

## 법정책이슈브리핑

Law &amp; Policy Issue Briefing

제2023-4호

발행일 : 2024. 1. 2. (화)

## 적극적 평등실현조치(Affirmative Action)에 관한 미연방대법원의 최근 판결과 그 시사점 - 헌법적 논의를 중심으로 -

### I. 들어가며



이준희 선임연구위원  
(지평법정책연구소)  
02-6200-0628  
chy@jipyong.com

지난 2023년 6월 29일 미연방대법원은 지금까지 많은 논란이 있었고, 앞으로도 많은 논란이 예상되는 뜨거운 감자(hot potato)에 대한 판결을 내렸다. Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, et al, 600 U.S. 181(2023) 사건 판결이 그것이다(이하 SFFA 판결이라 함). 상고인 공정한 입학 을 위한 학생들의 모임(Students for Fair Admissions, SFFA)은 하버드 대학과 노스캐롤라이나 대학교의 인종을 고려한 입학전형이 민권법 제6편과 미연방 수정헌법 제14조의 평등보호조항에 위배된다고 주장하였고, 연방대법원은 상고인들의 이와 같은 주장을 받아들여 위 대학들의 입학전형이 미연방 수정헌법 제14조를 위반했다고 선고했다. 다시 말해 입시 영역에서 인종에 기반한 적극적 평등실현조치가 미연방 수정헌법 제14조에 위배된 것으로 판단되어 효력을 상실하게 되었다. 이는 바키(Bakke) 판결<sup>1)</sup> 이후 적극적 평등실현조치와 관련하여 선고된 여러 판결들의 방향성을 크게 전환하는 중요한 판결이라고 말할 수 있다. 입법과 정책의 측면에서 미국과 같이 여성, 장애인, 성소수자 등 사회적 소수집단으로 분류되는 대상들을 위한 여러 우대조치를 시행해 오고 있는 우리에게도 이번 SFFA 판결은 작지 않은 의미가 있다고 판단된다. 비단 대학 입시과정의 지역인재 우선선발이나 농어촌 특별전형, 법학전문

<sup>1)</sup> Regents of Univ. of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

대학원 등의 사회적 취약계층 특별전형에서의 공정성 논란 문제뿐만 아니라 다양한 사회적 소수집단을 위한 적극적 평등실현조치 전반에 대해 다시 점검해 볼 수 있는 좋은 계기가 될 수 있다고 생각한다. 이는 최근 남녀갈등, 세대갈등으로 사회적 분위기가 많이 바뀐 우리의 현실에 비추어 볼 때 그 필요성이 더욱 커졌다고 할 것이다. 미연방대법원의 판결이 있고 아직 많은 시간이 지나지 않아 위 판결에 대한 심도 깊고 폭넓은 연구와 분석의 결과물을 내어 놓는 데는 한계가 있지만, 위 판결의 의미와 우리 사회에 던지는 메시지를 찾는 시도는 어느 정도 가능하고 또 필요하다고 본다. 이에 적극적 평등실현조치와 관련한 국내외 동향을 알아보고, 이번 SFFA 판결의 의미를 밝히는 동시에 우리 사회에의 시사점에 대해 고민해 보고자 한다. 다만 지금까지 적극적 평등실현조치에 관한 기존 논문들이 주로 미연방대법원의 판결 내용과 심사기준에 대한 관심으로 작성된 경우가 많았고, 양국 간의 규범체계 및 헌법현실이 상이하여 직접적인 시사점을 밝히는 데 어려움이 있었다. 여기서는 이러한 사정을 감안하여 SFFA 판결의 심사기준이나 결과 그 자체보다는 주요 주장과 논리적 근거들, 판결문에 나타난 주요 법리 변화가 우리 사회와 사법현실에 던지는 메시지를 찾는 데 주안점을 두고자 한다. 먼저 제2장에서는 적극적 평등실현조치의 개념을 비롯하여 국내에서의 제도 및 논의 동향을 정리해 보고, 제3장에서 SFFA 판결의 내용과 의미를 파악하기 위해 그동안 적극적 평등실현조치와 관련한 미연방대법원의 판결들을 중심으로 미국에서의 동향을 알아본다. 이를 통해 제4장에서는 SFFA 판결과 미국에서의 적극적 평등실현조치에 관한 그동안의 논의가 우리 사회 및 사법현실에 던지는 시사점을 찾아보고, 관련 논의를 촉진하려 한다.

## II. 적극적 평등실현조치 개관 및 국내외 동향

본론으로 들어가기에 앞서 이해를 돕기 위해 적극적 평등실현조치의 개념, 연혁, 국내외 논의 현황, 국내의 법제 현황 등에 대해 개괄적으로 확인해 볼 필요가 있어 보인다.

### 1. 적극적 평등실현조치 개관

#### 가. 개념

적극적 평등실현조치는 미국에서 소수자 보호 정책의 일환으로 실시한 ‘어퍼머티브 액션(Affirmative Action)’을 번역(혹은 의역)한 용어로 적극적 조치, 우선적 조치, 잠정적 우대조치, 적극적 차별철폐 정책 등 여러 가지 다른 용어로 사용되기도 한다. 미국에서 Affirmative Action이라는 용어의 개념에 대한 명확한 정의를 찾아보기 쉽지 않은데,<sup>2)</sup> 마찬가지로 국내에서도 적극적 평등실현조치의 명확한 개념 정의에 어려움이 있다.<sup>3)</sup> 그러나 국내에서는 대체로 헌법재판소가 제대군인가산점제도에 관한 결정문에서 밝힌 잠정적 우대조치의 정의를 토대로,<sup>4)</sup> “종래에 차별을 받아온 일정 집단에 대해 차별로 인한 불이익을 보상해주기 위하여 그 집단의 구성원이라는 것을 이유로 취업이나 입학 기타 사회적 이익을 직접 또는 간접으로 부여하는 정책”이라는 개념이 일반적인 의미로 받아들여지고 있다.<sup>5)</sup> 적극적 평등실현조치의 개념을 어떻게 보는지에 따라 특정한 입법 혹은 정책이 적극적 평등실현조치에 해당하는지를 달리 판단할 수 있다. 사법심사에서는 이것이 또 하나의 중요한 쟁점이 될 수 있다. 적용 법조나 법리가 달라지는 주요 원인이 되기 때문이다.<sup>6)</sup>

<sup>2)</sup> John Valery White. "What is affirmative action." Tul. L. Rev. 78 (2003). P. 2118.

<sup>3)</sup> 적극적 평등실현조치는 정책의 구상 및 형태, 적용 범위(영역) 등에 따라 달리 개념 정의될 수 있어 개념 본질적으로 엄격한 정의가 어려운 측면이 있다. 이와 관련한 좀 더 자세한 논의는 이재희, 적극적 평등실현조치에 대한 위헌심사, 헌법이론과 실무 2018-A-2, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018, 24-33쪽 참조.

<sup>4)</sup> 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 795쪽.

<sup>5)</sup> 도설 법률용어사전, 법전출판사, 2017.

<sup>6)</sup> 좀 더 자세한 논의는 이재희, 앞의 보고서, 24-46쪽 참조.

## 나. 연혁

적극적 평등실현조치가 본격적으로 시행된 것은 1960년대 이후이며, 초기 존 F. 케네디 대통령과 린든 존슨 대통령으로 이어지는 민주당 정권에서 강력히 추진하기 시작했다.<sup>7)</sup> 그러나 공화당이 의회의 다수를 점하고, 로널드 레이건 및 조지 H. 부시 대통령이 임명한 보수적 성향의 대법관들에 의해 미연방대법원이 장악되었던 1990년대 중반 특히 이 주제가 많은 논란의 대상이 되었으며,<sup>8)</sup> 이후에는 미국 내에서 점차 그 위상이 약화되는 경향성을 보였다. 캘리포니아주를 시작으로 개별 주 차원에서 주헌법에 적극적 평등실현조치를 금지하는 내용을 명시하거나 주지사의 행정명령 혹은 주입법으로 적극적 평등실현조치를 금지하기도 했다.<sup>9)</sup> 미연방대법원에서도 엄격한 심사기준의 적용과 정책의 수단 및 범위 제한 등으로 그 지위가 위태롭게 유지되는 형국이 계속되어 왔다. 이와 같은 상황에서 최근 SFFA 판결을 통해 교육영역에서 인종에 기반한 적극적 평등실현조치의 경우 미연방헌법에 위반된다고 선언하는 데에 이르게 된 것이다.

우리의 경우 개별 헌법 규정 및 관련 법률을 근거로 사회적 약자(혹은 사회적 소수집단)를 지원 및 우대하는 입법과 정책이 시행되고 있었으나, 적극적 평등실현조치 자체에 대한 의미 있는 논의는 없다가 1990년대 말 헌법재판소의 제대군

인가산점 사건 결정을 계기로 폭넓은 논의가 시작되었다. 주로 2000년대 초·중반 이후 양성평등 이슈를 중심으로 하여 헌법, 행정, 교육, 노동 및 여성 분야는 물론 경제, 역사, 철학 등 다양한 분야에서 활발히 논의가 이루어졌다. 특히 헌법 분야에서는 미연방대법원의 주요 판결과 법리, 위헌심사기준에 대한 논의가 주를 이루고 있다.<sup>10)</sup> 그러나 우리와 미국의 규범체계 및 사회·문화적 상황의 상이, 양성평등이라는 주제의 민감성, 역차별 논란 등 여러 가지 조건상 적극적 평등실현조치에 관한 한단계 나아가는 논의나 연구가 이어지진 못한 것이 현실로 보인다. 아직 우리는 사법심사의 측면에서 적극적 평등실현조치에 대한 본격적인 논의도 확인하기 어렵다.<sup>11)</sup> 그럼에도 미연방대법원의 새로운 판결이 등장할 때마다 관련 논의가 끊이지 않고, 이들을 타산지석으로 삼으려고 하는 것은 그만큼 이 주제가 논쟁적이고(침예한 대립을 가져올 수 있고), 사회통합의 관점에서 중요한 문제를 다루기 때문이라 판단된다.

## 다. 특성 등

적극적 평등실현조치는 “개인의 자격이나 실적보다는 집단의 일원이라는 것을 근거로 하여 혜택을 준다는 점, 기획의 평등보다는 결과의 평등을 추구한다는 점, 항구적 정책이 아니라 구제목적이 실현되면 종료하는 임시적 조치라는 점 등을” 주요한 특징으로 한다.<sup>12)</sup> 그 외에 편견과 같이 눈에 보이

<sup>7)</sup> 적극적 평등실현조치에 관한 존 F. 케네디 대통령의 행정명령 제10925호(1961년)와 제11114호(1963년), 1964년 연방의회를 통과한 민권법안, 린든 존슨 대통령의 행정명령 제11246호(1965년)와 제11375호(1967년), 흑백 인종간의 결혼금지를 위한 선언한 1967년 미연방대법원의 Loving 판결 등 입법, 행정, 사법의 전 국가 영역에서 이와 같은 움직임이 있었다.

<sup>8)</sup> Peter H. Schuck. "Affirmative action: Past, present, and future." Yale L. & Pol'y Rev. 20 (2002). p. 46.

<sup>9)</sup> 2023년 12월 현재 미국의 50개 주 중 모두 9개 주(연도순으로 캘리포니아주, 워싱턴주, 플로리다주, 미시간주, 네브래스카주, 애리조나주, 뉴햄프셔주, 오클라호마주, 아이다호주)가 인종에 근거한 적극적 평등실현조치를 금지하고 있다. 플로리다주는 주지사의 행정명령에 의해, 뉴햄프셔주와 아이다호주(2020년)는 주의회 입법으로, 나머지 6개 주는 주민투표(주헌법 개정)를 통해 승인되었다(좀 더 자세한 내용은 송현정, 사회적 소수자 보호에 관한 미국 연방대법원의 판례 연구, 사법정책연구원, 2019, 97-98쪽 등 참조). 한편 2014년에는 미시간주의 주민투표에 대한 위헌소송에 연방대법원의 최종 판결이 있었는데, 판결에 참여한 대법관 8인이 6:2의 의견으로 “주정부가 주 교육기관들의 입학 부서에서 인종을 평가요소로 고려하지 못하도록 하기 위해 적절한 절차를 통해 주헌법을 개정하는 것은 미연방 수정헌법 제14조에 위반되지 않는다”고 판결하였다(Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action, 572 U.S. 291(2014) 참조).

