

# 적극적 평등실현 조치 (Affirmative Action)\*

- 적극적 평등실현 조치에 관한 미국 문헌(Harv. L. Rev. Vol. 109, pp. 151-160)의 번역과 최근 한국 헌법재판소의 입장 -

김 해 원(譯)\*\*

## I. 서두

### 1. 구성

이 글은 HARVARD LAW REVIEW, 1995. THE SUPREME COURT-LEADING CASE의 평등보장(*D. Equal Protection*) 중에서 적극적 평등실현 조치에 관한 부분<sup>1)</sup>을 번역한 것이다(목차 II). 자료이용의 편의와 번역의 정확성을 담보하기 위하여 원문을 함께 제공한다(목차 III). 번역이 미진한 부분은 원문 자체가 그 의미를 말해줄 것이기 때문에 장점이 있다고 생각한다. 번역에 있어서 가급적 본문의 형식과 표현을 그대로 유지하고자 했으나, 독서의 편의를 위해서 원문의 문단이 바뀔 때 마다 단락을 나누었고, 해당 단락의 내용을 압축하여 임의로 제목을 달았다. 원문의 각주는 따로 번역하지 않았다. 대신에 외국 헌법문헌에 대한 번역은 직접적이든, 간접적이든 간에 결국 우리 헌법규범과 헌법현실에서 활용되거나 일정한 시사점을 가질 수 있을 때 비로소 실천적 의미를 가질 수 있다는 점을 고려하여, 본 글에서는 특별히 결론을 갈음하는 보론을 통하여 본 번역의 내용이 우리 헌법현실과 관련성 및 의미를 갖기 위해 검토되어야 할 사항이라고 생각되는 내용 - 한국 헌법규범과 헌법현실에서의 적극적 평등실현 조치와 이러한 조치에 수반되는 쟁점으로서의 소위 “역차별”에 관한 내용 - 을 추가적으로 덧붙

\* 투고일자 : 2014. 11. 26      심사일자 : 2014. 12. 17      게재확정일자 : 2014. 12. 19

\*\* 전남대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사.

1) Harv. L. Rev. Vol. 109, pp. 151-160.

붙였다(목차 IV).

## 2. 해설

우리 憲法은 第11條 第1項에서 “모든 國民은 法앞에 平等하다. 누구든지 性別·宗教 또는 社會的 身分에 의하여 政治的·經濟的·社會的·文化的 生活의 모든 領域에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하면서 第2項에서는 社會的 特殊階級の 禁止를, 第3項에서는 榮典一代 原則을 밝히고 있다. 이러한 헌법상 평등은 기본권 보장의 방법에 관한 最高原理로서 憲法解釋의 指針이 되는 동시에 입법·행정·사법 등 모든 公權力發動 基準이 되는 것으로 이해되고 있다. 그리고 헌법상 평등이 갖고 있는 이러한 성격은 비단 우리나라만이 아니라 오늘날 민주적 헌법국가에서 당연한 것으로 받아들여지고 있다. 그러나 평등조항의 구체적 활용에 있어서는 각 국가의 헌법규범 및 헌법현실에 따라서 일정한 상이점이 있는 것으로 생각된다. 비교적 기본권 조항이 잘 정비되어 있고 각종 기본권들이 다양하게 헌법에 규정되어 있는 독일이나 우리의 경우와는 달리, 상대적으로 개별 기본권의 헌법상 구체화가 미흡한 헌법규범을 갖고 있는 미국의 경우에는 헌법상 평등조항은 매우 큰 의미를 갖게 된다. 즉, 기본권관련해서 제기되는 많은 문제들을 헌법상 평등조항의 활용을 통해서 해결하려는 경향이 강한 바, 예컨대 국가가 일정한 거리제한을 두고 주유소나 목욕탕 영업을 금지한다고 할 경우에 우리 같으면 중심적·일차적으로 논의 되는 것은 헌법 제15조가 규정하고 있는 직업의 자유일 것이고, 평등문제는 보통 간접적 혹은 부차적으로 검토될 가능성이 많겠지만, 미국에서는 특정 직업은 거리제한 없이 영위할 수 있게 하면서, 유독 주유소나 목욕탕 영업 등에 대해서 거리제한을 둔다는 측면에 주목하여 다른 영업으로 직업을 수행하고 있는 자와 주유소나 목욕탕을 영업하는 자들 간의 차등대우의 합리성 여부를 검토하는 문제가 전면에 등장하게 될 가능성이 상대적으로 많을 것이란 점이다. 이러한 점은 개별 기본권조항들을 많이 갖고 있지 못한 미국 헌법의 규범적 특징에 기인한 측면도 있겠지만, 다른 한편으로는 역사적으로 뿌리 깊은 인종차별 등의 문제로 인하여 헌법현실에서 평등이 갖고 있는 가치가 매우 중요하게 부각되어왔다는 점 또한 간과되어서는 안 될 것으로 생각된다. 실제로 미국 헌법 수정 제14조 1항 <... 어떠한 주도 그 관할 안에 있는 사람에게 법에 의한 평등한 보호(equal protection of laws)를 거부하지 못한다.>은 일반조항의 성격을 넘어서서 거의 만능 조항으로서 기능을 하고 있는 것은 아닌가 하는 의심을 불러일으킨다. 한편 평등은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하

