

독일 차별금지법에 대한 고찰

황수옥(독일정치경제연구소 노동법·차별금지법 센터장)

I. 서론

독일 일반평등대우법(Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz - AGG)¹⁾의 제정은 1998년부터 꾸준히 입법 시도를 하였으나, 재계와 보수정당, 교회세력의 반대로 많은 논란을 일으키며 입법화에 어려움을 겪었다. 유럽연합 반차별지침(Antidiskriminierungsrichtlinien)을 전환해야 하는 의무로 인해 2004년 말 제15대 회기에 사민당과 녹색당의 연정 정부에서 차별금지법(Antidiskriminierungsgesetz-ADG)²⁾의 입법을 시도하였으나 당시 의회의 다수를 차지했던 기민당/기사당과 자유민주당의 반대로 이루어지지 않았다. 이 후 16대 회기에서 유럽위원회(EU-Kommission)의 입법 압력 등을 이유로 합의한 대연정 합의각서를 바탕으로 2006년 기존의 차별금지법안(ADG-E)을 일부 수정한 일반평등대우법(AGG)이 제정되었다. 이처럼 일반평등대우법 제정 과정에서 유럽위원회와의 갈등, 노동조합과 재계 간의 갈등, 정당들 간의 갈등이 있었으나 긴 시간 합의와 조정을 통하여 입법화하였다.

이 글에서는 일반평등대우법의 제정과정에서 어떠한 갈등과 논의들이 있었고 어떻게 합의를 통해 각각의 의견차를 극복하고 제정하였는지에 대해 살펴본 후 차별의 사유, 차별의 개념과 정의, 차별금지의 효력범위, 차별 정당성의 범위, 입증책임과 차별에 대한 구제와 제재 등 차별금지법의 주요 내용을 살펴본다. 우리나라는 아직 차별금지법이 없기 때문에 국가인권위원회의 차별금지법안을 유럽연합의 반차별지침, 독일의 일반평등대우법과 비교하면서 앞으로 우리나라의 차별금지법 제정과 관련하여 시사점을 찾아보도록 한다.

II. 유럽연합의 반차별지침

1. 유럽연합 반차별지침(Antidiskriminierungsrichtlinien)의 내용

2000년 반인종차별지침을 시작으로 유럽연합은 모든 회원국가들에게 반차별지침에 대하여 새로운 법을 제정하거나 아니면 이미 있는 경우 그 수준을 규정에 맞춰서 개정해야 한다는 지침을 제정하였다. 유럽연합의 지침은 원칙적으로 정해진 기한 내에 회원국들이 그 내용을 수용하여 국내법으로 제정해야 할 의무를 가진다. 만약 기간

1) BGBl. I S. 1897.

2) BT-Drucks. 15/4538.

내에 이행되지 않을 시에는 해당 회원국에게 벌금징수 등을 통한 제재를 가하게 된다. 유럽연합의 반차별지침은 다음과 같다.

- 반인종차별지침(die Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG)

2002년 6월 27일에 제정된 반인종차별지침은 취업과 직업, 교육, 사회적 보호와 건강뿐만 아니라 공공영역의 재화 및 서비스의 공급에 있어서 '인종'과 민족적 출신의 구별 없이 동등하게 대우하는 것을 그 목적으로 하고 있다.

- 종교 등에서의 동등처우실현을 위한 범주지침(Rahmen-Richtlinie für die Verwirklichung der Gleichbehandlung 2000/78/EG)

2000년 11월 27일에 제정된 이 지침은 업무와 직업에 있어서 공적영역에서 뿐만 아니라 사적영역의 모든 사람들에 대해 효력을 발생한다. 이 지침에서는 '인종'과 민족적 출신에 의한 차별뿐만 아니라 종교, 세계관, 장애, 연령, 성적 지향에 의한 차별까지 포함하고 있다. 반인종차별지침과 비교하여 더 큰 범주의 차별표지를 적용범위로 규정하고 있다.

- 남녀동등처우원칙의 실현을 위한 지침(Gleichbehandlungsrichtlinie zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatz 2002/73/EG)

남녀동등처우원칙의 실현을 위한 지침은 기존의 남녀동등원칙의 실현을 위한 입법 지침(76/207/EWG)의 내용이 수정, 보완된 것으로 2002년 9월 23일에 제정되었다.

- 직장이외의 영역에서의 동등처우지침(Gleichbehandlungsrichtlinie ausserhalb des Betriebs 2004/113/EG)

재화 및 서비스에 대한 접근 및 공급에서의 남녀동등대우원칙의 실현을 위한 지침으로 2004년 12월 12일 제정되었다. 이 지침은 앞선 남녀동등처우원칙의 실현을 위한 지침과 같이 성별에 대한 지침이지만 그 적용영역과 효력 범위가 누구나 접근 가능한 공공의 재화와 서비스 그리고 사보험으로 제한되어 있다.

2. 유럽연합 반차별지침의 불이행으로 인한 재판

2005년 4월 28일 독일은 반인종차별지침을 기간 내 전환하지 않아 유럽연합재판소로부터 제소되었다. 독일 정부는 반차별지침의 내용은 이미 독일에 제정되어 있는 여러 개별법을 통하여 충분히 조치를 취하고 있다고 주장하였다. 그러나 유럽위원회는 독일 정부의 이러한 주장을 인정하지 않았고 유럽재판소에 소를 제기하였다. 「유럽연합의 노동운영에 대한 조약(Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union-AEUV)」 제288조에 따라 회원국은 유럽연합의 지침에 관한 내용을 국내의 법규정으로 전환하여 제정해야 한다. 회원국이 그에 대해 위반할 경우 유럽위원회는

「유럽연합의 노동운영에 대한 조약(AEUV)」 제258조에 따라 조약위반절차를 개시한다. 회원국이 이와 같은 판결을 받고도 의무를 이행하지 않을 시에 유럽위원회는 「유럽연합의 노동운영에 대한 조약」 제258조 제2항에 따라 유럽재판소에서 재판을 시작할 수 있다. 유럽재판소는 반차별지침을 전환하지 않은 독일에 대해 다음과 같이 판결하였다. “독일은 2000년 7월 29일 제정된 ‘인종’ 또는 민족적 출신의 차별 없는 평등대우원칙의 적용을 위한 지침을 법률이 정해진 기간 내에 반드시 국내법으로 제정해야 하는 의무를 위반하였다.”³⁾ 그러나 결국 제15대 회기에서 차별금지법안이 통과되지 못했고 독일은 2006년 2월 23일에 위와 비슷한 이유로 유럽재판소로부터 또 다시 다음과 같은 판결을 받았다. “독일은 종교 등에서의 동등처우실현을 위한 범주지침에 대해 전환의무를 위반하였다. 독일은 이 지침에 따라 종교와 세계관, 장애 또는 성적정체성을 이유로 하는 차별에 관련된 법안을 반드시 제정해야 한다.”⁴⁾

독일 정부는 유럽연합의 반차별지침의 전환적용에 대한 기한을 여러 차례 넘겼고 그 결과 두 차례 일반적이고 포괄적인 차별금지법을 제정하라는 판결을 받게 되었다. 결국 2007년 12월 ‘남녀동등처우원칙의 실현을 위한 지침’에 대한 전환 기한이 얼마 남지 않은 시점까지 반차별지침에 대한 전환이 이루어지지 않을 경우 많은 액수의 벌금이 예상되었으므로 정부는 차이에 대한 합의를 통해 빠른 시일 내에 전환을 이루어야만 했다.⁵⁾

III. 독일 일반평등대우법의 제정과정

1. 개별적 차별금지법

독일의 일반평등대우법 이전에는 일반적이고 포괄적인 차별금지법 없이 다양한 법률이 각각 독립된 형태로 차별을 금지하고 있었다. 1936년 판례를 통해 처음으로 동등대우의 원칙에 대한 언급이 있는 후 2차 대전이 지나고 난 1952년에 사업장공동결정법 제75조 제1항 제1문이 제정되었다.⁶⁾ 성차별은 1980년부터 노동법상에서 금지되었고 처벌을 가했다. 공공 서비스 부분에서는 기본법 제3조 제3항의 원칙에 따른 공무원직장협의회법과 연방공무원법이 있다. 취업자보호법(Beschäftigtenschutzgesetz)에서는 공공 서비스에서와 같이 성희롱을 금지하였다. 독일은 기본법(Grundgesetz) 제3조 제3항에서 “성별, 민족적 출신, 인종, 언어, 고향과 출신, 신앙, 종교관 또는 세계관, 장애로 인하여 불이익을 받아서는 안 된다”고 규정하고 있다. 또한 사업장협의회법(Betriebsverfassungsgesetz) 제75조 제1항에 따라 “사용자와 종업원평의회는 사업장에서 노무를 제공하는 자가 법과 형평의 원칙에 따라 인종 또는 민족적 출신을

3) EuGH v. 28.4.2005 - Rs. C-329/04, AuR S. 236.

