

노동정책연구
2013. 제13권 제3호 pp.181~219
한국노동연구원

연구논문

고용상 적극적 조치에 대한 법적 정당성 판단 : 미국과 유럽연합의 사례*

심재진**

이 글은 미국과 유럽연합에서 고용상 적극적 조치의 정당성 판단에 대해 비교한다. 먼저 그 양 법제의 공통점으로 미국과 유럽연합이 모두 차별금지 혹은 평등대우의 예외로서 법적 정당성이 심사되고, 그 심사방식 또한 비례성 심사를 사용하고 있다는 점을 제시한다. 이러한 공통점과 함께 이 글은 양 법제의 차이점을 제시한다. 그 차이점은 고용상 적극적 조치가 문제되는 사유별로 그 정당성의 범위와 내용에서 드러난다. 미국의 경우, 인종과 관련하여 적극적 조치가 문제될 뿐만 아니라 그 정당성 심사 또한 다른 사유보다 엄격하게 이루어진다. 유럽연합은 인종보다는 성과 관련된 적극적 조치에 대한 정당성이 문제되고 있으며, 미국과 달리 그 정당성 심사가 목적면에서 덜 엄격하다. 그 결과로 미국보다는 유럽연합의 법제하에서 고용상 적극적 조치가 상대적으로 폭넓게 허용될 수 있다.

더 나아가 이 글은 고용상 적극적 조치와 관련하여 양 법제의 비교를 통해 인종과 관련한 미국 고유의 역사에서 탄생한 적극적 조치의 정당성 논의는 이와는 다른 문화와 역사를 갖는 한국에서 참고하기가 쉽지 않다고 판단한다. 오히려 한국의 차별금지법제에서는 고용상 적극적 조치가 차별이 아니라라고 규정하여 그 규정 방식이 유럽연합과 유사하다. 그런 점에서 이 글은 미국보다는 유럽연합의 정당성 논의가 한국에 시사하는 바가 클 수 있다는 점을 제시한다.

핵심용어 : 고용상 적극적 조치, 유럽연합법, 평등대우지침, 미국공민권법 1964, 평등권

논문접수일: 2013년 8월 29일, 심사의뢰일: 2013년 9월 9일, 심사완료일: 2013년 9월 24일

* 이 논문은 2011 학년도 대구대학교 신입교원 학술연구비 지원에 의해 연구되었다.

** 대구대학교 법과대학 조교수(J.Shim@daegu.ac.kr)

I. 들어가며

적극적 조치의 법적 정당성을 다투는 사례는 지금까지 헌법적 차원에서 이루어졌다. 먼저 대표적으로는 공무원채용시험에서 군필자에 대한 가산점제도가 헌법상의 평등권 등을 침해하는지가 다투어졌다(헌재 1999.12.23. 결정 98헌마363). 그리고 시각장애인에 대한 안마사 자격 독점 여부가 헌법상의 평등권, 직업선택의 자유에 대한 침해하는지의 여부가 다투어졌다(헌재 2003.6.26. 결정 2002헌가16, 헌재 2006.5.25. 결정 2003헌마715, 헌재 2008.10.30. 결정 2006헌마1098·1116·1117(병합)). 헌법재판소는 이 사건들에서 “헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우 입법자의 입법형성권이 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용된다”고 하면서 비례성 기준에 의해 심사를 하였다. 이 비례성 심사는 헌법재판소에 따르면 “합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성 원칙에 따른, 즉 차별 취급의 목적과 수단 간의 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사”를 말한다.

그러나 한국에서는 고용상 적극적 조치가 허용되도록 규정한 차별금지에 관한 법률¹⁾에 대하여 이 조치의 내용과 범위 그 한계가 다투어진 사례가 없다. 향후 적극적 고용개선조치가 더 도입되고, 현재의 적극적 조치를 도입하도록 촉진하는 제도가 강화되는 경우²⁾ 차별금지 관련법하에서 적극적 조치의 정당

1) 남녀고용평등법에서는 이 법이나 다른 법에 따른 적극적 고용개선조치를 하는 경우를 차별로 보지 않는다(제2조 제1호 다목 참고). 여기에서 적극적 고용개선조치는 “현존하는 남녀 간의 고용차별을 없애거나, 고용평등을 촉진하기 위하여 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치”로 정의되어 있다(제2조 제3호). 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률(이하 연령차별금지법)에서는 이 법이나 다른 법률에 따라 특정 연령집단의 고용 유지·촉진을 위한 지원조치를 하는 경우 연령차별로 보지 아니한다고 규정한다(제4조의5 제5호). 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 장애인차별금지법)에서도 유사한 규정이 있다. 즉 장애인의 실질적 평등권을 실현하고 장애인에 대한 차별을 시정할 목적으로 이 법 또는 다른 법령 등에서 취하는 적극적 조치는 차별로 보지 아니한다고 규정한다(제4조 제3항).

2) 박근혜 대통령은 적극적 고용제도 정착을 통한 여성의 고용 확대를 공약으로 하여 ① 여

성 문제는 충분히 제기될 수 있다. 이렇게 강화된 제도에서 예를 들어 적극적 고용개선조치 계획을 세우도록 의무를 갖는 사업주가 해당 사업장에서 특정의 적극적 조치를 취할 때, 이 조치의 정당성 문제는 법적으로 다투어질 수 있다. 이러한 상황은 고용상 적극적 조치와 관련하여 그 헌법상의 정당성 논의를 넘어 더 심도 깊은 검토가 필요함을 보여준다.

이 글은 이와 같은 문제의식에서 적극적 조치의 법적 정당성 판단에 대해 미국과 유럽연합의 사례를 비교하여 연구하고자 한다. 적극적 조치의 법적 정당성과 관련해서는 주로 미국의 상황을 소개하거나 분석하는 연구가 많다. 특히 교육 분야에서의 적극적 조치와 관련하여 미국 헌법상 평등 조항의 해석과 관련해서는 한국에서도 그 논의가 활발하다(박승호, 2006; 이종근, 2007; 김영환, 2007, 2009; 김복기, 2008; 이희훈, 2010). 이러한 사실은 한국에서 적극적 조치의 도입이나 그 법적 정당성 문제에 대한 논의에서 미국이 그 전범의 역할을 하고 있음을 보여준다.

그러나 후술하는 바와 같이 미국에서 헌법상 적극적 조치의 정당성이 문제가 된 사례는 거의 대부분 교육 특히 대학 입학과 관련된 것이다. 그리고 미국의 고용상 차별금지법에 해당하는 1964년 공민권법 제7편하에서의 고용상의 적극적 조치의 정당성 판단은 헌법상의 문제에 비해서는 그 논의가 적고 또한 헌법상 문제와의 별다른 구별 없이 헌법상 문제에 포함하여 다룬다(김복기, 2008). 예외적으로 조용만(2007)은 고용 분야에 국한해서 적극적 조치와 관련된 미국의 해석론에 기초하여 남녀고용평등법의 해석론을 전개하고 있다. 특히 그는 고용상 적극적 조치와 관련되어 미국과 한국의 법적 구조의 차이를 유념하여 미국과 구별하여, 한국의 법적 구조에 맞는 해석론을 전개한다. 그러나 조용만이 결론에서 지적하는 바와 같이 유럽연합의 사례에 대한 연구가 없어(조용만, 2007 : 82~83), 조용만의 연구에서도 미국이 한국의 고용상 적극적 조치의 정당성에 대한 해석론에 대해 전범의 역할을 수행하고 있는 것은 부정할 수 없다.

성 근로자의 고용 기준 미달 범위 확대(현행 여성근로자 및 관리자의 고용비율 평균 60 → 70%)를 통해 적극적 고용개선조치 강화 ② 적극적 고용개선조치 이행 우수기업에 대해서는 정부조달계약 혜택 제공 ③ 적극적 고용개선조치 미이행 기업에 대한 이행강제력을 담보하기 위해 시정권고를 지키지 않는 기업 명단 공표를 세부적으로 약속하고 있다(새누리당, p.66 참조).

이와 같은 상황에서 비교법학 차원에서 첫째로는 그동안 미국 중심의 논의에서 벗어나고, 그리고 둘째로는 교육관련 적극적 조치가 아닌 고용상 적극적 조치에 초점을 맞추는 비교법학적 연구를 수행하는 것은 의미가 있다고 본다. 기존 적극적 조치의 정당성과 관련한 비교법학적 논의에 대한 이러한 평가로부터 이 글은 유럽연합을 주목한다. 미국의 적극적 조치와 달리 유럽연합의 적극적 조치에 대해서는 비교법학적 연구가 한국에서 많이 진행되어 있지 않다. 또한 소수이나마 존재하는 연구는 대부분 유럽사법재판소의 판례법리를 소개하고 있는 연구가 존재하나(채형복, 2007) 고용 분야에서의 적극적인 조치 측면에서 미국과 비교하지는 않는다. 이 글과 같이 고용상 적극적 조치와 관련하여 미국과 유럽연합의 판례법리를 비교하는 연구가 존재하나(공영호, 2011),³⁾ 포괄하는 유럽연합의 판례가 제한되어 있다. 그리고 후술하는 바와 같이 유럽연합은 적극적 조치의 정당성은 주로 고용상의 조치와 관련해서 대부분 논의되었고, 헌법상의 평등권이 아니라 고용상 차별금지와 평등대우의 관점에서 적극적 조치의 정당성이 판단되었다. 이러한 이유들로 이 글에서 적극적 조치와 관련하여 미국과 비교할 수 있는 대상으로 유럽연합을 택했다.

고용상 적극적 조치를 대상으로 이 글은 먼저 고용상 적극적 조치의 정당성과 관련한 미국의 판례법리를 살펴본다. 미국의 적극적 조치의 정당성과 관련해서는 다수의 연구가 존재하기 때문에 유럽연합의 판례법리와의 비교를 위해 필요한 수준에 한하여 개괄하기로 한다. 이 글은 좀 더 상세하게 유럽연합에서 이러한 조치의 법적 정당성에 관한 판례법리를 살펴본다. 미국과 유럽연합에서의 판례법리를 정확히 이해하기 위하여 이 글은 먼저 법적 정당성 판단의 구조를 설명하고, 다음으로 대표적인 판례를 제시한다. 그리고 미국과 유럽연합의 판례법리의 유사점과 차이점을 설명한다. 이 글은 이러한 유사점과 차이점을 통해 한국에서 고용상 적극적 조치의 정당성 판단의 논의에 주는 시사점을 얻고자 한다.

이 글에서 말하는 고용상 적극적 조치⁴⁾는 크게 보아 우선적 대우를 수반하지

3) 이 글에서는 유럽사법재판소 판례 중 두 가지(Kalanke 사건과 Marschall 사건)만을 다루고 있다.

4) 남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률에서는 성과 관련하여 ‘적극적 고용개선조치’라는 용어를 사용한다(법 제2조 제3호). 필자는 이 용어에 특별히 반대하는 것은 아님

않은 조치와 우선적 대우를 포함하는 조치로 나눌 수 있다(Schiek, D., L. Waddington & M. Bell(eds.), 2007: 763~781. 이 단락 이하 동일). 전자로는 모니터링이 있는데, 이는 특정 집단의 과소대표의 경우를 확인하기 위하여 다른 범주들에 의해 사업장 노동력의 구성을 분석하는 보고서의 제출, 과소대표 집단의 진출을 향상시키기 위한 목표의 설정, 이 목표를 달성하는 데 기여하는 조치의 채택 등의 형태로 사용자에게 특정의 절차적 요건을 부과한다. 우선적 대우를 수반하지 않는 조치로 그 밖에 실력(merit)의 재정의가 있다. 이는 불이익을 받거나 과소대표되는 범주의 특정한 상황이 더 잘 고려되도록 보장하기 위하여 고용과 같이 특정한 사회적 재화를 할당하는 데 사용되는 기준을 재정의하는 것이다. 다른 하나로는 접근 지원(outreaching)이 있는데, 이는 특정 집단의 과소대표 문제를 해소하기 위하여, 예를 들어 성원에게 그들이 주로 보는 매체에 구인광고를 게재하거나, 사용자가 다양성을 달성할 목적으로 하는 채용 정책을 수행하려고 하는 적극성을 표현함으로써 특정의 기회를 알리고 그 집단의 성원에게 알리는 것을 말한다. 예를 들어 이것은 “지방정부는 동등기회 사용자이다. 여성들이 현재 이 분야에서 과소대표되고 여성들의 지원이 특히 환영된다”라고 하는 식이다. 이 글은 우선적 대우를 수반하지 않는 적극적 조치의 경우 그 법적 정당성 문제가 크게 다루어지지 않기 때문에 이 글의 대상이 되는 적극적 조치를 우선적 대우를 포함하는 것으로 한정하고자 한다. 이 글 이하에서 적극적 조치라 함은 우선적 대우이거나, 이것이 포함된 조치를 말한다.

