

미국노동법에 있어서의 복합적 의도에 의한 차별의 개념과 그 입증책임¹⁾

崔允姬

(建國大學校 法科大學 副教授)

< 目 次 >

I. 서론	2. 사용자의 입증책임의 정도
II. 이론의 성립 배경과 그 개념	VII. 결론 (우리의 간접차별 규정 해석과 관련하여)
III. 차별의 입증	1. 복합적 의도에 의한 차별행위개념의 우리 법 하에서의 해석
IV. 인과관계	2. 우리의 간접차별 인정 기준과 관련 판례의 입장
V. 직접 증거의 필요성	3. 입증책임의 문제
1. 논란의 배경	參考文獻
2. 법원과 학자들의 해석들	SUMMARY
3. 씨저스 팔레스 호텔 사건의 판결	
VI. 사용자의 입증책임	
1. 동일한 결정의 함의	

I. 서론

본고에서는 미국의 고용차별이론 중 복합적 의도에 의한 차별행위의 개념과 그

1) 이 논문은 2005년도 건국대학교 신입교원연구비 지원에 의한 논문임

입증책임에 관하여 살펴 보고자 한다. 우리의 남녀고용평등법 제2조 제1항 소정의 간접차별 개념을 이해하려면 간접차별 개념의 원조라고 할 수 있는 미국의 결과적 차별(disparate impact) 개념 외에도 미국법 상의 또 하나의 중요한 차별행위이론 즉 복합적 의도에 의한 차별행위(mixed-motive disparate treatment)에 대한 이해가 필요하다. 1999년과 2001년의 남녀고용평등법 개정 무렵부터 현재에 이르기까지 유럽의 간접차별 개념과 미국의 결과적 차별행위에 대한 개괄적인 연구들은 있었지만, 미국의 결과적 차별행위개념을 보다 정확하게 파악하기 위한 전제로써 그 대립되는 개념인 의도적 차별행위, 그 중에서도 상대적으로 비중이 크다고 할 수 있는 복합적 의도에 의한 차별행위에 대하여는 거의 소개되지 아니한 것으로 보인다. 미국에서 고용차별 규제의 기본 근거가 되는 법은 이론상 최상위법으로서 헌법이 있지만 실제로 고용차별규제의 기본근거는 공민권법 제7편이라 할 수 있는데, 공민권법 제7편에서는 차별행위의 개념 중 복합적 의도에 의한 차별행위에 대한 규정을 별도로 두고 있다. 이하에서는 미국에서의 고용차별행위 이론으로서 가장 전통적인 법리를 이루는 의도적 차별행위 중에서도 복합적 의도에 의한 차별행위를 중점적으로 살펴 보고자 한다.

II. 이론의 성립 배경과 그 개념

미국에서의 고용차별은 차별적 의도를 기준으로 의도적 차별행위(disparate treatment)와 결과적 고용차별(disparate impact)로 크게 나눌 수 있고, 의도적 고용차별은 다시 의도의 단일성 여부를 기준으로 위법한 의도만(single motive)만에 의한 고용차별과 복합적 의도(mixed motive)에 의한 고용차별로 구분된다.²⁾ 결과적 차별에 대립되는 개념으로서의 의도적 고용차별이라고 할 때에는 사용자의 위법한 차별의 의도(discriminatory intent)만에 의한 고용차별을 통상 의미하지만, 사실 엄밀히 따지자면 위법한 의도만에 의한 차별행위보다는 문제가 된 고용결정이

2) Lisa Sively, Price Waterhouse v. Hopkins : The "Same-Decision" Test Adopted For "Mixed-Motive" Disparate Treatment Employment Discrimination Cases, Houston Law Review, Vol. 28, 1991, P.421

위법한 차별의도 외에도 경영상의 판단과 같은 적법한 의도도 포함된 복합적 의도에 의한 고용차별이 더 많은 현실이 복합적 의도에 의한 차별행위 개념을 성립시킨 배경이라 할 수 있다. 우리의 경우만 하더라도 남녀고용평등법 시행 이전에는 드러내 놓고 여성근로자를 차별하는 소위 직접차별행위가 횡행하였으나, 차별을 법에 의하여 규제함에 따라 점차 직접적 차별행위가 사라지는 대신 보다 은밀하고도 복합적인 차별행위가 이루어지고 있는 것이 현실임을 감안한다면 쉽게 이해가 가는 일이다.

전통적인 의도적 고용차별행위 이론은 1973년의 항공기제조회사인 맥도넬 더글러스사의 고용차별사건(Mcdonnell Douglas Corp. v. Green)³⁾에서 확립되었다고 할 수 있다. 맥도넬사는 흑인근로자인 그린(Green)을 경영상의 이유에 의한 해고조치를 한 이후 짧은 기간 내에 그린과 동등한 자격을 가진 기술자를 채용함에 있어 원칙적으로 우선고용대상이 되어야 할 그린의 복직청원을 들어주지 않았다. 그린은 회사를 상대로 고용차별소송을 제기하였는데, 그의 논거는 먼저 자신이 흑인임이 이유로 인종차별적 고려를 당하였다는 점과 자신이 이전에 회사의 부당노동행위에 대항하여 단체행동을 한 것에 대한 보복조치로써 회사 측에서 복직을 거부함으로써 자신을 부당하게 차별대우하였다고 주장하였다. 따라서 이 소송은 그 청구이유에 있어 공민권법 제7편 중에서도 703조 소정의 고용차별금지와 704조 소정의 부당노동행위금지가 경합된 소송이었다. 원고인 그린은 연방고용기회균등위원회(EEOC: Equal Employment Opportunity Commission)와 지방법원에서 모두 패소하였지만 항소심에서 승소하고 이어 연방대법원에서 승소함으로써 결국 전통적인 의도적 차별행위 이론이 성립하게 되었다.

