

장애인관련 적극적 조치에 대한 법리적 정당화 고찰

이 동 영*

요약

본 연구는 장애인에 대한 실질적 차별시정과 평등실현의 중요한 정책수단인 적극적 조치(affirmative action)에 대한 이론적 내용과 법리적 논쟁의 주요 이슈들을 비판적으로 검토함으로써 적극적 조치의 목적론적 정당화와 수단론적 체계화의 단초를 제공하고자 하였다. 이를 위해 본 연구는 적극적 조치의 이론적 내용으로서의 기본적 가치와 역사적 발전, 그리고 장애인 관련 적극적 조치의 내용 등을 살펴봄으로써 적극적 조치의 본질적 맥락을 이해하고자 하였다. 이를 바탕으로 장애인관련 적극적 조치를 둘러싼 법리적 논쟁을 기본적 이념(평등과 기본권), 과정적 방법론(과거보상과 다양성관리), 결과적 효력(실적주의와 역차별) 등으로 구분하여 실질적 정당화의 근거를 확보하고자 하였다. 이러한 검토결과, 적극적 조치는 충분한 논리적 정당성을 갖고 있다고 판단되며, 다소간의 의견 대립은 실질적 평등실현의 기본 가치위에 사회통합의 지향점으로 상당부분 해소할 수 있을 것으로 평가하였다. 아울러 이러한 목적론적 정당성을 위에 인권과 사회효용 관점의 이중접근, 다양한 영역 등 상황별 조치수단의 다양한 심사기준 논리화, 장애인 내 특성에 기반 한 차별적 조치의 체계화 등을 수단적 방안으로 제시하고 논의하였다.

주제어: 장애인, 적극적 조치, 평등, 기본권, 과거보상원리, 다양성관리, 실적주의, 역차별, 사회통합

* 가톨릭관동대학교 사회복지학과 교수(E-mail: welfarepolicy@hanmail.net)

1. 서론

“모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”

우리나라 최상위법인 헌법 제11조 1항에 명시된 기본적 대원칙으로서의 평등권 조항이다.¹⁾ 전 세계 어느 나라, 어느 시대를 막론하고 사회정의 실현은 국가존립의 근간이고 국가발전의 표상이기에 평등을 핵심적 태제로 인식하는 것에는 이론의 여지가 없다. 이는 평등한 사회가 곧 정의로운 사회이고, 정의를 실현하기 위해서는 실질적 평등을 구현해야 한다는 데에도 공감대가 형성되어 있다 할 수 있고, 이에 우리나라도 실정법 명시규정을 통해 이에 부응하고 있다 하겠다. 즉 평등권이 사회정의와 사회통합의 핵심적 토대로 자리매김하면서 국민개인의 기본권적 법규범을 형성함과 동시에 국가사회의 객관적 질서성에 근거한 적극적 의무를 부여함으로써 그 의미를 더하고 있다 하겠다 (Lang, 2009; Fershtman, 2005).

그렇다면, 과연 우리나라 장애인에게도 우리나라 국민으로서 이러한 평등권의 의미가 충분히 고려되고 또한 적절히 구현되고 있는가? 우리사회에서 장애는 과거도 그러했고 지금도 그러하듯이 차별의 상징물로 통하며 평등의 사각지대에 놓여있었던 것이 사실이다(Bell and Heitmueller, 2009; Keen and Oulton, 2009).²⁾ 우리나라의 경우 2014년 장애인실태조사 자료에 따르면, 장애인의 사회적 차별경험과 관련하여 학교에서 또래로부터의 차별경험이 47.1%로 거의 1/2에 가까운 장애인이 차별에 노출되어 있는 것으로 나타났고, 취업관련 차별은 35.8%, 학교입학 차별은 27.0%, 보험계약은 45.3% 등으로 나타나 여전히 심각한 차별상황이 민연해 있음을 알 수 있다(한국보건사회연구원, 2015). 이러한 상황을 추가로 확인할 수 있는 국가인권위원회의 진정사건 현황을 살펴보면, 2014년 기준 전체 차별진정사건 2,198건 중 장애인관련 진정은 총 1,140건으로 전체 대비 51.9%에 달하는 것으로 나타나 절대다수의 대표적 사례로 확인되었다(국가인권위원회, 2015). 이는 그만큼 장애인에 대한 차별이 우리사회에 심각하게 만연해 있다는 침울한 현실의 반증이기도 함과 동시에 장애인 차별문제가 평등사회 구현의 핵심적 과제로서 막중한 책임의식 하에 적절한 조치를 강구해야함에도 그동안 공론공리(空論空理)에 머무르고 있었다는 한계성을 보여주는 것이기도 하다. 특히 비장

1) 우리나라 헌법 상 평등권은 1919년 대한민국임시정부의 헌법에서 처음으로 언급하였고, 1948년 제헌헌법이 이를 이어받아 평등권 조항을 명시한 후 지금까지 이어져 오고 있는 것이다.

2) 차별은 차이에 근거하여 불합리한 불이익을 주는 것 혹은 한 개인이 속한 집단에 따라 다르게 대우하는 것 (discrimination is defined as differential treatment of people depending on their group affiliation)을 말하는바 (Fershtman et al., 2005) 오시진(2012)은 이러한 차별이 헌법상 평등권과 밀접하게 관련된 중요한 이슈라 말하고 있다.

애인과 비견되는 장애인의 낮은 보장과 열악한 지위에 대해 권리관점의 근원적 추구하고 적극적 접근 보다는 단편적 소득이전 등 복지조치의 일환으로서 그 간극을 매우고자 하는 단면적이고 소극적 과 정들이 이러한 상황을 더욱 어렵게 만든 요소 중 하나라 하겠다(김명수, 2009). 이에 관건은 문제현 실의 정확한 이해와 해결인식의 체계적 적용을 통해 이 두 궤적사이에 존재하고 있는 괴리와 간극을 이론적으로 그리고 실천적으로 매우는 작업이 될 것이다. 이는 장애인의 당연한 권리이고 또한 국가 의 당연한 의무인 것이다.³⁾

이에 국가는 장애인에 대한 차별시정을 위해 평등권 보장과 차별금지의 헌법상 대원칙을 기본전 제로, 다양한 정책수단을 꾸준히 강구해 왔었다. 초기 근대사회에서는 장애인만을 위한 정책보다는 소수집단 혹은 취약집단 전체에 대한 혹은 정책의 병행조치로 정책들이 만들어져 시행되었다. 그러 나 초기 이러한 조치들은 주로 차별관행을 제거하는 목적 하에 교육 및 고용 등에서의 기회균등에 초점 맞춰 적용하였는바 이러한 소극적 반차별 정책은 가성비(cost performance ratio) 측면에서의 정책 효율성은 있을 수 있지만 실질적 권리보장과 처우개선이라는 실제적 편익의 효과성(goal achievement) 측면에서는 부족함이 여신했다 할 수 있다. 더구나 다른 소수집단과 차별화되는 장애 인만의 특성이 충분히 고려되지 않은 탓에(가령, 여성과 달리 장애인의 경우 편의시설을 갖추기 위 해 추가비용이 소요되기도 함) 장애인에게 초점 맞춰진 목표효율성은 상당히 낮을 수밖에 없었다. 이후 이러한 한계를 감안하여 장애인에게 초점 맞춰진 정책들이 만들어졌기는 하지만, 주로 서비스 관련 법률로 그 성격 상 사후적 욕구보충에 치중되는 태생적 무기력 때문에 근원적 차별문제를 본질 적으로 다루기에는 분명한 한계가 있었다. 2007년에는 장애관련 인권법으로서의 장애인차별금지및 권리구제등에관한법률(이하 장애인차별금지법)이 제정되어 이러한 갈증을 일정부분 해소해 주었지 만, 이 역시 현재적 차별은 사후적 구체조치로, 잠재적 차별은 예방에 국한됨으로써 과거차별의 누 적적 영향에 대한 적극적 보상과 개선노력에는 한계를 보여 왔던 것이 사실이라 할 수 있다.

따라서 장애인에 대한 ‘근원적 차별문제’를 다루고 동시에 ‘실질적 차별시정(평등실현)’을 가능케 하는 할당제 등과 같은 적극적 방법의 우대조치 혹은 긍정적 차별조치에 관심을 갖게 되었는데, 이

3) 여기서 개인의 권리는 일정부분 구체적 요구가 가능한 법적 권리를 의미하고, 국가의 의무는 공권력에 의한 차별 의 배제는 물론 차별의 금지 및 시정(평등의 실현)까지 포함하는 것을 의미한다. 왜냐하면 단순하게도 평등권은 기본권적 권리고, 평등권은 사회권의 지도원리로서 그 연관성을 갖기 때문이다. 우리나라에서 사회권(사회권 적 기본권 혹은 생존권적 기본권)은 추상적 권리설이 다수설이다. 즉 법적 권리가기는 하지만 재판을 통해 구체 적 강제화는 어렵다는 것이다. 하지만 헌법재판소는 “법률에 의하여 구체화될 때 비로소 인정되는 법률적 권리 라고 할 것이다.”라 밝히고 있는 만큼(헌법재판소, 1995) 관련 법률의 제정 및 시행이 권리의 추상성을 구체적으 로 전환할 수 있음을 감안, 현재 우리나라에서 장애인관련 인권법으로서의 장애인차별금지및권리구제등에관한 법률(이하 장애인차별금지법)이 시행되고 있는바 일정부분 법적 권리로서의 구체적 효력이 되었다는 판단 하에 일정부분 구체적 권리설의 내용을 본문에 삽입한 것이다.

