

현안분석 2011-16-4

차별의 합리성 판단기준에 관한 비교법적 연구

- 독일 편 -

김 지 훈

Korea Legislation
Research Institute



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

현안분석 2011-16-4

차별의 합리성 판단기준에 관한 비교법적 연구 - 독일 편 -

김 지 훈



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

**차별의 합리성 판단기준에 관한
비교법적 연구
- 독일 편 -**

**The comparative law research for reasonable
judgment criteria of discrimination
- Germany -**

연구자 : 김지훈(부연구위원)

Kim, Ji-Hoon

2011. 8. 31

요약문

I. 배경 및 목적

□ 평등의 보편성과 고유성

- 평등의 실현이 상대적·배분적 평등으로 나아가야 한다는 점을 부정할 수는 없지만, 각국 정부의 편익에 따라서 변형할 수 있는 것이 아니라, 가장 엄격하게 해석되고 적용되어야 하는 근본가치로서 정의의 이념을 일차적으로 구체화시키는 핵심적 인권이다.

□ 독일의 차별금지법제를 분석함으로써 우리나라에서 차별에 대하여 효과적으로 대응하기 위한 시사점을 얻을 수 있음

- 독일 기본법은 과거 Weimar 공화국의 실패와 Nazi 독재에 대한 부정적인 역사적 경험에 대한 반성에 기초하여 제정되었다.

□ 독일의 차별금지법제를 입체적으로 파악하기 위해서 차별금지명령을 담고 있는 법규정들에 대한 실정법 분석과 함께 그 실효성을 확보하기 위한 제도적 장치들을 고찰함.

- 일반적인 기본권보장기관이 동시에 차별금지법제의 실현에도 중심적인 역할을 할 수밖에 없지만, 독일의 차별금지 전담기관들을 개관하면서 이를 일반적인 국가기관의 역할과 비교해 보는 것도 우리에게 적지 않은 시사점을 줄 것임.

II. 주요 내용

- 독일 기본법의 제정과정에서 가장 강조되었던 부분
 - 바이마르 공화국의 몰락 및 나치의 집권에 대한 반성
 - 자유민주주의 내지 인권 보장의 의미와 중요성에 대한 인식
 - 독일 기본법상 기본권 체계 내에서 평등의 위치와 특수성
- 평등(정의)의 이념을 실현하는 것은 다시금 일반적 평등원칙과 구체적 평등권으로 나누어 검토할 필요가 있음
 - 평등원칙의 구체화와 관련한 기준으로서 ‘자의적 차별금지’를 기초로 하여 평등한 대우, 기회의 균등, 분배의 평등 제시
 - 평등원칙과 평등권의 인정범위가 정확하게 일치하지 않음
- 독일 기본법 제3조 제2항에서 양성평등의 실현을 위한 국가의 적극적 의무를 규정한 것은 단순히 성별을 이유로 차별을 가하는 것을 소극적으로 배제하는 것에 그치지 않고 적극적으로 양성의 생활여건까지도 동등하게 보장하는 것
- 독일 기본법 제3조 제3항은 평등의 실현 내지 차별금지의 대강을 정한 조항
 - 이 조항은 성별, 혈통, 종족 등 다양한 차별금지사유를 예시하고 있지만, 그것은 말 그대로 예시이며 개별적 열거로 해석하기는 어렵다.

□ 독일의 평등실현을 위한 일반법 : 일반적 평등대우법(AGG)

- 일반적 평등대우법(AGG: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) 제정에 직접적인 계기가 되었던 것은 평등대우의 문제에 관한 유럽연합의 지침들을 독일의 국내법으로 수용해야 할 필요성
- 독일의 일반적 평등대우법(AGG)은 UN헌장, 세계인권선언과 유럽인권협약 등을 비롯한 국제인권법, 그리고 보다 직접적으로는 유럽연합(EU)법상의 차별금지원칙에 큰 영향을 받은 것이 분명하지만, 그와 동시에 기본법 제3조의 구체화라는 측면이 그 제정과정에서 매우 중요한 요소로 작용하였다.
- 일반적 평등대우법은 기본법 제3조를 구체화하여 평등실현의 구체적 기준과 방법의 설정함에 있어서, EU의 지침을 적절하게 반영하여 규율하고 있다.

□ 일반적 평등대우법과 각 분야별 차별금지법제의 관계

- 일반적 평등대우법의 시행 이전에 평등을 구체화시키는 다양한 차별금지법률이 제정되어 시행되고 있었기 때문에 그 관계에 있어서 미묘한 문제가 제기되었다.
- 일반적 평등대우법은 차별금지법제의 총칙규정들을 두고 있으면서, 분야별 차별금지법제에서 구체화되지 못하고 있던 고용관계에 관하여 구체적으로 규정함으로써 차별금지에 대한 일반법적 요소와 고용 분야의 차별금지에 관한 특별법적 요소를 동시에 갖추게 되었다.

Ⅲ. 기대효과

- 독일에서 일반적 평등대우법을 시행한 이후 그 역할에 대한 평가는 다양하지만, 대체적으로 일반적 평등대우법이 독일의 차별금지법제의 발전에 큰 기여를 한 것으로 보는 견해가 지배적

- 독일에서 차별금지법률 위반에 대한 대응방식에 대한 검토
 - 정부가 차별행위에 대응하여 다양한 사전예방적 또는 사후구제적 조치를 취하는 것

 - 차별금지문제를 전담하는 특별기구의 설치
 - 차별의 합리성 여부를 정확하게 판단하고 효율적으로 대응하기 위해서는 각 영역별로 전문가들로 구성된 전담기관이 활동하는 것이 가장 바람직 (전문성, 이해력, 정확성, 효율성, 중립성)

 - 일반적 평등대우법(AGG) : 차별금지담당국

 - 연방양성평등실현법(BGleichG) : 평등실현담당관 / 예비담당관

 - 장애인평등실현법(BGG) : 장애인권익담당관

 - 외국인체류법(Aufenthaltsgesetz) : 이민·난민 및 통합 담당관

 - 독일식 차별금지 전담기관들은 장점과 단점을 동시에 갖는다.
 - 차별영역에 따른 전문성과 효율성을 크게 향상시킬 수 있는 장점

 - 전체적 통일성이 깨질 수 있고 담당자의 재량이 크게 작용할 수 있다는 단점

- 법원이나 헌법재판소와 같은 사법기관을 통한 차별 금지
 - 차별적 법률에 대한 위헌법률심판을 통해 무효화
 - 법원의 재판 또는 헌법재판소의 헌법소원을 통한 권리 보호
- * 재판소원의 가능성 / 유럽인권법원에 대한 제소의 가능성

□ 평등문제는 보편성의 측면에 초점을 맞출 것인지, 아니면 각국의 사회적·문화적 고유성을 더 강조하는지에 따라 결론이 달라질 수 있다.

- 우리나라에서 차별금지법을 제정할 경우 어느 정도까지 우리나라의 사회적·문화적 고유성을 반영시킬 수 있는지, 어떠한 한계를 벗어날 경우 국제인권법적 기준과 충돌하는 것으로 판단하여야 하는 것인지에 대한 신중한 고려 필요

□ 차별금지에 관한 구체적·세부적 규정을 두는 것이 바람직

- 차별금지법의 핵심은 현존하는 차별을 어떻게 확인하고 이를 실효적으로 구제할 수 있는지의 문제

□ 우리나라에서도 개별법령을 체계적으로 정리하고, 차별금지에 관한 일반적 규율을 하는 법률을 제정할 경우에는 차별금지에 관한 법제 전체를 적절하게 조율하는 것 필요하다.

▶ 주제어 : 차별, 평등, 차별금지법, 일반적 평등대우법, 연방양성평등실현법, 차별금지담당국, 장애인평등실현법, 이주법

Abstract

I . Background and Purpose

- The universality and uniqueness of Equality
- By analyzing the german legal system of Anti-Discrimination, the effective remedy against discrimination in korea may be drawn up systematically.
- To understand the german legal system of Anti-discrimination, we analyze, in this dissertation, not only the statutes and ordinances reflecting the order of abolishing the discrimination, but also the institutional apparatus to guarantee its effectiveness.

II . Current Legal System and Its Problems

- In Korea, there is no general laws against discrimination.
- There are some specific laws of Anti-discrimination, dealing only with ages, sexes and the disabled.
- The problems of discrimination from sexual orientation, races or academic career etc. are not yet settled, still in controversy.

III. Lessons from Other Countries

- The importance of the basic rights(Grundrechts), especially the equality(Gleichheit) in german constitution(Grundgesetz).
- To realize the ideal of justice, including equality, it needs further examination by dividing it into two parts, one is the general principal of equality, the other specific rights of equality.
- The general law of realizing the equality in Germany is the general and equal treatment law(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz).
- The systematical relationship between the general and equal treatment law and the specific laws of anti-discrimination.
- The independent and special organizations to exclusively deal with the discrimination are founded and in action based on the (general and specific) laws of Anti-discrimination.

IV. Legal Improvements

- The independent and special organizations have merits and demerits simultaneously.
- It is more desirable to stipulate more specific and concrete rules against discrimination.

When we make an anti-discrimination laws in general, we need to arrange the specific laws related with discrimination and adjust the entire legal system of Anti discrimination.

➤ Key Words : Discrimination, Anti-discrimination Law, General and Equal Treatment Law, Federal Law to realize the gender equality, the organization to deal with the discrimination, Law to deal with the Immigrants.

목 차

요 약 문	3
Abstract	9
제 1 장 서론 : 독일의 차별금지법제에 대한 연구의 의의 ...	17
제 1 절 연구의 목적	17
제 2 절 연구의 범위와 방법	19
제 2 장 독일기본법상 평등조항과 일반적 평등대우법	21
제 1 절 독일 기본법의 형성과정과 평등의 의미	21
I. 제2차 세계대전의 패전과 독일 기본법의 제정	21
II. 바이마르 공화국의 붕괴 및 나치 집권에 대한 반성이 기본법에 미친 영향	22
III. 기본법에서 인권, 특히 평등이 갖는 특별한 의미	24
제 2 절 독일 기본법상 평등원칙과 평등권	26
I. 평등의 헌법적 의의와 논의 평면 : 평등이념, 평등원칙, 평등권	26
II. 헌법원칙으로서의 평등 : 일반적 평등원칙과 그 구체화	27
III. 기본권으로서의 평등 : 개인의 권리로서의 평등권과 그 구체화	30
제 3 절 독일 기본법 제3조의 해석	31
I. 기본법 제3조 제1항의 규정과 그 해석	31
II. 기본법 제3조 제2항의 규정과 그 해석	32
III. 기본법 제3조 제3항의 규정과 그 해석	34

제 4 절 평등실현의 일반법적 규율 : 일반적 평등대우법(AGG) …	35
I. 일반적 평등대우법의 입법배경 : 유럽연합(EU)의 지침 ……	35
II. 기본법 제3조의 구체화와 일반적 평등대우법 ……	37
III. 일반적 평등대우법과 각 분야별 차별금지법제의 관계 ……	39
IV. 일반적 평등대우법 제정의 의의와 실효성 ……	41
제 3 장 각 분야별 차별금지법제 ……	45
제 1 절 양성평등에 관한 법제(연방양성평등실현법: BGleichG) …	45
I. 총 칙 ……	45
II. 양성평등의 고용평등을 위한 조치 ……	48
III. 여성과 남성을 위한 가정과 직업활동의 조화 ……	52
IV. 평등실현담당관(Gleichstellungsbeauftragte) ……	54
제 2 절 장애인차별금지에 관한 법제(장애인평등실현법: BGG) …	58
I. 입법목적 ……	58
II. 장애의 개념과 여성장애인 ……	59
III. 공권력 주체에 의한 차별금지 및 적극적 평등실현조치 등 (제7조) ……	61
IV. 평등실현 및 장벽없는 접근권 보장의 의무 ……	62
V. 권리구제 ……	68
IV. 연방정부의 장애인권익담당관 (Beauftragte oder Beauftragter der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen) ……	70
제 3 절 외국인차별금지에 관한 법제 (이주법: Zuwanderungsgesetz) ……	71
I. 이주법의 구성과 체계 개관 ……	71
II. 외국인체류법 (Aufenthaltsgesetz - AufenthG) ……	73

제 4 장 차별금지법의 실효성 확보를 위한 제도적 장치	79
제 1 절 인권으로서의 평등과 그 구체화의 구조	79
I. 인권으로서의 평등과 인권침해에 대한 보호의 체계	79
II. 평등권의 특수성과 보호의 방식	81
III. 정부에 의한 보호와 사법적 보호	83
제 2 절 차별금지 전담기관의 구성과 활동	84
I. 차별 문제의 특수성과 전담기관의 필요성	84
II. 독일의 차별금지 전담기관의 유형과 역할	86
III. 독일의 차별금지 전담기관의 권한범위와 활동에 대한 평가	89
제 3 절 사법적 보호	90
I. 평등침해에 대한 사법적 보호의 구조	90
II. 독일 연방헌법재판소의 평등 심사 방식	92
III. 위헌법률심판에 의한 평등침해 법률의 무효화	94
IV. 헌법소원심판에 의한 차별적 행정작용이나 재판에 대한 심사	96
제 5 장 맺음 : 독일 차별금지법제의 특성과 그 시사점	99
참 고 문 헌	103

제 1 장 서론 : 독일의 차별금지법제에 대한 연구의 의의

제 1 절 연구의 목적

인권이란 인간의 권리, 즉 모든 인간에게 다른 조건 없이 인간이라는 이유만으로 부여되는 권리를 말한다. 오늘날 인권은 인종과 국경, 종교를 초월한 보편적 가치로서 인정되고 있지만, 각국의 역사적·문화적 여건에 따라서 다른 방식으로 구체화·실정화된다는 특징을 갖는다.

사실 평등의 문제는 서양 철학에서 가장 중심적인 화두의 하나였다. 고대 그리스의 철학자 아리스토텔레스가 정의의 문제를 평등의 문제로 풀이¹⁾한 이래 존 롤스의 정의론²⁾에 이르기까지 평등의 문제는 정의의 문제가 동일시되고 있으며, 이를 어떻게 구체화할 것인지는 사회철학의 핵심적 주제임과 동시에 사회과학, 특히 법학의 주된 관심사이기도 하였던 것이다.

오늘날 법학, 특히 헌법학에 있어서 평등은 국가질서 내지 헌법질서의 나아갈 바를 가리킴과 동시에 현존 질서의 정당성을 평가하는 잣대(평등이념)로 작용함과 동시에 구체적인 국가작용의 기준 내지 지침(평등원칙)으로, 그리고 공동체 구성원들의 인권(평등권)으로 기능하고 있다.³⁾

이러한 평등의 요청은 - 정의의 요청 그 자체와 마찬가지로- 보편성을 갖는다. 그러나 평등의 요청이 갖는 보편성이 현실 속에 항상 그

1) 아리스토텔레스의 정의론에 관하여는 강희원, 아리스토텔레스의 정의론에 비추어 본 ‘법이념으로서 정의’, 법철학연구 제6권 제2호(2003.12) 59-92쪽 참조.

2) 존 롤스의 정의론에 관하여는 John Rawls(황경식 역), 사회정의론, 1989; 황경식, 사회정의의 철학적 기초 - 롤스의 정의론을 중심으로-, 1985 참조.

3) 평등원칙과 평등권의 구별 및 양자의 관계에 관하여는 Paul Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1.Aufl., 1992, S.837-972(905ff.) 참조.

대로 수용되고 있는 것은 아니며, 더욱이 평등이 절대적·산술적 평등이 아닌 상대적·배분적 평등으로 구체화될 수밖에 없음을 전제할 때, 평등의 보편성은 매우 복잡한 문제에 직면하게 된다.

오늘날 국제인권법의 발달과 더불어 인권의 보편성 요청은 더욱 강화되고 있다. 그러나 인권의 뿌리가 되고 있는 평등이 그 보편성을 상실하게 될 경우에는 인권 전체의 보편성이 크게 약화될 수밖에 없다. 물론 평등의 실현이 상대적·배분적 평등으로 나아가야 한다는 점을 부정할 수는 없다. 그러나 평등이란 각국의 정부(또는 법적용실무자)의 편의에 따라서 변형할 수 있는 것이 아니라, 가장 엄격하게 해석되고 적용되어야 하는 근본가치로서 정의의 이념을 일차적으로 구체화시키는 핵심적 인권이라는 점이 항상 전제되어야 할 것이다.

독일 기본법 역시 과거 Weimar 공화국의 실패와 Nazi 독재에 대한 부정적인 역사적 경험에 대한 반성에 기초하여 제정되었다.⁴⁾ 특히 기본법 제3조의 평등조항은 인권보장의 중심적 규정의 하나로서 매우 큰 역할을 해왔다. 과거의 인종차별적 인권침해에 대한 반성과 더불어 현재의 고용차별, 양성차별 등과 관련한 문제 해결의 지침으로서 평등의 의미가 특별한 중요성을 인정받게 되었던 것이다.

서독의 기본법은 동·서독이 통일된 이후에도 일부의 개정을 거친 후 전체 독일의 헌법으로 여전히 그 효력을 유지하고 있다. 그런 가운데 주목되는 점은 독일 기본법 제3조에서 평등에 관한 규정을 강화하고 있다는 점이다. 통일 이전에는 제1항의 ‘법앞의 평등’원칙에 대한 선언과 제2항의 양성평등, 제3항의 성별, 혈통, 종족, 언어, 출신지역 및 신분, 사상 및 종교 등을 이유로 한 차별의 금지에 대하여 규정하고 있던 것이 통일 이후 기본법 개정을 통하여 제2항에 양성평등

4) 서독 기본법 제1장의 표제가 ‘기본권(Die Grundrechte)’이고, 제1조에서 인간의 존엄을 불가침으로 선언함과 동시에 기본권이 모든 국가권력을 직접 구속한다고 명시하고, 제2조 이하에서 개별기본권에 대한 구체적인 규정들을 두고 있는 것은 그 의미가 매우 크다고 할 수 있다.

의 실현을 위한 국가의 적극적 활동에 관한 규정을 도입함과 동시에 제3항에서는 ‘장애에 대한 차별의 금지’를 추가하였던 것이다.

헌법 차원에서 차별금지요청은 원칙적 성격이 강한 반면에 구체적이고 세부적인 지침은 법률에 의해 설정되고 있다. 이와 관련하여 독일 차별금지법제의 일반법적 지위에 놓여 있는 법률은 2006년 발효된 「일반적 평등대우법 (AGG : Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)」이다. 이는 차별금지에 관한 원칙규정들을 포함하고 있을 뿐만 아니라 현실적으로 많이 문제되는 ‘고용에 있어서의 차별’을 비롯한 차별금지에 관한 구체적 규정들도 포함하고 있다.

그리고 「일반적 평등대우법」에 의해 구체적으로 규율되지 못하고 있는 여러가지 문제되는 사항들을 다루고 있는 개별법률들이 있다. 이에 속하는 것으로는 양성평등에 관한 법률, 장애인차별의 금지에 관한 법률, 외국인차별의 금지에 관한 법률 등을 들 수 있다. 이러한 법률들은 평등의 헌법적 요청과 독일의 역사적 경험에 기초하여 차별금지의 구체적 사항들을 규율하고 있다.

독일뿐만 아니라 우리나라에서도 차별, 즉 평등이 침해되는 것은 사회적으로 큰 문제를 야기한다. 집단 괴롭힘으로 인한 자살, 고용에 있어서의 간접차별, 성별에 따른 차별 등 많은 사회적 문제들의 근본 원인을 분석해 보면 ‘다르다’는 것을 ‘틀린’ 것으로 오해하고 차별하고 멸시하는 것이 문제의 발단이었던 경우가 많다. 이와 같이 해결하기 어려운 차별문제에 대하여 체계적으로 대응하고 있는 독일의 차별금지법제를 분석함으로써 우리나라에서 차별에 대하여 효과적으로 대응하기 위한 시사점을 얻을 수 있을 것으로 본다.

제 2 절 연구의 범위와 방법

이하에서는 세 개의 카테고리를 중심으로 독일의 차별금지법제를 분석하고자 한다(제2장~제3장). 제2장에서는 독일기본법상 평등조항에

대한 논의내용을 중심으로 하여 평등원칙과 평등권에 대한 내용을 살펴보고, 이를 구체화하는 일반평등대우법의 내용을 간략하게 소개하고자 한다. 그리고 제3장에서는 개별법률인 양성평등실현법, 장애인평등실현법, (외국인차별금지를 위한) 이주법을 중심으로 차별을 근절하고 평등을 개선하기 위한 법제적 노력을 검토하고자 한다.

우선, 법제 분석의 가장 기본적인 방법은 실정법조문의 분석이라고 할 수 있다. 그러나 단순히 관련 법조항을 발췌하여 번역하는 것만으로는 독일의 차별금지법제를 정확하게 파악하는데 부족함이 적지 않을 것이므로 차별금지법제의 전반적인 체계 및 중요 법률들의 의미와 내용에 대한 개략적인 소개와 더불어 비중 있는 조항의 경우 번역과 더불어 그 구체화의 기준 내지 방식 등에 관한 독일 내의 학설과 판례 등도 함께 소개하고자 한다.

나아가 독일의 차별금지법제를 입체적으로 파악하기 위해서는 차별금지명령을 담고 있는 법규정들뿐만 아니라 이러한 규정들의 실효성을 확보하기 위한 제도적 장치들을 고찰(제4장)하는 것이 필요할 것이다. 물론 일반적인 기본권보장기관이 동시에 차별금지법제의 실현에도 중심적인 역할을 할 수밖에 없지만, 독일에서의 차별금지 전담기관들을 개관하면서 이를 일반적인 기본권보장기관의 역할과 비교해 보는 것도 우리에게 적지 않은 시사점을 줄 것이다.

제 2 장 독일기본법상 평등조항과 일반적 평등대우법

제 1 절 독일 기본법의 형성과정과 평등의 의미

I. 제2차 세계대전의 패전과 독일 기본법의 제정

현재 통일 독일의 헌법으로 자리잡고 있는 기본법은 제2차 세계대전의 종결 후 독일이 동독과 서독으로 분단된 상태에서 1949년 서독의 (잠정적) 헌법으로 제정되었다. 기본법은 제2차 세계대전에 패전한 독일이 미국·소련·영국·프랑스의 전승국들에 의하여 분할되어 통치되다가 미국·영국·프랑스의 점령지역이 통합되어 독일연방공화국(서독)을 구성하게 되면서 그 헌법으로 제정된 것이다.

기본법은 그 후 현재까지 50여회에 이르는 개정을 거쳤으며, 더구나 동서독의 통일 이후에는 기본법이 동독지역까지 확대적용됨으로써 이제 더 이상 잠정적인 헌법이 아닌 전체 국가질서의 확고한 중심으로 자리잡게 되었다.⁵⁾ 그러나 기본법이 제정되던 당시에는 기본법의 성격과 구조에 대하여 많은 논란과 회의가 존재했다. 이는 기본법제정자들이 통일의 시점까지 분단된 독일의 서쪽 지역(서독)에서만 잠정적으로 적용되는 것으로 기본법을 생각했지만,⁶⁾ 기본법에서는 기존의 헌법과 비교할 수 없는 많은 새로운 시도들이 담겨 있었기 때문이었다.

5) 기본법의 잠정적 성격은 오랜 시간동안 동서독이 분단된 상태에서 서독의 국가질서를 규율하는 지속적 질서가 됨으로 인하여 이미 통일 이전부터도 상당부분 변화된 것으로 인식되었다. 이에 관하여는 Konrad Hesse(계희열역), 서독헌법원론, 1987, 72쪽 참조.

6) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn.87f.참조. 이러한 잠정적 성격의 기본법 제정에 대하여 6명의 기독교사회연합(CSU) 소속의원, 각 2명씩의 중앙당(Zentrum), 독일당(Deutsche Partei), 독일공산당(KPD)의 소속의원들이 반대투표를 하였으나 결국 53 : 12로 기본법이 승인되었다.

1949년 제정된 독일연방공화국 기본법은 자유민주주의를 중심적 가치로 놓고, 이를 기본권과 국가조직을 통하여 구체화시키는 헌법으로 구상되었다. 바이마르의 상대주의적 민주주의는 포기되었고, 자유민주적 기본질서를 핵심으로 하는 가치구속적 민주주의가 선택되었다. 이에 따라 헌법의 중심적 가치로 고양된 국민의 기본권에 가장 큰 비중이 주어졌으며, 국가권력은 국민의 기본권을 보장하기 위한 도구로 인식되었다.⁷⁾

II. 바이마르 공화국의 붕괴 및 나치 집권에 대한 반성이 기본법에 미친 영향

유럽의 다른 국가들에 비하여 독일은 뒤늦게 국가적 통일을 이루게 되었다. 1870년에 프로이센을 중심으로 한 이른바 독일제국(이른바 비스마르크제국)이 건설된 것이다.⁸⁾ 그러나 제1차 세계대전의 결과 제국은 붕괴되었고, 1919년 바이마르공화국이라 불리는 새로운 민주공화국이 탄생되었다.

