

사회적 약자에 대한 차별과 평등권*

이 부 하**

I. 서 론

사회적 취약계층이란 개념은 일반적으로 장애인 등 신체적 또는 경제적인 여건이 열악한 계층을 말한다. 사회적 취약계층은 국가와 사회가 지원해야 하는 ‘사회적 약자’(underprivileged)와 경제적 어려움 때문에 여러 영역에 있어서 동등한 기회를 갖기 힘든 ‘사회적 빈자’(destitute)로 2분화할 수 있다. 본고에서 다루려고 하는 사회적 약자에는 장애인, 동성애자, 미혼모, 어린이, 노인, 시간강사, 지방대 출신자, 대학원 석박사 과정생 등을 들 수 있겠다.

평등권과 관련하여 가장 많이 회자되는 격언인 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게”라는 말의 의미를 음미해 볼 필요가 있다. 평등권은 “본질적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 취급할 것”을 요구한다.¹⁾ 따라서 평등권 위반여부의 심사는 첫째, 본질적으로 동일한 것을 다르게 하거나 본질적으로 차이가 있는 것을 동일하게 하는 경우를 확인해야 한다. 둘째, 그러한 차별대우를 헌법적으로 정당화할 수 있는 합리적 이유가 존재하는지를 판단해야 한다. 결국 평등 내지 불평등은 객관적 평가기준을 요구하게 된다. 그런데 평등원칙은 곧바로 그에 상응하는 기준을 내포하는 것이 아니라, 그러한 기준을 전제로 한다. 평등대우와 불평등대우간의 구별은 평등원칙으로부터 곧바로 도출되는 것이 아니라, ‘평가’라는 작업이 필요하다.²⁾ 그런데 이러한 평가에 있어서 엄두해 두어야 할 사항은 평등대우가 ‘원칙’이고, 불평등대우는 필수적으로 근거를 요구하는 ‘예외’가 되어야 한다는 것이다.³⁾ 그러나 사회적 약자를 위한 헌법적 배려는 전체 국가와 사회의

* 투고일자 : 2011. 06. 05 심사일자 : 2011. 06. 17 게재확정일자 : 2011. 06. 24

** 영남대학교 법학전문대학원 교수

1) Pieroth/Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, 24. Aufl., Rn. 431.

2) Fuß, JZ 1959, S. 329 (330); Hesse, FS für Lerche, S. 121; Robbers, Gerechtigkeit, S. 750; Rübner, in: BK-GG, Art. 31 Rn. 44.

조화와 공익을 위해 지향해야 할 사항으로서 법제도적으로 관철되어야 할 사항이다.

II. 평등권의 심사구조와 법해석

1. 자유권과 평등권간의 심사구조 차이

자유권에 있어서는 3단계 심사구조를 지닌다. 먼저 당해 자유권의 보호영역이 확정되어야 하고, 그 다음으로 기본권의 보호영역에 대한 국가의 침입(Eingriff)이 확인되어야 한다. 마지막으로 이러한 국가의 침입이 헌법적으로 정당화될 수 있는지를 심사한다.⁴⁾ 기본권의 보호영역(Schutzbereich)⁵⁾이란 국가의 해당 기본권에의 침입(Eingriff)이 정당화되려면 헌법상 침입과 관련하여 요구되는 형식적·실질적 요건을 충족하여야 하는 영역을 말한다.⁶⁾ 이러한 기본권의 보호영역은 원칙적으로 법률상 법익형량에 의해서 개별적으로 확정되는 것이 아니라, 헌법해석에 의하여 일반적으로 그 영역이 확정된다.⁷⁾

반면, 평등권에 있어서는 2단계 심사구조를 지닌다. 이는 평등권의 경우에는 보호영역이 존재하지 않기에 보호영역에 대한 제한도 없게 되는 것이다. 따라서 평등권에 있어서는 먼저 차별대우가 존재하는지 여부를 심사하고, 그 다음으로 그러한 차별을 헌법적으로 정당화할 수 있는지 여부를 심사한다.⁸⁾

2. 평등권 심사단계

평등권의 심사는 일반적으로 3단계로 구조화된다. 첫째는 차별대우의 존재를 확인하는 작업이다. 둘째는 차별표지(differentia specifica)에 의거하여 상이한 사람, 상이한

3) Rübner, in: BK-GG, Art. 31 Rn. 15.

4) 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 제9권 제3호, 2008. 8, 206쪽.

5) 일부 견해는 기본권 보호영역을 “기본권에 의해서 보호되는 생활영역”이라고 정의한다(Pieroth/Schlink, Grundrecht - Staatsrecht II, Rn. 195).

6) 이에 관하여는 G. Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 25쪽 이하; 한수웅, 자유권의 보호범위, 헌법학연구 제12권 제5호, 2006. 12, 47쪽.

7) J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und das staatliche Schutzpflicht, § 111 Rn. 42; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, S. 40; Pieroth/Schlink, Grundrecht - Staatsrecht II, Rn. 253.

8) Pieroth/Schlink, Grundrecht - Staatsrecht II, Rn. 10.

인적 집단 또는 상이한 상황이 공통의 상위개념하에서 논의될 수 있어야 한다. 셋째는 본질적으로 동일한 것을 법적으로 불평등대우가 있음을 확인하는 작업이다.⁹⁾

첫째, 차별대우의 존재 확인이 필요하다. 헌법적으로 정당화되는 차별대우는 ① 어느 사람, 어느 인적 집단, 어느 상황이 제한 또는 급부에 의하여, 참여나 절차를 통해 특정한 방식으로 법적인 대우를 받고 있는 경우, ② 다른 사람, 다른 인적 집단, 다른 상황이 특정한 다른 방식으로 법적인 대우를 받고 있는 경우, ③ 위의 두 사람, 두 인적 집단, 두 상황이 그 밖의 사람, 그 밖의 인적 집단, 그 밖의 상황을 제외하는 하나의 공통된 상위개념하에 파악될 수 있는 경우이다.¹⁰⁾

선결적 문제로서 헌법적으로 차별대우를 어떻게 선별할 것인가 하는 것이다. 이를 위해 먼저 올바른 비교집단을 선정하는 것이 필요하다.¹¹⁾ 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 당해 법규정의 의미와 목적에 의거해 판단된다. 입법자가 입법형성의 자유를 가지고 일정한 목적을 설정하고 이 목적을 달성하기 위한 규율대상을 차별적으로 규율할 필요성을 가진다면, 그에 합당한 차별기준을 설정하게 된다. 이러한 차별대우는 이를 헌법적으로 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 필요로 한다.

둘째, 비교집단 상호간 본질적 동일성이 존재하고, 특정한 공통의 징표를 가지고 공통의 상위개념하에서 논의될 수 있어야 한다.¹²⁾ 본질적 동일성 여부란 사람이나 인적 집단 또는 상황과 비교될 수 있는 것이어야 한다. 비교가능성은 비교점(*tertium comparationis*)을 필요로 한다.¹³⁾ 비교점은 법적으로 상이하게 대우되어지는 상이한 사람, 인적집단 또는 상황을 포괄하는 공통적인 상위개념(*genus proximum*)이다.¹⁴⁾ 근본적으로 공통의 상위개념에 포함될 수 있는가를 먼저 살펴야 한다. 예를 들면, 변호사, 세무사, 공인회계사, 관세사, 변리사, 건축사, 수의사, 행정사, 노무사 등의 보수와 부동산중개업자의 보수의 차별을 두어 부동산중개업자에게는 법정수수료¹⁵⁾ 양자가 공통의 상위개념에 포함될 수 있는지를 살펴보아야 한다. 양자의 보수는 자격증을 가진 자가 서비스를 제공하는 행위의 반대급부로서 받는 대가라는 공통의 상위개념을 지니고 있

9) Michael/Morlok, Grundrechte, 2008, Rn. 787 ff.

10) Pieroth/Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II., Rn. 435.