맥도넬사 사건에서 위법한 의도만에 의한 의도적 차별행위가 그 이론적 기초를 마련한 데 이어 복합적 의도에 의한 차별행위이론을 확립시킨 계기는 홉킨스 사건(Price Waterhouse v. Hopkins)⁴⁾이다. 회계법인 프라이스워터하우스 (Price Waterhouse)의 지배인으로 근무하던 홉킨스는 임원(partner)으로의 승진에서 탈락하였는데, 회사의 임원승진 심사기준은 다른 임원들의 임원승진후보에 대한 평가에

3) 411 U.S. 792(1973)

4) 490 U.S. 228 (1989)

따라 좌우되는 것이었다. 홉킨스는 회사를 상대로 고용차별소송을 제기하였는데 그 논거는 회사가 여성이라는 이유로 자신을 승진시키지 않았다는 것이었다. 한편, 홉킨스의 이러한 주장에 대하여 회사 측은 그녀를 승진시키지 아니한 것이 여성이라는 이유에서가 아니라, 회사 내에서의 인화단결력 부족 때문이었다고 주장하였다. 사실관계를 확인하는 과정에서 홉킨스의 근무성적이 우수하였고 고객들의 신뢰를 받았음을 알 수 있었으며, 다른 임원들의 그녀에 대한 부정적인 평가가 상당 부분 성의 정형화(sexual stereotyping)⁵⁾에 의한 임원진들의 편견에 기인한 것이었음을 알 수 있었다. 그녀의 승진에 대하여 비교적 호의적이던 임원조차도 그녀에게 보다 여성다운 옷을 입고 화장을 하며 장신구도 달고 여성스럽게 말할 것을 충고하였다. 그러나 반면, 회사의 승진탈락 결정이 전적으로 여성인 그녀를 차별대우하려는 의도로 이루어진 것으로 보기에 어려운 사정들도 있었다. 회사는 홉킨스에게도 다른 지배인들과 똑 같이 승진심사를 받을 기회를 동등하게 부여하였을 뿐만 아니라, 다른 승진후보자들과 마찬가지로 똑 같은 정해진 절차에 따라 상급 임원진의 평가를 받게 하였고 아울러 그녀가 회사내부에서 인간관계가 원만하지 못한 점을 승진 결정시 고려하였던 것도 사실이었다. 상급 관리자로서 임원에게는 회사 내의 인간관계 역시 중요한 업무의 하나였고, 따라서 회사의 승진탈락 결정을 전적으로 위법한 차별 의도에 의하여 이루어진 것으로 보기는 힘들었다. 이 사건에서 연방대법원은 고용차별이 있었음을 인정하였다. 구체적인 논거에 있어서 대법관들의 의견이 일치하지는 않았지만, 대체로 공민권법 제7편에서 금하고자 하는 고용차별의 취지는 위법한 차별적 고려만에 기하여 내려지는 고용결정만을 금지하려는 것이 아니라, 위법한 차별적 의도가 단 하나라도 이러한 고용결정에 영향을 끼치는 것을 금하려는 것이라는 해석을 하였다.

홉킨스 사건 이후 1991년 공민권법 제정으로 인해 1964년 공민권법 제7편이 일부 수정되었는데 그 중에서도 1991년 법의 107조는 복합적 의도에 의한 차별 이론을 명문화 하였다. 즉, 인종, 피부색, 성별, 원 출신국적과 같은 위법한 차별적

5) 성의 정형화는 남녀간 성별에 따라 선천적으로 그 역할과 능력의 구별이 지워진다는 선입견에서 비롯된 것으로써, 여성에게 특히 전통적인 여성스러움을 요구하고 나아가 직장에서조차도 여성에게 한 사람의 직장인이기에 앞서 이제까지 사회통념상 여성이라면 연상되는 여러 속성을 지킬 것을 요구하는 데에서 비롯되는 대표적 성차별의 한 가지 형태임 : Mack A. Player, Federal Law of Employment Discrimination, West Publishing Co. 1991, PP.124-125

요인이 고용에 있어 고려의 요소가 된다면 비록 다른 요소들도 함께 고려하였다 하더라도 이는 고용차별행위가 성립된다는 내용이다.⁶⁾ 나아가, 차별행위가 일단 인정되면 사용자는 인종, 피부색, 성별 등의 허용될 수 없는 요소를 고려하지 않았다고 하더라도 똑 같은 고용 결정을 하였으리라는 점을 주장 항변할 수 있지만, 이러한 항변이 받아들여진다고 하더라도 고용차별행위에 대하여 완전히 면책되는 것이 아니라, 단지 근로자에 대한 구제내용의 방법에 있어 제한적으로 책임을 진다는 것이다. 여기서 구제방법에 제한을 둔다는 것은, 근로자에 대한 사용자의 책임의 범위를 당해 고용행위에 대한 무효 확인과 특정한 종류의 가치분명령 및 소송 비용과 변호사 비용배상 등에 한정한다는 뜻이다.⁷⁾

1991년의 공민권법 제정 이후 최근 들어 나온 미 연방 대법원의 복합적 의도에 의한 차별행위에 관한 주요 판결로는 씨저스 팔레스 호텔 사건(Desert Palace, Inc., et al. v. Catharina F. Costa)⁸⁾이 있다. 홉킨스 사건과 1991년의 공민권법 제정으로 인해 복합적 의도에 의한 차별행위의 개념은 어느 정도 정립되었지만, 구체적인 소송에서의 입증책임에 대하여는 법원의 입장이 다소 정리되지 못한 부분이 있었는데, 씨저스 팔레스 호텔 사건으로 인하여 연방 대법원은 일종의 가이드라인을 수립한 것으로 평가된다.⁹⁾ 이하 본고 V.3. “씨저스 팔레스 호텔 사건의 판결” 부분 및 VI.2. “사용자의 입증책임의 정도” 부분에서 자세히 살펴 보고자 한다.

