

여성고용에 있어서 간접차별의 개념과 판단기준

The Concept and the Initial Standards of indirect discrimination in Gender Employment

김 여 선* · 김 수 진**
Kim, Yeou-Sun · Kim, Su-Jin

목 차

- I. 서론
- II. 간접차별의 개념
- III. 외국의 간접차별 판단기준
- IV. 우리나라의 간접차별 판단기준
- V. 결론

국문초록

우리나라는 '남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(‘남녀고용평등법’)' 제2조의 2 제1항과 '남녀차별금지 및 구제에 관한 법률' 제2조 제1호에서 간접차별의 성립요건을 규정하는 방식을 통하여 간접차별에 대하여 규제하고 있다. 이러한 규정으로 인하여 '간접차별'이 제도화되었다고 평가할 수 있다고 하기도 하지만, 현재 간접차별제도의 고용차별의 폐지 내지 예방에 대하여 실효성 있게 기능하고 있다고 평가하기는 어렵다. 법원도 기존의 간접차별과 관련한 사건에서 추상적으로 규정되어 있는 국내법의 제 규정들에 대하

논문접수일 : 2011.09.27

심사완료일 : 2011.10.26

게재확정일 : 2011.10.28

* 제주대학교 대학원 박사과정 수료

** 제주대학교 법학전문대학원 법학전문석사과정

여 세부적인 판단기준을 가지고 있지 못하여 간접차별 여부가 문제된 사안에서 소극적인 태도를 취하고 있다.

미국이나 유럽의 여러 국가는 간접차별의 개념과 적용원칙을 판례를 통하여 발전시켜 왔다. 구체적인 사례 속에서 간접차별의 개념과 유형, 판단기준이 구체화되는 과정을 거친 것이다. 외관상으로 특정 성에 대한 언급이 없거나 성별을 구별하지 않는 우회적인 방법으로 중립적이기 보다는 형태로 가해지는 간접차별이 이루어지고 있지만 개념과 기준에 대해서 이해하고 있지 못한 상태에서 차별취급을 받으면서도 이를 인지하고 개선하는 것은 쉽지 않다. 간접차별은 근본적으로 평등에 대한 이해를 전제로 한다. 평등의 문제는 계속 새롭게 고민하여야 하는, 끊임없이 새롭게 형성해나가야 하는 문제이다. 또한 간접차별에 대한 이해는 근본적으로 평등에 대한 이해를 전제로 하는 것이다. 구체적인 문제에 있어서 어떤 사안을 과연 평등한 것으로 취급할 것인가에 관하여 보편적인 기준이 존재하는 것은 아니기 때문에 결국은 개별적·구체적으로 찾아나갈 수밖에 없다고 하겠다.

본고에서는 이와 같은 상황을 감안하여, 우리보다 앞서 간접차별의 법리를 발전시켜온 미국과 유럽의 입법례와 판례를 살펴봄으로써 시사점을 얻고, 이를 통하여 우리나라의 고용에 있어서 간접차별의 판단기준의 법리를 형성하는데 일조하고자 한다.

주제어 : 간접차별, 판단기준, 남녀고용평등법, 성차별, 입증책임, 직접차별

1. 서론

현대산업사회에서의 모든 사람이 차별을 받지 아니하고 동등한 고용기회와 대우를 향유하도록 하는 것은 UN과 ILO와 같은 국제기구와 각국의 인권보장을 위한 입법이나 활동의 핵심적인 내용이 되고 있는 바, 그 중에서도 특히 성을 이유로 한 차별의 철폐를 통한 남녀고용평등의 실현은 최우선적 과제가 되고 있다. 그것은 성차별은 차별의 대상자가 인구의 절반을 차지하고 있어

차별의 영향범위가 어떤 차별보다 크고 오랜 세월 차별대상자에 대한 편견을 기초로 사회구조적으로 이루어져 왔기 때문이다. 이러한 문제를 효과적으로 시정하기 위하여 직접적이고 의도적인 성차별뿐만 아니라 간접적이고 비의도적인 성차별도 규제하고 기회의 평등뿐만 아니라 결과의 평등도 지향하며 주로 남성으로 구성된 법관이나 법학자, 관계공무원, 사용자 등의 편견과 자의적 판단을 방지하기 위하여 성차별의 개념과 판단기준을 구체화하는 것은 뚜렷하고도 보편적인 국제적 입법동향이라고 할 수 있다.¹⁾

우리나라의 경우에도 고용상 성차별을 명시적으로 금지하는 법률이 많고, 고용상의 성차별을 금지한 여러 국제협약을 비준하기도 하였지만, 고용상의 성차별이나 이에 관한 판단기준에 관한 관심이 낮아 논의가 활발히 이루어지지 않고 있는 실정이다. 또한 법원은 노사 간의 성차별 여부를 둘러싸고 분쟁이 발생하여 제기된 소송에서 일관성이 없이 추상적인 논리로 판단하는 경우가 많았으며,²⁾ IMF이후 여성들이 구조조정 1순위가 되거나 비정규직으로 내몰리는 상황에서 법원은 원고들이 주장하는 성차별적 부당해고에 관한 판단을 회피하여, 많은 비판을 받기도 하였다.³⁾

현재 고용차별의 금지 내지 차별에 대한 구제는 가해자에 대한 처벌의 관점에서나 피해자에 대한 구제의 관점에서나 실효성 있게 기능하고 있지 못하다. 성을 이유로 한 고용차별의 실효성 있는 규제를 위한 연구가 다양한 방안이 제시되고 있지만,⁴⁾ 아직 다양한 차별의 개념과 판단기준을 정립한 지침은 마련되지 못하고 있다.

1) 김엘림, "고용상의 성차별의 개념과 판단기준", 「노동법학」 제15호, 2002.12. 1면.
 2) 대법원 1988.12.27.선고 85다카657판결; 대법원 1996.8.23.선고 94누133589 참조.
 3) 조순경, "합법을 가장한 위법의 논리: 농협의 사내부부 우선해고와 의도적 차별", 「노동과 페미니즘」, 이화여자대학교출판부, 2000, 138-170면; 김엘림, "부부사원중 여성의 절대다수가 명예퇴직한 사건에서의 성차별여부", 「월간 노동법률」, (주)중앙경제, 2002.7. 21-25면; 조순경, "차이의 신화와 차별의 현실", 「한국인권의 현황과 과제(학술회의발표자료)」, 한국인권재단, 2002.2. 20-24면.
 4) 김엘림, "여성의 근로권구제제도의 문제점과 개선방안", 「여성노동법률지원센터자료집」, 2002; 노동부, 「직장내 성차별 관련 권리구제절차의 문제점 및 개선방안에 관한 연구」, 2002. 오정진, 「여성노동현안에 관한 국내외 판례의 동향과 과제(연구보고서)」, 한국여성개발원, 2003; 이승욱, "여성고용에서의 간접차별에 대한 실효적 규제를 위한 법적 규율", 「노동법학」 제17호, 한국노동법학회, 2003.12. 등 다수.

특히 '간접차별'에 관해서는 더더욱 그러하다. 우리나라의 경우 '남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 '남녀고용평등법'이라 한다)' 제2조의 2 제1항과 '남녀차별금지 및 구제에 관한 법률' 제2조 제1호에서 간접차별의 성립요건을 규정하는 방식을 통하여 간접차별에 대하여 규제하고 있다. 이러한 규정으로 인하여 '간접차별'이 제도화되었다고 평가할 수 있다고 하기도 하지만, 현재 간접차별제도의 고용차별의 폐지 내지 예방에 대하여 실효성 있게 기능하고 있다고 평가하기는 어렵다.⁵⁾ 법원도 기존의 간접차별과 관련한 사건에서 추상적으로 규정되어 있는 국내법의 제 규정들에 대하여 세부적인 판단기준을 가지고 있지 못하여 간접차별 여부가 문제된 사안에서 소극적인 태도를 취하고 있다.

외국의 경우 간접차별의 개념과 적용원칙을 판례를 통해 발전시켜 왔다. 구체적인 사례 속에서 간접차별의 개념과 유형, 판단기준이 구체화되는 과정을 거친 것이다. 외관상으로 특정한 성에 대한 언급이 없거나 성별을 구별하지 않는 우회적인 방법으로 중립적이기 보다는 형태로 가해지는 간접차별이 이루어지고 있지만 개념과 기준에 대해서 이해하고 있지 못한 상태에서 차별취급을 받으면서도 이를 인지하고 개선하는 것은 쉽지 않다. 간접차별은 근본적으로 평등에 대한 이해를 전제로 한다. 평등의 문제는 계속 새롭게 고민하여야 하는, 끊임없이 새롭게 형성해나가야 하는 문제이다. 또한 간접차별에 대한 이해는 근본적으로 평등에 대한 이해를 전제로 하는 것이다. 구체적인 문제에 있어서 어떤 사안을 과연 평등한 것으로 취급할 것인가에 관하여 일의적인 기준이 존재하는 것은 아니기 때문에 결국은 개별적·구체적으로 찾아나갈 수밖에 없다고 하겠다.