11) A. Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 53 ff.

12) W. Heun, Freiheit und Gleichheit, in: Merten/Papier, HGR, Bd. II, 2006, § 34, Rn. 40.

13) A. Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 64 ff.

14) P. Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HdbStRV, § 124 Rn. 20.

15) 현재 2002. 6. 27, 2000헌마642등.

다. 그런데 다른 직업과 부동산중개업은 직업의 업무성격이 다르고 그 성격에 따른 보수의 차별을 정당화하는 이유(국민경제의 영향효과)가 존재하므로 입법자가 이를 달리 취급할 수 있는 것이다. 이러한 공통적인 상위개념하에 차별표지(differentia specifica)에 의거한 상이한 사람, 상이한 인적 집단 또는 상이한 상황이 완전하고 중국적으로 명확해져야 한다. 차별표지를 어떻게 선정하느냐에 따라 비교대상의 범위가 변화할 수 있다. 차별표지를 부정확하고 완화할수록 동일한 범주로 보아야 할 범위가 넓어지고, 차별표지를 정확하고 엄격하게 할수록 동일한 범주의 범위가 좁아진다. 예를 들면, 차별표지로서 ‘직업’으로 상정하면 내과의사와 안과의사는 동일한 범주에 속하게 된다. 그런데 차별표지를 ‘전공’으로 한다면 내과의사와 안과의사는 다른 범주에 속하게 된다.

셋째, 본질적으로 동일한 것을 법적으로 불평등대우가 있음을 확인하는 작업이다. 그러나 불평등대우의 경우에도 다르게 대우하는데 정당한 이유가 있는지를 심사하게 된다.

III. 주요 국가의 평등원칙의 심사기준

1. 미국 연방대법원의 평등보호 심사기준

1) 미국의 합리성심사기준

미국 헌법상 연방대법원 판례로 정립된 심사기준으로 합리성심사, 엄격심사, 그리고 중간심사라는 기준들은 특별히 ‘평등권’과 관련된 기준이다. 합리성 심사기준과 관련하여 수정헌법 제14조의 평등보호조항은 주(州)가 법률의 시행시 대상을 분류함에 있어서 광범위한 재량을 가지는 것으로 해석되어 왔다. 합리적 기준이 있고 필요한 정부이익과 합리적으로 연관되어 있는 한, 법률상의 차별이 불평등한 결과를 가져온다고 해도 반드시 헌법상 평등보호조항에 위배되는 것은 아니다.¹⁶⁾

합리적 차별기준은 1920년의 Royster Guano Co v. Virginia 사건¹⁷⁾ 판결에서 구체적으로 확립되었다. 이 사건에서 미국 연방대법원은 「차별은 자의적인 것이 아니라 합리적이어야 하며, 그 차별은 동일한 상황하에 있는 모든 사람들이 동일하게 처우될 수

16) Jerome A. Barron & C. Thomas Dienes, Constitutional Law, 4th ed, (West Publishing Co. St. Paul, Minn), 1995, p. 190.

17) Royster Guano Co. v. Virginia, 253 U.S. 412 (1920).

있도록, 입법목적상 정당하고 실질적인 관련성이 있는 차별을 함에 있어서 어느 정도 근거가 있어야 한다」고 판시하였다. 여기서 연방대법원은 첫째로 차별이 자의적인 것이 아니라 합리적인 근거가 있어야 한다는 것을 판결에서 인정하고 있고, 둘째로 그 차별은 ‘입법목적’에 정당하고 ‘실질적인’ 관련이 있는 차별수단이어야 한다고 하면서, 입법목적과의 「실질적인 관련성」을 강조하였으며, 셋째로 입법목적과 구체적 차별 사이에는 엄격한 관계를 요구하지 않고, 다만 ‘상당한 정도의 합리적 근거’만을 요구하고 있다.

결국, 합리성 심사기준이라 함은 연방의회가 제정한 법률이 추구하는 목적과 수단에 합리적인 연관성만 존재하면, 당해 법률의 합헌성이 인정된다는 원칙을 말한다. 미국 연방대법원은 법률이 자의적(arbitrary)이거나 일관성이 결여(capricious)되지 아니한 경우에는 이러한 합리성 기준을 대부분 충족시키고 있는 것으로 보고 있다.¹⁸⁾ 합리적 차별 여부에 대한 판단은 「(1) 차별의 근거, (2) 그 차별에 의하여 침해받는 권리의 성격, (3) 그 차별에 관하여 정부(국가)가 획득하려는 이익」에 의하여 좌우된다.¹⁹⁾

2) 미국의 엄격심사기준

엄격심사는 입법목적과 차별하는 수단간에 합리적인 관련성만 있으면 되는 것이 아니라, 어떠한 차별이 ‘기본적 권익’(fundamental right)에 영향을 주거나 ‘위헌에 의심이 가는 차별’(suspect classification)기준에 기초를 둔 경우에 그 차별수단이 ‘절박한 공익’(compelling public interests)을 달성하기 위한 목적에 반드시 필요한 경우이어야 합헌으로 판단된다. 엄격심사는 ‘위헌에 의심이 가는 차별’에 해당하는 사항과 ‘기본적 권익’에 해당하는 사항에 대하여 실시된다.

이처럼 미국의 합리성심사기준과 엄격심사기준은 평등권과 관련한 심사기준이고 목적과 수단간의 관계가 합리적이냐 아니면 반드시 필요한 관계이냐에만 중점을 두고 있지, 피해의 최소성이라든가 법익의 균형성은 전혀 다루지 않고 있다. 따라서 미국에서의 합리성심사와 엄격심사기준은 원칙적으로 평등권에만 국한하여 적용되며, 목적과 수단의 관계만을 언급하기에 우리 헌법상 일컫는 비례성 심사의 내용과 범주에 포함하기에는 어려움이 있다.

3) 미국의 중간심사기준

18) 이상운, 영미법, 박영사, 1997, 191쪽.

19) Jerome A. Barron & C. Thomas Dienes, Constitutional Law, p. 190.

중간심사는 워렌(Warren) 대법원의 이중기준²⁰⁾의 결함을 보완하기 위해 구상한 심사기준으로, 엄격심사를 하게 되면 위헌이 되고, 합리성 심사를 하면 합헌이 되는 결과를 인식하면서부터 형성되기 시작하였다. 이중심사기준의 이론적 결함은 양자간 분리의 경직성과 엄격심사에 있어 '위헌의 의심이 가는 차별'과 '기본적 권익'에 해당하는지 여부 판단이 주관적이라는 것이다. 버거(Burger) 대법원은 평등보호사건에 있어서 이러한 경직성의 문제를 어떻게 해결할 것인가에 궁리 끝에 “중간심사”(Intermediate test)를 채택하게 되었다. 이 심사기준을 '엄격한 합리성 심사'(Strict rationality test) 또는 중간적 엄격심사(Intermediate scrutiny test)라고도 한다.²¹⁾

미국 연방대법원에 의해 제시된 중간심사기준은 그 차별이 중요한 정부목적 달성에 데 실질적으로 연관되는지에 대하여 심사한다. 평등보호에 있어서 이러한 중간심사는 ‘성차별’과 ‘혼인 외의 자에 대한 차별’에 적용되어 왔다.²²⁾ 이 중간심사 또는 엄격한 합리성심사는 1976년의 Craig v. Boren 사건²³⁾에서 정립된 것인데, 워렌(Warren) 대법원 시대의 심사기준보다는 좀 더 완화된 기준이 되고 있다. 이 사건은 오클라호마(Oklahoma) 주(州)의 소년보호법규에서 음주운전과 교통사고를 방지한다는 목적으로 맥주를 남자는 21세, 여자는 18세 이하에게 판매할 수 없다고 규정한 것이 성차별로서 문제된 것이었다. 이 사건 판결에서 브레넌(Brennan) 대법관은 첫째, 성차별이 합리성을 가지기 위해서는 중요한 정부목적의 실현에 기여하여야 하고, 또한 그러한 목적을 실현하는데 실질적으로 관련이 있어야 하고, 둘째, 그러한 성차별과 주의 중요한 목적실현과의 사이에 실질적인 관련이 있다는 것을 입증할 수 없으면, 그 주법은 위헌이라고 판결하였다.²⁴⁾ 즉, 중간심사기준은 입법목적의 중요성과 그 목적과 차별수단과의 실질적 적합성을 그 특징으로 한다.²⁵⁾

중간심사기준에 의하게 되면, ‘성’에 근거한 적극적 평등실현조치의 법률은 중간심사

20) 이중심사기준이란 정신적 자유의 우월적 지위를 인정하여 경제적 자유의 합리성 심사보다는 정신적 자유를 규제하는 법률에 대하여는 엄격한 심사를 요구하는 이론이다.

