

2006년도 인권상황 실태조사
연구용역보고서

차별판단지침에 대한 외국사례 조사 (연령 · 종교 · 전과)



이 보고서는 연구용역수행기관의 결과물로서,
국가인권위원회의 입장과 다를 수 있습니다

차별판단지침에 대한 외국사례 조사 (연령 · 종교 · 전과)

2006년도 국가인권위원회 인권상황 실태조사
연구용역보고서를 제출합니다.

2006. 10.

연구 수행기관	법률사무소 이안
연구책임자	김진 (변호사, 법률사무소 이안)
연구원	김태선 (변호사, 법률사무소 이안)

목 차

<보고서 요약>

제1장 서론	1
제1절 연구의 필요성	3
제2절 연구의 범위와 방법	3
제2장 각국의 '연령' 차별 판단지침	5
제1절 미국	7
제2절 영국	27
제3절 호주	44
제3장 각국의 '종교' 차별 판단지침	57
제1절 미국	59
제2절 영국	76
제3절 호주	94
제4장 호주의 '전과' 차별 판단지침	103
제5장 결론	145
제1절 사유별 차별 판단지침의 성격	147
제2절 제도적 함의	150

<참고문헌>

[보고서 요약]

이 보고서는 국가인권위원회법에서 금지하는 19개의 차별 사유 중 연령·종교·차별을 이유로 한 차별을 판단하는 구체적 기준을 마련하기 위한 작업의 준비로, 그동안 상대적으로 차별구제 시스템을 활발하게 작동해 온 미국·영국·호주 등의 차별판단지침들을 소개하는 것을 목적으로 작성되었다.

보고서는 서론·결론의 장을 제외하고 각 차별 사유별로 구성하였으며, 연령·종교·전과에 의한 차별을 판단하는 지침을 두고 있는 국가들의 것을 정리하면서, 필요한 범위에서 관련 법령이나 선례적 의미를 가지는 사례 몇 가지를 함께 보았다.

먼저 연령 차별은 미국과 영국, 호주의 지침을 검토하였다.

미국의 경우 연방 연령차별금지법(ADEA)의 내용을 설명하고 보완하는 「연령차별금지법 해석에 관한 규칙(EEOC Regulations Interpreting the ADEA, 29 CFR Part 1625)」과 정책지침으로 「ADEA 하에서의 모집 광고와 고용 전 면접(1989)」 지침을 두고 있다. 연방규칙인 29 CFR Part 1625는 차별의 개념에 관한 간략한 정의와 함께 적용범위를 구체화하고, 곧바로 차별의 예외가 되는 진정직업자격(§ 1625. 6)과 진정한 연공서열제도(§ 1625. 8), 진정한 근로자복지제도(§ 1625. 10)의 내용 및 적용범위에서 제외되는 진정한 임원 또는 고위 정책 결정권자(§ 1615. 12)의 개념과 함께 법이 차별이 아니라고 하는 “연령이 아닌 정당한 근거에 의한 차등 처우(§ 1625. 7)”가 무엇인지를, 그 입증책임과 함께 설명하고 있다. 한편 EEOC는 2006. 8. 11. 고령자 중 더 나이가 많은 사람들을 우대하는 것은 법 위반이 아니라고 한

연방대법원 판례 취지를 반영하기 위한 이 규칙 개정안을 제출하고 입법예고 하였는바(2006. 10. 10.까지 의견을 들어 입법 추진됨), 그 주된 내용은 젊은 사람보다 고령인 사람을 선호하는 것은 법이 금지하는 차별에 해당하지 않는다는 것이다.

EEOC가 모집광고와 채용 전 면접에 관한 구체적인 사항을 정한 「연령차별금지법에 의한 모집 광고와 채용 전 면접에 관한 정책지침(EEOC Policy Guidance - Job Advertising and Pre-Employment Inquiries Under the ADEA)」에서는, 모집 광고의 일부 문구가 아니라 “광고 전문을 읽고 그 광고 전체 맥락이 사용자의 채용 정책에 끼칠 영향”을 보아야 함을 상당한 사례를 들어 설명하고, 각 직무에 따른 광고 문구의 예를 제시하고 있다.

영국은 2000년 EU의 “고용평등지침(Employment Directive 2000/78/EC)”를 승인하면서 연령차별 개선을 위한 법제화를 시도하였고, 2006. 10. 1.부터 시행된 「고용평등(연령)규칙(The Employment Equality(Age) Regulation 2006)」을 제정한 바 있다.

이 규칙의 해석이나 집행에 관하여 아직 행위준칙은 없으나, ACAS가 고용평등(연령)규칙 시행에 관련한 해설을 통해 범안을 설명하고 있으며, 규칙과 해설은 직접·간접 차별, 그리고 보복 조치를 통한 차별과 괴롭힘의 의미를 구체적으로 설명하고 있으며, 간접차별에 대해서만 예외적인 정당화를 허용하는 성·인종 차별금지법과는 달리, 간접차별에서뿐만 아니라 직접차별에서도 진정직업자격과 관련된 예외뿐만 아니라 다른 정당화를 허용하고 있다. 객관적 정당화를 위해서는 합법적 목적과 비례성이라는 요건이 필요하다고 하는데, 통상산업부의 보고서는 ① 건강, 복지, 안전 ② 고용계획 조장 ③ 특정한 훈련 요건 ④ 충성심의 고양 및 보상 ⑤ 퇴직 전 합리적 고용기간 ⑥ 고령자 고용 및 고용 유지 등이 “합법적 목적”의 예시로 들고 있다. 이 뿐만 아니라, 1) 재직기간에 의한 급여 및 혜택(제32조), 2) 국가

최저 임금에서 청소년을 달리 적용하는 예외(제31조), 3) 주류판매장의 청소년 고용 금지 등 법 규정 및 안보목적의 예외(제27, 28조), 4) 65세 이상 근로자에 대한 정년퇴직의 예외(제30조), 5) 직업연금, 정리해고 수당(제33조), 종신보험(제34조)에서 연령을 기초로 하는 것의 예외도 있다.

호주는 2004년 연령차별금지법(Age Discrimination Act, ADA)이 제정되었고 이 법과 관련해서 지침이나 행위 준칙은 아직 제정되지 않았으나, HREOC에서는 「All About Age Discrimination」이라는 해설서를 발간하여 그 내용을 구체화하려고 시도한 바 있다. 이에 따르면 ADA가 다른 차별금지법과 다른 점은 차별행위가 두 가지 이상의 이유로 행해지는 경우 그 차별행위는 ① 연령이 그 이유 중의 하나이고 ② 연령이 지배적인 이유일 경우에 한하여 연령을 이유로 한 차별행위로 간주된다(제16조)는 이른바 ‘지배적인 이유’ 기준이 도입되었다는 점인데(HREOC는 ADA 제정 당시 이 기준의 도입에 대해 반대했다), 어떠한 경우가 이에 해당하는지에 관해서는 아직 구체적인 기준이나 지침이 제시되지는 않았다. 한편 미국과 영국의 ‘진정 직업 자격’에 대응하는 직무의 고유한 요건(inherent requirements of the job)이 차별의 예외가 되고, 21세 미만의 경쟁력을 보호하기 위한 청년 임금(youth wages), 노령수당(superannuation), 보험(insurance), 신용(credit)에 있어서의 차별, 자선단체·종교단체·자발적 단체에서 특정 연령의 사람들에게 자선적인 혜택을 부여하거나 자선적인 혜택을 부여받을 수 있게 하는 자선단체의 규정과 행위 역시 차별금지 적용을 받지 않는다.

종교 차별과 관련해서도 미국·영국·호주의 지침이나 가이드라인이 있다.

우선 미국에서는 민권법 제7편 중 ‘종교’의 개념을 정의한 § 701(j), 종교 기관의 경우 종교차별을 적용하지 않는다는 § 702, 종교 등을 이유로 한 차별

을 금지하면서 종교기관이 설립한 교육기관에서의 적용 제외를 규정한 § 703를 해석하는 EEOC의 「종교차별에 관한 지침(Guideline of Discrimination Because of Religion, 29CFR1605)」이 검토 대상이 되었다. 지침 중 § 1605. 1은 행위와 믿음의 '종교적' 성격이라는 개념에 관하여 설명하고, § 1605. 2는 법 § 701(j)에서 말하고 있는 '과도한 부담 없는 적절한 편의제공'의 의미를 구체화하고 있으며, § 1605. 3은 근로자 선발과정에 관하여 규정하고 있는데, 이 중에서 가장 많은 부분을 차지하는 설명은 '과도한 부담 없는 적절한 편의제공'에 관한 § 1605. 2 부분이다. 무엇이 정당한 편의제공인지(작업 일정의 변경·조정, 노동조합비의 납부 제외, 복장·차림새), 사용자가 면책할 수 있는 '적절한(reasonable)' 제공의 수준은 어느 정도인지, 편의제공의 한계라고 할 수 있는 '과도한 부담(undue hardship)'은 어떠한 수준의 것인지가 사례와 함께 설명된다.

영국에서는 종교에 관하여도 연령과 마찬가지로 EU의 고용평등지침에 따라 2003년 고용평등(종교나 신념) 규칙을 제정하여 같은 해 12. 2.부터 시행에 들어갔는데, 이와 관련해서도 ACAS는 해설 지침(Guideline)을 두어 1) 종교 또는 신념의 의미, 2) 적극적 조치·진정직업자격의 예외 등의 구체적인 내용을 설명하고 있고, 이와 함께 사용자의 입장에서 차별이 되지 않는 구인 광고·모집 공고의 방법이나 직장에서의 종교적 의식을 어느 수준으로 보장해야 하는지, 그렇게 하려면 주의해야 할 점은 무엇인지에 관한 행위 준칙을 제시하려고 하고 있다.

호주에서는 연방 헌법이나 인권위법 등에서 다른 차별과 같이 종교와 신념에 의한 차별을 금지하고 있으나, 미국이나 영국과 같이 종교·신념에 의한 차별을 금지하는 개별 법령이 없고, 따라서 법규에 대한 유권적 해석이나 강행적 효력을 갖는 규칙·지침도 없는 상태이다. 다만 HREOC에서 인권위

법의 차별금지 규정을 구체화하기 위한 일반적 지침(general guidance)을 작성한 바 있어 이를 간략히 소개하였다.

이 지침에서는 직접·간접 차별의 개념을 예를 들어 구체적으로 설명하였고, 1) 직무의 고유한 요건 예외와 2) 종교기관이 종교나 교의를 준수하기 위한 종교적 감수성에 침해가 되지 않기 위해서 구분·배제·우대하는 것은 위법하지 않다고 하는 이른바 「종교적 감수성 예외」의 구체적 내용을 설명하고 있으며, 각 예외의 적용을 받기 위해서 사용자가 무엇을 입증해야 하는지, 그 요건들을 들고 있다. 아울러 사용자가 채용이나 승진을 공고할 때 어떠한 점을 갖추어야 차별 혐의가 적용되지 않는지, 체크리스트를 덧붙였다.

전과에 관해서는 다른 나라에는 별도의 판단지침이나 가이드라인이 없어, 호주의 HREOC가 2005년 10월에 발간한 「전과에 의한 차별 방지를 위한 지침(Guidelines for the prevention of discrimination in employment on the basis of criminal record)」을 소개하였다.

이 가이드라인은 모두 10개의 '지침' 항목을 정한 다음, 각 항목을 section으로 하여 상세한 설명을 달고 있는바, 그 10가지는 1) 투명하고 정직한 정보 교환을 위한 환경 조성, 2) 관련성 없는 정보 공개 요구의 금지, 3) 실효된 전과 공개의 원칙적 금지, 4) 전과 조회 필요성 사전 공지 의무, 5) 전과 조회 최소화 원칙, 6) 개인 정보 보호 및 비밀 준수 의무, 7) 구체적 전과 관련성 판단의 원칙, 8) 소명 기회 부여의 원칙, 9) 관련성 있는 전과에 관한 방침·절차 마련의 필요성, 10) 교육의 필요성 등이다.

전체적으로 연령·종교·전과 등 사유로 구체적인 판단지침을 두고 있는 나라가 많지 않았고, 차별 '판단'의 지침이라고 하기보다는 차별을 '방지'하기 위한 지도적 가이드라인으로서의 성격을 가지고 있는 것이 더 많았다.

또한 차별 행위 자체가 지극히 구체적인 맥락에서 사건의 특성에 따라 행해지는 것이기 때문에, 이를 판단하는 지침을 연역적으로 정한다는 것 자체가 쉽지 않은 일이며, 가사 이를 정한다고 하더라도 각각의 사례에 적용하여 실효성 있는 결론에 다다른다는 것은 더 어려운 문제일 것이다.

그러나 각각의 규칙이나 지침에서 제시되어진 원칙이나, 논리적 판단 순서에 관한 고민들, 판단 사례들은 우리 인권위법의 차별 판단을 위한 지침을 정하거나 이후 구체적인 사례에서 차별 판단 - 특히 차등적 취급이 차별에 해당하지 않는 '합리적인 이유'가 있는지를 주장하거나 판단함에 있어서 일응의 참고가 될 수 있을 것으로 기대한다.

제1장 서론

제1절 연구의 필요성

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다, 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 규정하고 있고, 이와 같은 헌법적 규범에 입각하여 각종 사유(모두 19개)에 의해 차별받지 않을 권리를 보장하고 그 구제방법을 정한 것이 국가인권위원회법이다.

다양한 사유에 의한 차별을 금지하는 입법에 의해 차별 시정의 이론적 가능성은 어느 정도 해결되었지만, 아직까지는 축적된 사례나 문제 해결의 경험이 일천한 탓에 이러한 법령을 실제 적용함에 있어서 구체적으로 차별 여부를 판단할 수 있는 기준이 없는 상황이다. 이는 차별구제 기구 구성원들의 차별판단 업무 준칙의 공백 뿐 아니라, 차별 금지 규범을 준수할 국가기관이나 사용자등도 무엇이 차별인지에 관한 행위규범의 부재를 의미하는데, 위 법률이 차별금지 규범으로서의 실질적 역할을 수행하기 위해서는 구체적인 판단 기준의 정립이 절실하다 할 것이다.

이 연구는 국가인권위원회법을 적용하여 차별 시정 업무 - 그 중에서도 연령·종교·전과에 의한 차별 여부를 판단함에 있어서, 차별 판단의 구체적인 기준과 지침을 만드는 기초를 만들기 위해, 상대적으로 차별 구제의 경험이 다양하고 그 법리를 정리해온 몇몇 나라의 차별판단 지침을 조사·검토하고 이를 정리하는 것을 목적으로 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

연구는 해당 차별 사유별로 연령, 종교, 전과의 세 개의 장으로 각국의 차별사유별 차별판단지침을 정리하여 소개하고, 국가별 공통점 및 차이점 등의 특징을 해

당국의 법제 및 사회적 맥락에서 간략히 분석·정리한다.

우선 연령에 관해서는 미국의 고용상 연령차별금지법(ADEA)·영국의 연령차별금지법·호주의 연령차별금지법(ADA)을 적용함에 있어서 각국이 채용하고 있는 기준·지침을 점검한다.

다음으로 종교와 관련해서는 미국 민권법 적용에 있어서의 EEOC의 종교차별에 관한 지침(429CFR1605)과 영국의 2003년 고용평등(종교 또는 신념) 규칙과 그 해설 지침을, 그리고 전과를 이유로 한 차별에 관해서는 호주 HREOC의 전과를 이유로 한 고용차별 방지를 위한 가이드라인을 검토하게 된다.

연구는 모두 위 지침들과 관련 법령·판례·해설 등에 관한 1차 문헌과 웹사이트상의 정보를 요약하여 소개하고 그 내용을 검토하는 방법으로 진행되었고, 연구의 목적상 2차 문헌이나 선행 연구에 관한 심층적인 분석이나 새로운 이론의 모색보다는 가능한 많은 정보와 그에 대한 쉬운 설명의 방식들을 조사하여 보고하는 것에 초점을 맞추었다. 각 나라의 사법제도와 규율 방식이 다르고, 각 지침이나 가이드라인이라고 하는 것들도 모두 그 법적 효력이나 서술 형식이 다르기 때문에 이를 무리하여 통일된 방식으로 정리·규격화하는 것은 오히려 혼란만 가중시킬 수 있다고 보아, 각 장과 각 절의 서술 방식이나 편제에는 다소 차이가 있다.

제2장 각국의 연령 차별 판단지침

제1절 미국1)

미국은 채용 및 근로조건 등에서의 차별을 금지하는 일련의 고용차별금지법을 1960년대 중반부터 제정하여 1963년 평등임금법(Equal Pay Act), 1964년 민권법(Civil Act) 제7편(Title VII of the Civil rights Act)을 거쳐 1967년 고용에서의 연령차별금지법(Age Discrimination in Employment Act)을 제정하였다. '고용에서의 연령차별금지법'(이하 ADEA라 약칭함)은 사용자 등이 40세 이상의 자를 연령을 이유로 고용관련 영역에서 차별하는 것을 금지하고 있으며, 미국 연방법령집(U.S. Code) 노동편(Title 29) 제14장에 편재되어 총 13개 조문(제621조~제634조)으로 구성되어 있다.

한편 ADEA의 내용을 설명하고 보완하는 지침으로는 연방기구인 고용평등위원회(EEOC)에서 정한 것들이 있는데, 이들 중 차별 판단의 기준을 설명하는 것은 i) 일종의 시행규칙인 「연령차별금지법 해석에 관한 규칙」과 ii) 정책지침으로는 「ADEA 하에서의 모집 광고와 고용 전 면접(1989)」 지침이 있다.

I. 연령차별금지법 해석 규칙(EEOC Regulations Interpreting the ADEA, 29 CFR Part 1625)

ADEA의 해석에 관한 상세 내용을 정한 EEOC의 규칙은 연방규칙 중 제29 - 노동편(title 29) 1625장에 정해져 있는데, 1988년 고령근로자 복지 보호법(the Older Workers Benefit Protection Act)의 보완 내용을 포함하여 ADEA에 의해 보장되는 보호 규정을 해석하고 있다.

3개의 규정으로 이루어진 Subpart B는 수습사원예의 법 적용(§ 1625. 21), ADEA

1) 미국에서 법 해석에 관한 행정기관의 '지침'이라고 할 수 있는 것에는 연방규제규칙(code of federal regulation ; CFR), 법 준수 매뉴얼(compliance manual), 시행지침(enforcement guidance), 정책지침(policy guidance) 등 4가지 형태가 있는데, 이 중에서 연방규제규칙(CFR)은 연방행정기관이 정하는 일종의 '시행령'으로서 주법이나 규칙들에 우선하는 효력이 있으며, 법 준수 매뉴얼(compliance manual)은 전문가용 업무지침으로, 중요하다고 간주되는 요점과 판례 등을 모두 망라하는 그야말로 '지침서'에 해당하고, 시행지침(enforcement guidance) 및 정책지침(policy guidance)은 특정한 법원 판례나 특정 이슈와 관련하여 작성되는 지침이다.

에 의한 권리의 주장과 포기(§ 1625. 22), 권리와 청구권의 포기(§ 1625. 23) 등 법이 적용되는 범위와 권리 주장·포기 등에 관하여 정하고 있는 일종의 ‘보칙’ 부분이고, 차별 판단과 해석(Interpretation) 기준에 관한 것은 모두 12개의 규정으로 구성되어 있는 첫 번째 장(Subpart A)이다. 실질적인 차별판단 지침이라고 할 수 있는 이 부분의 주요 내용을 보면 다음과 같다.

1. 법에서 금지되는 차별의 개념 (§ 1625. 2)

§ 1625. 2 는 ADEA에 의하여 보호되는 사람(이하 ‘고령자’로 약칭한다) 사이의 차별에 대하여 “채용이나 기타 방법으로 연령에 기초한 우선권을 줌으로써 40세 이상 사람들을 차별하는 것”이라고 정리하고 있으며, 그 예로 같은 지위에 42세, 50세의 2사람이 지원했을 때 연령을 이유로 그들 중 한 사람을 거부하는 것이 이에 해당한다.

한편 b) 항에서는 차별의 예외로서 “사용자가 합리적인 근거 하에서 그러한 조치가 연령차별을 시정한다고 판단하여 고령자에 대한 부가적 급여(예컨대 퇴직수당)를 증액하는 것”을 들고 있다.

2. 적용 대상이 되는 직업소개소(§ 1625. 3)

모든 직업소개소(최소한 1사람의 사용자를 위하여 근로자를 모집하는 경우)는 그 고객이 이 법 적용대상인 사용자인지 불문하고 적용 대상이 되며, 그 직업소개소의 근로자 숫자와 상관없이 그 알선 행위 뿐 아니라 그 소개소 자체의 고용에도 적용된다.

3. 금지되는 구인광고·광고문구, 입사지원서 (§ 1625. 4, 5)

§1625. 4에서는 구인광고나 광고에서 “25세 이상 35세 이하” “젊은” “대학에 재학생” “올해 졸업예정자” “청년” “미혼여성” 기타 이와 유사한 성격의 문구가 들어

갔을 때에는 원칙적으로 법 위반이고, “45세 이상 50세 이하” “65세 이상” “퇴직자” “연금 보완” 등의 문구 역시 고령자 사이에 차별을 두는 것이므로 적용 예외에 해당하지 않는 한 차별이라고 한다. 또한 공고나 광고 또는 입사지원서(§ 1625. 5 : 입사원서나 승진지원서, 이력서나 자기소개서 등 그 명칭을 불문하고 문서로 답해야 하는 모든 것을 뜻하며 입사 후에 작성하는 계약서나 질의서 등도 포함된다)에 생년월일이나 연령 기재라는 문구를 사용하는 것 자체가 법 위반은 아니지만, 지원자에게 연령 기재를 요구하는 것은 고령지원자 기피나 연령 차별을 암시하는 것이므로, 법의 목적에 합치하는가를 판단하기 위해 엄격한 심사를 받아야 한다고 한다. 만일 연령 차별을 하려는 것이 아니라면 지원자들이 알 수 있도록 미리 공표를 하거나 입사지원서 양식에 법규상 금지 내용과 위반시 책임을 기재한 참조를 달아야 한다고 한다.

4. 진정 직업 자격 (§ 1625. 6)

차별의 예외가 되는 ‘진정 직업 자격’과 관련해서는 § 1625. 6에서 정하고 있는바, 어떠한 업무상의 자격 요건이 구체적인 특정 업무에 ‘진정한(bona fide)²⁾’ 것이며 ‘특정 사업의 정상적인 운영에 필수적인 것’인가 아닌가는 각각의 특정 상황과 관련된 모든 요소에 기초하여 내려지는 ‘제한적인 것’이라고 하며, 적용 예외의 하나이기 때문에 협소하게 해석해야 한다고 한다. 연령이 진정직업자격이라는 항변을 하기 위해서 사용자는, 1) 연령 제한이 합당한 사업 수행에 필수 요소라는 점, 그리고 2) 해당 업무에서 배제된 사람 전부 또는 상당수가 실제로 무자격자였다거나, 3) 배제된 사람의 부적격을 판단할 자료가 연령 외에는 없다는 점을 보여야 한다. 또한 어떠한 진정직업자격을 주장하는 이유가 공공의 안전이라는 목적 때문이라고 한다면, 사용자는 문제가 된 고용관행이 실제로 그러한 목적 달성에 주효하고, 연령 차별적 요소를 줄인다고 했을 때에는 그보다 낮거나 비슷한 효과를

2) 영어에서 ‘good faith’에 해당하는 ‘bona fide’는 ‘진정한’으로 번역할 수도 있고, ‘선의의’로 해석할 수도 있을 것이다. 다만 그동안 여성학 등에서 ‘Bona fide occupational qualification’을 ‘진정 직업 자격’으로 번역해 온 것을 고려하여 이 보고서에서는 ‘bona fide’는 ‘진정한’으로 통일하여 번역하였다. 한편 뒤에서 나오는 호주 종교 지침에서의 ‘in good faith’는 그 문맥상 ‘선의의’로 번역하였다.

가져 올 대안이 없다는 점을 보여야 한다. 이러한 원칙은 연령에 따라 고용기회를 제한하는 주나 지방 정부의 법·행정명령에도 마찬가지로 적용된다.

5. 연령이 아닌 정당한 근거에 의한 차등 처우 (§ 1625. 7)

ADEA 제4조 제1항³⁾과 관련하여 § 1625. 7은 이 “연령이 아닌 정당한 근거에 의한 차등 처우”가 정확히 어떠한 경우를 말하는지 확실히 판단할 방법은 없다고 하면서 상세한 사실, 정황 등 각 개인의 모든 주변 상황을 확인한 후 판단해야 한다고 한다. 채용시 연령을 유일한 기준으로 제시한 경우라면 “연령이 아닌 정당한 근거에 의한 차등 처우”임을 항변할 수 있고, 채용시 시험 등 다른 근거로 차등 처우를 한 경우라고 해도 그것이 고령자들에게 불리한 효과를 가져왔다면 ‘사업상 필요성’을 입증하여야 정당화될 수 있다. “연령이 아닌 정당한 근거에 의한 차등 처우”라고 주장되는 시험은 이 편(title)의 Part 1607에서 정해진 기준⁴⁾에 따라 면밀히 검토·조사되어야 하며, 그 ‘정당한 근거 있음’에 대한 주장책임(burden of showing)은 사용자에게 있다. 또한 평균 비용에 근거하여 고령자를 집단적으로 차등 처우하는 것은 이 법 제4조 (f)(2)⁵⁾ 예외에 해당하는 근로자 복지 제도를 제외하고는 위법이다.

6. 진정한 연공서열 제도 (§ 1625. 8)

- 3) 연령이 진정직업자격에 해당하거나 연령 이외의 합리적인 요소에 근거(based on reasonable factors other than age)하여 차등 처우(differentiation)하는 경우에는 다른 법령에 의해 금지되지 않는 한 연령차별에 해당하지 않는다(제623조 (f) (1)).
- 4) 29CFR1607은 “근로자 선발 절차에 있어서 통일 가이드라인(Uniform Guideline on Employee Selection Procedures)”로, 이 통일지침은 사용자, 노동조합, 취업알선 기관 등이 실시하는 여러 가지 검사와 선발절차들이 EEOC, 노동부, 법무부, 인사 관리국에서 시행하는 법들에 저촉되지 않는지 여부를 판단하는 데 도움을 주기 위해 작성되고, 그 주된 목적은 선발절차들이 적절히 이용될 수 있도록 공통의 원칙을 제공하고 상이한 기관들 사이의 갈등을 미연에 방지하는 데 있다(§ 1607. 1). 통일지침은 채용, 유임, 승진, 이동, 강등, 해고, 취업알선 등을 비롯해 모든 선발절차들에 적용되며, 특정한 인종, 성, 또는 민족 집단의 고용기회에 “불리한 영향”을 미치는 선발절차가 Title VII을 위반하지 않도록 사용자가 그 절차를 사전에 철저히 점검하고, 점검의 내용과 결과를 기록으로 남길 것을 요구하고 있다.
- 5) ADEA 제4조 (f)(2)의 (A)는 ‘진정한 연공서열 제도(bona fide seniority system)’를, (B)는 근로자 복지제도(employee benefit plan) 또는 조기퇴직 장려제도(voluntary early retirement incentive plan)를 연령 차별의 예외로 정하고 있다.

§ 1625. 8은 ADEA 제4조 (f)(2)(B)에서 법 적용의 예외로 정하는 「진정한 연공서열 제도」에 관하여 설명하고 있는데, 어떠한 연공서열이 공로·소질 또는 능력 등의 요건을 포괄하였다고 하더라도 진정한 연공서열이 되기 위해서는 근무연한을 1차 기준으로 삼아야 하고, 그래야만 고용 기회 및 특전 등이 근로자와 젊은 근로자 사이에 형평성 있게 할당될 수 있다. 오래 일한 사람일수록 적은 권리가 주어지는 연공서열이 될 경우 결과적으로 고령자들이 퇴직을 하거나 보다 못한 대우를 받게 되기 쉽기 때문에 그러한 연공서열은 때로는 “법 적용을 회피하기 위한 것”으로 판정될 수 있다(b). 차별 혐의가 있는 경우, 연공서열상의 제반 약정과 조건이 해당 근로자에게 미리 공유되지 않았거나 연령에 상관없이 모든 근로자에게 일관되게 적용되고 있는 것이 확인되지 않는다면, 그러한 연공서열은 이 법이 정한 범주의 ‘진정한 연공서열’로 간주되지 않는다(c). 민권법이 금지하는 인종·피부색·종교·성별·출신국가에 기초하여 개인을 분리, 분류, 또는 여타의 방식으로 차별하는 연공서열 제도는 민권법 등 관련 법률의 적용을 받게 되므로, 그것이 ‘선의(bona)’인지를 가리기 위해 면밀한 조사·검토가 행해진다(d).

6. 비자발적 퇴직의 금지 (§ 1625. 9)

종래 ADEA 제4조 (f)(2)가 ‘진정한 연공서열제도’와 ‘진정한 근로자 복지 제도’를 법 적용의 예외로 정하고 있는 것과 관련하여 비자발적 퇴직(involuntary retirement) 제도가 문제되었다. 이와 관련해 미국 노동부는, “어떠한 비자발적인 퇴직 제도가 연령차별이 아니라고 하기 위해서는 ADEA 제4조 (f)(2)항의 요건을 충족시키는 퇴직이나 연금 제도의 조건에 따른 퇴직이어야 한다”고 하면서, 이 제4조 (f)(2)의 요건을 충족하기 위해서는, (i) 진정한 연금·퇴직 제도에 포함되어 있고, (ii) 그 제도가 정한 요건에 따라 시행되고 다른 선택권은 없으며, (iii) 해당 제도의 존속 또는 적법한 경영 목적에 필수적이어야 한다(그 제도에 비자발적 퇴직 규정을 포함시킨 이유가 연령에 기초한 자의적 차별의 결과여서는 안 된다는 것).

이러한 문제의식은 결국 1978년 법 개정에서 위 (f)(2)항 말미에 “그리고 어떠한 진정한 연공서열이나 근로자 복지제도도 고령자에게 연령을 이유로 비자발적 퇴직을 요구하거나 허용할 수 없다”는 조항의 추가로 이어졌으며, 하원 법제위원회 보고서(The Conference Committee Report)는 위 개정 취지를 “이 조항의 본래 취지를 더 철저히 하기 위해, (진정한 연공서열이나 복지제도 등의) 예외 사항이 사용자의 고령자 직원에 대하여 연령을 이유로 한 비자발적 퇴직의 요구를 정당화하는 것은 아니라는 점을 확실히 하기 위해”라고 설명하였다.

7. 근로자 복지 제도의 비용과 급여⁶⁾(§ 1625. 10)

우리나라에서는 근로자 사내 복지 제도가 정교하게 되어 있는 경우가 많지 않고 대부분 차별이 현금 급여를 중심으로 발생하기 때문에 큰 문제가 없으나(그러나 같은 차별 판단의 기준은 우리 사회보험 제도의 차별 문제를 검토하는 유용한 기준이 될 수 있다), 기업 보험·연금을 비롯한 여러 복지 제도가 다양하게 발달한 미국에서는 근로자 복지 제도 내에서의 연령차별이 적지 않은 문제가 되었다. 그리하여 차별의 예외가 되는 ‘(진정한) 근로자 복지제도’에 관한 설명은 이 규칙의 가장 많은 부분을 차지하고 있다.

이 부분 규칙의 요지는 “어떠한 근로자 복지 제도가 고령자에게 더 낮은 급여를 함에도 불구하고 그것이 차별이 아닌 것으로 보기 위해서는, 실제 고령자는 더 낮은 급여를 받더라도, 사용자가 부담하는 비용 면에서 고령자에게 들어간 비용과 젊은 근로자에게 지급된 급여가 같아져야 한다”는 것인데, 그 세 가지 요건은 다음과 같다 (그리고 이는 차별 금지의 예외이기 때문에 각 요건이 분명하고 틀림없이 충족된다는 점에 관한 주장 책임은 예외를 주장하는 사람에게 있다).

6) ‘costs and benefits’라는 표현은 일반적으로 경제학에서 ‘비용-편익’으로 번역되는데, 여기서는 근로자 복지제도(employee benefit plan)에서의 ‘(복지)급여’와 그에 따르는 ‘비용’이라는 의미까지 포함하는 것으로 보아야 한다.

i) '진정한 근로자 복지제도'란 무엇인가?

ii) '규정대로 지급한다'는 것은 무슨 뜻인가?

iii) '차별 규정을 면탈하기 위한 탈법행위'에는 어떤 제도나 규정이 해당하는가?

가. '진정한 근로자 복지 제도'의 의미

어떠한 근로자 복지제도가 '진정한' 것으로 인정되기 위해서는, 기여의 중단이나 퇴직금 증액을 포함한 그 조건들이 전체 근로자들에게 서면으로 제시되고, 변경이 있을 때에도 즉각 근로자들에게 통지해 주어 근로자들이 규정 변경으로 인한 효과를 알 수 있어야 한다.

그리고 반드시 그 규정대로 실제 급여를 지급해야 하는바, 그렇지 않을 경우 제도상 규정들을 근로자들에게 알려준다고 해도 잘못된 정보를 주고 오도한 셈이 되기 때문이다.

나. '규정대로 지급될 것'

고령자에게 연령을 이유로 낮은 급여를 하는 제도가 진정한 것으로 인정받기 위해서는 그 '낮은 급여'가 규정에 정한 바에 의한 것이어야 한다. 명문의 규정이 있어야만 근로자들이 이를 인지하여 그에 따라 계획을 세우거나 문제제기를 할 수 있기 때문에, 명문의 규정은 매우 중요한 의미를 가진다.

사용자나 직업소개소, 노동단체가 아예 명문 규정 없이 그러한 조치를 취했다면 예외로 인정될 수 없고, 또한 그러한 차별적 조치가 선택적으로 행해질 수 있다면 그것은 개인에 대한 차별이 되어 4(f)(2)의 예외가 적용될 수 없는 것이므로,

7) 이를 위해서 사용자들은 '근로자 퇴직소득 보장법(ERISA : Employee Retirement Income Security Act)'과 그 규칙들에 의한 공개 의무(disclosure requirement)를 따르면 된다고 한다 - ERISA(29U.S.C Chapter 18) Sec. 1021에서는 "제도 운영자는 가입자 모두에게 제도의 모든 정보와 변경 사항에 관하여 자동으로, 무료로 제공하여야 한다"는 의무 규정을 두고 있고, 그에 따른 보고와 정보공개관련 규칙(29CFR 2520)은 상세한 정보공개 사항을 정하고 있다.

그 명문 규정은 같은 연령대의 모든 근로자에게 동일하게 적용되어야 한다.

다. '탈법행위 (Subterfuge)'

제도가 차별의 예외로 인정되기 위해서는 “법 적용을 면탈하기 위한 탈법행위”여서는 안 되는데, 일반적으로 연령과 관련된 '비용' 때문이라면 탈법행위가 아니라고 보게 된다 (이 '일반적 원칙'의 유일한 예외는 특정한 퇴직금 제도에 관한 것이다, 법 제4조 (f)(4) 참조).

이를 위해서는 정확하고 합리적인 비용 자료(cost data)가 있어야 한다고 하는데, 이 자료는 ① 급여별(benefit-by-benefit : 비용을 조정할 때에는 반드시 하나의 특정 사안 또는 임시비용별로 급여의 종류마다 양과 수준을 맞추어야 함) 원칙이나 매우 제한적인 급여 총액(benefit package) 원칙에 따른 것이어야 한다고 하고(이 원칙의 구체적 내용에 관해서는 뒤의 'f' 부분에서 상술), ② 최대 5년 단위로 계층화되어 있어야 하며, ③ 근로자 부담분(employee contributions)은 고용의 조건이 되어서는 안 되고 자발적 근로자복지 제도에 가입하는 하나의 조건이 되는 경우에만 허용하되 이 경우에도 사용자와 근로자가 부담하는 전체 비용이 젊은 근로자들보다 많아서 안 되며⁸⁾, 감액된 급여를 받지 않기 위한 옵션이 되어야 한다고 한다. ④ 또한 소송을 제기하거나 공식적인 법적 절차에 관여하면 권리를 잃게 된다는 조항이 있는 급여 제도는 위법이고(이는 법적 절차 관여를 이유로 차별할 수 없다는 법 제4조 (d)에 의한 것임), ⑤ 복지 제도 중 연령을 이유로 한 고령자 채용 거부 관련 조항이 들어 있으면 이는 면탈 행위로 보아 예외로 인정될 수 없으며, ⑥ 복지 제도 중 고령자에 대한 비자발적 퇴직을 요구·허용하는 내용이 포함되어 있는 경우에도 같다.

8) 규칙은 이 부분을 예시까지 해가며 상세히 설명하고 있다 - ① 근로자 전액 부담형 제도인 경우에는 제도에 가입하는 조건으로 연령에 따른 할증액 전액을 부담하는 것까지 가능하고, ② 사용자 전액 부담형 제도인 경우에는 젊은 근로자들이 비용을 부담하지 않는다면 고령자들도 부담해서는 안 되며, ③ 사용자·근로자 둘 다 부담하는 경우에는 가입자 부담분은 할증되는 금액에서 가입자 부담분의 비율이 늘어나는 게 아니라면 그 한도에서 가능하다고 한다.

라. 정부로부터 받는 급여

사용자가 어떠한 급여를 정부로부터 직접 지급받도록 하는 것은 비록 연령에 따라 지급 내용이 달라지는 경우에도 법 위반으로 보지 않는다(예 : 의료보험 급여). 그러나 정부로부터 받는 급여가 사용자가 지급해야 하는 급여를 축소시키는 사유가 되어서는 안 된다(예를 들어 노인 의료보험의 대상이 되어 특별한 급여를 받는다고 해서 젊은 근로자에게 지급하는 급여를 주지 않아서는 안 된다).

마. 다양한 근로자 복지 제도에 대한 4(f)(2)의 적용

규칙은 다양한 제도에 따라 4(f)(2)를 적용하는 구체적인 모습을 예시하고 있는데, 크게 '급여별 접근법(benefit-by-benefit approach)'과 '급여 총액 접근법(benefit package approach)'로 구분하여 설명한다.

1) 급여별 접근법

① 생명 보험 : 생명보험은 대략 65세부터 축소되는데, 연령에 기초하여 생명 보험 급여를 완전히 중단하거나 근무를 쉬고 있다는 이유로 급여를 중단하는 것은 위법하게 되지만, 어떠한 연령의 근로자에 대한 축소분이 그 연령대(대상 근로자의 연령에서 상하 5년 범위 내)의 근로자 집단에 들어가는 비용 증가분보다 많지 않는 한 급여 감소는 허용된다.

② 장기 장애 급여 : 연령을 이유로 고령자에게 장기 장애에 대한 급여를 지급하지 않는 것은 위법이지만, 장애에서의 회복과 같은 연령 외적인 이유로 장기 장애 급여를 중단하는 것은 위법이 아니다. 연령에 따라 급여 액수나 기간을 축소하는 오직 이 장애 언급된 '비용 요소'에 근거했을 때만 인정되는데, 대개 고령 근로자들에게 들어가는 장기 장애 급여가 연령에 따라 줄어드는 것이 보통이기 때문에 급여액을 줄일 필요는 없다. 또한 지급되는 급여 기간을 단축하면 급여

액수를 줄이지 않고 전체 비용 증가를 막을 수 있는데, 노동부가 제시하는 급여 기간 단축의 기준은, i) 60세 이하 연령에 발생한 장애에 대하여 65세에 급여를 중단하는 경우, ii) 60세 이후 발생한 장애에 대하여 그로부터 5년 후 급여를 중단하는 경우 등이라고 한다.

③ 퇴직금 제도 : 통상적인 퇴직 연령 이전에 채용된 근로자를 확정기여형 퇴직금 제도(defined contribution plan)⁹⁾에서 전적으로 배제하는 것은 위법이다.

ELISA 29U.S.C 1001, 1003(a)(b)의 적용을 받지 않는 확정급여형 퇴직금제도(defined benefit plan)¹⁰⁾의 경우 통상 퇴직 연령 5년 이전에 채용된 경우에는 비용측면에서 예외에 해당하지 않으면 제한할 수 없고, 5년 이내에 채용된 경우에는 제한할 수 있다고 한다.

2) 급여 총액 접근법

전체적으로 사용자가 부담하는 비용이 줄지 않고 고령자가 받는 급여도 줄지 않으면 된다는 이른바 급여 총액 방식은 급여별 방식보다 많은 융통성이 주어진다 고 할 수 있으므로, 여전히 법의 취지에 부합하기 위해서는, ① 먼저 제4조 (f)(2)의 조건을 충족하는 근로자 복지 제도여야 하고, ② 퇴직금이나 연금 제도(1978년 입법으로 이들 급여는 보험계리상의 비용 측면이 아니라 특별한 연기금에 묶이게 되어 다른 복지제도와 같은 급여별 방식의 변용으로는 정당화할 수 없게 되었다)에는 이러한 방식이 적용되어서는 안 되며, ③ 급여 총액 접근법을 적용한다고 해서 고령자들에게 특히 중요한 건강 관련 급여가 급여별 방식 적용시부도 많이 축소되어서는 안 되고(따라서 총액 방식으로 한다고 하면서 사용자들의 건강보험 비용 증가분보다 급여가 더 많이 축소되어서는 안 된다), ④ 급여별 접근법을 채택할 때보다 많이 축소되는 급여에 대해서는 그 대상이 되는 근로자에게는 반드시 손실분을 상쇄할 만큼 다른 급여를 제공해야 하며, ⑤ 급여총액 접근법을 적

9) DC plan, 우리 근로자퇴직급여보장법에서 말하는 '확정기여형 퇴직연금제도'와 유사한 것으로서, 급여의 지급을 위하여 납부해야 하는 부담금의 수준이 사전에 결정되어 있는 것을 말한다.

10) DB plan, 근로자가 지급받을 급여의 수준이 사전에 결정되어 있는 퇴직연금

용해 급여를 축소하고자 하는 사용자는 반드시 그 타당성을 입증함으로써 급여별 방식을 채택하지 않은 것이 비용이나 급여를 축소하기 위한 것이 아님을 보여야 한다.

예 : A와 B 두 개의 급여(모두 4(f)(2)에 부합하고 특별 규정의 적용을 받는 퇴직금·연금 제도도 아니며, 전체 근로자에게 적용되는 제도)가 있다고 하면, 급여별 방식을 적용할 때 연령 요인으로 발생한 비용증가를 근거로 두 급여를 축소할 수 있는 한도는 10%였는데, 근로자들 입장에서는 A는 줄이지 않고 B를 줄이는 편이 유리하므로, ‘맞바꾸기’가 가능하다. 그 맞바꾸기의 자세한 방법은 이 두 급여로 인해 사용자가 부담하는 상대적인 비용 자료에 달려 있다. 급여 A와 B의 비용이 같다면 급여 A를 20%까지 감축하는 것이 가능하지만, A의 비용이 B의 비용의 2분의 1에 불과한 경우에는 만약 A를 줄이지 않는다면 B는 15%까지밖에 줄일 수 없다.

