

2005년도 인권상황 실태조사
연구용역보고서

진정직업자격 등 고용차별 판단기준에 관한 외국 판례 조사



이 보고서는 연구용역수행기관의 결과물로서,
국가인권위원회의 입장과 다를 수 있습니다

진정직업자격 등 고용차별
판단기준에 관한
외국 판례 조사

2005년도 국가인권위원회 인권상황 실태조사
연구용역보고서를 제출합니다.

2005. 12.

연구 수행기관	법률사무소 이안
연구책임자	김 진 (변호사, 법률사무소 이안)
연구 원	정형옥 (가톨릭대학 강사, 여성학)
	김태선 (변호사, 법률사무소 이안)

[보고서 요약]

현행 남녀고용평등법이나 국가인권위원회법 상의 차별 개념 모두 차별을 정의함에 있어 '합리적인 이유 없이'라는 기준을 두고 있으나, 그 구체적인 내용과 관련하여 다른 설명을 하지 않고 있기 때문에, 그 해석은 애매함과 주관적인 판단의 모호함을 벗어나지 못하고 있다. 선행연구들은 이러한 모호함을 구체화시키기 위하여 오랜 동안 차별금지 범리를 발전시키면서 고용상의 차별시정에 관한 각종 판례와 지침들을 가지고 있는 영미법 국가들의 법령이나 판례 법리를 소개·도입하였다. 이때 해당직무를 수행하기 위해 반드시 필요한 자격이나 요건일 때에만 차별적 처우를 할 수 있다는 '진정직업자격(BFOQ : Bona Fide Occupational Qualification)' 개념도 함께 소개되었으나, 그 구체적 내용과 관련한 검토는 부족한 실정이었다. 이 연구는 이러한 '진정직업자격' 개념이 차별개념의 모호성을 보완할 수 있는 유용한 도구가 될 수 있을지를 점검하기 위하여, 이와 관련된 몇몇 영미법 국가들과 유럽연합의 판례 법리를 검토·분석하는 것을 내용으로 한다.

검토 대상은 미국·캐나다·호주·영국 그리고 유럽연합의 진정직업자격 관련 법원·재판소의 주요 판례이며, 간략한 사건의 개요와 법원의 판단 - 그 중에서도 진정직업자격을 쟁점에 관한 것을 요약·정리하는 순서로 진행되었으며, 이들 나라의 법령·판례가 공통적으로 시사하는 정책적·제도적 함의를 추출하여 가능한 대안이나 방향을 제시해 보려 하였다.

본 보고서는 제2장 미국에서 시작하여 캐나다, 호주, 영국, 그리고

제6장 유럽연합까지, 각 국가별 법리와 판례들로 구성된다. 각 장은 먼저 해당 국가의 차별금지법 체계를 정리하고, 그 중에서 진정 직업자격과 관련된 법조문을 가능한 원문의 뜻을 살릴 수 있도록 적시하고(진정직업자격과 직접 관련되지 않는 차별의 정의나 판단 기준 관련 법문은 필요한 한도에서 간략하게 언급하기로 한다), 검토한 판례를 정리하면서 그 앞에는 판례 법리의 경향과 개략적인 내용을 요약한다. 마지막 제7장은 진정직업자격 등의 특징 및 한계를 중심으로 하여, 각국 판례 법리의 차이점과 공통적으로 찾아낸 원칙, 그리고 그 정책적·제도적 함의를 정리하였다.

검토대상 국가들은 각각 그 차별금지 법령의 체계가 다르고 발전된 경로나 사회·문화적 배경도 다양하기 때문에, 각각의 경우 위 기준이 어떠한 체계 속에서, 어떠한 차별 사유에 대하여, 어떠한 방식으로 적용되는지도 많은 차이가 있었고, 그 명칭 또한 각 나라별로 달랐으며, 법원이 이를 적용하는 방식과 기준에도 약간씩의 차이가 있다.

미국은 1964년 개정된 시민권법 제7편에 의해 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신민족을 이유로 한 차별을 금지하고, 1967년 개정된 연령차별금지법에 의해 40세 이상 근로자에 대한 차별을 금지하고, 1990년의 장애인법에 의해 장애인에 대한 고용차별을 금지하고 있다. 차별의 예외로서 진정직업자격 항변은 시민권법 제7편에 의한 종교·성별 또는 출신민족, 그리고 연령차별금지법에 의한 연령을 사유로 한 경우에 한해 인정된다. 장애의 경우 장애인법에 따라 '직무와 관련되고 경영상 불가피한 것이고, 또한 직무의 수행이 적절한 편의제공에 의해 이루어질 수 없음을 입증하는 경우'에 차별의 예외로서 항변할

수 있다.

따라서 미국에서는 사용자가 진정직업자격을 주장하기 위해서는 특정한 성별, 종교 또는 출신민족, 연령의 근로자를 고용함으로써만 안전하고 효과적인 직무의 수행이 가능하다는 것을 입증해야 한다. EEOC에서는 진정직업자격에 대한 판단기준을 마련하여 엄격한 적용을 예시하고 있으며, 법원 역시 판결을 통해 같은 입장을 보여주고 있다. 진정직업자격과 관련한 미국의 판례를 살펴보면, 일반적으로 진정직업자격을 입증하기 위해서 사용자는 해당 기준이 사업의 운영 그 자체의 “본질(essence)”의 객관적인 수행과 직접적으로 관련이 있음을 보여줄 것이 요구된다.

우선, 성별 및 임신과 관련된 사례들을 살펴보면, 사용자는 특정 성별 또는 임신한 근로자가 그 직무의 본질적인 의무를 수행할 수 없다는 것을 보여줌으로써 진정직업자격이라는 점을 입증할 수 있다. 사용자가 모든 여성/남성 또는 모든 임신한 여성이 “핵심(core)” 직무를 수행할 수 없다는 것을 보여줄 수 없다면, 사용자는 문제가 된 개별 근로자의 실제적인 능력을 측정하여 “핵심” 직무수행이 불가능하다는 것을 보여주어야만 차별의 혐의를 벗을 수 있다. 성별 및 임신과 관련해서는 i) 서비스를 받는 고객이나 다른 사람의 프라이버시권 보호의 필요성(간호사·세면장 관리인·교도관), ii) 고객, 태아 및 다른 사람의 안전 기타 복리(임신한 승무원의 비행 자격, 임신가능 여성의 납 노출 생산직), iii) 해당 근로자 본인의 안전(교도관), iv) 사업의 본질의 수행과 직접적 관련성(청소년 센터의 미혼모 등) 등이 논란이 되었으며 v) 단순히 고객의 선호나 신체적 능력에 대한 차별적 고정 관념은 진정직업자격으로 인정하지 않는 엄격한 태도를 취해 왔다.

종교의 경우 진정직업자격이 쟁점이 된 사례는 많지 않으나 사용

자는 근로자의 종교적 신념·의무·관행 때문에 본질적인 업무를 수행하는 것이 불가능함을 입증해야한다. 이에 법원은 i) 종교적 기관에서 학교를 설립하고 그 설립 목적이 종교적 가치관의 유지라고 하더라도 그 업무 본질적 부분의 성격이 세속적인 것일 때에는 특정 종교를 차등 취급할 수 없다고 하고, ii) 고객의 선호만으로는 진정 직업자격이 될 수 없지만, iii) (구체적인 자료와 개연성이 있다는 것을 전제로) 해당 근로자 본인의 안전을 위한 경우라면 정당한 사유가 된다고 보고 있다.

출신민족을 근거로 한 차별이 문제가 될 경우에도 사용자는 출신민족이 진정직업자격에 해당한다고 항변할 수 있으나, 법원들은 진정직업자격 항변을 매우 협의적으로 해석하기 때문에, 출신민족이 항변의 근거로 인정되는 경우는 매우 드물다.

연령의 경우도 마찬가지로, 연령에 근거한 제한이 진정직업자격으로 정당화되기 위해서는, i) 특정 연령 이상의 근로자는 모두 또는 대부분 직무수행을 위한 자격, 능력이 부족하다고 믿을만한 실질적인 근거 또는 ii) 각 근로자의 직무능력을 개별적으로 심사하는 것이 너무 비현실이라는 점을 입증해야 한다고 한다. 연령차별 사건에서 사용자는 통상 연령이 아닌 다른 방법을 통해 직무능력을 갖췄는지 가려내는 것이 불가능하다고 주장하지만, 연령에 따른 노화 정도는 개인별로 각기 다르기 때문에 실질적인 능력에 근거하여야 한다는 것이 연령차별금지법과 미국 법원의 확립된 입장이다. 따라서 대부분의 사례에서 진정직업자격임이 인정되지 않았다.

한편 장애의 경우 진정직업요건이라는 개념적 정의를 통해 장애인 고용차별의 예외사유를 명시하지는 않고 있으나 사용자는 학력·기술·경험 그리고 직무수행에 필요한 신체적·정신적 기준, 건강과 안전 등 직무와 관련된 자격요건을 설정하여 사용자가 원하는 직무

를 수행할 수 있는 사람을 고용할 권리를 인정한다. 장애에 따른 고용차별을 판단하기 위해서는 우선 보호의 대상이 되는 장애에 해당하는지를 판단해야 하고, 다음으로 '유자격 장애인'인지를 판단하게 되며, 그 다음에는 장애를 근거로 장애를 가진 사람을 배제하거나 배제할 가능성이 있는 자격요건이나 선발기준이 '직무와 관련'되고 '경영상 불가피한 것'인지를 판단해야 한다. 그리고 이들 판단 기준을 모두 통과하더라도 다시 "적절한 편의제공에 따라 그 개인이 해당 기준을 충족할 수 있었는지"의 여부도 판단되어야 한다. 장애에 근거한 고용차별 판례들은 다양하고 상반된 기준이 적용되고 있어, 직무수행을 위한 자격기준이나 선발절차, 그리고 적절한 편의의 제공, 합리적 배려 등에 있어서 광범위한 차별판단의 기준을 준용하고 있다.

캐나다는 인권법(Canadian Human Rights Act)에 의해 인종, 국적 또는 민족, 피부색, 종교, 연령, 성, 혼인여부, 가족의 지위, 장애 및 사면받은 유죄판결을 사유로 한 차별을 금지하고 있다. 그러나 고용과 관련한 차별 등이 진정직업요건에 해당하는 경우에는 차별로 보지 않는다. 이때 어떤 행위가 진정직업요건에 해당하기 위해서는 반드시 관련 개인이나 집단의 요구에 대해 편의를 제공해야 하며, 이것이 건강·안전·비용 등을 고려하여 과도한 부담이 되지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다.

전통적으로 캐나다에서 진정직업요건을 판단하는 데 있어서 해당 사건이 직접차별에 해당하는지, 간접차별에 해당하는지를 판단하였다. 만약 직접차별로 분류되면 진정직업요건에 해당하지 않을 경우 그 정책이나 기준은 전체가 효력을 상실했지만, 간접차별에 해당할 경우, 사용자는 과도한 부담이라고 할 정도로 편의제공을 위해 모든

가능한 수단을 강구해야 할 것이 요구되었다. 그러나 1999년 대법원에서 판결된 Meiorin 사건은 기존의 진정직업요건과 관련한 기준을 변경하였다. 즉, 대법원은 진정직업요건을 판단하는 데 있어서 직접 차별/간접차별에 따라 다른 기준이 적용되지 않는다고 판결하였고, 편의제공의 의무에 관한 기준을 보다 강화하였다.

이후 캐나다에서는 진정직업요건을 판단하는데 있어서 직접/간접 차별 여부와 상관없이 이른바 'Meiorin Test'가 주요한 기준으로 캐나다인권위원회 및 법원에 의해 받아들여졌다. 'Meiorin Test'에 의하면 진정직업요건으로 인정받기 위해서는, i) 문제가 되는 해당 기준이 업무수행과 합리적으로 연관성이 있는지, ii) 해당 기준이 그 목적을 실현하기 위해 필요하다는 사용자의 선의의 믿음 하에 채택되었는지, iii) 해당 기준이 그 목적을 실현하기 위해 합리적으로 필요한지를 입증해야 한다. 이와 더불어 사용자는 관련 당사자들에게 편의제공을 하기 위한 모든 노력을 했음에도 불구하고 과도한 부담으로 인해 편의를 제공할 수 없었음을 보여야 진정직업요건에 해당한다고 인정받을 수 있다. 이와 같은 'Meiorin Test'는 1999년 이후 캐나다에서 진정직업요건을 판단하는 주요한 기준으로 다양하게 적용되고 있다. 이는 일종의 비례의 원칙을 차별관련 사례에 적용한 것으로서, "진정한 직업적 요건"의 기준을 상세하게 설명함과 동시에, 각 인정 단계에서의 입증 책임 분배(모두 사용자에게 있음)를 명확히 했다는 의미가 있다.

호주에서 고용상의 차별을 금지하는 연방 법률로는 인권및기회평등위원회법, 성차별금지법, 인종차별금지법, 연령차별금지법, 노동관계법 등이 있으며, 인권및기회평등위원회법은 인종·피부색·성별·종교·정치적 견해·민족혈통 또는 사회적 출신을 사유로 한 차별

을, 성차별금지법은 성·혼인여부·임신여부·가족책임을 사유로 한 차별을, 인종차별금지법은 인종·피부색·조상·출신국가 혹은 출신민족을 사유로 한 차별을, 연령차별금지법은 연령을 사유로 한 차별을 금지하고 있다. 또한 노동관계법은 특별히 해고와 관련하여 인종·피부색·성·성적 선호·연령·신체적 혹은 정신적 장애·혼인상태·가족책임·임신·종교·정치적 견해·출신국가나 사회적 신분을 사유로 한 고용종료를 금지하고 있다.

각 사유에 근거한 고용상의 차별이 위법한 행위임에도 불구하고 '직무의 고유한 요건'과 관련한 차별은 위법하지 않은 것으로 보고 있다. '직무의 고유한 요건'은 미국이나 영국, 캐나다 등에서 사용하는 진정한 직업적 요건 즉 진정직업자격에 해당하는 개념으로 호주의 경우 진정직업자격의 개념은 성차별금지법에서만 사용하고 있고 여타의 법률에서는 직무 혹은 직위의 고유한 요건으로 언급되고 있다.

'직무의 고유한 요건'을 수행할 수 없는 경우는 차별이 아니라고 볼 수 있는데 '직무의 고유한 요건'에 대한 법률에서의 개념 정의는 내려져있지 않다. 다만 호주인권위원회는(HREOC)는 이와 관련하여 '고유한 요건'이 "해당 직무의 필수적 부분인 기능을 수행할 능력, 생산성과 질적인 요건들, 해당 조직과 팀에서 효과적으로 업무를 수행할 능력 그리고 안전하게 업무를 수행할 능력"을 포함할 수 있다고 하고 있을 뿐이다. 직무의 고유한 요건이라는 개념의 영역과 의미에 대한 논의들은 각각의 판례를 통해 축적되고 있으며 성차별금지법에서만 차별의 예외가 되는 '진정직업자격(Genuine Occupational Qualification)'에 대해 구체적으로 열거하고 있다. 판례를 통해 직무의 고유한 요건에 대한 논의 경향을 살펴보면, 최근의 경향은 연령을 직접차별의 사유로 판단하기 보다는 특정 연령이 특정한 직

무의 고유한 요건이 되는 지에 대한 판단에 집중되어 있다. 연령차별은 호주인권위법의 차별금지사유에 열거되어 있지 않지만 규칙에 의해 연령을 근거로 한 차별을 금지하고 있으며 이와 관련된 일련의 진정제기에 따라 2004년 연령차별금지법이 제정되기에 이르렀다. 현재 연령에 근거한 차별금지의 주된 논거는 해당 연령이 직무의 고유한 요건에 해당하느냐에 있으며 이때 '고유한'이란 '부수적이거나 우발적인 것'이라기보다는 필수적인 요소를 의미하는 것이며, 각각의 판례들에서 고유한 요건의 내용은 단지 근로자가 임무를 수행할 수 있는 신체적 혹은 정신적 능력이 아니라 특정한 직위, 고용 또는 직무의 주위 맥락을 고려하는 것이라고 보고 있다. 직무의 고유한 요건에 대한 판단은 노동관계법에서의 해고제한 사유에서도 동일하게 논란을 거듭하고 있으며, 각 판례들은 복합적인 법률적 근거를 갖고 있기도 하다. 장애차별의 경우 고용의 고유한 요건을 판단하는 데 있어서 동료의 건강과 안전을 위협하지 않는 것까지 고용의 고유한 요건으로 판단하고 있다. 현재까지 호주의 고용차별 예외사유인 특정한 직무의 고유한 요건을 이유로 한 차별 예외를 판단하기 위해서는 사건별로 이에 대한 논리를 추적하여야 하며 여타의 다른 나라들 처럼 직무의 고유한 요건에 대하여 상당한 논란을 거듭하여 법 논리를 발전시키는 특성을 가지고 있다.

영국의 성차별금지법과 인종관계법은 고용 상 차별금지의 예외사유인 진정직업자격을 매우 상세하게 규정하고 있으며, 그 규정체계도 서로 유사하다. 반면 장애차별금지법에는 구체적으로 직업상 필요성과 관련된 진정직업자격 등의 예외 규정을 두지 않고 있고, 차별의 정당화사유로서 "차별대우의 이유 또는 조정의무 불이행의 이유가 문제되고 있는 개별적인 상황에서 불가결하고 실제적인 경우에

는 정당화 된다" 고 규정하고 있다. 2003년 고용평등(종교 혹은 신앙) 규칙, 2003년 고용평등(성적 지향) 규칙은 EU 고용평등지침과 같은 진정직업요건 규정을 두고 있고, 인종관계법도 위 지침을 반영하여 2003년 진정직업요건을 추가하는 개정이 이루어졌다.

진정직업자격에 관하여 매우 상세하고 구체적인 규정을 두고 있는 영국의 법제는 막연히 사용자의 주장만으로 진정직업자격이 인정되는 것을 제한함으로써, 포괄적인 기준만을 제시하는 법제에 비하여 진정직업자격을 엄격히 한정하는 효과를 가져 오고 있다. 이러한 법제는 차별의 예외에 대하여 사전에 구체적인 가이드라인을 제시함으로써 차별행위의 예방적 기능을 수행하는 일면을 가진다고 할 수 있다.

영국의 경우 법원 역시 개별 사안에 대한 진정직업자격을 상당히 엄격하게 인정하고 있는 것으로 보인다. 구체적인 판례에서 특히 i) 신체적 조건과 관련한 진정직업자격여부는 개별 근로자와 관련된 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하고 여성 혹은 남성에게 대한 일반적인 추측이나 가정으로 판단하여서는 안 된다고 한 점, ii) 부분적인 업무의 수행이 어렵다고 하여 바로 진정직업자격을 인정하지 아니하고 해당 업무가 사용자에게 특별한 부담 없이 다른 근로자에 의해 대체 수행될 수 있는지를 분별하는 점, iii) 사용자에게 기존 설비의 교체를 합리적으로 기대할 수 있을 경우 시설의 미비라는 이유만으로 진정직업자격을 인정하지 않는 점, iv) 진정직업자격은 당해 직무의 성격 자체와 관련하여 판단되어야 하고 당해 직무 수행의 경제적 효과와는 무관하다고 한 점, v) 진정직업자격은 고객 혹은 직무 수행상 접촉하게 되는 상대방의 선호에 따라 달라질 수 없다고 한 점 등은 향후 우리 법제에서 진정직업자격의 판단과 관련하여 참고할 만한 점이다.

현재 영국에서는 EU 지침에 따라 성적 지향, 종교/신앙, 연령과 관련한 법률의 제정이 활발히 이루어지고 있다. 이러한 움직임이 차별금지의 진전이라고 평가하면서도, 진정직업요건과 같이 새로운 차별의 정당화 사유가 기존 영국 국내법의 차별금지 예외 사유의 수정이나 삭제 없이 그대로 추가되는 것에 대하여, 차별의 정당화 사유의 규정에 보다 신중을 기해야 한다는 견해가 제시되고 있다. 진정직업요건은 “진정하고 결정적인 직업 요건”일 경우에만 적용된다는 점에서 기존의 진정직업자격보다 적용 범위가 작다고 할 수 있지만, 임명이나 승진 외에 해고에도 적용되고, 직업 그 자체라기보다는 직업이 수행되는 상황이 특정 인종, 민족, 혹은 출신국을 요구하는 상황에서 적용될 수 있으며, 사용자의 확신여부를 기준으로 하고 있다는 점에서는 그 적용 범위가 넓다고도 해석되고 있다.

유럽연합(EU)의 경우에는 2000년 이후 최근의 지침들에는 “진정하고 결정적인 직업상의 요건”이라는 용어가 명시적으로 등장하였으나, 이를 직접 인용한 판결은 아직 찾아볼 수 없었다. 다만 개정 전 남녀균등처우지침(76/207/EEC)에서 이와 비슷한 의미로 규정되어 있었던 “직무의 본질(nature)이나 정황(context)상 성별이 결정적 요소(determining factor)가 되는 경우”라는 적용 제외 요건(제2조 제2항)의 해석과 관련된 사례들이 있을 뿐인바, 유럽사법재판소는 이 조항의 ‘결정적인 요소’ 여부를 판단함에 있어서, 명확성(transparency)의 원칙을 적용하고 매우 엄격하게 해석해야 한다는 입장을 취하고 있다.

이 지침에서 또 하나 중요한 것은, 그 직무의 내용을 유럽위원회에 보고해야 한다는 지침 제9조 제2항의 조항이다. 이 조항은 각 회원국들로 하여금, 그러한 적용제외를 유지하는 것이 정당인지 여부

를 사회발전에 비추어 판단하기 위하여, 주기적으로 제2조 제2항에서 정한 직무를 평가하고, 그 결과를 위원회에 보고하여야 한다는 의무를 부과하고 있다. 그리고 재판소는 이러한 보고 조항을 근거로 하여, 각 국가에서 문제된 제외 업종을 기관(corps) 단위로 정하는 것을 부정하고 위원회가 실질적으로 감독(supervision)할 수 있도록 충분히 상세한 '직무(occupational activity)' 단위로 특정되어야 한다고 판단하는 등(E.C. Commission v. France) 통제를 가하고 있다.

위와 같이 다양한 차별금지 법령 체계에도 불구하고, 각국의 '진정 직업자격' 법리와 판례에서 나름의 공통점을 찾을 수 있었다. 각국 모두 직무의 성질과 관련되는 '차별의 예외' 법리와 관련해서, 이들 국가들 모두 그와 관련된 성문(成文)의 규정을 두고 있고, 주로 문제가 되는 차별 사유는 성별·종교·신앙·장애·연령 등이었으며, 전통적으로는 직접 차별의 예외 규정이었으나 점차 그 적용범위를 간접차별의 영역으로 넓혀가고 있다는 점이다. 또한 법원은 그 적용에 매우 엄격한 기준을 가지고 있으며, 이 때 고객의 선호나 단순한 사회통념을 판단요소에서 배제하고 있다는 점 또한 주목하여야 한다.

이 연구는 이러한 검토 내용들을 바탕으로, 이 기준을 우리 차별금지 법제에 도입하여 법제화하거나 판단 지침을 만드는 데 활용하는데 도움이 되는 시사점을 찾으려 하였다(그 구체적인 법안이나 지침의 작성은 신중한 검토와 다양한 고려가 필요한 것이므로, 그 자체가 또 하나의 중요한 연구 과제가 될 수 있을 것이다).

그리하여 i) 명문의 규정으로 예외 사유를 두되, ii) 차별의 사유나 적용 영역을 제한하지는 않는 것이 자연스러우며, iii) 외국 판례에서 나타난 법리들을 자의적으로 혼합하여 법령 조문에 도입하는

것에는 신중을 기해야 하고, iv) 이러한 기준이 사회적으로 유의한 도구가 될 수 있기 위해서는 직군 분리채용 등 우리 사회에 만연한 차별적 고용관행에 적용될 수 있는 입법 기술적 고려를 간과해서는 안 된다는 점 등을 결론으로 지적하였다.

목 차

<보고서 요약>

제1장 서론	1
제1절 연구의 배경과 목적	3
제2절 연구의 대상과 범위	5
제3절 연구의 방법	6
제4절 보고서의 체계	6
제2장 미국	9
제1절 고용차별 금지 법령의 체계 및 특징	11
제2절 시민권법 제7편과 진정직업자격	12
I. 개요	12
II. 진정직업자격 관련 법률 내용	13
III. 진정직업자격 판단기준	14
1. 성별	14
2. 임신	33
3. 종교	40
4. 출신민족	47
제3절 연령차별금지법과 진정직업자격	49
I. 개요	51
II. 진정직업자격 관련 법률 내용	51
III. 진정직업자격 관련 판례	52
제4절 장애인법	64
I. 개요	64
II. 관련 법률 내용	65

III. 관련 판례	69
제5절 미국 : 검토결과의 요약	78
제3장 캐나다	81
제1절 고용차별 금지 법령의 체계 및 특징	83
제2절 캐나다 인권법과 진정직업요건	85
I. 차별의 개념	85
II. 진정직업요건 관련 법률 내용	87
III. 진정직업요건 판단 기준의 변천 과정	88
IV. 진정직업요건 판단 기준 : 이른바 Meiorin Test	89
제3절 진정직업요건 관련 판례	91
I. 성별	91
II. 연령	97
III. 종교	102
IV. 장애	105
제4절 캐나다 : 검토결과의 요약	116
제4장 호주	119
제1절 고용차별 금지 법령의 체계 및 특징	121
제2절 인권 및 평등기회 위원회법	122
I. 개요	122
II. 직무의 고유한 요건 관련 법률 내용	123
III. 직무의 고유한 요건 관련 판례	125
제3절 장애차별금지법	126
I. 개요	126
II. 직무의 고유한 요건 관련 법률 내용	127
III. 직무의 고유한 요건 관련 판례	128
제4절 성차별금지법	132

I. 개요	132
II. 진정직업자격 관련 법률 내용	133
III. 진정직업자격 관련 판례	135
제5절 연령차별금지법	139
제6절 노동관계법	140
I. 개요	140
II. 직위의 고유한 요건 관련 법률 내용	141
III. 직위의 고유한 요건 관련 판례	142
제7절 호주 : 검토결과의 요약	144
제5장 영국	147
제1절 고용차별 금지 법령의 체계 및 특징	149
I. 영국의 고용 차별 금지 법령	149
II. 진정직업자격 관련 법령	150
제2절 성차별금지법	151
I. 개요	151
II. 진정직업자격 관련 법률 내용	151
III. 진정직업자격 관련 판례	157
제3절 인종관계법	168
I. 개요	168
II. 진정직업요건 관련 법률 내용	169
III. 진정직업요건 관련 판례	171
제4절 장애차별금지법	174
I. 개요	174
II. 차별의 정당화 사유 관련 법률 내용	176
III. 차별의 정당화 사유 관련 판례	177
제5절 종교·신앙/성적 지향 규칙	180
I. 개요	181

II. 진정직업요건 관련 법령 내용	182
III. 진정직업요건 관련 판례	184
제6절 연령차별금지법안	185
제7절 영국 : 검토결과의 요약	186
제6장 유럽연합(EU)	189
제1절 고용차별 금지 법령의 체계 및 특징	191
I. EU 차별금지 법령의 법원	191
II. EU 판례법의 종류와 구조	193
1. 유럽사법재판소의 판결	193
2. 유럽인권재판소의 판결	195
제2절 ‘진정하고 결정적인 직업상의 요건’ 조항	195
제3절 관련 판례	198
[참고] 동일가치노동-동일임금 관련 유럽사법재판소 판결례	205
[참고] 고용차별 기준에 관한 유럽인권재판소 판결례	211
제4절 EU : 검토결과의 요약	217
제7장 결론	219
제1절 각국의 진정직업 자격 관련 법령 및 판례 법리	221
I. 미국	223
II. 캐나다	224
III. 호주	225
IV. 영국	225
V. EU	226
제2절 제도적 함의	226
제3절 법제화에의 시사점	231
I. 명시적인 예외 규정을 두어야 하는가	231
II. 진정직업자격이 인정되는 차별 사유를 특정할 것인가	232

Ⅲ. 외국 판례 법리를 법문에 포함시킬 수 있는가	232
Ⅳ. 입증책임 규정을 명문화해야 하는가	234
<참고문헌>	235

<부록> 검토 대상 판결 색인표

제1장 서론

제1절 연구의 배경과 목적

고용에 있어서의 차별을 금지하는 현행 법령으로는 성별 등 19개 사유를 포괄하는 국가인권위원회법과 성별에 한정되는 남녀고용평등법이 있으며¹⁾, 그 밖에 차별금지법 시안이 논의 중인 것으로 알려져 있다.

국가인권위원회법은 평등권 침해의 차별행위를 “...합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이... 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위”로 정의하고, 고용의 영역에 있어서는 “고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위”라고 하고 있으며(제2조 제3호), 남녀고용평등법은 “사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우”라고 차별을 정의한다(제2조 제1항).

위 사유들을 이유로 우대·배제·구별·불이익 조치를 취하는 모든 경우를 차별이라고 하는 것은 아닐 것이므로, 문제는 어떠한 경우를 차별로 판단하는지 하는, 이른바 “고용상 차별의 판단 기준”이 된다. 두 법 모두 차별을 정의함에 있어 ‘합리적인 이유 없이’라는 일종의 기준을 두고 있으나, 그 구체적인 내용과 관련하여 다른 규정이 없기 때문에, 그 해석에 있어서의 애매함과 주관적인 판단의 모호함을 벗어나지 못하고 있다.

이러한 모호함을 구체화시키기 위하여, 선행 연구들은 차별금지 법리를 발전시키면서 고용상의 차별시정에 관한 각종 판례와 지침들을 가지고 있는 영미법 국가들²⁾의 법령이나 판례 법리를 소개·도입하여 왔는데, 주로 성별에

-
- 1) 남녀차별금지및구제에관한법률도 있었으나, 2005. 3. 24. 법률 제7422호로 폐지되고, 여성부 남녀차별개선위원회의 기능이 국가인권위원회로 승계되었다. 위 폐지법률 부칙 제2항 - 이 법 시행당시 남녀차별개선위원회의 남녀차별개선사무는 국가인권위원회가 승계한다.
 - 2) 이들 국가들이 차별금지 법리를 발전시켜 온 배경으로는 여러 가지를 지적할 수 있겠으나, 무엇보다 태생적으로 다인종·다문화 사회일 수밖에 없는 미국 사회의 특성과 대륙법계와 비교하여 상대적으로 ‘해고 제한’ 법리가 약화되어 있는 것을 들 수 있다.

근거한 차별을 중심으로 미국 연방대법원의 그릭스 대 듀크 전력회사(Griggs v. Duke Power Co) 판결로부터 비롯된 ‘간접차별’의 개념과 동일가치 노동 동일임금과 관련된 논의들이 주를 이루었다. 이와 함께 해당직무를 수행하기 위해 반드시 필요한 자격이나 요건에 해당되는 경우 차별적 처우를 할 수 있다는 ‘진정직업자격(BFOQ : Bona Fide Occupational Qualification)’ 개념도 소개되었다. 그러나 진정직업자격의 구체적 내용과 관련해서는, 주로 성차별 영역에서 “진정직업자격의 요건에 해당하지 않음에도 불구하고 사용자가 특정집단을 제한하고 배제하는 방식으로 고용상의 불이익한 대우를 할 경우에 이는 차별행위로 간주할 수 있다”는 개념 정도를 언급하는 정도에 그치거나 미국의 주요 판례 문구를 인용하는 것이 대부분이었다.

한편 남녀고용평등법은 2001. 8. 14. 전문 개정시 “직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우”는 차별로 보지 않는다는 진정직업자격 관련 규정을 신설하였으나(제2조 제1항 제1호), 모성 보호 관련 쟁점이 주를 이루었던 당시 논쟁에서 주목을 받지 못하였고³⁾, 그 후에도 이 조항이 실제 사례의 해석이나 판단에 있어서 쟁점이 된 적이 없다. 따라서 진정직업자격이라는 개념과 남녀고용평등법 제2조 제1항 제1호의 내용은 그 구체적·실제적 의미는 물론 “과연 고용상 차별 여부를 판단하는 데 유용한 것인가”에 관해서도 현실적으로 검증된 바가 없는 셈이다. 차별 판단기준에 관한 이러한 불완전성은 현실적으로 각종 차별금지선언적 구호에 그치거나 실질적인 차별피해 구제에 이르지 못하게 하는 효과를 초래할 수 있으므로, 그 보완이 절실하다 하겠다.

이 연구는 그러한 보완을 위한 하나의 시도로 진정직업자격⁴⁾과 관련된 몇몇 영미법 국가들과 유럽연합의 판례 법리를 검토·분석하는 것을 목적으로 하였다. 물론 외국의 입법례나 판례 법리가 그 사회·문화적 배경과 법체계

3) 정부나 국회의원(대표적으로 한명숙 안)이 발의한 법안의 개정·제안 이유는 물론이고, 개정안에 대한 국회 환경노동위원회의 심사·검토 보고서에도 이 조항에 관한 언급이 빠져 있다.

4) 뒤에서 보는 바와 같이 이 용어 자체가 완전히 똑같은 것은 아니고 조금씩 다르지만, 이 글에서는 이들 용어를 아우르는 말로 사용하기로 한다.

를 달리하는 우리나라에 그대로 적용·원용될 수 있는 것은 아니겠으나, 위 개념과 법리 자체가 영미법계 국가들의 차별금지법에서 유래되고 발전되었다는 점을 고려하면, 해당 국가의 법령과 그 해석의 예 - 판례를 검토하는 것은 나름대로 유용한 전거가 될 수 있을 것이다.

제2절 연구의 대상과 범위

검토 대상은 미국·캐나다·호주·영국 그리고 유럽연합의 진정직업자격 관련 주요 판례로 하였다. 이들 국가에서 진정직업자격은 그 사유별로 명문의 규정을 두고 있고, 판례는 그 적용 범위를 판단하는 것을 내용으로 하고 있기 때문에, 판례를 검토하기에 앞서 근거 법령의 내용을 명확히 하는 것은 당연한 전제가 된다.

‘판례’는 법원(Court) 또는 재판소(Tribunal)의 판결에 한정하였고, 모든 사례를 망라적으로 열거하는 것보다는 선례(Leading Case)로서의 의미가 있는 것들을 중심으로 검토하고, 각 국의 차별관련 위원회의 사례·결정례는 그 내용 자체를 인용하거나 분석 대상으로 하지는 않았다. 다만 위원회에서 법원 판례 등을 기초로 정리한 판단 기준이나 원칙 등은 필요한 한도 내에서 검토·인용하였다.

어떠한 판례를 분석하는 일이 충실히 되기 위해서는, 그 사건이 일어난 배경과 양 당사자의 주장, 그리고 각 쟁점과 그에 대한 학계·관련 판례의 논의, 소수·반대·보충 의견 등을 모두 보아야 하겠으나, 그렇게 되면 각 사례 하나하나에 대하여 하나의 논문이 될 수 있으므로, 간략한 사건의 개요와 법원의 판단 - 그 중에서도 진정직업자격의 쟁점에 관한 것을 요약·정리하는데 주력했다.

가장 중요한 것은 검토된 외국사례의 국내 적용 가능성과 한계를 찾는 일 이겠으나, 다양한 국가들과 많은 판례들에서 단 하나의 법리를 추출하여 완결된 형태의 법 규정을 만드는 것이 현실적으로 어렵고, 자칫하면 차이를 사상한 채 이것저것을 단순히 조합하는 모양이 될 수 있으므로, 이들 나라의

법령·판례가 공통적으로 시사하는 정책적·제도적 함의를 추출하여 가능한 대안이나 방향을 제시해 보고자 했다.

제3절 연구의 방법

이 연구는 대상 국가별로 법령과 판례를 조사·분석하는 방식으로 진행되었다.

우선 각국의 법령 원문 내용과 그 해석의 일반 원칙을 조사하였고, 법원이나 재판소가 이를 적용한 사례들을 찾아 분석하였는데, 법령과 판결은 가능한 한 원문을 분석하고 그 내용을 정리하였다.

고용차별 판단 기준과 관련된 주요 판결들을 모아 그 중에서 진정직업자격 법리와 관련하여 의미 있는 것들을 골라내고, 사건의 개요와 이에 대한 법원의 판단, 그리고 그것이 갖는 의미를 분석하면서, 가능하면 해당 국가 법 체계 속에서 어떻게 설명될 수 있는지를 조사·논의하였다.

분석된 판결들은 먼저 근거 법령에 따라 분류하고, 하나의 법령 안에서는 차별의 사유에 따라 순서대로 정리하였으며, 이를 바탕으로 각국의 판례 법리가 갖는 의미들과 특징을 정리한 다음, 마지막으로 이들 국가들의 법 적용 사례에서 공통적으로 추출할 수 있는 정책적 함의를 검토하였다.

제4절 보고서의 체계

연구 결과를 정리한 본 보고서는, 제2장 미국에서 시작하여 캐나다, 호주, 영국, 그리고 제6장 유럽연합까지, 각 국가별 법리와 판결례들로 구성된다.

각 장은 먼저 해당 국가의 차별금지법 체계를 정리하고, 그 중에서 진정직업자격과 관련된 법조문을 가능한 원문의 뜻을 살릴 수 있도록 적시하고(진정직업자격과 직접 관련되지 않는 차별의 정의나 판단 기준 관련 법문은 필

요한 한도에서 간략하게 언급하기로 한다), 검토한 판례를 정리하면서 그 앞에는 판례 법리의 경향과 개략적인 내용을 요약한다.

마지막 제7장은 진정직업자격 등의 특징 및 한계를 중심으로 하여, 각국 판례 법리의 차이점과 공통적으로 찾아낸 원칙, 그리고 그 정책적·제도적 함의를 정리하였다.

제2장 미국

미국은 1964년 개정된 시민권법 제7편(Title VII of the Civil Rights Act)에 의해 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신민족을 이유로 한 차별을 금지하고, 1967년 개정된 연령차별금지법(the Age Discrimination in Employment Act)에 의해 40세 이상의 근로자에 대한 차별을 금지하고, 1990년의 장애인법(the Americans with Disabilities Act)에 의해 장애인에 대한 고용차별을 금지하고 있다.

차별의 예외로서 진정직업자격 항변은 시민권법 제7편에 의해 종교, 성별, 출신민족에 한하여, 그리고 연령차별금지법에 의해 연령에 한하여 적용되며, 장애의 경우 장애인법에 따라 '직무와 관련되고 경영상 불가피한 것이고, 또한 직무의 수행이 적절한 편의제공에 의해 이루어질 수 없음을 입증하는 경우'에 차별의 예외로서 항변할 수 있다.

제1절 고용차별 금지 법령의 체계 및 특징

미국의 경우 1964년 개정된 시민권법 제7편에 의해 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신민족을 이유로 한 차별을 금지하고, 1967년 개정된 연령차별금지법(ADEA)에 의해 40세 이상 근로자에 대한 차별을 금지하며⁵⁾, 1990년의 장애인법(ADA)에 의해 장애인에 대한 고용차별을 금지하고 있다⁶⁾. 임신차별금지법은 1976년 *General Electric v. Gilbert* 판결⁷⁾로부터 시민권법 제7편을 위반하지 않았다는 것에 근거해서 의회는 1978년에 임신차별금지법을 통과시켰고, 이에 따라 시민권법 제7편 701(k)는 ‘임신, 출산 또는 관련된 건강상태’를 추가하여 개정했다⁸⁾. 이처럼 각각의 법령에서는 사유별로 차별을 금지하고 제한된 예외규정을 두고 있다.

우선, 시민권법 제7편에 따르면 “종교, 성별, 출신민족”이 해당 특정 사업 또는 기업의 통상적인 운영에 있어 합리적으로 필요한 진정직업자격에 해당하는 경우에는 동법 제2000e-2(e)(1)에 의해 정당화된다. 또한 연령의 경우 연령차별금지법 제623조(f)(1)에 의해 특정 사업의 정상적인 운영에 있어서 연령이 합리적으로 필요한 진정직업자격에 해당하는 경우, 또는 연령 이외의 합리적인 요소에 근거하여 차이를 두는 경우 등에 대해서는 차별의 예외를 인정하고 있다.

5) 연령차별금지법은 40세 이상의 근로자에 대한 차별을 금지하고 있는데, 각 주의 동등고용기회법들은 더 넓은 범주의 연령차별을 보호하고 있다. 예를 들어, 뉴욕인권법은 18세 이상의 사람에 대한 고용에서의 차별을 금지하고 있다.

6) 장애로 인한 고용상의 차별을 금지하기 위한 입법은 여타의 다른 동등고용기회입법보다는 최근에 이루어졌다. 장애인법은 1990년에 제정되었는데 이는 1973년의 재활법(The Rehabilitation Act of 1973)을 대부분 수용하고 시민권법의 양식을 따라 장애를 이유로 한 고용상의 차별을 금지하고 있다. 장애인법은 재활법보다 더 광범위하고 강력하며 종합적인 영역을 다루고 있어서 ‘장애인 권리장전’으로 평가받기도 한다.

7) *General Electric v. Gilbert* 429 U.S. 125 (1976)

8) 시민권법 제7편 제701조(k)에 따르면 “성별을 이유로” 또는 “성별을 근거로”는 임신, 출산 또는 관련된 건강 상태를 이유로 하거나 근거로 하는 것을 포함하여, 임신, 출산 또는 관련된 건강 상태로부터 영향을 받은 여성에 대한 처우는 부가 급부 프로그램에 의거한 수당의 수령을 포함한 일체의 고용관련 목적에 있어서 그러한 영향을 받지 않았으나 업무수행능력이 유사한 사람과 동일하여야 한다.

장애의 경우 진정직업요건이라는 개념으로 장애인 고용차별의 예외사유를 명시하지는 않으나, 고용차별을 판단하는데 있어서 현재 담당하고 있거나 담당하기를 바라는 “직무와 관련하여 필수적인 요건들을 충족시키면서 적절한 편의제공의 유무에 관계없이 직무의 필수적인 기능들을 수행할 수 있는지”가 그 판단의 기준이 된다. 이를 위해서는 먼저 i) ‘보호의 대상이 되는 장애’에 해당하고 ‘유자격 장애인’인지를 판단하게 되며, ii) 장애를 근거로 장애를 가진 사람을 배제하거나 배제할 가능성이 있는 자격요건이 있는지를 검토하고, iii) 그러한 자격요건이 ‘직무와 관련’되고 ‘경영상 불가피한 것’인지를 판단해야 한다. 그리고 마지막으로 iv) 사용자의 ‘적절한 편의제공’에 따라 그 개인이 해당 기준을 충족할 수 있는지의 여부를 본다.

제2절 시민권법 제7편과 진정직업자격

I. 개요

시민권법 제7편(Title VII of the Civil Rights Act)은 고용에 있어서 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신민족을 이유로 한 차별을 금지하고 있다. 그러나 시민권법 제7편은 차별에 대한 개념을 명시적으로 정의하지는 않았고, 이에 따라 차별의 의미에 대한 해석은 법원의 몫으로 넘겨졌다.

미국 대법원은 시민권법 제7편 위반문제와 관련한 소송에서, 차별을 불평등대우(disparate treatment)와 불평등효과(disparate impact), 명시적 차별(overt or facial discrimination)이라는 3가지의 유형으로 구분하였다⁹⁾. 불평등대우에 의한 차별이란 편견에 의해 차별적인 대우를 하는 것을 의미하고, 불평등효과에 의한 차별이란 고용관행이 명시적으로는 중립적이거나 결과적으로는 특정 집단에게 불평등한 효과를 야기하는데, 이것이 사업상 필요성에 의한 것임을

9) 불평등대우(disparate treatment)와 명시적 차별(overt or facial discrimination)은 ‘직접 차별’, 불평등효과(disparate impact)는 ‘간접차별’이라고 표현하기도 한다.

정당화하지 못한 경우를 의미한다. 한편, 명시적 차별이란 선의의 동기에 의한 것인지, 편견을 가진 동기에서 기인한 것인지 여부와 상관없이, 사용자의 관행이 명시적으로 특정 집단에게 다른 정책을 실시한다면 차별이라고 보는 것이다. 이때 명시적 차별로 문제가 된 사용자가 시민권법 제7편의 책임을 피하기 위해서는 관련 정책이 진정직업자격에 해당함을 성공적으로 입증해야 한다(Lindgren 외, 2005:82-112).

II. 진정직업자격 관련 법률 내용

시민권법 제7편 제703조(e)(1)에 따르면 “종교, 성별, 출신민족이 해당 특정 사업 또는 기업의 통상적인 운영에 있어 합리적으로 필요한 선의의 진정직업자격에 해당하는 경우”에는 차별의 예외에 해당한다고 명시되어, 진정직업자격이 적용되는 차별 유형은 성별, 종교, 출신민족에 제한하고 있고, 인종·피부색에 의한 차별에는 이러한 규정이 없다¹⁰⁾. 그리고 이러한 진정직업자격 항변은 개인의 고용(hiring or employment)과 관련해서는 예외로서 인정되지만, 복리후생(fringes benefits)과 관련한 차별 조항에는 적용되지 않으며¹¹⁾, 법원과 고용평등위원회(EEOC, Equal Employment Opportunity Commission)는 진정직업자격은 엄격하게 협의로 해석되어야 한다고 보고 있다.

시민권법

Civil Rights Act of 1964

10) 한편 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신민족을 근거로 한 불평등 효과를 가져오는 특정한 고용관행이 문제가 되었을 때로서 사용자가 차별이 아님을 인정받기 위해서는 문제의 고용관행이 업무와 관련성이 있으며, 사업상 필요성에 따른 것임을 입증해야 한다(시민권법 제7편 제703조(k)(1)(A)(i)) - 미국의 고용상의 간접차별과 그와 관련한 입증책임의 문제에 대해서는, 구미영(2003), 『고용상의 간접차별 규제-미국 사례를 중심으로』, 서울대학교 석사학위 논문 참조).

11) EEOC v. Fremont Christian School, 781 F 2d 1362(9th Cir. 1986)

제2000e-2조(제703조) 불법 고용 관행

(e) 본 절의 여타 규정에도 불구하고, 다음의 행위는 불법 고용 관행에 해당하지 않는다.

- (1) 종교, 성별 또는 출신민족이 해당 특정 사업 또는 기업의 통상적인 운영에 있어 합리적으로 필요한 선의의 직업적 자격요건에 해당하는 경우에, 그 종교, 성별, 출신민족을 근거로, 사용자가 근로자를 채용 및 고용하는 것, 고용 중개기관이 개인을 구분하거나 취업을 알선하는 것, 노동단체가 회원자격을 구분하는 것과 개인을 구분하거나 취업을 알선하는 것, 또는 사용자, 노동단체, 도제제도 또는 기타 훈련 및 재훈련을 관리하는 합동노사위원회가 그러한 프로그램에서 개인의 등록을 허용하거나 개인을 채용하는 것

Ⅲ. 진정직업자격(BFOQ) 판단기준

1. 성별

가. 성별과 진정직업자격 판단기준

위에서 본 바와 같이 시민권법 제7편은 고용에 있어서의 성차별을 금지하지만, 시민권법 제703(e)(1)의 진정직업자격 예외 조항에 따라 특별한 사업의 정상적인 운영을 위하여 성별(sex)이 진정직업자격으로서 합리적으로 필요한 경우에는 그러한 차별이 정당화된다.

(1) EEOC의 판단기준

EEOC의 가이드라인에 따르면, 성별에 관한 진정직업자격 예외규정은 엄격

하게 협의로 해석되어야 한다. “남성적 직업” 그리고 “여성적 직업”이라는 규정은 불필요하게 성별에 의한 고용기회를 부인하는 경향이 있기 때문이다.

따라서 EEOC는 다음의 경우 진정직업자격에 해당하지 않는다고 본다. (1) 여성의 상대적인 근무특성에 관한 가정에 근거한 고용거부 - 예를 들어, 여성의 이직률이 남성보다 높다는 가정, (2) 양성에 대한 고정관념적인 성격에 근거하여 개인의 고용을 거부하는 것 - 예를 들어, 남성은 세심한 분야에 잘 적응하지 못하는 경향이 있다거나, 여성은 적극적인 판매기술이 부족하다는 등을 포함한다. 비차별의 원칙은 개인은 개인적 능력을 기반으로 고려되어야 하고, 개인이 속한 집단의 일반적인 특성에 근거해서는 안 된다는 것을 의미한다, (3) 동료들, 사용자, 의뢰인 또는 고객의 기호를 이유로 개인의 고용을 거부하는 것 - 그러나 남자배우 또는 여자배우와 같이 확실하고(authenticity), 순수한(genuineness) 목적을 위해 필요한 경우에는 진정직업자격에 해당한다고 볼 수 있다¹²⁾.

한편, 사용자는 ‘육아휴가’를 부여하는데 있어서 성별이 진정직업자격이 된다고 주장할 수도 있다. 즉 일하는 여성은 일하는 남성보다 여전히 양육의 부담을 더 많이 지고 있을 가능성이 높고, 이는 직장에서 근로자가 나타내는 행동패턴에 의해서 입증된다는 것이다. 그러나 진정직업자격 항변은 “직무를 수행할 수 있는 능력”과 관련해서만 가능하고, 육아휴가 또는 여타의 부가급여를 주느냐 안 주느냐는 사업의 본질에 해당하지 않기 때문에, 이러한 주장은 받아들여질 수 없다.

나아가 전형적 양육행위에 대해 어떠한 견해를 갖고 있든, 사용자는 양육을 포함해 가족의 중요한 기능들과 관련하여 어느 한 근로자가 다수 근로자들이 하는 선택과 동일한 선택을 할 것이라고 가정해서는 안 된다. 여성 근로자만이 양육과정에 참여할 수 있는 기회를 가져야 한다고 생각하는 사용자가 있다면, 그는 좀 더 적극적으로 양육을 담당하기를 바라는 또는 그러한 역할이 필요한 남성 근로자들을 차별하는 것이다.

젠더 역할에 대한 가정 또는 고정관념에 근거한 정책은, 비록 그 가정 또는 고정관념이 통계적으로 정확한 것이라고 하더라도, 시민권법 제7편의 근본원

12) EEOC, Part 1604- Guidelines on Discrimination because of Sex

칙, 즉 근로자는 개인으로 대우받아야 한다는 원칙에 위배된다. 그러한 정책은 남성과 여성 모두의 고용기회에 유해하다는 것이다. 일하는 여성들은 원하건 원하지 않건 양육을 위해 휴직을 해야 하고, 가정생활에 참여하기를 원하는 남성들은 사용자의 정책 때문에 그러한 휴가를 가지 못할 것이기 때문이다¹³).

(2) 판례 분석

미국에서는 성별을 이유로 한 진정직업자격 예외조항과 관련하여 많은 소송이 제기되어 왔고, 그 결과 법원은 진정직업자격에 근거해서 정당화되는 성차별의 특별한 경우를 결정하는 몇 가지 입장을 제시하였다.

우선, 몇몇의 사건에서 사용자에 의해 서비스를 받는 고객 또는 다른 사람의 프라이버시권(the privacy interests)을 이유로 성별이 진정직업자격에 해당한다는 주장이 제기되었다¹⁴.

이와 관련해서는 주로 간호사 또는 다른 사람을 돌보는 직무와 관련된 사건이 있는데, 사용자가 환자의 프라이버시권을 보호하기 위해서라는 것을 입증한 경우 성별이 진정직업자격으로 인정받은 판결들이 있다¹⁵. 즉, 법원은 사용자가 (1) 특정 성별의 간호사를 배타적으로 고용하지 않으면 사업 운영의 본질이 위태롭게 된다면, 특정 성별의 모든 또는 실질적으로 모든 구성원이 직무의 책임을 수행할 수 없다고 자신이 믿을 수밖에 없었던 실질적인 근거(factual basis)를 제시했고 (2) 프라이버시권과 시민권법 제7편의 평등고용기회원칙 사이의 충돌을 피하기 위하여 다른 방법으로 직무 책임을 조정하는 것이 가능할 것 같지 않은 사업(business operation)의 특성을 입증한 경우 진정직업자격을 인정하였다¹⁶.

13) EEOC (1990. 8), 육아휴가에 대한 정책 지침

14) Local 567 American Federation of State etc. v. Michigan Council 25, American Federation of States, etc. 635 F Supp 1010(6th Cir. 1986), Hernandez v. University of St. Thomas 793 F Supp 214(8th Cir. 1992), Olsen v. Marriott Intern., Inc., 75 F. Supp. 2d 1052(9th Cir. 1999) 등 판결 참조

15) Backus v. Baptist Medical Center 510 F Supp 1191(8th Cir. 1981), Fesal v. Masonic Home of Delaware, Inc. 447 F Supp 1346(3th Cir. 1978), Jones v. Hinds General Hospital 666 F Supp 933(4th Cir. 1987) 등 판결 참조

또한, 남성근로자들이 사용하는 세면장(washroom) 관리인을 고용하는 데 있어서도 남성근로자의 프라이버시권을 근거로 성별이 진정직업자격에 해당한다는 판결이 있다. 이 사건에서 사용자는 (1) 여성 관리인을 고용하면 사업의 본질이 위태롭게 될 것이라고 믿을 수밖에 없었던 실질적인 근거를 제시했고 (2) 관리인으로서 고용될 권리와 목욕탕을 사용할 남성근로자의 권리 사이의 충돌을 완화시키거나 피할 수 있는 다른 대안이 존재하지 않는다는 것을 입증했다¹⁷⁾.

그러나 주로 남성인 정신장애아동을 위한 쉼터의 워크샵 프로그램을 담당하는 자로서 아동을 돌보는 직위(child care positions)에서 일하는 근로자가 반드시 남성이어야 한다는 주장에 대해서는, 사업의 본질적인 기능이 위태롭게 된다는 것을 입증하지 못했기 때문에 진정직업자격을 인정하지 않은 경우가 있다¹⁸⁾. 이 사건에서 법원은 워크샵에서 일할 근로자의 일차적인 역할은 작업 기술(work skills) 및 작업행동(work behavior)을 가르치는 것이고, 상담이나 치료는 본질적인 직무가 아니기 때문에 ‘남성’이 진정직업자격에 해당하지 않는다고 본 것이다.

다음으로 고객의 선호를 이유로 성별이 진정직업자격에 해당한다고 주장한 경우도 많은데, 이에 대한 법원의 입장은 항상 일관된 것은 아니었다¹⁹⁾. 일반적으로는 법원은 고객의 선호를 이유로 해서는 결코 성별이 진정직업자격으로 인정될 수 없다고 보고 있다²⁰⁾. 예를 들어, 직무수행능력과 상관없이 단지 고객이 종교적인 신념에 의해 남성을 선호한다는 것을 이유로 여성을 차별하는 것에 대해 진정직업자격으로 인정하지 않았다²¹⁾. 또한 국제적인 사업을 하는 경우로서 상대국가의 고객들이 여성과 거래하는 것을 선호하지 않는다

16) Melissa K. Stull(2005), Permissible Sex Discrimination in Employment Based on Bona Fide Occupational Qualifications(BFOQ) Under § 703(E)(1) of Title VII Civil Rights Act of 1964(42 U.S.C.A. § 2000E-2(E)(1)), American Law Reports ALR Federal, p. 13

17) Brooks v. ACF Industries, Inc. 537 F Supp 1122(4th Cir. 1982)

18) Jatzcak v. Ochburg 540 F Supp 698(6th Cir. 1982)

19) Melissa K. Stull(2005), 앞의 자료, p. 17-19

20) Bollenbach v. Monroe-Westbury Central School District 659 F Supp 1450(2nd Cir. 1987), Fernandez v. Wynn Oil Co. 653 F 2d 1273(9th Cir. 1981) 등 판결참조.

21) Bollenbach v. Monroe-Westbury Central School District 659 F Supp 1450(2nd Cir. v

는 주장에 대해서도, 사업의 본질이 침해된다는 어떤 증거도 발견할 수 없으며 고객의 선호는 차별적인 행위를 정당화할 수 없다고 보았다²²⁾.

한편, 법원은 일정한 경우에는 고객의 선호가 진정직업자격 항변의 근거가 될 수도 있는데, 이런 경우에는 고객의 선호를 수용하는 것이 사업상 필요성이 있다는 것을 입증해야 한다고 했다²³⁾. 예를 들어, 고객이 여자 승무원을 선호하기 때문에 또는 여성의 성적 매력(sex appeal)이 남성 승객을 유인하고, 승객의 기대를 충족시키기 때문에 사업의 필요상 여자 승무원이 필요하다는 항공사의 주장에 대해서는, “항공사의 본질적인 업무와 관련하여 성별은 부수적인 문제”라는 이유로 받아들여지지 않았고²⁴⁾, 고위층을 위한 레스토랑(high-class restaurants)의 웨이터는 반드시 남성이어야 한다는 주장에 대해서도 법원은 “남성 웨이터가 보다 나은 이미지를 제공한다는 주장이 여성 웨이터에 대한 차별적 취급을 정당화하지 못한다”는 이유로 진정직업자격을 인정하지 않았다²⁵⁾. 이러한 사실들을 볼 때 법원은 단순히 고객의 선호를 이유로 한 경우에는 대체로 진정직업자격 항변을 인정하지 않는 경향이 있음을 알 수 있다.

한편, 고객 및 태아의 안전, 그리고 근로자의 안전을 이유로 진정직업자격을 주장하는 경우가 있다. 고객 및 태아의 안전과 관련한 사건은 주로 ‘임신’한 근로자와 관련한 것이므로 ‘임신’관련 부분에서 살펴보도록 하고, 여기서는 근로자 본인의 안전을 이유로 진정직업자격을 인정받은 경우를 살펴보도록 하겠다. 이와 관련해서는 Dothard 사건을 살펴볼 수 있는데, 대학에서 교정심리학을 전공한 22세 여성이 남자 중범 수용자만을 수감하고 있는 교도소의 교도관직에 응모했으나 거부되자 소송을 제기한 사건이다. 이 사건에서 법원은 수감자와의 접촉문제에 대하여는 진정직업자격 항변을 인용하였다. 즉, 법원은 Weeks 사건²⁶⁾이나 Diaz 사건²⁷⁾을 인용하여 진정직업자격의 예외

22) Fernandez v. Wynn Oil Co. 653 F 2d 1273(9th Cir. 1981)

23) Diaz v. Pan American World Airways, Inc. 442 F 2d 385(5th Cir. 1971), Wilson v. Southwest Airlines Co. 517 F Supp 292(5th Cir. 1981) 등 판결 참조.

24) Diaz v. Pan American World Airways, Inc. 442 F 2d 385(5th Cir. 1971), Wilson v. Southwest Airlines Co. 517 F Supp 292(5th Cir. 1981)

25) Levandos v. Stern Entertainment, Inc. 723 F Supp 1104(3rd Cir. 1989)

26) 전신전화국의 전철수 직무가 무거운 물건을 들어 올려야 하고 야근이 많다는 이유로

는 엄격히 판단해야 한다고 전제하면서도, 험악한 엘라베마 교도소의 상황 및 성범죄자가 다수 수감되어 있는 특수사정을 고려할 때 여성 교도관을 채용하지 않는 것은 최대의 경호(maximum security) 요청에 비추어 협의의 진정직업자격 방어 범위에 속한다고 판결한 것이다. 또한 이 판결은 여성교도관의 여성성(womanhood)이 직접적으로 교정직 교도관의 직무의 본질인 안전을 제공해야 하는 그녀의 능력을 위태롭게 할 수 있고, 모든 또는 실질적으로 모든 여성이 효과적으로 직무를 수행할 수 없는지 논쟁중이며, 남성 수감자의 프라이버시권을 보호하면서 동시에 그러한 직위에 여성을 고용하도록 허락할 수 있는 합리적인 대안이 없다는 것을 그 근거로 하였다²⁸⁾.

그러나 이 판결은 교도관과 관련해 일반적인 판결이라고 볼 수는 없다. 오히려 반대로, 사용자가 배타적으로 특정한 성의 구성원을 고용하지 않는 것이 교도소의 본질적인 기능을 위태롭게 할 수 있다는 것 또는 평등고용기회 원칙과 수감자의 프라이버시권 사이에 예상되는 충돌을 최소화하기 위하여 직무책임을 재배치할 수 없다는 것을 입증하지 못한 다수의 사건들에서는 성별이 교정직 교도관에 대한 진정직업자격이 될 수 없다고 판결되었다²⁹⁾. 즉, 일반적으로 여성 교도관 문제에 관해서는 Dothard 판결이 특수한 상황을 고려한 것으로 취급되며, 다른 교도관 사건에서는 진정직업자격을 인정하지 않는 경향이 있다³⁰⁾.

또한 법원은 일반적으로 개인 여성 또는 남성의 신체적인 능력에 관한 임의적이고 차별적인 고정관념은 진정직업자격으로 인정되기에 충분하지 않다는 입장을 가지고 있다³¹⁾. 실제로 육체적으로 힘든 일을 포함한 직무와 관련

여성의 채용이 거부된 사안에서 진정 직업자격을 인정하지 않은 판결 - *Weeks v. Southern Bell Tel. & Tel. Co.* 408 F 2d 228(5th Cir. 1969)

27) 여성 승무원에 대한 고객들의 선호를 진정직업자격으로 인정하지 않은 판결 - *Diaz v. Pan American World Airways, Inc.* 442 F 2d 385(5th Cir. 1971)

28) *Dothard v. Rawlinson* 433 U.S. 321(1977)

29) *Hardin v. Stynchcomb* 691 F 2d 1364(11th Cir. 1982), *Bagley v. Watson* 579 F Supp 1099(9th Cir. 1983), *Edwards v. Department of Corrections* 615 F Supp 804(11th Cir. 1985), *Torres v. Wisconsin Dept. of Health & Social Services* 859 F 2d 1523(7th Cir. 1988), *United States v. Gregory* 818 F 2d 1114(4th Cir. 1987), *Harden v. Dayton Human Rehabilitation Center* 520 F Supp 769(6th Cir. 1981), *Griffin v. Michigan Dept. of Corrections* 654 F Supp 690(6th Cir. 1982) 등 판례참조.

30) 윤후정, 신인령(2001), 『법여성학』, 이화여자대학교 출판부, p. 379.

해서, 몇몇 법원은 사용자들이 그러한 직무에 여성을 고용하는 것을 거절하면서 여성의 육체적 능력에 대한 고정관념에 의지하는 것은 진정직업자격을 입증하기에 충분하지 않다고 판시했다. 왜냐하면, 모든 또는 실질적으로 모든 여성이 그러한 직무를 안전하고 효과적으로 수행할 수 없다는 사용자의 믿음에 관한 실질적인 근거를 보여주는 것에 실패했기 때문이다³²⁾. 즉, 개인은 개인이 속한 집단의 특성에 근거해서가 아니라 개인의 능력을 근거로 판단되어야 한다는 것이다.

그리고 법령 또는 주정부의 정책이 진정직업자격에 해당하는 지가 문제된 사례도 있다. 예를 들어 미군(the United States Army)의 전투준비 직무에 여성을 배제하는 것은 연방법령에 의해 정당화되기 때문에 이 경우 남성은 진정직업자격에 해당한다는 판결이 있고³³⁾, 반대로 여성의 연장 근로를 금지하고, 자주 무거운 물건을 들어 올리는 직종에서 일하는 것을 금지하는 주 법률(state legislation)은 그 자체가 시민권법 제7편의 원칙과 충돌하기 때문에 차별적 대우에 대한 충분한 항변이 되지 못한다는 판결도 있다³⁴⁾.

이외에도 경찰관(police officers)과 소방대원, 스쿨버스 운전자와 관련된 사건에서도 모든 또는 실질적으로 모든 여성이 그러한 직무를 만족할 만하게 수행할 수 없다는 사용자의 믿음이 실질적인 근거에 의해 입증되지 못했으며, 남성이라는 성별이 진정직업자격에 해당하지 않는다는 판결이 있다³⁵⁾.

나. 성별과 진정직업자격 관련 판례

31) *Jurinko v. Edwin L. Weigand Co.* 331 F Supp 1184(3rd Cir. 1971), *Bowe v. Colgate-Palmolive Co.* 416 F 2d 711(7th Cir. 1969), *Rosenfeld v. Southern Pacific Telephone* 444 F 2d 1219(1971) 등 판결 참조

32) *Cheatwood v. South Cent. Bell Tel. & Tel. Co.* 303 F Supp 754(11th Cir. 1969), *Ridinger v. General Motors Corp* 325 F Supp 1089(6th Cir. 1971), *Rosenfeld v. Southern Pacific Telephone* 444 F 2d 1219(9th Cir. 1971), *EEOC v. Spokane Concrete Products, Inc.* 534 F Supp 518(9th Cir. 1982) 등 판결 참조

33) *Hill v. Berkman* 635 F Supp 1228(2nd Cir. 1986)

34) *Ridinger v. General Motors Corp* 325 F Supp 1089(6th Cir. 1971), *Rosenfeld v. Southern Pacific Telephone* 444 F 2d 1219(9th Cir. 1971) 등 판결

35) *United States v. Buffalo* 457 F Supp 612(2nd Cir. 1978), *Bollenbach v. Monroe-Westbury Central School District* 659 F Supp 1450(2nd Cir. 1987) 등의 판결

**Local 567 American Federation of State etc. v. Michigan Council 25,
635 F Supp 1010 (6th Cir. 1986)**

1) 사건 개요

주 정신건강협회의 여성근로자들이 성별에 근거한 선발시스템에 따라서 일시 해고되었고, 동일한 직무에 남성 고용인이 재고용되었다. 정신건강협회는 그 선발시스템에 따르면 어떤 경우에는 남성근로자만이 남성 환자를 돌볼 수 있고, 여성근로자만이 여성 환자를 돌볼 수 있다고 주장하였으며, 여성 근로자들은 환자가 프라이버시권을 가지고 있다는 것은 알지만, 이러한 선발시스템은 차별에 해당한다고 주장했다. 이러한 주장을 위해, 여성 근로자들은 구금시설 수용자의 프라이버시권을 다룬 몇 사건을 인용했다.

