

# 미국의 고용차별금지법 개관

● 신청기관: 법률사무소 로하스

## I. 문제의 소재

고용관계에서 차별은 사회적 과제로 차별을 시정하고, 균등한 고용기회와 근로조건을 확보하는 일은 노동법의 핵심가치 중의 하나로 볼 수 있다. 「헌법」을 정점으로 현행 고용차별 금지와 관련한 법령으로는 「근로기준법」, 「남녀고용평등과 일 가정양립지원에 관한 법률」, 「고용상 연령차별금지 및 고령자 고용촉진에 관한 법률」, 「장애인차별금지 및 구제에 관한 법률」, 그리고 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」의 제정과 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(뒤의 두 법률을 합하여 ‘비정규직법’이라고 한다) 등이 있다. 이 중에 기간제법과 파견법에서는 비정규직에 대한 차별금지 및 차별시정제도 등을 법제화하고 있다.

미국 노동법은 전통적으로 ‘임의고용’(employment at will) 및 ‘해고자유의 원칙’이 존중되어 왔으며, 차별에 근거하지 않는 한 지금도 유효한 원칙으로 작용하고 있다. 해고의 자유를 제한하는 연방 차원의 법률도 존재하지 않는다. 하지만, 1960년대 중반 이후 전통적인 해고자유의 원칙을 수정하고, 나아가 채용 및 근로조건 등에서 차별을 금지하는 일련의 고용 차별금지법들이 연방 차원에서 제정되기 시작하였다.

본고에서는 미국의 고용차별금지법에 대하여 1963년 「동일임금법」을 시작으로 1964년 「공민권법 제7편」, 1967년 「고용상 연령차별금지법」, 1973년 「재활법」(Rehabilitation Act), 1990년 「장애인법」, 2008년 「유전자정보차별금지법」 등에 대하여 간략하게 살펴본다.



## II. 1964년 공민권법

### 1. 제7편 차별금지규정

#### (1) 703조(a)의 차별금지

미국의 경우 1964년 「공민권법」 제7편(Title VII of the Civil Rights Act of 1964)은 고용 차별금지 입법의 중심인 연방법이다(이하 ‘제7편’이라고 한다). 제7편 제703조(a)에서는 사용자의 다음과 같은 차별행위를 금지하고 있다. ① ‘인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국’(race, color, religion, sex, or national origin)을 이유로 개인을 고용하지 않거나 고용을 거부, 개인을 해고하는 것, 또는 고용에서 보수·조건·권리에 대하여 개인을 차별하는 것이다. ② 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국을 이유로 개인의 고용기회를 빼앗거나 기타 근로자의 지위에 불리한 영향을 주는 방법으로 근로자나 구직자를 제한, 격리 또는 분류하는 것이다(to limit, segregate, or classify). 요약하면, 채용에서 해고까지 고용의 전과정에서 ‘인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국’에 따른 사용자의 차별을 포괄적으로 금지하고 있다. 또한, 제703조(a)의 차별의 유형은 관례상 다음과 같이 두가지가 있다.

- ① 차별적 취급(disparate treatment)으로 전형적인 차별유형으로 인종, 성별 등 금지된 요소에 기초해 사용자가 의도적으로 차별하는 것이다. 이것은 개별적인 차별과 계통적인 차별로 구분된다.
- ② 차별적 효과(disparate impact)로 인종, 성별 등의 요소로 중립적인 제도가 결국 부당한 차별을 초래한다. 사용자에게 차별의사가 없어도 위반이 될 수 있다.

#### (2) 고용알선기관·노동단체에 따른 고용차별

제703조(a)의 사용자 차별만을 다루지만, 제7편에서는 고용알선기관(employment agency)과 노동단체(labor organization)도 ‘인종, 피부색, 종교, 성 또는 출신국’에 따른 고용차별을 금지하고 있다(제703조(b)·(c)). 또한, 제703조(d)에서는 도제제도 및 직업훈련 프로그램과 관련해 사용자, 노동단체 또는 노사위원회가 ‘인종, 피부색, 종교, 성 또는 출신국’에 따

른 차별을 금지하고 있다.

고용알선기관으로서의 직업소개 시 차별 또는 격리에 해당하고, 노동단체측에서는 조합원 자격상 차별, 단체협약 등을 통하여 사용자에게 차별하는 것이다. 하지만, ‘그 밖에 개인에 대하여 …차별하는 것’을 금지하는 포괄 규정이므로 결국은 모든 차별행위가 금지된다.

### (3) 제7편의 적용범위

제7편이 적용되는 ‘사용자’의 요건은 ① 주간 통상에 영향을 미치는 산업에 종사하고, ② 15명 이상의 근로자(금년 또는 작년에 20주 이상의 기간동안 매 근로일에 사용됨)를 고용하는 것을 규정하고 있다(제701조(b)). ①의 요건은 폭넓게 해석하기에 실제로는 ②의 요건이 더 중요하다. 이것은 매우 소기업에서는 가족경영이 많은 것을 배려한 것이다. 근로자수의 산정방법은 사업장이 아닌 기업별로 계산된다.

제701조(b) 단서에 따라 ‘인디안(Indian) 부족’과 ‘순수한 사적 회원제 클럽’(club)에 대하여는 제7편을 적용 제외하고 있다.<sup>1)</sup> 연방정부 직원 제701조(b)조 단서에 따른 제703조의 적용을 제외하고 있다. 그 대신에 제717조에서 특별한 차별금지 규정을 두고 있다. 반면 주·지방정부의 직원은 일반적인 사용자와 마찬가지로 제703조의 적용을 받는다(주·지방정부에는 제7편과는 달리 미국 수정헌법 제14조의 평등보호 조항<sup>2)</sup>에 따른 차별금지도 적용받는다).

또한, 제701조(f)는 외국에서 고용된 미국시민도 ‘근로자’에 포함해, 제7편의 이른바 ‘지역외 적용’을 인정하고 있다. 다만, 제7편을 준수하기 위하여 그 국가의 법률을 위반한다면 위법성이 조각(阻却)된다(제702조(b)). 지역 외 적용은 사용자가 미국인(법인 포함)인 것이 전제된다. 미국인이 지배하는 외국법인이 행하는 차별은 그 미국인의 행위로 본다(제702조(c)). 사용자가 미국 밖에서 고용한 외국인도 적용대상 밖이므로 차별할 수 있다(제702조(a)).

1) EEOC v. Arabian American Oil Co., 499 U.S. 244(1991)가 제7편의 지역 외 적용을 부정한 것에 대한 대응으로 1991년 개정해 마련한 규정이다.

2) 미국 수정헌법 제14조 제1항은 “미국에서 출생하거나 귀화하고, 미국의 관할권에 속하는 모든 사람은 미국 및 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 미국시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 집행할 수 없다. 어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명·자유 또는 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다”라고 규정하고 있다.



#### (4) EEOC와 법원

제7편 위반시 구제절차는 원칙적으로 차별받는 피해자가 사용자를 상대로 연방법원에 민사소송을 제기하는 형태이다. 제7편은 제705조에서 5명의 위원으로 구성하는 ‘고용기회균등위원회’(Equal Employment Opportunity Commission, EEOC)를 두고 있다. EEOC는 법의 내용에 대하여 각종의 지도지침(guide line)을 작성하며, 구체적 사안에서 피해자의 신청에 따라 조사하고 적절하게 자주적 해결을 재촉한다. 또한 이것이 성공하지 못한 경우 피해자를 대신하여 사용자를 상대로 소송을 제기할 권한도 가진다. 하지만, EEOC는 NLRB(전국노동위원회)와 같이 스스로 법 위반의 유무를 판단하고 사용자에게 구제명령을 내릴 수는 없다. 정식적인 판정 또는 구제할 장소는 법원이다.

## 2. 개별적인 차별적 취급

### (1) 직접증거에 따른 차별의사 입증

‘차별적 취급’은 인종·성별 등에 따른 고의적인 차별행위이므로, 사용자가 차별의사(discriminatory intent)를 인정하는 것이 필요하다. 외견상 차별에 해당하지 않아도 소수(minority)의 채용을 거부한 사용자가 친구들에게 ‘백인이 아니면 고용하지 않는다’고 말한다면 사용자는 인종·성별에 따른 그 행위를 한 것을 보여주는 ‘직접증거’(이른바 ‘smoking gun’)가 있으면 역시 문제없이 차별적 취급인 것이다.