바이마르 공화국은 독일 역사상 최초의 민주공화국이었다. 그러나 영국이나 미국 또는 프랑스 등의 경우에는 자유주의 및 민주주의 사상을 중심으로 결집된 시민세력의 힘에 의하여 군주제를 붕괴시켰던 것과는 달리 독일의 경우 군주세력이 제1차 세계대전의 패전을 통해 몰락함으로 인하여 탄생되었던 것이다. 그렇기 때문에 그렇기 때문에 바이마르 공화국에서는 정치적 구심점이 없는 가운데 다양한 정치적 세력들이 날카로운 대립을 보이고 있었다. 군주세력은 붕괴되었으나 아직 그 잔재는 완전히 불식되지 않아 자유주의자들과 대립하고 있는

7) 서독 기본법의 가치구속적 민주주의에 관하여는 Young-Soo Chang, *Streitbare Demokratie*, Diss. Frankfurt, 1990, S.83ff. 참조.

8) 18세기 국민국가(Nationalism)이 유럽을 풍미하던 시기부터 독일에서도 통일을 위한 노력이 기울여졌지만, 수많은 우여곡절로 인하여 통일이 이루어지지 못하다가 결국 오스트리아를 배제한 가운데 프로이센을 중심으로 통일이 통일된 것이다.

상태였을 뿐만 아니라, 극단적인 보수 세력과 급진적인 사회주의 세력의 충돌, 중앙집권적 국가를 지향하는 세력과 지방분권적 경향을 강력히 추진하는 세력들의 갈등 등이 바이마르 공화국의 근저에 깔려 있었던 것이다.⁹⁾ 바이마르 헌법은 이러한 다양한 세력들 사이의 -그것도 불완전한- 타협의 산물이었으며, 결국 바이마르 공화국은 이러한 불완전한 타협의 한계를 극복하지 못한 채 나치에 의해 그 종말을 맞았다.¹⁰⁾

그러나 바이마르 공화국은 독일 최초의 민주공화국으로서 많은 새로운 시도들을 담고 있었으며, 그 가운데 상당부분은 제2차 세계대전 후 독일이 새로운 민주공화국을 건설할 때에도 비중 있게 고려되었다. 하지만 그것은 나치체제를 부정하고 바이마르의 민주적 체제로 복귀한다는 단순한 생각으로 진행되었던 것은 아니었다. 기본적으로는 바이마르의 민주적 전통에 복귀하는 것을 의도했지만, 바이마르의 민주주의가 실패했던 경험을 거울삼아 의도적으로 바이마르의 모델에서 벗어난 부분들도 적지 않았다. 예컨대 의원내각제적 요소와 대통령제적 요소를 결합시켰던 바이마르의 이원정부제는 기본법에서는 의원내각제로 바뀌었고, 바이마르헌법을 유명하게 만들었던 사회적 기본권들은 기본법에서 배제되었다. 또한 바이마르의 국사재판제도는 훨씬 더 강력한 헌법재판제도로 대체되었다.¹¹⁾

9) Karl Dietrich Bracher, Die Auflösung der Weimarer Republik, 5.Aufl., 1971, S.10ff, 19ff.; Kurt Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, 1983, S.21 참조.

10) 이러한 타협이 올바르게 맺어지고 또 유지되었더라면 그것은 바이마르 공화국의 약점이 아닌 강점이 될 수도 있었을 것이며, 민주주의를 한층 발전시키는 계기가 될 수도 있었을 것이다. 그러나 당시의 타협은 국가공동체의 형성과 유지에 함께 참여하기 위한 것이라기 보다는 다분히 전략적인 것으로서 기회만 주어진다면 언제라도 타협의 상대방을 고립시키고 약화시켜서 결국은 붕괴시키려는 의도하에서 맺어진 것이었기 때문에 형식적 타협의 이면에는 날카로운 대립(칼 슈미트가 말한 이른바 적과 동지의 대립)이 깔려 있었던 것이다. 이에 대해서는 Young-Soo Chang, Streitbare Demokratie, Diss. Frankfurt, 1990, S.61ff. 참조.

11) 이에 관하여 상세한 것은 계획열/ 장영수, 독일기본법 50년, 통일의 저력 - 독일

이처럼 기본법은 한편으로 바이마르 헌법과 당시의 헌법이론을 계승하면서도 다른 한편으로 바이마르의 전철을 밟지 않기 위해 의도적으로 변화를 모색하였다. 그것은 무엇보다 나치의 경험 때문이었다. 나치는 형식상 국민 다수의 지지를 받아 민주적 절차에 따라 집권했지만, 그들이 집권 전에 공언했던 바대로 민주주의를 파괴하는 이른바 ‘합법적 혁명’¹²⁾을 일으켰다. 그 결과 바이마르의 민주적 기초는 붕괴되었고, 나치의 전체주의적 통치는 나치가 집권한 것과 같은 민주적 절차에 따라 민주주의를 재건하는 것을 불가능하게 만들었다. 이러한 경험으로 인하여 서독의 기본법은 민주주의의 회복을 위한 노력을 기울이는 가운데 인권 및 민주주의의 실현에 관하여 바이마르 헌법과는 뚜렷한 차이를 보이게 되었던 것이다.

Ⅲ. 기본법에서 인권, 특히 평등이 갖는 특별한 의미

독일 기본법의 제정과정에서 가장 강조되었던 부분의 하나가 바이마르 공화국의 몰락 및 나치의 집권에 대한 반성이었고, 이는 자유민주주의 내지 인권 보장의 의미와 중요성에 대한 인식으로 연결되었다. 인권을 존중하지 않는 전체주의의 폐해를 경험한 이후 민주주의와 인권의 필요성이 더욱 절실했던 것이다. 이러한 인식에 기초하여 기본법은 제1장의 표제를 ‘기본권(Die Grundrechte)’으로 하여 헌법의 가장 중요한 부분이 인권 내지 기본권임을 명확하게 하였다.¹³⁾

반세기의 역동성 -(1999.12), 293-330쪽 참조.

12) 이에 대해서는 Ulrich Scheuner, Die Staatsrechtliche Bedeutung des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich, in: Leibziger Zeitschrift für Deutsches Recht, jetzt in: M. Hirsch/ D. Mayer/ J. Meinck (Hrsg.), Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, 1984, S.112-115(112f.); Heinrich Triepel, Die nationale Revolution und die deutsche Verfassung, in: Deutsche Allgemeine Zeitung, 1933, Nr.157, jetzt in: M. Hirsch/ D. Mayer/ J. Meinck (Hrsg.), Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, 1984, S.116-119(117) 참조.

13) 인권과 기본권의 개념적 구별 내지 상호관계에 관하여는 장영수, 헌법학, 홍문사, 2011, 418쪽 이하 참조.

제1조는 인간의 존엄이 불가침임을 선언함과 동시에 이를 존중하고 보장하는 것이 모든 국가권력의 과제임을 확인하고 있다. 또한 기본권 규정들이 입법, 집행, 사법에 직접 효력을 미친다고 선언한 것도 주목할 만하다.

제2조는 인격의 자유발현권과 인신의 보호에 관하여 규정하고 있다. 특히 우리 헌법의 제37조 제1항에 해당하는 규정이 없는 독일 기본법에서는 인격의 자유발현권을 포괄적 기본권으로 해석하고, 명시되지 않은 기본권적 자유의 보장을 이 조항으로부터 도출하고 있다.

제3조는 평등조항이다. 제1항에서 모든 인간이 법 앞에 평등하다고 선언하고 있으며, 제2항에서는 양성의 평등을 확인하고 있다. 그리고 제3항에서는 성별, 혈통, 종족, 언어, 출신지역 및 신분, 종교와 사상에 의한 차별을 금지하고 있다.

제4조 이하에서는 개별적 기본권들이 규정되고 있다. 종교, 양심 및 사상의 자유(제4조), 언론의 자유(제5조), 혼인 및 가족의 보호(제6조), 교육의 권리(제7조), 집회의 자유(제8조), 결사의 자유(제9조), 통신의 비밀(제10조), 거주·이전의 자유(제11조), 직업의 자유(제12조), 국방의 의무(제12조a), 주거의 자유(제13조), 재산권(제14조, 제15조), 국적(제16조), 망명권(제16조a), 청원권(제17조), 기본권의 실효(제18조), 기본권제한의 요건 및 한계(제19조)가 기본법상 명문화되어 있다.

이와 같은 독일 기본법상의 기본권 체계 내에서 평등은 매우 독특한 위치에 있다. 이는 조항의 체계상의 위치와 기본권의 실현구조를 고려하여 판단하여야 한다. 기본법 제1조에서 인간의 존엄을 모든 기본권의 출발점으로 삼고, 이를 구체화하는 자유와 평등을 제2조와 제3조에서 확인하고, 제4조 이하에서는 개별기본권으로 세분하고 있는 것이다. 즉, 제2조와 제3조의 자유와 평등은 제4조 이하의 모든 개별 기본권 속에 투영되고 있는 것이다.

이는 평등의 문제가 어느 특정 영역의 문제에 한정되는 것이 아니라 모든 기본권 문제에 내재되어 있음을 확인하는 것이며, 평등권의 실현은 다른 개별 기본권과는 구별되는 독특한 실현구조와 성격을 가질 수밖에 없음을 보여주고 있다.

제 2 절 독일 기본법상 평등원칙과 평등권

I. 평등의 헌법적 의의와 논의 평면 : 평등이념, 평등원칙, 평등권

규범으로서의 평등은 정의의 요청과 맞물려 있다고 널리 인정된다. 즉, 무엇이 정의로운가의 문제는 어떻게 하는 것이 ‘각자에게 그의 몫을’ 분배하는가의 문제로 풀이되고, 이는 곧 평등의 문제로 이해될 수 있기 때문이다.¹⁴⁾ 그렇기 때문에 정의의 이념과 평등의 문제는 불가분의 관계 속에 있다고 인정된다.

그러나 정의의 문제가 평등만으로 완결되는 것이 아닌 것처럼, 평등의 문제에 대해서도 정의라는 추상적 이념만으로 답을 주기는 어렵다.¹⁵⁾ 구체적 현실 속에서 발생하는 문제들에 대한 해결과정에서 평등은 정의라는 법이념과 연관되어 고려되어야 할 뿐만 아니라, 국가작용의 활동방식을 결정하는 기준 내지 원칙으로서, 그리고 개인의 인권 내지 기본권으로서 다양하게 적용되고 있는 것이다.

정의가 법의 제1차적인 이념이고, 법이 정의의 실현을 지향해야 한다는 점에 대하여는 오늘날까지 이론(異論)이 없다. 정의는 실정법의 가치표준이고 입법자의 목표인 것이다.¹⁶⁾ 그러나 수천 년에 걸쳐 정

14) 과거 정의가 무엇인가에 대한 수많은 논의는 -아리스토텔레스 이후로- 정의의 실체 내지 핵심이 평등이라는 결론을 벗어나지 못했다. 오늘날에도 정의는 산술적(절대적) 평등(=평균적 정의) 또는 비례적(상대적) 평등(=배분적 정의)으로 이해된다.

15) 평등과 정의의 관계 내지 평등과 인간존엄의 관계에 대하여는 A. Bleckmann, Die Struktur der allgemeinen Gleichheitssatzes, 1995, S.15ff., 44ff. 참조.

16) Gustav Radbruch(엄민영/서돈각 공역), 법철학입문, 제3판, 1982, 55쪽.

의의 구체적 내용을 밝히고자 하는 많은 노력들에도 불구하고 정의가 보편타당하게 밝혀지지 못했다. 즉 누구나 이의 없이 인정하는 보편타당한 절대적 정의는 아직 확인되지 않고 있는 것이다.

‘각자에게 그의 (정당한) 몫을’ 주는 것이 정의라는 형식적 개념 정의는 널리 받아들여지기도 하지만, 그것은 정의의 실체를 밝혀주지 못하는 “빈껍질”¹⁷⁾에 불과하다. 정의의 이름 하에서 서로 다른 내용들이 주장될 경우에도 어느 쪽이 옳은지를 판단할 수 있는 실질적 기준을 내포하지 못하고 있기 때문이다.

그 결과 한 쪽에서 정의라고 믿는 것이 다른 쪽에서는 불의로 규정되고, 어디서든 비난의 대상이 되는 것이 다른 곳에서는 정당한 것으로 인정되기도 한다. 그렇기 때문에 평등(정의)의 이념을 실현하는 것은 다시금 일반적 평등원칙과 구체적 평등권으로 나누어 검토될 필요가 있다.

II. 헌법원칙으로서의 평등 : 일반적 평등원칙과 그 구체화

평등의 이념을 일차적으로 구체화시키는 것은 추상적인 정의를 구체적인 법원칙으로 재정립하는 것이라 할 수 있다. 여기서 중요한 것은 정의가 법의 이념으로 인정되고 있듯이, 평등의 원칙적 요청은 모든 법규범의 근거에 깔려 있다는 점이다. 즉, 모든 법규범, 그리고 법규범에 기초한 모든 국가작용이 평등의 요청에 부합되어야 하는 것이다.¹⁸⁾

17) E. Denninger가 인간의 존엄과 같은 추상적 가치를 “가치의 빈껍질(Wertleerformel)”이라고 표현한 것처럼(E. Denninger, Staatsrecht, Bd.1, 1973, S.25ff.), 여기서 평등을 설명하는 ‘각자에게 그의 몫을’이라는 개념정의를 빈껍질이라고 지칭하는 것은 추상적 정의개념 안에 담을 수 있는 내용이 가변적이라는 것을 의미하는 것일 뿐, 그러한 개념정의를 전혀 무의미하다는 것은 아니다. 형식적 정의개념도 나름으로 정의의 성격을 밝히는데 기여하고 있다는 점은 부인될 수 없다. 다만 그러한 정의개념으로써 정의의 구체적 내용까지 밝혀져서 무엇이 정의로운 것이고 또 무엇이 그렇지 아니한지를 쉽게 판단할 수 있도록 해주는 데에는 한계가 뚜렷함을 말하는 것이다.

18) 이에 따라 평등이라는 헌법적 요청은 공법과 사법을 망라한 모든 법질서를 꿰뚫

평등원칙의 구체화는 두 가지 측면에서 고찰된다. 하나는 평등원칙을 구체화하는 기준 내지 내용에 관한 것이고, 다른 하나는 평등원칙을 구체화시키는 방식에 관한 것이다. 이와 관련하여 독일의 헌법학과 헌법판례는 몇 가지 기준을 제시하고 있으며, 이는 우리나라의 헌법학계와 헌법재판소 판례에도 적지 않은 영향을 미치고 있다.

평등원칙의 구체화와 관련한 기준으로서 ‘자의적 차별금지(Willkürverbot)’를 기초로 하여 평등한 대우, 기회의 균등, 분배의 평등이 제시된다.

첫째, 헌법상의 평등원칙은 일차적으로 평등한 대우를 의미한다. 모든 사건, 모든 사람을 획일적으로 같게 취급하는 기계적 평등이 아니라 같은 것을 같게, 다른 것을 다르게 취급하는 상대적·비례적 평등의 관점에서 같은 사안은 같게, 다른 사안은 다르게 취급하도록 요구하는 것이다. 이처럼 자의적 차별의 금지를 내용으로 하는 평등대우의 요청은 헌법적 평등원칙의 가장 기본적인 요소이다. 하지만 구체적인 경우에 어떤 것이 같은 것으로서 평등하게 취급되어야 하고, 또 어떤 것이 서로 다른 것으로 차별되어야 하는지는 법률에 의한 구체화를 고려하는 가운데 헌법의 전체적인 맥락에 따라서 개별적으로 판단할 수밖에 없다.¹⁹⁾

둘째, 기회균등이란 장래에 특정한 물질적 또는 정신적 재화를 획득할 수 있는 가능성, 즉 기회를 평등하게 인정하는 것을 말한다.²⁰⁾ 이러한 기회균등은 종래 모든 개인에게 동등한 기회가 주어진다고 인정

는 중심적 원리의 하나로 받아들여지고 있다. 모든 법규범은 평등원칙에 비추어 그 정당성을 판단받게 되며, 그 결과 법에 기초한 모든 국가작용도 역시 평등의 요청을 벗어나지 못한다.

19) 헌법상의 평등원칙은 형식적 의미의 평등뿐만 아니라 실질적 의미의 평등까지도 적극적으로 실현시킬 것을 요구하고 있다. 즉 국가에 의한 불평등한 법 적용을 금지할 뿐만 아니라 법의 내용 또한 평등의 원칙에 부합하여야 하며, 나아가 평등의 실현을 위한 국가의 적극적인 활동까지도 요청하는 것이다.

20) 이런 의미에서 기회균등은 - 정당의 기회균등, 선거후보자 기타 공직후보자의 기회균등, 교육의 기회균등 등과 같이 - 미래를 향한 가능성을 모두에게 똑같이 보장하는 것이라고 할 수 있다.

하고, 국가가 이를 침해·박탈하지 않는 형식적 기회균등으로 이해되었으나, 오늘날에는 모든 국민이 실질적으로 동등한 기회를 가질 수 있도록 하는 조건의 창출을 위해 국가가 적극적으로 활동하여야 한다는 의미의 실질적 기회균등이 요청되고 있다.²¹⁾

셋째, 오늘날 평등의 문제와 관련하여 가장 많이 문제되는 것들 중의 하나가 분배의 평등이다. 그러나 분배의 평등은 사회적 정의 내지 사회국가적 요청에 따라 매우 강조되고 있음에도 불구하고 그 실현에 있어서는 적지 않은 문제점을 안고 있다. 일차적으로 문제되는 것은 평등한 분배를 판단할 수 있는 기준이 매우 모호하다는 것이며, 나아가 평등한 분배를 위한 기준을 국가적(즉 법적)으로 강제할 경우에는 그로 인하여 개인의 자유의 영역에 대한 매우 심각한 제약이 있을 수 있다는 점도 분배의 평등 문제를 어렵게 만들고 있다.²²⁾

그리고 평등원칙을 구체화하는 방법과 관련하여서는 일차적으로 입법자가 제반 사정을 고려하는 가운데 합리적으로 평등을 구체화하도록 위임된다. 즉, 개별적인 경우에 어떠한 기준에 따라 평등 여부를 판단할 것인지, 나아가 그들에 대한 취급을 어떻게 하는 것이 평등의 요청에 부합하는 것인지를 일차적으로 법률에 의해 정하게 되는 것이다.²³⁾

21) 그러나 형식적 기회균등은 실질적 불평등을 야기하는 경우가 많다. 거처가 있는 사람과 노숙자 사이에서의 주거의 자유를 누릴 수 있는 가능성, 여행경비가 있는 사람과 없는 사람 사이에서의 해외여행의 자유를 누릴 수 있는 가능성은 현실적으로 커다란 차이를 보일 수밖에 없기 때문이다. 따라서 오늘날 기회균등의 문제는 주로 실질적 기회균등을 중심으로 논의된다.

22) 따라서 분배의 평등은 그 자체만으로는 사회적 정의나 사회국가적 요청에 상응하게 실현되기 어렵다. 분배의 평등이 실질적으로 가능하기 위해서는 부익부, 빈익빈의 고리를 끊기 위한 사회적 장치의 마련되어야 하며, 그것은 무엇보다도 실질적 기회균등의 보장을 통해서 이루어질 수 있을 것이다. 또한 분배의 평등은 경제적 재화에 대한 국가적 통제를 필수적인 내용으로 하게 되므로 그것이 가능하기 위하여는 재산권의 사회적 구속성이 인정되어야만 한다. 즉 재산권이 개인의 절대적 권리로서 이해되는 것이 아니라, 모든 경제적 재화가 사회적 관련 속에서 생산되고 또 분배된다는 것을 기본적으로 받아들이고, 이에 따라 필요한 제한이 정당한 것으로 받아들여질 수 있어야 하는 것이다.

23) 모든 법적 문제에 대한 판단의 기준은 헌법을 일차적으로 구체화시키는 법률에

따라서 평등을 실현하기 위한 헌법적 요청을 법률로 구체화시키는 데 있어서 입법자는 원칙적으로 형성의 자유를 갖는다.²⁴⁾

그러나 입법자에 의한 구체화(즉 법률)가 자의적 차별을 담고 있는 것이라고 평가될 경우, 즉 평등원칙에 위배되는 것으로 인정될 경우에는 그 법률에 대한 위헌법률심판, 헌법소원심판 또는 권한쟁의심판 등에 의한 통제가 인정된다.

Ⅲ. 기본권으로서의 평등 : 개인의 권리로서의 평등권과 그 구체화

국민의 기본권으로서의 평등권은 평등원칙에 대응하는 것이다. 국가 권력이 평등원칙에 기속되어 활동하는 만큼, 평등원칙을 벗어나 국민의 평등에 대한 침해가 있게 되면 국민은 평등권의 침해를 주장할 수 있다.

그러나 평등원칙의 적용영역과 평등권이 인정되는 범위가 정확하게 일치한다고 보기는 어렵다. 헌법적 요청으로서의 평등원칙은 모든 국가작용을 기속하며, 그에 대한 예외를 인정하지 않지만, 그러한 모든 경우에 대하여 국민이 자신의 평등권침해를 주장할 수 있다고 보기는 어려운 것이다. 그에 따라 구체적으로 어떤 경우에 평등권의 침해가 인정될 수 있는지가 문제되며, 이에 대한 법적 판단을 중심으로 많은 논의가 전개되었으나, 아직은 판례를 통한 구체적·개별적 판단에 크게 의존하고 있는 상태이다.²⁵⁾

의해 우선 정해진다. 그러한 법률적 기준 자체가 평등을 실현시키는 것이며, 헌법적 평등의 요청에 구속되어야 한다는 것이다.

24) 입법자의 형성의 자유에 관하여는 헌재 1995.12.28. 95헌마196. 판례집 7-2. 893, 900; 1998.11.26. 97헌바65 판례집 10-2. 685, 694; 1999.7.22. 98헌바14, 판례집 11-2, 205, 219 BVerfGE 23,258(264); 35, 324(335); 36, 230(235) 참조.

25) 예컨대 G. Leibholz는 자의(恣意)의 금지를 평등의 내용으로 파악하면서 그 내용은 미국과 스위스의 판례에 의해 축적된 기준들을 원용하였다(G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2.Aufl., 1959, S.88ff. 참조). 이처럼 평등을 입법과 법적용에 있어서

예컨대 정당의 평등, 선거권의 평등, 직업의 자유에 있어서의 기회균등, 혼인에 있어서의 양성평등, 교육의 기회균등, 근로의 권리 및 근로삼권에 있어서의 평등이 그동안 많이 논의되었지만, 그밖의 영역에서도 평등의 문제는 무수히 제기되고 있다. 또한 그동안 논의되었던 평등 문제에 있어서도 어느 정도 범위까지 평등권 침해를 인정할 것인가는 -차별의 합리성 문제뿐만 아니라 비교집단의 인정 등을 둘러싸고- 끊임없는 논란이 계속되고 있는 것이다.

독일의 경우, 평등권의 구체화에 관하여 수많은 판례가 축적되었고, 이를 분석한 연구문헌 또한 적지 않다. 그럼에도 불구하고 평등권의 구체적인 인정범위 및 방법의 문제에 대해서는 영원한 아포리로 여겨지고 있으며, 우리 헌법재판소 판례도 평등에 관하여 많은 고민을 보여주고 있다.²⁶⁾

제 3 절 독일 기본법 제3조의 해석

I. 기본법 제3조 제1항의 규정과 그 해석

독일 기본법 제3조 제1항은 “모든 인간은 법 앞에 평등하다(Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.)”고 규정하고 있다. 이는 우리 헌법 제11조 제1항 제1문에서 “모든 국민은 法 앞에 平等하다.”고 선언하고 있는 것과 매우 유사하다.

이 규정의 일차적 의미는 형식적인 법적 평등에서 찾을 수 있다. 즉, 누구나 법규정에 의하여 평등하게 의무를 지거나 권리를 가지게 된다. 또한 역(逆)으로 모든 국가기관이 현행법을 어떤 개인에게 유리하게 또는 불리하게 적용하지 못하도록 한다. 이러한 한에서 법치국

의 자의의 금지로 이해하는 태도는 오늘날까지 일반적으로 인정되고 있지만, 개별적인 경우에 적용될 수 있는 그 구체적인 기준의 문제는 아직도 많은 경우 미해결로 남아 있다.

26) 이에 관하여는 장영수, 평등의 헌법상 의의와 실현구조 -헌법재판소 결정에 대한 분석을 중심으로-, 한독법학 제16호(2004.11), 261-346쪽 참조.

가의 기본요구로서의 법적 평등이라는 요청을 어려움 없이 확정할 수 있다는 것이다.²⁷⁾

그러나 법적용의 평등만으로 법 앞의 평등이 끝나는 것은 아니다. 독일 기본법 제1조 제3항에 따라 평등의 요청도 입법을 포함한 모든 국가권력을 직접 구속한다. 즉, 평등의 요청은 법률을 적용함에 있어서의 평등뿐만 아니라 입법에 있어서의 평등, 법내용의 평등까지도 포함하는 것으로 해석되는 것이다.

법내용의 평등이 갖는 의미는 모든 사람을 기계적·획일적으로 같게 취급한다는 의미는 아니다. 오히려 같은 것을 같게, 다른 것을 다르게 취급하는 것이 평등이라고 할 수 있으며, 그런 의미에서 상대적 평등이 기본이라고 할 수 있다. 그런데 현실적 문제는 이러한 평등의 의미보다는 구체적으로 어떤 것을 같은 것으로 취급할 것이며, 또 어떤 것을 다르게 취급할 것이냐에 대한 판단이라고 할 수 있다.