2) 판결 내용

이 사건에서 법원은 여성 근로자들의 주장을 기각함으로써, 정신질환환자와 구금시설 수용자의 프라이버시권을 구분했다. 법원은, 정신질환 환자들과 달리, 구금시설 수용자의 프라이버시권은 많은 부분이 제외된다는 점에 유의해야 한다고 하면서, 구금시설 수용자의 프라이버시권과 관련한 사건의 결론은 일반적으로 사생활 침해의 한계와 사생활 침해를 줄이는 방법과 같은 요소에 의해 영향을 받았다고 하였고, 결국 환자의 프라이버시권에 근거해, 환자의 개인적인 위생 간호를 제공하는 주 정신건강협회의 직무에는 성별이 시민권법 제7편의 진정직업자격에 해당한다고 판결했다. 즉, 구금시설의 수용자와 환자의 프라이버시 권리에는 차이가 있다고 보면서, 환자의 프라이버시권에 근거해 성별이 진정직업자격에 해당한다고 인정한 사건이다.

Backus v. Baptist Medical Ctr. 510 F Supp 1191 (9th Cir. 1981)

1) 사건 개요

이 사건은 병원이 산부인과 분만담당 간호사의 직무에 여성만을 채용하는 것이 진정직업자격에 해당하는지가 논란이 된 사건이다.

2) 판결 내용

법원은 산부인과 분만담당 간호사의 직무에는 '여성'이라는 성별이 진정직업자격에 해당한다는 점을 인정하여, 남성간호사에 대한 채용 거부가 성차별이 아니라고 판단했다.

이러한 결론에 도달하기 위해, 법원은 우선 산부인과 환자는 병원에 있는 간호사에게 임의로 배정되고, 의사와는 달리 간호사는 환자에 의해 선택될 수 없다는 사실에 주목했다. 또한 법원은 분만담당 간호사가 민감하거나 친밀하지 않은 업무를 수행할 경우는 거의 없고, 여성 환자의 대다수가 남성 간호사의 은밀한 접촉을 거부하기 때문에, 산부인과 환자들은 남성 간호사를 받아들이지 않는다는 환자·의사·간호사·관리자의 진술을 인용함으로써, 병원의 주장을 인정하였다. 여기서 법원은 "여성 환자가 남성 간호사와의 은밀한(intimate) 접촉을 거부하며, 병원의 사업상 운영은 그러한 거부의 결과로서 위태롭게 될 수 있으며, 분만담당 간호사의 직무 특성이, 재배치만으로는 불가능하다는 병원의 주장에 일리가 있다"고 했다. 즉, 법원은 분만담당 간호사의 대부분의 업무가 환자의 생식기의 노출과 관련한 일이기 때문에 병원이 이렇듯 은밀하지 않은(non-intimate) 다른 직무를 수행하도록 남성 간호사를 배치할 수 없다고 판단한 것이다.

Brooks v. ACF Industries, Inc. 537 F Supp 1122 (4th Cir. 1982)

1) 사건 개요

사용자가 남성 근로자들이 사용하는 목욕탕(bathhouse)의 청소를 포함한 직무를 담당할 관리인을 채용하면서 그 자격을 남성으로 제한한 것에 대해, 여성인 Brooks가 단지 성에 근거해 관리직으로 고용될 수 있는 기회를 주지 않는 것은 시민권법 제7편 위반에 해당한다고 주장한 사건이다. 이에 대해 사용자는 남성 근로자들은 목욕탕을 사용할 프라이버시권이 법적으로 보장되어 있고, 목욕하는 동안 여성 관리인이 자신의 일을 하기 위해 들어온다면 이러한 권리가 침해될 수 있으므로, '남성'은 그 직위를 위한 진정직업자격에 해당한다고 주장했다.

2) 판결 내용

이 사건과 관련해 Brooks는 남성들의 프라이버시권과 그녀의 평등권의 충돌 문제를 해결할 수 있는 몇 가지 제안을 했으나, 법원은 받아들이지 않았다. Brooks의 첫 번째 제안은 남성 고객에게 목욕탕 안의 사물함에 그들의 옷(clean clothes)을 놓지 말고, 목욕탕으로부터 분리된 샤워 룸으로 가지고 가서, 거기에서 옷을 벗고 샤워를 하도록 하는 것이다 - 이에 대해 법원은, 이렇게 하는 것은 남성 근로자들에게 불합리하고 참을 수 없는 큰 불편이 된다고 결정했다. 두 번째 제안은 사물함이 있는 공간을 줄여서, 충돌이 발생할 수 있는 환경 자체를 완전히 분리하자는 것이었으며, 마지막 제안은 목욕탕을 사용하지 않는 밤 시간에 관리인으로서의 직무를 수행할 수 있게 하는 것이다. 그러나 법원은 이러한 제안 또한 다른 관리인과 "충돌"할 수도 있다는 등의 이유로 이 문제를 해결하지 못한다고 결론 내렸다. 법원은 1) 여성 관리인을 고용하면 사업의 본질이 위태롭게 될 것이라는 사용자의 믿음에 대한 실질적인 근거가 있고, 2) 관리인으로서 고용될 권리와 목욕탕을 사용할 남성 근로자의 권리 사이의 충돌을 완화시키거나 피할 수 있는 다른 대안이 존재하지 않는다는 것을 이유로, 남성 근로자들이 사용하는 목욕탕(bathhouse) 관리인의 직무에 있어서 남성이라는 것이 진정직업자격에 해당한다고 판단하였

다.

Jatczak v. Ochburg 540 F Supp 698 (6th Cir. 1982)

1) 사건 개요

이 사건은 정신장애 아동을 위한 쉼터 프로그램의 담당자(child care positions)를 남성으로만 제한한 경우이다. 그 이유에 대해서 사용자는, 남성 아동들이 남성 프로그램 담당자들과 자신을 동일시할 수 있고, 여성으로부터 교육 또는 훈련을 받는 것을 거절할 수 있으며, 여성근로자는 젠더와 성적 정체성에 대하여 남성 환자에게 효과적으로 상담할 수 없기 때문에, 주로 남성인 아동을 돌보는 직위에서 일하기 위해서는 반드시 '남성'이어야 한다고 주장했다.

2) 판결 내용

법원은 환자를 가르치는 능력 또는 성역할 모델을 제공하는 능력 또는 성 교육 능력은 어떤 상황에서는 특정 성별에 대한 선호를 정당화할 수 있기는 하겠지만, 이 사건에서 사용자는 남성이 “워크샵의 본질적인 기능을 위해 필요하다”는 점을 입증하지 못하였다고 판단했다.

법원은 워크샵 직원의 일차적인 역할은 작업기술(work skills)을 가르치고, 작업행동(work behavior)를 습득하게 하는 것이고, 상담이나 치료는 이 프로그램 담당자가 해야 할 일이 아니라고 판단했다. 물론 성행위 또는 몸의 기능과 관련한 질문이 환자와 근로자 사이의 일상적인 상호작용의 일부로서 언급될 수 있기는 하지만, 그러한 상담은 숙련된 상담 분야에, 치료는 치료전문가에게 위탁해야 한다고 했다. 따라서 근로자가 그러한 상담을 하게 되는 것은 순전히 우연적이라는 것이며, 환자와 친밀하게 육체적 접촉을 할 책임도 없다고 하면서, 몇몇 정신과 의사와 아동발달전문가의 증언에 기초해, 작업기

술에 관한 지식이나 적절한 작업행동을 가르치는 능력에서 근로자의 성별이 중요한 것이 아니라고 확인했다.

Bollenbach v. Monroe-Westbury Central School District 659 F Supp 1450 (2nd Cir. 1987)

1) 사건 개요

학군에 의해 고용된 여성 버스운전자들은, 유대교(Hasidic) 커뮤니티 안의 버스노선이 근무연한이 짧은 남성 버스운전자에게 배정됨으로써 성차별이 발생했다고 주장했다.

2) 판결 내용

법원은 남성 유대교 아이들이 양성간의 상호작용을 제한하는 그들의 종교적인 신념에 의해 여성이 운전하는 버스에 타는 것을 거부한다는 점을 인정했다. 그러나 고객의 선호에 의해 개인의 고용을 거절하는 것은 진정직업자격에 해당하지 않는다는 EEOC의 규칙을 주목하면서, 법원은 그러한 규칙은 최대한의 존중(great defence)에 의해 용인되어야 한다고 진술했다. 게다가, 진정직업자격 예외는 특별한 육체적 특성들이 요구되는 직업적 상황에서만 적용되어야 한다고 해석되어온 것을 검토하면서, 법원은 버스운전이라는 일이 여성에게는 존재하지 않고, 남성만이 가지고 있는 특별한 육체적 특성들을 요구한다고 볼 수 없기 때문에 이 사건에서 진정직업자격 항변을 받아들일 수 없다고 판결했다. 결국 법원은 여성이 육체적으로 스쿨버스 운전을 안전하고 효과적으로 하는 것이 불가능하다는 것을 사용자가 입증하지 못했으며, 유대인 부모들이 그들의 남자 아이들이 남성 운전자가 운전하는 사립 종교학교 버스를 타기를 선호한다는 이유만으로 그 노선의 버스운전자로서 남성만 배정하는 것은, 시민권법 제7편의 진정직업자격에 해당하지 않는다고

판단했다.

Fernandez v. Wynn Oil Co. 653 F 2d 1273 (9th Cir. 1981)

1) 사건 개요

국제적인 사업을 관리하는 관리자의 지위에 여성을 승진시키지 않는 사용자의 관행이 문제가 된 사건이다. 이 석유회사는, 관리자의 지위에 여성을 고용하는 것이 사업운영의 본질을 위태롭게 하는지에 대해 논증하지도 않은 상태에서, 여성이 사업과 경영영역에서 배제되는 국가의 경우 당 회사의 고객과 사업운영 관계를 감안할 때, 여성을 국제적인 사업의 관리자로 승진시키지 못하는 것은 정당하다고 주장했다.

2) 판결 내용

법원은 사용자가 남미 고객들이 여성과 거래하는 것을 거절하고, 여성은 호텔 룸에서 남미 고객들과 사업논의를 할 때 어려움을 경험한다고 주장한 것을 언급하였지만, 그 직무에 필연적으로 그러한 속성이 있는지에 관한 증거가 없다고 지적했다. 즉, 여성을 고용함으로써 사업운영의 본질이 파괴되거나 심각한 안전과 효율성의 문제를 야기한다는 것을 입증할 수 있는 어떤 근거도 제시되지 않아, 직업의 성과가 성별과 연결되어 있다는 실질적인 근거가 없다고 판단했다.

이에 회사는 국제적인 맥락에서 보면, 고객의 선호가 차별행위를 정당화 할 수 있어야 한다는 취지의 주장을 하였으나, 법원은 “미국이 자국의 법률체계를 통해 다른 국가의 차별적이지 않는 행동의 기준을 부과할 수 없듯이, 외국이 미국의 시민권법 제7편을 집행하지 말도록 강요할 수 없다”고 응답했다.

Diaz v. Pan American World Airways, Inc. F 2d 385 404 US 950 (1971)³⁶⁾.

1) 사건 개요

남성인 Diaz는 팬암 항공사 객실 승무원을 지원했으나 항공사는 여성만 뽑는다는 이유로 남성 승무원의 고용을 거부했다. 항공사측은 승객의 심리상태를 고려해야 하는 객실 봉사 업무에 여성이 더 적합하고, 승객들도 여자 승무원을 더 선호하기 때문에 사업의 필요상 여자승무원이 더 적합하다고 주장하였다.

2) 판결 내용

법원은 항공사의 가장 중요한 기능은 안전한 수송이므로, 비록 여성승무원에 의해 쾌적한 환경이 만들어지고, 이러한 일을 남성보다 여성이 더 잘 수행한다고 할지라도, 이러한 서비스는 항공사업의 본질적 업무인 안전수송에 비해 부수적인 일이라고 판단하였다. 따라서 법원은 항공기 객실 승무원이 여성이어야만 하는 이유를 발견할 수 없으며 또한 남자 승무원을 채용함으로써 사업운영에 치명적인 타격을 받는다고도 여겨지지 않으므로 항공사측이 주장하는 고객의 선호, 구인난 등의 이유는 진정직업자격을 항변으로 정당하지 않다고 판결하였다. 이 사건에서 법원은 본질적인 업무와 관련하여 성별은 부수적인 문제라며 진정직업자격 항변을 기각함으로써, 이후 진정직업자격 요건문제에서 '편의성(convenience)'보다 '본질적(essence)' 기준이라는 원칙이 생겼다.

Wilson v. Southwest Airlines Co. 517 F Supp 292 (5th Cir. 1981)

36) 윤후정 · 신인령(2001), 앞의 책, p. 373.

1) 사건 개요

Southwest 항공사는 초기부터 회사를 홍보하는 데 있어서 “사랑의 항공사 (love airline)” 이미지를 적극적으로 활용했다. 항공사는 젊고 여성적인 (feminine) 이미지를 만들기 위해, 고객과 자주 대면하는 객실승무원과 대표원의 자리에 여성만을 고용했으며, 이러한 사실은 항공사의 마케팅에 있어서 중요한 부분을 차지하게 되었다. 그러나 이러한 항공사의 고용정책에 대해 Gregory Wilson을 포함한 남성 지원자들은 시민권법 제7편에 위반된다며 소송을 제기하였다.

이에 대해 항공사는 여성만 고용하는 정책이 사업의 성공적인 운영에 있어 핵심적인 부분을 이루고 있기 때문에 진정직업자격 예외에 해당한다고 주장했다. 즉, 고객이 여성 승무원에 의해 서비스받기를 선호하고, 승무원의 여성적 매력은 남성 고객을 유인하고 즐겁게 하기 위한 항공사의 사업을 위해 필요하며, 광고에 의해 만들어진 여성 서비스에 대한 고객의 기대를 충족시킨다고 주장했다.

2) 판결 내용

법원은 승객을 빠르고 안전하게 이동시키는 일이 기본적인 사업인 항공사의 능력이 객실승무원과 대표원으로 남성을 고용함으로써 위태롭게 되지 않을 것이라고 보았다. 또한 주 고객이 남성을 위해 “부드러운 사랑의 돌봄 (tender loving care)”을 제공하는 것을 전제로 하는 항공사 광고, 그리고 대표원과 객실 승무원과 같이 자주 고객과 대면하는 곳에 매력적인 여성을 고용하는 것은 회사 이미지를 구성하는 부분이긴 하지만, 그러한 고객의 선호가 만약 남성을 고용한다면 항공사업이 중단될 정도로 강력하다는 증거를 발견하지 못했으며, 단지 이윤을 좀 더 보장하기 위해서 또는 마케팅 수단으로서 여성 섹슈얼리티를 이용하기로 선택한 것이라면, 성별을 진정직업자격으로 인정할 수 없다고 판단하였다.

Bagley v. Watson. 579 F Supp 1099 (9th Cir. 1983)

1) 사건 개요

교도소의 교도관 직무에 여성을 고용하는 것을 거부하면서 이 경우 성별이 진정직업자격에 해당한다고 주장한 사건이다.

2) 판결 내용

법원은 교정 시설의 본질적인 기능이 남성 교도소에 교도관으로 여성을 받아들인다고 해서 위태로워지지 않으며, 수감인들이 그들의 프라이버시가 침해당하는 것을 최소화하기 위해 그들의 행동을 합리적으로 조절하게 만들 수 있다는 사실을 지적하면서 성별이 진정직업자격에 해당하지 않는다고 판결했다. 즉, 법원은 (1) 여성 교도관은 일반적으로 남성 교도소에 긍정적인(wholesome) 효과가 있고, (2) 대부분의 남성 수감자들은 여성 교도관을 편안하게 받아들이며, (3) 단지 소수의 남성 수감자만이 여성 교도관의 존재로 인해 그들의 개인적인 프라이버시권의 침해로 인해 고통을 받고, (4) 거의 대부분, 남성 수감자의 프라이버시권은 그들 자신의 습관(habits)을 조절함으로써 보호될 수 있다고 보았다.

옷 위로 하는 일상적인 몸수색과 거의 나체나 다름없는 다양한 상태의 수감자들에 대한 시각적 감시를 금지하기는 어려우며, 그러한 수색과 감시가 모두는 아니더라도 대부분의 수감자들을 순조롭게 제압할 수 있다는 것을 어렵게 인정한 끝에, 법원은 이러한 절차들이 안전을 위한 교도소의 요구로서 정당화되며 그러한 절차를 수행하는 것이 중요하며 남성이나 여성이나가 더 중요한 것은 아니라고 판결했다.

결국 이 사건에서 법원은 교도소의 본질적인 기능이 여성교도관을 받아들임으로써 위태로워지지 않으며, 수감자의 프라이버시권이 침해당하는 것을

최소화할 수 있는 방법이 존재한다며 진정직업자격을 인정하지 않았다.

Weeks v. Southern Bell Tel. Co. 408 F 2d 228 (5th Cir. 1969)³⁷⁾

1) 사건 개요

이 사건은 전신전화국에 근무하는 여성이 그 직장에서 ‘전철수(switchman)’ 자리로 전속시켜 줄 것을 요청했는데 회사로부터 거절당하자 소송을 제기한 사건이다. 회사는 전철수 직무가 30파운드 이상의 중량물을 들어 올려야 하고 야근을 해야 하는 자리로 여성에게는 적합하지 않은 격렬한(strenuous) 일이라며 진정직업자격을 주장했다.

2) 판결 내용

법원은 사용자가 진정직업자격을 주장하려면, 모든 여성이 실질적으로 그러한 직무를 안전하고도 효율적으로 수행할 수 없다고 믿을만한 상당한 이유를 실질적인 사실에 기초하여 입증해야 한다고 하여 입증책임을 사용자측에 부담시켰다. 또한 법원은 고정 관념인 ‘남만적 부권주의’ 개념에 입각한 업종의 격무성 여부 기준을 거부하고, 업종에 대한 선택권은 개별 여성 자신에게 부여해야 한다고 판시했다. 이 사건에서 법원은 성별에 관한 고정관념에 근거한 차별은 진정직업자격에 해당하지 않는다고 보면서, 진정직업자격에 관한 입증책임을 사용자측에 부담시켰다.

Cheatwood v. South Cent. Bell Tel. & Tel. Co. 303 F Supp 754 (11th Cir. 1969)³⁸⁾

37) 윤후정·신인령(2001), 앞의 책, p. 374-375

38) 정금나(1999), 『고용에서의 성차별판단기준에 관한 비판적 연구 : 전화교환원 정년차별 판례를 중심으로』, 이화여자대학교 석사논문. p. 17-19.

1) 사건 개요

판매대행업의 업무가 여성에게 부적합하다는 이유로 여성을 채용하지 않은 것에 대해서 Cheatwood가 소송을 제기한 사안이다. 공식적인 직무 설명서에 의하면, 판매대행 담당자는 회사 밖에서 일어나는 상업적 문제를 우선적으로 다루어야 하는데, 고객의 재산상황, 건물상황 등을 방문을 통해 검토하고, 수금을 해야 하고, 회사 내에서는 고객을 위한 서비스와 요금징수에 관한 일을 해야 한다. 이 외에도 새로운 고객을 유치하기 위해 지방을 방문해야 하고, 1주일에 평균 2번씩 동전전화기의 동전을 수급하며, 청구전표 등을 다루는 일을 해야 한다. 회사는 이러한 직무의 특성상 여성이 수행하기는 부적합하다고 주장하면서 그 이유로서 “지방에 가서 고객유치를 할 경우 타이어도 교체해야 하고, 휴게실도 자주 이용할 수 없는 불편을 감수해야 하며, 술집이나 도박장 같은 곳에서 수급해야 하기 때문에 여성에게 위험하다, 그리고 공중전화 교체과정에서 동전상자가 무겁기 때문에 여성이 들기에는 부적합하다”는 것 등을 제시하였다.

2) 판결 내용

사용자가 술집 등에서의 성추행 등의 가능성을 주장하였지만, 법원은 이 직무가 기능적으로 성과 관련이 있다고 볼 수 없고, 지방업무에서 일어나는 불편은 직무를 수행하는 데 있어서 부수적인 것이며 그것으로 여성이 직무를 수행할 수 없다는 것을 입증하지 못한다고 판결했다. 또한 동전상자를 나르는 데 힘이 필요하다는 주장에 대해서는, 구체적인 동전 상자의 무게를 자세히 조사한 다음, Weeks 판례를 참고하여, “특정업무를 모든 또는 관련된 여성들이 모두 안전하고 효율적으로 수행할 수 없음을 사용자가 입증해야만 진정직업자격에 해당한다”고 하면서, 이 사건은 이러한 사실을 입증하지 못했기 때문에 진정직업자격에 해당하지 않는다고 판결했다. 이 사건에서 법원은 본질적인 업무와 부수적인 업무를 구분하고, 회사 측이 주장하는 이유가 업

무에 부수적인 요소라는 이유로, 진정직업자격이 되지 않는다고 판단하였다³⁹⁾.

Rosenfeld v. Southern Pacific Company 444 F 2d 1219 (9th Cir. 1971)⁴⁰⁾

1) 사건 개요

Rosenfeld는 근무하고 있던 직장의 전신기사 자리에서 여자라는 이유로 배제당하고 그 자리에 더 짧은 하급 남자직원을 배치하자 시민권법 위반에 해당한다며 소송을 제기했다.

회사는 1) 힘이 많이 드는 성질(arduous nature)의 분야에 여성은 육체적으로 적합하지 않으며, 2) 특정 직책에 여성을 배치하면 여성에게 제한되어 있는 근무시간 및 중량물을 들어 올리는 일 등으로 인해 캘리포니아 주 근로기준법과 규칙들을 위반하게 되는 결과를 가져오므로, 진정직업자격에 해당하여 정당하다고 항변하였다.

2) 판결 내용

법원은 진정직업자격을 적용할 때는 EEOC의 기준과 같이 엄격한 해석의 요청을 전제하여야 한다고 하면서, 이 사건의 경우 근로자의 성별 특성이 업무를 감당하는 데 결정적인 중대한 요소가 되지 않으며(예를 들어, 유모의 경우와 같이 결정적인 요소가 되지 못한다고 함), 회사의 정책은 여성은 육체적으로 남성에게 비해 열등하다는 일반사회 고정관념에 기반한 것이라며 진정직업자격 항변을 기각하였다. 이 사건은 개인 여성 또는 남성의 신체적인 능력에 관한 차별적인 고정관념에 기인한 경우 진정직업자격에 해당하지 않는다

39) Lindgren and Taub(1988), The Law of Sex Discrimination, West Publishing Company, 정금나(1999)에서 재인용

40) 윤후정·신인령(2001), 앞의 책, p. 373-374.

고 본 것이다.

2. 임신

가. 임신관련 진정직업자격 판단기준

진정직업자격 항변과 관련한 사건 중에서, 임신을 근거로 한 경우에는 '안전'과 관련한 이슈가 차별적인 정책을 정당화하는 핵심에 있다⁴¹⁾. 일반적으로 안전에 관한 필요가 클수록, 임신으로 인해 정상적인 업무를 수행하는 것이 불가능하다는 사용자의 주장에 대해 설득력이 높아진다. 예를 들어, 임신한 객실승무원의 비행이 승객의 안전에 위협이 될 수 있다고 생각해 비행을 금지시키는 항공사의 정책은 진정직업자격 항변에 의해 정당화된 사례가 있다. 즉, Harris 사건에서 비행기 객실승무원의 임신사실이 알려지면 즉시 모성휴가를 부여하는 회사 측의 정책은 진정직업자격에 의해 정당화되었다. 임신한 여성 근로자가 본질적인 직무를 수행할 수 없기 때문에, 그러한 정책은 승객의 안전을 위해서도 합리적으로 필요하다는 것이다. 객실 승무원은 언제라도 완전한 수행능력을 가지고 있어야 하는데, 비상 상황에서도 일을 수행할 능력은 임신 기간 동안 그와 관련한 질병에 의해 손상될 수 있다는 것을 입증한 Levin 사건도 같은 결론이다⁴²⁾.

또한 진정직업자격 항변은 근로자의 안전 및 해당 근로자의 아직 태어나지 않은 태아의 안전과 관련해서도 논란이 되었다. 태아보호를 주장한 Johnson Controls Inc. 사건과 Hayes 사건에서 볼 수 있듯이, 만약 사용자가 임신한 또는 임신 가능한 여성의 실제 직무수행 능력과 해당 정책 사이의 직접적인 관계를 입증하지 못하면 진정직업자격은 인정받기 어렵다. 법원은 태아에게 잠재적으로 해롭다는 것은 진정직업자격 항변과는 관련이 없다고 보고 있

41) Susan A. Lentz(2005), Cause of Action Under Title VII of Civil Rights Act of 1964 [42 USC §§ 2000E et seq.] for Sex Discrimination Based on Pregnancy, Childbirth, or Related Medical Condition, Causes of Action First Series Database updated October 2005, p. 38

42) Harris v. Pan American World Airways, Inc. 649 F 2d 670(9th Cir. 1980), Levin v. Delta Air Lines Inc, 730 F 2d 994(5th Cir. 1984)

다⁴³⁾.

한편, 사업의 본질과 관련하여 특정 고용관행이 진정직업자격으로 인정받을 수도 있다. 예를 들어, 사용자는 문제가 되는 정책이 없이는 사업의 "본질"이 위태롭게 될 것이라는 것을 입증하면 된다. 이러한 사건에서는 직무를 수행할(또는 직무를 안전하게 수행할) 실제적, 육체적 능력을 항상 보여줘야만 할 필요는 없다⁴⁴⁾. 예를 들어, 십대 여성들에게 역할모델을 제시하는 것이 하나의 목적인 청소년센터에서 일하는 여성이 미혼인 상태에서 임신(single parent pregnancy)한 것을 이유로 해고된 사건에서 법원은 클럽의 역할모델 규칙은 클럽의 기본적인 목적과 명백한 관계가 있으며 클럽 운영을 위해 합리적으로 필요하다는 것을 사업주가 입증하였다고 보아 진정직업자격 항변을 받아들인 경우가 있다⁴⁵⁾.

나. 임신과 진정직업자격 관련 판례

Harris v. Pan American World Airways, Inc. 649 F 2d 670 (9th Cir. 1980)

1) 사건 개요

여성 객실 승무원의 임신 사실이 알려지는 경우 즉시 모성 휴가를 실시하도록 한 항공사의 정책이 임신차별에 해당하느냐와 관련된 것이다.

2) 판결 내용

43) International Union, United Auto., etc. v. Johnson Controls, Inc. 449 U.S. 187(1991), Hayes v. Shelby Memorial Hospital. 726 F.2d 1542(7th Cir. 1984)

44) Susan A. Lentz(2005), 앞의 자료, p. 38

45) Chambers v. Omaha Girls Club, Inc. 840 F 2d 583(8th Cir. 1988).

법원은 승객의 안전을 위해 여성 객실 승무원의 임신 사실을 알게 되는 즉시 모성휴가를 개시하도록 하는 항공사의 정책이 진정직업자격에 의해 정당화된다고 판결했다. 법원에 따르면 임신한 객실 승무원이 비행 의무를 계속 수행하게 되면 항공사 사업의 본질이 침해받게 된다는 것이다. 승객의 안전이 항공사업의 본질이라고 결정한 다음, 법원은 임신한 객실 승무원에게 비행을 계속하도록 허용하는 것이 안전 위협의 중요성과 관련이 있다는 사실을 고려하여, 그 정책이 승객의 안전을 위해 합리적으로 필요하다는 점이 입증되었다고 판단했다. 또한 법원은 항공사정책이 합리적인 필요성이라는 일반적인 규칙에 의해서도 받아들여질 수 있다고 판결했다.

Levin v. Delta Air Lines 730 F 2d 994 (5th Cir. 1984)

1) 사건 개요

델타 항공사에서는 초기에 객실승무원은 모두 미혼이었으며, 임신은 해고의 사유가 되었다. 1967년 3월 이후부터는 결혼하는 것은 허용하지만 임신할 경우 객실승무원을 해고했다. 그러다가 1970년 9월부터는 임신한 승무원은 단지 휴가의 첫 90일만이 근속연수로 인정되는 무급모성휴가를, 1972년 9월부터는 전체 휴가기간이 근속연수로 인정되는 모성휴가를 가야했다. 1974년 7월에 이르러서 항공사는, 임신 중에도 일하는 것이 가능한 지상근무로 전환하는 것을 허용하였으나, 비행근무는 할 수 없게 하였다.

2) 판결 내용

EEOC와 근로자들은 비행의무로부터 임신한 여성을 배제하는 델타항공사의 정책이 위법하다고 주장했고, 이에 대해 법원은 시민권법 제7편에 따라, 문제의 차별 정책은 사업상 "본질"적임이 검토되어야 한다고 밝혔다. 법원은 항공사 객실승무원과 관련한 Diaz 사건에서는 안전이 항공사의 본질적인 업무

이며, 육체적으로 매력적인 객실 승무원을 선호하는 것으로 추정되는 고객을 만족시키는 것이 아니라고 밝힌 바 있다는 점을 인용하면서, 만약 델타의 임신 정책이 실제로 항공 여행에 수반되는 위험을 줄일 수 있다는 것이 입증된다면, 차별이 아닐 수 있다고 보았다. 재판 과정에서 사용자측은 임신한 객실승무원은 비행의 안전에 위협이 되며, 특히 위급상황에서는 더욱 그러하다고 주장했고, 임신한 여성은 객실 승무원으로 일하기 어렵게 하는 임신관련 질병(자연유산, morning sickness, 피로 등)에 걸릴 수 있다는 것을 입증하는 증거를 제시했다. 결국 법원은 델타항공사의 임신정책이 안전과 관련한 것으로 진정직업자격에 의해 정당화된다고 합법적이라고 판결했다. 이 사건에서 법원은 임신이 본질적인 비행업무에 영향을 줄 수 있다는 이유로 임신한 객실승무원의 비행을 금지시키는 회사의 정책을 진정직업자격으로 인정한 것이다.

Hayes v. Shelby Memorial Hospital 726 F 2d 1542 (7th Cir. 1984)

1) 사건 개요

Shelby Memorial Hospital(이하 '병원')은 1980년 X-레이 기사 자격이 있는 Hayes를 오후 3시부터 밤 11시까지 일하는 조건으로 고용했는데, 두 달 후 Hayes가 임신 사실을 알리자 임신을 이유로 해고하였다. Hayes는 이러한 해고가 시민권법 제7편의 임신 차별 금지에 위반된다고 주장하며 소송을 제기했다.

이 사건은 병원에서 일하는 방사선 기술자가 임신했을 경우 잠재적으로 해로운 방사선으로부터 임신한 근로자의 태아를 보호하고, 잠재적인 소송으로부터 병원의 재정을 보호하기 위하여 임신한 근로자를 해고할 수 있는가를 판단한 사건이다.

2) 판결 내용

지방법원은 임신으로 인해 Hayes를 해고한 것의 정당성을 입증하기 위해서는 오직 진정직업자격에 해당해야 하며, “만약 모(母)의 직업 수행에 해로운 결과를 가져오는 것이 아니라면, 잠재적인 태아의 해로움은 진정직업자격과 무관하다”며, 병원은 Hayes의 임신이 그녀의 X-레이 기사로서의 업무를 방해했다는 점을 입증하지 못했다고 판단하여 진정직업자격을 인정하지 않았다.

항소법원 역시, 어떤 사용자가 한 성에만 적용되는 태아보호정책을 시행한다고 하려면, (1) 해로운 실질적인 위험이 존재하며 (2) 그 위험은 단지 한 성의 구성원에게만 나타나며 (3) 정책의 영향을 받은 성(여성)에게 덜 영향을 줄 수 있는 대안적인 정책이 없었다는 것을 입증해야 한다고 하면서, 지방법원의 결론을 유지하였다.

International Union, United Auto.,etc. v. Johnson Controls, Inc. 449 US 187 (1991)

1) 사건 개요

Johnson Control Inc.는 건전지 제조업체인데, 그 공정 중 납 성분 노출 가능성이 있는 직무에 여성이 근무하는 것을 허용하고 있었다. 그런데 직업안전 및 보건청(Occupational Safety and Health Administration: OSHA)에서 임신한 여성에 대한 위험성을 경고하고 당시 혈중 납 성분 허용수준을 초과한 상태였던 8명의 근로자가 임신하자, 회사는 소송에 휘말릴 가능성이 있는 불법행위책임에 두려움을 느끼기 시작하였다. 이후 회사는 불임진단서를 제출한 여성을 제외한 모든 여성근로자로 하여금 실제적 또는 잠정적으로 OSHA의 기준을 초과하는 납 성분 노출과 관련된 업무에 종사하는 것을 금지하는 이른바 ‘태아보호정책’을 발표하였다. 이에 임신한 여성 근로자들이

여성에 대한 차별에 해당한다며 소송을 제기했고, 이에 대해 회사는 정책의 목적이 여성에 대한 보호가 아니라 태아에 대한 잠재적인 보호이고, 모체는 태아를 보호하고 있으므로 모체의 납중독을 경계해야 한다며, 다음 세대를 위한 것이라는 도덕적이고 윤리적인 이유(태아보호)로 정당하다고 반박했다.

2) 판결 내용

대법원은 회사의 태아보호정책이 가임 여성을 납 성분에 노출되는 업무에서 제외함으로써, 성을 근거로 여성을 차별하였다고 판결하였다. 즉, 납 성분에 노출되는 것이 남성의 생식계를 약화시킨다는 증거가 있음에도 불구하고, 위 정책이 남성에게 대해서는 여성과 동일하게 적용되지 않고 있으므로 이는 중립적이지 않다는 것이다. 또한 시민권법 제7편은 사업주로 하여금 진정직업자격을 해당하는 경우에만 성에 근거한 차별을 예외적으로 인정하는데, 사용자는 모든 여성이 일을 안전하고 효율적으로 수행할 수 없다는 실질적인 근거를 보여주지 못했으며, 다음 세대의 복지에 관한 사용자의 관심은 여성의 불임에 대한 진정직업자격을 입증하기에 충분하지 않다고 판결했다. 즉, 납중독이 남녀 노동자를 통해서 태아에게 전달되는 경로 중에서 모체를 통한 직접 중독만을 문제시한 점, 납중독 이외에 태아에게 위험한 다른 요인들이 있음에도 납중독만을 문제시한 점 등을 설명하지 못했고, 무엇보다 임신한 여성만이 아니라 모든 여성노동자를 관련 업무에서 배제하려 했기 때문에 오랜 재판 끝에 1991년 대법원의 판결에서 패소하였다⁴⁶⁾.

Chambers v. Omaha Girls Club Inc, 834 F 2d 697 (8th Cir. 1987)

1) 사건 개요

46) Daniels(1993), "From Protecting the Women to Privileging the Fetus-The Case of Johnson Controls", At Women's Expense, Harvard Univ. Press.

8세에서 18세 사이의 젊은 여성들을 위한 프로그램을 제공하는 사설 비영리단체인 Omaha Girls Club Inc.에 공예 강사로 고용된 미혼여성 Chambers는 임신 사실을 알리자 클럽규정을 이유로 해고되었다. 사용자는 Chambers가 클럽 구성원을 위하여 긍정적인 역할 모델로서 행동하기 위해 직원들에게 요구되는 역할 모델(role model) 규칙을 위반했다고 주장했다. 클럽의 규정은 명시적으로 부정적인 역할모델의 예로서 미혼임신(single parent pregnancy)을 포함하고 있기 때문이다.

2) 판결 내용

법원은, 클럽의 목적이 젊은 여성들에게 일상생활에서 허용된 긍정적인 선택을 가능한 많이 할 수 있도록 다양한 기회를 제공하기 위한 것이고, 클럽의 직원들은 소녀들이 닳고 싶은 역할모델로서 행동하도록 훈련받았다는 사실을 확인했다. 또한 법원은, 10대 임신이 클럽의 철학과 반대되는 것이고, 클럽 측에서는 “미혼 임신 직원이 있으면 대상자인 10대 소녀들에게도 임신을 용인한다는 인상을 전하게 될 것”이라고 진심으로 믿고 있다는 사실도 확인했다.

이에 관해 Chambers는 클럽이 자신에게 휴가를 보장하거나 또는 클럽의 구성원들과 접촉하지 않는 다른 위치로 그녀를 배치시킬 수도 있다고 반박했으나, 클럽은 이러한 대안이 모두 가능하지 않다고 응답했다. 왜냐하면 클럽은 최대 6주까지만 휴가를 보장하고 있으나, 임신으로 인한 휴가는 최소한 5-6개월은 요구되기 때문이며, Chambers의 자리에 임시적으로 결원을 대체하기 위해서는 6개월의 직업훈련이 요구된다는 것이다. 더구나, 클럽에는 클럽 구성원들과 접촉하지 않는 자리는 없기 때문에 “비접촉적인 자리”로의 이동은 불가능하다고 주장했다.

이에 대해 법원은 클럽의 역할모델규칙이 클럽의 기본적인 목적과 명백한 관계가 있고 클럽 운영을 위해 합리적으로 필요하다는 것을 입증한 사용자가, 10대 소녀들을 위한 역할모델로서 행동하기 위한 근로자를 필요로 하기 때문에, 결혼하지 않고 임신한 근로자를 해고하는 클럽의 규정은 진정직업자

격 항변으로서 정당화된다고 판결했다. 즉, 이 사건에서 법원은 사업장의 기본적인 목적과 직무의 구체적인 내용을 근거로, 근로자의 임신이 사업의 본질적인 운영과 밀접한 연관이 있으므로 진정직업자격에 해당한다고 판단한 것이다.

3. 종교

가. 종교와 진정직업자격 판단 기준

시민권법 제7편 제2000-e조는 인종, 피부색, 성별, 출신민족 외에도 종교를 이유로 차별하는 것을 금지하고 있고, 제2000-e(j)조에서는 근로자의 종교상 의무와 관행을 존중해야 할 의무가 있다고 규정한다. 이러한 이유로 종교와 관련된 소송은 i) 종교상의 의무·관행에 맞추어 합리적으로 편의를 제공 (accommodation)⁴⁷⁾하지 않아서 발생하는 경우와 ii) 종교를 이유로 한 불평 등대우 또는 성희롱과 관련된 경우로 나뉜다. 판례의 대부분은 사용자의 편의제공 의무와 관련된 전자의 경우이며, EEOC 지침 역시 편의제공의무와 관련된 내용으로 이루어져 있다.

한편 시민권법 제7편 제2000-e조에서 종교적인 법인, 조합, 교육기관, 협회의 활동과 관련된 업무를 수행하기 위하여 특정한 종교를 가진 사람을 채용하는 것은 위법한 차별이 아니라고 하고, 제2000e-2(e)(2)조는 교육기관과 관련하여 특정한 종교나 종교적 법인, 조합, 협회가 실질적으로 소유하거나, 해당 교육기관의 교육과정이 특정 종교의 전파를 위해 만든 것일 때에는 특정 종교 신자만을 고용할 수 있다는 내용을 특별히 규정하고 있다. 따라서 종교를 이유로 한 불평등 대우 사례에서는 주로 이러한 예외 조항의 적용 여부가 쟁점이 되고, 대부분 이에 해당하기 때문에, 실제 사례에서는 진정직업자격이 인정되는 경우가 많지 않다⁴⁸⁾.

47) 종교상 의무·관행에 대하여 '편의제공'이라는 용어보다는 '수용'이라는 용어로 번역하는 경우도 있으나, 이 연구에서는 영문 'accommodation'을 통일적으로 '편의제공'으로 풀이하기로 한다.

법원은 종교와 관련된 몇몇 진정직업자격 사건에서 참고할 만한 기준을 제시하고 있다. 고객의 선호를 포함하여 개인의 선호는 진정직업자격과 무관한 점, 단순한 추측에 의해 진정직업자격을 인정할 수 없다는 점⁴⁹⁾ 등은 비단 종교뿐만 아니라 다른 차별금지사유에서도 적용될 수 있는 기준이라 할 것이다. 종교를 이유로 한 불평등대우 소송에서 사용자는 근로자의 종교적 신념, 의무, 관행 때문에 본질적인 업무를 수행하는 것이 불가능함을 입증해야 한다.

나. 진정직업자격 관련 판례

Kern v. Dynalectron Corp. 577 F Supp 1196 746 F 2d 810 (5th Cir. 1984)

1) 사건 개요

헬리콥터 조종 업무를 하는 Dynalectron사에서 이슬람 성지인 Mecca를 거쳐 가는 헬리콥터 조종사를 제공하는 계약을 제3의 회사와 체결하였다. 그런데 사우디아라비아 법은 이슬람 교리에 따라 성지에 비이슬람 교도가 들어오면 사형에 처하도록 되어 있었기 때문에 회사는 제3의 회사와의 계약을 이유로 조종사에게 이슬람교로 개종할 것을 요구하였다. Kern은 일본 Tokyo에서 있었던 그러한 교육과정을 이수하고 이슬람식 이름까지 지었으나 개종만은 거부하였다. 그러자 사용자는 조종사 업무를 하지 못하게 하면서 다른 업무를 제시하였고, Kern은 이를 거부하고 소송을 제기하였다.

2) 판결 내용

48) Barbara Lindemann & Paul Grossman(1996), Employment Discrimination Law, the Bureau of National Affairs, Inc., Washington, D.C., p. 253.

49) Abrams v. Baylor College of Medicine 805 F 2d 528 (5th Cir. 1986)

연방지방법원은 Weeks 사건⁵⁰⁾에서 제시한 기준에 따라 이슬람교도가 아니면 업무를 안전하고도 효과적으로 수행할 수 없다고 믿을만한 합리적인 이유와 사실적 근거가 있었는지 심사하였고, 비이슬람 교도가 성지에 들어올 경우 사형에 처한다는 사우디아라비아 법이 그와 같은 사실적인 근거에 해당한다고 보았다. 또한 법원은 Diaz 사건⁵¹⁾을 인용하면서 헬리콥터 조종사를 제공하는 것이 회사의 본질적인 업무에 해당하는지 심사하였다. 법원은 조종사 공급계약을 체결한 이상 위와 같은 업무가 사용자 회사의 본질적인 업무에 해당하고, 나아가 계약내용에 Mecca로 비행할 경우 필요한 조종사와 수리기술자는 이슬람교도여야 한다는 내용이 있다는 점을 인정하였다. 그러면서, 이는 '고객의 선호' 때문이 아니라 비이슬람교도인 근로자 본인의 생명에 대한 위협 때문에 진정직업자격이 인정된다는 점을 분명히 하였다.

Pime v. Loyola University of Chicago 803 F 2d 351 (7th Cir. 1986)

1) 사건 개요

시카고의 Loyola University는 오랜 예수회 전통을 갖고 있는 대학으로 1970년대까지 이사회 구성원이 전부 예수회 수도사일 정도였다. 대학의 규모가 커지면서 교직원, 이사회, 교수 중 예수회 수도사의 비율은 줄어들었으나 학부생은 필수적으로 3강좌 이상의 철학 강의를 들어야 하고 75% 이상이 가톨릭 신자이며, 기부금과 혜택의 대부분은 예수회 대학이기 때문이라는 진술이 있을 정도로 예수회 전통은 계속됐다. 이 대학의 교수직에 공석이 생기자 철학부 교수회의는 31명의 교수 중 최소한 7명은 예수회 수도사여야 하므로 신규 임용을 전원 예수회 수도사로 할 것을 결의하였다. 예수회 전통을 가진 학교에서 철학부의 역할이 매우 중요한데 이러한 역할을 유지하려면 예수회 소속 교수의 비율이 일정 정도 유지되어야 한다는 이유에서였다. 유대교인으

50) Weeks v. Southern Bell Tel. Co. 408 F 2d 228(5th Cir. 1969)

51) Diaz v. Pan Am. World Airways, Inc. 442 F 2d 385, cert. denied, 404 U.S.950(1971)

로서 철학부에서 시간강사로 일하던 Pime은 예수회 교인이 아니기 때문에 3-4년 내로 교수직을 얻기 어려울 것이라는 답변을 듣고 대학을 떠난 후 소송을 제기하였다. 이 소송에서 대학 측은 교육기관에 대한 예외조항과 진정 직업자격을 적용을 주장하며 시민권법 제7편 위반이 아니라고 주장하였다.

2) 판결 내용

예수회라는 특정 교단에 소속됐는지 여부가 진정직업자격으로 인정될 수 있는지가 쟁점이었으며, 법원은 예수회 수도사 출신 교수를 일정 규모 이상 유지하는 것이 이 대학을 성공적으로 운영하기 위해 필요하다고 보았다. 학생들에게 예수회 일원으로서 훈련되고 의무를 준수해 온 교수와 접촉할 기회를 보장해주어야 하는 Loyola 대학의 특성과 전통을 유지해야 하기 위해서이다. 법원은 예수회 수도사 출신 교수가 유지되지 않는다면 이 대학에서의 교육은 완전히 달라질 것이라고 보았다.

소송을 제기한 Pime측에서는 예수회 수도사라 해서 특정 과목을 가르치는 대학 교수로서 더 좋은 자격을 갖는 것은 아니며, 진정직업자격을 심사할 때는 해당 직무를 수행하는 데 있어 필수적인지 여부만을 판단해야 한다고 주장하였다. 그러나 연방항소법원은 철학부에서 예수회수도사를 일정 비율 유지하는 것이 “대학의 정상적인 운영을 위해 합리적으로 요청되며”, 31명 중 7명이라는 비율은 합리적인 결정이라고 보았다.

이 판결에서 보충 의견을 제출한 Posner 재판관은 근로자의 청구를 기각하는데 있어서는 결론을 같이 하였지만 그 근거를 달리하였다. Posner 재판관은 Pime이 유대교인이라는 이유로 또는 가톨릭 교인이 아니라는 이유로 거부된 것이 아니라 그가 예수회 일원이 아니라는 이유로 임용되지 않은 것이므로 종교를 이유로 고용의 기회를 박탈당했다고 보기 어렵다고 하였다. 예수회는 가톨릭과 분리된 하나의 종교로 볼 수 없고 가톨릭 교인이라도 예수회 일원이 아니라면 부적격자로 취급되었을 것이므로 종교에 의한 차별이 있었다고 볼 수 없다는 것이다. 반면 Posner 재판관은 다수 재판관이 진정직업자격을 너무 광범위하게 확장하였다고 비판하였다. Posner 재판관은 다수 재

판관들이 어떤 과목에 반드시 예수회 수도사를 채용해야 하는지 특정하지도 않은 채 최소한 7명은 예수회여야 한다고 결정한 것에 주목하면서, 예수회 전통이 강한 학교에서 예수회 수도사를 일정 비율 유지하는 것이 좋을 수는 있으나 이런 종류의 논리를 인정하다보면 진정직업자격을 인정범위가 무제한 넓어질 것이므로 단지 대학의 예수회적 교육전통과 특징을 유지하기 위해 이런 결정을 하는 것은 부당하다고 비판하였다.

Abrams v. Baylor College of Medicine 805 F 2d 528 (5th Cir. 1986)

1) 사건 개요

Baylor 의과대학은 사우디아라비아의 King Faisal 병원에 심장혈관계 기술을 제공하는 서비스를 제공하기로 하였다. 의사들은, 선천성 심장질환이나 심장 판막증을 앓는 환자가 미국보다 훨씬 많은 사우디아라비아의 특성상 임상경험을 쌓을 수 있으며 임금도 2배 정도로 높다는 점에서 이 팀에 파견되는 것을 매우 좋은 기회로 여겼다.

파견팀은 순번제로 돌아가면서 구성되었고 의료경력에 대한 자격 외에 다른 제한 규정은 전혀 없었다. 그러나 1978년 이 프로그램이 시작된 이후로 유대인 의료진이 포함된 적은 단 한 번도 없었는데, 1982년 2명의 유대인 마취과 의사가 프로그램에 참여할 기회를 사실상 박탈당하였다며 소송을 제기하였다.

2) 판결 내용⁵²⁾

연방지방법원과 항소법원은 모두 유대인을 제외한 이유가 진정직업자격에 해당하지 않는다고 판결하였다.

52) 사용자는 문제제기를 한 의사들이 프로그램에 지원 행위를 한 적이 없으므로 차등대우가 발생조차 안 했다고 주장하는 데 주력하였다. 따라서 “차별 대우가 발생하였는가”가 핵심적인 쟁점이었고, 진정직업자격과 관련된 쟁점은 상대적으로 간단하였다.

사용자측은 입국비자가 나오지 않을 것이라고 생각했기에 유대인 의료진을 제외했다고 주장했으나, 법원은 사용자가 사우디아라비아가 유대인에 대해 어떠한 입국정책을 가졌는지 확인조차 않은 채 현지공무원과의 비공식적인 대화, 현지에서 받은 인상에 의존하여 파견정책을 결정했다는 점, 이제까지 King Fisal 병원 파견팀에 대해 사우디아라비아 정부가 적극 협조해왔다는 점, 유대인 의사에 대한 비자발급도 가능했을 것이라는 병원 측 담당자의 증언, 설령 사우디아라비아에 입국제한조치가 있다하더라도 이러한 정책·관행이 불려올 차별적인 영향을 없애거나 줄이기 위한 시도를 하지 않았다는 점 등을 종합하여 정당화사유에 해당하지 않는다고 판단하였다. 또한 사우디아라비아에 입국한 유대인의 안전에 대한 온정주의적 염려는 진정직업자격으로 인정될 수 없다고 하였다.

Rasul v. District of Columbia 680 F Supp 436 (D.D.C. 1988)

1) 사건 개요

이슬람 성직자인 원고는 교도소 내 개신교 교회사(chaplain) 자리에 지원하였으나 채용이 거부되었다. 당시 채용 공고문에는 “종교 등과 관계없이 채용한다”는 내용이 명시되어 있었다.

2) 판결 내용

법원은 교회사의 실제 업무는 대부분 행정 처리 업무이며, 담당하는 종교행사를 직접 주관할 필요도 없다는 점을 들어 종교적 성향을 진정직업자격으로 인정할 수 없고, 따라서 교도소 교회사를 종교에 따라서 채용하는 것은 시민권법 제7편의 진정직업자격에 해당하지 않는다고 판단하였다. 또한 법원은 최근 들어 교도소 수감자의 종교생활에 불이익한 차별 효과를 주지 않기 위해 종교와 상관없이 교회사를 채용하기 시작했다는 사실도 참작하였다.

EEOC v. Kamehameha Schools Bishops Estate 990 F 2d 458 (9th Cir. 1993)

1) 사건 개요

교사가 모두 개신교도여야 한다는 조건의 유언을 남긴 사람으로부터 토지를 기증받아 세워진 Kamehameha Schools(미션스쿨은 아님)에 개신교도가 아닌 Carol Edgerton이 프랑스어 교사직에 지원했다가 채용되지 아니하자 소송을 제기하였다.

학교 측에서는 시민권법에서의 종교적 교육기관에 대한 조항, 교과과정이 특정 종교의 전파를 목적으로 하는 교육기관인 경우에 관한 조항, 진정직업 자격에 관한 조항 등 세 가지 예외 조항을 들어 차별이 아니라고 주장하였다.

2) 판결 내용

EEOC는 개신교도라는 조건은 프랑스어라는 세속적인 과목을 담당하는 교사의 업무 능력과 관계가 없다고 주장하였다. 이에 대해 학교 측은 개신교적 관점에서 하와이주민들을 교육하는 것이 이 학교의 본질적·핵심적 임무이고 교사의 본질적·핵심적 업무 역시 개신교적 시각을 가르치는 것이고 따라서 Pime v. Loyola University of Chicago 사건⁵³⁾과 마찬가지로 진정직업자격을 인정할 것을 주장하였다.

그러나 법원은 학교의 성격·본질이 하와이 주민이 생산적인 삶을 꾸려가고 현대사회에 적응할 수 있도록 하기 위해 세속적인 주제에 대해 교육하고 하와이의 역사와 문화에 대해 알리고, 가치관을 확립할 수 있도록 윤리적 지침을 제공하는 등의 사명에 있다고 판단하였다. 그리고 이러한 사명을 위해

53) Pime v. Loyola University of Chicago 803 F 2d 351, 357 (7th Cir. 1986)

교사가 꼭 개신교여야 할 필요는 없으며 개신교도 교사라 해서 학생에게 윤리적 지도를 잘 할 것이라는 증거도 없다고 보았다. 실제로 학교가 각각의 교사가 종교생활을 어떻게 하는지, 교육활동에 종교를 어떻게 반영하는지를 심사하는 것도 아니었고, 교사 지원자가 개신교라고 주장하면 그대로 받아들였을 뿐 실제로 필요한 자질을 지녔는지 검증하지도 않았으며, 이 학교에 근무하는 개신교 교사로서 지녀야 할 기술이나 자세에 대해서도 구체적으로 요구하거나 심사하는 내용이 없었다는 점이 이러한 판단을 뒷받침하는 근거가 되었다.

법원은 개신교 교사만을 채용해야 한다는 설립자의 유언 역시 진정직업자격에 해당하지 않는다고 보았다. 유언에서 미션스쿨로 설립할 것을 지정한 것도 아니며 개신교 교사로서 지녀야 할 자격에 대해 규정한 것도 아니기 때문이다. 따라서 개신교도여야 한다는 유언은 개인적인 선호에 불과하고 진정직업자격에 해당하지 않는다고 보았다. 또한 유언에 따르지 않을 경우 기증이 무효화될 수 있다는 주장도 있었으나 시민권법 제7편에 위반되지 않기 위해 기증자의 요구에서 벗어나는 것은 법률적 효력을 인정받을 수 있다고 보았다.

4. 출신민족

가. 개요

시민권법 제7편에 의한 출신민족에 의한 차별은 매우 광범위하게 정의된다. EEOC에 따르면 출신민족에 의한 차별에는 어느 개인의 출생지나 그의 조상들의 출생지, 또는 특정한 출신민족 집단의 신체적, 문화적, 언어적 특성에 근거하여 평등한 고용기회를 거부하는 것 등이 포함된다. 따라서 1) 특정 출신민족 집단의 구성원과 결혼 등 친밀한 관계를 맺고 있거나 2) 특정 출신민족 집단과 관련이 있거나 그 집단의 이익을 도모하는 단체에 가입했거나 그 단체와 친밀한 관계를 맺고 있거나 3) 특정 출신민족 집단의 구성원들이 주

로 이용하는 학교나 예배장소에 다니고 있거나 4) 본인 또는 배우자의 이름이 특정 출신민족과 관련이 있는 것과 같은 경우가 문제가 된 경우 출신민족을 근거로 차별한 것으로 볼 수 있다⁵⁴⁾.

출신민족을 근거로 한 차별이 문제가 될 경우 사용자는 출신민족이 진정직업자격에 해당한다고 항변할 수 있으나, 법원은 진정직업자격 항변을 매우 협의적으로 해석하기 때문에, 출신민족이 항변의 근거로 인정되는 경우는 매우 드물다⁵⁵⁾.

출신민족 관련해서는 진정직업자격보다는 영어전용규칙(English-only rules)이 문제된다. 1996년부터 2000년까지의 기간 동안 영어전용규칙에 근거한 차별로 EEOC에 진정된 사건은 5배에 달했는데, 사용자들은 이러한 규칙이 중립적인 관행이며 경영필요성에 따른 것이라고 항변했다.⁵⁶⁾ EEOC는 영어전용규칙은 궁극적으로 사업상 필요 혹은 경영상 불가피성에 의해 정당화되는 효과를 지님을 주목했다. 그러나 사용자가 근로자들에게 항시적으로 영어만 사용할 것을 요구하는 규칙은 불법으로 추정되며, 차별적인 이유로 채택되었거나, 모든 근로자 또는 고용지원자에게 평등하게 적용되지 않는 유창한 영어구사 능력 요건이 시민권법 제7편에 위배될 수 있다고 주장했다. 즉 유창한 영어구사능력 요건은 특정한 출신민족의 개인들을 불공평하게 실격시키고 직무수행과 무관한 경우에도 불법으로 간주될 수 있다고 본 것이다⁵⁷⁾.

EEOC 가이드라인은 영어전용규칙이 근무시간 내내 항상적으로 사용되는 것은 경영상의 불가피성에 의해 정당화되기 어렵지만 특정한 시간에만 적용되는 규칙으로 작용할 경우에는 직무와 관련되고 경영상 불가피한 경우에 한해 합법적일 수 있다고 보았다. 즉 특정한 근로자가 특정한 임무를 수행할 경우 영어전용규칙은 정당화될 가능성이 높다는 것이다. 그러나 경영상 불가피한 경우 사용자는 종업원들이 언제 영어만 사용해야 하는지, 그리고 이러한 규칙을 어겼을 때 어떤 결과가 초래될지에 대해 사전에 효과적으로 통지

54) EEOC(2002), Part 1606-Guidelines on discrimination because of national origin

55) EEOC(2002), 출신민족 차별금지를 위한 자기평가

56) Harold S. Lewis, Jr. & Elizabeth J. Norman(2004), Employment Discrimination Law and Practice, Thomson, p. 81

57) EEOC 준법감시편람, §623.9

해야 한다. 만약 그렇지 않았는데 영어전용규칙을 어긴 개인에게 고용상 불리한 결정이 내려진다면, 사용자의 영어전용규칙은 출신민족을 근거로 한 차별의 증거로서 간주된다⁵⁸⁾. 또한 사용자는 영어전용규칙을 정당화하기 위해서는 이의 필요성을 주장만 해서는 안 되며 이를 입증해야할 책임이 있다.

나. 관련 판례

Fragrate v. City and County of Honolulu 888 F 2d 591 (9th Cir. 1989)

1) 사건 개요

Fragrate는 Honolulu시에서 두 명의 SR-8 사무직원을 뽑는 시험에 지원했는데, 그가 공무원이 되기에 충분한 능력을 가지고 있고 필기시험에서 가장 높은 점수를 받았음에도 불구하고, 면접시험에서 ‘강한 필리핀 억양’ 때문에 좋지 못한 점수를 받았고, 결국 ‘의사소통기술의 부족’이라는 이유로 3등으로 떨어지고 말았다. 이에 출신민족에 근거하여 차별을 받은 것으로 제소하였다.

2) 판결 내용

이 사건은 EEOC의 가이드라인에 따르면 출신민족에 근거한 명백한 차별로 판단되어질 수 있으나 사용자의 진정직업자격 항변에 의해 정당화된 경우이다. 이 사건에서 법원은, 억양이 직무수행을 방해할 때 억양을 이유로 불리한 고용결정을 내리는 것은 정당하다고 보았다. 효과적이고 명확한 의사소통능력은 해당 직무의 직업적 요건으로 합법적인 것이며, 특히 해당 직무는 일반 시민들에게 서비스와 지원을 제공하는 업무를 수행한다는 점에서 이러한 요

58) EEOC(2002), 출신민족 차별 일람

건은 필수적이라고 판결했다. 따라서 지원자의 불합격은 그의 출신민족에 근거한 것이 아니라 그의 언어구사능력의 부족에 의한 것이라는 점에서 차별로 볼 수 없다는 것이다. 출신민족보다는 억양이라는 요소가 직무수행의 필수적 기능인 의사소통능력의 결여를 가져왔으므로 의사소통능력에 따른 패소를 결정한 판결이나, 이러한 판례에도 불구하고 억양이 의사소통 능력을 실질적으로 방해하는지에 대한 문제는 좀 더 면밀히 검토되어야 한다는 것이 EEOC의 견해이다.

제3절 연령차별금지법과 진정직업자격

I. 개요

1967년 제정된 연령차별금지법은 고령자들에 대해 연령이 아니라 능력에 기초하여 고용을 촉진하고, 고용상의 연령차별을 금지하며, 사용자들과 근로자들 사이에 연령으로 인해 발생하는 고용문제들을 해결하고자 하는 목적으로 마련되었다(제621조(b)). 연령차별금지법은 40세 이상의 근로자들에게 적용되며(제631조), 공·사기업 상관없이 40세 이상의 근로자를 차별하지 말 것을 규정하고 있다. 이 법에 따르면 1) 사용자가 개인의 연령을 이유로 고용을 거부하거나 해고시킬 경우 또는 보수·기간·조건 등 고용에 차별을 두는 것, 2) 개인의 연령을 이유로 고용기회를 박탈하여 근로자들을 제한, 분리, 분류하는 행위와 그로 인하여 근로자의 지위에 부정적인 영향을 끼치는 것은 위법하다(제623조(a)).

특정 사업의 정상적인 운영에 있어서 연령이 합리적으로 필요한 진정직업 자격에 해당하는 경우, 또는 연령 이외의 합리적인 요소에 근거(based on reasonable factors other than age)하여 차이(differentiation)를 두는 경우 등은 예외적으로 인정된다(제623조(f))⁵⁹⁾.

59) 연령차별금지법에는 진정직업자격 외에도 연령차별을 인정해주는 예외 규정들이 있다.

이와 관련하여 EEOC는 사용자가 연령이 진정직업자격에 해당한다고 항변하고자 할 경우에는 1) 연령제한이 합당한 사업상 필수 요소라는 점, 2) 해당 업무에서 배제된 사람 전부 혹은 상당수가 무자격자였다는 점, 3) 혹은 무자격자가 아니었음에도 배제된 일부 사람들의 경우 연령 외에 부적격하다고 판단할 근거가 있었다는 점 등을 입증할 책임이 있다고 하였다. 만약 공공의 안전을 위해 연령이 진정직업자격에 해당한다고 주장하는 사용자의 경우, 그러한 고용 관행이 정말로 공공의 안전이라는 목적을 달성하는데 효과적이라는 점, 또한 연령차별적 요소를 줄인다고 할 때 그보다 낮거나 그와 동등한 정도의 효과를 가져올 수 있는 다른 대안이 없다는 점을 입증해야 한다는 지침을 정하고 있다⁶⁰). 그리고 일반적으로 고령근로자를 훈련시키는 데 보다 많은 비용이 든다든지, 또는 고령근로자의 생산성이 더 낮을 것이라고 가정하는 등의 경제적 고려는 진정직업자격과 관련이 없으며, 고객 및 동료근로자의 건강과 안전과의 관련성이 진정직업자격의 핵심적인 사항이라고 본다⁶¹). 또한 광고가 연령에 기초한 차별 혐의를 받게 될 때도 업무상 필요성 때문에 연령제한, 연령 조건 또는 연령에 따른 차별 사항이 반드시 들어가야 한다고 믿는 광고주는 문제의 연령이 진정직업자격이라는 점을 입증할 책임이 있다⁶²).

II. 진정직업자격 관련 법률 내용

제631(c)(1)조는 65세 이상이거나 퇴직을 2년 앞두고 있는 근로자이고 고위정책결정자이거나 진정한 의미에서의 중역에 해당할 경우 강제퇴직을 금하지 않는다고 규정한다. 또한 제 623(f)(2)에서는 해외 소재 사업장에서 행해지는 차등대우 관행을 무시하면 해당 국가의 법률을 위반하게 되는 경우, 진정한 의미에서의 연공서열 제도(bona fide seniority system)나 진정한 의미에서의 근로자복지급여제도(bona fide employee benefit plan)를 실행하기 위한 경우, 선의의 목적에서 보직해임하거나 직업훈련을 시키는 경우 등은 위법한 연령차별행위로 보지 않는다고 규정한다. 그밖에도 제 623(l)(1)(a)조, 제623(l)(1)(b)(ii), 제623(l)(2)(a)(iii)조 등의 예외 조항이 있다.

60) EEOC, 29 C.F.R. Part 1625, Age Discrimination in Employment Act 1996

61) Michael Evan Gold(2001), An Introduction to the Law of Employment Discrimination 2nd ed. Cornell University Press p.50 ; 조용만(2004), 고용차별금지법의 국제비교, 한국노동연구원, p. 104에서 재인용

62) EEOC, ADEA에 근거한 모집광고와 고용관련 사전요구 서류관련 지침 1989

연령차별금지법 제623조는 차별의 정의를 규정하면서, “특정 사업의 정상적인 운영에 있어서 연령이 합리적으로 필요한 진정직업자력에 해당하는 경우, 또는 연령 이외의 합리적인 요소에 근거하여 차이를 두는 경우” 등은 위법하지 않음을 인정하고 있다.

연령차별금지법

Age Discrimination in Employment Act of 1967

제623조 연령차별금지

(f) 사용자, 고용알선기관, 노동단체의 다음과 같은 행위는 위법이 아니다.

- (1) 특정 사업의 정상적인 운영에 있어서 연령이 합리적으로 필요한 진정직업자력에 해당하는 경우, 또는 연령 이외의 합리적인 요소에 근거하여 차이를 두는 경우, 또는 그러한 관행이 해외의 사업장에서 행해지고 있으며, 그러한 관행을 위반하는 것이 사용자가 경영하는 기업으로 하여금 사업장이 위치해 있는 국가의 법률을 위반하는 경우 등 제(a)항, 제(b)항, 제(c)항, 또는 제(e)항에서 규정한 이외의 금지된 행위를 할 경우

Ⅲ. 진정직업자력 관련 판례

근로자가 ‘연령 때문에’ 불평등대우를 받았으며 사용자가 이를 인정하는 경우 연령이 진정직업자력에 해당하는지 심사하게 되며, 진정직업자력이라는 점에 관한 입증책임은 사용자에게 있다.

미국 법원은 연령차별금지법의 예외규정으로서 진정직업자력은 매우 엄격

하게 해석해야 한다는 입장에서, 그 인정여부에 관한 몇 가지 기준을 발전시켜왔다.

