



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사 학위논문

적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준에
관한 연구

- 한국에서의 심사기준의 정립 및 그 적용을 중심으로 -

A Study on the Standard of Judicial Review of the Affirmative
Action

지도교수 : 한 병 호



2009 년 02 월

한국해양대학교 대학원

해사법학과 전 상 구

본 논문을 전상구의 법학박사 학위논문으로 인준함

위원장 : 도 회 근 (印)

위 원 : 성 정 엽 (印)

위 원 : 박 상 희 (印)

위 원 : 이 기 춘 (印)



위 원 : 한 병 호 (印)

2008 년 12 월 22 일

한국해양대학교 대학원

〈목 차〉

제1장 서 론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위	10
제3절 연구의 방법	12
제2장 적극적 평등실현조치의 의의와 이론적 근거	16
제1절 적극적 평등실현조치의 의의와 유형	16
I. 적극적 평등실현조치의 개념	16
II. 적극적 평등실현조치의 유형	17
1. 분류기준	17
2. 목적을 기준으로 한 분류	18
3. 실시근거 및 주체를 기준으로 한 분류	19
가. 법령에 의한 적극적 평등실현조치	19
나. 법원의 명령 및 동의판결에 의한 적극적 평등실현조치	20
다. 자발적인 적극적 평등실현조치	20
4. 실시수단을 기준으로 한 분류	21
가. 할당제형(Quota model)	21
나. 우선적 혜택형(Preference model)	22
다. 자가검사항형(Self-Examination model)	23

제2절 적극적 평등실현조치의 발전과정	25
I. 적극적 평등실현조치의 탄생배경	25
II. 적극적 평등실현조치의 탄생과 실행	29
III. 적극적 평등실현조치의 위기	34
IV. 한국에서의 발전과정	35
제3절 적극적 평등실현조치의 이론적 근거	37
I. 적극적 평등실현조치에 대한 옹호론	37
1. 옹호론의 분류	37
2. 과거지향적 정당성론	38
3. 미래지향적 정당성론	39
II. 적극적 평등실현조치에 대한 비판론과 그에 대한 검토	40
1. 비판론의 근거	40
2. 비판론에 대한 검토	41
가. 무고한 제3자에 대한 희생의 강요의 부당성 문제	41
나. 집단에 대한 보상의 부당성 문제	42
다. 과대포함과 과소포함의 문제	42
라. 능력주의 내지 실적주의 원칙의 파괴 문제	43
마. 수혜집단에 대한 오명의 문제	44
III. 한국 헌법과 적극적 평등실현조치	45
1. 평등원칙과 적극적 평등실현조치	45
가. 한국 헌법상의 평등관념	45
나. 평등원칙과 적극적 평등실현조치의 정당성	46
2. 사회국가원리와 적극적 평등실현조치	47
3. 민주국가원칙과 적극적 평등실현조치	49

제3장 적극적 평등실현조치에 대한 미국에서의 심사기준 50

제1절 적극적 평등실현조치에 관한 미국 연방대법원의 주요 판례 50

I. 교육과 적극적 평등실현조치 50

1. 1978년 BAKKE 사건 이전 50

2. 1978년 BAKKE 사건 51

가. 사건개요 52

나. 판결요지 53

3. 2003년 GRUTTER 사건 59

가. 사건개요 59

나. 판결요지 61

4. 2003년 GRATZ 사건 67

가. 사건개요 67

나. 판결요지 69

II. 고용 및 승진과 적극적 평등실현조치 74

1. 1979년 WEBER 사건 74

가. 사건개요 75

나. 판결요지 76

2. 1986년 SHEET METAL WORKERS 사건 79

가. 사건개요 80

나. 판결요지 81

3. 1986년 CLEVELAND 사건 84

가. 사건개요 84

나. 판결요지 86

4. 1987년 PARADISE 사건 88

가. 사건개요 88

나. 판결요지 90

5. 1987년 JOHNSON	93
가. 사건개요	93
나. 판결요지	94
Ⅲ. 해고와 적극적 평등실현조치	98
1. 1984년 STOTTS 사건	98
가. 사건개요	98
나. 판결요지	100
2. 1986년 WYGANT 사건	102
가. 사건개요	102
나. 판결요지	103
Ⅳ. 공공사업과 적극적 평등실현조치	106
1. 1980년 FULLILOVE 사건	106
가. 사건개요	106
나. 판결요지	108
2. 1989년 CROSON 사건	112
가. 사건개요	112
나. 판결요지	113
3. 1990년 METRO BROADCASTING 사건	117
가. 사건개요	117
나. 판결요지	119
4. 1995년 ADARAND 사건	122
가. 사건개요	122
나. 판결요지	123
Ⅴ. 미국 연방대법원 판례에 대한 종합적 평가	127
제2절 적극적 평등실현조치에 대한 미국 연방대법원의 합헌성 심사기준	131
Ⅰ. 일반적 평등보호원칙에 관한 심사기준	131
1. 합리성 심사(rational basis test)	131
2. 엄격심사(strict scrutiny)	132

3. 중간단계심사(intermediate standard of review)	133
II. 적극적 평등실현조치에 관한 합헌성 심사기준	133
1. 인종에 기초한 적극적 평등실현조치에 관한 심사기준	133
가. 심사기준 정립과정	133
나. 적극적 평등실현조치에 관한 엄격심사기준의 구체적 내용	137
2. 성별에 기초한 적극적 평등실현조치에 관한 심사기준	147
가. 심사기준의 정립과정	147
나. 적극적 평등실현조치에 관한 중간단계심사의 구체적 내용	149

제4장 한국에서의 적극적 평등실현조치의 심사기준의 정립 및 그 구체적 적용

153

제1절 적극적 평등실현조치의 심사기준	153
I. 일반적 평등원칙에 관한 합헌성 심사기준	153
1. 평등심사의 구조	153
가. 본질적 차별대우의 확인	154
나. 헌법적 정당성 심사	154
2. 헌법재판소의 평등심사기준	155
가. 헌법재판소 판례의 경향	156
나. 헌법재판소의 심사기준에 대한 평가	160
3. 평등심사기준의 합리화 방안	165
가. 평등심사와 입법형성권	165
나. 자의금지심사	166
다. 비례성심사	167
II. 적극적 평등실현조치에 대한 합헌성 심사기준	172
1. 심사기준 정립의 필요성과 전제	172
가. 심사기준 정립의 필요성	172
나. 심사기준 정립의 전제 : 심사기준의 다양화	172

2. 미국 연방대법원 심사기준의 도입가능성과 유의점	173
가. 미국 연방대법원 심사기준의 도입가능성	173
나. 미국 연방대법원 심사기준의 도입시 유의점	175
3. 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준의 정립	175
가. 목적의 정당성에 대한 심사	176
나. 목적과 수단 간의 비례성에 대한 심사	177
제2절 한국의 주요 적극적 평등실현조치 및 우대정책에 대한 검토	178
I. 여성을 위한 적극적 평등실현조치 및 우대정책	178
1. 공무원 양성평등채용목표제	178
가. 주요내용	178
나. 합헌성 평가	181
2. 여성공천할당제	182
가. 주요내용	182
나. 합헌성 평가	184
3. 남녀고용평등법 상의 적극적 고용개선조치	186
가. 주요내용	186
나. 합헌성 평가	190
4. 여성과학기술인 채용목표제와 대학교원 양성평등채용목표제	190
가. 주요내용	190
나. 합헌성 평가	191
III. 장애인을 위한 적극적 평등실현조치 및 우대정책	192
1. 장애인고용의무제	192
가. 주요내용	192
나. 합헌성 평가	195
2. 기타 장애인에 대한 적극적 조치	196
가. 주요내용	196
나. 합헌성 평가	198

IV. 지방을 위한 적극적 평등실현조치와 우대정책	199
1. 지역인재추천채용제	199
가. 주요내용	199
나. 합헌성 평가	201
2. 지방인재채용목표제	202
가. 주요내용	202
나. 합헌성 평가	203
3. 대학입학의 기회균형선발제	205
가. 주요내용	205
나. 합헌성 평가	206
제5장 결 론	208
참 고 문 헌	214



A Study on the Standard of Judicial Review of the Affirmative Action

Jeon, Sang-Goo

Department of Maritime Law
*Graduate School of
Korea Maritime University*

Abstract

We recognize the demand of human equality as a 'Sollen' today. Therefore the contemporary democratic constitution pronounces the equal protection of the laws. Also the Constitution of the Republic of Korea is providing that "All citizens shall be equal before the law, and there shall be no discrimination in political, economic, social or cultural life on account of sex, religion or social status." (§ 11①) Nevertheless universality of equal ideology like this, the realization of substantial equality is remote yet.

In order to come true a substantial equality, the nation must forbid a discrimination first of all. But non-discrimination is not sufficient to come true a substantial equality for the minority who have historically suffered prejudice in employment and educational opportunities, we need affirmative action programs to give minority group a level playing field.

However, though it have been used for a accomplishment of substantial equality as a powerful method, affirmative action is a double-edged sword with the potential to violate the rights of another group, so there is an argument as a 'reverse discrimination'. Therefore, affirmative actions must be deliberately designed to observe the constitutional limit.

In order to determine whether affirmative action has observed a

constitutional limit, we must establish a standard of judicial review. A standard of judicial review can be proved in specific lawsuit case, but the Republic of Korea's short history of affirmative action spanning less than two decades has not yet given the Constitutional Court the opportunity to make an explicit decision about affirmative action. But in the United States, often referred to as a multiracial melting pot, its Supreme Court has developed the jurisprudence of affirmative action amid heated controversy. Therefore, a cases of the U.S. Supreme Court will give Korea suggestions as to a standard of judicial review.

According to the U.S. Supreme Court, a race-conscious affirmative action would be subject to strict scrutiny, a sex-conscious affirmative action would be subject to intermediate standard of review. To pass strict scrutiny or intermediate standard of review, the affirmative action must satisfy two prongs: First, it must be justified by a 'compelling' or 'important' governmental interest. Second, the affirmative action must be 'narrowly tailored' or 'substantially related' to achieve that goal or interest. On the other hand, the appropriate considerations for finding whether the affirmative action was 'narrowly tailored' or 'substantially related' include: (1) the necessity for the relief and the efficacy of alternative remedies; (2) the flexibility and duration of the relief; (3) the relationship between the numerical goals and the relevant labor market; and (4) the impact of the relief on the rights of third parties.

Considering that the standard of judicial review of the affirmative action is not established in Korea, the theory of the U.S. Supreme Court is very useful in Korea. Therefore, this paper aims for establishing a standard of judicial review in Korea through the reception of a theory of the U.S. Supreme Court, and this paper aims for evaluating affirmative action or preferential treatment which is executing in Korea through the application of a standard of judicial review established.

* Key words : affirmative action, equality, discrimination, classification

제1장 서론

제1절 연구의 목적

(1) 평등사상의 역사적 전개

모든 인간은 그 형상과 육체적·정신적 자질 및 자연적·사회적 여건 등에 있어서 구체적인 차이가 있음에도 불구하고 서로 평등하다는 인식은 오늘날 하나의 사실 명제로서 받아들여지고 있고, 이러한 인간평등의 인식을 바탕으로 하여 당위명제로서의 인간평등의 요구가 보편화되었다.¹⁾ 그 결과, 근대 이후의 각종 인권선언과 각국의 헌법은 평등의 이념을 최고원리 내지 기본권으로 수용하였고, 대한민국 헌법도 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하여, 이를 확인하고 있다. 그러나 평등관념의 이러한 보편화에도 불구하고, 사회현실에서의 평등이념의 실현은 아직도 요원할 뿐만 아니라, 도대체 실현되어야 할 평등의 내용이 구체적으로 무엇인가에 관한 일반적인 합의조차 명백하지 않은 것도 사실이다.

평등관념은 - 적어도 이념적으로는 - 고대 그리스시대 이래 인류의 역사와 함께 발전·변모해 왔다. Aristoteles는 아테네의 자유 시민 사이에서의 정의(正義)를 분석하면서, 정의를 ‘일반적 정의’와 ‘특수적 정의’로 구분하고, 특수적 정의를 곧 평등이라 하고, 이를 다시 ‘절대적 평등(평균적 정의)’과 ‘상대적 평등(배분적 정의)’으로 구별하여 평등논의의 기초를 형성하였다.²⁾ 그 후 평등사상은 Zenon에 의하여 창설된 스토아학파에 의하여 발전되었고, 로마시대에는 여러 종족의 혼합, 국가영역의 확대 및 크리스티교의 대두 등의 배경과 스토아철학과 로마법의 영향

1) 한병호, “인간다운 생존의 헌법적 보장에 관한 연구 - 구체적 권리로서의 실현가능성을 중심으로”, 서울대학교 대학원, 박사학위논문 (1993. 02), 1면.

2) 윤명선, “평등권에 관한 헌법적 고찰”, 『논문집』 제22집, 경희대학교 (1993. 12), 20면; 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2006, 439면.

아래, 자연법(jus naturae)개념이 성립하여 ‘만민평등사상’으로 전개되었다. 그러나 고대의 평등사상은 국가권력이 모든 인간을 평등하게 다룰 것을 요구하지는 않았다. 이는 이 시기의 평등사상은 노예제사회의 한계를 벗어나지 못하였고, 그 결과, 평등은 시민권을 가진 시민 사이에 있어서의 그것에 머무를 수밖에 없었기 때문이다.³⁾

평등이 모든 인간에게 존재한다는 주장은 기독교의 영향을 받은 중세에 와서야 이루어졌다. 기독교에서는 인간은 신을 모방해서 만든 피조물로서 신으로부터 같은 거리에 있고, 그 결과, 인간은 하나님의 눈으로 볼 때 똑같이 평등한 존재로 이해되었다.⁴⁾ 즉, 평등이란 모든 인간이 ‘신 앞에 평등’한 것으로 이해되었다. 그러나 현실의 중세사회는 영주·봉신과 농노 사이에 맺어진 주종관계를 기반으로 하고 있는 봉건제적 신분사회였으므로, 기독교의 종교적 차원의 평등이 실제에 적용될 수는 없었고, 특권층과 일반 국민 사이에는 여전히 불평등의 원리가 지배하고 있었다.⁵⁾

근대에 접어들면서 합리주의적 자연법학에서는 중세의 인격적인 ‘신’이 추상적·보편적인 ‘법’개념으로 대체되고 있었고, 그에 따라 평등관념도 ‘신 앞의 평등’에서 ‘법 앞의 평등’으로 전화하였다. 특히 18세기에 들어오면서, 평등관념은 두 가지 요구로 응축되었는데, 하나는 모든 시민이 누구나 국가기관의 구성이나 통치과정에 평등하게 참여하여야 한다는 ‘평등한 참정’의 요구이고, 다른 하나는 국가기관이 신분이나 신앙 등에 따라 인간을 차별하지 아니하고 법률을 평등하게 적용하여야 한다는 ‘법 적용의 평등’이었다.⁶⁾⁷⁾ 그러나 당시의 시민적인 평등은 신분적 차별제도가 인간의 천부적인 권리에 어긋난다는 이유로 부정함으로써 봉건적인 특권계급제도를 타파하였다는 점에서 역사적 진보라고 평가할 수 있겠지만,⁸⁾ 시민법적인 법리에 따라 모든 인간이 누구나 대등한 권리주체로서 자유로운 경쟁을

3) 황도수, “법규범으로서의 평등의 사적 전개”, 『헌법논총』, 제7집, 헌법재판소 (1996. 12), 213-4면.

4) 윤명선, 앞의 논문 (주 2), 20-21면.

5) 황도수, 앞의 논문 (주 3), 214면.

6) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2008, 386면.

7) 이러한 법적 평등의 주장은 1776년 미국의 Virginia 권리장전에서 최초로 입법화되었고, 그 후 제정된 거의 모든 성문헌법은 평등조항을 포함하게 되어, 평등문제는 단순한 정치·사회 이데올로기가 아니라, 법적 권리로서의 지위를 가지게 되었다. 황도수, 앞의 논문 (주 3), 215면 참조.

8) 한상범, “현대사회에 있어서 평등권의 제문제”, 『고시연구』 제94호, 고시연구사 (1982. 01), 45면.

통한 시장질서 속에서 각자의 행복을 추구하고 그것이 사회 전반의 조화를 이루어 간다는 가설에 입각하고 있었기 때문에⁹⁾ 근대의 평등관념은 ‘형식적 평등’ 내지 ‘기회의 평등’만을 보장하는 데 그쳤고, 국가에 의한 실질적 평등의 구현시도는 오히려 자유에 대한 침해로 간주되는 한계를 지니고 있었다. 즉, 근대의 평등은 자유와 재산의 불가침으로 대표된 자유방임정책과 더불어 사회·경제생활에 자유경쟁을 복돋아 자본주의의 발전과 고도화를 재촉하기는 하였지만, 자본주의의 모순, 특히 사회·경제적 약자인 노동계급의 출현과 부의 편재 및 빈곤·실업 등을 초래하게 되었고, 그 결과, 형식적·정치적 평등은 사회·경제분야에 있어서 ‘부자유·불평등’을 초래했다.

이에 대한 반성으로 현대의 국가에서는 소극적으로 국민에 대한 법적 불평등을 제거해야 함은 물론, 나아가 적극적으로 국민의 인간다운 생활을 보장함으로써 ‘실질적 평등’을 실현하는 것을 국가목표로 삼게 되었다. 이러한 실질적 평등을 보장·실현하기 위한 적극적 수단으로 생존권적 기본권이 헌법에 보장되었고, 또한 사회정의의 구현을 위한 경제조항을 아울러 채택하게 되었다. 그리하여 현대국가는 사회정의를 구현하기 위해, 그 가치면에서는 자유와 평등의 조화를 꾀하고, 그 실현을 위해 국가기능이 확대·강화되었다. 즉, 오늘날의 평등은 ‘자유’의 평등만이 아니라 모든 인간으로 하여금 인간다운 생활을 가능하게 하는 ‘생존’의 평등까지를 요구하게 되었고, ‘실질적 평등’ 또는 ‘결과 내지 조건에 있어서의 평등’의 실현을 요구하는 것이다.¹⁰⁾¹¹⁾

(2) 사회적 약자의 보호 및 그 수단으로서의 적극적 평등실현조치

이처럼 오늘날 우리가 실현해야 할 평등의 내용은 단순히 ‘형식적 평등’ 내지 ‘기회에 있어서의 평등’에 머무르는 것이 아니라 ‘실질적 평등’ 또는 ‘결과 내지 조건에 있어서의 평등’을 의미한다고 정리할 수 있지만, 사회현실에서의 평등이념의 실현은 아직도 요원하다. 이는 특히, 유색인종·여성·장애인 등 역사상 집단적·

9) 위의 논문, 45-46면.

10) 권영성, “신 헌법과 법앞의 평등”, 「월간고시」 제169호, 법학사 (1988. 02), 17면.

11) 이러한 실질적 평등사상은 1919년 Weimar 헌법에서 최초로 성문화되었고, 한국헌법을 포함하여 20세기에 제정된 헌법들은 대개 현대의 평등사상을 수용하고 있다. 황도수, 앞의 논문 (주 3), 216면 참조.

구조적으로 직·간접적인 차별을 받아온 소위 ‘마이노리티(minority)’의 경우에 있어서 더욱 두드러진다.¹²⁾

민주주의원리의 측면에서 보면 사회적 약자의 보호는 민주주의를 위한 필수적인 장치이며, 사회적 약자에 대한 보호가 없는 다수의 지배는 또 다른 형태의 전제정치에 불과하다. “민주정치의 요체는 다수가 절대적으로 우세하다는 데 있고, 민주국가에서 다수에 저항할 수 있는 것이라고는 아무 것도 없다.”는 Tocqueville

12) 우리는 흔히 “사회구성체의 정치·사회·경제·문화의 제반 영역에서 인종, 성, 경제적 능력, 사상이나 도덕, 기타의 이유로 지배적이라고 일컬어지는 가치와 상이한 입장에 있는 부류” 또는 “특정한 속성을 기준으로 인간집단을 구획하고 그 한 편에 존재하는 인간집단에 대하여 다른 편의 인간집단과는 다른 대우-불리한 처우-를 행하는 사회적 시스템이 존재할 때, … 그 불리한 처우의 대상이 되는 집단” 또는 “특정한 속성에 따라 구획된 특정한 사회공동체의 구성원이, 비지배적이고 소외되고 차별되어 경멸적인 대우를 받음으로 인하여(차별성), 서로 연대감을 가지고(연대성), 은연 중에 이를 유지하기 위한 집단의식이 형성되어(집단성), 대다수의 구성원과 평등하게 취급받기를 원하는(항거성) 부류”를 ‘소수자’ 내지 ‘소수자 집단’이라 칭하면서 법적 보호의 대상으로 삼고 있다(안경환, “소수자 보호를 위한 법리”, 『법과 사회』 제2호, 법과사회이론학회 (1990. 03), 115면; 한상희, “국가인권위원회법 제30조의 해석론 - 시민권으로서의 인권과 민주적 기본질서”, 『헌법학연구』 제8집 제4호, 한국헌법학회 (2002. 12), 114면; 이발래, “인권법상 소수자 보호체계와 차별심사에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제9권 제1호, 한국헌법학회 (2003. 05), 343면 등 참조). 이러한 부류 내지 집단을 법적 보호의 대상으로 삼는 것은 지극히 타당한 일이지만, 이러한 부류 내지 집단을 ‘소수자’ 내지 ‘소수자 집단’이라 칭하는 것은 바람직하지 않아 보인다. ‘소수자’ 내지 ‘소수자 집단’이라는 말에는 본질적으로 수적 또는 양적 표지를 포함하고 있기 때문이다. 대다수의 상황, 특히 민주주의제도의 의사결정과정에서 수적으로 열세에 있는 집단은 수적으로 우세에 있는 집단에 비해 상대적으로 열악한 지위에 놓이게 되고, 그 결과, 법적 보호를 필요로 한다. 하지만 여성의 예에서 볼 수 있듯이 수적 우열이 항상 지위의 우열, 즉 법적 보호의 필요성을 초래하지는 않는다. 따라서 법적 보호를 필요로 하는 대상을 표현함에 있어서 수적 표지가 있는 ‘소수자’ 내지 ‘소수자 집단’으로 칭하는 것은 결코 바람직한 것만은 아니다. 한편, 위와 같은 경우를 고려해서, 소수자를 ‘수적 소수자’와 ‘질적 소수자 : 숫자 이외의 다른 기준(자본이나 권력의 소유여부)에 따른 소수자’로 구분하여 설명하는 견해도 있지만(이준일, “소수자의 기본권”, 『인권과 정의』 제328호, 대한변호사협회 (2003. 12), 138-139면), ‘소수자’라는 말 자체가 이미 수적·양적인 표지를 가지고 있기 때문에 그 앞에서 반대의 의미를 가지는 ‘질적’이라는 수식어를 붙이는 것은 모순이라고 볼 수 있다. 생각건대, 사회·경제적으로 권위나 힘을 가지고 있는 집단은 법적 도움 없이도 그들 스스로가 자신들의 권익을 보호할 수 있기 때문에 헌법적으로 의미있는 ‘마이노리티(minority)’는 사회·경제적 약자를 의미한다고 볼 수 있다. 이는 우리가 흔히 ‘소수자’ 또는 ‘소수자집단’으로 번역하는 영어표현인 ‘minority’의 원래 뜻을 고려하면, 더욱 분명해진다. ‘minority’는 통상 “육체적·문화적 특질 때문에 다른 사람들과 구별되고 불평등한 차별대우를 받아서 집단적 차별의 대상이 되는 사람들” 또는 “단순히 수적인 의미를 가지는 것이 아니라 동일성을 가진 집단, 특히 불이익을 받는 집단(In context of Constitution’s guarantee of equal protection, minority does not have merely numerical denotation but refers to identifiable and specially disadvantaged group)”을 의미하는바(EnCyber 두산백과사전 (<http://www.encyber.com>); Henry Cambell Black, *Black’s law dictionary*, sixth edition, MA: West Publishing Co. (1990), p. 997), 이는 수적인 표지 보다는 질적인 표지가 더 강조되고 있음을 알 수 있다. 즉, ‘마이노리티(minority)’는 수적인 표지가 내재되어 있는 ‘소수자’라는 단어보다는 질적인 표지가 강조되는 ‘약자’로 이해하는 것이 더 타당할 것으로 생각된다. 따라서 이하에서는 특별한 경우(미국 판례 검토)를 제외하고는 ‘소수자’라는 표현보다는 ‘사회적 약자’라는 표현을 쓰고자 한다.

의 말¹³⁾에서도 알 수 있듯이 민주주의란 다수의 지배를 그 기본속성으로 한다. 그러나 이 말의 진정한 의미는 무제한적인 권력의 결과가 초래할 수 있는 위험, 즉 다수자 내지 사회적 강자에 의한 사회적 약자의 정당한 권리와 이익에 대한 유린을 경계하는 것이다.¹⁴⁾ 따라서 자유민주주의적 질서 아래 형성된 일체의 법 체계의 정점에 위치해서 이를 다스리는 근본이념은 사회적 약자의 보호에 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 한편, 기본권보장의 측면에서 보아도 사회적 약자의 보호는 필요불가결하다. 사회적 약자도 주권을 가진 국민이며, 그 결과, 그들이 비록 다수의 국민들 내지 사회적 강자들과는 다른 입장을 견지하고 있다 해도 기본권주체로서 인간의 존엄성과 행복추구권 등의 각종 기본권을 영위할 자격을 가진다. 이처럼 진정한 민주주의원리의 측면이나 기본권보장의 측면에서 볼 때 사회적 약자에 대한 보호는 논리적 필연의 산물이라고 할 수 있다.

그렇다면, 이러한 사회적 약자에 대한 효과적인 보호방법은 무엇인가? 이에 대한 대답으로는 사회적 약자에게 부여된 각종 기본적 권리에 대한 충분한 보장, 특히 사회적 기본권의 실효적 보장 등을 고려할 수 있지만, 사회적 약자에게 무엇보다도 요구되는 것은 평등대우일 것이다. 이는 사회적 약자가 보호의 대상이 되어야 하는 이유, 즉 현실을 생각하면 분명해진다. 사회적 약자가 보호되어야 하는 이유는 그들이 약자라는 이유로 사회적으로 소외되어 있고, 그 소외의 결과로 합리적 이유가 없는 차별, 그것도 과도한 차별을 받고 있기 때문이다. 따라서 사회적 약자를 보호하기 위한 가장 유효적절한 방법은 바로 약자에 대한 평등한 대우일 것이다.

평등실현을 위한 국가의 개입은, 우선, 한국헌법상 명문 규정처럼 불합리한 차별금지와 균등한 기회의 보장을 통해 형식적으로 평등한 취급을 하는 것이다. 그러나 사회적 약자에 대한 보호는 단순한 차별금지와 평등대우만으로는 충분하지 못한 경우가 대부분이다. 왜냐하면, 대부분의 사회적 약자 집단은 과거로부터 합리적 근거없이 과도한 차별을 받아 왔기 때문에 차별의 역사 속에서 조성되고 누적된 결과로서의 현재의 법적·사회적 지위와 정치·경제·사회적 삶의 조건이 평등하지 않으며, 그 결과, 아무리 공정한 기회의 평등이 주어진다고 하더라도 사실상의 평등한 지위를 확보하기는 어려울 수밖에 없다.¹⁵⁾ 따라서 고정관념과 차별의 구

13) 박지동 역(Alexis de Tocqueville 저), 「미국의 민주주의」, 한길사, 1983, 247면.

14) 안경환, 앞의 논문 (주 12), 115면.

조직 악순환을 깨고 사회적 약자를 실효적으로 보호해서 실질적 평등을 실현하기 위해서는 국가의 적극적 개입을 통한 잠정적인 특단의 조치, 즉 소위 ‘적극적 평등실현조치’가 요청된다. 다시 말하면, 비록 현대의 대다수의 헌법이 사회적 약자들에게 평등권을 보장해주고 있기는 하지만, 전통적인 평등권의 해석인 자유의 평등, 기회의 평등 내지는 가치중립적인 차별금지원칙으로는 실질적인 평등을 구현하기에는 여전히 역부족인 것이다.¹⁶⁾ 그 결과, 추상적인 평등의 이념과 현실적으로 존재하는 실질적인 불평등의 간격을 좁히기 위해서는 평등권의 전통적인 해석인 가치중립적인 차별금지원칙을 넘어서 현재의 불평등한 상황을 구제하여 실질적 평등을 달성할 수 있도록 하는 적극적인 평등실현조치(Affirmative Action) 내지 우대조치(Preferential Treatment)가 필요한 것이다.

(3) 연구의 목적

이러한 적극적 평등실현조치는 뿌리 깊은 인종차별 관행을 시정하기 위한 조치로서 1960년대에 미국에서 도입되기 시작하였다.¹⁷⁾ 한국에서도 민주화 이후 개정된 현행헌법 하에서 특히 여성차별을 철폐하고 양성평등을 실현하기 위한 조치가 1990년대부터 도입되기 시작하였는바, 공무원 시험에 있어서의 여성채용목표제, 양성평등채용목표제, 지방인재채용목표제, 지역인재추천채용제, 장애인고용의무제 등이 과거에 시행되었거나 현재 시행 중에 있다.

그런데 적극적 평등실현조치는 실질적 평등을 실현하기 위한 적극적이고도 효과적인 수단이지만, 그것은 마치 양날을 가진 칼과 같아서, 그러한 조치로 인하여 반사적으로 불이익을 받게 되는 집단으로부터 소위 ‘역차별(reverse discrimination)’이라는 비판을 받을 수도 있다.¹⁸⁾ 실제로 미국에서는 과거의 차별

15) 예컨대, 여성의 리더십이 부족하다는 고정관념 하에 승진이 이루어지지 않으면, 그나마 리더십을 훈련하고 보여줄 만한 기회를 잃게 되고, 이는 또 다른 리더십의 결여와 이에 대한 고정관념을 재생산하게 된다.

16) 이는 미국의 Johnson 대통령의 말처럼 “수년간 양발에 쇠고랑을 차고 있던 이를 풀어주고 출발선에 데리고 가서 ‘당신은 다른 모든 사람과 이제 자유롭게 경쟁할 수 있고, 이것은 공정한 것입니다’라고 말할 수 없는 것”과 마찬가지로인 것이다. Howard Schweber, "Affirmative action", in *The Oxford Companion to American Law*, Oxford and New York: Oxford University Press (2002), p. 10 (임지봉, “적극적 평등실현조치와 평등권 - 미국과 우리의 비교를 중심으로”, 건국대학교 법학연구소 개교기념 학술대회 (2003. 05. 13), 16면에서 재인용).

17) 미국에서의 적극적 평등실현조치의 발전과정에 관하여 자세한 것은 이 논문 제2장 제2절 참조.

행위에 대한 현재의 보상으로 행해진 적극적 평등실현조치가 과거 차별의 실제 주체가 아니었던 무고한 백인 또는 백인 남성들의 헌법상의 평등권을 침해한다는 이유로 역차별의 소송이 제기되기도 하였다.¹⁹⁾ 한국의 경우에도 공무원채용시험에서의 제대군인에 대한 가산점 부여²⁰⁾가 여성 등에 대한 부당한 차별이라는 이유로 헌법재판소에 헌법소원이 제기된 바 있다.²¹⁾ 이와 같이 적극적 평등실현조치는 비록 그것이 고질적인 차별 관행을 시정하여 평등을 적극적으로 실현하는데 대단히 효과적인 수단이라고 할지라도, 그것이 개인의 능력이나 실적 등에 의한 것이 아니라 인종이나 성별 등 불가역적인 요소에 의해 우선적인 처우를 함으로써 특정인의 희생을 초래하여 희생자에 대한 역차별을 야기할 수 있는 위험성도 내포하고 있다.

사실 한국에서는 1980년대 말의 정치적 민주화과정 및 1990년대 이후의 이른바 ‘문민정부’·‘국민의 정부’·‘참여정부’를 거치면서 각 부문에서 차별을 시정하려는 노력이 계속되어 왔고, 그 결과, 상당한 성과도 거두었다고 판단된다. 그렇지만 1990년대 말 외환위기의 봉착 및 그 극복과정을 거치면서 경제적 불평등은 오히려 더욱 심화되어 왔고,²²⁾ 2008년 현재 진행 중인 범세계적인 금융위기로 인한 경기침체의 과정을 겪으면서 과연 경제적 불평등의 정도가 얼마나 더 악화될지 전혀 가늠할 수조차 없을 지경이다. 아울러 성별·장애·학력·출신지역 등을 이유로 관행적으로 또는 암암리에 자행되는 부당한 차별도 근절되지 않고 있는 실정이

18) 권영설, “역차별의 헌법문제”, 『논문집』 제27집, 중앙대학교 (1983. 10), 65면 참조.

19) 이에 관한 자세한 내용은 이 논문 제3장 제1절 이하 참조.

20) 이것이 과연 적극적 평등실현조치에 해당하는가는 의문이 있을 수 있지만, 그것이 적극적 평등실현 조치에서 있을 수 있는 형식(가산점 부여라는 우대조치)을 취하고 있고, 아울러 비록 병역의무의 이행이라고는 하지만 군복무에 따른 현실적인 불이익에 대한 구체적·보상적 측면을 부인할 수 없다. 더구나 현실적 불이익을 당한 당사자에게만 우대조치를 한다는 점에서는, 현실적 불이익을 당한 적이 없음에도 불구하고 우대조치의 효과(혜택)가 귀속될 수 있는 적극적 평등실현조치보다는 불이익 내지 희생과 우대조치 내지 혜택의 상호관련성이 더욱 직접적이고 밀접하다고 볼 수도 있다.

21) 예컨대, 현재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770.

22) 통계청이 조사한 소득분배지표를 보면, 0에 가까울수록 소득분포가 평등함을 나타내는 지니계수는 외환위기 전인 1997년 0.268, 2002년 0.298, 2007년 0.324이고, 소득 5분위배율은 1997년 4.09배, 2002년 5.06배, 2007년 6.12배이며, 상대적 빈곤율은 1997년 9.3%, 2002년 11.4%, 2007년 15.6%이다(동일한 기준을 적용하기 위하여 도시가구(1인 및 농가 제외)의 시장소득의 분배지표를 인용). 2006년부터 실시된 전국전가구를 대상으로 한 통계에 따르면, 소득불평등의 정도가 더욱 심하다(예컨대, 2007년도 지니계수는 0.344, 소득5분위배율은 7.28배, 상대적 빈곤율은 17.5%임). 국가통계포털(<http://www.kosis.kr/>) “국내통계”>“주제별통계”>“물가·가계”>“가계”>“가계소득지출”>“소득분배지표” 참조.

며,²³⁾ 나아가 국제결혼과 외국인고용의 증가추세에 따라 인종이나 출신민족 내지 출신국가에 의한 차별 문제는 오히려 증가할 것으로 전망된다.²⁴⁾ 이러한 차별상황을 시정하고 개선하기 위해서는 일차적으로 부당한 차별행위를 금지하고 그 실효성을 담보하기 위하여 위반행위에 대하여 제재를 가하는 것이 선행되어야 한다. 한국헌법은 일반적인 평등원칙 및 차별금지를 선언하고 있을 뿐 아니라(제11조), 고용·임금·근로조건에서의 여성의 차별금지 및 혼인·가족생활에서의 양성평등까지 특별히 규정하고 있다(제32조 제4항 및 제36조 제1항).²⁵⁾ 그리고 이러한 헌법의 평등원칙 및 차별금지규정을 이행하기 위하여 ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’, ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’, ‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률’ 등에서 여성·장애인·고령자 등의 차별을 금지하고 있다.²⁶⁾

그러나 고착화된 차별 관행을 시정하고 차별효과의 구조적 악순환의 고리를 끊어 삶의 조건에서의 평등 내지 결과에서의 실질적인 평등을 실현하기 위해서는 소극적인 차별금지조치만으로 불충분하고, 경우에 따라서는 부당한 차별의 불이익을 누적적·세습적으로 받게 되는 집단에 대한 특단의 우대·보호조치가 잠정적으로나마 요구될 수 있다. 그러한 우대조치는 사회적 약자에게 특히 필요한데, 왜냐하면 사회적 약자는 민주적 의사결정구조를 통해서조차도 스스로를 보호할 수 있

23) 2007 국가인권위원회 연간보고서의 “차별행위 진정사건 사유별 접수 현황”에 따르면, 2002년부터 2007년까지의 진정사건이 모두 4,000건(성희롱사건 296건 포함)인데, 그것을 차별사유별로 보면, ‘사회적 신분’이 20.2%, ‘장애’가 14.6%, ‘나이’가 8.8%, ‘성별’이 6.1%, ‘학력’이 3.5%, ‘병력’이 2.9%, ‘출신지역’과 ‘종교’가 각각 1.3%, ‘가족상황’이 1.1%, ‘사상’과 ‘성적 지향’이 각각 0.5%를 차지하고 있다. ‘용모’(2.2%), ‘혼인여부’(1.2%), ‘임신·출산’(1.2%) 등의 사유가 대개 여성의 경우에 해당하는 것으로 추정해 볼 때, 성차별사건은 10.7%에 이르는 것으로 볼 수도 있다. 그리고 2007년도에 종결된 차별행위 진정사건 1,253건 중에서 151건이 인용되었는데(권고 111건, 합의종결 37건, 조정 3건), 시정권고를 받은 진정사건은 성별, 임신·출산, 가족상황, 장애, 병력, 나이, 학력, 종교 등 거의 모든 차별사유에 걸쳐 분포되어 있다. 국가인권위원회, 「국가인권위원회 연간보고서」, 국가인권위원회(2007), 174-177면.

24) 2007 국가인권위원회 연간보고서에 따르면, 2002년부터 2007년까지의 진정사건 중에서 ‘출신국가’를 이유로 한 차별행위 진정사건이 3.3%(133건), ‘인종’·‘피부색’·‘출신민족’ 사유가 모두 합해서 12건이다. 위의 보고서, 174면.

25) 그 밖에도 한국헌법은 국민생활의 균등한 향상을 헌법의 기본이념으로 설정하고 있을 뿐 아니라(전문), 교육의 기회균등(제31조 제1항), 평등선거(제41조 및 제67조 제1항) 및 선거운동의 기회균등(제116조 제1항), 균형있는 국민경제의 성장·안정 및 지역간 균형발전(제119조 제2항 및 제123조 제2항) 등 각 생활영역에서의 평등(균등) 내지 균형을 요구하고 있다.

26) 그 밖에도 차별을 금지하고 평등원칙을 준수할 것을 요구하는 법률규정은 많다. 예컨대, 국가인권위원회법, 근로기준법, 노동조합 및 노동관계조정법, 장애인복지법, 직업안정법 등이 그것이다.

는 제도적 장치를 만들어내기 어렵기 때문이다. 그러나 이미 지적인 바와 같이, 그러한 우대조치가 비록 적극적 평등실현조치로서 정당성을 가진다고 할지라도, 그것으로 인하여 반사적으로 불이익을 받게 되는 집단으로부터는 그것이 오히려 평등실현이 아닌 역차별이라는 비판과 불만이 제기되어 왔다. 그러한 상황 속에서 부당한 차별을 시정·철폐하고 실질적인 평등을 실현하기 위해서는 적극적 평등실현조치에 대한 비판과 불만을 극복할 수 있어야 한다. 그러기 위해서는 그것이 비록 실질적인 평등의 실현을 위한 조치라고 할지라도 불필요한 희생을 최소화할 수 있도록 헌법상 허용될 수 있는 범위 안에서 이루어져야 한다. 그렇지 못할 경우에는 그러한 조치의 제도화 자체가 역차별이라는 국민적 저항의 난관에 좌초될 수밖에 없으며, 설령 그러한 난관을 극복하고 제도화되더라도 사법적 판단에 의한 위헌결정으로 결국 무산될 수밖에 없을 것이다.

바로 이러한 관점에서 이 논문은 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준을 정립함으로써 한국에서 제도화되거나 거론되는 우대조치의 합헌성 여부를 판단하는 것을 기본적인 목적으로 하고자 한다. 물론 어떠한 적극적 평등실현조치가 헌법상 허용되는가는 평등원칙 및 관련헌법규정의 해석을 통하여 비로소 판단될 수 있다. 평등원칙 등의 헌법해석을 통하여 심사기준을 밝혀내고, 그러한 심사기준에 따라 합헌성 요건의 충족 여부를 심사함으로써 합헌성 여부를 판단할 수 있다. 그런데 평등원칙이라는 것 자체가 너무나 포괄적이고 추상적인 개념이어서 그것을 해석하여 심사기준을 정립하는 것은 쉬운 일이 아니다. 실제로 평등원칙의 헌법해석을 통하여 적극적 평등실현조치의 합헌성 여부를 심사·판단하는 기준에 관하여 의견 일치를 보고 있는 것도 아니다.

그래서 이 논문은 일찍이 적극적 평등실현조치를 제도화한 미국에서 연방대법원이 적극적 평등실현조치의 합헌성 여부를 판단하기 위하여 적용해 온 심사기준을 알아보고, 평등원칙 등에 관한 한국헌법의 해석을 바탕으로 그러한 심사기준을 원용하여 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준을 정립하고, 나아가 한국에서의 적극적 평등실현조치의 합헌성 여부를 평가하고자 한다.

제2절 연구의 범위

이 논문의 연구목적은 사회적 약자에 대한 보호방법으로서의 적극적 평등실현 조치에 대한 합헌성 심사기준을 규명하여 한국에서의 적극적 평등실현조치를 평가하는 데 있다. 따라서 이 논문의 연구대상은 당연히 적극적 평등실현조치라고 할 수 있다. 그런데 어떠한 조치가 적극적 평등실현조치인가는 자명한 것이 아니다. 일정한 사회적 약자 집단에 대한 우대·보호조치가 그 집단의 사회적 지위 향상을 통하여 그들의 실질적인 평등한 지위의 확보에 기여한다고 할지라도, 그것이 곧 적극적 평등실현조치에 해당한다고 속단할 수는 없다. 사회적 약자에 대한 사회국가적 각종 배려·급부 내지 사회적 기본권이 궁극적으로는 모두 그러한 기능을 수행하고 있다고 해서 그 모든 것들을 적극적 평등실현조치라고 하지는 않기 때문이다. 나아가 적극적 평등실현조치를 그것의 헌법적 정당성 내지 한계와 결부시켜 볼 때, 비록 적극적 평등실현조치라고 주장·제도화될지라도 그것이 헌법적 정당성을 지니지 못하거나 헌법적 한계를 벗어나는 경우에는 적극적 평등실현조치가 아니라 오히려 일정집단에 대한 ‘특혜조치’ 내지 상대집단에 대한 ‘역차별’에 해당할 것이기 때문이다. 그러한 의미에서 이 논문에서는 그 개념적 징표에 의거하여 적극적 평등실현조치로서 일반적으로 또는 흔히 거론되어 온 것만을 다루는 것이 마땅하다고 할 수 있다. 다만 한국의 경우 적극적 평등실현조치를 선별하는 것이 미국에서 거론되고 정립된 적극적 평등실현조치의 개념적 징표에만 의존하기는 어렵다고 본다. 미국의 경우에는 적극적 평등실현조치는 근본적으로 그리고 주로 인종차별의 시정을 위한 것이었으나 한국은 그렇지 않을 뿐 아니라, 미국에서조차도 적극적 평등실현조치의 양태나 개념이 변모해 왔기 때문이다. 따라서 한국에서의 적극적 평등실현조치에 대한 합헌성 평가(제4장 제2절)와 관련해서는 평가대상이 되는 적극적 평등실현조치는 그 개념적 징표에 의거하여 엄밀하게 재단하여 선정한 것이 아니라, 그것보다 범위를 좀 더 넓혀서, 적극적 평등실현에 기여하기 위하여 고안된 제도적 장치로서 그 제도적 양태가 종래의 적극적 평등실현조치와 유사한 경우까지 포함하여 다루고자 한다.

또한 이 논문은 종국적으로는 한국에서의 적극적 평등실현조치에 대한 합헌성 심사기준을 규명하고자 하기 때문에 기본적으로는 한국에서 제도화되거나 거론되는 적극적 평등실현조치에 주된 관심을 두고 있다. 그리고 이 논문은 일찍이 적

극적 평등실현조치를 제도화한 미국에서 연방대법원이 적극적 평등실현조치의 합헌성 여부를 판단하기 위하여 적용해 온 심사기준을 알아보고, 평등원칙 등에 관한 한국헌법의 해석을 바탕으로 그러한 심사기준을 원용하여 한국에서의 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준 내지 헌법적 한계를 밝히는 것을 목적으로 하기 때문에 미국 연방대법원의 판례에 나타난 평등실현조치도 이 논문의 기본적인 연구관심사이다. 다른 나라에서의 적극적 평등실현조치까지 연구대상으로 포함시키는 것은 그 연구 성과를 더욱 풍부하게 할 수는 있겠지만, 그것이 필요불가결한 것은 아니라는 판단과 여러 가지 현실적인 제약 때문에 이 논문의 연구범위에서는 제외하고자 한다.²⁷⁾

끝으로 이 논문은 사회적 약자의 보호방법으로서 적극적 평등실현조치의 정당성에 대하여 기본적으로 동의하는 입장에서 출발하고 있다. 이 논문이 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준 및 그 헌법적 한계를 주제로 삼고 있다고 해서 적극적 평등실현조치의 정당성을 전반적으로 부정하는 것이 아니다. 적극적 평등실현조치의 ‘헌법적’ 정당성은 그것의 헌법적 한계를 밝힘으로써 완성되는 것이며, 나아가 적극적 평등실현조치의 안정적이고 효과적인 실행을 위해서는 오히려 그것에 대한 심사기준과 그에 따른 헌법적 한계를 명확히 할 필요가 있다고 본다. 그러한 점에서 이 논문에서는 적극적 평등실현조치의 정당성에 관한 일반적 논의는 개괄적인 고찰로 그치고자 한다.

27) 다른 나라에서의 적극적 평등실현조치에 관해서는, 김선옥·장명선, “적극적 조치에 관한 유럽사법재판소 판례의 최근 동향”, 「법학논집」 제8권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소(2003); 김은경, “유럽연합에서의 사회적 평등실현을 위한 법적 원칙”, 「유럽연구」 제20호, 한국유럽학회 (2005. 02); 전학선, “프랑스의 평등원칙 실현에 관한 연구”, 「세계헌법연구」 제12권 제2호, 국제헌법학회 한국학회 (2006. 12); 중앙인사위원회, 「주요 외국의 Affirmative Action 연구 및 우리나라 인사정책에서의 발전방향」, 정책자료집 2004-10, 중앙인사위원 (2004. 10); 채형복, “유럽연합(EU)에 있어 적극적 조치와 양성평등원칙”, 「세계헌법연구」 제14권 제1호, 국제헌법학회 한국학회 (2008. 3); 한정자의 4인, 「각국의 공적 부문에 있어서의 여성차별철폐조치에 관한 연구 - 유엔여성차별철폐협약의 이행과 관련하여」, 한국여성개발원 (1993. 02) 등의 문헌을 참조.

제3절 연구의 방법

이 논문의 기본적 연구목적은 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준을 정립하고 그 헌법적 한계를 규명하여 한국에 제도화되어 있는 적극적 평등실현조치의 합헌성 여부를 평가하는 데 있다. 그것을 위해서는 무엇보다도 적극적 평등실현조치에 대한 한국헌법상의 심사기준을 정립해야 한다. 그러한 심사기준은 두말할 여지도 없이 한국헌법의 해석으로부터 추론되어야 한다. 그러한 점에서 이 논문은 헌법해석학적 방법론에 기초하고 있다.

사실 한국헌법의 해석을 통하여 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준을 추론한다고 하지만, 그것이 간단한 문제가 아니다. ‘적극적 평등실현조치’라는 말은 그 자체가 평등 실현을 위한 적극적 조치를 의미하지만, 그것이 ‘역차별’의 논란을 불러일으키는 데서도 알 수 있듯이 일정집단에 대한 혜택 부여(우대)와 다른 집단의 혜택 배제라는 차별적 요소를 내포하고 있다. 이와 같이 적극적 평등실현 조치에는 평등이라는 요소와 개념상으로 그것에 대립되는 차별(=차등=불평등)이라는 요소가 공존하고 있다. 이러한 개념상의 착종²⁸⁾ 속에서 적극적 평등실현조치에 대한 한국헌법상 합헌성 심사기준을 정립하기 위해서는 평등원칙 그 자체 및 기타 관련 헌법규정의 해석에 의존하지 않을 수 없고, 기본적으로는 그러한 해석론에 관한 한국의 학설과 판례를 검토해야 할 것이다.

물론 적극적 평등실현조치 및 그 바탕이 되는 일반적 평등원칙에 관한 헌법해석론을 전개한다고 할지라도 한국의 학설·판례에만 의존하기는 곤란하다. 평등원칙의 문제가 한국의 특유한 문제라기보다는 보편적인 문제에 속할 뿐 아니라, 평등원칙을 비롯한 헌법전 및 헌법학 자체가 많은 부분에서 서구로부터 수용된 것이다. 특히 이 논문의 연구대상인 적극적 평등실현조치의 경우에는, 한국에서 많은 논란이 있기는 하지만, 그 역사가 비교적 짧고 충분한 논의가 축적되어 있다

28) 이러한 개념상의 착종 현상은 일반적인 평등원칙 자체에서도 엄존하고 있다. 평등이 ‘상대적 평등’을 의미하는 한, 그러한 평등은 처음부터 일정한 범위 안에서는 차별적 요소를 내포하고 있기 때문이다. 다만 이러한 착종현상을 초래하는 논리구조는 동일하지 않다. 일반적 평등원칙에서의 논리구조는, 그 차별이 헌법상 허용되는 것이라면, 원래 동등하지 않은 결과적 상태에 있어야 하기 때문에 마땅히 차별적 처우가 용인되어야 한다는 것이다. 그 반면에 적극적 평등실현조치에서의 논리구조는, 차별적 요소가 헌법상 허용되는 것이라면, 원래는 동등한 결과적 상태에 있어야 함에도 불구하고 그렇지 못하기 때문에 마땅히 실현되어야 할 그러한 동등한 상태를 만들기 위하여 차별적 처우가 용인되어야 한다는 것이다.

고 보기도 어렵다.²⁹⁾ 더구나 적극적 평등실현조치에 대한 사법적 심사를 통하여 판례가 축적되지도 못한 실정이다.³⁰⁾ 이에 반하여 다양한 인종과 문화의 용광로라고 비유되는 미국에서는 다른 나라보다 일찍이 적극적 평등실현조치가 도입되었고, 일반적 평등원칙 및 적극적 평등실현조치에 대한 헌법이론적 논의가 우리보다 앞서서 더욱 격렬하게 진행되어 왔다. 따라서 미국에서 적극적 평등실현조치가 발전해온 과정이라든가 이러한 적극적 평등실현조치에 대한 미국 연방대법원의 합헌성 심사기준 등을 살펴보는 것은 우리의 적극적 평등실현조치의 허용범위 내지 사법적 심사기준을 밝히는 데 있어서 많은 통찰력을 줄 수 있다고 판단된다. 그러한 점에서 이 논문은 그 연구목적에 필요한 범위 안에서 비교헌법학적 방법론에도 의존하고 있다.

이와 같이 비교헌법학적 방법론에 따르는 경우에도 외국의 헌법이론이나 판례

- 29) 그 동안 한정된 부문, 특히 여성차별문제와 관련된 적극적 평등실현조치에 관한 연구는 상당히 축적되어 왔다. 대표적인 연구로는, 김도균, “공정으로서의 정의관에서 본 남녀평등 - ‘잠정적 우대조치’ 개념의 분석”, 『법철학연구』 제5권 제2호, 한국법철학회 (2002. 12); 김병록, “헌법과 여성 - 여성의 지위를 중심으로”, 『헌법학연구』 제11권 제1호, 한국헌법학회 (2005. 03); 김선욱·김명숙, 「여성일정비율 할당제 도입에 관한 연구」, 연구보고서 200-06, 한국여성개발원 (1994. 06); 김영희, “성차별과 적극적 조치”, 『여성정책포럼』 제2호, 한국여성개발원 (2003. 06); 김영희·박현미, 「할당제의 합헌성에 관한 연구 - 평등권에 비추어본 여성일정비율할당제」, 연구보고서 210-02, 한국여성개발원 (1997. 02); 김원홍외 2인, 「정당의 여성공천할당제 활성화 방안」, 연구보고서 210-06, 한국여성개발원 (2002. 08); 김원홍외 2인, 「정당의 여성당직자 확대 방안」, 연구보고서 210-05, 한국여성개발원 (2000. 06); 김원홍외 3인, 「정당의 여성후보공천 확대방안에 관한 연구」, 연구보고서 210-14, 한국여성개발원 (2003. 12); 명재진, “고용에 있어서 여성을 위한 적극적 평등실현조치”, 『공법학연구』 제7권 제3호, 한국비교공법학회 (2006. 08); 민무숙외 3인, 「국민통합을 위한 차별해소 방안」, 연구보고서 270-01, 한국여성개발원 (2004. 12); 박승호, “여성에게 유리한 성차별에 관한 미연방대법원 판례”, 『미국헌법연구』 제17권 제2호, 미국헌법학회 (2006. 09); 석인선, “미국헌법판례상 성에 근거한 적극적 평등실현조치의 사법심사기준에 관한 소고”, 『공법연구』 제26집 제2호, 한국공법학회 (1998. 06); 석인선, “헌법상 양성평등과 할당제”, 『법과 사회』 제16·17호, 법과사회이론학회 (1999. 11); 엄판호, “여성차별철폐협약과 남녀평등권”, 『공법학연구』 제3권 제2호, 한국비교공법학회 (2002. 03); 오병선, “남녀평등과 적극적 평등화조치”, 『법철학연구』 제4권 제1호, 한국법철학회 (2001. 05); 이경주, “여성공무원채용목표제와 양성평등”, 『법학논고』 제15집, 경북대학교 법학연구소 (1999. 12); 이용우, “현행 정치권 여성할당제의 문제점과 개선방향”, 『지방자치』 제171호, 현대사회연구소 (2002. 12); 이한태, “고용에 있어서 양성평등을 위한 적극적 평등실현조치에 관한 연구”, 충남대학교 대학원, 박사학위논문 (2008); 장명선, “성평등 실현을 위한 적극적 조치에 관한 연구”, 이화여자대학교 대학원, 박사학위논문 (2007. 02); 조홍석, “국공립대 여성교수 채용목표제의 헌법적 정당성”, 『법학논고』 제24집, 경북대학교 법학연구소 (2006. 06); 하주영, “성불평등과 차별시정정책”, 『철학연구』 제62집, 철학연구회 (2003) 등이 있다. 또한 적극적 평등실현조치를 전반적으로 다룬 연구로는, 김영환, “적극적 평등실현조치에 관한 연구”, 영남대학교 대학원, 박사학위논문 (1991. 02)을 들 수 있다.
- 30) 공무원채용시험에서의 계대군인에 대한 가산점 부여가 헌법소원심판사건으로 다루어진 적이 있으나, 그것이 과연 적극적 평등실현조치에 해당하는가에 대해서는 의문의 여지가 있을 수 있음은 이미 앞에서 지적한 바 있다.

를 무비판적으로 수용하여 적용하는 것은 방법론상의 오류를 면할 수 없다. 헌법 규정 자체가 같거나 다를 수 있고, 헌법의 역사도 같거나 다를 수 있으며, 헌법의 정치적·경제적·사회적·문화적 토대도 같거나 다를 수 있기 때문이다. 미국 연방헌법이 현대에 들어와서 변천·변질되기는 하였지만 18세기 말에 제정된 비교적 간단한 근대헌법으로서 사회국가적 요소를 결여하고 있는 반면에, 한국의 현행헌법은 20세기 중반에 제정된 비교적 방대한 현대 사회국가적 헌법이라고 할 수 있다. 적극적 평등실현조치의 경우만 하더라도 미국에서는 주로 인종차별과 관련된 것이지만, 한국에서는 주로 여성차별과 관련된 것이다. 따라서 비교헌법학적 관점에서 미국의 판례를 검토하는 경우에도 이와 같은 차이점을 충분히 고려할 것이다.

이 논문은 이와 같은 방법론에 따라 연구를 진행하면서 문헌의 조사·분석에 의거하고 있으며, 사용되는 문헌은 주로 주제와 관련된 국내문헌과 더불어 미국문헌이다. 이상과 같은 연구방법론에 따라 이 논문에서의 연구는 다음과 같은 순서로 진행된다.

제2장에서는 적극적 평등실현조치에 관한 기초적 이론에 관하여 고찰한다. 여기서는 이 논문의 연구주제인 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준 및 그 헌법적 한계를 규명하기에 앞서서, 사회적 약자에 대한 보호방법으로서의 적극적 평등실현조치에 대한 일반적인 이해를 위한 사전적 고찰이 행해진다. 그리하여 적극적 평등실현조치란 무엇이고(개념), 그러한 것으로는 어떠한 것들이 있으며(유형), 그것의 논의 및 제도화가 어떠한 역사적 과정을 거쳐 진행되어 왔는가(발전과정)를 살펴본 다음에, 적극적 평등실현조치의 정당성에 관한 논란을 검토한다. 그러한 정당성 논란에 대한 검토를 통하여 적극적 평등실현조치의 정당성에 관하여 기본적으로는 긍정적인 입장을 취한다. 적극적 평등실현조치의 정당성이 전적으로 부인된다면 그 합헌성 심사기준 및 그에 다른 헌법적 한계에 관한 논의는 사실상 무의미해진다.

제3장에서는 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준 및 그에 따른 헌법적 한계에 관하여 미국 연방대법원의 판례를 통하여 살펴본다. 미국에서의 적극적 평등실현조치는 그 사유가 주로 인종차별과 관련되어 있지만, 그 대상영역이 교육, 고용과 승진 및 해고, 공공사업 등으로 상이하고, 시대에 따라 심사기준도 일정하지 않으며, 동일사건에서도 그것에 적용할 심사기준에 관하여 대법관에 따라 의견이

갈라지는 경우가 많기 때문에 미국 연방대법원의 관련판례도 그러한 구분에 따라 비교적 상세하게 고찰된다. 이러한 고찰을 통하여 미국 연방대법원이 적극적 평등 실현조치의 합헌성 여부를 어떠한 심사기준에 따라 심사하고, 그 결과로서 나타나는 적극적 평등실현조치의 헌법적 허용범위 내지 그 한계가 무엇인가를 밝혀낸다.

제4장에서는 한국헌법상 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준 및 그에 따른 헌법적 한계에 관하여 고찰하고, 현재 제도화되거나 거론되는 적극적 평등실현조치를 그러한 기준에 따라 평가한다. 한국헌법상 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준을 정립하기 위하여 우선 현행헌법의 해석론과 헌법재판소의 판례를 분석하고, 나아가 미국 연방대법원의 판례를 분석한 결과를 토대로 하여 미국 연방대법원의 심사기준의 도입가능성도 아울러 검토한다. 물론 미국 연방대법원 판례의 도입가능성을 검토할 때에는 우리나라의 헌법규정 및 우리나라에서의 적극적 평등실현조치가 미국의 그것과 일정한 차이가 있다는 점을 고려할 것이다. 이렇게 해서 한국헌법상 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준을 도출한 다음에, 그러한 합헌성 심사기준에 의거하여 한국에서 제도화되거나 거론되는 주요한 적극적 평등실현조치의 합헌성 여부를 평가한다.

제5장에서는 이상의 논의를 종합하여 결론을 맺는다.

제2장 적극적 평등실현조치의 의의와 이론적 근거

제1절 적극적 평등실현조치의 의의와 유형

1. 적극적 평등실현조치의 개념

Affirmative Action 또는 Positive Action 등으로 표현되는 적극적 평등실현조치는 단일한 정책이나 프로그램을 의미하는 것이 아니다. 즉, 동 조치는 고용·승진·배치 등의 인사영역, 학생선발과 같은 교육영역, 선거구 획정과 같은 정치영역 등 다양한 영역에서 실시되고 있으며, 소수인종과 여성, 중소기업, 장애인 등과 같이 다양한 집단을 대상으로 실시되고 있다. 또한 동 조치는 할당제나 목표제 등과 같이 다양한 방식으로 실시되고 있다. 따라서 동 조치의 개념을 일의적으로 정의하는 것은 매우 어려운 문제이며, 어떻게 정의하느냐의 문제 자체가 논란의 핵심이 되기도 한다.

그간의 연구성과와 사전적 정의 등에 따르면, 적극적 평등실현조치는 “사회적 약자 집단의 구성원에 대한 고용에 있어서의 차별적 관례를 구제하기 위해 연방 법령과 규칙에 의해 요구된 고용프로그램, 즉 현존하고 계속적인 차별을 제거하고 미래의 차별을 금지하기 위한 제도와 절차를 만들기 위한 적극적 조치”³¹⁾ 또는 “공적·사적 기관이 역사적으로 불이익을 받아 온 집단에게 차별지표로 사용된 속

31) Henry Cambell Black, *supra* note 12, p. 59 : "Affirmative Action Program : Employment programs required by federal statutes and regulations designed to remedy discriminatory practices in hiring minority group members; i.e. positive steps designed to eliminate existing and continuing discrimination, and to create systems and procedures to prevent future discrimination; commonly based on population percentages of minority groups in a particular area. factors considered are race, color, sex, creed and age."

성을 정치적·경제적·사회적·교육적 영역에서의 기회제공에 고려함으로써 차별의 결과를 구제하고 실질적 평등을 실현하려고 계획된 우선적·잠정적·보상적인 평등 실현정책”³²⁾ 등으로 정의될 수 있다.

한편, 한국 헌법재판소는 ‘잠정적 우대조치’라는 표현을 통해 “종래 사회로부터 차별을 받아 온 일정집단에 대해 그동안의 불이익을 보상하여 주기 위하여 그 집단의 구성원이라는 이유로 취업이나 입학 등의 영역에서 직·간접적으로 이익을 부여하는 조치”로 적극적 평등실현조치를 이해하면서, i) 개인의 자격이나 실적 보다는 집단의 일원이라는 것을 근거로 하여 혜택을 준다는 점, ii) 기회의 평등 보다는 결과의 평등을 추구한다는 점, iii) 항구적 정책이 아니라 구제목적이 실현 되면 종료하는 임시적 조치라는 점을 그 특징으로 들고 있다.³³⁾

II. 적극적 평등실현조치의 유형



1. 분류기준

적극적 평등실현조치는 무수히 다양한 형태로 실시되고 있기 때문에 이를 유형화하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 하지만 앞으로 논의될 적극적 평등실현조치에 관한 정당성 및 한계에 대한 보다 원활한 이해를 위해서는 적극적 평등실현조치를 일정한 기준에 근거하여 유형화할 필요가 있다.

이하에서는 적극적 평등실현조치를 실시목적, 실시근거 및 주체, 실시수단 등의 기준에 의해 분류해 보고자 한다.

실시목적에 따른 분류의 의의는 그 목적에 따라 ‘정당성의 근거’와 ‘과거 차별에 대한 사실확인’의 중요성에 있어서 차이가 있다는데 있다. 과거지향적 적극적 평등실현조치는 보상적 정의론에서 정당성의 근거를 찾지만, 미래지향적 적극적 평등실현조치는 배분적 정의론 또는 사회적 효용론에서 정당성의 근거를 찾게 된

32) 김영환, 앞의 논문 (주 29), 38면.

33) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 795.

다. 그 결과, 과거지향적 적극적 평등실현조치에서는 ‘과거 차별에 대한 사실확인’이 중요한 쟁점으로 부각된다.

실시근거 및 주체를 기준으로 한 분류의 의의는 적극적 평등실현조치의 실시근거 및 주체에 따라 그 쟁점과 심사기준에 차이가 있을 수 있다는 데 있다. 사적 영역에서의 적극적 평등실현조치는 원칙적으로 헌법적 문제를 야기하지 않고 법적 문제만 쟁점으로 제기된다. 반면, 공적 영역에서의 적극적 평등실현조치는 법적 문제뿐만 아니라 헌법적 문제를 동시에 야기한다. 한편, 공적 영역에서의 적극적 평등실현조치에 발생하는 헌법적 문제와 관련하여 그 주체가 어디냐, 즉 연방이나 지방이냐에 따라 평등심사기준이 달라질 가능성이 있다. 과거 미국의 경우에 연방(연방정부·연방의회·연방법원)에 의한 적극적 평등실현조치의 경우에는 지방에 의한 적극적 평등실현조치보다 더 완화된 심사기준을 적용한 예가 있었다.³⁴⁾

실시수단을 기준으로 한 분류의 의의는 적극적 평등실현조치의 실시수단에 따라 허용가능성에 차이가 있다는 데 있다. 인종에 근거한 적극적 평등실현조치의 경우 그 수단이 엄밀히 재단되지 않으면 위헌·위법을 면하기 어렵다.



2. 목적을 기준으로 한 분류

적극적 평등실현조치는 다양한 목적을 달성하기 위해 사용되고 있지만, 크게 과거지향적인(retrospective) 적극적 평등실현조치와 미래지향적인(prospective) 적극적 평등실현조치로 구분할 수 있다.

우선, 과거지향적인 적극적 평등실현조치는 어떠한 집단에게 가해진 과거 차별의 불이익을 보상할 목적으로 실시되는 조치이다. 이러한 목적의 적극적 평등실현조치의 경우 보상되어야 할 차별이 개인에 대한 차별인가 사회적 차별인가 하는 점이 규명되어야 하고, 또한 과거차별이 입증되어야 한다.

다음으로, 미래지향적인 적극적 평등실현조치는 보상적 목적을 제외한 다양한 정책적 목적, 즉 노동시장이나 교육현장에서의 구성원의 다양성 증진, 소수집단의 정치적 대표성의 제고, 소수집단에 속한 사람들에 대한 성공사례 내지 역할 모델(role model)의 제공, 소수집단에 대한 서비스의 제고 등을 목적으로 실시되는 조

34) 이에 관해서는 이 논문 제2장 제2절 참조.

치이다.³⁵⁾

3. 실시근거 및 주체를 기준으로 한 분류

적극적 평등실현조치는 그 실시근거를 기준으로 하는 경우 법령에 의한 적극적 평등실현조치, 법원의 명령에 의한 적극적 평등실현조치, 법원의 동의판결 (consent decree)에 의한 적극적 평등실현조치,³⁶⁾ 자발적인 적극적 평등실현조치 등으로 나눌 수 있다. 이 중에서 자발적인 적극적 평등실현조치를 제외한 나머지 조치는 사실상 강제적인 성격을 띤다.

가. 법령에 의한 적극적 평등실현조치

법령에 의한 적극적 평등실현조치는 법률이나 대통령의 행정명령 등이 직접 소수인종과 여성 등 사회적 약자를 위한 적극적 평등실현조치를 취하도록 정부나 정부계약자 등에게 요구 또는 명령하는 형태로 이뤄진다.

미국의 경우, 1977년 공공사업고용법(The Public Works Employment Act of 1977)³⁷⁾은 “상무부장관이 달리 정하는 경우를 제외하고, 연방보조금 신청자가 보조금의 최소 10% 이상을 소수인종 소유기업(minority business enterprises)에게 지출하겠다는 확인서를 장관에게 제출하지 않는다면, 지방공공사업프로젝트를 위해 보조금을 교부해서는 안 된다.”고 규정하여,³⁸⁾ 사실상 연방보조금의 10%를 소수인종 소유기업에게 유보할 것을 명령하고 있다. 또한, 1973년에 제정된 장애인 재활법(The Rehabilitation Act of 1973)은 연방기관으로 하여금 장애인의 고용·배

35) 김현철, “미국헌법상 평등보호와 엄격심사기준에 관한 연구”, 연세대학교 대학원, 박사학위논문 (2001. 06), 154면 이하 참조.

36) 법원의 동의판결(consent decree)이란 한국의 재판상 화해와 같은 것이다. 민권법 제7편을 위반하였다는 이유로 소송이 제기되는 경우, 소송당사자 즉 사용자와 근로자 간의 합의가 성립한다면 그것을 기초로 법원이 동의판결을 내릴 수 있다. 이 판결에 따라 합의는 양 당사자를 구속한다. 김영환, 앞의 논문 (주 29), 42면 이하 참조.

37) The Public Works Employment Act of 1977, Pub. L. No. 95-28, 91 Stat. 116, 42 U.S.C. § 6701- § 6736.

38) The Public Works Employment Act of 1977 § 103 (f) (2), 91 Stat. 116, 42 U.S.C. § 6705(f)(2).

치·승진을 위한 적극적 평등실현조치 프로그램을 제출할 것을 요구하고 있고,³⁹⁾ 유자격 장애인의 고용 및 지위향상을 위해 적극적 평등실현조치를 실시할 것을 계약당사자에게 요구하는 조항을 10,000 달러를 초과하는 모든 연방정부의 조달 계약(하도급계약 포함)에 포함하도록 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 그리고 행정명령 제11246호와 수정명령 제4호에서는 연방정부와 조달계약을 체결하는 사용자에게 고용상의 적극적 평등실현조치를 실시할 것을 요구하고 있다.

나. 법원의 명령 및 동의판결에 의한 적극적 평등실현조치

법원은 차별소송 과정 속에서 그 차별에 대한 구제수단으로 당사자에게 적극적 평등실현조치를 명령하거나 적극적 평등실현조치를 내용으로 하는 동의판결을 승인할 수 있다.

미국의 경우, 1964년 민권법 제VII편은 “만약 피고가 제소된 불법적인 고용관례를 의도적으로 사용해 왔거나 의도적으로 사용하고 있다는 점을 법원이 인정한다면, 법원은 피고가 그러한 불법적인 고용관례를 사용하는 것을 금지시킬 수 있으며, 소급급여를 지급하거나 지급하지 않는 피고용인의 복직 또는 고용을 포함하여 ‘적절한 적극적 평등실현조치(such affirmative action as may be appropriate)’를 명령하거나 ‘기타 법원이 적절하다고 인정한 형평법상의 구제(any other equitable relief as the court deems appropriate)’를 명령할 수 있다.”고 규정하여, 법원의 명령에 의한 적극적 평등실현조치를 인정하고 있다.⁴¹⁾ 한편, 법원은 차별소송 과정에서 적극적 평등실현조치를 내용으로 하는 동의판결을 승인할 수 있다.

다. 자발적인 적극적 평등실현조치

적극적 평등실현조치는 법령이나 법원의 명령이 아닌 자발적인 형태로 취해질 수 있다. 그런데 이러한 자발적인 조치는 대부분 ‘반강제적’으로 이뤄진다. 즉, 민

39) 29 U.S.C. § 791(b).

40) 29 U.S.C. § 793(a).

41) The Civil Rights Act of 1964 § 706(g), 86 Stat. 107, 42 U.S.C. § 2000e-5(g).

권법상의 차별소송 자체를 회피하기 위해, 또는 소급급여지급이나 복직과 같은 차별소송의 결과를 회피하기 위해, 또는 투표관례의 변경을 승인받기 위해 취해진다.⁴²⁾

4. 실시수단을 기준으로 한 분류⁴³⁾

가. 할당제형(Quota model)

적극적 평등실현조치는 일정한 수의 정원이나 자금 등을 여성이나 소수인종 등에게 유보(set aside)하는 것을 내용으로 하는 할당제(quota)의 형태로 실시되는 경우가 많은데, 이는 가장 전형적인 적극적 평등실현조치의 수단이다.

대학입시에서 소수인종을 위해 별도의 정원을 설정하는 방식,⁴⁴⁾ 계약액 중 일정액을 소수인종에게 유보하는 방식,⁴⁵⁾ 교육훈련프로그램 정원의 일부를 소수인

42) 투표권법 제5조는 동 조항의 적용을 받는 관할지역이 연방의 승인없이 투표에 관한 기준·관례·절차를 변경하는 것을 금지하고 있다. 즉, 동 조항의 적용을 받는 관할지역이 투표관련 기준 등을 변경하기 위해서는 i) 콜롬비아지역 연방지방법원의 판결(그러한 변경이 '인종 또는 피부색을 이유로 투표권을 부인하거나 감소시키려는 목적이 없고 그러한 효과가 없을 것이라는 것'을 선언하는 판결)을 받거나 ii) 연방 법무장관으로부터 행정적인 사전승인(administrative preclearance)을 얻어야 하는데(the Voting Rights Act of 1965, 79 Stat. 439, as Amended, 42 U.S.C. 1973c), 이 승인을 얻기 위해 관할지역은 자발적으로 소수인종에 유리한 선거구를 획정하게 된다.

43) Oppenheimer는 아래에서 설명되는 할당(Quota), 우선적 혜택(Preference), 자가검사(Self-Examination) 외에 구조(outreach)와 비차별(non-discrimination)도 적극적 평등실현조치의 유형으로 설명하고 있다. 그는 여성과 소수인종을 위한 다양한 지원프로그램을 포함하는 개념으로 구조(outreach)를 이해하면서, 백인 남성에게 의해 전통적으로 향유된 상위직 또는 관리직에 소수인종이나 여성이 진입하는 것을 장려하기 위해 고용주가 소수인종이나 여성에게 특별한 승진수업을 제공하는 것과 소수인종학생이나 여성학생들을 지원하기 위해 특별한 적응지도(orientation) 또는 지도교사 프로그램을 제공하는 것 등이 그 예에 속한다고 한다. 또한 비차별(non-discrimination)은 차별중단결정, 차별회피행위, 차별금지행위, 차별적인 효과를 가진 관례를 폐기하는 행위와 같은 능동적인 비차별과 결정차별소송의 판결이나 화해에 의한 해결과 같은 수동적인 비차별이 있다고 한다. David B. Oppenheimer, "Distinguishing Five Models of Affirmative Action", in Joseph F. Healey & Eileen O'Brien eds., *Race, Ethnicity, and Gender: Selected Readings*, Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press (2004), p. 136.

44) Bakke 사건에서 Davis 의과대학은 총 입학정원 100석 중에서 16석을 소수인종 학생에게 배타적으로 유보했다. University Of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), at 272-75.

45) Croson 사건에서 Virginia 주의 Richmond 시는 조례를 통해 시로부터 건설계약을 수주한 주계약자가 계약 총액의 최소 30%를 소수인종소유기업(minority business enterprise : MBE)에게 하도급할

종에게 유보하는 방식,⁴⁶⁾ 경찰승진의 일정비율을 소수인종에게 유보하는 방식⁴⁷⁾ 등이 지금까지 미국 연방대법원 판례를 통해 확인된 대표적인 할당제의 유형이다.

한편, ‘할당’이라는 용어는 적극적 평등실현조치를 반대하는 측에서 부정적인 의미로 사용하는 경향이 없지 않지만,⁴⁸⁾ 할당 자체가 항상 위헌적인 것은 아니다. 할당의 경우, 소수인종 등은 모든 기회에 개방되는 반면, 비소수인종은 할당된 것을 제외한 부문에 한해서 기회를 갖기 때문에 부당한 측면이 없지 않다. 하지만 할당비율이 현저히 높지 않거나 유연하고 잠정적일 경우에는 비소수인종에 대한 침해가 크지 않기 때문에 허용될 수도 있다.

나. 우선적 혜택형(Preference model)

적극적 평등실현조치는 소수인종이나 여성에게 우선적 혜택(Preference)을 부여하는 방식으로 실시된다. 이 방식은 인종이나 성을 인식해서 소수인종이나 여성에 더 많은 혜택을 부여하지만, 달성해야 할 수적 목표를 설정하지 않는다는 점

것을 요구했고; Fullilove 사건에서 연방법은 지방공공사업프로젝트를 위해 사용된 모든 연방기금의 10%를 소수인종 소유기업으로부터 용역 또는 물품을 구입하는데 사용되도록 요구했다. *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), at 477-487; *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980), at 454-457.

46) *Weber* 사건에서 노동조합과 고용주는 기존의 피고용인을 숙련공으로 훈련시키는 프로그램을 신설하는 것에 합의했고, 교육훈련 프로그램의 정원의 50%를 흑인 피고용인을 위해 유보했다. *Steel Workers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), at 198-201.

47) *Paradise* 사건에서 대법원은 연방지방법원의 명령을 승인했는데, 동 명령은 Alabama 주 기동경관의 경장승진에서 흑인을 위한 50%의 할당을 부과하고 있었다. *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987), at 154-167.

48) 적극적 평등실현조치에 반대하는 입장 또는 할당이라는 용어에 부정적인 입장에서는 ‘할당’이라는 용어 보다는 ‘목표’라는 용어를 선호한다. 이들은 할당을 ‘업적제도의 요건과는 상관없이 의무적으로 달성해야 하는 수치나 비율’로 이해하고, ‘목표’는 ‘업적제도의 틀 안에서 정해진 일정에 따라 달성하려고 노력하는 현실성있는 목표’로 이해하고 있다. 그 결과, 목표는 자발적이고 유연성있는 좋은 제도, 할당은 강제적이고 융통성없는 나쁜 제도라는 통념이 형성되었다. Kellough J. Edward, *Federal Equal Employment Opportunity Policy and Numerical Goals and Timetables: An Impact Assessment*, NY: Praeger Publishers (1989), p. 2; Robert K. Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy: A Moral and Legal Analysis*, Totowa, NJ: Rowman and Littlefield (1980), p. 162 (이향순, 「미국의 고용평등제도에 관한 연구 - 적극적 조치를 중심으로」, 한국노동연구원 (1997. 06), 48-49면 재인용). 그러나 목표와 할당은 동일한 사실에 대한 다른 표현일 뿐이다. 예컨대, 대학입학에서 정원의 30%를 소수인종에게 유보했다는 것은 정원의 30%를 소수인종에게 할당했다는 의미뿐만 아니라 합격자의 30%가 소수인종이 되도록 목표를 설정했다는 의미이기도 하다. 또한, 현실 속에는 소위 ‘유연한 할당’과 ‘경직된 목표’가 존재하는 점을 고려하면 더더욱 그렇다.

에서 할당제와는 구별된다.

대학입시에서 소수인종에게 가산점을 부여하는 방식,⁴⁹⁾ 방송국 설립면허 심사
에서 소수인종에게 가산점을 부여하는 방식⁵⁰⁾ 등이 지금까지 미국의 판례를 통해
확인된 대표적인 우선적 혜택의 유형이다.

다. 자가검사형(Self-Examination model)

적극적 평등실현조치는 특정 직군에서 과소대표된 여성과 소수인종을 포함시키
기 위한 목표(goals)와 시간표(timetables)의 설정을 내용으로 하는 자가검사형 방
식에 의해서도 실시된다.⁵¹⁾ 이 방식은 고용주가 자신의 노동인력과 지역사회에서
의 유자격자를 비교분석하는 절차를 통해 시작된다. 만약 고용주가 자신이 고용한
여성 및 소수인종의 숫자와 지역노동시장에서의 유자격 여성 및 소수인종의 숫자
간에 중대한 불균형을 발견하면, 고용주는 그 이유를 알아내기 위한 노력을 한다.
만약 명백한 비차별적 이유가 조사를 통해 밝혀지지 않는다면, 고용주는 관련 노
동시장을 반영한 고용목표를 설정하고 그 목표를 달성하기 위한 실행계획표(시간
표)를 작성하게 된다.

미국의 경우 자가검사형 방식은 대부분의 연방계약자에게 요구되고 있으며,⁵²⁾

49) Gratz 사건에서 Michigan대학교 문학·과학·예술대학의 입학전형지침은 150점을 만점으로 하는 선발
색인표를 사용했는데, 이 선발색인표는 과소대표된 소수인종집단 출신의 모든 지원자에게 입학에 보
증하는데 필요한 점수인 100점 중 20점을 자동으로 부여했다. Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244
(2003), at 251-260.

50) Metro Broadcasting 사건 연방통신위원회(FCC)는 방송에 있어서의 다양성을 증진시키기 위해 2개
의 소수인종 우선정책을 실시했는데, 그 중 하나는 FCC가 새로운 라디오 방송국 또는 텔레비전 방송
국의 설립·운영면허를 심사함에 있어서 소수인종의 소유 및 경영참여에 대해 가산점을 부여하는 것이
었다. Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990), at 553-564.

51) 이 유형은 차별이 없는 경우 지역노동시장에서의 유자격 여성과 소수인종의 비율은 특정 고용주에
의해 고용된 사람과 대략 일치할 것이라는 가정에 근거하고 있다. David B. Oppenheimer, *supra*
note 43, p. 135.

52) Nixon 행정부는 1971년 노동부 수정명령 제4호(Revised Order No. 4)를 통해 50인 이상을 고용하
고 있는 50,000달러 이상의 비건설정부계약자 및 하도급계약자에게 문서로 된 적극적 평등실현조치
프로그램(AAP)을 준비해서 성실한 노력(good faith effort)으로 이행할 것을 요구했다(41 CFR
§ 60-2.1(b)). 또한 동 명령은 계약자의 노동인력에서 유자격 소수인종과 여성의 과소활용
(underutilization)을 확인하는 분석을 적극적 평등실현조치 프로그램(AAP)에 포함시키도록 했다(41
C.F.R. § 60-2.15(b)), 만약 과소활용이 확인된 경우에는 균형잡힌 노동인력을 달성하기 위한 채용목
표(placement goals)를 설정하고 그 달성계획을 수립해야 한다(41 C.F.R. § 60-2.16(a)).

고용차별사건의 화해(settlement)에도 종종 사용되고 있다.⁵³⁾



53) 예컨대, Cleveland 사건에서 대법원은 흑인 소방관의 승진을 위해 목표와 시간표를 사용하는 AA계획을 포함하고 있는 동의판결을 승인했다. Fire Fighters v. Cleveland, 478 U.S. 501 (1986), at 509, 530.

제2절 적극적 평등실현조치의 발전과정

1. 적극적 평등실현조치의 탄생배경

미국의 헌법기초자들은 평등에 관한 헌법규정을 두지 않았다. 그 결과, 남북전쟁 이전의 흑인은 미국에서 법적 지위를 부여받지 못했고, 심지어 Dred Scott 사건(1856년)에서는 ‘법상 무존재(non-being in the law)’로 평가되었다.⁵⁴⁾ 그러나 남북전쟁 종료와 더불어 흑인의 지위에 일련의 변화가 나타나는데, 그것은 바로 수정헌법 제13조(1865년), 제14조(1868년) 및 제15조(1879년)의 제정이다.

