

여성공무원 평등지위 촉진을 위한 독일 브레멘시정부의 지침에 관한 행정판례 — 독일 브레멘 행정법원 1987년 11월 26일 판결 —

金 善 旭*

◇ 차 례 ◇

I. 머리 말	3. 기본법 제33조제 2항과의 관계
II. 사건개요	4. 여성우대유도지침적 성격의 "Sollen" 규정
III. 판결요지	5. 행정지침으로서의 문제
IV. 판결이유	6. UN여성차별철폐협약과의 관계
1. 기각이유	7. 부양의무(Fürsorgepflicht) 와의 관계
2. 기본법 제 3 조제 2 항 · 제 3 항 과의 일치여부	8. 타법과의 관계
	V. 맺음 말

I. 머리 말

독일에서는 사실상의 남녀평등을 실현하기 위하여 여성쿼터(Frauenquoten)의 실시에 관한 토론이 10여년 전부터 있어 왔고 최근 몇년사이에 더 활발해지고 있다.¹⁾ 특히 많은 연방주들이 다소 내용상의 차이는 있으나 여성차별금지법 또는 여성지원

* 한국여성개발원 책임연구원, 법학박사.

1) 주요 관련 자료 : Heide M. Pfarr, *Quoten und Grundgesetz-Notwendigkeit und Verfassungsmäßigkeit von Frauenförderung*, 1988 ; Michael Sachs, *Die Quotenregelung und der*

법 등에 의해 쿼터규정을 법으로 제정하고 있다. 즉 노르트라인-베스트팔렌주에서는 1989년 10월 31일 여성지원법(Frauenförderungsgesetz)²⁾을, 베를린에서는 1990년 12월 31일 주반차별법(Landesantidiskriminierungsgesetz)³⁾을, 브레멘의 경우 1990년 11월 20일 주평등지위법(Landesgleichstellungsgesetz)⁴⁾을, 자란트주의 경우 1989년 5월 10일 여성지원에 관한 법(Gesetz zur Förderung von Frauen)⁵⁾을 제정하였고 쉘레스비히-홀슈타인주의 경우 이러한 규정을 준비중에 있으며 라인란트팔츠의 경우는 1989년 4월 14일에 SPD가 제출한 법안⁶⁾이 있었다. 그리고 이미 1988년말 Grüne⁷⁾와 SPD⁸⁾가 이와 관련한 법안을 연방의회에 제출했으며 함부르크의 경우는 이미 1984년에 「공근무에서의 여성승진기본방침」을 규정하였고 브레멘의 경우도 주평등지위법 이전에 1984년 10월 9일 「공근무에서의 여성지원지침」을 결정했다.

이러한 쿼터규정을 포함한 여성지원관련법의 필요성은 형식적·법적 평등의 실현으로 인하여 법상의 남녀차별은 철폐되었으나 사실상의 평등은 여전히 실현되지 못하고 있다는 것에 있다. 이는 여성차별의 문제는 전통적인 남녀역할의 고정관념에 기인하며 여성차별의 과정이나 방법은 보통 파악하기도 어렵고 구체적으로 입증하기도 어려운 구조적·만성적인 차별로 법적 보장만으로는 부족하므로 그동안의 차별에 대한 보상조치로서의 적극적인 평등실현조치를 취하여야만 사실상의 평등이 보장될 수 있다는 필요성을 말한다. 특히 이러한 적극적 평등실현조치중의 하나인 쿼터규정이 공근무에서의 임용 및 승진의 기본지침으로 나타나는 것은 독일에서 정부는 최대의 고용주이며 기본권의 주체로서 헌법상의 평등권명령의 실현의무를 갖기 때문이다.

그러나 이러한 쿼터규정은 지난 수백년동안 행해진 여성차별대우에 대해 현재의

Rentenaltersbeschuß des BVerfG NVwZ 1991, SS. 437~455; Heide M. Pfarr/Christiane Fuchsloch, *Verfassungsrechtliche Beurteilung von Frauenquoten*, NJW 1988, SS. 2201~2206; Rolf Stober, *Frauenquoten im öffentlichen Dienst*, ZBR 1989, SS. 289~295; Ulrich Battis, *Frauenquoten und Grundgesetz*, DVBl. 1991, SS. 1165~1174.

2) GVBl. NJW 1989, S. 567.

3) bln. GVBl. 1991, S. 7.

4) brem. GVBl. S. 433.

5) ABl. Saarl., S. 977.

6) LT-Dr. 11/2745 von 14. 4. 1989.

7) BT-Dr. 11/3266.

8) BT-Dr. 11/3728; dazu Bernhard Kempen, *Gleichberechtigung und Gleichstellung*, ZRP, S.367.

남성들이 죄도 없이 보상해야 하는 것이므로 헌법상의 평등권명령에 의해 개인적 기본권을 갖는 남성에 대한 역차별이라는 문제가 제기되기도 한다.

그동안 몇번의 법적 문제가 제기되었는데 이에 관한 독일 행정법원의 첫번째 결정이 바로 여기서 다루고자 하는 브레멘 행정법원의 판결이다.⁹⁾

하나의 하급법원의 판결이지만 새로운 법적 문제에 대하여 상세한 논거를 다루고 있는 동 판결을 우선 사건개요, 판결요지, 그리고 판결이유를 가능한 한 완벽하여 소개하고, 동 판결의 의미와 동 판결 이후의 이 문제에 대한 토론상황을 맺음말에서 다루고자 한다. 판결이유에 대하여는 이해를 돕기 위하여 저자가 임의의 소제목을 붙이고자 한다.

II. 사건개요

1984년 10월 9일 브레멘(Bremen) 시정부는 브레멘시의 공근무(öffentlicher Dienst)에 있어서의 여성지원에 관한 지침¹⁰⁾을 결정했다. 원고 K씨는 브레멘시 지방법원판사로서 앞으로 자신이 승진후보자가 될 때 동 지침의 제9호가 적용되지 않아야 됨을 확인하고자 했다.