4) EuGH v.23.2.2006 - Rs. C-43/05, NZA 2006, S. 553.

5) Rühl/Schmid/Viethen, AGG, S. 10.

6) HK-AGG/Däubler, §1, Rn. 68.

이유로 또는 혈통이나 그 밖의 출신, 국가, 종교 또는 세계관, 장애, 연령, 정치적 또는 노동조합 활동 또는 가입, 성별, 성적체성에 따라 차별대우를 받는지에 대한 감독할 의무가 있다.” 사회법전 제4권 제81조 제2항에서 “사용자는 중증 장애인을 그의 장애를 이유로 하여 차별을 해서는 안 된다”고 규정하고 있다. 일반평등대우법 실시 후 삭제된 독일 민법(Bürgerliche Gesetzbuch) 제611조a에서는 직업상 성별에 따른 차별을 금지하고 있었다.

2. 일반평등대우법의 제정과정

1) 제13대 회기

일반적 차별금지법 제정에 대한 필요성이 제기되면서 기존의 개별적 차별금지가 아닌 사법 영역에서의 평등대우를 목적으로 하는 ‘독일기본법 제3조상 평등대우원칙의 실행을 위한 법률초안(Entwurf eines Gesetzes zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebotes des Art. 3 Grundgesetz)⁷⁾과 ‘차별보호 및 소수자권리 강화를 위한 법률초안(Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierung und zur Stärkung von Minderheitenrechten)⁸⁾을 1998년 제출하였으나 법률로 제정되지 못하였다.

2) 제14대 회기

유럽연합에서 반차별지침을 제정하면서 독일은 지침의 목적에 맞는 일반적 차별금지법을 반드시 도입 해야만 했다. 우선 제14대 연방의회 회기인 2001년 12월10일 연방법무부의 ‘민법상 차별을 금지하기 위한 법률안(Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierung im Zivilrecht)’을 시작으로 지속적인 시도를 하였으나 여러 가지 난관에 부딪혔다.⁹⁾ 이 법률안의 목적은 유럽연합지침 2000/43/EG을 독일 민법 부분에서 실행하는 것으로 일반 민법상 차별금지에 관한 규정을 민법(BGB) 제319조 a에서부터 e까지 도입하고자 하였다.¹⁰⁾ 그러나 이 제안은 큰 논란을 일으켰다.¹¹⁾ 한편에서는 ‘민법상 차별금지법의 대현장¹²⁾’으로 기념되었고 다른 한편에서는 ‘더 이상의 사법은 없다¹³⁾’라고 비난받았다. 논란이 되었던 가장 큰 이유는 사법 영역에서 반차별 지침에서 규정하는 인종과 성뿐만 아니라 유럽연합에서 제시하는 여덟 가지의 차별사유를 모두 포함하였기 때문이다. 이 점에 대해 재계를 비롯한 자유민주당(FDP) 등에

7) BT-Drucks. 13/10081.

8) BT-Drucks. 13/9706.

9) Widermann/Thüsing, DB 2002, S. 463 ff.

10) Widermann/Thüsing, DB 2002, S. 470 f.

11) Vgl. Widermann/Thüsing, DB 2002, S. 463 ff.; Adomeit, NJW 2002, S. 1622 f.

12) Baer, ZPR 2002, S. 290.

13) Adomeit, NJW 2002, S. 1622 f.

서는 계약의 자유가 사라지고 이는 개인들에게 신념을 강요하는 행위로 ‘전체주의’로의 위험성까지 언급하며 비난하였고 노동계를 비롯한 학자들 중에서 유럽연합의 반차별지침보다 더 진일보한 법안의 구성을 환영하는 등 입장에 따라 매우 다양한 견해가 나왔다. 이 법률안은 회기가 끝나면서 더 이상 거론되지 않았다.¹⁴⁾

3) 제15대 회기

연방의회 제15대 회기에서 가족, 노인, 여성, 청소년부에서 ‘노동법상 차별금지법’과 ‘민법상 차별금지법’에 대한 법률안을 제출하였다.¹⁵⁾ 2004년 12월 15일 사민당과 녹색당의 연정정부는 통합된 차별금지법으로 ‘유럽 반차별지침의 실행을 위한 법률안 (Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien)¹⁶⁾’을 작성하여 제출하였다. 재계와 기민당/기사당은 정부의 차별금지법안에 대해 기업에 과한 부담을 주고 관료주의를 조장하여 경제에 악영향을 미칠 것이라는 이유로 강력한 반대를 하였다. 2005년 6월 17일 이미 독일 의회에서는 당시 다수를 차지하던 사민당과 녹색당 연방 정부의 “유럽 반차별지침의 실행을 위한 법률안”이 연방하원에서 가결되었으나 2005년 7월 8일 기민당/기사당이 다수를 차지하던 연방 상원에서 중재위원회에 중재신청을 하였다.¹⁷⁾ 그 사이에 당시 수상이었던 슈뢰더가 이끌던 정부가 선거를 앞당기기로 하는 결정을 하여 2005년 9월 18일이었던 선거일 이전에 중재위원회가 열리지 못하였다. 따라서 이 법안은 중단되었다.¹⁸⁾

4) 제16대 회기

선거 후 제16대 연방의회는 기민당/기사당(CDU/CSU)과 사민당(SPD)의 대연정 정부가 수립되었다. 일반평등대우법(AGG)은 제15대 회기에서 추진되었던 차별금지법안(ADG-E)에 명칭과 약간의 조항에 수정을 가하여 발의된 것으로 법률의 구성상 큰 차이점은 없다. 우선 ‘차별금지법(Antidiskriminierungsgesetz)’으로 제정되었던 기존 법률명을 ‘일반평등대우법(Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz - AGG)’으로 변경하면서 독일의 역사적인 이유로 ‘차별(Diskriminierung)’에 담긴 강한 어조를 완화시켰으며 그 밖에도 강하게 불만을 제기하던 재계의 의견을 수용하여 기존의 차별금지법안을 보다 완화시킨 법안에 합의하였다.¹⁹⁾ 유럽위원회의 재제를 피하기 위해서는 시간적으로 매우 촉박했기 때문에 일반평등대우법(AGG)은 유럽연합의 반차별지침을 1:1로 전환하여 만들었다.²⁰⁾ 2006년 6월 9일에 제출된 정부안이 2006년 6월

14) Thüsing, NJW 2003, S. 3441 f.

15) Herms/Meinel, DB 2004, S. 2370.

16) BT-Drucks. 15/4538.

17) BT-Drucks. 445/05(Beschluss), S. 1 f.

18) Klumpp, NZA 2005, S. 848.

19) Fuchs, ZESAR 2006, S. 377 f.

19일에 의회에 제출되었고 연방상원은 2006년 7월 7일 중재위원회의 안건 상정을 포기하였다. 이 법은 연방대통령 호어스트 쾰러(Horst Köhler)의 서명을 통해 2006년 8월 18일부터 발효되었다.²¹⁾ 차별금지법의 제정으로 인해 민법 제611조 a, 제611조 b, 제612조 제3항, 사회법전 제9권 제81조 제2항 제2문과 취업자보호법이 폐기되었다.

3. 일반평등대우법 제정에 대한 입장 차이

1) 사민당과 녹색당 연정 정부와 기민당/기사당의 입장 차이

제15대 회기에 연방 상원(Bundesrat)에서 다수를 차지하던 기민당/기사당은 2005년 7월 사민당과 녹색당 연정 정부가 제출한 차별금지법안(ADG-E)에 대해 12가지의 이유를 들어 중재위원회(Vermittlungsausschuss)를 소환하였다. 연방 상원은 제출한 의견서를 통하여 ‘차별금지법안은 유럽연합 반차별지침의 요구를 넘어선 법안으로 이 법안이 제정되면 관료주의의 확산과 그로 인한 독일 기업들에 재정적 부담이 늘어날 것’이라고 주장하였다. 더욱이 민법상 적용되는 차별금지는 ‘수많은 불분명한 법개념들의 적용으로 인하여 특히 중간 규모나 작은 규모의 기업들에게 법불확실성을 가져올 것이며 또한 계약 당사자들 사이에 불확실성과 다툼을 유발시켜 계약 자유의 원칙을 저해할 것²²⁾’이라고 하였다.