1862년에 Abraham Lincoln 대통령이 노예해방선언(the Emancipation Proclamation)을 했지만, 이 선언에 의한 노예해방은 미점령 남부지역에 국한되었다.⁵⁵⁾ 그에 따라, 미국의 모든 지역에서 노예제를 종식시키기 위해 헌법을 수정할 필요가 있었고, 이러한 필요에 따라 만들어진 것이 1865년의 수정헌법 제13조이다.⁵⁶⁾

그러나 수정헌법 제13조는 법적으로 기존의 노예를 해방시켰지만, 해방된 노예에 대한 백인들의 인종차별을 해결하지 못했을 뿐만 아니라 해방된 노예를 백인

54) Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856) : 원고인 Dred Scott은 미주리주의 노예였는데 주인을 따라, 자유주(自由州)에 갔다가 주인과 함께 미주리로 돌아왔다. 그곳에서 그는 New York주에 거주하는 피고 Sanford에게 팔렸다. Dred Scott은 자유민임을 주장하며 Sanford를 상대로 신체에 대한 불법행위를 이유로 소송을 제기했다. Sanford는, Dred Scott은 자유인이 아니라고 항변하였다. 연방대법원은, 첫째, 노예는 시민이 아니며 따라서 연방법원에 항소권이 없고, 둘째, 자유주 또는 영토에서의 일시적인 거주가 노예를 해방시키는 것은 아니며, 셋째, 미국 영토의 특정 부분에서 노예제도를 폐지하는 내용의 1880년 소위 “미주리 타협법(Missouri Compromise law)”은 노예소유자의 재산권을 침해하는 것으로 위헌이라고 판시하였다. 이 사건에 대한 자세한 내용은 김영환, 앞의 논문 (주 29), 9면; 김현철, 앞의 논문 (주 35), 11면 이하 참조.

55) Irving Dillard, "The Emancipation Proclamation in the Perspective of Time", 23 *Law In Transition* 95 (1963), pp. 95-100; James E. Jones, Jr., "The Origins of Affirmative Action", 21 *U.C. Davis L. Rev.* 383 (1988), p. 388.

56) 수정헌법 제13조는 제1항에서 “노예 또는 강제적 노역은 당사자가 정당하게 유죄판결을 받는 범죄에 대한 처벌이 아니면 미국 또는 그 관할권에 복종하는 어떠한 장소에서도 존재하지 아니한다.”라고 규정하고 있고, 제2항에서는 “연방의회는 적당한 입법에 의하여 본조의 규정을 시행할 권한을 가진다.”고 규정하고 있다.

사회에 동화시키는 문제를 제시하지 못했다.⁵⁷⁾ 이에, 연방의회는 수정헌법 제13조의 실효성을 강화하기 위하여 1866년 민권법을 제정하였다. 이 민권법은 인종이나 피부색 그리고 종전의 노예지위에 관계없이 미국에서 태어난 모든 자에게 시민권을 인정했으며, 흑인도 백인과 동등하게 계약의 체결과 이행, 소의 제기, 증거의 제출, 재산의 구입·임대·양도·상속, 법률 및 절차의 안전 또는 평등한 이익을 향유한다고 규정하였다.⁵⁸⁾

한편, 이러한 민권법의 헌법상 근거가 의문시 되자, 연방의회는 1868년에 동법의 헌법적 근거를 마련하기 위하여 흑인들에게도 시민권을 주고 흑인들을 공적 차별로부터 보호하는 수정헌법 제14조를 제정하기에 이르렀다.⁵⁹⁾ 동조에 의하여 이전의 노예들은 미국의 시민이 되었으며, 그들은 법에 의한 평등한 보호를 받을 권리를 부여받았다. 1868년 대통령선거에서 사실상 흑인의 지지로 당선된 Ulysses S. Grant 대통령은 흑인의 선거권을 보장하는 연방헌법 수정 제15조를 제정하여 1870년부터 효력을 발생하게 되었다.⁶⁰⁾ 또한 1870년, 1871년, 1875년에 민권법이 연이어 개정되게 된다.⁶¹⁾

그런데 이즈음 연방대법원은 이 같은 진보적인 역사적 흐름에 반하는 몇 가지 판결들을 내놓는데, 그 중 하나가 바로 1883년의 Civil Rights 사건이다. 1875년

57) 실제 남부의 여러 주에서는 흑인단속법(the Black Codes)을 제정해 흑인의 제권리와 자유를 억압했다.

58) 미국 연방헌법상 개인의 자유와 권리를 보호하는 기본권관련규정들은 단지 국가의 행위, 즉 연방과 주의 행위에 대해서만 그 제한과 의무를 부과하고 있기에 사인의 행위는 일반적으로 헌법의 적용대상이 아니다. 따라서 남북전쟁이후 노예제도 폐지와 인종차별의 축출을 위해 제정된 수정헌법조항은 연방과 주에 의한 차별행위에 대해서만 적용되었고, 연방의회는 주에 의한 차별행위 이상으로 인종평등에 큰 장애를 가져오는 '사인'에 의한 차별행위에 대해 일련의 민권법을 제정하여 규제하기 시작했다. 이노홍, "미국연방헌법상 국가행위(State Action)이론에 관한 연구", 이화여자대학교 대학원, 박사학위논문 (2002. 07), 5면 참조.

59) 수정헌법 제14조는 제1항에서 "미국에서 출생 또는 귀화하고, 미국의 관할권에 복종하는 모든 사람은, 미국 및 그들이 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 미국시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없고; 어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명·자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며; 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다."고 규정하고 있고, 제5항에서는 "미국의회는 적절한 입법에 의하여 본조의 규정을 시행할 권한을 가진다."고 규정하고 있다.

60) 수정 제15조는 제1항에서 "미국 시민의 투표권은 인종, 피부색 또는 과거의 복종상태에 의하여 미국 또는 어떤 주에 의해서도 부인되거나 제한되지 아니한다."고 규정하고 있고, 제2항에서는 "미국의회는 적당한 입법에 의하여 본조를 시행할 권한을 가진다."고 규정하고 있다.

61) 김영환, 앞의 논문 (주 29), 9면 이하 참조.

민권법⁶²⁾은 아프리카계 미국인에게 공공 편의시설(여관, 공공장소, 극장, 기타 공공오락장소)에 대한 동등한 접근을 제공하기 위해 제정되었는데,⁶³⁾ 동법은 사인(private individuals)에 대한 적용⁶⁴⁾과 위반에 대한 처벌조항을 규정했다.⁶⁵⁾ 이에 따라, 흑인을 배제하는 정책을 가지고 있었던 호텔·극장·철도를 소유한 백인들이 법에 따라 기소되었고, 그들은 수정헌법 제13조와 수정헌법 제14조에 따른 연방 의회의 실시권한을 잘못 행사해서 민권법을 제정했다고 주장하면서 소송을 제기했다. 유사한 5개의 사건을 병합하여 심리한 연방대법원은 우선, 1875년 민권법이 수정헌법 제14조 제5항⁶⁶⁾에 있는 연방의회의 실시권한 하에서 제정될 수 있다는 정부의 주장을 기각했다.⁶⁷⁾ 대법원은 수정헌법 제14조는 오직 주의 행위에만 적용되고, 사인의 행위를 규제하기 위해 사용될 수 없다고 판단했다.⁶⁸⁾ 즉, 대법원은 연방의회가 사설 극장소유자·여관주인·철도운영자 등이 흑인을 차별하는 것을 금지할 권한이 없다고 판시했다. 다음으로, 연방대법원은 수정헌법 제13조 제2항⁶⁹⁾이 1875년 민권법을 제정할 권한을 연방의회에게 부여하고 있다는 주장을 기각했다.⁷⁰⁾ 대법원은 수정헌법 제13조가 노예제도를 폐지하는 것뿐만 아니라⁷¹⁾ 어떠한 ‘노예의 배지(표식) 및 부수조건(badges or incidents of slavery)’의 부과를 금지하고 있다는 것을 인정했지만,⁷²⁾ 흑인에 대한 사적인 차별 정책들은 그들에 대한 노예의 배지(표식)나 부수조건을 부과하는 것에 해당되지 않는다고 판단했다.⁷³⁾ 즉, 대법원은 연방의회가 인종의식적 법률을 제정하기 위한 시도를

62) Civil Rights Act of 1875, 18 stat. 335 (1875) (codified as amended at 18 U.S.C. § 243 (1994)).

63) *Id.*, § 1.

64) *Id.*, § 2.

65) *Id.*

66) 제5항은 “연방의회는 적절한 입법에 의하여 본조의 규정을 시행할 권한을 가진다.”고 규정하고 있다.

67) *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883), at 18-19.

68) *Id.*, at 12.

69) 제2항은 “연방의회는 적당한 입법에 의하여 본조의 규정을 시행할 권한을 가진다.”고 규정하고 있다.

70) *Id.*, at 25.

71) *Id.*, at 20.

72) *Id.*

73) *Id.*, at 24-25.

해서는 안 되고, 미국사회는 ‘색맹’사회가 되어야 한다는 관념을 되풀이 했다.⁷⁴⁾ 또한 연방대법원은 Plessy 사건(1896년)에서 ‘분리하되 평등(separate but equal)’이라는 교묘한 법리를 창출하여 인종분리를 합법화하는 법률들을 합헌으로 판시함으로써 흑인의 평등보호에 치명적인 타격을 가하였다.⁷⁵⁾ 이러한 일련의 판결에 따라 각주는 학교·교회·주택·사업·감옥·공공시설 등 공·사의 모든 생활영역에서 인종분리를 합법화하는 법들을 제정하였다.

한편, 경제대공황 기간 동안 발생한 경제적 고난과 과도한 실업은 정부에게 시민을 지원하는 프로그램을 제공할 것을 요구했다. 이에 Franklin D. Roosevelt 행정부는 이 목적을 위해 수많은 법률을 시행했고 인종차별의 금지를 그것에 포함시켰다.⁷⁶⁾ 또한, Franklin D. Roosevelt 대통령은 인종에 기초한 고용차별을 금지하는 일련의 행정명령을 공포함으로써 미래의 적극적 평등실현조치를 위한 토대를 제공했다.⁷⁷⁾⁷⁸⁾

74) 한편, 본 사건에서 유일하게 반대의견의 개진한 Harlan 대법관은 다수의견이 ‘노예제도와 노예상태의 배지(표식)를 구성하는 모든 부담과 무능력’을 제거하고자 한 수정헌법 제13조의 기초자들의 의도를 인식하는데 실패했다고 주장했다(*Id.*, at 35). Harlan 대법관은 명백하고 사적인 차별행위를 그러한 “노예의 배지”로 생각했다(*Id.*, at 42). 또한, Harlan 대법관은 수정헌법 제14조는 미국의 시민으로써의 흑인의 권리를 보장하고 보호하기 위해 제정되었다고 주장했고(*Id.*, at 47), 수정조항은 불평등한 인종차별로부터 면제받을 권리를 흑인에게 부여했다고 주장했다(*Id.*, at 49-50). 또한, Harlan 대법관은 수정헌법 제14조의 기초자는 “불리한 주의 법률뿐만 아니라 주에서의 기업 및 사인의 적대적 행위에 의해, 시민으로써의 흑인의 권리가 동등하게 향유되는 것에 대한 중대한 위협”을 제거할 권한을 연방의회에게 부여하는 것을 의도했다고 주장했다(*Id.*, at 52).

75) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) : 동 사건은 백인과 흑인의 혼혈청년(8분의 7은 백인, 8분의 1은 흑인으로서 외관은 백인과 거의 비슷함)인 Plessy가 1892년 6월 동부 루이지애나 철도편(the East Louisiana Railway)으로 1등석 차표로 백인칸에 타고 New Orleans에서 Covington으로 이동하다가 차장에 의한 흑인칸으로의 이동명령에 불응하다 경찰에 의해 강제로 하차된 후, Plessy가 인종격리를 요구하는 州법이 수정 제14조의 법의 평등한 보호에 위반된다고 소송을 제기한 사건이다. 동 사건에서 연방대법원은 운송시설이 백인용과 흑인용으로 분리되어 있더라도 각각 동일한 시설이라면 현법상 평등보호조항에 위반되지 않는다고 판결했다.

76) 예컨대, 1933년 실업구제법(the Unemployment Relief Act), 1937년 민간자원보존단법(the Civilian Conservation Corps Act); 1939년 민간조종사훈련법(the Civilian Pilot Training Act); 1943년 간호사훈련법(the Nurses Training Act) 등이 이러한 입법에 해당된다. 이에 관한 자세한 내용은 James E. Jones, Jr., *supra* note 55, p. 392; Michael K. Braswell et al., "Affirmative Action: An Assessment of Its Continuing Role in Employment Discrimination Policy", 57 *Alb. L. Rev.* 365 (1993), p. 367.

77) Robert A. Margo, "Explaining Black - White Wage Convergence, 1940-1950", 48 *Indust. & Lab. Rel. Rev.* 470 (1995), p. 473; Ronald Turner, "Thirty Years of Title VII's Regulatory Regime : Rights, Theories, and Realities", 46 *Ala. L. Rev.* 375 (1995), pp. 379-380.

78) Franklin D. Roosevelt 대통령은 1941년 행정명령 제8802호(Exec. Order No. 8802, 6 Fed. Reg.

사법부도 실질적 평등실현을 위한 노력을 하게 되는데, 1954년 Brown 사건이 바로 그것이다.⁷⁹⁾ 이 사건에서 연방대법원은 분리를 허용하고 있거나 요구하고 있는 주법에 따라 주 공립학교에서 오직 인종을 이유로 백인 아동과 흑인 아동의 분리하는 것은 - 비록 백인 학교와 흑인 학교 간에 물적 시설과 기타 유형(tangible)의 요소가 동일하다고 할지라도 - 사회에서 그들의 위치에 대해 열등감을 느끼게 할 것이기 때문에 분리된 교육시설은 그 자체로 불평등하고 수정헌법 제14조에 의해 보장된 법의 평등보호를 흑인 아동에게 부인하는 것이라고 판시하면서, 공교육 영역에서의 ‘분리하되 평등(separate but equal)’원칙을 파기했다.⁸⁰⁾ 이 판결의 효과는 그 후 주택, 고용기회 및 투표권 등 여러 생활영역에 확산되었고, 실질적인 평등실현을 위해서는 법적 구제의 범위를 ‘법률상의 인종분리(de jure segregation)’에만 국한시킬 것이 아니라 ‘사실상의 인종분리(de facto segregation)’까지 확대해야 한다는 인식이 일어나기 시작하였다.⁸¹⁾



II. 적극적 평등실현조치의 탄생과 실행

Brown 사건은 미국의 분리된 사회를 제거하는 토대를 제공했지만, 고용에 있어서의 차별은 계속되었다. 이에 고용차별이라는 불공정을 개선하기 위한 행정부와 입법부의 일련의 시도들이 나타나게 된다.

우선, 행정부는 대통령의 행정명령을 통해 고용차별을 개선하기 위한 노력을 하게 된다. 1961년에 John F. Kennedy 대통령은 행정명령 10,925호⁸²⁾를 통해 적

3108 (1941))를 통해 방위산업의 정부조달기업 계약서에 인종·신앙·피부색·출신국가를 이유로 한 차별 금지를 요구하는 조항을 포함하였으며, 차별과 관련된 고발내용을 접수·조사할 수 있는 ‘공정고용실행위원회(Committee on Fair Employment Practice)’설립했다. 또한 1943년 행정명령 제9346호(Exec. Order No. 9346, 8 Fed. Reg. 7183 (1943))를 통해 차별금지조항을 방위산업뿐만 아니라 모든 산업의 정부조달기업 및 하도급기업으로 확대하였다.

79) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

80) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954), at 486-496.

81) 권영설, 앞의 논문 (주 18), 72면 이하 참조.

82) Exec. Order No. 10925, 26 Fed. Reg. 1977 (1961).

극적 평등실현조치를 최초로 도입하게 되는데, 동 행정명령은 인종·신앙·피부색·출신국가를 이유로 정부계약자가 피고용인이나 고용지원자를 차별하는 것을 금지시켰으며, 인종·신앙·피부색·출신국가에 관계없이 지원자를 채용하고 고용기간 중 피고용인을 대우하는 것을 보장하는 ‘적극적 평등실현조치(Affirmative Action)’를 실시할 것을 정부계약자에게 요구했다.⁸³⁾⁸⁴⁾ 또한 동 행정명령은 ‘대통령직속 평등고용기회위원회(the President's Committee on Equal Employment Opportunity : PCEEO)’를 설치하여 동 명령을 실행하도록 했다.⁸⁵⁾

고용차별을 개선하기 위한 노력은 Lyndon B. Johnson 행정부에 와서 더 많은 진전을 보게 된다. 1965년에 공포된 행정명령 제11,246호⁸⁶⁾는 연간 10,000 달러 이상의 정부사업을 수행하는 연방계약자와 연방의 지원을 받는 건설계약자 및 하도급계약자가 고용결정에서 인종·피부색·종교·출신국가를 이유로 차별하는 것을 금지했고, 인종·피부색·종교·성별·출신국가에 관계없이 지원자를 채용하고 고용기간 중 피고용인을 대우하는 것을 보장하는 ‘적극적 평등실현조치(Affirmative Action)’를 실시할 것을 정부계약자에게 요구했다.⁸⁷⁾ 또한, 동 명령은 노동부 내에 연방계약준수국(Office of Federal Contract Compliance : OFCC)⁸⁸⁾을 설치하여 동 명령을 실행·감독할 권한을 부여했는데,⁸⁹⁾ 만약 위반사실

83) *Id.*, at § 301(1). 동 명령에 따라 ‘적극적 평등실현조치(Affirmative Action)’라는 용어가 최초로 탄생되었지만, 동 명령에는 그러한 적극적 평등실현조치에 관한 구체적인 내용은 규정되지 않았다. Richard N. Appel, Alison L. Gray and Nilufer Loy, "Affirmative Action In The Workplace: Forty Years Later", 22 *Hofstra Lab. & Emp. L. J.* 549 (2005), p. 552.

84) 여기서의 ‘적극적’이라는 형용사는 종래의 소극적인 차별금지나 차별반대와는 달리 차별로 인한 피해와 손상을 시정하고 치유하는데 있어서 단호한 결의를 가지고 실천에 옮긴다는 강한 실천의지를 담고 있다. 이향순, 앞의 논문 (주 48), 11면 참조.

85) Exec. Order No. 10925, 26 Fed. Reg. 1977 (1961), at § 101 et seq. 동 위원회는 1964년 민권법에 따라 ‘평등고용기회위원회(the Equal Employment Opportunity Commission : EEOC)’로 전환되었다.

86) Exec. Order No. 11246, 30 Fed. Reg. 12319 (1965), reprinted as amended in 42 U.S.C. § 2000e.

87) *Id.*, at § 202.

88) 연방계약준수국(OFCC)은 1975년에 연방계약준수프로그램국(the Office of Federal Contract Compliance Programs : OFCCP)으로 개칭되었고, 1978년에는 모든 연방기관의 계약프로그램에 대한 통제권을 부여받았다. Exec. Order No. 12086, 43 Fed. Reg. 46501 (Oct. 5, 1978), reprinted as amended in 42 U.S.C. § 2000e (2000).

89) Exec. Order No. 11246, 30 Fed. Reg. 12319 (1965), at § 206(a).

(non-compliance)이 발견되면 노동부 장관은 계약을 취소·정지·종료할 수 있었다.⁹⁰⁾ 또한, 1967년의 행정명령 제11375호⁹¹⁾는 ‘성별(sex)’을 차별금지 및 적극적 평등실현조치의 대상에 포함시켰다.

이러한 고용에 있어서의 적극적 평등실현조치는 Richard M. Nixon 대통령의 1969년 행정명령 제11,478호⁹²⁾에 의하여 연방정부의 직원고용에까지 확대되었는데, 동 행정명령은 모든 피고용인과 지원자를 위해 연방정부의 각 부서와 기관이 문서로 된 적극적 평등실현조치 프로그램(Affirmative Action Program : AAP)를 작성·유지할 것을 요구했다.⁹³⁾ 또한, Richard M. Nixon 행정부는 1971년 노동부 수정명령 제4호(Revised Order No. 4)를 통해 행정명령 제11,246호에 규정된 적극적 평등실현조치를 더 구체화시켰다.⁹⁴⁾ 수정명령 제4호는 50인 이상을 고용하고 있는 50,000달러 이상의 비건설정부계약자 및 하도급계약자에게 문서로 된 적극적 평등실현조치 프로그램(AAP)⁹⁵⁾을 준비해서 성실한 노력(good faith effort)으로 이행할 것을 요구했다.⁹⁶⁾ 또한 동 명령은 계약자의 노동인력에서 유자격 소수인종과 여성의 과소활용(underutilization)⁹⁷⁾을 확인하는 분석을 적극적 평등실현조치 프로그램(AAP)에 포함시키도록 했는데,⁹⁸⁾ 만약 과소활용이 확인된 경우에는 균형잡힌 노동인력을 달성하기 위한 채용목표(placement goals)⁹⁹⁾를 설정하고

90) *Id.*, at § 209(a)(5).

91) Exec. Order No. 11375, 32 Fed. Reg. 14303 (1967).

92) Exec. Order No. 11478, 34 Fed. Reg. 12985 (1969), reprinted as amended in 42 U.S.C. § 2000e.

93) *Id.*, at § 1; 3 C.F.R. § 101.

94) 행정명령 제11246호에 따라 노동부(Department of Labor : DOL)는 1969년 Philadelphia 계획을 발표했다. 동 계획은 Philadelphia 지역에서 연방보조를 받는 건설계약에 입찰한 모든 기업에게 지역 건축업(building trades)에 있어서의 소수인종 노동자의 활용을 위한 수적 목표(numerical goals)와 시간표(timetables)를 설정하고 충족시킬 것을 요구했는데, 이는 뒤에 노동부에 의해 채택된 규칙에 대한 청사진을 제공했다. Michael K. Braswell et al., *supra* note 76, pp. 369-370.

95) AAP라는 용어는 “평등고용기회를 보장하기 위해 만들어진 관리기법(a management tool designed to ensure equal employment opportunity)”으로 광범위하게 정의되었다. 41 CFR § 60-2.10(a)(1).

96) 41 CFR § 60-2.1(b). 한편, 건설계약자는 더 관대한 AA 조치를 요구받고 있다. 41 C.F.R. § 60-4.1 et seq.

97) 과소활용(underutilization)은 “여성과 소수인종이 관련 노동시장에서 예상되는 이용가능성의 비율 만큼 고용되지 않은 경우”를 말한다. 41 C.F.R. § 60-2.10(a)(1).

98) 41 C.F.R. § 60-2.15(b).

그 달성계획을 수립해야 한다.¹⁰⁰⁾

한편, 연방의회도 여러 연방법률의 제·개정을 통해 적극적 평등실현조치를 위한 법적 기초를 제공했다.¹⁰¹⁾ 우선, 1964년 민권법 제VI편¹⁰²⁾은 연합의 재정적 원조를 받는 프로그램이나 활동이 인종·피부색·출신국가를 이유로 차별을 하는 것을 금지했다.¹⁰³⁾ 또한 1964년 민권법 제VII편¹⁰⁴⁾은 25인 이상의 피고용인을 고용한 사업주 등이 인종·피부색·종교·성별·출신국가를 이유로 차별하는 것을 불법적 고용관례로 규정하여 금지시켰을 뿐만 아니라¹⁰⁵⁾ 의도적으로 불법적인 고용관례를 사용하고 있다고 판단된 사람에게 법원이 적극적 평등실현조치를 명령하는 것을 허용했고,¹⁰⁶⁾ 실행기구로 ‘평등고용기회위원회(the Equal Employment Opportunity Commission : EEOC)’를 설치했다.¹⁰⁷⁾

99) 여기서의 목표(placement goals)는 성실한 노력(good faith effort)에 의하여 합리적으로 달성할 수 있는 목적(objectives or targets)을 의미한다. 41 C.F.R. § 60-2.16(a). 따라서 반드시 달성해야만 하는 고정되고 경직된 할당(quotas)이나 비례적 대표성 또는 평등한 결과를 달성하기 위한 기타 유보(set-asides) 등을 포함해서는 안 된다. 41 C.F.R. § 60-2.16(e).

100) 41 C.F.R. § 60-2.16(a).

101) James E. Jones, Jr., *supra* note 55, p. 397.

102) Title VI of the Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 Stat. 241 (codified at 42 U.S.C. § 2000d et seq.).

103) The Civil Rights Act of 1964, § 601, 78 Stat. 252, 42 U.S.C. § 2000d. 동 조항은 “미국 내에서 누구도 인종·피부색·출신국가에 근거해서 연방의 재정적 지원을 받는 프로그램이나 활동에의 참여가 배제되지 않고, 손해가 부인되지 않고, 차별받지 않는다.”라고 규정하고 있다. 그런데 민권법 제VI편은 - 1964년 민권법 제VII편과는 달리 - 성차별에 대해 보호하지는 않았다.

104) Title VII of the Civil Rights Act of 1964, Pub. L. No. 88-352, 78 stat. 241 (codified at 42 U.S.C. § 2000e et seq.).

105) The Civil Rights Act of 1964, § 703(a), 78 Stat. 255, as amended, 86 Stat. 109, 42 U.S.C. § 2000e-2(a). 동 조항은 “사용자가 (다음과 같은 행위를 하면) 불법적인 고용관례가 된다. (1) 개인의 인종·피부색·종교·성별·출신국가를 이유로, 어떤 개인을 고용거부·해고하거나 또는 기타 보수·고용기간·고용조건·고용특권에 관하여 어떤 개인을 차별하는 경우; (2) 개인의 인종·피부색·종교·성별·출신국가를 이유로, 어떤 개인의 고용기회를 박탈하거나 박탈할 우려가 있는 방법 또는 기타 피고용인으로서의 지위에 불리한 영향을 미치는 방법으로, 피고용인 또는 고용지원자를 제한·분리·분류하는 경우”라고 규정하고 있다.

106) The Civil Rights Act of 1964 § 706(g), 86 Stat. 107, 42 U.S.C. § 2000e-5(g). 동 조항은 “만약 피고가 제소된 불법적인 고용관례를 의도적으로 사용해 왔거나 의도적으로 사용하고 있다는 점을 법원이 인정한다면, 법원은 피고가 그러한 불법적인 고용관례를 사용하는 것을 금지시킬 수 있으며, 소급급여를 지급하거나 지급하지 않는 피고용인의 복직 또는 고용을 포함하여 적절한 적극적 평등실현조치를 명령하거나 기타 법원이 적절하다고 인정한 형평법상의 구제를 명령할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

또한, 연방의회는 1972년에 수정된 민권법 제VII편¹⁰⁸⁾을 통해 민권법 제VII편의 적용대상을 15인 이상의 피고용인을 고용한 사업주로 확대했으며,¹⁰⁹⁾ 제소권의 부여 등을 통해 ‘고용기회평등위원회(EEOC)’의 기능을 강화했다.¹¹⁰⁾

연방의회는 1973년 장애인의 기본적 권리를 보장하고 주류 사회에 편입시키기 위한 ‘장애인재활법(the Rehabilitation Act)’¹¹¹⁾의 제정을 통해 행정부의 각 부서 및 기관 등에게 장애인의 고용·배치·승진을 위한 적극적 평등실현조치 프로그램(AAP)을 작성하여 제출하도록 요구하는 한편,¹¹²⁾ 25,000 달러¹¹³⁾를 초과하는 연방정부 조달계약 및 하도급계약에 있어서 유자격 장애인의 고용과 승진을 위한 적극적 평등실현조치를 취할 것을 조달계약 당사자에게 요구하는 조항을 포함시키도록 규정했다.¹¹⁴⁾

연방의회는 1977년 3월에 공공사업고용법(the Public Works Employment Act)¹¹⁵⁾을 제정했는데, 이 법은 주정부기관 및 지방정부기관의 지방공공사업프로젝트에 사용될 연방보조금을 위해 40억 달러의 추가예산을 승인하는 한편, 지방공공사업프로젝트의 지원자가 소수인종소유기업(minority business enterprise : MBE)¹¹⁶⁾을 위해 보조금 총액의 최소 10%를 지출할 것을 담보하지 않으면 보조금을 받을 수 없다고 규정했다.¹¹⁷⁾



107) 42 U.S.C. § 2000e-4 (Title VII of the Civil Rights Act of 1964, § 705).

108) 이 법은 후에 ‘평등고용기회법(the Equal Employment Opportunity Act)’으로 개칭되었다.

109) 42 U.S.C. § 2000e(b).

110) 42 U.S.C. § 2000e-5.

111) The Rehabilitation Act of 1973, Pub. L. No. 93-112, 87 Stat. 394 (codified at 29 U.S.C. § 701 et seq.).

112) 29 U.S.C. § 791(b).

113) 1992년에 10,000달러로 상향되었다.

114) 29 U.S.C. § 793(a).

115) The Public Works Employment Act of 1977, Pub. L. No. 95-28, 91 Stat. 116 (codified at 42 U.S.C. § 6701 et seq.).

116) 여기서 소수인종소유기업은 지분의 최소 50%를 소수인종이 소유한 회사(상장회사의 경우 주식의 최소 51%를 소수인종이 소유한 회사)를 의미하며, 소수인종은 흑인·스페인계·동양인·인디안·에스키모인·알류트인인 미국시민을 의미한다. 42 U.S.C. § 6705(f)(2) (The Public Works Employment Act of 1977, § 103(f)(2)).

117) *Id.* 한편, 이러한 10% 유보계획은 자격을 갖춘 소수인종계약자가 없을 때에는 적용되지 않는다. U.S. Dept. of Commerce, Local Public Works Program, Round II, Guidelines for 10% Minority

한편, 1991년에 연방의회는 Griggs 사건¹¹⁸⁾에서 인정된 ‘불리한 효과(disparate impact)’의 법리, 즉 간접차별의 법리와 그에 따른 입증책임의 문제를 해결하기 위해 민권법 제VII편을 수정했다. 동 법에 따르면, (1) 차별을 주장하는 당사자(원고)가 불리한 효과를 초래하는 고용관례를 피고가 사용하고 있다는 것을 증명했음에도 불구하고, 피고가 제소된 고용관례가 당해 직과 관련이 있고 사업상의 필요성에 부합한다는 것을 증명하지 못하는 경우와 (2) 차별을 주장하는 당사자(원고)가 대안적인 고용관례(alternative employment practice)가 있음을 증명했음에도 불구하고, 피고가 그러한 대안적 고용관례를 채택하지 않은 경우에는 불법적인 고용관례가 된다.¹¹⁹⁾

III. 적극적 평등실현조치의 위기

1990년대 중반에 접어들면서 적극적 평등실현조치는 일련의 위기에 직면하게 된다. Texas 주립대 로스쿨 입학 시에 적용되는 적극적 평등실현조치에 대해 1996년 3월 연방항소법원이 위헌결정¹²⁰⁾을 하면서 촉발된 위기론은 ‘주가 공공고용·공공교육·공공계약에 있어서 인종·성별·피부색·민족·출신국가를 이유로 개인이나 집단을 차별하거나 우선적 처우를 부여할 수 없다는 것’을 골자로 하는 캘리포니

Business Participation LPW Grants (1977); App. 165a-167a.

118) Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971) : 동 사건은 고용 및 전보의 요건으로 고교졸업 내지 소양시험통과를 요구하고 있는 전력회사의 고용관례가 문제된 사건이다. 이에 대해 연방대법원은 i) 민권법 제VII편의 목적은 고용기회의 평등을 달성하고 과거 백인 피고용인에게 유리하게 운영된 장벽을 제거하는 것이므로, 외형상·의도상 중립적인 관례·절차·시험이라 하더라도 과거의 차별적 고용관례의 현상(status quo)을 고정시키기 위해 운영된다면 유지될 수 없으며(*Id.*, at 431), 그 결과, ii) 만약 흑인을 배제하기 위해 운영되고 있는 고용관례가 직업수행능력과 관련되어 있다는 것(to be related to job performance)을 증명할 수 없다면 그 관례는 금지된다고 전제한 후(*Id.*, at 432), iii) 동 사건의 요건(고교졸업 및 시험통과)이 성공적인 직업수행능력과 명백한 관련성을 갖고 있다는 것을 회사가 증명하지 못했기 때문에 위법이라고 판단했다. *Id.*, at 432.

119) 42 U.S.C. § 2000e-2(e)(1)(A).

120) Hopwood v. Texas, 78 F.3d 932 (5th Cir. 1996). 이 사건에 대한 자세한 내용은, 염철현, “미국 고등교육기관에서 적극적 차별 수정 정책의 적용에 따른 연방법원의 판결과 시사점”, 「비교교육연구」 제16권 제1호, 한국비교교육학회 (2006. 03), 138-142면 참조.

아 주민발안 제209호(The California Civil Rights Initiative : proposition 209)가 1996년 11월에 California 주민 54%의 찬성으로 통과되면서 정점에 이르게 되었다. 이후 Washington 주에서도 동일한 내용의 주민발안(Initiative 200)이 1998년에 주민 58%의 찬성으로 통과되면서 위기론은 미국 전역으로 확산되었다.

이러한 위기에 직면한 적극적 평등실현조치는 2003년 6월에 선고된 2개의 연방대법원 판결¹²¹⁾을 통해 제한된 범위에서 그 정당성을 인정받았지만, 2006년 11월 Michigan 주에서 California 주민발안과 동일한 내용의 주민발안 제2호(The Michigan Civil Rights Initiative : Proposal 2)가 주민 58%의 찬성으로 통과되면서 다시 위기에 봉착하게 된다.

IV. 한국에서의 발전과정

과거 한국에서는 사회적 약자, 특히 여성과 장애인 등에 대한 사회적 배려와 지원 그리고 차별금지를 통해 평등실현을 위한 노력을 지속적으로 경주해왔지만, 적극적 평등실현조치와 같은 적극적인 우대정책의 역사는 비교적 짧은 편이다.

여성의 경우 한국정부는 1987년 12월의 남녀고용평등법 제정을 통해 고용에 있어서의 남녀의 평등한 기회와 대우를 보장하기 위한 노력을 시작했고,¹²²⁾ 1989년 4월에는 동법의 개정을 통해 남녀차별의 정의를 명문화함과 동시에 차별해소를 위한 잠정적 우대조치를 차별범주에서 배제함으로써 적극적 평등실현조치의 가능성을 처음으로 인정했다.¹²³⁾ 1995년 12월에는 국회가 여성발전기본법을 제정하여 국가 및 지방자치단체가 여성의 참여가 현저히 부진한 분야에 대하여 합리적인 범위 안에서 그 참여를 촉진하기 위하여 관계법령이 정하는 바에 따라 ‘잠정적인 우대조치’를 취할 수 있도록 규정하였고,¹²⁴⁾ 정부도 ‘공무원임용시험령’을 개정하여 소위 ‘여성채용목표제’를 도입했다.¹²⁵⁾ 이밖에도 2002년 12월에 여성과

121) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003); Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

122) 남녀고용평등법(법률 제3989호, 1987년 12월 04일 제정).

123) 남녀고용평등법(법률 제4126호, 1989년 04월 01일 개정) 제2조의2.

124) 여성발전기본법(법률 제5136호, 1995년 12월 20일 제정) 제6조.

학기술인 육성 및 지원에 관한 법률의 제정을 통해 여성과학기술인에 대한 채용 목표제 및 승진목표제의 근거를 규정했고,¹²⁶⁾ 2003년 7월에는 대학의 교원임용에 있어서 양성평등을 제고하기 위해 2003년 7월 교육공무원법을 개정했고, 2005년 12월에는 남녀고용평등법 개정을 통해 ‘적극적 고용개선조치’의 도입근거를 마련했다.¹²⁷⁾

장애인의 경우 1990년 1월 장애인의 고용촉진과 직업재활 및 직업안정을 도모하기 위해 장애인고용촉진 등에 관한 법률을 제정하여 ‘장애인고용의무제’를 처음으로 도입했고, 2007년 4월 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률을 제정하였다. 동 법은 장애인의 실질적 평등권을 실현하고 장애인에 대한 차별을 시정하기 위한 차별시정을 위한 적극적 조치를 차별의 범주에서 제외시켰으며,¹²⁸⁾ 국가 및 지방자치단체로 하여금 장애인 차별을 실질적으로 해소하기 위해 차별시정에 대한 적극적인 조치를 취하도록 의무화했다.¹²⁹⁾

한편, 여성과 장애인에 대한 적극적 우대정책 외에 심화되고 있는 수도권과 지방간 불균형을 해소하고 지방인재의 공직임용기회를 확대하기 위하여 일련의 적극적 조치가 최근 도입되었다. 2005년 3월 국가공무원법 개정을 통해 도입된 ‘지역인재추천채용제’와 2005년 12월 공무원임용시험령 개정을 통해 도입된 ‘지방인재채용목표제’가 바로 그것이다.

125) 공무원임용시험령(대통령령 제14838호, 1995년 12월 22일 개정) 제11조의3.

126) 여성과학기술인 육성 및 지원에 관한 법률(법률 제8852호, 2008년 02월 29일 개정) 제11조.

127) 남녀고용평등법(법률 제7822호, 2005년 12월 30일 개정) 제17조의2 내지 제17조의7 참조.

128) 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(법률 제8341호, 2007년 4월 10일 제정) 제4조.

129) 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(법률 제8341호, 2007년 4월 10일 제정) 제8조.

제3절 적극적 평등실현조치의 이론적 근거

1. 적극적 평등실현조치에 대한 옹호론

1. 옹호론의 분류

적극적 평등실현조치는 그 특성상 정당성에 관해 종래 많은 논쟁을 야기해 왔다. 적극적 평등실현조치에 대한 옹호론자들은 동 조치가 과거의 집단적 불평등을 보상하려는 목적이라는 점(보상적 정의론), 과거 차별을 받았던 집단의 배분적 정의를 위한 조치라는 점(배분적 정의론), 불평등을 해소하고 조직의 구성원을 다양하게 하여 사회적 효용을 증가시킨다는 점(사회적 효용론) 등을 이유로 동 조치를 지지해 왔다.¹³⁰⁾ 그런데 적극적 평등실현조치의 정당성에 대한 이러한 논의는 너무 추상적이거나 일반적인 측면이 없지 않아서 동 조치의 정당성을 규명하는데 적지 않는 문제를 야기할 수 있다. 왜냐하면 적극적 평등실현조치의 정당성에 대한 평가는 그 조치의 구체적인 유형, 특히 동 조치의 목적에 따라 달라질 수 있기 때문이다. 그 동안 미국 내에서의 실제 사건에 다뤄진 적극적 평등실현조치의 목적은 크게 2가지로 요약될 수 있는데, 구체적 목적과 비구체적 목적이 바로 그것이다. 전자는 과거의 차별로 인한 현재의 피해를 구제한다는 목적이기 때문에 과거지향적인 측면의 목적이고, 후자는 다양성의 확보를 통해 사회적 효용성을 증가시킨다는 목적이기 때문에 미래지향적인 측면의 목적이라 할 수 있다. 따라서 이하에서는 적극적 평등실현조치의 정당성에 대한 보다 정확한 분석을 위해, 이 두 가지 관점에서의 적극적 평등실현조치의 정당성에 대한 논의를 개괄적으로 살펴본다.

130) 이러한 옹호론에 관한 자세한 내용은 김영환, 앞의 논문(주 29), 207-216면 참조. 이 논문에서 저자는 적극적 평등실현조치에 관한 옹호론을 i) 보상적 정의론, ii) 배분적 정의론, iii) 사회적 효용론, iv) 가역성으로서의 정의론으로 나누어 자세히 설명하고 있다.

2. 과거지향적 정당성론

과거지향적인 관점에서 적극적 평등실현조치의 정당성을 지지하는 입장은 동조치가 과거의 불의를 교정하고 보상하기 위하여 필요하다고 주장한다. 즉, 그들은 주로 ‘보상적 정의론(Compensatory Justice Theory)’에 입각하여, 흑인이나 여성 등은 지금까지 사실상 부당한 차별로 손해를 받은 반면, 백인이나 남성 등은 그에 따라 부당한 이익을 받아왔기 때문에 백인 등은 흑인 등에게 원래의 지위, 즉 차별을 받지 않았더라면 그가 확보할 수 있었던 지위를 돌려주거나 이를 보상해야 할 의무가 있고, 그에 따라 적극적 평등실현조치는 정당하다고 주장한다.¹³¹⁾

그러나 이러한 보상적 정의론에 입각한 정당성 주장은 몇 가지 어려운 문제에 직면할 수 있다. 보상적 정의의 원리는 ‘손해를 입힌 가해자가 있고 그 상대방인 피해자가 있다면, 가해자는 피해자에게 손해를 입기 전 상태로 되돌려 놓거나 잘못 만큼의 공정한 피해보상을 해 주어야 한다는 것’으로 간단히 정의할 수 있다.¹³²⁾ 따라서 이러한 보상적 정의의 원칙 하에서는 손해를 가한 당사자만이 비용을 부담해야 하고, 손해를 입은 실제적 희생자만이 보상을 받아야 한다. 그 결과, 만약 적극적 평등실현조치가 i) 과거 차별의 직접적인 가해자가 아닌 그 후손들을 가해자로 규정하여 보상의 책임을 부과하거나 ii) 실제로 피해를 입은 개인이 아닌 집단 전체에게 보상을 한다면, 보상적 정의의 원칙에 위반된다고 볼 수도 있다.

한편, 보상적 정의론에 입각한 과거지향적 정당성에 있어서는 과거에 그러한 차별적 행위가 있다는 점과 그러한 차별적 행위가 잘못되었다는 점 그리고 그러한 차별적 행위를 중단 및 시정해야 한다는 점은 논리적 정당화를 위해 중요한 전제가 된다. 만약 이러한 전제없이 과거차별을 보상하는 것은 법적·윤리적 정당성을 갖고 시행하는 정책이 아니라 단순한 동정이나 시혜적인 정책으로 전락하기 때문이다. 따라서 과거지향적 정당성론에서 무엇보다도 중요한 것은 과거차별의 확인이다.

131) 김영환, 앞의 논문 (주 29), 208면.

132) Alan H. Goldman, *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton, NJ: Princeton University Press (1979), p. 32.

3. 미래지향적 정당성론¹³³⁾

미래지향적인 관점에서 적극적 평등실현조치의 정당성을 지지하는 입장은 동조치가 과거차별의 보상의 관점이 아니라 배분적 정의 혹은 사회적 효용의 관점에서 필요하다고 주장한다.

우선, 배분적 정의론(Distributive Justice Theory)은 ‘권리·공적·능력·공헌도·필요 정도 등 분배와 관련된 모든 요소를 고려하여 집단 간의 이익과 부담을 분배하는 것’이 배분적 정의이며,¹³⁴⁾ 이 배분적 정의의 원칙에 따라, 차별로 인해 현재 공정한 경쟁에 참가할 기회를 박탈당한 소수집단은 앞으로의 사회적 자원의 배분시 더 큰 분배를 받아야 한다고 주장한다.¹³⁵⁾ 즉, 소수집단이 누적된 차별로 인해 공정하게 경쟁할 기회를 박탈당해 왔다면 그 기회를 적극적으로 부여하고, 다수집단이 경쟁의 기회를 독식해 왔다면 이를 제한할 필요가 있는 것이다. 배분적 정의론은 보상적 정의론과는 달리 현재 및 장래의 이익과 부담을 평등하게 분배할 것을 요청하고 있어서 과거 차별과의 인과관계를 문제 삼지 않아도 된다.¹³⁶⁾ 하지만 개인들은 그들이 공정한 조건 하에서 받을 수 있었던 이익 만큼 만을 받아야 하기 때문에 공정한 조건 하에서도 그들이 얻을 수 없었던 이익을 주장하는 것을 허용하지 않으며, 그 결과, 아무리 취지가 좋아도 과도한 손해나 부담을 주는 적극적 평등실현조치는 허용되지 않는다.¹³⁷⁾

다음으로, 사회적 효용론(Social Utility Theory)은 적극적 평등실현조치가 사회

133) Wittmer 사건에서 Posner 법원장은 “구제책으로부터 이익을 받는 원고는 차별을 받은 사람이 아니라 그들의 상속자나 후손이며, 그들은 구제가 아니라 형제를 얻었으므로, 구제책은 보상의 원칙이 아닌 다른 것에서 그 정당성을 찾아야 한다.”고 주장했다. Wittmer v. Peters, 87 F.3d 916 (6th Cir. 1996), at 919.

134) George Sher, "Justifying Reverse Discrimination in Employment", 4 *Phil. & Pub. Aff.*, (Winter 1975), p. 164 (김영환, 앞의 논문 (주 29), 210면에서 재인용).

135) 김선욱, “잠정적 우대조치로서의 할당제”, 『법학논집』 창간호, 이화여자대학교 법학연구소 (1996), 218면 참조.

136) 김영환, 앞의 논문 (주 29), 208-209면.

137) Ronald J. Fiscus, *The Constitutional Logic of Affirmative Action*, Durham, NC: Duke University Press (1992), p. 13.

적 요구를 충족시켜 공익을 극대화할 수 있기 때문에 정당하다고 주장한다.¹³⁸⁾ 즉, 적극적 평등실현조치는 인종이나 성에 대한 고정관념을 타파하고 차별받던 사회구성원들의 정치적·경제적 지위를 향상시켜 사회통합에 이바지하는 효용이 있는데, 그 효용은 비용(cost)을 상쇄하고도 남음이 있다는 것이다.¹³⁹⁾ 사회적 효용론은 적극적 평등실현조치의 목적을 개인에 대한 보상이나 권리구제보다는 일반적 복지나 사회적 효용에 둬으로써 과거나 현재의 차별을 입증하지 않아도 되고, 보다 유연하고 현실성 있는 수단을 사용하는데 도움이 된다. 하지만 사회적 효용의 측면에서 적극적 평등실현조치를 이해할 경우 동 조치의 ‘의무적 성격’이 반감되어 정치적·현실적 상황에 따라 쉽게 포기될 수 있는 우려가 있고, 적극적 평등실현조치 뿐만 아니라 악의적인 인종차별도 사회적 효용을 가져온다는 이유로 정당화될 수 있는 모순에 직면할 수도 있다.

II. 적극적 평등실현조치에 대한 비판론과 그에 대한 검토



1. 비판론의 근거

적극적 평등실현조치는 그 특성상 정당성에 관해 종래 많은 논쟁을 야기해 왔

138) 사회적 효용론의 관점에서 적극적 평등실현조치를 실시함으로써 기대되는 효과는 i) 인종이나 성에 관한 고정관념을 타파함으로써 개인의 잠재력을 편견없이 맘껏 성취시킬 수 있는 기반을 마련할 수 있다는 점, ii) 각종 교육기관이나 직업분야 등에서 구성원의 다양성을 증진하여 다양한 배경을 가진 구성원들로부터 주고받는 도전을 통해 시너지 효과를 창출할 수 있다는 점, iii) 소수집단 구성원이 전문직종으로 더 많이 진출함으로써 소수집단에 대한 서비스의 질과 양을 향상시킬 수 있다는 점, iv) 근본적으로 기회를 재분배함으로써 사회적 불평등을 감소하고 이로써 사회적 긴장과 갈등을 해소하여 사회의 효율적인 성장과 사회통합에 기여할 수 있다는 점 등이 제시되고 있다. 김영환, 앞의 논문(주 29), 212면 이하 참조.

139) K. Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy: A Model and Legal Analysis*, Totowa, NJ: Rowman and Littlefield (1980), pp. 124-129 (김영환, 앞의 논문(주 29), 212면에서 재인용).

다. 비판론자들은 인종차별과 성차별 등 사회에 만연한 차별을 극복해야 한다는 점에 대해서는 동의했지만, 그 방법으로서의 적극적 평등실현조치가 개인이 아닌 집단에 대한 보상이라는 점, 실적주의 원칙을 파괴한다는 점, 수혜집단에게 열등하다는 오명을 부여한다는 점, 무고한 백인 등에 대해 희생을 초래한다는 점 등을 이유로 그 정당성에 의문을 제기해 왔다.¹⁴⁰⁾

2. 비판론에 대한 검토

가. 무고한 제3자에 대한 희생의 강요의 부당성 문제

적극적 평등실현조치의 정당성에 대해 비판적인 사람들은 동 조치가 차별의 실제 가해자가 아닌 무고한 제3자에게 부담을 지우고 희생을 강요한다는 점에서 보상적 정의의 원칙에 부합되지 않는다고 주장한다.¹⁴¹⁾

물론, 무고한 제3자에게 책임을 부담시키는 것은 부당한 처사임에는 틀림없다. 하지만 과연 그들이 책임이 없는지 여부는 재고할 필요가 있다. 왜냐하면, 그들은 과거의 인종차별적 관행으로부터 일정한 혜택을 받아 왔기 때문이다. 현재의 적극적 평등실현조치로 인해 피해를 보는 백인이나 남성의 대부분은 과거 차별의 직접적이 가해자가 아니라는 것과 그들이 현재 향유하고 있는 경제적 부와 사회적 지위 중에는 그들 자신의 노력에 의해 획득된 것도 있다는 것은 분명한 사실이다. 하지만 흑인과 여성 등에 대한 과거의 체계적인 차별이 그들의 희망과 노력을 좌절시켰다는 것과 그 좌절된 기회 만큼 백인과 남성 등이 혜택을 받았다는 것 또한 분명한 사실이다.¹⁴²⁾ 이러한 사실을 고려하면, 현재의 적극적 평등실현조

140) 이러한 비판론에 관한 자세한 소개 및 재반론에 대해서는 김영환, 앞의 논문 (주 29), 189-207면 참조. 이 논문에서 저자는 적극적 평등실현조치에 관한 비판론을 i) 철학적 비판론(실적주의의 파괴, 평등원칙의 위반, 집단적 보상의 부당성), ii) 실용주의적 비판론(사회적 분열조장, 무고한 희생자에 대한 역차별, 중립적 보상결정기구의 부재), iii) 법적 비판론, iv) 전략적 비판론(공정조치원칙의 준수, 할당제의 비판, 소수집단의 열등감 조장과 사기약화), v) 귀류법적 비판론(수혜대상의 무한정성, 보상의 악순환, 소수집단의 능력부족)으로 나누어 자세히 설명하고 있다.

141) Ronald J. Fiscus, *supra* note 137, p. 10; James W. Nickel, "Preferential Policies in Hiring and Admissions: A Jurisprudential Approach", 75 *Colum. L. Rev.* 534 (1975), p. 539; Ali M. Raza et al., *The Ups and Downs of Affirmative Action Preferences*, New York, NY: Praeger Publishers (1999), pp. 1-6.

치에 의해 희생을 당하고 있는 백인과 남성은 과거의 차별에 대해 일정 부분 책임을 지고 있다고 볼 수 있다. 따라서 백인이나 남성 등에게 그들의 책임 이상의 과도한 부담을 지우는 것은 부당하지만, 부담 그 자체가 반드시 부당하다고 볼 수는 없다.¹⁴³⁾

나. 집단에 대한 보상의 부당성 문제

적극적 평등실현조치의 정당성에 대해 비판적인 사람들은 동 조치가 차별의 실제 희생자인 개인에 대한 보상이 아니라 집단에 대한 보상이라는 점에서 부당하다고 주장한다.¹⁴⁴⁾ 물론, 보상적 정의의 원칙에 충실할 경우에는 피해를 받지 않은 대상에게 보상을 해 줄 필요는 없다고 볼 수 있다. 하지만 차별의 효과를 고려하면, 이러한 주장은 재고되어야 한다. 왜냐하면 차별의 효과는 직접 차별을 받은 개인에게만 영향을 미치는 것이 아니라 그가 속한 집단에도 영향을 미치기 때문이다. 예컨대, 어떤 기업이 특정 흑인을 차별하면, 그 흑인 개인에게는 차별이 없었더라면 그가 차지할 수 있었던 지위에 대한 박탈이라는 손해를 초래하고, 그 흑인이 속한 집단에게는 그들이 아무리 우수하다고 하더라도 인종차별로 인해 선발되지 않을 것이라는 암시를 줌으로써 흑인들이 그 지위에 도전하려는 시도 자체를 좌절시킬 뿐만 아니라 흑인은 열등한 인간이라는 낙인과 고정관념을 형성시키게 된다.¹⁴⁵⁾ 이런 맥락에서 보면, 수혜집단의 개별 구성원 모두가 차별의 직접적인 피해자는 아니지만, 차별로 인해 일정 부분 피해를 받았으므로 보상을 받을 자격이 있다.

다. 과대포함과 과소포함의 문제

142) Albert G. Mosley & Nicholas Capaldi, *Affirmative Action: Social Justice or Unfair Preference?*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, Inc. (1996), p. 26.

143) 김영환, 앞의 논문 (주 29), 209면.

144) Owen M. Fiss, "Groups and Equal Protection Clause", 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107 (1976), p. 107 (김영환, 앞의 논문 (주 29), 209면에서 재인용).

145) George M. Fredrickson, "A Liberal of Affirmative Action", in Robert Post & Michael Rogin eds., *Race and representation: Affirmative Action*, NY: Zone Books (1998), p. 339.

집단적 보상의 부당성에 대한 논쟁의 연장선상에서 수혜대상의 과대포함 및 과소포함의 문제가 제기될 수 있다.¹⁴⁶⁾ 적극적 평등실현조치의 정당성을 비판하는 사람들은 동 조치가 개인이 아닌 집단에 대한 보상을 함으로써 보상의 필요성이 없는 사람까지 보상에 포함시키게 되고(과대포함), 수혜집단 내에서 구체적인 수혜자를 선발하기 위해 일정한 자격조건을 요구함으로써 보상이 절실히 요구되는 사람은 오히려 배제하는데(과소포함), 이는 차별을 많이 받은 사람에게는 보상을 적게 하고, 반대로 차별을 적게 받은 사람에게는 보상을 많이 하게 되는 결과를 초래하게 되어 부당하다고 주장한다.¹⁴⁷⁾

그러나 이러한 견해는 가장 낮은 자격을 갖춘 사람이 가장 심한 피해를 입었다는 가정에 기초하고 있는데, 이러한 가정이 사실이라고 단정할 수 없다. 또한, 이러한 가정이 사실이라고 하더라도 상대적으로 높은 자격을 갖춘 사람은 낮은 자격을 갖춘 사람에 비해 상대적으로 피해를 덜 받았을 뿐 피해를 받았다는 사실은 엄연히 존재하기 때문에 그들에 대한 보상이 부당한 것만은 아니다.¹⁴⁸⁾ 또한, 수혜대상을 확정하기 위한 기준설정은 불가피한 측면이 있다. 따라서 수혜자의 과소포함의 문제는 적극적 평등실현조치 자체의 허용가능성의 문제라기 보다는 구체적인 타당성의 문제이다.



라. 능력주의 내지 실적주의 원칙의 파괴 문제

적극적 평등실현조치에 대한 비판론자들은 동 조치가 미국사회의 근간인 실적주의를 파괴한다고 주장한다. 즉 적극적 평등실현조치는 개인의 능력과는 무관한 인종이나 성별과 같은 생래적인 요소를 기준으로 하여 최적격자를 배제하고 자격이 부족한 자를 선택하므로 실적주의 원칙에 정면으로 위반한다고 주장한다.¹⁴⁹⁾

146) 과소포함(underinclusiveness)이란 법에 의한 분류가 입법목적과 관련하여 동일한 상황에 처해 있는 모든 사람을 포함하지 못하고 있는 경우를 뜻하고, 과대포함(overinclusiveness)은 법에 의한 분류가 입법목적과 관련하여 동일하지 않은 상황에 처해 있는 모든 사람까지 포함하고 있는 경우를 뜻한다. 전자의 경우에는 동일한 상황에 처해 있음에도 불구하고 동일하게 이익이나 부담을 주지 않기 때문에 차별이고, 후자의 경우에는 동일하지 않은 상황에 처해 있음에도 불구하고 동일하게 이익이나 부담을 주기 때문에 차별이라고 한다.

147) Albert G. Mosley & Nicholas Capaldi, *supra* note 142, p. 30.

148) Bernard R. Boxill, *Blacks & Social Justice*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers Inc. (1992), pp. 148-152.

적극적 평등실현조치가 실적주의 원칙에 위배되는 것은 사실이지만, 실적주의를 절대적인 것으로 이해하는 것은 부당하다. 고용 등에 있어서 실적주의를 취하는 주된 이유는 가장 능력있는 사람에 대한 기회의 배분이 가장 큰 이익을 창출한다는 믿음, 즉 사회적 효용의 극대화에 있다고 볼 수 있다. 그 결과, 적극적 평등실현조치가 실적주의의 채택보다 더 큰 효용을 산출할 수 있다면 사회적 효용의 관점에서 정당화될 수도 있다. 또한 실적주의가 정당성을 가지려면 능력을 측정하는 수단의 공정성이 확보되어야 하는데, 과연 능력을 측정하기 위한 수단이 누구에게나 공정하고 합리적이라고 할 수 있을지 의문이다. ‘능력’이란 그 시대의 사상·문화·제도 등의 적응력을 의미한다고 볼 수 있는데,¹⁵⁰⁾ 이 말은 이미 그 사회의 특권을 유지하고 있는 백인 혹은 남성의 잣대로 흑인과 여성들의 능력이 측정될 우려가 있다는 것을 의미한다. 따라서 실적주의를 절대적인 것으로 이해하는 것은 부당하다.

마. 수혜집단에 대한 오명의 문제

적극적 평등실현조치의 비판론자들은 동 조치가 수혜집단에게 열등한 집단이라는 낙인을 찍을 뿐만 아니라 그들로 하여금 그들의 실제능력을 자각하게 함으로써 그들의 사기나 의욕을 저하시킨다고 주장한다.¹⁵¹⁾

하지만 이는 오히려 반대로 해석될 수 있다. 적극적 평등실현조치는 사회의 중요한 지위에 소수인종 등을 포진시킴으로써 그들에게 역할모델 내지는 성공사례를 제공하여 그들의 사기를 진작시킬 수 있다. 또한, 차별이 완전히 종식된 상황이라면 몰라도, 현재와 같이 차별이 엄연히 지속되고 있는 상황 속에서 적극적 평등실현조치를 취하지 않게 된다면, 소수인종 등 차별을 받는 집단은 지속적인 배제를 통해 ‘무능하다’라는 편견이나 낙인을 받게 될 뿐만 아니라 그러한 오명은 고착화된다. 따라서 이러한 오명의 불식과 사기진작을 위해서는 적극적 평등실현조치가 오히려 요구된다.

149) Albert G. Mosley & Nicholas Capaldi, *supra* note 142, p. 73.

150) Stanley Fish, "Reverse Racism, or How the Pot Got to Call the Kettle Black," *Atlantic Monthly* (November 1993), p. 146.

151) DeFunis v. Odegaard 사건에서의 Douglas 대법관의 의견. DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974), at 332-345.

Ⅲ. 한국 헌법과 적극적 평등실현조치

1. 평등원칙과 적극적 평등실현조치

가. 한국 헌법상의 평등관념

(1) 한국 헌법상 평등 규정

한국 헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하여, 일반적 평등원칙과 평등권을 규정하고 있다. 또한 제11조 제2항의 사회적 특수계급제도의 부인, 제11조 제3항의 영전일대의 원칙, 제31조 제1항의 교육의 기회균등, 제32조 제4항의 여성근로자의 차별금지, 제36조 제1항의 혼인과 가족생활에서의 양성평등, 제41조 제1항과 제67조 제1항 그리고 제116조 제1항의 평등선거와 선거운동에서의 기회균등, 제119조 제2항과 제123조 제2항의 경제영역에 있어서의 균형성 등을 통해 평등원칙을 구체화시키고 있다.

(2) 한국 헌법상 평등의 내용 : 상대적 평등

한국 헌법은 위에 살펴본 바와 같이 평등원칙과 평등권 규정 그리고 그 밖의 평등 관련 규정을 통해 평등을 보장하고 있지만, 헌법을 통해 보장하는 평등의 구체적 내용에 대해서는 침묵하고 있다. 따라서 해석을 통해서 그 의미내용을 밝혀낼 수밖에 없는데, 한국의 판례와 학설은 ‘상대적 평등’으로 이해하고 있다. 즉, 한국 헌법상의 평등을 “일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니

된다는 상대적 평등”으로 이해하고 있다.¹⁵²⁾

이러한 상대적 평등 관념은 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 표현으로 응축되는데, 이것은 - 합리적 근거 없이 - ‘같은 것을 다르게 취급하는 것’ 또는 ‘다른 것을 같게 취급하는 것’의 금지를 의미한다. 따라서 차별적 취급이 존재하더라도 그것이 언제나 평등원칙에 위배되는 것은 아니며, 차별적 취급의 대상이 다른 경우 또는 - 같다고 하더라도 - 차별적 취급에 합리적인 근거가 있는 경우에는 평등원칙에 부합하게 된다.

(3) 평등규정의 성격 : 국가의 평등실현의무

한편, 헌법재판소에 따르면, “평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권중의 기본권”이다.¹⁵³⁾ 즉, 한국 헌법상의 평등규정은 주관적 공권으로서의 평등권뿐만 아니라 모든 국가권력을 실질적으로 구속하는 객관적 법질서를 포함하고 있는 것으로 해석되고 있다.¹⁵⁴⁾ 그 결과, 헌법상의 평등규정은 국가에 의한 부당한 차별의 배제뿐만 아니라 국가에 의한 적극적인 평등의 실현을 요구하고 있는 것이다.¹⁵⁵⁾

나. 평등원칙과 적극적 평등실현조치의 정당성

적극적 평등실현조치는 특정한 집단에 혜택 또는 불이익을 줌으로써 집단 간에 다른 취급을 한다. 그 결과, 혜택을 받지 못하거나 불이익을 받는 집단에서는 평

152) 헌재 1999. 11. 25. 98헌바36, 판례집 11-2, 529, 539; 헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 414; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌바3, 판례집 15-1, 713, 725-726 등 참조.

153) 헌재 1989. 01. 25. 88헌가7, 판례집 1, 1, 2; 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 206.

154) 권영성, 앞의 책 (주 6), 387면; 이육한, “차별금지원칙과 실질적 평등권 - 양성평등을 중심으로”, 「공법학연구」 제6권 제3호, 한국비교공법학회 (2005. 12), 127면; 홍성방, “평등의 원리와 평등권”, 「사회과학연구」 제8집, 서강대학교 사회과학연구소 (1999. 12), 59-60면.

155) 장영수, “헌법상 평등원칙과 평등권의 실현구조”, 「고려법학」 제36호, 고려대학교 법학연구원 (2001. 04), 103면.

등원칙 위반 또는 평등권 침해를 주장한다. 그러나 한국 헌법상의 평등을 상대적 평등으로 이해하는 한 단순한 차별의 존재만으로는 평등원칙에 반하는 것이 아니다. 따라서 차별적 취급을 받는 두 집단이 서로 다르거나 - 같은 경우라고 하더라도 - 합리적 근거가 있다면 적극적 평등실현조치 상의 다른 취급은 상대적 평등원칙에 부합되게 된다.

또한, 한국 헌법상의 평등규정을 국가의 적극적인 평등실현을 요구하는 객관적 법질서를 포함하는 것으로 이해하는 한 적극적 평등실현조치의 정당성은 평등규정으로부터 도출될 수 있다.

2. 사회국가원리와 적극적 평등실현조치

위에서 언급한 국가의 평등실현의무는 헌법상 사회국가원리에 의해서 더욱 강력하게 지지된다.

사회국가란 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가를 말하는데, 이는 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유와 평등을 향유할 수 있는 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가를 의미한다.¹⁵⁶⁾

한국 헌법은 이러한 사회국가원리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 헌법의 전문, 사회적 기본권의 보장(헌법 제31조 내지 제36조), 경제 영역에서 적극적으로 계획·유도·재분배하여야 할 국가의 의무를 규정하는 경제에 관한 조항(헌법 제119조 제2항 이하) 등과 같이 사회국가원리의 구체화된 여러 표현을 통하여 사회국가원리를 수용하고 있다. 특히, 헌법이 제34조에서 여자(제3항), 노인·청소년(제4항), 신체장애자(제5항) 등 특정 사회적 약자의 보호를 명시적으로 규정한 것은 장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유와 평등의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로 국가가 특히 이들에 대하여 자유와 평등을 실질적으로 향유할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다는 점을 강조하고자 하는 것이다.¹⁵⁷⁾

156) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 904, 909.

한편, 사회국가는 자유와 평등이 국민 스스로의 자율적인 생활설계에 의하여 실현될 수 있도록 생활여건을 조성해 주는 이른바 사회구조의 골격적인 테두리를 말한다. 따라서 사회구조의 골격적인 테두리를 실질적인 자유와 평등의 실현에 적합하도록 형성하는 것이 사회국가의 가장 핵심적인 과제가 된다. 오랜 차별의 역사를 통해 실질적인 자유와 평등을 누리지 못하는 사회적 약자 집단에 대하여 국가가 평등한 상황을 조성하여줄 수도 있지만, 단순히 평등한 상황을 조성하는 것만으로 차별과 편견의 관행이 쉽게 깨어지지 않는 경우, 사회적 약자집단에 스스로의 힘에 의해 기회의 평등을 누릴 수 있는 사회적 인식이 조성되기까지 국가가 잠정적으로나마 결과적 평등을 유도하여 평등한 사회적 구조적 골격을 짜는 특단의 조치, 즉 적극적 평등실현조치가 요구되는 것이다.

한편, 이러한 사회국가원리와 사회적 기본권 규정은 공직임용에 있어서의 능력주의 내지 성과주의에 대한 예외로 작용될 수 있다는 점에서 의의가 있다. 선거직공직과 달리 직업공무원에게는 정치적 중립성과 더불어 효율적으로 업무를 수행할 수 있는 능력이 요구되므로, 직업공무원으로의 공직취임권에 관하여 규율함에 있어서는 임용희망자의 능력·전문성·적성·품성을 기준으로 하는 이른바 능력주의 또는 성과주의를 바탕으로 하여야 한다. 헌법은 이 점을 명시적으로 밝히고 있지 아니하지만, 헌법 제7조에서 보장하는 직업공무원제도의 기본적 요소에 능력주의가 포함되는 점에 비추어 헌법 제25조의 공무담임권 조항은 모든 국민이 누구나 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장함을 내용으로 한다고 할 것이다. 따라서 공직자선발에 관하여 직무수행능력과 무관한 요소, 예컨대 성별·종교·사회적 신분·출신지역 등을 기준으로 삼는 것은 국민의 공직취임권을 침해하는 것이 된다. 다만, 헌법의 기본원리나 특정조항에 비추어 능력주의원칙에 대한 예외를 인정할 수 있는 경우가 있다. 그러한 헌법원리로는 한국헌법의 기본원리인 사회국가원리를 들 수 있고, 헌법조항으로는 여자·연소자근로의 보호, 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족에 대한 우선적 근로기회의 보장을 규정하고 있는 헌법 제32조 제4항 내지 제6항, 여자·노인·신체장애자 등에 대한 사회보장 의무를 규정하고 있는 헌법 제34조 제2항 내지 제5항 등을 들 수 있다. 이와 같은 헌법적 요청이 있는 경우에는 합리적 범위안에서 능력주의가 제한될 수 있다.¹⁵⁷⁾

157) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 904, 909.

3. 민주국가원칙과 적극적 평등실현조치

의회, 정당, 공공위원회 등의 정치적 영역에서 사회적 약자의 대표성을 증진하기 위한 국가의 노력은 헌법상 민주국가원리에 의해 정당화될 수 있다. 민주주의는 자유, 평등, 정의의 가치를 국민의 정치참여를 통하여 실현하는 정치 형태이다. 따라서 국민의 정치참여를 실질적으로 보장하기 위하여 국민투표제도, 대의제도, 선거제도, 복수정당제도, 지방자치제도 등의 민주주의 구현을 위한 기본 제도를 마련하고, 국민들이 각종 선거, 국민투표, 정치활동, 정책비판, 여론형성 등의 방법으로 참여하는 것을 보장하고 있다.

그런데 한국 사회에서 사회적 약자, 특히 여성은 사회구성원의 반 이상을 차지하고 있지만, 극심한 과소대표현상을 나타내고 있다. 이러한 과소대표는 평등한 사회적 여건의 조성과 민주주의의 실현에 한계로 작용한다. 따라서 진정한 민주주의의 실현을 위해서는 의회, 정당, 공공위원회 등의 정치분야에서 사회적 약자의 진출을 증가시켜야 하며, 이를 위해서는 적극적 우대조치가 요구된다. 여성 등 사회적 약자가 정치나 정책결정과정에서 평등하게 참여하는 것은 결과적으로 사회통합과 다원적 민주주의 질서를 수립하는데 기여하게 될 것이다.¹⁵⁹⁾

158) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 755; 헌재 2001. 02. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 412.

159) 김선욱, 앞의 논문 (주 135), 235면 이하 참조.

제3장 적극적 평등실현조치에 대한 미국에서의 심사기준

제1절 적극적 평등실현조치에 관한 미국 연방대 법원의 주요 판례

1. 교육과 적극적 평등실현조치¹⁶⁰⁾



1. 1978년 BAKKE 사건 이전

미국 연방대법원은 1954년 Brown 사건¹⁶¹⁾을 통해, Plessy 사건¹⁶²⁾ 이후 60여

160) 미국 연방대법원의 교육관련 판례에 대한 전반적인 내용은, 이종근, “적극적 평등화조치의 합헌성 요건 - 미연방대법원 교육관련 판례를 중심으로”, 『공법학연구』 제8권 제3호, 한국비교공법학회 (2007. 08), 371-394면 참조.

161) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) : 동 사건은 Kansas, South Carolina, Virginia, Delaware 주(州)에서 각각 제기된 유사한 사건을 병합해서 처리한 사건으로, 주된 사건은 Topeka 시(市) 교육위원회가 Kansas 주법(州法)에 기초하여 흑인 아동과 백인 아동을 위해 각각 분리된 교육시설을 운영하고 있던 것에서부터 시작된다. Topeka 시(市)에 거주하던 흑인 소녀 Linda Brown은 흑인학교에 다녔는데, 그녀의 보호자가 인종을 이유로 한 분리교육은 헌법위반이라고 소를 제기하였다. 이에 대해 연방지방법원이 공립학교에서의 분리교육은 흑인 아동에 대하여 유해하다는 것을 인정하면서도 흑인과 백인이 다니는 학교의 건물, 통학거리, 교육과정, 교사자격 등 그 시설이나 설비에 있어서 기본적으로 평등하다는 것을 이유로 청구를 기각하자(Brown v. Board of Education, 98 F. Supp. 797 (D. KS. 1951), 원고는 연방대법원에 상고하였다. 이 사건에서 연방대법원은 분리를 허용하고 있거나 요구하고 있는 주법에 따라 주 공립학교에서 오직 인종을 이유로 백인 아동과 흑인 아동의 분리하는 것은 - 비록 백인 학교와 흑인 학교 간에 물적 시설과 기타 유형(tangible)의 요소가 동일하다고 할지라도 - 사회에서 그들의 위치에 대해 열등감을 느끼게 할 것이기 때문에 이 분리된 교육시설은 그 자체로 불평등하고 수정헌법 제14조에 의해 보장된 법의 평등보호를 흑인 아동에게 부인하는 것이라고 판시하면서, 공교육의 영역에서의 ‘분리하되 평등(separate but equal)’원칙을 부인했

년간 지속되어온 ‘분리하되 평등(separate but equal)’이라는 원칙을 폐기하고, 정부가 인종적 기준으로 차별을 하는 것은 헌법적으로 ‘의심스러운 분류(suspect classification)’이라고 판결함으로써, 미국사회에서의 인권보호와 실질적 평등의 확보에 막대한 기여를 했다. 특히, 연방대법원은 1968년의 Green 사건¹⁶³⁾에서 학교 통합을 위해 적극적 조치가 취해질 수 있음을 인정했으며, 1971년의 Swann 사건¹⁶⁴⁾에서는 인종을 고려한 흑백학생 간의 비율할당제를 과거차별의 구제책으로 승인함으로써 학교에서의 흑백통합과 실질적 평등의 확보에 더 많은 기여를 하게 된다. 그러나 이러한 흑백통합에 대한 연방대법원의 의지는 학교에서의 흑백통합 문제의 중심이 남부에서 북부로 옮겨짐에 따라 점점 희석되어 간다. 특히, 1973년의 Keyes 사건¹⁶⁵⁾과 1974년의 Milliken 사건¹⁶⁶⁾ 등을 통해 사실상의 흑백분리가 만연했던 북부 대도시의 학교통합정책을 좌절시켰을 뿐만 아니라, 적극적 평등 실현조치는 소위 ‘역차별’이라는 소송에 직면하게 된다.

2. 1978년 BAKKE 사건¹⁶⁷⁾



다. Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954), at 486-496. 그런데 1954년의 Brown 사건은 ‘분리하되 평등’원칙의 위헌성만을 선언했을 뿐 판결에 따르는 형평법상의 구제조치를 명령하지는 않았고, 1955년에 가서야 비로소 구제조치가 명령되었다. 1955년의 Brown 사건(소위 ‘Brown II 사건’)에서 연방대법원은, 공교육에서의 인종적 차별은 위헌이며 그러한 차별을 요구하고 있거나 허용하고 있는 연방·주·지방의 법 규정은 이 원칙에 따라야만 한다고 확인한 뒤(Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294 (1955), at 298), 원심판결들 파기·환송하면서, 지방법원이 - ‘아주 신중한 속도(with all deliberate speed)’로 비차별적인 인종적 기초 하에서 - 당사자들이 입학하기 위한 필요하고도 적절한 명령과 판결을 할 것을 요구했다. *Id.*, at 301.

162) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

163) Green v. County School Board, 391 U.S. 430 (1968).

164) Swann v. Board of Education, 402 U.S. 1 (1971).

165) Keyes v. School District No. 1, Denver, Colo., 413 U.S. 189 (1973). 이 사건에서 연방대법원은 법원의 통합명령(Court-Ordered Desegregation)을 ‘사실상(de facto)’ 흑백이 분리된 학구(school district)보다는 ‘법률상(de jure)’ 흑백이 분리된 학구(school district)로 그 적용범위를 제한했다.

166) Milliken v. Bradley, 418 U.S. 717 (1974). 이 사건에서 연방대법원은 Detroit시 외곽지역의 흑백 분리는 법률상의 학교정책이라기보다는 사실상의 거주에 있어서의 분리이기 때문에 학생들에게 인종을 고려한 통합을 강제할 수 없다고 하였다.

167) University Of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

가. 사건개요¹⁶⁸⁾

Bakke 사건은 적극적 평등실현조치의 합헌성 및 합법성 여부를 최초로 판단한 사건인바,¹⁶⁹⁾ 동 사건은 California대학교 Davis의과대학의 특별입학전형계획이 문제된 사건이다.

동 대학의 입학전형계획(정원 100명)은 일반입학전형(84명 선발)과 특별입학전형(16명 선발)으로 나누어져 있었는데, 특별입학전형에서는 총 입학정원인 100석 중 16석을 ‘경제적·교육적으로 불리한 입장에 있는 학생(1973년의 특별전형절차)’ 또는 ‘소수인종학생(1974년의 특별전형절차)’들에게 유보해 두고 있었다.¹⁷⁰⁾

백인 남성인 Allan Bakke는 1973년과 1974년에 일반입학전형으로 동 대학에 지원했지만, 두 번 모두 불합격되었다. 그런데 특별입학전형으로 지원한 사회적·경제적으로 불리한 입장에 있는 학생들과 소수인종 학생들은 Bakke 보다 낮은 점수를 얻고도 합격하였다. 이에 Bakke는 특별입학전형계획이 인종을 이유로 자신을 차별하였으며, 그 결과, 동 계획이 수정헌법 제14조, California주 헌법, 1964년 민권법 제VI편 제601조¹⁷¹⁾에 위반된다고 주장하면서, 원고의 입학을 명하는 ‘강제적 금지명령(mandatory injunction)’과 원고의 불합격 이유의 공개 및 원고의 입학자격에 대한 ‘선언적 구제(declaratory relief)’를 요구하는 소송을 제기

168) *Id.*, at 273-282.

169) 적극적 평등실현조치의 합헌성 문제가 최초로 제기된 사건은 DeFunis 사건(DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974))이다. 이 사건은 Washington대학교 법과대학(the University of Washington Law School)이 채택한 소수인종을 우대하는 특별입학전형절차가 문제가 된 사건으로서, 동 절차로 인해 자신보다 자격이 낮은 소수인종 지원자에게 밀려 입학이 거부된 백인 남성인 DeFunis에 의해 소송이 제기되었다. 그런데 소송 진행 중 이미 원고는 동 법대에 입학하여 졸업에 임박해 있었기 때문에 대법원은 설령 승소하더라도 소의 이익이 없다고 하면서, 동 사건을 소송요건흠결(mootness)을 이유로 각하하였다. *Id.*, at 315-320. 한편, 이 사건에서 Douglas 대법관만이 적극적 평등실현조치의 합헌성 여부에 관해 유일하게 의견을 개진했는데, 그는 비록 비차별적인 목적을 가진 입학전형절차라 하더라도, 그것은 ‘그 수혜자들은 자력에 의해서는 무엇인가를 성취할 수 없다’는 것을 일반인들에게 암시함으로써, 결국 수혜자들에게 오명을 부여하게 되므로, 인종을 이유로 상이한 입학기준을 적용하는 것은 위헌이며, 모든 입학전형절차는 인종중립적이어야 한다고 주장하였고, 또한 동 대학의 특별입학전형절차에 엄격한 심사기준을 적용하여, 주의 어떠한 이익도 동 절차를 합헌으로 하지 못한다고 하였다. *Id.*, at 332-345.

170) 특별입학전형절차에서는 일반입학전형절차에서 요구되고 있는 ‘학부성적 평점 2.5 이상만이 지원할 수 있다’는 예비선발조건이 적용되지 않는다.

171) The Civil Rights Act of 1964, § 601, 78 Stat. 252, 42 U.S.C. § 2000d. 동 조항은 “미국 내에서 누구도 인종·피부색·출신국가에 근거해서 연방의 재정적 지원을 받는 프로그램이나 활동에의 참여가 배제되지 않고, 수혜가 부인되지 않고, 차별받지 않는다.”라고 규정하고 있다.

하였다. 한편, Davis의과대학은 동 대학의 특별입학전형계획이 합헌이라는 ‘선언적 판결(declaratory judgment)’을 요구하였다.

제1심 법원¹⁷²⁾은 i) 본 사건의 특별입학전형계획이 인종을 이유로 지원자를 차별하였는데, 그 차별은 ‘불쾌한 차별(invidious discrimination)’이므로 연방헌법 및 California주 헌법과 민권법에 위반된다고 선고했지만, ii) 특별입학전형계획이 없었다면 본인이 입학할 수 있었다는 사실을 Bakke가 증명하지 못했다는 것을 이유로 그의 입학 명령하지는 않았다.¹⁷³⁾ 제2심 법원¹⁷⁴⁾은 i) 의과대학의 특별입학전형절차의 위헌성을 확인하고, ii) 대학이 특별입학전형절차가 없었더라도 Bakke가 합격하지 못했을 것이라는 사실을 입증할 책임이 있다고 하여 입증책임을 대학으로 전환하였고, iii) 의과대학이 그 입증이 불가능함을 시인하자 Bakke의 입학 명령하였다.¹⁷⁵⁾ 이에 Davis의과대학이 연방대법원에 상고하였고, 연방대법원은 사건의 연방헌법상의 쟁점을 고려하여 사건이송명령(certiorari)을 발하여 동 사건을 심리·판결하게 되었다.

나. 판결요지



(1) Stevens 대법관 측의 견해

4명의 대법관(Stevens, Burger, Stewart, Rehnquist 대법관; 이하 ‘Stevens 대법관 측’이라 함)은 이 사건을 연방헌법과 관련된 문제로 보지 않고, 단지 민권법 제VI편에 관한 사건으로 취급하면서, Davis의과대학의 특별입학전형계획이 민권법 제VI편을 위반했다는 결론을 내렸다.¹⁷⁶⁾

Stevens 대법관 측은 연방의회가 인종차별철폐를 위해 민권법과 같은 연방입법을 통해 헌법이 규정하고 있지 않은 행위를 독자적으로 금지할 수 있다고 인정하면서도, 차별적 배제를 금지하는 민권법 제VI편의 의미가 투명하고 명료(crystal

172) The Superior Court of California, Yoro county.

173) Bakke v. Regents of University of California, No. 31287 (Cal. Super. Ct. Mar. 7, 1975).

174) The Supreme Court of California.

175) Bakke v. Regents of University of California, 18 Cal. 3d 34, 553 P.2d 1152 (1976).

176) University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), at 408-421.

clear)하기 때문에 당해 법규와 헌법의 일치성(Congruence)을 판단할 필요는 없으며, 인종은 연방의 재정적 지원을 받는 계획에 어떤 사람이 참가하는 것을 배제하는 근거가 될 수 없다고 판단했다.¹⁷⁷⁾

한편, 인종을 이유로 한 차별이 인종적 오명(racial stigma)을 부여하지 않는다면 민권법 제VI편에 위반되지 않는다는 Davis 의과대학의 주장에 대해, Stevens 대법관 측은 민권법 제정자들이 민권법을 색맹(color blind)원칙에 따라 적용할 것을 확인했다고 주장하면서, 동 사건의 특별입학전형계획은 인종을 이유로 입학 을 부정한 것이므로, 민권법 제VI편에 위반된다고 판단하였다.¹⁷⁸⁾

(2) Powell 대법관의 견해

우선, Powell 대법관은 동 사건이 연방헌법과 관련된 것이 아니라 민권법과 관련된 것이라는 Stevens 대법관 측의 주장과는 달리, 동 사건의 합헌성 여부를 심사하였다. 즉, 그는 명확한 입법의도의 견지에서 볼 때, 민권법 제VI편은 평등보호조항 또는 수정헌법 제5조에 위반되는 인종적 분류만을 금지하는 것으로 이해되어야 한다고 보면서, 동 사건을 연방헌법문제, 즉 합헌성 여부에 관한 문제로 이해했다.¹⁷⁹⁾

다음으로, 그는 심사기준과 관련하여, 평등보호의 보장은 한 개인에게 적용될 때와 다른 피부색의 개인에게 적용될 때 다르다는 것을 의미할 수 없고, 만약 두 개인이 동일한 보호를 부여받지 않는다면 그것은 불평등한 것이라는 전제 하에서, 모든 종류의 인종적·민족적 구분은 본질적으로 의심스러우며, 그에 따라 가장 엄격한 사법심사가 요청된다고 하였다.¹⁸⁰⁾ 그러면서, 의심스러운 분류의 사용을 정당화시키지 위해서는 그 목적 또는 이익이 ‘헌법적으로 허용될 수 있고 실질적 (constitutionally permissible and substantial)이라는 것’¹⁸¹⁾과 분류의 사용이 ‘그 목적의 달성 또는 그 이익의 보호에 필수적(necessary)이라는 것’을 국가(State)가

177) *Id.*, at 418-419.