II. 미국법에서의 고용상 적극적 조치의 정당성

1. 현황

미국에서의 고용상 적극적 조치는 그 주체로만 보면, 정부에 의한 적극적 조

에도 불구하고, 고용상 적극적 조치라는 용어를 이 글에서 사용한다. 그 이유는 비교법학적 관점에서 외국법제를 소개하는 이 글의 성격상 미국에서 affirmative action, 유럽에서 positive action으로 불리는 조치의 한 분야로서 고용을 다루고 있기 때문이다.

치와 민간 기업에 의한 적극적 조치로 나뉜다. 정부에 의한 적극적 조치는 연방 정부에 의한 것과 주정부에 의한 것으로 다시 나뉠 수 있다(후술하는 바와 같이 연방정부와 주정부의 적극적 조치는 헌법상의 정당성 심사에서 적용조항이 다르다). 미국 정부가 실시하는 적극적 조치가 없지는 않으나, 주로는 정부가 민간 기업과 계약할 때 소수계층이 운영하는 민간 기업에 우선권을 주거나,⁵⁾ 그 민간 기업이 수주받은 일을 재하청을 줄 때 소수계층의 재하청업자에게 우선권을 주도록 장려하는 조치⁶⁾ 등이어서 고용과 관련되지 않는다. 한국의 공무원채용목표제와 같이 채용이나 승진의 영역에서 연방정부와 주정부가 직접 실시하는 적극적 조치는 발견되지 않는다. 또한 민간 기업이 적극적 조치를 취하도록 요구하는 법률도 존재하지 않는다. 민간 기업은 고용상 적극적 조치를 취해야 하는 법적 의무가 없다.

그럼에도 불구하고 미국의 민간 기업들은 적극적 조치를 취할 수밖에 없는 상황에 직면할 수 있다. 그와 같은 상황의 대표적인 것은 바로 연방정부가 계약하는 민간 기업에게 실시하는 연방정부계약준수제(Federal Contractor Compliance)이다. 이 제도는 연방정부와 조달계약을 체결하는 민간 기업이 불법적인 차별 행위를 하지 않도록 하고 차별이 발생할 수 있는 영역을 찾아 이를 적극적으로 개선하기 위한 적극적인 노력을 벌이도록 하는 것이다(자세한 것은 장지연, 2007 참조). 연방정부는 이러한 조치를 취하지 않는 민간 기업은 정부조달계약의 대상자로 선정하지 않도록 하여 이러한 조치를 강제한다. 현재 연방계약준수국이 담당하는 적극적 조치는 재활법(the Rehabilitation Act of 1973)과 베트남 전쟁 참전군인 적응지원법(the Vietnam Era Veterans' Readjustment Assistance Act)와 행정명령(Executive Order) 11246호에 근거를 두고 실시된다. 첫 번째와 두 번째가 일반 장애인 그리고 참전군인들을 대상으로 한 것이고, 세 번째는 ‘인종, 피부색, 종교, 성 혹은 민족적 기원’과 관련해서이다. 대략 2,600만의 근로자들이 연방정부계약준수제에 의해 영향을 받을 수 있고, 이는 전체 미국 근

5) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200(1995) 사건은 연방정부의 계약을 수주한 원청업체가 소수계층이 소유하는 재하청회사와 재하청계약을 하는 경우 그 원청업체에 인센티브를 주는 것이 가능하게 한 연방법의 규정이 문제가 되었다.

6) *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469(1989) 사건은 모든 시의 건설공사 계약을 수주한 원청업체가 소수계층출신이 소유하는 재하청회사에 30% 이상 부여되도록 한 시당국의 조례(ordinance)가 문제가 되었다.

로자의 22%에 달하는 수치이다(Barbara et al., 2007: 2555).

이 중 가장 주요한 것은 세 번째인 행정명령 11246호로 1965년 당시 대통령이던 존슨이 내린 행정명령 11246호에 근거를 두고 현재까지 시행되어 오고 있다. 그 구체적인 내용을 보면, 행정명령 11246호는 행정부의 모든 기관이 계약을 할 때 반차별뿐만 아니라 고용상 적극적 조치의 의무를 지우는 조항을 계약상의 의무조항으로 포함하도록 하고 있다(sec 202(1). Executive Order 11246 As Amended). 즉 행정부와 계약하는 모든 계약자는 ‘인종, 피부색, 종교, 성 혹은 민족적 기원’을 이유로 근로자나 일자리 지원자를 차별하지 않아야 하며, “그러한 사유와 관련 없이, 지원자가 채용되고 그리고 고용 중에 대우받는 것을 보장하도록 적극적 조치를 취”해야 한다. 이 조항은 단순히 반차별의 조치를 취하도록 하는 것으로 해석되지 않고, 소수계층의 수를 늘리는 적극적 조치를 취하도록 요구하는 것으로 해석된다. 그래서 이 조항과 관련하여 연방계약 준수국은 관련된 노동력 구성에서 여성⁷⁾과 소수계층의 비율을 감안하여 예상할 수 있는 비율로 고용되어 있지 않으면, 계약자들은 이러한 과소 이용의 문제를 제기하는 구체적이고 실제적인 조치를 담은 적극적 조치를 취해야 한다고 본다(41 C.F.R. § 60-2, 10 (2013)).

정부와 계약하는 계약자가 아니더라도 민간 기업은 고용상 적극적 조치를 취하도록 압박을 받을 수 있다. 예를 들어 회사에서 그동안 소수계층이나 여성의 채용을 회피하는 차별이 만연하고 관행화되어 있는 경우 회사는 개별근로자에 의해 소송을 당할 수 있다. 또한 회사는 차별과 관련하여 보고, 조사 및 소추권한을 가진 연방고용평등위원회(Equal Employment Opportunity Commission : EEOC)에 의해 압박을 받을 수 있다. 모든 회사들은 여성과 소수계층의 구성에 대하여 매년 EEOC에 보고를 하여야 한다(s. 709(c), Title VII, 29 C.F.R. § 1602.7 (2012)). 개별근로자들의 차별신고에 따라 연방고용평등위원회는 소환장까지 발부하여 조사할 수 있는 조사권한을 갖고(s. 709(a) and s. 710, Title VII), 그 결과에 따라 연방고용평등위원회 이름으로 민사상 소송을 제기할 수 있다(s. 706, Title VII, 29 C.F.R. § 1602.7 (2012)). 민간 기업들은 이와 같은

7) 1968년 대통령 행정명령(Executive Order 1124)을 통해 정부계약준수제의 대상을 여성에게로 확대했다.

조사나 소송을 예방하기 위하여 고용상 적극적 조치를 취할 수 있고, 또한 연방 고용평등위원회의 조사⁸⁾ 혹은 이 조사에 따른 소송 중에 합의된 조정안에 따라 혹은 소송에 따른 판결의 결과로 적극적 조치를 취해야 하는 의무⁹⁾가 발생할 수 있다.

2. 정당성 판단

가. 법적 구조

미국의 수정헌법 제5조는 연방정부가 법의 적정절차 없이 ‘생명, 자유 혹은 재산’을 박탈할 수 없다고 규정한다. 이 조항은 모든 사람이 법의 평등한 보호를 받는다는 암묵적 보장이라고 해석된다. 또한 수정헌법 제14조는 그 내용 중의 하나로 명시적으로 “어떤 주도 (...) 모든 사람에게 법의 평등보호를 부정해서는 아니 된다”고 규정한다. 따라서 연방정부나 주정부가 행하는 고용상의 적극적 조치는 이와 같은 헌법상의 평등권 조항에 의해 헌법적 정당성에 관해 심사를 받을 수 있다.

한편 공민권법 제7편은 고용 분야에서 ‘인종, 피부색, 종교, 성 혹은 민족적 기원’을 이유로 한 차별을 금지한다. 제7편을 일별해 보면 차별금지에 대한 예외규정으로 고용상의 적극적 조치를 허용하는 명시적인 규정은 없어 보인다. 오히려 s. 703(j)은 고용상 적극적 조치를 금지하는 것으로 해석될 가능성이 있었다. s. 703(j)는 차별금지를 규정한 s. 703의 어떤 조항도 “사용자, 고용알선업체(employment agency), 노동단체 혹은 노사합동위원회가 인종, 피부색, 종교, 성 혹은 민족적 기원의 사람들의 수나 비율과 관련하여 존재하는 불균형 때문에 ‘인종, 피부색, 종교, 성 혹은 민족적 기원’을 이유로 어떤 개인 혹은 집단에게 우선적 대우를 하는 것을 요구하지 않는다”고 규정하기 때문이다. 이 조항

8) 공민권법 제7편에 의하면, 차별시정 신청에 대해 조사가 이루어진 후 이 신청이 차별 주장이 사실이라고 믿을 만한 합리적인 이유(cause)가 있는 경우 연방고용평등위원회는 회의, 조정 그리고 설득 등의 비공식적 방법으로 위법적 고용관행을 없애도록 노력하여야 한다(sec 706(b)).

9) 공민권법 제7편에 의하면, 법원은 고의적인 차별이 이루어진 경우 적극적 조치를 취하도록 명령할 수 있다(sec. 706(g)(1)).

은 고용상의 적극적 조치를 금지하는 규정처럼 보이나 *United Steelworkers v. Weber* 사건(443 U.S. 193 (1979))에서 연방대법원은 이 조항이 우선적 대우를 공민권법 제7편이 ‘요구하는(require)’ 것으로 해석되는 것을 금지할 뿐, 사용자 등이 자발적으로 채택한 우선적 대우를 ‘허용하는(permit)’ 것은 금지되지 않는다고 보아, 이 조항이 자발적인 고용상 적극적 조치를 금지하는 규정이 아니라고 해석하였다. 연방대법원은 *Weber* 사건에서 전체적으로 보아 공민권법 제7편은 그 목적과 취지에서 볼 때 역사상 차별받았던 소수계층을 위한 적극적 조치를 허용한다고 결정했다. 즉 공민권법 제7편은 적극적 조치를 금지하는 규정이 없기 때문에 사용자가 적극적 조치를 실시하는 것은 공민권법 제7편에 위반되지 않는다는 것이다. 그렇지만 연방대법원은 공민권법 제7편은 자발적인 고용상 적극적 조치를 허용한다고 보면서 그 허용되는 범위에 대해 한계를 설정하였다. 따라서 민간 기업 등에서 행하는 자발적인 고용상 적극적 조치는 후술하는 바와 같이 연방대법원이 판례에서 설정하는 그 범위에 해당하는지의 여부를 중심으로 그 정당성 심사를 받을 수 있다.

나. 헌법상의 정당성 판단

1) 헌법상의 평등권 심사

미국 연방대법원은 평등조항 위반인지에 대해서 심사할 때 세 가지 상이한 수준의 심사척도를 사용한다(이하는 김복기, 2008: 94 참조). 그 세 가지 심사척도는 엄격심사(strict scrutiny), 중간심사(intermediate scrutiny), 합리성 심사(rational basis test)이다. 엄격심사는 법률이나 정부 행위가 긴절한 목적(compelling government purpose)을 달성하기 위하여 필요한(necessary)으로 증명되어야 한다. 정부는 문제되는 법률이나 정부 행위의 목적이 긴절하다는 점과 이 목적을 달성하기 위하여 덜 차별적인 수단(less discriminatory alternative)이 없다는 점을 증명하여야 한다. 중간심사는 차별적이라고 주장되는 법률이나 정부 행위가 중요한 목적(an important government purpose)에 실질적으로 관련(substantially related)되어 있으면 그 정당성이 인정된다. 마지막으로 합리성 심사는 문제되는 법률이나 정부 행위가 정당한 목적(a legitimate government purpose)에 합리적으로 관련(rationally related)되면 그 정당성이 인정된다.

2) *Wygant v. Jackson Board of Education* 사건(476 U.S. 267 (1986))

고용상의 적극적 조치가 헌법상 그 정당성 심사를 받은 대표적인 사건은 *Wygant v. Jackson Board of Education* 사건(476 U.S. 267 (1986))이다. 이 사건은 노동조합과 지방교육청 사이의 협약에 의해 설정된 경영해고 대상자 선정 문제와 관련되었다. 이 협약에 따르면 경영해고 시에 교사들이 일반적으로 근속이 적은 사람부터 해고 대상자로 되지만, 이렇게 하는 것이 소수계층의 교사들의 비율을 줄이게 될 때는 장기간 근무한 백인 교사들이 이보다 더 짧게 근무한 흑인 교사를 대신하여 경영해고의 대상자가 된다.