이 문제에 관하여는 보편타당한 기준은 존재하지 않는다. 평등이란 복수의 비교 대상을 놓고 평가하는 것인데, 문제되는 상황마다 비교의 대상이 각기 다를 수 있으며, 그 경우마다 별도의 기준이 필요할 것이기 때문이다. 결국 비교의 대상 가운데서 문제의 해결과 관련하여 본질적인 부분이 같다고 평가되는지, 다르다고 평가되는지가 평등을 판단하는 핵심이 된다.²⁸⁾

II. 기본법 제3조 제2항의 규정과 그 해석

독일 기본법 제3조 제2항은 “남성과 여성은 동등한 권리를 가진다 (Männer und Frauen sind gleichberechtigt)”라고 규정하였으며, 독일이

27) K. Hesse(계희열 역), 통일독일헌법원론, 1997, 267쪽 참조.

28) 예컨대 K. Hesse는 ‘사람’이라는 표지가 본질적인 것으로 간주되면 독일인과 외국인은 같게 취급되어야 하고, ‘국적(國籍)’이라는 표지가 본질적인 것으로 나타나면 차별적 취급이 허용된다고 말하고 있다. 이에 관하여는 K. Hesse, 통일독일헌법원론, 1997, 268쪽 참조.

통일된 이후 1994년의 기본법 개정을 통하여 “국가는 여성과 남성의 동등권을 사실상 관철시키기 위하여 적극적으로 지원하며, 현존하는 불이익의 제거를 위해 힘쓴다(Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin)”는 문장을 추가하였다.

독일 기본법에서 양성의 평등에 관하여 별도의 항을 두고 있는 것은 역사적 맥락에서 이해되어야 할 것이다. 성별에 의한 차별의 금지가 제3항에 포함되어 있음에도 불구하고 제2항에서 이를 특별히 규정한 것은 기본법 제정 당시에 양성 평등의 실현에 큰 관심이 기울여졌던 것과 무관하지 않으며, 특히 당시에는 고용관계에서의 양성 평등 문제가 논란의 대상이었다. 그리고 이러한 관심은 기본법 제3조를 구체화시키는 다양한 차별금지법률에 의해 구체화되었던 것이다.

통일 이후의 기본법 개정에서 양성평등의 실현을 위한 국가의 적극적인 의무를 규정한 것은 단순히 성별을 이유로 차별을 가하는 것을 소극적으로 배제하는 것에서 그치지 않고 적극적으로 양성의 생활여건까지도 동등하게 보장하려는 것으로 이해된다.²⁹⁾ 따라서 여성 또는 남성이라는 이유로 불이익을 받는 것뿐만 아니라 혜택을 받는 것도 원칙적으로 금지된다. 예컨대 특정한 성별을 이유로 취업이나 임금 등에서 차별받아서 안 된다는 것이다.

이와는 구별되어야 할 것이, 정당한 사유가 있는 합리적인 차별이다. 즉, 양성을 차별적으로 취급하는 경우에도 합리적 근거가 있을 경우에는 합헌으로 인정될 수 있다. 예컨대 여성에게만 생리휴가를 인정하는 것이나 남성에게만 병역의무를 부과하는 것은 이러한 정당한 차별에 해당된다고 할 수 있다.

29) BVerfGE 85, 191(207); 89, 275(285) 등의 판례에서도 이러한 입장이 나타나고 있다.

Ⅲ. 기본법 제3조 제3항의 규정과 그 해석

독일 기본법 제3조 제3항은 “누구도 자신의 성별, 혈통, 인종, 언어, 출신지역과 신분, 사상, 종교, 정치적 견해에 의해 불이익을 받거나 우대받지 않는다(Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.)”라고 규정하였으며, 역시 통일 이후 1994년 10월 27일의 기본법 개정에 의하여 “누구도 자신의 장애로 인하여 불이익을 받지 않는다(Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden).”는 문장이 추가되었다.

제3조 제2항이 양성평등의 문제를 특별히 규율한 조항이라면, 제3조 제3항은 평등의 실현 내지 차별금지의 대강을 정한 조항이라고 할 수 있다. 그런 점에서 독일 기본법 제3조 제3항은 우리 헌법 제11조 제1항 제2문에서 “누구든지 性別·宗教 또는 社會的 身分에 의하여 政治的·經濟的·社會的·文化的 生活의 모든 領域에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정한 것과 매우 유사하다. 비록 차별금지영역을 따로 정하지 않고, 차별금지사유만을 예시하고 있지만, 그 의미는 크게 다르지 않은 것이다.³⁰⁾

이 조항은 성별, 혈통, 종족 등 다양한 차별금지사유를 예시하고 있지만, 그것은 말 그대로 예시이며 개별적 열거로 해석하기는 어렵다. 기본법 개정에 의하여 장애를 차별금지사유로 추가하기 이전이라 하더라도 장애를 이유로 한 차별이 정당하다고는 할 수 없는 것이며, 지금도 이 조항에 명시되지 않은 사유로 인한 차별이 허용된다는 것은 아니기 때문이다.

30) 우리 헌법에서는 차별금지영역에 대해서도 명시하고 있지만, 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역을 망라하고 있기 때문에 이는 사실상 평등의 적용 영역을 특정하는 의미는 없다고 볼 수 있기 때문이다.

또한 이 조항에서 명시한 차별금지사유에 해당되는 경우라고 해서 일체의 차별이 전면적으로 금지되는 것은 아니다. 평등의 핵심은 자의적 차별을 금지하는 것이며, 합리적 사유가 있는 경우에는 달리 취급하는 것이 오히려 실질적 의미의 평등에 부합하는 것이라고 볼 수 있는 것이다. 그리고 어떤 경우에 어떻게 취급하는 것이 평등인지(거꾸로 어떤 경우에 어떻게 취급하는 것이 합리적 근거가 없는 자의적 차별인지)에 대한 구체적 판단의 기준은 다시금 입법자에 의해서 제정된 차별금지법률들과 사법부의 법해석과 적용에 의거한 판례에 맡겨져 있는 것이다.³¹⁾

제 4 절 평등실현의 일반법적 규율 : 일반적 평등대우법(AGG)

I. 일반적 평등대우법의 입법배경 : 유럽연합(EU)의 지침

독일의 일반적 평등대우법(AGG: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) 제정에 직접적인 계기가 되었던 것은 평등대우의 문제에 관한 유럽연합의 지침들을 독일의 국내법으로 수용해야 할 필요성이었다.³²⁾

31) 이에 그치지 않고 법이론적으로 국가기관의 활동(입법-집행-사법작용)에 대한 일반 국민들의 지속적인 의사형성과 참여를 포괄하여 공론장을 통한 법형성에 대한 거시적인 대화이론적 접근을 하는 논의들도 존재한다. 이에 대하여는 이상돈, 기초 법학, 2008, 82쪽 이하 참조.

32) 독일의 일반적 평등대우법(AGG) 제정에 영향을 미친 유럽연합의 차별금지에 관한 지침은 다음과 같은 4가지를 들고 있다. 이에 관하여는 신옥주, 유럽연합의 반차별 지침(Anti-Diskriminierungsrichtlinie) 고찰, 공법학연구 제9권 제2호(2008.5), 219-231쪽 참조.

1. 인종과 민족의 구별 없는 평등대우 원칙의 적용을 위한 2000년 6월 29일 2000/43 유럽각료회의 지침(RL 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnische Herkunft).
2. 고용과 직업에 있어서의 평등대우 실현을 위한 일반적인 범위 확정에 관한 2000년 11월 27일 2000/78 유럽각료회의 지침(RL 2000/78/EG zur Festlegung eines

이러한 유럽연합의 지침은 유럽연합의 회원 국가들이 다양한 분야에서 인종이나 민족, 성별, 종교, 세계관, 장애, 연령, 성적체성 등을 이유로 차별받지 않도록 평등대우에 관한 법률을 제정할 것을 의무화하는 내용을 담고 있었다. 또한 이들 지침은 차별당한 사람들을 지원하는 단체들의 권리를 법적으로 인정하도록 요구하고 있으며, 차별금지 전담기관의 설립을 권고하고 있다.³³⁾

독일의 일반적 평등대우법은 이와 같은 유럽연합의 지침들을 국내법적으로 수용하기 위해 제정된 것이다. 그러나 그 이전에도 독일은 평등의 보장에 특별한 관심을 가지고 있었으며, 국제법적으로도 각종 인권협약과 차별금지에 관한 조약에 가입 내지 비준하고 있었으며, 국내법적으로도 연방양성평등실현법, 장애인평등실현법 등 차별금지를 위한 법제적 노력을 기울여 왔다.

그러나 평등의 문제는 항상 새로운 상황의 전개와 더불어 새로운 문제들과 함께 제기되며, 독일의 경우에도 그동안의 평등보호가 충분치 못했다는 반성이 있었다. 그런 상황에서 유럽연합의 지침들이 하나의 계기가 되어 그동안 국내법적으로 충분히 보호되지 못하고 있다

allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf).

3. 근로조건과 관련하여 취업·직업교육 및 직업상 승진에의 기회와 관련한 남성과 여성의 평등대우 원칙 실현을 위한 76/207 유럽경제공동체 각료회의 지침의 변경에 관한 2002년 9월 23일 2002/73 유럽의회와 각료회의 지침(RL 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zuganges zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen geändert durch RL 2002/73/EG).
4. 재화와 서비스에의 접근 및 공급에 있어서 남성과 여성의 평등대우 원칙의 실현을 위한 2004년 12월 13일 2004/113 유럽각료회의 지침(RL 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen).

33) 이러한 지침에 따른 유럽연합 소속 국가들의 차별금지법제에 관하여는 신옥주 / 석인선 / 홍기원 / 이종수, 유럽연합과 회원국의 차별금지법제에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원 비교법제연구 09-15(2009.11) 참조.

고 지적되었던 문제들을 일반적 평등보호법을 통해 해결하려는 시도가 있었다.³⁴⁾

II. 기본법 제3조의 구체화와 일반적 평등대우법

독일의 일반적 평등대우법 제정의 직접적인 계기는 유럽연합(EU)의 지침들이었지만, 그보다 더욱 근원적인 법이론적 요청은 기본법 제3조에 따른 평등보장의 구체화이다. 앞서 살펴본 바와 같이 독일은 과거의 역사적 경험에 기초하여 인권의 보장에 큰 비중을 두었으며, 평등보장은 인권의 핵심적 요소로서 당연히 비중 있게 다루어졌던 것이다.

그러나 모든 영역에서의 평등을 항상 완벽하게 실현시킨다는 것은 현실적으로 매우 어려운 일이며, 독일에서도 평등실현과 관련한 비판은 적지 않았다.³⁵⁾ 2001년 12월 독일의 연방법무부는 2000/43 유럽각료회의 지침(RL 2000/43/EG)을 수용하기 위하여 차별금지법에 관한 토의안(Diskussionsentwurf)를 제출하였다.

이 초안에서는 그 적용범위를 일반 채권법에 한정하였는데, 지침의 수용을 위해서는 일반적인 법원칙들만으로 충분치 않으며, 순수한 반인종주의법률이 아니라 폭넓게 적용될 수 있는 평등실현의 법적 근거를 마련해야 한다는 이유가 제시되었다. 그러나 이처럼 차별금지규정

34) 이와 관련하여 독일 연방의회의 입법이유서에서 일반적 평등대우법은 차별에 대한 개별적 보호효과 이외에 독일 내에서 다양성이 인정되고, 차별이 없는 문화를 창조하고자 한다는 정치적 의사를 표현하는 이른바 ‘신호효과(Signalwirkung)’를 추구한다고 밝힌 점에 주목할 필요가 있을 것이다. 이에 관하여는 BT Drucksache 16/1780, S.30 참조 (법무부, 독일 평등대우법의 제정과정에 관한 연구, 2008, 10쪽에서 재인용).

35) 이러한 독일의 사정은 일반적 평등대우법 제정 당시의 논의를 통해 확인될 수 있다. 독일에서의 차별금지법 제정 논의는 1995년 이후 다양한 정당들에 의해 여러 형태의 법안이 상정되면서 계속되었지만 통과되지 못하였고, 2000년대에 와서야 차별금지에 관한 유럽연합의 지침들이 공표되면서 제정논의를 적극적으로 진행시킬 수 있었던 것으로 평가된다. 이에 관하여는 Dagmar Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, S.10 참조.

을 민법에 포함시키려는 것에 대해서는 매우 날카로운 비판들이 있었으며, 이러한 방향의 논의는 2002년 9월의 연방의회선거 이후로 중단되었다.

유럽연합의 지침에 따른 차별금지법의 제정 논의는 유럽연합 집행위원회에서 독일에 대하여 EU의 지침을 국내법으로 수용하지 않았다는 이유로 ‘조약침해’에 의거하여 EU법원에 제소하면서 다시금 활발해졌고, 2004년 연방정부가 차별금지법(Antidiskriminierungsgesetz)안을 제출하면서 보다 구체적인 논의가 진전되었다. 그 과정에서 독립적인 차별금지담당국의 설치를 포함한 많은 사항들에 대한 공감대가 형성되었다. 그리고 연방정부와 연방의회의 복잡한 논의과정을 거쳐 2006년 일반적 평등대우법이 제정되었던 것이다.³⁶⁾

그럼에도 불구하고 독일의 일반적 평등대우법(AGG)은 UN헌장, 세계인권선언과 유럽인권협약 등을 비롯한 국제인권법, 그리고 보다 직접적으로는 유럽연합(EU)법상의 차별금지원칙에 큰 영향을 받은 것이 분명하지만,³⁷⁾ 그와 동시에 기본법 제3조의 구체화라는 측면이 그 제정과정에서 계속 중요한 요소로 작용하였다. 이와 관련하여 기본법 제3조 제2항 및 제3항에 따른 차별금지의 내용은 국제인권법 및 EU법상의 차별금지와 몇 가지 점에서 차이를 보인다는 지적도 있다.³⁸⁾ 그러나 차별금지사유의 구체적 예시에서 차이가 있다는 것이 갖는 의미를 지나치게 확대할 필요는 없을 것이다.

오히려 독일 기본법 제3조와 일반적 평등대우법의 관계에서 주목할 점은 기본법 제3조가 적극적인 평등의 실현을 위한 국가의 의무를 선언하는데 그치고, 이를 실현하기 위한 구체적 기준과 방법을 제시하

36) 일반적 평등대우법 제정의 과정에 관하여는 Dagmar Schiek(Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, S.10ff. 참조.

37) 이는 D. Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, S.15ff. 참조.

38) 이는 D. Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, S.35 참조.

지 못하고 있는데, 일반적 평등대우법에서 평등실현의 구체적 기준과 방법의 설정에서 EU의 지침을 적절하게 반영하여 규율하고 있다는 점이다.³⁹⁾

Ⅲ. 일반적 평등대우법과 각 분야별 차별금지법제의 관계

독일의 법체계상 기본법 제3조의 평등을 구체화시키는 일반적 법률은 AGG, 즉 일반적 평등대우법이라고 할 수 있다. 그러나 제정과정에서의 논의가 복잡해짐에 따라 정작 일반적 평등대우법이 제정되어 시행된 것은 2006년 8월 15일이었으며, 동법이 시행된 것은 2006년 8월 18일이었다.⁴⁰⁾ 이는 일반적 평등대우법의 시행 이전에 평등을 구체화시키는 다양한 차별금지법률이 제정되어 시행되고 있었던 것과 관련하여 매우 미묘한 문제를 야기하였다.

독일의 차별금지 관련 법률은 매우 다양하지만, 가장 기본적인 것으로 연방양성평등실현법(BGleichG), 장애인평등실현법(BGG), 이주법(Zuwanderungsgesetz)이 있다. 그런데 이들 법률의 시행시기를 살펴보면, 양성평등실현법이 2001년 11월 30일에 제정되어 2001년 12월 5일에 시행되었고, 장애인평등실현법은 2002년 4월 27일에 제정되어 2002년 5월

39) 이는 D. Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, S.36 참조.

40) 실제로 독일에서 양성평등실현법이나 장애인평등실현법이 먼저 제정되어 시행되고, 일반적 평등대우법이 오히려 가장 늦게 제정되어 시행되는 모습을 보이게 된 것도 앞에서 살펴본 바와 같이 입법과정에서 많은 비판과 독일 내부와 외부의 요인들이 복합적으로 작용한 결과이다. 그 뿐만 아니라 독일 학자들 스스로 독일의 차별금지문화가 충분히 성숙하지 못했다는 자성의 목소리를 내는 것도 이와 무관하지 않다. 독일에서는 영국이나 프랑스에서와 달리 이주자들의 차별 문제와 관련하여 인종적 편견의 문제가 아니라, 보수적으로 교육수준의 미달 등 자격요건의 부족에 기인한 것으로 파악하였기 때문에 차별금지논의에 대하여 다소 소극적이었던 점도 지적될 수 있다. 이에 대하여는 Mario Peucker, Equality and anti-discrimination approaches in Germany, in: http://www.efms.uni-bamberg.de/pdf/Anti-discrimination_in_Germany.pdf pp.1-13(1)참조.

1일에 시행되었으며, 이주법은 2004년 7월 30일에 제정되어 (대부분의 규정이) 2005년 1월 1일에 시행되었다. 즉, 가장 기본이 되는 「일반적 평등대우법」이 오히려 가장 늦게 시행되었던 것이다.⁴¹⁾

물론 그 원인으로는 제정과정의 복잡한 논의 내지 견해의 대립을 들 수 있지만, 어찌되었건 각 분야별 차별금지법제에 관한 법률들이 먼저 제정되고, 일반법적 성격을 가진 일반적 평등대우법이 나중에 제정됨으로 인하여 이들의 상호관계 또한 복잡하게 얽히게 되었다. 일반적 평등대우법에서 차별금지법제의 총칙적 규정들을 두고 있음에도 불구하고, 분야별 차별금지법제에서 구체화되지 못하고 있던 고용관계에 관한 구체적 규정들 등으로써 차별금지에 대한 일반법적 요소와 고용 분야의 차별금지법제에 관한 특별법적 요소를 동시에 갖추게 되었다.

그러나 이러한 몇 가지 예외적인 측면을 제외하면 일반적 평등대우법이 전체 차별금지법제의 일반법이라는 점에 대해서는 이견이 없다. 마치 교육기본법을 전제로 초중등교육법과 고등교육법 등이 구체화되는 것처럼, -그 제정시기의 선후에도 불구하고- 일반적 평등대우법이 각 분야별 차별금지 관련 법률의 일반규정을 담고 있으며, 그 바탕 위에서 각 분야별로 개별적인 차별금지법이 적용되는 것으로 이해될 수 있는 것이다.

41) 이와 같이 「일반적 평등대우법」의 제정 및 시행이 늦어짐으로 인하여 「인종과 민족의 구별 없는 평등대우 원칙의 적용을 위한 2000년 6월 29일 2000/43 유럽각료회의 지침」과 「고용과 직업에 있어서의 평등대우 실현을 위한 일반적인 범위 확정에 관한 2000년 11월 27일 2000/78 유럽각료회의 지침」, 「근로조건과 관련하여 취업·직업교육 및 직업상 승진에의 기회와 관련한 남성과 여성의 평등대우 원칙 실현을 위한 76/207 유럽경제공동체 각료회의 지침의 변경에 관한 2002년 9월 23일 2002/73 유럽의회와 각료회의 지침」 상의 국내 법률제정 기한을 도과하게 되었고, 이에 대하여 유럽연합법원(EuGH)은 독일입법자가 「인종과 민족의 구별 없는 평등대우 원칙의 적용을 위한 2000년 6월 29일 2000/43 유럽각료회의 지침」과 「고용과 직업에 있어서의 평등대우 실현을 위한 일반적인 범위 확정에 관한 2000년 11월 27일 2000/78 유럽각료회의 지침」 상의 법률제정의무를 위반하였음을 확인한 바 있다. 이에 대하여는 Wolfgang Däubler/ Martin Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Handkommentar, 2.Aufl., 2008, S.22f., Rn.5f.

IV. 일반적 평등대우법 제정의 의의와 실효성

독일에서 일반적 평등대우법의 제정은 그다지 순탄하지 못했다. 그러나 힘든 논의과정을 거쳐서 일반적 평등대우법이 제정된 것은 그 의미가 적지 않았다. 2006년 일반적 평등대우법의 제정은 독일에서 -유럽연합 지침에 따른- 전체적인 차별금지법제가 완성되는 의미를 가지고 있었으며, 차별금지법에 찬성하는 입장과 반대하는 입장 사이에 오랜 동안 지속되었던 논쟁을 끝내고, 독일의 차별금지와 평등실현을 위한 법제적 장치가 보다 강화됨으로써 새로운 차별금지문화를 정착시키는 중요한 진전이었다고 평가될 수 있다.⁴²⁾

그러나 일반적 평등대우법이 담고 있는 내용이 완벽하다거나 이상적이라고 말하기는 어렵다. 임대주택의 계약 문제 등과 관련하여 차별금지원칙의 예외를 지나치게 폭넓게 설정했다는 비판이나, 차별사실의 존재에 대한 입증책임과 관련하여 유럽연합의 지침보다 엄격한 입증책임을 부과한 것에 대한 비판은 주목할 필요가 있다.⁴³⁾

결국 차별금지법률의 제정을 통하여 실효적으로 평등을 실현 내지 개선할 수 있는가의 문제가 중요하다. 의견상 잘 짜여진 법조문들로 만들어진 법률이라도 그것이 사회현실과의 불일치로 인하여 실효성을 갖지 못하거나, 사회현실에서 발생하는 문제를 해결하는데 적절하지 못한 경우들이 드물지 않기 때문이다. 독일의 일반적 평등대우법(AGG)의 경우 제정 당시부터 논란이 적지 않았던 만큼, 그 시행 이후에도 실효성을 둘러싼 논란이 적지 않았으며, 이는 실제 적용상의 문

42) 특히 독일의 일반적 평등대우법은 유럽연합의 지침이 요구하는 최소한의 기준을 수동적으로 수용하는 것에 그치지 않고, 그 적용 영역을 (동법 제1조에 열거된 차별금지사유 중 인종이나 민족적 출신에 한정되기는 하지만) 일반 사법의 영역까지 포함함으로써 보다 확장된 차별금지를 구체화하고 있다는 점에 주목할 수 있다.

43) 이에 관하여는 신옥주, 유럽연합의 반차별지침(Anti-Diskriminierungsrichtlinie) 고찰, 공법학연구 제9권 제2호(2008.5), 209-231(225)쪽 참조.

제로서 지적되는 내용들에 대한 합리적 평가를 통하여 조명될 필요가 있다.

독일에서 일반적 평등대우법을 시행한 이후 그 역할에 대한 평가는 다양하다. 그러나 대체적으로 일반적 평등대우법이 독일의 차별금지법제의 발전에 큰 기여를 한 것으로 보는 견해가 지배적이다. 비록 일반적 평등대우법 제정 이전에도 다양한 차별금지와 관련된 법률들이 있었지만, 그것들만으로는 차별금지와 평등실현을 위해 충분하지 못한 점들이 있었고, 일반적 평등대우법이 이러한 문제를 합리적으로 해결하는데 중요한 역할을 했다고 보는 것이다.⁴⁴⁾

그러나 독일에서 일반적 평등대우법의 적용상 문제점이 크게 부각된 바 없었다는 것이 곧 입법 내용의 완전성을 의미하는 것은 아니라고 할 수 있다. 법 적용에 있어서의 문제점은 법률규정의 불명확성, 다른 법률과의 충돌, 시행과정에서 확인되는 (법률이 전제하는 현실과) 실제 현실과의 불일치 등에서 비롯되는 것이며, 이를 피하기 위해서는 법률의 적용범위 자체를 축소시키는 것이 가장 효과적일 수 있다. 하지만 이 경우 입법목적의 달성과 관련하여 미진한 부분이 나타나게 되며, 이는 법적용상의 문제가 아닌 입법내용의 문제로 제기될 것이다.⁴⁵⁾

이와 같이 차별금지법의 내용에 대한 끊임없는 문제제기는 평등 자체가 안고 있는 속성 때문이기도 하다. 무엇이 평등인지, 어느 정도까

44) 특히 일반적 평등대우법이 기여한 부분은 무엇보다 사적 영역에서의 차별, 특히 노동법 등에 의한 보호가 충분히 미치지 못하는 사법관계에서의 차별을 보다 더 확실하게 금지할 수 있게 만들었다는 점에서 찾을 수 있다.

45) 이와 관련하여 최근 독일에서 일반적 평등대우법에 대한 입법평가가 있었다. 비록 양성차별과 관련한 부분적인 입법평가였지만 그 의미는 적지 않다. 특히 최근의 입법평가에서 ‘성’을 고려하여 입법을 평가하는 이른바 성별입법영향평가(Geschlechterdifferenzierte Gesetzesfolgenabschätzung)는 점차 그 비중을 확장하고 있으며, 이는 차별금지법제와 관련하여 중요한 의미를 갖는다. 이에 대하여는 신옥주, 독일의 성별입법영향평가 고찰, 입법평가연구 창간호(2009), 235-263쪽 참조 ; 이와 유사한 맥락에서 우리나라에서는 국가재정법상 성인지예산서를 작성하여 의회에 제출하도록 하고 있고, 여성가족부를 중심으로 성별영향평가를 실시하고 있으나, 이는 입법에 한정되지 않고 정책 전반을 대상으로 하고 있다.