178) *Id.*, at 415-417.

179) *Id.*, at 288.

180) *Id.*, at 290-292.

181) 그는 이것을 일반적으로 엄격심사기준에 사용되는 ‘불가피한(compelling)’이라는 용어와 같은 뜻으로 사용한 것으로 보인다.

증명해야 한다고 판시했다.¹⁸²⁾

이러한 기준에 따라, Powell 대법관은 Davis의과대학의 계획의 4개의 목적을 차례로 분석했지만, 그가 엄격기준 하에서 만족스러운 것으로 판시한 것은 아무 것도 없었다.

대학이 제시한 첫 번째 목적은 ‘인종 또는 민족적 기원만을 이유로 대학의 학생집단 내에서 특별한 집단의 일정 비율을 확보하는 것’이다. 이에 대해, Powell 대법관은 그러한 우선적 목적은 비현실적이라서가 아니라 명백히 무효이기 때문에 거절되어야 하며, 인종 또는 민족적 기원만을 이유로 어떤 한 집단의 구성원을 우선하는 것은 그것 자체로 차별이며, 그것은 헌법이 금지하고 있다고 판단했다.¹⁸³⁾

대학이 제시한 두 번째 목적은 ‘사회적 차별(societal discrimination)의 희생자로 인식된 일정한 집단을 돕는 것’이다. 이에 대해, Powell 대법관은 Bakke가 특별입학전형계획의 수혜자들이 겪었다고 생각되는 어떤 손해에 대해 책임을 지고 있지 않기 때문에 Bakke와 같은 사람에게 불이익을 부과하는 분류는 정당하지 않다고 판단했다.¹⁸⁴⁾ 또한, 그는 헌법 또는 성문법 위반의 사법적·입법적·행정적 사실확인(findings)이 없는 한, 다른 무고한 개인을 희생하는 우선적 처우는 허용될 수 없다고 판단했다. 즉, 무고한 희생자의 법적 권리도 옹호되어야 하기 때문에 다른 사람들을 희생하여 손해를 입은 집단의 구성원을 우선하는 정부적 이익은 - 사실확인이 이루어진 후에만 - 실질적인 것이 된다고 판단하면서, 동 사건에는 이러한 사실확인이 없다고 하였다.¹⁸⁵⁾

대학이 제시한 세 번째 목적은 ‘현재 불충분하게 의료보건서비스가 제공되어 있는 공동체에게 보건의료서비스의 제공을 증진하는 것’이다. 이에 대해, Powell 대법관은 일정한 상황 하에서는 불충분한 의료보건서비스를 제공받고 있는 시민의 보건의료 증진시키는 것이 의심스러운 분류의 사용을 정당화할 수 있는 충분히 불가피한 국가적 이익이 될 수 있지만, 대학의 특별입학전형계획이 그 목적을 증진하는데 필수적이거나 적합하다는 것을 암시할 실질적인 기록 증거가 없기 때문

182) *Id.*, at 306.

183) *Id.*, at 308.

184) *Id.*, at 311.

185) *Id.*, at 308-309.

에 위헌이라고 판단했다.¹⁸⁶⁾

대학이 제시한 네 번째 목적은 ‘학생집단을 인종적으로 다양하게 구성함으로써 산출되는 교육적 이익을 얻는 것’이다. 이에 대해, Powell 대법관은 그러한 목적은 대학의 자유에 비추어볼 때 명백히 헌법적으로 허용할 수 있는 목적이며, 그 목적은 입학절차에 있어서 하나의 요소(a factor)로 지원자의 소수인종의 신분을 고려함으로써 추구될 수 있다고 보았지만, Davis대학의 특별입학전형계획과 같이 소수인종에게 고정된 정원을 할당하는 것은 목적달성을 위한 필수적 수단이 되지 못할 뿐만 아니라 오히려 진정한 다양성의 확보에 방해가 된다고 보았다.¹⁸⁷⁾¹⁸⁸⁾

(3) Brennan 대법관 측의 견해

다른 4명의 대법관(Brennan, White, Marshall, Blackmun 대법관; 이하 ‘Brennan 대법관 측’이라 함)은 민권법적 문제가 쟁점이라고 주장한 Stevens 대법관 측의 주장에 대해 동의하지 않고, Powell 대법관과 함께 헌법적 문제가 쟁점이라고 주장했다. 그 결과, 그들은 주로 동사건의 합헌성 여부, 특히 심사기준에 관해 많은 의견을 제시했다.

심사기준과 관련하여, Brennan 대법관 측은 비록 입학절차에 있어서 하나의 요소로 인종의 고려가 정당하다는 Powell 대법관의 견해에 동조하긴 했지만, 특히, 인종에 기초한 분류는 엄격심사를 요구한다는 Powell 대법관의 입장에 대해서는 가장 강력하게 반대했다.

Brennan 대법관 측은, 기본적 권리(fundamental rights)를 제한하거나 의심스러운 분류(suspect classifications)를 포함하고 있는 정부의 규칙이나 법령은 엄격한 심사를 받아야 하며, 그 결과, 불가피한 정부의 목적(a compelling government

186) *Id.*, at 311-312.

187) *Id.*, at 316-320.

188) 이상과 같이, Powell 대법관은 대학전형계획에 있어서의 한 요소로 인종을 고려할 수 있다고 하였으나, 그 구체적인 부분에 있어서는 한계를 설정하고 있는 바, Powell 대법관의 의견을 통해 본 적극적 평등실현조치의 합헌 요건은 다음과 같다. 첫째, 일정한 수의 소수인종 지원자를 합격시키기 위하여 고정된 할당제를 사용해서는 안 된다는 것이며, 둘째, 대학 등이 자발적으로 적극적 평등실현조치를 채택하려면 과거차별에 대한 사법적·입법적·행정적 사실인정이 있어야 한다는 것이며, 셋째, 평등보호조항의 보호대상은 개인적 권리가므로 일정 집단이 차별을 받아왔다는 사실만으로는 그 집단 구성원에게 우선적 처우를 할 수는 없다는 것이다. 김영환, 앞의 논문 (주 29), 116면 이하 참조.

purpose)을 증진하는 경우와 이용가능한 덜 제한적인 대안(less restrictive alternative)이 없는 경우에만 정당화될 수 있다는 선례를 확인하면서도, 동 사건에는 i) 기본적 권리가 관련되어 있지 않다는 점과 ii) 집단으로서의 백인이 전통적인 의심의 징표(traditional indicia of suspectness)¹⁸⁹⁾도 가지고 있지 않다는 점 등을 이유로, 동 사건이 당연히 엄격심사를 받아야 하는 것은 아니라고 했다.¹⁹⁰⁾¹⁹¹⁾ 그러면서, Brennan 대법관 측은 Davis의과대학의 계획이 소수인종을 위해 명백히 정원을 지정하고 있다는 사실에도 불구하고 중간단계심사를 해야 한다고 결론지었다. 즉, 구체적·호의적 목적을 위해 사용된 인종적 분류는 ‘중요한 정부적 목적들에 공헌(serve important governmental objectives)’해야 하며, ‘그러한 목적들의 성취와 실질적으로 관련(substantially related to achievement of those objectives)’되어야 한다고 주장하였다.¹⁹²⁾

이러한 중간단계심사에 따라, Brennan 대법관 측은 i) 소수인종의 과소대표성이 실질적이고 만성적이라는 결론을 얻기 위한 적절한 근거(sound basis)가 있다는 점과 ii) 과거 차별의 불이익이 의과대학에 대한 소수인종의 접근을 방해하고 있다는 결론을 얻기 위한 적절한 근거(sound basis)가 있다는 점을 이유로, 과거의 사회적 차별의 효과를 구제하기 위한 Davis 의과대학의 목적은 인종·성별·입학전형계획의 사용을 정당화할 수 있을 만큼 충분히 중요하다고 판단했다.¹⁹³⁾

189) 백인집단은 i) 그러한 무능력을 부과받지 않았으며, ii) 고의적인 불평등한 처우의 역사가 없었으며, iii) 다수인의 정치과정으로부터 이례적인 보호를 명령할 만큼, 정치적으로 무력한 입장으로 좌천되지도 않았기 때문에 백인집단에게는 전통적인 의심의 징표가 없다고 한다. University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), at 358.

190) *Id.*, at 357-359.

191) 한편, 그들은 i) 과거의 불합리한 인종적 차별의 효과를 표면상으로 개선하기 위해 고안된 국가의 계획은 인종적 분리주의를 증진시킬 수 있고, 인종적 소수자집단의 구성원은 선천적으로 그들의 혼자 힘으로는 성공할 수 없다고 믿는 사람들의 입장을 강화시킬 수 있기 때문에 오명을 만들 위험이 있으며, ii) 인종에 근거한 분류는 그 소유자들이 벗어날 수 없는 ‘불변의 특징(immutable characteristic)’에 근거해서 집단을 나누는 것이기 때문에 그러한 분류는 ‘법적 부담은 개인적 책임 또는 비행과 관련되어야 하며, 국가에 의해 확인·지원·승인된 출세(advancement)는 개인적 능력이나 업적 또는 적어도 개인의 통제 내에 있는 요소들에 전적으로 근거해야만 한다’는 우리의 강한 믿음과 일치하지 않으며, 그 결과, iii) 표면상으로 호의적인 목적을 위해 설립된 인종적 분류는 악의적 분류에 의해 만들어지는 것과 다르지 않은 효과를 유발하고 오용될 수 있는 중대한 위험이 있기 때문에 그러한 분류를 유지하는 가능한 근거가 있는지 여부만을 심사하는 것은 적절하지 않고, 그러한 분류를 정당화하기 위해서는 그것의 사용을 위한 ‘중요하고 분명한 목적(an important and articulated purpose)’이 증명되어야 한다고 주장했다. *Id.*, at 359-362. 즉, 그들은 ‘아주 느슨한 합리적 이유 심사기준(very loose rational-basis standard of review)’의 적용을 거부했다.

192) *Id.*, at 362-363.

또한, 그들은 i) 특별입학전형계획을 실시한다고 하더라도 혜택을 받는 집단(소수인종)이나 불이익을 받는 집단(백인)에게 열등생이라는 오명을 부여하지 않았다는 점, ii) 인종을 고려한 특별입학전형계획 이외에는 동조치의 목적을 달성할 수 있는 다른 실질적인 수단이 없다는 점, iii) Davis 대학의 입학전형계획은 소수인종의 지위와 불리함을 동일시하는 것이 아니라, 오히려 동계획은 인종차별에 의해 불이익을 받았는지 여부를 판단하기 위해 각 지원자의 개인적 역사를 개별적으로 심사하고 있다는 점, iv) Davis 대학의 입학전형계획은 불이익을 받은 소수인종 지원자의 지원서를 평가함에 있어서 고려되어야 할 하나의 단정적인 요소(a positive factor)로 소수인종의 지위를 사용한 것이 아니라, 유자격 소수인종 지원자를 위해 미리 예정된 수의 정원을 유보하고 있다는 점 등을 이유로 해서, Davis 의과대학의 특별입학전형계획의 인종분류를 합헌, 즉 목적달성을 위한 실질적인 수단으로 인정했다.¹⁹⁴⁾¹⁹⁵⁾

193) *Id.*, at 363-374.

194) *Id.*, at 374-380.

195) Bakke 사건에서의 쟁점은 크게 두 가지로 나눌 수 있는바, 첫 번째 쟁점은 Davis의과대학의 특별전형절차의 위헌 내지 위법 여부, 즉 동 사건이 연방헌법과 관련된 사건인지 아니면 단순히 민권법과 관련된 사건인지 여부이고, 두 번째 쟁점은 동 사건에 적용될 심사기준이 무엇인지 여부에 관한 것이다. 첫 번째 쟁점에 대해, 4명의 대법관(Stevens, Burger, Stewart, Rehnquist)은 대학교의 계획이 연방정부의 보조를 받는 어떤 단체에 의한 인종적 차별을 명백히 금지하고 있는 1964년 민권법 제VI편에 위반된다고 생각했기 때문에 헌법적 쟁점에 관해 전혀 접근하지 않았다. 한편, 다른 4명의 대법관(Brennan, White, Marshall, Blackmun)은 민권법 제VI편이 주 또는 주 기관에 의해 사용된 평등보호 조항을 위반하는 인종적 분류만을 금지하고 있다고 생각했기 때문에 동 사건은 민권법적 문제가 쟁점이 아니라 헌법적 문제가 쟁점이라고 주장했고, Powell 대법관도 헌법적 문제가 쟁점이라고 주장하는 Brennan 대법관 측의 의견에 동조했다. 첫 번째 쟁점에 대한 위와 같은 결론에 따라, Powell 대법관과 Brennan 대법관 측은 헌법적 쟁점을 다루야만 했으며, 그 헌법적 쟁점의 주요한 내용은 바로 심사기준의 문제였다. 이에 대해, Powell 대법관은 엄격한 심사기준의 적용을 주장하여 Davis의과대학의 계획을 위헌이라고 주장하였으며, Brennan 대법관 측은 중간단계의 심사기준의 적용하여 합헌이라고 주장하였다. 그 결과, '만약 헌법에 위반된다면 민권법 제VI편에도 위반된다'는 안이 동 사건의 최종적인 다수의견이 되어, 연방대법원은 5대4의 결정으로 동 대학의 조치를 위헌으로 판결하여 Bakke의 입학을 명하였다. 그러나 Powell 대법관은 Davis대학의 특별입학전형절차는 경직된 할당제로써 허용되지 않는 위헌적인 것이라는 데에는 동의하였지만, 입학 사정시의 하나의 요소로서 인종의 고려가능성에 대해서는 Brennan 대법관 측의 의견을 지지함으로써, 결국 동 사건에 대한 판결의 실질적 내용은 4 : 1 : 4로서 승소도 패소도 아닌 솔로몬식 재판 또는 탁월한 정치적 타협의 산물로 불리워지며 많은 논쟁을 야기 시켰고, 동시에 사법부내의 리더십 결여를 드러냈다는 비판을 받게 되었다. 변재옥, “적극적 평등실현조치에 관한 판례” 『미국헌법연구』 제3권, 미국헌법학회 (1992. 10), 51면; 변재옥·김영환, “적극적 평등실현조치의 법리(I)”, 『사회과학연구』 제8집 제1·2권, 영남대학교 사회과학연구소 (1988. 12), 4면 참조.

[표 1] Bakke 판결에서 대법관들의 의견정리

구분	Stevens 대법관측	Powell 대법관	Brennan 대법관측
헌법적 문제 여부	민권법적 문제	헌법적 문제	헌법적 문제
심사기준	판단불요	엄격심사기준	중간심사기준
위헌 및 위법 여부	위법	위헌 => 위법	합헌 => 합법
	위법(다수의견)		
인종고려가능성 여부	판단불요	하나의 요소로 고려가능	고려가능
		고려가능(다수의견)	

3. 2003년 GRUTTER 사건¹⁹⁶⁾

가. 사건개요¹⁹⁷⁾



Michigan대학교 로스쿨은 Bakke 사건에 따라 ‘서로 존중하고 배울 수 있는 다양한 배경과 경험을 가진 학생들의 조화’를 추구하기 위한 입학전형정책을 시행하고 있었는데, 그 주요내용은 다음과 같다.

입학전형계획은 학생의 재능과 경험 그리고 잠재성에 대한 탄력적인 평가(a flexible assessment)와 결합된 학생의 학문적 능력에 초점을 두고 있었다. 따라서 입학전형계획은 - 지원자의 자기소개서, 추천서, 로스쿨 생활과 다양성에의 기여 방법에 대한 지원자의 작문, 지원자의 학부평점평균(grade point average : GPA) 및 지원자의 로스쿨 입학시험(Law School Admissions Test : LSAT) 성적을 포함한 - 지원서 상의 이용가능한 모든 정보에 기초해서 각 지원자를 평가할 것을 입학전형담당자에게 요구하고 있었다. 그러나 입학전형정책은 가장 높은 점수도 로스쿨에의 입학은 자동적으로 보장하지 않으며, 낮은 점수도 지원자를 자동적으로

196) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

197) *Id.*, at 312-322.

로 실격시키지 않는다. 오히려, 입학전형정책은 등급과 시험성적 이외에 로스쿨의 교육목적에 중요한 다른 기준을 고려할 것을 입학전형담당자에게 요구하고 있다. 즉, 추천자의 열의, 출신학부의 질, 지원자의 작문의 질, 출신지역 등과 같은 소위 '불확실한 변수(soft variables)'들을 고려할 것을 요구하고 있었다. 또한 입학전형정책은 다양성을 인종적 측면으로 한정하지 않았고, 실질적 비중을 갖는 다양성의 유형을 제한하지도 않았다. 하지만 입학정책은 학생집단에서 의미있는 숫자로 대표될 수 없는 사람인 흑인·히스패닉·원주민의 포함에 대해 특별한 언급을 하고 있는 다양성에 대한 로스쿨의 방침을 재확인하고 있다. 즉, 입학정책은 과소대표된 소수인종학생의 '결정적 다수(critical mass)'¹⁹⁸⁾를 등록시킴으로써 로스쿨의 특성과 법률전문직에 기여할 그들의 능력을 보장하는 것을 추구하고 있다.

Michigan주에 거주하고 있는 백인인 Barbara Grutter는 3.8점의 평점평균(GPA)과 161점의 로스쿨입학시험(LSAT) 성적을 가지고 1996학년도 Michigan대학교 로스쿨에 입학전형에 지원했지만, 로스쿨은 그녀의 입학을 거절했다. 이에 Grutter는 로스쿨이 수정헌법 제14조와 1964년 민권법 VI편과 미국 연방법전 제 42편 제1981조(42 U.S.C. § 1981)를 위반하여 인종에 기초해서 자신을 차별했다고 주장하면서 소송을 제기했다.¹⁹⁹⁾

198) '결정적 다수(Critical Mass)'란 원래 '핵분열 연쇄반응을 일으키기 위한 최소 질량(임계질량)'을 의미하는 핵물리학 용어인데, 이를 사회학자들이 '사회운동의 폭발(확산)이 가능하기 위해 요구되는 최소한의 운동참여자나 운동행위' 또는 '바라는 결과를 효과적으로 얻는데 필요한 최소한의 수나 양' 또는 '소수자집단이 사회 내에서 자연스럽게 인정받을 수 있는 최소한의 수' 등을 의미하는 용어로 사용하게 되었고(이종민, "미국 방송압력단체들의 행태 연구 - 결정적 다수(Critical Mass)이론을 중심으로", 「한국방송학회보」 통권 제14-3호, 한국방송학회 (2000. 가을), 233면 참조), 유명한 미래학자 존 나이스비츠(John Naisbitt)는 소수자집단을 위한 결정적 다수를 최소 13% 이상으로 보고 있으며, 1995년 제4차 세계여성대회의 베이징 행동강령은 의회 내에서 여성이 실질적으로 여성 이슈를 의제화하고 정책으로 통과시키기 위한 최소한의 비율을 30% 이상으로 보면서, 이의 채택을 각국에 권고하고 있다. 유숙란, "「크리티컬 매스」와 성평등 구조 구축 과정 - 한국의 민주화 이후 정치적 대표성을 중심으로", 「국제정치논총」 제46집 제1호, 국제정치학회 (2006. 04), 131면.
한편, 본 사건에의 '비판적 다수'라는 개념은 '몇 가지 목적을 달성하기 위한 과소대표된 소수인종 학생의 충분한 숫자'를 의미하는데, 그러한 목적으로는 i) 소수인종 학생이 소외되었다고 느끼지 않도록 보장하거나 소수인종 학생이 자신의 인종을 위한 대변인처럼 느끼지 않도록 보장하는 것, ii) 다양성이라는 교육적 이익이 의존하고 있는 상호작용을 위해 적당한 기회를 제공하는 것, iii) 고정관념을 비판적으로 생각하고 재검토하도록 모든 학생들에게 환기시키는 것 등을 들고 있다. Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003), at 380.

199) 그녀는 i) 로스쿨이 일정한 소수인종집단에 속한 지원자에게 유사한 자격을 가진 비소수인종 학생보다 훨씬 큰 입학허가기회를 제공하는 유력한 요소(predominant factor)로 인종을 사용했기 때문에 그녀의 지원서가 거절되었으며, ii) 로스쿨이 입학허가과정에서의 인종사용을 정당화시키기 위한 불가피한 이익(compelling interest)을 가지고 있지 않다고 주장하면서, i) 보상적·징벌적 손해배상

지방법원은 엄격심사를 적용하여 로스쿨이 입학전형의 요소로 인종을 사용하는 것은 부당하다고 판시했다. 지방법원은 i) 인종적으로 다양한 학급의 달성이라는 목적은 Bakke 사건에서 인정되지 않았고 과거의 차별에 대한 구제도 아니기 때문에 다양한 학생집단의 구성이라는 로스쿨이 주장하는 이익은 불가피한 것이 아니며, ii) 다양성이 불가피한 것이라고 하더라도 로스쿨은 그 이익을 증진하기 위한 엄밀히 재단된 인종사용을 가지고 있지 않다고 판시했다.²⁰⁰⁾ 그 결과, 지방법원은 선언적 구제에 대한 상고인의 요구를 인정했고, 로스쿨이 그들의 입학전형결정에서 하나의 요소로 인종을 사용하는 것을 금지시켰다. 한편, 항소법원은 지방법원의 판결의 파기하고 금지명령을 취소했다. 항소법원은 Bakke 사건에서의 Powell 대법관의 견해를 불가피한 국가적 이익으로 다양성을 인정한 구속력있는 선례로 인정했다. 또한 항소법원은 i) 인종이 단지 하나의 잠재적인 가산점 요소(a potential plus factor)라는 점과 ii) 로스쿨의 프로그램이 Bakke 사건에서 Powell 대법관에 의해 인정되는 것으로 설명된 Harvard 입학전형프로그램과 사실상 동일(virtually identical)하다는 점을 들어, 로스쿨의 인종사용이 엄밀히 재단되었다고 판시했다.²⁰¹⁾ 이에 상고인이 대법원에 사건이송명령을 신청했고, 대법원이 이를 받아들여 심리·판단하게 되었다.

나. 판결요지

(1) 다수의견

법정의견을 개진한 O'Connor 대법관(Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer 대법관이 참여)은 다양한 학생집단으로부터 나오는 교육적 이익의 달성이라는 불가피한 이익을 증진하기 위해 입학허가결정에서 로스쿨이 엄밀히 재단된 인종사용을 하는 것은 평등보호조항에 의해 금지되지 않는다고 판시했다.²⁰²⁾

(compensatory and punitive damages)과 ii) 로스쿨에게 그녀의 입학 제공을 요구하는 명령, 그리고 iii) 로스쿨이 인종에 기초한 불합리한 차별을 계속하지 못하도록 하는 금지명령(injunction)을 각각 요구했다.

200) Grutter v. Bollinger, 137 F.Supp.2d 821 (E.D. MI. 2000).

201) Grutter v. Bollinger, 288 F.3d 732 (6th Cir. 2002).

202) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003), at 322-344.

O'Connor 대법관은 Bakke 사건에서의 Powell 대법관의 의견을 분석한 뒤,²⁰³⁾ 정부의 모든 인종적 분류는 엄격심사에 의해 분석되어야 하지만, 모든 인종적 분류의 사용이 엄격심사에 의해 무효화되는 것은 아니며, 불가피한 정부의 이익을 증진하기 위해 필요한 인종에 근거한 조치는 그 이익을 증진하기 위해 엄밀히 재단된 한도에 있어서는 평등보호조항에 위반되지 않는다고 전제했고,²⁰⁴⁾ 이러한 전제 하에서 본 사건을 분석했다.

우선, O'Connor 대법관은 학생집단의 다양성이 불가피한 이익에 해당된다고 판단했는데,²⁰⁵⁾ 그 논거는 다음과 같다. 첫째, 그녀는 다양성이 교육적 사명에 필수적이라는 로스쿨의 교육적 판단에 대해 경의를 표해야 한다고 주장하면서, 다양한 학생집단의 달성은 로스쿨의 적절한 제도적 사명의 핵심이며, 로스쿨의 '선의(good faith)'는 '반대의 증명(a showing to the contrary)'이 없다면 '추정(presumed)'된다고 주장했다.²⁰⁶⁾ 둘째, 그녀는 단지 인종을 이유로 일정한 비율의 특정 집단을 학생집단 내에서 확보하기 위해 로스쿨이 소수인종학생의 '결정적 다수(critical mass)'의 등록을 추구하는 것은 명백히 위헌적일 수 있지만, 로스쿨의 이익은 그런 것을 추구하지 않으며, 오히려, 다양성은 교육적 이익을 산출하기 위해 고안되었다는 것을 로스쿨이 언급함으로써 '결정적 다수'의 개념은 한정되었다고 주장했다.²⁰⁷⁾ 셋째, 그녀는 i) 로스쿨의 입학정책은 인종 상호 간의 이해를 증진하고 인종적 고정관념을 깨는데 도움이 되기 때문에 로스쿨의 이익은 실질적이라는 점과 ii) 학생들이 아주 다양한 배경을 가지면 학급 토론이 더 생기었고 활발하고 재미있게 되기 때문에 로스쿨의 이익은 중요하고 기특하다는 점을 강조했다.²⁰⁸⁾ 넷째, 그녀는 i) 불가피한 이익에 대한 로스쿨의 주장이 다양한 학생집단으로부터 나오는 교육적 이익을 지적하고 있는 그들의 법정조력자(amici)에 의해 더 뒷받침되고 있다는 점과 ii) 학생집단의 다양성이 학문적 성과를 증진시키고, 증가하는 다양한 노동인력과 사회를 위해 학생들을 더 잘 준비시키고, 전문적

203) *Id.*, at 322-325.

204) *Id.*, at 326-327.

205) *Id.*, at 327-333.

206) *Id.*, at 328-329.

207) *Id.*, at 329-330.

208) *Id.*, at 330.

업인으로 학생들을 더 잘 준비시킨다는 것을 수많은 연구성과물들이 보여주고 있다는 점을 강조했다.²⁰⁹⁾²¹⁰⁾ 다섯째, 그녀는 i) 대법원이 ‘우리의 정치적·문화적 유산을 지탱하기 위한 중추’ 및 ‘훌륭한 시민의 아주 중요한 토대’로 교육을 오랫동안 인정해 왔기 때문에 공립고등교육기관을 통한 지식과 기회의 보급은 인종이나 민족에 관계없이 모든 개인에게 접근될 수 있어야만 한다는 점과 ii) 로스쿨은 국가의 수많은 지도자를 위한 훈련장을 상징하기 때문에 시민의 눈에서 정당성을 가진 일단의 지도자를 육성하기 위해서는 리더십으로의 통로가 재능과 자격이 있는 모든 인종과 민족의 사람에게 명백히 개방될 필요가 있다는 점을 강조하고 있다.²¹¹⁾

다음으로, O'Connor 대법관은 동 사건의 정책이 엄밀히 재단되었다고 판단을 했는데,²¹²⁾²¹³⁾ 그 논거는 다음과 같다. 첫째, O'Connor 대법관은 입학전형정책이 할당제(quota)를 사용하지 말 것을 요구하고 있다. 즉, 그녀는 입학전형정책은 ‘요구된 일정한 자격조건을 가진 지원자의 범주를 다른 모든 지원자와의 경쟁으로부터 분리’시켜서는 안 된다고 주장했다. 대신에, 그녀는 특정한 지원자의 서류에 ‘가산점(plus)’으로 인종 또는 민족을 고려할 수 있다고 보았다. 그녀는 과소대표된 소수인종학생의 결정적 다수의 달성이라는 목표를 가진 로스쿨의 인종의식적 입학전형정책은 평등보호조항에 위반되는 허용될 수 없는 할당제로 운영되지 않았다고 주장했다.²¹⁴⁾ 그녀는 i) 비록 로스쿨의 입학전형담당자들이 학급(정원)의 인종적 구성을 추적하고 있는 일일보고서를 참조했지만, 그들이 결코 그러한 일일 보고서에 포함된 정보에 근거해서 인종에 더 많은 비중을 부여하지 않았다고 모

209) *Id.*, at 330.

210) 그녀는 이와 관련해서, i) 오늘날의 증가하고 있는 글로벌 시장에서 필요한 기술은 다양한 사람·문화·사상·관점에 노출시키는 것을 통해서만 발전될 수 있다는 것을 미국의 주요기업들이 명백히 밝히고 있다는 점과 ii) 고위퇴역장교와 민병대지휘관들이 고도의 자격을 갖춘 인종적으로 다양한 장교단이 국가안보에 필수적이라고 주장하고 있다는 점을 예로 들고 있다. *Id.*, at 330-331.

211) *Id.*, at 331-333.

212) *Id.*, at 333-343.

213) 그녀는 엄밀한 재단의 요건의 목적은, 분류의 동기가 불법적인 인종적 편견이나 고정관념일 가능성이 거의 없을 정도로 정밀해서 선택된 수단들이 불가피한 목적에 적합하다는 것을 담보하기 위한 것이라고 설명하고 있다. *Id.*, at 333.

214) 그녀는 i) 숫자와 다양한 학생집단으로부터 나오는 이익의 달성 간, 그리고 ii) 숫자와 입학허가된 학생에 대한 합리적인 환경의 제공 간에는 어느 정도 관련성이 있지만, 숫자에 대한 어느 정도의 고려가 융통성있는 입학전형제도를 엄격한 할당으로 전환시키지는 않는다고 한다. *Id.*, at 336.

순없이 증언하고 있다는 점과 ii) 최종적으로 로스쿨에 등록된 과소대표된 소수 인종학생의 수가 매년 상당히 변화했다는 점 등을 고려하면, 동 정책을 할당제로 이해하는 것은 무리라고 주장했다.²¹⁵⁾ 둘째, 그녀는 입학전형정책이 지원자에 대해 개별화된 심사(individualized consideration)를 할 것을 요구하고 있다.²¹⁶⁾ 즉, 그녀는 입학전형에 있어서 인종을 하나의 ‘가산점’ 요소로 사용하는 경우, 입학전형정책은 각각의 지원자가 개인으로 평가되는 것을 보장할 수 있을 정도로 충분히 융통성이 있어야 하고, 지원자의 인종을 지원서의 한정적 특징으로 만들지 말아야 한다고 주장했다. 그녀는 로스쿨이 각각의 지원자의 서류에 대해 고도로 개별화된 심사를 하고 있으며, 지원자가 다양한 교육환경에 기여할 수 있는 모든 방법에 대해 진지한 고려를 하고 있다고 판단했다. 그녀는 동 사건의 입학전형정책은 Gratz 사건의 입학전형정책과는 달리 인종에 기초해서 기계적으로 다양성 보너스 점수를 부여하고 있지 않으며, 어떤 하나의 불확실한 변수(any single soft variable)에 기초해서 자동적으로 입학에 승인하거나 거절하지 않기 때문에 로스쿨은 모든 인종의 지원자에 대해 개별화된 고려를 제공하고 있다고 주장했다. 또한, 그녀는 로스쿨이 실제로 인종 이외의 다양성 요소에 실질적인 비중을 부여하고 있다고 주장했다. 그녀는 로스쿨이 입학거절된 과소대표된 소수인종 지원자보다 낮은 등급과 시험성적을 가진 비소수인종 지원자에 대해 종종 입학에 승인하고 있는데, 이것은 로스쿨이 인종 이외의 많은 다른 다양성 요소를 실질적이고 결정적인 차이를 만들 수 있는 것으로 진지하게 고려하고 있다는 것을 증명한다고 주장했다.²¹⁷⁾ 셋째, 그녀는 대학교가 추구하고 있는 다양성을 달성할 수 있는 실행가능한 인종중립적 대안에 대한 ‘진지하고 충실한 검토(serious, good faith consideration)’를 요구하고 있다. 그러나 그녀는 가능한 모든 인종중립적 대안에 대한 ‘절저한 검토(exhaustion)’를 요구하지는 않았다. 그녀는 상고인들이 주장하고 있는 ‘추첨제의 사용’이나 ‘GPA와 LSAT 점수에 대한 비중의 감소’와 같은 인종중립적 대안은 다양성과 입학된 학생의 학문적 질에 대한 극적인 희생을 요구하기 때문에 적절하지 않다고 주장했다. 또한 그녀는 ‘주 내의 모든 고등학교에서

215) *Id.*, at 335-336

216) 그녀는 인종주의적 입학전형정책이 할당제로 운영되지 않는다는 것은, 그 자체로, 개별화된 고려의 요건을 충족하는 것은 아니라고 했다. *Id.*, at 336.

217) *Id.*, at 336-339.

의 일정한 학급석차 이상의 모든 학생들에게 입학할 것을 보장하는 것'을 내용으로 하고 있는 '비율계획(percentage plans)'에 대해서도 부정적인 입장을 나타내고 있는데, 그녀는 이러한 비율계획은 대학교의 개별화된 평가의 수행을 방해할 수 있다고 한다.²¹⁸⁾ 넷째, 그녀는 인종의식적 입학전형정책이 어떤 인종집단(비소수인종 집단)의 구성원에게 과도한 손해(unduly harm)를 입히지 말 것을 요구하고 있다.²¹⁹⁾ 그녀는 동 사건의 정책이 모든 지원자의 다양성 기여에 대해 개별화된 심사를 했다는 점에서, 로스쿨의 인종의식적 입학전형정책은 비소수인종집단의 지원자에 과도하게 손해를 끼치고 있지 않다고 주장했다.²²⁰⁾ 다섯째, 그녀는 인종의식적 입학전형정책이 시간적으로 제한될 것을 요구하고 있다. 그녀는 이 요건이 '일몰조항(sunset provisions)'과 인종적 우선책이 학생집단의 다양성을 달성하기 위해 여전히 필요한지 여부를 결정하기 위한 '정기적 심사(periodic reviews)'를 통해 충족될 수 있다는 전제 하에서, '가능한 한 빨리 인종적 우선책의 사용을 종료할 것'이라는 로스쿨의 의견을 수용하면서, 지금부터 25년이 지나면 인종적 우선책의 사용은 오늘 승인된 이익을 증진하기 위해 더 이상 필수적이지 않을 것이라고 예상하고 있다.²²¹⁾

결론적으로, O'Connor 대법관은 입학허가 결정에 있어서 로스쿨의 인종사용은 평등보호조항에 의해 금지되지 않기 때문에 민권법 제VI편과 미국법령집 제1981조에 근거한 상고인의 법적 주장 또한 이유없다고 판시했다.²²²⁾

한편, Ginsburg 대법관(Breyer 대법관이 참여)이 추가적인 동조의견을 개진했는데, 그는 '인종의식적 프로그램은 논리적인 종료시점을 가져야 한다'고 한 대법원의 견해는 미국이 비준한 국제협약들²²³⁾에 부합된다는 의견을 제시하고 있다.²²⁴⁾

218) *Id.*, at 339-340.

219) 그녀는 인종에 근거한 '구체적인 정부의 행위'라고 하더라도 이익을 위해 경쟁하는 무고한 다른 사람에게 가능한 한 최소한의 손해를 끼치는 것을 보장하기 위해 지속적인 감독을 받아야 한다고 주장했다. *Id.*, at 341.

220) *Id.*, at 341.

221) *Id.*, at 341-343.

222) *Id.*, at 343-344.

223) 그는 1994년에 미국이 비준한 '모든 유형의 인종차별의 철폐에 관한 국제협약(The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)'은 "인권과 기본적 자유의 충분하고 평등한 향유를 보장하기 위해, 특정한 인종적 집단 또는 그들에 속한 개인의 적절한 출세와 보호를 보장하기 위한 특별하고 구체적인 조치"를 인정하고 있지만, 그러한 조치는 "어떤 경우에도

(2) 반대의견

Rehnquist 대법관(Scalia, Kennedy, Thomas 대법관이 참여)은 반대의견을 통해 로스쿨의 정책이 엄밀히 재단되지 않았다고 주장했다.²²⁵⁾

우선, Rehnquist 대법관은 비록 로스쿨이 다양한 학생집단으로부터 나오는 교육적 이익을 얻기 위해 과소대표된 소수인종의 결정적 다수를 달성할 필요가 있다고 주장하고 있지만, 로스쿨의 입학전형프로그램은 결정적 다수의 달성이라는 목적과는 거의 관련이 없다고 주장했다. 그는 만약 로스쿨이 결정적 다수를 달성하기 위해, 즉 소수인종 학생이 소외되었다거나 그들 인종의 대변인처럼 느끼지 않게 하기 위해 1995년부터 2000년까지 91-108명의 흑인학생을 입학허가했다면, 히스패닉계 학생과 원주민계 학생에게도 동일한 규모의 숫자가 필요한데, 실상은 그렇지 않을 뿐만 아니라²²⁶⁾ 이에 대한 로스쿨의 어떠한 해명도 없기 때문에 결정적 다수의 달성이라는 목적은 속임수라고 주장했다.²²⁷⁾

다음으로, Rehnquist 대법관은 소수인종집단 출신의 입학허가된 지원자의 비율이 그 집단 출신의 지원자의 비율과 사실상 일치하는데, 이것은 로스쿨이 결정적 다수를 달성하기 위해서가 아니라 명백히 위헌적인 인종적 균형을 유지하기 위해 입학전형정책을 운영해 왔다는 것을 의미한다고 주장했다.²²⁸⁾²²⁹⁾

마지막으로, Rehnquist 대법관은 다수의견이 제시한 25년의 존속기한은 불명료

채택된 목적이 달성된 후 다른 인종적 집단을 위한 불평등하거나 분리된 권리의 유지라는 결과를 초래해서는 안 된다.”고 규정하고 있으며, ‘여성에 대한 모든 유형의 불합리한 차별의 철폐에 관한 협약 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)’도 “잠정적인 특별조치는 기회와 처우의 평등이라는 목적이 달성되면 중단되어야 하는 사실상의 평등을 촉진하는 것을 목표로 한다.”고 규정하고 있다고 한다. *Id.*, at 344.

224) *Id.*, at 344-346.

225) 그는 다양성이 불가피한 이익인지 여부에 대해서는 판단을 하지 않았다.

226) 실제 동일한 기간동안, 원주민계 학생은 13-19명으로 흑인학생의 6분의 1에 불과하고, 히스패닉계 학생은 47-56명으로 흑인학생의 2분의 1에 불과했다. *Id.*, at 381.

227) *Id.*, at 380-382.

228) *Id.*, at 383-386.

229) 한편, 그는 로스쿨이 입학허가된 지원자의 등록에 대해 정확히 통제할 수 없기 때문에 지원자 풀에서의 과소대표된 소수인종의 비율과 최종적으로 등록된 과소대표된 소수인종의 비율을 비교하는 것은 적절하지 않다고 주장했다. *Id.*, at 385.

하고 막연하기 때문에 로스쿨의 정책은 엄격심사를 통과하지 못했다고 주장했다.²³⁰⁾

또한, Kennedy 대법관도 별도의 반대의견을 개진했다. 그는 결정적 다수의 달성이라는 목표는 - 그것이 할당으로 기술되든지 또는 목표로 기술되든지 간에 - 인종에 기초해서 선을 긋는 것이기 때문에 개인적 평가를 손상시킬 위험이 있는데, 로스쿨은 이 위험으로부터 보호하기 위한 노력을 하지 않았고, 소수인종 학생의 결정적 다수를 입학시키기는 것을 지향하면서 개별적 평가를 어떻게 조화시킬 것인가에 대해 입학전형위원회에 어떠한 지침도 제공하지 않았다고 주장했다.²³¹⁾

한편, Scalia 대법관(Thomas 대법관이 참여)은 미시간 대학교와 관련된 사건에서의 서로 다른 대법원의 판단은 인종의식적 입학전형에 관한 논쟁과 소송의 확대²³²⁾를 초래할 것이라고 비난했고,²³³⁾ Thomas 대법관(Scalia 대법관이 참여)은 ‘다양성’을 달성하는 것은 - 그것이 의미하는 것이 무엇이든 간에 - 로스쿨의 교육적 이익을 달성하기 위한 수단이지, 그 자체로 목적은 아니며, 그 결과, 불가피한 이익이 아니라고 주장했다.²³⁴⁾



4. 2003년 GRATZ 사건²³⁵⁾

가. 사건개요²³⁶⁾

230) *Id.*, at 386-387.

231) *Id.*, at 387-395.

232) 그는 장래의 소송이 다음과 같은 점에 초점을 맞춰 제기될 것으로 예상했다: i) 문제가 된 차별적 계획이 ‘개인으로서(as an individual)’ 지원자에 대한 충분한 평가를 포함하고 있는지 여부와 ‘분리된 입학전형방식(separate admissions tracks)’을 충분히 회피하고 있는지 여부; ii) 대학교가 ‘성실한 노력(good faith effort)’의 범위를 넘어갔는지 여부와 위헌적인 사실상의 할당제로 만들만큼 아주 열성적으로 ‘결정적 다수(critical mass)’를 추구했는지 여부; iii) 쟁점이 된 특별한 상황에 있어서 어떤 교육적 이익이 인종적 다양성으로부터 나오는지 여부; iv) 다양성이라는 교육적 이익에 대한 교육기관의 표현된 공약이 ‘선의(bona fide)’인지 여부; v) 교육기관의 인종적 우선책이 ‘결정적 다수(critical mass)’보다 ‘이하 또는 이상(below or above)’인지 여부. *Id.*, at 348-349.

233) *Id.*, at 346-349.

234) *Id.*, at 349-378.

235) *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

236) *Id.*, at 251-260.

Michigan대학교 문학·과학·예술대학(College of Literature, Science, and the Arts : LSA)은 학생집단의 다양성을 확보하기 위해 매 학년도마다 다른 입학전형 정책을 사용해 왔는데, 그 주요내용은 다음과 같다.

우선, 이 소송과 관련된 모든 기간(1995년부터 2000년까지)에 걸친 공통적인 특징은 학부생입학관리국(Office of Undergraduate Admissions : OUA)이 입학 결정을 함에 있어서 고교성적, 표준시험성적, 고교등급, 교과과정 중 최고성적의 과목, 지리적 특성, 교우관계, 리더십, 인종 등 많은 요소들을 고려한다는 것이다. 특히, 아프리카계 미국인, 히스패닉계 미국인, 원주민계 미국인은 ‘과소대표된 소수인종(under-represented minorities)’으로 고려되었고, 이러한 소수인종집단 출신의 자격있는 모든 지원자는 사실상 입학허가되었다.

한편, 1995년에서 1998년까지의 지침은 ‘보호된 정원(protected seats)’을 설정했는데, 특정한 집단(운동선수, 외국인 학생, ROTC후보생, 과소대표된 소수인종)이 이러한 보호된 정원에 자격을 갖춘 ‘보호된 범주(protected categories)’에 포함되었다.

다른 한편, 현재(1999년부터 2000년까지)의 입학전형지침은 150점을 만점으로 하는 선발색인표를 사용했는데, 과소대표된 소수인종집단 출신의 모든 지원자에게는 입학에 보증하는데 필요한 점수인 100점 중 20점이 자동적으로 부여되었다. 또한, 현재의 지침은 특정한 지원서에 대한 추가적 심사를 위해 입학재심위원회(Admissions Review Committee : ARC)를 설치했다. 이 제도 하에서, 입학전형 위원들은 i) 지원자가 대학교에서 성공하기 위해 학문적으로 준비가 되어 있는가, ii) 지원자가 선발색인의 최소점수(미시간 외 거주자는 75점, 미시간 내 거주자는 80점 이상)를 얻고 있는가, iii) 지원자가 대학교의 신입생 학급의 구성에 중요한 자질이나 특성(최고석차, 독특한 인생경험, 도전정신, 환경, 재능, 사회경제적 불리함, 과소대표된 인종·민족, 지역 등)을 가지고 있는가를 판단한 후, 재량으로 지원서에 ‘표식(flag)’을 할 수 있었고, 재심위원회는 표식이 된 지원서를 재심사한 후, 입학허가·연기·입학거절 여부를 결정했다.

Michigan주에 거주하고 있는 코카서스계 미국인인 Jennifer Gratz와 Patrick Hamache는 각각 1995년과 1997년에 Michigan대학교 문학·과학·예술대학(the College of Literature, Science, and the Arts : LSA)에 지원했지만, 입학거절되

었다. 이에, 상고인들은 학부생입학전형에 있어서의 대학교의 인종적 우선책의 사용은 수정헌법 제14조의 평등보호조항과 1964년 민권법 제6편 그리고 미국법령집 제42편 제1981조를 위반했다고 주장하며 집단소송을 제기했다.²³⁷⁾

지방법원은 학생집단의 다양성이 불가피한 이익에 해당된다는 전제하에서, LSA의 1999년 이후의 입학전형정책에 대해서는 엄밀히 재단되었다는 것을 이유로 합헌으로 판결했고, 1995년부터 1998년까지의 입학전형정책에 대해서는 사실상 할당제와 동일하기 때문에 엄밀히 재단되지 않았다는 것을 이유로 위헌으로 판결했다.²³⁸⁾ 항소심이 항소법원에 계쟁중인 동안, 동 항소법원이 Grutter 사건에서 로스쿨에 의해 사용된 입학전형프로그램을 파기하는 의견을 제시하자,²³⁹⁾ 항소법원이 본 사건에 대해 최종판결을 내리지 않았음에도 불구하고, 연방대법원이 두 사건에 대해 사건이송명령을 발동해 본 사건을 심리·판결하게 되었다.

나. 판결요지²⁴⁰⁾

(1) 다수의견



법정의견을 개진한 Rehnquist 대법원장(O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas 대법관이 동조)은 신입생 입학전형정책에 있어서의 대학교의 인종사용은 다양성이라는 이익을 성취하기 위해 엄밀히 재단된 것이 아니기 때문에 평등보호조항에 위반된다고 판시했다.

237) 그들은 i) 과거의 위반에 대한 보상적·징벌적인 손해배상(compensatory and punitive damages)과 ii) LSA가 그들의 차별적 취급을 받지 않을 권리를 침해했다는 것을 확인하는 선언적 구제(declaratory relief), 그리고 iii) LSA가 인종에 기초한 차별을 계속하지 못하도록 하는 금지명령(an injunction)과 vi) LSA에게 Hamacher를 편입생으로서 입학허가할 것을 요구하는 명령을 각각 요구했다.

238) 이에 대해, 지방법원은 Bakke 사건 이래로 학생집단의 다양성을 불가피한 이익으로 명백히 인정한 대법원 판례도 명백히 부인한 대법원 판례도 없다고 전제한 뒤(Gratz v. Bollinger, 122 F. Supp. 2d 811 (E.D. MI. 2001), at 820-821), 대학교와 그들의 소송조력자(amici curiae)들이 인종적·민족적으로 다양한 학생집단은 중요한 교육적 이익을 산출하며 그러한 학생집단을 달성하는 것은 불가피한 정부의 이익을 구성한다는 것에 대한 '확고한 증거(solid evidence)'를 제시했다고 결론지었다. *Id.*, at 822-824.

239) Grutter v. Bollinger, 288 F.3d 732 (6th Cir. 2002).

240) 동 사건에서는 본안판단 외에 적법요건(Hamacher의 당사자 적격(standing))에 대한 논의가 있었지만, 여기서는 생략한다.

우선, 그는 Grutter 사건에서 제시된 이유를 들면서 다양성이 불가피한 주의 이익을 구성하지 않는다는 상고인의 주장을 기각했다.²⁴¹⁾

다음으로, 그는 최근의 LSA 정책은 Powell 대법관이 의도한 ‘개별화된 심사(individualized consideration)’를 제공하지 않기 때문에²⁴²⁾ 엄밀히 재단되지 않았다고 판단했다. 그는 i) 오직 지원자가 과소대표된 소수인종의 구성원인지 여부에 따라 20점(합격을 담보하는 하는데 필요한 점수의 5분의 1)을 자동적으로 배분하고 있다는 점, ii) 그러한 20점 배분은 최소한의 자격을 갖춘 사실상 모든 과소대표된 소수인종 지원자를 위해 인종이라는 요소를 결정적인 요소로 만드는 효과를 가지고 있다는 점을 고려하면, LSA의 정책은 엄밀히 재단되지 않았다고 판단했다.²⁴³⁾ 또한, 그는 재심위원회가 표식(flag)을 통해 지원서를 개별적으로 검토할 수 있다는 사실에 대해서도 큰 비중을 두지 않았다. 즉, 그는 i) 얼마나 많은 지원서가 개별적인 재심사를 받기 위해 표시되었는지는 불분명하지만, 그와 같은 재심사가 LSA의 정책에 있어서 원칙이 아니라 예외라는 사실은 의심의 여지가 없다는 점, ii) 개별화된 재심사는 인종을 결정적인 요소로 만들고 있는 20점의 자동적 배분 후에 제공된다는 점을 고려하면, 재심가가 가능하다는 사실은 엄격심사분석 하에서 위안거리가 되지 못한다고 주장했다.²⁴⁴⁾ 또한, 그는 지원서의 양과 제출된 지원자의 정보가 너무 많아서 Grutter 사건에서 지지된 입학전형제도를 LSA가 사용하는 것은 비현실적이라는 피상고인의 주장을 기각했다. 그는 개별화된 고려를 제공할 수 있는 프로그램의 이행이 행정상의 문제(administrative challenges)를 야기할 수 있다는 사실은 문제된 시스템을 합헌적인 것으로 만들지는 않는다고 주장했다.²⁴⁵⁾

241) Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003), at 268.

242) Rehnquist 대법관은 Bakke 사건의 Powell 대법관이 ‘인종적·민족적 배경이 특정 지원자의 서류에서 가산점(plus)로 간주될 수 있는 입학전형프로그램을 대학교가 사용하는 것이 허용될 수도 있다’는 그의 견해를 설명하면서, i) 각각의 특정 지원자를 개인으로 고려하는 것의 중요성과 ii) 개인이 가지는 모든 능력들을 평가하는 것의 중요성, 그리고 iii) 고등교육의 독특한 환경(the unique setting of higher education)에 공헌할 개인의 능력을 평가하는 것의 중요성을 강조했지만, iv) Powell 대법관이 말한 입학전형프로그램은 어떤 하나의 특징이 대학교의 다양성에 대한 공헌을 자동적으로 담보하는 것을 의도하지는 않았다고 말하고 있다. *Id.*, at 271.

243) *Id.*, at 271-272.

244) *Id.*, at 274.

245) *Id.*, at 275.

결론적으로, 그는 신입생 입학전형정책에 있어서 대학교의 인종사용이 평등보호 조항에 위반되기 때문에 민권법 제6장과 제1981조에도 위반된다고 판시했다.²⁴⁶⁾

한편, O'Connor 대법관은 Grutter 사건의 로스쿨의 입학전형정책이 각 사안별로 인종을 포함하여 지원자의 다양한 다양성 조건을 고려하고 있는 것과는 달리, LSA의 정책은 지원자에 대한 의미있는 개별화된 심사를 규정하고 있지 않다고 주장하면서, 별도의 동조의견을 개진했다.²⁴⁷⁾ O'Connor 대법관은 LSA의 정책이 각각의 지원자의 특별한 배경·경험 또는 자질에 대한 고려없이 모든 과소대표된 소수인종 지원자에게 자동적으로 20점의 보너스를 할당하는 선발색인에 의존하고 있는데, 이 기계화된 선발색인 점수가 각각의 지원자의 입학허가에 대한 판단을 자동적으로 결정하고 있기 때문에 선발색인은 입학전형위원이 개별화된 고려를 행하는 것을 차단하고 있다고 주장했다.²⁴⁸⁾ 또한, 그는 비록 LSA의 입학전형정책이 인종 이외의 불확실한 변수(soft variables other than race)²⁴⁹⁾에 대해 20점을 배정하고 있지만, 리더쉽과 봉사, 개인적 성과, 지리적 다양성과 같은 기타 다양성 요소에 대해서는 낮은 점수를 배정하고 있는데,²⁵⁰⁾ 이것은 선발색인이 불확실한 변수에 대해 이미 정해진 할당점수를 자동적으로 부여함으로써 지원자의 다양성 공헌도가 개별적으로 평가될 수 없게 만들고 있다고 주장했다.²⁵¹⁾²⁵²⁾ 또한, 그는 재심위원회의 추가적인 심사에 대해서도 회의적인 반응을 나타냈는데, 그는 재심위원회의 추가적인 심사도 1차 심사에서의 개별화된 고려의 부재를 상쇄하지 못한다고 주장했다.²⁵³⁾²⁵⁴⁾

246) *Id.*, at 275-276.

247) *Id.*, at 276-280.

248) *Id.*, at 276-277.

249) O'Connor 대법관의 설명에 따르면, 현저히 소수인종으로 구성된 교교의 출신 또는 현저히 불이익을 받은 교교의 출신과 체육특기자가 여기에 해당된다. *Id.*, at 278.

250) O'Connor 대법관의 설명에 따르면, 미시간 내 거주자는 10점, 교우관계는 4점, 지원자의 개인적 성과와 리더쉽 및 공공봉사는 각각 5점을 받을 수 있다. *Id.*

251) *Id.*, at 279.

252) 한편, 그는 - Bakke 사건 Powell 대법관이 명백히 밝히고 있는 바와 같이 - 대학교는 모든 다양성 요소에 '동일한 비중'을 반드시 부여할 필요는 없으며, 특정한 재능에 부여된 비중은 매년 변화될 수 있다고 보았다. *Id.*

253) *Id.*, at 279-280.

254) 그는 이에 관해, i) 재심위원회의 실제적 기능이 어떠한지에 관해 거의 밝혀내지 못하고 있다는

한편, Thomas 대법관도 별도의 동조의견을 개진했는데, 그는 - Grutter 사건에서 자신이 제시한 이유 때문에 - 고등교육 입학전형에 있어서 국가의 인종차별의 사용은 평등보호조항에 의해 절대적으로 금지된다고 주장했다.²⁵⁵⁾ 또한, Thomas 대법관은 LSA의 입학전형정책이 모든 과소대표된 소수인종에게 동일한 인종적 우선권을 부여하고 있기 때문에 과소대표된 소수인종의 범위에 포함된 집단 간에는 추가적인 헌법적 결함이 없지만, LSA의 정책이 과소대표된 소수인종 지원자 간의 인종 외적인 차이(nonracial distinctions)에 대한 충분한 고려를 허용하고 있지 않기 때문에 LSA의 정책은 잘 못 되었다고 주장했다.²⁵⁶⁾

(2) 반대의견

Stevens 대법관(Souter 대법관이 동조)은 본 사건의 상고인들이 당사자 적격(standing)을 갖추지 못했다는 반대의견의 개진했다. 그는 i) Hamacher가 실제로 편입생 입학전형에 지원하지 않았기 때문에 그의 장래의 권리침해에 대한 청구는 실제적이고 직접적인 것이라기 보다는 기껏해야 추측적이거나 가설적인 것이고, ii) 편입생 입학전형에 있어서의 대학교의 인종사용은 신입생 입학전형에 있어서 대학교의 인종사용과는 다르기 때문에 Hamacher는 나중에 소를 제기한 집단멤버들을 대표할 소의 이익이 없다고 주장했다.²⁵⁷⁾

한편, Souter 대법관(Ginsburg 대법관 동조)은 소의 이익이 없어 각하되어야 한다는 Stevens 대법관의 의견에 동조하면서도, 만약 소의 이익이 있어서 본안판단을 하더라도 LSA의 입학전형정책은 합헌이라고 판단했다. 그는 LSA의 입학전형정책이 Bakke 사건에서 비난을 받은 정책보다는 Grutter 사건에서 승인된 정책에

점, ii) 재심위원들이 모든 지원서의 일부에 대해서만 심사한다는 점, iii) 대부분의 입학결정은 등록 실무진에 의해 작성된 선발색인 점수기준에 근거해서 실행된다는 점, iv) 입학전형위원이 매년 재심위원회에 보내는 지원서가 얼마나 많은지 불분명하다는 점, v) 대학교가 의미심장한 비율의 지원자가 임의적인 수준의 재심사를 받는지를 증명하는 증거를 제시하지 않고 있다는 점, vi) 재심위원회의 심사를 위한 적격성이 선발색인점수를 참조하여 결정된 자동적 컷오프제에 근거하고 있다는 점, vii) 결정이 실제로 어떻게 이루어지는지에 대한 어떤 증거도 없다는 점, viii) 어떤 종류의 개별화된 고려가 사용되는지에 대한 어떤 증거도 없다는 점 등을 이유로 들고 있다. *Id.*, at 279-280.

255) *Id.*, at 281.

256) *Id.*

257) *Id.*, at 282-291.

더 가깝다고 생각했다. 그는 i) LSA의 정책이 모든 지원자에게 모든 자리를 위해 경쟁하게 하고 있다는 점, ii) LSA의 정책이 인종만이 아니라 등급, 시험성적, 고등학교의 등급, 교과과정의 질, 거주조건, 교유관계, 리더쉽, 개인적 특징, 사회·경제적 불리함, 운동능력, 개인작문의 질 등에 기초하여 일정한 자리를 제공하고 있다는 점, iii) 다른 범주에서 높은 점수를 얻은 비소수인종지원자는 20점의 보너스를 받은 소수인종지원자의 선발색인(selection index)을 능가하는 선발색인을 쉽게 획득할 수 있다는 점²⁵⁸⁾ 등을 이유로, LSA의 정책이 Bakke 사건의 정책과는 다르다고 주장했다.²⁵⁹⁾ 또한, 그는 LSA의 정책은 Grutter 사건에서 로스쿨이 ‘전체론적 심사(holistic review)’로 수행한 것을 단순히 수적 규모로 수행하고 있는데, 이러한 차이는 학부지원자들이 개별화된 심사를 거절당하고 있다거나 또는 그들의 지원서가 나타낼 수 있는 모든 다양한 자질에 기초해서 경쟁할 공정한 기회를 거절당하고 있다는 것을 의미하지는 않는다고 주장했다.²⁶⁰⁾ 또한, 그는 소수인종에 대한 보너스 점수 20점은 Bakke 사건에서 같은 소수인종을 위한 자리를 유보하는 것에 필적하는 결정적인 요소로 인종을 전환시키지 않는다고 했다. 즉, 그는 소수인종 지원자에게 주어지는 가산점 요소가 모든 소수인종 지원자를 모든 비소수인종 지원자보다 높은 등급에 위치시키는 것을 보장할 정도로 극단적일 수도 있지만, i) 상고인들은 신입생 입학전형제도가 이러한 방법으로 운영되고 있다는 것에 대한 납득할만한 논거를 가지고 있지 않으며, 오히려, ii) 현재의 증거는 비소수인종 지원자가 인종 이외의 특징을 통해 소수인종 지원자보다 높은 선발점수총점을 획득할 수 있다는 것을 명백히 보여주고 있다고 주장했다.²⁶¹⁾

한편, Ginsburg 대법관(Souter 대법관 동조)은 다른 심사기준의 적용을 주장했고, 본 사건의 정책을 합헌으로 판단했다. 우선, 그는 i) 모든 공식적 인종분류에 대해 동일한 심사기준을 적용해야 한다는 다수의견의 일관성(consistency)에 대한 주장은 오랜 계급차별의 흔적이 없는 경우에만 적합한데, 현재 미국사회는

258) Souter 대법관은 비소수인종 학생은 운동능력, 사회·경제적 불리함, 사회·경제적으로 불리한 고교의 출신 또는 주로 소수인종으로 구성된 고교의 출신, 학료장의 재량(Provost's discretion)으로 20점을 부여받을 수 있고; 미시간 주 거주자로 10점을 부여받을 수 있고; 과소대표된 미시간주 내의 카운티 거주자로 6점을 부여받을 수 있고; 리더쉽과 봉사활동 등으로 5점을 부여받을 수 있다는 것을 강조하고 있다. *Id.*, at 294-295.

259) *Id.*, at 293-294.

260) *Id.*, at 295.

261) *Id.*, at 295-296.

그러한 흔적이 분명히 남아있다는 점, ii) 인종을 의심스러운 범주(suspect category)에 넣는 이유는 인종이 필연적으로 허용될 수 없는 분류이기 때문이 아니라 인종이 부끄러운 인종적 불평등을 유지하기 위한 목적으로 설계되어 왔기 때문이라는 점, iii) 헌법은 과거차별의 결과를 회복하고 차별의 영속화를 방지하기 위해 피부색을 의식한다는 점²⁶²⁾을 이유로 들면서, 다수의견과는 다른 심사기준의 적용을 주장했다.²⁶³⁾²⁶⁴⁾ 다음으로, 그는 i) 대학이 특별한 고려를 부여하고 있는 인종적·민족적 집단(아프리카계 미국인, 히스패닉계, 원주민계 미국인)은 역사적으로 법과 사회적 관행에 의해 열악한 지위에 놓여 있었고, 그들 구성원은 오늘까지 집단에 기초한 차별을 계속적으로 경험하고 있다는 점, ii) 대학이 어떤 특정한 인종적·민족적 집단의 입학등록을 제한하거나 감소시키기 위해 현재의 정책을 채택했다는 암시(suggestion)도 없다는 점, iii) 대학이 인종에 기초하여 자리를 유보하지도 않았다는 점, iv) 대학의 프로그램이 인종에 기초한 특별한 고려를 받지 않은 학생의 입학기회를 부당하게 제한하고 있다는 어떤 증명도 없다는 점 등을 이유로 들면서, 본 사건의 정책을 합헌으로 판단했다.²⁶⁵⁾



II. 고용 및 승진과 적극적 평등실현조치

1. 1979년 WEBER 사건²⁶⁶⁾

262) 그는 ‘헌법은 색맹이기도 하고 색맹이 아니기도 하다’고 주장했다. 즉, 그는 이익을 부인하는 분류나 상처를 야기하는 분류 또는 부담을 부과하는 분류는 인종에 근거해서는 안 되는데, 이 의미에서 헌법은 색맹이라고 했다. 하지만 그는 헌법은 과거차별의 결과를 회복하고 차별의 영속화를 방지하기 위해 피부색을 의식하는데, 이 의미에서 헌법은 색맹이 아니라고 했다. *Id.*, at 302.

263) *Id.*, at 298-302. 하지만 그는 구체적인 심사기준의 내용을 제시하지는 않았다.

264) 하지만 그는 기특한 정부 목적의 단순한 주장이 인종의식적 조치에 주의깊은 사법적 검열(careful judicial inspection)로부터의 면역성을 주어서는 안 된다고 주장했다. 또한 그는 정밀한 심사(Close review)는 i) 호의적인 것으로 가장했지만, 실제로 악의적인 분류를 찾아낼 필요가 있으며, ii) 우선적 처우가 너무 커서 다른 사람의 기회에 대해 부당한 족쇄를 채우는 것이 되지 않게 하거나 다른 사람의 정당한 기대를 부당하게 방해하지 않는 것을 담보할 필요가 있다고 주장했다. *Id.*, at 302.

265) *Id.*, at 302-303.

가. 사건개요²⁶⁷⁾

본 사건은 지역노동인력시장에서의 흑인비율이 약 39%임에도 불구하고 공장 내의 숙련공 중에서 흑인이 차지하는 비율이 1.83%(273명 중 5명)에 불과했던 Louisiana주 Gramercy 소재의 Kaiser알루미늄·화학회사(Kaiser Aluminum & Chemical Corp. : Kaiser)에서의 적극적 평등실현조치계획의 운영으로부터 제기되었다.²⁶⁸⁾

상고인인 미국철강노동자연합(the United Steel Workers of America : USWA)과 Kaiser사는 1974년에 15개의 Kaiser사 공장에서의 고용기간과 고용조건을 포함하고 있는 단체협약을 체결했다. 단체협약은 Kaiser사에서의 명백한 인종적 불균형을 제거하기 위해 고안된 적극적 평등실현조치계획을 포함하고 있었는데, 그 계획은 한 공장에서의 흑인숙련공의 비율이 지역노동시장(local labor forces)에서의 흑인의 비율에 상응할 때까지, 공장 내의 숙련공훈련계획(in-plant craft-training programs)에의 참여기회(the openings)의 50%를 흑인 피고용인에게 유보함으로써, 백인 숙련공인력을 거의 배제했다.

Kaiser-USWA의 적극적 평등실현조치계획을 운영한 첫 해(1974년)에, 13명(흑인 7명, 백인 6명)의 숙련공훈련생이 공장의 생산노동인력으로부터 선발되었는데, 훈련계획에 선발된 최선임 흑인은 입회시도가 거절된 몇몇 백인 생산직근로자보다 더 작은 선임권(seniority)을 가졌었다. 그에 따라, 그러한 백인 생산직근로자 중 한 명인 피상고인 Brain Weber가 연방지방법원에 소송을 제기했다. 그는 적극적 평등실현조치계획에 따른 공장에서의 숙련공훈련생의 충원은 후임의 흑인 피고용인을 선임의 백인 피고용인보다 우선하는 결과를 초래했기 때문에 ‘인종을 이유로 한 차별’을 불법으로 보고 있는 1964년 민권법 제VII편 제703(a)조²⁶⁹⁾와

266) *Steel Workers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979).

267) *Id.*, at 198-201.

268) 1974년까지 그 Kaiser사 공장은 경력숙련공만을 공장의 숙련공으로 고용했는데, 흑인은 오랫동안 숙련공조합(craft unions)에서 배제되어 왔기 때문에 소수만이 그러한 자격을 제출할 수 있었고, 그 결과, 아주 적은 수의 흑인만이 숙련공이 될 수 있었다. *Id.*, at 199-200.

269) The Civil Rights Act of 1964, § 703(a), 78 Stat. 255, as amended, 86 Stat. 109, 42 U.S.C. § 2000e-2(a). 동 조항은 “사용자가 (다음과 같은 행위를 하면) 불법적인 고용관례가 된다. (1) 개인의 인종·피부색·종교·성별·출신국가를 이유로, 어떤 개인을 고용거부·해고하거나 또는 기타 보수·고용기

제703(d)조²⁷⁰⁾를 위반해서 자기 자신과 기타 유사한 상황에 있는 백인 피고용인을 차별했다고 주장했다.

연방지방법원은 적극적 평등실현조치계획이 민권법 제VII편을 위반했다고 판시하면서, 직업훈련계획에 대한 Weber 측의 접근을 Kaiser사와 USWA가 부인하지 못하도록 하는 종국적 금지명령(a permanent injunction)을 발했다.²⁷¹⁾ 연방항소법원도 인종에 기초한 모든 고용우선조치는 - 선의의 적극적 평등실현조치계획에 부수된 우선조치를 포함하여 - 고용에 있어서의 불합리한 인종차별에 대한 제VII편의 금지를 위반했다고 결정하면서, 1심판결을 지지했다.²⁷²⁾ 이에, 상고인이 연방대법원에 상고했고, 대법원이 사건이송명령(certiorari)을 발하여 동 사건을 심리·판결하게 되었다.

나. 판결요지²⁷³⁾

(1) 다수의견

법정의견을 개진한 Brennan 대법관(Stewart, White, Marshall, Blackmun 대법관이 참여)은, 심사의 범위와 관련하여 i) Kaiser-USWA 계획은 국가행위(state action)가 포함되어 있지 않기 때문에 수정헌법 제14조의 평등보호조항위반을 다루는 사건이 아니고, ii) Kaiser-USWA 계획이 자발적으로 채택되었기 때문에 과거의 증명된 범위반을 구제하는 것을 민권법 제VII편이 요구하고 있는지 또는 법원이 명령할 수 있는지에 대해 심사할 필요가 없으며, 그 결과, iii)

간·고용조건·고용특권에 관하여 어떤 개인을 차별하는 경우; (2) 개인의 인종·피부색·종교·성별·출신국가를 이유로, 어떤 개인의 고용기회를 박탈하거나 박탈할 우려가 있는 방법 또는 기타 피고용인으로서의 지위에 불리한 영향을 미치는 방법으로, 피고용인 또는 고용지원자를 제한·분리·분류하는 경우”라고 규정하고 있다.

270) The Civil Rights Act of 1964 § 703(d), 78 Stat. 256, 42 U.S.C. 2000e-2(d). 동 조항은 “고용주·노동조합 또는 (직업훈련계획을 포함해서 실습 또는 기타 교육·재교육을 관장하는) 공동노사위원회가, 인종·피부색·종교·성·출신국가를 이유로, 실습 또는 기타 교육을 제공하기 위해 수립된 어떤 계획에의 참여나 고용에 있어서, 어떤 개인에 대해 차별을 하는 것은, 불법적인 고용관례이다.”라고 규정하고 있다.

271) Weber v. Kaiser Aluminum & Chem. Corp., 415 F. Supp. 716 (E.D. LA. 1976).

272) Weber v. Kaiser Aluminum & Chem. Corp., 563 F.2d 216 (5th Cir. 1977).

273) 동 사건에서 Powell 대법관과 Stevens 대법관은 판결에 참여하지 않았다.

Kaiser-USWA 계획에서 규정된 목적과 방법으로 인종적 우선권을 인정하는 선의의 적극적 평등실현조치계획을 사적 고용주와 노동조합이 자발적으로 합의하는 것을 민권법 제VII편이 금지하고 있는지 여부만을 심사할 필요가 있다는 전제에서 출발하고 있다.²⁷⁴⁾ 이러한 전제 하에서, 그는 사적 영역에 의한 자발적인 적극적 평등실현조치의 허용가능 여부와 Kaiser-USWA 계획의 위법 여부를 판단하고 있다.

우선, 그는 민권법 규정의 입법배경에 관한 분석을 통해 사적 영역에 있어서의 자발적인 적극적 평등실현조치의 허용가능성을 주장하고 있다. 먼저, 그는 민권법 제VII편 제703(a)조와 제703(d)조의 입법배경을 분석하면서, 사적 영역에서의 자발적인 적극적 평등실현조치는 허용된다고 주장하고 있다. 그 이유에 대해, 그는 1964년 민권법 제VII편을 제정할 당시의 연방의회의 주요 관심사는 ‘우리 경제에 있어서의 흑인의 어려운 입장(the plight of the Negro in our economy)’을 고려하는 것이었는데,²⁷⁵⁾ 이 문제를 해결하는 방법은 ‘전통적으로 흑인에게 개방되어 있지 않던 직업에 대한 고용기회를 흑인에게 개방하는 것’이었고, 이를 위해, 연방의회는 민권법 제VII편에서 고용에 있어서의 불합리한 인종차별에 대한 금지를 규정했다는 것이다. 즉, 민권법 제VII편은 미국 역사에서 불행하고 수치스러운 측면의 마지막 흔적을 제거하기 위해 노력하게 하는 ‘자극제 또는 촉매제(a spur or catalyst)’로 의도되었고, 그 결과, 민권법 제VII편은 그러한 흔적의 제거를 촉진하기 위한 모든 사적·자발적인 인종의식적 적극적 평등실현조치노력에 대한 절대적 금지로 해석될 수는 없다고 보았다.²⁷⁶⁾ 다음으로, 그는 민권법 제703(j)조²⁷⁷⁾의

274) *Steel Workers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), at 201.

275) 그는 1964년 이전에 흑인은 주로 ‘미숙련 직업 및 반숙련 직업(unskilled and semi-skilled jobs)’에 종사했는데, 자동화 때문에 그러한 직업의 수가 급속히 감소했고, 그 결과, 흑인 노동자의 상대적 지위는 꾸준히 악화되었다고 한다. 그리고 그는 1947년에 비백인 실업률은 백인 실업률보다 단지 64% 만 높았지만, 1962년에는 124% 높았다는 것을 그 증거로 제시하면서, 연방의회가 이러한 심각한 사회적 문제를 고려했다고 한다. *Steel Workers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), at 203.

276) *Id.*, at 202-205.

277) The Civil Rights Act of 1964 § 703(j), 78 Stat. 257, 42 U.S.C. 2000e-2(j). 동 조항은 “이 편에 포함된 어떤 것도, 지역공동체·주·구역·기타 영역 또는 지역공동체·주·구역·기타 영역의 이용가능한 노동인력에서의 사람의 인종·피부색·종교·성별·출신국가의 총인원 또는 비율과 비교해서, 실습 또는 기타 훈련계획에 참여·고용되거나 노동단체에 의해 회원가입·분류되거나 직업소개소 또는 노동단체에 의해 고용위탁·고용분류되거나 고용주에 의해 고용된 사람의 인종·피부색·종교·성별·출신국가의 총인원 또는 비율에 관해서 존재하는 불균형을 고려해서, 이 편의 적용을 받는 고용주·직업소개소·노동단체·공동노동관리위원회에 개인 또는 집단의 인종·피부색·종교·성별·출신국가를 이유로 개인 또는 집단에게 우

조문과 입법사에 대한 분석을 통해 사적 영역에서의 자발적인 적극적 평등실현조치의 허용가능성을 주장하고 있다. 그 이유에 관해, 그는 만약 연방의회가 사적 영역에서의 모든 자발적인 인종의식적 적극적 평등실현조치의 채택의 금지를 의도했다면 ‘민권법 제VII편은 우선적인 인종적 통합노력을 요구하거나 허용하지 않는다’고 규정했어야 했지만, 오히려 민권법 제703(j)조는 ‘민권법 제VII편의 어떤 규정도 고용주의 노동인력에 있어서의 사실상의 인종적 불균형을 고려해서 그러한 집단의 인종을 이유로 어떤 집단에게 고용주가 우선적 처우를 부여하도록 요구하는 것으로 해석될 수 없다’고 규정하고 있으므로, 인종적 불균형을 고려한 사적 영역에서의 자발적인 적극적 평등실현조치는 허용가능하다고 보았다. 즉, 민권법 제703(j)조는 인종적 불균형을 고려한 사적 영역에서의 자발적인 적극적 평등실현조치를 요구 내지 명령하지는 않지만, 그렇다고 해서 절대적으로 금지하지도 않는다고 하였다.²⁷⁸⁾

이처럼, 민권법 규정의 입법배경에 대한 검토를 통해 사적 영역에서의 자발적인 적극적 평등실현조치의 허용가능성을 확인한 후, Brennan 대법관은 Kaiser-USWA 계획의 위법 여부를 판단했는데, 그는 동 계획이 i) 과거의 인종적 분리와 계급제도를 폐지하고 흑인에게 전통적으로 폐쇄되어 있던 직업에 대한 고용기회를 제공하기 위해 설계되는 등 민권법 제VII편의 목적을 반영하고 있다는 점, ii) 훈련계획의 대상자의 50%가 백인이므로, 백인 피고용인의 이익을 불필요하게 방해하거나 백인 피고용인의 출세에 절대적 장벽을 창설하지 않는다는 점, iii) Gramercy 공장에서의 흑인 숙련공의 비율이 지역노동인력시장에서의 흑인의 비율에 접근하게 되면 Gramercy 공장에서의 숙련공훈련생의 우선적 선발은 종료될 것이기 때문에 동 계획은 인종적 균형을 유지하는 것을 의도하는 것이 아니라 단순히 명백한 인종적 불균형을 제거하는 것을 의도하는 잠정적 조치라는 점 등을 이유로 합법적인 것이라고 결론을 내렸다.²⁷⁹⁾

한편, Blackmun 대법관은 과거 차별에 대한 사실확인에 관해 별도의 동조의견을 제시했다. 그는 만약 고용주나 노동조합에 의한 과거 차별의 사실확인이 있으면 고용주는 소급급여의 지급을 포함한 광범위한 책임을 흑인에게 부담하게 되고,

선적 처우를 제공하도록 요구하는 것으로 해석되지 않는다.”라고 규정하고 있다.

278) *Steel Workers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), at 205-209.

279) *Id.*, at 209-210.

이러한 부담을 피하기 위해 고용주가 과거차별에 대한 사실확인 없이 자발적인 적극적 조치를 취하게 되면 이번에는 백인으로부터 공격을 받게 되는데, 이러한 고용주의 난처함을 피하기 위해서는 과거차별에 대한 긍정도 부정도 아닌 ‘주장 가능한 위반(arguable violations)’이 있는 경우에만 자발적인 적극적 조치가 허용된다고 보았다.²⁸⁰⁾

(2) 반대의견

Burger 대법관과 Rehnquist 대법관은 각각의 반대의견을 통해 민권법 제VII편은 자발적인 적극적 평등실현조치를 허용하지 않는다고 주장했다.

Burger 대법관은 동 계획은 훈련계획에서의 구성원 선발시 인종차별을 금지하고 있는 민권법 제VII편 제703(a)조와 제703(d)조의 문언에 명백히 위반되어 허용될 수 없으며, 또한 연방법원이 동 계획을 허용하는 것은 권력분립의 원칙에도 어긋난다고 주장했다.²⁸¹⁾

Rehnquist 대법관은 민권법 제VII편의 문언 및 입법역사 그리고 연방대법원의 선례에 비추어볼 때, 민권법 제VII편은 인종의식적인 적극적 평등실현조치를 명백히 금지하고 있다고 주장했다.²⁸²⁾²⁸³⁾²⁸⁴⁾

2. 1986년 SHEET METAL WORKERS 사건²⁸⁵⁾

280) *Id.*, at 210-217.

281) *Steel Workers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), at 217-220.

282) *Id.*, at 220-256.

283) 한편, Rehnquist 대법관은 Kaiser사가 단체협약을 체결한 이유를 i) 공장 숙련직의 소수인종대표성을 증가시키려고 한 연방계약준수사무국(the Office of Federal Contract Compliance)의 압력과 ii) 소수자집단에 의한 고용차별소송의 제기를 방지하기 위한 것으로 생각하고 있다. *Id.*, at 224. 이 사실은 그가 Kaiser사의 적극적 평등실현조치를 진정한 의미의 자발적인 적극적 평등실현조치로 생각하지 않는 것으로 볼 수 있다.

284) 동 사건은 사기업과 노동조합이 단체협약을 통해 자발적으로 적극적 평등실현조치를 실시하는 것을 민권법 제VII편이 허용하고 있다고 인정한 최초의 판결이며, 특히 동 사건에서 제시된 합법성 요건은 뒤에 나온 Cleveland 사건과 Johnson 사건 등 공공기관에 의해 채택된 적극적 평등실현조치에도 영향을 미쳤다는 점에서 그 의의가 있다.

285) *Sheet Metal Workers v. EEOC*, 478 U.S. 421 (1986).

가. 사건개요²⁸⁶⁾

상고인인 국제판금공협회 제28지부(Local 28 of the Sheet Metal Workers' International Association)는 뉴욕지역의 정부조달업자에게 고용된 판금공(a Sheet Metal Worker)들을 대표하는 노동조합이고, 상고인인 공동실습위원회 제28지부(Local 28 Joint Apprenticeship Committee : JAC)는 판금기술을 가르치기 위한 4년간의 실습생훈련계획을 실시하고 있는 노사위원회이다. 실습생들이 이 프로그램에 등록을 해서 훈련을 이수하면, 제28지부의 숙련공회원(journeyman members)이 된다. 즉, 프로그램의 이수가 노동조합원 자격을 획득하는 주요한 수단이다.

1975년에, 지방법원은 상고인들이 채용·선발·훈련·노조가입에 있어서 비백인에 대한 차별을 했기 때문에 1964년 민권법 제VII편과 New York주의 법을 위반했다고 판시했다. 이 판결에서 지방법원은 차별적 관례를 중지할 것을 상고인들에게 명령했고, New York시의 관련 노동인력시장에서의 비백인의 비율에 기초해서 노조원의 29%를 비백인으로 구성할 것을 목표로 설정했고, 1981년 7월까지 그것을 달성하도록 상고인들에게 명령했다. 또한 지방법원은 법원이 임명한 집행관의 감독 하에서 이 목표를 달성하기 위해 고안된 절차를 이행할 것을 상고인들에게 명령했다.²⁸⁷⁾ 그에 따라, 집행관은 적극적 평등실현조치 프로그램을 제시했고 지방법원이 이를 승인했다.²⁸⁸⁾

항소법원은 약간의 수정을 조건으로 동 프로그램을 승인했고,²⁸⁹⁾ 항소법원의 요구에 따라, 지방법원은 수정된 적극적 평등실현조치 프로그램을 승인하면서 29%의 목표달성 기한을 1년 연장했고, 항소법원은 다시 동 프로그램을 승인했다.²⁹⁰⁾

그런데 상고인들이 동 프로그램에 따르지 않자, New York주와 시는 법정모독죄로 고소했고, 1982년에 지방법원은 이전의 명령에 대한 불복종을 이유로 상고

286) *Id.*, at 427-441.

287) EEOC v. Local 638, 401 F. Supp. 467 (S.D. N.Y. 1975).

288) EEOC v. Local 638, 421 F. Supp. 603 (S.D. N.Y. 1975).

289) EEOC v. Local 638, 532 F.2d 821 (2d Cir. 1976).

290) EEOC v. Local 638, 565 F.2d 31 (2d Cir. 1977).