<sup>10)</sup> 대표적인 예로 김복기, 미국의 적극적 평등실현조치와 위헌심사기준, 노동법연구, 제24호, 서울대학교 노동법연구회, 2008, 89-111쪽; 김영환, 최근 미국 연방대법원의 판례에 나타난 積極的 平等實現措置(Affirmative Action)의 合憲性 基準, 공법학연구, 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2007, 3-23쪽; 명재진·이한태, 평등권 이론에 관한 현대적 전개로서 적극적 평등실현조치, 법학연구, 제18권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 2007, 19-52쪽; 박승호, 미연방대법원과 적극적 평등실현조치, 헌법학연구, 제12권 제3호, 한국헌법학회, 2006, 287-337쪽; 임지봉, 적극적(積極的) 평등실현조치(平等實現措置)와 실질적 평등, 법조, 제52권 제8호, 법조협회, 2003, 101-141쪽; 차수봉, 적극적 우대조치의 합헌성에 대한 연구 - 여성을 위한 적극적 평등조치로서 여성채용목표제와 양성평등채용목표제에 관한 판단을 중심으로, 세계헌법연구, 제13권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2007, 317-338 등 다수 참조.

<sup>11)</sup> 헌법재판소에서 지난 2014년 8월 청년고용촉진특별법상 청년고용할당제에 대해 심사한 바 있지만 법정의견은 당해 정책이 적극적 평등실현조치에 해당하는지에 대한 언급조차 없었고, 반대의견에서는 청년고용할당제가 적극적 평등실현조치에 해당하지 않는다고 판단하여 좀 더 심도 있는 논의로 나아가지는 못했다. 그에 앞서 1999년 12월 제대군인가산점제도에 대한 헌법소원 사건에서도 제대군인가산점제도는 잠정적 우대조치에 해당하지 않는다고 보아 적극적 평등실현조치 자체에 대한 위헌성 여부를 판단하지는 않았다.

<sup>12)</sup> 현재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 795쪽; 적극적 평등실현조치가 결과의 평등을 추구한다는 점, 잠정적인 조치라는 점 등에 대해 이의를 제기하는 입장도 있다. 참고로 이재희, 앞의 글, 34-35쪽.

지 않는 사회·문화적 차별, 소수자집단에 대한 배려를 전제로 한다는 점 등을 특성으로 꼽는 경우도 있다.<sup>13)</sup> 한편 헌법재판소는 적극적 평등실현조치의 헌법적 정당성을 실질적 평등 실현의 관점에서 찾고 있으며, 역차별의 발생 가능성에도 유의(留意)하고 있다.<sup>14)</sup>

## 2. 적극적 평등실현조치에 대한 찬반 논의

적극적 평등실현조치는 미국에서 가장 치열한 논쟁이 이루어진 정책이자 논의 대상이며, 입법·정책은 물론 사법 영역에서도 광범위하고 지속적인 논의가 연이어 온 주제이다. 논의의 폭도 확대 재생산되어 온 측면이 있는데, 여기서는 가장 일반화되고 주요한 주장과 논거들을 중심으로 논의를 정리해 보고자 한다. 적극적 평등실현조치에 대한 찬반 논의는 이 정책의 정당성이라는 문제와 직결되어 있으며, 사법심사에서는 입법 및 정책의 목적(긴절한 정부 이익, compelling state interests)에 관한 중요한 쟁점이 된다.

### 가. 찬성론

#### (1) 과거 차별에 대한 구제 혹은 보상

1960년대 초반 미국에서 적극적 평등실현조치가 소극적 차별금지를 넘어 적극적 우대조치로 그 성격이 변화하면서 정책의 정당화 논리로 등장한 주장(혹은 논거)이다. 역사적으로 오랜 기간 차별을 받아온 개인이나 집단이 실질적으로 기회의 균등을 보장받기 위해서는 현재의 차별을 금지하는 것만으로는 부족하고, 과거 차별로 인한 영향도 제거할 필요가 있다는 것이 요점이다. 미연방대법원은 과거 차별에 대한 구제 혹은 보상만으로는 적극적 평등실현조치를 정당화하기

에 충분하지 않다고 본다.<sup>15)</sup> 특정 집단이나 경제 영역에서 차별이 발생하였다는 것이 증명되었으나, 수혜집단이 그 차별로 인한 직접적인 피해자로 입증되지 못하는 경우와 같이 적극적 평등실현조치의 정당성을 인정하기 어려운 경우도 있을 수 있기 때문이다.<sup>16)</sup>

#### (2) 다양성 증진의 이점

적극적 평등실현조치를 통해 다양한 배경과 성장 환경에서 서로 다른 경험과 관점을 가진 구성원들이 자신들의 경험과 관점을 공유하고, 다양성을 인정하는 가치관의 형성 등을 통해 교육수준의 향상, 생산성 제고 및 업무능력 향상을 꾀하며, 소수자집단의 대표성을 확보하여 올바른 의사결정의 형성과 전달이 가능하도록 해야 한다는 입장이다. 이와 같은 주장은 특히 고등교육기관의 학생선발과 교직원 임용 과정에서 인종에 근거한 적극적 평등실현조치를 정당화하는 논리로 빈번히 사용되어 왔다. 다양성 논리는 적극적 평등실현조치의 수혜집단이 확대되고, 과거 차별에 대한 보상이라는 정당화 논리가 힘을 잃어 가는 과정에서 등장한 논거라고도 볼 수 있다.<sup>17)</sup>

#### (3) 소수자집단에 긍정적 역할 모델 제공 등

적극적 평등실현조치는 소수자집단의 구성원들에게 바람직한 역할 모델을 제공한다는 점과 의료 및 법률지원과 같이 제한적으로 제공되던 전문적 서비스를 소수자집단에 효과적으로 제공할 수 있는 수단이 된다고 본다. 예를 들어 적극적 평등실현조치를 통해 임용된 교직원은 소수자집단의 구성원들에게 바람직한 역할 모델이 될 수 있고, 다수자집단 구성원들로 하여금 권위있는 자리에서 일하고 있는 소수자 집단 구성원을 볼 수 있는 기회를 제공한다. 또한 소수자집

<sup>13)</sup> 이종일, 한국 소수자우대정책의 특징 고찰, 사회과교육연구, 제26권 제3호, 한국사회교과교육학회, 2019, 3-4쪽.

<sup>14)</sup> 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마553, 판례집 26-2상, 439쪽; 구체적으로 “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 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”

<sup>15)</sup> Erwin Chemerinsky. Constitutional law: principles and policies. Aspen Publishing, 2023, p. 814.

<sup>16)</sup> Ibid., p. 815.

<sup>17)</sup> 김영환, 다양성과 그 가치: 다양성은 우리에게 무엇인가, 백산출판사, 2016, 66쪽(이재희, 앞의 글, 11쪽에서 재인용)

단에서 의사, 변호사 등 전문직 종사자들이 배출되어 이들로 하여금 그동안 열악했던 의료 및 법률지원 분야의 서비스를 제공함으로써 소수자집단과 지역 공동체의 복리를 증진시킬 수 있도록 할 수 있다. 그러나 미연방대법원은 이와 같은 사유는 적극적 평등실현조치를 정당화하기에 충분한 논거가 되지 못한다고 보고 있다.<sup>18)</sup>

#### (4) 역차별 주장에 대한 반론

적극적 평등실현조치에 대한 반대론의 주요 논거 중에 역차별로 인해 현재 무고한 피해자들이 발생한다는 주장이 있다. 특정 집단을 구분하여 우대하는 것은 필연적으로 차별대우를 당하는 집단이 발생한다는 의미가 된다. 이에 대해 찬성론은 적극적 평등실현조치는 차별적 관행을 통해 형성된 사회구조를 개선하기 위한 것으로 특정 집단의 차별을 목적으로 하지 않으며, 우대조치는 악의적 차별 자체가 아니라고 본다.<sup>19)</sup> 또한 몇몇 사람들이 그들에게 합당한 보상을 박탈당한 것과 같은 의도하지 않은 부작용이 발생할 수 있지만, 그것은 사회 정책의 집행에서 피할 수 없는 것으로 더 많은 사람들에게 돌아가는 혜택으로 정당화할 수 있다고도 한다.<sup>20)</sup>

(5) 과거 차별의 대상과 수혜집단의 불일치문제에 대한 반론  
반대론의 주요 논거 중에 과거 차별의 희생자들이 현재 적극적 평등실현조치에 의해 수혜를 받는 집단과 일치하지 않아, 보상적 정의가 훼손되는 경우가 발생한다는 내용이 있다. 이에 대해 적극적 평등실현조치는 특정한 개인들에게 혜택을 주는 것을 주된 목적으로 한 것이 아니며, 차별적 사회구조 개선이나 소수자집단 자체를 보조하기 위한 것이므로 특정한 개인이 별다른 희생없이 혜택을 받을 수 있다는 이유로 입법 혹은 정책 자체의 정당성이 훼손되는 것은 아니라고 반

론을 제기하기도 한다.<sup>21)</sup>

#### (6) 무능력자(부적격자) 양산에 대한 반론

적극적 평등실현조치를 반대하는 입장에서는 이와 같은 정책을 통해 자격이나 능력을 갖추지 못한 개인이 입학, 취학, 계약당사자가 됨에 따라 조직에 무능력 혹은 부적합한 사람을 양산하고, 이는 학업 성취도 및 생산성의 저하 등으로 이어지게 된다고 본다.<sup>22)</sup> 이에 대해 엄격한 능력주의에 따르면 역사적으로 차별을 받아온 소수자집단은 경쟁에서 도태되기 쉽고, 기회의 균등은 형식적인 의미로만 남게 되므로, 이를 시정하기 위한 것이 적극적 평등실현조치라고 말한다. 차별적 관행이 고착화된 사회구조에서 능력주의를 지나치게 강조하는 것은 종전의 차별적 사회구조를 정당화하고 유지하겠다는 입장이 될 수도 있다고 한다.<sup>23)</sup>

### 나. 반대론

#### (1) 비수혜집단에 대한 역차별

적극적 평등실현조치는 특정한 집단을 구분(classification)하고 그 집단에 소속된 개인을 우대하는 것을 내용으로 한다. 미연방 수정헌법 제14조와 같이 특정한 집단을 구분하여 차별대우하는 것 자체를 금지하는 규정 형식의 경우 논리 필연적으로 역차별 논의가 있을 수밖에 없다. 미연방대법원에서 문제된 적극적 평등실현조치 관련 사례들도 기본 구조는 그와 같은 우대조치가 헌법적으로 정당화되는지를 검토하는 과정으로 짜여 있다. 초기 적극적 평등실현조치의 정당화 근거를 과거의 차별에 대한 구제 및 보상에서 찾는 것에 대해 제기된 주요 반론이며, 과거 차별로 어떠한 직접적 이익을 얻었거나 과거 차별에 대한 책임이 없는 비수혜집단은 무고

<sup>18)</sup> Erwin Chemerinsky, op. cit., pp. 817-8.

<sup>19)</sup> 로널드 드워킨, 염수균 역, 자유주의적 평등, 한길사, 2005, 614쪽 이하(이재희, 앞의 글, 14쪽에서 재인용).

<sup>20)</sup> 문미경 등, 한국의 적극적 평등실현조치에 관한 연구, 한국여성정책연구원, 2013, 25쪽.

<sup>21)</sup> J. Edward Kellough. Understanding affirmative action: Politics, discrimination, and the search for justice. Georgetown University Press, 2006, p. 85.

<sup>22)</sup> Vidu Soni. "A twenty - first - century reception for diversity in the public sector: a case study." Public Administration Review 60.5 (2000), pp. 395-.

<sup>23)</sup> J. Edward Kellough, op. cit., pp. 86-.

한 희생자로 역차별을 당하는 것이라는 주장이다. 차별적 관행이나 사회구조의 개선은 인종이나 젠더 중립적(race neutral or gender neutral) 입법·정책을 통해 이루어져야 한다고 본다.

## (2) 과거 차별의 대상과 수혜집단의 불일치

과거 차별에 대한 구제 및 보상이 적극적 평등실현조치의 정당화 근거라는 데 대해, 과거 차별로 인해 피해를 입은 소수자집단은 적극적 평등실현조치로 인해 아무런 보상을 받지 못하고, 현재 이 정책의 혜택을 받는 수혜집단은 과거 차별로 인해 어떠한 피해도 받은 바가 없다는 점을 비판한다. 차별로 인한 피해의 구제 및 보상은 집단을 대상으로 그 집단의 구성원이라는 이유로 이루어져선 안 되고 실제로 피해를 입은 직접적 희생자를 대상으로 이루어져야 한다고 본다. 같은 맥락에서 입시, 취업, 공공계약 등에서의 평가는 특정 집단을 대상으로 그 구성원에 해당하는지 여부를 통해 이루어져서는 안 되고 개인의 능력과 자격을 토대로 이루어져야 한다고 주장한다.