본고에서는 이와 같은 상황을 감안하여, 우리보다 앞서 간접차별의 법리를 발전시켜온 미국과 유럽의 입법례와 판례를 살펴봄으로써 시사점을 얻고, 이를 통하여 우리나라의 고용에 있어서 간접차별의 판단기준의 법리를 형성하는데 일조하고자 한다.

5) 이승욱, 상계논문, 31면.

II. 간접차별의 개념

1. 간접차별 개념의 도입배경

간접차별의 개념은 직접적이고 의도적인 차별에 대한 법적 제재가 가해지면서 차별의 형태가 점차 비가시적이고 간접적인 차별로 변화됨에 따라 직접차별에 대한 규제만으로는 평등의 실현이 어렵고 사회적 소수자에 대한 편견, 통념, 그리고 관습 등의 변화를 가져올 수 없다는 인식에 따라 도입되었다.⁶⁾

간접차별 개념은 역사적으로 그리고 현실적으로 여성이 남성과 다른 방식의 삶과 노동을 경험해왔으며 오랜 성차별의 역사 속에서 형성된 고용상의 관행과 기준들이 남성의 경험과 이해를 반영하는 방식으로 형성되었다는 인식 아래에서 생성된 것이다. 그러므로 간접차별 개념은 고용상의 기준이 남성과 여성에게 동일하게 적용된다하더라도 결과적으로 여성과 남성 사이에서 불균형을 이룰 수 있으며 이러한 결과적 불균형은 고용상의 제도나 관행이 남성의 삶의 조건을 기준으로 하고 있기 때문에 빚어지는 것임을 드러냄으로써 사회의 성차별적 구조에 대해 문제제기를 할 수 있도록 하여준다. 결국 간접차별은 사회통념 자체에 대해 정면으로 제도적으로 도전하는 것이라고도 할 수 있다. 간접차별은 차별에 대한 규율을 개인적인 차원에서 구제에 한정하는 것이 아니라 중립적으로 보이는 기준 내지 사회통념 자체의 차별적 효과를 제재하도록 규정함으로써 궁극적으로 차별적인 사회적 구조 내지 의식 체계를 근본적으로 개선하고자 하는 것이다. 미국에서 간접차별을 'systemic disparate impact'라고 부르는 것도 이런 측면에서 이해할 수 있을 것이다.⁷⁾

2. 간접차별의 개념

6) 김엘림, 전제 "고용상의 성차별의 개념과 판단기준", 14면.

7) 이주희, "간접차별의 개념과 판단기준-외국의 주요입법례와 사례를 중심으로-", 「청주법학」 제32권 제2호, 청주대학교 법학연구소, 2010.11, 178면.

간접차별의 법리는 1971년 미국의 Griggs v. Duke Power Co. 판결⁸⁾에 의하여 처음으로 법제도로 편입되었다. 유럽에서도 유럽사법재판소가 1981년 3월에 간접차별 법리를 처음으로 도입한 이후, 지속적으로 그 법리를 확대하고 있으며, 유럽차원의 '채용·직업훈련 및 승진, 근로조건에 관한 남녀의 평등대우원칙의 이행에 관한 1976년 2월 9일의 지침을 변경하는 지침'이 2002년 10월에 제정되어 명시적으로 간접차별에 관한 규정을 두고 있다. 이 지침 제2조 제2항에 의하면, "간접차별이라 함은 외견상 중립적인 규정, 기준, 또는 관행으로 인하여 특정한 성에 속한 자에 대해 다른 성에 속한 자에 비하여 일정한 불이익을 초래하는 것을 말한다. 다만 그 규정, 기준, 또는 관행이 정당한 목적에 의해 객관적으로 정당화되고 그 목적달성을 위한 수단이 적절하고 필요한 경우에는 그러하지 아니하다"고 하고 있다. 영국에서는 1975년 성차별금지법에 의하여 간접차별을 명문화하고 있다. 독일의 경우 Weber von Hartz v. Bilka사건에 기대어 연방노동법원이 최초로 간접차별을 인정하였고, 남녀균등처우를 위한 법률 제4조 제7항에서 명시적으로 간접차별금지를 규정하였다.

우리나라에서는 1989년 법개정에 의하여 남녀고용평등법 제2조에서, "차별이란 사업주가 근로자에게 성별, 혼인, 가족상의 지위, 임신 또는 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 다르게 하거나 그 밖의 불리한 조치를 하는 것"이라고 정의하였다. 그 후 1999년 개정법 제2조의2에서 "이 경우 사업주가 채용조건이나 근로조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족할 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그에 따라 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 조건이 정당한 것임을 증명할 수 없는 경우를 포함한다"라는 문구를 추가함으로써 간접차별제도가 처음으로 우리 법제도에 채용하게 되었다.

그런데 이러한 간접차별의 정의가 모호하고 그 구체적인 판단기준도 없어 실제 적용에 있어서 어려움이 있다는 지적에 따라, 2001년 개정에 의하여 그

8) 이 판결에서 "법은 명백한 차별만이 아니라 형식적으로는 공정하지만 차별적으로 기능하는 관행도 금지하고 있다. 기준은 사업상 필요성이다. 흑인을 배제하도록 기능하는 고용관행에 대하여 직무수행과 관련되었다는 것을 증명할 수 없다면 당해 관행은 금지된다"고 판시하였다(401 U.S. 424, 1971).

개념과 요건을 조금 더 명확히 하여 현행법과 같은 내용으로 되었다.⁹⁾

3. 직접차별과 간접차별의 차이

우리 남녀고용평등법 제2조 제1항 제1문은 직접차별을 규정하고 있고, 제2문은 간접차별을 규정하고 있다고 할 수 있는데, 직접차별과 간접차별은 다음과 같은 점에서 차이가 있다. 첫째, 직접차별이 차별로 이어지는 조건을 “달리”하는 반면, 간접차별은 그 조건이 “동일”하다는 것이다. 따라서 직접차별은 상대적으로 인식하기 쉬운 반면, 간접차별은 인식하기 쉽지 않다. 적용되는 조건이 동일하기 때문에 차별의 입증을 위해서 통계적 입증방법이 유용한 경우가 많다. 둘째, 직접차별은 비교에 의한 조건이나 취급의 차이에 대해 “합리적인 이유”가 있으면 차별로 인정되지 않으나, 간접차별은 조건이 남녀에게 동일하게 적용되기 때문에 “합리적 이유”인지 여부를 물을 필요가 없고 다만 기준 자체가 “정당”한 것인지 여부만 문제된다. 셋째, 직접차별은 사용자의 차별의사를 전제로 하는 반면, 간접차별은 사용자의 차별의사를 필요로 하지 않는다. 간접차별은 동일한 기준이 특정 성에 미치는 “결과”에 주목하고 있기 때문에 사용자의 주관적 의사는 전제되지 않는다.¹⁰⁾ 넷째, 직접차별은 개인 또는 집단을 대상으로 행해질 수 있지만, 간접차별은 항상 집단을 대상으로 이루어진다. 간접차별에서 동일한 기준을 적용할 때 특정 성이 다른 성보다 현저하게 작은지 여부에 대한 판단은 집단적 비교를 전제로 하지 않으면 불가능하다. 뿐만 아니라 그 효과도 개인에게 미치는 것이 아니라 집단에 대해 미친다.¹¹⁾

9) 이승길, 「여성과 노동법」, 한국경영자총협회, 2003, 34면. 남녀고용평등법 제2조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다. “이 법에서 ‘차별’이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그밖의 불이익한 조치를 취하는 경우를 말한다. 사업주가 채용 또는 근로의 조건을 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고, 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 있는 경우에도 이를 차별로 본다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우는 차별로 보지 아니한다. 1. 직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우. 2. 근로여성의 임신, 출산, 수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우. 3. 현존하는 차별을 해소하기 위해서 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치를 취하는 경우.”

10) 오정진, 전계 연구보고서, 140면.