2) 독일노동조합총연맹²³⁾과 사용자단체연합²⁴⁾의 입장 차이

독일노동조합총연맹(DGB)은 차별금지법의 도입에 대해 전반적으로 환영하는 입장을 취했다. 지금까지의 차별금지에 관한 법률이 개별적인 사례에서의 보호를 위한 것이었고 구조적인 차별에 대한 극복에 부적절하였다고 판단하여 차별금지법의 도입으로 인해 더 많은 사람들이 보호를 받을 수 있는 것이라 강조하며 환영을 표시하였다. 그러나 독일노총은 종교 또는 세계관과 연령을 이유로 하는 차별 정당성의 범위가 지나치게 넓은 것에 대해 우려를 표했다. 그럼에도 불구하고 독일노총과 산하 노동조합들은 전반적으로 일반적이고 포괄적인 차별금지법의 제정에 대해 찬성하는 입장을 밝혔다.²⁵⁾

독일사용자단체연합(BDA)은 차별금지법안의 발의에 대해 강하게 반대를 하였다. 사용

20) BT-Drucks. 16/1780, S. 30; Schrader/Straube, NZA 2007, S. 184.

21) BGBl. 2006 I. S. 1879.

22) BT-Drucks. 103/05(Beschluss), S. 1 f.

23) Deutsche Gewerkschaftsbund(DGB).

24) Bundesvereinigung der deutschen Bundesverbände(BDA).

25) Stellungnahme zum Gesetz zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien. Deutscher Gewerkschaftsbund, S. 2f.

자단체연합은 차별금지법의 도입으로 인해서 더 많은 관료주의와 법률확실성이 확산될 것이라고 우려하였다. 특히 독일사용자단체연합은 의견서를 제출하여 차별금지법의 제정을 반대한다고 밝혔다: "유럽연합의 법률은 독일 기업의 관습을 존중하고 있지 않다. 게다가 종교단체와 종교단체의 사업들을 위해 특별히 정당성을 인정하고 사적으로는 언론과 출판에 관한 기업들에게는 가치관의 다름을 인정해야만 한다. 차별금지법안이 지금과 같은 형태로 전환되어 제정된다면 독일에서 관료주의를 축소하고자 하는 노력을 되돌리는 것을 의미한다. 더 나아가 이 법안이 허용된다면 계약 당사자와 근로계약 당사자들에게 불신의 문화와 불화를 일으킬 것이다."²⁶⁾

IV. 독일 일반평등대우법의 주요 내용

독일 일반평등대우법은 기본적으로 앞서 살펴본 차별금지법안의 구성과 같다. 즉 시민당과 기민당/기사당 연합정부는 유럽연합의 반차별지침을 1:1 전환한 차별금지법안(ADG-E)을 기본으로 앞서 살펴본 기민당/기사당과 재계의 의견을 좀 더 적극적으로 수렴하여 약간의 수정을 통해 일반평등대우법을 통과시켰다. 일반평등대우법은 총 7개의 장, 33개의 조항으로 이루어져 있다. 첫 번째 장은 총론으로 제1조에서 제5조까지 나머지 장들에 적용되는 일반적인 규정들로 이루어져 있다. 제6조에서 제18조까지의 두 번째 장은 일반평등대우법의 핵심조항들인 '취업자를 차별로부터 보호하기 위한' 노동법상 규정들이다. 제3장은 사법상 차별금지부분으로 제19조에서 제21조에 해당한다. 제4장은 법적인 보호방법으로 제22조의 입증책임과 제23조의 반차별단체들에 대한 규정이다. 제24조에서 제33조까지로 이루어진 제5장과 제6장은 공법상 근무관계에 관한 규정과 연방차별금지기관(Der Antidiskriminierungsstelle des Bundes)에 관한 규정, 제31조에서 제33조까지의 마지막 제7장은 보칙의 형태로 구분된다. 주요 내용들을 살펴보면 제1조에서 일반평등대우법의 목적을 규정하고 제3조에서는 직·간접차별, 괴롭힘과 성희롱 그리고 차별의 지시를 모두 포함한 차별의 개념을 정의한다. 특히 제2장에서는 제1절 차별의 금지(제6조에서 제10조), 제2절 사용자의 조직의무(제11조와 제12조), 제3절 취업자의 권리(제13조에서 제16조), 제4절 보충규정(제17조와 제18조)으로 노동법과 관련된 주요 내용을 담고 있다.

1. 차별(Benachteiligung)의 개념

일반평등대우법 제3조에서는 차별의 개념에 대해 정의하고 있다. 이 법은 차별의 상태에 따라 나누고 있는데 제1항에서는 직접적인 차별, 제2항에서는 간접적인 차별에 대해 설명하고 제3항과 제4항에서는 괴롭힘과 성희롱, 제5항에서는 차별의 지시에 관해 정의하고 있다. 일반평등대우법에서 사용하고 있는 "차별(Benachteiligung)"의 뜻은 유럽연합의 반차별지침들에서 사용한 "차별(Diskriminierung)"과는 그 의미가 조

26) Halfjahresbericht 2006, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, S. 16f.

금 다르다. 유럽연합 지침의 차별(Diskriminierung)은 이미 그 단어 자체에서 불법적이고 사회적으로 금기시되어야 하는 불평등의 상태를 의미하고 있다면 일반평등대우법에 따른 차별(Benachteiligung)은 불평등이 반드시 나쁜 것만은 아니라는 의미를 담아 불평등대우(Ungleichbehandlung)에 더 가깝다고 봐야 한다.²⁷⁾ 실질적으로 일반평등대우법 제5조, 제8조부터 제10조까지와 제20조에 따라 정당한 사유로 인한 불평등한 대우가 가능하다.²⁸⁾

1) 직접적인 차별(Unmittelbare Benachteiligung)

일반평등대우법 제3조 제1항에 따른 직접적인 차별이란 동법 제1조에서 열거한 차별금지사유로 한 사람이 비교할 수 있는 어떤 상황에서 다른 사람보다 불리한 대우를 받거나, 받았거나 받을 수 있는 경우를 말한다. 여기서 비교 가능한 상황(Vergleichbare Situation)이란 현재와 과거를 통틀어 실질적으로 비교가 가능한 사람이 있는 경우를 말한다. 법 규정은 또한 다른 사람보다 불리한 대우를 받을 수 있는 상황에 대해 언급하고 있는데 특별히 입법자는 비교가 가능한 특징인이 없더라도 가정의 비교(Hypothetischer Vergleich)가 가능하게 허용하였다.²⁹⁾ 예를 들어 임신한 여성이 면접에서 떨어졌고 이를 성별에 따른 차별이 있다고 보았을 때 지원자 중에 반드시 남성이 있어서 비교 대상되어야 하는 것은 아니다.³⁰⁾

2) 간접적인 차별(Mittelbare Benachteiligung)

간접적인 차별이란 외관상 중립적인 규정이나 기준 또는 절차가 어느 한 그룹에 속하는 사람들을 특별한 방법으로 동법 제1조에서 열거한 차별금지사유로 다른 그룹의 사람들을 불리하게 할 수 있을 때를 말한다. 그러나 그러한 규정이나 기준 또는 절차가 적법한 목표를 통해 객관적으로 정당화되고 수단이 그 목적의 달성을 위하여 적절하고 또한 필요한 것이 될 때에는 간접차별이 아니다. 즉 규정상 보았을 때 중립적이고 불평등이 없어 보이나 차별의 잠재력이 보이거나 실질적으로 차별의 효과가 있을 때를 말한다. 예를 들어 한 청소업체가 청소인력을 선발 할 때 유창한 독일어 실력을 요구한다. 그러나 독일어로 업무 지시를 듣거나 동료들과 소통에 문제가 없는 외국인 근로자를 유창하지 않은 독일어 실력을 이유로 탈락시키는 것은 그 근로자의 언어실력이 문제가 아닌 출신 민족을 이유로 하는 간접 차별에 해당한다.³¹⁾

27) BT-Drucks. 16/1780, S. 30; Adomeit/Mohr, AGG § 3 Rn. 2.

28) BT-Drucks. 16/1780, S. 30.

29) Schleusener/Suckcow/Voigt, AGG, § 3 Rn. 5.

30) EuGH v. 27.02.2003 - C-320/01, EzA § 16 BErzGG Nr. 6.

31) ArbG Berlin v. 11.02.2009 - 55 Ca 16952/08, NZA-RR 2010, S. 16.

3) 괴롭힘과 성희롱(Belästigung und sexuelle Belästigung)

일반평등대우법 제3조 제3항의 괴롭힘이란 동법 제1조에 열거된 차별금지사유와 관련하여 당사자가 원하지 않는 행동에 의해 당사자의 존엄이 침해되고 위협, 적대감, 멸시, 품위손상이나 모욕을 당하는 상황이 만들어지는 것을 의도하거나 이러한 상황을 야기할 때 나타나는 불이익한 대우를 말한다. 직장에서의 차별로 인한 ‘따돌림(Mobbing)’ 역시 일반평등대우법의 적용을 받는다.