동 지침 제9호의 내용은 다음과 같다: “고위직의 임용 및 보직시에 당해 부문의 비교할 수 있는 기능의 직에 남성근무자수보다 여성근무자수가 적을 때에는 여성후보자가 남성후보자와 같은 능력을 가진 경우 여성을 우선적으로 임용·보직한다(sollen). 구체적인 이유가 있는 경우에는 해당 행정부의 승인을 받아 이와 달리 결정할 수 있다. 행정관청은 여성의 평등권실현을 위한 브레멘 중앙부서에 합당한 이유를 첨부하여 목적하는 다른 결정을 통보한다.”

1986년 10월 23일 원고 K는 행정법원에 확인소송을 제기하였으며 동 법원은 이를 기각하였다.

III. 판결요지

① 브레멘 시정부는 브레멘시 공근무의 고위직에서 여성이 불이익을 받고 있는지의 여부에 대하여 평가할 여지(Einschätzungsspielraum)를 갖는다. 시정부가 이에

9) VG Bremen, Urt. v. 26. 11, 1987-3A 392186, NJW 1988, SS. 3224~3228.

10) Richtlinie zur Förderung von Frauen im öffentlichen Dienst der Freien Hansestadt Bremen (BremAbl. S. 351).

대하여 합리적이고 현실적인 평가에 근거하여 확증한 경우에는 법원은 이에 기속된다.

② 공근무의 고위직에서 여성에 대한 사실상의 불이익이 전제된다면, 기본법 제 3 조 제 2 항·제 3 항의 객관적 내용에 따라 후보자가 동일한 자격을 갖는 경우에 일정한 한계내에서 여성을 위하여 보상적 조치를 행할 수 있다.

③ 자격에 따른 임명과 승진의 원칙은 헌법적인 우선 순위를 갖는다. 자격을 심사할 때 시정부는 적합한 후보자의 공정한 심사를 위한 모든 해당 판단자료를 이용할 것을 명한다.

④ 시정부의 판단여지의 범위내에서 예외적으로 남성후보자와 여성후보자의 동일한 자격을 판단하는 경우에는 구체적 경우에 형량의 결정을 하여야만 한다.

⑤ 남성후보와 여성후보에 대한 사회적 상황이 동일하거나 여성을 위한 상황인 경우에는 여성후보는 여성지원지침에 규정된 여성을 위한 최대한의 우대를 지속재량으로 요구할 수 있다. 다만, 남성후보가 특별한 사회적 고려를 필요로 하는 경우에는 시정부는 형량과 심사에 의하여 남성을 위해서도 여성을 위해서도 적법한 결정을 할 수 있다. 남성의 상황이 이례적인 사회상황을 나타내거나 다른 규정에 근거한 우선명령이 있는 경우에는(예를 들어 신체장애자의 권리) 임명 또는 승진에 관한 결정이 남성후보를 위하여 되어야 한다.

⑥ 여성이 남성과 동일한 자격을 갖춘 경우 행정지침에 의하여 강제적으로 여성을 택하여야만 되었다면(müssen) 이는 헌법적으로 허용되지 않는다.

⑦ 모든 형태의 여성차별철폐협약에 관한 1985년 4월 25일 법과 관련하여 동 협약 제 4 조 제 1 항은 기본법 제 3 조에 의한 한계내에서 동일한 자격의 경우 여성지원지침에 규정된 여성을 위한 쿼터규정에 대한 충분한 법적 근거를 포함한다.

⑧ 사실상의 불이익이 존재하는 경우 여성을 위한 우대 유도지침은 헌법상 보장되는 직업공무원제도의 전래된 원칙으로서의 부양(Fürsorge)의무에 반하지 않는다.

IV. 판결이유

1. 기각이유

행정법원법 제 43 조에 의한 확인소송은 이유없다. 원고는 앞으로 자신이 보수그룹 R 2 로의 승진을 지망할 때 여성지원지침 제 9 호가 적용되지 않아야 함을 요구할 수 없다. 원고의 이러한 요구는 여성지원지침 제 9 호가 상위법에 위배되는 경우

에만 가능하나 본 건의 경우 이에 해당하지 아니한다.

2. 기본법 제 3 조제 2 항 · 제 3 항과의 일치여부

(1) 헌법상의 평등권 명령의 의미

여성지원지침 제 9 호는 특히 기본법 제 3 조제 2 항과 제 3 항의 평등권원칙과 일치한다. 이의 판단에 관하여는 헌법상의 평등권명령의 의미를 상세히 정하는 것이 필요하다. 기본법 제 3 조제 2 항과 제 3 항은 성에 기인한 불이익도 우대도 원칙적으로 금지한다. 물론 이러한 금지와 이에 상응하는 평등권적 취급의 명령은 예상가능한 모든 조치가 성을 불문하고 입법적 또는 행정적 결정의 해당자의 성이 없는 것으로 생각되어야만 하는 것을 추구해야 한다는 문자적 의미로 해석될 수는 없다. 특별한 헌법상의 규정과 관계되거나 남성과 여성의 생물학적 차이에 근거한 경우 성에 기인한 일정한 불이익이나 우대가 허용된다는 것은 판례와 학설이 일치되게 인정하고 있다.¹¹⁾ 연방헌법재판소¹²⁾는 더 나아가 성에 기인한 기능적 차이가 중요한 생활관계에서 공통의 특징이 완전히 해체될 정도로 결정적인 경우에는 성의 특별한 차별도 허용하는 것으로 판단했다.

성차별금지에 대한 판례나 학설상의 보완은 기본법 제 3 조제 2 항과 제 3 항의 평등권명령이 해석을 필요로 한다는 점을 분명히하고 있다. 중점이 되는 것은 모든 남성과 모든 여성에게 동일하게 있는 개인적 · 주관적 기본권으로서의 기본법 제 3 조제 2 항과 제 3 항의 성에 기인한 차별금지의 질(Qualität)이다.