4. 판단기준 확립의 필요성

직접차별과 간접차별의 이러한 차이는 간접차별의 의의를 시사하고 있다. 직접차별은 다른 성과의 비교를 개념적으로 전제로 하는데, “합리적인 이유”가 있는 차이는 법에서 금지되지 않는다. “합리적인 이유”가 있는지 여부에 관한 판단기준 내지 비교할 때의 기준은 사회통념상 합리성에 의해 판단된다.¹²⁾ 그러나 사회통념이라는 개념 자체가 기존의 질서를 반영할 수밖에 없다. 간접차별은 어떤 기준이 현실적으로 미치는 영향 내지 결과를 주목한다. 그 기준이 성중립적인 외양을 띠고 있더라도, 나아가 사회통념에 의해 뒷받침이 되고 있더라도, 결과에 있어서 특정 성에게 불리한지 여부를 판단하는 것이다. 따라서 사용자가 전혀 차별의사가 없이 관행적으로 사회통념에 따른 기준을 적용하여 왔다고 하더라도, 남녀고용평등법에서 금지하는 차별이 될 수 있는 것이다. 이런 측면에서 볼 때 간접차별은 사회통념 그 자체에 대해 정면에서 제도적으로 도전하는 것이다.¹³⁾ 따라서 간접차별은 차별에 대한 사정을 개인적인 구체차원에서 그치게 하는 것이 아니라, 중립적 기준 내지 사회통념 그 자체의 차별적 효과를 시정하도록 함으로써, 전체 체계를 변화시키는 것이다. 그 결과 간접차별에 대한 구제는 그로 인해 불이익을 받은 개인, 즉 원고에 대해서만이 아니라 속한 집단 전체에 대하여 미친다.¹⁴⁾

간접차별 개념은 역사적으로 그리고 현실적으로 여성이 남성과 다른 방식의 삶과 노동의 경험을 하고 있으며, 오랜 성차별이 역사 속에서 형성된 고용상의 수많은 관행이나 기준들이 남성의 경험과 이해를 반영하는 방식으로 형성되었다는 인식에 기초하여 제기된 것이다. 따라서 간접차별개념은 고용상의 기준이 남성과 여성에게 동일하게 적용된다고 하더라도 결과적으로 여성과 남성 사이에 불균형을 보일 수 있으며, 이러한 결과적 불균형은 고용상의 제도나 관행이 남성의 삶의 조건을 기준으로 하고 있기 때문에 빚어진 것임을

11) 직접차별과 간접차별의 차이에 대하여 자세히는, 이승욱, 전계논문, 34-36면 참조.

12) 대법원 1996.8.23. 선고 94누13589 판결 참조.

13) 淺倉むつ子, “間接性差別をめぐる法的課題”, 『労働法旬報』第1489・1490號, 労働法旬報社, 2000.10. 10面.

14) 이승욱, 전계논문, 37면.

드러내어 사회의 성차별적 구조, 즉 구조적 성차별에 대하여 문제제기할 수 있게 해준다. 간접차별 개념이 갖는 이러한 장점이 우리 사회에서도 발휘되기 위해서는 무엇이 간접차별로 규정될 수 있을지, 무엇을 판단기준으로 할 것인지에 대한 사회적 합의와 동의가 이루어져야 한다.¹⁵⁾

간접차별의 법리는 노동시장에 대한 기회의 평등을 지향하는 것이라 할 수 있다. 또한 간접차별의 주된 목적은 과거의 차별에 대한 구제 내지 청구권을 창출하는데 있는 것이 아니라 미래를 향한 양성의 동등한 출발점을 제공하는 데 있다고 할 수 있다. 그리고 간접차별의 의의 중 가장 실천적인 의의는 비정규직 근로자 문제에 대한 효과적인 대책이 될 수 있다는 점을 들 수 있다.¹⁶⁾ 그러므로 간접차별의 정당성 판단기준을 확립하는 것은 무엇보다 중요하다 할 수 있을 것이다.

III. 외국의 간접차별 판단기준

1. 미국의 경우

가. 판례를 통해 추출된 간접차별 개념

미국의 경우 간접차별이 직접차별과 구별되어 차별의 유형으로서 차별판단에 있어서 하나의 확고한 차별개념으로 자리 잡고 있으며 다양한 사법적 해석과 판례가 존재한다. 미국의 법원을 통해 형성된 판례 및 차별금지법제는 영국, 호주, 캐나다, 네덜란드, 스웨덴 등 세계 각국의 차별금지법안 마련에 있어서 이론적 기초를 제공하였고 제도를 마련하는데 있어서도 반드시 참고할 만한 모델로서의 역할을 하여왔다. 미국에 있어서의 간접차별법리는 1971년 역사적인 연방대법원의 Griggs v. Duke Power Co. 판결에 의해 처음으로 법제도에 편입되었다.¹⁷⁾

15) 한승희, "간접차별이란 무엇인가", 「여성과 사회」 제12권, 한국여성연구회, 2001, 21면.

16) 이승욱, 전계논문, 38면.

나. 판례를 통해 형성된 간접차별 판단기준

(1) 차별의도의 유무와 관련 없이 차별적 효과가 발생할 것

Griggs사건에서 연방대법원은 민권법 제7편은 고용관행의 결과를 증시한다고 하면서 중립적 기준의 적용에 따른 차별적 효과(discriminatory impact)의 발생은 민권법 제7편 상의 소송 사건에 있어서 증거로 인정하기에 충분하다고 판시하였다. Wards Cove사건¹⁸⁾에서도 Griggs사건에서 수립된 “단지 선의의 의도가 있었다던가 차별하려는 의도가 없었다는 사실이 곧바로 특정집단에게 뿌리깊은 차별(built-in head winds)로 작용하는 고용절차나 관행, 기준, 테스트 등을 정당화하지 않는다”는 원칙을 재확인하였다.¹⁹⁾

(2) 차별적 효과의 입증

(가) 통계적 방법을 통한 차별의 입증

고용상의 성차별을 판단하는 데 있어서 이러한 통계적 방법을 사용할 경우 전체 인구의 성비와 표본 인구 사이에 나타나는 현저한 차이가 드러난다면 이러한 고용과정이 왜곡되었다는 것, 다시 말하면 고용과정에서 성적 편견이나 차별이 개입되었다는 것으로 해석될 수 있다. 여기서 어떤 집단 혹은 어떤 상황에 있는 사람이 다른 집단 또는 다른 상황에 있는 사람에 비해 현저히 높은 비율로 어떤 기준이나 조건을 충족시킬 수 없을 때 간접차별로 판단될 수 있으므로 문제는 비교되는 두 집단을 어떻게 정할 것인가이다.

17) Duke Power Co.의 종업원인 흑인남성 13명에 의해 제기된 집단소송이다. 채용·배치전환의 조건으로 고교졸업이상의 학력과 일반적인 지능, 이해력 테스트에 대한 합격을 요구한 것이 문제된 간접차별사건이다. 당시에는 흑인 중에 고교 졸업자가 많지 않았기 때문에 학력과 지능 및 이해력 테스트의 합격은 매우 높은 장벽이었다. 이 사건에 대해 연방 하급심 법원은 사용자에게 차별의도가 없었다고 판단하였다. 그러나 연방대법원은 어떤 고용관행이 특정 집단에 속하는 사람들을 결과적으로 현저하게 배제할 경우 그 고용관행이 직무상의 필요성으로 정당화 되지 아니하는 한 위법하다고 판단하여야 하며 차별의 의도는 문제되지 않는다고 하는 상이한 판단을 하였다. 이러한 연방대법원의 판단은 차별적 효과의 법리가 등장하게 된 계기가 되었다(이주희, 전제논문, 184면).

18) Wards Cove Packing Co. v. Atonio, 490 U.S. 642, 1989.

19) 이에 대하여 상세히는, 최윤희, “고용차별규제법리의 가능성과 한계-간접차별을 중심으로-”, 서울대학교 박사학위논문, 1995, 105-108면 참조.