### (2) 동기의 경합

사용자가 만일 성차별이 없어도 다른 정당한 이유로 같은 결과가 될 것을 주장하는 이른바 동기의 경합문제가 있다. 연방대법원은 이러한 주장을 ‘적극적 항변’(affirmative defense)이라고 하고, 사용자가 이것을 증명하면 제703조(a) 위반이 아니라는 입장을 취하였다. 하지만, 1991년의 법개정을 통해 제703조(m)에서는 결정의 한 요인으로 인종·성별 등을 고려한 것이 증명되면, 다른 요소도 결정요인이 있어도 제703조(a) 위반으로 명문화하였다.

다만, 차별이 없더라도 동일한 결과인 것을 사용자가 증명한 경우 구제의 내용을 한정해 법원은 손해배상, 채용·복직·승진, 임금소급지급명령 등을 명할 수 없다(제706조(g)(2)(B)).

### (3) 간접증거에 따른 차별의사의 인정

실제로 차별의사를 보이는 직접증거가 있는 경우는 드물고, 대부분은 다양한 간접증거에서 차별의사를 ‘추인’ 하는 작업이 필요하다. 이러한 입증방법에 대하여 1973년 *McDonnell Douglas* 사건<sup>3)</sup> 또는 1981년 *Burdine* 사건<sup>4)</sup>에서 3단계의 규칙(rule)을 확립하고 있다.

- ① 원고가 차별의 ‘일응증명’을 실시한다(establish a prima facie case).
- ② 피고가 반증으로 ‘적법하고 비차별적인 이유’를 제시한다(articulate a legitimate, nondiscriminatory reason).
- ③ 원고가 피고의 제시한 이유가 ‘핑계’(pretext)임을 증명한다.

이러한 규칙은 입증하기 어려운 차별의사를 인정하는 것이기 때문에 원·피고 모두에게 입증할 기회와 책임을 분배하면서 단계적으로 심리의 초점을 좁히려는 것이다.

## 3. 계통적인 차별적 취급

### (1) 계통적인 차별

사용자의 차별적 취급이 개별적이고 산발적인 것을 넘어서서 하나의 방침으로서 여러 근로자·구직자에게 계속 행해진 경우 ‘계통적인 차별적 취급’(systemic disparate treatment)이라 한다.

이 경우에도 차별적 취급이므로 개별적인 경우처럼 차별 의사를 증명할 필요가 있다. 하지만, 그 증명은 그 개인에 관한 사정을 넘어서, 전체적인 경향 또는 유형으로 중심이 옮겨진다. 구체적인 것은 통계자료(statistics)의 활용이다.

3) *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792(1973).

4) *Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248(1981).



이러한 통계자료의 이용 시 배후에는 혹시 계통적인 차별이 없었다면 개별 오차도 긴 여유 (span) 안에서 평균화된 모집단인 노동시장과 너무 다르지 않은 종업원이 구성될 것이라는 사고방식이다. 계통적인 차별에 대하여 일응증명을 하면 차별의사의 추정이 포괄적인 형태로 생기기 때문에 사용자는 이제는 ‘항상 최적격자를 채용하여 왔다’라는 일반적인 차별을 부정하는 주장만으로는 대항할 수 없다. 그리고 개별 사례에서 합리적인 이유가 있더라도 이것이 전체적인 유형을 무너뜨릴 정도가 아니라면 다른 자에게 차별의 존재를 부정할 수 없다.

## (2) 통계자료의 이용

이러한 계통적인 차별적 취급 사건에서는 일응증명의 유무, 특히 통계자료의 평가방법은 주의할 점이다. 통계에서는 단순한 오차로는 도저히 설명할 수 없다. 상당한 정도의 편차가 있어야 한다. 일반적으로 표준편차의 2~3배 이상일 것이 요구된다. 보다 중요한 문제는 어떻게 무엇을 비교하는지의 문제이다. 예를 들면 채용에서 인종차별의 경우 응모자와 채용되는 자의 인종 구성비를 비교하는 것이 본래적인 모습일 것이다. 그러나 보통 응모자의 인종통계는 입수할 수 없다. 그래서 보통 해당 지역에서 노동시장의 인종구성과 비교하게 된다. 하지만, 그 지역의 범위 및 적절한 자격자의 범위를 어떻게 확정할 것인가가 큰 쟁점이 된다.

또한, 임금차별 등의 경우 어떠한 요인이 어떠한 결과에 영향을 미쳤는지를 알기 위하여 중회귀분석을 이용하는 경우도 있다. 이러한 경우 고려할 수 있는 모든 중요한 요인을 점검해 둘 필요는 없다.<sup>5)</sup>

## 4. 차별적 취급의 항변

### (1) 개인에 대한 공정

금지된 사유별로 차별적 취급으로 인정한다면 이를 정당화하기란 매우 어려운 일이다.

5) Bazemore v. Friday, 478 U.S. 385(1986).

제7편의 취지, 인종 및 성별 등의 성질에 따라 범위적인 판단을 부정하고 있다. 왜냐하면 ‘개인’에 대한 공정성을 요구하고 있기 때문이다.

## (2) BFOQ

제703조(e)(1)은 차별적 취급이 정당화되는 예외로 ‘진정한 직업자격’(bona fide occupational qualification, BFOQ)을 두고 있다. 즉 종교, 성별 또는 출신국이 참으로 ‘특정한 업무가 정상적인 운영에 합리적으로 필요한’ 자격조건으로 인정되는 경우에 한정하지 않고, 이것들에 근거한 차별적 취급을 허용한다. ‘인종’과 ‘피부색’은 BFOQ로 되지 않는 것에 주의할 필요가 있다.

## (3) 주의 여성 보호입법

제7편을 제정하기 이전 대부분의 주에서는 여성근로자에게 특별한 근로시간·휴일 규제, 야간근로 및 갭내 근로의 금지, 작업 및 중량물 취급의 제한, 강제적인 산전휴가 등의 법률을 두고 있었다. 현재는 이러한 여성보호입법이 거의 완전히 삭제되었다. 하지만 여성보호입법이 남아 있더라도 효력을 부정할 것은 자명하다.

# 5. 적극적 우대행위

## (1) 적극적 우대행위와 역차별의 문제

‘적극적 우대행위’(affirmative action)란 차별시정·평등실현을 위한 적극적인 우대조치를 말한다. 그 배경과 내용은 다양하다. 제7편의 관점에서 보면, 적극적 우대행위에 인종 또는 성에 따른 우대요소가 포함되는 경우 이른바 ‘역차별’(reverse discrimination) 문제가 발생한다. 제7편의 목적은 인종차별 또는 성차별이 오랜 세월이 지난 후 현실을 전제로 역차별을 근절하기 위한 것이다.



## (2) 자발적 적극적 우대행위의 적법성

연방대법원은 자발적 적극적 우대행위에 인종이나 성별에 관한 중립성을 순수하게 또는 기계적으로 관철하는 입장이 아니다. 오히려 과거의 차별 유산을 없애고 적극적으로 평등을 추진하는 점에서 제7편의 취지에 합치되고, 일정한 범위에서 허용하고 있다.

## (3) 대통령령 제11246호에 의한 적극적 우대행위

모든 자발적 우대행위가 사용자의 자발적의사에 따른 것은 아니다. 왜냐하면 연방 또는 주정부의 다양한 시책 중에서 자발적 우대행위의 실시를 권장 또는 요청하는 경우가 많기 때문이다. 핵심은 1965년 대통령령 제11246호(Executive Order 11246)에 의하여 연방정부와 계약체결 조건으로 요청되는 적극적 우대행위이다. 일정한 요건을 충족시키는 사업자에게 연방정부와의 계약 중에서 차별금지 규정과 함께 소수 및 여성의 고용·승진의 목표를 설정해 그 실현을 위한 노력이 필요하다. 실시감독은 고용노동부의 연방계약준수국(Office of Federal Contract Compliance Programs)이 행하고, 위반자에 대한 성명의 공표, 계약의 해약, 장래의 정부계약에서의 배제 등의 조치를 취할 수 있다. 또한 사법부가 독자적으로 계약의 이행강제를 요구하는 소송을 제기할 수도 있다.