인들의 법정모독에 대해 유죄를 판결했다. 또한 지방법원은 ‘특별고용·훈련·교육·채용기금(a special Employment, Training, Education, and Recruitment Fund)’에 적립될 150,000달러의 벌금을 부과했고, 이 기금을 노조원 자격과 훈련생프로그램에서의 비백인의 증가를 위해 사용하도록 했다. 1983년에 지방법원은 1987년 8월까지 비백인 노조원 비율을 29.23%까지 달성하도록 하는 수정된 적극적 평등실현조치 프로그램을 명령했다. 이에 대해, 항소법원은 지방법원의 법정모독죄 판결과 법정모독죄에 대한 구제책으로써의 벌금 그리고 수정된 적극적 평등실현조치 프로그램을 지지하면서, 29.23%라는 목표는 적절하며 민권법 제VII편 및 헌법에 위반되지 않는다고 판시했다.²⁹¹⁾

이에, 상고인들은 i) 지방법원이 부정확한 통계자료에 기초했고, ii) 지방법원에 의해 명령된 법정모독죄에 대한 구제책(벌금부과와 기금조성)은 본질적으로 형사적인 것인데, 적법절차에 따르지 않고 부과되었고, iii) 조합원 자격과 관련된 관례를 감독하기 위한 집행관의 임명은 노동조합의 자율권을 침해한 것이며, iv) 조합원 자격의 목표제와 기금은 상고인에 의한 불법적 차별의 확인된 희생자가 아닌 사람에게 인종의식적 우선책을 확장하고 있기 때문에 민권법 제VII편 하에서 이용할 수 있는 구제책의 범위를 넘어서는 것이라고 주장하면서, 연방대법원에 사건이송명령을 신청했고, 대법원이 이를 수락해서 동 사건을 심리·판결을 하게 되었다.

나. 판결요지

(1) 상대적 다수의견

법정의견을 개진한 Brennan 대법관(Marshall, Blackmun, Stevens 대법관이 동조)은 i) 상고인의 노조원 자격과 관련된 관례를 평가함에 있어서, 지방법원은 부정확한 통계증거를 사용하지 않았다는 점,²⁹²⁾ ii) 법정모독에 대한 벌금과 기금 조성 명령은 모욕적인 행위를 이유로 상고인들을 처벌하기 위한 형사적인 성격의 것이 아니라 지방법원의 명령에 대한 준수를 강제하기 위해 고안되었기 때문에

291) EEOC v. Local 638, 753 F.2d 1172 (2d Cir. 1985).

292) Sheet Metal Workers v. EEOC, 478 U.S. 421 (1986), at 440-442.

민사상의 법정모독에 대한 적절한 구제책이라는 점,²⁹³⁾ iii) 법원의 명령에 대한 준수 여부를 감독함에 있어서 어려운 점이 있다는 것과 상고인들이 이전의 주법원 및 연방법원의 명령에 저항한 확실한 기록이 있다는 것에 비추어 볼 때, 명령에 대한 준수 여부를 감독하기 위한 집행관의 임명은 지방법원의 재량권 내에 있는 적절한 것이며, 집행관이 상고인들의 노조원 자격과 관련된 기능을 간섭할 수도 있지만 그러한 간섭은 상고인들의 차별적인 방법을 종료시키기 위해 필요하다는 점²⁹⁴⁾ 등의 이유를 들면서, 상고인들의 위법 주장을 간단히 기각했다.

또한, 그는 적절한 상황²⁹⁵⁾ 하에서 지방법원은 민권법 제VII편 위반에 대한 구제책으로 실제희생자가 아닌 사람에게 이익을 주는 우선적 구제를 명령할 수 있다는 전제 하에서, i) 지방법원과 항소법원은 조합원 자격에 관한 목표와 기금조성 명령이 상고인에 의한 현저한 차별을 구제하기 위해 필수적이라는 것에 동의했고, ii) 지방법원은 조합원 자격에 관한 목표를 엄격한 인종적 할당으로 설정한 것이 아니라 법원의 명령에 대한 상고인의 준수 여부를 측정할 수 있는 수단으로 설정했고, iii) 조합원 자격에 관한 목표와 기금조성 명령이 임시적인 조치이고, iv) 백인 피고용인의 이익에 대해 불필요한 족쇄가 아니기 때문에 지방법원에 의해 명령된 구제책은 적절하다고 판단했다.²⁹⁶⁾

또한, 그는 동 조치가 수정헌법 제5조 적법절차조항의 구성요소인 평등보호에 위반되는지에 관해, 지방법원의 명령은 과거 차별을 구제함에 있어서 정부의 불가피한 이익을 증진하기 위해 적절하고 엄밀히 재단되었고, 그 결과, 지방법원의 명령은 어떠한 심사기준에 의하더라도 수정헌법 제5조 적법절차조항의 평등보호에 위반되지 않는다고 판단했다.²⁹⁷⁾

293) *Id.*, at 442-444.

294) *Id.*, at 481-482.

295) 그는 이러한 경우로 i) 고용주나 노동조합이 완고하거나 현저한 차별(persistent or egregious discrimination)을 사용해 온 경우와 ii) 광범위한 차별의 오래된 효과(the lingering effects of pervasive discrimination)를 일소할 필요가 있는 경우를 들고 있다(at 446). 특히, 그는 고용주나 노동조합이 지속적이거나 현저한 차별을 사용해 온 경우, 차별에 대한 민권법 제VII편의 금지를 단순히 반복하는 금지명령은 쓸모없는 것으로 판명날 수 있고, 끝없는 소송을 야기할 것이기 때문에 그러한 경우에는 노동인력시장에서의 자격을 갖춘 소수인종의 숫자와 대략적으로 비례하는 유자격의 소수인종을 고용 및 가입하도록 고용주나 노동조합에게 요구하는 것은, 민권법 제VII편에 의해 보호된 권리의 충분한 향유를 보장하는 효과적인 유일한 방법이 될 것이라고 주장했다. *Id.*, at 449-450.

296) *Id.*, at 444-479.

297) *Id.*, at 479-481.

한편, Powell 대법관은 동사건과 같이 민권법 제VII편에 대한 중대한 위반의 역사가 있는 경우에는 금지명령만으로는 침해구제에 불충분할 수 있기 때문에 구제책은 과거 차별의 실제희생자에게만 이익을 주는 것으로 제한되어야 할 필요가 없다고 주장했다.²⁹⁸⁾ 또한, 그는 호의적인 인종분류에도 엄격한 심사기준이 적용되어야 하지만, 동 사건의 경우 i) 상고인들의 차별의 역사를 고려하면 다른 효과적인 구제책을 이용할 가능성이 없다는 점, ii) 조합원 자격과 관련된 목표는 관련 노동인력시장에서의 비백인의 비율을 고려하여 잠정적으로 설정되었다는 점, iii) 비소수인종에게 직접적으로 부담을 지운다는 기록도 없다는 점 등을 이유로 들면서, 기금조성과 노조원 자격에 관한 목표를 설정한 동 사건의 명령은 상고인들에 의한 차별의 종식이라는 불가피한 정부적 목적을 위해 엄밀히 재단되었고, 그 결과, 수정헌법 제5조 적법절차조항의 평등보호부분에 위반되지 않는다고 주장했다.²⁹⁹⁾

(2) 반대의견

Rehnquist 대법관(Burger 대법관이 참여)은 과거 차별의 실제희생자에 대해서만 법원이 명령을 통해 구제책을 제공할 수 있는 것으로 민권법 제VII편 제 706(g)조300)를 해석하면서 다수의견에 반대했다.³⁰¹⁾

한편, O'Connor와 White 대법관은 일정한 경우에는 법원이 민권법 제706(g)조 하에서 과거 차별의 실제희생자가 아닌 사람에게 인종우선책을 명령할 수 있지만,

298) *Id.*, at 483-484.

299) *Id.*, at 484-489.

300) The Civil Rights Act of 1964 § 706(g), 86 Stat. 107, 42 U.S.C. § 2000e-5(g). 동 조항은 “만약 피고가 제소된 불법적인 고용관례를 의도적으로 사용해 왔거나 의도적으로 사용하고 있다는 점을 법원이 인정한다면, 법원은 피고가 그러한 불법적인 고용관례를 사용하는 것을 금지시킬 수 있으며, 소급급여를 지급하거나 지급하지 않는 피고용인의 복직 또는 고용을 포함하여 적절한 적극적 평등실현 조치를 명령하거나 기타 법원이 적절하다고 인정한 형평법상의 구제를 명령할 수 있다. 만약 개인이 인종·피부색·종교·성별·출신국가를 이유로 한 차별 또는 이 편의 제704(a)조의 위반 이외의 사유로, (노동조합원으로서의) 가입거부·권리행사정지·제명 또는 (피고용인으로서의) 고용거부·승진거부 또는 급여지급정지·해고된 경우에는, 법원의 명령은 노동조합원으로서의 개인의 가입·복직 또는 피고용인으로서의 개인의 고용·복직·승진 또는 그에 대한 소급급여의 지급을 요구할 수 없다.”라고 규정하고 있다.

301) *Sheet Metal Workers v. EEOC*, 478 U.S. 421 (1986), at 501.

동 사건의 명령은 사실상의 인종적 할당에 해당되기 때문에 허용되지 않는다고 주장했다.³⁰²⁾

3. 1986년 CLEVELAND 사건³⁰³⁾

가. 사건개요³⁰⁴⁾

Cleveland시에 의해 고용된 흑인·히스패닉계 소방관들의 조직인 Vanguard는 1980년 10월 연방지방법원에 집단소송을 제기했다. 그들은 시와 시공무원들이 1964년 민권법 제VII편에 위반하여 소방관의 해고·배치·승진에 있어서 인종 및 출신국가에 근거해서 차별을 했다고 주장했다. 1981년 4월에 Cleveland시 소방관의 다수를 대표하는 ‘국제소방관연합 93지회(Local Number 93 of the International Association of Fire Fighters : Local 93)가 연방민사소송규칙에 따라 소송참가를 신청했고, 지방법원이 이를 승인했다.

Vanguard의 소송제기 당시, Cleveland시는 이미 유사한 다른 소송³⁰⁵⁾에서 패소했기 때문에 소송절차의 무리한 진행보다는 진지한 화해를 위한 노력, 즉 동의 판결을 받기 위한 노력을 했다. 그 결과, 지방법원은 1983년 1월 소방관 승진에 있어서의 인종의식적 구제와 기타 적극적 평등실현조치의 사용을 내용으로 하는 동의판결을 승인했지만, Local 93이 이의를 제기했다.

항소법원은 제1심법원의 판결을 지지하면서, 인종의식적 구제의 사용은 비합리적이라는 Local 93의 주장을 기각했다. 항소법원은 시가 차별을 사용했다는 명백한 승인과 지방법원에 제출된 통계적 증거에 의해 그러한 구제는 정당화된다고 판시했다. 또한 항소법원은 i) 계획이 자격없는 소수인종 소방관의 고용이나 비소수인종 소방관의 해고를 요구하는 것이 아니라는 사실과 ii) 계획이 비소수인

302) Sheet Metal Workers v. EEOC, 478 U.S. 421 (1986), at 490-500.

303) Fire Fighters v. Cleveland, 478 U.S. 501 (1986).

304) *Id.*, at 505-516.

305) Shield Club v. City of Cleveland, 370 F. Supp. 251 (N.D. OH. 1972); Headen v. City of Cleveland, No. C73-330 (N.D. OH., Apr. 25, 1975).

중 피고용인의 출세에 절대적인 장벽을 창설하지 않는다는 사실에 비추어 보면, 계획의 목적은 적절히 제한된 것이며, 그에 따라 동의판결은 비소수인종 소방관에게 공정하고 합리적인 것이라고 판시했다.³⁰⁶⁾ 한편, 항소법원에서의 심리 중 대법원이 Stotts 사건³⁰⁷⁾을 판결했기 때문에 항소법원은 당사들에게 추가적 이유서를 제출할 것을 요구했다.³⁰⁸⁾ 하지만 항소법원은 최종적으로 Stotts 사건이 현재 사건의 결과에 영향을 미치지 않는다고 판결했다. 항소법원은 Stotts 사건에서는 지방법원이 시의 반대를 무릅쓰고 해고를 요구하는 금지명령을 발한 반면, 현재 사건은 Cleveland시가 계획에 동의하고 있다는 점을 언급하면서, 비록 Stotts 사건에서 민권법 제VII편이 차별의 실제희생자가 아닌 사람에 대한 구제를 제한하고 있다고 판시했다고 하더라도, 현재 사건이 금지명령(injunction)이 아니라 동의판결(consent decree)과 관련되었다는 사실은 Stotts 사건의 법적 기초를 현재 사건에 적용할 수 없게 만든다고 판시했다.³⁰⁹⁾

이에 Local 93은 지방법원의 동의판결이 민권법 제706(g)조³¹⁰⁾의 마지막 문장의 명백한 금지를 무시하고 있다고 주장하면서, 대법원에 사건이송명령을 신청했다. Local 93은 민권법 제706(g)조의 마지막 문장은 민권법 제VII편 하에서 차별의 실제희생자가 아닌 사람에게 이익을 주는 구제를 부여하는 것을 금지하고 있으며, ‘법원의 명령은 그러한 구제를 제공하지 않는다’는 말은 금지명령 뿐만 아니라 동의판결에도 적용된다고 주장했다.³¹¹⁾

306) *Vanguards of Cleveland v. City of Cleveland*, 753 F.2d 479 (6th Cir. 1985), at 485.

307) *Fire Fighters v. Stotts*, 467 U.S. 561 (1984).

308) *Vanguards of Cleveland v. City of Cleveland*, 753 F.2d 479 (6th Cir. 1985), at 485-486.

309) *Id.*, at 486.

310) The Civil Rights Act of 1964 § 706(g), 86 Stat. 107, 42 U.S.C. § 2000e-5(g). 동 조항은 “만약 피고가 제소된 불법적인 고용관례를 의도적으로 사용해 왔거나 의도적으로 사용하고 있다는 점을 법원이 인정한다면, 법원은 피고가 그러한 불법적인 고용관례를 사용하는 것을 금지시킬 수 있으며, 소급급여를 지급하거나 지급하지 않는 피고용인의 복직 또는 고용을 포함하여 적절한 적극적 평등실현 조치를 명령하거나 기타 법원이 적절하다고 인정한 형평법상의 구제를 명령할 수 있다. 만약 개인이 인종·피부색·종교·성별·출신국가를 이유로 한 차별 또는 이 편의 제704(a)조의 위반 이외의 사유로, (노동조합원으로서의) 가입거부·권리행사정지·제명 또는 (피고용인으로서의) 고용거부·승진거부 또는 급여지급정지·해고된 경우에는, 법원의 명령은 노동조합원으로서의 개인의 가입·복직 또는 피고용인으로서의 개인의 고용·복직·승진 또는 그에 대한 소급급여의 지급을 요구할 수 없다.”라고 규정하고 있다.

311) *Fire Fighters v. Cleveland*, 478 U.S. 501 (1986), at 515.

나. 판결요지

(1) 다수의견

법정의견을 개진한 Brennan 대법관(Marshall, Blackmun, Powell, Stevens, O'Connor 대법관이 동조)은 민권법 제VII편 제706(g)조는 차별의 실제희생자가 아닌 사람에게 이익을 줄 수 있는 이 사건 동의판결의 실시를 배제하지 않는다고 주장했다.

우선, 그는 Weber 사건³¹²⁾을 인용하면서, 인종차별의 제거를 추구하는 고용주와 노동조합이 이용할 수 있는 자발적 행위는 그 차별의 실제희생자가 아닌 사람에게 이익을 주는 합리적인 인종의식적 구제를 포함시킬 수 있다고 주장했다.³¹³⁾ 그는 Weber 사건은 동의판결이 아니라 순수한 사적인 합의를 포함하고 있긴 하지만, 자발적 합의는 동의판결로 구체화되기 때문에 동의판결에서 취해진 자발적 행위와 소송외적으로 취해진 자발적 행위를 구분할 이유는 없으며, 그 결과, Weber 사건에서 허용될 수 있다고 판시된 그러한 자발적인 인종의식적 구제조치가 이 사건에서 민권법 제VII편에 의해 허용될 수 없는 것으로 생각되지 않는다고 주장했다.³¹⁴⁾ 또한 그는 차별 이외의 이유 때문에 고용 또는 승진이 거절된 사람의 고용과 승진을 요구하는 명령을 법원이 발하는 것을 배제하고 있는 민권법 제706(g)조의 마지막 문장은 동의판결에는 적용되지 않는다고 주장했다. 즉, 그는 동의판결의 가장 기본적인 특징은 자발적 성격이기 때문에 동의판결은 강제적인 사법적 판결을 의미하는 제706(g)조의 '명령(order)'에 포함되지 않는다고 주장했다.³¹⁵⁾

한편, 그는 동의판결이 상고인(Local 93)의 동의없이 실시되었다는 사실은 유효성에 영향을 미치지 않는다고 주장했다. 즉, 그는 i) 소송참가자는 동의판결을 승인할 것인지 여부에 대한 심리에서 증거를 제출할 권리와 반대신문을 할 권리를 가지지만, 동의를 보류할 통해 판결을 막을 권한을 가지고 있지 않다는 것과

312) Steel Workers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979).

313) Fire Fighters v. Cleveland, 478 U.S. 501 (1986), at 516-518.

314) *Id.*, at 518-519.

315) *Id.*, at 519-524.

ii) 이 동의판결이 상고인(Local 93)에게 법적 의무나 책임을 부과하지 않기 때문에 상고인을 구속하지 않는다는 것 등을 이유로 상고인(Local 93)의 동의없는 동의판결도 유효하고 주장했다.³¹⁶⁾

(2) 반대의견

White 대법관은 민권법 제706(g)조의 제한은 강제명령뿐만 아니라 동의판결에도 적용되기 때문에 동의판결의 경우에도 과거차별의 사실확인이 요구되며, 그 결과, 과거차별의 실제희생자가 아닌 사람에게 혜택을 주는 것을 내용으로 하는 동의판결은 허용되지 않는다고 주장했다. 또한 그는 지방법원이 금지적 구제만으로는 치유될 수 없다고 결론을 내린 ‘특별히 현저한 행위(particularly egregious conduct)’가 있는 경우에는 차별의 실제희생자가 아닌 사람에게 혜택을 줄 수 있다고 주장한 Sheet Metal Workers 사건에서의 Brennan 대법관의 견해에 동조하지만, 이 사건에는 그러한 ‘특별히 현저한 행위’가 없다고 주장했다.³¹⁷⁾

Rehnquist 대법관(Burger 대법관이 동조)은 동의판결이 강제명령과 다르다는 다수의견에 반대했다. 그는 “판결이 당사자 간의 계약이 아니라는 사실은 여전하고; 법원은 계약의 적절한 기록인이 아니라 사법적 결정을 하기 위해 조직된 국가기관”이며, “동의판결을 채택할 지방법원의 권한은 판결에 대한 당사자의 동의에서 나오는 것이 아니라 판결이 실행될 것으로 예정된 법령에서 나온다.”고 판시한 Wright 사건³¹⁸⁾을 인용하면서, 자발적 합의에 기초한 동의판결도 강제명령과 마찬가지로 제706(g)조의 제한을 받는다고 주장했다.³¹⁹⁾ 또한 그는 이 사건의 동의판결은 노동조합의 반대에도 불구하고 채택된 것이기 때문에 다수의견의 자발적이라는 주장은 위선이라고 주장했다.³²⁰⁾

316) *Id.*, at 528-530.

317) *Id.*, at 532-536.

318) *Railway Employees v. Wright*, 364 U.S. 642, 651 (1961).

319) *Fire Fighters v. Cleveland*, 478 U.S. 501 (1986), at 536-546.

320) *Id.*, at 538.

4. 1987년 PARADISE 사건³²¹⁾

가. 사건개요³²²⁾

1972년에, 전국유색인지위향상연합회(the National Association for the Advancement of Colored People : NAACP)는 Alabama주 공안국(Department of Public Safety)이 오랫동안 흑인을 임용에서 제외시켰다고 주장하면서 소송을 제기했다.³²³⁾ 이에 대해, 연방지방법원은 공안국의 차별을 인정했고, 주 기동경관직(the state trooper force)에서 흑인의 비율이 25%에 이를 때까지 백인과 흑인을 1대 1로 임용할 것과 승진을 포함한 고용관례에 있어서 인종을 이유로 차별하지 말 것을 요구하는 명령을 발동했고,³²⁴⁾ 항소법원도 이를 인정했다.³²⁵⁾

1977년 9월에 공안국의 승진관례를 주로 문제삼아서 다시 소송이 제기되자, 1979년 2월에 지방법원은 i) 공안국이 1년 내에 경장(corporal)승진을 원하는 흑인에게 불리한 영향을 주지 않는 승진절차를 마련할 것, ii) 그 승진절차는 1978년의 피고용인선발절차에 관한 통일지침(the 1978 Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures)에 따를 것, iii) 그 절차가 경장직에서 자리를 잡으면, 기타 상위직을 위한 유사한 절차를 마련할 것 등을 내용으로 하는 동의판결을 승인했다(1979년 동의판결). 그러나 이 동의판결에서 제시한 기한이 1년 이상 경과한 후에도 승진된 흑인경관이 없자, 1981년에 지방법원은 i) 공안국이 제안된 승진절차를 시행할 것, ii) 승진절차가 흑인에게 불리한 영향을 갖고 있는지 여부를 판단하기 위해 승진절차의 결과가 검토될 것, iii) 당사자들이 승진절차에 관해 동의할 수 없다고 주장하면 그 판단을 위해 지방법원에 제출될 것, iv) 당사자가 서면으로 동의하거나 승진절차가 흑인에게 불리한 영향을 가지고 있지 않다고 법원이 결정할 때까지 승진을 유예할 것 등을 내용으로 하는 2번째 동의판결을 승인했다.

321) *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987).

322) *Id.*, at 154-167.

323) 미국정부가 원고측 당사자로 소송에 참여했고, Phillip Paradise가 흑인 원고집단을 대표했다.

324) *NAACP v. Allen*, 340 F. Supp. 703 (M.D. AL. 1972).

325) *NAACP v. Allen*, 493 F.2d 614 (5th Cir. 1974).

동의판결에 따라 경장승진시험이 실시되었고, 시험에 응시한 262명 중 60명이 흑인이었는데, 흑인 중 오직 5명(8.3%)만이 승진예정자 목록의 상위 50%에 등재되었고, 최상위 성적을 받은 흑인은 80등이었다. 공안국은 8-10명의 새로운 경장이 즉시 필요하며, 새로운 승진 목록을 작성하기 전에 16-20명을 승진시킬 의사를 나타냈다. 이에 대해, 미국정부가 승진 목록의 사용을 거절하면서 새로운 제안(승진절차)을 요구했지만, 공안국은 새로운 제안을 제시하지 않았고 승진도 하지 않았다.

상황이 이렇게 되자, 1983년 4월에 원고들은 2개의 동의판결의 집행을 지방법원에 요구했고, 그 해 10월에 지방법원은 공안국의 선발절차가 흑인에게 불리한 영향을 미친다고 판시함과 동시에 불리한 인종적 영향을 갖지 않는 방법으로 자격있는 후보자 중에서 최소 15명을 선발하는 경장승진계획을 11월까지 제출하도록 공안국에 명령했다.³²⁶⁾ 이에 공안국은 흑인 4명이 포함된 15명에 대한 승진계획을 제출했지만, 지방법원을 이를 거부하면서 새로운 구제명령을 발동했다. 즉, 1983년 12월에 지방법원은 자격을 갖춘 흑인 후보자가 있는 경우에는 경장승진의 최소 50%를 흑인에게 부여해야 한다고 판시했다. 또한, 지방법원은 i) 자격을 갖춘 흑인 후보자가 있고, ii) 특정 직급에서의 흑인비율이 25% 이하이고, iii) 공안국이 관련 직급에 불리한 영향이 없는 승진계획을 개발·시행하지 않는다면, 기타 상위직의 승진에 있어서도 최소 50%를 흑인에게 부여하는 새로운 구제명령을 내릴 것이라고 판시했다.³²⁷⁾

지방법원의 이 판결취지에 맞게 공안국은 새로운 승진계획을 마련했지만, 오히려 원고 측의 입장을 옹호했던 미국정부가 수정헌법 제14조 위반을 이유로 지방법원의 판결에 대해 항소했다. 항소법원은 동 사건의 구제가 과거차별의 현재 효과를 구제하기 위해 고안되었고, 그 구제는 공안국 상위직에 있어서의 현저하고 지속적인 인종적 불균형(the egregious and longstanding racial imbalances)의 구제라는 목적을 달성하기 위해 필요한 것 이상으로 확장되지는 않은 것으로 보인다고 판시하면서, 지방법원의 판결을 지지했다.³²⁸⁾ 이에, 미국정부가 연방대법원에 사건이송명령을 신청했고, 대법원이 사건이송명령을 발해 동 사건을 심리·판결

326) Paradise v. Prescott, 580 F. Supp. 171 (M.D. AL. 1983), at 174-175.

327) Paradise v. Prescott, 585 F. Supp. 72 (M.D. AL. 1983), at 75-76

328) Paradise v. Prescott, 767 F.2d 1514 (11th Cir. 1985), at 1532-1533.

하게 되었다.

나. 판결요지

(1) 상대적 다수의견

법정의견을 개진한 Brennan 대법관(Marshall, Blackmun, Powell³²⁹) 대법관이 참여)은 동 사건의 경우 심사기준에 대한 합의는 없지만, 엄격심사기준에 의하더라도 합헌이라고 주장했다.

우선, 그는 지방법원의 명령이 불가피한 정부적 이익에 의해 정당화되는지에 관해 판단했는데, 그는 i) 거의 40년간 공안국이 흑인배제를 했다는 하급법원의 판결과 ii) 공안국의 광범위하고 조직적이고 완고한 차별행위가 지방법원에 의한 인종의식적 구제에 대한 충분한 필요와 확고한 정당성을 만들었다는 미국정부의 사실인정이 있다는 점에 비추어 볼 때, 지방법원의 명령에 의해 공안국의 차별적인 흑인배제를 제거할 불가피한 정부적 이익이 있다고 주장했다.³³⁰ 또한, 그는 지방법원의 집행명령은 차별적 관례를 근절이라는 정부적 이익뿐만 아니라 연방 법원판결의 준수라는 사회적 이익에 의해서도 지지된다고 주장했다.³³¹

다음으로, 그는 지방법원의 집행명령(1대1 승진요건)이 목적달성을 위해 엄밀히 재단되었는지에 관해 판단했다. 이 판단을 함에 있어서, 그는 i) 구제책의 필요성과 대안적 구제책의 효과성, ii) 면제조항의 이용가능성을 포함한 구제책의 유연성과 존속기한, iii) 관련 노동시장과 수적 목표의 관계, iv) 제3자의 권리에 대한 영향 등을 검토해야 한다고 주장했다.³³² 첫째, 구제책의 필요성과 대안적 구제책의 효과성에 관해, 1대1 요건의 목적은 i) 상위 직급에서의 절대적 흑인배

329) Powell 대법관은 엄격심사기준을 적용해야 한다고 주장했고, 특히, 적극적 평등실현조치가 그 목적을 달성하기 위해 엄밀히 고안되었는지 여부를 판단함에 있어서는, i) 대안적 구제책의 효과성, ii) 구제책의 예정 존속기한, iii) 고용될 소수자집단 노동자의 비율과 관련 인구 또는 노동인력에서의 소수자집단 구성원의 비율과의 관계, iv) 고용계획이 충족될 수 없을 경우에 면제조항의 이용가능성, v) 무고한 제3자에 대한 효과라는 5개의 요소를 고려해야 한다고 주장했다. *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987), at 188.

330) *Id.*, at 168.

331) *Id.*, at 171.

332) *Id.*, at 172.

제를 포함한 공안국의 오랫동안의 광범위한 차별의 효과를 제거하기 위한 것, ii) 불리한 인종적 영향이 없는 승진절차의 이행을 유도하고 있는 1979년과 1981년의 동의판결에 대한 신속한 준수를 보장하기 위한 것, 그리고 iii) 그러한 절차를 개발함에 있어서의 공안국의 지연이라는 잘못된 결과를 제거하기 위한 것인데,³³³⁾ 공안국과 미국정부에 의해 제시된 대안적 구제책은 위의 목적달성에 효과적이지 못하다고 주장했다. 즉, i) 공안국에 의해 제시된 옵션 - 미봉책으로 흑인 4명과 백인 11명의 승진, 비차별적 절차의 개발 및 제출을 위한 추가적 시간의 허용 - 은 위의 목적 중 어느 것도 충족시키지 않으며, ii) 미국정부에 의해 대안으로 제안된 무거운 벌금과 과태료도 효과적이지 않다고³³⁴⁾ 주장했다.³³⁵⁾ 둘째, 구제책의 유연성과 존속기한에 관해, 구제책(1대1 요건)은 i) 공안국에게 불필요한 승진을 요구하지 않으며, ii) 만약 자격을 갖는 흑인경관이 없는 경우에는 법원에 의해 면제될 수 있고, iii) 공안국이 타당한 승진절차를 성공적 실시하면 종료되기 때문에 탄력적이고 잠정적이라고 주장했다.³³⁶⁾ 셋째, 관련 노동시장과 수적 목표의 관계에 관해, i) 흑인이 관련 노동시장의 25%를 구성한다는 사실에 입각해서 각 직급의 25%가 흑인으로 구성될 때까지 50%의 흑인승진을 지방법원이 명령했기 때문에 구제책의 수적 목표는 관련 노동시장에서의 흑인 비율과 적절한 관계를 가지고 있으며, ii) 50%라는 숫자는 그 자체가 목표가 아니라 단지 25% 목표를 달성함에 있어서의 신속성(speed)을 보장하기 위한 것이기 때문에 1대1 요건은 독단적인 것이 아니라고 주장했다.³³⁷⁾ 넷째, 제3자의 권리에 대한 영향에 관해, 구제책은 i) 그 성질상 잠정적·제한적이며, ii) 백인의 승진을 단지 연기만 할뿐 금지하지 않으며, iii) 백인의 일시해고나 해고를 요구하지도 않으며, iv) 자격있는 백인보다 우선하여 자격없는 흑인의 승진을 요구하지도 않기 때문에 무고한 백인에게 수인할 수 없는 과도한 부담을 부과하지 않는다고 주장했

333) *Id.*, at 172-173.

334) 그는 무거운 벌금과 과태료의 부과라는 대안은 i) 실제로 지방법원에 제시되지 않았고, ii) 과거의 변호사 비용의 부과가 지연을 방지하지 않았다는 점에 비추어 보면 효과적일 것 같지 않고, iii) 지연에 대해 원고들을 보상하지 않으며, iv) 15명의 즉시 승진이라는 공안국의 필요를 충족시키지 않는다고 판단했다. *Id.*, at 175-176.

335) *Id.*, at 173-177.

336) *Id.*, at 177-178.

337) *Id.*, at 179-182.

다.³³⁸⁾

마지막으로, 그는 지방법원판사가 수정헌법 제14조 위반을 치유할 적절한 구제책을 만들 광범위한 재량권을 부여받고 있으며, 그 재량권의 행사는 실질적인 존중을 받는다고 주장했다.³³⁹⁾

한편, 별도의 동조의견을 제시한 Stevens 대법관은 지방법원판사가 광범위한 재량권을 가지기 때문에 지방법원의 명령을 심사함에 있어서는 보다 완화된 심사를 해야 한다고 주장했다.³⁴⁰⁾

(2) 반대의견

반대의견을 개진한 White은, 별도의 설명을 하지 않은 채, 지방법원이 이 사건에서의 구제책을 고안함에 있어서 그들의 정당한 권한을 남용했다고 주장했다.³⁴¹⁾

한편, O'Connor 대법관(Rehnquist, Scalia 대법관이 참여)은 인종분류가 역사적으로 정부적 차별을 받아 온 집단에 대해 사용되었다는 이유는 수정헌법 제14조에 대한 심사기준을 변경시키지는 않는다고 하면서, 엄격심사의 적용을 주장했다. 그러면서, 그는 공안국에 의한 과거 및 현재의 차별을 구제하는데 있어서 연방정부는 불가피한 이익을 가지고 있고, 또한 지방법원은 공안국의 현저한 차별의 역사를 종료시키기 위해 고안된 구제책을 수정할 권한을 가지고 있지만, 법원이 사용한 방법은 엄밀히 고안되지 않았다고 주장했다. 특히 그는 1대1 승진의 목적은 과거의 차별에 대한 구제에 있는 것이 아니라 공안국에게 비차별적인 승진절차를 개발하도록 강제하는 것인데,³⁴²⁾ 무고한 백인경관의 권리에 작은 영향을 미치면서 그 목적을 달성할 수 있는 대안이 있음에도 불구하고,³⁴³⁾ 지방법원이 이를 고

338) *Id.*, at 182-183.

339) *Id.*, at 184-185.

340) *Id.*, at 186-195.

341) *Id.*, at 196.

342) 그는 만약 법원의 명령이 공안국의 지연의 효과를 제거하기 위해 고안되었다면, 지방법원은 공안국이 동의판결을 준수한 후에도 1대1 승진요건을 계속해서 사용했어야 했다고 주장했다. *Id.*, at 199.

343) 그는 대안으로 i) 지방법원이 동의판결의 조건을 충족하는 승진절차를 개발하기 위해 관리인(trustee)을 임명하고, 공안국이 동의판결에 따른 승진절차를 개발할 때까지 관리인이 개발한 승진절차

려하지 않았기 때문에 엄밀히 재단되지 않았다고 주장했다.³⁴⁴⁾

5. 1987년 JOHNSON³⁴⁵⁾

가. 사건개요³⁴⁶⁾

1978년에 Santa Clara 카운티는 교통국(Transportation Agency)을 위한 적극적 평등실현조치 계획을 자발적으로 채택했다. 그 계획은 여성이 과도하게 과소대표된 전통적으로 분리된 직종(a traditionally segregated job classification)에서 승진결정을 함에 있어서, 자격있는 지원자의 성을 하나의 요소로 고려할 수 있는 권한을 교통국이 가진다고 규정하고 있었다. 이에, 교통국은 교통국 내에서 여성이 과소대표되어 있다는 사실은 확인하고,³⁴⁷⁾ 지역노동인력에 있어서의 여성의 비율(36.4%)을 반영한 교통국의 노동인력의 달성을 장기적 목표로 설정했다. 그러나 자격있는 여성의 부족 등 여러 이유 때문에 장기적 목표의 달성이 비현실적이라는 것이 확인되자, 교통국은 매년 조정되는 단기적 목표를 설정했다. 그 목표에는 여성을 위한 고정된 할당제가 사용되지는 않았다.

1979년 12월, 교통국은 발차담당직의 승진에 결원이 있음을 공고했고, Joyce와 Johnson을 포함한 12명의 피고용인이 승진에 지원했다. 서류심사에서 Joyce와 Johnson을 포함한 9명이 적격으로 판단되어 1차 면접심사를 받았고, 심사결과 7명이 70점 이상의 점수를 받았는데, Johnson은 75점으로 2등이었고, Joyce는 73점으로 3등이었다. 그 후 3명의 교통국 감독관에 의해 7명에 대한 2차 면접심사가 실시되었고, 감독관들은 Johnson을 승진대상자로 추천했다. 한편, 2차 면접심사에 앞서, Joyce는 자신이 공평한 심사를 받지 않을 우려가 있다고 생각해서 ‘카

를 공안국에 적용시키는 방법과, ii) 지방법원이 공안국의 저항을 법정모독으로 판단해서, 벌금이나 기타 제재를 부과하는 방법을 제시했다. *Id.*, at 201.

344) *Id.*, at 197-202.

345) *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987).

346) *Id.*, at 621-627.

347) 여성이 지역노동시장의 36.4%를 차지함에도 불구하고, 교통국 피고용인의 22.4%만이 여성으로 구성되었다.

운터 적극적 평등실현조치 사무국(County's Affirmative Action Office)'과 접촉을 했고, 사무국은 교통국의 적극적 평등실현조치계획의 목적달성에 책임을 지고 있는 '교통국 적극적 평등실현조치 조정관(Agency's Affirmative Action Coordinator)'에게 연락을 취했다. 당시, 교통국이 모든 숙련직에서 여성을 고용하고 있지 않았으며 발차담당관으로 여성을 고용했던 사실이 없었기 때문에 조정관은 Joyce의 승진을 교통국장에게 추천했고, 최종적 선발권을 가진 교통국장은 숙고 후에 Joyce를 승진시켰다. 이에, Johnson은 교통국이 성에 근거해서 자신의 승진이 거절했기 때문에 민권법 제VII편을 위반했다고 주장하면서 소송을 제기했다.

지방법원은 Johnson이 Joyce보다 더 나은 자격을 갖췄고 Joyce의 성이 선발에 있어서 결정적 요소였다고 판단했다. 또한 지방법원은 교통국이 자신의 적극적 평등실현조치 계획에 근거해서 결정을 했기 때문에 Steel Workers v. Weber 사건³⁴⁸⁾에서 선언된 기준, 즉 '계획은 잠정적이어야 한다는 기준(criterion that the Plan be temporary)'이 동 계획의 유효성 평가에 적용되어야 한다고 하면서, 그 기준을 충족시키는 증거가 없다는 것을 이유로 교통국의 계획을 무효로 판단했다. 한편, 항소법원은 지역노동인력을 반영한 교통국의 노동인력을 '유지(maintenance)'하는 것이 계획의 목표가 아니라 노동인력을 '달성(attainment)'하는 것이 계획의 목표이기 때문에 계획의 명확한 존속기한의 부재(the absence of an express termination date)는 결정적이지 않다고 판시했다. 또한, 항소법원은 계획이 소수인종이나 여성을 위한 고정된 비율을 설정하고 있지 않다는 사실이 상대적으로 명확한 존속기한을 포함시킬 필요성을 감소시켰다고 판시했다. 또한 항소법원은 교통국의 계획이 교통국의 노동인력에 있어서의 현저한 불균형을 시정하기 위해 채택되었고, 다른 피고용인의 권리를 불필요하게 방해하지 않으며, 그들의 출세에 절대적 장벽을 만들지도 않기 때문에 Joyce의 성을 고려한 교통국의 승진심사는 합법적이라고 판시했다.³⁴⁹⁾ 이에 상고인은 연방대법원에 상고했고, 대법원은 사건이송명령을 발해 동 사건을 심리·판결하게 되었다.

나. 판결요지

348) Steel Workers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979).

349) Johnson v. Transportation Agency, 770 F.2d 752 (9th Cir. 1985).

(1) 절대적 다수의견

법정의견을 개진한 Brennan 대법관(Marshall, Blackmun, Powell, Stevens 대법관이 참여)은 교통국의 계획이 민권법 제VII편에 위반되지 않는다고 판단했다.³⁵⁰⁾

그는 교통국 계획에 대한 적법성 평가는 Weber 사건의 결정에 의해 좌우되어야 하며, 그에 따라, 적극적 평등실현조치 계획의 채택을 정당화시키는 것을 추구하는 고용주는 자신의 과거의 차별적 관례를 증명할 필요는 없고, 단지 전통적으로 분리된 직종(traditionally segregated job categories)에의 현저한 불균형(a conspicuous imbalance)을 증명하면 되고, 고용주의 자발적인 행위는 작업장에서의 차별 효과의 제거라는 민권법 제VII편의 목적을 증진함에 있어서 결정적인 역할을 할 수 있으며, 민권법 VII편이 그러한 노력을 방해하는 것으로 해석되어서는 안 된다는 전제에서 논의를 전개했다.³⁵¹⁾

이러한 전제 하에서, 우선, 그는 숙련직 지원자의 성을 고려하는 것이 전통적으로 분리된 직종에서의 여성의 과소대표성(underrepresentation)을 반영한 명백한 불균형(manifest imbalance)의 존재에 의해 정당화된다고 하면서,³⁵²⁾ 특별한 전문 기술이나 교육훈련을 요구하는 직종의 경우에 있어서의 불균형의 존재 여부의 판단은 고용주의 노동인력과 관련 자격조건을 가진 지역노동인력 간의 비교를 통해 판단되어야 하며, 명백한 불균형(manifest imbalance)의 정도는 고용주의 차별을 '일응 추정(a prima facie)'할 정도까지 요구되는 것은 아니라고 했다.³⁵³⁾³⁵⁴⁾

350) 그는 동 사건 계획의 위법여부를 판단하기에 앞서 입증책임과 관련된 설시를 했다. 이 설시에서 그는 교통국 계획이 민권법 제VII편을 위반했다는 것을 증명할 입증책임은 상고인이 부담하며, 만약 원고가 인종 또는 성이 고용주의 고용결정에서 고려되었다는 '일응 추정된 사실(a prima facie case)'을 제시하면 입증책임은 고용주에게 전환되어 고용주는 적극적 평등실현조치계획의 존재와 같은 자신의 결정이 비차별적이라는 이유를 밝혀야 하고, 그렇게 되면 다시 입증책임이 원고에게 전환되어 원고는 그러한 계획이 무효이며 고용주의 정당성 주장은 핑계라는 것을 증명해야 한다고 설시했다. Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987), at 626-627.

351) *Id.*, at 627-630.

352) 그는 명백한 불균형(manifest imbalance)이 전통적으로 분리된 직종과 관련되어 있다는 요구는 i) 성 또는 인종이 고용차별의 효과의 제거라는 민권법 제VII편의 목적과 조화되는 방법으로 고려될 것이라는 확신(assurance)과 ii) 계획으로부터 이익을 받지 않는 피고용인의 이익이 부당하게 침해되지 않을 것이라는 확신을 제공한다고 주장했다. *Id.*, at 633.

353) 그는 자발적으로 채택된 적극적 평등실현조치계획에 대한 민법권 제VII편의 제약과 연방헌법의 제약이 동일한 것으로 간주되지 않기 때문에 현저한 불균형은 고용주의 차별을 '일응 추정(a prima fa-

다음으로, 그는 동 사건의 계획이 남성 피고용인의 권리에 대한 불필요한 족쇄나 그들의 출세에 대한 절대적 장벽을 만들지 않는다고 판단했다. 그는 i) 동 사건의 계획은 그 목적이 ‘반드시 달성해야 하는 할당(quotas that must be met)’으로 해석되어서는 안 된다고 명백히 규정하고 있다는 점, ii) 동 사건의 계획이 여성을 위한 어떤 직책도 유보하고 있지 않다는 점, iii) 승진이 부인된 상고인은 동일한 급여와 선임권을 가지고 고용을 유지하며 다른 승진을 위한 자격을 여전히 갖고 있다는 점을 고려하면, 동 사건의 계획은 남성 피고용인의 권리에 대한 불필요한 족쇄가 아니며, 그들의 출세에 대한 절대적 장벽을 만들지도 않는다고 판단했다. 또한 그는 교통국 디렉터가 특정한 직을 위해 자격있는 것으로 간주된 7명의 지원자 중 한명을 선발할 권한을 가지고 있기 때문에 상고인에 대한 승진거부는 정당하고 확고하게 뿌리박힌 기대(*legitimate, firmly rooted expectation*)를 침해하지도 않는다고 한다.³⁵⁵⁾ 한편, 그는 프로그램의 잠정성, 즉 종료시점이 없는 것에 관해, 만약 프로그램이 특정한 수에 따라 직책을 유보하고 있다면 프로그램이 잠정적이라는 것에 대한 명백한 보증이 필요할지도 모르지만, 동 사건의 경우 교통국이 그들의 노동인력에 있어서의 불균형을 제거하기 위해 적절하고 점진적인 접근(*a moderate, gradual approach*)을 추구하고 있기 때문에 잠정성의 문제는 큰 문제가 되지 않는다고 판단했다.³⁵⁶⁾

결론적으로, 그는 교통국이 승진결정에 있어서 Joyce의 성을 하나의 요소로 적절히 고려했고, 교통국의 계획은 교통국의 노동인력에 있어서의 소수인종과 여성의 대표성에 있어서의 점진적 향상에 영향을 미치기 위해 적당하고 유연한 사안별 접근(*a moderate, flexible, case-by-case approach*)을 하고 있기 때문에 민권법 제VII편과 조화된다고 주장했다.³⁵⁷⁾

한편, 동조의견의 제시한 Stevens 대법관은 노동인력의 다양성 증진과 같은 미래지향적 목적의 자발적인 적극적 평등실현조치도 인정된다고 했다. 그는 Weber 사건에서의 해석에 의하면 고용주가 자격있는 소수인종 피고용인에게 우선권을

cie)할 정도까지 요구되지는 않으며, ‘일용 추정’의 요구는 고용주가 적극적 평등실현조치 계획을 채택하는 것에 대한 중대한 지해요인을 부당하게 창설할 수 있다고 한다. *Id.*, at 634.

354) *Id.*, at 632-634.

355) *Id.*, at 639.

356) *Id.*, at 640-641.

357) *Id.*, at 626-643.

부여하기 전에 자신의 과거 행위가 의심스러운 민권법 위반(an arguable violation of Title VII)을 구성했는지 여부를 판단할 어떤 의무도 부담할 이유가 없으며, 일정한 경우 고용주는 미래에 초점을 두는 것이 더 유용하다고 판단할 수 있으며, 소수인종의 이익을 규정한 법은 그러한 미래지향적 고려를 차단해서는 안 된다고 주장했다.³⁵⁸⁾

또한, O'Connor 대법관은 민권법 제VII편 상의 공적 고용주에 의한 적극적 평등실현조치의 합법성을 평가하는 기준은 연방헌법의 평등보호조항에 의한 요구되는 기준과 동일하다고 보았다.³⁵⁹⁾ 그 결과, 그는 사회적 차별을 구제하기 위한 적극적 평등실현조치는 허용되지 않으며, 고용주에 의한 과거 또는 현재의 차별을 구제하기 위해 정밀하게 고안된 적극적 평등실현조치만이 유효하다고 보았다. 즉, 그는 적극적 평등실현조치가 유효하기 위해서는 구체적 행위가 요구된다는 것을 믿을 수 있는 '확고한 근거(a firm basis)'를 고용주가 가져야만 하며, 그러한 확고한 근거는 고용주가 '민권법 제VII편의 일응 추정된 주장을 뒷받침할 정도의 충분한 통계적 불일치(a statistical disparity sufficient to support a prima facie claim under Title VII)'를 밝힐 수 있다면 충족된다고 보았다.³⁶⁰⁾ 한편, 그는 고용주가 '그 당시의 실제 차별에 대한 사실확인(a contemporaneous findings of actual discrimination)'을 할 필요는 없다고 보았는데, 그 이유는 만약 그것을 요구하게 되면 명백한 차별을 구제하기 위한 고용주의 자발적인 노력을 부당하게 억제시킨다고 보았기 때문이다.³⁶¹⁾

(2) 반대의견

반대의견을 개진한 Scalia 대법관(Rehnquist, White 대법관이 동조)은 동 사건 계획의 본질을 고용주의 과거 차별을 구제하기 위한 것이 아니라 성적 균형을 맞추기 위한 조치로 이해했고, 여러 선례에 비추어 볼 때 동 사건의 계획은 부당하다고 주장했다.

358) *Id.*, at 643-648.

359) *Id.*, at 650.

360) *Id.*, at 651-652.

361) *Id.*, at 653.

우선, 그는 자신의 과거 차별의 효과를 극복하기 위한 것이 아니라 특정한 인종 또는 성의 진입을 제한한 사회적 태도의 효과를 극복하기 위한 인종적 또는 성적 차별이 민권법 제VII편에서 허용되는 것으로 해석한 다수의견의 판단은 사회적 차별을 구제하기 위한 적극적 평등실현조치를 금지한 *Wygant* 사건³⁶²⁾에 위배된다고 보았다.³⁶³⁾

또한, 그는 사회적 태도는 고용주에 의한 의식적 차별을 구성한다는 다수의견의 가정은 *Sheet Metal Workers* 사건³⁶⁴⁾에서 제시된 한계를 무시하고 있다고 주장했다. 동 사건은 엄밀히 제한된 경우, 즉 i) 고용주나 노동조합이 완고하거나 현저한 차별(persistent or egregious discrimination)을 사용해 온 경우 또는 ii) 광범위한 차별의 오래된 효과(the lingering effects of pervasive discrimination)를 일소할 필요가 있는 경우에만 지방법원이 실제희생자가 아닌 사람에게 이익을 주는 우선적 구제를 명령할 수 있다고 판단했는데, 다수의견은 이 한계를 무시했다고 주장했다.³⁶⁵⁾



III. 해고와 적극적 평등실현조치

1. 1984년 STOTTS 사건³⁶⁶⁾

가. 사건개요³⁶⁷⁾

Tennessee주 Memphis시 소방국(Fire Department)에서 소방대장(fire fighting

362) *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986).

363) *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987), at 665.

364) *Sheet Metal Workers v. EEOC*, 478 U.S. 421 (1986).

365) *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987), at 667.

366) *Fire Fighters v. Stotts*, 467 U.S. 561 (1984).

367) *Id.*, at 566-569.

captain)으로 근무하던 흑인 피상고인 Carl Stotts은 Memphis시 소방국이 1964년 민권법 제VII편을 위반해서 인종을 근거로 하는 고용 및 승진결정을 하는 경향 및 관례가 있었다고 주장하면서, 1977년에 연방지방법원에 소송을 제기했다.³⁶⁸⁾

이 소송은 1980년 4월 25일에 지방법원의 동의판결(consent decree)을 이끌어냈는데, 이 동의판결의 목적은 ‘흑인의 고용에 관한 소방국의 고용 및 승진관례를 시정하는 것’이었다.³⁶⁹⁾ 이 동의판결에 따라, Memphis시는 13명의 승진과 81명에 대한 소급급여(backpay)의 제공에 합의했으며, 또한 소방국의 각 직종(job classification)에서의 소수인종의 비율을 Tennessee주 Shelby카운티의 노동인력시장에서의 흑인 비율과 대략 일치되게 증가시키기 위한 장기적 목표를 채택했다. 동의판결에 나타난 장기간의 고용목표는 소방국의 결원의 50%를 자격있는 흑인 지원자로 매년 채우는 것과 각 직종(job classification)에서의 승진의 20%를 흑인에게 부여하는 것이었다.³⁷⁰⁾

그런데 1981년 5월 초에, 시는 예산적자를 이유로 시행정부 전체에 걸쳐 불필요한 공무원의 감원을 발표했는데, 감원을 위한 일시해고는 ‘최근 고용, 우선 해고(last hired, first fired)’원칙, 즉 ‘선임권제도(seniority system)’에 기초하고 있었고, 그에 따라, 최근에 고용된 다수의 흑인이 먼저 해고되도록 되어 있었다.

상황이 이렇게 되자, 5월 4일에 피상고인은 흑인 피고용인의 일시해고를 금지하는 임시적 금지명령(a temporary restraining order)을 지방법원에 신청했다.

5월 18일에 지방법원은 비록 시의 일시해고정책이 선임권제도에 따르고 있어서 차별적인 의도를 가지고 채택되지는 않았다 하더라도, 일시해고는 인종차별적 효과를 가지기 때문에 선임권제도는 선의(bona fide)의 제도가 아니라는 전제하에서, 현재 고용되어 있는 흑인 서장보좌역, 흑인 운전기사, 흑인 조사관 및 흑인 하급소방관의 비율을 감소시키는 한도 내에서는 선임권정책을 적용하지 말 것을 명령하는 금지명령(injunction)을 발했다.³⁷¹⁾ 이 금지명령에 따라, 소수인종 피고

368) 이 사건은 인종 때문에 승진을 거절당했다고 주장한 흑인 하급소방관(fire fighting private)인 Fred Jones에 의해 제기된 소송과 병합되었다. *Id.*, at 566).

369) *Stotts v. Memphis Fire Dep't*, No. C-79-2441-M (W.D. Tenn. Apr. 25, 1980).

370) 한편, 이 동의판결에는 일시해고(layoffs)나 강등(reductions in rank)에 관한 규정이 포함되지 않았으며, 어떠한 경쟁적 선임권(competitive seniority)도 부여되지 않았지만, 지방법원은 이 동의판결의 목적을 실현시키기 위해 필요하거나 적절한 장래의 명령을 발할 권한을 가지고 있었다. *Fire Fighters v. Stotts*, 467 U.S. 561 (1984), at 566-567.

용인보다 더 많은 선임권을 가진 비소수인종 피고용인들이 일시해고되거나 강등되었다. 그 뒤, 연방항소법원도 지방법원의 금지명령을 지지했다.³⁷²⁾ 이에, 상고인들은 연방대법원에 사건이송명령(certiorari)을 신청하였고, 대법원이 이를 받아들여 동 사건을 심리·판결하게 되었다.

나. 판결요지

(1) 절대적 다수의견

법정의견을 개진한 White 대법관(Burger, Powell, Rehnquist, O'Connor, Stevens 대법관이 동조)은 최초의 동의판결을 수정한 지방법원의 금지명령이 민권법 제VII편에 위반된다고 주장했다.

우선, 그는 민권법 제VII편 제703(h)조³⁷³⁾를 선의(bona fide)의 선임권제도를 보호하는 규정으로 해석했다. 즉, 그는 Teamsters 사건³⁷⁴⁾의 법리를 인용해서, 차별의 의도에 대한 증거가 없는 선임권제도의 일상적 적용을 허용하는 것으로 제 703(h)조를 이해했다. 그러면서, 그는 지방법원의 최초의 동의판결은 일시해고의 발동이나 선임권제도의 적용배제를 제시하지도 않았고, 시의 선임권제도의 사용에 차별적 의도도 발견되지 않으므로, 지방법원이 최초의 동의판결에 대한 수정을 통해 소수인종의 소방관에게 ‘경쟁적 선임권(competitive seniority)’을 부여한 것은

371) Stotts v. Memphis Fire Dep't, No. C-77-2104 (W.D. Tenn. May 18, 1981).

372) Stotts v. Memphis Fire Dep't, 679 F.2d 541 (6th Cir. 1982). 한편, 항소심에서의 주요한 쟁점은 '예상하지 못한 일시해고에 의해 소수자집단의 고용이 불균형적으로 영향을 받는 것을 막기 위해 1980년의 동의판결을 수정함에 있어서 지방법원이 실수를 했는지 여부'였는데, 이에 대해, 항소법원은 i) 시는 관리직에 있어서의 소수자집단의 수에 있어서 실질적 증가를 제공하기 위해 계약했고, 일시해고는 그 계약을 위반한 것이기 때문에 일반적 계약원리 하에서 동의판결의 수정은 허용가능하며, ii) 새롭고 우연한 환경이 동의판결 당사자 중 하나를 위해 고난(hardship)을 창설했기 때문에 지방법원은 판결을 수정할 권한이 있다고 판시하면서, 동의판결을 수정한 지방법원의 금지명령이 시의 선임권제도와 모순되기 때문에 부적절하다는 상고인의 주장을 기각했다. Fire Fighters v. Stotts, 467 U.S. 561 (1984), at 569.

373) The Civil Rights Act of 1964 § 703(h), 42 U.S.C. § 2000e-2(h). 동 조항은 “고용주가 선의의 선임권이나 실적제도에 따라 상이한 보수기준·고용기간·근로조건·고용특권을 적용하는 것은, 만약 그러한 차이가 인종·피부색·종교·성별·출신국가를 이유로 차별하려는 의도의 결과가 아니라면, 불법적인 고용관례가 되지 않는다.”라고 규정하고 있다.

374) Teamsters v. United States, 431 U.S. 324 (1977), at 352.

지방법원이 그의 결정권을 남용한 것이라고 주장했다.³⁷⁵⁾

다음으로, 그는 최초의 동의판결을 수정한 지방법원의 금지명령은 민권법 제VII편 제706(g)조³⁷⁶⁾에도 위반된다고 주장했다. 즉, 그는 Teamsters 사건³⁷⁷⁾의 법리를 인용해서, 의도적인 차별의 실제피해자에 대해서만 법원이 ‘경쟁적 선임권 (competitive seniority)’을 부여할 수 있는 것으로 민권법 제706(g)조를 이해했다. 그러면서, 그는 동 사건에는 차별의 실제피해자라는 증거가 없기 때문에 지방법원의 금지명령은 위법하다고 판단했다.³⁷⁸⁾

(2) 반대의견

반대의견을 개진한 Blackmun 대법관(Brennan, Marshall 대법관이 동조)은 동의판결을 수정한 지방법원의 금지명령이 민권법 제VII편에 위반되지 않는다고 주장했다.

우선, 그는 동의판결은 기본적으로 당사자 사이의 계약으로 해석되기 때문에 피상고인은 동의판결의 조건의 이행에 대한 권리를 가지고 있으며, 만약 제안된 일시해고가 그러한 조건을 위반할 경우 지방법원은 그러한 조건에 따를 것을 요구하는 금지명령을 발할 수 있으며, 형평법원은 변화된 상황 하에서 동의판결을 수정할 본질적 권한을 가지고 있다고 주장했다. 따라서 만약 변화된 환경이 동의판결의 수정을 정당화했다는 것을 피상고인이 증명할 수 있다면, 지방법원은 그러한 수정을 할 권한, 즉 민권법 제706(g)조 상의 적절한 구제를 할 수 있다고 주장했다.³⁷⁹⁾

375) Fire Fighters v. Stotts, 467 U.S. 561 (1984), at 577-579.

376) The Civil Rights Act of 1964 § 706(g), 86 Stat. 107, 42 U.S.C. § 2000e-5(g). 동 조항은 “만약 피고가 제소된 불법적인 고용관례를 의도적으로 사용해 왔거나 의도적으로 사용하고 있다는 점을 법원이 인정한다면, 법원은 피고가 그러한 불법적인 고용관례를 사용하는 것을 금지시킬 수 있으며, 소급급여를 지급하거나 지급하지 않는 피고용인의 복직 또는 고용을 포함하여 적절한 적극적 평등실현 조치를 명령하거나 기타 법원이 적절하다고 인정한 형평법상의 구제를 명령할 수 있다. 만약 개인이 인종·피부색·종교·성별·출신국가를 이유로 한 차별 또는 이 편의 제704(a)조의 위반 이외의 사유로, (노동조합원으로서의) 가입거부·권리행사정지·제명 또는 (피고용인으로서의) 고용거부·승진거부 또는 급여지급정지·해고된 경우에는, 법원의 명령은 노동조합원으로서의 개인의 가입·복직 또는 피고용인으로서의 개인의 고용·복직·승진 또는 그에 대한 소급급여의 지급을 요구할 수 없다.”라고 규정하고 있다.

377) Teamsters v. United States, 431 U.S. 324 (1977), at 367-371.

378) Fire Fighters v. Stotts, 467 U.S. 561 (1984), at 579-584.

그러면서, 그는 민권법 제706(g)조의 ‘적절한’ 구제의 성격을 판단함에 있어서, 개인에 대한 구제와 인종의식적 집단에 대한 구제의 구별을 주장했다. 즉, ‘손해를 입지 않은 개인은 개인적 혜택을 받을 수 없다’는 형평법상의 원리에 따라 개인의 경우에는 그가 차별의 희생자라는 것을 입증해야만 개인적 구제를 받을 권리가 있지만, 집단에 대한 구제의 경우에는 입증할 필요가 없다고 주장한다. 그러면서, 그는 동 사건에서의 구제(금지명령)의 목적은 개인이 아니라 집단 전체에 대한 과거 차별의 현재 효과를 구제하고 장래에 있어서의 동일한 차별을 금지하는 것이므로, 과거차별에 대한 입증은 불필요하다고 주장한다.³⁸⁰⁾³⁸¹⁾

2. 1986년 WYGANT 사건³⁸²⁾

가. 사건개요³⁸³⁾

1972년에 Michigan주 Jackson 교육위원회(the Jackson Board of Education)는 교원노동조합인 Jackson 교육협회(the Jackson Education Association : Union)와 단체협약(Collective Bargaining Agreement : CBA)을 체결했는데, 이 단체협약 XII조는 일시해고시 소수인종 교사를 보호하는 내용을 포함하고 있었다. 그 내용은 교육위원회가 일시해고를 통해 교사의 수를 감원할 필요가 발생한 경우에 원칙적으로는 선임권제도에 따라 근속연수가 더 짧은 교사가 우선적으로 해고되지만, 해고되는 전체 교사 중에서 소수인종 교사가 차지하는 비율이 해고시 고용되어 있는 전체 교사 중에서 소수인종 교사가 차지하는 비율보다 높은 경우에는 예외로 한다는 것이다. 이 단체협약의 결과, 1976-1977학년도와 1981-1982학년

379) *Id.*, at 608-612.

380) *Id.*, at 613-621.

381) 동 사건에서 다수의견은 의도적으로 차별을 받은 실제희생자만이 ‘경쟁적인 선임권’을 받을 수 있다는 의심스러운 해석에 기초한 결정을 함으로써, Weber 사건에서 인정한 민권법 제VII편의 입법의도, 즉 과거의 차별의 효과를 제거하려는 목적을 무시했다는 점에서 적극적 평등실현조치를 후퇴시켰다고 평가할 수 있다.

382) *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986).

383) *Id.*, at 270-274.

도 동안, 더 작은 선임권을 가진 소수인종 교사가 유임된 반면, 더 큰 선임권을 가진 비소수인종 교사가 해고되었다. 이에, 해고된 비소수인종 교사들은 헌법의 평등보호조항과 민권법 제VII편 제1983조 그리고 기타 연방법과 주법에 위반된다고 주장하면서, 연방지방법원에 제소했다.

연방지방법원은 상고인의 모든 청구를 기각했다. 특히, 평등보호위반의 청구에 관해, 지방법원은 위원회에 의해 실시된 인종적 우선책은 과거의 차별에 대한 사실인정에 기초할 필요가 없다고 판시했다. 또한 지방법원은 인종적 우선책은 소수인종 학생들에게 역할모델(role models)을 제공함으로써 사회적 차별을 구제하려는 시도이므로, 평등보호조항 하에서 허용될 수 있다고 결정하면서, 일시해고 조항의 합헌성을 인정했다.³⁸⁴⁾ 연방항소법원도 지방법원의 판결을 확인하면서, 사회적 차별의 효과를 구제하기 위해 학생에게 역할모델을 제공함으로써 발생하는 교육위원회의 이익은 해고보호조항을 합헌으로 판결하기에 충분하다고 판시했다.³⁸⁵⁾ 그 뒤, 연방대법원은 공적 고용주에 의한 인종에 기초한 일시해고의 합헌성 문제를 해결하기 위해 사건이송명령(certiorari)을 발동해서 동 사건을 심리·판결하게 되었다.



나. 판결요지

(1) 상대적 다수의견

법정의견을 개진한 Powell 대법관(Burger, Rehnquist, O'Connor 대법관이 동조)은 어떤 종류의 인종적·민족적 구분도 선천적으로 의심스럽기 때문에 가장 엄격한 사법심사가 요구된다고 하면서, 동 사건의 경우 해고조항이 불가피한 주의 목적에 의해 지지되는지 여부와 그 목적을 달성하기 위해 선택된 수단이 엄밀히 재단되었는지 여부를 판단해야 한다고 주장하고 있다.³⁸⁶⁾

우선, 그는 동 사건 해고계획의 목적인 사회적 차별의 구제는 불가피한 국가적 이익이 아니며, 그 결과, 위헌이라고 주장했다. 특히, 일시해고조항을 채택한 목적

384) *Wygant v. Jackson Board of Education*, 546 F. Supp. 1195 (E.D. MI. 1982).

385) *Wygant v. Jackson Board of Education*, 746 F.2d 1152 (6th Cir. 1984).

386) *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986), at 274-275.

이 소수인종에 대한 과거의 차별을 구제하는 것이기 때문에 허용될 수 있다는 주장에 대해, ‘학교에서의 인종분리와 인종차별의 모든 흔적을 제거하라’는 Brown 사건에서의 명령에 따라 공립학교가 인종의식적 구제조치를 할 수도 있지만, 공립학교는 ‘정부가 부과하는 인종에 기초한 모든 차별은 금지된다’는 수정헌법 제14조의 핵심적 목적에 따라 행동해야 하며, 그 결과, 교육위원회와 같은 공적 고용주는 적극적 평등실현조치를 착수하기 전에, 구제조치가 정당하다는 것을 납득시킬 수 있는 증거, 즉 이전에 차별이 있었다는 결론을 정당화할 수 있는 충분한 증거(sufficient evidence)를 가지고 있어야 하는데, 동 사건에는 그러한 증거가 없어서 위헌이라고 주장했다.³⁸⁷⁾³⁸⁸⁾ 또한, 그는 하급법원에서 인정하고 있는 역할모델이론(the role model theory)은 i) 소수인종 교사의 비율을 소수인종 학생의 비율에 따라 매년 조정해야 하기 때문에 논리적인 종료시점(logical stopping point)을 가지고 있지 않으며, 게다가 ii) 과거의 차별적 고용관례에 의해 초래된 손해와는 관련성이 없고, iii) 소수인종 학생의 낮은 비율을 참조하여 소수인종 교사의 낮은 비율을 정당화시킴으로써 차별적 관례를 치유해야 할 의무로부터의 회피수단으로 사용될 수 있기 때문에 불가피한 정부의 목적이 아니라고 주장했다.³⁸⁹⁾

다음으로, 그는 동 사건의 해고계획은 무고한 개인에게 과도한 부담을 주고 있기 때문에 엄밀하게 재단된 수단이 아니며, 그 결과, 위헌이라고 주장했다. 그는 만약 이전의 차별의 효과를 치유하기 위해 제한되고 적절히 재단된 구제책을 실시하는 경우에는 - 인종차별의 근절에 대한 국민적 헌신의 일환으로 - 구제에 대한 일정한 부담을 질 것을 무고한 당사자에게 요구할 수는 있지만, 다수의 고용기회 중 오직 하나의 고용기회만을 상실시킴으로써 무고한 개인에게 분산된 부담(a diffuse burden)을 부과하는 고용목표와는 달리, 일시해고는 무고한 개인의 삶에 있어서 중대한 붕괴를 초래함으로써 특정한 개인에게 인종적 형평의 달성에 대한 전반적인 부담(the entire burden)을 부과하고 있기 때문에 그 부담이 너무 과도해서 위헌이라고 주장했다.³⁹⁰⁾³⁹¹⁾

387) *Id.*, at 278-279.

388) 한편, 그는 과거 차별의 충분한 증거(sufficient evidence)를 얻기 위해서는 ‘당해 학교 교사진의 인종적 구성과 관련 노동시장에서의 유자격 공립학교 교사 인구의 인종적 구성’을 비교하는 것이 필요 한데, 동 사건에는 이러한 비교가 없었다고 한다. *Id.*, at 276.

389) *Id.*, at 276-277.

한편, O'Connor 대법관은 일정한 경우에 있어서는 과거의 차별의 효과를 구제하는 것과 다양성을 증진하는 것은 불가피한 정부의 목적에 해당되어 허용될 수 있다고 하면서도,³⁹²⁾ 동 사건의 해고계획에서 사용된 방법은 그 목적을 달성하기 위해 엄밀히 재단된 것이 아니어서 위헌이라고 주장했다.³⁹³⁾

또한, 별도로 동조의견을 제시한 White 대법관은 인종차별의 희생자로 증명되지 않은 흑인에게 자리를 주기 위해 백인교사를 해고하는 것과 고용목표제나 할당제의 정당성과는 아주 다른 문제이기 때문에 평등보호조항에 위반된다고 주장했다.³⁹⁴⁾

(2) 반대의견

반대의견을 개진한 Marshall 대법관(Brennan, Blackmun 대법관이 동조)은 동 사건의 경우 원칙적으로 Bakke 사건과 같은 중간단계의 심사기준이 적용되어야 하지만, 엄격한 심사기준 하에서도 합헌이라고 주장했다. 특히, 그는 동 사건에서 사용된 수단은 선임권을 전혀 고려하지 않는 추첨제(lottery)나 소수인종 교사에 대한 해고동결(a freeze on layoffs)과 같은 수단보다는 백인들에게 훨씬 덜 부담스러운 방법이기 때문에 매우 엄밀히 재단된 것이라고 하면서 합헌성을 주장했다.³⁹⁵⁾

한편, 별도의 반대의견의 개진한 Stevens 대법관은 평등보호조항은 정부에 의한 인종적 사용이 '전적으로 불합리한(utterly irrational)' 경우에만 명백히 금지하고 있으므로, 만약 인종의 사용이 전적으로 불합리하지 않다면 허용될 수 있다는 전제하에서, 통합된 교사진이 백인만으로 구성된 교사진에 의해서는 제공될 수 없는

390) *Id.*, at 280-285.

391) Powell 대법관이 주장한 바와 같이, 비소수인종이 받게 되는 고용상의 불이익과 해고상의 불이익은 그 정도에 있어서 차이가 있는 것은 사실이지만, 해고에 있어서 선임권을 강하게 보호하는 것은 고용상의 우선권을 통해 달성된 소수인종의 평등상태를 파괴하여 불평등의 악순환을 초래할 수 있다는 점에서 혹평을 받을 수 있다. 김영환, 앞의 논문 (주 29), 151면 이하 참조.

392) 하지만 그는 사회적 차별의 구제나 역할모델의 제공은 불가피한 정부의 목적이 아니라고 했다. *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986), at 289.

393) *Id.*, at 285-294.

394) *Id.*, at 295-296.

395) *Id.*, at 311.

이익을 학생집단에게 제공할 수 있을 것이라는 판단을 교육위원회가 합리적으로 할 수 있다는 것은 아주 명백한 사실이므로, 동 사건의 목적은 헌법적으로 허용된다고 한다. 또한 그는 동 사건의 조치는 정당한 절차에 의해 체결되었을 뿐만 아니라 백인교사에게 미치는 해악도 거의 없기 때문에 합헌이라고 주장했다.³⁹⁶⁾

IV. 공공사업과 적극적 평등실현조치

1. 1980년 FULLILOVE 사건³⁹⁷⁾

가. 사건개요³⁹⁸⁾

1977년 3월 연방의회는 공공사업법(the Public Works Employment Act of 1977)을 제정했는데, 이 법은 주정부기관 및 지방정부기관의 지방공공사업프로젝트에 사용될 연방보조금을 위해 40억 달러 추가 예산을 인정했고, ‘소수인종 소유기업(Minority Business Enterprise : MBE)³⁹⁹⁾’ 조항을 규정했다. MBE 조항에 따르면, 연방보조금 신청자가 각 보조금의 최소 10%⁴⁰⁰⁾를 MBE에게 지출할 것을 상무부 장관에게 충분히 보증하지 않는다면, 지방공공사업프로젝트를 위한 보조금

396) *Id.*, at 314-322.

397) *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980).

398) *Id.*, at 454-457.

399) 여기서 소수인종소유기업은 지분의 최소 50%를 소수인종이 소유한 회사(상장회사의 경우 주식의 최소 51%를 소수인종이 소유한 회사)를 의미하며, 소수인종은 흑인·스페인계·동양인·인디안·에스키모인·알류트인인 미국시민을 의미한다. *The Public Works Employment Act of 1977* § 103 (f) (2), 91 Stat. 116, 42 U.S.C. § 6705 (f) (2).

400) 10%라는 비율은 전체 인구에서 소수인종이 차지하는 비율인 17%와 공공건설계약자 중에 소수인종이 차지하는 비율인 4%의 중간치로 결정한 것이었다. 이런 비율의 수치는 차별의 결과를 증명하는 것으로서 중요하게 취급된다. 취업하고 있는 소수인종의 비율이 노동인구의 비율보다 상당히 낮다는 것은 과거에 차별행위가 있었다는 사실을 추정하는 증거가 되고, 그에 기해 적극적 평등실현정책이 정당화될 수 있었다는 것이다. *Wygant v. Jackson Board of Education*, 106 S.Ct. 1842 (1986) 판결에서 O'Conner 판사의 동조의견 참조.

이 지급되지 않는다.⁴⁰¹⁾

한편, 1977년 5월과 8월에 상무부 장관과 경제개발청(the Economic Development Administration : EDA)은 MBE 조항을 실행하기 위한 행정규칙과 행정지침을 공표했다. 동 시행규칙과 지침에 따르면, 10% 요건을 이행함에 있어서, 보조금 수령자(주정부와 지방정부)와 그들의 주계약자(private prime contractors)들은 - 가능한 범위 내에서 - i) 이용가능(available)하고 유자격(qualified)이고 진정한(bona fide) MBE를 찾을 것, ii) 필요한 경우 MBE에게 기술적 지원을 제공할 것, iii) 가능한 경우 MBE의 자본금 요건을 낮춰주거나 면제시킬 것, iv) MBE의 운영자본을 얻기 위해 소수인종기업청이나 중소기업청의 원조를 요구할 것, v) MBE에게 복잡한 입찰절차에 대한 안내를 제공할 것 등을 요구받았다. 또한 동 시행규칙과 행정지침은 i) MBE의 입찰금액이 과거의 불이익이나 차별의 현재 효과에 의해 증가된 비용을 보전하려는 시도를 반영하고 있는 경우에는 - 비록 MBE가 최저입찰자가 아니더라도 - 진정한(bona fide) MBE에게 계약이 부여되는 될 수 있다는 것과 ii) 보조금 수령자와 주계약자가 적극적인 노력을 했음에도 - 프로그램의 목적에서 이탈하지 않고서는 - 10% 수준의 MBE 참여를 달성할 수 없다는 사실을 증명하는 경우에는 보조금 수령자가 사안별 검토를 통해 10% 요건의 적용면제(waiver)를 신청할 수 있도록 규정하고 있었다.

이에 대해, 건설업자 및 건설하도급업자의 단체와 난방·환기 등의 업종에 종사하는 기업들은 연방지방법원에 MBE 조항의 실시를 금지하는 선언적·금지적 구제(declaratory and injunctive relief)를 요구하는 소송을 제기했는데, 그들은 MBE 요건의 실시로 인해 경제적 손해를 입었고, 특히 MBE 조항이 수정헌법 제14조의 평등보호조항 및 수정헌법 제5조의 적법절차조항의 평등보호부분 등을 위반했다고 주장했다.

연방지방법원은 MBE 계획의 유효성을 확인하고 선언적·금지적 구제의 청구를 간단히 기각했다.⁴⁰²⁾ 항소법원도 MBE 조항은 가장 엄격한 심사 하에서도 헌법적 검열을 통과한다고 판시하면서 지방법원의 판결을 지지했다.⁴⁰³⁾ 이에 상고인

401) 이러한 10% 할당계획은 자격을 갖춘 소수인종계약자가 없을 때에는 적용되지 않는다(U.S. Dept. of Commerce, *Local Public Works Program, Round II, Guidelines for 10% Minority Business Participation LPW Grants* (1977), App. 165a-167a).

402) Fullilove v. Kreps, 443 F. Supp. 253 (S.D. N.Y. 1977).

이 대법원에 상고했고, 대법원이 사건이송명령(certiorari)을 발하여 동 사건을 심리·판결하게 되었다.

나. 판결요지

(1) 상대적 다수의견

(가) Burger 대법관 측의 견해

Burger 대법관(White, Powell 대법관이 참여)은 인종적·민족적 기준을 사용하고 있는 계획은 - 비록 그것이 구체적 내용을 가지고 있더라도 - ‘정밀한 심사(close examination)’가 요구되지만, 연방의회는 ‘미국의 공공복리를 제공할 권한(헌법 제1조 제8항 제1호)’과 평등보호를 위해 ‘적절한 입법으로 실시할 권한(수정헌법 제14조 제5항)’을 가지고 있는 헌법상 - 연방대법원과 - 동등한 기관이므로, 연방대법원은 연방의회에 대해 적절한 경의를 가지고 동 사건을 판단해야 한다고 전제했다.⁴⁰⁴⁾

그러면서, Burger 대법관은 i) 인종차별을 제거하기 위해서는 인종이라는 기준을 고려하지 않을 수 없고, 연방의회가 인종차별의 효과를 구체화하는 경우에는 연방법원이 인종차별의 효과를 구체화하는 경우보다 그 권한의 폭이 넓어지기 때문에 연방의회는 과거의 인종차별로 인한 현재의 불이익을 제거하려는 경우에는 ‘색맹(color-blind)’적 태도를 취할 필요가 없다는 점, ii) MBE 계획으로 인해 ‘비소수인종 소유기업(nonminority firms)’이 부담하는 희생은 - 비록 그들이 과거의 차별적 행위에 대해 무고하다고 할지라도 - 그들이 체결한 전체 건설계약기회와 비교하면 상대적으로 작은 희생이라는 점, iii) MBE 계획이 진실하지 않은 MBE의 참여를 배제하는 예외조항과 적용면제신청조항을 두고 있다는 점 등을 이유로 들면서,⁴⁰⁵⁾ 엄격심사기준을 적용하든지 중간심사기준을 적용하든지 합헌이라고 판

403) 연방항소법원은 i) 과거의 인종차별을 구체화하기 위한 정부의 수년 간의 노력을 고려하면, 차별구제의 목적 외에 다른 목적을 상상하기 어렵고, ii) 수많은 요소가 MBE 조항의 정당성에 기여했는데, 그 중에서 가장 중요한 것은 법률과 행정프로그램이 규모·효과·존속기한에 있어서 엄밀한 초점과 제한된 범위를 가지고 있다는 것이라고 판시했다. Fullilove v. Kreps, 584 F.2d 600 (2d Cir. 1978).

404) Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980), at 473.

단했다.⁴⁰⁶⁾⁴⁰⁷⁾

(나) Marshall 대법관 측의 견해

Marshall 대법관(Brennan, Blackmun 대법관이 동조)은 인종적 분류는 원칙적으로 의심스러운 분류에 해당되어 엄격한 심사를 받아야 하지만, 과거 차별의 결과를 구제하기 위한 인종적 분류는 ‘전통적인 의심의 징표(traditional indicia of suspectness)’가 없으므로, 중간단계의 심사, 즉 구제적 목적을 증진하기 위해 고안된 인종적 분류가 중요한 정부의 목적에 공헌하고 있으며, 그러한 목적의 달성에 실질적으로 관련되어 있는지 여부를 심사해야 한다고 전제했다.⁴⁰⁸⁾

그러면서, Marshall 대법관은 i) 소수인종소유건설기업은 - 그들이 그들의 사업에 대한 능력·자격·의지를 가졌음에도 불구하고 - 과거의 차별의 지속적인 효과 때문에 불균형적으로 적은 양의 공공건설사업을 수주해 왔다는 결론을 얻을 수 있는 ‘적절한 근거(sound basis)’를 연방의회가 가지고 있다는 점, ii) 소수인종의 과소대표성은 실질적이고 만성적이라는 점, iii) 과거 차별의 여파(the handicap of past discrimination)가 소수인종소유기업이 정부계획의 이익에 접근하는 것을 방해하고 있다는 점 등을 고려하면, 과거 인종차별의 현재 효과를 구제하는 것은

405) *Id.*, at 483-489.

406) *Id.*, at 492-493.

407) 한편, 이들 중 Powell 대법관은 Bakke 사건에서 자신이 제시한 논리와 같은 논리를 제시하면서 합헌의견을 개진했다. 즉, 인종적 분류는 ‘불변의 특징(immutable characteristic)’에 기초하고 있기 때문에 엄격한 심사를 받아야 하며, 그 결과, 연방의회가 소수인종계약자들을 의도적인 차별의 희생자라고 확인한 경우(이 경우 불가피한(compelling) 목적이 인정되는 것으로 봄)와 연방의회가 그 목적을 달성하기 위해 합리적으로 필수적인 수단을 선택한 경우에만 합헌으로 될 수 있는데, 동 사건의 MBE 계획은 이러한 요건을 모두 갖춘 것으로 판단했다. 특히, 10% 유보조항이 목적을 달성하기 위한 필수적인 수단인지 여부를 판단함에 있어서, 선례에 나타난 4개의 조건(i) 대안적 구제책의 유효성, ii) 구제책의 예정존속기한, iii) 고용되어야 하는 소수인종 노동자의 비율과 관련인구 또는 노동시장에서의 소수인종집단 구성원의 비율간의 관계, iv) 구제계획의 조건이 충족될 수 없는 경우 ‘의무면제조항(waiver provisions)’의 이용가능성)을 제시하면서, i) 10% 유보조항 제정 이전에 실시한 다른 수단으로는 인종차별효과를 개선하지 못하였다는 사실을 연방의회가 인식했고, ii) 10% 유보조항은 일시적인 입법이며, iii) 전체 인구의 약 17%가 소수인종임에도 불구하고 건설계약자의 4%만이 소수인종 소유기업이므로, 10%라는 비율은 연방의회가 선택할 수 있는 재량권의 범위 내에 있고, iv) 특정한 지역에서의 자격있는 소수인종계약자의 이용가능성, 지역의 소수인종 인구의 규모, 소수인종계약자를 찾기 위한 노력 등의 요소를 고려해서 의무면제(waiver)를 발동할 수 있으므로, 합헌이라고 판단했다. *Id.*, at 496-518.

408) *Id.*, at 518-520.

인종분류의 사용을 정당화하는 충분히 중요한 정부의 이익이라고 주장했다.⁴⁰⁹⁾

또한 그들은 i) 10% 유보조항 하에서의 계약은 그 사업을 수행할 자격이 있는 소수인종기업에게만 수여될 수 있으므로, 유보조항은 그것으로부터 이익을 얻고 있는 소수인종기업이나 그것에 의해 부담을 지고 있는 비소수인종소유기업에게 열등인이라는 오명을 부여하지 않는다는 점, ii) 공공사업계약을 수주할 수 있는 소수인종기업의 수를 고려할 때, 유보조항이 악의적인 상한을 의미하는 할당을 설정하고 있는 것은 아니라는 점, iii) 유보조항은 건설산업을 위해 미국에서 매년 지출된 연방기금액 중 아주 경미한 액수에만 영향을 미치고 있다는 점 등을 고려하면, 유보조항에서 사용된 인종적 분류는 과거 차별의 현재 효과를 구제하기 위한 중요한 목적의 달성에 실질적으로 관련되어 있다고 판단했다.⁴¹⁰⁾

(2) 반대의견

Stewart 대법관(Rehnquist 대법관이 동조)은 헌법의 평등보호기준은 하나의 명확하고 중심적인 의미, 즉 정부에 의한 악의적인 차별을 절대적으로 금지하는 의미를 가졌고, 그 결과, 인종 또는 민족적 기원을 고려해서 개인을 다르게 처우하는 모든 공식적 행위는 선천적으로 의심스럽고 추정적으로 무효라는 전제에서 출발하고 있다. 그러면서, 사람의 피부색은 그 사람의 능력·불이익·도덕적 비난·기타 헌법적으로 허용될 수 있는 정부의 이익과 관련이 없는 ‘불변의 사실(immutable facts)’이므로, 정부는 결코 사람의 인종만을 이유로 그에게 손해를 끼치는 행위를 할 수 없다고 주장했다.⁴¹¹⁾

또한, 그는 연방의회가 지출권한과 통상조항 하에서 광범위한 재량권을 가지는 것은 분명하지만, 연방의회가 그 권한을 행사함에 있어서는 - 모든 주의회가 그의 권한을 행사함에 있어서 헌법을 준수해야 하는 것과 같이 - 헌법을 준수해야 한다고 주장했고,⁴¹²⁾ 연방의회가 수정헌법 제5조와 기타 헌법조항 하에서 과거의 불법적 인종차별을 구제할 권한을 가지고 있다고 하더라도, 연방계약기금의 지출

409) *Id.*, at 521.