1) 자격 갖춘 실제지원자집단을 비교집단으로 정하는 방법 : 사용자가 그 직종에 지원한 여성 지원자를 고용한 비율과 남성지원자를 고용한 비율에 해당하는 실제 고용한 비율, 또는 여성이 승진한 비율과 남성이 승진한 비율인 실제 승진시킨 비율을 비교하는 방식이다. 예컨대 100명의 여성이 지원하여 30명이 고용되었다면 여성지원자의 고용비율은 30%이고, 200명의 남성이 지원해서 120명이 고용되었다면 남성지원자의 고용비율은 60%이며 이 때 남성 지원자의 고용비율은 여성 지원자의 2배가 되는 것으로 남성에 비해 여성에게 매우 불리한 결과를 가져온 것으로 판단할 수 있다. Bullington v. United Airlines 사건²⁰⁾에서 이러한 통계적 입증방법을 이용하여 항공사의 공식 인터뷰과정이 여성에게 차별적 효과를 야기하고 있음을 증명하였다.²¹⁾

2) 잠재적지원자집단을 비교대상으로 하는 방법 : 실제지원자를 비교집단으로 하는 경우, 여성 혹은 남성이 그 직종을 수행할 능력과 자격을 갖추고 있음에도 전통적으로 존재하고 있는 직업에 대한 편견 기타의 요인으로 인해 그 직종에 지원하는 것을 사전에 미리 포기할 수 있기 때문에 통계상의 한계를 드러낼 수 있다. 예컨대 채용광고에 토요일 근무를 명시했을 경우, 이것이 유태인에 대한 간접차별임을 주장할 때 토요일에 근무할 수 있는 유태인 지원자의 비율로 이를 입증하는 것은 좋은 방법이 아니다. 왜냐하면 지원자집단의 비율에 관한 통계에는 토요일근무조항이 없었을 경우 지원했을 수도 있는 모든 유태인이 포함되어 있지 않다고 볼 수 있기 때문이다. 이런 경우에 실제 지원자집단을 비교대상으로 하는 것보다는 적절한 노동시장에서의 자격을 갖춘 잠재적 지원자집단을 대상으로 하는 것이 보다 적절하다고 하겠다.²²⁾

3) 전체 인구를 비교 대상으로 하는 방법 : 비교집단을 전체인구로 하는 경

20) 186 F.3d 1301. 1311-12(10th Circuit, 1999).

21) Bullington은 1994년 시행된 공식 인터뷰에서 여성의 인터뷰 합격률은 27.9%인 반면 남성의 인터뷰 합격률은 46.6%로 여성의 인터뷰 합격률은 남성의 60%에 지나지 않음을 제시하여 중대한 불균형을 주장하였다. 이는 EEOC 가이드라인에서 언급하고 있는 '통계적으로 의미 있는 불균형(statistically significant disparity)'에 해당하는 것이기도 하였다. 그러나 실제 지원자 집단비교의 경우 통계적 분석에 앞서 데이터의 신뢰 가능성을 살펴보아야 하며, 왜곡을 피하기 위해서는 지원자 집단 내에서의 교육수준이나 경험의 차이와 같은 중요한 변수가 누락되지 않았는가에 주의를 기울일 필요가 있다(이주희, 전계논문, 187면).

22) 한국여성연구원, 「간접차별판단기준을 위한 연구(연구보고서)」, 노동부, 2002.12. 48-49면.

우는 특정한 요구나 조건이 특정한 고용과 관련된 자격이라기보다는 '일반적이고 집단과 관련된 특성과 관계된 것'일 경우에 적절하다. '일반적 특성'이라는 형식의 요구나 조건에는 신체적 특성 또는 교육과 관련된 특성 뿐 아니라 여성과 소수집단이 공통적으로 갖고 있는 사회적·문화적 특성에 의해 차별 받는 것도 포함한다. 이러한 경우 의미있는 지역적 또는 계급적 변수가 없는 상황에서는 전국의 인구통계 및 주의 인구통계가 비교집단으로 사용가능한 신뢰할 만한 통계가 될 수 있다.²³⁾

4) 불평등의 정도: 5분의 4규칙(Four-Fifths Rule) : 어떤 기준이나 절차를 적용하는 과정에서 어느 정도의 불균형은 수반되기 마련이다. 통계상의 불균형이 발견될 경우 어느 정도의 통계적 불균형을 특정집단에 불평등 효과를 가져오는 것으로 판단할 것인가가 문제된다. 어느 수준의 불균형이 '차별의 혐의를 가진 의미 있는 것으로 볼 것인가'를 결정하는 기준으로 EEOC가 제시하고 있는 것이 5분의4규칙이다.²⁴⁾ 예컨대 여성지원자가 고용된 비율이 남성 지원자가 고용된 비율의 5분의 4(80%)미만이면 여성이 차별적 효과를 받은 것으로 추측된다. 즉, 여성과 남성의 격차가 20% 이상이 될 경우 불평등효과가 발생한 것으로 추정하는 것이다.

(나) 비통계적 방법에 의한 차별의 입증

미국에서 간접차별은 학력, 지능테스트, 키, 몸무게 등 겉으로 보이는 객관적 기준이 흑인, 여성 등 소수자 집단에게 불리한 영향을 주는가를 판단하는데 적용되어 왔다. 객관적 기준은 통계수치를 통해 성별 또는 인종 간의 불균형을 데이터를 가지고 입증할 수 있지만 개인적인 판단 내지 편견에 기인한 주관적 기준에 관해서는 이를 적용하여 판단하기 어렵다. 미국 연방대법원의 *Watson v. Fort Worth Bank & Trust* 사건²⁵⁾은 주관적기준이 간접차별로 판단될 수 있음을 보여준 최초의 사건이다.²⁶⁾

23) 이주희, 전제논문, 188면.

24) Sauls, John Gales. *Proving Business Necessity: The Disparate Impact Challenge*. 1995. pp.121-125.

25) *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*(487 U.S. 977, 1988).

이 사건에서 법원은 객관적 기준에만이 아니라 개인적인 판단 즉 주관적 기준에까지도 간접차별이 적용될 수 있다고 판시하였다. 만일 통계상의 수치만을 기준으로 차별여부를 판단한다면, 사용자는 수치상의 목표나 쿼터 등 객관적인 기준만 만족시킨다면 인터뷰와 같은 주관적 평가에 의한 차별규제로부터 자유로워질 수 있으며, 이것은 고정관념이나 편견으로 인해 발생하는 차별 문제의 해결을 곤란하게 할 것이라는 이유로 주관적인 기준에 대하여도 역시 간접차별이 적용될 수 있음을 인정하였다.

(3) 직무상 필요성 내지 직무관련성에 의해 차별이 정당화되지 아니할 것
 직무상 필요성의 개념이나 이를 판단하는 기준은 Griggs v. Duke Power Co.사건에서 처음 언급된 이후 차별적 효과를 초래하는 다양한 형태의 관행이나 기준의 차별성 여부를 판단하는데 사용되어 왔다. 지속적인 판례를 통해서 직무상 필요성이라는 판단기준이 구체화되고 있으나 이것은 하나의 고정된 패턴으로 존재하는 것이라기보다는 다양한 요인들에 의해 변형되어 존재하기 때문에 사안별로 제반 상황을 고려하여 판단하여야 하는 것이라고 할 수 있다.²⁷⁾

이때 고려되는 요인으로는 ①해당 고용관행으로 인해 발생하는 차별의 정도, ②고용기준과 성공적인 직무수행간의 실제 상관성, ③고용기준이 사용자 아닌 외부의 제3자에 의해 결정되었는지의 여부, ④생래적 특성과 성취 가능한 특성, ⑤요구기준이 공공의 안정과 직결되는 정도, ⑥차별적 효과를 가져오지 않는 다른 대체수단의 존재 등을 들 수 있다.²⁸⁾

26) 1973년 Fort Worth은행에 오퍼레이터로 입사한 흑인여성인 Watson은 1976년 창구업무로 승진하였으며 1980년 창구관리직으로 승진하고자했으나 백인남성이 이 자리에 승진하였고, 이후 다시 drive-in bank의 관리직으로 승진하고자 했지만 이 자리 역시 백인여성에게 돌아갔다. 1981년 Watson은 메인로비의 텔러로 일하면서 비공식적인 관리업무를 보조했는데 그 자리가 공석이 되자 승진을 시도했으나 역시나 백인여성에게 양보해야 했다. 당시 이 회사는 80명의 직원을 고용하고 있었으나 승진후보자를 평가하는 어떤 공식적인 기준도 갖고 있지 않았다. 승진여부는 지원자를 잘 알고 있는 관리자의 주관적인 판단에 달려 있었는데 Watson의 승진이 4차례나 좌절되는 과정에 참여한 상사는 모두 백인이었다.

27) Sauls, op.cit. p.156.

28) 이들 요인에 대하여 자세히는, 이주희, 전계논문, 193-196면 참조.