EEOC는 연방계약준수국의 승인을 받은 적극적 우대행위는 실시해도 좋다는 지도지침(guide line)을 내려보내고 있다. 따라서 그 후에 법원이 위법하다고 판단해도 사용자는 지도지침에 따라 이행하면 면책을 받을 수 있다(제713조(b)). 실제로 대통령령 제11246호에 따른 적극적 우대행위는 아주 큰 영향력을 가지고 있지만, 최근 고용 이외의 사항도 포함해<sup>6)</sup> 적극적 우대행위 정책을 강하게 비판하고 있어 그 장래는 불투명하다.

## III. 제7편 위반에 대한 구제

6) City of Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469(1989); Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 499(1995)를 참조.



## 1. 제7편 구제절차

### (1) EEOC에 신청

제7편 위반 차별의 피해자가 구제받기 위해서는 제706조(b)에 근거해 EEOC에 신청(charge)하여야 한다. 신청기간은 그 차별행위의 시점에서 원칙적으로 180일 내이다(제706조(e)).

하지만, 주·지방정부가 제7편에 맞는 독자적인 차별금지법령을 제정하고, 이때문에 구제기관을 두고 있는 경우(일정한 요건에 따라 EEOC의 지정을 받음)에는 우선 주·지방정부의 기관에 신청을 한다. 신청한 이후 60일 동안은 그 주·지방정부의 기관만이 조사와 조정할 권한을 갖지만, ① 동 기관이 절차를 종료할 때, 또는 ② 신청으로부터 60일이 경과할 때에는 EEOC에 신청을 할 수 있다(제706조(e)). 이 경우 차별행위의 시점에서 300일 이내 일 것(또한 ①에 대하여는 종료통지를 받고서 30일 이내일 것)이 요건이다. 현재는 대부분의 주가 독자적인 기관을 설치하고 있어, 이러한 쪽이 오히려 일반적인 모습으로 되어 있다.

신청기간을 준수하지 않을 때는 후 소송을 관할 요건의 결여로 당연히 배제하는 것이 아니고, 상대방의 권리포기 및 금반언(estoppel)을 인정할 여지가 있다.<sup>7)</sup>

### (2) 조사와 조정

EEOC는 신청에 대하여 조사(investigation)를 행한다(제706조(b)). 이 결과 신청에 이유가 없다고 생각되는 경우에는 그 신청을 각하한다.

다른 한편, 신청에 이유가 있다고 생각되는 경우 EEOC는 협의, 설득이 따르는 조정(調整, conciliation)을 행하고, 합의에 따라 차별시정이 되도록 노력해야 한다. 조정이 성립하면 신청인, 피신청인, EEOC의 3자 사이에 구속력 있는 서면협정을 체결하여 사건을 종결한다.

### (3) 소송의 제기

7) Zipes v. Trans World Airlines, 455 U.S. 385(1982).



신청한 후 30일을 경과한 후에도 조정이 성립하지 않은 경우 EEOC는 스스로 원고가 되어 피신청인을 상대로 연방지방법원에서 차별 구제를 구하는 민사소송을 제기할 수가 있다(제706조(f)(1)). 이 경우 신청인은 소송에 참가할 수 있지만 독자적으로 소송을 제기할 수는 없다.

EEOC가 소송을 제기하지 않을 경우 신청인은 EEOC에서 ‘소권 부여장’ (‘right-to-sue’ letter)을 얻어서 스스로 피신청인을 상대로 하여 소송을 제기할 수가 있다(제706조(f)(1)).<sup>8)</sup> 소권 부여장은 ① EEOC가 신청을 각하한 경우, ② 조정이 부진하게 끝났지만 EEOC는 소송을 제기하지 않는 것을 결정한 경우, ③ 신청일로부터 180일이 경과한 후 신청인이 청구한 경우에 신청인에게 주어진다. 신청인 소송은 소권 부여장을 받고서 90일 이내에 제기해야 한다.

동일한 차별의 피해자가 많은 경우에는 연방 민사소송규칙 제23조에 의한 집단소송(class action)을 할 수 있다. 또 EEOC가 제기하는 소송은 실제로 큰 사건으로 많은 피해자를 대표하여 수행하는 경우가 많다. 제706조(f)(1)에 따라 부여된 특별한 권한에 근거한 소송이고, 연방 민사소송규칙 제23조의 적용은 받지 아니한다.<sup>9)</sup>

#### (4) 동의판결에 의한 시정조치와 역차별 소송

소송 중에 당사자 사이에 일정한 시정조치를 행하는 것으로 합의가 성립된 경우, 법원은 당사자가 합의한 시정조치를 명령하는 동의판결(consent decree)을 내린다. 집단소송인 경우를 제외하고 법원으로서 당사자 사이의 합의를 존중하여 내용적인 점검을 거의 하지 않는 것이 일반적이다. 어쨌든 간에 형식상은 법원의 판결이고, 위반에 대하여는 법정모욕죄의 절차를 취할 수 있다.

동의판결도 일반적인 판결과 같이 절차에 참가하지 않은 자에게는 기판력이 미치지 못한다. 따라서 이러한 사람들은 판결로서 명령한 차별시정 조치에 따라 불리한 영향을 받는 경우(예를 들어 소수자와의 소송으로 사용자가 차별시정 조치에 동의한 것에 따라 백인 근로자의 이익이 손해가 되는 경우), 별도로 역차별 소송을 제기하여 쟁송할 수 있다.

8) 피신청인이 정부기관인 경우에는 EEOC가 아니고, 법무부장관이 소송을 제기한다. 또 정형화된 차별 사건에 대하여 EEOC의 소송제기의 권한을 규정한 제707조(c)는 실제로 제706조(f)(1)에 포섭되기 때문에 대부분의 의미를 상실하고 있다.

9) General Telephone Co. v. EEOC, 446 U.S. 318(1980).

하지만, 이것을 무제한으로 인정하면 차별시정 조치의 안정성이 손상된다. 여기서 제703조(n)은 판결·명령(통상판결, 동의판결도 포함함)에 근거하는 차별시정 조치를 다투는 소송에 대하여 ① 전소(前訴)에 있어서 사전에 판결·명령을 통지받아, 이를 다룰 기회를 주고 있는 경우 또는 ② 동일한 법적 근거에 의해 같은 사실관계를 기초로 하여 이미 다른 사람이 그 판결·명령을 다투어 결정이 나와 있고, 본인의 이익도 거기서 적절히 대표되어 있다고 할 수 있는 경우에는 이제와서는 소송을 제기할 수 없다는 취지를 규정하고 있다.<sup>10)</sup> 또한 ①, ②에 해당하지 않아 역차별 소송이 허용되는 경우에도 그 소송은 이전의 판결·명령을 내린 법원(또한 될 수 있는 대로 전소(前訴)를 담당한 법원 아래에 있음)에 제기하여야 한다.

또 동 판결에 따른 차별시정 조치는 자발적 우대행위로 분류한다. 이 때문에 적법성 요건을 충족시킬 수 있다. 이에 대하여 보통 판결에 따른 차별시정 조치를 명령하는 경우에는 다음에서 말하는 제706조(g)와 비교하여 적법성을 판단할 수 있다.

## 2. 구제의 내용

### (1) 706조(9)에 의한 구제권한

제7편의 제706조(g)(1)에 따르면, 법원은 위법한 차별에 대하여 ① 당해 행위의 금지, ② 근로자의 소급임금지급(back pay)과 함께 복직이나 채용을 포함한 적절한 적극적 시정조치(affirmative action), ③ 그 밖의 법원이 적절하다고 생각하는 형평법상의 유효한 구제(equitable relief)를 명할 수 있다. 이 규정은 위법한 차별을 '의도적으로'(intentionally) 행한 것이 요건이라는 문언을 사용하고 있다. 하지만 '의도적'이란 그 행위가 무의식이나 우연한 산물이 아니라는 의미에 불과하고, 차별적 효과법리를 제외하는 취지가 아닌 것을 말한다.

또한 ②에 대하여 규정에서는 소급임금지급 또는 복직 및 채용을 명령할 수 있다고 규정하고 있지만, 1975년 *Albemarle* 사건<sup>11)</sup>에 의하면, 임금소급지급을 부정하여도 차별 피해자의 구제라는 법 목적을 해치지 아니하는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고, 법원은 임

10) *Martin v. Wilks*, 490 U.S. 755(1989)를 반복하기 위하여 1991년 공민권법에서 설정한 규정이다.