8. 적용 제외 : 진정한 임원 또는 고위 정책 결정권자 (§ 1625. 12)

법 제12조 (c)(1)항이 “이 법에 의하더라도, 65세 또는 퇴직을 2년 앞두고 있는 근로자로서 진정한 임원 또는 고위 정책결정권자의 지위에 있고 몰수 불가능한(nonforfeitable) 연금, 이익 배당, 저축 또는 이연보상제도(deferred compensation)¹¹⁾ 등으로 최소 44,000달러의 받게 되어 있는 사람의 비자발적 퇴직은 제한되지 않는다(비자발적 퇴직이 허용되는 만큼 임시직으로의 전환이나 급여 삭감도 가능하다고 봄)”는 적용 제외 규정을 두고 있기 때문에, 규칙은 이에 해당하는 “65세 또는 퇴직을 2년 앞둔 임원¹²⁾”의 범위가 어디까지인지에 관하여 상당히 상세한 설명을 하고 있다.

‘진정한 임원’이라고 하기 위해서 사용자는 먼저 29CFR541.1의 a)에서 d)까지¹³⁾

11) ‘지불 유예 방식에 의한 보상’으로 번역하기도 하며, 주로 임원들에게 월급과 보너스 외에 성과급, 퇴직금 및 각종 복지제도를 통한 보수를 미뤘다가 받는 제도으로써, 넓은 의미의 연금이나 스톡옵션을 포함한다.

12) 이 조항에 의하여 적용 제외가 되기 위해서는 퇴직 직전 2년 동안 이러한 업무에 종사해야 하며, 2년 동안 여러 가지 직위를 담당했을 경우에는 각각의 일이 ‘진정한 임원’이나 ‘고위 정책결정권자’의 일이어야 한다.

정하는 정의 요건을 모두 충족해야 하며, 그 전형적인 예는 법인 또는 주요 생산·소매 시설 기타 사업시설의 중대하고 실질적인 지역 운영 책임자 등이 된다. 반면 작은 지점 또는 도소매 창고의 책임자 등은 이에 해당하지 않고, 회사의 본부나 지역 본부에 속하여 재정·마케팅·법률·생산과 제조 등 부서를 책임지고 있는 사람이 이에 해당한다. 또한 규모가 큰 조직의 경우, 간혹 각 파트 총책임자에 직속된 하급자가 임원으로서의 권한을 행사하는 경우가 있는데, 이들 역시 적용 제외의 대상이 된다.

한편 하원 법제위원회의 보고서에 따르면 '고위 정책결정권자'라는 것은 '진정한 임원'이 아닌 고위직 근로자로서, 지휘 체계는 거의 없지만 그 지위와 책임이 막중하여 회사가 정책을 결정하고 실행하는데 중대한 역할을 하는 사람이라고 한다. 경제·과학 분야의 추세를 분석·평가하여 정책 방향을 개발하고, 회사의 최고 임원들에게 추진 방향을 권고하는, 법인체의 수석 이코노미스트나 수석 리서치 담당자들이 이에 해당한다(반면 이들의 보좌진들은 어떤 부서를 총괄하고 여러 정책들의 권고안을 작성한다고 해도 적용 제외 대상이 되지 않는다).

9. 규칙 개정안

EEOC는 2006. 8. 11. 고령자 중 더 나이가 많은 사람들을 우대하는 것은 법 위반이 아니라고 한 연방대법원 판례(*General Dynamics Land Systems Inc. v. Cline*, 540U.S. 581, 586, 2004) 취지를 반영하기 위하여 규칙 개정안을 제출하고 입법예고했다(2006. 10. 10.까지 의견을 들어 입법 추진됨)¹⁴. 이 개정안은 Subpart A에 관한 것으로, 다음의 3 조항을 개정하려고 한다.

13) 이 장(chapter)은 미국 노동부 근로기준국(ESA : Employment Standards Administration)에 관한 장으로, 여기서는 '진정한 임원으로 고용된 자'라는 용어를 a) 그의 주된 업무가 소속 회사나 그 계열사의 경영에 관한 것이고, b) 관례상 그리고 정기적으로 둘 이상의 근로자를 감독하며, c) 근로자를 채용하거나 해고할 권한을 갖거나 채용이나 해고에 관하여 비중 있는 의견을 제시할 수 있고, d) 관례상 그리고 정기적으로 재량권을 행사하며, e) 그의 작업 시간 중 20%(소매나 서비스업일 경우에는 40%) 이상을 a)내지 d)의 업무와 직접·밀접하게 관여되지 않은 일을 하지 않아야 한다고 한다.

14) Federal Register Vol. 71 No. 155 August 11, 2006 / Proposed Rules p. 46177

조항	현행 조항	개정안
<p>§ 1625. 2 법에서 금지되는 차별의 개념</p>	<p>법이 적용되는 범위에서, 사용자가 채용 기타 방법으로 40세 이상인 사람들 사이에 연령을 이유로 선호를 달리하는 것은 위법이다. 따라서 만약 2 사람이 같은 자리에 지원을 했는데, 한 사람이 42세, 다른 사람이 52세라면 연령을 이유로 어느 한 사람을 실격시킬 수 없다.</p>	<p>고용의 어떠한 측면에서도 어떤 사람이 40세 이상이라는 이유로 그 사람을 차별적으로 채용하는 것은, 법의 예외 규정이 적용되지 않는 한 위법하다. 더 젊은 사람보다 더 고령인 사람을 선호하는 것은 그 젊은 사람이 40세 이상이라고 하더라도 위법한 차별이 아니다.</p>
<p>§ 1625. 4 구인광고 또는 광고</p>	<p>(a) 구인광고 또는 광고가 ‘25-35세’ ‘젊은’ ‘대학생’ ‘최근 대학졸업자’ ‘소년’ ‘소녀’ 기타 유사한 용어나 문구를 포함하고 있을 때, 이는 고령자에 대한 채용을 저해하는 것이며, 예외 규정에 해당하지 않는 한 법 위반이다. ‘40-50세’ ‘65세 이상’ ‘퇴직자’ 또는 ‘연금 보완’이라는 문구는 보호되는 고령자 그룹 내의 사람들을 서로 차별적으로 취급하는 것으로 역시 금지된다.</p> <p>(b) 구인광고나 광고에서 ‘연령 기입’이라는 문구를 사용하는 것은 그 자체 위법은 아니다. 그러나 연령을 기입하게 하는 것은 고령 지원자의 고용을 저해하거나 기타의 방법으로 연령에 기한 차별을 암시하는 것이므로, ‘연령 기입’이나 유사한 문구를 포함하고 있는 구인 광고 또는 광고는 엄격한 심사의 대상이 된다.</p>	<p>(a) 구인광고 또는 광고가 고령자들의 고용을 저해하는 표현을 포함하는 경우가 있다. ‘25-35세’ ‘젊은’ ‘대학생’ ‘최근 대학졸업자’ ‘소년’ ‘소녀’ 기타 유사한 용어나 문구를 포함하고 있을 때는, 예외 규정에 해당하지 않는 한 법 위반이다. 구인광고나 광고에 ‘60세 이상’ ‘퇴직자’ ‘연금보완’과 같은 문구를 포함시킴으로써 고령자에 대한 선호를 드러내는 것은 허용된다.</p> <p>(b) 구인광고나 광고에서 지원자들에게 연령을 공개하거나 기입하게 하는 것은 그 자체가 법 위반은 아니다. 그러나 연령을 기입하게 하는 것은 고령 지원자의 고용을 저해하거나 기타의 방법으로 연령에 기한 차별을 암시하는 것이므로, 그러한 구인 광고 또는 광고는, 그것이 합법적인 목적으로 행해진 것인지를 확인하기 위해 엄격한 심사의 대상이 된다.</p>
<p>§ 1625. 5 입사 지원서</p>	<p>입사지원서(입사원서나 승진지원서, 이력서나 자기소개서 등 그 명칭을 불문하고 문서로 답해야 하는 모든</p>	<p>사용자 측에서 입사지원서 등에서 생년월일이나 연령에 관한 정보를 요구하는 것은 그 자체로는 법 위반</p>

<p>것을 뜻하며 입사 후에 작성하는 계약서나 질의서 등도 포함된다)에 생년월일이나 연령 기재라는 문구를 사용하는 것 자체가 법 위반은 아니지만, 지원자에게 연령 기재를 요구하는 것은 고령지원자 기피나 연령 차별을 암시하는 것이므로, 법의 목적에 합치하는가를 판단하기 위해 엄격한 심사를 받아야 한다고 한다. 만일 연령 차별을 하려는 것이 아니라면 지원자들이 알 수 있도록 미리 공표를 하거나 입사지원서 양식에 법규상 금지 내용과 위반시 책임을 기재한 참조를 달아야 한다.</p>	<p>이 아니다. 그러나 연령을 기재하게 하는 요청은 고령자들의 지원을 저해하거나 하는 등의 방법으로 고령자를 차별하는 것이 될 수 있으므로, 그러한 요청이 포함된 입사지원서는 그것이 허용되는 목적으로 작성된 것이고 법 위반 취지가 아닌지 여부를 확인하기 위해서 엄격한 심사의 대상이 된다. 만일 연령 차별을 하려는 것이 아니라면 지원자들이 알 수 있도록 미리 공표를 하거나 입사지원서 양식에 법규상 금지 내용과 위반시 책임을 기재한 참조를 달아야 한다.</p>
--	--

II. 연령차별금지법에 의한 모집 광고와 채용 전 면접에 관한 정책지침 (EEOC Policy Guidance - Job Advertising and Pre-Employment Inquiries Under the ADEA)

이 지침은 ADEA의 모집 광고와 채용 전 면접 규정(29 U.S.C 623(e))에 관한 쟁점을 특화하여 다루고 있다. 이 중에서 '모집 광고'에 관해서는 이미 해석규칙 § 1625. 4(a)¹⁵⁾에서 다루고 있지만, 이 지침은 이 규칙의 내용을 좀 더 자세히 보고 있다.

1. 모집 광고 (Job Advertising)

15) 29 CFR 1625.4(e) : 구인광고나 광고에서 「25세 이상 35세 이하」, 「젊은」, 「대학에 재학생」, 「올해 졸업예정자」, 「청년」 「미혼여성」, 기타 이와 유사한 성격의 문구가 들어갔을 때에는 원칙적으로 법 위반이고, 「45세 이상 50세 이하」 「65세 이상」 「퇴직자」 「연금 보완」 등의 문구 역시 고령자 사이에 차별을 두는 것이므로 적용 예외에 해당하지 않는 한 차별이다.

ADEA는 고령자(40세 이상 근로자)를 차별적으로 채용하는 광고는, 특수한 예외에 해당하지 않는 이상, 위법이라고 선언하고 있는바¹⁶⁾, EEOC는 이 지침에서 사용자는 광고 문안에 명백한 연령 제한은 물론 은연 중 고령자의 지원을 기피하는 내용(예컨대 젊은 지원자에게만 해당되고 고령자에게는 아예 적용조차 될 수 없는 학력 조건을 내거는 경우)이 절대 들어가지 않도록 주의해야 한다고 하면서 여러 판례에 나타난 법원의 기준을 중심으로 여러 예를 들어가며 금지되는 모집 광고의 기준을 검토한다.

이에 따르면 광고가 사실상 차별적인지 여부를 판단하기 위해서는 단순히 '차별 자극 단어(trigger words)'만 볼 것이 아니라 반드시 광고 전문을 읽고 그 광고 전체 맥락(context)이 사용자의 채용 정책에 끼칠 영향을 검토해야 한다는 것이다.

가. Hodgson v. Approved Personnel Service Inc.¹⁷⁾

이 사건에서 항소법원은 무려 Approved Personnel Service Inc. 라는 직업소개사에서 발행한 50개의 광고를 점검하였는데, 이들 중 ADEA에 위반하였다고 보거나 적법하다고 본 광고 문구를 분류하여 보면 다음과 같다 (다만 이는 어디까지나 문맥상 그렇다는 것이므로, 같은 '차별 자극 단어'라고 하더라도 사용된 문맥에 따라서는 전혀 다른 의미로 해석될 수 있음).

ADEA 위반이라고 본 것	ADEA 위반이 아니라고 본 것
최근 대학 졸업자 (recent college grad)	1) 사용자의 연령에 대해서만 언급하면서

16) 29 U.S.C 623(e) : 사용자는 채용시에, 직업소개소는 채용 알선시에, 노동단체는 회원자격 부여나 채용 알선시에, 지원자들에게 대하여 연령에 기초한 우선순위나 제한, 분류, 차별을 의도하는 내용이 담긴 공지 또는 광고를 인쇄·출판하거나, 이를 의뢰하는 행위를 할 수 없다.

17) 529 F. 2d 760 (4th Cir. 1975) : 직업소개소의 구인 공고(help-wanted)에 관하여 노동부가 시정 명령을 하였는데, 사용자가 이를 듣지 않자 가처분(injunction)을 구하는 소를 제기한 사건이다. 지방법원에서는 “광고 중 일부는 법을 위반하였고, 일부는 적법하다고 할 것이지만, 정해진 조정과 설득의 절차를 거치지 않았다”는 이유로 가처분 신청을 기각하였는데, 항소법원은 차별 판단에 관한 부분은 원심 법원의 결론을 그대로 시인한 다음 “노동부가 4년 동안 5번의 시정명령을 하였다면 가처분 발령에 충분한 사전 절차를 거쳤다”고 하면서 원심을 파기 환송하였다.

<p>최근 고교 졸업자 (recent high school grad) 최근 공대 졸업자 (recent technical school grad) 대학 학업을 계속할 수 없는 자(those unable to continue in college) 대학 졸업 후 2년 이내 (1-2 year out of college) 멋진 첫 직장 (excellent first job) 최근 학위 일체 (any recent degree) 젊은 임원 (young executive) 경력직 미혼 여성 (career girl) 청년 사무원 그룹 (young office group)</p>	<p>지원자의 연령 조건을 제한하지 않은 경우 : 예컨대 젊은 임원'이' 구함 2) 젊은 사무원 그룹에서 구함 : 분명히 고령 지원자에게 적당하지 않다는 인상을 주기는 하지만, 같이 일하게 될 사람들이 젊은 사람들이라는 것은 고령 지원자들도 알고 싶어하는 내용 3) 신체 건강한 사람 우대(athletic inclined)라든가 전형적인 미국스타일(all American type)이라는 표현은 모든 연령대에서 일정한 외모나 신체적 특성을 표현하는 말 4) 후배 비서 (junior secretary), 후배 회계사 (junior accountant)라는 말에서 '후배(junior)'라는 말은 담당 업무나 책임의 질에 관한 것이지 연령을 암시하는 것은 아님</p>
--	---

나. 예시

이 가이드라인이 예시하고 있는 사례와 그에 대한 위원회의 판단은 다음과 같다.

	직종	광고 문안	위원회의 판단
1	슈퍼마켓 계산원	“ <u>젊고</u> 활달하며 고객과의 친화력이 높은 사람이어야 함, 채용되면 장시간 서서 근무해야 하며 20-30 파운드를 들어 올려야 함”	‘젊은’이라는 단어를 사용함으로써 연령에 기초한 우선 순위, 제한, 분류, 차별을 하였다고 판단하였다 (만약 이 중에서 ‘젊은’이라는 단어 하나만 빠진다면 아마도 위반 판정을 받지 않을 것임)
2	그래픽 디자이너	“ <u>젊게</u> 사고하고 신경향을 선도하는 진보적인 광고회사가 3년 경력의 그래픽 디자이너를 신입 사원으로 모집합니다, 우리 회사는 젊은 시청자들을 위한 뮤직 비디오와 방	이 광고에 연령을 특정하는 표현은 없지만, 문안 전문을 읽어 보면 고령자들은 지원을 꺼리게 될 것이라고 하여 법 위반을 인정하였다 (사용자는 봉급 수준을 감수하기만 한다면 고령자도 채용할 것이라고 주장했지만, 실제 채용하고 있는 사람 중에는 30세 이상은 한 사람

		<p>송물 제작을 전문으로 하고, 주력하고자 하는 분야는 애니메이션, 유명 록 스타들도 우리의 고객입니다, 신선하고 혁신적인 아이디어를 가지고 우리의 시청자들과 교감할 수 있는 분이라면 이력서를 보내주세요”</p>	<p>도 없고, 최근 충분한 자격을 갖춘 47세, 67세의 지원자를 탈락시켰음)</p>
3	<p>자동 세탁소 보조직원</p>	<p>“연금 보완(supplement pension)을 얻고자 하는 분, 월-목요일, 오전 9시부터 오후 2시까지 파트타임 자동세탁소 보조직, 점포 내 기계에서 나오는 세탁물의 정리와 세탁기·건조기·자동판매기 관리, 퇴직자 환영”</p>	<p>연령에 기초한 우선 순위를 밝힘으로써 지원자의 폭을 제한하였고, 55세 이상 65세 미만은 퇴직연령에 도달하거나 연금을 받는 이는 드물기 때문에 이 광고는 법의 보호를 받는 ‘고령자’ 중 상대적으로 젊은 층의 지원을 가로 막는 것이 되므로 법이 정한 예외에 해당하지 않는 이상 제4조 (e)18)를 위반한 것이 된다.</p>
4	<p>주택 개량 직원</p>	<p>“연령 불문. 주간 혹은 야간 작업 어느 쪽이나 가능. 정규직과 시간제 모두 가함. 문의 환영. 퇴직자들에게는 훌륭한 부수입 확보 기회”</p>	<p>‘퇴직자’라는 표현을 썼으나 이런 광고의 경우 위원회는 연령에 기초한 차별이라고 보지 않을 것이며, ‘퇴직자’를 언급한 부분도 일부 그룹에게만 우호적이라는 인상을 주지는 않으며 관련 문의를 환영한다는 점도 밝혔다 (사례 3의 ‘퇴직 이후 연금수령자’ 언급과는 다름)19)</p>

다. 직업소개소의 광고

Hodgson 사건 판결에서 보듯 법원은 직업소개소의 광고가 광범위한 불특정 다수의 사람들에게 업체를 선전하는 목적에서 “최근 졸업(예정)자” 등의 표현을 사용한 경우에 대해서는 예외를 인정해 왔다20). 그러나 위원회는 법원과는 입장을 달

18) 29CFR1625. 4(a) : ‘40세 이상 50세 이하’ ‘65세 이상인 자’ ‘퇴직자’ ‘연금 보완’ 등의 문구는 이 법의 보호를 받는 사람들 사이에 차별을 두는 것이므로, 예외 규정에 해당하지 않는 이상, 위법하다.

19) 이 법의 보호대상이 되는 ‘고령자’들 모두에게 다소 유리한 광고를 내더라도 그들 내에서는 연령 차별을 두지 않고 똑같이 지원하는 내용이라면, 위원회는 거의 위법 판정을 하지 않는다고 한다.

리하여, 그러한 광고 역시 연령에 기초한 우선순위, 제한, 분류 또는 연령 차별을 의도하거나 암시하는 것으로 보고, 일반 원칙으로서 이러한 광고를 포함한 모든 광고를 면밀히 검토하겠다고 하고 있다. 직업소개소라고 해서 청년층이나 고령자층 모두에게 해당되는 것이 명백한 광고 용어를 사용하는 것이 그렇게 어려운 일은 아니기 때문이며, 연령 차별 소지가 있는 모집 광고에 대해서는 엄정한 심사가 필요하다는 것이다.

한편 차별 소지가 있는 광고들 중에는 법률이나 해석규칙이 명시한 단어들을 직접적으로 사용하지 않는 경우가 많은데, 이 때 위법 여부의 판단은 문안 전체의 문맥, 용어·문구가 쓰인 방식, 그 효과 등에 따라 달라지며, 이에 대한 분석은 그 광고가 연령에 대한 선택적 선호, 포괄적 제한, 분류, 기타 차별을 내포함으로써 고령자들이 지원하는 것을 저해했는지에 초점이 맞추어져야 한다.

이 때 차별을 주장하는 자는, i) 그 광고가 그 또는 그녀가 지원하는 것을 꺼리게 한 이유, ii) 전반적 채용 정책(overall hiring practices), iii) 그 광고주의 비슷한 규모와 차별적 광고를 내지 않은 다른 회사에 대한 구직 지원자들의 현황 등을 구체적으로 제시할 필요가 있다.

라. '진정 직업 자격' 항변

어떤 광고가 연령 차별의 혐의를 받게 될 때, 광고주는 '진정직업자격' 항변을 할 수 있으며, 이에 대한 입증책임은 사용자에게 있다.

이 항변이 성립하려면 그 사용자는 항변을 제기할 때마다 "연령 제한이 합당한 사업 수행에 필수 요소(29 CFR § 1625. 6(b)(1))"임을 제시해야 하고, 연령이 업무 수행능력을 대표하는 요소라고 주장하는 사용자는 반드시 "해당 업무에서 배제된 사람 모두 또는 상당수가 실제로 무자격자였음(29 CFR § 1625. 6(b)(2))"을 보이거나 "무자격자가 아니었음에도 불구하고 배제된 사람들의 경우 연령 이외에는 부적격하다고 판단할 근거가 없음(29 CFR § 1625. 6(b)(2))"을 보여야 한다.

20) "Employment Agency advertisement directed to 'recent graduates' as part of broad, general invitation to specific class of prospective customers coming into job market at particular time of year to use the services it offers does not violate the ADEA..."

순번	직종	광고 문안	위원회의 판단
5	패션모델	“봄철, 주니어 스포츠 웨어를 입을 20-30세 사이 경력 모델을 구함, 필히 포트폴리오와 관련 자료를 가지고 오기 바람, 제시된 연령 밖의 사람은 지원할 수 없음”	진정인은 43세이지만 외모는 20대로 보이고, 실제로 회사에서도 진정인을 채용하여 사진을 찍으려고 준비하다가 신분증에서 나이를 확인하고는 취소한 것인바, 사용자가 연령 외의 부적격 사유를 입증하지 못했으므로 이 법 위반이 된다.

2. 채용 전 면접

법 제4조 (a)(a)항에 의하면, “연령을 이유로 어떠한 사람을 채용에서 탈락시키거나 거절하는 행위 또는 그 사람을 고용상의 보수, 기타 약정, 조건 및 특전에서 차별하는 행위”는 위법이므로 연령에 기초하여 채용 여부를 결정하는 것은 불법이다. 한편 고용 전 면접 질문 및 서류에 ‘생년월일’이나 ‘연령 기입’을 요구하는 것 자체가 곧바로 법 위반이 되는 것은 아니지만, 이는 고령 지원자들의 지원을 제한할 수 있으므로 위원회는 그 취지가 법 위반에 있는지 여부를 엄격하게 심사하게 된다. 이와 관련하여 위원회는 29CFR § 1625. 4(b)에서 “구인광고나 공고시 연령·생년월일 기입을 요구하는 것 자체는 위법은 아니지만 위원회의 엄격한 심사를 받게 된다”고 하고 다시 29CFR § 1625. 5에서 입사지원서에 대하여 “입사지원서에 생년월일이나 연령 같은 정보의 기입을 요구하는 것은 그 자체가 법 위반이 되는 것은 아니지만, 고령 지원자를 기피하거나 연령 차별을 암시하는 행위인 만큼, 이것이 법이 목적에 합당한 것인지, 그 의도가 이 법이 금지하고 있는 목적을 위한 것이 아닌가 등을 확인하기 위하여 엄격한 검사를 거쳐야 한다”고 하면서 같은 원칙을 밝혔으며, 아울러 “만일 그 목적이 연령차별을 위한 것이 아니라면 지원자들이 알 수 있게 미리 공표를 하거나 원서 양식에 법규상의 금지 내용과 위반시 책임을 인용한 참조를 달아야 한다”라고 하고, 이를 입사지원서 뿐 아

나라 승진용 지원서, 이력서, 자기소개서 등 명칭이나 형식에 불문하고 문서로 답하는 모든 양식에 해당된다고 하고 있다.

이러한 규정을 두는 것은 고령의 지원자들이 연령이 아니라 능력에 의해 평가받는 것을 보장하기 위한 것이므로, 사용자가 연령차별이 아니라는 점을 밝히기 위해서는 지원서 양식 속에 “연령에 의한 차별을 하지 않는다”는 뜻을 명기하거나 왜 연령에 대한 정보를 필요로 하는지 그 이유를 설명함으로써, 고령 지원자들을 안심시켜 주어야 한다. 그러나 더 중요한 것은 그 연령 관련 정보를 실제로 위법한 목적에 사용하지 않아야 한다는 점이다.

순번	직종	채용 과정	위원회의 판단
6	음악전문방송사 PD	입사지원서에 연령 기입란이 있었으나 연령 차별을 금지하는 규정이 함께 기재되어 있었음 ; 면접시 “자신보다 어린 상사 밑에서 일하는 것을 어떻게 생각하는지”에 관한 질문을 함 ; 같은 자리에 지원한 23세 여성은 입사지원서를 쓰지도 않고 연령에 관한 어떠한 질문도 받지 않고 채용되었음	연령에 대한 질의는 확실히 누구에게나 적용되었던 것이 아니라 고령자인 진정한 인을 실격시키기 위해 사용된 것이므로, 비록 입사지원서에 연령차별 금지 법령을 기재해 놓기는 하였으나 그것은 형식에 불과하고 이런 경우를 대비하니 귀한 것이므로, 연령 관련 정보 요구의 진의가 의심된다 (사용자는 연령관련 정보 요구가 차별 목적이 아닌 다른 정당한 사유 때문에 행해진 것임을 제시할 수 있어야 한다)

3. 위원회의 판정(Case Resolution)

위원회는 채용 관련 서류에서 연령이나 생년월일을 요구한 사건을 철저히 검토하여 법 위반 여부를 밝혀내야 한다. 고령자들을 실격시키기 위해 연령을 묻는 것은 금지되어 있으며, 사용자가 연령을 묻는 정당한 사유를 제시하지 못하거나 연령을 묻는 관행이 확실히 모든 지원자에 대하여 적용되지 않는 경우, 연령

관련 정보는 대체로 연령 차별을 위해 요구된 것으로 판정된다.

제2절 영국

영국의 고용차별금지법으로는 현재 1975년 성차별금지법(Sex Discrimination Act, SDA)²¹⁾, 1976년 인종관계법(Race Relation Act, RRA), 1995년 장애차별금지법(Disability Discrimination Act, DDA) 등이 있다²²⁾.

연령차별에 관해서는 종래 임의적 규제방식을 가지고 있었다. 1998년 부당한 고용상의 연령차별을 방지하기 위하여 연령 다양성에 관한 실행 준칙(Code of Practice)을 발표하여 연령평등을 위한 안내서와 연령차별폐지로 인한 사례들을 소개하였고, 2000년 교육 및 고용부에서 “다양한 연령층의 사업장”의 장점을 강조하고 위 실행준칙을 증진할 전국적인 언론캠페인을 하였다. 그러나 이러한 준칙은 사실상 집행력의 미비, 통일된 기준의 부족 등으로 연령차별의 직접적인 폐지나 그 전제가 되는 평등문화의 개선을 이루기에는 부족하였다는 평가를 받고 있었다.

그러다가 2000년 EU의 “기본고용평등지침(Employment Directive 2000/78/EC)”를 승인하면서 연령차별 개선을 위한 법제화를 시도하게 되었고, 차별 사유별로 고용평등규칙을 만드는 과정에서 「고용평등(연령)규칙 (The Employment Equality (Age) Regulation 2006, SI No 2006/1031)」을 제정하였다(2006. 10. 1. 시행)²³⁾.

21) 영국 노동법에서 ‘법원(法源)’이 되는 것은 관례에 의해 형성된 Common Law, 제정법을 의미하는 Statute이 있고, 그 아래에 Statutory Instrument로서 Regulation(규칙)·Order(명령)이 있다. 이들 규칙이나 명령은 원칙적으로는 Common law나 Statute의 하위법이지만 EC 지침에 따라 제정법을 변경하는 법률과 같은 효력을 가지는 경우도 있다(예 - 평등임금법 (1983), 영업양도규칙 (1981). 그리고 ACAS나 EOC에서 정하는 일종의 가이드라인인 Code of Practice(행위준칙)이 있고, 그 외에 노동협약·노동관행·노동조건 기술서·취업규칙(Work rules) 등이 있다고 볼 수 있다 - 小宮文人, イギリス労働法、信山社, 2001, 32쪽 이하

22) 1975년 성차별금지법은 1999년 성전환과 관련된 규정 및 2001년 간접차별규정, 입증책임규정 등이 개정된 바 있으며, 1976년 인종차별법은 2000년 공공기관에 적극적 조치의무를 부과하는 등의 개정이 이루어졌고, 장애인차별법 역시 최근 2005년에 공공기관에 적극적 조치 의무를 부과하는 등의 개정이 이루어졌다.

23) 고용평등규칙은 2003년에 ‘종교 또는 신조(The Employment Equality - Religion or Belief - Regulation 2003)와 ‘성적지향(The Employment Equality - Sexual Orientation - Regulation

이 규칙의 해석이나 집행에 관하여 아직 행위준칙은 없으나, ACAS(Advisory, Conciliation and Arbitration Service)가 고용평등(연령)규칙 시행에 관련한 해설 (Age and Workplace-putting the Employment Equality (Age) Regulations 2006 into practice)을 내놓은 바 있다. 아래에서는 고용평등(연령) 규칙의 내용과 입법 과정에서 DTI(Department of Trade and Industry)가 펴낸 법안 해설, 그리고 ACAS의 해설 등을 함께 정리해 보겠다.

I. 고용평등(연령) 규칙의 내용

1. 연령 차별의 적용 범위(제2장, Part 1)

이 규칙은 제1장에서 차별의 제2장(Part 2)에서 차별이 금지되는 영역과 각 영역에서 나타날 수 있는 차별의 내용을 실시하고 있다.

먼저 이 규칙은 고용 및 직업훈련에서 연령을 기반으로 한 모든 차별을 금지한다. 여기서 고용이란 고용기준, 고용 조건, 승진, 노동조건, 임금, 해고 등을 포함하며 엄격한 의미의 계약에 의한 고용 이외에도 개별적 약정에 의한 고용도 포함하고 장기 고용 및 단기 고용을 불문한다. 직업 훈련이란 고용가능성에 영향을 줄 수 있는 직업 교육, 재교육 그리고 실질적인 경력 등을 포함한다²⁴⁾. 직업 훈련은 사용자, 고등교육기관, 평생교육기관 및 자격수여 기관에서 제공되는 모든 훈련을 포함하고 있으나, 초, 중, 고교생을 대상으로 하는 학교 교육은 고용의 영향을 주는 요소라고 인정하지 않아 직업훈련의 대상에서 제외된다. 사용자는 단기 및 장기 근로자를 보호해야할 의무를 지니며, 사용자가 고용인을 차별, 학대, 보복에 의한 차별(victimisation) 할 경우 근로자는 이를 제소할 수 있고, 이에 대해 사용자는 차별을 방지하기 위한 적절한 조치를 취했다는 반증을 제기할 수 있다.

이 규칙은 근로자와 구직지원자(제7조), 파견근로자(제9조), 선출 및 지명 공무원

2003)이 제정된 바 있다.

24) EU의 기본고용평등지침에서는 서비스 및 제품 공급에 있어 연령차별은 위법으로 규정하고 있지 않으며, 영국 역시 EU 지침에 따르고 있으나, 추후 서비스 및 제품 공급에 있어 연령차별을 포함할 것을 논의하고 있다.

(Office holder, 제12조), 직능단체 회원(Member of Trade Organisations, 제18조), 직업훈련중의 자(제20조), 전문자격증을 가진 자는 물론, 이 규칙에서 적용하는 근로자 자격을 구하는 자에게도 적용된다.

여기서 근로계약은 공식적인 계약을 통한 근로자 뿐 아니라 개인적으로 “근무”하기로 한 비공식적 계약관계를 모두 포함한다. 급여를 받지 않는 자원봉사자의 경우 이 규칙의 보호를 받지 못하나, 다만 그 업무가 급여를 받는 고용관계 및 직업훈련관계의 일종으로 여겨지는 경우 이 규칙의 보호를 받을 수 있다. 판사, 위원회 등의 위원, 성직자, 회사의 임원, 선출 및 지명 공무원들은 본법에 규정된 “근로자”가 아니지만, 임명 및 해임에 있어 연령에 의한 차별을 받지 않을 수 있는 권리를 갖는다. 무급 자원봉사자와 달리 왕실에 의해 임명된 무급 관리자(office holder)는 이 규칙의 의해 보호를 받을 수 있으나(제13조), 이외의 경우 이 규칙의 적용대상이 아니다. 경찰관은 일상적 의미의 근로자로 포함되지 않으나 이 규칙의 적용대상이며, 왕실 종사자 역시 이 규칙의 적용을 받는다.

파견근로자는 파견회사 및 사용자사업주 모두에게 권리를 가질 수 있으며, 고용알선기관은 연령을 기초로 한 기준이 이 규칙에 의해 정당화 되지 않는 한 그들이 고용한 근로자, 계약에 의해 타 회사에 파견한 근로자, 그들의 서비스를 이용하는 구직자들 모두에게 연령에 의한 차별을 해서는 안 된다. 변호사(제15조, 제16조) 및 합명회사 공동경영자(제17조)등 자영근로자들 역시 업무계약간의 관계에서 또는 직능 단체와의 관계에서 이 규칙에 의해 보호를 받는다.

이 규칙에서 직능 단체라 함은 특정 직업을 수행하는 사용자, 근로자 기타 관계인들이 조직한 다양한 형태의 협회를 지칭하며, 이러한 협회는 그 회원들과의 관계에서 이 규칙의 규제를 받는다. 자격인증기구(제19조)는 자격수여와 관련하여 차별을 해서는 안 되고, 직업훈련제공기관(제20조)의 직업 훈련을 구하거나 직업 훈련 중에 있는 자에 대한 차별도 금지된다. 연금재단의 관리자 및 수탁자들 역시 재단의 수혜자나 잠재적 수혜자들에 대해 연령차별을 하면 안 된다(제11조).

2. 금지되는 차별의 내용(제2장, Part 2)²⁵⁾

25) 규칙 자체와 법안에 대한 해설을 담고 있는 영국 노동성(DTI, the Department of Trade and

가. 직접차별과 간접차별 (제3조)

직접 차별이란 ① “비슷한 상황 내에서 특정인을 그의 연령을 이유로 다른 사람들에게 하거나 또는 하려고 하는 대우보다 불리하게 대우하는 경우”로서 ② 이러한 직접차별에 대하여 “객관적 정당화 요건”이 없는 경우를 말한다. 여기서 연령은 실제 연령과 무관하게 타인의 연령에 대한 인식을 기반으로 한 차별도 포함한다. 직접적 차별은 유사한 상황에서 특정인의 나이를 다른 대우의 기준으로 사용하는 경우에 적용되며, 사용자가 채용이나 승진에 있어 연령 상한선을 제안하는 경우, 구직광고에서 연령상한선을 적용하는 경우 등이 이에 포함된다.

간접차별이란 ① 외관상 중립적인 조항(provision), 기준(criteria), 관행(practice)이 특정 연령계층의 사람들을 타인과 비교하여 특별히 불리한 상황에 처하게 하거나 처하게 할 수 있고, ② 특정연령계층의 사람이 위 기준에 의하여 불리함을 겪고 있고, ③ 위와 같은 조항, 기준, 관행에 대해 객관적 정당화 요건이 존재하지 않는 경우 성립한다. 이러한 조항, 기준, 관행이 연령을 판단의 기준으로 명시하지 않았다 하더라도 특정계층의 연령층에게 불리한 상황을 초래 한다면 이는 간접차별로 본다. 예를 들어 구인광고 시 경력의 최소연한을 조건으로 제시 하였다면, 연령을 기준으로 하지 않았다 하더라도 청소년 구직자들을 불리하게 대우하는 것으로 볼 수 있다.

나. 보복에 의한 차별(Victimisation, 제4조)

이 규칙에서 Victimisation이란 이 규칙에 근거하여 어떠한 행위를 하였다는 이유로 가해지는 불리한 처사를 말한다²⁶⁾. 보복에 의한 차별은 다음의 두 단계에 걸

Industry)의 EQUALITY AND DIVERSITY: COMING OF AGE Consultation on the draft Employment Equality (Age) Regulations 2006(JULY 2005)의 내용을 정리

26) EU의 기본고용평등지침은 모든 회원국이 근로자가 연령차별금지법에 근거하여 취하는 어떠한 조치를 하였다는 이유로 사용자들에 의해 행해지는 처우로부터 근로자를 보호할 것을 요구하고 있다 (Article 11).

쳐 일어난다. 첫째, 이 규칙에 근거하여 연령차별에 대한 어떠한 형태의 조치를 취하거나, 항의 또는 주장을 하는 것이다. 이는 차별당사자가 아니더라도 제3자가 그 당사자의 조치에 대해 노동재판소에 자료를 제출하는 등의 도움을 주는 것도 포함한다. 둘째, 이러한 조치 때문에 불이익한 대우를 받는 것이다. 그들의 조치, 항의, 주장이 선의에 의한 것 일 때에는 진실여부를 불문하고 이 규칙에 의해 보호를 받을 수 있으나, 그 주장이 허위임을 알고 있는 경우 보호되지 못한다.

다. 괴롭힘(Harassment, 제6조)

이 규칙에서 괴롭힘이란 타인의 존엄성을 훼손하거나, 협박, 적대, 품위의 저하, 모욕 또는 공격적 환경을 만드는 등 연령을 기반으로 하는 원치 않는 행동을 말하며 이는 언제나 위법이고 정당화 요건은 없다.

여기서 괴롭힘은 그 피해자가 “원치 않는 행동”이어야 하고 그 가해자의 행동의 이유가 피해자의 “연령”이어야 한다. 그러나 “원치 않는 행동”이라고 해서 피해자의 의사가 직접적으로 표현될 것을 요구하는 것은 아니며, 노인에 대한 학대가 자동적으로 연령에 따른 괴롭힘을 성립시키는 것도 아니다.

위와 같은 행동이 타인의 존엄성을 훼손하였거나, 환경에 영향을 주었을 경우 그 행동의 고의 여부에 관계없이 이 규칙에 따른 괴롭힘이 성립하나, 그 행동이 타인에게 실제 영향을 주었는지에 여부가 합리적으로 고려되어야 한다. 즉, 노동재판소는 위 괴롭힘을 심리함에 있어 객관적인 상황과 괴롭힘의 대상이 된 자의 주관적 견해를 모두 고려해야 한다는 것이다.

이 조항은 사용자의 근로자에 대한 괴롭힘, 직업 훈련자의 학생에 대한 괴롭힘을 금지하고 있으며, 사용자는 그의 근로자의 행위에 대해서도 책임을 진다. 근로자가 다른 근로자에 대해 괴롭힘을 가했다면 그 사용자는 이러한 근로자의 행동을 막기 위해 합리적인 조치를 취하지 않는 한 위법한 행동을 한 것으로 본다²⁷⁾.

27) 사용자의 근로자에 대한 책임은 연령차별, 괴롭힘, victimisation에서도 인정되나 주로 괴롭힘의 조항에서 논의되고 있다.

2. 연령차별의 정당화 및 예외

일반적으로 성이나 인종차별금지법에서 성이나 인종 등을 이유로 한 직접차별은 성이나 인종 등이 진정직업자격인 경우를 제외하고는 예외를 두지 않고 엄격히 금지하고 있고, 간접차별은 정당화 할 수 있는 사유에 의해 예외를 허용한다.

그런데 이에 반해 이 규칙은 간접차별에서뿐만 아니라 직접차별에서도 진정직업 자격과 관련된 예외뿐만 아니라 다른 예외를 허용하고 있다. 즉 연령에 따른 차별 취급이 “정당한 목적을 획득하기 위한 비례적인 수단”이라는 것이 증명되면, 직간접차별도 허용된다는 것이다²⁸⁾.

가. 연령차별의 정당화 (Justification)

1) 객관적 정당화 (제3조 단서)

연령에 기초한 차별은 원칙적으로 불법이나, 예외적으로 선의의 목적을 위해서 차별이 정당화 될 수 있다.

이 규칙은 합법적 목적을 구체적으로 규정하고 있지는 않으나, 그 근거가 된 유럽연합지침은 연령차별을 정당화하는 사례로, ① 젊은 근로자나 노령근로자를 직장 내로 통합하거나 보호하기 위한 고용이나 직업훈련의 특별한 조건의 설정, ② 고용되는 전제로 연령이나 경험 근속의 최소 조건의 설정, ③ 특정 직무를 위한 직업훈련이나 퇴직 전 고용의 합리적인 기간의 필요 등에 근거한 채용의 연령 상한 설정 등을 제시하고 있다.²⁹⁾

객관적 정당화를 위해서는 두 가지 요건이 필요하다 - 첫 번째가 합법적 목적이고 두 번째가 비례성(proportionality)이다.

28) 심재진, 연령차별금지법 시행과 영국의 고용관행, 국제노동경향 2006. 6., 한국노동연구원, 95-96쪽

29) 심재진, 위의 글, 96쪽

합법적이라고 볼 수 있는 목적은 다양할 수 있으나, 그 목적이 사용자의 입장에서 실질적인 필요와 부합해야만 한다. 또한 효율성과 경영상 필요등과 같은 경제적 효과도 합법적 목적으로 해석 될 수 있으나, 단순히 “고비용”이라는 이유는 정당화 요건이 될 수 없다.

통상산업부(State for Trade and Industry)의 "Age Matter"보고서는 ① 건강·복지·안전, ② 고용계획 조장, ③ 특정한 훈련 요건, ④ 충성심의 고양 및 보상, ⑤ 퇴직 전 합리적 고용기간, ⑥ 고령자 고용 및 고용 유지 등이 “합법적 목적”의 예시로 들고 있다. 그 목적이 합법적이라고 해도 여전히 그 수단은 적정(appropriate)하고도 필요(necessary)해야만 한다.

한편 ‘비례성’을 판단하기 위해서는 ① 조항, 기준 또는 관습이 실제로도 그 합법적 목적의 달성에 기여해야 하고, ② 그 합법적 목적의 중요성이 차별로 인한 효과보다 중요해야 하며, ③ 필요최소한에 그쳐야 한다.

