

〈논문〉

대의제민주주의에서 소수자 보호의 헌법적 의의와 구조*

李 瑀 洪**

I. 序 說

민주주의는 다수에 의한 지배를 기본 속성으로 한다. 다수결 원칙은 자유민주주의 사회에서 다수의 공동체의사결정을 정당화하고 이를 통해 공동체를 유지하고 발전시켜 가기 위한 의사결정의 방식이자 제도적 장치이다. 다만, 민주주의의 기본적 작동원리로서의 다수결 원칙은 이러한 한계 내에서만 정당화될 수 있으며, 자유민주주의 사회에서 다수의 지배가 진정으로 정당화되기 위해서는 소수자의 보호가 전제되어야 한다. 사회적 약자인 소수자 역시 인간으로서의 존엄성과 가치를 지니고 행복을 추구할 권리를 가진 기본권의 주체임은 당연하며, 헌법이 기본권을 보장하는 것은 다수를 형성하는 사람들만이 아닌 그 적용을 받는 모든 사람들을 대상으로 한 것이다. 따라서 국가가 소수자에 대해 기본권 보장의 의무를 다해야 하는 것은 자유민주주의의 충분조건이자 전제조건이며, 자유민주주의 질서 아래에서 성립된 일체의 법체계를 통괄하는 이념은 소수자의 기본적 인권의 보장이라고 하겠다.¹⁾

즉, 자유민주주의는 소수자의 포섭을 통한 다수의 지배를 지칭하는 융합개념이라고도 할 수 있으며,²⁾ 이를 달리 표현하면, 자유민주주의 사회는 인간의 존엄성

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2007학년도 학술연구비의 지원을 받았음.

** 서울대학교 법과대학 조교수.

1) 안경환, “소수자 보호를 위한 법리,” **법과 사회** 제2집(법과사회이론학회, 1990), 114면 이하, 115면.

2) *Id.*, 118면. 나아가 이준일은 소수자가 다수자가 될 수 있는 가능성이 열려 있는 경우에만 진정한 의미의 민주주의가 실현될 수 있다고 한다. 이준일, “소수자와 평등원칙,” **헌법학연구** 제8권 제4호(한국헌법학회, 2002), 219면 이하, 223면. 한인섭 역시 누구든

과 자율에 기초하여 다양성을 추구하는 혹은 추구해야 하는 사회라고도 정의할 수 있다.³⁾ 다양성을 부인하면서 획일화 특히 다수에 의한 획일화를 강요하는 사회에서는 다수에 의해 소수자의 권리가 부당하게 침해될 수 있기 때문이다. 자유민주주의의 기본적 가치를 인간의 존엄성과 자유, 평등, 정의라고 할 때, 공동체 구성원에 대한 기본적 인권의 보장과 균등한 기회 및 공정한 처우의 보장은 필수적인 것이며, 소수자의 인간으로서의 존엄성과 가치를 보호할 수 없는 또는 보호하지 않는 체제는 이미 민주주의 체제가 아니라고 하겠다. 그럼에도 불구하고, 주지하듯이, 소수자의 문제는 오늘날 우리나라의 대의제민주주의하에서뿐 아니라, 체제와 이념과 무관하게 발생해 온 공동체의 삶의 단면이자 인류의 공통과제이다.

이러한 맥락에서, 소수자에 대한 법적 취급의 문제는 자유와 평등의 조화의 문제이며, 실질적 평등이라는 개념으로 통용되는 분배적 정의의 문제이다.⁴⁾ 한편, 그 법적 논의의 중요성과 보편성에도 불구하고, ‘소수자’라는 개념은 엄격한 개념정의 없이 학술적 및 제반 맥락에서 사용되어 왔다. 그러나 소수자의 법적 개념 또는 정의에 따라 자유와 권리의 보호범위가 달라질 수 있으므로, 소수자 개념의 다의성과 정의의 곤란성에도 불구하고 그 법적 개념을 정립하는 것이 소수자 보호를 위한 논의의 전제조건으로서 중요한 의미를 가질 것이다. 적어도 소수자라는 개념은 다수자에 대응하는 개념으로 보아 용어로부터 몇 가지 함의를 추출할 수 있다. 백과사전적으로는 “인종, 종교, 언어 또는 국적에 있어 다른 집단으로부터 분리되고 구분된다고 자타가 인식하는 사람의 집단”⁵⁾이며, 미국 연방대법원은 다수로부터 “분리되고 고립된(discrete and insular)” 집단이라는 표현을 소수자 관련 헌법적 논의과정에서 사용한 바 있다.⁶⁾ 안경환 교수는 소수자를 “사회구성체의 정치·사회·경제·문화의 제반 영역에서 인종, 성, 경제적 능력, 사

지 잠재적인 다수자인 동시에 누구든지 잠재적인 소수자이므로, 이러한 차원에서 소수자의 배제는 결국 전체 인민의 주권을 제한시키는 것이라고 한다. 한인섭, “왜 소수자, 약자의 인권인가?,” 한국인권재단(편) **제주 인권학술회의: 일상의 억압과 소수자의 인권**(사람생각, 2000), 20면.

3) **동지**, 이발래, “인권법상 소수자 보호체계와 차별심사에 관한 연구,” **헌법학연구** 제9권 제1호(한국헌법학회, 2003), 337면 이하, 337면.

4) 안경환, “법치주의와 소수자 보호,” **법과 사회** 제12권(법과사회이론학회, 1995), 6면 이하, 6면.

5) 이는 『Encyclopedia Britannica』의 정의를 안경환, “법치주의와 소수자 보호,” **법과 사회** 제12권(법과사회이론학회, 1995), 6면 이하, 8면에서 번역하여 사용한 것을 재인용한 것이다.

6) United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938), footnote 4 참조.

상이나 도덕, 기타의 이유로 지배적이라고 일컬어지는 가치와 상이한 입장에 있는 부류”라고 정의하면서,⁷⁾ 헌법적 개념으로서의 소수자의 속성을 다음의 세 가지로 파악하였다.

첫째, 소수자란 다수자에 대한 관계에서 볼 때 사회의 중심세력 밖에 위치한 국민의 집단이다. 둘째, 사회의 중심세력 밖에 위치한 이상 그 집단의 양적인 숫자는 소수자의 개념을 결정하는 데 중요한 요인이 아니며, 예를 들어 남성에 대한 여성의 경우 여성의 인구가 남성과 대등하거나 오히려 숫자상 더 많다고 하더라도 사회의 중심세력 밖에 위치한다면 헌법적 개념의 소수자에 해당한다. 셋째, 헌법상의 분류로서 의미를 가지는 소수자란⁸⁾ 단순히 현재 시점을 기준으로 판단하는 것이 아니라 역사적 맥락에서 파악한 소수자를 의미하여, 이러한 의미에서의 소수자는 특정 사회에서 전통적으로 차별의 대상이 된 집단을 의미한다.⁹⁾¹⁰⁾ 여기에서 중요한 점은, 소수자는 단순히 수의 개념, 즉 양적·수학적 개념이 아니라, 질적·사회적 개념이라는 것이며,¹¹⁾ 사회의 주류세력으로부터 차별과 배제를 당하는 집단이라는 점도 중요한 특성이다. 또한 소수자 개념은 중첩적인 개념이며 상대적이고 또한 동적인 개념이라는 점에 주목해야 할 것이다.

이렇게 소수자를 정의할 때, 우리 국가공동체에서의 소수자의 개념을 생각해

- 7) 안경환, “소수자 보호를 위한 법리,” **법과 사회** 제2집(법과사회이론학회, 1990), 114면 이하, 115면.
- 8) 우리 헌법상 사회적 약자라는 맥락에서의 소수자 인권보호규정의 역사적 변천을 자세하게 분석한 것으로는, 이발래, “인권법상 소수자 보호체계와 차별심사에 관한 연구,” **헌법학연구** 제9권 제1호(한국헌법학회, 2003), 337면 이하, 351-356면(특히 각주 27번) 참조.
- 9) 안경환, “법치주의와 소수자 보호,” **법과 사회** 제12권(법과사회이론학회, 1995), 6면 이하, 9면.
- 10) 이준일은 ‘소수자’의 개념에 있어서 지표가 되는 특징으로서 첫째, 대부분의 소수자그룹이 보통사람들의 일상적인 관심의 테두리에서 벗어나 있다는 소수자그룹에 대한 일반인의 무관심으로 인해 적극적 관심을 통해서만 소수자의 존재가 비로소 확인할 수 있다는 점, 둘째, 소수자들이 여러 유형의 차별에 방치되어 있으므로 법적 문제로서의 인식이 반드시 필요하다는 점을 들면서, 소수자는 어떤 경우에도 ‘다수자’라는 개념과 구별되어 대립되는 개념이지만, 첫째, 수적으로 소수자이면서 사회적 약자인 수적·질적 소수자와, 둘째, 수적으로는 소수자는 아니면서 사회적 약자인 단순한 질적 소수자로 구분할 수 있다고 정의하고, 소수자문제의 핵심은 차별이라고 지적한다. 이준일, “소수자와 평등원칙,” **헌법학연구** 제8권 제4호(한국헌법학회, 2002), 219면 이하, 220-222면.
- 11) 同旨, 이발래, “인권법상 소수자 보호체계와 차별심사에 관한 연구,” **헌법학연구** 제9권 제1호(한국헌법학회, 2003), 337면 이하, 340면.

보면, 이들이 주권자인 국민으로서 인간의 존엄성과 행복추구권을 가지며 이에 바탕을 두고 삶을 영위할 권리를 가짐은 당연하다. 오히려 다수결 원칙을 기본적인 작동원리로 하는 대의제민주주의에서 기본권의 헌법적 보장이나 인권의 개념은 소수자의 존재를 전제하고 소수자를 염두에 둔 개념이라고 하겠다. 한편, 우리 현행 헌법의 경우, ‘사회적 약자’의 보호 맥락에서의 여러 규정에도 불구하고 ‘소수자’라는 명문의 표현을 사용한 소수자 보호규정은 존재하지 않기 때문에, 소수자에 대한 보호는 헌법의 해석을 통해 이루어지게 된다. 이 때 소수자의 헌법상 보호규정의 의미는 소수자의 헌법상 보호규정이 국가권력을 기속한다는 데에 있다. 즉, 이에 따라 입법자는 법률의 제정과 개정을 통해 헌법을 구체화하여야 할 의무를 지며, 행정기관도 소수자 보호규정에 위반되도록 행정권을 행사하는 경우 헌법에 위반되며, 사법작용도 소수자의 권리를 존중해야만 할 의무를 진다.

이하 이 글에서는 대의제민주주의에서 소수자 보호의 헌법적 의의와 구조를 연구 대상으로 하여, 우선 대의제민주주의에서의 소수자의 기본권 보장 문제를 전체적인 헌정의 구도에서 조망하기 위해 대의제민주주의에서의 위헌법률심판제도의 민주적 정당성 문제에 초점을 맞추어 이를 논의한 후, 소수자 문제의 법적 논의의 핵심에 있는 평등권을 보다 심층적으로 분석한다. 소수자 보호의 맥락에서 평등권의 의의와 보장구조를 논의한 후에는, 현행 우리나라의 대의제민주주의의 소수자 보호 관점에서의 구조적·제도적 문제점을 진단해 보고, 나아가 소수자 보호의 일반론이 헌법상 양성평등에 대해 갖는 함의를 살펴보기로 한다. 마지막으로, 이 글의 결론 부분에서는, 우리 헌정에서의 소수자 보호를 위한 몇 가지 제안을 하였다.

II. 대의제민주주의, 소수자의 평등한 보호, 위헌법률심판제도의 민주적 정당성의 헌법적 상관성

1. 민주주의와 소수자의 평등한 보호

자유주의에 근거한 민주주의에서의 소수자 보호의 범리는 아래와 같은 밀(John Stuart Mill)의 사상에서 찾아볼 수 있다. 밀은 민주주의 사회에서의 자치(自治)란 각자가 자신에 의해 통치되는 것이 아니라 각자가 다른 모든 사람들에 의해 통

치되는 것이라고 지적하였으며, 민중의 의사는 민중 속의 다수의 의사 혹은 자신들을 다수자로서 인정시키는 데 성공한 자들의 의사를 의미하고, 민중이 공동체 구성원의 일부를 억압하는 현상에 대해서는 다른 일체의 권력남용에 대해서와 마찬가지로 철저한 경계가 필요하다고 하였다. 또한 밀은 시민이 가지는 자유의 한계는 다른 사람들과의 관계의 측면에서 조명되기 때문에 공동체구성원 일원에 대해 그의 의사에 반하여 권력을 행사함이 정당시되는 유일한 목적은 다른 성원에게 미치는 위해를 방지하기 위한 것이고, 소수자의 보호는 다수자의 압제라는 공동체적 위험을 견제하기 위한 것으로서 그 근거는 개인이 가지는 시민적 자유의 보호라는 대의라고 하였다.¹²⁾

소수자 보호의 정치철학적 근거로서 밀이 제시한 논지는, 인류의 사상은 변화하여 왔으므로, 어느 특정 시점의 지배적인 사상이 영원하다는 보장이 없기 때문에, 더욱 나은 사회의 출현을 위해서는 어떠한 주장이 옳든 그르든, 특정 시점에서 다수의 지지를 받은 반지 못하든, 표현되는 것은 수용되어야 한다는 것이다. 밀에 의하면, 옳은 경우에는 결국에는 공동체의 다수에 의해 받아들여질 것이며, 옳지 않은 경우에는 토론과 숙의의 과정을 거쳐 소멸된다는 것이다. 이러한 사상을 바탕으로 한 다수결 원칙에 입각한 대의제민주주의에서는 다수가 소수의 이익을 무시하는 결과를 가져올 수 있다는 가능성을 우려하고 이에 대한 제도적 보완책을 마련하는 것이 요구된다고 하겠다. 견제와 균형의 원리에 입각한 권력 분립구조를 채택하고 기본적으로 다수결원리에 의해 구성되고 운용되는 정부에 대해 보호되는 기본적인 권리를 헌법상의 기본권으로 명문으로 보장하는 우리 헌법도 이러한 이해에 기초하고 있다고 보아야 할 것이다. 이와 같은 소수자 보호의 사상적 근거는 기본적으로는 정치적 소수자를 고려하여 발전된 이론이나, 그 정신과 원리를 사회적·경제적·도덕적·문화적 각 영역에 확대 적용할 수 있다.

자유민주주의에서는 다수에 의한 지배를 속성으로 하기 때문에 다수자의 권익을 위해 소수자의 권익을 희생시킬 가능성이 상존하고 있다. 따라서 국가가 소수자에 대하여 기본권보장의 의무를 다해야 하는 것은 필연적인 것이다. 우리 헌법질서 내에서 자유민주주의의 실질적인 가치와 내용은 인간존엄과 자유, 평등, 정의이므로,¹³⁾ 소수자 인권의 근거 역시 이에서 구할 수 있다.¹⁴⁾ 첫째, 헌법 제1조

12) John Stuart Mill, *On Liberty* (1859), 이극찬 역, **자유론**(삼성출판사, 1983), 231-271면.

13) 허영, **한국헌법론**(全訂3版)(박영사, 2007), 142면. 성낙인, **헌법학**(제7판)(법문사, 2007),

제2항의 자유주의 관점에서 보면, 자유라는 개념은 타인과 견해를 달리 하더라도 이를 표출하고 이에 따라 행위할 수 있는 측면을 포함하고 있기 때문에, 이의 또 다른 측면은 다양한 신념과 삶의 방식에 대한 관용이다. 둘째, 헌법 제11조의 평등의 관점에서 보면, 현대적 평등원칙은 배분적 정의론에 입각하여 모든 인간을 평등하게 처우하되, 정당한 이유가 있거나 합리적 근거가 있는 차별 또는 불평등을 허용하는 것으로, 헌법의 목적이 헌법의 틀 속에서 모든 구성원들이 평등하게 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 양식을 자유롭게 향유하고 그러한 권리를 추구하는 과정이 정의롭고 공정하도록 하는 것이라고 할 때,¹⁵⁾ 평등은 소수자의 인권을 보호하고 다수자를 견제하는 역할을 하게 된다. 셋째, 헌법 제10조의 인간존엄과 가치의 관점에서 보면, 우리 헌법이 추구하는 민주주의는 구성원 개개인의 인격체로서의 인간다운 삶과 인간존엄의 실현을 기본적 전제이자 이상으로 하며, 인간의 존엄과 가치는 모든 국가 활동의 목표이고 모든 국가작용의 가치판단기준이며 모든 법률의 보완원리이다.¹⁶⁾ 인간존엄사상은 자유와 평등의 출발점일 뿐 아니라 소수자 권리 존중의 근거가 된다.

2. 대의제민주주의에서 위헌법률심판제도의 민주적 정당성과 소수자의 기본권 보장 문제

대의제는 근대시민혁명 이후 의회주의의 성립과 인민주권 사상을 통해 민주주의의 정당성을 담보하고 실현하는 핵심적인 정치제도로서 정립되었다. 대의제민주주의는 근대국가 이후 민주주의 정신을 실현할 수 있는 가장 현실적인 체제로서 채택되어 실행되고 있으며, 기본적으로 인간존엄, 자유와 평등을 정당성의 근거로 하는 다수결 원칙에 기초하여, 주기적 공직선거를 통해 다수의 지지를 확보하는 공동체구성원의 대표가 위임의 원리에 의해 공동체 권력을 행사하는 것이 그 기본적인 정치과정의 구조이다. 우리나라에서도 제헌헌법 이후 대의제민주주의를 채택하여 운용해 오고 있다.¹⁷⁾ 이러한 대의제민주주의하에서 기본적 인권과

131-138면.

14) 소수자 권리보호의 법적 기초에 관한 상세한 심층적 논의로는, 권영철, “소수자 권리 보호의 법적 기초,” **법제연구** 제23호(한국법제연구원, 2002), 14면 이하 참조.

15) 자유와 평등의 상호관계에 관해 평등은 자유의 조건으로서 자유를 실효성 있는 것으로 실현시키는 데 본래의 기능과 의미가 있다는 설득력 있는 입장이 있다. 허영, **한국헌법론**(박영사, 2003), 259면.

16) 계희열, **헌법학(상)**(박영사, 2002), 332면.

정치적 자유가 꾸준히 신장되어 온 것은 사실이다. 그러나 대의제는 제도의 기본 전제상 공동체구성원의 의사가 대의제도를 통해 자유롭고 충분히 정치과정 전반에 그리고 전(全)과정에서 반영될 경우에만 정당성이 인정됨에도 불구하고, 오늘날의 대의제하에서는 공동체구성원 일반과 대표간의 간극이 커져 있으며, 통치자 및 다수의 교체가가능성은 주기적 공직선거에서의 선거권행사만으로 충분한 것처럼 변질되어, 공직선거의 맥락 이외에서는 공동체구성원 일반의 정치과정에서의 자유롭고 적극적인 의사표시 및 참여가 제한되는 현상이 나타나고 있다.

공동체의 의사결정은 다양한 방식과 절차에 따라 이루어질 수 있겠으나,¹⁸⁾ 인간존엄, 자유와 평등 원리에 기초한 민주주의 정치형태를 채택한 헌법하에서는 적어도 원칙적으로 공동체의 모든 구성원이 공동의 의사를 결정하는 과정에 참여할 권리를 가진다.¹⁹⁾ 대의제는 공동체구성원의 정치과정에서의 자유롭고 평등한

17) 헌법재판소도 우리 헌법이 국민주권의 실현에 있어 대의제를 원칙으로 하고 있으며 대의제민주주의가 헌법의 기본원리임을 반복하여 판시하여 왔다. 헌재 2003.11.27. 선고, 2003헌마694·700(병합)·742(병합), 헌법재판소판례집 제15권2집, 350면 이하(362면)(“우리 헌법이 국민주권의 실현에 있어서 대의제를 원칙으로 삼고 예외적으로 단 두 가지의 경우에 한하여 그것도 국민발안을 배제하는 매우 제약적인 직접민주주의적 요소를 수용하고 있다는 점에 비추어 헌법 제72조는 예외조항에 해당되며, 이와 같은 원칙과 예외의 관계에서 볼 때, 예외에 속하는 규정은 확장적으로 해석하여서는 아니 되고 축소적이고 엄격하게 해석되어야 하며, 또한 헌법규범 상호간의 긴장관계와 부조화현상을 가능한 한 최대한으로 완화시켜 헌법 전체로서의 조화가 이루어질 수 있도록 해석하여야 할 것이다.”); 헌재 1998.10.29. 선고, 96헌마186, 헌법재판소판례집 제10권2집, 600면 이하(606면)(“대의제민주주의도 헌법의 기본원리에 속한다.”); 그리고 헌재 1995.5.25. 선고, 91헌마44, 헌법재판소판례집 제7권1집, 687면 이하(708면)(“오늘날의 민주주의는 사실상 대의제의 형태를 띠 수밖에 없고, 선거는 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심적인 수단인 것이다.”) 등 참조.

18) ‘최선의’ 공동체 의사결정의 방식의 정의에 관해서는 ‘최선’의 개념정의에 따라 공동체의 모든 구성원이 의사결정에 참여하는 방식, 의사결정을 공동체의 엘리트에 국한시키거나 공동체 구성원 중 ‘자격이 없다고 판단되는’ 일부를 배제하는 방식 등을 생각할 수 있을 것이다. 이 글에서 구체적으로 다루지는 않으나 우리 현행법상의 선거권과 피선거권에 대한 국적, 거주기간, 연령, 전과 등에 의한 제한을 이러한 관점에서 숙고할 가치가 있다.

19) 공동체 구성원 각자가 개인으로서 가진 의사를 형성·보유하고 이를 타인에게 인격의 발현으로서 표현할 자유는 인간존엄과 개인의 자유와 평등을 가장 근본적인 이념적 기초로 하는 민주주의에서는 당연히 본질적 원칙으로 간주된다. 또한 민주주의와 평등의 개념이 확대·강화됨에 따라 공동체의 모든 구성원이 공동체의 의사결정에 참여할 기회가 요구되며, 이는 정치의 영역 뿐 아닌 문화를 포함한 공동체 생활의 모든 영역에서 그러하다. 이와 같이 표현의 자유의 가치와 헌법적 보장 근거 및 목적을 민주주의와 연관하여 뒷받침하고 주장하는 것은 국민주권(popular sovereignty)을 전제로 한

참여를 현실 정치에서 실현하기 위해 그리고 실현할 수 있음을 전제로 하여 출발하였으나, 여러 가지 요인에 의해 정치과정에서의 참여의 비용이 상승해감에 따라, 공동체구성원들의 자유롭고 평등한 정치참여가 약화되고 있으며, 관련 법제 역시 정치과정에서의 공동체구성원간의 다양성의 표출, 공론화 및 숙의를 충분히 뒷받침해주지 못하고 있다. 오늘날 우리나라에서 지방선거를 포함한 공직선거에서의 전반적인 투표율 저조 현상은 실질적 민주주의 관점에서의 대의제의 한계를 보여주고 있다.

보다 구체적으로 보면, 우리나라의 헌법 이하 법령에 의한 제도적 차원만 보더라도, 대통령에게 권한이 상대적으로 집중되어 있으면서도 단순다수득표에 의한 대통령 선출방식을 취하고 있으며,²⁰⁾ 소선거구 다수대표제에 의한 지역구 국회의원 선출방식을 취하고 있어²¹⁾ 대규모 정당의 영향력이 제도적으로 더욱 강화되기 쉽다. 또한 현행의 비례대표제도를 보면, 그 제도적 순기능에도 불구하고, 현행 비례대표 국회의원의 선출방식상 정당추천 없이 국회에 진출할 가능성을 차단하고 있으며²²⁾ 지역구 국회의원 선거에서의 득표 비율에 따라 비례적으로 더 많은 수의 의석을 가져가도록 함으로써 소수자의 원내진출을 돕기보다는 다수지배를 강화하는 제도라는 점에서, 소수자의 대표성 확보의 관점에서 보면 소수자를 대표하는 소규모 정당 또는 신생정당 등의 원내진입을 더욱 힘들게 하는 제도적 진입장벽으로 작용한다.²³⁾ 또한 교섭단체소속의원의 의정활동을 제도적으로

다. 국민이 주권을 ‘현명하게’ 행사하기 위해서는 정보를 필요로 하며, 의사를 결정하기 전에 의견을 교환해야 한다. 표현의 자유는 이러한 과정을 가능하게 하는 것이다. 이러한 이론전개는 정보통신기술의 발전과 더불어 더욱 큰 의미를 가지게 된 알 권리의 개념을 잘 설명하는 장점이 있다. 다만 표현의 자유의 민주주의에서의 가치를 기초로 하는 논리 전개는 정치적 표현의 자유를 더욱 강하게 보장하는 방향으로 나아갈 수 있으며, 이 경우 공적 영역과 사적 영역의 구별의 어려움에 의해 표현의 자유의 보호대상이 상대적으로 축소되는(underinclusion) 경향이 있다는 단점이 있다. 이러한 설명으로서 Cynthia L. Estlund, “Speech on Matters of Public Concern: The Perils of an Emerging First Amendment Category”, 59 *George Washington Law Review* 1 (1990), 40-46면 참조.

20) 헌법 제67조 참조.

21) 공직선거법 제21조 제2항.

22) 관련하여, 공직선거법 제47조와 제150조 제3항도 참조할 수 있다.

23) 공직선거법 제189조 제1항 내지 제3항 참조. 지방의회와 관련해서는 공직선거법 제190조 참조. 이에 대한 보다 상세한 분석은 조정관, “한국 대의제민주주의의 질적 고양을 위하여,” **의정연구** 제7권 제1호(통권 제11호)(한국의회발전연구회, 2001), 특히 31면 참조.

지원·활성화하는 법제도 일부 순기능에도 불구하고 소수자의 입장과 이해관계가 입법과정에서 표출되고 논의될 기회를 축소시킨다.²⁴⁾ 이러한 다수지배주의와 대통령 및 의회의 국민대표성의 약화에 따라, 현행 우리나라의 대의제민주주의하에서는 보통선거로 대변되는 선거민주주의는 보편화되어 있으나 민주주의의 본질인 참정권과 인민주권은 약화되어 있다고도 할 수 있다.

우리나라에서의 이러한 대의제의 질적 위기는 대의제가 다수결 원칙을 민주주의의 정당성의 근거로 인정한다는 점에서 소수자 문제와 직결된다. 즉, 대의제는 국민의 다양한 의사가 대의제도를 통해 충분히 반영될 경우에만 정당성이 인정될 수 있으나, 오늘날의 정치현실에서는 국민의 다양한 의사의 대표를 통한 충분한 반영이 저하되어 있으며, 법제 자체가 이러한 현상을 조장하는 요소를 내포하고 있기도 하다. 이러한 대의제민주주의의 위기와 한계는 무엇보다도 시민들이 주기적 공직선거에서의 보통선거권의 확보 이외의 영역에서 정치과정의 적극적 참여와 주권행사를 하지 못하기 때문에 초래된다. 따라서 한 편으로는 대의제의 핵심적 제도인 의회와 정당의 ‘시민참여의 매개’ 역할과 ‘다양한 의제형성’ 역할을 제도적으로 정비하고 강화시켜감과 동시에, 다른 한 편으로는 국민투표(주민투표), 국민발의(주민발의²⁵⁾), 국민소환(주민소환²⁶⁾)과 같은 직접민주주의적 제도를 보완적으로 도입하여 정치참여를 확대시켜가며,²⁷⁾ 위헌법률심사제도의 소

24) 이에 관해서는 교섭단체 소속 국회의원의 입법 활동을 보좌하기 위해 교섭단체에 정책연구위원을 두도록 하는 국회법 제34조와 국회에서의 교섭단체 소속위원에게 보다 유리한 발언 기회를 제공하는 국회법 제104조와 제105조 등 참조.

25) 1999년 8월의 지방자치법 개정으로 도입된 우리나라의 지방자치단체 주민의 조례 제·개정 및 폐지 청구 제도는 제한적이고 부분적인 주민발의입법제도라고 할 수 있으며, 현행법상으로는 지방자치법 제15조에 규정되어 있다.

26) 2006년 제정된 주민소환에 관한 법률에 의해(2007년 5월 일부개정, 법률 제8423호), 우리나라에서도 2007년 5월 지방자치단체장과 지방의회의원을 대상으로 주민소환제가 시행되어, 일정 수의 주민(투표권자)의 서명에 의한 청구와 이에 따른 주민투표(선거권자 3분의 1 이상의 참여와 과반수의 찬성으로)의 절차를 거쳐 지방자치단체장과 지방의회의원을 임기종료(단, 취임 후 1년이 경과된 후부터 주민소환투표실시 청구 가능) 전에 해직시킬 수 있는 직접민주주의적 제도가 지방자치의 영역에 도입되었다.

27) 다만, 단순다수결에 의한 직접민주주의방식의 입법은, 특히 이 글의 주제인 소수자의 권리와 관련하여 공정성과 평등보호의 문제를 야기한다는 비판을 받기도 한다는 점에 유의할 필요가 있다. 약 절반 정도의 주(州)에서 직접민주주의적 입법과정을 채택하고 있는 미국의 경우를 보면, 실제로 미국연방대법원에서 미연방헌법에 비추어 위헌성이 다투어진 직접민주주의방식의 입법의 예 중에는, 소수인종(Washington v. Seattle School District No. 1, 458 U.S. 457 (1982) 참조), 성적소수자 등의 소수자에 대한 차별적 내용의 입법이 많다(예를 들어, 인종적·종교적 소수자에게 위헌적 부담을 주는 주민발

수자 권리 보호 기능이 제 기능을 발휘할 수 있도록 하고, 우리 사회의 다양한 입장과 가치가 표출되고 공론의 장에서 논의될 수 있도록 표현의 자유를 꾸준히 확대해 감으로써, 그리고 언론 스스로가 공적 기능을 인식하고 수행해 감으로써, 다수결에 기초한 대의제의 태생적 한계 내지 약점을 보완하려는 꾸준한 노력이 필요할 것이다.

무엇보다도, 다원주의화 경향이 나타나는 오늘날의 사회에서²⁸⁾ 공권력의 행사

안에 의해 성립된 법률을 무효라고 판결한 Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925) 참조. 성적소수자에 대해 차별적인 직접민주주의적 입법에 대한 분석으로서 David A. J. Richards, "Sexual Preference as a Suspect (Religious) Classification: An Alternative Perspective on the Unconstitutionality of Anti-Lesbian/Gay Initiatives," 55 *Ohio State Law Journal* 491 (1994) 참조. 물론, 다수결원리를 적용할 때 언제나 다수에 의한 소수자의 이익 침해가 발생하는 것은 아니다. 특히 공공선택이론에 의하면, 다수는 그 조직이 어렵기 때문에, 많은 경우에 소수자의 이익 혹은 이해관계가 반사적 이익을 얻을 수 있다고 한다(이러한 주장으로서 Daniel A. Farber, Philip P. Frickey 공저, *Law and Public Choice: a Critical Introduction* (University of Chicago Press, 1991), 특히 23면; 그리고 Bruce Ackerman, "Beyond Carolene Products," 98 *Harvard Law Review* 713 (1985) 참조). 따라서, 적어도 이론적으로는 직접민주주의적 입법방식의 보충적 도입이 입법에서 다수-소수간의 이해관계 반영의 균형이 이루어지게 하는 절충안이 될 수 있을 것이다. 그러나, 역시, 잘 조직된 소수의 이해관계가 비조직화된 다수를 효과적으로 제어하여 직접민주주의방식의 입법을 통제하거나 이용할 수 있다는 현실의 문제에 다시금 직면하게 된다.

- 28) 원칙적으로 동등한 권리를 누리는 독자적인 단체, 세력, 조직체, 기관의 사회적·정치적·사상적·문화적·경제적 이해관계가 정당성을 갖춘 다양한 형태로 원칙적으로 무제한적으로 표출되는, 다문화에 기초하고 이에 정당성을 부여하여 승인하는 사회를 다원주의 사회라고 정의할 때(이는 R. Herzog를 인용한 박진완의 다문화사회와 다원화사회에 대한 정의를 원용한 것이다. 박진완, "평등과 다원성," **헌법학연구** 제6권 제1호(한국헌법학회, 2000), 182면 이하, 185면의 각주 15)와 이에 수반하는 본문 참조), 다원주의 사회는 유동적인 개방성의 보장이 없이는 그 구성원들에게 자유로운 삶의 영역을 제공할 수 없다. 표현의 자유는 공공의 토의의 독립성을 수호하여 문화적으로 다원적인 사회 내에서 중립성 원칙하에 민주적 의지가 형성되고 그로 인해 각 개인이 공공의 토의를 매개로 하여 타인에게 다른 형태의 공동체의 삶의 방식을 설득할 수 있게끔 한다(Robert C. Post, "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation and *Hustler Magazine v. Falwell*," 103 *Harvard Law Review* 601 (1990), 특히 626-637면, 667-684면 참조). 이러한 의미에서의 다원주의화 경향이 나타나는 현대사회에서 인권실현의 토대로서 국가권력의 간섭을 배제하는 자결권 보장 요구로서의 헌법은 독립적 개체성과 자발적 행위형성 주체의 특징을 가진 인간으로 하여금 현실 상황에서 자신의 존재가치를 보장함으로써 그 실존이 가능하게끔 할 수 있는 실질법적 권위를 제공해야 한다(이 표현은 박진완, "평등과 다원성," **헌법학연구** 제6권 제1호(한국헌법학회, 2000), 182면 이하, 182면에서 원용함).

가 정당성을 확보하기 위해서는 대다수의 공동체 구성원이 그러한 결정에 대해 수긍하고 이를 받아들일 수 있도록 설득력을 가져야 한다. 이는 결국 다원화된 사회에서 법과 사회를 조화시키는 제도적 노력으로서, 단일성의 실현을 목적으로 하는 것이 아니라 인간의 본성에 기초한 다원성을 보장하는 데 본질적인 사회적 기능과 목적을 가진 다원주의하에서 이러한 사회통합의 과제가 소수자 보호의 문제를 배제한 채 추구되어서는 안 된다는 것으로서, 다원주의와 민주적 정치과정, 평등의 개념과 기본권 보장 기제로서의 위헌법률심판제도의 헌법적 상관성이 여기에 있다.²⁹⁾ 이러한 관점에서 위헌법률심판제도의 헌법구조상의 위치를 보면, 현행 우리나라의 위헌법률심판제도는 결국 입법부가 민주적 대표성을 근거로 입법작용을 한 후 대의민주주의적 선출방식으로는 구성되지 않은 독립된 별개의 헌법기관인 헌법재판소가 일반적·원칙적으로는 대의제적 법률개정의 방식에 의해서 행해져야 할 기능을 수행하도록 하는 것으로서 이해할 수 있다.

이러한 기제의 채택 근거로는 다음의 두 가지를 생각할 수 있을 것이다. 첫째는 헌법은 그 최고규범성으로 인해 추상성과 개방성을 가지므로, 이러한 헌법조항을 해석함에 있어 합의된 공동체 의사를 찾아내야 하고, 이에 위와 같은 위헌법률심판제도가 입법작용이 다수가 인정하는 가치를 진실하게 반영하게끔 보장함으로써 다수의 권리를 보호하는 것을 목적으로 한다는 것이다. 그러나 만일 이러한 목적에서라면 재판작용이 아닌 입법과정을 통해 이 문제를 해결하는 것이 명백히 더 설득력이 있다. 둘째, 그러므로, 앞서 논의한 다원주의와 민주적 정치과정, 평등의 관점에서 가능해지는 설명은, 우리나라의 위헌법률심판제도와 같은

29) 다원주의적 민주주의에 충실한 입장에서는 헌법을 공동체의 합의된 실체적 가치에 관한 지속적이며 동시에 진화하는 선언으로 이해하는 대신, 실체적 가치의 선택과 적용은 전적으로 정치과정에 맡겨져 있고 헌법은 개인간의 분쟁의 해결에서의 절차적 공정성과 정치과정과 이익분배에의 공동체 구성원의 광범위한 참여의 보장 양자를 담당하는 기능을 하는 것으로 이해할 수 있다. John Hart Ely의 논의가 그러하다. John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980), 특히 87-88면. 이러한 관점에서는 헌법의 실현 및 보장기제로서의 우리나라와 같은 위헌법률심사제도는, 이를 공동체의 실체적 가치를 보호하는 기제로 이해하는 입장과 달리 대의제민주정치하의 대표성을 강화하고 실현하는 기제로 이해할 수 있으며, 이러한 입장에서 우리 헌법이 채택한 대의제민주정치의 기본적 전제들과 일관된 논리를 유지하면서 위헌법률심사제도의 원리와 목적을 이해할 수 있는 장점이 있다. 우리나라식의 위헌법률심사제도를 이렇듯 대의제민주정치에서의 대표성의 실현기제로 이해하는 입장은 헌법재판소가 절차에 대한 전문성과 정치적 중립성으로 인해 입법부나 행정부보다 대의제민주정치에서의 대표성 실현기제로서의 위헌법률심사를 더욱 잘 수행할 위치에 있음을 전제로 한다.

법률의 합헌성 심사제도는 다수의 행동과 결정으로부터 개인과 소수자의 권리를 보호하기 위해 존재하고 기능한다는 것이다. 이는 곧 ‘다수의 가치판단으로부터 소수자를 보호하기 위한 기제로서 다수의 가치판단을 사용하는 것’은 정당화될 수 없다는 논리이다.³⁰⁾

대의제민주주의에서 가치판단은 기본적으로 그리고 원칙적으로 다수결 원리에 의해 선출된 대표에 의해 행해진다. 이를 보장하기 위해 대의제민주주의에서는 공동체의 다수가 대표의 가치판단을 수용할 수 없게 되는 경우에는 대표를 대표의 위치에서 물러나게 할 수 있는 제도를 갖추고 있다. 다만, 이러한 절차가 제대로 작동할 수 있다고 신뢰할 수 없게 되는 경우에는 문제가 발생할 것이다.³¹⁾ 우리 헌법이 규정하는 헌법재판소의 구성방식은 민주적 정당성 관점에서의 건설적 비판과 개선논의에도 불구하고 기본적으로는 헌법재판소가 구성·조직상 이러한 문제에서 상대적으로 자유로울 수 있는 상태에서 작동하도록 하기 위한 것이라고 볼 수 있다. 물론 이러한 특성으로 인해 헌법재판소가 공동체 구성원이 가진 진정한 가치체계를 파악할 수 있는 능력을 갖게 되는 것은 아니나, 다수결 원리에 의해 선출된 대표가 공동체의 변화의 경로 특히 정치적 변화의 경로를 차단하거나 다수의 횡포에 편승함으로써 전체 대의제 민주주의 헌정구도가 대표로 하여금 대표하도록 규정하고 전제한 공동체 구성원의 이익을 대표하지 못하는 경우에는, 위의 특성으로 인해 헌법재판소가 보다 객관적으로 그러한 주장에 대해 판단할 수 있는 위치에 있게 된다.

보다 구체적으로, 헌법재판소가 본질적으로 사법적(司法的) 성격을 가진³²⁾ 재판작용을 통해 기본권 제한 법률의 합헌성을 심사·판단하는 제도의 기능으로서, 정치적 변화의 경로를 관리하고 유지하는 역할로서, 소수자의 정치 과정에의 참여에 대한 장애를 제거함으로써 소수자를 보호하는 기능을 최우선적으로 들 수 있다.³³⁾³⁴⁾ 현행의 위헌법률심판제도는 다수결 원리에 의해 선출된 대표가 소

30) 다수의 가치판단으로부터 소수자를 보호하기 위해 다수의 가치판단을 사용하는 것은 논리적으로 정당화될 수 없다는 데에서 사법작용(재판작용)에 의한 위헌법률심사제도의 의의와 목적을 찾는 대표적 이론으로서 John Hart Ely의 이론이 있다. John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980), 특히 68-69면 참조.

31) John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980), 특히 103면 참조.

32) 이 점에 대한 설명은 김철수, **헌법학개론**(제18전정신판)(박영사, 2006), 1444-1446면 참조.

수자에게 제도적으로 불이익을 가하는 경우 이를 제거하여 소수자를 보호하는 기능을 하도록 구상되어 있으며, 이러한 기능을 수행하여야 한다. 우리 헌정 제도의 핵심에 위치한 대표제는 단순히 주기적인 보통·평등선거의 실시만을 요구하는 것이 아니다. 기계적인 평등과 개방된 절차가 보장되어 있는 경우에도 다수의 지지를 확보하고 있는 대표는 소수자에게 불이익을 주는 방식으로 자신들의 이익을 도모하거나 소수자에게 공정한 혜택을 부인할 수 있는 위치에 있게 된다. 평등 원칙이 단순한 1인1표 표결방식의 대표의 선출에서 멈추어서는 안 되고 모든 기본권보장의 맥락에서 이론적 기초로서 작용해야 하고 구현되어야 하는 이유가 여기에 있다.

근래 헌법재판소가 기본권의 보장에서 적법절차를 중시하는 결정을 하고 있으며 특히 정치적인 표현과 결사의 자유의 영역에 있어 적극적인 보호의 입장을 보이는 것을 민주적 절차의 적합한 기능과 재판작용을 통한 위헌법률심사의 관계의 관점에서 보면, 이러한 헌법재판소의 판례가 정치절차에 대한 일정한 개입임에는 틀림없으나, 이러한 개입은 헌법재판소가 중요하거나 근본적인 것으로 주관적으로 판단한 바의 특성의 실체적 가치를 관철하기 위한 것이 아니라, 공동체의 중요하고 근본적인 가치가 무엇인지가 확인되고 평가되고 실현되는 정치절차에 어떠한 관점을 가진 자도 누구든지 평등한 입지에서 접근할 수 있(었)는지를

33) John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980), 특히 105-106면, 135면 이하 참조.

34) 과정을 중심에 두는 이러한 분석을 보다 일반적으로 위헌법률심사제도에 적용할 때, 어떠한 집단이든 그 구성원들에게 투표권이 부인되지 않는 한 정치의 시장 구조에서 스스로를 보호할 수 있음을 확신하던 다원주의 정치 이론은 현실에서의 권력 집중과 경쟁하는 이해관계를 가진 집단 간의 불평등의 현상에 의해 강력한 비판을 받게 되었다. 물론 헌법은 모든 개인에게 모든 법에 의해 동일한 적용을 받을 것을 보장하는 것이 아니며, 오히려 대부분의 법률들은 (본문에서도 기술하는 바와 같이) 일정한 기준에 의해 분류를 하고 그러한 분류에 의해 다른 취급을 하는 형태를 취한다. 다만 헌법적 기본권은 이를 제한하는 경우 그러한 제한을 정당화할 수 있는 공익 혹은 충돌하는 기본권이 있을 것을 요구하는 것이며, 기본권의 보장이 보장절차의 흐름 자체가 오작동함으로써 이루어지지 않는 경우라면 그 해결에 제도적으로 우월한 위치에 있도록 규정된 헌법재판소가 그 흐름의 절차적 장애요소를 해소하여 다시 절차가 막힘없이 흐르도록 해야 한다는 것이다. 예를 들어 이를 양성평등의 문제에 적용하면, 적어도 경험적으로 볼 때 여성은 결집된 세력을 형성하여 생활의 모든 영역에서 여성의 관점을 반영할 후보를 공직에 당선시키는 등의 효율적인 정치활동을 늘 하고 있지는 않으며, 여기에서 양성평등 기준의 합헌성 심사는 공직선거의 결과가 잘못되었는가를 판단하는 것이 아니라 선거과정에서의 접근이 차단되었는가의 판단에 중점을 두어야 함을 알 수 있다.

확인하기 위한 것이므로 긍정적으로 평가할 수 있다고 하겠다. 근래의 판례에서 소수자에 대한 평등한 처우가 강조되는 것은, 정치변화가능성의 경로를 ‘누구나 가능한 한 최저의 비용으로 사용가능한’ 상태로 유지하고 ‘정치·사회적 약자로서의 소수자에 대한 위헌적 차별을 교정’하는 것으로서, 대의제 민주정부 이론의 일관성을 유지하며 그 중요한 일부를 이룬다고 할 수 있다. 절차에의 접근과 참여의 확대라는 참여적 목표의 추구가 특정 공동체에 있어 근본적이라고 간주되는 실체적 가치를 특정하고 관철시키는 것보다 대의제 민주정부의 이상과 구도에 더 부합하는 위헌법률심판제도의 기능일 것이다.

3. 소수자 보호의 관점에서 본 평등권의 헌법적 의의와 보장구조

이제 이하에서는 앞의 문단에서 본 소수자 보호 관점에서의 대의제민주주의하에서의 위헌법률심판제도의 민주적 정당성을 보다 구체적으로 소수자 보호 법리의 핵심에 있는 평등권의 맥락에서 분석해 보도록 한다. 우리 헌법 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다”라고 규정하고 있다. 또한 현행헌법은 전문(前文)에서 “정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, ... 국민생활의 균등한 향상을 기하고”라고 규정하고 있다. 오늘날 평등권은 기본권 중에서 적용범위가 가장 넓은 뿐 아니라 법률의 위헌성의 심사기준으로서 우리나라의 헌법재판에서 가장 빈번하게 사용되는 심사기준이다. 반면, 평등권의 구조와 평등권 적용시의 심사기준에 관한 법리는 아직도 상대적으로 대단히 불명확하다.³⁵⁾

법률의 합헌성의 심사기준으로서의 평등권의 의의와 작동구조를 분석하기 위해서는 그 출발점으로서 우선 법률의 일반적인 규정형식을 평등권의 관점에서 전체적으로 조망할 필요가 있다. 법(률)은 공동체의 의사결정으로서, 대부분 일정한 기준이나 조건을 설정하여 이에 부합하면 특정의 법률효과를 부여하는 형식을 취하므로, 법(률)은 대체로 일정한 기준에 따라 구별을 하고 이에 따라 다른 법률효과를 부여한다는 점에서 넓은 의미에서 보아 차별적이다.³⁶⁾ 즉, 입법자는

35) 同旨, 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준,” **헌법논총** 제9집(헌법재판소, 1998), 48면 이하, 48면.

36) 이에 관하여 반드시 숙고하여야 할 점은, 우리의 법체계 내에서 정치적으로 선호되지 않는 관점의 표현에 심대한 제한의 영향을 미치는 법률들 속에, 소수자의 평등한 보호

적극적으로 사회질서를 형성하거나 일정 생활영역 및 사회현상 등을 규율하기 위해 입법목표를 설정하고, 이를 달성하기 위해 법률요건을 정한다. 이로써 입법자는 법규정이 적용되는 대상과 법규정의 적용을 받지 않는 대상의 구분을 통해 일정한 입법목적을 실현하려고 한다. 또한 입법자는 이미 현실에 존재하는 또는 현실상 존재한다고 입법자가 인식하는 바의 차이를 고려하여 이를 법률에 반영함으로써 그러한 차이를 입법화하는 경우도 있다.³⁷⁾ 이 때, 헌법상의 평등원칙은 동일 혹은 차별적 대우라는 국가의 적극적 행위가 전제될 때 적용되는 것이며, 자유권과는 달리³⁸⁾ 국가작용 그 자체를 금지하는 것이 아니라 국가작용이 평등 원칙에 합치하는 한 모든 국가작용을 허용한다. 즉, 평등권은 국가에게 부작위 자체를 요구할 수 있는 근거가 되는 것이 아니라, 합법적이지 않은 또는 정당화되지 않는 차별적 국가행위의 부작위를 요구하는 주관적 공권이다.³⁹⁾ 나아가 우

를 위한 차별금지의 법률들이 포함된다는 점이다. 차별적 행위는 의사표현의 성격이 대단히 강한 행위이다. 차별금지법률은 표현의 자유의 관점에서는 일정한 기준에 의해 분류되는 특정 집단의 우월성이나 다른 집단의 열등성에 대한 내적 신념 및 견해를 효과적으로 표현하고 소통할 수 있는 방식의 사용을 직접적으로 금지하는 법률로 이해될 수 있다. 이러한 점에서 차별금지법률은 공동체 내에 표출되는 표현의 내용을 편향되게 규정하는 기능을 한다고 할 수 있다. 예를 들어, 특정 개인에 대한 고용주의 고용 여부 결정에 있어서, 차별금지법률의 존재로 인해, 고용주들은 고용 여부의 결정을 통해 양성평등의 관점은 표현할 수 있으나, 성차별적 관점을 표현하는 것은 금지된다. 비교형량의 관점에서 볼 때 이러한 문제에 대해 이 경우 공익이 고용주 개인의 표현의 자유의 제한으로 인한 부담을 능가한다고 응수할 수 있다. 그러나 비교형량의 논리에서는 적어도 개별 사안에서 특정인이 차별금지법률이 자신의 표현의 자유에 특별히 엄중한 부담을 부과하며 예외의 인정이 별도의 부담한 비용을 발생시킴이 없이 가능하다는 것을 입증하는 경우에는 개별적 예외의 인정을 논리적으로 부인할 수 없다는 약점이 있다.

- 37) 이를 헌법재판소에 의한 위헌법률심판의 맥락에서 보면, 따라서 헌법재판소는 법률이 평등권에 위반되는가를 심사함에 있어서 ‘법적 차별을 통해 달성하려는 입법목적’과 ‘비교대상간에 존재하는 사실상의 차이’를 법적 차별을 정당화하는 이유로서 고려하게 된다.
- 38) 자유권의 법적 성격과 체계에 관한 상세한 학문적 논의로는, 김철수, “자유권의 법적 성격과 책임,” **헌법논총** 제11집(헌법재판소, 2000), 5면 이하 참조.
- 39) 성낙인, **헌법학**(제7판)(법문사, 2007), 340면. 이 점에 관해 한수웅은 “평등권을 ‘부당한 차별의 부작위’를 요구하는 대국가적 방어권으로 본다고 하더라도, 부당한 침해나 부담의 부과에 대한 방어권이 아니라 불평등한 대우 그 자체에 대한 방어권으로서, 부담의 평등 아니면 혜택의 평등이 문제되는가 하는 상황에 따라 방어권의 내용이 달라진다”고 한다. 나아가, 따라서 평등권은 “단지 동일한 것의 동일한 취급이라는 법적 형성을 입법자로부터 요구하는, 즉 입법자에게 평등원칙에 위배되는 입법을 평등원칙에 합치하는 입법으로 대체하여 줄 것을 요구하는 상대적이며 형식적인 권리”라고 한

리 헌법 제11조 제1항의 규정목적은 차별금지명령과 평등지위명령을 모두 포함하는 평등권 명령으로서, 개인의 주관적 권리로서의 평등권뿐만 아니라 실질적 평등실현의 객관적 질서로서의 평등원칙까지를 포함한다.⁴⁰⁾

오늘날 기본권은 모든 국가권력을 기속하며, 우리 헌법 제11조의 평등권은 법 적용의 평등뿐 아니라 법제정의 평등도 의미한다. 즉, 입법권자와 법률적용기관 모두가 평등원칙 준수 의무를 가지므로, 법은 그 적용에 있어서 평등하게 적용되어야 할 뿐 아니라, 법률 자체가 평등원칙에 부합하여야 한다. 이에 헌법이 보장하는 평등권이 입법자와 위헌법률심판 담당기관을 어떠한 차원에서 어떠한 정도로 기속하는지의 문제가 제기되는 것이다.⁴¹⁾ 이를 보다 자세히 살펴보면, 평등원칙 자체가 입법자에게 헌법적인 구체적 입법 의무를 부과하고 있는 것이 아니라, 입법자가 특정 입법을 하는 경우에 본질적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구한다. 평등권 위반의 경우 합헌적인 상태는 특정의 유일한 방법이 아니라 다양한 방법으로 실현될 수 있으므로, 헌법재판소의 위헌결정을 통해 위헌적 법률을 단순히 제거하는 것으로써 합헌적 상태가 궁극적으로 회복될 수는 없다는 점이 특히 자유권과 비교할 때 평등권의 이러한 성격을 잘 보여준다. 실제 우리나라에서의 헌법재판의 결정례를 볼 때, 특정 법규정이 평등권에 위반되는 경우, 평등원칙에 합치하는 상태로 법률을 개정하도록 입법자에게 촉구하는 헌법불합치결정을 내리는 경우를 생각할 수 있다.

다른 한 편, 평등권의 적용에는 둘 이상의 사실관계 또는 인적 집단의 비교가 전제가 되는데, 헌법상의 평등권은 입법자에게 무엇을 같게 취급해야 하는지를 판단할 비교의 관점을 제공해주고 있지 않다는 점도 소수자 보호의 관점에서 평등권의 의의와 보장구조를 생각함에 있어 출발점으로서 고려해야 한다. 따라서 입법자가 헌법상의 평등권에 기속된다는 것은⁴²⁾ 입법자가 법률을 제정함에 있어

다. 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준,” **헌법논총** 제9집(헌법재판소, 1998), 48면 이하, 각주 12에 상응하는 본문 참조.

40) 석인선, “헌법상 양성평등과 할당제,” **법과 사회** 제16집(법과사회이론학회, 1999), 91면 이하, 93면.

41) 입법자의 평등원칙 준수 의무 혹은 입법자의 평등에의 구속에 관한 상세한 분석과 논의는 김주환, “입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제,” **헌법논총** 제11집(헌법재판소, 2000), 431면 이하 참조.

42) Leibholz는 법 앞에서의 평등이란 ‘올바른 법에 대한 요청’으로서, 올바른 법은 정의(正義) 개념을 전제로 하기 때문에 동일한 혹은 차별적인 취급이 정의로워야 한다는 것을 의미한다고 하였으며, 이 때 정의의 상대성으로 인해, 즉 정의라는 개념은 인간

서 권리와 의무의 분배에 있어 적용하는 가치평가의 기준을 정당화할 것을 요구하며, 나아가 입법자가 평등원칙을 준수하였는가에 대한 헌법재판에서의 심사에서 헌법재판소가 권력분립 원칙을 고려하여 입법자에게 부여된 헌법적 권한과 기능을 존중하면서 어느 정도로 법률의 평등권 위반을 확인할 수 있는가의 문제를 제기한다. 즉, 평등원칙에 대한 이해와 분석의 초점은, 궁극적으로는, 앞서 논의한 대의제민주주의에서의 위헌법률심판제도의 민주적 정당성이라는 맥락하에서, 국민의 선거를 통해 직접적으로 민주적 정당성을 획득한 입법자가 헌법의 민주적 법치국가 질서의 테두리 내에서 입법형성의 자유를 행사함에 있어 어느 정도로 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙에 구속되는가를 판단하기 위한 합리적인 심사기준이 무엇인가라는 문제가 된다. 소수자 권리의 법적 보호의 핵심에 있는 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙은 입법자의 형성의 자유의 행사 자체로부터 발생하는 필연적 현상인 불평등대우에 대한 한계로서 입법자로 하여금 그와 같은 불평등대우를 객관적으로 정당화할 것을 요구하는 것이 그 요체이다.

이를 보다 구체적으로 보면, 평등권 위반 여부의 심사는 첫째, 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는가에 대한 본질적인 차별대우의 여부 확인, 둘째, 차별대우가 헌법적으로 정당화되는가의 판단, 이러한 두 단계로 이루어진다.⁴³⁾ 먼저, 본질적으로 같은 것의 차별대우는 곧 헌법적으로 정당화될 필요가 있는 특별대우이다. 비교대상 사이에 법적으로 유의미한 연관관계가 있기 때문에 차별이

공동체의 역사와 더불어 변화하기 때문에, 정의에 대해서는 절대적 가치판단은 불가능하고, 정의에 대한 인식은 공동체의 법의식을 통해 나타난다고 보았다. 여기서, 무엇이 정의에 부합하는가에 대한 적극적인 판단은 불가능하지만, 무엇이 정의에 반하는가에 대해서는 거의 확실하게 판단할 수 있으므로, 정의를 극단적이고 절대적으로 부정하는 ‘자의(恣意)’의 개념을 설정하여, 평등권 법리에서 입법자를 기속할 수 있는 기준을 제시하려고 시도하였다. 이러한 자의(恣意) 개념은 국가권력에 대해 최소한의 요구로서 평등원칙 위반에 대한 판단에 상대적으로 명확한 기준을 제시해주며, 무엇이 같은 것인지에 대한 입법자의 평가를 헌법재판소가 권력분립의 관점에서 합리적인 것으로 인정할 한계를 제시해 준다. 반면, 위헌법률심판에서 평등권 위반의 심사기준으로서 자의금지원칙을 적용할 경우, 입법자에게 광범위한 형성의 자유를 부여하여 헌법재판소의 지나친 사법적 자제를 가져오며, 차별적 취급의 합리적 이유의 존부만을 기준으로 삼음으로써 규율대상영역에 따라 심사의 밀도가 달라질 수 있다는 비판이 제기되었다. 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준,” **헌법논총** 제9집(헌법재판소, 1998), 48면 이하, 각주 19~40에 상응하는 본문 참조.

43) 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준,” **헌법논총** 제9집(헌법재판소, 1998), 48면 이하, 제IV장 참조.

정당화될 필요성이 있을 때 비로소 차별대우의 정당성에 관한 심사가 의미를 가진다. 즉, 본질적으로 동일한 것의 차별대우를 확인하는 것은 비교의 기준을 찾아내는 작업이며, 법적으로 의미 있는 심사의 필요성을 확인하는 과정이다. 다음, 차별대우의 헌법적 정당화에 대한 판단에서, 자의금지원칙을 적용하면, 차별대우가 헌법적으로 정당화될 때 자의적이지 않음으로써 위헌이 아니라고 판단하게 되는데, 차별을 정당화하는 합리적인 근거는 입법자가 법률을 통해 달성하려고 하는 입법목적과 비교대상간에 존재하는 사실상의 차이를 고려하여 판단하게 된다. 다른 한 편 차별대우의 헌법적 정당화에 대한 판단에 비례의 원칙을 적용하면, 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는가를 판단하기 위해 차별목적과 차별대우간의 상호관계를 비례의 원칙을 기준으로 하여 심사하게 된다. 이 경우 자의금지원칙에서 강조되는 입법자의 형성권이 상대적으로 제한되며, 규율영역에 따라 보다 강화된 심사가 가능해진다. 이를 우리 헌법 제37조 제2항에 근거한 헌법재판소의 비례성 원칙에 대입하면,⁴⁴⁾ 평등권 영역에서의 위헌법률심사는 차별대우를 확인한 후 차별대우가 헌법적으로 정당화되는가를 판단하는 것으로서, 정당한 차별목적, 차별대우의 정당성, 차별대우의 필요성 또는 불가피성, 그리고 법익균형성 또는 비례성의 네 단계를 통해, 궁극적으로 입법목적인 공익(公益) 또는 사실상의 차이를 차별대우와 비교형량하게 된다.

“모든 국민은 법 앞에 평등하다”라는 헌법 규정의 법문과 의미에 충실한 해석을 통해, 입법에 의한 인적 집단간의 상이한 취급에 대해 입법자가 입법을 통해 추구하는 목적과 입법시점에서의 관련 현실에 기초하여 상이한 취급의 필요성을 위의 비례의 원칙에 따라 헌법적으로 정당화하여야 한다는 요청이 곧 헌법상의 평등 원칙이 입법자를 구속한다는 것의 의미이다. 달성하려는 입법목적이 정당한 것이면서 채택한 기준에 의한 인적 집단의 구분이 그러한 입법목적의 달성에 본질적으로 필요한 요건을 걸러내어 줄 수 있는지, 그리고 채택된 기준에 의한 인적 집단간의 상이한 취급이 헌법이 보장하는 기본권의 행사에 불리하게 작용하는지가 평등권 관점에서의 법률의 합헌성·위헌성 심사의 내용이 된다. 이 때, 비례의 원칙하에서는, 인적 집단간의 차별이 헌법상의 기본권으로서 보호되는 자유의 행사에 불리하게 작용될수록 입법자의 입법형성권이 축소되고 따라서 상대

44) 이러한 적용례는 헌재 1990.8.27.선고, 89헌가118, 헌법재판소판례집 제2권, 222면 이하(236면); 헌재 1990.10.8.선고, 89헌마89, 헌법재판소판례집 제2권, 332면 이하 등에서 잘 볼 수 있다.

적으로 더욱 엄격한 기준에 따른 법률의 위헌성 심사가 이루어질 여지가 있게 된다.

즉, 인적 집단간의 차별에 있어서 차별적 대우를 정당화할 정도로 인적 집단 사이에 실질상의 차이가 존재하는가가 일단계 심사의 기준이 되며, 차별대우가 정당화되기 위해서는 입법을 통해 달성하려는 목적에 비추어 볼 때 인적 집단 사이의 차이의 실질과 정도가 입법을 통해 채택된 차별적 대우와 적정한 관계에 있어야 함을 요구하여, 평등권 심사에 비례원칙의 관점이 도입된다. 이에, 인적 집단간의 차별이 다른 헌법상의 기본권의 행사에 불리한 영향을 미치는 경우에는 상대적으로 엄격한 심사를 하고, 그 외의 경우에는 자의금지원칙에 입각하여 상대적으로 완화된 기준의 심사를 하게 된다. 핵심적으로, 헌법재판소가 엄격한 또는 완화된 심사를 하는가의 심사기준의 정도를 결정하는 중요한 기준은 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도라는 점, 즉, 평등권을 기준으로 한 법률의 위헌심사에서 심사의 밀도 혹은 심사기준의 엄격성은 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라질 수밖에 없다는 점이 확고하게 인식되어야 할 것이다. 따라서 입법자가 평등을 입법을 통해 구체적으로 형성하고 실현함에 있어 언제 어느 정도로 입법형성권이 헌법적으로 제한되는가의 관점에 따라 위헌법률심판에서의 헌법재판소의 심사의 밀도가 달라진다.⁴⁵⁾

이렇게 볼 때, 헌법 제20조 제2항, 제32조 제4항, 제36조 제1항, 제39조 제2항에서와 같이 헌법 스스로가 평등권을 구체화하는 경우, 그리고 평등권의 내용이 다른 기본권에 의해 구체화되는 경우에는, 상대적으로 엄격한 심사가 요청된다고 하겠다. 이 때, 여자의 근로에 관한 헌법 제32조 제4항과 연소자의 근로에 관한 헌법 제32조 제5항과 같이, 헌법 스스로가 특별한 보호 즉 유리한 차별을 허용하고 있는 경우가 있음에 유의하여야만 대의제민주주의하에서의 위헌법률심판의 민주적 정당성 명제하에 전체로서 더욱 일관성 있는 평등권 법리를 정립해갈 수 있을 것이다. 또한, 평등권의 내용이 다른 기본권에 의하여 구체화되는 경우, 기본권 침해의 효과의 정도와 규율영역의 특성에 따라 입법자의 입법형성권의 범위 혹은 정도가 달라지며, 따라서 평등권 법리에 의한 혹은 평등권 영역에서의 헌법재판소의 법률의 합헌성 심사에 있어서 헌법재판소가 강화된 혹은 보다 엄격한 기준에 의한 심사를 해야 할 것인가는 차별대우의 실질적 정도와 차별대우

45) 同旨, 김주환, “입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제,” **헌법논총** 제11집(헌법재판소, 2000), 431면 이하, 450면.

가 당사자에 대해 가지는 의미와 효과에 달려 있다. 즉, 차별에 의하여 불리한 효과를 받는 다른 헌법상의 기본권이 우리 헌법상의 주(主)기본권인 인간의 존엄성과 행복추구권의 실현에 있어 얼마나 중요한 의미와 효과를 가지고 있는가에 따라 입법자의 입법형성권이 결정되고, 차별적 대우가 당사자의 기본권의 행사에 미치는 불리한 효과가 크기 때문에 차별대우의 실제적 정도 혹은 비중이 크다면, 이 경우 입법형성권이 축소되어 있기 때문에 헌법재판소의 위헌법률심판에서의 심사기준의 강화가 따라서 정당화된다고 하겠다.

여기에서 다시 한 번 상기하여야 할 것은, 법적 차별이나 평등대우를 통해 정의를 실현하는 것은 우리 헌법 질서에서 일차적으로 입법자의 관할이자 책임이라는 점이다.⁴⁶⁾ 평등권 법리에서 자의금지원칙이 비례의 원칙과 비교할 때 입법자의 입법형성권을 일응 더 존중하는 것으로 보일 수 있으나, 법률의 위헌성 판단에 있어 구체적인 심사기준을 제공해줄 수는 없다. 실질적인 헌법적 평등의 실현에 있어 비례의 원칙하에서도 헌법재판소와 입법자의 관계를 권력분립원칙에 충실한 관점에서 보며 대의제민주주의하에서의 위헌법률심판제도의 의의와 기능을 명확히 인식하여, 헌법재판소가 입법자의 입법형성권을 원칙적으로 존중하는 기초 위에서 위와 같은 비례의 원칙에 입각한 위헌법률심사가 이루어져야 할 것이다.

이를 헌법재판에서의 심사기준의 관점에서 보면, 헌법 스스로가 평등권을 직접 구체화하고 있거나 차별이 자유권에 영향을 미침으로써 평등권의 내용이 자유권을 통해 구체화될 수 있는 경우에는 입법자의 권한을 침해함이 없이 헌법에 근거하여 입법형성권을 제한할 수 있으나, 그 외의 경우에는 평등원칙과 같이 개방적이고 초실정법적인 기준을 제시하는 규범에 있어서 원칙적으로 법률에 대한 헌법재판소의 위헌성 심사는 가능한 한 명확하게 확정될 수 있는 한계에 대한 위반을 확인하는 것에 제한되어야 할 것이다. 헌법재판소에 의한 위헌법률심판은 대의제민주주의하에서 대표인 입법자의 입법형성권을 존중하며 대의제민주주의에서의 위헌법률심사제도의 정당성 근거와 의의·기능에 충실하여야 하며, 이 때 평등권 위반여부에 대한 법률의 합헌성 심사는 완화된 심사이든 엄격한 심사이든 차별을 정당화하는 이유에 대한 심사이며, 이유 자체의 합리성이 아니라 차별

46) 이러한 점에서 한수웅은 헌법재판소의 평등권심사의 역할은 전반적 정의 구현이라기 보다 정의의 최소한의 확보에 있다고 한다. 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준,” **헌법논총** 제9집(헌법재판소, 1998), 48면 이하, 제VI-2장.

과의 관계에서의 합리성에 관한 심사이고, 입법자의 입법형성권의 범위에 따라 심사의 밀도를 달리하여야 한다. 이것이 대의제민주주의하에서 위헌법률심판제도의 기능을 헌법적 뿐 아니라 민주적으로도 정당하게, 그리고 대의제민주주의하에서의 소수자 보호의 이상에 비추어 일관성 있는 방법으로, 발휘하게 하는 길이기도 하다.

4. 헌법상 양성평등에 대한 함의

이상에서 본 바와 같이, 우리나라와 같이 대의제민주주의를 원칙으로 채택하고 있는 체제에서 정당성 차원에서 제도의 전제가 되는 소수자의 평등한 보호를 실현하기 위해서는, 공동체구성원이 가능한 한 낮은 비용으로 정치과정에 참여할 수 있는 경로의 존재와 대의제도를 통한 입장과 이해관계의 표출 가능성이 필수적이다. 또한 역사적이고 구조적인 이유에서 공동체 구성원의 일부 또는 특정 집단의 정치과정에의 참여가 차단되어 있었으며 이에 그 입장과 이익이 자유롭게 표출되어 정치과정을 통해 숙의되지 못해 왔다면, 이러한 공동체 구성원의 일부 또는 특정 집단에 대한 차별을 교정하고 그 정당한 권리와 이익을 보장하기 위해서는, 그러한 일부 또는 집단의 입장과 이익을 대변할 수 있는 대표가 정치과정에 참여할 수 있는 제도적 장치가 반드시 존재하고 기능하여야 한다. 이를 양성평등의 맥락에서 보면, 국가의 정책 수립과정과 집행 전반에 있어 양성통합적 관점을 반영하기 위해 정책의 수립·결정과 집행의 구조에 있어 성(性)대표성이 확보되어야 한다.

이러한 점에서 우리나라에서 여성의 실질적 평등의 실현을 위한 정치과정에서의 성(性)대표성 확보 노력을 보면, 우선 특히 1990년대 중반 이후 여성의 실질적 평등의 실현을 위해 적극적 평등실현조치⁴⁷⁾를 채택해 온 것을 볼 수 있다.

47) 성낙인 교수는 적극적 평등실현조치(잠정적 우대조치, affirmative action)를 “역사적으로 사회로부터 차별을 받아 온 특정 집단에 대하여 차별로 인한 불이익을 보상해주기 위하여 그 집단의 구성원에게 취업·학교입학 등 사회적 이익을 직접 또는 간접적으로 부여하는 정부의 정책”이라고 정의한다. 성낙인, **헌법학**(제7판)(법문사, 2007), 354-355면. 헌법재판소는 적극적 평등실현조치를 “종래 사회로부터 차별을 받아 온 일정 집단에 대해 그 동안의 불이익을 보상하기 위해 당해 집단의 구성원이라는 이유로 취업·입학 등의 영역에서 직·간접적으로 이익을 부여하는 조치로서, 개인의 자격이나 실적보다는 집단의 일원임을 근거로 하여 혜택이 주어지며, 기회의 평등보다는 결과의 평등을 추구하고, 항구적 정책이 아니라 구체목적이 실현되면 종료하는 임시적 조치”라고 설명한다. 헌재 1999.12.23.선고, 98헌마363, 헌법재판소판례집 제11권 2집, 770

1996년 이후 시행되어 온 여성공무원채용목표제⁴⁸⁾에 이어, 여성발전기본법에서는 국가 및 지방자치단체로 하여금 여성의 참여가 현저히 부진한 분야에서 합리적 범위 안에서 여성의 참여를 촉진하기 위해 관계법령이 정하는 바에 따라 잠정적 우대조치를 취할 수 있도록 하였다(여성발전기본법 제6조).⁴⁹⁾ 이후 연도별 공무원 공채합격자 중 여성의 비율은 꾸준히 증가했으며, 2005년 이후에는 양성평등채용목표제를 실시하고 있다.⁵⁰⁾

또한 공직선거법과 정당법에서는 여성공천할당제를 도입하여, 2000년 개정에 의해 국회의원 및 시도의회의원 비례대표 후보의 30% 이상을 여성으로 추천하

면 이하. 다만, 할당제나 목표제는 일정한 자격을 전제로 하는 것이며 자격과 무관하게 기회를 부여하는 것은 아니다. 성차별과 양성평등실현의 맥락에서 할당제를 심층적으로 논의한 것으로는 석인선, “헌법상 양성평등과 할당제,” **법과 사회** 제16집(법과사회이론학회, 1999), 91면 이하; 그리고 석인선, “미국헌법판례상 성(性)에 근거한 적극적 평등실현조치의 사법심사기준에 관한 소고,” **공법연구** 제26집 제2호(한국공법학회, 1998), 153면 이하를 참조할 수 있다. 보다 넓은 맥락에서 적극적 평등실현조치를 분석한 것으로는 Sacha E. de Lange, “Toward Gender Equality: Affirmative Action, Comparable Worth, and the Women’s Movement,” 31 *New York University Review of Law and Social Change* 315 (2007) 참조.

- 48) 1995년 12월 제정된 공무원임용시험령 제11조의3에서 “시험실시기관의 장은 여성의 공무원임용기회를 확대하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 … 한시적으로 여성이 시험실시단계별로 선발예정인원의 일정비율이상이 될 수 있도록 선발예정인원을 초과하여 여성을 합격시킬 수 있다”라고 규정하여, 여성공무원채용목표제를 도입하였다. 여성공무원채용목표제에 관한 소개와 분석은 홍미영, “여성공무원채용목표제의 성과와 양성평등채용목표제의 전망,” **지방과 행정연구** 제14권 제1호(부산대학교 지방행정연구소, 2002), 97면 이하 참조. 2000년 여성공무원 채용목표가 20%로 확대되었는데, 연도별 공무원 공채합격자 중의 여성 비율은 1996년 이후 꾸준히 증가했다. 연도별 공무원 공채합격자 중 여성의 비율은 1995년 22.7%이었는데, 2000년에는 29.7%로, 2004년에는 42.1%로 증가하였다. 2003년 이후에는 양성평등채용목표제를 실시하고 있다.
- 49) 여성발전기본법시행령에서는 정부위원회에서의 여성참여목표제를 채택하여(제27조), 1997년 이후 여성위원 참여목표율 30%가 설정되었다. 정부위원회에서의 여성위원의 비율은 서울과 지방 통산 1997년 평균 11.1%에서 2004년 32.2%로 증가되었다. 2006년 5월에는 행정자치부의 정부조직관리지침에서 정부위원회의 구성과 운영에서의 전문성제고와 다원적 대표성 확보를 위해(“위원 구성의 다양화로 국민의 국정참여를 활성화하기 위하여”), 여성(38%), 시민단체 추천자(20%), 지역인재(30%) 등이 일정 비율 이상 정부위원회에 참여할 수 있도록 정부위원회 위원 구성에 대해 목표치를 설정하였다.
- 50) 2003년 이후 실시하고 있는 양성평등채용목표제는 공무원 채용시험에 남성이든 여성이든 어느 쪽이 합격자의 70%가 넘지 않도록 하는 것으로, 여성이나 남성이 합격자의 30%가 못되었을 때 가산점을 주어 합격자의 성비를 조정하는 것이다. 공무원임용시험령(2007년 5월 개정) 제20조(여성 또는 남성의 선발예정인원 초과합격) 참조.

도록 하는 여성공천할당제가 도입되었고, 2004년의 정당법 개정을 통해 여성후보 공천비율이 30%에서 50%로 상향되었다. 2005년의 공직선거법 개정을 통해서도 정당의 공직선거 비례대표 후보공천에서 후보자 중 50% 이상을 여성으로 추천 하되 후보자명부 순위의 매 홀수마다 여성후보를 추천하도록 하였고(공직선거법 제47조 제3항(2005년 8월 개정)), 정당이 임기만료에 따른 지역구 국회의원선거 및 지역구 지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 각각 전국 지역구 총 수의 30% 이상을 여성으로 추천하도록 노력할 의무를 부과하였다(공직선거법 제 47조 제4항(2005년 8월 신설)). 이러한 조치 혹은 제도들은 우리나라에서 역사적 · 구조적인 의미에서 사회적 약자인 여성에 대한 과거의 차별에 대한 보상적 차원의 것으로서, 특히 입법과정을 포함한 정치과정에서 과소대표되고 있는 여성의 정책 수립과 집행에서의 대표성을 확보하기 위해 채택된 것으로,⁵¹⁾ 사회 전반에서의 성(性)평등의식의 향상과 더불어 사고용부문 등 사적 영역으로의 확대도 진행되고 있다.

다음, 국제적 차원에서의 노력에 의해 우리나라에서의 양성평등 실현 노력에 도입된 것으로서 ‘성주류화(性主流化) 정책’이 있다. 대의제민주주의하에서 양성 통합적 관점이 국가정책의 모든 분야와 부문에서 통합적 · 일관적으로 실현되기 위해서는 정치과정에 있어 일정한 정도로 성(性)의 대표성이 확보될 것이 요구된다. 위 문단에서 기술한 적극적 평등실현조치는 보상적 차원의 것으로서 여성이라는 특정 사회적 약자 집단에 대한 과거의 차별에 기인하여 이를 극복하여 평등을 실현하고자 하는 것이다. 이에 반해 성(性)주류화 정책은 양성의 차이와 특성에 기인하여 양성평등의 관점을 보다 잘 정책에 도입하기 위한 각 성(性)의 대표성 확보를 보다 직접적인 목적으로 하며, 차별받아온 여성뿐 아니라 남성도 이러한 정책의 수혜자라고 하겠다. 우리나라의 경우 2003년 1월부터 2007년 12월 까지 한시적으로 시행되는 양성채용목표제가 이에 해당된다. 이 제도는 공직 내 양성의 평등을 제고하고 직렬 또는 기관별로 남녀의 성비가 균형을 이룰 수 있

51) 이러한 조치에 대해서는 남성에 대한 역차별이라는 주장 이외에도 여성의 능력에 대한 과소평가 및 편견을 가져와 오히려 여성에게 손해가 된다는 주장도 있으며 일부 전문직 여성에게만 혜택이 주어질 뿐 여성 전체를 위한 것이 아니라는 비판도 있으나, 단순한 형식적 기회의 평등이 아닌 실질적 결과의 평등을 보장하며 한시적으로 구조적 차별을 시정하기 위한 조치로서의 적극적 조치는 여성의 헌법적 평등권의 실현을 위한 것으로 인정된다. 최희경, “헌법상 양성평등과 성주류화정책,” **공법연구** 제35집 제1호(한국공법학회, 2006), 501면 이하, 519면.

도록 하기 위해 특정성의 채용목표를 30%로 정하여 시행하고 있으며, 공무원 채용시험시 어느 한 성(性)의 합격자가 일정한 채용목표비율에 미달할 경우 그 성(性)에 대하여 추가합격선 범위 내에서 채용목표율에 달할 때까지 추가 채용하는 조치이다.

여성과 남성 양성의 성비 균형과 대표성 확보를 통한 양성통합 관점을 정책에 통합하는 성(性)주류화 정책은 평등실현을 위한 수단으로서 적극적 평등실현조치와 긴밀한 관련을 가진다. 역사적·사회적으로 여성에 대한 차별이 구조화되어 있는 경우 적극적 평등실현조치와 성(性)주류화 정책은 특히 정책결정과 실행이라는 정치과정에서의 여성의 참여 증진을 위해 상호보완적으로 기능하여, 양성간의 대표성 확보를 통해 양성의 관점을 평등하게 수용 가능하도록 한다는 점에서,⁵²⁾ 대의제민주주의하에서의 사회적 약자 보호기제의 초기 단계에 효과적인 역할을 하며, 우리나라의 현행의 기본권보장기제 전반에 평등의 관점에서 긍정적인 함의를 가진다고 하겠다.

Ⅲ. 結語 — ‘정치과정에서의 대표성’의 관점에서 소수자 보호 제고를 위한 몇 가지 제안

이상의 논의를 바탕으로, 이하에서는 우리나라의 대의제민주주의하에서 소수자 보호를 위한 제도적 개선안을 특히 ‘소수자의 정치과정에서의 대표성 확보’의 차원에서 몇 가지 제시하고자 한다. 이는 첫째, 다원화된 민주주의 국가에서는 어떤 법률 및 정책을 절대적 당위성을 기준으로 평가하기는 불가능하므로 법률과 정책의 제정과 수립이 민주적이었는지가 그 정당성 여부의 판단에서 핵심적 요소가 되어⁵³⁾ 공동체의사결정의 과정과 절차가 민주적 정당성의 핵심에 놓이게 되기 때문이며, 둘째, 대의제민주주의하에서 소수자의 인권 보장을 위해 가장 효율적인 기제는 정치과정에서의 정책 및 입법의 의제설정의 초기 단계에서 작용

52) 同旨, 최희경, “헌법상 양성평등과 성주류화정책,” **공법연구** 제35집 제1호(한국공법학회, 2006), 501면 이하, 520-521면. 여성의 정치력 향상을 위한 여성의 정치참여와 한시적 할당제의 필요성을 역설한 글로서 이은영, “법여성학의 국가론과 여성의 정치력 향상,” **법과 사회** 제12집(법과사회이론학회, 1995), 123면 이하 참조.

53) 同旨, 이은영, “법여성학의 국가론과 여성의 정치력 향상,” **법과 사회** 제12집(법과사회이론학회, 1995), 123면 이하, 133면.

할 수 있다고 보기 때문에 특히 위헌법률심판과의 민주적 정당성 면에서의 상관관계상 입법과정에서의 소수자의 참여와 이해관계의 표출 및 공론화가 의미와 비중이 크다고 생각하기 때문이다.

첫째, 우선 입법부의 구성과 운영에의 소수자의 참여 및 이익 표출이 대의제민주주의하에서의 소수자 보호의 핵심적 기제로서 논의되고 제도적으로 개선되어야 한다. 자유로운 보통·평등·직접선거를 통한 참여민주주의와 평등이념의 실현이 곧 민주주의의 이상이지만, 선거가 대규모 정당과 조직력 및 자본을 가진 일부 이익집단의 영향력 하에 있게 된다면 본래의 의미가 퇴색된다. 대의제민주주의하에서 국민의 대의기관을 구성함에 있어 소수자의 이익이 정당하게 반영되는 제도가 마련되어 있지 않으면 실질적 평등의 실현은 불가능하다고 할 것이다. 따라서 1인1표의 원칙을 기본으로 하는 보통·평등선거의 대원칙을 위반하지 않는 범위 내에서 역사적·구조적인 차원에서 사회적 약자인 소수자를 특별히 보호하는 제도가 필요하다. 우선, 구체적인 공직선거 관련 법제의 차원에서, 현행의 비례대표제도가 정당명부에 의거함으로써 정당추천 없이는 비례대표가 될 가능성을 법제상 차단하고 있는 점, 정치과정에 대표로서 참여하고자 하는 개인의 관점에서 볼 때 합리적 대안이 존재함에도 불구하고 공직선거에서 지역구 후보와 비례대표로 동시에 입후보할 수 없도록 규정되어 있는 점, 기탁금 관련 제도가 선거에서의 실질적 평등과 공정성의 차원에서 많은 개정을 겪었음에도 불구하고 아직도 특히 반환 규정상 현실적으로 소수자의 대표성을 저하시키는 요인으로 작용할 여지가 있는 점,⁵⁴⁾ 공직선거에서의 선거자금 규율에 있어 선거진영으로의 자금의 유입을 통제할 것인지 선거진영의 자금의 사용을 규제할 것인지의 원칙이 보다 일관성 있게 유지·적용되고 있지 못한 점,⁵⁵⁾ 공직선거에서 후보자들의 대중매체에 대한 균등한 접근권의 보장을 핵심으로 하는 공직선거에서의 언론의 역할에 관한 법리의 정비와 개선이 필요한 점⁵⁶⁾ 등을 생각할 수 있다.

54) 공직선거법 제56조(기탁금), 제57조(기탁금의 반환) 등 참조.

55) 공직선거법 제112조(기부행위의 정의 등), 제113조(후보자 등의 기부행위제한), 제114조(정당 및 후보자의 가족 등의 기부행위제한), 제115조(제삼자의 기부행위제한), 제116조(기부의 권유·요구 등의 금지), 제117조(기부받는 행위 등의 금지), 제119조(선거비용 등의 정의), 제120조(선거비용으로 인정되지 아니하는 비용), 제121조(선거비용 제한액의 산정) 등을 참조할 수 있다. 특히 공직선거법 제120조는 정당추천을 받지 않은 소수자의 입장에서는 불리한 규정이 될 수 있다.

56) 우선 공직선거에서 후보자의 언론에의 공평한 접근권이라는 개념 자체에 대해 평등권에 기초한 보다 심층적 논의가 필요할 것이다. 현재로서 관련규정은 공직선거법 제8조

다음으로는, 보다 넓은 정치과정의 차원에서, 소수정당 혹은 소규모정당과 시민단체가 입장과 주장의 설득력을 기준으로 하여 의정에 참여할 수 있고 영향력을 행사할 수 있을 기회는 ‘사상의 자유시장’의 기본 전제이자 현존질서의 극복과 대안의 제시의 관점에서 필수적인 민주헌정의 요소라는 점에서, 재정적 지원과 세제상의 제도적 지원 등의 방식에 의한 소수정당 및 시민단체의 육성노력이 지속되어야 할 것이다. 또한 대표의 구성 이후의 의정운영과 의정활동에서의 소수자의 지위를 보장하고 제고하는 방안을 마련하여야 할 것이다. 대의제민주주의가 기본적으로 다수결 원칙에 의해 작동되도록 제도화되어 있는 것은 물론이거니와, 오늘날 우리나라의 의정활동은 정당을 중심으로 전개되는 경향이 강하다. 교섭단체의 구성요건과 법적 권한, 교섭단체 소속 의원의 의정활동 지원을 위한 각종 제도 등을 이러한 관점에서 재고할 여지가 있으며, 위원회 및 소위원회 절차를 포함한 입법과정 전반에서의 소수의견 반영기회를 확대하기 위해 입법과정 전반의 투명성을 지속적으로 높여감과 동시에,⁵⁷⁾ 청원제도 및 공청회 제도 등이 ‘소수의견의 저비용으로의 표출·논의 기회 확대’라는 관점에서 더욱욱 법제적으로 정비되어야 한다.⁵⁸⁾ 소수자의 정치과정에서의 대표성 확보와 의정활

(언론기관의 공정보도 의무), 제8조의2(선거방송심의위원회), 제8조의3(선거기사심의위원회), 제8조의4(선거보도에 대한 반론보도청구), 제8조의5(인터넷선거보도심의위원회), 제8조의6(인터넷언론사의 정정보도 등), 제8조의7(선거방송토론위원회), 제70조(방송광고), 제71조(후보자 등의 방송연설), 제72조(방송시설주관 후보자연설의 방송), 제81조(단체의 후보자 등 초청 대담·토론회), 제82조(언론기관의 후보자 등 초청 대담·토론회), 제82조의2(선거방송토론위원회 주관 대담·토론회), 제82조의3(선거방송토론위원회 주관 정책토론회), 제87조(단체의 선거운동금지) 등이 있다.

57) 국회법의 차원에서는 근래 입법과정의 투명성을 의정활동 기록의 의무화와 기록의 공개를 통해 제고하려는 목적의 개정이 꾸준히 이루어져 왔다. 관련 규정으로서는, 우선 국회 본회의를 원칙적으로 공개로 하며 국회회의록 작성을 상세하게 규정한 국회법 제75조 및 제115조와 표결기록을 원칙적으로 공개하는 효과를 갖는 표결방법 관련 제112조, 그리고 위원회 활동과 관련하여 위원회 안건심사 경과 및 결과를 서면으로 보고하도록 하며 원칙적으로 속기방식의 회의록을 작성하도록 의무화하는 제66조와 제69조를 들 수 있다. 또한 우리나라의 입법과정에서 중요한 비중을 차지하는 소위원회 심사과정과 관련하여, 소위원회 회의록을 원칙적으로 공개하도록 하며 심사의 경과와 결과를 위원회에 서면으로 보고할 것을 의무화하고, 소위원회 회의록의 작성에 관해서는 위원회 회의록 작성 관련규정을 준용함으로써 이를 상세히 법률로써 규정하는 국회법 제57조, 제68조, 제69조를 보면, 이러한 추세의 법제 개선이 꾸준히 이루어지고 있음을 알 수 있다.

58) 청원제도에 관해서는 헌법과 청원법에 규정된 바의 청원의 이용이 사안 혹은 논제의 공론화 과정과 입법 및 정책수립에 실제로 그리고 실질적으로 반영될 수 있는 제도적·현실적 가능성이 소수자 보호의 관점에서 특히 중요하다. 보다 심층적인 자료의 조

동예의 참여 확대는 입법목적과 입법의제의 선정과 수립이라는 의정과정의 초기 단계에서 가장 효과적일 수 있다는 점에 특히 유의할 필요가 있다.⁵⁹⁾ 또한 소수자의 특별보호를 위한 사회적 입법의 경우에는 평등권의 보장구조에 입각한 보다 철저한 분석과 정비가 입법과정에서부터 요구된다.

이와 더불어, 행정 영역에서도 정책수립과 집행에서의 대표성을 확보하며 구체적인 행정수행에서의 균형성과 적정성을 동시에 확보하는 것이 앞으로의 과제이다. 사법의 영역에서는 특히 국가의 최고법원인 대법원의 구성을 그 조직과 운영에 있어 소수자의 공정한 권리보호의 관점에서 대국민적 설득력을 제고할 수 있는 방식으로 개선해 가도록 꾸준히 노력해야 할 것이며, 헌법재판소 역시 특히 그 입법적, 정치적 기능에 비추어 헌법적 정당성에 더하여 민주적 정당성도 확보할 수 있도록 구성방식을 개선해 갈 수 있겠다. 소수자 보호의 관점에 있어서 사법의 영역에서는 사법절차에서 모든 기본권 행사의 전제이자 출발점이라고도 할 수 있는 변호사의 조력을 받을 권리를 사회적 약자로 하여금 충분하고 효율적으로 보장받고 행사할 수 있도록 하기 위한 다양한 형태의 법률구조제도가 마련되고 확산되어야 하겠다.

또한, 민주적 정당성 기준에서의 평가를 위해서는 과정과 결과의 공개와 더불어 시민사회의 전문적이고 건전한 진단과 비판이 핵심적이므로, 시민단체는 소수자 보호의 관점에서 입법, 행정, 사법과 헌법재판 작용에 대해 전문적인 기준에

사와 분석이 요구되는 바이나, 청원제도의 이용이 소수자 보호의 관점에서 유의미하게 국회 입법으로 이어진 예는 아직까지는 찾아보기 어렵다. 청원과 입법의 관련규정으로서는 국회법 제123조 내지 제126조의 규정 및 국회청원심사규칙을 참고할 수 있다. 입법과정에서의 공청회 제도는 기본적으로 국회법 제64조에, 청문회 제도는 기본적으로 국회법 제65조에 규정되어 있다.

59) 이러한 관점에서 2003년 국회법 개정을 통한 국회의원의 법률안 발의요건 완화는 대의제민주주의에서의 소수자 보호 관점에서 일응 중요한 역할을 했다고 할 수 있다(국회법 제79조 제1항 참조). 다만, 이러한 제도적 변화의 소수자 보호 차원에서의 긍정적 효과는 시민사회가 대표의 의정활동을 감시·비판함에 있어 법률안발의건수 등의 몇 가지 가시적인 일차적 지표에만 치중하지 않고 소수자 보호 취지의 법률안의 실제 법률로의 성립 비율 및 개별 의원들의 소수자 보호 법률안 관련 표결기록 등의 실질적인 기준에서도 감시·비판기능을 발휘하는 성숙한 자세를 취할 때 제대로 작용할 수 있을 것이다. 또한 직접민주주의적 입법과정의 보완적 도입도 의정활동에서의 소수자 참여 확대 노력과 함께 대의제민주주의에서의 소수자 보호에 제도적으로 긍정적인 기여를 할 수 있을 것이며(다만, 이 점에 관해서는 이 글의 각주 27도 참조할 것), 가장 넓은 차원에서는 언론의 공적 기능에 대한 언론 스스로의 인식과 우리 사회 전반에서의 표현의 자유의 확대가 필수적일 것이다.

서의 항시적·발전적인 감시 기능을 수행해가야 할 것이다. 그러기 위해서는 우리 사회 전반에 걸쳐 공동체구성원의 정치과정에서의 자유롭고 적극적인 참여의 당위성과 표현의 자유의 중요성에 대한 인식이 확산되고, 이러한 인식이 실제 표현의 자유의 행사와 정치과정에서의 참여로 이어질 수 있어야 하겠다.⁶⁰⁾ 언론의 공적 기능에 대해서는 구체적인 제도화에 있어 반론보도청구권과 정정보도청구권의 차이와 같은 기본적인 관점의 차이가 존재할 수밖에 없으나, 언론 스스로가 오늘날 정치과정에서의 공론화 및 의제설정 기능상의 역할과 비중의 중대성을 인식하고 그 공적 책임을 자각하여야 하겠다. 공직선거의 맥락을 포함하여, 반론권 관련 법리와 언론의 민사책임에 관한 법리를 일관성 있게 정비하는 것이 우선적으로 필요하다.

소수자에게도 기본적 인권이 평등하게 보장되어야 한다는 주장은 기본적 인권의 보편성에 근거한다. 기본적인 인권은 모든 인간 개개인에게 보편적으로 평등하게 보장된다는 뜻이다. 기본적 인권의 구체적 내용은 역사성과 사회성을 가질 수 있다. 그러나 모든 인간이 인간으로서, 인간이기 때문에, 그리고 인간이라면, 기본적 인권을 향유한다는 기본적 인권의 존재 자체의 정당성과 필연성에는 변

60) 민주주의 체제에서의 표현의 자유 개념과 강한 연관을 가진 평등개념은 소수자(정치적 견해를 기준으로 했을 때의 소수자를 포함하여)의 인권 보장과 인간으로서의 존엄과 가치의 실현에 기여한다. 이러한 관점에서 특히 명예훼손, 사생활의 비밀과 자유의 침해, 음란물, 상업적 언론 등과 표현의 자유의 관계에 있어서는 명목상 비교형량을 하면서도 실질적으로는 표현의 보호에 있어 유형적 혹은 범주별(categorization) 배제와 같은 기능을 하게 되어 표현의 내용을 기준으로 하여 내용이 가지는 가치와 관점에 대한 주관적 평가에 따라 보호의 정도를 달리하는 결과를 초래하여 평등한 표현의 자유에 반하게 되지 않도록 할 것이 일관성 있는 표현의 자유의 법리구성을 위해 요청된다. 음란물에 대한 규제 법률에 대한 합헌성 심사에 있어 비교형량에서 공익(公益)의 개념을 사용하여 미성년자의 보호 및 동의하지 않은 시청자의 원하지 않는 음란물 등의 노출로부터의 보호 그리고 성적 욕구의 상업적 왜곡 방지 등의 기준을 사용하여, 표현의 내용을 기준으로 한 주관적인 유형적 배제로부터 공익과 구체적 표현이 초래하는 해악의 사안별 비교형량의 방식으로 판단의 기제가 점차 변화해 가고 있는 것은 기본권의 최대보장을 위한 일관성 있는 표현의 자유 법리 구성에 있어 특히 소수자 보호의 관점에서 바람직한 추세라고 하겠다. 또한 상업적 언론의 영역에서도 우리 판례가 평등원칙에 반할 여지가 높은 유형별 배제방식의 이론을 완화하고 보다 명시적으로 비교형량으로 옮겨가고 있음을 알 수 있다(예를 들어, 현재 2005.10.27.선고, 2003헌가3, 헌법재판소판례집 제17권 2집, 189면 이하의 판결이유 참조). 청소년보호를 위한 표현의 자유의 제한에 관한 상세한 논의는 황성기, “청소년보호를 위한 표현물규제시스템의 헌법적 고찰,” **공법연구** 제29집 제3호(한국공법학회, 2001), 289-310면 등 참조.

함이 없다. 기본적 인권은 인간이 인간이기 때문에 당연히 갖는 권리이며, 개인에 대한 평가에 기초하여 특정 시점의 인간공동체의 다수에 의해 각 공동체구성원에게 비로소 주어지는 권리가 아니다. 소수자의 기본권에 관한 문제의 핵심이 차별에 있다면, 소수자가 주장할 수 있는 것은 평등권이다. 다수자에게 보장되는 자유와 권리를 법이 그리고 법적으로 소수자에게도 ‘헌법적으로 평등하게’ 보장하는 것은 소수자의 기본권 문제의 본질이자 출발점이다. 실질적 법치주의의 이상은 소수자 보호를 통한 평등이념의 확산과 정착을 통해서만 달성 가능하다고 할 것이다.

주제어: 대의제민주주의, 위헌법률심판의 민주적 정당성, 의정과정, 평등권, 소수자 보호

【참고문헌】

- 계희열, 『헌법학(상)』, 박영사, 2002.
- 권영철, “소수자 권리보호의 법적 기초”, 『법제연구』 제23호, 한국법제연구원, 2002.
- 김주환, “입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제”, 『헌법논총』 제11집, 헌법재판소, 2000.
- 김철수, 『헌법학개론』, 제18전정신판, 박영사, 2006.
- 김철수, “자유권의 법적 성격과 책임”, 『헌법논총』 제11집, 헌법재판소, 2000.
- 박진완, “평등과 다원성”, 『헌법학연구』 제6권 제1호, 한국헌법학회, 2000.
- 석인선, “헌법상 양성평등과 할당제”, 『법과 사회』 제16집, 법과사회이론학회, 1999.
- 석인선, “미국헌법판례상 성(性)에 근거한 적극적 평등실현조치의 사법심사기준에 관한 소고”, 『공법연구』 제26집 제2호, 한국공법학회, 1998.
- 성낙인, 『헌법학』(제7판), 법문사, 2007.
- 안경환, “법치주의와 소수자 보호”, 『법과 사회』 제12권, 법과사회이론학회, 1995.
- 안경환, “소수자 보호를 위한 법리”, 『법과 사회』 제2집, 법과사회이론학회, 1990.
- 이발래, “인권법상 소수자 보호체계와 차별심사에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제9권 제1호, 한국헌법학회, 2003.
- 이은영, “법여성학의 국가론과 여성의 정치력 향상”, 『법과 사회』 제12집, 법과사회이론학회, 1995.
- 이준일, “소수자와 평등원칙”, 『헌법학연구』 제8권 제4호, 한국헌법학회, 2002.
- 정종섭, 『헌법소송법』(제4판), 박영사, 2006.
- 조정관, “한국 대의제민주주의의 질적 고양을 위하여”, 『의정연구』 제7권 제1호 (통권 제11호), 한국의회발전연구회, 2001.
- 최희경, “헌법상 양성평등과 성주류화정책”, 『공법연구』 제35집 제1호, 한국공법학회, 2006.
- 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 『헌법논총』 제9집, 헌법재판소, 1998.
- 한인섭, “왜 소수자, 약자의 인권인가?”, 한국인권재단(편), 『제주 인권학술회의: 일상의 억압과 소수자의 인권』, 사람생각, 2000.
- 허영, 『한국헌법론』(전정3판), 박영사, 2007.

- 홍미영, “여성공무원채용목표제의 성과와 양성평등채용목표제의 전망”, 『지방과 행정연구』 제14권 제1호, 부산대학교 지방행정연구소, 2002.
- 황성기, “청소년보호를 위한 표현물규제시스템의 헌법적 고찰”, 『공법연구』 제29집 제3호, 한국공법학회, 2001.
- Bruce Ackerman, “Beyond Carolene Products”, 98 *Harvard Law Review* 713, 1985.
- Sacha E. de Lange, “Toward Gender Equality: Affirmative Action, Comparable Worth, and the Women’s Movement”, 31 *New York University Review of Law and Social Change* 315, 2007.
- John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.
- Cynthia L. Estlund, “Speech on Matters of Public Concern: The Perils of An Emerging First Amendment Category”, 59 *George Washington Law Review* 1, 1990.
- Daniel A. Farber, Philip P. Frickey 공저, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, University of Chicago Press, 1991.
- John Stuart Mill, *On Liberty*, 1859; 이극찬 역, 『자유론』, 삼성출판사, 1983.
- Robert C. Post, “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation and *Hustler Magazine v. Falwell*”, 103 *Harvard Law Review* 601, 1990.
- David A. J. Richards, “Sexual Preference as a Suspect (Religious) Classification: An Alternative Perspective on the Unconstitutionality of Anti-Lesbian/Gay Initiatives”, 55 *Ohio State Law Journal* 491, 1994.
- Nadia Urbinati, *Representative Democracy: Principles and Genealogy*, The University of Chicago Press, 2006.
- Iris Marion Young, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, 2002.

<Abstract>

Protection of the Minority under the Constitution of Representative Democracy

Woo-young Rhee*

Democracy operates by the majority rule. The majority rule, however, may not and should not be justified as such when it fails to protect rights of the minorities equally to those protected for the majority. A member of the community does not lose her or his dignity as a human being or shed the status as the holder of the constitutionally guaranteed rights just because she or he does not belong to a majority under a peculiar standard at a particular moment. It is a necessary and sufficient condition for the sustenance of any democracy that the government is obligated to guarantee the rights for all individuals including minorities. As discrimination against minorities lies at the core of the issues pertaining to the constitutional protection of minorities and their rights, how to construct the constitutional mechanism to interpret and apply the Constitution's equal protection mandate in the context of constitutional adjudication over the statute promulgated by the national legislature becomes an essential question to be posed and answered. This challenge is deduced in a representative democracy to the questions of how much of legislative formative power is constitutionally vested to the national legislature and how much the Constitutional Court should defer thereto in reviewing the constitutionality of the legislation, in terms of democratic legitimacy of its function of constitutionality review over the statute. Any particular standard of review to be adopted by the Constitutional Court for equal constitutional protection of minority rights should be coherent and consistent to the fulcrum in this larger context.

* Assistant Professor, College of Law, Seoul National University

In a pluralistic democracy that simultaneously pursues autonomy and equality under the Constitution, no absolute standard may be applicable to assess individual laws and policies, and the legitimacy of laws and policies may justifiably be measured and determined increasingly by the democratic legitimacy of the means and processes adopted to produce such laws and policies. Further, under the current state of representative democracy in the Republic of Korea, the most effective mechanism to protect and enhance the rights of the minorities may function at the early phase of political process where the subject matters of legislation and policymaking are introduced, deliberated and decided. Hence, the participatory engagement of the minorities in the earliest possible stage of the legislative and policymaking process, in, for example, constituting and operating the National Assembly and local legislatures, for the public expression and discussions of their interests and concerns is of particular significance, considering, especially, the relationship between the legislative process and the constitutionality review by the Constitutional Court over the statute, from the standard of democratic legitimacy.

While equality and participatory democracy through free and regular elections by universal suffrage and equal voting is the ideal of any representative democracy, the nature and function of the election in its original design and meaning may not remain unchanged as the influence of larger political parties and well-organized and better-funded interest groups upon the entire electoral system increases. Where there exists no mechanism for the expression and representation of the interests and concerns of minorities in constituting the institutions making the laws and the policies governing the community, realization of substantive equality in a representative democracy is no longer possible. More specific legislative reform efforts are due in this regard, in the following areas: the proportional representation system under which any and all individual candidates are required to be endorsed by a political party; the election law that does not allow an individual to simultaneously run for the candidacy in an electoral district and for the proportional representation, while there exist reasonable alternatives thereto; laws regulating campaign finance including the

deposit requirement for candidate registration that incidentally discourage the representation of minorities; and laws concerning the role of the mass media in public elections relevant to securing more equal access to the media on the part of all candidates in public elections.

In a broader context of political process, an effort should be made to support and reinforce various citizen groups and newly emerging and small-scale political parties representing minority interests, by various means including financial and tax subsidies, so that they may take part in political and legislative processes based upon the persuasiveness of their stances and claims. In addition, minority positions should be provided with measures through which they may meaningfully and securely participate in the operation of the legislative process and other relevant legislative activities. The legislative process as a whole should be disclosed to the public as much as lawfully permitted for transparency, and petition and public hearings should be further activated in the legislative process including the committee and sub-committee procedures within the National Assembly, which in turn will expand the opportunities for minorities to present and discuss their positions and concerns. Securing representation in the political process and expanding participation in the legislative process of the minorities can be conspicuously effective if targeted at the early phase of the political and legislative process where the purposes and objects of legislation are introduced, deliberated and selected.

Further, in the area of public administration, representation in the process of policymaking and its execution and an appropriate balance between distributive and substantive justice should be constantly and consistently pursued. In the domains of judicial and constitutional adjudication, the organization and administration of the Supreme Court and the Constitutional Court, especially, should be further diagnosed for possible reform, so as to increase persuasiveness of their decisions towards the public as a whole, from the perspectives of fair protection of minority rights. In the same vein, various systems providing legal aid within and outside formal justice administration should be further developed and expanded so that the minorities often faced with prejudice and discrimination

can fully and efficiently exercise the right to counsel, which functions as the gateway to all other constitutionally guaranteed rights. Citizen groups are under due request to assume constant and constructive monitoring functions over the legislative, administrative, judicial functions of the government and the constitutional adjudication of the nation, from the perspectives and standards of the equal rights of the minorities. In the broadest context, the virtue of proactive participation of most members of our community in the political process and the significant role of the freedom of expression in such vein should be unambiguously and widely accepted throughout various aspects of the community, which should then lead to the actual participatory engagement in the political process. This process may be greatly expedited when the mass media accept and assume their significant role and responsibility in the free expression of issues and perspectives and the public deliberation of legislative agendas in the Korean society.

Key words: representative democracy, democratic legitimacy of the constitutionality review over the statute, legislative process, right to equality, protection of minority