## (3) 이미 충분한 보상

미국에서는 인종을 근거로 한 적극적 평등실현조치에 대한 주요 비판으로 이미 충분한 보상이 이루어졌다는 목소리도 있다. 1960년대 이후 소수자집단을 대상으로 다양한 우대 조치들이 있었고 그동안 충분한 혜택을 받았다는 것이다. 이미 흑인 대통령과 부통령이 선출되었으며, 연방 및 주정부의 주요 보직에 흑인들이 대거 포진해 있고, 미국 사회에서 흑인의 사회적 지위나 인식이 과거와 비할 수 없이 향상되었다는 것을 근거로 든다. 적극적 평등실현조치로 인한 집단 간의 갈등과 사회적 비용 등을 고려할 때 이제는 더 이상 유용

한 정책이 될 수 없다는 판단이다.

## (4) 무능력자(부적격자) 양산

적극적 평등실현조치의 수단으로 할당제나 목표제, 기계적 가점제가 채택되는 경우 자격이나 능력을 충분히 갖추지 못한 소수자집단의 구성원이 취학, 취업, 보조금 수급자 등이 될 수 있다는 비판이 가해진다. 이 문제는 경쟁 구도에서 객관적 자격이나 자질이 부족한자를 선발하게 되는 경우에 그치지 않는다. 실제로 종종 기업의 인사담당자를 통해 법정 장애인고용의무를 충족시키기 위한 장애인 채용에 애를 먹고 있다는 말을 듣게 된다. 이들은 주위에 채용할만한 장애인이 있는지 수소문을 하기도 한다. 학업의 중도 포기, 생산성 하락, 공공재화의 비효율적 집행 등은 적극적 평등실현조치의 사회적 비용으로 간주되며, 정책 집행의 효용성 혹은 효율성을 떨어뜨려 경제성의 관점에서도 비판의 대상이 된다.

## (5) 구체적 상황에서의 불공정

집단을 대상으로 한 특혜로 인해 개인적 관점에서 불공정이 발생할 수 있다. 이것은 특혜를 받는 것이 적절하지 않은 개인이 특혜를 받는 경우와 특혜가 필요한 개인이 오히려 혜택을 누리지 못하는 경우 모두를 상정할 수 있다. 예컨대, 과거한 재벌총수의 아들이 국제중학교 진학을 하면서 한부모가정 자격으로 사회적 배려자 전형을 활용하여 논란이 된 경우가 있었다. 이는 전자의 예에 해당될 수 있다. 또한 미국에서 고등교육기관 입시에서 적극적 평등실현조치는 주로 부유하고 유복한 일부 소수자집단의 구성원들만 이용하거나 이용할 수 있을 뿐이고, 정작 과거 차별로 인한 영향이 지속되고 있는 저소득층이나 빈곤층에게는 무용한 정책이라는 비판이 가해진다.<sup>24)</sup> 이는 후자의 예에 해당한다.

<sup>24)</sup> 유사한 취지로 토머스 소웰, 염철현 역, 세계의 차별철폐정책, 도서출판 한울, 2008, 203쪽.

## (6) 부당한 낙인과 고정관념의 고착화, 정책 효과에 대한 의문

적극적 평등실현조치는 장기적인 관점에서 소수자집단에 대한 부당한 낙인과 고정관념을 더욱 고착화하고, 소수자집단의 사회진출 및 성공을 저해하거나 그들의 성취와 업적을 평가절하하는 결과를 낳을 수도 있다고 한다.<sup>25)</sup> 적극적 평등 실현조치는 소수자집단 구성원으로 하여금 열등감을 갖게 하고, 수혜집단에 대한 적대감을 형성 혹은 조장하는 측면이 있어 사회통합을 저해하고 사회적 갈등을 고조시키는 경우도 제시되고 있다.<sup>26)</sup> 한편 적극적 평등실현조치의 시행으로 과거 차별로 인한 불평등이 완화되었다는 실증적 증거를 찾을 수 없다는 비판도 있다.<sup>27)</sup>

### 다. 소결

미국과 달리 우리는 성별에 기한 적극적 평등실현조치가 대표적 정책 사례로서 관련 논의의 중심을 이루고 있다. 이는 우리 사회의 역사적, 문화적 배경에서 기인한 것으로 적극적 평등실현조치에 대한 사법심사 등 본격적인 정당성 논의가 이루어지게 될 경우 주도적 쟁점으로 부상할 개연성이 크다. 그런데 지난 2023년 6월 20일(현지시간) 세계경제포럼(World Economic Forum)이 발간한 ‘2023년 세계 성 격차 보고서’(Global Gender Gap Report 2023)에 따르면 대한민국의 성 격차 지수(GGI, 1에 가까울수록 양성평등이 잘

이뤄져 있음을 의미함)는 0.680으로 조사대상 146개국 중 105위에 해당하는 수치를 나타내었다. 이는 대한민국이 여전히 성평등의 측면에서 후진국이라는 평가를 받을 수밖에 없다는 현실을 잘 보여준다.<sup>28)</sup> 이와 같은 현실을 무시한 채 적극적 평등실현조치를 당장 전면적으로 철폐해야 한다고 주장하거나 역차별, 충분한 보상, 정책 실효성 등을 이유로 반대하는 것은 바람직해 보이지 않는다. 반대론의 입장도 설득력 높은 논거들을 바탕으로 타당한 주장을 펼치고 있음을 인정해야 한다. 다만 역사적으로 뿌리 깊은 차별과 그로 인한 구조적 차별의 현실을 소극적인 차별금지 명령에 기대어 개선하는 것에는 분명한 한계가 있다. 국제적, 사회·문화적 변화의 방향성을 감안할 때 적극적 평등실현조치와 같은 극약 처방이 필요한 영역이 분명히 존재한다. 물론 극약 처방은 오래 지속하면 오히려 해가 된다. 우리보다 한 발 앞서 이 문제에 대해 폭넓고, 깊이 있는 고민을 이어온 미국의 최근 연방대법원 판결에서 적극적 평등실현조치와 관련한 변화의 조짐이 감지되고 있다. 향후 그 전개 양상을 유심히 지켜 보면서 우리가 나아가야 할 올바른 방향을 탐색하는데 심혈을 기울일 필요가 있다고 본다.

## 3. 국내 관련 법제 현황 및 동향

### 가. 국내 관련 법제 현황

그동안 국내에서는 적극적 평등실현조치의 개념 범위도 확

<sup>25)</sup> Jed Rubenfeld. "Affirmative action." Yale LJ 107 (1997), p. 444(김지영, 적극적 평등실현조치에 대한 미국 연방대법원의 위헌심사, 비교헌법연구 2017-B-2, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017, 22쪽에서 재인용).

<sup>26)</sup> 토머스 소웰, 앞의 책, 35쪽.

<sup>27)</sup> 토머스 소웰, 앞의 책, 222쪽 이하.

<sup>28)</sup> 참고로 “GGI의 경제참여·기회 부문은 여성의 경제활동 참여율, 성별 임금격차, 성별 추정소득, 여성 관리직·임원 비율, 여성 전문직·기술직 비율로 구성된다. 한국은 여성 전문직·기술직 비율(49.61%)에서 1위를 기록했지만, 임금 격차 76위, 경제활동 참여율 85위, 추정소득 119위, 여성 관리직·임원 비율 128위를 기록했다. 경제 부문의 심각한 성별 격차는 WEF 보고서 외에도 다양한 자료에서도 이미 드러난 바 있다. 실제 OECD가 발표한 성별 임금격차 보고서에 따르면, 지난해 한국의 성별 임금격차는 31.1%로 조사대상 국가 중 1위를 기록했다. 이는 남성이 100만원을 받을 때 여성은 68만9000원을 받으며 일한다는 것으로, 한국은 OECD에 가입한 지난 1996년 이후 해당 수치에서 1위 자리를 놓치지 않고 있다.... 또한 여성가족부에 따르면 지난 2021년 기준 상장법인 2,246개의 여성 임원 비율은 겨우 5.2%에 불과했다. 반면, 영국의 경우 FTSE350지수 상장기업(런던 증권거래소 상장사 중 시가총액 상위 350개 기업)의 여성 이사 비율은 올해 1월 기준 40.2%를 기록했다. 유럽연합(EU) 또한 상장기업 상임·비상임 이사 각각의 33%, 또는 비상임 이사의 40%를 여성으로 임명하는 방안을 오는 2026년 6월부터 시행할 예정이다.”; “한국, 성 격차 세계 100위권... 성별공시제가 해법일까?”, 이코리야 기사, 2023. 6. 22. (<https://www.ekoreanews.co.kr/news/articleView.html?idxno=67633>, 최종 검색: 2023. 12. 28.).

대되었을 뿐만 아니라 관련 입법·정책의 수가 확대되는 경향을 보여왔다. 예를 들어 과거 취업 분야에서 여성에 대한 적극적 평등실현조치로는 여성의무공천제, 공무원 및 공공기관 채용 등에서 여성채용목표제 혹은 양성평등채용목표제 정도의 정책이 시행되었으나 현재는 여성관리자 임용 목표제, 국공립대 여교원임용목표제, 여성과학기술인 채용 목표제 등으로 다각화, 세분화되고 있다. 현재 시행되고 있는 대표적인 적극적 평등실현조치의 예를 보면 양성평등기본법 제20조 제1항과 같이 일반적으로 적극적 조치의 근거를 명시하는 경우를 포함하여 공무원임용시험령 제20조 제1항의 양성평등채용목표제, 공직선거법 제47조의 여성의무공천제(비례대표국회의원 및 지방의회의원 추천시 50% 이상 여성 추천 및 정당명부 작성 시 출수 사용, 임기만료에 따른 지역구국회의원선거 및 지역구지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 각각 전국지역구총수의 100분의 30 이상을 여성으로 추천하도록 노력할 의무 등), 법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률 시행령 제14조 제2항의 사회적 취약계층 특별전형, 장애인고용촉진 및 직업재활법 제27조 및 제28조 등의 장애인의무고용제 등이 있다. 기타 논란이 있을 수 있지만 지방인재채용목표제, 지방인재추천 채용제 등 지역인재 우선채용 관련 제도, 대학교 지역균형 선발제도들도 꼽을 수 있다.

#### 나. 헌법재판소의 관련 사례

적극적 평등실현조치와 관련하여 주요한 사법기관인 헌법

재판소는 지금까지 적극적 평등실현조치에 대해 직접적이고 명시적인 결정을 선고한 바는 없으나, 관련 쟁점을 다루거나 적극적 평등실현조치에 대해 언급한 사례는 다수 확인해 볼 수 있다. 대표적으로 적극적 평등실현조치(잠정적 우대조치)의 개념 및 특성 등에 대해 언급한 제대군인가산점 사건(98헌마363, 위헌)과 청년고용할당제 사건(2013헌마553, 기각, 각하) 등이 있고, 관련 쟁점을 다른 사례로 지방인재채용목표제 사건(2015헌마872, 각하), 이화여대 로스쿨 사건(2009헌마514, 기각, 각하),<sup>29)</sup> 장애인의무고용제 사건(2010헌바432, 2001헌바96),<sup>30)</sup> 시각장애인안마사제도 사건(2006헌마1098, 2011헌가39 등)<sup>31)</sup> 등을 꼽을 수 있다. 그 범위를 조금 더 확장하여 살펴보면 남성에 한정한 병역의무 부과 사건(2006헌마328, 2010헌마460, 2011헌마825 등) 등도 관련 쟁점을 다른 사례로 볼 수 있다.

#### 다. 최근 국내 동향

적극적 평등실현조치의 일환으로 시행되는 정책들이 증가하고, 청년들의 취업 등이 어려워지는 상황에서 적극적 평등실현조치가 젊은 세대(특히 남성)의 거센 저항에 직면하고 있으며, 이는 2022년 제20대 대통령 선거과정에서 여실히 드러났다. 소위 ‘개딸’들을 끌어안은 더불어민주당 후보와 여성가족부 폐지를 공약으로 내건 국민의힘 후보가 격돌하였고, 국민의힘 윤석열 후보가 대통령으로 당선되었다. 혹자는 이를 두고 인셀 선거(incel election)라고 지칭한다.<sup>32)</sup> 윤석열 정부에서 공약을 이행하여 여성가족부를 폐지하지는 않았지만, 성평등 정책 등이 대거 퇴보하였다는 비판이

<sup>29)</sup> 직업의 자유 침해 여부를 검토하는 것으로 결정했다.

<sup>30)</sup> 직업의 자유와 재산권 침해 여부를 검토하는 것으로 결정했다.

<sup>31)</sup> 비시각장애인의 직업의 자유와 평등권 침해 여부를 통합 심사하는 형식으로 결정했다.