III. 차별의 입증

전통적인 의도적 차별행위 법리를 성립시킨 맥도널사 사건에서의 연방대법원의 입증책임에 관한 입장은 일반적인 민사소송에서의 입증책임원칙에서 벗어나지 않았

6) 42 U.S.C. §2000e-2(m)

7) 42 U.S.C. §2000e-5(g)(2)(B)

8) 539 U.S. 90 (2003)

9) Henry L. Chambers, Jr., The Effect Of Eliminating Distinctions Among Title VII Disparate Treatment Cases, SMU Law Review, Vol. 57, Winter 2004, P.101

다. 원고인 근로자가 사용자의 차별의도로 인해 문제가 된 고용결정에 이르게 되었음을 일단 입증하고 나면, 사용자는 이에 대하여 차별적 의도가 아니라 다른 적법한 경영상의 고려에 의한 것이었음을 주장하면서 그에 관련된 증거를 제출해야 한다는 것이었다. 이때 사용자의 입증책임의 정도는 설득책임(burden of persuasion)이 아니라, 증거제출책임(burden of production)에 그치는 것¹⁰⁾이었으므로 사실상 소송 전반에 걸친 입증책임은 계속 원고인 근로자가 지게 되는 구조로써, 일반적인 다른 민사소송상의 입증책임구조와 별반 다를 바 없었다. 다만, 맥도넬사 사건에서 주목할 점은 원고가 차별의 입증을 하기 위한 요건을 성립시켰는데 i) 원고가 인종 내지 성별 등을 이유로 사회적으로 보호받아야 할 소수집단의 일원인 점 ii) 원고는 피고의 구인사실을 알고 지원하였고, 직책에 맞는 유자격자인 점 iii) 피고는 원고가 유자격자임에도 불구하고 원고를 채용하지 아니한 점 iv) 현재 당해 직책은 계속 공석이고, 피고는 여전히 원고와 동등한 자격을 갖춘 사람을 구하고 있는 점 등을 입증하면 일단 일응의 유력한 차별 입증은 한 것으로 본다는 것이 그것이다.¹¹⁾ 원고의 일응의 유력한 차별입증에 대하여 피고가 차별의도가 아닌 다른 적법한 사업상의 고려에 의한 고용결정을 한 것이었음을 입증하면, 다시금 피고는 이에 대하여 원고의 이러한 주장은 모두 평계에 불과함을 입증하여야 한다는 것이 전통적인 의도적 차별행위에서의 입증책임 구조였다.

이러한 위법한 의도 만에 의한 고용차별행위에 이어 홉킨스 사건에서 성립된 복합적 의도에 의한 고용차별행위의 입증책임 구조는 근로자가 주장하는 불이익한 처분을 받게 된 이유에 있어 사용자가 사용한 판단 기준 중에 적법한 기준과 부적법한 기준이 혼재되어 있는 경우, 사용자가 성별이나 인종 피부색 등의 위법한 기준을 고려하지 않았더라도 동일한 처분을 하였을 것이라는 점을 입증하지 못하는 한 위법한 고용차별행위로 인한 법적 책임을 져야 한다는 것이었다. 즉, 다수의견을 대표하는 브레넌(Brennan) 대법관은 판결 설시에 있어, 위법한 의도 내지 기준이 차별적 처분의 하나의 동기가 되었음을 근로자가 입증하면 입증책임이 사용자에게

10) 미국법상의 입증책임 중 설득책임(burden of persuasion)과 증거제출책임(burden of production)의 개념과 구별은 최윤희, 고용차별규제에 관한 법리 (고용차별소송에서의 입증책임을 중심으로), 서울대학교 1995. 2. 법학박사학위논문, “제3장 제1절의 2. 입증책임의 개념 및 종류” 49면 참조.

11) Jaclyn Borcharding, *Deserting McDonnell Douglas? Desert Palace, Inc. v. Costa*, Baylor Law Review, Vol. 57, Winter 2005, P.246

전환되어 사용자가 성별이나 인종 피부색 등의 위법한 기준을 고려하지 않았더라도 동일한 처분을 하였을 것이라는 점을 입증하지 못하는 한 위법한 고용차별행위로 인한 법적 책임을 져야 한다는 입장을 견지하였으나, 이들 다수의견에 따르면 근로자가 구체적으로 위법한 기준이 차별적 고용처분의 동기가 되었음을 입증한다는 것의 의미가 무엇이며 어느 정도의 입증을 요하는 것인지에 대하여는 언급하지 않았다. 한가지 확실한 것은 다수의견에 의하면 이 사안이 종래의 맥도넬사 사건의 판결과 같이 위법한 의도 만에 의한 고용차별이론과 구별되는 획기적인 사용자에로의 입증책임전환을 인정한 사안이라는 점이었다.

IV. 인과관계

복합적 의도에 의한 차별행위의 경우 인과관계의 문제에 있어 의도에 중점을 두지 말아야 한다는 견해도 있으나¹²⁾, 복합적 의도에 의한 차별행위에 있어서도 위법한 의도만에 의한 차별행위와 마찬가지로 차별의도와 문제가 된 고용결정 간에 인과관계를 요한다는 점은 대체로 학자들과 법원의 일치된 의견으로 보인다.¹³⁾ 다만, 그 인과관계의 입증에 있어서 위법한 의도만에 의한 차별행위와 달리 복합적 의도에 의한 차별행위에서 차별의도가 고용결정에 미친 영향이 어느 정도임을 입증하여야 인과관계의 입증을 하였다고 볼 것이냐에 대하여, 홉킨스 사건의 연방대법원 다수의견은 차별의도가 고용결정을 하게 된 한가지 원인이 되었으면 족하다는 취지에서 "원인이 된 요소(motivating factor)"라는 표현을 쓰고 있다. 공민권법 제7편에서 금하고자 하는 고용차별의 취지는 위법한 차별적 의도가 단 하나라도 고용결정에 영향을 끼치는 것을 금지하려는 것이라는 취지에서는 당연한 논리였다.

