7장 및 GINA

보복을 포함한 1991년 민권법(Civil Rights Act of 1991, 42 U.S.C. § 1981a) 제7장의 위반에 대하여 전보적 손해배상 및 징벌적 손해배상이 가능하다. 전보적 손해배상 및 징벌적 손해배상의 총합 한도(과거의 금전적 손실 제외)의 범위는 15-200명의 근로자를 고용하는 사용자의 경우 \$50,000에서 500명 이상의 근로자를 고용하는 사용자의 경우 \$300,000에 이른다. GINA 제207조는 제7장에 의거한 모든 구제를 동일하게 포함한다. 관행이 “연방적으로 보호되는 피해 근로자들의 권리에 악의가 있다거나 극히 무관심할 때”, 징벌적 손해배상이 가능하다. 42 U.S.C. § 1981a(b) (1). 징벌적 손해배상의 인정 가능성은 사용자에게 의한 불법행위의 “심각한 정도”가 아니라 사용자의 의사에 따라 결정된다.<sup>364</sup>

### 2. ADEA 및 EPA

전보적 및 징벌적 손해배상은 ADEA 및 EPA에 따라 제기되는 보복에 관한 구제 신청에 있어 인정될 수 있으나, 동 법률에 따른 보복 이외의 행위에 대한 구제 신청에 대해서는 인정되지 않는다.<sup>365</sup> ADEA 및 EPA에 따라 인정되는 모든 전보적 및 징벌적 손해배상에 대해서는 입법적 한도가 적용되지 않는다.

### 3. ADA 및 재활법

ADA 제5장은 보복 및 개입 금지 규정을 포함하나 그 자체적으로 구제 관련 규정은 포함하지 않는다. 이에 ADA를 위반한 보복 또는 개입에 대하여 전보적 및 징벌적 손해배상이 인정될 수 있는지에 관하여 법원들은 상반되는 입장을 보여왔다.<sup>366</sup> 1991년 민권법의 손해배상 규정은 ADA에 따른 보복 관련 구제 신청에 관하여 명시하고 있지 않으나, 위원회와 미국 법무부는 전보적 및 징벌적 손해배상이 ADA를 위반한 보복 또는 개입에 대하여 적용된다는 입장을 고수한다.<sup>367</sup> ADA 보복 금지 규정은 그 구제와 관련하여 42 U.S.C. § 12117을 인용하고, 이는 다시 제7장의 42 U.S.C. § 2000e-5 및 42 U.S.C.

363) EEOC v. Evans Fruit Co., No. CV-10-3033-LRS, 2010 WL 2594960, \*1-2 (E.D. Wash. June 24, 2010) 참조 (EEOC의 조사 진행 기간 동안에 대한 예비적 금지명령의 신청을 승인함) (문제의 증인침해가 계속 허용된다면 회복될 수 없는 피해가 발생함으로써, (a) 위원회의 본 사건 진행이 위축될 수 있고; (b) 위원회의 보복 관련 청구에 대한 현재 진행 중인 조사도 위축될 수 있으며; (c) 전현직 근로자들이 제7장에 따른 그들의 권리를 행사하는 것을 좌절시킬 수 있음).

364) Kolstad v. Am. Dental Ass'n, 527 U.S. 526, 535 (1999).

365) FLSA(29 U.S.C. § 216(b))는 1977년 개정된 바에 따라 EPA 및 ADEA에 의거한 보복 관련 구제 신청에 대하여 전보적 손해배상 및 징벌적 손해배상을 인정한다. Moore v. Freeman, 355 F.3d 558, 563-64 (6th Cir. 2004); Moskowitz v. Trs. of Purdue Univ., 5 F.3d 279, 283-84 (7th Cir. 1993) 참조.

366) CEwards v. Brookhaven Sci. Assocs., 390 F. Supp. 2d 225, 236 (E.D.N.Y. 2005) (ADA에 따른 보복에 대하여 전보적 및 징벌적 손해배상이 인정된다고 판단함) 및 Lovejoy-Wilson v. NOCO Motor Fuels, Inc., 242 F. Supp. 2d 236, 240-41 (W.D.N.Y. 2003) (상동)과 Alvarado v. Cajun Operating Co., 588 F.3d 1261, 1264-70 (9th Cir. 2009) (ADA에 따른 보복에 대하여 전보적 및 징벌적 손해배상이 인정되지 않는다고 판단함), and Kramer v. Banc of Am. Sec., 355 F.3d 961, 964-66 (7th Cir. 2004) (상동) 비교. 일부 항소법원은 전보적 손해배상의 인정가능성은 판단하지 않고, ADA에 따른 보복에 대한 구제 신청에서 승소한 원고들에 대하여 보상을 인정하였다. 예시로, Salitros v. Chrysler Corp., 306 F.3d 562, 570 (8th Cir. 2002); EEOC v. Wal-Mart Stores, Inc., 187 F.3d 1241, 1248-49 (10th Cir. 1999); Muller v. Costello, 187 F.3d 298, 314-15 (2d Cir. 1999) 참조.

367) Brief of the EEOC as Amicus Curiae in Support of Plaintiff-Appellee Cross-Appellant, Mascarella v. CPlace Univ. SNF, No. 15-30970 (5th Cir. filed June 10, 2016) 참조, <https://www.eeoc.gov/litigation/briefs/mascarella-v-cplace-university-0>.

§ 1981a(a)(2)에 규정된 구제를 인용한다. 또한, 1991년 민권법의 손해배상 규정의 ADA의 고의적 차별 규정(제102조, 42 U.S.C. § 12112)에 대한 인용은 고의적 차별의 형태로 이루어지는 보복을 포함하는 것이 분명하다. 따라서, ADA 및 재할법상 보복 관련 구제 신청에 대한 손해배상의 인정 가능성은 제7장에 적용되는 기준에 따라 평가되어야 할 것이다.<sup>368)</sup>

### C. 기타 구제

EEOC가 시행하는 모든 법령에 따라, 구제는 보복으로 인하여 해고, 의제해고 또는 미발탁이 발생한 경우 체불임금의 지급과 선급금 또는 복직을 포함할 수 있다. 또한, 위원회가 구하는 형평상의 구제는 많은 경우 사용자의 정책 및 절차, 경영진 대상의 교육, 위원회에 대한 보고 및 기타 법률의 위반을 방지하고 향후의 준수를 도모하는 조치들을 포함한다.

## V. 유망한 실무 관행

모든 직장의 상황은 각기 다르지만, 보복 금지 규정의 위반 가능성을 축소하기 위하여 사용자가 시행하고자 할 수 있는 유망한 정책, 교육 및 조직적 변동의 몇 가지 유형이 있을 수 있다.<sup>369)</sup> 위원회가 본 문서에서 이를 “유망한 관행”이라고 지칭하는 것은 이와 같은 조치들이 위반의 위험을 감소시키는 것에 도움이 될 수 있기 때문이다. 그러나, 위원회는 하나의 최적화된 접근이 모든 직장이나 상황에 적용되지는 않음을 인정한다.

나아가, 사용자는 이와 같은 관행을 채택한다고 하여 손해배상의 책임이나 불법적인 조치로부터 면책하는 것은 아니다. 이와 같은 조치를 의미있게 이행하는 것은 법적 요건이 존재하지 않는 경우에 있어서도 위반의 위험을 감소시키는 것에 도움이 될 수 있을 것이다.

### A. 성문화된 사용자의 정책

사용자는 일반적인 언어로 성문화된 보복 금지 정책을 수립하고, 사용자가 기대하는 해야 하는 행위와 하지 말아야 하는 행위에 대한 이용자 친화적인 실무 지침을 제공하여야 한다. 정책은 다음을 포함하여야 한다:

- 매니저가 보복으로 인정되는 행위임을 인지하지 못할 수 있는 보복의 사례 (차별적으로 불리한 처우라고 인지되지 못할 수 있으나 합리적인 사람이 보호 대상 행위에 관여하는 것을 저지할 가능성이 있기 때문에 보복으로 인정될 수 있는 행위 등 포함);
- 실질적으로 발생한 또는 발생의 위험이 있는 보복을 피하기 위한 예방적 조치 (근로자가 주장하는 차별을 가한 매니저 및 상관과 해당 근로자와의 상담에 관한 실무 지침서 등 포함);
- 보복을 걱정하는 근로자를 위한 보고 체계 (비공식적 해결을 위한 절차 이용 방법 등 포함);
- 보복에 대하여 최대 해고에 이르는 징계가 내려질 수 있다는 명확한 설명.

368) 일부 법원들은 주 정부의 사용자들이 ADA에 따라 금전적 손해배상을 구하는 근로자들의 보복 관련 구제 신청에 대하여 면책 특권을 갖는다고 판단해 오기는 하였으나, 미국 정부는 그와 같은 사용자들에 대해서도 소를 제기할 수 있고, 이를 통해 근로자 개인에 대한 손해배상을 포함하는 완전한 구제가 이루어질 수 있다. Bd. of Trs. of the Univ. of Ala. v. Garrett, 531 U.S. 356, 374 n.9 (2001); United States v. Miss. Dep't of Pub. Safety, 321 F.3d 495, 499 (5th Cir. 2003). 따라서, 위 사용자들도 다른 모든 사용자들과 마찬가지로 보복 금지 관련 규정을 준수하여야 할 필요가 있다.

369) 이러한 관행 중 다수는 직장 내 보복: 원인, 구제수단 및 방지 대책(0)에 관한 EEOC의 2015년 6월 17일자 회의에서 이루어진 증언과 논의들로부터 발전되었다. 다음의 링크에서 회의록과 회의 영상 및 진술서를 확인할 수 있다:  
<https://www.eec.gov/meetings/meeting-june-17-2015-retaliation-workplace-causes-remedies-and-strategies-prevention>.

사용자는 임금에 관하여 문의, 공개하거나 달리 논의하는 것에 관하여 증대하게 불리한 조치를 취하는 등 근로자들이 보호 대상 행위에 관여하는 것을 저지할 수 있는 공식 또는 비공식적 징벌 정책을 폐지하기 위한 개정을 고려하여야 한다. 대부분의 민간 부문 사용자들이 임금을 공개하거나 발표하여야 할 의무를 부담하고 있지는 않으나, 근로자들이 임금에 대하여 문의 또는 논의하지 못하도록 하거나 그에 관하여 징계하는 행위는 연방 및/또는 주의 법령상 보복에 해당할 수 있다. *supra* § II- A.2.f (보수와 관련한 질의 및 기타 논의)를 참조한다.

## B. 교육

사용자는 교육과 관련하여 다음과 같은 아이디어를 고려하여야 한다:

- 모든 매니저, 관리자 및 근로자를 대상으로 하는 성문화된 사용자의 보복 금지 정책에 관한 교육.
- 보복은 용납되지 않을 것이라는 최고 경영진으로부터의 메시지, 다양한 양식의 정책 및 절차에 관한 정보 제공 및 주기적인 재교육 실시.
- 특정한 사업장에서 발생한 EEO 관련 지식과 행동 양식의 부족한 부분에 관한 맞춤 교육 (근로자들이 어떠한 행위가 보호 대상 행위에 해당하는지에 관하여 인지하도록 하고, 실제로 발생하였거나 발생할 가능성이 있는 문제 상황을 피하는 방법에 관한 사례를 제공함).
- 위와 같은 상황을 해결할 수 있었을 대안적이고 예비적인 EEO 구제 신청 방법에 관한 명시적인 설명. 특히, 매니저 및 관리자들에 보복적이지 않은 정당한 사유로 근로자들에 징계를 내리고 그들의 업무 성과를 평가하도록 할 수 있는 시나리오 및 조언을 제공할 수 있음.
- EEO 위반 혐의가 있는 자들, 특히 매니저들 및 관리자들에 복수나 응징의 감정이 생길 수 는 있지만 그와 같은 감정에 따라 행동하여서는 안 된다고 강조함.
- 근로자들이 EEO 위반 혐의에 대하여 문제를 제기하는 경우에 어떻게 하면 즉각적으로 반응하고 사전 대책을 강구할 수 있는지에 관하여 경영진 및 인사팀 직원들을 교육함 (제기된 문제나 의문이 완전하게 이해될 수 있도록 이를 명확하게 하고 추가적인 정보를 제공하는 기본적인 교육과 관리자에 제기된 사안을 처리하는 것에 필요한 컨설팅을 제공하는 것, 그리고 문제를 제기한 근로자에 가능한 신속하게 후속 조치에 관하여 알리는 것 등 포함).
- 교육 대상자를 사무실에서 근무하는 근로자로 제한하지 않음. EEO 준수 및 보복 금지 교육을 다양한 근로 환경에서 근무하는 근로자들, 예컨대, 제조 및 서비스 산업 내 저임금 근로자 및 관리자, 육체노동자 및 농장 근로자들 등에게 제공함.
- 일부 사회과학 연구자들이 보복 행위를 억제하는 것에 도움이 될 수 있다고 제안한 사업장의 존중받는 분위기를 장려하는 전반적인 노력을 고려함.

## C. 근로자, 매니저 및 관리자를 대상으로 하는 보복 금지의 권고 및 개별 지원

EEO 혐의에 따른 사용자의 대응 및 조사에 자동적으로 뒤따르는 부분은 보복 금지 정책과 보복 혐의를 보고하는 방법 및 그에 관여하는 것을 피하는 방법 등에 관하여 모든 당사자 및 증인에게 정보를 제공하는 것이어야 한다. 이 디브리핑의 일환으로서, 차별에 관여한 혐의가 있는 매니저 및 관리자에 그가 관리 직무를 이행하고 직장 내에서 교류하는 것에 있어 그와 같은 혐의에 대한 개인적인 감정을 어떻게 다스려야 하는지에 관한 가이드라인을 제공하여야 한다.

- 실질적으로 발생한 또는 발생의 위험이 있는 보복에 대한 팁 및 문제 상황의 처리를 위한 조언 및 상담에 관한 자료에 대한 접근 권한의 제공. 이는 제기된 이후 매니저, 관리자 또는 증인의 표준적인 디브리핑의 일환으로 발생할 수 있고, 차별을 당했다고 주장하는 자들이 문제 상황에 대한 우려나 억울함을 표시하고 실질적으로 발생한 또는 발생의 위험이 있는 보복에 대한 향후의 정책을 보조할 수 있도록 그에 인사팀, EEO 또는 기타 담당 매니저나 전문가로부터의 신속한 조언이 제공될 수 있도록 함.

## D. 예방적 후속 조치

사용자는 EEO 사안이 진행되는 동안, 실질적으로 발생한 또는 발생의 위험이 있는 보복에 대한 우려가 있는지에 대해 확인하고 그에 관하여 가이드라인을 제공하기 위한 목적으로 근로자, 매니저 및 증인과 연락하고자 할 수 있다. 이는 쟁점들이 보다 심각해지기 전에 이를 확인하고, 근로자와 증인들을 보복으로부터 보호하겠다는 사용자의 의사를 나타냄으로써 이들을 안심시킬 수 있는 기회를 제공한다. 이는 또한 오랜 시간 동안 결정이 이루어지지 않은 차별 관련 사안에 대하여 최종적 해결에 이르기 전에 해당 사안에 관여할 수 있는 매니저와 관리자들에게 지속적인 지원과 조언을 제공할 기회를 제공한다.

## E. EEO의 준수 확보를 위한 인사조치의 검토

인사팀 또는 EEO 전문가, 담당 임원, 사내 변호사 또는 기타 담당자로 하여금 고용 조치의 가능한 결과에 대하여 검토하여 그와 같은 조치가 차별적이거나 보복적이지 않은 정당한 사유에 근거하여 이루어지도록 하는 것을 고려한다. 위와 같이 검토를 담당하는 자는 다음을 준수하여야 한다:

- 결정권자로 하여금 결과를 발생시키는 조치를 취하는 이유를 확인하도록 하고, 그와 같은 결정을 뒷받침하는 문서 자료를 확보하도록 함;
- 업무성과 평가를 면밀히 조사하여 평가가 건전한 사실에 기반하였고 불법적인 동기에 의하지 않았음을 확인하고, 매니저들에 일관성이 필요함을 강조함;
- 보복이 이루어졌다고 판단되는 경우, 유용할 수 있는 절차적 변경을 확인하고 이행함; 및
- 사용 가능한 모든 데이터 및 기타 자료를 검토하여 규정의 준수에 결함이 있는 특정한 조직 구성 요소가 있는지와 그 사유를 확인하고, 그에 대한 교육 및 감독 또는 확인된 취약점을 다루기 위한 변경을 이행함.

보복의 발생 가능성을 줄이기 위한 추가적인 의견에 대해서는 다음을 참조한다: Retaliation - Making it Personal, Equal Emp't Opportunity Comm'n,

[https://www.eeoc.gov/laws/types/retaliation\\_considerations.cfm](https://www.eeoc.gov/laws/types/retaliation_considerations.cfm).

## 제11절. 캐나다 인권지침<sup>370)</sup>

### 1. 캐나다 연령지침(Age Guidelines (SI/78-165))

SI/78-165

CANADIAN HUMAN RIGHTS ACT

Registration 1978-10-25

일반 공중이 이용할 수 있는 상품, 서비스 및 시설의 제공에 있어 차별적 요금, 요율 또는 수수료를 정당화하는 연령과 관련된 합리적 처우에 관한 캐나다 인권위원회의 지침

캐나다 인권위원회는, 캐나다 인권법 제14조 제(e)호 및 제22조 제(2)항에 따라 일반 공중이 이용할 수 있는 상품, 서비스 및 시설의 제공에 대한 차별적 요금, 요율 및 수수료를 정당화하는 연령과 관련된 합리적인 처우를 존중하기 위하여 이 지침을 발표한다.

Dated at Ottawa, October 10, 1978

#### 제1조(표제-Short Title)

이 지침은 연령 지침(Age Guidelines)으로 인용될 수 있다.

#### 제2조(해석)

이 지침에서 법(Act)은 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act)을 말한다.

#### 제3조(지침)

일반 공중이 관례적으로 이용할 수 있는 상품, 서비스, 시설 또는 숙박 시설의 제공에 있어 개인과 관련하여 불리한 차별이 아동, 청소년 또는 노인에게 대한 요금, 요율 또는 수수료의 감액 또는 면제(reduction or absence of rates, fares or charges)에만 근거한 경우에는 불리한 차별은 합리적이며, 위원회의 의견으로는 법 제5조가 의미하는 차별적 처우가 아니다.

---

370) <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/h-6/>>

## 2. 캐나다 인권위원회의 제3호 규칙(By-law No. 3 of the Canadian Human Rights Commission (SOR/78-223))

SOR/78-223

CANADIAN HUMAN RIGHTS ACT

Registration 1978-03-07

캐나다 총독은, 법무부 장관의 권고에 따라 캐나다 인권법 제64조에 의거하여 1978년 6월 1일 이전에 발생한 사실에 대하여 캐나다 인권법 제11조에 따른 진정의 제기를 제한하는 캐나다 인권위원회의 규칙을 승인한다.

### 제3호 규정(By-law No. 3)

법 제64조에 따른 진정의 제기를 제한하는 규칙.

법 제11조에서 금지하고 있는 남녀 근로자 간 임금차별의 성립 또는 유지에 관한 진정의 제기는 그러한 진정이 1978년 6월 1일 이전에 고려되지 않은 범위로 제한된다.

### 3. 캐나다 인권 급여 규정(Canadian Human Rights Benefit Regulations)

SOR/80-68

CANADIAN HUMAN RIGHTS ACT

Registration 1980-01-11

캐나다 인권법 연금 및 보험 규정(Canadian Human Rights Pension and Insurance Regulations)

P.C. 1980-166 1980-01-11

캐나다 총독은 캐나다 인권법 제18조에 따라 법무장관의 제청으로 1980년 3월 1일 캐나다 인권 연금 및 보험 규정을 제정한다.

#### 제1조(표제)

이 규정은 캐나다 인권 급여 규정(Canadian Human Rights Benefit Regulations)으로 인용할 수 있다.

#### 제2조(해석)

(1) 이 규정에서 사용되는 용어의 의미는 다음과 같다.

**법(Act)**은 캐나다 인권법을 의미한다.

**보험수리적 기준(actuarial basis)**이란 캐나다 보험기관 연구소의 펠로우(Fellow of the Canadian Institute of Actuaries)가 사망, 사고, 질병 또는 질병과 같은 인간 생명의 우발상황을 고려하여 급여 계획에 따른 급여비용을 설정하기 위해 사용하는 가정과 방법의 기초를 말한다.

**급여(benefit)**는 각각의 급여제도(benefit plan)와 관련하여 다음을 포함한다.

- (a) 퇴직, 퇴직, 퇴직, 고용의 종료, 장애, 사고, 질병 또는 사망에 관한 계획에 따라 직원 또는 그 수혜자, 유족, 배우자, 자녀 또는 부양가족이 자격이 있거나 자격이 있는 금액의 합계 금액 또는 연간 금액, 월액 또는 기타 정기 금액, 발생 금액
- (b) (a)항에 언급된 사람 중 한 명이 의료, 병원, 간호, 약물 또는 치과 비용 또는 기타 유사한 비용에 대한 계획에 따라 자격이 있거나 부여될 수 있는 금액
- (c) (a)항에 언급된 사람 중 한 명이 퇴직, 퇴직 또는 해고 계획에 따라 자격이 주어지거나 부여될 수 있는 금액 또는 다른 사람의 사망에 관한 계획에 따라 자격이 주어지거나 부여될 수 있는 금액

**급여제도(benefit plan)**란 보험제도 또는 연금제도의 약관이 서면으로 작성되었는지 여부에 관계없이 보험제도 또는 연금제도를 말한다.

**아동(child)**은, 급여제도에 따른 근로자와 관련하여, 해당 기간 내에 주어진 의미를 가지며, 친자, 배우자의 자(stepchild) 또는 입양된 아동(adopted child)을 포함한다.

**피부양자(dependant)**는 급여제도에 따른 근로자와 관련하여, 급여제도에서의 해당 조건에 해당하는 의미를 갖는다.

**장애소득보험제도(disability income insurance plan)** 또는 **장애소득급여제도(disability income benefit plan)**란 제도, 기금 또는 약정의 조건에 따라 근로자에게 질병, 사고 또는 장애로 인한 소득손실에 대한 급여를 제공하는 제도, 기금 또는 약정을 말한다.

**의료보험제도(health insurance plan)** 또는 **의료급여제도(health benefit plan)**란

(a) 직원, 배우자, 자녀 또는 직원의 부양가족이나

(b) 사망한 직원의 경우, 배우자, 자녀 또는 직원의 부양가족에게,

의료, 병원, 간호, 약물 또는 치과 비용 또는 기타 유사한 비용 등의 급여를 제공하는 제도, 기금 또는 약정을 말한다.

**보험제도(insurance plan)**란 장애소득보험, 건강보험 또는 생명보험을 말한다.

생명보험제도(life insurance plan)란

- (a) 근로자가 사망한 경우 그 수혜자, 유족 또는 부양가족에게, 또는
  - (b) 배우자, 자녀 또는 부양가족이 사망한 경우 근로자에게
- 일시불 또는 정기불로 급여를 제공하는 제도, 기금 또는 약정을 말한다.

**정상퇴직연령(normal age of retirement)**은 개인의 고용 또는 직위에 관하여, 법 제14조 제(b)항에 언급된 고용 또는 직위에 적용할 수 있는 최대 연령 또는 법 제14조 제(c)항에 언급된 고용 또는 직위에 적용할 수 있는 연령을 의미한다.

**정상연금수급연령(normal pensionable age)**이란 연금제도하에서 근로자가 일정한 연령에 이르렀거나 일정한 재직기간에 이르러 근로자가 퇴직할 수 있고 조기퇴직을 이유로 조정하지 않고 제도의 조건에 따라 수급권자가 받을 수 있는 모든 급여를 받을 수 있는 제도 중 가장 이른 날을 말한다.

**배우자(spouse)**는 급여제도에 따른 근로자와 관련하여, 급여제도에서 규정한 의미를 가지며, 급여제도에서 규정하는 의미 내에 근로자의 법률상 배우자인 사람을 포함한다.

- (a) 제(2)항에 따라 결정된 최소 기간 동안,
  - (i) 이성(異性)의 일원인 근로자와 지속적으로 거주하고 있었는데, 법적으로 그 근로자는 근로자나 자신의 전혼(前婚)을 이유로 혼인이 금지되고, 또한
  - (ii) 근로자와 그 사람은 공개적으로 남편과 아내로 표시되었던 자
- (b) 제(3)항에 따라 결정된 최소기간 동안, 이성의 구성원인 근로자와 지속적으로 거주했으며, 이 기간 동안 해당 근로자와 남편과 아내로 공개적으로 표시되었으며, 이로 인하여 다음과 같은 급여를 받을 수 있는 해당 사건 발생 당시에도 계속 거주하였고, 다른 사람과 결혼하지 않은 자

**근로자의 자발적 기여(voluntary employee contribution)**란 근로자가 급여제도에 가입하거나 급여제도에 따라 자발적으로 기부하는 것을 말하며, 제도의 조건에 따라 고용주에게 동시에 추가 출연할 의무를 부과하는 출연금을 말한다.

- (2) 제(1)항의 배우자의 정의의 제(a)호의 목적상, 급여제도와 관련된 최소 기간은 제도의 조건에 따라 급여를 지급하도록 하는 해당 사건 직전 3년을 초과하지 않는 기간으로, 제도의 조건에 따라 명시된 기간이다.
- (3) 제(1)항의 배우자의 정의의 제(b)호의 목적상, 급여제도와 관련된 최소 기간은 제도의 조건에 따라 급여를 지급하게 하는 해당 사건 직전 1년을 초과하지 않는 기간으로, 제도의 조건에 따라 명시된 기간이다.

#### 4. 관세(Customs) 및 소비세(Excise) 인권 조사 규정(Customs and Excise Human Rights Investigation Regulations (SOR/83-196))

SOR/83-196

CANADIAN HUMAN RIGHTS ACT

Registration 1983-02-25

##### 제1조(표제)

이 규정은 관세 및 소비 인권 조사 규정(Customs and Excise Human Rights Investigation Regulations)으로 인용할 수 있다.