21) G. Gunter, Constitutional Law, (11th ed., 1985), p. 596.

22) Barron & Dienes, op. cit., p. 205.

23) Craig v. Boren, 429 U. S. 190 (1976). 음주운전과 교통사고 방지의 목적에도 불구하고, 이 법령은 위헌으로 판결되었다. 이는 정형화(Stereotyping)를 촉진하는 목적으로 성(성)을 이유로 하는 차별은 정당화될 수 없고, 남녀의 경제적 지위, 남녀의 특성에 관한 지나치게 광범위한 일반화에 기초한 차별은 평등보호조항위반이라고 판시하였다.

24) Lockhart/Kamisar/Choper/Shiffscin, Constitutional Law, 6th ed.(St. Paul. West Publishing Co., 1986), pp. 1290-1292.

25) H. T. Laurence, The American Constitutional Law, New York, 1978, p. 1085.

를 받게 되는데 반해, ‘인종’에 근거한 적극적 평등실현조치의 법률은 엄격심사를 받게 된다. 이러한 결과는 소수인종에게 유리한 법률보다 여성에게 유리한 법률을 제정하기가 더 쉽게 된다. 그 때문에 동일한 사회적 약자에 대한 차별대우임에도 불구하고 양 관련법률이 다른 심사기준에 의해 판단된다는 문제가 발생한다.

2. 독일 연방헌법재판소의 평등원칙 심사기준

1) 자의금지원칙

독일 연방헌법재판소는 “법률상 차별을 위해 합리적인 근거, 사물의 본질상 도출되는 근거나 특별히 객관적으로 명백한 근거를 발견할 수 없을 때 평등원칙은 침해된다.”²⁶⁾고 판시하였다. 독일 헌법상 자의금지는 평등원칙을 판단하는 기준이며²⁷⁾, 이러한 자의를 구체화하는 권한은 입법자에게 부여되고, 입법자가 입법형성권의 한계를 준수하였는지 여부의 판단 및 통제는 사법부, 특히 헌법재판소의 권한이 된다. 같은 것을 같게, 다른 것을 다르게 다루지 않았다고 바로 평등원칙 위반이 되는 것은 아니고, 그러한 차별대우가 헌법상 합리적인 이유를 지니지 못하는 경우, 즉 자의적인 경우 평등원칙 위반이 된다.²⁸⁾ 여기서 말하는 ‘자의’는 입법자에 의하여 의도적으로 불합리하게 행해진 차별이라는 의미의 ‘주관적 자의’가 아니라, 차별에 의해 규율하려는 사실관계에 있어서 차별의 명백한 불합리성, 즉 ‘객관적 자의’를 의미한다.²⁹⁾

자의금지원칙이란 본질적으로 서로 평등한 것을 자의적으로 불평등하게 또는 서로 불평등한 것을 자의적으로 평등하게 취급하는 것을 금지한다는 원칙이다. 여러 대상이 평등한가 불평등한가는 비교하는 대상들이 갖고 있는 특징적인 표지들이 본질적인가 아니면 비본질적인가와 관련된다. 본질적인가 아니면 비본질적인가 여부는 비교가 행해지는 관점에 따라 달라진다. 즉 차별기준의 선택 문제이다.³⁰⁾

자의금지원칙에 따르면, 비교집단간의 상황을 판단하는 것이 아니라, 잘못된 법률적

26) BVerfGE 1, 14 (52).

27) 평등권과 관련한 자의금지를 설명하는 논문으로는 한수웅, 평등권의 구조와 심사기준, 『헌법논총』 제9집 (1998), 41쪽 이하; 박진완, 자의금지와 비례성의 원칙, 『헌법판례연구』 [5], 박영사, 2003. 11, 103쪽 이하; 김주환, 입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제, 『헌법논총』 제11집 (2000), 431쪽 이하 참조.

28) BVerfGE 37, 121 (129).

29) BVerfGE 2, 266 (281).

30) 예를 들어 ‘인간’이라는 표지가 본질적인 것으로 간주되면 내국인과 외국인은 평등하게 취급되어야 하나 ‘국적’이라는 표지를 본질적인 것으로 볼 때는 불평등한 취급이 가능하다.

용을 판단하게 된다.³¹⁾ 이러한 판단양식은 헌법해석의 방법적 원칙들을 위반하게 된다.³²⁾ 또한 일반적 평등원칙을 구체화하려는 자의금지원칙의 의도와는 달리, 평등원칙의 윤곽이 불분명하게 된다.³³⁾

자의금지원칙은 평등권의 형성에 있어서 입법자에게 광범위한 형성권을 부여하고 헌법재판소는 그러한 법규범에 대해 합리적인 이유만 있으면 위헌을 선언할 수 없다는 기준이다. 따라서 자의금지의 원칙은 헌법재판소에 의한 입법자의 판단이나 입법결과에 대해 매우 약한 통제기준이 되며,³⁴⁾ 헌법재판소의 판례경향을 사법적 자제 내지 사법 소극주의로 흐르게 한다. 또한 이미 정해진 기본권의 유형이나 적용영역에 따라 헌법재판소는 다른 심사기준을 사용하는 것도 문제가 된다.³⁵⁾

2) 새로운 공식

독일 연방헌법재판소 제1재판부는 “새로운 공식”(die neue Formel)을 제시하였다. “새로운 공식”은 ‘인(人)관련적 차별’과 ‘사물관련적 차별’의 구성요건적 이분화를 시도한다.³⁶⁾ 그리고 이 양자간에 있어서 상이한 기준을 적용함으로써 법적 효력을 미치게 한다. 즉, ‘인(人)관련적 차별’의 경우에는 다수의 인적 집단간의 차별대우를 정당화할만한 정도로 성질과 비중에 있어서 차이가 없음에도 불구하고 달리 취급한다면 엄격한 비례성 심사기준이 적용되는 반면, ‘사물관련적 차별’의 경우에는 단순히 자의금지의 심사기준이 적용된다.³⁷⁾ 새로운 공식에 의하면, 법적 차별을 정당화하는 이유로서 ‘존재하는 사실상의 차이’뿐만 아니라, 입법자가 차별대우를 통해 실현하려는 ‘입법목적’이 존재해야 한다. 이를 확인하기 위해 새로운 공식은 ‘성질과 비중에 따른 차별’이 존재하는가 여부를 판단한다.

“새로운 공식”에 의하면, 두 개의 인적 집단간의 차별에 있어서 차별대우를 정당화할 정도로 두 집단간에 성질과 비중에 따른 차이가 존재하는가를 기준으로 판단한다.³⁸⁾ 이러한 성질과 비중에 따른 차별이 존재하고, 차별이 불평등한 처우를 정당화할 수 있

31) K. Hesse, Diskussionsbeitrag, S. 77.

32) St. Huster, Rechte und Ziele, S. 51.

33) G. Müller, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989), S. 37 (42).

34) St. Huster, Rechte und Ziele, S. 59.

35) 한수웅, 평등권의 구조와 심사기준, 헌법논총 제9집 (1998), 57-58쪽.