<sup>32)</sup> 인셀(incel)의 사전적 의미는 성관계를 바라지만 해보지 못한 사람을 뜻한다. 다시 말해 비자발적 독신주의자로서 성적 경험 부족으로 좌절감을 느끼는 사람, 보통 남성을 가리킨다. 1990년대 인터넷 용어로 등장하기 시작해 시간이 흐름에 따라 그 의미가 여러 형태로 변화했는데, 자신의 연애 및 결혼 등 관계에서의 좌절을 여성과 사회의 탓으로 돌리는 이성애자 남성으로 정의되기도 한다. 또한 여성 혐오적인 관점이나 행동을 가진 사람을 경멸하는 의미로도 사용된다. 미국 국립의학도서관에 제출된 '최신 정신의학보고서' 저널의 2022년 한 연구에 따르면 인셀 커뮤니티를 하나로 묶는 몇 가지 이데올로기가 설명되어 있는데, i) 외모 지상주의, ii) 여성이 연애 및 결혼을 신분상승의 도구로 사용한다(혹은 자신들보다 조건이 좋은 남성을 찾는다)는 관념, iii) 페미니즘에 대한 혐오 등을 들고 있다(출처: <https://edition.cnn.com/2023/03/16/us/incel-involuntary-celibate-explained-cec/index.html>, 최종 검색: 2023. 12. 28.).



가해지고 있다.<sup>33)</sup> 2017년 #MeToo(미투)운동이 성폭력 문제의 심각성에 대한 경각심을 높이고, 성폭력 피해자 보호와 예방 방안 마련에서 끝나지 않고, 남녀 간의 갈등 양상으로 골이 깊어지면서 비교적 가부장적 사회 문화와 여성에 대한 심각한 사회·경제적 차별을 경험하지 못했던 청년층을 중심으로 성평등 정책 혹은 여성 정책에 대한 적대감이 확산된 것으로 판단된다. 남녀갈등의 부작용은 단순히 양성평등과 관련된 문제에 그치지 않는다. 젊은 세대의 연애 및 결혼, 출산 기피 현상으로 이어져 저출산 고령화 문제와 직접적으로 연결된다는 견해도 있다.<sup>34)</sup> 한국보건사회연구원의 2021년도 가족과 출산조사 보고서를 살펴보면 젊은 세대(특히 19-24세 청년 계층)의 결혼, 임신과 출산 기피현상을 목도할 수 있다.<sup>35)</sup> 사회통합의 관점에서 적극적 평등실현조치를 제도적 역차별로 인식하고 수혜집단에 대한 적개심을 형성하는 것이 바람직한 현상은 아니다.

### III. 미연방대법원의 주요 판결과 법리 변화 분석

이 연구의 주된 관심 대상인 SFFA 판결에 대해 검토하기에 앞서 이해를 돕기 위해 그동안 미연방대법원에서 적극적 평등실현조치와 관련한 주요 판결들과 법리의 변모 양상을 간단히 살펴볼 필요가 있다. 적극적 평등실현조치와 관련한 최초의 판결인 바키 판결과 그 이후의 판결들을 정리한 후 SFFA 판결에 대한 검토로 넘어가도록 한다.

#### 1. 바키 판결

1978년 선고된 바키 판결(Regents of the University of California v. Bakke)은 적극적 평등실현조치에 대한 최초의 판결이라는 측면에서 의의가 크다. 연방대법원이 논란의 대상이던 적극적 평등실현조치의 합헌성을 부분적으로 인정하여 이후 나온 적극적 평등실현조치 관련 판결들의 리딩케이스가 되었다. 논란이 많은 주제에 대한 최초의 판결인 만큼 대법관들의 의견이나 법리도 복잡하게 나뉘었지만 주요 내용을 중심으로 정리해 보면 다음과 같다.

#### 가. 사건개요

앨런 바키(Alan Bakke)는 백인 남성으로 캘리포니아 대학교 데이비스 의학전문대학원에 지원했으나 거부되었다. 앨런 바키는 흑인 등 소수인종에게 할당제를 부여하는 등 내용의 입학전형으로 인해 자신이 할당제를 통해 합격한 합격자들보다 우수한 성적을 거두었음에도 불합격했다며, 같은 대학원의 입학전형이 1964년 민권법 제6편과 미연방 수정헌법 제14조에 위배된다고 주장하는 소송을 제기하였다. 캘리포니아주 대법원은 바키의 주장을 받아들였고, 대학원 측은 연방대법원에 상고하였다. 미연방대법원은 1978년 6월 28일 소수인종 학생을 위해 16석을 배정하는 입학전형을 무효화했고, 바키의 입학할 허용해야 한다는 캘리포니아주 대법원의 명령을 지지했다. 한편 대학입시에서 인종을 고려한 적극적 평등실현조치를 금지한 캘리포니아주 대법원의 판결 부분은 파기하였다.

#### 나. 주요 결정 및 이유

<sup>33)</sup> “저출생은 잘못된 젠더 관계 탓, 성평등 정책으로 사회 전환해야”, 경향신문, 2023. 3. 22. (<https://www.khan.co.kr/national/national-general/article/202303221628001>, 최종 검색: 2023. 12. 28.).

<sup>34)</sup> 여성과 남성 사이의 불신과 혐오는 한국의 출산율 하락을 이해하는 중요한 단초가 된다고 보기도 한다(Anna Louie Sussman. “THE REAL REASON SOUTH KOREANS AREN’T HAVING BABIES.” The Atlantic. March 24, 2023); 해당 기사는 현재 한국의 젊은 세대에서 젠더 전쟁(gender war)이 벌어지고 있다고 표현한다. 왜 젊은 사람들이 연애를 꺼리냐는 질문에 한 젊은 여성은 여성들이 남성을 자신들의 신체적 안전을 위협(데이트 폭력, 몰카, 비디오 촬영 등을 통해)하는 대상으로 여기면서 두려워하고 있다고 답했다. 반면 남성들은 여전히 연애, 혼인과 가족부양, 자녀양육 등의 측면에서 남성에게 지워진 무거운 부담에 대해 분개하거나 혹은 좌절감을 맛보고 있다고 답했다. 2020년 30대 한국인 1000명을 대상으로 한 조사에서 결혼을 원하지 않는다고 답한 남성의 절반 이상이 그 원인을 경제적 이유라고 답했고, 결혼에 반대하는 여성의 약 50%가 혼자 사는 삶이 행복하다(25%)거나 가부장적 문화와 성 불평등(25%)을 주요 원인으로 꼽았다.

<sup>35)</sup> 박종서 등, 2021년도 가족과 출산 조사, 한국보건사회연구원, 2021, 79-136쪽.

대법관들은 모두 6개의 의견을 냈지만, 그 중 어느 하나도 과반수(5인) 이상의 지지를 얻지 못했다. 파월 대법관은 단순 다수의견(plurality opinion)으로<sup>36)</sup> 연방대법원의 판결을 선고했다. 4명의 대법관(버거, 스투어트, 렌퀴스트, 스티븐스)이 파월 대법관과 함께 당해 입학전형을 폐지하고 바키의 입학 허용하는 내용의 판결에 동참했다.<sup>37)</sup> 나머지 4명의 대법관(브레넨, 화이트, 마샬, 블랙먼)은 위와 같은 결론에는 반대했지만,<sup>38)</sup> 중간심사기준을 적용하여 인종을 평가 요소의 가점요인으로 사용하는 것과 같이 구체적 상황과 방식에 따라서 적극적 평등실현조치가 허용될 수 있다는 파월 대법관의 의견에는 동의했다. 그들은 또한 대학입시에서 인종을 고려하는 것을 금지한 캘리포니아주 대법원 판결의 해당 부분을 파기해야 한다는 파월 대법관의 의견에도 동의했다. 캘리포니아 대학교 데이비스 의학전문대학원에서와 같이 100명 중 16명을 소수인종 학생에게 할당하는 것과 같은 특정 인종 할당제(quota)는 허용되지 않는다고 판결했다.

이 사건에서 단순다수의견을 집필한 파월 대법관은 대학에서 다양성의 중요성을 논증하고, 과거 차별에 대한 구제(혹은 보상)나 소수인종에 대한 바람직한 역할 모델 제공, 소외된 지역에 의료서비스 제공 등이 아닌 인종적으로 다양한 학생구성원을 통한 교육적 혜택이 긴절한 정부의 이익(compelling governmental interest)이 된다고 보았다. 소수인종을 위해 특정 수의 정원을 할당하는 입학전형은 비수혜 집단을 차별하는 것이며, 인종을 입학전형의 여러 요소 중 하나로 삼는 것과 같이 덜 제한적인 방법으로도 동일한 목적을 달성할 수 있다고 판단했다. 나아가 인종을 여러 평가 요소 중 하나로 사용하는 것은 헌법의 평등보호조항에 위배되지 않는다고 보았다.

[표1] 바키 판결의 주요 내용

사건명	판결	심사기준	목적	수단
Bakke (1978)	위헌	엄격심사(1인) 중간심사(4인)	과거차별에 대한보상부정 다양성의교육적 이점증정	할당제 부정 (100명당 16명 을 소수인종 에게 할당) 가점요소 활용 긍정

## 2. 이후 주요 판결과 법리 변화

적극적 평등실현조치는 입시, 고용, 공공계약, 세제지원 등 다양한 분야에서 이루어지고 있고, 미연방대법원의 판결도 여러 분야를 대상으로 내려졌다. 그러한 이유로 적극적 평등실현조치에 관한 모든 판결을 나열하여 검토하거나 특정 판결을 깊이 있게 검토하는 방식으로는 유의미한 법리 변화나 경향성, 시사점을 밝히기가 어려운 측면이 있다. 따라서 여기서는 미국에서 적극적 평등실현조치와 관련하여 가장 대표적이면서 많은 판결이 쌓였고, 법리가 형성되어 온 고등교육기관 입시에서 인종에 기반한 적극적 평등실현조치에 대한 연방대법원의 판결들을 중심으로 주요 내용과 법리의 변화 양상 등을 검토하고자 한다.

### 가. 개요

바키 판결 이후 대학입시에서 인종에 기반한 적극적 평등실현조치와 관련해서는 2003년 선고된 그러터(Grutter v. Bollinger) 판결과<sup>39)</sup> 그라츠(Gratz v. Bollinger) 판결,<sup>40)</sup> 2013년과 2016년에 선고된 두 번의 피셔(Fisher v. University of Texas) 판결이<sup>41)</sup> 있었다. 그 외에도 고용, 교육 및 공공자원 등과 관련한 주요 사례로 잭슨(Wygant v. Jackson Board of Education) 판결,<sup>42)</sup> 크로스(City of Rich-

<sup>36)</sup> 어느 의견도 과반수를 넘지 못해 선례로서의 구속력이 있는 법정의견이 되지 못한 의견이다.

<sup>37)</sup> 이들은 이 사건을 헌법 위반 문제로 보지 않고, 민권법 제6편에 위배된 것이라고 보았다.

<sup>38)</sup> 이들은 이 사건을 미연방 수정헌법 제14조의 위배 문제로 보았지만 중간심사기준을 적용하여 합헌으로 결론을 내렸다.

<sup>39)</sup> Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

<sup>40)</sup> Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

<sup>41)</sup> Fisher v. University of Texas, 570 U.S. 297 (2013), Fisher v. University of Texas, 579 U.S. 365 (2016); 이하 편의상 2013년에 선고된 판결을 Fisher I 으로 2016년에 선고된 판결을 Fisher II로 표기한다.

<sup>42)</sup> Wygant v. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267 (1986).

mond v. J.A. Croson Company) 판결,<sup>43)</sup> 애더랜드(Adarand Constructors, Inc. v. Peña) 판결<sup>44)</sup> 등도 있었다.<sup>45)</sup>

## 나. 주요 판결과 법리의 변화 등

### (1) 대학입시에서 인종에 기반한 적극적 평등실현조치 관련 판결

2003년 선고된 그러터 사건 판결은 미시간 대학교 법학전문대학원에 지원한 백인 여학생이 학교 측이 특정 소수집단에 입학 기회를 훨씬 더 많이 부여함으로써 결과적으로 자신이 입학할 거부당했다고 주장하면서 제기되었다. 이 사건에서 연방대법원은 “과소 대표된 소수자집단”을 우대하는 입학전형은 모든 지원자에 대해 개별적으로 평가되는 별도의 요소로 고려하는 한 미연방 수정헌법 제14조의 평등보호 조항을 위반하지 않는다고 판결했다. 이 판결은 입학 정책에서 인종을 고려할 수 있지만 인종 할당제는 위헌이라고 판단한 위 바키 판결(1978)의 법리를 대체로 지지하였다. 오코너 대법관이 집필한 법정의견은 ‘모든 형태의 인종 차별에 관한 위헌성 판단은 엄격심사기준을 적용한다’는 애더랜드 판결의 내용을 확인하고, 학생구성의 다양성을 확보하기 위해 가점요인으로 인종을 고려하는 것은 긴절한 이익(compelling interest)을 위한 것으로 헌법에 위배되지 않는다고 하였다. 동 판결은 그 수가 확정되지 않은 최소필요인원(critical mass)을 인정한 것은 인종이 결정요인이 되는 할당제와 그 성격이 다르다고 보고 엄격히 재단된(narrowly tailored) 수단이 된다고 보았다. 한편 법정의견은 “인종을 고려한 입학 정책은 시간적으로 제한되어야 한다”고 주장하면서 “법원은 앞으로 25년 후에는 오늘 승인된 이익(다양한 학생구성으로 인한 교육적 혜택 - 필자 주)을 증진하기 위해 더 이상 인종적 우대를 사용할 필요가 없을

것으로 기대한다”고 판시했다.