와 궤를 같이하는 것이 바로 적극적 조치(affirmative action)인 것이다.⁴⁾ 단, 본 조치는 형식적 평등에 초점 맞춰진 소극적 무차별 조치(non-discrimination action)도 아니고, 욕구에 한정된 사후적 서비스조치(post-service action)도 아니다. 분명한 법적 효력을 가진 적극적 시정조치이고, 평등권적 기본권의 실질적 실현이라는 인권보장적 관점에서의 조치라는 점에서 그간의 정책들과는 일정부분 성격을 달리하고, 그래서 장애인에 대한 차별해소와 평등실현에 큰 의미를 갖는 것이다. 아울러 이러한 노력들은 궁극적으로 장애인도 동등한 한 시민으로서 시민권적 지위(equal status as a member)를 보장해주고, 더 나아가 통합의 가치를 실현하는 중요한 전략으로까지 인식되면서 이념적 정당성은 물론 실천적 필요성까지도 긍정적 기대를 갖게 하였다.⁵⁾

그러나 이러한 긍정적 평가와 기대에도 불구하고 적극적 조치에 대한 많은 비판과 논쟁은 끊이지 않고 이어져 오고 있다.⁶⁾ 즉 장애인에 대한 차별은 부당한 것이고 차별로 인해 발생하는 불평등 상황도 정의롭지 못하며, 이를 시정하기 위한 다양한 관련정책들도 일정부분 한계가 있음을 인지하는 것에는 동의하지만, 이를 해결하기 위한 대안으로서의 적극적 조치가 과연 정당하고 또한 타당한 것인가에 대해서는 이견이 존재하고 있는 것이다. 왜냐하면 적극적 조치가 ‘차별시정의 명분하에 차별행위를 통한 차별조장을 강조하는 표면상의 모순적 성격을 띠고 있기 때문이다. 즉 큰 틀에서의 비판의 요지는 평등실현정책이 과거잘못의 현재책임에 기초하여 ‘불평등한 이념과 불평등한 방법으로 불평등한 결과를 초래한다는 것이다(유정미, 2011; Kellough, 2006; Tomasson et al., 1996). 문제는 이러한 비판이 우리나라의 경제발전과 사회인식의 성숙이라는 긍정적 변화에도 불구하고 꾸준히 이어져오고 있다는 점이고, 또한 장기간의 경기침체, 계층 간 사회갈등의 심화, 정치체계의 체질적

4) ‘affirmative action’에 대한 우리말 표현으로 적극적 조치, 적극적 우대조치, 적극적 차별시정조치, 적극적 특별조치, 적극적 평등화조치 등 다양하게 쓰이고 있지만, 본고에서는 학계용례와 경험적 의미전달 등을 감안하여 적극적 조치로 통일하여 사용하고자 한다. 적극적 조치의 이론적 의미는 역사적으로 사회적 차별을 받아 온 특정집단에 대하여 차별로 인한 불이익을 보상해 주기 위하여 그 집단의 구성원에게 취업이나 학교 등 사회적 이익을 직접 혹은 간접적으로 부여하는 정부정책을 말하는데, 이는 기회의 평등보다 결과의 평등이나 실질적 평등을, 개인보다 집단을, 항구적이기 보다는 목적달성에 한한 잠정적 조치로 의미를 갖는다(성낙인, 2006). 단, 우리나라에서의 장애인관련 적극적 조치들은 초기 과정의 부분적 차용으로 인해 기회의 평등에 보다 초점이 맞춰지고 있는 바 의미전달 상 용어사용의 오해를 최소화하기 위해 적극적 조치란 표현으로 사용하는 것이 보다 적절하리라 사료된다.

5) 국제연합은 적극적 조치에 대해 “차별을 해소하고 평등을 실현하기 위해서 기존의 권리행사의 장애를 조정하고, 현재의 사회구조적 행태를 개선하는 조치로 차별로 인한 영향이 없을 때까지 이루어지는 잠정적 조치이다.”라 밝히고 있다.(명재진·이한태, 2007). 우리나라 헌법재판소에서는 “종래 사회로부터 차별을 받아온 일정집단에 대해 그동안의 불이익을 보상해 주기 위하여 그 집단의 구성원이라는 이유로 취업이나 입학 등의 영역에서 직·간접적인 이익을 부여하는 조치”라 말하고 있다(헌법재판소, 1999).

6) 적극적 조치의 긍정적 측면(형평성의 구현 등)을 강조하며 이의 집행과 효과를 찬성하는 입장이 있고(Simons, 1985; Rosenfeld, 1991; Leonard, 1986, Kellough, 2006), 이와 달리 적극적 조치의 부정적 측면(효율성 위배 등)으로 신중한 접근을 주장하는 입장도 있는 것이 사실이다(Guernsey, 1997; Orlans and O’neill, 1992; Tucker, 2000).

폐습, 문화의 자본독점화 등 최근의 각박한 사회분위기와 맞물려 더운 확대·심화되는 상황이라는 것이다. 물론 이에 일부 적극적 조치의 본질에 대한 오해나 일부 대책세력(현재책임집단 혹은 비수혜집단)의 득권 옹호로부터 야기된 비논리적이고 이기적인 주장도 있지만, 보다 근본적으로는 적극적 조치에 대한 체계적 이해부족과 정당화 논리에 대한 공감부족, 그리고 안정적 운영을 위한 타당한 사회적 합의의 부재에서 기인한 바가 더 크다 사료된다. 일례로 만약 장애인관련 적극적 조치를 평등권적 기본권에 입각하여 논리대중화하였다면, 헌법 상 최고권위의 바탕으로 실질적 근본 질서(materiale Grundordnung)의 확고한 기능을 가짐으로써 일반 법률과 같은 형식적 합법성에 근거한 논란은 상당부분 예방할 수 있었다고 판단되기 때문이다.

그렇다면 과연 이러한 비판 속 혼란기에 처해있는 적극적 조치의 합리적 운영과 평등실현효과의 최대화를 위해 장애인복지관련 학계의 연구와 실무계의 논의는 충분히 이루어졌는가? 충분치 않았다 말할 수 있다. 적극적 조치에 대한 이해부족과 오해, 혹은 논리관점의 제한성이나 집단주의적 득권에서 비롯된 다양한 비판들에 대해 학문적으로나 실천적으로 적극적인 논의나 합의 등 대응노력은 매우 부족했다. 즉 포괄적 인권보장에 대한 이념적 논의에 머무르거나 그저 논리 없는 당연함, 합의 없는 특혜(사회적 합의)로 고착화되고 있음에도 이에 대한 노력들은 너무나 부족했던 것이다. 특히 적극적 조치가 합헌적 정당성을 확보하고 절차적 합리성에 기초하여 실현되기 위해서는 과거 차별에 대한 구체적 입증노력과 정당한 수단의 확보노력이 요구됨에도 이러한 부분에 대한 구체적 논의들 역시 매우 부족했던 것이다.

따라서 현 시점에서 장애인관련 적극적 조치의 본질적 가치는 무엇인지, 역사적 발전과정 속에 담겨진 가치확장의 의미는 무엇인지, 적극적 조치를 둘러싼 오해와 반론의 논리는 무엇이며 정당화의 요체는 무엇인지 등에 대해 체계적 검토가 필요하다 하겠다. 이는 학문적 논리구축의 토대가 될 뿐 아니라 실천적 합의도출의 근간이 되기에 연구의 필요성이 있다 하겠다.

이에 본 연구의 목적은 장애인관련 적극적 조치의 이론적 내용검토와 논쟁적 법리검토를 통해 정당화에 대한 분명한 논리근거의 단초를 확보하고, 이를 바탕으로 적극적 조치의 합리적 방향성에 대한 논의를 이끌어냄으로써 사회통합을 위한 장애인의 기본권 보장(평등권)과 객관적 질서성의 확립에 이바지하는데 일조하고자 한다. 즉 매우 구체적인 법문이나 판례의 해석 혹은 논증보다는 보다 기초적 검토에 초점 맞춰 접근함으로써 기본적 논리화의 토대 마련에 기여하고자 하는 탐색적 고찰의 의미가 있는 것이다. 즉 장애인관련 적극적 조치의 정당성 확보를 위한 이론적 내용은 어떠하며, 이를 둘러싼 이슈논쟁의 법리적 근거는 무엇인가? 그리고 이러한 논의를 바탕으로, 장애인 관련 적극적 조치의 목적론적 정당성과 수단론적 합리성을 구현하기 위한 방향성은 어떠해야 하는가? 등의

연구질문에 대한 단초를 찾기 위한 것이라 하겠다.

이를 위해 다음 장에서는 우선 적극적 조치의 이론적 내용을 검토하여 체계적 이해를 도모하는데 초점을 맞추고, 다음으로 적극적 조치의 법리논쟁의 요지를 구체적으로 살펴보고자 한다. 이에는 적극적 조치와 관련한 기본적 이념(평등과 기본권), 과정적 방법론(과거보상과 다양성관리), 결과적 효력(실적주의와 역차별) 등을 포함한다. 이러한 이해를 전제로 마지막 결론에서는 적극적 조치의 정당화에 대한 기초적 논거를 바탕으로 목적론적 입장에서의 논리확장과 수단론적 입장에서의 현실적 체계화에 대한 발전방안을 논의해 보고자 한다.

2. 적극적 조치의 이론적 내용검토

1) 적극적 조치의 기본가치와 역사적 발전

적극적 조치의 태생적 출발점은 평등권 보장이고, 적극적 조치의 궁극적 종착점 역시 평등권 실현이라 할 수 있다. 따라서 적극적 조치에 있어 기본가치의 근간은 곧 평등권인 것이다. 평등권은 인간의 존엄과 가치를 중심에 두고, 기본권 실현의 방향과 동화적 통합의 수단을 제시해주는 이념적이지만 동시에 실천적인, 이상적이지만 동시에 현실적인 기본원리이다(허영, 2002; Kellough, 2006).⁷⁾

이러한 평등권과 관련, 흑자는 헌법질서에서 평등권을 자유권적 기본권의 한 유형으로 간주하기도 한다. 이는 평등도 자유와 같이 자연법적 사상에서 출발하여 발전해온 역사적 과정을 중시한 데에서 비롯된 것이고, 또한 불평등을 반대하고 차별을 금지하는 평등권의 소극적인 의미를 강조한 것에서 발현한 것이다. 하지만 다수설의 입장은 평등권은 자유권적 기본권과는 성격을 달리하는 권리로 보고 있다. 그 이유는 헌법 상 평등권이 차별금지과 기회균등의 소극적 의미만 담고 있는 것이 아니라 차별시정과 새로운 사회질서의 확립과 같은 적극적 의미도 포함하고 있기 때문이다. 따라서 평등권은 국가권력으로부터의 차별금지와 국가권력에 의한 차별의 배제, 그리고 국가권력을 통한 평등가치의 실현이라는 복합적 구조를 내포하고 있다 하겠다.⁸⁾

7) 가령, 각 사회영역에서 장애인에 대한 차별대우가 용인되고, 특권층과 기득권의 비합리적 관행이 난무하는 상황 속에서 기본권의 수용적 체계화나 통합효과는 기대하기 힘들기 때문이다. 이에 Smend(1987)는 “기본권은 동화적 통합의 중요 요소이고, 기본권은 다른 행정법, 민법상의 권리가 아닌 헌법상의 권리로서 그 차원을 달리한다.”라고 밝히고 있다.