11) *Albemarle Paper Co. v. Moody*, 422 U.S. 405(1975).



금소금지급을 명하여야 한다. 선임권에 대하여도 마찬가지이다. 다만 임금소금지급은 신청 2년 전까지를 상한으로 규정하고 있고, 그 이전 부분은 인정하지 아니한다. 또한 현실적으로 가득(稼得)하거나 또는 합리적 노력으로 얻은 중간수입액은 소금지급에서 공제하도록 명시하고 있다.

채용의 명령 시 실제로 빈자리가 없는 경우 빈자리가 생긴다면 가장 먼저 고용하고, 그때까지의 임금 및 여러 급부(front·pay)의 지급을 명한다. 심각한 적대관계가 생기는 등으로 채용명령이 부적절하다고 인정하는 경우에도 다른 곳에 상당한 자리를 마련하는 사이 역시 그때까지의 여러 급부의 지급을 명한다.

### (2) 제706조(g)와 적극적 우대행위

제706조(g)(1)에서의 적극적 시정조치에 대하여 연방대법원은 1984년 Stotts 사건<sup>12)</sup>에서는 실제로 별도의 피해자를 대상으로 하는 구제만을 인정하고, 같은 인종이나 성별의 자를 널리 우대하는 적극적 우대행위의 명령에 대하여는 부정하는 입장임을 시사하고 있다. 하지만, 1986년 Sheet Metal Workers 사건<sup>13)</sup>에서는 조합의 악질적인 인종차별에 대한 구제로서 몇 년 후까지 백인이 아닌 조합원의 비율을 일정한 수준에 도달시키고, 그 목표 활동을 위한 기금을 마련하라는 명령이 적법하다고 판단하고 있다.

### (3) 손해배상

제706조(g)에서는 형평법상의 구제이고, 순수한 손해배상은 포함되지 않는다고 해석하고 있다. 이때문에 종래에는, 성희롱의 경우 근로자가 더 이상 참을 수 없어서 회사를 그만둔 것을 ‘간주해고’(constructive discharge)라고 구성해 임금소금지급을 명령하는 경우를 제외<sup>14)</sup>하고, 금전적 구제는 없었다.

12) Firefighters Local 1784 v. Stotts, 467 U.S. 561(1984).

13) Local 28, Sheet Metal Workers' International Ass'n v. EEOC, 478 U.S. 421(1986).

14) 간주해고는 근로자의 사직을 ‘해고’와 동일시하는 법리이다. 일반적으로 ① 사용자의 행위가 위법일 것, ② 그것이 합리적인 인간에게 ‘견디기 어려운’ 정도에 이를 것, ③ 그 위법행위로 근로자가 사직이라는 요건에 따라 인정된다.

하지만, 1991년 공민권법의 제102조를 제7편 위반에 대한 구제로서 손해배상을 도입함으로써 상황은 크게 변화하였다. 이 손해배상은 의도적인 차별행위의 경우에 제706조(g)에 의한 구제를 하여 주는 것이다. 차별적 효과인 경우는 여기서 말하는 의도적 차별(intentional discrimination)에 포함되지 않을 것을 명시하고, 손해배상은 인정하지 아니한다.

손해배상의 내용은 보상적 손해배상(compensatory damages) 및 징벌적 손해배상(punitive damages)으로 두 가지이다. 전자인 보상적 손해배상은 재산적 손해 및 정신적 손해 등의 비재산적 손해를 전보하는 것이지만, 임금소급지급 등 제706조(g)에 근거해 이미 가능한 구제는 포함하지 아니한다. 후자인 징벌적 손해배상은 위반자에게 적극적인 악의(malice) 또는 근로자의 권리가 심한 경시(reckless indifference)를 받은 것을 원고가 증명한 경우에만 인정한다. 또 위반자가 정부기관인 경우에는 징벌적 손해배상은 배제한다.

이러한 두 가지 손해배상의 총액수는 사용자의 규모(금년 또는 작년의 20주 이상 사용하는 근로자의 수)에 따라 원고 1명당 다음과 같은 상한선을 정하고 있다. 다만, 이미 발생한 재산적 손해에 대한 보상적 손해배상은 이 제한의 대상에서 제외된다.

- 근로자수 15명 ~ 100명 : 5만 달러
- 근로자수 101명 ~ 200명 : 10만 달러
- 근로자수 201명 ~ 500명 : 20만 달러
- 근로자수 501명 ~ 이상 : 30만 달러

이러한 손해배상을 청구할 수 있는 경우 어느 당사자도 배심절차를 청구할 수 있다. 이때 법원은 위의 손해배상액의 상한선을 배심원에게 알려주어서는 안된다. 손해배상에 대하여 배심원이 결정하더라도 임금 소급지급(back pay)은 이것과는 별도로기 때문에 법관이 스스로 결정한다.

## IV. 기타 차별금지입법

### 1. 동일임금법

#### (1) 동일임금법의 지위



1963년의 동일임금법(Equal Pay Act, EPA)<sup>15)</sup>은 임금에 관한 남녀차별을 금지한 연방법이고, 공정근로기준법의 규제체계(mechanism)를 이용하기 위하여 동법의 제6조(d)에 규정하고 있다. 다음 해인 1964년에 제7편을 제정하였다. 이는 EPA가 확립한 동일임금원칙을 ‘동등가치의 근로’로 확대적용하게 된 근거가 되었다. 제7편은 인종이나 성 등 여러 이유로 특정인을 고용 측면에서 불리한 처우를 금지하는 포괄적인 반차별법이다. 초기에 시행하려는 노력은 남녀간의 동일한 채용기회의 문제에 집중되었다. 그리고 제7편은 고용 전반에 관한 성차별을 금지하였기 때문에 임금에 관한 성차별에 대해서는 EPA와 제7편이 중복되는 결과가 되었다.<sup>16)</sup>

EPA는 오랜 기간의 현안이었던 남녀 동일임금의 원칙을 입법화한 것이다. 제7편에서 포괄적이고 첨예한 차별금지과 비교하면 아주 제한적이다. 하지만, 적용범위나 구제의 절차·내용에서 제7편에는 없는 장점이 있어 독자적인 존재 의의를 가지고 있다.

## (2) 동일근로에 대한 임금차별의 금지

EPA(제6조(d)(1))에 따르면, 사용자는 동일한 사업장 내에서 ‘동일한 기술, 노력 및 책임감(equal skill, effort, and responsibility)을 필요로 하고, 또한 비슷한 근로조건(similar working conditions) 아래에서 수행하는 직무’에 있어서 동일근로에 대하여 근로자의 성별에 따른 임금차별을 금지하고 있다. 그리고 그 구체적인 기준으로 ① ‘기술’은 자격증, 학위, 습득된 경험에 의한 능력 등으로 판단되고, ② ‘노력’은 육체적, 정신적 노력, 작업수행과 관련된 물리적 및 정신적인 긴장 등에 의하여 판단되며, ③ ‘책임감’은 각 직업에 내재한 의무의 성격,

15) 동일임금법에서 역사적으로 동일임금을 달성하기 위한 발전과정은 ‘공공부문’에서 시작되었다. 미국의 경우 제1, 2차 세계대전 시기에 전통적인 남성 직무에 여성을 배치하면서 동일임금 문제가 제기되었다. 비록 국가전시노동국(war labor board)이 어떤 법적 공표는 하지 않았지만, 그 노동국의 임금결정 원칙은 산업의 임금구조에 상당한 영향을 미쳤다. 특히, 제2차 세계대전 중 전시노동국은 동일임금의 달성을 위한 수단으로서 ‘직무평가’의 개념을 장려하였다. 하지만, 전쟁 시기를 제외하면 남녀간 동일임금 문제는 2차 세계대전 이후까지 정부의 주목을 받지 못하였다. 국가적 차원에서 논의된 첫 번째 단계에서는 실질적으로 유사한 근로를 수행하는 남녀간의 동일임금 문제에 관심이 집중되었다. 따라서, 1963년의 동일임금이 제정되어 동일근로·동일임금의 원칙을 확립하였다(김태홍/양승수, 「동일노동·동일임금에 관한 연구」, 한국여성개발원, 1993, 40-42면).