그러터 사건 판결과 같은 날 선고된 그라츠 사건 판결에서는 대체로 그러터 사건 판결에서 인정된 법리들을 동일하게 확인하면서도, 미시간 대학교 학부 입학전형에서 과소 대표된 소수자집단 지원자에게 자동으로 20점의 가점을 부여하도록 한 것은 모든 지원자에 대한 개별화된 평가수단이 아니어서 위헌이라고 판단하였다. 즉 연방대법원은 미시간 대학교가 채택한 자동 가점부여는 다양성으로 인한 이익을 달성하기 위해 엄밀히 재단되지 않았기 때문에 평등보호조항을 위반했다고 판결했다.

그러터 및 그라츠 사건 판결 이후 다양성으로 인한 교육적 혜택을 위해 채택될 수 있는 엄밀하게 재단된 정책적 수단이 어떤 것인지에 대한 논란이 있었다. 이와 같은 상황에서 등장한 피셔 판결이 엄격심사기준을 충족시키는 ‘엄밀하게 재단된 수단’의 판단기준을 더욱 구체적으로 제시하였다고 보기도 한다.<sup>46)</sup> 아비게일 노엘 피셔(Abigail Noel Fisher)는 백인 여성으로 2008년 텍사스 대학교 오스틴 캠퍼스(이하 UT 오스틴)의 입시에 지원했으나 거부되었다. 당시 UT 오스틴은 인종에 관계없이 각 텍사스 소재 고등학교 졸업반의 상위 10%에 해당하는 학생들을 별다른 선발 과정 없이 입학시키는 제도(일명 상위 10% 전형, top ten percent plan)와 입학사정을 통해 경쟁 선발하는 제도(지원자의 재능, 리더십 자질, 가정 환경, 인종 등을 두루 평가함)를 병행하여 약 8:2의 비율로 신입생을 선발하였다. 피셔는 반에서 상위 12%에 해당하여 후자의 입학전형으로 지원하였고, 입학이 거부되자 인종을 고려한 당해 입학전형이 미연방 수정헌법 제 14조의 평등보호조항에 위배된다고 주장하면서 소송을 제기했다.<sup>47)</sup> 2009년 연방지방법원은 UT 오스틴의 입학전형

<sup>43)</sup> City of Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469 (1989).

<sup>44)</sup> Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).

<sup>45)</sup> 더 자세한 내용은 송현정, 앞의 보고서, 98-104쪽 참조.

<sup>46)</sup> 송현정, 앞의 보고서, 103쪽.

이 선례인 그러터 판결의 기준을 충족시킨다고 판단하여 피셔의 청구를 기각하였다. 항소심 재판부(미연방 제5순회항소법원)도 원심의 결정을 받아들여 이를 유지했다. 2011년 9월 피셔는 연방대법원에 상고하였다. 2013년 6월 24일 연방대법원은 다양한 학생구성을 통한 교육적 혜택이 긴절한 공익에 해당한다는 점은 인정하였지만, UT 오스틴의 당해 입학전형의 정당성을 판단함에 있어 엄격심사기준이 적용되지 않았음을 주요 이유로 원심판결을 파기 환송하였다(Fisher I). 미연방 제5순회항소법원은 텍사스 대학교가 종합적 심사(holistic review)를 통해 합격자를 선발하면서 인종을 하나의 평가요소로 활용하는 것은 엄격심사기준을 충족시키는 것이라고 보아 기존 입장을 유지했다. 피셔는 다시 한번 연방대법원에 상고했고, 2016년 6월 23일 연방대법원은 원심의 판단을 인용하는 판결을 선고하였다(Fisher II). 이 판결에서 다수의견은 대학에게 “인구 통계의 변화로 인해 인종을 고려한 정책의 필요성이 약화되었는지 평가하고, 필요하다면 판정되는 적극적 평등실현조치의 긍정적 및 부정적 효과를 파악하기 위해” 이용 가능한 데이터를 사용할 지속적인 의무가 있음을 여러 차례 강조하였다.

[표2] 대학입시에서 인종에 기반한 적극적 평등실현조치 관련 판결 주요 내용

사건명	판결	심사기준	목적	수단
Grutter (2003)	합헌	엄격심사	다양성의 교육적 혜택 긍정	최소필요 인원 (Critical mass) 긍정(인원 확정 안됨) 어느 시점이건 인종요소의 고려는 끝나야 함

Gratz (2003)	위헌	엄격심사	다양성의 교육적 혜택 긍정	기계적 가점 부여 (소수계 학생들에게 자동으로 20점 부여) 부정
Fisher I (2013)	-	엄격심사	다양성의 교육적 혜택 긍정	개인성취지수 항목에 인종을 포함하는 것이 필요성 요건 (narrowly tailored)을 충족하는지에 대한 판단요구(따기 환송)
Fisher II (2016)	합헌	엄격심사	다양성의 교육적 혜택 긍정	개인성취지수 항목에 인종 포함하는 방식 긍정

## (2) 성별에 기반한 적극적 평등실현조치에 관하여<sup>48)</sup>

현재까지 미연방대법원에서는 성별에 기반한 적극적 평등실현조치의 위헌성 여부가 다투어진 적이 없다.<sup>49)</sup> 그러나 공교롭게도 성차별 문제와 관련하여 연방대법원이 다룬 대다수의 사건들이 여성에게 혜택을 제공하고 남성에게 불이익을 주는 내용의 법률들이었다. 미연방대법원은 지금까지 종종 성역할 고정관념에 기반하여 여성을 우대하고 남성에게 불이익을 주는 법률들을 무효선언 해왔다. 그와 같은 고정관념에는 i) 여성이 남성에게 경제적으로 의존적이라는 고정관념, ii) 가정과 육아에 있어서의 역할에 대한 고정관념,<sup>50)</sup> iii) 특정한 성에 적합한 직업이 있다는 고정관념<sup>51)</sup> 등을 예로 들 수 있다.

미연방대법원은 성별에 기한 차별 사건의 경우 중간심사기준을 적용하고 있고, 과거 차별이나 기회의 불균등을 구제(보상)하기 위해 여성을 우대하는 것은 허용된다고 본다.<sup>52)</sup>

<sup>47)</sup> 텍사스 대학교는 상위 10% 전형으로 입학할 수 없는 학생들을 선발하기 위한 전형에서 학업지수(학교성적순위 및 SAT 점수)와 개인성취지수(실습경력, 과외활동, 봉사활동, 수상경력, 가정환경 등)를 평가요소로 활용했는데, 2003년 그러터 판결에서 인종을 고려한 입학전형이 합헌으로 결정되자 2005년부터 개인성취지수에 인종을 평가요소로 다시금 고려하기 시작했다; 보다 자세한 내용은 박종보, 미국헌법상 적극적 평등실현조치의 법리와 그 전개, 법학논총, 제33집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2016, 74-75쪽 참조.

<sup>48)</sup> Erwin Chemerinsky, op. cit., pp. 828-46.

<sup>49)</sup> Ibid, p. 844.

<sup>50)</sup> 남성과 비교하여 여성이 가정과 자녀양육에 더 큰 역할을 담당해야 한다는 고정관념.

<sup>51)</sup> 간호(nursing)가 여성들의 주 영역이라는 가정에 기반한 고정관념.

<sup>52)</sup> 이와 관련하여 “아직도 성차별에 대해 엄격 심사 기준을 적용해야 한다고 주장하는 자들이 많이 존재하며, 성별에 기한 차별에 과연 엄격 심사 기준과 중간 심사 기준 중 어떤 심사 기준이 적용되어야 하는지에 대한 논쟁은 지속되고 있다.”고 한다; 존 하트 일리, 전원열 역, 민주주의와 법원의 위헌심사, 나남출판, 2006, 379-380쪽(송헌정, 앞의 보고서, 115쪽에서 재인용).

그러나 성별에 기반한 적극적 평등실현조치에 대한 위헌심사에서 인종에 기반한 적극적 평등실현조치에 대한 위헌성 검토와 마찬가지로 과연 어떠한 입법·정책적 목적이 헌법적 정당성을 가질 수 있는지, 어떤 수단이 허용될 수 있는지 등과 같이 많은 유사한 쟁점들이 똑같이 문제될 것으로 예상된다.<sup>53)</sup>

한편 미연방대법원은 남성과 여성의 생물학적 차이를 이유로 여성을 우대하는 것은 일정한 범위에서 허용된다고 본다. 예컨대, 시민권 획득의 조건과 관련하여 어머니와 아이의 관계는 아버지와 아이의 관계보다 생물학적 관점에서 높은 확실성이 있고 전자를 우대하는 것은 인정된다고 보았다.<sup>54)</sup> 주의할 점은 남성과 여성의 생물학적 차이를 감안하여 제정되었다고 생각하는 법률들이 실제로는 고정관념에 기반한 것일 수 있다는 사실이다. 이런 경우 위헌적인 법률들이 유지될 위험이 있다.<sup>55)</sup>

### 3. SFFA 판결 분석

#### 가. 사건개요

##### (1) 배경

하버드 대학교와 노스캐롤라이나 대학교는 미국에서 가장 오래된 고등교육기관이다.<sup>56)</sup> 매년 수만 명의 학생들이 이 대학들에 진학하기 위해 응시하고 있으며, 극소수의 학생만이 입학하게 된다. 소송을 제기한 SFFA는 입시 정책에서 적극적 평등실현조치를 폐지시키려는 목적으로 2014년 보수주의

활동가 에드워드 블룸(Edward Blum)에 의해 설립된 비영리단체이다. 에드워드 블룸은 백인 여학생 피셔(Fisher)와 함께 2013년 및 2016년에 선고된 Fisher I, Fisher II 사건을 주도하였으나 결국 패소했고, 그 과정에서 설립된 SFFA를 당사자로 이번에는 하버드 대학교와 노스캐롤라이나 대학교를 상대로 소송을 제기했다.<sup>57)</sup> 이 사건은 인종에 기반한 적극적 평등실현조치에 의해 소수인종에 속하는 아시아인도 차별을 받고 있다는 문제인식을 더하여 전선이 확대되었다.<sup>58)</sup>

##### (2) 소송 경과

SFFA는 하버드 대학교의 인종에 기반한 입학전형이 평등보호 조항, 민권법 제6편, 계약 시 인종 차별을 금지하는 연방법률에 위반된다고 주장하면서 소를 제기했다. 매사추세츠주의 연방지방법원은 악의적 차별(discriminatory animus) 혹은 의도적 편견(conscious prejudice)에 대한 입증에 부족하다고 판단하면서 원고의 주장을 기각했다. SFFA는 항소를 제기했고, 미연방 제1순회항소법원은 원심의 판결을 유지했다. SFFA는 연방대법원에 상고를 제기했고, 연방대법원이 받아들였다.

한편 SFFA는 동시에 노스캐롤라이나 대학교의 입학전형에 대해서 같은 주장과 이유로 소를 제기했다. 노스캐롤라이나 중부 연방지방법원은 마찬가지로 원고의 주장을 기각했고, SFFA는 항소를 제기했다. 미연방 제4순회항소법원의 소송 계속 중 SFFA는 연방대법원에 상고를 제기했고, 연방대법원은 판결 전 상고를 허가했다.<sup>59)</sup>

##### 나. 주문(Holdings)<sup>60)</sup>

<sup>53)</sup> Erwin Chemerinsky, op. cit., p. 844.

<sup>54)</sup> Nguyen v. INS, 533 U.S. 53 (2001).

<sup>55)</sup> 남성에 한정된 병역의무 부과 사건과 관련하여 현행 병역법 제3조 제1항에 대한 헌법재판이 계속되고 있는데, 과연 이것은 남성과 여성의 생물학적 차이를 감안한 것인지, 여성은 남성에 비해 연약하다는 고정관념에 기반한 것인지에 대해 깊이 고민해 보아야 할 필요가 있다고 본다.

<sup>56)</sup> 한편 하버드 대학교는 사립대학을 대표하는 학교이고, 노스캐롤라이나 대학교는 가장 유서 깊은 공립 대학교 중 하나라는 측면에서 이 판결이 향후 미국의 모든 고등교육기관에 영향을 미칠 수 있다는 상징성을 동시에 가진다고 볼 수 있다.