8) 이러한 특성은 우리나라 헌법재판소 판시내용에서도 찾아볼 수 있는바 “평등의 원칙은 모든 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고 권리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야할 기준임과 동시에 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권

이에 적극적 조치는 이러한 평등의 가치기반과 평등의 역사 위에 발전해 오고 있는바⁹⁾ 적극적 조치란 용어를 처음으로 사용한 것은 1961년 미국의 케네디 대통령의 대통령령 10925호(president John F. Kennedy's Executive Order No. 10925)에 의해서였다. 그는 이 행정명령에서 연방정부 발주사업 계약자들이 인종 등에 근거하여 하도급 계약을 하는 것을 금하고, 오히려 사회경제적 약자들에게 적극적 조치를 치할 것을 요구하였다. 또한 1964년 시민권법 제6장과 제7장(Title VI, VII of the Civil Rights Act)에서 연방정부의 정책사업에 대한 차별금지와 소수집단에 대한 고용차별을 각각 금지하는 규정을 명시함으로써 평등고용기회위원회(Equal Employment Opportunity Commission: PCEEO)의 설립근거를 마련하고, 이를 통해 법적 장치는 물론 행·재정 지원체계를 갖춘 실효적 조치로 자리매김하는데 기여하였다. 이후 존슨 대통령(Lyndon Johnson)에 의해 이러한 정신이 계승되고, 1967년 행정명령 11375에 여성에 대한 차별금지와 적극적 조치의 내용을 포함시켰으며, 1971년에는 미국 중앙인사위원회 로버트 위원장(Robert Hampton)의 발의에 따라 공공부문 소수자 고용목표제가 시행되어 지금까지도 이어져 오고 있다. 이러한 과정을 통해 오늘날에는 정책주체(연방정부에서 주정부 등)와 대상(여성에서 장애인 등), 영역(공공에서 민간 등) 등에 있어 지속적으로 확대·발전해 오고 있다 하겠다(명재진·이한태, 2007; Nigro, Nigro, and Kellough, 2007; Tucker, 2000).

2) 장애인관련 적극적 조치의 내용

적극적 조치는 과거차별의 보정으로서 실질적 평등실현을 위해 계획되고 실행되는 모든 우대적이고 우선적이며 보상적인 접근을 말한다. 그러기에 그 내용과 범위는 매우 다양할 수밖에 없고 (Glazer, 1987; Kellough, 2006), 대표적으로 고용과 입학 등에 일정한 몫을 배분하는 할당제(割當制)와 장래의 목표성취비율을 수치목표와 일정표(numerical targets and timetables)를 통해 추구하는 목표제(目標制), 그리고 우선적 선택권고의 성격을 갖는 우선제(優先制)와 선택기준 상 가점을 부여하는 가산제(可算制) 등이 있을 수 있다. 관련하여 대표적 장애인관련 정책으로는 장애인고용 할당제(고용분야), 장애인 대학특례입학제(교육분야), 중증장애인 생상품 우선구매제(재화 및 서비스분야) 등이 있을 수 있다 하겠다.

우선, 장애인고용할당제(장애인의무고용제)는 장애인고용촉진및직업재활에관한법률(이하 장애

리로서 기본권 중의 기본권인 것이다.”라 밝히고 있다(헌법재판소, 1999).

9) 인간의 역사는 평등의 역사이다. 즉 인간은 이념적으로 생래적 천부인권성에 근거 평등한 존재이지만 역사적으로는 다양한 이유(신분, 성별, 인종, 부, 장애 등)에서 불평등한 실체로 살아왔다. 이에 평등을 실현하기 위한 역사적 전개과정은 당연한 과정으로 인간역사의 큰 부분을 차지하고 있는 것이다.

인고용촉진법)에 근거 공공부문과 민간부분의 사업주에 대해 사업규모별 상시근로자 기준 장애인 고용의무(할당율)를 규정하고, 이에 초과하면 고용지원금을, 이에 미달하면 고용부담금을 부과(공공부문은 제외)하는 제도이다. 이에 국가 및 지방자치단체의 장은 소속공무원 정원의 일정비율 이상을 장애인근로자로 고용해야하며, 재직 중인 장애인근로자의 수가 일정 목표치에 미달할 경우 상향된 할당비율로 채용할 수 있도록 규정하고 있다. 민간부분의 사업주도 같은 성격의 적용을 받되 사업규모에 따라 의무고용을 적용에 차이가 있다. 본 제도는 자격있는 장애인에 대한 고용을 구체적 할당율과 목표치로 규정하고 있고, 취업이라는 결과 상 실질적 평등을 구현하기 위한 조치라는 점에서 할당제와 목표제가 혼합된 가장 대표적인 장애인관련 적극적 조치라 할 수 있다.

둘째, 장애인 대학특례입학제는 교육법과 대학학생정원령에 근거하여 장애인의 고등교육기회 확대를 위해 대학 정원 외에 장애인 입학전형을 실시할 수 있도록 한 특별전형제도이다. 이 제도는 1994년 교육부가 특수교육대상자의 정원 외 특례입학제도 실시계획을 발표하면서 1995학년도부터 적용되었으며, 그때 당시에는 특수교육진흥법(현 장애인등특수교육법)상 특수교육대상자로 규정한 시각, 청각, 지체부자유(뇌성마비 포함) 등의 장애인에 한해 실시된 제도로, 이후 실시학교와 입학대상의 확대로 현재에 이르고 있다. 이 제도는 장애인의 고등교육 기회를 장려함으로써 대학 입학률의 상승을 통한 고등교육의 보편화·통합화, 졸업생의 사회지도층 진출, 대학의 장애인에 대한 인식개선 등 긍정적 효과를 발휘해 온 제도라 할 수 있다. 단, 본 제도가 대학정정 내에서 일정비율을 할당하거나 목표치를 설정하지는 않고 있어 할당제나 목표제의 성격을 갖는 적극적 조치는 아니지만, 장애인에 대한 우선적 입학고려와 결과적 교육평등의 추구, 그리고 고정적 할당제(fixed quota system)가 갖는 역차별의 문제를 감안한 유연적 할당제(flexible quota system)의 성격을 일부 반영한 점 등을 감안할 때 적극적 조치의 일환으로 평가가능하다 하겠다.

셋째, 중증장애인 생산품 우선구매제는 2008년 제정된 중증장애인생산품우선구매특별법(이하 우선구매 특별법)에 근거 경쟁노동시장에 고용되기 어려운 중증장애인들을 고용하는 생산시설에서 만든 제품, 용역·서비스에 대하여 공공기관이 연간 총 구매액의 일정비율 이상을 우선적 의무 구매하도록 하여 장애인 고용 생산시설의 안정적 수익창출과 이를 통한 장애인의 일자리 확보에 기여하고자 시행되고 있는 제도라 하겠다. 본 제도는 국가 등의 공공부문에 한정하고, 우선구매 대상품목은 공사를 제외한 장애인 고용 생산시설의 제품 및 용역서비스를 포함하며, 구매는 수의계약을 통해 가능하다. 또한 공공기관의 장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 중증장애인 생산품의 구매계획과 전년도 구매실적을 보건복지부장관에게 제출하여야 한다. 이 경우 구매계획에는 대통령령으로 정하는 비율이상의 중증장애인 생산품 구매목표를 제시하여야 한다. 이에 본 제도는 중증장애인의 안

정적 일자리 창출을 지원함을 궁극적 목표로 우선적 구매와 총 구매액의 일정 할당비율을 설정함으로써 간접적으로나마 실질적 평등구현가치에 기여하는 만큼 적극적 조치의 일환이라 평가할 수 있다.

이와 같이 우리나라에서는 장애인관련 적극적 조치의 일환으로 위의 세 가지 제도를 운영하고 있으나, 이것이 기본권적 평등권의 가치에 어느 정도 부합되는지 혹은 제도 내·외적 운영설계는 적절한지, 수단적 접근에 대한 법리적·대중적 공감대와 정당성은 충분히 확보되었는지 등에 대해서는 여전히 많은 논의 필요성을 갖고 있다 할 수 있다.

3. 적극적 조치의 논쟁적 법리검토

여기서는 적극적 조치의 기본적인 이해를 바탕으로, 본 전략을 둘러싼 논쟁의 주요이슈들을 체계적으로 살펴보고, 이를 바탕으로 정당화 논리의 합리성을 피력하고자 한다. 본 조치와 관련한 주요 쟁점은 크게 적극적 조치의 기본적 이념 및 가치와 관련한 이슈, 방법론적 원리 및 내용과 관련한 이슈, 결과론적 효력과 관련한 이슈 등으로 구분하여 살펴볼 수 있겠다. 첫째, 기본적 이념과 가치는 장애인관련 평등개념에 대한 이해와 평등권의 성격규정에 대한 것이고, 둘째, 방법론적 원리와 내용은 장애인관련 과거차별에 대한 현재적 보상원리와 다양성관리를 통한 사회효용증대원리 등이고, 셋째, 결과론적 효력은 장애인관련 자본주의적 업적주의의 위배와 역차별 문제 등이다.

1) 기본적 이념 및 가치와 관련한 이슈

(1) 평등의 개념해석

우리나라 실정법상 평등(平等, equality)의 개념은 절대적이고 형식적인 것인가 아니면 상대적이고 실질적인 것인가? 평등개념에 대한 해석과 적용은 적극적 조치의 정당화와 관련하여 가장 근본이 되는 문제이다. 왜냐하면 장애인관련 적극적 조치의 존재가치 자체가 평등이념에서 출발한 것이고, 궁극적인 목표역시 장애인의 평등을 실현하고자 하는 것이기 때문이다. 그리고 적극적 조치는 실정법과의 충돌이나 위배 없이 작동할 때 그 명분상 정당성은 물론 전략상 실효성도 확보할 수 있는 것인 만큼 문제는 이렇게 적극적 조치의 근간을 이루고 있는 평등개념을 어떻게 실정법상 평등개념과 부합시키느냐에 있는 것이다(Farron, 2005; Stone, 2002; Tomasson et al, 1996).