16) 제7편의 맨처음 법안은 ‘성차별’을 금지대상으로 하지 않았다. 법안 성립을 저지하려고 목표한 남부출신의 의원이 「성(性)」이라는 문언을 추가 제안한 바, 그의 의도와는 반대로 그대로 통과해 버렸고, 성차별의 금지는 아주 우연한 요인으로 결정되었다.

범위, 복잡성, ④ 사용자가 근로자에게 의존하는 정도 등에 의하여 판단된다고 규정하고 있다. 그리고 이것뿐만 아니라 동일근로를 규정하는 4가지 요인 중 하나라도 해당하지 않을 경우 동일근로로 보지 않는다고 명시하고 있다. 하지만, 그 임금격차의 예외로서 ① 선임권 제도, ② 업적급제도, ③ 생산량·질에 근거한 매출액 임금지급제도, ④ 그 밖의 성 이외의 요소에 근거하여 남녀간의 임금이 차이가 나는 경우에는 위법이 아니다.

요컨대, 동일근로(equal work)에 종사하는 남녀근로자에게 성별에 따라 동일하지 않은 임금의 지급은 위법이라고 한다. 임금(wages)의 범위는 넓게는 모든 종류의 치료나 상여금(bonus), 부가급부 등도 포함한다. 또한 노동단체가 이러한 차별을 사용자에게 행하게(또는 행하도록) 하는 것도 금지하고 있다(제6조(d)(2)). 다만, EPA는 어디까지나 동일한 사업장(establishment) 내<sup>17)</sup>라는 제한이 있고, 사업장 밖에서 남녀간 임금격차는 문제되지 않는다.

동일근로의 요건은 완전하게 동일할(identical) 필요는 없고, 실질적으로 동일(substantially equal)하면 된다. 그 기준은 남녀의 직무가 '동일한 기술, 노력 및 책임감'을 필요로 하며, '동일한 근로조건'에서 행하는 것이다. 직무의 명칭이나 분류는 결정적이지 않고, 그 내용에 따라 판단한다. 또한 기본 직무가 동일하다면 부수 직무의 내용에서 조금 차이가 있어도 문제되지 않는다. 다만, 각각의 기술·노력·책임감·근로조건에 있어서 공통성이 필요하다(기술이 부족한 부분을 육체적 노력으로 보완할 수는 없다). 또한 직무 자체의 성격이 기본적으로 다른 경우에는 동일근로가 아니다.

또 비교되는 남녀의 직무는 동시에 존재할 필요는 없고, 예를들어 현직자인 여성과 전임자인 남성 사이에서 임금 격차를 인정할 수 있다.

### (3) 동일임금

1963년 EPA는 일반적인 임금항목에 속하지 않는 보수에 대해서도 적용할 수 있다. 여기서 '임금'이란 휴가 및 휴일수당, 시간 외 근로나 위험한 근무에 대한 초과임금 등을 포함한 총액임금을 말한다. 그리고 연금, 보험 또는 퇴직금에 대한 사용자의 분담액과 같은 복리후

17) EPA의 적용대상은 동일한 지역에서 근무해야 한다는 요건이 필요하다. 즉, 동일한 회사에서 남성과 동일한 직무를 수행하더라도 사업장이 다르다면 동법이 적용되지 않는다.



생비와 근로자에게 지급되는 식사와 같은 현물급여도 임금에 포함된다.<sup>18)</sup>

대부분의 동일임금법과 관련된 소송에서는 기본급에 대하여 동일임금을 요구하였다. 법원의 요구에 의해 기본급은 교대수당, 주말근로에 대한 가산급, 능률급 체계에서 상여금, 근속기간과 연계되어 있는 기본급과 관련된 수당 등으로 구분하였다. EPA에서 비교되는 두 직무는 필수불가결하게 상당히 유사하므로 두 직무에 동일한 부가급부와 연금협약을 적용하였다.

연금도 제7편에서 다루어져 왔다. 남녀 근로자가 동일하거나 매우 유사한 직무를 수행하는 직무의 명칭이 상이한 경우가 많다. 이에 따라 직무의 명칭에 관계없이 사용자가 모든 근로자에게 동일한 병가 또는 상해계획(disability plan)을 적용하고, 동 계획 아래에서 모든 여성이 남성과 다른 처우를 받는다면, 소송은 제7편에 따라 다루어지게 된다.<sup>19)</sup> 제7편은 사용자가 성을 이유로 하여 여성을 남성보다 열악하게 처우하는 것을 금지하고 있다. 하지만, 제7편은 사용자와 관련이 있는 것에만 적용되기 때문에 주정부 계획에 따른 사회보장 제도는 제외한다.

#### (4) 사용자의 항변

원고가 동일한 사업장 내의 동일근로에 대하여 남녀 근로자에게 다른 임금이 지급된 것을 증명한 경우, 즉 사용자의 행위가 앞의 ①~④ 중 하나에 해당하는 것을 증명한다면 EPA 위반이 성립한다. 이 중에 ①~③은 ④의 예시이고, 결국 사용자는 성별 이외의 요소에 따라 임금격차를 증명하는 것이다.

성별 이외의 요소의 사례로는 보다 고위직을 위한 훈련에 그 직무를 행하고 있는 경우보다 고위직 근로자를 일시적인 필요성에서 그 직무에 맡기고 있지만 임금은 종전대로 지급하는 경우('red circle' rate라고 함), 경험·교육상 차이, 임시근로자 및 단시간제근로자(part-

18) M.A. Player, Employment Discrimination Law, West Publishing Co., 1988, 156-157면.

19) City of L.A., Dept. of Water & Power v. Manhart 사건은 로스앤젤레스 수자원공사 자체의 연금계획에서 여성근로자들은 더 많은 연금기여금을 납부하도록 정하고 있었다. 이에 여성근로자들이 이는 성별에 따른 차별이라고 다룬 사건이다. 이에 대하여 연방대법원은 퇴직한 이후에 동일한 월연금을 지급한다고 해서 사용자는 여성근로자에게 남성근로자보다 많은 월연금 분담금을 요구할 수 없다고 판결하였다.



timer)에 대한 격차 등이 있다. 다만, 어느 경우에도 실질적으로 성차별에 해당하지 않는 것이 조건이므로, 반드시 간단하지만은 않다.

### (5) EPA의 위반

EPA 위반 시 사용자는 그 시정을 위하여 근로자의 임금을 줄여서는 안된다(제6조(d)(1) 단서). 요컨대, 차별된 근로자의 임금을 인상하는 형태로 시정하도록 명시하고 있다. 이러한 임금 차액은 공정근로기준법의 최저임금 또는 시간외임금의 미지급분과 동일시되며(제6조(d)(3)), 공정근로기준법의 절차에 따라 구제된다. 다만, ① 신청·조정이라는 행정적 절차가 요구되지 않는 것, ② 법원이 임금 차액에 추가하여 이것과 동일한 금액의 부가배상금(liquidated damages)의 지급을 명령할 수 있는 것이 특징적이다. 한편 일반적인 손해배상은 인정되지 않는다.

또한 EPA에 대해서는 1978년 이래로 공정근로기준법이 규정한 노동부장관의 기능을 EEOC가 대행하고 있다. 하지만, 이것은 어디까지나 공정근로기준법의 절차이고, 제7편과 같이 EEOC가 신청을 받아서 조정하는 것은 아니다.

### (6) 제7편과의 관계

제7편의 제703조(h)에 의하면, 만일 성에 따른 임금격차가 EPA의 규정에 의해 정당화되는(is authorized) 경우에는 임금결정시 사용자가 성을 토대로 다른 임금을 지급하는 것은 제7편이 위반이 아니다(베넷트 수정조항(Bennett Amendment)). 이 베넷트 수정조항은 제7편의 포괄적 금지규정과 제7편과 EPA의 비교적 명확한 규정 사이에 발생할지도 모르는 경합에 대한 우려의 결과로, 이 문제를 해결하기 위해 위의 제703조(h)를 규정한 것이다. 하지만, 이 수정조항이 EPA와의 조정을 위하여 규정되었지만 그 해석과 관련해 대립이 생겼다. 베넷트 수정조항을 넓게 해석하는 견해는 임금에 관한 성차별은 EPA 아래에서 위법이 아닌 한 제7편 위반도 부정된다고 주장하였다. 즉, 1970년대에는 EPA에 근거한 소송을 제기할 수 없으면, 제7편 아래에서도 임금차별에 관한 소송을 제기할 수 없다고 베넷트 수정조항을 해석하였다.