##### 제2조(해석)

이 규정에서 사용되는 용어의 의미는 다음과 같다.

‘법(Act)’은 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act)을 말한다.

‘위원회(Commission)’는 캐나다 인권위원회(Canadian Human Rights Commission)를 말한다.

‘부서(Department)’는 차관(Deputy Minister)이 국세청 장관(Minister of National Revenue)의 합법적인 대리인인 국세청(Department of National Revenue)의 부서를 말한다.

‘차관(Deputy Minister)’은 국세청의 관세 및 소비세 차관을 말한다.

‘공무원(officer)’은 부서에 고용된 사람을 말한다.

##### 제3조(절차)

위원회에 관세 및 소비세와 관련된 법률에 관한 행정 또는 집행에 종사하는 공무원의 행위로 인한 진정이 접수되는 경우, 위원회는 차관에게 다음을 송달한다.

- (a) 진정서의 사본
- (b) 법 제35조 제(1)항에 따라 진정을 조사하도록 지정된 조사자의 성명
- (c) 아래의 조사계획
  - (i) 조사관이 검사를 요청할 수 있는 부서의 통제하에 있다고 여겨지는 관련 문서를 특정
  - (ii) 조사관이 조사를 요청할 수 있는 담당자를 특정

##### 제4조(同前)

- (1) 제3조 제(c)호에 기술된 조사계획에 따라 조사를 수행하는 조사관은 부서의 운영상 필요성을 고려하여야 한다.
- (2) 조사관은 제3조의 규정에 의한 진정서 사본을 차관에게 송달받은 날부터 7일 이전에는 서류 또는 임원을 조사하도록 요구할 수 없다.

##### 제5조(同前)

- (1) 위원회는 제3조에 기재된 진정서의 사본을 아래의 자에게 송달하여야 한다.
  - (a) 진정서에서 특정된 각 공무원
  - (b) 진정을 야기한 행위를 한 각 공무원
  - (c) 해당 관할 지역 관세청 징수관(Regional Collector of Customs) 또는 소비세 지역 책임자(Regional Director of Excise)
- (2) 제(1)항에 따른 공무원이 조사관으로부터 조사를 요청받은 경우, 진정서 사본을 송달받은 날로부터 7일 이전에 조사를 받을 수 없다.

##### 제6조(同前)

조사계획서에 따라 조사관으로부터 조사를 요청받은 공무원은

- (a) 그의 요청에 따라 상급자인 다른 공무원의 참석하에 검사를 받을 수 있고,

(b) 심사 중에 변호사와 노동조합 대표자를 출석시킬 권리가 있다.

**제7조(同前)**

조사계획서에서 특정된 문서는 그 문서가 정상적으로 보관되는 장소에서 조사관이 조사하여야 한다.

**제8조(同前)**

위원회에서, 진정을 조사하기 위한 조사관을 지정한 다음 최초로 지정된 조사관 대신에 다른 조사관을 지정하는 경우에는 아래의 조치가 있기 전까지 진정의 조사를 계속할 수 없다.

- (a) 위원회가 차관에게 새로운 지정 사실 및 조사관의 성명을 서면으로 통지한다.
- (b) 위원회는 제5조에 따라 진정서 사본을 송달받은 공무원에게 새로운 지정 사실 및 조사관의 성명을 서면으로 통지한다.
- (c) 위원회는 전직 조사관으로부터 조사를 요청받은 모든 공무원에게 새로운 지정 사실 및 조사관의 성명을 서면으로 통지한다.

**제9조(同前)**

진정에 대한 조사가 완료된 경우, 조사자는 경우에 따라 관할 지역 관세청 징수관(Regional Collector of Customs) 또는 소비세 지역 책임자(Regional Director of Excise)에게 자신의 조사 결과와 위원회에 제출할 계획인 권고내용을 통보하여야 한다.

## 5. 균등임금 규칙(Equal Wages Guidelines, 1986 (SOR/86-1082))

SOR/86-1082

CANADIAN HUMAN RIGHTS ACT

Registration 1986-11-18

### 제1조(표제)

이 지침은 1986년 동일임금 지침(Equal Wages Guidelines, 1986.)으로 인용될 수 있다.

### 제2조(해석)

본 지침에서 법(Act)은 캐나다 인권법을 말한다.

### 제3조(가치의 평가-기술)

법 제11조 제(2)항의 목적상, 업무수행에 필요한 기술을 평가할 때 경험, 훈련, 교육 또는 자연적 능력으로 획득한 지적 및 신체적 자격을 고려하여야 한다.

### 제4조(同前)

다른 직원의 능력을 평가할 때, 직원이 제3항의 자격을 취득한 수단은 고려하지 않는다.

### 제5조(가치의 평가-노력)

법 제11조 제(2)항의 목적상, 업무수행에 필요한 노력을 평가할 때 지적 및 신체적 노력을 고려해야 한다.

### 제6조(同前)

제5조의 목적상, 지적 노력과 신체적 노력이 비교될 수 있다.

### 제7조(가치의 평가-책임)

법 제11조 제(2)항의 목적상, 업무수행에 필요한 책임을 평가할 때 직원의 기술, 재무 및 인사관리에 관한 책임의 범위를 고려해야 한다.

### 제8조(가치의 평가-근무조건)

- (1) 법 제11조 제(2)항의 목적상, 업무가 수행되는 환경을 평가할 때 소음, 온도, 격리(isolation), 신체적 위험, 건강 위험 및 스트레스를 포함한 육체적 및 심리적 업무환경을 고려해야 한다.
- (2) 법 제11조 제(2)항의 목적상, 연장근로(overtime)나 교대제 근로(work shifts)의 요건은 연장근로 또는 교대제 근로에 대하여 기본임금을 초과하는 임금이 지급되는 근무조건을 평가할 때 고려되지 않는다.

### 제9조(가치평가의 방법)

사용자가 동일한 사업장에서 고용된 직원이 수행한 업무의 가치를 평가하는 시스템에 의존하는 경우, 이러한 시스템이 아래의 요건을 충족한다면, 이 시스템은 임금 차이를 주장하는 모든 진정의 조사에 사용되어야 한다.

- (a) 어떠한 성적 편견이 없이 운영된다;
- (b) 사업장 내 모든 직무(job)의 상대적 노동가치(relative value of work)를 측정할 수 있다.
- (c) 제3조부터 제8조에 따라 결정된 기술, 노력, 책임 및 근무환경을 평가한다.

### 제10조(하나의 사업장의 근로자)

법 제11조의 목적상, 하나의 사업장의 근로자는 그 사업장의 시설의 어떤 직원에게 적용되는 단체

협약이 있는지 여부에 무관하게, 그러한 정책이 중앙에서 관리되는지 여부에 관계없이 동일한 인사 및 급여정책이 적용되는 사용자의 모든 직원을 포함한다.

### 제11조(개인에 의한 진정)

- (1) 특정할 수 있는 직업군의 구성원인 개인이 또는 그 개인을 대리하여 임금의 차이를 주장하는 진정이 제기되는 경우, 성별에 따른 집단의 구성은 진정이 제기된 행위가 성별을 근거로 차별적 처우인지 여부를 결정하는 요소이다.
- (2) 개인이 진정을 제기한 경우, 해당 사업장의 다른 직원 2명 이상이 동일가치의 업무를 수행하는 경우, 이러한 직원들에게 지급된 가중평균임금(weighted average wage)을 이용하여 진정제기자의 임금을 조정하여 산정해야 한다.

### 제12조(집단에 의한 진정)

특정 가능한 직업군이 또는 이를 대표하여 임금이 차이를 주장하는 진정을 제기하는 경우, 그러한 직업군은 주로 하나의 성별이어야 하며 비교대상인 직업군은 주로 다른 성별이어야 한다.

### 제13조(同前)

제12조의 목적상, 하나의 직업군은 진정이 제기된 날의 직전 연도에, 동일한 성별의 구성원 수가 최소한 아래 비율 이상으로 구성되어야 한다.

- (a) 100명 미만인 경우, 직업군의 70% 이상
- (b) 100명 이상 500명 이하인 경우, 직업군의 60% 이상
- (c) 500명 이상인 경우, 직군의 55% 이상

### 제14조(同前)

임금 차이를 이유로 진정을 제기한 직업군과 다른 직업군을 비교하는 경우, 다른 직업군은 하나의 직업군으로 본다.

### 제15조(同前)

- (1) 하나의 직업군과 다른 직업군의 임금 차이를 주장하는 진정이 제기되고, 각 직업군에 속하는 직원들이 수행한 업무의 가치와 수령한 임금을 직접 비교할 수 없는 경우, 법 제11조의 목적상 각 직업군의 직원이 수행한 업무와 수령한 임금은 간접적으로 비교될 수 있다.
- (2) 위 제(1)항에서 언급된 직업군들의 직원들이 수령한 임금을 비교하는 목적상, 다른 직업군의 임금곡선(wage curve)을 사용하여 진정을 제기한 직업군과 다른 직업군의 직원들 사이의 임금의 차이를 비교해야 한다.

### 제16조(합리적 요인)

법 제11조 제(3)항의 목적상, 하나의 사업장에서 동일한 가치의 업무를 수행하는 남성과 여성 직원 사이의 임금 차이는 다음의 경우에 정당화된다.

- (a) 직원들이 공식적인 공식적인 성과 평가 시스템의 적용을 받는 경우에 있어서의 다른 성과 등급
- (b) 직원에게 적용되는 보수체계가 사용자와의 근속연수에 따라 정기적인 임금인상이 되는 경우에 있어서의 연공서열(seniority)
- (c) 직원의 직급에 대한 재평가 및 강등(a re-evaluation and downgrading of the position of an employee)의 경우 하향된 직위에 적합한 임금이 해당 직원의 임금보다 같거나 높을 때까지 해당 직원의 임금이 일시적으로 고정되거나 또는 해당 직원의 임금 인상이 감액되는 부분
- (d) 사용자가 부상 또는 질병으로 인한 제한된 기간의 회복기간 중 해당 직원이 수행한 업무의 가치에 의해 상응하는 것보다 높은 임금을 지급하는 경우에 있어서의 재활급여(a rehabilitation assignment)
- (f) 제(e)호에 명시된 이유에 따라 임금을 점진적으로 낮추는 절차
- (g) 남성과 여성 직원이 동등하게 활용할 수 있고, 해당 프로그램에 참여하는 직원의 경력 진전으로 이어지는 직원육성프로그램의 목적상, 해당 직위에 임시로 배치된 직원에게 그 직위에 상시 근무하는 직원과 다른 수준의 임금을 지급하는 경우에 있어서의 임시 훈련 직위(temporary

training position)

(h) 특정한 직업군에 관한 내부 노동력 부족

(i) 더 낮은 수준으로 직위가 재분류된 사람에게 종전의 상위 직급에 대하여 설정된 수준의 임금을 계속 지급하는 경우

(j) 직원들에게 적용되는 임금표가 사업장의 위치한 지리적 영역에 따라 동일한 직무에 대해 다른 임금을 규정하는 경우에 있어서의 지역임금률(regional rates of wages)

**제17조(同前)**

제16조에 규정된 요인에 근거하여 임금 차이를 정당화하기 위해서는, 사용자는 그러한 요인이 동일 가치의 업무를 수행하는 해당 사업장에 고용된 모든 남성 및 여성 직원의 임금의 계산 및 지급에 대하여 일관되고 공평하게 적용됨을 입증해야 한다.

**제18조(同前)**

제17조의 요건에 추가하여 제16조 제(h)호에 근거하여 임금 차이를 정당화하기 위해서는, 사용자는 내부 노동력 부족의 영향을 받는 직종별 직원 그룹과 동일가치의 업무를 수행하는 직종과 주로 같은 성별을 가진 다른 직원 그룹 사이에 유사한 차이가 존재함을 입증해야 한다.

**제19조(同前)**

제17조의 요건에 추가하여 제16조 제(i)호에 근거하여 임금 차이를 정당화하기 위해서는, 사용자는 다음의 사항을 입증해야 한다.

(a) 재분류 이후 신규 채용된 직원은 종전 분류에 따라 설정된 수준의 임금을 받지 못했다.

(b) 이전 분류에 따라 설정된 임금표를 기준으로 임금을 지급받는 현직자와 그와 동일가치의 업무를 수행하는, 진정을 제기한 직업군과 주로 같은 성별의 근로자들로 구성된 또 다른 직업군 간에 차이가 있다.

6. 인권재판소 항소 규정(Human Rights Tribunal Appeal Regulations (SOR/80-394))

SOR/80-394  
CANADIAN HUMAN RIGHTS ACT  
Registration 1980-05-27

제1조(표제)

이 규정은 인권재판소 항소 규정(Human Rights Tribunal Appeal Regulations)으로 인용될 수 있다.

제2조 [폐지, SOR/90-286, s. 1]

제3조 [폐지, SOR/90-286, s. 2]

제4조(항소의 통지)

모든 당사자에 대한 항소장의 송달은 인편 또는 등기우편(registered mail)으로 할 수 있다.

제5조 [폐지, SOR/90-286, s. 3]

제6조(同前)

항소의 통지는 별지에 규정된 방식으로 하여야 한다.

[별지]

Notice of Appeal TAKE NOTICE that the Appellant appeals against the decision of a Human Rights Tribunal pronounced the ----- ----- day of -----, 19 -----. The Appellant proposes that this appeal be heard at ----- ----- in the ----- Province of ----- -----. The Appellant's address for service is ----- -----. The Appellant appeals on the following grounds (a brief statement of the points to be argued). D A T E D at ----- -----, the -----
---



## 7. 출입국 조사 규정(Immigration Investigation Regulations (SOR/80-686))

SOR/80-686

CANADIAN HUMAN RIGHTS ACT

Registration 1980-08-27

### 제1조(표제)

이 규정은 출입국 조사 규정(Immigration Investigation Regulations)으로 인용될 수 있다.

### 제2조(해석)

이 규정에서 사용되는 용어의 의미는 다음과 같다.

**위원회(Commission)**는 캐나다 인권위원회(Canadian Human Rights Commission)를 말한다.

### 제3조(절차)

위원회가 캐나다 고용 이민 위원회(Canada Employment and Immigration Commission) 또는 그 임직원을 상대로 이민과 관련된 진정을 접수하는 경우, 위원회는 캐나다 고용 이민 위원회의 의장과 위원회에 아래를 제공한다.

(a) 진정서 사본

(b) 법 제35조 제(1)항에 따라 불만사항을 조사하도록 지정된 조사자의 이름,

(c) (i) 조사관에 의하여 조사되어야 하는 캐나다 고용 이민 위원회의 소유로 간주되는 관련 문서를 특정하고, (ii) 캐나다 고용 이민 위원회의 근로자 중 조사관에 의해 조사를 받아야 하는 사람을 특정하고, 그러한 문서나 사람에 대한 조사에 필요한 날짜와 시간을 명시한 조사계획서

### 제4조(同前)

조사계획은 캐나다 고용 이민위원회 위원장이 진정서 사본을 송달받은 날부터 7영업일 이전에 문서 또는 사람을 조사하도록 하여서는 아니 된다.

### 제5조(同前)

위원회는 또한 캐나다 고용 이민위원회의 근로자 중 해당 진정에서 특정된 사람 또는 해당 조치로 인하여 진정을 야기한 사람에게 진정서 사본을 송부하여야 하고, 만일 그 사람이 조사관의 조사를 받아야 하는 경우 진정서 사본을 받은 후 48시간 이내에는 조사를 할 수 없다.

---

---

## 제 3장

---

---

### 해 외 법 제

---

---



# I. 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act)<sup>391)</sup>

## 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act)<sup>371)</sup>

R.S.C., 1985, c. H-6

캐나다에서 차별을 금지하는 법(laws)을 확대한 법률(Act)

### 표제(Short Title)

#### 제1조(표제)

이 법은 “캐나다 인권법(Canadian Human

Rights Act)” 으로 인용될 수 있다.

1976-77, c. 33, s. 1.

### 법률의 목적

#### 제2조(목적)

이 법의 목적은 의회의 입법 권한에 속하는 사안의 범위 내에서 모든 개인이 자신이 가질 수 있고 원하는 삶을 스스로 만들 수 있는 기회를 다른 개인과 동등하게 가져야 한다는 원칙에 따라 사회의 일원으로서 인종, 출신국가 또는 출신민족, 피부색, 종교, 연령, 성별, 성적지향, 성 정체성, 결혼여부, 가족관계, 유전적 특성,

장애 등을 근거로 차별 받지 않으면서 자신의 의무와 책임에 따라 각자가 가질 수 있고 또한 갖기를 원하는 삶을 누릴 수 있도록 캐나다의 법을 확장하는 것이다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 2; 1996, c. 14, s. 1; 1998, c. 9, s. 9; 2012, c. 1, s. 137(E); 2017, c. 3, ss. 9, 11, c. 13, s. 1.

### 제1부 금지된 차별(Proscribed Discrimination)

#### 총칙

#### 제3조(차별금지사유)

(1) 이 법의 목적상 범위 내에서 인종, 출신국가 또는 출신민족, 피부색, 종교, 연령, 성별, 성적지향, 성 정체성 또는 표현, 결혼여부, 가족관계, 유전적 특성, 신체장애 및 사면이 승인되었거나 기록 정지 명령이 내려진 유죄판결은 차별의 금지된다.

(2) 임신이나 출산을 사유로 한 차별은 성별에 근거한 차별로 본다.

(3) 유전자 검사의 요청을 거부하거나 유전자 검사 결과의 공개 또는 공개를 허가하는 것에 근거한 차별은 유전적 특성에 근거한 것으로 본다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 3; 1996, c. 14, s. 2; 2012, c. 1, s. 138(E); 2017, c. 3, ss. 10, 11, c. 13, s. 2.

#### 제3.1조(복수 사유에 의한 차별)

보다 명확하게 하기 위하여, 하나 이상의 금지된 차별 사유 또는 금지된 사유의 결합의 효과에 근거한 관행은 차별적 처우에 해당한다.

1998, c. 9, s. 11.

#### 제4조(차별적 처우에 관한 규정)

본법의 제5조에서 제14.1조에 규정된 차별적 처우는 본법의 제3부에 따라 진정의 대상이 될 수 있으며, 차별적 처우에 가담하거나 가담했던 것으로 인정된 사람은 제53조에 따른 명령을 받을 수 있다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 4; 1998, c. 9, s. 11; 2013, c. 37, s. 1.

### 차별적 처우(Discriminatory Practices)

#### 제5조(재화, 용역, 편의 및 시설의 거부)

공중(公衆)이 통상 이용할 수 있는 상품, 용역,

서비스, 시설 또는 숙박을 제공함에 있어 차별 금지 사유를 이유로

- (a) 어떠한 개인에게 그러한 상품, 서비스, 시설 또는 숙박에 대한 접근을 거부하거나 거부하거나,
  - (b) 어떠한 개인을 불리하게 구별하는(differentiate) 것은 차별적 처우이다.
- 1976-77, c. 33, s. 5.

**제6조(상업용 부동산이나 주거시설의 거부)**

- 상업용 건물 또는 주거를 제공함에 있어 차별금지 사유를 이유로
- (a) 어떠한 개인에 대하여 그러한 건물 또는 주거의 점유를 거부하거나,
  - (b) 어떠한 개인을 불리하게 구별하는(differentiate) 것은 차별적 처우이다.
- 1976-77, c. 33, s. 6.

**제7조(고용)**

- 직접 또는 간접적으로 차별금지 사유를 근거로
- (a) 어떠한 개인을 채용하지 않거나 계속 고용을 거부하거나,
  - (b) 고용하는 동안 어떠한 근로자를 불리하게 구별하는 것은 차별적 처우이다.
- 1976-77, c. 33, s. 7; 1980-81-82-83, c. 143, s. 3(F).

**제8조(구직신청서, 구인광고)**

- 차별금지 사유에 근거한 자격제한(limitation), 특정(specification) 또는 선호(preference)를 명시 또는 암시하는
- (a) 모든 형태의 구직신청서를 사용 또는 유포하거나,
  - (b) 고용 및 장래의 고용과 관련하여 광고를 게재하거나 서면 또는 구두상 질문을 하는 것은 차별적 처우이다.
- 1976-77, c. 33, s. 8.

**제9조(근로자 단체)**

- (1) 근로자 단체(employee organization)가 차별금지 사유에 근거하여
  - (a) 어떠한 개인의 정회원 자격을 배제하거나,
  - (b) 회원 자격을 박탈 또는 정지하거나, 또는
  - (c) 어떠한 개인이 단체의 구성원이거나 또는 단체협약에 따른 단체의 의무가 그와 관련된 경우, 그러한 개인의 고용 기회를 박탈하거나 고용 기회를 제한하거나 그 외 개인의 지위에 부정적 영향을 미

치는 방법으로 그 개인을 제한(limit), 분리(segregate), 분류(classify)하는 등의 행위를 하는 것은 차별적 처우이다.

- (2) [폐지, 2011, c. 24, s. 165]
  - (3) [폐지, 1998, c. 9, s. 12]
- R.S., 1985, c. H-6, s. 9; 1998, c. 9, s. 12; 2011, c. 24, s. 165.

**제10조(차별적 정책 또는 처우)**

- 사용자, 근로자 단체 또는 사용자단체(employer organization)가 차별금지 사유를 근거로 어떤 개인이나 집단(class of individuals)의 고용기회를 박탈하거나 박탈하는 경향이 있는
- (a) 규칙 또는 관행을 제정 또는 추진하거나,
  - (b) 채용, 추천, 채용, 승진, 교육, 건설, 전근 또는 고용 또는 장래 고용과 관련된 기타 문제에 영향을 미치는 계약을 체결하는 것은 차별적 처우이다.
- R.S., 1985, c. H-6, s. 10; 1998, c. 9, s. 13(E).

**제11조**

- (1) **평등임금**  
고용주가 동일가치 업무(work of equal value)를 수행하는 동일한 사업장에서 고용된 남녀 직원의 임금에 차이를 두거나 그러한 상태를 유지하는 것은 차별적 처우이다.
- (2) **업무가치의 평가**  
동일한 사업장에 고용된 직원이 수행되는 업무의 가치를 평가할 때에는 업무수행에 필요한 기술, 노력, 책임 및 업무수행조건을 종합한 기준으로 평가한다.
- (3) **사업장 분리**  
남녀 직원 간에 임금에 차이를 두거나 그러한 상태를 유지하려는 목적으로 사용자가 단독으로 또는 주도적으로 설립하거나 유지하는 별도의 사업장은 본조의 목적상 동일한 사업장으로 본다.
- (4) **규정된 합리적 요인에 따른 임금의 차이**  
상기 제(1)항에도 불구하고, 남녀 직원에게 상이한 임금을 지급하더라도 그 차이가 제27조 제(2)항에 따라 캐나다 인권위원회에서 발행한 지침에 규정된 임금의 차이를 정당화하는 합리적 요인(reasonable factor)에 근거한 경우에는 차별적 처우로 볼 수 없다.
- (5) **상동**  
보다 명확하게 하기 위하여, 성별은 임금의 차이를 정당화하는 합리적 요인(reasonable factor)이 될 수 없다.

**(6) 임금삭감의 금지**

사용자는 본조에 규정된 차별적 처우를 해소하기 위해 임금을 삭감하여서는 아니 된다.

**(7) '임금' 의 정의**

본조의 목적 범위 내에서 '임금' 이란 개인이 수행한 업무에 대해 지급해야 하는 모든 형태의 보수(remuneration)를 의미하며, 다음 항목을 포함한다.

- (a) 급여, 수수료, 휴가수당, 해고수당 및 상여금
  - (b) [사용자가 제공한] 기숙, 임대, 주거 및 하숙에 대한 합리적인 평가액
  - (c) 현물지급
  - (d) 연금지급, 장기 장해보험 기타 모든 형태의 의료보험에 대한 사용자 부담분
  - (e) 개인이 사용자로부터 직·간접적으로 받은 기타 모든 혜택
- 1976-77, c. 33, s. 11.

**제12조(차별적 통지의 발표 등)**

공중에게 공표 또는 전시하거나 공중에게 공표 또는 게재되도록 한 모든 통지, 신호, 상징, 상징물 기타 표현이

- (a) 차별 또는 차별의 의도를 표현 또는 암시하거나,
  - (b) 다른 사람에게 차별을 하도록 선동하거나 선동하도록 계산된 경우
- 그러한 차별이 제5조부터 제11조 또는 제14절에 규정된 차별적 처우에 해당한다면 차별적 처우이다.
- 1976-77, c. 33, s. 12; 1980-81-82-83, c. 143, s. 6.

**제13조 (혐오 표현)**

[폐지, 2013, c. 37, s. 2]

**제14조**

**(1) 괴롭힘**

차별금지 사유를 근거로

- (a) 공중이 통상적으로 이용할 수 있는 상품, 용역, 시설 또는 숙박의 제공,
  - (b) 상업용 건물 또는 주거의 제공, 또는
  - (c) 고용과 관련된 사안에 관하여
- 개인을 괴롭히는 행위는 차별적 처우이다.

**(2) 성적 괴롭힘**

상기 제1항의 일반규정을 제한하지 않고, 성적 괴롭힘은 같은 항의 [적용의] 목적에서 차별금지 사유에 근거로 한 괴롭힘으로 본다.

1980-81-82-83, c. 143, s. 7.

**제14.1조(보복)**

이 법 제3부에 의하여 진정을 당한 사람 또는 그를 대표하는 사람이 진정을 제기한 사람이나 피해자로 주장되는 사람(alleged victim)에게 보복을 하거나 보복의 위협을 가하는 것은 차별적 처우이다.

1998, c. 9, s. 14.

**제15조**

**(1) 예외**

다음의 경우는 차별적 처우에 해당하지 않는다.