일단 우리나라 실정법상 평등개념은 ‘상대적’ 평등이다. 즉 특정 개인과 집단의 특성에 따라 합리적으로 ‘같은 것은 같게 다른 것은 다르게 대우하는 것(like as like, unlike as unlike)’은 정당하며 또한

공평(평등)하다는 것이다.¹⁰⁾ 따라서 과거로부터 현재, 그리고 미래까지 만성적이고 누적적인 사회적 차별로 인해 불합리하게 불이익을 받은 장애인과 그렇지 않은 비장애인은 다른 집단이므로 이를 달리 취급하여 대우하여 사회적 자원의 배분에 차등을 두는 것은 합리적 차별에 근거한 평등(상대적 평등으로서의 배분정의)인 것이다.¹¹⁾ 또한 우리나라 실정법상 평등은 ‘실질적’ 평등개념이다. 이는 전 세계적으로 근대이후 국가가 취했던 비(非)관여와 불(不)간섭의 소극적 태도와 이와 궤를 같이하는 기회균등에 한정된 형식적 평등정책이 장애인을 포함한 다양한 사회 불평등 집단의 생산·재생산에 기여하면서 그 한계점을 드러냈다. 그리고 이러한 한계를 극복하기 위해 국가의 보다 적극적인 행위를 강조하면서 실질적 평등실현을 위한 다양한 강구책이 등장하게 되고 발전해 오고 있는 것이다. 이에 국가는 분배정의의 결과적 평등까지도 담보할 수 있는 수단으로서의 다양한 방안 중 하나로 적극적 조치를 고안하게 된바 이는 역사적 흐름과 시대정신에 부합되는 전략적 선택이라 하겠다 (김영희·박현미, 1997; Rosenfeld, 1991).

이와 같이 우리나라 실정법은 평등개념을 상대적이고 실질적인 것으로 인식하고 있기에 적극적 조치의 근간인 합리적 차별과 실질적 평등구현의 기본가치에 부합되며, 정당한 수단임을 전제로 합법적 입법논리, 합당한 행정행위의 밑바탕이 될 수 있는 것이다.

(2) 기본권으로서의 평등권

기본권(基本權, fundamental human rights)은 역사적 천부인권사상을 계승하며 인간의 존엄보장의 근본원리로 발전해왔음은 누구나 인정하는 바이다. 장애인관련 평등권역시 마찬가지이다. 그러나 이 기본권의 본질적 속성을 어떻게 바라보느냐에 따라 적극적 조치의 정당화 논리의 근거가 되기도 하고 그렇지 않게 될 수도 있다.¹²⁾ 이와 관련 이슈는 두 가지인데, 하나는 기본권(평등권)의 이중적 성격(二重的 性格)과 관련한 것이고, 다른 하나는 사회권적 성격(社會權的 性格)과 관련한 것이다.

우선 이중적 성격과 관련하여 살펴보면, 기본권으로서의 평등권이 국민개인이 아닌 국가사회 차

10) 현대 평등보장의 개념은 아리스토텔레스가 주장한 배분적 정의 혹은 상대적 평등을 의미하는 것으로 널리 받아들여지고 있고, 또한 Simons의 경우 평등권은 비교상의 권리(comparative right)라 하여 각자 처우상의 평등도 다른 사람과의 상대적 비교에서 분명히 나타나게 되는 상대적인 것이라 하였다(박승우, 2003).

11) 장애인차별금지법에 보면, 제6조(차별금지)에서 “누구든지 장애 또는 과거의 장애경력 또는 장애가 있다고 추측됨을 이유로 차별을 하여서는 아니 된다.”라 밝히고 있어 과거와 현재는 물론이고 미래의 잠재적 차별도 차별금지의 대상으로 명시하고 있음에 이를 둘러싼 논의가 타당하다 하겠다.

12) 적극적 조치를 기본권적 관점에서 논하는 것은 포괄적 기본권의 목적론적 가치인 인간의 존엄성 보장에 부합됨은 물론 방법론적 전략의 구체적 내용을 함께 포괄하고 있기 때문이다. 즉 방법론적으로 적극적 조치는 기본권을 통한 동화의 전략(assimilation strategy)과 차이의 전략(difference strategy) 그리고 연대의 전략(solidarity strategy)을 동시에 구현할 수 있는바 장애인의 비장애인과의 동등한(평등한) 생활보장의 동화와 장애인의 특수성을 반영한 차별화된 보장접근의 차이, 그리고 이를 통한 통합적 사회연대의 구축이 가능한 것이 그것이다.

원에서 새로운 국가질서를 형성할 수 있는 성격과 힘을 갖고 있는지에 대해서는 견해대립이 존재한다. 이를 기본권의 이중적 성격에 관한 이슈라 하는데, 이것이 본 주제와 관련하여 중요한 이유는 이것이 만약 긍정된다면 기본권으로서의 평등권은 한 개인에 국한하여 자연발생적으로 상징화된 권리로서만 존재하는 것이 아니라 국가의 능동적 조치로 이를 구체화할 수 있는 의무부여에 대한 명분이 가능하고 또한 실질적 효력발휘의 근거가 될 수 있기 때문이다(한수웅, 1998; Rosenfeld, 1991).¹³⁾ 또한 평등의 관점을 신체적 장애의 기능적 측면뿐 아니라 사회적 장애(차별 등)로서의 사회적 불평등까지 포괄할 수 있는 가치확산의 토대가 되기 때문에 중요한 의미를 갖는다 하겠다(Fershtman, 2005; Frederickson, 1990).

기본권에 대한 이중적 성격의 찬성론은 기본권이 현실적이고 직접적이며 보편적인 효력을 가지는 개인의 주관적 공권(主觀的 公權)인 동시에 국가의 권력을 제한하고 국가의무를 기본권에 최적화시키는 지도원리적 가치로서의 객관적 질서성(客觀的 秩序性)도 동시에 갖는다고 주장한다(Mosley and Capaldi, 1996). 즉 기본권은 장애인 개개인의 권리로서의 성격은 물론 정치적 일원체의 객관적 질서로서의 성격도 포괄하고 있는 것이라 하겠다. 이러한 성격규정이 가능한 근거로 우리나라 헌법재판소 판례를 보면, “국가는 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호할 의무를 부담하고 있다는 의미에서 기본권은 국가권력에 대한 객관적 규범 내지 가치로서의 의미를 같이 갖는다.”라 하여 이를 뒷받침하고 있다 하겠다(명재진·이한태, 2007). 반대론자의 주장은 우리나라의 경우 다른 선진국처럼 분명한 명시규정(가령, 독일기본법의 제1조 제2항의 평등규정)이 부재하기 때문에 실정법주의와 일반 해석논리에 근거 기본권의 객관적 가치질서 성격은 존재하지 않는다 말하고 있다. 이중 다수설은 전자의 찬성론이고, 또한 기본권의 성격은 명문화 여부와 무관한 보편성과 근원성을 갖는 만큼 이중적 성격의 논리화에는 문제가 없다 사료된다. 따라서 장애인에 대한 실질적 평등실현을 목적으로 국가가 행하는 적극적 조치는 기본권 보장을 위한 국가의 의무이행의 일환이고, 이로부터 야기되는 새로운 국가질서(사회적 차별의 시정과 적극적 분배질서의 확립 등 포함)의 창출역시 투입-산출의 당연한 결과인 것이다(Glazer, 1987; Kellough, 2006).

다음으로 기본권으로서의 평등권이 사회적 성격 갖는가와 관련,¹⁴⁾ 만약 그렇다면 사회권의 속성상 단체주의적 사회정의의 위한 실질적 평등실현의 가치는 자연스럽게 공유하게 되고, 이의 수단으로서의 장애인관련 적극적 조치는 정당화될 수 있는 것이다. 사회권의 태동은 근대헌법에서 보

13) 이는 궁극적으로 실질적 평등실현을 목적으로 하는 적극적 조치가 국가의 당연한 의무로서 책무이상의 법적 책임을 갖고 있는 정당하고도 마땅한 조치임이 반증되기 때문에 중요한 의미를 갖는다.

14) 사회권(사회권적 기본권 혹은 생존권적 기본권)은 국민의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가의 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리 혹은 인권의 활성화를 위해 경제적·사회적·문화적 조건을 창출해줄 것을 국가에 대하여 적극적으로 요구할 수 있는 권리이다(권영성, 2006; 홍성방, 2002).

장한 자유권적 기본권이 소유권 절대의 원칙, 계약자유 원칙, 과실책임의 원칙 등 3대 원칙 하에 사적자치의 절대적 자유를 방임함으로써 경제사회적 분배의 편재와 불평등이 심화되자 형식상 평등에 매몰된 폐단을 일정부분 해소하고자 하는 일환에서 등장한 것이다.¹⁵⁾ 즉 자유권적 기본권에 기초한 기회균등과 같은 형식적 평등이 아닌 실질적 평등이 현실화됨으로써 사회경제적 불평등을 최소화하는 보완적 역할을 하는 것이라 하겠다. 따라서 사회권의 궁극적 목적은 실질적 평등이 되는 것이고, 이는 곧 사회권의 지도원리가 평등권이라는 것과 같은 말이다. 결과적으로 현대 시민권에서 평등권은 태생적으로 사회권적 성격을 부정할 수 없는 것이다(Fershtman, 2005). 우리나라 헌법에서도 제31조 교육권을 비롯하여 제32조 근로권, 제33조 노동권, 제34조 생활권, 제35조 환경권, 제36조 건강권 등을 규정함으로써 실질적 평등실현의 주요영역을 명시하고 있어 평등권 실현의 구체성을 분명히 하고 있다 할 수 있다. 단, 사회권의 법적 성격상 다수설인 추상적 법적 권리설을 받아들이고 있는 만큼 모든 경우에 대한 구체적 현실제도화에는 일정부분 한계가 있음은 부정할 수 없다. 하지만 사회권을 프로그램 규정이 아닌 분명한 법적 권리로 인식하고 있다는 점, 그리고 헌법재판소의 판시내용처럼 사후적이긴 하지만 법률을 통해 사회권의 내용이 현실화가 가능할 수 있다는 점 등은 실질적 평등실현의 중요한 토대가 될 수 있다 사료된다(헌법재판소, 1995). 또한 사회권의 기본이념에 포함된 사회국가원리는¹⁶⁾ 국가로 하여금 과거의 형식적 법치주의가 아닌 사회적 법치주의를 통해 장애인차별과 같은 사회문제에 대한 적극적 개입을 요구하는바 실질적 평등원칙은 국가기능의 중요한 구성요소로 작동하기에 적극적 조치는 더욱 정당성을 발휘할 수 있는 것이라 하겠다.