제4항에 따른 성희롱이란 업무와 관련하여 당사자의 의사에 반해 특정한 성적 행동에 의해 당사자의 존엄이 침해될 때, 특히 당사자가 위협, 적대감, 멸시, 품위손상이나 모욕을 당하는 상황이 만들어질 때 나타나는 불이익한 대우를 의미한다. 구체적으로 특정한 성적 행동에는 바람직하지 못한 성적인 행동, 이에 대한 요구, 특정 신체부위의 성적 접촉, 성적인 내용의 언사 및 포르노물을 당사자의 의사에 반하여 보여주거나 볼 수 있는 상태에 가져다 놓는 것 등이 포함된다.

4) 차별의 지시(Anweisung zur Benachteiligung)

일반평등대우법 제3조 제5항에 따라 동법 제1조에 열거된 사유를 이유로 한 차별대우의 지시는 차별로 본다. 특히 취업자에게 불리하거나 불리할 수도 있는 행동을 지정한 경우 차별의 지시에 해당한다.

2. 차별이 금지된 표지

독일 평등대우법 제7조에 따르면 근로자에게 제1조에 언급된 인종 또는 출신 민족, 성, 종교 또는 세계관, 장애, 연령 그리고 성적체성을 이유로 하는 차별을 금지하고 있다. 그러나 이 법에서는 일반적 평등대우법이라고 명명된 것과 달리 위에 언급된 8가지 이유로 인한 차별만을 금지하고 있다. 즉 그 밖의 이유, 예를 들어 병력, 신체, 외모, 가족형태 등으로 인한 차별은 포함하고 있지 않다.

1) 인종(Rasse)과 민족출신(Ethnische Herkunft)

미국의 ‘Race’ 와는 또 다르게 독일의 ‘Rasse’ 는 나치 정권 하의 역사적 경험으로 인하여 단어 자체가 갖는 부정적인 의미가 매우 크다. 반인종차별지침(2000/43/EG)을 통하여 “유럽연합은 인류는 인간이라는 하나의 종으로 인간을 여러 가지 종으로 나뉜다는 이론에 반대하고 ‘인종’이라는 개념 자체를 부정한다.”³²⁾ 그러나 ‘인종’으로부터 비롯되어 만연해 있는 차별을 인식시키고자 불가피하게 ‘인종이라는 단어를 사

32) 2000/43/EG, Erwägungsgrund 6.

용하나 이는 곧 '인종차별주의'를 의미한다.³³⁾ 실생활에서 인종차별은 주로 피부색이나 그 밖의 신체적 특징등 유전적으로 물려받고 일생을 통하여 바꿀 수 없는 특징들로 인하여 발생한다.³⁴⁾

민족출신은 인종보다 더 넓은 개념으로 보통 같은 문화를 가진 사람들이 스스로를 한 그룹으로 인지하고 다른 그룹들과 혈통, 신체적 특징, 언어, 종교 등을 이유로 구별하는 특징들을 말한다.³⁵⁾ 그러나 개별 사안으로 들어가게 되면 인종과 출신민족을 구별짓기가 매우 어렵다. 보통 인종은 타고난 특징으로 개인의 의지에 의해서 바꿀 수 없지만 출신민족은 태어날 때부터 주어진 특징이라기보다는 한 사회의 언어나 문화의 습득 등을 통하여 귀속된다고 본다.³⁶⁾

2) 성별(Geschlecht)과 성정체성(Sexuelle Identität)

성별은 인간의 신체적 특징으로 - 보통 남성(Mann) 또는 여성(Frau)으로 나타나는 - 성염색체를 통해 특정된다.³⁷⁾ 그러나 이 개념에는 남성과 여성뿐만 아니라 트랜스젠더(Transsexuelle Person)와 간성(Intersexuelle Person)도 포함된다.³⁸⁾ 특별히 입법자의 의지에 따라 신체적으로 남녀의 구분이 뚜렷하게 나타나지 않아 남녀 성별로 분류할 수 없는 간성도 차별로부터 보호되어야 한다고 해석하고 있다.³⁹⁾ 따라서 독일에서는 출생 신고시 남녀를 구별하여 명시해야 하는 규정을 신생아가 간성일 경우 성이 특정되는 시기까지 미룰 수 있도록 규정을 변경하였다. 또한 본인 스스로 신체적인 특징이 나타나는 성이 아닌 다른 성이라고 확신하는 트랜스젠더의 경우에도 성전환수술의 여부나 국가로부터의 인증(§8 Transsexuellengesetz-TSG)과 관계없이 차별로부터 보호되어야 한다.⁴⁰⁾ 즉 직장에서 사용자가 남성 또는 여성이라는 이유뿐만 아니라 트랜스젠더라는 이유로 차별을 했을 경우 일반평등대우법에 따라 처벌을 받는다. 성정체성은 유럽지침에서 성적지향(sexuelle Ausrichtung)으로 표현하고 있는 개념으로 이성애(Heterosexuell), 동성애(Homosexuell), 양성애(Bisexuell)로 분류되는 인간의 삶의 형태 중 하나이다.⁴¹⁾

33) Schiek, NZA 2004, S. 873, 874.

34) Annuss, BB 2006, S. 1629, 1630.

35) BT-Drucks. 16/1780, S. 31; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 1 Rn. 12.

36) Admeit/Mohr, § 1 Rn. 49.

37) Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 224.

38) Adomeit/Mohr, AGG, § 1 Rn. 163; Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 6 Rn. 34; Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 1 Rn. 74.

39) BT-Drucks. 16/1780, S. 31.

40) Rust/Falke, AGG, § 1 Rn. 47.

41) Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 1 Rn. 77.

3) 종교(Religion)와 세계관(Weltanschauung)

독일 판례에 따라 종교라 함은 내세관에 따라 인간 삶의 시작과 목적을 설명하는 개인의 신념이라고 정의한다.⁴²⁾ 종교적 확신의 특징은 학문적으로 접근하여 설명할 수 없는 주관적인 것에 있다.⁴³⁾ 이 개념에 포함되는 세계 종교들은 기독교, 불교, 이슬람교, 유대교와 힌두교 등이 있지만 그밖에 알려지지 않은 작은 종교들도 보호된다. 그렇다고 종교와 세계관을 아무 제한 없이 인정하지는 않는다. 일반평등대우법에 따라 보호되는 종교는 자유와 민주적인 기본가치를 바탕으로 해야 한다.⁴⁴⁾ 즉 다른 사람들의 존엄성을 해치고 삶의 권리를 박탈하는 종교는 보호하지 않는다. 일반평등대우법 제1조의 종교에는 기본법 제4조에 따라 종교를 가지지 않을 자유도 보장한다.⁴⁵⁾

세계관은 그 정의가 매우 어렵다. 세계관은 한 사람의 양심과 결부된 의견으로 세상을 살아가는데 있어서 나타나는 여러 가지 현상들을 일관적으로 해석하는 관점이라고 볼 수 있다.⁴⁶⁾ 내세관에 대한 확신을 나타내는 것을 종교라고 할 때 현재 살고 있는 세계를 바라보는 관점을 세계관이라 할 수 있을 것이다.

정치적 또는 이데올로기적 관점이 세계관에 포함되는가는 논란의 여지가 있다. 입법자들은 일반평등대우법 제19조 제1항에서 정치적 확신은 세계관에 포함되지 않는다고 명시하였다.⁴⁷⁾ 그러나 유럽연합의 종교 등에서 평등처우실현을 위한 기본지침(2000/78/EG)에 언급하고 있는 것처럼 삶의 일부분이 아닌 전체를 지배할 정도로 중요한 영향을 끼치는 정치적 또는 이데올로기적 관점은 세계관으로 봐야 한다.⁴⁸⁾

4) 장애(Behinderung)

장애라 함은 인간에게서 지속적으로 나타나는 특징으로 통제에 의지해야 거동이 가능한 사람, 시각장애인 또는 발달장애인 등을 말한다. 일반평등대우법에는 장애의 개념에 대해 언급하지 않고 있으나 사회법전 제9권(SGB IX) 제2조 제1항 제1문과 장애인평등법(Behindertengleichstellungsgesetz-BGG) 제3조에 따라 “신체 기능과 사고 능력 또는 정신 건강 등이 6개월 이상 지속적으로 같은 연령의 상태와 비교하여 상이하고 그 상태로 인하여 보통의 사회생활 일부분에 침해를 받는 것”을 장애라고 규정하고 있다. 일반평등대우법에서는 독일 사회법전 제9권이나 장애인평등법에서처럼 중

42) BVerwG v. 27.03.1992 - 7 C 21.90, NJW 1992, S. 2497.

43) Wank, NZA Sonderbeilage zu Heft 22/2004, S. 16, 20.

44) Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 1 Rn. 31.

45) Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 1 Rn. 59.

46) BT-Drucks. 16/2022, S. 8 ff.

47) BT-Drucks. 16/2022, S. 13.

48) Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, § 6 Rn. 31; Schiek, AGG, § 1 Rn. 24; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 196; Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 1 Rn. 36.

증장애와 그 밖의 장애로 구분하지 않고 모든 장애를 포함한다. 장애는 질병과는 다른 개념으로 질병으로 인한 업무 불가능한 상태가 “6개월 이상 지속 된다”는 사실만으로 장애라고 할 수는 없다. 사실 질병과 장애의 경계가 뚜렷하지 않기 때문에 “치료 또는 재활의 가능성이 불가능 또는 매우 희박하고 직업 생활이 어려운 신체적, 정신적 상태가 장기간 지속될 때는 질병도 장애라 할 수 있다”는 유럽연합재판소의 판결에 따라 해석하고 있다.⁴⁹⁾ 따라서 광장공포증, 거식증 등과 같이 치료가 불가능한 각종 중독증도 장애라 할 수 있다.⁵⁰⁾

5) 연령(Alter)

연령에 따른 차별의 보호는 기본법 제3조 3항에서 보호하고 있지 않다. 그러나 입법 사유서(Gesetzesbegründung)에 따르면 연령은 사회적 나이를 말하며 전 생애에 걸쳐 나타날 수 있는 연령에 따른 부당한 차별로부터 보호하기 위해 포함한다고 밝히고 있다.⁵¹⁾ 따라서 나이가 어린 사람에 대한 나이가 많은 사람의 차별뿐만 아니라 그 반대의 경우도 해당한다.⁵²⁾

V. 차별의 정당성

일반평등대우법은 일정한 조건에 해당하는 직업상 요구가 있을 때 동법 제1조에서 금지하는 표지들을 이유로 불평등한 대우를 하는 것을 차별의 예외로 보고 이를 제8조, 제9조와 제10조에 명시하였다. 따라서 일반평등대우법 제8조 등에 따라 불평등한 대우를 한 경우 이는 정당하고 동법 제7조 제1항을 위반하지 않아 손해배상의 책임을 지지 않는다. 일반평등대우법 제8조 제1항에 따라 업무 또는 업무 수행의 특성으로 인하여 동법 제1조에 열거된 사유가 중요한 채용조건에 해당하는 경우, 그 목적이 적법하고 그 요건이 적절한 것인 한 불평등한 대우를 하는 것은 허용된다.

일반평등대우법 제9조는 동법 제8조와 달리 특정 종교 또는 세계관이 각 종교단체의 자기결정권이나 업무의 특성과 관련한 교리를 고려하였을 때, 중요한 채용조건에 해당하는 경우 종교단체, 법적 형태를 불문하고 이에 부속된 기관, 종교 또는 세계관의 부흥 등을 목적으로 하는 단체에 의한 채용에 있어서 종교 또는 세계관을 이유로 불평등한 대우를 하는 것이 허용된다.

연령과 관련된 차별금지의 예외조항은 일반평등대우법 제10조로 제8조와 달리 연령을 이유로 불평등한 대우를 하는 것이 합법적인 목적에 의해 정당하며 적절한 경우에는

49) EuGH v. 11.07.2006 - C 13/05, NZA 2006, S. 839.

50) BAG v. 14.01.2004 - 10 AZR 188/03, NZA 2005, S. 839.

51) BT-Drucks. 16/1780, S. 31.

52) BAG v. 05.11.2009 -2 AZR 676/08, NZA 2010, S. 459.

이를 이유로 달리 대우하는 것이 허용된다. 이 목적을 달성하기 위한 수단은 적절한 것이며 또한 필요한 것이어야 한다.

1. 차별 정당성의 전제조건

일반평등대우법 제1조에 열거된 차별금지사유를 원인으로 하여 달리 대우 한 경우라 할지라도 그 사유가 수행되는 업무의 종류나 업무 수행의 조건 때문에 직업상 본질적이고 결정적인 요구를 의미할 경우, 그 목적이 합법적이고 그 요구가 적합할 때에는 허용된다.⁵³⁾

1) 직업상 요구 (Berufliche Anforderung)

일반평등대우법 제8조 제1항에 따라 불평등한 대우가 정당성을 얻기 위해서는 수행되는 업무의 종류나 업무 수행의 조건 때문에 반드시 필요한 직업상 요구가 있어야 한다. 이는 구체적인 업무의 내용과 업무 수행을 위해 정확히 필요한 여건을 의미한다.⁵⁴⁾ 또한 직업상의 요구는 사용자의 주관적인 판단이 아닌 객관적으로 판단하여 반드시 필요한 업무이어야 한다. 사회적 예를 들어 남성복 모델을 남성만으로 제한하는 경우 여성에 대한 불평등 대우가 정당하다고 인정된다.

2) 직업상 요구가 본질적일 것(Wesentlich)

더 나아가 직업상 요구는 그 업무를 수행하기 위해 본질적이어야 한다. 직업상 요구가 ‘본질적이다’ 라는 것은 업무 수행에 반드시 필요하고 이것이 빠진 상태에서는 업무 수행이 원활하게 이루어지지 않는 것을 말한다. 또한 어떠한 특징이 본질적이라고 할 수 있기 위해서는 사용자 개개인의 판단에 의한 것이 아니라 객관적이고 사회적으로 통용되는 상식적인 판단이 그 지표가 되어야 한다.⁵⁵⁾ 예를 들어 여자교도소에 남성 교도관을 채용하지 않는 것은 사생활이 보호되지 않는 교도소의 특성상 여성재소자들이 교도관의 성별이 남성이라는 이유만으로 신뢰관계를 맺기가 어렵고 성별이 다르다는 사실 자체만으로도 인권침해의 소지가 있기 때문에 정당하다.⁵⁶⁾

3) 직업상 요구가 결정적일 것(Entscheidend)

업무를 수행하는데 있어서 직업상 요구가 결정적이어야 한다. 결정적 직업상 요구라 함은 단지 더 나은 업무효율성을 위해 필요한 것이 아닌 근로자에게 이 업무를 수행

53) BT-Drucks. 16/1780, S. 35.

54) Rust/Falke, AGG, § 8 Rn. 10.

55) Adomeit/Mohr, AGG, § 8 Rn. 23.

56) Rust/Falke, AGG, § 8 Rn. 11.

하기 위해 임금을 지불하는 정도의 행위를 의미한다.⁵⁷⁾ 예를 들어 항공기 승무원에게 요구되는 결정적인 업무는 승객이 탑승하고 하차할 시 안전과 위급 상황에 대비하고 식사와 음료를 서비스하기 위한 것이기 때문에 특정한 성별이나 외모를 요구 조건으로 하는 것은 정당하지 않다.⁵⁸⁾

4) 합법적인 목적이 있을 것(Rechtmässiger Zweck)

사용자가 추구하고자하는 목적이 합법적이어야 한다. 독일 노동법에서 사용자는 기본적으로 기업운영의 자율성이 보장된다. 기업운영의 자율성을 보장하는 기본법 제12조 제1항에 따라 사용자는 기업 운영을 위해 스스로 결정하고 누구를 근로자로 채용할 것인가에 대한 자유가 있다.⁵⁹⁾ 물론 사용자의 자율성은 합법적인 목적을 따라야 한다는 제한이 있다. 따라서 사용자가 임의적이고 비이성적이고 객관성 없는 이유로 일반 평등대우법 제1조에서 언급하는 표지를 가진 근로자의 채용을 거부하는 것을 법으로 금지하고 있다.⁶⁰⁾

5) 직업상 요구가 적절할 것(Angemessen)

마지막으로 직업상 요구가 적절해야 한다. 직업상 요구의 적절성은 사용자가 추구하는 목적이 합법적이어야 하고 이 목적에 도달하기 위한 수단이 적절해야 한다는 것을 의미한다.

2. 차별 정당성의 사유

1) 실질적으로 업무 수행이 불가능한 경우

생물학적인 이유나 여러 가지 규정상 실질적으로 불평등 대우가 불가피한 경우를 말한다. 예를 들어 유모를 구하는데 있어서 여성만을 그 대상으로 하는 것이다. 이 직업을 수행하는데 있어서 반드시 필요한 조건을 생물학적인 여성만이 갖추고 있기 때문에 남성이 제외되는 것은 정당하다.⁶¹⁾ 또한 카톨릭 교회에서 신부를 모집할 때 남성만으로 제한을 하는 경우도 이에 해당한다.⁶²⁾

57) Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 8 Rn. 10.

58) Thüsing, RdA 2001, S. 319, 321.

59) BAG v. 28.05.2009 - 8 AZR 536/08, NZA 2009, S. 1016.

60) BAG v. 28.05.2009 - 8 AZR 536/08, NZA 2009, S. 1016.

61) Adomeit/Mohr, NZA 2007, S. 179, 182; Hanau, in: GS Lüderitz, S. 241, 246; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 324.