2) ‘진정한 직업 요건’에 의한 정당화(제8조)

목적이 적법하고 요구사항이 적정하다면 그 직업의 고유하고 결정적인 요구사항을 차별의 기준으로 삼는 것은 합법이다. 이 규칙에서는 연령기준이 ① 그 직업에 고유하고도 결정적인 요건이고, ② 그러한 요구사항이 적정하다면 사용자는 연령기준을 사용할 수 있다고 명시하였다.

연령이 그 직업의 ‘고유하고도 결정적인 요건’이 되는 경우는 특별히 동적인 직업을 제외하고는 매우 드물 것으로 예상되나, 이 경우에도 그 연령기준은 위에서 설명한 비례성의 원칙에 입각해야 할 것이다. 진정한 직업 요건에 의한 연령차별의 정당화는 아래의 적극적 조치에 의한 정당화와 마찬가지로 그 차별이 직접적 차별일 경우에만 가능하다.

3) 적극적 조치에 의한 정당화(제29조)

적극적 조치에 의해 연령차별이 정당화 되는 경우는 ① 특정 연령층의 사람들에

게 직업훈련 교육의 기회를 제공하거나, ② 특정 연령층의 사람들에게 고용기회를 이용하도록 장려하는 동시에 이러한 조치에 의해 발생하는 불리한 처우에 대한 예방 및 보상이 합리적으로 예상되는 경우이다.

나. 연령차별금지의 예외

이 규칙은 다양한 연령차별을 위법으로 규정함과 동시에 이 차별이 개별적으로 정당화 될 수 있는 요건 또한 명시하고 있다. 그러나 연령기준 요건이 정당화 될 수 있는 많은 분야들이 있고 이 분야에서 사용자 개개인에게 정당화할 필요도 적으므로, 이 규칙은 연령차별의 예외가 되는 경우를 따로 적시해 놓고 있으며 이 요건에 해당할 경우 사용자의 차별행위는 따로 정당화 할 필요 없이 적법한 것으로 보게 된다.

1) 재직기간에 따른 급여 및 혜택(제32조)

이 규칙에서는 특정한 상황에서 재직기간을 혜택의 수여 및 증가의 기준으로 사용하는 것을 연령차별의 예외사항으로 규정하고 있다. 재직기간이 오래인 근로자에게 급여·연가 등 특별한 혜택을 수여하는 것은 일반적으로 바람직한 것으로 여겨짐에도 불구하고 이를 정당화가 필요한 사항으로 둘 경우, 정당화의 불편함을 회피하기 위해 사용자들이 이러한 혜택을 줄이거나 삭제할 수 있는 부작용을 막기 위함이다. 따라서 이 규칙은 ① 혜택을 수여하거나 증가하는 것이 근로자의 높은 수준의 경험을 반영하거나 충성심에 대한 보상을 위한 것이거나 근로자의 동기부여를 유지하거나 향상시키기 위한 것이거나, ② 사용자가 높은 수준의 경험을 가진 근로자로부터 또는 근로자의 충성심, 동기부여 향상에 보상함으로써 경영상의 이익을 얻을 것이라고 생각하고, ③ 사용자가 재직기간에 따른 기준을 비슷한 상황에서 비슷한 근로자들에게 적용할 경우, 이를 연령차별의 예외로 규정하고 있다.

한편 재직기간에 따른 혜택을 주는 경우 그 혜택의 기준이 되는 재직기간이 5년 이내라면 위의 요건도 요구하지 않고 당연히 연령차별의 예외로 인정받는다. 이는 사용자들이 재직기간을 기준으로 이러한 혜택을 주는 데 있어 편리한 방법을 제시해 주기 위한 것이다. 다만 이 경우에도 재직기간을 기준으로 한 혜택은 재직기간 기준이 비슷한 모든 현직 근로자에게 적용되어야 하며, 재직기간의 계산은 기준이 되는 분야에서 연속적으로 일한 경우로만 계산되어야 한다. 5년을 초과한 경우라면 사용자는 충성심이나 동기부여를 고양시키기 위해서 또는 경험에 따른 보상을 위해서 등 위 조항의 경영상 필요성을 충족시켜야 연령차별의 예외로 인정받을 수 있다.

기타 혜택의 기준으로 최소·최대 연령 등의 제한을 두는 경우에는 5년 내외를 불문하고 객관적 정당화 요건을 충족해야 연령차별이 정당화 될 수 있다. 예를 들어 사용자가 근로자에게 건강보험을 제공하면서 60세 이하의 근로자로서 최소 2년의 재직기간을 가진 자를 그 제공 기준으로 하고 있다면, 재직기간 5년의 면제 조항에 의해 최소 2년의 재직기간이라는 기준은 연령차별의 예외사항으로 인정되나, 최대 연령제한 60세를 둔 것은 객관적 정당화 요건에 의해서만 정당화 될 수 있다.

2) 국가 최저 임금에 따른 예외(제31조)

청소년 근로자들의 고용을 촉진하기 위하여 사용자들이 청소년 근로자들에게 성년 근로자에 비해 더 적은 임금을 지불하면서도 법률위반의 우려 없이 청소년을 고용하게 하기 위한 면제 조항이다. 사용자가 최저임금을 지불하는 경우, 최저 임금이 낮은 연령층의 청소년 근로자가 최저 임금이 높은 연령대의 근로자보다 낮은 임금을 받는 것은 연령차별의 예외로 인정된다. 단 이는 사용자가 최저임금을 지불하고 있는 경우에만 해당되며, 다른 연령대의 근로자들이 모두 최저임금보다 높은 임금을 받고 있는 상황에서 연령을 기준으로 다른 보수를 받는다면 이는 연령차별의 예외가 되지 않는다³⁰⁾.

30) 영국은 National Wage Act(1998)에서 연소자의 연령별로 그 최저임금을 규정하고 있는데 16세

3) 법 규정 및 안보목적의 예외(제27, 28조)

법 규정에 따르기 위하여 타인을 연령에 의해 차별한 행위는 합법으로 인정된다. 예를 들어 Licensing Act(1964)는 주류 판매를 목적으로 하는 시간이나 장소에서 18세 미만의 청소년 고용을 금지 하고 있으므로, 주점의 사용자가 18세 미만의 청소년을 연령을 이유로 고용하지 않는 것은 연령차별의 예외로 인정될 수 있다. 이외에도 국가안보를 위한 행위 역시 연령차별의 예외로 인정되고 있으나 자세한 해석 및 적용 방법 등에 대해서는 구체적으로 규정하지 않고 사후적으로 법원의 판단에 맡기고 있다.

4) 퇴직과 관련된 예외(제30조)

연령을 기준으로 강제적으로 이루어지는 정년제도(Compulsory retirement)는 이 규칙에서 직접적 연령차별을 구성하나, 65세 이상 근로자에 대해 정년연령을 두는 것은 차별의 예외로 보고 있다³¹⁾.

퇴직과 관련된 연령차별의 예외는 계약직·정규직 근로자 모두에게 적용되나, 지명 및 선출공무원에게는 적용되지 않는다. 따라서 지명 및 선출공무원의 정년연령은 객관적 정당화 요건을 갖추었을 경우에만 차별로 간주되지 않는다. 사용자가 65세 미만 근로자에 대한 퇴직이나 65세 미만의 정년연령을 사용하기 위해서는 객관적 정당화 요건을 갖추지 않는 한 연령차별로 인정되며³²⁾, 근로자가 퇴직

에서 17세 사이의 근로자는 시간당 £3.00, 18세에서 21세의 경우 시간당 £4.10, 22세 이상의 근로자의 경우 시간당 £4.85이 그 최저임금이다. 예를 들어 22세 이상의 근로자들과 22세 이하의 근로자들이 같은 일을 하면서 22세 이하 근로자가 22세 이상 근로자들의 최저임금인 £4.85보다 낮은 임금을 받는다면 이는 연령차별의 예외로 인정된다, 이와 달리 22세 이하의 근로자가 최저임금보다 높은 £10, 22세 이상의 근로자가 £20를 보수로 받는다면 이는 최저임금에 따른 예외사항으로 인정되지 않으며 사용자는 이에 대해 객관적 정당화를 하지 않으면 연령차별로 인정된다.

31) 연령차별법 이전 Employment Right Act 1996 하에서는 연령차별의 위법에 대한 직접적 규정은 없었으나, 65세 이상의 근로자의 권리를 제한할 수 있는 연령상한선을 두고 있었다.

32) 지금까지는 30%국민만이 65세 정년의 혜택을 누리고 있는 반면, 이 규칙의 시행으로 모든 근로자들은 65세 정년의 혜택을 누리게 되는데, 이 규칙으로 인한 큰 변화중의 하나로 여겨진다.

이후 계속 근무를 요청할 경우 사용자는 이에 대해 “고려”할 의무를 가진다. 이 규칙에 따르면 정상적인 정년연령 이후에도 계속 근무를 희망하는 근로자는 사용자에게 의견을 개진하고 사용자는 이에 대해 고려해야 한다. 이러한 절차는 퇴직이 사용자와 근로자 간의 합의를 통해 이루어지는 문화를 조성하고 장기적으로 정년제도 자체가 사용자 개인의 “객관적 정당화”과정을 통해서 이루어지도록 하는 데 그 목표가 있다.

5) 직업연금(Occupational Pensions), 정리해고 수당(제33조), 종신보험(제34조)

이 규칙에서는 직업연금의 수탁자 및 관리인이 그들의 업무를 수행하면서 그 회원 및 회원이 되려고 하는 자를 연령에 기초하여 차별하거나 괴롭히는 것은 금지하고 있으나, 연령을 기초로 하는 특정한 조항이나 관행 등에 대해 차별행위의 예외로 규정하고 있다. 이러한 예외로는 재직기간 및 연령에 따라 다른 연금계획을 적용하는 것, 다른 연령계층의 근로자를 위하여 연금 수령을 위한 다른 연령 기준을 두는 것, 보통의 연금수령 나이를 적용시키는 것(보통 퇴직혜택을 받는 시기에 연금을 수령함), 통계상 계산을 위해 연령을 사용하는 것, 재직기간에 따라 연금 혜택을 조절하는 것, 그 회원과 배우자간의 연령 차이에 따라 그 연금 혜택을 조절하는 것³³⁾ 등이 있다.

이러한 예외규정은 연금규정의 대부분이 연령에 기초하고 있어 사용자 및 기타 직업연금 제공자들이 연금 운용에 대해 많은 어려움을 겪을 것으로 예상되고, 가능한 많은 경우를 예외규정으로 연령차별법에 적시함으로써 부당한 연령차별을 금지함과 동시에 직업연금 운용 유지의 탄력성을 제고하기 위해서이다.

정리해고 수당 및 종신보험 등에 따른 예외는 기본적으로 사용자가 근로자에게 더 많은 혜택을 제공하려고 하는 경우이므로, 사용자가 연령을 기반으로 하는 기준을 사용한다고 해도 이를 연령차별의 예외로 인정하려는 조항이다.

정리해고 수당규정(Redundancy Payments Pension Regulation, 1965)의 많은 규정

33) 예를 들어 재직 중 사망한 자의 배우자에게 연금혜택을 주는 회사에서 그 근로자와 배우자간의 연령차이가 10년 이상일 경우 그 연금혜택을 줄일 수 있는 규정이나 재직 중 사망한 자의 23세 이하의 자녀에게 연금혜택을 주는 규정은 연령차별의 예외로 인정된다.

이 연령을 기반으로 하고 있으며 이 규칙에서는 이러한 규정을 연령차별의 예외로 인정하고 있다. 사용자가 위 정리하고 수당 규정보다 관대하게 근로자에게 정리하고 수당을 지불하는 것도 연령차별의 예외로 인정된다.

근로자를 위하여 종신보험을 제공하는 사용자의 경우, 근로자가 건강상의 이유로 정년연령보다 조기 퇴직 한 이후에도 사용자는 위 보험을 제공할 수 있다. 이러한 경우 사용자는 그 근로자가 조기퇴직 하지 않았을 경우의 정년연령에 이르렀을 때 그 보험제공을 중단 할 수 있으며 이는 연령차별의 예외로 인정된다.

3. 관련 법률의 정비

가. 정리하고 수당 규정 (Redundancy Payments Pensions Regulations 1965)

1) 최소 근무 기간

정리하고 수당 규정에서는 정리 하고 수당을 지급받기 위해 2년의 지속적 근무 기간을 요구 하고 있다. 이는 특정 연령계층에 대한 간접적 연령차별로 여겨 질 소지는 있으나 이 규칙에 의해 연령차별의 예외로 인정된다.

2) 연령제한 폐지

정리하고 수당규정(1965)은 18세에서 정년연령까지(정년연령이 없을 경우 65세까지) 정리 하고수당 수령자격을 인정하고 있으나, 이 규칙의 제정으로 18세 미만의 연령차별 조항을 폐지하였다. 정리하고 수당 자격의 연령상한선에 대한 논란이 있었으나³⁴⁾, 이 규칙에서 정년기본 연령(65세)이 유지됨에 따라 정년기본연령은 유지하면서 정리 하고 수당자격의 연령 상한선을 폐지하는 것으로 정비되었다.

34) 정년연령의 폐지에 대해서는 2011년 재차 논의가 예정되어 있다. 이 규칙에서는 많은 기업에서 인력수급계획을 위해 또는 연금 및 다른 고용혜택의 반작용 때문에 국가기본정년연령을 유지하고 있으나, 2011년 평균 수명 및 고령자의 고용패턴 등에 대해 자세히 연구하여 그 존폐에 대해 재차 논의할 예정에 있다.

3) 정리해고 수당의 계산

정리해고 수당규정(1965)에서 정리해고 수당은 근로자의 재직기간을 기준으로 계산되며, 기준 되는 재직기간의 상한은 20년이다. 재직기간에 따른 정리해고 수당의 계산 역시 젊은 근로자들에게 더 적은 수당을 의미하기 때문에 연령에 따른 간접차별로 여겨질 수 있으나, 이 규칙은 이를 연령차별의 예외로 인정하고 있다. 다만 이전의 정리해고 수당규정(1965)에 따르면 연령별로 정리해고 수당계산의 기준임금을 다르게 적용하고 있는데(18세에서 21세까지의 근로자는 근무기간 각 1년에 주당임금의 절반, 22세부터 40세까지의 근로자에게는 주당임금, 41세부터 65세까지의 근로자에게는 주당임금의 1.5배를 지급함), 위 규칙은 이러한 차별을 없애고 모든 근로자에게 정리해고 수당으로 1년간 1주의 임금을 지급하기로 하였다. 또한 정리해고 수당을 계산함에 있어 정년 연령이 1년 내로 도달하는 자에 대하여 그 수당액을 점차 감소시켜 정년연령이 되었을 경우 정리해고수당을 지급하지 않도록 하는 규정 역시 폐지되었다.

나. 고용권리법 (Employment Rights Act 1996)

1) 부당해고 구제신청의 연령제한 폐지

고용권리법(1996)에 의하면 1년의 재직기간을 가진 근로자들은 모두 “부당하게 해고되지 않을 권리”를 갖는다. 단 정리해고 수당규정과 마찬가지로 보통 정년 연령(정년연령이 없는 경우 기본정년연령 65세) 이상의 자는 부당한 해고에 대해 항의할 권리를 갖지 못하였는데 연령평등법에 의해 이러한 연령상한선은 폐지되었다. 따라서 정년 연령 이상의 근로자들도 퇴직과 관련 없는 다른 이유들로 인한 부당한 해고에 대해 구제절차를 받을 수 있게 되었으며, 동시에 사용자는 정년 연령 이상의 근로자를 해고 할 경우에도 “의무적 고려절차”를 통해 정당하게 해고해야 한다.

2) 부당해고에 대한 경제적 보상에 대한 계산

부당한 해고를 입증한 근로자들은 1차적으로 경제적 손실의 전보를 위한 기본 배상금을 받을 수 있고 추가적으로 보상을 위한 배상을 받을 수 있다. 이때 기본 배상금의 계산은 정리해고 수당과 같은 방식으로 계산되는데, 수당 계산에 적용되는 연령별 차이가 연령평등법에 의해 폐지되었다. 또한 정년연령이 1년 안으로 도달한 자에 대하여는 위의 배상금을 날짜에 따라 점차 감소시키는 규정 또한 삭제되었다. 부당해고에 대한 기본 배상금은 근로자가 부당하게 해고당했을 경우 근로자에게 근로시와 같은 임금을 최소한 보장한다는 의미이므로, 정년 연령이 다가온다는 이유로 이러한 권리를 박탈할 이유가 없기 때문이다.

4. 법적 구제절차

가. 관할

근로자가 연령에 기초하여 차별받거나, 괴롭힘을 당하거나, 보복을 받았다고 생각할 경우, 근로자는 이에 대해 법적 구제절차를 밟을 수 있다. 해고 이외의 고용과 관련된 문제일 경우 근로자는 법적 구제 절차 이전에 법정 고충처리기관(statutory grievance procedure)의 절차를 거쳐야 한다. 고용 및 직업훈련과 관련된 연령차별에 대한 소송(claim)은 고용재판소(Employment Tribunal)에서 관할하며, 평생교육기관 및 고등교육기관에 대한 소송은 주 법원(England and Wales의 경우) 또는 지방법원 (Scotland의 경우)에서 다룬다.

나. 입증책임

구별·괴롭힘·보복에 의한 차별과 같이 이 규칙에서 보호하는 연령차별에 대해

주장하는 원고(이 규칙에 의해 차별당하지 않을 권리를 보장받은 근로자 등)는 고용재판소로 하여금 구별·괴롭힘·보복이 있었다는 사실에 대해 입증해야 하며, 원고가 이 사실을 입증하면 피고(이 규칙에 의해 의무를 부여받은 사용자 등)은 그 반대사실을 입증해야 한다. 피고가 이러한 사실을 입증하지 못할 경우 그는 이러한 다른 처우가 정당화 될 수 있는 것이었는지에 대해 입증하여야 한다 (단 괴롭힘·보복은 객관적으로 정당화 되지 못함). 원고는 연령차별 여부를 결정적으로 입증할 수 있는 증거를 제출할 필요는 없으며, 다만 고용재판소가 사실관계에 대한 파악을 할 수 있는 증거를 제출하면 된다.

간접차별의 경우 비교측정(comparator pool) 방식이 사용되는데, 간접차별을 입증하기 위해서 원고는 특정한 처우가 원고와 그 원고가 속해 있는 특정한 연령층의 사람들에게 불이익을 초래 하나 동시에 관련된 다른 연령층에는 불이익을 초래하지 않는다는 사실을 입증해야 한다. 이러한 비교측정에는 실제적인 자료뿐만 아니라 가설적인 자료도 포함되고, 비교대상그룹은 같은 직종 종사자 또는 노동시장 전체로도 삼을 수 있다³⁵⁾.

II. ACAS의 해설 지침(Guideline)³⁶⁾

1. 고용

가. 구직 신청서

35) 예를 들어 신문사에 일하는 60대의 언론가에게 회사가 계약연장을 위한 조건으로 체력검사 통과를 제안한 경우, 위 근로자가 자신의 나이로 인해 위 체력검사를 통과하지 못할 것이라고 예상하고 이를 간접차별로 주장, 입증하기 위해서는 신문사에 근무하는 60대의 근로자가 30대의 근로자들에 비해 위 체력검사에 실패할 확률이 높다는 것을 입증해야 할 것이다. 만약 위 신문사의 근로자가 50대 이상이라면 위 근로자는 노동시장 전반적인 30대와 비교하여 이 점을 입증 할 수 있다.

36) ACAS, Age and Workplace-putting the Employment Equality (Age) Regulations 2006 into practice

구직신청서에 연령기재를 요구하는 것은 직접적 연령차별은 아니나, 연령에 기초한 판단에 영향을 줄 수 있으므로, 연령차별의 의심을 피하기 위해서는 구직판단의 영향을 주지 않는 다양성 점검 양식(diversity monitoring form) 연령 기재란을 두는 것이 권장되며, 마찬가지로 직무와 관련 없는 모든 형태의 기간이나 일시와 관련된 정보는 요구하지 않는 것이 바람직하다.

나. 구인 광고 및 선택

직업에 관한 설명은 구직자가 맡게 될 직위에 필요한 기술·지식·경험에 한정되어야 하며, 특정기간 이상의 경험을 요구하는 경우 청소년 근로자들을 배제시킬 수 있으므로 연령차별로 인정될 가능성이 있다. 구인 광고시 “성숙한” “어린” “생기발랄한” 등의 연령과 연결될 수 있는 단어와 광고에 사용하는 사진 등에도 연령차별의 숨겨진 의미가 있을 수 있으므로 주의가 필요하다. 대학졸업을 요구할 경우에도 이러한 용어가 20대 초반을 의미하는 것으로 해석되지 않도록 주의하여야 한다. 만약 ‘대학 졸업예정자(university ‘milk rounds’)’만을 원한다는 구인 광고를 할 경우 이는 25세 이상의 구직자를 배제하게 되므로 간접차별로 인정된다. 구직자 면접시에도 “직책을 맡기엔 너무 어리다”, “나이에 맞도록 좀 더 책임 있는 자리에 가는 것이 좋겠다”는 등의 연령과 관련된 질문 등은 피해야 하며, 직위에 맞는 자격 보유여부에 초점을 두어야 한다.

다. 직업교육

이 규칙은 사용자에 의해 제공되는 근로자 대상의 직업교육 뿐 아니라, 좀 더 넓은 의미의 지역사회를 대상으로 실시되는 직업 교육 및 훈련, 고등교육, 성인 대상 직업훈련 교육 등이 포함된다. 따라서 이러한 교육의 제공자들은 교육 참여대상자의 자격에 연령상한선 및 하한선을 둘 수 없으며, 특정 연령계층의 참여를 격려하기 위해 연령을 기준으로 입학 전형료들을 할인해주는 혜택은 제공될 수 없다.

2. 고용유지 단계

가. 승진 및 훈련

승진 기회는 모든 근로자에게 공지되고 모든 근로자가 이에 접근할 수 있어야 하며 직업훈련의 기회, 자기 발전의 기회 역시 연령과 관계없이 모든 근로자에게 개방되어야 한다. 따라서 직업훈련에 있어, 그 훈련대상자의 조건으로 연령을 기초로 기준이 사용되어서는 안 되며, 그 훈련이 모든 연령대의 근로자에게 적합해야 하고 모든 근로자들이 훈련에 참여하도록 장려 받아야 한다.

나. 정리해고

정리해고 대상자를 선별함에 있어 연령을 기준으로 삼는 경우 이는 명백한 연령 차별이며, “가장 오래된 사람이 가장 먼저 나가는” 관행, 재직기간을 선별의 기준으로 삼는 관행 등은 연령차별법의 시행으로 고쳐져야 할 문화로 지적되고 있다.

다. 따돌리기와 괴롭힘

모든 근로자들은 그들의 존엄성을 존중받으며 정당하게 대우받을 권리가 있다. 어떠한 종류의 행동이 괴롭힘으로 정의되는냐는 가해자의 의도가 아닌 피해자가 받아들이는 그 영향의 정도에 달려 있다. 근로자들이 그 연령을 이유로 적절치 못한 언행, 모욕적인 농담, 희식 등 사회적 모임으로부터의 배제와 같은 괴롭힘의 대상이 된다면, 사용자는 이를 예방하고 처리하기 위한 적절한 조치를 해야만 한다.

3. 퇴직

가. 정당한 퇴직

이 규칙은 기본정년연령으로 65세를 제시하고 있으므로 사용자는 65세 또는 그 이상의 연령의 근로자를 퇴직시킬 수 있다. 65세 미만의 비자발적 퇴직은 정당화 요건을 갖추지 않는 한 연령차별로 인정된다. 다만 근로자에게 고정된 정년 연령을 적용할 필요는 없고, 오히려 고령노동자의 고용형태 등을 고려하여 탄력적으로 운용하는 것이 권장된다. 따라서 정당한 퇴직을 위해서는 그 퇴직이 정년 연령 또는 정년 연령 이상에 이루어지거나, 사용자가 근로자에게 계획된 퇴직 날짜를 미리 알리고 그들에게 정년 연령 이후의 연장근무를 요청할 권리가 있음을 알려야 한다.

나. 정년 이후 계속 근무의 요청

정년 이후 계속 근무를 요청하는 근로자는 정년 예상일 3개월 전에 이를 사용자에게 통보해야 하며, 이를 통보받은 사용자는 퇴직 이전에 이를 반드시 고려해야 한다. 사용자는 근로자와 만나 이를 함께 논의하는 회의를 가져야 하며 이때 근로자는 동료를 동반할 수 있는 권리를 갖는다. 회의 이후 계속 근무 여부에 대한 결정은 빠른 시일 내에 근로자에게 통보되어야 하며, 근로자는 이 통보를 받기 이전까지 근무할 수 있는 권리를 갖는다. 근로자가 위 통보에 재심을 청구할 경우 사용자는 최대한 빠른 시일 내에 재심의 절차를 밟아야 하며, 이러한 절차는 근로자의 정년시기에 따라 반복적으로 시행되어야 한다.

제3절 호주

호주는 1970년대 중반부터 채용 및 근로조건 등에서의 차별을 금지하는 고용차별

금지법을 제정하여 1975년 인종차별금지법, 1984년 성차별금지법, 1992년 장애차별금지법을 제정하였다. 그리고 인권과기회평등위원회 (Human Right and Equal Opportunity Commission, HREOC)는 1986년에 제정된 인권과기회평등위원회법 (Human Right and Equality Opportunity Commission Act, HREOCA)에 의거하여 인권침해 및 차별행위와 관련된 진정을 받아 이를 조사·조정하는 권한을 가지고 있다.

1996년 노동관계법(the Workplace Relations Act)은 연령에 근거한 차별을 포함하여 고용에서의 차별을 금지하기 위한 많은 조항을 두고 호주 산업관계위원회 (Australian Industrial Relations Commission, AIRC)가 위 법률에 따라 의결, 조사의 수행, 협약의 공증을 할 때 이러한 목적을 고려하도록 하고 있었다. HREOCA는 1986년 제정당시에는 고용이나 직업에 있어서 인종, 피부색, 성별, 정치적 견해, 국가적 혈통, 사회적 출신에 근거한 차별만을 규정하였다가 1990년 1월 발효된 인권과기회평등위원회 규칙(the Human Right and Equal Opportunity Commission Regulations)을 통해 차별의 정의를 확장하여 차별의 근거를 추가시켰고, 이 중에는 연령에 근거한 차별이 포함되어 있었다.

그러나 위 법률은 차별을 위법한 것으로 직접 규정하지 않고 위원회의 결정에 강제력이 없었으며, 위원회의 구제절차는 고용과 관련된 연령차별에 대해서만 가능하였다. 더욱이 고용과 관련된 연령 제한이 연방 법규에 의해 시행되는 경우, HREOC는 그 법규를 검토하여 개정을 권고하는 외에는 그 구제신청을 받아들일 수 없다는 한계가 있어, 연방차원의 연령차별금지법의 필요성이 제기되어 왔다³⁷⁾. 그리하여 2004년 연령차별금지법(Age Discrimination Act, ADA)이 제정되었다. 이 법과 관련해서 지침(guideline)이나 행위 준칙은 아직 제정되지 않았으나, HREOC에서는 「All About Age Discrimination」이라는 해설서를 냈다³⁸⁾. 아래에서는 이 해설서를 중심으로 비교적 최근에 제정된 이 법의 내용과 해설 내용을 정리하고자 한다.

37) Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Age Matters: a report on age discrimination*, May 2000, p. 17.

38) 이 밖에도 각주 37)에서 인용한 문서(report)가 있으나, 이는 차별 판단 기준이 아니라 어디까지나 연령차별금지법 제정의 필요성에 관한 보고서에 불과하다.

1. 차별금지의 적용범위

ADA는 그 보호대상의 연령에 제한을 두고 있지 않다. ADA는 채용 및 근로조건 등의 고용영역에서 근로자(제18조), 중개인(제19조), 파견근로자(제20조)가 되거나 되려고 하는 자에게 적용된다. 파견 근로자는 사용자와 함께 사용사업주에 대해서도 권리를 가진다. 근로자에는 파트타임 근로와 일시적 고용관계, 서비스계약에 따른 고용관계의 근로자가 모두 포함된다. 연방 정부의 근로자와 주 또는 공공기관에 고용된 근로자도 ADA의 적용을 받는다(제5조 employment 정의). 그러나 사적인 가정에서 이루어지는 가사 업무에 종사하는 자는 보호대상에 포함하지 않는다(제18조 (3)항). 6인 이상으로 구성된 조합은 그 조합원이거나 조합원이 되려고 하는 자에 대한 관계에서(제21조), 전문직 또는 상업을 수행하는 데 필요한 공인(公認)이나 자격을 수여하는 자격 수여 단체는 전문 자격증을 받거나 받으려고 하는 자에 대한 관계에서(제22조) 차별을 하지 않을 의무가 있다. 1996년 사업장 관계법(Workplace Relations Act) 별표 1B에 따라 등록된 조직의 구성원이거나 구성원이 되려고 하는 자(제23조)는 위 등록된 조직에 대한 관계에서 차별을 받지 않을 권리를 가지고, 고용 중개인의 서비스를 받거나 받고자 하는 자(제24조)도 ADA의 적용 대상이 된다.

제3자에게 위법한 행위를 하도록 시키거나 지시하거나 권유하거나 돕거나 허락하는 자도 법 위반의 책임을 지며(제56조), 사용자는 근로자에 의해 행해진 연령차별에 대하여 책임이 있다(제57조). 다만 사용자가 그와 같은 차별을 막기 위해서 합리적인 주의를 기울이고 실제 절차를 수행하였음을 입증하는 경우는 그러하지 않다.

2. 차별금지의 내용

사용자, 중개인을 채용하는 자, 계약직 근로자를 사용하는 사용사업주는 연령을

이유로 근로자, 중개인, 계약직 근로자를 차별하면 안 된다. 구체적으로 ① 채용과 고용의 제안, ② 실제 고용 조건과 작업 조건, ③ 승진과 훈련에 대한 접근, ④ 해고, ⑤ 기타 불이익 부과에 있어 차별을 하는 것은 위법하다.

6인 이상으로 구성된 조합이 조합원 지위에 관하여 ① 특정인에게 조합원의 지위를 줄 것인지 여부에 관한 결정, ② 조합원 지위를 제외하는 조건, ③ 조합원으로서의 혜택에 대한 접근의 거부나 제한, ④ 조합원 지위의 박탈, ⑤ 기타 불이익의 부과에 있어 연령을 이유로 차별을 하는 것은 금지된다.

직업, 전문직 또는 상업을 수행하는 데 필요한 공인(公認)이나 자격을 수여하는 자격 수여 단체에서 ① 공인이나 자격의 수여나 철회, ② 공인이나 자격을 수여하는 조건에 있어 연령을 이유로 차별할 수 없다.

고용 중개인이 ① 연령을 이유로 서비스 제공을 거부하거나 ② 서비스 제공에 있어서의 조건이나 방식에 있어서 연령을 이유로 차별하는 것은 위법하다.

1996년 사업장관계법 별표 1B에 따라 등록된 조직에서 ① 연령을 이유로 조직의 구성원의 지위를 거부하는 것이나, ② 구성원으로서 인정되기 위한 조건, ③ 조직에 의해 제공되는 혜택에 대한 접근에 있어 연령을 이유로 차별을 하는 것은 금지된다. 특히 연령을 이유로 한 위법한 차별 의도를 표시하는 광고를 발행하거나 전시하는 것 또는 그 발행이나 전시를 타인에게 시키거나 허가하는 것과(제50조) 어떤 사람이 차별에 대한 구제신청을 하거나 차별 관련 구제절차에 관여한 것을 이유로 하는 보복조치를 통한 차별(victimization)은 처벌의 대상이 된다(제51조)

가. 직접 차별

ADA는 차별의 개념을 직접차별과 간접차별로 구분하고 있다. 직접차별은 ① 차별행위자가 피해자를 제반 사정이 같거나 실질적으로 다르지 않음에도 불구하고 다른 연령의 사람을 대우하거나 대우하려고 하는 것에 비하여 불이익하게 대우하거나 대우하려고 하고, ② 차별행위자가 그와 같이 대우하거나 대우하려는 이유가 i) 피해자의 연령 때문이거나 ii) 일반적으로 피해자가 속한 연령층의 사람들이 가진 특성 때문이거나 iii) 피해자가 속한 연령층의 사람들이 일반적으로 가지

고 있다고 생각되는 특성 때문인 경우를 말한다(제14조). 직접 차별의 정의를 연령에 근거한 것뿐만 아니라, '일반적으로 특정 연령층의 사람이 가진 특성' 또는 '특정 연령층의 사람이 일반적으로 가지고 있다고 생각되는 특성'에 근거한 불이익 대우로까지 확장한 것은 실제적인 또는 암묵적인 구분이나 특유한 특성들을 이유로 하여 특정한 집단 또는 사람에 대한 고정관념을 고착화하는 것을 차별에 포함시키기 위한 것이다. 그러나 차별 주장자가 개별 사안마다 그와 같은 특성을 확인하여 그 존재를 입증할 필요는 없으며 그와 같은 특성이 일반적으로 존재하거나 작용하고 있다는 점을 입증하면 족하다고 한다.³⁹⁾

나. 간접 차별

간접차별은 ① 차별행위자가 조건(condition)·요건(requirement)·관행(practice)을 부과하거나 부과하려고 하고, ② 그 조건·요건·관행이 제반 사정에 비추어 합리적이지 않고 ③ 그 조건·요건·관행이 피해자와 동일한 연령층의 사람들에게 불리한 효과를 가져 오거나 가져올 가능성이 있는 경우에 성립한다(제15조 (1)항). 그 조건·요건·관행이 제반사정에 비추어 합리적이라는 점에 대한 입증책임은 차별행위자에게 있다(제15조 (2)항). ADA의 간접차별 규정은 성차별금지법의 간접차별 규정과 유사하다. 그러나 성차별금지법 제7조 B (2)항과는 달리, ADA에서는 조건·요건·관행이 제반 사정에 비추어 합리적인지 여부를 결정함에 있어 고려하여야 하는 요소들을 규정하고 있지 않다. 간접차별의 맥락에서 '합리성(Reasonableness)'이란 장애차별금지법 등 기타 차별금지법의 사례에서도 중요한 사법적 판단의 주제가 되어 왔으며, 이는 연령차별금지법의 해석과 적용에 있어서도 계속 중요한 문제가 될 것으로 보인다.

다. '지배적인 이유' 기준

39) Commonwealth v. Human Right & Equal Opportunity Commission (1993) 46 FCR 191, 207 판결 참조

이 법은 어떤 행위가 개인의 연령을 이유로 행해진 것인지를 판단함에 있어 '지배적인 이유' 기준('Dominant Reason' Test)을 규정하고 있다. 즉 차별행위가 두 가지 이상의 이유로 행해지는 경우 그 차별행위는 "① 연령이 그 이유 중의 하나이고, ② 연령이 지배적인 이유일 경우"에 한하여 연령을 이유로 한 차별행위로 간주된다(제16조).

'지배적인 이유' 기준의 도입은 다른 연방 차별 금지법과는 상당히 다른 것이다. 성차별금지법, 인종차별금지법, 장애차별금지법에서는 어떤 행위가 두 가지 이상의 이유로 행해지고 그 중 하나가 성·인종·장애 등의 차별 근거일 경우 그것이 행위의 지배적이거나 중요한 이유임을 묻지 않고 그 행위가 차별적인 이유로 행해진 것으로 보고 있다. 이는 성·인종·장애와 같은 차별의 근거가 단지 그들이 받은 불이익 대우의 이유 중의 하나임을 입증하면 이에 대한 구제신청이 이유 있게 됨을 의미한다. 그러나 지배적인 이유 기준이 요구될 경우 실제 사건에서 연령이 지배적인 이유임을 입증하는 것은 용이하지 않을 것으로 보이며, HREOC는 ADA 제정 당시 이 기준의 도입에 대해 반대한 바 있다.⁴⁰⁾

3. 차별의 정당화 사유

가. 직무의 고유한 요건

고용의 모든 분야에서, 직무의 고유한 요건(inherent requirements)을 수행하지 못하는 경우 연령을 이유로 차별하는 것은 위법하지 않다. 개인이 특정한 고용관계나 직위의 고유한 요건을 수행할 수 없는지 여부를 결정함에 있어서는, ① 특정한 고용과 관련된 과거의 훈련·자격·경험, ② 이미 고용된 경우라면 근로자로서의 직무수행성과 ③ 합리적으로 고려할만한 모든 관련 요소들을 고려하여야 한다. 장애인차별금지법과 1988년 산업관계법상의 유사한 규정과 관련하여 법원은 특정한 고용관계의 '고유한 요건'은 그 특정한 직위에서 '필수적인 것(something essential)' 또는 '필수적인 요소(essential element)'를 의미한다고 판시한 바 있다.

40) Senate, *Legal and Constitutional Committee on Age Discrimination Bill* 2003 참조.

그러나 구체적인 사안별로는 이를 엄격하게 해석한 경우와 보다 넓게 해석한 판결이 모두 존재한다.⁴¹⁾ 결국 이는 근로자가 사용자의 사업체의 한 부분으로서 수행하는 기능과 그 사업조직을 고려하여 결정하여야 하며, 사용자가 차별적 행위를 용인받기 위하여 사업체를 자의적으로 조직하거나 제한하는 것은 허용되지 않는다⁴²⁾.

한편 직무의 고유한 요건이 인정된다 하더라도 문제된 구별·배제·우대가 그와 같은 고유한 요건에 '근거한' 것인지가 문제된다. 법원은 '근거한'을 "엄격한 또는 긴밀한 관계"를 요구하는 것으로 해석한 바 있다⁴³⁾.

나. 적극적 조치

연령을 근거로 한 적극적 조치는 차별에 해당하지 않는다. 구체적으로 ① 특정 연령층에게 진정한 혜택(bona fide benefit)을 주는 행위(제33조 (a))⁴⁴⁾, ② 특정 연령층으로부터 야기되는 수요를 충족시키기 위한 행위(제33조 (b))⁴⁵⁾, ③ 특정한 연

41) '고유한 요건'의 의미를 엄격히 해석한 판결로는 Qantas Airways Ltd v. Christie (1998) 194 CLR 280, 284, 및 Wannberg v. Alloa Holdings(Industrial Relations Court of Australia, No. 346/96 of 31 July 1996)등이, 광의로 해석한 판결로는 Commonwealth of Australia v. The Human Rights and Equal Opportunity Commission and 'X'(Full Federal Court, Brisbane, 13 January 1998)등이 있다.

42) X v. Commonwealth (1999) 200 CLR 177. 위 판결에서 Gummow 판사와 Hayne 판사는 고용에서 직무의 고유한 요건이란 "고용의 특성 또는 본질적인 요건으로서 사소하다고 표현될 수 있는 요건들이 아닌 것"이라고 설명한 바 있다. 같은 사건에서 McHugh J 판사는 "사용자가 차별적인 행위를 하기 위한 목적으로 사업체를 조직하지 않는 한 고용 계약의 조건, 사업의 본질, 조직구성의 방식은 요구되는 요건이 직무의 고유한 요건인지를 결정짓는 요인이 될 것이다. 그렇다 하더라도 사업적 의미나 법률적 의미에서 본질적인 요건들만을 특정한 고용에서 고유한 것으로 볼 수 있을 것이다. 위원회는 사용자가 사업을 조직하고 특정한 고용에서 특정 요건을 고유한 요건으로 요구하는 사업적 판단에 대해 적절한 범위에서 인정해주어야 한다. 그러나 결국 무엇이 특정한 고용에서의 고유한 요건인지를 결정하는 것은 사용자가 아니라 위원회이다"라고 판시하였다.

43) Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Report of Inquiry into Complaints of Discrimination in Employment and Occupation Age Discrimination in the Australian Defence Force, Appendix A- Braley*(Commonwealth v. Human Right and Equal Opportunity Commission and Others) HREOC Report No. 8.

44) 미용사가 노인카드나 그와 유사한 카드를 소지한 사람에게 할인을 해주는 것이 이 조항에 속할 것이다. 할인을 해주는 것은 노인들에게 진정한 혜택을 제공하는 것이기 때문이다(제33조 (a))

45) 청년들은 대개 다른 연령층에 비해 복지서비스(정보, 지원 그리고 구직시의 추천을 포함)를 더

령층이 겪는 불이익을 감소시키기 위한 행위(제33조 (c))⁴⁶⁾는 적극적 차별조치로서 차별금지의 예외가 된다.

해설서에 따르면 제33조 (a)항은 특정한 연령층에게 선의로 제공된 일련의 특혜와 혜택을 인정하기 위한 것이라고 한다. 가장 일반적인 예는 노인에게 제공되는 할인과 특혜이며, 이와 같은 혜택은 노인들에게 부당한 이로움을 주거나 다른 연령층의 사람들에게 불리함을 주려는 것이 아니기 때문이다. 또 제33조 (b)항은 다른 연령층의 수요와 다르거나 보다 심각한 특정한 연령층의 수요를 중점적으로 다루기 위한 수단을 인정하기 위한 것이며, 문제된 행위가 한 연령층과 관련된 수요를 충족시키기 '위한' 것이어야 한다고 되어 있지만 실지로 그와 같은 행위를 하는 사람이 당시에 특별한 의도를 가지고 있었음을 입증할 필요는 없다. 제33조 (c)항은 연령과 관련된 불리함을 극복하기 위한 수단을 인정하기 위한 것으로서 특정 연령 집단이 역사적으로 불리한 처지에 놓여왔거나 당시의 사회적 상황으로 특정 연령 집단이 어떠한 사회적 혜택이나 기회에 접근하기 어려울 때 이러한 문제들을 감소시키기 위한 수단을 허용하고자 하는 것이다. 이 경우에도 실제로 수요에 기초하고 있다면 그 행위자가 불리함을 감소시키려는 '목적'을 가질 필요는 없다.

ADA의 적극적 조치는 다른 연방차별금지법상의 유사한 규정인 '특별한 수단' 보다 범위가 넓은데, 성차별금지법·인종차별금지법·장애차별금지법의 '특별한 수단'은 "상당한 정도의 평등을 달성하거나 특정한 집단의 특별한 수요를 만족시키기 위한 목적"으로 제한된다. 그리고 성차별금지법과 인종차별금지법에서의 '특별한 수단'은 그 목적이 달성되면 더 이상 인정되지 않고, 장애차별금지법은 특별한 수단은 특별한 수요 또는 불이익을 중점적으로 다루기 위해 '합리적으로 의도된 (reasonably intended)' 것으로 제한하고 있다. 그러나 ADA에서는 이러한 제한이

욱 많이 필요로 한다. 그러므로 집이 없는 청년들에게 복지 서비스를 제공하는 것은 이 연령층으로부터 야기되는 수요를 충족시키기 위한 것이므로 이 조항에 속할 것이다(제33조 (b))

46) 고령자들은 경비감축으로 인해 다른 사람들보다 더욱 불이익을 입게 된다. 그러므로 고령의 노동자가 추가적인 통지를 받을 권한을 가진다는 규정은 이 조항에 속할 것이다. 이러한 권한은 고령자들이 겪는 불이익을 줄이기 위한 것이기 때문이다(제33조 (c))

없으며, 적극적 조치의 의미도 '진정한 혜택'을 주는 행위를 포함하는 것으로 확장되었다.