2) 방법론적 원리 및 내용과 관련한 이슈

앞서 살펴본 평등의 개념과 기본권의 성격을 통해 적극적 조치가 명분상의 정당성을 확보하였다면, 다음 이슈는 이를 구현하기 위한 수단론적 논리는 무엇인가와 관련된 것이다. 이와 관련, 보상의 방법론을 통한 장애인관련 차별시정 논리와 다양성관리를 통한 사회효용의 증대 논리가 논의될 수 있겠다.

15) 자유권적 기본권에 매몰된 폐단을 비판하는 말로 “가난한 사람들은 일자리를 얻지 못해 굶주리고 있는데, 당신은 그것을 ‘안정화’라고 부르시고, 우유와 빵값은 천정부지로 치솟고 있는데 당신은 그것을 ‘자유화’라 외치시죠. 게다가 엘리트계급이 이 나라의 모든 돈을 빼앗고 있는데 당신은 그것을 ‘민영화’라고 부르시더군요.”에서 비판적 논의의 단초를 찾을 수 있겠다.

16) 사회국가원리는 기존의 민주국가 원리나 법치국가 원리의 보충적 개념이 아니라 현대 고도산업사회에서 자유와 평등의 현대적 평가와 실현을 위해 만들어진 새로운 국가 패러다임으로, 자유와 평등의 실질적 의미와 내용을 개인이 아닌 사회적 평가를 통해 적극적인 개입과 배려의 국가기능과 역할을 보다 선명히 한 모델이다(명재진·이한태, 2007; 류시조, 2002).

(1) 과거보상의 원리

과거보상원리(過去補償原理, principle of the past compensation)는 ‘역사적 차별의 현재적 보상을 의미하는데, 이는 과거 역사적으로 지속되어온 장애인에 대한 차별과 불이익의 피해를 현재의 적극적 방법론을 통해 보상해줌으로써 차별피해 집단에게는 일정부분의 보상정의(compensatory justice)의 적용을, 사회 전체적으로는 불평등의 해소를 추구하는 것이라 할 수 있는바 장애인관련 적극적 조치의 중요한 정당화 논리 중 하나이다(Duncan, 1982). 이는 롤스의 평등주의적 정의원칙으로서의 보상원리를 현대화 한 것으로, 이에 따르면 가해자에 의해 피해자가 발생할 경우 가해자는 피해자에게 피해를 입기 전 상태도 되돌려 놓을 만큼의 피해보상을 해주어야 한다는 것이다. 이는 적극적 조치에도 그대로 적용가능한데, 과거 장애인집단은 차별의 피해자로서 수많은 불이익을 받음으로써 사회경제적 고립과 배제를 경험한바 이에 대한 절적인 보상으로 이를 시정하고자 하는 것은 타당하다 하겠다(Tucker, 2000). 단, 이와 관련 두 가지 논쟁이 있을 수 있다. 하나는, 차별의 가해자와 보상자가 일치하지 않는다는 점이고(과거의 차별자와 현재의 보상자), 다른 하나는 보상의 수혜자가 피해 당사자인 특정개인이 아닌 불특정 다수로서의 집단이라는 점이다. 전자와 관련해서는 첫째, 과거 차별가해자의 부당한 행위로 현재의 집단이 지속적이고 상당한 사회경제적 이득(기득권)을 받았기에 보상논리의 가해집단에서 자유로울 수 없고, 일반적 과거보상제도에서도 이러한 불일치는 찾아볼 수 있는 경우이며,¹⁷⁾ 적극적 조치는 사법 상 법률관계에 의한 경우처럼 주로 경제적 보상에 한정된 것이 아니기에 성격과 효력이 다를 수 있음을 감안해야할 것이다. 둘째, 장애인에 대한 차별은 과거뿐 아니라 현재도 진행 중이기에(과거로부터 현재까지 이어져 온 사실) 과거에 한정된 보상의 의미만은 아니라는 점도 고려해야한다. 셋째, 반드시 가해자-피해자의 보상원리가 아니어도 장애인집단은 다른 소수집단 혹은 취약집단과는 달리 태생적 추가비용 발생(의료비 등) 등 자체적 불이익이 발생하는 만큼 이 부분에 대한 비물질적 보상차원의 의미도 같이 고려할 필요가 있다는 데 반론을 제기할 수 있겠다. 한편, 후자와 관련해서는 실제 피해자 개인에 대한 실제 개별적 보상의 주로 사법영역에서 그리고 가해자-피해자의 책임소재 판별이 분명한 배상이슈에서 피해만큼의 전보(前報)를 전제로 한 배상일 때 보다 엄격하게 지켜지는 원칙이다. 그러나 본 조치의 경우 공법영역의 행위이고 또한 일반적 공법행위의 정책적용은 다수집단을 대상으로 하는 경우가 많다는 점, 과거의 직접적 차별로 인한 개인적 피해도 존재하지만, 편의제공의 미흡이나 간접적 차별 등으로 인한 집단적 피해도 상당부분 존재한다는 점,¹⁸⁾ 그리고 불법적 행위자인 가해자와 그로인한 피해자를 특

17) 국가에 대한 공헌이나 국가권력에 의한 피해 등 과거사실에 근거 보상해주는 다양한 제도들(예컨대, 국가유공자에우와보상에관한법률 등)에서도 과거의 사건주체와 현재의 보상주체가 시점과 주체에서 상이한 경우를 쉽게 찾아볼 수 있다.

정할 수 없는 상태에서 피해사실에 초점 맞춰 진행하는 보상이라는 점 등은 충분히 수용될 수 있는 반론이라 하겠다. 즉 두 가지 이슈는 적극적 조치의 고유한 특성과 장애인을 대상으로 하는 특수한 상황을 고려한다면, 위와 같은 이유에서 큰 설득력을 갖기 힘들다 사료된다.

(2) 다양성관리의 원리

다양성관리의 원리(多樣性管理原理, principle of diversity management)의 사회적 효용은 크게 세 가지이다. 하나는 적극적 조치를 통해 집단 구성의 다양성 개선이 가능해진다는 것이고, 다른 하나는 적극적 조치를 통해 다양한 구성조합이 가능해지는 만큼 이를 통한 긍정적 상호보완이나 상호작용 효과를 기대할 수 있다는 것이며, 마지막은 이런 다양한 조합을 통해 장애인집단의 대표성을 확대하고¹⁹⁾ 궁극적으로는 비장애인집단(다수집단)과 장애인집단(소수집단) 간 간극과 갈등을 줄여 통합의 가치를 구현할 수 있다는 점이다(임지봉, 2002; 박승우, 2003; Tucker, 2000). 이는 집단 혹은 조직 구성의 이념적 당위성에 정당성을 부여함은 물론 운영상 활력과 융합의 시너지효과를 기대할 수 있다는데 의의를 찾을 수 있다. 특히 교육기관의 경우 다양성의 존중이 곧 교육의 철학이고, 다양성의 향연이 곧 교육의 내용이며, 또 다른 다양성의 창출은 곧 교육의 목표인 만큼 다양성관리 차원의 장애인관련 적극적 조치는 그 의미를 더욱 잘 살릴 수 있는 것이라 하겠다.²⁰⁾ 또한 이 원리는 장애인 개인의 권리에 초점 맞춰진 당위성의 일정한 한계를 극복할 수 있는 집단 혹은 사회전체 효용으로 확대함으로써 공익가치의 성격을 부여할 수도 있는 것이다.

18) 장애인차별금지법(제4조)에서는 차별행위의 개념에 직접적 차별뿐 아니라 편의제공 거부에 따른 차별, 간접차별, 광고 등에 의한 차별 등도 포함시키고 있다. 즉 정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우(편의제공 거부에 의한 차별), 장애인에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하지 아니하지만 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우(간접차별), 정당한 사유 없이 장애인에 대한 제한·배제·분리·거부 등 불리한 대우를 표시·조장하는 광고를 직접 행하거나 그러한 광고를 허용·조장하는 경우. 이 경우 광고는 통상적으로 불리한 대우를 조장하는 광고효과가 있는 것으로 인정(광고 등에 의한 차별) 등을 열거하고 있다. 즉 과거와는 다른 보다 발전된 차별개념이 통용되고 있기 때문에 이를 감안한 논의가 필요하하다 하겠다.

19) 이런 의미에서 적극적 조치는 장애인을 포함한 소수집단의 대표성을 확대해 나가는 점진적 조치의 일환이라 할 수 있다. 즉 정치나 국민을 대표하는 공공기관의 성원구성 시 장애인을 비례적 과소산정의 논리에 따라 배제되기 쉬운데, 이에 일정비율의 할당 등은 이들 장애인이 참여하게 된다면 장애인의 의사를 대표하는 옹호와 대변이 가능해질 수 있는 것이다. 또한 주요 영역에서의 장애인의 포함은 사회적 역할가치론(social role valorization)에 근거 문화적 맥락에서 장애인에 대한 사회경제적 이미지를 개선함으로써 사회적 지위향상의 선순환 고리를 창출해 낼 수 있을 것이다. 이는 성 주류화 정책(gender-mainstreaming policy)과 비슷한 맥락에서의 장애중심 주류화 정책(disability-centered mainstreaming policy)과도 궤를 같이하는 것이라 할 수 있겠다.

20) 한 예로 2003년 미국 연방대법원은 미시간 법학대학원 입학과정에서 인종의 다양성을 입학사정의 주요기준으로 적용하는 것에 대해 대학 측이 이러한 다양성 추구가 교육목표를 달성하는데 포기할 수 없는 이익(compelling interest)임을 주장하는 것을 받아들여 합헌 결정을 내렸다(명재진·이한태, 2007).