- (a) 사용자에게 의해 설정된 고용과 관련된 모든 거부, 배제, 제명, 자격정지, 제한, 특정 또는 선호가 진정한(bona fide) 직업요건에 근거한 경우
- (b) 법률 또는 이 항과 관련하여 총독(Governor in Council)이 제정한 규칙에 의한 최소연령에 도달하지 않았거나 최고연령에 도달했음을 이유로 어떠한 개인의 고용을 거부하거나 고용을 종료시키는 행위
- (c) [폐지, 2011, c. 24, s. 166]
- (d) 사용자, 근로자 단체, 사용자 단체가 설정한 연금지급 기금 및 계획이 연금혜택 기준법(1985)<sup>372</sup> 제17조와 제18조에 따라 고정된 또는 결정가능한 연령(determinable age)에 이르면 의무적으로 연금지급을 이행하도록 되어 있는 경우
- (d.1) 등록결합연금기금(pooled registered pension plan)이 연금보험법<sup>373</sup> 제48조 또는 제55조에 따라 고정연령에만 변동지급 또는 기금 이전을 하도록 규정하는 경우
- (e) 어떠한 개인이 금지된 차별사유에 대하여 이 법 제27조 제2항에 따라 캐나다 인권위원회가 제정한 지침이 합리적 요인(reasonable factor)으로 규정한 방식에 따라 차별을 받은 경우
- (f) 사용자, 근로자 단체, 사용자단체가 여성 직원에게 임신 또는 출산과 관련한 특별휴가 또는 급여를 부여하거나, 직원에서 육아를 지원하기 위한 특별휴가 또는 급여를 부여하는 경우
- (g) 제5조나 제6조에 규정된 상황에서, 어떠한 개인이 상품, 용역, 시설 또는 숙박의 이용이나 상업용 건물 또는 주거의 점유 또는 접근을 거부당하거나 또는 불리한 구별(adverse differentiation)의 피해자이나 그러한 거부나 구별에 대한 진정한(bona fide) 정당성이 있는 경우

- (f) 사용자, 근로자 단체, 사용자단체가 여성 직원에게 임신 또는 출산과 관련한 특별휴가 또는 급여를 부여하거나, 직원에서 육아를 지원하기 위한 특별휴가 또는 급여를 부여하는 경우
- (g) 제5조나 제6조에 규정된 상황에서, 어떠한 개인이 상품, 용역, 시설 또는 숙박의 이용이나 상업용 건물 또는 주거의 점유 또는 접근을 거부당하거나 또는 불리한 구별(adverse differentiation)의 피해자이나 그러한 거부나 구별에 대한 진정한(bona fide) 정당성이 있는 경우

**(2) 수요의 수용(Accommodation of needs)**

상기 제(1)항 제(a)호에서 언급된 어떠한 처우

가 진정한 직업요건(bona fide occupational requirement)으로 인정받거나, 제(1)조 제(g)호에서 언급된 처우가 진정한 정당성(bona fide justification)이 있는 것으로 인정받기 위해서는, [이러한 처우로] 영향을 받는 개인이나 집단의 수요를 수용하는 것이 건강, 안전 및 비용을 고려하여 그 수요를 수용해야 하는 자에게 과도한 고충(undue hardship)을 부과한다는 점이 확인되어야 한다.

### (3) 규칙

총독(Governor in Council)은 과도한 고충(undue hardship)을 평가하기 위한 기준을 정하는 규칙을 제정할 수 있다.

### (4) 규칙안의 공포

위 (3)항에 따라 총독이 제안하는 각 규칙(안)은 캐나다 관보(Canada Gazette)에 게재하여야 하며, 이에 관하여 이해관계자에게 의견을 제출할 수 있는 합리적인 기회가 제공되어야 한다.

### (5) 협의

캐나다 인권위원회는 상기 (3)항에 따라 총독이 제안한 규칙(안)에 관하여 공개 협의를 하며, 캐나다 관보에 제안된 규칙(안)을 공표한 후 합리적인 기간 내에 장관(Minister)에게 협의 결과를 보고해야 한다.

### (6) 예외

제안된 규칙(안)은 의견의 결과에 따라 수정되었는지 여부에 관계없이 2회 이상(more than once) 공표할 필요는 없다.

### (7) 규칙의 제정

총독은 제(5)항에 따른 보고가 제출되었는지 여부에 관계없이 캐나다 관보에 제안된 규칙(안)이 게재된 후 6개월이 경과한 후 (3)항에 따른 규칙을 제정할 수 있다.

### (8) 적용

본조는 직접차별(direct discrimination) 또는 불리한 영향을 주는 차별(adverse effect discrimination)을 초래하는지 여부에 관계없이 처우와 관련하여 적용된다.

### (9) 캐나다 군의 의무의 보편성

제(2)항은 캐나다 군대의 구성원은 항상 그리고 어떤 상황에서도 그들에게 요구되는 모든 기능을 수행해야 한다는 의무의 보편성의 원칙(principle of universality of service)을 따른다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 15; R.S., 1985, c. 32 (2nd Supp.), s. 41; 1998, c. 9, ss. 10, 15; 2011, c. 24, s. 166; 2012, c. 16, s. 83.

## 제16조

### (1) 특별 프로그램

어떤 개인 또는 법인이 차별금지 사유에 근거하거나 관련하여 당하게 되는 불이익을 재화, 용역, 편의, 시설 또는 고용과 관련된 기회를 개선시킴으로써 사전에 예방하고 또는 그것을 없애거나 감소시키기 위하여 고안된 특별 프로그램, 계획 또는 수행지침을 채택하거나 실행하는 것은 차별적 처우로 볼 수 없다.

### (2) 권고 및 조력

캐나다 인권위원회는 (a) 상기 제1항에 언급된 특별 프로그램, 계획 또는 수행지침 등을 위한 바람직한 목표 설정에 관하여 제반 권고를 할 수 있으며, (b) 이를 적용함에 있어서 상기 제1항에서 명시한 특별 프로그램 등의 목표 달성을 지원하기 위하여 프로그램의 채택 및 실행에 대하여 조언 및 도움을 제공할 수 있다.

### (3) 금지된 사유와 관련한 정보의 수집

상기의 (1)항에 따라 특별 프로그램이나 계획, 수행지침 등을 수행하거나 채택할 목적을 가진 정보인 경우에는 차별의 금지근거와 관련하여 정보를 수집하는 일이 차별적 처우일 수 없다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 16; 1998, c. 9, s. 16.

## 제17조

### (1) 장애인의 요구를 충족시키는 계획

신체장애로 인한 요구를 충족시키기 위하여 용역, 편의, 부동산, 설비 또는 작업방식의 개선 계획을 실행하고자 하는 개인 또는 법인은 캐나다 인권위원회에 해당 계획의 승인을 요청할 수 있다.

### (2) 계획의 승인

위원회는 상기 제(1)항에 의하여 특정 계획의 승인을 신청한 개인 또는 법인에 대하여 해당 계획이 신체장애로 인한 요구를 충족시키는 데 적절하다고 인정되는 경우 서면통보로써 이를 승인할 수 있다.

### (3) 계획승인의 효력

상기 제(2)항에 의하여 승인된 계획에 따라 용역, 편의, 부동산, 설비 또는 작업방식이 개조되었을 경우, 해당 계획에서 다루어진 사안들은 이 법의 제3부에 의거한 장애인 차별에 대한 진정의 근거가 되지 아니한다.

### (4) 신청이 허가되지 않을 경우 통지

상기 제1항에 의한 요청에 대하여 승인하지 아니한 경우 위원회는 그 사유와 함께 신청자에게 서면 통지한다.

1980-81-82-83, c. 143, s. 9.

## 제18조

### (1) 계획승인의 철회

만일 캐나다 인권위원회가 상황의 변화를 이유로 상기 제17조(2)항에 의하여 승인된 계획이 신체장애로 인한 요구를 충족시키는데 더 이상 적절하지 못하다고 인정하는 경우, 위원회는 해당 계획에서 계획된 개선작업을 실행 또는 지속하고자 하는 개인 또는 법인에 대하여 상황변화에 따라 필요한 정도까지 승인을 철회함을 서면으로 통보할 수 있다.

### (2) 승인철회의 효력

만일 진정의 대상이 된 차별적 처우가 상기 제1항에 따르는 승인의 철회와 관련이 있는 경우 해당 계획은 그 철회된 범위 내에서 제17조 (1), (3)항의 적용을 받지 아니한다.

### (3) 승인철회에 대한 사유의 고지

상기 제1항에 의하여 위원회가 어떤 계획안의 승인을 철회하는 경우 위원회는 이를 고지함에 있어 그 이유를 명시한다.

1980-81-82-83, c. 143, s. 9.

## 제19조

### (1) 진술의 기회

상기 제17조 및 제18조가 정하는 바에 따라 승인 또는 승인철회 결정을 내리기에 앞서 캐나다 인권위원회는 해당 사안에 직접적으로 연관되어 있는 각 개인에게 진술할 기회를 제공한다.

### (2) 부적절한 것으로 생각되는 계획의 제한

제17조 및 제18조의 목적 범위 내에서 어떤 계획안이 다음 제24조에서 정하는 기준에 부합되지 않는다는 이유만으로 신체장애로 인한 개인 또는 법인의 요구를 충족시키는데 부적합한 것으로 간주할 수 없다.

1980-81-82-83, c. 143, s. 9.

## 제20조(차별에 해당되지 않는 특정조항)

1978년 3월 1일 이전에 취득된 권리를 유지하게 하거나 그날 이전에 획득된 연금 및 기타 수익을 유지시키는 연금 또는 보험의 조항은 사용자, 사용자 단체, 근로자 단체가 차별적 처우에 관여하고 있거나 이전에 관여하였던 것에 대한 진정의 근거가 될 수 없다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 20; 1998, c. 9, s. 17.

## 제21조(기금 및 계획)

만일 근로자들이 연금기금 또는 계획에서 금지된 차별사유에 따라 분류되지 않는다면, 근로자 집단별로 각각의 연금기금 또는 계획을 수립하는 것은 사용자, 사용자 단체, 근로자단체

가 차별적 처우에 관여하고 있거나 이전에 관여하였던 것에 대한 진정의 근거가 될 수 없다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 21; 1998, c. 9, s. 17.

## 제22조(규칙)

총독은 제20조 및 제21조의 규정 이외에 사용자, 사용자 단체, 근로자 단체가 차별적 처우에 관여하고 있거나 관여하였던 것에 대한 진정의 근거가 되지 아니하는 연금이나 보험 기금 또는 제도의 규칙을 제정할 수 있다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 22; 1998, c. 9, s. 17.

## 제23조(규칙)

총독은 여왕이 수립하거나 부여한 모든 계약, 면허 또는 인가에 포함되어 있거나 적용할 수 있는 조건들과 관련하여

(a) 제5조 내지 제14.1조에 규정된 차별적 처우를 금지시키고,

(b) 제3부에서 규정하고 있는 절차에 따라 그러한 조건들에 반하는 차별적 처우에 대한 진정을 처리하기 위한 규칙을 제정할 수 있다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 23; 1998, c. 9, s. 18.

## 제24조

### (1) 접근기준

총독은 장애인들을 위하여 용역, 편의 또는 부동산의 접근 기준에 관한 규칙을 정할 수 있다.

### (2) 접근기준 준수의 효력

장애인이 용역, 편의 또는 부동산을 사용함에 있어 상기 제(1)항에 의하여 정하여진 기준을 준수하는 경우 해당 장애에 근거한 차별에 관하여 제Ⅲ부 아래에서의 진정의 기초를 구성하지 않는다.

### (3) 규칙안의 공포

다음 제(4)항이 적용되는 경우 외에는 총독이 제안하는 각 규칙안을 캐나다 관보(Canada Gazette)에 게재하여야 하며, 이와 관련하여 진정하고자 하는 개인 또는 법인에게는 진술을 할 수 있는 합당한 기회를 주어야 한다.

### (4) 예외

상기 제(3)항에 의하여 제기된 진정의 결과로 규칙이 수정되었는지 불문하고, 일단 게재된 규칙안에 대해서는 제(3)항이 적용되지 아니한다.

### (5) 기준에 벗어나는 차별적 처우의 유지

상기 제(1)항에 따라 정하여진 기준에 일치하지 아니한다는 사실만으로 차별행위가 성립되는 것으로 간주되어서는 아니 된다.  
1980-81-82-83, c. 143, s. 11.

**제25조(정의)**

본법에서 사용되는 용어의 정의는 아래와 같다.

“사면이 허가되었거나 기록 정지가 명령된 범죄에 대한 유죄판결(conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered)”은 영국 왕실의 자비 특권 또는 형법<sup>374</sup> 제748조에 따라 사면이 허가되었거나, 전과기록법<sup>375</sup>에 따라 기록정지가 명령된 것으로, 사면이나 기록정지가 취소되거나 효력이 정지되지 않은 범죄에 대한 개인의 유죄판결을 의미한다.

“사면된 유죄판결” [폐지, 2012, c. 1, s. 139]

“장애”란 이전의 또는 현재의 정신적 및 육체적 장애를 의미하며 이는 손상된 외모나 마약 또는 알코올 중독증도 포함한다.

“근로자 단체”는 근로자를 대신하여 고용의 조건을 협상할 목적을 가진 노동조합이나 기타 근로자들이나 지역의 단체를 포함한다.

“사용자 단체”는 사용자와 근로자 사이의 관계규정을 포함한 목적의 사용자 조직을 의미한다.

“고용”은 어느 한 개인과 사적인 용역의 제공을 하는 개인과의 계약적 관계를 포함한다.

“재판소(Tribunal)”는 제48조 제(1)항이 정하는 캐나다 인권재판소를 의미한다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 25; 1992, c. 22, s. 13; 1998, c. 9, s. 19; 2012, c. 1, s. 139.

**제II부 캐나다 인권위원회(Canadian Human Rights Commission)**

**제26조**

(1) **위원회의 설치**

캐나다 인권위원회는 제2부 및 제3부에서 “위원회”로 칭하며, 총독이 임명하는 위원장(Chief Commissioner), 부위원장(Deputy Chief Commissioner) 및 접근성 위원(Accessibility Commissioner)으로 불리는 위원과 3인 이상 6인 이하의 위원으로 구성된다.

(2) **위원**

위원장, 부위원장 및 접근성 위원(Accessibility Commissioner)은 상근위원이며, 기타 위원들은 상근 또는 비상근으로 임명할 수 있다.

(3) **임기**

상근위원의 임기는 최고 7년, 비상근위원의 임기는 최고 3년으로 한다.

(4) **재임(tenure)**

각 위원은 품위유지에 손상이 되는 행위를 하지 아니하는 한 직위를 유지할 수 있으나, 상원과 하원의 제청에 따라 총독이 해임할 수 있다.

(5) **재임명**

위원들은 동일한 자격 또는 다른 자격으로 재임명될 수 있다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 26; 2019, c. 10, s. 148.

**제27조**

(1) **권한, 의무 및 기능**

위원회는 차별적 처우에 대한 진정과 관련하여 제III부에서 정하고 있는 의무 이외에 제 I 제, 제II부, 제III부의 집행에 전반적으로 책임을 지며,

(a) 이 법 및 그에 의한 위원회의 역할 및 활동에 대한 일반인들의 이해와 제2조에서 명시하고 있는 원칙에 대한 일반인들의 인식을 고양시키기 위한 정보 프로그램 개발, 실행하여야 하고,

(b) 이 법의 의무 및 기능에 관한 연구 프로그램과 제2조에 명시된 원칙에 관한 연구 프로그램을 수행 또는 지원하여야 하며,

(c) 관할권 중복의 경우 진정을 처리하는데 있어서 발생 가능한 마찰을 피하고, 공동된 정책과 관행을 촉진하기 위해 주내 유사 기관 또는 관계당국과 긴밀한 관계를 유지하여야 하고,

(d) 제28조 제(2)항에 따라 이루어진 합의에 따라 위원회에 주어진 임무 및 기능을 수행하여야 하며,

(e) 모든 경로를 통해 접수된 인권 및 자유에 관한 권고, 제안 및 의뢰를 심의할 수 있고, 위원회가 적절하다고 간주하는 경우 제61조에 명시된 보고서에 그러한 권고, 제안 또는 의뢰에 관한 위원회의 견해 및 참고사항을 포함시킬 수 있고,

(f) 법무부 장관이 의뢰한 인권 및 자유에 관한 연구를 수행하거나 수행되도록 하여야 하고, 위원회가 적절하다고 간주하는

경우 제61조에 명시된 보고서에 위원회의 권고사항과 함께 연구의 결과를 포함시켜야 하며,

- (g) 의회법에 따라 제정된 규칙, 규정, 명령, 조례 및 기타 법률 관련문서를 심의할 수 있고, 위원회가 적절하다고 간주하는 경우 제61조에 명시된 보고서에 제2조에서 규정하고 있는 원칙과 일치하지 않는다고 여겨지는 조항에 관한 견해 및 참고사항을 포함시킬 수 있고,
- (h) 실제 도움이 되고 제Ⅲ부의 적용과 일치하는 한, 제5조 내지 제14.1조에 규정되어 있는 차별적 처우를 저지하고 감소시키는데 적합하다고 여겨지는 설득, 홍보 또는 기타 조치를 취하여야 한다.

**(2) 지침(Guidelines)**

위원회는 직권으로 또는 신청에 의해 명령의 형식으로 지침을 작성하여 이 법의 모든 조항을 지침에 명시된 일정 종류의 사건들에 적용시키는 데 있어 그 범위 및 방식을 설정할 수 있다

**(3) 지침의 구속력**

상기 제(2)항에 의하여 작성된 지침은 이후 취소되거나 수정될 때까지 이 지침에 명시하는 범위 내에 속하는 사건과 관련하여 제Ⅲ부에 따른 진정을 해결하는 데 있어서 위원회와 제49조 제(2)항에 의하여 구성된 재판소나 합의부에 대해 구속력을 가진다.

**(4) 공표**

제(2)항에 의하여 발행되는 각 지침은 캐나다 관보(Canada Gazette) 제2부에 공표되어야 한다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 27; 1998, c. 9, s. 20.

**제28조**

**(1) 권한의 위탁**

위원회의 권고에 따라 총독은 캐나다 연방 공직 이외의 사업장 고용에 있어서 발생하는 차별적 처우에 대한 위원회의 임무 및 기능을 캐나다 인력개발부(the Department of Human Resources Development)의 임무 및 기능을 수행하는 특정 개인 또는 특정 집단에 위탁하도록 명령할 수 있다.

**(2) 상호위임(Interdelegation)**

총독의 승인에 따라 위원회는 관계당국 및 유사한 성격의 지역단체와 협의하여 이들 기관을 대신하여 위원회가 상호 합의된 특정 임무 및 기능을 제공하거나, 위원회를 대신하여 이들 기관이 그러한 임무나 기능을 제공할 수 있다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 28; 1996, c. 11, s. 61; 2003, c. 22, s. 224(E); 2005, c. 34, s. 79; 2013, c. 40, s. 237.

**제28.1조(장애인 권리에 관한 협약)**

위원회는 2006년 12월 13일 유엔총회에서 채택한 장애인 권리에 관한 협약 제33조 제2항의 목적을 위하여 캐나다 정부의 협약이행을 감시할 책임이 있는 기관으로 지정되었다.

2019, c. 10, s. 149.

**제29조(규칙)**

위원회의 권고에 따라 총독은 본법에서 명시하고 있는 임무 및 기능 이외에 제 I 부, 제 II 부, 제 III 부를 시행하는데 있어 필수적인 임무와 기능 및 권한을 위원회에 위임하는 규칙을 만들 수 있다

1976-77, c. 33, s. 23.

**보수(Remuneration)**

**제30조**

**(1) 급여과 보수**

위원회의 각 상근위원은 총독이 정하는 급여를 받아야 하고, 각 비상근위원은 위원회 내규에 따라 위원장으로부터 출석을 요구 받은 위원회 및 분과위원회 또는 소위원회 회의에 출석한 데 대한 보수를 받을 수 있다.

**(2) 추가 보수**

위원회의 비상근위원은 위원장의 승인 하에 위원회의 일원으로서의 일상 임무와 기능

이외의 임무와 기능을 수행하는 기간에 대해서 위원회 내규에서 정한 추가 보수를 받을 수 있다.

**(3) 여비**

위원회의 각 위원은 위원회 내규가 정하는 바에 따라, 이 법에 의한 임무의 수행 중에 발생한 여비 및 숙박비를 지급받을 권리가 있다.

1976-77, c. 33, s. 24.

**임원과 직원(Officers and Staff)**

**제31조**

(1) **위원장(Chief commissioner)**

위원장은 위원회의 최고 임원(Chief executive officer)으로서 위원회 및 그 직원들을 감독 관리하며 위원회 회의를 주재한다.

(2) **부재 또는 유고(Absence or incapacity)**

위원장의 부재 또는 직무이행이 불가능한 경우, 또는 그 직위가 공석인 경우, 부위원장이 위원장의 모든 권한을 보유하며 위원장의 모든 임무 및 기능을 수행할 수 있다.

(3) **위원장 및 부위원장의 부재 또는 유고(Absence or incapacity of Chief and Deputy Chief)**

위원장과 부위원장의 부재 또는 직무수행이 불가능한 경우, 또는 이들 직위가 공석인 경우, 접근성 위원(Accessibility Commissioner)이 아닌 위원 중에서 가장 선임인 상근위원이 위원장의 권한을 보유하고 위원장의 모든 임무 및 기능을 수행할 수 있다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 31; 2019, c. 10, s. 150.

**제32조**

(1) **직원**

위원회 업무를 적절히 수행하는 데 필요한 임원 및 직원은 공무원임용법<sup>376</sup>에 따라 임명된다.

(2) **계약에 의한 보조**

특정 프로젝트의 경우 위원회는 동법에 의한 권한 행사 및 임무 수행에 있어 조언을 구하고 지원을 받기 위하여 위원회 업무와 관련된 사안에 대한 기술이나 특수지식을 보유한 개인 또는 법인과 용역계약을 체결할 수 있으며, 계약자는 위원회 내규가 정하는 바에 따라 보수를 받는다.

1976-77, c. 33, s. 26.

**제32.1조(접근성 단위)**

접근성 위원(Accessibility Commissioner)이 접근성 캐나다법<sup>377</sup>에 따른 권한의 행사 및 직무·기능의 수행을 지원하는 위원회의 임원과 직원을 “접근성 단위(Accessibility unit)” 라고 할 수 있다.

2019, c. 10, s. 151.

**제33조**

(1) **보안요건의 준수**

동법에 따르는 각종 조사와 관계된 정보를 접수 또는 취득하게 되는 위원회의 각 위원 및 위원회에 고용된 개인 또는 법인은 통상적으로 이러한 정보에 접근하고 사용하는 개인들에게 적용되는 보안유지 조건을 준수

하며, 그들과 마찬가지로 비밀엄수 서약을 한다.

(2) **공개**

위원회의 각 위원 및 위원회가 고용한 개인 또는 법인은 다음 각 호의 경우에 있어서 관련 정보가 공개되지 않도록 각별히 유의하여야 한다.

(a) 외교, 국방 및 안보, 또는 연방-주 관계에 해가 될 수 있는 경우

(b) 캐나다 추밀원(the Queen’s Privy Council for Canada)의 기밀을 노출시킬 경우

(c) 캐나다 정부의 모든 조사기관이 (i) 국가안보와 관련이 있거나, (ii) 일반적으로 범죄의 발견 또는 은폐에 관한 조사 과정에서, 또는 (iii) 의회법을 위반한 특정범죄의 조사 과정에서 취득한 정보를 유출시킬 가능성이 있는 경우

(d) 의회법 위반으로 유죄 판결을 받은 개인에 대하여 (i) 그 개인의 제도상 가석방이나 강제적 감시 프로그램에 심각한 혼란을 초래하고, (ii) 명시적 또는 묵시적인 비밀보장의 약속에 의해 취득한 정보를 누설하거나, 또는 (iii) 그 개인이나 타인에게 신체적 또는 기타 해를 끼치는 결과를 가져올 수 있는 경우

(e) 법원이나 준사법위원회, 위원회, 또는 기타 재판소나 청문법<sup>378</sup>에 의거하여 설립된 조사기관의 기능을 방해할 가능성이 있는 경우

(f) 정부기관에 제공된 법적 소견이나 조언, 또는 정부사업과 관련한 변호사와 고객 간의 특별허가된 통신내용을 공개할 가능성이 있는 경우.

1976-77, c. 33, s. 27.

**제34조**

(1) **본부(head office)**

위원회의 본부는 국가수도법<sup>379</sup> 부속서에 명시된 수도권 지역에 두도록 한다.

(2) **기타 사무소**

위원회는 12개 지역 내에서 이 법의 권한, 임무 및 기능을 수행하는 데 필요한 지역사무실이나 지점을 설치할 수 있다.

(3) **회의**

위원회는 위원장이 필요하거나 바람직하다고 판단하는 시간과 장소에서 업무 수행을 위해 모일 수 있다.

1976-77, c. 33, s. 28.

**제35조(과반수로 위원회 의사결정)**

회의에 참석한 위원이 과반수를 이루는 경우, 참석 위원의 과반수로 의결한다.

1976-77, c. 33, s. 28.

**제36조**

(1) 부(divisions)의 설치

위원회의 업무상 필요한 경우 위원장은 부를 둘 수 있으며, 내규를 정하는 것 이외의 위원회의 권한, 임무 및 기능의 전부 또는 일부는 위원회가 정하는 바에 따라 전체 또는 부분적으로 부에 의하여 집행될 수 있다.

(2) 부장(presiding officer)의 임명

제(1)항에 따라 부가 설치되는 경우, 위원장은 부 구성원 중 1인을 부장으로 지명할 수 있다.

1976-77, c. 33, s. 28.

**제37조**

(1) 내규(By-laws)

위원회는 전술한 일반원칙에 제한되지 않고 다음과 같이 업무집행에 필요한 내규를 정할 수 있다.

- (a) 위원회 또는 부의 회의 소집 및 그 정족수에 관한 사항
- (b) 위원회 또는 부 회의에서의 업무집행에 관한 사항
- (c) 분과위원회(committees) 설치 및 분과위원회에 대한 위원회의 권한, 임무 및 기

능의 위임과 정족수 결정에 관한 사항  
(d) 제Ⅲ부에 따라 유콘(Yukon) 준주, 노스웨스트(Northwest Territories) 준주 및 누나벗(Nunavut)에서 제기된 진정처리절차에 관한 사항

(e) 비상근위원 및 제32조 제(2)항에 의한 관계자에게 지급되는 보수체계 확정에 관한 사항

(f) 위원회 위원 및 제32조 제(2)항에 의한 관계자에게 지급되는 여비 및 숙박비의 합리적 체계 확정에 관한 사항.