36) BVerfGE 52, 277 (280); 55, 72 (88); 60, 123 (133 f.); 74, 9 (24).

37) BVerfGE 52, 277 (280); M. Sachs, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes - Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, S. 125 f.

38) BVerfGE 52, 277 (280).

는 경우에는 객관적인 근거로서의 엄격한 비례성 심사기준을 활용하게 된다. 즉, ‘정당화’의 개념과 ‘성질’과 ‘비중’을 언급한 것은 비례성 심사를 엄두해 두고 이러한 공식을 만든 것이다.³⁹⁾ 새로운 공식은 일반적 평등원칙의 심사에 있어서는 전통적인 ‘자의금지’의 기준을 사용하는 반면, 인(人)관련적 차별 영역에서는 ‘비례성’ 심사기준을 사용함으로써 기존의 자의금지원칙상 기준의 방법적 문제점과 기능법적 측면상의 문제를 해결할 수 있는 단서를 제공하였다.⁴⁰⁾

새로운 공식은 ‘인(人)관련적 차별’과 ‘사물관련적 차별’의 명확한 구분을 전제로 사용될 수 있다. 그런데 일반적인 범규범의 구성요건은 사물관련적으로 규정되어 있어도 결국에는 그러한 불평등의 법적 효과가 인적 주체에게 미치게 된다. 따라서 새로운 공식으로도 ‘인(人)관련적 차별’과 ‘사물관련적 차별’간을 명확히 구분하는 것은 불가능하다.⁴¹⁾

새로운 공식에 따르면, ‘사물관련적 차별’이면서 간접적으로 ‘인(人)관련적 차별’ 효과를 가져오지 않는 경우와 명백히 오만한 법원의 판결 등 자의적인 법 적용의 경우 등에 한정하여 ‘자의금지’의 심사기준을 사용하는 반면, ‘인(人)관련적 차별’이거나 ‘사물관련적 차별’이면서 간접적으로 ‘인(人)관련적 차별’ 효과를 가져오는 경우 등에는 ‘비례성’ 심사기준을 사용한다.⁴²⁾ 이러한 취지의 기준은 평등권 위반 심사에 있어서 대부분 ‘비례성’ 심사기준을 적용하는 결과가 되므로, 이전까지 전통적인 자의금지 심사기준을 포기하고 비례성 심사기준으로 전환한다는 의미를 내포하고 있다.⁴³⁾

3) 가장 새로운 공식 (die neueste Formel)

독일 1993년 연방헌법재판소 제1재판부는 ‘제2차 성전환자’ 판결⁴⁴⁾(Transsexuelle II)에서 “가장 새로운 공식”을 제시하였다. 이 공식에 의하면, 인적 집단의 차별의 경우 엄격심사기준이 적용되는데, 인적 집단을 차별하면서 차별기준으로서 인적 관련 특징이 기본법 제3조 제3항의 “성별, 가문, 인종, 언어, 출생지와 혈통, 신앙, 종교적 내지 정치

39) Vgl. G. F. Schuppert, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 47 (1989), S. 98.

40) M. Sachs, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, S. 124 f.

41) 김주환, 입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제, 헌법논총 제11집 (2000), 460쪽.

42) H. D. Jarass, Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG, NJW 1997, S. 2545 (2547 f.).

43) 한수웅, 평등권의 구조와 심사기준, 헌법논총 제9집 (1998), 65쪽.

44) BVerfGE 88, 87 ff.

적 견해”라는 차별기준에 근접할수록 또한 이로 인해 인적 관련 특징과 관련된 차별이 소수의 차별을 가져올 위험이 클수록 심사기준은 더욱 엄격해진다. 반면에 인적 집단의 차별이라도 인적 관련 특징이 차별기준으로 사용되지 않는다면, 자의금지원칙과 엄격심사기준 사이의 중간단계의 심사가 이루어진다. 행위 관련적 차별에 있어서는 어느 정도로 당사자가 자신의 행위를 통하여 차별의 기준이 된 특징을 실현하는데 영향을 미칠 수 있는가에 따라 입법자의 구속의 정도가 달라진다. 이러한 여러 기준들을 정리하면, 인적 집단의 차별을 가져오는 경우와 차별이 다른 기본권의 행사에 불리한 영향을 미치는 경우에는 엄격심사를 하고, 그 이외의 경우에는 자의금지심사를 한다는 것이다.⁴⁵⁾

3. 우리나라 헌법재판소의 평등원칙 심사기준과 적용범위

우리 헌법 제11조 제1항에는 “모든 국민은 법 앞에 평등한다”고 규정하고 있다. 이 경우 평등은 절대적 평등이 아니라, 상대적 평등을 의미하는 것으로 이해한다.⁴⁶⁾ 상대적 평등을 합리적 차별 여부로 이해할 경우, 차별입법이나 구체적인 차별조치의 합리성 여부와 관련하여 그에 대한 심사기준이 문제된다. 우리 헌법재판소는 평등원칙의 위반 여부에 대한 심사기준을 자의금지원칙에 의한 심사와 비례성원칙에 의한 심사(엄격한 심사척도)로 나누고 있다.

1) 자의성 심사기준

우리나라 헌법재판소는 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로, 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반이 된다고 판시한다. 즉, 헌법에 따른 입법자의 평등실현의무는 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정 축소되므로 헌법재판소가 행하는 규범에 대한 심사는 그것이 가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계 내에 머물고 있는가 하는 것에 국한될 수밖에 없다는 것이 자의적 심사기준의 견지이다.⁴⁷⁾

45) 김주환, 입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제, 헌법논총 제11집 (2000), 463쪽 이하.

46) 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75; 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701; 헌재 2001. 11. 29. 2001헌바4, 공보 63, 66; 헌재 2002. 3. 28. 2000헌바53, 판례집 제14권 1집, 159, 162; 헌재 2004. 1. 29. 2002헌바40; 헌재 2002. 6. 27. 2000헌마642, 판례집 제14권 1집, 644, 669.

47) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110-136 등(병합).

헌법재판소가 밝히고 있는 자의금지원칙에 관한 심사요건은 1) 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급의 존재여부와, 2) 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적으로 볼 수 있는지 여부이다. 그런데 1)의 요건과 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 관련 헌법규정과 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있고, 2)의 요건과 관련하여서 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다.⁴⁸⁾

2) 비례성 심사기준

우리나라 헌법재판소는 자의금지원칙에 따른 심사 외에 특별히 엄격한 심사척도에 의한 심사를 인정하고 있다. 평등위반여부를 심사함에 있어서 엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 유무의 심사에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.⁴⁹⁾

그러므로 차별입법의 평등위반여부를 심사함에 있어서 엄격한 심사척도에 의하게 되면, 자의금지원칙에 따른 심사에 비하여 위헌의 가능성이 높아지게 되고 그러한 만큼 헌법상 평등보장의 정도가 강화된다고 할 것이다.

3) 비례성 심사기준의 적용범위

평등위반 여부를 심사함에 있어서 엄격한 심사척도에 의할 것인지 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다.

우리 헌법재판소는 평등위반 여부를 심사함에 있어, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우(즉, 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특별히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우)와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 ‘엄격한 심사척도’가 적용되어야 하고, 그렇지 않은 경우에는 ‘완화된 심사척도’에 의한다는 원칙을 적용하고 있다.⁵⁰⁾

48) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌바64.

49) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363.

50) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 749; 헌재 2007. 3. 29, 2005헌마1144, 판례집 19-1, 335, 346; 헌재 2009. 7. 30, 2007헌마870, 판례집 제21권 2집 상, 348, 361-362.

첫째, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우이다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면, 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다고 한다.

둘째, 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우이다. 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우에는 입법형성권이 축소되어 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다고 한다.