그럼 다양성관리라는 방법론을 통한 적극적 조치의 논리화는 다른 반론의 여지가 없는가? 그것은 아니다. 크게 두 가지 정도가 논쟁의 핵심인데, 하나는 다양성관리의 논리가 모든 사회영역에 동일한 가치와 효력으로 적용될 수 있는 지에 대한 것이고, 다른 하나는 다양성관리라는 미명하에 이루어진 단순한 물리적 조합이 융합적 시너지효과보다는 오히려 불협화음의 역효과를 가져오지는 않는가에 대한 것이다. 일단 이 두 가지 지적은 다양성관리 원리의 본질적 부정을 의미한다기 보다는 다양성관리의 범위와 수준의 적절성과 관련한 문제로 인식된다. 따라서 다양성관리 자체의 전면부정보다는 일정부분 타당함을 전제로 한 수단적 측면에서의 조정이 필요하다 하겠다. 즉 장애인관련 적극적 조치를 적용하는 영역범위에 있어 상대적으로 교육영역보다는 고용이나 공공(하도급 영역 포함 등) 영역에서 다양성의 개선효과 외 다양성을 통한 시너지효과라는 측면에서의 분명한 경제적 실익을 가시적으로 내세우기는 일정부분 부족함이 있다. 그러나 각 영역별 경제적 편익 외 사회적·정치적·문화적 편익 등 다양한 편익을 기대할 수 있고, 단기적 가시성과보다는 중·단기적 잠재효과 및 다른 영역으로의 파급효과까지 감안할 경우 충분한 가치창출에 대한 논의가 가능할 것이라 사료된다. 또한 단순조합의 역효과 문제도 운영상의 효율화를 통해 얼마든지 극복가능한 문제로 각 영역별·집단별 특성에 따른 장애인관련 적극적 조치의 수위조절과 다양한 구성원 간 접근성 보장(accessibility), 의미 있는 역할부여(role valorization), 참여의 확대(participation)의 원만한 적용을 통해 통합적 시너지효과를 최대화할 수 있을 것이다. 통합은 다양한 가치의 단순한 배치가 아닌 상호 공존이며, 일반적 희생이 아닌 상호호혜적 존중 위에 빛을 발하는 것이기 때문이다.

3) 결론론적 악영향과 관련한 이슈

다음은 적극적 조치가 현실적으로 적용됨에 따라 나타날 수 있는 부정적 효과로서의 실적주의에 위배된 분배와 비수혜집단에 대한 역차별 문제에 대한 이슈를 고찰해보고자 한다. 본 이슈들은 장애인 관련 적극적 조치가 설사 출발(기본적 이념)과 과정(과정적 방법)이 정당하다 하더라도 본 조치의 결과론적 영향이 불평등적 폐해를 안고 있다면 이 역시 정당화에 일정부분 걸림돌이 되기 때문에 중요한 문제라 할 수 있다(Glazer, 1987; Kellough, 2006).

(1) 실적주의의 침해

현대사회에서 실적주의(實績主義, merit system) 혹은 능력주의라고 하는 것은 자본주의 분배체계를 떠받치는 중요한 원칙 중에 하나로, 절차적 평등을 넘어선 분배결과의 합리성과 관련한 결과적 평등의 문제로까지 인식되는 이슈이다. 실적주의는 유·무형의 이익을 분배함에 있어 그에 합당한

자격, 능력, 실적 등 객관적 기준을 토대로 배분함을 의미하는 것으로, 과거 전근대적 엽관주의(spoil system)나 정실주의(patronage system)의 폐단을 개선하기 위한 합리적 도구체계로 의미가 있다 하겠다(Fershtman, 2005; Nigro, Nigro, and Kellough, 2007). 그런데 장애인관련 적극적 조치가 개인의 노력에 의한 능력이나 실적의 합리적 기준이 아닌 비장애와 대비되는 장애특성에 기준하여 이익을 분배하는 것이어서 실적주의의 가치에 위배된다고 보는 것이 이슈의 핵심이다. 즉 장애인관련 적극적 조치는 장애인에게 본인의 실적관리를 통한 자기실현의 가치를 무력화하고, 또한 사회적 배치의 최적화를 저해함으로써 비생산적이고 비능률적인 사회를 양산하게 된다는 우려를 표하는 것이다.

그러나 이러한 주장에 대해 다음의 세 가지 반론이 가능하다. 첫째, 장애인관련 적극적 조치가 장애인 개인의 능력이나 실적을 전면적으로 무시하는 것이 아니고, 둘째, 실적주의의 적용이 모든 영역의 모든 경우에 절대적인 기준은 될 수 없으며, 셋째, 장애인에 대한 능력이나 실적평가가 사회인식의 합리성에 근거하여 충분히 담보하기 어려울뿐더러 설사 일정부분의 능력이나 실적 상 객관적 부족이 현존한다 하더라도 이 역시 사회적 차별의 결과물임을 인식해야 하는 것이다(Glazer, 1987; Lang, 2009; Tucker, 2000). 첫째와 관련, 적극적 조치는 일반적인 경우 무자격자에게 특별한 혜택을 부여한다라기 보다는 동등한 적격자 중 장애인 등 소수집단에게 우대를 통해 기회 및 이익을 제공하는 취지가 보다 적절하기에 실적주의를 무시한 고려가 아닌 실적주의를 감안한 배려로서 실적주의 위배는 아니라 할 수 있다. 아울러 취업과정에서 가산점 등 실적 외 인센티브를 제공하는 것은 '동등한 출발점 위에서의 공정한 경쟁'을 위한 것이지 '불공정 경쟁을 통한 인위적 승부조작'을 위한 것은 아니다. 즉 사회적 취약계층인 장애인 등 소수집단은 과거 누적된 불이익으로 다른 다수집단에 비해 뒤쳐진 출발점에 서있을 수밖에 없는 경우가 많으므로 이를 교정하는 것은 공정경쟁을 위해 체급과 단위를 조율하는 당연한 조치인 것이다. 둘째와 관련하여, 실적주의가 자본주의 사회의 중요한 분배 원칙이지만 절대적 기준은 될 수 없고, 절대적 적용은 자칫 합리성을 가장한 빈인권적·반통합적 실적만능주의란 패착의 길로 인도할 수도 있는 것이다. 이러한 상황을 우리는 경험적으로 인지하고 있고,²¹⁾ 또한 문제의식을 갖고 있는 터라 유연한 사고와 적용을 요하게 된다. 셋째와 관련, 우리사회에서 장애인에 대한 능력평가는 통계적 차별(statistical discrimination) 등 수많은 편견과 오해로 일정부분 훼손된 상황이고 사회적 잣대역시 장애인 등의 특성을 고려하지 않은 반친화적 기준임을 인정하는바²²⁾ 합리적 능력평가에 일정부분 한계가 있을 수밖에 없다. 또한 일정부분 능력이나 실적 상

21) 2012년 다보스포럼에서의 주된 논의 중 하나는 바로 시장경제 가치에 함몰된 자본주의의 폐단을 지적하고 개선책을 고민하는 것이었다. 이에 "자본주의는 사회통합의 가치를 배척했기에 실패했다."란 말과 함께 통합의 가치에 반할 수 있는 실적주의 등의 자본주의 체계에 대한 개선(remodeling capitalism)을 강조하였다.

22) 즉 기준에 배열된 일자리에 장애인 등 소수집단을 끼워 맞추고자 일반적 취업기준으로 장애인 등 소수집단을 평가하기 보다는 장애인 등 소수집단에게 맞는 일자리를 만든다는 생각으로 이들의 특성을 고려한 잣대를 새로

객관적 부족함이 있다하더라도 이 역시 일정부분 사회적 차별의 결과물로서의 반증임을 감안할 때 (교육차별의 결과로서 취업능력의 부족발생 등) 단편적이고 일면적인 평가와 적용보다는 총체적이고 다면적 평가와 배려를 적용하는 것이 보다 적절하다 사료된다. 또한 무능력자 혹은 부적격자의 고용이나 입학으로 해당 조직의 효율성을 떨어뜨릴 수 있다는 지적에 대해서도 Leonard(1986) 연구 등에서 밝히고 있듯 적극적 조치 등에 의한 영향으로 정부 등의 조직에서 생산성의 현격한 감소가 일어난 증거는 발견할 수 없다 밝히고 있는 만큼 이러한 우려는 기우나 편견일 수 있는 것이다.

(2) 역차별의 피해발생

역차별(逆差別, reverse discrimination)은 적극적 조치를 통한 장애인의 우대가 오히려 그 외 집단(비장애인 등)에게 불이익을 줌으로써 차별의 시정이 아닌 또 다른 차별의 생산을 야기시킨다는 논리이다. 역차별에 대한 논의는 1978년 미국 캘리포니아 주에서 있었던 Bakke 사건 이후로 공론화되기 시작하였는데, 적극적 조치의 반대논리로 가장 많이 거론되는 이슈 중 하나이다. 즉 적극적 조치 반대론자들은 이 조치에 의해 시행되는 장애, 성, 인종 등에 의한 부당한 우대조치는 차별시정의 명분하에 또 다른 차별을 정당화하는 모순이 발생하므로 이를 폐지함을 통해(disability-blind, gender-blind, color-blind) 정의를 구현해야한다고 주장한다(명재진·이한태, 2007; Lang, 2009. Tucker, 2000; Frederickson, 2006).

이에 대해 우선, 기본적으로 상대적 평등개념에 근거 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 대우하는 것은 부당한 차별이 아닌 공평한 것이고,²³⁾ 둘째, 실정법 상 차별시정을 목적으로 하는 합리적 차등 대우는 차별이 아님을 명시하고 있으며,²⁴⁾ 셋째, 역차별은 일반적으로 ‘의도적 불이익’을 가하는 행위인데 반해 적극적 조치는 의도적으로 비장애인 등 다수집단을 차별할 목적으로 시행하는 것이 아니므로 적극적 조치가 곧 역차별이라 말할 수는 없는 것이다. 다만 의도치 않은 결과론적 불이익이 있는 부분에 대해서는 넷째, 현재 다수집단의 기득권이 과거 장애인과 같은 소수집단에 대한 직·간접적 차별의 산물임을 일정부분 인정할 수 있기에 현재 축적된 부당한 이익의 일부를 피해집단(장애인 등)에게 이전하는 것은 평등저울의 균형을 맞추는 행위인 만큼 정당화될 수 있는 것이다(이은영, 2010). 또한 다섯째, 같은 맥락에서 적극적 조치는 임시적·잠정적인 조치이기에 셋째와 같이 보편적 균형초점이 맞춰지면 자동적으로 없어질 조치로 실질적 역차별 현상(사회경제적 이익이나 지위의

이 창신하는 발상의 전환이 필요하다라는 의미이다.