지 평등을 실현해야 하는지, 이를 위하여 국가는 어떤 조치를 해야 하는지에 대하여 각 영역에 따라, 그리고 사회적·경제적 여건의 변화에 따라 끊임없이 새로운 요구, 새로운 기준이 등장할 수밖에 없다는 점 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.⁴⁶⁾

46) 이와 관련하여 독일의 일반적 평등대우법에 대한 평가에서 첨예한 논쟁의 이슈가 된 것 중 하나는 경제적 비용과 관련한 견해의 대립이었다. ‘철강 및 전자산업의 경영자단체’에서 지원하는 「새로운 사회적 시장경제의 기획 (Die Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft : INSM으로 약칭)」 연구소에서 2007년 일반적 평등대우법에 대한 평가를 하면서 동법의 도입으로 인하여 기업들은 1730억 유로의 관리비용을 부담하게 될 것이라고 예측하여 기업에게 과중한 부담을 부과하게 되어 일반적 평등대우법의 시행에 비판적인 입장을 표명한 반면, 연방차별금지담당국(Antidiskriminierungsstelle des Bundes)에서는 기업들이 단지 2600만 유로의 관리비용이 추가될 것이라는 연방차별금지담당국 학술위원회의 연구결과를 발표함으로써 이를 반박하는 등 경제적 비용문제에 대한 매우 날카로운 견해를 대립을 보였던 것이다. 이에 대하여는 신옥주/석인선/홍기원/이종수 : 유럽연합과 회원국의 차별금지법제에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원 비교법제연구 09-15(2009.11), 144쪽 이하 참조.

제 3 장 각 분야별 차별금지법제

제 1 절 양성평등에 관한 법제(연방양성평등 실현법: BGleichG)⁴⁷⁾

I. 총 칙

1. 입법목적

- (1) “이 법률의 목적은 여성과 남성의 평등실현 및 이 법 제3조의 적용영역에 있어서 성별을 이유로 한, 현존하는 차별의 제거와 장래발생할 수 있는 차별의 예방에 있다. 여성은 현존하는 차별을 축소시켜 나가기 위해 이 법률에서 정한 기준에 따라 지원받는다. 여성과 남성의 가정과 직업활동의 조화를 개선하는 것 또한 이 법률의 목적이다. 여기서는 장애를 가지고 있는 혹은 장애의 위협을 받는 여성이 특별한 비중을 갖는다

(Dieses Gesetz dient der Gleichstellung von Frauen und Männern sowie der Beseitigung bestehender und der Verhinderung künftiger Diskriminierungen wegen des Geschlechts in dem in § 3 genannten Geltungsbereich dieses Gesetzes. Nach Maßgabe dieses Gesetzes werden Frauen gefördert, um bestehende Benachteiligungen abzubauen. Ziel des Gesetzes ist es auch, die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit für Frauen und Männer zu verbessern. Dabei wird

47) 「연방행정과 연방의 법원들에 있어서 여성과 남성 간 평등실현을 위한 법률」 (Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Gerichten des Bundes) (Bundesgleichstellungsgesetz[BGleiG] vom 30. November 2001 (BGBl. I S. 3234), das zuletzt durch Artikel 15 Absatz 54 des Gesetzes vom 5. Februar 2009 (BGBl. I S. 160) geändert worden ist”.

den besonderen Belangen behinderter und von Behinderung bedrohter Frauen Rechnung getragen)”(제1조 제1항).

- (2) “연방의 법규 및 행정상의 규정들은 언어사용에 있어서도 여성과 남성의 동등한 지위를 표현하여야 한다.⁴⁸⁾ 이것은 업무상 문서의 수발에 있어서도 같다

(Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Bundes sollen die Gleichstellung von Frauen und Männern auch sprachlich zum Ausdruck bringen. Dies gilt auch für den dienstlichen Schriftverkehr)”(제1조 제2항).

2. 의무를 지는 자(수규자)

연방양성평등실현법상 양성 간 평등실현의 촉진을 위해 노력하여야 할 의무를 지는 자는 모든 취업자이며, 이러한 취업자에는 간부 및 (부서)장⁴⁹⁾도 포함된다. 이러한 의무는 근무처의 모든 과제영역 및 근무처간 공동작업에 있어서도 전체를 관통하는 지도원리로서 고려되어야 한다(제2조).

연방양성평등실현법상 취업자는 공무원, 공직 관련 종사자(사무직원 : Angestellte), 근로자, 그들의 직업교육을 위해 고용된 자, 나아가 공직 보유자 및 법관을 말한다(제4조 제1항).

3. 적용범위

- (1) 이 법률은 그 법적형식을 불문하고 직접적 혹은 간접적으로 연방행정과 관련된 모든 취업자 및 연방의 법원들의 모든 취업자

48) 이것은 예컨대 근로자를 가르키는 말로 Arbeitnehmer와 같은 남성만을 쓰지 말고 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerin으로 남성과 여성을 같이 쓰는 등의 방법으로 언어사용에 있어서 성별에 따른 차별을 금지하려는 것으로 이해할 수 있다.

49) 이러한 간부 및 장에는 부장판사도 포함된다(제4조 제4항).

에게 적용된다. 이 법률이 규정하고 있는 의미에서 연방행정에는 연방소속으로 운영되는 공기업 및 그밖의 기업의 관리(Betriebsverwaltung)도 포함된다(제3조 제1항).

- (2) 연방소속의 기업이 사기업으로 바뀔 경우, 이 법률의 상응하는 규정들이 적용되어야 한다(제3조 제2항).
- (3) 연방의 기관을 통해 급부를 수혜하는 공공시설에게 임의적인 국가적 급부를 하는 경우, 계약상의 합의를 통해 급부수혜자가 이 법률의 근간을 확실히 적용하도록 하여야 한다. 이는 기부금의 방법으로 연방 재정으로부터 제도적 지원을 받는 시설들에게도 적용된다(제3조 제3항).

이러한 규정들에 비추어 볼 때 연방양성평등법의 적용은 직·간접적으로 연방과 관련된 행정기관 및 연방의 재정적 지원을 받는 공공시설 및 연방법원의 취업자들에 한정된다. 그러므로 주행정기관과 주법원은(원칙적으로) 연방양성평등법의 적용대상이 아니며, 일반 사기업도 적용대상에서 배제되고 있다. 또한 연방양성평등법은 연방의 행정 및 법원의 근로관계에만 적용되며, 그밖의 생활영역은 규율하고 있지 않다.

이와 같이 연방양성평등법은 적용대상과 적용생활영역이 한정되어 있기 때문에, 양성평등 내지 성별을 이유로 한 차별금지를 포괄적으로 규율하고 있는 일반적 평등대우법에 의해 보완될 필요가 있다. 앞서 서술한 바와 같이 일반적 평등대우법상 성별에 의한 차별금지는 근로관계보다 넓은 취업관계 및 사회보장분야와 민사분야도 포함하며, 이러한 영역들에 있어서 연방과 주의 모든 공권력을 구속할 뿐만 아니라, 사인도 구속함으로써 양성평등실현법에 커버되지 않는 성별에 의한 차별 문제도 널리 포괄하고 있다.

II. 양성의 고용평등을 위한 조치

1. 원칙규정; 규정의 상응하는 적용(제5조)

남녀의 고용평등을 위한 조치에 관한 규정들은 특정한 성별이 수행하는 업무를 위해 포기할 수 없는 조건이 아닌 한 적용된다(제5조).

2. 일자리의 채용광고(제6조)

- (1) 근무처는 공개적으로나 근무처 내에서도 남성 혹은 여성만을 위하여 일자리의 채용광고를 해서는 안된다. 광고의 전체 문구는 특정 성별의 사람에게만 해당되지 않도록 만들어야 한다. 간부 및 장의 임무를 담당하는 자리를 포함한 일자리의 충원을 위한 광고는 매우 중요한 업무와 충돌하지 않는 한, 시간제 근무도 가능하도록 하여야 한다(제1항).
- (2) 여성이 개별적인 영역⁵⁰⁾에서 소수인 경우 비어 있는 일자리를 충원하는 채용공고는 여성지원자의 수를 높이기 위한 것이어야 한다. 채용공고는 직장 내부의 혹은 근무처를 포괄하는 것으로써 그 목표를 달성할 수 없을 경우 공개적으로 시행하여야 한다(제2항 제1문~제2문).
- (3) 채용광고는 충원하여야 하는 자리에서 요구되는 바와 부합되어야 하고 지원자가 가진 가능한 장래의 기능과 관련하여 이력 혹은 기능영역의 전제된 요청 및 자격의 프로필도 포함하고 있어야 한다(제3항).

50) 양성평등실현법 제4조 제3항 : 이 법에서 영역(Bereich)이라 함은 근무처에서 개별적인 호봉집단, 보수집단과 임금집단, 이력집단, 이력과 전문분야 및 추가적으로 간부 및 장의 기능을 말한다. 직업교육에 있어서도 같다.

3. 지원면접(제7조)

- (1) 여성이 소수인 영역에서⁵¹⁾ 일자리를 충원함에 있어서는 채용광고에 명시된 자격을 갖춘 사람들 가운데 여성지원자의 수가 충분한 경우, 남성과 같은 수의 여성에게 자기소개면접이나 특별한 선발절차에 응할 기회를 주어야 한다(제1항).
- (2) 자기소개면접 혹은 선발면접에 있어서 여성을 직업활동 이외에 가족상태, 임신 혹은 임신계획 및 자녀양육, 장애를 가진 친족 혹은 계호가 필요한 친족을 돌보는 것의 확보에 대하여 질문하는 것은 허용되지 않는다(제2항)
- (3) 선발위원회는 여성과 남성을 동일한 비율로 채용하여야 한다. 만약 이것이 설득력 있는 이유 때문에 가능하지 않은 경우, 그 이유들을 문서로써 밝혀야 한다(제3항).

4. 채용, 직업적 승진, 직업교육장 위탁에 있어서 선발결정(제8조)

제8조 제1문은 여성이 개별 영역에서 소수인 경우, 적성이나 전문적인 능력 등 자질이 같다면 다른 지원자의 자질이 월등하지 않는 한, 직업교육장 위탁, 채용, 승진, 직위의 배정, 보다 높은 직급의 승계 등과 관련하여 여성을 우선적으로 고려하도록 규정하고 있다.

5. 자질 : 차별금지(제9조)

- (1) 자질의 확인은 오로지 충원되어야 하는 일자리에 요구되는 사항, 특히 교육을 위한 전제조건과 직업적인 경험에 따라서만 행해진다. 근속기간, 연령과 최후 승진의 시점은 지원자의 적성, 성과(Leistung)와 능력의 평가를 위해 중요할 때에만 고려된다.

51) 양성평등실현법에서 “여성이 소수인 경우라 함은 개별적인 영역에서 취업자 중 여성의 비율이 50% 미만인 경우를 말한다”(동법 제4조 제6항).

양육과 계호의 업무를 통해 획득한 특수한 경험과 능력은 그것이 각각의 업무수행에 있어 중요할 경우 고려된다(제1항).

(2) 비교 평가에 있어서 다음과 같은 이유들을 고려하여서는 안된다(제2항).

- ① 가족의 의무⁵²⁾의 이행을 이유로 한, 직업활동의 중단, (휴직 기간 등을 제외한) 실제 근무연수 혹은 취업연수가 더 짧다는 것, 근로시간의 단축 혹은 개별적 교육과정 수료의 연기(제1호),
- ② 배우자, 등록된 동성배우자(Lebenspartner), 사실혼배우자(Lebensgefährten)의 소득상태(제2호),
- ③ 자녀 양육 혹은 계호를 요하는 친족으로 인한 시간적 부담과 근로시간 단축기회를 이용할 의도(제3호).

6. 자기계발(제10조)

(1) 근무처는 적합한 수단으로써 여성의 자기계발을 지원하여야 한다. 자기계발을 위한 활동의 입문, 지원 및 적응의 각 경우에 여성은 적어도 그 비율만큼 해당 집단에 포함되어야 한다(제1항).

(2) 근무처는 가족의 의무를 부담하는 취업자가 적절한 방법으로 (자기계발에) 참여할 수 있도록 하여야 한다. 필요한 경우 취업자의 공간적 및 시간적 필요에 부합되는, 추가적인 자기계발프로그램을 제공하여야 한다. (이때) 필요한 경우 아이를 돌볼 수 있는 기회도 제공하여야 한다(제2항).

(3) 자기계발과정(Fortbildungskurse)은 특히 하위의 호봉집단, 보수집단과 임금집단 중 하위집단에서의 승진을 포함하여, 여성의 직업

52) “이 법률이 정하는 의미에서 가족의 의무(Familienpflichten)라 함은 취업자가 18세 이하의 자녀 혹은 의사의 소견서에 따라 계호를 요하는 친족을 사실상 양육하거나 계호하는 것을 말한다”(제4조 제2항).

5상 승진 및 가족의 의무 이행을 위한 직업활동 중단 후 복귀의 어려움을 경감시키는 충분한 정도로 제공하여야 한다(제3항 제1문).

- (4) 인사행정 담당 취업자와 모든 간부는 여성과 남성 간 평등실현 및 가정과 직업활동의 조화를 위한 조치에 대해 숙지할 의무가 있다. 이들은 해당 자기계발프로그램에 참석하여야 한다(제4항).
- (5) 평등실현담당관과 예비담당관은 특히 평등실현법과 공적 복무법, 직원대표법, 조직법과 예산법의 문제에 관하여 자기계발의 기회를 부여받아야 한다(제5항).
- (6) 여성들은 자기계발프로그램에 그 프로그램의 장 및 발제자로서 적극적으로 투입되어야 한다(제6항).

7. 양성평등실현 계획(제11조)

- (1) 양성평등실현계획은 특히 직원발전과 같은 인사계획과 양성평등실현을 위한 중요한 수단이다. 그러한 계획의 실현은 특히 인사행정 및 간부 및 장의 임무를 담당하는 자의 특별한 의무이다(제1항).
- (2) 양성평등실현계획은 여성 취업자가 처한 상황을 남성 취업자가 처한 상황과 비교하여 서술하고 개별적인 영역에 있어서 여성에 대한 지금까지의 지원을 평가하는 것이어야 한다. 특히 개별적인 영역에 있어서 여성의 비율을 높이기 위하여 구체적인 목표치와 시간적으로 단계적인 계획의 틀 안에서 필요한 인사적·조직적인 개선을 관철시키기 위한 조치들을 개진하여야 한다. 모든 평등실현계획에서는 여성이 소수인 영역의, 충원하여야 할 자리의 반 이상은 여성으로 충원하도록 계획하여야 한다. 불균

형의 제거를 위해 자격을 갖춘 여성의 수가 충분하지 않은 경우, 이에 상응하여 여성 충원을 위한 자리를 더 적은 수로 계획할 수 있다. 이러한 점이 평등실현계획에 명시되어 있어야 한다. 평등실현계획은 인적 정보를 포함하고 있어서는 안된다(제2항).

- (3) 자리를 비워놓거나 없애는 인사경제적인 조치를 시행하려고 할 경우, 소수의 여성들이 있는 영역에 있어서는 여성의 비율이 최소한 동일하게 유지되도록 하는 양성평등실현계획을 제출하여야 한다(제3항).
- (4) 평등실현계획은 평등실현담당관이 조기에 참여하는 가운데 매 4년마다 수립된다. 평등실현계획은 2년 후 현실적인 발전에 따라 재조정하여야 한다. 이러한 재조정(Anpassung)에 있어서 평등실현계획상의 목표가 그렇게 하지 않으면 실현될 수 없거나 계획된 기간 내에 실현될 수 없다는 점이 인식할 수 있을 경우, 특히 그 근거와 보충적인 조치들을 수용하여야 한다(제4항).
- (5) 평등실현계획과 그 실현결과는 근무처 내에서 간행하여야 한다. (간행된) 평등실현계획은 간부가 별도로 이용할 수 있어야 한다(제5항).
- (6) 평등실현계획의 목표치가 실현되지 않을 경우 차회 평등실현계획에서 그 이유를 설명하고 추가로 이를 상급 근무처에 통지하여야 한다(제6항).

Ⅲ. 여성과 남성을 위한 가정과 직업활동의 조화

1. 가족생활에 부합하는 근로시간과 기본조건(제12조)

근무처는 매우 중요한 업무와 충돌하지 않는 한, 여성과 남성이 가정과 직업활동을 조화시키는데 따른 어려움을 경감시킬 수 있는 근로

시간과 기타 기본조건을 제공하여야 한다.

2. 시간제 근무, 원격근무와 가족조건에 따른 휴가(제13조)

- (1) 매우 중요한 업무와 충돌하지 않는 한, 가족의 의무를 부담하는 취업자의 시간제근무나 휴가에 대한 신청은 받아들여져야 하며, 간부 및 장의 임무를 담당하는 자리에 있는 사람에 대해서도 마찬가지이다. 업무상 가능한 범위 내에서 가족의 의무를 부담하는 취업자가 원격근무와 예컨대 안식년이나 근로시간계좌(근로시간저축제)와 같은 특별한 근로시간모형을 제공받아야 한다. 근무처는 신청에 대해 거부할 때에는 개별적인 경우에 서면으로 그 근거를 제시하여야 한다(제1항).
- (2) 시간제근무, 다른 근무시간모형이나 휴가를 신청한 취업자에게, 특히 시간제 근무와 휴가의 공무원법적, 노동법적 급양법적, 연금법적인 효과와 기한의 제한 및 그 연장의 가능성과 그 법적 효과에 대해 알려주어야 한다. 근무처는 취업자가 그의 경감된 근로시간에 상응하여 업무상의 임무를 경감받고 이로 인하여 다른 취업자가 업무상 가중된 부담을 지는 것이 아니라는 점에 유의하여야 한다(제2항).

3. 전시간근무로 전환, 직업으로의 복귀(제14조)

- (1) 가족의 의무⁵³⁾를 부담하는 시간제근무취업자가 전시간근무를 신청한 경우와 가족의 의무 때문에 휴가중인 자가 휴가로부터 조기 복귀를 신청한 경우 이들은 능력주의원칙 및 차별금지를 고려하는 가운데 일자리의 충원에 있어서 우선적으로 고려되어야

53) “이 법률이 정하는 의미에서 가족의 의무(Familienpflichten)라 함은 취업자가 18세 이하의 자녀 혹은 의사의 소견서에 따라 계호를 요하는 친족을 사실상 양육하거나 계호하는 것을 말한다”(제4조 제2항).

한다(제1항).

- (2) 근무처는 적절한 조치를 통하여 가족상의 이유로 휴가중인 취업자가 직업과의 연결과 직업으로의 복귀를 쉽게 할 수 있도록 하여야 한다. 이러한 조치에 속하는 것으로는 휴가시 및 병가시 직무대리인의 제공, 계속교육프로그램에 대한 시기적절한 통지, 휴가 중 혹은 휴가 후 계속교육의 참여기회 제공이 있다. 휴가 중 계속교육을 위한 행사에 대한 참여를 근거로 휴가 종료 후 유급휴가를 청구할 수 있다. 유급휴가의 기간은 계속교육기간에 따른다(제2항).
- (3) 휴가가 종료되기 전 적절한 시기에 취업자와 휴가 이후의 취업가능성에 대해 알려주는 상담을 실시하여야 한다(제3항).

IV. 평등실현담당관(Gleichstellungsbeauftragte)

1. 평등실현담당관 및 그 예비담당관 선거

- (1) 100인 이상의 취업자를 고용하고 있는 모든 근무처는 여성취업자 가운데서 근무처의 여성취업자를 통한 비밀선거로써 평등실현담당관을 임명하여야 한다. 다수의 작은 근무처를 가진 행정기관의 취업자가 상시적으로 총 100명 이상인 경우 상급관청에서 1인의 평등실현담당관을 임명한다. 업무영역이 큰 행정기관의 경우, 1인의 평등실현담당관이 모든 근무처에서의 여성취업자를 대표하는 것이 보장될 때 이와(제1문과) 달리 할 수 있다(제16조 제1항).
- (2) 평등실현담당관의 임기는 원칙적으로 4년이며, 연임할 수 있다. 여성후보자가 없거나 선거후 당선된 여성후보자가 없을 경우 여성취업자 중에서 직권으로 평등실현담당관을 임명하며, 이 경

우 당사자의 동의를 얻어야 한다(제16조 제2항).

- (3) 독자적인 평등실현담당관이 없는, 작은 규모의 근무처는 상급 근무처의 평등실현담당관이 담당한다(제16조 제3항 제1문).
- (4) 모든 평등실현담당관을 위해 위에서 서술한 평등실현담당관의 선거와 같은 방법(제16조 제1항~제16조 제2항)으로 예비담당관을 임명하여야 한다(제16조 제4항 제1문).

2. 평등실현담당관의 법적 지위(제18조)

제18조는 평등실현담당관 직무의 성실성과 독립성을 확보하기 위하여 평등실현담당관의 임금 등 경제적 지위와 신분보장 등 법적 지위를 보장하고 있다. 이러한 규정들은 평등실현담당관의 직무의 충실성과 독립성을 확보하기 위한 것으로 볼 수 있다.

- (1) 평등실현담당관은 인사행정기구에 소속되며 지금까지의 보수나 임금의 감소 없이 그 직을 행사한다(제18조 제1항 제1문). 평등실현담당관은 그 직무의 수행에 있어서 지시를 받지 않는다(제18조 제1항 제4문).
- (2) 평등실현담당관이 그 직무를 충실히 수행할 수 있도록 하기 위하여 다른 업무부담을 경감시키고 있는데, 상시의 전시간근로의 취업자가 600명 이상인 경우 근로시간의 절반이상을 감면하여야 한다(제18조 제2항).
- (3) 평등실현담당관은 그 의무이행에 있어서 방해받지 않으며 그 직무 때문에 승진에 있어서 불이익을 받거나 특혜를 받지 않는다(제18조 제5항 제1문). 평등실현담당관과 그 예비담당관은 - 직원대표(Personalvertretung)의 구성원이 될 수 없지만(제16조 제5항) - 평등실현담당관은 해고, 전보, 파견에 대해 직원대표의 구성원과 마찬가지로

가지로 보호받는다(제18조 제5항).

3. 임 무

평등실현담당관은 양성평등실현법과 근무처에서 성별에 의한 차별 및 성적괴롭힘으로부터의 보호와 관련하여 일반적 평등대우법의 집행을 지원하고 감시할 임무가 있다. 평등실현담당관은 여성과 남성의 평등실현, 가정과 직업활동의 조화 및 직장에서의 성적 괴롭힘으로부터의 보호와 관련된, 근무처의 모든 인사적, 조직적 및 사회적 조치에 참여한다. 평등실현담당관의 임무에는 직업적인 지원, 차별의 제거와 가정과 직업활동의 조화의 문제에 있어서 개별적인 경우에 자문과 지원도 포함된다(제19조 제1항).

4. 권 한

(1) 정보와 참여

평등실현담당관은 그 임무를 수행하기 위하여 지체없이 그리고 포괄적으로 통지를 받아야 한다. 이를 위하여 평등실현담당관에게 지원서류를 포함하여 필요한 관련서류와 전체를 비교하는 개관이 가능한 빨리 제출하여야 하고, 요청한 정보를 전달하여야 한다. 평등실현담당관에게는 인사적, 조직적 및 사회적 안전에 대한 모든 결정절차에 적극적으로 참여할 기회가 주어져야 한다.⁵⁴⁾

평등실현담당관은 근무처의 장에게 직접 보고할 권리와 의무가 있으며, 그 임무의 수행에 있어 근무처의 장으로부터 지원을 받는다. 평등실현담당관의 참여 하에 있는 모든 문제들에 있어서 평등실현담당관은 발의권을 갖는다. 평등실현담당관은 보통 서류상 보존되는 서면

54) 이를 효과적으로 보장하기 위하여 평등실현담당관은 그 법률적 임무의 범위 내에서 인사서류 중 결정에 있어서 중요한 부분에 대한 열람권이 있다(제20조 제1항).

투표를 통해 참여한다. 근무처가 평등실현담당관의 투표에 따르지 않는 경우 그 이유를 평등실현담당관에게 통지하여야 하며, 평등실현담당관이 요구할 경우 서면으로 통지하여야 한다. 평등실현담당관은 취업자를 위한 면담시간을 운영할 수 있고, 근무처 지도부에 대한 통지 후 여성 취업자 집회를 매년 1회 이상 소집할 수 있다. 평등실현담당관은 그 직무상 관할이 있는 경우, 근무처의 직원집회(Personalversammlungen)에 참여할 수 있고 그 근무처소속이 아니라 하더라도 여기서 발언할 권리가 있다(제21조 제2항).

특히 이 법률의 해석과 같이 원칙적인 의미를 갖는 문제들의 해명을 위해 평등실현담당관은 평등실현에 관한 문제들에 대한 관할권 있는 연방의 부(Bundesministerium)에 문의할 수 있다. 이때 취업자의 인적 정보의 전달이 필요할 경우 당사자의 동의를 요하지 않는다(제21조 제3항).

(2) 이의제기권

근무처의 평등실현계획 위반의 경우에 평등실현담당관은 근무처의 장에 대하여 이의를 제기할 권리가 있다(제21조 제1항). 근무처의 장은 이의 도달시점부터 1월의 기한 내에 그 이의에 대해 결정하여야 한다(제21조 제2항 제1문). 근무처의 장은 이의가 근거가 있는 것으로 판단되는 경우 조치와 그 결과를 보고하여야 하며 이의제기의 결과를 다른 유사한 사례에 있어서 고려하여야 한다(제21조 제2항 제2문). 근무처의 장은 이의가 근거 없는 것으로 판단되는 경우 직근상급기관에, 독립적 연방소속의 단체, 공공시설 및 재단에 있어서는 그 장에게 이를 지체없이 제출한다(제21조 제3항 제1문).