(2) 재정위원회(Treasury Board)의 승인

상기 제1항 제e호 또는 제f호에 따라 정해진 내규는 국가 재정위원회(Treasury Board)의 승인 없이는 효력을 갖지 아니한다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 37; 1993, c. 28, s. 78; 1998, c. 9, s. 21; 2002, c. 7, s. 126.

**제38조(연금(Superannuation) 등)**

위원회의 상근위원은 공무원퇴직연금법<sup>380</sup> 규정에 해당되는 피고용인으로 간주되며, 정부직원 보상법<sup>381</sup> 및 항공법<sup>382</sup> 제9조의 규정에 의한 캐나다 공무원으로 간주된다.

1976-77, c. 33, s. 30; 2003, c. 22, s. 137(E).

**접근성 위원(Accessibility Commissioner)**

**제38.1조(권한, 의무 및 기능)**

접근성 위원은 위원회의 구성원이 되는 것 이외에도 접근성 캐나다법에 의해 자신에게 할당된 권한, 의무 및 기능을 갖는다.

2019, c. 10, s. 152.

접근성 위원의 부재나 유고 또는 접근성 위원의 직위가 공석인 경우, 위원장은 본인을 제외한 모든 위원원에게 그 권한을 행사하고 임무와 기능을 수행할 수 있도록 권한을 부여할 수 있다. 다만 어떤 위원도 총독의 승인 없이 90일 이상의 임기 동안 권한을 부여받을 수 없다.

2019, c. 10, s. 152.

**제38.2조(접근성 위원의 부재 또는 유고)**

**제Ⅲ부 차별적 처우(Discriminatory Practices) 및 일반 조항(General Provisions)**

**제39조(차별적 처우의 정의)**

제3부의 목적 범위 내에서 “차별적 처우”란 제5조부터 제14.1조에서 차별적 처우로 규정되는 모든 행위를 의미한다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 39; 1998, c. 9, s. 22.

관여하고 있거나 관여하였던 것으로 믿을만한 합리적인 근거를 확보한 개인 또는 단체는 위원회가 정하는 양식에 따라 위원회에 진정할 수 있다.

(2) 피해자의 동의

해당 진정과 관련된 차별적 처우의 피해자로 추정되는 자가 아닌 자가 진정한 경우 피해자의 동의가 없으면 위원회는 진정의 처리를 거부할 수 있다.

(3) 위원회의 조사활동

어떤 개인이 차별행위에 관여하고 있거나 관

**제40조**

(1) 진정

다음 제5항과 제7항에 의하여 어떤 개인 또는 단체(group of individuals)이 차별적 처우에

여했던 것으로 믿을만한 합리적인 근거를 위원회에서 확보한 경우 위원회는 직권으로 진정을 개시할 수 있다.

### (3.1) 제한

고용평등법<sup>383</sup>의 집행 과정에서 위원회가 얻은 정보로 인한 진정은 상기의 (3)항에 따라 개시되지 아니한다.

### (4) 진정의 병합처리

2인 이상의 개인 또는 2개 이상의 단체가 연합하거나 또는 단독으로 하나의 차별행위나 일련의 유사한 차별행위에 관여하고 있거나 관여한 것으로 추정되는 특정 개인 또는 단체에 대한 진정들이 제기되고, 진정들이 실질적으로 동일한 사실과 동일한 법적 사항에 관련되어 있을 때, 위원회는 이들을 병합하여 처리할 수 있으며, 제49조에 의하여 인권재판소(Human Rights Tribunal) 소장에게 해당 사건들에 대한 단독 심문을 요청할 수 있다.

(5) 고려대상에서 제외되는 특정 경우의 진정  
차별적 처우를 구성하는 작위 또는 부작위가 다음 각 호에 해당되지 아니하는 경우 위원회는 차별적 처우에 대한 진정을 처리할 수 없다.

- (a) 해당 작위 또는 부작위가 캐나다 내에서 발생하고, 작위 또는 부작위 발생시 피해자가 합법적으로 국내에 거주 중인 경우 또는 일시적으로 국외에 체류 중일 때에는 국내로 귀환할 자격이 있는 경우
- (b) 해당 작위 또는 부작위가 캐나다 내에서 발생하고, 어떠한 특정 개인도 피해자로 식별될 수 없어도, 제5조, 제8조, 제10조 또는 제12조의 범위 내의 차별적 처우인 경우
- (c) 해당 작위 또는 부작위가 국외에서 발생하고, 그 피해자가 행위 발생시 캐나다 시민이거나 합법적으로 캐나다 영주권을 취득한 경우

### (6) 지위의 결정

진정에 관련된 개인의 지위에 관하여 상기 제(5)항 하에서 문제가 제기되는 경우 위원회는 이 문제를 소관 부처의 장관에게 의탁하며, 만일 이러한 지위 문제가 진정인에게 유리하도록 해결되지 아니하는 경우에는 진정 절차를 진행시킬 수 없다.

### (7) 진정을 다루지 않는 특정 경우

만일 목표하고 있는 해결책이 다음을 포함하여 1978년 3월 1일 이전에 기금이나 계획으로부터 취득된 권리 또는 동일 기간 중 파생된 연금이나 기타 수익을 해당 기금이나 계획의 회원으로부터 박탈하는 조치가 불가피한 경우, 해당 기금의 조건과 관계된 어떠한

진정도 위원회에서 처리할 수 없다.

(a) 특정 퇴직연령에 도달함으로써 획득된 권리 및 수익

(b) 생존자의 파생 이익

R.S., 1985, c. H-6, s. 40; R.S., 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 62; 1995, c. 44, s. 47; 1998, c. 9, s. 23; 2013, c. 37, s. 3.

### 제40.01조(개인정보의 공개)

접근성 캐나다법<sup>384</sup>의 시행을 위하여, 위원회의 임원 또는 직원은 위원회에 제출된 진정에 포함된 모든 개인정보를 접근성 위원에게 공개할 수 있다.

2019, c. 10, s. 153.

### 제40.1조

#### (1) 정의

본 조에서 사용되는 용어의 정의는 아래와 같다.

“지정된 단체”는 고용평등법<sup>385</sup>의 제3조에서 정하는 의미를 가진다.

“사용자”는 고용평등법에 따른 사용자의 의무사항을 수행하는 개인 또는 단체를 말한다.

#### (2) 고용평등에 관한 진정

위원회는 제40조에 따라 다음의 진정을 다루지 아니한다.

- (a) 사용자가 제7조 또는 제10조 제(a)호가 정하는 차별적 처우와 관여하였음을 이유로 사용자에게 제기된 진정으로,
- (b) 하나 이상의 지정된 단체의 구성원이 사용자의 노동력에서 과소대표되었음을 보여주는 통계적 정보만을 근거로 제기된 진정

1995, c. 44, s. 48.

### 제41조

#### (1) 위원회의 진정 처리

다음과 같은 경우를 제외하고 위원회에 접수된 진정은 상기 제40조에 의하여 처리된다.

- (a) 진정 대상 차별적 처우의 피해자라고 주장된 자가 달리 이용가능 하였던 고충 처리절차 및 심사절차를 경료하여야 했던 경우
- (b) 이 법이 아닌 의회법에서 정한 절차에 따라 볼 때 보다 적절하게 처리될 수 있는 경우
- (c) 위원회의 관할권을 벗어나는 진정의 경우

우

(d) 사소하고, 경미하며, 남용의 성격이 있거나 악의의 진정의 경우

(e) 가장 최근의 작위 또는 부작위가 진정 접

수 시점에서 1년 이전에 발생하였거나,  
또는 위원회가 상황상 적절하다고 간주  
할 만큼의 기간 이전에 발생한 경우

**(2) 위원회의 진정 각하**

위원회는 고용평등법<sup>386</sup>의 제10조에 따라 마  
련된 사용자의 고용평등 계획에서 충분히  
다루었다고 판단하는 경우 제10조 제(a)항에  
명시된 사용자의 의사와 관련된 진정을 각  
하할 수 있다.

**(3) “사용자”의 의미**

본 조에서 “사용자”는 고용평등법하의 사용  
자의 의무사항을 수행하는 사람이나 단체를  
의미한다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 41; 1994, c. 26, s.  
34(F); 1995, c. 44, s. 49.

**제42조**

**(1) 통보**

다음 제(2)항에 의하여 위원회가 접수된 진정  
을 다루지 않기로 결정한 경우, 위원회는 그  
이유를 진정인에게 서면 통보한다.

**(2) 지연책임의 귀속**

제41조 제(a)호에서 규정하고 있는 절차를 경  
료하지 않았다는 이유로 진정을 처리하지  
않는다는 결정을 내리기 전에 위원회는 해  
당 절차완료의 불이행이 다른 사람이 아닌  
진정인의 책임에 귀속되는가를 확인해야한  
다.

1976-77, c. 33, s. 34.

**조사(Investigation)**

**제43조**

**(1) 조사관의 지정**

위원회는 진정대상 사건을 조사하기 위한  
“조사관”을 지정할 수 있다.

**(2) 조사의 방법**

조사관은 다음 제(4)항 하의 규칙에 의하여  
승인된 방식으로 조사활동을 한다.

**(2.1) 출입권**

국가 방위 및 안보의 이익을 위해 총독이 정  
하는 제한에 따라, 제(2.2)항에 따라 발행된  
영장을 소지한 조사관은 적절한 시기에 진  
정조사의 합리적 필요에 따른 조사를 행하  
기 위해 건물에 출입·수색할 수 있다.

**(2.2) 영장 발급 권한**

진정 당사자 가운데 한 쪽의 신청으로, 연방  
법원 판사가 건물 안에 관련된 증거가 있는  
것으로 믿을 합리적 근거가 있다는 선서진  
술에 의한 정보에 확신하였을 경우, 자신의  
서명 하에 영장에서 지명하고 있는 조사관  
이 영장에 명시된 조건에 따라 증거 확보를  
위하여 해당 건물에 출입·수색하도록 승인  
하는 영장을 발부할 수 있다.

**(2.3) 강제력 행사**

상기 제(2.2)항에서 발부된 영장의 집행에 있  
어서 영장에 지명된 조사관은 경찰관을 대  
동하고, 유형력 행사가 영장에서 특별히 승  
인된 경우가 아니라면 강제력을 행사할 수  
없다.

**(2.4) 자료의 생산(Production of books)**

조사관은 본조에 의해 들어간 건물에서 발견  
된 개인으로 하여금 조사 관련된 일체의 사  
안을 포함하는 장부 또는 기타 자료로부터  
그 사본이나 발췌본을 제공하도록 요구할  
수 있다.

**(3) 방해행위**

조사관의 조사활동은 누구에 의해서도 방  
해받지 아니한다.

**(4) 규칙**

총독은

(a) 조사관의 조사활동 절차를 규정하고,

(b) 동법에 따라 진정에 대한 조사가 이루  
어지는 방식을 승인하며,

(c) 상기 제(2.1)항의 취지에 맞는 제한을  
규정하는

규칙을 정할 수 있다

R.S., 1985, c. H-6, s. 43; R.S., 1985, c.  
31 (1st Supp.), s. 63.

**제44조**

**(1) 보고서**

조사관은 한 건의 조사활동이 종료되는 즉시  
위원회에 결과 보고서를 제출한다.

**(2) 보고서 수령시의 조치**

상기 제(1)항에 규정된 보고서를 제출 받았  
을 때 위원회가

(a) 진정인이 달리 이용가능한 고충처리절차  
나 심사절차를 경료하였어야 했거나

(b) 동법을 제외한 다른 법률로 정한 절차에  
의하여 보다 신속하고 완벽하게 진정이  
적정처리될 수 있다고 인정하는 경우,  
해당 진정을 관계당국으로 이송한다.

**(3) 상동**

상기 제1항에 명시된 보고서를 제출 받았  
을 때 위원회는

(a) (i) 해당 진정 건의 상황 전반을 고려하여  
그에 대한 심문이 필요하고, 또한 (ii)  
해당 진정 건이 상기 제(2)항에 따라 관

계당국으로 이송되거나, 제41조 제(c)호부터 (e)호까지에 언급된 사유에 의하여 각하되어서는 안 됨을 인정하는 경우, 인권재판소 소장에게 해당 진정에 대한 제49조에 의한 심문을 개시할 것을 요청할 수 있으며,

- (b) (i) 해당 진정 건의 상황 전반을 고려하여 그에 대한 심문이 필요하지 않거나, (ii) 해당 진정 건이 제41조 제(c)호부터 제(e)호까지에 언급된 사유로 각하되어야만 한다는 것을 인정하는 경우 이를 각하한다.

**(4) 통보**

상기 제1항에 규정된 보고서를 접수한 이후 위원회는

- (a) 진정인과 피진정인에게 상기 제(2)항 또는 제(3)항에 의한 조치를 서면으로 통보하여야 하며,
- (b) 상기 제(2)항 또는 제(3)항에 의한 조치를 알릴 필요가 있다고 간주되는 제3자에게도 이를 통보할 수 있다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 44; R.S., 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 64; 1998, c. 9, s. 24.

**제45조**

**(1) 심의위원회 (Review Committee)의 정의**

본 조와 제46조에서 “**심의위원회**”라 함은 National Security and Intelligence Review Agency를 말한다.

**(2) 안보사항이 관련된 진정**

진정이 제기된 이후부터 인권재판소에서의 심리가 시작되기 전에 책임장관(minister of the Crown)으로부터 해당 진정과 관련된 행위가 캐나다 안보와 연관되어 있다는 통지서를 접수받게 되는 경우, 위원회는

- (a) 진정을 각하하거나,
- (b) 해당 사안을 심의위원회에 회부할 수 있다.

**(3) 통보**

상기 제(2)항에 규정된 통지서를 접수한 이후 위원회는

- (a) 진정인과 상기 제(2)항 제(a)호 또는 제(b)호에 의거하여 진정당한 피진정인에게 서면으로 통보하여야 하며,
- (b) 상기 제(2)항 제(a)호 또는 제(b)호에 따른 조치에 관하여 알릴 필요가 있다고 간주되는 제3자에게 적절한 방법으로 이를 통보할 수 있다.

**(4) 절차의 중지**

상기 제2항 제(b)호에 의하여 위원회가 심의 위원회에 해당 사안을 회부하는 경우, 위원회는 제46조 제(1)항에 의하여 심의위원회가 관련 보고서를 위원회에 제출할 때까지 그 건을 처리할 수 없다.

**(5) 캐나다 공안정보기관법(Canadian Security Intelligence Service Act)**

상기 제2항 제(b)호에 의하여 어떤 사안이 심의위원회에 회부되는 경우, 캐나다 공안정보기관법 제10조부터 제12조, 제20조, 제24조부터 제30조는 해당 조항 중 어느 하나에서 “부서장(deputy head)”에 대한 언급이 제(2)항에 언급된 장관에 대한 언급으로 읽혀지는 것을 제외하고, 적절하게 수정되어 회부가 동법 제18조 제(3)항에 진정인 것처럼 적용된다.

**(6) 진정인에게 보내는 공문**

심의위원회는 진정 관련 사안이 상기 제2항 제(b)호에 의하여 회부되면 진정인이 그 배경에 대하여 상세히 알 수 있도록 진정인에게 가능한 한 빠른 시일 내에 공문을 발송한다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 45; 1998, c. 9, s. 25; 2019, c. 13, s. 33.

**제46조**

**(1) 보고서**

제45조에 의거하여 조사를 완결한 심의위원회는 즉시 상기 제45조 제(2)항 제(b)호에 의하여 해당 사안이 회부되었는지 45일 이내에 조사 결과를 포함한 보고서를 위원회와 제45조 제(2)항에 명시된 장관 및 진정인에게 제출한다.

**(2) 보고서 수행시 조치**

위원회는 상기 제(1)항에 의하여 제출된 보고서를 심의한 후

- (a) 해당 진정을 각하하거나, 그러지 아니하는 경우 동법에 따라 처리절차를 이행하고,
- (b) 상기 제(a)호에 의하여 취하여진 조치를 진정인과 피진정인에게 서면으로 통보하며, 그 밖에 그러한 조치를 알려야 할 필요가 있다고 간주되는 제3자에게도 적절한 방법을 통하여 알릴 수 있다

1984, c. 21, s. 73; 2019, c. 13, s. 34.

**조정관(Conciliator)**

#### 제47조

##### (1) 조정관의 임명

다음의 경우 제(2)항에 따라 위원회는 진정의 접수에 있어서 “조정관”을 임명할 수 있다:

- (a) 진정이 조사관의 조사과정에서 해결되지 못하였거나,
- (b) 상기 제44조 제(2)항 또는 제(3)항, 제45조 제(2)항 제(a)호 또는 제46조 제(2)항 제(a)호에 의하여 이송되거나 각하되지 아니한 경우, 또는

(c) 제44조 제(4)항의 규정에 따라 당사자들에게 통보된 이후에도 해결되지 못한 경우

##### (2) 자격조건

동일 사건의 조사관으로 활동했던 자는 조정관으로 임명될 수 없다.

##### (3) 비밀성

진정의 조정을 시도하는 과정에서 조정관이 취득한 정보의 비밀은 유지되어야 하며, 정보 제공자의 동의 없이는 공개될 수 없다.

1976-77, c. 33, s. 37; 1984, c. 21, s. 74.

### 화해(Settlement)

#### 제48조

##### (1) 위원회에 대한 화해의 회부

진정이 접수된 이후부터 인권재판소에서 심리가 시작되기 이전 어느 단계에서든 당사자들 간에 화해가 이루어진 경우 그 화해조건은 위원회에 회부되어 가부결정을 받는다.

##### (2) 인증

상기 제(1)항에서 언급한 화해조건을 승인하

거나 승인하지 아니하는 경우 위원회는 이를 인증하여 당사자들에게 통보한다.

##### (3) 화해의 집행

본 조에 의하여 인증된 화해는 화해당사자나 위원회의 신청에 의하여, 그에 대한 집행을 목적으로 연방법원의 명령에 의해 진행된다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 48; 1998, c. 9, s. 26.

### 캐나다 인권재판소(Canadian Human Rights Tribunal)

#### 제48.1조

##### (1) 재판소의 설치

본 조 제6항에 의하여, 총독이 임명하는 소장 및 부소장을 포함한 최대 15인의 재판관으로 구성되는 “인권재판소(Human Rights Tribunal)”를 설치한다.

##### (2) 재판관의 임명 자격

재판소의 재판관으로 임명되는 자는 인권에 대한 경험과 전문지식, 관심 및 감수성을 가지고 있어야 한다.

##### (3) 법적 자격

소장과 부소장은 당해 지역 법조계나 퀘벡주 공증인 협회에서 10년 이상 꾸준히 활동한 자이며, 재판관 중 적어도 2명은 당해 지역 법조계나 퀘벡주 공증인 협회에서 2년 이상 법조계에 몸담고 있어야 한다.

##### (4) 지역적 대표성

재판소 재판관은 지역적 대표성을 고려하여 임명되도록 한다.

##### (5) 임시 재판관의 임명: 유고

(1)항에도 불구하고, 재판관이 부재중이거나 직무를 수행할 수 없는 경우 부재나 직무가 불가능한 기간동안 총독이 임시 재판관을 임명할 수 있다.

##### (6) 임시 재판관의 임명: 업무부담

총독은 재판소의 업무량을 볼 때 필요하다고

판단되는 경우 언제라도 임기가 3년을 넘지 않는 재판소의 임시 재판관을 임명할 수 있다.

R.S., 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 65; 1998, c. 9, s. 27.

#### 제48.2조

##### (1) 임기

소장과 부소장은 결격사유가 없다면 7년까지, 그 외의 재판관들은 5년까지 재직할 수 있도록 임명된다. 그러나 소장은 사유에 따라 총독이 파면할 수 있으며 부소장과 나머지 재판관들은 제48.3조에 따라 교정적·징벌적 조치에 따라야 한다.

##### (2) 임기 후 활동

재직기간이 만료된 재판관은 소장의 승인이 있는 경우 자신이 착수했던 조사활동을 마무리할 수 있고, 본 항에 따라 직무를 수행하는 사람은 제48.3조, 제48.6조, 제50조, 제52조부터 제58조까지의 목적에 따른 임시 재판관으로 간주될 수 있다.

##### (3) 재임용

임기가 끝난 소장, 부소장 및 기타 재판관들은 동일한 지위 혹은 다른 지위에 재임용될 수 있는 자격을 가진다.

R.S., 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 65; 1998, c. 9, s. 27.

### 제48.3조

#### (1) 교정적·징벌적 조치

본 재판소의 소장은 재판관이 제(13)항 제(a)호부터 (d)호까지에 해당되는 사유로 인한 교정적·징벌적 조치의 대상이 되어야만 하는지 여부를 결정할 것을 법무부장관에게 요청할 수 있다.

#### (2) 조치

조사요청의 접수에 따라 법무부장관은 다음 중 한 가지 이상의 조치를 취할 수 있다.

(a) 비공식적이고 신속한 방법으로 필요하다고 간주되는 정보를 입수한다.

(b) 법무부장관이 해당 요청의 처리에 중재가 적절하다고 판단하는 경우에 당해 문제를 중재로 해결하도록 한다.

(c) 총독에게 제(3)항에 해당되는 심리를 열 것을 요청하거나

(d) 의장에게 본 법안에 따라 더 이상의 조치를 취하는 것은 불필요하다고 보는 법무부장관의 견해를 고지한다.

#### (3) 조사원의 임명

위 제(2)항 제(c)호에 따른 요청을 받은 경우, 법무부장관의 추천에 따라 총독이 조사를 진행하도록 상급법원(superior court)의 판사(judge)를 지명한다.

#### (4) 권한

판사는 다음의 사항을 포함하여 상급법원에 부여된 권한·권리와 특권을 가진다.

(a) 소환장을 발부하여 소환장에 정해진 날짜와 장소로 출석을 요구하여, 조사와 관련하여 소환 받은 자가 가지고 있거나 다른 문서 혹은 기타 자료를 제시하고 조사와 관련하여 알고 있는 모든 내용을 증언하도록 할 수 있으며,

(b) 선서를 시키고, 선서자를 심문할 수 있다.

#### (5) 직원

판사는 조사를 보조할 수 있는 기술적, 전문적 지식을 가진 사람이나 용역서비스를 활용할 수 있으며, 고용의 기간과 조건을 정하고 재정위원회의 승인을 통해 보수와 경비를 결정하고 지불할 수 있다.

#### (6) 공개조사

제(7)항 및 제(8)항의 경우를 제외하고 조사는 공개적으로 진행되어야 한다.

#### (7) 조사의 비밀성

모든 적용가능한 대체수단들을 고려한 이후 다음의 사정을 확신한 경우, 신청에 따라 재판관은 모든 활용 가능한 방법을 고려하여

조사의 기밀성을 유지하기 위해 필요한 적절한 방법을 강구하고 명령할 수 있다.

(a) 공공안전을 포함한 사안의 공개가 실제적이고 중대한 위험인지 여부

(b) 조사의 공정성에 대한 실제적이고 중대한 위험이 있어 공개를 하지 않은 것이 조사가 공개적으로 진행된다는 사회적 이익보다 중요한 경우

(c) 해당인의 생활, 자유 또는 안전이 위협해질 수 있는 실제적 가능성이 있는지의 여부

#### (8) 신청에 대한 비밀유지

판사는 적절하다고 판단하는 경우 제(7)항에 따라 신청에 관하여 열리는 심문의 비공개를 보장할 수 있도록 모든 방법을 강구하고 명령할 수 있다.

#### (9) 증거법칙

조사를 착수할 때 판사는 법률적, 기술적 증거법칙에 구속되지 아니하고, 판사가 해당 사건의 정황상 신뢰할 수 있다고 판단한, 소송에서 제출된 증거를 입수하고 이에 따라 판단할 수 있다.

#### (10) 참가자

판사의 허가가 있을 경우 이해당사자는 판사가 적절하다고 판단한 조건에 따라 조사에 참가할 수 있다.

#### (11) 심리의 권리

조사의 대상인 재판관(member)은 조사의 내용과 심리의 시간과 장소에 관한 타당한 통보를 받아야 하며, 자신이나 변호인이 심리에 나와 방청하고, 증인과 대질심문을 하며 증거를 제출할 기회를 부여 받는다.

#### (12) 법무부장관에 대한 보고서

조사가 완료된 후, 판사는 법무부장관에게 조사결과와 권고내용 등이 포함된 보고서를 제출한다.

#### (13) 권고사항

판사는 보고서를 통해서, 재판관(member)이 다음의 경우에 대하여 무급 정직 혹은 해직 시키거나 판사의 의견에 따른 기타 징벌적·교정적 조치 등을 가하도록 권고할 수 있다.

(a) 질병으로 인하여 직무를 수행할 수 없거나,

(b) 유죄를 선고 받거나,

(c) 업무수행능력을 갖추지 못하였거나, 또는

(d) 업무의 타당한 수행과 양립할 수 없는 지위에 있는 경우

#### (14) 총독에게 보고서 제출

법무부장관은 보고서를 받은 다음 이를 총독에게 보내고, 총독은 적절한 지의 여부를 고려하여 재판관을 무급으로 정직시키거나 해

직시키거나 기타 징벌적·교정적 조치를 가할 수 있다.  
R.S., 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 65; 1998, c. 9, s. 27.

#### 제48.4조

##### (1) 재판관의 신분

소장과 부소장은 재판소의 상임 재판관으로서 임용되며, 그 외의 재판관은 상임이나 비상임 재판관으로 임명된다.

##### (2) 소장(Chairperson)의 역할

소장은 재판소의 최고 재판관이 되며 재판관들에게 업무를 할당하거나 재판소 내부적인 문제를 통괄하는 등 재판소의 업무를 관리 감독한다.

##### (3) 부소장(Vice-chairperson)의 역할

부소장은 소장을 보좌하며 소장이 부재중이거나 공석일 때 소장의 업무를 대행한다.

##### (4) 소장 대행(Acting Chairperson)

총독은 재판소의 소장이나 부소장이 부재중이거나 업무를 수행할 수 없는 경우 재판관들이 소장의 권한을 임시적으로 대행하도록 허가할 수 있다.