62) Bauer/Göpert/Krieger, AGG, § 8 Rn. 42.

2) 공적이거나 법규정에 따른 요구

이미 존재하는 법규정에 따라 불평등 대우를 하는 경우도 정당한 사유에 포함된다. 예를 들어 항공사에서 무슬림의 메카를 목적지로 운항 할 파일럿을 선발할 때 메카를 들어올 수 있는 건 무슬림만 가능하다는 사우디아라비아 법에 따라 남성 무슬림으로 지원자를 제한하는 것이다.⁶³⁾ 이러한 경우도 종교에 따라 불평등 대우를 하는 것이지만 법규정에 의해 불가피하기 때문에 정당한 사유로 인정된다.

3) 공공의 안전을 위한 요구

공공의 안전을 이유로 하여 불평등한 대우를 하는 것도 정당화 사유에 들어간다. 교도소에서 교도관들의 고유의 역할을 고려하여 남자 교도소에는 남자 교도관만을 배치하는 경우도 이에 해당한다.⁶⁴⁾ 그러나 여기서 공공의 안전을 목적으로 한다면 공공의 안전을 책임지는 국가뿐만 아니라 사적 개인도 이에 해당하느냐가 문제시된다. 버스를 운행하는 버스회사의 사장도 공공의 안전을 위해 책임을 져야 하는 위치에 있기 때문에 그에게도 공공의 안전을 목적으로 불평등한 대우를 하는 경우 정당성이 인정된다. 따라서 버스회사에서 안전을 이유로 운전사를 모집할 때 연령제한을 두어 불평등한 대우를 하는 것은 정당한 것으로 허용된다.⁶⁵⁾

4) 진정성(Authentizität)을 위한 요구

몇몇의 직업들은 별 특별한 이유 없이 특정한 표지를 가진 사람들에 의해 수행되어 왔고 따라서 업무를 수행하는데 이러한 표지가 결정적이고 본질적인 것으로 인지되어 왔다.⁶⁶⁾ 그러한 직업들의 경우 특정한 표지가 빠져버리게 되면 업무를 수행하는데 있어서 진정성의 의심을 받게 되기 때문에 불평등한 대우를 차별의 예외로 인정한다. 예를 들어 영화 ‘로미오와 줄리엣’에서 로미오 역할을 선발할 때 젊은 남성만으로 제한을 하는 경우⁶⁷⁾나 여성의류의 모델을 여성으로만 제한하는 것⁶⁸⁾ 또는 프로 축구 남성팀의 일원을 남성으로만 제한하는 것⁶⁹⁾들이 이에 포함된다. 영화 로미오와 줄리엣에서 로미오 역할을 젊은 여성이나 나이 든 남성이 못 할 것은 없지만 그렇게 되면 원래 영화가 의도하는 바를 관객들에게 전달하기 어려워지는 문제점들이 생겨나게 된다.

63) Rust/Falke, AGG, § 8 Rn. 26; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 343.

64) EuGH v. 30.06.1988 - 318/86, Slg 1988, S. 3559.

65) Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, § 8 Rn. 42.

66) Lieske, Diskriminierungsschutz und unternehmerische Freiheit, S. 141.

67) Meine/Heyn/Herm, AGG, § 8 Rn. 23.

68) LAG Rheinland-Pfalz v. 20.03.2008 - 2 Sa 51/08, ZTR 2008, S. 501.

69) Adomeit/Mohr, AGG, § 8 Rn. 55.

5) 고객에 의한 요구(Kundenerwartung)

차별 정당성의 이유 중 가장 논란이 되고 있는 것이 바로 고객의 요구에 의한 불평등한 대우가 정당성을 가질 수 있느냐와 만약 정당성을 가질 수 있다면 그 범위는 어디까지 인정 될 수 있는지의 문제이다. 고객의 요구가 업무상 불평등한 대우를 정당화시킬 수 있기 위해서는 어떤 근로자가 업무를 수행하는데 있어서 그가 가진 특정한 표지가 고객의 요구와 맞지 않았을 때, 다른 동료들과 비교하여 현저하게 업무 수행이 어려운 경우이어야 한다.⁷⁰⁾ 이미 일반평등대우법 제정 이전에 독일연방노동법원은 판례를 통해 사용자는 근로자의 특정한 표지가 고객의 요구에 맞지 않아 업무를 수행할 수 없다는 주장을 해서는 안된다고 판시하였다.⁷¹⁾ 예를 들어 구매 전 입어 볼 수 있는 여성용 속옷 가게에서 고객의 신체 사이즈를 재거나 착용을 도와 줄 판매원을 채용할 때 오직 고객들의 요구에 따라 여성으로 제한을 하는 경우 남성 판매원에 대한 차별을 정당하다고 인정할 수 있느냐의 여부이다. 독일 연방노동법원은 이 사건에 대해서 여성으로 판매원을 제한한 사용자의 선택은 고객의 요구에 따라 불가피하다고 보고 정당하다고 인정하였다. 왜냐하면 만약 남성 판매원을 채용하였을 경우 고객들의 불만으로 인하여 매출이 현저히 떨어질 것이 예상되고 이는 곧 사용자의 경영에 매우 심각한 위협이 될 수 있음을 인정하였기 때문이다.⁷²⁾

V. 시사점

아직까지 차별금지법이 제정되고 있지 않은 우리에게 생소할 수 있으나 독일의 일반평등대우법의 제정과정 중에서 쟁점이 되어 많은 논란이 있었던 몇 가지 주요 조항을 우리나라 ‘국가인권위원회의 차별금지법 권고안’⁷³⁾과 비교하여 살펴보기로 한다.

1. 차별사유

우선 유럽연합의 반차별지침은 인종, 민족적 출신, 성, 종교, 세계관, 장애, 연령 및 성적 정체성을 이유로 하는 차별을 금지한다. 위의 여덟 가지의 차별사유는 회원국에서 국내법을 제정할 때 반드시 포함해야 하는 것이다. 독일은 유럽연합의 반차별지침에 따라 일반평등대우법에 동일한 여덟 가지의 제한된 차별사유에 의한 차별을 금지하고 있으나 그렇다고 해서 다른 차별에 대해 허용하고 있는 것은 아니다.

70) Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 329.

71) BAG v. 10.01.2002 - 2 AZR 472/01, NZA 2003, S. 483.

72) LAG Köln v. 19.07.1996 - 7 Sa 499/96, DB 1996, S. 1402.

73) 지금까지 많은 차별금지법안이 있었지만 대부분이 2006년 국가인권위원회의 차별금지법 권고안을 기초로 하고 있기 때문에 이를 비교 대상으로 선정하였다.

그러나 예를 들어 프랑스의 경우 차별사유를 출신, 성별, 품행, 성적지향, 연령, 가족 상황 또는 임신상황, 유전적 특성, 민족·국가 또는 인종, 정치적 견해, 조합활동, 종교적 신조, 신체적 외관, 이름의 성, 건강상태 또는 장애, 파업권의 정당한 행사를 이유로 하는 차별을 금지하고 있는 것과 비교하여 매우 제한적이다. 이렇듯 차별사유에 관해서는 이미 사업장협의회법(Betriebsverfassungsgesetz) 제75조 제1항 등 개별적 차별금지법들에 모두 포함되어 있었고 유럽연합 반차별지침의 최소규정에 맞추었기 때문에 별 다른 이견이 나타나지 않았다.

우리나라 국가인권위원회의 차별금지법 권고안 제2조은 차별의 사유로 ‘성별, 장애, 병력, 나이, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족형태 및 가족 상황, 종교 사상 또는 정치적 의견, 전과, 성적지향, 학력, 고용형태, 사회적 신분’을 규정하였다. 위의 차별사유와 관련하여 ‘병력, 출신국가, 언어, 가족형태 또는 가족 상황, 범죄 및 보호처분의 전력, 성적 지향, 학력’ 등과 관련하여 재계의 반발로 이 후 정부안에서는 삭제된 바 있다. 이 중 특히 ‘성적지향’이 포함된 것에 대해 동성애를 반대하는 보수 기독교계의 거센 반발이 차별금지법 제정에 큰 걸림돌이 되고 있다. 그러나 성적지향은 이미 우리나라가 가입·비준한 협약 등을 비롯한 유럽연합의 차별지침에 모두 포함되어 있고⁷⁴⁾ 성적지향이 차별사유로 포함된다고 하여 종교의 자유를 침해하는 것이 아니므로⁷⁵⁾ 보수 기독교계의 주장만으로 배제를 고려하는 것은 바람직하지 못하다.