그러나 기본법 제 3 조제 2 항과 제 3 항은 이러한 주관적 방어권을 주장하는데 충분하지 않다. 헌법 문헌에서 성의 평등권에 관한 한 기본법 제 3 조제 2 항은 남녀평등권에 대한 적극적 명령의 형태이고 제 3 항은 소극적 금지규정의 형태로 같은 의미를 갖는다는 것이 다수설이다. 이 두 헌법규정에서 성에 관련된 동일한 취급에 대한 개인적 기본권이 나온다.

기본법 제 3 조제 2 항의 내용은 개인적 기본권보장만을 의미하지 않는다. “남성과 여성은 평등한 권리를 가진다”는 동 규정은 동시에 평등권명령의 객관적 프로그램 내용도 담고 있다. 이에 대하여는 기본법 제 3 조제 2 항 규정의 생성사를 보아야 한다. 기본법 제 3 조제 2 항은 평등권에 대한 여성의 역사적 요구에 상응하고자 했다.

11) Vgl. v. Mangoldt-Klein-Starck, GG, Art. 3 Rdnr. 206 ; Schmidt Bleibtreu-Klein, GG, Art. 3 Rdnr. 33 ; AKGG zu Art. 3, Rdnr. 81 ; v. Münch, GG, Art. 3, Rdnr. 82.

12) BVerfGE 15, 337(343).

기본법 제정 당시 사회적·역사적 상황이 여성의 법적·사회적 지위를 남성의 법적·사회적 지위에 상응하게 해야 한다는 요구였다. 따라서 여성의 형식적·법적 평등 지위가 하나의 중요한 발전의 계기가 되었고 이는 동시에 사회적 현실에서 그리고 더 나아가 직업현장에서 남녀평등실현에 대한 요구로 연결되었다.

(2) 관련 연방헌법재판소 판례

연방헌법재판소는 많은 판결에서 기본법 제 3 조 제 2 항은 동 규정의 역사적 배경에서 주관적 기본권 청구권뿐만 아니라 객관적 법적관계를 갖는다고 분명히 해왔고 이미 1953년 12월 18일 판결¹³⁾에서 의회는 기본법상의 정의의 정신을 실현시키려는 노력을 해야 한다고 강조했다.

1963년 3월 20일 판결¹⁴⁾에서는 “평등권원칙은 단어, 의미 및 생성역사에 따르는 포괄적 의미를 갖는다. 이 효력은 당사자들의 전통적 신념에 달려있지 않다. 기본법 제 3 조 제 2 항과 제 3 항은 단지 현재의 법 원칙을 입증하는 것이 아니라 장래에 대한 성의 동일가치성을 실현시키는 것을 목표로했다.” 동 판결의 핵심적 내용은 1978년 5월 31일¹⁵⁾의 판결에서도 반복되었다.

1963년 7월 24일 판결¹⁶⁾에서는 “기본법 제 3 조 제 2 항과 제 3 항은 객관적 가치 기준이며 또한 침해된 주관적 기본권의 기초이다”라고 함으로써 평등권명령의 기능이 객관적 가치기준과 주관적 기본권임을 분명히했다.

1963년 7월 25일 판결¹⁷⁾에서는 기본법 제 3 조 제 2 항의 “프로그램적 의미”와 “그의 방향제시적 가치결정”을 논하였고 1981년 6월 16일 판결에서는 “이 헌법명령은 현존하는 사회적 현실 즉 현존하는 남성과 여성의 임금차이를 참아야 하는 것으로 그 내용이 감소된다면 양성평등권이 미래에 수행해야 할 자신의 기능을 잃는다”고 함으로써 현존하는 사회적 현실을 보충적으로 수행해야 하는 과제는 입법자의 과제가 아니라는 기본법 제 3 조 제 2 항의 차별금지에 대한 관점에 항변했다.

기본법해석에 관한 최고법원으로서의 연방헌법재판소의 위와 같은 판결들은 기본법 제 3 조 제 2 항과 제 3 항의 규정의 내용이 남성과 여성의 주관적 권리 이상임을 인정해 왔고 동시에 동 규정은 객관적 가치결정 내지 객관적 가치기준을 포함한다.

13) BVerfGE 3, 225(233).

14) BVerfGE 15, 337(345).

15) BVerfGE 48, 327(339, 340).

16) BVerfGE 17, 1(27).

17) BVerfGE 17, 99(108).

(3) 여성지원지침의 사실상의 필요성

1) 필요성의 근거

기본법 제 3 조제 2 항과 제 3 항을 해석할 때에는 위의 두 가지 관점이 고려되어야 한다. 구체적인 경우에 한 결정에 있어서 연결특징으로서 성에 대한 무고려에 관한 개인적 기본권의 지위가 범형식적 영역뿐만 아니라 사회적 현실에서도 남녀의 평등권실현에 관한 객관적 가치결정과 일치하지 않을 때에는 기본법 제 3 조제 2 항과 제 3 항에 포함된 2개의 법익사이의 형량이 이루어져야 한다. 이 형량에 대하여는 더 구체적으로 설명되겠지만 이러한 형량은 기본법 제 3 조제 2 항과 제 3 항으로부터의 개인적 청구권이 동 규정의 객관적 가치결정을 유효하게 하기 위하여 일정한 한계에서 한정되어야 한다는 것을 이끌어 낼 수 있다. 이러한 헌법적으로 허용되는 형량은 자유항구도시 브레멘의 공근무에서의 고위직의 임용 승진결정에 대한 여성지원지침 제 9 호에 표현되어 있다.