여서는 안 된다는 상대적 평등을 의미하는 것으로 이해하는 것이 일반적이다. 그래서 상대적·비교적 관점에서 기본권주체들에 대해 행해지는 구체적인 국가의 대우를 어떻게 평가 할 것인지가 평등심사에서 핵심적 의미를 갖게 된다. 관련하여 미국에서는 연방대법원이 1897년 Gulf사건에서 차별을 자의적인 것이 아닌 합리적 근거가 있어야 한다는 “reasonable classification”이란 기준을 처음으로 제시한 이래로, 1911년 Lindsley 사건을 거쳐 1920년의 Royster 사건에서 이를 판례상 확립했고, 그 후 이러한 기준은 차별의 합리성 판단에 있어서 입법목적과 그 목적 실현을 위한 수단 내지 방법과의 관계를 중심으로 하여 상황에 따라 다윈적으로 변천 - Warren 대법원의 “이중기준”, Burger 대법관의 “삼중기준”과 “우선적 처우 기준”등 - 해오고 있다. 이런 경향은 인간의 다양성을 전제로 한 구체적인 생활영역에 따라서 평등보호를 실현해야 한다는 관점에서는 오히려 획일적인 기준보다도 더욱 바람직한 것으로 받아들여지는 것으로 보인다. 본 번역은 미국 연방 대법원의 일련의 판례들을 통해 발전된 평등심사에 관한 중요한 이론인 ‘우선처우론(Theory of preferential treatment)’에 관한 내용을 담고 있다. 이는 경제적·사회적 약자(여성, 생활무능력자, 노약자, 소수민족 등등)에 대해 인도주의적 입장에서 특별대우나 특별급여를 함으로써 실질적 평등을 실현하려고 하는 정신을 내포하고 있다. 물론 최근에는 이러한 ‘우선처우론’이 상대적으로 백인이나 남성 등에게 역차별을 가져와 불평등을 초래하고 있다는 문제 - reverse discrimination (역차별 문제) - 제기 또한 도외시할 수 없는 상황이다. 따라서 이제 쟁점은 과연 ‘적극적 평등실현 조치’ 내지는 ‘우선처우론’이 역차별 등과 같은 반론들을 극복하고 어떻게 헌법적 관문을 통과할 수 있느냐? 하는 문제로 모아진다. 그리고 이러한 문제에 대해 일반적으로 ‘1. 과거에 대한 차별인가?, 또 2. 과거로부터 행해져온 차별에 대한 보상적 성격인가?, 그러한 차별이 3. 잠정적 조치인가?, 그리고 우선처우로 인해서 상대적으로 불이익한 지위에 놓이게 되는 사람입장에서 해당 차별조치는 과연 4. 수인가능성이 있느냐?’ 등과 같은 물음에 주목하여 심사를 행하고 있는 것으로 보인다. 본 번역문을 통해서도 알 수 있듯이, 적극적 평등 실현 조치에 관한 미국 판례는 여러 차례 그 위헌 여부에 관해 입장을 바꾸어오다가, 이제는 엄격심사를 해야 한다는 입장에 보다 더 주목하고 있다고 볼 수 있겠다. 그러나 앞으로 연방대법원의 구성이 바뀌게 되면 이러한 경향에 대해 변화가 있을 수 있음은 물론이다.<sup>2)</sup>

2) 관련하여 국내의 연구문헌으로는 특히 김영환, 미국의 적극적 평등실현조치(Affirmative Action)의 퇴조 경향과 대안, 헌법학연구 15-1, 2009, 109~147쪽 참고.

## II. 번역

### 1. 概觀

積極的 平等實現 措置-聯邦의 少數人種 優先(特惠) 計劃. 聯邦大法院은 1980년 Fullilove v. Klutznick 判決에서 聯邦의 少數人種所有企業에 대한 “資金留保計劃”을 지지한 이래로, 법원은 주로 인종에 기초한 특혜들을 州와 地域보다 연방에 더 크게 주어 왔다. Fullilove 사건에서, 그리고 또 리치몬드市 對 J.A. Croson社 사건에서도, 법원은 수정헌법 제14조 제5항에 근거하여 의회의 (法律)施行力の 중요성을 인식했다. Metro Broadcasting社 對 연방통신위원회 사건에서, 법원은 Croson社 사건에서 법원이 주와 주의 하부 지역단위에 적용한 嚴格 司法審査보다 다소 덜한 기준인 中間段階 司法審査를 의회의 積極的 平等實現 措置의 사용에 적용해야 한다는 입장을 지지했다. 그러나 최근의 (법정의) 開廷期에서 Adarand 건설회사 對 Pena 사건은, 聯邦大法院은 Metro Broadcasting사건을 반복했다. 그리고 모든 人種에 基礎限 差別은 그것이 議會에 의해서 또는 政府 立法機關에 의해서 제정되었는지에 관계없이 嚴格限 司法審査를 해야 한다고 판시했다. 그렇게 하는 가운데, 법원은 “一致”와 “一貫性”이란 추상적 개념들을 사용함으로써 평등보장 법제에 인공적 조화를 부과했다. 그러나 이것은 수정헌법 14조의 내용인 人種과 聯邦主義, 그리고 현재의 사회와 정치적 실체들 사이에서 역사적 관계를 무시한 것이었다.

### 2. Adarand사건의 發端

1989년에, Mountain Gravel & Construction社로 알려진 콜로라도에 기반을 둔 평범한 계약자가 연방정부에 의해 투자된 고속도로 건설 계획을 위한 우선 계약을 회득했다. 정부 계약 기간 아래에서, Mountain Gravel社는 만약 “사회적 그리고 경제적으로 열악한 개인”이 소유하는 소 기업을 下請業者로 고용한다면 증가된 보상을 받을 권리를 얻었다. 연방의 건설 계약들과 연계하여, 中小企業法은 “사회적으로, 경제적으로, 열악한 개인들”은 모두 소수민족에 포함했고, “중소기업청에 의해 불이익을 받는 경향이 있는 다른 개인들”이란 추정을 만들었다. Mountain Gravel社에 의해 받아들여진 고속도로 가이드 레일 건설을 위한 下請契約 入札에서, Adarand社가 가장 낮은 入札을 했다. 그러나 Mountain Gravel社는 더 높은 入札者인, Gonzales 건설회사로 알려진 少數人種 所有企業에게 下請契約을 주었다.

### 3. Adarand사건의 經過

Adarand社는 少數人種 所有企業이 열악했었다는 中小企業法の 推定은 不法的인 人種 差別에 기초하여 구별 지워진 것 이므로 修正憲法 5條의 平等保障 要素 아래에서는 非合憲的인 것이라고 주장하면서 여러 정부 관리들에 대항하여 소송을 시작했다. Colorado 주 법원은 연방 정부에 찬성하여 卽決裁判을 했다. 上訴에서, 이 판단은 第10巡廻 抗訴法院에 의해 확인되었다. 聯邦 大法院은 의회에 의해 정당화된 인종에 기초한 차별들에 적용키 위한 平等保障審査 段階가 무엇인지 하는 의문을 재조사키 위해 事件移送命을 내렸다.

### 4. 聯邦大法院의 多數見解

5:4의 결정으로, 聯邦 大法院은 콜로라도 州 法院의 판단을 破棄 還送했다. 多數意見을 쓴, O'Connor大法官은 즉시 소송을 낸 Adarand社의 입장의 쟁점을 처리하고, 사건에서 핵심적 쟁점인 인종에 기초한 積極的 平等實現措置를 정당화하기 위해 議會가 州나 地域 政府들 보다 더 넓은 自由裁量을 가지는지 아닌지의 문제로 관점을 돌렸다. 多數意見은 Fullilove사건, Croson사건, Metro Broadcasting사건에서 법정의 누적된 논리들을 거절했고, 州나 地域政府들에 의해 제정된 것처럼 의회에서 제정된 積極的 平等實現措置들은 平等보장 조항 아래에서 만족되어지는 嚴格限 司法審査를 해야만 한다는 것을 지지했다.