연령 제한이 기업의 본질적인 부분에 있어 합리적으로 필요한 것임을 입증하기 위해, 사용자는 우선 “연령 제한이 기업경영의 본질적인 부분을 운영하는 데 있어 필수적임을 보여야 한다”는 것이 법원의 입장이다. 이와 관련하여 법원은 해당 근로자가 배제된 직무의 성격을 중시하는데, 기업경영의 본질적인 부분인 직무일수록 직무자격제한이 더 엄격할 수 있다는 것이 법원의 입장이다. 그 다음으로 연령 제한이 합리적인 필요성이 있음을 입증해야 한다. 이를 위해서는 i) 특정 연령 이상의 근로자는 모두 또는 대부분 직무수행을 위한 자격, 능력이 부족하다고 믿을만한 실질적인 근거 또는 ii) 각 근로자의 직무능력을 개별적으로 심사하는 것이 너무 비현실적이라는 점 가운데서 한 가지를 입증해야 한다⁶³⁾. 이러한 심사방법은 *Western Air Lines* 사건⁶⁴⁾판결에서 제시되었으며, 이후의 사건들에서도 계속 확인되고 있는데, 이 중 i)의 요건을 입증함에 있어서는 단순한 추정이나 예감으로는 부족하고, 직무능력을 위한 자세한 의학적 증거, 타당성 연구, 전문가의 분석 등이 제시되어야 하고⁶⁵⁾, ii)의 입증은 경제적인 요소·경제적 효율성만으로 인정

63) Barbara Lindemann, 앞의 책, pp. 616-617; Jonathan M. Purver(2005), *Age As Bona Fide Occupational Qualification Under ADEA의 § 2*, American Jurisprudence Proof of Facts 2d Database updated September

64) *Western Air Lines, Inc. v. Criswell* 407 U.S. 472 (1985)

65) *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.* 499 F 2d 859 (7th Cir. 1974). 35살 이상인 사람은 시외버스 기사로 채용하지 않는 버스회사에 대하여 소송이 제기된 사건으로서 연방 항소법원은 대중운송사업의 경우 승객의 생명과 안전을 책임져야 하므로 이러한 사업을 하는 사용자의 입증책임은 채용연령 상한 제도를 없앨 경우 승객안전상 위험이 커질 것이라고 믿을만한 합리적인 근거가 있음을 입증하는 것이고, 40세가 넘는 모든 혹은 대부분의 근로자가 업무를 안전하게 수행할 수 없다는 점을 입증해야 하는 것은 아니라고 하였다. 그리고 사용자가 채용연령 상한 제도를 없앨 경우 승객안전상 위험이 커질 것이라는 점을 입증하였다고 보았다. 이 사건에서도 법원은 사업의 편리성(a business convenience)이 아닌 사업의 본질적 업무(the essence of business operation)를 달성하기 위해 진정직업자격이 필요한지를 검토하여야 한다는 *Diaz v. Pan Am. World Airway, Inc.* 사건의 기준을 인용하였다. 다만 법원은 고도의 기술을 요하고 부적격자를 채용할 경우 위험성이 커지는 직무와 그렇지 않은 직무를 구분하여 사용자의 입증 정도를 달리 보았고, 버스운송사업의 최대 목적은 안전이기 때문에 채용연령 상한 제도를 없앨 경우 승객 안전상의 위험이 커질 것이라는 점을 입증하면 족하다고 하였다. 이 소송에서 버스회사는 시외버스 기사의 다음과 같은 두 가지 업무유형을 설명하였다. 시외버스 기사는 정기 운행업무와 부정기 운행업무를 맡을 수 있는데, 정기운행업무는 그다지 어려운 일이 아닌 반면에 부정기편성 운행은 주7일, 1일 24시간 중 언제든지 배차

되지 않는다⁶⁶⁾.

한편 이미 제한된 연령을 초과하는 근로자가 같은 직종에 있다는 사실은 진정직업자격을 부인하는 근거로 작용할 수 있다. 연령차별 사건에서 사용자는 연령이 아닌 다른 방법을 통해 직무능력을 갖췄는지 가려내는 것이 불가능하다고 주장하는 경우가 많으나, 원칙적으로 연령에 따른 노화정도는 개인별로 각기 다르기 때문에 실질적인 능력에 근거하여야 한다는 것이 법원의 확립된 입장이라고 할 수 있다.

Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc. 531 F 2d 224 (5th Cir. 1976)

1) 사건 내용

45세에서 65세 사이의 사람에게 버스 기사 신규채용을 제한하는 버스 회사의 정책이 진정직업자격으로 정당화되는지를 다룬 사건이다. 사용자 회사의 버스 운전자들은 채용이후 10년 정도 사전 예고 없이 아침에 장기 노선 운행을 해야 하는 부정기운행업무를 담당하고 있었다. 사용자는 근무 연수에 따

지시에 응해야 하는 업무이고, 따라서 부정기 운행 업무는 신체적·정신적 스트레스가 많고 생활리듬을 파괴하는 어려운 업무라고 하였다. 버스회사와 노동조합의 단체협약상 근무연한이 가장 짧은 신규 채용자는 연령·경력 상관없이 무조건 부정기운행업무를 담당해야 하고 그 기간은 일반적으로 10년에서 40년 정도였다. 40세에서 65세 사이의 근로자가 신규로 채용될 경우 이러한 연공서열 제도(seniority system)에 따라 육체적, 정신적으로 격무에 해당하는 부정기운행업무에 배치될 것이었다. 법원은 부정기운행업무가 상당한 격무에 해당하는 점, 사람의 신체기능과 감각기능의 퇴화는 30대 후반에 진행된다는 점, 사용자회사에서 가장 사고율이 낮은 운전자는 16년에서 20년의 운전경력을 가진 50세에서 55세 사이의 운전자로서, 40세 이상의 신규 근로자를 채용하였을 경우 사고율을 줄이기 위한 연령과 운전경력의 최적의 조화를 달성하기 힘들다는 점 등에 대한 여러 가지 증거와 통계 자료, 그리고 자동차 교통 안전국의 공무원, 주 연합통상 위원회의 전직 고위 임원, 사용자 임원의 증언 등을 종합하여 사용자가 채용연령상한 제도를 없앨 경우 승객안전상 위험이 커질 것이라고 믿을만한 합리적인 근거가 있다고 보았다.

66) Barbara Lindemann, 앞의 책, p. 617 ; Monroe v. United Air Lines, Inc. 736 F 2d 394(7th Cir. 1984) 470 U.S. 1004 (1985), Small Wood v. United Air Lines, Inc. 661 F 2d 303 (4th Cir, 1981) 등 참조

라 운행업무를 선택할 수 있는 연공서열 제도(seniority system) 덕분에 고령의 버스 운전사가 주간 교대업무와 단기 노선을 선택함으로써 노화로 인해 신체적으로 퇴화하더라도 업무에 지장이 없었는데, 고령의 근로자를 신규로 채용할 경우 그 근로자들은 연공서열 때문에 쉬운 업무에 배치 받을 수 없다고 주장하였다.

2) 판결 내용

연방항소법원은 사업의 편리성(business convenience)이 아닌 사업의 본질적 업무(the essence of business operation)를 달성하기 위해 진정직업자격이 필요한지를 검토하여야 한다는 Diaz v. Pan Am. World Airway, Inc. 사건의 기준과 사용자가 진정직업자격을 주장하기 위해서는 모든 혹은 대부분의 근로자가 안전하고 효율적으로 직무를 수행할 능력이 없다는 점을 입증하여야 한다는 Weeks v. Southern Bell Tel. Co. 사건의 기준을 채용하였다. 그러나 사용자가 후자를 입증하지 못할 경우, 개별적인 심사가 불가능하거나 너무 비현실적이라는 점을 입증함으로써 입증책임을 다할 수 있다고 보았다. 그리고 이를 입증하는 방법 중의 하나는 차별의 대상이 된 집단에 속한 몇몇의 개인들이 안전하고 효율적인 직업수행을 저해하는 특질을 가지고 있고, 위 개인들이 해당 집단에 속한다는 점 외에 다른 방법으로는 위 특질을 검증할 수 없다는 점을 증명하는 것이라고 보았다. 이 사건에서 법원은 사용자가 연령제한이 사업의 본질적 업무를 위해 합리적으로 필요한 진정직업자격이라는 점과 몇몇의 채용 테스트로 40세 이상의 근로자에게 나타나는 운송 업무상의 위험성을 검증하는 것은 현실적으로 불가능하다는 점을 입증하였다고 보았다. 사용자 회사는 연령과 사고발생률간의 관계를 보여주는 통계적 증거와 의학 전문가, 운송업 전문가의 증언을 제출하였다. 법원은 위 통계 자료에 나타난 상관성은 연령이 아닌 신체적 기능 저하에 관한 것이기 때문에 이러한 통계자료만으로는 입증이 부족하다고 보았지만 전문가들의 증언은 비중 있게 다루었다. 특히 의학 전문가의 증언은 중요하게 다루어졌는데, 그 증언의 내용은 비록 연대기적 연령이 격무인 부정기운행업무에 적합한지를 판별하는

단독 지표가 될 수는 없지만 의학적으로 연대기적 연령을 기능적 혹은 신체적 연령과 명확히 분리할 수 없고, 노화와 함께 진행되는 특정한 신체적·정서적 변화는 개인의 안전 운행 능력을 저해하며, 아무리 정교한 검사도 이러한 모든 변화를 감지할 수 없다는 것이었다. 의학전문가는 40세라는 연령은 버스 회사가 이러한 기능의 손상을 가려내기 위한 목적에 비추어 결코 자의적인 것이 아니라는 견해를 피력하였다. 또 주 연합 통상 위원회의 임원, 교통 안전국 관련 공무원들은 시외버스 운전자의 긴장, 교통안전과 운전자가 중요한 관계를 가지고 있다는 점 등에 대하여 증언하였다. 그리고 사용자 회사의 버스 운전자들은 부정기운행업무에서 벗어나기 위해 근속연수가 높아지는 것이 모든 운전자들의 바람이라는 것과, 정기 운행업무를 담당하고 있는 선임 운전자들은 그들의 운전경력에도 불구하고 그들이 부정기운행업무를 다시 담당하게 될 경우 결코 승객들의 안전을 보장할 수 있다고 생각하지 않는다는 점 등을 증언하였다. 이러한 사실을 설시한 후, 연방항소법원은 하급심 법원이 특별히 의학 전문가의 증언에 기초하여, 체력 저하와 같은 연령과 관련된 사고 유발 요인을 가지고 있지 않은 운전자들을 판별할 수 있는 테스트가 가능하지 않다는 점을 인정한 것에는 특별한 하자가 없다고 판단하였다.

**Small Wood v. United Air Lines, Inc. 661 F 2d 303 (4th Cir, 1981)
US 1007 (1982)**

1) 사건 개요

35세 이하인 사람만 조종사로 채용하는 것에 대해 소송이 제기된 사건이다. 항공사는 연령이 높은 조종사를 채용할수록 경제적인 면에서 부담이 된다고 주장하였다. 즉 연령이 높은 경력자일수록 이전에 운항하던 기종에서 새로운 기종의 비행기로 적응하도록 훈련하는 훈련시스템에 상당한 비용이 들기 때문에 35세 이하의 조종사를 채용해야 최고의 생산성이 유지될 수 있다고 주

장 하였다.

2) 판결 내용

연방 항소법원은 연령차별금지법에서 금지하는 행위일 경우 경제적 고려는 진정직업자격의 근거가 될 수 없다는 점을 확인하였다. 또한 다른 항공사에서 일한 경력이 없는 신규채용자라 하더라도 거의 대부분 공군 비행기를 조종한 경험이 있다는 증거를 봤을 때 유경력자 일수록 비용이 많이 든다는 항공사측 주장은 더욱 신뢰성이 없으며, 항공사측이 주장하는 비용문제를 해결하기 위해서라면 이전 경력을 기준으로 제한해야지 채용연령 기준을 채택할 문제가 아니라고 판단하였다.

Tuohy v. Ford Motor Co. 675 F 2d 842 (6th Cir. 1982)

1) 사건 개요

조종사에 대해 60세 정년 제도를 실시하는 회사에 대해 소송이 제기된 사건이다.

2) 판결 내용

연방항소법원은 안전상의 고려 때문에 60세 연령제한을 실시하는 것이 합리적으로 필요한 것인지 입증해야 한다고 하였다. 이를 위해 사용자는 각 조종사에 대한 의학적 테스트로는 60세 이상일 경우 비행 중 건강문제가 발생할 수 있는지 여부를 확인할 수 없다는 실질적 근거를 제시해야 하는데, 이를 입증하지 못하였다는 이유로 사용자가 패소하였다.

EEOC v. County of Los Angeles 706 F 2d 1039 (9th Cir. 1983)

1) 사건 개요

35세 이하인 사람만 보안관과 헬리콥터 조종사로 채용하는 시의 정책에 대해 소송이 제기된 사건이다.

2) 판결 내용

연방항소법원은 시가 40세 이상인 사람의 전부 또는 대부분이 해당 직무에 필요한 건강기준을 갖추지 못할 것임을 입증하지 못했으므로 연령차별금지법 위반이라고 판결하였다.

Monroe v. United Air Lines, Inc. 736 F 2d 394 (7th Cir. 1984)

1) 사건 개요

비행승무원에 대한 60세 정년제도의 위법성을 다룬 사건이다. 항공사는 60세 이상인 승무원의 신체적 퇴화정도를 검사하는 것이 불가능하기 때문에 연령제한방식을 채택했다고 주장하였다. 근로자 측은 이에 대해 연령차별금지법 제정 이전에는 경제적 이유로 60세 정년 제도를 실시하다가 법률 제정 이후에는 안전이라는 명목상의 이유로 대체했을 뿐이라고 주장하였다.

2) 판결 내용

연방항소법원은 연령차별금지법 제정 이전에는 경제적 이유로 60세 정년 제도를 실시하다가 법률 제정 이후에는 안전이라는 명목상의 이유로 대체했을 뿐이라는 근로자들의 주장을 받아들이고, *Orzel v. City of Wauwatosa*

Fire Department⁶⁷⁾판결을 인용하면서 경제적 효율성을 이유로 차별을 정당화할 수 없다고 하였다.

Western Air Lines, Inc. v. Criswell 407 U.S. 472 (1985)

1) 사건 개요

Western Air Lines, Inc.는 비행엔지니어의 정년을 60세로 규정하고 있다. 비행엔지니어는 운항계기를 모니터하는 조종실 승무원으로 비행기 조종에는 관여하지 않으나 조종사, 부조종사가 모두 운항 불가능할 때에는 그 역할을 대신할 수 있다고 규정되어 있고, 연방 항공운항법에서는 60세 이상의 자가 조종사, 부조종사로 일하는 것을 금지하지만 비행엔지니어는 60세 강제퇴직 적용대상이 아니다. 항공사는 60세가 넘는 직원의 신체적·심리적 능력, 질병을 감지하는 능력이 각각 어느 정도인지 의학적 방법을 통해 확인하는 것은 거의 불가능하다는 이유로 60세 정년이 항공기의 안전한 운항을 위하여 합리적으로 심사했을 때 필수적이라고 주장하였다. 소송 과정에서는 60세 이상 근로자의 실질적인 능력, 질병을 감지하는 능력 등이 갑자기 저하될 가능성에 대해 의학전문가들의 상반된 의견이 제출되었다.

사용자측은 연령이 높을수록 심장마비 등에 걸릴 가능성이 높아지며 60세 이상인 경우 언제 그러한 질병이 발생할 지 예측하기 어렵다고 주장하였다. 반면 근로자 측은 생물학적인 퇴행은 연령보다는 질병에 의한 것이며 의학적인 테스트를 통해서 각각의 승무원이 비행에 적합한 건강상태인지 확인할 수 있으므로 일률적인 연령제한은 위법하다고 주장하였다. 이러한 근로자의 주장은 연방항공국과 항공사에서 조종사의 건강상태를 관리하며 알콜 중독, 심장질환인 경우엔 조종을 금지하기도 한다는 사실, 건강상의 문제가 발견돼서 비행엔지니어로 업무를 바꾼 전직 조종사가 그러한 문제가 없었던 60세 이상

67) Orzel v. City of Wauwatosa Fire Department 697 F 2d 743, 755 (7th Cir.1983) U.S. 104 소방서장의 퇴직연령을 55세로 제한한 것이 연령차별에 해당한다고 한 판결.

인 비행엔지니어보다 신체적으로 업무수행능력이 더 낮다거나 60세 이상인 비행엔지니어의 능력이 떨어진다고 볼만한 근거가 없다는 사실에 의해 뒷받침되었다. 게다가 비행엔지니어에게 60세 정년규정을 두지 않는 대형항공사 사례도 발견되었다.

2) 판결 내용

연방대법원은 *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*⁶⁸⁾판결에서 연방항소법원이 제시한 “Tamiami기준”을 인용하여 진정직업자격의 판단 방법을 제시하였다. *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.* 사건에서 연방항소법원은 두 가지 지점에 대해 판단해야 한다고 보았는데, 우선 직무자격제한이 합리적으로 봤을 때 필수적으로 요구될 정도로 기업경영의 본질적인 직무인가 하는 점이다. 법원은 승객의 안전한 운송이 버스회사 경영의 핵심적인 부분이므로 사고발생 위험이 낮은 운전기사를 채용해야 할 합리적인 필요성이 있다고 인정하였다. 두 번째로 법원은 연령차별금지법에서 진정직업자격을 인정받으려면 연령제한이 “그 직무의 통상적이고 안전한 수행을 위해 합리적으로 필수적이어야(Reasonably necessary to the normal and safe operation of its business)” 한다고 보았다. 그리고 이를 입증하기 위해서 사용자는 i) 특정 연령 이상의 근로자의 전부 또는 대부분은 직무수행을 위한 자격, 능력이 부족하다고 믿을만한 실질적인 근거 또는 ii) 각 근로자의 직무능력을 개별적으로 심사하는 것이 너무 비현실이라는 점을 입증해야 한다는 것이 위 판결의 내용이다.

이러한 심사방법에 따른 결과, 이 사안에서 항공사측은 연령이라는 자격제한이 “합리적으로 필수적”임을 입증하지 못해서 패소하였다. 법원은 항공사가 60세 이상인 사람 중 어떤 사람이 직무수행 능력이 떨어지는지 가려내는 것이 불가능하다고 믿을만한 근거가 있음을 입증하지 못하였다고 판단하였다. 이와 관련하여 항공사 측은 연령차별금지법의 진정직업자격은 “합리적인 실질적 근거(rational basis in fact)”로 인정받을 정도면 충분하다고 주장하였으나, 연방대법원은 이것이 연령차별금지법상의 “합리적으로 필수적

68) *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.* 531 F 2d 224 (5th Cir. 1976)

(reasonably necessary)”이라는 표현과 전혀 다르다는 이유로 받아들이지 않았으며, 연령차별금지법의 취지와 입법과정을 보아도 진정직업자격에 대해서는 엄격한 입증이 요구된다고 하였다.

이 사건에서 항공사측은 안전운항을 위하여 비행엔지니어의 건강상태에 대한 자격제한이 필요할 뿐만 아니라 조종사 수준의 엄격한 자격제한을 해야 하므로 60세 정년이 합리적으로 필요하다고 주장하기도 하였다. 그러나 연방 대법원은 조종사 업무나 비행엔지니어 업무냐에 따라 자격제한의 엄격성 정도가 달라질 수 있고 해당 직무에 안정성이 얼마나 요구되는가에 따라서 직무자격제한 정도 역시 달라질 수 있으므로 조종사 정년에 대한 연방항공운항법 규정이 결정적으로 고려되어야 할 증거는 아니라고 하였다.

Trans World Airlines, Inc. v. Thurston 469 U.S. 400 (1985)

1) 사건 개요

Trans World Airlines(TWA)에서는 60세 이상이 된 조종사가 비행엔지니어로 계속 근무하길 원하는 경우 단체협상에 요구되는 절차를 거쳐 비행엔지니어 신분을 획득해야 했다. 이런 제도에서는 60세가 되기 전에 비행엔지니어 자리가 나지 않거나 그 자리를 차지하기에 충분한 근속연수가 확보되지 않은 상태라면 조종사는 퇴직을 해야 한다. 문제는 연령이 아닌 다른 사유(장애, 인원감축 등) 때문에 퇴직하는 조종사는 자동으로 비행엔지니어로 임명된다는 점이다. 이러한 제도가 연령차별금지법 위반이라고 하여 TWA와 항공기조종사연합에 대해 소송이 제기된 사건이다.

2) 판결 내용

사용자측은 ‘조종사에 대해서’ 연령에 근거한 직무이전 정책을 적용하는 것이 진정직업자격에 해당한다고 주장하였다. 그러나 근로자 측은, 소송을 제기

한 근로자들이 배제된 직무는 조종사 업무가 아니라 비행엔지니어 업무이므로 비행엔지니어라는 “특정한(particular)” 직무를 기준으로 봤을 때 연령제한이 정당한지가 문제라고 보았다. 또한 이미 148명 이상의 60세 이상 비행엔지니어가 항공사에서 근무하는 걸 보더라도, 연령이 비행엔지니어 직무에 진정직업자격이라는 점을 인정할 수 없다고 주장하였다.

연방대법원은 항공사 측의 주장을 받아들이지 않고, 배제된 업무를 기준으로 하여 연령이 진정직업자격이 될 수 없다고 판단하였다.

Johnson v. Mayor & City Council of Baltimore 472 U.S. 353 (1985)

1) 사건 개요

55세 이상인 소방관에 대한 강제퇴직제도가 연령차별금지법 위반인지를 다룬 사건이다. 이에 대하여 Baltimore시는 연령차별금지법 제623(i)(1)조에 연방정부에 고용된 소방관에 대한 예외규정⁶⁹⁾이 있고 연방공무원법(Federal civil service statute)에서 소방관의 정년을 55세로 규정하고 있으므로 위법하지 않다고 주장하였다.

2) 판결 내용

연방대법원은 일부 연방소방관의 경우 55세 정년이 적용된다는 사실만으로는 지방자치단체의 연령제한을 진정직업자격으로 인정할 수 없다고 보았다. 또 연령차별금지법의 예외규정에 따라 소방관 업무의 특성상 정년규정이 합법적으로 용인된다는 주장에 대해, 위 규정이 소방관 업무에 실질적으로 필요한 자격이 무엇인지 고려해서 입법된 규정은 아니므로 이 예외규정이 진정직업자격의 근거가 될 수 없다고 하였다.

69) 제623(i)(1)조는 소방관이나 강제집행관 등의 채용과 관련하여 주정부 등이 연령을 이유로 채용을 하지 않는 경우 등은 위법하지 아니하다고 규정하고 있다.

Tullis v. Lear Sch., Inc. 874 F 2d 1489 (11th Cir. 1989)

1) 사건 개요

통학버스 운전기사로 5년간 근무해온 Tullis는 보험료 부담이 늘어났기 때문에 해고된다는 통보를 받았다. 1심 지방법원은 나이가 들수록 신체능력 테스트결과는 예측가능성측면에서 신뢰도가 떨어지기 때문에 신체능력 테스트 결과를 가지고 운전기사의 결격 여부를 알아내기는 어렵고, 따라서 사용자가 각 근로자의 직무능력을 개별적으로 심사하는 것이 불가능하거나 비현실이라는 점을 입증하였다고 보아 연령차별금지법 위반이 아니라고 보았다. Tullis는 이에 대하여 항소하였다.

2) 판결 내용

근로자는 각 운전기사의 운행능력을 측정하는 것이 가능하다는 전문가의 증언을 제출하였고 연방항소법원은 이에 의거하여 사용자가 진정직업자격에 대한 입증책임을 다하지 못하였다고 보아 근로자 승소판결을 내렸다.

Gately v. Massachusetts 2 F 3d 1221 (1st Cir. 1993)

1) 사건 개요

경찰관에 대한 55세 정년제도의 위법성을 다룬 사건이다.

2) 판결 내용

연방항소법원은 법집행 업무를 안전하게 수행하는 능력을 평가하는 데에는 연령보다 더 효과적인 방법들이 있으므로 진정직업자격을 인정할 수 없다고 하였다.

Epter v. New York City Transit Authority 127 F Supp 2d 131 (E.D.N.Y. 2001)

1) 사건 개요

관리직에 지원하는 사람 중 40세 이상에 대해서만 심전도검사를 요구하는 뉴욕교통국의 정책이 연령차별금지법 위반인지 문제된 사건이다.

2) 판결 내용

법원은 모든 또는 대부분의 40세 이상자가 감독직무 수행능력이 부족하다고 믿을 만한 근거가 없으며, 해당 직무를 수행하기 불가능할 정도의 심장질환을 가졌다고 믿을 만한 근거 역시 없다고 보았다. 또한 사용자가 연령에 따라 분류하지 않고 개별적인 건강테스트를 하는 것이 무척 비현실적이거나 비용이 많이 든다는 점을 입증하지 못했다고 판단하였다.

제4절 장애인법(ADA)

I. 개요

1990년 제정된 장애인법에 따르면 '장애인'이라 함은 (A) 주요 일상생활에 지장을 초래할 만큼 신체적, 정신적으로 결함이 있는 사람, (B) 그러한 병력

이 있는 사람, 또는 (C) 그러한 결함이 있는 것으로 간주되는 사람을 의미한다(제3조제2항).⁷⁰⁾ 이 법에서 보호하는 장애인은 ‘유자격 장애인 (qualified individual with a disability)’인데, 이는 “종사하고 있는 또는 종사하고자 하는 직무가 필요로 하는 기술·경험·교육 기타 직무관련 요구사항들을 충족시킬 수 있고, 특별한 편의제공이 아예 필요 없거나 필요하다고 해도 적절한 시설만으로 임무를 수행할 수 있는 장애를 가진 근로자나 지원자”를 의미한다⁷¹⁾. 즉 “현재 담당하고 있거나 담당하기를 바라는 직무의 기술·경험·교육 기타 직무관련 요건들을 충족시키면서, 적절한 편의제공의 유무에 관계없이 직무의 필수적인 기능들을 수행할 수 있는 장애를 가진 개인”이다⁷²⁾.

이 경우 직무의 ‘필수적인 기능’이 무엇인가가 문제시되는데 장애인법에서는 사용자들이 그 직무의 필수기능들을 상세히 밝혀줄 것을 요구한다⁷³⁾. 이는 업무의 “필수적인 기능”이 무엇인가에 대한 고려가 사용자의 판단 요건이 되어야 한다는 것이며 만약 모집광고를 내거나 지원자를 인터뷰하기 전에 사용자가 문건화된 직무기술서(job description)를 마련했다면 이는 해당 업무의 “필수적인 기능”의 증거로 고려된다.

II. 관련 법률 내용

장애인법에서는 ‘유자격 장애인’에 대하여 장애를 이유로 한 고용차별을 금지하지만(제102조(a)), 이 법에 명시적으로 진정직업자격에 관한 규정은 두고 있지 않다. 그러나 사용자의 편의제공의무를 이행하지 않을 경우에는 그 자

70) Patrick J. Cihon(2005), *Employment & labor law*, Mason:Thomson/South-Western, p.171

71) Title 42 U.S.C.A. § 12111(8)

72) EEOC 기술지원프로그램(2002), "ADA의 고용관련 조항에 대한 기술지원 편람" 참조

73) 간질병을 앓고 있는 제화점 판매원을 사용자가 고용한 사례인 *Martinson v. Kinney* 사건에 관하여 법원은 간질발작이 일어날 경우 5-10분 정도 의식을 잃어 ‘상점의 안전 유지’라는 판매원의 기능을 수행하지 못하는 원고를 해고한 사용자의 행위를 정당한 것으로 판결했는데 이는 원고의 발작으로 인해 ‘필수적인 기능’을 수행할 수 없음을 인정하는 것이다.

체가 차별에 해당한다. 다만 편의제공에 따른 사업운영상, 사용자에게 ‘과도한 부담(undue hardship)’을 주는 경우에 고용차별을 항변할 수 있다. 장애를 가진 개인을 배제하거나 배제할 가능성이 있는 자격요건, 검사 또는 선별기준 또는 그에게 직무나 혜택을 거부하는 그러한 기준의 적용이 직무와 관련되고 경영상 불가피한 것이고, 또한 직무의 수행이 적절한 편의제공에 의해 이루어질 수 없음을 입증하는 사용자는 이 법에 의거한 차별 제소에 대해 방어할 수 있다(제103조(a)). 이 때 자격요건이라는 것은 어떤 개인이 직장에서 다른 개인들의 건강이나 안전에 직접적 위협을 제기해서는 안 된다는 요건을 포함할 수 있다(제103조(b)). 즉, 이 법에서 차별은 “유자격 장애인”에 대해서 금지되고, 사용자에게는 “신체적 또는 정신적 한계가 있는 것으로 알려진 자격이 있는 개인에 대한 합리적인 편의제공” 의무가 부과된다. 장애가 있는 개인에 대해 편의제공을 하기 위한 사용자의 의무는 진정직업자격 항변과 관련한 많은 동일한 이슈들과 연관이 있다⁷⁴⁾.

장애인법 ADA

The Americans with Disabilities Act of 1990

제101조 정의

(9) 적절한 편의제공 - 적절한 편의제공이라는 용어는 다음의 의미를 포함한다

- (A) 근로자들이 사용하고 있는 기존의 시설들을 장애를 가진 개인들이 더욱 쉽게 접근해서 사용할 수 있도록 한다; 그리고
- (B) 장애를 가진 개인들을 위한 직무 재구성, 파트타임 또는 변경된 작업일정, 직무 재배치를 겸한 결원보충, 장비 또는 장치의 획득이나 변경, 시험. 훈련자료 또는 정책의 적절한 조정이나 변경, 유자격 낭독자나 수화통역사의 제공, 여타의 유사한 편의제공

74) Mack A. Player(1995), Employment Discrimination Law, West Publishing Co. p. 117-118

(10) 과도한 부담

- (A) 총칙 - 과도한 부담이라는 용어는 (B)에 규정된 요소들에 비추어 상당한 정도의 곤란이나 비용을 요구하는 조치를 의미한다
- (B) 고려되는 요소들 - 편의제공이 관계자에게 과도한 부담을 가하는지 여부를 판단하기 위해 다음 요소들을 고려할 필요가 있다
 - (i) 이 법에 의거해 필요한 편의제공의 성격과 비용;
 - (ii) 적절한 편의제공을 위해 이용되는 시설 또는 시설들의 전체 재원, 그러한 시설에 고용되는 사람들의 숫자; 그러한 편의제공이 지출과 자원에 미치는 결과 또는 시설 운영에 미치는 영향;
 - (iii) 관계자의 전체 재원; 근로자의 숫자로 측정되는 관계자의 전체 영업규모; 시설들의 숫자와 형태 및 위치 그리고
 - (iv) 노동력의 구성, 구조, 기능 등을 포함한 관계자의 영업형태; 시설 또는 시설들의 지리적 분리와 관리 또는 재정이 관계자와 맺고 있는 관계

제102조 (a) 총칙

(b) 해석 - (a)에서 사용된 차별의 의미는 다음을 포함한다.

- (1) 장애를 이유로 장애를 가진 고용지원자 또는 근로자의 기회 또는 지위에 불리한 영향을 미치는 방식으로 그러한 고용지원자 또는 근로자를 제한, 격리, 분류하는 행위
- (2) 자격이 있는 장애인 또는 근로자가 관계자로부터 이 법에 의해 금지된 차별을 받는 결과를 가져오는 계약이나 협정 또는 관계에 참여하는 행위 (3, 4항 생략)
- (5) (A) 지원자 또는 근로자가 자격이 있는 장애인일 경우, 그의 신체적 또는 정신적 한계를 배려하지 않고 적절한 편의제공을 하지 않는 행위(단, 관계자가 그러한 편의제공이 영업운영에 과도한 부담을 초래한다는 것을 입증할 경우는 예외이다)
- (B) 지원자 또는 근로자가 자격이 있는 장애인일 경우, 관계자

가 그의 신체적 또는 정신적 손상을 배려해 적절한 편의제공을 해야 할 필요가 있다는 이유로 고용기회를 거부하는 행위

(6) 장애를 가진 개인 또는 장애를 가진 개인들의 집단을 배제하거나 배제할 가능성이 있는 자격요건과 고용 시험방법 또는 여타 선발기준들을 이용하는 행위. 단, 관계자가 그 요건과 시험방법 또는 여타 선발기준이 직무와 관련되고 경영상 불가피한 것임을 입증할 경우는 예외

(7) 감각기능, 수작업기능(manual skills) 또는 언어능력의 면에서 장애가 있는 자를 대상으로 고용관련 테스트가 시행되는 경우에, 그러한 테스트의 결과가 해당 장애인의 손상된 감각기능이나 수작업기능, 또는 언어능력을 반영하는 것이 되어서는 안 되고(다만, 테스트가 그러한 기능, 능력을 측정하기 위한 취지로 시행되는 경우 제외), 응시자의 기능이나 적성 또는 기타 요소(테스트에 의한 측정 대상이 되는 요소)가 정확하게 반영될 수 있는 가장 효과적인 방식으로 선택하고 관리하지 않는 행위

제103조 방어

(a) 총칙 - 장애를 가진 개인을 배제하거나 배제할 가능성이 있는 자격요건, 검사 또는 선별기준 또는 그에게 직무나 혜택을 거부하는 그러한 기준의 적용이 직무와 관련되고 경영상 불가피한 것이고, 또한 직무의 수행이 이 법에서 요구하는 적절한 편의제공에 의해 이루어질 수 없음을 입증하는 사용자는 이 법에 의거한 차별 제소에 대해 방어할 수 있다.

(b) 자격요건 : 자격요건이라는 용어는 어떤 개인이 직장에서 다른 개인들의 건강이나 안전에 직접적 위협을 제기해서는 안 된다는 요건을 포함한다.

EEOC는 장애인법에서 “직무와 관련되고”의 의미에 대해, 어떤 자격요건이

나 선발기준이 그 직무의 “필수기능”에만 적용되는 것을 요구하지는 않는다고 본다. “직무와 관련된” 요건 혹은 선발기준은 어떤 직무의 모든 기능들을 평가하고 측정하는 데에 사용될 수 있으며, 사용자는 그 모든 기능들을 가장 잘 수행할 수 있는 사람을 선발하고 고용할 수 있다는 것이다. 또한 EEOC는 이 법에서 “경영상 불가피한”이라는 의미는 ‘어떤 시험 혹은 기타 선발기준이 해당 직무의 필수기능들과 아무 관련이 없이 단지 장애를 이유로 장애를 가진 개인을 배제한다면, 그것은 경영상 불가피한 것이 아니다’는 법원의 해석을 따른다.

III. 관련 판례

장애로 인한 고용상의 차별판단과 관련하여 주요한 판단기준은 ‘적절한 편의제공’과 ‘과도한 부담’ 등에 관한 것이다. 1973년 재활법에 의거하여 연방정부 사용자는 장애인 근로자 혹은 근로 지원자에게 적절한 편의를 제공할 의무를 지녀왔다. ‘적절한 편의제공’이란 장애를 가진 유자격 개인이 평등한 고용기회를 가질 수 있도록 직무의 내용·작업환경·통상적인 직무수행방식 등을 변경 혹은 조정하는 것을 말한다. 적절한 편의제공에는 동 법이 규정하고 있는 적절한 편의제공 요건을 충족시키기 위한 수단으로서, 업무를 재조정하거나 혹은 다른 업무에 배치하는 것을 포함한다. 1990년 장애인법의 제정으로, 많은 민간기업 사용자들도 기본적으로 동일한 의무를 지닌다. 두 법에 의하면, 적절한 편의제공은, 해당 개인이 (적절한 편의제공을 제공받을 경우) 당 업무에 적격이고, 배려의 유무에 관계없이 “필수적인 기능”을 수행할 수 있는 한도 내에서의 업무조정을 포함할 수 있다⁷⁵⁾.

적절한 편의제공은 다음과 같은 것을 포함한다 : (a) 사용자가 기존 시설을

75) Gilbert v. Frank(1991) 사건에서, 원고는, 적절한 편의제공 차원에서, 미국 우편국에서 무거운 물품의 운반 업무를 제외시켜 달라고 요청하였다. 그는 다른 직원들이 자신을 대신해서 그 업무를 하면 된다고 제안했으나, 법원은 그 업무는 그의 업무의 본질적 기능이며, 사용자는 적절한 편의제공 차원에서 그 업무를 제외시킬 의무가 없다고 판결했다. 해당 개인이 업무의 본질적 기능을 수행할 수 없다면 그 개인은 적격자가 아니며, 재활법의 보호를 받을 수 없다는 것이다.

장애인이 사용가능하고 그가 접근할 수 있도록 변경하는 것, (b) 업무 재조정, 단시간제 등 기타 업무시간의 조정, 업무배치 변경, 업무수행에 필요한 장비들을 구비하거나 개조하는 것, 시험방식, 훈련 자료 혹은 정책의 조정, 자격이 있는 구술인(reader)나 통역사의 조달, 기타 장애인을 위한 유사한 배려조치들이 있다⁷⁶⁾.

적절한 편의제공의 일환으로 무거운 짐을 드는 것 등 중한 육체적 업무를 경감시킬 것을 요구하는지 여부에 관해 많은 다툼이 있었으나, 육체적으로 경한 업무를 부여하는 것이 적절한 편의제공이라는 판례도 있고, 그렇지 않다는 판례도 있다. 또한 적절한 편의제공으로서 탄력시간 근무제를 제공할 의무가 있는가에 대해서 근로자가 사실상 핸디캡이 없거나, 적격하지 않거나, 사용자에게 과도한 부담을 초래한다는 이유에서 탄력시간 근무제 제공 의무가 없다는 판결이 있다.⁷⁷⁾

업무 재조정(job restructuring)이 ‘유자격 장애인’에 대한 적절한 편의제공

76) EEOC 지침은 적절한 편의제공의 일반적 유형들을 구체적으로 제시한다. 예를 들어, 모든 시설을 장애를 가진 사람들이 쉽게 접근할 수 있고 쉽게 사용할 수 있도록 만드는 것, 직무의 주변기능들을 재할당하거나 재분배함으로써 직무의 구조를 조정하는 것, 직무의 필수기능이 수행되는 때와 방법을 바꾸는 것, 시간제 근무 혹은 작업일정 변경, 장비나 시설을 들여놓거나 고치는 것, 시험방법, 교재 혹은 정책을 변경하는 것, 유자격 낭독자와 수화통역사를 제공하는 것, 공식 중인 직무로 이동시키는 것, 치료를 위해서 유급 및 무급 휴가를 주는 것, 손상 때문에 동작이 민첩하지 못한 사람을 위해서 전용 주차장을 제공하는 것, 사용자가 제공할 의무가 없는 장비나 도구를 근로자 스스로 조달하도록 허락하는 것 등이다. 이밖에 다른 유형들이 제시될 수 있다.

77) 적절한 편의제공으로서 탄력시간 근무제, 혹은 개방형 근무제(open-ended work schedule) 제공의 의무가 없다고 판결한 사례가 있다. 장애인 근로자가 적절한 편의제공으로서의 휴가를 요청할 때, 그 휴가 기간이 매우 길거나 (예컨대 1년), 휴가가 너무 돌발적이고 일정치 않아 근로자의 출근을 예측하기 어렵거나, 근로자가 다시 복귀했다 하더라도 업무의 본질적 기능을 수행할 자격이 안 된다고 판단될 때, 또는 근로자가 일정한 기간 내에 업무 완료를 전제로 고용되었고 휴가를 가질 경우 업무 완료가 그 기간 내에 불가능할 때 등으로 장애인법에 따르면, 어떤 경우에도 장애인 근로자에게 적절한 편의제공으로서의 무제한적 휴가 제공은 사용자의 의무가 아니다. 또한 적절한 편의제공으로서 근로자를 다른 직위로 옮기게 하거나 새로운 직위를 부여할 의무가 있을 수 있는가에 대해서는 몇몇 판결에서는 그럴 의무가 있을 수 있는 것으로 결정했으나 대부분의 경우 의무가 있을 수 없는 것으로 결정했다. 또한 적절한 편의제공으로서 근로자의 업무 내용을 재조정하거나, 혹은 업무환경을 조정(부수적인 사무기기 제공 혹은 별도의 감독자 배치 등)할 의무가 있을 수 있는가에 대해서는 상반되는 판결들이 존재한다.

을 구성하는가에 관하여 현재 비어있는 직위에 유자격 장애인을 재배치하는 것은 적절한 편의제공에 해당할 수 있으나, 장애인법은 사용자에게 장애인을 위해 새로운 직위를 만들거나, 기존에 종사하던 직원을 이전시키고 장애인 근로자를 그 직위에 배치시킬 의무를 부과하고 있지 않다⁷⁸⁾.

적절한 편의를 제공해야 하는 사용자의 의무에 부과되는 유일한 법적 한도는 그러한 변화나 변경이 사용자에게 초래하는 '과도한 부담'인데, 이는 적절한 편의를 제공하는 사용자의 능력을 제한하는 양적·재정적 한도나 기타 한도를 의미한다⁷⁹⁾. 이는 좀 더 구체적으로 (a) 막중한 어려움이나 비용을 요구하는 행위를 의미하며, (b) 적절한 편의가 해당기관에 '과도한 부담'을 초래할 것인가 아닌가를 결정하는데 있어서 고려되어야 하는 요인들을 포함 한다⁸⁰⁾. 구체적으로 어떤 편의제공이 합리적인가는 사례별로 결정되어야 한다. 아래의 Vande Zande 사건⁸¹⁾에서 법원은 장애인인 근로자를 가내에서 근무하도록 허락함으로써 적절한 편의를 제공했다고 판결하는가 하면, 허리부상을 당

78) 이와 관련된 일반적인 원칙들은 다음과 같다.

- 장애인법은 사용자에게 장애인 근로자에 대한 배려로서 승진시킬 의무를 두고 있지 않다.
- 장애인법에 따르면, 사용자는 장애인 근로자가 기존의 업무를 더 이상 수행할 수 없을 경우 현재 비어있는 다른 직위에 그를 재배치할 의무가 있다. 그러나 그 장애인 근로자를 위해 새로운 직위 또는 업무를 만들 의무는 없다.
- 사용자는 장애인 근로자의 한계를 고려한 효과적인 배려를 제공할 의무가 있다.
- 수 개월간의 휴가는 적절한 편의제공에 포함되지 않는다.
- 배려가 사용자에게 '과도한 부담'을 초래할 경우 그 배려는 '합리적'이지 않으며, 따라서 그 배려의 제공 의무가 없다.
- 장애는 근로자가 현재 비어있는 다른 직위의 일을 수행할 자격이 있으면 그 직위로의 배치는 가능한 배려가 될 수 있다.
- '과도한 부담'을 초래하지 않음에도 불구하고 유자격 장애인에게 적절한 편의제공을 제공하지 않으면 차별이다.

79) 42 U.S.C §12112(b)(5)(A) (1994)

80) 이는 다음과 같은 요인들을 포함한다.

1. 장애인법에 근거한 배려의 성격과 비용
2. 적절한 편의제공 마련에 필요한 시설들을 위한 전반적인 재정적 자원; 해당 시설들에 고용되는 직원들의 숫자; 비용과 자원의 효과; 또는 시설을 작동시키는데 있어서의 그러한 배려의 영향
3. 해당 기관의 전반적인 재정 상태; 근로자 숫자를 기준으로 한 해당기업의 전반적 규모; 시설물의 수, 종류, 위치
4. 해당 기관의 운영 형태--구성, 조직, 근로자의 기능 등을 포함; 해당 기업 시설물들의 위치, 행정적 혹은 예산상 관계 등

81) Vande Zande v. Wisconsin Dep't of Admin 44 F 3d 538(7th Cir. 1995)

한 화물 점검 직원을 위해서 화물 운전사들이 그 직원의 집으로 가서 화물 점검을 받도록 하는 것은 사용자에게 지나친 비용 부담을 초래하는 “과도한 부담”으로 간주하기도 하였다. 법원은 이와 관련하여, 사용자는 근로자가 요구하는 모든 (업무장소의)변경을 다 들어줄 필요는 없다고 하면서, 어떤 근로자가 채택 근무를 요구하는 것은 집에서 일을 수행하는 것을 돕는 정도 상당의 도구들과 물리적 조건들을 요구하는 것이므로, 이를 들어주지 않은 경우에도 사용자가 “법정 최소한도의 적절한 편의제공 의무(statutory minimum of reasonable accommodation)”를 다 한 것으로 간주했다⁸²⁾.

Buckingham v. United States 998 F 2d 735 (9th Cir. 1993)

1) 사건 개요

에이즈 환자인 Buckingham(미시시피의 콜럼버스 시 우체국 근무)이 좀 더 나은 치료를 받기 위해 LA로 근무지를 이전시켜 달라는 요청을 우체국이 거부하여 발생한 사건으로, 우체국 측은 근무지 이전은 단체협약에 위배되고 의학적 치료를 위한 근무지 이전은 적절한 편의제공에 해당하지 않는다고 주

82) 예컨대 천식환자인 근로자가 자신의 업무 공간을 금연공간으로 해달라는 요구를 했으나 사용자는 흡연 제한 구역을 만드는 한편(완전 금연이 아닌), 그 근로자로 하여금 완전 금연 공간인 부서 업무로 이전할 것을 제안하였고, 이에 근로자가 제시한 사안에서 법원은 “사용자가 제공한 편의시설로도 그 근로자가 자신의 본질적 업무를 수행할 수 있을 것이라는 충분한 근거가 있다”는 이유로 근로자의 패소를 결정했다. 한편 이와 유사하게, i) 사용자가 근로자로 하여금 채택근무를 하도록 허락하고, 일감이 충분하지 않은 경우 그 시간을 ‘병가’로 처리하도록 하여 소송이 제기된 경우에는, ‘적절한 편의 제공’ 여부에 대해서는 비용에 대한 고려도 포함되며, 채택근무는 팀워크 감독을 어렵게 하여 풀타임 근무로 인정하기 어려운 상황이라는 이유로 사용자가 승소하였고, ii) 조울증인 한 근로자가 근무지 이전을 요청했으나 거절당한 사안에서는, 근무지 이전이 그의 업무상 본질적 기능을 수행하게 할 수 있을 것이라는 데 대한 아무런 증거가 없다고 판단했으며, iii) 세포경화증에 걸린 컴퓨터 프로그래머가 채택근무를 요청했으나 거절당하여 제기한 소송에서는, 컴퓨터 프로그래머의 업무상 본질적 기능은 채택근무로 수행될 수 없다고 보았다. 이러한 사례들에서 법원은 “다른 상황에서는 업무의 본질적 기능을 수행할 능력이 없는 경우(Individual not otherwise qualified to perform essential functions of position)”인지 여부를 검토하고, 장애인법의 취지를 “적절한 편의제공이 근로자의 업무상 본질적 기능을 제거하는 결과를 가져올 경우 그 편의제공 의무가 적용되지 않는다”고 해석하고 있다

장했다.

2) 판결 내용

법원은 근로자의 장애 상태가 사용자에게 ‘과도한 부담’을 주지 않는 한 적절한 편의제공을 필요로 한다고 하면서, 해당 근로자가 업무의 본질적 기능을 수행하도록 하기 위해 적절한 편의제공을 할 필요가 없다는 것을 입증할 책임은 사용자에게 있다고 판시하였고, 어떤 타입의 배려(여기에서는 근무지 이전)는 적절한 편의제공이 아니라는 사용자의 입장은 잘못된 것이라고 보았다. 우체국 당국은 근로자가 미시시피에서도 그의 본질적 업무를 수행할 수 있으므로 근무지를 이전시킬 사용자의 의무는 없다고 주장하였으나, 법원은 장애인에게 적절한 편의를 제공할 의무는 단순히 업무의 필수적인 기능 수행 능력 여부를 넘어서는 것이라고 지적했다. 이는 적절한 편의제공은 (a) 근로자가 비장애인 근로자들과 동등한 특권과 혜택을 누리도록 하기 위해, (b) 장애를 치료할 수 있도록 하기 위해 필요할 수 있다고 본 사안이다. 즉 법원은 사용자는 근로자가 정상적인 삶을 추구하기 위한 노력을 하는 것을 방해하지 않을 의무가 있으며 “적절한 편의제공의 본질”은 장애인을 위해 가능한 한 정책과 절차를 변경하는 것이라고 설명했다.

Guneratne v. St. Mary's Hosp. 943 F Supp 771 (1996)

1) 사건 개요

Guneratne는 1989년부터 St. Mary's 병원에서 일하면서 여러 가지 다른 직위에서 일을 했었는데, 임상 간호사로 일을 하던 1993년 8월에 환자를 들어 올리는 도중 등에 장애를 입었다. 그녀는 부상에 대한 치료를 받고 1994년 6월에야 병원으로 복귀할 수 있었는데, 의사들은 그녀가 해당 직무의 필수적인 기능을 수행할 수 없다고 진단하였고, 그 결과 복직하지 못하였다.

2) 판결 내용

법원은 허리를 다친 간호사에게 적절한 편의제공으로서 육체적 부담이 가벼운 업무를 부여할 의무가 없다는 판결을 내렸다. 이는 무거운 짐을 드는 것은 간호업무의 “본질적 기능”이라는 것으로, 긴급 상황시 환자들을 옮길 수 없다면 그 환자들의 건강과 복지에 위험을 초래하는 일이라는 점을 지적했다.

United States EEOC v. AIC Sec. Investigations 55 F 3d 1276 (7th Cir. 1995)

1) 사건 개요

AIC는 시카고 지역의 주거 및 상업지역의 안전경비업체로 약 300명을 고용하고 있는 회사인데, 당시 최고관리인 직위의 근로자가 뇌종양에 걸렸다는 이유로 해고되었다. 이에 대하여 근로자가 장애인법 위반으로 소송을 제기하였다.

2) 판결 내용

뇌종양 말기 환자인 근로자가 그 병으로 인해 더 이상 수행할 수 없는 육체적인 업무요건을 조정해주지 않은 사용자에게 법원은 업무 재조정 의무가 있다고 판결했다. 여기에서 법원은 조정이 가능했던 육체적 업무요건은 그 업무의 ‘필수적인 기능’이 아니라고 판단했다.

Donald Barth v. Bruce S. Gelb, Director, U.S. Information Agency, et al. 2 F 2d 1180(1993)

1) 사건 개요

이 사건은 중증의 당뇨병 환자인 근로자가 그 질병을 이유로 해외파견 업무에서 배제되자 소송을 제기한 사례로 1심에서 근로자가 패소하였다. 패소의 논거는 근로자의 의료적 조건에 맞추기 위한 특별한 배려들은 사용자에게 과도한 부담을 초래했을 것이므로 그것은 적절한 편의제공 의무에 속하지 않는다는 것이다. 이에 근로자가 항소하였다.

2) 판결 내용

항소심에서의 주요 논점은, 1) 근로자에게 그러한 편의를 제공하는 것이 회사에 '과도한 부담'을 주었는지, 2) 입증책임의 잘못된 전가가 있었는지, 3) 회사가 그동안 근무 중 의료적 문제를 갖게 된 근로자들을 위해 특별한 배려들을 했고 장애로 인한 차별을 하지 않았는지, 4) 근로자에게 필요한 배려가 '과도한 부담'을 초래할 것인가의 여부였고, 이를 판단함에 있어서는 근로자에 대한 부정적 효과가 고려될 수 있었는지 등을 입증해야 한다는 원칙적 논거들을 확인하였다.

법원은 1심 법원이 입증책임을 잘못 전가한 것은 인정하였으나, 그렇다고 하더라도 결론이 바뀌는 것은 아니라는 이유로 원심 판결을 유지하였다.

Mary Tuck v. HCA Health Services of Tennessee, Inc. 7 F 3d 465(6th Cir. 1993)

1) 사건 개요

근무기간 중 발생한 허리 부상으로 인한 장애를 이유로 해고된 간호사가 병원을 상대로 고용차별 소송을 제기한 사건이다.

2) 판결 내용

항소심에서 법원은 1) 위 간호사는 테네시 주 인권법 상 요구되는 '일용의 차별혐의가 있음(prima facie)'을 입증했으며, 2) 근로자는 재활법에 의거한 소송을 제기하기 전에 모든 행정적 구제방법을 모색할 의무가 없고, 3) 병원 측이 허리 장애가 있는 동 간호사에 대해 적절한 편의제공 의무를 이행하지 않았음을 확인했다. 이 사건에서 "이 간호사가 유자격 장애인인가의 문제"와 관련하여 법원은 "적절한 편의가 제공될 경우 업무의 본질적 기능을 수행할 수 있는 장애인"으로 인정하였다.

Roger B. Treadwell v. Clifford Alexander 707 F 2d 473 (11th Cir. 1983)

1) 사건 개요

Treadwell은 1979년에 외과적 장애를 입은 후, 관상동맥 보조 장치를 달고 부대 기술단(구성원 전원이 장애인으로, 퇴역 행정단에 의해 운영)에서 계절적 임시 기술자로 일해 왔는데, 신경증과 심장병 때문에 사바나지역의 기술단에서 그 직무를 수행할 수 없다는 판단에 따라 해고되었다.

2) 판결 내용

재판과정에서 Treadwell의 상사는, 해당 기술직이 하루에 6시간 이상을 걸어야 하고 1시간 이상을 서 있어야 하는 기능적인 직무 요건을 가지고 있는데, Treadwell이 하루에 1마일 이상을 걸을 수 없었기 때문에 그의 직무수행

이 불가능하다고 증언하였으며, 직무기술서에는 그 기능적 요건으로 “15-44파운드를 들어 올릴 수 있고 상당한 거리를 이동해야 한다”고 기재되어 있었다. 또한 Treadwell이 담당하는 업무를 수행하는 인원은 모두 2-4명으로, 비교적 적은 수의 인원에 의해 처리되고 있었다.

법원은 근로자가 기술자로서의 실질적인 기능을 수행할 수 없고, 이러한 직무 수행을 다른 근로자들이 하도록 하는 것은 사용자에게 과도한 부담을 준다고 판단하여, 근로자 패소 판결을 하였다. 이 사건은 사용자가 필수적이라고 간주하는 기능을 근로자에게 수행하도록 요구하고 있는가를 판단함에 있어서, i) 직무의 존재이유가 특정한 기능을 수행하는 데 있는가를 검토하고, ii) 그 특정한 기능을 수행할 수 있는 근로자의 숫자를 고려해야 한다는 것을 보여준 사례이다. 특히 전체 고용 근로자의 숫자가 적거나 노동력에 대한 수요의 변화가 심할 때 이러한 두 번째 요소는 매우 중요한데, 예를 들어, 작업의 양에 비해 근로자의 숫자가 적다면, 근로자 혼자서 여러 가지 기능들을 수행해야만 하며, 작업의 재조직을 위한 선택방안도 그만큼 줄어들다는 것이다. 이러한 경우, 근로자가 많다면 필수기능이 안 되었을 기능들이 근로자의 제한된 숫자 때문에 필수기능이 된다.

Hall v. U. S. Postal Service, 857 F 2d 1073(6th Cir. 1988)

1) 사건 개요

47세 여성인 Hall은 1968년부터 우체국에서 편지배달원으로 일해 왔으나, 5년만인 1973년 11월에 오른쪽 엉덩이와 다리, 그리고 등에 부상을 입었기 때문에 이후로는 연방근로자재해보상법에 의해 급여를 받아 요양 중이었다. 1982년 요양 종결 통보를 받고 1984년에 직장에 복귀하고자 하였는데, 편지배달원 지위에서 요구되는 걷고 들어 올리고 하는 일들을 수행할 수 없었기 때문이었으며 ‘배달사무직’을 맡기를 희망하였다. 그러나 우체국에서는 Hall의 신체 상태로는 배달사무직 업무도 수행할 수 없다는 이유로 복직을 거부

하였고, 이에 대해 Hall이 소송을 제기하였다.

2) 판결 내용

법원은 '배달사무직'의 직무기술서에서 요구하는 일들이 70파운드를 들어올리고 반복된 포장 작업을 하는 것이라고 보았으며, 이 직무는 실제적으로 반복적으로 무거운 짐의 운반이 필수적으로 요구되는 일이라고 판단했다. 따라서 법원은 Hall의 신체적 조건을 고려하면, 배달 사무원의 일도 수행할 수 없으므로, 복직을 거부한 것은 장애를 이유로 한 차별이라고 할 수 없다고 보았다.

직무설명서는 해당 직위의 필수기능을 파악하는 데 고려되는 관련 증거 중의 하나인데, 이 사건에서는 특히 직무기술서와 현재의 직무담당자가 갖고 있는 직무경험이 필수기능을 판단하는 데 중요한 근거가 됨을 보여 주었다.

제5절 미국 : 검토 결과의 요약

미국은 1964년 제정된 시민권법 제7편에 의해 인종, 피부색, 종교, 성별, 출신민족을 이유로 한 차별을 금지하고, 1967년 제정된 연령차별금지법에 의해 40세 이상 근로자에 대한 차별을 금지하며, 1990년의 장애인법에 의해 장애인에 대한 고용차별을 금지하고 있다. 차별의 예외로서 진정직업자격 항변은 시민권법 제7편에 의한 종교·성별 또는 출신민족을 사유로 한 경우에, 그리고 연령차별금지법에 의한 연령을 사유로 한 경우에 한해 인정된다. 장애의 경우 장애인법에 따라 '직무와 관련되고 경영상 불가피한 것이고, 또한 직무의 수행이 적절한 편의제공에 의해 이루어질 수 없음을 입증하는 경우'에 차별의 예외로서 항변할 수 있다.

따라서 미국에서는 사용자가 진정직업자격을 주장하기 위해서는 특정한 성별, 종교 또는 출신민족, 연령의 근로자를 고용해야만 안전하고 효과적인 직

무의 수행이 가능하다는 것을 입증해야 한다. EEOC에서는 진정직업자격에 대한 판단기준을 마련하여 엄격한 적용을 예시하고 있으며, 법원 역시 판결을 통해 같은 입장을 보여주고 있다. 진정직업자격과 관련한 미국의 판례를 살펴보면, 일반적으로 진정직업자격을 입증하기 위해서 사용자는 해당 기준이 사업의 운영 그 자체의 “본질(essence)”의 객관적인 수행과 직접적으로 관련이 있음을 보여줄 것이 요구된다.

우선, 성별 및 임신과 관련된 사례들을 살펴보면, 사용자는 특정 성별의 근로자 또는 임신한 근로자가 그 직무의 본질적인 의무를 수행할 수 없다는 것을 보여줌으로써 진정직업자격이라는 점을 입증할 수 있다. 사용자가 모든 여성/남성 또는 모든 임신한 여성이 “핵심(core)” 직무를 수행할 수 없다는 것을 보여줄 수 없다면, 사용자는 문제가 된 개별 근로자의 실제적인 능력을 측정하여 “핵심” 직무수행이 불가능하다는 것을 보여주어야만 차별의 혐의를 벗을 수 있다. 성별 및 임신과 관련한 사례에서는 주로, i) 서비스를 받는 고객이나 다른 사람의 프라이버시권 보호의 필요성(간호사·세면장 관리인·교도관), ii) 고객, 태아 및 다른 사람의 안전 기타 복리(임신한 승무원의 비행 자격, 임신가능 여성의 납 노출 생산직), iii) 해당 근로자 본인의 안전(교도관), iv) 사업의 본질의 수행과 직접적 관련성(청소년 센터의 미혼모 등) 등이 판단 기준이 되었으며, v) 단순히 고객의 선호나 신체적 능력에 대한 차별적 고정 관념은 진정직업자격의 판단 요소에서 제외되었다.

종교의 경우 진정직업자격이 쟁점이 된 사례는 많지 않으나 사용자는 근로자의 종교적 신념·의무·관행 때문에 본질적인 업무를 수행하는 것이 불가능함을 입증해야 한다. 이에 법원은 i) 종교적 기관에서 학교를 설립하고 그 설립 목적이 종교적 가치관의 유지라고 하더라도 그 업무 본질적 부분의 성격이 세속적인 것일 때에는 특정 종교를 차등 취급할 수 없다고 하고, ii) 고객의 선호만으로는 진정직업자격이 될 수 없지만, iii) (구체적인 자료와 개연성이 있다는 것을 전제로) 해당 근로자 본인의 안전을 위한 경우라면 정당한 사유가 된다고 보고 있다.

출신민족을 근거로 한 차별이 문제가 될 경우에도 사용자는 출신민족이 진정직업자격에 해당한다고 항변할 수 있으나, 법원들은 진정직업자격 항변을 매우 협의적으로 해석하기 때문에, 출신민족이 항변의 근거로 인정되는 경우는 매우 드물다⁸³⁾.

연령의 경우도 마찬가지로, 연령에 근거한 제한이 진정직업자격으로 정당화되기 위해서 사용자는, i) 특정 연령 이상의 근로자는 모두 또는 대부분 직무수행을 위한 자격, 능력이 부족하다고 믿을만한 실질적인 근거를 제시하거나 또는 ii) 각 근로자의 직무능력을 개별적으로 심사하는 것이 너무 비현실이라는 점을 입증해야 한다고 한다. 연령차별 사건에서 사용자는 통상 연령이 아닌 다른 방법을 통해 직무능력을 갖췄는지 가려내는 것이 불가능하다고 주장하지만, 연령에 따른 노화 정도는 개인별로 각기 다르기 때문에 실질적인 능력에 근거하여야 한다는 것이 연령차별금지법과 미국 법원의 확립된 입장이다. 따라서 대부분의 사례에서 진정직업자격임이 인정되지 않았다.

한편 장애의 경우 진정직업요건이라는 개념적 정의를 통해 장애인고용차별의 예외사유를 명시하지는 않고 있으나, 사용자는 학력·기술·경험 그리고 직무수행에 필요한 신체적·정신적 기준, 건강과 안전 등 “직무와 관련된 자격요건”을 설정하여 사용자가 원하는 직무를 수행할 수 있는 사람을 고용할 수 있으므로, 어떠한 요건이 그러한 ‘직무상 관련된 자격요건’인지가 문제된다. 장애에 따른 고용차별을 판단하기 위해서는 우선 보호의 대상이 되는 장애에 해당하는지를 판단해야 하고, 다음으로 ‘유자격 장애인’인지를 판단하게 되며, 그 다음에는 장애를 근거로 장애를 가진 사람을 배제하거나 배제할 가능성이 있는 자격요건이나 선발기준이 ‘직무와 관련’되고 ‘경영상 불가피한 것’인지를 판단해야 한다. 그리고 이들 판단 기준을 모두 통과하더라도 다시 “적절한 편의제공에 따라 그 개인이 해당 기준을 충족할 수 있었는지”의 여부도 판단되어야 한다.

83) EEOC, 출신민족 차별금지를 위한 자기평가

제3장 캐나다

캐나다는 인권법에 의해 인종, 국적 또는 민족, 피부색, 종교, 연령, 성, 혼인여부, 가족의 지위, 장애 및 사면 받은 유죄판결을 사유로 한 차별을 금지하고 있으면서, 같은 법 제15조에 그러한 차별이 "진정직업요건(BFOR : Bona Fide Occupational Requirements)에 해당하는 경우에는 차별이 아니라고 간주된다"는 규정을 두고 있다. 또한 진정직업요건에 해당하는 것으로 간주되기 위해서는 관련 개인이나 집단의 요구에 대해 편의를 제공 (accommodation)해야 하고, 이는 건강·안전·비용 등을 고려해 볼 때 과도한 부담(undue hardship)에 해당하지 않는 범위에서 이루어져야 한다.

제1절 고용차별 금지 법령의 체계 및 특징

캐나다의 경우 1977년 제정된 캐나다인권법(Canadian Human Rights Act)에 의해 포괄적으로 차별이 금지되고 있다⁸⁴⁾. 이후 1983년 개정을 통해서 금지되는 차별사유에 가족의 지위, 신체적 장애와 더불어 정신적 장애가 포함되었고, ‘임신과 출산’에 의한 차별도 성에 의한 차별에 해당하는 것으로 간주되었으며, 성희롱에 관한 규정도 포함되었다. 진정직업요건과 관련한 규정은 1998년 인권법 개정을 통해 명문화되었다⁸⁵⁾.

현재 캐나다인권법은 인종, 국적 또는 민족, 피부색, 종교, 연령, 성, 결혼여부, 가족의 지위, 장애 및 사면 받은 유죄판결에 근거한 차별을 금지하고 있으며, 임신이나 출산에 대한 차별의 경우는 성에 근거한 차별로 간주한다(제3조)⁸⁶⁾. 또한 장애의 범위에는 과거 및 현재의 알코올 또는 약물중독도 포함된다⁸⁷⁾.

이 법에서 금지하는 차별영역으로는 1) 관례상 일반 공중에게 제공되는 재화, 용역, 숙박 혹은 시설의 사용이나 접근을 거부하거나 다른 사람에 비해 부당하게 차별하는 경우, 2) 상업용 부동산이나 주거용 건물의 제공에 있어서 이의 사용을 거부하거나 다른 사람에 비해 부당하게 차별하는 경우, 3) 고용과 관련하여 부당하게 차별하는 경우 등이 해당된다.

그러나 고용과 관련한 거절, 배제, 제명, 제한, 자격정지, 제한, 선호 등이 진정직업요건에 해당하는 경우는 차별로 보지 않는다(제15조(1)(a)). 또한 이 법에서 규정하고 있는 재화, 서비스, 시설, 숙박의 사용이나 접근을 거부하거나 혹은 상업용 부동산이나 주거용 건물에 대한 점유를 거부하는 경우 혹은 불리하게 차별하여 대우하는 경우라도 선의의 정당성(Bona Fide Justification)

84) 그 전에 캐나다 지방정부의 1944년 온타리오주 인종차별법, 1951년 공정 고용관행법, 1962년 온타리오 인권법이 존재했다.

85) 문준조(2000), 외국의 인권위원회 설치 법률에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, p. 33-36

86) 캐나다 인권법이나 기타 차별금지 관련 법령에서 차별의 개념에 관한 정의를 하지 않는데, 그 이유는 법원으로 하여금 차별의 개념을 구체적인 사건에 따라 신축적으로 해석하게 하는 것이 인권법의 목적에 보다 부합되는 것으로 판단했기 때문인 것으로 보인다. 정안진(2003), 캐나다 인권법원연구(미간행), p. 11-12

87) Canadian Human Rights Commission, Grounds of Discrimination

이 있으면 차별행위가 아니다(제15조(1)(g)).

이 때 어떤 행위가 이 법에서 규정하고 있는 진정직업요건 혹은 선의의 정당성이 있는 것으로 간주되기 위해서는 관련 개인이나 집단의 요구에 대해 편의제공(accommodation)⁸⁸⁾을 하는 것이 건강·안전·비용 등을 고려해 볼 때 그 편의제공을 해야 하는 개인에게 과도한 부담(undue hardship)이 됨을 보여야 한다(제15조(2)).