<sup>57)</sup> “Edward Blum on His Long Quest to End Race-Conscious College Admissions”, TIME, 2022. 10. 27. (<https://time.com/6225372/edward-blum-affirmative-action-supreme-court-interview/>, 최종 검색: 2023. 12. 28.).

<sup>58)</sup> 더 자세한 내용은 윤성현, ‘하버드-아시아 소송’에서 인종을 고려한 대학입학정책과 아시아인 차별의 딜레마에 대한 헌법적 검토, 공법연구, 제51집 제1호, 한국공법학회, 2022, 185-7쪽 참조.

<sup>59)</sup> 하버드 대학교와 노스캐롤라이나 대학교를 상대로 한 소송사건은 병합심리 되었다.

<sup>60)</sup> 이하 본안 판단 내용을 중심으로 살핀다.

미연방대법원 로버츠 대법원장이 다음과 같이 법정의견을 밝혔다.

- (1) 인종에 기반한 입학전형에 대해 하버드 대학 측이 주장하는 긴절한 이익(compelling interests)이 평등보호 조항 위반에 대한 엄격한 심사가 허용될 만큼 충분한 측정 가능성 요건을 갖추지 못했고, 이는 또한 민권법 제6편 위반에 해당한다.
- (2) 노스캐롤라이나 대학교 측이 주장하는 긴절한 이익은 충분히 측정 가능하지 않다.
- (3) 하버드 대학과 노스캐롤라이나 대학교는 그들이 제시한 다양성 목적과 이를 위해 채택한 수단 사이의 유의미한 연관성을 설명하지 못했다.
- (4) 피상고인측 입학전형들은 인종을 고정관념이나 부정적(감점) 요소로 사용함으로써 엄격심사기준을 충족시키지 못한다.
- (5) 피상고인측 입학전형들은 논리적인 종료 시점을 제시하지 못하여 엄격심사기준을 충족시키지 못한다.
- (6) 두 사건의 원심판결을 모두 파기한다.

토마스, 알리토, 고서치, 케버너, 브렛 대법관이 법정의견에 동참했다. 토마스 대법관이 보충의견을 제출했다. 고서치 대법관이 보충의견을 제출하고, 토마스 대법관이 그 의견에 동참했다. 케버너 대법관이 보충의견을 제출했다. 소토마요르 대법관이 반대의견을 제출했고, 케이건 대법관이 동참했다(노스캐롤라이나 대학교 사건에서는 소토마요르 대법관이 반대의견을 제출하고, 잭슨 대법관이 동참했다). 잭슨 대법관이 노스캐롤라이나 대학교 사건에 반대의견을 제출했고, 소토마요르와 케이건 대법관이 동참했다. 잭슨 대법관은 하버드 대학 사건에 참여하지 않았다(회피).

[표3] SFFA 판결의 참여 재판관 의견

하버드 대학 사건(8인, 6:2)	노스캐롤라이나 대학교 사건(9인, 6:3)
로버츠 대법원장의 법정의견: 토마스, 알리토, 고서치, 케버너, 브렛 대법관 동참(6인)	로버츠 대법원장의 법정의견: 토마스, 알리토, 고서치, 케버너, 브렛 대법관 동참(6인)
토마스 대법관의 보충의견	토마스 대법관의 보충의견
고서치 대법관의 보충의견: 토마스 대법관 동참	고서치 대법관의 보충의견: 토마스 대법관 동참
케버너 대법관의 보충의견	케버너 대법관의 보충의견
소토마요르 대법관의 반대의견: 케이건 대법관 동참(2인)	소토마요르 대법관의 반대의견: 잭슨 대법관 동참
-	잭슨 대법관의 반대의견: 소토마요르, 케이건 대법관 동참(3인)

#### 다. 주요 쟁점 및 판단

이 사건의 주요 쟁점은 대학입시에서 인종에 기반한 적극적 평등실현조치가 미연방 수정헌법 제14조의 평등보호조항에 위배되는지 여부이다. 즉 대학이 지원자의 입학 여부를 판단하면서 인종을 평가요소로 할 수 있느냐 하는 것이다. 이 사건 판결에서도 미연방대법원은 애더랜드 판결, 그랜터 판결 등을 통해 확립된 엄격심사기준을 적용하여 평등보호 조항 위반 여부를 판단했다.

먼저 존 로버츠 대법원장은 법정의견에서 적극적 평등실현 조치의 역사적 배경과 선례를 검토하고, “인종 차별을 멈추는 방법은 인종에 근거한 차별을 멈추는 것”이라고 한 과거 자신의 주장을 다시 한번 확인했다. 로버츠 대법원장은 이번 판결에서 “인종 차별을 없애는 것은 모든 인종 차별을 없애는 것을 의미한다.”고 설시했다.<sup>61)</sup> 그는 이어서 수정헌법의 평등보호조항은 인종, 피부색 또는 국적의 차이에 관계없이 보편적으로 적용된다고 말했다.<sup>62)</sup>

<sup>61)</sup> Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, et al, 600 U.S. 181(2023) at 206.

<sup>62)</sup> Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356(1886) at 369.

수십 년 동안 미연방대법원이 적극적 평등실현조치를 정당화하는 근거는 ‘다양한 학생 구성을 통해 얻을 수 있는 교육적 혜택’이었다. 입학사정관은 인종 할당제를 사용하여 학급을 다양화할 수는 없었지만, 인종을 ‘가점요소(plus factor)’로 사용할 수 있었는데, 이는 흑인이나 히스패닉계 지원자가 소수인종에 속하지 않은 비슷한 자격을 갖춘 학생보다 유리할 수 있는 여러 고려사항 중 하나였다. 로버츠 대법원장은 이러한 타협을 허용하지 않았다. 하버드 대학교와 노스캐롤라이나 대학교가 입학요강에서 주장하는 이점, 즉 “공공 및 민간 부문의 미래 지도자 양성”, “활발한 아이디어 교환 촉진”, “졸업생들이 ‘점점 더 다원화되는 사회’에 적응할 수 있도록 준비” 등은 구체적이지도 측정 가능하지도 않다고 그는 말했다.<sup>63)</sup> 로버츠 대법원장은 “설사 이러한 목표가 어떻게든 측정될 수 있다고 하더라도, 법원이 언제 목표에 도달했는지, 언제 인종적 선호라는 위험한 규제책이 중단될 수 있는지 어떻게 알 수 있겠느냐”고 반문했다.<sup>64)</sup>

법정의견의 비판은 한걸음 더 나아간다. 이 판결은 대학이 포용한다고 주장하는 다양성의 개념에 의문을 제기하며 “인종 범주 자체가 여러 가지 면에서 부정확하다”고 지적한다.<sup>65)</sup> ‘모든 아시아 학생’을 한데 묶는 것은 ‘남아시아 또는 동아시아 학생이 적절하게 대표되는지 여부’에 대한 관심이 부족하다는 것을 잘 보여준다.<sup>66)</sup> 로버츠 대법원장은 대학들이 과소 대표성을 바로잡는 데 관심이 있다고 주장하지만, “멕시코 출신 학생이 15%인 학급이 여러 라틴 아메리카 국가 출신 학생이 10%인 학급보다 선호되는 이유는 단순히 전자가 후자보다 히스패닉 학생이 더 많기 때문일 것”이라고 지적

했다.<sup>67)</sup> 로버츠 대법원장은 결론 부분에서 학생은 그의 인종이 아닌 개인으로서 자신의 경험에 따라 평가되어야 한다고 밝혔다. 동시에 대학이 너무 오랫동안 개인의 정체성을 규명하는 시금석을 극복한 시련, 연마한 기술, 배운 교훈이 아니라 피부색으로 간주해 왔으며, 미국 헌정사는 그와 같은 선택을 용납하지 않는다고 강하게 말했다.<sup>68)</sup>

더욱이 법정의견은 제로섬(zero-sum)일 수밖에 없는 대학 입시에서 인종을 가점요소로 고려하는 것은 필연적으로 누군가에게는 인종이 감점요인으로 작용하는 것이며, 개인을 그 인종의 산물로 여기는 고정관념을 증진시킨다고 하였다. 평등보호조항은 인종을 감점요소로 사용하는 것을 용인하지 않으며, 지속적인 상처와 피해를 야기하는 유형화(stereotyping)를 금지하고 있다고 했다.<sup>69)</sup> 한편 법정의견은 대학(교)의 입학전형들의 논리적인 종료시점이 없다는 점도 주요한 문제로 보았다.<sup>70)</sup> 법정의견은 그러터 판결이 인종을 고려한 입학전형은 언젠가는 끝나야 한다는 점을 분명히 하였다고 보았다.<sup>71)</sup>

반대의견의 소냐 소토마요르 대법관 등은 법정의견이 고등교육과 미국 사회에 더 많은 포용성과 평등을 가져오는 데 기여한 훌륭한 도구를 포기했다고 비난했다. 소토마요르 대법관은 이번 판결이 인종이 항상 중요했고 앞으로도 계속 중요할 고질적으로 분리된 사회에 파괴적인 영향을 미칠 것이라고 진단했다.<sup>72)</sup> 잭슨 대법관은 인종을 고려한 입학정책이 수정헌법 제14조의 원래 취지에 부합하며 오늘날에도 여전히

<sup>63)</sup> Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, et al, 600 U.S. 181(2023) at 214.

<sup>64)</sup> Ibid.

<sup>65)</sup> Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, et al, 600 U.S. 181(2023) at 216.

<sup>66)</sup> Ibid.

<sup>67)</sup> Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, et al, 600 U.S. 181(2023) at 217.

<sup>68)</sup> Ibid, at 231.

<sup>69)</sup> Ibid, at 218-221.

<sup>70)</sup> Ibid, at 221-225.

<sup>71)</sup> Grutter, 539 U.S., at 342.

<sup>72)</sup> Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, et al, 600 U.S. 181(2023) at 377-383.

히 중요한 수단으로 남아 있다고 주장했다.<sup>73)</sup> 수정헌법 제14 조에 대한 토마스 대법관의 인종 중립적 해석에 대해서는 방 안의 코끼리, 즉 미국의 잠재력을 최대한 발휘하는 데 계속 방해가 되는 인종과 관련된 격차를 직시 혹은 해결하기를 거부하는 것이라고 지적했다.<sup>74)</sup>

로버츠 대법원장의 다수의견은 인종에 대한 제도적 고려를 철저히 거부했지만, 두 가지 예외를 두었다. 첫 번째, 지원자의 인종적 정체성이 미치는 영향에 대한 개별적인 고려가 허용될 수 있음을 인정했다.<sup>75)</sup> 두 번째, 법정의견은 각주 (footnote)에서 웨스트 포인트 및 해군사관학교와 같은 사관학교의 경우 인종을 고려한 입학전형을 금지하는 것에서 면제된다 하였다.<sup>76) 77)</sup> 소토마요르 대법관은 첫 번째 예외에 대해 이는 단지 법원이 체면을 살리기 위해 삽입된 것으로 “돼지에게 립스틱을 바르는 것(lipstick on a pig)”이라고 비판했다.<sup>78)</sup> 잭슨 대법관도 두 번째 예외에 대해 “고등교육의 인종적 다양성은 흑인 미국인과 기타 소외된 소수자들이 이 사회실이 아닌 병커에서 성공할 수 있도록 준비하는데 필요한 경우에만 잠재적으로 보존할 가치가 있다”는 생각에 기반한 과감한 조치라고 비판했다.<sup>79)</sup>

[표4] SFFA 판결의 주요 내용

사건명	판결	심사 기준	목적	수단
SFFA (2023)	위헌	엄격 심사	다양성의 교육적 혜택 자체는 긍정	평가기준으로 인종 고려 부정

			다만, 당해 입학전형의 목적은 사법 심사가 허용될 정도의 측정 가능성이 없고, 채택된 수단과의 유의미한 관련	(가점요소 활용 부정) 인종을 감점요 인 및 고정관념으로 사용 타당한 종료시점의 부재
--	--	--	--	---

## 라. 검토

SFFA 판결은 많은 논란을 내포하고 있는 판결인 만큼 여러 가지 관점에서 다양한 분석 및 평가가 가능하겠지만, 여기서는 필자가 특히 관심을 가지고 바라본 주요한 쟁점에 대해 간단히 검토해 보고자 한다.