### 5. 多數見解의 論據

그런 결론에 이르는데 있어서, 다수견해는 平等보장 사건의 긴 역사에 뒤따르며 세 가지 核心的 命題들을 나타내기 위해 그것들의 설명을 표명했는데, 그 3가지 核心的 命題들은 : “疑心” (비록 역사적으로 불이익 받은 그룹들을 돕기 위한 의도였다고 하더라도, 인종 차별에 기초한 어떤 특혜들은 원천적으로 의심스러움이 있다); “一貫性” (모든 인종적 차별들은 그 차별의 논제가 불쾌하든지 또는 유쾌하든지 상관없이 엄격하게 심사되어야 한다.); 그리고 “一致” (수정헌법 5조 아래서 平等보장분석은 수정헌법 14조 아래에서의 분석과 같다.) 이다.

## 6. Metro Broadcasting事件 決定의 批判

이런 배경을 기대어, 多數意見은 Metro Broadcasting 사건을 확립된 先例들에서 벗어난 “놀랄만한 전환”으로서 묘사했다. 법정에 따르면, Metro Broadcasting 사건은 2개의 주요한 缺點들을 가지고 있게 된다. 첫 번째는 救濟的 人種分類와 懷疑的 人種分類에 “一貫的” 標準들의 適用을 拒否함으로써, 그 결정은 “왜 모든 정부의 인종 차별의 엄격심사가 본질적인 것인지를 이유에 관한 Croson 사건의 설명을 무시했다.” 두 번째로, 그 결정은 (주의 그것들과 같지않은) 의회의 救濟的 人種差別을 단지 中間段階 司法審査를 적용해야 한다고 주장함으로써, “一致” 원칙을 깨뜨렸다.

## 7. 嚴格審査의 嚴格性的의 意味

마지막으로, 법원은 嚴格限 司法審査는 ‘이론에 있어 엄격하지만, 실제상에 있어서는 치명적이다’ 라는 언급을 논박했다. 법원은 소수인종 집단들에 대항하여 인종적 구별의 실제 효과와 우물쭈물하는 효과(잠재적 효과) 양쪽 모두의 불쾌한 고집을 인식했다. 그리고 법원은 정부가 이것에 응답하여 실행할 자격을 박탈당한 것은 아니라는 것을 인정했다. O'Connor 대법관은 비록 엄격 사법심사 분석아래에서도, 법원에 의해서 그들이 “만족하는 ‘까다로운 재봉술’ 시험”이 미리 밝혀지는 한 인종에 기초한 처방도 때때로는 받아들여 질 수 있다는 것을 지적했다. 연방대법원은 그리해서 그 지역 법원이 하청계약자의 사용으로 보조금 조항에 의해 받는 이익들이 너무 “불가피한” 결정인지 아닌지, 그리고 그 규제들이 너무 “좁게 제봉되어진” 것인지 아닌지의 결정을 할 수있도록 하기위해 이 사건을 하급 법원으로 환송했다.

## 8. Scalia大法官의 見解

엄격한 일치 안에서, Scalia 대법관은 평등 보장 사건에서 그의 주문이 된 절대적 색맹의 원리를 반복했다.-그 주장은: “정부는 대립되는 방향에서 과거 인종차별을 ‘挽回’ 하기위하여 인종에 기초한 차별위에서 ‘必要不可缺限 利益’을 결코 가져서는 안 된다고 주장했다.

## 9. Thomas大法官의 見解

Thomas 대법관 또한 “평등보장원칙에 인종 간섭주의자의 불복(이의신청)”에 반대하여 주장하면서 동의 했다. Stevens 대법관의 불찬성에 동의하지 않으면서, Thomas 대법관은 救濟的 人種分類와 懷疑的 人種分類 사이에서 “도덕적, 그리고 헌법적 동등” 즉 [“구체적” 분류는 만성의, 그리고 명백히 불변한 취약점 때문에, 소수 민족들은 소수민족이 아닌 자들의 오만한 관대 없이 소수민족이 아닌 자들과 경쟁할 수 없다는 생각을 품는 다고 그렇게 알렸다] 는 것을 선언했다. 그러므로 그는 모든 인종 차별들은 공공연하게 懷疑的이거나 또는 救濟的이든지 간에, 嚴格限 司法審査를 해야만 한다고 주장했다.

## 10. Stevens대법관의 반대견해(1)

Ginsburg 대법관에 의해 동조된 Stevens대법관은 반대했다. 그는 모든 인종 차별들은 의심스럽게 다루어야 하고 주의 깊은 사법심사를 해야 한다는 다수의견에 동의 했다. 그러나 이러한 사항들을 끌어내는 다수의견의 추론에는 동의하지 않았다. 그는 첫째로 비도덕적 또는 헌법적 동등을 救濟的 分類와 懷疑的 分類사이에서 찾으면서 법정의 “一貫性”요구를 거절했다.

## 11. Stevens대법관의 반대견해(2)

다음에, Stevens 대법관은 “연방과 주 또는 지역 결정기관들 사이에 중요한 실체적 그리고 지역적 차이”가 있다고 주장하면서, “다수 견해의 ‘일치’ 요구에 그의 불찬성을 표시했다. 그는 修正憲法 14條 5項이 직접적으로 의회에게 주를 명백히 제한하는 때 이것은 “우리의 인종 관계의 수치스런 역사 도처에서 어렵게 경험한 후에 연방정부는 그런 소수 민족들을 억압하기 좋아하는 어떤 주들에 대하여 소수 인종들의 우선적 옹호자가 되어야만 한다.”는 것에 도달한 국가적 공감대를 나타낸다고 하여 의회에게 직접적으로 권한을 위임한 것을 강조했다. 그러므로 그는 “그렇게 우리들의 정부 체계에 근본적으로 고의적인 ‘부적절(부조화)’를 무시한 ‘一致’의 법칙은 받아들일 수 없다”는 결론을 내렸다.