여성지원지침 제 9 호에서는 동일한 자격을 가진 경우에는 여성이 우선된다(sollen)고 규정하고 있다. 이 규정은 강제적으로 우선 고려되어야만 한다(müssen)는 것이 아니며, 더 나아가 이유있는 개별적 경우에는 우대의 원칙에 대한 변형의 여지도 주고 있다. 동 규정은 물론 사회적 현실이 헌법제정권자에 의해서 기본법 제 3 조제 2 항에 상정된 남성과 여성의 평등권 프로그램과 일치하지 않는다는 것을 기본전제로 한다.

벤다 교수의 감정서는 자유항구도시 브레멘의 고위직에서의 사실적 상황과 다음과 같이 요약하고 있다.

“브레멘의 여성평등권실현 중앙부서가 1982년 6월에 실시한 한 조사연구에서 자유항구도시 브레멘에서의 상황이 설명되고 있다.…… 전체 공무원중 단지 21.2%가 여성이며 특히 진급된 지위나 지도적 기능에는 여성이 적절하게 대표되고 있지 않다. 1980년에 지도적 지위¹⁸⁾에는 6.9%의 여성이 있었고 이 숫자는 1982년까지 큰 변화가 없다. 전일근무공무원은 1/5이 여성이나 보수가 높은 보수그룹 A 14부터 A 16사이, B, C, R, H에서의 여성은 1/10 이하이며 특히 보수그룹 B는 1.82%, R는 7.86%, C는 7.55%로 더 적게 대표되고 있다.”

이 통계치는 구술심문에서 피고의 소송대리인의 진술에서 밝혀진 바와 같이 그 후 본질적 변화가 없다. 이에 따라 전체인구상의 남녀구성비를 기준으로 할 때 브레멘시 공근무의 고위직에서 여성이 적게 대표되고 있는 것은 분명하다. 어디에 이 적

18) Amts-, Abteilungs-, Referats, und Sachgebietsleitern 등을 말함.

은 대표성의 원인이 있는가에 대하여는 원고와 피고사이의 견해가 다르다.

원고는 여성은 임신과 자녀양육으로 인하여 직업에서의 경력을 스스로 포기한다고 주장한다. 이 주장의 근거가 맞다면 공근무에서의 지도적 기능에 있어서 사회적 현실의 수정에 대한 헌법적 요구가 실제로 없다는 것이 인정될 수 있다. 당사자의 자유 결정에 의해 발생하는 사실상의 차이는 변경필요성이 없기 때문이다. 이러한 원고의 주장의 근거가 현실에 합당한지의 여부는 특히 대다수의 여성과 관계되는 직업적 경력의 포기에 대한 '자유성(Freiwilligkeit)'이라는 부분에서 매우 의심스럽다.

Benda 교수¹⁹⁾는 여성법조인의 경우, 일반적으로 정상적인 교육기간을 생각할 때, 자녀를 1명 또는 2명 이상 원하는 경우 32세의 연령제한 전에 임용요건을 채우는 것은 거의 불가능하다고 언급하고 있다. 임신 및 자녀양육으로 인하여 늦어진 임용이나 휴직은 직업을 가진 여성의 직업적 발전의 기회를 감소시킨다.

이를 직업적 발전에 대한 자유의사의 포기로 볼 수 없다. 또한 자격에 관하여도 여성은 그 과제에 남성보다 덜 적합하기 때문에 지도적 기능에 적게 임용된다는 것에 근거를 두고있지 않다. Benda²⁰⁾는 또 학문적 또는 기타의 시험 결과는 여성의 부담에 대한 성에 특수한 차이가 나타나지 않으며 오히려 반대로 여성에 대한 더 나은 평가가 나타나고 있다고 설명하고 있다. 이것은 지도적 지위에서의 여성의 미약한 대표는 여성과 남성의 전통적인 역할분담관계와 관련이 있다는 것을 입증한다.

법관직의 경우 1945년전에는 법적으로도 사실상으로도 여성임용이 금지되었으며, 남성직업으로서의 법관에 대한 관념은 1945년 이후에서야 점차 변화되기 시작했다. 대학에서 법학전공 여대생수나 법관직을 지원하는 여성수가 적은 것은 바로 이러한 뿌리에 기인한다고 할 수 있다. 기타의 공직에서의 고위직의 경우도 이와 유사한 역사적 전통적 이상형이 역할을 하고 있다.

Benda²¹⁾는 사실상황을 아래와 같이 결론짓고 있다.

“공근무에서 특별히 자격을 요하고 높은 책임이 필요한 지위를 취급할 때 여성에게 부담을 주는 사실상의 평등이 결여되어 있다고 결론적 상황을 말하게 된다. 이 영역에서 여성은 남성에 대하여 집단으로서의(als Gruppe) 불이익을 받고 있다.”

2) 필요성에 대한 판단권

공근무의 고위직에서 여성과 남성이 불평등하게 대표되고 있는 것에 중요한 역할

19) E. Benda, Gutachten S. 6.

20) a.a.O., S. 34.

21) a.a.O., S. 34.

을 할 수 있는 상황과 가능성에 대한 여러 관점에서 볼 때, 이 분야에서 성차별있는 대표성이 실제로 어디에 기인하는가를 스스로 지속적으로 확정하는 것은 법원이 결정해야 할 과제가 아니다.

공근무의 지도적 지위분야에서 현존하는 사실이 기본법 제 3 조제 2 항의 헌법프로그램과 일치하지 않는 사회적 현실 즉 사실상의 여성의 불이익인지 아닌지의 평가는 국가공동체의 관계기관에 위임되어야 한다. 즉 여기에 관련된 입법자와 민주적·합헌적인 행정부가 된다.