R.S., 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 65; 1998, c. 9, s. 27; 2014, c. 20, s. 414.

#### 제48.5조(거주)

재판소의 상임 재판관은 국가수도법(the National Capital Act)에 따라 수도 지역이나 해당 지역에서 40킬로미터 이내에 거주하여야 한다.

R.S., 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 65; 1998, c. 9, s. 27.

#### 제48.6조

##### (1) 보수

재판소의 재판관은 총독이 정하는 바에 따라 해당 보수를 지급 받는다.

##### (2) 여비

재판관은 거주지 이외의 지역에서 활동을 수행할 경우의 여비와 숙박비를 지급 받으며, 이는 캐나다 정부의 근로자를 위해 재정위원회가 승인한 최대한도를 넘지 못한다.

##### (3) 캐나다 공무원 자격부여

재판관은 정부직원보상법<sup>387</sup>과 항공법<sup>388</sup> 제9조에서 정하는 규정에 따라 캐나다 공무원으로 간주된다.

1998, c. 9, s. 27; 2003, c. 22, s. 224(E).

#### 제48.7조(본부)

재판소의 본부는 국가수도법<sup>389</sup> 부속서에 명시된 수도권 지역(National Capital Region)에 두도록 한다.

1998, c. 9, s. 27.

#### 제48.8조 [폐지, 2014, c. 20, s. 415]

#### 제48.9조

##### (1) 소송절차의 행위

재판소에서의 소송은 자연법(natural justice)상의 소송조건과 소송규칙이 허용하는 선에서 형식에 구애받지 않고 신속하게 수행되도록 한다.

##### (2) 재판소의 소송규칙

소장은 다음의 사항을 포함하여 재판소에서의 법적 절차와 관행에 관한 규칙을 둘 수 있다.

(a) 당사자에 대한 통지

(b) 당사자와 이해관계자의 법적 절차에 참여

(c) 증인의 소환

(d) 문서의 제출 및 송달

(e) 증거개시(discovery proceedings)

(f) 준비절차(pre-hearing conferences)

(g) 증거의 제출

(h) 심리가 열리고 의사결정이 이루어지는 시간제한

(i) 지연이자 지급 판정(awards of interest)

##### (3) 규칙안의 공표

(4)항에 따라, 재판소 규칙안에 대한 사본은 캐나다 관보(Canada Gazette)에 게재되어야 하며, 이에 대해 이의를 제기하려는 이해당사자에게 합당한 기회를 부여하여야 한다.

##### (4) 예외

제안된 규칙안은 어떠한 이의 등의 결과로 수정됨에 관계없이 1회 이상은 공표하지 않는다.

1998, c. 9, s. 27.

### 진정에 대한 심문(Inquiries into Complaints)

#### 제49조

##### (1) 심문의 요청

위원회는 진정이 접수된 때 해당 사건의 모든 상황을 고려할 때 심문이 필요하다고 판단

된 경우, 심문에 착수할 것을 재판소의 소장에게 요청할 수 있다.

##### (2) 소장의 심문착수

요청을 받아 소장은 재판소의 한 재판관에게

진정에 대한 심문을 하도록 함으로 심문에 착수하거나, 해당 진정이 복잡하여 3인의 재판관에 의해 심문이 필요하다고 판단하는 경우 3인으로 구성된 합의부에 배당할 수 있다.

### (3) 합의부의 장(Chair of panel)

3인으로 구성된 합의부가 진정의 심문을 위해 구성되면, 소장은 이 중 1인을 부장직을 맡도록 지명할 수 있으나 소장이 해당 합의부의 재판관일 경우 자신이 부장직을 맡는다.

### (4) 당사자에 대한 규정 사본 배부

소장은 진정의 각 당사자에게 해당되는 소송규칙의 사본을 배부하도록 한다.

### (5) 재판관의 자격조건

진정 건이 다른 법률이나 그 법률에 따른 규정이 본 법률이나 본 법률에 따른 규정과 일치되지 않는지의 여부에 관한 문제에 관련되어 있다면, 해당 진정의 심문을 맡은 재판관은, 3인의 합의부가 심문을 맡은 경우에는 해당 심문의 부장직을 수행하는 재판관은 해당 지역의 변호사이거나 퀘벡주의 공증인 협회의 구성원이어야 한다.

### (6) 후속문제의 제기

재판관이나 합의부가 임명된 이후 상기 제(5)항에 명시된 문제가 제기되고 해당 조항의 요건이 일치하지 않은 경우, 심문은 지명된 재판관 또는 합의부가 처리한다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 49; R.S., 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 66; 1998, c. 9, s. 27.

## 제50조

### (1) 심문의 수행

위원회, 진정인, 피진정인 및 재판소의 재량에 따라 선정된 기타 관계자들에게 적절한 통보(due notice)를 한 후, 재판관이나 합의부는 해당 진정건에 대하여 심문하고, 통보를 받은 모든 관계자에게 직접 혹은 변호인단을 통해 심문에 출석하거나 증거를 제시하거나 진술할 충분한 기회를 제공한다.

### (2) 법률 혹은 사실문제의 심판권

조사 중인 모든 사건을 심리하고 결정하는 중에, 재판관이나 합의부는 해당 사건의 판결에 필요한 모든 법률적, 사실적 문제들을 결정할 수 있다.

### (3) 부가적 권한

심리와 관련하여 재판관이나 합의부는

(a) 상급기록법원(superior court of record)과 동일한 방식 및 동일한 정도로 증인을 강제 소환하여 선서를 하고 구두 또는 서면으로 증언하게 하고, 심리 및 판단에 필요하다고 판단되는 문서 등을 제출하도록 하며,

(b) 선서를 시키고,

(c) (4)항과 (5)항에 따라, 법원에서 용인될 수 있는지의 여부를 떠나서 선서, 선서진술서 또는 다른 방식을 통하여 재판관이나 합의부가 적절하다고 여기는 증거 및 기타 정보를 수집하며,

(d) 소송규칙에 의해 정해진 시간을 연장하거나 축소하고,

(e) 심리 중에 제기되는 절차나 증거에 따른 문제를 결정할 수 있다.

### (4) 증거관련 제한사항

재판관이나 합의부는 증거법(the law of evidence)에 따른 특권을 이유로 증거능력이 없는(inadmissible) 것은 증거로서 인정하거나 수용할 수 없다.

### (5) 증인으로서 조정관

사건의 조정을 위하여 임명된 조정관은 심리에서 자격이 있거나 강제할 수 있는 증인이 아니다.

### (6) 증인 보수

심리에 참석하도록 소환되는 개인 또는 법인은 재판관이나 합의부의 재량으로 연방법원에 참석하도록 소환되는 경우에 준하는 보수 및 수당을 받을 수 있다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 50; 1998, c. 9, s. 27.

## 제51조(출석에 있어 위원회의 의무)

심리에 출석하여 증거를 제시하고 진술하는데 있어, 위원회는 자체 의견에 따라 진정의 성격을 고려하여 공익을 위하는 태도를 취한다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 51; 1998, c. 9, s. 27.

## 제52조

### (1) 비밀유지 명령에 따른 공개심리

심문은 공개적으로 이루어져야 하나, 요청이 있을 때에는 다음의 경우 심문을 진행 중인 재판소 재판관이나 합의부는 심문의 비밀을 유지하는 것이 필요하다고 간주하는 조치를 취하거나 명령을 내릴 수 있다.

(a) 공공안전과 관련된 문제가 공개되는 현실적이고 실질적인 위험성이 있는 경우

(b) 심문의 공정성에 대한 현실적이고 실질적인 위험성이 있어 심문이 공개적으로 진행된다는 사회적 이익보다 공개를 하지 않는 것이 중요한 경우

(c) 관련인에게 개인적이거나 기타 문제에 대한 공개를 하는 것이 부당한 고충을 부과할 수 있다는 현실적이고 실질적인 위험성이 있어 공개하지 않을 필요가 심문이 공개적으로 진행되는 사회의 이

익보다 중요한 경우

- (d) 해당 개인이나 법인의 생활, 자유 및 안전을 위협하게 할 수 있는 심각한 가능성이 있는 경우

(2) **비밀유지**

상기의 (1)항의 요청에 관하여 열리는 심리의 비밀성을 보장하기 위해 적정하다고 판단하는 경우 재판관이나 합의부는 필요한 조치와 명령을 할 수 있다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 52; 1998, c. 9, s. 27.

**제53조**

(1) **진정의 기각**

재판관이나 합의부는 조사 결과 해당 사건으로 인한 진정이 입증되지 아니하는 것으로 판정하는 경우에는 이를 기각한다.

(2) **입증된 진정**

조사 결과 해당 사건으로 인한 진정이 입증되는 것으로 판단되는 경우 재판관이나 합의부는 다음 제54조에 따라서 차별적 처우에 가담하거나 가담했던 가해자에 대하여 불리한 명령을 내릴 수 있으며, 다음 중에서 적절하다고 판단되는 조건을 해당 명령에 포함시킬 수 있다.

- (a) 가해자의 차별적 처우를 중단시키고 추후에 동일하거나 유사한 행위의 발생을 막기 위하여 다음의 조치를 취한다: (i) 제16조 제(1)항에서 명시한 특수 프로그램, 계획 및 제도를 채택하거나, (ii) 제17조에 의하여 위원회와의 협의 하에 계획의 승인 및 실행을 신청하는 등의 조치를 취한다.
- (b) 조속한 시일 내에 차별적 처우의 결과로서 피해자에게 거부되거나 거부되었던 권리, 기회 또는 특권을 피해자가 누릴 수 있도록 하게 한다.
- (c) 차별적 처우의 결과 피해자에게 발생한 지출 및 그에게서 박탈된 임금의 일부 또는 전부에 대하여 가해자가 보상하도록 한다.
- (d) 재판관이나 합의부의 판결에 따라 대체용 재화, 용역, 편의 또는 시설을 취득하는데 사용된 추가비용의 일부 또는 전부 및 차별적 처우의 결과 피해자에게 발생한 일체의 지출에 대하여 가해자가 보상하도록 한다.
- (e) 차별적 처우의 결과로 피해자가 받았던 고통과 어려움에 대한 최대 20,000달러 이내의 금액으로 보상을 하도록 한다.

(3) **특별보상**

상기의 (2)항에 따른 명령이외에, 만일 어떤

개인 또는 법인이 고의로 또는 미필적 고의로 차별행위에 가담하고 있거나 가담했던 경우, 재판관이나 합의부는 가해자에게 피해자에 대한 보상으로 최고 20,000달러까지 지급하도록 명령할 수 있다.

(4) **이자**

제48.9조가 정하는 규칙에 따라, 본 항의 보상에 관한 명령은 재판관이나 합의부가 적절하다고 판단하는 기간과 이자율을 적용하여 지불이 이루어지도록 할 수 있다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 53; 1998, c. 9, s. 27.

**제54조(제한)**

제53조 제(2)항에 따라 발령된 명령은 다음의 용어를 포함할 수 없다.

- (a) 개인이 선의로 해당 직책에 고용된 것을 수락한 경우 그 개인을 해당 직책에서 제거할 것을 요구하는 것
- (b) 거주자가 선의로 해당 시설 또는 숙소를 획득한 경우, 해당 시설 또는 숙소에서 거주자를 퇴거할 것을 요구하는 것

R.S., 1985, c. H-6, s. 54; 1998, c. 9, s. 28; 2013, c. 37, s. 4.

**제54.1조**

(1) **정의**

본 조에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다.

“**지정된 단체**”는 고용평등법 제3조이 정하는 의미를 가진다.

“**사용자**”는 고용평등법에 따른 의무사항을 수행하는 개인이나 단체를 말한다.

(2) **고용평등에 관한 명령의 제한사항**

재판관이나 합의부가 사용자에게 대하여 제기된 진정이 증명되었다는 것을 확인하는 경우, 제53조 제(2)항 제(a)호 (i)에 의하여 사용자는 다음의 사항을 포함하는 특별프로그램이나 계획 혹은 약정을 채택하도록 하는 명령을 채택할 수 없다.

- (a) 지정된 단체가 사용자의 사업장에서 보다 많이 대표될 수 있도록 보장하는 합리적인 정책이나 관행
- (b) 보다 많이 대표될 수 있도록 하기 위한 목적과 계획표

(3) **해석**

상기의 (2)항은 제53조 제(2)항 제(a)호에 따라 사용자에게 차별적 처우를 중지하거나 교정하도록 명령하는 재판소의 권한을 제한하는 것으로 해석되지 아니한다.

1995, c. 44, s. 50.

**제55조와 제56조 [폐지, 1998, c. 9, s. 29]**

**제57조(명령의 집행)**

제53조 제(2)항 및 제(3)항에 따른 명령은 집행을 위해 그 시행을 위한 통상적인 관행이나 절차를 따르거나, 위원회가 정본으로 확인된 사본 1부를 법원등기소에 제출함으로써 연방법원(federal court)의 명령으로 성립된다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 57; 1998, c. 9, s. 29; 2013, c. 37, s. 5.

**제58조**

**(1) 정보의 공개에 관한 신청**

제(2)항에 따라 조사관 또는 재판관이나 합의부가 어떤 정보의 공개를 요청하고 책임장관(minister of the Crown) 또는 기타 관계자가 그것의 공개를 반대하는 경우, 위원회는 이 사안에 대한 결정을 연방법원에 신청할 수 있고, 법원은 적절하다고 판단되는 조치를 취할 수 있다.

**(2) 캐나다 증거법(Canada Evidence Act)**

정보공개에 대한 이의신청은 캐나다 증거

법<sup>390</sup>에 따라 다음의 경우에 결정된다.

- (a) 캐나다 증거법 제37조부터 제37.3조까지 또는 제39조가 규정하는 바에 따라 책임장관 및 기타 관계자가 정보공개를 반대하는 경우,
- (b) 위원회가 연방법원에 신청한 이후 90일 이내에 제37조부터 제37.3조까지 또는 제39조에 따라 책임장관 및 기타 관계자가 정보공개를 반대하는 경우, 또는
- (c) 제38조부터 제38.13조까지의 규정에 따라 언제라도 정보공개에 대한 반대의사가 있거나 증명서가 발행되는 경우

R.S., 1985, c. H-6, s. 58; 1998, c. 9, s. 30; 2001, c. 41, s. 45.

**제59조(협박 또는 차별)**

누구든지 제III부에 따라 진정을 제기하였거나, 증거를 제출하였거나 진정 혹은 다른 절차의 개시 또는 기소와 관련하여 협조하였다는 이유로 또는 그렇게 할 의사를 가지고 있다는 이유로 위협하거나 차별하여서는 아니 된다.

1976-77, c. 33, s. 45.

**위법행위와 처벌(Offences and Punishment)**

**제60조**

**(1) 위법행위**

다음 사항은 범죄행위에 해당된다.

(a) [폐지됨, 1998, c.9, s.31]

(b) 동법에서 정한 재판관이나 합의부의 임무 수행을 방해하는 행위

(c) 제11조 제(6)항, 제43조 제(3)항 또는 제59조를 위반하는 행위.

**(2) 처벌**

상기 제1항에 의하여 유죄임이 입증된 사람에게는 즉심판결에 따라 최고 5만 달러의 벌금이 부과된다.

**(3) 사용자단체나 근로자단체의 기소**

본 조에 의한 위법행위에 대한 기소는 사용자단체나 근로자단체에 대하여 해당 단체 명의로 제기될 수 있고, 해당 기소의 취지상

이들 단체들은 하나의 인격체(person)로 간주되며, 이들 단체에 소속되어 있는 임원 또는 대표자가 소속 기구를 대표하여 행동할 수 있는 권한 내에서 행한 작위 또는 부작위는 해당 협회나 단체가 행한 것으로 간주된다.

**(4) 검찰총장의 동의**

본 조에 의한 범죄행위에 대한 기소는 검찰총장의 동의 없이는 제기될 수 없다.

**(5) 시효**

동 조항 하에서의 위법행위에 대한 기소는 재판의 대상(subject-matter)이 되는 행위가 발생한 시점에서 1년 이후에는 제기될 수 없다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 60; 1998, c. 9, s. 31.

**보고서(Reports)**

**제61조**

**(1) 위원회의 연례보고서**

위원회는 매년 12월 31일 이후 3개월 이내에 의회 앞으로 1부와 2부에 해당하는 연간의 위원회 활동에 관한 보고서를 제출하며, 이 보고서에는 제27조 제(1)항 제(e)호 또는 제

(g)호에서 언급하고 있는 사안들에 관한 견해 및 참고사항이 포함되어야 한다.

**(2) 특별보고서**

위원회는 상기 제1항에 규정된 연례보고서 제출 시기까지 지체할 수 없는 긴급 또는 중요 사안인 경우 자체의 권한, 임무 및 기능

의 범주 내에 포함되는 일정 사안에 대하여 견해 및 참고사항을 제공하기 위한 특별보고서를 연중 어느 때나 의회에 제출할 수 있다.

**(3) 재판소의 연례보고서**

재판소는 매년 12월 31일 이후 3개월 이내에 본 법률에 따른 해당연도의 활동에 관하여

의회에 보고서를 제출한다.

**(4) 보고서의 전달**

본 항목에서 언급하는 모든 보고서는 상원과 하원의 의장에게 전달되어 의회에서 상정할 수 있도록 한다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 61; 1998, c. 9, s. 32.

**주무장관(Minister Responsible)**

**제61.1조(법무부 장관)**

법무부 장관은 동 법에 대한 책임을 지며 동 법에 따라 규칙을 제정하는 총독의 권한은 제29

조를 제외하고는 법무부 장관의 권고에 기하여 행사할 수 있다.

1998, c. 9, s. 32.

**적용(Application)**

**제62조**

**(1) 제한**

동법의 제I부, 제II부 및 제III부는 1978년 3월 1일 이전에 제정된 의회법에 의하여 설립된 퇴직금 및 연금제도에 관련된 사항에 대하여 적용되지 아니한다.

**(2) 제(1)항에서 인용하는 법률의 심의**

위원회는 퇴직금 및 연금기금 설립 근거가 되는 1978년 3월 1일 이전의 의회법을 계속 심의하고, 위원회가 적절하다고 판단하는 경우 제2조에 규정된 원칙과 모순되는 것으로 판단되는 법률조항에 관한 견해 및 참고사항을 제61조에 규정된 보고서에 포함시킬 수 있다.

1976-77, c. 33, s. 48.

**제64조(캐나다 군대와 캐나다 기마경찰대)**

동법의 목적 범위 내에서 캐나다 군대 및 캐나다 기마경찰대 요원들은 정부가 고용한 것으로 간주한다.

1976-77, c. 33, s. 48.

**제65조**

**(1) 근로자 등의 행위(Acts of employees, etc.)**

다음 제(2)항에 의하여 어떤 단체, 협회 또는 기구의 장 및 임직원 또는 대표자의 고용기간 중에 이들에 의하여 행하여진 작위 또는 부작위는 그 법인, 협회 또는 기구에 의하여 행하여진 것으로 간주한다.

**(2) 면책(Exculpation)**

(1)항에 의하여 만일 어떤 단체, 협회 또는 기구가 작위 또는 부작위를 하는 것에 동의하지 아니하고 이를 방지하기 위하여 필요한 모든 노력을 기울였으며, 결과적으로 이로 인해 영향이 완화되거나 미치지 아니한 것으로 인정되는 경우, 해당 작위 또는 부작위가 해당 법인, 협회 또는 기구에 의하여 행하여진 것으로 간주하지 아니한다.

1980-81-82-83, c. 143, s. 23.

**제63조(적용 영역)**

유콘(Yukon) 준주, 노스웨스트 준주 및 누나벗(Nunavut)에서 발생한 작위 또는 부작위와 관련된 진정의 경우, 해당 작위 또는 부작위가 발생 지역에 따라 동 법에서 규정하는 진정의 원인이 되지 아니한다면 해당 진정건은 동 법의 제III부에 의하여 처리되지 아니한다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 63; 1993, c. 28, s. 78; 2002, c. 7, s. 127.

**제IV부 적용(Application)**

**제66조**

**(1) 정부에 대한 강제력**

이 법은 유콘(Yukon) 준주, 노스웨스트 준주 및 누나벗(Nunavut)에 관계된 사안을 제외하고 캐나다의 권한으로 정부에 귀속된다.

(2) [폐지, 2002, c. 7, s. 128]

(3) [폐지, 2014, c. 2, s. 11]

**(4) 상동**

상기 제(1)항에 규정된 예외조항은 포고에 의하여 정하여지는 날부터 누나벗(Nunavut)에

대하여 시행된다.

R.S., 1985, c. H-6, s. 66; 1993, c. 28, s.  
78; 2002, c. 7, s. 128; 2014, c. 2, s. 11.

제67조 [폐지, 2008, c. 30, s. 1]

- 
- 371) <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/h-6/>>
  - 372) Pension Benefits Standards Act, 1985.
  - 373) Pooled Registered Pension Plans Act.
  - 374) Criminal Code.
  - 375) Criminal Records Act.
  - 376) Public Service Employment Act.
  - 377) Accessible Canada Act.
  - 378) Inquiries Act.
  - 379) National Capital Act.
  - 380) Public Service Superannuation Act.
  - 381) Government Employees Compensation Act.
  - 382) Aeronautics Act.
  - 383) Employment Equity Act.
  - 384) Accessible Canada Act.
  - 385) Employment Equity Act.
  - 386) Employment Equity Act.
  - 387) Government Employees Compensation Act.
  - 388) Aeronautics Act.
  - 389) National Capital Act.
  - 390) Canada Evidence Act.
  - 391) <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/h-6/>>

## II. 미국 민권법 제7장(Title VII of the Civil Rights Act of 1964)

### 42 U.S. Code § 1981 [Equal rights under the law] 법 앞에 평등

#### (a) 평등권의 선언

미국 연방의 모든 관할권 내에 있는 모든 개인은 계약을 체결하여 강행하며, 소를 제기하고, 재판의 당사자가 되며, 증거를 제출하며, 개인과 재산의 안전에 필요한 모든 법률과 절차의 완전하고 평등한 혜택을, 백인 시민이 향유하는 것과 동일하게, 모든 주State와 자치령Territory에서 같은 권리를 가져야 한다. 그리고 모든 종류의 징벌, 불이익, 형벌, 세금, 허가 및 징수도 마찬가지로 동일해야 한다.

#### (b) 계약 체결과 강행의 정의

본 조항에서, ‘계약의 체결과 강행’은 계약의 체결, 이행, 변경 및 종료, 그리고 계약관계의 모든 수익, 권리, 사항, 조건을 포함한다.

#### (c) 권리침해 방지

본 조항이 보호하는 권리는 비정부적 차별과 주법 특성에 따른 훼손으로부터 보호 된다.

### 42 U.S. Code § 1981A

#### [DAMAGES IN CASES OF INTENTIONAL DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT]

**SEC. 102** 제1977조(42 U.S.C. 1981) 뒤에 다음 조항을 추가하여 법률을 개정한다.

제1977A조. 고의적 고용차별 사안에서 손해배상

#### (a) RIGHT OF RECOVERY. -

(1) 시민권 - 1964년 시민권법 제706조(42 U.S.C. 2000e-5) 또는 제717조의 구제신청 당사자가 그 법률 제703조, 제704조 또는 제717조(42 U.S.C. 2000e-2 or 2000e-3)가 금지하는 위법하고 고의적인 차별을 행한 피고를 상대로 제기한 소송에서, 그리고 그 구제신청 당사자가 개정 법률(42 U.S.C. 1981)하에서 청구할 수 없는 것을 조건으로, 그 구제신청 당사자는, 1964년 시민권법 제706(g)가 부여하는 모든 구제에 더하여, 피고로부터, (b)에서 허용된 보상적 손해배상과 징벌적 손해배상을 구할 수 있다.

(2) 장애 - (as provided in section 107(a) of the Americans with Disabilities Act of 1990 (42 U.S.C. 12117(a)), and section 505(a)(1) of the Rehabilitation Act of 1973 (29 U.S.C. 794a(a)(1)), 1964년 시민권법 제706조 또는 제717조가 정한 권한, 구제수단, 그리고 절차에 따라서 구제신청 당사자가, 1973년 재활법(29 U.S.C. 791) 제501조, 그리고 제501조를 집행하는 시행령 하에서 위법하고 고의적인 차별(차이 있는 효과disparate impact 때문에 위법한 고용관행은 아님)을 행한 피고를 상대

로 제기한 소송에서, 또는 그 법률 제501조의 요건 또는 합리적 시설 제공에 관한 제501조를 집행하는 그 시행령, 또는 1990년 장애인차별금지법(42 U.S.C. 12112) 제102조를 위반한 자, 또는 한 개인을 상대로, 같은 법 제102조(b)(5)를 위반한 자를 상대로 제기한 소송에서, 그 구제신청 당사자는, 1964년 시민권법 제706(g)가 부여하는 모든 구제에 더하여, 피고로부터, (b)에서 허용된 보상적 손해배상과 징벌적 손해배상을 구할 수 있다.

(3) 합리적인 시설과 선의의 노력 - 1990년 장애인차별금지법 제102조(b)(5) 또는 1973년 재활법 제501조를 집행하는 시행령에 따른 합리적 시설 제공을 수반하는 차별적 관행인 경우에, 적용대상 사업자가 필요한 시설을 고지한 장애인과 협의하여, 사업운영에 과도한 부담을 초래하지 않으며, 동일한 효과가 있는 기회를 제공할 수 있는 합리적 시설을 찾거나 만들기 위하여, 선의의 노력을 입증한 경우에는 본 조항에 의한 손해배상청구가 부여되지 않을 것이다.

#### (b) 보상적 손해배상과 징벌적 손해배상

(1) 징벌적 손해배상의 결정 - 피고가 악의로 또는 연방차원에서 보호하는 피해자의 권리에 대한 중대한 무관심으로, 차별적 관행 또는 차별적 관행에 관여했다는 것을 입증한다면, 구제신청 당사자는 그 피고(정부, 정부기관 또는 정치기구는 제외)를 상대로 본 조항에 따른 징벌적 손해배상을 청구할 수 있다.