이에 반하여, 다수의견에 동조하면서도 그 법률적 논거에 있어서는 다른 의견을 표시한 화이트 대법관과 오코너 대법관의 경우 차별의도가 고용결정의 전적인 이유

12) Christopher Y. Chen, Rethinking The Direct Evidence Requirement: A Suggested Approach In Analyzing Mixed-Motives Discrimination Claims, Cornell Law Review, Vol. 86, 2001, PP. 916-926

13) Benjamin C. Mizer, Toward A Motivating Factor Test For Individual Disparate Treatment Claims, Michigan Law Review, Vol. 100, 2001, P.246

가 될 것을 요하지는 않지만 적어도 “주요한 이유(substantial factor)”이어야 한다는 입장을 취했다. 오코너 대법관 등의 논리의 저변에는 종래 맥도널사 사건 판결에서 인정된 위법한 차별적 의도만에 의한 고용차별행위에서 나아가 복합적 의도에 의한 고용차별까지 인정함에 있어, 근로자측의 무차별적인 고용차별 소송 남발을 막아야겠다는 생각이 깔려 있었던 것으로 보인다.¹⁴⁾ 따라서 단순히 차별적 의도가 고용결정의 한가지 이유가 되는 것만으로 족하느냐, 아니면 다른 고용결정 원인들과 비교하여 주요한 이유가 되어야 하느냐는 새로이 인정된 고용차별행위의 적용에 있어 중요한 문제가 되었고, 이 문제는 흄킨스 판결이 있고나서 2년 후에 결국 차별적 의도가 고용결정의 한 가지 이유(motivating factor)임을 입증하는 것만으로 복합적 의도에 의한 고용차별행위가 성립함을 규정한 1991년의 공민권법 107조의 입법으로 해결되었다¹⁵⁾.

V. 직접 증거의 필요성

1. 논란의 배경

흄킨스 판결에서의 다수의견에 결론적으로 동조하면서도 의견을 달리한 오코너 대법관은 차별의 일차적 입증에 대한 증거에 대하여도 특별한 제한을 명시하지 아니한 다수의견과 달리 차별적 의도가 문제가 된 고용결정에 이르게 된 주요한 동기임을 직접증거로 입증하여야 한다는 의견을 표시했다.¹⁶⁾ 오코너 대법관의 이러한 의견 역시 향후 벌어질지도 모르는 복합적 의도에 의한 고용차별행위를 근거로 한 소송남발사태를 우려하였기 때문으로 보인다.

2. 법원과 학자들의 해석들

14) Christopher Y. Chen, 앞의 논문 P.925

15) Jaclyn Borcharding, 앞의 논문 P.247

16) 오코너 대법관의 주요한 원인이라는 의견은 화이트 대법관과 함께 다수의견과 다른 부분임을 앞서 본고 “IV. 인과관계” 부분에서 언급한 바와 같으나, 화이트 대법관은 직접증거만을 요하느냐에 대하여는 오코너 대법관과 달리 다수의견에 동조하고 있다.

홉킨스 판결 이후 복합적 의도에 의한 차별행위 이론이 수립되었음은 매우 획기적인 일이었으나, 홉킨스 판결에서의 연방 대법원의 견해 해석을 둘러싸고 이후의 하급심 법원들의 견해는 다수의견 보다는 오키너 대법관의 의견을 따라 직접 증거를 요한다는 입장을 취했다. 다만, 이들 직접 증거의 원칙을 적용하는 입장은 다소간 차이가 있었다. 이러한 입장은 크게 셋으로 분류할 수 있었는데 그중 가장 엄격한 입증을 요하는 입장의 경우 차별의도가 고용결정의 원인 중 하나가 되었음을 입증함에 있어 반드시 문자 그대로 직접 증거에만 의하여야 한다는 입장이었다. 이러한 입장에 의하면 사용자의 차별적 악의를 직접 입증하여야 한다는 것으로서 엄격한 의미의 직접 증거 이외에 정황적 증거는 일체 불허하였다.¹⁷⁾

그 다음으로 엄격한 입장은 직접 증거에 대하여 사용자의 차별적 악의를 추단할 수 있는 언행을 직접적으로 보여주는 증거를 의미한다고 해석함으로써 가장 엄격한 입장보다는 다소 입증책임을 완화하는 입장이었다.¹⁸⁾ 이러한 입장은 경우에 따라 엄격한 의미의 직접 증거 외에 정황적 증거에 의한 차별 입증까지도 허용하지만, 정황적 증거에 의한 입증을 허용하려면 그 증거가 i) 차별적 의도를 직접 드러내 줄 수 있어야 하고, ii) 이러한 증거가 문제가 된 고용결정에 직결되어야 한다는¹⁹⁾ 것이었다.

마지막으로 가장 입증책임을 너그럽게 해석하는 입장은, 사용자의 차별적 의도를 직접 증거 내지 정황적 증거에 의하여 입증하는 것까지도 직접 증거에 의한 입증으로 널리 볼 수 있다는 것이었다.²⁰⁾ 오키너 대법관이 직접증거를 요한다고 실시하였을 때에 직접 증거는 엄격한 의미의 직접 증거에 국한된 개념이 아니라, 정황증거를 포함한 것으로 해석된다고 보는 입장이라고 하겠다.