410) *Id.*, at 520-523.

411) *Id.*, at 523-526.

412) *Id.*, at 527-528.

과정에서 연방의회가 과거에 인종적 차별에 관여했다는 증거가 없다고 판단했다.⁴¹³⁾

특히, 그는 인종에 기초한 부담을 부과하는 사법적 명령은 불법적 인종차별의 실제적 효과를 제거하기 위한 것이 그것의 ‘유일한 목적’일 경우에만 지지될 수 있는데, 헌법은 인종에 기초한 손해를 부과할 권한을 사법부보다 더 많이 연방의회에게 부여하지도 않았고, MBE 조항의 입법목적에 비추어볼 때, 동 조항은 공공사업 건설산업에서 과거 또는 현재의 불합리한 인종차별의 효과를 근절하는 목적 외에 적어도 2개의 다른 목적⁴¹⁴⁾이 더 있으므로, 동 조항은 이 조건을 충족하지 않아 위헌이라고 판단했다.⁴¹⁵⁾

또한, 그는 인종차별은 - 비록 선의(good faith)의 인종차별이라 할지라도 - 필연적으로 양날의 칼(a two-edged sword)이며, 우선적 계획은 어떤 집단이 개인적 가치와 관계없는 요소에 근거한 특별한 보호 없이는 성공을 이룰 수 없다는 일반적 고정관념(stereotypes)을 단지 강화할 것이라고 주장했다.⁴¹⁶⁾

한편, Stevens 대법관은 - Stewart 대법관과 달리 - 인종에 근거한 입법적 분류가 절대적으로 금지되는 것은 아니라고 하면서도, 연방의회가 어떤 집단을 위해 특별한 우선권 또는 특별한 무자격을 설립할 경우에는 특별한 처우를 정당화하는 특징을 확인해야만 하고, 특히 그 분류가 인종적 용어로 규정된 경우에는 그러한 특별한 확인은 필수적인데, 동 사건에는 그것이 없다고 하면서 위헌으로 판단했다.⁴¹⁷⁾⁴¹⁸⁾

413) *Id.*, at 528-529.

414) 그는 다른 2개의 추가적 목적으로, i) 연방기금이 수여된 공공건설계약의 일정한 비율을 소수인종 계약자에게 확보되도록 하는 것과 ii) 사회적·교육적·경제적 ‘불이익(disadvantage)’의 효과를 보상하기 위해 제정되었다는 것을 들고 있다. 그러면서, 전자에 대해서는, 평등보호조항은 - ‘인종(races)’이 아니라 - ‘사람(persons)’을 ‘변덕스러운 정부의 취급(capricious governmental treatment)’으로부터 면제시키기 때문에 인종적 균형을 추구하는 것을 목적으로 하는 법은 결코 용인될 수 없으며, 그 결과, 인종 또는 민족적 기원을 이유로 어떤 한 집단의 구성원을 우선하는 것은 그 자체로 불합리한 차별이라고 주장했다. 또한 후자에 대해서는, 인종은 사회적·교육적·경제적 불이익에 대한 ‘독점적 지위(monopoly)’를 가지고 있지 않고, 독점적 지위를 가진다는 그러한 추정에 빠지는 법은 헌법적 평등보호조항을 명확히 위반한다고 주장했다. 여하튼, 그는 MBE 조항이 전적 또는 부분적으로 불합리한 인종차별의 효과의 제거 이외의 목적을 수행하기 위해 고안되었기 때문에 평등보호구조에 어울리는 구제로서 지지될 수 없다고 한다. *Id.*, at 529-531.

415) *Id.*, at 529-531.

416) *Id.*, at 532.

417) *Id.*, at 554-555.

2. 1989년 CROSON 사건⁴¹⁹⁾⁴²⁰⁾

가. 사건개요⁴²¹⁾

1983년 4월 Richmond시 의회는 소수인종소유기업이용계획(the Minority Business Utilization Plan)을 조례로 채택했는데,⁴²²⁾ 이 조례는 시로부터 건설계약을 수주한 주계약자가 계약 총액의 최소 30%를 소수인종소유기업(Minority Business Enterprise : MBE)⁴²³⁾에게 하도급할 것을 요구하고 있었다.⁴²⁴⁾ 이러한

418) 동 사건은 비록 판결이유에서 의견일치를 보지 못하여 절대적 다수의견을 형성하지 못해 선례로서의 구속력을 충분히 갖지는 못하지만, 대다수의 대법관들이 - 심지어는 위헌결정을 한 Stevens 대법관을 포함하여 - 과거의 불합리한 차별을 구제하기 위해 인종을 고려한 구제책의 사용과 그러한 구제의 수단으로 할당제의 사용을 원칙적으로 인정하였다는 점에서 의의가 있으며, 특히 일부 대법관이 연방의회의 권한에 대한 존중을 강조함으로써 주 차원보다 연방의회 차원에서 행해지는 적극적 평등 실현조치가 사법적으로 인정될 가능성이 높다는 것을 시사했다는 점에서 의의가 있다.

419) Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989).

420) 1989년의 Croson 판결은 적극적 평등실현조치에 대한 심사기준에 대해 엄격심사를 확립시켰다는 점에서 매우 의미있는 전환점이라 할 수 있다. 엄격심사에 대한 다수견해의 형성은 Reagan 정부 시절인 1989년 이전에 이루어진 연방대법원의 구성원 변화와도 관련이 있는데, Powell 대법관의 퇴임 이후 그 후임으로 Reagan이 지명한 대법관 Kennedy 대법관이 임명되었다. 당시 Reagan 대통령은 Rehnquist를 대법원장으로 임명하였고, O'Connor(1981년), Scalia(1986년), Kennedy(1988년) 대법관을 임명하였다. 연방대법원의 구성원 변화는 적극적 평등실현조치에 관한 판결들에 직접적인 영향을 미쳤다. 예컨대, Powell은 적극적 평등실현조치의 온건한 지지자였는데, 그 후임인 Kennedy는 1986년에 판결된 6개의 판결 모두에서 적극적 평등실현조치의 축소나 반대를 찬성하는 편에 표를 던졌다. 결국, 1989년 Croson 사건을 계기로 적극적 평등실현조치에 관한 분열된 견해들을 모아 다수의견을 형성하게 되었다. Ronnie B. Tucker, *Affirmative Action, The Supreme Court, and Political Power in the Old Confederacy*, Lanham, MD: University Press of America (2000), pp. 172-173.

421) Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989), at 477-487.

422) Ordinance No. 83-69-59, codified in Richmond, Va., City Code, 12-156(a) (1985).

423) 여기서 소수인종소유기업은 지분의 최소 51%를 소수인종 구성원이 소유한 기업 또는 소수인종 구성원에 의해 관리되는 회사를 의미하며, 소수인종 구성원은 흑인·스페인계·동양인·인디언·에스키모인·알류트인인 미국시민을 의미한다. The Public Works Employment Act of 1977 § 103 (f) (2), 91 Stat. 116, 42 U.S.C. § 6705 (f) (2).

424) 동 조례의 계획은 5년간 실시되는 잠정적인 것이었다. 또한 i) 30%의 하도급이라는 조건을 충족시키기 위해 가능한 모든 시도를 했다는 사실이 증명되고, ii) 자격을 갖춘 소수인종소유기업을 이용할 수 없다거나 소수인종소유기업이 참여하기를 꺼리고 있다는 사실을 증명한다면, 계약자는 이러한 30% 할당계획에 대한 적용면제(waiver)를 신청할 수 있었다. J. A. Croson Co. v. Richmond, 779

계획에 따라, Croson사는 Richmond市の 건설계획에 단독 입찰하여, 자격있는 MBE의 부족을 이유로 30% 유보조항에 대한 적용면제(waiver)를 신청했지만, 그 신청이 거부당해 계약을 체결하지 못하게 되자, Richmond시의 30% 자금유보계획이 수정헌법 제14조를 위반한다고 주장하면서 소송을 제기하였다.

지방법원과 항소법원이 Fullilove v. Klutznick 사건⁴²⁵⁾을 원용하여 Richmond시의 계획을 지지하자,⁴²⁶⁾ Croson사가 사건이송명령을 신청했고, 대법원이 이를 받아들여, 항소법원의 판결을 파기·환송했다.⁴²⁷⁾ 환송된 사건을 재심리한 항소법원은 Wygant v. Jackson Board of Education 사건⁴²⁸⁾을 원용하여, i) 시가 계약체결에 있어서 과거에 차별을 했다는 증거가 없기 때문에 시의 계획은 불가피한 정부적 이익에 의해 정당화되지 않으며, ii) 30%의 자금유보는 구체적 목적을 달성하기 위해 엄밀히 재단되지 않았다고 판시했다.⁴²⁹⁾ 이에, Richmond시가 연방대법원에 상고했고, 대법원이 이를 심리·판결하게 되었다.

나. 판결요지

(1) 다수의견



법정의견을 개진한 O'Connor 대법관(Rehnquist, White, Kennedy, Stevens 대법관 참여)은 엄격심사기준을 적용해서 Richmond시의 계획을 위헌으로 판단했다.

우선, 심사기준에 관해, 그는 연방의회에 의한 과거 차별의 사실확인 은 수정헌법 제14조 제5항의 실시권한 및 확인권한에 따라 이뤄지는 반면, 수정헌법 제14조 제1항은 주의 권한에 대해 명백한 구속을 하고 있기 때문에 연방의회에 의한 과거차별의 사실확인 과 주 또는 지방정부에 의한 과거차별의 사실확인을 같이 취

F.2d 181 (4th Cir. 1985) (Croson I), at 197.

425) Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980).

426) J. A. Croson Co. v. Richmond, 779 F.2d 181 (4th Cir. 1985) (Croson I).

427) J. A. Croson Co. v. Richmond, 478 U.S. 1016 (1986).

428) Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986).

429) J. A. Croson Co. v. Richmond, 822 F.2d 1355 (4th Cir. 1987) (Croson II).

급해서는 안 되며, 주 또는 지방정부의 행위에 대해서는 엄격심사가 적용되어야 한다고 주장했다. 즉, 그는 시가 평등보호조항에 의해 요구되는 엄밀성을 가지고 지역건설산업에서의 과거 차별을 증명할 수 있는 경우에만, 그 차별의 효과를 제거하기 위해 고안된 인종에 기초한 입법을 채택할 권한을 가질 수 있다고 결론지었다.⁴³⁰⁾

그는 이러한 전제(엄격심사)에 기초해서 Richmond시 계획을 심사한 결과, 동 계획을 위헌으로 판단했다.

그는 시가 건설산업에서의 확인된 과거차별을 충분히 제시하지 못했기 때문에 계획을 정당화시키는 불가피한 정부적 이익을 증명하지 못했다고 주장했다. 즉, 그는 i) 전체 건설산업에서 과거차별이 있었다는 일반적 주장, ii) 시가 스스로 ‘구제적’이라고 선언했다는 사실, iii) 시가 제시한 통계적 불균형,⁴³¹⁾ iv) Fullilove 사건에서 제시된 ‘연방의 연구성과’ 등으로는 과거차별을 충분히 확인할 수 없다고 판단했다.⁴³²⁾

또한, 그는 Richmond시가 과거차별에 대한 사실확인을 충분히 입증했다고 하더라도, 시의 계획은 이전의 차별의 효과를 구제하기 위해 엄밀히 재단되지 않았다고 주장했다. 즉, 그는 i) 시가 계획을 정당화시키기 위해 의존하고 있는 소수 인종의 건설산업에의 참여에 대한 많은 장벽들이 인종중립적인 장벽임에도 불구하고, 시가 소수인종의 참여를 위한 인종중립적 대안의 사용을 고려한 흔적이 없다는 점,⁴³³⁾ ii) 계획의 고정된 30% 할당은 소수인종이 지역 인구에서의 그들의 대표성에 엄격히 비례하여 특정한 사업을 선택할 것이라는 완전히 비현실적 추정 (completely unrealistic assumption)에 의존하고 있다는 점, iii) Fullilove 사건에서 지지된 프로그램과 달리, Richmond시의 계획의 적용면제제도는 소수인종소유

430) Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989), at 486-493.

431) 그는 시가 제시하고 있는 ‘시의 소수인종 인구(50%)와 소수인종 기업에게 부여된 주계약의 숫자 (0.67%) 간의 불일치’는 적절한 비교가 아니며, 적절한 비교를 위해서는 공공건설프로젝트에서 주계약 또는 하도급계약을 수행할 ‘자격을 갖춘 소수인종 소유기업’이 관련 노동시장에 얼마나 있는지를 시가 인식해야 한다고 주장했다. *Id.*, at 501-502

432) *Id.*, at 498-506.

433) 그는 만약 소수인종소유기업의 자본금이 현저히 부족하거나 입찰보증금 요건을 충족시킬 수 없어서 건설산업에 참여할 수 없었다면, 소기업을 위한 시의 재정지원이라는 인종중립적 프로그램을 통해 보다 많은 소수인종소유기업의 참여를 이끌어 낼 수 있음에도 불구하고, 시가 그런 노력을 한 증거는 없다고 주장했다. 한편, 그는 Fullilove 사건의 경우에는 연방의회가 소수인종소유기업 자금유보제도를 실시하기 전에 인종중립적 대안을 충분히 검토한 후에 거절했다고 언급하고 있다. *Id.*, at 508.

기업의 이용가능성에만 초점을 두고 있고, 소수인종소유기업이 시 또는 주계약자에 의한 과거차별의 효과로부터 고통을 받았는지 여부에 대해서는 조사하지 않았다는 점, iv) 시가 입찰금과 적용면제(waiver)를 사안별로 미리 검토해야 한다는 사실을 고려하면, Richmond시의 유일한 이익은 구체적 행위의 필요성을 검토하는 것이 아니라 할당제도의 유지하는 것이며, 이것은 행정적 편의성을 추구하는 것이라는 점 등을 이유로 들면서, 그것은 평등보호의 엄격심사 하에서 의심스러운 분류의 사용을 정당화시킬 수 없다고 판단했다.⁴³⁴⁾

Stevens 대법관은 본사건의 조례가 과거 차별에 대한 구제책으로서 정당화될 수 없다는 O'Connor 대법관의 다수의견에 동의하면서도, 인종분류에 근거한 정부의 결정은 과거의 잘못에 대한 구제를 제외하고는 결코 허용될 수 없다는 주장에 대해서는 반대했다. 즉, 그는 수정헌법 제14조는 허용가능한 인종분류를 과거의 잘못에 대한 구제에 한정하고 있는 것이 아니라, 장래의 영향에 대한 검토를 통해 인종에 기초한 정부의 결정을 평가할 것을 우리에게 요구하고 있다고 주장했다.⁴³⁵⁾

Kennedy 대법관은 동조의견을 통해 수정헌법 제14조는 - 연방법과 모순이 있는 경우나 본사건과 같이 주의 구제책 그 자체가 평등보호를 위반하는 경우를 제외하고는 - 공적·사적 영역에서 인종차별과 그 효과를 제거할 주의 권한을 감소시키는 것으로 해석되어서는 안 되며, 주 자신에 의해 의도적으로 야기된 잘못이 있는 경우에 차별을 제거할 절대적 의무를 감소하는 것으로 해석되어서도 안 된다고 주장했다.⁴³⁶⁾

한편, 별도의 동조의견을 개진한 Scalia 대법관은, 구체적·우호적이건 그렇지 않건 간에 정부에 의한 모든 인종분류에는 엄격심사가 적용되어야 한다는 O'Connor 대법관의 다수의견에는 동의하면서도, 주와 지방정부는 - 수정헌법 제14조에도 불구하고 - 일정한 경우에는 과거 차별의 효과를 개선하기 위해 인종에 기초한 차별을 할 수 있다고 한 O'Connor 대법관의 다수의견에는 반대했다. 그는 1개의 경우, 즉 자신이 유지하고 있는 인종분류제도를 제거할 필요성이 있는 경우를 제외하고는, 수정헌법 제14조는 과거차별의 효과를 구제하기 위해 주

434) *Id.*, at 507-508.

435) *Id.*, at 511-518.

436) *Id.*, at 518-520.

와 지방정부가 인종에 기초한 차별을 하는 것을 금지하고 있다고 주장했다.⁴³⁷⁾ 한편, 그는 인종분류를 포함하지 않은 방법, 즉 소기업이나 신규기업 또는 확인될 수 있는 차별의 실제희생자에게 계약우선권을 부여하는 방법으로 과거차별의 효과를 제거할 자유를 주가 가지고 있는데, 그것은 인종에 기초한 분류가 아니라 부당하게 취급받은 희생자라는 사실에 기초한 분류이기 때문에 허용가능하다고 주장했다.⁴³⁸⁾

(2) 반대의견

Marshall 대법관(Brennan, Blackmun 대법관이 참여)은 다수의견이 적극적 평등실현조치의 법리를 중대하게 후퇴시켰다고 비판했다.

우선, 그는 Richmond시가 과거 차별의 사실을 증명할 수 있는 적절한 사실확인(findings)에 실패했다는 다수의견의 주장에 대해, Richmond시는 i) 소수인종 소유기업이 사실상 시의 계약을 받지 못했다는 ‘통계적 증거’와 ii) 지역건설산업에 차별이 만연해 있다는 ‘지방공무원의 증언’ 그리고 iii) 국가의 건설산업에서의 광범위한 차별이 소수인종을 공공계약에서 배제하기 위해 운용되었다는 것을 증명하는 Fullilove 사건에서의 ‘연방의 연구성과’ 등을 토대로 계획을 입안했다고 반박했다.⁴³⁹⁾

다음으로, 그는 구체적 목적을 증진하기 위해 고안된 인종의식적 분류가 헌법적 심사에서 살아남기 위해서는 ‘중요한 정부의 목적에 공헌’해야 하고, ‘그러한 목적의 달성에 실질적으로 관련’되어야 한다고 주장했다.⁴⁴⁰⁾ 즉, 그는 중간단계심사기준을 적용하여 Richmond시 계획의 합헌성을 인정했다.⁴⁴¹⁾ 그는 Richmond가 공공계약기금의 일부를 소수인종소유기업에게 유보함으로써 얻게 되는 이익은 i) ‘과거의 인종차별의 효과를 제거하는 것’과 ii) ‘과거차별의 배타적 효과의 강화

437) *Id.*, at 520-525.

438) *Id.*, at 526-528.

439) *Id.*, at 529-536.

440) *Id.*, at 536.

441) 그는 심사기준과 관련하여, 인종차별적인 정부의 행위와 과거의 인종차별의 효과를 구체하거나 차별의 효과를 영속화시키는 것을 금지하는 정부의 행위는 심오한 차이가 있기 때문에 동일한 심사기준이 적용되어서는 안 된다고 주장했다. *Id.*, at 552.

및 영속화를 방지하는 것'인데, 이러한 2개의 이익은 선례를 통해 '불가피한 이익'으로 인정되었기 때문에 당연히 '중요한 이익'에 해당된다고 했다.⁴⁴²⁾ 또한, 그는 Richmond시의 자금유보계획이 Fullilove 사건에 지지된 '적절히 제한된' 연방의 자금유보계획과 여러 측면에서 유사하기 때문에 목적의 달성에 '실질적으로 관련'이 있다고 주장했다. 즉, Richmond시의 계획은 i) 그 존속기한이 5년으로 제한되어 있으며, ii) 적용면제조항(waiver provision)을 포함하고 있으며, iii) 무고한 제3자에게 최소한의 영향만 미치고, iv) 계약자에게 부여된 기득권을 방해하지 않기 때문에 목적달성을 위해 '실질적으로 관련'되어 있다고 주장했다.⁴⁴³⁾

한편, 그는 수정헌법조항 어디에도 주가 연방정부와 함께 차별 및 그 효과에 대해 투쟁하는 것을 금지하고 있지 않기 때문에 연방의 구제적 행위와 주의 구제적 행위를 달리 취급할 필요가 없다고 주장했다.⁴⁴⁴⁾

3. 1990년 METRO BROADCASTING 사건⁴⁴⁵⁾



가. 사건개요⁴⁴⁶⁾

연방통신위원회(Federal Communications Commission : FCC)는 방송에 있어서의 다양성을 증진시키기 위해 2개의 소수인종 우선정책을 실시했는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

첫째, FCC는 새로운 라디오 방송국 또는 텔레비전 방송국의 설립·운영면허를 심사함에 있어서 소수인종의 소유 및 경영참여에 대해 가산점을 부여했다. 그 가산점은 신청서를 비교함에 있어서 다른 관련 요소와 함께 검토되며, 오직 소수인종 소유자가 방송국의 일상적인 경영에 활동적으로 참여하는 한도 내에서만 부여되었다.

442) *Id.*, at 537-539.

443) *Id.*, at 549-552.

444) *Id.*, at 561.

445) *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990).

446) *Id.*, at 553-564.

둘째, FCC는 소위 ‘출혈판매(distress sale)’정책을 통해, 반환되거나 이전된 면허를 받을 수 있는 소수인종집단의 기회를 증가시켰다. 방송면허의 유지조건에 문제가 발생한 면허소지자는 FCC가 심리절차를 통해 그 문제를 해결할 때까지 면허의 반환 또는 이전을 할 수 없는 것이 원칙이지만, ‘출혈판매’정책은 그러한 원칙에 대한 예외였다. ‘출혈판매’정책은 면허취소 또는 면허갱신을 위한 심리절차가 예정되어 있는 방송사로 하여금 FCC가 승인한 소수인종소유기업에게 면허를 이전하는 것을 허용하고 있으며, 면허를 구입한 사람은 면허취소 또는 면허갱신을 위한 심리절차의 개시 전에 면허구입을 완료해야 하며, 그 가격은 공정한 시장가치의 75%를 초과해서는 안 되었다.

텔레비전 방송국의 설립·운영면허를 신청한 Metro Broadcasting사는 경쟁적 심사절차에서 소수인종이 회사지분의 90%를 소유하고 있는 Rainbow Broadcasting사에게 새로운 텔레비전 면허를 부여한 FCC의 명령을 심사해 줄 것을 항소법원에 요구했다. 항소법원은 소수인종 소유정책의 유효성에 대해 FCC가 독자적으로 심사하라는 견지에서 Metro Broadcasting사의 청구를 FCC로 환송했다. 그러나 그 조사가 완료되기 전에, 연방의회는 1988년도 FCC예산법을 제정했는데, 그 법은 소수인종 정책을 검토하거나 변경하기 위해 FCC가 예산을 지출하는 것을 금지하고 있었다. 그에 따라, FCC는 조사절차를 종료하면서 Rainbow Broadcasting사에 대한 면허부여를 재확인했고, 항소법원도 이를 인정하자,⁴⁴⁷⁾ 연방대법원은 사건이송명령을 발했다.

한편, 또 다른 원심사건의 당사자인 Shurberg Broadcasting of Hartford사는 Faith Center사가 소수인종집단 소유기업인 Astroline Communications사에게 텔레비전 면허를 출혈판매하는 것을 승인한 FCC의 명령에 대해 심사할 것을 항소법원에 요구했다. 항소법원의 처분은 FCC의 조사를 위해 연기되었지만, FCC의 조사는 연방의회의 FCC예산법 제정으로 종료되었고, Astroline Communications사로의 출혈판매를 승인하는 명령은 FCC에 의해 재확인되었다. 그러나 항소법원은 출혈판매정책이 방송시장에서 면허를 받고자 하는 비소수인종 신청자인 Shurberg Broadcasting of Hartford사의 수정헌법 제5조 상의 평등보호권을 박탈했다고 결정했다.⁴⁴⁸⁾ 이에, 연방대법원이 사건이송명령을 발동해서 동 사건을 심

447) Winter Park Communications, Inc. v. FCC, 873 F.2d 347 (D.C. Cir. 1989)

448) Shurberg Broadcasting of Hartford, Inc. v. FCC, 876 F.2d 902 (D.C. Cir. 1989).

리·판단하게 되었다.

나. 판결요지

(1) 다수의견

법정의견의 개진한 Brennan 대법관(White, Marshall, Blackmun, Stevens 대법관이 참여)은 FCC의 정책을 합헌으로 판단했다.

우선, 그는 심사기준과 관련해서 완화된 심사기준의 적용을 주장했다. 그는 연방의회는 수정헌법 제14조의 평등보호보장을 위해 ‘적절한 입법으로 실시’할 권한(수정헌법 14조 5항)을 가지고 있는 헌법상 - 연방대법원과 - 동등한 기관이므로, 연방대법원은 연방의회에 대해 적절한 경의를 가지고 판단해야 한다는 Fullilove v. Klutznick 사건⁴⁴⁹⁾을 인용하면서, 연방의회에 의한 호의적인 인종의 식적 조치는 - 그러한 조치가 과거의 정부적 차별 또는 사회적 차별의 희생자를 보상하기 위한 구제적인 것이 아니라 하더라도 - 그것들이 연방의회의 권한 내에서 ‘중요한 정부적 목적에 공헌’하고, 그러한 ‘목적의 달성에 실질적으로 관련이 있는 경우’에는 헌법적으로 허용될 수 있다고 주장했다.⁴⁵⁰⁾ 즉, 그는 중간심사기준의 적용을 주장했다.

다음으로, 그는 이러한 중간심사기준에 따라 FCC정책의 위헌여부를 논증했다.

첫째, 그는 FCC정책의 목적이 중요한 정부적 목적에 해당된다고 판단했다. 그는 FCC정책이 - 증명된 차별의 희생자에 대한 구제가 아니라 - 방송의 다양성의 증진을 주된 목적으로 삼고 있는데, i) 방송은 시청자와 청취자의 권리를 위해 규제될 수 있고, 다양하고 상반된 출처로부터 나오는 정보의 광범위한 살포는 공공복리에 필수적이라는 것을 대법원이 오랫동안 인정해 왔다는 점, ii) 공중파를 통해 다양한 의견과 정보를 받을 공공의 권리를 보호하는 것은 FCC의 임무의 필수적 요소라는 점, iii) 건전한 사상의 교환에 기여하는 학생집단의 다양성이 헌법적으로 허용될 수 있는 목적이 되는 것과 같이, 공중파를 통한 의견과 정보의 다양성은 수정헌법 제1조의 가치에 기여한다는 점 등을 들어, 방송에 있어서의

449) Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980).

450) Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990), at 564-566.

다양성의 증진은 중요한 정부적 목적에 해당된다고 주장했다.⁴⁵¹⁾

둘째, 그는 FCC의 정책은 방송의 다양성이라는 정부의 이익의 증진에 실질적으로 관련되어 있고 판단했다. 그는 연방대법원이 FCC의 정책과 방송의 다양성 간에 관련성이 있는지를 심사할 때, i) FCC의 정책과 다양성 간에 경험적인 관련성(an empirical nexus)이 있다는 FCC의 결론은 전문가적 입장의 의견이라는 점과 ii) 최근의 예산입법과 방송산업에의 소수인종의 참여를 지원한 오랜 역사를 통해 FCC의 정책이 다양한 방송편성의 목적을 증진한다는 의견을 연방의회가 명확히 밝혔다는 점을 고려하면, FCC와 연방의회의 판단에 중대한 경의를 표해야 한다고 전제한 후,⁴⁵²⁾ FCC의 정책과 방송의 다양성 간에 관련성이 있다는 판단은 - 고정관념에 의존하고 있는 것도 아니고 - 수 많은 경험적 증거에 의해 확인되고 있기 때문에 허용될 수 있다고 주장했다.⁴⁵³⁾ 또한, 그는 FCC의 정책이 i) 이용가능한 모든 대안에 대한 오랜 연구와 충분한 검토 후에 채택·승인되었다는 점,⁴⁵⁴⁾ ii) 그 범위와 존속기한에 있어서 적절히 제한되었을 뿐만 아니라 연방의회에 의해 재평가를 받는다는 점,⁴⁵⁵⁾ iii) 비소수인종에게 경미한 부담만을 부과한다는 점⁴⁵⁶⁾ 등을 고려하면, FCC의 정책은 방송다양성의 증진이라는 목적에 실질적으로 관련되어 있다고 주장했다.⁴⁵⁷⁾

한편, 동조의견의 제시한 Stevens 대법관은 다수의견이 과거차별에 대한 구제보다는 장래의 이익에 초점을 맞춘 것에 대해 지지를 보내면서, 방송의 다양성이라는 이익은 - 통합된 경찰력이라는 이익과 공립학교 교사진의 구성에 있어서의 다양성 그리고 전문학교의 학생집단에 있어서의 다양성과 같이 - 의심의 여지없이 정당하다고 주장했다.⁴⁵⁸⁾

451) *Id.*, at 566-568.

452) *Id.*, at 569-579.

453) *Id.*, at 579-584.

454) *Id.*, at 585.

455) *Id.*, at 595.

456) 그는 이용가능한 방송주파수가 제한되어 있다는 것은 i) 누구도 면허에 대한 헌법(수정헌법 제1조)상의 권리를 가지고 있지 않다는 것과 ii) 면허의 부여는 공익의 요소에 대한 고려를 요구하고 있다는 것을 의미하기 때문에 우선권의 부여가 경쟁적 지원자들의 정당하고 확고히 뿌리박힌 기대권을 침해하는 것은 아니라고 한다. *Id.*, at 597-600.

457) *Id.*, at 584-597.

458) *Id.*, at 602-603.

(2) 반대의견

반대의견을 개진한 O'Connor 대법관(Rehnquist, Scalia, Kennedy 대법관이 동조)은 FCC의 정책을 위헌으로 판단했다.

우선, 그는 심사기준과 관련해서 엄격심사의 적용을 주장했다. 그는 정부에 의한 인종분류는 고정관념과 오명을 부여할 수 있기 때문에 아주 한정된 경우를 제외하고는 엄격한 심사를 받아야 한다고 주장했다.⁴⁵⁹⁾ 또한 그는 연방의회가 수정헌법 제14조 제5항의 구제적 권한을 실행하는 경우에는 사법심사에서 특별한 고려를 할 수 있는 상당한 재량을 갖지만, 동 사건에는 그러한 권한이 관련되어 있지 않기 때문에 엄격한 심사를 받아야 한다고 주장했다.⁴⁶⁰⁾

다음으로, 그는 이러한 엄격심사기준에 따라 FCC정책의 위헌여부를 논증했다. 즉, 방송의 다양성이라는 FCC의 정책의 목적이 불가피한 국가적 목적에 해당되는지와 FCC의 정책이 엄밀히 재단되었는지 여부를 판단했다.

첫째, 그는 현대의 평등보호이론은 오직 1개의 이익, 즉 확인된 인종차별의 효과를 구제하는 것만이 불가피한 국가적 목적에 해당되기 때문에 방송의 다양성은 불가피한 국가적 목적에 해당되지 않는다고 판단했다.⁴⁶¹⁾

둘째, 그는 i) 인종중립적인 다른 대안의 선택이 가능하다는 점, ii) 방송국의 소유주의 인종과 방송편성 간에 긴밀한 정도의 관련성이 없다는 점, iii) FCC의 정책이 무고한 제3자에게 과도한 부담을 준다는 점 등을 이유로 들면서, FCC의 정책은 엄밀히 재단되지 않아서 엄격심사를 통과하지 못할 뿐만 아니라 중간단계심사도 통과하지 못한다고 주장했다.⁴⁶²⁾

459) *Id.*, at 603-606.

460) *Id.*, at 606-607. 특히, 그는 연방의회의 자금유보계획에 대해 엄격한 심사보다 완화된 심사를 적용하여 합헌으로 판단한 *Fullilove v. Klutznick* 사건(448 U.S. 448 (1980))은 헌법적 근거(수정헌법 제14조 제5항의 실행권)가 있고 확인된 과거의 차별을 구제하기 위한 조치라는 점에서, 헌법적 근거도 없고 미래지향적인 방송의 다양성을 추구하는 조치인 동사건의 정책과는 다르다고 하면서, 동 사건에 대해 엄격한 심사를 해야 한다고 주장했다. *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990), at 607-608.

461) *Id.*, at 613-618. 또한, 그는 *Richmond v. J. A. Croson Co.* 사건(488 U.S. 469 (1989))과 *Wygant v. Jackson Board Of Education* 사건(476 U.S. 267 (1986))을 예로 들면서, 사회적 차별의 구제나 역할모델의 제공도 불가피한 목적으로 고려될 수 없다고 했다. *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990), at 614-615.

4. 1995년 ADARAND 사건⁴⁶³⁾

가. 사건개요⁴⁶⁴⁾

연방의회가 제정한 ‘중소기업법(the Small Business Act : SBA)’과 ‘지상교통및 통일재배치지원법(the Surface Transportation and Uniform Relocation Assistance Act : STURAA)’은 사회적·경제적으로 불리한 사람에 의해 소유 및 운영되는 소기업에게 혜택을 주는 정책을 실시할 것을 연방기관에게 요구하고 있었고, 관계기관이 사회적·경제적으로 불리한 사람을 판단함에 있어서 흑인 및 히스패닉 등 특정한 소수인종의 일원을 사회적·경제적으로 불리한 개인으로 ‘추정(presumption)’하도록 요구하고 있었다. 이 요구에 따라, 연방교통부(the United States Department of Transportation : DOT)는 주계약자가 사회적·경제적으로 불리한 기업과 하도급계약을 체결한 경우 하도급계약액의 10%를 주계약자에게 보너스로 수여하는 것을 골자로 하는 하도급계약 보상조항(subcontracting compensation clauses)을 마련해서 실시하고 있었다.

이런 상황 속에서, 1989년에 연방교통부(DOT) 산하의 기관인 고속도로국이 Colorado주 고속도로건설 프로젝트를 발주했고, MGCC(Mountain Gravel & Construction Co.)가 그 계약을 수주했다. MGCC는 고속도로 가드레일 공사를 위해 하도급계약입찰을 실시했는데, MGCC는 10%의 보너스를 받기 위해, 상대적으로 낮은 입찰금을 제시한 Adarand 건설회사(Adarand Constructors, Inc.) 대신, 사회적·경제적으로 불리한 기업으로 확인된 Gonzales 건설회사(Gonzales Construction Co.)에게 하도급계약을 수여했다. 이에, 하도급계약에서 탈락한 Adarand 건설회사는 하도급계약 보상조항의 사용에 있어서의 인종에 기초한 추정(presumption)이 자신들의 평등보호에 관한 권리를 침해한다고 주장하면서 연방지방법원에 소송을 제기했다.

462) *Id.*, at 618-632.

463) *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200 (1995).

464) *Id.*, at 205-210.

지방법원은 오히려 정부의 약식재판신청을 승인했고,⁴⁶⁵⁾ 연방항소법원도 관대한 심사기준(lenient standard)을 적용하여 상고인의 청구를 기각했다.⁴⁶⁶⁾ 이에, 연방 대법원이 사건이송명령을 발해서 동 사건을 심리·판결하게 되었다.

나. 판결요지

(1) 법정의견

동 사건에서의 쟁점은 연방적 차원에 의한 적극적 평등실현조치에 대해 적용되는 심사기준이 무엇인지 여부이다. 따라서 판결요지들도 사실상 심사기준에 국한되었다.

O'Connor 대법관(Rehnquist, Kennedy, Thomas, Scalia 대법관이 참여)이 정부의 모든 인종분류에는 엄격한 심사를 적용해야 한다는 법정의견을 개진했다.

우선, 그는 대법원의 선례를 검토하면 인종분류에 관해 3개의 명제를 설립했는데, 그 명제에 따르면, 모든 정부의 인종분류에는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다고 주장했다. 그가 제시한 일반적 명제는 다음과 같다. 첫째, ‘의심성(skepticism)’이다. 그는 이에 관해, ‘인종 또는 민족적 기원을 이유로 사람을 다르게 취급하는 모든 공식적 행위는 선천적으로 의심’스럽고,⁴⁶⁷⁾ ‘인종분류는 헌법적으로 의심’스럽고,⁴⁶⁸⁾ ‘그들의 조상을 유일한 이유로 한 시민들 사이의 구분은 본질적으로 자유민에게 불쾌’하고,⁴⁶⁹⁾ ‘인종적·민족적 기준에 근거한 우선책은 가장 엄격한 심사를 받드시 받아야 한다’는 선례⁴⁷⁰⁾가 있다고 주장했다. 둘째, ‘일관성(consistency)’이다. 그는 이에 대해, ‘평등보호조항 하의 심사기준은 특정한 분류에 의해 부담을 지거나 이익을 받는 사람의 인종에 의존하지 않는다’는 선례가

465) Adarand Constructors, Inc. v. Skinner, 790 F. Supp. 240 (D. CO. 1992).

466) Adarand Constructors, Inc. v. Skinner, 16 F.3d 1537 (10th Cir. 1994)

467) Fullilove v. Klutznick 사건에서의 Stewart 대법관의 반대의견(448 U.S. 448 (1980), at 523).

468) McLaughlin v. Florida, 379 U.S. 184 (1964), at 192.

469) Kiyoshi Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81 (1943), at 100.

470) Wygant v. Jackson Board Of Education 사건에서의 Powell 대법관의 상대적 다수의견(476 U.S. 267 (1986), at 273); Fullilove v. Klutznick 사건에서의 Burger 대법관의 의견(448 U.S. 448, at 491).

있어서,⁴⁷¹⁾ 모든 인종적 분류는 - 그것이 호의적이건 악의적이건 간에 - 엄격한 심사를 받아야 한다고 주장했다. 셋째, ‘일치성(congruence)’이다. 그는 이에 대해, ‘수정헌법 제5조의 영역에 있어서의 평등보호분석은 수정헌법 제14조 상의 그것과 같다’는 선례⁴⁷²⁾가 있다고 주장했다.⁴⁷³⁾ 그는 모든 전제를 함께 고려하면, 이러한 3개의 명제는 ‘모든 사람은 - 인종이 무엇이든 간에 - 그 사람에게 불평등한 처우를 강요하는 모든 인종분류를 정부가 - 엄격한 사법심사 하에서 - 정당화시킬 것을 요구할 권리를 가진다’는 결론을 이끌어 낸다고 주장했다.⁴⁷⁴⁾

다음으로, 그는 Metro Broadcasting 사건과 Fullilove 사건을 분석·비판한 후, 본 판결의 판시내용에 위배되는 범위 내에서 당해 판결들을 파기했다. 특히, 그는 Metro Broadcasting 사건이 ‘연방의회가 명령한 우호적 인종분류는 중간단계심사를 충족시킬 것을 요한다고 판시함’으로써, ‘동일한 헌법이 주보다 연방정부에게 약한 의무를 부과하는 것은 상상할 수 없다’는 연방대법원의 오랜 관념을 부인했을 뿐만 아니라 선례를 통해 설립된 명제들을 손상시켰기 때문에 본 판결의 판시내용과 일치하지 않는 범위 내에서 파기되어야 한다고 주장했다.⁴⁷⁵⁾

한편, 그는 엄격심사가 ‘이론적으로 엄격하지만 사실상 치명적이다(strict in theory, but fatal in fact)’라는 고정관념을 버릴 것을 주문했다. 그는 Paradise 사건⁴⁷⁶⁾에서 상대적 다수의견에 참여한 모든 대법관들이 Alabama 공안국의 ‘광범위하고 조직적이고 완고한 차별적 행위’를 엄밀히 재단된 인종에 기초한 구제책으로 정당화시켰다는 사실을 예로 들면서, 인종에 기초한 행위가 불가피한 이익을 증진시키기 위해 필수적이고, 엄밀히 재단되기만 한다면, 헌법적으로 허용될 수

471) Richmond v. J. A. Croson Co. 사건에서의 상대적 다수의견(488 U.S. 469 (1989), at 494)과 SCALIA 대법관의 동조의견(id., at 520); University Of California Regents V. Bakke 사건에서의 Powell 대법관의 의견(438 U.S. 265 (1978), at 289-290).

472) Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976), at 93; Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S. 636 (1975), at 638; Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954), at 500.

473) 이에 대해, 그는 아주 짧게 설명을 하고 있어서 구체적인 의미가 무엇인지는 불분명하지만, 수정헌법 제1조는 연방을 주된 규율대상으로 하고, 수정헌법 제14조는 주를 주된 규율대상으로 한다는 점에 비추어 볼 때, 일치성의 의미는 ‘평등보호에 있어서 연방과 주는 같은 입장에 있기 때문에 연방에 의한 인종분류도 주와 마찬가지로 엄격심사를 받아야 한다는 것’으로 보여진다.

474) Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200 (1995), at 218-224.

475) *Id.*, at 225-227.

476) United States v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987).

있다고 주장했다.⁴⁷⁷⁾

한편, 동조의견을 제시한 Scalia 대법관은, i) 헌법은 인종이 아닌 개인에 초점을 두고 있고, ii) 인종적 권리부여는 - 비록 그것이 호의적이라도 하더라도 - 노예제도 및 인종적 특권 그리고 인종적 증오를 연상시키는 방법으로 장래의 해악을 강화·유지시킬 수 있기 때문에 과거의 인종차별을 보상하기 위해 인종에 기초한 차별을 함에 있어서, 정부는 결코 ‘불가피한 이익’을 가질 수 없다고 주장했다.⁴⁷⁸⁾

또한, Thomas 대법관은 호의적 인종분류는 혜택은 받는 사람에게는 열등하다는 낙인과 의존성을 높이게 만들고, 반대의 사람에게는 우월성과 분노를 자극하기 때문에 정부의 모든 인종분류는 엄격한 심사를 받아야 한다고 주장했다.⁴⁷⁹⁾

(2) 반대의견

Stevens 대법관(Ginsburg 대법관이 동조)은 다수의견이 제시한 명제들에 대한 비판에 초점을 둔 반대의견을 개진했다. 그는 다수의견이 제시한 3개의 명제에 대해 반박하면서, 1번째 명제(의심성)에 대해서는 어느 정도의 공감을 표시했지만, 특히 2번째(일관성)와 3번째(일치성)의 명제에 대해서는 강도 높은 비판을 했다.

우선, ‘일관성’ 명제에 관해, 그는 제급제도를 영속화시키기 위해 고안된 ‘악의적 정책’과 인종적 종속성을 제거하는 것을 추구하는 ‘호의적 정책’ 사이에는 도덕적·헌법적 동등성(equivalence)이 없다고 했다. 즉, 악의적 차별은 다수자의 권력을 증진·유지하기 위해 싫어하는 집단을 종속시키는 억압의 엔진인 반면, 인종에 기초한 구체적 우선책은 사회에서의 평등을 증진하려는 욕망이라는 반대의 욕구를 반영하고 있다고 주장했다. 또한, 만약 ‘일관성’을 고수하면, 호의적인 인종분류에는 엄격심사가 적용되는 반면, 호의적인 성차별에는 중간단계심사가 적용되게 되는데, 이는 - 평등보호조항의 주된 목적이 이전의 노예에 대한 차별을 종식시키기 위한 것임에도 불구하고 - 정부가 여성에 대한 차별을 구제하기 위해 적

477) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995), at 237.

478) *Id.*, at 239.

479) *Id.*, at 240-241.

극적 평등실현조치를 하는 것보다 흑인에 대한 차별을 구제하기 위한 적극적 평등실현조치를 실행하는 것을 더 어렵게 만드는 이상한 결과를 초래한다고 주장했다.⁴⁸⁰⁾

다음으로, ‘일치성’ 명제에 관해, 그는 연방과 주 사이의 구별은 Metro Broadcasting, Inc. v. FCC 사건⁴⁸¹⁾과 Fullilove v. Klutznick 사건⁴⁸²⁾ 등 대법원의 선례에서 지속적·반복적으로 확인되었을 뿐만 아니라 본사건에서 다수의견을 낸 대법관 조차도 Richmond v. J. A. Croson Co. 사건⁴⁸³⁾에서 이를 확인했기 때문에 ‘일치성’ 명제는 타당하지 않다고 주장했다. 특히, 그는 수정헌법 제14조가 주를 명백히 제한하는 동시에 연방의회에게는 권한(입법시행권)을 직접적으로 부여하고 있는데, 이것은 우연한 것이 아니라, 인종과 관련된 우리의 불행한 역사를 통한 확고한 경험 후에 성취된 우리 국민의 공감대, 즉 ‘연방정부는 - 인종적 소수자집단을 억압할 우려가 있는 - 주에 대해 인종적 소수자집단의 최고의 수호자가 되어야 한다’는 국민적 공감대를 상징하는 것이며, 그 결과, 적극적 평등실현조치와 같이 중요한 문제에 관한 연방의회의 고려는 주 또는 지방자치단체의 그것보다 훨씬 더 큰 경의를 인정받아야 한다고 주장했다.⁴⁸⁴⁾

한편, Souter 대법관(Ginsburg, Breyer 대법관이 참여)과 Ginsburg 대법관(Breyer 대법관이 참여)도 각각 별도의 반대의견을 통해 다수의견의 비판했다. Souter 대법관은 Fullilove 사건⁴⁸⁵⁾을 선례로 적용할 것을 주장했고,⁴⁸⁶⁾ Ginsburg

480) *Id.*, at 243-247.

481) 그는 Metro Broadcasting, Inc. v. FCC 사건(497 U.S. 547 (1990), at 563)에서 대법원이 국가적 입법부(연방의회)의 특별한 ‘제도적 권한(institutional competence)’을 인정했다고 한다.

482) 그는 Fullilove v. Klutznick 사건(448 U.S. 448 (1980), at 471, 491, 510, 515-516, 517-520, 563)에서 i) Powell과 Marshall 대법관이 ‘미국의 공공복리를 제공’할 권한(헌법 1조 8항 1호)과 수정헌법 제14조의 평등보호보장을 ‘적절한 입법으로 실시’할 권한(수정헌법 14조 5항)을 가지고 있는 헌법상 - 연방대법원과 - 동등한 기관인 연방의회에게 적절한 경의를 가질 것을 훈계했으며, ii) Burger와 Powell 대법관은 통상조항과 지출조항 및 남북전쟁조항 상의 연방의회의 권한의 견지에서 뿐만 아니라 국가적 입법부로서의 연방의회의 제도적 권한의 견지에서 연방의회에 대한 경의는 적절하다고 판시했다고 한다.

483) 그는 본 사건에서 다수의견에 참여한 Scalia 대법관도 Richmond v. J. A. Croson Co. 사건(488 U.S. 469 (1989), at 522)에서, 인종에 근거한 연방의 행위와 주의 행위 사이의 충분한 구분은 남북전쟁조항(수정헌법 제14조)에 근거할 뿐만 아니라 사회적 현실과 정부이론에 근거하는 것으로 설명했다.

484) Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995), at 249-255.

485) Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980).

대법관은 인종차별의 역사와 그 차별관행의 결과를 고려하면 주의깊게 고안된 적극적 평등실현조치가 수정헌법 제14조의 법의 평등보호를 실현하는데 도움이 될 수 있다는 결론을 연방의회가 내릴 수 있다고 주장했다.⁴⁸⁷⁾

V. 미국 연방대법원 판례에 대한 종합적 평가

1978년의 Bakke 사건⁴⁸⁸⁾에서 적극적 평등실현조치에 관해 연방대법원이 처음으로 본안판단을 한 이래, 연방대법원은 최근(2003년)까지 총 18건의 사건⁴⁸⁹⁾에 대해 본안판단을 했다. 이것을 실시근거 및 실시주체 별로 분석하면, i) 법원의 명령에 의한 적극적 조치를 다룬 사건이 3건이고,⁴⁹⁰⁾ ii) 동의판결에 기초해서 자발적으로 실시된 조치를 다룬 사건이 1건이고,⁴⁹¹⁾ iii) 그 외의 자발적 조치를 다룬 사건이 15건이다.⁴⁹²⁾

지방법원의 명령에 의한 적극적 평등실현조치의 경우에는 민권법 위반문제와

486) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995), at 264-271.

487) *Id.*, at 271-276.

488) *University Of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

489) *University Of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Steel Workers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979); *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980); *Fire Fighters v. Stotts*, 467 U.S. 561 (1984); *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986); *Sheet Metal Workers v. EEOC*, 478 U.S. 421 (1986); *Fire Fighters v. Cleveland*, 478 U.S. 501 (1986); *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987); *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987); *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989); *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990); *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995); *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

490) *Fire Fighters v. Stotts*, 467 U.S. 561 (1984); *Sheet Metal Workers v. EEOC*, 478 U.S. 421 (1986); *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987).

491) *Fire Fighters v. Cleveland*, 478 U.S. 501 (1986).

492) *University Of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Steel Workers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979); *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980); *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986); *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987); *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989); *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990); *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995); *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

헌법상의 평등보호 위반문제가 동시에 제기될 수 있다. 즉, 법원의 명령이 민권법 제VII편 제706조 (g)⁴⁹³항 상의 적절한 적극적 평등실현조치 및 적절한 형평법상의 구제조치에 포함되는지 여부와 수정헌법 제5조 및 제14조 상의 평등보호를 위반했는지 여부가 쟁점이 된다. Sheet Metal Workers 사건⁴⁹⁴)에서는 두 문제 모두가 쟁점으로 제기되었고, Paradise 사건⁴⁹⁵)에서는 평등보호 위반문제만이 쟁점이었고, Stotts 사건⁴⁹⁶)은 민권법 위반문제만이 쟁점이었다.

동의판결에 기초한 자발적인 적극적 평등실현조치의 경우, 그것이 사적 영역인 경우에는 일반적인 차별을 금지한 민권법 제VII편의 위반문제만이 쟁점으로 제기되고, 공적인 영역의 경우에는 연방의 재정적 원조를 받는 프로그램이나 활동에서의 차별금지를 규정한 민권법 제VI편의 위반문제와 일반적인 차별을 금지한 민권법 제VII편의 위반문제 그리고 수정헌법 제14조 및 제5조 상의 평등보호 위반문제가 동시에 제기될 수 있다. 이와 관련된 유일한 판결인 Cleveland 사건⁴⁹⁷)의 경우 사적 영역에서 문제된 것이기 때문에 민권법 제VII편의 위반문제만이 쟁점으로 제기되었다.

한편, 자발적인 적극적 평등실현조치의 경우에도 동의판결에 기초한 자발적인 적극적 평등실현조치와 동일한 형태의 문제가 쟁점으로 제기된다. 즉, 사적 영역의 경우에는 민권법 제VII편의 위반문제만이 쟁점으로 제기되고, 공적 영역의 경우에는 민권법 제VI편 및 제VII편의 위반문제와 헌법상의 평등보호의 위반문제가 동시에 쟁점으로 제기된다. Weber 사건⁴⁹⁸)의 경우에 사적인 영역에서 노사간의

493) The Civil Rights Act of 1964 § 706(g), 86 Stat. 107, 42 U.S.C. § 2000e-5(g). 동 조항은 “만약 피고가 제소된 불법적인 고용관례를 의도적으로 사용해 왔거나 의도적으로 사용하고 있다는 점을 법원이 인정한다면, 법원은 피고가 그러한 불법적인 고용관례를 사용하는 것을 금지시킬 수 있으며, 소급급여를 지급하거나 지급하지 않는 피고용인의 복직 또는 고용을 포함하여 적절한 적극적 평등실현 조치를 명령하거나 기타 법원이 적절하다고 인정한 형평법상의 구제를 명령할 수 있다. 만약 개인이 인종·피부색·종교·성별·출신국가를 이유로 한 차별 또는 이 편의 제704(a)조의 위반 이외의 사유로, (노동조합원으로서의) 가입거부·권리행사정지·제명 또는 (피고용인으로서의) 고용거부·승진거부 또는 급여지급정지·해고된 경우에는, 법원의 명령은 노동조합원으로서의 개인의 가입·복직 또는 피고용인으로서의 개인의 고용·복직·승진 또는 그에 대한 소급급여의 지급을 요구할 수 없다.”라고 규정하고 있다.

494) Sheet Metal Workers v. EEOC, 478 U.S. 421 (1986).

495) United States v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987).

496) Fire Fighters v. Stotts, 467 U.S. 561 (1984).

497) Fire Fighters v. Cleveland, 478 U.S. 501 (1986).

498) Steel Workers v. Weber, 443 U.S. 193 (1979).

자율적인 합의를 통해서 적극적 평등실현조치가 실시되었기 때문에 민권법 제VII편의 위반문제만이 쟁점으로 제기되었고, 공적인 영역에서 실시된 적극적 평등실현조치가 문제된 그 외의 대부분의 사건에서는 민권법 위반문제와 헌법 위반문제가 동시에 쟁점으로 제기되었다.⁴⁹⁹⁾⁵⁰⁰⁾

헌법 위반문제가 쟁점으로 제기된 사건의 경우, 우선, 문제된 적극적 평등실현 조치에 어떠한 평등심사기준을 적용할 것인지가 문제된다. 즉, 당해 사건에 엄격한 심사기준을 적용할 것인지, 중간단계의 심사기준을 적용할 것인지를 먼저 결정하게 된다. 다음으로, 문제된 적극적 평등실현조치가 각각의 기준을 충족하는지 여부를 심사하게 된다. 즉, 엄격심사기준을 적용할 경우에는 그 목적이 불가피한 국가의 이익에 공헌하는지 여부와 그 수단이 엄밀히 재단되었는지 여부에 대한 심사를 통해 위헌여부를 결정하게 되고, 중간심사기준을 적용할 경우에는 그 목적이 중요한 정부의 이익에 공헌하는지 여부와 그 수단이 목적달성과 실질적인 관련성을 가지고 있는지 여부에 대한 심사를 통해 위헌여부를 결정하게 된다.

심사기준과 관련하여 미국 연방대법원은 초기에는 실시주체, 즉 연방이나 주 및 지방정부냐에 따라서 심사기준을 달리 적용하는 경향이 있었지만, 1995년 Adarand 판결⁵⁰¹⁾ 이후 모든 인종적 분류는 엄격심사를 받아야 한다는 다수의견이 형성되었다. 한편, 종래에는 어떤 심사기준이 적용되는가에 따라 적극적 평등실현조치의 운명이 사실상 결정되었다. 즉, ‘엄격심사=위헌’, ‘중간단계심사=합헌’이라는 도식이 성립했다. 그 때문에 엄격심사는 ‘이론적으로 엄격하지만 사실상 치명적(strict in theory, but fatal in fact)’이라는 고정관념이 지배했었다. 그러나 2003년 Grutter 사건⁵⁰²⁾을 계기로 엄격심사에서 생존할 수 있는 적극적 평등실현

499) 한편, Johnson 사건(Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987))의 경우에 공적 영역, 즉 Santa Clara 카운티가 자발적으로 채택한 적극적 평등실현조치가 문제된 사건이지만, 당사자가 민권법 제VII편의 위반문제만을 쟁점으로 제시했기 때문에 민권법 제VI편의 위반문제 및 헌법 위반문제는 논의되지 않았다. 생각건대, 본 사건에의 핵심적인 쟁점은 ‘성별’에 근거한 차별인데, 민권법 제VI편은 차별금지사유로 ‘성별’을 규정하지 않았기 때문에 당사자는 이에 대한 위반을 주장하지 않은 것으로 보인다. 또한 헌법적으로 문제된 과거의 적극적 평등실현조치에 관한 대법원의 판례가 주로 ‘인종’에 근거한 차별만을 다뤘기 때문에 당사자가 헌법 위반문제를 제기하지 않은 것으로 보인다.

500) 헌법 위반문제와 민권법 위반문제가 동시에 주장될 때, 대법원은 주로 헌법적 문제만을 쟁점으로 판단한다. 이는 “민권법 제VI편은 평등보호조항 또는 수정헌법 제5조에 위반되는 인종적 분류만을 금지하는 것으로 이해되어야 한다.”고 본 Powell 대법관의 견해(University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), at 288)에서 영향을 받은 것으로 보인다.

501) Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200 (1995).

조치의 가능성을 보았다.



502) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

제2절 적극적 평등실현조치에 대한 미국 연방대법원의 합헌성 심사기준

1. 일반적 평등보호원칙에 관한 심사기준

미국 연방대법원의 평등심사기준은 전통적으로 ‘엄격한 심사(strict scrutiny)’와 ‘합리성 심사(rational basis test)’로 대별되어 오다가 1976년 Craig 사건⁵⁰³⁾ 이후 소위 ‘중간심사기준(intermediate standard of review)’이 추가되었다. 따라서 현재 미국 연방대법원은 일반적인 평등심사에 있어서 ‘3단계 심사구조(three-tiered framework)’를 취하고 있다.⁵⁰⁴⁾



1. 합리성 심사(rational basis test)

합리성 심사는 경제 및 사회복지 영역에서의 차별입법을 심사하는 기준으로, 차별입법이 ‘정당한(legitimate)’ 목적을 추구할 것과 선택된 차별수단이 그 목적에

503) Craig v. Boren, 492 U.S. 190 (1976).

504) 이종근, “평등권 보장에 있어서의 위헌법률심사기준”, 『공법학연구』 제9권 제3호, 한국비교공법학회 (2008. 08), 228-230면. 미국 연방대법원의 평등심사기준에 관한 자세한 내용은, 강승식, “미연방대법원의 평등심사기준”, 『법과 정책연구』 제2집 제1호, 한국법정책학회 (2002. 06); 김기영, “미국에서의 평등권에 관한 이론”, 『아·태공법연구』 제7집, 아세아·태평양공법학회 (2000. 12); 김문현, “평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계 위헌심사기준에 대한 평가”, 『미국헌법연구』 제17권, 미국헌법학회 (2006. 09); 김영휴, “평등보장의 기준에 관한 연구 - 한국과 미국의 경우를 중심으로”, 전남대학교 대학원, 박사학위논문 (1989. 08); 김현철, “미국 연방대법원의 평등보호에 관한 판례와 위헌심사기준”, 『헌법논총』 제11집, 헌법재판소 (2000. 12); 나달숙, “미국헌법상 평등보호를 위한 사법심사”, 『법학연구』 제20집, 한국법학회 (2005. 11); 이부하, “평등보호의 사법심사기준에 관한 소고 - 미대법원 판례를 중심으로”, 『한양법학』 제12집, 한양법학회 (2001. 12); 임지봉, “미국 연방대법원의 평등심사 기준”, 『법조』 제550호, 법조협회 (2002. 07); 조홍석, “미국 연방대법원의 평등심사에 관한 헌법적 권한 - 사법소극주의시대와 적극주의시대를 중심으로”, 『아·태공법연구』 제7집, 아세아·태평양공법학회 (2000. 12); 조홍석, “평등심사에 관한 미국 연방대법원의 현대적 경향”, 『헌법학연구』 제6집 제2호, 한국헌법학회 (2000. 11) 등 참조.

‘합리적인 관련성(rational relation)’을 갖고 있을 것을 요구한다.

그런데 합리성 심사에서 요구하는 정당한 입법목적은 ‘입법자가 추구할 수도 있는 가정적인 목적’이라는 것만 논증해도 만족될 수 있기 때문에⁵⁰⁵⁾ 사실상 헌법에 의해 금지되지 않는 어떠한 목적도 이 요건을 충족하게 된다. 또한 합리적인 관련성도 차별수단이 ‘명백히 잘못되고, 자의적인 권한행사’가 아닌 한 인정된다.⁵⁰⁶⁾ 따라서 이 심사기준은 “이론상으로는 최소한의 심사가 있지만, 실제로는 아무 것도 없는 기준”이라는 비판을 받기도 한다.⁵⁰⁷⁾

2. 엄격심사(strict scrutiny)

엄격한 심사는 인종이나 혈통과 같은 ‘의심스러운 분류(suspect classification)’⁵⁰⁸⁾ 또는 투표권이나 주간통행권과 같은 ‘근본적 권리(fundamental right)’에 부담을 주는 분류를 심사하는 기준으로, 차별입법이 ‘불가피한(compelling)’ 목적을 추구할 것과 선택된 차별수단이 그 목적을 달성하는데 ‘필수적인(necessary)’ 수단일 것, 즉 ‘엄밀히 재단된(narrowly tailored)’ 수단일 것을 요구한다.

엄격한 심사에서는 국가가 차별이 반드시 필요하다는 것을 입증해야 할 뿐만 아니라 목적과 선택된 차별수단 간의 ‘적합성(fit)’은 매우 긴밀해서 ‘덜 제한적인 대안(less restrictive alternatives)’이 없는 경우에만 합헌으로 인정된다.⁵⁰⁹⁾ 따라서 엄격한 심사는 ‘이론적으로 엄격하지만 사실상 치명적(strict in theory, but fatal in fact)’이라는 비판을 받기도 한다.⁵¹⁰⁾

505) Steven Emanuel, *Constitutional Law Capsule Summary*, Larchmont, NY : Emanuel Publishing Corp. (2000), p. 225.

506) *Hevering v. Davis*, 301 U.S. 619 (1937), at 640; *Mathews v. DeCastro*, 429 U.S. 181 (1976), at 185; Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, NY : Aspen Law & Business Publishers (1997), p. 541.

507) Gerald Gunther, "The Supreme Court, 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", 86 *HARV. L. REV.* 1 (1972), p. 8.

508) 인종과 혈통에 의한 분류는 불가역성(immutability)과 고정관념(stereotypes)에 기초한 분류이기 때문에 공정하지 못하다는 의심을 받게 된다. Steven Emanuel, *supra* note 505, p. 240.

509) Steven Emanuel, *supra* note 505, pp. 221-222.

3. 중간단계심사(intermediate standard of review)

중간단계심사는 성별이나 적서(illegitimacy) 등과 같은 ‘의심스러운 것에 준하는 분류(quasi-suspect classification)’에 기초한 차별을 심사하는 기준으로, 차별입법이 ‘중요한(Important)’ 목적을 추구할 것과 선택된 차별수단이 그 목적을 달성하는데 ‘실질적으로 관련된(substantially related)’ 수단일 것을 요구한다.

따라서 중간단계심사에서 차별목적은 ‘불가피한’ 것일 필요는 없지만, 단순히 ‘정당한’ 것에 그쳐서는 안 된다. 또한 목적과 수단 간의 관계는 ‘엄밀히 재단’될 필요는 없지만, 단순히 ‘합리적으로 관련’되는 것에 그쳐서도 안 된다.

II. 적극적 평등실현조치에 관한 합헌성 심사기준



1. 인종에 기초한 적극적 평등실현조치에 관한 심사기준

가. 심사기준 정립과정

1995년 Adarand 판결⁵¹¹⁾에서 모든 인종적 분류는 엄격심사를 받아야 한다는 다수의견이 형성되기 전까지 연방대법원은 심사기준에 관해 많은 논란이 있었다. 그 논란의 핵심은 2가지로 정리될 수 있는데, 하나는 악의적 인종분류와 호의적 인종분류에의 심사기준이 동일한지 여부이며, 다른 하나는 연방에 의한 인종분류와 주 및 지방에 의한 인종분류에의 심사기준이 동일한지 여부이다.

510) Gerald Gunther, *supra* note 507, p. 8.

511) Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

(1) 악의적인 인종분류와 호의적인 인종분류

우선, 악의적인 인종분류와 호의적인 인종분류에 대한 심사기준의 문제는 1978년 Bakke 사건 이래로 꾸준히 제기되어 왔다.

동일한 심사기준이 적용되어야 한다는 입장은 i) 모든 종류의 인종적·민족적 구분은 본질적으로 의심스럽기 때문에 가장 엄격한 사법심사가 요청된다는 점,⁵¹²⁾ ii) ‘평등보호조항 하의 심사기준은 특정한 분류에 의해 부담을 지거나 이익을 받는 사람의 인종에 의존하지 않는다’는 선례가 있다는 점,⁵¹³⁾ iii) 호의적 인종분류는 혜택을 받는 사람에게는 열등하다는 낙인과 의존성을 높이게 만들고, 반대의 사람에게는 우월성과 분노를 자극한다는 점⁵¹⁴⁾ 등을 이유로 모든 인종적 분류는 - 그것이 호의적이건 악의적이건 간에 - 엄격한 심사를 받아야 한다고 주장한다.

반면, 호의적인 분류에 완화된 심사기준을 적용해야 한다는 입장은 i) 인종적 분류는 원칙적으로 의심스러운 분류에 해당되어 엄격한 심사를 받아야 하지만, 과거의 불합리한 차별의 결과를 구제하기 위한 인종적 분류는 ‘전통적인 의심의 징표(traditional indicia of suspectness)’가 없다는 점,⁵¹⁵⁾ ii) 인종차별적인 정부의 행위와 과거의 인종차별의 효과를 구제하거나 차별의 효과를 영속화시키는 것을 금지하는 정부의 행위는 심오한 차이가 있기 때문에 동일한 심사기준이 적용되어서는 안 된다는 점,⁵¹⁶⁾ iii) 악의적 차별은 다수자의 권력을 증진·유지하기 위해 싫어하는 집단을 종속시키는 억압의 엔진인 반면, 인종에 기초한 구제적인 우선책은 사회에서의 평등을 증진하려는 반대의 욕망을 반영하고 있기 때문에 계급제도

512) Bakke 사건에서의 Powell 대법관의 견해(University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), at. 290-292); Fullilove 사건에서의 Stewart 대법관의 견해(Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980), at 523-526); Wygant 사건에서의 Powell 대법관의 견해(Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986), at 274-275); Adarand 사건에서의 O'Connor 대법관의 견해(Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200 (1995), at 218-224) 등.

513) Adarand 사건에서의 O'Connor 대법관의 견해(Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200 (1995), at 218-224).

514) Adarand 사건에서의 Thomas 대법관의 견해(Adarand Constructors, Inc. v. Pena, 515 U.S. 200 (1995), at 240-241).

515) Bakke 사건에서의 Brennan 대법관의 견해(University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), at 357-359); Fullilove 사건에서의 Marshall 재판관의 견해(Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980), at 518-520).

516) Croson 사건에서의 Marshall 대법관의 의견(Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989), at 552).

를 영속화시키기 위해 고안된 ‘악의적 정책’과 인종적 종속성을 제거하는 것을 추구하는 ‘호의적 정책’ 사이에는 도덕적·헌법적 동가성(equivalence)이 없다는 점,⁵¹⁷⁾ iv) 헌법은 과거차별의 결과를 회복하고 차별의 영속화를 방지하기 위해 피부색을 의식한다는 점⁵¹⁸⁾ 등을 이유로 보다 완화된 심사기준이 적용되어야 한다고 주장한다.⁵¹⁹⁾

(2) 연방에 의한 인종분류와 주 및 지방에 의한 인종분류

다음으로, 연방에 의한 적극적 평등실현조치와 주 또는 지방에 의한 적극적 평등실현조치가 동일한 심사기준을 적용받는지 여부는 1980년 Fullilove 사건 이래로 꾸준히 제기되어 왔다.

주 또는 지방과는 달리 연방에 의해 실시된 적극적 평등실현조치에는 보다 완화된 심사를 적용해야 한다는 입장은 i) 연방의회는 ‘미국의 공공복리를 제공할 권한(헌법 제1조 제8항 제1호)’과 수정 14조의 평등보호보장을 위해 ‘적절한 입법으로 실시할 권한(수정헌법 제14조 제5항)’을 가지고 있는 헌법상 - 연방대법원과 - 동등한 기관이므로, 연방대법원은 연방의회에 대해 적절한 경의를 가지고 판단해야 한다는 점,⁵²⁰⁾ ii) 연방의회에 의한 과거차별의 사실확인도 수정헌법 제14조 제5항의 실시권한 및 확인권한에 따라 이뤄지는 반면, 수정헌법 제14조 제1항은 주의 권한에 대해 명백한 구속을 하고 있기 때문에 연방의회에 의한 과거차

517) Adarand 사건에서의 Stevens 대법관의 견해(Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995), at 243-247).

518) Gratz 사건에서의 Ginsburg 대법관의 의견. 그는 ‘헌법은 색맹이기도 하고 색맹이 아니기도 하다’고 주장했다. 즉, 그는 이익을 부인하는 분류나 상처를 야기하는 분류 또는 부담을 부과하는 분류는 인종에 근거해서는 안 되는데, 이 의미에서 헌법은 색맹이라고 했다. 하지만 그는 헌법은 과거차별의 결과를 회복하고 차별의 영속화를 방지하기 위해 피부색을 의식하는데, 이 의미에서 헌법은 색맹이 아니라고 했다. Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003), at 302.

519) 한편, Stevens 대법관은 만약 심사기준에 관해 ‘일관성’을 고수하면, 호의적인 인종분류에는 엄격심사가 적용되는 반면, 호의적인 성차별에는 중간단계심사가 적용되게 되는데, 이는 - 평등보호조항의 주된 목적이 이전의 노예에 대한 차별을 종식시키기 위한 것임에도 불구하고 - 정부가 여성에 대한 차별을 구제하기 위해 적극적 평등실현조치를 하는 것보다 흑인에 대한 차별을 구제하기 위한 적극적 평등실현조치를 실행하는 것을 더 어렵게 만드는 이상한 결과를 초래한다고 주장했다. Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995), at 243-247.

520) Fullilove 사건에서의 Burger 대법관의 견해(Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980), at 473); Metro Broadcasting 사건에서의 Brennan 대법관의 견해(Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990), at 564-566).

별의 사실확인과 주 또는 지방정부에 의한 과거차별의 사실확인을 같이 취급해서는 안 된다는 점,⁵²¹⁾ iii) 수정헌법 제14조가 주를 명백히 제한하는 동시에 연방의회에게는 권한(입법시행권)을 직접적으로 부여하고 있는데, 이것은 ‘연방정부는 - 소수인종을 억압할 우려가 있는 - 주에 대해 인종적 소수자집단의 최고의 수호자가 되어야 한다’는 국민적 공감대를 상징하는 것이기 때문에 적극적 평등실현조치와 같이 중요한 문제에 관한 연방의회의 고려는 주 또는 지방자치단체의 그것보다 훨씬 더 큰 경의를 인정받아야 한다는 점⁵²²⁾ 등을 이유로 들고 있다.⁵²³⁾

반면, 연방과 주의 적극적 평등실현조치에 동일한 엄격심사가 적용되어야 한다는 입장은 i) 연방의회가 지출권한과 통상조항 하에서 광범위한 재량권을 가지는 것은 분명하지만, 연방의회가 그 권한을 행사함에 있어서는 - 모든 주의회가 그의 권한을 행사함에 있어서 헌법을 준수해야 하는 것과 같이 - 헌법을 준수해야 한다는 점,⁵²⁴⁾ ii) ‘수정헌법 제5조의 영역에 있어서의 평등보호분석은 수정헌법 제14조 상의 그것과 같다’는 선례⁵²⁵⁾가 있기 때문에 연방에 의한 인종분류(수정헌법 제5조)도 주에 의한 인종분류(수정헌법 제14조)와 마찬가지로 엄격심사를 받아야 한다는 점⁵²⁶⁾ 등을 이유로 들고 있다.



(3) 엄격심사의 확립

우호적인 인종분류와 악의적인 인종분류에 동일한 심사기준이 적용되는지 여부

521) Croson 사건에서의 O'Connor 대법관의 견해(Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989), at 486-493).

522) Adarand 사건에서의 Stevens 대법관의 견해(Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995), at 249-255).

523) 한편, Croson 사건에서 Marshall 대법관은 수정헌법조항 어디에도 주가 연방정부와 함께 차별 및 그 효과에 대해 투쟁하는 것을 금지하고 있지 않기 때문에 연방의 구체적 행위와 주의 구체적 행위를 달리 취급할 필요가 없고, 그 결과, 2가지 경우 모두 중간단계심사가 적용되어야 한다고 주장했다. Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989), at 561.

524) Fullilove 사건에서의 Stewart 대법관의 견해(Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980), at 527-528).

525) Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976), at 93; Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S. 636 (1975), at 638; Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954), at 500.

526) Adarand 사건에서의 O'Connor 대법관의 견해(Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995), at 218-224).

에 대한 논란은 1989년의 Croson 사건⁵²⁷⁾을 통해 정리된 것으로 보인다. 동사건에서 6명의 대법관은 - 주나 지방정부에 의한 - 우호적인 인종분류에도 엄격심사가 적용되어야 한다는 전제 하에서 Richmond시의 계획을 위헌으로 판단했다.⁵²⁸⁾

한편, 연방에 의한 인종분류와 주 또는 지방에 의한 인종분류에 동일한 심사기준이 적용되는지 여부에 대한 논란은 1995년의 Adarand 사건⁵²⁹⁾을 통해 일단락된 것으로 보인다. 1990년의 Metro Broadcasting 사건⁵³⁰⁾에서는 연방의 인종분류에 완화된 심사가 적용되어야 한다는 다수의견이 형성되었지만,⁵³¹⁾ Adarand 사건에서 - 우호적·악의적인 인종분류와 연방·주에 의한 인종분류를 불문하고 - 모든 인종분류에 엄격심사가 적용되어야 한다는 다수의견이 형성되었고,⁵³²⁾ 그 뒤의 사건인 2003년의 Grutter 사건⁵³³⁾과 Gratz 사건⁵³⁴⁾에서도 이러한 입장을 지지되었다.⁵³⁵⁾

나. 적극적 평등실현조치에 관한 엄격심사기준의 구체적 내용

모든 유형의 인종적인 적극적 평등실현조치에 관해 엄격한 심사가 적용되어야

527) Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989).

528) 동 사건에 참여한 9명의 대법관 중 6명(O'Connor, Rehnquist, White, Kennedy, Stevens, Scalia)은 엄격심사기준의 적용을 주장했고, 3명(Marshall, Brennan, Blackmun)은 중간심사기준의 적용을 주장했다.

529) Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

530) Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990).

531) 동 사건에 참여한 9명의 대법관 중 5명(Brennan, White, Marshall, Blackmun, Stevens 대법관)은 연방의 인종분류에 대한 완화된 심사기준(중간심사)의 적용을 주장했고, 4명(O'Connor, Rehnquist, Scalia, Kennedy 대법관)은 엄격심사기준의 적용을 주장했다.

532) 동 사건에 참여한 9명의 대법관 중 5명(O'Connor, Rehnquist, Kennedy, Thomas, Scalia)은 모든 인종분류에 엄격한 심사기준의 적용을 주장했고, 나머지 4명(Stevens, Ginsburg, Souter, Breyer)의 대법관은 다수의견의 주장에 반대했다.

533) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

534) Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

535) 2003년의 2사건에 참여한 9명의 대법관 중 2명(Ginsburg, Souter)만이 다른 심사기준의 적용을 주장했다.

한다는 원칙이 확립되었다고 가정하면, 이제 남은 문제는 엄격심사기준의 구체적인 내용이 무엇이나 하는 문제이다.

미국 연방대법원은 적극적 평등실현조치에 의한 인종분류가 엄격한 심사를 통과하기 위해서는, 그러한 인종분류가 ‘불가피한 국가적 이익(compelling governmental interests)’에 기여하기 위해 ‘엄밀히 재단(narrowly tailored)’될 것을 일관적으로 요구하고 있다.⁵³⁶⁾ 따라서 엄격한 심사의 구체적인 내용은 ‘목적의 불가피성에 대한 심사’와 ‘목적과 수단 간의 엄밀한 재단성에 대한 심사’이다.

(1) 목적의 불가피성에 대한 심사

우선, 적극적 평등실현조치가 엄격한 심사를 통과하기 위해서는 그 목적이 불가피한 정부의 목적이어야 한다. 여기서의 불가피성은 사법심사의 대상이 된 조치를 취하게 된 이유의 사회적 중요성을 설명하기 위해 사용된다는 점은 분명하지만,⁵³⁷⁾ 어떠한 목적이 불가피한 목적에 해당되는지는 불분명하다.

생각건대, 연방대법원은 일반전인 평등심사에서 인종이나 혈통과 같은 ‘의심스러운 분류(suspect classification)’에 기초한 차별 또는 투표권이나 주간통행권과 같은 ‘근본적 권리(fundamental right)’에 부담을 주는 차별을 정당화시키기 위한 요건으로 목적의 불가피성을 요구하는바, 연방대법원이 그와 같은 ‘의심스러운 분류’와 ‘근본적 권리’에 대해 불가피성을 요구하는 이유는 헌법이 그러한 것에 대해 - 명시적으로 또는 묵시적으로 - 특별한 제약이나 보호를 하고 있기 때문이다. 따라서 적극적 평등실현조치의 목적이 불가피성을 충족시키기 위해서는 그 목적이 특별한 헌법적 제약이나 보호에 상응하는 특별한 헌법적 가치를 실현해야 한다. 연방대법원이 - 확인된 - 과거의 인종차별의 구제라는 목적⁵³⁸⁾과 - 수정 헌법 제1조로부터 도출되는 학문의 자유(대학의 자율성)에 근거한 - 학생집단의

536) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995), at 227; *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), at 326.

537) Hans A Linde, "Who Must Know What, When, and How: the Systematic Incoherence of 'Interest' Scrutiny", in Stephen E. Gottlieb, *Public Values in Constitutional Law*, Ann Arbor, MI: University of Michigan Press (1993), p. 221.

538) *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986), at 278-279; *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987), at 171; *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), at 486-493.

다양성 확보라는 목적⁵³⁹⁾에 대해 불가피성을 인정한 이유도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

(가) 확인된 과거 차별의 구제

‘과거 차별의 구제’라는 목적은 초기의 판례부터 적극적 평등실현조치의 목적으로 그 정당성을 인정받고 있는데, 이는 ‘보상적 정의의 원칙’에 따른 당연한 결과일 뿐만 아니라, 차별금지가 헌법적 가치라면 그 차별의 구제도 헌법적 가치로 인정될 수 있기 때문이다.

그런데 이러한 ‘과거 차별의 구제’라는 목적은 과거 차별에 대한 ‘사실확인(findings)’을 필연적으로 요구한다. 연방대법원도 - 1978년 Bakke 사건에서의 Powell 대법관의 주장 이래 - 수정헌법상의 평등보호가 문제된 사건에서 과거의 차별에 대한 사법적·입법적·행정적 ‘사실확인’⁵⁴⁰⁾ 내지 ‘충분한 증거(sufficient evidence)’⁵⁴¹⁾를 요구하고 있다.⁵⁴²⁾ 그 결과, ‘사회적 차별(societal discrimination)’에 대한 구제는 적극적 평등실현조치의 정당성 근거로 인정되지 않는다.⁵⁴³⁾



539) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003), at 327-333; Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003), at 268.

540) Bakke 사건의 Powell 대법관은 무고한 희생자의 법적 권리도 옹호되어야 하기 때문에 사실확인이 이루어진 후에만, 다른 사람들을 희생하여 손해를 입은 집단의 구성원을 우선하는 정부적 이익이 실질적인 것이 된다고 주장하면서, 동 사건에는 이러한 사실확인이 없어서 위헌이라고 주장했다. University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), at 308-309.

541) Wygant 사건의 Powell 대법관은 교육위원회와 같은 공적 고용주는 적극적 평등실현조치를 착수하기 전에, 구제조치가 정당하다는 것을 납득시킬 수 있는 증거, 즉 이전에 차별이 있었다는 결론을 정당화할 수 있는 ‘충분한 증거(sufficient evidence)’를 가지고 있어야 하는데, 동 사건에는 그러한 증거가 없어서 위헌이라고 주장했다. Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986), at 278-279. 여기서의 ‘충분한 증거’는 ‘증거상의 강력한 근거(a strong basis in evidence)’를 의미한다. Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986), at 278; Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989), at 501.

542) Croson 사건의 O'Connor 대법관은 시가 건설산업에서의 확인된 과거차별을 충분히 제시하지 못했기 때문에 계획을 정당화시키는 불가피한 정부의 이익을 증명하지 못했다고 주장했다. Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989), at 498-506.

543) 사회적 차별과 관련하여, Bakke 사건의 Brennan 대법관은 i) 소수인종의 과소대표성이 실질적이고 만성적이라는 결론을 얻기 위한 ‘적절한 근거(sound basis)’가 있다는 점과 ii) 과거 차별의 불이익이 의과대학에 대한 소수인종의 접근을 방해하고 있다는 결론을 얻기 위한 ‘적절한 근거(sound basis)’가 있다는 점을 이유로, 과거의 ‘사회적 차별’의 효과를 구제하기 위한 Davis 의과대학의 목적

한편, 과거 차별에 대한 사실확인 내지 충분한 증거와 관련해서는 그 ‘정도’가 문제될 수 있다. 즉, 어느 정도의 사실확인 내지 충분한 증거가 있어야 엄격심사를 통과할 수 있는 불가피한 정부의 목적으로 인정될 수 있는지가 문제된다. 이 점과 관련해서 연방대법원은 Croson 사건에서 i) 전체 건설산업에서 과거의 차별이 있었다는 일반적 주장, ii) 시가 스스로 ‘구제적’이라고 선언했다는 사실, iii) 시가 제시한 통계적 불균형, iv) 다른 사건(Fullilove 사건)에서 제시된 ‘연방의 연구성과’ 등으로는 과거의 차별을 충분히 확인할 수 없다고 판단한 바 있지만,⁵⁴⁴⁾ 구체적인 기준은 불분명하다.⁵⁴⁵⁾ 하지만 분명한 사실 중의 하나는 통계적 근거가 중요한 역할을 한다는 것이다. 따라서 통계자료를 통해 과거 차별을 일응 추정할 수 있는 정도(a prima facie case)의 불일치가 확인된다면 과거 차별에 대한 충분한 증거가 있는 것으로 판단될 수 있다.