(2) 보상적 손해배상에서 제외 - 본 조항 하에서 판결된 보상적 손해배상은 소급입금, 소급입금의 이자, 1964년 시민권법 제706조(g)가 부여하는 모든 형태의 구제를 포함하지 않는다.

(3) 제한 - 본 조항 하에서, 장애의 금전적 손실, 감정적 아픔, 고통, 불편함, 정신적 괴로움, 삶의 기쁨 상실, 기타 비금전적 손실에 대해 판결된 보상적 손해배상의 총액, 그리고 본 조항 하에서 판결된 징벌적 손해배상의 총액은 각 구제신청 당사자에 대해서 다음의 금액을 초과할 수 없다.

(A) 14인 이상 101인 미만의 근로자를 금년 또는 전년도에 각 20주 이상 고용한 피고의 경우에는 50,000달러;

(B) 100인 이상 201인 미만의 근로자를 금년 또는 전년도에 각 20주 이상 고용한 피고의 경우에는 100,000달러; 그리고

(C) 200인 이상 501인 미만의 근로자를 금년 또는 전년도에 각 20주 이상 고용한 피고의 경우는 200,000달러; 그리고

(D) 500인 이상 근로자를 금년 또는 전년도에 각 20주 이상 고용한 피고의 경우는 300,000달러.

(4) 해석 - 본 조항의 어떠한 것도 개정 법률 제 1977조 (42 U.S.C. 1981) 하에서 가능한 구제 또는 그 범위를 제한하는 것으로 해석될 수 없다.

(c) 배심재판 - 만일 구제신청 당사자가 본 조항 하에서 보상적 손해 또는 징벌적 손해를 구하는 경우에는 -

(1) 어느 당사자든 배심재판을 요구할 수 있고;

---

<편집자 주> 이하는 1964년 시민권법 제7장(Pub. L. 88-352) 문언이며, 개정하여, 2000e조로 시작하는 연방제정법전 제45권에 있는 것이다. 제7장은 인종, 피부색, 종교, 성별 및 출신국적을 이유로 한 고용차별을 금지한다. 1991년 시민권법(Pub. L. 102-166)과 2009년 Lily Ledbetter 공정임금법은 제7장의 여러 조문을 수정한다. 또한, 시민권법 제102조(이 발행본에 인쇄된 것)는 시민권법 제7장, 1990년 장애차별금지법 그리고 1973년 재활법 제501조를 고의적으로 위반한 경우에 보상적 손해배상과 징벌적 손해배상을 규정한다. 제정된 바와 같이 시민권법 제7장의 상호참조는 조문 제목 다음에 이탤릭체로 표시한다. 편집자의 주도 이탤릭체이다.

----

법률

(2) 법원은 본 조항 (b)(3)이 정한 최대 상한액을 배심원에게 통보해서는 안 된다.

(d) 정의 - 본 조항에서는 다음과 같이 사용하였다.

(1) 구제신청 당사자 - 구제신청 당사자는 다음을 의미한다.

(1) 구제신청 당사자

(A) 제(a)(1)에 의한 소를 제기하려는 자의 경우에는 EEOC, 연방검찰총장, 또는 시민권법(1964)(42 U.S.C. 2000e et seq.) 제7장에 따른 소송 또는 절차를 제기할 수 있는 자; 또는

(B) 제(a)(2)에 의한 소를 제기하려는 자의 경우에는, EEOC, 연방검찰총장, 재활법(1973)(29 U.S.C. 794(a)(1)) 제505조(a)(1)에 의한 소송 또는 절차를 제기할 수 있는 자, 또는 장애인차별금지법(1990)(42 U.S.C. 12101 et seq.) 제1장에 의한 소송 또는 절차를 제기할 수 있는 자.

(2) 차별관행 - 차별관행discriminatory practice이란 제(1)이 정하고 있는 차별, 또는 제(a)의 제(2)가 정하고 있는 차별 또는 위반을 의미한다.

변호사 비용

본 조항은 개정 법률의 제722조(42 U.S.C.1988)를 개정하는데, 미국 연방 이외에, 승소한 당사자에게 합리적인 변호사 비용을 부여할 수 있는 시민권 소송에 1991년 시민권법의 제102조에 문언을 추가한다.

**SEC. 103** 개정 법률 제722조(42 U.S.C 1988)의 마지막 문단은 '1977' 뒤에 '1977A' 를 삽입하여 개정된다.

헌법의 투표권을 집행하고, 공공시설에서 차별행위에 대한 금지명령 관할권을 연방지역법원에 부여하고, 공공시설과 학교 교육에서 기본권 보호를 위한 소송 권한을 법무부장관에게 부여하고, 시민권 위원회를 확대하고, 연방정부 지원 프로그램에서 차별을 금지하고, 평등고용위원회를 설치하기 위하여 그리고 그 외에 다양한 목적으로.

연방의회 상원과 하원이 제정함. ‘시민권법(1964)’ 으로 인용할 것임.

### Sec. 2000e. [Section 701]

이 조의 목적을 위하여 -

(a) “인person” 은 1명 이상의 개인, 정부, 정부 기관, 기초자치체(political subdivisions)<sup>392</sup>, 노동조합, 조합, 단체, 회사, 법정대리인, 상호회사, 합자회사, 신탁, 비법인 단체, 신탁관리인, 제11장 [원래, 파산]에 따른 사안에서 신탁관리인, 파산관재인을 포함한다.

(b) “사용자” 는 통상에 영향이 있는 산업에서 당해 또는 전년도에 20주 이상 중에 각 노동일 동안 근로자 15인 이상 고용한 자, 그리고 그 자의 모든 대리인을 의미한다. 그러나 (1) (연방제정법전 제5장 2012조가 정한 바와 같이) 경쟁력있는 서비스 질차를 위한 법률이 적용되는 미국, 연방정부가 모두 소유한 기업, 인디언 부족, 또는 D.C의 행정부서와 기구는 포함하지 않는다. (2) 제26장 [연방소득법 1986] 제501조(c)에 의거하여 면세되는 진정한 프라이빗 회원제 클럽(노동단체 외)은 [평등고용법(1972) 제정일] 1972년 3월 24일 이후 첫 1년 동안은 예외적으로, 근로자 25인 미만 고용한 자 (그리고 그 대리인)는 사용자로 간주되지 않는다.

(c) “근로자 파견 회사employment agency” 는 유료 또는 무료로 사용자에게 근로자를 알선하거나 근로자에게 근로의 기회를 통상적으로 알선하는 모든 자를 의미하고, 그 자의 대리인을 포함한다.

(d) ‘근로자 단체labor organization’ 는 통상에 영향이 있는 산업에 속하는 노동단체와 그 단체의 모든 대리인을 의미하며, 근로자가 참여하고, 그 존립 목적이, 전체 또는 부분적으로, 고충처리, 노동분쟁, 임금, 급여율, 노동시간 또는 기타 고용의 조건과 내용에 관하여, 사용자와 처리하는 것에 있는, 모든 종류의 조직, 기관, 또는 근로자대표위원회, 그룹, 단체, 또는 협의회, 그리고 전국단위 노동단체에 속하는 모든 회의, 총회, 공동위원회, 공동협의회를 포함한다.

(e) 다음과 같은 경우에는 통상에 영향이 있는 산업에 속한 근로자단체로 간주한다. (1) 사용자에

게 근로자를 알선하거나 근로자에게 근로의 기회를 알선하는 직업소개소를 유지 또는 운영하거나, (2) 그 조합원 수(또는 근로자 단체 또는 그 대표들로 구성된 근로자 단체인 경우에는 그러한 근로자 단체들의 평균 조합원 수)가 (A) [평등고용법(1972) 제정일] 1972년 3월 24일 이후 첫 1년 동안 25명 이상이거나, (B) 그 이후에 15인 이상이고, 그 근로자 단체가 다음과 같은 경우이다.

(1) 연방노동관계법 [29 U.S.C. 151 et seq.] 또는 철도노동법 [45 U.S.C 151 et seq.]에 의거하여 인증된 근로자 대표이거나;

(2) 비록 인증되지 않았지만, 통상에 영향이 있는 산업에 속한 사용자 또는 사용자들이 자신의 근로자를 대표로서 행위하거나 승인한 전국단위 근로자단체 또는 지역단위 근로자단체이거나;

(3) 문단(1)의 의미에서 사용자의 근로자들을 적극적으로 대표하고자 하거나 대표하고 있는 지역단위 근로자단체 또는 그 산하 단체로 공인되었거나;

(4) 근로자들이 조합원 자격을 유지하거나 그 근로자단체에 가입되어 있는 지역 또는 그 하부단체로서 문단(1)과 (2)의 의미에서 근로자를 적극적으로 대표하고자 하거나 대표하고 있는 근로자단체가 공인하였거나;

(5) 전국단위 노동단체에 속하는 모든 회의, 총회, 공동위원회, 공동협의회, 전항의 모든 문단에 따른 통상에 영향이 있는 산업에 속하는 근로자단체를 포함한다.

(f) ‘근로자’ 는 사용자가 고용한 자를 의미하는데, 주정부 또는 유권자 있는 기초자치체의 관공서에 선출된 모든 개인, 또는, 헌법 또는 법률상 공권력 행사와 관련하여 직속 자문, 정책결정 단위에 임명된 자, 또는 선출직 공무원의 개인 직원인 자는 ‘근로자’ 에 포함하지 않는다. 전단의 예외는 주정부, 정부기관 또는 기초자치체의 공무원법 적용대상인 근로자는 포함하지 않는다. 외국에서 고용인 경우에는 미국 시민인 자를 포함한다.

(g) ‘통상’ 은 주와 그 외부 지역 사이에; 또는 D.C 내에서 혹은 미연방 소유지 내에서; 같은 주안에 있는 지점이지만 그 외부의 지점을 통한 지점

들 사이, 또는 여러 주 사이 거래, 교통, 교역, 운송, 전송 또는 통신을 의미한다.

(h) ‘통상에 영향을 주는 산업’은 통상을 하거나, 그 노동분쟁이 통상이나 통상의 자유로운 흐름에 장애가 되거나 방해가 되는 모든 활동, 영업 또는 산업을 의미하며, 노사정보공개법(LMRDA, 1959)[29 USC 401 et seq.]이 정한 바에 따른 ‘통상에 영향을 주는’ 활동 또는 산업을 포함한다. 또한 모든 정부 산업, 사업 또는 활동을 포함한다.

(i) ‘주’ 미국 연방의 모든 주, D.C, 푸에르토리코, 버진 아일랜드, 아메리카 사모아, 괌, 웨이크 아일랜드, 파나마 운하 지대, 그리고 the Outer Continental Shelf Lands Act [43 USC 1331 et seq.]이 정한 외곽 대륙붕 지대를 포함한다.

(j) ‘종교’는 모든 측면의 종교 의식과 관례, 믿음을 포함한다. 사용자의 사업 활동에 과도한 부담이 없이는 근로자 또는 장래 근로자의 종교 의식 또는 관례에 합리적으로 편의를 제공할 수 없다는 것을 사용자가 입증하지 않는 한 그러하다.

(k) ‘성별 때문에’ 또는 ‘성별을 기초로’ 개념은, 제한되는 것은 아니지만, 임신, 출산 또는 그 관련한 질환을 이유로 한 것을 포함하며; 임신, 출

산, 또는 관련 질환을 겪는 여성은, 모든 고용 관련한 목적에서, 부가급여 프로그램에 따른 부가급여 수령을 포함하여, 영향은 없지만 노동능력 또는 무능력이 유사한 다른 사람들과 동일하게 처우되어야 하며, 이 장 [제703(h)]의 제2000e-2(h)가 그와 달리 해석되는 것은 허용하지 않는다. 이 항은 낙태에 대한 의료보험료 지급을 사용자에게 요구하지 않는다. 다만, 분만일까지 태아를 유지한다면, 산모의 생명이 위급해지는 경우 혹은 낙태로 인해 발생한 합병증은 예외로 한다. 단, 이 항은 사용자가 낙태 의료보험료 지급하거나 낙태와 관련하여 단체협약 달리 정하는 것을 금지하지 않는다.

(l) ‘구제신청자’는 평등고용위원회, 법무부장관, 또는 이 조항에 따른 절차나 소송을 제기할 수 있는 자를 의미한다.

(m) ‘증명’은 증거제출 및 설득의 책임을 충족하는 것이다.

(n) ‘피고’는 사용자, 근로자파견 기업, 근로자단체 그리고 현장 직업훈련을 포함하여 도제, 직업훈련 또는 재훈련 프로그램을 관장하는 노사공동위원회, 본 장 제2000e-16조 적용 대상이 되는 연방단체를 의미한다.

### 외국인과 종교적 고용에 적용 Sec. 2000e-1 [Section 702]

(a) 본 장은 특정 외국인과 종교단체 근로자의 적용 제외

본 장은 미국 외부에서 외국인을 고용한 사용자, 또는 종교기업, 단체, 교육기관, 또는 협회에 관하여 적용되지 않는다. 그러한 기업, 단체, 교육기관, 또는 그 활동을 하는 협회가 수행하는 것과 관련된 업무 수행을 위하여 특정 종교에서 개인을 고용한 경우에 그러하다.

(b) 법률의 준수가 외국법 위반이 되는 경우

사용자(또는 사용자가 통제하는 기업), 근로자단체, 근로자파견 회사 또는 도제, 기타 직업훈련 또는 재훈련(현장 직업훈련 포함)을 관장하는 노사공동위원회가 외국에 소재한 사업장 소속 근로자에 관하여 취한 조치는 그러한 사용자(또는 그 기업), 단체, 파견회사, 또는 그 위원회가 이 법을 준수하는 것이 사업장이 소재한 외국의 법률을 위반하게

되는 경우라면 제2000e-2조 또는 제2000e-3조에 따른 위법행위가 되지 않는다.

(c) 외국에 설립된 기업의 통제권

(1) 설립지의 기업을 통제하는 사용자가 외국이라면, 그 기업이 행한 제2000e-2조 또는 제2000e-3조 위반행위는 그 사용자가 행한 것으로 간주한다.

(2) 미국인 사용자가 통제하지 않는 외국인이 그 외국 기업의 사용자인 경우에는 제2000e-2조 또는 제2000e-3조가 적용되지 않는다.

(3) 이 조항의 목적에서, 사용자가 기업을 통제하고 있는지 여부는 다음에 근거하여 결정한다.

(A) 운영의 상호관계;

(B) 공통 경영진;

(C) 사용자와 기업의 공동소유 또는 공동 재정통제

## 부당한 고용행위

### Sec. 2000e-2 [Section 703]

#### (a) 사용자

다음은 사용자의 위법한 고용행위이다.

(1) 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 또는 출신국적을 이유로, 채용을 하지 않거나 거절하고 또는 해고하는 행위, 그리고 고용계약의 내용, 조건, 보수 또는 고용상의 혜택에 관하여 그 개인을 차별하는 행위; 또는

(2) 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적을 이유로, 근로자 또는 지원자를 제한, 분리, 또는 분류하여 그 개인의 고용기회를 박탈하거나 박탈하는 경향이 있거나, 근로자로서 지위에 불리한 영향이 있는 행위.

#### (b) 근로자파견 회사

개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 또는 출신국적을 이유로 고용에 배정하지 않거나 거절하거나 차별하는 행위, 또는 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적에 따라 그 개인을 분류하거나 고용에 배정하는 행위는 근로자파견 회사의 위법한 고용행위이다.

#### (c) 근로자단체

다음은 근로자단체의 위법한 고용행위이다.

(1) 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적을 이유로, 어느 개인을 배제하거나 구성원에서 제명하거나, 차별하는 행위;

(2) 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적을 이유로, 그 구성원 또는 지원자를 제한, 분리 또는 분류하거나 그 개인의 고용 배정을 하지 않거나 거부하여, 고용의 기회를 박탈하거나 박탈하는 경향이 있거나, 혹은 고용기회를 제한하거나 근로자 또는 지원자 지위에 불리한 영향을 주는 행위; 또는

(3) 사용자가 본 조문에 위반하여 어느 개인을 차별하도록 조장하거나 조장하려고 시도하는 행위.

#### (d) 직업훈련 프로그램

개인의 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신국적을 이유로, 도제, 직업훈련 및 재훈련, 현장 직업훈련을

관장하는 사용자, 근로자단체 또는 노사공동위원회 프로그램이 입학이나 고용 또는 도제 및 기타 직업훈련을 제공하기 위해 설립된 모든 프로그램에서 차별하는 것은 위법한 고용행위이다.

(e) 종교, 성별 또는 출신국적에 기초한 자격기준을 가진 사업 또는 기업; 특정 종교를 자격기준으로 하는 교육기관

이 장에도 불구하고, (1) 종교, 성별, 또는 출신국적이 특정 사업 또는 기업의 통상 운영에 합리적으로 필요한 진정 자격기준인 일정한 경우에, 종교, 성별 또는 출신국적을 이유로 사용자가 근로자를 채용하여 고용하고, 근로자파견회사가 개인을 분류하거나 사용사업주에게 파견하고, 근로자단체가 구성원을 분류하거나 파견하는 것은 위법한 고용행위가 아니다. (2) 전체적으로 또는 중요한 부분이 특정 종교 또는 특정 종교 기업, 단체 또는 협회의 소유, 지원, 통제 또는 경영을 받거나, 학교, 단과대학, 종합대학 또는 기타 교육기관의 교과과정이 특정 종교의 보급을 목적으로 하는 경우에는 어느 학교, 단과대학, 종합대학 또는 기타 교육기관이 특정한 종교인을 채용하거나 근로자를 고용하는 것은 위법한 고용행위가 아니다.

#### (f) 공산당, 공산당 활동, 공산당 단체의 구성원

이 장에서 사용한, ‘위법한 고용행위’는 Subversive Activities Control Act of 1950 [50 U.S.C 781 et seq.]에 의거한 Subversive Activities Control Board의 최종 결정에 따라, 미국 공산당 또는 공산당 활동이나 공산당 단체로 등록된 모든 단체의 구성원에 관하여, 사용자, 근로자단체, 노사공동위원회, 근로자파견 회사가 취한 어떤 조치나 행위를 포함하는 것으로 간주되지 않는다.

#### (g) 국가안보

이 장의 모든 내용에도 불구하고, 다음과 같은 경우에, 사용자가 어느 개인을 채용 및 고용하지 않거나, 해고하는 것, 근로자파견 회사가 어느 개인을 사용사업주에게 파견하지 않는 것, 또는 근로자단체가 어느 개인의 사업장 파견을 하지 않거나 거부하는 것은 위법한 고용행위가 아니다.

(1) 그 직위에 재직 또는 그 직위의 업무 모든 부분이 수행되거나 수행될 예정인 구역에 접근이 미국 연방법 혹은 대통령 명령에 의거하거나 집행

되는 모든 안보정책 하에서 미국 전체의 안보를 위해서 부여된 요건의 적용대상이고,

(2) 그 개인이 그 요건을 충족하지 않거나 더 이상 충족하지 못하게 된 경우이다.

(h) 연공급 또는 능력급; 물량 또는 품질급; 능력 검증; 성별에 기초하고 최저임금 규정이 허용한 보수가 장의 모든 내용에도 불구하고, 사용자가 진정한 연공급, 능력급 또는 생산 물량과 품질에 따른 임금체계에 의거하여 보수의 수준, 고용계약 내용과 조건, 부가급여를 차등 적용하거나 다른 지역에서 일하는 근로자에게 적용하는 것은 위법한 고용행위가 아니다. 단, 그 차이는 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적을 이유로 하는 차별의 고의가 아니어야 한다. 또는 전문적으로 개발된 능력검증 시험을 실시하거나 그 시험의 결과에 따라 조치하는 것은 사용자의 위법한 고용행위가 아니다. 단, 그 결과에 의거한 조치나 집행이 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적을 이유로 하는 차별을 만들고, 의도하거나 그에 사용되지 않아야 한다. 제 29편 제206(d)조에 승인된 격차라면, 사용자가 임금액 또는 지급예정 임금액을 결정할 때 성별을 이유로 차등하는 것은 이 장에 따른 위법한 고용행위가 아니다.

(i) 인디언 우대조치 확장하는 사업 또는 기업

인디언 보호구역내에 또는 근처에 거주하는 것을 이유로 어느 개인에게 우대조치를 하는 사업 또는 기업이 공개적으로 발표한 고용행위와 관련하여, 이 장은 인디언 보호구역 또는 그 근처에 있는 사업 또는 기업에 적용하지 않는다.

(j) 현존하는 불균형의 수 또는 비율을 고려하여 부여되지 않은 우대조치

이 장은 인종, 피부색, 종교, 성별, 또는 출신국적을 이유로 사용자가 고용하거나, 근로자파견 회사가 파견 또는 분류하거나, 근로자단체가 가입을 승인하거나 도제 또는 기타 직업훈련 프로그램에 입학 또는 고용을 허용하는 어느 개인 또는 집단에게, 모든 공동체, 주, 지역 또는 영역에서 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적인 자들 또는 가능한 노동인력에서 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적인 자들의 전체 숫자 또는 비율과 비교하여, 우대조치를 부여할 것을 사용자, 근로자파견 회사, 근로자단체 또는 노사공동위원회에 요구하지 않는다.

(k) 격차효과 사례에서 입증책임

(1)(A) 이 장은 다음의 경우에만 격차효과에 근

거한 위법한 고용행위이다.

(i) 구제신청자는 피고가 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적에 근거한 격차효과를 초래하는 고용행위를 사용했음을 입증하고, 피고는 해당 관행이 직위의 직무에 관련되고, 사업상 필요에 부합한다는 것을 입증하지 못하는 경우;

(ii) 구제신청자는 대안적 고용행위에 관하여 (C)에 정한 입증을 하고, 피고는 그 대안적 고용행위 채택을 거부한 경우

(B)(i) 특정 고용행위가 (A)(i)에 정한 격차효과를 초래한다는 입증과 관련하여, 구제신청자는 해당 각 고용행위가 격차효과를 초래한다는 것을 입증해야 하는데, 예외적으로 피고의 의사결정 과정 요소들이 분리하여 분석될 수 없음을 구제신청자가 법원에서 입증할 수 있으면, 그 의사결정 과정은 하나의 고용행위로 분석될 수 있다

(ii) 피고가 개별 고용행위는 격차효과를 초래하지 않음을 입증하면, 피고는 그러한 행위의 사업상 필요성은 입증하지 않아도 된다.

(C) “대안적 고용관행” 개념에 관련하여, (A)(ii)에 정한 입증은 1989년 6월 4일 현재 법률에 따라야 한다.

(2) 어떤 고용관행이 사업상 필요하다라는 입증은 이 장의 고의적 차별 청구에 대한 항변으로 사용될 수 없다.

(3) 자격있는 의료직의 감독 하에 확보한 약물, Controlled Substances Act [21 U.S.C. 801 et seq.] 또는 다른 연방법이 허용한 약물의 사용의 사용 또는 소유를 제외하고, Controlled Substances Act (21 U.S.C. 802(6)의 제102(6)의 부칙 I과 II에 정한 바와 같이, 금지된 약물을 현재 또는 공공연하게 사용하거나 소유한 개인의 고용을 금지하는 규칙은 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적을 이유로 차별하려는 고의를 갖고 채택되거나 적용되었다면, 이 장에 따른 위법한 고용행위를 간주된다.

(l) 고용, 승진의 지원자 또는 후보자 선발 또는 배치와 관련하여, 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적에 기초하여, 고용 관련 검증의 성적을 조정하거나 탈락 점수를 달리 적용하거나, 그 결과를 변경하는 것은 위법한 고용행위이다.

(m) 고용행위에서 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적 판단의 불허

이 장에서 달리 정한 경우를 제외하고, 비록 다른 요소들도 있었다 하더라도, 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적이 고용행위의 동기가 된 요소였다고 구제신청자가 입증하는 경우에 성립한다.

(n) 판결, 재판상 화해 또는 명령을 이행하는 고용행위에 대한 이의제기

(1)(A) 이 법의 모든 조항에도 불구하고, 문단(2)를 제외하고, 연방헌법 또는 연방시민권법에 의거한 고용차별 청구를 해결하는 고용행위는 (B)에 정한 바와 같은 조건에서 이의제기 대상이 되지 않는다.

(B) (A)에 정한 고용행위는 다음의 경우에 연방헌법 또는 연방시민권법에 의거한 이의제기 대상이 되지 않는다.

(i) (A)가 정한 판결 또는 명령의 결정에 앞서, 어떤 자가

(1) 그 판결이나 명령으로 자신의 이해관계와 법적권리에 불이익한 영향이 있고, 장래의 어느 시점에 그 판결 또는 명령에 대한 이의를 제출할 수 있다고 알리는 사실상의 통지를 받았고,

(II) 그러한 판결 또는 명령에 이의를 제기할 합리적인 기회가 있었던 경우

(ii) 중간에 법과 사실의 변경이 없는 한, 동일한 법적 근거와 유사한 사실상 조건에서 그 판결

### 기타 위법한 고용행위

#### Sec. 2000e-3 [Section 704]

(a) 집행절차에 제소, 증언, 지원 또는 참여를 이유로 한 차별

이 법률에 따른 위법한 고용행위로 만든 모든 관행에 반대하거나, 이 법률에 의거한 조사, 절차 또는 심리에 제소, 증언, 지원 또는 참여한 것을 이유로 사용자가 근로자 혹은 지원자를 차별하고, 근로자파견 회사 또는 현장 직업훈련을 포함하여 도제, 기타 직업훈련, 재훈련을 관장하는 노사공동위원회가 개인을 차별하거나, 근로자단체가 그 구성원 자격 또는 구성원을 차별하는 것은 위법한 고용행위이다.

(b) 직무 자격 외에, 금지되는 선호, 제한, 구별 또는 차별을 명시한 광고 또는 게시물의 인쇄 또는 출판

사용자, 근로자단체, 근로자파견회사 또는 현장

또는 명령에 먼저 이의제기 했던 자가 이해관계 있는 자를 충분히 대변했던 경우

(2) 이 조항은 다음과 같이 해석되지 않는다.

(A) 연방민사소송규칙 제24조에 의한 재판 참가인 기준을 변경하거나, 당사자가 참가한 소송에서 그 소송에 따른 참가인의 권리에 적용하지 않는다.