2. 유럽의 경우

가. 간접차별 법리의 발전

유럽에 있어서 간접차별을 규제하는 조항은 1957년 EC창설의 근거가 되는 로마조약(유럽공동체조약) 제119조의 양성평등조항에서 비롯된다.²⁹⁾ 그 후 채용, 직업훈련, 승진 및 근로조건에 관한 남성과 여성의 균등대우 원칙의 이행에 관한 1976년 2월 9일의 지침 76/207/EEC을 토대로, 유럽사법재판소는 이 지침을 토대로 간접차별이란 외관상으로는 중립적으로 보이지만 실제 그 결과에 있어서 차별적인 법규, 법률, 관행들에 의해 야기되는 차별을 지칭하는 것이라고 개념정의 하였으며, 또한 차별이 직무에 필요한 요구조건에 의해 정당화될 수 있는 경우에만 간접차별이 성립되지 않는다고 판단하여 간접차별 법리를 발전시켰다.³⁰⁾

그러나 EC지침에서 규정하는 간접차별의 개념에 관한 판례와 문헌을 보면 의도적인 차별행위와 간접차별의 개념을 철저히 구분하는 것으로 보이지 않는다. 또한 유럽의 경우 외관상 중립적으로 보이는 고용기준은 모두 간접차별의 판단대상이 되는 것으로 보이지만, 어디까지나 객관적 기준에 근거하여서만 판단하도록 하여야 한다고 하는 의견이 주목할만 하다.³¹⁾

나. 유럽사법재판소 판결상 간접차별의 판단기준

(1) 외관상 성 중립적으로 보일 것

간접차별 여부에 대한 검토에 있어서 우선 제기되는 물음은 문제된 요구나 조건이 형식적으로 성과 관련되지 않는가 하는 것이다. 유럽사법재판소는 Karin Weber von Hartz v. Bilka사건에서 남성보다 더 많은 여성에게 불이익

29) 오정진, 전계 연구보고서, 249면.

30) 유럽의 간접차별 등에 관한 지침에 관하여 자세히는, 신옥주, 「유럽연합과 회원국의 차별금지법제에 관한 비교법적 연구」, 한국법제연구원, 2009 참조.

31) 최윤희, “현행 남녀고용평등법의 간접차별규정에 대한 비교법적 고찰”, 「비교사법」, 제13권 제1호, 한국비교사법학회, 659면.

을 주는 조치나 규정들은 성과 무관한 요소에 의하여 합리화되지 못하면 EC 조약(로마조약) 제119조에 반한다고 하여 간접차별이라고 판단하였다.

(2) 특정 성에 속한 사람에게 상대적으로 더 불리할 것

Karin Weber von Hartz v. Bilka사건에서 특정 성에 속한 사람이 어떤 조치나 규정, 관행에 의해 다른 성에 속한 사람보다 더 많은 불이익을 받아야 간접차별이 성립할 수 있다고 판단하고 있다.³²⁾

(3) 결과적으로 성차별로 볼 수 있을 것

간접차별이 존재하는가를 검토함에 있어 해당 조치 또는 규정이 그 결과나 영향에 있어서 특정한 성에게 불리한 결과를 가져오는지 살펴보아야 한다. 시간제근로는 직장가정이 양립하는 여성에 의해 주로 수행된다. 외관상으로는 성과 무관하게 보이는 시간제 근로자에 대한 불이익조치나 규정이 결과적으로 시간제 근로자의 다수를 차지하는 여성에게 불리하게 적용될 때 간접차별이 성립될 수 있다³³⁾.

(4) 차별이 객관적으로 정당화 되는 사유가 없을 것

유럽사법재판소는 불평등 대우가 객관적으로 정당화되는 경우는 회사가 추구하는 목적을 위해 선택한 수단이 회사의 실제적인 요구에 부합되며 목적의 달성에 적절하고 필수적일 때라고 판시하고 있다.³⁴⁾

3. 시사점

간접차별이 이론적 근거와 법적 근거를 가지고 설명되고 있음에도 불구하고 아직 간접차별에 대한 이해의 부족과 판단기준의 미비로 인하여 그 실효

32) 이주희, 전계논문, 200면; Christine Langenfeld, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaft, 1989, S.215.

33) 오정진, 전계 연구보고서, 269면.

34) Rs 170/84, Slg.1986, S.1607ff.

성에 관하여 문제가 제기되고 있다. 이러한 문제를 해결해보려는 시도로 우리보다 먼저 간접차별 법리를 형성하여 온 미국과 유럽의 입법례와 판례를 검토하였는데 이들로부터 일정한 시사점을 얻을 수 있다. 외국의 경우 특히 판례를 통하여 간접차별 판단기준이 구체화되고 세밀화 되어 왔다는 것을 알 수 있었다. 우리의 경우 간접차별 법리의 도입과 운용기간이 비교적 짧기 때문에 이러한 외국의 기준은 참고할 만하다. 특히 미국연방대법원의 판례들은 간접차별의 판단에 있어서 실질적으로 문제가 되는 구체적인 입증방법을 제공하고 있는데, 무엇보다 주관적 기준에 대한 간접차별의 적용과 관련하여 우리에게 의미있는 판단기준을 제시해주고 있다고 할 수 있다. 우리의 경우 사회구조적인 특성상 통계적 입증방법이 실제로 활용되기 어려운 상황이고 주관적인 판단에 의한 간접차별 행태가 만연해 있기 때문이다.

또한 유럽재판소는 간접차별 개념의 인정을 통한 외관상 중립적으로 보이는 규정이나 조치들이 여성에 있어서 불리한 효과나 영향으로 작용하는 것을 금지하고자 노력하고 있는 바, 주로 시간제근로자와 관련된 간접차별의 문제를 다루고 있는데, 이는 최근 비정규직문제가 이슈로 되고 있는 우리나라에 있어서 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

입법례에 관한 검토 중 특기할 것은 UN의 '여성에 관한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 조약'과 ILO의 '고용과 직업에 있어서의 차별에 관한 협약'에서의 간접차별 정의는 일반적인 지침의 성격을 갖는 것이지만 차별의 문제가 인류의 보편적인 문제로써 가지는 의미를 가지는 것이라는 점, 이로 인해서 간접차별 역시 국제적인 차원의 논의와 그 흐름에 주목하지 않을 수 없다는 점에서 많은 사사를 주고 있다.

N. 우리나라의 간접차별 판단기준

1. 간접차별 적용가능한 법규정

남녀고용평등법 입법 이후 남녀고용평등업무처리규정과 여성부의 남녀차별

금지기준을 보면, 고용에서의 남녀차별금지에 대한 구체적 기준을 제시하고 있는데, 그 중에서도 사안에 따라 항우 간접차별이 적용될 가능성이 높은 것으로 보이는 규정들을 살펴보면, 첫째, 모집과 채용에 있어서, ①학력·경력 등 자격이 같음에도 불구하고 특정 성을 다른 성보다 낮은 직급·직위에 채용하거나 불리한 고용형태로 채용하는 경우, ②채용기회를 제한할 목적으로 직무수행상 반드시 필요하지 아니함에도 특정 성이 충족하기 어려운 조건을 채용조건으로 부과하는 경우, ③면접과정에서 객관적인 기준에 의하지 아니하고 특정 성에게 불리하게 대우하는 경우 등을 규정하고 있고, 둘째, 교육·배치에 있어서 ①일정한 직무의 배치대상에서 특정 성을 배제하거나 특정 성을 편중하여 배치하는 경우, ②직무수행상 필요불가결한 요건이나 업무의 특수성에 근거하지 아니하고 일정한 직무의 배치대상에서 동일학력·자격으로 채용하였음에도 특정 성은 주로 기간업무에 배치하고 다른 성은 본인의 의사에 관계없이 정형적인 단순보조업무에 배치하는 경우 등을 들고 있고, 셋째, 승진에 있어서는, ①특정 성의 직급 또는 직위를 더 많은 단계로 세분화하여 결과적으로 승진을 불리하게 하는 경우, ②승진의 객관적 기준이 되는 근무평정 등에 있어서 특정 성에 대하여 불리한 평가를 가져오는 항목을 두는 경우 등을 규정하고 있고, 넷째, 퇴직·해고에 있어서 ①대다수가 여성인 직종의 정년을 합리적인 이유 없이 다른 직종보다 낮게 정하는 경우, ②정리해고에 있어 합리적인 이유 없이 여성을 우선적으로 해고하는 경우 등을 들고 있다.³⁵⁾

이러한 규정들이 개별 사례들에서 구체적으로 어떻게 적용될 것인가에 대한 연구는 그리 많지 않으며, 간접차별의 개념에 대하여 특정 직역에서 신장 등의 기준을 두어 특정 성별 집단에 속한 근로자가 이러한 요건을 충족시키기 힘들게 하는 경우라든가 특정 고용기준이 특정 집단에 대하여 불평등 효과를 가져온다는 통계를 제시함으로써 차별이 성립된다고 보는 입장,³⁶⁾ 객관적 기준 없이 여성을 계속 승진에서 탈락시킨 지방의 의료보험조합사건을 간접차별의 사례로 설명하면서 합리적인 이유 없는 승진차별사례를 일례로 드

35) 최윤희, 전제 “현행 남녀고용평등법의 간접차별규정에 대한 비교법적 고찰”, 669면.

36) 김엘림, 전제 “고용상의 성차별의 개념과 판단기준”, 14-16면.

는 입장³⁷⁾ 등이 있는 정도이다.