한편, 통계적 불일치가 과거 차별에 대한 충분한 증거로 활용될 수 있는지와

은 인종·성적·입학전형계획의 사용을 정당화할 수 있을 만큼 충분히 중요하다고 주장했다. University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), at 363-374. 또한, Fullilove 사건의 Marshall 대법관은 i) 소수인종소유건설기업이 과거 차별의 지속적인 효과 때문에 불균형적으로 적은 양의 공공건설사업을 수주해 왔다는 결론을 얻을 수 있는 ‘적절한 근거(sound basis)’를 연방의회가 가지고 있다는 점, ii) 소수인종의 과소대표성은 실질적이고 만성적이라는 점, iii) 과거 차별의 여파(the handicap of past discrimination)가 소수인종소유기업이 정부계획의 이익에 접근하는 것을 방해하고 있다는 점 등을 고려하면, 과거 인종차별의 현재 효과를 구제하는 것은 인종분류의 사용을 정당화하는 충분히 중요한 정부의 이익이라고 주장하고 있다. Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980), at 521. 이는 ‘적절한 근거’가 있는 경우에는 ‘사회적 차별의 구제’도 적극적 평등실현조치의 정당성 근거로 인정될 수 있다는 것을 의미하지만, 이러한 주장들이 ‘엄격심사’가 아니라 ‘중간심사’의 적용에서 주장되었다는 점을 고려하면, 엄격심사 하에서는 사회적 차별의 구제라는 목적이 적극적 평등실현조치를 정당화시키는 불가피한 이익으로 될 가능성은 거의 없어 보인다.

544) Croson 사건의 O'Connor 대법관의 의견(Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989), at 498-506).

545) Spann 교수는 연방대법원이 i) Adarand 사건에서는 광범위한 연방의회의 조사를 증거로 채택하지 않은 반면, Fullilove 사건에서는 다소 미흡한 연방의회의 조사에도 아주 많은 존중을 보였다는 점과 ii) Metro Broadcasting 사건에서는 연방통신위원회(FCC)나 항소법원의 사실확인 에 대해 마치 연방의회의 사실확인이 있는 것처럼 존중을 보였다는 점을 고려하면, 사실확인의 문제는 정체불명(chimerical)인 것으로 판명나고 있으며, 미래의 사건에서 있어서는 사실확인의 중요성은 사라질 것이라고 주장하고 있다. Girardeau A. Spann, *The Law of Affirmative Action: Twenty-Five Years of Supreme Court Decisions on Race and Remedies*, NY: New York University Press (2000). 그러나 이러한 견해는 잘못된 것으로 보인다. Adarand 사건은 엄격심사 하에서 불가피한 정부의 목적을 충족하는지 여부를 판단한 반면, Fullilove 사건은 완화된 심사(중간심사) 하에서 중요한 정부의 목적을 충족하는지 여부를 판단했기 때문에 두 사건을 평면적으로 비교할 문제는 아니다. 또한 Metro Broadcasting 사건의 경우에는 과거 차별의 구제라는 목적이 아니라 다양성의 확보라는 목적이 - 중간심사 하에서의 - 중요한 정부의 이익이 되는지를 판단했기 때문에 사실확인의 문제에 큰 비중을 두지 않았다.

관련해서 반드시 확인해야 할 문제는 비교기준(모집단)의 문제이다. 즉 i) 문제된 영역에서 소수인종 또는 여성이 차지하는 비율과 관련 노동시장 또는 지역 인구에서 소수인종 또는 여성이 차지하는 비율을 비교해야 하는지, 아니면 ii) 문제된 영역에서 소수인종 또는 여성이 차지하는 비율과 관련 노동시장 또는 지역 인구에서 ‘유자격’ 소수인종 또는 여성이 차지하는 비율을 비교해야 하는지 여부이다. 연방대법원에 따르면, i) 특별한 전문지식을 요구하지 않는 직종의 경우 또는 전문지식을 제공하기 위한 교육훈련프로그램의 경우에는 관련 노동시장 또는 인구에서의 소수인종 또는 여성의 비율을 비교해야 하고, ii) 특별한 교육훈련을 필요로 하는 직종의 경우에는 관련 노동시장에서의 ‘유자격’ 소수인종 또는 여성의 비율과 비교해야 한다.⁵⁴⁶⁾

(나) 다양성 확보

적극적 평등실현조치의 정당성 근거로 인정되는 또 다른 목적은 ‘다양성 확보’이다.⁵⁴⁷⁾ 다양성 확보라는 목적을 적극적 평등실현조치의 정당성 근거로 인정하는 것은 매우 큰 의미를 갖는데, 그것은 ‘과거 차별의 구제’라는 목적을 충족시키기 위해 요구되었던 ‘사실확인’이 사실상 불필요하게 되기 때문이다.

다양성의 확보라는 목적은 1978년 Bakke 사건에서 Powell 대법관에 의해 처음으로 검토된 이래,⁵⁴⁸⁾ 1990년의 Metro Broadcasting 사건에는 ‘방송의 다양성 확보’가 - 중간심사 하에서 - 중요한 정부의 목적으로 인정되었고,⁵⁴⁹⁾⁵⁵⁰⁾ 2003년

546) Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987), at 632-633.

547) ‘다양성의 확보’라는 것은 - 그것이 의미하는 것이 무엇이든 간에 - 교육적 이익 내지 사회적 이익(효용)을 달성하기 위한 수단이지, 그 자체로 목적은 아니다(Grutter 사건에서의 Thomas 대법관의 반대 의견(Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003), at 349-378) 참조). 따라서 적극적 평등실현조치를 정당화시키는 불가피한 국가적 이익은 ‘다양성의 확보’가 아니라 ‘다양성의 확보를 통한 교육적 이익 내지 사회적 이익(효용)을 얻는 것’이라고 볼 수 있다.

548) Bakke 사건에서 대학이 제시한 네 번째 목적은 ‘학생집단을 인종적으로 다양하게 구성함으로써 산출되는 교육적 이익을 얻는 것’이었다. 이에 대해, Powell 대법관은 그러한 목적을 대학의 자유에 비추어볼 때 명백히 헌법적으로 허용될 수 있는 목적으로 보았고, 그 목적은 입학절차에 있어서 하나의 요소(a factor)로 지원자의 소수인종의 신분을 고려함으로써 추구될 수 있다고 보았다. 하지만 Powell 대법관은 Davis대학의 특별입학전형계획과 같이 소수인종에게 고정된 정원을 할당하는 것은 목적달성을 위한 필수적 수단이 되지 못할 뿐만 아니라 오히려 진정한 다양성의 확보에 방해가 된다고 보았다. University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), at 316-320.

549) Metro Broadcasting 사건에서 법정의견을 개진한 Brennan 대법관은 FCC정책의 목적이 중요한 정

의 2개의 사건에서는 ‘학생집단의 다양성 확보’가 - 엄격심사 하에서 - 불가피한 정부의 목적으로 인정되었다.⁵⁵¹⁾ 그러나 다양성의 확보라는 이익이 모든 영역에서도 불가피한 국가의 이익으로 인정될 것이지는 불분명하다. 현재까지 연방대법원이 엄격심사에 요구하는 불가피한 국가의 이익으로 인정한 다양성의 확보라는 이익은 ‘학생집단의 다양성 확보’, 즉 교육의 영역에서의 다양성의 확보에 한정되어 있다. 비록 1990년의 Metro Broadcasting 사건에서 연방대법원이 ‘방송의 다양성 확보’를 적극적 평등실현조치의 정당성 근거로 인정했지만, 이는 - 엄격한 심사가 아닌 중간심사 하에서 - 불가피한 정부의 목적이 아닌 중요한 정부의 목적으로 인정된 것이다. 따라서 방송의 다양성 확보나 고용의 다양성 확보가 엄격한 심사 하에서 불가피한 국가의 이익에 부합할지는 여전히 미지수로 남아 있다. 이에 관해 방송의 다양성 확보나 고용의 다양성 확보가 긍정적인 기능을 수행한다는 내용의 연구성과가 미국 내에서 많이 존재한다는 사실을 고려할 때, 교육 이외의 영역에서의 다양성 확보라는 이익도 적극적 평등실현조치를 위한 불가피한 국가의 이익으로 인정될 수 있다는 견해도 있다.⁵⁵²⁾ 하지만 목적의 불가피성

부적 목적에 해당된다고 판단했다. 그는 FCC정책이 - 증명된 차별의 희생자에 대한 구제가 아니라 - 방송의 다양성의 증진을 주된 목적으로 삼고 있는데, i) 방송은 시청자와 청취자의 권리를 위해 규제될 수 있고, 다양하고 상반된 출처로부터 나오는 정보의 광범위한 살포는 공공복리에 필수적이라는 것을 대법원이 오랫동안 인정해 왔다는 점, ii) 공중파를 통해 다양한 의견과 정보를 받을 공공의 권리를 보호하는 것은 FCC의 임무의 필수적 요소라는 점, iii) 건전한 사상의 교환에 기여하는 학생집단의 다양성이 헌법적으로 허용될 수 있는 목적이 되는 것과 같이, 공중파를 통한 의견과 정보의 다양성은 수정헌법 제1조의 가치에 기여한다는 점 등을 고려하면, 방송에 있어서의 다양성 증진은 중요한 정부적 목적에 해당된다고 주장했다. Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990), at 566-568.

550) Metro Broadcasting 사건에서 동조의견의 개진한 Stevens 대법관도 방송의 다양성이라는 이익은 - 통합된 경찰력이라는 이익과 공립학교 교사진의 구성에 있어서의 다양성 그리고 전문학교의 학생집단에 있어서의 다양성과 같이 - 의심의 여지없이 정당하다고 주장했다. Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990), at 602-603.

551) Grutter 사건에서 법정의견을 개진한 O'Connor 대법관은 i) 다양성이 교육적 사명에 필수적이라는 로스쿨의 교육적 판단을 존중해야 한다는 점, ii) 로스쿨의 입학정책은 인종 상호 간의 이해의 증진과 인종적 고정관념의 타파에 도움이 될 뿐만 아니라 학급 토론에도 도움이 되기 때문에 로스쿨의 이익은 실질적이고 중요하고 기특하다는 점, iii) 학생집단의 다양성이 가져오는 교육적 이익을 확인하고 있는 연구성과물이 많다는 점, iv) 교육은 ‘우리의 정치적·문화적 유산을 지탱하기 위한 중추’ 및 ‘훌륭한 시민의 아주 중요한 토대’이며 로스쿨은 ‘국가 지도자의 훈련장을 상징’하기 때문에 모든 사람에게 그 접근이 개방되어야 한다는 점 등을 이유로 들면서, 학생집단의 다양성이 불가피한 이익에 해당된다고 판단했다. Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003), at 327-333.

552) Kellough J. Edward, *Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination, and the Search for justice*, D.C.: Georgetown University Press (2006), pp. 126-128.

판단에서 헌법상의 특별한 제약이나 보호에 상응하는 특별한 헌법적 가치의 실현을 요구한다는 점, 즉 판례를 통해 불가피한 목적으로 인정된 교육의 다양성 확보가 수정헌법 제1조로부터 도출되는 학문의 자유(대학의 자율성)에 근거하고 있다는 점을 고려하면, 교육 이외의 영역에서의 다양성 확보라는 목적이 엄격한 심사를 통과하는 것은 그리 쉬운 일은 아닐 것이다.⁵⁵³⁾

(2) 수단의 엄밀한 재단성에 대한 심사

적극적 평등실현조치가 - 엄격한 심사 하에서 - 불가피한 정부의 이익을 충족한다고 하더라도, 최종적인 합헌성을 부여받기 위해서는 적극적 평등실현조치에서 채택된 수단이 그 목적의 달성을 위한 필수적인 수단일 것, 즉 엄밀히 재단될 것을 요구받는다. 그렇다면, 적극적 평등실현조치가 엄밀히 재단되었는지 여부를 결정하기 구체적인 기준은 무엇인가? 이를 확인하기 위해서는 엄밀한 재단성 여부가 주요 쟁점으로 제기된 사건⁵⁵⁴⁾을 검토할 필요가 있다.

우선, 1987년 Paradise 사건을 보면, 법정의견을 개진한 Brennan 대법관(Marshall, Blackmun, Powell 대법관이 참여)은 지방법원의 집행명령(1대1 승진 요건)이 목적달성을 위해 엄밀히 재단되었는지 여부를 판단할 때, i) 구제책의 필요성과 대안적 구제책의 효과성, ii) 면제조항의 이용가능성을 포함한 구제책의 유연성과 존속기한, iii) 관련 노동시장과 수적 목표의 관계, iv) 제3자의 권리에 대한 영향 등을 검토해야 한다고 주장했다.⁵⁵⁵⁾⁵⁵⁶⁾

553) Grutter 사건에서 학생집단의 다양성 확보를 불가피한 정부의 목적으로 인정한 법정의견을 개진한 O'Connor 대법관 조차도 Metro Broadcasting 사건에서의 반대의견을 통해 방송의 다양성은 불가피한 정부의 목적에 해당되지 않는다고 판단했다. Metro Broadcasting, Inc. v. FCC, 497 U.S. 547 (1990), at 613-618.

554) 연방대법원이 평등보호위반사건을 심사할 때, 우선 심사기준을 확정하고, 확정된 심사기준 하에서 당해 사건이 그 심사기준을 충족하는지 여부를 판단하는 순서로 심사한다. 즉, 적극적 평등실현조치에 대해 엄격심사기준을 적용하기로 결정하면, 그 적극적 평등실현조치의 목적이 불가피한 국가적 이익에 공헌하는지 여부를 먼저 검토하고, 그것을 충족했다고 판단하면, 적극적 평등실현조치의 수단이 그 목적 달성을 위해 필수적인지 내지 엄밀히 재단되었는지 여부를 순차적으로 검토한다. 따라서 엄격심사 하에서 적극적 평등실현조치의 목적이 불가피한 국가적 이익에 공헌하지 않는다고 판단되면, 그 수단이 엄밀히 재단되었는지 여부에 대한 심사는 생략되거나 형식적으로 진행되게 된다. 따라서 엄밀한 재단성 심사의 구체적인 내용을 확인하기 위해서는 '엄밀한 재단성 여부가 주요쟁점으로 제기된 사건', 즉 엄격심사 하에서 적극적 평등실현조치의 목적이 불가피한 국가적 이익에 공헌하고 있다는 전제 하에서 그 수단의 불가피성 내지 재단의 엄밀성 여부가 주요쟁점으로 검토된 사건을 살펴볼 필요가 있다.

다음으로, 2003년의 Grutter 사건을 보면, 법정의견을 제시한 O'Connor 대법관(Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer 대법관이 참여)은 동 사건의 정책이 엄밀히 재단되었다고 판단되기 위해서는, i) 할당제를 사용하지 말 것, ii) 지원자에 대해 개별화된 심사(individualized consideration)를 할 것, iii) 실행가능한 인종중립적 대안에 대한 '진지하고 충실한 검토(serious, good faith consideration)'를 할 것, iv) 어떤 인종집단(비소수인종집단)의 구성원에게 과도한 손해(unduly harm)를 입히지 말 것, v) 시간적으로 제한될 것 등을 요구하고 있다.⁵⁵⁷⁾ 한편, 2003년의 Gratz 사건에서 법정의견을 제시한 Rehnquist 대법원장(O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas 대법관이 참여)은 LSA 정책이 '개별화된 심사(individualized consideration)'를 제공하지 않기 때문에 엄밀히 재단되지 않았다고 주장했다.⁵⁵⁸⁾

생각건대, 2003년의 Grutter 사건에서 제시된 '개별화된 심사'와 '할당금지'라는 조건이 1987년 Paradise 사건에서 제시된 '구제책의 유연성'이라는 조건의 구체적 내용이라는 점을 고려하면,⁵⁵⁹⁾ 1987년 Paradise 사건에서 제시된 조건에 따라 엄밀한 재단성 여부를 판단해야 할 것이다. 따라서 적극적 평등실현조치의 엄밀한 재단성을 판단함에 있어서는, (1) 구제책의 필요성과 대안적 구제책의 효과성(the

555) United States v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987), at 172.

556) 한편, Powell 대법관은 1980년 Fullilove 사건에서의 적극적 평등실현조치가 목적달성을 위한 필수적인 수단인지 여부를 판단할 때, i) 대안적 구제책의 유효성, ii) 구제책의 예정존속기한, iii) 고용되어야 하는 소수인종 노동자의 비율과 관련 인구 또는 노동시장에서의 소수인종집단 구성원의 비율 간의 관계, iv) 구제계획의 조건이 충족될 수 없는 경우 '의무면제조항(waiver provisions)'의 이용가능성을 검토해야 한다고 주장했다. Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980), at 496-518). 또한, 1987년의 Paradise 사건에서는 위의 4가지 조건 외에 '무고한 제3자에 대한 효과'도 검토해야 한다고 주장했다. United States v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987), at 188.

557) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003), at 333-343.

558) 그는 i) 오직 지원자가 과소대표된 소수인종의 구성원인지 여부에 따라 20점(합격을 담보하는 하는데 필요한 점수의 5분의 1)을 자동적으로 배분하고 있다는 점, ii) 그러한 20점 배분은 최소한의 자격을 갖춘 사실상 모든 과소대표된 소수인종 지원자를 위해 인종이라는 요소를 결정적인 요소로 만드는 효과를 가지고 있다는 점, iii) 개별적인 재심사가 LSA의 정책에 있어서 원칙이 아니라 예외라는 사실은 의심의 여지가 없다는 점, iv) 개별화된 재심사는 인종을 결정적인 요소로 만들고 있는 20점의 자동적 배분 후에 제공된다는 점 등을 고려하면, LSA의 정책이 개별화된 심사를 제공하지 않는다고 주장했다. *Id.*, at 271-275.

559) 2003년 Grutter 사건에서 O'Connor 대법관은 '개별화된 심사'를 요구하면서, 입학전형정책은 각각의 지원자가 개인으로 평가되는 것을 보장할 수 있을 정도로 충분히 융통성이 있어야 하고, 지원자의 인종을 지원서의 한정적 특징으로 만들지 말아야 한다고 주장했다. *Id.*, at 336.

necessity for the relief and the efficacy of alternative remedies), (2) 구제책의 유연성과 존속기간(the flexibility and duration of the relief), (3) 수적 목표와 관련 노동시장 간의 관계(the relationship between the numerical goals and the relevant labor market), (4) 구제책이 제3자의 권리에 미치는 영향(the impact of the relief on the rights of third parties)에 대한 진지한 검토를 해야 한다.

(가) 구제책의 필요성과 대안적 구제책의 효과성

우선, 적극적 평등실현조치 상의 구제책은 그 구제목적 달성에 필요한 것 이어야 한다.⁵⁶⁰⁾ 여기서 목적 달성에 필요하다는 것은 구제책이 목적 달성에 기여해야 할뿐만 아니라, 대안으로 고려될 수 있는 중립적이고 덜 제한적인 구제책이 목적 달성에 효과적이지 않아야 한다.⁵⁶¹⁾ 따라서 구제책이 목적 달성에 기여하지 못하거나 덜 제한적이면서도 효과적인 대안이 있는 경우에는 그 구제책은 엄밀히 재단된 것이 아니다. 한편, 대안에 대한 검토는 ‘진지하고 충실한 검토’로 족하다. 따라서 실행가능한 모든 대안에 대해 검토할 필요는 없다.⁵⁶²⁾



(나) 구제책의 유연성과 존속기간

560) 1987년 Paradise 사건에서 법정의견을 개진한 Brennan 대법관은 구제책의 필요성과 대안적 구제책의 효과성에 관해, 1대1 요건의 목적은 i) 상위 직급에서의 절대적 흑인배제를 포함한 공안국의 오랫동안의 광범위한 차별의 효과를 제거하기 위한 것, ii) 불리한 인종적 영향이 없는 승진절차의 이행을 유도하고 있는 1979년과 1981년의 동의판결에 대한 신속한 준수를 보장하기 위한 것, 그리고 iii) 그러한 절차를 개발함에 있어서의 공안국의 지연이라는 잘못된 결과를 제거하기 위한 것인데, 공안국과 미국정부에 의해 제시된 대안적 구제책은 위의 목적달성에 효과적이지 못하다고 주장했다. 즉, i) 공안국에 의해 제시된 옵션 - 미봉책으로 흑인 4명과 백인 11명의 승진, 비차별적 절차의 개발 및 제출을 위한 추가적 시간의 허용 - 은 위의 목적 중 어느 것도 충족시키지 않으며, ii) 미국정부에 의해 대안으로 제안된 무거운 벌금과 과태료도 효과적이지 않다고 주장했다. *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987), at 172-177.

561) 2003년의 Grutter 사건에서 법정의견을 제시한 O'Connor 대법관은 상고인들이 주장하고 있는 ‘추첨제의 사용’이나 ‘GPA와 LSAT 점수에 대한 비중의 감소’와 같은 인종중립적 대안은 다양성과 입학된 학생의 학문적 질에 대한 극적인 희생을 요구하기 때문에 적절하지 않다고 주장했다. 또한 그녀는 ‘주 내의 모든 고등학교에서의 일정한 학급석차 이상의 모든 학생들에게 입학할 기회를 보장하는 것’을 내용으로 하고 있는 ‘비율계획(percentage plans)’은 대학교의 개별화된 평가의 수행을 방해할 수 있다는 부정적인 의견을 제시했다. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), at 339-340.

562) *Id.*

적극적 평등실현조치의 구체책은 유연해야 한다.⁵⁶³⁾ 따라서 유연성이 결여된 조치, 즉 경직된 할당제⁵⁶⁴⁾나 존속기간⁵⁶⁵⁾이 정해지지 않은 항구적인 조치는 허용되지 않는다. 한편, 2003년의 Grutter 사건과 Gratz 사건에 따르면, 지원자에 대한 개별화된 심사(individualized consideration)를 유연성 판단의 기준으로 사용하고 있다.⁵⁶⁶⁾

(다) 수적 목표와 관련 노동시장과의 관계

적극적 평등실현조치가 그 구체수단으로 수적 목표를 설정할 경우 그 목표는 관련 노동시장과 적절한 관련이 있어야 한다.⁵⁶⁷⁾ 따라서 수적 목표가 터무니없이

563) 1987년 Paradise 사건에서 법정의견을 개진한 Brennan 대법관은 구체책의 유연성과 존속기한에 관해, 구체책(1대1 요건)은 i) 공안국에게 불필요한 승진을 요구하지 않으며, ii) 만약 자격을 갖는 흑인경관이 없는 경우에는 법원에 의해 면제될 수 있고, iii) 공안국이 타당한 승진절차를 성공적 실시하면 종료되기 때문에 유연하고 잠정적이라고 주장했다. *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987), at 177-178.

564) 2003년의 Grutter 사건에서 법정의견을 제시한 O'Connor 대법관은 i) 비록 로스쿨의 입학전형담당자들이 학급(정원)의 인종적 구성을 추적하고 있는 일일보고서를 참조했지만, 그들이 결코 그러한 일일보고서에 포함된 정보에 근거해서 인종에 더 많은 비중을 부여하지 않았다고 모순없이 증명하고 있다는 점과 ii) 최종적으로 로스쿨에 등록된 과소대표된 소수인종학생의 수가 매년 상당히 변화했다는 점 등을 고려하면, 동 정책을 할당제로 이해하는 것은 무리라고 주장했다. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), at 335-336.

565) 2003년의 Grutter 사건에서 법정의견을 제시한 O'Connor 대법관은 존속기한은 '일몰조항(sunset provisions)'과 인종적 우선책이 학생집단의 다양성을 달성하기 위해 여전히 필요한지 여부를 결정하기 위한 '정기적 심사(periodic reviews)'를 통해 충족될 수 있다는 전제 하에서, '가능한 한 빨리 인종적 우선책의 사용을 종료할 것'이라는 로스쿨의 의견을 수용하면서, 지금부터 25년이 지나면 인종적 우선책의 사용은 오늘 승인된 이익을 증진하기 위해 더 이상 필수적이지 않을 것이라고 예상하고 있다. *Id.*, at 341-343.

566) 2003년의 Grutter 사건에서 법정의견을 제시한 O'Connor 대법관은 동 사건의 입학전형정책은 - Gratz 사건의 입학전형정책과는 달리 - i) 인종에 기초해서 기계적으로 다양성 보너스를 부여하고 있지 않다는 점, ii) 어떤 단일의 불확실한 변수(any single soft variable)에 기초해서 자동적으로 입학 승인을 거절하지 않는다는 점, iii) 로스쿨이 실제로 인종 이외의 다양성 요소에 실질적인 비중을 부여하고 있다는 점 등을 고려하면, 로스쿨은 모든 인종의 지원자에 대해 개별화된 심사를 제공하고 있다고 주장했다. *Id.*, at 336-339. 한편, Gratz 사건에서 법정의견을 제시한 Rehnquist 대법원장은 i) 오직 지원자가 과소대표된 소수인종의 구성원인지 여부에 따라 20점(합격을 담보하는 하는데 필요한 점수의 5분의 1)을 자동적으로 배분하고 있다는 점, ii) 그러한 20점 배분은 최소한의 자격을 갖춘 사실상 모든 과소대표된 소수인종 지원자를 위해 인종이라는 요소를 결정적인 요소로 만드는 효과를 가지고 있다는 점, iii) 개별적인 재심사가 LSA의 정책에 있어서 원칙이 아니라 예외라는 사실은 의심의 여지가 없다는 점, iv) 개별화된 재심사는 인종을 결정적인 요소로 만들고 있는 20점의 자동적 배분 후에 제공된다는 점 등을 고려하면, LSA의 정책이 개별화된 심사를 제공하지 않는다고 주장했다. *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003), at 271-275.

높게 책정되거나 관련 노동시장에의 비율이 아니라 일반적인 인구를 기준으로 목표를 설정할 경우 위헌이다.⁵⁶⁸⁾

(라) 제3자의 권리에 대한 영향

적극적 평등실현조치는 그 특성상 제3자에게 일정한 부담을 줄 수 있지만, 그러한 부담은 적절해야 한다.⁵⁶⁹⁾

2. 성별에 기초한 적극적 평등실현조치에 관한 심사기준

가. 심사기준의 정립과정

미국 연방대법원은 1995년 Adarand 판결⁵⁷⁰⁾을 통해 모든 인종적 분류, 즉 인종에 기초한 적극적 평등실현조치도 엄격심사의 적용을 받아야 한다는 이론을 확립했지만, 성별에 기초한 적극적 평등실현조치에 관한 심사기준에 대해서는 침묵하고 있다.⁵⁷¹⁾ 그에 따라, 하급법원도 엇갈린 판결을 양산해 왔다.⁵⁷²⁾

567) 1987년 Paradise 사건에서 법정의견을 개진한 Brennan 대법관은 관련 노동시장과 수적 목표의 관계에 관해, i) 흑인이 관련 노동시장의 25%를 구성한다는 사실에 입각해서 각 직급의 25%가 흑인으로 구성될 때까지 50%의 흑인승진을 지방법원이 명령했기 때문에 구제책의 수적 목표는 관련 노동인력시장에 있어서의 흑인 비율과 적절한 관계를 가지고 있으며, ii) 50%라는 숫자는 그 자체가 목표가 아니라 단지 25% 목표를 달성함에 있어서의 신속성(speed)을 보장하기 위한 것이기 때문에 1대1 요건은 독단적인 것이 아니라고 주장했다. *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987), at 179-182.

568) *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), at 507.

569) 1987년 Paradise 사건에서 법정의견을 개진한 Brennan 대법관은 제3자의 권리에 대한 영향에 관해, 구제책은 i) 그 성질상 잠정적·제한적이며, ii) 백인의 승진을 단지 연기만 할뿐 금지하지 않으며, iii) 백인의 일시해고나 해고를 요구하지도 않으며, iv) 자격있는 백인보다 우선하여 자격없는 흑인의 승진을 요구하지도 않기 때문에 무고한 백인에게 수인할 수 없는 과도한 부담을 부과하지 않는다고 주장했다. *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987), at 182-183. 한편, 2003년의 Grutter 사건에서 법정의견을 제시한 O'Connor 대법관 등 사건의 정책이 모든 지원자의 다양성 기여에 대해 개별화된 심사를 했다는 점에서, 로스쿨의 인종의식적 입학전형정책은 비소수인종집단의 지원자에 과도하게 손해를 끼치고 있지 않다고 주장했다. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), at 341.

570) *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

미국 연방대법원은 1976년 Craig 사건⁵⁷³⁾ 이래 성별에 기초한 차별에 대해 대체적으로 중간심사기준을 적용하고 있는바,⁵⁷⁴⁾ 일관성 있는 심사기준의 적용을 위해 이러한 중간심사기준을 성별에 기초한 적극적 평등실현조치에 적용하게 되면, 심사기준의 일관성은 유지되지만, 소수인종에 대한 적극적 평등실현조치가 여성에 대한 적극적 평등실현조치보다 법원에 의해 위헌선고를 받을 가능성이 높아지게 되는 모순적인 결과를 낳게 된다.⁵⁷⁵⁾ 이 모순을 해결하기 위해, 여성을 위한 적극적 평등실현조치에 엄격심사를 적용하면, 여성에 불리한 차별의 경우보다 여성에 유리한 차별, 즉 적극적 평등실현조치가 법원에 의해 위헌선고를 받을 가능성이 높아지게 된다.

생각건대, 인종을 근거로 하는 분류에 엄격심사를 적용하고 성별을 근거하는 분류에 중간심사를 적용하는 이유는 소수인종이 여성보다 더 많은 보호를 받아야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, 인종에 근거한 분류가 성별에 근거한 분류보다 더 위험하고 더 의심스럽기 때문이다. 인종에 기초한 분류와 마찬가지로 성별에 의한 분류도 불가역성(immutability)과 고정관념(stereotypes)에 기초한 분류이기 때문에 본질적으로 의심스럽다.⁵⁷⁶⁾ 하지만 남성과 여성 간에 생물학적 차이가

571) 위에서 검토한 Johnson 사건(Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616 (1987))의 경우에 핵심적인 쟁점은 '성별'에 근거한 차별이었지만, 당사자가 민권법 제VII편의 위반문제만을 쟁점으로 제시했기 때문에 헌법 위반문제, 즉 성별에 기초한 적극적 평등실현조치에 관한 심사기준의 문제는 논의되지 않았다.

572) 성별에 근거한 적극적 평등실현조치에 엄격심사를 적용한 하급심 판례로는, Cone Corp. v. Hillsborough County, 908 F.2d 908 (11th Cir. 1990); Peightal v. Metropolitan Dade County, 940 F.2d 1394 (11th Cir. 1991); S.J. Groves & Sons, Co. v. Fulton County, 920 F.2d 752 (11th Cir. 1991); H.K. Porter Co. v. Metropolitan Dade County, 975 F.2d 762 (11th Cir. 1992); Michigan Road Builders Ass'n v. Milliken, 834 F.2d 583 (6th Cir. 1987); Conlin v. Blanchard, 890 F.2d 811 (6th Cir. 1989); Long v. City of Saginaw, 911 F.2d 1192 (6th Cir. 1990) 등이 있으며, 중간심사를 적용한 하급심 판례로는, Associated General Contractors v. City and County of San Francisco, 813 F.2d 922 (9th Cir. 1987); Coral Construction Co. v. King County, 941 F.2d 910 (9th Cir. 1991); Milwaukee County Pavers Ass'n v. Fiedler, 922 F.2d 419 (7th Cir. 1991); Lamprecht v. F.C.C., 958 F.2d 382 (D.C. Cir. 1992) 등이 있다.

573) Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).

574) 성차별에 대한 미국 연방대법원의 심사기준에 대해서는, 박승호, 앞의 논문 (주 29), 미국헌법학회 (2006. 09), 322면 이하; 석인선, "미국헌법판례상 성에 근거한 적극적 평등실현조치의 사법심사기준에 관한 소고", 「공법연구」 제26집 제2호, 한국공법학회 (1998. 06), 360면 이하; 석인선, 젠더구분에 근거한 차별의 합헌성심사, 「공법연구」 제36집 제4호, 한국공법학회 (2008. 06), 153면 이하 등 참조.

575) Holly A. Dyer, "Gender-Based Affirmative Action: How Does It Fit in the Tiered Scheme of Equal Protection Scrutiny?", 41 *Kansas Law Review* 591 (spring, 1993), at 592.

있다는 사실과 여성은 소수인종과 달리 분리되고 고립된 소수가 아니라는 점을 고려하면, 성별에 기초한 분류와 인종에 기초한 분류에 대한 의심의 정도는 분명히 다르다. 이러한 사실은 인종분류 또는 성별분류가 우호적인지 악의적인지 여부에 따라 달라지는 것은 아니다. 따라서 성별에 근거한 우호적 차별, 즉 적극적 평등실현조치도 일반적인 성차별에 적용되는 심사기준인 중간단계심사를 받아야 할 것으로 보인다.⁵⁷⁷⁾

나. 적극적 평등실현조치에 관한 중간단계심사의 구체적 내용

여성을 위한 적극적 평등실현조치에 대해 중간심사기준이 적용된다는 것은 적극적 평등실현조치가 ‘중요한(important)’ 목적을 추구할 것과 선택된 수단이 그 목적을 달성하는데 ‘실질적으로 관련된(substantially related)’ 수단일 것을 요구한다. 따라서 중간단계심사의 구체적인 내용은 ‘목적의 중요성에 대한 심사’와 ‘목적과 수단 간의 실질적 관련성에 대한 심사’이다.

(1) 목적의 중요성에 대한 심사



우선, 성별에 근거한 적극적 평등실현조치가 중간단계심사를 통과하기 위해서는 그 목적이 ‘중요한(important)’ 정부의 목적이어야 한다. 여기서 중요하다는 것은 그 목적이 ‘불가피’할 필요까지는 없지만, 그렇다고 단순히 ‘정당한(legitimate)’ 것에 그쳐서는 안 된다는 것을 의미한다. 따라서 유언검인법원의 업무감소나 가족 간의 분쟁회피와 같은 행정적 편의는 중요한 목적이 될 수 없지만,⁵⁷⁸⁾ 교통안전의 증진과 공중보건의 보호⁵⁷⁹⁾ 그리고 여성에 대한 오랜 차별의 역사에 의해 야기된 남녀 간의 경제적 조건에서의 불균형을 감소시키는 것은 중요한 정부의 이

576) Allan Ides & Christopher N. May, *Constitutional Law-Individual Rights: Examples and Explanations*, NY : Aspen Pub (2004), p. 241.

577) 미국 연방대법원은 “입법정책이 여성이 아니라 남성을 차별하고 있다는 사실은 (중간)심사로부터 면제시키거나 심사기준을 약화시키지 않는다.”고 판시함으로써(Caban v. Mohammed, 441 U. S. 380 (1979), at 394; Orr v. Orr, 440 U. S. 268 (1979), at 279; Mississippi Univ. for Women v. Hogan, 458 U.S. 718 (1982), at 724), 이를 간접적으로 확인하고 있다.

578) Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976), at 199.

579) *Id.*, at 200-201.

익으로 인정될 수 있다.⁵⁸⁰⁾

한편, 성별에 근거한 분류는 남성과 여성의 역할과 능력에 관한 고정관념으로부터 자유로워야 한다. 따라서 입법목적이 선천적 결함으로 인해 고통을 받았다는 추정 또는 선천적으로 열등하다는 추정에 근거해서 한 성의 구성원을 배제 또는 보호하는 것이라면, 그 목적 자체는 불법적인 것이 된다.⁵⁸¹⁾

(2) 실질적 관련성에 대한 심사

성별에 근거한 적극적 평등실현조치가 - 중간단계심사 하에서 - 중요한 정부의 이익을 충족한다고 하더라도, 최종적인 합헌성을 부여받기 위해서는 적극적 평등실현조치에서 채택된 수단이 그 목적의 달성에 실질적으로 관련될 것을 요구한다. 그렇다면, 적극적 평등실현조치의 목적과 수단 사이에 실질적 관련성이 있는지 여부를 판단하는 구체적인 기준은 무엇인가? 이는 실질적 관련성 여부가 주요 쟁점으로 제기된 사건들에 대한 검토를 통해 확인될 수 있지만, 현재 이러한 판례는 찾아보기 힘들다. 따라서 인종에 근거한 적극적 평등실현조치에 관한 미국 연방대법원의 판례 중에서 중간심사기준의 적용을 주장한 대법관들의 의견을 통해 간접적으로 확인할 수밖에 없다.

우선, 1978년 Bakke 사건에서 Brennan 대법관(White, Marshall, Blackmun 대법관이 참여)은 중간심사기준을 적용해서 Davis 의과대학의 입학전형계획을 합헌으로 결정했다. 특히, 그는 i) 특별입학전형계획을 실시한다고 하더라도 혜택을 받는 집단(소수인종)이나 불이익을 받는 집단(백인)에게 열등생이라는 오명을 부여하지 않았다는 점, ii) 인종을 고려한 특별입학전형계획 이외에는 동조치의 목적을 달성할 수 있는 다른 실질적인 수단이 없다는 점, iii) Davis 대학의 입학전형계획은 소수인종의 지위와 불리함을 동일시하는 것이 아니라, 오히려 동계획은 인종차별에 의해 불이익을 받았는지 여부를 판단하기 위해 각 지원자의 개인적 역사를 개별적으로 심사하고 있다는 점, iv) Davis 대학의 입학전형계획은 불이익을 받은 소수인종 지원자의 지원서를 평가함에 있어서 고려되어야 할 하나의 단정적인 요소(a positive factor)로 소수인종의 지위를 사용한 것이 아니라, 유자격

580) Califano v. Webster, 430 U.S. 313 (1977), at 317.

581) Mississippi Univ. for Women v. Hogan, 458 U.S. 718 (1982), at 724-725.

소수인종 지원자를 위해 미리 예정된 수의 정원을 유보하고 있다는 점 등을 이유로 해서, Davis 의과대학의 특별입학전형계획의 인종분류를 합헌, 즉 목적달성을 위한 실질적인 수단으로 인정했다.⁵⁸²⁾

다음으로, 1980년 Fullilove에서 Marshall 대법관(Brennan, Blackmun 대법관이 동조)은 중간단계심사를 적용해서 연방의회의 MBE 계획을 합헌으로 결정했다. 특히, 그는 i) 10% 유보조항 하에서의 계약은 그 사업을 수행할 자격이 있는 소수인종기업에게만 수여될 수 있으므로, 유보조항은 그것으로부터 이익을 얻고 있는 소수인종기업이나 그것에 의해 부담을 지고 있는 비소수인종소유기업에게 열등인이라는 오명을 부여하지 않는다는 점, ii) 공공사업계약을 수주할 수 있는 소수인종기업의 수를 고려할 때, 유보조항이 악의적인 상한을 의미하는 할당을 설정하고 있는 것은 아니라는 점, iii) 유보조항은 건설산업을 위해 미국에서 매년 지출된 연방기금액 중 아주 경미한 액수에만 영향을 미치고 있다는 점 등을 고려하면, 유보조항에서 사용된 인종적 분류는 과거 차별의 현재 효과를 구제하기 위한 중요한 목적의 달성에 실질적으로 관련되어 있다고 판단했다.⁵⁸³⁾

다음으로, 1989년 Croson사건에서 반대의견을 개진한 Marshall 대법관(Brennan, Blackmun 대법관이 참여)은 중간단계심사기준을 적용하여 Richmond 시 계획의 합헌성을 인정했다.⁵⁸⁴⁾ 특히, 그는 Richmond시의 계획이 i) 그 존속 기한이 5년으로 제한되어 있으며, ii) 적용면제조항(waiver provision)을 포함하고 있으며, iii) 무고한 제3자에게 최소한의 영향만 미치고, iv) 계약자에게 부여된 기득권을 방해하지 않기 때문에 목적달성을 위해 실질적으로 관련되어 있다고 주장했다.⁵⁸⁵⁾

다음으로, 1990년 Metro Broadcasting 사건에서 법정의견을 개진한 Brennan 대법관(White, Marshall, Blackmun, Stevens 대법관이 참여)은 완화된 심사기준을 적용해서 FCC의 정책을 합헌으로 판단했다. 특히, 그는 FCC의 정책이 i) 이

582) University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978), at 374-380.

583) Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980), at 520-523.

584) 그는 심사기준과 관련해서, 인종차별적인 정부의 행위와 과거의 인종차별의 효과를 구제하거나 차별의 효과를 영속화시키는 것을 금지하는 정부의 행위는 심오한 차이가 있기 때문에 동일한 심사기준이 적용되어서는 안 된다고 주장했다. Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989), at 552.

585) *Id.*, at 549-552.

용가능한 모든 대안에 대한 오랜 연구와 충분한 검토 후에 채택·승인되었다는 점,⁵⁸⁶⁾ ii) 그 범위와 존속기한에 있어서 적절히 제한되었을 뿐만 아니라 연방의 회에 의해 재평가를 받는다는 점,⁵⁸⁷⁾ iii) 비소수인종에게 경미한 부담만을 부과한다는 점⁵⁸⁸⁾ 등을 고려하면, FCC의 정책은 방송다양성의 증진이라는 목적에 실질적으로 관련되어 있다고 주장했다.⁵⁸⁹⁾

생각건대, 중간단계심사 하에서 실질적 관련성을 판단하는 요건들은 엄격심사 하에서 엄밀한 재단성을 판단하는 요건과 크게 다르지 않다. 따라서 성별에 근거한 적극적 평등실현조치의 실질적 관련성을 판단함에 있어서도, (1) 구제책의 필요성과 대안적 구제책의 효과성(the necessity for the relief and the efficacy of alternative remedies), (2) 구제책의 유연성과 존속기간(the flexibility and duration of the relief), (3) 수적 목표와 관련 노동시장 간의 관계(the relationship between the numerical goals and the relevant labor market), (4) 구제책이 제3자의 권리에 미치는 영향(the impact of the relief on the rights of third parties)에 대한 진지한 검토를 해야 한다.



586) *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990), at 585.

587) *Id.*, at 595.

588) 그는 이용가능한 방송주파수가 제한되어 있다는 것은 i) 누구도 면허에 대한 헌법(수정헌법 제1조)상의 권리를 가지고 있지 않다는 것과 ii) 면허의 부여는 공익의 요소에 대한 고려를 요구하고 있다는 것을 의미하기 때문에 우선권의 부여가 경쟁적 지원자들의 정당하고 확고히 뿌리박힌 기대권을 침해하는 것은 아니라고 한다. *Id.*, at 597-600.

589) *Id.*, at 584-597.

제4장 한국에서의 적극적 평등실현조치의 심사기준의 정립 및 그 구체적 적용

제1절 적극적 평등실현조치의 심사기준

1. 일반적 평등원칙에 관한 합헌성 심사기준

1. 평등심사의 구조

엄밀한 의미에서 이 세상에는 같은 것이 존재하지 않는다. 즉, 어떠한 사람도 다른 사람과 동일하지 않고, 어떠한 사항도 다른 사항과 동일하지 않다. 그렇기 때문에 ‘같다’ 내지 ‘다르다’라는 평가는 모든 관점에서 그렇다는 것이 아니라 단지 일정한 관점(본질적인 측면)에서만 같고 다르다는 것을 의미한다.⁵⁹⁰⁾ 그 결과, 헌법상의 평등원칙은 ‘본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급하는 것’을 그 내용으로 한다. 따라서 평등권 침해 내지 평등원칙 위반여부의 심사는 다음의 두 단계로 이루어진다. 즉, i) 본질적으로 같은(다른) 것을 다르게(같게) 취급하고 있는가를 확인하는 단계(본질적인 차별(동등)대우의 확인 단계)와 ii) 차별(동등)대우가 헌법적으로 정당화되는가를 확인하는 단계(헌법적 정당성 심사 단계)이다.⁵⁹¹⁾

590) 이종수, “사회적 차별과 평등의 실현”, 「연세법학연구」 제10권 제2호, 연세법학회 (2004. 02), 8면; 한수용, “평등권의 구조와 심사기준”, 「헌법논총」 제9집, 헌법재판소 (1998. 12), 44면; 조홍석, “평등권에 관한 헌법재판소 판례의 분석과 전망”, 「공법연구」 제33집 제4호, 한국공법학회 (2005. 06), 114-116면.

591) 한수용, 앞의 논문 (주 590), 64면.

가. 본질적 차별대우의 확인

평등심사의 첫 번째 단계는 사실관계의 비교를 통해 본질적으로 같은(다른) 것을 다르게(같게) 취급하고 있는가를 확인하는 작업이다. 논리상 이 과정은 다시 2개의 과정으로 세분화될 수 있다. 하나는 본질적으로 같은지(다른지) 여부를 확인하는 작업이고, 다른 하나는 다른(같은) 취급이 있는지 여부를 확인하는 과정이다.⁵⁹²⁾ 그런데 다른(같은) 취급이 있는지 여부는 외견상 쉽게 확인될 수 있기 때문에 평등심사의 첫 번째 단계에서는 본질적으로 같은지(다른지) 여부를 확인하는데 초점이 모아진다.

한편, 비교 대상 간에 본질적으로 같은지(다른지) 여부를 확인하기 위해서는 비교기준의 선정이 우선적으로 필요한데, 이러한 비교기준의 선정은 일반적으로 심판대상인 당해 법률조항의 의미와 목적에 대한 규명을 통하여 이루어진다.⁵⁹³⁾ 입법자는 정치적 결정을 통하여 일정한 목표를 설정하고, 이 목표를 실현하기 위하여 규율대상인 일정 생활영역이 차별적으로 규율되어야 한다는 판단을 하게 되며, 이에 따라 그에 부합하는 차별기준을 선정한다. 따라서 국가에 의한 차별의 배후에는 일반적으로 차별을 통하여 달성하려는 일정한 목표가 있으며, 이러한 차별목적은 대부분의 경우 법률 그 자체, 즉 법률의 의미와 목적으로부터 얻을 수 있다.⁵⁹⁴⁾

나. 헌법적 정당성 심사

592) 이런 이유 때문에 평등심사의 구조를 3단계로 이해하는 견해도 있다. 김주환, “일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안”, 「공법학연구」 제9권 제3호, 한국비교공법학회 (2008. 08), 297-208면.

593) 헌법재판소는 “평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다. 그러나 서로 비교될 수 있는 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에, 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여는 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제된다. 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일함가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려있다.”라고 판시하고 있는바(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701; 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727-728), 이는 본질성 여부를 판단을 입법자가 1차적으로 한다는 사실을 확인하고 있다.

594) 한수용, 앞의 논문 (주 590), 66면.

평등심사의 두 번째 단계는 차별(동등)대우가 헌법적으로 정당화되는가를 확인하는 단계(헌법적 정당성 심사 단계)인데, 이를 위해서는 무엇보다도 그 심사기준을 설정하는 것이 중요한 문제로 제기된다.

이 문제에 대해 한국에서는 종래 ‘자의금지원칙’이 일반적으로 사용되어 왔지만,⁵⁹⁵⁾ 자의금지원칙 만으로는 입법자를 효과적으로 통제할 수 없다는 문제가 제기되면서 ‘비례성 원칙’이 평등심사기준으로 도입되고 있다.⁵⁹⁶⁾⁵⁹⁷⁾ 따라서 현재 한국에서의 평등심사기준은 자의금지원칙에서 비례성 원칙에 이르기까지 다양한 스펙트럼선상에서 규율대상과 차별기준에 따라 다양한 모습으로 입법자를 구속하고 있다.

일반적으로 자의금지원칙에 따른 심사는 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금지하고 있다. 따라서 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 관점이 존재한다면, 차별대우는 자의적이 아닌 것으로 판단된다. 즉, 여기서의 ‘자의성’은 ‘합리적인 이유의 결여’이므로, 이 기준에 의하면 자의성의 심사에 있어서 단지 ‘차별의 합리적인 이유가 존재하는가’만을 심사한다.

이에 반해, 비례의 원칙에 따른 심사는 ‘차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는가’를 판단하기 위하여 차별대우와 차별목적간의 상호관계를 비례의 원칙을 기준으로 하여 심사한다.

2. 헌법재판소의 평등심사기준

595) 권영성, 앞의 책 (주 6), 390면; 성낙인, 「헌법학」, 법문사 (2008), 412면; 허영, 「한국헌법론」, 박영사 (2008), 335면; 홍성방, 「헌법학」, 현암사 (2003), 406면.

596) 이준일, 「헌법학강의」, 홍문사 (2007), 470-478면; 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사 (2008), 387-390면; 한수용, 앞의 논문 (주 590), 86-102면 참조.

597) 한편, 한국에서는 평등심사기준으로서의 비례성 원칙을 설명할 때, 독일연방헌법재판소의 ‘새로운 공식’ 또는 ‘최신의 공식’ 등을 인용하고 있는바, 이에 관한 자세한 내용은, 계희열, 헌법학(중), 박영사 (2007), 240-242면; 김주환, 앞의 논문 (주 592), 216-217면; 이육한, “평등권에 대한 헌법재판소의 통제”, 「사법행정」 제40권 제4호, 한국사법행정학회 (1999. 04), 26-28면; 한상운·이창훈, “현행 헌법상 평등심사기준에 관한 연구”, 「성균관법학」 제20권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소 (2008. 04), 74-76면; 한수용, 앞의 논문 (주 590), 51-64면 참조.

가. 헌법재판소 판례의 경향

(1) 초기의 판례 : 자의금지심사와 비례성심사의 혼재

제대군인가산점 결정 이전에 헌법재판소는 평등심사기준으로 자의금지원칙⁵⁹⁸⁾과 비례성 원칙⁵⁹⁹⁾을 혼용해 왔다.⁶⁰⁰⁾ 그러나 헌법재판소가 어떠한 경우에 자의금지원칙을 기준으로 하여 심사하며 어떠한 경우에 비례성 심사를 하는지에 관하여는, 헌법재판소 스스로 밝힌 바도 없을 뿐이 아니라, 헌법재판소의 판례를 전반적으로 검토하더라도 조감할 수 있는 일관된 흐름을 발견할 수 없었다.⁶⁰¹⁾

또한, 종래 헌법재판소가 비례성 원칙에 입각한 평등심사를 하였더라도 사실상 엄밀한 의미에서의 비례성 심사는 한 번도 하지 않았다. 즉, 비례성 원칙에 의한

598) 헌법재판소는 사법서사법 시행규칙에 관한 헌법소원사건에서 “개정된 사법서사법이 ‘... 동등이상의 학력, 경력이 있다고 인정하는 자’ 부분을 삭제하였다고 하더라도 이러한 재량규정을 등에 장단점이 있는 이상 어느 때는 두었다가 이를 삭제하였다 하여도... 이는 특단의 사정이 없는 한 광범위한 입법형성권을 가진 입법자의 선택결정 사항에 속한다고 할 것이며 헌법재판소가 관여할 만큼 현저한 합리성이 결여되거나 입법형성권에 명백한 남용 내지 자의가 있어서 평등권의 침해가 있었다고 할 사유를 찾을 수 없다.”고 하여 자의금지원칙을 적용했고(헌재 1989. 03. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 22), 국제그룹해체지시에 관한 헌법소원사건에서도 “법률상 근거 없는 이 사건 공권력의 행사는 법치국가적 질차를 어긴 것이며, 또 법률상 무권한의 자의적인 공권력의 행사였다는 점에서 헌법 제11조 소정의 평등의 원칙의 파생인 자의금지의 원칙도 위반한 것이다.”라고 판시하여 자의금지원칙을 평등심사기준으로 사용했다(헌재 1993. 07. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 118). 이 밖에도 헌재 1993. 12. 23. 89헌마189, 판례집 5-2, 622, 639-645; 헌재 1995. 07. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 26-30; 헌재 1989. 09. 29. 89헌마16, 판례집 1, 299, 300-301; 헌재 1997. 12. 24. 97헌마16, 판례집 9-2, 881, 887-890 등에서 자의금지원칙을 평등심사기준으로 사용하고 있다.

599) 헌법재판소는 여러 차별사건에서 “합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다.”고 판시하거나(헌재 1994. 02. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75; 헌재 1996. 08. 29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46, 56; 헌재 1997. 08. 21. 94헌바2, 판례집 9-2, 223, 234; 헌재 1998. 03. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 318 등) “차별을 두는 입법은 그 차별에 의하여 달성하려고 하는 목적과 그 목적을 달성하기 위한 차별을 두기 마련인데, 국민의 기본권에 관한 차별에 있어서 합리적 근거에 의한 차별이라고 하기 위하여서는 우선 그 차별의 목적이 헌법에 합치하는 정당한 목적이어야 하고 다음으로 차별의 기준이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 하며 차별의 정도 또한 적정한 것이어야 한다.”고 판시함으로써 비례성 원칙을 평등심사기준으로 사용하고 있다. 헌재 1996. 08. 29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46, 56.

600) 헌법재판소 판례중에는 평등심사의 기준으로서 우선 비례의 원칙을 단지 언급만하고 사실상은 자의금지원칙을 적용하여 심사하는 경우도 적지 않게 찾아 볼 수 있다, 예컨대 헌재 1991. 07. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 423; 1992. 04. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 272 등.

601) 한수웅, 앞의 논문 (주 590), 81-82면.

평등심사에서 차별목적의 정당성과 차별수단의 적정성만을 심사할 뿐, 사실상 엄격심사의 본질을 이루는 나머지 단계인 ‘필요성’과 ‘법익의 균형성’에 대한 심사를 한 예를 찾아보기 힘들다. 차별목적의 정당성은 대부분의 경우 예외없이 인정되고, 차별수단의 적정성도 차별이 입법목적의 실현에 조금이라도 기여한다면 인정된다는 점을 고려하면, 종래 헌법재판소의 비례성 심사는 자의금지심사와 크게 다르지 않았다.

(2) 심사기준의 정립

(가) 제대군인가산점 사건

1999년 12월 23일 제대군인가산점사건에서 헌법재판소는 아래와 같이 판시하면서 평등심사기준을 구체화했다.

평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다. 그런데 가산점제도는 엄격한 심사척도를 적용하여야 하는 위 두 경우에 모두 해당한다. 헌법 제32조 제4항은 "여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다"고 규정하여 "근로" 내지 "고용"의 영역에 있어서 특별히 남녀평등을 요구하고 있는데, 가산점제도는 바로 이 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이기 때문이고, 또한 가산점제도는 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문이다(가산점제도가 민간기업에 실시될 경우 헌법 제15조가 보장하는 직업선택의 자유가 문제될 것이다). 이와 같이 가산점제도에 대하여는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하는데, 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.⁶⁰²⁾

이에 따르면, 평등심사기준은 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 ‘엄격한 심사척도’와 ‘완화된 심사척도’로 구별되는데, 엄격한 심사척도는 비례성 원칙에 따른 심사로 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 심사하는 것이고, 완화된 심사척도는 자의금지원칙에 따른 심사로 합리적 이유의 유무만을 심사하는 것이다.

(나) 국가유공자가산점 사건

한편, 헌법재판소는 2001년 2월 22일 국가유공자가산점사건에서 제대군인가산점사건에서의 평등심사기준을 세분화했는바, 주요 내용은 아래와 같다.

평등권의 침해 여부에 대한 심사는 그 심사기준에 따라 자의금지원칙에 의한 심사와 비례의 원칙에 의한 심사로 크게 나누어 볼 수 있다. 자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지를 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인 그치는 반면에, 비례심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적정한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다. ... 헌법재판소는 위 결정(제대군인가산점사건)에서 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 경우로서 첫째, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 즉, 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준 또는 차별을 금지하고 있는 영역을 제시하고 있음에도 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별의 경우 둘째, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우를 들면서, 제대군인가산점제도는 위 두 경우에 모두 해당한다고 하여 비례심사를 하고 있다. ... 이 사건의 경우는 위 결정에서 비례심사를 하여야 할 첫 번째 경우인 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우에는 해당하지 아니한다. 왜냐하면, 헌법 제32조 제6항은 "국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다"라고 규정함으로써, 국가유공자 등에 대하여 근로의 기회에 있어서 평등을 요구하는 것이 아니라 오히려 차별대우(우대)를 할 것을 명령하고 있기 때문이다. 그렇다면 이 사건 가산점제도의 경우와 같이 입법자가 국가유공자와 그 유족 등에 대하여 우선적으로 근로의 기회를 부여하기 위한 입법을 한다고 하여도 이는 헌법에 근거를 둔 것으로서, 이러한 경우에는 입법자는 상당한 정도의 입법형성권을 갖는다고 보아야 하기 때문에 이에 대하여 비례심사와 같은 엄격심사를 적용하는 것은 적당하지 않

602) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 771, 787-789.

은 것으로 볼 여지가 있다. 그러나 이 사건의 경우는 비교집단이 일정한 생활영역에서 경쟁관계에 있는 경우로서 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 혜택을 부여하는 것은 그 이외의 자들에게는 공무담임권 또는 직업선택의 자유에 대한 중대한 침해를 의미하게 되는 관계에 있기 때문에 헌법재판소의 위 결정에서 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 두 번째 경우인 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 해당한다고 할 것이다. 따라서 자의심사에 그치는 것은 적절치 아니하고 원칙적으로 비례심사를 하여야 할 것이나, 구체적인 비례심사의 과정에서는 헌법에서 차별명령규정을 두고 있는 점을 고려하여 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이다.⁶⁰³⁾

이에 따르면, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되어 비례성심사를 해야 하는 경우라도, 헌법이 평등을 요구하는 것이 아니라 오히려 차별대우(우대)를 할 것을 명령하고 있는 경우에는 보다 완화된 비례성심사를 해야 한다.

(다) 헌법재판소 심사기준의 정리

앞에서 검토한 2개의 판례를 종합하면, 헌법재판소의 평등심사기준은 다음과 같이 정리될 수 있다.

우선, 평등심사기준을 결정하는 기준은 입법자에게 부여된 입법형성권의 정도이다. 즉, 입법형성권이 축소되면 될수록 엄격한 심사를 하게 된다.

다음으로, 평등심사기준은 크게 2가지, 즉 자의금지심사와 비례성심사로 구분된다. 자의금지심사는 차별을 정당화하는 합리적인 이유의 존부에 대한 심사한다. 즉, 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인에 그친다. 반면, 비례성심사는 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대해 심사한다. 즉, 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적정한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다.

마지막으로, 비례성심사는 다시 2가지, 즉 엄격한 비례성심사와 보다 완화된 비례성심사로 구분된다. 엄격한 비례성심사는 i) 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 즉 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준 또는 차별을 금지하고 있는 영역을 제시하고 있음에도 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한

603) 헌재 2001. 02. 22. 2000헌마25 판례집 13-1, 386, 402-405.

영역에서의 차별의 경우와 ii) 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 각각 적용된다. 반면, 완화된 비례성심사는 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하지만, 헌법이 평등을 요구하는 것이 아니라 오히려 차별대우(우대)를 할 것을 명령하는 경우에 적용된다.

이러한 심사기준에 관한 헌법재판소의 견해가 최근의 판례에서도 지속적으로 인용되고 있는 점을 고려할 때,⁶⁰⁴⁾ 위와 같은 심사기준이 정립단계에 들어선 것으로 평가할 수 있다.

[표 2] 헌법재판소의 평등심사기준 정리

구분	자의금지심사	비례성심사	
		완화된 비례성심사	엄격한 비례성심사
심사 영역	비례성심사 이외	관련 기본권에 중대한 제한을 초래 but 헌법이 차별(우대)을 명령	헌법이 특별히 평등을 요구 or 관련 기본권에 중대한 제한을 초래
심사 방법	차별을 정당화하는 합리적인 이유의 존부에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인에 그치는 심사	차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사	

나. 헌법재판소의 심사기준에 대한 평가

한국 헌법상의 평등관념이 상대적 평등임으로 고려할 때, 헌법재판소가 입법형성권의 정도에 따라 평등심사기준을 자의금지심사, 완화된 비례성심사, 엄격한 비례성심사로 세분화하고 있는 것은 타당하다고 생각된다.

604) 헌재 2000. 08. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 181; 헌재 2001. 06. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1464-1465; 헌재 2002. 04. 25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351, 367; 헌재 2003. 03. 27. 2002헌마573, 판례집 15-1, 319, 336; 헌재 2003. 09. 25. 2003헌마30, 판례집 15-2(상), 501, 510; 헌재 2006. 02. 23. 2004헌마675, 판례집 18-1(상), 269, 284.

그러나 헌법재판소는 이원화된 비례성심사를 하면서도 그 방법과 정도의 차이에 대해서는 명확한 입장을 밝히지 못하고 있는 것 같다. 이는 헌법재판소가 결정한 2번의 국가유공자 등에 대한 가산점 사건에서 확인된다.

헌법재판소는 2001년과 2006년 2번에 걸쳐 국가유공자와 그 유족 등 취업보호 대상자가 국가기관이 실시하는 채용시험에 응시하는 경우에 10%의 가점을 주도록 한 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률의 평등권 침해 여부를 심사함에 있어서 상이한 기준,⁶⁰⁵⁾ 즉 완화된 비례성 심사기준(2001년)과 엄격한 비례성 심사기준(2006)에 의하여 심사하여 각각 합헌과 위헌의 결정을 하였다.

완화된 비례성 심사기준을 적용해 합헌결정을 한 2001년 결정의 주요 요지는 다음과 같다.

이 사건 가산점제도의 주된 목적은 신체의 상이 또는 가족의 사망 등으로 정신적, 재정적으로 어려움을 겪어 통상적으로 일반인에 견주어 수험준비가 상대적으로 미흡한 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 부여를 통해 헌법 제32조 제6항이 규정하고 있는 우선적 근로의 기회를 제공함으로써 이들의 생활안정을 도모하고, 다시 한번 국가사회에 봉사할 수 있는 기회를 부여하는 데 있다고 할 수 있다. 이러한 입법목적은 헌법 제32조 제6항에 근거한 것으로서 정당하다고 할 것이다. ... 취업보호제도는 이와 같이 국가의 재정여건상 미흡한 보상금제도를 보완하고 국가유공자 등에게 직접적인 근로를 통한 사회참여의 기회를 주기 위한 것이라고 할 수 있는데, 법 제30조 제2호 소정의 국가기관 등의 우선채용대상은 기능직공무원에 한정되어 있고(법 제31조 제1항, 법시행령 제47조 제1항), 법 제30조 제2호 소정의 공·사기업체 등과는 달리 국가기관 등에 대하여는 고용명령제도가 없는 상황에서(법 제32조 제1항) 이 사건 가산점제도는 국가유공자와 그 유족 등이 일반직공무원으로 채용될 수 있도록 지원하는 역할을 하고 있다고 할 수 있다. 따라서 이 사건 가산점제도는 이러한 역할을 통하여 입법자가 추구하는 위와 같은 입법목적의 달성을 촉진하고 있다고 할 것이므로, 정책수단으로서의 적합성을 가지고 있다고 보아야 할 것이다. 일반적으로 차별대우의 필요성은 차별대우가 입법 목적을 달성하기에 불가피한 것이어야 한다는 것을 의미하지만, 차별이 관련 기본권에 불리한 효과를 미치는 경우에는 차별은 최소한의 부담을 가져오는 수단이어야 한다는 차별효과의 최소침해성을 의미한다고 할 것이다. 그러나 헌법 제32조 제6항에서 국가유공자 등의

605) 사실상 동일한 제도를 심판한 두 사건의 심사기준이 서로 다르게 된 이유는, 헌법재판소가 헌법 제32조 제6항의 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.”는 규정에 대해 서로 다른 해석을 했기 때문이다. 2001년도 결정에서 헌법재판소는 동 헌법규정을 넓게 해석하여 국가유공자 본인뿐만 아니라 가족들에 대한 취업보호제도(가산점)의 근거로 보았다. 반면에 2006년도 결정에서는 동 헌법규정을 엄격하게 해석하여 그 대상자를 “국가유공자”, “상이군경”, 그리고 “전몰군경의 유가족”에 한정했다. 이러한 해석에 의할 때, 전몰군경의 유가족을 제외한 국가유공자의 가족이 헌법적 근거를 지닌 보호대상에서 제외되었고, 그 결과, 엄격한 비례성심사를 받게 되었다.

근로의 기회를 우선적으로 보호한다고 규정함으로써 그 이외의 자의 근로의 기회는 그러한 범위 내에서 제한될 것이 헌법적으로 예정되어 있는 이상 차별대우의 필요성의 요건을 엄격하게 볼 것은 아니므로, 차별대우의 필요성의 요건도 충족되었다고 할 것이다. 법익의 균형성 심사는 비례의 원칙에 따른 평등심사의 핵심적 부분으로서, 이 사건의 경우와 같이 차별을 정당화하는 이유가 입법자가 차별을 통하여 실현하려는 입법목적에 있는 경우에는 그 입법목적의 비중과 차별대우의 정도가 균형을 이루고 있는지를 심사하는 것이다. … 이 사건 가산점제도가 법익의 균형성 요건을 충족하고 있는지를 심사하기 위하여는 그로 인하여 초래되고 있는 차별효과를 실증적으로 살펴볼 필요가 있다. … 위 자료들에 의하면, 취업보호대상자의 합격률이 일반인들의 합격률에 비하여 높은 것은 사실이나, 전체 합격자 중 취업보호대상자가 차지하는 비율이 10%를 약간 넘는 수준에 그치고 있고, 특히 전체 일반직 공무원 중 취업보호대상자가 차지하고 있는 비율은 아직 3%에도 못미치고 있는 실정이다. 이와 같이 이 사건 가산점제도가 가점혜택을 받지 못하는 자에게 미치는 영향력은 헌법재판소로부터 위헌결정을 받은 제대군인가산점제도에 비한다면 훨씬 미약한 것이라고 하지 않을 수 없다. 이는 이 사건 가산점제도의 가산점(10%)이 비록 제대군인가산점(3~5%)보다 크다고 하더라도, 전체 응시자수에서 차지하는 비율에 있어 취업보호대상자의 경우가 제대군인에 비하여 월등히 작기 때문일 것이다. 또한 취업보호대상자가 가산점을 받는다고 하여 응시자의 대부분이 합격하는 것이 아니라 그 합격률이 약 10% 전후에 그치고 있을 뿐만 아니라, 만일 가산점을 받지 못한다고 하면 취업보호대상자 중 극소수만이 합격할 수 있는 것으로 드러나고 있다. 그렇다면 이 사건 가산점제도는 국가유공자와 그 유족 등의 국가공무원 임용에 있어 매우 중요한 역할을 담당하고 있으면서도, 그 이외의 자를 지나치게 차별하고 있는 것으로 보기는 어렵다. … 최근 공무원 공채시험에 있어서 합격점이 80점대 후반이나 90점대에서 결정이 되는 경우가 많기 때문에 소수직렬의 경우 위에서 본 바와 같이 취업보호대상자 이외의 자가 합격하기 매우 어렵게 되거나 경우에 따라서는 합격 자체가 불가능한 경우도 발생할 수 있을 것이다. 그러나 전체적으로 보아 입법목적의 비중과 차별대우의 정도가 균형을 이루고 있다면, 개별적 시험에 있어서 일부 직렬의 경우 채용인원이나 시험의 난이도 등에 따라 위와 같은 문제점이 발생하는 일이 있다고 하여 이러한 점만으로 그 균형이 깨졌다고 볼 것은 못된다(이러한 문제점은 시험의 난이도를 조절하는 방법으로도 어느 정도 해결이 가능할 것이다). 그리고 무엇보다도 헌법재판소가 위헌으로 선언한 제대군인가산점제도는 헌법이 특히 금지하고 있는 여성차별적인 성격을 띠고 있는데 반하여, 이 사건 가산점제도는 국가유공자 등에게 우선적으로 근로의 기회를 제공할 것을 규정하고 있는 헌법 제32조 제6항에 근거를 두고 있는 제도라는 점을 고려하면, 위와 같은 일부 문제점에도 불구하고 이 사건 가산점제도가 법익균형성을 상실한 제도라고는 볼 수 없다.⁶⁰⁶⁾

606) 헌재 2001. 02. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 405-411.

한편, 엄격한 비례성 심사기준을 적용하여 위헌결정을 한 2006년 결정의 주요 요지는 다음과 같다.

이 사건 조항이 규정하는 가산점제도의 목적은 국가에 공헌하면서 신체적·정신적, 재정적 어려움을 겪어 통상 일반인에 비해 수험준비가 상대적으로 미흡하게 되는 국가유공자 등과 그 유·가족에게 가산점을 부여함으로써 우선적 근로기회를 제공하여 생활안정을 도모하고, 이들이 국가에 봉사할 수 있는 기회를 부여하는 데 있다. 이러한 입법목적은 헌법 제32조 제6항의 취지를 반영한 것이거나, 헌법 제37조 제2항의 공공복리의 달성을 위한 것으로서 정당하다. 또한 그러한 ‘가산점제도는 국가유공자와 그 유족 등이 공직에 채용될 수 있도록 지원하는 역할을 함으로써 입법목적의 달성을 촉진하고 있다고 할 것이므로 정책수단으로서의 적합성도 가지고 있다. … 그런데 공무원시험에서 국민들은 공무담임에 있어서 평등한 기회를 보장받아야 하므로, 특정 집단에게 가산점을 주어 공직시험에서 우대를 하기 위해서는 헌법적 근거가 있거나 특별히 중요한 공익을 위하여 필요한 경우에 한하여야 할 것이다. 이 사건에서 볼 때, 헌법 제32조 제6항은 ‘국가유공자 본인’에 대하여 우선적 근로기회를 용인하고 있으며, 이러한 우선적 근로기회의 부여에는 공직 취업에 상대적으로 더 유리하게 가산점을 부여받는 것도 포함된다고 볼 수 있다. 그러나 ‘국가유공자의 가족’의 경우 그러한 가산점의 부여는 헌법이 직접 요청하고 있는 것이 아니다. 다만 보상금급여 등이 불충분한 상태에서 국가유공자의 가족에 대한 공무원시험에서의 가산점제도는 국가를 위하여 공헌한 국가유공자들에 대한 ‘예우와 지원’을 확대하는 차원에서 입법정책으로서 채택된 것이라 볼 것이다. 그러한 입법정책은 능력주의 또는 성과주의를 바탕으로 하여야 하는 공직취임권의 규율에 있어서 중요한 예외를 구성하며, 이는 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장받는 것을 뜻하는 일반 국민들의 공무담임권을 제약하는 것이다. 헌법적 요청이 있는 경우에는 합리적 범위 안에서 능력주의가 제한될 수 있지만, 단지 법률적 차원의 정책적 관점에서 능력주의의 예외를 인정하려면 해당 공직과 일반응시자의 공무담임권의 차별 사이에 엄밀한 법익형량이 이루어져야만 할 것이다. 이 사건 조항으로 인한 공무담임권의 차별효과는 앞서 본 바와 같이 심각한 반면, 국가유공자 가족들에 대하여 아무런 인원제한도 없이 매 시험마다 10%의 높은 가산점을 부여해야만 할 필요성은 긴요한 것이라고 보기 어렵다. 2002년에서 2004년까지 공무원시험에서 가산특전자의 평균합격률이 15.3%에 이르고, 2004년도 7급 국가공무원시험의 경우 국가유공자 가산점을 받은 합격자가 전체 합격자의 30%를 넘고 있는 것은 입법 목적을 감안하더라도 일반 응시자들의 공무담임권에 대한 차별 효과가 지나친 것이다. 매년 많은 일반 응시자들이 가산점 수혜자들 때문에 공무원 시험에서 합격점수를 받고도 본인의 귀책사유 없이 탈락한다는 것은 쉽게 정당화되기 어렵다. 한편, 전체 일반직공무원 중 취업보호대상자가 차지하고 있는 비율이 3%에도 미치지 못하고 있는 실정이라는 통계도 있으나, 문제되는 것은 현재의 전체 공무원 중의 비율이 아니라 청구인들과 같은 응시자들이 점점 치열해지는 공무원 시험 경쟁에서 받고 있는 차별의 정도인 것이다. 위에서 본 통계수치를 볼 때 현

재 일반 응시자가 받고 있는 그러한 차별은, 헌법전문에서 규정한 “모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘” 하는 것에 대한 예외를 구성할 만큼 중요한 공익을 위한 것이라 볼 수 없고, 국가유공자 본인은 그렇다 치더라도 본인이 아닌 국가유공자의 가족들에게까지 10퍼센트에 이르는 과도한 가산점을 주어야 할 필요성이 강하다고 보기 어렵다. 무엇보다도 그러한 입법정책이 국가유공자들의 ‘예우와 보상’을 충실히 하는 필수적인 수단이 아니며, 그들의 생활안정을 위해서라면 국가는 재정을 늘려 보상금급여 등을 충실히 하는 방법을 택하여야 하고, 다른 일반 응시자들의 공무담임권을 직접 제약(차별)하는 방법을 택하는 것은 되도록 억제되어야 할 것이다. … 이 사건 조항의 경우 역시 명시적인 헌법적 근거 없이 국가유공자의 가족들에게 만점의 10%라는 높은 가산점을 부여하고 있는 바, 그러한 가산점 부여 대상자의 광범위성과 가산점 10%의 심각한 영향력과 차별 효과를 고려할 때, 그러한 입법정책만으로 헌법상의 공정경쟁의 원리와 기회균등의 원칙을 훼손하는 것은 부적절하며, 국가유공자의 가족의 공직 취업기회를 위하여 매년 수많은 젊은이들에게 불합격이라는 심각한 불이익을 받게 하는 것은 정당화될 수 없다. 이 사건 조항의 차별로 인한 불평등 효과는 입법목적과 달성수단 간의 비례성을 현저히 초과하는 것이다.⁶⁰⁷⁾

그런데 위의 2개의 판례를 자세히 보면, 엄격한 비례성심사를 하는 이유와 위헌결정을 내리는 이유가 같고, 완화된 비례성심사를 하는 이유와 합헌결정을 내리는 이유 또한 같다. 즉, 헌법적 근거도 없이 차별적 취급으로 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하기 때문에 엄격한 비례성심사를 해야 한다고 하면서, 구체적인 심사과정에서는 다시 헌법적 근거도 없이 차별적 취급으로 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하기 때문에 위헌이라는 결정을 내리고 있다. 또한 차별적 취급으로 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하지만 차별적 취급에 대한 헌법적 근거가 있기 때문에 완화된 비례성심사를 해야 한다고 하면서, 구체적인 심사과정에서는 다시 차별적 취급으로 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하지만 차별적 취급에 대한 헌법적 근거가 있기 때문에 합헌이라는 결정을 내리고 있다.⁶⁰⁸⁾ 즉, 위헌과 합헌을 결정짓는 근거는 오로지 헌법적 근거 여부라고 해도 과언이 아니다.

이는 엄격한 비례성심사와 완화된 비례성심사가 그 방법과 정도에 있어서 차이

607) 헌재 2006. 02. 23. 2004헌마675, 판례집 18-1 (상), 269, 285-287.

608) 이는 제대군인 가산점 사건도 마찬가지이다. 동 사건에서 헌법재판소가 위헌결정을 한 이유는 “차별취급 및 이로 인한 부작용의 결과”가 “심각한 점” 때문이기도 하지만, 가장 주된 이유는 “가산점제도가 추구하는 공익은 - 헌법적 근거가 없는 - 입법정책적 법익”에 불과한 반면, “가산점제도로 인하여 침해되는 것은 헌법이 강도높게 보호하고자 하는 고용상의 남녀평등, 장애인에 대한 차별금지라는 헌법적 가치”이기 때문이다. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 794.

가 있는 다른 심사기준이 아니라 결국 같은 심사기준이라는 것을 의미하며, 다른 의미에서는 엄격한 비례성 심사기준은 위헌, 보다 완화된 비례성 심사기준은 합헌이라는 정형화된 도식을 만들 우려가 있다.⁶⁰⁹⁾

심사기준의 방법과 정도에 있어서 차이가 없다면, 굳이 심사기준을 구별할 필요도 없다. 따라서 적어도 추상적이거나 그 차이를 설정할 필요가 있다.

3. 평등심사기준의 합리화 방안

가. 평등심사와 입법형성권

한국 헌법상의 평등원칙은 ‘본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게’ 취급하는 것을 그 내용으로 한다.

그런데 여기서의 ‘본질적’이라는 개념 역시 주관적인 평가의 문제이며, 그 평가를 위해서는 상위의 평가기준의 설정을 필요로 하는바, 그 평가기준은 동시대의 평균적 정의관념이라고 볼 수 있다. 그러나 동시대의 평균적 정의관념이라는 것도 개념적으로 규명될 수 없는 성질의 것이라는 점을 고려하면, 본질성 여부는 결국 동시대의 대표자인 입법자에 의해 규정되는 것으로 보아야 할 것이다.⁶¹⁰⁾

609) 물론, 헌법재판소가 엄격한 비례성심사를 적용하면서도 합헌결정을 내린 경우가 전혀 없는 것은 아니다. 국가공무원 7급 시험에서 기능사 자격증에는 가산점을 주지 않고 기사 등급 이상의 자격증에는 가산점을 주도록 한 공무원임용 및 시험시행규칙 제12조의3 중 별표 10 및 별표 11의 평등권 침해 여부를 심사한 사건이 바로 그것이다. 이 사건에서 헌법재판소는 “가산점 제도는 승진, 봉급 등 공직내부에서의 차별이 아니라 공직에의 진입 자체를 어렵게 함으로써 공직선택의 균등한 기회를 박탈하는 것”이므로 “이 사건에서 문제된 가산점상의 차별 취급에 대해서는 그 목적과 수단 간에 엄격한 비례성이 요구된다.”고 하면서 엄격한 비례성 심사를 하면서도 합헌으로 결정했다. 헌재 2003. 09. 25, 2003헌마30, 판례집 15-2 (상), 501. 그러나 이 사건이 합헌으로 결정된 이유는 ‘다른 것을 다르게 취급’했기 때문이다. 따라서 이 사건은 ‘같은 것을 다르게 취급’한 여타 사건과는 다른 성질의 사건이다.

610) 헌법재판소는 “평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다. 그러나 서로 비교될 수 있는 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에, 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여는 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제된다. 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려있다.”라고 판시하고 있는바(헌재 1996. 12.

위와 같이, 헌법상의 평등을 상대적 평등으로 이해하는 한, 입법자는 평등의 영역에서 광범위한 입법형성의 자유를 갖는다. 그러나 이러한 입법형성의 자유는 무제한의 것이 아니라 일정한 한계를 갖게 되며, 그 한계 속에서 입법형성의 자유는 단계적으로 축소된다. 입법형성의 자유가 축소된다는 것은 평등심사에 있어서 그 기준이 달라진다는 것을 의미한다.⁶¹¹⁾

나. 자의금지심사

(1) 자의금지심사의 내용

평등의 영역에서의 입법자의 입법형성권은 우선 정의관념에 부합해야 한다. 그런데 정의관념은 주관적인 가치판단을 전제로 할뿐만 아니라 ‘정의(定義)’할 수 없는 것으로 이해되고 있다. 그 결과, 학자들은 정의에 대립되는 개념인 ‘자의’라는 개념을 통해 평등기준을 제시하면서, 차별의 비객관성 내지 비합리성이 명백할 때에만 평등원칙 위반을 인정한다.

이러한 자의금지원칙은 평등규정의 통제규범으로서의 성격에 의해 도출되기도 한다. 헌법재판소도 “평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게 객관적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하나, 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로, 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다. 다시 말하면, 헌법에 따른 입법자의 평등실현의무는 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정 축소되므로 헌법재판소가 행하는 규범에 대한 심사는 그것이 가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 단지 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계 내에 머물고 있는가 하는 것에 국한될 수밖에 없다.”고 판시하여,⁶¹²⁾ 이를 확인하고 있다.

26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701; 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727-728), 이는 본질성 여부의 판단을 입법자가 1차적으로 한다는 사실을 확인하고 있다.

611) 헌법재판소도 “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사적도에 의할 것인지, 완화된 심사적도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다.”라고 판시하고 있다. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 771, 787; 헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704, 715.

(2) 자의금지심사의 방법

헌법재판소에 따르면, 자의심사는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별 목적)의 발견·확인에 그친다고 한다.⁶¹³⁾ 그런데 이 기준에 의하면, 대부분의 경우 입법자는 어떤 식으로든 차별을 정당화하는 나름대로의 이유를 제시하기 마련이고, 그 결과, 입법자가 결정하는 대부분의 불평등취급은 합헌적인 것으로 평가되어 사실상 무용한 심사기준으로 전락될 우려가 있다. 따라서 입법형성의 자유가 광범위하게 인정되어 자의금지심사를 하더라도 차별목적의 발견·확인에만 그칠 것이 아니라 차별수단의 적정성에 대한 심사가 이뤄져야 한다고 생각된다. 이는 합리적 이유의 존부에 관한 심사는 ‘이유 그 자체’의 합리성뿐만 아니라 ‘차별과의 관계’에서의 합리성까지 요구한다고 보아야 할 것이기 때문이다.⁶¹⁴⁾

다. 비례성심사



(1) 비례성심사의 내용

평등의 영역에서의 입법자의 입법형성권은 정의관념 뿐만 아니라 헌법규정에 의해 제약된다. 입법자의 입법형성권이라는 것도 헌법에 의해 부여된 것이라는 점을 고려하면, 입법형성권은 헌법이 스스로 정할 수 없었던 사항 또는 정하지 않은 사항에 대해 입법부가 현실에 대응하여 국민의 권리의무관계를 형성하는 권한에 불과하다. 따라서 헌법이 입법형성권에 대해 특별한 제한규정을 두고 있는 경우, 입법자는 헌법에 따라 제한된 범위 내에서 입법형성의 자유를 갖게 된다. 즉, 이 경우에 입법형성권은 축소되어 단순한 자의금지보다는 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다.⁶¹⁵⁾ 여기서 엄격한 심사척도가 적용된다는 것은 단순히 합리적인

612) 헌재 1998. 09. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484, 504.

613) 헌재 2001. 02. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403.

614) 헌법재판소는 백화점등의 셔틀버스운행금지사건에서 ‘차별기준 내지 방법의 합리성 여부’를 완화된 심사기준의 내용으로 판시한 바 있다. 헌재 2001. 06. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441, 1464-1465.

이유와 존부 문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비례성심사를 한다는 것을 의미한다.⁶¹⁶⁾

(2) 비례성심사의 방법

차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비례성심사는 다음과 같이 이뤄진다.

첫째, 입법자가 차별을 통하여 추구하는 목적이 헌법 및 법률의 체제상 정당한지를 심사한다(차별목적의 정당성). 따라서 입법자가 차별을 통하여 어떠한 목적을 추구하는지를 살펴본 후, 이러한 목적의 추구가 헌법적으로 문제가 없는지를 심사해야 한다. 만약 정당한 목적이 발견되지 않거나 차별목적 스스로가 위헌적이라면, 차별 자체가 이미 평등원칙에 위반된다.⁶¹⁷⁾

둘째, 차별수단이 입법자가 추구하는 차별목적에 달성하는데 효과적이고 적절한지를 심사한다(차별수단의 적정성). 즉, 차별수단이 차별목적에 촉진하는데 기여하는지를 심사한다. 따라서 차별수단이 차별목적의 실현에 전혀 기여하지 못하면, 평등원칙에 위반된다.