2. 차별의 개념과 정의

독일의 차별금지법안(ADG-E) 제3조에서 사용한 ‘차별(Benachteiligung)’이라는 용어의 의미는 유럽연합의 반차별지침의 ‘차별(Diskriminierung)’과 그 의미가 조금 다르다.⁷⁶⁾ 유럽연합 반차별지침의 차별(Diskriminierung)은 이미 그 단어에서 불법적이고 사회적으로 금기시 되어야 하는 불평등의 상태를 말하기 때문이다. 차별금지법안과 일반평등대우법에서 사용하는 차별(Benachteiligung)은 불평등대우(Ungleichbehandlung)에 더 가깝다. 이는 독일에서 역사적으로 나치정권 때 벌어진 인종차별정책의 영향으로 부정적인 뉘앙스가 더 크기 때문이다. 따라서 재계와 기민당/기사당의 요구로 법률의 명칭을 차별금지법(Antidiskriminierungsgesetz)에서 일반평등대우법(Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz)로 변경하였다. 이는 실질적으로 일반평등대우법 제5조, 제8조부터 제10조까지와 제20조에 따라 정당한 사유로 인한 불평등대우가 가능함을 강조하고자 하는 의도도 포함되어 있다.⁷⁷⁾

74) 홍관표(2013), 앞의 논문, 329-330쪽

75) 이준일(2014), “차별금지법의 제정필요성과 입법적 고려사항” 『의정연구』 제41권, 한국의회발전연구회, 251쪽

76) BT-Drucks. 16/1780, S. 30; Adomeit/Mohr, AGG §3 Rn. 2.

77) BT-Drucks. 16/1780, S. 30.

국가인권위의 차별금지법 권고안 제2조에서 직접차별, 간접차별, 괴롭힘과 차별광고를 포함하여 차별의 정의 규정하고 있다. 그러나 괴롭힘의 범위를 성별, 장애, 인종, 출신국가, 출신민족, 피부색, 성적지향으로 제한한 것은 최근 직장 내 괴롭힘으로 많은 문제가 발생하고 있는 것을 감안할 때 모든 차별사유로 확대할 필요가 있다고 생각한다. 차별광고도 불특정 다수를 대상으로 하는 광고의 특성을 고려하고⁷⁸⁾ 실지로 동성애에 대한 반대 광고가 신문지면에 실리는 현실을 생각할 때 포함해야 한다. 또한 우리나라의 법안에는 포함되어 있지 않지만 유럽연합의 반차별지침과 독일 일반평등대우법에서 포함하고 있는 차별에 대한 지시도 고려해 볼 필요가 있다. 차별에 대한 지시는 특히 근로관계에 있어서 상급자에 의한 차별의 지시가 차별적 근로환경을 조성하는데 큰 영향을 미칠 수 있기 때문이다.

3. 차별 정당성의 범위

차별의 정당성 부분에 있어서는 반인종차별지침 제4조에서 ‘본질적이고 결정적인 직업상의 요구’에 의해서 불평등한 대우가 가능하다고 규정한다. 그러나 종교 등에서의 동등처우실현을 위한 범주지침 제4조 제2항에서는 직업상 본질적, 결정적 요청이 없어도 불평등 대우가 가능하게 하고 있다. 이는 교회나 종교기관에서 지침의 제정 당시에 회원국에 종교나 세계관을 이유로 법규상 불평등한 대우를 하고 있었으면 이를 그대로 유지하게 하고 지침의 제정 이후에도 종교나 세계관을 이유로 불평등한 대우를 정당화하는 법규를 규정할 수 있다.⁷⁹⁾ 차별금지법안(ADG-E) 제9조(종교·세계관에 의해 허용되는 차별대우)에서 “특정 종교나 세계관과 관련된 집단법적 임무를 수행하기 위해 종교 단체 등에서 피고용인을 고용함에 있어서 정당한 업무상 요구에 의해 특정 종교나 세계관이 고려될 수 있다”고 하여 종교를 이유로 하는 차별의 정당성 범위를 업무 수행으로 한정하였다. 그러나 일반평등대우법(AGG) 제9조 제1항에서는 “제8조와는 별개로, 특정 종교 또는 세계관이 각 종교단체의 자기결정권이나 업무의 특성과 관련한 교리를 고려하였을 때 중요 채용조건에 해당하는 경우, 종교단체, 법적 형태를 불문하고 이에 부속된 기관, 종교 또는 세계관의 부흥을 목적으로 하는 단체에 의한 채용에 있어서는 종교 또는 세계관을 이유로 달리 대우하는 것은 허용된다.”고 수정하여 종교단체의 자기 결정권으로까지 그 정당성의 범위를 확대하였다. 근로관계에서 불균등 처우의 정당성에 대한 조건을 차별금지법안 제8조에서 ‘본질적이고 중요한 직업적 요구로’ 기존의 민법 제611조a의 규정을 그대로 유지했던 것에 비해 일반평등대우법 제8조에서는 ‘본질적이고 결정적인 직업상 필요하다고 인정되는 때에는 그 목적에 적합하고 적정한 범위 내인 경우’로 완화 시키고자 하는 시도가 있었다. 그러나 이는 남녀동등처우원칙의 실현을 위한 지침(2002/73/EG) 제8조e 제2항에

78) 홍관표(2013), 앞의 논문, 331쪽

79) 신옥주(2008), 앞의 논문, 221, 222쪽.

따라 어떠한 경우에도 지침을 이유로 기존 법안의 보호수위를 낮출 수 없다는 규정 때문에 성별에 따른 정당성의 범위를 민법 제611조a 보다 더 낮게 설정할 수 없게 되었다. 법안 초기에는 성별만 따로 정당성의 범위를 인정하려고 하였으나 이는 법률적으로 문제가 있다고 판단하여 성차별을 이유로 하는 정당성의 범위에 맞추어 다른 차별 사유의 정당성 범위를 인정하도록 하였다. 따라서 민법 제611조a에서 “필수 불가결한 (unverzichtbar)”, 반차별지침의 “필수적인(unabdingbar)” 그리고 일반평등 대우법의 “결정적으로(entscheidend)”를 모두 유사어로 해석하기로 하였다.

차별금지의 예외는 국가인권위 차별금지법 권고안 제3조에서 ‘특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우’와 ‘현존하는 차별을 해소하기 위하여 특정한 개인이나 집단을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제·개정 및 정책의 수립·집행’하는 행위에 대하여 차별의 정당성을 인정한다. 독일의 경우 일반적인 차별의 정당성뿐만 아니라 종교(일반평등대우법 제9조)와 연령(일반평등대우법 제10조)에 대해서 차별의 예외를 인정하고 있으나 우리나라는 개별적인 예외 규정은 없다. 차별에 대한 금지규정의 도입이 무조건적이고 일괄적인 평등을 의미하는 것은 아니며 따라서 선입견에 근거한 차별이 아니라 직업상 반드시 필요한 경우나 사회·문화적인 이유로 사생활의 보호를 위한 차별이 존재할 수 있다. 예를 들어 여학생 기숙사의 사감을 여성으로 제한⁸⁰⁾하거나 카톨릭 신부를 남성으로 제한하는 것⁸¹⁾은 차별금지의 예외사항에 해당된다.

4. 입증책임

유럽연합의 반차별지침은 입증책임에 대하여 인종차별금지지침 제8조에서 차별의 피해자가 차별의 사실이 있었음을 법원이나 차별에 대한 신고를 담당하는 곳에서 ‘믿을 만한 정도(glaubhaft)’로 입증하면 그 상대방이 차별금지의 위반이 없었음을 입증할 책임을 진다.⁸²⁾

독일은 입증책임에 관하여 차별금지법안 제22조에서 다툼이 있는 경우에 차별의 피해를 당한 피고용인이 차별사유로 인한 불평등한 대우를 받았다는 것을 ‘믿을 만한 정도(Glaubhaftmachung)’만 확인을 시키면 사용자는 차별을 하지 않았다는 것을 입증할 책임이 있다. 이에 대해 기민당의 입장은 “차별금지법안 제22조의 ‘입증책임’에 관한 조항은 새롭게 규정되어야 한다. 차별금지법안 제22조에서 규정하고 있는 ‘믿을 만한 정도’라는 개념은 청구권자들에게 민사소송법 제294조에 따른 증거방법으로서 확실한 보증으로 이용될 수 있다. 그러나 이미 법안 이유서에 따라 그러한 의미가 아님을 보여주고 있기 때문에 청구권자는 일반적인 기본원칙에 따라 다른 사람들과 비

80) BAG v. 28.05.09 - 8 AZR 536/08, NZA 2009, S. 1016.

81) Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, §8 Rn. 42.