법원은 과도한 부담에 대한 개념 정의를 하지 않고 있는데, 지금까지의 판례를 종합해 보면 과도한 부담을 평가하는 요소로 경제적 비용, 외부 자금원조, 단체협약의 위반, 다른 근로자의 사기, 시설 및 근로자의 교체, 사업장의 규모, 안전, 건강, 사용자의 사업에 대한 피해, 전반적 경제상황 등이 개별 사건에 주어진 구체적인 상황에 따라 상식적이고도 신축성 있게 적용되어왔다. 따라서 구체적인 사건에 있어 어디까지가 과도한 부담인지 그 경계에 대한 판단은 여전히 인권재판소나 법원의 몫으로 남아 있다⁸⁹⁾⁹⁰⁾.

88) 캐나다인권법의 경우 차별의 예외 조항에서 일반적 기준으로서 'accommodation'을 규정하고 있기 때문에, 이를 장애인에 대한 '편의제공'과 구분하여 '수용'이라고 번역하는 예도 있으나, 이 연구에서는 미국 장애인법에서와 마찬가지로 '편의제공'이라는 번역으로 통일하여 사용하기로 한다.

89) <http://www.emond-harnden.com/oct97/accom.html>, 정안진(2003), 앞의 자료, p.52-53에서 재인용

90) 캐나다인권법에 따라 캐나다인권위원회는 마치 경찰과 같이 진정을 접수받고 조사를 담당하는데, 심층조사가 필요하거나, 당사자간에 해결이 어렵다고 판단될 경우에는 인권재판소의 공식적인 의견(formal hearing)을 듣기 위해 인권재판소에 회부한다. 캐나다인권재판소의 주요한 목적은 캐나다인권법을 해석하고 적용하는 것이다. 캐나다인권재판소는 1977년 의회법(Act of Parliament)에 의해 만들어졌다. 캐나다인권재판소는 의회로부터 직접 기금을 받기 전에는 캐나다인권위원회를 통해서 재정지원이 되었으나, 1988년 이후 점차적으로 인권재판소는 인권위원회로부터 독립적으로 운영되었고, 1998년 캐나다인권법 개정을 통해서 공식적으로 독립되었다. 캐나다인권재판소는 법원과 유사하지만, 다른 행정재판소(administrative tribunal)처럼 공식적인 법원보다는 유연성을 가지고 있다. 즉, 캐나다인권재판소는 사람들이 입증에 대한 엄격한 규칙을 따르지 않고도 그들의 주장을 말할 수 있는 기회를 허용한다(Canada Human Rights Tribunal, Our Mission. http://www.chrt-tcdp.go.ca/about/index_e.asp). 캐나다인권재판소는 회부된 사건에 대해 결정(decision)을 하는데, 만약 진정인 또는 피진정인이 인권위원회 및 인권재판소의 결정에 불복하고자 한다면, 결정을 받은 날로부터 30일 이내에 the Federal Court Trial Division에 항소할 수 있고, 그 판결에 대해서는 연방법원(Federal Court of Appeal), 대법원(Supreme Court of Canada)에도 항소(appeal) 할 수 있다(Canada Human Rights Tribunal(2003a), What happens next? A Guide to the Tribunal process).

제2절 캐나다 인권법과 진정직업요건

I. 차별의 개념

캐나다 인권법은 “캐나다 의회의 입법권한에 속하는 사안의 범위 내에서 모든 개인이 사회의 일원으로서 인종, 국적 또는 민족, 피부색, 종교, 연령, 성, 결혼여부, 가족의 지위, 장애 및 사면 받은 유죄판결 등을 근거로 차별받지 않으면서 향유할 수 있고 또한 향유하기를 바라는 삶을 누릴 수 있도록 타인과 동등한 기회를 가져야 한다는 원칙을 실행하기 위하여 법적 효력이 미치도록 함을 목적”으로 한다(제2조). 이러한 목적에 따르기 위해서는 차별에 대한 개념과 차별을 해소하는 방법에 대한 해석을 어떻게 하느냐가 매우 중요하다.

1980년대 초까지만 해도 법원은 캐나다인권법이 의도적(또는 직접) 차별만을 금지한다고 보았다. 이러한 법원의 관점은 모든 사람을 동일한 방법으로 다루면 평등한 것이라고 보는 형식적 평등을 의미하는 것이었다. 그러나 *Bhinder v. Canadian National Railway*(1985) 사건에서 대법원은 캐나다인권법이 간접차별(*Indirect or adverse effect discrimination*)까지도 포함하는 보다 광범위한 목적과 의도가 있는 것이라고 결정함으로써 차별개념을 확대하였다. 이 사건에서 법원은 모든 고용인들에게 안전상의 이유로 안전모를 쓰게 하는 사용자의 규칙이 종교적인 이유로 터번 이외의 다른 모자를 쓰는 것을 금지하는 시크교도에게 차별적이라고 판결했다. 이러한 결정은 인권법이 단지 직접 차별만을 금지하는 것이 아니라, 특정 집단을 명시한 것은 아니지만 특정 집단의 개인적 특성으로 인해 부정적인 효과를 받을 수 있는 고용조건을 요구하는 것까지도 금지한다는 것을 명확히 한 것이다⁹¹⁾.

더 나아가 *Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway*

91) The Canadian Human Rights Act Review Panel(2000), *Promoting Equality : A New Vision*. The Report of the Canadian Human Rights Act Review Panel. p. 4

(1987) 사건⁹²⁾에서 캐나다 대법원은 “고용에 있어서 구조적 차별(systemic discrimination)이란 모집, 채용, 승진과 관련한 기존의 절차를 단순히 따르기만 해도 차별이 발생하는 것을 의미하는 것이다. 구조적 차별은 불리한 조건하에 놓인(disadvantaged) 집단을 단순히 제외시키는 것만으로도 재생산된다. 왜냐하면, 그러한 배제가 모든 사람들에게 ‘자연스러운’ 결과라는 믿음을 갖도록 조장하기 때문이다. 예를 들어, 아무런 근거 없이 ‘여성은 그러한 일을 할 수 없어’와 같은 생각을 갖게 하는 것이다. 이러한 구조적 차별에 맞서기 위해서는, 부정적인 관행과 부정적인 태도(attitudes)에 도전하는 풍토를 만드는 것이 필수적이다”라고 하면서 ‘구조적 차별’의 개념을 받아들였다⁹³⁾.

위와 같은 구조적 차별 개념은 기존에 드러나지 않았던 작업장에서의 많은 차별을 인식하게 하는 계기가 되었다. 예를 들어, 모든 사람이 비장애인이라는 가정에 근거해서 설계된 작업장은 장애인들에게 장벽이 될 수 있는 것이다. 그러나 과거에는 가족적 책임, 종교, 또는 장애에 근거한 근로자들의 욕구와 능력의 차이는 조직에서 편의제공을 해야 할 충분히 중요한 문제로 인식되지 않거나 간과되었었다. 위 판례에서 개념화한 구조적 차별 개념은 고용에 있어서 “표준적인(normal)” 근로자가 있다는 가정이 가지고 있는 문제에 대해 생각하게 했다. 이는 “표준적인” 근로자의 가정에는 “표준적인” 근

92) 이 사건은 Action Travail des Femmes라는 여성단체가 캐나다 철도회사의 부당한 정책으로 인해 여성들이 성차별을 받았다는 내용의 진정을 캐나다인권위원회에 제출하면서 시작되었다. 이 사건에서 캐나다 인권재판소는 캐나다철도회사가 육체노동을 주로 하는 작업영역에 여성고용을 기피하였을 뿐만 아니라 조직에 광범위하게 내재되어 있던 잘못된 가정(assumptions)과 태도에 의해 차별이 조장, 심화되었음을 발견하였다. 즉, 캐나다철도회사는 여성의 고용축진을 위한 정책을 실시하지 않았고, 여성고용은 비서와 같은 전통적 여성 직무에 우선해서 배치하였으며, 회사 구성원들에게 여성과 여성의 능력에 대한 부정적인 사고(여성은 청소같은 일이나 잘한다, 여성은 육체노동에는 약하다)가 팽배해 있었다는 것이다. 또한 전통적으로 남성 업무분야로 여겨지는 작업영역에 있어서 직원모집정보 등을 여성에게 성실하게 제공하지 않고, 여성을 상대로 실제로 업무와 별로 상관없는 용접기술 등에 관해 인터뷰를 하는 등 회사가 여성에 대한 차별을 심화시킨 것으로 판단했다. 이에 캐나다 인권재판소는 이 회사를 상대로 여성에게 불리한 기술 축정을 중단할 것, 용접경험을 더 이상 요구하지 말 것, 비전통적인 업무에 대한 명확한 정보를 제공할 것, 인터뷰시 남성과 여성을 동등하게 대우할 것 등을 명령함과 동시에 비전통적 업무부분에 여성근로자의 비율이 캐나다 평균 비율인 13%에 이를 때까지 남성 4명을 고용할 때 마다 의무적으로 여성 1명을 고용하도록 명령하였다. 이에 캐나다철도회사는 항소법원에 항소하였고, 결국 대법원까지 가게 되었는데 대법원이 구조적 차별개념을 받아들인 것이다(정안진, 2003: 18-19).

93) The Canadian Human Rights Act Review Panel(2000), 앞의 자료, p. 14

로자가 아닌 집단을 고용하기 위해서는 “특별한 이해(special interest)”가 요구된다는 전제가 들어 있기 때문이다. 캐나다인권위원회는 이러한 문제를 드러내는 구조적 차별 개념은 “실질적 평등(substantive equality)”을 추구하는 것으로 모든 사회구성원의 완전한 통합을 목표로 하는 캐나다인권법의 취지에도 부합한 것이라고 보고 있다⁹⁴⁾.

II. 진정직업요건 관련 법률 내용

캐나다 인권법은 제 H-6장 제15조에서 차별행위로 볼 수 없는 예외 규정을 두면서 진정직업요건에 관한 규정을 명시하고, “진정직업자격으로 간주되기 위해서는 관련 개인이나 집단의 요구에 대해 편의제공을 하는 것이 건강·안전·비용 등을 고려할 때 편의제공을 해야 하는 개인에게 과도한 부담이 되어야 한다”는 편의제공 관련 규정도 함께 두고 있다.

캐나다인권법

Canadian Human Rights Act

제 H-6 장

15. 예외

(1) 다음의 경우는 차별행위로 볼 수 없다.

(a) 고용문제와 관련된 거부, 배척, 제적(expulsion), 자격정지, 제한, 차별화 또는 우선순위(preference)의 기준이 진정직업요건에 근거하여 사용자에 의해 정해지는 경우

(c) 어떤 개인이 유사한 직무 종사자들의 일반적인 퇴직연령에 도달하여 고용이 종료되는 경우

94) The Canadian Human Rights Act Review Panel(2000), 앞의 자료, p. 5 구조적 차별에 관한 보다 자세한 내용은 앞의 자료를 참조

(g) 이 법에서 규정하고 있는 재화, 서비스, 시설, 숙박의 사용이나 접근을 거부하거나 혹은 상업용 부동산이나 주거용 건물에 대한 점유를 거부하는 경우 혹은 불리하게 차별하여 대우하는 경우라도 선의의 정당성이 있으면 차별행위가 아니다.

(2) 어떤 행위가 (1)(a)에서 언급한 진정직업요건에 해당하거나 (1)(g)의 선의의 정당성을 가진 것으로 간주되기 위해서는 관련 개인이나 집단의 요구에 대해 편의제공을 하는 것이 건강·안전·비용 등을 고려해 볼 때 그 편의제공을 해야 하는 개인에게 과도한 부담이 되어야 한다.

III. 진정직업요건 판단기준의 변천과정

1977년 인권법이 처음 통과된 후, 진정직업요건과 선의의 정당성과 관련하여 법은 몇 차례 변화를 겪어 왔다. 전통적으로 캐나다에서 진정직업요건을 판단하는 데 있어서, 우선 해당 사건이 직접차별에 해당하는지, 간접차별에 해당하는지를 검토하였다. 일단 차별의 유형이 분류되면, 차별이 진정직업요건에 해당한다는 항변에 대해 세밀히 조사하였다. 만약 직접차별로 분류되면 진정직업요건에 해당하지 않을 경우 그 정책이나 기준은 그 전체가 효력을 상실하였다. 반면, 간접차별에 해당할 경우, 사용자는 과도한 부담이라고 할 정도로 개인 또는 집단의 요구에 대해 편의제공을 하기 위해 모든 합당한 수단을 강구했음을 보여야 한다⁹⁵⁾.

그러나 1999년 캐나다 대법원에서 결정된 British Columbia(Public Service Employee Relations Commission) v. British Columbia Government and Service Employees's Union(이하 Meiorin 사건)(1999) 과 British Columbia(Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia(이하 Grismer 사건) 판결⁹⁶⁾은 진정직업요건과 관련하여 새로운 판단기준을 제시한

95) The Canadian Human Rights Act Review Panel(2000), 앞의 자료, p. 10

것으로 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 즉 위 판결들은 진정직업요건 및 선의의 정당성 항변을 판단함에 있어서 직접차별이나 간접차별이냐에 따라서 다른 기준이 적용되지 않는다고 판결함으로써, 이후 캐나다에서는 진정직업요건 및 선의의 정당성을 판단하는 데 있어서 더 이상 직접차별/간접차별 구분이 중요하지 않게 되었다. 그리고 이 판결들은 편의제공 의무에 관한 기준을 강화하였다. 또한 이 판결들은 입증의 본질을 명확하게 설명하였다. 이 두 판결의 영향을 받아, 캐나다인권위원회는 기존의 차별판단 기준을 포함하여 진정의 조사를 위한 접근법을 수정했다. 이른바 'Meiorin Test'라 불리는 새로운 3단계 테스트가 캐나다인권위원회에서 진정직업요건을 판단하는 데 사용되게 된 것이다⁹⁷⁾.

IV. 진정직업요건 판단기준 : 이른바 'Meiorin Test'⁹⁸⁾

캐나다인권위원회의 '인권법 하에서 진정직업요건과 선의의 정당성'에 따르면 진정직업요건 또는 선의의 정당성을 입증할 의무는 사용자에게 있는데, 특히 Meiorin Test에 따라 아래와 같은 점을 입증할 필요가 있다

Step One : 합리적인 연관성을 입증하기

1. 해당기준이 업무 수행 또는 제공되는 서비스와 합리적으로 연관되는가

- 도전받는 기준의 목적이 무엇인가?
- 그것이 적용되는 업무의 객관적인 필요 또는 서비스의 기능은 무엇인가?
- 목적이 업무의 필요 또는 서비스의 기능과 어떻게 관련되는가?

96) 이 판결은 Meiorin 사건에서 확인한 접근방법이 고용관계 사건뿐만 아니라 재화, 용역, 서비스 제공 등의 차별영역과 관련된 사건에서도 동일하게 적용된다고 판단하였다.

97) Canadian Human Rights Commission(2003), "Bona Fide Occupational Requirements and Bona Fide Justifications under the Canadian Human Rights Act"

98) Canadian Human Rights Commission(2003), 앞의 자료 : 이 연구는 고용과 관련한 부분을 중심으로 하지만, 캐나다의 경우 재화·용역·서비스 제공 등의 차별 관련된 사건에도 비슷한 기준이 적용되므로 함께 보기로 한다.

→ 예를 들면, 비행기 조종사의 경우, 좋은 시력은 어떤 기상조건에서도 항공기를 운항하는 것과 합리적으로 연결된다.

Step two : 선의의 믿음을 입증하기

2. 해당 기준이 그것의 목적을 실현하기 위해 필요하다는 정직한 선의의 믿음 하에 채택되었는지 여부

· 언제, 어떻게, 그리고 왜 그러한 기준이 개발되었는가?

→ 이 단계에서는 기준의 주관적인 요소를 자세히 본다. 사용자는 그 기준이 근로자를 차별하기 위한 의도 없이 채택되었음을 입증한다.

Step three : 합리적인 필요성을 입증하기

3. 해당 기준이 그것의 목적을 실현하기 위해 합리적으로 필요한지 여부

· 다른 대안은 없는가?

· 모든 근로자들이 단일한 기준을 만족시켜야 하는지 또는 다른 기준이 채택될 수 있는지의 필요성을 사용자가 입증할 수 있는가?

· 어떻게 그 기준이 차별의 책임을 최소화하기 위해 고안된 것인가?

· 대안적인 기준을 채택하거나 또는 편의제공을 하고자 한다면 사용자는 과도한 부담에 직면한다는 것을 어떻게 증명할 수 있는가?

→ 이 단계에서 사용자는 해당 기준이 합리적으로 필요함을 입증해야 한다. 만약, 사용자가 편의제공 의무를 다 하기 위한 모든 선택 가능한 방법을 고려했지만, 과도한 부담으로 인해 해당 개인 또는 집단에게 편의제공을 할 수 없다는 것이 인정된다면, 그 기준은 진정직업요건에 해당한다고 고려할 수 있다.

1999년의 Meiorin 사건 이후, 이른바 Meiorin Test는 판결에 따라 다양하게 적용되었다. 어떤 사건은 이 기준을 완전하게 받아들였는가 하면(예, Entrop

사건), 또 다른 사건에서는 다소 약화되어 응용되었다(예, Oak Bay Marina 사건). 반면, 다른 '편의제공 사건(accommodation cases)'의 경우 사법적 분석에 거의 영향을 미치지 않기도 하였다(Berry v. Farm Meats Canada Ltd. 사건)⁹⁹⁾.

제3절 진정직업요건 관련 판례¹⁰⁰⁾¹⁰¹⁾

I. 성별

캐나다인권법은 성별(sex)을 하나의 차별사유로 규정하고 있으며, 임신 및 출산과 관련한 차별행위도 성별에 의한 차별에 해당한다고 명시하고 있다. 1980년대 이전에는 주로 성별에 기인한 잘못된 고정관념이나 가정들이 진정 직업요건에 해당하는지에 관해 다투어졌으나, 1980년대 이후에는 주로 남녀 간 임금차별이 주로 문제가 되고 있다¹⁰²⁾.

Gauthier v. Canadian Forces (CF) (1989)

99) Charles Ferris(2001), BFOQ/Rs, BFO/Rs And The Duty to Accommodate: Meiorin, Grismer and Beyond, New Brunswick Human Rights Commission.

100) 주요 판례는 1997년부터 2001년까지 캐나다인권위원회에서 발간한 법률보고서(Legal reports), 1998년부터 2004년까지 캐나다 인권재판소에서 발간한 연간보고서(annual report) 등의 관련 자료에 소개된 최근 판결을 중심으로 살펴보았다. 아래에 소개하는 판례를 통해 캐나다의 진정직업자격과 관련한 판단기준을 보는 데 있어서 유의해야 할 것은 해당 판결이 1999년 Meiorin 사건 이전에 나온 것인지, 이후에 판결된 것인지에 따라 법원의 판단기준에 다소 차이가 있다는 것이다.

101) 캐나다 판결 등에서 사용되는 약어의 의미는 다음과 같다. B.C.S.C = Supreme Court of British Columbia, C.H.R.R = Canadian Human Rights Reporter, F.C. = Federal Court of Canada Reports, F.C.T.D. = Federal Court Trial Division, S.C.C. = Supreme Court of Canada, S.C.C.A = Supreme Court of Canada Applications for leave to Appeal, S.C.R = Canada Supreme Court Reports, T.D. = Tribunal Decision.

102) 정안진(2003), 앞의 자료, p. 26-27

1) 사건 개요

전투와 관련된 직무에서 여성을 배제하는 정책과 관행이 진정직업요건에 해당하는지에 관한 사건이다.

2) 판결 내용

1989년 캐나다 인권재판소는 “작업의 효율성” 여부와 상관없이 전투와 관련된 직업에서 여성을 배제하는 캐나다군대(CF)의 차별적인 정책과 관행이 진정직업요건에 의해 정당화되는지를 결정해야 했다. 진정직업요건에 해당한다는 주장을 평가하는 데 있어서 인권재판소는 전투와 관련된 직업의 직무와 조건(conditions)을 평가했고, 캐나다 군인과 배제된 집단(여성)의 능력을 비교했다. 인권재판소는 캐나다 군대의 일반적인 여성 배제 정책을 정당화할 수 있는, 전투에서 여성이 직무수행에 실패할 충분한 위험은 존재하지 않는다고 결정했다. 인권재판소는 캐나다 군대에 대해 모든 직업에서 여성이 완전히 통합되도록 젠더중립적인 정책을 이행하라고 명령했다. 또한 인권재판소는 새로운 직업별 선발 기준을 이행하라고 명령했다. 캐나다군대는 10년 안에 여성의 완전한 통합이 이루어질 수 있도록 다양한 방법을 모색하도록 명령받았다¹⁰³⁾.

British Columbia(Public Service Employee Relations Commission) v. British Columbia Government and Service Employees's Union (1999)¹⁰⁴⁾

1) 사건 개요

103) The Canadian Human Rights Act Review Panel(2000), 앞의 자료, p. 16

104) 3 S.C.R. 3, Canadian Human Rights Commission(2003), 앞의 자료

이 사건은 여성 산림 소방관(Tawney Meiorin)이 브리티시 콜럼비아주 정부에 의해 모든 소속 소방관들에게 적용하기 위해 제정된 최소체력기준의 한 부분에 미달한다는 이유로 해고된 것과 관련된 것이다. Meioron이 3년간 소방관으로 재직하고 있던 중, 주 정부는 에어로빅 체력을 측정하기 위해 고안된 달리기 테스트를 포함한 새로운 체력 기준을 도입하였다. 그녀는 새로운 체력기준 테스트에 실패하여 해고되었는데, “여성은 일반적으로 에어로빅 능력이 낮기 때문에 주정부에 의해 채택된 새로운 체력기준이 주 인권법에서 규정하고 있는 차별사유의 하나인 성에 기인한 차별행위”라고 주장하면서 브리티시 콜럼비아주 인권위원회에 진정하였다. 이에 대해 주정부는 새로운 체력기준은 소방관으로서 갖추어야 할 진정직업요건에 해당한다고 주장하였다.

2) 판결 내용

이 사건에서 주요 쟁점은 소방관의 새로운 체력기준이 진정직업요건에 해당하는지 여부에 있었다. 캐나다 대법원은 이 사건에서 주 정부의 새로운 체력기준은 진정직업요건에 해당하지 않는다고 판단하였다. 또한 과거 법원과 인권재판소에서 기준이나 정책 관련 차별사건을 다룰 때 그 차별이 직접차별인지 아니면 간접차별인지를 가장 먼저 고려하였는데 이러한 방법은 적절치 못한 것이라고 지적하였다. 그 이유는 다음과 같다.

- 직접차별과 간접차별의 구별은 인위적인 것이고, 때때로 명확하게 직접차별인지 간접차별인지를 구별하기가 어려운 경우도 있다. 또한 어떤 상황에서는 보다 가혹한 결과를 초래하는 직접차별로 분류되는 것을 피하기 위해 차별행위자 스스로 간접차별을 선택하도록 허용함으로써 분류 자체가 부적절한 경우가 있다.
- 이러한 접근은 어떻게 분류되느냐에 따라 서로 다른 결과를 가져온다. 직접차별로 분류되면 진정직업요건에 해당하지 않을 경우 그 정책이나 기준은 그 전체가 효력을 상실한다. 반면, 간접차별로 분류될 경우 그 기준

이나 정책의 요구에 대한 합리적 연관성만 성립되면 효력을 상실하지 않게 되고 초점은 개별적인 요구에 대한 편의제공 문제로 넘어간다.

- 이러한 접근 방법은 기본적으로 간접차별을 당하는 집단은 소수집단일 것이라는 잘못된 가정을 전제로 한다. 이로 인해 차별을 당하는 집단의 규모가 조작될 가능성과 차별을 당하는 집단이 다수일 경우에는 아무런 도움이 되지 않는다는 문제가 남는다.
- 이러한 방어는 실질적인 적용에 있어서 문제가 있다. 예를 들어, 직접차별로 분류될 경우 합리적인 다른 대안을 모색하도록 강제하지만 반면 간접차별로 분류될 경우 그러한 요구가 없다.
- 이러한 접근 방법은 모든 사람에게 동일하게 적용된다는 점에서 중립적으로 보이는 정책이나 기준이 도전받지 않고, 법원이 그들의 합법성을 문제 삼을 수 없기 때문에 조직적 차별을 합법화한다.
- 이러한 접근 방법이 합목적적이고 신축성 있게 해석되는 인권법의 목적 및 실제 법 규정과도 부합하지 않는다.

따라서 법원은 전통적인 접근방법을 배제하고 직접차별과 간접차별 모두에 진정적업요건 방어에 통일된 평가 기준을 적용할 것을 제안했다. 통일된 평가기준으로는 다음과 같은 점을 묻는다.

- 차별금지 사유에 기인하여 직접적 혹은 간접적(결과적)으로 개인이나 집단을 차별하는 정책이나 기준이 존재하는가?
- 사용자가 업무 수행과 관련된 합리적인 목적에 의해 그 기준과 정책을 채택하였는가?
- 사용자는 정당한 업무관련 목적을 성취하기 위해 필요하다는 정직한 선의의 믿음에 따라 그 기준과 정책을 채택하였는가?
- 그 정책이나 기준이 정당한 업무관련 목적의 수행을 위해 합리적으로 필요한 것인지?

마지막 평가 단계로서 채택된 정책이나 기준이 특정 목표나 목적을 달성하

기 위한 방법 중 차별을 최소화한 것이라는 사실을 증명하는 것이 필요하다. 이것은 과도한 부담으로 인해 모든 근로자에게 편의제공을 하는 것이 불가능하다는 사실을 증명하는 것까지 포함한다.

이 사건에서 제시된 진정직업요건 기준은, 오늘날 캐나다에서 고용관계에서 채택된 어떤 정책이나 기준이 진정직업요건에 해당되는 지 여부를 판단하는 중요한 기준이 되고 있으며, 직접차별과 간접차별을 구별하여 서로 다른 기준을 적용하던 종래의 접근방법을 부정함으로써 캐나다 인권위원회를 비롯한 지방정부 인권위원회의 진정처리 절차 등에도 많은 변화를 초래하였다.

Oster v. International Longshoremen's & Warehousemen's Union (Marine Section) Local 400 (2000)¹⁰⁵.

1) 사건 개요

이 사건은 Texada Crown이라 불리는 선박에 승선하여 요리사/갑판원으로 일할 후보자를 뽑는 것과 관련하여 조합위원장 사무실에서 이루어진 대화에서 비롯되었다. 조합위원장이 장래의 사용자(Norsk Pacific Marine Services)와 전화통화를 한 후, 조합위원장은 Oster에게 Texada Crown에는 여성을 위해 분리된 숙박시설이 없고, 따라서 요리사/갑판원의 직무는 그녀에게는 부적합하다는 말을 들었다. 대화 당시 함께 있었던 또 다른 조합 직원 역시, 그 자리가 여성에게 부적합하다는 조합위원장의 결론에 의견을 같이 했다. 이 대화로 인해 해당 직무의 후보자로 선택될 가망성이 없다고 믿은 Oster는 공식적으로 직무배분을 결정해 주는 노조직영 직업소개소에 아예 가지 않았고, 이러한 조합의 조치가 근로자단체의 고용기회 박탈·제한을 금지한 인권법 제9조¹⁰⁶)에 위반되었다고 주장하면서 조합을 상대로 진정을 제기했다. 이에

105) TD 4/00(C.H.R.T), Canadian Human Rights Commission(2000), Legal Reports 2000, p. 15-17

106) 캐나다인권법 제9조 (근로자단체) ① 근로자단체가 차별 금지사유를 근거로, (a) 어떤 개인에 대하여 정회원 자격을 부여하지 아니하거나, (b) 회원을 탈퇴 또는 자격 정지시

대해 조합은 문제의 대화는 직업소개소에서 이루어지는 파견절차와는 관계가 없으며, 따라서 조합의 기준을 대표하는 것으로 파악할 수 없다고 주장했다.

2) 판결 내용

이 사건에서는, 1) 이 사건이 성(sex)에 기반한 차별에 해당하는 일응의 증거가 있는 사건(a prima facie case)이 성립되는 관행 또는 기준을 담고 있는가? 2) 만약 그렇다면, 그 관행 또는 기준이 진정직업요건에 해당하는가? 가쟁점이 되었다.

인권재판소 재판에서, 조합은 문제의 대화는 직업소개소에서 이루어진 파견절차와 무관한 것이었으며, 따라서 그것이 조합의 기준 혹은 관행을 보여주는 것으로 해석되어서는 안 된다고 주장했다. 이 점에 대해서 인권재판소는 조합위원장이 매일 매일의 관리감독 책임을 갖고 있지는 않지만 채용 과정에 관한 전반적인 감독 권한과 책임을 갖고 있다고 판정했다. 재판소는 조합위원장과 다른 조합직원 사이에 오간 대화가 Texada Crown 에서의 요리사/잡판원이라는 직무와 명백히 연관된 것이었다고 보았다. 즉 재판소는 “이 대화를 들은 사람이라면 누구나 숙박시설이 여성인 진정인에게 적합하지 않기 때문에 그녀가 지원하는 것을 단념시켰다는 것 외에는 달리 어떤 결론에 합리적으로 도달할 수 없었을 것이다”라고 판시하였다. 따라서 재판소는 이러한 숙박시설로 인해 여성이 채용에 응시하는 것을 단념시키는 관행이 존재했다고 결론 내렸다. 이것은 차별의 “일응의 증거가 있는 사건”으로 충분히 성립되는 것이었다.

다음으로 법원은 이 사건이 진정직업요건에 해당하는가를 판단하는 데 있어, 1999년 캐나다 대법원의 Meiorin 판결에서 나온 3단계 테스트를 적용했다. 그리하여 조합 측이, 조합의 기준이 수행되어야 할 기능이 합리적으로 연관된 목표 혹은 목적을 위해 채택되었다거나, 혹은 그 기준이 목표 혹은 목

키거나, (c) 해당 단체의 회원이거나 어떤 식으로든 단체와 관계를 맺고 있는 개인으로부터 고용기회를 박탈, 제한하거나 그의 지위에 악영향을 미치는 방법으로 그를 분류하고 제외시키는 것은 차별행위이다. ② 상기 제1항에도 불구하고, 근로자단체가 어떤 개인에 대하여 그가 그와 유사한 직무 종사자의 정상 퇴직연령에 도달하였다는 이유로 회원자격을 박탈하거나 정지시키는 것은 차별행위로 볼 수 없다.

적의 달성에 필수적이라는 선의의 믿음 속에서 채택된 것임을 입증할 설득력 있는 증거를 제시하지 못했다고 결론 내렸다. 뿐만 아니라, 과도한 부담 없이는 Oster에게 편의를 제공하는 것이 불가능했다는 결론을 뒷받침할 만한 어떠한 증거도 존재하지 않는다고 판결했다.

이 사건은 사용자에 대한 문제제기가 없는 상황에서 조합에게 차별에 대한 책임을 부과했다는 점에서 흥미롭다. 실제로 선박의 편의시설들은 사용자에 의해 제공되고 관리되지만, 조합만을 대상으로 소송을 제기하는 것이 가능하다는 것을 보여준 사례이다.

II. 연령

캐나다 인권법은 차별금지의 사유의 하나로 연령을 규정하고 있는바, 인권위원회는 개인의 실제 연령뿐만 아니라 특정한 연령대에 속한다는 사실(예를 들어, 45-50세 또는 60세 이상), 또는 연령에 대한 일반화된 특성을 기준으로 하는 것(예를 들어, 너무 늙었다거나, 너무 어리다는 등)이 모두 연령차별의 근거가 될 수 있다고 본다¹⁰⁷⁾. 이는 특정 연령대에 속한 개인들이 너무 나이가 많거나, 너무 어리다는 편견에 의해 연령차별의 잠재적인 희생자가 될 수 있기 때문이다. 연령차별은 보통 연령을 이유로 한 채용거부나 해고(termination)와 같은 차별적 대우 또는 정년퇴직에 관한 끊임없는 논쟁을 포함한다.

현행 캐나다 인권법 제15조 제1항(b)은 '정년퇴직제도'를 차별의 예외로 규정하고 있으나, 입법을 전후하여 정년퇴직과 진정직업요건과 관련해서 많은 사건이 존재했다. Ontario Human Rights Commission v. The Borough of Etobicoke(1982) 사건에서, 캐나다 대법원은 소방대원을 60세에 은퇴시키는 정년퇴직 정책은 진정직업요건에 해당하는 것으로 볼 수 없다고 판결했고, Martin v. Canadian Forces(1984) 사건에서 연방 항소법원(the Federal Court of Appeal)은 캐나다 군대의 정년퇴직정책은 진정직업요건이 아니라는 인권

107) Canadian Human Rights Commission, Grounds of Discrimination

재판소의 결정을 지지했다.

그러나 이 사건에 대한 인권재판소 결정 이후에, 의회(the Governor in Council)는 캐나다인권법 제15조 제1항(b)에 “이 법의 목적 범위 내에서 총독이 제정하는 법률이나 규칙이 적용되어 어떤 개인이 최소연령에 도달하지 않았거나 최고연령에 도달하였다는 이유로 고용이 거부되거나 종료되는 경우”는 예외 규정을 두었다¹⁰⁸⁾.

이후 McKinney v. University of Guelph(1990) 사건에서는 정년퇴직을 차별의 예외로 규정하고 있는 위 인권법 규정의 위헌성을 다투었으나, 대법원은 “정년에 의한 강제퇴직은 분명 연령에 기인한 차별행위임은 틀림없지만 헌법에서 보장하고 있는 평등권도 합리적인 한도 내에서는 제한될 수 있으므로 정년제도의 인정은 평등권을 제한할 수 있는 정당한 사유에 해당 한다”고 판결하였다¹⁰⁹⁾.

Cranston et al v. Canadian Armed Forces (1997)¹¹⁰⁾

1) 사건 개요

The Executive Flight Service의 근로자들은 고위급 정치인과 VIP 수송을 담당하고 있었다. 1986년, 비용절감을 위해 항공 서비스가 교통부에서 국방부로 이관되면서, 근로자들은 그들이 평균적으로 나이가 너무 많다는 이유로 새로운 서비스로 통합될 수 없다는 통보를 받았다. 특히, 20명의 조종사중 8명은 캐나다 군대의 의무 퇴직 연령인 55세가 넘는 상태였다. 이관으로 인한 해고는 없을 것이라는 보장에도 불구하고, 승무원들은 조기 퇴직을 강요받거나

108) The Canadian Human Rights Act Review Panel(2000), 앞의 자료, p. 18-21

109) 그러나 캐나다인권위원회는 정년퇴직에 관한 완전한 항변은 가능하지 않다며, 정년퇴직도 진정직업요건 또는 상황상 정년퇴직을 허용해야만 하는 보다 특별한 항변(defences)에 의해서만 가능하게 해야 한다고 제안한다. 그리고 만약 인권법의 정년퇴직과 관련한 부분이 개정된다면, 사용자와 근로자 그리고 노조 등이 적용할 수 있도록 과도기를 주도록 제안하고 있다. The Canadian Human Rights Act Review Panel(2000), 앞의 자료, p. 18-21

110) T.D. 10/97(H.R.T.), Canadian Human Rights Commission(1997), Legal Reports 1997

비행하지 않는 지위로 재발령 받았다. 이에 근로자들이 연령차별로 제소하였다.

2) 판결 내용

인권재판소는 비록 부분적으로는 경제성과 효율성이라는 적법한 요인들에 기반한 것이긴 했지만 항공 서비스를 배타적으로 군사적 운영으로 만든 결정은 연령에 대한 고려에 오염된 것이었다고 만장일치로 판결하면서, 연령이 조종사나 객실승무원에 대한 진정직업요건으로 정당화될 수 없다고 판정했다. 민간인 직원을 데려오는 것이 군대 구성원들의 결속력과 사기에 부정적 영향을 가져올 것이라는 국방부의 우려는 타당한 것이었지만, 두 집단을 통합함에 있어서의 어려움들은 “강력하고 효과적인 리더십을 통해” 극복될 수도 있었다. 사실 항공 서비스 직원들이 변화에 적응하고, 타인과 함께 일하고, 새로운 조직에 적합해 질 수 있는 능력에 대한 우려들 중 많은 부분은, 진정인들의 연령에 대한 고정관념에 기반한 것이었다. 결국 1997년 인권재판소는, 해고된 26명의 조종사와 객실승무원이 연령차별을 당한 것이라고 판결했다. 즉, 연령과 관련한 고정관념에 의해 특정 연령대의 사람들을 배제하는 것은 연령차별에 해당한다는 판결이다.

Dorais and Pelletier v. Canadian Armed Forces (1997)¹¹¹⁾

1) 사건 개요

Saint Hubert에 있는 캐나다 군 기지(CF base)에서 공군사관학교 생도를 가르치는 교관인 Robert Dorais와 Louis-Paul Pelletier는 그들의 상급자가 보다 젊은 사람으로 그들의 자리를 대체하려 했다고 주장하며 인권위원회에 진정을 제기했다. 그들은 캐나다 군대에서 오랫동안 성공적인 군 경력을 마친

111) T.D. 6/97(H.R.T.), Canadian Human Rights Commission(1997), Legal Reports 1997.

후 1970년대에 은퇴했고, 이후 사령부 참모장교(headquarters staff officers)로 재고용되어 공군사관학교 생도와 함께 일하였다. 1993년, 이 두 사람은 “새로운 피(new blood)”가 필요하기 때문에 재계약이 되지 않을 것이라는 말을 들었다.

2) 판결 내용

1997년 10월, 인권재판소는 두 남성이 캐나다 군대에 대해 제기한 연령차별 소송을 각하했다. 이 사건에서는 나이가 많다는 것이 원고들의 재계약이 되지 않은 이유가 되었는지 여부가 쟁점이 되었다. 판결문에서 인권재판소는, 캐나다군대가 원고의 계약을 갱신하지 않겠다는 결정에 대한 합리적 설명을 제공했고, 다른 핑계거리는 개입되지 않았으며, 재계약을 하지 않겠다는 결정에 있어 사실상 연령이 한 요인이 되지는 않았다고 판정했다. 재판소는 “원고의 입장에서 보면 그들이 경험한 상황이 부당하고 받아들일 수 없는 것으로 생각될 수 있다. 오랫동안 충실하게 일했으나 그들의 임무가 완수되자 더 이상 필요하지 않다는 말을 들었기 때문에 이것이 원고에게 공정하지 못하며 받아들일 수 없다고 여겨질 수는 있다. 그러나 그들의 계약이 갱신되지 않은 온전한 혹은 부분적인 이유가 그들이 임무를 적절히 수행하기에는 너무 나이가 많다는 사실 혹은 인식에서 기인한 것은 아니다”라고 판결했다.

재판소는 “비록 상급자가 ‘새로운 피’ 또는 ‘더 젊은 임원’과 같은 나이를 암시하는 단어들을 사용하긴 했지만, 계약이 갱신되지 않은 데에는 기업혁신 전략, 인성(personality), 성과(performance) 등 몇 가지 차별적이지 않은 사유들이 있었다. 새로이 재구성된 조직은 “연령을 불문하고 정규 병력(Regular Force) 출신의 지원자들을 자동 탈락시켰으며, 따라서 해당 결정은 원고의 연령과 관련이 없었다”고 했다. 즉, 이 사건의 경우 근로자에 대한 불이익(이 사건의 경우 재계약이 되지 않은 것)이 연령에 근거한 것이 아니라고 보아 연령차별이 아니라고 판결한 것이다.

III. 종교

캐나다인권위원회는 캐나다인권법을 위반한 것으로 종교¹¹²⁾에 기반한 차별을 주장하는 사건의 핵심적인 이슈는 무엇이 종교를 구성하는가가 아니라, i) 진실하게 믿고 있는가? ii) 종교적인 것인가? iii) 불이익의 원인인가? 라는 세 가지 물음에 확정적으로 대답할 수 있는가에 관한 것이라고 본다. 자신의 종교 또는 종교관에 관한 이해(knowledge)에 의해 차별이 발생했을 때, 진정인은 자신의 종교적인 신념을 입증할 필요는 없다. 그러나 어떤 정책이나 결정으로 인한 간접차별을 주장하는 경우에는 위 세 가지 질문을 적용해야 한다¹¹³⁾. 종교와 관련한 사건의 경우 사용자의 규칙이 진정직업요건에 해당하는지 여부를 판단하는 데 있어서 주로 '편의제공' 의무가 쟁점이 되고 있다.

Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission) (1990)¹¹⁴⁾

1) 사건 개요

Jim Christie는 1980년 중앙 알버타 낙농업 조합에 의해 고용되었다. 1983년 진정인은 <전 세계 하나님의 교회(the World Wide Church of God in February)> 의 예비 멤버가 되었다. 그 교회는 토요일이 안식일이며, 5일간의 가을 초막절(조상의 광야 방랑을 기념하는 가을의 수확제)이 있고, 그 외에

112) 캐나다인권법에서 종교는 하나의 차별사유에 해당하지만, 종교의 명확한 의미에 대해서는 규정하고 있지 않다. 따라서 판례를 통해 차별사유로서 종교에 관한 개념을 해석하는데 판례 또한 일반적인 정의보다는 구체적 사건에 따라 개별적으로 종교 유무를 판단하고 있다. 캐나다인권법에서 규정하고 있는 종교는 신을 믿는 일반적인 종교 뿐만 아니라 비교적 역사가 짧은 신흥종교, 무신론자의 신념, 정치적 신념 등도 포함하는 것으로 해석되고 있다(정안진, 2003: 24-25).

113) Canadian Human Rights Commission, Grounds of Discrimination.

114) S.C.J No. 80(QL)

다른 5일의 기념일이 있었다. 어졌을 경우에 대한 징계는 없었지만, 교인들은 이 날들에 일을 하지 않도록 기대되었다. 진정인은 이를 위해 회사에 금요일 오전 교대조로 일하기를 요청했고 이는 받아들여졌다. 그는 또 휴가를 가을 초막절에 맞춰 조정하고자 하여, 1983년 3월 25일, 진정인은 상급자를 통해 화요일인 3월 29일과 부활주일 월요일인 4월 4일 기념일을 보기 위한 무급의 출 허가를 신청했고, 대신 다른 날 이들 더 일하겠다고 요청했다. 그러나 조합 측에서는 3월 29일은 괜찮지만 월요일인 4월 4일은 이 공장에서 특히 공장이 바쁜 날이기 때문에 일해야 한다고 했다. 하지만 그는 4월 4일에 결근했고, 그로 인해 해고되었다.

이에 근로자가 진정을 제기하였고, 인권재판소 조사위원회는 피진정인이 진정인을 차별하였다고 결론내리고 진정인의 임금손실분 중 일부를 보상하라고 명령했다.

이에 퀸스벤치 알버타 법원에 소송이 제기되었고, 1심 법원은 조사위원회가 사용자의 행동이 진정직업요건에 근거한 것이 아님을 결론짓는 과정에서 법률적 오류가 있었다고 보고 청구를 인용하였으며, 알버타 항소법원도 “1심 법원이 정기적 출근 요구를 진정직업요건으로 결론지은 것은 올바른 결정이었으며, 따라서 사용자에게 편의제공 의무가 있는지 여부를 논할 필요가 없다”고 하여 1심을 유지하였다.

2) 판결 내용

이 사건에서는 1) 사용자의 규칙이 진정직업요건에 해당하는지 여부, 2) 만약 해당하지 않는다면, 과도한 부담이라고 해도 좋을 만큼 진정인의 요구에 대해 편의제공을 했다는 것을 피진정인이 입증할 수 있는지 여부, 3) 만약 입증할 수 있다면, 피진정인은 실제로 진정인의 종교적 믿음에 대해 합리적으로 편의제공을 했는지 여부가 쟁점이 되었다.

이 사건에서 문제가 된 규칙은 일반적 적용의 중립적 조건 형태를 가지고 있었지만, 소수 종교나 종파의 신자들에게 불평등 효과(adverse impact)를 주고 있었다. 피진정인이 본 사건을 ‘편의제공’으로 변호하기 위해서는, ① 그

규칙이 직무 수행과 합리적으로 연관되어 있어야 하며, ② 피진정인인 사용자가 과도한 부담이라고 할 정도까지 진정인에게 편의제공을 했어야 한다.

이에 관하여 법원은 피진정인이 월요일에 집중적으로 일을 처리하는 방식으로 자기 사업을 운영할 권리가 있다고 보면서, 3월 29일 결근을 허용함으로써 필요한 정도의 편의제공 의무를 다했다고 판단한 것이다. 즉, 이 사건에서 법원은 사용자의 규칙과 직무수행의 합리적 연관성이 확인되더라도, 과도한 부담이라고 할 정도로 근로자의 종교적 신념에 대해 편의제공을 하려고 노력했음을 입증하지 못하면 진정직업자격에 해당하지 않는다고 본 것이다.

Ontario(Ministry of Community and Social Services) v. O.P.S.E.U. (Tratnyek)¹¹⁵⁾

1) 사건 개요

Tratnyek는 종교적 목적을 위해 일 년에 11일 휴일을 가질 것을 요구하는 전 세계 하나님의 교회(the Worldwide Church of God)의 신자였다. (온타리오) 사용자의 규정에 따르면 모든 근로자는 종교적 목적을 위해 1년에 단지 이들의 유급 휴가만을 갖도록 되어 있다. 게다가 사용자는 직원들에게 추가 휴일을 얻기 위해 3주 이상 '압축적' 주당노동시간으로 일을 하도록 허용하는 정책을 갖고 있었다. 추가 휴일은 이 3주 기간 내에 가져야 하지만, Tratnyek는 이렇게 얻은 휴일들을 '적립'해서 그의 종교적 필요를 충족시킬 수 있도록 허락받았다. 그는 그렇게 해서 15일간의 휴일을 '적립'해 둔 상태였다. 사용자는 또한 원고가 법으로 정해진 자신의 5일 간의 '온타리오 사회계약(Ontario Social Contract)' 휴일을 종교관례를 위해 사용하도록 장려하기도 했다. 고충 처리위원회(the Grievance settlement Board)는 사용자가 원고에게 그의 5일 간의 '온타리오 사회계약' 휴일을 종교적 목적에 사용할 것을 요구함으로써 법적으로 금지된 차별을 범하지 않았다고 판결했다. 위원회에 의하면, 이러한

115) 50 O.R. (3d) 560, Charles Ferris(2001), 앞의 자료.

요구는 그에게 재정적 부담을 초래하지 않았다. 위원회는 사용자가 Tratnyek에게 그가 '압축적' 주당근로를 통해 '적립해 둔' 15일간의 휴일을 종교관례를 위해 사용하도록 요구한 것은, 그에게 재정적 부담을 초래하는 것이므로, 차별행위를 한 것이라고 판단했다. 이에 사용자가 지방법원에 제소하였으나 또 패소했고, 그 후 온타리오 항소법원에 항소했다.

2) 판결 내용

이 사건에서는 근로자의 종교 관련 휴가 요구에 대한 사용자의 편의제공 의무가 쟁점이 되었다. 이와 관련해 항소법원은 다음 두 가지 쟁점을 판단해야 했다. 1) 해당 정책이 Tratnyek에게 차별적 영향을 끼쳤는가에 대한 지방법원 판결에 오류가 있었는가? 2) 만약 정책이 차별적 영향을 끼쳤다면, 편의제공 의무 대한 판결에 오류가 있었는가?

첫 번째 쟁점에 관해, 법원은 지방법원 판결을 인용하였다. 왜냐하면 '압축적' 주당노동시간을 택함으로써 사용할 수 있게 된 '적립된' 휴일들이 있었지만, 그것이 Tratnyek가 임금의 손실 없이 그리고 그가 기존에 획득한 자격들을 잠식할 필요 없이 그의 종교적 휴일을 지키지 못하게 하는 장벽들을 완전히 제거해준 것은 아니었기 때문이다.

두 번째 쟁점에 관해, 법원은 사용자가 원고에게 압축적 주당노동을 통한 휴일들을 '적립'할 수 있도록 허용함으로써 편의제공 의무를 다했다고 판정함으로써 지방법원의 판결을 취소하였다. 사용자는 Tratnyek가 그의 휴일들을 재조정하도록 허용함으로써, 임금의 손실 없이 그리고 그가 기존에 획득한 자격들을 잠식할 필요 없이 그의 종교적 휴일을 지킬 수 있도록 허용했고, 그 결과, 그는 이를 통해 그가 아무 일도 하지 않은 날들에 대해 사용자가 부과하는 어떠한 요구조건도 배제하면서, 자신에게 할당된 근무시간도 채우는 동시에 그의 종교적 권리 역시 행사할 수 있었다.

이 사건에서 법원은 Meiorin 판결을 참조하기는 했어도 3단계 테스트를 명시적으로 언급하지는 않았다. 그러나 이 판결 안에는 그 기본 원칙들이 내재되어 있다고 볼 수 있다. 법원은 작업장의 기준들은 개인들 간의 차이를 인

식할 수 있어야 하며, 모든 기준은 평등 개념에 기반한 것이어야 한다고 언급했다. 각각의 작업장 기준은 개인에게 편의제공을 해야 한다. 사용자가 원고의 요구에 대해 편의제공을 했다고 판결받은 것은 바로 이러한 근거에서였다. 사용자는 임금이나 복리후생의 손실로 불이익을 주는 일 없이 Tratnyek이 종교적 의무를 다할 수 있게 하기 위해 작업 스케줄을 변경시켰기 때문이다.

IV. 장애

캐나다인권법 제25조에 따르면 “장애”라 함은 과거 또는 현재의 정신적 및 육체적 장애를 의미하며 이는 외관상 결함(disfigurement)나 마약 또는 알코올 중독증도 포함한다. 판례는 당뇨병, 간질, 손가락기형, 언어장애, 고혈압, 천식, 우울증, 과도한 비만(obesity), 알코올중독 또는 약물중독¹¹⁶⁾, AIDS 및 HIV 보균 등도 장애로 인정하고 있다. 또한 최근판례는 사용자가 근로자가 되려는 자에게 실시하는 약물검사나 알콜 측정, HIV 검사 등도 그것이 캐나다인권법에서 규정하고 있는 진정직업요건에 해당하지 않는 한 모두 차별에 해당하는 것으로 판단하고 있다¹¹⁷⁾¹¹⁸⁾. 실제로 약물 및 알코올 사용에 기반한

116) 캐나다인권위원회가 2002년 발표한 “Canadian Human Rights Commission Policy on Alcohol and Drug Testing”에 따르면, 캐나다인권위원회는 1) 채용 전 약물테스트 2) 채용 전 알코올 테스트 3) 비정기적인 약물 테스트 4) 안전이 특별히 요구되는 자리에서 일하지 않는 고용인에 대한 비정기적인 알코올 테스트는 진정직업요건을 입증할 수 없기 때문에 금지하고 있다. 그러나 사용자가 진정직업요건에 해당함을 증명할 수 있다면 안전이 중요한 자리(safety-sensitive positions)에서 일하는 고용인에 대한 비정기적인 알코올 테스트는 가능하다고 보았다. 그러나 캐나다인권위원회는 현재 알코올 및 약물테스트 관련한 이러한 정책에 대해 재검토중이다.

117) 정안진(2003), 앞의 자료, p. 30-31

118) 캐나다인권위원회가 1996년에 발표한 “Background notes CHRC Policy on HIV/AIDS”에서는 다음과 같은 내용을 포함하고 있다.

“캐나다인권위원회는 1988년 정책에서 진정직업요건/선의의 정당성에 해당한다고 볼 수 있는 세 가지 상황을 언급했다. 1) 의료 환경(the health care setting) 2) HIV가 양성인 사람은 입국이 금지된 나라를 여행할 필요성이 있는 직무 3) 공공의 안전에 영향을 미치는 직무를 수행하는 근로자에 대한 고용이 그것이다. 그러나 HIV/AIDS와 관련된 변화된 현실 및 그에 기반한 인식의 변화에 따라 조정된 1996년 정책에는 다음과 같은 변화된 내용을 담고 있다.

테스트가 일응의 증거가 있는 장애 차별이라고 본 Entrop 사건 이후, 사용자는 약물 및 알코올 테스트에 대하여 직무수행능력과 명백한 연관성이 있다는 근거를 제시해야 했다.

장애와 관련한 사건의 경우 대체로 해당 장애와 해당 근로자의 직무수행성이 논란이 된다. 그리고 사용자가 해당 근로자에게 편의제공을 하기 위해 과도한 부담이라고 할 정도까지 노력했는가를 판단한다. 만약 장애를 이유로 해고를 한 경우라도 사용자가 과도한 부담이라고 할 정도까지 편의제공의 노력을 다 한 경우에는 그 정당성을 인정받게 된다.

Canadian Civil Liberties Association v. Toronto-Dominion Bank (1998)¹¹⁹⁾

우선, 1993년 캐나다의학협회(the Canadian Medical Association)는 작업장에서 HIV에 관한 정책 중 의료(health care)노동자에 관해 'HIV에 감염된 의료노동자에게 노출된 결과로서 환자가 HIV에 감염된 사례는 캐나다에서는 찾을 수 없다. HIV에 감염된 의료노동자는 그들이 받아들여질 수 있는 수행 기준을 충족시키고, 정신적으로 그리고 육체적으로 안전하고, 효과적이고, 확실하게 일의 본질적 요소를 수행할 수 있는 한 그들의 일상적 직업을 계속하도록 하고, 직업의 경쟁의 기회를 허용해야 한다'고 발표하였는데, 캐나다인권위원회는 이러한 관점을 따른다.

두 번째와 관련하여 캐나다인권위원회는 여행 제한으로 인해 고용이 거절된 HIV/AIDS에 걸린 사람들의 진정을 접수하지 않아 왔다. 이것은 HIV/AIDS에 걸린 사람들은 짧은 기간 동안만 입국을 허용하는 나라들의 정책의 결과인 것 같다. 예를 들면, 1993년 이후, HIV에 걸린 비이주민은 사업처리나 컨퍼런스 참석을 위해 30일 미만 미국에 무비자 입국 신청이 통과할 수 있다. 캐나다인권위원회는 그들 나라에 입국하기 위한 외국인들을 위한 HIV 테스트를 요구하는 외국 정부에 대해서는 관할권이 없다. 그러나 HIV 테스트를 요구하는 외국으로 여행하는 근로자를 필요로 하는 사용자를 규제하는 캐나다 연방정부(Canadian federally)는 HIV에 감염된 근로자에 대한 부정적 고용 결과를 피하기 위한 합리적인 수단을 강구해야 한다. 만약 근로자의 요구에 대해 편의제공을 하고자 했다는 증거를 제시하지 못한 사용자는 차별의 혐의를 받을 수 있다.

세 번째, 공공의 안전과 관련하여, 1988년 정책에서는, 질병의 어떤 단계에서 지적능력을 떨어뜨리고, 집중력을 떨어뜨리는 AIDS 치매 증상(AIDS dementia complex)이 발병된다고 믿었다. 이러한 생각은 HIV 감염자가 공공의 안전에 영향을 미치는 직무를 수행할 수 있는지에 관한 관심을 불러일으켰다. 보다 최근의 의학적 자료는 AIDS 치매 증상은 AIDS가 상당히 진행된 단계에서 발병한다는 것을 지적했다. 일반적으로, 인식능력의 쇠퇴는 HIV의 초기 단계에서는 발병하지 않는다는 것이다. 이에 캐나다인권위원회는 수정된 정책에 사용자가 치매의 갑작스런 발병을 근거로 진정직업요건을 입증할 수 있다는 것은 믿기 어려울 것 같다고 밝혔다". Canadian Human Rights Commission(1998a), Canadian Human Rights Commission Policy on HIV/AIDS.

119) 32 C.H.R.R. D/261 (F.C.A), Canadian Human Rights Commission(1998b), Legal Reports 1998, p. 25-28

1) 사건 개요

Tronto-Dominion Bank의 정책에 따르면 모든 신규직원과 퇴직 후 3개월이 지나 재고용된 직원들은 채용된 후 48시간 이내에 소변검사를 받아야 했는데, 테스트를 거부하는 사람은 채용 요건에 부응하지 못했다는 이유로 채용이 거부되었다. 테스트 양성반응이 나오고 약물 중독자로 판명된 직원들의 경우 역시 회사가 비용을 대는 치료 프로그램에 참여하기를 거부하거나 재할이 성공적이지 않을 경우 일자리를 잃을 수 있었다.

애초에 인권재판소는 직원들이 중독 때문에 해고되었다는 증거에도 불구하고 이 정책이 타당한 것이라고 결론 내렸었다. 그 후 연방법원은 인권재판소의 결정을 부분적으로만 확정하고, 약물 테스트 정책이 직무 수행과 “합리적으로 연관되어 있는지” 여부를 판단하지 않았다는 이유로 재심을 하도록 사건을 돌려보냈고, 은행, 인권옹호협회(Civil Liberties Association), 캐나다 인권위원회 3자 모두로부터 연방항소법원에 항소가 제기되었다.

2) 판결 내용

이 사건에서는 은행이 채용을 하기 전에 지원자에 대해 약물테스트를 하는 것이 장애에 기반한 차별에 해당하는지가 쟁점이 되었다.

대다수의 찬성으로, 연방항소법원은 채용 전 의무적으로 약물테스트를 받게 하는 은행의 정책이 캐나다 인권법 제10조를 위반한 차별 행위라고 판결하고, 해당 사건을 재심으로 환송했다. 다만 Robertson, McDonald, Isaac 판사는 은행의 약물테스트 정책이 초래한 차별의 성격에 대해 합의에 도달하지 못했다.

먼저 Robertson판사는, 문제의 정책이 특별히 약물중독이 있는 직원들의 해고를 목표로 한 것이었기 때문에, 그것은 중립적 채용 규칙이 아니라 직접 차별이라고 판단한 다음, 진정직업요건이 성립하려면 은행은 그 정책이 선의의 신념에 의해 부과된 것이며 작업 수행과 합리적 연관성을 갖고 있음을 보

여야 하는데, 은행은 약물 검사에 의해 확인되는 '정직'과 은행 업무 수행과의 관련성을 보여주지 못했다고 하였다.

한편 McDonald 판사는, 그 정책 자체는 모든 약물 사용자를 알아내도록 설계된 것이므로 중립적이지만 결과적으로 약물중독자 직원들에게 부정적 영향을 끼쳤으므로 간접차별에 해당한다고 한 다음, “만약 은행이 정말 약물 사용과 직원의 직무수행 및 책임성간의 상관관계를 우려했다면, 상급자 수준을 포함한 모든 직원에게 적용되는 무작위 테스트 규칙을 채택했어야 했다, 누군가의 몸에서 극소량의 약물을 발견했다 하더라도 그것이 그 직원이 비생산적이라거나 작업과 연관된 범죄를 저지르려 한다는 의미는 아니다”라고 하면서, “약물 테스트 정책이 합법적이기 위해서는 무작위(random)여서는 안 되고, 안전에 주의가 필요한 산업을 제외하고는, 그것은 반드시 직원의 직무수행과 연관되어 있어야 한다”고 판단하였다. 즉 “만약 어떤 직원이 근무 중에 약물을 오용하지 않고 그/그녀의 작업 수행이 사용자의 직무 요건에 부합한다면, 해당 장애는 아무 문제도 없다, 그러나 만약 어떤 직원이 직무수행 성적이 형편없고 은행은 그것이 약물 의존과 연관되어 있다고 합리적으로 믿는다면, 오직 그럴 때에만 은행은 그 직원을 테스트할 수 있으며, 만약 필요하다면 그 직원을 일정 형태의 재활 내지 상담 프로그램으로 보낼 수 있다”는 것이다. 그리고 은행이 제공하는 재활 프로그램은 합리적인 편의제공 조건에 부합했지만, 그 재활은 직원의 작업수행에 대한 평가에 의한 것이 아니었기 때문에 해당 정책만으로는 차별이라는 사실이 변하지 않는다고 하였다.

이와는 달리 Isaac 판사는, 간접차별·불평등효과 차별이라는 점에는 동의를 하지만, 은행의 정책은 차별이 아니며 “경제적·사업적 사유 때문에 정당하게(honestly) 만들어 진” 채용 규칙이라고 판단하고, 은행의 재활 프로그램이 합리적 편의제공에 해당한다고 결론지었다.

이 사건은 채용 전 지원자에 대한 강제적인 약물테스트는 장애에 기반한 차별에 해당한다는 판결이다. 이것은 회사의 무작위(random) 약물 테스트 프로그램을 없앤 1998년의 두 번째 판결이었다. 같은 해 2월에는, Imperial Oil의 알코올 및 약물 심사 프로그램은 온타리오 인권법 위반으로 판정되었다. 이 사건의 은행은 그 후 약물 테스트 프로그램을 중단했다. 한편 이 사건은

1999년 Meiorin 사건 이전에 판결된 것으로, 당시 캐나다법원에서 진정직업 요건을 판단함에 있어서 사안이 직접차별에 해당하는지 아니면 간접차별에 해당하는지에 따라 다른 논리가 사용되었음을 볼 수 있다.

Mills v. VIA Rail (1999)¹²⁰⁾

1) 사건 개요

진정인 John Mills가 등을 다치자 사용자인 VIA Rail은 그가 근무에 적합하지 않다고 판단하게 되었고, 결국 장기결근을 이유로 해고하였다. Mills는 자신의 해고가 장애를 이유로 한 차별에 해당한다고 주장하며 제소하였다.

2) 판결 내용

인권재판소는, 사용자가 Mills를 부적합하다고 한 것은, 장애 또는 장애 추정(perceived disability)을 이유로 직접적 차별을 행한 것이고, 진정직업요건이라는 점도 입증하지 못했다고 판단하였다. 사용자 측의 의사는 다양한 수송 업무와 충분히 연관되어 있는 안전 요건들을 수행할 수 있는 Mills의 능력을 제대로 평가하지 못하였고, 장기 결근이 회사의 서비스 수송능력에 악영향을 미치는지 여부를 판단하지도 않은 채 업무에 부적합하다고 선언해버렸다(이 과정에서 사용자는, 다른 검증 없이 곧바로 그를 요리사로 재고용했다).

또한 인권재판소는, 신체적으로 힘을 쓰지 않아도 되는 위치로 이동시키기 위한 노력은 거의 이루어지지 않았다는 점을 근거로, 간접차별에 해당한다고 하더라도 진정인의 요구에 대해 편의제공을 하지 않은 것이라고 판결했다. 편의제공을 보다 용이하게 하려면, 한 집단의 인력이 다른 집단의 결근을 메우기 위해 언제나 대기하고 있는 “예비인력(spareboard)” 체제가 이상적이었

120) T.D. 01/99, Canadian Human Rights Tribunal(1999), Annual Report 1999, p. 10-11

을 것이다. 인권재판소는, 근로자를 가장 무거운 수송 작업을 하지 않을 수 있는 자리로 보낼 수도 있었고, 무거운 짐을 두 개로 나누어 수송하게 허용할 수도 있었다고 판단하였다.

한편 사용자는 근로자를 재고용하면서 그 조건으로 “건강상의 이유로 인한 장기결근을 그가 속한 작업 집단의 평균 수준으로 유지할 것”을 요구했는데, 재판소는 건강상의 이유로 인한 장기결근에는 객관적으로 유효한 기준이란 존재하지 않기 때문에 진정직업요건은 성립될 수 없으며, 따라서 이 역시 차별이라고 판단하였다.

법원은 이 사건에서 장애에 기반한 직접차별과 간접차별이 둘 다 일어났다고 보면서, 사용자는 직접차별이라고 볼 때 진정직업요건을 인정받을 만큼 충분한 입증을 하지 못했으며, 간접차별이라고 볼 경우에도 과도한 부담이라고 할 만큼 편의제공을 하고자 노력했다는 점을 입증하지 못해 차별에 해당한다고 판결하였다.

Bernard v. Waycobah Board of Education (1999)¹²¹⁾

1) 사건 개요

Bernard는 First Nations reserve의 한 학교에서 간사로 근무하고 있었는데, 전통 시간(heritage program)에 학생들에게 친성적 영성에 대해 발표하던 중 행한 언급 때문에 학부모들로부터 징계 요구를 받게 되었다. 결국 학교 위원회는 사건이 있는 지 얼마 후 당사자의 해명도 듣지 않은 채 해고했으며, 학부모들의 우려에 대답하기 위해 그렇게 한 것이라고 주장했다.

2) 판결 내용

인권재판소는 학교위원회가 사실은 Bernard에게 정신 장애가 있다고 생각

121) T.D. 02/99, Canadian Human Rights Tribunal(1999), Annual Report 1999, p. 11-12

했기 때문에 그녀를 해고했었다고 판정하면서, 부모들의 우려가 해고에 한 몫을 했을 수는 있지만, 이러한 우려들 자체가 Bernard를 정신장애가 있는 것으로 보는 편견어린 시각에 의한 것이었으며, 고용 기록에는 “질병(illness)”이 해고사유로 적혀 있었다는 점을 지적하였다. 뿐만 아니라 학교 측은 문제의 언급이 있는 이후 Bernard를 모니터한 것이 “건강과 안전”을 확인하기 위한 것이었다고 인정하기도 하였다.

학교 측에서는 위 해고가 ‘장애 추정(perceived disability)¹²²⁾’ 때문이 아니라 지역사회에 강력한 항의로 인해 이루어진 것이었다고 인권재판소에서 진술했기 때문에 정신 건강이 진정직업요건에 해당한다는 증거를 인용하려는 어떤 시도도 하지 않았으며, 인권재판소는 설혹 대중의 반응이 학교위원회의 해고 결정에 한 몫을 했다 하더라도 그것은 본질적으로 정신장애 추정(perceived mental illness)에 의한 차별로 금지된 것이라고 판단하였다. 이에 재판소는 임금 손실분, 복직시까지 임금 상당액, 그리고 동시에 정신적 고통과 피진정인의 무모함(recklessness)에 비추어 사과와 특별 보상금의 지급을 명하였다.