### (1) 인종 중립적(race neutral) 정책 추진(간접차별 문제)

SFFA 판결에서 법정의견이 기반한 핵심적인 논리는 수정헌법 제14조가 특정한 인종에 대한 우대를 인정하지 않는다는 것이다. 이 사건의 적극적 평등실현조치는 인종이라는 구분을 사용하여 특정한 인종집단을 우대하는 것을 내용으로 하는 것이고, 그것이 헌법적 정당성을 가지지 못하여 수정헌법 제14조에 부합하지 않는다고 결론을 내렸다. 이와 같은 결론은 향후 미국에서 특히 대학입시와 관련하여 인종 중립적 입시정책의 추진을 예고한 것이라고 판단할 수 있다. 텍사스 주에서 추진한 인종 중립적 입학전형과 같은 유형이 논란의 중심으로 등장할 개연성이 있어 보인다. 관련 사건이 이미

<sup>73)</sup> Ibid, at 403-411.

<sup>74)</sup> Ibid, at 407-408.

<sup>75)</sup> Ibid, at 230-231; 동시에 모두가 동의하는 바와 같이 이 의견의 어떤 내용도 대학이 차별, 영감 또는 기타 방식으로 인종이 자신의 삶에 어떤 영향을 미쳤는지에 대한 지원자의 논의를 고려하는 것을 금지하는 것으로 해석되어서는 안 된다(At the same time, as all parties agree, nothing in this opinion should be construed as prohibiting universities from considering an applicant's discussion of how race affected his or her life, be it through discrimination, inspiration, or otherwise).

<sup>76)</sup> Ibid, at 213, n. 4; The United States as amicus curiae contends that race-based admissions programs further compelling interests at our Nation's military academies. No military academy is a party to these cases, however, and none of the courts below addressed the propriety of race-based admissions systems in that context. This opinion also does not address the issue, in light of the potentially distinct interests that military academies may present.

<sup>77)</sup> 로버츠 대법원장은 2022년 가을에 열린 구두변론에서도 이 면제에 대해 언급한 바 있다.

<sup>78)</sup> Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, et al, 600 U.S. 181(2023) at 363.

<sup>79)</sup> Ibid, at 411.



미국의 하급심에서 다루어진 바도 있다.<sup>80)</sup> 직접적 차별대우가 아닌 정책에 따른 차별의 효과가 위험적인 것인지 여부가 주요한 쟁점으로 떠오를 수 있다.<sup>81)</sup>

## (2) 선례변경 여부

이 사건에서 법정의견은 선례에 따른 논증 방식을 채택하고, 선례를 논거로 인용했으며, 명시적으로 선례변경을 선언하지 않았다. 그러나 이 사건에서 문제된 하버드 대학과 노스캐롤라이나 대학교의 입학전형이 선례에서 그 정당성을 인정한 입학전형과 다르지 않고, 뚜렷한 사실관계의 변경없이 결론만 달리 판단된 것에 대한 비판이 제기되고 있다.<sup>82)</sup> 토마스 대법관은 보충의견을 통해 그러터 판결이 모든 의도와 목적에 있어서 파기되었다고 선언했지만,<sup>83)</sup> 법정의견이나 주문에서는 그와 관련한 어떠한 내용도 확인할 수 없다. 이 문제점은 소토마요르 대법관의 반대의견에서도 제기되고 있는데, 소토마요르 대법관은 토마스 대법관이 인정한 바와 같이 법정의견은 이 사건 판결을 통해 그러터 판결을 파기한 것이며, 선례변경을 위한 어떠한 논증도 없이 단지 “골대만을 옮겨서” 합의된 기대를 뒤엎고, 전국가적으로 허용되던 입시 정책을 혼돈으로 내몰았다고 비판했다.<sup>84)</sup> 이 쟁점은 자연스럽게 선례구속원칙의 위배 여부로 이어진다.

## (3) 선례구속원칙 위배 여부

논리적 연장선 상에서 선례변경을 위한 요건을 갖추지 못한 선례변경은 선례구속원칙(*stare decisis*)에 위반한 것으로

법원의 사법적 정당성을 훼손하고, 법률에 대한 신뢰이익을 박탈하며, 재판에 관여한 법관들의 진실성과 신뢰를 무너뜨린다는 비판이 가해진다.<sup>85)</sup>

미연방대법원은 선례를 변경할 때에는 선례변경을 위한 조건들을 충족하는지 여부를 엄격히 논증한다. 예컨대, 2022년 6월 선고된 *Dobbs* 판결에서는 선례인 *Roe v. Wade* 판결 등을 파기하기 위해서 선례변경의 원칙이 배제되는 경우와 요건(오심의 여부, 이유 논증의 우수성, 실제적 적용가능성, 다른 법역에 미치는 영향, 신뢰이익)을 확인하고, 각각의 요건을 충족했는지를 구체적으로 논증하였다. 소토마요르 대법관은 법정의견이 선례구속의 원칙을 준수하지 않음으로써 그동안 선례를 통해 형성되어 온 기대와 신뢰이익이 무시되었고, 선례를 준수하려는 대학들의 여러 노력을 무위로 돌렸다고 비판했다.<sup>86)</sup> 법정의견의 결론이 선례에 미치는 영향과 향후 판결의 파급력을 감안할 때 이 사건 판결은 선례를 변경한 것과 같은 효력이 있다는 점은 인정된다. 그러나 적극적 평등실현조치의 잠정적 조치로서의 성격을 고려한다면, 반드시 선례변경을 통해서만 같은 결론을 끌어내야 하는 것은 아닐 수 있다고 본다. 미국 고등교육기관 입시에서 인종에 기반한 적극적 평등실현조치는 더 이상 유효하지 않다는 사법적 판단으로 해석할 수도 있을 것이다.

## (4) 원의주의(originalism)에 입각한 헌법해석

법정의견을 집필한 로버츠 대법관은 구체적인 판단에 들어

<sup>80)</sup> 송지우, 어퍼머티브액션(affirmative action)의 종말과 적극적 조치의 미래: 미국 연방대법원 SFFA 대 하버드(Harvard) 판결의 쟁점과 여파 분석, 미국학 논집, 제55권 제2호, 한국아메리카학회, 2023, 41-43쪽.

<sup>81)</sup> “Supreme Court Is Asked to Hear a New Admissions Case on Race”, The New York Times, 2023. 8.21. (<https://www.nytimes.com/2023/08/21/us/politics/supreme-court-thomas-jefferson-high-school-admissions.html>, 최종 검색: 2023. 12. 25.).

<sup>82)</sup> Bill Watson. Did the Court in SFFA Overrule Grutter? (August 25, 2023). 99 Notre Dame L. Rev. Reflection (Forthcoming), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4549567>.

<sup>83)</sup> Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, et al, 600 U.S. 181(2023) at 287.

<sup>84)</sup> Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, et al, 600 U.S. 181(2023) at 342.

<sup>85)</sup> Bill Watson, supra, p.22.

<sup>86)</sup> Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, et al, 600 U.S. 181(2023) at 376-7.

가기에 앞서 미연방 수정헌법 제14조의 의미와 인종 차별 금지의 역사에 대해 기술하고 있다. 로버츠 대법관은 동 조항이 비준될 당시의 의미를 찾는 데 지면을 할애한다. 제임스 가필드(James Garfield) 대통령, 제이콥 하워드(Jacob Howard) 상원의원 등의 동 조항에 대한 해석(설명)과 연방 대법원의 동 조항 관련 초기 판결에서 확인한 의미를 밝히고 있다. 원의주의를 탈피하여 분리정책을 지지한 Plessy 판결을 비판하고,<sup>87)</sup> “인종 차별을 멈추는 방법은 인종에 근거한 차별을 멈추는 것”이라고 결론 내렸다. 특히 토마스 대법관은 철저히 원의주의적 시각에서 수정헌법 제14조가 인종불문성(colorblindness)을 내포하고 있다고 보며, “우리 헌법은 피부색을 보지 않는다”는 Plessy 판결의 할랜 대법관 실시(반대의견)를 인용하였다.<sup>88)</sup> 소토마요르 대법관의 반대 의견도 미연방 수정헌법 제14조의 원래 의미를 논증하고 있지만, 지난 40년이 넘는 기간동안 ‘평등보호조항은 다양한 학생구성에서 도출되는 교육적 혜택을 위해 대학입시에서 인종 요소를 제한적으로 사용하는 것을 허용한다’는 것이 연방대법원의 확립된 법리였다라는 점을 강조한다.<sup>89)</sup> 잭슨 대법관은 토마스 대법관의 의견을 정면으로 반박하는 주장을 펼치고 있으나, 비원의주의(non-originalism) 혹은 살아있는 헌법(living constitutionalism)의 관점에서 논증을 펼치기 보다는 인종을 고려한 평등보호가 수정헌법 제14조의 원래 의미에 부합한다고 반박하고 있다.<sup>90)</sup>

#### IV. 시사점

앞에서도 언급한 바와 같이 그동안 적극적 평등실현조치와 관련한 국내의 헌법적 논의가 주로 미연방대법원의 판례와

법리 분석에 주안점을 둔 경우가 많았고, 미국과 한국의 규범체계 및 사회·문화적 차이점으로 인해 직접적인 시사점을 도출해 내기가 어려운 측면이 있었다. 그러나 미국에서 적극적 평등실현조치와 관련하여 변곡점이 될 주요한 판결을 목도하고 있는 현시점에서, 새로운 관점으로 시사점을 고민해 볼 필요가 있어 보인다.

#### 1. 입법적 차원

국회는 그동안 양성평등기본법 제20조, 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 등 다양한 개별 법률을 통해 적극적 조치의 법률적 근거를 마련하고, 지속적으로 적극적 평등실현조치를 추진해 오고 있다. 양성평등을 도모하기 위한 여성 우대조치만 두고 보더라도 국가공무원법, 국립대학법인 서울대학교 설립·운영에 관한 법률, 여성과학기술인 육성 및 지원에 관한 법률 등을 통해 여성관리자 임용목표제, 국공립대 여교원임용목표제, 여성과학기술인 채용목표제 등의 근거를 마련하고 있다. 그러나 개별 법률이 규정한 양성평등, 실질적 평등과 같은 목적은 적극적 평등실현조치를 정당화하기 위한 입법목적으로는 논란의 여지가 있으며, 위와 같은 입법의 헌법적 근거로 인용될 수 있는 대한민국헌법 제32조 제4항과 같은 조항도 적극적 평등실현조치의 직접적 정당성을 뒷받침 해주기에는 논란의 여지가 없지 않다. 적극적 평등실현조치가 입법을 통해 빠르게 확대되고 있지만 헌법적 정당화 논리에 대한 깊이 있는 고민이나 논의의 결과는 찾아보기가 쉽지 않다. 이는 1970년대 후반부터 이미 사법적 정당화 과정을 거친 미국의 경우와 상당한 대조를 이룬다. 미국은 1978년 바키 판결에서부터 이미 적극적 평

<sup>87)</sup> Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

<sup>88)</sup> Ibid, at 559 (Harlan, J., dissenting).

<sup>89)</sup> Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, et al, 600 U.S. 181(2023) at 333.

<sup>90)</sup> 유은정, 미국연방대법원의 고등교육 입학정책으로서의 소수인종 우대조치 위헌결정에 관한 몇 가지 생각, 아주법학, 제17권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2023, 300쪽.

등실현조치를 정당화하는 목적에 대한 논의가 있었으며, 파월 대법관의 의견에 따라 경우 과거 차별에 대한 보상 혹은 구제와 같은 목적은 정당성이 인정되기 어렵다는 데까지 논의의 수준이 도달해 있었다. 이후 교육 영역에 한정된 경향이긴 하지만 다양성을 통한 교육적 혜택이 오랜 기간 적극적 평등실현조치를 정당화하는 목적이 되었고, 이제 인종적 다양성이라는 개념 자체에 대한 비판이 제기되고 있다. 우리 입법자들에게 50:50이라는 수치의 기계적 달성이 양성평등과 실질적 평등을 담보하지 않는다는 비판이 가해진다면 과연 어떤 정당화 사유를 통해 적극적 평등실현조치의 법률적 근거를 마련할 것인지 의구심이 든다.

또한 바카-그러터-피셔 판결들을 통해 지속적으로 확인해 온 개별화 원칙은 적극적 평등실현조치의 뿌리를 흔드는 중요한 논점이다. 즉 정부는 개인을 그 사람이 속한 인종적, 종교적, 성적 집단의 단순한 구성원으로서가 아니라 개별화된 개인으로서 대우해야 한다는 것이 평등보호의 핵심이라는 관점이다. 우리는 비교적 집단주의가 강한 동양권 문화에 속하지만, 법 앞의 평등을 논증하는 데 있어서도 과연 실질적 평등이라는 개념이 형식적 평등에 우선하는 것이라는 논리를 펼칠 수 있을 것인지에 대해서는 좀 더 숙고해 볼 필요가 있어 보인다. 개인은 그가 속한 집단과 분리하여 원자화 할 수는 없지만, 그가 속한 집단은 그의 노력으로 선택하거나 극복할 수 없는 조건에 해당한다는 사실도 감안할 필요가 있을 것이다. 무비판적으로 특정 집단에 대한 우대조치를 남발하는 것은 실질적 평등을 저해하는 결과를 초래할 수도 있다는 점을 경계해야 한다.