82) 신옥주(2008), 앞의 논문, 213, 220쪽

교하여 불평등한 처우를 받았다는 것을 완전하게 증명해야 한다. 그 밖에도 법 제1조에 따른 이유로 불평등한 처우를 받았다는 것에 대해 추측한 사실을 보고하는 것은 가능케 하지 말아야 한다. 추정사실에 대한 다툼은 민사소송법 제141조에 따른 청문회 가능성과 민사소송법 제448조에 따른 정부기관의 당사자 심문을 이용하도록 해야 한다. 민법 제611조a 제1항 제3문에서의 ‘믿을 만한 정도’ 역시 민사소송법 제294조와는 다르게 이해되었었다. 차별금지법안 제22조에서 무비판적으로 민법 제611조a 제1항 제3문을 따른 표현은 잘못된 것이다.⁸³⁾고 주장하였다. 이 후 일반평등대우법 제22조(입증책임)는 “소송 일방 당사자가 제1조에 열거된 사유를 이유로 한 차별대우를 추정할 수 있는 간접증거(Indizien)를 입증한 경우에는, 타방 당사자가 차별금지규정에 대한 위반이 없었음에 대해 입증할 책임이 있다.”고 규정하면서 차별피해자의 입증책임을 더욱 강화시켰다. 이러한 차별피해자에게 입증책임을 강화시킨 것은 유럽연합 반차별지침의 입증책임 규정에 미치지 못하는 것으로 차별의 피해자가 차별사유로 인하여 불평등한 대우를 받았다는 것을 증명하기 위해서는 다른 사람들과의 비교가 필요하고 이를 위해서 필요한 정보에 접근이 용이하지 않으므로 현실적으로 간접증거를 제시하기란 매우 어렵다고 볼 수 있다. 따라서 이 후라도 반드시 차별피해자의 입증책임에 대한 완화된 규정으로 개정할 필요가 있다.

국가인권위의 차별금지법안 제40조에서 차별과 관련한 소송에서 증명책임은 차별을 받았다고 주장하는 자의 상대방이 부담하도록 규정하도록 하고 있다. 이미 남녀고용평등법 제30조에 의해 차별분쟁에서 입증책임을 사업주에게 부담하도록 규정하고 있으므로 당연한 규정이라 할 수 있다.

5. 차별에 대한 구제와 제재

유럽연합의 반차별지침은 손해배상에 대해서 차별피해자들이 입은 손해에 대해서 적절한 보상이 이루어질 수 있도록 조치를 취해야 한다고 규정하고 있지만 구체적인 방법에 대한 언급은 없다.

차별금지법안(ADG-E) 제15조는 차별금지 위반 시에 사용자가 위반에 대한 책임이 있는 경우 이를 통하여 발생한 손해를 배상할 의무가 있다. 차별의 피해자는 재산적 손해가 아닌 손해가 발생한 경우 위자료 청구도 가능하다고 규정하고 있다. 이에 대해 기민당은 “제15조 제1항에는 채용 시 차별로 인한 불이익을 받았을 경우 그 손해배상에 대한 기준이 제시되어야 한다. 제2조에서는 ‘재산적 손해가 아닌 손해가 발생한 경우’를 명백하게 하여야 한다. 그 밖에도 승진, 전근 또는 그 밖의 인사결정에 대해 제한 없는 배상의무가 필요로 하는 지의 여부를 검토해 보아야 한다. 마지막으로 차별금지에 반하는 집단적 합의에 대해 명백한 위반이 있는 경우에만 위자료 지급을 하

83) BT-Drucks. 445/05(Beschluss), S. 1 f.

는 것으로 제한해야 한다.”⁸⁴⁾며 손해배상에 대한 규정은 새롭게 규정되어야 한다고 주장하였다. 사용자단체 역시 “손해배상과 위자료에 대한 규정은 유럽연합의 반차별 지침에 비해 그 보상범위가 지나치게 넓다. 이와 같은 규정은 인종, 민족적 출신, 연령, 종교, 가치관, 장애 그리고 성적 지향을 이유로 하는 차별 사안이 아닌 단지 성을 이유로 하는 차별에만 적용하기를 요구한다. 이에 대해서는 민법 제611조a의 손해배상규정으로 충분하였기 때문에 더 이상 확대해서는 안 된다. 이 같은 배상청구권은 반차별지침의 승인을 받기에 충분하다.”⁸⁵⁾며 배상에 대한 제한을 주장하였다. 손해배상에 대해서 일반평등대우법 제15조에서 차별금지를 위반하는 경우 사용자는 이로 인해 발생한 손해를 배상할 의무가 있으나 사용자가 의무위반에 대한 책임이 없는 경우에는 배상의 의무가 없다. 취업자는 비재산적 손해가 발생한 경우 적절한 금전배상을 요구할 수 있도록 하여 재산적과 비재산적 손해에 대한 손해배상이 가능하다.

국가인권위의 차별금지법안 제39조에서 차별을 가하여 타인에게 손해를 입힌 자는 손해배상의 책임이 있다. 특히 동조 제4항에서 악의적 차별에 대하여 통상적인 재산상 손해배상 이외의 비재산적 손해배상의 배상금을 지급하도록 한 손해배상제도를 규정하여 차별금지의 실효성을 확보하고자 하였다. 이는 2014년 개정된 「기간제 및 단시간근로자보호 등에 관한 법률」 제13조에서 ‘노동위원회는 사용자의 차별적 처우에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우가 반복되는 경우에는 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있다.’고 한 조항으로 이미 차별에 대한 비재산적 손해배상을 실시하고 있으며 그 배상액을 ‘손해액의 2배 이상 5배 이하’로 구체화하였기 때문에 실행하는데 있어서 큰 무리가 따른다고 볼 수 없다.

IV. 결론

독일 일반평등대우법의 제정과정에서 쟁점이 된 조항들에 대해 의견이 서로 다른 정당이나 노동조합과 사용자단체들이 법안에 대한 구체적인 견해를 밝히고 그 의견서들을 바탕으로 하여 구체적으로 어떤 조항을 어떻게 수정해야 하였는지에 대해 자세히 살펴보았다. 또한 독일 일반평등대우법의 제정과정에서 논란이 되었던 차별의 사유, 차별의 정의, 차별금지의 효력범위, 차별 정당성의 범위, 입증책임과 차별에 대한 구제와 제재 등에 관한 조항들은 앞으로 우리나라가 차별금지법안 제정과정에서 충분히 겪을 수 있는 가능성이 있다.

2006년 일반평등대우법이 제정된 후 지금 재계가 우려하였던 관료주의의 확산이나 소송의 급증으로 경제적 손실의 발생 또는 그로 인한 일자리의 급감 등의 현상은 전혀 나타나지 않고 있다. 특히 차별적인 요소가 들어있는 구인광고를 보고 실질적으로

84) BT-Drucks. 445/05(Beschluss), S. 1 f.

85) Halfjahresbericht 2006, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände.

구직의사가 없음에도 불구하고 지원하여 소송을 하는 이들에(AGG-Hopper) 대해서는 따로 정보를 공유하여 미연에 방지하고 있다. 이러한 상황을 일부 야당에서는 “이빨 없는 호랑이”라고 표현하며 그 실효성을 의심하나 일반평등대우법을 기반으로 발전의 가능성을 위해 노력해야 한다는 입장을 취하고 있다. 독일의 반차별단체연합은 일반평등대우법이 활성화되지 못하고 있는 여러 가지 이유 중 가장 큰 원인을 일반평등대우법이 잘 알려지지 않은 점을 들고 있다. 소송이 활발히 이루어지지 못하고 있는 원인에 대해서 살펴보면 우선 정보의 부족으로 차별을 인식하지 못하거나 또는 차별을 인지하기 까지 시간이 걸리고 그런 상황에서 2달이라는 청구기간은 너무 짧으며 또한 소송비용에 대한 문제와 전문적인 소송대리인을 찾기가 힘든 것을 그 원인으로 보고 있다. 또한 인종차별에 대해 민사상 대량계약으로만 한정된 차별금지라든가 주택임대계약에 있어서도 대량계약으로 한정된 것이 실질적인 차별개선에 도움을 주지 못하고 있으며 또한 교육부분에 있어서 사용자에게 대한 선생들의 차별은 금지하고 있으면서 그 보호범위에 선생으로부터 혹은 동급생으로부터 차별을 받고 있는 학생들을 포함하고 있지 못하다는 것은 문제가 있다고 판단하고 있다. 특히 논란이 많았던 입증책임에 관한 일반평등대우법 제22조에 따라 간접증거를 통해 증명을 해야 입증책임이 사용자에게 넘어가는 것이 소송을 힘들게 하는 주요 원인으로 보고 있다. 이와 반대로 사용자단체연합은 차별에 관련된 또 다른 지침을 준비하고 있는 유럽위원회의 움직임에 반대하며 독일 정부가 이에 대한 조치를 취해주길 촉구하며 유럽의 반차별단체들이 차별상황이 발생하였을 때 국내에서 보다 바로 유럽재판소에 제소하는 경우가 늘고 있는 상황을 주목하고 있다.