연방대법원은 4인의 다수의견으로 인종을 이유로 한 이와 같은 조치는 엄격 심사를 받아야 한다고 보아 앞서 언급한 ‘긴절한 정부 목적’이 있고, 그 수단이 이 목적에 비례적이어야 한다고 보았다. 다만 이 사건에서 연방대법원은 목적과 수단 사이의 비례성 원칙을 “목적 실현하기 위하여 국가가 선택한 수단이 그 목적의 달성에 협소하게 맞추어져(narrowly tailored to the achievement of that goal)”야 한다고 표현하였다.

지방교육청은 이와 같은 적극적 조치가 사회적 차별(societal discrimination)의 영향을 경감시키려는 시도로서 소수계층의 학생들에게 소수계층 역할 모델을 제공하기 위해서 필요했다고 주장하였다. 실제로 소수계층 출신의 교사들의 비율은 소수계층 학생들의 비율보다 낮았다. 이러한 시각에서 보면 역할모델이론은 정당한 구체적 목적에서 요구되는 수준을 넘어서서 교육청이 차별적인 고용과 해고를 할 수 있도록 허용한다. 또한 역할모델이론은 이전의 차별적 고용 관행에 의해 초래된 해약에 대해 관련성을 반드시 담고 있지는 않은 것이다. 그러나 위 다수의견은 사회적 차별만으로는 인종적 구별을 정당화하는 데 충분하지 않다고 배격하고 과거에 차별이 있었다는 사실을 증명해야 한다고 보았다. 실제의 차별이 있었다는 증명은 학교에서의 교사의 인종적 구성과 관련 노동시장에서의 자격있는 공립학교 교사의 인종적 구성을 비교해서 할 수 있다고 밝혔다.

다음으로 연방대법원은 그 수단의 정당성에 대해 검토했다. 연방대법원은 해고가 채용보다 근로자에게 더 큰 영향을 준다고 본다. 채용의 경우 차별과 무관

한 개인들이 지는 부담은 사회 전체에 걸쳐 상당하게 분산되는 반면에, 해고는 그렇지 않다는 것이다. 즉 적극적 조치로 인한 채용기회의 박탈은 여러 가지 기회 중의 하나를 닫는 것이지만 해고는 특정 개인들에게 적극적 조치의 모든 부담을 지우는 것이다. 이런 이유로 채용목표제와 같은 덜 침해적인 수단이 사용가능한 상황에서 근속이 더 긴 백인 교사를 먼저 해고하는 단체협약의 조항은 목적 달성에 ‘협소하게 맞추어져 있지’ 않다고 연방대법원은 판단했다.

3) 성

앞서 언급한 바와 같이 연방대법원은 정부 스스로가 수행하는 성에 기초한 구별은 그 정당성에 대해 엄격심사가 아니라 중간심사를 받아야 한다고 결정했다(Kahn, 416 U.S. 351 (1974), Califano 430 U.S. 313 (1977), 김복기, 2008: 103~104에서 재인용). 즉 연방대법원은 성에 기초한 정부 행위가 중요한 목적에 실질적으로 관련되어 있으면 그 목적상의 정당성을 인정받을 수 있다는 것이다. 그러나 연방대법원의 이러한 결정은 재산세의 감면이나 사회보장법상의 급여산정 등과 관련된 것이어서 고용 분야에서의 결정이 아니었다. 그렇기 때문에 고용 분야에서의 중간심사의 구체적 기준과 관련해서 아직까지 연방대법원이 판단한 사례는 없다.

제7연방순회법원은 *Danskine v. Mianmi-Dade Fire Department* 사건(253 F.3d 1288.)에서 그 구체적 기준을 제시했다. 이 순회법원은 중간심사에서도 그 목적을 정당화하기 위해서는 차별이 있었다는 것을 증명해야 하지만, 적극적 조치가 취해진 분야에서 정부 스스로가 직접 차별했다는 것을 반드시 보일 필요는 없다고 보았다. 또한 이 순회법원은 적극적 조치에 의존하는 것이 관습에 기초한 정형화된 반응이라기보다는 분석의 결과물이어야 하지만 반드시 마지막 수단일 필요가 없고(253 F.3d at 1294) 목표 비율과 관련 시장의 여성 비율이 반드시 긴밀히 연결되어 있을 필요가 없다고 보았다. 다시 말하면 그 수단이 ‘협소하게 맞추어질’ 필요는 없다는 것이다(253 F.3d at 1299.). 이러한 논리로 소방직무의 여성 비율을 36%로 하려는 장기적 목표를 갖는 이 사건에서의 채용상의 적극적 조치는 정당화된다고 결정했다.

4) 종합과 평가

인종을 이유로 한 구분에 대한 엄격심사 기준은 *Wygant v. Jackson Board of Education* 사건(486 U.S. 1014 (1986))에서 4인 다수의견으로 제시되었지만, 고용이 아닌 정부 계약과 관련한 적극적 조치에 대한 사건인 *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* 사건(448 U.S. 469 (1989))에서 5인의 재판관에 의해 지지되었다. 그 결과로 정부에 의한 인종상의 구분은 엄격심사 기준에 따라 헌법상의 정당성 심사를 받는 것이 판례법리로서 확립되어 현재에 이르고 있다.

다만 2003년 연방대법원은 *Grutter v. Bollinger* 사건(539 U.S. 306 (2003))에서 대학이 교육의 목표로서 다양성을 높이기 위해, 인종을 고려해야 할 여러 가지 요소 중의 하나로만 유연하게 고려하여 적극적 조치를 취하는 경우 헌법에 위반되지 않고 그 정당성이 인정된다고 보았다.¹⁰⁾ 한편 다양성 제고라는 목적에 의해 적극적 조치를 정당화하는 연방대법원의 판결 취지는 고용 분야에서의 적극적 조치에도 적용된다고 해석될 여지가 있다. 그러나 이러한 여지는 2007년 연방대법원의 판결에 의해 없어졌다. 연방대법원은 *Parents Involved In Community Schools v. Seattle School District* 사건(551 U.S. 701 (2007))에서 다양성을 높이는 목적을 적용한 *Grutter* 판결의 취지는 대학교육에 한정된다고 분명히 하였다(551 U.S. 701 (2007), 724).

이상에서 본 바와 같이 정부의 행위로 인정될 수 있는 고용상의 적극적 조치와 관련하여 연방대법원은 차별의 유형에 따라 심사척도를 달리 사용한다. 즉 연방대법원은 인종이나 출신 민족을 이유로 한 차별이 주장되는 경우 엄격심사, 성별에 의한 차별의 경우 중간심사 척도를 사용한다. 그리고 주로 경제적·사회적 규제의 경우와 같은 다른 사유에 대해서는 합리성 심사를 사용한다. 따라서 미국에서 정부에 의한 고용상 적극적 조치는 그 조치가 인종에 관계되면 시행이 가장 어렵고, 다음으로 성과 관련된 적극적 조치는 상대적으로 인종에 관계된 것보다는 그 시행이 어렵지 않으나 다른 사유에 관한 것보다는 어렵다.

10) 그리고 2013년 연방대법원은 대학교육에서의 다양성은 인종과 관련한 엄격심사에서 그 목적의 타당성을 인정할 수 있고 이에 대해서는 대학의 결정을 존중할 필요가 있지만, 엄격심사에서 그 목적을 달성하기 위한 수단으로서의 적극적 조치가 협소하게 그 목적을 향해 맞추어져 있는지에 대해서는 엄밀하게 심사되며 이에 대해서는 대학 자체가 증명하여야 한다고 판결했다(*Fisher v. University of Texas*, 133 S. Ct. 2411 (2013)).

다. 공민권법상의 정당성 판단

미국에서는 민간에서 시행하는 적극적 조치의 근거조항으로 볼 수 있는 헌법상의 규정이 없다. 앞서 언급한 바와 같이 수정헌법 제5조는 연방정부에만 적용되고, 수정헌법 제14조는 각 주의 행위(state action) 혹은 이와 유사하게 간주될 수 있는 행위에만 적용되기 때문이다. 그리고 공민권법 제7편에서는 적극적인 조치에 관련해 앞서 언급한 바와 같이 연방대법원에 의해 적극적 조치를 허용하는 것이 금지되지 않는다는 규정이 있을 뿐이다. 확인삼아 다시 언급하면, 연방대법원은 *United Steelworkers v. Weber* 사건(443 U.S. 193 (1979))에서 ‘요구’를 문자 그대로 해석해 위 규정은 적극적 조치가 의무적으로 ‘요구’되지 않는 않지만, 특정한 상황에서는 사용자가 자발적으로 적극적 조치를 수행하는 것은 금지하지 않는 것으로 해석했다.

이 사건에서 문제가 되었던 것은 숙련직무를 위한 현장훈련프로그램 자리의 절반을 흑인 근로자에게 유보해 두기로 한 단체협약이었다. 연방대법원은 공민권법의 해석과 그 입법사를 고려하면, 공민권법은 사용자가 차별에 대한 구제수단을 자유로이 고안할 수 있도록 허용하고 있다고 보아 이 사건에서도 사용자가 자발적으로 노동조합과 동의한 것으로 보아 공민권법을 위반하지 않는다고 보았다. 이러한 해석으로 민간부문에서 고용상의 적극적 조치는 공민권법상 허용되게 되었다. 그러나 연방대법원은 이러한 조치가 항상 허용되는 것은 아니고, 첫째로 문제되는 직군에서 소수계층의 현저한(명백한) 불균형이 있어야 하고, 둘째로 그것이 백인 노동자의 이해를 불필요하게 제한(trammel) 하지 않고, 셋째로 숙련직무에서 인종적 불균형이 끝날 때는 바로 종료되도록 의도된 임시적 조치이기 때문에 허용된다고 그 범위를 제한했다.

Johnson v. Santa Clara Transportation Agency 사건(480 U.S. 616 (1987))¹¹⁾에서 미국 캘리포니아 주 Santa Clara 시 교통국은 적극적 조치계획을 채택하였

11) 이 외에도 *Firefighters Local Union No. 1784 v. Stotts* (467 U.S. 561 (1984)), *Local Number 93, International Association of Firefighters No. 93 v. City of Cleveland* (478 U.S. 501 (1986)), *Sheet Metal Workers v. EEOC* (478 U.S. 501 (1986)) 등이 적극적 조치와 관련되나 이 사건에서의 적극적 조치는 차별에 대한 시정조치로서 법원이 명령한 것이어서 근거나 논리 구성에서 다른 적극적 조치 사건과 다르다. 또한 최근의 *Ricci v. DeStefano* 사건(129 S.Ct. 2658 (2009))는 불균등영향이론의 적용을 피하기 위하여 승진시험 결과를 배척한 것에 대한 것으로 이 글의 분석 대상에서 제외한다.

다. 이 계획은 단순한 차별금지 관행으로는 과거 관행의 영향을 개선하고 소수 계층, 여성 그리고 장애인들이 적절히 대표되도록 하는 데 충분하지 않다는 인식에 근거하고 있었다. 이 계획에는 여성들이 상당히 과소대표되고 있는, 전통적인 분리 직군의 직무에 대한 승진 조치를 취할 때 교통당국이 자격있는 지원자의 성을 하나의 요소로서 고려하도록 승인하였다. 그러나 이 적극적 조치 계획은 소수계층이나 여성의 직무의 특정한 수를 정해 놓지는 않았다. 여성은 그 지역 노동시장의 36.4%를 차지하나 이 교통국 근로자의 22.4%에 지나지 않는다. 이 교통국에 근무하는 여성근로자는 주로 단순사무직의 76%를 차지하나 다른 직군에서는 그 비율이 매우 낮았다. 이 사건에서 문제가 된 도로관리과장(Road Dispatcher)의 직무는 숙련기술직인데 238명 중 한 명의 여성도 없었다.

이와 같은 상황에서 교통국은 도로관리과장(Road Dispatcher)직의 승진 대상자를 선발하기로 하였다. 지원자에 대해 2인의 심사위원이 진행하는 면접을 통해 점수를 매겼고, 교통국이 정한 기준에서 이 중 점수가 70점이 넘는 사람은 모두 다 해당 직무를 수행할 능력이 있다고 판단하였다. 70점이 넘는 사람은 총 7명이었다. 이 중에서 교통국은 면접점수(75점)를 받은 남성근로자 대신에 더 낮은 점수(73점)를 받은 여성근로자를 적극적 조치 계획에 따라 승진시켰다.