4. 차별의 예외 사유

가. 청년 임금(youth wages)

청년 임금과 관련하여 일을 제의하기 위한 예비과정, 일을 제의할 상대방의 결정, 보수나 급료에서 연령에 따른 차별을 하는 것은 허용된다(제25조). 청년 임금이란 21세 미만자에 지급되는 급료를 말한다. 청년층의 채용과 고용을 유지하고 직장에서의 청년층의 경쟁력을 보호하기 위한 규정이다.

나. 노령수당(superannuation), 보험(insurance), 신용(credit)

연금(annuity), 보험정책(insurance), 노령수당사업 대상자(membership of a super-annuation scheme)에 대한 급부의 제공이나 거부의 조건을 정함에 있어 연령에 따른 차별을 하는 것은 허용된다(제37조 (1)항). 그러나 이 때 차별은 ① 차별행위가 합리적으로 신뢰할만한 보험통계적인 또는 통계학상의 자료에 기초하고 그 자료의 내용과 다른 관련 요소들을 고려해볼 때 합리적인 경우이거나, ② 보험통계적인 또는 통계학적인 자료를 구할 수 없고 합리적으로 보아 이러한 자료를 구할 수 없다고 인정되는 때에는 다른 관련 요소들을 고려해 볼 때 차별 행위가 합리적인 경우이어야 한다(제37조 (3)항).

신용 수여 조건에서 연령을 근거로 한 차별도 예외가 인정되는데(제37조 (4)항), 이 경우에도 차별은 차별행위자가 합리적으로 신뢰할만한 보험통계적인 또는 통계학적인 자료에 근거하고 그 자료의 내용을 고려할 때 차별행위가 합리적인 경우여야 한다(제37조 (5)항). HREOC와 그 위원장은 위법한 차별로 볼 수 있는 행위를 한 자에게 보험통계적인 또는 통계학상의 자료를 요구할 수 있는 권한이 있

고(제54조 (2)항) 그와 같은 요구에도 불구하고 자료의 근거를 제출하지 않는 것은 차별의 대상이 된다(제52조 (1)항).

연방법규에 따른 공공보험수급을 위한 노령퇴직수당 관련 행위도 차별의 예외사유이다(제38조).

다. 자선단체, 종교단체, 자발적 단체

자발적 단체의 ① 단체의 구성원으로서의 입회 허가⁴⁷⁾와 ② 그 단체의 구성원에 대한 혜택, 설비, 서비스에 대한 조항은 예외 대상이 된다(제36조 (1)항).

자발적 단체란 회합이나 법인 여부를 불문한 모든 단체로서 그 활동이 이윤창출을 목적으로 하지 않는 것을 말한다. 등록된 조직⁴⁷⁾, 연방 또는 주 법률에 의해 설립된 단체·구성원에게 인가·대부·신용이나 재정을 제공하는 회합은 제외된다(제36조 (2)항). 특정 연령의 사람들에게 자선적인 혜택을 부여하거나 자선적인 혜택을 부여받을 수 있게 하는 자선단체의 규정과 그와 같은 규정에 따른 행위도 차별금지의 적용을 받지 않는다(제34조).

교의·신념 또는 교리를 따르는 종교적 목적을 위해 설립된 단체의 행위나 업무, 그 교인들의 종교적 감수성을 해치는 것을 피하기 위해 필요한 행위나 업무는 차별금지의 예외이다(제35조).

한편 자발적 단체가 행하는 고용이나 대중에 대한 서비스조항에 차별 가능성이 있는 경우까지 제36조에 의해 면제되는 것은 아니라고 한다. 성차별금지법의 유사 규정과 관련된 사안에서 법원은 자발적 단체에 대한 보호조항은 내부 구성원 간의 관계에서만 적용되고, 비구성원과의 관계에는 적용되지 않는다고 판단한 바 있다⁴⁸⁾.

라. 기타 사유 및 정년과 퇴직 수당의 문제

47) Workplace Relations Act 1996 Schedule 1B에 규정된 조직을 의미한다.

48) Gardner v. All Australian Netball Association Ltd(2003) 197 ALR 28(4.7.2) 참조

면제 보건 프로그램(제42조 (1)항)⁴⁹⁾에 따른 행위는 차별의 예외에 해당한다. 연방과 주·준주의 각종 법규에 따른 행위 역시 차별의 예외이다(제39조). 제39조 (1)항은 일반적으로 ADA의 적용을 받지 않는 법규들을 규정하고 있으며, 제39조 (2)항은 (1)항에 규정되지 않은 법규의 경우 ADA의 시행일로부터 2년간의 유예기간을 둔다고 규정하고 있다. 법원의 명령(제39조 (7)항), 근로 협약에 따른 행위(제39조 (8)항), 조세 법률에 따른 행위(제40조), 연금, 수당, 혜택 등 각종 사회보장 관련 법규에 따른 행위(제41조)도 차별금지의 예외가 된다. 이주와 시민권에 대해서도 예외 규정이 있다(제43조).

정년 문제와 관련하여, ADA 제정 이전에도 호주는 Tasmania와 Northern Territory를 제외한 모든 주와 준주에서 강제 정년 제도가 폐지된 상태였다. 다만 판사·경찰관·석탄과 석유 혈암 노동자(coal and oil Shale Workers), 소방관 등 특정한 직무에 대한 강제 퇴직제도가 유지되고 있었다. 그 예로 New South Wales에서는 관련 법률에서 석탄과 석유 혈암 노동자의 60세 정년을 정하고 있고, 차별금지법(NSW Anti-Discrimination)에서 주정부에 의해 행해진 행위에 대한 일반적인 면제 조항을 두고 있었다.⁵⁰⁾

연방 법제를 살펴보면 공공서비스에서의 사무직과 행정직에 대한 강제 퇴직 제도는 1999년 새로운 공공서비스법(Public Service Act)이 시행되면서 폐지되었다. 그러나 호주 방위군·법관·호주 산업관계위원회에 대한 정년제도는 여전히 관련 법률에 의해 남아있었다.

ADA가 제정된 이후에도 호주 방위군에 관한 1923년 공군법(Air Force Act), 1903년 방위법(Defence Act), 1910년 해군방위군법(Naval Defence Act)과 호주 산업관계위원회에 관한 1996년 호주산업관계법(Workplace Relations Act)은 차별의 예외사유가 되는 법률로 명시되어 있으므로(제39조 (1)항 별표1), 이들 법률에 의한 호주 방위군과 산업관계위원회에 대한 정년제도는 유지되게 되었다. 법관에 대한 정년은 호주 헌법에 규정되어 있으므로(Australian Constitution 제72조) ADA에 의해 위

49) 노인이 다른 연령층의 사람들보다 독감의 합병증에 훨씬 더 취약하다는 자료에 기초하여 노인에게 무료 독감 백신을 제공하는 것 등은 이 조항에 포함된다.

50) Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Age Matters: a report on age discrimination*, May 2000., p. 39-42.

법하게 되지 않는다. 법관에 대한 정년은 법관의 독립성과 관계가 있는데, 법관이 연령에 기초한 퇴직이 이루어지지 않을 경우 법관의 능력이 주기적으로 검증되게 되는데 이는 법관의 독립성에 영향을 끼칠 수 있다는 것이다.⁵¹⁾ 회사의 이사와 관련하여 2001년 회사법(Corporations Act)은 72세 이상의 사람이 공공 법인이나 그 자회사의 이사가 되는 것을 금지하고 있고(제201조 C항) 이사의 자격으로 18세 이상일 것을 요구하고 있는데(제201조 A) 이러한 회사법 역시 ADA 제37조 (1)항에 의해 차별의 예외사유가 되고 있다.⁵²⁾

퇴직수당과 관련하여, 과거 HREOC는 퇴직수당을 계산함에 있어 나이가 많을수록 상대적으로 장래 노동가능성이 적다는 가정 하에 노령자의 수당을 줄이는 방식은 연령을 이유로 한 차별이라고 판단한 바 있으나, 이에 반해 45세 이상자에게만 초과근무시간을 계산하여 퇴직 수당을 산정하도록 한 것에 대하여는 45세 이상의 연령층에 대한 특별한 보호의 필요성을 들어 이와 같은 제도가 45세 미만자를 연령을 이유로 하여 차별한 것은 아니라고 보았다.⁵³⁾

51) Human Rights and Equal Opportunity Commission, op. cit., p.43

52) 2001년 개정 회사법 이전 회사법에서도 동일한 연령제한 규정이 있었으며, 이러한 회사법상의 연령제한과 관련하여, 호주의 노령화 위원회(Council on the Ageing)는 이 조항이 차별적이며 삭제되어야 한다는 의견을 표명하였다고 한다. Human Rights and Equal Opportunity Commission, op. cit., p.42 참조. 그러나 2001년 개정 회사법에서도 이 조항은 그대로 유지된 것으로 보인다.

53) Report of Inquiry into Complaints of Discrimination in Employment and Occupation: Redundancy Arrangement and Age Discrimination, HREOC Report No. 2

제3장 각국의 종교 차별 판단지침

제1절 미국

미국 법에서 '종교차별 금지'는, ① 종교에 근거하여 채용·해고 및 근로조건에 있어서 차별을 가하는 것(disparate treatment in hiring and firing ; disparate treatment in terms and condition)을 금지하고, ② 종교적 활동을 강요 또는 금지하거나 종교에 대한 모욕적인 행위로 종교적 학대(religious harassment)를 못하게 하며, ③ 과도한 부담(undue hardship)이 없다면 종교 활동·관행에 대해 적절한 편의제공(reasonable accommodation)을 할 것을 요구하고 있다.

종교차별과 관련되는 민권법 제7편(Civil Act Title VII)의 조항은 '종교'의 개념을 정의한 § 701(j), 종교 기관의 경우 종교차별을 적용하지 않는다는 § 702, 종교 등을 이유로 한 차별을 금지하면서 종교기관이 설립한 교육기관에서의 적용 제외를 규정한 § 703, 그리고 이를 연방정부에 확장하는 § 717(a)가 있다.

이 중 § 701 (j)는 차별 금지 사유로서의 '종교'라는 개념에 관하여 "사용자가, 근로자 또는 취업예정자의 종교적 의식과 관행에 대하여, 그 사업수행에 있어서 과도한 부담 없이는 적절한 편의를 제공할 수 없다는 점을 보이지 않는 한, 신념 자체뿐 아니라 그 종교적 의식(儀式, observance)과 관행(practice)의 모든 면을 포함한다"고 정의하고 있으며, § 703은 사용자등이 종교를 이유로 하여 채용·해고·여타 고용상의 약정과 조건들을 차별하는 것을 금지하고 있다.

그리고 고용평등위원회(EEOC, 이하 '위원회'로 약칭)는 이들 법 규정의 내용을 보다 구체화하기 위하여 시행규칙으로서 '종교차별에 관한 지침(Guideline of Discrimination Because of Religion)'을 두고 있고, 이 역시 연방 규제규칙집(CFR) 제29편(Title 29)에 하나의 장(Section 1605)으로 되어 있다.

1. 금지되는 차별의 내용 (Employment Discrimination based on Religion,

Ethnicity or Country of Origin)⁵⁴⁾

가. 다음 사항들을 근거로 하는 괴롭힘 기타 고용 관행은 금지된다.

1) 소속(affiliation)을 이유로 한 차별 : 어떤 사람이 특정한 종교적 집단에 소속되어 있다는 점 때문에 그 사람을 괴롭힘하거나 차별할 수 없다.

2) 종교적 특성과 의상을 이유로 한 차별 : 특정한 종교와 관련 있는 억양이나 의상 등을 포함하여 신체적 문화적 또는 언어적 특성을 이유로 개인을 괴롭힘하거나 차별할 수 없다(예컨대 이슬람교도들이 두르는 히잡을 착용한 여성을 괴롭힘하는 것).

3) 인식(perception)을 이유로 한 차별 : 어떤 사람이 특정한 종교 집단의 일원이라는 인식(그 인식이 정확한 것이든 아니든 불문하고) 때문에 그 사람을 괴롭힘 또는 차별할 수 없다.

4) 관계(association)를 이유로 한 차별 : 특정한 종교의 단체나 사람과 관계가 있다는 것을 이유로 그 사람을 괴롭힘 또는 차별할 수 없다 (예컨대 남편이 이슬람교도라는 이유로 그 부인을 승진에서 탈락하게 하는 것)

나. 괴롭힘의 금지

사용자는 종교에 근거한 괴롭힘 없는 직장을 제공할 의무가 있다. 사용자는, 상급 직원이나 동료, 그리고 그 지배하에 있는 근로자 아닌 자의 괴롭힘 행위에 대해서도 책임을 진다. 사용자는 종교 집단을 비하하는 발언이나 신체적 괴롭힘 행위

54) 2001. 9. 11. 세계무역센터 테러에 대한 미국인들의 분노가 종교, 민족 또는 국적에 근거하여 죄 없는 민간인들을 차별하는 방향으로 잘못 표출되어서는 안 된다는 측면에서 위원회가 특별히 발표한 지침

를 포함하여 모든 종류의 괴롭힘을 금지한다는 점, 그리고 근로자들이 동료들의 권리를 존중해야 한다는 점을 서면 기타의 방법으로 근로자들에게 명확히 전달해야 한다. 또한 사용자는 괴롭힘에 대한 진정을 처리하는 효과적인 정책과 절차를 수립해서 널리 알리고 진정이 없더라도 괴롭힘 사실을 인지하고 신속히 대처할 수 있는 방법을 관리자들에게 교육시켜야 한다.

다. 편의 제공

사용자는 과도한 부담이 없는 범위에서 근로자나 구직 지원자들의 종교적 행위에 대해서 적절한 편의를 제공해야 하는바, 그 내용으로는 종교 의식 참여를 위한 휴가, 기도할 수 있는 시간이나 장소, 종교 의상의 착용 등이 있다.

2. '종교차별에 관한 지침(Guideline of Discrimination Because of Religion)'

위원회의 이 지침은 단 3개의 조항으로 구성되어 있는바, § 1605. 1은 행위와 믿음의 '종교적' 성격이라는 개념에 관하여 설명하고, § 1605. 2는 법 § 701(j)에서 말하고 있는 '과도한 부담 없는 적절한 편의제공'의 의미를 구체화하고 있으며, § 1605. 3은 근로자 선발과정에 관하여 규정하고 있다.

가. '종교적'이라는 말의 의미 (§ 1605. 1)

법이 '종교(religion)'의 개념을 '종교적(religious)' 신념·의식·관행으로 정의하고 있기 때문에 여기서 말하는 '종교적'이라는 용어가 무엇을 의미하는지 문제될 수 있다 (법은 사회적·정치적 또는 경제적 철학을 실천하거나 신봉하는 것에 대해서는 편의 제공을 의무화하지 않기 때문이다). 대부분의 사건에서 '종교적'인 것이 무엇인지는 문제가 되지 않지만, 문제가 되는 경우 위원회는 "전통적인 종교적 견해에 의해 진지하게 신봉되는 것으로서, 옳고 그름에 관한 도덕적·윤리적 신

념을 포함하는 것”이라고 정의하고 있다 (United States v. Seeger , Welsh v. United States 사건). 그리고 이는 어디까지나 개인의 신념의 문제이기 때문에, 그러한 신념을 표방하는 종교 집단이 없거나 그가 소속된 종교 집단이 그러한 신념을 지지하지 않는다는 사실은 ‘종교적’인 신념인지 여부를 판단하는 결정적 기준이 되지 못한다.

나. 과도한 부담 없는 적절한 편의 제공 (§ 1605. 2)

사용자 등이 종교에 근거하여 근로자 또는 구직 지원자를 채용하거나 해고하는 것은 위법한 차별인 것은 당연하다. 그런데 법은 이에서 더 나아가 종교적 행위에 대한 사용자의 편의 제공을 의무화하면서 “과도한 부담이 없는데도 적절한 편의제공(대표적인 것으로는 작업일정의 신축적인 조정, 자발적 대체근무나 근무교환, 직무 재배치, 수평이동 등이 있다)을 하지 않은 것”을 종교에 근거한 차별로 보고 있다.

‘편의 제공 거부’가 고용차별이 되기 위해서, 먼저 근로자가 사용자에게 종교적 편의를 제공받아야 한다는 사실을 알리고 이를 요청해야 하지만, 일단 요청을 받은 사용자는 “그러한 편의를 제공하기 위해서는 사업 수행상 과도한 부담이 발생”한다는 점을 입증하지 못하는 한 개인의 종교적 신념이나 행위에 대해 적절한 편의를 제공할 의무가 있고, 다시 편의 제공을 필요로 하는 개인은 사용자의 편의제공 노력에 협력할 의무가 있다.

1) 편의 제공

근로자나 구직 지원자로부터 종교적 편의 제공을 필요로 한다는 사실을 통보받으면 사용자 등은 그 종교적 행위에 대해 적절한 편의를 제공할 의무가 있으며(그러한 방법이 여러 가지라면 그 중에서 고용기회에 가장 적은 불이익을 주는 편의를 제공해야 한다), 그렇지 못할 경우에는 그러한 편의 제공을 위한 모든 방법들

이 과도한 부담을 야기한다는 점에 관하여 입증할 수 있어야 한다.

① 작업 일정의 변경·조정

먼저 특정 종교를 가진 근로자가 자신의 종교적 행위와 작업 일정이 상충된다는 이유로 작업일정 또는 당번의 변경을 요구할 때 사용자는 이에 응해야 하는가. 일반적으로 근무시간 자체를 변경하는 것은 자발적 대체 근무자와의 근무교환 (swap)이 가능할 때에만 적절하다고 할 수 있는데, 문제는 많은 경우 이러한 대체근무자를 찾는 일이 이를 요청하는 개인에게 일임된다는 점이다.

이에 대하여 위원회는 그러한 일이 사용자 등이 제공해야 하는 '편의 제공'의 일 부라고 보아, i) 자발적 대체근무에 관한 방침을 공표하고, ii) 대체근무가 호의적으로 인식되는 분위기를 조성하며, iii) 자발적 대체근무자의 원활한 수급을 위해 과일·계시판 기타의 수단을 관리해야 한다고 하였다. 또한 작업시간의 변경에 못 미치는 신축적인 조정(예컨대 신축적인 출퇴근 시간, 유동적 휴가, 신축적인 휴가 시간, 조기퇴근과 점심시간 근로 등)도 사용자가 강구해야 한다고 하며, 만약 당해 근로자가 담당하고 있는 직무의 성격상 편의 제공이 불가능한 경우라면 사용자등은 그 근로자를 수평 이동시키거나 그의 직무나 작업 자체를 변경하는 것이 가능한지까지 검토해야 한다고 한다.

② 노동조합비의 납부

단체협약으로 노동조합 자동가입(유니온숍)이나 노동조합비 납부(흔히 자동공제 - check off - 조항을 두고 있는 경우가 많음)를 정하고 있는 경우라고 하더라도, 어떤 근로자의 종교가 노동조합비 납부를 허용하지 않는다면, 노조(미국 민권법에서 고용차별 금지의 적용을 받게 되는 '사용자 등'에는 사용자뿐 아니라 직업소개소와 노동단체 labor organization를 포함한다⁵⁵⁾)는 그 노조가입을 면제해주고 조합

55) 위원회는 민권법 제7편이 기본적으로 노조와 노동단체들에게 다음과 같은 네 가지 의무를 부과

비에 상당하는 금액을 자선 단체에 기부할 수 있도록 편의를 제공해야 한다.

③ 복장·차림새

종교와 관련된 복장·차림새 역시 과도한 부담을 초래하지 않는다면, 이를 보장하는 것 역시 편의 제공에 포함된다. 이때 근로자는 종교적 이유를 가지고 있어야 하고 이를 사용자에게 통보해야 하며(이러한 통보가 없이 단순히 복장 규칙을 반대하는 근로자로 된 경우에는 징계 가능), 사용자가 그러한 복장·차림새를 금지하거나 다른 복장 규정을 강행하기 위해서는 그로 인한 '사업 수행에서의 과도한 부담'을 입증해야 한다(예 - 철강공장 노동자에게 바지 유니폼만 강요하는 것에 대해 작업의 안전과 효율성을 위해 불가피한 것임을 입증하지 못했다면 법 위반, 창작 교사의 남자 교사가 머리를 기른 것에 대해 용모가 단정해야 교실의 질서가 유지된다고 하는 것만으로는 정당화될 수 없음).

2) '적절한' 편의 제공

종교적 갈등을 효과적으로 제거하고 당해 근로자의 고용기회(보수와 기타 고용조건)에 불이익을 주지 않는 편의를 제공하는 한, 사용자는 근로자가 선호하는 편의를 제공할 필요는 없다. 그리고 사용자가 '적절한(reasonable)' 편의를 제공하는 한 근로자는 이를 거부할 수는 있어도 그것 때문에 차별을 받았다고 주장할 수는 없다(Ansonia Board of Education v. Philbrook 479 US, 1986). 한편 반대로 당해 근로자가 당초의 편의제공 요청에서 구한 종교의 자유를 제대로 향유하지 못할 정도의 대안을 제시한 것만으로는 '적절한' 편의제공이 되었다고 볼 수 없다.

하고 있다고 해석한다 : ① 노조와 노동단체는 채용·해고·고용 조건 등과 관련하여 종교를 이유로 개인을 차별해서는 안 되며 가입 또는 가입에 따른 특전에서 종교에 근거하여 개인을 차별해서는 안 되고, ② 기존 조합원(회원)이나 미래의 조합원들로부터 편의제공이 필요하다는 사실을 통보받으면 단체 운영에 과도한 부담이 되지 않는 한 적절한 편의를 제공해야 하며, ③ 종교적 신념 때문에 노조에 가입하지 않거나 조합비를 내지 않은 근로자들에게도 편의를 제공해야 하고, ④ 편의제공을 필요로 하는 근로자들을 대표하여 그들이 적절한 편의를 제공받을 수 있도록 사용자와 협상하여야 한다.

[관련 판례] Ansonia Board of Education v. Philbrook 479 US, 1986

- **사건 개요** - 이 사건은 종교적 의식을 위해서는 3일만 쓸 수 있게 되어 있고, 축적된 병가(sick leave) - 그 중에 3일은 '개인적 필요 사정(necessary personal business)'에 쓸 수 있도록 되어 있는데 - 를 종교적 의식을 위해 사용할 수는 없게 되어 있는 단체협약에 관한 것이다. 종교적 휴일에는 일을 해서는 안 되는 교리를 가진 종파의 신자이기 때문에 학사 일정 중 6일을 근무할 수 없는 교사 Philbrook은, 단체협약에 따라 3일만을 종교 의식을 위한 휴가로 사용하고, 교회의 휴일인 3일 동안은 병가 처리를 위해 필요한 병원 방문을 하거나 근무를 했다. 그는 반복적으로 개인사정 휴가의 3일을 종교적인 의식에 사용할 수 있게 하거나 추가로 발생하는 휴가 동안 대체 근로 비용을 본인이 지급하고 그 대신 임금을 다 받게 해달라는 요청을 하였고, 교육위원회가 이를 거부하자 소송을 제기하였다.
- **법원의 판단** - 지방법원에서는 “교육위원회가 종교적 의식을 치르지 못하게 하였거나 고용관계를 위협한 것이 아니므로, 차별 혐의가 있다고 할 수 없다” 며 근로자가 패소했으나 항소심 법원은 “사용자와 근로자가 각각 합리적인 편의제공의 내용에 대해 다른 제안을 하고 있을 때, 민권법 제7편의 취지는, 그 편의제공이 사용자에게 과도한 부담을 요구하지 않는다면 근로자의 제안을 들어주라는 것” 이라고 하면서 근로자의 주장을 받아들였다. 그러나 연방대법원은 “법이나 그 입법 취지는 어떠한 특정한 편의제공을 하라는 것은 아니며, 어떠한 적절한 편의 제공도 그 의무에 합치하는 것이다. 지방법원과 고등법원 모두 교육위원회의 휴가 제도 - 3일은 유급 휴가를 주고, 나머지 종교적 휴일에는 무급으로 사용하면 된다 - 가 적절한 편의제공이 아니라고 본 것에 정당한 근거가 없다” 고 하면서 사건을 파기·환송하였다.

3) 과도한 부담

① 비용

법원은 '과도한 부담(undue hardship)'의 의미에 관하여 “근로자에게 편의를 제공하려면 최소 수준 이상의 비용이 드는 경우(more than a de minimus cost)”라고 설명하고 있는데(TWA v. Hardison 432 U.S. 63, 1977), 무엇이 최소 수준의 비용 인지는 당연히 사안별로 다를 것이다.

이와 관련하여 위원회는 “사용자의 규모와 운영비, 편의 제공을 요구하는 사람들의 인원 수”를 고려해야 한다고 하면서, Hardison 사건 판결에 기초하여 “대체 근무자에게 정기적으로 지급되는 초과 근무 수당에 상응하는 비용”이 ‘과도한 부담’이 된다고 한다. 위원회는 그러나 ‘장기적인 편의제공’을 모색하는 동안 지출되는 일시적인 초과(대체) 근무수당의 지급 등은 적절한 편의제공을 제공하기 위하여 감수해야 한다고 하고, 편의제공을 위한 행정적인 비용(예컨대 스케줄을 다시 짜고 대체근무에 대한 기록을 정비하는 일 등) 역시 필요한 것으로 추정한다.

[관련 판례] TWA v. Hardison 432 U.S. 63, 1977

- **사건 개요** - 비행기 유지와 정비 일로 24시간 교대제로 근무하는 Hardison은 안식일 교회 신자이기 때문에 TWA에 토요일 근무를 빼달라고 요청했고 TWA는 이를 노조에 요청하였으나, 노동조합은 연공서열 시스템(연공서열에 따라 근무일과 근무조에 대한 우선권이 있는 관행)을 변경할 수 없다면서 이를 거부하였다. 그러자 Hardison이 회사와 노조를 상대로 가처분을 구하는 소를 제기하였다.
- **법원의 판단** - 지방법원에서는 근로자가 패소하였으나, 항소법원은 i) 직장의 다른 기능에 안 좋은 영향을 미친다고 하더라도 Hardison을 주 4일만 근무하게 하거나, ii) 시간외 수당의 활증이 생기더라도 다른 근로자들과 교대 순번을 바꾸거나, iii) 연공서열을 어기게 되는 것이기는 하지만 안식일을 위해서 근무를 변경해 주는 것 등 회사에는 3가지의 ‘적절한 편의제공’ 방법이 있음에도 불구하고 이를 하지 않았음을 이유로 종교로 인한 위법한 차별이라고 하였다. 이에 대하여 회사 측에서 상고를 했고, 연방대법원은 상고를 받아들여면서 항소법원이 말한 3가지 대안은 모두 EEOC 가이드라인에 의한 ‘과도한 부담’ 이라고 하였다. 어떤 근로자들에게 종교적 편의를 제공하기 위해서 다른 사람의 계약상 권리를 박탈하거나 다른 사람의 교대 근무에 대한 선호를 부인하는 것은 법이 정한 ‘적절한 편의제공’ 이라는 의미에 포함되지 않기 때문이라는 것이다. 대법원은 “Hardison에게 토요일 휴무를 주기 위해서 TWA에게 최소한의 비용 이상을 요구하는 것은 과도한 부담이 될 것이다, 연공서열제의 파기와 함께, 다른 근로자들에게 그들이 원하는 날 휴무를 줄 때에는 발생하지 않는 비용을 발생하게 된다면, 이는 오히려 그들의 종교를 이유로 차별하는 것이 된다... 이 법의 취지는 종교상 차별을 없애는 것이기 때문에, 어떤 근로자들의 안식일을 보장하기 위해서 다른 근로자들을 차별적으로 처우하는 것을 의미하지는 않는다” 고

설시하였다.

② 연공서열

종교적 편의제공을 위해 진정한 연공서열을 변경하는 것이, 연공서열에 의하여 다른 근로자가 가지고 있던 직무나 교대 근무에 대한 선호를 부정해야 하는 경우에는 해야 하는 경우도 '과도한 부담'에 해당한다. 자발적인 교대 근무제 변경과 근무 시간 변경은 그러한 조정이 연공서열을 파기하는 것이 아닌 이상 과도한 부담으로 금지되는 것은 아니다.

다. 선발 절차 (§ 1605. 3)

① 시험 등 선발 절차 일정

1

근로자나 구직 지원자가 종교적 이유 때문에 시험 기타 선발절차에 참여할 수 없는 경우, 사용자는 이를 변경·조정하여 편의를 제공할 필요가 있다.

② 면접 등 채용 절차에서의 질문

사용자가 선발 이전에 지원자에게 일정한 근무시간에 일할 수 있는지를 묻는 것은 특정한 종교를 가진 사람들을 고용에서 배제하는 영향을 미치므로, 법 위반이 될 수 있다. 다만 사용자가, i) 그러한 질문이 근로자나 구직 지원자를 배제하는 효과를 가져 오지 않고, ii) 경영상 불가피했다는 점 등을 입증하면, 그러한 질문도 허용된다. 예컨대 사용자가 종교적 이유를 밝힐 의무가 없다는 점을 분명히 강조하면서 지원자에게 그 시간에 일할 수 있는지를 물어본다거나, 채용 제의를 한 다음 적절한 편의제공이 가능한지 여부를 판단하기 위해서 물어보는 것은, 소수자에 속하는 종교적 편의제공 수요자들을 배려하는 것이 될 수도 있다.

반면 i) 채용 제의를 하기 전에, 경영상 불가피한 제안이 아님에도 불구하고 정상적인 근무시간에 일할 수 있는지를 물었다든가, ii) 지원자에게 종교적 편의를 제공할 필요가 있다고 판단하고 나서 자격 있는 지원자를 실격시킨 경우에는, 종교에 의한 차별적 영향을 받는다고 추정한다. 이 때 종교적 편의제공이 아닌 다른 요소들에 근거하여 유자격 지원자의 채용을 거부하였다는 점, 과도한 부담 없이는 적절한 편의제공을 할 수 없었다는 점에 대한 입증책임은 사용자가 진다.

3. 위원회의 조사 절차

근로자가 사용자로부터 종교적 신념·행위에 대해 편의를 제공받지 못했다고 주장하면서 진정을 제기했을 때, 위원회는 이에 대한 조사 절차를 모두 6단계로 나누어 다음과 같이 설명하고 있다.

1단계 : 사용자로부터 편의제공을 받지 못한 근로자의 종교적 신념 또는 행위의 특성을 확인하고(예컨대 복장·차림새·축일 등), 근로자의 신념이 ‘종교적(religious)’인 성격을 띤 것인지 확인한다 (지침 § 1605. 1).

2단계 : 근로자가 특정한 종교적 신념 또는 행위를 진지하게 따르고 있는지를 판단한다 (의문이 있는 경우에는 당해 근로자의 동료 또는 그 근로자가 속한 공동체의 구성원들로부터 증언을 청취한다).

3단계 : 근로자가 종교적 편 의 제공의 필요성을 사용자에게 실제로 통보했는지를 확인한다 - 통보했다면, 통보를 한 시점, 장소, 방법, 통보를 받은 사람, 그리고 증인들을 확보하고, 통보를 했다면 그와 관련된 근로자의 주장과 사용자의 주장이 어떻게 다른지를 분석한다.

4단계 : 사용자가 근로자의 편 의 제공 요구를 받고서도 이를 제공하지 않았다면, 그 이유 가 무엇이었는지를 분명히 밝힌다(과도한 부담의 증거 등).

5단계 : 사용자가 제공한 편 의 제공이 ‘적절’ 한 것이었는지, 근로자가 사용자의 적

절한 편의제공을 거부한 것인지를 확인한다.

6단계 : 사용자에게 과도한 부담이 있었는지를 확인한다 - 편의제공에 소요되는 비용이 최소 수준의 비용을 초과하는 것인지를 확인하기 위해, 사용자 회사의 규모와 운영비, 그리고 종교적 편의제공을 필요로 하는 인원수를 파악하여 종합적으로 판단한다.

4. 연방 직장 내에서의 종교적 행위·표현에 관한 백악관 지침 (White House Guideline on Religious Exercise and Religious Expression in the Federal Workplace)

연방정부의 부서와 기관 등 공공기관에서는 일반인들을 대상으로 한 공공서비스가 행해진다는 점에서, 민간 사업장의 근로자들보다 종교적 행위·표현의 자유가 다소 제한될 수 있다. 이와 관련하여 미국 백악관 공보비서실은 1997. 8. 14. 연방 공공기관에서의 종교적 행위와 표현에 관한 지침을 발표하여 그 가이드라인을 제시한 바 있다.

이 지침을 종교적 자유가 더 많이 제한될 수 있는 공공부문에 관한 것이라는 점, 지침 내용이 상당히 다양한 실례들을 중심으로 이해하기 쉽게 작성되었다는 점에서 검토할 필요가 있다.

가. 종교적 표현 (Religious Expression)

법적으로 공공기관은 직장 내에서 근로자들이 하는 개인적 차원의 종교적 표현을 제한해서는 안 되지만, 그 개인적 자유로서의 측면이 공공서비스의 효율성에 부정적인 영향을 미치거나 정부가 특정 종교를 선전하는 것처럼 비치는 경우에는 제한될 수 있다.

원칙적으로 공공기관에서는 업무 효율성에 비슷한 영향을 미치는 정치나 다른 주

제에 관한 이념적 발언 등은 내용이나 관점에 대해 규제하지 않으면서 유독 종교적 발언만을 문제 삼아서는 안 된다. 그러나 발언의 시점·장소·방법에 관해서는 재량에 따라 합리적으로 규제할 수 있다.

개인이 종교적 표현이 갖는 의미보다 공공서비스의 효율적 제공에 대한 필요성이 더 클 때, 연방정부는 그 근로자의 개인적 발언을 규제할 수 있다. 다양한 견해는 있을 수 있지만, 근무시간에는 종교적·이념적 활동을 허용할 수는 없다. 이러한 금지·제한에는 다음과 같은 몇 가지 예외가 있다.

1) 사적 작업공간에 국한된 표현 : 비종교적 표현의 자유가 허용되는 만큼, 공무 수행에 방해가 되지만 않는다면 일반인에게 수시로 공개되지 않는 사적 작업공간에서 개인적 차원의 종교적 표현을 하는 것은 허용되어야 한다(예 - 개인용 책상에 성경이나 코란을 두고 휴식시간에 읽는 것, 그 근로자가 직접 마주보는 벽면 등 사적 작업공간에 포스터를 붙이는 것 등).

2) 동료 근로자들 간의 표현 : 비종교적 표현의 자유가 허용되는 만큼, 공무 수행에 방해가 되지만 않는다면 근로자들끼리 종교적 표현을 할 수 있어야 한다. 공공기관은 공무의 효율적 수행을 저해하는 부정적 영향을 합리적으로 예측하여 그러한 표현을 규제할 수 있지만, 사실과 무관한 우려를 가정하여 규제해서는 안 된다(예 - 식당이나 복도 같은 비공식적 장소에서의 종교 관련 토론, 정부에 의한 종교 선전처럼 보이지 않는 범위 내에서 장신구를 통해 종교적 메시지 전달, 옷이나 신체부위에 종교적 상징물 부착 등)

3) 동료 근로자에게 전도활동 등 종교적 표현을 하는 것 : 비종교적 표현의 자유가 허용되는 만큼, 공무 수행에 방해가 되지만 않는다면, 전도 활동 역시 헌법의 보호를 받는다. 그러나 동료들이 그러한 표현을 중단하라고 요구하거나 그것을 환영하지 않는다는 의사를 분명히 하는 경우나 다른 종교를 믿는 동료들에 대한 공세로 행해지는 경우에는 그 자체가 다시 종교적 괴롭힘에 해당될 수 있고 특정 종교에 적대적인 근무환경을 조성할 수도 있으므로, 듣는 사람의 뜻에 따라 제한

될 필요가 있다 (예 - 휴식시간에 개종의 이유에 관하여 짧게 설명하는 것, 예배 모임에의 초대, 주차장에서 종교에 관한 유인물 배부)

4) 일반인의 출입이 가능한 곳에서 행해지는 표현 : 일반인의 출입이 가능한 곳일 때에는 모든 연방 기관 종사자들은 국교금지 조항(수정헌법 제1조)에 어긋나지 않도록 각별히 주의하여, 정부가 특정 종교를 후원·선전 또는 금지하거나 우대·냉대하는 것처럼 비치지 않도록 해야 한다(특히 사법기관). 그러나 일반인에게 공개되는 장소라고 하더라도 장신구를 몸에 지니는 것 등 근로자 개인 차원에서의 종교적 표현이 전면 금지되는 것은 아니며, 근로자 개인의 종교적 표현으로 비쳐질 만한 것일 때에는 근무시간 외에 종교 관련 토론도 허용된다고 보아야 한다.

B. 종교적 차별 (Religious Discrimination)

공공기관에서는 종교, 종교적 신념, 또는 종교에 관한 견해에 근거하여 근로자들을 차별해서는 안 된다. 아래와 같은 차별 유형에 해당하지 않는 한 감독관들도 마찬가지로 개인적 견해를 전제로 종교적 표현·활동을 할 수 있으나, 고용 관계에서 우월한 권한을 가지고 있는 만큼 오해를 받지 않도록 종교적 발언이나 행동에 신중을 기하여야 하고, 오해를 받았을 때에는 이를 해소하기 위해 필요한 조치를 취하여야 한다.

1) 고용조건에서의 차별 : 종교적 이유로 근로자 또는 구직 지원자에 대한 채용·승진 여부의 결정 기타 방식으로 우대하거나 불이익을 가해서는 안 된다 (예 - 불교도 채용을 거부하거나 불교도인 구직 지원자에게 부담스런 요구를 하는 것, 기독교나 유대교의 기일을 명시하거나 암시하여 승진 등에 있어 더 엄격한 조건을 적용하는 것, 감독관의 종교적 신념에 공감하지 않는다는 이유로 무신론자인 근로자에게 힘든 일을 맡기는 것)

2) 종교행사의 강제적 참여 또는 참여 제한 : 감독관은 계속고용·승진·승급·직

무배정에서의 우선권 기타 고용조치를 조건으로 근로자에게 종교행사에 참가하라고 해서도 안 되고, 일반적으로 적용되는 중립적 제한 규정(예컨대 Hatch Act⁵⁶⁾에 의하여 금지되는 정치활동)에 따른 것이 아닌 한 직장 밖에서 이루어지는 근로자의 종교행사 참여를 제한해서도 안 된다(예 - 특정 종교의식을 따르는 결혼식에의 참여를 강제하는 것, 감독관의 종교 모임이 끝나고 승진과 관련된 상담을 한다면서 초대장을 돌리는 것, “교회에 다니는 사람에게는 공공복리에 관련된 중요한 일을 맡겨서는 안 된다”는 말을 공공연히 하는 것, 여성이나 낙태에 관한 특정 종교의 관점을 여러 명의 감독관이 반복적으로 말하는 것).

3) 적대적 근무환경과 괴롭힘 : 연방 공공기관에 근무하는 근로자들도 상사나 동료들의 종교 차별적인 위협 또는 광범위하고 심각한 종교적 조롱 등에 의해 조성된 적대적 근무환경이나 괴롭힘으로부터 보호를 받는다. 어떠한 행위가 이에 해당하는지는 그것의 심각성과 빈도에 달려 있기 때문에, 모욕적인 발언을 반복하는 것이나 한번 사용하더라도 심각하게 모욕적인 내용이라면 괴롭힘으로 간주될 수 있다(예 - 어떤 근로자가 다른 근로자의 종교를 경멸하는 발언을 반복적으로 하는 것, 어떤 근로자가 종교적 신념 때문에性に 관한 이야기를 모독으로 받아들인다는 사실을 알면서도 성생활과 관련한 질문을 반복적으로 하는 것, 종교가 같은 근로자들끼리만 모여서 일하자고 약속하면서 다른 근로자들을 이교도나 죄인으로 부르는 것).

그러나 표현의 자유가 지나치게 억압되어서는 안 되므로 상반된 종교적 견해를 표명하는 것 자체가 종교적 괴롭힘이 되는 것은 아니다(예 - 말다툼을 하다가 흥분한 상태에서 일회적으로 상대방의 종교를 모욕하는 발언을 하는 것, 옷 위 또는 눈에 띄는 신체 부위에 종교적 장신구를 달고 다니는 것, 사적 작업공간에서 성경이나 코란을 읽는 것, 점심시간에 빈 회의실에서 성경 공부 모임을 갖는 것). 한편 다른 근로자에 의한 종교적 괴롭힘에 관해서 사용자의 책임을 묻기 위해서는, 이들 사용자(기관)가 괴롭힘 사실을 알았는지, 알고도 신속하게 교정 조치를

56) 헤치법 : 선거 부패 방지를 위해 1939년·1940년에 제정된 2개 법률로 연방 공무원의 정치 활동 금지한 것

취하지 않았는지 등에 관하여 추가로 입증할 필요가 있다.

C. 종교적 행위에 대한 편의제공 (Accommodation of Religious Exercise)

법에 따라 연방 공공기관들도, 과도한 부담이 되지 않는 한도에서 근로자에게 종교적 행위를 위한 편의를 제공해야 하며, 이러한 편의는 그 기관이 제공하는 비종교적 편의의 수준에 상응하는 것이어야 한다(예 - 대체근무자가 있거나 휴무가 별다른 영향이 없을 때에는 작업일정을 조정해야 함, 적절한 공무 수행을 방해할 우려가 없는 이상 종교적 상징물 착용을 허용, 종교적 사유로 특정한 직무를 거부하는 근로자에 대해 다른 맡길 일이 있다면 직무를 변경해 주어야 함, 점심시간에 성경 공부를 하는 모임을 허용해야 함).

이러한 편의 제공은 특정한 종교적 행위·표현을 금지하는 직무규칙이 있는 경우에도 그 예외로 인정되어야 하는 것이지만(예 - 여호와 증인에게 국가에 대한 충성 선서를 의무화해서는 안 됨), 업무의 성격상 이러한 편의를 제공할 수 없는 사정이 있고, 그러한 사정이 덜 제한적인 수단에 의해 해결될 수 있다면, 이를 하지 않을 수 있다(예 - 종교적 신념에 따라 머리를 길러야 한다면 교도관이라도 기를 수 있게 해야 하지만 안전·보안 등 긴박한 사정 때문에 불가피한 경우는 제외).