3. 씨저스 팔레스 호텔 사건의 판결

이처럼 달라진 의견들에 대한 가이드라인을 미 연방 대법원이 제시하였으니, 바

17) *Mooney v. Aramco Servs. Co.*, 54 F.3d 1204 (5th Circuit, 1995)

18) *Walden v. Georgia-Pacific Corp.*, 126 F.3d 506 (3d Circuit, 1997)

19) Robert Belton, *Mixed-Motive Cases In Employment Discrimination Law Revisited: A Brief Undated View Of The Swamp*, *Mercer Law Review*, Vol. 51, 2000, P.662

20) *Fernandes v. Costa Bros. Masonry*, 199 F.3d 572 (1st Circuit, 1999)

로 씨저스 팔레스 호텔 사건(Desert Palace, Inc., et al. v. Catharina F. Costa)²¹⁾의 판결이라고 하겠다. 사안의 개요를 살펴 보면, 씨저스 팔레스 호텔과 카지노에 고용된 카타리나 코스타는 화물과 중장비기사 중 유일한 여성이었다. 그녀는 근무 도중 동료와 상사로부터 끊임 없이 여성이라는 이유로 제대로 작업을 하지 못한다든가 하는 식의 성적 비하를 견뎌야만 했다. 예컨대, 그녀가 다른 동료들과 함께 사무실에서 식사를 하고 있는 것을 목격한 상사는 다른 모든 남자 근로자들은 그대로 둔 채 그녀에게만 왜 일하지 않고 먹을 것만 먹고 있느냐고 핀잔을 주는가 하면, 더 많은 임금을 받을 수 있는 초과근무의 기회는 다른 남자 근로자들에게만 돌아갔다. 그녀가 아파서 병원치료를 받느라 하루 결근한 것을 이유로, 실제로 결근을 한 날로부터 무려 8개월이나 지난 후에 감독자가 경고조치를 주기도 하고, 성적 농담 등을 하여 그녀를 곤혹스럽게 만들기도 한두번이 아니었다. 이런 와중에 결정적인 사건이 터졌는데, 그녀가 점심시간을 어기고 마음대로 휴게시간을 쓰고 있는 동료기사 전으로 이의를 한 것으로 인하여 그녀는 엘리베이터 안에서 그 동료기사와 말다툼 끝에 상호 폭행까지 하게 되었는데, 회사 측은 문제가 된 남자 기사에 대하여는 단지 5일의 정직처분을 내리는 것에 그쳤으면서도, 카타리나 코스타에 대하여는 해고처분을 하였다.

이에 카타리나 코스타는 고용차별 소송을 제기하기에 이르렀는데, 이 사안에서의 문제는 과연 차별의 입증을 위한 증거가 직접 증거에 국한되어야 하는 것이었다. 즉, 사용자인 회사 측은 카타리나 코스타의 주장 내용이 모두 사실이라 하더라도 성별에 대한 차별적 의도가 해고처분의 한 가지 원인이 되었다는 점에 대한 직접 증거가 없다고 항변하였다. 이에 대하여 지방법원은 차별의 직접적 증거가 없다는 이유로 사용자의 손을 들어 주었다. 그러나, 이 사안에서 항소심에 이어 연방 대법원에서는 홉킨스 판결에서의 오크너 대법관의 직접증거 원칙은 1991년 공민권법의 입법으로 파기되었다고 보았다. 따라서, 법원은 복합적 의도에 의한 차별행위의 입증에 있어 직접 증거의 여부를 불문하고, 차별의도가 고용결정의 한 가지 원인이 되었음을 보여주는 증거를 제시하기만 하면 그로써 차별의 입증은 일단 이루어진다고 판시하였다.

21) 539 U.S. 90 (2003)

VI. 사용자의 입증책임

1. 동일한 결정의 항변

복합적 의도에 의한 차별이 일단 입증되면 사용자에게 입증책임이 전환되는데, 사용자는 자신의 고용 결정에 있어 근로자의 주장과 같은 차별적 의도가 없었더라도 같은 결정을 하게 되었으리라는 점을 입증하여야 한다. 이것을 소위 동일한 결정의 항변("same decision" defense)이라고 한다. 그런데, 사용자가 동일한 결정의 항변을 하고 그에 대한 입증까지 모두 성공한다 하더라도 사용자가 복합적 의도에 의한 고용차별 행위에 대한 모든 책임을 면책받는 것이 아님을 유의하여야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이²²⁾, 단지 고용차별 행위에 대하여 사용자가 져야 할 책임의 범위를 당해 고용행위에 대한 무효 확인과 특정한 종류의 가치분명령 및 소송비용과 변호사 비용배상 등에 한정할 뿐이다. 따라서 사용자로서는 일단 차별의 입증이 이루어지고 나면 완전한 면책을 받을 수는 없는데, 이는 법리상 당연한 것으로 생각된다. 즉, 공민권법 제7편이 규율하는 고용차별의 범위를 위법한 차별적 의도에만 의거하여 고용결정을 하는 경우 외에도, 이러한 위법한 고려가 고용결정의 여러 가지 원인 중 하나에만 해당하여도 이를 고용차별행위로서 모두 포함시킨다는 전체 하에서 이룩된 것이 복합적 의도에 의한 차별행위 이론이다. 그렇다면, 일단 위법한 고려가 고용결정의 여러 가지 원인 중 하나에 해당함을 입증하는 순간 사용자의 차별행위는 인정되는 것이며, 사용자가 완전 면책이 될 수 있는 유일한 길은 위법한 고려가 고용결정의 원인이 된 여러 가지 고려 사항 중 어느 하나에도 해당하지 않았다고 인정받는 수 밖에 없는 것이다. 이러한 인정을 받았다는 것은 바꿔 말해서 근로자가 입증의 첫 단계에 해당하는 복합적 의도에 의한 차별행위의 성립 자체를 입증시키지 못한 경우에만 가능한 것이므로 일단 차별행위의 성립이 입증된 이상, 사용자로서는 위법한 차별의도를 전혀 고려하지 않고 나머지 고용결정의 원인이 된 사유들만 고려하였더라도 자신이 동일한 고용상의 결정을 하였으리라는 점을 입증함으로써 책임을 져야 할 내용의 범위에 제한을 받는 것만이 소송 수행 상 가

22) 본고 "II. 이론의 성립 배경과 그 개념" 부분

능한 방어방법이 된다.