(B) 소송제기, 재판상 화해, 또는 명령에 들어간 소송의 당사자, 그 소송에서 대리 또는 대표되는 집단소송의 구성원, 연방정부가 제기한 소송에서 대표 구제를 구하는 집단 구성원의 권리에 적용하지 않는다.

(C) 판결, 재판상 화해, 또는 명령이 공모 또는 기망행위로 인한 것이거나, 또는 명백하게 무효이거나 사물관할이 없는 법원이 행한 것인 경우에 이의제기를 금지하지 않는다.

(D) 헌법이 정한 적법절차 부인을 허용하거나 그러한 권한을 부여하지 않는다.

(3) 문단(1)에서 정한 고용의 재판상 화해 또는 명령에 이의제기하는 이 조항에서 배제되지 않은 모든 소송은 법원에 제기되어야 하며, 가능한 그러한 판결 또는 명령을 결정한 판사에게 배당되어야 한다. 이 조항은 연방제정법 제28편 제1404조에 의거한 소송의 이관을 배제하지 않는다.

직업훈련을 포함하여 도제, 기타 직업훈련, 재훈련을 관장하는 노사공동위원회가

사용자가 고용에 관련하여, 근로자단체가 구성원 자격 및 파견에 관련하여, 근로자파견 회사가 근로자 분류 및 파견에 관련하여, 노사공동위원회가 도제훈련 및 기타 직업훈련 제공을 위해 설립된 모든 프로그램에서 입학 및 고용과 관련하여,

인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국적을 이유로 하는 어떠한 선호, 제한, 분류 및 차별을 나타내는 게시물 혹은 광고를 인쇄 또는 출판하거나 그렇게 하도록 방조하는 것은 위법한 고용행위이다. 단, 종교, 성별 또는 출신국적이 진정한 직무자격인 경우에는 종교, 성별 또는 출신국적을 이유로 하는 어떠한 선호, 제한, 분류 또는 차별을 표시한 게시물 또는 광고는 예외로 한다.

## 평등고용위원회

### Sec. 2000e-4 [Section 705]

(a) 창설; 구성; 정치적 대표; 임명; 임기; 공석; 의장 및 부의장; 의장의 임무; 인원 임명; 보수

이에 따라 고용평등위원회(이하 '위원회')가 설립되며, 같은 정당 소속이 3인을 넘지 않는 범위에서 5인의 위원으로 구성된다. 위원회의 위원은 임기 5년으로 상원의 권고와 동의로 대통령이 임명한다. 공석의 충원을 위해 선발된 자는 전임 위원의 잔여 임기 동안만 임명되고, 위원회의 모든 위원은 후임자가 임명되고 자격이 인정될 때까지 계속 복무해야 한다. 다만, (1) 연방의회의 회기 중에 60일 이상 동안 공석 충원을 위해 지명된 후보자가 상원에 회부되지 않은 경우, 또는 (2) 후보자가 회부된 상원이 무기한 휴회된 이후에, 계속 복무할 위원이 없는 경우는 예외로 한다. 대통령은 위원 중에서 위원회 의장과 부의장을 지명한다. 의장은 위원회 행정 운영에서 위원회를 대표하며, (b)항의 경우는 제외하고, 경쟁력 있는 공직을 관리하는 연방제정법전 제5편에 따라서, 그 업무 수행 과정에서 지원을 위해 필요하다고 간주하는 고위공무원, 대리인, 변호사, 행정심판관[기존 심리 조사관], 근로자를 임명하고, 연방제정법전 제5편 제51장과 제53장 제3절에 따라서, 공무원 임금을 기준과 분류와 관련하여 그들의 보수를 정한다. 다만, 행정심판관의 배정, 제거 및 보수는 제5편 제3105조, 제3344조, 제5372조 및 제7251조에 의거하여 결정되어야 한다.

(b) 법무총장; 지명; 임기; 임무; 변호사 및 법무부 장관의 대리

(1) 법무총장은 4년 임기로 상원의 권고와 동의로 대통령이 임명한다. 법무총장은 제2000e-5조와 제2000e-6조 [제706조와 제707조]에 정한 소송을 지휘한다. 법무총장은 위원회가 정하거나 법률이 정한 다른 임무도 수행하며, 지역 변호사의 임명과 감독에 관하여 의장에 따라야 한다. 이 법의 발효일에 위원회의 법무총장은 후임자가 지명되고 자격이 인정될 때까지 계속 그 직위를 유지하며 이 조항에 따른 임무를 수행한다.

(2) 이 조항에 의거하여 지명된 변호사는, 위원회의 감독에 따라, 법원에 제기된 모든 사안에서 위원회를 대리하여 출석한다. 단, 이 장에 의거하여, 위원회가 당사자인 연방대법원 소송은 법무부장관이 지휘해야 한다.

(c) 공석 기간의 권한 행사; 정족수

위원회의 공석은 남아 있는 위원들의 전체 위원회 권한 행사에 영향을 주지 않으며, 그 위원들은 정족수를 충족해야 한다.

(d) 직인; 사법적 게시

위원회는 사법적으로 게시되는 공식적인 직인이 있어야 한다.

(e) 연방의회와 대통령에 보고

위원회는 매회계년도 말에 연방의회와 대통령에게 [모든 고용 인원의 성명, 급여 및 임무] 수행한 조치와 지출한 경비에 관한 연례보고서를 제출해야 한다. 또한 그 보고서는 차별의 원인과 해결 수단, 보다 타당한 입법안 권고를 포함해야 한다.

(f) 본부와 기타 사무소

위원회의 본부 사무소는 D.C 인근에 두지만, 다른 모든 지역에서 그 모든 권한을 행사하거나 회합할 수 있다. 위원회는 본 장의 목적을 달성하기 위하여 필요하다고 간주하면, 지역 또는 주(State) 사무소를 설치할 수 있다.

(g) 위원회의 권한

위원회는 다음과 같은 권한을 갖는다.

(1) 민간이든 공공이든 지역, 주, 지방 및 기타 정부기관과 개인의 동의하에 그들과 협력하고 활용하는 권한

(2) 증인이 채택되었거나 위원회에 출석한 증인 또는 그 대리인에게 수당을 지급하거나 연방법원에서 증인에게 지급하는 교통비를 지급하는 권한

(3) 본 장 또는 그에 따라 발부된 명령의 준수를 요구할 수 있는 기술적 지원 같은 것을 제공하는 권한

(4) (i) 근로자들 또는 그 일부의 사용자, 또는 (ii) 조합원들 또는 그 일부의 근로자단체의 신청으로, 본 장의 규정을 실행하는 과정에서 협조를 거부하거나 거부하겠다고 위협하는 사용자 또는 근로자단체를 상대로, 본 장이 정한 화해절차 또는 기타 구제절차를 통해서 그 실행을 지원하는 권한

(5) 본 장의 목적과 정책을 실행하기에 적합한 기법을 연구하고 그 결과를 일반인이 이용할 수 있도록 하는 권한

(6) 피해자가 정부, 정부기관 또는 하부 기관이 아닌 피고를 상대로 본 편[제706조] 제2000e-5조에 따라 제기한 민사소송에 참가하는 권리

(h) 지원활동; 교육 또는 홍보활동을 수행하는 다른 부서 또는 기관과 협력

(1) 위원회는, 모든 형태의 교육 또는 홍보활동에서 다른 부서 또는 기관과 협력해야 한다.

(2) 본 장에 따른 권한을 행사할 때, 위원회는 다음의 자를 대상으로 교육 및 홍보활동(영어 외에 언어로 정보 제공을 포함하여)을 하여야 한다.

(A) 역사적으로 고용차별의 피해자이고 위원회가 공평하게 처우하지 않았던 개인들

(B) 사안에 따라, 본 장 또는 그 법률에 따른 권리와 의무에 관련하여, 위원회가 대표하여 고용차별을 금지하는 다른 모든 법률을 집행하는 개인들

(i) 정치활동이 제한되는 직원

위원회의 모든 임원, 대리인, 변호사 및 근로자는 제5편 제7324조[originally, section 9 of the Act of August 2, 1939, as amended (the Hatch Act)]의 적용을 받는다. 그 조항의 모든 예외에도 불구하고 그러하다.

(j) 기술지원 훈련기관

(1) 위원회는 기술지원 훈련기관을 설립하여, 위원회가 집행하는 법률과 시행령에 관한 기술지원과 훈련을 제공해야 한다.

(2) 이 장이 적용되는 사용자 또는 다른 단체는 이 조항에 따른 기술지원을 받지 않은 것으로 이유로 이 장의 준수 의무를 면하지 못한다.

(3) 회계연도 1992년에 필요하면 그 금액을 이 조항을 수행하도록 전용할 수 있다.

(k) EEOC 교육, 기술지원 및 훈련 운영 기금

(1) 이에 따라 연방재무부에 'EEOC 교육, 기술지원 및 훈련 운영 기금' (이하 '기금'이라 한

다)을 설치하고, 위원회가 관할하는 법률에 관한 교육, 기술지원 및 훈련 제공의 비용(운영비와 인건비)을 지급한다.

(2) 위원회는 이 문단에 따라 기금에서 지급된 재원으로 제공된 교육, 기술지원 및 훈련의 비용을 상쇄하기 위하여 수수료를 부과한다. 그 수수료는 다음과 같이 부과한다.

(i) 교육, 기술지원, 훈련을 받는 개인 또는 단체에 통일적 기준으로 부과한다.

(ii) 교육, 기술지원, 훈련에 지급한 비용을 초과하지 않아야 한다.

(iii) 교육, 기술지원, 훈련을 받는 개인 또는 단체와 관련하여 그들에게 제공한 비용과 합리적인 관계가 있어야 한다.

(B) 위원회는 (A)문단에 의거하여 수령한 수수료를 기금에 예치해야 한다.

(C) 위원회는 (e)에 따른 보고서에 다음의 사항에 관하여 현재 총액, 정보를 포함하여, 기금 운영 관련한 정보를 포함해야 한다.

(i) 보고서가 준비되는 회계연도에, 위원회가 기금에서 재원을 지급하는 교육, 기술지원 또는 훈련의 대상 인원 및 단체의 수

(ii) 위원회가 개인 또는 단체에 교육, 기술지원 또는 훈련을 제공하기 위해 투입한 비용

(iii) 교육, 기술지원 또는 훈련의 대가로 위원회 개인 또는 단체에서 받은 수수료 금액

(3) 연방재무부는 현재 경비에 충당되지 않는 기금의 일부를, 위원회가 결정한 바에 따라, 연방정부 채권 또는 연방정부가 원금을 보장하는 채권에 투자해야 한다. 투자 수익금은 기금에 예치해야 한다।

(4) 이에 따라 위원회의 급여 및 경비 책정액에서 1,000,000달러를 기금으로 이전한다.

## 집행조항

### Sec. 2000e-5 [Section 706]

(a) 위원회의 위법 고용행위unlawful employment practices 방지 권한

위원회는, 이하에 정한 바와 같이, 제2000e-2조 또는 제2000e-3조[제703조 또는 제704조]에 정한 위법 고용행위를 방지할 권한이 있다.

(b) 사용자의 위법 고용행위에 대한 피해자 또는 위원회 위원의 고발; 청구; 주장; 피고에 통지; 통지의 내용; 위원회의 조사; 고발 내용; 혐의 공개 금지; 합리적 사유 결정; 회의; 화해; 위법행위 제거 설득; 위법행위 중단을 위한 비공식 시도 공개

금지; 다음 절차에서 증거 사용; 정보공개에 대한 처벌; 합리적 사유 결정 시점

피해를 주장하는 개인 또는 그 개인을 대표하여, 또는 위원회 위원이 사용자, 근로자파견회사, 노동단체, 혹은 도제, 현장 직업훈련을 포함하여 직업훈련 및 재훈련을 관할하는 노사공동위원회가 위법 고용행위를 했다는 고발을 제출한 경우에, 위원회는 그 고발 사실(위법 고용행위가 발생한 날짜, 장소 및 정황 포함)을 10일 이내에 그 사용자, 근로자파견회사, 노동단체 또는 노사공동위원회(이하 '피고')에 통지해야 하며, 그에 대해 조사하여야 한다. 고발은 확인 또는 선서 후에 서면이어야 하며, 위원회가 요구하는 형식을 갖추고 그 내용을 갖추어야 한다. 위원회는 그 고발을 공개하지 않는다. 위원회가 조사한 후에 고발 내용이 진실이라고 판단할 합리적 이유가 없다고 결정한다면, 그 고발을 즉시 기각하고, 피해를 주장하는 당사자와 그 소송의 피고에게 즉시 신속하게 통지해야 한다. 합리적 이유인지를 결정할 때, 위원회는 본 조항 (c)와 (d)의 조건에 의거하여 주법 또는 지방정부 법률 하에 개시된 절차에서 주정부와 지방정부 기관이 정한 최종 판결과 명령에 실질적 무게를 부여해야 한다. 위원회가 조사 이후에 고발이 진실이라고 판단할 합리적 이유가 있다고 결정하면, 위원회는 회합, 화해 및 설득 같은 비공식적 방식으로 그 위법 고용행위 혐의를 제거하기 위한 시도를 해야 한다. 위원회, 그 임원 또는 근로자는 관계 당사자의 서면 동의가 없이 그러한 비공식적 시도의 일부 또는 그 기간 동안의 발언 또는 행동을 공개하거나 이 후 절차에서 증거로 사용할 수 없다. 이를 위반하여 그 정보를 공개한 자는 1,000달러 이하 벌금 또는 1년 이하 징역 또는 그 모두에 처한다. 위원회는 고발이 제기된 날부터, (c) 또는 (d)에 의거한 경우에는, 위원회가 그 고발에 관해 행위할 권한이 있는 날부터 120일 이내에, 실무적으로 가능한 범위에서, 가능한 신속하게 합리적 사유 여부에 관해 결정한다.

(c) 주정부와 지방정부 집행절차; 주정부 또는 지방정부 권한 통지; 위원회에 고발 시기; 절차의 개시

한 주 또는 그 하부 단위에서 발생한 위법 고용행위 혐의인 경우에, 그 위법 고용행위를 금지하고, 주정부 또는 지방정부에 그러한 행위를 다루고 구제할 권한을 부여하거나 그 접수한 고발에 관련한 형사절차를 개시할 권한이 있는 경우에, 그 주법 또는 지방정부 법률에 의거하여 절차가 개시된 이후 60일이 만료하기 전에는 피해를 주장하는 당사자가 이 규정의 (a)에 따른 고발을 제기할 수 없다. 다만, 그 60일 기간이 그 주법 또는 지방정부 법률의 발효일 이후 회계연도 기간에 120일로 연

장되는 조건으로 그 절차가 조기에 종료되지 않는 경우는 그러하지 아니하다. 만일 주정부 또는 지방정부 기관이 부과한 그 절차의 개시 요건이 그 절차가 근거하는 사실의 서명 진술서와 서면 제출요건 이외의 것이면, 그 절차는 권한 있는 주정부 또는 지방정부 기관이 접수한 우편으로 발송된 시점에 이 조항의 목적에 따라 개시된 것으로 간주된다.

(d) 주정부 또는 지방정부 집행절차; 주정부 또는 지방 기관에 통지 위원회 절차 시기

한 주 또는 그 하부 단위에서 발생한 위법 고용행위 혐의인 경우에, 그 위법 고용행위를 금지하고, 주정부 또는 지방정부에 그러한 행위를 다루고 구제할 권한을 부여하거나 그 접수한 고발에 관련한 형사절차를 개시할 권한이 있는 주정부 또는 그 하부단위에서 위법 고용행위가 발생하였다고 주장하며 위원회의 위원이 고발을 제기한 경우에, 위원회는, 그 고발에 관하여 어떠한 조치를 하기 전에, 권한있는 주정부 또는 지방 기관에 통지해야 하며, 60일 미만(그 60일 기간이 그 주법 또는 지방정부 법률의 발효일 이후 회계연도 기간에 120일로 연장되는 조건으로)의 기간을 부여해야 한다. 단, 그 기간이 위법 고용행위 주장을 구제하는 주법 또는 지방 법률에 따라 처리하는데 필요한 기간이 더 짧은 경우에는 그러하지 아니하다.

(e) 고발 시기; 피고에 고발 사실의 통지 시기; 위원회가 주정부 또는 지방정부 기관에 고발 시기; 연공제

(1) 이 조항에 따른 고발은 주장하는 위법 고용행위가 발생한 이후 180일 내에 제출해야 하며, 고발의 통지(주장하는 위법 고용행위의 발생 일자, 장소 및 상황을 포함)는 그 이후 10일 내에 고발의 상대방에게 전달되어야 한다. 다만, 피해자가 위법 고용관행에 대하여 처음에 주정부 또는 지방정부 기관의 절차를 개시한 경우는 예외로 한다. 그러한 주정부 또는 지방정부 기관은 구제를 부여하거나 구할 권한이 있으며 접수한 사건에 대해 형사절차를 시작할 수 있는 권한이 있어야 한다. 그 고발은 주장하는 위법 고용행위가 발생한 이후 100일 또는 주정부 또는 지방정부 기관이 각 법률에 따른 절차를 종료한 이후 30일, 그 중에 더 빠른 기간 내에, 피해자가 직접 또는 피해자를 대표하는 자가 제출해야 한다. 고발장의 사본은 위원회가 그 주정부 또는 지방정부 기관에 제출해야 한다.

(2) 이 조항의 목적에 따라, 이 장을 위반하여, 고의적인 차별 목적으로 (연공제 규정에 차별 목적이 명확하건 아니건 간에) 채택된 연공제도와 관련하여, 그 연공제도가 채택된 때, 개인이 그 연공제

도의 적용을 받게 된 때, 또는 피해자가 그 연공제도 또는 그 일부의 적용으로 손해를 당한 때에 위법 고용행위가 성립한다.

(3)(A) 이 장의 목적에 따라, 이 장을 위반한 보수compensation 차별에 관련하여, 차별적 보수의 결정 또는 기타 관행이 채택된 때, 개인이 차별적 보수 결정 또는 기타 관행의 적용을 받게 된 때, 또는 개인이 차별적 보수 결정 또는 기타 관행의 적용으로 영향을 받게 된 때에 위법 고용관행이 성립되며, 임금, 부가급여 또는 기타 보수가 지급

된 각 시점을 포함하여, 전체 또는 부분적으로 그러한 결정 또는 기타 관행이 초래된 때를 포함한다.

(B) 개정법률(42.U.S.C.1981a) 제1977조가 정한 모든 구제권한에 더하여, 손해배상 책임이 성립하며, 피해자는 (g)(1)이 정한 바와 같은 구제를 받을 수 있는데, 그 고발을 제출하기 이전 2년까지의 소급 임금 청구를 포함하여, 고발이 제기된 기간 동안 발생한 위법 고용행위가 고발 기간 외에 발생한 보수 차별에 관한 위법 고용행위와 유사하거나 관련이 있는 경우에 그러하다.

---

392) POLITICAL SUBDIVISIONS are local governments created by the states to help fulfill their obligations. Political subdivisions include counties, cities, towns, villages, and special districts such as school districts, water districts, park districts, and airport districts. In the late 1990s, there were almost 90,000 political subdivisions in the United States.

### Ⅲ. 독일 일반평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)

#### 제 1 장 총 칙

제1조 (법률의 목적) 이 법률은 인종, 민족적 출신, 성별, 종교 또는 세계관, 장애, 연령 또는 성적정체성을 사유로 하는 차별을 예방하고 배제하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (적용범위)

(1) 다음 각 호와 관련하여 제1조에 열거된 사유로 인한 차별은 이 법률이 정한 바에 따라 허용되지 아니한다.

1. 업무영역과 직급을 불문하고 독립적·비독립적 영리행위를 위한 취직 및 승진과 관련된 선발기준 및 채용조건
2. 임금과 해고조건을 포함한 고용조건과 근로조건, 특히 고용관계의 실행과 종료 및 승진과 관련된 개인법적·단체법적 협약 및 처분에서의 고용조건과 근로조건
3. 형태와 영역을 불문하고 직업선택을 위하여 상담을 받는 것, 그리고 직업교육(Berufsausbildung), 직업과 관련된 심화교육 및 직업전환 교육 그리고 실무경험을 포함한 직업교육(Berufsbildung)을 받는 것
4. 근로자단체, 사용자단체 또는 특정 직업군에 속하는 회원으로 구성된 단체에서의 회원자격과 참여 및 단체에서 제공되는 급부의 이용
5. 사회보장과 의료서비스를 포함한 사회보호
6. 사회복지서비스
7. 교육
8. 거주공간을 비롯하여 공중(公衆)이 이용할 수 있는 재화 및 서비스로의 접근 및 공급

(2) 사회법전 제1권 제33c조와 사회법전 제4권 제19a조는 사회보장법전에 따르는 급부에 적용된다. 기업연금법은 기업에서의 노령연금에 적용된다.

(3) 그 밖의 차별금지 또는 평등대우명령의 효력은 이 법률에 의하여 영향을 받지 않는다. 특정한 인적 집단을 보호하기 위한 공법상 규정의 경우에도 이와 같다.

(4) 해고에 있어서는 해고제한법의 규정들이 우선적으로 적용된다.

제3조 (개념)

(1) 직접적 차별이라 함은 어떤 사람이 제1조에 열거된 사유로 인하여 비교할 만한 상황에 있는 다른 사람이 받는 것에 비하여 불리한 대우를 받고 있거나, 받았거나 또는 받게 되는 것을 말한다. 제2조 제1항 제1호 내지 제4호와 관련하여

여성이 임신 또는 모성을 원인으로 불리한 대우를 받는 경우에는 성별을 원인으로 한 직접적 차별로 인정된다.

(2) 외관상으로는 중립적인 규정, 기준 또는 절차가 어떤 사람에게 제1조에 열거된 사유로 인하여 다른 사람들에 비하여 불이익을 주는 경우에, 간접차별이 존재한다. 다만 관련 규정, 기준 또는 절차가 그 목적이 정당하고, 목적 달성을 위한 수단이 적당하고 필요하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

(3) 제1조에 열거된 사유와 관련된 바람직하지 못한 태도가 타인의 존엄성을 침해하거나, 혹은 위협, 적대시, 멸시, 품위손상 또는 모욕으로 특징될 수 있는 분위기를 조성하도록 의도했거나 야기한 경우, (이러한 바람직하지 못한 태도로 인해 발생하는) 괴롭힘은 일종의 차별이다.

(4) 성적 괴롭힘이라 함은 제2조 제1항 제1호 내지 제4호와 관련한 차별로써, 원하지 않는 성적 행위와 성적 행위에 대한 요구, 성적인 것으로 볼 수 있는 신체접촉, 성적인 내용에 대한 언동 및 원하지 않는 음란 표현물의 적시·현출(現出) 등과 같은 원하지 않는 성적으로 특정한 행동이 타인의 존엄성을 침해하도록 의도했거나 야기한 경우, 특히 위협, 적대시, 멸시, 품위손상 또는 모욕으로 특징될 수 있는 분위기를 조성하도록 의도했거나 야기한 경우에 발생하게 된다.

(5) 제1조에 열거된 사유로 특정인에 대한 차별을 지시한 경우에도 차별에 해당한다. 이러한 지시는 특히 제2조 제1항 제1호 내지 제4호와 관련하여 어떤 사람이 특정인에게 제1조에 열거된 사유를 이유로 취업자를 차별하거나 차별할 수 있는 행위를 하도록 한 때에 인정된다.

제4조 (복수의 사유에 의한 차별대우) 제1조에 열거된 사유 중 두 개 이상의 사유를 원인으로 하여 차별이 이루어진 경우에도, 만약 제8조 내지 제10조 및 제20조에 따른 정당화가 차별대우에 대한 모든 사유에 해당하고, 이에 근거하여 차별이 이루어진 경우에 한하여 그 차별이 정당화될 수 있다.

제5조 (긍정적 조치) 제8조 내지 제10조 및 제20조에 열거된 사유에 해당하지 않더라도, 제1조에 열거된 사유를 원인으로 하는 현존하는 차별을 해소 또는 완화시키기 위한 적합·적정한 조치로서 행하여지는 차별적 대우는 허용된다.

#### 제 2 장 차별로부터의 취업자 보호

##### 제 1 절 차별금지

제6조 (인적 적용범위)

(1) 이 법률에서 취업자라 함은 다음과 같다.

1. 근로자
2. 직업교육 참가자

3. 경제적 비독립성으로 인하여 취업자에 준하여 볼 수 있는 자; 여기에는 재택근로자와 이와 동일시 할 수 있는 자가 포함된다. 구직자 및 취업관계가 종료된 자도 취업자에 해당한다.

(2) 이 장에서 사용자라 함은 제1항에 의해 사람들을 취업시킨 자연인 또는 법인 및 권리능력 있

는 사단이다. 취업자가 근로수행을 위해 제3자에게 파견된 때에는 제3자도 이 장에서의 사용자에 해당한다. 재택근로자 및 이와 동일시 할 수 있는 자에 대하여는 위탁인 또는 중간인수인이 사용자를 대신한다.

- (3) 취업 및 승진에 관련된 조건들과 관련이 되어 있다면 이 장의 규정들은 자영업자와 조직구성원, 특히 지배인과 이사들에게도 적용된다.

#### 제7조 (차별금지)

- (1) 취업자는 제1조에 열거된 사유를 이유로 차별을 받지 아니한다. 차별행위를 한 자가 차별을 함에 있어서 제1조에 열거된 사유가 존재한다고 오인한 경우도 이와 같다.
- (2) 제1항의 차별금지를 위반하는 합의된 규정은 무효이다.
- (3) 사용자 또는 취업자에 의한 제1항의 차별은 계약의무 위반이다.

#### 제8조 (직업상 필요에 의해 허용되는 차별대우)

- (1) 제1조에 열거된 사유를 이유로 하는 차별대우는 차별의 근거가 수행해야 할 활동의 종류 또는 그 활동 수행의 요건으로 인하여 본질적이고 결정적인 직업상 필연성이라고 인정되는 때에는, 그 목적에 적합하고 적절한 범위 내인 경우에 한하여 허용된다.
- (2) 제1조에서 열거된 사유를 이유로 하여 동일 또는 동일가치의 노동에 대한 저액의 보수의 합의는 제1조에 열거된 사유를 이유로 한 특별 보호 규정을 적용한다는 방식으로는 정당화되지 않는다.