D. 국교의 금지 (Establishment of Religion)

연방 공공기관 종사자들은 정부가 종교 일반 또는 특정 종교를 선전하거나 반대한다고 해석될 수 있는 행위나 표현을 해서는 안 된다. 그러나 공공기관 종사자들의 모든 행위나 표현이 공식적으로 승인되어야 하는 것은 아니며, 어디까지 허용되는지는 행위나 표현의 전후 사정·공식적인 의사표명 통로 이용 여부 등을 포함 다양한 요소들에 근거하여 판단해야 할 것이다 (예 - 직원회의 종료 후 직원 전원이 기도회를 갖고 직원들을 의무적으로 참석하게 하는 것은 허용되어서는 안 됨).

§ 2. 법률의 지도적 원칙 (Guiding Legal Principles)

지침의 지도 원칙들은 다음과 같이 정리되고 있다.

A. 종교적 표현 (Religious Expression)

수정헌법이 인정하는 표현의 자유에는 종교적 표현도 포함되므로, 종교적 표현으로 인해 불이익을 받는 것은 금지되며, 다른 내용의 표현보다 가혹한 취급을 받아서는 안 된다. 이는 전도 활동을 위한 표현에 있어서도 마찬가지이다.

공공서비스의 효율적 제공 때문에 연방 공공기관의 종사자들은 민간 사업장의 근로자들보다는 높은 정도의 제한을 받을 수는 있겠지만, 이 지침에서 허용된다고 예시된 종교적 행위나 표현은 그러한 공공적 측면에 방해가 되는 것이 아니므로 허용되어야 하며, 다른 표현을 규제할 때와 마찬가지로 언론의 자유가 불필요하게 제한·위축되는 일이 없어야 한다.

B. 고용 조건의 차별

연방 정부는 민권법 제7편 '종교를 이유로 한 차별 금지(42U.S.C. 2000e-2(a)(1))'의 적용을 받을 뿐 아니라, 종교에 근거한 고의적 차별을 금지하고 평등한 보호를 행할 공적 의무를 부담하고 있으며(수정헌법 제5조 적법절차 원리), 정부기관의 취업에서는 종교적인 테스트를 할 수 없고, 정부의 법·규칙·행위가 외견상 근로자 개인의 종교적 행위를 차별하는 것으로 보이거나 방해·제한할 가능성이 높은 경우에는 수정헌법 제1조 종교의 자유 조항이 발동될 수 있다.

C. 종교 행사의 강제적 참여 또는 참여 제한

종교 차별을 금지하는 법은 채용·승진과 같은 공식적 고용 결정에만 적용되는 것이 아니라 그 적용 범위가 매우 넓어서 고용 조건 전반에 적용된다. 예컨대 근로자들로 하여금 종교 행사에 참여하게 하거나 참여를 제한해서도 안 되고, 감독관들이 계속적 고용의 조건이나 직무 배정의 판단 근거로 삼기 위해 종교 행사에의 참가나 불참을 요구해서는 안 된다(위법한 '대가성 차별').

D. 적대적 근무환경과 괴롭힘

표현을 통한 적대적 행위는 사용자만 할 수 있는 것이 아니므로 적대적 환경(근로자에 대한 차별적 위협·조롱 또는 모욕이 고용조건을 변경시킬 만큼 심각하거나 광범위한 상황)을 조성하거나 이를 방관한 사용자는 차별금지 위반의 책임을 면할 수 없다. 그러나 모든 모욕적 행위가 괴롭힘으로 간주되는 것은 아니며, 근로자의 지지를 받지 못하는 표현이라고 해서 무조건 적대적 환경이 조성되는 것도 아니다. 어떠한 행위가 종교적 괴롭힘이 되기 위해서는 고용조건을 변경시키고 적대적 근무환경을 조성할 만큼 심각하거나 광범위해야 하고, 이는 문제된 행위의 성격, 배경 등을 포함하여 제반 상황을 전체적으로 고려해서 판단해야 한다.

[관련 판례] Harris V. Forklift Inc. 510 U. S. 17, 23 (1993)

환경이 '적대적' 이거나 '모욕적' 이라고 하기 위해서는 모든 상황을 검토해야 한다. 그러한 상황에는 차별행위의 빈도, 심각성을 고려해야 하고, 그것이 신체적으로 위협적이거나 치욕적인지, 아니면 단순히 불쾌감을 준 것인지 여부, 근로자의 업무 수행을 부당하게 방해한 것인지, 근로자의 심리적 안정에 영향을 미쳤는지 등을 종합적으로 판단해야 한다.

종교적 표현은 그것이 심각하거나 반복적으로 사용된 경우에만 괴롭힘이 될 수 있지만, 그것이 반드시 명시적이어야 하는 것은 아니며, 중단을 요청받거나 원치 않는다는 의사를 표명했는데도 과도한 전도 활동을 하는 것도 포함된다.

E. 종교적 행위를 위한 편의제공

사용자는 '과도한 부담이 없는 한도에서' 편의 제공을 하면 되기 때문에, '최소 수준 이상의 비용이 드는' 편의를 제공할 필요는 없다. 그러나 '과도한 부담'에 대한 판단은 추측이나 가정이 아니라 실제 사실에 근거를 두어야 하고, 종교적 편의 제공이 비종교적 편의제공에 비해 적게 제공되어서는 안 된다.

F. 국교의 금지

수정헌법 제1조의 국교 금지조항은 정부와 사용자에게 특정 종교를 후원·선전 또는 금지하거나 우대·불이익 취급하는 것처럼 보이는 행동을 해서는 안 된다고 하고 있다. 따라서 일반인의 출입이 잦은 일터에서, 공무원 신분에서 행동하는 것으로 보여 정부가 특정 종교를 고취 또는 위축하는 것처럼 보이는 행동을 해서는 안 된다. 또한 정부의 기금이나 지원을 공무원이 개인적 차원의 종교적 용도로 사용하는 것도 금지된다.

제2절 영국

그동안 영국에는 인종관계법(the Race Relations Act 1976)이 존재하여 이를 통해 간접적으로 종교 집단에 대한 차별을 규제해 왔으나, 많은 나라·언어·문화를 포괄하고 있는 이슬람의 경우 인종관계법상의 '소수 인종집단'으로 볼 수 없다는 이유로 이슬람 축제를 기념하기 위한 휴가 신청을 거부당한 노동자가 차별을 주장할 수 없다는 등의 문제점이 드러나고 있었다.

그러다가 종교에 관하여도 연령과 마찬가지로 EU의 고용평등지침에 따라 2003년 고용평등(종교나 신념) 규칙을 제정하여 같은 해 12. 2.부터 시행에 들어갔다. 이

규칙은 유럽 연합 지침을 이행하는 것으로, 고용과 직업훈련상의 차별을 그 적용 대상으로 모두 포함하고, 과견노동자와 하청노동자를 포함해 광의의 노동자를 대상으로 하며, 직·간접 차별을 모두 규제하고 있다.

I. 고용평등(종교 또는 신념) 규칙

1. 총칙 (제1장, Part 1)

가. 적용범위 (제2조)

이 규칙에서 ‘종교 또는 신념’이란 모든 종교, 종교적 신념, 또는 유사한 철학적 신념을 가리킨다. 근로자들은 이러한 종교나 믿음 때문에 차별받거나 괴롭힘을 당하지 않을 권리를 갖는다.

나. 차별의 의미 (제3조)

이 법에서 금지되는 ‘차별’은 i) 종교 또는 신념 때문에 불리하게 대우하는 것(직접차별), ii) 같은 규정·조건이나 관행을 적용하지만 결과적으로 특정 종교를 가진 사람에게 불이익을 가하면서 정당한 목적을 증명할 수 없을 때(간접차별)라고 한다. 직접차별에서 사용자의 종교가 차별받았다고 하는 근로자의 종교와 동일한 경우는 해당하지 않으며, 다른 종교를 가진 사람과 비교할 때에는 종교외의 조건은 본질적으로 동일한 상태에서 비교해야 한다.

다. 보복조치에 의한 차별 (Victimisation, 제4조)

근로자가 이 규칙 위반을 이유로 사용자 또는 제3자를 상대로 한 법적 절차를 진행하였거나 진행하려고 하는 것을 사용자가 알고 있고, 그러한 절차 진행과 불이

익한 조치를 한 것 사이의 인과관계가 입증되는 경우에는 보복조치에 의한 차별 (Discrimination by way of victimisation)에 해당한다. 근로자가 허위사실이거나 부정한 의도로 주장하는 경우에는 적용하지 아니한다.

라. 종교를 이유로 한 괴롭힘 (Harassment, 제5조)

타인의 종교를 이유로 존엄성을 훼손하거나, 협박·적대감·품위 저하·모욕 또는 공격적 환경을 만드는 등 종교를 기반으로 하는 원치 않는 행동을 하는 것도 금지된다. 피해자의 인식을 포함한 모든 정황을 고려할 때, 그러한 효과를 가진 것으로 보일 때만 괴롭힘으로 인정된다.

2. 적용범위 : 고용과 직업훈련에 있어서의 차별(제2장, Part 2)

이 규칙은 현직 근로자 뿐 아니라 구직지원자에게도 적용되고(제6조), 파견 근로자(contract workers, 제8조)⁵⁷⁾, 종료된 고용관계(relationship which have come to an end)도 적용대상이 된다.

가. 구직지원자와 현직 근로자(제6조)

구직지원자에 대하여는 채용거부 뿐 아니라 종교를 이유로 채용절차를 달리하거나, 제시하는 조건을 달리하는 것도 차별에 해당하며(제1항), 현직근로자에게는 제시하는 근로조건, 승진이나 이동의 기회 부여나 거부, 해고 등이 차별이 될 수 있고(제2항), 현직근로자 뿐 아니라 구직지원자에 대한 괴롭힘도 위법하다(제3항). 사용자가 어떠한 복리규정을 적용하고, 그것이 문제된 근로자 뿐 아니라 다른 사

57) 이 규칙 제8조 제5항에서는, 사용자업주(principal)를 “다른 사람에게 고용되어 있는 근로자의 노무를 제공받아 업무를 수행하는 사람”으로 정의하고, ‘contract work’를 “그렇게 만들어진 일”이라고 하면서 ‘contract worker’는 “계약을 체결하고 사용자업주(principal)에게 노무를 제공하는 사람”이라고 하고 있다.

람들에게도 다 적용되는 경우라면 제2항의 규정을 적용할 수 있겠지만, 만약 그 복리 관련 규정이 다른 근로자들에게 적용한 것과 본질적으로 다르거나 그 복리 관련 규정이 근로계약에 의해 제한을 받는다거나, 그것이 교육·훈련과 관계가 있을 때에는 그러하지 아니하다. 제2항에서 말하는 '해고'에는 계약 만료를 이유로 하는 계약해지도 포함되고, 정황상 사용자에게 의한 것으로 볼 수 있는 사직에도 적용할 수 있다.

나. 파견 근로자 (제8조)

파견 근로자에 대하여 근로조건을 달리하거나 계약을 유지하지 않는 것, 어떠한 복리제도에 접근하지 못하게 하거나 손해를 가하는 것, 그리고 그에 대한 괴롭힘 역시 차별에 해당한다.

다. 선출 및 지명공무원 등 (제10조)

관계자⁵⁸⁾가 사업소장 등 직위⁵⁹⁾를 지명함에 있어, 누구를 지명할 것인지를 정하거나 추천(이 추천이 결정적인 효력을 가질 때를 말하고, 부정적인 추천을 포함한다)하는 것, 그 지명 조건을 정하는 것, 지명을 종료시키는 것(기간만료 후 갱신하지 않는 것도 포함)에서도 차별이 성립할 수 있다.

라. 기타 적용범위

규칙은 연령 관련 규칙과 마찬가지로 경찰의 직무관계를 '고용' 범주에 포함시키고(제11조), 송무·법정 변호사의 견습·수습생(제12,13조)과 회사 동업관계(partner in the firm, 제14조)와 직능단체 회원(제15조), 직업훈련 중인 자, 전문가

58) 'relevant person' : 이 규칙에서는 채용(유지) 여부나 근로조건에 관한 결정권을 가지고 있는 사람을 말한다.

59) 'office or post' : 이 규칙에서는 다른 사람의 지시에 의하여 일하고 그에 대한 보상을 받는 자리로, 공공기관이 포함되지만 정치적인 직위나 선출직은 제외된다.

격증 소지자에도 이 규칙을 적용한다고 하고 있다. 또한 공무원들에게도 적용된다(제6장 보칙 참조).

3. 일반적 예외들 (제4장, Part 4)

가. 국가안보 목적과 적극적 조치

국가안보를 위한 행위는 그 목적이 정당하다면 차별이 아니라고 보게 되고, 특정 종교나 신념을 가지고 있는 사람이 직무상 불이익을 받을 수 있을 때 이를 보완하기 위해서 따로 교육 시설 접근권을 부여하거나 특정한 일을 하도록 하는 것 등은 적극적 조치로서 위법하지 않다고 본다.

나. 정당한 목적을 달성하기 위한 적절한 수단(제3조 (1)(b)(iii))

건설현장에서 시크교도에게 안전모를 착용하라고 하는 규정·기준 또는 관행을 적용하고, 그가 그 규정·기준 또는 관행을 적용할 때 시크교도는 그런 현장에서도 언제나 터번을 쓰지 않을 것이라고 믿을 만한 합리적인 이유가 없는 경우, 그 규정·기준 또는 관행은 제3조 제1항의 “정당한 목적을 위해 적합한 수단”임이 입증되지 않는 것으로 본다(제1항).

4. 진정한 직업 요건 (제7조, Genuine occupational requirement)

고용관계의 성격이나 주변 사정을 고려할 때, i) 특정한 종교나 신념을 가지는 것이 진정하고 결정적인 직업요건이고, ii) 특정 사건에서 그러한 요건을 적용하는 것이 적절하고, iii) 그러한 요건이 적용되는 사람이 그 요건을 충족하지 못하거나 충족한다 하더라도 그것이 사용자 입장에서 만족스럽지 못하고 기타 사정을 고려할 때 만족스럽지 못한 것이 당연할 때에는, 차별에 관한 제3조와 제6조의

규정을 적용하지 않는다. 사용자가 종교나 신념에 근거한 창업이념(ethos)을 가지고 있는 경우⁶⁰⁾에도 같은 기준이 적용될 수 있다.

II. ACAS의 해설 지침(Guideline)⁶¹⁾

1. 규칙에 관한 간략한 설명

가. 종교 또는 신념의 의미

이 규칙에서 '종교 또는 신념'이 무엇을 말하는지를 명확히 정의하고 있지는 않으며, 이는 각 사건별로 구체화될 수밖에 없으므로, 그 해당여부를 정하는 것은 법원의 몫이다.

다만 그 판단을 위해서는 집단 찬양, 분명한 신앙 체계, 삶의 방식과 세상을 보는 관점에 영향을 미치는 심오한 믿음 등을 고려해야 할 것이다.

사용자는 이 규칙이 잘 알려진 종교들 뿐 아니라 이교도(Paganism)나 인본주의(Humanism)까지도 미치는 것임을 유념해야 한다. 이 규칙은 또한 종교가 없는 사람들도 보호한다.

나. 직접 차별

직접차별은 근로자나 구직지원자가 특정한 종교나 신념을 가지고 있거나, 또는 이를 따르지 않는다는 이유로 불리하게 취급받아서 안 된다는 것을 의미한다. 종교·신념을 이유로 한 채용거부·해고·교육기회의 거부·승진 탈락·불리한 근로조건의 적용 등이 이에 포함된다.

60) 독일에서의 경향기업(Tendenzbetrieb)과 같은 것으로 그 사업의 목적이 특정 종교·신념을 구체화·실현하기 위한 것인 경우를 말한다.

61) ACAS, Religion or Belief and the Workplace - A Guide for employers and employees, 2005. 11.

예 : 면접에서 어떤 지원자가 힌두교도인 것이 밝혀졌다. 그 지원자가 그 직무에 필요한 기술과 자격을 다 갖추었음에도 불구하고, 그 기관은 그가 힌두교도라는 이유로 채용하지 않기로 했다. 이것이 직접 차별이다 - 이 경우 지원자는 고용재판소에 제소할 수 있다. 차별 제소를 하기 위해서는 현직 근로자일 필요는 없기 때문이다.

이러한 직접차별이 정당화될 수 있는 경우는 직무의 고유요건 등 매우 제한된 경우이다.

다. 간접차별

간접차별은 기관이, 모든 근로자에게 적용되는 것이라 하더라도, 특정 종교나 신념을 가진 사람들에게 불이익을 주는 결과를 초래하는 기준·정책·고용 규범 등을 사용하는 것을 말한다. 간접차별은 그것이 의도적인지 여부를 불문하고 위법하다.

예 : 배달원들이 야구모자 쓰는 것을 싫어한 감독자가 모든 직원들이 머리에 아무 것도 쓰지 말라는 복무지침을 내렸다. 이 지침은 모든 근로자들에게 적용되지만, 종교적인 이유 때문에 터번을 쓰는 시크 교도에게 불이익을 초래한다. 이 지침은 간접차별에 해당한다.

위의 사례는 매우 잘 알기 쉽다. 그러나 특정한 종교 신도들에게는 중요한 다른 종교적 예식 중에는 덜 알려진 것도 많이 있다.

예 : 어떤 기관이 남자들은 머리를 묶으면 안 된다는 복장규정을 가지고 있다. 이는 머리 뒤쪽을 묶어야 하는 힌두교도들에게 간접적인 불이익을 주게 되며, 달리 정당화 사유가 없으면 차별에 해당하게 된다.

직접차별과는 대조적으로, 간접차별의 경우에는 '정당화'되기만 하면 위법하지 않게 된다. 정당화하기 위해서는, 사용자가 정당한 목적(진정한 사업상 필요)과 그

관행이 그 목적을 달성하기에 적합한 수단이라는 점(필요하고 또 대안이 없다는 점)을 보여야 한다.

예 : 작은 증권회사에서는 증시의 주가 분석을 위해서 금요일 오후 늦게까지 일하는 것이 필요한데, 종교적 요청 때문에 겨울에는 금요일 밤이 되기 전에 집에 가고자 하는 직원이 몇몇 있었다. 그들은 다른 요일에 더 늦게까지 일하겠다고 했으나, 주가에 대한 즉각적 분석이 사업에 꼭 필요하고 회사가 워낙 작아서 대체 인력도 없는 상황이었다. 따라서 이렇게 사업상 필요가 있고 대안이 없다는 점을 보인 이상, 금요일 오후 근무 요구는 위법하지 않게 된다.

라. 괴롭힘

괴롭힘은 공격적이고, 겁주거나 고통을 주는 행동을 의미한다. 명백하거나 폭력적이며 의도적인 괴롭힘일 수도 있고, 의도되지 않거나 미묘한 내부적인 것일 수도 있다. 별명 부르기, 약 올리기, 악의적인 것은 아니지만 실제로는 분개하게 만드는 호칭사용 등 기타 행동이 이에 포함된다. 개인의 종교나 신념에 관한 것일 수도 있고 그와 관계된 사람들의 종교나 신념에 관한 것일 수도 있으며, 개인을 대상으로 하지 않고 종교적인 농담 등 문화 일반에 관한 것일 수도 있다.

어떤 기관에 소속된 직원이 차별행위를 했을 때에는 그 개인 뿐 아니라 기관도 책임질 수 있다. 괴롭힘이 직장에서 일어나거나 직장과 관계있는 시간이나 장소에서 일어나는 경우, 기관은, 그러한 괴롭힘을 막기 위한 조치를 취했음을 입증하지 못하는 한 그에 대해 책임을 지고 배상을 해야 할 수 있다. 괴롭힘을 행한 당사자도 금전배상을 해야 한다.

예 : 어떤 기관에서 사직한 얼마 후 어떤 이슬람교도 남자가 그의 동료들을 축구 경기장에서 만났다. 그들은 그에게 적대적이었고, 시사적인 문제를 언급하였다. 그는 그들의 태도에 의해 상처를 받았으나 그의 전 직장과 관계가 없기 때문에 그 기관에 관해서는 제소하지 않았다 - 이 사례에서 근로자는 고용관계법에 의해 보호될 수는 없겠지만 다른 법률적 보호는 검토해 볼 수 있을 것이다.

사용자들은 가능한 그 근로자들이 고객과 같은 제3자로부터 괴롭힘을 받지 않도록 보호해야 한다. 괴롭힘은 종종 주관적인 것이기 때문에, 괴롭힘이 있었다고 주장하는 문제 제기를 조사함에 있어서 사용자는 결정을 내리기 전에 모든 정황을, 특히 피해자의 관점에서 고려해야 한다. 모든 증거를 수집한 후, 사용자는 “침해를 발생시켰다고 볼 만한 것은 무엇이 있는지”를 자문해 보아야 한다.

예 : 매우 신앙심이 깊은 어느 직원이 동료들에게 ‘이교도’ 라고 하며 그들에게 신앙심이 없는 사람의 최후에 관한 경고를 하곤 한다. 그녀의 위협적 행동에 고통 받은 동료들이 지점장에게 ‘괴롭힘’ 을 호소하였다 - 그 괴롭힘은, 종교가 다르거나 없다는 이유로, 직장에서 동료들을 향해 행해진 것이기 때문에, 위법하다.

예 : A는 동료의 종교적 신념 때문에 계속 놀림을 받다가, 괴로움을 참지 못할 정도에 이르자 이를 지점장에게 호소하였다. 그러나 지점장은 그 정도는 직장에서 무해한 놀림일 뿐이고 회사 자체와는 아무런 관계가 없다고 하면서 무시했다 - 피해자의 종교나 신념이 직접적인 주제가 된 것은 아니지만 종교·신념에 의한 괴롭힘에 해당한다. A는 고용재판소에 제소할 수 있고, 그 동료는 손해배상을 해야 할 것이다.

마. 보복을 통한 차별

보복을 통한 차별은 어떤 사람이 차별이나 괴롭힘으로 진정을 하거나 차별 사건에서 증언을 하거나 하려고 한다는 사실 때문에 불리하게 취급당하는 것을 말한다. 그들은 골칫덩어리(troublemaker)로 찍혀 직장과 교육 기회를 거부당하며, 동료들에 의하여 따돌림을 당한다. 이러한 일이 발생하고 회사가 이를 방지하기 위한 조치를 취하지 못했을 때에는 배상 책임이 있다. 실제 그러한 행위를 한 당사자들도 책임을 진다.

예 : 종교·신념에 의한 차별로 고용재판소에 회사를 제소한 동료를 위해 증언을 한 후에 한 근로자가 승진에 지원했으나, 다른 조건을 모두 충족하였음에도 불구하고 승진에서 탈락했다. 지점장은 그녀가 고용재판소에서 증언했기 때문에 골칫덩어리이며, 따

라서 승진되지 않는 것이라고 말했다. 이런 것이 바로 ‘보복에 의한 차별’에 해당한다.

누가 참고진술(reference) 청취를 요청해 왔을 때 서면이나 구두로 행해지는 것도 근로관계 종료 후의 차별, 괴롭힘 또는 보복에 의한 차별에 해당한다.

예 : A 지점장에게 다른 회사의 담당자가, 그 회사에 지원한 Z에 대한 의견을 요청해 왔다. A 지점장은 그가 동료들과 어울리려 하지 않아(그의 종교는 알코올을 금지한다) 적합하지 않기 때문에 추천할 수 없다고 말했다. 이 근로자는 고용관계 종료 이후 차별을 당한 것으로 볼 수도 있다.

바. 진정한 직업 요건

매우 제한적인 경우, 그 직무 담당자가 어떠한 종교나 신념을 가지고 있어야 하는 요구가 있는 경우, 사용자는 사람들을 달리 취급할 수 있다. 이것이 적용되면, 그 직무의 성격과 주변 사정을 검토해 보아야 한다. 직무는 시간이 흘러가면서 변하는 것이므로 회사 측에서는 주기적으로, 특히 채용시에, 그러한 요건이 적용될 만한지를 점검해야 한다.

종교 자선재단이 운영하는 요양원과 같이, 몇몇 회사들은 종교나 신념에 관한 창업이념(ethos)을 가지고 있다. 회사가 그런 창업이념에 의해 설립되었음을 증명할 수 있다면, 다른 경우와는 달리 종교나 신념이 진정한 직업 요건으로 인정받을 수 있을 것이다. 이런 경우 특정한 종교나 신념은 그 업무를 하는데 ‘결정적’인 것은 아니지만 회사로서는 그 창업이념을 살리기 위해서는 꼭 이를 지켜야 한다고 주장할 수 있고, 그렇게 보는 것이 타당하다. 그렇지만 그런 회사라고 하더라도 모든 직위에 관해서 언제나 ‘진정한 직업 요건’ 항변을 할 수 있는 것은 아니며, 각각의 경우 그 업무의 성격과 주변 사정을 고려하여 타당성 여부를 결정해야 한다.

예 : 신앙생활을 기본으로 하는 요양원에서 그 요양업무 담당자의 경우는, 환자들의 신체적·정신적 요구들을 충족시켜야 하기 때문에 특정한 신앙이 그 직원의 진정한 직업 요건임을 증명할 수 있다. 그러나 환자에 대한 정신적인 지도력이나 지원이 불필요한 관리직원이나 접수계원의 업무에는 그러하지 아니하다.

사. 적극적 조치

채용·승진을 위한 선발은 각자의 종교나 신념에 불문하고 그 자격(merit, 능력이나 장점)에 기해 행해져야 한다. 그러나 이미 기회의 불평등이 있었던 경우에는 이를 시정하기 위한 조치가 필요한 경우도 있을 수 있다. 이를 '적극적 조치'라고 한다. 사용자들은 직장에서 소수에 속하는 종교를 가진 사람들에게 교육을 독려하고 특별한 기회를 보장할 수 있으며, 다음과 같은 적극적 수단을 고려해 볼 수 있다.

- 그동안 특정한 종교나 신념으로부터 사람들을 보호하기 위한 것이었던 직무 교육을 시행하는 것
- 소수 종교를 가진 구직지원자들을 독려하면서, 종교나 신념에 불문하고 자격에 따라 뽑겠다는 것을 분명히 하는 광고를 내는 것

3. 구인 (Recruitment)

- 1) 넓은 범위에서 지원자를 받는 것이 바람직하다 - 연고채용에 의존하는 것은 좋지 못하다.
- 2) 다양한 사람이 접근할 수 있는 광고를 내야 한다. 예컨대 특정한 문화나 관심을 가진 사람들만 보는 책보다는 더 많은 사람이 보는 책이나 매체를 이용하는 것이 좋다.

예 : 특정한 종교 잡지에만 광고를 내는 것은 다른 종교나 신념을 가진 사람들이 볼 일

이 없기 때문에 간접차별이 될 수 있다. 다른 잠정적 지원자들이 그 광고를 볼 수 있다고 하더라도, 결과적으로는 그 출판물이 대상으로 삼는 종교나 신념이 아닌 사람들을 불이익하게 취급한 것이 된다.

3) 회사는 필요한 직위의 사람이 어떤 기술을 가져야 하는지를 분명히 해야 하며, 이는 단순히 선발자 개인의 선호에 따른 것이어서는 안 된다. 이 기술이나 자격을 가진 사람들을 채용하거나 승진시켜야 하며, 이렇게 필요한 기술이나 능력이 없는 사람을 뽑지 않는다면 아무런 문제가 되지 않는다.

4) 회사는 사람들이 종교나 신념 때문에 지원하지 못하게 하는 선발 기준이나 조건을 걸어서는 안 된다.

5) 그 직위가 실제로 무엇을 수반하는지를 분명히 해야 한다. 이는 지원자들이 그 직무가 그들의 종교와 신념과 모순되는지를 고려할 기회를 주고, 지원할지 여부를 결정하게 도와준다.

6) 그렇게 하는 것이 합리적인 경우, 회사는 필요한 자격을 갖춘 사람 누구나 지원할 수 있는 채용 방법을 채택해야 한다. 면접과 선발 절차는 중요한 종교적 의식 시간을 피해서 잡는 것이 좋다.

예 : 채용절차가 사교적인 모임을 포함하는 경우 종교적으로 알코올이 금지되는 사람들에게 불이익을 주지 않도록 주의해야 한다. 예컨대 호텔 바에서 그 모임을 갖는다면, 그런 종교를 가진 사람들은 곤란하게 된다.

초대장은 특정한 식생활을 하는 사람들(대개 종교나 신념과 관계가 있다)은 그 음식이나 회합장소에 의하여 불이익을 받아서는 안 된다. 적절하지 않은 경우 Halal(이슬람 율법으로 인정하는 동물의 고기)이나 Kosher(유대교 율법에 맞는 정결한 음식)와 같은 특별한 음식을 제공할 필요는 없지만, 적절한 음식은 준비해야 한다(예컨대 채식주의자).

7) 사용자가 진정한 종교적 직업 요건이 적용된다고 믿는 경우, 광고에서 이 점을 분명히 해야 한다. 그 이유는 지원 과정이나 선발 절차에서 설명되어야 한다.

8) 회사는 구직지원자의 종교나 신념에 관한 요구에 민감하게 반응해야 하고, 다른 한편 선발절차에 참가한 사람들은 사용자가 그 요구를 선발절차에 반영할 수 있도록 적절한 시간에 그 요구를 회사에 알려야 한다. 회사가 지원자들에게 특별한 요구를 알리라고 말하는 것도 좋은 방법이다.

9) 면접이나 선발절차에서는 그 직위에 필요한 기술이나 자격을 물어 보아야 한다. 잠재적으로 차별적 의미를 가질 수 있는 개인적 질문을 해서는 안 되지만, 지원자 쪽에서 자발적으로 말하는 경우, 선발하는 측에서는 그런 정보에 영향을 받지 않도록 해야 한다. 회사가 알아야 할 것은 그 사람이 그 일을 할 수 있는 것과 그럴 의사가 있는지 하는 것이다. 누가 맞고 맞지 않는지를 예단해서는 안 된다.

- **모범례** : 면접을 하는 지원자들의 인식도 중요하다. 직위에 명백하게 관계있지 않은 질문은 차별의 근거가 되는 것으로 인식되어야 하며, 결혼 상태나 육아 부담에 관한 관계 없는 질문은 성차별의 의도가 있는 것으로 간주된다. 이처럼 반드시 피해야 할 질문 중에는, 찬양 횡수·장소, 교무에의 참여나 출신 학교의 종교적 이념 등 종교에 관한 불필요한 질문도 포함되어야 한다. 보안상 명확성 등을 위해서 개인적 정보가 필요한 경우에는 비밀로 취득해서 분리 취급되어야 하며, 선발절차 담당자가 보아서는 안 된다.

10) 구직절차에 있어서는 종교나 신념을 포함하여 평등 정책의 침해를 심각하게 받아들이는 것이 필요하다. 그러한 정책은 구직지원자들에게 자신감을 주고 기회 균등에 어긋나는 태도와 행동을 자제하게 한다.

11) **일요일 근무** : 1996년의 고용권리법(The Employment Rights Act 1996)은 소

매점이나 도박 산업에서 일하는 사람들에 대하여 3개월의 유예기간 후 일요일 근무에서 벗어나도록 해주었다. 이 법은 일요일에만 일하는 사람에게는 적용되지 않는다.

다른 근로자들이 종교나 신념 때문에 일요일에 근무하지 않기를 요구하는 경우, 사용자는 일요일 근무가 사업상의 정당한 필요에 의해 정당화될 수 있는 것인지, 그리고 그러한 정당화를 그 근로자에게 적용하는 것이 타당한지에 관하여 검토해야 한다. 그 근로자의 근무 형태 조정을 거절하는 것은, 적절한 정당화가 없으면 간접차별이 될 수 있다.

3. 좋은 직원을 유지하는 것

1) 승진과 교육의 기회는 모든 직원들이 알도록 해야 하고 누구나 공정하고 평등하게 할 수 있어야 한다.

2) 내부 인사이동에 직원이 지원하는 경우, 부서장과 감독부서 등의 사이에 구두에 의한 질문을 포함한 참고 질문은 공정하고 평등하게 이루어져야 한다. 그러한 정보교환은 이 규칙의 적용을 받는다.

3) 현재의 배치가 어떤 사람을 종교나 신념에 의해 불이익하게 대우하는 결과를 가져온다면, 회사는 직무 교육을 검토해 보아야 한다. 이는 그 교육이 통상의 작업 시간과 장소에서 떨어진 곳 또는 주거지역에서 행해질 때에 특히 더 적절하다. 이 때 고려해야 할 사항은 다음과 같다.

- 근무시간 중 종교적 의무를 위한 시간
- 종교적 요청에 의한 특별한 식이요법
- 어떤 종교에서는 부적절한 것이 되는 언어의 사용이나 육체적 접촉이 있는 친교의 시간이나 훈련 활동을 피할 것
- 개인정보를 교환해야 하는 훈련
- 모임 장소 선택으로 사람들을 배제하지 말 것

- 라마단과 같은 중요한 종교적 축제를 피할 것

4) 회사들이 직원들의 요구에 민감해야 하는 한편, 직원들도 그들의 관리자들이 개인적 요구들을 적절한 때에 알고 충족시킬 수 있도록 해야 할 책임이 있다.

5) 모든 사람들은 괴롭힘이 무엇인지, 그리고 그것이 사람들에게 상처를 주고, 위협이며, 허용될 수 없다는 사실을 이해해야 한다. 회사가 크건 작건 평등 방침을 만들고 모든 직원들에게 이를 주기적으로 교육시키는 것은 바람직하다. 이는 차별·괴롭힘 그리고 보복조치로서의 차별이 발생할 소지를 줄일 수 있고, 문제가 제기되었을 때 책임을 최소화하게 될 것이다.

6) 회사는 직원들로 하여금, 그들이 동료들을 괴롭히면 개인적으로 책임을 지고 회사에 대하여도 추가적인 책임을 질 수 있다는 사실을 이해하게 해야 한다. 회사에 오는 사람들에게 건강이나 안전 지시서 뿐 아니라 평등 정책에 관한 요약본 유인물도 줄 수 있다.

7) 차별·괴롭힘 또는 보복조치를 통한 차별을 받았을 때 어떻게 해야 하는지를 잘 알아두어야 한다. 자신의 문제제기가 심각하게 받아들여질 것이며, 관리자는 문제의 원인을 찾을 것이고 그 절차가 비밀리에 진행되게 하리라는 점에 관해서 확신할 수 있어야 한다. 현실적으로 가능하다면, 고용평등 이슈와 문제제기에 관해 특별한 훈련을 받은 사람이, 관련된 별도 직책을 가지고 있는 것도 좋다.

예 : 국제적 위기 때문에 언론에서 크게 다루어진 종교. 직장에서는 이들 종교 신자들에게 대해서 편견에 가득차서, 경멸하는 발언이 반복적으로 행해졌다. 피해 근로자들이 지점장에게 문제제기를 했고, 그는 적절하게 모든 신도들이 다른 곳에서 일어나고 있는 일에 동의하는 것은 아니며, 동료들의 발언에 의해 상처를 입었다는 사실을 잘 설명하는 교육 과정을 진행하였다. 더 깊은 이해는 문제를 해결하는데 도움이 된다.

4. 직장에서의 종교적 의식

1) 규칙은 사용자들이 직장에서 종교나 신념에 의한 의식(儀式)을 위한 시간과 편의를 제공해야 한다고 하지는 않는다. 그러나 사용자는 그 정책, 규정이나 절차를 변경하지 않으므로써 특정한 종교나 신념을 가진 사람들을 차별하고 있는 것인지에 관하여 고려해야 한다.

2) 많은 종교나 신념은 특별한 축제나 정신적 의식 기간이 있고, 어떤 근로자가 이런 행사에 참가하기 위하여 휴가를 요구하는 경우가 있을 수 있다. 사용자는 이를 긍정적으로 검토해야 하고, 합리적이고 현실적으로 가능하다면 충분한 휴가를 주어야 한다. 사람 수가 적을 때는 현실적으로 가능하지만, 많은 사람들이 그 같은 요구를 할 때에는 매우 어려워질 수 있다. 그런 경우 사용자는 이를 문제되는 사업상 필요성과 각 근로자들의 요구를 조화시키기 위해서 근로자들, 노동조합 등과 상의해야 한다. 그리고 누가 휴가를 쓸 것인지를 결정하는 기준이 간접 차별이 되지 않도록 주의해야 한다.

▪ 고려할 사항

성공적인 평등 정책을 시행하면, 가장 장기근속한 직원이 최근에 채용한 근로자들보다 소수그룹에 속할 가능성이 더 작을 수 있다. 그렇다면 연공서열이 간접차별이 될 수도 있는가? 어떤 문화적 배경을 가지고 있는 여성들은 같은 배경을 가지고 있는 남성들보다 자기주장이 덜 강하다. 선착순 원칙이 그들을 더 불리하게 취급하는 것인가?

예 : 4명의 근로자를 고용하고 있는 작은 장난감 가게는 바쁜 크리스마스 시즌에 종업원에게 종교적 휴일을 쓰게 할 수가 없었다. 그런 휴가를 주지 않는 것은 정당화될 수 있다. 250명의 직원을 고용한 큰 백화점이라면 다른 직원들이 이를 보완해줄 수 있기 때문에, 정당화하기 어려울 것이다.

3) 일정한 시기 동안 회사 전체가 쉬고 모든 직원들이 이 때 휴가를 써야 하는 휴가 제도를 가진 회사는 그러한 폐쇄기간이 각각의 직원들이 특정 종교에서 중요한 기간에 휴가를 쓰지 못하게 할 수도 있으므로, 정당화될 수 있을지를 고민

해 보아야 한다. 그러한 폐쇄기간은 예를 들어 기계 유지를 위한 것이라면 사업상 필요에 의하여 정당화될 수도 있다. 그러나 그런 사용자들이 그 사업상 필요와 직원의 필요 사이에 어떻게 균형을 잡는지를 고려하는 것이 바람직하다.

4) 휴가 요청과 관련하여 명확하고 합리적인 절차가 있어야 하고, 모든 직원들이 그 절차를 잘 알고 절차를 잘 지켜야 한다. 직원들은 휴가를 청구할 때 가능한 많은 정보를 주어야 하고, 동시에 휴가를 쓰고 싶어 하는 동료들이 많다는 점을 고려해야 한다. 사용자는 어떤 종교나 신념의 축제기간은 음력으로 정해져 해마다 날짜가 변한다는 사실을 알아야 하고, 몇몇 축제를 위한 날짜는 매우 가까워질 때까지 분명해지지 않는다. 관리자와 직원 사이의 상의와 유연성이 상호 수용 가능한 타협을 낳을 수 있다. 그러한 특정 종교나 신념을 가지지 않은 근로자들에게 불이익하지 않도록 주의해야 한다.

5) 어떤 종교나 신념은 특별한 식이요법 요구가 있다. 직원이 직장으로 음식을 가져온다면 이를 별도로 보관하고 조리할 필요가 있다(예컨대 이슬람교도들은 그 음식이 돼지고기와 접촉하기를 원하지 않는다). 근로자들에게 그러한 일에 관해서 문의하고 식이요법과 관련해서 서로 받아들일 수 있는 해결방안을 찾는 것이 바람직하다.

예 : 종교적 이유로 채식을 하는 근로자는 냉장고 안에서 동료의 고기 샌드위치 옆에 자신의 음식을 놓을 수 없다고 한다. 그 직원과 직원대표와의 상의를 통해 회사는 모든 음식은 밀봉된 컨테이너 속에 고기와 채소로 분리된 선반에서 보관하는 방침을 정했다. 이러한 방침은 그 근로자의 요구를 충족시키고, 사용자로서는 추가 비용 부담이 없다.

6) 어떤 종교는 주간(晝間)의 특정 시간에 기도하라고 하기 때문에, 어떤 직원이 그러한 종교적 의식을 위해서 조용하고 적절한 장소를 요구하는 경우가 있을 수 있다. 사용자는 기도실을 만들어 줄 필요는 없으나, 조용한 방이 있고 그걸 사용하게 하는 것이 다른 근로자나 사업에 큰 영향이 없다면 그 요구에 응해야 한다.

가능하면 회사가 기도하는 사람이나 개인적 명상을 하는 사람을 위해서 조용한 방이나 구역을 준비하는 것은 바람직한 일이다. 직원과의 협의를 통해 기도나 명상의 특별한 목적을 위해 모든 근로자들이 사용할 수 있는 구역을 정하는 것도 가능할 것이다. 그런 방은 종교적 목적을 가진 기도자 뿐 아니라 최근에 가족을 잃은 직원 등 다른 직원들에게도 좋을 것이다. 종교적 의식을 위한 도구들을 보관하는 분리된 수납공간을 두는 것도 좋다.

7) 사용자는 종교적 요구들을 위해서 추가 비용을 쓰거나 건물 배치를 변경해야 하는 것은 아니다. 많은 경우 요구들은 거의 변화가 필요 없기도 하다. 예컨대 어떤 종교나 신념은 기도 전에 씻으라고 하는데, 이는 상징적으로만 행해지거나 있는 설비를 이용해서 할 수 있다. 그러나 직원과 협의해서 현실적으로 가능한 한도에서 종교적 의식에 필요한 것을 찾아 보는 것은 바람직하다. 모든 근로자들이 동료들의 종교적 의식의 중요성과 의미를 이해하고 그 편의를 봐주는 것이 가장 좋을 것이다.

8) 어떤 종교는 다른 사람이 있는 곳에서 옷을 벗거나 샤워를 할 수 없게 하고 있다. 회사에서 건강과 안전상의 이유 때문에 직원이 옷을 갈아입거나 샤워를 하게 할 필요가 있을 때, 그러한 필요성을 충족할 길을 찾는 것은 바람직한 일이다. 같은 성별을 가진 사람들이 집단적으로 샤워하고 옷을 갈아입을 수 있게 하는 시설은, 특정한 종교나 신념 때문에 간접차별이나 괴롭힘이 될 수도 있다.

9) 어떤 종교는 상당 기간의 단식을 요구한다. 사용자들은 그 기간 동안 직원들을 지원하는 방법을 검토할 수도 있다. 그러나 사용자들은 다른 근로자들에게 부담을 추가하여 근로자들 사이의 갈등을 부추기거나 차별 주장을 낳게 해서 안 된다.