2. 사용자의 입증책임의 정도

초기에 홉킨스 판결이 나온 이후 연방대법원 다수의견의 해석을 두고 과연 사용자의 동일 결정의 항변은 설득책임의 전환인가, 아니면 맥도널사 사건 이래 성립된 전통적 차별행위 법리와 일관되게 단지 증거제출책임만을 부여한 적극적 방어방법(affirmative defense)에 불과한 것인가²³⁾에 대하여 일부 논란이 있었다. 이런 논란이 일어나게 된 데에는, 오코너 대법관이 근로자가 “직접 증거”에 의하여 사용자의 위법한 의도가 주요한 판단기준이 되어 차별적 처분에 도달하였음을 입증한 경우에만 사용자가 동일한 결정의 주장을 설득시킬 입증책임까지 지게 되는 입증책임 전환이 일어난다는 입장을 견지함으로써 홉킨스 판결 역시 맥도널사 사건 판결의 입장에서 벗어난 것이 아님을 애써 강조하였던 것이 한 가지 원인이 되었다.

이 점에 대하여 씨저스 팔레스 호텔 사건에서 연방 대법원은 홉킨스 사건 이래 대법원의 입장은 변함 없이 일단 복합적 의도에 의한 차별행위임이 입증되면 사용자로 하여금 동일한 결정의 항변을 함에 있어 설득책임을 지게 함으로써 완전한 의미의 입증책임의 전환이 이루어진다는 것이었음을 분명히 하였다. 계속해서 동 사건에서 연방대법원은 1991년 공민권법의 규정을 위와 같은 해석의 또 하나의 근거로 들고 있다. 즉, 1991년 공민권법 규정에 의하면 복합적 의도에 의한 차별행위에 있어 사용자에게 전환된 입증의 내용에 대하여, 사용자는 동일한 결정을 하였으리라는 항변을 입증(demonstrate)하여야 한다는 표현을 하고 있다는 점이다. 그런데 여기서 쓰인 “demonstrate”라는 용어는 어디까지나 증거제출 및 설득책임을 의미하는 용어로 공민권법 제7편의 다른 규정들에서도 그대로 사용되고 있다는 것이다. 따라서, 복합적 의도에 의한 차별행위에 대하여서만 특별히 다른 정도의 입증책임을 부과하려 하였다면 분명히 법의 문구도 달라졌으리라는 논리 하에 사용자의 책임은 설득책임이라고 판시하였다.

23) Henry L. Chambers, Jr., 앞의 논문 P.90

VII. 결론 (우리의 간접차별 규정 해석과 관련하여)

1. 복합적 의도에 의한 차별행위개념의 우리 법 하에서의 해석

우리의 남녀고용평등법은 차별의 정의를 규정함에 있어 직접 차별과 간접차별로 구분하여 규정하고 있다. 직접차별이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우를 말하고, 간접차별은 사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우에 해당한다고 규정하고 있다.(남녀고용평등법 제2조 제1항)

그런데 복합적 의도에 의한 차별행위가 우리 법 하에서는 과연 직접 차별과 간접 차별 중 어디에 해당할 것인가를 생각해 보면, 직접 차별로 이러한 차별의 형태를 규율하는 데에는 한계가 있음을 느낀다. 간접차별의 입증에 있어 차별의도의 입증을 요하지 않는다는 측면만을 강조한다면, 복합적 의도에 의한 차별행위는 차별의도에 의한 행위라는 점에서 직접 차별로 규율하여야 한다고 볼 수도 있다. 그러나, 직접 차별은 문자 그대로 성별, 혼인 등을 이유로 한 위법한 차별적 의도에 의한 차별임이 명백한 경우에만 인정된다는 점을 감안한다면, 복합적 의도에 의한 차별행위를 직접차별의 범주에서 구제하려는 것은 현실적으로 매우 힘들다고 보인다. 뿐만 아니라, 차별의 입증과 차별규제대상의 범위는 서로 다른 문제이다.

본고에서 살펴 본 바와 같이, 결과적 고용차별과 의도적 고용차별을 구별하면서, 의도적 고용차별도 또다시 위법한 차별의도 만에 의한 차별행위와 복합적 차별의도에 의한 차별행위를 구분하는 등 차별행위의 구분이 매우 정치한 미국식의 법리에서 보면 결과적 고용차별 규정이 차별의 의도가 없는 경우에만 인정된다고 하지만, 미국처럼 정치한 복합적 의도에 의한 차별행위에 대한 규제 규정을 별도로 입법하지 아니한 우리의 경우, 간접차별 규정을 입법하면서 처음부터 미국식의 결과적 고용차별에 해당하지 않는 행위는 모두 간접차별의 규제범위에서 제외시키는 것으로 의도하였다고 보기는 어렵다.²⁴⁾ 미국식 이론을 그대로 받아들인다면, 우리 법 하에

24) 김엘림, 남녀고용평등법 시행 10년의 성과와 과제, 한국여성개발원 '99연구보고서 210-5, 41면 :

서는 실질적으로 차별의 의도가 분명히 드러나지는 않지만 추정되는 경우 차별의도의 입증이 어려우므로 차별행위 규제에 있어 많은 문제를 가져올 것으로 보인다. 따라서, 미국의 결과적 차별행위 법리와 마찬가지로 우리의 간접차별 역시 차별의 입증에 있어서는 의도를 입증할 것이 요구되지 않지만, 적어도 그 보호 대상 범위에는 미국과 달리 복합적 의도에 의한 차별행위로 볼 수 있는 행위들도 포함되어야 할 것으로 생각된다.