인권재판소는 설혹 대중의 요구가 학교위원회의 해고 결정에 한 몫을 했다 하더라도, 그것은 본질적으로 정신장애 추정(perceived mental illness)이라는 금지된 근거에 따라 차별한 것이라고 판단하면서, 정신 건강이 진정직업요건에 해당한다는 입증을 하지 않은 학교위원회에 대해 복직 명령을 부과한 것이다.

Entrop et al. v. Imperial Oil Ltd. et al. (2000)¹²³⁾

1) 사건 개요

Imperial Oil은 직원들에게 마약 및 알코올 테스트를 의무적으로 하게 하였

122) 여기서 ‘장애추정’이란 실제상 장애는 없지만 장애가 있는 것으로 사람들에게 의해 인식되는 것을 의미한다.

123) 50 O.R.(3d) 18, Charles Ferris(2001), 앞의 자료

는데, 알코올 중독에서 회복되고 있었고 지난 7년간 술을 입에도 대지 않았던 Entrop은 과거 병력이 폭로됨에 따라 “덜 선호되는” 지위로 재배치되었다. Entrop는 이러한 규정이 온타리오 인권법을 위반했다며 소송을 제기했고, 무작위(random) 약물 및 알코올 테스트에 동의하는 것을 조건으로 이전 자리로 복귀되었다. 조사위원회(a Board of Inquire)는 알코올 남용이 ‘장애(handicap)’라고 판결하면서, 과거 알코올 중독이 그의 직무수행에 악영향을 미쳤다는 것을 입증하지 못했기 때문에 Imperial Oil의 규정은 합리적 필요성이라는 객관적 기준에 부합하지 않는다고 판결했다. 지방법원은 이러한 결정을 지지했고, 사용자가 이에 대해 항소하였다.

2) 판결 내용

온타리오 항소법원은 Meiorin Test를 적용하여 Imperial Oil의 항소를 부분적으로 인용했다¹²⁴).

이 사건에서는 약물 및 알코올 테스트가 진정직업요건에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다. 이 사건에 Meiorin Test를 적용한 끝에, 온타리오 항소법원은 다음과 같이 판결했다¹²⁵). 첫째, 약물·알코올 남용 테스트는 작업장 안전을 보장하기 위한 것이므로 직무 수행과 합리적 연관성이 있다. 둘째, 이 규정이 작업에 연관된 정당한 목적을 달성하기 위해 필요하다는 정직한 선의의 믿음 하에 이러한 조치를 취한 것이었다. 셋째, 위 테스트 기준이 정당한

124) 법원은 Meiorin Test가 적용되어야 하는 4가지 이유를 제시했는데, 이는 다음과 같다. 1) 캐나다 대법원은 Meiorin Test가 인권법안 관할 하의 모든 주장들에 적용된다고 판결하고 있다. 2) 캐나다 대법원은, 인권법령상 언어는 Meiorin과 Grismer에 명확히 진술되어 있는 단일한 접근을 반영하고 있다고 말한 바 있다. 3) 이 사건은 직접 혹은 간접차별이 발생했는지 여부에 대한 특징 규명이 문제가 되는 많은 사례들 중에서도 전형적이다 - 그 자체로, Meiorin Test는 이 같은 시간이 많이 걸리는 분석을 예방해 준다. 4) 그리고 Meiorin Test는 직접차별과 간접차별 둘 다를 결정하기 위한 이전의 법적 테스트와도 일관된다.

125) 약물 및 알코올 테스트의 상이한 가치에 대한 법원의 파격적(groundbreaking) 결정은 본질적으로는 사실관계에 입각한 것이었지만, 이는 법원이 Meiorin Test를 적용한 덕택이었다고 결론지을 수 있다. 때로는 복잡할 수 있는 직접/간접 차별 분석을 피하고, 편의제공 의무를 작업장 기준에까지 통합시킬 것을 요구하는 테스트를 사용함으로써, 법원은 분명 그러한 결정을 좀 더 쉽게 내릴 수 있었을 것이다(Charles Ferris, 2001).

직무관련 목적의 달성을 위해 합리적으로 필수적인 것이었는지 여부를 결정함에 있어, 과도한 부담을 초래하지 않고서 약물 혹은 알코올 문제가 있는 직원에게 편의제공을 하는 것이 불가능하였는지와 관련해서, 사용자는 편의 제공 의무를 분명히 입증하지는 못하였다.

결론적으로 법원은 i) 약물 테스트의 경우는 테스트 양성반응과 현재의 장애(impairment) 사이의 상관관계가 있다고 할 수 없고, 과거의 약물 복용 사실만을 말해줄 뿐 현재의 장애를 측정할 수는 없다는 이유로 진정직업자격이 될 수 없지만, ii) 알코올 중독 테스트 기준은 현재의 장애에 대한 지표를 제공해줄 수 있음이 입증되므로, 안전에 주의해야 하는 직무에 관해서라면 진정직업자격을 해당한다고 판단하였다.

이 사건은 Meiorin Test 기준에 따라 진정직업요건을 판단함으로써 그 기준을 법원의 원칙으로 재확인한 것으로, 마약 및 알코올 테스트와 관련한 주요 판결로 인용되고 있다.

Invine v. Canadian Armed Forces (2003)

1) 사건 개요

Irvine은 공군 항공기 기술자로 근무하였고, 관상동맥질환(coronary artery disease: CAD)을 가지고 있었는데, 신체적성테스트 직후 심장마비(heart attack)를 일으켰다.

이후 팔목할 정도로 회복되었지만, 결국 병역 보편성 원칙(the universality of service principles)에 부합하지 못한다는 이유로 캐나다 공군(CAF)로부터 해고되었다. 캐나다 공군에서 '병역 보편성'이란 모든 구성원이 "우선적으로 군인(soldier first)"이 되는 데 적합해야 한다는 것이다. 이에 Irvine은 장애에 근거한 차별이라고 주장하며 제소하였다.

2) 판결 내용

인권재판소는 Irvine에게 적용된 의학적 및 신체적 기준은 선의의 믿음에 의거한 것이기는 하지만 그의 직무 능력과 직업상 장점(occupational strengths)을 고려하지 못했고, 근로자 본인에게 생명을 위협하는 사건이 또 발생할지도 모른다고 우려한 것은 이해할 만한 것이었지만 위험 요소들을 완전하고도 논리적으로 검토하지는 않았다는 이유로, 또한 사용자는 장애가 있는 직원을 다른 직원들보다 더 엄격하게 테스트하고 평가한 것으로 보이는 반면 Irvine은 모든 직원들에게 적용할 수 있는 표준 신체검사를 통해 자신의 체력을 입증할 기회조차 갖지 못했다는 이유로, 이 사건에서 사용자는 대법원이 Meiorin 사건에서 확정한 새로운 통합적 기준에 맞게 진정직업요건을 성립시키는 데 실패했고, 과도한 부담이라고 할 만큼 편의제공을 하지도 못했다¹²⁶⁾고 판단하였다.

이후 연방법원은 사용자의 항소를 받아들여, 1993-94년에 연방항소법원에서 확정된 판례에 따라 “병역 보편성 원칙¹²⁷⁾”이 진정직업요건이 될 수 있다고 판단하여 사건을 파기하여 인권재판소로 환송하였으나¹²⁸⁾, 인권재판소는 Meiorin 판례에서 발전된 진정직업요건 테스트를 참조하여 병역의 보편성이라는 문제를 재심하면서 병역의 보편성을 평가하는 기준은 가능한 최대한 편의가 제공되어야 하는데, 이 사건에서는 사용자가 CAD의 일원인 Irvine에게 적용하는 명시적 정책에서 장애에 근거해 차별했다고 결론 내렸다. 법원은 사용자의 가이드라인이 CAD 환자들 중 특정 집단은 고용이 유지될 자격이 있고 병역의 보편성에 부합할 수 있다고 보았고, 이 집단에 속하는 Irvine의 능력이 충분히 고려되었는지를 확인하기 위해 해고 전에 가능한 모든 단계를 밟았어야 하는데, 이를 입증하는 데 실패했다는 이유로, 결국 의학적 기준은 진정직업요건이 아니라고 판단하였다¹²⁹⁾.

126) Canadian Human Rights Tribunal(2001), Annual Report 2001, p. 22-23

127) 병역 보편성 원칙이란 차별분석을 실행할 때 모든 육군요원이 언제 어떠한 조건에서라도 전투임무를 수행할 수 있어야 한다는 점을 고려해야 한다는 것이다.

128) 2003 FCT 660(Noël J.), Canadian Human Rights Tribunal(2003b), Annual Report 2003, p. 33

129) 2004 CHRT 9, Canadian Human Rights Tribunal(2004), Annual Report 2004, p. 10-11

[참조] 선의의 정당성 관련 판결

British Columbia(Superintendent of Moter Vehicles) v. British Columbia (1999)¹³⁰⁾

1) 사건 개요

이 사건은 Terry Grismer라는 사람이 두 눈에 대한 안과수술 결과 시각장애(반맹증)를 갖게된 후, 자동차 운전면허를 취소 당하자, 시야각의 최소기준을 120도로 규정한 것은 모든 동측성 반맹증(homonymous hemianopia) 장애자들로부터 운전 기회를 박탈하는 것이라고 주장하는 내용의 진정을 제기하면서 시작되었다. 주 정부 교통당국은 이에 대해 시야각이 운전면허 발급 기준에 미달하는 자에게 운전면허 발급을 거절한 행위는 선의의 정당성에 해당한다고 주장하였다.

2) 판결 내용

이 사건에서는 운전면허 발급기준이 선의의 정당성에 해당하느냐 여부가 쟁점이 되었다. 이에 대해 법원은 주 정부 교통당국 당국의 행위가 선의의 정당성에 해당하지 않는다고 결정하면서 “주 정부는 i) 수행된 업무와 합리적으로 관련된 목적이나 목표를 위해 문제의 기준이 채택되었다는 사실, ii) 해당 목적이나 목표를 달성하기 위해 합리적으로 필요하다는 선의의 믿음 하에 그 기준이 채택되었다는 사실, iii) 그 기준은 목적이나 목표를 달성하기 위해 합리적으로 필요하다는 사실, iv) 과도한 부담 없이는 이 사건에서 문제가 되는 특징을 가진 사람들의 요구에 대해 편의제공을 하지 못하는 사실 및 그 과도한 부담이 구체적으로 “심각한 위협”, “과다한 비용”, “불가능” 중에서

130) 3 S.C.R. 868 (정안진, 2003: 50-51에서 재인용)

어떤 형태의 것인지 등을 입증해야 하며, 이때 편의제공 여부는 어떤 집단에 대한 기존의 고정관념이 아닌 개개인의 능력에 따라 평가되어야한다"고 지적하면서, 위 차별행위는 "운전면허 발급을 거절한데 있는 것이 아니라 운전면허를 발급 받을 수 있는지 여부를 개별적으로 평가받을 수 있는 기회의 제공을 거절한데 있다"고 판단하였다.

3) 의의

이 사건은 진정직업자격이 아니라, 재화·용역 제공 영역에서의 선의의 정당성에 관한 판결로서, Meiorin 사건에서 확인한 접근방법이 고용관계 사건뿐만 아니라 재화·용역·서비스 제공 등의 차별영역과 관련된 사건에서도 동일하게 적용된다고 한 사안이다.

제4절 캐나다 : 검토 결과의 요약

캐나다는 인권법에 의해 인종, 국적 또는 민족, 피부색, 종교, 연령, 성, 혼인여부, 가족의 지위, 장애 및 사면받은 유죄판결을 사유로 한 차별을 금지하고 있다. 그러나 고용과 관련한 차별 등이 진정직업요건에 해당하는 경우에는 차별로 보지 않는다. 이때 어떤 행위가 진정직업요건에 해당하기 위해서는 반드시 관련 개인이나 집단의 요구에 대해 편의제공을 해야 하며, 이는 건강, 안전, 비용 등을 고려하여 과도한 부담이 되지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다.

전통적으로 캐나다에서 진정직업요건을 판단하는 데 있어서 먼저 해당 사건이 직접차별에 해당하는지, 간접차별에 해당하는지를 판단하였다. 만약 직접차별로 분류되면 진정직업요건에 해당하지 않을 경우 그 정책이나 기준은 전체가 효력을 상실했다. 반면, 간접차별에 해당할 경우, 사용자는 과도한 부담이라고 할 정도로 근로자의 요구에 대해 편의제공을 하기 위해 모든 가능한 수단을 강구했는지를 입증하는 것이 요구되었다. 그러나 1999년 대법원에

서 판결된 Meiorin 사건은 기존의 진정직업요건과 관련한 기준을 변경하였다. 즉, 대법원은 진정직업요건을 판단하는 데 있어서 직접차별/간접차별에 따라 다른 기준이 적용되지 않는다고 판결하였고, 편의제공 의무에 관한 기준을 보다 강화하였다.

이후 캐나다에서는 인권위원회나 법원에서 진정직업요건을 판단하는 데 있어서 직접/간접 차별 여부와 상관없이 이른바 ‘Meiorin Test’가 주요한 기준이 되었다. ‘Meiorin Test’에 의하면 진정직업요건으로 인정받기 위해서는 i) 문제가 되는 해당 기준이 업무수행과 합리적으로 연관성이 있고, ii) 둘째, 해당 기준이 그 목적을 실현하기 위해 필요하다는 사용자의 선의의 믿음 하에 채택되었는지, 그리고 iii) 해당 기준이 그 목적을 실현하기 위해 합리적으로 필요함을 입증해야 한다. 이와 더불어 사용자는 관련 당사자들의 요구에 대해 편의제공을 하기 위한 모든 노력을 했음에도 불구하고 과도한 부담으로 인해 편의제공을 할 수 없었음을 보여야 문제의 기준이 진정직업요건에 해당한다고 인정받을 수 있다. 이와 같은 ‘Meiorin Test’는 1999년 이후 캐나다에서 진정직업요건을 판단하는 주요한 기준으로 다양하게 적용되고 있다. 이는 일종의 비례의 원칙을 차별관련 사례에 적용한 것으로서, “진정한 직업상 요건”이라는 기준을 상세하게 설명함과 동시에, 각 인정 단계에서의 입증 책임 분배(모두 사용자에게 있음)를 명확히 했다는 의미가 있다.

판례를 보면 주로 성별, 연령, 종교, 장애를 사유로 한 사건에서 진정직업요건에 해당되는지의 여부가 다투어졌던 것으로 보인다. 성별의 경우 주로 성과 관련한 고정관념 및 관련 기준이 해당 직무를 수행하는 데 합리적으로 필요한지 여부가 쟁점이 되었다. 연령의 경우 캐나다인권법 제15조제1항(b)에 의해 법의 목적 범위 내에서는 정년퇴직이 차별의 예외에 해당한다는 점이 입법화되기 이전에는 정년퇴직이 진정직업요건에 해당하는가가 논쟁이 되었던 것으로 보인다. 그 외 연령과 관련해서는 주로 특정 연령에 대한 고정관념으로 인해 어떤 불이익이 있었는가를 판단하고 있다. 다음으로 종교와 관련한 사건의 경우 사용자의 규칙이 진정직업요건에 해당하는지 여부와 함께 사용자가 근로자의 종교와 관련한 요구를 과도한 부담이라고 해도 좋을 만큼 편의제공을 하고자 노력했는지가 주로 쟁점이 되었다. 장애의 경우에는 최근

에는 HIV/AIDS, 알코올 또는 약물중독과 관련한 테스트 등이 차별에 해당하는지, 차별의 예외로서 진정직업요건에 해당하는지가 더욱 논란이 되고 있는 것으로 보인다.

이상 진정직업요건과 관련된 판결 등을 통해 살펴볼 때, 캐나다의 경우 차별의 예외로서 진정직업요건에 대해서 매우 엄격하게 해석하고 있다고 보여진다.

제4장 호주

호주에서 고용상 차별금지 규정을 담고 있는 연방 법령으로는, 인권과 평등기회위원회법(인종·피부색·성별·종교·정치적 견해·민족혈통 또는 사회적 출신), 성차별금지법(성별, 혼인여부, 임신, 잠재적 임신 또는 가족책임), 장애차별금지법, 연령차별금지법 그리고 노동관계법(인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 민족혈통 또는 사회적 출신, 성적 선호, 혼인 상태, 가족책임, 임신)이 있다.

호주의 차별금지법은 법령 자체에서 직접차별 뿐만 아니라 간접차별도 금지하고 있고, 인권과평등기회위원회법·연령차별금지법·장애차별금지법·노동관계법에서는 '직무의 고유한 요건(inherent requirements of the job)'이라는 개념을 사용하고, 성차별금지법에는 진정직업자격(genuine occupational qualification)이라는 개념을 두어, 문제된 기준이 이에 해당하는 경우에는 고용차별이 아니라고 본다.

제1절 고용차별 금지 법령의 체계 및 특징

호주의 고용차별 금지 법령으로는 인권과평등기회위원회법 (Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986, 이하 인권위법), 인종차별금지법(Race Discrimination Act 1975), 성차별금지법(Sex Discrimination Act 1984), 장애차별금지법(Disability Discrimination Act 1992), 연령차별금지법(Age Discrimination Act 2004)을 들 수 있으며 호주 인권과평등기회위원회(Human Rights and Equal Opportunity Commission, 이하 호주 인권위)는 관련 법률에 근거하여 인권침해 및 차별행위 관련 진정을 받아 이를 조사, 조정하고 재판에 개입하기도 한다.

호주 인권위법은 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 민족 혈통 또는 사회적 출신에 근거하여 발생하는 차별을 다루고 있으며, 인종차별금지법은 인종, 피부색, 조상, 출신국가 혹은 출신민족을 사유로 고용, 장소·시설에의 접근, 토지·주거 및 기타 숙박시설, 재화와 용역의 공급, 노조가입활동에 대한 차별행위를 다룬다. 성차별금지법은 성, 혼인여부, 임신여부, 가족책임을 사유로 한 고용, 교육, 재화와 용역의 공급, 토지·주거 및 기타 숙박시설, 인가된 단체의 가입 및 활동, 연방법에 의한 행정시설 이용에 대한 차별행위를 다루고 있으며, 최근에 제정된 연령차별금지법은 고용, 교육, 토지에의 접근, 재화와 용역의 공급 등의 영역에서 연령에 근거한 차별을 금지하고 있다.

각각의 법률들은 고용상의 차별을 금지하는 조항을 가지고 있으며, 면제(exemption)와 예외(exception) 조항에서 위법한 차별이 아닌 행위를 규정하고 있다.

그러한 법조항들은 우선 '직무의 고유한 요건(inherent requirements of the job)'을 이유로 한 차등, 배제, 우대는 차별에 해당하지 아니한다고 규정한다. 여기서 '고유한 요건'의 개념은 각각의 법률에서 별도로 정의되어 있지 않으나, 호주 인권위는 이에 대해 각 직무의 상황에 따라 결정되어야 하는 것으로 "해당 직무의 필수적인 부분인 기능을 수행하기 위한 능력, 생산성과 질적인 요건들, 해당 조직과 팀 내에서 효과적으로 업무를 수행할 수 있는 능

력, 그리고 안전하게 업무를 수행할 능력을 포함할 수 있다고 보고 있다.¹³¹⁾

미국과 영국 혹은 캐나다 등지에서 사용하는 진정직업자격(미국의 BFOQ, 영국의 GOQ)과 유사하게 '진정직업자격(Genuine Occupational Qualification)' 개념을 도입하고 있는 연방 법률은 성차별금지법이 유일하다¹³²⁾.

요컨대 고용에 있어서 직무의 고유한 요건(inherent requirements of the job)을 차별의 예외사유로 정하고 있는 차별 사유로는, 인권위법에 의한 '인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 민족 혈통 또는 사회적 출신', 성차별금지법에 의한 '성별, 혼인여부, 임신, 잠재적 임신 또는 가족 책임', 장애차별금지법에 의한 '장애', 그리고 연령차별금지법에 의한 '연령'이 있다. 노동관계법에서는 해고와 관련하여 특별한 직위의 고유한 요건을 수행하지 못하는 경우 위법한 해고가 아님을 규정하고 있다.

제2절 인권 및 평등기회 위원회법

I. 개요

인권위법은 호주인권위¹³³⁾ 설치를 규정한 근거법률로서 우리의 국가인권위

131) ALRC Report 96 Essentially Yours, 'Inherent Requirements of the Job' ; 원문은 "the ability to perform the function that are a necessary part of the job; productivity and quality requirements; the ability to work effectively in the team or other type of work organization concern; and the ability to work safety"이다.

132) 이 개념을 도입하고 있는 주·준주의 법률은 이 연구범위에서는 제외하였다. 진정직업자격(Genuine Occupational Qualification)을 사용한 주·준주 법률로는, Tasmanian의 Anti-Discrimination Act 1998-Sect 27, Western Australian의 Equal Opportunity Act 1984-Sect 50, Australian Capital Territory의 Discrimination Act 1994, New South Wales의 Anti-Discrimination Act 1977 등이 있다.

133) 호주 인권위는 진정에 대한 직접적 처리보다는 조정과 중재자로서의 역할을 하고 있으며, 특히 아마커스(amicus, 법원의 친구) 기능을 행사하고 있는 특징을 가지고 있다. 아마커스는 위원회 진정사건으로 접수되었지만 조정합의를 이루지 못하고 법원으로 사건이 넘어가는 경우 법원의 친구로서의 기능을 행사하는 것인데, 이는 재판개입과는 구별되는 것으로 재판의 당사자가 아니기 때문에 소장 제기, 증거제시, 항소기능은 없지

법과 유사한 법률적 구조를 가지고 있다. 인권위법은 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 민족 혈통 또는 사회적 출신에 근거한 차등, 배제 또는 우대에 관하여 차별금지를 적용하고 있다. 그러나 인권위법에서 규제하는 차별 사유 이외에 고용차별의 진정으로 제기된 주요 사유는 연령인데 이는 인권위법 규칙에 의해 차별이라고 선언된 것으로 인권위법의 차별금지사유에 해당한다고 보고 있다. 또한 인권위법은 장애차별금지법과 인종차별금지법 그리고 성차별금지법의 법률에 위반하는 모든 행위를 불법적인 차별로 간주하고 있다.

II. 직무의 고유한 요건 관련 법률 내용

인권과 평등기회 위원회법

the Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986

제3조 정의

차별이라 함은 제2B장을 제외하고 다음 각 호를 말한다 ...

- (a) 고용이나 재직에 있어서 기회나 대우의 평등을 침해하는 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 민족혈통 또는 사회적 출신에 근거한 차등, 배제 또는 우대
- (b) 다음 각목에 해당하는 기타 차등, 배제 및 우대;
 - (i) 고용이나 재직에 있어서 기회나 대우의 평등을 침해하는

만 법원이 지원받지 못하는 분야의 전문가로서 특정사안에 대한 의견을 진술하는 방식이다. 예를 들어, 성차별의 경우, 아미커스 기능을 하게 되는 성차별위원은 법원에 성차별금지법의 해석 및 적용에 관한 국내 및 외국판례, 학술문헌을 제공하고 각종 통계자료 및 연구결과를 제공하거나 노동시장에서 여성의 역할에 대해 인권위에서 논의된 사항 등을 법원에 진술하는 활동을 한다. 호주인권위는 조정과 중재를 주로 담당하고 중재가 성사된 경우 법원에 제소할 수 없도록 되어 있다. 조정과 중재가 성사되지 않는 진정은 법원으로 넘어가게 되는데, 중재가 성사되지 않는 경우에 인권위는 이 사건에 대해 법무부장관에게 보고서를 제출하고, 법무부장관은 이 보고서를 의회에 상정하게 된다. 이러한 진정사건 관련 보고서는 2005년 현재 No. 30번까지 제출되고 있다.

효과를 갖는 것;

(ii) 규칙에 의해 본 법에서의 차별이라고 선언된 것

단, 다음 각 호에 해당하는 차등, 배제나 우대는 포함되지 않는다:

(c) 직무의 고유한 요건을 이유로 한 차등, 배제 및 우대;

(d) 특정한 종교나 신조의 교의, 신앙, 교리에 따라 운영되는 기관이 직원을 고용하는 경우, 그 종교나 신조의 신봉자들의 감정을 해치지 않기 위한 선의의 차등, 배제 및 우대

호주 인권위법은 제3조에서 차별에 대한 정의 규정을 두고, 같은 조 단서에서 차별의 예외가 되는 사유들을 규정하고 있는데, 이 중 제(C)항이 “직무의 고유한 요건을 이유로 한” 경우이다.

또한 앞서 언급한 것처럼, 인권위법의 차별금지사유로 열거되어 있지는 않으나 인권위법 규칙 4(a)(i)에 의해 연령에 근거한 차등, 배제 또는 우대도 인권위법 제3조 차별 정의의 (b)(ii)의 목적을 구성하는 것이므로 연령이 차별금지사유에 포함된다.

한편 성적 선호에 근거한 차별도 인권위법의 차별금지 사유에 해당되어 진정이 제기된 사례가 있다. 가톨릭학교의 교사직에 지원했으나 채용되지 못한 동성애자의 진정이었다. 이 진정에 대해 가톨릭교회사무소측은 직무의 고유한 요건과 특정한 종교나 신앙의 교의에 근거한 것이라고 하며 채용거절을 정당화하였으나 인권위측은 가톨릭교회 역시 동성애자에 대한 부당한 차별과 폭력을 비난하며 동시에 해당 진정인이 가톨릭교회의 가르침에 반대되는 생활스타일이나 가치를 지녔다고 간주할 증거는 없으므로 가톨릭교회사무소측이 오히려 법의 예외를 과도하게 확대한 것이라고 보았다.¹³⁴⁾ 이는 성적선호에 의한 고용상의 차별 뿐 아니라 종교와 신앙에 근거한 차별을 어느 정도까지 허용하는가에 관한 논점을 다루고 있다. 인권위는 인권위법의 면제 조항에 따

134) HREOC(1998), Report of an inquiry into a complaint discrimination in Employment and Occupation, Discrimination on the ground of sexual preference, HREOC Report No. 6.

라 종교 기관이 자신의 종교적인 목적을 위해 개인의 성적 지위에 근거하여 직·간접적으로 그들을 배제할 수 없다고 보았다. 이러한 면제는 절대적인 것이어서는 안 되며 이는 제한된 것이어야 하고 단지 종교기관에 의한 고용에만 적용되어야 하며 또한 종교적 교리에 의해 요구되는 차별에 제한되어야 한다는 점을 강조했다. 즉 종교와 신앙에 근거한 차별에서 '직무의 고유한 요건'에 근거한 면제는, 어디까지나 일반 원칙을 보완하는 수준의 면제이어야 한다는 것이 인권위의 견해라고 할 수 있다¹³⁵⁾.

III. 직무의 고유한 요건 관련 판례

Commonwealth of Australia v. HREOC 1999 FCA 1524

1) 사건 개요

37세의 Bradley는 공군 헬리콥터 조종사에 지원하려 하였으나 지원 연령이 19세에서 28세로 제한되었기 때문에 응시할 수 없었는바, 이러한 응시기준이 차별적이라고 주장하며 인권위에 진정하였다. 이에 인권위는 조종사 제도의 응시연령을 19세에서 28세로 제한한 것은 연령을 이유로 한 차별이므로 Bradley의 조종사 지원을 거부한 것은 국방부가 인권위법의 차별금지를 위반한 것이라는 이유로 손해배상을 명하였으며, 제1심 판결에서도 이 결론이 유지되었다. 이에 대해 연방이 항소한 사건이다.

2) 판결 내용

조종사로서의 직무에 고유한 요건과 지원자의 연령에 대한 요건과의 관계에 대한 국방부 측의 설명들은 전투비행이 육체적·정신적 스트레스로 인해

135) HREOC(1998), Article 18: Freedom of religion and belief, p.111

젊은 사람에게 적합하다는 것이었다. 국방부와 주요 해외 전투조직에서의 경험과 의학적 통계들은, 조종사의 연령과 전투비행환경에서 안전하고 효과적으로 비행을 수행할 수 있는 능력 사이에 직접적인 상관관계가 있음을 보여주었다.

법원은 “연령이 직무의 고유한 요건이 되는지, 아니면 ‘19-28세’라는 것이 직무의 고유한 요건이 되는지”에 관한 쟁점에서부터 문제를 풀어 나가, 만약 연령 배제가 의료적 적합성을 위해 필요한 요건이고, 의료적 적합성은 그 직무의 고유한 요건이라면, 연령 배제는 또한 그 직무의 고유한 요건이 될 수 있다고 하였다. 따라서 인권위가 주장한대로 ‘연령’ 그 자체가 특정한 직무의 고유한 요건인가를 밝혀야 하는데, 높은 수준의 전투조종사 훈련을 받아야 한다는 고유한 요건과 ‘19-28세 규칙’의 상호관계가 충분하지 않다고 판단했다. 또한 다른 항소 사유인 “계약 후 6년 이상 근무 가능성” 역시 훈련에 투자한 비용의 회수에 대한 언급일 뿐, 직무의 고유한 요건으로서는 충분하지 않다고 판단했다. 이 사건은 연령과 직무에 고유한 요건과의 관계를 제시한 대표적 판례이며 이후 연령차별금지법의 제정 배경이 되었다.

제3절 장애차별금지법

I. 개요

장애차별금지법에서 장애인차별에 대한 정의는 법률 제5조에서 9조까지 기술된 것을 의미하는데, 제5조의 장애인차별은 ‘어떤 사람이 동일 환경에서 또는 실질적으로 다르지 않은 환경에서, 다른 사람의 장애를 이유로 불리하게 대우하는 것’이며 ‘실질적으로 다르지 않은 환경이라 함은 장애인이 다른 편의시설이나 용역을 요구할 수 있는 경우’를 말한다고 정의한다. 제6조는 간접적 장애인 차별을 규정하고 있는데 이는 ‘장애를 갖지 않은 사람들 중 극소수가 따르거나 따를 수 있는 조건, 상황에 비추어볼 때 불합리한 조건 및 장

애인이 따르고 있지 않거나 따를 수 없는 조건'을 요구하는 경우이다. 제7조의 장애인 차별은 고통완화 및 치료 장치와 보조기구를 동반, 소유했다는 이유로 불리하게 대우하는 경우 장애를 이유로 한 차별이며, 제8조에서는 통역자, 낭독자, 보조자의 동반을 이유로 불리하게 대우한다면 장애를 이유로 한 차별이라고 하며, 제9조 맹도견·청도견 등 훈련된 동물의 동반을 이유로 불리하게 대우하는 것도 마찬가지로 규정한다.

한편 장애차별금지법 역시 '직무의 고유한 요건(inherent requirements of the job)'이라는 개념을 사용하여 차별의 예외를 규정하고 있는데, 이는 특정한 장애인이 특정한 직무의 고유한 요건을 수행할 수 없거나 혹은 장애로 인해 사용자에게 비장애인에게는 필요 없는 용역이나 시설을 요구하고 그것이 과도한 부담을 주는 경우에 해당되며, 고용과 해고에 있어서 모두 적용된다.

구체적인 사례에서는, 해당 직무의 고유한 요건에 대한 정의와 기술이 차별 판단의 주요한 변수가 되며, 특히 직무기술서는 직무의 고유한 요건이 무엇인가를 판단하는 주요한 근거가 되고 있다.

일반적으로 힘과 신체적 특징 등을 포함하는 직무 자격요건은 특정한 신체적 장애를 가진 사람을 배제한다. 신체적인 장애가 있는 사람들을 배제시키는 자격요건이 합리적이기 위해서는 첫째, 직무를 수행하는 사람에게 기술적인 지원을 할 수 있는지의 여부와 둘째, 직무 자체가 재구조화되거나 조정될 수 있는지를 검토해보아야 한다.

II. 직무의 고유한 요건 관련 법률 내용

장애차별금지법도 호주 인권위법과 마찬가지로 제15조에서 차별에 대한 정의를 하면서, 제(4)항에서 '직무의 고유한 요건(inherent requirements of the job)'이라는 개념을 사용하여 차별의 예외를 규정하고 있다.

장애차별금지법

Disability Discrimination Act 1992

제15조 고용차별

(4) 제(1)항 제(b)호나 제(2)항 제(c)호는, 특별한 고용에 있어서 과거의 훈련과 자질, 경험을 고려하여 볼 때, 또는 이미 사용자에게 의해 고용되었다면, 근로자로서의 업무수행과 관련된 제반 요건을 고려하여 볼 때, 장애로 인해 다음 각 호를 수행할 수 없는 경우, 그 사용자가 장애를 이유로 차별하는 것을 금하지 아니한다 ;

(a) 특별한 고용 고유의 조건을 수행할 수 없는 경우 또는

(b) 그 조건을 수행하기 위해 장애가 없는 사람이 요구하지 않는 용역이나 시설을 요구하고 그로 인해 사용자에게 과도한 부담을 주는 경우

제19조

(2) 본 조는 특별한 전문직이나 직무에 있어서 과거의 훈련, 자질 및 경험을 고려하여 볼 때, 또는 이미 전문직의 요원이고 직무로 업무를 수행하는 자라면, 전문직이나 직무에서의 그 업무수행과 관련된 제반 요건을 고려하여 볼 때, 장애로 인해 전문직이나 직무 고유의 조건을 수행할 수 없을 경우, 기관이나 단체가 그 장애를 이유로 차별할 수 있다.

제20조

(2) 본 조는 고용에 있어서 과거의 훈련, 자질 및 경험과 제반 관련사항을 고려하여 볼 때, 장애로 인해 직무 고유의 조건을 수행할 수 없을 경우, 고용기관이 그 장애를 이유로 차별할 수 있다.

Ⅲ. 직무의 고유한 요건 관련 판례

법원은 장애인의 경우 기술적인 지원이나 직무 자체의 재구조화가 필요하

다는 점을 고려하여, 고용차별 예외사유로서 '직무상 고유한 요건'에 기초한 차별 예외를 비교적 엄격히 적용하고 있다.

그와 관련한 판례로, 시각장애를 가진 상태에서 경찰에 지원했으나 거부된 Zraika 사건¹³⁶⁾, 직업성 과사용 증후군(Occupational Overuse Syndrome)으로 인해 컴퓨터 자판과 마우스 사용에 약간의 장애가 있는 상태에서 국제협력단 (AusAID¹³⁷⁾)에 지원하였으나 거부된 Rees사건¹³⁸⁾, 그리고 항공사 포터로의 채용 거부가 문제된 Cosma 사건¹³⁹⁾ 등이 있었으며, 이밖에 장애로 인한 특정한 고용의 고유한 요건의 수행과 관련한 주요 판례는 다음과 같다.

X v. The Commonwealth 1999 HCA 63

1) 사건 개요

X는 HIV 검사 결과 양성이라는 이유로 군에 입대한지 1개월 만에 강제로 제대하게 되었는바, 그는 그러한 제대기준이 장애차별금지법의 위법한 차별이라는 이유로 제소하였다.

2) 판결 내용

이 사건에서 주된 논점은, 질병에 의해 군인의 전투관련 임무를 수행하는 것이 육체적으로 불가능한지 여부가 문제된 것이 아니라(오히려 당시 담당의 사는 그의 건강이 매우 우수하다고 말했다), X의 HIV 감염이 다른 군인들에게 미칠 영향에 관한 것이었다.

X의 진정에 대해 인권위는 HIV 양성반응으로 인한 해고는 위법하다고 보았으나, 법원은 인권위의 이러한 결정에는 오류가 있으며 장애차별금지법에

136) Commissioner of Police, Nsw Police v. Zraika(2005) NSWADTAP 1

137) Australian Agency for International Development

138) Natasha Rees v. Australian agency for International Development 1999

139) Cosma v. Qantas Airways Ltd(2002) FCAFC 425

서 특별한 고용의 고유한 요건은 고용의 특징적인(characteristic) 임무나 기술을 수행하기 위한 근로자의 육체적인 능력이나 기술에 한정되는 것이 아니라고 하였다. 법원은 “대부분의 고용상황에서 고용의 고유한 요건은 근로자가 동료의 건강과 안전에 위험을 부과하지 않는 방식으로 일할 수 있기를 요구할 것이고, 이는 군대의 상황에서도 마찬가지”라고 실시하면서 그러한 요건은 차별에 해당하지 않는다고 판단하였다.

고용의 고유한 요건을 판단하는 데 있어서 전투능력 등과 같은 직무 능력은 물론 ‘동료의 건강과 안전을 위협하지 않을 것’까지 고용의 고유한 요건으로 판단했다는 점에서, 그 범위를 넓힌 것으로 볼 수 있다.

Jamal v. Secretary, Department of Health 1988 14 NSWER 252

1) 사건 개요

Jamal은 병원관리자로서의 직위를 거절당했는데 이는 백내장으로 미세한 봉합이나 심야운전과 같은 일을 수행할 수 없다는 이유에서 였다. 이에 대하여 Jamal은 시각장애에 대해 불평등한 효과를 가져 온 경우라고 하면서, 제소하였다.

2) 판결 내용

New South Wales 동등기회 재판소는 미세한 봉합 수술은 그리 흔한 일이 아니고 심야운전 또한 가까이 있는 병원 구급차로 대처될 수 있으므로 Jamal의 해고는 불합리하다고 판결했다. 업무의 조정이나 재구조화를 제공함으로써 고용을 유지하는 것이 사용주가 우선할 의무이며 따라서 이를 제공하지 않은 경우 고용상 위법한 차별에 해당한다.

Cosma v. Qantas Airways Ltd 2002 FCAFC 425

1) 사건 개요

항공기 진입로의 포터업무를 위해 고용된 Cosma는 1991년 9월, 작업 도중에 무거운 화물을 끌어올리다가 오른쪽 어깨를 다쳤으며 12월에 다시 작업에 복귀했지만 상태가 악화되어 1992년 1월 28일부터 2월 14일까지는 일을 할 수가 없었으며 5월에 다시 수술을 받아야 했다. Cosma는 1992년 5월 26일에 다시 일에 복귀했으나, 그 후로 재할 매니저와 사무직과 관련된 일들이었고, 후에 대체인력으로서의 직무를 수행하다가 1996년에는 모성휴가를 떠난 동료로 대신하여 임시사무직으로 일했으나, 동료가 돌아오면서 1997년 5월에 고용종료를 통보받았다. 이에 장애차별금지법 15조에 근거하여 법원에 제소하였다.

2) 판결 내용

이 사건에서 법원은 직무(job)와 직위(position)의 차이¹⁴⁰를 중요하게 언급하면서 이 사건의 근로자는 항공기 진입로(ramp) 일을 수행하도록 고용되었으나 이 일을 수행할 수 없자 그의 임무는 동료들에게 나누어졌고 그는 재활을 위해 다른 일에 배치되었는데, 이는 그의 임무가 변화되었다는 것을 의미하는 것이 아니라 그의 재활을 위해 가능한 대안적인 임무로 배치된 것을 의

140) 법원에 의하면 그 차이는 다음과 같다 : 직무(job)의 경우 어떤 사람이 수행하도록 요구되는 일(tasks)과 관련된 것이다. 직무(job)의 요건은 어떤 사람이 수행해야만 하는 특정한 일이나 임무를 언급하는 것이고, 직위(position)은 그러한 임무를 수행하는 사람의 수준(level)이나 등급(rank)과 관련된 것이다. 따라서 직위(position)에 대한 요건은 자주 그러한 직위로부터 수행할 수 있는 임무에 대한 테스트나 평가를 요구하는 것인데, 임무를 수행하는 능력은 특정한 직위의 고유한 요건이기 때문이다. 대부분의 경우 직위(position)의 요건과 직무(job)의 요건상의 차이가 거의 없다고 보여 지나, 특정한 직위와 특정한 직무간의 차이가 없다고 말할 수는 없다. 대개의 경우 섬세한 차이가 자격(qualifications)에 관한 문제가 되는데 그러한 자격들은 직위에 포함되는 일을 수행할 수 있는 정신적 또는 신체적 능력과 관련되지 않은 것들이다. 예를 들어, 미국 대통령의 직위(position)의 고유한 요건은 미국시민이어야 하는 것이지만 대통령의 직무(job)의 고유한 요건은 아니라는 점이다.

미하는 것이다. 법원은 이 사건의 경우 position과 job의 차이는 무관하다고 결론지었다.

문제는 Cosma의 '특정한 고용(particular employment)'이 무엇이었는가에 집중되었다. Cosma는 자신의 고용이 '항공기의 진입로(ramp) 포터를 포함한 사무직 및 행정직의 일 등 고용관계 전반에 해당하는 것'이라고 주장했으나, 실제로는 그가 멜보른 항공의 Ramp Services사에서의 포터로서 고용된 것이었으며, 그 밖의 다른 일들은 그의 재활을 위한 일시적인 일들이었으므로, 결국 그는 Ramp Services사에서 operator로서 '특정한 고용'의 직위를 가지고 있었다고 인정되었다. 따라서 그 특정한 고용의 직무를 수행하는데 있어서 고유한 요건을 충족하지 못하여 해고된 것이라면, 이는 차별에 해당하지 않는다고 보았다.

또한 법원은 이 사건이 장애차별금지법 제15조 4의 (b) '그 조건을 수행하기 위해 장애가 없는 사람이 요구하지 않는 용역이나 시설을 요구'하여 사용자에게 과도한 부담을 주는 경우'에 해당한다는 점에서도, 차별이라고 볼 수 없다고 판단하였다.

법원은 직무상 고유한 요건에서 판단 단위가 되는 것이 '특정한 고용'이라는 점을 분명히 하고, 당초 채용의 전제가 특정한 직무에 관한 것인지를 구체적으로 살핀 다음, 그 '특정한 고용'에서의 고유한 요건에 대한 기준을 자세히 검토하였다.

제4절 성차별금지법

I. 개요

1984년에 제정된 성차별금지법은 성별, 혼인상태, 임신, 잠재적 임신 (potential pregnancy) 또는 가족책임 그리고 성적인 괴롭힘(sexual harassment)에 근거한 차별을 금지하는 법률이다. 성차별금지법은 호주 인권

위(HREOC)의 소관법률이며 인권위에 별도의 성차별금지위원회가 설치되어 있다.

이 법에서는 고용에 있어서의 성차별을 금지하고 있는데, 이때 고용의 범주에는 시간제와 임시직 고용, 용역계약에 의한 근로 그리고 연방근로자로서 근로를 포함하고, 가족책임은 근로자와 관련되어 자녀부양 또는 돌봄과 지원이 필요한 다른 직계가족원에 대한 책임을 의미한다. 특별히 흥미로운 차별금지 유형은 '잠재적 임신'인데 이는 여성이 어린이를 임신할지도 모를 상황, 여성이 임신하고자 하는 바람이 있는 상황, 그리고 임신일 것 같은 혹은 임신으로 인지된 상황을 의미하는 것이다. 이러한 광범위한 정의는 여성이 '임신'이라고 하는 생물학적 사실을 둘러싸고 나타날 수 있는 차별의 제반 유형들에 대한 포괄적인 금지를 의미하는 것이라고 할 수 있다.

한편 법 제7조는 간접차별의 금지를 규정하고 있는데 일반적인 차별금지법의 제정과 더불어 처음에는 직접차별만 다루다가 점차 간접차별의 개념을 포함하게 되어, 현재는 대부분의 주 법령에서 간접차별 규정을 포괄하게 되었다. 이 개념은 통상 '사용자가 어떠한 자격이나 조건을 요구할 때, (a) 다른 직위에 있는 집단이 응할 수 있는 비율이 실질적으로 높고, (b) 이것이 그 상황에 비추어 합리적이지 않으며, (c) 차별받는 사람들이 응하지 않거나, 응할 수 없어야 한다'고 정의되고 있다¹⁴¹⁾.

II. 진정직업자격 관련 법률 내용

고용에 있어서 위법하지 않은 성차별은 제4장의 면제에서 규정하고 있는데, 특정한 사람의 성별에 반대되는 성별의 사람이 '진정직업자격(genuine occupational qualification) 이 되는 직위(position)'를 규정하고 있다.

조문 내용은 영국의 성차별금지법과 유사하여, 반대되는 성의 사람이 소유하지 않는 특별한 신체적 특성(힘이나 정력의 특성은 배제)을 가진 사람에 의해 오로지 수행될 수 있는 직위의 임무(the duties of the position), 확실성,

141) Hunter, Rosemary(1992), Indirect Discrimination in the Workplace, The Federation press, p. 25

미학 그리고 전통 때문에 특정한 성의 사람에 의해 수행되어야 하는 역할이나 오락에서의 역할 수행을 포함하는 직위의 임무, 특정한 성을 위한 탈의실을 포함, 예의와 사생활을 유지하기 위해 특정한 성의 사람에 의해 수행되어야 하는 직위의 임무, 관련된 성의 의복이나 신체의 수색을 하게 되는 직위의 임무, 특정한 성의 사람이 사용하는 화장실에 들어가는 것이 요구되는 직위의 종사자 등등을 구체적으로 명시하고 있다.

성차별금지법

Sex Discrimination Act 1984

제30조 성에 근거한 위법하지 않은 특정한 차별(certain discrimination)

- (1) 근로자, 위탁대리인 또는 계약 근로자로서의 직위와 관련하여, 다른 사람의 성별에 반대되는 성별의 사람이 되어야 하는 진정한 직업 자격 (genuine occupational qualification)과 관련되는 직위 (position)에, 성에 근거하여 다른 사람을 차별하는 것이 위법하다는 것은 아니다.
- (2) 특별한 직위와 관련하여 특별한 성의 사람이 되어야 하는 진정한 직무요건은 다음과 같다.
 - (a) 반대되는 성의 사람이 소유하지 않은 특별한 신체적 특성(힘 · 정력의 특성 배제)을 가진 유일한 사람에 의해 수행되어야 하는 직위의 임무
 - (b) 신의, 미학 또는 전통을 이유로 관련된 성의 사람에 의해 수행될 것이 요구되는 극적인 수행이나 다른 오락에서의 역할 수행을 포함하는 직위의 임무
 - (c) 탈의실 등 예의와 사생활을 유지하기 위해 특정한 성의 사람에 의해 수행되어야 하는 직위의 임무
 - (d) 관련된 성의 의복이나 신체의 수색을 하게 되는 직위의 임무
 - (e) 특정한 성의 사람이 사용하는 화장실에 들어가는 것이 요구되

는 직위의 종사자

- (f) 사용자 또는 직위의 종사자와의 계약에 의해 제공되는 시설에 거주하도록 요구되는 직위의 종사자로
 - (i) 성별로 분리된 숙박시설과 화장실이 구비되지 않은 시설;
 - (ii) 관련된 성의 사람들이 이미 종사하고 있고 관련된 성의 반대되는 성의 어떤 사람도 종사하고 있지 않은 시설; 그리고
 - (iii) 성별로 분리된 숙박시설과 화장실의 제공을 사용자나 계약자에게 기대하는 것은 합리적이지 않을 경우
- (g) 탈의 상태에 있는 사람의 성이 일반적으로 사용하는 지역에 들어가기로 요구되는 직위의 종사자
- (h) 직위란 특정한 성의 사람이 수행해야만 하는 진정직무요건과 관련된 직위를 말한다.

제31조 임신 또는 출산

임신이나 출산과 관련하여 여성의 권리와 권위를 인정하는 것을 이유로 성에 근거하여 남성을 차별하는 것에는 성에 근거한 차별조항을 적용하지 않는다.

제32조 한 성별의 구성원에 대한 서비스

한 성(one sex)의 구성원에게 제공될 수 있는 특정의 서비스를 위한 일에는 성에 근거한 차별조항을 적용하지 않는다.

제43조 전투 의무 등

- (1) 군대에서 고용, 교전 또는 임명과 관련하여 여성을 차별하는 것에는 성에 근거한 차별조항을 적용하지 않는다.
 - (a) 전투임무의 수행을 포함하는 직위; 또는
 - (b) 전투임무와 관련하여 정해진 상황

III. 진정직업자격 관련 판례

Secretary, Department of Foreign Affairs and Trade v. Styles 1989
FCR 251

1) 사건 개요

1972년부터 호주 행정부에서 저널리스트로 일해 온 Styles는 1987년에 스포츠, 레크리에이션 그리고 여행부에서 런던과 뉴욕에서 근무할 저널리스트 A2 등급의 직위를 공모하자 여기에 응모를 했다. 그런데 후에 부처간 조정으로 이 업무가 외무부로 옮겨갔고 외무부는 공모 당시 이 직위에 특정한 등급을 제시하지 않았다. Styles는 런던 근무자에 대한 '선택기준'과 '직무진술'이 무엇인지를 요청하여 이에 관한 내용을 받게 되었는데 '선택기준'에는 경험, 지식, 능력과 숙련 그리고 태도 등에 대한 언급이 있었으며, '직무진술'에는 일반적으로 해외근무자에게 요구되는 '저널리스트 A2' 등급을 가진 사람의 임무에 대한 기술이었다. Styles는 1983년에 저널리스트 A1 등급이 되었지만 그동안의 근무경력과 평가에 의해 A2 등급에 지원할 수 있다는 답변을 받았다. 그러나 Styles는 응모한 지위에 채용되지 않았으며 A1 등급에 대한 심사 자체가 이루어지지 않았음을 알 수 있었다. 지원자 중 A2 등급은 2명에 불과했으며, 이 중 1명은 캔버라 근무를 지원했기 때문에 1명만이 뉴욕근무로 채용되었고 A1 등급의 지원자를 중심으로 런던근무자에 대한 검토는 이루어지지도 않은 것이다. 외무부에서 해외근무지원자를 채용하는 과정에서 A1 저널리스트 등급과 A2 저널리스트 등급 자격을 지닌 사람이 지원할 수 있도록 하였는데 A2 등급 직위의 업무를 A1 등급이 수행할 수 있음에도 선발위원회는 2명의 A2 등급 지원자만을 고려하였으며 이들 둘은 모두 남자였다.

2) 판결 내용

이 사건에서는 우선적으로 A2 등급의 업무를 A1 등급이 수행할 수 있는

가와 관련하여 Styles는 A1 등급임에도 불구하고 A2 등급에 지원할 수 있다는 답변을 받았으며 연봉 역시 A2 등급에 해당하는 액수였기 때문에 해당 직무를 수행할 능력이 있는 것으로 보았다. 그러나 선발위원회가 A2 등급 지원자만 고려한 것이 여성에 대한 간접차별에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었는데, 제1심 법원은 '합리적인 요구나 조건'은 '단순한 편의'와 '사용자의 사업상 본질적인 것' 사이에 위치한다고 하면서, 균형 테스트(balancing test) 후에 구체적인 상황을 볼 때 A2 등급을 요구한 것에는 합리적인 이유가 없다고 판단했다.

항소심에서 법관의 대다수는 균형테스트를 적용하는데 동의했으나 결과는 다르게 나왔다. 판사들은 증거를 검토하면서 A2 등급을 요구한 것은 실질적인 자격에 따라 고용되어야 함을 판단한 것이며, 높은 직위에 있는 사람이 그 직위에 선발된 것은 그 직위에 있는 사람만이 수행할 수 있기 때문이므로 회사 측이 요구한 자격이 차별적인 효과보다 훨씬 더 중요하며 정당한 것이라고 판단하였다.

이 사건은 런던근무라는 해당 직무의 고유한 요건에 근거하지 않은 위법한 성차별로 제기, 성차별금지법의 고용차별 예외에서의 직위란 특정한 성의 사람이 되어야하는 진정직무요건과 관련되는 직위를 말할 경우에만 인정됨을 밝혔다. 또한 '합리성'에 대한 가이드라인을 제공한 사례로 호주 최초의 간접차별 판례에 해당한다.

Australian Iron and Steel PTY.LTD. v. Banovic 1989 HCA 56

1) 사건 개요

철강회사(Australian Iron & Steel)는 채용시 응모한 대부분의 남성들을 즉각 고용했던 것에 반해 대다수의 여성들은 대기자 상태로 두었는데 1980-81년 동안 채용에서의 직접차별이 고발되자 여성들을 고용하기 시작했다. 1982년에 철강 산업의 쇠퇴로 인해 회사는 구조조정 프로그램을 단행했으며 이는

‘가장 늦게 들어온 사람이 가장 먼저 해고된다(last on, first off)’는 원칙에 의해 이루어졌다. 이러한 원칙은 늦게 고용된 여성들에게 명백히 불리한 정책이었다. 회사 측의 고용통계에 의하면 7,698명의 남성근로자와 510명의 여성근로자 중에서 521명의 남자와 32명의 여성이 해고되었고 그 결과 연공서열에 의해 충분히 회사에 남을 수 있는 남성 근로자는 93.2%이고 여성은 93.7%로 남성이 실질적으로 높은 비율을 차지하고 있지 않았으며 사실상 그 차이는 매우 근소한 것으로 나타났다. 이에 여성 근로자들은 회사 측의 노동력 비교 집단은 적절한 풀(pool)이 아니라고 했으며 이러한 풀은 회사 측에 의해 이루어진 누적된 차별적인 고용관행과 결합된 통계라고 주장했다.

2) 판결 내용

이 사건은 간접차별의 영역을 확장하는데 기여한 사건으로 차별의 피해자에게 요구되는 ‘요구나 조건’이 무엇인지에 대한 것과 관련되었다. Dawson 판사는 ‘법의 목적에 비추어볼 때 요구나 조건(requirement or condition)은 사업주가 근로자에게 요구하는 자격(qualification)이나 선결조건(prerequisite) 등으로 광범위하게 추론해야 할 것’이라고 하였다. 만일 간접차별의 목적이 소수자집단에게 잠재적으로 불평등한 효과를 가져오는 불합리한 고용관행을 광범위하게 제거하는 것이라면 ‘요구나 조건’의 개념을 너무 협소하게 해석해서 법이 다루고자 하는 ‘손해’개념을 배제해서는 안 된다는 것이다. 일반적으로 법원은 ‘요구’와 ‘조건’을 따로 구분하지는 않는다.

Dawson 판사는 ‘요구나 조건’의 광범위한 해석의 필요성에도 불구하고 각각의 사례에서 실제적인 요구나 조건이 무엇인지를 자세하게 볼 필요가 있다고 보았다. 또한 간접차별의 판단기준으로 작용하는 것으로서 다른 직위의 집단들이 차별의 피해당사자보다 그 조건에 응할 수 있는 비율이 실질적으로 높아야 한다는 것이다. 이때 두 집단 간의 비교가 요구된다면 두 집단은 어떻게 정의될 수 있는가. 기본집단 또는 풀(pool)에 대해서는 많은 논쟁이 있어왔으며 이 사건에서 각각의 당사자는 서로 다른 풀을 주장하였고 법원은 피해당사자의 주장을 받아들였다. 3명의 판사들은 선택된 풀은 과거 차별적

인 고용관행을 지속시키는 것이어서는 안 된다고 지적했다. 사용자측이 제시한 근속연수 자격요건에 따른 영향은 이전에 여성에게 행해진 불평등한 효과로 인해 사용될 수 없는 부적절한 풀이라고 보았다. 따라서 실제적인 고용숫자보다는 지원자에 기초한 풀을 사용하는 것이 풀 안에 포함되어 있는 차별을 제거하고 수정할 수 있는 방법이다. 칠강회사가 초기에 여성고용을 기피하기 위해 제시한 weight-lifting 조건은 여성에 대한 직접차별이었으며, 구조조정 프로그램인 'last on, first off' 고용조정 정책은 간접차별에 해당하였다.

제5절 연령차별금지법

2004년에 제정된 연령차별금지법은 고령자에 대한 연령차별 금지에 국한하지 않고 보다 광범위한 영역에서 연령을 이유로 한 차별금지를 규정한 법률로서, 제14·15조는 연령을 이유로 한 직접차별과 간접차별을 금지하고 있다. 한편 제16조에는 어떤 행위가 2가지 이상의 이유에 의해 이루어질 때, 그 한 가지가 연령에 의한 것이고, 연령이 해당 행위의 지배적인 이유인 경우에는 이는 연령을 이유로 한 행위로 간주한다고 규정하고 있다.

연령차별금지법

Age Discrimination Act 2004

제2절 직장에서의 차별 - 제18조 고용차별

면제

- (4) 제(1)항 (a),(b)호나 제(2)항(c)호는, 연령으로 인해 특정한 고용의 고유한 요건을 수행할 수 없다면, 근로자의 연령을 이유로 차별하는 것을 금하지 아니한다.
- (5) 해당인이 연령으로 인해 고유한 요건의 수행여부를 판단하는데

있어 다음을 고려한다.:

- (a) 특정한 고용과 관련한 과거의 훈련, 자질, 그리고 경험;
- (b) 해당인이 이미 사용자에 의해 고용되었다면, 근로자로서의 성과;
- (c) 기타 합리적인 관련 요소

연령차별금지법에서 규정한 제18조 5항의 (a)(b)(c)와 같은 고려요소들은 제 19조 위탁대리인(commission agents), 제20조 계약직 근로자(contract workers), 제21조 협력관계(partnerships), 제22조 자격부여단체(qualifying bodies), 제24조 고용기관(employment agencies)에도 동일하게 적용된다.

연령차별금지법이 2004년에 제정되어 이 법을 근거로한 해당 판례를 찾을 수 없었으나, 연령을 이유로 한 차별금지의 대표적 사례(인권 및 평등기회 위원회법 위반 사례)로 앞서 언급한 Commonwealth of Australia v. HREOC 1999 FCA 1524 사건을 참조할 수 있다.

제6절 노동관계법

I. 개요

노동관계법은 고용과 직무에 있어서의 차별에 관한 규정을 두어 인권위법의 규정과 가족책임규약 그리고 ILO 166조 권고를 보완하고 있다. 노동관계법의 제170조(SECT 170CK)는 사업주가 근로자의 고용을 종료해서는 안 되는 사유를 열거하고 있으며 이는 고용차별의 예외사유를 다루는 데 있어서 해고 시 차별예외 사유인지를 판단하는 법적 근거로도 언급되고 있다.

노동관계법은 해당 직무의 고유한 요건에 기초한 이유가 있다면 해고가 이루어질 수 있다고 규정하고 있는데, 170CK(2)(a)-(i)에서 고용종료 즉 해고의

이유가 될 수 없는 근거들을 명시하고 있다. 이는 질병이나 상해로 인한 결근, 노동조합원이거나 혹은 노조활동, 비노조원, 근로자대표로서의 활동, 모성 휴가 혹은 육아휴가기간, 자원구호활동을 위한 일시적인 결근 등이며, 특히 주목할 조항은 (f) 인종, 피부색, 성, 성적 선호, 연령, 신체적 혹은 정신적 장애, 혼인상태, 가족책임, 임신, 종교, 정치적 견해, 출신국가 혹은 사회적 신분을 이유로 포함하는 해고는 할 수 없다고 규정한 조항이다.

170CK(3)은 (2)(f)에 언급된 문제들이 특정한 직위의 고유한 요건에 기초한 이유가 된다면 해고의 사유가 되는 것을 막을 수 없다고 규정하고 있다. 예를 들어, 특정한 연령이 해당 직무의 수행에 필요한 고유한 요건이라면 연령을 이유로 한 해고가 위법하지 않다는 것이다. 또한 170CK(4)에서는 사용자가 특정한 종교나 교의를 따르는 사람의 종교적인 감성을 침해하지 않으려는 선의로 해고했다면 이는 위법하지 않음을 규정하고 있다.

II. 직위의 고유한 요건 관련 법률 내용

노동관계법 Workplace Relations Act 1996 -SECT 170CK¹⁴²⁾

(2) (3)과 (4)를 제외하고, 사용자는 다음의 하나 이상의 이유들로 혹은 다음의 하나 이상의 이유들 포함하는 이유들로 인해 근로자의 고용을 종료시킬 수 없다

(a) 질병이나 상해로 인한 일시적 결근 ...

(f) 인종, 피부색, 성, 성적 선호, 연령, 신체적 혹은 정신적 장애, 혼인상태, 가족책임, 임신, 종교, 정치적 견해, 출신국가나 사회적 신분

(3) (2)항은 특정한 직위(particular position)의 고유한 요건에 기초한 이유가 있다면 해고의 이유로 (2)(f)가 언급될 수 있다.

(4) (2)항은 만약 사용자가 특정한 종교나 신앙의 신봉자에 대한 종교적 감성을 지키주려는 선의로 해고했다면, 특정한 종교나 교회의 교리, 교의 또는 신념에 따르는 제도의 구성원으로서 근로자의 고용을 종료하는 이유로 (2)(f)가 언급될 수 있다.

III. 직위의 고유한 요건 관련 판례

Qantas Airways Ltd v. Christie 1998 HCA 18

1) 사건 개요

Christie는 Qantas B747-400기의 조종사로 일해 왔는데 60세 규칙 때문에 비행에서 배제되어야만 했다. Christie는 비행과 관련하여 요구되는 여러 능력이 60세 규칙에 의해 일률적으로 거부된 것이 연령에 의한 차별에 해당한다며 소송을 제기했다.

고용계약상으로는 이러한 조항이 직위(position)의 고유한 요건으로 결정적인 것은 아니었고, 문제가 된 비행배치의 기준 역시 국제 비행 조종사들과 동등하게 호출(bidding)에 응할 수 있는 능력과 국제선을 비행할 능력이었지 연령 자체는 아니었다.

2) 판결 내용

대법원은 60세 연령을 이유로 항공사 조종사에서 해고된 것이 연령에 따른 강제퇴직이 아니라 직무의 고유한 요건을 수행할 수 없기 때문이라고 판단하였다. 항공기 내부 비행 운영 시스템인 호출 근로 제도(bidding system)는 그

142) http://www.austlii.edu.au/au/legis/Cth/consol_act/wra1996220

운영과 디자인은 차별적인 것이 아니고, 이 시스템에 효과적으로 참여하는 능력은 해당 직위(position)의 고유한 요건이기도 하기 때문에, 일정한 연령에서 이를 수행하는 것이 어렵다면 연령 기준도 차별에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이 사건은 산업관계법(Industrial Relations Act)과 노동관계법에 의한 고용의 종료사유에 따라 제소된 사안으로, 정년연령에 달하여 고용이 자동으로 종료된 것보다는 연령이 직위의 고유한 요건인지의 여부가 주된 문제가 되었다.

Cucanic v. IGA Distribution (Vic) Pty Ltd 2004 FCA 1226

1) 사건 개요

Cucanic은 2000년 10월부터 2001년 5월4일까지 IGA에 임시직으로 채용되어 식료잡화점과 종합가판매장에서 점원 1등급으로 근무하다가 2001년 10월 31일 정규직(점원 2등급)이 되었으나, 2001년 등에 장애를 입고 이후 대부분 식료잡화점에서 일했다. 점원 2등급은 1등급보다는 높은 수준의 자격으로 설비와 장비의 사용 및 적절한 설비 작동 자격 등이 요구되었으며, Cucanic의 일은 반복적으로 20킬로그램의 물건을 들어 올리는 일을 포함하여 일반적인 점원보다 복잡한 작업이 필요했는데, 신체적 장애로 이러한 일을 더 이상 수행할 수 없게 되자 해고 통보를 받게 되었다.

2) 판결 내용

법원은 Cucanic의 직위에서의 '고유한 요건'은 '그의 실제적인 임무'로서 15-20킬로그램의 물건을 반복적으로 운반해야 하는 일을 포함한다고 하면서, 이러한 일을 할 수 없음으로써 자신의 특별한 직위의 고유한 요건을 수행할 수 없게 된 것이라고 보았다. 따라서 위 일을 할 수 있는 신체적 능력은 위 '직위'의 고유한 요건이 되며, 이를 이유로 해고한 것은 차별에 해당하지 않

는다고 판단하였다.

법원은 직무의 고유한 요건이 적용되는 방식에서 job과 position의 차이를 구분하는 접근방식을 채택하면서, 원래 담당하였던 특정 직위의 필수적 요소에 해당하는 업무에 필요한 요건인지를 기준으로 하여 차별 여부를 판단하였다.

제7절 호주 : 검토 결과의 요약

고용상의 차별을 금지하는 연방 법률로는 인권 및 평등기회 위원회법, 성차별금지법, 인종차별금지법, 연령차별금지법, 노동관계법 등이 있으며, 인권 및 평등기회 위원회법은 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 민족혈통 또는 사회적 출신을 사유로 한 차별을, 성차별금지법은 성, 혼인여부, 임신여부, 가족책임을 사유로 한 차별을, 인종차별금지법은 인종, 피부색, 조상, 출신국가 혹은 출신민족을 사유로 한 차별을, 연령차별금지법은 연령을 사유로 한 차별을 금지하고 있다. 또한 노동관계법은 특별히 해고와 관련하여 인종, 피부색, 성, 성적 선호, 연령, 신체적 혹은 정신적 장애, 혼인상태, 가족책임, 임신, 종교, 정치적 견해, 출신국가나 사회적 신분을 사유로 한 고용종료를 금지하고 있다.

이러한 차별금지법들은 각 사유에 근거한 고용상의 차별이 위법한 행위임에도 불구하고 '직무의 고유한 요건'과 관련한 위법하지 않은 차별을 규정하고 있다. '직무의 고유한 요건'은 미국이나 영국, 캐나다 등에서 사용하는 진정한 직업적 요건 즉 진정한 직업자력에 해당하는 개념으로 호주의 경우 진정한 직업자력의 개념은 성차별금지법에서만 사용하고 있고 여타의 법률에서는 직무 혹은 직위의 고유한 요건으로 언급되고 있다.

그러나 차별금지법 등에서 '직무의 고유한 요건'에 대한 법률적 개념을 정의하지는 않고 있다. 다만 호주인권위원회(HREOC)는 이와 관련하여 '고유한 요건'이 "해당 직무의 필수적 부분인 기능을 수행할 능력, 생산성과 질적인 요건들, 해당 조직과 팀에서 효과적으로 업무를 수행할 능력 그리고 안전하

게 업무를 수행할 능력'을 포함할 수 있다고 설명하고 있다. 직무의 고유한 요건이라는 개념의 영역과 의미에 대한 논의들은 각각의 판례를 통해 축적되고 있으며 성차별금지법에서만 차별의 예외가 되는 '진정직업자격(Genuine Occupational Qualification)'에 대해 구체적으로 열거하고 있다.