23) Perelman(1955)은 정의 관념을 설명하면서 공적(merits), 노동(works), 계층(ranks) 외 필요(needs)와 법적 자격(legal entitlement)에 의한 몫의 분배는 공평하다고 하였다.

24) 장애인차별금지법 제4조 4항에 따르면, “장애인의 실질적 평등권을 실현하고 장애인에 대한 차별을 시정하기 위하여 이 법 또는 다른 법령 등에서 취하는 적극적 조치는 이 법에 따른 차별로 보지 아니한다.”라 밝히고 있다.

역진현상 등)이 발생할 때까지 지속되는 것은 아니다. 마지막으로, 혹여 발생할 수 있는 상대집단에 대한 반사적 불이익을 최소화하는 노력도 이루어지고 있는 만큼(대학에서의 장애인특례입학을 정원 외 특별전형으로 모집하는 등의 경우) 장애인에 대한 적극적 조치가 곧 비장애인의 역차별적 불이익이라는 논리는 부당하다 하겠다.

4. 결론 및 제언

이상과 같이 탐색적 측면에서 살펴본 이론적 내용에 대한 이해와 법리적 논쟁에 대한 논리를 종합하여 요약하고, 향후 장애인관련 적극적 조치의 나아가야할 방향에 대해 간단히 논의하면 다음과 같다.

우선 정당화에 대한 전반적인 대결론은, 장애인관련 적극적 조치는 공법행위로서의 법리적 측면의 기본적, 과정적, 결과적 정당성을 모두 갖추고 있다 사료된다. 즉 적극적 조치는 역사적 태동의 명분은 물론 변증법적 발전의 가치를 겸비하고 있고, 실질적 평등실현을 통한 사회정의 실현과 사회통합 성취를 근본목표로 함으로써 민주적 법치주의의 대원칙에 부합되며, 내용상의 기본적 이념, 과정적 방법론, 결과적 효력 면에서 모두 합리적 법리근거를 갖추고 있어 정당성을 충분히 담보하고 있다 판단된다. 이에 역사적이고 구조적인 부정의한 차별문제에 적극적으로 대응하여 교정할 수 있는 효과적 수단으로서 그 의미가 크다 할 수 있는 것이다. 단, 법리적 정당성의 우세판단이 본 조치에 대한 모든 오해와 갈등의 불식을 의미하는 것은 아니기에 법리와 현실에 대한 ‘전체적’ 시각에서 ‘궁극적’ 지향점에 대한 ‘사회적’ 합의도출이 요구된다 하겠다. 이의 단초로서 ‘사회통합’ 담론이 유용하리라 사료되는바 본 조치의 찬반논쟁에도 불구하고 본 조치는 사회전체의 입장에서 보면 장애인의 사회통합에 보다 적절하고, 장애인에 대한 실질적 평등의 작동이 궁극적으로 통합의 가치를 성취할 수 있도록 하며, 따라서 이러한 대전제에 대한 사회전반의 공감대는 충분히 가능할 것이라 판단되는 것이다. 즉 사회통합 담론은 어느 사회나 국가를 막론하고 부정할 수도 포기할 수도 없는 지향적이고, 특히 장애인의 사회통합은 장애인정책의 핵심적 목표이며, 이에 본 조치의 핵심가치인 평등개념을 정확히 관통하고 있기 때문에 연결담론으로서의 적절성이 높다 판단된다. 이에 이러한 담론을 뒷받침 해줄 구체적 정책전략이 요구되는바 장애중심 주류화 정책(disability-centered mainstreaming policy)의 다양한 방법들(장애영향평가, 장애인지예산 등)을 체계화하여 적용하면 유용하리라 판단된다.

둘째, 장애인관련 적극적 조치는 기본권으로서의 이중적 속성과 사회권적 성격을 모두 내포하고 있는 만큼 이들 속성을 근거에 전제하고, 가치실현을 확산적으로 추구해야할 것인바 본 조치에 대한

논의를 이중접근으로 전개하는 것이 적절하리라 판단된다. 즉 앞서 언급한 사회통합의 지향점을 전제로, 논의의 출발은 본질적 속성의 인권관점에서, 실행은 합리적 속성의 사회효용 관점에서 연계적으로 접근하는 것이 필요할 것이다. 전자와 관련, 본 조치가 단지 복지조치의 일환이 아닌 근원적이고 보편적인 인권보장의 핵심적 수단으로, 그래서 일반적 법률의 단순한 조치가 아닌 근원적 본질과 최상위적 권위를 갖고 있는 권리(기본권)로서 인식하고 논의하는 것임을 인식한다면 소소한 오해와 비판으로부터 벗어나 적극적 조치의 정당화를 보다 공고히 구축하는데 긍정적인 것이라 판단하기 때문이다.²⁵⁾ 단, 후자와 관련한 맥락에서 이것을 장애인 개인의 권리관점에 한정할 경우 사회전체에 대한 합리적 공리추구와 선호적 효용추구를 통한 통합의 가치실현에 일정부분 문제가 발생할 수 있음을 감안해야 할 것인바 Singer(2011)가 제안한 사회효용 측면의 선호적 공리주의(preference utilitarianism) 등을 응용·적용하여 전자와 병행접근 한다면 보다 유용할 것이라 판단된다. 즉 인권과 사회효용의 이중접근을 통해 출발의 정당성뿐 아니라 절차적 합리성과 결과의 효용(평등)까지도 순직한 추구가 가능할 수 있으리라 판단된다.

셋째, 본 조치의 과정적 원리적용은 과거보상의 기본원리에 입각한 보상의 정의에 기반하여도 큰 무리가 없다 사료된다. 이는 본 조치의 본질적 정책속성(사법적 피해보상과 다른 속성 등)과 장애인 대상의 특수성(추가비용의 발생 등)을 충분히 감안할 경우 이해되는 바이다. 단, 보다 긍정적인 공고화를 위한 실천적 노력이 요구되는바 보상의 합리성에 기초한 수단론적 유연성의 발휘를 통해 수용적 체계화를 추구하는 것이 필요하다 하겠다. 즉 보상의 논리에서 가장 중요한 것이 합리적 기준적 용인 만큼(피해정도나 통상적 보상관례 혹은 다른 사례와의 비교수준 등) 피해상황의 속성을 충분히 감안하여 어느 영역에서, 어느 범위와 수준으로, 어느 시점까지, 그리고 다른 소수집단의 다른 보완정책과 어떤 조화 하에 시행할 것인지에 대한 기준마련이 요구된다 하겠다.²⁶⁾ 여기에는 적극적 조치 전반에 대한 정당성논리가 아닌 각 영역별, 범위와 수준별, 각 시기별 논리화의 다양화 개발·적용을

25) 그 이유는 우선, 장애인관련 적극적 조치는 평등권 보장을 위해 발현하였고, 평등권은 기본적 인권이며, 따라서 다른 윤색함이 필요 없는 '본질적으로 옳은 보편적인 것'임과 동시에 다른 궁색함이 필요 없는 '당당한 법률관계(권리·의무관계)'의 표상으로 굳건히 자리매김할 수 있는 것이기 때문이다. 따라서 인권관점에서의 장애인관련 적극적 조치는 복지보다 이념논쟁에서 월등히 자유로울 수 있고, 또한 목적론적 명분에서 충분한 가치부여가 가능한 것이다. 다음으로, 그러하기에 장애인관련 적극적 조치는 인권으로서의 객관적 질서성을 확립 가능케 하고, 이는 곧 국가로 하여금 장애인에 대한 적극적 공법행위를 추진 가능케 하는 원동력이 될 수 있는 것이다. 마지막 이유로, 본 조치에 대한 인권관점에서의 논의는 인권의 보편적 성격에 근거하여 국가영역뿐 아니라 전 사회영역(고용, 문화 등 민간영역 등)까지 확대적용 가능해짐으로써 장애인을 둘러싼 전 사회적 불평등의 해소노력에 보다 부합될 수 있음을 인지할 수 있다.

26) 적극적 조치에 대해 긍정적 입장을 견지하고 있는 Kellough(1992, 2006)도 적극적 조치를 적용함에 있어 다소 강력한 그리고 합리적 전제조건을 고려하여 시행할 것을 제안하였는데, 이는 적용분야에 대한 것, 적용 시 다른 소수집단에 대한 고려, 적극적 조치의 제한점을 해결하고 효과성을 높이기 위한 보완정책에 관한 것 등이 해당된다.

통해 가시화하는 것까지 포함하는 것이다. 이는 상황별 평등실현의 목표가 전망적일수도 있고 수단적일수도 있고, 구분적용뿐 아니라 순차적용의 계획도 추구할 수 있는 것이며, 이슈별 맥락적인 다중적 심사기준(multi-level system of scrutiny)을 마련하는 것도 함께 포함된다 하겠다.²⁷⁾ 이렇게 장애인인의 생애주기별·사회체계별·비교상황별 보편성과 특수성을 함께 고려할 경우 장애인만의 소극적 차별금지법제보다는 독일의 평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG)과 같은 통합적이고 적극적인 법제구축을 통한 대응이 보다 효과적일 수 있음을 고민하며 이에 대한 적극적 고찰이 요구된다 하겠다.