## 12. Souter大法官의 別個의 反對見解

Ginsburg대법관과 Breyer대법관에 의해 동조된 Souter대법관은 別個의 反對意見에

서, 嚴格限 司法審査가 반드시 모든 입법적으로 제정된 조치들을 무효화 시킬 필요는 없다는 다수 의견의 주장을 강조함으로써 법정의 새로운 기준의 영향을 최소화 하려고 애썼다. 다수의견이 5항(수정헌법 제14조 5항)에 근거한 “의회”의 넓은 입법권의 논제를 발췌했기 때문에 그는 “‘넓은’, ‘독자적인’ 그리고 ‘주나 정치적 하부기관의 그것과 다른’ 으로 묘사되어지는 5항의 관점 또는 한 가지 방법에 영향을 끼침으로서 다수의견을 취급할 이유가 없다”라고 주장했다. 그러므로 그는, Adarand는 엄격한 사법심사를 만족시키기 위한 “충분히 중요한” 국가적 이익의 원천으로서 (수정헌법 14조의) 5항의 조항에 작용하지 않는다고 설명했다.

### 13. Ginsburg大法官의 反對意見

Ginsburg 대법관은 또한 Breyer 대법관이 동의한 反對意見을 제출했다. 그녀는 救濟的 人種 分類가 “실재 악의 있는 차별들을 찾아내는 것”과 “그 특혜들이 다른 사람들의 기회를 과도하게 속박하거나, 한 차례 특혜 받은 집단들 안의 사람들의 입법적 기대를 너무 심각하게 간섭하지 않는다는 확신” 둘다 적절했는지의 “면밀한 재심리해야 한다.”는 다수 견해에 동의 했다. 그럼에도 불구하고, 그녀는 미국에서 인종 차별의 긴 역사의 시간 안에서는, 積極的 平等實現 措置들은 실질적 평등을 달성키 위해 적절한 조치들이라는 것을 주장했다. 그러므로 그녀는 O'Connor대법관과 Souter대법관이 救濟的 人種 分類에 嚴格限 司法審査의 적용은 “실재 필연적(숙명적)”일 필요는 없다는 것에 동의 했다.

### 14. 多數見解의 問題點(1)

聯邦 權力과 積極的 平等 實現 措置를 동시에(일제히) 한계를 정함으로써, Adarand 법정은 Rehnquist 법정의 주요한 협의사항들인 - 평등보장의 “신연방주의”와 평등보장의 “개별화된” 언급 - 2가지를 진전시켰다. 그러나, 이 두 개의 명백한 승리들은 높은 헌법적 가치에 도달했다. 법정의 <연방과 주의 적극적 평등실현 조치 위한 평등보장 심사의 획일적 수준인> “一致”와 <구체적 인종 분류와 회의적 인종 분류를 위한 획일적 수준인> “一貫性”의 필요성의 강조는 수정헌법 14조의 내용을 무시하고 오랜 인종차별 세기의 영향을 치료키 위한 의회의 넓은 5항의 권위(광범위한 입법형성권을 지칭하는 것 같음)를 보존하는 역사적, 정치사회적 중요성을 간과한 것이다.

## 15. 多數見解의 問題點(2)

연방의 권력에 부가적인 한계를 설치하기 위한 법정의 열의 안에서, Adarand 법정은 인종과 연방권력 사이의 독특한 관계를 무시했다. 수정헌법 14조와 법원 자신의 선례(先判例)들에 의해 확립된 聯邦-州의 二分法을 거절한 법정의 결정은 법정이 전통적으로 지역적 특권들에 관계하기 보다는 인종적 쟁점에 더 널리 관계해야한다는 연방의 권력을 인지하는데 실패한 것을 나타낸다. 법정의 분석에 반하여, 헌법은 주에 적용하는 평등보장 기준들과 연방의 積極的 平等 實現措置들이나 救濟的 人種 分類와 懷疑的 人種 分類 사이에서 추상적 대칭(조화)을 요구하는 것은 아니다. 聯邦大法院은 5항(수정헌법 14조 5항)이 수정헌법 14조의 목적을 촉진시키기 위해 주정부들보다 의회에 더 광범위한 권한을 수여했다는 것을 때때로 인지해왔다. Adarand 사건의 多數意見은 법정이 5항의 내용이 “不一致”와 “矛盾”을 참작했다는 주장을 설득력 있게 논박할 수 없다는 5항(수정헌법14조5항)의 핵심적 사실의 적나라한 언급이다.

## 16. Katzenbach v. Morgan, 사건에서의 Brennan大法官의 見解

비록 의회의 5항(수정14조 5항으로 聯邦議會의 廣範圍限 立法形成權을 규정한 것으로 이해됨)의 힘의 바깥쪽 한계들이 다투어졌지만, 수정헌법 14조의 내용은 이 힘(광범위한 입법형성권)은 사회적 차별을 구제하기 위해 인종에 기초한 특혜를 의회가 사용하는 것을 허용한 치료적인 것이며, 그 범위가 넓은 것이다. 5항(廣範圍限 立法形成權)의 가장 넓은 견해는 Katzenbach v. Morgan 사건에서 Brennan대법관의 견해로 윤곽이 잡혀졌다. 이 사건에서 그는 의회의 5항의 힘(立法權)은 필수적이고, 적절한 조항에 근거한 이것의(의회의) 광대한 힘과 유사하다고 암시했다. Adarand사건에서 Stevens대법관은 의회는 “평등을 촉진하기 위한 행동을 할 때 5항에 기반하여, 이것의 힘을 연습함으로써 1항(수정14조 1항)의 적용범위를 확장시킬 수 있다”는 뜻을 위해 Morgan에게 설명했다.

## 17. Brennan大法官의 見解의 비판과 대안으로서의 Metro Broadcasting 사건의 “중간단계의 사법심사”

그러나 Brennan의 이론은 적어도 2가지 이유 때문에 비판 받았다. 첫째로, 平等 保障權을 정의하는데 있어서, 의회가 단지 합리성에 기초한 견해에 의해서 제한되면, “그

때는, 아마 의회가 사법적으로 주어진 범위를 넘어서서 그런 보장을 확장시킬 수 있을 뿐만아니라 그것들을 좁힐수도 있다”라는 것이 주장되었다. 두 번째로는, 그의 이론은 司法的 見解의 原理를 협박하는 것으로 이해되어진다. 이러한 선상에 따라서, 일부 사람들은 5항은 단지 법정에 의해서 인지되어온 1항의 위배들을 의회가 치료하는 것을 허용하면서, 좁게 이해(해석)되어야 한다는 주장을 해왔다. Metro Broadcasting 사건의 “中間段階의 司法審査” 기준은 사법적 견해의 효과적인 조직체계를 유지하는 반면에 의회의 5항상 힘(입법권)을 존중함으로써 2개의 극단적 견해들 사이에서 적절한 균형을 파괴했다. 참으로, Metro Broadcasting사건의 기준은 아마 “일반적 복지를 위해 헌법상 입법권을 수여하고, 평등보장조항을 적절한 입법에 의해 강요함으로써 동등한 기관인 의회에 적절한 존중”을 주는 가장 효과적인 방법이었다.