판례를 통해 직무의 고유한 요건에 대한 최근의 논의 경향을 살펴보면, 연령을 직접차별의 사유로 판단하기 보다는 특정 연령이 특정한 직무의 고유한 요건이 되는지에 대한 판단에 집중되어 있다. 연령차별은 호주인권위법의 차별금지사유에 열거되어 있지 않지만 인권위 규칙에 의해 연령을 근거로 한 차별을 금지하고 있으며 이와 관련된 일련의 진정제기에 따라 2004년 연령차별금지법이 제정되기에 이르렀다. 현재 연령에 근거한 차별금지의 주된 논거는 해당 연령이 직무의 고유한 요건에 해당하느냐에 있으며 이때 '고유한'이란 '부수적이거나 우발적인 것이라기보다는 필수적인 요소'를 의미하는 것이며, 각각의 판례들에서 고유한 요건의 내용은 단지 근로자가 임무를 수행할 수 있는 신체적 혹은 정신적 능력이 아니라 특정한 직위, 고용 또는 직무의 환경적 맥락을 고려하는 것이라고 보고 있다.¹⁴³⁾ 직무의 고유한 요건에 대한 판단은 노동관계법에서의 해고제한 사유에서도 동일하게 논란을 거듭하고 있으며, 각 판례들은 복합적인 법률적 근거를 갖고 있기도 하다. 장애차별의 경우 고용의 고유한 요건을 판단하는 데 있어서 동료의 건강과 안전을 위협하지 않는 것까지 고용의 고유한 요건으로 판단하고 있다.

호주의 경우, 고용차별 예외사유인 특정한 직무의 고유한 요건을 이유로 한 차별 예외를 판단하기 위해서는, 사건별로 이에 대한 논리를 추적하여야 하며, 여타의 다른 나라들처럼 직무의 고유한 요건에 대하여 상당한 논란을 거듭하여 법 논리를 발전시키는 특성을 가지고 있다. job과 position의 차이에 대한 논쟁, 고유한 요건에 근거한(based on)다고 할 때 '근거한'의 해석을 둘러싼 논쟁 등이 그 예이다. 다만, 성차별금지법에서는 영국의 성차별금지법을 준용하여 진정직업자격 인정을 위한 구체적 규정을 열거하고 있다.

143) HREOC(2004), Report of an inquiry into a complaint by Mr Kenneth Douglas of age discrimination in the Australian Defence Force, HREOC Report No. 26, p. 26-27

제5장 영국

영국의 성차별금지법과 인종관계법은 진정직업자격(Genuine Occupational Qualification)에 관한 상세한 법률 규정을 두고 있으며, 인종관계법은 EU지침의 내용을 반영하여 2003년의 개정에서 “진정직업요건(Genuine Occupational Requirement)”에 관한 규정을 추가하였다. 또한 EU 지침에 따라 2003년 제정된 고용 평등(종교 혹은 신앙)규칙, 고용 평등(성적 지향)규칙 역시 “진정직업요건”규정을 두고 있다.

한편 장애차별금지법은 위 법령들과는 달리 이에 관한 구체적인 규정을 두고 있지 않고, “차별대우의 이유 또는 조정의무 불이행의 이유가 문제되고 있는 개별적인 상황에서 불가결하고 실제적인 경우에는 정당화 된다”라고만 규정하고 있다. 연령차별금지법은 정부 법안에 대한 검토가 진행 중에 있으며, 위 법안 역시 EU 지침을 반영하여 “진정직업요건”규정을 포함하고 있다.

제1절 고용차별 금지 법령의 체계 및 특징¹⁴⁴⁾

I. 영국의 고용상차별 금지 법령

영국의 주요 차별금지법으로는 동일임금법(the Equal Pay Act 1970, "EqPA"), 성차별금지법(the Sex Discrimination Act 1975, "SDA"), 인종관계법(the Race Relation Act 1976, "RRA"), 장애차별금지법(the Disability Discrimination Act, "DDA"), 고용평등(종교 혹은 신앙)규칙(the Employment Equality(Religion or Belief) Regulations 2003, "RB Regs"), 고용평등(성적 지향)규칙(the Employment Equality(Sexual Orientation) Regulations 2003, "SO Regs")이 있다¹⁴⁵⁾. 그리고 연령차별과 관련하여, EU의 고용평등지침(Council Directive 2000/78-the Employment Equality Directive)에 따라 연령차별 금지 법안이 입법과정 중에 있으며, 의회의 승인에 따라 2006년 10월에 시행하도록 되어 있다¹⁴⁶⁾.

성차별금지법은 1999년에는 성전환과 관련된 조항이 추가되고 2001년에는 간접차별조항, 입증책임조항 등이 개정된 바 있고, 인종관계법은 2000년에 공공기관에 적극적 조치 의무를 부과하는 등의 개정이 이루어졌으며, 장애차별금지법 역시 2005년에 공공기관에 적극적 조치 의무를 부과하는 등의 개정이

144) Aileen McColgan(2005), *Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, Second Edition, p. 8-10

145) 이외에도 북아일랜드의 공정고용 및 처우명령(the Fair Employment and Treatment)이 있으나 본 검토 대상에서는 제외하였다.

146) 1975년 이전에도 1919년 성차별금지법, 1968년 인종관계법, 1944년 장애인고용법 등이 있었으나, 1919년 성차별금지법은 그 적용범위가 매우 협소하였고, 1968년 인종관계법은 강제력에 문제가 있었다. 고용의무제도, 장애인전용직종제도, 보호고용제도 등을 내용으로 하는 장애인고용법 역시 거의 지켜지지 아니하였다. 1975년에 이르러 동일임금법의 시행과 더불어 성차별금지법이 새로이 제정되고 1976년 인종관계법이 제정되면서 영국은 현재의 차별금지법체계를 갖추게 되었다. 장애의 경우 성별이나 인종과 달리 직무수행과 밀접한 관련성을 갖는다는 이유로 관련 법제의 개혁에 소극적이었으나, 1995년 장애차별금지법이 제정됨으로써 장애인차별에 관한 법제도 정비되게 되었다고 한다. 조용만(2004), 앞의 책, p.133 참조

이루어졌다. 성적 정체성, 성적 지향을 이유로 한 차별과 관련하여, 1999년 개정 이후 성차별금지법이 성전환을 이유로 한 고용 관련 차별을 어느 정도 규제하고 있었지만, 성적 지향을 이유로 한 차별의 규제는 2003년 12월 고용 평등(성적 지향) 규칙의 제정으로 처음 이루어졌다. 종교 혹은 신앙을 이유로 한 차별에 대한 규제 역시 2003년 고용평등(종교 혹은 신앙)규칙의 제정으로 비로소 이루어지게 되었다¹⁴⁷⁾. 이러한 규칙들의 제정은 종교 혹은 신앙, 성적 지향, 장애와 연령차별을 금지하고 고용·교육·사회보장 접근권을 보장하는 EU의 고용평등지침(Council Directive 2000/78-the Employment Equality Directive), 인종평등지침(Council Directive 2000/43-the Racial Equality Directive)의 내용을 영국 국내법의 형식으로 제정한 것이라고 할 수 있다.

II. 진정직업자격 관련 법령

성차별금지법과 인종관계법에는 고용상 차별금지의 예외사유인 진정직업자격(Genuine Occupational Qualification, "GOQ")에 관한 규정을 매우 상세히 두고 있으며, 그 규정체계도 서로 유사하다.

장애차별금지법에는 구체적으로 직업상 필요성과 관련된 진정직업자격 등의 예외 규정을 두지 않고 있고, 차별의 정당화사유로서 “차별대우의 이유 또는 조정의무 불이행의 이유가 문제되고 있는 개별적인 상황에서 불가결하고 실제적인 경우에는 정당화 된다” 고 규정하고 있다.

2003년 고용 평등(종교 혹은 신앙) 규칙, 2003년 고용 평등(성적 지향) 규칙은 EU 고용평등지침과 같은 "진정직업요건(Genuine Occupational Requirement; GOR)" 규정을 두고 있다. 인종관계법도 위 지침을 반영하여 2003년 진정

147) 성차별금지법, 인종관계법, 장애차별금지법은 고용관계 뿐만 아니라 주택, 교육, 재화와 서비스에의 접근 등과 관련한 차별에 모두 적용됨에 반하여, 고용평등(종교 혹은 신앙)규칙과 고용평등(성적 지향) 규칙은 고용과 3등급 교육 분야에만 적용된다. 규제의 범위 면에서 본다면, 성차별금지법, 인종관계법, 장애차별금지법이 가장 폭이 넓고, 고용과 3등급 교육에 적용되는 고용평등(종교 혹은 신앙)규칙과 고용평등(성적 지향) 규칙이 그 다음이고, 성차별금지법 중 고용관계에서만 적용되는 혼인상 지위를 이유로 한 차별 관련 조항, 성차별금지법 중 고용관계에서의 직접차별에만 적용되는 성전환을 이유로 한 차별 관련 조항이 가장 적용의 폭이 좁다고 할 수 있다.

직업요건을 추가하는 개정이 이루어졌다.

본 장의 검토는 성차별금지법, 인종관계법, 고용평등(종교 혹은 신앙)규칙, 고용평등(성적 지향)규칙에서 차별금지의 예외사유인 진정직업자격 및 진정직업요건과 장애차별금지법상 차별대우가 정당화되는 사유 가운데 “차별대우의 이유가 개별적인 상황에서 불가결하고 실제적인 경우”에 대한 것이다¹⁴⁸⁾.

제2절 성차별금지법

I. 개요

성차별금지법은 “성차별과 결혼을 이유로 한 차별을 위법으로 규정하고, 그와 같은 차별을 없애고 남녀 간의 일반적 기회평등 및 그와 관련된 목적을 증진하고자 위원회를 설치하는 것을 목적”으로 하고 있으며, 제1장 차별의 개념, 제2장 고용부문에서의 사용자 및 기타 기구에 의한 차별, 제3장 교육, 재화, 시설, 서비스, 토지, 자산의 제공·이용 등 기타 분야에서의 차별, 제4장 기타 위법한 행위, 제5장 일반적인 예외, 제6장 기회평등위원회 (Equal Opportunities Commission ; EOC) 관련 규정 등 총 8개의 장(Part)로 이루어져 있다. 기회평등위원회는 독립적인 위원회로서 기회평등을 위한 실천 강령의 제정, 성차별로 의심되는 사안에 대한 공식적 조사 및 권고의 권한과 위법한 광고 등에 대하여 제소할 권한 등을 가지고 있다.

II. 진정직업자격 관련 법률 내용

성차별금지법은 성별, 성적 지향, 혼인 상태에 근거한 차별의 개념을 정의

148) 장애차별금지법상 차별대우의 정당화 사유 가운데 조정의무 불이행이 정당화될 수 있는 사유는 본 장의 검토에 포함되지 아니하였다.

한 다음, 남성(또는 성적 지향)이 진정직업자격인 고용관계에서 성차별 금지 규정이 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 그 조항은 다음과 같이 매우 상세하다.

성차별금지법

Sex Discrimination Act 1975

7. 성별구분이 진정직업자격인 경우의 예외

(1) 성차별과 관련하여,

(a) 제6조(1)항(a)호 또는 제6조(1)항(c)호는 남성이 진정직업자격인 고용관계에는 적용되지 않는다 ; 그리고

(a) 제6조(2)항(a)호는 위 고용관계의 승진, 전보, 또는 훈련의 기회에는 적용되지 않는다.

(2) 남성이 진정직업자격인 경우는 다음과 같다.

(a) 업무의 필수적인 성격상 생리적인 이유로(육체적인 힘이나 정력은 배제) 남성을 필요로 하거나, 공연이나 기타 오락물에서 진정한 역할 때문에 여성이 그 역할을 수행할 경우 실제로 차이가 큰 경우 ; 또는

(b) 다음과 같은 이유로 예외와 사생활을 지키기 위해서는 남성이 그 업무를 수행할 필요가 있는 경우

(i) 당해 업무가 여성에 의해 수행되는 것에 대해 남성들이 합리적으로 거부할 수 있는 제반 사정 하에서 남성들과의 신체 접촉의 개연성이 많은 업무인 경우, 또는

(ii) 탈의 상태에 있거나 화장실을 이용하고 있기 때문에 여성이 출현할 경우 거부감을 가질 수 있는 제반 사정 하에서 업무 수행자가 업무를 수행할 개연성이 많은 경우 ; 또는

(ba) 업무수행자가 개인 거주지에서 업무를 수행하거나 거주하는 업무로서, 여성에게 다음을 허용하는 것에 대해 합리적인 반대가 있을 수 있어 남성에 의해 수행되는 것이 필요한 업무

- (i) 개인 거주지에서의 높은 신체적·사회적 접촉 빈도 ; 또는
 - (ii) 위 개인의 개인적인 세세한 사항에 대한 지식으로서, 그 지식이 업무나 거주지의 본질 혹은 제반 사정상 업무수행자에게 허용될 가능성이 크거나 사용가능하게 될 가능성이 큰 경우 ; 또는
- (c) 업무수행자가 사용하는 시설의 위치나 상태로 인해 사용자가 업무수행을 위해 제공한 곳 이외의 장소에서는 원활한 수행이 어려운 경우 그리고
- (i) 업무수행을 위해 유일하게 사용가능한 위 시설이 남자들이 거주하거나 통상적으로 거주하는 곳이고 여성을 위한 구분된 수면시설이나 남성과 별도로 개별적으로 여성이 사용할 수 있는 화장실이 구비되어 있지 않은 경우, 그리고
 - (ii) 여성의 업무수행을 위해 사용자에게 위 설비를 갖춘 시설을 갖추게 하거나 다른 시설을 제공하는 것을 기대하는 것이 합리적이지 않을 경우 ; 또는
- (d) 업무를 수행하는 시설의 상태나 시설의 일부가 다음과 같은 이유로 남성만이 그 업무를 수행 할 수 있도록 되어 있는 경우
- (i) 그 시설이 병원, 교도소 또는 특별한 주의나 감독, 보호가 필요한 시설 또는 그 시설의 일부인 경우, 그리고
 - (ii) 그 곳에 있는 사람이 모두 남성인 경우(예외적으로 여성이 있을 수 있다는 것은 고려하지 않는다), 그리고
 - (iii) 시설의 전부 또는 일부의 본질적 특징을 고려하였을 때 여성이 업무를 수행하지 않는 것이 합리적인 경우 ; 또는
- (e) 업무수행자가 개인들에게 복지와 교육을 증진시키기 위한 개인적인 서비스 또는 이와 유사한 개인적인 서비스를 제공하고 남성이 그러한 개인적인 서비스가 남성이 수행하는 것이 가장 효율적인 경우, 그리고

(f는 삭제)

(g) 영국 이외의 나라에서 그 나라의 법률이나 관습이 여성의 해당 업무 수행을 금지하거나 효율적인 수행을 불가능하게 하여 남성이 업무를 수행할 필요가 있는 경우

(h) 생략

(3) 제(2)항은 일부 또는 전부의 업무가 제(a)호 내지 제(g)호에 해당될 경우 적용한다.

(4) 제(2)항의 (a), (b), (c), (d), (e) 또는 (g)호는 사용자가 이미 다음 각 호의 남성 근무자를 채용하였고 단지 일시적인 공석을 채우는 것과 관련해서는 적용할 수 없다.

(a) 남성 근무자가 각 호의 직분을 수행할 능력이 있고,

(b) 그가 그 업무에 적합하고,

(c) 업무와 관련하여 큰 불편 없이 사용자의 요구를 충족시킬 수 있을 만큼의 인원이 있을 때.

7A. 성전환에 관한 예외 조항

(1) 제2A조에 해당하는 차별과 관련하여, 다음의 경우 사용자의 대우는 제6조(1)항 및 (2)항에 의해 위법하지 아니하다.

(a) 해당 고용과 관련하여

(i) 남성이 그 업무의 진정직업자격인 경우, 또는

(ii) 여성이 그 업무의 진정직업자격인 경우, 그리고

(b) 사용자가 제7(2)조에서 기재된 제반 사정과 기타 제반 사정에 비추어서 그 대우가 합리적임을 보여줄 수 있는 경우

(2), (3) 생략

7B. 성전환에 관한 추가 예외 조항

(1) 제2A조에 해당하는 차별과 관련하여

(a) 제6조(1)항(a)호 또는 (c)호는 업무에 추가적인 진정직업자격이 있는 고용관계에는 적용되지 아니 한다.

(b) 제6조(2)항(a)호는 위 고용관계에서 연수, 전보, 승진 기회에의

접근의 허용을 거부하거나 고의적으로 배제하는 것에는 적용되지 아니 한다.

(c) 제6조(2)항(b)호는 위 고용관계에서 근로자를 해고하거나 업무의 계속을 허용하지 않는 것에는 적용되지 않는다.

(2) 제3항과 관련하여 직무상 추가적인 진정직업자격은 다음의 경우에만 해당된다.

(a) 업무수행자가 법률이 정한 바에 따라 개인적인 신체 조사를 수행해야 하는 업무

(b) 업무수행자가 개인 거주지에서 업무를 수행하거나 거주하는 업무이고, 성전환 중이거나 이미 성전환한 사람에게 다음을 허용하는 것에 대해 합리적인 반대가 있을 수 있어 성전환자가 아닌 사람에 의해 수행되는 것이 필요한 업무

(i) 개인 거주지에서의 높은 신체적·사회적 접촉 빈도 ; 또는

(ii) 위 개인의 개인적인 세세한 사항에 대한 지식으로서, 그 지식이 업무나 거소지의 본질 혹은 제반 사정상 업무수행자에게 허용될 가능성이 크거나 사용가능하게 될 가능성이 큰 경우 ;

(c) 업무수행자가 사용자가 제공한 시설 이외의 장소에서 업무를 수행하는 것이 실용적이지 않은 경우, 그리고

(i) 업무수행자에게 사용가능한 시설이 위와 같아서 업무수행자가 성전환 중인 양 성의 사람과 함께 시설 및 용구를 사용하는 것에 대하여 예의와 사생활 보호를 근거로 한 합리적인 반대가 가능한 경우

(ii) 사용자에게 해당 시설에 적합한 설비를 갖추게 하거나 대체설비변경을 기대하는 것이 합리적이지 않은 경우 ; 또는

(d) 업무수행자가 취약한 개인들에게 복지를 증진시키기 위한 개인적 서비스 또는 이와 유사한 개인적 서비스를 제공하고, 사용자가 합리적인 판단으로 업무담당자가 성전환 시술 중인 경

우 효과적인 서비스를 제공할 수가 없다고 판단하는 경우

위 법률 해석과 관련된 기회평등위원회의 가이드라인에 따르면 진정직업자 자격은 평등 처우 원칙의 훼손이므로 법원에 의해서 엄격하게 해석된다고 한다. 특히 기회평등위원회는 진정직업자격을 주장하려는 사용자에게 다음의 점을 주지시키고 있는데, 이는 구체적인 사건에서 진정직업자자격의 적용여부에 대한 일응의 기준이 될 수 있을 것으로 본다¹⁴⁹⁾.

- 진정직업자자격은 공석에 대한 광고 전 단계인 채용 초기부터 특정되어야 한다.
- 사용자가 진정직업자격을 주장하기 위하여서는 그 직무에 인정받을 수 있는 예외가 무엇인지를 반드시 생각하여야 한다. 즉 진정직업자자격은 그 직무의 전부 또는 일부가 특별한 예외에 해당하지 않는 한, 그리고 적절한 성별의 현직 근로자에게 이러한 직무를 수행하라고 요구하는 것이 비합리적이라는 점이라는 점을 보여주는 판단이 이미 있지 않는 한 주장될 수 없다.
- 진정직업자자격의 예외는 사용자에게 이미 그 요구된 직무를 수행할 수 있는 능력을 가지고 있고 또한 불편 없이 이 직무를 맡길 수 있는 충분한 근로자가 있을 경우에는 주장될 수 없다.
- 진정직업자자격이 적용될 수 있는 각각의 직무는 개별적으로 판단되어야 한다. 하나의 직무에 진정직업자자격이 존재한다고 하여 비슷한 성격이나 비슷한 위치의 직무에도 진정직업자자격이 존재한다고 가정하여서는 안 된다. 관련된 직무의 성격이나 범위가 다를 수 있거나, 이 직무를 수행할 수 있는 다른 근로자가 있을 수 있다.
- 관련 직무가 특별한 성에 의해 수행되는 것이 필요한 경우여야 하고, 단순히 그것이 더 선호된다는 이유여서는 안 된다.

149) <http://www.eoc.org.uk/Default.aspx?page=15391&theme=print&lang=en> 참조

- 진정직업자격이 여전히 유효한지 확인하기 위해 해당 직위가 공석이 될 때마다 다시 평가되어야 한다. 제반사정이 달라져 진정직업자격이 유효하지 않게 될 수 있다.
- 진정직업자격은 남녀 할당제를 수립하거나 유지하기 위해서 주장될 수 없다.
- 진정직업자격은 해고에는 적용되지 않는다.
- 진정직업자격은 언제나 그로 인해 불이익을 입은 당사자에 의해 다투어질 수 있으며, 이 경우 사용자는 증거를 제시하여 진정직업자격이 유효하게 성립한다는 입증할 책임을 진다.
- 고용재판소나 상급심 법원만이 진정직업자격이 유효한지 아닌지를 판단할 법적 권한을 가진다.

III. 진정직업자격 관련 판례

성별을 이유로 한 차별 관련 사건에서, 영국의 법원은 차별금지의 예외사유인 진정직업자격의 인정여부와 관련하여 참고할 만한 기준들을 제시하여 왔다.

우선, 법원은 육체적 노무가 요구되는 직무에서 여성 혹은 남성에게 대하여 일반적인 가정이나 추측에 기초하여 진정직업자격을 판단하여서는 안된다는 점을 명확히 하고 있다¹⁵⁰⁾. 이러한 판결들은 진정직업자격 여부가 여성 혹은 남성의 신체적 조건에 대한 사회 통념에 기초하여서는 안 되고, 개별 근로자를 기준으로 판단되어야 한다는 점을 보여주고 있다. 또 전반적인 업무수행이 가능한 경우, 성별로 인해 부분적으로 업무수행이 불가능하더라도 이를 이유로 해당 직무의 진정직업자격의 존재를 바로 인정하는 것이 아니라, 위 부분적인 업무수행이 사용자의 어려움이나 불편함을 야기하지 않고 다른 근로자들에 의해 수행될 수 있는 등 대체 수행이 가능한 경우에는 제7조(4)항에

150) Secretary of State for Scotland v. Henley (1983) unreported (EAT) 참조. 이하 영국 판결에서 EAT는 고용항소법원(Employment Appeal Tribunal), IT나 ET는 노동재판소(Industrial Tribunal, Employment Tribunal)을 가리킨다.

따라 진정직업자격의 향변을 받아들이지 않는 것도 여러 판결들을 통해 확인되어 왔다¹⁵¹⁾. 다만 제7조(4)항에 따라 채용거부시점에 이미 사용자가 그 제한된 일부 직무를 수행할 수 있는 충분한 다른 성의 근로자를 채용하고 있고, 과도한 불편함 없이 그 직무를 다른 근로자들에게 배정하는 것이 가능한 경우에만 적용되고, 사용자가 아직 어떤 채용도 하지 않은 사업초기시점의 채용에는 적용되지 않는다¹⁵²⁾.

한편 해당 직무에 이미 여성을 고용한 사실이 있는 경우 남성이 진정직업자격이라는 향변은 받아들여지지 않고 있으며¹⁵³⁾, 직무상 대면하게 되는 상대방의 선호, 직업수행의 경제적 평가 등은 진정직업자격을 결정하는 기준으로 채택되고 있지 않다¹⁵⁴⁾. 근로 장소의 설비문제와 관련하여, 법원은 사용자에게 다른 성의 근로자를 위한 기존 설비의 교체를 합리적으로 기대할 수 있을 경우 시설의 미비라는 이유만으로 진정직업자격을 인정하지는 않는 것으로 보인다¹⁵⁵⁾. 또 제7조(2)(e)호를 판단할 때에는 모두 적당한 자질을 가진 남성과 여성을 비교하는 것이 올바른 접근법이며, 어떤 여성이라도 (여성이기만 하면) 남성보다 나은 것인지를 기준으로 판단하는 것은 잘못된 판단이라고 한 사례¹⁵⁶⁾가 있었는데, 이와 같은 기준은 진정직업자격에 관한 다른 조항에서도 마찬가지로 적용될 것으로 생각된다. 성전환자의 평등권과 관련해서, 대심원(the House of Lords)은 남성·여성과 동일하게 보호되어야 하고 직무수행에 있어 성적 정체성의 공개가 강요되는 것은 인간의 자유와 존엄성을 훼손하는 것이라고 판단한 바 있다¹⁵⁷⁾.

151) *Etam v. Rowan* (1989) IRLR 150 (EAT), *Wylie v. Dee and Co. Menswear Ltd.* (1978) unreported (IT) 참조

152) *Lasertop Ltd. v. Webster* (1997) IRLR 498 (EAT) 참조

153) *Secretary of State for Scotland v. Henley* (1983) unreported (EAT) 참조

154) *Secretary of State for Scotland v. Henley* (1983) unreported (EAT), *Equal Opportunities Commission v. MRM Distributions Plc* (1995) unreported (IT) 참조

155) *Wallace v. P and O Steam Navigation Co.* unreported (IT), *Mutch v. Knightsbridge Sporting Club* unreported (IT) (남성 탈의실이 없기 때문에 카지노의 딜러 직무에 여성이 필요하다는 사용자의 주장을 인정하지 않은 사안) 등 참조

156) *Greenwich Homeworkers Project v. Mavrou* (1990) unreported (EAT)

157) *A v. Chief Constable of the West Yorkshire Police* (2005) AC 51

직종별로 본다면, 남성전용교도소의 관리직, 부동산중개업 등에 진정직업자
 격이 부정된 사례가 있다. 반면 진정직업자격이 인정된 사례로서, 고객을 위
 해 일주일에 평균 6번 여성 의류 모델이 되는 직무를 포함하고 있는 여성 의
 류 도매점 및 전시실의 관리직에 대하여 그 직무의 본질적 성격상 여성이 의
 류의 모델이 되는 것을 요구하므로 진정직업자격이 인정되었으¹⁵⁸⁾, 10명 정
 도의 여성 노인 환자를 위해 정기적으로 소변용 패드를 교체하는 것이 필요
 한 여성노인거주자들을 위한 가정 간호사에 대하여 위 직무는 환자들의 육
 체적 접촉이 포함되어 있어 여성 거주자들이 남성 간호사를 거부할 것이 예
 상된다는 이유로 진정직업자격을 인정한 사례¹⁵⁹⁾, 개인 거주지에서 사는 것이
 요구되고 상당한 정도의 신체적, 사회적 접촉과 아이들의 모친에 대한 세세
 하고 긴밀한 이해가 요구된다는 점에서 가정집의 가사보조자 직무에 여성의
 진정직업자격을 인정한 사례¹⁶⁰⁾, 엔터테인먼트성이 강한 전화채팅 직업에 여
 성의 진정직업자격을 인정한 사례¹⁶¹⁾등을 찾아볼 수 있다. 물론 어떠한 직종
 에서라도 일률적으로 진정직업자격 여부가 결정될 수는 없을 것이고, 구체적
 상황과 사정을 고려하여 진정직업자격이 판단되어야 한다는 점은 재삼 강조
 해도 지나치지 않을 것이다. 기회평등위원회는 이 점에 관하여 이미 “하나의
 직무에 진정직업자격이 존재한다고 하여 비슷한 성격이나 비슷한 위치의 직
 무에도 진정직업자격이 존재한다고 가정하여서는 안 된다”라고 설명한 바 있
 다.

Wylie v. Dee and Co. Menswear Ltd. (1978) unreported (IT)

158) Behar v. She Line Fashions unreported (IT)

159) Stubbs v. B and R J Hughesdon unreported (IT)

160) Neal v. Watts (1989) unreported IT ; 기회평등위원회는 제7조(2)(ba)항과 관련하여,
 상주하는 보모나 여성들과 함께 거주지에서 일하는 여성 공동체의 근로자로서 가사일
 에 지속적으로 관여하는 경우가 이에 해당될 수 있다고 본다. 다만 방문 설문 조사자나
 개인집에서 분리되어 운영되는 직종에서 수행되는 직업에는 적용되지 않을 것으로 본
 다 ; [http://www.eoc.org.uk/ Default.aspx?page=15392&lang=en](http://www.eoc.org.uk/Default.aspx?page=15392&lang=en) 참조

161) Cropper v. UK Express Ltd. (1992) unreported (IT)

1) 사건 개요

여성인 Wylie는 의복 판매 보조원 자리에 지원하였지만 그 직무가 남성 다리 안쪽의 치수를 재는 직무와 관련되어 있으므로 여성에게 부적당하다는 이유로 채용을 거부당하였다. Wylie는 성차별을 이유로 제소하였고, 사용자는 제7조(2)(b)(i)호의 진정직업자격이 적용됨을 주장하였다.

2) 판결 내용

노동재판소는 다리 안쪽 치수를 재는 일이 빈번하게 일어나지 않고, 더욱이 고객이 의복을 입어보기 위한 탈의실이 제공되며, 다른 방법으로 치수를 잴 수도 있기 때문에, 위 직무가 남성에 의해 행해질 필요가 없다고 판단하였다.

Timex Corporation v. Hodgson (1981) IRLR 530 (EAT)

1) 사건 개요

남성 주간 관리인인 Hodgson은 회사 공장의 전력 분야에서 다른 한명의 남성 주간 관리인과 다른 한명의 여성 주간 관리인과 함께 주간 관리인으로 일하였으며, 다른 두 명 모두 Hodgson 보다 늦게 채용된 사람들이었다. 1980년 8월경 매출 감소로 회사는 공장의 업무조정과 구조조정을 결정하고 직종별노동조합과 협의하여 구조조정의 가이드라인에 합의하였으며, 신입자가 먼저 퇴직한다는 원칙하에 구조조정을 실시하였다.

그런데 회사는 노동조합과의 협의하에 더 오랜 경력을 가진 Hodgson을 해임하고 여성 주간 관리인을 유보하는 것으로 결정하였는데, 그 이유는 위 여성은 유일한 여성 관리인으로서 여성 근로자들을 구급실로 운반하는 업무, 여성 화장실에 목욕용 타월을 채워 놓는 업무, 타월과 약을 정기적으로 공급하는 업무, 인사부서를 대신하여 독성 물질을 다루는 여성 근로자들로부터

소변 샘플을 채취하는 업무 등 많은 현업 여성 근로자들의 신변 잡무를 다루는 것을 처리할 수 있다는 것이었다. 이에 Hodgson은 차별과 부당 해고를 이유로 제소하였고, 사용자측은 제7조(2)항 (b)호의 진정직업자격을 주장하였다.

노동재판소는 진정직업자격의 예외는 채용, 전보, 훈련이나 승진에만 적용되는 것일 뿐 해고에는 차별의 예외사유가 없고, 사용자 회사가 부가적 직무의 중요성을 과장하였으며 이러한 업무는 주간 관리인의 업무에 부가될 필요가 없다고 판단하였다. 이에 대하여 사용자가 항소하였다.

2) 판결 내용

고용항소재판소는 다음과 같은 이유로 들어 노동재판소가 제7조의 항변을 기각한 것은 잘못되었다고 판단하고 추가 심리를 위해 사건을 환송하였다. 즉 구조조정 이후, 주간 관리인의 업무는 단순히 원래의 직무의 업무만을 포함하는 것이 아니라 부가된 업무를 포함하고 있었다는 것이다. 또한 직무내용의 변경으로 인해 해고를 위한 선별은 애초 조정된 직무를 수행할 수 있는 근로자의 선별과 선별되지 않는 사람들에 대한 해고라는 두 단계로 이루어졌다는 것이다. 따라서 그 조정된 직무수행을 위해 여성을 선택함으로써 남성에게 대한 차별이 있었는지를 검토하는 것이 올바른 접근이라고 보았다. 즉 해고는 필연적으로 뒤따르는 것이며, 그 자체로 차별적이지는 않다는 것이다. 따라서 제7조의 항변이 가능하고, 재조직된 업무에 있어 진정직업자격의 항변이 원천적으로 불가능하다고 볼 수 없다고 하였다. 또한 고용항소재판소는 그 업무가 다른 여성 근로자에게 부여될 수 있는지 여부나 사용자의 경영방식에 대한 판단은 노동재판소에게 허용된 판단의 범위를 넘는 것이라고 보았다. 그리고 부수적인 업무가 그 직무에 진정하게 부가된 것이라고 인정한다면, 각각의 직무가 성차별금지법상의 예외에 해당하는지를 검토하는 것이 법원의 책무라고 보았다. 다만 위 판결의 결론에 대해 이견이 있다¹⁶²⁾.

162) 기회평등위원회는 위 판결이 제7조(4)항을 간과하였다고 평가한 바 있다.

<http://www.eoc.org.uk/Default.aspx?page=15392&lang=en> 참조

Secretary of State for Scotland v. Henley (1983) unreported (EAT)

1) 사건 개요

Scotland 교도소국의 교도소장 여성 선임 보좌관이었던 Henley는 남성 교도소의 교도소장 보좌관직을 지원하였으나 채용되지 않자 제소하였다. Henley의 제소에 대하여, Scotland 행정부는 이 사안에는 제7조(2)(b)호(예외와 사생활을 이유로 한 진정직업자격 조항)과 제7조(2)(d)호(특정 성별을 위한 시설을 이유로 한 진정직업자격조항)의 진정직업자격이 적용된다고 주장하였다. 즉 Henley가 채용될 경우 남성 직원 및 수감자들과 접촉하여야 하는데, 남성 직원, 수감자들은 그들이 탈의상태로 있다든가 화장실을 사용하고 있다는 이유로 Henley의 출현을 거부할 가능성이 있고, 교도소의 본질적 특성이 그 직무가 남성에 의해 수행될 것을 요구한다는 것이다. 노동재판소는 Henley가 지원한 직무가 수감자들이 살고 있는 관사를 담당하도록 되어 있는데, 문제된 교도소에는 이미 여성 관사장이 근무한 적이 있었다는 사실을 인정하였고, 이 사실을 들어 사용자의 진정직업자격 항변을 인정하지 않았다. 이에 대하여 사용자인 Scotland 행정부는 고용항소재판소에 항소하였다.

2) 판결 내용

고용항소재판소는 여성 관사장의 존재로 인해 남성 직원들과 수감자들에게 특히 화장실과 관련하여 다소의 어려움이 발생할 수 있다는 점은 인정되지만, 이미 여성 관사장이 있었으므로 제7조(2)(b)호의 진정직업자격이 적용될 수 없다는 이유로 항소를 기각하였다. 한편 고용항소재판소는 노동재판소의 결정에서는 수감자들이 2년 이상 전직 여성 관사장을 거부하지 않은 사실 역시 영향을 미쳤지만, 이 사실은 다른 사실보다는 중요하지 않다고 하였다. 즉 법원은 수감자들의 이익을 위해서 있는 것이 아니고, 경우에 따라 수감자들이 장래에는 여성 관사장을 거부할 수도 있기 때문에, 이 사실은 다른 사실

만큼 비중 있게 다루어져서는 안 될 것이라고 하였다. 즉 이미 해당 직무에 여성을 고용한 사실이 있을 경우 남성이 진정직업자격이라는 항변을 인정하기 어려우며, 직무상 대면하는 수감자의 선호는 진정직업자격인정여부를 다루는 데 있어 중요한 기준이 되어서는 안 된다고 보았다.

Sisley v. Britannia Security Systems Ltd. (1983) ICR 6 (EAT)

1) 사건 개요

Britannia Security는 보안 경비 시스템을 설치, 유지하는 회사로서, 이 사건 당시 새로운 중앙 보안 통제국을 설치하여 2인의 여성 근로자들이 3교대제로 운영하도록 하였다. 여성 근로자들은 통제국 안에서 옷을 갈아입었고, 이들에게는 교대시간동안 쉴 수 있는 침대가 제공되었으며, 위 근로자들은 휴식시간에는 유니폼이 구겨지지 않도록 옷을 벗고 속옷차림으로 있었다.

이러한 직무에 남성인 근로자가 통제국의 운영자로 지원하였으나 채용되지 않았고, 이에 성차별을 이유로 제소하였다.

이 사안에 대해 1심인 노동재판소는 제7조(2)항(c)호의 "생활(living)"은 "생활의 일상적인 기능을 수행하는 것(carrying out the normal function of being alive)"을 말하며, 교대시간 중에 여성이 다른 곳에서 "생활"한다는 것은 비현실적이고 회사가 대체 화장실이나 수면을 위한 시설을 제공하는 것을 불가능하다는 이유로 이는 위 조항의 진정직업자격에 해당한다고 판단하였다. 그러나 다른 한편으로 교대시간에 부분적으로 탈의 상태이기 때문에 제7조(2)항(b)호의 진정직업자격이 존재한다는 회사의 또 다른 항변은 탈의 상태가 직무의 필수적인 부분이 아니라는 이유로 받아들이지 않았다. 쌍방은 노동재판소의 각각의 판단에 대해 항소하였다.

2) 판결 내용

고용항소재판소는 제7조(2)항(c)호의 “건물에서 사는 것(living at the premises)”은 “단순히 그 건물에서 생활하는 것(simply being alive at the premises)”으로 족하지 않고, 그 건물에서의 일정 정도의 “거주(residence)”를 의미한다고 판단하였다. 그리고 이 사안에서는 어떤 근로자도 그 통제국에서 거주할 것이 요구되지 않았기 때문에 제7조(2)항(c)호의 진정직업자격 항변이 인정될 수 없다고 하였다. 그러나 고용항소재판소는 탈의 상태 혹은 화장실의 사용은 그 직무에 합리적으로 부수되는 것이며, 노동재판소가 제7조(2)항(b)호를 해석함에 있어 탈의 상태가 직무에 필수적인 부분이어야 한다고 해석한 것은 지나치게 엄격한 것이라고 하였다. 결국 고용항소재판소는 이 사안에서 긴 교대시간 중 휴식을 취하는 것은 필요한 일이며 이 휴식에서 여성이 외출복을 벗는 것은 합리적으로 부수되는 것이므로, 제7조(2)항(b)호의 항변은 유효하다고 판단하였다.

Williams v. Dyfed County Council (1986) ICR 449 (EAT)

1) 사건의 개요

남성인 Williams는 지방 의회의 지역 아동 보호 공무원 직위에 지원하였으나 임명되지 않았다. 그는 위 직무가 다양한 연령의 정신 장애 아동에 대한 보호와 관련되어 있기 때문에 그 직무에 진정직업자격이 적용되며, 주 의회는 그 직위를 남성에게 제한해야 한다고 주장하며 성차별을 이유로 제소하였다. 이에 대하여 노동재판소는 사용자인 주 의회만이 그 직무에 진정직업자격을 주장할지를 결정할 수 있고, 제7조는 성차별 소송에서 사용자의 항변사유를 제공하기 위한 것이지 성차별을 주장하는 소송의 근거가 아니라고 하여 Williams의 청구를 기각하였고, Williams는 이에 대하여 항소하였다.

2) 판결 내용

고용항소재판소는 제7조는 차별 주장에 대한 항변으로만 인용될 수 있다고 판단하여 항소를 기각하였다. 즉 사용자만이 진정직업자격의 항변을 할 것인지를 결정할 수 있고, 다른 채용지원자 혹은 다른 근로자는 진정직업자격의 항변을 할 수 없다고 보았다.

Etam v. Rowan (1989) IRLR 150 (EAT)

1) 사건 개요

남성인 Rowan은 Glasgow의 여성·아동 의류 판매 매장의 판매 보조원 (sales assistant)직에 지원하였으나, 남성이라는 이유로 채용되지 않았다. 그는 차별을 이유로 노동재판소에 제소하였고, 사용자는 탈의실에서의 업무와 고객의 치수를 재는 일이 그 일의 주된 부분(major part)이며, 탈의 상태인 여성 고객들과의 신체적 접촉이 이 직업의 본질적 부분이라는 이유로 “여성”이라는 자격이 제7조(2)(b)호에 의한 진정직업자격이라고 주장하였다. 한편 위 매장에는 통상 16명의 근로자들이 있고 그들은 모두 여성이었으며 당번제로 다양한 직무를 수행하고 있었다.

노동재판소는 이 사건이 제7조(4)항에 해당하는 것으로서, 남성이라 할지라도 해당 판매 보조원 직무의 대부분을 처리할 수 있었을 것이며, 그가 할 수 없는 부분은 사용자에게 어려움이나 불편함을 야기하지 않고 다른 판매 보조원에 의해 쉽게 수행될 수 있었다고 보았다. 이러한 노동재판소의 판단에 대하여 사용자는 고용항소재판소에 항소하였다.

2) 판결 내용

고용항소재판소는 노동재판소가 증거를 종합하여, 남성이 적절하게 그 직무의 대부분을 수행할 수 있었을 것이고 그가 쉽게 수행할 수 없는 부분은 사용자에게 어려움이나 불편함을 야기하지 않고 여성 근로자 중 한 사람에 의

해 수행될 수 있었다고 인정한 점에는 잘못이 없다고 판단하여 사용자의 항소를 기각하였다¹⁶³).

Equal Opportunities Commission v. MRM Distributions Plc (1995) unreported (IT)

1) 사건 개요

시장 조사와 배포 업무를 영위하는 회사가 탐폰/생리용품을 포함한 다양한 상품에 대한 고객 선호를 조사하기 위하여 방문 인터뷰의 방법을 사용한 고객 조사 수행을 위임받았다. 위 회사는 생리용품과 관련하여 남성이 질문하는 경우 여성이 같은 질문을 한 경우보다 답변율이 낮게 나온다는 점을 발견하였고, 이에 따라 방문 인터뷰를 수행할 수 있는 여성 시장 인터뷰요원을 채용한다는 광고를 냈다. 기회평등위원회는 위 광고가 성차별금지법에 위반된다고 판단하여 소송을 제기하였고, 이에 대하여 회사는 인터뷰가 개인의 집에서 수행되고, 일정 정도의 사회적 접촉과 개별 여성에 대한 긴밀한 세부 사항과 관련이 되어 있으므로 제7조(2)(ba)호의 진정직업자격이 적용된다고 주장하였다.

2) 판결 내용

163) 기회평등위원회에 따르면 제7조(2)항(b)호에 해당하는 직무란 다른 성의 직무 수행자를 거부할 것이 합리적으로 예상되는 특정 성별의 사람과의 신체적 접촉을 수반하는 경우가 될 것이라고 보고 있다. 또 이 범주의 진정직업자격에 해당하기 위해서는 좁은 작업장에서 단순히 물리적으로 근접하고 있다는 것 이상이 요구된다고 하며, 신체 접촉이란 실제로 닿는 것을 의미한다고 한다. 또 제7조(2)항(b)호는 도움을 제공받는 사람과 같은 성의 사람을 위한 고용관계에서만 주장될 수 있으며, 다른 성의 사람을 위한 고용에는 주장될 수 없다고 한다. 예를 들어 남성 노인의 의복착용이나 화장실 사용을 돕기 위한 여성 도우미의 고용을 위해 주장될 수 없다는 것이다. 또 진정직업자격은 탈의실이나 화장실 등 편의시설의 부족만으로는 인정되지 않는다는 점을 주의하여야 한다고 한다 - <http://www.eoc.org.uk/Default.aspx?page=15392&lang=en> 참조

노동재판소는 인터뷰가 슈퍼마켓 외부 등이 아닌 개별 가정의 방문조사로 수행되어야 할 이유가 없고, 진정직업자격이란 그 직업이 특별한 성에 의해 수행되어야만 한다는 점에서 매우 특별한 것이며 결과의 경제적 평가와 무관한 것이라고 판단하여 사용자의 항변을 받아들이지 않았다.

A v. Chief Constable of the West Yorkshire Police (2005) AC 51¹⁶⁴

1) 사건 개요

남성에서 여성으로 성전환을 한 원고가 경찰직을 지원하였으나, 경찰의 직무가 개인적인 몸수색을 수행하는 것이라는 이유로 채용이 거부되었다. 노동재판소는 경찰이 몸수색을 받는 사람에게 원고의 (성적)정체성을 드러낼 의무가 없고, 따라서 이는 경찰 채용의 장애로 작용할 수 없다고 하였다. 그러나 고용항소재판소는 원고는 법적으로 남성으로 인정되어야 하고, West Yorkshire 경찰국장이 원고를 여성으로 인정하여 채용할 수는 없다고 하여 노동재판소의 결정을 번복하였다. 위 결정에 대한 원고의 항소에 대해 항소법원은 고용항소재판소의 결정을 다시 번복하였고, West Yorkshire Police 경찰국장이 대심원에 다시 상고하였다.

2) 판결 내용

대심원은 성전환자 역시 성전환자가 아닌 남성 혹은 여성과 평등한 처우를 받을 권리가 있으므로, 성전환자의 채용 거부는 평등 원칙에 위배된다고 하였다. 또한 성정체성을 밝히려는 요구는 성전환자가 아닌 다른 사람에 대한 것과 마찬가지로 성전환자의 존엄과 자유를 훼손하게 된다고 하였다. 외관과 모든 실질을 고려할 때 성전환자는 성전환을 하지 않은 해당 성의 사람들과 구별되지 아니하고, 이 점을 고려한다면 영국의 성차별금지법 등의 관련

164) 사건 진행 중 1999년 성전환에 관한 개정이 이루어졌다.

조항을 “여성” 또는 “남성”이라고만 한정하여 보는 것은 명백히 비판받을 수 있다는 것이다. 또한 성전환자로부터 수색을 받는 해당 성의 누구도 수색을 합리적으로 거부할 이유가 없다고 하여 사용자의 상고를 받아들이지 않았다.

제3절 인종관계법

I. 개요

인종관계법은 총 10개의 장(part)으로 구성되어 있으며, 제1장에서 차별과 인종의 개념을 규정하고, 제2장은 고용에서의 사용자 및 기타의 기구에 의한 차별, 제3장은 교육, 재화, 시설, 서비스, 토지, 자산의 제공·이용 등 기타 분야에서의 차별 등을 규정하고 있다. 인종평등위원회(Commission for Race Equality, “CRA”)는 공식적인 조사를 수행하여 시정 권고를 명할 수 있고, 인종적으로 위법한 광고 등에 대하여 제소할 권한 등을 가지고 있다.

인종관계법상 인종을 이유로 한 차별은 위법하지만, 위 법률은 인종이 진정 직업자격인 고용관계에서는 인종차별 금지 규정이 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 진정 직업자격 관련 조항은 성차별금지법과 마찬가지로 매우 상세하다. 성차별금지법과 마찬가지로 사용자는 당해 업무가 진정 직업자격에 해당한다는 점을 입증해야 하지만 인종차별 혹은 성차별이 있었다는 사실에 대한 입증책임은 차별이 위법함을 주장하는 원고에게 있다¹⁶⁵⁾.

165) 그러나 차별행위자는 그 사실을 인정하지 않거나 아예 모르고 있는 경우가 많고, 따라서 오랫동안 차별행위를 주장하는 사람들은 입증의 어려움을 겪어 왔다. 이에 법원은 이를 추정할 수 있는 여러 기준(guidance)을 마련하려는 노력을 해왔는데, 이 가운데 King v. Great Britain-China Centre (1992) CR 516 사건에서 판시된 사실 인정의 기준은 ‘King의 5원칙(The Five King Principles)’이라고 불리워지며 많은 사건에서 인용되고 있다. 이를 요약하면 다음과 같다.

- 인종차별 사건을 주장하는 것은 원고의 몫이다.
- 그러나 인종차별의 직접증거를 찾는 것은 매우 드문 일로서, 사용자들조차도 차별사실을 인정하지 않고, 차별이 악의적으로 행해진 것이 아니라 원고가 그 일에 적합하지 않

II. 진정직업요건 관련 법률 내용

한편 2003년 12월에는 EU 인증평등지침에 따라 인증관계법에도 "진정직업요건(Genuine Occupational Requirement)"조항이 추가되어 발효되었다. 위 진정직업요건은 인증이 "진정하고 결정적인 직업 요건"일 경우에만 적용된다는 점에서 기존의 진정직업자격보다 적용 범위가 작다고 할 수 있지만, 1) 임명이나 승진 외에 해고에도 적용된다는 점, 2) 제5조에 해당하지 않는 사실적 상황에서도 허용될 수 있다는 점, 3) 직업 그 자체라기보다는 직업이 수행되는 상황이 특정 인증, 민족, 혹은 출신국을 요구하는 상황에서 적용된다는 점, 4) 근로자가 진정직업요건을 충족한다는 것을 사용자가 확신하지 못하고 모든 제반 사정을 고려할 때 사용자가 확신하지 못하는 것이 합리적인 경우에도 적용된다는 점에서 그 적용 범위가 넓다고도 볼 수 있다. 또한 진정직업요건이 진정직업자격을 대체하는 것이 아니라 기존의 진정직업자격에 추가된 것으로 보인다는 점은 차별금지법제에 있어 일종의 퇴보로 볼 수 있다는 지적이 있다¹⁶⁶⁾.



을 것이라는 추측(assumption)에 근거한 경우가 많다.

- 따라서 결론은 법원이 인정된 주된 사실들로부터 어떻게 올바른 추론을 이끌어내는지에 달려있다. 이러한 추론은 사례에 따라 인증차별금지법 제65조(2)항(b)호에 따른 정당하고 공정한 추론일 수도 있고, 신문에 대해 에두르거나 불분명한 대답들로부터 이끌어낼 수도 있다.
- 어떤 지위나 승진에서 지원자를 선발하지 않는 이유가 인증에 따른 차이나 차별이라는 점을 찾아내는 것이 중요한 요점이 되는 것이 보통이다. 이 경우 사용자에게 설명을 기대하게 되는데, 그에 대해 설명하지 못하거나 법원이 그 설명이 부적절하고 불만족스럽다고 판단할 경우 그러한 차별이 인증적 근거에 의한 것이라는 점을 추론하는 것이 정당(legitimate)하다. 이는 법(law)의 문제가 아니라 상식(common sense)의 문제이다.
- 입증책임의 전환개념을 도입하는 것은 불필요하다. 위법한 차별에 대한 주장·입증책임은 원고에게 있다는 점과 그러나 이를 문제 삼는 사람들이 직면하는 어려움을 고려하면서 개연성 법칙에 토대하여 결론에 도달하여야 한다.

166) Aileen McColgan(2005), 앞의 책 p. 557, 진정직업자격을 대한 보다 자세한 설명은 V. 고용평등규칙 이하 참조

인종관계법

Race Relation Act 1976

4A. 진정직업요건의 예외

- (1) 인종, 민족 또는 출신국을 이유로 한 차별과 관련하여 (2)항이 적용되는 경우에는
 - (a) 제4조(1)(a)호 또는 (c)호는 고용관계에 적용되지 않고
 - (b) 제4조(2)(b)항은 고용관계에서의 승진, 전보, 훈련에 적용되지 않고
 - (c) 제4조(2)(c)항은 고용관계의 해고에 적용되지 않는다.
- (2) 이 항은 고용관계의 본질 혹은 그것이 수행되는 상황을 고려할 때 다음의 경우에 적용된다.
 - (a) 특정 인종, 혹은 특정 민족 또는 출신국이 진정하고 결정적인 직업 요건일 경우 ;
 - (b) 특정 사안에서 이 요건을 적용하는 것이 적당하고
 - (c) 다음의 두 가지 중의 하나인 경우
 - (i) 요건의 적용대상자가 그 요건을 충족하지 못하였거나,
 - (ii) 사용자가 위 사람이 그 요건을 충족하였다고 확신하지 못하고, 제반 사정상 사용자가 확신하지 못하는 것이 합리적인 경우

5. 진정직업자격의 예외

- (1) 4A가 적용되지 않는 인종차별과 관련하여
 - (a) 제4조(1)항(a)호 또는 (c)호는 특정 인종 집단이 진정직업자격인 고용관계에는 적용되지 않는다.
 - (b) 제4조(2)항(b)호는 위 고용관계의 승진, 전보, 훈련 등의 기회에는 적용되지 않는다.
- (2) 특정 인종집단이 진정직업자격인 경우는 다음과 같다.
 - (a) 그 업무가 연극이나 기타 연예활동에서의 역할을 포함하고 있어서 그 인종인 사람을 필요로 하는 일을 포함하고 있을 때

- (b) 그 업무가 예술작품, 시각 이미지 또는 시각 일련의 시각 이미지 속에서 예술가나 사진가의 모델로서의 역할을 포함하고 있어서 특정 인종 사람만이 필요한 경우
 - (c) 그 업무가 공중에게 음식이나 음료수(유상·무상을 불문하고)를 제공하거나 소비하는 일을 포함하고 있어서 특정 인종의 사람이 필요한 경우
 - (d) 그 업무를 하는 사람이 특정 인종의 사람들에게 그들의 복지를 향상시키는 개인적인 서비스를 제공하고, 이런 서비스들은 당해 인종 사람들에 의해 행해지는 것이 가장 효과적인 경우
- (3) (2)항은 일부 또는 전부의 업무가 (a)(b)(c)(d)호에 해당할 경우 적용한다.
- (4) (2)항의 (a)(b)(c)(d)호는 사용자가 이미 다음 각 호의 문제되는 인종의 사람들을 채용하였고 단지 일시적인 공석을 채우는 경우에는 적용할 수 없다.
- (a) 그가 각 호의 직분을 수행할 능력이 있고,
 - (b) 그가 그 업무에 적합하고,
 - (c) 업무와 관련하여 큰 불편 없이 사용자의 요구를 충족시킬 수 있을 만큼의 인원이 있을 때

Ⅲ. 진정직업요건 관련 판례

**Lambeth London Boroudh Council v. Commission for Racial Equality
(1990) ICR 768 (CA)**

1) 사건 개요

Lambeth London Borough Council(이하 '지역 기관')은 'The Guardian' 신문에 그들의 주택수당 담당과의 주택수당 보좌관과 그룹 관리자를 구하는 광고를 냈다. 그 광고에는 아프리카 카리브인과 아시아인으로 지원자를 한정한다고 쓰여 있었다. 이후 두 가지 광고가 'The Guardian'에 다시 게재되었고, 주택수당 보좌관 광고가 반복하여 실렸다. 인종평등위원회는 이러한 광고가 인종차별금지법에 위법한 광고라고 소송을 제기하였고, 노동재판소는 위법한 행위로 판단하였다. 지역 기관은 고용항소재판소에 항소하였으나 항소가 기각되었고, 이에 항소법원에 다시 항소하였다.

2) 판결 내용

문제가 된 직무인 주택 수당 서비스는 낮은 소득자의 임료나 임료상승분을 보조해줌으로써 공공과 민간 세입자 모두를 지원하기 위해 고안된 정부의 사업인데, 그들이 상대해야 하는 세입자 중 절반 이상이 아프리카 카리브 혹은 아시아 인종이었다. 그리하여 정부에서는 이들 흑인의 경험과 수요에 맞게 주택수당 시스템을 정비하기도 하였고, 주택수당 부서내의 상당수의 직책을 흑인 지원자에게 할당한 사실이 인정되었다. 그러나 항소법원은 공고된 두 가지 직책의 업무가 본질적으로 관리자의 업무라는 점과 둘 중 어느 직책도 공중과 많은 접촉을 갖지는 않는다는 점을 들어, 지역 기관의 주택수당 담당과에 의해 제공되는 서비스는 이 수당의 수혜자의 복지를 향상시키는 것은 명백하지만, 제5조(2)(d)항의 "개인적인" 서비스에는 해당되지 않는다고 판단하였다. 항소법원은 "개인적인"이란 단어를 사용한 것은 당해 서비스의 제공자와 수혜자의 동일성이 중요하다는 것을 의미한다고 판단하였다. 따라서 원심 노동재판소가 위 법률 규정 내용이 제공자와 수혜자 사이의 직접적인 접촉을 예상한 것으로서 주로 대면적이거나 개인적이고 신체적인 접촉과정에서 민감함이 발생할 수 있는 경우를 나타낸 것이라고 한 것에 동의하면서¹⁶⁷⁾, 문

167) 위 판결에서는 언어나 문화적, 종교적 배경에 대한 지식과 이해가 중요한 경우, 이러한 서비스는 특정 인종의 사람에 의해 가장 효과적으로 제공될 수 있을 것이라고 판시

제된 직무는 관리자의 지위에서 특정 인종 그룹에 속한 개개인의 복지향상을 위한 개인적인 서비스를 제공하지 않는다고 한 노동재판소의 판단을 긍정하였다. 이 사건은 인종관계법 제5조(2)항(d)호와 관련된 leading case로서, "개인적 서비스"의 의미를 판단한 사례이다.

Tottenham Green Under Fives' Center v. Marshall (No.2) (1991) ICR 320 (EAT)

1) 사건 개요

Tottenham Green Under Fives' Center(이하 '센터')는 거의 대부분이 2-5세인 아프리카 카리브 출신의 아이들(전체의 85%)을 위한 보육시설을 운영하고 있었다. 위 센터는 채용광고를 냈고, 백인 남성인 Marshall은 이 채용광고를 간접적으로 전해 듣고 위 업무에 지원하고 인터뷰 약속까지 잡았다. 그러나 센터는 그가 카리브인이 아니기 때문에 인터뷰에 참석할 필요가 없다는 통보를 했다. Marshall은 이것이 제4조(1)항(a)호에 위반된다고 제소하였다.

노동재판소는 (1) 해당 직무에는 아프리카 카리브 출신인 아이들을 위해 그 문화적 배경에 관한 지식이 있을 것이 요구되고, 부모와의 대화, 서부 인디언 방언으로 읽기와 말하기, 길게 땀은 머리카락을 포함하여 아이들의 피부와 건강을 보살펴줄 것 등의 개인적인 서비스가 요구된다는 점, (2) 이러한 개인적 서비스는 방언의 읽기와 말하기가 포함된다는 점, (3) 아프리카 카리브인은 이 서비스를 가장 잘 제공할 수 있다는 점을 인정하였다. 그러나 방언의 읽기와 말하기라는 특정한 서비스가 다른 서비스보다 덜 중요한 부수적인 것(desirable extra)이상의 성격이 아니므로 다른 조건을 만족하는 Marshall이 방언의 읽기와 말하기를 할 수 없다고 하여 채용에서 배제되어서는 안 된다고 판단하였다.

하고 있다.

2) 판결 내용

고용항소재판소는 법률적인 측면에서 어떤 직무가 부수적인 것이라거나 혹은 그 직업에서 없어도 되거나 본질적이지 않다고 판단하는 것은 제5조(2)항(d)호에 따른 해석이 아니며, 어떤 직무가 여전히 당해 직업의 직무 가운데 하나이고 그것이 사소하지 않고 진정한 직무라면 차별금지의 예외사유가 당연히 적용될 수 있다는 이유로 진정직업요건을 인정하였다.

제4절 장애차별금지법

I. 개요

장애차별금지법은 고용, 재화·시설·서비스의 공급, 그리고 토지와 자산의 처분이나 관리에 있어 장애인차별을 금지하고, 장애인의 고용에 관한 규정 등을 만들기 위한 목적으로 제정되었다. 1995년 장애차별금지법은 가능한 한 장애인이 일반 근로자들과 함께 평등하게 경쟁할 수 있는 환경을 조성하는 것을 입법 목적의 하나로 삼고 있다¹⁶⁸⁾. 장애차별금지법은 총 8개의 장(part)으로 구성되어 있으며, 제1장에서 장애의 개념을 규정하고, 제2장에서 고용에서의 사용자 및 기타의 자에 의한 차별, 제3장에서 재화, 시설, 서비스 토지, 자산의 제공·이용과 관련된 차별, 제4장에서 교육관련 차별, 그리고 제5장에서 대중교통관련 차별을 규제하고 있다.

동법에서 장애란 “통상적인 일상 활동을 행할 능력에 실질적이고 장기적으로 불리한 효과(영향)를 미치는 신체적 또는 정신적 손상(a physical or mental impairment which has a substantial and long-term adverse effect on his ability to carry out normal day-to-day activities)”을 말하며, 장애인

168) 조용만(2004), 앞의 책, p. 133

에 대한 차별은 차별금지의 예외사유가 없는 한 금지된다. 영국의 장애차별 금지법은 따로 진정직업자격 등 직무 관련성에 근거한 차별의 예외사유를 두고 있지 아니하고 포괄적인 차별의 정당화 사유를 두고 있다. 즉 i) 장애와 관련된 이유로 정당한 사유 없이 불이익하게 대우하고, 그러한 대우의 정당성을 입증할 수 없는 경우, ii) 정당한 사유 없이 합리적 조정의무를 이행하지 않는 행위를 차별로 규정하고 있는데, 위 규정에 따라 차별대우 혹은 조정의무 불이행이 정당화되는 경우에는 차별에 해당하지 않는다. 그리고 제5조(3), (4)항에서는 차별대우 및 조정의무 불이행이 정당화될 수 있는 기준을 규정하고 있다. 위 규정에 따르면 차별대우의 이유 또는 조정의무의 불이행의 이유가 문제되고 있는 개별적인 상황에서 불가결하고 실제적인 경우(if, but only if, the reason for the failure is both material to the circumstances of the particular case and substantial)에는 정당화된다. 이러한 정당화 기준을 엄격하게 해석하면 장애차별금지의 실효성을 높일 수 있지만 판례는 이를 엄격하게 해석하지 않고 있다¹⁶⁹⁾. 한편 O'Neill v. Symm & Co Ltd. (1998) ICR 481 (EAT), Heinz Co Ltd. v. Kendrick (2000) ICR 419 (EAT) 사건¹⁷⁰⁾ 등에서 법원은 사용자가 근로자의 장애를 알지 못하는 경우에도 알았어야 할 합리적 의무가 없는 경우에도 장애를 이유로 차별하여서는 안 된다고 한 바 있다.

영국 교육노동부(the Secretary of State for Education and Employment)는 위 법령에 따라 장애인에 대한 고용영역에서의 차별금지에 관한 실천 강령 {Code of Practice for the elimination of discrimination in the field of employment against disabled persons or persons who have a disability (pre 1 Oct 2004)}을 제정하여 그 구체적 지침을 마련하고 있는데, 이는 위

169) 조용만(2004), 앞의 책, p. 149 이하 참조

170) 근로자가 일 년간 휴직기간 후, 그러나 그가 앓고 있었던 근육통성 뇌척수염의 증상에 대한 확정적 진단을 받기 전에 해고된 사안으로서, 법원은 제5조(1)항에 장애와 처우의 관계가 사용자의 시각에 의해 결정될 것을 요구하는 문언은 없으며 따라서 그러한 관계가 존재하는가의 객관적 기준이 적용되어야 하지, 사용자가 이를 알았는가 기준으로 적용되어야 하는 것은 아니라고 판단하였다.

차별금지 정당화 사유에 대한 참고가 될 수 있을 것으로 보인다. 위 실천 강령 중 제5조(3)항에 관한 내용은 다음과 같다.

4-6 법률은 장애인에 대한 불이익한 처우가 불가결하고 실제적인 경우에는 정당화된다고 하고 있다(제5조(3)항). 이는 그 사유가 문제된 개인의 개별적인 상황과 관련되어야만 하고 사소하거나 경미한 것이 아니어야 한다는 것을 의미한다.

예 : 시각장애인은 사용자가 시각장애인이 컴퓨터를 사용할 수 없다고 생각한다는 이유로 컴퓨터 관련 사무에 부적합하다고 볼 수 없다. 사용자가 개별적인 상황을 파악하려는 노력을 하지 않았다면 시각장애인이 컴퓨터를 사용할 수 없다는 일반적인 추측은 그 자체로 실제적인 이유가 아니다. 그것은 특정한 상황과 관련이 없다.

예 : 정신장애를 가진 공장 근로자는 어떤 경우 그의 장애로 인하여 때때로 결근을 하고 이러한 사유로 해고되었을 경우 그 결근 시간이 사용자가 다른 근로자들의 병가로 인정하는 시간보다 매우 적다면 그것은 실제적인 사유가 될 수 없다.

예 : 사무직원을 찾는 사용자가 심각한 안면손상을 가진 지원자를 다른 근로자들이 그와 함께 일하는 것이 불편하다는 이유로 받아들이지 않을 경우 다른 근로자들의 반응이 그 자체로 이러한 종류의 불이익한 처우를 정당화시켜 줄 수 없다. 그것은 실제적인사유가 아니다. 고객이 불편함을 느낀다고 생각된다는 것도 마찬가지이다.

예 : 건선을 가진 어떤 사람이 건선으로 심각한 손상을 입은 신체의 한부분에 대한 화장품 모델과 관련된 직업에서 거부되었을 경우 만약 그의 용모가 그 일의 목적에 맞지 않는다면 이는 적법하다. 이는 명백히 개별적인 상황과 관련된 실제적인 사유에 해당한다.

II. 차별의 정당화 사유 관련 법률 내용

장애차별금지법 (Disability Discrimination Act 1995)

5.(3) 차별대우의 이유 또는 조정의무 불이행의 이유가 문제되고 있는 개별적인 상황에서 불가결하고 실제적인 경우에는 정당화된다.

Ⅲ. 차별의 정당화 사유 관련 판례

Clark v. Novacold Ltd. (1999) ICR 951 (CA)

1) 사건 개요

Clark은 공정 기사로 Hull에 있는 사용자의 공장에서 일을 시작하였고 냉동식품의 공정과 저장을 담당하던 중, 수습기간 만료 전인 작업 중 상해를 입어 무거운 짐을 운반하는 것은 물론, 제대로 걷는 것이 불가능한 상황이 되었다. 사용자 회사는 1996. 12. 6. 차로 의사로부터 Clark이 가까운 장래에 직장에 복귀한다는 것이 매우 기대하기 어렵다는 의견서를 받았고, 정형외과 전문의로부터 Clark이 직장에 복귀할 수 있는 정확한 시기를 진단하는 것은 불가능하다고 하는 1996. 12. 27. 자 의견서를 받은 다음, 1997. 1. 14. 고용 종료 통지를 하였다. 이에 Clark이 노동재판소에 소송을 제기하였으나 기각되자, 다시 항소법원에 항소하였다.