셋째, 차별수단이 입법자가 추구하는 차별목적에 불가피한 수단인지를 심사한다(차별수단의 필요성). 따라서 다른 비차별적인 수단으로도 차별목적에 달성할 수 있는 경우에는 평등원칙에 위반된다. 한편, 차별이 기본권에 불리한 영향을 초래하는 경우 차별은 최소한의 피해를 주는지를 심사한다(차별수단의 최소 침해성).

넷째, 차별을 통하여 달성하려는 입법목적의 비중이 차별대우의 정도와 적절한 균형관계를 이루고 있는지를 심사한다(법익의 균형성).

(3) 비례성심사의 유형

615) 조흥석, 앞의 논문 (주 590), 116면.

616) 조금 더 구체적으로 말하면, “비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사하는 것”을 의미한다. 헌재 2001. 02. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403.

617) 예컨대, 여성을 주부와 어머니로서의 전통적인 역할에 고착시키고 이를 더욱 조장하려는 목적을 가진 법률은 헌법 제34조 제3항(여성의 권익을 향상할 국가의무조항), 제36조 제1항(양성의 평등에 기초한 혼인과 가정생활), 제11조 제1항 후문에 위배된다.

(가) 구분기준

헌법이 평등과 관련된 입법형성권에 대해 특별한 제한규정을 두고 있는 경우에는 비례성심사가 적용되어야 한다. 그러나 비례성심사를 하는 경우라고 해서 항상 같은 강도의 심사가 이뤄지는 것은 아니다. 특히, 헌법에서 오히려 차별(우대)을 명령하는 경우에는 그 범위 내에서 입법형성권은 상대적으로 확대되고, 그 결과, 구체적인 비례성심사의 과정에서 보다 완화된 기준을 적용해야 한다. 따라서 평등 심사에 있어서의 엄격한 심사척도, 즉 비례성심사는 ‘엄격한 비례성심사’와 ‘완화된 비례성’으로 이원화 된다.

(나) 엄격한 비례성심사

헌법이 입법형성권에 대해 특별한 제한규정을 두고 있는 경우, 입법형성권은 축소되어 단순한 자의금지보다는 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다. 그렇다면, 헌법이 평등에 관해 특별한 제한규정을 두는 경우란 어떤 경우인가? 한국 헌법 하에서는 헌법 제37조 제2항과 헌법 제11조 제1항 후단 등⁶¹⁸⁾이 여기에 해당될 것이다.

우선, 헌법 제37조 제2항은 “필요한 경우에 한하여” “국민의 모든 자유와 권리를 제한”할 수 있다고 규정하여 입법권의 한계로 과잉금지원칙을 선언하고 있는데, 이 헌법규정은 바로 평등에 관한 특별제한규정으로 이해될 수 있다.⁶¹⁹⁾ 따라

618) 황도수 박사는 기타 헌법상의 특별규정으로 “누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.”고 규정한 헌법 제39조 제2항과 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”고 규정한 헌법 제31조 제1항을 언급하고 있다. 즉 병역의무이행자에 대해 차별을 하거나 능력 이외의 사유로 교육에 차별을 하는 경우에는 엄격한 심사가 적용된다고 한다. 황도수, “헌법재판의 심사기준으로서의 평등”, 서울대학교 대학원, 박사학위논문 (1996. 08), 157-159면. 생각건대, 이들 헌법규정 외에도 헌법 제20조 제2항의 국교부인을 통한 종교의 차별금지, 헌법 제32조 제4항의 여성근로자의 차별금지, 헌법 제36조의 혼인과 가족생활에서의 양성평등, 헌법 제41·67·116조의 선거와 선거운동에서의 평등 등도 평등에 관한 헌법상의 특별규정으로 보아야 할 것이다.

619) 헌법 제37조 제2항이 평등심사에도 적용될 수 있는지에 대해서는 논란의 여지가 있을 수도 있다. 동 조항은 기본권의 ‘제한’에 관한 한계인데, 엄밀히 말하면 평등의 문제는 ‘제한’의 문제가 아니기 때문이다. 그러나 헌법 제37조 제2항이 ‘모든’ 자유와 권리에 관해 헌법이 설정한 입법형성권의 한계라는 점을 고려하면, 동 조항의 과잉금지원칙은 평등심사에도 적용된다고 보아도 무방할 것이다. 따라서 차별적 취급이 기본권에 제한을 초래하는 경우에는 엄격한 심사가 적용되어야 한다.

서 입법자는 기본권에 대한 차별적인 대우를 하고자 할 때에 과잉금지원칙, 즉 비례원칙을 준수해야 한다.⁶²⁰⁾

다음으로, 헌법 제11조 제1항 후단은 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하고 있는데, 이는 전단의 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”라는 일반적 평등원칙을 구체화한 특별규정이다. 따라서 ‘성별’, ‘종교’, ‘사회적 신분’에 의한 입법자의 차별적 취급은 원칙적으로 엄격한 심사를 받게 된다.

한편, 헌법 제11조 제1항 후단을 전단의 특별규정으로 이해하는 것은 동 규정의 차별금지사유를 한정적 열거로 보느냐, 예시로 보느냐와 관련된 것이기도 한데, 동 규정에서 표현된 차별금지사유, 즉 ‘성별’, ‘종교’, ‘사회적 신분’을 단순한 예시조항으로 이해한다면, 외형적으로는 차별금지사유가 확대될 수 있지만, 오히려 헌법 제11조 제1항의 전단과 후단은 질적으로 동일한 내용의 것으로 이해되어, 그러한 차별금지사유에 따른 차별이 엄격심사가 아닌 관대한 자의심사를 받게 된다. 물론, 한정적 열거로 보는 경우에도 그 이위를 사유에 대해서는 무한정의 차별이 가능하다는 오해를 불러일으킬 수도 있지만, 그 이위를 사유는 제11조 제1항 전단의 일반적 평등원칙에 의한 제약을 받기 때문에 그런 우려는 기우에 불과하다. 특히, 130개의 적은 조문으로 국가의 전체 법질서를 규율하고 있는 헌법에 예시적 내용이 포함되어 있다고는 보기 어려울 뿐만 아니라 헌법상의 조항을 아무런 효력이 없는 것으로 이해하는 것도 문제가 있다. 따라서 헌법 제11조 제1항 후단에 특별한 의미를 부여하는 방향으로 해석이 이뤄져야 한다. 즉, 후단은 ‘과거의 역사적 경험에 비추어 특별히 차별을 경계해야 할 사항을 규정해서, 그 사항에 관해서는 특별한 사정이 없는 한 차별하지 말라는 것을 선언’한 것이라고 보아야 할 것이다.⁶²¹⁾⁶²²⁾ 따라서 입법자가 ‘성별’, ‘종교’, ‘사회적 신분’을 이유로

620) 헌법재판소도 “헌법 제37조 제2항의 규정에 미루어 이러한 기본권에 대한 제한이나 차별적인 대우를 하고자 하는 때에는, 첫째, 제한 또는 차별의 목적이 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 정당한 것이어야 하고, 둘째, 그 수단, 방법이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 할뿐만 아니라 그 정도 또한 적절한 것이어야 한다.”라고 판시하여(헌재 1989. 05. 24. 89헌가37, 판례집 1, 48, 54-55), 이를 확인하고 있다.

621) 황도수, 앞의 논문 (주 618), 141-142면.

622) 각국의 헌법은 그 나라의 역사적 경험과 고유한 정치적·사회적 배경을 반영하여 평등원칙을 헌법이나 판례를 통하여 형성하였다. 미국의 경우에는 이민국가·다인종·다민족국가라는 고유한 상황에서 인종이나 국적에 의한 차별금지를 판례를 통하여 형성했고, 독일의 경우 나치정권에 의한 인종, 민족, 혈통, 언어, 신앙 등에 따른 차별이 역사적으로 문제가 되어 그러한 사유를 헌법(독일 기본법 제3조 제3

차별을 하는 경우 입법형성의 자유는 축소되어 엄격한 비례성심사를 받는다.

(다) 완화된 비례성심사

헌법이 평등과 관련된 입법형성권에 대해 특별한 제한규정을 두고 있는 경우, 즉 헌법이 직접 특별히 평등(차별금지)을 요구하는 경우나 입법권의 행사가 관련 기본권에 차별적 제약을 초래하는 경우에는 엄격한 비례성심사가 적용되어야 한다. 그러나 비례성심사를 하는 경우라고 해서 항상 같은 강도의 심사가 이뤄지는 것은 아니다. 특히, 입법권의 행사가 관련 기본권에 차별적 제약을 초래하는 경우라고 하더라도, 헌법에서 오히려 차별(우대)을 명령하는 경우에는 그 범위 내에서 입법형성권은 상대적으로 확대되고, 그 결과, 구체적인 비례성심사의 과정에서 보다 완화된 기준을 적용해야 한다.

예컨대, 헌법 제8조 제3·4항의 정당의 특권, 헌법 제84조의 대통령의 형사상 특권, 헌법 제44조 및 제45조의 국회의원의 불체포 및 면책특권, 헌법 제32조 제4·5항의 여자 및 연소자의 근로에 대한 특별한 보호, 헌법 제32조 제6항의 국가유공자·상이군경·전몰군경유가족의 취업우선기회보장, 헌법 제34조 제5항의 신체장애자에 대한 국가의 보호, 헌법 제123조 제3항의 중소기업의 보호육성, 헌법 제27조 제2항 및 제110조 제4항의 군인·군무원에 대한 군사재판 및 단심재판, 헌법 제7조 제2항의 공무원의 정치활동의 제한, 헌법 제33조 제2항 및 제3항의 공무원과 방위산업체근로자의 근로3권제한, 헌법 제86조 제3항 및 제87조 제4항의 현역군인의 문관임용제한, 헌법 제29조 제2항의 군인·군무원·경찰공무원 등의 국가배상청구권제한 등을 헌법이 특별히 차별(우대)을 명령하는 경우로 볼 수 있는데, 만약 이러한 영역에서 차별이 있는 경우에는 - 비록 그 차별이 기본권에 대한 제한을 초래한다고 하더라도 - 보다 완화된 비례성심사가 적용된다.

항)에 규정하였다. 한국의 경우 헌법제정자는 과거의 역사적 경험에 비추어 성별, 종교, 사회적 신분 등에 의한 차별을 헌법규정을 통하여 금지하는 것이 필요하고, 아직 일반적인 평등원칙(헌법 제11조 제1항 전문)만으로는 효율적으로 성별 등에 의한 차별을 배제할 수 있을 만큼 국민 일반의 법의식이나 인식이 확고하지 않다고 판단하였기 때문에 차별의 기준이 될 수 없는 특징을 특별히 명시적으로 언급하였다. 한수용, 앞의 논문 (주 590), 88-89면 참조.

II. 적극적 평등실현조치에 대한 합헌성 심사기준

1. 심사기준 정립의 필요성과 전제

가. 심사기준 정립의 필요성

적극적 평등실현조치가 헌법상 허용되는지 여부는 평등원칙 및 관련헌법규정의 해석을 통하여 비로소 판단될 수 있다. 즉, 평등원칙 등의 헌법해석을 통하여 심사기준을 밝혀내고, 그러한 심사기준에 따라 합헌성 요건의 충족 여부를 심사함으로써 합헌성 여부를 판단할 수 있다. 그런데 평등원칙이라는 것 자체가 너무나 포괄적이고 추상적인 개념이어서 그것을 해석하여 심사기준을 정립하는 것은 쉬운 일이 아니다. 앞에서 검토한 바와 같이, 실제로 한국에서는 평등원칙에 대한 심사기준이 세밀하게 정립되어 있지 않다. 설령, 현재 한국에서 일반적인 평등원칙에 대한 심사기준이 정립되었다 하더라도 그 심사기준이 적극적 평등실현조치에 그대로 적용될 수 있을지는 여전히 의문으로 남는다. 그런데 이러한 현실에도 불구하고 현재 적극적 평등실현조치가 도입되어 있고, 앞으로도 도입될 예정이다. 따라서 적극적 평등실현조치에 대한 심사기준의 정립은 매우 중요하고도 시급한 과제가 아닐 수 없다.

나. 심사기준 정립의 전제 : 심사기준의 다양화

한국 헌법상의 평등을 상대적 평등으로 이해하는 한, 입법자는 평등의 영역에서 광범위한 입법형성의 자유를 갖는다. 그러나 이러한 입법형성의 자유는 무제한의 것이 아니라 일정한 한계를 갖게 되며, 그 한계 속에서 입법형성의 자유는 단계적으로 축소된다. 예컨대, 만약 헌법이 특별규정을 통해 차별을 명백히 금지하는 경우에는 입법형성의 자유는 축소되고, 그 결과, 차별취급은 엄격한 심사를 통과해야만 헌법적으로 생존할 수 있다. 그러나 만약 헌법이 특별규정을 통해 차별을 허용하는 경우에는 차별금지의 경우보다는 광범위한 입법형성의 자유가 허용되고, 그 결과, 차별취급은 보다 완화된 심사를 통과해도 헌법적으로 생존할 수 있다.

즉, 적극적 평등실현조치에 대한 합헌성 심사기준은 일률적인 것이 아니라 구체적 상황에 따라 엄격한 심사가 적용되기도 하고, 보다 완화된 심사가 적용되기도 한다. 여기서의 ‘보다 완화된 심사’는 ‘엄격한 심사보다 상대적으로 완화된 심사’를 의미하는 것이지, 단순한 ‘자의금지심사’를 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면, 대다수의 적극적 평등실현조치는 필연적으로 관련 기본권에 중대한 제약을 초래하기 때문이다. 따라서 적극적 평등실현조치에 대한 합헌성 심사기준은 비례성심사, 즉 목적의 정당성에 대한 심사뿐만 아니라 목적과 수단 간의 비례관계에 대한 심사를 요구한다.

이러한 사정을 적극적 평등실현조치에 대입하면, 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다.

첫째, 헌법이 특별히 차별을 금지하고 있는 영역에 있어서 또는 헌법이 특별히 차별을 금지하고 있는 사유를 근거로 적극적 평등실현조치를 실시한 경우에는 엄격한 심사를 받게 된다. 즉, i) 모든 영역에서의 성별·종교 및 사회적 신분을 이유로 한 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제11조 제1항 제2문 및 헌법 제20조 제2항), ii) 교육의 영역에서 능력 이외의 것을 이유로 한 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제31조 제1항), iii) 선거에 있어서의 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제41·67·116조) 등은 엄격한 (비례성) 심사를 받아야 한다.

둘째, 헌법이 오히려 차별을 명령하고 있는 영역 또는 사유를 근거로 적극적 평등실현조치를 실시한 경우에는 보다 완화된 심사를 받게 된다. 즉, i) 근로의 영역에서의 여성과 연소자에 대한 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제32조 제4·5항), ii) 취업에 있어서의 국가유공자·상이군경·전몰군경유가족에 대한 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제32조 제6항), iii) 신체장애자에 대한 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제34조 제5항), iv) 중소기업에 대한 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제123조 제3항)는 보다 완화된 (비례성) 심사를 받아야 한다.

2. 미국 연방대법원 심사기준의 도입가능성과 유의점

가. 미국 연방대법원 심사기준의 도입가능성

위에서 살펴본 바와 같이, 한국에 있어서 적극적 평등실현조치에 대한 심사기준의 정립 필요성은 시급한 반면, 한국의 판례나 학설은 이에 대한 구체적인 해결책을 제시하지 못하고 있는 실정이다. 특히, 한국의 판례는 평등심사기준을 엄격한 심사와 보다 완화된 심사로 구분하면서도 그 구체적 차이점과 세부기준을 제시하지 못하고 있는 실정이다. 현실이 이러하다면, 우리는 외국에서의 논의에 대해 조심스레 귀를 기울일 필요가 있는바, 적극적 평등실현조치에 관한 논의와 사법적 심사가 활발히 이뤄진 미국의 이론과 판례는 여러모로 한국에 많은 시사점을 줄 수 있다. 특히, 미국 연방대법원의 적극적 평등실현도치에 관한 심사기준은 한국의 평등심사기준인 비례성원칙과 매우 유사한 구조를 갖고 있다. 미국의 엄격심사와 중간단계심사에서 요구하는 ‘목적의 불가피성’과 ‘목적의 중요성’ 요건은 한국의 비례성심사에서 요구하는 ‘목적의 정당성’ 요건과 유사하다. 또한 미국의 엄격심사와 중간단계심사에서 요구하는 ‘수단의 엄밀한 재단성’과 ‘수단의 실질적 관련성’ 요건은 한국의 비례성심사에서 요구하는 ‘수단의 적정성’, ‘수단의 필요성(피해의 최소화)’ 그리고 ‘법익의 균형성’ 요건과 유사하다. 이러한 점을 고려하면, 적극적 평등실현조치에 대한 미국의 심사기준은 한국에서의 적극적 평등실현조치에 대한 합헌성 평가에 여러모로 유용하게 사용될 수 있다.

적극적 평등실현조치에 대한 한국에서의 합헌성 심사기준인 엄격한 심사와 보다 완화된 심사가 미국 연방대법원의 심사기준인 엄격심사 및 중간단계심사와 유사한 구조를 갖고 있다면, 우리는 미국 연방대법원 심사기준의 수용을 통해 한국의 심사기준을 구체화시킬 수 있다.

우선, 미국 연방대법원 심사기준의 수용은 한국의 엄격한 심사와 보다 완화된 심사 간의 구체적 차이점을 규명하는데 도움이 된다. 한국의 엄격한 심사와 보다 완화된 심사를 미국의 엄격심사와 중간단계심사에 각각 대응하는 것으로 이해하면, 한국의 엄격한 심사와 보다 완화된 심사의 근본적인 차이는 ‘목적의 정당성’이 긍정되는 정도에 있다. 즉, 엄격한 심사에서 목적의 정당성은 ‘불가피한 목적’일 때만 긍정되지만, 보다 완화된 심사에서 목적의 정당성은 ‘중요한 목적’일 때에도 긍정된다.

또한, 미국 연방대법원 심사기준의 수용은 한국의 심사기준인 목적과 수단 간의 비례성 심사에 세부적인 지침을 제공한다. 특히, 수단의 필요성(피해의 최소화)과

법익의 균형성 심사를 함에 있어, 효과적인 대안의 유무, 존속기간과 유연성, 목표와 관련 노동인력과의 관계, 무고한 제3자에 대한 부담 등과 같은 구체적인 세부기준의 사용을 통해 더 객관적이고 예측가능한 심사를 가능하게 한다.

나. 미국 연방대법원 심사기준의 도입시 유의점

그러나 미국의 헌법이론이나 판례를 무비판적으로 수용하여 적용하는 것은 방법론상의 오류를 면할 수 없다. 헌법규정 자체가 같거나 다를 수 있고, 헌법의 역사도 같거나 다를 수 있으며, 헌법의 정치적·경제적·사회적·문화적 토대도 같거나 다를 수 있기 때문이다. 미국 연방헌법은 - 현대에 들어와서 변천·변질되기는 하였지만 - 18세기 말에 제정된 비교적 간단한 근대헌법으로서 사회국가적 요소를 결여하고 있는 반면에, 한국의 현행헌법은 20세기 중반에 제정된 비교적 방대한 현대 사회국가적 헌법이라고 할 수 있다. 그리고 적극적 평등실현조치의 경우만 하더라도 미국에서는 주로 인종차별과 관련된 것이지만, 한국에서는 주로 여성차별과 관련된 것이다. 따라서 비교헌법학적 관점에서 미국의 이론과 판례를 원용하는 경우에도 이와 같은 차이점을 충분히 고려해야 한다.

특히, 미국 연방헌법은 차별의 금지만을 규정하고 있을 뿐 차별의 명령, 즉 우대에 대한 근거규정이 없다. 그 결과, 우호적인 차별(적극적 평등실현조치)과 악의적인 차별은 모두 동일한 심사기준의 적용을 받게 된다. 예컨대, 인종을 이유로 한 우호적인 차별(적극적 평등실현조치)과 악의적인 차별은 모두 엄격한 심사를 통과해야 하며, 성별을 이유로 한 우호적인 차별(적극적 평등실현조치)과 악의적인 차별은 모두 중간단계의 심사를 통과해야 한다. 반면, 한국의 현행헌법은 차별의 금지뿐만 아니라 차별의 명령, 즉 우대에 대한 근거규정이 존재한다. 그 결과, 차별을 명령하고 있는 영역에서의 적극적 평등실현조치와 차별을 금지하고 있는 영역에서의 적극적 평등실현조치는 반드시 동일한 심사기준의 적용을 받을 필요는 없다.

3. 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준의 정립

미국의 엄격심사는 한국의 엄격한 (비례성) 심사와 유사하고, 미국의 중간단계 심사는 한국의 보다 완화된 (비례성) 심사와 유사하다. 따라서 적극적 평등실현조치에 대한 미국 연방대법원의 심사기준을 한국의 평등심사기준에 응용하면, 엄격한 심사를 받는 적극적 평등실현조치는 목적의 불가피성과 수단의 엄밀한 재단성을 충족해야 하고, 보다 완화된 심사를 받는 적극적 평등실현조치는 목적의 중요성과 수단의 실질적 관련성을 충족해야 합헌성을 인정받게 된다. 그런데 미국의 엄격심사에서의 '엄밀한 재단성'과 중간단계심사에서의 '실질적 관련성'의 심사를 함에 있어서 적용되는 구체적인 세부기준은 거의 비슷하다. 따라서 한국의 엄격심사와 보다 완화된 심사는 목적의 정당성의 비중에만 차이가 있을 뿐 목적과 수단과의 관계에 대한 평가는 거의 동일하다.

가. 목적의 정당성에 대한 심사

적극적 평등실현조치가 엄격한 심사 또는 보다 완화된 심사를 통과하기 위해서는 그 목적이 불가피한 것 또는 중요한 것이어야 한다.

우선, 엄격한 심사를 받는 적극적 평등실현조치의 목적은 불가피한 목적이어야 한다. 미국 연방대법원은 일반전인 평등심사에서 인종이나 혈통과 같은 '의심스러운 분류(suspect classification)'에 기초한 차별 또는 투표권이나 주간통행권과 같은 '근본적 권리(fundamental right)'에 부담을 주는 차별을 정당화시키기 위한 요건으로 목적의 불가피성을 요구하는바, 연방대법원이 그와 같은 '의심스러운 분류'와 '근본적 권리'에 대해 불가피성을 요구하는 이유는 헌법이 그러한 것에 대해 - 명시적으로 또는 묵시적으로 - 특별한 제약이나 보호를 하고 있기 때문이다. 따라서 적극적 평등실현조치의 목적이 불가피성을 충족시키기 위해서는 그 목적이 특별한 헌법적 제약이나 보호에 상응하는 특별한 헌법적 가치를 실현해야 한다.

한국헌법이 특별히 성별에 의한 차별을 금지하고 있다는 점(헌법 제11조 제1항 제2문)과 학문의 자유와 대학의 자율성을 보장하고 있다는 점(제22조 제1항, 제31조 제4항)을 고려하면, 미국 연방대법원이 불가피한 목적으로 인정하고 있는 과거차별의 구제나 교육의 다양성확보는 한국헌법 하에도 불가피한 이익을 판단될 수 있다.

다음으로, 보다 완화된 심사를 받는 적극적 평등실현조치의 목적은 중요한 목적이어야 한다. 여기서 중요하다는 것은 그 목적이 '불가피'할 필요까지는 없지만, 그렇다고 단순히 '정당한(legitimate)' 것에 그쳐서는 안 된다는 것을 의미한다. 따라서 행정적 편의라든가 부정적인 고정관념에 근거한 입법목적은 허용될 수 없고, 적어도 질서유나 공공복리와 같은 중요한 목적이어야 한다.

나. 목적과 수단 간의 비례성에 대한 심사

적극적 평등실현조치가 합헌성 심사를 통과하기 위해서는 불가피한 목적 또는 중요한 목적을 실현해야 할 뿐만 아니라 적극적 평등실현조치가 선택한 수단이 목적 실현을 위해 엄밀히 재단되거나 실질적으로 관련이 있어야 한다. 즉, 불가피한 목적과 수단 간에 비례관계가 성립해야 한다.

이러한 비례관계의 성립여부는 통상 '수단의 적정성', '수단의 필요성(최소침해성)', '법익의 균형성' 심사를 통해 확인되는데, 특히 '수단의 필요성(최소침해성)'과 '법익의 균형성'을 심사하는 과정에서 덜 침해적이고 효과적인 대안이 있는지 여부, 예외조항과 잠정성을 갖춘 유연한 조치인지 여부, 달성해야 될 수적 목표를 설정한 경우에는 그 목표가 관련 노동시장과의 관계에서 적절한지 여부, 무고한 제3자에게 과도한 부담을 주고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토해야 한다.

따라서 덜 침해적이면서도 효과적인 대안이 발견된다든가, 수단이 엄격한 할당 또는 예외가 인정되지 않는 경직된 조치로 인정된다든가, 설정한 목표가 관련 노동시장이나 관련 인구와의 관계에서 터무니없이 부적절하다든가, 무고한 제3자에게 과도한 부담을 주는 경우에는 위헌을 면하기 어렵다.

제2절 한국의 주요 적극적 평등실현조치 및 우대 정책에 대한 검토

1. 여성을 위한 적극적 평등실현조치 및 우대정책

1. 공무원 양성평등채용목표제

가. 주요내용

한국 정부와 국회는 여성의 공직진출을 확대하고 사회적인 지위향상을 위해 여성공무원과 관련된 인사정책을 적극적으로 시행해 왔다.

우선, 국회는 1995년 12월 여성발전기본법을 제정하여 국가 및 지방자치단체가 여성의 참여가 현저히 부진한 분야에 대하여 합리적인 범위 안에서 그 참여를 촉진하기 위하여 관계법령이 정하는 바에 따라 ‘잠정적인 우대조치’를 취할 수 있도록 규정하였고,⁶²³⁾ 정부도 ‘공무원임용시험령’을 개정하여 소위 ‘여성채용목표제’를 도입했다.⁶²⁴⁾ 1996년부터 2002년까지 7년간 한시적으로 실시된 여성채용목표제는 여성합격자가 채용목표비율에 미달할 경우 하한성적(5급의 경우는 합격선의 -3점이고, 7급과 9급의 경우는 합격선의 -5점임) 이상인 여성 중에서 성적순에 의하여 채용목표 인원에 미달하는 인원만큼 추가로 합격시키는 제도이다. 최초로

623) 여성발전기본법(법률 제5136호, 1995년 12월 20일 제정) 제6조:

“국가 및 지방자치단체는 여성의 참여가 현저히 부진한 분야에 대하여 합리적인 범위 안에서 그 참여를 촉진하기 위하여 관계법령이 정하는 바에 따라 잠정적인 우대조치를 취할 수 있다.”

624) 공무원임용시험령(대통령령 제14838호, 1995년 12월 22일 개정) 제11조의3:

“① 시험실시기관의 장은 여성의 공무원 임용기회를 확대하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 제11조 제1항·제3항 및 제4항의 규정에 불구하고 한시적으로 여성이 시험실시단계별로 선발예정인원의 일정비율이상이 될 수 있도록 선발예정인원을 초과하여 여성을 합격시킬 수 있다.”

“② 제1항의 규정에 의하여 여성을 합격시킬 경우에 그 실시대상시험의 종류, 여성채용목표비율, 합격자결정방법 기타 시험의 시행에 관하여 필요한 사항은 시험실시기관의 장이 정한다.”

실시된 1996년에는 행정·외무고사와 7급 공채시험 중 선발예정인원이 10명 이상인 시험단위에서 10%의 여성채용을 목표로 하였고, 1997년과 1998년에는 채용목표비율이 각각 13%와 15%로 상향되었다. 또한 1999년에는 채용목표비율이 20%로 상향됨과 동시에 9급 공채시험으로 확대되었고, 2001년과 2002년에는 채용목표비율이 직급별로 최대 25%와 30%로 각각 상향되었다.⁶²⁵⁾

한편, 정부는 여성채용목표제에서 한걸음 더 나아가 ‘양성평등의 균형잡힌 인적자원관리’라는 차원에서 2002년 12월 ‘공무원임용시험령’을 개정하여 소위 ‘양성평등채용목표제’를 도입하였다.⁶²⁶⁾⁶²⁷⁾ 2003년부터 2012년⁶²⁸⁾까지 10년간 한시적으로 실시될 예정인 ‘양성평등채용목표제’는 어느 한 성의 합격자가 채용목표비에 미달할 경우 하한성적(5급 이상의 경우는 합격선의 -2점이고, 6급 이하의 경우는 합격선의 -3점임) 이상인 해당 성의 응시자 중에서 성적순에 의하여 채용목표 인원에 미달하는 인원만큼 추가로 합격시키는 제도이다. 동 제도는 행정·외무

625) 헌법재판소는 제대군인 가산점 사건에서 여성채용목표제의 합헌성을 간접적으로 확인하고 있는 바, 그 주된 근거는 i) 평등지향의 목표 자체가 제한적이라는 점, ii) 한시적·잠정적이라는 점, iii) 수혜범위가 작다는 점 등 채용목표제의 효과가 매우 제한적이라는 것이다. 헌재 1999. 12. 23, 98헌마 363, 판례집 11-2, 770, 794-795.

626) 공무원임용시험령(대통령령 제17813호, 2002년 12월 26일 개정) 제11조의3:

“① 시험실시기관의 장은 여성과 남성의 평등한 공무원임용기회를 확대하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 제11조 제1항·제2항·제4항 및 제5항의 규정에 불구하고 한시적으로 여성 또는 남성이 시험실시단계별로 선발예정인원의 일정비율 이상이 될 수 있도록 선발예정인원을 초과하여 여성 또는 남성을 합격시킬 수 있다.”

“② 제1항의 규정에 의하여 여성 또는 남성을 합격시킬 경우에 그 실시대상시험의 종류, 채용목표비율, 합격자결정방법 기타 시험의 시행에 관하여 필요한 사항은 시험실시기관의 장이 정한다.”

627) 총 7년간 시행되어온 여성채용목표제는 여성의 공직 참여기회를 확대하고 공직에서의 여성지위향상에 크게 기여한 것으로 평가되는 반면, 남성들을 중심으로 역차별의 문제를 야기시켰다. 즉, 남성수험생의 경우 2000년부터 제대군인 가산점이 폐지되어 남녀의 공직진입여건이 동일한 상태가 되었고, 여성의 경우는 여성채용목표제의 확대실시로 인해 5급, 7급, 9급에서 그 채용규모가 점점 증가하였다. 이러한 상황에도 불구하고 여성채용목표제를 계속 실시한다는 것은 오히려 남성에 대한 역차별이라는 비난 어린 지적들이 제기되었다. 이처럼 여성의 공직진출기회를 확대하기 위하여 여성채용목표제를 도입한 결과, 전체적으로 여성의 합격비율이 증가하였으나 일부 시험에서는 여성의 합격비율이 지나치게 높아지게 되자 정부는 여성채용목표제를 발전적으로 개선·보완하여 공무원임용시험에 있어 여성 또는 남성이 선발예정인원의 일정비율 이상이 될 수 있게 선발예정인원을 초과하여 합격시킬 수 있도록 함으로써 공직 내 양성의 평등을 제고하고 직렬 또는 기관별로 남녀의 성비가 균형을 이룰 수 있도록 하기 위하여 공무원임용시험령 개정을 통해 2003년부터 공무원임용시험에 ‘양성평등채용목표제’를 도입하였다.

628) 원래는 2003년부터 2007년까지 5년간 실시될 예정이었으나(양성평등채용목표제 실시지침(행정자치부예규 제105호, 2002년 12월 30일 제정)), 2007년에 동지침을 개정하여 그 기한을 2012년까지 연장하였다. 양성평등채용목표제 실시지침(중앙인사위원회예규 제154호, 2007년 12월 27일 개정).

고시와 7·9급 공채시험 중 선발예정인원이 5명 이상인 시험단위를 대상으로 하며, 채용목표비율은 30%가 원칙이다.⁶²⁹⁾ 이러한 양성평등채용목표제는 외형상으로는 특정 성을 우대하지 않는 성중립적인 조치이지만, 연혁적인 측면에서 여성채용목표제를 근간으로 했다는 점과 그 실질적인 혜택이 여성에게 주어진다라는 점에서 여성에 대한 적극적 평등실현조치의 일환으로 이해되고 있다.⁶³⁰⁾

[표 3] 2002년도 여성채용목표제 주요내용⁶³¹⁾

대상시험	▷ 행정·외무·기술·지방고등고시, 7·9급 공개경쟁채용시험 중 선발예정인원이 10명 이상인 시험 단위 (일부직은 제외)
채용목표	▷ 당초 합격예정인원의 일정비율 ▷ 5급 : 20%, 7급 : 25%, 9급 : 30%
실시방법	▷ 여성합격자가 목표인원에 미달할 경우 하한성적 이상인 여성 중에서 성적순에 의하여 목표미달 인원만큼 합격예정인원을 초과하여 합격처리
하한성적	▷ 5급 : 합격선의 -3점, 7·9급 : 합격선의 -5점

[표 4] 2008년도 양성평등채용목표제 주요내용⁶³²⁾

대상시험	▷ 행정·외무고시, 7·9급 공개경쟁채용시험 중 선발예정인원이 5명 이상인 시험 단위 (교정직렬·보호직렬 제외)
채용목표	▷ 당초 합격예정인원의 30% (검찰사무직의 경우 20%)
실시방법	▷ 어느 한 성의 합격자가 채용목표 비율에 미달할 경우 하한성적 이상인 해당 성의 응시자 중에서 성적순에 의하여 당초의 합격예정인원을 초과하여 추가합격처리
하한성적	▷ 5급 이상 : 합격선의 -2점, 6급 이하 : 합격선의 -3점

629) 균형인사지침(행정안전부예규 제159호, 2008년 06월 30일 제정) 참조.

630) 차수봉, “적극적 우대조치의 합헌성에 대한 연구”, 「세계헌법연구」 제13권 제2호, 국제헌법학회 한국학회 (2007. 12), 324면.

631) 2002년도 국가공무원 임용시험계획 공고(행정자치부 공고 제2002-1호, 2002년 01월 03일 공고) 참조.

632) 2008년도 국가공무원 임용시험계획 공고(행정안전부 공고 제2008-1호, 2008년 02월 29일 공고) 및 균형인사지침(행정안전부 예규 제159호, 2008년 6월 30일 제정) 참조.

나. 합헌성 평가

현재 시행 중인 공무원 양성평등채용목표제는 연혁적·실질적인 측면에서 여성을 우대하는 조치로 이해할 수도 있지만, 그 제도 자체는 성중립적이다. 따라서 양성평등채용목표제는 성차별 문제를 직접적으로 야기하지 않는다. 다만 동 제도가 공직임용에 있어서의 능력주의 또는 성과주의에 위반되는지 여부가 문제될 뿐이다.

선거직공직과 달리 직업공무원에게는 정치적 중립성과 더불어 효율적으로 업무를 수행할 수 있는 능력이 요구되므로, 직업공무원으로의 공직취임권에 관하여 규율함에 있어서는 임용희망자의 능력·전문성·적성·품성을 기준으로 하는 이른바 능력주의 또는 성과주의를 바탕으로 하여야 한다. 헌법은 이 점을 명시적으로 밝히고 있지 아니하지만, 헌법 제7조에서 보장하는 직업공무원제도의 기본적 요소에 능력주의가 포함되는 점에 비추어 헌법 제25조의 공무담임권 조항은 모든 국민이 누구나 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장함을 내용으로 한다고 할 것이다. 따라서 공직자선발에 관하여 직무수행능력과 무관한 요소, 예컨대 성별·종교·사회적 신분·출신지역 등을 기준으로 삼는 것은 국민의 공직취임권을 침해하는 것이 된다.⁶³³⁾

그런데 양성평등채용목표제는 어느 한 성의 합격자가 채용목표 비율에 미달할 경우 하한성적 이상인 해당 성의 응시자 중에서 성적순에 의하여 당초의 합격예정인원을 초과하여 추가 합격처리하는 제도이기 때문에 경우에 따라서는 특정 성의 응시자가 반대 성의 응시자보다 상대적으로 낮은 성적을 받고도 합격될 수 있다. 따라서 양성평등채용목표제는 시험성적이 아닌 성별을 기준으로 합격자를 선발한다는 점에서 국민의 공직취임권을 침해한다는 비판에 직면할 수 있다. 그러나 국민의 공직취임권 또는 그 속에 내재되어 있는 능력주의원칙은 절대적인 것이 아니기 때문에 헌법적 요청이 있는 경우에는 합리적 범위 안에서 능력주의가 제한될 수 있다.⁶³⁴⁾ 즉, 기본권 제한의 일반적인 원칙인 과잉금지원칙을 준수하는

633) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 755; 헌재 2001. 02. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 412.

634) 헌법재판소는 헌법의 기본원리나 특정조항에 비추어 능력주의원칙에 대한 예외를 인정할 수 있다고 하면서, 헌법원리로는 사회국가원리를 들고 있고, 헌법조항으로는 여자·연소자근로의 보호, 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족에 대한 우선적 근로기회의 보장을 규정하고 있는 헌법 제32조 제4항 내지 제6항, 여자·노인·신체장애자 등에 대한 사회보장 의무를 규정하고 있는 헌법 제34조 제2항 내지 제5항 등을 예로 들고 있다. 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 755; 헌재 2001.

경우에는 능력주의에 대한 제한은 정당화될 수 있다.

생각건대, 공직 내 양성평등의 제고라는 양성평등채용목표제의 목적은 민주주의적인 관점이나 효율적인 인적자원관리 통한 국가경쟁력의 강화라는 관점에서 그 정당성이 인정된다. 또한 30%라는 목표비율을 설정하고 그에 미달하는 경우에 특정 성을 추가로 합격시키는 것은 양성평등의 제고라는 목적을 실현하는데 기여하고 있다. 또한 당초 합격선에 든 특정 성의 응시자를 배제하는 것이 아니라 추가로 합격시킨다는 점과 혜택을 받은 인원이 많지 않다는 점,⁶³⁵⁾ 그리고 하한성적을 설정하여 무자격자의 합격을 봉쇄하고 있다는 점 등을 고려하면, 양성평등채용목표제는 국민의 공직취임권을 과도하게 제한한다거나 공직임용의 능력주의원칙⁶³⁶⁾을 훼손하는 위헌적인 제도라 볼 수는 없다.

2. 여성공천할당제

가. 주요내용



국회는 정치부분에서의 여성대표성을 확대하기 위해 2000년 2월 정당법 개정을 통해 여성공천할당제를 처음으로 도입했다. 당시의 내용은 비례대표국회의원선거와 비례대표지방의원선거에서 여성을 30% 이상 공천하도록 하는 것이었다.⁶³⁷⁾

02. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 412. 그러나 이러한 예는 여성채용목표제 하에서 능력주의원칙에 대한 예외로 인정될 수는 있지만, 양성평등목표제 하에서의 능력주의원칙에 대한 예외의 직접적인 근거가 될 수 없다.

635) 행정안전부 사이버 국가고시센터(<http://116.67.48.194/index.html>)에서 제공한 통계자료와 연구자가 자체 집계한 자료에 따르면, 국가에서 실시한 행정고시, 외무고시, 7급공채, 9급공채에서 양성평등채용목표제를 통해 추가합격된 인원은 전체 합격자의 1.3% (2003년), 0.7% (2004년), 0.5% (2005년), 0.7% (2006년), 0.6% (2007년), 0.3% (2008년)에 그치고 있다.

636) 최근 공직임용의 능력주의원칙 내지 실적주의원칙과 관련해서 능력 내지 실적의 개념을 확대하려는 움직임이 있다. 즉, 실적의 개념을 인사행정에서 통상적으로 사용하는 시험성적이나 근무평정과 같이 개량되되기 쉬운 양적 실적에 국한할 것이 아니라 질적 실적을 포함해야 한다는 주장이 그것이다. 이 주장에 따르면, 공무원 채용의 경우 응시자가 여자나 장애인이라면 그 자체로 여성이나 장애인의 애로와 요구를 더 잘 이해하기 때문에 '여성됨' 또는 '장애인됨'이 일종의 자격증이 될 것이고, 이러한 자격을 가진 지원자를 우대하는 것은 실적제에 위반되지 않는다고 한다. 조경호·최무현, "장애인 공직임용 확대방안에 관한 연구 - 대표관료제 관점을 중심으로", 「정책분석평가학회보」 제14권 제3호, 한국정책분석평가학회 (2004. 12), 97면.

이후 2002년 3월에는 비례대표지방의원선거에서의 공천비율을 30%에서 50%로 확대하고 매 2인마다 여성이 1인 포함되도록 했으며, 지역구지방의회선거에서 30% 이상을 여성으로 추천하도록 노력할 것과 이를 준수한 정당에 대해 국고보조금을 추가로 지급하도록 개정했다.⁶³⁸⁾⁶³⁹⁾ 또한 2004년 3월에는 비례대표국회의원선거에서의 공천비율을 30%에서 50%로 확대했고, 지역구국회의원선거에서도 30% 이상을 여성으로 추천하도록 노력할 것과 이를 준수한 정당에 대해 국고보조금을 추가로 지급하도록 개정했다.⁶⁴⁰⁾⁶⁴¹⁾ 한편, 2005년 8월에는 공직선거법 개

637) 정당법(법률 제6269호, 2000년 02월 16일 개정) 제31조:

“④ 정당은 비례대표전국선거구국회의원선거후보자와 비례대표선거구시·도의회의원선거후보자 중 100분의 30 이상을 여성으로 추천하여야 한다.”

638) 정당법(법률 제6661호, 2002년 03월 07일 개정) 제31조:

“④ 정당은 비례대표전국선거구국회의원선거후보자 중 100분의 30 이상을 여성으로 추천하여야 한다.”

“⑤ 정당은 비례대표선거구시·도의회의원선거후보자 중 100분의 50 이상을 여성으로 추천하되, 비례대표선거구시·도의회의원선거후보자명부순위에 따라 매 2인마다 여성 1인이 포함되도록 하여야 한다.”

“⑥ 정당은 임기만료에 의한 지역구시·도의회의원선거후보자 중 100분의 30 이상을 여성으로 추천하도록 노력하여야 하며, 이를 준수한 정당에 대하여는 정치자금에 관한 법률 제17조(보조금의 계상)의 규정에 의하여 지급하는 보조금 외에 정치자금에 관한 법률 제17조의2(공직후보자 여성추천보조금)의 규정에 의하여 지급하는 보조금을 추가로 지급할 수 있다.”

639) 정치자금에 관한 법률(법률 제6662호, 2002년 03월 07일 개정) 제17조의2:

“① 국가는 정당법 제31조(공직선거후보자의 추천) 제6항의 규정에 의한 보조금으로 최근 실시한 국회의원총선거의 선거권자 총수에 100원을 곱한 금액을 임기만료로 인한 시·도의회의원선거가 있는 연도에 계상한다.”

“② 임기만료에 의한 지역구시·도의회의원선거후보자 중 100분의 30 이상을 여성으로 추천한 정당에 대하여 공직후보자 여성추천보조금 총액의 100분의 50은 지급 당시 정당별 국회의원석수의 비율에 따라, 그 잔여분은 최근 실시한 국회의원총선거의 득표율의 비율에 따라 배분·지급한다.”

640) 정당법(법률 제7190호, 2004년 03월 12일 개정) 제31조:

“④ 정당은 비례대표전국선거구국회의원선거후보자 중 100분의 50 이상을 여성으로 추천하여야 한다.”

“⑤ 정당은 비례대표선거구시·도의회의원선거후보자 중 100분의 50 이상을 여성으로 추천하되, 비례대표선거구시·도의회의원선거후보자명부순위에 따라 매 2인마다 여성 1인이 포함되도록 하여야 한다.”

“⑥ 정당은 임기만료에 의한 지역구국회의원선거후보자 또는 지역구시·도의회의원선거후보자를 추천하는 때에는 각각 전국지역구총수의 100분의 30 이상을 여성으로 추천하도록 노력하여야 하며, 이를 준수한 정당에 대하여는 정치자금에 관한 법률 제17조(보조금의 계상)의 규정에 의하여 지급하는 보조금 외에 정치자금에 관한 법률 제17조의2(공직후보자 여성추천보조금)의 규정에 의하여 지급하는 보조금을 추가로 지급할 수 있다.”

641) 정치자금에 관한 법률(법률 제7191호, 2004년 03월 12일 개정) 제17조의2:

“① 국가는 정당법 제31조(공직선거후보자의 추천) 제6항의 규정에 의한 보조금으로 최근 실시한 국회의원총선거의 선거권자 총수에 100원을 곱한 금액을 임기만료에 의한 국회의원선거 또는 시·도의회의원선거가 있는 연도에 계상하여야 한다.”

“② 임기만료에 의한 지역구국회의원선거 및 지역구시·도의회의원선거의 전국지역구총수의 100분의 30

정을 통해 정당법 상의 공천할당제를 공직선거법에 수용하여 비례대표국회의원선거
 과 비례대표지방의원선거에서의 공천시 여성을 홀수순위에 추천하도록 했다
 .642)643)

[표 5] 현행 공직선거후보자 여성할당제 주요내용

구분	비례대표 국회의원선거	비례대표 지방의원선거	지역구 국회의원선거	지역구 지방의원선거
할당비율	50% 이상	50% 이상	30% 이상	30% 이상
할당방법	홀수를 여성으로	홀수를 여성으로	-	-
할당성격	강행규정(?)	강행규정	임의규정	임의규정
제재 및 혜택	-	등록신청거부 등록무효	비율에 따라 보조금 지급	비율에 따라 보조금 지급

나. 합헌성 평가



현재 시행 중인 공직선거법 상의 여성공천할당제는 정당이 공직선거에서 후보
 자를 추천할 때에 전체후보자의 30% 또는 50%를 여성으로 추천할 것을 권고 또
 는 강제함으로써 공직선거에 있어서 여성을 우대하고 있다. 그 결과, 여성공천할
 당제는 남성에 대한 역차별과 남성의 공무담임권 내지 직업의 자유를 침해할 가

이상을 여성으로 추천한 정당에 대하여 제1항의 규정에 의한 공직후보자 여성추천보조금 총액의
 100분의 50은 지급 당시 정당별 국회의석수의 비율에 따라, 그 잔여분은 최근 실시한 임기만료에
 의한 국회의원선거에서의 득표수의 비율(비례대표전국선거구 및 지역구에서 당해 정당이 득표한
 득표수 비율의 평균을 말한다. 이하 ‘국회의원선거의 득표수 비율’이라 한다)에 따라 배분·지급한
 다.”

642) 공직선거법(법률 제7681호, 2005년 08월 04일 개정) 제47조:

“③ 정당이 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 그 후보
 자 중 100분의 50 이상을 여성으로 추천하되, 그 후보자명부의 순위의 매 홀수에는 여성을 추천
 하여야 한다.”

“④ 정당이 임기만료에 따른 지역구국회의원선거 및 지역구지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때
 에는 각각 전국지역구총수의 100분의 30 이상을 여성으로 추천하도록 노력하여야 한다.”

643) 한편, 현행 공직선거법 제52조 제1항 제2호는 비례대표지방의회의원선거에 있어 여성후보자 추천의
 비율과 순위를 위반한 경우에만 등록무효를 규정하고 있을 뿐 비례대표국회의원선거의 경우에는 등록
 무효를 규정하고 있지 않고 있는바, 이는 입법적 불비로 여겨진다.

능성이 있다. 뿐만 아니라 정당의 자유와 유권자의 선택의 자유에 대한 침해라는 비난에도 직면할 수 있는바, 이에 대한 평가는 다음과 같다.

우선, 여성공천할당제는 엄격한 심사기준에 따른 합헌성 평가를 받아야 한다. 비록 한국헌법이 일정한 영역에서 여성에 대해 특별한 보호를 하고 있는 것은 사실이지만(헌법 제32조), 헌법은 선거와 관련된 영역에 있어서 만큼은 특별히 차별을 금지하고 있다(헌법 제41·67·116조). 따라서 여성공천할당제는 불가피한 국가 목적에 기여해야 하고, 그 수단은 목적달성을 위해 엄밀히 재단되어야 한다. 즉, 여성공천할당제는 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립되어야 합헌성을 부여받을 수 있다.

생각건대, 한국적 현실을 고려할 때,⁶⁴⁴⁾ 여성공천할당제의 목적이라고 할 수 있는 양성평등의 제고와 여성대표성의 확대, 그리고 여성의 사회적 지위향상과 다양성 확보를 통한 국가경쟁력의 강화는 그 정당성이 긍정되는 불가피한 국가적 이익이라 여겨진다. 또한 30% 또는 50%의 할당은 그 목적을 실현하는데 상당한 기여를 하고 있는 적절한 수단이라는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다고 여겨진다. 따라서 여성공천할당제에 대한 역차별 문제의 쟁점은 비례대표의 30% 또는 50%를 여성에게 할당하도록 권고 또는 강제하는 것이 과연 피해의 최소성(차별수단의 필요성) 내지 법익의 균형성을 충족시킬 수 있는지 여부이다.

우선, 지역구국회의원선거와 지역구지방의회의원선거에서 30%를 여성에게 할당하도록 권고하는 것은 위헌성을 내포하고 있지 않다. 즉, i) 과거의 역사적 경험에 비추어볼 때 효과적인 성중립적 대안을 찾기란 쉽지 않다는 점, ii) 30%라는 목표치는 여성인구비율에 비추어볼 때 적절하다는 점, 무엇보다도 iii) 30%의 할당은 강제적 성격이 아니라 권고적 성격의 유연한 조치라는 점 등을 고려하면, 30%의 할당을 권고하는 것은 헌법에 위반되지 않는다.

그러나 비례대표국회의원선거와 비례대표지방의회의원선거에서 50%를 여성에게 할당하도록 강제하는 것은 적지 않은 문제점을 내포하고 있다. i) 과거의 역사적 경험에 비추어볼 때 효과적인 성중립적 대안을 찾기란 쉽지 않다는 점, ii) 50%

644) 한국에서 여성이 진출하지 못하는 분야는 사실상 없다. 그렇지만, 사회 주요 정책을 결정하는 데 있어서 여성은 여전히 주변인이다. 유엔개발계획(UNDP)의 보고서(Human Development Report 2007/2008)에 따르면, 여성국회의원비율(13.4%), 행정관리직 여성비율(8%), 전문기술직 여성비율(39%), 남녀소득격차(40%)를 토대로 작성한 한국의 남녀권한척도(Gender Empowerment Measure: GEM)는 조사대상 97개국 중 64위에 불과하다.

라는 목표치는 여성인구비율에 비추어볼 때 적절하다는 점, iii) 남성의 경우 나머지 50%의 비례대표와 - 제약이 없는 - 지역구를 통해 의회에 진출할 수 있기 때문에 여성에게 할당된 비례대표의 50%라는 수치는 전체 의석수를 고려하면 극히 미미한 수치에 불과하다는 점⁶⁴⁵⁾ 등을 고려하면, 50%의 할당을 위헌으로 단정 짓기에는 무리가 있는 것도 사실이다.⁶⁴⁶⁾ 하지만 50% 할당이 아무런 예외없이 강제적으로 이루어진다는 점은 문제의 소지가 있다. 특히, 비례대표지방의회선거의 경우⁶⁴⁷⁾ 공천을 희망하는 여성신청자가 없는 경우에도 예외없이 후보자등록신청 수리거부나 등록무효와 같은 제재를 받게 되는바(공직선거법 제49조 제8항 및 제52조 제1항 제2호), 이는 당해 정당에게 너무 가혹하다. 따라서 위헌시비를 줄이기 위해서는 예외를 인정할 필요가 있다.

3. 남녀고용평등법 상의 적극적 고용개선조치

가. 주요내용



국회는 1987년 12월에 남녀고용평등법을 제정하여 고용에 있어서의 남녀의 평등한 기회와 대우를 보장하기 위한 노력을 시작했고,⁶⁴⁸⁾ 1989년 4월의 개정에서 남녀차별의 정의를 명문화함과 동시에 차별해소를 위한 잠정적 우대조치를 차별법주에서 배제함으로써 적극적 평등실현조치의 가능성을 인정했다.⁶⁴⁹⁾ 또한 1999

645) 제18대 국회 비례대표의원의 의석수는 54석이므로 여성에게 할당된 숫자는 최소 27석이다. 이 27석을 전체의석수인 299석과 비교하면 약9%에 해당된다. 따라서 실제로 여성에게 할당된 의석수는 전체의석의 약9%에 불과하다. 한편, 서울광역시의 제4대 지방의회 비례대표의원의 의석수는 10석이므로 여성에게 할당된 숫자는 최소 5석이다. 이 5석을 전체의석수인 106석과 비교하면 약4.7%에 불과하다.

646) 정치영역에서의 할당제는 민주적 절차에 의하여 형성되었고, 최종적으로는 선택의 가능성이 유권자에게 유보되어 있다는 점에서 헌법적 문제를 야기하지 않는다는 주장도 있다. 조홍석, 앞의 논문(주 590), 127면.

647) 한편, 비례대표국회의원선거의 경우 50%의 여성공천을 정당의 의무로 규정하고 있지만, 비례대표 지방의회선거와는 달리 후보자등록신청 수리거부나 등록무효와 같은 제재규정이 없다. 따라서 비례대표국회의원선거에서의 50% 여성할당은 사실상의 강제규정은 아니다.

648) 남녀고용평등법(법률 제3989호, 1987년 12월 04일 제정).

649) 남녀고용평등법(법률 제4126호, 1989년 04월 01일 개정) 제2조의2:

년 2월의 개정에서는 사업주가 여성 또는 남성 어느 한 성이 충족하기 현저히 어려운 인사에 관한 기준이나 조건을 적용하는 것을 차별로 보도록 함으로써 간접 차별의 법리를 도입했고,⁶⁵⁰⁾ 2001년 8월에는 사업주가 채용 또는 근로의 조건을 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우에도 이를 차별로 보도록 규정하여 간접차별의 법리를 확장했다.⁶⁵¹⁾

한편, 국회는 2005년 12월의 개정을 통해 ‘적극적 고용개선조치’의 도입근거를 마련했다.⁶⁵²⁾ 동 개정법률에 따르면, 고용된 직종별 여성근로자의 비율이 고용기준에 미달하는 사업주에 대하여 차별적 고용관행 및 제도개선을 위한 적극적 고용개선조치 시행계획을 수립하여 제출할 것을 노동부장관이 요구한 경우 해당 사업주는 시행계획과 이행실적을 제출하여야 하며,⁶⁵³⁾⁶⁵⁴⁾ 노동부장관은 제출된 이

“① 이 법에서 ‘차별’이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신 등의 사유로 합리적인 이유없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 기타 불이익한 조치를 취하는 것을 말한다.”

“③ 현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정 성의 근로자를 우대하는 조치를 취하는 것은 이 법에서 말하는 차별로 보지 아니한다.”

650) 남녀고용평등법(법률 제5933호, 1999년 02월 08일 개정) 제2조의2:

“① 이 법에서 ‘차별’이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신 등의 사유로 합리적인 이유없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 기타 불이익한 조치를 취하는 것을 말한다. 이 경우 사업주가 여성 또는 남성 어느 한 성이 충족하기 현저히 어려운 인사에 관한 기준이나 조건을 적용하는 것도 차별로 본다.”

651) 남녀고용평등법(법률 제6508호, 2001년 08월 14일) 제2조:

“① 이 법에서 ‘차별’이라 함은 사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우를 말한다. 사업주가 채용 또는 근로의 조건을 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우에도 이를 차별로 본다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 경우는 차별로 보지 아니한다.

1. 직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우
2. 근로여성의 임신, 출산, 수유등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우
3. 현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치를 취하는 경우”

652) 남녀고용평등법(법률 제7822호, 2005년 12월 30일 개정) 제17조의2 내지 제17조의7 참조.

653) 남녀고용평등법(법률 제7822호, 2005년 12월 30일 개정) 제17조의2:

“① 노동부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업주로서 고용하고 있는 직종별 여성근로자의 비율이 산업별·규모별로 노동부령이 정하는 고용기준에 미달하는 사업주에 대하여는 차별적 고용관행 및 제도개선을 위한 적극적 고용개선조치 시행계획(이하 ‘시행계획’이라 한다)을 수립하여 제

행실적을 평가하여 이행실적이 우수한 기업(적극적 고용개선조치 우수기업)에 대하여는 표창을 할 수 있고,⁶⁵⁵⁾ 이행실적이 부진한 사업주에 대하여는 시행계획의 이행을 촉구할 수 있다.⁶⁵⁶⁾ 또한, 국가 및 지방자치단체는 적극적 고용개선조치 우수기업에 대하여 행정적·재정적 지원을 할 수 있다.⁶⁵⁷⁾⁶⁵⁸⁾



출할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 해당 사업주는 시행계획을 제출하여야 한다.

1. 대통령이 정하는 공공기관·단체의 장
2. 대통령이 정하는 규모 이상의 근로자를 고용하는 사업의 사업주”

654) 남녀고용평등법(법률 제7822호, 2005년 12월 30일 개정) 제17조의3:

“① 제17조의2 제1항 및 제3항의 규정에 의하여 시행계획을 제출한 자는 그 이행실적을 노동부장관에게 제출하여야 한다.”

655) 남녀고용평등법(법률 제7822호, 2005년 12월 30일 개정) 제17조의3:

“③ 노동부장관은 제2항의 규정에 의한 평가결과 이행실적이 우수한 기업(이하 ‘적극적 고용개선조치 우수기업’이라 한다)에 대하여 표창을 할 수 있다.”

656) 남녀고용평등법(법률 제7822호, 2005년 12월 30일 개정) 제17조의3:

“⑤ 노동부장관은 제2항의 규정에 의한 평가결과 이행실적이 부진한 사업주에 대하여는 시행계획의 이행을 촉구할 수 있다.”

657) 남녀고용평등법(법률 제7822호, 2005년 12월 30일 개정) 제17조의3:

“④ 국가 및 지방자치단체는 적극적 고용개선조치 우수기업에 대하여 행정적·재정적 지원을 할 수 있다.”

658) 한편, 남녀고용평등법은 2007년 12월 21일에 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률로 명칭이 변경되었다(법률 제8781호).

[표 6] 현행 적극적 고용개선조치의 주요내용⁶⁵⁹⁾

<p>적용대상</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 대통령령이 정하는 공공기관·단체의 장 <ul style="list-style-type: none"> - 공공기관의 운영에 관한 법률 제4조에 따른 공공기관의 장 ▷ 대통령령이 정하는 규모 이상의 근로자를 고용하는 사업주 <ul style="list-style-type: none"> - 상시 500명 이상의 근로자를 고용하는 사업주
<p>주요 진행과정</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 고용하고 있는 직종별 여성근로자의 비율이 산업별·규모별로 노동부령이 정하는 고용기준에 미달하는 사업주 <ul style="list-style-type: none"> - 산업별·규모별 여성 근로자의 고용비율 평균의 60%
<p>시행계획 작성항목</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 남녀인력 활용 수준의 적정성 분석 <ul style="list-style-type: none"> - 사업별 남녀인력 활용의 적정성 분석 - 남녀인력 활용의 불균형이 심한 경우에는 모집·채용·승진·배치 등 고용관리의 단계별 문제점 분석 ▷ 해당 연도 10월 1일부터 다음 해 9월 30일까지 달성할 전(全) 직종 여성 근로자 및 여성 관리자의 고용목표 (장기계획이 필요한 경우에는 그 기간 및 최종 고용목표) ▷ 고용관리개선계획 <ul style="list-style-type: none"> - 여성 근로자 고용목표를 달성하기 위한 취업규칙의 개선, 각종 홍보물 등 나타난 차별적 요인의 개선, 여성 인력 활용에 관한 인사정책의 고지 등 사업주가 추진하여야 하는 각종 제도·관행의 개선계획 - 개선 과제별 실행방안 및 연차별 추진 일정 ▷ 특이 사항 <ul style="list-style-type: none"> - 여성 근로자의 고용비율이 현저하게 낮음에도 불구하고 단기간에 개선하기 어려운 경우에는 그 사유 - 근로기준법 제65조에 따라 임산부 등의 사용이 금지되는 직종이 대다수를 차지하여 여성 인력을 활용하기 어려운 경우에는 그 내용 - 특정 직종에 여성 전공자가 없어 여성 근로자의 고용목표를 정하기 곤란한 경우에는 그 내용 ▷ 그 밖에 사업주가 여성 근로자 고용 확대를 위하여 필요하다고 판단하는 사항
<p>제재 및 혜택</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 우수기업에 대한 노동부장관의 표창 ▷ 우수기업에 대한 국가 및 지방자치단체의 행정적·재정적 지원 ▷ 부진한 사업주에 대한 노동부장관의 시행계획 이행촉구

659) 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(법률 제8781호, 2007년 12월 21일 개정) 제17조의 3 내지 제17조의8; 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 시행령(대통령령 제20803호, 2008년 06월 05일 개정) 제4조; 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 시행규칙(노동부령 301호, 2008년 06월 20일 개정) 제10조 내지 제14조 참조.

나. 합헌성 평가

만약 고용의 영역에서 여성을 우대하는 적극적 평등실현조치가 실시된다면, 그 조치는 남성의 공무담임권이나 직업의 자유를 침해할 소지가 있으므로, 원칙적으로 비례성 심사를 통과해야 한다. 그러나 한국 헌법이 여성의 근로에 대한 특별한 보호를 인정하고 있는 점을 고려하면(헌법 제32조), 고용의 영역에서의 여성을 위한 적극적 평등실현조치는 보다 완화된 심사를 통과하면 그 정당성을 부여받을 수 있다. 따라서 그러한 적극적 평등실현조치는 중요한 국가목적에 기여해야 하고, 그 수단은 목적달성에 실질적으로 관련되어야 한다. 즉, 목적과 수단 간에 적절한 비례관계가 성립되어야 합헌성을 부여받을 수 있다.

생각건대, 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률이 고용에 있어서의 남녀의 평등한 기회와 대우를 보장하기 위해 적극적 고용개선조치를 명령하는 것은 그 목적이 정당할 뿐만 아니라 목적달성을 위한 적절한 방법이라 여겨진다. 또한 동조치의 경우 부진한 사업주에 대한 노동부장관이 시행계획의 이행을 촉구할 수 있을 뿐 강제할 수 없다는 점에서 시행기관에 의해 구체적으로 실시되었을 경우의 차별여부는 별론으로 하더라도 헌법적 문제를 야기하지는 않는다.

4. 여성과학기술인 채용목표제와 대학교원 양성평등채용목표제

가. 주요내용

국회는 여성과학기술인의 양성·활용 및 그들에 대한 지원 시책을 마련하고, 여성과학기술인이 그 자질과 능력을 충분히 발휘할 수 있도록 지원함으로써 여성의 과학기술 역량 강화와 국가의 과학기술발전에 이바지하기 위해 2002년 12월에 여성과학기술인 육성 및 지원에 관한 법률을 제정했다.⁶⁶⁰⁾ 동 법은 특히 여성과학기술인에 대한 채용목표제 및 승진목표제의 근거를 규정하고 있는바,⁶⁶¹⁾ 이 규

660) 여성과학기술인 육성 및 지원에 관한 법률(법률 제6791호, 2002년 12월 18일 제정).

661) 여성과학기술인 육성 및 지원에 관한 법률(법률 제8852호, 2008년 02월 29일 개정) 제11조:

“① 국가 및 지방자치단체는 여성과학기술인의 진출이 크게 부진한 과학기술분야에 이들의 진출을 확대하기 위하여 합리적인 범위 안에서 잠정적으로 여성과학기술인에 대한 채용목표비율 및 직급별

정에 따라, 정부는 과학기술분야 연구기관과 대학 등에서 여성과학기술인 채용목표제를 실시하고 있다.⁶⁶²⁾

한편, 국회는 대학의 교원임용에 있어서 양성평등을 제고하기 위해 2003년 7월 교육공무원법을 개정했다. 동 법에 따라, i) 국가 및 지방자치단체는 대학의 교원임용에 있어서 양성평등을 제고하기 위하여 필요한 정책을 수립·시행하여야 하며,⁶⁶³⁾ ii) 대학의 장은 대학의 교원을 임용함에 있어서 특정 성별에 편중되지 아니하도록 3년마다 계열별 임용목표비율이 명시된 임용계획 등 적극적 조치의 시행을 위하여 필요한 계획을 수립·시행하고 당해 추진실적을 매년 관계 장관에게 제출하여야 하며,⁶⁶⁴⁾ iii) 국가 및 지방자치단체는 계획 및 그 추진실적을 평가하여 행정적·재정적 지원을 할 수 있게 되는 등⁶⁶⁵⁾ 대학교원의 양성평등채용목표제가 도입되어 시행되고 있다.⁶⁶⁶⁾

나. 합헌성 평가

여성과학기술인 채용목표제에 대해서는 보다 완화된 심사가 적용되어야 한다. 그 이유는 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 상의 적극적 고용개선 조치에 보다 완화된 심사가 적용되어야 하는 것과 같다. 생각건대, 여성의 과학기술 역량을 강화하고 국가의 과학기술발전에 이바지한다는 목적은 공공복리를 위

승진목표비율을 일정수준으로 설정하는 등의 적극적 조치를 취할 수 있다.”

662) 이에 관한 자세한 내용은 문미경외 2인, 「공공부문 여성참여확대정책의 발전방안 연구」, 2006 연구보고서-7, 한국여성개발원, (2006. 12), 125-158면 참조.

663) 교육공무원법(법률 제8889호, 2008년 03월 14일 개정) 제11조의4:

“① 국가 및 지방자치단체는 대학의 교원임용에 있어서 양성평등을 제고하기 위하여 필요한 정책을 수립·시행하여야 한다.”

664) 교육공무원법(법률 제8889호, 2008년 03월 14일 개정) 제11조의4:

“② 대학(「고등교육법」 제2조제1호부터 제3호까지 및 제5호의 학교를 말한다. 이하 이 조에서 같다)의 장은 대학의 교원을 임용함에 있어서 특정 성별에 편중되지 아니하도록 3년마다 계열별 임용목표비율이 명시된 임용계획 등 적극적 조치의 시행을 위하여 필요한 계획을 수립하여 시행하여야 한다. 이 경우 당해 추진실적을 매년 교육과학기술부장관에게 제출하여야 한다.”

665) 교육공무원법(법률 제8889호, 2008년 03월 14일 개정) 제11조의4:

“③ 국가 및 지방자치단체는 제2항의 규정에 의한 계획 및 그 추진실적을 평가하여 행정적·재정적 지원을 할 수 있다.”

666) 대학교원의 양성평등채용목표제의 도입과정 및 내용에 관한 자세한 내용은 조홍석, 앞의 논문 (주 29), 367-369면 참조.

한 것으로 정당할 뿐만 아니라, 그 목적을 달성하기 위해 여성채용목표제라는 수단을 선택한 것은 적절하다. 문제는 그러한 목표제가 목적달성에 실질적인 관련성이 있는지 여부인데, 현행의 법률 규정만으로는 여성과학기술인 채용목표제의 구체적인 내용이 불분명하기 때문에 헌법적 평가의 대상에서 제외한다.

한편, 대학교수 양성평등채용목표제는 공무원 양성평등채용목표제와 같이 연혁적·실질적인 측면에서 여성을 우대하는 조치로 이해할 수도 있지만, 그 제도 자체는 성중립적이다. 따라서 대학교원 양성평등채용목표제는 성차별 문제를 직접적으로 야기하지 않는다. 다만 동 제도도 공무원 양성평등채용목표제와 마찬가지로 공직임용에 있어서의 능력주의 또는 성과주의에 위반되는지 여부가 문제될 수 있는데, 현행의 법률 규정만으로는 구체적인 내용이 불분명하기 때문에 헌법적 평가의 대상에서 제외한다.⁶⁶⁷⁾

III. 장애인을 위한 적극적 평등실현조치 및 우대정책



1. 장애인고용의무제

가. 주요내용

1988년 서울장애자올림픽 개최로 장애자에 대한 이해와 관심이 증대되었고, 이에 따라 국회는 1990년 1월 장애인의 고용촉진과 직업재활 및 직업안정을 도모하기 위해 장애인고용촉진 등에 관한 법률을 제정하였다. 이 법에서 ‘장애인고용의무제’를 처음으로 도입했는데, 동 법은 국가 및 지방자치단체의 장애계 소속공무원 정원의 2%가 장애인으로 고용되도록 노력할 것을 요구했고, 각 시험실시기

667) 한편, 과거의 여성교수 채용목표제는 교수정원을 확대하여 정원 외로 여성지원자를 교수로 채용하는 것이기 때문에 처음부터 역차별의 문제를 야기하지 않는다는 의견도 있다. 조홍석, “국립대학의 교수임용과 보직에 대한 성적(性的) 균형발전 방안”, 「공법학연구」 제5권 제3호, 한국비교공법학회(2004. 12), 56면. 하지만 정원 외의 채용이라도 하더라도 역차별의 가능성은 - 상대적으로 낮아질 뿐 - 여전히 존재한다는 점에서 적절한 평가는 아니다.

관의 장으로 하여금 공채인원의 2% 이상이 장애인으로 채용되도록 시험을 실시할 것을 의무화했다.⁶⁶⁸⁾ 또한 대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주(상시 300인 이상의 근로자를 고용하는 사업주)에게 그 근로자의 총수의 100분의 1이상 100분의 5이내의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율(근로자 총수의 2%) 이상에 해당하는 장애인을 고용하도록 의무화⁶⁶⁹⁾함과 동시에 이를 위반한 고용주에게는 장애인고용부담금을 납부하도록 의무화했다.⁶⁷⁰⁾

장애인고용촉진 등에 관한 법률은 2000년 1월에 ‘장애인고용촉진 및 직업재활법’으로 전면개정되었는데, 이 개정에서는 국가 및 지방자치단체의 2% 장애인 고용을 의무화했으며, 재직 중인 장애인공무원 수가 1만명에 도달할 때까지 공채에서의 장애인 비율을 5%로 할 것을 요구했다.⁶⁷¹⁾ 또한 2004년 1월의 개정에서는 종래 대통령령에 위임하던 장애인의무고용 사업주의 범위를 법으로 정함과 동시에 상시 50인 이상의 근로자를 고용하는 사업주로 확대하였다.⁶⁷²⁾ 또한 2007년

668) 장애인고용촉진 등에 관한 법률(법률 제4219호, 1990년 01월 13일 제정) 제34조:

- “① 국가 및 지방자치단체의 장은 장애인이 소속공무원정원의 100분의 2이상 고용될 수 있도록 노력하여야 한다.”
- “② 각 시험실시기관의 장은 장애인이 공개채용인원의 100분의 2이상 채용되도록 시험을 실시하여야 한다.”

669) 장애인고용촉진 등에 관한 법률(법률 제4219호, 1990년 01월 13일 제정) 제35조:

- “① 대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 그 근로자의 총수의 100분의 1이상 100분의 5이내의 범위 안에서 대통령령이 정하는 비율(이하 ‘기준고용률’이라 한다)이상에 해당하는 (그 수에 1인 미만의 단수가 있을 경우에는 그 단수는 버린다) 장애인을 고용하여야 한다. 다만, 장애인을 사용하기 어렵다고 인정하는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종에 대하여는 노동부장관이 위원회의 심의를 거쳐 정하는 적용제외물에 해당하는 근로자의 수를 그 근로자의 총수에서 제외할 수 있다.”
- “② 제1항의 규정에 불구하고 특정한 장애인의 능력에 적합하다고 인정되는 직종에 대하여는 그 고용하여야 할 비율을 대통령령으로 따로 정할 수 있다.”

670) 장애인고용촉진 등에 관한 법률(법률 제4219호, 1990년 01월 13일 제정) 제38조:

- “① 제35조 제1항의 규정에 의한 기준고용률에 미달하는 장애인을 고용하는 사업주는 대통령령이 정하는 바에 의하여 매년 노동부장관에게 장애인 고용부담금(이하 ‘부담금’이라 한다)을 납부하여야 한다.”

671) 장애인고용촉진 및 직업재활법(법률 제6166호, 2000년 01월 12일 개정) 제23조 :

- “① 국가 및 지방자치단체의 장은 장애인을 소속공무원 정원의 100분의 2이상 고용하여야 한다.
- ② 각 시험실시기관의 장은 장애인이 신규채용인원의 100분의 2이상 채용되도록 시험을 실시하여야 한다. 다만, 재직중인 장애인공무원의 수가 1만명미만인 경우에는 공개채용비율을 100분의 5로 한다.”

672) 장애인고용촉진 및 직업재활법(법률 제7154호, 2004년 1월 29일 개정) 제24조 :

- “① 상시 50인 이상의 근로자를 고용하는 사업주(운전사가 딸린 건설장비임대업을 제외한 건설업에 있어서는 공사실적액이 노동부장관이 정하는 금액 이상인 사업주)는 그 근로자의 총수의 100분의 5

12월의 개정에서는 국가 및 지방자치단체의 장애인 의무고용비율을 3%로 상향조정하여 2009년 1월 1일부터 시행하도록 했다.⁶⁷³⁾

[표 7] 현행 장애인고용의무제 주요내용⁶⁷⁴⁾

구분	국가 및 지방자치단체	일반 사업주
적용대상	▷ 모든 국가 및 지방자치단체	▷ 상시 50인 이상의 근로자를 고용하는 사업주
적용제외	▷ 공안직군 공무원, 검사, 경찰·소방·경호 공무원 및 군인	-
고용비율	▷ 소속 공무원 정원의 2% 이상 (2009년부터 3% 이상)	▷ 그 근로자의 총수의 5%의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율 ▷ 근로자 총수의 2% 이상
고용방법	▷ 신규채용시 총인원의 2% 이상 채용 (구분모집) (2009년부터 3% 이상) ▷ 장애인 공무원의 수가 해당 정원의 2% 미만이면 5% 이상 채용 (구분모집) (2009년부터는 3% 미만이면 6% 이상 채용)	-
제재 및 혜택	-	▷ 장애인고용부담금 납부 ▷ 장애인 고용장려금의 지급

의 범위안에서 대통령령이 정하는 비율(이하 ‘의무고용율’이라 한다) 이상에 해당(그 수에 1인미만의 단수가 있을 경우에는 그 단수는 버린다)하는 장애인을 고용하여야 한다. 다만, 장애인을 고용하기 어렵다고 인정하는 직종의 근로자가 상당한 비율을 차지하는 업종에 대하여는 노동부장관이 위원회의 심의를 거쳐 정하는 적용제외율에 해당하는 근로자의 수(그 수에 1인미만의 단수가 있을 경우에는 그 단수는 버린다)를 그 근로자의 총수에서 제외할 수 있다.”

673) 장애인고용촉진 및 직업재활법(법률 제8817호, 2007년 12월 27일 개정) 제27조 :

- “① 국가와 지방자치단체의 장은 장애인을 소속 공무원 정원의 100분의 3 이상 고용하여야 한다.
- “② 각 시험 실시 기관의 장은 장애인이 신규채용 인원의 100분의 3(장애인 공무원의 수가 해당 정원의 100분의 3 미만이면 100분의 6) 이상 채용되도록 시험을 실시하여야 한다. 다만, 교육공무원법 제11조 제1항에 따른 교사의 신규채용을 할 때에 장애인 응시 인원 또는 장애인 합격자의 수가 장애인 채용 예정 인원에 미치지 못하면 그 부족한 인원을 장애인이 아닌 자로 채용할 수 있다.”

674) 장애인고용촉진 및 직업재활법(법률 제8852호, 2008년 02월 29일 개정) 제27조·제28조·제33조 및 장애인고용촉진 및 직업재활법시행령(대통령령 제20308호, 2007년 10월 4일 개정) 제25조 참조.

나. 합헌성 평가

장애인고용촉진 및 직업재활법 상의 장애인고용의무제는 장애인의 고용촉진을 위해 일정 규모 이상의 사업주와 국가 및 지방자치단체에게 일정 비율 이상의 장애인을 고용하도록 의무를 부과하고, 의무를 이행하지 않은 사업주에 대해서는 부담금을 납부하게 하는 제도인데, 특히 국가 및 지방자치단체는 이 고용의무를 이행하기 위해 신규채용인원의 2% 이상 또는 5% 이상⁶⁷⁵⁾을 장애인구분모집을 통해 별도로 선발하고 있다. 그 결과, 장애인의 경우 전체 선발인원을 두고 경쟁하는 반면, 비장애인의 경우 구분모집비율을 제외한 나머지 선발인원을 두고 경쟁한다는 점에서 차별 논란이 있을 수 있는바, 이에 대한 평가는 다음과 같다.

우선, 장애인고용의무제에 대한 합헌성 평가는 보다 완화된 심사기준에 의해 이루어져야 한다. 장애인고용의무제가 비장애인의 공무담임권이나 직업의 자유를 침해할 소지가 있는 것은 사실이지만, 한국 헌법이 장애인에 대한 특별한 보호를 인정하고 있는 점(헌법 제34조 제5항)을 고려하면, 장애인고용의무제는 보다 완화된 비례성 심사를 통과하면 그 정당성을 부여받을 수 있다.

생각건대, 장애인고용의무제의 목적이라고 할 수 있는 장애인의 자활능력 향상, 함께 사는 균형사회의 실현, 정책의 대표성과 민주성을 강화라는 목적이 헌법상 정당화될 수 있는 목적이라는 점은 의심의 여지가 없다. 또한 신규채용인원의 일정 비율을 장애인에게 할당하는 것이 목적 실현에 상당한 기여를 하고 있는 적절한 수단이라 점에 대해서도 의문의 여지가 없다. 따라서 장애인고용의무제에 대한 차별 문제의 쟁점은 신규채용의 일정 비율을 장애인에게 할당(구분모집)하도록 강제하는 것이 과연 피해의 최소성과 법익의 균형성을 충족시킬 수 있는지 여부이다.

생각건대, 구분모집 이외의 방법으로 장애인이 공무원 공채에 합격할 수 있는 가능성이 거의 없다는 점⁶⁷⁶⁾을 고려하면, 장애인을 위해 신규채용 인원의 일정

675) 국가 및 지방자치단체가 신규채용시 총인원의 2% 이상을 채용해야 하는 것이 원칙이지만, 장애인 공무원의 수가 해당 정원의 2% 미만이면 5% 이상을 채용해야 한다. 한편, 이 비율은 2009년부터 각각 3%와 6%로 상향 조정된다. 장애인고용촉진 및 직업재활법 제27조 제1항 및 부칙 참조.

676) 이에 대한 정확한 통계는 없지만, 장애인 구분모집과 일반모집(비장애인) 간에 커트라인의 격차가 크다는 사실은 이를 간접적으로 증명한다. 2008년도 9급 국가공무원 공채시험의 경우 최대 30.5점의 격차가 있고(행정직(우본) 부산), 7급 국가공무원 공채시험의 경우에는 최대 17.86점의 격차가 있다(세무직과 행정직(우본)). 행정안전부 사이버 국가고시센터 (<http://116.67.48.194/index.html>), 2008년

비율을 할당하는 것은 불가피한 선택이다. 그리고 기본할당비율인 2%의 할당비율은 2005년도 기준 장애인출현율이 4.5%라는 사실을 생각할 때⁶⁷⁷⁾ 지나치게 높은 수치는 아니며, 5%라는 비율 역시 장애인 공무원 수가 해당 정원의 2%를 충족하면 2%로 하향조정될 잠정적인 비율이라는 점을 고려하면 크게 문제될 소지는 없다. 그러나 각각의 비율에 상한이 없다는 점은 문제로 지적될 수 있다. 할당비율에 상한이 없다는 것은 경우에 따라서는 비장애인의 공직취임 가능성을 과도하게 제한할 우려가 있기 때문이다.⁶⁷⁸⁾ 따라서 장애인고용의무제의 위헌시비를 줄이기 위해서는 상한 설정이 필요하다.

2. 기타 장애인에 대한 적극적 조치

가. 주요내용

2007년 4월 국회는 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통해 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하기 위해 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률을 제정하였다.⁶⁷⁹⁾

도 9급 국가공무원 공개경쟁채용시험 최종합격자 관련 통계 및 2008년도 7급 국가공무원 공개경쟁채용시험 최종합격자 관련 통계 참조. 한편, 이처럼 커트라인의 격차가 크다는 사실은 장애인의 자질에 대한 비판, 즉 공직임용의 능력주의원칙을 훼손한다는 비판의 논거로 인용될 수 있다. 하지만 커트라인의 격차가 크다는 사실이 오히려 능력주의원칙에 대한 예외인정의 필요성을 증대시킨다는 점과 과락제도를 통해 최소한 능력을 담보한다는 점 등을 고려하면, 능력주의원칙에 위배된다고 볼 수는 없다.

677) 변용찬외 6인, 「2005년도 장애인 실태조사」, 정책보고서 2006-04, 보건복지부 한국보건사회연구원, (2006. 03), 43-44면.

678) 2008년도 9급 국가공무원 공채시험의 경우 최대 12.5%를 장애인구분모집으로 선발했으며(대구/경북지역 행정직 8명 중 1명), 7급 국가공무원 공채시험의 경우에는 최대 16.7%를 장애인구분모집으로 선발했다(교육행정직 6명 중 1명). 2명 이상의 장애인구분모집을 한 경우를 보더라도 9급의 경우 최대 11.1%이며(교육행정직 18명 중 2명), 7급의 경우에는 최대 10%이다(관세직 20명 중 2명, 외무영사직 30명 중 3명). 행정안전부 사이버 국가고시센터 (<http://116.67.48.194/index.html>), 2008년도 9급 국가공무원 공개경쟁채용시험 최종합격자 관련 통계 및 2008년도 7급 국가공무원 공개경쟁채용시험 최종합격자 관련 통계 참조.