연방대법원은 공민권법 제7편에 따라 적극적 조치가 정당화되는지를 검토할 때, 헌법상의 평등권에 의한 심사와 달리 사용자가 자신의 과거차별적 관행이나 혹은 차별법 위반의 증거를 제시할 필요가 없다고 보았다. 사용자의 적극적 조치가 전통적으로 분리된 직무에서 명백한 불균형(manifest imbalance)을 제거하기 위한 것이면 그 목적은 정당화된다고 연방대법원은 본다. 이러한 목적상의 기준에서 문제되는 적극적 조치가 성을 이유로 한 것인지 인종을 이유로 한 것인지는 전혀 문제가 되지 않는다. 성과 인종은 그 정당성 심사에서 동일한 취급을 받는 것이다. 이 점이 또한 헌법상의 평등권 심사와 다른 점이다. 연방대법원은 이 사건에서의 직무인 도로관리과장은 지금까지 전혀 여성이 없었고, 전통적으로 성별에 따라 분리된 직무이기 때문에 여성이 전혀 없는 불균형을 해소하기 위한 적극적 조치는 그 목적상 정당화된다고 보았다.

다음으로 수단에 대해서 보면, 연방대법원은 이 사건의 적극적 조치 계획이 남성근로자들의 권리를 필요 이상으로 제한하는지 혹은 이 남성근로자들의 승

진에 대해 절대적인 장벽을 만드는지를 기준으로 검토했다. 이 사건에서 여성의 채용은 목표로서 확립되어 있었지만 할당은 아니었다는 점과 성은 많은 고려 요소 중의 하나였던 점, 어떤 사람도 자동적으로 고려 대상에서 제외되지 않는 점, 그리고 상대적으로 남성근로자들에 영향이 적은 승진에 사용된 점 등 때문에 수단상으로 정당화된다고 보았다. 특히 적극적 조치계획은 균형 있는 노동력 구성을 ‘달성(attain)’하는 것이지 ‘유지(maintain)’하는 것에 있었고, 온건하고 점진적인 접근을 취하기 때문에 이 계획이 구체적으로 특정한 시한을 설정하지 않는 것이 문제되지 않는다고 보았다.

그러나 차별에 대한 구제조치의 일환으로 법원의 적극적 조치가 있는 경우 적극적 조치에는 다른 법적 제한이 있다. 연방대법원은 *Firefighters v. Stotts* 사건(467 U.S. 561 (1984))에서 재판상 화해(consent decree)로 적극적 조치가 추진되던 중 시예산 부족으로 소방수를 근속연수가 짧은 사람을 먼저 경영해고하게 됨에 따라 흑인 등의 소수계층의 비율이 줄어들 수 있어 법원이 시가 근속연수가 짧은 사람을 먼저 해고하는 규칙을 개정하도록 요구하는 명령을 내린 것이, 고의적인 차별에 대해 적극적 조치를 취할 수 있도록 규정하나 그 한계 또한 설정한 공민권 제706(g)(2)조를 위반하여 위법하다고 보았다. 제706(g)(2)조는 차별에 대한 법원의 구제조치로 적극적 조치가 시행된다고 하더라도 명령 대상 개인이 차별이 아닌 이유로 불이익을 당할 수 있는 경우 그 개인에게 적극적 조치의 혜택을 부여하는 명령을 내릴 수 없다고 분명히 하고 있다. 이 사건에서는 선임권 조항에 따라 근속기간이 짧은 소수계층 흑인들이 경영해고 대상자로 되는 것이어서 이들을 우선 해고하지 않도록 하는 적극적 조치를 취할 수 없는 것이다. 그러나 연방대법원은 *Sheet Metal Workers v. EEOC* 사건(478 U.S. 816 (1985))에서 이처럼 선임권 조항 등을 침해하는 것이 아니면 차별적 관행의 실제 피해자가 아닌 사람에게 혜택을 주는 적극적 조치를 행하도록 하는 법원의 구제명령이 가능하다고 보았다. 그리고 연방대법원은 *International Association of Firefighters No. 93 v. City of Cleveland* 사건(478 U.S. 501 (1986))에서 재판상의 화해에 대한 수정으로서의 명령이 아닌 재판상 화해 그 자체에 대해서는 공민권법 706(g)조가 적용되지 않는다고 본다. 따라서 이 재판상 화해 내용에 포함된 적극적 조치의 정당성에 대해서는 *Weber* 사건이나

Johnson 사건에서의 연방대법원이 설정한 일반적 제한을 적용받게 된다.

라. 종합과 평가

이상으로 보면 첫째로 미국법 체계에서 고용상 적극적 조치의 정당성에 대한 판단은 이원화되어 있다. 첫째로 넓은 의미에서 정부가 실시하는 고용상의 적극적 조치는 헌법상 평등조항의 위반 여부에 대해 심사를 받는데, 관련된 사유 별로 심사척도를 달리한다. 인종과 관련된 적극적 조치가 가장 엄격한 심사를 받고, 성과 관련해서는 중간심사 그리고 다른 사유와 관련해서는 합리성 심사만을 받는다. 둘째로 사용자의 적극적 조치는 공민권법 제7편의 규율을 받는다.

이원화된 정당성 판단구조로 인해 고용상의 적극적 조치는 각기 다른 내용과 수준의 심사를 받게 된다. 전반적으로 보면 인종과 관련해서는 공민권법 제7편에 의한 것보다 헌법상의 평등권 심사가 더 엄격하게 된다. 후자는 어떤 식으로든 과거차별이 존재해야만 그 목적상의 정당성을 인정받고, 수단상으로도 ‘협소하게 맞추어져야’ 하기 때문이다. 이에 비해 전자에서는 과거차별의 유무와 상관없이 ‘전통적으로 격리된 직무’에서 ‘명백한 불균형’을 입증하면 족하고, 또한 ‘불필요하게 비소수계층의 권리를 제한하지 않거나 이들의 고용이나 승진에 절대적인 장벽을 설정하지 않고, 또한 임시적이면 된다. 실제 현실에서 이와 같은 차이는 미세할 수 있으나 전자의 요건이 더 엄격한 것은 분명해 보인다. 한편 정부의 고용상의 조치는 공민권법에 의한 정당성 심사와 헌법에 의한 정당성 심사 모두를 받을 수 있는데, 이와 같은 경우 연방대법원은 Johnson 사건에서 양자가 서로 달라질 수 있고, 꼭 헌법상의 정당성 심사 요건을 공민권법에 의한 정당성 심사가 따라야 하는 것은 아니라고 보았다(Fn. 2 and Fn. 6 in the opinion of the Court by Brennan).

고용상 적극적 조치와 관련해서 영향력과 실효성이 있는 것은 정부계약준수제이다. 미국 정부에 의한 다른 고용상의 적극적 조치는 인종과 관련할 때 엄격한 심사를 받게 됨에 따라 실제로 행해진 것이 많지 않다. 또한 이것보다는 완화된 정당성 심사를 받는 공민권법 제7편에 의한 심사는 말 그대로 자율적으로 시행되는 것이어서 실제로 민간 기업을 강제하기가 어렵다.

정부계약준수제는 실제로 고용상 적극적 조치를 정부계약 기업이 실행하도

록 요구함으로써 인종과 관련해서는 이론적으로 엄격심사를 받을 수 있다. 그럼에도 불구하고 지금까지 그 정당성에 관해서는 연방대법원의 뚜렷한 법적 판단 없이 지금까지 실행되고 있는 것은 그 사업 방식 때문이다(G. Rutherglen, 2010: 112). 주로 차별적인 고용 관행의 개선과 정부계약의 자격을 얻는 것이 비공식적으로 협상되고 정부에 의해 공식적인 제재가 이루어지는 것은 명백한 차별의 증거에 기초하기 때문에 법적 정당성 심사의 가능성은 최소화된다고 한다. 그래서 시행된 초반기에는 1960~70년대에는 과거차별에 기초해 연방순회 법원의 헌법상의 정당성 심사를 통과할 수 있었다(Northeast Constr. Co. v. Rommney, 485 F.2d 752, (1973), Constrators Ass'n v. Secretary of Labor, 442 F. 2d 159). 그렇지만 적극적 조치에 대한 최근 미국 연방대법원의 엄격한 태도를 볼 때 현재의 상황에서 실제로 법적 판단이 이루어졌을 때 헌법상의 정당성이 같은 방식으로 해결될지는 미지수이다.

Ⅲ. 유럽연합법에서의 고용상 적극적 조치의 정당성

1. 적극적 조치 추진 현황

미국과 달리 유럽연합은 유럽연합 차원에서 이행하는 적극적 조치는 최근까지 없었다(European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, 2012. 이하 이 절 동일). 이는 기본적으로 미국이 연방제 국가인 반면 유럽연합은 아직 이에 미치지 못하는 단계의 조직이기 때문으로 보인다. 그러나 유럽연합은 그 법적인 권한 면에서 회원국 전체를 규율하는 적극적 조치를 입법화할 수 있다. 현재의 유럽연합의 기능에 관한 조약을 보면 먼저 제19조 제1항에서 유럽평의회(the Council)가 성, 인종 혹은 민족적 기원, 종교 혹은 신념, 장애, 연령 혹은 성적 지향성을 이유로 한 차별에 대항하여 싸우기 위하여 적절한 조치를 취할 수 있다고 규정한다. 또한 성과 관련해서는 제157조 제3항에서 유럽 의회와 유럽평의회가 고용과 직업의 분야에서 남녀의 기회균등과 평등대우 원칙의 적용을 보장하기 위한 조치를 취해야 한다고 규정한다.

유럽연합 회원국들이 실시하는 적극적 조치의 내용에 대해 간략하게 검토해보자. 성과 관련하여 회원국들 중 민간부문의 고용과 승진에서 과소대표되는 성으로서 여성에게 우선권을 주는 제도를 취한 곳은 없다. 이와 달리 공공부문의 경우 관련 사용자들이 평등실행계획(the Equality/Action Plan)을 수립하도록 강제하는 경우가 있다. 이 계획은 사용자들이 성과 관련된 사업장의 상황을 분석하고, 이러한 상황을 개선시킬 조치를 사용자의 재량에 의해 선택하여 이행 계획을 세우며, 이것이 이행되지 않는 경우 그 이유를 설명하도록 하는 것이다. 사용자들이 이러한 계획을 강제하도록 의무화한 적이 있는 나라는 스페인, 스웨덴, 오스트리아, 이탈리아, 네덜란드 등이다. 평등실행계획을 세우도록 의무화하는 것에는 그 법적인 정당성이 크게 문제되지 않는다. 사용자들은 계획을 세울 뿐이지 특정의 적극적 조치를 취하도록 하는 것이 아니기 때문이다.

그러나 독일과 오스트리아의 경우 평등실행계획을 세우도록 강제하는 것에서 더 나아가 공공부문에서 여성에게 우선권을 주도록 의무화하는 적극적 조치를 취했다. 예를 들어 이 분야에서 가장 발전된 제도를 갖고 있는 독일의 공공부문 사용자들은 과소대표되고 있는 여성의 대표성을 늘리기 위해 평등계획을 채택할 의무를 가진다. 그런데, 여기에는 과잉대표되고 있는 성의 동등하게 자격 있는 근로자 대신에 과소대표되고 있는 성의 근로자들을 채용하거나 승진시켜야 할 의무가 포함되어 있다. 이와 같은 공공부문에서의 독일의 이와 같은 조치는 이후에 보는 바와 같이 그 정당성과 관련하여 유럽사법재판소의 심사를 받았다.

한편 유럽에서는 2006년부터 새로운 유형의 적극적 조치가 도입되기 시작하였다. 그것은 회사 이사회 임원의 여성 의무할당제이다. 유럽연합의 회원국이 아닌 노르웨이는 2006년 모든 상장회사의 이사회가 최소 40%의 여성으로 충원하도록 하는 적극적 조치를 시행하였다. 그 이후 벨기에(33%), 프랑스(20%), 아이슬란드(40%), 이탈리아(1/3)는 국가통제 회사와 비통제 회사 모두에 이사회 성원에 여성할당제를 도입하였다. 그리고 오스트리아와 그리스는 국가통제 회사에만 이러한 할당제를 부과하였다. 한편 네덜란드는 다소 유연하게 최대한 양성 모두가 균형 있게 대표되도록 하는 조치를 채택하였는데, 균형 있게 대표되는 비율로 30%를 제시하였다.