여기서 기본권에 대한 “중대한 제한”의 판단이 문제된다. 중대한 제한이라는 불명확한 잣대를 가지고 평등권 심사기준으로서 엄격한 심사기준을 사용한다는 것은 자의적인 기준을 사용하겠다는 것과 다름 아니다. 기본권에 대한 중대한 제한을 위한 기본권의 침해 정도를 유형화하기도 어렵고, 기본권 판단의 구체적 기준을 제시하기 어렵기 때문에 ‘기본권에 대한 중대한 제한’이라는 심사기준은 구체적인 하위기준이 필요하다.

4) 우리 헌법 제11조와 관련한 평등원칙 심사기준

우리 헌법 제11조 제1항 제1문과 제2문간의 관계와 관련하여, 이를 예시규정으로 볼 것인가 또는 열거규정으로 볼 것인가에 대한 논의가 계속적으로 전개되고 있다. 이 문제는 크게 헌법 제11조 제1항 제2문의 성별·종교·사회적 신분이라는 차별적 금지사유를 평등권 심사기준인 완화된 심사기준 또는 엄격심사기준과 연결시켜 판단할 것인가 아니면 심사기준과는 무관하게 법 적용의 대상을 넓혀 판단할 것인가로 요약될 수 있다.

먼저 헌법 제11조 제1항 제2문의 성별·종교·사회적 신분을 예시규정으로 보는 입장⁵¹⁾에서는 ① 학력·인종·출신지역 등 그 어떠한 사유로도 불합리한 차별은 인정할 수 없다는 것이 평등권 보장의 취지이고, ② 법의 사유를 개별적으로 명시한 것은 기존에 많이 발생하였고 논란의 여지가 있던 것을 조문화한 것이므로, 이 헌법조문의 최초 제정시에 차별이 발생하리라고 예측할 수 없었던 사유에 대해서도 이를 포괄할 수 있어야 한다고 한다. ③ 차별적 금지사유를 열거규정으로 본다면 국민의 평등권보장의 범위가 좁아질 수 있다.

반면, 헌법 제11조 제1항 제2문의 성별·종교·사회적 신분을 열거규정으로 보는 입

51) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 394쪽; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2011, 432쪽; 홍성방, 헌법학(中), 박영사, 2010, 62쪽; 김학성, 헌법학원론, 박영사, 2011, 356쪽.

장⁵²⁾에서는 ① 헌법제정자는 과거의 역사적 경험에 비추어 성별·종교·사회적 신분에 의한 차별을 헌법규정을 통하여 금지하는 것이 필요하고, 일반적인 평등원칙(자의금지의 원칙 적용)만으로는 효율적으로 성별·종교·사회적 신분에 의한 차별을 배제할 수 없다고 판단한 것이다. 이처럼 헌법 제11조 제1항 제1문은 비합리적 차별을 일반적으로 금지하고, 동조 제2문에서는 특별히 차별금지기준을 한정적으로 열거한 헌법제정권자의 의사에 특별한 의미를 부여해야 한다는 것이다. ② 열거규정으로 보는 입장에서는 헌법 제11조 제1항 제1문의 사항은 합리성 심사기준에 의한 자의금지원칙을 적용하고, 동조 제2문에 규정된 차별금지사유에 대해서는 비례성 원칙에 의한 엄격심사기준을 적용한다는 것이다. 헌법상 직접 차별금지기준을 규정하고 있는 경우에는 입법형성권이 좁아지게 되는데, 제2문에 규정된 차별금지사유를 예시규정으로 본다면 평등권과 관련한 거의 모든 사유가 엄격심사기준이 적용되어 입법형성권이 매우 축소될 것이라고 한다. ③ 평등권의 보장범위가 지나치게 축소된다는 비판에 대하여는 제2문의 차별금지사유를 열거규정으로 해석하더라도 그 밖의 기준에 따른 차별이 허용되는 것이 아니고, 성별·종교·사회적 신분 이외의 다른 기준에 의한 차별은 일반적인 평등심사기준인 완화된 심사기준이 적용된다고 한다.

생각건대, 성별·종교에 의거한 차별은 평등심사와 관련하여 엄격심사기준이 적용되지만, 사회적 신분에 의거한 차별은 그 판단기준을 획일화할 수 없고 개별적으로 판단해야 할 것이다. 그 이유는 성별·종교는 그 개념이 명확한 반면, 사회적 신분이라는 개념은 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 지위이므로 여러 평가가 수반될 수 있는 개념이기 때문이다. 또한 기존의 일부 학설처럼 성별·종교·사회적 신분에는 엄격심사기준을 적용하고, 성별·종교·사회적 신분 이외의 다른 영역에 대한 차별은 완화된 심사기준이 적용된다고 하면 헌법상 평등권 심사기준의 심각한 오류가 발생한다. 왜냐하면, 성별·종교·사회적 신분 이외의 영역 중에 엄격심사기준을 적용해야 하는 차별영역들이 다수 존재하기 때문이다. 인종, 피부색, 언어, 출신지역 등에 있어서 차별대우를 하는 국가작용의 경우 헌법 제11조 제1항 제2문의 성별·종교·사회적 신분에 해당하지 않더라도 인(人)관련적 차별대우로서 엄격심사가 적용되어야 한다.

52) 계획열, 헌법학(中), 박영사, 2000, 215쪽; 한수웅, 평등권의 구조와 심사기준, 헌법논총 제9집(1998), 44쪽; 김주환, 입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제, 헌법논총 제11집(2000), 471쪽.

IV. 적극적 평등실현조치

1. 적극적 평등실현조치의 의의

적극적 평등실현조치는 종래에 사회로부터 차별을 받아 온 일정 집단에 대해 그러한 차별로 인한 불이익을 보상해주기 위하여 그 집단의 구성원이라는 것을 이유로 취업이나 입학 기타 사회적 이익을 직접 또는 간접으로 부여하는 정부의 정책을 말한다. 이는 차별받아온 소수집단에 대한 평등보호의 문제는 단순히 현재의 법의 평등한 보호만으로는 실질적 평등의 실현이 이루어지지 않는다는 점에서 과거의 불이익한 지위를 보상해줌으로써 사실상 평등한 지위를 보장하려는 것이다.

적극적 평등실현조치의 특성은 이러한 정책이 개인의 자격이나 실적에 의해서라기보다 어떤 집단의 일원이라는 것을 근거로 혜택을 주는 것이라는 점, 성·인종 등과 관계없이 개인의 평등한 처우를 보장하는 절차에 대해서가 아니라 결과에 초점을 맞춘 것이라는 점에서 찾을 수 있으며, 그런 점에서 적극적 평등실현조치는 개인보다는 집단개념에, 그리고 기회의 평등보다는 결과의 평등을 추구하는 정책이라 할 수 있다. 또한 적극적 평등실현조치는 항구적 정책이 아니라 여성, 소수인종이 사실상 평등한 보호를 받게 되어 구체목적을 달성하게 되면 종료하는 잠정적 조치를 의미한다.

2. 심사기준

미국연방대법원은 1990년의 Metro Broadcasting Inc. v. Federal Communication Commission 판결⁵³⁾에서 중간심사기준을 적용하여 적극적 평등실현조치의 합헌성을 인정하였으나, 1995년의 Adarand Construction Inc. v. Pena 판결⁵⁴⁾에서 인종에 기초한 모든 차별적 행위에 있어서는 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다고 판시함으로써 인종에 기초한 적극적 평등실현조치와 관련된 사건에서는 중간심사기준을 적용하고 있다.⁵⁵⁾

우리 헌법재판소는 평등권침해의 심사에 있어서 원칙적으로 입법부의 입법형성의 자유를 존중한다는 의미에서 자의금지의 원칙을 적용하고, 헌법에서 특별히 평등을 요구

53) Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission, 497 U.S. 547(1990).

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

55) 조재현, 『여성할당제의 위헌성』, 헌법판례연구 제5권, 헌법판례연구회, 박영사, 2003, 175쪽.