2) 판결 내용

항소법원은 1995년 장애차별금지법 제53조(6)항에 따라 만약 실천 강령(Code of Practice)의 특정 조항이 재판소나 법원에게 동 법률에 따른 소송상

쟁점과 연관이 있는 것으로 보일 경우 그 조항을 고려하여야 하는 것이 법원의 의무라고 전제한 다음, 노동재판소가 실천 강령 4.6, 4.7. 4.8¹⁷¹⁾ 만을 검토하고 실천 강령이 이 사안에 적용되지 않는다고 결론내린 점에 대하여, 이 사건에서는 실천 강령 6.21. 역시 고려되어야 한다는 이유로 사건을 파기 환송하였다.

문제가 된 실천 강령 6.21.은 “고용관계의 종료”에 관한 것으로, “장애와 관련된 사유에 의한 장애인의 해고 - 강제 조기 퇴직을 포함하여 -에는 정당화 사유가 요구되고 그 사유는 어떤 합리적 조정에 의해서도 생략될 수 없다. 더 이상 그 직무의 중요한 기능을 수행할 수 없는 장애를 가진 근로자에 대한 고용관계의 종료는 만일 그 사업장의 공식으로의 전보와 같은 조정이 실행가능하지 않거나 사용자로 하여금 조정의무를 이행하도록 하는 것이 합리적이지 않을 경우에는 정당화 될 수 있다”고 규정하고 있다.

항소법원은 이 실천 강령이 이 사안에 적용된다고 보고 노동재판소가 파기 환송된 사건의 추가 심리를 함에 있어 실천 강령 6.21에 비추어 이미 밝혀진 사실들을 재고하여야 한다고 판단하였다.

Baynton v. Saurus (2000) ICR 375 (EAT)

1) 사건 개요

Baynton은 사용자 회사에서 지게차 운전과 파이프 배관의 프레싱 업무를 담당하고 있었는데 1997. 2. 12. 작업 도중 왼쪽 엄지에 압사사고를 당하여 다음 날 엄지에 대한 수술을 받았고, 1998. 1. 30. 직무 불가능성과 12개월이 넘는 장기병가를 이유로 해고되었다. 사용자는 Baynton을 해고하면서 관계 회사의 잉여 인력을 채용하였다. Baynton은 노동재판소에 제소했고, 재판소는 장기병가 중이었던 Baynton이 비장애인인 다른 장기 결근자에 비하여 불이익한 처분을 받지 않았다는 이유로 청구를 기각하였다. 장애가 매우 오랜 기간

171) 실천 강령 4. 6, 4.7, 4. 8조는 모두 정당화 사유가 없는 장애인에 대한 차별을 위법하다는 제5조(3)항, 제5조(5)항에 관한 내용이다.

지속될 것이 명백하기 때문에 사용자로서는 그에 대한 해고가 필요한 일이었고, Baynton의 해고가 관계 회사의 잉여 인력 근로자를 채용하여 잉여 인력 근로자에게 혜택을 주는 결과를 가져왔다는 점도 이유가 되었다.

2) 판결 내용

고용항소재판소는 외과 의사를 만나 장래 근무 가능성 여부를 진단받을 예정이었던 Baynton을 사전 예고 없이 해고한 것의 절차적 위법성을 지적하였고, Baynton이 당시 질병 수당을 받지 않고 있었다는 점을 고려하면, “관계 회사의 다른 근로자에게 혜택이 돌아갔다”는 판단은 균형을 상실한 것이라고 비판하였다. 따라서 이러한 상황에서 합리적인 재판부라면 사용자에게 정당화 사유가 있다고 결론 내리기는 불가능하다고 보고, 노동재판소가 관련 사실 감정이나 해고 사전통지가 없었던 사실 및 1998. 2. 4. 예정된 의료 상담과 같은 사실을 고려하지 않았음을 이유로 추가 심리를 해야 한다고 하여, 사건을 파기하고 노동재판소로 환송하였다. 장애가 다시 직무에 적합한 수준으로 회복될 수 있는지에 대해 조사하거나 판단하지도 않고 사전예고절차조차 없이 해고한 경우에는 해고의 정당화 사유여부를 판단할 수 없다고 본 것이다. 재판소는 사전예고절차가 장애의 회복여부를 판단할 기회가 된다는 점에서도 중요한 의미가 있다고 판단하였다.

Edward v. Mid Suffolk District council (2001) ICR 616 (EAT)

1) 사건 개요

Edward는 만성 불안 장애를 겪고 있던 중 그의 업무 보조자와 함께 일할 수 있는 능력이 부족함을 이유로 해고되었다. 재판 과정에서 상반되는 의학적 증거가 제출되었는데, 내과의는 Edward의 최근의 문제가 그의 직장, 특별히 그에게 배치된 업무 보조자와의 업무 관계로 인한 스트레스와 크게 관련

이 되어 있음에도 불구하고, Mr. Edward가 의학적으로는 계약된 직무에 적합하며, Edward의 문제는 질병이라기보다는 대인관계 문제라는 견해를 제출하였다. 또 만일 사용자인 Mid Suffolk District council이 근로자의 작업 환경에 대하여 합리적 조정을 하였더라면 Edward의 스트레스는 감소되었을 것이고 작업능률이 크게 향상되었을 것이라는 점을 뒷받침하는 증거들이 제출되었다. 그러나 노동재판소는 장애차별금지법에 의거한 근로자의 청구를 기각하였고 이에 대하여 근로자가 항소하였다.

2) 판결 내용

고용항소재판소는 노동재판소가 근로자의 장애가 그의 행동과 직무 수행 능력에 미치는 영향을 파악하지 못하였다는 이유로 근로자의 항소를 인정하고 사건을 환송하였다. 즉 이와 같은 사안에서는 법원은 우선 근로자의 장애의 성질과 정도를 파악하고 근로자에게 배정된 직무를 수행하는데 있어서 장애의 영향을 고려하는 것이 반드시 필요한데, 이러한 분석이 없다는 점이 문제라고 하였다. 고용항소재판소는 노동재판소가 근로자의 질병이 그의 부적절한 행동을 야기했다는 의견을 받아들이지 않았지만 의사는 명백히 근로자의 장애가 그러한 행동의 원인이 되었다는 의견을 피력하였고, 노동재판소의 결정에 왜 그러한 증언을 받아들이지 않았는가에 대하여 아무런 분석이 없는 것은 잘못이라고 보았다. 만약 노동재판소가 근로자의 장애의 성질이 근로자의 부적절한 행위와 관련이 있는 것이고 사용자가 근로자와 그 업무보조자 사이의 접촉을 없애는 등의 합리적 조정을 하여야 한다고 판단하였다면, 해고가 정당하다는 결론과는 다른 결론이 내려질 수도 있었다고 판시하였다. 장애의 성질과 정도를 파악하여 그 장애가 직무수행에 미치는 영향을 판단하는 것이 장애차별금지법 관련 사건의 심리에 필수적임을 판단한 것이라 할 수 있다.

제5절 종교·신앙 / 성적 지향 규칙

I. 개요

고용평등(종교 혹은 신앙) 규칙과 고용평등(성적 지향) 규칙의 차별 개념과 진정 직업 요건은 동일한 규정 형식을 따르고 있다. 위 규칙들은 종교 혹은 신앙/성적 지향을 이유로 차별하는 것을 금지하고 있지만 특정 종교 혹은 신앙/성적 지향이 진정직업요건일 경우는 예외가 된다.

위 규칙들의 주무부서인 영국 통상산업부의 주석에 따르면 7(2)의 진정직업 요건은

- 1) 요건(a requirement)은 단순한 요소(a factor), 선호(a preference), 혹은 자격(a qualification)보다 강한 의미를 가진 것으로서, 어떤 사람이 그 직무의 기능을 수행할 수 있도록 하는 데 필수적인(essential)것이고,
- 2) 결정적인(determining)¹⁷²⁾ 요건이어야 하므로 그 요건은 그 직업에 있어 중대한(crucial)것이어야 하며, 단순히 몇 가지 중 중요한 한 요소 (one of several important factor)에 불과한 것이 아니고,
- 3) 문제된 직업과 필수적으로 연관되어 있으며,
- 4) 진정한(genuine) 것이어야 한다고 한다.

또 사용자가 특정 성적 지향/종교나 신앙을 가진 사람을 선호하지 않는다고 하여 즉흥적으로 요건을 만들어내서는 안되고, 실제로 사용자가 이미 요구된 성적 지향/종교 혹은 신앙을 가지지 않은 사람을 채용한 바가 있다면 이는 그 성적 지향/종교 혹은 신앙은 그 직업의 진정직업요건이 아니라는 것을 강력하게 암시하는 것이라고 한다.

172) 단, 사용자가 종교와 신앙에 기초한 기질을 가지고 있을 경우에는 "결정적"(determining)일 것을 요하지 않는다(제7조(4)항).

II. 진정직업요건 관련 법령 내용

고용평등(종교·신앙)규칙

Employment Equality(Religion or Belief) Regulations 2003

진정직업요건의 예외

7. (1), (2) 또는 (3)항이 적용되는 경우, 제3조에 해당하는 차별(성적 지향)과 관련하여
 - (a) 제6조(1)항(a)호 또는 (c)호는 고용관계에 적용되지 않고
 - (b) 제6조(2)항(b)호 또는 (c)호는 고용관계에서의 승진, 전보 혹은 훈련에 적용되지 않고
 - (c) 제6조(2)항(d)호는 고용관계의 해고에 적용되지 않는다.
 - (2) 고용관계의 본질 혹은 그것이 수행되는 상황을 고려할 때
 - (a) 특정 종교 혹은 신앙이 진정하고 결정적인 직업 요건일 경우
 - (b) 특정 사안에서 이 요건을 적용하는 것이 적정하고
 - (c) 다음의 두 가지 중의 하나 일 것
 - (i) 요건의 적용대상자가 그 요건을 충족하지 못하였거나,
 - (ii) 사용자가 위 사람이 그 요건을 충족하였다고 확신하지 못하고, 제반 사정상 사용자가 확신하지 못하는 것이 합리적인 경우
- 그리고 이 항은 사용자가 종교 혹은 신앙에 기초한 기질을 가졌는지의 여부와 관계없이 적용된다.
- (4) 사용자가 종교와 신앙에 기초한 기질을 가지고 있고, 그 기질과 고용관계의 본질 혹은 그것이 수행되는 상황과 관련하여
 - (a) 특정 종교 혹은 신앙이 진정직업요건이고
 - (b) 특정 사안에서 이 요건을 적용하는 것이 적정하고
 - (c) 다음의 두 가지 중의 하나 일 것
 - (i) 요건의 적용대상자가 그 요건을 충족하지 못하였거나,

- (ii) 사용자가 위 사람이 그 요건을 충족하였다고 확신하지 못하고 제반 사정상 사용자가 확신하지 못하는 것이 합리적인 경우

고용평등(성적 지향) 규칙

Employment Equality(Sexual Orientation) Regulations 2003

진정직업요건의 예외

7. (1), (2) 또는 (3)항이 적용되는 경우, 제3조에 해당하는 차별(성적 지향)과 관련하여
 - (a) 제6조(1)(a)항 또는 (c)항은 고용관계에 적용되지 않고
 - (b) 제6조(2)(b)항 또는 (c)항은 고용관계에서의 승진, 전보 혹은 훈련에 적용되지 않고
 - (c) 제6조(2)(d)항은 고용관계의 해고에 적용되지 않는다.
- (2) 고용관계의 본질 혹은 그것이 수행되는 상황을 고려할 때
 - (a) 특정 성적지향이 진정하고 결정적인 직업 요건일 경우
 - (b) 특정 사안에서 이 요건을 적용하는 것이 적당하고
 - (c) 다음의 두 가지 중의 하나 일 것
 - (i) 요건의 적용대상자가 그 요건을 충족하지 못하였거나,
 - (ii) 사용자가 위 사람이 그 요건을 충족하였다고 확신하지 못하고 제반 사정상 사용자가 확신하지 못하는 것이 합리적인 경우

그리고 이 조항은 고용관계가 종교 조직의 목적을 위한 것인지 여부에 관계없이 적용 된다

- (3) 이 조항은 다음의 경우에 적용 된다
 - (a) 고용관계가 종교 조직의 목적을 위한 경우
 - (b) 사용자가 성적 지향과 관계된 요건을
 - (i) 종교의 교리에 따르기 위해 적용하거나
 - (ii) 고용관계의 본질과 그것이 수행되는 상황 때문에 상당한

- 숫자의 해당 종교의 추종자들이 강하게 유지하는 종교적
신념과의 마찰을 피하기 위해서 적용하는 경우 ; 그리고
- (c) 다음의 두 가지 중 하나일 것
- (i) 요건의 적용대상자가 그 요건을 충족하지 못하였거나,
 - (ii) 사용자가 위 사람이 그 요건을 충족하였다고 확신하지 못
하고 제반 사정상 사용자가 확신하지 못하는 것이 합리적
인 경우

III. 진정직업요건 관련 판례¹⁷³⁾

R(Amicus) v. Secretary of State for Trade and Industry (2004) IRLR 430 (HC)

1) 사건 개요

어느 직종 노동조합이 2000년 EU 고용평등지침을 충족시키기 위한 목적으로 제정된 고용평등지침(성적 지향)의 특정 조항을 폐지하라는 소송을 제기하였다. 노동조합은 위 지침 제7조(2)항, 제7조(3)항, 제20조(3)항, 제25조를 문제 삼았는데, 이 조항들은 모두 직업 요건에 기초하여 성적 지향을 이유로 한 일반적 차별 금지의 예외를 규정하고 있는 조항들이다.

2) 판결 내용

173) 법원은 기존에 종교 조직의 교무자 후보의 적합성에 관한 분쟁에 개입하는 것을 꺼려왔다고 한다. R v. Chief Rabbi, ex parte Wachman (1993) 2 All ER 249 등 참조, Aileen McColgan(2004), 앞의 책 p. 563에서 재인용

제7조(2)항, 제7조(3)항과 관련하여, 법원은 (1) 이 조항들은 지침에 부합하기 위하여 목적적으로 해석되어야 한다는 점, (2) 차별적 대우가 합법적 목적을 가져야 한다는 개념은 제7조(2)항에 내포되어 있다는 점, (3) 제7조(2)항(c)(ii)호상의 합리성의 요구는 어떤 결정이 추측이나 사회의 스테레오타입에 기초하여서는 합법적일 수 없다는 것을 확실히 하고 있다는 점 (4) 제7조(2)항(c)(ii)호는 EU 고용평등지침 제4조(1)항의 범위 내에 있으며, 따라서 제7조(2)항의 양립가능성에 대한 문제제기는 받아들일 수 없다는 점, (3) 법 규정에 비추어, 제7조(3)항의 예외는 매우 제한적이어야 한다는 것은 명백하고, 이 예외가 오직 종교 조직의 목적을 위한 고용관계에만 적용된다는 것은 제7조(3)(b)항의 조건들과 함께 우선적으로 중요한 제한이 된다는 점, (4) 제7조(3)항의 예외는 사용자가 합리적으로 성적 지향 요건이 충족되었다고 확신하지 못하는 경우에 한하여 합법적이고, 이러한 제7조(3)항은 지침의 제4조(1)항을 합법적으로 충족한다는 점 등을 들어 노동조합의 청구를 기각하였다.

제6절 연령차별 금지 법안

영국의 연령차별 관련 법률은 의회의 승인에 따라 2006. 10. 1. 에 시행될 예정인데, 위 법률 초안에 대한 정부의 의견 수렴 절차가 최근 2005. 10. 17. 종료되었고, 현재 수렴된 의견에 대한 분석이 진행 중이다. 이러한 분석결과 는 2006년 상반기에 발표되어 최종 법률에 반영될 예정이다. 연령차별 관련 법률의 초안은

- (1) 고용과 직업 훈련에서 부당한 연령차별을 금지하고
- (2) 65세 미만 정년을 정하려는 사용자들에게는 엄격한 정당화 사유를 요구 하고,
- (3) 근로자가 정년 이후에도 근무를 요구할 경우, 사용자들에게 고려 의무 (duty to consider)를 부과하고

- (4) 사용자들이 적어도 6개월 전에 근로자에게 정해진 정년퇴직 날짜를 서면으로 통지하도록 하고 있고
- (5) 진정한 퇴직이 아닐 경우 노령의 근로자들에게 젊은 근로자들과 마찬가지로 부당 해고를 다투거나 증액 퇴직수당을 받을 수 있는 권리를 부여하기 위해 부당해고와 증액 퇴직 수당에 관한 연령 상한선을 삭제하고
- (6) 수당과 직장 연금과 관련된 서비스 관련 조항을 포함하고 있고
- (7) 법정 병가 급여, 법정 임신 급여 등의 연령 제한을 삭제하는 것을 내용으로 하고 있다.

한편 차별의 정당화 사유와 관련하여, 동 법률안은 사용자 등은 연령에 근거한 차별 대우가 (1) 합법적 목적을 위한 것이고 (2) 특별한 사정들로 인해 그러한 차별 대우가 적절하고 필요하다는 사실을 보여줄 경우 이를 정당화할 수 있도록 하고 있다. 또한 고용관계의 본질 혹은 그것이 수행되는 상황과 관련하여 (1) 연령 요건이 진정하고 결정적인 직업 요건이고 (2) 사용자가 그 요건을 부과하는 것이 적절하고 필요한 경우에는 사용자에게 연령 요건을 부과할 권한을 주도록 하고 있다.

제7절 영국 : 검토 결과의 요약

영국의 성차별금지법과 인종관계법은 고용상 차별금지의 예외사유인 진정 직업자격을 매우 상세하게 규정하고 있으며, 그 규정체계도 서로 유사하다. 반면 장애차별금지법에는 구체적으로 직업상 필요성과 관련된 진정직업자격 등의 예외 규정을 두지 않고 있고, 차별의 정당화사유로서 “차별대우의 이유 또는 조정의무 불이행의 이유가 문제되고 있는 개별적인 상황에서 불가결하고 실제적인 경우에는 정당화 된다” 고 규정하고 있다. 2003년 고용 평등(종교 혹은 신앙) 규칙, 2003년 고용 평등(성적 지향) 규칙은 EU 고용평등지침과

같은 진정직업요건 규정을 두고 있고, 인종관계법도 위 지침을 반영하여 2003년 진정직업요건을 추가하는 개정이 이루어졌다.

진정직업자격에 관하여 매우 상세하고 구체적인 규정을 두고 있는 영국의 법제는 막연히 사용자의 주장만으로 진정직업자격이 인정되는 것을 제한함으로써, 포괄적인 기준만을 제시하는 법제에 비하여 진정직업자격을 엄격히 한정하는 효과를 가져 오고 있다. 이러한 법제는 차별의 예외에 대하여 사전에 구체적인 가이드라인을 제시함으로써 차별행위의 예방적 기능을 수행하는 일면을 가진다고 할 수 있다.

법원 역시 개별 사안에 대한 진정직업자격을 상당히 엄격하게 인정하고 있는 것으로 보인다. 성별과 관련하여 구체적인 판례에서 특히 1) 신체적 조건과 관련한 진정직업자격여부는 개별 근로자와 관련된 구체적인 상황을 기준으로 판단하여야 하고 여성 혹은 남성에 대한 일반적인 추측이나 가정으로 판단하여서는 안 된다고 한 점, 2) 부분적인 업무의 수행이 어렵다고 하여 바로 진정직업자격을 인정하지 아니하고 해당 업무가 사용자에게 특별한 부담 없이 다른 근로자에 의해 대체 수행될 수 있는지를 분별하는 점, 3) 사용자에게 기존 설비의 교체를 합리적으로 기대할 수 있을 경우 시설의 미비라는 이유만으로 진정직업자격을 인정하지 않는 점, 4) 진정직업자격은 당해 직무의 성격 자체와 관련하여 판단되어야 하고 당해 직무 수행의 경제적 효과와는 무관하다고 한 점, 5) 진정직업자격은 고객 혹은 직무 수행상 접촉하게 되는 상대방의 선호에 따라 달라질 수 없다고 한 점 등은 향후 우리 법제에서 진정직업자격의 판단과 관련하여 참고할 만한 점이다. 또 성전환자의 평등권 역시 남성 혹은 여성과 동일하게 보호되어야 하고, 직무수행에 있어 성적 정체성의 공개가 강요되는 것은 인간의 자유와 존엄성을 훼손하는 것이라고 판단한 대심원의 판결¹⁷⁴⁾ 역시 눈여겨볼만한 것이다.

현재 영국에서는 EU 지침에 따라 성적 지향, 종교/신앙, 연령과 관련한 법률의 제정이 활발히 이루어지고 있다. 이러한 움직임이 차별금지의 진전이 라고 평가하면서도, 진정직업요건과 같이 새로운 차별의 정당화 사유가 기존 영국 국내법의 차별금지 예외 사유의 수정이나 삭제 없이 그대로 추가되는

174) A v. Chief Constable of the West Yorkshire Police (2005) AC 51

것에 대하여, 차별의 정당화 사유의 규정에 보다 신중을 기해야 한다는 견해가 제시되고 있다. 진정직업요건은 “진정하고 결정적인 직업 요건”일 경우에만 적용된다는 점에서 기존의 진정직업자격보다 적용 범위가 작다고 할 수 있지만, 임명이나 승진 외에 해고에도 적용되고, 직업 그 자체라기보다는 직업이 수행되는 상황이 특정 인종, 민족, 혹은 출신국을 요구하는 상황에서 적용될 수 있으며, 사용자의 확신여부를 기준으로 하고 있다는 점에서 그 적용 범위가 넓다고 해석할 수 있다. 진정직업요건에 관해서는 아직 눈에 띄는 판결례들이 나오지 아니하였으나 앞으로 그 적용이 어떻게 이루어질지가 주목되고 있다.

제6장 유럽연합 (EU)

유럽공동체 조약이나 유럽 인권조약은 미국이나 영국의 '진정직업자격'과 같은 구체적인 적용 예외 규정을 두고 있지 않으나, EU의 여러 지침들은 "진정하고 결정적인 직업상 요건(Genuine and determining occupational requirement)"에 관한 규정을 두고 있다. 이들 지침에서 예외규정이 적용될 수 있는 차별 사유들은 각각 종교 또는 신앙, 성적 지향, 장애와 연령(고용평등지침), 인종(인종차별지침) 그리고 성별(남녀균등처우지침)이다.

이들 지침들은 모두 2000년 이후에 제정되어 회원국들에게 입법의무가 생기는 시점이 불과 얼마 전에 경과하였거나 아직 시한이 도래하지 않았기 때문에, 직접 위 예외 규정과 관련되는 유럽사법재판소의 판례는 아직 없다.

다만 그와 유사한 개념으로 개정 전 남녀균등처우지침(76/207/EEC)에 두었던 "성별이 결정적인 요소(determining factor)가 되는 직무(occupational activity)"의 경우에 관한 몇몇 사례가 존재한다.

제1절 고용차별금지 법령의 체계 및 특징

I. EU 차별금지 법령의 법원

유럽연합의 법제는 제1차 법원(法源)으로 유럽공동체(EC) 및 유럽연합(EU) 창설의 근거가 되는 유럽연합 조약(TEC, Treaty establishing the European Community : 로마조약, 암스테르담 조약, 마스트리히트 조약 등)이 있고, 제2차 법원으로 유럽이사회(Council)와 유럽위원회(Commission)가 제정하는 규칙(Regulation : 별도의 조치 없이 직접적으로 국내법으로 적용)과 지침(Directive : 회원국에게 국내법 제정 의무 부담)이 있다¹⁷⁵⁾. 차별금지에 관해 서도 제1차 법원인 조약에서 기본적인 내용을 규정하고, 제2차 법원인 법령, 특히 지침에서 구체적인 내용을 정하고 있다¹⁷⁶⁾.

차별금지와 관련하여, 유럽공동체 조약¹⁷⁷⁾은 처음에는 국적에 의한 차별 금지와(제12조)¹⁷⁸⁾ 남녀 균등임금 원칙을 정하고 있다가(제141조)¹⁷⁹⁾, 1997년 암스테르담 조약으로 “이 조약의 다른 규정을 침해하지 않고 이 조약이 공동체에 부여하는 권한 범위 내에서, 유럽 이사회는 성별·인종이나 민족적 기원, 종교나 신조, 장애, 연령이나 성적 지향에 근거한 차별을 없애기 위한 적절한 조치를 취할 수 있다”는 규정을 신설하였다(제13조¹⁸⁰⁾)¹⁸¹⁾.

175) 조용만(2004), 앞의 책, p. 72

176) 조용만(2004), 앞의 책, p. 72

177) 1957년 로마조약(Treaty of Rome)을 1997년 암스테르담 조약(Treaty of Amsterdam)으로 개정하였다.

178) 이 조약이 적용되는 범위에서, 다른 특별한 조항이 없는 한, 국적에 근거한 차별은 금지된다.

179) 유럽연합에서 역사적으로 국적과 성별을 이유로 하는 차별금지가 기타의 차별사유에 대한 금지보다도 선행하여 규제되었던 배경에는 단일시장 창출이라는 경제적 관점이 중요하였기 때문이다. 경제공동체의 창출을 위한 노동자의 자유로운 이동을 보장하기 위해서는 국적이 다른 노동자 간의 임금 격차가 없어야 했기 때문이다 - Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Clarendon Laws, Oxford University Press(2001), p. 34

180) 제13조 1. 이 조약의 다른 규정을 침해하지 않고 이 조약이 공동체에 부여하는 권한 범위 내에서, 유럽 이사회는 성별·인종이나 민족적 기원, 종교나 신조, 장애, 연령이나 성적 지향에 근거한 차별을 없애기 위한 적절한 조치를 취할 수 있다.

181) 신설된 13조는 권리의 직접적 권원이 되지는 않고 지침 채택을 위한 기초가 될 뿐이지만, 제12조와 제39조는 개별적 권리의 권원이 되며, 동일임금 원칙에 관한 141조는

한편 위원회 지침 중 차별금지 법규로 중요한 것으로는 동일임금 지침(Council Directive 75/117-the Equal Pay Directive), 남녀 균등 처우 지침(Council Directive 76/207/EEC-the Equal Treatment Directive, 후에 2002/73/EC로 개정되었음), 사회보장 지침(Council Directive 79/7 and 87/378 - the Social Security Directive), 임신 근로자 지침(Council Directive 92/85-the Pregnant Workers' Directive), 입증책임 지침(Council Directive 97/80-the Burden of Proof Directive), 인종 평등 지침(Council Directive 2000/43-the Racial Equality Directive), 고용평등지침(Council Directive 2000/78-the Employment Equality Directive) 등이 있다. 이들 지침 중 뒤의 2개를 제외한 앞의 것들은 모두 성별에 따른 차별을 금지하고 있고, 인종 평등지침은 민족적 또는 국가적 출신(national origin not nationality)에 따른 차별을 금지하고 있으며, 고용평등지침은 종교 또는 신조, 성적 지향, 장애와 연령차별을 다루고 있다.

차별 금지의 「영역」 면에서 보면, 인종평등지침을 제외하고는 모두 고용의 영역에 한정되지만, 성별 차별은 사회보장의 영역도 금지된다. 인종 차별 지침은 교육, 재화와 용역의 공급, 주택, 사회보장 그리고 사회적 이익 등에도 적용되며 2004년 새롭게 채택된 지침(Council Directive 2004/113/EC)은 재화와 용역에 대한 접근에 있어서 남녀의 균등 처우를 다루고 있다.

한편 유럽공동체(EC)의 설립 전이기는 하지만, 1950. 11. 4. 체결된 유럽인권조약 (ECHR : European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 제14조 규정도 차별 금지의 원칙을 포함하고 있다. 이 조약은 제2조에서 12조까지 모두 11개의 기본적인 권리보장을 규정하고 있고¹⁸²⁾, 제14조에서는 “이 조약에 의해 보장되는 권리와 자유를 향유하

지침들을 위한 기초인 동시에 개별적 권리의 권원으로 작용한다고 해석된다 - Aileen McColgan(2005), 앞의 책, p. 21

182) 생명권, 고문 금지, 노예제와 강제노동 금지, 신체의 자유와 안전의 권리, 공정한 재판을 받을 권리, 죄형법정주의, 사생활과 가정생활의 자유, 사상과 양심·종교의 자유, 표현의 자유, 집회와 결사의 자유, 결혼의 권리

는 것에 있어서는, 성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 다른 의견, 국적 또는 사회적 기원, 국적상의 소수자, 재산, 출생이나 다른 신분과 같은 것에 근거하는 어떠한 차별도 있어서는 안된다”고 하여 조약상의 권리(이를 ‘Convention Right’라고 함)에서의 차별 금지를 선언하고, 이 원칙은 다시 유럽의회가 정한 제12호 의정서¹⁸³⁾에서 “누구도 어떠한 국가기관으로부터 이 사유들 중 어느 것에 근거한 차별도 받아서는 아니 된다”고 확인하고 있다.

유럽인권조약은 시간상으로 ‘EU법’이라고 할 수 없을지도 모르지만, 현재 이 조약을 비준한 국가들이 EU 회원국과 일치하고, 실질적으로 유럽인권재판소에서 인권 관련 소송의 근거 규범으로 적용되고 있다는 점을 고려할 때, 중요한 판례법으로 함께 검토할 필요가 있다.

그런데 고용 차별에 관한 사례로 한정해 보면, 인권재판소 판결은 그리 많지 않다. 재판소는 ‘조약 체결국’의 유럽 인권조약 위반 여부만을 판단하고, 위 인권 조약이 금지하는 차별의 개념 자체가 “그 조약이 보장하는 권리(생명권, 고문 금지, 노예제와 강제노동 금지, 신체의 자유와 안전의 권리, 공정한 재판을 받을 권리, 죄형법정주의, 사생활과 가정생활의 자유, 사상과 양심·종교의 자유, 표현의 자유, 집회와 결사의 자유, 결혼의 권리)를 균등하게 보장하지 않는 것”에 한정되고, 이들 조약상 권리에, 직접적으로 고용상의 권리가 포함되지 않고, ‘(어떤 영역에 있어서) 평등하게 대우받을 권리’ 자체가 별도의 권리로 보장된 것이 아니기 때문이다.

II. EU 판례법의 종류와 구조

1. 유럽사법재판소의 판결

183) Council of Europe, Protocol No.12 to the Convention For the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms(2000), 제1조 - General Prohibition of discrimination : 이 의정서의 제1조 제1항은 조약 제14조의 내용을 그대로 담고 있기는 하지만, 제2항에서 “어느 누구도 국가기관으로부터 제1항에서 명시된 사유에 근거하여 차별받지 않는다”는 일반적인 규정도 두고 있어, 차별을 다투는 소송에서 근거 법령으로 인용되고 있다.

‘EU 관례법’이라고 하면 보통, 유럽사법재판소(ECJ : European Court of Justice)의 위반 사건(Infringement Procedures, 유럽공동체 조약 제226조)과 선결 소송(Preliminary Ruling, 제234조)의 결론을 말한다¹⁸⁴⁾.

먼저 유럽연합 위원회는 회원국가가 EU 법(Community law)을 위반했다는 혐의가 있다고 판단했을 때, 유럽공동체 조약 제226조에 근거하여 위반 사건을 개시할 수 있다. EU에서 통과된 지침은 모두 입법 만기가 있고, 회원국은 합리적인 이유가 없는 한 이를 지켜야 하는데, 이를 위반하는 사건에는 두 가지 유형이 있다.

하나는 회원국이 정당한 이유 없이 정해진 기간 내에 지침을 국내법으로도 도입하지 않은 것이고(입법미비 : Non-communication), 나머지는 도입은 했으나 정확하지 않은 경우이다(지침위반 : Non-Conformity).

위원회는 제소 전에 먼저 회원국에게 입법 미비를 통보하는 경우에는 2개월 내에 그 사유를 고지해야 하고, 지침 위반임을 통보받은 때에는 상당한 기간을 주어 이를 바로 잡게 해야 한다¹⁸⁵⁾. 이러한 절차를 거치고도 문제가 시정되지 않으면 위원회는 유럽사법재판소에 제소하게 되고¹⁸⁶⁾, 유럽사법재판소는 회원국이 EU 법을 위반하였는지를 판단해야 한다. 회원국가가 법 위반이라는 유럽사법재판소의 판단을 받아들이지 않으면, 법원은 금전적 벌칙을 명할 수도 있다(유럽공동체 조약 제228조).

유럽사법재판소가 판단을 하게 되는 또 하나의 경우는, 이른바 ‘선결소송(preliminary rulings)’이다(유럽공동체 조약 제234조). 이것은 회원국의 법원("courts of the Member State")이 EU법 해석에 대해 유럽사법재판소에 판단을 위임하는 것이다¹⁸⁷⁾. 유럽사법재판소가 이에 대하여 판단을 하면, 선결 소송을 위임한 회원국 법원은 그 판결 내용에 구속되며, EU법 해석에 대해서는 유럽사법재판소 판단과 다른 결론을 내지 못한다.

184) http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/legislation/caselaw_en.htm

185) 이를 전치절차(preliminary procedure)라고 하는데, 뒤에서 보는 조약 제234조에 의한 선결소송(Preliminary Ruling)과는 구별해야 한다.

186) 제소는 다른 회원국이 할 수도 있다(유럽공동체 조약 제227조).

187) 선결소송에 관한 설명은, Klaus-Dieter Borchardi(2000), The ABC of Community Law, European Commission Directorate-General for Education and Culture, pp. 84-91

2. 유럽인권재판소의 판결

유럽인권재판소(ECtHR : The European Court of Human Rights)는 1950. 11. 4. 유럽인권조약 제19조에 근거하여 설립된 사법기구로서, 조약 체결국이 이 규약상의 권리 보장을 위반한 경우, 그 피해자가 된 개인이나 단체, NGO 등이 제소하는 사건(제34조), 그리고 한 조약 체결국이 다른 조약 체결국의 협약 위반을 제소하는 사건(제33조, 이러한 사건을 ‘inter-state case’라고 함)을 다룬다.

유럽인권재판소에서 다루는 차별도 ‘직접차별’과 ‘간접차별’ 개념으로 나눌 수 있고, 여기서 간접차별이란, i) 외형상으로는 중립적으로 보이는 규정이나 관행이 일정 범위의 사람들에게 특별히 불이익한 것으로 드러나는 경우, ii) 중립적인 기준이 적용되는데 특정한 범위의 사람들에게 특별히 불이익한 것으로, 그러한 불공정한 효과를 초래하는 기준이 객관적이고 합리적으로 정당화되지 않는 경우(불공정한 효과 차별), iii) 중립적인 기준을 적용한 쪽에서 그것을 객관적이고 합리적으로 정당화하지 못하면서, 특정한 개인이나 일정한 범위의 사람들을 그 일반적인 기준 적용의 예외를 만들어서 달리 다루지 않을 경우¹⁸⁸⁾ 등을 말한다고 하지만, 아직까지는 금지되는 차별은 의도적이거나 적어도 객관적이고 합리적으로 정당화되지 않는 차별대우에 근거하고 있어 충분히 명백해야 한다고 하면서, 그러한 “불평등 효과(disparate impact)”까지 차별과 동일시하는 것에는 회의적인 태도를 취하고 있다¹⁸⁹⁾.

제2절 “진정하고 결정적인 직업상의 요건” 조항

188) 예컨대 조약상 권리 중의 하나인 종교의 자유를 보장하기 위해서 예외를 설정해 주지 않는 것이, 객관적이고 합리적으로 정당한 것임을 보이지 못할 때가 이에 해당한다.

189) O. De Schutter(2005), *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law*, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, p. 16

EU법 중 유럽공동체 조약이나 유럽인권조약에서는 구체적으로 진정직업자 격과 관련된 예외 규정을 두지 않고 있다. 다만 최근 제정된 몇몇 지침에는 이에 관한 규정이 있다. 이러한 규정들로는 고용평등지침¹⁹⁰⁾ 제4조와 인종평등지침¹⁹¹⁾ 제4조의 “직업상 요건(Occupational Requirements)” 규정, 그리고 남녀균등처우지침¹⁹²⁾ 제2조 제6항의 “진정하고 결정적인 직업상 요건” 조항을 들 수 있다.

이들 지침 조항은 공통적으로 “회원국은 특정 직무(occupational activity)나 그것이 행해지는 정황(context)의 본질 상, 그 특성(characteristic ; 여기서는 연령·인종 등 차별 사유를 말함)이 진정하고 결정적인 직업상의 요건이 되며, 그 목적이 정당하고 그 요건이 균형 잡힌 것일 때에는, 차등 처우는 차별에 해당하지 않는다는 규정을 들 수 있다”는 것을 내용으로 하고 있다.

한편 현행 지침이라고 볼 수는 없지만, 2002. 9. 23. 개정 전 남녀균등처우 지침(Council Directive 76/207/EEC) 제2조 제2항에서는 지침 적용의 예외로 “직무와 관련 교육의 본질과 정황상, 성별이 결정적인 요소가 되고, 그것이 적절한 경우”를 규정하고 있고, 제9조 제2항에서 각 회원국들로 하여금 주기적으로 그 예외 직무를 조사하여 위원회에 보고할 의무를 부과하고 있었다¹⁹³⁾.

190) 정식명칭은 「Council Directive 2000/78 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation」으로, 흔히 ‘Employment Framework Directive’ 또는 ‘Framwork Directive’라고도 부른다.

191) 「Council Directive 2000/43 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin」

192) 「Council Directive 76/207 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions」을 개정한 것 - Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions

193) Mark Bell et al.(2004), Critical review of academic literature relating to the EU directives to combat discrimination, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D.3, p. 26에서는 이러한 보고 의무를 두지 않은 것이 개정된 Directive 2002/72/EC의 중대

고용평등지침 (Council Directive 2000/78)

제4조 직업적인 요건 : 1. §2(1)(2)에도 불구하고 회원국은, 문제가 된 특정 직업적 활동이나 그것이 행해지는 정황의 본질 상, 그 특성이 진정하고 결정적인 직업상의 요건이 되며, 그 목적이 정당하고 그 요건이 균형 잡힌 것일 때에는, 1조의 사유들에 관한 특성에 근거한 차등 처우는 차별에 해당하지 않는다는 규정을 둘 수 있다.

인종평등지침 (Council Directive 2000/43)

제4조 진정하고 결정적인 직업상 요건 : §2(1)(2)에도 불구하고 회원국은 문제가 된 특정 직업적 활동이나 그것이 행해지는 정황의 본질 상, 그 특성이 진정하고 결정적인 직업상의 요건이 되며, 그 목적이 정당하고 그 요건이 균형 잡힌 것일 때에는, 그 종교나 민족적 기원에 관한 특성에 근거한 차등 처우는 차별에 해당하지 않는다는 규정을 둘 수 있다.

남녀균등처우지침 (Council Directive 2002/73)

제2조 제6항 회원국은, 채용 또는 그에 이르는 교육훈련에 대한 접근성에 있어서, 문제가 된 특정 직업적 활동이나 그것이 행해지는 정황의 본질 상, 그러한 특성이 진정하고 결정적인 직업상의 요건이 되며, 그 목적이 정당하고 그 요건이 균형 잡힌 것일 때에는, 성별에 관련된 성격에 기초한 차등 처우가 차별에 해당하지 않는다는 규정을 둘 수 있다.

구 남녀균등처우지침 (Council Directive 76/203/EEC)

제2조 제2항 회원국은, 그 일의 성격이나 일이 행해지는 상황을 고려하여 노동자의 성별이 결정적인 요소가 되는 직무나 연수의 경우에는 그 적용을 배제할 수 있는 권리를 유보할 수 있다

제9조 제2항 회원국은 그러한 적용제외를 유지하는 것이 정당하지 여부를 사회발전에 비추어 판단하기 위하여, 주기적으로 제2조

한 약점이라고 평가한다.

제2항에서 정한 직무를 평가하고, 그 결과를 위원회에 보고하여야 한다.

제3절 관련 판례

인종평등지침(2000/43/EC)과 고용평등지침(2000/78/EC) 상의 '직업상의 요건' 규정(제4조)와 관련해서는, 유럽사법재판소가 그 지침 준수 여부에 관한 판단을 한 바 없다¹⁹⁴⁾. 이들 지침의 적용 시기가 아주 최근에 경과하였기 때문에, 각 회원국들의 법령 등이 이 지침에 위반되었다는 것이 쟁점화 할 시간이 없었기 때문이다¹⁹⁵⁾.

194) http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/legis/lg_caselawen.htm

195) 이러한 시간상의 문제가 아니더라도, 본질적으로 이 조항의 실효성과 관련하여, 예컨대 종교나 신조, 인종이나 민족이 어떤 직업의 진정한 직업상의 요건으로 간주될 수 있을지조차 의문이라거나 이러한 예외의 존재가 오히려 지침 자체의 적용을 오도(misapplication)할 뿐이라고 보는 견해가 있다 - Mark Bell et al.(2004), 앞의 책. p.25.

그러나 차별사유들 자체가 '진정하고 결정적인 직업상의 요건'이 되는 것은 아니지만, 특정 직업이 요구하는 '요건'들이 차별 사유를 매개로 하여 적용되는 경우가 문제될 수는 있을 것이다. 예컨대 '연령'에 관해서도, 연령이 곧바로 '진정한 직업상의 요건'으로 요구되는 것과 같은 전형적인 사례는 찾아보기 어렵겠지만, 연령이 GOR이 되는 다른 특성이나 자질을 위한 매개(proxy)로 쓰이는 경우에 제기될 수 있다. 즉 어떤 자리에 육체적으로 건강한 남자가 필요할 때, 사용자는 30세 이상인 사람을, 그들의 연령이 자동적으로, 요구되는 수준의 건강함을 갖추지 못했다는 것을 의미한다고 하여 배제할 수 있는가 하는 것과 같은 문제이다. 하지만 연령이, 이와 같이 무능력(incapacity)이나 건강하지 못함(ill-health)이나 미성숙(immaturity)과 같은 다른 특성들을 적용하기 위한 매개로 사용되는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 한다. 연령은 통상 진정한('real') GOR의 대체물로 이용할 수 있는 이러한 특성들을 나타내는데 충분한 지표(indicator)가 될 수 없기 때문이다. 특히 일정한 연령 이상이 되는 것과 고용상 효율성의 감소를 자동적으로 동일시하거나(automatically equate) 젊은 노동자는 관련 기술과 경험이 부족하다는 선입견(stereotypes)을 사용하는 것에는, 주의를 기울여야 한다. 연령이 건강악화와 관련된다는 통계가 있다고 해도, 통계적 경향과 구분되는 개별적 다양성은 상당히 때문에, 연령이 어떠한 당해 개별 요소들의 매개체가 되기에는 부적절하다. 그러나 개개인 노동자를 평가하는 것이 불가능하거나 부담이 되는 경우가 있고, 한 사람의 연령은 어떤 점에서는 GOR이나 문제되는 자리와 관련된 특성에 해당하는 것과 연관되는 경우가 있다. 예컨대, 항공기 조종사들이 상대적으로 조기에 퇴직해야 하는 것은, 만약 나이가 들면 시야나 반응 수준의 감퇴가 있다는 광범위한 증거가 있고 개개

다만 개정 전 구 남녀균등처우지침(76/207/EEC) 제2조 제2항의 “성별이 결정적인 요소가 되는 직업적 활동이나 연수”에 관한 몇몇 사례는 찾아 볼 수 있다.

우선 영국의 성차별금지법에서 조산원(midwife)에 관한 적용 제외 규정을 두고 있는 것에 대하여 재판소는 “조산원과 환자간의 관계에서 개인적인 민감성”이 중요하다는 점에서 “성별이 결정적인 요소가 되는 직무”라고 판단하였고¹⁹⁶⁾, “전문적 또는 교역 활동에서, 노동자의 성별이 불가결한 전제조건이 되는 경우에는 차등 처우도 적법하다”는 독일 민사법 규정이 지침에 위반되지 않는다고 판단하였으며¹⁹⁷⁾, 테러리스트들에 의한 위험을 이유로 여성 경찰관에게 무기 소지를 제한하고 그에 따라 여성 경찰관의 인원 수를 줄인 것에 대하여, 무기 소지 제한이 여성 보호의 관점에서 정당하다고 하면서도 직무 자체에 여성을 제한하는 것까지 정당하다고 할 수는 없다고 판시하였다¹⁹⁸⁾. 그리고 경찰관과 교도관 등 광범위한 예외 직무 리스트를 정하고 있는 프랑스 공무원 인사규정에 관하여는, 이른바 ‘명확성(transparency)’의 원칙을 적용하여 엄격한 확실성을 요구하였다¹⁹⁹⁾. 아래에서 차례로 살펴보겠다.

Case 165/82 (1983) ECR 3431: EC Commission v. United Kingdom

1) 사건 개요

인 조종사들을 검사하여 누가 취약한지를 검사하는 것이 불가능하다면, 공공의 안전을 보호한다는 합법적 목적을 이루는데 필요하고 적절한 것일 수도 있다. Colm O’Cinneide(2005), Age Discrimination and European Law, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D.3, p. 34-35

196) Case 165/82 (1983) ECR 3431: EC Commission v. United Kingdom

197) Case 248/83 (1985) ECR 1459 : Commission of the EC v. Federal Republic of Germany

198) Case 222/84 (1986) ECR 1651 : Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary

199) Case 318/86 (1988) ECR 3559 : E.C. Commission v. France

영국은 1975년 성차별금지법(Sex Discrimination Act)을 제정하였는데, 그 제6조 제(1)(2)항에서 구직자와 채용에서의 차별을 금지하면서, 제6조 제(3)항에서 가사사용인과 상시 고용 5인 이하 사업장에서의 적용을 제외하였으며, 제20조에서는 제6조 제1, 2항이 조산원에게는 적용되지 않는다는 규정을 두고 있었다. 이에 대해 유럽연합 위원회는 위 규정이 남녀균등처우지침에 위반된다고 하면서 영국 정부에 2개월 내에 준수 계획을 제출하라고 하였으나²⁰⁰⁾, 영국 정부는 위 법률이 지침 제2조 제2항이 정한 적용 예외에 해당되기 때문에 지침에 위반되지 않는다고 답변하였다.

2) 판결 내용

법원은 “조산원과 환자간의 관계에서 개인적인 민감성은 매우 중요한 역할을 하고, 이런 경우 지침에 의한 원칙을 충실히 지키지 못했다고 하여, 영국이 지침의 제9조 제(2)항²⁰¹⁾과 제2조 제(2)항에 의해 회원국들에게 주어진 권한 범위를 일탈하였다고 할 수는 없다”고 하여 위원회의 주장을 받아들이지 않았다.

이 사건은 지침이 예외로서 허용하고 있는 각 회원국의 입법 재량권 범위가 문제된 사례로, “산모와의 친밀감”을 조산원이라는 직업의 ‘결정적인 요소(a determining factor)’라고 판단하고, 조산원을 여성으로만 채용하는 것이 허용된다고 한 것이다.

Case 248/83 (1985) ECR 1459 : Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany

200) 이 사건에서는 이 외에도 5인 이하 사업장의 적용제의 규정과 단체협약에의 적용 여부 등도 문제되었으나, 여기서는 조산원에 대한 적용제의 규정과 관련된 쟁점에 한하여 본다.

201) 회원국은, 그러한 적용제외를 유지하는 것이 정당한지 여부를 사회발전의 관점에서 판단하기 위해서, 주기적으로 2조 2항에서 정한 직업적 활동을 평가하여야 한다. 그러한 평가의 권리를 위원회에 통고해야 한다.

1) 사건 개요

독일 정부는 「노동법령에 EU법 적용을 위한 법률 (law aligning labor legislation with Community : lawarbeitsrechtliches eg-anpassungsgesetz)」에 의해 독일 민사법(civil code) 제611a조에 차별 금지 규정을 도입하였다.

이 규정은, 사용자는 고용계약이나 승진, 해고에 있어서 어떤 사람의 성별에 기초하여 불이익을 가해서는 안 된다고 하면서, 같은 조문에서 “전문적 또는 교역 활동에서, 노동자의 성별이 불가결한 전제조건이 되는 경우에는 차등 처우도 적법하다(different treatment is lawful where, for a professional or trade activity, the sex of the employee is an indispensable prerequisite)”는 예외 규정을 두고 있었다. 또한 제611a조는 남성이나 여성에 제한되는 구인광고를 내서는 안 된다고 하면서, 역시 “그 직무에서 노동자의 성별이 불가결한 전제조건이 되는 경우에는 적법하다”는 예외 규정을 두었다.

이에 대하여 위원회가, 지침의 예외 적용 범위를 정하는 것(to define as required the scope of the exceptions referred to in Article 2(2) of Directive no 76/207) 등 모두 5개 쟁점²⁰²⁾에 관하여 유럽사법재판소에 의견을 구하였다.

2) 판결 내용

법원은 “지침이 적용되지 않는 직무를 정하는 문제”에 있어서, 명확하게 정의되는 몇몇 직업(노래, 연기, 춤과 예술적이거나 패션 모델)에 관해서는 회원국들의 법과 관행이 유사하지만, 나머지 부분들에서는 사회적·도덕적으로 그리고 때로는 종교적인 고려 때문에 매우 다양하다는 점을 인정하였고, 또한 각 회원국들의 많은 예외들은 육체적이고 도덕적으로(physical and moral) 여성을 보호하고자 하는 고려에서 그러한 적용 제외를 두기도 하고, 몇몇 중요한 예외들은 군대나 경찰이나 비슷한 기관들의 조직과 관계되어 있다고 지적하였다.

202) 출산 휴가에 관한 6번째 쟁점도 있었으나, 취하되었다.

그리고 이러한 사실로 미루어 볼 때, 지침 제2조 제2항의 취지는 회원국들에게 강제하기 위한 것이 아니라 일정한 직업적 활동을 지침 적용 범위에서 제외할 수 있는 권한을 주기 위한 것이며, 그 규정은 회원국들로 하여금 특정한 방법으로 제외의 권한을 행사할 것을 요구하지 않는 것이며, 따라서 적용 제외 직무를 정할 수 있다는 독일의 법 규정이 지침 위반인 것은 아니라고 판단하였다²⁰³⁾. 또한 지침의 의미를 리스트에 대한 위원회의 감독(supervision, 제9조 제2항) 부분에 초점을 맞추면서도, 예외가 되는 직무의 리스트를 어떻게 만들지는 각 회원국의 권한이자 책임이고, EU 위원회에는 이를 ‘통보’만 하면 된다고 하여, 예외가 되는 직무를 정하는데 있어서 회원국들의 재량권을 넓게 인정하였다.

Case 222/84 (1986) ECR 1651 : Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary

1) 사건 개요

테러리스트에 의한 경찰관 살인이 잇따르자 Ulster 경찰지구(RUC) 경찰서장은 모든 남성 경찰관들에게는 무기를 소지하게 하였는데, 여성 경관의 경우는 오히려 살인의 위협에 노출되기 쉽게 하여 보호하는데 소홀할 수 있게 된다면서 무기 소지를 못하게 하였다. 1980년까지 전업 여성 경관의 수는 충분하고 인원에 여유가 있다는 이유로 전업 여성 경관의 계약 갱신을 거절하였고, 여성 경관 Johnston은 그러한 정책이 아니었더라면 계약이 갱신되었을

203) 지침 제9조 제2항 위반이라는 주장은 받아들였다 : “ ... 그러나 지침의 제9조 제(2)항이 회원국들에게 부과한 의무가 무엇인지를 확실히 하는 일은 필요하다. 그 규정은 2단계 감독을 명하고 있는데, 회원국들 스스로 균등처우 원칙의 예외를 유지하는 것을 정당화하는 평가 단계와 위원회가 그 평가 결과를 통보받으면서 감독하는 단계적 평가라고 할 수 있다. 이러한 2중 감독은, 지침 2(2)와 2(3)에 규정된 범주에 비추어, 더 이상 정당화되지 않는 현존하는 예외를 점진적으로 없애도록 해준다. 어떤 형태로든 완전하고 증명할 수 있는 예외 직업과 활동의 리스트를 만드는 것은 1차적으로 회원국의 일이고, 위원회에 이를 보고해야 한다. 이 부분에서, 위원회는 지침의 그 규정의 적용을 증명하기 위해 필요한 수단을 취할 권리와 의무를 가지는 것이다...”

것이라고 주장하면서 영국 노동재판소에 제소하였다.

그리고 노동재판소는 유럽사법재판소에 선결소송으로서 이 사건을 제기하면서, 이것이 위 성차별 명령이 정하는 차별 예외사유 중 ‘공공의 안전’에 해당하는지, 이에 해당한다면 지침에 위반되는 것은 아닌지 등의 쟁점에 관한 판단을 구하였다.

2) 판결 내용

유럽사법재판소는 우선 EU의 남녀균등처우지침에 관해서는 지침 자체가 정하는 예외나 유럽공동체 조약이 정하는 예외²⁰⁴⁾ 외에는 회원국의 국내법에 의해 다른 예외가 설정될 수 없다는 점을 확인하였고, 지침 제2조 제2항과 마찬가지로 제2조 제2항 역시 엄격하게 해석되어야 한다고 하였다.

그러면서 남녀를 균등하게 처우해야 한다는 원칙의 예외는, 그 목적을 달성하는데 필요하고 적합한 한계 내로 한정되어야 하고, 문제되는 직무가 행해지는 상황에서 공중의 안전이 결정적인 요소(the decisive factor)가 되는 경우에만 조정되어야 하며, 그러한 조정은 또한 비례의 원칙(the principle of proportionality)에 맞아야 한다는 점을 지적하였다. 따라서 임신과 육아의 경우 여성을 그 신체적 조건과 아이와의 특별한 관계를 보호해야 한다는 점은 분명하지만, 그 외의 경우에는 공공의 의견(public opinion)으로, 여성과 남성에게 똑같은 위험을 초래하는 일로부터 여성을 남성보다 더 보호한다는 관점에서, 여성을 특정한 직무에서 배제하는 것은 허용되지 않으며, 북아일랜드의 상황에서 여성이 경찰관의 업무를 수행할 때 남성 경관에 비해 더 많은 위험이 있다는 증거는 없기 때문에, 이렇게 여성에게만 있는 것이 아닌 위험 때문에 전체 여성을 특정한 직무에서 제외한다는 것은 여성의 보호라는 관점에서 지침 제2조 제3항이 예외적으로 허용하는 차등처우라고 볼 수 없다고 하였다. 업무가 수행되는 정황의 특수성을 고려한다고 하더라도 예외 규정은 매우 엄격하게 해석되어야 하고 비례의 원칙에 따라 정당화되어야 한다고 하면서, 예외 규정은 ‘공중의 안전’이라는 목적을 달성하기 위해 적절하고 필요

204) 유럽공동체 조약 제224조

한 것이어야 한다는 기준을 제시한 것이다.

Case 318/86 (1988) ECR 3559 : E.C. Commission v. France

1) 사건 개요

프랑스 정부는 그 공무원 인사규정(Statut Général des Fonctionnaires; General Staff Regulation) 제18a조에 “참사원(Conseil d’Etat)이 정하는 일정한 기관에 있어서는, 성별이 그 직업의 결정적 요소(a determining factor)가 되는 경우에는, 분리채용(separate recruitment)이 행해질 수 있다”는 조항을 신설하였다. 이에 따라 1982. 10. 15. 참사원이 분리채용이 허용되는 직위의 리스트를 발표하였는데, 이 리스트에는 경찰 총경(superintendent), 경감(captain), 경장(officer), 경위(inspector), 수사관(investigator)과 경찰관(police constable), 순경(policeman), 그리고 교정행정 외청인 교정청에서 관리(management), 기술·직업교육을 담당하거나 보호관찰을 담당하는 공무원, 세관의 조사원(customs inspector), 조사관(investigator), 체육 교사와 조교 등이 포함되어 있었다.

위원회는 위와 같은 규정이 성별에 따른 분리 채용 시스템을 유지함으로써 지침에 위반되었다는 이유로 유럽사법재판소에 해석을 요청하였다(위원회의 제소는 그러한 규정 자체와 그 규정을 시행하는 것, 두 가지를 대상으로 하였다). 이 때 위원회는 교정청의 보조원(assistant)과 교도관(custodial staff)의 경우에는 분리 채용이 허용된다고 인정하였으나, 교도소의 감독을 담당하는 관리직과 리스트의 다른 관리들은 지침에 위반된다고 주장하였으며, 심리 도중 체육 교사·조교에 대한 부분 규정이 삭제되어, 위원회도 이를 취하하였다(결국 심리 대상은 선임 교도관과 경찰들에 관한 것으로 한정됨).

2) 판결 내용

법원은 지침 적용의 예외 범위를 판단함에 있어서 '명확성(transparenty)'이라는 개념을 사용하여, "왜 성별이 특정한 직무에 결정적인 요소(determining factor)가 되는지"가 분명하거나 명확해야(clear or transparent) 예외를 인정할 수 있다는 기준을 제시하였다. 그 기준에서 보면, 우선 수용자와의 접촉 때문에 일선 교도관을 분리 채용하는 것 자체는 지침 제2조 제2항에 의해 정당화된다고 하고, 선임 교도관(head warder)의 경우 '교도행정과(corps du personnel de surveillance ; corps of custodial staff)'에 속하는 상위직이기는 하지만, 여전히 부서 내부 인력 중에서 승진시켜야 하고 실무 경험이 필요하다는 점을 고려한다면 분리하여 승진시키는 것도 정당성이 인정된다고 하였다.

한편 경찰의 5개 부서와 교정청의 관리 업무나 기술 교육 업무와 관련해서는, 이들 업무 중 일부는 남성이나 여성 어느 하나의 특정 성별에 의해 담당되어야 하는 것도 있지만, 다른 것들은 어느 누가 해도 상관없는 것이라고 하면서, "남녀균등처우지침 제2조 제2항이 적용의 예외를 특정 직무(specific activities)에 한정하고 있고 제9조 제2항에서 유럽 위원회에 리스트를 통보하게 되어 있는 점을 보면, 그 직무는 위원회가 감독할 수 있도록 충분히 명확해야(sufficiently transparent) 한다는 점, 그리고 사회 발전(social development)에 조응해야 한다는 점 등이 고려되어야 한다"고 지적하였다. 이러한 기준에 의할 때 경찰에 관한 프랑스 인사규정상의 리스트는 직무를 특정하지도 않았고, 이러한 '명확성'의 요건도 충족하지 못하였으므로 지침에 위반된다고 한 것이다.

[참고] "동일 가치 노동-동일 임금 원칙" 관련 유럽사법재판소 판결례

동일가치 노동-동일임금 원칙(유럽공동체 조약 제141조 - 개정 전에는 제119조)에 관한 유럽사법재판소 판결례는 엄밀히 말해서 "직무의 성격에 따른 차별금지의 예외"와 직접 관련된 것은 아니다.

그러나 유럽사법재판소는 이들 동일임금 사건과 관련하여, "어떠한 경우 차

등 대우가 정당화(justification)되는가” 하는 관점의 논리를 발전시켜 왔기 때문에, 이들 사건 중 주요한 것 몇 가지를 함께 보는 것은 고용 차별의 판단 기준에 관한 유럽사법재판소의 입장을 파악하는데 도움이 될 것이다.

Case 170/84 (1986) : Bilka - Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz

1) 사건 개요

Bilka 백화점의 기업연금 제도가 단시간 근로자에게는 원칙적으로 연금을 지급하지 않고 15년 이상을 근무해야 한다고 되어 있는 것에 대해, 그 판매사원인 Weber 부인이 유럽공동체 조약 제141조의 동일임금 원칙에 반한다고 유럽사법재판소에 제소한 것이다. 이 사건에서는 여성을 압도적으로 많이 고용하고 있는 백화점에서 기업연금 수급권자에서 단시간 근로자를 배제하는 것이, 남성보다 여성에게 더 많은 영향을 미치는 간접차별에 해당하여 조약 제119조에 위반되는가가 문제가 되었고, 만약 그렇다면 (a) 그러한 정책을 필요로 할 아무런 상업적 편의성(commercial expediency)이 없는 백화점 판매영역이기는 하지만 되도록 단시간 근로자를 적게 채용하려고 하는 것이 목적이라는 전제에 선다면 이러한 위반이 정당화될 수 있는가, (b) 하나의 기업연금 제도를 설계하라는 요청에 부응함에 있어서 가족 단위의 근로자들에게, 모든 적절한 고려를 해서 연금제도를 구상한다는 것은 지나치게 어려운(of special difficulties) 것은 아닌가 하는 것도 쟁점이 되었다.

2) 판결 내용

단시간 근로자를 배제한 연금 제도가 남자보다는 훨씬 더 많은 여자를 배제하게 하였다면, 회사가 그러한 배제가 성별에 따른 차별과 관계없이 객관적으로 정당화되는 요소에 기초한 것이라는 점을 증명하여야 하고, 그렇지

않으면 유럽공동체 조약 119조에 위반된다. 또한 백화점이 단시간 근로자를 배제하는 임금 제도를 둔 것이 성별과 관계없이 가능한 단시간 근로자를 적게 채용하기 위한 것임을 정당화하기 위해서는, 단순히 다른 목적을 위해서 그랬다는 것을 보이는 것만으로는 부족하고, 회사 경영과 관련하여 객관적인 경제적 기초를 제출하고, 문제되는 임금 체계가 사용자가 추구하는 목적을 달성하기 위해 선택한 수단이 그 회사에게 진정 필요하고, 문제되는 목적을 달성하기 위한 적절하고도 유효한 수단(necessary to that end)인지를 보여야 한다.

이 사건은 유럽사법재판소 판결 중 간접차별의 개념과 인정 기준을 명시한 최초의 판결로서, '객관적인 정당화(objective justification)'의 기준을 '필요성'이라는 개념으로 정립하였다는데 의의가 있다²⁰⁵. 즉 불이익한 결과를 초래하는 관행들은 그것이 "회사업무 부문의 진정한 필요와 일치하고, 그러한 목적을 이루기 위한 적절하고 유효한 수단일 것"을 요한다고 함으로써, 회사에 필요한 목적이 사용자가 합리적으로 필요하다고 간주하는 것으로 해석될 수 있다는 것이다.

반면 이러한 목적을 추구하였다고 하더라도 여성이나 소수자에게 과도하게 부정적인(disproportionately negative) 효과를 미친다면, 엄격한 심사를 해야 할 것이라고 한다.

Case 171/88 (1989) ECR 2743 : Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebaudereinigung GmbH

1) 사건 개요

질병 수당(sick pay)을 받지 못한 단시간 근로자가 독일 국내법 규정(일주일에 10시간 이상 일해야만 질병 수당을 지급하는 규정)이 동일임금 지급에 관한 유럽연합조약에 위반된다고 제소하였다.

205) Aileen McColgan(2005), 앞의 책, p.107-109

2) 판결 내용

변론 과정에서, 독일 정부는 정당화(justification) 관련 진술로 ... 주 10시간에 못 미치는 근로자 또는 월 45시간에 못 미치는 근로자들은 다른 근로자들과 완전히 같게 볼 수는 없다고 주장하였고, 재판소는 “만약 그러한 고려들이 오로지 일정한 범주의 근로자들을 일반화하고 있을 뿐이라면(only generalizations about certain categories of workers), 그러한 것들은 객관적이고 성별에 근거한 차별과 관계가 없다는 조건을 충족시킬 수가 없다”고 하면서도, 이 사안에서는 “회원국이 그 선택된 수단이 그 사회정책의 필요한 목적을 충족시키고, 그러한 목적을 달성하는데 적합하고 필수적이라는 점 (suitable and requisite)”을 하였다는 이유로, “그러한 조건들을 충족하는 남자들보다 여자가 훨씬 더 많다는 사실만으로는 조약 제141조를 위반한 것으로 간주되지는 않는다”고 하면서, 질병 수당 수급권을 부정하였다. 결론에 있어서는 단시간 근로자들의 질병수당 수급권을 부인하여 정당화의 범위를 다소 넓혔으나, 차별이 “회원국의 정책의 필요한 목적을 충족시키고 그것이 그 목적을 달성하는 데 적합하고 필수적이라는 점”이어야 한다는 일종의 기준을 제시하기도 하였다.

Case 109/88 (1989) ECR 3199 : Handels-og Kontorfunktionaer ernes Forbund I Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening (acting for Danfoss)

1) 사건 개요

이 사건 역시, 임금 지급 체계가 적응도(adaptability), 교육훈련(training) 그리고 근속연수(seniority) 등의 요소에 의해 결정되는 제도가, 남성에 비하여 여성에게 불리한 영향을 초래한다며 제소한 것이다.

2) 판결 내용

사용자는 근로자들에게 맡겨진 특정한 업무 수행에 중요하다는 점을 입증하면, 다양한 근무시간과 다양한 근무 장소에 대한 숙련도에 따른 보상체계 (remuneration)를 정당화할 수 있다. 또한 '교육 훈련'의 점에 관하여도, 여성들에게 남성들보다 교육 훈련의 기회를 적게 주었다거나 그러한 기회를 제대로 이용하지 못하여 여성에게 불리하게 작용하였다는 주장을 무조건 배제할 것은 아니지만, 사용자는 그것이 근로자에게 부여된 특정 직무 수행과 관련하여 중요하다는 점을 입증하여 특별한 교육훈련에 관해 보상하는 것을 정당화할 수 있다.

나아가 근속연수가 실제 여성에게 불리하게 작용하였더라도, 근속연수가 오래 되었다는 것은 경험을 동반하고, 경험은 일반적으로 근로자들로 하여금 직무를 더 잘 수행할 수 있게 해주므로, 이 경우 사용자는 근로자에게 맡겨진 특정 직무 수행의 중요성을 달리 고려하지 않아도 그것 자체에 대해 자유롭게 보상할 수 있다.

이 사건은 “특정 직무 수행과 관련된 중요성”을 기준으로 제시하면서도, 약간의 입증으로 그 중요성을 인정하였고, 그 결론에 있어서는 “근속연수가 오래되었다면 그 밖의 특정한 직무 수행의 중요성에도 불구하고 보상을 달리 할 수 있다”고 쉽게 인정함으로써, 간접차별을 정당화하는 범위를 크게 넓혔다고 할 수 있다.