이 양자에게 기본법 제 3 조제 2 항은 객관적 내용과 함께 양성평등권을 사실상으로 어느 경우나 미래에 대하여도 실현하고 보장할 것을 명하고 있다. 법원은 이러한 평가를 법원 고유의 것으로 대체할 수 없다. 이 평가여지는 다만 현존하는 사실이 사실상의 불이익의 결과를 금지하는 곳, 즉 여기 브레멘시 공근무의 고위직 분야에서 여성의 사실상의 불이익의 평가를 정당화하는 명백하고 집행가능한 형량이 없는 곳에 그 한계를 갖는다.

브레멘 공근무에서의 지도적 기능에 대한 성에 기인한 임용에 관한 확실한 숫자와 Benda감정서에서 이에 대한 근거로 논해지는 형량을 보면 여성지원지침을 발한 브레멘시의 평가가 사실상의 여성의 불이익을 전제하기 때문에 자의적이고 근거없는 형량에 관련된다고 할 수 없다.

동일한 이유에서 남성과 여성이 전체인구의 비율만큼 대표될 때 브레멘시 공근무의 고위기능의 성에 특수한 구성의 변화가 헌법의 프로그램적 내용, 즉 사회적 현실에서는 평등권실현이 적합한지 또는 공근무의 고위기능에서의 여성이 여성직업활동인구의 뒷에 상응할 때 또는 공무원이나 관사직의 여성수와 승진시에 모든 신규임용직의 수나 또는 지원수에 상응하게 대체될 때 충분한지 여부는 피고의 평가에 위임되어야 한다.

모든 기준(Bezugsgröße)은 다소의 근거가 있다. 피고가 선택한 기준—즉 전체인구의 남녀구성비에 따른 기준은 어떤 경우에도 자의적이거나 비합리적이지 않다.

따라서 피고의 공근무에서의 지도적 기능분야의 사회적 현실에서도 그 당시 여성의 부담이 있다는 전제에 근거한다면 헌법제정권자에 의하여 요구된 평등권을 변형(Abweichen)하는 것은 사실상의 평등을 이루기 위하여 시정되어야 하는 기본법 제 3 조제 2 항의 객관적 내용과 일치한다.

그러나 다른 한편으로 남성이 성으로 인한 불이익을 받지 않아야 하는 남성의 개인적 기본권청구권이 내용없는 것이 되지 않도록 하기 위하여 어떻게 이러한 보충적 교정을 이루어야 하는지는 아직 확정되지 않았다.

3. 기본법 제33조제 2 항과의 관계

기본법 제 3 조제 2 항에서 유도되는 여성을 위한 보충적 규정은 다른 헌법적 명령에 위반될 수 없다. 여성을 위한 특수한 보충에 관한 이러한 헌법상의 한계는 기본법 제33조제 2 항이 된다. 동 규정에 의하여 모든 공직의 채용은 적성·능력 및 전문적 업적에 따라 정한다. 공근무에서의 헌법적 실적주의원칙은 기본법 제 3 조제 2 항에 우선하며 공근무의 신규채용에 대한 선발기준을 확정한다.²²⁾

따라서 여성을 위한 보충적 규정은 자격에 의한 임용과 승진의 원칙에 반하지 않는 범위내에서만 허용될 수 있다. 여기에 시정부의 판단여지가 존재하며 시정부의 판단은 철저한 조사에 의하여야 하고 일반적으로 유효한 가치기준이 존중되고 비합리적인 형량이 될 수 없는 정당하고 결함없는 판단의 합리성에 의하여야 한다.²³⁾ 승진의 경우에도 시정부는 가장 적합한 지원자를 합리적으로 조사하기 위한 모든 가능한 자료를 사용해야 한다. 여기에 우선적으로 최근의 근무평정이 고려되지만 기타 업적과 적성에 관련되는 기준 즉 과거의 근무평정, 시험성적, 보충적 자격 및 특별한 경력도 고려된다.²⁴⁾ 이에 의해서 실적평가(Leistungsbeurteilung)와 적성평가(Eignungsbeurteilung)를 구별하고 분명히해야 하는 의무가 나온다. 시정부가 구별한 평가를 포기하고 승진지원자의 대부분이 동일한 자격집단에 해당되게 하는 방법으로 차이를 평준화한다면, 기본법 제33조제 2 항의 실적주의 원칙에 반하며 이에 근거한 선발결정은 위법이다.²⁵⁾

이 평가원칙이 지켜지는 경우에는 여러 지원자에게 구별되는 적성평가에 대한 모든 자료를 완전히 이용하지 않는 것이 시정부에 의해 요구될 때 여성지원지침 제 9 호가 적용될 여지는 없다. 시정부 또는 임용단체가 행정판례에 의해 형성된 원칙의 고려하에 예외적으로 다수 지원자의 동일한 자격을 전제로 할 때에 비로소 선발결정을 위한 실적에 관련된 기준으로서 다른 것이 개입되는 것이 허용된다. 이러한 헌법상황은 여성지원지침 제 9 호에서 남성과 여성지원자가 동일한 자격을 갖춘 예외적인 경우에만 그 적용을 규정함으로써 분명히하고 있다. 시정부—또는 임용단체—는 한 남성지원자와 한 여성지원자가 동일한 자격을 갖췄다고 판단될 때 누구를 임용 또는 승진시킬 것인가를 재량결정(Ermessensentscheidung)해야 한다. 행정에

22) a.a.O., S. 159 U.S. 168.

23) BVerwG, ZBR 1981, 197.

24) VG Bremen, Urt. v. 27.11. 1986-3A 164/86.

25) Vgl. OVG Bremen, Urt. v. 4.8. 1987-2 BA 3/87.

주어진 이 범위의 재량고려는 일정한 한계내에서만 법원이 심사한다.²⁶⁾ 이러한 재량 여지는 모든 것이 동일한 정도로 적법할 수 있는 여러 결정이 고려된다는 특징을 갖는다.