셋째, 본 조치의 결과론적 효력과 관련 비수혜집단에 대한 역차별 논의는 부당이익의 이전과 비의도성 논리 등으로 상당부준 불식할 수 있다 판단된다. 이에 문제의 고민범위를 확대할 필요가 있다 사료되는바 Kellough(2006)의 제안처럼 수혜집단 내(장애인집단 내) 혜택의 차별문제를 본 이슈고민 시 함께 고려해야 할 것이다. 적극적 조치는 차이전략과 연대전략을 병행해야하는 바 공정한 혜택배분으로 차별적 합리성을 높이고, 상대비판의 불편성을 낮추는 노력이 요구된다 하겠다. 가령, 대학 특례입학제도를 통해 비장애학생이 일정부분 역차별을 경험할 수도 있다는 문제의식뿐 아니라 장애인집단 내에서도 이러한 제도혜택을 받는 집단과 그렇지 못한 집단 사이의 차별문제가 발생할 수 있음을 함께 고민할 필요가 있다는 것이다. 이러한 문제발생의 다양한 원인 중 하나는 정책대상인 장애인집단을 동일집단화하여 정책을 일면적으로 적용하는데서 비롯된다 하겠다. 이는 부당한 결과가 발생할 수 있는데 장애인집단 내에서도 인구학적 특성에 따라(성별이나 연령 등), 사회경제적 지위에 따라 현재적·잠재적 불이익의 차이가 존재하고(가령, 여성장애인의 경우 이중차별의 위험에 노출), 맞닿아 있는 사회체계 등도 다르기 때문에(학교나 직장 등) 이를 감안한 ‘합리적 기준에 의한 차별적 조치가 없을 시 ‘실질적 평등’ 실현에 역진이나 미충족 등의 폐해가 발생할 수 있는 것이다. 이에 현재 관련정책에서도 이를 일정부분 반영하고는 있지만(가령, 장애인의무고용제에서 여성장애인과 중증장애인에게 가산비율을 적용함.), 다른 개별적 특성(연령 등)도 추가고려 및 체계화하여 합리화할 필요가 있다 하겠다. 이를 위해서는 합리적 표준개발과 관리적용의 체계화가 요구되는바 영국의 사례품질위원회(Care Quality Commission: CQC)와 같은 기구설치도 적극 참고할 필요가 있다 사료된다. 이를 통해 가령, 교육과정에 상대적 불이익을 경험하는 지적장애인을 위해

27) 미국의 경우 평등보호의 합리성 담보를 위해 상황별 개별검토를 통한 심사기준을 적용하고 있는바 다층적 심사기준 체계가 그것이다. 이는 최소한의 낮은 심사기준인 합리성 심사기준(rationality review rational-basis scrutiny), 상당히 강도 높은 심사기준인 엄격 심사기준(strict scrutiny), 그리고 그 중간 강도의 성격을 띠는 중간 심사기준(intermediate scrutiny)으로 분류하여 유연성과 실효성 높은 평등보장의 의미를 구현하고자 노력하고 있는 것을 적극 참고할 필요가 있다(박승우, 2003; 한수웅, 1998)

입학과 학교생활에 추가적 지원을 고려함에 있어 적극적 조치의 큰 틀에서 합리적 표준과 시책을 마련하는 것 등이 유용할 것이다.

마지막으로, 본 연구는 장애인관련 적극적 조치에 대해 정당화의 가장 기본이 되는 이론적 법리검토에 한정하여 살펴본 탐색적 기초연구이다. 따라서 보다 구체적인 객관적 실증이나 구체화된 전략 논의는 한계가 있을 수밖에 없음을 인식하며, 향후 보다 구체화된 판례의 법리적 분석이나 비교, 정책효과의 통계적 검증, 체계적 비용편익분석 등이 이루어지기를 기대해 본다. 이러한 노력들을 통해 보다 다양한 관점에서의 객관적이고 체계적인 논리입증과 구축과정이 가능해질 것이고, 이와 더불어 장애인관련 적극적 조치의 실질적인 안정적 운영과 합리적 가치확산, 통합적 체계공헌이 가능할 수 있으리라 기대된다.

■ 참고문헌 □

- 국가인권위원회(2015). 2014 인권통계. 서울: 국가인권위원회.
- 권영성(2006). 헌법학 원론. 서울: 법문사.
- 김명수(2009). 장애인 기본권의 헌법적 보장에 관한 연구. 성균관대학교 대학원 박사학위논문.
- 김영희, 박현미(1997). 할당제의 합헌성에 관한 연구. 한국여성개발원.
- 류시조(2002). 사회국가에 있어서의 자유에 관한 일 고찰. 비교법학. 13. 131-152.
- 명재진, 이한태(2007). 평등권 이론에 관한 현대적 전개로서 적극적 평등실현조치. 법학연구. 18(2). 19-52.
- 박승우(2003). 미국과 한국에서의 적극적 평등실현조치. 경북대학교 대학원 석사학위논문.
- 성낙인(2006). 헌법학. 서울: 법문사.
- 심헌섭, 강경선, 장영민(역)(1986). 법과 정의의 철학. Perelman, C. *De La Justice*. (1972). 서울: 종로서적.
- 오시진(2012). 차별에 대한 법 이론적 고찰. 이주법학. 6(2). 9-37.
- 유정미(2011). 적극적 조치 제도화 담론분석. 이화여자대학교 대학원 박사학위논문.
- 이은영(2010). 장애인의 권리에 관한 법사회학적 소고. 법과 사회. 39. 269-297.
- 임지봉(2003). 적극적 평등실현조치와 실질적 평등. 법조협회. 52(8). 101-141.
- 한국보건사회연구원(2015). 2014년 장애인실태조사보고서. 세종: 한국보건사회연구원.
- 한수웅(1998). 평등권의 구조와 심사기준. 헌법논총. 9. 41-105.
- 허영(2002). 한국 헌법론. 서울: 박영사.
- 헌법재판소 선고 93헌가14 결정(1995, 7. 21).
- _____ 선고 88헌가7 결정(1999, 1. 25).
- _____ 선고 98헌마363 결정(1999, 12. 23).
- 홍성방(2002). 헌법학. 서울: 현암사.
- Bell, D. & Axel, H.(2009). The Disability Discrimination Act in the UK: Helping or Hindering Employment among Disabled?. *Journal of Health Economics*. 28(2). 465-480.
- Duncan, M. (1982). The Future of Affirmative Action: A Jurisprudential/Legal Critique. *Civil Liberties Law Review*. 17(2). 503-553.
- Farron, S. (2005). *The Affirmative Action Hoax: Diversity, the Importance of Character and Other Lies*. Santa Anna, Cal.: Seven Locks Press.
- Fershtman, C., Gneezy, U., & Verboven, F.(2005). Discrimination and Nepotism: The Efficiency of the Anonymity Rule. *The Journal of Legal Studies*. 34(2). 371-396.
- Frederickson, H. (1990). Public Administration and Social Equity. *Public Administration Review* 50(2).

228-237.

- Glazer, N. (1987). *Affirmative Discrimination*. Cambridge: Harvard University Press.
- Guernsey, J. (1997). *Affirmative Action: A Problem or a Remedy?*. Minnesota: Lerner Publications Company.
- Keen, S. & Oulton, R. (2009) *Disability Discrimination in Employment*. Oxford: Oxford University Press.
- Kellough, J. (1992). Affirmative Action in Government Employment. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*. 523(1). 117-130.
- _____. (2006). *Understanding Affirmative Action: Politics, Discrimination, and the Search for Justice*. Washington, DC: Georgetown University Press.
- Lang, R. (2009). The United Nations Convention on the Right and Dignities for Persons with Disability: A Panacea for Ending Disability Discrimination?. *European Journal of Disability Research*. 3(3). 266-285.
- Leonard, J. (1984). Antidiscrimination or Reverse Discrimination: The Impact of Changing Demographics, Title VII, and Affirmative Action on Productivity. *The Journal of Human Resource*. 19(2). 145-174.
- _____. (1986). What Was Affirmative Action?. *The American Economic Review*. 76(2). 359-363.
- Mosley, A. & Capaldi, N. (1996). *Affirmative Action : Social Justice or Unfair Preference?*. Maryland: Rowman & Littlefield.
- Nigro, L., Nigro, F. & Kellough, J. (2007). *The New Public Personnel Administration*(6th ed.). Belmont, CA: Thomson Wadsworth
- O’neill, D. & O’neill, J. (1992). Affirmative Action in the Labor Market. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*. 523(1). 88-103.
- Rosenfeld, M. (1991). *Affirmative Action and Justice*. New Haven: Yale University Press.
- Simons, K. (1985). Equality as a Comparative Right. *Boston University Law Review*. 65(3). 387-482.
- Singer, P. (2011). *Practical Ethics*(3th ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Stone, D. (2002). *Policy Paradox: The Art of Political Decision Making*. New York: W. W. Norton & Company.
- Tomasson, R., Crosby, F. & Herzberger, S. (1996). *Affirmative Action: The Pros and Cons of Policy and Practice*. New York: American University Press.
- Tucker, R. (2000). *Affirmative Action, The Supreme Court and Political Power in the Old Confederacy*. New York: American University Press.

Abstract

A Theoretical Study on the Juridical Justification of Affirmative Action Related to the Disabled

Lee, Dong-Young*

This study set out to review critically the major issues of theoretical content and juridical controversy about affirmative action, which is an important means of policy to rectify practical discriminations against people with disability and promote equality for them, and provide clues for the teleological justification and justification of affirmative action as a means. For those purposes, the study covered the basic values, historical development, and content related to people with disability of affirmative action as its theoretical content, trying to understand its essential context. Based on them, the investigator divided the juridical arguments over affirmative action related to people with disability into the basic ideas(equality and fundamental rights), process-based methodologies(past compensation and diversity management), and resulting efficacy(merit system and reverse discrimination) and secure grounds for its practical justification. The review results indicate that affirmative action has enough logical legitimacy and that some confrontations of opinions about it can be resolved in most parts through the discussion of human right perspectives and the goal of social inclusion efficacy based on the basic values of practical equality realization. Based on that teleological justification, the study proposed and discussed a couple of plans as means including the logical organization of various scrutinies for specific situations and their means across various fields, the systemization of discriminating measures based on the characteristics of people with disability.

Key Words: people with disability, affirmative action, equality, fundamental right, principle of the past compensation, principle of diversity management, merit system, reverse discrimination, social inclusion

◆ 2017. 7. 13. 접수 / 2017. 9. 7. 1차수정 / 2017. 9. 18. 게재확정

* Professor in the Department of Social Welfare at CKU