## 18. 司法消極主義

정치적 전망으로부터, 의회는 인종 차별의 서성거리는(망설이는, 오래끄는)효과들에 광범위한 처방들을 가장 최고로 성문화할 수 있다. 예컨대, 사법적 견해의 Madisonian 이론(司法消極主義)에 근거하여, 소수 민족들은 국가적 단계에서 다수의 폭정으로부터 가장 최고로 보호받아왔다. 긴 역사적 경험은 인종관계에 적용되는 것으로 Madisonian 이론(司法消極主義)의 장점들을 지지했다. 우리의 국가 역사상 가장 근본적인 인종적 불의인- 노예, 인종차별적 태도, 광범위한 공,사적 차별- 등은 모두 주와 지역적 단계에 둘러싸여진 차별적 실재들에 국가적 해결이 요구된다. Adarand사건에서 다수 의견에 동조한 Scalia 대법관은 미리(사전에) Madisonian 이론(司法消極主義)을 받아들였고, 국가의 정부에 의해 인종의 문제들이 더 잘 다루어질 수 있다는 것을 인식했다. 대조적으로, Adarand사건에서, Scalia 대법관은 연방정부와 주 정부 사이에서 결정적인 차이의 언급이 없었다.

## 19. 積極的 平等 實現措置의 現在的 意義

현재 사회정치적 현실들은 5항의 권위 아래서 의회가 인종에 기초한 특혜들을 사용하는 것을 허용하는 지혜를 지지한다. 비록 積極的 平等 實現措置들의 이점들이 뜨겁게 논쟁되어지고 있지만, 인종에 기초한 특혜들은 소수인종들이, Adarand사건에서에서 논제로 된 건설산업과 같은 현장에 접근 하는 것을 강력하게 의미한다. 積極的 平等實現措置는 또한, 정부 자신이 전에 인종 차별한 것을 치료하는 것과 같은 목적에 공헌하

며, 인종의 다양성을 성취시키고, 또는 심지어 일반적으로 사회적 차별의 영향을 거꾸로 하는데도 봉사(공헌)한다. 이러한 인종에 기초한 특혜들을 옹호하는 주장을 고려하여, 법정은 차별적 실체들을 피신한 전투에서 필요로 하는 치료의 방도와 실질적 평등을 달성키 위한 방도가 무엇인지 결정하는데 있어 의회에게 더 큰 제도상 권한을 허락해야(맡겨야) 한다. 참으로, 평등 보장의 “인종차별없음” 개념과 “동등”, “일치” 같은 다른 추상적인 개념의 표면상의 호소에도 불구하고 법정은 만약 이런 다양한 사회적 목적들이 달성되어 져야 한다면, Tribe 교수의 - “우리의 나라 과거에는 바로 인종이 결정적인 역할을 해 왔던 것 처럼, 현재에도 인종은 그 역할을 해야만 한다” - 라는 주목에 유의해야 한다.

## 20. Adarand 사건 以後의 展望

이러한 원문상, 역사상, 그리고 사회 정치상으로 5항에 기반 하여 광범위한 연방의 힘을 호의적으로 주장함에도 불구하고, Adarand 법정은 결국 수정헌법 14조의 약속을 이행하기 시작한 선례들을 무시했다. 그러나, 결국 Adarand의 결정의 결과는 그렇게 과감한(철저한) 것이 아니었다. 多數見解와 3가지 反對意見에 따라 강조되어진 것으로서, 嚴格限 司法審査는 숙명적일 필요는 없다는 것이다. Stevens 대법관이 주장한 것처럼, 아마도 다소 立法府 尊重的인 5항의 권위는 인종에 기초된 차별이 법정에서 문제되었을 때, 嚴格限 司法審査 基準으로 통합되어 질 것이다. 아직도 주제넘은 법정은 그런 입법부 존중적인 태도를 보일 것이고, 그런 희석의 효과가 아마도 법의 영역에서 확산되어져 느껴질 때 사람들은 왜 법정이 예의상 嚴格 司法審査 基準의 희석을 복돋는지 의아하게 여길 것이다. 대신에, 법정은 5항 안에 포함되어져 있는 원문상의 권위와 평등보장 법제 안에서 聯邦-州 兩分法을 유지하기 위한 강력한 역사적, 정치적 이유를 명백히 인지했을 것이다.

## III. 원문

Affirmative Action - Federal Minority Preference Programs. Since the Supreme Court's 1980 decision in Fullilove v. Klutznick upholding a federal "set-aside" program for minority business owners, courts have generally accorded greater deference to federal than to state and local race-based

preferences. In *Fullilove*, and again in *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, the Court acknowledged the importance of Congress's enforcement power under Section 5-of the Fourteenth Amendment. In *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, the Court held that intermediate scrutiny - a lesser standard than the strict scrutiny the Court applied to states and their subdivisions in *Croson* - should apply to Congress's use of affirmative action. Last Term, however, in *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, the Supreme Court overruled *Metro Broadcasting*, holding that all race - based classifications are subject to strict scrutiny regardless of whether they are enacted by Congress or by other governmental decisionmakers. In so doing, the Court imposed an artificial symmetry on equal protection jurisprudence by using the abstract concepts of "congruence" and "consistency", while it disregarded the text of the Fourteenth Amendment, the historical relationship between race and federalism, and current social and political realities.

In 1989, a Colorado-based general contractor known as the Mountain Gravel & Construction Company obtained the prime contract for a highway construction project funded by the federal government. Under the terms of the government contract, Mountain Gravel was entitled to increased compensation if it hired subcontractors certified as small businesses controlled by "socially and economically disadvantaged individual." In conjunction with federal construction contracts, the Small Business Act (SBA) created a presumption that "socially and economically disadvantaged individuals" included all minorities and "any other individual found to be disadvantaged by the [Small Business] Administration." Of the subcontract bids for construction of highway guardrails received by Mountain Gravel, the lowest bid came from Adarand. Yet Mountain Gravel awarded the subcontract to a higher bidder, a minority-controlled business known as the Gonzales Construction Company.

Adarand filed suit against various government officials, claiming that the SBA's presumption that minority-owned businesses were disadvantaged was unconstitutional under the equal protection component of the Fifth Amendment because the presumption discriminated on the basis of an illicit racial classification. The District Court for the District of Colorado granted summary

judgment in favor of the federal government. On appeal, this judgment was affirmed by the Tenth Circuit. The Supreme Court granted certiorari in order to revisit the question of what level of equal protection scrutiny should apply to benign race-based classifications authorized by Congress.