(3) 재판절차; 재판 외의 합의

평등실현담당관은 이의제기의 성과가 없으면 수용가능한 해결을 위

한 재판 외 합의에 도달하고자 다시 한번 시도하고 이러한 시도도 실패할 경우, 행정법원에 제소할 수 있다(제22조 제1항 제1문). 이러한 제소는 재판 외 합의시도의 실패를 서면으로 확인한 후 1월 이내에 하야 한다(제22조 제1항 제2문). 이의에 대해 충분한 근거없이 적절한 시간 내에 합리적으로 결정하지 않을 경우 바로 재판 외 합의를 거치지 않고도 행정법원에 제소할 수 있다(제22조 제2항 제1문). 이 경우 이의제기 후 3월이 경과하기 전에 제소하여야 한다(양성평등실현법 제22조 제2항 제2문, 행정법원법⁵⁵⁾ 제75조 제2문).⁵⁶⁾

행정법원에 제소 사유는 ① 근무처가 평등실현담당관의 권리를 침해한 경우, ② 근무처가 양성평등실현법의 규정에 부합되지 않는 평등실현계획을 수립한 경우로 한정된다(제22조 제3항).

제 2 절 장애인차별금지에 관한 법제(장애인 평등실현법: BGG)⁵⁷⁾

I. 입법목적

제1조는 입법목적과 관련하여 “이 법의 목적은 장애인에 대한 차별을 제거하고 예방하며 장애인의 사회생활에 있어서의 동등한 참여를 보장하고 스스로의 결정에 의한 삶을 영위할 수 있도록 하는 것이다. 여기서 (장애인의) 특별한 필요가 고려된다(Ziel dieses Gesetzes ist es, die Benachteiligung von behinderten Menschen zu beseitigen und zu verhindern

55) 행정법원법(Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2248) geändert worden ist).

56) 만약 이의제기에 대해 아직 결정하지 않은 것에 합리적인 이유가 있는 경우 법원은 일정한 기한을 정하여(이 기한은 연기할 수 있다) 그 기한의 경과 이전까지 절차를 중지한다(양성평등실현법 제22조 제2항 제2문, 행정법원법 제75조 제3문).

57) 장애인평등실현법(Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen : Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) vom 27. April 2002 (BGBl. I S. 1467, 1468), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 19. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3024) geändert worden ist.

sowie die gleichberechtigte Teilhabe von behinderten Menschen am Leben in der Gesellschaft zu gewährleisten und ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen. Dabei wird besonderen Bedürfnissen Rechnung getragen).”라고 규정하고 있다.

이러한 규정에 따를 때 장애인평등실현법의 목적은 장애인의 차별에 대해 사후적인 제거뿐만 아니라, 사전적인 예방에도 있으며, 나아가 장애인에게 동등한 기회를 보장함으로써 장애인이 자기책임 하에 자율적인 삶을 영위할 수 있는 실질적 조건을 마련하는 것에 있는 것으로 이해할 수 있다.

II. 장애의 개념과 여성장애인

1. 장 애

장애의 개념과 관련하여 제3조는 “신체적 기능, 정신적 능력이나 심적 건강이 그 연령에 전형적인 상태와 다른 상태가 고도의 개연성을 가지고 6월 이상 지속되고 그 때문에 사회생활에 대한 참여가 제약당할 때, 그 사람은 장애를 입은 것이다”라고 규정하고 있다.⁵⁸⁾

이러한 장애의 개념은 독일사회법전 제9권⁵⁹⁾ 제2조 제1항에 규정된 장애의 개념과 동일한데, 이는 2001년 5월 세계보건기구(WHO)의 「기능과 장애 및 건강에 관한 국제분류」(ICF: International Classification of Functioning, Disability and Health)를 따른 것이다.⁶⁰⁾ ICF는 1980년

58) 동법상 장애에 대한 정의규정은 다음과 같이 규정되어 있다 : Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.

59) Neuntes Buch Sozialgesetzbuch - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen - (Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Juni 2001, BGBl. I S. 1046), das zuletzt durch Artikel 12 Absatz 6 des Gesetzes vom 24. März 2011 (BGBl. I S. 453) geändert worden ist.

60) Felix Welti, in : Bern Baron von Maydell / Franz Ruland / Ulrich Becker(Hrsg.), Sozialre-

WHO의 「손상, 기능장애와 사회적 제약에 관한 국제분류」(ICIDH : International Classification of Impairment, Disabilities, and Handicaps)를 한층 발전시킨 것으로서 장애를 고정적인 것으로 보지 않고 생물적-심리학적-사회적 모델에 따라 건강에 문제가 있는 사람과 그 상황적 요인 간의 상호작용에 의해 그의 기능에 부정적인 영향을 미치는 것으로 파악함으로써 장애인의 삶 전체의 환경과 현실을 보다 더 잘 이해할 수 있게 된 것이다.⁶¹⁾

또한 만성질환자도 이러한 장애개념에 의하면 사회생활에 대한 참여가 제약당할 경우 장애인으로 볼 수 있다.⁶²⁾

2. 여성장애인에 대한 특별한 지원과 배려

제2조는 “여성과 남성의 동등권의 실현을 위하여 여성장애인이 특별한 비중을 가지며, 현존하는 차별이 제거되어야 한다. 여기서 여성 장애인의 동등권을 사실상 관철시키기 위한 특별한 지원조치와 현존하는 차별의 제거를 위한 특별한 조치는 허용된다.”라고 규정하고 있다.

그리고 제7조 제1항 제4문에서는 “여성과 남성의 동등권을 사실상 관철시키기 위한 법률들을 적용할 때에는 여성 장애인의 특별한 비중이 고려되어야 한다.”라고 규정하고 있다.

여성장애인은 한편으로는 여성이라는 성별에 의한 차별과 또 다른 한편으로는 장애에 의한 차별이라는 중첩된 차별에 의해 고통을 받고 있는 존재로서 비장애인뿐만 아니라 남성장애인에 비해서도 특별한 보호와 배려를 받을 필요가 있다. 이러한 맥락에서 장애인평등실현법

chtshandbuch, 4.Aufl., 2008, §27 Schwerbehinderte, Rn.1; Axel Reiman, in: Bern Baron von Maydell / Franz Ruland / Ulrich Becker(Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 4.Aufl., 2008, §28, Rn.17.

61) Axel Reiman, in: Bern Baron von Maydell/ Franz Ruland/ Ulrich Becker(Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 4.Aufl., 2008, §28, Rn.16.

62) Axel Reiman, in: Bern Baron von Maydell / Franz Ruland / Ulrich Becker(Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 4.Aufl., 2008, §28, Rn.18.

제2조, 제7조 제1항 제4문에서 여성장애인의 평등실현과 관련하여 특별한 지원과 배려를 규정하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 그리고 이는 연방양성평등실현법(BGleichG) 제1조 제1항 제3문에서 장애를 가지고 있는 혹은 장애의 위협을 받는 여성을 특별히 배려하도록 한 것과도 연결된다.

Ⅲ. 공권력 주체에 의한 차별금지 및 적극적 평등 실현조치 등(제7조)

1. 장애인평등실현법상 목표의 존중과 그 실현을 위한 적극적 지원

연방행정의 근무처와 그밖의 연방행정상의 기구, 연방직속의 공법상 단체, 공공시설과 공법상 재단 및 연방법을 집행하는 주(州)행정, 주 직속의 공법상 단체, 공공시설과 공법상 재단은 각각의 과제범위 내에서 제1조에 열거된 목표를 실현하기 위해 적극적으로 지원하고 조치들을 계획함에 있어 그러한 목표에 유의하여야 한다(제7조 제1항 제1문). 이는 연방법을 집행하는 주(州)행정, 주 직속의 공법상 단체, 공공시설과 공법상 재단에게도 동일하게 적용된다(제7조 제1항 제2문).

2. 차별의 개념과 차별금지

차별이란 장애인과 비장애인이 필연적인 이유없이 달리 취급되고 이를 통해 장애인이 사회적 삶에 대한 동등한 참여권을 직접적으로 혹은 간접적으로 침해받을 때를 말한다(제7조 제2항 제2문, 제1항).

연방행정의 근무처와 그밖의 연방행정상의 기구, 연방직속의 공법상 단체, 공공시설과 공법상 재단 및 연방법을 집행하는 주(州)행정, 주 직속의 공법상 단체, 공공시설과 공법상 재단은 장애인을 차별하여서는 안된다(제7조 제2항 제1문, 제1항).

3. 적극적 평등실현조치와 여성장애인에 대한 특별한 배려

비장애인에 비해 장애인에 대한 차별이 현존하는 영역에서는 이러한 차별의 점진적인 축소 및 제거를 위한 특별한 조치가 허용된다(제7조 제1항 제3문). 여성과 남성의 동등권을 사실상 관철시키기 위한 법률들을 적용할 때에는 여성 장애인의 특별한 비중이 고려되어야 한다(제7조 제1항 제4문).

4. 다른 법률규정과의 관계

특히 사회법전 제9권과 같이 다른 법규정상 장애인의 이익을 위한 특별한 차별금지영역은 영향받지 않는다(제7조 제3항).

IV. 평등실현 및 장벽없는 접근권 보장의 의무

1. 장벽없는 접근(Barrierefreiheit)(제4조)

장벽 없는 접근이라 함은 건물과 그밖의 시설물, 교통수단, 일상에서 사용되는 (기술적 조작성이 필요한) 제품, 정보처리시스템, 청각적 및 시각적 정보원과 의사소통을 위한 시스템(Kommunikationseinrichtungen) 및 기타 이미 형성된 생활영역이 장애인에게 일반적으로 통용되는 방법으로 특별한 어려움 없이, 그리고 원칙적으로 다른 사람의 도움없이 접근가능하고 이용가능할 때를 말한다.

2. 장벽없는 접근권 보장을 위한 목표협약 (Zielvereinbarungen)(제5조)

- (1) 다른 특별법령에 반하지 않는 한, 이 법 제13조 제3항에 따라 (연방노동사회부(Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales)로부터) 승인받은 (장애인 권익)단체와 다양한 경제분야의 기업 혹은 기업단체는 그들의 그때그때의 물적 및 공간적 조직과 활동영역에 적용되는, 장벽없는 접근권 보장을 위한 목표협약을 체결하

여야 한다. 승인받은 단체는 이러한 목표협약을 위한 협상의 개시를 요구할 수 있다(제5조 제1항).

(2) 장벽없는 접근권 보장을 위한 협약에는 특히 다음과 같은 사항이 포함되어야 한다(제5항 제1문):

- ① 협약의 당사자의 특정, 적용영역과 효력기간(제1호),
- ② 장애인의 접근권과 이용권을 충족시키기 위해, 이미 형성된 생활영역이 제4조가 규정하는 의미에서 장벽없이 접근가능하도록 변경되어야 하는 방법에 대한 최소한의 조건의 확정(제2호),
- ③ 위에서 확정된 최소한의 조건의 이행을 위한 시점이나 시간계획(제3호).

나아가 이러한 합의에는 그 불이행 내지 지체의 경우 위약금에 대한 합의도 포함될 수 있다(제2항 제2문).

(3) 연방노동사회부로부터 승인받은 장애인권익단체는 협상의 개시를 요구한 경우 이를 협상당사자 및 협상대상을 명시하여 목표협약등록소에 통지하여야 한다. 연방노동사회부는 이러한 통지내용(Anzeige)을 자신의 인터넷사이트에 게시하는 방법으로 공표한다. 다른 (승인받은) 장애인권익단체는 공표 후 4주 이내에 지금까지의 협상당사자에게 통지(Erklärung)함으로써 그 협상에 참가할 권한을 갖는다. 협상은 참여한 장애인단체가 공동으로 협상위원회를 구성하거나 1개 단체만이 협상할 것을 확인한 후 4주 이내에 개시된다(제3항).

(4) 다음과 같은 경우에는 협상요구권이 인정되지 않는다(제4항):

- ① 참가하지 않은 장애인단체의 협상 진행 중 협상요구(제1호),
- ② 기업단체에 의해 협상이 진행되는 협약에 참가할 것을 통지한 기업과 관련한 협상요구(제2호),

- ③ 이미 성립한 목표협약의 적용영역과 적용기간에 대한 협상,
 - ④ 모든 권리와 의무를 제한없이 승계하면서 이미 성립된 목표협약에 가입한 기업과 관련한 협상요구(제3호).
- (5) 연방노동사회부는 목표협약의 체결, 변경과 폐지를 등록하는 목표협약등록소(Zielvereinbarungsregister)를 운영한다. 목표협약을 체결하는 장애인 단체는 협약체결일로부터 1월 내에 연방노동사회부에 이를 공증사본으로, 그리고 정보기술적으로 인식할 수 있는 형태로 송부하고 그 변경 혹은 폐지를 1월 이내에 통지할 의무가 있다(제5항).

장애인평등실현법이 원칙적으로 (직·간접의) 연방행정기관 및 연방법을 집행하는 직·간접의) 주행정기관을 수급자로 설정하고 있기 때문에 사인, 특히 사기업의 물적 및 조직상 장애인에 대한 접근권 보장에 대해서는 한계를 보일 수밖에 없다. 장애인권익단체와 사기업 간 장애인 평등실현을 위한 목표협약은 사기업에도 장애인의 장벽없는 접근권 보장을 구속력 있는 기준을 설정함으로써 이러한 공백을 메우고 장애인의 접근권을 실효적으로 보장하고자 하는 것으로 이해할 수 있다.

3. 건물과 교통에 있어서 장벽없는 접근권 보장(제8조)

- (1) 시민에게 제공되는, 연방, 연방직속의 공법상 단체, 공공시설과 공법상 재단의 신건축물 및 재건축물 혹은 증축물은 일반적으로 인정된 기술규정에 부합되게 (장애인의 접근에 있어) 장벽없이 형성되어야 한다(제1항 제1문). 다른 해결책으로써 장애인의 접근권을 같은 정도로 보장할 수 있다면 이와 달리 할 수 있다(제1항 제2문).

- (2) 그밖의 건축시설 혹은 기타의 시설, 공중이 이용할 수 있는 길, 광장 그리고 자동차용 도로 및 공중이 접근가능한 교통시설과 대중교통을 위한 편의시설은 연방의 해당법규정이 정하는 기준에 따라 장벽없이 형성되어야 한다(제2항 제1문).

4. 의사소통권 보장(제6조)

청각장애인이나 언어장애인이 장애로 인하여 의사소통에서 배제 내지는 소외당하지 않고 불편없이 의사소통과정에 참여할 수 있는 기본적인 조건을 확보하는 것이 중요하다. 이러한 맥락에서 법 제6조는 다음과 같이 이들의 수화 등의 의사소통수단에 대해 동등한 지위를 인정하고 이들이 이러한 의사소통수단들을 이용할 수 있는 권리를 보장하고 있다:

- (1) 독일 수화는 독자적인 언어로 인정되고(제6조 제1항),
- (2) 음성동반수화는 독일어의 의사소통의 한 형식으로 인정되며(제6조 제2항),
- (3) 청각장애인(귀가 멀거나 난청인 사람)과 언어장애인은 해당법률에 따라 독일수화 혹은 음성동반수화를 이용할 권리를 가지며, 이들이 독일수화 혹은 음성동반수화로 의사소통할 능력이 없을 경우 해당법률에 따라 기타 적절한 의사소통 보조수단을 이용할 권리를 갖는다(제6조 제3항).

5. 행정절차에 있어서 의사소통권 보장(제9조, 제10조)

첫째, 청각장애인이나 언어장애인이 행정절차에서 의사소통상의 문제 때문에 불이익을 입지 않고 비장애인과 마찬가지로 자신의 권리를 제대로 행사할 수 있는 조건을 확보하기 위하여 법 제9조는 독일연방 행정절차에 있어서 이들 장애인의 의사소통참여권의 보장과 이를 위

한 국가(연방기관)의 의무를 규정하고 있다:

- (1) 청각장애인이나 언어장애인은 행정절차에 있어 자신의 권리를 행사하는데 필요한 한도 내에서 제2항의 법규명령에 따라 공권력 주체⁶³⁾와 독일수화나 음성동반수화 혹은 기타 적합한 의사소통보조수단으로 의사소통할 권리를 갖는다. 공권력담당자는 이를 위해 권리자의 희망에 따라 필요한 범위에서 수화통역인에 의한 통역 혹은 기타 적합한 의사소통보조수단에 의한 의사소통을 보장하여야 하며(sicherzustellen), 필요한 비용을 부담한다(제9조 제1항).
- (2) 연방노동사회부는 연방참사원(Bundesrat)의 동의를 요하지 않는 법규명령을 통하여 다음의 사항을 정한다(제9조 제2항):
 - ① 수화통역인 혹은 기타 적절한 의사소통보조수단의 배치를 요구할 수 있는 권리의 계기(Anlass)와 범위(제1호),
 - ② 청각장애인이나 언어장애인과 공권력담당자 사이의 의사소통을 위해 수화통역인 혹은 기타 의사소통보조수단을 배치하는 방법(제2호),
 - ③ 통역서비스나 기타 적절한 의사소통보조수단의 사용을 위한 경비의 보전 및 지출(제3호),
 - ④ 어떠한 의사소통형식을 제1항의 의미에서 기타 적절한 의사소통보조수단으로 볼 수 있는지(제4호).

둘째, 시각장애인이 행정절차상 권리를 제대로 행사할 수 있도록 하기 위해 제10조는 공문서와 서식들의 접근가능성을 확보하도록 규정하고 있다:

63) 여기서 공권력 주체는 제7조 제1항에서 규정하고 있는 연방행정의 근무처와 그밖의 연방행정상의 기구, 연방직속의 공법상 단체, 공공시설과 공법상 재단 및 연방법을 집행하는 주(州)행정, 주 직속의 공법상 단체, 공공시설과 공법상 재단을 말한다.

- (1) 공권력주체는 문서에 의한 통지, 일반처분, 공법상 계약과 서식의 형성에 있어서 장애인을 고려하여야 한다. 맹인과 시각장애인은 제2항의 법규명령이 정하는 기준에 따라, 자신의 행정절차상 권리의 행사를 위해 필요한 경우, 특히, 결정, 공법상 계약, 서식이 추가적인 비용의 부담없이 그들이 인지할 수 있는 형태로도 접근가능하게 만들 것을 요구할 수 있다(제1항).
- (2) 연방노동사회부는 연방참사원(Bundesrat)의 동의를 요하지 않는 법규명령으로써 위에서 열거된 문서에 맹인과 시각장애인이 접근할 수 있도록 하는 계기와 방법에 대해 규정하여야 한다(제10조 제2항).

6. 정보매체에 대한 접근권 보장(제11조)

- (1) 공권력 주체⁶⁴⁾는 그 웹사이트와 자신이 관리하는, 정보통신기술의 수단으로 표현되는 그래픽 프로그램 화면을 제2문의 법규명령이 정하는 기준에 따라 점차 기술적으로 장애인이 원칙적으로 제한없이 이용할 수 있도록 만들어야 한다. 연방노동사회부는 연방참사원(Bundesrat)의 동의를 요하지 않는 법규명령으로써 기술적, 재정적 및 행정조직상 가능한 기준에 따라 다음의 사항을 정하여야 한다(제1항):
 - ① 이 법규명령의 적용영역에 포함되는 장애인 집단(제1호)
 - ② 적용되어야 하는 기술 표준과 그 구속력있는 적용의 시점(제2호)
 - ③ 공적 정보(amtliche Informationen)의 형성 영역과 종류(제3호)
- (2) 연방정부는 인터넷사이트와 정보통신기술수단에 의한 그래픽 프로그램 화면을 영리상 제공하는 자에게도 제5조에서 정한 목표

64) 여기서 공권력 주체는 제7조 제1항에서 규정하고 있는 연방행정의 근무처와 그밖의 연방행정상의 기구, 연방직속의 공법상 단체, 공공시설과 공법상 재단 및 연방방법을 집행하는 주(州)행정, 주 직속의 공법상 단체, 공공시설과 공법상 재단을 말한다.

의 합의를 통하여 그들의 제품이 제1항에 따른 기술적 표준에 부합하게 만들어지도록 하여야 한다(제2항).

V. 권리구제

1. 행정소송절차 및 사회법원의 소송절차에 있어서 대리권

장애인이 제7조 제1항, 제8조, 제9조 제1항, 제19조 제1항 제2문이나 제11조 제1항의 권리를 침해받은 경우, 직접 그 절차에 참여하지 않는 제13조 제3항의 단체는 그 장애인의 동의를 받아 그를 대신하여 권리보호를 청구할 수 있다. 제4조가 정하는 의미에서의 장벽없는 접근권보장(Herstellung von Barrierefreiheit)요구권 혹은 수화나 제6조 제3항에서 정하는 기타 의사소통보조수단의 이용권을 규정하고 있는 연방법에 위배된 경우에도 같다. 이러한 경우 소 제기요건들은 장애인이 스스로 소를 제기할 때와 마찬가지로 충족되어야 한다(제12조).

2. 단체의 소송제기권(제13조)

(1) 단체의 소송제기에 있어서 보호법익(규범)

(제3항에 따라) 연방노동사회부의 승인을 받은 단체는 자신의 권리가 침해되지 않은 경우, 행정법원법이나 사회법원법에 정한 기준에 따라 아래의 법(규정) 위반을 확인하는 소송을 제기할 수 있다(제1항 본문):

- ① 공권력주체의 차별금지조항(제7조 제2항), 건물에 있어서 장벽없는 접근권 보장(제8조 제1항), 청각장애인이나 언어장애인의 행정절차에 있어서 의사소통권 보장(제9조 제1항), 맹인과 시각장애인에 대한 공문서, 서식 등에 대한 접근가능성 보장(제10조 제1항 제2문), 정보매체에 대한 접근권 보장(제11조 제1항)을 위한 연방의 의무(제1호),

- ② 연방선거규정(Bundeswahlordnung) 제46조 제1항 제3문, 제4문, 유럽연합선거규정(Europawahlordnung) 제39조 제1항 제3문, 제4문, 「사회보장을 위한 선거규정」 제43조 제2항 제2문(Wahlordnung für die Sozialversicherung), 사회법전 제1권 제17조 제1항 제4호, 여관법 제4조 제1항 제2a호, 「지방자치단체의 교통재정에 관한 법률」(Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz) 제3조 제1호 제d목, 「연방장거리 자동차용도로법」(Bundesfernstraßengesetz) 제8조 제1항, 여객운송법(Personenbeförderungsgesetz) 제13조 제2a항, 「철도건설 및 운영규정」(Eisenbahn-Bau- und Betriebsordnung) 제2조 제3항, 「전철건설 및 운영규정」(Straßenbahn- Bau- und Betriebsordnun) 제3조 제5항 제1문, 항공교통법(Luftverkehrsgesetz) 제19조의d, 제20조의b(제2호),
- ③ 수화나 사회법전 제1권 제17조 제2항의 기타 적합한 의사소통보조수단의 이용에 관한 연방법의 규정들, 연방사회법전 제9권 제57조와 연방사회법전 제10권 제19조 제1항 제2문(제3호).

다만, 제1문은 행정소송절차 또는 사회법원의 소송절차에서의 결정에 근거하여 어떠한 조치가 내려진 경우에는 적용되지 않는다(제1항 단서).

(2) 단체와 사안과의 관련성

(승인받은) 단체에 의한 소송제기는 그 조치가 그 단체의 정관에 의한 과제영역과 관계될 때에만 허용된다(제13조 제2항 제1문). 장애인 스스로가 자신의 권리를 위해 형성소송 혹은 급부이행소송을 제기할 수 있거나 제기할 수 있었을 경우, (제1항에 따른) 장애인을 대신한 단체의 소송제기는, 그 단체가 그 조치에 있어서 그 사안이 일반적인 의미를 가지고 있음을 주장하는 경우에만 가능하다(13조 제2항 제2문). 특히 유사한 사례가 다수 있을 때 일반적인 의미를 갖는 것으로 볼 수 있다(제13조 제2항 제3문).

(3) 소송제기권을 갖는 단체: 연방노동사회부의 승인을 얻은 장애인
권익단체

앞서 기술한 바와 같이 피해장애인을 대신하여 소송제기권을 갖는 단
체는 연방노동사회부의 승인을 얻은 장애인권익단체이다(제1항, 제2항).

제3항에서는 아래에서와 같이 연방노동사회부의 승인을 받을 수 있
는 단체의 요건에 대하여 규정하고 있다.

연방노동사회부는 사회법전 제9권 제64조 제2항 제2문 제1호, 제3호,
제12호에 따라 구성되는, 장애인의 참여를 위한 자문위원회 위원들의
제안에 대하여 승인할 수 있다. 연방노동사회부는 다음의 요건을 갖춘
단체(를 승인해 달라는 제안)에 대해 승인하여야 한다(제13조 제3항):

- ① 정관에 정한 이념상 계속적으로 장애인을 지원하고(제1호),
- ② 구성원 혹은 구성단체가 연방차원에서 장애인의 이익을 대변하고
(제2호),
- ③ 승인의 시점에 최소한 3년간 존속하고 이 기간동안 제1호의 의
미에서 활동하였으며(제3호),
- ④ 지금까지 활동의 종류와 범위, 구성원의 범위 및 그 단체의 수행
능력(Leistungsfähigkeit)을 고려해 볼 때 합리적인 과제이행이 보
장되며(제4호),
- ⑤ 공익을 추구하기 때문에 법인세법 제5조 제1항 제9호에 따라 법
인세가 면제되는 단체(제5호).