## 2. 고용상 연령차별금지법

### (1) 고용상 연령차별금지법의 보호대상

1967년 「고용상 연령차별금지법」(Age Discrimination in Employment Act, ADEA)은 제7편을 모델로 제정한 연방법이다. 적용대상은 제7편과 거의 동일하다. 하지만, 근로자수의 기준을 20명 이상인 경우에만 적용하는 등의(제11조(b)) 약간의 차이가 있다.

ADEA의 중심인 제4조(a)는 고용의 모든 국면에서 연령(age)을 이유로 하는 사용자의 차별행위를 금지하고 있다. 기본적으로 제7편과 동등한(parallel) 규정이다. 하지만, EPA로 되어 위법을 해소하기 위하여 근로자의 임금삭감은 금지된다는 취지로 규정하고 있다.

ADEA의 특색은 연령차별에서 보호하는 대상을 40세 이상인 자로 제한하고 있는 점이다(제12조(a)). 예를들어 채용에서 35세 이하의 제한은 위법하지만, 25세 이상의 제한은 적법하다.

요컨대, ADEA는 추상적·일반적인 ‘연령’ 차별금지라기 보다 고령자 보호라는 성격을 포함하고 있다. 하지만, 40세 이상인 자 중에서, 예를 들어 60세 이상인 자를 우대하는 차별은 허용한다.

ADEA를 제정할 때에는 보호대상자의 연령상한이 65세였다. 하지만, 1978년 개정으로 70세로 늘어난 후 결국 1986년의 개정으로 연령상한을 철폐하였다. 따라서 현재는 강제적 정년퇴직제(mandatory retirement)는 특히 정해진 협의의 예외를 제외하고,<sup>20)</sup> 그 정년연령을 묻지 것은 위법이다.

### (2) 연령차별의 법리

ADEA에서는 직접증거에 따른 차별의사의 인정, McDonnell Douglas/Burdine rule에 따른 차별의사의 추인, 통계자료를 이용한 계통적인 차별적 취급 등 제7편과 같은 차별적 취급 법리를 적용한다. 또한 진정한 직업자격(BFOQ)의 항변도 규정하고(제4조(f)(1)), 제7편과

20) 일반 민간기업은 극히 상층부 관리직으로 연간 44,000달러 이상의 퇴직연금 수급자에 대하여 65세 정년제를 인정하고 있다(제12조(c)(1)).

공통적으로 엄격히 해석하고 있다.<sup>21)</sup> 고령자는 병이 많고, 체력·속도(speed)·유연성의 부족 등 다양한 유형(stereo type)에 따른 평가는 허용되지 않고, 각 개인의 능력과 자질에 근거해 평가하여야 한다.

다만 차별적 취급의 초점은 어디까지나 '연령'에 따른 차별의사이다. 1993년 Hazen Paper 사건<sup>22)</sup>에서는 '근무연수'에 따라 차별의사가 인정된 경우 연령과 높은 상관관계가 있더라도 즉시 ADEA 위반이 아니라고 판시하고 있다.

물론 이러한 경우에는 제7편과 같이 차별적 효과를 다룰 수가 있어 이것을 인정한 판례도 많다. 어떤 유명한 사건에서는 사용자가 비용을 줄이기 위해 일정한 급여수준 이상인 자(경험이 5년 이상인 자에 상당함)와의 계약을 파기하고, 급여가 낮은 자로 대체근로하게 한 것이 연령에 따른 차별적 효과를 이유로 한 것이라고 판단하였다.<sup>23)</sup> 이에 대하여 차별적 효과 법리를 부정하는 견해도 있다. 그 근거로 ADEA의 제4조(f)(1)이 연령 이외의 합리적 요소에 따른 차이는 위법이 아니라고 규정한 점을 지적한다. 하지만, 전술한 EPA의 규정과 비교하면 ADEA 제4조(f)(1)에서는 합리적이라고 제한하고 있기 때문에 이를 효과 법리의 '업무상의 필요성'에 결부시킬 여지도 있다. 어쨌든 간에 Hazen Paper 사건은 특히 ADEA에서의 차별적 효과법리의 옳고 그름에 대하여 판단을 유보하고 있고, 또 해결하지 못한 문제이다.

그 밖에 ADEA 제4조(f)(2)에서는 (A) 진정한 선임권 제도에 의한 경우와, (B) 진정한 급부 제도에서 연령에 따른 비용차이에 의한 차이(생명보험료의 차이 등)에 대하여 위법이 아니라는 취지로 규정하고 있다(다만, 어떠한 경우에도 강제퇴직을 요구·허용하는 것은 금지한다). 또한 1990년 법 개정 시 근로자에 대한 급부제도, 퇴직수당과 연금 사이의 조정, 조기 퇴직장려제도(명예퇴직제도) 등에 관한 규정이 추가되고, 이들의 적법한 요건을 아주 복잡하게 규정하고 있다(제4조(i)(1)).

연령에는 모두가 나이가 많거나 적거나 나이에 따라 영향을 받는다고 하는 뜻이고, 인종이나 성별과는 약간 다른 요소가 있다. 이것이 연령차별개념이 어려운 이유이다.

21) Western AirLines v. Criswell, 472 U.S. 400(1985).

22) Hazen Paper Co. v. Biggins, 113 S. Ct. 1701(1993).

23) Geller v. Markham, 635 F. 2d 1027(2d Cir. 1980).



### (3) 위반에 대한 구제

ADEA에서의 구제는 공정근로기준법에 제7편과 동일하게 한 것 같은데, 특별한 경우이다. 법제정 초에는 노동부장관이 법의 집행에 대응하고 있었다. 하지만, EPA의 경우와 마찬가지로 1987년에 EEOC에 권한을 이관하였다.

ADEA 제7조(b)가 준용하는 공정근로기준법의 규정에 따르면, ① EEOC는 차별 피해자를 위해 소송을 제기할 수도 있고, ② EEOC가 소송을 제기하지 않은 경우 차별 피해자는 스스로 소송을 제기할 수도 있다. 먼저 ①의 경우에는 피해자로부터 신청받는 것을 특히 요건이 되지 않지만, EEOC는 소송제기 전에 조정을 통하여 임의차별 시정을 시도하도록 의무화하고 있다(제7조(b) 단서). 다른 한편, ②의 경우 피해자는 주의 기관 및 EEOC에의 신청, 조정 등 제7편에 유사한 행정적 절차를 우선 밟을 것을 요구하고 있다(제7조(d)).

ADEA 위반에 대하여 법원은 공정근로기준법의 구제 이외에 법의 취지를 실현하기 위하여 적절하게 모든 보통법 또는 형평법상의 구제를 명할 수 있다(제7조(b) 단서). 이에 따라 차별행위를 금지하고, 소급임금지급과 함께 복직·채용 등 제7편 제706조(g)와 같은 구제가 주어진다. 또한, 고의로 위반한 경우 법원은 소급임금지급을 명하여야 한다. 여기서 고의(willful)란 위반할 가능성을 인식하는 것만으로는 충분하지 않고, ADEA에 의하여 금지하고 있는 것을 실제로 알고 있었을 것, 또는 이에 대하여 매우 무관심한 것을 말한다.<sup>24)</sup>

부가배상금은 공정근로기준법에 규정된 특수한 구제이지만, 보통법의 구제는 여기에 포함된 것으로 이해되고, ADEA에서의 일반적인 보상적 손해배상이나 징벌적 손해배상은 인정되지 아니한다(1991년 공민권법도 ADEA에 관한 손해배상은 도입하지 않았다).