In a 5-4 decision, the Supreme Court vacated and remanded the district court's judgment. Writing for the majority, Justice O'Connor quickly disposed of the issue of Adarand's standing to bring suit and turned to the central issue in the case : whether Congress has wider discretion than do state and local governments to authorize race-based affirmative action programs. The majority rejected the Court's cumulative reasoning in Fullilove, Croson, and Metro Broadcasting and held that congressionally enacted affirmative action programs, like those enacted by state or local governments, must satisfy strict scrutiny under the Equal Protection Clause.

In reaching this conclusion, the majority purported to follow a long history of equal protection cases, interpreting them to stand for three central propositions: "skepticism" (any preferences based on racial classifications are inherently suspect, even when intended to aid a historically disadvantaged class); "consistency" (all racial classifications must be strictly scrutinized, regardless of whether the classification at issue is invidious or benign); and "congruence" (equal protection analysis under the Fifth Amendment is the same as the analysis under the Fourteenth Amendment).

Against this background, the majority characterized Metro Broadcasting as a "surprising turn" away from established precedent. According to the Court, Metro Broadcasting had two major flaws. First, by declining to apply "consistent" standards to benign and invidious discrimination, the decision "turned its back on Croson's explanation of why strict scrutiny of all governmental racial classifications is essential." Second, the decision violated the "congruence" principle by holding that Congress's benign racial classification (unlike those of the states) should be subject only to intermediate scrutiny.

In closing, the Court refuted the notion that "strict scrutiny is 'strict in theory, but fatal in fact.'"The Court acknowledged "[t]he unhappy persistence of both the practice and the lingering effects of racial discrimination against

minority groups" and conceded that "government is not disqualified from acting in response to it." Justice O'Connor indicated that race-based remedies would sometimes be acceptable, even under the strict scrutiny analysis, so long as they "satisfie[d] the 'narrow tailoring' test" previously set forth by the Court. The Supreme Court thus remanded the case so that the district court could determine whether the interests served by the use of subcontractor compensation clauses were "compelling" and whether the regulation were "narrowly tailored."

In an uncompromising concurrence, Justice Scalia reiterated the principle of absolute colorblindness that has become his mantra in equal protection cases, claiming that "government can never have a 'compelling interest' in discriminating on the basis of race in order to 'make up' for past racial discrimination in the opposite direction."

Justice Thomas also concurred, arguing against "a racial paternalism exception to the principle of equal protection," Disagreeing with Justice Stevens's dissent, Justice Thomas proclaimed a "moral [and] constitutional equivalence" between benign and invidious discrimination: so-called "benign" discrimination fosters the idea that, "because of chronic and apparently immutable handicaps, minorities cannot compete with [non-minorities] without their patronizing indulgence." Thus, he claimed, all racial classifications, whether overtly invidious or purportedly benign, must be subjected to strict scrutiny.

Justice Stevens, joined by Justice Ginsburg, dissented. He agreed with the majority that all racial classifications should be treated with skepticism and carefully scrutinized, but disagreed with the inferences that the majority drew from these premises. He first rejected the Court's requirement of "consistency," finding "no moral or constitutional equivalence" between benign and invidious discrimination.

Justice Stevens then expressed his disagreement with the majority's requirement of "congruence," arguing that there are "important practical and legal differences between federal and state or local decisionmakers." He emphasized that Section 5 of the Fourteenth Amendment "directly empowers Congress at the same time it expressly limits the States" and that it represents

a national consensus, "achieved after hard experience throughout our sorry history of race relations, that the Federal Government must be the primary defender of racial minorities against the States, some of which may be inclined to oppress such minorities." Accordingly, he concluded, "[a] rule or 'congruence' that ignores a purposeful 'incongruity' so fundamental to our system of government is unacceptable."

In a separate dissent, Justice Souter, joined by Justices Ginsburg and Breyer, sought to minimize the impact of the Court's new standard by underscoring the majority's claim that strict scrutiny would not necessarily invalidate all congressionally enacted programs. Since the majority had dodged the issue of "Congress' broad power under [Section 5]," he argued that there was "no reason to treat the majority opinion as affecting one way or another the views of [Section 5] power, described as 'broad', 'unique' and 'unlike [that of] any state or political subdivision.'" Thus, he explained, *Adarand* did not affect Section 5's status as the source of a national interest "sufficiently important" to satisfy strict scrutiny.

Justice Ginsburg also filed a dissent, in which Justice Breyer joined. She agreed with the majority that "[c]lose review" of benign racial classifications was appropriate, both "to ferret out classifications in reality malign" and to "ensure that preferences are not so large as to trammel unduly upon the opportunities of others or interfere too harshly with legitimate expectations of persons in once-preferred groups." Nevertheless, she argued, in light of the long history of racial discrimination in the United States, affirmative action programs are an appropriate means for achieving real equality. She therefore agreed with Justices O'Connor and that application of strict scrutiny to benign discrimination need not be "fatal in fact."

By simultaneously circumscribing federal power and affirmative action, the *Adarand* Court advanced two of the Rehnquist Court's foremost agendas – the "new federalism" and the "individualized" notion of equal protection. These two apparent victories, however, came at a high constitutional price. The Court's insistence on the need for "congruence" – a uniform level of equal protection scrutiny for federal and state affirmative action programs – and "consistency" –

a uniform level of scrutiny for "benign" and "invidious" racial classifications - ignores the text of the Fourteenth Amendment and overlooks the historical and sociopolitical importance of preserving Congress's broad Section 5 authority to remedy the effects of centuries-old racial discrimination.

In its zeal to place additional limits on federal power, the *Adarand* Court ignored the unique relationship between race and federal power. The Court's decision to reject the federal-state dichotomy established by the Fourteenth Amendment and its own precedents indicates the Court's failure to recognize that federal power should be broader with respect to race issues than with respect to traditionally local prerogatives. Contrary to the Court's analysis, the Constitution does not require abstract symmetry between the equal protection standards applied to state and federal affirmative action programs or to benign and invidious discrimination. The Supreme Court itself has sometimes recognized that Section 5 grants Congress more expansive authority than state governments to promote the goals of the Fourteenth Amendment. The *Adarand* majority's bare mention of Section 5 highlights the fact that the Court was unable to rebut cogently the argument that the text of Section 5 allows for both "incongruence" and "inconsistency."