여성지원지침 제 9 호는 이 재량범위내에서 경합된 남성지원자와 동일한 자격을 가진 여성지원자를 우선 고려하라는 방침을 포함함으로써 동시에 이 원칙이 지금까지 실현되지 않았던 영역에서 남성과 여성의 사실상의 평등지위를 확립하는 조치로서의 기능을 한다. 이것은 기본법 제 3 조제 2 항의 객관적 규정내용과 일치한다. 이에 의해서 기본법 제 3 조제 2 항·제 3 항의 개인적 기본권보장에도 반하지 않는다.

이 두 영역의 형량시에는 무엇보다도 동일한 자격을 갖춘 경우에도 보충적인 여성우대를 위한 한계가 있음을 주의해야 한다. Benda는 동일한 자격의 경우에 남성을 임용 또는 승진시키기 위하여 유리하게 할 수 있는 개인적인 이유간의 형량이 모든 경우에 여성지원자를 위하여 논란이 있는 여성지원의 목적과 함께 행해져야 한다고 바르게 언급하고 있다.²⁷⁾

4. 여성우대유도지침적 성격의 “Sollen” 규정

강제적인 재량기속적 명령형태로 동일한 자격의 경우에 언제나 여성을 우선하라는 자동주의는 경합자인 남성의 평등권취급에 대한 개인적 기본권을 동공화시킬 것이다. 이러한 경우 기본법 제 3 조제 2 항·제 3 항의 주관적 기본권의 내용과 다소 일치하지 않는 개인적 기본권에 부담을 주는 가치변이가 행해진다.

그러나 구체적인 경우에 이러한 형량을 배제하는 규정은 여성지원지침 제 9 호에는 존재하지 않는다. 동 규정은 그 보다는 결정권자에게 형량금지의 언급없이 공근무에서의 사실상의 평등형성의 목적을 의무지우는 유도적 지침(Leitlinie)이다. 피고는 소송대리인에 의한 심리에서 서면 또는 구술로 우대의 원칙에서 하나의 프로그램규정이 문제라고 명확히 강조했고 이것은 여성이 우대된다(sollen)라고 규정함으로써 강조되었다. 브레멘 시정부가 구체적 경우에 강제적 재량기속을 유도하고자 했다면, 여성지원지침 제 9 호에서 우대되어야 한다(müssen)라는 규정을 선택했을 것이다. 만일 이렇게 규정했다면 물론 헌법적으로 허용되지 않았을 것이다.²⁸⁾

따라서 여성지원지침 제 9 호는 허용되는 방법으로 우대유도지침을 세웠다. 동 규

26) Kopp, VwGO, § 114, Rdnr. 1.

27) E. Benda, a.a.O. SS. 190, 191.

28) Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 15.6. 1989—6B 1318/89, NJW 1989, SS. 2560~2561.

정은 시정부나 임용단체에게 구체적인 경우에 남성지원자와 그의 경합자인 여성지원자에 대한 확실한 이유를 형량해야 하는 의무를 면제하는 것은 아니다. 두 지원자의 사회적 상황이 동일하거나 여성을 지지해야 하는 상황인 경우에 여성지원지침 제 9 호에 의해 여성지원자를 위하여 자기기속의 방법으로 재량이 제한된 기본원칙이 되어야 한다. 다만 남성경합지원자가 특별한 사회적 고려가 필요한 경우에는 시정부나 임용단체는 형량에 따라 남성과 여성 모두에게 적법한 결정을 할 수 있다.

남성의 상황이 이례적인 상황으로 특징지워지거나 다른 규정에 근거한 우대명령이 있는 경우에는(예를 들어 신체장애자의 권리에 따라), 임용 또는 승진결정을 언제나 남성지원자에게 유리하게 하여야 한다. 기본법 제 3 조제 2 항· 제 3 항의 프로그램적-객관적 내용과 개인적 기본권 내용 사이의 조정명령으로 표현되는 여성지원지침 제 9 호의 적용가능성의 설명은 합헌적 조정을 나타낸다. 여성지원지침 제 9 호의 용어는 이러한 합헌적 해석의 다툼이 없으므로 동 규정은 종합적으로 기본법 제 3 조제 2 항· 제 3 항에 일치한다고 본다.

5. 행정지침으로서의 문제

본 법원은 여성지원지침이 법(Gesetz)으로 규정되지않은 것이 문제라고 보지 않는다. 이 필요성을 Benda²⁹⁾는 모든 원칙적 결정이 기본권실현을 위하여 본질적인 것인 경우에는 언제나 입법자가 결정해야 한다는 연방헌법재판소 판결³⁰⁾을 인용하며 강조한다.³¹⁾ 물론 Benda의 경우처럼 기본법 제 3 조와 기본법 제 20 조의 사회국가원칙 사이의 관계에서 헌법의 긴장상황이 되면 입법적 결정의 필요성이 커진다. Benda는 동일한 자격에 기초한 쿼터규정의 법적 추천을 사회국가원칙에서 끌어내고 있다.³²⁾

6. UN여성차별철폐협약과의 관계

1979년 12월 18일의 모든 형태의 여성차별철폐에 관한 협약은 1985년 4월 25일 연방의회의 비준을 거쳐 동 협약에 관한 법이 1985년 8월 9일부터 효력을 발생

29) Benda, a.a.O., S. 196 u. 197.

30) BVerfGE 40. 237(249); BVerfGE 58. 257(268).

31) Benda, a.a.O., S. 196 u. 197.

32) Vgl. Benda, a.a.O., S. 188 u. 189.

했다. 동 협약의 내용은 따라서 연방헌법재판소 판례의 의미에서 헌법가치가 조정된 입법적 결정이다. 동 협약의 전문은 다음과 같다: “본협약당사국은……국가의 완전한 발전을 위해서는 모든 분야에 여성의 최대한 그리고 평등한 협력이 필요함을 확인하고,……남성과 여성사이의 완전한 평등권을 달성하기 위하여는 남성의 전통적 역할과 사회와 가정에서의 여성의 역할이 변화해야만 함을 인식하고,……다음과 같이 합의하였다.” 이와 같은 기본사고에 근거하여 동 협약 제 4 조제 1 항도 다음과 같이 규정하고 있다: “남성과 여성 사이의 사실상의 평등을 촉진할 목적으로 당사국이 채택한 잠정적 특별조치는 본 협약에서 정의한 차별로 보지 않으나 그 결과 불평등하거나 별도의 기준이 유지되어서는 안된다. 기회와 대우의 평등이라는 목적이 달성되면 이러한 조치는 바로 폐지되어야 한다.”