하고 있거나 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 비례의 원칙을 적용한다고 판시하였다. 이러한 헌법제판소의 판시내용에 비추어 볼 때 적극적 평등 실현조치로 인한 차별이 만약 소수집단에 대하여 불필요하게 우대하거나 소수집단에 대한 우대의 정도가 지나쳐 다수집단의 기본권에 중대한 제한을 초래한다면 이 경우에는 적극적 평등실현조치의 한계를 넘어선 것으로서 적극적 평등실현조치에 의하여 정당화될 수 없다고 할 것이다.

3. 적극적 평등실현조치와 관련된 문제

1) 여성할당제

여성에 대한 적극적 평등실현조치에 대한 근거가 되는 대표적 법률은 여성발전기본법 제6조 제1항⁵⁶⁾이다. 여성발전기본법에 따라 현재 많은 분야에서 여성할당제가 실시되고 있는데 그 중에서 정당법상의 여성공천할당제와 공무원의 양성채용목표제가 대표적인 여성할당제이다.

(1) 양성채용목표제

양성채용목표제는 1996년부터 도입·시행되었던 양성채용목표제가 2002년 종료됨에 따라 새로 도입된 것이다. 할당제에는 확정할당제와 목표할당제가 있는데, 확정할당제란 할당율을 확정하여 여성이나 소수인종에 대해 우선적 처우를 하는 방법을 말한다. 그리고 목표할당제란 일정기간 내에 여성이나 소수인종에게 배정해야 할 목표율을 설정하여 이를 단계적으로 확보하는 것을 말한다. 그리고 할당제에는 자격무관할당제, 최소자격요건할당제 등이 있는데, 자격무관할당제란 자격요건과 무관하게 할당율을 지켜 나가는 것을 말하고, 최소자격요건할당제란 일정한 점수나 자격을 요하는 할당제를 말한다. 확정할당제보다는 탄력성 있는 목표할당제가 위헌성이 더 적고, 특히 자격을 고려하지 아니한 확정할당제는 위헌의 소지가 크다. 그런데 양성채용목표제는 일종의 목표할당제에 가까운 형태를 취하고 있고, 기존의 여성에게만 주어졌던 채용목표를 남성 또는 여성 모두에게 주어졌다는 점, 합격자 결정과정이 자격과 전혀 무관한 것이 아니라 어느 정도 자격과 결부된다는 점 등에 비추어 헌법위반으로 보기는 어렵다.

56) 제6조(적극적 조치) ① 국가 및 지방자치단체는 여성의 참여가 현저히 부진한 분야에 대하여 합리적인 범위안에서 여성의 참여를 촉진함으로써 실질적인 남녀평등이 이루어질 수 있도록 관계법령이 정하는 바에 따라 적극적 조치를 취할 수 있다.

헌법재판소는 제대군인가산점위헌결정에서 “여성채용목표제는 이른바 잠정적 우대조치의 일환으로 시행되는 제도이다. 잠정적 우대조치라 함은, 종래 사회로부터 차별을 받아 온 일정집단에 대해 그동안의 불이익을 보상하여 주기 위하여 그 집단의 구성원이라는 이유로 취업이나 입학 등의 영역에서 직·간접적으로 이익을 부여하는 조치를 말한다. 잠정적 우대조치의 특징으로는 이러한 정책이 개인의 자격이나 실적보다는 집단의 일원이라는 것을 근거로 하여 혜택을 준다는 점, 기회의 평등보다는 결과의 평등을 추구한다는 점, 항구적 정책이 아니라 구체목적이 실현되면 종료하는 임시적 조치라는 점 등을 들 수 있다. … 채용목표제는 가산점제도와는 제도의 취지, 기능을 달리 하는 별개의 제도이다. 채용목표제는 종래부터 차별을 받아 왔고 그 결과 현재 불리한 처지에 있는 여성을 유리한 처지에 있는 남성과 동등한 처지에까지 끌어올리는 것을 목적으로 하는 제도이다. 채용목표제의 효과는 매우 제한적이다. 첫째, 평등지향의 목표 자체가 제한적이다. 둘째, 채용목표는 한시적, 잠정적 제도이다. 이상과 같은 점을 고려해 볼 때 채용목표제의 존재를 이유로 가산점제도의 위헌성이 제거되거나 감쇄된다고는 할 수 없다.”⁵⁷⁾고 판시하여 여성채용목표제가 합헌임을 판시하였다.

(2) 여성공천 할당제

공직선거법 제47조 제3항에서는 “정당이 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 그 후보자 중 100분의 50 이상을 여성으로 추천하되, 그 후보자명부의 순위의 매 홀수에는 여성을 추천하여야 한다.”고 규정하고 있다. 또한 동법 제47조 제4항에서는 “정당이 임기만료에 따른 지역구국회의원선거 및 지역구지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 각각 전국지역구총수의 100분의 30 이상을 여성으로 추천하도록 노력하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이러한 정당법상의 여성공천할당제는 확정할당제에 속하며 자격과 전혀 무관한 형태로 실시되고 있는데, 적극적 평등실현조치로서 과도기적 기간동안 이러한 제도를 유지할 수 있다. 여성이 공직에 일정한 비율이 확보되면, 양성평등권이나 능력에 따른 공직취임의 균등한 기회보장이라는 헌법적 가치에서 재논의되어야 할 것이다.

2) 장애인고용할당제

(1) 장애인 고용할당제의 내용

57) 헌법재판소 판례집, 제11권 제2집, 795-796쪽.

장애인고용촉진 및 직업재활법 제27조(국가와 지방자치단체의 장애인 고용 의무) 제1항에서는 “국가와 지방자치단체의 장은 장애인을 소속 공무원 정원의 100분의 3 이상 고용하여야 한다.”고 규정하여 국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무규정을 두고 있다. 또한 동법 제27조 제2항에서는 “각 시험 실시 기관(이하 "각급기관"이라 한다)의 장은 장애인이 신규채용 인원의 100분의 3(장애인 공무원의 수가 해당 정원의 100분의 3 미만이면 100분의 6) 이상 채용되도록 시험을 실시하여야 한다.”고 규정하고 있다.

그리고 사기업의 장애인의무고용에 대하여는 동법 제28조(사업주의 장애인 고용 의무) 제1항에서 “상시 50명 이상의 근로자를 고용하는 사업주(건설업에서 근로자 수를 확인하기 곤란한 경우에는 공사 실적액이 고용노동부장관이 정하여 고시하는 금액 이상인 사업주)는 그 근로자의 총수(건설업에서 근로자 수를 확인하기 곤란한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공사 실적액을 근로자의 총수로 환산한다)의 100분의 5의 범위에서 대통령령으로 정하는 비율(“의무고용률”이라 한다) 이상에 해당하는 장애인을 고용하여야 한다.”고 규정하고 있다.

이러한 의무고용은 장애인 고용부담금과 장애인 고용장려금이라는 간접적 장애수단을 통해 그 실효성이 담보되도록 하였다. 즉 의무고용률에 못 미치는 장애인을 고용하는 사업주(50인 이상 100인 미만의 근로자를 고용하는 사업주는 제외)에게는 최저임금액의 100분의 60 이상의 범위에서 장애인 고용부담금을 부과한다(동법 제33조). 또한 동법 제30조(장애인 고용장려금의 지급) 제1항에서는 “고용노동부장관은 장애인의 고용촉진과 직업 안정을 위하여 장애인을 고용한 사업주(제28조제1항을 적용받지 아니하는 사업주를 포함한다)에게 고용장려금을 지급할 수 있다.”고 하여 고용장려금을 지급할 수 있도록 하였다.