#### 제9조 (종교·세계관에 의해 허용되는 차별대우)

- (1) 제8조와는 별개로, 자기결정권의 관점에서 각각의 종교단체 또는 인적단체의 자기이해를 고려할 때 혹은 (종교단체 또는 인적단체의) 활동의 종류에 따라 만일 특정한 종교 또는 세계관을 가지는 것이 정당화될 수 있는 직업상 필요에 해당하는 경우에는, 종교 또는 세계관에 의한 차별대우는 종교단체에 의한 채용의 경우, (조직의 법적 형식을 불문하고) 그 종교단체에 소속된 조직에 의한 채용의 경우, 또는 공동으로 어떠한 종교 혹은 어떠한 세계관으로부터 도출되는 의무를 사명으로 하는 인적단체에 의한 채용의 경우에 허용된다.
- (2) 종교·세계관을 이유로 하는 차별대우의 금지는 제1항에서 열거된 종교단체, (조직의 법적 형식을 불문하고) 그 종교단체에 소속된 조직 또는 공동으로 어떠한 종교 혹은 어떠한 세계관으로부터 도출되는 의무를 사명으로 하는 인적단체가 그들의 취업자에게 그들 각각이 가지는 자기이해라는 의미에서 충실하고 성실한 행위를 요구할 수 있는 권리를 제한하지 못한다.

제10조 (연령에 의해 허용되는 차별대우) 제8조와는 별개로, 연령을 이유로 하는 차별대우는 그 차별대우가 적정하며 합리적일 뿐만 아니라 적법한 목적에 의해 정당화된 경우에는 허용된다. 이러한 목적을 달성하기 위한 수단은 적정하고 필수적이어야 한다. 다음 각 호의 사항은 이러한 종류의 차별적 대우에 포함될 수 있다.

1. 청년, 고령의 취업자 및 후견의무 대상자의 취업을 촉진하거나 그들을 보호하기 위하여, 급여 및 취업관계의 종료와 관련된 조건을 정하는 것을 포함하여, 취업과 직업교육을 받을 수 있는 조건을 확정하는 것 그리고 특히 취업조건과 근로조건을 확정하는 것

로조건을 확정하는 것

2. 취업의 가능성을 높이기 위해서 혹은 취업과 관련된 특정한 이점을 주기 위해, 연령, 직업경험 또는 근무연한에 최소조건을 설정하는 것
3. 특수한 직업교육이 필요한 특정한 사업장에서의 고용을 위해 또는 정년에 도달하기 전에 적절한 취업기간확보의 필요성이 있는 경우 최고연령의 제한을 정하는 것
4. 직업과 관련된 사회보장제도의 범위 내에서 특정 취업자 또는 취업자의 집단을 위해 상이한 연령제한을 설정하는 것, 그리고 직업과 관련된 사회보장제도의 범위 내에서 보험 수리적 계산을 위해 연령기준을 사용하는 것을 포함하여 직업과 관련된 사회보장의 경우에 노령연금 또는 장애급여의 자격이나 수급을 위한 전제조건으로서 연령제한을 설정하는 것
5. 취업자가 연령을 이유로 연금신청을 할 수 있는 시점에서 (고용관계와 관련된 계약의) 해지 없이도 취업관계가 종료되도록 규정한 합의; 사회법전 제6권 제41조는 이에 영향을 받지 않는다.
6. 만일 (취업과 관련한) 계약당사자들이 나이 또는 취업기간에 따르는 보상규정을 만들었는데, 노동시장에서는 나이를 비교적 강하게 고려하기 때문에 발생하는 연령에 따라 현저하게 기회부여가 달리되는 것을 그 보상규정에서 눈에 띄게 고려하였거나 또는 보상규정에서 취업자가 (경우에 따라서는 실업수당과 관련되어) 연금을 받을 수 있는 권리가 있기 때문에, 사회적 계획으로 인한 급부로부터 배제되어 있는 경우에, 경영조직 법률의 의미에서 사회적 계획에 속하는 급부들 간의 차이

## 제 2 절 사용자의 조직상 의무

제11조 (공고) 직업에 관한 공고를 하는 경우 제7조 제1항에 위반하여서는 아니 된다.

#### 제12조 (사용자의 조치와 의무)

- (1) 사용자는 제1조에 열거된 사유로 인한 차별로부터 보호하기 위하여 필요한 조치를 취할 의무가 있다. 이러한 보호는 예방적 조치를 포함한다.
- (2) 사용자는 특히 직업상 교육과 재교육 영역에서 이러한 차별이 허용되지 않음을 적절한 방법으로 주지시키고 차별이 일어나지 않도록 노력하여야 한다. 사용자가 차별 방지 목적을 위하여 자신의 취업자를 적절한 방식으로 교육한 때에는 제1항에 따른 사용자의 의무를 이행한 것으로 본다.
- (3) 취업자가 제7조 제1항의 차별금지를 위반한 경우에, 사용자는 경고, 이동, 배치전환 또는 해고 등 차별을 중단시키기 위하여 개별 사안에 적합하고, 필요하며 적절한 조치를 취하여야 한다.
- (4) 취업자가 그 업무를 수행함에 있어서 제3자에 의해 제7조 제1항의 차별을 받은 때에는 사용자는 취업자를 보호하기 위하여 개별 사안에 적합하고, 필요하며 적절한 조치를 취하여야 한다.
- (5) 이 법률과 노동법원법률 제61조b 및 (이 법률) 제13조에 의한 고충처리기관에의 진정 처리에 관한 정보는 사업장 또는 사무실에 공고되어야 한다. 공고는 적합한 장소에 게시하거나 사업장 또는 사무실에서 보편적으로 사용되는 정보·커뮤니케이션 수단에 표기하는 방식으로 할 수 있다.

## 제 3 절 취업자의 권리

제13조 (진정의 권리)

- (1) 자신의 취업관계와 관련하여 사용자, 상사, 다른 취업자 또는 제3자에 의해 제1조에 열거된 사유로 차별을 받은 취업자는 사업장, 기업 또는 사무실의 고충처리기관에 그 내용을 진정할 권리를 갖는다. (고충처리기관은) 진정을 심사하여 그 심사결과를 진정을 한 취업자에게 통보하여야 한다.
- (2) 근로자대표의 권리는 영향을 받지 않는다.

제14조 (급부거절권) 사용자가 사업장에서 괴롭힘 또는 성적 괴롭힘의 중단을 위하여 아무런 조치를 취하지

않거나 명백히 부적합한 조치를 취한 경우에는 당해 취업자는 자신의 보호에 필요한 범위 내에서 급여의 상실 없이 자신의 업무를 중지할 수 있다. 민법 제273조는 영향이 없다.

제15조 (손해배상)

- (1) 차별금지를 위반하는 경우 사용자는 이로 인해 발생한 손해를 배상할 의무가 있다. 사용자가 의무위반에 대한 책임이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- (2) 취업자는 비재산적 손해가 발생한 경우 적절한 금전배상을 요구할 수 있다. 차별대우가 없었다라도 당해 취업자가 채용되지 않았을 사정이 있었던 경우 그 배상액은 3개월분의 급여액을 초과할 수 없다.
- (3) 단체협약이 적용되는 경우에 사용자는 고의 또는 과실로 행위를 한 때에 한하여 배상책임이 있다.
- (4) 단체협약 당사자가 별도로 합의한 경우를 제외하고, 제1항 또는 제2항에 의한 청구는 2개월 이내에 서면으로 하여야 한다. 그 기간은 구직 또는 직업상 승진의 경우에는 (취업 또는 승진) 거부된 때로부터, 그 밖의 차별 사안의 경우에는 취업자가 그 차별을 알게 된 때부터 기산한다.
- (5) 그 밖에 다른 법률규정에 의해 인정되는 사용자에 대한 청구권은 행사 가능하다.
- (6) 다른 법률에 근거가 없는 한 사용자의 제7조 차별금지 위반을 이유로 취업관계, 직업교육관계의 성립 또는 직업상 승진에 관한 청구는 할 수 없다.

제16조 (징계처분의 금지)

- (1) 사용자는 취업자가 이 장(章)에 규정된 권리를 행사하거나 이 장(章)의 규정을 위반하는 지시의 이행을 거부하였다는 이유로 불이익을 줄 수 없다. 취업자를 지원하거나 증인으로서 증언한 자에 대하여도 이와 같다.
- (2) 해당 취업자가 차별행위에 대하여 거부 또는 묵인하였던 사실을 당해 취업자와 관련된 결정의 근거로서 원용할 수 없다. 제1항 제2문을 준용한다.
- (3) 제22조를 준용한다.

제 4 절 보 칙

제17조 (관계자의 사회적 책임)

- (1) 단체협약 당사자, 사용자, 취업자와 그들의 대표자는 그들의 직무영역에서 그리고 (그들의) 행위가 가능한 영역에서 제1조에 열거된 목적의 달성을 위하여 협력하여야 한다.
- (2) 기업조직법 제1조 제1항 제1문에 규정하고 있는 요건을 충족하고 있는 기업들에서는, 사용자가 이 장(章)의 규정을 위반한 경우, 종업원평의회 또는 사업장을 대표하는 노동조합은 기업조직법 제23조 제3항 제1문의 요건에 따라 이에 따르는 권리를 소구할 수 있다. 기업조직법 제23조 제3항 제2문 내지 제5문을 준용한다. 이러한 청구권의 행사로 인하여 불평등으로 인해 발생하는 청구권은 주장할 수 없게 된다.

제18조 (단체에의 가입)

- (1) 이 장(章)의 규정들은 회원자격의 획득 또는 단체에 참여를 가능하게 하기 위하여 다음의 경우에 준용된다.
  - 1. 임금협약당사자
  - 2. 특정 직업단체에 속하는 회원들의 단체 또는 사회적·경제적으로 주도적인 권력적 지위를 지닌 단체로 그 단체에의 가입이 근본적 이익이 되는 경우 및 이들의 연합
- (2) 제1항 각호의 단체가 차별금지과 그에 대한 법적 효과에 관한 규정은 직업단체에서의 회원자격과 참여에 대하여도 마찬가지로 적용된다.
- (2) 제1항 각호의 단체가 제7조 제1항의 차별금지를 위반하여 회원자격 또는 참여를 거부하는 경우, 회원자격 또는 참여에 대하여 청구할 수 없다.

제 3 장 사법(私法)상 거래에서 차별로부터의 보호

제19조 (私法상 차별금지)

- (1) 다음 각 호에 해당하는 私法상 채권관계의 성립, 이행 및 종료 시에 인종, 민족적 출신, 성별, 종교 또는 세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성을 사유로 하는 차별은 허용되지 아니한다.
  - 1. 거래 당사자와 무관하게 매우 유사한 조건들로 수많은 사안들(대량거래)에서 전형적으로 체결되는 채권관계이거나, 채권관계의 성질상 거래당사자가 큰 의미를 가지고 있지 않음과 동시에 매우 유사한 조건들이 수많은 사안들에서 합의되는 경우
  - 2. 私法상의 보증을 대상으로 하는 경우
- (2) 인종 또는 민족적 출신을 원인으로 한 차별은 제2조 제1항 제5호 내지 제8호에 해당하는 여타의 私法상 채권관계의 성립, 이행과 종료에 있어서 허용되지 아니한다.

- (3) 주택의 임대내에 있어서 안정적인 주민구성, 적절한 주택구성의 비율, 조화로운 경제적·사회적·문화적인 환경 창출 및 유지를 고려한 차별대우는 허용된다.
- (4) 이 장(章)의 규정은 친족·상속법상 채권관계에는 적용되지 아니한다.
- (5) 이 장(章)의 규정은 당사자나 그 친족들과 특히 가깝거나 신뢰관계가 형성된 채권관계에는 적용되지 아니한다. 임대차 관계에 있어서는 당사자 또는 그 친족이 동일한 토지위에 주택을 이용하고 있는 경우가 이에 해당할 수 있다. 만일 임대인이 주택의 50% 이상을 임대하지 않는 경우, 단지 단기간 사용을 목적으로 하지 않는 주택의 임대는 일반적으로 제1항 제1호의 의미에서의 법률행위가 아니다.

제20조 (차별대우가 허용되는 경우)

- (1) 종교, 장애, 연령, 성적 정체성 또는 성별로 인해 차별대우에 관해 객관적인 이유가 있는 때에는 차별금지 위반이 되지 아니한다. 이는 특히 다음의 각 호의 경우에 그러하다.
  - 1. 위험의 회피, 손해의 예방 또는 이에 준하는 다른 목적을 위한 경우
  - 2. 사생활 또는 개인의 안전보호를 위하여 필요한 경우
  - 4. 차별대우가 종교와 관련되어 있으며, 그러한 차별대우가 종교의 자유를 행사한다는 관점에서 혹은 종교단체, (조직의 법적 형식을 불문하고) 그 종교단체에 소속된 조직 및 공동으로 어떠한 종교로 도출되는 의무를 사명으로 하는 인적단체의 자기결정권의 관점에서, 각각의 자기이해를 고려할 때 정당화될 수 있는 경우
- (2) 임신 및 모성과 관련된 비용은 어떠한 경우에도 차별적인 보험료 또는 차별적인 급부의 결과를 도출할 수 없다. 제19조 제1항 제2호에 있어서 종교, 장애, 연령 또는 성적 정체성을 사유로 하는 차별대우는, 이러한 차별대우가 적절한 위험산출에 관한 승인된 원칙에 근거하는 경우, 특히 통계적 검증 하에 보험 수학적으로 이루어진

위험평가에 근거하는 경우에만 가능하다.

제21조 (청구권)

- (1) 차별금지에 대한 위반이 있는 경우, 차별을 당한 자는 여타의 청구권과는 별도로 침해의 배제를 청구할 수 있다. 추가적인 침해가 우려되는 경우 차별을 당한 자는 부작위를 청구할 수 있다.
- (2) 차별금지에 대한 위반이 있는 경우, 차별행위를 한 자는 이로 인해 발생한 손해에 대해 배상할 책임이 있다. 다만 차별행위를 한 자에게 의무위반이 없는 경우에는 그러하지 아니하다. 차별을 당한 자는 비재산적 손해가 있는 경우 적절한 금전배상을 청구할 수 있다.
- (3) 불법행위로 인한 손해배상청구권은 영향을 받지 않는다.
- (4) 차별행위를 한 자는 차별금지에 위반하는 내용의 합의를 원용할 수 없다.
- (5) 제1항과 제2항에 따른 청구는 2개월 내에 해야 한다. 그 기간이 경과한 때에는 차별을 당한 자의 책임 없이 기간이 경과한 경우에 한하여 청구권을 행사할 수 있다.

## 제 4 장 법적 보호

제22조 (입증책임) 소송에서 일방 당사자가 제1조에 열거된 사유로 인한 차별임을 주장할 수 있는 간접증거를 제시한 경우에는, 타방 당사자는 차별로부터의 보호를 위한 규정들을 위반하지 않았음에 대해 입증할 책임이 있다.

제23조 (반차별 단체를 통한 지원)

- (1) 반차별 단체는 그 정관상 영업적이거나 일시적이지 않은 인적결합단체로써, 제1조의 사유로 차별을 당한 자 또는 집단의 특별한 이익에 관심을 기울이는 단체를 말한다. 반차별 단체의 구성원이 75명 이상이거나, 반차별단체가 (다른) 7개

이상의 단체의 연합체인 경우에는 제2항 내지 제4항에 따른 권한이 부여된다.

- (2) 반차별 단체는 그 정관의 목적 범위 내에서 재판절차에서 차별을 당한 자의 보조인으로서 심리에 참여할 수 있다. 그 밖에 소송법의 규정, 특히 보조인에게 이후의 변론을 금지할 수 있는 규정은 영향을 받지 아니한다.
- (3) 반차별 단체에게는 그 정관의 목적 범위 내에서 차별을 당한 자의 법적사무의 처리가 허용된다.
- (4) 장애인을 위한 단체의 특별제소권 및 대리권한은 영향을 받지 아니한다.

## 제 5 장 공법상 근무관계에 관한 특례

제24조 (공법상 근무관계에 관한 특례) 이 법률의 규정은 다음 각 호의 자들에게 그 특별한 법적 지위를 고려하여 준용한다.

- 1. 연방, 주(州), 지방자치단체, 지방자치단체의 연합 및 기타 연방 또는 주(州)의 감독 하에 있는

공법상의 사단, 영조물 및 재단

- 2. 연방 및 주의 법관
- 3. 비군사대체복무와 관련된 범위에서 비군사대체복무자 및 병역 거부자로 인정된 자

## 제 6 장 반차별국(局)

제25조 (연방반차별국)

- (1) 독일연방의회(Bundestag) 또는 연방정부의 특별 위임인이 가지는 관할과 관계없이, 가족부에 제1조에 열거된 사유에 따른 차별로부터의 보호를 위한 연방기구(연방반차별국)을 둔다.
- (2) 연방반차별국은 자신의 임무를 수행하기 위하여 필요한 인원 및 물품을 사용할 수 있다. 연방반차별국은 가족부의 예산안내에 자신의 독립된 장으로 명시해야 한다.

- (1) 가족부장관은 연방정부의 제안을 받아 연방반차별국장을 임명한다. 연방반차별국장은 이 법률에 따라 연방에 대하여 공법상의 근무관계에 있다. 연방반차별국장은 법률에 따라 독립하여 그 직무를 수행한다.

제26조 (연방반차별국장의 법적지위)

- (2) 근무관계는 가족부장관의 임명장 교부로 개시된다.
- (3) 근무관계는 사망 외에도 다음 각 호에 따라 종료된다.
  - 1. 새로운 연방의회의 소집
  - 2. 연방공무원법 제51조 제1항 및 제2항에 따라 정

년 도달에 따른 재직기간의 만료

- 3. 면직 : 가족부장관은 (연방반차별국장) 본인의 요청이 있거나, 중신 법관의 면직이 정당화되는 사유가 (연방반차별국장에게도) 존재하는 경우, 연방반차별국장을 면직한다. 공무원관계가 종료하는 경우, 연방반차별국장은 가족부장관으로부터 문서를 교부받는다. 면직은 문서의 교부한 때로부터 효력이 있다.
- (4) 연방에 대한 연방반차별국장의 법적 지위는 가족부와와의 계약에 따라 정해진다. 이 계약은 연방정부의 동의를 필요로 한다.
- (5) 연방공무원이 연방반차별국장으로 선임된 경우에, (연방반차별국장으로서) 공무원관계를 시작함으로써 종전의 직을 사임한다. 공무상 비밀유지의무에 관한 의무 그리고 (뇌물과 비교할 수 있는) 보수 및 증여 금지(211)에 관한 내용을 제외하고, 종전의 공무원관계에 기한 권리와 의무는 (연방반차별국장으로서) 공무원관계가 지속되는 동안 정지된다. 재해로 인하여 상해를 입은 공무원의 경우 치료과정에 대한 청구권 및 보상청구권은 영향을 받지 않는다.

제27조 (임무)

- (1) 제1조에 열거된 사유로 차별 당하였다고 주장하는 자는 연방반차별국에 상담할 수 있다.
- (2) 연방반차별국은 (차별로 인해 침해를 당한 자가) 차별로부터의 보호를 위하여 자신의 권리를 관철하고자 연방반차별국에 제1항에 따라 상담을 한 자를 독립적인 방식으로 지원한다. 이 경우 연방반차별국은 특히 다음 각 호의 내용을 실행할 수 있다.
  - 1. 차별을 당한 자의 보호를 위한 법률상 규정의 범위 내에서 청구권 및 법적행위의 가능성에 대한 정보의 제공
  - 2. 기타 기관에 의한 상담의 중개
  - 3. 당사자 간의 평화적 해결의 추구 : 독일연방의회 또는 연방정부의 특별위임인이 관할사항에 대해서는, 연방반차별국장은 제1항에 (따라 상담을 신청한) 사람들의 동의를 얻어, 그들의 신청을 지체 없이 특별위임인에게 전달한다.
  - (3) 연방정부 또는 연방의회의 특별위임인의 관할사항이 미치지 않는 영역에서는 연방반차별국은 독립적인 방식으로 (다음 각 호의) 임무를 수행한다.
    - 1. 대민홍보활동
    - 2. 제1조에 열거된 사유에 따른 차별의 방지를 위한 조치
    - 3. 이러한 차별에 대한 학술적 조사의 실시
    - (4) 연방반차별국의 관할과 자신의 관할이 중첩되는 연방정부 및 연방의회의 특별위임인과 연방반차별국은 공동으로 제1조에 열거된 사유에 따른 차별에 관하여 독일연방의회에 4년마다 보고하고, 이러한 차별의 배제 및 방지를 위한 권고

를 행한다. 이들 기관은 차별에 대한 학술적 조사를 공동으로 실시할 수 있다.

- (5) 연방반차별국의 관할과 자신의 관할이 중첩되는 연방정부 및 연방의회의 특별위임인과 연방반차별국은 제1조에 열거된 두 개 이상의 사유에 따른 차별이 존재하는 경우 공동 작업을 진행하여야 한다.

제28조 (권한)

- (1) 연방반차별국은 제27조 제2항 제2문 제3호의 경우에 제27조 제1항에 따라 연방반차별국에 상담을 신청한 사람이 동意的 의사표시를 한 범위 내에서 당사자들에게 의견의 표명을 요청할 수 있다.
- (2) 모든 연방관청 및 연방의 영역에 있는 기타 공적 기관들은 연방반차별국이 자신의 임무를 수행함에 있어 이를 지원해야할 의무가 있으며, 특히 필요한 정보를 제공할 의무를 부담한다. 개인 정보의 보호를 위한 규정은 영향을 받지 아니한다.

제29조 (비정부기관 및 기타 기관과의 협력) 연방반차별국은 비정부기관 및 제1조에 열거된 사유로 인한 차별로부터 보호하기 위한 유럽, 연방, 주(州) 또는 지역 영역에서 활동하는 기관을 적절한 방식으로 자신의 활동을 영위함에 있어 관여시켜야 한다.

제30조 (자문위원회)

- (1) 제1조에 열거된 사유에 따른 차별로부터의 보호를 목적으로 하는 사회적집단 및 조직과의 대화를 촉진하기 위하여 연방반차별국에 자문위원회를 설치한다. 자문위원회는 제27조 제4항에 따라 연방반차별국이 독일연방의회에 보고 및 권고를 할 때 연방반차별국에 조언을 하며, 이를 위해서 제27조 제3항 제3호에 따르는 학술적 조사를 진행할 때 자신의 의견을 제출할 수 있다.
- (2) 가족부는 연방반차별국장 및 (연방반차별국의 관할과) 상응하는 관할권을 갖는 연방정부 또는 연방의회의 특별위임인의 동의하에 자문위원회의 구성원과 각 구성원들의 대리인을 선임한다. 자문위원회에는 사회적 집단 및 조직의 대표 그리고 차별문제전문가가 선임되어야 한다. 자문위원회는 16명을 넘을 수 없다. 자문위원회는 남녀 동수로 구성되어야 한다.
- (3) 자문위원회는 가족부의 동의를 얻어 사무규칙을 정한다.
- (4) 자문위원회의 구성원은 이 법률의 규정에 기초한 활동을 명예직으로 행한다. 자문위원회의 위원은 지출보상, 여비, 일당과 숙박수당에 대하여 청구권을 가진다. 구체적인 내용은 사무규칙으로 정한다.

제 7 장 최종조항

제31조 (강행규정) 이 법률의 규정은 보호받는 사람에게 불이익하게 변경될 수 없다.

제32조 (최종규정) 이 법률에서 달리 정하지 않는 한, 일반규정을 적용한다.

제33조 (경과규정)

- (1) 민법 제611조a, 제611조b 및 제612조 제3항(212)에 따르는 차별 또는 취업자보호법(BSchG)에 따르는 성적 괴롭힘의 경우에는 2006년 8월 18일

개정 이전의 법률을 적용하여야 한다.

- (2) 인종을 이유로 하거나 민족적 출신에 따른 차별대우의 경우 제19조 내지 제21조의 규정은 2006년 8월 18일 이전에 성립된 채무관계에는 적용하지 아니한다. 제1문의 규정은 계속적 채권관계가 변경된 경우에는 적용되지 아니한다.
- (3) 성별, 종교, 장애, 나이 또는 성적 정체성에 따른 차별대우가 존재하는 경우 제19조 내지 제21

조의 규정은 2006년 12월 1일 이전에 성립된 채무관계에는 적용하지 아니한다. 제1문의 규정은 계속적 채권관계가 변경된 경우에는 적용되지 아니한다.

- (4) 만일 (私法상의 보험을 대상으로 하는) 채권관계가 2007년 12월 22일 이전에 성립되었다면, 이러한 私法상의 보험을 대상으로 하는 채권관계에는 제19조 제1항이 적용되지 아니한다.
- (5) 2012년 12월 21일 이전에 성립된 보험관계의

경우, 만일 현저하고 엄격한 보험 수학적이며 통계적 데이터에 근거한 위험평가를 할 때 성별을 고려하는 것이 하나의 중요한 요소인 경우에 한하여, 제19조 제1문 제2호에 해당하는 성별을 이유로 한 차별적인 대우는 보험료 또는 급부와 관련하여 허용된다. 임신 및 모성과 관련된 비용은 어떠한 경우에도 차별적인 보험료 또는 차별적인 급부의 결과를 도출할 수 없다.





## 차별판단기준 수립을 위한 연구용역(제2부)

| 인쇄일 | 2020년 12월 10일

| 발행일 | 2020년 12월 11일

| 발행처 | 국가인권위원회

| 주 소 | 04551 서울시 중구 삼일대로 340 나라키움 저동빌딩

<http://www.humanrights.go.kr>

| 문의전화 | 차별시정총괄과 02)2125-9944

| F A X | 02)2125-0923

| E-mail | [research@humanrights.go.kr](mailto:research@humanrights.go.kr)

| 제작 | 인프린트 031-912-1350

비매품