여성지원지침 제 9 호는 브레멘시 공근무에서의 고위직의 영역에서 남성과 여성사이의 사실상의 평등을 촉진하기 위한 그러한 특별조치를 포함하고 있다. 모든 형태의 여성차별철폐에 관한 협약을 승인함으로써 입법자는 동시에 기본법 제 3 조제 2 항의 주관적 기본권의 지위와 객관적 내용을 실질적 헌법상황과 일치하는 조정적 입법으로 결정했다. 동 협약은 기본법 제 3 조제 2 항·제 3 항의 기본권주체인 모든 국가기관이 모든 형태의 여성차별철폐에 관한 협약 제 4 조와 기본법 제 3 조제 2 항·제 3 항에 규정된 범위와 일치하는 특별조치를 취하는 것을 합법화한다.

7. 부양의무(Fürsorgepflicht)와의 관계

여성지원지침 제 9 호는 기본법 제 33 조제 5 항에 의해 보장된 전래적 직업공무원 제도의 기본원칙에 일치하지 않는다는 원고의 이의 역시 이유없다. 더구나 이 기본원칙으로 부양의무(Fürsorgepflicht)를 들고 있다. 이 부양의무는 공무원 또는 판사를 그의 능력과 실적에 적합하게 지원하고 결정을 할 때에 공무원 또는 판사의 이익을 적당한 방법으로 고려해야 하는 것도 포함한다.³³⁾ 그러나 부양의무에서 승진에 대한 청구권이 나오지는 않는다.³⁴⁾ 승진은 그보다도 시정부가 가능한 한 효과적인 인사정책을 하기 위한 수단이다.

여성지원지침 제 9 호가 임용에 있어 재량행사가 관련되는 경우도 결정에 대하여

33) § 9 BremBG, § 4 I BremRiG; § 78 BremBG.

34) 쿼터규정에 대한 개념은 평등권실현의 상태에 대한 상이한 이해에서 그 기준과 내용의 정도차이를 나타내고 있다. Vgl. Monica Kowal, *Frauenquotierungen beim Zugang zum öffentlichen Dienst und Art. 3 II GG*, ZRP 1989, S. 447.

부양의무는 의미를 가질 수 없다. 왜냐하면 부양의무는 단지 이미 피고와 공무원 또는 법관관계를 형성한 후보자에게만 해당하기 때문이다.

8. 타법과의 관계

여성지원지침 제 9 호는 또 기타 다른 법³⁵⁾에도 반하지 않는다.

여성지원지침 제 9 호는 상위법에도 반하지 않으며 시정부 내지 임용단체에게 있는 재량여지를 감소시키는 내용을 포함하고 있지 않다.

V. 맺음 말

독일 연방주의 하나인 자유항구도시 브레멘 정부의 여성지원지침 제 9 호는 비교적 소극적인 방법의 쿼터규정이라 할 수 있다.³⁶⁾ 여성후보자가 남성경합자와 동일한 자격을 갖춘 경우에 여성후보에게 유리하게 결정한다(sollen)는 것이며 이것은 비기는 상황(Patt-Situation)에서 불가피하게 어느 하나를 선택해야 하는 행정재량의 결정에 있어서 지금까지 차별받아온 성을 위한 재량결정을 유도하는 것이다. 이 경우에도 구체적인 사유가 있는 경우 예외를 열어놓고 있는 규정이다. 또한 여성이 일정한 분야에서 동등한 대표성을 이루지 못하고 있는 경우에만 적용하므로 평등이 이루어질 때까지의 임시적 조치이다.

따라서 브레멘시의 공근무관계에 있는 여성을 임용 및 승진에 있어 지원하고자 하는 동 지침은 Benda교수³⁷⁾의 지적대로 실제 적용면에서 볼 때 임용이나 승진결정을 할 때 여성에 대한 편견을 없애는 데 적합한 정도이지 남성을 차별대우하게 하는 정도가 절대 아니라는 것이다. 이러한 사실은 브레멘시와 유사한 “공직에서의 임용 및 승진의 기본지침”³⁸⁾을 시행한 함부르크의 경우에 2년간의 시행결과가 공직

35) Vgl. Ulrich Battis, a.a.O., S. 1172.

36) Vgl. a.a.O., S. 1172.

37) E. Benda Gutachten, *Notwendigkeit und Möglichkeit positiven Actionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst*, Hamburg, 1986, S. 33.

38) 동 지침의 제 8 호와 제 9 호의 규정은 다음과 같다 : “8. 고위직 채용에 있어서 여성은—남성지원자와 동등한 자격을 구비하고 있는 경우—모든 보수그룹에 있는 여성이 각 직능그룹에서 그들의 수에 상응하는 대표성을 갖도록 고려하여야 한다.

9. 신규채용시엔 모든 보수그룹의 공직에서 여성지원자는 남성지원자와 동등한 자격을 구비하고 있는 경우 남성이 과잉채용되지 않도록 고려하여 채용한다.”

에서 0.2%의 여성증가를 보이고 있다는 사실이 설명해 준다.