Although the outer boundaries of Congress's Section 5 power are contested, the text of the Fourteenth Amendment suggests that this power is a broad, remedial one that may permit Congress to use race-based preferences to remedy societal discrimination. The broadest view of Section 5 was first outlined in Justice Brennan's opinion in *Katzenbach v. Morgan*, in which he suggested that Congress's Section 5 power was analogous to its expansive power under the Necessary and Proper Clause. In *Adarand*, Justice Stevens interpreted *Morgan* to mean that Congress "can expand the coverage of § 1 by exercising its power under § 5 when it acts to foster equality."

However, Brennan's theory has been criticized for at least two reasons. First, it has been suggested that if, in defining equal protection rights, Congress is limited only by rational basis review, "then perhaps Congress can not only extend such guarantees beyond their judicially given scope, but also narrow them." Second, his theory is perceived to threaten principles of judicial review.

Along these lines, some have urged that Section 5 should be construed narrowly, permitting Congress to remedy only those violations of Section 1 that are recognized by the courts. Metro Broadcasting's "intermediate scrutiny" standard struck an appropriate balance between these two extreme views by respecting Congress's Section 5 powers while also maintaining an effective mechanism of judicial review. Indeed, the Metro Broadcasting standard may have been the most effective way of giving "appropriate deference to the Congress, a co-equal branch" endowed with the constitutional power to legislate for the general welfare and to "enforce, by appropriate legislation," the Equal Protection Clause.

From a political perspective, Congress is best able to formulate broad remedies to the lingering effects of race discrimination. Under a Madisonian theory of judicial review, for example, minorities are best protected from the tyranny of the majority at the national level. Long historical experience has borne out the merits of the Madisonian theory as applied to race relations. The most fundamental racial injustices of our nation's history - slavery, segregation, and rampant public and private discrimination - all required national solutions to entrenched discriminatory practices at state and local levels. Justice Scalia, who joined the *Adarand* majority, has previously embraced this Madisonian theory and acknowledged that issues of race are better handled by the national government. In *Adarand*, by contrast, Justice Scalia made no mention of this crucial difference between federal and state governments.

Current sociopolitical realities bolster the wisdom of permitting Congress to use race-based preferences under its Section 5 authority. Although the merits of affirmative action programs have been hotly debated, race-based preferences remain a powerful means of giving minorities access to fields, like the construction industry at issue in *Adarand*, in which they have been underrepresented. Affirmative action can also serve other goals, such as remedying a government entity's own prior racial discrimination, achieving racial diversity, or even countering the effects of societal discrimination generally. In light of these arguments favoring race-based preferences, the Court should defer to Congress's greater institutional competence in determining what types

of remedies are needed to combat entrenched discriminatory practices and achieve real equality. Indeed, despite the superficial appeal of a "colorblind" conception of equal protection and other abstractions like "congruence" and "consistency", the Court should heed Professor Tribe's observation that, "[j]ust as race has played a crucial role in our nation's past, so it must play a role in the present" if these varied social goals are to be achieved.

Despite these textual, historical, and sociopolitical arguments favoring broad federal power under Section 5, the Adarand Court turned its back on the precedents that had finally begun to fulfill the promise of the Fourteenth Amendment. In the end, however, the ramifications of the Adarand decision may not be so drastic. As the majority opinion and the three dissents emphasized, strict scrutiny need not be fatal. Only time will tell whether Adarand will actually spell the end of federal affirmative action programs. Perhaps, as Justice Stevens argued, some deference to Congress's Section 5 authority will be incorporated into the strict scrutiny standard when race-based classifications are challenged in the courts. Yet assuming courts will show such deference, one wonders why the Court would encourage dilution of its strict scrutiny standard in this manner, since the effects of such dilution may be felt in widespread areas of the law. Instead, the Court should have explicitly recognized the textual authority contained in Section 5 and the strong historical and political reasons for maintaining a federal-state dichotomy in equal protection jurisprudence.

#### IV. 토론: 우리 헌법과 적극적 평등실현 조치

##### 1. 대한민국 헌법에서 적극적 평등실현 조치의 근거 및 이론적 의미

헌법상 평등에 관한 일반조항으로 이해되는 우리 헌법 제11조 제1항에서 “법 앞에 평등”을 규정하고 있는 헌법 제11조 제1항 제1문은 규범적 차원에서의 평등(법적 평등/규범적 평등), 즉 기회 또는 가능성의 평등(형식적 평등)에 대한 근거조항이라면, “[...] 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있는 헌법 제

11조 제1항 제2문은 “정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서” 개인이 처한 구체적 상황을 고려한 사실적 차원에서의 평등, 즉 실제적 결과에서의 평등의 근거조항으로 이해할 수 있다.<sup>3)</sup> 그런데 본 번역의 중심내용으로 다루어진 미국을 배경으로 하여 발전된, 사회적 약자에 대한 이른바 ‘적극적 평등실현 조치(affirmative action)’는 사회적 약자에 대한 사실적 평등의 보장, 즉 사회적 약자들에게 주어진 현실적 조건과 상황에서 발생하는 결과의 불평등을 해소하여 사실적 평등을 실현하려는 정책적 배려로 이해될 수 있는 바,<sup>4)</sup> 이러한 조치의 의미를 우리 헌법 제11조 제1항의 관점에서는 다음과 같이 이해될 수 있을 것이다: 우리 헌법상 적극적 평등실현 조치는 헌법 제11조 제1항 제2문에 근거한 사실적 평등(결과의 평등)에 주목하여, 헌법 제11조 제1항 제1문에 근거한 규범적 평등(기회의 평등)의 가치를 수정 및 보완한 제도라는 의미를 갖게 된다.

그리고 우리 규범체계에서 이러한 적극적 평등실현 조치가 구체화되어 등장하고 있는 경우로는 무엇보다도 특히 “남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률” 제2조,<sup>5)</sup> “여성발전기본법” 제6조 제1항 및 제2항,<sup>6)</sup> “장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률” 제4조 제4항,<sup>7)</sup> “장애인고용촉진 및 직업재활법” 제27조 제1항<sup>8)</sup> 및 제28조 제1항<sup>9)</sup> 등을 언급할 수 있을 것이다.

## 2. 한국헌법현실에서 적극적 평등실현조치와 역차별의 문제

3) 김해원, ‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가?, 헌법학연구 19-1, 2013, 233쪽.

4) 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2013, 407쪽.

5) 제2조(정의) 3. "적극적 고용개선조치"란 현존하는 남녀 간의 고용차별을 없애거나 고용평등을 촉진하기 위하여 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치를 말한다.