(2) 장애인고용할당제와 적극적 평등실현조치

장애인은 과거로부터 누적되어 온 차별로 인해 다방면에 걸쳐 불이익을 받아왔고, 그 결과 오랫동안 열악한 생활환경에 처해 있었다. 이러한 사정에서 장애인이 일반인과 동일한 조건에서 자유롭게 경쟁한다는 것은 오히려 불평등을 다운 심화시키는 결과를 낳을 뿐이다. 장애인의 실질적 평등을 보장하기 위해서는 단순한 기회의 평등이 아니라 결과의 평등을 지향하지 않으면 안된다. 따라서 장애인고용할당제는 적극적 평등실현조치의 일환이라고 할 수 있다. ILO 협약 제159호는 제4조에서 “장애인은 다른 근로자간의 기회 및 대우에 있어서의 효과적인 동등을 위한 특별조치는 다른 근로자들에 대한 차별대우로 간주되어서는 안된다”고 규정하고 있다.

(3) 비장애인의 평등권·공무담임권 및 사기업체의 계약의 자유의 침해여부

공무원 채용에 있어서 장애인에 대한 우선적 처우는 공무원이 되고자 하는 비장애인들에 대한 역차별의 문제 및 이들의 공무담임권을 침해하는 문제를 야기한다. 적극적 평등실현조치에도 일정한 한계가 있기 때문에 장애인에 대한 우선적 처우 역시 무한정 허용될 수 있는 것은 아니다. 가령 특정의 장애인에 대해서만 특혜를 부여하거나 혹은 장애인에게 불필요한 보호나 지나친 혜택을 주는 것이라면 이는 우선적 처우의 한계를 넘어서는 것이라 할 수 있다. 그러나 장애인고용촉진및직업재활법에 따른 장애인에 대한 우선적 처우는 사회국가원리를 수용하고 있는 우리 헌법에 근거를 두고 있는 것이며, 그 처우의 정도 역시 미미한 수준에 불과하다고 볼 것이므로 비장애인의 평등권 및 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다.

사기업체는 고용계약의 체결에서 상대방을 선택할 수 있는 계약의 자유를 기본권으로 향유한다. 현행 헌법이 계약의 자유를 명문으로 규정하고 있지는 아니하나 우리 헌법재판소는 헌법 제10조 전문의 행복추구권에 함축된 일반적 행동자유권에서 계약의 자유가 파생하는 것으로 판시하고 있다.⁵⁸⁾ 그런데 사기업체에 장애인의 고용을 부담금이라는 간접적 수단으로 강제하는 것은 사기업체의 계약의 자유를 제한하는 것인바, 제한의 정당성 여부가 문제된다. 그러나 장애인고용할당제는 적극적 평등실현조치의 일환이고, 장애인의 상시고용비율이 2%에 불과하기 때문에 사기업체의 계약의 자유를 침해한다고 보기 어렵다. 헌법재판소도 사기업체의 장애인의무고용을 규정하고 있는 구장애인고용촉진등에관한법률 제35조 제1항에 대해서 합헌결정⁵⁹⁾을 하였다.

3) 인제지역할당제

(1) 의의

인제지역할당제는 국가고시와 주요 자격시험 합격자를 지역별 인구비례로 그 지역에

58) 헌재, 1991.6.3. 선고, 89헌마204. 헌법재판소 판례집, 제4권, 268쪽.

59) 헌재, 2003.7.24. 선고, 2001헌바96. 헌법재판소는 이 결정에서 “장애인은 그 신체적·정신적 조건으로 말미암아 유형·무형의 사회적 편견 및 냉대를 받기 쉽고 이로 인하여 능력에 맞는 직업을 구하기가 지극히 어려운 것이 현실이므로, 장애인의 근로의 권리를 보장하기 위하여는 사회적·국가적 차원에서의 조치가 요구된다. 이러한 관점에서 볼 때, ... 사회·경제적 약자인 장애인에 대하여 인간으로서의 존엄과 가치를 인정하고 나아가 인간다운 생활을 보장하기 위한 불가피한 요구라고 할 것이어서, 그로 인하여 사업주의 계약의 자유 및 경제상의 자유가 일정한 범위내에서 제한된다고 하여 곧 비례의 원칙을 위반하였다고는 볼 수 없다”고 판시하였다. 헌법재판소 판례집, 제15권 제2집(상), 58-59쪽.

할당하는 제도이다. 이 제도는 사실상 지방의 인재에 대한 일종의 적극적 평등실현조치라 할 수 있다. 지역별로 인구비례로 각 지역별 합격자수를 할당한다는 점에서 지역별 시험성적의 차이의 정도를 고려하지 않은 확정할당제를 의미한다.⁶⁰⁾ 일반적으로 우리나라에서 논의되는 인재지역할당제는 사법시험, 행정고시, 외무고시, 기술고시 등 국가에서 시행되는 국가고시 자격시험에서 지역의 인구비례로 지방대학 출신 중에서 선발하도록 하는 제도를 말한다. 이 제도는 1997년 대선 당시 김대중 대통령후보의 대선고약으로 처음 등장한 후에 김 후보가 대통령으로 당선된 후인 1998년에 9개의 국가시험의 합격자를 지역별 인구비례로 선발하는 「국가인재의 지역간 균형등용 촉진법안」을 제출함으로써 본격적인 국가정책으로서 논의되었었다. 이 법안에 의하면 국가가 주관하는 9개 시험의 선발인원을 인구비례에 의해 10개 권역에 할당하도록 되어 있었다. 이 법안에서 규정하고 있는 인재지역할당제는 사실상 지방 인재에 대한 적극적 평등실현조치이다. 그리고 그 구체적인 방법으로는 목표제가 아닌, 지역별 인구비례에 의한 지역별 할당제였다.⁶¹⁾

과거제도의 발상지인 중국에서는 송나라 때부터 인재의 지역분배 논쟁이 치열했다. 당나라 때 안사(安史)의 난 이후 중국의 북방은 치명타를 입어 경제·문화가 남방에 비해 날이 갈수록 낙후된 탓이다. 오늘날 수도권과 지방의 격차가 점점 벌어져 지역균형발전문제가 심각한 사회현안으로 떠오른 우리 현실과 흡사하다. 송나라 때 저명한 학자인 사마광(司馬光)과 구양수(歐陽脩)의 대논쟁은 오늘날까지 전해 내려오는 예화의 하나다. 사마광은 ‘축로취사’(逐路取士)라는 건의문에서 각 지역의 호구 수에 따라 진사선발 인원을 배분하자고 역설했다. 사마광은 북방 사인들을 대변한 것이었다. 그러자 구양수는 남방 사인들 편에 서서 극력 반대하고 나섰다. 구양수의 논리는 이랬다. “동남 지역은 원래 문학을 좋아해서 진사가 많은 반면 서북지역은 풍속 자체가 실질적인 것을 숭상해서 진사가 적을 뿐이다. 과거에선 오직 문장만으로 우열을 가려야지 지역에 따라 정원을 할당하는 것은 미봉책이다.” 당시에는 구양수의 주장이 기득권층의 세를 얻어 사마광의 건의는 기각되고 말았다. 하지만 그로부터 300년이 지난 명나라 초기에 이르러서는 지역의 호구수에 따라 선발정원을 배분하는 남북 분권(分卷)제도가 정식으로 시행되기에 이른다. 1425년부터 채택된 이 인재지역할당제는 최종선발 때 남방과

60) 김문현, 『인재지역할당제의 위헌성 여부』, 고시계 1998년 4월호 통권292호, 고시계사, 1998/4, 158쪽.

61) 인재지역할당제는 응시자의 성적 여하에 관계없이 각 지역의 할당에 따라 응시자의 당락을 결정하는 만큼 최소한의 실력이나 자격과 무관한 할당제이다. 또한 인재지역할당제는 장래의 일정한 목표율을 설정하고 탄력적으로 운용하는 목표제와는 달리 지역인구비례로 각 지역에 합격자수를 할당하는 ‘확정할당제’를 의미한다(김문현, 사례연구 헌법, 법문사, 2009, 238쪽).

북방 출신을 각각 6대 4의 비율로 뽑는 것을 뼈대로 삼는다. 분권제는 훗날 남·북방에다 중부권으로 나누는 3권역제도로 거듭나 청나라 초까지 300년 가까이 지속됐다. 요즘 중국지식인들도 인재선발에 관한 한 구양수가 아닌 사마광의 손을 들어주고 있다. 우리 역사에서도 조선조 과거시험 때 문과에 한해 지역할당제를 도입한 경험이 있음은 더 말할 나위가 없다.⁶²⁾

(2) 지역인재할당제의 제도적 정당성

우리나라 사회에서 출신대학은 한 개인 인생에 절대적인 영향력을 미친다. 출신대학에 따라서 부당한 불이익을 받기도 하고 경우에 따라서는 특혜를 받기도 한다. 공직사회에서 학교별 점유율을 통계로 살펴보기로 한다. 총 299명 중 서울대 106명, 고려대 26명, 연세대 24명, 성균관대 16명, 이화여대 10명으로 60.8%에 이른다.⁶³⁾ 또한 사법부 영역에서는 최근 10년간(1998년부터 2007년까지) 사법연수원생 출신대학별 인원 현황을 살펴보면, 서울대 37.86%, 고려대 17.49%, 연세대 10.15%로서 3개 대학의 합격자가 전체합격자의 절반을 훨씬 넘는 65.5%를 차지한다.⁶⁴⁾

문제는 지방대학 출신자들은 사회의 핵심영역 내지 주요 공직사회로의 진출은 고사하고 생존을 위한 취업에 있어서도 상당한 불이익을 받고 있다. 서울 지역 대학에는 수십회의 취업설명회가 개최되지만, 지방대의 경우에는 기업의 취업설명회가 거의 예정되어 있지 않다.⁶⁵⁾ 채용뿐만 아니라 인사에 있어서도 지방대 출신들은 출신학교로 인한 불이익을 받고 있다. 이러한 불이익의 결과와 복합적인 요인으로 지방대학의 상당수는 존폐위기에 처해 있다. 우수 학생들이 현실적 차별로 인해 지방대학을 외면하고 있고 지방대학에 지원학생도 절대적으로 부족한 상황이기 때문이다. 이러한 지방대 출신들에 대한 사회의 부정적 평가로 인해 광범위한 사회적 차별이 존재하고 있다.

학연 및 지연 중심적 연고주의(nepotism, 緣故主義)가 팽배하게 되면, 집단의 획일성으로 인한 비판의 부재와 사고의 정체를 가져오며 이는 결국 부정과 부패를 낳게 된다. 따라서 현재 구축된 특정 학연자와 지연자에 의해 점령된 공직사회와 민간부문의 지위

62) 2004년 12월 28일 경향신문 [아침을 열며] 인재할당제의 거울 中國科學 김학순(본사 신문발전연구소장).

63) gall.dcinside.com/list.php?id=chonnam&no=35286

64) <http://blog.naver.com/maproad/50019758950> [출처] 최근 10년간 사법연수원생 출신대학 분석 | 작성자 광석기

65) 3월 9일 서울신문이 서울 시내 각급 대학에서 이달에 예정된 취업설명회를 조사한 결과 서울대 23회, 연세대 32회, 고려대 33회, 숭실대 22회 등 대학마다 20~30회에 달했다. 반면 지방대의 경우 국립대를 제외하고는 설명회가 전무한 상태다. 동아대가 3회, 조선대가 단 2회의 설명회만을 계획하고 있다(지방대 학생들 울리는 취업설명회, 서울신문, 2011년 3월 10일 8쪽).

와 권력을 출신대학 및 출신지역의 다양화를 구현할 수 있는 제도적 시스템을 구축해야 한다. 이를 위해 실효적인 제도가 인재지역할당제라 할 수 있다.

V. 결 론

우리나라는 사회적 약자에 대한 법제도적 장치가 최근에 입법적으로 도입되었다. 그런데 이러한 법제도의 도입은 경험적 결과로서 나타난 것이 아니라, 다른 국가의 입법례나 연구에 의해 수용되었다고 보여진다. 아직도 사회적 신분으로서 사회적 약자를 위한 차별적 요소들이 산재해 있고 이를 법제도적으로 제거하고 개선해야 할 여지가 많이 존재한다.

미국에서도 최근에 인종에 근거한 적극적 평등실현조치의 대안으로서 계층에 근거한 적극적 평등실현조치(class-based affirmative action)가 유력하게 거론되고 있다. 계층에 근거한 적극적 평등실현조치는 인종과 같은 「위헌의 의심이 가는(suspect)」 또는 「위헌의 의심에 준하는(semi-suspect)」 기준에 근거한 것이 아니라 경제적 불리함(economic disadvantage)을 기준으로 한 적극적 평등실현조치를 말한다. 계층에 근거한 적극적 평등실현조치 지지론자들은 인종차별과는 달리 빈부차별의 경우에는 결코 위헌성이 짙은 차별로 분류되지 않았다는 점을 강조하며, 그 헌법적 정당성을 강조한다.⁶⁶⁾ 또한 계층에 근거한 적극적 평등실현조치는 인종차별이나 성차별의 문제와 결부되는 경우에도 충분히 적극적 평등실현조치의 정당한 목적을 달성할 수 있다고 한다.⁶⁷⁾ 빈부차별이 갈수록 심각해지는 현 시점에서 미국에서 최근에 논의되고 있는 계층에 근거한 적극적 평등실현조치는 우리에게 시사하는 바가 크다고 생각된다.⁶⁸⁾

특히 우리나라의 경우 여성이나 지방대학 출신자 등 사회적 약자에 대한 차별대우를 시정하는 적극적 평등실현조치가 입법화되어야 한다.

66) Richard D. Kahlengerg, "Class-based Affirmative Action", 84 California Law Review 1037, 1996, p. 1065.

67) Richard D. Kahlengerg, The Remedy: Class, Race, and Affirmative Action, New York: Basic Books, 1996, p. 83.

68) 계층에 근거한 적극적 평등실현조치에 대해 자세히는 강승식, 『미국헌법상 적극적 평등실현조치』, 176-200쪽.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

계희열, 헌법학 (中), 박영사, 2000.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2011.

홍성방, 헌법학 (中), 박영사, 2010.

김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 제9권 제3호,

김주환, 입법자의 평등예의 구속과 그에 대한 통제, 『헌법논총』 제11집 (2000), 431쪽 이하.

한수웅, 평등권의 구조와 심사기준, 『헌법논총』 제9집 (1998), 41쪽 이하.

한수웅, 자유권의 보호범위, 『헌법학연구』 제12권 제5호, 2006. 12, 47쪽 이하.

2. 외국문헌

Jerome A. Barron & C. Thomas Dienes, Constitutional Law, 4th ed, (West Publishing Co. St. Paul, Minn), 1995.

G. Gunter, Constitutional Law, (11th ed., 1985).

K. Hesse, Diskussionsbeitrag, in: Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, 1981, Baden-Baden, 1982, S. 75-78.

W. Heun, Freiheit und Gleichheit, in: Merten/Papier, HGR, Bd. II, 2006, § 34.

St. Huster, Rechte und Ziele, 1993.

J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und das staatliche Schutzpflicht, § 111

H. D. Jarass, Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG, NJW 1997, S. 2545 ff.

P. Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HdbStR V, 2000, § 124.

H. T. Laurence, The American Constitutional Law, New York, 1978.

Lockhart/Kamisar/Choper/Shiffscin, Constitutional Law, 6th ed.(St. Paul. West Publishing Co., 1986).

Michael/Morlok, Grundrechte, 2008.

G. Müller, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989), S. 37 ff.

Pieroth/Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, 24. Aufl.

A. Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin, 1971.

M. Sachs, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, S. 124 ff.

F. Schoch, Der Gleichheitssatz, DVBl. 1988, S. 863 ff.

G. F. Schuppert, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 47 (1989), S. 98 ff.