## 3. 장애인법

### (1) 장애인법의 제정

신체적·정신적인 장애를 이유로 하는 고용차별에 대하여 1973년 「재활법」(Rehabilita-

24) Trans World Airlines v. Thurston, 469 U.S. 111(1985).

tion Act)이 연방정부와의 계약체결자에게 적극적 우대행위를 의무화하고 있다(제503조). 또한 연방의 재정지원을 받는 프로그램에서도 차별을 금지해 왔다(제504조). 재활법은 아직도 존재하고 있지만, 1990년에 일반 사용자에게도 폭넓게 적용되는 장애차별에 관한 기본법인 「장애인법」(Americans With Disabilities Act, ADA)을 제정하였다. ADA의 법 구조는 제7편을 모델로 하고, 적용범위(제101조(5)) 및 구제의 절차·내용(제107조)은 제7편과 마찬가지로이다(1991년 공민권법에 의해 상한액의 손해배상구제도가 도입되었다). 또한 장애차별의 의미는 조금씩 문언상 차이는 있지만 재활법 제504조의 법리를 이어받는(그 기준을 밑돌지 않은) 것을 의도하고 있다(제501조(1)).

## (2) 장애의 기본정의

ADA의 제102조(a)는 자격 요건을 만족시키는 ‘장애를 가진 개인’(individual with a disability)에 대하여 그 장애를 이유로 하는 모든 고용상의 차별을 금지하고 있다. 장애를 가진 개인에 대하여는 ADA 제3조(2)에 재활법 제8조(b)의 ‘결함(handicap)을 가진 개인’의 정의를 따르고 있다. 장애란 신체적인 또는 정신적인 손상으로 그 사람의 중요한 생활활동을 제약하는 것을 말한다. 장애를 가진 개인에는 이러한 손상(impairment)을 실제로 가지고 있는 자뿐만 아니라 과거에 이러한 손상의 경력을 가진 자 및 손상을 입었다고 보여지는 자도 포함한다(과거의 병력, 알콜중독·마약중독의 경력 등). 결핵 및 HIV 감염 등 전염성 질병도 신체적인 손상을 가진 장애에 해당한다.<sup>25)</sup> 다른 한편, 감기(influenza), 맹장염, 손발의 골절 등 일시적인 상병이나 일반적인 근시 및 원시와 같이 경미한 경우에는 원칙적으로 장애에 해당하지 아니한다. 또한, 일반적인 개성(personality)이나 체격, 왼손잡이 등은 의학적으로 인지된 손상이라고 할 수 없어 역시 장애에 해당하지 않는다.

ADA 제511조는 동성애(homo sexual) 및 양성애자(bisexual), 복장의 도착, 노출증 등의 성적 행동의 문제, 강박적인 도박(gamble)벽, 절도벽, 방화벽, 위법한 마약의 사용에서 생기는 정신성 증상을 특히 장애에서 제외하고 있다. 또한 실제로 위법한 마약을 사용자는 이를 이

25) School Board of Nassau County v. Arline, 480 U.S. 273(1987)는 감염자 중에 다른 자에게 위험을 미치게 하는 자가 있다고 하여, 모든 감염자를 보호대상에서 제외하는 것은 부당하다고 하여 결핵이 ‘결함’(handicap)에 포함되는 것을 긍정하고 있다.



유로 사용자 행위와의 관계에서는 장애를 가진 개인에 해당하지 않는다고 명시하고 있다(제104조(a)).

### (3) 자격요건을 가진 자

장애차별금지법에서는 장애를 가진 개인이 ‘자격 요건을 충족시킨’(qualified) 자인 것을 전제한다. 그 의미는 근로자 본인이 해당 고용상의 지위에 요구되는 기능, 경험, 교육을 가지고, 또한 합리적인 편의에 따라 또는 합리적인 편의가 없어도 그 지위의 본질적인 직무(essential functions)를 수행할 수 있다(제101조(8)). 본질적인 직무를 수행할 수 있는 한 드물게 발생하는 부수적인·주변적인 직무는 수행할 수 없더라도 관계없다.

ADA는 사용자가 가장 유능·적격인자를 선택하는 것을 인정한다. 하지만, ADA는 본인이 본질적인 직무를 수행할 수 있는 한 장애의 존재가 불리하게 기능하는 것을 금지한다.

### (4) 장애차별의 내용

ADA 제103조(b)는 제103조(a)가 금지하는 ‘차별’에 대하여 ① 장애를 가진 개인의 제한·격리·분류, ② 고용알선기관·조합·보험회사 등과의 차별적인 계약의 체결 등 7가지 유형의 행위를 포함할 것을 규정하고 있다. 그 중에는 고용상의 기준이나 시험에 관한 차별적 효과 법리가 구성되어 있다. 또한 가족 및 친구 등 본인 이외의 관계자의 장애를 이유로 하는 차별도 열거하고 있다.

가장 특징적인 것은 합리적인 편의(reasonable accommodation)의 거부이다. 이에 근거해 사용자는 장애를 가진 개인의 과거의 신체적·정신적 제약에 대하여 근로자 본인이 ‘그 밖의 점에서 자격요건을 충족시키고’(otherwise qualified) 있는 한 합리적인 편의를 도모하는 것이 요구된다. 이러한 경우 합리적인 편의에 따라 그 지위의 본질적인 직무를 수행할 수 있고, 이를 거부하는 것은 결국 장애로 인하여 기회를 주지 않은 것과 마찬가지이기 때문이다. 다만, 이것이 사업운영에 매우 곤란함(undue hardship)을 초래하는 것을 사용자가 증명한 경우에도 위법이 아니다.

합리적인 편의는 기존 시설의 개선 외에 직무·인원배치·근로시간표의 재편, 기기의 입

수·개량, 시험이나 훈련의 재검토 등을 포함한다(제101조(9)). 다른 한편 ‘매우 곤란함’은 해당 시설 및 사용자 전체의 규모 및 재정상황 등에 비추어 매우 중대한 곤란·비용(significant difficulty or expense)을 초래하는 것을 말한다(제101조(10)). 이러한 문언은 제7편의 종교차별에서도 사용하고 있지만 전혀 다른 개념이고, ADA 측은 매우 엄격하다.

### (5) 건강진단·조사의 규제

ADA 제103조(c)는 제102조(a)에 의한 차별금지인 건강진단·조사(medical examinations and inquiries)도 차별의 한 유형으로 한 위에서 다음과 같은 규제를 규정하고 있다. ① 채용의 선택 시 장애의 유무 및 정도의 진단·조사는 금지되고, 직무에 관련된 수행 능력만을 조사할 수 있다. ② 채용을 결정한 후 취업하기 전에 건강진단은 장애의 유무를 막론하고 모든 취업자에게 요구할 수 있다. 다만, 정보비밀의 준수 등의 조건에서 허용된다(이에 따라 장애가 발견되어도 ‘자격요건을 충족시킨’ 것이 인정되는 한 채용을 취소할 수는 없다). ③ 채용된 근로자는 건강진단이 직무의 관련성 및 업무상 필요성의 요건을 충족시키지 않는 한 장애의 유무 및 정도의 조사를 의무화할 수 없다(직장에서 건강관리를 위한 임의적인 건강진단은 정보의 비밀유지를 조건으로 인정된다). 이러한 요건들이 충족되지 못한 건강진단은 그 실시 자체가 장애차별이다.

### (6) 금지되지 않은 행위

ADA는 차별의 주장에 대한 항변이나 차별에 해당하지 아니하는 행위도 규정하고 있다.

우선, 자격요건이나 기준에 따른 차별적 효과의 주장에 대하여 이것이 직무관련성과 업무상의 필요성을 충족시키고, 또한 합리적인 편의에 의해서도 그 이행을 할 수 없음을 증명하면 위법한 차별이 아니다(제103조(a)). 이 경우 자격요건의 내용으로 해당 개인이 다른 근로자의 건강 및 안전에 직접적인 위협(direct threat)을 주지 않도록 요구할 수 있다(제103조(b)). 또한 종교단체의 활동(제103조(c))과 식품을 취급하는 업무에 있어 전염성의 질병(제103조(d))에 관한 특별한 규정도 두고 있다. 마약 및 알콜(alcohol)에 대하여도 직장에서의 사용금지 및 중독자에 대한 다른 근로자와 같은 업무수행 수준의 요구 등을 허용하고(제104조(c)), 마



약사용의 검사가 건강진단에 포함·금지하지 않을 것(제104조(d)) 등을 규정하고 있다.