6) 제6조(적극적 조치) ① 국가와 지방자치단체는 여성의 참여가 현저히 부진한 분야에 대하여 합리적인 범위에서 여성의 참여를 촉진하여 실질적인 남녀평등이 이루어질 수 있도록 관계 법령으로 정하는 바에 따라 적극적 조치를 취할 수 있다. ② 여성가족부장관은 국가기관 및 지방자치단체의 장에게 제1항에 따른 적극적 조치를 취하도록 권고하고 그 결과를 점검하여야 한다.

7) 제4조(차별행위) 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.

8) 제27조(국가와 지방자치단체의 장애인 고용 의무) ① 국가와 지방자치단체의 장은 장애인을 소속 공무원 정원의 100분의 3 이상 고용하여야 한다.

9) 제28조(사업주의 장애인 고용 의무) ① 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(이하 "의무고용률"이라 한다) 이상에 해당(그 수에서 소수점 이하는 버린다)하는 장애인을 고용하여야 한다.

적극적 평등실현조치는 헌법 제11조 제1항 제2문에 근거한 사실적 평등(결과의 평등)에 주목하고 있다는 점에서, 이러한 조치는 필연적으로 헌법 제11조 제1항 제1문에 근거한 규범적 평등(기회의 평등)의 가치의 수정 내지는 양보를 초래하게 되어, 일반적 평등원칙 내부의 모순을 야기한다. 그러한 상황은 보통 관례와 문헌에서 “역차별”이라는 개념으로 포착하고 있다.<sup>10)</sup> 이와 관련하여 최근의 헌법재판소의 태도를 소개한다.

헌법재판소는 “적극적 평등실현조치는 대체로 ‘일정한 혜택을 통하여 종래 차별을 받아온 소수집단에게 사회의 각 영역에서 보다 많은 참여의 기회를 부여하려는 제반 조치’를 의미한다. 미국에서 인종차별의 관행을 철폐하기 위하여 시행되어 온 소수인종집단에 대한 우대정책 등이 그 대표적인 예이다. 우리 헌법재판소는 제대군인가산점제도 사건에서 ‘잠정적 우대조치’라는 표현을 사용하면서, 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.”<sup>11)</sup>라고 실시하면서, 대통령령으로 정하는 공공기관 및 공기업으로 하여금 매년 정원의 100분의 3 이상씩 34세 이하의 청년 미취업자를 채용하도록 한 청년고용촉진특별법(2013. 5. 22. 법률 제11792호로 개정된 것) 제5조 제1항 및 같은 법 시행령(2013. 10. 30. 대통령령 제24817호로 개정된 것) 제2조 단서(이하 ‘청년할당제’라고 한다)가 35세 이상 미취업자들의 평등권, 직업선택의 자유를 침해하는지 여부가 문제된 사건에서 소수의견인 법정의견은 “청년할당제는 일정 규모 이상의 기관에만 적용되고, 전문적인 자격이나 능력을 요하는 경우에는 적용을 배제하는 등 상당한 예외를 두고 있다. 더욱이 3년 간 한시적으로만 시행하며, 청년할당제가 추구하는 청년실업해소를 통한 지속적인 경제성장과 사회 안정은 매우 중요한 공익인 반면, 청년할당제가 시행되더라도 현실적으로 35세 이상 미취업자들이 공공기관 취업기회에서 불이익을 받을 가능성은 크다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 청년할당제가 청구인들의 평등권, 공공기관 취업의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.”라는 취지의 판단을 했지만,<sup>12)</sup> 다수의견은 “적극적 평등실현조치는 과거부터 가해진 차별의 결과로 현재 불리한 처지에 있는 집단을 다른 집단과 동등한 처지에까지 끌어 올려 실질적 평등을 달성하고자 한다는 점에서 그 정당성의 근거를 찾을 수 있다. 즉, 역사적으로 소외된 일정한 집단의 불평등한 상황을 바로 잡거나 완화될 수 있도록 공권력이 더 유리한 특별취급을 하는 것은 헌법적으로 금지되는 것이 아니며, 차별취급에 해당하지 아니한다. 그런데 적극적

10) 특히, 이준일, 앞의 책, 408쪽; 현재 2014. 8. 28. 2013헌마553, 공보 제215호.

11) 현재 1999. 12. 23. 98헌마363.

12) 현재 2014. 8. 28. 2013헌마553, 1427쪽.

평등실현조치의 혜택을 받는 집단에 속하지 않는 사람들은 그 조치로 인하여 상대적으로 불이익을 받게 되므로, 실질적 평등을 실현하기 위한 위 조치가 오히려 평등원칙에 위배되는 차별(이른바 ‘역차별’)이 아닌지 문제된다.”라는 점을 지적한 다음,<sup>13)</sup> 청년할당제의 위헌성 여부에 대한 판단에 있어서는 그것이 적극적 평등실현조치에 해당하는지 여부와 관련해서도 다음과 같이 검토하고 있다: “청년할당제는 합리적 이유없이 능력주의 내지 성적주의를 배제한 채 단순히 생물학적인 나이를 기준으로 특정 연령층에게 특혜를 부여함으로써 다른 연령층의 공공기관 취업기회를 제한한다. 불가피하게 청년할당제를 선택할 수밖에 없는 사정이 있더라도, 채용정원의 일정 비율을 할당하는 이른바 경성(硬性)고용할당제를 강제할 것이 아니라, 채용정원은 경쟁을 통하여 공정하게 선발하되 정원 외 고용을 할당하거나 자발적인 추가 고용의 경우 재정지원 내지 조세감면 혜택을 주는 이른바 연성(軟性)고용할당제를 도입하는 것이 다른 연령층의 피해를 줄일 수 있다. 또한 청년할당제의 시행으로 얻게 되는 특정 연령층의 실업해소라는 공익보다 다른 연령층 미취업자들의 직업선택의 자유에 대한 제한이 훨씬 커서 청구인들의 직업선택의 자유를 과도하게 침해한다.”라고 하면서 “청년할당제는 고용영역에서의 불합리한 연령차별금지라는 우리 법체계의 기본질서와 부합하지 않고, 과거의 차별로 인한 불이익을 시정하고 이를 보상해 주기 위한 적극적 평등실현조치도 아니며, 동등한 처지에 있는 다른 연령 집단의 취업기회를 박탈하거나 잠식하는 것이어서, 헌법상 평등원칙에 위반된다”라는 위헌의견을 피력한바 있다.<sup>14)</sup>

이 판례는 적극적 평등실현조치의 개념 및 의미뿐만 아니라, 적극적 평등실현조치와 역차별의 문제를 본격적으로 검토하고 있다는 점에서 주목된다.

13) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마553, 공보 제215호

14) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마553, 1427쪽, 1434쪽.