그러므로 브레멘시의 여성지원지침 제 9 호에 대한 브레멘 행정법원의 판결은 특별히 진보적인 것은 아니라고 할 수 있다. 다만 종합적으로 기본법 제 3 조제 2 항의 규정내용은 남성과 여성의 주관적 권리를 인정하는 것 이상으로서 객관적 가치결정 내지 객관적 가치기준을 포함한다고 하는 연방헌법재판소의 판례 입장에 따라 판단함으로써 동 규정의 합헌성을 인정하고 있고, 동 지침과 같은 여성지원조치의 필요성에 대한 판단을 시정부의 권한으로 인정하고 있다. 즉 현존하는 명백한 평등의 결함을 조정하기 위하여 필요불가결한 경우 비례적 형량에 의하여 행정부의 이러한 보충적 조치가 가능하다고 보고 있다. 또한 동 지침의 규정내용은 공무원법상의 실적주의 원칙에 반하지도 않으며 직업공무원제도의 전래된 기본원칙에도 반하지 않는다고 판단하고 있다.

그러나 동 판결은 동 지침이 남성과 여성이 동일한 자격을 가진 경우라도 강제적으로 여성을 우대해야만 된다는(müssen) 규정을 했다면 위헌이 되었을 것이라고 언급하고 있다. 이것은 보다 적극적인 조치에 대하여는 거부하는 입장이라 할 수 있다.

동 판결 이후인 1990년 10월 23일 Münster 고등행정법원은³⁹⁾ “공무원의 승진시 한 남성후보자가 인사상의 중대한 이유가 없는 경우 경합된 여성후보자가 동일가치의 자격을 갖춘 경우에는 여성을 임명하여야 한다(müssen)”고 규정하고 있는 노르트라인-베스트팔렌주 공무원법 제 25 조제 1 항제 2 문 후단의 규정이 기본법 내지 공무원대강법과 일치하는지의 여부에 대한 문제를 연방헌법재판소에 제기하였다.

Münster 고등행정법원은 남성후보자가 고려되지 못한 두 경우에 각각의 남성경합자가 여성후보자의 임명의 정지를 신청받고, 위의 공무원법 규정이 기본법 제 33 조제 2 항, 기본법 제 3 조제 2 항·제 3 항 및 공무원대강법 제 7 조와 일치하지 않는다고 판단하여 이 절차를 중지시키고 기본법 제 100 조제 1 항에 따라 연방헌법재판소에 위헌법령심사를 신청한 것이다.

Münster 고등행정법원은 이미 1989년 유사한 사건⁴⁰⁾을 다루면서 사안에 관한 결정적 입장은 밝히지 않았지만 이러한 조치들이 행정지침으로 행해짐으로써 법으로부터 자유로운 근거에 대하여는 만족하지 않았다.

현재 계류중인 연방헌법재판소의 결정이 나오면, 여성쿼터제에 대한 연방헌법재

39) OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluß v. 23, 10, 1990-12B 2298/30, DVBl. 1991. 118.

40) OVG Münster, Beschluß v. 15.6 1989-6B 1318/89, NJW 1989, SS. 2560~2561.

판소의 입장이 처음으로 밝혀지는 것이므로 앞으로의 이러한 조치들에 커다란 영향을 미치게 될 것으로 주목된다.

여성쿼터규정의 위헌성을 주장하는 글도 발표되고 있으나,⁴¹⁾ 헌법재판소의 지금까지의 평등권명령에 대한 견해를 볼 때 현존하는 사실상의 불평등을 시정하기 위한 임시적 조치로서의 적극적 조치중의 하나인 공근무에서의 여성쿼터규정은 위헌 판단의 가능성보다는 합헌결정의 가능성이 더 크다고 본다. 다만 이러한 조치의 범위와 기준들이 보다 더 세밀하게 다루어지리라 생각한다.⁴²⁾

우리나라에서도 지방자치실시와 함께 지방의회의원 선거를 준비하면서 여성의 정치참여의 필요성과 당위성이 주장되기 시작했고 여성의 정치참여증진을 위한 제도적 보장으로서 쿼터제에 대한 논의가 시작되었다. 한국도 UN여성차별철폐협약에 1983년 5월 서명하였고 1984년 12월 비준서를 기탁함으로써 1985년 1월 26일부터 동 협약이 국내법으로서 발효되었다.

따라서 헌법상의 평등권규정 뿐만 아니라 UN여성차별철폐협약에 근거하여 국가는 여성차별의 금지만으로는 사실상의 평등이 실현되기 어려우므로 사실상의 불평등에 대한 시정·보완조치로서 적극적 조치를 취할 평등의무를 갖는다. 본고에서는 이러한 여성지원을 위한 적극적 조치중의 하나로서 여성쿼터제의 한 방법인 독일의 공무원관계에서의 여성공무원 지원지침에 관한 법적 문제를 행정관례를 통하여 봄으로써 한국에서의 논의의 자료를 제공하고자 하였다.

Münster 고등행정법원이 제기한 사안에 대한 연방헌법재판소의 결정에서는 여성지원을 위한 쿼터규정에 대한 문제대상인 합리적 기준의 확정, 법적 기속성, 실현과정, 자격요건과의 관련성, 그리고 입법정책적 입장 등에 대한 보다 상세한 법적 논의가 있을 것이다. 동 결정에 의해서 독일에서의 여성쿼터제에 대한 법적 논의는 일단 정리될 것이므로 연방헌법재판소의 결정후에 그 결정을 중심으로 다시 상세히 다루고자 한다.

41) Vgl. Michael Sachs, *Die Quotenregelung und der Rentenaltersbeschuß des BVerfG*, NVwZ 1991, SS. 437~445; Vgl. auch Christine Fuchsloch, *Erforderliche Beseitigung des Gleichberechtigungsdefizits oder verfassungswidrige Männerdiskriminierung?*, NVwZ 1991, SS. 443~445.

42) 여성쿼터제의 헌법적 문제를 다룬 주요논문: S. Slupik, *Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis*, 1988; Heide M. Pfarr, *Quoten und Grundgesetz—Notwendigkeit und Verfassungsmäßigkeit von Frauenförderung*, 1988.