679) 법률 제8341호, 2007년 04월 10일 제정. 동 법은 i) 장애를 신체적·정신적 손상 또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태로 규정함으로써 현행 장애인복지

동 법은 장애인의 실질적 평등권을 실현하고 장애인에 대한 차별을 시정하기 위한 차별시정을 위한 적극적 조치를 차별의 범주에서 제외시켰으며,⁶⁸⁰⁾ 국가 및 지방자치단체로 하여금 장애인 차별을 실질적으로 해소하기 위해 차별시정에 대한 적극적인 조치를 취하도록 의무화했다.⁶⁸¹⁾

또한, 동법은 차별행위로 인해 국가인권위원회로부터 권고를 받은 자가 상당한 사유 없이 권고를 이행하지 아니하고 그 피해의 정도가 심각하며 공익에 미치는 영향이 중대하다고 인정되는 경우 법무부장관이 시정명령을 할 수 있도록 규정하고 있는데,⁶⁸²⁾ 동 시정명령에는 i) 차별행위의 중지, ii) 피해의 원상회복, iii)

법 상의 장애인 개념과 조화를 포함과 동시에 장애를 사유로 한 차별을 폭넓게 금지할 수 있는 근거를 마련했고(법 제2조), ii) 직접차별, 간접차별, 정당한 편의제공 거부, 광고를 통한 차별뿐만 아니라 장애아동의 보호자 또는 후견인 그 밖에 장애인을 돕기 위한 장애인 관련자를 차별하는 행위와 보조견 또는 장애인보조기구 등의 정당한 사용을 방해하는 행위 등도 금지되는 차별로 규정했고(법 제4조 제1항), iii) 차별의 영역을 고용, 교육, 재화와 용역의 제공 및 이용, 사법·행정절차 및 서비스와 참정권, 모·부성권 및 성 등, 가족·가정·복지시설 및 건강권 등의 6가지 영역으로 규정하여 생활상의 다양한 영역에서 차별을 금지했고(법 제10조 내지 제32조), iv) 장애여성의 증가 및 장애아동으로 인한 장애인가족의 부담 증가 등을 고려하여 장애여성 및 장애아동에 대한 차별금지에 관한 규정을 별도로 규정했고(법 제33조 내지 제36조), v) 차별행위로 국가인권위원회로부터 권고를 받은 자가 상당한 사유 없이 권고를 이행하지 아니하고 그 피해의 정도가 심각하며 공익에 미치는 영향이 중대하다고 인정되는 경우 법무부장관이 시정명령을 할 수 있도록 하고, 시정명령을 정당한 사유 없이 이행하지 아니한 자에 대하여 3천만원 이하의 과태료에 처하도록 했으며(법 제42조 내지 제45조, 제50조), vi) 차별행위로 인한 피해의 회복을 위한 손해배상 규정을 두고, 분쟁해결에 있어서는 장애인들의 정보접근 등의 어려움과 차별행위의 특수성 등을 감안하여 입증책임을 원고와 피고 간에 나누도록 했으며(법 제46조 및 제47조), vii) 차별행위에 관한 소송 전 또는 소송 중에 피해자의 신청으로 차별이 소명되는 경우 법원으로 하여금 본안 판결 전까지 차별행위의 중지 등 적절한 임시조치를 명할 수 있도록 했으며(법 제48조), viii) 차별행위가 악의적인 경우에는 법원으로 하여금 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 했다(법 제49조). 동법에 대한 개괄적인 설명은, 이철호, 「장애인차별금지법과 장애인의 인권」, 「한국콘텐츠학회논문지」 제8권 제8호, 한국콘텐츠학회 (2008. 08), 158-175면 참조.

680) 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(법률 제8341호, 2007년 04월 10일 제정) 제4조 :

“④ 장애인의 실질적 평등권을 실현하고 장애인에 대한 차별을 시정하기 위하여 이 법 또는 다른 법령 등에서 취하는 적극적 조치는 이 법에 따른 차별로 보지 아니한다.”

681) 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(법률 제8341호, 2007년 04월 10일 제정) 제8조 :

“① 국가 및 지방자치단체는 장애인 및 장애인 관련자에 대한 모든 차별을 방지하고 차별받은 장애인 등의 권리를 구제할 책임이 있으며, 장애인 차별을 실질적으로 해소하기 위하여 이 법에서 규정한 차별 시정에 대하여 적극적인 조치를 하여야 한다.”

682) 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(법률 제8341호, 2007년 04월 10일 제정) 제43조 :

“① 법무부장관은 이 법이 금지하는 차별행위로 국가인권위원회법 제44조의 권고를 받은 자가 상당한 사유 없이 권고를 이행하지 아니하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 그 피해의 정도가 심각하고 공익에 미치는 영향이 중대하다고 인정되는 경우 피해자의 신청에 의하여 또는 직권으로 시정명령을 할 수 있다.

1. 피해자가 다수인인 차별행위에 대한 권고 불이행

차별행위의 재발방지를 위한 조치, iv) 그 밖에 차별시정을 위하여 필요한 조치가 포함된다.⁶⁸³⁾

한편, 동 법은 차별소송 과정에의 법원의 구제조치에 대해서도 규정하고 있는데, 법원은 i) 차별행위에 관한 소송 제기 전 또는 소송 제기 중에 피해자의 신청으로 피해자에 대한 차별이 소명되는 경우 본안 판결 전까지 차별행위의 중지 등 그 밖의 적절한 임시조치를 명할 수 있고,⁶⁸⁴⁾ ii) 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있으며,⁶⁸⁵⁾ iii) 차별행위의 중지 및 차별시정을 위한 적극적 조치가 필요하다고 판단하는 경우에 그 이행 기간을 밝히고, 이를 이행하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명할 수 있다.⁶⁸⁶⁾

나. 합헌성 평가

향후 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률의 시행과정에서 ‘법무부장관의 시정명령에 의한 적극적 평등실현조치’와 ‘법원의 명령 또는 판결에 의한 적극

- 
2. 반복적 차별행위에 대한 권고 불이행
 3. 피해자에게 불이익을 주기 위한 고의적 불이행
 4. 그 밖에 시정명령이 필요한 경우”

683) 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(법률 제8341호, 2007년 04월 10일 제정) 제43조:
“② 법무부장관은 제1항에 따른 시정명령으로서 이 법에서 금지되는 차별행위를 한 자에게 다음 각 호의 조치를 명할 수 있다.

1. 차별행위의 중지
2. 피해의 원상회복
3. 차별행위의 재발방지를 위한 조치
4. 그 밖에 차별시정을 위하여 필요한 조치”

684) 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(법률 제8341호, 2007년 04월 10일 제정) 제48조:
“① 법원은 이 법에 따라 금지된 차별행위에 관한 소송 제기 전 또는 소송 제기 중에 피해자의 신청으로 피해자에 대한 차별이 소명되는 경우 본안 판결 전까지 차별행위의 중지 등 그 밖의 적절한 임시조치를 명할 수 있다.”

685) 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(법률 제8341호, 2007년 04월 10일 제정) 제48조:
“② 법원은 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다.”

686) 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(법률 제8341호, 2007년 04월 10일 제정) 제48조:
“③ 법원은 차별행위의 중지 및 차별시정을 위한 적극적 조치가 필요하다고 판단하는 경우에 그 이행 기간을 밝히고, 이를 이행하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명할 수 있다.”

적 평등실현조치'가 실시될 수 있는바, 그러한 조치에 대한 합헌성 심사는 보다 완화된 심사기준에 따라 이뤄져야 한다. 따라서 장애인을 위한 적극적 평등실현조치는 중요한 국가목적에 추구해야 하며, 선택된 수단은 그 목적을 달성하는데 실질적으로 관련된 수단이어야 한다. 즉, 목적과 수단 간에는 적절한 비례관계가 성립되어야 한다. 특히, 비례관계를 평가함에 있어서는 덜 침해적인 대안에 대한 검토 여부, 수단의 유연성 여부, 목표와 관련 노동시장의 관계, 제3자의 권리에 대한 침해 정도 등을 종합적으로 검토해야 할 것이다.

IV. 지방을 위한 적극적 평등실현조치와 우대정책

1. 지역인재추천채용제



가. 주요내용

심화되고 있는 수도권과 지방간 불균형을 해소하고 지방인재의 공직임용기회를 확대하기 위하여 일련의 적극적 조치가 최근 도입되었다.

정부는 획일화된 공무원의 채용경로를 다양화함과 아울러 전문인력의 공직유치와 지역인재의 균형있는 선발을 도모하기 위해 2005년 3월 국가공무원법 개정을 통해 '지역인재추천채용제'를 위한 근거규정을 마련했고,⁶⁸⁷⁾ 이 근거규정에 따라 2005년 5월부터 매년 50명씩 선발하고 있다.⁶⁸⁸⁾⁶⁸⁹⁾ 지역인재추천채용제도는 학

687) 국가공무원법(법률 제7407호, 2005년 03월 24일 개정) 제26조의4 (지역인재의 추천채용) ① 임용권자는 우수인재를 공직에 유치하기 위하여 학업성적 등이 뛰어난 대학졸업자 또는 졸업예정자를 대통령령이 정하는 바에 따라 추천·선발하여 3년의 범위 안에서 견습으로 근무하게 하고, 당해 근무기간 동안 근무성적 및 자질이 우수하다고 인정되는 자는 6급 이하의 공무원으로 임용할 수 있다. ② 제1항의 규정에 따라 견습직원을 공무원으로 임용함에 있어서는 행정분야와 기술분야별로 적정한 구성을 유지하여 지역별 균형을 이루도록 하여야 한다.

688) 연도별 구체적인 선발내용을 살펴보면 다음과 같다. 2005년에는 서울 4, 부산 4, 인천 3, 대구 3, 대전 2, 광주 3, 울산 3, 경기 4, 강원 4, 충북 2, 충남 4, 전북 4, 전남 2, 경북 3, 경남 3, 제주 2명 등 총 50명을 선발했고(중앙인사위원회 보도자료(2005.12.08)), 2006년에는 서울 4, 부산 4, 인천 3,

업성적 등이 뛰어난 대학졸업자 또는 졸업예정자를 학교장의 추천에 따라 지역별로 균형을 맞춰 선발하여 3년의 범위 안에서 견습으로 근무하게 하고 당해 근무기간 동안 근무성적 및 자질이 우수하다고 인정되는 자를 6급 이하의 공무원으로 임용하는 일종의 ‘공무원 인턴제도’인데, 합격자 선발시 특정 광역지방자치단체 소재의 대학 출신 비율이 당해 시험 합격자의 10%를 초과하지 않도록 합격자를 조정해야 하기 때문에 사실상 지역에 기초한 할당제로서의 성격을 띠고 있다.⁶⁹⁰⁾

[표 8] 2008년도 지역인재추천채용제 주요내용⁶⁹¹⁾

개요	▷ 학업성적 등이 뛰어난 대학졸업자 또는 졸업예정자를 학교장의 추천에 따라 지역별로 균형을 맞춰 선발하여 3년의 범위 안에서 견습으로 근무하게 하고, 당해 근무기간 동안 근무성적 및 자질이 우수하다고 인정되는 자를 6급 이하의 공무원으로 임용하는 제도	
선발절차	▷ 대학별 추천 → 시험 실시(서류전형, PSAT, 구술시험) → 인턴십(3년, 견습 근무) → 일반직 6급채용	
추천요건	▷ 대학의 졸업자 또는 졸업예정자 ▷ 평균 석차비율이 각 학과의 상위 5% 이내인 자 ▷ 영어능력검정 시험점수가 기준점수 이상인 자 ▷ 최종시험예정일이 속한 연도를 기준으로 20세 이상 32세 이하인 자	
균형합격	계열	▷ 행정직 분야와 기술직 분야별 균형을 이루도록 각각 5할씩 구분하여 선발할 수 있음
	지역	▷ 특정 광역지방자치단체 소재의 대학 출신 비율이 당해 시험 합격자의 10%를 초과하지 않도록 합격자를 조정하여야 함
	양성	▷ 어느 한 성(性)의 비율이 당해 시험 합격자의 30% 이상이 될 수 있도록 합격자를 조정할 수 있음

대구 4, 대전 3, 광주 4, 울산 0, 경기 4, 강원 4, 충북 3, 충남 3, 전북 4, 전남 1, 경북 4, 경남 3, 제주 2명 등 총 50명을 선발했다(중앙인사위원회 보도자료(2006.10.19)). 2007년에는 서울 4, 부산 4, 인천 2, 대구 4, 대전 4, 광주 3, 울산 0, 경기 4, 강원 4, 충북 1, 충남 4, 전북 2, 전남 3, 경북 4, 경남 4, 제주 3명 등 총 50명을 선발했다(중앙인사위원회 보도자료(2007.06.21))고, 2008년에는 서울 4, 부산 4, 인천 3, 대구 3, 대전 4, 광주 4, 울산 1, 경기 4, 강원 3, 충북 2, 충남 3, 전북 3, 전남 2, 경북 4, 경남 4, 제주 2명 등 총 50명을 선발했다(행정안전부 공고 제 2008-48, 2008년 5월 16일 공고 참조).

689) 지역인재추천채용제에 추진배경에 관한 자세한 내용은 김동원, “지역인재추천채용제의 문제점 및 개선방안”, 「한국거버넌스학회보」 제14권 제1호, 한국거버넌스학회 (2007. 04), 270-271면 참조.

690) 균형인사지침(행정안전부예규 제159호, 2008년 06월 30일 제정) 참조.

691) 공무원임용령(대통령령 제20059호, 2007년 05월 16일 일부개정) 제22조의3 (지역인재의 추천채용); 균형인사지침(행정안전부예규 제159호, 2008년 06월 30일 제정); 지역인재추천채용제 시행에 따른 2008년도 견습직원 선발시험 시행계획 공고(중앙인사위원회 공고 제2007-96호, 2007년 11월 20일)

나. 합헌성 평가

지역인재추천채용제는 대학생 중 학업성적이 우수하고 기타 자격요건을 갖춘 자로서 학교장이 추천한 자를 대상으로 서류전형과 PSAT 및 구술시험 등을 거쳐 인턴으로 선발한 후, 3년 범위내의 인턴십 기간을 거쳐 공직적격성을 검증하여 일반직 6급 공무원으로 임용하는 제도이다. 합격자 선발시 특정 광역지방자치단체 소재의 대학 출신 비율이 당해 시험 합격자의 10%를 초과하지 않도록 합격자를 조정해야 하기 때문에⁶⁹²⁾ 사실상 지역에 기초한 할당제로서의 성격을 띠고 있다. 그 결과, 특정 지역 소재 대학 출신의 경우 상대적으로 높은 시험점수를 획득하고도 10% 할당조항 때문에 불합격할 수도 있는바,⁶⁹³⁾ 이는 시험성적이 아닌 지역을 기준으로 응시자들을 차별하는 것이다. 또한, 지역인재추천채용제는 시험성적이 아닌 지역을 기준으로 합격자를 선발한다는 점에서 국민의 공무담임권에 대한 침해 내지 그 속에 내재되어 있는 능력주의원칙에 위배된다는 비판에 직면할 수 있다.

생각건대, 지역인재추천채용제는 대학의 소재지, 즉 지역을 기준으로 응시자를 차별하고 있지만, 한국헌법은 지역에 대해 특별히 평등을 요구하는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 지역을 이유로 하는 차별취급은 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙이 적용되는 영역, 즉 광범위한 입법형성의 자유가 허용되어 '차의금지심사'를 받는 영역으로 이해할 수도 있지만, 한국헌법이 보장하고 있는 국민의 공무담임권에 대한 중대한 제약을 초래할 수 있다는 점에서 엄격한 심사를 받아야 한다. 그 결과, 지역인재추천채용제는 목적의 불가피성과 수단의 엄밀한 재단성, 즉 목적과 수단 간의 엄격한 비례관계가 인정되는 경우에만 합헌성이 긍정된다.

우선, 목적의 불가피성에 대해 살펴보면, 공무원 충원방식의 유연성과 다양성
공고) 참조.

692) 균형인사지침(행정안전부 예규 제159호, 2008년 6월 30일 제정) 참조.

693) 이에 대한 정확한 자료는 없지만, 2005년도 지역인재추천채용제 필기시험의 경우 서울 소재 대학 출신 응시자가 전체응시자에서 차지하는 비율이 31%(216명 중 66명)에 달했지만(서울신문, 2005년 08월 18일자 기사 참조), 이들이 전체합격자에서 차지하는 비율은 8%(50명 중 4명)에 그쳤는바(중앙인사위원회 보도자료, 2005년 12월 08일자 참조), 서울 소재 대학 출신 응시자가 타 지역 소재 대학 출신 응시자보다 높은 필기시험점수를 얻고도 불합격했을 가능성을 추정케 한다.

증진, 대학교육의 정상화, 국가균형발전이라는 지역인재추천채용제의 목적⁶⁹⁴⁾은 일응 정당한 것이라 평가될 수 있다. 특히 한국헌법 제123조 제2항이 지역경제육성을 통한 지역 간의 균형발전을 규정하고 있는 점을 고려할 때,⁶⁹⁵⁾ 적어도 국가균형발전이라는 지방인재채용목표제의 입법목적은 불가피한 목적에 해당된다고 할 수 있다.

다음으로, 수단의 엄밀한 재단성에 대해 살펴보면, 지역인재추천채용제의 10% 할당은 특정지역에 의한 공직의 독과점을 막을 수 있다는 점에서 국가균형발전이라는 입법목적에 어느 정도 기여를 한다. 그러나 목표제를 통한 추가합격과 같이 덜 제한적인 유효한 수단이 명백히 존재한다는 점에서 엄밀히 재단되었다고 보기 힘들다.

2. 지방인재채용목표제

가. 주요내용



정부는 지역인재추천채용제와는 별도로 지방인재의 공무원 임용기회를 확대하기 위해 2005년 12월 공무원임용시험령을 개정하여 소위 ‘지방인재채용목표제’를 도입했다.⁶⁹⁶⁾ 2007년부터 2011년까지 한시적으로 시행될 예정인 지방인재채용목

694) 정부는 지역인재추천채용제가 다양한 전문분야의 인재를 공직에 유치함으로써 필기시험에 의한 공채위주의 경직적인 공무원 충원방식에 유연성과 다양성을 높일 수 있고, 별도의 수험준비 없이 학교교육을 열심히 이수한 자에게 공무원이 되는 길이 열리게 되어 대학교육의 정상화에도 기여할 것으로 판단하고 있다. 또한, 광역자치단체별로 인원이 골고루 배정되도록 함으로써 지역인재의 공직임용 기회를 확대하는 한편, 지역간 균형있는 인재등용의 발판을 마련하여 국가균형발전에도 도움이 될 것으로 기대하고 있다. 중앙인사위원회, 2004년 10월 28일자 보도자료 참조.

695) 지역경제의 육성과 인재의 균등배분과의 관련성에 의문이 제기될 수 있다. 그러나 지역경제활동의 성과와 경쟁력은 자원, 생산요소의 양과 질, 자본 및 우수한 인적자원을 얼마나 많이 확보하느냐에 달려있기 때문에 양자는 밀접한 관련성을 가진다고 볼 수 있다. 조홍석, “인재지역할당제 : 헌법적 한계와 실현전제”, 한국비교공법학회, 「공법학연구」 제7권 제2호 (2006. 06), 103면.

696) 공무원임용시험령(대통령령 제19252호, 2005년 12월 30일 개정) 제20조의2 (지방인재의 선발예정인원 초과합격) ① 시험실시기관의 장은 지방인재(서울특별시를 제외한 지역 소재 대학의 졸업자 또는 졸업예정자를 말한다. 이하 같다)의 공무원 임용기회를 확대하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 제23조의 규정에 불구하고 5급 공개경쟁채용시험에서 한시적으로 지방인재가 선발예정인원의 일정비율 이상이 될 수 있도록 선발예정인원을 초과하여 지방인재를 합격시킬 수 있다. ② 제1항의 규정에 의하여 지방인재를 합격시킬 경우에 그 적용대상, 채용목표 비율, 합격자 결정방법 그 밖에 시

표제는 행정·외무고시 중 선발예정인원이 10명 이상인 시험단위에서 서울 이외의 지방인재의 합격자가 채용목표비율인 20%에 미달하는 경우 하한성적(1차의 경우는 합격선의 -2점, 2차의 경우는 합격선의 -1점) 이상인 지방인재 응시자 중에서 성적순에 의하여 당초의 합격예정인원을 초과하여 추가로 합격시키는 것을 내용으로 하는 지역인재에 대한 적극적 평등실현조치이다.⁶⁹⁷⁾

[표 9] 2008년도 지방인재채용목표제 주요내용⁶⁹⁸⁾

대상시험	▷ 행정·외무고등고시 중 선발예정인원이 10명 이상인 시험단위 (지역별 구분모집은 적용제외)
적용대상	▷ 서울특별시를 제외한 지역에 소재하는 대학의 졸업(예정)자 또는 서울특별시를 제외한 지역에 소재한 학교를 최종적으로 졸업·중퇴하거나 재학·휴학 중인 자
채용목표 및 합격상한	▷ 당초 합격예정인원의 20% ▷ 채용목표인원에 미달되더라도 지방인재의 추가합격은 당초 합격예정인원의 5% 이내로 제한 (단, 제1차 시험에서는 추가합격의 상한제한을 두지 않음)
실시방법	▷ 시험실시 단계별 합격자 중 지방인재의 비율이 20%에 미달하는 경우 하한성적 이상인 지방인재 응시자 중에서 성적순에 의하여 당초의 합격예정인원을 초과하여 추가 합격처리
하한성적	▷ 제1차 시험 : 합격선의 -2점, 제2차 시험 : 합격선의 -1점

나. 합헌성 평가

지방인재채용목표제는 행정·외무고시에서 지방인재의 채용목표비율을 정해놓고, 지방인재합격자가 목표비율 미만인 경우 일정한 범위 내에서 목표미달 인원만큼 추가로 합격처리하는 제도이다. 그 결과, 지방인재의 경우 당초 합격선에 들지 못했다 하더라도 추가로 합격할 수 있는 기회를 더 얻을 수 있는 반면, 서울인재의 경우에는 그 기회를 얻을 수 없기 때문에 서울인재에 대한 차별이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 또한, 경우에 따라서는 지방인재 응시자가 서울인재 응시자보다

험의 시행에 관하여 필요한 사항은 시험실시기관의 장이 정한다.

697) 균형인사지침(행정안전부예규 제159호, 2008년 06월 30일 제정) 참조.

698) 2008년도 국가공무원 임용시험계획 공고(행정안전부 공고 제2008-1호, 2008년 2월 29일 공고) 및 균형인사지침(행정안전부예규 제159호, 2008년 6월 30일 제정) 참조.

상대적으로 낮은 성적을 받고도 합격될 수 있는바, 이는 시험성적이 아닌 지역을 기준으로 합격자를 선발한다는 점에서 국민의 공무담임권에 대한 침해 내지 그 속에 내재되어 있는 능력주의원칙에 위배된다는 비판에 직면할 수 있다.

생각건대, 지방인재채용목표제는 대학의 소재지, 즉 지역을 기준으로 응시자를 차별하고 있지만, 한국헌법은 지역에 대해 특별히 평등을 요구하는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 지역을 이유로 하는 차별취급은 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙이 적용되는 영역, 즉 광범위한 입법형성의 자유가 허용되어 '자의금지심사'를 받는 영역으로 이해할 수 있지만, 한국헌법이 보장하고 있는 국민의 공무담임권에 대한 중대한 제약을 초래할 수 있다는 점에서 엄격한 심사를 받아야 한다. 따라서 지방인재채용목표제는 목적의 불가피성과 수단의 엄밀한 재단성, 즉 목적과 수단 간의 엄격한 비례관계가 인정되는 경우에만 합헌성이 긍정된다.

우선, 목적의 불가피성에 대해 살펴보면, 서울·지방간 불균형 해소, 인재의 수도권 집중현상 완화라는 지방인재채용목표제의 목적⁶⁹⁹⁾은 일응 정당한 것이라 평가될 수 있다. 특히 한국헌법 제123조 제2항이 지역경제육성을 통한 지역 간의 균형발전을 규정하고 있는 점을 고려할 때, 지방인재채용목표제의 입법목적은 불가피한 목적에 해당된다고 할 수 있다.

다음으로, 수단의 엄밀한 재단성에 대해 살펴보면, 지방인재채용목표제가 20%라는 목표비율을 설정하고 그에 미달하는 경우에 지방인재를 추가로 합격시키는 것은 목적을 실현하는데 기여하고 있다. 또한 당초 합격선에 든 서울인재 응시자를 배제하는 것이 아니라 추가로 합격시킨다는 점, 2011년에 종료되는 한시적 제도라는 점, 20%라는 채용목표가 과도하지 않다는 점,⁷⁰⁰⁾ 혜택을 받은 인원이 많

699) 정부는 지방인재채용목표제가 지방학교 출신의 고등고시 문호를 확대함으로써 갈수록 심화되는 서울·지방간 불균형을 해소하는데 크게 기여할 것으로 전망하고 있다. 또한, 지방인재채용목표제가 기존의 지역인재추천채용제와 더불어 지방학교 출신자에게 국가의 중견공무원이 될 수 있는 기회를 확대함으로써 인재의 수도권 집중현상을 완화하는 데 일조할 것으로 기대하고 있다. 중앙인사위원회, 2006년 12월 10일자 보도자료 참조.

700) 지방인재채용목표제가 적용되는 행정고시와 외무고시에서의 지방인재 응시자와 서울인재 응시자간의 비율에 대한 정확한 통계가 없기 때문에 20%의 목표가 적절한지 여부에 대해 판단을 내리기 쉽지 않지만, 일반적인 관념상 20%는 과도한 수치가 아니다. 특히, 지방인재채용목표제는 공직 내 위화감 조성을 막기 위해 1차 시험 이후의 시험단계에선 목표인원에 못 미치더라도 지방인재의 추가합격을 당초 합격예정인원의 5% 이내로 제한하고 있다. 예컨대, 2차 시험 결과, 지방학교 출신 합격자가 12%밖에 되지 않으면 17%까지만 추가 합격시킨다. 따라서 지방인재채용목표제의 목표비율은 과도한 수치가 아니다.

지 않다는 점,⁷⁰¹⁾ 그리고 하한성적을 설정하여 무자격자의 합격을 봉쇄하고 있다는 점 등을 고려하면, 지방인재채용목표제는 엄밀히 재단되었다고 볼 수 있다. 따라서 지방인재채용목표제는 서울인재의 평등권 및 공무담임권을 과도하게 제한한 다거나 공직임용의 능력주의원칙을 훼손하는 위헌적인 제도라 볼 수는 없다.

3. 대학입학의 기회균형선발제

가. 주요내용

심화되고 있는 사회양극화를 해소하고 학력에 따른 사회계층의 대물림을 방지하기 위해서는 사회적 약자에게 고등교육 접근기회를 실질적으로 보장할 필요가 있다. 이를 위해, 정부는 대학입학에 있어서 농어촌지역 학생, 전문계고교 졸업자, 기초생활수급권자 및 차상위계층 등 소위 ‘사회적 배려대상자’를 위한 정원의 특별전형 입학프로그램을 운영하고 있다.⁷⁰²⁾

1995년에 농어촌지역 학생을 대상으로 처음 도입⁷⁰³⁾된 이 제도는 2002년에 실업계고교(전문계고교) 졸업자에게 확대되었고,⁷⁰⁴⁾ 2008년에는 기초생활수급권자

701) 행정안전부 사이버 국가고시센터(<http://116.67.48.194/index.html>)에서 제공한 통계자료와 연구자가 자체 집계한 자료에 따르면, 국가에서 실시한 행정고시와 외무고시에서 지방인재 채용목표제를 통해 추가합격된 인원이 전체 합격자에서 차지하는 비율은 2007년에 각각 0.8%(행정고시 : 251명 중 2명)와 3.2%(31명 중 1명), 2008년에는 각각 0.8%(242명 중 2명)와 0%(35명 중 0명)에 불과하다.

702) 한편, 각 대학들은 지역균형선발, 사회적 배려대상자 선발 등과 같은 대학별 독자기준을 통해 정원 내에서 특별전형을 운영하고 있지만, 그 비율은 총정원의 약 1.1%에 그치고 있다. 교육인적자원부, “고등교육의 전략적 발전방안”, 대학총장토론회 발표자료 (2007년 06월 26일), 6면.

703) 1995년 6월 17일에 개정된 교육법시행령(대통령령 제14671호)은 세계무역기구(WTO)체제의 출범에 따라 농·어촌지역의 일환으로 도시지역에 비하여 상대적으로 열악한 교육환경에 놓여있는 농·어촌지역 학생에게 대학입학의 기회를 확대하기 위하여 대학 또는 전문대학의 학생선발에 있어 농·어촌지역 학생에 대한 특별전형제도를 도입했다. 동시행령에 따르면, 대학의 장은 농·어촌지역에 소재하는 고등학교(특수목적 고등학교를 제외)의 전 교육과정을 이수하고 졸업한 자로서 고등학교 재학기간 중 본인 및 그의 부모 모두가 농·어촌지역에서 거주한 자에 대하여는 교육적 기준에 따라 합리적으로 정하는 방법에 의하여 입학할 학생을 선발할 수 있었다(제71조의2 제7항). 한편, 1998년 2월 24일에 제정된 고등교육법시행령(대통령령 제15665호)을 통해 농어촌지역 학생의 정원의 입학비율은 대학의 학년 입학정원의 3%(모집단위별 입학정원의 10%) 이내로 확정되었고, 2005년 3월 25일의 고등교육법시행령(대통령령 제18752호) 개정을 통해 학년 입학정원의 4%(모집단위별 입학정원의 10%)로 확대되었다(제29조 제2항).

및 차상위계층까지 확대되었다.⁷⁰⁵⁾

[표 10] 현행 대학입학 기회균형선발제 주요내용⁷⁰⁶⁾

적용대상	▷ 고등교육을 받을 기회를 균등하게 제공하기 위하여 소득·지역 등의 차이를 고려하여 선발할 필요가 있는 자 - 농·어촌지역의 학생, 전문계고등학교 졸업자, 국민기초생활수급권자 및 차상위계층
선발방법	▷ 정원의 특별전형
선발비율	▷ 해당 학년 입학정원의 9% 이내 - 농·어촌지역의 학생 : 해당 학년 입학정원의 4% 이내 (해당 학년 모집단위별 입학정원의 10% 이내) - 전문계고등학교 졸업자 : 해당 학년 입학정원의 5% 이내 (해당 학년 모집단위별 입학정원의 10% 이내) - 국민기초생활수급권자 및 차상위계층 : 규정없음 (해당 학년 모집단위별 입학정원의 20% 이내)

나. 합헌성 평가



대학입학 기회균형선발제는 농·어촌지역의 학생, 전문계고등학교 졸업자, 국민기초생활수급권자 및 차상위계층의 학생을 정원 외로 선발하는 특별전형제도이다. 그 결과, 농·어촌지역의 학생 등은 일반전형과 특별전형 2가지 방식으로 대학입학이 가능한 반면, 그 이외의 학생들을 일반전형으로만 대학에 입학할 수 있기 때문에 농·어촌지역의 학생 등과 그 이외의 학생들을 차별하고 있다.

생각건대, 기회균형선발제는 출신지역, 출신학교의 성격, 경제적 지위에 따라 대학지원자를 차별하고 있는바, 이는 한국헌법이 교육의 영역에서 능력에 따른 기회균등을 강조하고 있는 점에 비추어 볼때, 기회균형선발제는 엄격한 심사를 받아

704) 2002년 5월 27일 개정된 고등교육법시행령(대통령령 제17607호)에 따라, 실업계고교 졸업자는 2004학년도부터 대학의 학년 입학정원의 3% 이내(모집단위별 입학정원의 10% 이내)의 범위안에서 정원외로 동일계열 학과에 입학할 수 있었다(제29조 제2항). 한편, 2007년 1월 24일의 고등교육법시행령(대통령령 제19842호) 개정을 통해, 실업계고교 졸업자의 정원의 입학비율은 학년 입학정원의 5%(모집단위별 입학정원의 10%)로 확대되었다(제29조 제2항).

705) 고등교육법시행령(대통령령 제20609호, 2008년 02월 14일 개정) 제29조 제2항.

706) 고등교육법시행령(대통령령 제20609호, 2008년 02월 14일 개정) 제29조 제2항 제14호 및 별표1 참조.

야 하는 영역에서 속한다. 따라서 기회균형선발제는 목적의 불가피성과 수단의 엄밀한 재단성, 즉 목적과 수단 간의 엄격한 비례관계가 인정되는 경우에만 합헌성이 긍정된다.

우선, 기회균형선발제의 목적은 불가피한 목적에 해당된다. 제도의 목적이 무엇인지 분명하지는 않지만, 예상되는 목적으로 과거 차별의 구제와 다양성 확보를 염두에 둘 수 있는바, 특히 다양성 확보라는 목적은 한국헌법이 학문의 자유와 대학의 자율성을 보장하고 있다는 점(제22조 제1항, 제31조 제4항)을 고려하면 불가피한 목적에 해당된다고 볼 수 있다.

다음으로, 기회균형선발제가 엄밀한 재단성 요건을 충족하는지 여부는 불분명하다. 농·어촌지역의 학생 등을 위해 별도의 정원을 설정하는 것은 할당에 해당되어 문제의 소지가 있다.⁷⁰⁷⁾ 하지만 구체적인 정원, 농어촌 대상지역, 전형방법, 지원 자격 등을 대학의 장이 결정하도록 되어 있기 때문에(고등교육법 제34조), 시행기관에 의해 구체적으로 실시되었을 경우의 차별여부는 별론으로 하더라도 제도 자체의 위헌 여부에 대해서는 구체적인 판단이 어렵다.



707) 기회균형선발제의 위헌성에 대해서는, 조석훈, “차등적인 교육적 보상기준에 의한 대학입학 특별전형의 법적 논리와 한계”, 『교육행정학연구』 제21권 제2호 (통권 제51호), 한국교육행정학회 (2003. 07), 431-454면 참조.

제5장 결 론

오늘날 우리가 실현해야 할 평등의 내용은 단순히 ‘형식적 평등’ 내지 ‘기회에 있어서의 평등’에 머무르는 것이 아니라 ‘실질적 평등’ 또는 ‘결과 내지 조건에 있어서의 평등’을 의미한다고 정리할 수 있지만, 사회현실에서의 평등이념의 실현은 아직도 요원하다. 이는 특히, 유색인종·여성·장애인 등 역사상 집단적·구조적으로 직·간접적인 차별을 받아온 소위 ‘마이노리티(minority)’의 경우에 있어서 더욱 두드러진다.

그렇다면, 이러한 사회적 약자에 대한 효과적인 보호방법은 무엇인가? 이에 대한 답으로는 사회적 약자에게 부여된 각종 기본적 권리에 대한 충분한 보장, 특히 사회적 기본권의 실효적 보장 등을 고려할 수 있지만, 사회적 약자에게 무엇보다도 요구되는 것은 평등대우일 것이다. 이는 사회적 약자가 보호의 대상이 되어야 하는 이유, 즉 현실을 생각하면 분명해진다. 사회적 약자가 보호되어야 하는 이유는 그들이 약자라는 이유로 사회적으로 소외되어 있고, 그 소외의 결과로 합리적 이유가 없는 차별, 그것도 과도한 차별을 받고 있기 때문이다. 따라서 사회적 약자를 보호하기 위한 가장 유효적절한 방법은 바로 약자에 대한 평등한 대우일 것이다.

평등실현을 위한 국가의 개입은, 우선, 한국헌법상 명문 규정처럼 불합리한 차별금지와 균등한 기회의 보장을 통해 형식적으로 평등한 취급을 하는 것이다. 그러나 고착화된 차별 관행을 시정하고 차별효과의 구조적 악순환의 고리를 끊어 삶의 조건에서의 평등 내지 결과에서의 실질적인 평등을 실현하기 위해서는 소극적인 차별금지조치만으로 불충분하고, 경우에 따라서는 부당한 차별의 불이익을 누적적·세습적으로 받게 되는 집단에 대한 특단의 우대·보호조치가 잠정적으로나마 요구될 수 있다. 그러한 우대조치는 사회적 약자에게 특히 필요한데, 왜냐하면 사회적 약자는 민주적 의사결정구조를 통해서조차도 스스로를 보호할 수 있는 제도적 장치를 만들어내기 어렵기 때문이다.

그러나 이미 지적한 바와 같이, 그러한 우대조치가 비록 적극적 평등실현조치로서 정당성을 가진다고 할지라도, 그것으로 인하여 반사적으로 불이익을 받게 되는

집단으로부터는 그것이 오히려 평등실현이 아닌 역차별(reverse discrimination)이라는 비판과 불만이 제기되어 왔다. 그러한 상황 속에서 부당한 차별을 시정·철폐하고 실질적인 평등을 실현하기 위해서는 적극적 평등실현조치에 대한 비판과 불만을 극복할 수 있어야 한다. 그러기 위해서는 그것이 비록 실질적인 평등의 실현을 위한 조치라고 할지라도 불필요한 희생을 최소화할 수 있도록 헌법상 허용될 수 있는 범위 안에서 이루어져야 한다. 그렇지 못할 경우에는 그러한 조치의 제도화 자체가 역차별이라는 국민적 저항의 난관에 좌초될 수밖에 없으며, 설령 그러한 난관을 극복하고 제도화되더라도 사법적 판단에 의한 위헌결정으로 결국 무산될 수밖에 없을 것이다.

바로 이러한 관점에서 이 논문은 적극적 평등실현조치의 헌법적 허용범위 내지 그 한계를 밝힘으로써 한국에서 제도화되거나 거론되는 우대조치의 합헌성 여부를 판단하는 것을 기본적인 목적으로 설정했다. 물론 어떠한 적극적 평등실현조치가 헌법상 허용되는지 여부는 평등원칙 및 관련헌법규정의 해석을 통하여 비로소 판단될 수 있다. 즉, 평등원칙 등의 헌법해석을 통하여 심사기준을 밝혀내고, 그러한 심사기준에 따라 합헌성 요건의 충족 여부를 심사함으로써 합헌성 여부를 판단할 수 있다. 그런데 평등원칙이라는 것 자체가 너무나 포괄적이고 추상적인 개념이어서 그것을 해석하여 심사기준을 정립하는 것은 쉬운 일이 아니다. 앞에서 검토한 바와 같이, 실제로 한국에서는 평등원칙에 대한 심사기준이 세밀하게 정립되어 있지 않다. 설령, 현재 한국에서 일반적인 평등원칙에 대한 심사기준이 정립되었다 하더라도 그 심사기준이 적극적 평등실현조치에 그대로 적용될 수 있을지는 여전히 의문으로 남는다.

우리는 한국헌법상의 평등원칙 및 관련헌법규정의 해석을 통하여 적극적 평등실현조치의 합헌성 심사기준에 관해 최소한 기준을 설정할 수 있는바, 그것은 비로 심사기준의 다원화이다.

한국헌법상의 평등을 상대적 평등으로 이해하는 한, 입법자는 평등의 영역에서 광범위한 입법형성의 자유를 갖는다. 그러나 이러한 입법형성의 자유는 무제한의 것이 아니라 일정한 한계를 갖게 되며, 그 한계 속에서 입법형성의 자유는 단계적으로 축소된다. 예컨대, 만약 헌법이 특별규정을 통해 차별을 명백히 금지하는 경우에는 입법형성의 자유는 축소되고, 그 결과, 차별취급은 엄격한 심사를 통과해야만 헌법적으로 생존할 수 있다. 그러나 만약 헌법이 특별규정을 통해 차별을

허용하는 경우에는 차별금지의 경우보다는 광범위한 입법형성의 자유가 허용되고, 그 결과, 차별취급은 보다 완화된 심사를 통과해도 헌법적으로 생존할 수 있다.

즉, 적극적 평등실현조치에 대한 합헌성 심사기준은 일률적인 것이 아니라 구체적 상황에 따라 엄격한 심사가 적용되기도 하고, 보다 완화된 심사가 적용되기도 한다. 여기서의 ‘보다 완화된 심사’는 ‘엄격한 심사보다 상대적으로 완화된 심사’를 의미하는 것이지, 단순한 ‘자의금지심사’를 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면, 대다수의 적극적 평등실현조치는 필연적으로 관련 기본권에 중대한 제약을 초래하기 때문이다. 따라서 적극적 평등실현조치에 대한 합헌성 심사기준은 비례성심사, 즉 목적의 정당성에 대한 심사뿐만 아니라 목적과 수단 간의 비례관계에 대한 심사를 요구한다. 이러한 사정을 적극적 평등실현조치에 대입하면, 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다.

첫째, 헌법이 특별히 차별을 금지하고 있는 영역에 있어서 또는 헌법이 특별히 차별을 금지하고 있는 사유를 근거로 적극적 평등실현조치를 실시한 경우에는 엄격한 심사를 받게 된다. 즉, i) 모든 영역에서의 성별·종교 및 사회적 신분을 이유로 한 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제11조 제1항 제2문 및 헌법 제20조 제2항), ii) 교육의 영역에서 능력 이외의 것을 이유로 한 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제31조 제1항), iii) 선거에 있어서의 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제41·67·116조) 등은 엄격한 (비례성) 심사를 받아야 한다.

둘째, 헌법이 오히려 차별을 명령하고 있는 영역 또는 사유를 근거로 적극적 평등실현조치를 실시한 경우에는 보다 완화된 심사를 받게 된다. 즉, i) 근로의 영역에서의 여성과 연소자에 대한 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제32조 제4·5항), ii) 취업에 있어서의 국가유공자·상이군경·전몰군경유가족에 대한 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제32조 제6항), iii) 신체장애자에 대한 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제34조 제5항), iv) 중소기업에 대한 우대조치 및 적극적 평등실현조치(헌법 제123조 제3항)는 보다 완화된 (비례성) 심사를 받아야 한다.

그런데 이러한 심사기준의 다원화만으로는 적극적 평등실현조치에 합헌성 평가를 충분히 수행할 수 없다. 심사기준 간의 구체적 차이점과 세부기준이 제시되어 있지 않기 때문이다. 현실이 이러하다면, 우리는 외국에서의 논의에 대해 조심스레 귀를 기울일 필요가 있는바, 적극적 평등실현조치에 관한 논의와 사법적 심사

가 활발히 이뤄진 미국의 이론과 판례는 여러모로 한국에 많은 시사점을 줄 수 있다. 특히, 미국 연방대법원의 적극적 평등실현도치에 관한 심사기준은 한국의 평등심사기준인 비례성원칙과 매우 유사한 구조를 갖고 있다. 미국 연방대법원은 적극적 평등실현조치에 관해 다원화된 심사기준을 정립하고 있는바, 인종 등에 근거한 적극적 평등실현조치에 대해서는 목적의 불가피성과 수단의 엄밀한 재단성을 요구하는 엄격심사를, 성별 등에 근거한 적극적 평등실현조치에 대해서는 목적의 중요성과 수단의 실질적 관련성을 요구하는 중간단계심사를 일반적으로 적용하고 있다. 미국 연방대법원의 엄격심사와 중간단계심사에서 요구하는 ‘목적의 불가피성’과 ‘목적의 중요성’ 요건은 한국의 비례성심사에서 요구하는 ‘목적의 정당성’ 요건과 유사하다. 또한 미국의 엄격심사와 중간단계심사에서 요구하는 ‘수단의 엄밀한 재단성’과 ‘수단의 실질적 관련성’ 요건은 한국의 비례성심사에서 요구하는 ‘수단의 적정성’, ‘수단의 필요성(피해의 최소화)’ 그리고 ‘법익의 균형성’ 요건과 유사하다. 이러한 점을 고려하면, 적극적 평등실현조치에 대한 미국의 심사기준은 한국에서의 적극적 평등실현조치에 대한 합헌성 평가에 여러모로 유용하게 사용될 수 있고, 우리는 미국 연방대법원 심사기준의 수용을 통해 한국의 심사기준을 구체화시킬 수 있는바, 적극적 평등실현조치에 대한 미국 연방대법원의 심사기준을 한국의 평등심사기준에 응용하면 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다.

첫째, 엄격한 심사를 받는 적극적 평등실현조치는 목적의 불가피성과 수단의 엄밀한 재단성을 충족해야 하고, 보다 완화된 심사를 받는 적극적 평등실현조치는 목적의 중요성과 수단의 실질적 관련성을 충족해야 합헌성을 인정받게 된다. 그런데 미국의 엄격심사에서의 ‘엄밀한 재단성’과 중간단계심사에서의 ‘실질적 관련성’의 심사를 함에 있어서 적용되는 구체적인 세부기준은 거의 비슷하다. 따라서 한국의 엄격한 심사와 보다 완화된 심사는 목적의 정당성의 비중에만 차이가 있을 뿐 목적과 수단과의 관계에 대한 평가는 거의 동일하다.

둘째, 적극적 평등실현조치가 엄격한 심사 또는 보다 완화된 심사를 통과하기 위해서는 그 목적이 불가피한 것 또한 중요한 것이어야 한다. 우선, 엄격한 심사를 받는 적극적 평등실현조치의 목적은 불가피한 목적이어야 한다. 미국 연방대법원은 일반전인 평등심사에서 인종이나 혈통과 같은 ‘의심스러운 분류(suspect classification)’에 기초한 차별 또는 투표권이나 주간통행권과 같은 ‘근본적 권리(fundamental right)’에 부담을 주는 차별을 정당화시키기 위한 요건으로 목적의

불가피성을 요구하는바, 연방대법원이 그와 같은 ‘의심스러운 분류’와 ‘근본적 권리’에 대해 불가피성을 요구하는 이유는 헌법이 그러한 것에 대해 - 명시적으로 또는 묵시적으로 - 특별한 제약이나 보호를 하고 있기 때문이다. 따라서 적극적 평등실현조치의 목적이 불가피성을 충족시키기 위해서는 그 목적이 특별한 헌법적 제약이나 보호에 상응하는 특별한 헌법적 가치를 실현해야 한다. 한국헌법이 특별히 성별에 의한 차별을 금지하고 있다는 점(헌법 제11조 제1항 제2문)과 학문의 자유와 대학의 자율성을 보장하고 있다는 점(제22조 제1항, 제31조 제4항)을 고려하면, 미국 연방대법원이 불가피한 목적으로 인정하고 있는 과거차별의 구제나 교육의 다양성확보는 한국헌법 하에도 불가피한 이익을 판단될 수 있다. 다음으로, 보다 완화된 심사를 받는 적극적 평등실현조치의 목적은 중요한 목적이어야 한다. 여기서 중요하다는 것은 그 목적이 ‘불가피’할 필요까지는 없지만, 그렇다고 단순히 ‘정당한(legitimate)’ 것에 그쳐서는 안 된다는 것을 의미한다. 따라서 행정적 편의라든가 부정적인 고정관념에 근거한 입법목적은 허용될 수 없고, 적어도 질서유나 공공복리와 같은 중요한 목적이어야 한다.

셋째, 적극적 평등실현조치가 합헌성 심사를 통과하기 위해서는 불가피한 목적 또는 중요한 목적을 실현해야 할 뿐만 아니라 적극적 평등실현조치가 선택한 수단이 목적 실현을 위해 엄밀히 재단되거나 실질적으로 관련이 있어야 한다. 즉, 불가피한 목적과 수단 간에 비례관계가 성립해야 한다. 이러한 비례관계의 성립여부는 통상 ‘수단의 적정성’, ‘수단의 필요성(최소침해성)’, ‘법익의 균형성’ 심사를 통해 확인되는데, 특히 ‘수단의 필요성(최소침해성)’과 ‘법익의 균형성’을 심사하는 과정에서 덜 침해적이고 효과적인 대안이 있는지 여부, 예외조항과 잠정성을 갖춘 유연한 조치인지 여부, 달성해야 될 수적 목표를 설정한 경우에는 그 목표가 관련 노동시장과의 관계에서 적절한지 여부, 무고한 제3자에게 과도한 부담을 주고 있는지 여부 등을 종합적으로 검토해야 한다. 따라서 덜 침해적이면서도 효과적인 대안이 발견된다든가, 수단이 엄격한 할당 또는 예외가 인정되지 않는 경직된 조치로 인정된다든가, 설정한 목표가 관련 노동시장이나 관련 인구와의 관계에서 터무니 없이 부적절하다든가, 무고한 제3자에게 과도한 부담을 주는 경우에는 위헌을 면하기 어렵다.

이러한 기준에 따라 현재 한국에서 시행 중인 적극적 평등실현조치와 각종 우대조치를 검토한 결과, 거의 대부분의 조치들이 헌법적 한계를 준수한 것으로 평

가되었다. 그러나 이것은 좋은 일만은 아니다. 이것은 적극적 평등실현조치들이 너무 미약하게 실시되고 있다는 반증이기도 하다. 또한 현행의 각종 적극적 평등 실현조치들은 사회적 약자의 공직, 직장, 학교에의 진입에만 초점을 맞추고 있다. 그 결과, 적극적 평등실현조치를 통해 공직 등에 진입한 사회적 약자들은 스스로 조직에 적응해 생존할 것을 요구받고 있다. 보다 실질적인 평등실현을 위해서는 단순히 공직 등의 진입에만 초점을 둘 것이 아니라 적응에 초점을 준 조치들이 필요하다. 따라서 각종 직무교육, 보충교육, 금전적 지원 등이 절실하다.



참 고 문 헌

- 강승식, “미연방대법원의 평등심사기준”, 「법과 정책연구」 제2집 제1호, 한국법정
책학회 (2002. 06).
- 강승식, “평등관련 미국 연방대법원 판례의 근래의 동향”, 「공법학연구」 제6권 제
3호, 한국비교공법학회 (2005. 12).
- 교육인적자원부, “고등교육의 전략적 발전방안”, 대학총장토론회 발표자료 (2007
년 06월 26일).
- 국가인권위원회, 「국가인권위원회 연간보고서」, 국가인권위원회 (2007).
- 국가인권위원회, 「인권백서」, 국가인권위원회 (2004).
- 권영설, “소수자 권리보호의 법적 기초”, 「법제연구」 제23호, 한국법제연구원 (20
02. 12).
- 권영설, “역차별의 헌법문제”, 「논문집」 제27집, 중앙대학교 (1983. 10).
- 권영성, “신 헌법과 법앞의 평등”, 「월간고시」 제169호, 법학사 (1988. 02).
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사 (2008).
- 권영호, “한국여성인권에 관한 연구”, 「토지공법연구」 제26집, 한국토지공법학회
(2005. 06).
- 권용수, “적극적 조치(Affirmative Action)의 민간부문 확산을 위한 전략 탐색”, 「
사회과학논총」 제27집, 건국대학교 사회과학연구소 (2003. 12).
- 계희열, 헌법학(중), 박영사 (2007).
- 김경희, “적극적 조치의 민간부문으로의 확대방안 - 미국사례를 중심으로”, 「여성
연구」 제68호, 한국여성개발원 (2005. 6).
- 김기영, “미국에서의 평등권에 관한 이론”, 「아·태공법연구」 제7집, 아세아·태평양
공법학회 (2000. 12).
- 김대환, “헌법재판의 심사기준의 다양화 가능성과 과잉금지원칙의 헌법적 근거”,
「세계헌법연구」 제12권 제2호, 국제헌법학회 한국학회 (2006. 12).
- 김도균, “공정으로서의 정의관에서 본 남녀평등 - ‘잠정적 우대조치’ 개념의 분
석”, 「법철학연구」 제5권 제2호, 한국법철학회 (2002. 12).

- 김동원, “지역인재추천채용제의 문제점 및 개선방안”, 「한국거버넌스학회보」 제14권 제1호, 한국거버넌스학회 (2007. 04).
- 김문현, “군필자가산점제의 위헌 결정에 대한 평가”, 「시민과 변호사」 제74호, 서울지방변호사회 (2000. 03).
- 김문현, “남녀평등에 관한 미국 법여성학적 시각들에 관한 일 고찰”, 「공법연구」 제29집 제3호, 한국공법학회 (2001. 05).
- 김문현, “남녀평등에 관한 미연방대법원 판례의 분석”, 「헌법학연구」 제3집, 한국헌법학회 (1997. 10).
- 김문현, “인재지역할당제의 헌법적합성”, 「지방자치」 제112호, 현대사회연구소 (1998. 01).
- 김문현, “평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계 위헌심사기준에 대한 평가”, 「미국헌법연구」 제17권, 미국헌법학회 (2006. 09).
- 김민정, “EU의 성평등정책이 회원국의 국내정책에 미친 영향 - 프랑스 동수를 위한 헌법개정을 중심으로”, 「21세기 정치학회보」 제14집 제1호, 21세기 정치학회 (2004. 06).
- 김병록, “헌법과 여성 - 여성의 지위를 중심으로”, 「헌법학연구」 제11권 제1호, 한국헌법학회 (2005. 03).
- 김선옥, “잠정적 우대조치로서의 할당제”, 「법학논집」 창간호, 이화여자대학교 법학연구소 (1996).
- 김선옥·김명숙, 「여성일정비율 할당제 도입에 관한 연구」, 연구보고서 200-06, 한국여성개발원 (1994. 06).
- 김선옥·장명선, “적극적 조치에 관한 유럽사법재판소 판례의 최근 동향”, 「법학논집」 제8권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소 (2003).
- 김성희, “장애인 차별실태와 정책과제”, 「보건복지포럼」 제95호, 한국보건사회연구원 (2004. 09).
- 김승환, “헌법과 민주주의”, 「민주법학」 통권 제31호, 민주주의법학연구회 (2006. 09).
- 김엘림, “제대군인가산점제도와 고용차별”, 「노동법연구」 제9호, 서울대학교 노동법연구회 (2000. 12).

- 김연진, “차별의 시정인가, 우대인가 - 소수세력차별시정정책(Affirmative Action)과 그에 대한 논쟁”, 「미국사연구」 제18집, 한국미국사학회 (2003. 11).
- 김영봉, “고시 및 취업할당제는 정당한가”, 「시민과 변호사」 제123호, 서울지방변호사회 (2004. 04).
- 김영환, “적극적 평등실현조치에 관한 연구”, 영남대학교 대학원, 박사학위논문 (1991. 02).
- 김영환, “적극적 평등실현조치와 다양성 이론”, 「논문집」 제14집, 경주대학교 (2001. 02).
- 김영환, “최근 미국 연방대법원의 판례에 나타난 적극적 평등실현조치(Affirmative Action)의 합헌성 기준”, 「공법학연구」 제8권 제4호, 한국비교공법학회 (2007. 11).
- 김영휴, “평등보장에 관한 연구”, 「사회과학연구」 제13집, 조선대학교 사회과학연구소 (1990. 06).
- 김영휴, “평등보장의 기준에 관한 연구 - 한국과 미국의 경우를 중심으로”, 전남대학교 대학원, 박사학위논문 (1989. 08).
- 김영희, “성차별과 적극적 조치”, 「여성정책포럼」 제2호, 한국여성개발원 (2003. 06).
- 김영희·박현미, 「할당제의 합헌성에 관한 연구 - 평등권에 비추어본 여성일정비율 할당제」, 연구보고서 210-02, 한국여성개발원 (1997. 02).
- 김 욱, “‘법 앞의 평등’이념을 어떻게 이해할 것인가?”, 「민주법학」 제11호, 민주주의법학연구회 (1996. 04).
- 김원홍외 2인, 「정당의 여성공천할당제 활성화 방안」, 연구보고서 210-06, 한국여성개발원 (2002. 08).
- 김원홍외 2인, 「정당의 여성당직자 확대 방안」, 연구보고서 210-05, 한국여성개발원 (2000. 06).
- 김원홍외 3인, 「정당의 여성후보공천 확대방안에 관한 연구」, 연구보고서 210-14, 한국여성개발원 (2003. 12).
- 김윤상, “서울의 인재집중문제 시정효과에 비해 역차별 미미하다”, 「지방자치」 제116호, 현대사회연구소 (1998. 05).

- 김은경, “유럽연합에서의 사회적 평등실현을 위한 법적 원칙”, 「유럽연구」 제20호, 한국유럽학회 (2005. 02).
- 김주환, “일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안”, 「공법학연구」 제9권 제3호, 한국비교공법학회 (2008. 08).
- 김주환, “평등권의 다차원적 성격”, 「인권과 정의」 제334호, 대한변호사협회 (2004. 06).
- 김철수, 「헌법학개론」, 박영사 (2006).
- 김현철, “미국 연방대법원의 평등보호에 관한 판례와 위헌심사기준”, 「헌법논총」 제11집, 헌법재판소 (2000. 12).
- 김현철, “미국헌법상 평등보호와 엄격심사기준에 관한 연구”, 연세대학교 대학원, 박사학위논문 (2001. 06).
- 김현철, “성차별에 관한 미국 연방대법원 판례”, 「헌법논총」 제13집, 헌법재판소 (2003. 12).
- 나달숙, “미국헌법상 평등보호를 위한 사법심사”, 「법학연구」 제20집, 한국법학회 (2005. 11).
- 명재진, “고용에 있어서 여성을 위한 적극적 평등실현조치”, 「공법학연구」 제7권 제3호, 한국비교공법학회 (2006. 08).
- 문미경외 2인, 「공공부문 여성참여확대정책의 발전방안 연구」, 2006 연구보고서-7, 한국여성개발원 (2006. 12).
- 민무숙외 3인, 「국민통합을 위한 차별해소 방안」, 연구보고서 270-01, 한국여성개발원 (2004. 12).
- 박경신, “평등의 원초적 해석과 실질적 평등의 논리적 고찰 - 제대군인가산점 위헌결정 평석”, 헌법실무연구회 제13회 발표자료 (2000. 10. 06).
- 박민영, “주요국 장애차별금지법의 비교법적 연구”, 「공법학연구」 제8권 제1호, 한국비교공법학회 (2007. 02).
- 박선영, “외국의 차별시정기구 개관 및 한국에 주는 시사점”, 「국제노동브리프」 제3권 제1호, 한국노동연구원 (2005. 01).
- 박선영외 2인, 「차별시정기구의 국제비교 및 정책적 함의」, 연구보고서 270-07, 한국여성개발원 (2004. 12).

- 박승우, “미국과 한국에서의 적극적 평등실현조치”, 「개신법학」 제2권, 충북대학교 법학연구소 (2002).
- 박승호, “미연방대법원과 적극적 평등실현조치”, 「헌법학연구」 제12권 제3호, 한국헌법학회 (2006. 09).
- 박승호, “여성에게 유리한 성차별에 관한 미연방대법원 판례”, 「미국헌법연구」 제17권 제2호, 미국헌법학회 (2006. 09).
- 박종보, “미국헌법상 기본권의 체계와 이론적 특징”, 「미국헌법연구」 제17권 제1호, 미국헌법학회 (2006. 03).
- 박지동 역(Alexis de Tocqueville 저), 「미국의 민주주의」, 한길사 (1983).
- 박진완, “평등과 다원성”, 「헌법학연구」 제6권 제1호, 한국헌법학회 (2000. 05).
- 변용찬외 6인, 「2005년도 장애인 실태조사」, 정책보고서 2006-04, 보건복지부 한국보건사회연구원, (2006. 03).
- 변재옥, “미국헌법에 있어서 남녀평등의 발전”, 「여성문제연구」 제12호, 대구효성가톨릭대학교 사회과학연구소 (1983. 12).
- 변재옥, “적극적 평등실현조치에 관한 판례” 「미국헌법연구」 제3권, 미국헌법학회 (1992. 10).
- 변재옥·김영환, “적극적 평등실현조치의 법리(I)”, 「사회과학연구」 제8집 제1·2권, 영남대학교 사회과학연구소 (1988. 12).
- 변재옥·김영환, “적극적 평등실현조치의 법리(II)”, 「사회과학연구」 제9집 제1권, 영남대학교 사회과학연구소 (1989. 08).
- 석인선, “미국의 의회입법권과 위헌법률심사제의 상호관계”, 「헌법학연구」 제10권 제3호, 한국헌법학회 (2004. 09).
- 석인선, “미국헌법판례상 성에 근거한 적극적 평등실현조치의 사법심사기준에 관한 소고”, 「공법연구」 제26집 제2호, 한국공법학회 (1998. 06).
- 석인선, “젠더구분에 근거한 차별의 합헌성심사”, 「공법연구」 제36집 제4호, 한국공법학회 (2008. 06).
- 석인선, “헌법상 양성평등과 할당제”, 「법과 사회」 제16·17호, 법과사회이론학회 (1999. 11).
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사 (2008).

- 소진운·이상현, “평등보호와 사법심사”, 「법학연구」 제1집, 군산대학교 법학연구소 (1997).
- 손희권, “교육에서의 법 앞의 평등권”, 「교육학연구」 제36권 제3호, 한국교육학회 (1998. 08).
- 송강직, “가산점 제도와 고용차별”, 「법학논고」 제25집, 경북대학교 법학연구소 (2006. 12).
- 신 율, “한국 정치에서의 여성 정치참여의 필요성과 여성 과소대표의 극복방안”, 「2000년」 제240호, 현대사회문화연구소 (2003. 04).
- 안경환, “법치주의와 소수자 보호”, 「법과 사회」 제12호, 법과사회이론학회 (1995. 11).
- 안경환, “소수자 보호를 위한 법리”, 「법과 사회」 제2호, 법과사회이론학회 (1990. 03).
- 안경환, “평등권 - 미국헌법을 중심으로”, 「헌법재판연구」 제6권, 헌법재판소 (1995. 09).
- 양현아, “서구의 여성주의 법학 - 평등과 차이의 논쟁사”, 「법사학연구」 제26호, 한국법사학회 (2002. 10).
- 엄판호, “여성차별철폐협약과 남녀평등권”, 「공법학연구」 제3권 제2호, 한국비교공법학회 (2002. 03).
- 엄철현 역 (Terry H. Anderson 저), 「차별철폐정책의 기원과 발자취」, 한울 아카데미 (2006).
- 엄철현, “미국 고등교육기관에서 적극적 차별 수정 정책의 적용에 따른 연방법원의 판결과 시사점”, 「비교교육연구」 제16권 제1호, 한국비교교육학회 (2006. 03).
- 오병선, “남녀평등과 적극적 평등화조치”, 「법철학연구」 제4권 제1호, 한국법철학회 (2001. 05).
- 오병선, “적극적 평등화조치와 정의의 문제”, 「서강법연구」 제2권, 서강대학교 법학연구소 (2000. 03).
- 우은복, “성역할 고정관념과 양성평등사회 실현의 과제”, 「한국교육연구」 제8권 제1호, 한국교육연구소 (2002. 10).

- 유숙란, “‘크리티칼 매스’와 성평등 구조 구축 과정 - 한국의 민주화 이후 정치적 대표성을 중심으로”, 「국제정치논총」 제46집 제1호, 국제정치학회 (2006. 04).
- 윤명선, “평등권에 관한 헌법적 고찰”, 「논문집」 제22집, 경희대학교 (1993. 12).
- 이경주, “여성공무원채용목표제와 양성평등”, 「법학논고」 제15집, 경북대학교 법학연구소 (1999. 12).
- 이경희, “공무원 채용 시험시 제대군인에 대한 가점부여 제도의 헌법적 고찰”, 「민주법학」 제8호, 민주주의법학연구회 (1994).
- 이국운, “지역, 종족성, 국적에 근거한 차별과 한국 사회 - 차별극복으로서의 지방분권”, 「사회이론」 제23호, 한국사회이론학회 (2003. 11).
- 이기옥, “정치의 계절에 떠오르는 생각들 - 여성의 정치참여와 할당제”, 「지방자치」 제139호, 현대사회연구소 (2000. 04).
- 이노홍, “미국연방헌법상 국가행위(State Action)이론에 관한 연구”, 이화여자대학교 대학원, 박사학위논문 (2002. 07).
- 이명웅, “위헌여부 판단의 논증방법”, 「저스티스」 통권106호, 한국법학원 (2008. 09).
- 이명웅, “자유와 평등의 관계 - 상호 조화의 관점”, 「헌법논총」 제14집, 헌법재판소 (2003. 12).
- 이발래, “인권법상 소수자 보호체계와 차별심사에 관한 연구”, 「헌법학연구」 제9권 제1호, 한국헌법학회 (2003. 05).
- 이부하, “평등보호의 사법심사기준에 관한 소고 - 미대법원 판례를 중심으로”, 「한양법학」 제12집, 한양법학회 (2001. 12).
- 이상현, “헌법상 평등보호조항에 관한 사법심사의 기준”, 「헌법학연구」 제3집, 한국헌법학회 (1997. 10).
- 이용우, “현행 정치권 여성할당제의 문제점과 개선방향”, 「지방자치」 제171호, 현대사회연구소 (2002. 12).
- 이육한, “자유권과 평등권의 사법적 심사구조”, 「사법행정」 제44권 제3호, 한국사법행정학회 (2003. 03).

- 이육한, “차별금지원칙과 실질적 평등권 - 양성평등을 중심으로”, 「공법학연구」 제6권 제3호, 한국비교공법학회 (2005. 12).
- 이육한, “평등권에 대한 헌법재판소의 통제”, 「사법행정」 제40권 제4호, 한국사법행정학회 (1999. 04).
- 이종근, “적극적 평등화조치의 합헌성 요건 - 미연방대법원 교육관련 판례를 중심으로”, 「공법학연구」 제8권 제3호, 한국비교공법학회 (2007. 08).
- 이종근, “평등권 보장에 있어서의 위헌법률심사기준”, 「공법학연구」 제9권 제3호, 한국비교공법학회 (2008. 08).
- 이종민, “미국 방송압력단체들의 행태 연구 - 결정적 다수(Critical Mass)이론을 중심으로”, 「한국방송학회보」 통권 제14-3호, 한국방송학회 (2000. 가을).
- 이종수, “사회적 차별과 평등의 실현”, 「연세법학연구」 제10권 제2호, 연세법학회 (2004. 02).
- 이주희, “미국의 차별시정기구”, 「국제노동브리프」 제3권 제1호, 한국노동연구원 (2005. 01).
- 이준일, “법적 평등과 사실적 평등 - ‘제대군인 가산점 제도’에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로”, 「안암법학」 제12호, 안암법학회 (2001. 02).
- 이준일, “소수자(minority)와 평등원칙”, 「헌법학연구」 제8권 제4호, 한국헌법학회 (2002. 12).
- 이준일, “소수자의 기본권”, 「인권과 정의」 제328호, 대한변호사협회 (2003. 12).
- 이준일, “평등원칙”, 「안암법학」 제8호, 안암법학회 (1998. 12).
- 이준일, 「헌법학강의」, 홍문사 (2007).
- 이철호, “장애인차별금지법과 장애인의 인권”, 「한국콘텐츠학회논문지」 제8권 제8호, 한국콘텐츠학회 (2008. 08).
- 이한태, “고용에 있어서 양성평등을 위한 적극적 평등실현조치에 관한 연구”, 충남대학교 대학원, 박사학위논문 (2008).
- 이향순, 「미국의 고용평등제도에 관한 연구 - 적극적 조치를 중심으로」, 한국노동연구원 (1997. 06).

- 임지봉, “미국 연방대법원의 평등심사 기준”, 「법조」 제550호, 법조협회 (2002. 07).
- 임지봉, “소수자 및 약자의 권리 보호와 헌법재판”, 「민주법학」 통권 제31호, 민주주의법학연구회 (2006. 09).
- 임지봉, “적극적 평등실현조치(Affirmative Action)”, 「고시연구」, 고시연구사 (2003. 12).
- 임지봉, “적극적 평등실현조치와 실질적 평등” 「법조」 제563호, 법조협회 (2003. 08).
- 임지봉, “적극적 평등실현조치와 평등권 - 미국과 우리의 비교를 중심으로”, 건국대학교 법학연구소 개교기념 학술대회 (2003. 05. 13).
- 장경섭외 4인, “차별해소를 위한 정책방향”, 「보건복지포럼」 제95호, 한국보건사회연구원 (2004. 09).
- 장명선, “성평등 실현을 위한 적극적 조치에 관한 연구”, 이화여자대학교 대학원, 박사학위논문 (2007. 02).
- 장영수, “헌법상 평등원칙과 평등권의 실현구조”, 「고려법학」 제36호, 고려대학교 법학연구원 (2001. 04).
- 전일균, “‘Affirmative Action’을 통해 본 교육평등의 의미 연구”, 「교육철학」 제32집, 교육철학회 (2004. 08).
- 전학선, “프랑스의 평등원칙 실현에 관한 연구”, 「세계헌법연구」 제12권 제2호, 국제헌법학회 한국학회 (2006. 12).
- 정경희, “여성 차별실태와 정책과제”, 「보건복지포럼」 제95호, 한국보건사회연구원 (2004. 09).
- 정극원, “국가의 사회적 의무”, 「헌법학연구」 제10권 제3호, 한국헌법학회 (2004. 09).
- 정극원, “헌법상의 사회국가 원리”, 「공법연구」 제26집 제2호, 한국공법학회 (1998. 06).
- 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사 (2008).
- 정태호, “헌법재판의 한계에 관한 고찰 - 입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로”, 「공법연구」 제30집 제1호 (2001. 12).

- 정혁인, “사회적 약자란 누구인가”, 「저널리즘 평론」 제21호, 한국언론재단 (2005. 09).
- 조경호·최무현, “장애인 공직임용 확대방안에 관한 연구 - 대표관료제 관점을 중심으로”, 「정책분석평가학회보」 제14권 제3호, 한국정책분석평가학회 (2004. 12).
- 조 국, “현 시기 한국 사회에서 ‘소수자(the minorities)’의 인권문제”, 「인문논총」 제16집, 울산대학교 인문과학연구소 (1999. 06).
- 조명래, “지역발전을 위한 인재지역할당제의 평가”, 「지방자치」 제113호, 현대사회연구소 (1998. 02).
- 조석훈, “차등적인 교육적 보상기준에 의한 대학입학 특별전형의 법적 논리와 한계”, 「교육행정학연구」 제21권 제2호 (통권 제51호), 한국교육행정학회 (2003. 07).
- 조용만, “고용차별 해소를 위한 적극적 조치의 정당성 - 미국 판례법에 기초한 남녀고용평등법의 해석론”, 「노동법연구」 제20호, 서울대학교 노동법연구회 (2006. 상반기).
- 조재현, “미국헌법상 적극적 평등실현조치”, 「진리논단」 제9호, 천안대학교 (2004. 02).
- 조지형, “‘평등’의 언어와 인종차별의 정치 - 브라운 사건을 중심으로”, 「미국사연구」 제17집, 한국미국사학회 (2003. 05).
- 조태열, “차별방지 및 소수자보호에 관한 소위원회”, 「국제인권법」 제2호, 국제인권법학회 (1998. 12).
- 조홍석, “국공립대 여성교수 채용목표제의 헌법적 정당성”, 「법학논고」 제24집, 경북대학교 법학연구소 (2006. 6).
- 조홍석, “국공립대학의 교수임용과 보직에 대한 성적(性的) 균형발전 방안”, 「공법학연구」 제5권 제3호, 한국비교공법학회 (2004. 12).
- 조홍석, “미국 연방대법원의 적극적 평등실현 조치”, 「미국헌법연구」 제12권, 미국헌법학회 (2001. 06).

- 조홍석, “미국 연방대법원의 평등심사에 관한 헌법적 권한 - 사법소극주의시대와 적극주의시대를 중심으로”, 『아·태공법연구』 제7집, 아세아·태평양공법학회 (2000. 12).
- 조홍석, “사회적 평등의 실현을 위한 독일연방헌법재판소의 권한”, 『한독법학』 제11호, 한독법률학회 (1995. 06),
- 조홍석, “인재지역할당제 : 헌법적 한계와 실현전제”, 한국비교공법학회, 『공법학연구』 제7권 제2호 (2006. 06).
- 조홍석, “평등권에 관한 헌법재판소 판례의 분석과 전망”, 『공법연구』 제33집 제4호, 한국공법학회 (2005. 06).
- 조홍석, “평등심사에 관한 미국 연방대법원의 현대적 경향”, 『헌법학연구』 제6집 제2호, 한국헌법학회 (2000. 11).
- 중앙인사위원회, 『주요 외국의 Affirmative Action 연구 및 우리나라 인사정책에서의 발전방향』, 정책자료집 2004-10, 중앙인사위원회 (2004. 10).
- 차수봉, “적극적 우대조치의 합헌성에 대한 연구”, 『세계헌법연구』 제13권 제2호, 국제헌법학회 한국학회 (2007. 12).
- 차종천, “차별의 개념 및 실태와 원인”, 『보건복지포럼』 제95호, 한국보건사회연구원 (2004. 09).
- 차진아, “사회국가적 요청과 과세”, 『헌법학연구』 제11집 제2호, 한국헌법학회 (2005. 06).
- 차진아, “사회적 평등의 의미와 실현구조”, 『안암법학』 제21호, 안암법학회 (2005. 04).
- 채형복, “유럽연합(EU)에 있어 적극적 조치와 양성평등원칙”, 『세계헌법연구』 제14권 제1호, 국제헌법학회 한국학회 (2008. 03).
- 최대권, “평등 - 그 실현의 도덕적 및 사회적 기초”, 『사회이론』 제7권, 한국사회이론학회 (1989).
- 최무현, “적극평등인사정책(Affirmative Action)의 세 가지 접근법과 시사점”, 『현대사회와 행정』 제12권 제1호, 한국국정관리학회 (2002. 04).
- 최무현, “한국의 적극평등인사정책 과정에 관한 연구”, 연세대학교 대학원, 박사학위논문 (2002. 02).

- 최윤희, “미국에서의 결과적 차별행위(Disparate Impact) 이론에 대한 고찰”, 「노동법연구」 제20호, 서울대학교 노동법연구회 (2006. 상반기).
- 최윤희, “현행 남녀고용평등법의 간접차별 규정에 대한 비교법적 고찰”, 「비교사법」 제13권 1호, 한국비교사법학회 (2006. 03).
- 하주영, “성불평등과 차별시정정책”, 「철학연구」 제62집, 철학연구회 (2003).
- 하혜수, “지방대학 육성의 당위성과 현실성”, 「지방자치」 제179호, 현대사회연구소 (2003. 08).
- 한병호, “사회적 기본권 규정에 관한 헌법개정의 검토”, 「헌법학연구」 제12권 제4호, 한국헌법학회 (2006. 11).
- 한병호, “인간다운 생존의 헌법적 보장에 관한 연구 - 구체적 권리로서의 실현가능성을 중심으로”, 서울대학교 대학원, 박사학위논문 (1993. 02).
- 한병호, “정의론에 관한 소고 - J. Rawls의 정의론을 중심으로”, 「해사법연구」 제1호, 한국해사법학회 (1989. 02).
- 한상범, “현대사회에 있어서 평등권의 체문제”, 「고시연구」 제94호, 고시연구사 (1982. 01).
- 한상운·이창훈, “성별에 따른 평등권의 문제”, 「헌법학연구」 제14권 제1호, 한국헌법학회 (2008. 03).
- 한상운·이창훈, “현행 헌법상 평등심사기준에 관한 연구”, 「성균관법학」 제20권 제1호, 성균관대학교 비교법연구소 (2008. 04).
- 한상희, “국가인권위원회법 제30조의 해석론 - 시민권으로서의 인권과 민주적 기본질서”, 「헌법학연구」 제8집 제4호, 한국헌법학회 (2002. 12).
- 한수용, “엄격한 기준에 의한 평등원칙 위반여부의 심사 - 헌법재판소 제대군인가산점 결정(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363)에 대한 판례평석을 겸하여”, 「법학연구」 제6권, 홍익대학교 법학연구소 (2005. 02).
- 한수용, “평등권의 구조와 심사기준”, 「헌법논총」 제9집, 헌법재판소 (1998. 12).
- 한수용, “헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위”, 「저스티스」 통권95호, 한국법학원 (2006. 12).
- 한수용, “헌법재판의 한계 및 심사기준”, 「헌법논총」 제8집, 헌법재판소 (1997. 12).

- 한정자의 4인, 「각국의 공적부문에 있어서의 여성차별철폐조치에 관한 연구 - 유엔여성차별철폐협약의 이행과 관련하여」, 한국여성개발원 (1993. 02).
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사 (2008).
- 홍성방, “평등의 원리와 평등권”, 「사회과학연구」 제8집, 서강대학교 사회과학연구소 (1999. 12).
- 홍성방, 「헌법학」, 현암사 (2003).
- 황도수, “법규범으로서의 평등의 사적 전개”, 「헌법논총」 제7집, 헌법재판소 (1996. 12).
- 황도수, “헌법상 평등개념의 이해”, 「헌법논총」 제4집, 헌법재판소 (1993. 12).
- 황도수, “헌법재판의 심사기준으로서의 평등”, 서울대학교 대학원, 박사학위논문 (1996. 08).
- 황무임, “헌법에 근거한 양성평등권에 대한 연구”, 「복지행정연구」 제11집, 안양대학교 복지행정연구소 (1995. 11).
- Alan H. Goldman, *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton, NJ: Princeton University Press (1979).
- Allan Ides & Christopher N. May, *Constitutional Law-Individual Rights: Examples and Explanations*, NY : Aspen Pub (2004).
- Albert G. Mosley & Nicholas Capaldi, *Affirmative Action: Social Justice or Unfair Preference?*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, Inc. (1996).
- Ali M. Raza et al., *The Ups and Downs of Affirmative Action Preferences*, New York, NY: Praeger Publishers (1999).
- Bernard R. Boxill, *Blacks & Social Justice*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers Inc. (1992).
- Colm O' cinneide, “아일랜드 차별시정기구”, 「국제노동브리프」 제3권 제1호, 한국노동연구원 (2005. 01).
- Colm O' cinneide, “영국차별시정 및 인권위원회(CEHR)”, 「국제노동브리프」 제3권 제1호, 한국노동연구원 (2005. 01).

- David B. Oppenheimer, "Distinguishing Five Models of Affirmative Action", in Joseph F. Healey & Eileen O'Brien eds., *Race, Ethnicity, and Gender: Selected Readings*, Thousand Oaks, CA: Pine Forge Press (2004).
- Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, NY : Aspen Law & Business Publishers (1997).
- George M. Fredrickson, "A Liberal of Affirmative Action", in Robert Post & Michael Rogin eds., *Race and representation: Affirmative Action*, NY: Zone Books (1998).
- George Sher, "Justifying Reverse Discrimination in Employment", 4 Phil. & Pub. Aff., (Winter, 1975).
- Gerald Gunther, "The Supreme Court, 1971 Term—Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", 86 *Harv. L. Rev.* 1 (1972).
- Girardeau A. Spann, *The Law of Affirmative Action: Twenty-Five Years of Supreme Court Decisions on Race and Remedies*, NY: New York University Press (2000).
- Hans A Linde, "Who Must Know What, When, and How: the Systematic Incoherence of 'Interest' Scrutiny", in Stephen E. Gottlieb, *Public Values in Constitutional Law*, Ann Arbor, MI: University of Michigan Press (1993).
- Henry Cambell Black, *Black's law dictionary*, sixth edition, MA: West Publishing Co. (1990).
- Holly A. Dyer, "Gender-Based Affirmative Action: How Does It Fit in the Tiered Scheme of Equal Protection Scrutiny?", 41 *Kansas Law Review* 591 (spring, 1993).
- Howard Schweber, "Affirmative action", in *The Oxford Companion to American Law*, Oxford and New York: Oxford University Press (2002).
- Irving Dillard, "The Emancipation Proclamation in the Perspective of Time", 23 *Law In Transition* 95 (1963).

- James E. Jones, Jr., "The Origins of Affirmative Action", 21 *U.C. Davis L. Rev.* 383 (1988).
- James W. Nickel, "Preferential Policies in Hiring and Admissions: A Jurisprudential Approach", 75 *Colum. L. Rev.* 534 (1975).
- K. Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy: A Model and Legal Analysis*, Totowa, NJ: Rowman and Littlefield (1980).
- Kellough J. Edward, *Federal Equal Employment Opportunity Policy and Numerical Goals and Timetables: An Impact Assessment*, NY: Praeger Publishers (1989).
- Kellough J. Edward, *Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination, and the Search for Justice*, D.C.: Georgetown University Press (2006).
- Michael K. Braswell et al., "Affirmative Action: An Assessment of Its Continuing Role in Employment Discrimination Policy", 57 *Alb. L. Rev.* 365 (1993).
- Owen M. Fiss, "Groups and Equal Protection Clause", 5 *Phil. & Pub. Aff.* 107 (1976).
- Richard N. Appel, Alison L. Gray and Nilufer Loy, "Affirmative Action In The Workplace: Forty Years Later", 22 *Hofstra Lab. & Emp. L. J.* 549 (2005).
- Robert K. Fullinwider, *The Reverse Discrimination Controversy: A Moral and Legal Analysis*, Totowa, NJ: Rowman and Littlefield (1980).
- Robert A. Margo, "Explaining Black - White Wage Convergence, 1940-1950", 48 *Indust. & Lab. Rel. Rev.* 470 (1995)
- Ronald Turner, "Thirty Years of Title VII's Regulatory Regime : Rights, Theories, and Realities", 46 *Ala. L. Rev.* 375 (1995)
- Ronald J. Fiscus, *The Constitutional Logic of Affirmative Action*, Durham, NC: Duke University Press (1992).

Ronnie B. Tucker, *Affirmative Action, The Supreme Court, and Political Power in the Old Confederacy*, Lanham, MD: University Press of America (2000).

Sean Christopher Hayes, “미국 연방대법원과 평등보호 - Grutter v. Bollinger : 현대 미국 연방대법원의 일관된 모순”, 「헌법논총」 제14집, 헌법재판소 (2003. 12).

Stanley Fish, "Reverse Racism, or How the Pot Got to Call the Kettle Black," *Atlantic Monthly* (November, 1993).

Steven Emanuel, *Constitutional Law Capsule Summary*, Larchmont, NY : Emanuel Publishing Corp. (2000).

U.S. Dept. of Commerce, *Local Public Works Program, Round II, Guidelines for 10% Minority Business Participation LPW Grants* (1977).

EnCyber 두산백과사전 (<http://www.encyber.com>).

국가통계포털 (<http://www.kosis.kr/>)

행정안전부 사이버 국가고시센터 (<http://116.67.48.194/index.html>).