Case 184/89 (1991) EDR I-297 : Nimz v. Freie und Hanse-Stadt Hamburg

1) 사건 개요

연방 공무원 노동조합의 단체협약 제6장의 제23조는 견습기간을 거쳐 높은

호봉의 급여를 받는 지위로 가는 사람들을 구분(classification)하면서, 통상 근무시간의 4분의 3 이상을 일하는 근로자의 전체 근속기간은 모두 계산하되, 통상 근무시간의 2분의 1에서 4분의 3 정도 일하는 단시간 근로자의 근속기간은 2분의 1만 계산하는 규정을 두고 있었다.

함부르크 시청에 근무하는 여성 근로자가, 이것이 대부분 여성인 단시간 근로자들을 불리하게 처우하는 것이라며 노동법원에 제소하였고, 함부르크 노동법원은 조약 제119조의 해석 문제를 선결 소송으로 유럽사법재판소에 의견을 구하였다. 함부르크 시는 변론과정에서 “종일제 근로자 또는 평상적인 근로시간의 4분의 3을 일하는 사람들은 다른 사람들보다 더 빨리 특정 작업과 관련된 능력과 기술을 빨리 배운다”고 주장했고, 이러한 사유가 차별을 정당화할 수 있는지가 쟁점이 되었다.

2) 판결 내용

Bilka 백화점 사건에서 확인된 바와 같이, 단시간 근로자들의 대부분이 여성일 때 단시간 근로자에 대한 임금 제도상 차등은 일용 차별에 해당되며, 오로지 그러한 차등 지급이 성별을 이유로 한 차별과 관계없이 객관적으로 정당화되는 요소에 의한 것임이 입증될 때 차별의 혐의를 벗을 수 있다는 점을 재확인하였다. 그러한 관점에서 “장시간 근무가 경험, 경험이 숙련을 낳는다”는 명제의 단순한 일반화만으로는 안 되고, 수행되는 직무의 속성과 일정 시간을 근무해야 축적된다고 하는 경험 사이의 관계를 기준으로 삼아, 그 직무의 본질상 근로시간에 따른 경험의 축적이 업적이나 숙련도와 밀접하게 관계가 있다는 점이 확인되어야만 차별이 정당화될 수 있다고 하였다. 그러한 기준의 객관성은 각각의 사건에서의 모든 환경에 따라 달라지고 특히 특정 직무의 속성과 일정한 근무시간을 거쳐 업무를 수행하면서 쌓은 경험 사이의 관계에 좌우되는데, 그러한 일반화가 무조건 단시간 근로자에 대한 임금 차별을 정당화하는 ‘합리적이고 성 차별과 무관한’ 기준이라고 할 수는 없다고 한다. 따라서 이를 정당화하기 위해서 사용자는 직무의 속성과 일정 시간 업무 수행에 의해 축적되는 경험 사이의 관계를 객관적으로 증명할 수 있

어야 한다는 것이다.

[참고] 고용차별 기준에 관한 유럽 인권재판소 판결례

앞서 본 바와 같이 유럽인권재판소에서 직접적으로 “성별, 인종 등 사유에 근거한 차별로 인하여 고용상의 권리가 침해되었다”고 다투는 경우는 많지 않고, 오히려 고용관계에서 다른 요건(requirement, condition, criteria) 때문에 받는 불이익이 위 조약상 권리들을 침해하게 되고, 그것이 실질적으로는 조약상 권리를 향유하는 것을 이유로 한 차별에 해당한다고 주장하는 경우가 많다. 그리고 고용차별과 관련된 몇몇 사례 중에서도, 명시적으로 ‘직업상의 결정적인 요건’이나 ‘필요성’을 언급하고 있는 것은 없다.

다만 조약상의 권리들을 평등하게 향유하는 것이 다른 고용상의 요건들과 충돌하는 경우, 그러한 고용상의 요건들이 직무 수행에 있어서 반드시 요구되는 것인지에 관하여 진정직업자격과 유사한 논리구조의 검토가 행해진 경우가 존재한다.

Case of Thlimmenos v. Greece (2000, Application No. 34369/97)

1) 사건 개요

여호와의 증인인 Thlimmenos은 1983년 군대에서 군복을 입기를 거부한 항명을 이유로 4년의 징역형을 선고받았고, 2년 복역 후 가석방되었다. 1988년 그는 그리스 정부 회계사(chartered accountant²⁰⁶) 시험을 보았는데 위 전과를 이유로 불합격하였고, 종교의 자유와 법 앞의 평등 원칙에 침해하였다는

206) 일반적으로는 ‘공인회계사’로 해석할 수도 있으나, 이 사건에서는 정부에서 civil servant로 근무하는 회계 전문 공무원의 의미로 사용된 것으로 보인다.

이유로 행정소송을 제기하였으나 “불합격의 이유는 종교상의 신념 때문이 아니라 중죄 처벌의 전력 때문”이라는 이유로 기각되었다.

2) 판결 내용

원고의 청구는 종교의 자유를 보장한 조약 제9조의 적용에 관한 것인 동시에 14조 위반으로 볼 수도 있다. 객관적이고 합리적인 정당화 없이 사람을 불이익하게 처우하는 것 뿐 아니라, 어떤 사람의 상황이 중대하게 다른 (significantly different) 경우 객관적이고 합리적인 이유 없이 그 사람을 달리 취급하지 않는 것 역시 제14조에서 정한 “조약상의 권리를 균등하게 보장받아야 한다”는 원칙 위반이기 때문이다. 중죄 처벌 전력이 있는 사람을 특정한 업무에 종사할 수 없게 한다는 목적 자체는 타당하다고 할 수 있으므로, 이 사건이 조약 제14조 위반인지 여부는, 그러한 수단이 그 목적을 달성하기 위한 것으로서 비례의 원칙에 맞는지에 달려 있다. 국가는 정부 회계사 선발에서 전과 유무를 조건으로 고려할 수 있으나, 다른 형사 처벌과는 달리, 종교적이거나 철학적인 신념에서 군복 착용을 거부하는 것은 그 직무에 부적합한 부정직(dishonesty)이나 도덕적 비열성(turpitude)을 의미하지는 않는다. 그렇기 때문에 그가 부적합한 사람이라는 근거는 정당화되지 않는다. 물론 정부가 주장하는 것과 같이 병역 의무를 거부한 것에 대해서는 정당한 처벌을 받아야겠지만 그는 이미 복역을 함으로써 그 처벌을 받았으므로, 그를 정부 회계사 직무에서 제외시킨 것은 정당한 목적에 의한 것이라고 할 수 없고, 따라서 그를 다른 중범 처벌 전과자와 달리 취급하지 않은 것은 정당하지 않다.

이 사건은 양심적 병역거부에 대한 불이익 취급이나 전과를 이유로 한 차별을 문제 삼은 것이 아니라, 종교상의 이유로 인한 처벌을 다른 처벌 전력과 달리 취급하지 않았다는 점을 문제 삼은 것이고, 재판소는 이에 대하여 “다른 것을 달리 취급하지 않은 것”도 차별에 해당한다는 논리를 취하였다.

Case of Kosiek v. Germany (1987, Application No. 9704/82)

1) 사건 개요

물리학 박사인 Kosiek는 하이델베르크 대학 제1 물리학 연구소에서 임시직 공무원의 신분인 연구원으로 일하면서 독일의 극우 정당²⁰⁷인 국가민주당(NPD : Nationaldemokratische Partei Deutschlands)에 가입하고 그 라인 네커 지구당의 의장직을 맡으면서, 몇몇 저서에서 그 정치적 의견을 표현하였다. 1972년 뉘팅겐 공과대학에 교수로 지원하고 1차 테스트에 합격하여 학교 인사위원회로부터는 지명 의견이 제시되었으나, 인터뷰에서 NPD 활동 전력이 문제되었다. 그러자 그는 이 대학 총장 앞으로 “지명되면 직업적 의무를 다하고 사적인 정치적 의견은 반드시 분리시킬 것이며, 정치적 목적을 위해 교수로서의 지위를 이용하지 않겠다”는 각서를 제출하였고, 뉘팅겐이나 주변 지역에서 선거 기간 등에 공적 활동을 하지 않겠다는 뜻도 밝혀, 일단 채용되었다. 그런데 1974년 종신 재직권(tenure) 심사에서 “공무원의 견습 기간 동안 검증되지 못한 사람은 채용하지 않는다”는 주 공무원법, 그리고 공무원 임용시 극단주의 조직 조직원인지 여부를 고려 대상에 넣어야 한다는 인사 지침 등에 의거 “헌법에 대한 충성도가 의심된다”는 이유로 탈락하였다.

Kosiek 박사는 이에 불복하여 행정소송을 제기하였고, 1심 법원은 그 청구를 인용하였으나, 주 교육위원회가 항소하였고, 항소법원과 연방행정법원은 교육위원회의 주장을 받아들였으며, 헌법재판소도 심판 신청을 기각하였다. 그러자 그는 이러한 독일 정부의 행위가 표현의 자유를 규정한 유럽연합인권 조약 제10조에 위반된다는 이유로, 유럽연합 위원회에 제소하였다.

2) 판결 내용

어떠한 제도가 조약에 위반되는지 여부는, 문제가 되고 있는 정책 수단이

207) 독일 법원이 판단한 이 정당의 극우성(엄밀히 말하면 “자유민주주의 헌법에 대한 적대”)의 내용은, 국제 협력, 인권, 민주적 기본질서를 부인하고 극도의 민족주의와 인종주의 이데올로지를 표방하며, 의회주의와 다당제를 없애자고 주장한다는 데 있다.

조약상의 권리에 '침해(interference)'에 달했는지, 또는 그 수단이 공무원 직위에 대한 접근권과 조약에 의해 보장되지 않는 권리의 범위 안에 있는지에 달려 있으므로, 이를 판단하기 위해서는 사용된 수단의 범주가 사례와 관련 법령의 맥락에서 살펴야 한다. 그런데 독일에서 공무원이 되기 위해서 준수해야 하는 정치적 요건 등은 인권조약에서 굳이 다루지 않는 문제이기 때문에, 유럽인권재판소가 다루어야 하는 문제라고 할 수 없다고 판단하였다. 정치적 표현의 자유와 충돌하는 것이 명백한 공무원 임용 기준 사례임에도 불구하고 인권조약상 권리 '침해'라고 보지 않았다는 점에서 지나치게 소극적인 적용이라고 할 수 있다(같은 입장으로는 공산주의 활동가를 배제한 *Glaser v. Germany*, 1987 판결이 있음).

Case of Vogt v. Germany (1995, Application No. 17851/91)

1) 사건 개요

독일 공산당(DKP) 당원이며 브레멘-뢰버 작센 지방 집행위원인 중학교 교사 Dorothea Vogt가, 그 정치적 활동이 헌법에 대한 준수 의무("duty of political loyalty")에 위반된다는 이유로 해임되었다. 그녀는 정당 활동이 공무원으로서의 직무 수행에 아무런 영향이 없다고 주장했고, 독일 공산당은 독일 헌정 체계에 반하는 정당이 아니라는 취지로 주장하면서, 행정소송을 제기하였으나 기각되었고, 항소심과 헌법재판에서도 계속 패소하였다. 원고는 이 문제를 다시 유럽연합 위원회를 통해 유럽인권재판소에 제소하기에 이르렀다.

2) 판결 내용

인권조약은 공무원으로 임용될 권리에 관하여 다루고 있지 않으므로, 어떤 사람을 공무원으로 임용하지 않는다고 하여 조약상의 권리를 침해한 것은 아

니다. 그러나 그렇다고 해서 공무원으로 임용되었던 사람이 조약상의 권리를 침해하는 해고에 대해 이의를 제기할 수 없게 되는 것은 아니다. 공무원도 조약의 적용대상이 되며, 조약은 "어떤 사유에 의한 차별"도 금지하고 있기 때문이다.

이 사안은 법원이 공무원 임용권을 제한하는 공권력의 행사가 문제된 Glasenapp 나 Kosiek 사건과는 구분되는 것이다. 따라서 원고에 대한 해고는 일용 조약상 권리의 침해가 되고, 문제는 이러한 침해가 정당화될 수 있는지 하는 것이다.

각 회원국의 입법이 얼마나 상세해야 하는지는 문제되는 제도와 영역에 따라 다를 수밖에 없다. 이 사례에서 공무원의 계약 유지 요건 자체에서 헌법 준수 의무를 요구하는 목적 자체는 정당하다고 할 수 있으나, 표현의 자유가 민주사회의 필수적인 기초가 된다는 점, 독일 공산당이 연방헌법재판소에 의해 해산되거나 한 것은 아니라는 점, 해고와 같은 중징계는 추상적인 사유가 아니라 문제된 해당 공무원의 개인적 성향에 기초해야 한다는 점 등을 고려하면 원고에 대한 해고가 "급박한 사회적 필요성(pressing social need)"에 부합한다거나 "정당한 목적을 위한 적합한 수단(proportionate to the legitimate aim pursued)"이라고 하기 어렵다.

공무원으로 임용될 권리를 다룬 사건과 공무원에서 해임되는 사건을 구별하여, 해임의 경우에는 조약이 적용된다고 판단하였으며(위 Koseik 사건과 Glasenapp 사건과 대비됨), '공무 수행'이라는 직무의 특수성에도 불구하고 '사회적 필요성'과 '수단의 적합성'이라는 기준으로 적용하여 '비례성'에 따라 엄격하게 해석해야 한다는 기준을 제시하였다.

Case of Lustig-Prean And Beckett v. The United Kingdom (1999, Application Nos. 31417/96 and 32377/96)

1) 사건 개요

영국 해군의 통신기술자와 무기 관련 기술자들이 입사 후 아무런 문제없이 근무하던 중 동성애자라는 사실이 알려졌고, 「군대에서의 동성애에 관한 가이드라인(Armed Forces' Policy and Guidelines on Homosexuality)」에 근거하여 해고되었다. 그 사람들이 이에 불복하여 행정소송을 제기하였으나 기각되자 인권재판소에 인권조약 제8조의 '사생활의 자유'에 대한 침해, 성적 지향을 이유로 한 차별이라고 주장하면서 제소하였다.

2) 판결 내용

인권재판소는, 조약상 권리에 대한 침해는 그것이 급박한 사회적 요구(pressing social need)에 부합하고 그 목적을 위한 비례성 있는 수단일 때 정당화된다는 원칙을 제시하였다. 여기서 '사회적 요구'에 대한 판단은 직무의 성격과 그 제한을 통해 추구하려는 목적이 무엇인지에 따라 다르다고 할 것인바, 특히 그러한 제한이 개인의 사생활의 자유의 매우 내밀한 부분일 때에는 중대한 이유가 있어야 한다는 것이다.

추구되는 국가 안보라는 목적의 핵심적 내용이 군대의 기능적 효율성(operational effectiveness)이라고 할 때, 각각의 정부가 군대내의 규율을 만드는 것은 허용된다. 또한 군대의 기능적 효율성에 위협이 있는 경우에는 개인의 사생활의 자유에 대해 제한을 가하는 것이 허용된다고 할 수 있지만, 이러한 위협의 입증은 "특정한 예에 의하여 뒷받침되어야" 하고, 다른 사람들의 사생활에 관한 자유를 저해(frustrate)하기 위해서 이러한 수단을 사용해서는 안 된다고 한다. 사법 체계에서 다른 사람들에게 가해지는 것과 마찬가지로 군무원에게도 적용되기 때문이다.

재판소는 이러한 원칙을 이 사례에 적용하여, 국방부 보고서만으로는 '군의 도덕적 힘과 공격력(morale and fighting power)에 대한 위해(damage)'를 보여주는 뚜렷한 증거가 부족하고, 기능적 효율성에 생기는 문제점 관련 주장도 설득력이 없다고 판단하였고, 동성애 사실을 조사하는 과정에서의 문제, 그리고 동성애라는 것만을 이유로 해고한 것은 인권조약 제8조의 사생활의 자유를 부당하게 침해하였다고 할 것이다 (원고는 이와 함께 '성적 지향을 이

유로 하는 차별행위이라는 이유로 인권조약 제14조 위반의 문제도 함께 제기 하였으나, 재판소는 위와 같은 판단 속에 이미 포함되었다고 하면서 독자적인 쟁점으로 다루지 않았다).

이 사건은 동성애자에 대한 불이익 처우 문제를 “성적 지향을 이유로 한 차별 행위”로 보는 것이 아니라 자유로운 성생활을 하고 이를 내밀한 것으로 남겨 둘 수 있는 인권조약 제8조의 “사생활의 자유” 문제로 판단하고 나서, 이에 대한 제한이 정당하다고 하기 위해서는 그 입증이 ‘그러한 침해가 발생 하였다는 사실에 대해 특정한 예에 의해 뒷받침되는 뚜렷한 증명(concrete evidence to substantiate the alleged damage)’정도에 이르러야 한다는 기준을 제시하였다.

제4절 EU : 검토 결과의 요약

위에서 본 바와 같이 EU의 2000년 이후 최근의 지침들에는 “진정하고 결정적인 직업상의 요건”이라는 용어가 명시적으로 등장하였으나, 아직 실제 적용되지는 않는 관계로 직접 문제된 판결은 찾아볼 수 없다.

다만 개정 전 남녀균등처우지침에서 이와 비슷한 의미로 규정되어 있었던 “직무의 본질이나 정황상 성별이 결정적 요소가 되는 경우”라는 적용 제외 요건(제2조 제2항)의 해석과 관련된 사례들이 있을 뿐이며, 관련 사건에서 유럽사법재판소는 ‘명확성의 원칙’을 적용하여 매우 엄격하게 해석하는 입장을 취하였다.

구 남녀균등처우 지침에서 또 하나 중요한 것은, 그 직무의 내용을 유럽위원회에 보고해야 한다는 지침 제9조 제2항의 조항이다. 이 조항은 각 회원국들로 하여금, 그러한 적용제외를 유지하는 것이 정당한지 여부를 사회발전에 비추어 판단하기 위하여, 주기적으로 제2조 제2항에서 정한 직무를 평가하고, 그 결과를 위원회에 보고하여야 한다는 의무를 부과하고 있다. 그리고 재판소는 이러한 조항을 근거로 하여, 각 국가에서 문제된 제외 업종을 기관

(corps) 단위로 정하는 것을 부인하고 위원회가 실질적으로 감독(supervision) 할 수 있도록 충분히 상세한 '직무(occupational activity)' 단위로 특정되어야 한다고 판단하는 등(E.C. Commission v. France) 통제를 가하고 있다.

한편 국내에서도 널리 알려진 Bilka 백화점 사건을 비롯해서 단시간 근로자들의 임금 차별에 관한 유럽사법재판소의 동일임금 사건들과 양심적 병역거부자의 종교적 신념에 관한 유럽 인권재판소의 Thlimmenos 사건 등은, 직접적으로 진정직업자격(요건)에 관한 것은 아니지만, 그 판시에서 차별적 처우(또는 다른 조건을 달리 취급하지 않는 것)에 대해 "정책의 필요한 목적을 충족시키고 그것이 그 목적을 달성하는 데 적합하고 필수적이어야 한다"는 기준을 적용하고 있고, 그러한 기준을 적용함에 있어서 당해 직무가 필요로 하는 속성(nature)이 무엇인지, 그리고 그러한 직무가 필연적으로 요구하는 조건(inherent condition²⁰⁸)이 무엇인지를 판단 기준으로 삼고 있다는 점에서 참고할 수 있다.

208) 전직 KGB 출신의 공직 취임을 제한하는 리투아니아 KGB Act의 위법성이 문제된 Case of Sidabras AND Dziautas v. Lithuania (2004, Applications Nos. 55480/00 and 59330/00) 등에서 채용 거부나 차별 행위의 정당성 기준으로 사용되었다.

제7장 결론

제1절 각국의 진정직업자격 관련 법령 및 판례법리

위에서 우리는 미국, 캐나다, 호주, 영국 그리고 EU의 각 법령과 법원이 이를 적용한 사례들을 통해 해당직무를 수행하기 위해 반드시 필요한 자격이나 요건을 의미하는 「진정직업자격」의 의의와 적용 기준을 차례로 검토하였다.

이미 서론 부분에서 지적한 바와 같이, 판례상 나타난 판단 구조를 검토하는 것은 판결에서 해석의 대상이 된 법령의 내용과 의미를 당연한 전제로 하므로, 판례의 조사 분석 역시 그 법령의 내용과 특색을 정확히 검토하는 것에서 출발할 수밖에 없었다. 그런데 위 각 나라의 차별금지 법령의 체계가 다르고 발전된 경로나 사회·문화적 배경도 다양하기 때문에, 각각의 경우 위 기준이 어떠한 체계 속에서, 어떠한 차별 사유에 대하여, 어떠한 방식으로 적용되는지도 많은 차이가 있다.

예컨대 우리 인권위원회법과 마찬가지로 다양한 차별 사유를 단일법에서 규정하는 캐나다의 위 예외 기준 역시 그 법의 단일 조항으로 들어가 있는가 하면, 각 차별 사유를 별개의 법으로 정하는 영국에서는 각 법률의 해당 규정 유무에 따라 예외 규정의 적용 여부가 달라지며, 예외 규정을 적용하는 요건에 관해서도 매우 상세하게 풀어서 규정하고 있다. 호주나 미국의 경우는, 시민권법, 인권 및 평등기회 위원회법이 많은 차별 금지 사유들을 포괄하고 있지만, 그 범위가 캐나다만큼 넓지는 않고 몇몇 개별법에 의해 보충되고 있다.

가장 늦게 예외 규정을 성문화한 유럽연합(EU)의 경우는, 3개의 지침(Directive)에서 성별, 종교 또는 신조, 성적 지향, 장애와 연령, 인종 등 사유에 근거한 차별을 금지하면서, 그 적용 예외 규정을 두고 있다.

예외 규정을 두는 사유 뿐 아니라, 예외 규정의 명칭 또한 각 나라별로 다르다. 미국과 영국의 경우는 진정 직업 ‘자격’이라고 하고 캐나다는 진정직업 ‘요건’이라는 용어를 사용하며, 호주에서는 ‘직무상 고유한 요건’이라고 하는 반면, EU에서는 ‘진정하고 결정적인 직업상의 요건’이라는 표현을 사용한다.

영국의 경우 ‘자격’이라는 말은 성별·인종·장애에서, 종교나 신념, 성적 지향에 관해서는 ‘요건’이라고 쓰고 있으나, 후자는 유럽연합(EU) 지침의 영향을 받은 것으로 보인다. 한편 호주의 노동관계법(Labor Relations Act)의 해고 제한 규정에는 ‘직무(job)’의 본질적 요건이라는 말 대신 ‘직위(positions)’의 요건이라는 용어를 사용하고 있으며, ‘직무’와 ‘직위’의 개념 차이에 관해서도 논란이 있는 상태이다.

이렇게 다양한 각국 법령상 예외 기준을 정리하면 다음과 같다.

	미국	캐나다	호주		영국	EU
개념	진정직업자격 (BFOQ, Bona Fide Occupational Qualification)	진정직업요건 (BFOR, Bona Fide Occupational Requirement)	직무상의 고유한 요건 (Inherent Requirements of the Job) 진정직업자격 (GOQ, Genuine Occupational Qualification)		진정직업자격 (GOQ, Genuine Occupational Qualification) 진정직업요건 (GOR)	진정하고 결정적인 직업상의 요건 (Genuine and Determining Occupational Requirements)
성별	시민권법 제7편 제2000e-2 (제703조) (e)	인권법 제15조 (1)(a)	인권과 평등 기회 위원회법 제3조 (c)	성차 별금 지법 제30 조	성차별금지법 제7, 7A, 7B조	남녀균등처우 지침 제2조 제6항
종교				고용평등규칙 (종교신앙)제7조		
출신 민족			-	-		
연령	연령차별 금지법 제623조 (f)(1)		연령차별 금지법	-	고용평등지침 제4조	
장애	장애인법 제103조 (a)		장애인차별금지 법 제15조 (4)(a), 제19조(2), 제20조(2)	장애차별금지법 제5(3),(5)조	고용평등지침 제4조	
인종	-		-	인종관계법	인종차별지침	

				제4A, 5조	제4조
기타 사유	-			고용평등규칙 (성적지향)제7조	고용평등지침 제4조 성적지향
비고	인종은 없음	피부색, 혼인여부, 가족상 직위, 사면된 유죄판결	노동관계법에 별도로 '특정한 직위의 고유한 요건 (inherent requirements of the position) 이라는 규정 있음	연령차별금지법은 2006년 제정 예정으로 현재 논의 중	고용평등지침에서 종교 또는 신조, 성적 지향, 장애와 연령 등 사유를 함께 규정함

이렇게 다양한 법제에서 축적된 각국 판례 법리를 요약하면 다음과 같다.

I. 미국

미국 법원은, 사용자가 배제되는 모든 집단의 구성원이 "핵심(core)" 직무를 수행할 수 없다는 것을 보여주어야만 진정직업자격을 인정하고, 나아가 사용자의 사업 운영 그 자체의 "본질(essence)"의 객관적인 수행과 직접적으로 관련이 있음을 보여줄 것이 요구된다고 하는 매우 엄격한 심사 기준을 적용하고 있다.

성별 및 임신과 관련된 사례들에서는, 고객 등 타인의 권리 보호, 근로자·태아 및 다른 사람의 안전, 사업 수행 목적과의 직접 관련성 등은 진정직업자격을 판단하는 요소가 되지만, 단순히 고객의 선호나 신체적 능력에 대한 차별적 고정 관념은 제외된다는 설시가 반복되고 있다.

종교와 관련해서는, 종교 기관에서 그 설립 목적의 유지를 위해서라도 그 업무 본질적 부분의 성격이 세속적인 것일 때에는 특정 종교를 차등 취급할 수 없다고 하고 있으며, 연령에 근거한 제한이 진정직업자격으로 정당화되기

위해서도, 특정 연령 이상의 근로자는 모두 또는 대부분 직무수행을 위한 자격, 능력이 부족하다고 믿을만한 실질적인 근거 또는 각 근로자의 직무능력을 개별적으로 심사하는 것이 너무 비현실적이라는 점을 입증해야 한다고 한다.

한편 장애의 경우 명시적으로 진정직업요건이라는 개념으로 장애인 고용차별의 예외사유를 명시하지는 않으나, 현재 담당하고 있거나 담당하기를 바라는 “직무와 관련하여 필수적인 요건들을 충족시키면서 적절한 편의제공의 유무에 관계없이 직무의 필수적인 기능들을 수행할 수 있는지”가 판단의 기준이 된다.

II. 캐나다

1999년 이후 캐나다에서 진정직업요건을 판단하는데 있어서 「Meiorin Test」가 주요한 기준으로 캐나다인권위원회 및 법원에 의해 받아들여지고 있다. 「Meiorin Test」란 직접차별/간접차별 여부와 상관없이 진정직업요건을 판단하기 위해서는, i) 문제가 되는 해당 기준이 업무수행과 합리적으로 연관성이 있는지, ii) 해당 기준이 그 목적을 실현하기 위해 필요하다는 사용자의 선의의 믿음 하에 채택되었는지, iii) 해당 기준이 그 목적을 실현하기 위해 합리적으로 필요함을 모두 사용자가 입증해야 한다는 원칙이다. 이는 일종의 비례의 원칙을 차별관련 사례에 적용한 것으로서, “진정한 직업상 요건”이라는 기준을 상세하게 설명함과 동시에, 각 인정 단계에서의 입증 책임 분배(모두 사용자에게 있음)를 명확히 했다는 의미가 있다.

더불어 이러한 행위가 진정직업요건에 해당한다고 간주되기 위해서는 사용자가 편의제공 의무를 다하기 위해 모든 선택 가능한 방법을 고려했지만, 과도한 부담으로 인해 해당 개인 또는 집단의 요구에 대해 편의를 제공할 수 없다는 것을 보여야 한다.

Ⅲ. 호주

호주는 성차별금지법에서만 진정직업요건의 개념을 사용하며 이에 대한 구체적인 규정을 열거하고 있으며, 인권위법, 장애차별금지법, 연령차별금지법, 노동관계법 등에서는 직무의 고유한 요건(inherent requirements)이라는 개념을 사용하고 있다. 직무의 고유한 요건이 무엇인지에 관하여 법률적으로 정의하고 있지는 않으며, 인권위는 이에 대해 각 직무의 상황에 따라 결정되어야 하는 것으로 “해당 직무의 필수적인 부분인 기능을 수행하기 위한 능력; 생산성과 질적인 요건들; 해당 조직과 팀 내에서 효과적으로 업무를 수행할 수 있는 능력; 그리고 안전하게 업무를 수행할 능력”을 포함할 수 있다고 보고 있다. 이에 따라 고용의 전 과정에서 발생하는 차별의 예외사유를 판단하기 위해서는 사건별로 이에 대한 논리를 추적함으로써 직무의 고유한 요건에 대한 정의를 파악할 수밖에 없는데, 전반적으로 그 수는 많지 않다.

Ⅳ. 영국

영국의 경우에는 각 개별 법령이 진정직업자격 인정을 위한 아주 구체적인 규정을 두고 있기 때문에, 법원도 이에 따라 각 개별법령상의 요건에 따라 매우 엄격한 해석 태도를 취하고 있다. 따라서 i) 개별 근로자의 개별 사건과 관련된 구체적인 정황을 기준으로 해야 한다고 하고, ii) 부분적인 업무수행이 어렵다고 하더라도 해당 업무가 사용자의 특별한 부담 없이 다른 근로자에 의해 대체 수행될 수 있다면 진정직업자격이 아니라고 하고 (남성의 류판매점의 여성 판매원), iii) 시설이 문제가 된 사례에서는 기존 설비의 교체를 합리적으로 기대할 수 있다면 이 역시 진정직업자격이 아니라고 하며, iv) 고객의 선호만으로는 직무의 고유한 요건이 될 수 없다고 한다.

V. 유럽연합 (EU)

유럽사법재판소는, 구 남녀균등처우지침의 예외 조항 해석과 관련하여 이 조항의 '결정적인 요소' 여부를 판단함에 있어서, 명확성(transparency)의 원칙을 적용하고 매우 엄격하게 해석해야 한다는 입장을 취하고 있다.

한편 유럽연합위원회는 각 회원국들에게 차별금지의 적용제외가 되는 직무의 종류와 내용을 목록으로 만들어 주기적으로 보고하게 하고 있었는데, 이는 자의적인 차별 행위를 예방하는데 도움이 될 뿐 아니라, 이후 사법 절차에서도 해당 리스트와 관련지어 정당성 여부를 판단할 수 있기 때문에 사후적 구제조치에서도 하나의 기준이 될 수 있다. 이를 우리의 경우에 응용한다면, 일정한 규모 이상의 사용자들로 하여금 채용 조건의 보고 의무를 부과함으로써, 사전적 차별 예방 기능과 함께 추후 차별 관련 구제 절차에서도 기준을 제시하는 기능을 기대할 수 있을 것이다.

제2절 제도적 합의

위와 같이 다양한 차별금지 법령 체계에도 불구하고, 각국의 '진정직업자격' 법리와 판례에서 공통적으로 다음과 같은 의미를 찾을 수 있다.

첫째, 직무의 성질과 관련되는 '차별의 예외' 법리와 관련해서, 이들 국가들 모두 그와 관련된 성문(成文)의 규정을 두고 있다.

국가에 따라서는 명문의 규정이 없는 사유에 관해서도 법원이 적용 범위를

확대하기도 하고, 유럽사법재판소나 유럽인권재판소에서는 간접차별이나 동일임금 사례의 판단에서 '직무성격상 고유하고 결정적인 요건'이라는 법리를 사용하고 있기는 하다. 그리고 넓은 의미에서 진정직업자격은 차별 주장에 대한 항변(defense) 또는 '정당화(justification)' 법리의 하나라는 점에서 보면, 명문의 규정 없이 해석론으로 가능하다고 볼 수도 있을 것이다.

그렇지만 진정 직업자격의 문제는, 일단 "특정 성별, 특정 종교, 특정 연령이기 때문에 다르게 취급되었다"는 사실이 인정되는 것을 전제로, 그렇게 달리 취급한 원인이 된 성별·종교·연령 등이 어떠한 직무의 본질 때문에 요구되는 자격이나 요건인 것인지를 다루게 되고, 이러한 경우 이 직무 자체를 해당 사유와 관련된 차별 판단 영역에서 아예 제외하게 된다는 점에서 강력한 효과를 가진다. 이러한 적용 예외를 명문의 근거 없이 해석론만으로 인정하기는 부적절한 점이 있고, 따라서 각 국은 명문의 규정이 있는 사유에 한하여 이를 인정하는 것이 대부분이다.

명문의 규정을 아주 상세히 두고 있는 영국의 경우, 그 규정에 정확히 들어맞지 않으면 진정직업자격의 항변을 원용할 수 없고, 이러한 경우는 극히 예외적이고 특수한 직무에 한정되기 때문에, 실제 소송에서 진정직업자격이 문제되는 사례가 점차 감소되는 추세이다.

둘째, 주로 문제되는 '진정직업자격' 사례는, 성별·종교나 신앙·장애·연령에 관한 것이다.

아주 특수한 경우 (Tottenham Green Under Fives' Center v. Marshall : 카리브 국가 아이들을 돌보는 보육 종사자를 그 지역 국가 출신으로 한정하여 채용한 사례)를 제외하고는, 출신 국가나 인종, 피부색 등을 '직무 성질상 고유하게 필요로 하는 특성'이라고 하는 채용 조건으로 삼기는 어렵다고 보여진다. 물론 캐나다의 경우 법률상 모든 차별 사유에 관해 예외 규정을 두

고 있기는 하지만, 실제 사례에서 모든 사유가 같은 방식으로 문제되는 것이 아니며, 판례 역시 모두 성별·종교·장애·연령 등과 관련된 것이다.

셋째, 진정직업자격은 주로 직접차별에 대한 예외 사유로 논의되기 시작했지만, 판례 등을 통해 볼 때 간접차별에 대해서도 유사하게 엄격한 판단기준을 적용하는 것으로 보인다.

진정직업자격은 성별·종교·연령·장애 등을 이유로 특정 집단을 달리 취급하는 것과 관련한 것으로 주로 직접차별 사건의 예외 사유로 인정되기 시작했다. 그러나 외형상 다른 기준을 적용하기는 했지만 결과적으로 특정한 성별·종교·연령 등을 이유로 한 차별임이 복잡한 통계적 검증 없이도 쉽게 알 수 있는 ‘간접차별’ 사례 또한 유사한 논리 구조를 취하게 되므로, 이때에도 차별의 정당성을 인정하는데 있어서 진정직업자격과 유사하게 엄격한 판단기준을 적용하는 것으로 보인다.

특히, 캐나다의 경우는 대법원이 Meiorin 사건에서 진정직업자격을 판단하는데 있어서 “직접차별이나 간접차별이나에 따라 다른 기준이 적용되지 않는다”고 선언하면서 공통적으로 적용되는 진정직업자격 판단기준을 제시하였고, 이러한 판단기준은 이후 캐나다 법원과 캐나다인권위원회에 의해 받아들여져 사용되고 있다.

다른 나라의 경우 캐나다처럼 명시적으로 직접/간접차별을 구분하지 않고 차별의 예외로서 진정직업자격을 적용된다고 밝히고 있지는 않으나, 판례 등의 판단근거를 볼 때 사업상 필요성이나 직무관련성을 판단하는데 있어서 진정직업자격과 유사한 정도의 엄격한 기준을 적용하고 있는 것으로 보인다.

넷째, 법원은 진정 직업자격인 직무를 인정함에 있어서 상당히

엄격한 잣대를 적용하고 있으며, 문제된 직무의 구체적인 내용 검토를 통해 구체적인 연관성을 검증하되, 그 입증 책임은 사용자가 부담한다.

검토한 판례들에서 법원은 문제가 된 직무의 내용을 아주 철저하게 분석하여 주요한 판단 근거로 삼고 있다.

예컨대 여성의류 판매점의 판매 사원(Etam v. Rowan)이라면, 단지 상투적으로 생각해서 여성 고객이 많고 탈의실에서 옷 갈아입는 것을 도와주는 일이 많을 것이라고 단정하는 것이 아니라, 증인 신문이나 연구 결과 등을 바탕으로 해서 해당 판매점의 전체 직원과 고객 현황(인원수와 성비), 근무 시간, 각 직원들의 구체적인 담당 업무, 탈의실을 이용하는 고객의 수와 빈도 등을 엄밀히 검토하여 '직무의 본질'에 해당하는지 여부를 판단한다.

이 때 사용자가 무엇을 입증해야 하고, 법원은 어떠한 요소들에 근거하여 판단하는지는 관련 법제나 차별 사유에 따라 다양하지만, 이 연구에서 검토한 판례들에서 도출되는 것으로는 다음과 같은 기준이 있다.

- 특정 집단의 모든 또는 대부분의 사람들이 해당 직무를 수행할 수 없다는 점 : 이를 위해서는 다시 i) 특정 집단 구성원들(특정 성별, 일정한 연령 이상)에 공통되는 특성을 뒷받침하는 실질적인 근거를 밝히거나, ii) 각 근로자의 직무능력을 개별적으로 심사하는 것이 너무 비현실적이라는 점을 입증해야 한다.
- 그러한 활동이 해당 업무의 핵심적인 부분이라는 점 : 예컨대 종교적 기관에서 학교를 설립하고 그 설립 목적이 종교적 가치관의 유지라고 하더라도 그 업무 본질적 부분의 성격이 세속적인 것일 때에는 특정 종교를 차등 취급할 수 없다. 그리고 이 때 기준이 되는 것은 '직업'이나 '기관' 단위가 아니라 특정한 직무(같은 교도관이라고 하더라도 직위나 직급에 따라 진정직업자격 여부가 다르다)를 기준으로 해야 한다.

- 그러한 자격을 갖추어 업무를 수행하는 것이 사용자의 사업(기업 경영)의 본질적인 부분을 운영하는데 필수적이라는 점 : 예컨대 특정 성별이 진정직업자격이라고 하기 위해서는 여성/남성을 배타적으로 고용하지 않으면 사업의 본질적인 기능이 위태롭게 된다는 점이 인정되어야 한다.
- 다른 대안적 방법이 없거나 대안이 있더라도 그것이 사용자에게 지나친 부담이 된다는 점 : 예컨대 남성 세면장의 관리인으로서 여성이 고용될 수 있는지 여부는, 그 여성의 고용될 권리와 목욕탕을 사용할 남성근로자의 권리 사이의 충돌을 완화시키거나 피할 수 있는 다른 대안이 존재하지 않는다는 것을 입증할 수 있는지에 달려 있다.

다섯째, 고객의 선호나 객관적 근거 없는 사회통념이나 선입견, 그리고 큰 부담 없이 고칠 수 있는 시설 등은 판단 요소에서 제외된다.

성별에 의한 차별에서 많이 문제가 된 직무의 속성은 고객의 선호와 관련된 것들(Diaz v. Pan American World Airways)이나 대 고객과의 관계에서 불이익하다고 하는 등의 고정관념(Fernandez v. Wynn)에 관한 것이고, 장애와 관련해서는 약간의 시설 개조나 증축만으로 개선될 수 있는 업무상 불편과 사용자의 편의제공 의무에 관한 것들이다. 법원은 대개 이러한 요소들은 직무의 본질적 속성(nature)과 관련된 것이라고 판단하였고, 특히 경찰관·소방대원·스쿨버스 운전자와 같이 관행적으로 남성의 일이라고 여겨지는 직무에 관하여도 “여성 또는 실질적으로 모든 여성이 그러한 직무를 만족할 만하게 수행할 수 없다는 믿음이 사실상 근거에 의해 지지될 수 없다면”, 남성이라는 점이 진정직업 자격에 해당하지 않는다는 입장을 견지하고 있다. 반면,

고객의 사생활의 비밀이나 안전등 타인의 권리, 근로자 본인의 안전 등은 훨씬 중요한 요소로 판단되어, 남성 목욕탕의 관리인(Brooks v. ACF), 교도소의 직접적인 갱생업무와 관련되고 직접 접촉을 갖게 되는 교도관(Torres v. Wisconsin, Dothard v. Rawlinson) 사례에서 진정직업자격 항변을 인용하였다.

제3절 법제화에의 시사점

I. 명시적인 예외 규정을 두어야 하는가

주지하는 바와 같이 우리 법제에서 진정직업자격과 가장 가까운 규정은 남녀고용평등법 제2조 제1항의 제1호의 “직무의 성질상 특정 성(性)이 불가피하게 요구되는 경우”를 차별로 보지 아니한다는 규정이며, 국가인권위원회법의 ‘차별행위’ 정의 규정(제2조 제4호)에는 이러한 예외 규정이 없다.

다만 최근(2005. 10. 기준) 논의 중인 ‘차별금지법 시안’ 제3조에서는 “제2조의 규정에도 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 행위는 이 법에 의한 차별로 보지 아니 한다”고 하면서 제1호에서 “특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우”라는 규정을 두고 있다(이는 비단 고용 영역에만 적용되는 것이 아니라 재화·용역과 관련된 진정자격도 포함하는 개념인 것으로 보인다)²⁰⁹⁾.

단순하게 생각하면, 진정직업자격 법리는 차별금지의 예외 사유에 해당하고, 차별금지 법제의 실효성을 위해서는 예외는 없을수록 좋은 것이므로, 이러한 예외 사유를 명문화하는 것이 과연 바람직한가에 대한 의구심이 없는 것은 아니다(반대로 차별금지 법제를 기업 활동에 대한 규제 측면에서 본

209) 유럽연합의 최근 지침에서 “특정 직무의 특성이나 그것이 수행되는 상황 상(by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out)”이라는 표현과 유사한 것으로 보인다.

다면, 이러한 예외 규정이 반드시 있어야 한다고 할 것이다). 또한 앞서 본 바와 같이, 이미 상세한 명문의 규정을 두고 있는 나라에서도 예외 규정이 자칫 잘못하여 확대 해석되는 경우에는 차별금지 규제 자체를 왜곡한다는 우려가 있는 것도 사실이다.

그러나 i) 이러한 규정이 없다고 하여 사용자의 합리성(또는 정당성) 항변이 근본적으로 차단되어 예외 자체가 인정되지 않는 것은 아니고, ii) 진정직업자격의 요건을 명문화함으로써 고용상 차별에 합리적인 이유가 있다는 점을 사용자가 항변할 때 그 한계를 설정하는 의미가 될 수 있으며, iii) 오랜 기간 차별금지 법제를 발전시켜 온 영미 법계와 최근 EU법에서 차용된 개념인 만큼, 앞서 본 바와 같이 해당 국가 법원의 '직무의 속성' 이나 그 입증책임에 관한 엄격한 해석 기준까지 참조하여 그와 비슷한 엄격한 기준을 만들 수 있다면 차별 금지의 측면에서 긍정적인 효과가 더 클 것이다.

II. 진정직업자격이 인정되는 차별사유를 특정할 것인가

차별금지법에 진정직업자격에 관한 명문 규정을 둔다고 할 때, 예외가 적용되는 차별 사유를 상세하게 특정하여 규정할 것인지의 문제가 있다.

그러나 국가에 따라서는 사유나 적용 영역에 제한을 두지 않는 경우도 있고(캐나다) 그 범위가 확대되고 있는 곳(영국, EU)도 있다는 점, 어느 차별사유에만 한정할지에 관한 기준도 명확하지 않다는 점, 그리고 이 항변 사유가 문제되는 사례가 사회·문화적 요인에 따라 역동적으로 변하고 있다는 점 등을 두루 고려하면, 포괄적인 규정을 두고 적용 범위에 관해서는 이를 적용하는 단계에서 자연스럽게 결정되도록 하는 것이 바람직한 것으로 보인다.

III. 외국 판례 법리를 법문에 포함시킬 수 있는가

이 연구에서 검토된 판례에서 공통되거나 합리적인 판단 구조(예컨대 캐나

다 법원의 「Meiorin Test」)나 개념들을 우리 법령의 내용으로 차용·도입할 수 있는지의 문제가 있다.

그러나 앞에서 지적한 것처럼, 각국의 관련 판례들은 모두 해당 국가의 전체 사법 체계·차별금지 법제의 특성 그리고 무엇보다 경제·사회·문화적 풍토 등에 토대를 두고, 각각의 특수성을 반영하고 있는 것이기 때문에, 이 중에서 좋은 것만을 취사선택하여 법령 자체에 도입하는 것은 자칫하면 서로 맞지 않는 재료들을 원칙 없이 혼합하게 되어 법리 적용의 혼란만 가중시킬 우려도 있다.

게다가 차용할 만한 부분 자체도 특별한 원칙이나 새로운 판단 기준이라기 보다는, 각각의 사례에서 직무의 내용과 성격, 그리고 문제된 요건과의 상관성 등을 판단함에 있어 조사해야 하는 내용이나 입증의 정도, 철저한 입증책임의 분배 등에 관한 것이기 때문에, 그 속성상 법제화하기 어려운 점도 많다. 따라서 예외 사유를 최대한 구체적으로 규정하여 그 범위를 좁혀야 한다는 당위성에도 불구하고, 여러 국가의 판례 법리를 우리의 법령 자체에 수용하는 것에는 신중한 접근이 필요할 것이다.

다만 현행 남녀고용평등법이나 차별금지법 시안의 규정 문언 그대로는 지나치게 추상적이라고 볼 수도 있으므로, 앞서 본 바와 같은 각국 판례들에 보편적인 원칙들을 일부 포함시킬 수는 있겠다.

[조문 예시]

제3조(차별금지의 예외) 제2조의 규정에도 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 행위는 이 법에 의한 차별로 보지 아니한다.

1. 직무나 사업 수행의 성질상, 그 핵심적인 부분을 특정 집단의 모든 또는 대부분의 사람들이 수행할 수 없고, 그러한 요건을 적용하지 않으면 사업의 본질적인 기능이 위태롭게 된다는 점이 인정되는 경우. 다만 과도한 부담 없이 수용할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

IV. 입증책임 규정을 명문화해야 하는가

각국의 판례는 공통적으로 해당 직무에 특별한 요건이 '진정직업자격'이라는 점을 사용자가 입증해야 한다고 함을 분명히 하고 있고, 유럽연합은 「성차별 사건 입증책임 지침²¹⁰⁾」을 만들어 회원국들에게, 차별의 피해자가 법정에서 차별이 있었다고 추정될만한 사실을 제시하면 상대방이 차별이 없었다는 것을 입증하게 하는 입법을 명하고 있다. 이는 모두 차별과 관련된 분쟁에서 그 판단자료가 될 수 있는 인사 및 경영자료 등을 일반적으로 기업이 공개하지 않는다는 점에서 근로자에게는 그 입증이 어렵기 때문이다.

물론 진정직업자격의 경우는, 차별에 관한 일응의 증거가 있는 사건(차별의 혐의가 있는 사건)에서 사용자가 예외 사유로 항변하는 것이기 때문에 당연히 그 주장·입증 책임이 사용자에게 있는 것이기는 하다. 그러나 엄격하고 명확한 입증을 요한다는 점을 분명히 하기 위해서, 적어도 진정직업자격의 요건에 관한 조문에서라도 이를 주의적으로 규정하는 것이 바람직할 것이다.

210) Council Directive 97/80/EC on the burden of proof in cases of discrimination based on sex

[참고문헌]

■ 국문자료

- 구미영(2003), 『고용상의 간접차별 규제-미국 사례를 중심으로』, 서울대학교 법학 석사학위 논문
- 김문현(1997), “남녀평등에 관한 미연방대법원 판례의 분석”, 헌법학 연구 제 3집, 한국헌법학회
- 김엘림(1994), “여성고용에 있어 실질적 차별의 개선방안”, 한국여성개발원
- _____(1999), 『외국의 고용평등제도 비교 분석』, 노동부 연구용역 보고서
- 김유성(1987), “남녀고용평등법의 비교법적 고찰”, 법학 제28권 제3,4호
- 문준조(2000), 『외국의 인권위원회 설치법률에 관한 비교법적 연구』, 한국법제연구원
- 윤후정, 신인령(2001), 『법여성학』, 이화여자대학교 출판부
- 이철수(2001), “Gender와 노동법”, 「이대법과대학 창립 50주년기념 심포지움」
- 정금나(1999), 『고용에서의 성차별판단기준에 관한 비판적 연구 : 전화교환원 정년차별 판례를 중심으로』, 이화여자대학교 여성학 석사학위 논문
- 정안진(2003), 캐나다 인권법원 연구-캐나다 인권법과 인권위원회를 중심으로 (미간행)
- 조순경외 4(2002), 『간접차별 판단 기준을 위한 연구』, 노동부 연구용역 보고서
- 조용만(2004), 『고용차별금지법의 국제비교』, 한국노동연구원
- 차별연구모임(2002), 『국가인권위원회법의 차별판단을 위한 지침』
- 최윤희(1995), 『고용차별규제에 관한 법리』, 서울대학교 법학 박사학위논문
- 한승희(2001), “간접차별이란 무엇인가”, 여성과 사회 12
- _____(2000), 『고용상의 간접차별 판단 기준에 관한 연구』, 이화여대 여성학 석사학위 논문
- EEOC Technical Assistance Program(2002), “ADA의 고용관련 조항에 대한

기술지원 편람“ 참조

_____ (2002), 육아휴가에 대한 정책 지침

_____ (2002), 준법감시편람

_____ (2002), 출신민족 차별 일람

_____ (2002), 출신민족 차별금지를 위한 자기평가

_____ (2002), ADEA에 근거한 모집광고와 고용관련 사전요구 서류관련 지침

■ 영문 자료

Babcock, Barbara Allen(1996), Sex discrimination and the law: history, practice, and theory. 2nd ed. Canada : Little, Brown & Company

Bell, Mark et al.(2004), Critical review of academic literature relating to the EU directives to combat discrimination, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D.3

Borchardi, Klaus-Dieter (2000), The ABC of Community Law, European Commission Directorate-General for Education and Culture

Braswell, Michael K. & Moore, Gary A. & Shaw, Bill, "Disparate Impact Theory in the Aftermath of Wardscove Packing Co. v. Atonio: Burdens of Proof, Statistical Proof and Affirmative Action", Albany Law Review.

Chamallas, Martha(1994), "Structuralist and Cultural Domination Theories Meet Title VII: Some Contemporary Influences", 92 Mich. L. Rev.

Cihon, Patrick J. (2005), Employment & labor law, Mason : Thomson / South-Western

Culp, Jerome M. Jr. (1993), "Neutrality, the Race Question, and the 1991 Civil Rights Act: The "Impossibility" of Permanent Reform", 45 Rutgers L. Rev.

Daniels, C. (1993), "From Protecting the Women to Privileging the Fetus- The Case of Johnson Controls", At Women's Expense, Harvard Univ.

- Press.
- Donhue, John J. III & Peter Siegelman(1991), "The Changing Nature of Employment Discrimination Litigation", 43 Stan. L. Rev.
- Ferris, Charles(2001), BFOQ/Rs, BFO/Rs And The Duty to Accommodate: Meiorin, Grismer and Beyond, New Brunswick Human Rights Commission
- Fredman, Sandra(2001), Discrimination Law,Clarendon Laws, Oxford University Press
- Giele, Janet Zollinger & Leslie F. Stebbins(2003), Women and Equality in the Workplace, ABC-CLIO.
- Goldstein, Leslie F.(1994), "Sex Discrimination", Contemporary Cases in Women's Rights, Univ. fo Wisconsin Press.
- Greenberger, Steven R.(1993), "A Productivity Approach to Disparate Impact and the Civil Rights Act of 1991", 72 Or. L. Rev.
- Gregory, Raymond F.(2003), Women and Workplace Discrimination -Overcoming Barriers to Gender Equality, Rutgers University Press
- Hebert, L. Camille(1990), "Redefining the Burdens of Proof in Title VII Litigation: Will the Disparate Impact Theory Survive Wards Cove and the Civil Rights Act of 1990", 32 B.C.L.REV.
- Hunter, Rosemary C. & Shoben, Elaine W.(1998), "Disparate impact discrimination: american oddity or internationally accepted concept?, Berkeley Journal of Employment and Labor Law
- Hunter, Rosemary(1992), Indirect Discrimination in the Workplace, The Federation press
- Jones, D. Marvin(1994), "No Time for Trumpets: Title VII, Equality, and the Fin De Siecle", 92 Mich. L. Rev.
- Kirtner, Jeffrey D. (1995), "Note, English-Only Rules and the Role of Perspective in Title VII Claims", 73 Tex. L. Rev.
- Lewis, Jr., Harold S. & Norman, Elizabeth J. (2004), Employment

- Discrimination Law and Practice, Thomson
- Lindemann, Barbara & Grossman, Paul(1999), Employment Discrimination Law. Chicago: The Bureau of National Affairs, Inc.
- Lye, Linda(1999). "Title VII's Tangled Tale: The Erosion and Confusion of Disparate Impact and the Business Necessity Defense", Berkeley Journal of Employment and Labor Law
- McColgan, Aileen(2005), Discrimination Law: Text, Cases and Materials, Second Edition
- Moore, Deborah E.(1990), "Disparate Treatment Versus Disparate Impact: A Distinction Without A Difference", Syracuse Law Review
- O'Connell, Colm(2005), Age Discrimination and European Law, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D.3
- Oppenheimer, David B.(1992), "Negligent Discrimination", 141 U. PA. L. REV.
- Pattison, Patricia & Varca, Philip E.(1991), "The Demise of the Disparate Impact Theory", American Business Law Journal, Fall
- Player, Mack A. (1995), Employment Discrimination Law, West Publishing Co.
- Purver, Jonathan M. (2005), Age As Bona Fide Occupational Qualification Under ADEA²¹ § 2, American Jurisprudence Proof of Facts 2d Database
- Ralph, Lindgren J. & Nadine Taub (et al.) (2005), The Law of Sex Discrimination. Thompson Wadsworth.
- Rhode, Deborah L.(1989), Sex discrimination and the law. Boston: Harvard University Press
- Roseberry, Lynn M.(1999), The Limits of Employment Discrimination Law in the United States and European Community, Copenhagen: DJØF Publishing

Runkel, Philip S.(1994), "Note, The Civil Rights Act of 1991: A Continuation of the Wards Cove Standard of Business Necessity?", 35 Wm & Mary L. Rev.

Rutherglen, George(1987), "Disparate Impact Under Title VII: An Objective Theory of Discrimination", 73 Va. L. Rev.

_____ (1995), "Discrimination and Its Discontents", 81 Va. L. Rev.

_____ (2001), Employment Discrimination Law - visions of equality in theory and doctrine, Foundation Press

Schutter, O. De (2005), The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities

Vagins, Deborah J. (1996), "Occupational Segregation Under the Title VII", 18 Women's Rights Law Reporter

White, Rebecca Hanner(1998), Employment law and employment discrimination : essential terms and concepts, New York: Aspen Law & Business. 1998. terms and concepts, New York: Aspen Law & Business

■ 각종 위원회 영문 자료

EEOC, Guidelines on discrimination because of national origin

_____, Guidelines on Discrimination because of Sex

The Canadian Human Rights Act Review Panel(2000), Promoting Equality : A New Vision. The Report of the Canadian Human Rights Act Review Panel

Canada Human Rights Tribunal(2003a), What happens next? A Guide to the Tribunal process

Canadian Human Rights Commission(1996), "Background notes CHRC

Policy on HIV/AIDS".

Canadian Human Rights Commission(1997), Legal Reports 1997

Canadian Human Rights Commission(1998a), "Canadian Human Rights Commission Policy on HIV/AIDS"

Canadian Human Rights Commission(1998b), Legal Reports 1998

Canadian Human Rights Commission(1999), Legal Reports 1999

Canadian Human Rights Commission(2000), Legal Reports 2000

Canadian Human Rights Commission(2001), Legal Reports 2001

Canadian Human Rights Commission(2002), "Canadian Human Rights Commission Policy on Alcohol and Drug Testing"

Canadian Human Rights Commission(2003), "Bona Fide Occupational Requirements and Bona Fide Justifications under the Canadian Human Rights Act"

Canadian Human Rights Commission, Grounds of Discrimination

Canadian Human Rights Tribunal(1999), Annual Report 1999

Canadian Human Rights Tribunal(2001), Annual Report 2001

Canadian Human Rights Tribunal(2003b), Annual Report 2003

Canadian Human Rights Tribunal(2004), Annual Report 2004

HREOC(1998), Report of an inquiry into a complaint discrimination in Employment and Occupation, Discrimination on the ground of sexual preference, HREOC Report No. 6

_____(2004), Report of an inquiry into a complaint by Mr Kenneth Douglas of age discrimination in the Australian Defence Force, HREOC Report No. 26

ALRC Report 96 Essentially Yours, "Inherent Requirements of the Job"

검토 대상 판결 색인표

[검토 대상 판결 색인표]

	국가	차별 사유	사건명	직무	진정 직업 자격 인정 여부	판결 연도	쪽 수
1	미국	성별	Local 567 American Federation of State etc. v Michigan Council	정신질환 환자돌봄	인정	1986	21
2	미국	성별	Backus v. Baptist Medical	산부인과 간호사	인정	1981	22
3	미국	성별	Brooks v. ACF Industries, Inc.	목욕탕 관리	인정	1982	24
4	미국	성별	Jatzak v. Ochburg	정신장애아 동프로그램	부인	1982	24
5	미국	성별	Bollenbach v. Monroe-Westbury Central School District	유대인지역 버스운전	부인	1987	25
6	미국	성별	Fernandez v. Wynn Oil Co	국제사업 관리자	부인	1981	26
7	미국	성별	Diaz v. Pan Am. World Airways	항공기 객실승무원	부인	1971	27
8	미국	성별	Wilson v. Southwest Airlines Co	항공기 객실승무원	부인	1981	27
9	미국	성별	Bagley v. Watson	교도관	부인	1983	29
10	미국	성별	Weeks v. Southern Bell Tel.	전신전화국 전철수	부인	1969	30
11	미국	성별	Cheatwood v. So. Cent. Bell Tel	판매대행 업무	부인	1969	30
12	미국	성별	Rosenfeld v. Southern Pacific Company	전신기사	부인	1971	32
13	미국	임신	Harris v. Pan American World Airways	항공기 객실승무원	인정	1980	34
14	미국	임신	Levin v. Delta Air Lines	항공기 객실승무원	인정	1984	35
15	미국	임신	Hayes v. Shelby Memorial Hospital	방사선 기사	부인	1984	36
16	미국	임신	International Union, United Auto. ,etc. v. Johnson Controls, Inc	건전지 제조	부인	1991	37
17	미국	임신	Chambers v. Omaha Girls Club Inc	미혼여성 프로그램 강사	인정	1987	38

	국가	차별사유	사건명	직무	진정직업자격인정여부	판결연도	쪽수
18	미국	종교	Kern v. Dynalectron Corp	헬리콥터 조종사	인정	1984	41
19	미국	종교	Pime v. Loyola University of Chicago	철학교수	인정	1986	42
20	미국	종교	Abrams v. Baylor College of Medicine	의사	부인	1986	44
21	미국	종교	Rasul v. District of Columbia	교회사	부인	1986	45
22	미국	종교	EEOC v. Kamehameha Schools Bishops Estate	프랑스어 교사	부인	1993	46
23	미국	출신민족	Fragrate v. City and County of Honolulu	공무원	인정	1989	49
24	미국	연령	Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc	버스기사	부인	1976	54
25	미국	연령	Small Wood v. United Air Lines, Inc	비행기 조종사	부인	1981	56
26	미국	연령	Tuohy v. Ford Motor Co	비행기 조종사	부인	1982	57
27	미국	연령	EEOC v. County of Los Angeles	헬리콥터 조종사	부인	1983	58
28	미국	연령	Monroe v. United Air Lines, Inc	비행 승무원	부인	1984	58
29	미국	연령	Western Air Lines, Inc. v. Criswell	비행 엔지니어	부인	1985	59
30	미국	연령	Trans World Airlines, Inc. v. Thurston	비행 엔지니어	부인	1985	61
31	미국	연령	Johnson v. Mayor & City Council of Baltimore	소방관	부인	1985	62
32	미국	연령	Tullis v. Lear Sch., Inc	통학버스 운전기사	부인	1989	63
33	미국	연령	Gately v. Massachusetts	경찰관	부인	1993	63
34	미국	연령	Epter v. New York City Transit Authority	교통국 관리직	부인	2001	64
35	미국	장애	Buckingham v. United States	우체국	인정	1993	72
36	미국	장애	Guneratne v. St. Mary's Hosp.	간호사	인정	1996	73

	국가	차별사유	사건명	직무	진정 직업 자격 인정 여부	판결 연도	쪽 수
37	미국	장애	United States EEOC v. AIC Sec. Investigations	경비업체 직원	부인	1996	74
38	미국	장애	Donald Barth v. Bruce S. Gelb, Director, U.S. Information Agency, et al	해외 사무직	인정	1993	75
39	미국	장애	Mary Tuck v HCA Health Services of Tennessee, Inc	간호사	부인	1993	75
40	미국	장애	Roger B. Treadwell v. Clifford Alexander	군대 기술단	인정		76
41	미국	장애	Hall v. U. S. Postal Service	우체국 배달사무직	인정		77
42	캐나다	성별	Gauthier v. Canadian Forces	군인	부인	1989	91
43	캐나다	성별	British Columbia v. British Columbea Government and Service Employees's Union	소방관	부인	1999	92
44	캐나다	성별	Oster v. International Longshoremen's & Warehousemen's Union	선상요리사	부인	2000	95
45	캐나다	연령	Cranston et al v. Canadian Armed Forces	수송기 조종사	부인	1997	98
46	캐나다	연령	Dorais and Pelletier v. Canadian Armed Forces	공군사관 학교 교관	인정	1997	99
47	캐나다	종교	Central Alberta Dairy Pool v. Alberta	낙농조합 인부	부인	1990	101
48	캐나다	종교	Ontario(Ministry of Community and Social Services) v. O.P.S.E.U.(Tratnyek)	온타리오 사용자규정	인정		103
49	캐나다	장애	Canadian Civil Liberties Association v. Toronto-Dominion Bank	은행원	부인	1998	106
50	캐나다	장애	Mills v. VIA Rail	철도회사 수송 업무	부인	1999	109
51	캐나다	장애	Bernard v. Waycobah Board of Education	학교 간사	부인	1999	110
52	캐나다	장애	Entrop et al. v. Imperial Oil	정유회사 직원	일부 인정	2000	111
53	캐나다	장애	Invine v. Canadian Armed Forces	항공기 기술자	부인	2003	113
54	캐나다	장애	British Columbia(Superintendent of Moter Vehicles) v. British Columbia	안과수술	부인	1999	115

	국가	차별사유	사건명	직무	진정 직업 자격 인정 여부	판결 연도	쪽 수
55	호주	연령	Commonwealth of Australia v. HREOC	공군헬기 조종사	부인	1999	125
56	호주	장애	X v. The Commonwealth	군인	인정	1999	129
57	호주	장애	Jamal v. Secretary, Department of Health	병원관리자	부인	1986	130
58	호주	장애	Cosma v. qantas Airways Ltd	공항 포터	인정	2002	131
59	호주	성별	Secretary, Department of Foreign Affairs and Trade v. Styles	기자	인정	1989	136
60	호주	성별	Australian Iron and Steel PTY.LTD. v. Banovic	철강회사 직원	부인	1989	137
61	호주	연령	Qantas Airways Ltd v. Christie	비행기 조종사	인정	1998	142
62	호주	장애	Cucanic v IGA Distribution (Vic) Pty Ltd	잡화점 점원	인정	2004	143
63	영국	성별	Wylie v. Dee and Co. Menswear Ltd.	의류판매원	부인	1978	159
64	영국	성별	Timex Corporation v. Hodgson	공장관리인	인정	1981	160
65	영국	성별	Secretary of State for Employment v. Henley	교도관	부인	1983	163
66	영국	성별	Sisley v. Britannia Security Systems Ltd.	보안경비 업체 직원	인정	1983	163
67	영국	성별	Williams v. Dyfed County Council	아동보호 공무원	부인	1986	164
68	영국	성별	Etam v. Rowan	의류판매원	부인	1989	165
69	영국	성별	EOC v. MRM Distributions Plc	생리용품 인터뷰요원	부인	1995	166
70	영국	성별	A v. Chief Constable of the West Yorkshire Police	경찰관	부인	2005	167
71	영국	인종	Lambeth London Boroudh Council v. Commission for Racial Equality	주택수당 담당관	부인	1990	171
72	영국	인종	Tottenham Green Under Fives' Center v. Marshall (No.2)	보육시설 종사자	인정	1991	173
73	영국	장애	Clark v. Novacold Ltd.	냉동식품 공장 기사	인정	1999	177

	국가	차별 사유	사건명	직무	진정 직업 자격 인정 여부	판결 연도	쪽 수
74	영국	장애	Baynton v. Saurus	지계차운전	부인	1999	178
75	영국	장애	Edward v. Mid Suffolk District council		인정	2001	179
76	영국	성적 지향	R(Amicus) v. Secretary of State for Trade and Industry		인정	2004	184
77	EU	성별	EC Commission v. United Kingdom	조산원	인정	1983	199
78	EU	성별	Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany		인정	1985	200
79	EU	성별	Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary	경찰관	부인	1986	202
80	EU	성별	E.C. Commission v. France	경찰관	일부 인정	1988	204
81	EU	성별	Bilka - Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz	백화점직원	부인	1986	206
82	EU	성별	Rinner-Kohn v. FWW Spezial-Gebaudereinigung GmbH		인정	1989	207
83	EU	성별	Handels-og Kontorfunktionaernes Forbund I Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening		인정	1989	208
84	EU	성별	Nimz v. Freie und Hanse-Stadt Hamburg	공무원	부인	1991	209
85	EU	종교	Thlimmenos v. Greece	회계사	부인	2000	211
86	EU	신념	Kosiek v. Germany	대학교수	각하	1987	213
87	EU	신념	Vogt v. Germany	공무원	부인	1995	214
88	EU	성적 지향	Lustig-Prean And Beckett v. The United Kingdom	군무원	부인	1999	215

2005

진정직업자격
등 고용차별
판단기준에
관한 외국
판례조사

국가인권위원회