10) 현실적으로 가능하고 안전하다면, 직원은 그들의 종교와 일치하는 옷을 입을 수 있다. 회사가 특정한 복장 규정을 채택하고 있는 경우, 어떤 종교의 복장 관련

교리와 저촉되지 않도록 하여야 한다. 종교적 교리에 위반되는 일반적인 복장규정의 경우는, 건강이나 안전 등의 사유로 정당화되지 않는 한 간접차별이 될 수 있다.

예 : 어떤 종교들은 여성 신도들에게 안전하게 옷을 입으라고 한다. 블라우스를 치마 속으로 넣어야 한다는 복장규정은, 몸의 굴곡을 강조하기 때문에 그러한 교리에 어긋날 수 있다. 그러나 어떤 개인이 블라우스를 티셔츠 위로 빼입을 수만 있게 한다면, 이는 매우 납득할 만한 것이 된다.

11) 회사에 보석 착용·문신이나 기타 화장에 관한 방침이 있다 하더라도, 특정 종교나 신념에서 전통적으로 받아들이는 보석이나 화장 등에 관해서는 유연할 필요가 있다. 경직된 정책은 간접 차별이 될 수도 있다.

예 : 결혼식 반대 외에 많은 힌두교도 여성들은 Mangal Sutra 라는 목걸이를 착용한다. 건강이나 안전상의, 또는 다른 정당한 이유가 있는 경우가 아니라면 이를 하지 말라고 하는 것은 어떤 사람들에게는 고통이 될 수 있다.

제3절 호주

호주에서는 호주 헌법과 연방 헌법(the Commonwealth Constitution), 그리고 인권위법(HREOCA), 인종차별금지법(the Racial Discrimination Act, RDA)⁶²⁾, 노동관계법(the Workplace Relations Act)과 몇몇 주의 차별금지법에서 종교와 신념에 의한 차별을 금지하고 있으나, 미국이나 영국과 같이 종교·신념에 의한 차별을 금지하는 별도 법령은 없다.

연방 종교차별금지법을 제정하자는 주장이 있으며(이와는 달리 연방 종교자유법을 제정에 관해서도 논의가 있었으며, 의회에 대한 권고도 행해졌다⁶³⁾), 이 쟁점

62) 인종차별금지법(RDA)에서 종교에 의한 차별을 금지하고 있는 규정은 매우 제한적이다. 종교적 집단이 동시에 인종집단이 되는 경우, RDA는 직간접 차별과 중상(vilification)을 금지하고 있으며, 그렇지 않은 경우에도 종교에 의한 차별이 간접적으로 인종차별이 되는 경우에 적용될 수 있다.

을 둘러싸고 의회나 HREOC에서도 많은 논의가 진행되었으나⁶⁴⁾ 논의수준에 그치고 있을 뿐, 종교·신념에 의한 차별을 판단하는 구체적이거나 강행적인 지침도 마련되어 있지는 않다. 다만 HREOC에서 그동안의 논의 등을 정리한 「HREOC, The Human Rights and Equal Opportunity Commission Act 1986 (Cth) : its application to religious freedom and the right to non-discrimination in employment」이라는 형태의 자료를 만든 바 있는데, 이 문서('information paper'라고 한다)는 국제인권법이나 협약 등과 제 이해관계 집단의 의견과 심화된 논의를 반영하여 일반적 지침(general guidance)으로 작성되었으나, 법적 강제력을 갖는 것은 아니고, 인권위법(HREOCA) 하에서의 종교·신념 차별 문제에 국한되며 다른 법령에 관한 것은 다루지 않는다는 제한적인 의미를 갖는다. 그러나 이러한 제한적인 의미에도 불구하고, 호주 인권위법상의 종교·신념 차별의 판단 지침 마련을 시도했다는 점에서 검토의 필요가 있다.

I. 인권위법에서의 종교 자유 - 종교 차별에 관한 규율

1. 종교의 자유에 관한 규율

우리 인권위와 마찬가지로 HREOCA 제11조 (1)(f)에 의한 HREOC의 기능 중 하

63) HREOC, Article 18 - Freedom of religion and belief(1998), Commonwealth of Australia, HREOC 웹사이트 http://www.humanrights.gov.au/human_rights/religion/index.html - 이 문서 중 종교차별에 관한 절(4. Discrimination on the ground of religion or belief)에서의 결론은 다음과 같다 ; 1. 호주의 공적 생활(public life)의 많은 영역에서 종교나 신념에 기한 차별이 행해지고 있다, 2. 그런데 현행의 종교나 신념 차별 금지법령은 부적절하고 통일성이 없다, 3. 따라서 호주는 자유권협약(ICCP)과 종교선언에서 인정된 국제적 기준을 충족하는 데에는 못 미친다.

64) 차별금지를 위해서는 법률을 제정하는 것이 좋다는 논의가 있는가 하면, 현행의 규율이면 충분하다거나 종교의 자유는 종교와 법률이 분리되면 분리될수록 보장되는 것이기 때문에 입법보다는 대중교육이나 공동체간 대화가 더 중요하다는 등의 논거를 들어 입법에 반대하는 견해도 있다고 한다, 위의 글 75쪽 - 한편 종교차별금지의 개별 법령은 아니지만 종교자유법에 대한 위원회의 입법권고 내용의 일부로 종교차별금지 조항이 포함되어 있다 : "R 4.1. 제안된 종교자유법은 공적 생활의 모든 영역에서 종교와 신념에 의한 직·간접 차별을 위법한 것으로 규정해야 한다. 다만 다음의 예외가 있다 - 직무의 고유한 요건에 기초한 구별·배제·우대는 차별이 아니며, 그 고용관계가 종교적 교의·교리·신념이나 종교나 교의에 관한 교육에 종사하는 사람에 관한 것이고, 교인들의 종교적 감수성에 침해가 되지 않기 위해서 구분·배제·우대하는 것으로서 일관되고 자의적이지 않은 것도 제외된다"

나는 국가기관의 법령이나 권력행위가 인권을 침해하는지 여부를 조사하는 일이며, 법 제2장 제3절은 인권침해를 다루는 진정에 관하여 정하고 있다. 여기서 말하는 '인권'은 제3조에서 일정한 국제기구 규범에 의해 승인된 인권으로 정의되고 있으며, 이들 국제기구의 규범 중 종교·신념과 관계 1966년의 「시민적·정치적 자유에 관한 국제 협약(ICCPR)」과 1981년의 「종교나 신념에 기한 모든 종류의 배척과 차별을 금지하는 선언(종교선언)」이 있다. ICCPR 제18조는 종교의 자유와 관련하여 다음과 같은 규정을 두고 있다.

제18조 (사상·양심·종교의 자유) 1. 사람은 누구나 사상·양심·종교의 자유를 누릴 권리를 가진다. 이 권리에는, 자기가 선택하는 종교 또는 신념을 가지거나 받아들이는 자유, 자기 혼자서 또는 남들과 함께, 공공연히 또는 은밀하게 예배·의식·행사 강론이라는 형태로 자기의 종교 또는 신념을 밝히는 자유가 포함된다.

2. 아무도 자기가 선택하는 종교 또는 신념을 가지거나 받아들이는 자유를 해칠 우려가 있는 강제를 강요당하지 않는다.

3. 법률에 규정되어 있고, 또 공공의 안녕·공공질서·공중건강·도덕 타인의 기본적 권리와 자유를 보호하기 위해 필요한 제한에 의해서만 종교 또는 신념을 표명하는 자유가 제약 받는다.

4. 이 협약의 가맹국은 부모(경우에 따라서는 법정후견인)가 자신의 신념에 따라 그 자녀에게 종교적 및 도덕적 교육을 베푸는 자유를 존중할 의무를 진다.

또한 다음과 같은 규정도 있다.

제20조(전쟁선전 등의 금지) ... 2. 차별·적대감정·폭력을 선동하는 국민적·인종적·종교적 증오의 고취는 법률에 의해 금지된다.

제26조(법을 앞에서의 평등 및 차별금지) 모든 사람은 법을 앞에서 평등하다. 누구나 어떠한 차별도 받지 않고 법률의 보호를 똑같이 받을 권리가 있다. 이 점에 있어서 법률은 어떠한 차별도 금지한다. 또한 인종·피부색·성별·언어·종교·정치적 또는 기타 의견·민족적 또는 사회적 출신·재산·출생 또는 기타 지위에 기인하는 어떠한 차별도 받지 않도록 평등하고도 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.

제27조(소수민족 보호) 인종적 종교적 또는 언어적 소수 민족이 존재하는 국가의 경우, 소수 민족에 속하는 사람은 다음 권리를 부정당하지 않는다. 그 권리란, 그 집단에 속하는 다른 사람들과 함께 뭉쳐서 자신들의 문화를 누리거나 자신들의 종교를 신봉·실천하거나, 자신들의 언어를 사용하는 것을 말한다.

‘종교선언’은 의도되었거나 의도되지 않은 모든 차별행위를 금지하고, 그 차별의 개념에 관하여는 제3조에서 다음과 같이 정의하고 있다.

종교나 신념을 이유로 한 구별, 배제, 제한 또는 우대, 그리고 같은 조건하에서 인간으로서의 권리나 근본적 자유들을 향유하고 실현하는 것을 다른 사람보다 못하게 하거나 이에 부여하지 않는 것을 목적으로 하거나 결과적으로 그렇게 되는 것

종교선언 제6조는 종교적 공동체가 그 종교적 신념을 표현하는 것 역시 개인의 권리만큼 보호되어야 한다고 하면서 그 예를 들고 있다.

- 예배와 회합, 그리고 그러한 목적의 장소를 가지는 일
- 자선 목적이거나 인도주의적인 기관을 설립하고 운영하는 일
- 종교적 의례나 관습들을 집행하는 것
- 종교적 출판물을 집필하고 배포하는 것
- 종교나 신념에 관한 교육
- 자발적인 재정적 기부를 요구하는 것
- 종교나 신념의 기준에 따라 종교적 지도자를 양성하고 지명하는 것
- 종교적 휴일이나 행사를 지키는 것
- 종교와 신념 관련 문제에 관하여 개인이나 다른 공동체와 교류하는 것

개인이나 종교집단이 국가기관으로부터 이러한 자유(권)의 침해를 받았을 때 - 종교적 표현·헌금 요구·예배 장소 유지의 자유를 침해받는 것 - 예는, HREOC에 진정을 할 수 있을 것이다.

2. 종교에 의한 차별에 관한 규율

개인이나 종교 집단의 종교적 자유를 정부로부터 침해받지 않을 권리는, 종교나 신념에 의하여 고용상 차별을 받지 않을 권리와 함께 다루어지는 것이 보통이며, 이 점에 관한 국제적 의무는 ILO의 1958년 차별 협약(제111호 협약)이다. 이 협약은 종교에 의한 고용상 차별을 특정하여 금지하고 있으며(article 1. 1), 차별적 취급이 종교의 교의나 교리에 의해 요구되는 종교 기관의 고용에서 자의적이지 않고 일관되게 행해지는 경우나 종교가 특정한 직무의 본질적 요건인 경우에는 예외라고 하고 있다(article 1. 2). '고용이나 직업'이라는 용어는 직업 훈련에의 접근, 고용이나 특정 직업에의 접근, 그리고 고용조건을 포함한다(article 1. 3.). ICCPR에도 다음과 같은 규정이 있다.

제 2조(가맹국의 협약준수의무) 1. 가맹국은 그 영토 안에 살고 또 그 관할 아래 있는 모든 개인에게 대해, 이 협약에서 인정된 여러 권리를 존중해 주고 또 보장해 줄 의무를 진다. 권리의 존중과 보장에 있어서 인종·피부색·성별·언어·종교·정치적 또는 기타의 의견·민족적 또는 사회적 출신·재산·출생·기타의 신분에 기인하는 어떠한 종류의 차별도 두어서는 안 된다.

제26조(법을 앞에서의 평등 및 차별금지) 모든 사람은 법률 앞에서 평등하다. 누구나 어떠한 차별도 받지 않고 법률의 보호를 똑같이 받을 권리가 있다. 이 점에 있어서 법률은 어떠한 차별도 금지한다. 또한 인종·피부색·성별·언어·종교·정치적 또는 기타의 의견·민족적 또는 사회적 출신·재산·출생 또는 기타 지위에 기인하는 어떠한 차별도 받지 않도록 평등하고도 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.

인종차별금지법이나 성차별금지법과는 달리 HREOCA 자체에 직·간접 차별에 관한 별도의 금지 규정을 두고 있지는 않다. 그러나 연방법원의 Kats 재판관은 Commonwealth of Australia v. HREOC [2000] FCA 1854 사건에서 HREOCA 제 3조에서의 차별 정의에는 직·간접 차별이 모두 포함된다고 판단한 바 있다.

종교 차별에서 직접 차별의 전형적인 예는 어떠한 구직지원자를 그의 종교를 이유로 고용하지 않는 것이 될 것이다.

예 : 어떤 공장주가 창고관리인에 대한 모집 광고를 냈다. 자격을 갖춘 어떤 구직지원자가 있는데, 면접에서 여호와의 증인이라는 것이 밝혀지자 채용되지 않았다.

간접차별은, 차별의도가 없다 하더라도 모든 사람에게 동일한 요건, 규정, 정책이나 관행이 있는데 그것이 결과적으로 특정한 집단에게 불공평한 효과를 가지고 합리적인 이유가 없는 것을 말한다. 특정 근로자들의 종교적 관행이 대부분의 사람들의 고용관행과 맞지 않는 경우, 직무의 고유한 요건도 아니고 종교적 감수성 예외(religious susceptibilities exception)가 해당하지 않는데도, 그 조정을 위한 적절한 편의를 제공하지 않는 경우도 이에 해당할 수 있다.

예 : 오후 5시 전에는 퇴근할 수 없다는 규칙 - 유대교에서는 안식일을 준수하기 위해서 일몰 전에는 귀가해야 하기 때문에, 이 규칙은 겨울에는 유대 교리와 맞지 않게 된다. 독실한 유대교도들의 근무시간 조정이 받아들여지지 않는다면, 이는 그들에게 직장과 종교 사이에 선택을 강요하게 되는 것이다.

3. 두 가지 예외

종교 차별에 관한 진정이 제기되었을 때, 그것이 “직무의 고유한 요건”에 기한 것인 경우라면, 사용자는 위법이 아니라는 점을 보여 차별 혐의를 벗을 수 있다 (직무의 고유한 요건 예외). 또한 그 고용관계가 종교적 교의·교리·신념이나 종교나 교의에 관한 교육에 종사하는 사람에 관한 것이고, 교인의 종교적 감수성에 침해가 되지 않기 위해서 구분·배제·우대하는 것은 차별이 아니라고 하고 있다 (종교적 감수성 예외).

가. 직무의 고유한 요건 예외

모든 구별·배제·우대가 차별적인 것은 아니며, 직무의 고유한 요건에 따른 차별적 취급은 차별이라고 보지 않는다. 직무의 고유한 요건은 근로자의 의무만을 말하는 것이 아니며, 특정한 고용이 수행되는 정황을 포함하는 것이다⁶⁵. 전형적

인 예는 특정 종교 집단의 구성원 역할을 할 사람을 뽑는 경우이다. 이를 위해서 사용자는 다음과 같은 점을 보여야 한다 :

- 1) 왜 어떤 사람이 특정한 직위에서 요구되는 역할을 수행할 수 있기 위해서는 특정한 신념을 가질 것이 요구되는지 : 예컨대 직무설명, 작업 문화나 환경에서 기대되는 바, 그 기관의 사업목적, 사업목적과 경영스타일 사이의 상호관계 등
- 2) 그 개인이 특정한 직위에서 요구되는 역할을 할 수 없는 이유 : 예컨대 그 기관의 가치에 동의하고 그 가치에 맞는 방식으로 일할 수 있는 능력을 보여준다고 하더라도 그 직위를 맡을 수 없는 이유

나. 종교적 감수성 예외

이 예외는 종교기관에 대해서만 적용된다. HREOCA에서는 이 예외에 관한 직접적인 규정은 없고, “그 고용관계가 종교적 교의·교리·신념이나 종교나 교의에 관한 교육에 종사하는 사람에 관한 것이고, 그러한 종교나 교의를 준수하기 위한 종교적 감수성에 침해가 되지 않기 위해서 구분·배제·우대하는 것”을 허용한다고 하고 있다.

이 예외에는 다음과 같은 3가지 요소가 있다.

- 1) 기관은 특정한 종교나 교리, 교의, 신념과 그 교육에 따라 운영된다.
- 2) 그 종교적인 구별·배제·우대는 선의에서 행해진다.
- 3) 그러한 구별·배제·우대는 그러한 종교나 교의를 준수하기 위한 종교적 감수성에 침해가 되지 않기 위해 행해진다.

첫 번째 요소와 관련해서 사용자는 그 기관이 교리·교의·신념과 그 교육에 따라 운영된다는 점을 보일 수 있어야 한다. 그것은 단순히 그 기관이나 그 구성원

65) X v. The Commonwealth [1999] 167 ALR 529 사건에서 Gummow 재판관과 Hayne재판관의 의견

이 어떤 종교적 관점이나 관련성을 가지고 있다는 것만으로는 부족하다. 그 기관은 그 종교의 교리·교의·신념과 교육이 그 기관을 운영하는 기본원리가 되거나 필요조건이 되는 것이어야 한다. 이것은 사실인정과 정도의 문제이며, 각 사건의 구체적인 사정에 따라 달리 판단될 것이다.

두 번째 요소와 관련해서 사용자는 종교적 구별이 선의에 의한 것임을 보여야 한다. 따라서 악의적으로 행해진 구별에 대해서는 이 조항이 적용되지 않는다는 것은 분명하며, 그러한 구별이 가변적으로, 자의적으로 또는 임의적으로 행해지는 경우가 해당될 것이다. 그 구별이 표면적으로는 종교적인 이유 때문인 것으로 보이지만, 실제적으로는 지극히 개인적이거나 종교적 교의와는 아무런 관계없는 경우에도 마찬가지이다.

“선의에 의한 것”이라는 요소는 마지막 요건과의 관계에서 보아야 한다 : 그러한 구별은 그러한 종교나 교의를 준수하기 위한 종교적 감수성에 침해가 되지 않기 위한 것이어야 한다. 이는 주관적인 요건만은 아니다. 종교적 기관은 분명하게 무엇이 그 종교적 교의를 준수하기 위한 감수성을 침해하는지를 보여야 한다. 특정한 종교 계파가 아닌 근로자의 선정이 그 종교의 교리·교의·신념이나 교육을 해하게 될 것이라는 객관적 증거를 보일 수도 있을 것이다.

II. 체크리스트

1. 채용이나 승진 공고 일반

채용이나 승진을 공고할 때, 사용자는 다음과 같은 점을 준수해야 한다.

- 그 기관 내 모든 직위의 본질적이고 필수적인 요건들을 특정할 것
- 구인광고나 다른 선발 관련 서류들이 그 특정한 업무의 본질적 요건에 맞추어 설계된 것임을 분명히 할 것

종교적 기관을 포함한 모든 사용자들이 어떠한 직위의 본질적 요건으로서, 특정 종교집단 구성원일 것, 교회 출석의 증거나 다른 종교적 자격증명을 고려한다면 다음과 같은 점을 준수해야 한다.

- 여러 직위를 뭉뚱그려 볼 것이 아니라 개별적 직위의 요건이라는 관점에서 종교적 요건들을 고려해야 한다.
- 그 종교적 자격요건은, 각 개인이 그 직위에서 요구되는 의무를 효과적으로 면하기 위해서는 그 자격요건이 필요한 바로 그 직위의 본질적 요건이어야 한다. 이를 위해서 사용자는 다음과 같은 일을 해야 한다.
 - * 왜 어떤 직위의 역할을 수행할 수 있기 위해서는 특정한 종교의 자격요건이 필요한지에 관하여 분석할 것 : 예컨대 직무설명, 작업 문화나 환경에서 기대되는 바, 그 기관의 사업목적, 사업목적과 경영스타일과 추구하는 것 사이의 상호관계 등
 - * 그 기관의 가치에 동조하고 그 가치에 맞는 방식으로 일할 수 있는 능력을 보여줄 수 있는 사람이 어떤 직위의 역할을 수행할 수 있는지를 평가할 것

2. 종교 기관의 준수 사항

그 기관 직원을 채용하고, 그 교인들의 종교적 감수성을 해치지 않기 위해서 종교적인 기준들을 설정하려고 하는 종교 기관들은 다음과 같은 사항을 준수해야 한다.

- 그 기관이 기초로 하고 있는 종교의 확립된 교리와 교의의 내용을 분명히 할 것
- 그 교리와 교의가 그 기관의 일상적인 업무에 중심적인지 여부를 고려할 것
- 그 종교적 기준이 그 교인들의 종교적 감수성을 해하지 않기 위해서 필요한 것인지를 확실히 할 것
- 그 기준이 교인들의 종교적 감수성을 해하지 않기 위한 선의에서 설정된 것인지를 확실히 할 것

제4장 호주의 전과 차별 판단지침

전과를 특별히 차별금지 사유로 정하고 있는 곳은 비교적 차별 사유를 폭넓게 예시하는 캐나다 정도인데, 정작 캐나다에서는 이 사유와 관련하여 별도의 판단지침이나 가이드라인을 두고 있지 않다. 그 밖에는 전과를 별도의 차별사유로 정하지 않고 있으며 따라서 별도의 판단지침이나 가이드라인도 없는 상황이다.

다만 호주(HREOCA에서 차별을 금지하는 사유로 명시하고 있는 것은 인종·피부색·성별·종교·정치적 견해·민족적 혈통 또는 사회적 출신에 한정되며 ‘전과’가 명시적으로 포함되어 있지는 않다)에서는 인권위원회에 고용에 있어서 전과 때문에 차별을 받았다는 진정 사건이 다수 접수되면서 전과에 의한 차별을 어떻게 보아야 할지에 관한 논의가 시작되었다. 2004년 8월부터 이 차별의 정도와 특성에 관한 조사를 시작하여 같은 해 12월 논의보고서(discussion paper) 발간, 제출하였는바, 다시 이 논의 보고서를 바탕으로 ‘고용에서의 전과 차별 방지를 위한 지침(Guidelines for the prevention of discrimination in employment on the basis of criminal record)’을 제정하기에 이르렀다⁶⁶⁾. 이는 강행적 규칙이나 차별 판단에 대한 유권적 해석이라 보기는 어렵지만, 매우 상세한 내용을 담고 있어 전과로 인한 차별 판단에서 일응의 기준을 제시하고 있다고 할 수 있다.

I. 지침의 내용

가이드라인은 모두 10개의 ‘지침’ 항목을 정한 다음, 각 항목을 section으로 하여 상세한 설명을 붙이고 있다. 그 열 가지 지침은 다음과 같다.

1. 사용자는 사용자와 구직지원자나 근로자 사이의 전과 관련 정보가 투명하고 정직하게 교환될 수 있는 환경을 조성해야 한다(Employers should create an environment which will encourage an open and honest exchange of criminal record information between an employer and job applicant or employee).

66) 그 서문에 의하면, “... 이 지침은 법적 구속력을 가지는 것은 아니며, 법률적 자문을 위해 작성된 것도 아니다. 이 지침은 HREOC Act에 의한 전과 차별과 관련된 권리와 책임에 관하여 실용적인 지침을 주기 위해 작성된 것...”이라고 한다.

2. 사용자는 특정의 전과나 혐의 사실이 업무의 본질과 관련 있다는 점을 확인했을 때에만 구직지원자나 근로자들에게 그 전과 정보를 공개하라고 요구할 수 있다 (Employers should only ask job applicants and employees to disclose specific criminal record information if they have identified that certain criminal convictions or offences are relevant to the inherent requirements of the job).
3. 형 실효에 관한 법률이 적용 제외가 아니라면, 구직지원자나 근로자에게 구두나 서면으로 실효된 전과를 공개할 것을 요구할 수 없다(Oral and written questions during the recruitment process should not require a job applicant or employee to disclose spent convictions unless exemptions to spent conviction laws apply).
4. 구인광고나 공석인 자리에 관한 직무설명은 그 직무에 전과 조회가 필요한지를 명확히 해야 한다. 그 경우 법이 정하는 특별한 요청이 없는 한, 전과가 있다고 하여 자동적으로 탈락하는 것은 아님을 명시해야 한다(Advertisements and job information for a vacant position should clearly state whether a criminal record check is a requirement of the position. If so, the material should also state that people with criminal records will not be automatically barred from applying (unless there is a particular requirement under law)).
5. 전과 조회는 구직지원자나 근로자의 서면 동의가 있는 경우에만 행해져야 한다 (Criminal record checks should only be conducted with the written consent of the job applicant or current employee).
6. 어떤 사람의 전과에 관한 정보는 항상 개인적이고 비밀을 엄수하는 방식으로 저장되어야 하며, 원래 목적대로만 사용되어야 한다(Information about a person's criminal record should always be stored in a private and confidential manner and used only for the purpose for which it is intended).
7. 구직지원자나 근로자 전과의 관련성은 그가 해야 하는 일이나 근무 환경에 비추어 각 사례별로 구체적으로 평가되어야 한다. 전과가 어떤 사람을 고용하는데 있어서 절대적인 장애가 되는 것이 일반화되어서는 안 된다(The relevance of a job applicant's or employee's criminal record should be assessed on a case-by-case basis against the inherent requirements of the work he or she

would be required to do and the circumstances in which it has to be carried out. A criminal record should not generally be an absolute bar to employment of a person).

8. 어떤 사용자가 대부분의 채용 결정을 함에 있어서 전과를 고려한다면 그 사용자는 각 사례에서 결정을 내리기에 앞서, 구직지원자나 근로자들로 하여금, 그들이 원하는 경우 유죄 판결이나 혐의 사실의 상세한 내용, 그것이 행해진 배경, 그 특성 기타 정보를 포함한 상세 설명을 할 수 있는 기회를 주어야 한다 (If an employer takes a criminal record into account in making an employment decision, in most cases the employer should give the job applicant or employee a chance to provide further information about their criminal record including, if they wish, details of the conviction or offence, the circumstances surrounding the offence, character references or other information, before determining the appropriate outcome in each case).
9. 전과가 관련성이 있는 경우, 사용자는 전과가 있는 사람들의 채용을 위한 방침과 절차를 만들어야 하며, 그것은 채용·고용관계의 유지와 종료를 아우르는 것이어야 하고 고용평등 정책과 조화를 이루는 것이어야 한다 (If criminal record information is considered relevant, an employer should have a written policy and procedure for the employment of people with a criminal record which can be incorporated into any existing equal opportunity employment policy, covering recruitment, employment and termination).
10. 전과가 관련성이 있는 경우, 사용자는 채용과 인사 부서의 모든 직원들에게 전과 있는 사람들을 채용함에 있어서 필요한 정책·절차, 그리고 관련 차별금지법에 관한 정보를 교육해야 한다 (If criminal record information is considered relevant, an employer should train all staff involved in recruitment and selection on the workplace policy and procedure when employing someone with a criminal record, including information on relevant anti-discrimination laws).

II. 지침 내용에 관한 해설

1. HREOCA에 의한 전과차별의 정의 (Section 2)⁶⁷⁾

가. '차별'의 정의

HREOCA 제3조에 의하면 차별의 정의는 “인종, 성별, 종교, 정치적 의견, 출신민족이나 사회적 기원에 의한 구별·배제·선호로 채용이나 직업의 영역에서 기회와 처우 균등을 무력화하거나 해치는 것” 그리고 “채용이나 직업의 영역에서 기회와 처우 균등을 무력화하거나 해치는 효과를 가지는 구별·배제·선호로서 규칙에 의해 이 법이 정한 차별을 구성한다고 확인된 것”을 말한다. 그 예로는 채용 거절·해고·승진 배제·괴롭힘·교육 배제 등이 있다. 간접 고용 역시 포함되며, 차별 의도가 반드시 필요한 것은 아니다.

나. '전과'의 정의

HREOCA에 명시적인 정의는 없으나, 경찰 기록 뿐 아니라 널리 유죄판결이 이루어진 정황을 의미하는 것으로 해석되어 왔다. 이는 경찰 기록에 의한 차별만 진정대상이 되는 것은 아님을 의미하며, 확정된 유죄 판결 뿐 아니라 혐의·조사 사실, 사면된 유죄 판결, 그리고 전과가 없음에도 불구하고 사용자가 그렇게 믿고 차별한 경우에도 인권위에 진정할 수 있다. 본인이 아닌 가족이나 친구의 전과 사실 때문에 차별 받는 경우를 직접적인 보호 대상으로 하고 있지는 않지만, 당연히 진정의 대상이 될 수 있다.

다. 적용 범위

민간이나 공공부문을 불문하고 모든 국내(영연방 지역을 포함) 사용자와 근로자들에게 적용되며, 소규모 사업장이나 비정규직 근로자에게도 적용되지만, 자원봉사 일은 그것이 직업적 활동과 연관되지 않는 이상 적용 대상이 되지 않는다. '고용'

67) 아래 내용은 모두 HREOC, 「ON THE RECORD - Guidelines for the prevention of discrimination in employment on the basis of criminal record(2004. 11.)」, p. 10 이하 내용을 정리한 것임

이라고 할 때에는 채용·직업훈련·승진·근로조건·퇴직·고용 관련 자격심사나 등록 등의 모든 영역을 포함하는데, 위원회에 접수된 진정 사건 중 대부분은 채용 절차에 관한 것이고 그 다음으로는 퇴직에 관한 것이다.

라. 예외

HREOCA는 '진정한 직업 요건'이라고 알려진 일반적 예외를 규정하고 있다. 전과에 관하여도 마찬가지로, 어떤 사람의 전과로 인하여 그 사람이 특정한 직무의 고유한 요건을 수행할 수 없다는 것을 의미하는 경우에는 차별이 되지 않는다. '직무의 고유한 요건'이 무엇인지에 관해서 법에 별도의 정의 규정은 없지만, 사례들에 의하면 대체로 그 사람이 업무의 "핵심적인 부분(essential aspect)"을 충족하지 못하는 것을 말한다고 한다.

또 하나의 예외는 종교적 기관에 관한 것으로, 그것이 종교적 신념에 관한 위해를 피하기 위한 선의의 목적에서 행해진 것이라면 그러한 구별·배제·선호는 차별이 아니라고 한다.

2. 사용자가 준수해야 하는 다른 법령들 (Section 3)

가. 주(state)와 준주(territory)의 차별금지법

전과 차별과 관련하여 사용자가 준수해야 하는 다른 법령으로는 Tasmania와 Northern Territory의 차별금지법이 있는데, Northern Territory 차별금지법(1992)은 "관련성이 없는 전과(irrelevant criminal record)"에 의한 고용차별을 금지하면서(제4조) 아동과 같은 취약 계층을 돌보는 업무에는 적용되지 않는다는 예외 규정을 두고 있고(제37조), 다른 사람에게 위법한 차별을 위한 정보를 요구하는 것도 금지하고 있다(제26조). Tasmania의 차별금지법(1998) 역시 Northern Territory 차별금지법과 마찬가지로 관련성 없는 전과에 의한 차별을 금지하면서 교육과 보육 영역에 대한 예외를 정하고 있다(제50조). 두 법 모두 차별혐의가 인정되는 경

우 법원이 사용자에게 재고용을 포함한 보상 조치를 명할 수 있게 하는 등 다양한 구제 수단을 마련하고 있으며, 이 지역 주민은 이들 법률과 HREOCA 중 하나를 선택하여 적용받을 수 있다.

다른 지역의 법률에는 이러한 명시적인 전과차별 금지 규정이 없으나, Western Australia와 Australian Capital Territory 법률에는 '실효된 형(spent conviction)'에 의한 차별이 위법하다는 규정이 있다⁶⁸⁾.

그 밖의 지역에서 전과로 인한 차별을 호소하기 위해서는 HREOCA의 적용을 주장해야 한다.

나. 형 실효에 관한 법령들(Spent convictions laws)

형 실효에 관한 법률에 의하면 다른 유죄 판결 없이 일정한 기간이 경과하는 경우에는 형이 실효된다. 그 배경에는 전과가 있는 사람도 일정한 기간이 지나면 이를 깨끗이 할 수 있도록 하겠다는 생각이 있으며, 전과가 있는 사람들이 자립·재활하는 것에 도움을 주려는 것이다. 이 제도는 주로 형이 짧거나 벌칙이 크지 않는 범죄에 한하여 적용되며, 장기형을 수형한 사람들에게는 적용되지 않는다(예컨대 아동 성폭행 가해자의 정보는 의무적으로 공개된다). 대부분의 주와 준주에서는, 그 내용에는 차이가 있지만, 성문의 형 실효법을 가지고 있으며, Victoria와 South Australia에는 법은 없고 경찰의 정책으로 시행하고 있다.

형 실효에 관한 법령들과 차별금지법령들 사이에는 큰 차이가 있기 때문에 사용자들은 그 차이와 어떤 법령의 적용을 받게 되는지를 잘 알아둘 필요가 있다. 형 실효에 관한 법령에 의하면 구직지원자나 근로자들은, 질문을 받은 경우에도, 다른 법의 예외 규정이 없는 이상 실효된 형에 관해서는 고지⁶⁹⁾할 필요가 없다. 특별한 직업에 관한 예외 규정이 없는 한 경찰도 실효된 형에 관한 정보를 사용자

68) Spent Convictions Act 1988 (WA); Equal Opportunity Act 1984 (WA); Discrimination Act 1991 (ACT), s7; Spent Convictions Act 2000 (ACT).

69) 원래 사용된 용어는 '공개'를 의미하는 'disclosure'지만 근로자 측에서 먼저 밝히는 것을 '공개'라고 하는 것이 자연스럽지 않아, 사용자 측에서 알리라고 하는 것은 '공개'로, 근로자 측에서 먼저 알리는 것은 '고지'로 나누어 번역하였다.

에게 적용하지 않으며, 경찰들 간에도 각자의 형 실효 제도에 따른 범위 내에서 정보 제공 여부를 결정하게 될 것이다.

사용자가 다른 방법에 의해 실효된 형에 관한 정보를 얻었다고 하더라도, 이를 채용 결정에 고려해서는 안 된다. 형 실효 제도마다 차이가 있기 때문에 어떤 구직지원자나 근로자들은 실효된 형을 고지하거나 또는 실효되었다고 잘못 생각해서 고지하지 않는 경우가 생기게 되고, 이러한 실수가 있을 때 사용자의 처분에 관해서 진정이 제기되는 경우가 많다.

다. 사생활 보호 법령들 (Privacy laws)

사생활 보호 법령들에 의하면 전과 관련 정보는 민감한 개인 정보에 포함되기 때문에, 사용자는 이에 관한 사생활의 자유를 인정해야 한다. 몇몇 예외는 있지만, 사용자로서는 사생활 보호 법령들에서 정한 원칙을 가능한 따르는 것이 좋다. 전과와 관련된 사생활의 침해는 사용자와 근로자 간의 관계를 악화시킬 뿐 아니라, 전과에 의한 차별이나 사생활보호법(the Privacy Act of 1988) 위반으로 진정될 수 있다.

라. 노동관계법 (Industrial Relation laws)

주와 연방의 노동관계법은 전과가 있는 사람들이 부당한 처우(특히 부당해고)를 당하는 것을 규제하고 있다. 이들 법령은 퇴직이나 보상(근로조건)에 있어서의 부당한 처우를 규제하고는 있으나 채용에 관한 것에는 적용되지 않으며, 연방법으로는 사업장노동관계법(WRC, Workplace Relations Act of 1996)이 있다. 노동관계법 법률 관련 사건은 노사관계위원회(AIRC, the Australian Industrial Relations Commission)에서 심의하게 되는데, 전과와 관련된 사건도 상당수 있었다. 이 법은 수습·임시직·특수 프로젝트 채용자 등에게는 적용되지 않는다. Victoria 주를 제외한 대부분의 주에서 WRC에 근거한 제소를 인정하고 있다.

마. 사용자들에게 전과 관련 정보를 조회하도록 하고 있는 법령들 (Laws requiring employers to check criminal records)

어떤 사용자들이나 자격·등록 기구들은 법적으로 근로자와 구직지원자들의 전과를 조회하고, 이를 채용 상 결정에 반영하도록 되어 있다. 대부분은 아동의 보호를 위한 것이 많으며, 몇몇 주에서는 성문법으로 몇몇 주에서는 정책과 가이드라인을 통해 이를 규정하고 있고, NSW와 Queensland는 이를 의무화하면서 아동에 대한 성폭행 전과는 자동적인 결격사유가 될 수 있다고 한다. 그러나 두 법령 모두 그 사람이 특정 전과에도 불구하고 아동의 안전을 보장할 수 있다는 내용의 항변을 할 수 있도록 하고 있다.

이러한 규정이 적용되는 직업으로는 교직, 경기 관련직(gaming and racing), 간호, 경찰, 대중교통 운전, 보안 책임자, 택시 운전자, 교정직(correctional services), 법률업무, 중고판매업자나 전당포업 등이 있다.

사용자들은 이들 법령을 숙지해야 하지만, 이러한 법령이 있다고 해서 전과가 무조건 결격 사유가 되는 것은 아니므로 내용을 명확히 알아둘 필요가 있다.

3. 직무의 고유한 요건 (Section 4)

특정한 전과가 특정 직무의 고유한 요건을 충족할 수 없다는 것을 의미하는 경우에는 차등 처우를 할 수 있다. 무엇이 직무의 고유한 요건인지를 결정하는 것은 사용자가 하는 것이지만, 그것은 객관적으로 증명되어야 한다. 이 지침에서는 사용자들이 무엇이 직무의 고유한 요건인지를 결정하는데 필요한 도움을 주고자 하지만, 이와 관련된 사례는 상대적으로 덜 축적된 상태이고 각 사례와 정황에 따라 법리를 달라질 수밖에 없는 것이다.

가. 판단 시기

직무가 어떻게 광고되는지에 따라 구인 절차가 진행되는지가 달라질 수 있기 때문에, 직무의 고유한 요건에 관한 판단은 구인광고를 내기 전에 결정되어야 한다. 어떤 전과가 있는 사람이 지원했을 때 결정하는 것보다 구인광고를 내기 전에 직무의 필수적 또는 고유한 요건을 판단해야만 구인절차에서 법적 문제나 오해를 피할 수 있다. 그러나 HREOCA에 의할 때 사용자는 그 직무의 일반적 요건 뿐 아니라 특정의 구직지원자의 전과가 그 일에 맞지 않음을 함께 보여야 한다.

나. 판단 기준

1) 1단계 : 직무의 필수적 업무, 작업환경과 요건을 특정

전과가 직무의 고유한 요건인지를 판단하는 바람직한 출발점은 근로자가 수행하는 업무의 내용과 그 작업환경, 그 직무를 수행하는 조직적 요건(organisational requirement)을 정하는 일이다. 예를 들면 귀중품 운송 직무라고 할 때 그 주된 업무는, “도착항에서의 인수와 보세 창고까지의 운반”이 되겠지만, 그에 부수하여 “보세 창고에의 보안 통행 자격”이 필요하다고 할 수 있다. 이들은 전과와의 관련성은 다르지만 두 가지 모두 그 직무의 고유한 요건이라고 할 수 있다. 전자는 전과와는 상관없이 기술적 능력만 있으면 되지만, 보세창고에의 출입에서는 중요한 문제이기 때문에 후자에는 중요한 요소가 된다.

2) 2단계 : 전과가 그 직무의 업무 내용과 요건들에 관련성이 있는지를 평가

이를 확인하기 위해서는 다음 질문들에 답해야 한다.

- 법령에 의할 때, 특정한 직무를 수행하기 위해서는 근로자들이 전과 관련 요건을 충족할 필요가 있는지? (예 : 아동 관련 업무의 경우 특정 전과가 있는 사람들의 채용 금지)

- 특정 직무를 위한 자격과 등록이 필수적인지? 그리고 전과가 있으면 그러한 자격이나 등록을 하는데 장애가 되는지?
- 그 직무에 아동이나 심신미약자와 같이 취약계층 사람들과의 1:1 접촉이 필요한 일이 포함되어 있는가? 그 횟수는 얼마나 잦은가?
- 그 직무에 회계(재정)나 귀중품에 관한 책임을 포함하고 있는가? 있다면, 그 정도는? 어떤 범죄에 관한 유죄 판결이 관련성이 있는가?

이렇게 했을 때 전과가 직무와 관련성이 없다고 판단된다면, 구인 절차를 진행함에 있어서 전과를 고려해서는 안 된다. 반대로 사용자가 특정한 위법 사실이 그 직무에 관련성이 있다고 판단했을 때에는 면접에서 이를 반영하는 질문을 구성하게 된다(그 방법에 관해서는 Section 5를 참조). 그리고 이러한 직무의 고유한 요건은 구직지원자들을 위해 어떠한 형태로든 공지되어야 한다.

[관련 사례]

- **진정의 요지** : 채용 인터뷰에서 전과에 관하여 아무런 질문도 받지 않고 어떠한 기재도 요구받지 않아 지역사회 예술 기획 직무에 채용된 사람이, 10주 후에 수행 업무 중 구치소에 방문해야 하는 일이 있는데 그러려면 교정청으로부터 보안 출입자격을 받아야 했고, 그 때 조회를 통해 전과 사실이 알려져 해고되었다.
- **사용자 주장의 요지** : 구치소 방문은 그 프로젝트의 일부이고, 보안 출입자격을 얻는 것은 그 직무의 고유한 요건이다. 또한 진정인은 채용인터뷰에서 그러한 업무 내용에 관한 이야기를 듣고서도 구치소 출입자격이 문제가 될 것이라는 점을 밝히지 않았다.
- **결론** : 위원회는 구치소 출입자격이 직무의 고유한 요건이기 때문에 차별이 없다고 하여 진정을 기각하였다.

3) 3단계 : 개인의 전과가 그 직무의 고유한 요건과 관련된 것인지를 평가

사용자가 전과가 직무의 고유한 요건이라고 판단하여 그에 따라 구인 광고를 낸 경우에도, 전과가 있는 사람이 지원하면 이를 사례별(case-by-case)로 평가해야 한다. 각 구직 지원자는 먼저 그 능력이 업무에 맞는지를 평가받고, 그 다음으로 특정 전과와 직무상 요건과의 관련성을 평가받는다. 그 상세한 내용은 Section 5에서 논한다.

다. '직무의 고유한 요건' 사례에서의 핵심

각 직무와 전과의 내용이 다르기 때문에, 어떤 경우 전과가 직무의 고유한 요건이 되는지를 일률적으로 정하는 기준은 없다. '직무의 고유한 요건'은 ILO와 호주 법원, 그리고 HREOC에 의하여 판단되어 왔다. 아래 사례들은 전과가 아닌 차별 사유에 관한 것도 있고 확실한 원칙이라고 보기도 어려우나, 현재 판례의 흐름을 보여준다는 의미는 있을 것이다.