IV. 연방정부의 장애인권익담당관

(Beauftragte oder Beauftragter der Bundesregierung
für die Belange behinderter Menschen)

1. 연방정부의 장애인권익담당관직

연방정부는 장애인권익담당관을 임명하며(제14조 제1항), 장애인권
익담당관은 그 임무의 이행을 위해 필요한 인적 및 물적 설비를 이용

할 수 있고(제14조 제2항), 장애인권익담당관직은 면직의 경우를 제외하고는 새 연방의회의 집회로써 종료된다(14조 제3항).

2. 임무와 권한

장애인권익담당관은 장애인과 비장애인을 위해 동등한 생활조건을 마련하여야 할 연방의 책임이 사회생활의 모든 영역에서 이행될 수 있도록 하여야 한다. 이러한 임무의 수행에 있어서 여성장애인과 남성장애인 간 상이한 생활조건을 고려하고 성별에 의한 불이익한 차별이 제거될 수 있도록 노력하여야 한다(제15조 제1항).

이러한 임무 수행을 위하여 연방의 부(Bundesministerien)들은 장애인의 통합에 관한 문제가 다루어지거나 이와 관련되는 한, 장애인권익담당관을 모든 법률안, 법규명령안과 그밖의 중요한 계획의 입안에 참여시킨다(제15조 제2항).

모든 연방관청과 기타 연방영역의 공공 기관들은, 장애인권익담당관이 임무를 수행할 때에, 특히 필요한 정보의 제공과 문서열람의 허용 등으로써 지원할 의무가 있다(제15조 제3항 제1문).

제 3 절 외국인차별금지에 관한 법제(이주법: Zuwanderungsgesetz)⁶⁵⁾

I. 이주법의 구성과 체계 개관

종래에는 외국인의 입국과 체류허가 등 외국인의 법적지위에 관한 기본적인 사항을 규율하던 외국인법(Das deutsche Ausländergesetz (AuslG)⁶⁶⁾

65) 「유럽연합시민과 외국인의 이민의 조종 및 제한과 체류 및 통합의 규율에 관한 법률」(이주법)(Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) v. 30.07.2004 BGBl. I S. 1950 (Nr. 41); zuletzt geändert durch Artikel 2 G. v. 20.12.2008 BGBl. I S. 2846; Geltung ab 06.08.2004).

66) 「연방영역에서 외국인의 입국과 체류에 관한 법률」(Gesetz über die Einreise und

은 2004. 7. 30. 제정되고 2005. 1. 1. 발효된 이주법(Zuwanderungsgesetz)에 의해 대체되었다.

이러한 이주법은 다음과 같이 총 15개의 장(Artikel)으로 구성되어 있다:

제1장 연방영역에 있어서 외국인의 체류, 직업활동과 통합에 관한 법률(Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet)(외국인체류법: Aufenthaltsgesetz - AufenthG), 제2장 유럽연합시민의 일반적인 거주이전의 자유에 관한 법률(Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern), 제3장 망명절차법의 개정법률(Änderung des Asylverfahrensgesetzes), 제4장 외국인등록에 관한법률의 개정법률(Änderung des AZR-Gesetzes)⁶⁷⁾, 제5장 국적법 개정 법률(Änderung des Staatsangehörigkeitsgesetzes), 제6장 연방피추방자법률의 개정법률(Änderung des Bundesvertriebenengesetzes), 제7장 연방영역에 있어서 고향없는 외국인의 법적지위에 관한 법률의 개정법률(Änderung des Gesetzes über die Rechtsstellung heimatloser Ausländer im Bundesgebiet), 제8장 망명신청자급부법의 개정법률(Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes), 제9장 사회법전 제3권의 개정법률(Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch), 제10장 기타 사회법 및 사회적 급부법의 개정법률(Änderungen sonstiger sozial- und leistungsrechtlicher Gesetze), 제11장 기타 법률의 개정법률(Änderungen sonstiger Gesetze), 제12장 시행령의 개정(Änderungen von Verordnungen), 제13장 통일적 지위를 갖는 시행령으로 복귀(Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang), 제14장 공포, 제15장 발효와 실효.

den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet)(외국인입법: Ausländergesetz) i. d. F. der Bekanntmachung vom 09. Juli 1990 (BGBl. I S. 1354), zuletzt geändert durch Artikel 13 des Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung vom 23. Juli 2004 (BGBl. I 2004 S. 1842).

67) 「외국인중앙등록에 관한법률」((Gesetz über das Ausländerzentralregister).

이 가운데 외국의 법적 지위와 관련하여 가장 중요한 내용을 담고 있는 법률이 외국인체류법(Aufenthaltsgesetz - AufenthG)이므로 이하에서는 외국인체류법의 주요 내용을 발췌하여 개관한다.

II. 외국인체류법 (Aufenthaltsgesetz - AufenthG)⁶⁸⁾⁶⁹⁾

1. 입법목적

“이 법의 목적은 독일연방공화국 내의 외국인의 유입을 조정하고 제한하는데 있다. 이 법률은 독일연방공화국의 수용능력 및 통합능력과 경제적 및 노동시장정책적 이해관계를 고려하여 이민을 가능하게 하고 형성한다. 이 법률은 동시에 독일연방공화국의 인도적 의무의 이행에 기여한다. 이 법률은 또한 외국인의 입국, 체류, 직업활동과 통합의 촉진을 규율한다”(제1조 제1항 제1문~제4문).

2. 연방 영역 내에서 외국인의 입국과 체류

총 10장, 107개의 조문으로 구성된 외국인체류법 가운데 양적으로나 내용적으로나 가장 큰 비중을 차지하는 것은 “제2장 연방 영역 내에서 (외국인의) 입국과 체류”이다. 제2장은 제3조부터 제42조까지 총8개의 절로 이루어져 있으며, 외국인의 입국가 체류허가의 조건에 대해 규율하고 있다.

68) 「연방영역에 있어서 외국인의 체류, 직업활동과 통합에 관한 법률」(외국인체류법)(Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. April 2011 (BGBl. I S. 610) geändert worden ist.

69) 외국인체류법은 원칙적으로 유럽연합시민인 외국인에게는 적용되지 않는다(외국인체류법 제1조 제2항 제1호).

3. 통합의 촉진

“연방영역 안에서 적법하게 장기적으로 살고 있는 외국인의 독일연방공화국의 사회적, 문화적 및 경제적 생활로의 통합이 촉진 및 요청된다”(제43조 제1항). 이를 위하여 독일어, 독일 법질서, 독일 문화와 독일역사에 관한 다양한 통합과정(Integrationskurs)⁷⁰⁾을 개설 및 운영하고 이에 참여하고자 하는 외국인을 적극적으로 지원하며, 경우에 따라 외국인에게 필요한 통합과정에 참여할 권리 혹은 참여할 의무⁷¹⁾가 부과된다(제43조 제2항 제1문~제2문, 제3항~제4항, 제44조~제44조의a).

이러한 통합과정의 목표는 외국인에게 독일의 언어, 법질서, 문화와 역사를 성공적으로 전수하는데 있으며(제43조 제2항 2문), 이를 통하여 외국인이 다른 사람의 도움이나 매개없이 일상생활의 일들을 독자적으로 다룰 수 있을만큼 연방영역에서의 생활관계에 익숙해지도록 하려는 것이다(제43조 제2항 제3문).

70) 통합과정(Integrationskurs)은 이에 한정되지 않고 연방과 주는 특히 사회교육학적이고 이민문제에 특수한 상담의 제공 등과 같은 프로그램 등을 통해 보충하여야 한다. 연방내무부나 연방내무부가 지정하는 기관은 연방전체에 적용될 수 있는 통합프로그램(Integrationsprogramm)을 개발하는데, 이 통합프로그램 안에서 특히, 연방과 주, 지방자치단체 및 외국인과 후기이주인(Spätaussiedler)을 위한 통합프로그램 담당 사인(private Träger für Ausländer und Spätaussiedler)이 제공하는 기존의 통합프로그램을 확인하고 통합프로그램의 계속적 발전을 위한 권고가 제출된다. 이러한 통합프로그램의 개발과 기존의 통합프로그램에 대한 정보자료를 마련함에 있어서는 주와 지방자치단체 및 연방, 주, 지방자치단체의 외국인담당관(Ausländerbeauftragten von Bund, Ländern und Kommunen)과 연방정부의 이주문제담당관(der Beauftragte Bundesregierung für Aussiedlerfragen)이 참여한다. 나아가 종교단체, 노동조합, 사용자단체와 자발적 복지업무담당자 및 그밖의 사회적 이익단체도 참여시켜야 한다(제45조).

71) 만약 해당 외국인이 합당한 이유없이 이러한 의무를 이행하지 않거나 졸업시험을 통과하지 못하면, 관할 외국인담당관서(Ausländerbehörde)는 그의 체류허가 연장 전에 그에게 그의 행동에 따르는 가능한 법적 효과(제8조 제3항, 제9조 제2항 1문 제7호 및 제8호, 국적법 제10조 제3항)를 주지시킨다. 외국인담당관서는 그가 참여 의무를 이행하도록 하기 위해 행정강제의 수단을 사용할 수 있다. 참여의무의 위반 시 예상되는 비용은 총액에 대하여 미리 사용료고지서를 통해 징수할 수 있다(제44조의a 제3항).

4. 이민, 난민 및 통합 담당관 (Beauftragte für Migration, Flüchtlinge und Integration)

(1) 담당관직(제92조)

「이민, 난민 및 통합 담당관」(Beauftragte für Migration, Flüchtlinge und Integration)은 연방정부에 의해 임명된다(제92조 제1항). 담당관직은 상급의 연방관청에 소속되며 독일연방의회 의원에 의해 담당될 수 있다(제92조 제2항 제1문). 또한 담당관은 허가를 받을 필요 없이 동시에 「국무위원의 법적관계에 대한 법률」(Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Parlamentarischen Staatssekretäre)상의 직을 가질 수 있다(제92조 제2항 2문).

담당관직은 면직의 경우를 제외하고는 새 연방의회의 집회로써 종료된다(제92조 제4항).

(2) 임무(제93조)

- ① 연방영역에 장기적으로 거주하는 이민자들을 지원하고 특히 연방정부의 통합정책의 계속적 발전을 노동시장정책적 및 사회정책적 측면에서도 촉진시키고, 유럽의 테두리 안에서도 통합정책의 계속적 발전을 고무시키는 것(제1호),
- ② 외국인과 독일인, 다양한 외국인 집단 간 가능한 한 긴장없는 공존을 위한 전제조건을 마련을 지원하고 외국인에 대한 적대감에 대응하는 것(제2호),
- ③ 외국인과 관련된 정당하지 않은 불평등대우에 대응하는 것(제3호),
- ④ 연방영역에 있는 외국인의 이해관계가 적절하게 고려되도록 하는 것(제4호),
- ⑤ 귀화의 법률적 가능성에 대한 정보제공(제5호),

- ⑥ 연방영역에 살고 있는 유럽연합시민의 거주이전의 자유의 보호에 유의하고 이를 위한 발전적인 제안을 하는 것(제6호),
- ⑦ 장기적으로 거주하는 이민자의 사회통합을 위한 연방의 기획(Initiative) 주(州)와 지방자치단체 및 사회단체들에 대한 격려와 지원(제7호),
- ⑧ 연방영역과 유럽연합으로의 이민과 다른 나라에서의 이민의 전개에 대한 관찰(제8호),
- ⑨ 제1호에서 제8호의 업무영역에 있어서 담당관과 같거나 유사한 업무를 담당하고 있는, 지방자치단체, 주와 기타유럽연합의 회원국 및 유럽연합 자체의 기관과의 협력(제9호),
- ⑩ 일반 공중에 위의 제1호에서 제9호까지 규정된 임무영역에 대해 알리는 것(제10호)

(3) 권한(제94조)

- (1) 담당관은 연방정부나 연방의 각 부의 법제정계획과 그의 임무영역에 해당되는 기타 사안에 대해 가능한 한 조기에 참여한다. 담당관은 연방정부에 제안하고 자신의 입장표명을 송부할 수 있다. 연방 각 부는 담당관의 임무수행을 지원한다(제1항).
- (2) 담당관은 연방의회에 매 2년마다 독일에서 외국인의 상황에 대해 보고한다(제2항).
- (3) 담당관은 연방의 공공기관이 외국인에 대해 정당하지 않은 불이익을 가하거나 아니면 외국인의 법률적 권리를 보호하지 않는다고 의심할만한 충분한 근거가 있을 경우, 이에 대한 입장표명을 요구할 수 있다. 담당관은 이러한 입장표명에 대해 자신의 평가를 붙여서 그 공공기관 및 그 상급기관에 송부할 수 있다. 연방

의 공공기관은 정보를 제공하고 질의에 응답할 의무가 있다. 공공기관은 인적 정보를, 당사자가 스스로, 자신의 일과 관련하여 관공서를 상대해 달라고 담당관에게 요청하였거나 외국인의 승낙이 다른 방식으로 입증된 경우에만, 제공한다(제3항).

제 4 장 차별금지법의 실효성 확보를 위한 제도적 장치

제 1 절 인권으로서의 평등과 그 구체화의 구조

I. 인권으로서의 평등과 인권침해에 대한 보호의 체계

평등권이 인권이라는 점에 대해서는 이론(異論)의 여지가 없다. 평등은 이른바 인류의 보편가치인 인권의 핵심적 요소의 하나로서 국경을 초월해 보편타당한 것으로 여겨지고 있으며, 각국의 헌법뿐만 아니라 국제적 인권선언, 인권규약 등에서도 평등에 대한 보호는 매우 비중 있게 다루어지고 있다.⁷²⁾

그러나 평등권의 보호를 어떻게 할 것인지에 대해서는 각 국가에 따라 차이가 적지 않다. 평등보장 내지 차별금지에 관한 각국의 입법 체계에 상당한 차이가 있을 뿐만 아니라, 평등 침해가 발생하였을 경우 이를 확인하는 방식이나 대응하는 방식에 있어서도 각국의 법제에 따른 차이가 눈에 띄는 것이다.⁷³⁾

가장 먼저 확인할 수 있는 것은 입법체계 및 차별금지에 관한 기준에 있어서의 차이이다. 입법체계와 관련하여 예컨대 헌법에 평등에 관한 포괄적 규정을 두는 것으로 그치는 국가가 있는가 하면,⁷⁴⁾ 이를 구체화하는 차별금지법을 제정한 나라가 있고,⁷⁵⁾ 한 걸음 더 나아가

72) 세계인권선언 제2조, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제2조, 제3조, 유럽인권규약 제14조 등.

73) 차별금지에 관한 각국의 법제는 법무부, 각국의 차별금지법 제1권~제3권, 2008 참조.

74) 우리나라도 제5공화국 당시까지는 헌법상의 평등 조항과 이를 구체화하는 법률 조항들이 있었으나, 차별금지를 직접적인 내용으로 하는 단행법률을 갖추지 못하고 있었다.

75) 국내의 차별금지와 관련한 법률로는 1987년 12월 4일 제정· 공포된 「남녀고용평

차별금지의 유형을 세분화하여 각기 유형별로 차별금지입법을 제정하고 있는 경우도 있다.⁷⁶⁾ 이에 따르면 독일의 차별금지법제는 세 번째 유형에 속하는 것으로 가장 발전된 형태에 속한다.

그러나 입법적으로 차별금지에 관한 기준을 구체화하는 것만으로 평등권이 확실하게 보장되고 있다고 보기는 어렵다. 문제는 평등권에 대한 침해가 발생하였을 때, 즉 차별금지법 규정에 위반하여 불합리한 차별이 현실 속에서 나타날 때 실효성 있는 대응수단 내지 구제수단이 마련되고 있는지가 중요한 것이다.

이와 같은 인권침해에 대한 보호수단의 필요성은 평등권이나 여타의 인권이나 크게 다를 바 없다. 또한 행정심판 등 행정부에 의한 보호와 소송 및 헌법재판 등 사법부에 의한 보호가 폭넓게 인정된다는 점에 있어서도 유사하다. 그러나 평등권은 그 실현구조의 특수성으로 인하여 여타의 기본권에 대한 보호와는 별도로 고려되어야 할 요소들이 있다.

가장 먼저 생각될 수 있는 점은 무엇이 합리적 차별인지 아닌지에 대한 일차적 판단을 내리는 (즉, 헌법상의 평등요청을 일차적으로 구체화시키는) 입법자의 역할이 다른 인권의 경우와는 달리 상당히 넓게 인정되고 있다는 점이다. 비록 과거 평등권이 입법권을 구속하지 못한다고 보았던 입법비구속설은 더 이상 지지를 얻지 못하고 있으며, 입법권을 포함한 모든 국가권력이 평등권에 구속된다고 인정되고 있지만,⁷⁷⁾ 입법에 대한 평등권의 구속은 다른 국가권력에 비하여 완

등법」(1988년 4월 1일부터 시행) 및 그 대체법률로서 2001년 8월 14일 제정·공포된 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(2001년 11월 1일부터 시행), 1991년 12월 31일 제정·공포된 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(1992년 7월 1일부터 시행), 1999년 2월 8일 제정·공포된 「남녀차별 금지 및 구제에 관한 법률」(1999년 7월 1일부터 시행), 2007년 4월 10일 제정·공포된 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(2008년 4월 11일부터 시행) 등이 있다.

76) 최근 국내에서 차별금지법 제정에 관한 논의가 진행되고 있는 것도 차별금지법제의 일반법과 각 분야별 특별법의 체계를 완성함으로써 차별금지의 효율성을 높이기 위한 것으로 이해될 수 있다.

77) 평등권의 입법비구속설과 입법구속설이 대립에 관하여는 Konrad Hesse, Der Gleich-

화된 것으로 보는 것이 일반적인 것이다.⁷⁸⁾

또 한 가지의 중요한 특징은 사인에 의한 평등권침해(차별적 대우)가 국가권력에 의한 침해보다 더 많이 발생되고 있다는 것이다. 이른바 기본권의 대사인적 효력이 가장 많이 문제되는 영역이 바로 차별금지의 문제이며,⁷⁹⁾ 각국의 차별금지법도 국가권력에 의한 것뿐만 아니라 개인이나 기업 등에 의한 차별적 처우에 대해서 비중 있게 다루고 있는 것이다.⁸⁰⁾

II. 평등권의 특수성과 보호의 방식

평등권의 구체화는 예외적인 경우를 제외하고는 상대적 평등의 실현을 지향한다. 즉, 비교대상의 획일적 평등이 아니라 합리적 사유에 따른 차별을 구체화하는 것이며, 이는 무엇을 같게 취급할 것인지(또는 다르게 취급할 것인지)에 대한 구체적·개별적 판단을 전제하는 것이다. 문제는 이에 대한 가치기준이 사람마다 다를 수 있다는 점이고, 그로 인하여 평등의 실현과 관련하여 항상 의견의 대립이 존재한다.

물론 지난 수백년의 인권사를 통하여 평등하게 대우하여야 할 것으로 확인된 부분도 적지 않다. 예컨대 노예제도의 폐지, 세습적 신분차별의 철폐가 관철되었고, 종교나 인종, 성별에 의한 차별의 금지에 대하여도 폭넓은 합의가 존재하고 있다. 그러나 종교나 성별에 의한 차

heitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, AöR Bd.109(1984), S.174-198 참조.

78) 그로 인하여 입법권에 대한 평등심사의 경우에는 이른바 완화된 심사기준을 적용하는 경우가 많다. 이에 관하여 상세한 것은 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 제9권 제3호 (2008.8), 201-226쪽; 한상운/이창훈, 현행 헌법상 평등심사기준에 관한 연구 -헌법재판소 판례를 중심으로-, 성균관법학 제20권 제1호(2008.4), 65-88쪽 참조.

79) 이에 관하여는 장영수, 기본권의 대사인적 효력과 기본권의 충돌, 고려법학 제38집 (2002.4), 105-128(114 이하)쪽 참조.

80) 앞서 검토하였던 독일의 차별금지법제에서도 이러한 점은 분명하게 나타나고 있다.

별만 하더라도 전면적 금지라기보다는 구체적인 경우에 합리적 차별 인지의 여부가 문제되는 상황이 여전히 존재한다.⁸¹⁾ 나아가 현대 후기산업사회에서 각 분야별로 복잡한 생활관계가 형성되면서 각 분야에 따른 특성을 어느 정도까지 인정할 것인지, 인접분야와의 차별이 어느 정도까지 정당화되는지에 대해서는 끊임없이 새로운 문제들이 제기되는 것이다.⁸²⁾

이러한 문제에 대한 일차적 판단은 입법자에게 맡겨질 수밖에 없다. 무엇이 평등하냐(혹은 무엇이 정의에 부합하는가)에 대하여는 -역사적 경험을 통해 확인된 부분, 즉 헌법적인 근본가치로 인정되어 그 보호 및 준수에 대해 공감대가 형성되어 있는 부분을 제외하고는- 결국 합리적인 절차에 의해 다수가 옳다고 판단하는 것(=절차적 정의!)을 잠정적인 평등(내지 정의)로 인정할 수밖에 없는 것이며, 이러한 의미에서 민주적 입법자가 정상적인 입법절차를 통해 국민의사를 수렴하여 결정한 것이 일응 평등에 부합하는 것으로 추정되는 것이다.

종래 법 앞의 평등은 이런 의미에서 입법의 정당성을 전제하는 가운데 법적용의 평등을 의미하는 것이었고, 이는 입법자에 의해 평등의 기준(즉, 무엇을 같은 것으로 혹은 다른 것으로 취급할 것인지의 기준)이 설정될 수밖에 없다는 인식에 기초한 것이었다. 그러나 현실적으로는 자의적 입법도 적지 않았기 때문에 법 내용의 평등에 대한 요청이 강력하게 제기되면서 오늘날의 평등은 입법에 의한 불합리한 차별까지도 금지하는 것으로 이해되고 있으며, 자의적 입법에 대한 헌법재판을 통한 통제가 인정되고 있다.⁸³⁾

81) 예컨대 특정 종교서적을 출판하는 기업에서 사원을 채용할 때 그 종교의 신자일 것을 조건으로 하는 것이 합리적 차별인지의 여부 등이 문제될 수 있는 것이다.

82) 예컨대 일반 기업체 근로자와 방위산업체 근로자의 차이는 어디까지 인정할 것인지, 또는 원자력 발전소에 근무하는 근로자와 화력발전소에 근무하는 근로자에 대한 차별적 취급은 어느 정도까지 정당한 것인지 등과 관련하여 평등의 문제는 계속 제기될 수밖에 없다.

83) 실제로 이에 대한 심사를 포기할 경우에는 규범통제(위헌법률심판)의 의미는 크

그럼에도 불구하고 무엇이 평등인가에 대한 문제는 여전히 계속되고 있으며, 각국의 입법례뿐만 아니라 판례 또한 구체적·개별적 문제에 대해 다양한 태도를 보이고 있다. 이러한 상황에서 무엇이 평등이냐에 대한 헌법재판소의 견해가 입법자의 견해에 일방적으로 우선한다고 주장하는 데에도 문제가 있다. 오히려 절차적 정의의 관점에서 본다면 민주적 입법절차에 의한 평등의 구체화가 더욱 타당하다고 볼 수도 있는 것이다.

이러한 문제로 인하여 무엇이 평등이냐에 대한 헌법재판소의 판단은 입법자의 견해를 최대한 존중하는 방향으로 내려져야 한다는 요청이 일반적으로 받아들여지고 있다. 오늘날 평등권의 입법구속설이 널리 인정되고 있음에도 불구하고 평등에 관하여는 이른바 완화된 심사 내지 자의성 심사가 폭넓게 인정되고 있는 이유가 여기에 있다.⁸⁴⁾

결국 평등의 실현 내지 차별금지의 구체화에 있어서는 -특별한 경우를 제외하고는- 입법의 내용 자체보다는 입법에 의한 구체화를 전제로 그 적용의 문제를 주로 다루게 된다. 즉, 이는 차별금지 관련 법제의 내용을 수범자(법을 준수하여야 할 개인, 기업 또는 국가를 비롯한 공공단체)가 어떻게 지키고 있는가, 또 수범자가 이를 제대로 지키지 않을 경우에 정부 또는 사법부가 어떻게 대응함으로써 이를 지키도록 할 것인지가 문제되는 것이다.

Ⅲ. 정부에 의한 보호와 사법적 보호

독일의 차별금지법제는 기본법 제3조를 기초로 일반적 평등대우법을 비롯한 다양한 차별금지 관련 법률에 의해 구체화되고 있다. 이러한 독일의 차별금지법제를 정확하게 이해하기 위해서는 법조문에 의

게 축소될 수밖에 없을 것이다.

84) 평등심사와 관련하여 완화된 심사기준인 합리성심사에 관하여는 한상운 / 이창훈, 현행 헌법상 평등심사기준에 관한 연구 - 헌법재판소 판례를 중심으로 -, 성균관법학 제20권 제1호(2008.4), 65-88(77)쪽 참조.

해 어떠한 유형의 차별이 금지의 대상이 되고 있는지를 확인하는 것 못지않게 차별이 발생했을 경우 어떻게 대응함으로써 차별의 발생을 억제하고 있는지도 중요한 의미를 갖는다.

독일에서 차별금지 관련 법률 위반에 대한 대응은 크게 두 가지로 나누어질 수 있다. 하나는 정부가 이에 대응하여 다양한 사전예방적 또는 사후구제적 조치를 취하는 것이며, 다른 하나는 법원이나 헌법재판소와 같은 사법기관의 재판을 통하여 구제하는 것이다. 이들은 각기 장단점을 가지고 있으며, 상호 보완적인 역할을 통하여 차별금지법제의 실효성을 강화하는데 기여하고 있다.

먼저 정부의 대응은 인권침해에 대한 대응의 큰 틀 안에서 설명될 수 있지만, 차별금지 문제가 안고 있는 특수성 때문에 차별금지문제를 전담하는 특별기구들이 설치되어 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 차별의 합리성 여부를 정확하게 판단하고 효율적으로 대응하기 위해서는 각 영역별로 그 분야 전문가들로 구성된 전담기관이 적극적으로 활동하는 것이 가장 바람직하다는 인식에 기초하여 독일의 차별금지 관련법률들이 차별금지 전담기관의 구성을 각기 직접 규정하고 있는 것이다.

그리고 사법부의 재판은 평등심사의 특수성을 중심으로 매우 복잡하지만 정교하게 짜여진 체계 속에서 행해진다. 때로는 차별적 법률을 위헌법률심판을 통해 무효화시키기도 하지만, 주로 문제되는 것은 법원의 재판 또는 헌법재판소의 헌법소원심판을 통하여 평등권의 침해 여부에 대한 심사를 통해 당사자의 정당한 권리를 보호해주는 것이다.

제 2 절 차별금지 전담기관의 구성과 활동

I. 차별 문제의 특수성과 전담기관의 필요성

앞서 설명한 바와 같이 현대사회에서 평등 내지 차별의 문제는 각 영역별로 매우 복잡하게 전개되고 있다. 생활관계 내지 활동영역이

세분화·전문화될수록 평등의 판단(차별의 합리성 판단) 또한 고도의 전문성을 요하게 되는 것이다. 이러한 전문성은 평등문제에 대한 판단의 전문성뿐만 아니라 문제되는 생활영역에 대한 이해력도 동시에 갖추어야 한다는 점에서 특별한 의미를 갖는다.

예컨대 장애인차별의 경우 장애인의 생활영역에 대한 정확한 이해를 가지고 있는 사람이 판단을 내릴 때, 장애인에 대한 차별의 합리성을 보다 심도 있게 평가할 수 있을 것이며, 다문화가정에서의 차별 문제를 합리적으로 평가하고 그에 대한 해결을 모색하기 위해서도 다문화가정의 현실과 문제점을 정확하게 이해하는 것이 전제가 되어야 할 것이다. 이렇게 각 영역별로 요구되는 전문성을 갖춘 기관에서 차별문제를 담당할 경우 그 평가의 정확성과 효율성이 높아질 수 있다.

또한 평등 여부를 판단함에 있어서는 매우 엄격한 중립성이 전제되어야 한다. 만일 일방당사자와 또는 그 사안 자체와 직·간접의 이해관계를 가지는 개인 또는 기관이 판단을 내릴 경우에는 객관적이고 공정한 판단이 되기 어렵기 때문이다. 마치 행정심판의 경우에는 행정소송에 비하여 그 객관성과 공정성이 떨어지는 것으로 인식되는 것처럼, 차별을 행한 당사자 또는 차별을 당한 당사자와 특별한 인적관계에 있는 개인이나 기관이 차별의 합리성 여부에 대해서 판단을 내려서는 곤란하다고 보는 것이다.

이렇게 객관적이고 공정한 판단만을 강조하다 보면 사법부에 의한 판단을 앞세우기 쉬우나, 사법부의 판단은 그 장점뿐만 아니라 단점도 가지고 있다. 사법적 절차가 안고 있는 시간과 비용의 부담은 결코 가볍게 여길 수 있는 것이 아니며, 특히 차별이 계속되고 있는 상황에서 신속한 해결을 구할 경우 법원의 판단보다는 전문기구의 역할이 더 효율적일 수 있다는 점은 분명하다.

이러한 고려들에 기초하여 독일에서는 각 차별금지의 영역에 따라 차별금지 전담기관들을 설치하고 있다. 그러나 이러한 기관들이 본래

의 의도에 부합하는 역할을 수행하고 있는지에 대해서는 독일 내에서도 견해의 대립이 있다.

II. 독일의 차별금지 전담기관의 유형과 역할

독일에서는 문제되는 차별금지의 영역별로 개별법률이 존재하고, 그 법률에서 각기 해당 영역의 차별금지 문제를 담당하는 전담기관을 설치하는 방식으로 구성되어 운용되고 있다.

따라서 독일의 차별금지 전담기관은 차별금지 문제를 전체적으로 규율하는 기관이 아니라 각 영역별로 한정된 권한과 활동범위를 가지고 있다. 더구나 각각의 법률에 의해 구성된 차별금지 전담기관들은 그 명칭뿐만 아니라 그 구성방식이나 권한 등에 대해서도 적지 않은 차이를 보이고 있다. 그로 인하여 개별적 특성이 상당히 강하게 나타나고 있으며, 이를 전체적으로 조망하기 쉽지 않다.

먼저 일반적 평등대우법(AGG) 제6절(제25조~제30조)에서는 차별금지담당국(Antidiskriminierungsstelle)에 관하여 규정하고 있다. 독일에서 일반적 평등대우법의 적용과 직접적 관련성이 가장 높은 국가기관이 연방 가족·고령자·여성·청소년부(Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend)이기 때문에 차별금지담당국은 그 산하에 설치된다. 그러나 일반적 평등대우법에서 차별금지담당국장은 독립하여 직무를 수행하며, 오로지 법률에만 복종한다고 명시하고 있는 것은 그 업무의 객관성과 공정성을 확보하기 위한 것이라고 할 수 있다.⁸⁵⁾ 차별금지담당국의 역할은 기존의 행정기관이나 사법부와의 권한 충돌을 피하기 위하여 차별을 당한 사람에 대한 상담 및 정보의 제공 등에 한정되며, 그밖에 홍보활동, 차별방지를 위한 조치, 차별에 관한 학술적 조사의 실시 등을 할 수 있다.⁸⁶⁾ 물론 다른 공적 기관들에 의견 표명

85) 일반적 평등대우법 제26조 제3항에서 담당국장의 신분보장에 대해 특별한 규정을 두고 있는 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

86) 일반적 평등대우법 제27조 제2항, 제3항.

을 구하거나 정보의 제공을 요청하는 것도 가능하며,⁸⁷⁾ 비정부기구를 포함한 관련기관들과의 협력도 요청된다.⁸⁸⁾

연방양성평등실현법(BGleichG) 제4절(제16조~제23조)에서는 평등실현담당관(Gleichstellungsbeauftragte)에 관하여 규정하고 있다. 100인 이상의 종사자를 가진 모든 근무처에서는 여성취업자 중에서 비밀선거를 통해 평등실현담당관을 선출하며, 독자적으로 평등실현담당관을 선출하지 못하는 작은 규모의 근무처에서는 상급 근무처의 평등실현담당관이 관할한다.⁸⁹⁾ 평등실현담당관과 함께 1명의 예비담당관이 선출되는데, 평등실현담당관은 그 활동에 있어서 지시를 받지 않는다고 선언함으로써 업무의 독립성과 이를 통한 객관성 및 공정성을 확보하고 있다.⁹⁰⁾ 평등실현담당관의 임무는 양성평등실현법과 근무처에서 성별에 의한 차별 및 성적괴롭힘으로부터의 보호와 관련하여 일반적 평등대우법의 집행을 지원하고 감시하는 데 있다. 이와 관련하여 직업상의 지원, 차별의 제거와 가정과 직업활동의 조화에 관한 문제 등에 대한 상담과 지원도 할 수 있으며,⁹¹⁾ 근무처의 장애 대해 보고할 권한과 의무를 갖고 있으며, 자신의 업무에 관한 지원을 받을 수 있다.⁹²⁾ 근무처 내에서 양성평등실현계획에 저촉되는 일에 대해 이의제기를 할 수 있으며,⁹³⁾ 이의제기가 성과없이 끝날 경우에는 재판 외 합의를 시도하고 이마저 실패하면, 행정법원에 제소할 수 있다.⁹⁴⁾

장애인평등실현법(BGG) 제4절(제14조~제15조)에서도 연방정부의 장애인권익담당관(Beauftragte oder Beauftragter der Bundesregierung für die

87) 일반적 평등대우법 제28조.

88) 일반적 평등대우법 제29조.

89) 연방양성평등실현법 제16조 제1항, 제3항.

90) 연방양성평등실현법 제18조 제1항 제3문.

91) 연방양성평등실현법 제19조 제1항.

92) 연방양성평등실현법 제20조 제2항.

93) 연방양성평등실현법 제21조.

94) 연방양성평등실현법 제22조.

Belange behinderter Menschen)에 대하여 규정하고 있다. 그러나 이 법률에서는 연방정부의 장애인권익담당관을 임명한다⁹⁵⁾는 점과 그의 권한과 책임이 사회생활의 모든 영역에서 장애인과 비장애인이 동등한 생활여건을 누리도록 배려하여야 할 연방의 책임을 다하도록 하는데 기여하는 데 있음을 확인하면서⁹⁶⁾ 모든 연방관청과 그밖의 연방 내 공공기관들이 연방정부의 장애인권익담당관의 활동을 지원하도록 하는 규정을 두는데 그치고 있다.

그리고 외국인체류법(Aufenthaltsgesetz - AufenthG)은 제8장(제92조~제94조)에서 이민·난민 및 통합 담당관에 관하여 규정하고 있다. 연방정부는 이민·난민 및 통합 담당관을 임명하며,⁹⁷⁾ 그의 직무는 상급 연방행정기관 하에서 수행되며, 연방의회의 구성원이 이를 담당할 수도 있다.⁹⁸⁾ 그의 역할은 노동시장정책 및 사회정책적 측면에서 통합정책을 촉진시키고 발전시키는 것, 그리고 외국인과 독일인의 평온한 공동생활의 전제조건들을 발전시키고 상호 이해를 촉진시키는 것, 이를 위하여 외국인에 대한 정당하지 않은 차별에 대응하는데 있다.⁹⁹⁾ 담당관은 적어도 2년에 한 번 독일 내의 외국인의 상황에 대한 보고서를 연방의회에 제출하여야 한다.¹⁰⁰⁾ 연방의 공공기관이 외국인에 대해 정당하지 않은 불이익을 가하거나 아니면 외국인의 법률적 권리를 보호하지 않는다고 의심할만한 충분한 근거가 있을 경우, 이에 대한 입장표명을 요구할 수 있고, 담당관은 이러한 입장표명에 대해 자신의 평가를 붙여서 그 공공기관 및 그 상급기관에 송부할 수 있다.¹⁰¹⁾

95) 장애인평등실현법 제14조 제1항.

96) 장애인평등실현법 제15조 제1항.

97) 이주법 제92조 제1항.

98) 이주법 제92조 제2항.

99) 이주법 제93조.

100) 이주법 제94조 제2항.

101) 이주법 제94조 제3항.

Ⅲ. 독일의 차별금지 전담기관의 권한범위와 활동에 대한 평가

이러한 독일식의 차별금지 전담기관들은 장점과 단점을 동시에 갖는다. 한편으로는 각 차별영역에 따른 전문성과 효율성을 크게 향상시킬 수 있다는 장점이 있지만, 다른 한편으로는 전체적 통일성이 깨뜨려질 수 있고 담당자의 재량이 크게 작용할 수 있다는 단점이 있는 것이다.

일반적 평등대우법에 따른 차별금지담당국의 경우에는 비교적 폭넓은 활동영역을 가지고 있다. 비록 그 권한이 -우리나라의 국가인권위원회와 유사하게- 기존의 국가기관들의 권한과 충돌하는 것을 피하기 위하여 조사 및 연구, 상담 등에 한정되고 있지만, 실질적인 역할을 할 수 있는 정도의 것으로 평가될 수 있다. 또한 연방양성평등실현법에 따른 평등실현담당관의 경우 비록 그 권한범위가 큰 것은 아니지만, 일반적 평등대우법에 따른 규정과의 연계를 전제로 근무처에서의 양성차별 문제에 대응하는데 효과적인 역할을 할 수 있을 것으로 기대할 수 있다.

반면에 장애인평등실현법에 따른 장애인문제연방담당관이나 이주법에 따른 이민·난민 및 통합 담당관의 경우에는 그 권한이나 역할이 장애인 및 외국인 차별의 문제에 실효성 있게 대응하는데 많이 미흡한 것으로 보인다. 각각의 법률이 그 입법의 주안점이나 입법 당시의 사회적 환경, 정치적 고려 등에서 차이가 있었기 때문일 것으로 추정되지만, 이러한 문제점은 결코 가벼운 것이라고 보기 어려울 것이다.

이와 관련하여 독일에서의 평가도 상당히 유보적이다. 일반적 평등대우법에 따른 차별금지담당국조차 독일의 일반국민들에게 잘 알려져 있지 않다는 보고¹⁰²⁾는 시사하는 바가 의미심장하다. 가장 보편적으로

102) 이에 관하여는 하경효, 독일 일반평등대우법에 대한 평가와 시사점, 법무부, 2009 중에서 「제2부 Sinus Sociovision 보고서(번역) 제4권 : 일상생활에서의 차별 -

적용되고 있는 일반적 평등대우법이 이러한 상황인 만큼, 다른 차별금지 관련 법률에 따른 차별금지 전담기관의 경우에는 그 정도가 더욱 심각할 수밖에 없다.

이러한 상황에서 확인할 수 있는 것은, 독일의 경우 나치의 경험에 대한 반성에 기초하여 기본법의 제정 당시부터 평등 문제에 대해서는 많은 관심과 노력을 기울여 왔지만, 그로부터 60여년이 지난 오늘날에는 -적어도 일반국민들에 있어서- 평등 문제의 의미와 중요성이 그다지 크게 느껴지지 않고 있다는 것이다. 이러한 변화는 독일 내에서 차별 문제가 심각하게 제기된 바가 없기 때문이라고 볼 수도 있다. 하지만 다른 각도에서 바라보면 또다시 나치의 경우와 같이 심각한 차별적 정책이나 행동이 큰 저항 없이 등장할 수 있다는 우려를 낳기도 하는 것이다.

제 3 절 사법적 보호

I. 평등침해에 대한 사법적 보호의 구조

차별금지 전담기관에 의한 사전예방적 활동 내지 현장에서의 구제 활동의 실효성이 한정되어 있는 만큼 평등침해(=차별취급)에 대한 사법적 보호의 중요성은 더욱 커질 수밖에 없다.

물론 사법부의 조직과 활동은 행정부와 달리 일정한 틀을 벗어나기 어렵기 때문에 차별금지 문제를 전담하는 법원을 따로 구성하는 등의 대응은 기대하기 어렵다. 그러나 평등의 특수성을 충분히 고려하는 가운데 사법적 판단을 내림으로써 평등권 침해에 대하여 효과적인 사법적 보호를 부여하는 것은 가능하고 필요하다.

독일의 사법제도상 평등침해의 문제는 일차적으로 각급 법원에서 판단하게 된다. 예컨대 민사관계에서의 평등침해가 문제될 경우에는

우리사회에서 차별과 차별금지정책에 대한 인식」 참조.

연방법원에서 이를 다루지만, 행정작용을 통한 평등침해가 문제될 경우에는 행정법원에서, 근로관계에서의 평등침해가 문제될 경우에는 노동법원에서 이에 관한 사법적 판단을 내리게 되며, 사안에 따라 상소를 통하여 다투는 것도 가능하다. 그리고 평등침해와 관련하여 적용법률의 위헌성이 문제될 경우에는 담당법원이 연방헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하고, 그 위헌 여부의 결정에 따라 재판을 한다는 점은 우리나라의 경우와 크게 다르지 않다.

그러나 독일의 평등침해 문제에서 가장 특징적인 부분은 재판소원, 즉 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정되고 있으며, 당사자가 법원의 재판결과가 평등권을 침해하였다고 주장함으로써 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다는 것이다. 물론 재판소원이 아무런 제한 없이 포괄적으로 허용되고 있는 것은 아니지만,¹⁰³⁾ 평등침해를 포함한 인권문제와 관련하여 법원의 재판을 다툴 수 있다는 점은 평등침해에 대한 사법적 보호를 매우 두텁게 만드는 결정적인 요소가 되고 있다.¹⁰⁴⁾

독일의 평등침해에 대한 사법적 보호에서 또 하나의 특이한 점은 유럽인권법원에 대한 제소의 가능성이다. 유럽인권규약에 규정된 인권의 침해가 발생할 경우, 독일의 법원이나 헌법재판소를 통해 구제받는 것이외에도 유럽인권법원에 제소하여 그 침해의 불법성을 확인하는 것이 가능하며, 이는 평등침해의 경우에도 적용될 수 있는 것이다.¹⁰⁵⁾

103) 독일에서 재판소원의 인정요건에 관하여는 Jürgen Gündisch (이명웅 역), 법원의 재판에 대한 헌법소원, 헌법재판자료 제6집(1993.12), 237-264쪽; Peter Häberle (계희열 역), 독일의 헌법소원제도, 헌법논총 제11집(2000), 481-572쪽; Rüdiger Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3.Aufl., 2006 참조.

104) 이러한 측면 때문에 국내에서도 재판소원의 도입을 적극적으로 지지하는 견해가 상당히 많다. 이에 관하여는 차진아, 재판소원의 도입 필요성과 인정범위에 관한 연구, 고려법학 제69호(2011.3), 409-452(423이하)쪽 참조.

105) 유럽인권법원을 통한 사법적 구제의 의미와 한계에 관하여는 신옥주, 유럽차원에서 인권보호를 위한 유럽인권재판소(EGMR)의 역할 고찰 - ‘사생활 및 가족생활존중권’ 판례를 중심으로-, 헌법학연구 제16권 제1호(2010.3), 379-407쪽; 전훈, 유

이러한 다양한 사법적 구제의 체계 속에서 가장 중요한 비중을 차지하는 것은 역시 연방헌법재판소이다. 연방헌법재판소는 최고법인 독일 기본법의 해석을 통해 평등침해에 관한 구속력 있는 기준을 밝힐 뿐만 아니라, 재판소원을 통해 각급 법원의 결정에도 직접적인 영향력을 미치고 있기 때문에 연방헌법재판소의 판례는 평등침해에 관해서도 가장 권위있는 기준으로 영향력을 미치고 있는 것이다.

II. 독일 연방헌법재판소의 평등 심사 방식

독일 연방헌법재판소는 기본법 제3조의 평등을 해석함에 있어서 법 적용의 평등뿐만 아니라 법내용의 평등까지 구속한다는 점을 명확히 하고 있다. 즉, 행정기관이나 법원에 의한 법 적용에 있어서뿐만 아니라 입법자에 의한 법제정에 있어서도 평등에 구속된다고 인정하고 있는 것이다. 그러나 법내용의 평등까지 사법적으로 판단하는 것은 매우 복잡한 문제를 낳게 된다.

법 적용의 평등은 본질적으로 같은 사항(규범 적용의 대상)에 대해서는 같은 법규범을 적용하여야 한다는 것이다. 과연 본질적으로 같은 사항인지에 대해서 논란이 있는 경우가 적지 않다. 하지만 모든 사법적 판단이 이러한 측면에서의 평등과 무관하지 않은 만큼, 법 적용의 평등에 관하여는 그동안의 축적된 법 적용의 사례와 판례 등을 통해 비교적 구체적인 기준들이 정해져 있는 편이다. 반면에 법내용의 평등은 본질적으로 같은 사항(규범내용의 대상)에 대해서는 같게 취급하는 입법을 하여야 한다는 것이다. 그런데 법이 만들어진 상태에서 그 적용을 평등하게 하는 것보다는 법을 만드는 과정에서 그 대상이 평등한지의 여부를 따지는 것이 훨씬 복잡하고 민감한 문제일 수밖에

유럽공동체법원과 유럽인권법원을 통한 유럽법의 국내법 질서로의 정착, 토지공법연구 제43집 제3호(2009.2), 511-528쪽; 정종길/차수봉, 유럽인권재판소에 의한 기본권 보장체계의 개인소송, 토지공법연구 제38집(2007.11), 239-254쪽 참조.

없다는 점에서, 법내용의 평등에 대해서는 견해의 대립이 더욱 첨예할 수 있을 뿐만 아니라 그 객관적 기준조차 명확하지 않을 수 있다.

법적용의 평등이 문제될 경우에는 법해석을 통해 그 적용의 범위 및 방식을 객관적으로 구체화하는 것이 어느 정도 가능하다. 그러나 입법의 경우에는 그때 그때 문제되는 사안과 상황이 끊임없이 변화되는 가운데 과연 어떤 것을 같게 취급하고, 어떤 것을 다르게 취급할 것인지에 대해 객관적인 기준을 정하기가 어려울 수밖에 없다. 그렇기 때문에 입법자에 대해서는 엄격한 법적 구속을 일부 완화하는 가운데 입법형성의 자유를 인정하는 것이다.¹⁰⁶⁾

무엇이 평등한지(혹은 평등하지 않은지)에 대한 판단은 결국 가치판단과 연결될 수밖에 없다. 그리고 국가공동체 내에서 가장 중요한 가치는 헌법의 중심적 가치인 기본권이다. 따라서 모든 국가기관이 기본권에 구속되며, 기본권의 하나인 평등권도 모든 국가기관에 대한 구속력을 갖는다. 하지만 헌법적 가치의 해석 내지 구체화에 관한 판단이 전적으로 헌법재판소에 맡겨져 있는 것은 아니다. 이미 객관적으로 확인된 기본권적 가치에 명백히 위배되는 국가작용에 대해서는 헌법재판소가 위헌판단을 할 수 있고, 해야 한다. 그러나 기본권적 가치의 구체화 내지 형성방향에 대한 논란이 있는 영역에 있어서는 입법자의 입법형성권이 더욱 폭넓게 인정될 필요가 있다.

독일 연방헌법재판소가 판결을 통해 형성해 왔던 평등권 심사와 관련한 두 가지 기준, 즉 비례성심사(과잉금지)와 합리성심사(자의금지)가 각기 다른 경우에 적용되는 이유도 여기에서 찾을 수 있다. 합리성심사를 통한 법내용의 평등 여부에 대한 판단은 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 있다는 것을 전제한다. 즉, 입법자가 합리적인 근거

106) 비록 입법도 일종의 헌법해석이라고 보는 것이 가능하지만, 사법의 경우처럼 엄밀한 의미의 법해석이라기보다는 정치적 형성이라는 측면이 더욱 강조될 수밖에 없다는 점을 고려할 때, 이러한 입법의 특성이 곧 입법형성의 자유로 연결될 수밖에 없는 것이다.

가 없이 자의적으로 차별하는 경우가 아니라면 입법자의 판단을 존중하는 것이다. 반면에 비례성심사는 단순히 자의적 차별인지의 여부만을 판단하는 것이 아니라 -기본권제한의 일반적 판단기준에 따라- 차별의 목적과 수단의 관계에서 수단의 적합성, 필요성, 균형성을 엄밀하게 요구한다. 즉, 보다 강도 높은 심사를 하게 되며, 법적용의 평등에 관한 심사뿐만 아니라 법내용의 평등에 관한 심사 중에서도 일정한 경우에는 비례성심사를 하게 된다.

Ⅲ. 위헌법률심판에 의한 평등침해 법률의 무효화

독일 연방헌법재판소는 평등권에 관한 위헌법률심판의 초기의 판례에서 합리성 심사를 원칙으로 하였다. 명확하고 합리적인 근거가 없는 경우, 즉 법내용의 차별이 자의적인 것이라면 평등에 대한 침해라고 인정하였던 것이다.¹⁰⁷⁾ 그러나 이후의 판례에서는 평등과 정의를 연결시키면서 그 구체화의 단계를 세분화하는 태도를 취하였다. 예컨대 경제나 예산 등의 영역에서는 통제의 강도가 비교적 약한 반면에 기본권의 영역¹⁰⁸⁾에서는 보다 엄격한 기준을 적용하여 통제를 강화시킨 것이다.

이러한 독일의 평등심사 기준은 우리 헌법재판소의 두 가지 기준(엄격한 심사와 완화된 심사)이나 미국 연방대법원의 세 가지 기준(엄격한 심사, 중간심사, 완화된 심사)에 비하여 훨씬 다양하게 나누어지는 것으로 이해된다. 즉, 심사의 기준과 강도를 매우 세분화하고 있는

107) 이에 관하여는 G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, DVBL. 1951, S.193-201(195) 참조. 여기서 차별취급의 합리성 여부에 대한 판단은 해당 법률관계의 본질과 차별적 취급 사이에 합리적 관계가 있다는 것을 의미하는 것이라고 한다.

108) 독일의 경우 바이마르의 경험에 대한 반작용으로 기본법을 제정하면서 사회적 기본권을 모두 배제하였다. 결과적으로 독일 기본법에 명문화되어 있는 기본권들은 자유권적 기본권이며, 그 직접적 효력이 인정되고 있다.

것이다. 무엇이 평등인지(즉, 정의에 합치되는지)에 대하여 입법자가 일차적인 판단권을 가지고 있다는 점은 기본적으로 전제된다. 그리고 입법자의 판단이 자의금지 원칙에 반하는 경우에는 통제가 불가피하다는 점도 분명하다. 그러나 어떤 경우에 보다 강화된 통제가 필요한지에 대해서는 아직도 다양한 견해, 다양한 판례들이 제시되고 있는 상황이다.

이와 관련하여 독일 연방헌법재판소의 제1부 판례를 통하여 이른바 새로운 공식(die neue Formel)이 적용된 바 있다.¹⁰⁹⁾ 이는 인적 집단의 비교의 대상으로 하는 인적 평등(persönliche Rechtsgleichheit)의 경우에는 엄격한 비례성 심사를 하되, 그밖의 생활관계를 비교의 대상으로 하는 물적 평등(sachliche Rechtsgleichheit)의 경우에는 전통적인 자의금지 원칙에 따른 합리성 심사를 한다는 것이다. 그러나 인적 평등과 물적 평등은 내적으로 연관되어 있을 수밖에 없으며, 양자의 엄밀한 구별이 불가능하다는 점에서 적지 않을 비판을 받았다.¹¹⁰⁾

이러한 비판에 따라 새로운 공식을 수정하여 이른바 최신의 공식(die neueste Formel)이 등장하였다.¹¹¹⁾ 이러한 기준에 따르면 평등의 적용은 규율대상과 차별기준에 따라 단순한 자의금지로부터 엄격한 비례성심사에 이르기까지 입법자를 구속하는 다양한 단계로 나누어진다고 한다. 즉, 입법자가 기본법상 명시된 차별금지사유에 해당되는 것과 유사한 표지를 근거로 인적 집단을 불평등하게 대우할 경우에는 엄격한 비례성 심사를 받아야 한다. 그리고 인적 집단의 불평등대우가 소수의 차별로 이어질 위험성이 크면 클수록, 그리고 인적 차별

109) 새로운 공식에 관하여는 Michael Sachs, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes - Willkürverbot und sogenannte neue Formel, in: JS 1997, S.124-130; Hans-Michael Kallina, Willkürverbot und neue Formel - der Wandel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 I GG -, 2001 (Hochschulschrift) 참조.

110) 이에 관하여는 계획열, 헌법학(중), 2007, 238쪽 이하 참조.

111) 이에 관하여 상세한 것은 계획열, 헌법학(중), 2007, 239쪽 이하 참조.

또는 생활관계의 차별이 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미치면 미칠수록 입법자의 형성의 자유는 더 많이 축소된다. 반면에 동일한 규범의 수범자들이 동일한 행위에 대하여 -그 규범의 규율맥락에 따라- 각기 서로 다른 법적 효과가 부과되는 경우에는 당사자가 어느 정도로 자신의 행동을 통해 그러한 차별을 회피할 수 있는가에 따라서 입법형성의 자유가 결정된다고 본다. 즉, 당사자의 의사와 노력에 따른 회피가능성이 인정되는 경우에는 자의금지를 기준으로 평등침해 여부에 대한 심사를 한다는 것이다.

IV. 헌법소원심판에 의한 차별적 행정작용이나 재판에 대한 심사

입법의 경우와는 달리 행정작용이나 사법작용(법원의 재판)이 평등을 침해한 경우, 즉 법작용의 평등이 문제되는 경우에는 엄격한 비례성심사가 원칙이다.

우리나라의 경우에는 법원의 재판에 대한 헌법소원(이른바 재판소원)이 배제되고 있다.¹¹²⁾ 그로 인하여 재판에 의한 평등 침해에 대해서만 헌법소원을 통한 심사가 배제되는 것이 아니라 대부분의 행정작용에 대해서도 헌법소원을 통한 심사가 배제된다. 헌법소원심판의 청구요건 중의 하나인 보충성 원칙¹¹³⁾으로 인하여 행정작용으로 인한 기본권 침해가 문제되는 경우에는 행정소송을 먼저 거쳐야 하며, 법원의 행정소송을 거친 경우에는 재판소원의 배제로 인하여 헌법소원심판의 대상에서 배제되는 것이다.¹¹⁴⁾

112) 헌법재판소법 제47조 제1항:

“법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(羈束)한다.”

113) 헌법재판소법 제68조 제1항:

“공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.”

114) 이와 관련하여 법원의 재판과 그 재판(행정소송)의 대상이 된 원행정처분을 분

그러나 독일의 경우에는 재판소원이 배제되지 않고 있기 때문에 헌법소원심판을 통하여 차별적 행정작용이나 이를 바로잡지 않은 재판을 다투는 것이 가능하다. 실제로 독일의 경우 헌법소원심판의 대부분이 행정작용과 이에 관한 법원의 재판을 묶어서 다투고 있는 것이라는 점에서¹¹⁵⁾ 평등권의 실질적 보장을 위해 우리나라에서도 재판소원을 도입할 필요성이 적지 않은 것이다.¹¹⁶⁾

리하여 원행정처분에 대한 헌법소원을 인정해야 한다는 주장도 있다. 이에 관하여는 황도수, 원처분에 대한 헌법소원, (헌법재판소) 헌법논총 제6집(1995), 191-248쪽; 정태호, 원행정처분의 소원대상성에 관한 소고, (헌법재판소) 헌법논총 제6집(1995), 249-304쪽 참조. 그러나 이러한 원행정처분에 대한 헌법소원(이른바 원처분소원)을 인정할 경우에는 같은 행정작용에 대하여 법원의 판단과 헌법재판소의 판단이 각기 독립적으로 내려질 뿐만 아니라 그 판단의 내용이 충돌될 때 이를 조정할 수 있는 방법이 없다는 점에서 사법의 통일성을 깨뜨릴 우려가 크므로 인정하지 않는 것이 타당하다. 이에 관하여는 장영수, 현행 헌법소원제도의 의의, 본질과 법원의 재판에 대한 헌법소원의 문제, (고려대학교 법학연구소) 법학논집 제32집(1996), 1-25쪽 참조.

115) 이에 관하여는 Dieter Dörr, Die Verfassungsbeschwerde in der Prozeßpraxis, 1990, S.46; Ernst Benda/Eckart Klein, Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch, 2. Aufl., 2001, §19, Rn.516 참조.

116) 다만 재판소원의 도입과 관련하여 전제되어야 할 요소들이 적지 않으므로 단계적으로 도입하여야 한다는 주장도 설득력이 있다. 이에 관하여는 차진아, 재판소원의 도입 필요성과 인정범위에 관한 연구, 고려법학 제69호(2011.3), 409-452쪽 참조.

제 5 장 맺음 : 독일 차별금지법제의 특성과 그 시사점

독일의 차별금지법제에 대한 연구를 통하여 오늘날 우리 사회에서도 크게 문제되고 있는 다양한 형태의 차별을 근절하고 평등을 실현하기 위한 시사점을 얻고자 하였다. 이를 위하여는 평등의 의의와 특성을 충분히 고려하여야 한다. 즉, 평등이 정의의 요청으로서 보편타당한 인권인 동시에 각 국가별로 평등의 실현과정에 나타나는 고유성의 측면을 감안하여야 하기 때문이다.

독일의 경우, 평등을 보편적 인권의 하나로서 근본가치로 인식한 것은 1949년 기본법 제정 당시부터 뚜렷했다고 볼 수 있지만, 최근 EU의 차별금지 지침들을 국내법으로 수용하는 과정에서는 차별금지에 관한 인식이 매우 부족하다는 반성이 독일 내부에서 나올 정도로 논란과 갈등이 많았다.¹¹⁷⁾ 그러나 신중한 정치적 의사형성과정을 거친 일반적 평등대우법을 비롯한 독일의 차별금지법제는 몇 가지 특징적인 요소를 보여주고 있으며, 이는 우리가 향후 차별금지 관련 법제도를 구체화시켜 나가는 과정에서 유의하여야 할 시사점을 제공해준다.

첫째, 독일에서의 차별금지법의 입법과정 및 운용실태를 살펴보면 유럽연합(EU)법의 존재와 유럽인권법원의 활동 등으로 인하여 독일의 국내법과 국제법의 관계에서 매우 복잡한 문제가 발생한다는 것을 알 수 있다. 우선, 독일 기본법에 의한 기본권의 국내법적 보호와 유럽인권규약에 기초한 유럽인권법원의 보호가 때로는 불일치하는 경우도 존재하기 때문이다.¹¹⁸⁾ 특히 평등문제는 그 보편성의 측면에 초점을

117) 이는 차별금지법제의 일반법인 ‘일반적 평등대우법(AGG)’이 특별법인 ‘연방양성평등실현법(BGleichG)’ 및 ‘장애인평등실현법(BGG)’ 보다 늦게 제정되는 한 원인이 되었다.

118) 실제로 노령근로자, 여성, 동성애자, 이민자 보호문제 등과 관련하여 유럽 각국에서 소수자에 대한 인권을 보호하기 위한 취지의 유럽인권법원의 (회기적·진보

맞출 것인지, 아니면 각 개별 회원국의 사회적·문화적 고유성을 더 강조하는지에 따라 결론이 달라질 수 있다. 따라서 독일을 비롯한 각 EU 회원국들 사이의 입장차이는 그 해석과 적용의 과정에도 역시 영향을 미칠 수밖에 없다. 따라서 우리나라에서 차별금지법을 제정할 경우 어느 정도까지 우리나라의 사회적·문화적 고유성을 반영시킬 수 있는지, 어떠한 한계를 벗어날 경우 국제인권법적 기준과 충돌하는 것으로 판단하여야 하는 것인지에 대한 신중한 고려가 필요하다.¹¹⁹⁾

둘째, 독일의 차별금지법률들의 실제적 내용을 살펴보면 차별금지에 관한 구체적이고 세부적인 규정을 두는 것이 바람직하다. 만약, 일반적·포괄적 규정만을 두고 구체적 문제가 발생한 경우 그에 대한 합리적 해석 또는 형량을 통해 적절하게 해결하는 것이 더욱 바람직하다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 이미 헌법에 평등조항이 규정되어 있기 때문에 이러한 해결논리는 옥상옥에 지나지 않을 것이다. 법률로써 평등에 관한 중요하고 본질적인 사항을 규율하고 평등을 구체화할 때에는 보다 명확한 규정을 됴으로써 문제의 소지를 최소화시키는 것이 바람직하다. 특히 일반적 평등대우법보다도 이전에 제정된 연방양성평등실현법이나 장애인평등실현법이 더욱 구체적으로 규정하고 있다는 점은 시사하는 바가 크다. 현실적으로 많은 갈등이 잠복해 있는 문제를 규율함에 있어서는 법률로써 명확한 기준을 제시하는 것이 사후에 판례를 통해 해결하는 것보다 사전에 갈등의 소지를 줄이는 것

적인 입장을 취한) 권고를 받아들여 국내의 인권정책을 전환한 사례는 매우 많이 발견된다.

119) 이와 관련하여 전교조에 소속된 사립학교 교원이 파업한 사건에서 강제노동의 금지와 파업권을 인정한 ILO규약 등 국제적 인권규범에 대하여 우리 헌법재판소는 비준·승인한 적이 없다고 하면서 - 일반적으로 승인된 국제법규인지 여부에 대하여는 논의하지 않은 채 - 국내법적 효력을 인정하지 않고 무시하는 태도(헌재결 1998. 7. 16. 97헌바23결정 등 다수)를 취하였다. 그러나 오늘날 세계화 현상이 확산되고 보편화되고 있는 상황에서 이러한 헌법재판소의 입장이 과연 앞으로도 계속 유지될 수 있을지는 의문이다. 따라서 우리나라도 국제인권법의 구속력에 대한 신중한 고려가 강력히 요청되고 있는 상황으로 보인다.

이 가능할 뿐만 아니라 규범적으로 요청되는 것이다.¹²⁰⁾

셋째, 차별금지법의 핵심은 어떤 사항에 대한, 그리고 어떤 사유에 의한 차별이 금지되는지를 확인하는 요건을 규정하는 것에 그치는 것이 아니라, 현존하는 차별을 어떻게 확인하고 이를 실효적으로 구제할 수 있는지이다. 즉, 평등을 실현하기 위한 인적·물적 제도적 장치를 마련하여 효과적인 구제방안을 마련하여야 한다. 독일의 각종 차별금지법률들은 이와 관련하여 다양한 장치를 마련하고 있다. 그 가운데는 우리가 참고할 만한 것도 있고,¹²¹⁾ 오히려 더 개선해야 할 부분도 있다.¹²²⁾ 무엇보다 중요한 것은 그러한 구제수단을 통하여 차별금지법의 실효성이 확보되어야 한다는 점이다. 그렇지 않을 경우에는 차별금지법의 제정 자체가 일종의 정치적 쇼로 전락하게 될 수 있을 것이다.

독일의 일반적 평등대우법은 기존의 차별금지법이 정하지 않은 영역만을 규율함으로써 법령들 상호간의 체계정당성을 지키고 각 법률

120) 물론, 법률규정을 상세하게 만든다고 해서 평등문제를 둘러싼 갈등을 모두 해소할 수 있는 것은 아니다. 그러나 적어도 갈등의 소지를 상당히 줄일 수 있다는 점은 분명하다.

121) 예컨대 일반적 평등대우법에 따른 손해배상의 구체적 규정들이나 차별금지활동을 하는 단체들에 대한 지원 내지 협력에 관한 규정들이 그러하다.

122) 예컨대 연방양성평등실현법 제9조에서는 양육과 계호의 업무를 통해 획득한 특수한 경험과 능력을 고용에 있어서 고려하도록 규정하고(동조 제1항), 자녀 양육 혹은 계호를 요하는 친족으로 인한 시간적 부담으로 인해 근로시간을 단축하여야 하는 상황을 고용에 있어서 (불리한 자질로) 고려하지 말 것을 규정(동조 제2항)하고 있다. 이는 여성이 자녀를 양육하고 아픈 가족을 돌보는 의무를 거의 전담하게 되는 현실에서 여성의 일과 가정이 양립에 도움이 되고 남성도 양육 및 계호라는 가족상의 의무 수행에 동참할 수 있는 여건을 마련하고자 한 것이었다. 그러나 이 규정은 지금까지 자녀양육과 계호를 통해 획득한 특수한 경험과 능력이 무엇이며, 이것이 당사자의 고용에 있어서 요구되는 자질과 어떻게 연결되며, 이를 어떤 방법으로, 그리고 어느 정도로 고려하여야 하는지에 대해 정확한 조사와 평가가 이루어지지 않은 상황이기 때문에 이 규정들이 실효성을 얻지 못한 것으로 평가되고 있다. 이에 관하여는 신옥주/석인선/홍기원/이종수 : 유럽연합과 회원국의 차별금지법제에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원 비교법제연구 09-15(2009.11), 159-160쪽 참조.

의 적용영역을 명확히 구별하면서 그에 의거한 담당관, 절차 등이 중복적으로 규율되지 않도록 효율적 구제수단과 법체계상의 문제에 유의하였다. 그러나 현재 우리나라에서 진행되고 있는 차별금지법 제정에 대한 논란의 핵심은 차별금지사유를 어디까지 인정할 것인가를 두고 갑론을박을 벌이고 있는 실정이다.¹²³⁾

현재 우리나라에서는 “연령차별금지법”, “장애인차별금지법”, “남녀차별금지 및 구제에 관한 법률”이 제정·시행되고 있으나, “혼혈인(인종)차별금지법”, “동성애차별금지법”, “학력차별금지법” 등은 논란 중이다. 그러나 개별법령을 체계적으로 정리하고, 차별금지에 관한 일반적 원칙과 기준을 제시하는 법률이 필요하다는 점에 대해서는 비교적 폭넓은 공감대가 형성되어 있다.

따라서 사회적 논의가 성숙되어 일반법인 차별금지법을 제정하게 된다면, 차별금지에 관한 법제 전체를 적절하게 조율하는 것이 필요하다. 따라서 일반적 차별금지법의 제정과 더불어 기존의 차별금지 관련법률들의 개정 내지 정비를 동시에 추진하거나, 기존 차별금지법의 기능적 활동영역을 침해하지 않도록 유의하면서 그 흠결을 보완하고 개선하여 체계적으로 효과적인 (차별을 당한 피해자의) 권리구제가 가능하도록 하는 입법자의 신중한 고려가 요청된다고 하겠다.

123) 2007년 10월 2일, 법무부는 ‘헌법상 평등의 원칙을 실현하는 최초의 기본법’이라는 제정이유를 밝히며, 「차별금지법제정안」을 입법예고했다. 최초의 안에는 “모든 인간은 평등하다”라는 원칙 하에, 차별금지사유로서 병력(病歷), 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 언어, 가족형태 및 가족상황, 성적지향, 학력(學歷) 등 총 20개의 차별금지조항을 규정하고 있었다. 이에 대하여 재계와 보수 언론은 “학력(學歷), 병력(病歷)에 의한 차별금지 조항이 자유로운 기업 활동을 막는다”는 이유로 반대의견을 제시했고, 더불어 일부 기독교 단체들은 차별금지법을 ‘동성애허용법안’이라고 왜곡하면서 ‘성적 지향’을 삭제할 것을 강력히 요구했다. 그러자 법무부는 7개의 차별사유, 즉 성적 지향, 병력, 가족형태 및 가족상황, 언어, 출신국가, 범죄 및 보호처분을 차별금지조항에서 삭제하고 국회에 발의하였으나 곧 국회의 임기가 만료되어 단 한 차례의 법안심기도 없이 동 법안은 폐기되었다. 2010년 법무부는 그 산하에 ‘차별금지법제정특별분과위원회’를 설치하여 차별금지법 제정에 대하여 논의하였으나, 위원회의 임기가 만료한 이후에도 차별금지법안을 국회에 발의하지 않고 있다.

참고문헌

- 계희열, 헌법학(중), 2007.
- 계희열 / 장영수, 독일기본법 50년, 통일의 저력 - 독일 반세기의 역동성 -, 1999.12, 293-330쪽.
- 김기선, 독일 일반평등법 제정의 노동법상 의의, 노동연구원 국제노동브리프. vol.5 no.1 (2007.1), 47-54쪽.
- 김기홍, 우리나라의 「장애인 차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(안)」과 독일의 「장애인 평등법」의 비교 연구, 특수교육연구 제12권 제1호(2005.6), 3-26쪽.
- 김동욱, 차별시정제도 운용상의 독일과 우리나라의 비교검토, 조정과 심판 제30호(2007년 여름), 27-45쪽.
- 김선욱, 독일 여성정책의 법적 근거와 담당행정조직 -평등지위정책과 평등지위부서를 중심으로-, 이화여대 법학논집 제2권 제2호 (1998년 2월), 201-221쪽.
- 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 제9권 제3호 (2008.8), 201-226쪽
- 박민영, 주요국 장애차별금지법의 비교법적 연구- 장애의 정의를 중심으로-, 공법학연구 제8권 제1호(2007.2), 195-222쪽.
- 법무부, 독일 평등대우법의 제정과정에 관한 연구, 2008.
- _____, 각국의 차별금지법, 제1권~제3권, 2008.
- 변용찬, 미국, 영국, 독일의 장애인차별금지법과 시사점, 국제사회보장동향 2006년 겨울호 (2006.12), 23-34쪽.

참고 문헌

- 신옥주, 독일 연방남녀평등법(gesetz zur gleichstellung von frauen und maennern in der bund: BGleiG) 연구, 법제연구원 (최신)외국법제정보. 2008-2, 122-129쪽.
- _____, 우리의 “남여고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률”과 독일의 “연방남녀평등법”에 대한 비교 고찰, 토지공법연구 제 40집(2008.5), 385-405쪽.
- _____, 유럽연합의 반차별지침(Anti-Diskriminierungsrichtlinie) 고찰, 공법학연구 제9권 제2호(2008.5), 209-231쪽.
- _____, 독일의 성별입법영향평가 고찰, 입법평가연구 창간호(2009), 235-263쪽.
- _____, 유럽차원에서의 인권보호를 위한 유럽인권재판소(EGMR)의 역할 고찰 -‘사생활 및 가족생활존중권’ 판례를 중심으로-, 헌법학연구 제16권 제1호(2010.3), 379-407쪽.
- 신옥주 / 석인선 / 홍기원 / 이종수, 유럽연합과 회원국의 차별금지법제에 관한 비교법적 연구, 한국법제연구원 비교법제연구 09-15 (2009.11).
- 윤석진, 독일의 장애인평등법(Behindertengleichstellungsgesetz in Deutschland), 법제연구원 (최신)외국법제정보. 2008-10, 76-84쪽.
- 이육한, 차별금지원칙과 실질적 평등권 -양성평등을 중심으로-, 공법학연구 제6권 제3호(2005.12), 111-133쪽.
- 장영수, 현행 헌법소원제도의 의의, 본질과 법원의 재판에 대한 헌법소원의 문제, (고려대학교 법학연구소) 법학논집 제32집(1996), 1-25쪽.
- _____, 기본권의 대사인적 효력과 기본권의 충돌, 고려법학 제38집 (2002.4), 105-128(114 이하)쪽

- _____, 평등의 헌법상 의의와 실현구조 -헌법재판소 결정에 대한 분석을 중심으로-, 한독법학 제16호(2004.11), 261-346쪽.
- _____, 헌법학, 홍문사 2011.
- 전 훈, 유럽공동체법원과 유럽인권법원을 통한 유럽법의 국내법 질서로의 정착, 토지공법연구 제43집 제3호(2009.2), 511-528쪽.
- 정문식, 평등위반 심사기준으로서 비례원칙, 부산대 법학연구 제51권 제1호(2010.2), 5-47쪽.
- 정종길 / 차수봉, 유럽인권재판소에 의한 기본권보장체계와 개인소송, 토지공법연구 제38집(2007.11), 239-254쪽.
- 차진아, 사회적 평등의 의미와 실현구조, 안암법학 제21호(2005.11), 227-256쪽.
- _____, 재판소원의 도입 필요성과 인정범위에 관한 연구, 고려법학 제69호(2011.3), 409-452쪽.
- 조성혜, 독일의 고령자 고용촉진법제, 노동법학 제29호(2009.3), 289-324쪽.
- 하경효, 독일 일반평등대우법에 대한 평가와 시사점, 법무부, 2009.
- 한국ILO협회, 高齡者의 雇傭問題와 年齡差別 :先進諸國의 年齡差別 禁止法制, 國際勞動 통권제85호 (2004.4), 17-47쪽.
- 황경식, 사회정의의 철학적 기초 -롤즈의 정의론을 중심으로-, 1985.
- 한상운 / 이창훈, 현행 헌법상 평등심사기준에 관한 연구 -헌법재판소 판례를 중심으로-, 성균관법학 제20권 제1호(2008.4), 65-88쪽.
- Konrad Hesse(계희열역), 서독헌법원론, 1987.
- Gustav Radbruch(엄민영 / 서돈각 공역), 법철학입문, 제3판, 1982.

참 고 문 헌

- John Rawls(황경식 역), 사회정의론, 1989.
- Rolf Wank(유성재 역), Antidiskriminierungsrecht in Deutschland 독일의 차별금지법 : 근로관계를 중심으로, 중앙대 법학논문집 제32집 제2호(2008.12), 307-349쪽.
- _____, 유럽연합의 고용차별금지법 Antidiskriminierungsrecht in der EG, 성균관법학 제20권 제3호(2008.12), 233-267쪽.
- Benda, Ernst / Klein, Eckart: Verfassungsprozeßrecht, 2.Aufl., 2001
- Bleckmann, Albert: Die Struktur der allgemeinen Gleichheitssatzes, 1995.
- Bracher, Karl Dietrich: Die Auflösung der Weimarer Republik, 5.Aufl., 1971.
- Chang, Young-Soo: Streitbare Demokratie, Diss. Frankfurt, 1990.
- Däubler, Wolfgang/Bertzach, Martin: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz : Handkommentar, 2.Aufl., 2008.
- Denninger, Erhard : Staatsrecht, Bd.1, 1973.
- Dörr, Dieter : Die Verfassungsbeschwerde in der Prozeßpraxis, 1990
- Kirchhof, Pau : Der allgemeine Gleichheitssatz, in : Josef Isensee / Pual Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.V, 1.Aufl., 1992, S.837-972.
- Leibholz, Gehard: Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, DVBL. 1951, S.193-201.
- _____ : Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2.Aufl., 1959.
- von Maydell, Bern Baron/Ruland, Franz/Becker, Ulrich (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 4.Aufl., 2008.

- Scheuner, Ulrich : Die Staatsrechtliche Bedeutung des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich, in : Leibziger Zeitschrift für Deutsches Recht, jetzt in : M.Hirsch / D.Mayer / J.Meinck(Hrsg.), Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, 1984, S.112-115.
- Dagmar Schiek(Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007.
- Sachs, Michael : Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes - Willkürverbot und sogenannte neue Formel, in: JS 1997, S.124-130.
- Schleusener, Aino / Suckow, Jens / Voigt, Burkhard: AGG: Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 3.Aufl., 2010.
- Schneider, Hans-Peter : Das parlamentarische System, in : E.Benda / W. Maihofer / H.-J.Vogel(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2.Aufl., 1994, S.537-598.
- Sontheimer, Kurt : Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, 1983.
- Triepel, Heinrich : Die nationale Revolution und die deutsche Verfassung, in : Deutsche Allgemeine Zeitung, 1933, Nr.157, jetzt in : M.Hirsch / D.Mayer / J.Meinck(Hrsg.), Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, 1984, S.116-119.
- Wahl, Rainer : Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866, in : Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I , 1.Aufl., 1987, S.3-34.
- Zuck, Rüdiger : Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3.Aufl., 2006.