## 2. 행정적 차원

실제 정책을 집행하는 기관으로서 적극적 평등실현조치를 정책으로 구상하고 도입하는 경우 채택하는 수단에 대한 보다 심도 있는 고민이 필요하며, 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이면서도 관련 기본권을 최소한 제한하는 수단이 될 수 있도록 할 필요가 있다. “우리나라에서는 공직진출, 정치참여, 전문대학원 진학 등의 분야에서 적극적 평등실현조치가 시행되고 있지만 그 수단으로 주로 할당제(quota)가 사용되고 있다. 미국연방대법원의 판례이론에 따르면 우리나라 제도가 추구하는 목적의 정당성을 더 강화하여야 하며, 특히 그 수단을 더욱 정교하게 가다듬기 위해 노력할 필요가 있을 것”이라는 지적은 깊이 고민해 볼 필요가 있는 문제 제기라고 판단된다.<sup>91)</sup> 미국에서는 이미 인종 할당제, 기계적인 가점 부여를 넘어 개별적 평가에 인종이라는 요소를 가점요인으로 사용할 수 없다는 판단에 이르고 있다. 이에 반해 우리는 여전히 할당제,<sup>92)</sup> 목표제<sup>93)</sup> 등 개인과 무관한 요소가 입시, 채용, 선발 등의 주요 요인으로 작용하고 있는 실정이다.

한편 제도의 운영 과정에서 발생하는 여러 형태의 영향과 문제점들을 제도 개선이나 사법적 판단의 기초 자료로 끊임없이 제공하여 제도의 모습을 다듬어가는 것도 중요하다. 이를 위해 불평등한 사회적 현실에 대한 객관적이고 타당한 평가가 지속적으로 이루어져야 하며, 차별적 상황의 개선 정도를 객관적으로 파악하고, 구체적 계획에 따라 엄밀하게 관리할 필요도 있을 것이다. 이를 통해 차별로 인해 직간접적인 불평등이 발생하는 영역에는 관련 입법 마련, 정책 시행 등으로 적극적으로 개입하고, 입법 및 정책의 효과가 드

91) 박종보, 앞의 글, 80쪽.

92) 공직선거법상 여성할당제 등이 대표적인 예이다.

93) 현재 가장 흔히 확인되는 정책 수단의 형태이며, 특정한 비율을 정해 그 비율에 해당하는 인원을 추가로 선발하여 목표치를 달성하는 형태로 운용되고 있다.

러나고 목표가 달성되어 가면 개입의 정도를 줄여가는 탄력적인 입법 및 정책의 집행도 필요하다.<sup>94)</sup> 나아가서는 미연방대법원이 이번 SFFA 판결을 통해 제시하고 있는 바와 같이 중립적인 정책 수립 및 집행을 통해 집단의 구성원으로서가 아닌 개인을 대상으로 한 입법과 정책이 추진되도록 해야 할 것이다.

### 3. 사법적 차원

적극적 평등실현조치에 관한 헌법적 정당성을 논의하는 것은 결국 사법기관 중에서도 헌법재판을 담당하고 있는 헌법재판소가 주된 역할을 할 필요가 있다고 판단된다. 그러나 앞서도 본 바와 같이 우리 헌법재판소는 아직 적극적 평등실현조치에 관한 본격적인 논의를 시도하지 않고 있다. 개인적 소견으로는 위 이화여대 로스쿨 사건(2009헌마514)이나 장애인의무고용제 사건(2010헌바432, 2001헌바96) 등에서 헌법재판소의 결정에 따라서는 얼마든지 적극적 평등실현조치의 헌법적 정당성 문제로 접근할 여지가 있었음에도 헌법재판소는 자유권 제한의 문제로 접근하여 약간의 아쉬움이 남는다. 미국 연방대법원은 치열한 논란과 공방이 예견되는 지극히 정치적인 주제임에도 불구하고 이미 반세기에 가까운 시간 전에 이 문제를 공론화하고 사법적 판단의 문제로 끌어안았다. 많은 논란이 있었지만 특히 교육 영역에 있어서 적극적 평등실현조치에 관한 법리가 어느 정도 형성되었고, 이제 중대한 변화의 시점을 맞이하는 단계에까지 이르렀다. 그러나 아직 우리는 적극적 평등실현조치의 헌법적 정당성 논의에서 제대로 된 한걸음도 채 떼지 못한 상태에 머물러 있다고 판단된다.

헌법재판은 “헌법질서를 이탈하여 견잡을 수 없을 만큼 격화될 수 있는 정치세력 간의 권력투쟁을 대신하여 헌법질서 내에서 평화적으로 헌법적 가치를 실현하는 최후의 보루로서 기능한다.”(정치적 평화보장기능)<sup>95)</sup> 반드시 권한쟁의심판이나 정당해산심판과 같은 유형의 헌법재판을 통해서만 이와 같은 기능이 수행되는 것은 아니라고 판단된다. 헌법재판소에 다소간 부담이 되는 정치적으로 민감한 문제에 대한 심판이라고 하더라도 헌법재판을 통해 사법적 유권해석을 제시하여 건전한 비판과 논의를 촉발하고, 여론형성과 교육적 기능을 통해 사회통합으로 나아갈 수 있는 계기를 마련할 필요가 있을 것이다. 나아가 입법 및 행정에 적극적 평등실현조치에 관한 헌법적 한계의 가이드라인을 제공하고, 시정이 필요한 입법 및 정책은 적극적으로 이를 확인하고 무효화하는 등으로 헌법재판의 중요한 기능을 수행해야 한다고 본다. 적극적 평등실현조치에 관한 심사기준의 미비, 개별적 평등조항과 일반적 평등조항과의 관계 규명 등 법리적으로 넘어야 할 산이 많지만 “아무것도 하지 않으면 아무 일도 일어나지 않는다”는 말처럼 방관은 유의미한 변화를 가져오지 못한다.

## V. 나가며

이상에서는 적극적 평등실현조치에 관한 미연방대법원의 최근 판결을 이해하고, 우리 국가와 사회에 던지는 시사점을 확인해 보기 위한 논의를 시도하였다. 먼저 적극적 평등실현조치의 개념, 연혁, 국내외 동향, 찬반론 등을 전체적으로 검토하면서 주제에 대한 이해를 돕고, 그동안 미연방대법원에서 형성되어 온 적극적 평등실현조치 관련 법리(특히, 교육 영역에서 인종에 기반한 적극적 평등실현조치와 관련한 법

<sup>94)</sup> 유사한 취지로 최경호, 미국 대학입시에 있어 인종적 다양성 고려를 위한 적극적 평등실현조치 - 미연방대법원 최근판례 Fisher v. University of Texas(2013)를 중심으로 -, 법학논집, 제19권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014, 102쪽.

<sup>95)</sup> 헌법재판소실무제요, 헌법재판소, 제3개정판, 2023, 4쪽.

리)를 정리하여 SFFA 판결의 맥락과 의미를 파악할 수 있게 하였다. 그 후에 SFFA 판결의 배경과 사건경과, 주요 결정과 판결 내용을 두루 살펴보면서 시사점을 고민해 보고, 우리의 입법, 행정, 사법기관에 던지는 유의미한 메시지를 도출해 보았다.

먼저 적극적 평등실현조치의 헌법적 정당화를 위한 더욱 깊이 있는 고민과 논의를 바탕으로 입법이 이루어질 필요가 있다. 이념에 가까운 개념인 양성평등, 실질적 평등만을 부르짖으며 실효성도 없는 적극적 조치를 남발하는 것은 오히려 양성평등과 실질적 평등을 저해하는 결과를 야기할 수도 있고, 비수혜집단의 피해의식과 분노로 이어져 사회통합이 저해되는 방향으로 정책효과가 드러날 수도 있다. 다음으로 여전히 유용하게 간주되고 있는 할당제, 목표제와 같은 정책 수단은 신중히 검토되고, 평가될 필요가 있다. 입시, 채용, 공공계약 등 제로섬(zero-sum)에서 개인의 선택이나 노력으로 극복할 수 없는 사유가 결정적 요인으로 작용하는 대표적인 정책 수단의 예가 할당제와 목표제이다. 우리 사회의 기회평등 수준이 대단히 저조해서 국가가 개인의 재능 및 노력에 관계없이 정책 목적의 달성을 최우선 가치로 두는 상황이 아니라면 위와 같은 정책 수단은 정당화가 쉽지 않을 것이다. 그럼에도 불구하고 정책 입안자들이 마땅한 대안을 강구하고 있는 것으로 보이지 않는다. 마찬가지로 추진 중인 정책이 변화하는 현실 상황과 잘 조응하는지를 확인하거나 현실 상황에 맞추어 정책 수단과 정도를 조절해 나가는 진지한 노

력을 기울이고 있는지도 의심스럽다. 마지막으로 적극적 평등실현조치에 관한 논의를 주도적으로 이끌어 가면서 변화의 방향을 적극적으로 모색하는 미연방대법원의 모습과는 달리 우리 헌법재판소는 관련 주제와 사건에 소극적인 입장을 고수하고 있다. 물론 적극적 평등실현조치가 여전히 필요한 사회·문화적, 제도적 현실도 고려해야 하고, 우리의 규범체계나 법리를 토대로 이 논의를 어떻게 풀어나가야 할 것인지에 대한 숙고와 노력도 필요하지만, 점점 대립과 갈등으로 치닫고 있는 정치적·사회적 분위기와 목소리를 방관하는 것이 바람직해 보이지 않는다.

적극적 평등실현조치는 오랜 역사적 차별로 형성된 사회적 구조를 개선하기 위한 유용한 무기가 될 수 있다. 실제로 우리는 공무원 임용 절차와 관련하여 제대군인가산점제의 폐지로 여성 합격자가 급격히 늘어나고 얼마 지나지 않아 여성채용목표제가 양성평등채용목표제로 전환되는 과정을 지켜보면서 이와 같은 사실을 직접 경험하였다.<sup>96)</sup> 그러나 적극적 평등실현조치가 다양한 영역으로 확대되고, 진지한 논의도 없이 언제 끝날지 기약도 없는 상황이 지속되면서 우리 사회에서도 역차별 주장과 부당한 낙인 및 고정관념의 고착화 문제가 불거져 나오고 있다. 우리보다 한 발 앞서 이 문제에 대해 진지하게 고민해 온 미국에서의 논의를 예의 주시하면서 향후 우리의 규범적 현실과 문제들을 어떻게 개선해 갈 것인지에 대한 숙고가 필요한 시점이라고 판단된다. ■

<sup>96)</sup> 헌법재판소의 제대군인가산점제도에 대한 위헌결정으로 공무원 채용시험에서 남성 군가산점이 폐지된 후 9급 교육행정직과 일반행정직 등 공무원 채용시험 일부 직렬에서 여성합격률이 70%를 넘는 등 남성이 역차별을 받고 있다는 지적이 제기되자, 1996년부터 실시된 '여성채용목표제'가 2003년 '양성평등채용목표제'로 전환된 바 있다.

● ● ○ 지평법정책연구소는 우리 사회의 법정책 관련 현안에 대한 보다 자세한 분석이나 참고자료를 제시하고자 법정책이슈브리핑을 수시 발간합니다. 법정책이슈브리핑은 연구자 개인의 견해이며 지평법정책연구소의 입장과는 무관함을 밝힙니다.

## (사)지평법정책연구소 · 법무법인(유) 지평



**이공현** 명예대표변호사  
(지평법정책연구소 이사장)  
02-6200-1770  
leekh@jipyong.com



**임성택** 대표변호사  
02-6200-1746  
stlim@jipyong.com



**윤영규** 변호사  
02-6200-1743  
ykyun@jipyong.com



**김진권** 변호사  
02-6200-1812  
jkkim@jipyong.com



**민창욱** 변호사  
02-6200-1841  
cwmin@jipyong.com



**이춘희** 선임연구위원  
(지평법정책연구소)  
02-6200-0628  
chy@jipyong.com

법무법인(유) 지평 뉴스레터는 일반적인 법률 정보를 고객에게 신속하고 정확하게 전달할 목적으로 제공되고 있으며, 이에 수록된 내용은 법무법인(유) 지평의 공식적인 견해나 구체적인 사안에 관한 법적 효력을 지닌 법률자문이 아닙니다. 구체적인 내용은 법무법인(유) 지평의 변호사 및 전문가와 상담하여 주십시오.

### 지평법정책연구소 · 지평 공공정책팀

서울 중구 세종대로 14 그랜드센트럴 A동 26층 (우)04527  
Tel. 02-6200-1600 Fax. 02-6200-0800 E-mail. master@jipyong.com www.jipyong.com

법정책임슈브리핑 구독신청