2. 우리의 간접차별 인정 기준과 관련 판례의 입장

남녀고용평등법 제정과 각종 관련 규정 정비에 즈음한 우리의 판례를 살펴 보면, 본격적인 간접차별 법리에 의거하여 우리 대법원의 확립된 입장을 보여준 판결은 아직까지 찾기 어려운 것 같지만, 향후 간접차별 소송이 점차 늘어갈 것으로 보인다. 따라서, 향후의 소송들에 대비한 구체적인 판단기준들이 정비되어야 할 필요성이 크다고 보이는데, 남녀고용평등법 입법 이후 동법 시행령 및 시행규칙에 따라 남녀의 평등한 기회 및 대우를 보장하는데 필요한 사항을 정하기 위하여 제정된 남녀고용평등업무처리규정²⁵⁾과 여성부의 남녀차별금지기준²⁶⁾을 보면, 고용에서의 남녀차별금지에 대한 구체적 기준을 제시하고 있음을 알 수 있다. 그 중에서도 특히 사안에 따라 향후 간접차별이 적용될 가능성이 높은 것으로 보이는 규정들을 살펴 보면, 첫째 모집과 채용에 있어 i) 학력·경력 등 자격이 같음에도 불구하고 특정 성을 다른 성보다 낮은 직급·직위에 채용하거나 불리한 고용형태로 채용하는 경우 ii) 채용기회를 제한할 목적으로 직무수행상 반드시 필요하지 아니함에도 특정 성이 충족하기 어려운 조건을 채용조건으로 부과하는 경우 iii) 면접과정에서 객관적인 기준에 의하지 아니하고 특정 성에게 불리하게 대우하는 경우 등을 규정하고 있고, 그

이 연구보고서의 내용에 의하면, 99년 남녀고용평등 개정시의 간접차별 규정 입법 이후 동 규정의 내용상의 미비점을 지적하면서 일본 기업들의 '코스별 인사관리제도'를 예로 들고 있는데, 이러한 경우를 규율하기 위하여 구미 제국의 입법례를 따라서 간접차별 규정을 보다 강화하여야 한다는 주장을 하고 있음에 비추어 보더라도, 당시 간접차별 입법 필요성을 주장한 분들은 대체로 복합적 의도적 차별행위와 명확히 구별되는 미국식의 결과적 고용차별을 그대로 입법화 하자고 주장한 것은 아니라고 보인다.

25) 노동부 제정 예규 제209호로써 1992. 4. 1. 제정된 이 규정은, 두 차례의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있고, 현재의 규정은 예규 제422호로써 1999. 4. 28. 개정된 내용이다.

26) 여성부고시 제2001-1호로써 2001. 4. 17. 제정되어 한 차례의 개정을 거친 결과, 현재의 규정은 여성부고시 제2002-2호로써 2002. 11. 4. 개정된 내용임.

다음 교육·배치에 있어서 i) 일정한 직무의 배치대상에서 특정 성을 배제하거나 특정 성을 편중하여 배치하는 경우 ii) 직무수행상 필요 불가결한 요건이나 업무의 특수성에 근거하지 아니하고 일정한 직무의 배치대상에서 동일 학력·자격으로 채용하였음에도 특정 성은 주로 기간업무에 배치하고 다른 성은 본인의 의사에 관계없이 정형적인 단순보조업무에 배치하는 경우 등을 들고 있고, 승진에 있어서는 i) 특정 성의 직급 또는 직위를 더 많은 단계로 세분화하여 결과적으로 승진을 불리하게 하는 경우, ii) 승진의 객관적 기준이 되는 근무평정 등에 있어서 특정 성에 대하여 불리한 평가를 가져오는 항목을 두는 경우 등을 규정하고 있고, 나아가 퇴직·해고에 있어 i) 대다수가 여성인 직종의 정년을 합리적인 이유 없이 다른 직종보다 낮게 정하는 경우, ii) 정리해고에 있어 합리적인 이유 없이 여성을 우선적으로 해고하는 경우 등을 들고 있다.

이러한 규정들이 개별 사례들에서 구체적으로 어떻게 적용될 것이냐에 대하여 현재까지 연구하신 분들은 특정 직역에서 신장 등의 기준을 두어 특정 성별 집단에 속한 근로자가 이러한 요건을 충족시키기 힘들게 하는 경우라든가 특정 고용기준이 특정 집단에 대하여 불평등 효과를 가져온다는 통계를 제시함으로써 차별이 성립된다고 27) 하거나, 객관적 기준 없이 여성을 계속 승진에서 탈락시킨 지방의 의료보험조합사건²⁸⁾을 간접차별의 사례로 설명하면서 합리적 이유 없는 승진차별사례를 일례로 드는 분²⁹⁾도 있다. 결국 구체적인 기준은 향후 소송사건들의 구체적 전개방향에 따라 확립될 것으로 보이지만, 앞서 살펴 본 바와 같이 미국식의 복합적 의도에 의한 차별행위로 분류될 수 있는 사례들이 우리의 경우 많이 포함될 것으로 보인다.

3. 입증책임의 문제

현행 남녀고용평등법 제30조에서는 이 법과 관련한 분쟁에 있어 전적으로 사용자에 입증책임이 있다고까지 규정하고 있다. 이러한 입증책임 전환 규정은 너무나 추상적이고 모호하여 소송 실무에서 구체적으로 적용될 가이드라인이 되기에 부

27) 김엘림, 고용상의 성차별의 개념과 판단기준, 노동법학 제15호, 2002, pp.14-16.

28) 대통령 직속 여성특별위원회의 남녀차별결정사례, 사건번호 99고용17.

29) 오정진, 여성노동현안에 관한 국내외 판례의 동향과 과제, 한국여성개발원 연구보고서 210-2, 2003, pp.46-51.