2. 판례상 간접차별의 판단기준

가. 주요 판례의 검토

남녀고용평등법 위반 여부가 문제된 사건에 대한 대법원 판례가 많지 않지 않으므로, 경우에 따라서는 하급심판례도 살펴보려 한다.

우선, 대한제분 결혼퇴직사건³⁸⁾에서는 결혼퇴직 관행의 위법성이 문제되었는데, 결혼퇴직 관행의 존재여부와 결혼퇴직 관행과 사직의 효력이 주요 쟁점으로 다루졌다. 노사합의로 근로기준법상 기준을 하회하는 근로조건을 설정하면 그 합의 자체가 위법하여 무효인 것과 마찬가지로 남녀고용평등법에 반하는 관행에 의한 사직은 그 효력자체가 부인되는 것이다. 그러나 항소심과 상고심판결은 비진의 의사표시의 해당 여부를 중심으로 사직의 효력을 검토하는데 그치고 있다.

농협중앙회 사건³⁹⁾은 지금까지의 고용차별 소송 중 사회적 주목과 관심을

37) 오정진, 전계 연구보고서, 46-51면.

38) 대법원 2001.12.27. 선고 2007두7797 판결. 7년간 6급 사무직원으로 근무하던 원고는 1998년 8월경 3개월 뒤 결혼한다는 사실을 통보하고 같은 해 11월 2일 사직서를 제출하여 의원면직 처리되었다. 당해 여성은 자의에 의한 사직이면 실업급여를 받지 못한다는 사실을 알게 되자 회사측에 퇴직 사유 수정을 요구했으나 거부당했다. 이에 결혼퇴직 각서를 비롯한 결혼퇴직 관행 때문에 진의가 아닌 의사표시로 사직했음을 주장하여 부당해고 구제 신청을 한 사건이다. 지방노동위원회, 중앙노동위원회, 행정법원에서 결혼퇴직 관행으로 인한 부당해고로 인정받았으나, 2심과 상고심에선 패소하였다.

39) 대법원 2002.11.8. 선고 2002다35379 판결. 농협중앙회에서는 고비용저효율의 인력, 신의성실의 원칙상 문제 직원, 경제적·사회적 충격이 덜 심한 직원을 1999년도 명령휴직대상자의 선정기준으로 하여 명예퇴직 제도를 실시하였다. 그 결과 762쌍의 부부직원 중 752쌍의 부부직원에서 각 1명이 명예퇴직 하였고, 그 중 688쌍에서 부인이 명예퇴직 하였다. 많은 수의 아내 사원이 명예퇴직을 신청하면서 사회적 관심을 모으게 됐고 여성계로부터 성차별적인 해고정책이라는 비판을 받았다. 이때 퇴직한 아내 사원들은 부부사원을 명예퇴직의 우선대상으로 설정하고 사직 압력을 넣어서 어쩔 수 없이 사직한 것이므로 무효라고 주장하며 소송을 제기하였다. 법원은 1심부터 상고심에 이르기까지 당해 근로계약 합의해지가 유효하다고 판시하였다.

가장 많이 받은 경우이다. 이 사건에서 대법원은 사용자의 강요로 인해 어쩔 수 없이 사직할 수 밖에 없었는가 여부 외에도 강행법규 위반으로 근로계약의 합의해지가 무효인지 여부도 검토해서 발전적인 측면을 보인다. 그러나 부사원 우선퇴직 정책의 성차별성에 대해 형식논리적으로 판단하고, 비진의의 시표시와 다를 바 없이 근로자의 사직 의욕이 전혀 없을 것을 요구했다. 그 결과 사직의 효력부인에 여전히 소극적인 태도를 보이고 있다.

일간스포츠 사건⁴⁰⁾은 배우자 직업 유무와 부양가족수라는 경영상 해고 대상 선정기준이 성차별적인지가 문제된 경우이다. 1심, 2심 판결문 상으로 보면 법원은 문제된 선정기준이 기혼 여성에 대해 차별적인지 여부에 대해 전혀 판단하지 않았다.⁴¹⁾ “업무실적, 업무태도 기준에 비하여 배우자 직업유무, 부양가족 수 기준은 더 객관적이므로 이들에 더 많은 배점을 한 것은 합리적”이라고만 하였다. 문제된 선정기준이 근로기준법 제 31조 제2항⁴²⁾과 남녀고용평등법에 반하는지 여부에 대해 언급하지 않고 있다.

성차별적인 기준인지 판단하려면 자의적이고 공정하지 않은 기준인지, 즉 합리적 이유가 있는지 보는 것에 그쳐선 안 된다. ‘여성에게 불리한 영향을 주는 성차별적인 기준을 용인해야 할 극히 중대한 사유가 있는가’라는 관점에서 심사해야 한다. ‘사회통념상 합리적인가’라는 느슨한 기준에서 성차별적인 기준의 정당화 여부를 심사한다면 남녀고용평등법 제정의 취지를 무시하는 것이다. 남녀고용평등법을 따로 제정하여 성차별을 금지한 것은 일정 정도 합리적인 이유가 있다 할지라도 여성에게 불이익한 영향이 발생한다면, 극히 예외적인 경우를 제외하고는 사용자의 재량을 제한해야한다는 취지 때문이다. 제대군인 가산점제 결정에서 헌법재판소가 “헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아

40) 대법원 2008.12.24. 심리불속행 기각 2008두16346 판결. 일간스포츠는 경영상 해고를 진행하면서 배우자직업유무와 부양가족수를 중요한 선정기준으로 삼았고 기혼여성 2명은 모두 해고대상에 포함되었다. 노동조합은 소송을 제기하면서 배우자 직업유무, 부양 가족수 기준은 기혼여성에 대한 차별이라고 주장하였으나, 1심과 2심 판결은 기각하였고 대법원에서도 심리불속행 결정을 내려서 근로자 패소판결이 확정되었다.

41) 서울고법 2008.9.3. 선고 2008누1261판결.

42) 근로기준법 제31조제2항] 제1항의 경우에 사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다.

서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고” 있으므로 성차별의 경우 “합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고” 보다 엄격한 심사인 비례성 원칙에 따른 심사를 적용해야 한다⁴³⁾고 한 것도 같은 취지에서였다. 제대군인 가산점제 위헌확인 결정은 평등권 관련 위헌법률 판단의 기준에 대한 것이라는 점에서 일반 사법상의 법률관계를 판단하는 일간스포츠 사건에 바로 적용되기엔 어려움이 있는 건 사실이다. 그러나 법률의 평등권 위반 여부가 심사 시 입법재량을 존중하여 합리성 심사 기준을 충족하면 된다고 하던 헌법재판소가 특정한 경우엔 엄격한 비례성 심사가 필요하다고 판례를 변경한 점에 주목할 필요가 있다. 입법재량의 존중이라는 제약이 있는 위헌법률 심사 영역에서조차도 합리성 심사기준만으로는 평등권의 보장과 차별 구제에 한계가 있다고 보았다. 따라서 위헌법률 심사 영역과 달리 사인의 법률 위반 여부를 심사하는 일반 남녀고용평등법 위반 사건에서 ‘통상의 합리성’이라는 기준에 얽매일 이유는 전혀 없어 보인다.

한국전기공사협회 사건⁴⁴⁾은 성별에 따라 직급을 달리하여 채용하고 승진 기회 및 정년 연령을 차등한 것이 차별에 해당하는지 문제된 사안이다. 이 사

43) 제대군인 지원에 관한 법률 제8조제1항 위헌확인 결정, 헌법재판소 1999.12.23. 자 98헌마 363 결정.

44) 대법원 2006.7.28. 선고 2006두3476 판결. 1985년 원고가 채용될 당시 한국전기공사협회의 인사관리규정에 의하면 행정직 5직급과 행정직 6직급은 채용시 학력요건은 모두 고등학교 졸업 이상으로 동일하였다. 그러나 실제로 채용에 있어서는 행정직 6직급은 주로 상업계 고등학교 여자 졸업자를 채용하였다. 보수수준은 초임기준으로 5직급에 대비하여 80-85% 수준이었으며 업무 내용도 5직급에 비해 보조적이라고 여겨지는 일을 맡겼다. 1986년 행정직 6직급을 상용직으로 직제를 개편하고 6직급을 폐지하였는데, 상용직 내에서는 직급의 구별 없이 호봉승급만 있을 뿐이고 상용직과 행정직 등 직군간의 이동은 허용하지 아니하였다. 위 직제개편에 따라 행정직 6직급에 있던 원고도 1986. 9. 1.자로 사용직이 되었다. 상용직 분리직제가 성차별적이라는 산업자원부 감사 결과가 나오자 1996년 상용직제를 폐지하고 전원 행정직 6직급으로 전환하여 직급간 승진 기회를 다시 허용하였다. 2001년 원고가 40세가 되자 5직급 정년 연령이 됐다는 이유로 정년퇴직 되었다. 전기공사협회는 직급별 차등 정년 제도를 운영하고 있어서 5.6직급은 40세, 2급은 55세, 1급은 60세로 직급이 올라갈수록 정년 시기가 늦어지는 방식이다. 원고는 상용직으로 근무하던 10년 동안 승진을 할 수 없었기에 40세라는 낮은 연령에 정년퇴직해야 했다. 이와 달리 1974년 이래 정년퇴직한 남성 근로자들을 보면 2직급이상의 지위에서 55세 또는 60세의 나이로 퇴직할 수 있었다. 이에 원고는 성차별적인 직군배치와 승진 제한, 정년 차별로 인하여 더 일찍 정년퇴직하는 불이익을 입었다고 소송을 제기하여 2.3심에서 승소하여 복직되었다.

건은 오랜 시간 동안 누적된 차별적인 관행들이 여성 근로자에게 어떻게 영향을 미치는지 보여주는 대표적인 사례이다. 모집, 배치 단계에서의 차별이 승진 차별로 이어지고 결국 해고로 이어지는 과정이 한 여성 근로자의 삶에서 파노라마처럼 보여진다. 이 소송에서 가장 큰 쟁점은 성별 분리채용, 배치와 상용직에 대한 승진기회 박탈이 원고의 40세 퇴직과 인과관계가 있는가 이다. 직급별로 성별을 달리하여 모집하고 여성 집중직급에 대한 승진을 제한했음이 인정돼야 과거에 누적됐던 차별로 인해 남성에 비해 더 빨리 정년퇴직 당했음을 입증할 수 있기 때문이다. 이 사건 2심, 3심 판결의 경우 직급분리에 따른 승진, 정년 차별의 위법성을 인정했다는 점에서 진일보한 판례로 평가할 수 있으나 직급별 분리모집, 배치의 문제를 간과했다는 점에서 한계가 있다.

나. 판례의 평가와 한계

위의 판례 검토를 통하여 나타난 판례 법리의 한계점을 지적하면 다음과 같다.

(1) 주관적 의도에 의한 차별 개념

판례를 살펴보면, 우리 법원은 '성별 등을 사유로' 한 차별의 개념을 주관적 의도에 바탕을 두고 해석한다고 평가할 수 있다. 여성 집중 직무에 대한 사회적 고정관념이 분명히 드러나는 사건일지라도 사용자가 여성에게 불이익을 주려는 의도로 했다고 볼 수는 없다는 이유로 차별 주장을 기각하고 있다. 성별에 따라 발생하는 불이익한 결과에 있어 격차가 클지라도 이러한 통계증거만으로는 성별 등을 사유로 한 차별이라고 보기에 부족하다고 한다. 간접차별 개념이 입법화됐음에도 불구하고 이를 적용하지 않는 것은 주관적 의도에 바탕을 둔 차별개념의 영향인 것처럼 보인다. 악의적이고도 의도적, 의식적인 차별 개념에 간혀 있기에 사회 통념상 합리적인 경영상 이유만 있으면 성별 등을 사유로 한 차별이 아니라고 판단하는 경향을 보인다.

(2) 간접차별 조항의 무시

관련 판례를 보면 사용자가 차별을 노골적으로 '의도하여' 여성에게 불리한

조치를 취한 경우에만 차별을 인정하는 좁은 차별 개념이 전제되어 있다. 일산스포츠 사건 판결이 대표적인 예이다. 일산스포츠사는 성별을 정리하고 기준으로 채택한 것이 아니고, 배우자의 직업유무와 부양자 수는 성별과 상관없는 중립적인 기준이라고 주장하였다. 그러나 사용자가 채택한 선정기준이 성별에 따라 각기 다른 영향을 낳는다는 게 명확하다면 중립적인 기준이 아니라 성차별적인 기준으로 보아야 한다. 편집국 내 기혼 남성 35명 중 2명이 해고되고 기혼 여성 2명 중 2명이 전원 해고됐다는 사실은 참가인 회사의 선정기준이 성차별적이라는 의심을 갖기에 충분하다. 따라서 성별을 대상자 선정기준으로 명시하지 않았거나 성차별 의도를 보여주는 직접적인 증거가 없다고 해서 차별이 아니라고 한다면, 남녀고용평등법 제2조제1호제1문의 간접차별 조항의 도입취지를 무시하는 것이며 매우 노골적인 형태의 차별에 대해서만 남녀고용평등법을 적용하여 그 효과를 극히 제한하는 결과를 낳을 것이다. 이런 이유로 국가인권위원회의 '차별판단지침'은 '배우자 직업 유무'라는 기준의 사용은 그 자체로 성차별에 해당하고 '부양가족수'는 그 배점 비율이 높은 경우에 성차별에 해당함을 명확히 하였다.

간접차별 조항을 무시하는 판례 경향에는, 사용자가 차별을 노골적으로 '의도하여' 여성에게 불리한 조치를 취한 경우에만 차별을 인정하는 굉장히 좁은 고용차별 관념이 전제되어 있다. 사용자가 여성에게 피해를 주고 싶어 하는 내심을 갖지 않았다 해도 여성에게 결과적으로 더 불이익을 주었다면 차별이다. 여성에게 훨씬 더 큰 불이익을 줄 것임을 '알았거나 알 수 있었음에도' 문제된 정책이나 기준을 적용했다면 차별로 인정해야 한다는 것은 차별금지법의 역사에서 확인되는 기본 원리라고 할 수 있다.

(3) 입증책임 전환조항의 무시

'남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률' 제30조에서는 "이 법과 관련한 분쟁해결에서 입증책임은 사업주가 부담한다."라는 규정을 두고 있다. 이 규정만으로 보아서는 마치 남녀고용차별관련 사안에서의 입증책임은 전적으로 사업주가 부담하는 것으로 해석될 가능성이 있지만, 소송의 현실을 감안한다면 맨 처음에 차별을 주장하여야 하는 측은 결국 성별에 의한 위법 부담

한 고용상의 차별행위를 당하였음을 주장하는 근로자가 될 것이다. 즉 근로자측에서 자신이 차별행위 당하였음을 어느 정도 구체적 근거를 특정하여 주장함으로써 일단 차별의 입증은 법률상 추정된다고 해석되고, 이에 대하여 사용자가 근로자의 주장이 사실과 다르다는 점에 대한 주장·입증책임을 지게 되는 구조이다.⁴⁵⁾

3. 소결

우리나라의 판례를 살펴보면, 본격적인 간접차별 규정을 적용한 사건으로서 대법원까지 상고된 경우는 아직까지 찾을 수 없다. 가장 대표적인 간접차별 사례가 될 수 있었던 한국전기통신공사의 전화교환직렬의 차별정년 사건⁴⁶⁾은 간접차별규정 입법 이전의 사건이었으므로 애석하게도 직접차별의 법리 하에서만 판단을 받았을 뿐만 아니라, 동 사건 판결 중 남녀고용평등법 시행 이후에 나온 판결은 이전 판결과 달리 오히려 위법한 차별정년임을 인정하지 않음으로써 우리 대법원의 입장은 고용차별인정에 있어서는 아직까지 상당히 보수적인 것으로 보인다.⁴⁷⁾

그렇다면 현행 법 조항으로부터 정당성 판단기준을 추출해야 하는데, 남녀고용평등법 제2조의 2 제1항 후단으로부터 채용 또는 근로의 조건에 해당할 것, 조건이 외관상 중립적이고 충족 가능할 것, 비교집단이 확정되고 집단간 현저한 불균형이 존재할 것, 불리한 영향이 초래되었을 것, 정당화요소가 존재하지 않을 것이라는 성립요건을 도출할 수 있다. 한편 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률 제2조 제1호 제2문의 규정으로부터 양성 중립적이거나 성별에 관계없는 표현으로 제시된 적용조건, 양성 모두 충족 가능할 것, 일방 성의 현저히

45) 최윤희, “차별금지법제의 현황”, 『저스티스』 통권 제121호, 한국법학원, 2010.12. 600면 참조.

46) 대법원 1988.12.27. 선고 85다카657 판결; 대법원 1996.8.23. 선고 94누13589 판결. 이 사안은 동일한 원고가 한국전기통신공사의 교환직렬 차별정년규정에 대하여 평등위반을 이유로 십년에 걸쳐 두 차례나 제소한 사건이었는데, 우리 대법원은 첫 번째 소송에서 위법한 차별정년임을 인정하였다가, 두 번째 소송에서는 합리적 이유에 기한 차별정년 규정하므로 위법하지 않다고 판시함으로써 많은 논란을 일으켰던 사건이다.

47) 최윤희, 전제 “현행 남녀고용평등법의 간접차별 규정에 대한 비교법적 고찰”, 670면.

적은 충족, 특정 성에 대한 불리한 결과, 조건의 정당성을 입증하지 못할 것이라는 성립요건을 도출할 수 있다.⁴⁸⁾

‘해당 기준이 정당한 것임이 입증될 수’ 있는 경우는 간접차별이 아니다. 고용의 영역에서는, 해당 기준의 부과가 당해 직무의 안전하고 효율적인 수행(직무관련성)이나 조직의 정상적 경영(경영상 필요성)을 위해 필요하다는 것이 입증될 경우, 그 기준의 부과는 간접차별에 해당하지 아니한다. 그와 같은 입증은 직접차별의 입증에서처럼 ‘객관적 정당화’라고 불린다. 한편 간접차별 법리는 비고용 영역에도 적용될 수 있는바, 좀 더 일반적인 객관적 정당화 기준이 요구된다. 간접차별의 객관적 정당화의 일반적인 기준은, 우선 해당 기준으로써 추구하는 목적이 적법해야 하고 그 기준이 해당 목적을 달성하는 데 적합하고 필요한 것이어야 하며 해당 목적의 필요성이 해당 기준의 부과로써 피해를 보는 집단이 겪는 불이익한 영향보다 더 커야 한다는 것이다.

V. 결론

차별의 구제수단으로서는 당연히 차별이 없는 상태와 같은 결과가 되도록 해주는 것이 원칙일 것이다. 다시 말하자면 차별행위로 인한 침해는 원칙적으로 원상 복구해 주어야 하는 것이어서, 우리 근로기준법의 경우도 차별에 의한 부당한 해고의 경우 그 구제수단으로서 원직복직을 명하도록 규정하고 있는데 이는 대표적인 원상복구의 예라고 할 수 있다. 여기서 더 나아가 단순한 원상복구만으로는 부족하고 손해까지 발생한 경우가 있을 수 있다. 예컨대 각종 차별행위가 불법행위에 이르러 타인에게 손해를 가하였다면 이는 당연히 손해배상의 대상이 될 것이다. 이때 문제가 되는 것은 배상 대상이 되는 손해의 범위 인정문제이다. 과연 여기서의 손해는 단순히 실제로 발생한 손해만을 의미하는 것인지, 혹은 아니면 형사처벌적 성격이 가미되었다고 할 수 있는 소위 징벌적 손해배상까지 가능한지가 문제이다.

48) 이주희, 전제논문, 219면.

각종 차별관련 법제도의 원조라 할 수 있는 미국의 경우 공민권법 제7편 위반 및 장애인차별금지법 위반 행위 등에 관하여 악의적인 행위의 경우 징벌적 손해배상을 인정하고 있다. 그러나 우리의 현행 차별관련 법들에서 아직까지 악의적 차별행위에 대한 실제로 발생한 손해를 넘어선 징벌적 손해배상의 개념까지 인정하고 있다고 보기는 어려운 만큼, 향후 징벌적 손해배상 개념의 도입여부를 고려해보는 것이 필요할 것 같다.⁴⁹⁾

또한 간접차별은 집단과의 비교가 중요한 쟁점이 된다. 이를 위하여 근로자는 사용자가 독점하고 있는 정보에 대한 접근권이 허용되어야 한다. 따라서 근로자에 대한 정보요구청구권을 명시할 필요가 있다. 그리고 일정 규모가 넘는 사용자와 정부에 대해 그 근로자의 구성과 차별적인 인사를 확인할 수 있도록 하기 위해 필요한 자료에 대한 보고서를 제출할 의무를 남녀고용평등법 등 여성관련법에 규정할 필요가 있다. 간접차별의 입증에 필요한 통계의 작성과 통계기법의 개발을 개별 근로자가 하는 것은 불가능에 가깝다. 여성부 등 권한있는 기관이 이를 담당할 수 있도록 제도적 보완을 할 필요가 있다.⁵⁰⁾

참고문헌

- 이승길, 「여성과 노동법」, 한국경영자총협회, 2003.
- 신옥주, 「유럽연합과 회원국의 차별금지법제에 관한 비교법적 연구」, 한국법제연구원, 2009.
- 오정진, 「여성노동현안에 관한 국내의 판례의 동향과 과제(연구보고서)」, 한국여성개발원, 2003.
- 이화여대 한국여성연구원, 「간접차별 판단 기준을 위한 연구」, 노동부, 2002. 12.
- 정진경, 「부당해고의 구제」, 경인문화사, 2009.

49) 동지 : 조순경, “고용평등기구와 징벌적 손해배상 청구제도의 필요성”, 「여성특별위원회소식」, 여성특별위원회, 2000.

50) 동지: 이승옥, 전계논문, 65면.

- 한국여성연구원, 「간접차별판단기준을 위한 연구」, 노동부, 2002.12.
- 구미영, “고용상 성차별 사건 판례의 검토”, 「노동법연구」 제27호, 서울대노동법연구회, 2009.9.
- 김엘림, “고용상의 성차별의 개념과 판단기준”, 「노동법학」 제15호, 한국노동법학회, 2001.12.
- 김엘림, “부부사원중 여성의 절대다수가 명예퇴직한 사건에서의 성차별여부”, 「월간 노동법률」, (주)중앙경제, 2002.7.
- 김엘림, “여성의 근로권구제제도의 문제점과 개선방안”, 「여성노동법률지원센터자료집」, 2002.
- 민경식, “근로여성의 헌법적 보호”, 「연구논총」제5권 제1호, 국제여성연구소, 1995.12.
- 이승욱, “여성고용에서의 간접차별에 대한 실효적 구제를 위한 법적 규율” 「노동법학」 제17호, 한국노동법학회, 2003.12.
- 이주희, “간접차별의 개념과 판단기준-외국의 주요입법례와 사례를 중심으로-”, 「청주법학」 제32권 제2호, 청주대학교 법학연구소, 2010.11.
- 조순경, “합법을 가장한 위법의 논리-농협의 사내부부 우선해고와 의도적 차별-”, 「노동과 페미니즘」, 이화여자대학교 출판부, 2000.
- 조순경, “차이의 신화와 차별의 현실”, 「한국인권의 현황과 과제(학술회의발표자료)」, 한국인권재단, 2002.2.
- 조순경, “고용평등기구와 징벌적 손해배상 청구제도의 필요성”, 「여성특별위원회소식」, 여성특별위원회, 2000.
- 최윤희, “고용차별규제에 관한 법리-고용차별소송에서의 입증책임을 중심으로-”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1995.
- 최윤희, “차별금지법제의 현황”, 「저스티스」 통권 제121호, 한국법학원, 2010.12.
- 최윤희, “현행 남녀고용평등법의 간접차별 규정에 대한 비교법적 고찰”, 「비교사법」 제13권 제1호, 한국비교사법학회, 2005.
- 한승희, “간접차별이란 무엇인가”, 「여성과 사회」 제12권, 한국여성연구회, 2001.

淺倉むつ子, “間接性差別をめぐる法的課題”, 「労働法旬報」第1489・1490號, 労働法旬報社, 2000.10.

Christine Langenfeld, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaft, 1989.

Sauls, John Gales, Proving Business Necessity: The Disparate Impact Challenge, 1995.

[Abstract]

The Concept and the Initial Standards of indirect discrimination in Gender Employment

Kim, Yeou-Sun

Ph. D. Candidate. Dept. of Law, Jeju National Univ.

Kim, Su-Jin

The Master's Course, Law School, Jeju National Univ.

In Korea, indirect discrimination is regulated through 'the Equal Employment Act' and 'Gender Discrimination Prevention and Relief Act'. Even with these regulations indirect discrimination is institutionalized, but its effectiveness is doubtful. So far, there are no cases with regard to indirect discrimination, and we don't have a concrete guideline for indirect discrimination, so in fact the legal standard can't be applied to indirect discrimination cases. The court also does not establish detailed the initial standards and has taken a passive attitude about indirect discrimination issues.

United States and several European countries have developed the principle of indirect discrimination through Judicial precedent. Through specific cases,

the concept, the type and initial standards of indirect discrimination have been materialized. Since these cases have been accumulated for a long time, it will be valuable to make a comparative study of these cases.

Basically, the indirect discrimination presupposes an understanding of equality. The issue of equality continuously must be worried and be formed. When facing Specific issues, there are no universal standards about what is really about equality or inequality, so we are bound to continue to find the answer individually and specifically.

This article aims to embody legal standards of indirect discrimination and propose legal solution through the study of the legislation and Judicial precedent in the United States and Europe.

Key Words : indirect discrimination, the initial standards, Equal Employment Act, gender discrimination, the burden of proof, direct discrimination