그리고 유럽연합 차원에서도 회원국의 이러한 조치와 유사한 조치가 도입되

있거나 도입을 추진 중이다. 먼저 2014년부터 그 규모에서 상당한 금융회사들은 구성된 이사추천위원회에서 과소대표되는 성을 대표하기 위한 목표를 설정하고 이 목표를 달성하기 위하여 이사회에 그 과소대표되는 성의 수를 늘리는 방법에 관한 정책을 준비하여야 한다(Capital Requirement Directive 2013/36/EU, a. 88(2)(a)). 법적 정당성 판단에서 논란의 소지가 적은 이러한 정책 이외에도 유럽연합집행위원회는 유럽연합 회원국 내에서 현재 2020년까지(공기업의 경우 2018년까지) 중소기업이 아닌 상장회사의 비상임이사의 최소 40%를 과소대표되는 성의 성원으로 구성되도록 강제하는 지침(안)을 2012년 제안하여 현재 그 입법이 논의 중에 있다(European Commission, 2012). 이 제안된 지침(안)에 따르면 이러한 40%의 목표를 달성하기 위하여 회사는 객관적으로 평가하여 동등하게 자격 있는 후보가 있을 경우 과소대표되는 성의 성원에게 우선권이 부여되도록 한다.

2. 정당성 판단 구조

유럽연합은 후술하는 바와 같이 성과 관련하여 차별금지법이 오랫동안 발전했고, 적극적 조치의 정당성 판단도 이러한 차별금지법에 따라 판단되었다. 성과 관련한 차별금지법률에서 적극적 조치는 후술하는 바와 같이 유럽연합의 헌법에 해당하는 조약과 일종의 법률에 해당하는 유럽연합의 지침에서 동시에 규율하고 있다. 그리고 조약상의 조항은 동일가치노동 동일임금을 중심으로 하고 있고, 지침상의 조항은 고용 전반에서 남녀 간의 차별을 금지하는 것이어서 내용적으로 크게 다르지 않고, 그 해석 또한 통일적으로 이루어지고 있다.

가. 유럽경제공동체조약(The Treaty establishing the European Economic Community)과 남녀평등대우지침(76/207/EEC)

유럽경제공동체(Europe Economic Community)를 창설하는 1957년의 유럽경제공동체조약(소위 로마조약)은 제119조에서 다음과 같이 남녀 간의 동일노동 동일임금을 규정하였다. 그리고 유럽연합은 동일임금 원칙을 구체화하고 회원

국들 간의 관련 규정을 통일하기 위하여 1975년 유럽연합 동일임금 지침(Equal Pay Directive (Council Directive 75/117/EEC))을 제정하였다. 또한 임금이외의 분야에서 남녀 간의 동등대우를 보장하기 위해 유럽연합은 남녀평등대우지침(Equal Treatment Directive, Council Directive 76/207/EEC)을 1976년에 제정하였다. 남녀평등대우지침은 제2조 제1항에서 성을 이유로 한 직·간접 차별을 금지하여(제2(1)조),¹²⁾ 제2조 제2항에서 제2조 제4항까지에서 차별금지의 예외 사유를 다음과 같이 규정하고 있다.

“제2항. 이 지침은 수행되는 성격 혹은 맥락 때문에 근로자의 성이 결정적인 요소가 되는 직업활동 그리고 때에 따라서는 이를 위한 직업훈련을 적용으로부터 제외하는 회원국의 권리를 침해하지 않아야 한다.

제3항. 이 지침은 특히 임신과 모성에 대한 보호와 관련한 규정을 침해하지 않아야 한다.

제4항. 이 지침은 특히 제1(1)조에서 언급된 영역에서 여성들의 기회에 영향을 끼치는 현존의 불평등을 제거함으로써 남녀 간의 기회균등을 증진시킬 조치를 침해하지 않는다.”

이처럼 유럽연합법은 적극적 조치를 평등대우의 예외사항 중의 하나로 취급하였다. 평등대우지침 제2조 제4항은 2002년 9월 23일에 부분적으로 개정되기 전까지 고용상 적극적 조치의 허용 여부를 판단하는 근거조항이 되었다. 따라서 뒤에서 설명할 유럽사법재판소의 판례는 대부분 이 조항의 해석과 관련된 문제를 쟁점으로 하고 있다.

나. 암스테르담 조약에 의한 유럽공동체 조약의 남녀동일임금조항 수정

1997년 10월 1일에 서명되고 1999년 5월 1일에 발효된 암스테르담 조약은 유럽공동체 조약¹³⁾을 상당부분 수정하게 된다. 유럽공동체 조약 제119조의 남녀동일노동 동일임금 조항도 암스테르담 조약에 의해 제141조로 변경되어 기

12) 다음의 규정의 목적으로 동등대우 원칙은 성을 이유로 간접적으로든 직접적으로든 특히 결혼이나 가족상의 지위를 참조하는 어떠한 차별도 없어야 한다는 것을 의미한다.

13) 마스트리히트 조약에 의해 유럽경제공동체 조약은 유럽공동체(European Community) 조약으로 이름이 바뀌게 된다.

존의 조항이 재정리되었을 뿐만 아니라 고용상의 적극적 조치를 보다 적극적으로 허용하는 취지의 조항이 제141조 제4항에 삽입되었다. 제4항은 다음과 같이 앞서 언급한 사회정책협약 제6조 제3항의 문구를 그대로 넣으면서 문장 앞부분에 “근로생활에서 남성과 여성 사이의 ‘실제상의 완전한 평등(full equality in practice)’을 보장할 목적으로”라는 것을 추가로 삽입했다.

“근로생활에서 남성과 여성 사이의 실제상의 완전한 평등(full equality in practice)을 보장할 목적으로, 평등대우의 원칙은 과소대표되는 성이 직업활동을 추구하는 것을 더 쉽게 하거나 직업활동(professional careers)에서의 불이익을 방지하거나 보상하기 위하여 회원국이 특정한 혜택(specific advantages)을 제공하는 조치를 유지하거나 채택하는 것을 금지하지 않는다.”

다. 개정 평등대우지침과 통합평등대우지침

앞서 언급한 바와 같이 1976년의 평등대우지침은 2002년의 개정지침(2002/73/EC)에 개정되었다. 후자의 지침에 의해 1976년 지침은 상당부분 개정되었는데, 평등대우의 예외조항 또한 개정되었다. 성과 관련한 진정직업자격이 제2조 제6항에 새로이 추가되었으며, 제2조 제7항에서는 임신과 모성의 보호와 관련한 평등대우의 예외가 그동안의 유럽사법재판소의 판례 변화를 따라 상세히 규정되었다. 그리고 적극적 조치와 관련해서는 제2조 제8항에서 다음과 같이 규정하여 제141조 제4항의 의미와 동일한 내용으로 적극적 조치가 허용되게 되었다.

“회원국은 남녀 간의 실제상의 완전한 평등(full equality in practice)을 보장할 목적으로 유럽공동체 조약 141조 제4항의 의미 내에서의 조치를 유지하거나 채택할 수 있다.”

한편 유럽연합은 2006년에 평등대우지침, 남녀동일임금지침 등 기존의 남녀 간의 차별금지에 관한 지침을 모두 통합한 통합평등대우지침(Directive 2006/54/EC)¹⁴⁾을 제정하였다. 이에 따라 개정 평등대우지침도 통합평등대우지침의

14) 이 지침에 따르면 회원국은 2009년 8월 15일까지 이 지침을 이행하기 위하여 관련 국내법을 제정 혹은 개정하여야 한다.

일부분으로 삽입되었다. 개정평등대우지침에서 적극적 조치와 관련된 규정은 통합평등대우지침 제3조로 그 조항 번호를 달리했으나 그 내용은 자구의 변화도 없이 그대로 유지되었다.

라. 리스본 조약에 의한 변화

유럽연합 회원국의 통합력을 한층 더 높이기 위해 마련된 리스본 조약은 2007년 12월 13일에 회원국의 서명이 이루어지고, 2009년 12월 1일에 발효되었다. 이 조약은 형식적으로는 기존의 유럽연합의 협약 2개를 개정하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 즉 리스본 조약은 소위 마스트리히트 조약이라고 하는 유럽연합 조약(The Treaty on European Union)과 유럽공동체 조약(이전의 로마 조약)을 개정한다. 이와 함께 리스본 조약은 유럽공동체 조약을 유럽연합의 기능에 관한 조약(The Treaty on the Functioning of the European Union)으로 그 명칭을 변경한다.

유럽연합의 기능에 관한 조항은 이전의 유럽공동체 조약 제141조의 남녀동일노동 동일임금 조항을 제157조로 조항 번호를 달리하여 그대로 유지하고 있다. 한편 리스본 조약은 유럽연합의 조약을 수정하고 있는데, 본 글의 논의와 관련이 있는 수정사항은 제6조이다. 제6조에서 “유럽연합은 조약들과 동일한 법적 가치를 가지며, 2000년 12월 7일의 ‘유럽연합의 근본적 권리 헌장(European Charter on Fundamental Rights)’에서 제시된 권리, 자유, 원칙을 인정한다. 이 헌장의 규정은 어떤 방식으로든지 조약에서 정의된 대로의 유럽연합의 권한을 확대하지 않는다. 헌장의 권리, 자유, 원칙을 그 해석과 적용을 규율하는 헌장 제7장에 맞춰 그리고 그 규정의 원천을 제시한, 헌장에서 언급된 설명에 대한 적정한 고려와 함께 해석되어야 한다”라고 규정하여 유럽연합의 근본적 권리 헌장이 유럽연합의 법원이 됨을 명시적으로 밝히고 있다.¹⁵⁾ 이 글과 관련해서만 헌장을 보면, 제21조에 어떠한 종류이든지 그 차별을 금지하고, 다시 제23조에서 남녀 간의 평등에 대해 아래와 같이 규정되어 있다. 적극적 조치와 관련해서만 보면 유럽연합의 기능에 관한 조약의 제157조 제4항(구 유

15) 그러나 헌장 자체가 조약의 부분이 되지 않고 언급만 되고 있어 그 정확한 법적 효력과 범위에 대해서는 논란이 있다.

립공동체 조약 제141조 제4항)과 유사하다.

“남성과 여성 사이의 평등은 고용(employment), 노동(work), 임금(pay)을 포함하여 모든 영역에서 보장되어야 한다. 평등의 원칙은 과소대표되는 성을 우선하는 특정한 혜택을 규정하는 조치의 유지나 채택을 금지하지 않는다.”

마. 성 이외의 사유와 관련한 적극적 조치

성 이외의 사유에 대한 평등대우지침은 2000년대에 들어서 제정되어 앞의 성과 관련한 개정 평등대우지침이나 통합평등대우지침과 유사하게 적극적 조치에 대한 규정이 명시되어 있다. 우선 인종평등대우지침(Race Equality Directive, 2000/43/EC)은 제5조에서 “실제상의 완전한 평등을 보장할 목적으로 인종이나 민족적 기원과 관련된 불이익을 방지하거나 그 불이익에 대해 보상하기 위한 특정한 조치를 유지하거나 채택하는 것을 평등대우 원칙이 금지하지 않는다”고 규정한다. 그리고 연령, 성적 지향, 종교 혹은 신념, 장애와 관련해서는 평등기본틀지침(General framework for equal treatment directive, 2000/78/EC)은 제5조 제1항에서 적극적 조치에 대해 앞의 인종평등대우지침에서와 동일하게 규정한다. 그리고 이 조항에서는 장애와 관련해서는 특별하게 “장애인을 근로환경의 통합을 보장하거나 증진시킬 목적으로 회원국이 사업장의 안전보건의 보호에 관련한 규정을 유지하거나 채택하는 회원국들의 권리나 그러한 목적으로 규정이나 설비를 만들거나 유지하는 조치에 대해 평등대우 원칙이 침해할 수 없다”고 규정한다(제5조 제1항).

3. 판단 사례

아래에서 보는 바와 같이 고용상 적극적 조치에 대한 유럽사법재판소의 판단 사례는 전부 성에 관련한 것이다. 성 이외의 사유에 대해 유럽사법재판소가 적극적 조치의 정당성을 판단한 사례는 현재까지 확인되지 않고 있다. 성과 관련한 차별금지법과는 달리 성 이외의 사유와 관련해서는 차별금지법은 2000년대에 들어서 비로소 제정되었다는 점이 그 이유 중의 하나일 것이다. 또한 유럽연합 회원국에서 인종과 관련해서는 적극적 조치가 거의 시행되고 있지 않는 것

도 그 주요한 이유가 될 것이다.