또한, 진정한 건강보험 등의 급부제도에서 위험(risk) 계산에 근거한 보험료 및 급부의 차이는 적법하다(제501조(c)). 하지만, 이에 문서로 사용자의 장애차별은 허용하지 않고, 장애를 가진 개인에 대하여 건강보험의 적용대상 제외 및 보험료의 증가 등을 이유로 채용을 거부하면 위법이다.

#### 4. 유전자정보 차별금지법

고용차별에 관한 새로운 연방법으로서 2008년에 「유전자정보 차별금지법」(Genetic Information Nondiscrimination Act, GINA)이 제정되었다(2009년 11월 21일 시행). 유전자연구의 급속한 발전으로 여러 가지 질병과의 관계가 해명되어 치료가능성이 높아지고, 이것과 아울러 차별의 위험도 크게 되었던 것이 배경이다. GINA는 제1편에서 건강보험에서 차별금지, 제2편에서 고용차별의 금지를 각각 규정하고 있다. 제2편의 적용대상(제201조(2))이나 법 시행의 구조(제207조(a))는 역시 제7편과 동일한 모습이다.

GINA에 의하여 사용자는, 첫째로 유전자 정보를 이유로 하는 고용차별(채용거부와 해고를 비롯한 모든 고용상의 차별, 피용자에게 불리한 영향을 미칠 수 있는 분리·강격·제한)을 금지한다(제202조(a)). 기본적으로 제7편의 차별금지에 따른 규정이지만, GINA에서는 차별적 효과법리는 명문으로 배제하고(제208조(a)), 법 제정을 한지 6년 후에 위원회를 설치해 그 가부를 검토하는 것으로 하고 있다(제208조(b)).

둘째로, 사용자는 일정한 경우를 제외하고, 피용자 또는 그 가족의 유전자정보를 입수(요청, 요구 또는 구입)하는 것 자체를 금지시키고 있다(제202조(b)). 이것에 대해서는 의도하지 않거나 우연하게 입수되어진 경우 및 일반적으로 판매되고 있는 출판물을 구입한 경우 등 6가지 예외를 규정하고 있고, 이 요건에 해당하면 위법은 아니다.

위와 같이 ‘피용자’는 구직자도 포함한다(제201조(2)(A)). 유전자정보는 본인의 유전자테스트, 가족의 유전자테스트 및 가족의 병환 및 질병의 발현(병력)을 의미하지만, 성별 및 연령의 정보는 포함하지 않는다(제101조(4)). 가족에게는 배우자 및 자, 부모 등의 바깥, 4촌까지 근친자가 포함되어 있다(제201조(3)).



## V. 미국 사례의 시사점

이상과 같이 미국의 고용계약은 기본적으로 각 주의 판례법인 보통법으로 규율한다. 이에 대하여 연방이나 주의 제정법이 각각 규제를 추가하는 구조이다. 이러한 미국법의 특징은 입법적인 규제가 적다는 것이다. 하지만, 최근에는 상황이 크게 변화한 물결 중에서 미국의 고용차별금지법의 발전을 들 수가 있다. 이러한 법제는 우리 현실에 적합한 고용차별의 내용과 그 구제제도에 시사점이 있다고 보여진다.

우선 1963년의 「동일임금법」이 남녀동일임금의 원칙을 규정하는데 이어서 1964년 「공민권법」 제7편을 제정하여, 이 분야의 기본법이 되었다. 제7편은 채용에서 해고까지 고용의 모든 국면을 포함하고 있기 때문에 미국 사회의 암인 인종차별을 철폐하기 위해서 인종 및 피부색에 따른 차별을 금지할 뿐만 아니라, 성·종교·출신국에 따른 차별도 금지한다. 차별 금지가 상대적인 형태이지만 개개의 근로자에게 차별하지 않은 권리를 부여하고서 그 실현을 위한 구제절차를 갖춘 점에서 개별적 노동법을 크게 진전시켰다. 그 후 1967년에는 「고용상 연령차별금지법」을 제정하여 연령에 따른 차별을 위법이라고 하였다. 그리고 1990년에는 「장애인법」을 통하여 새로이 장애를 이유로 하는 차별을 금지하였다.<sup>26)</sup> 나아가 2008년에는 「유전자정보차별금지법」도 제정하였다.

EEOC의 역할과 기능에 대하여 미국의 EEOC는 준사법적 기능이 없으므로 차별금지법에 위반한 차별행위 구제절차는 궁극적으로 사법절차에 따른다. EEOC가 제소하지 않으면, 피해자는 사용자를 상대로 연방법원에 민사소송을 통한 사법적 구제절차에 따르게 된다. 사법적 구제방식은 신청인에게 상당량의 금전적 배상이 이루어지지만, 소송으로 인한 시간과 비용적 부담이 크다. 고용차별에 대한 합리적이고 객관적인 비교법적 작업으로 미국 EEOC를 살펴본 결과 미국에서는 사법적 구제방식의 대안으로 조정이 광범위하게 사용되고, 그 기능과 역할이 점차 확대되는 추세를 알 수 있다. 그리고, EEOC의 역할과 기능

26) 그밖에도 1978년에는 제7편에 「임신차별금지법」(Pregnancy Discrimination Act)의 규정이 추가되었다. 또한 1980년대에는 성적 성가심(sexual harassment, 일명 '성희롱')의 범리가 발전하여 금지되는 성차별의 범위 확대를 가져왔다. 또한 1991년 공민권법은 이들의 고용차별금지 입법을 강화하기 위하여 차별범리(연방대법원의 소극적인 판결의 부정)와 구제(손해배상 구제의 도입)의 양면에서 개정한 것이다. 그리고 위와 같은 연방법과 함께 주법에서도 고용차별금지의 입법이 발전하고 있다. 그 내용은 여러 가지이다. 하지만, 혼인상의 지위, 키·체중, 범죄경력 등 연방법의 대상에서 제외되는 사유에 관한 차별을 금지하는 경우도 적지 않다.



을 통하여 노동위원회 및 근로감독관 등 복수의 차별시정제도를 통하여 다양한 접근성의 보장 관점에서 피해당사자가 보다 우호적이고 접근 가능한 기관을 선택할 수 있다는 장점도 도출할 수 있을 것이다. 결국 우리나라와 미국의 법기능의 차이라는 논의로 확대될 수는 문제이지만, 현행 우리 노동법 체제가 기대와 신뢰를 법원에 하고 있는 것을 전망할 수가 있다.

이 승 길

(아주대학교 법학전문대학원 교수)

참고문헌

구미영, “동아시아 국가의 고용차별금지법 비교-한국, 일본, 대만을 중심으로-”, 노동법학 제42호, 한국노동법학회, 2012.

김소영, “우리나라/미국/캐나다의 노동법제 비교연구”, 노동부용역과제, 2007.

심재진, “평등과 노동권에 근거한 (영미)고용차별법의 가치론적 이해”, 노동법연구 제26호, 서울대노동법연구회, 2009.

박선영, “고용상 차별관련 정책의 효율성 제고방안”, 노동부용역과제, 2008.

법무부, 「각국의 차별금지법」(제2권), 2008.

송강직, “미국의 동일노동법”, 노동법학 제33호, 한국노동법학회, 2010.3.

송강직, “미국 연령차별제도”, 노동법논총 제15집, 한국비교노동법학회, 2009.4.

이동우, “장애인차별금지법 제정을 위한 사회적 토대 미국장애인법(ADA)과 관련하여”, 장애와 고용 제59호, 한국장애인 고용공단, 2007.4.

이승길, 「미국의 노동법제」, 한국경영자총협회, 2005.

이승길/주상철, “고용차별금지 및 차별시정제도의 법적 쟁점에 관한 소고”, 중소기업과 법, 아주대법학연구소, 2014.2.

한국여성개발원, 동일노동 동일임금에 관한 연구, 93 연구보고서 200-10.

한국여성개발원, 성차별 고용분쟁의 처리제도에 관한 연구, 93 연구보고서 200-1.

小石原尉郎, 「障害差別禁止の法理論」(信山社, 1994).

中窪裕也, 「アメリカにおける労働法」, 弘文堂, 2010.

M. Zimmer, C. Sullivan & R. Richards, Cases and Materials on Employment Discrimination (Little Brown & Co, 2nd ed. 1988).

M. Player, Federal Law of Employment Discrimination in a Nutshell(West, 3rd ed. 1992).