1) 직무의 고유한 요건이란 부수적·주변적이거나 우연한 것이 아니라 그 직무에 있어서 '필수적인' 것이다 : 대법원의 Gaudron 판사는 "직무의 고유한 요건인지 여부를 판단하는 실용적인 방법은 ... 그 요건이 없어도 그 직위(position)가 그대로인지를 보는 것"이라고 했다⁷⁰⁾.

2) 직무상 고유 요건 항변이 제기되기 전에 '특정한 직위의 고유한 요건'인지 여부를 판단하고 특정 근로자에게 그것을 결정하는 것은 사용자의 책임이다⁷¹⁾ : 광범위하고 일반적 설명들은 '고유한 요건'이 될 수 없으므로, 사용자는 사례별로 직무상 요건을 특정 근로자에게 적용하는 것을 판단해야 한다.

70) Christie's Case

71) Hall's Case p36 ; Zraika v. Commissioner of Police, NSW Police (2004) NSW ADT 67

[관련 사례 - 장애] Zraika v. Commissioner of Police

Zraika는 NSW의 경찰에 지원했으나 왼쪽 눈 시력 불안정 때문에 채용이 거부되었다. 그는 장애 때문에 채용이 되지 않았다고 제소하였고, NSW 경찰은 시력 불안정 때문에 경찰 업무를 수행할 수 없다고 주장했다. 이에 대해 재판소는 피고가 Zraika의 채용을 거절한 시점에서 시력이 경찰 업무의 고유한 요건임을 보이지 못했다고 하면서, 직무의 고유한 요건으로 인정하지 않았다⁷²⁾.

- 3) 고유한 요건은 수행되는 특정한 직무와 사업의 특성이나 그 사업이 행해지는 정황 등 그 직위를 둘러싼 환경을 고려하여 판단되어야 한다⁷³⁾.

[관련 사례 - 연령] Christie' s Case

Christie 사건은 연령차별에 관한 것이고 전과에 관한 것은 아니지만 무엇이 직무의 “고유한 요건” 인지 에 관해 중요한 점을 시사하고 있다. Qantas 항공에서 조종사로 일하다가 60세(조종사 연령에 관한 국제적 규제에 의한 연령 상한)에 이르러 고용이 종료된 Christie는 연령차별이라며 제소하였는데, 대법원은 국제선 조종능력(자격)이 조종사라는 직무의 고유한 요건이기 때문에 차별이 아니라고 판단하였다. 비록 Christie는 비행기 조종업무(그 중에서도 특히 국내선)를 할 수 있다고는 하였지만, 국제선 비행이라는 ‘직위(position)’의 고유한 요건을 충족하지 못했기 때문이라는 것이었다. 이와 같이 ‘직무상 고유함’이라는 것은 특정의 구체적 업무 뿐 아니라 그 업무가 행해지는 전체 맥락(context)을 고려해야 하는 것이다.

- 4) 특정 직무의 고유한 요건과 어떤 개인의 전과 사이에는 ‘밀접한 관계(tight correlation)’가 있어야 한다. 이는 단순히 ‘논리적 연관’ 이상의 것이어야 한다⁷⁴⁾.

[관련 사례 - 전과] Christensen's Case

72) Zraika v. Commissioner of Police, NSW Police (2004) NSW ADT 67, at 40.

73) X's Case at 208, Christie's Case, Hall's Case p.33, S Selleck p.10

74) Hall's Case p35 · 36; Commonwealth v. Bradley (1999) 95 FCR at 237 per Black CJ. ; Wall v. NT Police Services, Anti Discrimination Commission, 14 March 2005 (Wall's Case).

Adelaide Casino의 바텐더 직에 지원한 Christensen은 15세에 가게에서 술 2평을 흥친 전과사실 때문에 채용이 거부되었고, 전과에 의한 차별을 주장하면서 인권위에 진정을 제기하였다. 카지노 측은 신뢰할 수 있어야 하는 것이 바텐더 직무의 고유한 요건이라고 주장하면서 그녀의 범죄사실이 이를 수행할 수 없음을 보여주는 것이라고 항변하였다. 위원회는 바텐더의 신뢰성과 전과에 의한 채용거절 사이에 충분히 밀접한 관련성 (sufficiently close connection)이 없다고 판단하였다. 이 사건에서 사용자에게는 Christensen의 신뢰성과 직무의 고유한 요건 수행 능력을 판단할 수 있는 정보가 있었다. Christensen의 유죄판결은 이미 7~8년 전의 일이고, 15세 때였다. 사용자로서는 그녀의 전과가 아니라 더 관련성 있는 자료들을 통해 신뢰성을 판단했어야 했다⁷⁵⁾

5) 차별금지 규정의 취지를 해치지 않기 위해서 직무의 고유한 요건은 매우 엄격하게 해석되어야 한다 : 연방대법원은 HREOCA의 활동과 목적을 다음과 같이 보고 있다 -

인권과 평등이라는 이상에 대한 존중 - 고용에서의 기회 균등을 포함하여 - 은 모든 사람이 특정 그룹 구성원의 특성에서 비롯된 선입견이 아니라 각자의 장점에 의해 취급되어야 한다는 것을 의미한다... 이 점은 '차별' 을 정의함에 있어서도 반영되어야 한다 ... 왜냐하면 그렇지 않고 개인에 대한 평가 없이 부정적 선입견이 통용된다면, 고용에서의 기회 균등 실현이라는 HREOCA의 필수적 목적은 훼손되기 때문이다⁷⁶⁾...

라. 직업상 건강과 안전의 문제 (occupational health and safety)

다른 사람들이나 그들 자신의 건강과 안전에 수인할 수 없는 위험을 가하지 않아야 한다는 것은 직무의 고유한 요건이 될 수 있다. 예컨대 버스 운전직에 지원한 사람이 중대한 교통사고 위법행위 전력이 있다는 것은 다른 사람들에게 수인할 수 없는 위험을 가하는 것이 된다.

75) Christensen's Case

76) Commonwealth v. Bradley (1999) 95 FCR 218 at 235 per Black CJ.; Commonwealth v. Human Rights and Equal Opportunity Commission and Ors (1998) 158 ALR 468 at 482, per Wilcox J.

[관련사례 - 장애 · 병력] X v. Commonwealth 사건

이 사건에서 대법원은 건강과 안전 측면에서의 고유한 요건의 의미를 판단하였다. X는 일반 병사로 군대에 입대했는데, 신병 교육을 시작했을 때 HIV 보균자로 판명이 되었고 방위정책(defence policy)에 따라 제대조치를 당했다. 정부 측은 그가 신체적인 이유 때문에 그 직무의 고유한 요건을 달성할 수 없다고 주장하였고, 무엇보다 다른 병사들에게 HIV를 감염시킬 위험이 있다고 하였다. 대법원은 채용을 결정할 때 다른 근로자들의 건강과 안전을 고려하는 것이 타당하다고 하면서, 다만 다른 사람에 대한 위험의 정도나 실현된 위험의 결과는 평가에서 언급이 되어야 한다고 하였다⁷⁷⁾

그러나 사용자는 일정한 형태의 전과를 가진 사람들에 대해 쉽게 선입견을 가지지 않도록 주의해야 한다. 어떠한 사람이 그 직무의 고유한 요건을 충족하는지 여부를 평가하기 위해서는 개별적인 평가가 이루어져야 한다. 나아가 건강과 안전 문제가 그 직무에 있어서 필수적인 것일 때에는 특정한 전과를 가진 사람을 배제하는 이유로 직무상 건강 · 안전 문제를 내세워서는 안 된다.

마. “좋은 인성과 신뢰성”이 직무의 고유한 요건이 되는지

특히 공공부문이나 경기 관련직(racing or gaming), 간호사와 같은 직업에서의 자격과 등록에 있어서는 ‘좋은 인성(good character)’과 ‘신뢰성(trustworthy)’이 직무상 요건이 될 수도 있다. 예컨대 위 Christensen 사건에서 위원회는 신뢰성과 좋은 인성이 카지노 바텐더의 직무의 고유한 요건이라고 인정하고, 다만 그 직무의 고유한 요건들이 Christensen의 채용을 거부한 것과 밀접한 관련이 없다고 한 것이었다. ‘좋은 인성’과 비슷한 것으로는 ‘적당하고 적합한 사람(a fit and proper person)’이라는 요건도 있다.

[관련 사례 - 전과] A Solicitor v. The Council of the Law Society of NSW⁷⁸⁾

77) X's Case, Gleeson C J at 43.

78) A Solicitor v. The Council of the Law Society of New South Wales [2004] HCA 1 (4 February 2004).

한 사무변호사(solicitor⁷⁹)가 “직업적 과오가 있으므로 법률업무에 적당하고 적합한 사람이 아니다” 고 한 NSW 항소법원 결정에 불복한 사건이다. 이 사무변호사는 1998년에 두 명의 의붓딸을 성폭력 했다는 혐의로 유죄판결을 받았고 그것이 변호사협회에 통보되었다. 그러나 그 유죄판결에 대해 징계를 할 지 검토가 이루어질 때에 2000년에 가중처벌을 받았다는 사실을 고지하지 않았다. 두 번째 혐의사건은 결국 파기되었다. 대법원은 그 사무변호사가 두 번째 혐의사실을 고지하지 않았으므로써 직업적 과오(professional misconduct)가 있기는 하지만, 그렇다고 해서 그가 법률업무에 적당하고 적합하지 않다고 할 수는 없다는 이유로 그의 상고를 받아들였다 : “... 1997년 고소 사건은 변호사가 된 다음의 일이 아니고, 직무수행과 관련이 없다 ... 신뢰의 특성과 그에 대한 훼손이 이루어지는 상황이 직업적 업무수행과 관련이 멀기 때문에 그의 개인적인 과오를 직무상 과오로 연결시키는 것은 잘못이다...”⁸⁰)

사용자는 어떤 사람의 전과가 그의 성격을 규정한다는 근거 없는 단정을 하지 않도록 유의해야 한다. 이 사례는 전과가 있다는 사실만으로 한 사람의 성격이 결정되는 것은 아니며 시간의 경과를 과거의 과오를 치유한다는 점을 말하고 있다.

바. 사업장 또는 산업 전체의 요건

어떤 사용자들은 한 사업장이나 산업에 거치는 수많은 다른 직무의 고유한 요건들이 비슷하다고 본다. 이런 경우 사용자는 비슷한 채용 절차를 거치게 된다. 예컨대 회계 관련 기구에는 재정상의 계약을 다루는 책임자들이 많이 있을 것이므로, 횡령이나 절도의 위법사실이 그 기구의 모든 직무에 관련성이 있다고 판단할 수 있고, 전과 조회와 관련해서 비슷한 광고를 내고 비슷한 구인 절차를 거칠 것이다. 또한 공공서비스 부문이나 자격증이나 등록 관련 기구도 직무 범위를 망라하여 비슷한 채용 절차나 “좋은 인성”과 같은 직무상 요건을 적용하고자 하는 경우가 많다.

79) 최근에는 변하고 있으나 영연방 국가에서는 전통적으로 법정 변호사(barrister)와 사무변호사(solicitor)를 구분하였고, solicitor는 법정에 나가지 않는 변호사를 말한다.

80) A Solicitor v. The Council of the Law Society of New South Wales [2004] HCA 1 (4 February 2004) at 32.

그러나 직무의 고유한 요건의 원칙은 여전히 개인이 처한 상황을 고려하고 특정한 직무에 견주어 볼 것을 요한다는 점을 명심하여야 한다. 그렇지 않으면 차별이 행해질 위험이 있다.

[관련사례 - 전과] Hall's Case

Hall은 경마관리사로 일하기 위해서 Thoroughbred Racing Board에서 경마관리사의 자격증을 받을 필요가 있었다. 자격증을 신청할때 교통사고와 음란노출 혐의를 포함한 유죄판결 사실을 고지하지 않았는데, 그 사실이 밝혀지자 자격증 발급이 거부되었다. 피진정인은 경마산업에 있어서 대중의 신뢰는 매우 중요한 요소이고 산업에 대한 대중의 신뢰는 그 산업에 종사하는 사람들의 정직성이나 청렴함과 관계가 있으므로, 경마관리사에게 전과가 없어야 한다는 것은 직무의 고유한 요건이라고 주장하였다. 그러나 HREOC는 산업 일반에 관한 일반적 진술이 경마관리사의 직무에 전과가 관련성이 있다는 것을 보이는 데에는 충분하지 않다고 하면서 차별이라고 인정하였다 : “... 경마산업에서 특정한 직무의 고유한 요건이라는 것이 ‘적당하고 적합한’ 이라는 요건을 포함한다고 하더라도, 그 고유한 요건들의 정확한 내용은 각각의 직무별로 검토되어야 한다. 이 쟁점에 관하여 ‘산업 전체’의 요건이라는 측면에서 접근하는 것은 매우 불충분하다. 전체 직업에 대하여 고유한 요건 예외를 인정하는 것은 바람직하지 않다고 한 ILO 전문가 위원회도 이러한 입장을 뒷받침하고 있다...” 81)

4. 구인 (Recruitment, Section 5)

사용자가 전과 기록의 공개와 관련하여 처음부터 공정하고 투명한 절차를 진행한다면 이와 관련된 차별 진정은 많이 줄었을 것이다. 한편으로 대부분의 사용자들은 오히려 구직지원자들이 요청이 있으면 전과에 관해 정직하게 공개해야 한다고 생각하는 반면, 전과가 있는 사람들은 전과 때문에 부당하게 취급되어질 것을 민감하게 알고 있기 때문에 알리지 않기로 할 수 있다. 이렇게 민감한 부분에서 만약 사용자들이 정직하고 투명한 정보 교환이 이루어질 수 있는 환경을 조성한다면 많은 문제가 해결될 것이다.

81) ILO, Fundamental rights at work and international labour standards, Geneva, International Labour Office, 2003

몇몇 직무에 있어서 전과는 관련성이 없다는 점을 기억하는 것이 중요하다. 사용자는 그것이 직무의 고유한 요건과 관련성이 없는 경우 구직지원자들에게 전과 정보를 요구할 필요가 없다. 그렇기 때문에 사용자들은 구직지원자들에게 전과 정보를 묻기 전에 Section 4의 직무의 고유한 요건 평가 부분을 숙지하여야 한다.

지침 1. 사용자는 사용자와 구직지원자나 근로자 사이의 전과 관련 정보가 투명하고 정직하게 교환될 수 있는 환경을 조성해야 한다.

가. 사용자는 구직지원자들에게 전과 관련 상세 정보를 요구할 수 있는가

근로자나 구직지원자들이 일정한 전과를 가지면 안 되는 경우가 있다. 이런 경우 사용자는 근로자나 구직지원자들에게 전과와 관련해서 물을 수 있다. 그러나 전과 조회를 위해서 근로자의 동의를 얻어야 한다.

그러한 외부적 강제가 없는 경우에도 사용자가 전과에 관하여 물을 수 있다. 그러나 사용자는 특정 직무의 고유한 요건과 전과 사이에 관련이 있는 경우에만 전과 관련 질문을 할 수 있다. 이 원칙은 위법한 차별이 될 수 있는 정보 요구가 허용되지 않는 Northern Territory에서는 법제화 되어 있다⁸²⁾.

[관련사례] Hosking v. Fraser 사건

Northern Territory의 반차별위원회는, 그것이 직위의 고유한 요건과 관련이 없기 때문에, 직업소개소는 간호 업무에 대한 모든 지원자들에게 전과관련 정보를 달라고 해서는 안 된다고 하였다⁸³⁾. 문제가 된 자리는 먼 원주민 공동체(Aboriginal Community)에서의 간호 업무였는데, 직업소개소는 지원자 모두에게 경찰청 전과 조회에 동의하라고 하면서 동의를 하지 않는 경우 DB에서 삭제된다고 하였다. 이와 관련하여 그 직업소개소는 범죄자, 부적절한 사람들을 걸러내어 신뢰가 필요한 자리에 가지 못하게 하는 것이 그들의 일이라고 항변하였다. 그들은 원주민들의 관습과 이들 불이익을 받은 사람들이 매일 면하게 될 현실을 고려하면 요구된 정보는 필수적이라고 주장하였다. 그

82) Anti Discrimination Act 1992 (NT) 제26조

83) Hosking v. Fraser Central Recruiting (1996) EOC 92 859

직업소개소가 그 지원 정보를 사용자에게 보냈음에도 불구하고, NT 위원회는 직업소개소가 경찰 전과 조회가 직위의 고유한 요건이라며 제출한 증거들에 설득력이 없다고 판단하였다 : “... 불량한 사람들로부터 원주민 사회를 보호하고자 하는 것은 바람직하지만, 특정한 업무나 특정한 전과 조회와의 관련성이나 실효된 형에 관한 전과 기록과의 관련성 등을 전혀 고려하지 않은 채 일반적으로 경찰기록을 조회하는 것은 합리적이지 않다. 채용 서식과 거기에서 도출되는 정보들은 수행되어야 하는 의무와 관계가 있어야 하고, 차별적이지 않은 용어로 표현되어야 하며, 차별적이지 않은 관행에 기초해야 한다. 그리하여 NT 위원회는 그 직업소개소가 차별의 소지가 있는 불필요한 정보를 요구했다고 판단하였고, NT 차별금지법에 반한다고 하였다.

나아가 사용자는 연방과 주의 사생활보호법이 개인정보는 그 이용자의 기능과 활동과 직접 관련되는 한도에서만 수집되어야 한다는 점을 명확히 하고 있다는 점을 명심해야 한다.

한 사람의 전체 전과기록을 채용 목적으로 수집하는 것은 과도한 것일 수 있다. 사생활 보호법에 소규모사업장 등의 예외가 있기는 하지만, 사생활보호법은 구직지원자로부터 전과와 같은 개인정보를 불필요하고 과도한 방식으로 수집하고 사용하는 것을 금지하고 있다(Section 3 참조). 즉 사용자가 구직지원자에게 직무와 관련성이 없는 질문을 한다면, 그들은 사생활보호법과 차별금지법을 동시에 위반할 위험이 있게 되는 것이다.

지침 2. 사용자는 특정의 전과나 혐의 사실이 업무의 본질과 관련 있다는 점을 확인했을 때에만 구직지원자나 근로자들에게 그 전과 정보를 공개하라고 요구할 수 있다.

나. 구직지원자는 전과를 고지해야 하는가

비록 사용자의 채용 의사에 영향을 미친다고 하더라도, 장래의 근로자가 그의 이전 기록 모두를 자발적으로 공개해야 할 일반적 의무가 있는 것은 아니다⁸⁴).

84) Andrew Gordon Stock v. Narrabri Nominees Pty Ltd trading as Tyre Mart Bunbury, Western Australian Industrial Relations Commission (16 August 1990); Bell v. Lever Brothers Ltd [1932] AC 161; Concut Pty Ltd v. Worrell (2000) 176 ALR 693; Gordon & Gotch (Australasia) Ltd v. Cox (1923) 31 CLR 370; Hands v. Simpson Fawcett & Co Ltd (1928) 44

[관련사례] Stock v. Narrabri Nominees, WA Industrial Relations Commission

Stock은 1990년 타이어 정비공으로 채용되었는데, 지원시 전과 관련 질문을 받은 적이 없다. 새로운 사업을 시작하면서 사용자가 지역신문에 광고를 내면서 직원의 사진을 함께 실었는데, 몇몇 사람들이 Stock의 절도 전과와 횡령 처벌 사실을 알리는 전화를 해왔고, 그 사실을 알게 된 사용자가 Stock을 해고했다. 노동위원회 “... 사용자의 채용 의사에 영향을 미친다고 하더라도 모든 전력을 자발적으로 모두 고지해야 하는 일반적인 의무가 없다는 것은 명확하다⁸⁵⁾” 고 하면서, Stock에 대한 해고가 부당한 것이었다고 하였다.

아동 관련 직무에서처럼 법령에 의하여 전과를 고지해야 할 필요가 있는 경우, 구직지원자는 전과를 반드시 고지해야 한다. 그런 경우를 제외하고는 질문을 받는 경우에도 반드시 대답해야 하는 절대적 의무가 생기는 것은 아니다. 그러나 만약 사용자가 합리적인 질문을 했다면 - 예컨대 직무와 관련성이 있는 전력에 대하여 특정한 질문을 한다면 - 그에 대한 대답을 하지 않는 것을 이유로 하여 채용을 거절할 수 있을 것이다. 반대로 그것이 직무와 관련성이 없다면 차별 진정을 당할 수 있다.

때때로 구직지원자들은 지원하고 있는 직무와 전과 사이에 아무런 관계가 없다고 생각하며, 원칙적으로 이러한 상황에서는 질문에 답할 의무는 없다. 그러나 현실에서 특정한 전과가 특정한 직무와 관련이 있는지를 판단하는 것은 어려운 경우가 많다.

[관련 진정사례] 관련성이 없다고 판단하여 고지하지 않은 사례

진정 요지 : South Australia의 구치소에서 보안담당자로 채용되어 훈련을 받고 있던 진정인이 전과 때문에 해고 되었다. 구직지원 서류 양식은 형사 소추되어 유죄 판결을 받은 적이 있는지를 묻고 있었다. 진정인은 15년 전에 대마초 소지혐의로 유죄판결을

TLR 295

85) Stock v. Narrabri Nominees, Western Australian Industrial Relations Commission, No.1122 of 1990, citing Cambourn v. A.E. Leer and B.A. Leer (1979) AR (NSW) 523.

받은 적이 있었으나, 관련성이 없다고 판단하여 이를 고지하지 않았다. 채용은 전과조회를 조건으로 하는 조건부였고, 조회 결과 유죄판결 사실이 드러났다.

피진정인의 답변 요지 : 사용자는 허위 정보를 제공했고 전과로 인하여 직무의 고유한 요건을 충족하지 못했기 때문에 본채용이 되지 못한 것이라고 주장했다.

결과 : 위원회는 진정인을 채용하지 않은 결정은 질문에 대하여 진실되게 대답하지 않았기 때문이고, 그 특정 직무에는 전과가 없을 것이 직무의 고유한 요건이라고 하면서, 진정을 기각하였다.

이와 같이 위원회에 전과 때문에 채용이 거부되었다거나 해고되었다며 제기되는 진정 중 많은 경우, 피진정인들은 전과 때문이 아니라 전과를 고지하지 않은 것이 부정직하기 때문이라고 주장하곤 한다.

위원회는 사용자의 행동이 실제 전과 때문이 아니라 부정직 때문인 경우에는 진정인의 청구를 기각할 것이다. 사용자는 구직지원자들에게, 어떠한 유죄판결 사실이 그 직무와 관련이 있는지와 모든 것을 솔직히 고지하지 않으면 부정직한 것으로 취급될 수 있다는 점을 설명할 수 있을 것이다. 그리고 이는 차별 분쟁으로 나아갈 수 있는 의사의 불일치 가능성을 최소화하는데 도움이 될 것이다.

다. 구직지원자는 어디까지 고지해야 하는가

전과가 직위와 관련이 있는 경우, 근로자가 자발적으로 고지하기로 하거나 공개해달라는 요구를 받았을 때, 전과에 관한 모든 것을 고지하지는 않을 수 있다. 정확히 어떤 정보를 고지해야 하는지는 상황에 따라 다르다.

일반적으로 혐의는 인정되었지만 유죄 판결까지 받지 않은 경우까지 고지할 필요가 없을 것이다. 다만 만약 사용자가 특정해서 “유죄 판결을 불문하고 혐의인정 사실”에 관하여 묻는 경우라면 사정은 달라질 수 있다.

게다가 많은 경우 실효된 형은 고지할 필요가 없다. 그러나 아동을 다루는 일 등의 특정한 고용관계에 있어서는, 형 실효 관련 법령의 예외가 된다. 나아가 성범

죄와 같이 절대 실효하지 않는 범죄도 있다.

지침 3. 형 실효에 관한 법률의 적용 제외가 아니라면, 구직지원자나 근로자에게 구두나 서면으로 실효된 전과를 공개할 것을 요구할 수 없다.

라. 구인 광고

사용자가 어떠한 직무에 전과가 관련성이 있다고 결정한 경우, 광고와 구직자에 제공되는 정보나 직업소개소에 제공되는 정보에 그 내용이 포함되어야 한다. 하지만 그렇게 관련성이 있는 경우에도 법령상 정당화되는 경우를 제외하고는 그것이 곧바로 채용장애가 될 수 있는 것은 아니다. 이러한 원칙은 채용을 위한 절차의 조기에 투명한 정보 교환이 이루어질 수 있게 해주며, 구직지원자가 그 자리에 지원할지 여부를 결정하는데도 도움이 된다. 정보를 제공할 때 사용자는 왜 그 직무에 그러한 조건이 필요한지를 간단하게 설명하는 것이 좋다.

HREOCA가 전과에 의한 차별적 광고를 명시적으로 금지하고 있지는 않지만, 광고로 인한 차별로 진정하는 것은 가능하다. 예를 들어 어떠한 구인광고가 전과 때문에 고용할 수 없다는 내용을 포함하고 있어 구직 기회를 박탈하는 것이라면 기회 불균등이 될 수 있다.

▪ 구직지원자에게 전과조회 요구를 고지하는 구인광고의 예

이 직무에 지원하는 최종 구직지원자들은 전과 기록 조회에 동의하여야 합니다. 전과가 있는 사람은 자동으로 탈락하는 것이 아님을 유념해 주십시오. 각 지원들은 모두 각자의 지원 자격에 맞추어 심사를 받게 됩니다.

광고에는 비밀을 유지하면서 더 많은 정보를 조회할 수 있다고 할 수도 있다. 이런 경우 비밀보장을 확인하기 위해서 그러한 비밀 접촉을 할 사람의 이름이 명시되어야 하고, 그 사람은 선발 절차에 관여해서는 안 된다.

형 실효에 관한 법령이 적용되지 않는 사업장인 경우에는, 이 사실 또한 광고에

명시되어야 한다.

▪ 구직지원자에게 형 실효 법령 예외사업장임을 고지하는 광고의 예

모든 구직지원자들은 전과 조회에 동의해야 합니다. 이 직무는 형 실효에 관한 법령 적용의 예외이므로 모든 법 위반사실이 명확히 고지되어야 할 필요가 있음을 유념해 주시기 바랍니다. 그러나 각 지원들은 모두 각자의 지원 자격에 맞추어 심사를 받게 될 것입니다.

지침 4. 구인광고나 공석인 자리에 관한 직무설명에 그 직무에 전과 조회가 필요한지를 명확히 해야 한다. 그 경우, 법이 정하는 특별한 요청이 없는 한, 전과가 있다고 하여 자동적으로 탈락하는 것은 아님을 명시해야 한다.

마. 언제 전과조회를 의뢰하는가

대부분의 직무에 있어서 전과 조회는 최종 후보자들이나 인터뷰 대상자들에게만 요구해야 한다. 이렇게 함으로써, 다음과 같은 것들을 최소화할 수 있다.

- 공개 동의에 소요되는 불필요하고 소모적인 행정 집행
- 경찰 기록 조회에 소요되는 비용
- 불필요한 용도로 개인비밀 정보가 누출될 위험

모든 지원자들은, 채용 여부가 그들의 전과 조회 결과 평가에 달려 있다는 사실을 사전에 통지받아야 한다. 이 사실은 지원서에 명시되어야 하고 인터뷰에서도 자세히 설명되어야 한다. 경찰 조회 결과를 받기 전에는 최종적으로 채용통보를 하지 않는 것이 이상적이다. 채용하고 훈련을 시작하였는데 관련된 유죄판결 결과가 조회된 경우에는, 근로자에게 부적절한 부담을 주고 사용자의 자원 낭비도 있기 때문이다.

그러나 조회가 며칠에서 몇 주까지 소요될 수 있고, 채용이 시급한 경우가 문제될 수 있다. 결과적으로 그런 경우에는 서둘러서 전과 조회 결과를 받을 필요가

인정될 수 있을 것이나, 이는 긴급한 채용의 필요가 있을 때에만 해당된다.

만약 전과 조회 전에 어떤 사람을 채용하기를 원한다면, 그 근로자에게 채용이 조건부임을 알리고 절차를 진행해야 한다. 이는 전과 조회 전에 그 신입 근로자가 아무런 유죄판결 사실을 알리지 않았다고 하더라도 해당된다.

바. 경찰의 전과 조회

호주 경찰은 매우 알기 쉬운 범죄경력 정보를 집적하고 있다. 각 주나 준주 그리고 연방 경찰은 법원의 유죄판결의 상세한 기록을 각자의 시스템에 축적하고 있다. 경찰에 국내 범죄경력 조회를 요청하는 개인이나 기관들은 국가경찰증명서(a National Police Certificate)를 받게 된다.

연 500건 이상을 조회하는 기관은 범죄기록을 관리하는 연방정부 기관 CrimTrac에 등록해야 한다. 경찰 전과와 CrimTrac의 범죄경력 조회는 관련된 사람의 서면 동의가 있어야 하며, 이런 것이 없이는 조회될 수 없다.

경찰이나 CrimTrac은 사용자나 근로자에게 '공개 동의 양식'에 필요한 기본 정보를 요구한다. 몇몇 경찰서들은 웹사이트에 그러한 표준 양식을 게시하고 있고, 전과 조회와 관련된 연방 경찰서들에 관한 자세한 내용은 이 지침 뒤쪽에 첨부되어 있다. 경찰 전과조회에서는 특정한 위반사실만 요청하는 것은 불가능하고, 직무와의 관련성을 불문하고 모든 공개 가능한 정보를 제공하게 되어 있다. NSW에서 아동 관련 일자리와 같이 법률상 정해진 경우에만 직무와 관련된 정보에 한정될 수 있다.

1) 국가 경찰 증명서

국가경찰증명에는 전과 없다는 자료나 공개 가능한 범죄 경력 상세자료가 포함된다. 일반적으로 포함되는 정보는 다음과 같다.

- 법정 출두 사실
- 법원의 유죄판결 (선고 내용과 벌칙을 포함한다)
- 면죄 결정 (유죄판결 없는 범법사실)
- 사회봉사 기타 법원의 명령
- 과태료
- 계류 중인 사건

교통범칙 사실(심각한 것은 제외)이나 경찰조사를 받고 있는 사건은 포함되지 않는 것이 보통이며, 교통범칙 사실의 자세한 내용은 교통수송부에서 관리한다. 그러나 경찰의 증명서에 포함되는 내용은 관할(jurisdiction)마다 달라진다.

실효된 형은 적용제외인 특별한 직업을 제외하고는 경찰 전과조회에는 나오지 않는다. 예컨대 아동을 다루는 업무나 교정 관련 업무에 있어서는 대부분의 실효된 형도 조회에 나오게 된다. 그러나 어떠한 죄가 실효되는지에 관한 것은 관할에 따라 달라진다는 점을 유념해야 한다. 이는 어떤 오래된 유죄판결은 전과 조회에 나올 수도 있다는 것을 의미한다. 일반적으로 경찰은 전과 관련 시스템을 형 실효에 관한 법률에 맞추어 관리하려고 하고 있다.

사용자는 또한 전과 기록 자체에 오류가 있을 수 있다는 점을 유념해야 한다. 당사자에 관한 착오가 있을 수 있고, 기록되지 말아야 할 유죄판결이 기록되어 있을 수도 있다.

- **전과기록 오류의 예** : M은 식당에서 음식 값을 내지 못했고 사기 혐의로 조사를 받았다. 법정에서 M은 치안판사에게 직무와의 관계 때문에 유죄판결 기록이 남지 않게 해 줄 것을 특별히 요청했고, 유죄판결 없이 범칙금만 내게 되었다. 그런데 불행히도 그것이 ‘유죄’ 기록으로 기재되었고, 그 사실이 3개월 수습고용 중이던 직장의 사용자에게도 알려졌다. M이 기록의 오류임을 지적했으나, 수정할 기회는 주어지지 않았고, 그는 해고되었다. 경찰은 그들의 실수를 인정하였으나, 사용자는 3개월 수습기간 중이기 때문에 적법한 것이라고 하면서 해고를 철회하지 않았다⁸⁶⁾

구직지원자와 사용자가 이중으로 조회하는 것이 가장 바람직하다. 이러한 조회에는 신원 확인과 범죄사실에 대한 확인이 포함된다. 부정확하거나 관련성이 없는 범죄경력은 폐기되어야 한다.

사용자는 전과 정보를 안전하게 보관하고 본인의 동의 없이는 누구에게도 공개하지 말아야 한다.

2) 사설 조회기관

보수를 받고 사용자에게 범죄 경력의 상세 정보를 제공하는 기관들이 많이 있는데, 이 정보는 법원 기록과 신문기사에서 취득된 것이다.

어떤 사설 조회기관은 인터넷 사이트를 운영하면서 개인의 동의 없이 조회 의뢰를 받기도 하는데, 이들 기관은 개인정보보호법(Privacy Act)의 적용을 받는다. 그들은 개인의 정보를 사고팔기 때문에 소규모 사업장의 적용예외 규정(6D(4)(c) of the Privacy Act) 적용을 받지 않는다. 고용 기록 적용제외 역시 적용되지 않는다. 국가 개인정보 원칙(the National Privacy Principles) 각 기관은 관련된 개인들의 동의가 없이는 민감한 개인 정보를 수집하거나 공개할 수 없다.

반대로 경찰 기록의 조회는 개인의 동의에 의해서만 생성된다. 오류가 전혀 없는 것은 아니지만, 가장 믿을만한 정보라고 할 수 있다.

지침 5. 전과 조회는 구직지원자나 근로자의 서면 동의가 있는 때만 행해져야 한다.

지침 6. 어떤 사람의 전과에 관한 정보는 항상 개인적이고 비밀을 엄수하는 방식으로 저장되어야 하며, 원래 목적대로만 사용되어야 한다.

사. 경찰 조회 이전에 개인의 전과 기록을 요구하는 것

86) Fitzroy Legal Service and Job Watch, Submission to Discussion Paper on Discrimination in Employment on the basis of Criminal Record, Submission No. 89, p17.

일반적으로 경찰조회 이전에 직접 전과 기록 정보를 묻는 것은 그다지 바람직한 것이 아니다. 사용자가 지원서 양식에 전과 기록을 공개하라고 요구하면, 이는 서류 전형에 합격할지 아닐지도 모르는 사람들의 민감한 정보를 수집하는 것이 되고, 사생활을 침해할 소지가 있으며, 전과를 이유로 한 차별이 될 수도 있다. 경찰 조회는, 지원자의 일반적인 말이 아니라 법률적 용어로 설명하여, 그 사람의 범죄경력을 보다 정확하게 알 수 있게 해준다. 물론 어떤 지원자들은 절차 초기에 자발적으로 밝힐 수도 있다.

경찰조회 이전에 전과에 관한 정보를 요구하는 경우, 사용자는 관련성이 있는 질문만 해야 하고, 지원자의 사생활을 존중해야 한다. 이렇게 해야만 자유로운 정보 교환에 도움이 된다.

예를 들어 질문들을 정할 때, 다음 것들과의 관련성을 고려해야 한다.

- 어떤 종류의 범법 사실인지
- 범죄 시기 : 성인이 된 이후인지, 청소년 시기인지
- 실효된 유죄판결
- 기소와 면소 판결, 유죄판결과의 차이

정보 보호를 위해서 범죄 경력에 관한 정보는 주 입사지원서와는 별도의 종이에 적도록 해야 하며, 정보 보호를 위한 고지문이 포함되어야 한다.

[구직지원자에게 고지를 요구하는 질문들의 예]

이 예들에는 30개월 이하의 유죄판결은 실효된다는 영연방 형 실효에 관한 법률의 적용을 받게 됨을 유의바라며, 아래는 예시문이다. 사용자들은 그 고용의 분야나 직무의 성격에 따라 이를 응용하여야 한다.

실효되지 않은 유죄판결에 대한 고지의 요구

1. 성인이 되고 난 후 지금으로부터 10년 전 이내에 유죄판결을 받은 일이 있는가? 만약 그렇다면, 그 범법 사실, 유죄판결 일시 그리고 각 판결의 내용을 열거하라.
2. 청소년 범죄로서 지금으로부터 5년 전 이내에 유죄판결을 받은 일이 있는가? 만약 그렇다면, 그 범법 사실, 유죄판결 일시 그리고 각 판결의 내용을 열거하라.
3. 10년 이내의 유죄판결 중(청소년 범죄의 경우 5년 이내) 30개월 이상의 구금형을 받은 사실이 있는가? 만약 그렇다면, 그 구체적인 내용을 기술하라.

형실효에관한법률의 적용제외 사업장에서의 질문

1990년 227호 법률에 의하여, 이 기관은 [] 직무에 대한 적합성 판단을 위해 1914년 형법 Part 7-C장 3절의 적용 제외 대상이다. 따라서 당신은 기록이 남아 있는 모든 유죄판결이나 혐의 사실에 관해 그 구체적인 내용을 밝힐 필요가 있다.

특정의 유죄판결에 관해서만 검토할 필요가 있을 때의 질문 구조

재정 관리에게 있어서 재정에 관한 책임감이나 재무 기록 관리는 직무의 본질적 요건이다. 개별적으로 심사는 받겠지만, 사기나 기망과 관련된 유죄판결 사실은 그 직무와 관계가 있는 것으로 간주된다.

1. 성인이 된 후, 지금으로부터 10년 이내에 사기나 절도로 유죄판결을 받은 사실이 있는가? 있다면 구체적인 내용을 기재하라.
2. 청소년으로서, 지금으로부터 5년 이내에 사기나 절도로 유죄판결을 받은 사실이 있는가? 있다면 구체적인 내용을 기재하라.
3. 성인이 된 후 지금으로부터 10년 이내(청소년 범죄라면 5년 이내) 사기나 절도로 유죄판결을 받았고, 그 형량이 30개월 이상인 경우가 있는가? 있다면 구체적인 내용을 기재하라.

아. 면접

서류 전형에 합격한 사람이 이미 관련성 있는 유죄판결 내용을 고지했다면, 선발 면접은 그 유죄판결을 논할 수 있는 중요한 기회이다. 그러나 사용자로서는 사전 주의 없이 전과에 관한 것으로 이야기를 꺼내서는 그다지 바람직하지 않다. 그

전과가 업무와 관련성이 있다고 하더라도, 지원자에게는 전과를 고려한 질문들에 답할 준비할 시간이 있어야 한다.

사용자는 외모나 다른 특징들을 보고 전과에 관한 질문을 해서는 안 된다. 이런 경우에는 전과 또는 인종에 의한 차별 혐의를 받게 되기 쉽다.

면접 때 이르러 처음으로 전과 사실을 고지하는 경우, 사용자는 혐의사실과 그것을 고지하는 이유에 관하여 설명할 수 있게 해야 한다. 사용자는 전과와 업무와의 관련성을 검토한 후, 다음 질문으로 넘어가도록 제안할 것이다.

구직지원자의 전과 관련 질문은 지원자에게 실효된 형이나 관련성이 없는 정보 고지를 요구해서는 안 된다. 다음과 같이 포괄적인 질문들이 그러한 것들이다.

- 경찰서에서 문제된 적이 있는지
- 법원에 간 일이 있는지
- 형사적 범법 사실로 기소된 일이 있는지

자. 구직지원자의 전과 관련 정보의 검토 : 직무의 본질적 요건 기준에 비추어

몇몇 경우 전과와 직무 사이의 관계는 너무나 분명해서 사용자는 쉽게 그 지원자의 업무 적합성을 판단할 수 있다. 예를 들면 특정한 범죄경력 기록을 가진 사람은 법령으로 금지되어 있다.

그러나 대부분의 경우, 불분명한 경우가 많아 사용자들은 단순히 경찰 조회 결과만 보고 유죄판결이 직무와 관련성이 있는지를 판단하기 어려운 경우가 많다. 조회 결과 중에는 완전히 이해하기 어려운 부분도 있고, 오류가 있을 수도 있다. 그리고 경찰 기록이라는 것이 그 범법사실을 둘러싼 정황 등에 관해서는 구체적인 정보가 포함되어 있지 않다.

일반적으로 사용자는, 그 지원자가 직무의 본질적인 요건과의 전과와 직무 사이의 관련성에 관하여 그 구직지원자와 의논할 필요가 있다. 구직지원자와의 논의는 정식 면접 절차에서 진행될 수도 있다.

사용자는 구직지원자가 면접 패널 전체가 아니라 단 한 사람과 이야기할 수 있도록 해줄 수도 있으며, 만나기 전에 미리 물어볼 내용을 서면으로 제공할 수도 있다.

어떤 사람의 전과와 직무와의 관련성을 평가함에 있어서 고려해야 할 정보로는 다음과 같은 것들이 있다.

- 유죄판결이나 범법 사실의 심각성과 문제되는 업무와의 관련성
- 범법 사실은 인정이 되나 유죄판결을 받지 않았는지 여부 (이 경우는 법원에 의하여 덜 심각한 것으로 판명된 것)
- 범법 사실 발생 당시 연령
- 범법 사실이 발생한 때로부터의 시간
- 범법의 경향(상습성)이 있는지
- 범법 사실이 발생한 환경 (직장인지, 집인지, 개인적 영역에서인지)
- 그 범법사실이 있을 때로부터 지원자의 환경이 변화되었는지 (예컨대 과거의 약물 사용)
- 국회에서 비범죄화 되었는지 여부 또는 호주 이외의 지역에서의 일인지
- 과거 범법 사실에 관한 지원자의 태도
- 그 범법 사실에 관해 알고 있는 사람으로부터의 참고진술 청취(reference)

이러한 절차는 현직 근로자들에 대해서, 현 직무에 대한 적합성이나 승진·이동을 고려할 때에도 유용하다. 사용자가 더 많은 정보를 얻을수록, 전과와 직무상 본질적 요건 사이의 관계를 평가함에 있어서 합리적인 판단을 하게 될 가능성은 커진다. 위와 같은 절차를 거치면, 사용자는 다른 지원자들보다 그 지원자를 더 철저하게 검증하게 된다. 사용자들은 이러한 엄격함이 그 지원자들에게 부담이 될 수 있으므로 가능한 절차를 투명하게 진행할 수 있도록 유념해야 한다.

지침 7. 구직지원자나 근로자 전과의 관련성은 그가 해야 하는 일이나 근무 환경에 비추어 각 사례별로 구체적으로 평가되어야 한다. 전과가 어떤 사람을 고용하는데 있어서 절대적인 장애가 되는 것이 일반화되어서는 안 된다

지침 8. 어떤 사용자가 대부분의 채용 결정을 함에 있어서 전과를 고려한다면 그 사용

자는 각 사례에서 결정을 내리기에 앞서, 구직지원자나 근로자들로 하여금, 그들이 원하는 경우 유죄 판결이나 혐의 사실의 상세한 내용, 그것이 행해진 배경, 그 특성 기타 정보를 포함한 상세 설명을 할 수 있는 기회를 주어야 한다.