가. Marschall 사건(Hellmuth Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, C-409/95, [1997] ECR I-6363 (ECJ, 11 November 1997))

1) 사건개요

원고인 Marschall은 남성으로서 독일 노르트라인베스트팔렌 주에서 종신직의(tenured) 교사로 일하는데, 그의 임금은 직급(career bracket) A12의 기본 등급에 해당한다. 1994년 2월 8일에 A13 직급의 직무에 지원했다. 그러나 지역당국은 노르트라인베스트팔렌 주 공무원법¹⁶⁾에 따라 그 직무에 여성 후보자를 임용할 생각이라고 Marschall에게 알렸다. Marschall은 이의신청을 했는데 지역당국은 1994년 6월 29일 결정으로 이를 기각했다. 그 이유는 공식적인 수행평가에 따라 양 후보자들이 동등하게 자격이 있고 해당 직무가 공고되었던 시점에 A13 직급에서 남성보다 더 적은 여성들이 있었기 때문에 해당 법률의 견지에서 여성 후보자가 그 직무로 승진되어야 한다는 것이었다. 그러자 Marschall은 주정부가 해당 직무에 그를 승진시킬 것을 요구하는 명령을 내려줄 것을 청구하는 소송을 고등행정법원(Verwaltungsgericht)에 제기했다. 이에 고등행정법원은 이 사건에 대해 유럽사법재판소에 질의했다.

2) 결 정

유럽사법재판소는 이 사건에서도 제2조 제4항이 지침에 의해 설정된 개인적 권리에 대한 예외이기 때문에 특별히 여성 후보자를 선호하는 국내의 그러한 조치는 그 규정에서 설정된 예외의 한계를 넘어 승진에서 여성에 대해 절대적이고 무조건적인 우선권을 보장하지 못한다는, Kalanke사건(Case C-450/93, [1995] ECR I-3051)에서의 결정을 변경하지 않았다. 그러나 Kalanke 사건에서의 해당 규정과 달리 이 사건에서의 규정은 개별적인 남성 후보자에게 특정적

16) 제25조 제5항 “승진을 관할하는 권한이 부여된 영역에서, 특정한 상위 직군에서 남성보다 여성이 적다면, 개별적 남성 후보자에게 특정한 이유가 그 남성 후보자를 선호하는 쪽으로 균형을 이동시키지 않으면 여성은 동등한 적합성(suitability), 능력(competence), 직무수행력(professional performance)이 있는 경우 여성들에게 승진의 우선권이 부여된다.”

인 이유가 남성 후보자를 선호할 수 있는 상황에서는 여성은 승진에서 우선권이 없다는 취지의 조항(이하 예외조항)을 포함하고 있다. 유럽사법재판소는 예외조항의 적용을 전제로 여성이 과소대표되고 있는 분야에서 승진에 대해 남성 후보자와 동등하게 자격이 있는 여성 후보자가 우선적으로 취급받는 것은 그러한 규정이 여성 후보자에 대한 편견적인 영향에 대응하여 실제 세계에서 존재할 수 있는 불평등의 실제 사례를 축소할 수 있다면 평등대우지침 제2조 제4항의 차별의 예외에 해당한다고 보았다.

나. Lommars 사건(Lommars v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, Case C-476/99, [2002] ECR- I 2891 (19 March 2002))

1) 사건 개요

1993년 11월 15일에 농업부 장관은 특정한 수의 보육원 자리를 여성 직원들에게 이용하게 하려는 것을 농업부 직원들에게 알리는 회람¹⁷⁾을 채택했다. 이 회람에 따라 농업부는 1995년에 128석인 그 자리들은 20여 명의 여성 직원당 1석의 비율로 각 부서에서 일하는 여성근로자들의 수에 비례하여 각 부서 사이에 배분하였다. 그 자리들 중의 몇몇은 농업부 자체의 보육서비스에 의해 마련되었고, 다른 것들은 지자체 시설에 있는 것을 농업부가 얻은 것이다. 자녀에 대해 보육원 자리를 얻은 직원들은 직원의 소득에 따라 고정되고, 같은 가정의 어린이들에 대해서는 줄어드는 부모기여금을 내야 한다. 이 기여금은 직원의 급여에서 공제된다.

Lommers(남자)는 농업부의 직원이다. 그의 아내는 다른 곳에 고용되어 있다. 1995년 12월 5일에 Lommers는 농업부에 아직 태어나지 않은 그의 아이를 위해 보육원 자리를 남겨둘 것을 요구했다. 남성 직원의 아이는 오직 응급상황에서만 보육시설을 이용할 수 있다는 이유로 그의 요구는 1995년 12월 20일에 거부되었다. 1995년 12월 28일에 Lommers는 농업부의 결정에 대해 이의신청을 했다. 같은 날 Lommers는 평등대우위원회(Commission for Equal Treatment)가 농업부의 입장이 남녀평등대우법에 일치하는지에 대해 의견을 주도록 요청했

17) “Director에 의해 정해지는 것을 제외하고는 원칙상 보육원 자리는 농업부의 여성근로자에게만 이용가능하다.”

다. 1996년 2월 22일 농업부는 평등대우위원회에 편지를 보내 회람의 성을 이유로 한 구별은 농업부에서 여성의 과소대표 문제를 해결하기 위한 농업부의 굳은 의지를 반영한다고 설명하였다. 1994년 12월 31일을 기준으로 11,251명의 직원 중에 오직 2,792명만이 여성이고 여성들은 상위직에서 과소대표 상태이었다. 1996년 6월 25일에 발표된 의견에서 평등대우위원회는 농업부가 남녀 평등대우법 제1a조 제1항과 제5항을 위반하지 않았다고 결정하였다.

Lommers의 아이는 1996년 7월 5일에 태어났다. 결정을 유보해 왔던 농업부장관은 평등대우위원회가 제시한 의견에 기초하여 1996년 9월 11일의 결정으로 Lommers의 이의신청을 기각했다. 지역법원(District Court)은 1996년 10월 8일의 결정으로 Lommers가 농업부 장관의 결정에 대하여 제기한 소송을 기각했다. 국내법만을 기초로 판단하여 이 법원은 평등위원회의 의견을 지지했다. 1996년 11월 13일에 Lommers는 이 결정에 대해 중앙법원(Centrale Raad van Beroep)에 항소했다. 네덜란드 중앙법원은 유럽사법재판소의 이전의 판례를 참조하여 현재의 사건을 결정할 수 없다고 보고 유럽사법재판소에 질의했다.

2) 결 정

유럽사법재판소는 확립된 판례법에 의하면 평등대우지침에 의해 설정된 남녀평등대우와 같은 개인적 권리의 예외의 범위를 결정할 때, 비례성 원칙에 대한 고려가 이루어져야 한다고 본다. 이 원칙은 예외가 목적을 달성하기 위하여 적절하고 필요한 범위 내에 있어야 하고, 평등대우 원칙은 추구되는 목적의 요건과 최대한 조화되어야 하는 것을 요구한다. 이전의 사건에서도 공공서비스 분야에서 여성들이 과소대표되는 경우에 국가가 직업훈련을 독점하지 않은 경우에 한해서 직업훈련의 기회를 여성에게 적어도 절반을 주는 것이 유럽연합 평등대우지침에 위반되지 않는다고 보았다.

유럽사법재판소는 현재 고려되는 사건에서 공급부족의 문제를 감안하면 이 조치에 의해 이용가능한 보육원 자리의 수는 제한되고, 농업부에서 일하는 여성 직원들에 대해 대기자 명단이 있어 그들 자신들도 보육원 자리를 얻을 수 있다는 보장이 없다는 사실을 중요하게 평가하였다. 또한 보육원 자리는 관련된 다른 서비스 시장에서 아직도 접근가능하기 때문에 이 사건의 조치는 관련

된 남성 직원들에게 자신들의 아이들에 대한 보육원 자리에 대한 접근을 박탈하지 않는다는 점도 유럽사법재판소는 중요하게 평가하였다. 다음으로 문제되는 조치는 그 조치의 범위에서 남성 직원들을 완전히는 배제하지 않고 사용자가 비상 상황에서 남성 직원들의 신청을 접수하는 것을 허용하였다. 이러한 점들을 근거로 유럽사법재판소는 이 사건에서의 농업부의 조치가 평등대우지침 제2조 제1항과 제4항에 위반하지 않는다고 결정했다.

다. 정당성 판단 사례의 유형별 분류

1) ‘일자리나 승진 직위’를 ‘부여’하는 적극적 조치

적극적 조치가 채용이나 승진에 직접적으로 관련이 있을 때에는 유럽사법재판소는 더 엄격하게 심사한다. 먼저 자격 비동등자의 채용이나 승진은 평등대우지침에 위반된다(Abrahamsson 사건(Case C-407/98, [2000] ECR I-5539), EFTA Surveillance 사건(Case E-1/02, [2003] IRLR 318). 따라서 소위 엄격한 형태의 할당제하에서 자격상 열위에 있는 사람에게 ‘일자리나 승진 직위’를 부여하는 적극적 조치는 허용되지 않는다. 다음으로 자격 동등자에 대하여 일자리나 승진 직위를 부여하는 적극적인 조치는 유연성 조항이 있으면 평등대우지침에 위반되지 않고(Marschall 사건, Badeck 사건 (Case C-158/97, [2000] ECR I-1875)), 유연성 조항이 없으면 평등대우지침에 위반된다(Kalanke 사건). 유연한 할당제는 유연성 조항이 있는지 여부에 따라 허용 여부가 결정된다. 관련하여 채용연령의 제한도 엄격하게 심사하고 있는 것처럼 보인다(Briheche 사건 (Case C-319/03, [2004] ECR I-8807)).

오직 동등자격자인 경우에만 채용과 승진에서 여성우대조치가 허용된다는 유럽사법재판소의 위와 같은 기준에 의하면 유럽연합 회원국들의 이사회 여성 임원할당제에 대해서 유럽연합지침에 위반되어 위법한 것으로 평가될 수도 있다는 의문이 들 수 있다. 이와 관련하여 현재의 유럽의 국가들이 회사의 이사회에 한정하여 이와 같이 강력한 형태의 적극적 조치를 취하는 것에 대해 유럽사법재판소는 아직까지 그 정당성 판단을 하지 않았다. 이미 주요 회원국들이 이러한 조치를 시행하고 있고, 이사회에서의 할당제는 일반 근로자들의 할당제와는 달리 볼 수 있는 측면이 있고, 앞서 언급한 바와 같이 유럽연합 차원에서

이사회의 여성임원할당제를 도입하거나 도입을 제한해 놓고 있어, 유럽사법재판소가 여성임원할당제를 확실하게 위법적으로 볼 것이라고 단언하기 어렵다.

2) 채용(혹은 승진)을 촉진하는 채용전단계의 조치

유럽사법재판소는 채용이나 승진의 부여가 아닌 채용전단계의 채용촉진조치에 대해서는 ‘채용이나 승진’을 부여하는 조치보다 더 완화해서 심사한다. 면접대상자로 동등자격자 중 여성을 우선 선정하는 것은 유연성 조합이 없어도 허용된다(Badeck 사건). 또한 비동등자인 여성을 선정하는 것은 채용이나 승진을 부여하는 조치에는 예외 없이 금지되었지만, 직업훈련의 경우에는 허용이 된다(Badeck사건). 이 경우에도 해당 직무에 대해 충분한 수의 여성이 신청하지 않을 경우 직업훈련의 자리를 제공하지 않을 수 있고, 직업훈련이 독점하는 경우에는 허용되지 않는다.

3) 양육과 관련한 적극적 조치

양육과 관련한 조치는 비록 여성이 주로 하고 있다고 하더라도 남녀 모두가 혜택을 받을 수 있기 때문에 유럽사법재판소는 여성에게만 이러한 조치를 하는 것은 원칙적으로 유럽연합법에 위배된다고 본다. 그래서 퇴직연금을 양육을 담당한 여성에게만 부여하는 조치는 허용되지 않는다(Griesmar 사건(Case C-366/99, [2001] ECR I-9393)). 그러나 양육과 관련된 조치라고 하더라도 보육시설 자리를 여성에게만 부여하는 조치가 예외적으로 허용될 수 있다(Lommars 사건(Case C-476/99, [2002] ECR I-2891)). 이것은 유연성 조항이 있는 경우와 같이 남성 홀로 아이를 키우는 경우에 보육시설 자리를 남성에게 부여하는 것이 가능하고, Badeck 사건에서의 직업훈련처럼 보육시설의 제공이 독점적이지 않기 때문이다.

4) ‘실제상의 완전한 불평등’의 문구 삽입

앞서 언급한 바와 같이 이러한 문구는 허용되는 적극적 조치의 범위가 확장될 수 있도록 적극적 조치와 관련된 법률에 삽입되었다. 유럽사법재판소는 제2조 제4항이 무효로 하는 규정에 대해서 구 유럽공동체 조약 제141조 제4항이

적용될 수 있다고 하는(Badeck 사건, Abrahamsson사건) 것으로 보아 이 문구가 있는 조항에 의해 허용되는 적극적 조치의 범위가 기존의 평등대우지침 제2조 제4항에 의한 것보다 더 넓을 수 있다고 판단한 것처럼 보인다. 그러나 비동등자인 여성 후보자를 대학교수로 임명한 것에 대해서 제2조 제4항이 적용되는 원칙은 비례성 원칙에 위반하여 제141조 제4항에 의해서도 정당화되지 않는다고 보았다(Abrahamsson사건). 또한 비슷한 취지로 유럽사법재판소는 동일하게 아이가 있음에도 불구하고 미망인의 경우는 채용 상한연령을 적용하지 아니하고, 홀아비의 경우에는 적용한 것에 대해서 비례성 원칙을 침해한 것으로 제141조 제4항하에서도 허용될 수 없다고 보았다(Briheche 사건). 이와 같은 유럽사법재판소의 태도로 보아 ‘실제상의 완전한 불평등’의 문구 삽입이 허용되는 적극적 조치의 범위를 이전보다 더 넓힐 것처럼 보이지 않는다.

IV. 미국과 유럽연합의 정당성 판단의 비교

1. 판단 구조

첫째로 미국과 유럽연합 모두에서 적극적 조치는 차별금지 혹은 평등대우의 예외로서 그 정당성이 심사된다. 먼저 미국에서는 그 주체에 따라 고용상 적극적 조치는 각각 헌법과 1964년 공민권법으로 그 근거가 다른 정당성 심사를 받지만, 모두 차별금지 혹은 평등대우의 예외로서 허용되는 것은 분명하다. 민간 부문에서의 고용상 적극적 조치는 명시적인 규정은 없으나 해석상 1964년 공민권법 제7편의 고용상 차별금지의 예외로서 허용되고 연방정부, 주정부 등이 주체가 되는 경우 평등대우로 이해되는 헌법상 평등조항(수정헌법 제5조와 제14조)에 대한 예외로서 허용된다.

유럽연합에서도 성과 관련하여 평등대우에 대한 예외로 그 정당성이 심사된다. 그러나 미국과 달리 일찍부터 예외로서 허용됨이 평등대우지침에 분명하게 명시되어 있었다. 더 나아가 유럽연합법은 고용상의 적극적 조치가 ‘남녀기회 균등’이나 ‘실제상의 완전한 평등’을 보장하기 위한 하나의 방안임을 분명히 하

고 있다. 따라서 유럽연합에서는 고용상 적극적 조치가 평등대우에는 그 예외가 되지만, 그 예외 자체가 다른 평등 개념에 포함되어 단순히 평등대우의 예외만은 아님을 분명히 하고 있다.

둘째로 미국과 유럽연합 모두 그 정당성 여부는 소위 비례성 심사를 거친다. 비례성 심사의 정도는 후술하는 바와 같이 미국에서는 헌법과 공민권이 차이가 있고, 헌법에서도 사유별로 차이가 있다. 그렇지만 미국과 유럽연합 모두 합리성 심사와 같은 다소 완화된 심사 기준을 갖지 않고, 상대적으로 엄격한 심사 기준을 갖는다는 점에서 공통적이다.

2. 관련 사유와 판단 근거상의 차이점

먼저 사건의 사유면에서 보자. 우선 미국에서는 고용상의 적극적 조치에 대한 판단은 헌법상의 판단과 공민권법상의 판단으로 이원화된다. 이 중에서는 교육 특히 대학 입학에서 흑인들을 고려하는 적극적 조치와 관련된 판례가 많다. 고용 분야에서 적극적 조치와 관련해 주나 연방의 조치가 헌법적 판단을 받은 사례는 없다. 두 번째로 인종과 관련된 적극적 조치가 대부분을 차지하고, 성과 관련된 것은 거의 사례가 없으며, 다른 분야에 비해서 고용 분야와 관련된 적극적 조치 사례는 비교적 적다. 인종과 관련한 고용상 적극적 조치에 대한 헌법상 평등조항 위반 여부에 대한 판단은 엄격하게 되어 상대적으로 고용상 적극적 조치가 허용되는 범위가 1964년 공민권법 제7편이 적용되는 민간 기업에서보다 더 협소하다.

이에 반해 유럽에서는 적극적 조치에 대한 판단이 미국처럼 이원화되어 있지 않고 유럽연합의 조약과 지침에 의해 통일적으로 이루어진다. 유럽연합에서는 미국과 달리 적극적 조치가 대부분 여성과 관련해서 문제가 되었다. 유럽연합에서 문제가 되었던 적극적 조치 사례는 모두 유럽연합의 회원국이 법률로 제정한 적극적 조치 관련 규정을 이행하면서 취해진 것이었다.

미국과 유럽연합의 위와 같은 차이로부터 알 수 있는 것은 적극적 조치의 법적 정당성이 확일적으로 결정되지 않는다는 점이다. 미국에서의 사유별 차이나 미국과 유럽연합의 차이는 성이나 인종 등 문제되는 사유가 갖는 그 사회에서

의 의미와 맥락에 따라 그 사유별로 정당성 판단이 달라질 수 있음을 보여준다. 따라서 이러한 사실은 인종상의 사유만을 중심으로 하고 주로 대학교육 영역에 집중된 미국의 정당성 판단의 방향과 내용만으로는 한국에 시사하는 바가 그렇게 크지 않다는 점을 보여준다.

두 번째로 고용상 적극적 조치에 대한 해석 근거에 대해서 보자. 공민권법상 703(j)조의 해석에 의해서 평등대우의 예외로서 적극적 조치가 제한적으로 허용된다. 그러나 과거에는 유럽연합법은 법상 명시적으로 평등대우지침 제2조 제5항에 의해서 평등대우의 예외로서 적극적 조치가 제한적으로 허용되었고, 적극적 조치의 목적이 “여성의 기회에 영향을 끼치는 기존의 불평등을 제거함으로써 남녀 간의 기회균등을 증진하는 것”이라고 명시적으로 규정하였다. 현재 유럽연합법은 더 나아가 관련 지침과 조약에서 적극적 조치가 “실제상의 완전한 평등(full equality in practice)”의 실현을 목적으로 한다고 명시적으로 밝혀 허용되는 적극적 조치의 범위를 더 넓힐 수 있는 것으로 평가되었다.

3. 정당성의 판단방식 : Johnson 판결(미국)과 Marshall 판결(유럽연합)의 비교

앞서 설명한 바와 같이 미국과 유럽연합은 적극적 조치의 정당성에 대한 법적 판단의 구조가 상이하다. 이러한 상이성 이외에도 판단 방식에 있어서도 차이가 있다. 이를 보여주기 위해 이 글에서는 동등하게 비교할 수 있는 미국과 유럽연합의 판례를 선택하여 비교해 보기로 한다.

Johnson 사건과 Marshall 사건은 모두 성과 관련된 적극적 조치가 문제된 것들이다. 두 사건 모두에서 승진임용이 문제가 되었다. Johnson 사건에서는 미국 헌법상이 아닌 1964년 공민권법에 위배되었는지 여부가 다투어졌고, Marshall 사건에서는 주정부가 고용하는 교사와 관련되어 비교할 수 없을 것이라고 의견 상 보일 수 있다. 그러나 유럽연합에서는 공공부문과 민간부문 모두 남녀평등대우지침을 적용받아 민간부문에서의 동일한 유형의 적극적 조치도 같은 법리에 의해 심사를 받기 때문에 주정부가 고용하는 교사라는 점이 미국의 Johnson 사건과의 비교에서 걸림돌이 되지 않는다.

〈표 1〉 Johnson 판결(미국)과 Marshall 판결(유럽연합)의 비교

	<i>Johnson</i> 판결	<i>Marshall</i> 판결
적극적 조치의 내용	① 승진에 적용 ② 업무수행 적격자 중에서 ‘성’을 고려함.	① 승진에 적용 ② 동등자격자 중에서 특정 성의 성원에 우선권을 부여.
상황요건(목적)	관련 사업장에서의 명백한 성별 불균형	관련 단위에서의 성별 불균형
수단의 적절성	① 성은 고려되는 여러 요소 중의 하나이어야 함(Plus factor) ② 다른 쪽 성의 이해를 불필요하게 제한하지 않음 ③ 남성근로자들의 승진에 절대적인 장벽을 만들지 않음. ④ 임시적인 수단임.	우선권 부여가 절대적이고 자동적이지 않으면 가능한 것으로, 이를 예외조항(savings clause)의 유무에 따라 판단

첫 번째로 두 판결에서 적극적 조치가 문제되는 단위, 즉 사업장 등의 해당 직종에서 남녀 사이의 성별 불균형이 전제되어 있다. 그런데 이 성별 불균형의 정도는 미국의 Johnson 사건에서 더 엄격하게 높은 정도를 요구하고 있는 것으로 보인다. Marshall 사건에서는 해당 직종에서 여성이 남성보다 더 적은 상황에서 적극적 조치가 도입되었으나 이 성별 불균형이 있다는 사실만을 알 수 있을 뿐 이것이 어느 정도이어야 하는지에 대해서는 특별한 추가 판단이 없다. 그리고 이후의 유럽사법재판소 사건들에서도 성별 불균형의 정도가 쟁점이 된 적이 없다. 즉 유럽사법재판소는 적극적 조치가 문제되는 단위에서 여성이 남성보다 더 적기만 하면 이러한 요건은 충족된다고 본 것이다. 이에 반해 미국연방재판소는 Johnson 사건에서는 해당 사업장에서 명백한 불균형(manifest imbalance)이 있어야 한다는 점을 분명히 하여 불균형의 정도가 아주 클 것을 적극적 조치의 도입 혹은 시행과 관련하여 요건으로 하고 있음을 분명히 하고 있다. 실제로 Johnson 사건에서는 문제되는 승진 직무에 여성이 승진된 경우가 전혀 없었으며, Weber 사건에서는 전체 사업장에서 흑인이 39%임에도 불구하고 직업훈련 이후 배치되는 상위의 숙련 직무에서는 1.83%이었다.

비록 표현상의 차이는 있을지라도 수단의 적절성을 판단하는 데에는 양 사건의 판결이 큰 차이를 보이고 있지는 않다. Johnson 사건에서 수단의 적절성을

판단하는 기준으로 제시된 ①, ②, ③이 Marschall 사건에 적용되어서 수단의 적절성은 인정될 수 있을 것으로 보이기 때문이다. 다른 식으로 Marschall에서의 수단의 적절성 조건을 만족시키면, Johnson 사건의 적절성을 만족시킬 수 있을 것으로 보인다. 다만 Johnson 사건에서는 해당 조치가 사업장 노동력의 균형 있는 구성을 이루려는 것일 뿐 이를 영구적으로 유지하려는 것이 아니라 는 점을 수단의 적절성의 판단의 한 요소로 삼고 있다. 그러나 Marschall 사건에서는 문제되는 적극적 조치가 주 법률에 의해서 시행되는 것이고 그 법률에는 이러한 적극적 조치의 종료 시기가 있는지가 확인되지 않고 있고, 이러한 점이 Marschall 결정에서 전혀 판단의 기준이 되고 있지 않다. 따라서 Johnson 결정과 달리 Marschall 결정에 따르면 적극적 조치가 사업장 노동력의 특정한 비율을 달성하고 이를 유지하기 위한 것이라도 이는 수단의 적절성 여부에 영향을 끼치지 못할 것으로 보인다.

성과 관련된 적극적 조치와 관련하여 양 법제 사이에서 상황상의 요건의 차이를 만드는 요인은 분명하게 드러나는 것은 없다. 여러 요인들이 작용했을 수 있는데 가장 중요한 것은 적극적 조치와 관련된 규율 방식의 차이일 것이다. 앞서 언급한 바와 같이 1964년 공민권법상 적극적 조치는 명시적으로 허용된다고 볼 수 있는 규정이 없다. 미국에서는 Weber 사건에서 연방대법원의 결정처럼 약간 포괄적인 규정에 대한 해석과 입법목적을 통해서 적극적 조치가 허용된다고 판례법리로 확립한 것일 뿐이다. 이에 반해 유럽연합에서는 비록 예외지만 여성에 대한 적극적 조치가 허용된다고 명시적으로 규정하고 있다. 즉 이전의 규정에서는 ‘현존의 불평등 제거’(구 평등대우지침 제2(4)), 그리고 현재의 규정에서는 ‘과소대표되는 성이 직업활동을 추구하는 것을 더 쉽게 하거나 직업활동(professional careers)에서의 불이익을 방지하거나 보상하기 위하여’(기능조약 제157조 제4항)라는 목적을 위한 적극적 조치는 허용된다고 규정한다. 따라서 유럽사법재판소는 적극적 조치가 필요한 상황이었는지에 대해 엄격하게 판단할 필요가 전혀 없이 위에서 본 바와 같이 그 수단의 적절성 기준을 주로 하여 판단한 것이다. 이에 반해 미국에서는 차별의 예외로서 해석상 허용되기 위해서는 적극적 조치의 필요성 또한 구체적으로 증명되어야 하기 때문에 문제되는 사업장이나 직종에서 통계적으로 명백한 성별 불균형이 나타나야만

적극적 조치가 허용된다고 보는 것이다.

V. 맺으며

지금까지 고용상 적극적 조치에 대한 미국과 유럽연합의 법적 정당성 판단에 대한 비교법학적 검토를 수행했다. 두 법제는 그 판단에서 상당히 유사한 측면을 보이면서도 또 차이점을 드러내고 있음을 확인했다. 전체적으로 보면 미국이 인종과 관련하여서 적극적 조치를 최초로 시도하고 논의를 발전시켰지만, 바로 그 이유로 그 정당성 논의는 인종이 갖는 미국 사회의 특수성에 얽매어 있음을 확인할 수 있다. 반면에 유럽연합은 미국의 논의를 참고로 하면서도 미국과는 다른 방식으로 그 정당성 논의를 발전시켜 왔다. 유럽연합은 미국과 달리 과거차별의 구체적 입증에 얽매이지 않고 *Marschall* 판결 이후 사회구조적인 차별을 해소하는 방식으로서의 고용상 적극적 조치를 일관되게 인정하고 유지해 왔다. 구체적으로 이것은 고용상 적극적 조치의 판단 방식과 관련하여 성과 관련한 명백한 불균형이 없어도 목적의 정당성을 인정하는 유럽사법재판소의 태도에 잘 드러나 있다.

이 글의 연구 결과는 한국에서의 고용상 적극적 조치의 법적 정당성 판단에 대해 비판적인 평가나 혹은 대안적 기준을 구체적으로 제시하지 못한다. 그럼에도 불구하고 이 글은 한국의 관련 논의에 시사하는 바가 적지 않다. 첫 번째로 시사하는 바는 미국과 유럽연합의 사례 비교는 제일 먼저 적극적 조치의 정당성 논의는 그 조치가 논의되는 사회의 역사, 문화, 법제도적 맥락을 벗어나 생각할 수 없다는 점이다. 이 글은 역사, 문화, 법제도 등의 법사회학적 맥락은 어느 영역에서 적극적 조치가 주로 문제가 되는지(미국은 주로 교육, 유럽연합은 주로 고용), 어떤 사유가 주로 문제가 되는지(미국은 주로 인종, 유럽연합은 성) 등에 영향을 미친다는 것을 보여준다. 한국에서 미국과 유럽연합에서는 거의 다루지 않는 ‘출신지역’과 관련된 고용상의 적극적 조치를 도입하는 것이 논의되고 있는 것은 이러한 맥락에서 이해될 수 있다.

두 번째로 이 글은 한국에서의 정당성 논의와 관련하여 미국을 참조하기에는

적절치 않은 측면이 있다는 것을 보여준다. 우선 적극적 조치 사유가 인종과 관련되어 있고, 해당 영역은 대학 교육에 집중되어 적극적 조치가 고용상 영역에 집중되어 있는 한국과 다르다. 두 번째로 미국의 사례는 헌법상 인종상의 구별을 엄격하게 금지하는 정도에 비례하여 적극적 조치를 도입하기가 더 어렵게 되어, 현재는 상당히 한정적으로만 인정되고 있다. 한국에서는 적극적 조치가 논의되는 사유와 관련하여 역사상 노예제도와 이의 폐지 그리고 1960~70년까지도 만연했던 흑백 분리정책으로 점철되는, 미국의 인종 문제에 해당하는 정도의 사유가 없기 때문에 인종과 관련된 적극적 조치의 정당성 논의를 그대로 받아들이기는 곤란한 측면이 있다. 마지막으로 정당성 판단의 구조 또한 상당히 다르다. 우선 평등권 조항에만 의존하는 미국의 헌법과는 달리 성이나 장애 등과 관련하여 한국의 헌법에서는 사회적 약자를 위한 적극적 조치가 명시적으로 허용된다고 볼 수 있는 조항(헌법 제32조 제4항 및 제5항, 제34조 제5항 등)이 존재한다. 그리고 한국의 차별금지법에서는 유럽연합에서와 같이 고용상 적극적 조치가 차별에 해당하지 않는다고 하여 판례법상의 해석법리에 의존하는 미국과 다르다.

한국과 미국의 법적 정당성 판단구조의 상이함과 이에 따른 해석상의 차이의 필요성은 이미 조용만에 의해 지적된 바 있다(조용만, 2007: 60~63). 양 법제에 대한 비교법학적 검토는 이에서 더 나아가 고용상 적극적 조치와 관련하여 유럽연합의 사례가 한국에 시사하는 바가 더 큼을 강조한다. 우선 무엇보다도 이미 언급한 바와 같이 유럽연합은 고용상의 적극적 조치가 대부분을 차지하고 있어 한국에서의 고용상 적극적 조치의 정당성의 논의에서는 그 내용적 연관성이 미국의 경우보다 더 크다고 볼 수 있다. 또한 유럽연합에서는 미국보다 적극적 조치에 덜 엄격하게 한 주요 요인이 되는 평등대우의 예외조항이 한국의 차별금지법제에서도 존재하며, 그 내용 또한 유사하다. 즉 한국의 차별금지 관련 법률은 “현존하는 남녀 간의 고용차별을 없애거나 고용평등을 촉진하기” 위한 목적으로 고용상 적극적 조치가 차별에 해당하지 않으며(남녀고용평등법 제2조 제3호), 유럽연합법에서는 “근로생활에서 남성과 여성 사이의 실제상의 완전한 평등(full equality in practice)을 보장할 목적으로, 동등대우의 원칙은 과소 대표되는 성이 직업활동을 추구하는 것을 더 쉽게 하거나 직업활동(professional

careers)에서의 불이익을 방지하거나 보상하기” 위한 조치는 차별의 예외가 된다”(유럽연합기능 조약 제157조 및 통합평등대우지침 제2조 제8항). 그리고 평등대우의 예외로서 적극적 조치가 허용된다고 하는, 유럽연합의 헌법에 해당하는 유럽연합기능 조약의 조항은 여성이 차별을 받지 않을 뿐만 아니라 특별한 보호를 받는다고 규정한 한국의 헌법조항(제32조 제4항)과 유사한 측면이 있다. 이러한 점에서 적어도 차별금지 관련 법률하에서 적극적 조치의 내용과 범위 그 한계를 둘러싼 정당성 논의는 유럽연합의 정당성 논의에서 그 교훈을 많이 얻을 수 있다고 본다. 특히 성과 관련하여 특정 직종이나 산업에서의 차별의 입증 없이도 사회구조적인 차별이 존재함을 인정하고, 적극적 조치를 차별의 해소 방법으로 허용하는 점은 차별금지 관련 법률과 관련된 한국의 비례성 심사에서도 중요하게 참고할 수 있을 것이다. 이러한 점을 참고하여 한국의 차별금지 관련 법률에서의 구체적인 해석 기준에 대한 심도 깊은 연구가 향후에 필요할 것이다.

마지막으로 이 글에서 다루는 바는 아니지만, 이와 같은 고용상의 적극적 조치와 관련하여 미국과 유럽연합의 차이는 어디에서 기인하는가의 문제가 제기될 수 있다. 복합적인 요인이 결합되어 있어 한 가지로 설명하기 어렵다. 우선 법제도적 측면에서는 “사유재산권과 계약의 자유 등이 미국에서 상대적으로 강한 반면 유럽에서는 그렇지 않고 노동권 등의 권리가 상대적으로 더 발전한 데에 기인”(심재진, 2009: 76)한 것으로 볼 수 있다. 다음으로 정치적 측면에서는 여성 노동권을 적극적으로(상대적인 의미에서) 실현하는 정치 세력의 집권이 빈번했다는 점에서 기인한 것으로도 볼 수 있다. 이 부분과 관련해서도 향후 연구가 필요할 것이다.

참고문헌

- 공영호(2011). “A Study on Affirmative Action and Positive Action as Countermeasures to Employment Discrimination in the US and the EU.” 『노동법논총』 21 : 229~262.

- 김복기(2008). 「미국의 적극적 평등실현조치와 위헌심사기준」. 『노동법연구』 24 : 89~111.
- 김영환(2007). 「최근 미국 연방대법원의 판례에 나타난 적극적 평등실현조치의 합헌성 기준」. 『공법학연구』 8 (4) : 3~23.
- _____ (2009). 「미국의 적극적 평등실현조치의 퇴조경향과 대안」. 『헌법학연구』 15 (1) : 109~147.
- 명재진(2006). 「고용에 있어서 여성을 위한 적극적 평등실현조치」. 『공법학연구』 7 (3) : 277~309.
- 박승호(2006). 「미연방대법원과 적극적 평등실현조치」. 『헌법학연구』 12 (2) : 287~337.
- 새누리당(2012). 『세상을 바꾸는 약속 책임있는 변화, 18대 대통령선거 새누리당 정책공약』.
- 심재진(2009). 「미국의 차별적 영향 이론과 유럽연합의 간접차별 법리」. 『노동법연구』 27 : 35~78.
- 이종근(2007). 「적극적 평등화조치의 합헌성 요건 - 미연방대법원 교육관련 판례를 중심으로」. 『공법학연구』 8 (3) : 371~394.
- 이한태(2009). 「양성평등을 위한 적극적 평등실현조치의 헌법적 근거 마련의 필요성」. 『원광법학』 25 (4) : 199~228.
- 이희훈(2010). 「미국의 인종을 고려한 대학 특별입학전형제도에 대한 적극적 평등실현조치」. 『미국헌법연구』 21 (1) : 263~311.
- 장지연 외(2006). 『노동시장 차별과 적극적 고용개선조치』. 한국노동연구원.
- 장지연(2006). 「미국의 적극적 조치 논쟁과 시사점」. 한국여성학 22 (2) : 167~208.
- _____ (2007). 「미국의 적극적 고용개선조치」. 『국제노동브리프』 4 (1) : 3~9.
- 전상구(2011). 「유럽연합에 있어서의 적극적 평등실현조치의 근거와 사법심사 기준 - 유럽사법재판소의 판례를 중심으로」. 『공법학연구』 12 (1) : 65~102.
- 조용만(2007). 「고용차별 해소를 위한 적극적 조치의 정당성 - 미국 판례법에 기초한 남녀고용평등법의 해석론」. 『노동법연구』 23 : 35~85.
- 채형복(2007). 「유럽연합에 있어 적극적 조치와 양성평등원칙」. 『세계헌법연

구』 14(1) : 144~162.

Ellis, E.(2012). *Anti-Discrimination Law*. Oxford University Press.

European Commission(2012). “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving the gender among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures.” COM(2012) 614 final, 2012/0299(COD), Brussels, 14.11.2012.

European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality(2012). *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, including on Company Boards*.

Lindermann, B.(2007). *Employment Discrimination Law*. American Bar Association.

Rutherglen, G.(2010). *Employment Discrimination Law*. Foundation Press.

Schiek, D., L. Waddington and M. Bell(2007), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*. Hart Publishing.

Stratigaki, M.(2005). “Gender Mainstreaming vs Positive Action-An Ongoing Conflict in EU Gender Equality Policy.” *European Journal of Women’s Studies* 12(2) : 165~186.

abstract

Positive Action in the Case Law of the ECJ : in
Comparison With Affirmative Action in the Case Law of
the US Supreme Court

Jae jin Shim

The study is to look at how the case law of the EU in relation to positive action in employment is differentiated from that of the US. Focusing on the former, it aims to identify its similarities and differences of the EU case law in comparison with the US case law which much more attention has been drawn to in the scholarship of both labour law and constitutional law. To this end, the study analyses all the European Court of Justice (ECJ) cases concerned with positive action in employment. The US case law in relation to positive action in employment is briefly summarised to the extent it is meaningful enough to draw those similarities and differences. As This study will provide the significance of the EU case law in comparative labour law study in relation to positive action in employment. However it remains to be further explored what has made the EU law distinctive from the US law in the sphere of positive action in employment.

Keywords : affirmative action in employment, positive action in employment, the european union law, equal treatment directive, the civil rights act 1964