족하다는 큰 문제점을 안고 있다고 보인다³⁰⁾. 일단 근로자가 직접 차별 내지 간접 차별을 받게 되었음을 소송의 첫 단계에서 입증하면, 그 다음 단계로 사용자로 하여금 문제가 된 고용결정의 원인이 직무수행상의 필요성 등 합법적인 사유에 기한 것임을 입증하도록 입증책임을 전환하고, 이러한 사용자의 주장 입증에도 불구하고 근로자가 이를 재항변할 수 있는 식의 구체적인 입증책임 전환 규정을 두어야 할 것이다. 앞서 본고 III. 내지 VI. 항목 부분에 걸쳐 자세히 살펴 본 바와 같이, 미국 입법과 소송 실무상 고용차별에 있어 입증책임분배원칙은 세밀하게 구체화되어 있으며, 유럽공동체의 경우도 간접차별의 입증에 있어 차별이 일응 추정될 정도의 입증을 하고 하면, 입증책임은 사용자에게 전환되며, 위법한 차별행위가 없었음을 입증할 책임은 사용자에게 있다고 규정하고 있다.³¹⁾ 일응 사용자에게 전적으로 입증책임을 획기적으로 전환한 것처럼 보이는 우리의 규정은 사실상 소송실무와는 상당히 괴리되어 있다는 점을 감안한다면, 입법조치로써 보다 세밀한 입증책임 분배 및 전환 규정을 두거나, 혹은 판례에 의해 보다 세밀한 입증책임 분배기준을 구체적인 실무관행으로 확립함으로써 매우 정치한 입증책임 규정을 두고 있는 미국과 같이 소송 진행 단계별로 구체적이고도 합리적인 입증책임분배원칙을 세우는 것이 바람직하다고 보인다.

30) 남녀고용평등법 하에서의 입증책임 규정의 문제점과 근로자의 입증책임 경감 및 완화방안에 대한 보다 자세한 내용은 최윤희, 앞의 논문, 132-187면

31) 고용, 직업에서의 평등대우에 관한 유럽공동체 제78호 지침(2000) 제10조 규정임, 동 규정은 더 나아가, 이러한 입증책임 전환이 실제 분쟁에서 제대로 이루어질 수 있도록 유럽연합회원국들로 하여금 필요한 입법 조치 등을 취하도록 규정하고 있다.

< 參 考 文 獻 >

- 김엘림, 고용상의 성차별의 개념과 판단기준, 노동법학 제15호, 2002.
- 김엘림, 남녀고용평등법 시행 10년의 성과와 과제, 한국여성개발원 '99연구보고서 210-5, 1999.
- 김유성, 노동법 I-개별적 근로관계법, 법문사, 2005.
- 김형배, 노동법, 박영사, 2005.
- 오석락, 입증책임론, 박영사, 2002.
- 오정진, 여성노동현안에 관한 국내외 판례의 동향과 과제, 한국여성개발원 연구보고서 210-2, 2003.
- 이승욱, 고용차별규제법리의 가능성과 한계 -간접차별을 중심으로-, 한국노동법 학회 하계학술발표회 제1주제 발표논문, 2003.
- 임종률, 노동법, 박영사, 2005.
- 조순경외 4인, 간접차별판단기준을 위한 연구, 노동부 학술용역사업, 이화여대 한국여성연구원, 2002.
- 최윤희, 고용차별규제에 관한 법리 (고용차별소송에서의 입증책임을 중심으로), 서울대학교 법학박사학위논문, 1995.
- 한정현, 남녀고용평등법, 박영사, 1994.
- Benjamin C. Mizer, Toward A Motivating Factor Test For Individual Disparate Treatment Claims, Michigan Law Review, Vol. 100, 2001.
- Christopher Y. Chen, Rethinking The Direct Evidence Requirement: A Suggested Approach In Analyzing Mixed-Motives Discrimination Claims, Cornell Law Review, Vol. 86, 2001.
- Henry L. Chambers, Jr., The Effect Of Eliminating Distinctions Among Title VII Disparate Treatment Cases, SMU Law Review, Vol. 57, 2004.
- Jaclyn Borcharding, Deserting McDonnell Douglas? Desert Palace, Inc. v. Costa, Baylor Law Review, Vol. 57, 2005.
- Lisa Sively, Price Waterhouse v. Hopkins : The "Same-Decision" Test Adopted For "Mixed-Motive" Disparate Treatment Employment Discrimination Cases, Houston Law Review, Vol. 28, 1991.

Mack A. Player, *Federal Law of Employment Discrimination*, West Publishing Co. 1991.

Robert Belton, *Mixed-Motive Cases In Employment Discrimination Law Revisited: A Brief Undated View Of The Swamp*, *Mercer Law Review*, Vol. 51, 2000.

대통령 직속 여성특별위원회의 남녀차별결정사례, 사건번호 00고용38.

대통령 직속 여성특별위원회의 남녀차별결정사례, 사건번호 99고용17.

대판 1988. 12. 27. 선고 85다카657.

대판 1993. 4. 9. 선고 92누15765.

대판 1996. 8. 23. 선고 94누13589.

헌재 1999. 12. 23. 선고 98헌마363.

대판 2003. 3. 14. 선고 2002도3883.

Desert Palace, Inc., et al. v. Catharina F. Costa 539 U.S. 90 (2003).

Fernandes v. Costa Bros. Masonry, 199 F.3d 572 (1st Circuit, 1999).

Mcdonnell Douglas Corp. v. Green 411 U.S. 792(1973).

Mooney v. Aramco Servs. Co., 54 F.3d 1204 (5th Circuit, 1995).

Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228, 1989.

Walden v. Georgia-Pacific Corp., 126 F.3d 506 (3d Circuit, 1997).

SUMMARY

The Notion and Proof of A Mixed-Motive Disparate Treatment in the USA

Choi, Uni

(An Associate Professor, Department of Law, College of Law,
Konkuk University)

Article 2 of the Gender-Equal Employment Law of Korea, regulates that an employer discriminates against a man or woman if the employer applies a requirement or condition which is equally applied to each gender but (i) which is such that the proportion of any gender who can comply with it is considerably smaller than the proportion of the other gender who can comply with it, and (ii) which the person cannot show to be justifiable irrespective of the gender of the person to whom it is applied, and (iii) which is to detriment of the relevant gender because a person of the gender cannot comply with it. However, our definition of indirect discrimination under the Gender-Equal Employment Law is not yet specifically established. In this thesis I surveyed the mixed-motive disparate treatment theory of the U.S.A., together with its burden of proof, while trying to find out some guidelines for the future interpretation and modification of our Gender-Equal Employment Law.