차. 구직지원자에 대한 채용 여부 결정의 통보

일단 사용자가 어떠한 구직지원자에 대하여 결정을 하면, 그 구직지원자에게 절차와 관련된 통보를 해주어야 한다. 채용하기로 했다면 그는 전과 기록의 기밀유지를 걱정할 수 있으므로, 사용자는 유죄판결 관련 정보가 동료들에게 누설되지 않을 것임을 확인해 주어야 한다.

채용하지 않기로 한 경우, 사용자는 가능하다면 채용 거부의 이유를 설명해야 한다. 그러나 일반적인 내용의 거절 통보를 한다면 많은 사람들에게는 전과 때문에 차등 대우를 받은 것이라는 생각을 갖게 할 것이다. 사용자는 다음과 같은 점들을 설명할 수 있다.

- 유죄판결 사실이 관련성이 있는 것으로 판단되어 채용이 거절되었다는 점과 그 이유
- 면접에서 그 주제에 대한 구직지원자의 대처에 관한 추정적인 결론
- 채용되지 않은 다른 이유들

구직지원자의 유죄판결 관련 상세 정보는 채용 절차에서 필요한 동안만 유지되어야 한다.

6. 고용유지 단계 (Employment, Section 6)

가. 근로조건과 전과로 인한 차별

HREOC는 근로조건에 있어서 전과에 의한 차별을 받았다고 주장하는 사람들의 진정을 전과에 의한 차별이라고 인정한 바 있다. 예컨대 전과 때문에 승진이나

교육 기회에서 배제되었다면 그들은 차별을 받았다고 느낄 것이다. 구인이나 퇴직 때와 마찬가지로 사용자는 전과가 그 직무와 관련성이 있을 때에만 이들을 배제할 수 있다.

사용자는 또한 전과가 있는 사람들이 직장 내 괴롭힘을 당하지 않도록 해야 한다. 사용자나 동료들이 행하는 괴롭힘은 HREOCA가 금지하는 차별에 해당한다. 이는 또한 사용자가 근로자를 사생활 침해에 노출시킨 것이며 직장에서의 직업상 건강과 안전을 확보하지 못하였다는 것을 의미한다. 사용자는 근로자들을 존중하고 이러한 괴롭힘으로부터 안전한 일터를 제공할 책임이 있다.

전과를 가진 사람들의 공통적인 진정 내용은 그들은 직장에서 무슨 물건이 없어지면 그들이 제일 먼저 의심을 받는다는 것이다. 사용자는 모든 사람들은, 반대의 증거가 없는 이상, 편견이나 선입견 없이 동등한 취급을 받도록 해야 한다.

[전과에 의한 괴롭힘 관련 진정의 예]

진정 내용 : 그 사용자는 여러 차례 거쳐 물건이 없어질 때마다 진정인 때문이라는 뜻을 던지시 비추었다는 것이다. 진정인은 1996년에 절도 혐의로 구금시설에 있었다. 당사자 진술 - “... 그것 때문에 항상 스트레스를 받고 걱정을 많이 했으며, 직장에서의 전망에 관해 화가 나고 혼란을 겪었다. 직장에 온전히 받아들여지지 못한 기분이었고 노력은 인정받거나 보상받지도 못하였다. 소원한 느낌과, 찌히고 구분되고 있다는 느낌을 주었다. 그런 스트레스·걱정·모욕을 피하기 위해 그만둘까 생각도 들었지만, 참아냈다. 직장에서 뿐만 아니라 집에서의 일상생활도 힘들었다...”

결과 : 사용자는 일시 휴직(redundancy package)을 제안하였고 진정인이 진정을 취하하여 위 사건은 조정으로 종료되었다.

나. 현직 근로자들에 대한 전과 정보 고지 요구

일반적으로 현직 근로자에게 전과 관련 상세 정보를 물을 필요는 없다. 그러나

법이나 사업장의 변화 때문에 그 사업장에서 새로운 사업장 단위의 또는 산업 단위에서 관련성 있는 전과에 관한 조회 필요성이 생길 수 있다. 예컨대 아동 관련 업무 종사자에 대해서는 그 배경을 조사해야 한다는 새로운 법이 생겼다.

이러한 경우 사용자는, i) 그것이 특정한 질문이고, ii) 그 질문과 전과가 담당 업무와 관련성이 있는 경우에만 현직 근로자에게 전과 정보를 요구할 수 있다(‘직무의 본질적 요건’을 판단하기 위한 주된 원칙과 절차는 Section 4. 2 참조).

다. 근로자가 채용 단계에서 전과 기록을 제대로 알리지 못했을 때

때로는 채용 당시 알려지지 않았던 유죄 판결 사실이 고용관계 계속 중에 드러나는 경우가 있다. 만약 그 전과가 직무와 관련성이 있는데 근로자가 채용 단계에서 질문을 받았음에도 불구하고 이를 고지하지 않았다면, 해고할 근거가 된다. 그러나 사용자는 그러한 조치를 취하기 전에 매우 신중해야 하며, 다음과 같은 사항을 고려해야 한다.

- 밝혀진 유죄판결과 특정한 직무와의 관련성
- 근로자가 전과를 고지하지 않은 이유 : 모든 지원자들이 자발적으로 전과를 모두 고지해야 할 의무가 있는 것은 아님을 유념할 것
- 근로자가 그 사업장에서 일해 온 과정
- 부당해고 규제법상 의무

고지된 범법 사실에 직무와의 관련성이 있는 경우, 사용자가 해고 외에 다른 조치를 취할 수도 있다. 다른 직위로 보내기보다는 그 자리에 두는 것을 택할 수도 있고, 또는 전과가 더 이상 관련성을 갖지 않도록 직무 범위를 조정할 수도 있다. 이러한 일들이나 대안을 고려하지 않고 곧바로 해고하는 것은 부당해고 주장으로 이어질 수 있다. 전과가 직무와 관련성이 없는데 전과 때문에 해고해서는 안 되며, 그 경우 위법한 차별로 진정 대상이 된다.

채용과정에서의 부정직(dishonesty)이 해고 규제법 하에서 해고의 한 원인이 될 수는 있겠지만, 그 경우에도 전과나 부정직했다는 사실이 그 직위와 관련성이 있을 때에만 정당한 것이 된다⁸⁷⁾. 그 직장에서 근무한 기간이 길고 모범적일수록, 그 해고는 부당하고, 과도하며 불합리한 것으로 판정될 것이다.

[관련 사례 : 한 대형 보험회사에서의 배경조회 정책(Background Check Policy)]

한 대형 보험회사에서 구직지원자들에 대하여 전과 조회를 포함하는 배경 조회 정책을 도입했다. 그 결과 한 번은 범법행위 내용과 그동안 고지하지 않았다는 사실이 직무와 관련성이 있기 때문에 해고까지 이르렀으나, 대부분의 지원자들은 직무와의 관련성을 근거로 채용이 결정되었다. 또한 이 회사는 최종 결정을 내리기 전에 구직지원자나 현직 근로자들에게 그들의 전과와 관련하여 소명할 기회를 주고 있다.

7. 해고 (Dismissal, Section 7)

Section 6.3에서 본 바와 같이, 사용자가 전과 때문에 근로자를 해고하기로 하는 경우가 있으나, 이는 차별금지법 뿐 아니라 부당해고금지법에서의 사용자 책임과도 관계가 있으므로 어디까지나 최후의 수단이 되어야 한다. 즉 사용자는 그 전과와 그것을 말하지 않았다는 사실이 직무상 본질적인 요건과 관련성이 있을 때에만 비로소 전과를 이유로 근로자를 해고할 수 있다.

Section 4는 고려되어야 하는 사항들과 직무상 본질적 요건과 전과와 그 요건 사이의 관련성을 평가한 다음에 거쳐야 하는 절차 등에 관하여 보여주고 있다. 대부분의 경우, 사용자는 그 범법사실의 성격이나 배경 등을 폭넓게 고려하지 않고서 이를 직무와 관련성이 있다고 평가해서는 안 된다. 정확한 판단을 위해서는 일반적으로 사용자는 최종 결정 전에 근로자에게 전과에 관해 소명하고 자신이

87) The Federated Miscellaneous Workers Union of Australia and Michell Leather [1992] AIRC Print K 1855 (Unreported, Commissioner Simmonds, 17 February 1992) 5; Richard Michael Parody and Australian Correctional Management Pty Ltd [2003] AIRC PR928052, (Unreported, Deputy President McCarthy, 21 February 2003), S. Selleck, p19, FEDFEA v. Shell Refining Co (1989) 31 AILR 430.

그 직무에 적합한지 여부를 판단하는 것과 관련된 어떠한 자료라도 제공하도록 기회를 줄 필요가 있다. 이런 기회 없이 최종 결정을 해서는 안 된다.

해고 외에는 대안이 없는 경우, 사용자는 다음과 같은 사항에 유의하여 해고 근로자와 그 사생활을 존중해야 한다.

- 그 결정의 이유를 충분히 설명한다.
- 퇴직시 지급해야 할 급여와 휴가를 충분히 보장한다.
- 적절한 곳에 추천서를 작성해 준다.
- 해고와 관련된 사정을 포함하여 전과 관련 정보 일체의 기밀이 꼭 보장되도록 한다.
- 관련된 사생활, 차별금지 그리고 부당해고관련법이 꼭 준수되도록 한다.

8. 특별한 기관들의 문제 (Issues for special organisations, Section 8)

가. 자격 부여 및 등록 기관

고용이 가능해지기 전에 자격이나 등록이 필요한 직업이 증가하고 있다. 그 중요한 예는 교사·간호사·카지노 근무자·택시·버스 운전자 등이 그들이다. 일반적으로 자격 부여와 등록 기관은 각 개인의 전과 조회와 관련된 특별법을 두고 있다.

전과에 의하여 자격 부여나 등록을 거부하는 것은 HREOCA 상 차별을 구성할 수도 있다. 자격증 관청이 직접적으로 고용 결정 자체에 책임을 지는 것은 아니지만, 전과에 의하여 고용 기회를 박탈하게 되는 효과를 가지는 구별을 가하는데 관련될 수는 있기 때문이다.

HREOCA에 의해 금지되는 차별이 되지 않기 위해서는, 자격 부여 및 등록 기관은 개별적으로 반드시 특정 전과를 가진 사람 및 전과와 직무상 본질적인 요건 사이의 상관관계를 평가받을 기회를 주어야 한다. 이렇게 한다고 해서 어느 자격 부여 기관이 언제나 전과를 가진 사람들의 자격취득과 관련된 기준을 가지지 않

는 것은 아니겠지만, 반드시 각자에게 자신의 사례에 관해 소명할 수 있는 기회를 주어야 한다.

- **자격 부여 기구의 예** : 퀘즈랜드의 간호 위원회(Nursing Council)는 간호사와 조산원에 대한 자격증을 발급한다. 1992년 간호법상 이 위원회는 간호사나 조산원으로서의 적합성 판단을 위해 전과를 고려할 수 있게 되었다. 여기서 '전과'란 퀘즈랜드와 그 외 지역에서의 유죄판결과 기소사실 등을 말한다. 그러나 전과가 자동 결격 사유는 아니다. 지원자가 전과를 고지하면, 간호 위원회는 경찰을 통해 추가 정보를 얻는다. 지원자는 유죄증명이나 증거목록이나 기타 법원 기록등을 포함하여 되도록 많은 정보를 제출하는 것이 좋다. 그러면 집행관은 그것이 지원자의 적합성·적성 등과 관계가 있는지 없는지 여부를 평가한다. 이러한 결정의 기준은 전과 정책의 형태로 제시되고, 그것이 기소될만한 범법행위인지, 단순한 우발적 행동인지, 그 판결 후 경과한 시간, 납득할 만한 참고진술과 관련 자료 등을 포함하게 된다. 그 단계가 되면 문제는 해소된다. 그렇지 않다면 역시 전체 추가 정보와 정황들을 고려할 간호위원회의 전문기준위원회에 회부된다. 지원자는 그 위원회에 대해 추가적인 자료를 제출하도록 한다. 거기에서는 자격 부여에 조건을 붙이는 것, 추가 조사, 보증이나 추가 조치 없음(자격증의 발부)과 같은 다양한 범위의 결과들이 가능하다. 그 때 지원자는 그 결정에 대하여 항소할 수 있다.

나아가 하나의 직업 속에 '특정 직무'가 광범위하게 다양하다는 점을 고려할 필요가 있다. 예컨대 경비업체 자격증을 가진 사람은 개인 경호원, 술집 경비원이나 통제실에서 보안 비디오를 모니터링하는 사람이 될 수 있다. 이들 각각의 직무는 경비 관련 자격증이 있어야 할지도 모르지만, 특정 직무의 본질적인 요건은 매우 다를 수 있다. 따라서 하나의 산업 안에서 서로 다른 직무 사이의 차이를 허용하는 자격증 관련 규칙이 필요할 수 있다.

Section 4.5에서 본 바와 같이, 하나의 법률이 자격증 부여 기관으로 하여금 '좋은 성격(good character)'이 없는 지원자를 배제한다고 하더라도, 자격증 관리기구가 전과를 가진 사람들을 무조건 배제할 수 있게 되는 것은 아니다.

나. 직업소개소

직업소개소의 차별적인 관행은 차별이 될 수 있다. 직업소개소는 사용자들을 대리할 뿐이기는 하지만, 업무를 진행함에 있어서 전과를 이유로 한 차별을 행해서는 안 되며, 이 지침은 사용자들 뿐 아니라 직업소개소에도 그대로 적용된다.

1) 지원자로부터 상세한 전과 기록을 요구해야 하는가

이는 그 직업소개소가 취급하는 서비스의 종류와 지원자와의 관계 등에 따라 다르다. 예컨대 어느 직업소개소가 구직자들에게 일반적으로 지원서 작성법이나 면접 요령을 지원하는 것이고 특정의 지원자와 특별한 관계가 없다면, 전과 기록을 요구할 이유가 없다. 그 질문은 필요한 경우 사용자가 하면 된다.

그러나 구직지원자가 자발적으로 전과 기록의 상세한 내용을 밝히고 전과 관련 질문에 답하는 요령 등에 관하여 도움을 요청한다면, 직업소개소는 정보와 지침을 주면서 도움을 주고자 할 때가 있다. 이 때 직업소개소는 구직자 개인정보를 보호해야 하고 본인의 동의 없이는 어떠한 전과 관련 정보도 공개해서는 안 되는 점을 유념해야 한다.

만약 직업소개소가 사용자들과 밀접한 관계를 가지고 있는 경우, 즉 사용자들을 대신하여 구인 절차를 진행하는 경우에는, 그 직업소개소는 적합한 환경 하에서 입사원서에서 전과 기록 관련 정보를 요구할 수 있다. 그러나 이것은 다음과 같은 환경에서만 가능하다.

- 문제가 되고 있는 특정한 직업이 있고, 전과가 그 직무상 본질적인 요건과 관련성이 있다고 판단되었을 때. 아동과 관련된 일을 하는 경우와 같이 일정한 유죄판결이 공개되어야 한다는 법적 요청이 있는 경우, 이는 업무와 관련성이 있는 것이므로 직업소개소는 구직지원자에게 그들의 범법사실을 고지해야 한다는 점을 알려 주어야 한다.
- 구직지원자가 전과조회가 관련성이 있게 되는 이유에 관하여 제대로 알고 있어야 한다.

구직지원자가 전과조회에 대해 동의하지 않는다고 해서, 이 지원자를 사용자에게 소개하는 대상에서 제외해서는 안 된다⁸⁸⁾. 대신 그러한 동의가 없었다는 점을 사용자에게 알려줄 수 있다. 사용자들은, 관련성이 있다고 판단하는 경우, 그 지원자의 자격을 검토한 다음, 그 스스로 전과조회를 할 수 있다.

2) 구직지원자가 관련성 있는 정보를 고지했을 때 직업소개소는 이를 사용자에게 알릴 의무가 있는가

구직지원자를 배치함에 있어서 직업소개소의 관여 정도가 크면 클수록, 그 직업소개소가 사용자에게 대하여 선발된 지원자가 적합하다는 점에 대해서 보장할 의무가 있을 가능성이 크다. 그러나 이는 각 사례의 특정한 사정과 양쪽과의 관계가 어떠한지에 따라 다르다⁸⁹⁾.

만약 어떠한 직업소개소가 근로자를 배치하는데 관여하고 있다면, 그 직업소개소는 사용자에게 직접 필요한 질문을 하라고 조언해야 한다.

3) 지원자들의 동의가 있으면 직업소개소가 경찰에 전과 조회를 할 수 있는가

년 500건 이상의 조회를 의뢰하는 경우, 직업소개소는 CrimTrac에 등록할 수 있다. 어찌되었든 각 관계자의 동의는 필요하다.

직업소개소는 관련된 개인의 서면 동의를 받았고, 그 직무상 본질적 요건과 관련이 있기만 하다면, 주·준주나 연방 경찰의 전과조회 서비스에 의뢰할 수도 있다.

9. 전과 차별을 방지하기 위한 방침과 절차들 (Policies and procedures for preventing criminal record discrimination, Section 9)

사업장이 전과 있는 사람들의 고용과 관련해서 방침과 절차들은 정한다면, 차별

88) Hosking v. Fraser, NT Anti Discrimination Commission

89) Monie v. Commonwealth of Australia (2003) NSWSC 1141

을 방지하는데 도움이 될 것이다. '방침과 절차'가 있다는 것은 문제가 발생했을 때 대책을 세우는 것이 아니라 구직지원자들과 근로자들을 공정하고 합법적으로 다룰 수 있게 하는 작업환경을 만드는 것이다.

업무의 성격상, 어떤 사용자들은 전과가 있는 사람들을 채용하는데 있어서 포괄적인 방침과 절차를 가지고 있는 반면, 다른 사용자들은 전과 관련 이슈가 거의 일어나지 않는 일이라고 생각하여 전혀 예방조치를 취하지 않는다.

그 사업장의 모든 일에 전과가 관련성이 없다고 확인했을 때라면 그런 방침을 세울 필요는 없겠다.

그러나 그러한 결론에 도달하기 위해서 각 사용자는, 적어도 그 사업장에서의 고용의 본질적 요건을 주의 깊게 고려해야 하고, 그러한 상황이 생긴다면 전과를 가진 구직지원자나 근로자들을 어떻게 다룰 것인지를 꼼꼼이 생각해 보아야 한다.

가. 서면 방침과 절차

전과와 직무의 관련성과 그 효과에 관한 '방침과 절차'는 서면으로 제시되는 것이 바람직하며, 기회 균등과 차별 금지에 관한 다른 사업장 규정들에 포함될 수도 있다. 이 규정에는 다음과 같은 사항이 포함되는 것이 보통이다.

- 전과 있는 사람들을 공정하게, 그리고 차별금지 법령·형 실효 관련 법령·사생활 보호법령들에 합치하도록 다루겠다는 약속
- 근로자와 사용자의 권리와 책임이나 이 정보를 제공하는 최근 문헌 자료
- 자격부여와 등록 관련 법령이나 아동 관련 업무 법령 등 그 사업장에 관하여 관련성 있는 법적 요건들의 대강
- 필요한 전과에 관하여 질문하고 개별 구직지원자 또는 근로자들의 경력을 평가하며, 직위의 본질적인 요건들을 평가하는 절차
- 사업장 안팎의 고충처리 절차
- 그 절차들을 담당하는 책임자

이러한 방침이 널리 수용되기 위해서는, 사업장의 직원들, 대표들 그리고 관리자

들이 그 방침 개발에 관여하는 것이 필수적이다. 이는 그렇게 복잡하거나 길지 않아도 되지만 명확해야 하고, 모든 직원들과 구직지원자들에게 정보를 주고 활용이 가능하여야 한다.

지침 9. 전과가 관련성이 있는 경우, 사용자는 전과가 있는 사람들의 채용을 위한 서면 방침과 절차를 만들어야 하며, 그것은 채용·고용관계의 유지와 종료를 아우르는 현존하는 고용평등 정책과 조화를 이루는 것이어야 한다.

나. 직원에 대한 교육

채용 절차와 개인에 대한 결정을 내리는 직원들은 그 기관의 방침·절차와 적용되는 모든 법적 요건들에 관해서 특별한 교육을 받아야 한다.

그러나 모든 직원은 근로자와 구직지원자가 차별을 받지 않을 권리 대강을 기재한 서면을 적어도 한 장은 받아야 한다. 이 지침의 '요점정리'를 관련 직원들에게 회람하는 것도 유용할 것이다.

지침 10. 전과가 관련성이 있는 경우, 사용자는 채용과 인사 부서의 모든 직원들에게 전과 있는 사람들을 채용함에 있어서 필요한 방침·절차, 그리고 관련 차별금지법에 관한 정보를 교육해야 한다.

다. 고충 처리 절차

내부적 고충처리 절차는 기관 내에서 불만을 해소할 가능성을 극대화한다. 특히 현직 근로자에 관한 결정일 때 그러하다.

많은 자격부여 및 등록 기관들은 자격이나 등록을 거부하는 결정들을 재점검하는 메커니즘을 가지고 있는데, 이는 그 기관이 공정하고 합법적으로 기능한다는 점을 확인해 주는 역할을 하게 된다.

그러나 몇몇 경우, 예컨대 중소기업에서 외부 고충처리 기구가 보다 적합하다. 전과에 의한 차별을 받았다고 생각하는 구직지원자와 근로자들 인권위나 비슷한

주·준주의 기관에 진정할 수 있다는 점을 유념해야 한다. 이렇게 외부적 구제를 요청하는 것은 내부적인 고충처리 절차를 거쳤는지를 불문한다.

제5장 결론

제1절 각 차별 판단지침의 성격

위에서 본 바와 같이 차별 판단의 구체적인 기준과 지침을 만드는 기초를 만들기 위해, 상대적으로 차별 구제의 경험이 다양하고 그 법리를 정리해온 미국·영국·호주의 연령·종교·전과 차별 판단 지침을 조사·검토하고 이를 정리해 보았다. 더 많은 국가들의 다양한 법제와 지침을 검토대상으로 해야 마땅하겠으나, 위의 몇 나라를 제외하고는 연령·종교·전과 등 사유로 특정하여 특별법을 만들고 그 구체적인 판단지침을 두고 있는 나라를 찾기 어려웠다. 차별 행위 자체가 지극히 구체적인 맥락에서 사건의 특성에 따라 행해지는 것이기 때문에, 이를 판단하는 지침을 연역적으로 정한다는 것 자체가 쉽지 않은 일이며, 가사 이를 정한다고 하더라도 각각의 사례에 적용하여 실효성 있는 결론에 다다른다는 것은 더 어려운 문제일 것이다. 그렇기 때문에 많은 경우 차별 판단의 기준들은 지침보다는 법원이 개별적인 사례를 다루는 귀납적 작업의 몫이 될 것이다.

여기 소개한 규칙이나 지침 중에는 차별 ‘판단’의 지침이라고 하기보다는 차별을 ‘방지’하기 위한 지도적 가이드라인- 일종의 ‘행위준칙’의 형태를 띠고 있는 것이 더 많았다. 그러나 이들 행위준칙들은 단순히 “~하는 게 좋다”는 지도에서 그치는 것이 아니라 구체적인 진정·판결 사례들을 중심으로 어떠한 채용결정·고용조건·고용상 관행이 차별에 해당하는지를 설명하고 있다는 점에서, 그 내용상으로는 차별에 대한 판단지침과 크게 다를 바 없다. 그리고 이렇게 행위준칙으로 되어 있는 지침의 형식은 “무엇이 차별인가”를 구체화하는 지침이 결국은 그 규범을 받는 사람들의 행위준칙이 될 수밖에 없고 그렇게 되어야 함을 보여주는 것이기도 하다.

한편 연령·종교·전과라는 차별 사유들은, 차별이 금지되는 사유라는 것 외에는 어떠한 공통점이나 연관성을 찾기 어렵기 때문에, 이들 사유를 아우르는 차별판단지침의 일반적 특성을 찾는다는 것 역시 불가능하다. 물론 적용범위라든가 직접·간접 차별, 괴롭힘, 보복조치를 통한 차별 등 종래 주로 성차별금지법에서 발

전·심화된 차별 관련 논의들은 이들 차별 사유에도 그대로(또는 약간의 변용을 거쳐) 적용되기는 하지만 이는 차별금지법제의 기본 틀이라고 보아야지 차별 판단지침의 공통점이라고 보기는 어려울 것이다. 또한 하나의 국가에서도 각 차별 사유가 갖는 특수성 때문에 차이를 두고 있기 때문에 국가별 특성을 찾는 것도 어려운 일이다. 다만 미국 EEOC의 지침들은 상대적으로 절차나 입증책임에 많은 부분을 할애하고 있는 반면, 최근 EU의 입법지침에 따라 연령·종교에 의한 차별 금지 규칙을 입법한 영국의 경우 그 동안 차별금지법과 관련하여 논의되어 오거나 미국 사례에서 문제된 쟁점들을 되도록 상세하게 입법화하였다는 특징이 있으며, ACAS의 해설은 사용자들에게 새로 제정된 위 규칙들에 위반되지 않기 위한 안내 목적이 강하다. 호주의 경우도 연령차별금지법을 최근(2004년)에 입법화하였고 구체적인 해석 기준을 정하거나 판례가 축적되어 있는 상태가 아니어서 새 법을 해설하는 내용이며, 종교 차별 판단에 관해서는 현재 별도 법률 제정을 활발하게 논의 중인 수준이며, 전과에 관해서는 별도의 법이 제정되거나 제정에 관한 논의가 진행 중이지는 않지만 HREOCA에 의한 진정 사건이 많은 현실을 감안하여 “어떻게 해야 전과에 의한 차별에 해당하지 않는지”를 상세히 설명하려고 하고 있다.

각각의 사유별로 위에서 살펴본 몇몇 나라의 지침들의 주요 내용을 정리한다면 다음과 같다.

1. 연령

연령은 3개의 차별금지 사유 중에서 가장 논쟁이 많은 영역이라고 할 수 있다. 미국 EEOC의 해석지침은 그동안 판례나 EEOC 결정예에서 도출된 사례들을 포함하여 적용범위나 직접·간접 차별의 판단 기준을 설명하려고 하고, 구인광고나 모집공고에서 허용되는 것과 허용되지 않는 것(그 기준이 매우 엄격한 것도 특징이다)을 가능한 풍부하게 예시하여 행위규범으로서의 유용성을 갖게 되어 있다. 특히 법에서 연령차별에 해당하지 않는 사유로 정한 “진정직업자격·연공서열·

근로자 복지제도”의 내용을 상세하게 풀어 쓰고 있다.

영국에서는 연령차별금지법이 2006년에 입법화되었고, 이 규칙(regulation) 자체가 EU 지침을 구체화한 것으로서 ‘지침’으로서의 성격을 같이 가지고 있다고 할 수 있으며, 그동안 성차별금지법 등에서 문제가 되었던 쟁점들을 최대한 상세하게 이 규칙 속에 포함시키려고 하였다⁹⁰⁾. 이와 관련된 ACAS의 Guide는 사후적으로 이 규칙을 적용하는 지침이라기보다는 새로 만들어진 법의 내용을 설명하고, 평이한 용어로 일반인들에게 어떻게 제도를 설계하고 운영해야 차별에 해당하지 않는지에 관한 모범안을 제시하고 있다.

호주 역시 2004년 처음으로 특별법을 만들어 시행에 들어간 지 얼마 안 되었기 때문에 그 법률의 구체적인 내용을 설명하는 해설서 정도가 전부이다. 본래 성차별금지법과는 달리 연령차별금지법에서는 합리적인지 여부를 결정함에 있어 고려하여야 하는 요소들을 규정하지 않고 있으며, 어떤 행위가 개인의 연령을 이유로 행해진 것인지를 판단함에 있어 ‘지배적인 이유’ 기준(‘Dominant Reason’ Test)을 규정하고 있는 등 법률 자체에 특수성이 있기 때문에, 해설 역시 이 부분에 초점이 많이 맞추어져 있다.

2. 종교

민권법에 그 근거를 두고 있어 상대적으로 차별금지의 역사가 길다고 할 수 있는 미국에서는, 고용평등위원회가 정한 시행규칙 - ‘종교차별에 관한 지침(Guideline of Discrimination Because of Religion)’ - 이 종교차별을 판단하는 지침 역할을 하고 있는데, 그 중 많은 부분을 “과도한 부담 없는 적절한 편의 제공”의 내용이 무엇인지를 설명하는데 할애하고 있다.

영국의 경우 2003년 고용평등(종교나 신념) 규칙을 제정·시행할 때부터 매우 세세한 부분까지 입법화하는데 많은 노력을 기울여, 별도로 이를 시행·판단하는 지침을 두고 있지는 않다. 다만 ACAS에서 만든 해설서가 쉬운 설명을 시도하고

90) 일종의 모범이라고 할 수 있는 EU 지침 또한 2000년에 만들어진 이후에 지금까지 ECJ에 제시된 사례가 없다고 한다.

있는데, 이 역시 새로 만들어진 법의 내용을 설명하고, 평이한 용어로 일반인들에게 어떻게 제도를 설계하고 운영해야 차별에 해당하지 않는지에 관한 모범을 제시하는 게 주된 내용이어서, “~ 한 경우 차별”이 아니라 “~ 하는 것이 바람직하다”는 어조를 유지하고 있다.

3. 전과

캐나다 인권위법에도 ‘사면 받은 유죄판결(conviction for which a pardon has been granted)’을 이유로 한 차별을 금지하고는 있으나, 이 차별 사유 자체와 관련하여 특별히 판단지침이나 가이드라인을 정하고 있지는 않다. 오히려 인권위법에서는 ‘전과’를 별개의 차별사유로 정하지 않은 호주에서 HREOC에 대한 진정 사례에서 축적된 논의를 중심으로, i) 채용시 사용자는 전과에 대하여 어디까지 물을 수 있고 구직지원자는 어디까지 고지해야 하는가, ii) 경찰 기록 등에 대한 전과조회는 어디까지 가능한가, iii) 알려진 정보를 기초로 채용여부를 정하거나 채용 후 알려진 경우 해고하는 것은 정당한지 등 현실적으로 발생한 논점들의 정리를 시도하고 있다.

제2절 제도적 합의

1. 형식과 구성

가. 형식의 유연성

각국의 차별판단 지침이나 규칙·해설(information paper) 등이 공통적으로 보여주는 것은, 차별금지 법령을 구체화하는 것에 정해진 유형이 있는 것은 아니며, 어차피 법적으로 강행적 효력을 갖는 것이 아니라면 판단 업무의 용이성과 일관

성을 기할 수 있는 수준에서 다양한 사례 해결에 직접 응용·참조할 수 있도록 풍부한 내용이 되는 것이 중요하다는 점이다. 때로는 규칙 형태로 법령 자체를 보완하기도 하고, 때로는 공식적인 법령 해설서로서의 기능을 할 수 있는 다양한 형태를 모색해 볼 필요가 있다. 이러한 형식에서의 유연성은 법 자체가 가지는 추상성을 극복하고 누구나 쉽게 알 수 있도록 풍부한 사례들을 계속적으로 추가·보완하는 데도 도움이 될 것이다. 또한 연령 차별에서 '비자발적 퇴직(정년 제도)'와 같이 자주 문제되는 사례에 관해서는, 전체 지침의 체계에 파격을 주어 특별한 항목으로 만들어 상세히 설명할 필요가 있다 (미국과 영국의 연령차별지침 사례 참조).

나. 판단지침과 행위준칙

앞에서 검토한 외국의 사례에서는, 굳이 '판단 지침'의 형태와 '행위준칙'으로서의 형태를 구별하지 않고, 때로는 판단의 기준에서 "... 차별에 해당한다"는 식으로 서술하다가 동시에 "사용자는 ... 해서는 안 된다"거나 "...하는 것이 바람직하다"는 행위 준칙의 형태로 서술하고 있는 것을 볼 수 있다. 이는 결국 차별을 사후적으로 시정·구제하려는 차별금지 법체계의 목표가 동시에 이를 사전적으로 방지하는 것에 있음을 보여주는 것이기도 하지만, 동시에 사용자가 따라야 할 행위의 준칙들을 부여하게 되면, 분쟁절차에서 사용자는 이들을 따랐다는 이유로 면책할 수 있고, 반대로 차별을 주장하거나 판단하는 입장에서는 이러한 기준을 따르지 않았다는 것을 이유로 차별이라고 할 수 있게 하는 기능을 하게 될 것으로 보인다. 금지 법령을 구체화하고 다양한 사례에 원칙적으로 대응하는 유용한 방식이며, 남녀고용평등법에서 일정 기간 성별 채용 등의 자료 보존 의무를 규정하고 이를 수행하지 않았을 때는 입증 책임이 전환되어 차별 주장을 인정하는 시스템과 유사하다고 할 수 있다.

다. 차별의 정의 등 개념의 상세화

누가 보더라도 차별이 명백한 경우에 관해서는 법과 중첩되는 차별 판단 정의 같은 것을 둘 필요는 없지만, 법에는 일반적인 정의(직·간접 차별, 보복조치를 통한 차별, 괴롭힘)의 정의만 규정되므로 사유별로 약간 다를 수 있는 전형적인 예를 제시함으로써 판단의 기준을 제시할 수는 있다(영국 ACAS의 규칙 해설서). 특히 보복 조치를 통한 차별(victimization)이나 괴롭힘(harassment)과 같이 생소하거나 그 범위가 모호한 법적 개념을 풀어 설명하는 것이 필요하며, 외양상 차별이 아닌 것처럼 보이는 것을 차별로 보는 것(예컨대 연령 차별에서 구인광고에서 금지되는 문구)의 경우는 가급적 다양한 예를 드는 것이 필요하다.

라. 예외에 관한 입증사항의 열거

많은 경우 차별관련 분쟁에서의 쟁점은 일응 입증(prima facie)이 이루어졌을 때 그 정당성에 관한 논증이 주를 이루게 된다. 즉 '차별의 예외' 또는 '정당화'가 다툼의 대상이 되는 것이다. 따라서 차별판단지침은, 차별이 아니라고 주장하는 자가 입증하여야 하는 차별의 예외·정당화 사유에 관해서는 그 인정을 위해서 무엇 무엇을 입증해야 하는지를 상세하게 함으로써 그것을 입증하지 못하면 예외·정당화를 인정하지 않게 하는 기능을 해야 하며, 그 입증사항은 가능한 구체적이고 한정적으로 열거할 필요가 있다(입증해야 할 항목의 체크리스트를 제시하는 호주에서의 종교차별 기준 사례). 예외 규정의 목적과 취지에 관한 설명하는 것도 목적론적 해석과 판단 방향을 제시하여 준다는 점에서 효과적일 수 있으며(연령 차별의 예외 규정의 취지를 설명하는 영국 ACAS 해설), 법령 자체에서는 설명할 수 없는 다른 법과의 관계도 지침에서 보완해 주어야 할 필요도 있을 것으로 보인다.

2. 사유별 지침에의 함의

가. 연령

연령을 이유로 한 차별에는 상대적으로 간접차별보다는 직접차별이 되는 경우가 많아서인지 지침은 직접차별을 중심으로 구성되는 것이 보통이다. 다만 직접차별의 경우에도 외양상 차별이 아닌 것으로 보이는 경우가 있을 수 있으므로 구체적으로 문제된 사례를 중심으로 예를 들어 설명하는 것이 유용하고(미국 연령 가이드라인에서 구인광고 문구, 연령기재 요구가 차별이 되는 부가적인 정황 등), 법에서 설정한 적용제외 대상이 있다면 그 범위도 상세히 설명되어야 한다(미국의 경우 진정한 연공서열, 진정한 근로자복지제도 등).

구직 채용단계·고용유지 단계·고용종료 단계 등 고용관계의 단계별로 연령을 이유로 한 차별 유형이 조금씩 다를 수 있다는 점을 감안하여 있을 수 있는 연령 차별의 유형을 단계별로 실시하는 것이 좋으며(영국 ACAS 해설), 특히 연령을 이유로 한 비자발적 퇴직(대표적인 것이 정년 제도) 등 예외 주장에 관해서 대응할 수 있는 체크리스트가 필요하다.

나. 종교

종교를 이유로 한 차별은 헌법이나 국제협약의 종교의 자유 향유와 밀접한 관계를 가지고 있기 때문에, 종교차별금지의 보호대상이 되는 종교적 자유의 의미와 범위에 관한 설명이 필요할 수 있으며(HREOCA가 보호하는 종교 자유의 범위에 관해 상세한 설명을 시도하고 있는 호주의 사례), 또한 종교가 무엇이든, 또는 종교를 가지고 있지 않은 사람도 일상생활에서 종교의 자유를 향유할 수 있게 하는 것이 종교 차별 금지의 핵심이기 때문에, 다른 사유에서보다 흔히 발생할 수 있는 차별유형인 '적대적인 근무환경' 또는 '괴롭힘'의 정의도 필요하다.

한편 대부분 통상의 근로자들에게는 차별이 되지 않는 근무시간 제도나 복장 규정이 특정한 종교를 가진 사람에게는 종교 자유에 대한 침해가 될 수 있기 때문에, 법에서 편의제공 의무를 규정하고 그러한 편의가 제공되지 않으면 차별이 된다는 규정을 두고 있는 경우가 많다. 따라서 차별 판단에 있어서는 '과도한 부담이 없는 적절한 편의 제공'이 주요한 경계가 되며, 이에 관하여 상세한 규정을 두는 것이 보통이다(미국 EEOC의 가이드라인 - 작업일정 조정·복장이 주로 문제

됨). '편의 제공'이라는 판단요소가 추가되는 셈이기 때문에 차별 인정의 논리적 경로는 다소 복잡해질 수 있으므로, 진정이 제기되었을 때 위원회가 조사해야 하는 6단계를 설명하는 미국 EEOC 가이드라인의 예는 판단 주체 뿐 아니라 규율대상자들에게도 도움이 될 수 있을 것으로 보인다.

이와 함께 선발절차에서는 종교와 관련된 어떠한 질문이 허용되고 금지되는지를 상세하게 실시하여 채용 여부 판단에서 종교로 인한 부분이 포함되지 않도록 할 필요가 있고(미국 EEOC 가이드라인), 종교가 직접적으로 진정 직업자격이 되는지는 업무의 성격상 달라질 수 있는데 공공적 성격의 업무를 수행하고 정교분리의 원칙 때문에 공공적 역할이 요구되는 연방공무원의 신분과 종교적 자유를 어떻게 조화시킬지에 관한 백악관지침은 종교적 자유 보장과 한계에 관한 유의미한 시사점을 준다고 할 수 있다. 또한 종교를 이유로 고용상의 구별·배제·우대를 행하는 것이 허용되는 특수한 예로 종교기관의 경우가 있을 수 있는바, 종교기관이라고 하여 모든 차별이 허용되는 것은 아니므로 이 예외가 지나치게 확대되지 않도록 엄격한 요건을 정할 필요가 있다(종교적 감수성 보호를 위한 예외 적용을 위한 요건을 상세히 정하고 있는 호주 HREOC의 사례).

다. 전과

호주의 전과 가이드라인을 보면, 전과 차별의 문제는 형 실효·사생활비밀 보호에 관한 법령과 밀접한 관련이 있다는 점을 알 수 있으므로, 차별 판단에서도 이 부분이 명확하게 밝혀질 필요가 있다. 또한 전과를 이유로 한 처분이 있을 때 이것이 차별인지는 '직무와의 관련성(relevance)'이 중요한 판단 기준인데 이는 결국 '직무의 고유한 요건' 예외에 해당하고, 성격상 간접차별은 드물고 직접차별이 문제되는 경우가 많을 것이므로 전과 차별 판단은 결국 직무의 고유한 요건으로 수렴된다.

전과와 관련해서는 채용광고·채용면접·전과조회의 절차와 관련된 부분이 많아 이에 관한 규율이 필요하며, 전과를 이유로 불이익을 가하기 위해서는 구인광고나 직무설명에서 이를 명백히 해야 한다고 하거나, 전과 있는 사람을 취업하기

위한 방침과 절차를 서면화해야 한다는 행위 준칙을 제시할 필요가 있다. 일응 차별처럼 보이는 구별·배제·우대를 정당화하기 위해서 객관적인 자료를 갖추어야 할 의무(반드시 강행적인 효과를 가지는 것이 아니어도 좋다)를 부과하고, 그러한 객관적인 자료를 제시하지 못할 때에는 차등적 처우를 할 수 없게 함으로써 차별을 예방하는 간접적 효과를 기대할 수도 있기 때문이다.

[참고문헌]

- 김엘림, 외국의 고용평등제도 비교 분석, 노동부 연구용역 보고서, 1999
- 김영수, 종교의 자유와 정교분리원칙에 관한 헌법적 고찰, 미국헌법연구 2(1991)
- 문준조, 외국의 인권위원회 설치법률에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원, 2000
- 서장권, “미국의 고용에서의 연령차별금지법리”, 고령자고용과 정년제의 법적 과제, 한국법제연구원, 2003
- 심재진, 연령차별금지법 시행과 영국의 고용관행, 국제노동경향 2006. 6., 한국노동연구원
- _____, 영국의 연령차별금지법 입법동향, 한국노동연구원 국제노동브리프, Vol.3, No.4, 2005
- 이진구, 미국의 종교자유 현황과 정책방향, 참여불교 제22호 (2005. 여름)
- 조용만, 고용평등법의 국제비교, 한국노동연구원 정책연구 2003-14, 2003.
- _____, 고용상 연령차별금지법제의 입법론적 검토, 법제연구원, 2004
- 조재현, 헌법상 연령차별의 문제와 극복방안, 공법학연구 제5권 제3호, 2004
- 차별연구모임, 국가인권위원회법의 「차별」 판단을 위한 지침, 2002
- ACAS, Age and Workplace-putting the Employment Equality (Age) Regulations 2006 into practice
- _____, Religion or Belief and the Workplace - A Guide for employers and employees, 2005. 11.
- Catherine Peterson and Marie-Claire Foley, Criminal Record Discrimination, Employment Law Bulletin. vol. 9, no. 4
- HREOC, Age Matters: a report on age discrimination, May 2000
- _____, Article 18 - Freedom of religion and belief(1998), Commonwealth of Australia
- _____, New guidelines on criminal record discrimination, Equal Time, Autumn 2006

_____, Report of Inquiry into Complaints of Discrimination in Employment and Occupation Age Discrimination in the Australian Defence Force, Report No. 8.

ILO, Fundamental rights at work and international labour standards, Geneva, International Labour Office, 2003

Schutter, O. De (2005), The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities