

少數者 權利保護의 法的 基礎

權 寧 高*

차 례

- I. 머리말
- II. 소수자의 개념과 적용례
 - 1. 소수자의 개념
 - 2. 생활영역상의 소수자
- III. 소수자 보호 법제의 기초
 - 1. 헌법철학적 근거
 - 2. 현행헌법상의 근거
- IV. 소수자 권리보호의 주요 영역
 - 1. 동성애자
 - 2. 장애인
 - 3. 외국인 노동자
- V. 맺음말

* 中央大 法大 教授, 憲法學

I. 머리말

바야흐로 X세대로부터 새 천년 시대의 주역이 될 Y세대로 젊은 층의 중심부가 옮겨가고 있다.¹⁾ 새 밀레니움의 중심세력이 될 Y세대의 뚜렷한 지향성 가운데 적어도 하나는 높은 평등의식과 이타주의(利他主義)라 할 것이며, 그 연장선상에 볼 수 있는 것이 소수자에 대한 존중이 아닐 수 없다. 따라서 이들 세대가 진정한 중심부 세력을 형성할 미래에는 소수자 보호의 과제는 실로 새로운 지평을 열게 될 것이 분명하다.

바로 이 시점 지구세계를 공포의 도가니로 몰아넣고 있는 몇몇 대표적인 분쟁의 근저에는 소수자 문제로서의 인종문제가 도사리고 있음은 물론이다. 그것이 9·11테러사건이든, 동유럽의 인종청소(ethnic cleansing)문제가든 또는 체첸반란이든 모두 다 인종적 소수파문제로부터 파생된 것이라 하지 않을 수 없기 때문이다.

현재 지구상에는 200여 국가가 있고 UN가맹국만도 190개국을 넘고 있는 바, 이들 가운데 불과 20개 국가만이 인종적으로 단일종족구성국가인 것이다.²⁾ 한국이 그 중에 하나로 분류됨은 물론이다. 따라서 대부분의 국가는 다종족으로 구성되기 마련이고 이때 다수를 구성하는 인종 내지 종족과 대칭관계를 이루는 소수파는 정치·경제적 및 문화·종교적 등 권리침해를 근거로 하는 갈등과 긴장을 드러내게 되며, 이는 정도에 따라 국경을 넘어서 국제적 분쟁으로 치닫게 된다. 이 같은 소수파가 지향하는 원칙의 하나가 바로 민족자결주의(the principle of national self-determination)인 것이다. 지난날 일본 식민지하에서 소수자로서의 우리민족이 독립을 요구할 때 원용한 근거 또한 그것이었음은 물론이다.

1) X세대라는 용어는 1991년 캐나다의 Douglas Coupland의 소설 제목 'Generation X'에서 명명되기 시작하였는 바, 베이비붐 이후 맞벌이 부부 내지는 이혼 또는 별거 부부 속에 자라난 세대로서 가정에 대한 이율배반적 반응과 냉소적 생활스타일 특히 이기주의적 세계관 등으로 대표된다. Y세대는 이와 달리 밀레니움의 변화가 예고되고 있는 가운데 Y2000의 주역 세대를 지칭하는 것으로서 프루덴셜 보험회사의 보고서에서 처음 쓰기 시작했다고 알려지고 있다. Y세대와 다른 지향성 가운데는 자기 주장이 강한 반면, 평등의식과 이타주의적 세계관을 들 수 있겠다. 바로 이 같은 연관에서 소수자 보호의식 또한 그 이전 세대보다 상대적으로 고양되고 있다고 본다.

2) J.M Vorster, *The Rights of Minorities in a Constitutional State*, The Ecumenical Review, Oct. 2000, p.491.

이처럼 다수자와의 대칭관계에서 소수자의 권리 또한 존중되고 보호되어야 한다는 의식이 비단 오늘날 일깨워지고 있는 것은 아니다. 기술로서의 민주주의는 다수결 원리로 대표된다고 할 것이고 다수에 의한 소수의 지배를 숙명으로 오랫동안 받아들여 왔었다. 평등에 대한 인식의 성숙과 더불어 이 같은 지배의 체계에 대한 의문을 제기하게 됨에 따라 소수자의 권리문제가 표면화되기 시작한 것이다. 20세기 100년은 보기에 따라 역사상 이 같은 새로운 갈등의 문제가 세계화된 시기였다고 평가될 수 있을 것이다. 보기에 따라서 이 문제는 또 다른 양상을 나타낼지도 모른다. 요컨대, 앞으로 전개되는 시대에서 소수자에 대한 권리보호는 뚜렷이 하나의 시대정신으로 자리매김 할 것이 분명하다.

위에서 지적한 바와 같이 모름지기 민주주의란 다수에 의한 지배를 그 속성으로 한다. 이는 다수에 의해 소수가 지배당함으로써 소수에 대한 권리침해라는 부당성이 항상 가능성을 암시한다. 이점에 관해서 제임스 매디슨(J. Madison)은 “다수가 공통의 이익이나 열정으로 결합되는 경우에 언제나 소수의 권리는 위협해진다.”³⁾고 언급한 바 있다. 다수가 자신들을 다수세력으로 결합하게 한 바로 그 열정에 휩싸여 인종적 또는 종교적 소수자의 권리를 경시한 예는 흔히 찾아 볼 수 있다.

물론 여기서 지적되어야 할 점은 민주주의원리 그 자체가 본질적으로 배타적이거나 타인 내지는 타세력의 권리침해를 반드시 수반하는 것은 결코 아니다. 현상적으로 그 같은 가능성이 수반될 수 있다는 것일 뿐이다. 이러한 관점에서 볼 때 민주주의와 관련하여 다수지배의 원칙을 살펴보면, 비록 “다수지배의 원칙이 이론적으로나 또는 실제적으로 민주주의 정치제도에 있어서 가장 기본적인 초석”⁴⁾이기는 하지만, 다수에 의한 전체의사 결정과 지배는 경우에 따라서는 불가피하게 소수자의 권익을 희생시킬 가능성을 잉태하고 있으며 소수자의 권익침해에 대한 합리화 내지 정당성의 사유가 될 수도 있음을 내포하고 있다.

그러므로 이러한 다수지배의 난점을 극복하기 위한 수단으로 실제로 어느 나라 헌법에서나 다수지배의 원칙 내지는 더 구체적으로 다수결원칙만이 제도적으로 구현되어 있는 것이 아니고, 오히려 다수의 횡포와 독주를 견제하기 위한 여러 가지 제도적 장치들이 마련되어 있는 것을 흔히 볼 수 있다.⁵⁾ 이는 다수

3) 존 엘스터·오정진 역, “다수결의 원칙과 개인의 권리”, 『현대사상과 인권』, 사람생각, 2000, 215면.

4) Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process*, The University of Chicago Press, 1983, p.4.

5) 김용운, 『위헌심사론』, 삼지원, 1998, 409면.

지배의 원칙이 곧 민주주의 체제를 보장하는 것이 아니라는 것을 의미한다. 헌법상 국민이 보장받아야 할 기본권을 열거한 것은 국민의 '다수'가 아닌 '모든 국민'을 대상으로 한 것이다. 따라서 국가가 소수자에 대하여 기본권 보장 의무를 다해야 하는 것은 필연적인 것이다. 사회에서 약자인 소수자 또한 당연히 인간의 존엄성과 가치를 지니고 행복을 추구할 권리를 가진 기본권의 주체임은 분명하고, 헌법상의 기본권 보장과 관련할 때에도 국가에 의한 보고대상이 다수자 뿐만 아니라 소수자의 기본권이라는 사실에 주목하여야 할 것이다.

문제는 여기에 그치지 아니한다. 민주주의가 지향하는 기본적 가치들 가운데는 자유, 평등, 정의 등이 있을 것인 바, 무릇 국민은, 그 속한 계층 또는 다수 또는 소수 등 어떤 집단의 속하건, 모든 영역에서 균등한 기회와 동등한 처우를 보장받아야 한다. 바로 이렇게 파악할 때는 소수자의 인간존엄성을 보호할 수 없는 민주주의란 이미 그 가치를 상실한 것이다.

즉 국가가 소수자를 보호하지도 못하면서 다수의 권익만을 보호한다는 것은 적어도 우리의 헌법이념에 부합되지 않는 것이다. 요컨대 여러 민주주의적 가치들을 실현함에 있어 빠뜨릴 수 없는 요소로써 소수자권리의 보호가 있음에 주목하지 않을 수 없다. 아래에서는 이에 관한 법적 기초를 이루고 있는 여러 측면들을 개략적으로 다루어 보면서 몇 가지 대표적인 영역의 예시를 통하여 그 전체의 윤곽을 가늠해 보고자 한다.

II. 소수자의 개념과 적용례

1. 소수자의 개념

소수자는 다의적인 개념이며 그것의 법적 개념정의를 어떻게 하느냐에 따라서 그 보호범위가 달라지기 때문에 이에 대한 만족할만하고 동시에 확정적인 정의를 내리기란 사실 쉽지 않다. 소수자의 법적 개념을 정립함은 그 자체 만으로써도 중요하거니와 소수자 보호의 실천적 과제의 측면에서도 특별히 중요한 의미를 갖는다.

일단 다수자와 소수자를 가늠하는 것은 일반적으로 수적 기준이라 볼 것이다. 수적 기준이 그 개념적 출발점을 이룸은 부인할 수 없다. 그러나 여기서 주목해야 할 점은 단순한 수적의 열세가 소수자를 구성케 하는 것은 아니라는 또 다른 사실이다. 예를 들면 여성과 남성의 경우 수적인 구성은 거의 비슷하

거나 경우에 따라서는 오히려 여성이 다수를 구성하지만 그렇다고 하여 남성을 소수자로 인식하지는 않는 점이 바로 이를 가리키는 것이다. 요컨대 굳이 따진다면 소수자란 모름지기 단순한 수적인 세력이라기 보다는 질적·사회적 구성에 바탕을 둔 기능적 구분으로 파악되어야 할 것임은 물론이다.

바로 이 같은 개념적 틀에 비추어 볼 때 소수자란 “사회구성체의 정치, 사회, 경제, 문화의 제반 영역에서 인종, 성, 경제적 능력, 사상이나 도덕, 기타의 이유로 지배적이라고 일컬어지는 가치와 상이한 입장에 있는 부류”⁶⁾로 정의할 수 있을 것이다.⁷⁾ 바로 이 같은 정의를 개념적으로 설명함에 있어 소수자 개념을 총괄개념 대신 분과개념으로 구분지우는 경우도 있다.⁸⁾ 다시 말해서 어느 영역 또는 어떤 경우에도 보편적으로 적용될 수 있는 개념이 아니라는 것이다. 따라서 특정한 경우에 소수자로 분류된다고 하여 반드시 다른 경우 내지는 다른 연관에서 소수자인 것은 아니기 때문이다. 이를 가리켜 정치적인 소수자가 반드시 문화적 소수자 내지는 사회경제적 소수자일 수는 없다는 것이 바로 그것이다.

기본적으로 차이가 없는 더 최근의 개념정의를 들면 “소수자란 종교, 문화, 사회적 신분, 언어, 인종 및 정치적 이상 등을 이유로 수(數), 신분 그리고 정치적 힘에 있어 열세(劣勢)에 놓인 집단(a group inferior in numbers, status, and political power because of religion, culture, social status, language, ethnicity and political ideals.)이라고 풀이하는 것이 바로 그것이다.⁹⁾ 아무튼 소수자의 문제는 국내적 연관 그리고 국제적 연관에서 모두 제기될 수 있는 것임은 물론이다. 따라서 관련법의 문제 또한

6) 안경환, “소수자 보호를 위한 법리”, 『법과 사회』 2권, 법과사회이론학회, 1990. 3, 115면.

7) 국제법상에서는 합의된 소수자 개념정의를 없으나, 일반적으로 인용되고 있는 정의는 Caportorti에 의한 것이다. 그는 소수자를 다음과 같이 정의 내리고 있다. “A group numerically inferior to the rest of the population of a state, in a non-dominant position, whose members-being nationals of the state-possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, tradition, religion or language” F. Capotorti, *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities for the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/384/Add.1-7, UN Sales No. E. 78. XIV. 3, paras. pp.37~38.

8) 안경환, 전제논문, 115면.

9) J.M. Vorster, op.cit. p.490.

국내법과 국제법에서 고르게 쟁점적으로 부각되기 마련이다.

소수자 개념과 관련하여 20세기 후반 이후에 두드러지게 변화한 측면은 중앙의 권위 내지는 중심부의 권위가 급속도로 쇠퇴 내지는 분해하는 양상을 보이게 됨에 따라 나타나는 변화라 할 것이다. 이점은 정치적으로도 그러하거나와 사회·경제적 측면에서도 나타나는 변화라 할 것이다. 이념적 및 환경적 배경의 한 부분을 이루는 것으로는 포스트 모더니즘(post-modernism)을 들 수 있겠다. 즉 대형국가들에서 나타나는 국가분리주의의 결과 새롭게 등장하는 여러 소수국가군 또는 중앙정부로부터 분리주의를 선언하고 내란상태를 계속중인 여러 사례들이 바로 그것이다. 물론 그 배경을 이루는 것은 알타체제의 붕괴 및 지난 10여년간 계속되어 온 소련 및 동유럽 사회주의 국가의 재편성이 아닐 수 없다. 다시 말해서 오늘날 더 이상 소수민족 내지는 소수인종이 대형 국민국가에 종속되어야 한다는 명제가 더 이상 설 땅을 잃어가기 때문이다.¹⁰⁾

보는 시각에 따라서는 소수자의 문제가 적어도 국제적 연관에서의 법문제로는 1960년초 이래 지난 40여년간 국제법의 주요쟁점으로 발전되어 온 바는 개별 국내법상의 경우보다 오히려 더 활발했다고 할 수도 있겠다. 이에 관한 가장 대표적인 것이 1966년 12월 16일 UN의 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)’이다. 그 제27조는 소수자의 권리보호에 관한 규정인바, “인종적, 종교적 및 언어상의 소수자집단이 존재하는 국가에서 이들 소수자들이 그들의 문화를 향유하고, 자신의 종교를 표방 및 신봉하고, 그리고 자신들의 언어를 사용할 권리가 부인되어서는 안 된다.”고 규정하고 있는 것이다.

뿐만 아니라 이는 1992년의 “민족, 인종, 종교 및 언어상의 소수자들의 권리에 관한 선언”¹¹⁾에 의하여 이들 소수자 권리는 더욱 더 보장되어가고 있다. 요컨대 이와 더불어 UN의 인권위원회 중심으로 이들 집단의 권리보호를 더욱 공고화하고 동시에 상세화하는 노력이 지속되어 오고 있다. 여기서 특히 주목할 점은 범 세계적 차원에서 『입헌주의』와 『민주주의』발전 속에서 소수자의 권리보호라는 명제에 UN인권위원회의 활동이 집중되고 있음에 주목하

10) H. Van Erp, *Democratic Pluralism and Majority Rule*, 18 SAJP, 347 (1999) at 355.

11) United Nations, “The United Nations and Human Rights” 1945~1995, New York, UN, 1995, p.414: UN document A/RES/47/135.

여야 할 것이다. 다시 말해서 소수자의 헌법상의 권리보호를 국내적 및 국제적 차원에서 고양시켜야 됨이 목표로 설정되었음을 가리키는 것이다.

요컨대 이처럼 소수자 권리보호의 문제는 오늘날 보기에 따라서는 국제법의 차원에서 오히려 더 팔목할 만한 발전을 거듭하고 있음이 분명하다. 이같은 국제적 차원에서 국가간의 노력도 중요하지 않은 것은 아니지만 현실적으로 소수자의 권리침해는 국내의 일상적인 생활 속에서 이루어지는 측면이 더 중요하다고 보지 않을 수 없다. 바로 이같은 연관에서 누가 언제 어떤 경우에 소수자로 인식되거나 그 같은 지위로 자리매김 되는가 하는 점은 실로 현실의 문제가 아닐 수 없는 것이며 바로 그러한 뜻에서 그 개념적 분류가 갖는 의의가 확인되는 것이다.

먼저 정리될 수 있는 요소는 일단 수적 기준이 중요할 수 밖에 없다는 점이다. 다시 말해서 수적 지배세력이 일단은 다수자이며 그 대칭집단이 소수자임은 물론이다. 그러나 이같은 구분이 타당하지 않는 연관 또한 많다는 점에 주목하여야 할 것이다. 바로 여기에서 제기되는 또 다른 기준이 결국 기능적 소수자를 가늠하게 된다. 즉 이 경우 수 그 자체보다 어떤 세력 또는 집단이 주어진 국가 사회의 중심부에 자리매김하고 있는가에 따라 그 구분체계가 달라질 수 있음에 유의하여야 할 것이다. 당연히 중심부 세력에 포함된다고 볼 세력, 집단 또는 구성원들은 그 수적으로 크고 작음에 상관없이 다수자로 분류될 것인바, 권리향유에 있어 더 우월적인 지위가 확보되기 때문이다.

이를테면 경제·사회적 빈곤층은 당연히 수적으로는 우월할 수 있어도 소수자 집단으로 파악됨과 동시에 그렇게 분류될 개연성이 크다. 바로 여기서 확인될 수 있듯이 현실적으로 빈번히 사용되고 있는 다수자/소수자 구분은 의도적으로 의식하든 않든 많은 경우 기능적 구분이라 하여 크게 틀림이 없을 것이다. 동시에 주어진 시점을 기준으로 이같은 구분을 가변적으로 파악한다기보다 기성적인 구분 내지는 그 명명(命名)을 관행적으로 받아들임에 따라 소수자로 인식하는 경우가 많다는 점도 지적되어야 할 것이다. 다시 말해서 전통적으로 오랜기간 차별대상 집단으로 자리매김 해온 경우는 주어진 시점 이후 달라진 사회·경제적 조건에도 불구하고 소수자로 파악하는 경우가 많기 때문이다.¹²⁾ 엄격하고 과학적인 개념구분의 결과로만 볼 수 없음은 물론이다.

12) 동지(同旨): 안경환, “법치주의와 소수자 보호”, 『법과 사회』 12, 법과사회이론학회, 1995. 11, 9면.

2. 생활영역상의 소수자

(1) 정치적 영역

정치적 영역에 있어서의 소수자란 선거권과 피선거권, 국민투표권, 공무담임권 등에서 다수자와 평등한 대우를 받지 못하는 자를 말한다.¹³⁾ 이러한 정의에 따를 때 ① 선거에서의 소수자, ② 의회내의 결정에서의 소수자, ③ 국민투표에 의한 소수자, ④ 정치적 위원회내의 소수자, ⑤ 야당 등을 들 수 있다. 앞에서 열거한 소수자는 ‘소수자’라는 면에서는 일견 같지만 그 함축을 조금씩 달리한다. 즉 ①~④가 동등한 자격을 전제로 하여 행해지는 다수결의 원칙에서 나오는 소수자 보호의 문제라면 야당의 보호는 다수결의 원칙과는 무관한 정치적 소수세력으로서의 야당을 문제삼고 있기 때문이다. 전자의 다수결의 소수자와 후자의 야당이 다른 점은 첫째, 다수결의 소수자는 산술적인 수의 개념이지만 야당은 정치적·사회적 세력의 개념이라는 것 둘째, 전자가 다수결의 원칙의 적용에서 나오는 일시적·유동적 소수자라면 후자는 다수결의 적용이 어렵고 특히 야당의 존립자체에 대한 문제는 전혀 다수결의 적용대상이 될 수 없는 ‘구조적·불가변적 소수자’라는 점등이다.¹⁴⁾

(2) 경제적 영역

경제적 영역의 소수자란 경제활동에 있어서 불합리한 차별을 받거나, 경제적인 궁핍으로 인하여 불리한 차별대우를 받는 자를 말한다. 이러한 견해에 따르면 도시빈민, 농민, 도시근로자, 소비자 등을 들 수 있겠다. 경제적 영역의 소수자는 개인과 기업의 경제적 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는(헌법 제119조제1항) 자유경제체제에서 필연적으로 발생하는 ‘구조적 소수자’이다. 앞에서 언급한 바와 같이 구조적 소수자는 가변적 소수자의 경우처럼 구조적 소수자의 문제를 전체의 문제로 하여 다수결의 원리를 적용할 수 없다.

13) 최용기·서경무 공저, 『인권과 법』, 하락도서, 1992, 54면.

14) H. Kelsen도 만약 다수자와 소수자가 언제나 고정적으로 구분·대립되어 있다고 한다면 다수결원칙을 적용할 여지는 없다고 한다. H. Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2Auf., 1929, S.55.

(3) 사회적 영역

사회적 영역에 있어서의 소수자는 훨씬 더 기능적인 구분인 까닭에 정치적 영역에서의 경우보다는 보호의 실익 또한 분명하지 못한 사례가 많다. 이를테면 빈부의 격차에 따른 차별이 당연히 금지되고는 있지만 자본주의적 시장 경제하에서 사실상의 이같은 사회적 평등이 실현됨은 불가능하기 때문이다. 사회적 영역의 소수자의 대표적인 예로 빈민층, 또는 경우에 따라 근로자 계층을 들 수 있다. 그러나 보기에 따라서 역사적으로 가장 대표적인 이 영역의 소수자로는 성(gender)을 기준으로 볼 때의 여성이 아닐 수 없다. 다만 오늘날 여성권리 보호의 문제는 그 자체로서 하나의 시대정신을 이루고 있는 까닭에 다른 여타의 소수자와 동격적 차원의 권리보호대상이라기 보다 그 자체가 독립된 명제이며 독립된 영역을 이루고 있다하여 크게 지나침이 없다. 따라서 여기서는 여성 권리보호는 별도로 분리하여 다루어질 것을 전제로 하는 까닭에 편의상 이에 포함시키지 아니하고자 한다.

기타 대표적인 이 분야의 소수자로는 전과자, 재소자, 누범자 등 형사절차상 및 형사기록상의 집단이 이에 해당된다고 할 것이다. 또 사회학적 연관에서는 적서(嫡庶)관계상의 서자, 오늘날 한국에 고질적인 지역차별과 연관된 지역적 소수자를 들 수 있으며, 귀화인도 이에 해당될 것이고, 마야흐로 전개되고 있는 디지털 시대에서 이른바 정보격차(digital divide)가 초래하고 있는 컴맹을 포함하는 정보기술의 미숙자 또한 새로 등장하고 있는 소수자유형이라 할 것이다.

한 걸음 더 나아가서 동성애자 및 성전환자 등 새로 부각되는 일련의 성적 소수자의 문제 또한 잠재적 심각성을 예고하고 있다고 할 것이다. 미국의 경우 이를 “도덕적 소수자(moral minority)”라 부르는 경우도 있으나 완전히 보편화된 명명(命名)이라고는 할 수 없겠다. 왜냐하면 이것이 월남전쟁에 대한 반전운동과 체제비판이 전성기를 이루었던 1968년~1975년 같은 기간에 억압되었던 이들 집단들이 체제도전 내지는 체제반발의 한 표시로서 동성애 등 전통적으로 비정상적인 행태가 한동안 유행을 이룸에 따라 이를 옹호하기 위하여 나온 개념의 한 표현이 바로 “도덕적”소수자라 하였기 때문이다. 이제 근본적으로 시대환경도 그를 합리화해 줄 정치사회적 조건도 아니다. 따라서 오늘날도 그 같이 부름이 과연 보편적인가는 의문이 간다고 하겠다.

(4) 문화적 영역

문화적 영역의 소수자란 교육의 기회균등과 문화적 활동에 있어서의 평등한 대우를 받지 못하는 자를 말한다. 물론 이 경우 사회적 영역의 사례들과 문화적 영역의 경우를 명료하게 구분함이 쉽지 않다. 따라서 분류자에 따라 이들 가운데에 어떠한 영역으로 나누어 구분하는 가는 얼마든지 달라질 수 있다.

이때 가장 대표적인 것은 역시 교육기회의 접근에 따른 차별이라 할 것이다.¹⁵⁾ 다시 말해서 교육기회의 유무 및 수학의 정도에 따른 구분 등 다양한 분류가 가능할 것이다. 물론 오늘날 범 세계적인 교육의 확대 특히 우리 한국의 경우 높은 교육 수준의 지속적 확보에 따라 무학자 내지 문맹은 현실적으로 없다고 볼 것이기 때문에 당연히 단계와 수준에 따라 다수자/소수자의 구별이 지워진다. 물론 이 경우 위 사회적 영역에서 이미 지적한 정보격차에 따른 정보소수자 또한 이 영역에서의 소수자 문제와 중복을 이룬다 할 것이다.

단순한 수학정도를 넘어서서 국립교육기관과 사립교육기관간의 기능 분할이 잘 정립되지 못함에 따라 기능적으로 존재하게 되는 우리 특유의 다수자/소수자 지위와 기능이 문제되기도 한다. 대형 교육기관과 군소 교육기관, 중앙의 대학과 지방대학 등 또 다른 여러 연관의 차별 문제가 현실의 과제로 계속 남고 있다.

교육 못지 않게 부각되는 영역으로서 종교적 소수자의 문제가 있겠다. 인류 역사상 종교 소수자만큼 극명한 차별의 대상이 되어온 사례를 찾기 쉽지 않다. 물론 우리의 경우도 조선후기 국가적 차원에서 서학에 대한 혹독한 억압의 역사를 가져왔음은 기억에도 새롭다. 물론 우리 헌법이 국교의 금지와 정교분리를 명문화(헌법 제20조 제2항)하고 있음에 비추어 적어도 법적으로 이 영역의 소수자 차별이 금지됨은 물론이다. 그러나 실제에 있어 존재하는 군소 종교 신도들의 소수자지위는 부인하기 어려울 것이며 당해 종교의 종교 활동도 같은 연관에서 여러 문제를 안게 된다.

기타 예술과 연예의 영역에서 나타나는 소수자 차별 또한 이 분야의 주요 과제가 아닐 수 없다. 특히 전통적으로 인정되어 오거나 공인된 예술장르와 이른바 전위예술 등 새로운 주변부 예술 또는 연예 사이에 제기되는 문제 또한 이에 포함되어야 하겠다.

15) 권영설, “역차별과 평등권의 현대적 전개”, 『월간고시』, 1981. 10, 60면.

Ⅲ. 소수자 보호 법제의 기초

1. 헌법철학적 근거

(1) 자유주의

소수자 보호의 헌법철학적 근거는 자유민주주의 헌법이 추구하는 본질과 가치의 규명을 통해 추출해 낼 수밖에 없다. 헌법이 지향하는 근본 가치인 자유민주주의의 본질과 가치를 떠나서 소수자보호를 논할 수는 없기 때문이다. 자유민주주의의 기본이념으로는 보통 자유, 평등, 인간의 존엄을 들 수 있겠다. 이들을 중심으로 하여 소수자 보호의 헌법철학적 근거를 고찰해보도록 하겠다.

개인의 자유를 수단이 아닌 목적 그 자체로 하는 자유주의는 모든 형태의 자의적 억압과 속박으로부터 개인을 해방시키기 위해, 개인의 남의 자유를 침해하지 않는 한, 사적 영역에 속하는 모든 문제들을 그 자신의 판단과 자율에 맡김으로써 개인간의 자유로운 경쟁과 시행착오를 통한 창의적이고 역동적이며 활기에 찬 사회를 추구하고, 이러한 상태야말로 자연과 사회의 비인위적인 사물의 본성에 해당한다는 철학적 인식에 근거하였다.

자유주의 헌법학의 기본적인 전제는 첫째, 인권은 개인의 불가침의 사적 영역을 확보하는 것이며, 둘째, 사적인 영역과 공적인 영역은 엄격히 구분되며 공적인 것만이 법적 규제의 대상이 될 수 있다는 것이다. 현실적으로 볼 때 모든 사람은 다르며 다른 사람과 구별되는 자신의 개성을 형성할 자유를 가지고 있다. 따라서 단지 어떤 소수민족 혹은 집단에 소속하였다는 이유로 개별적 인격성을 존중하지 않고 이에 대한 요구를 무시하는 개인에 대한 사회적인 멸시나 차별은 인간의 존엄의 본질적 내용을 침해하는 것이라 할 수 있다. 왜냐하면 이것은 인간의 존엄의 목적으로서 모든 사람의 동일한 인격의 발전적 형성의 요구를 침해하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.¹⁶⁾

자유주의에 입각한 소수자보호의 법리를 연원적으로 어디에서 찾을 인가가 우선 문제된다. 대체로 영국의 존 스튜어트 밀(J.S. Mill)¹⁷⁾에서 이를 찾는

16) Brugger, *Theorie und Verfassung des Pluralismus*, Staatwissenschaften und Staatspraxis 1.1990, S.534.

17) J.S. Mill, *On Liberty*, 1859. 이극찬 역, 『자유론』, 삼성출판사, 1982, 231~271면.

것이 일반적이다. 그는 민주주의 사회에서 ‘자치’(self-government)나 ‘민중의 민중자신에 대한 권한’(the power of the people over themselves)이라는 것도 따지고 보면, 각자가 그 자신에 의해서 통치됨을 가리키는 것이 아니라 각자가 다른 모든 사람들에 의해서 지배되는 것임을 지적하여 “민중의 의사라는 것은 실제로는 민중 속에서도 가장 활동적인 부분의 의사, 즉 다수의 의사나 또는 스스로의 다수자성(多數者性)을 인정시키는데 성공한 집단의 의사를 의미하고 있음”을 간파하였음은 물론이다.¹⁸⁾

따라서 “민중이 그 구성원의 일부를 억압하려는 현상은 으레 있을 수 있으며, 이것에 대해서는 다른 일체의 권력남용에 대해서와 마찬가지로 철저한 경계가 필요하다.”고 역설하였다. 요컨대 ‘소수자의 보호’는 ‘다수자의 압제’(the tyranny of the majority)라는 사회적 위험성에 대한 견제논리인 것이며, 그 근거는 개인이 가지는 시민적 자유의 보호에 있었다. 특히 자유에 대한 침해할 함에 있어 다수인인 국민전체의 이름을 빌어 행함을 크게 비판하였다. 이 때 제시한 주요한 논거는 인류의 사상은 변해 왔으므로 주어진 시점의 지배적 사상이 영원하다는 보장이 없기 때문에 더 나은 사회의 출현을 위해 그 주장이 옳든 그르든 이를 수용해야 한다는 것이었다.

그리하여 그 같은 주장이 시대적으로 타당하게 받아들여지는 경우에 이는 다수자로 등장되는 것이며, 그렇지 않은 경우에는 정당한 과정을 거쳐 소멸될 것이라는 것이다.¹⁹⁾ 물론 이 경우의 전제는 타에게 해악을 주어서는 안 된다는 것이다. 사실 밀의 이 같은 주장은 미국건국초기의 지도자이자 연방헌법기초자의 하나인 매디슨(J. Madison)에 의해서 이어지고 있음을 볼 수 있다. 미국 연방헌법이 다수주의의 원칙에 근거한 대의제정부를 근간으로 하고 있음은 주지하는 바이다.

매디슨의 견해 가운데는 다수자에 의한 소수자이익의 무시라는 우려가 크게 돋보인다고 할 것이다. 다시 말해서 다수자에 대한 경계를 가리키는 것이 아닐 수 없다. 요컨대 다수자가 낳을 수 있는 해악의 예방책으로 그가 고안해낸 것이 연방헌법상의 권력구조인 바, 견제와 균형의 원리(checks and balances)

18) 안경환, 전계논문, 소수자 보호를 위한 법리, 118면.

19) J.S. Mill의 주장은 다음과 같은 극단적인 예에서 잘 요약된다. ‘만일 한사람만을 제외한 전인류가 동일한 의견을 가지고 있고 단지 한사람만이 그것에 반대되는 의견을 갖고 있다 하더라도 인류가 그 한사람에게 마음대로 말못하도록 입을 다물게 하는 것이 부당한 것은 그 한사람이 권력을 장악했을 때 전인류를 말못하도록 침묵케하는 것이 부당한 것과 조금도 다를 바 없다.’ 황경식, 『사회정의의 철학적 기초』, 문학과 지성사, 1985, 349면.

적용이 바로 그것이다. 결국 연방정부 각 부서의 권한을 그에 따라 분할하여야 한다는 것임은 물론이다.

그런데 여기서 주목할 점은 바로 이 같은 주장의 전개가 단순히 정치제도에 그치지 아니하고 권리장전으로 이어졌다는 사실이 아닐 수 없다. 즉 기본적인 권리 또한 헌법전(憲法典)에 명문으로 수용해야 한다는 주장으로 발전했고, 이것은 뒤이어 최초의 헌법증보(憲法增補)를 의미하는 권리장전(Bill of Rights) 즉 제1조부터 제10조에 규정된 것이다. 이와 같이 소수자보호의 사상적 기초는 기본적으로 정치적 소수자라는 테두리에서 발전된 것이라 할 것이다. 이는 당연히 다른 영역으로 확대 적용되는 바, 사회적·경제적, 도덕적, 문화적 영역으로 이어졌음은 물론이다.

(2) 평등의 원리

자유가 자유민주주의 헌법의 이념적 기초로 수용되고, 또 인간의 존엄성이 도달되어야 할 궁극적 이념으로서 수용되기는 하였지만 이러한 자유주의 헌법학은 개인의 권리평등만을 말할 뿐 권리행사에 필요한 사회적 조건의 불평등성은 그다지 중요하지 않다는 맹점을 가지고 있다. 그에 반해 헌법상의 평등은 자유민주주의의 근본적 가치의 수호를 위한 실천적 역할을 수행하고 있다고 볼 수 있다. 권리투쟁의 치열한 현장에서 그 모든 고통을 감내하며, 소수자에게는 최고의 응원군으로, 그리고 다수자에게는 다른 어떤 무기보다도 결코 끄러운 상대가 되어온 것이 바로 평등이다. 이런 측면에서 헌법상의 평등은 자유주의 보다 소수자·약자보호를 위한 실천적 기초이념으로서 더 강력한 의미를 갖는다고 하겠다.

평등사회는 모든 평등인이 평등한 가치를 갖는 존재로 대우받는다라는 점에서는 단일한 계층으로 형성되는 사회이다. 어떤 사람의 복리와 자유도 다른 사람의 그것과 같은 가치를 갖는 것으로 생각된다. 따라서 기본적인 자유, 법의 지배, 관용, 기회의 평등은 모두 헌법상 보장된다. 또한 평등은 계층간의 사회적 유동성을 촉진하는 윤택유의 역할을 하고 있다. 민주주의 헌법에 있어서 소수자에게 평등권을 보장한다는 것의 본질적 의미는 획일적 평등 보장의 추구에 있는 것이 아니라 누구나 타인이 어떠한 지위에 있든 다수자가 될 가능성 혹은 적어도 다수자와 동등하게 될 가능성을 헌법적 차원에서 보장해 준다는 점에 있다. 즉 평등은 개개인의 신분을 기성적으로 고착화하는 경직성을

뛰어넘게끔 하기 위하여서는 사회적 이동성을 증대시킬 필요가 요청되는 것이다. 요컨대 사회적 높은 이동성이 확보된 경우가 곧 평등사회의 출발점이 될 것이기 때문이다.

그렇다면 인권보호와 소수자 보호의 핵심 근거로서의 평등 개념이 구체적으로 무엇을 의미하는 가하는 질문은 인권으로서 평등권에 관한 논의의 핵심이라 할 수 있다. 독일의 경우를 예로 들어본다면 바이마르공화국헌법 제109조가 법 앞의 평등을 단지 모든 독일국민에만 보장되는 권리로 한정시킨 데 반하여, 독일기본법은 제3조 제1항의 법 앞의 평등의 요구를 입법·행정·사법 모두를 구속하는 직접적 효력을 가지는 권리(기본법 제1조 제2항·3항)로서 즉 “불가양도성과 불가침성을 가진 인권”으로 분명히 하고 있다.²⁰⁾

즉 독일은 기본법상의 일반적인 평등권과 더불어 특별한 평등권 보장으로서 차별금지원칙의 보장하고 있는데 이것은 바이마르 헌법 하에서 논란이 된 평등의 원칙을 새로운 법치국가적 민주주의의 근본원리로 효력을 부여하기 위한 시도이다. 따라서 인종적, 종교적, 정치적, 성별상의 차별을 극복하기 위한 차별금지원칙을 규정한 헌법적 규정은 헌법제정권자가 다른 무엇보다 제1의적인 것으로 의도한 것이라 본다.²¹⁾

차별금지의 원칙이란 이처럼 독일 기본법 제3조 제1항을 통해서 보장되는 일반적인 평등²²⁾의 원칙에 덧붙여 특별한 사실상의 차이에도 불구하고 법적으로 차별 취급하는 것을 금지하는 것을 말한다. 따라서 예컨대 위에서 예를 든 사유들 때문에 차별한다는 것, 즉 차별의 사유와 결과사이에 인과관계(因果關係)가 있을 때, 그것은 헌법이 보장하는 차별금지의 원칙을 침해한 것이 된다.²³⁾

우리 헌법 제11조의 경우에도 독일 기본법 제3조 제1항의 법리와 마찬가지로 일반적 평등의 원칙과 헌법에 열거된 특정한 사실적 상이성(相異性)에 기인한 차별금지의 원칙인 특별한 평등권의 보장으로서 차별금지의 원칙(헌법 제11조제1항 후문)을 규정하였다. 이것은 인간의 개별적 차이성들은 법질서의 측면에서 고려하지 않는다는 것을 선언함을 통해서 일반적 평등의 원칙을

20) E.-J. Lampe, *Gleichheitssatz und Menschenwürde*, in: Festschrift für W. Maihofer zum 70. Geburtstag, 1988, S. 253.

21) BVerfGE 63, 266 (302).

22) 일반적 평등은 우리헌법 제11조에서 보장하고 있는 법앞에서의 평등, 즉 형식적인 평등과 동일하다고 볼 수 있다.

23) C. Starck, in: ders. (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. 1, 4., vollständig neubearb. Aufl., 1999, Art. 3 Rdnr. S.350.

구체화하고 특별화한 것으로 볼 수 있다. 특별한 평등권의 실현으로서 차별금지 원칙은 차별금지사유로서 헌법에서 열거한 사실적 상이성들이 사회적, 사회학적인, 심리적인 혹은 다른 효과를 가지는 것 외에 법적인 효력을 가지는 것을 금하는 것을 말한다.²⁴⁾

일반적 평등의 원칙과 차별금지로서 특별한 평등의 원칙은 일반법과 특별법적인 관계에서 특별법우선의 원칙이 적용되어지는 것과 마찬가지로 할 수 있다. 이처럼 양자가 결합하는 경우에는 특별한 평등의 원칙으로서 차별금지원칙은 일반적 평등의 원칙에 우선하여 적용되어진다고 볼 수 있다. 이렇게 볼 때 일반적 평등의 원칙의 측면에서 항상 무엇이 평등한 것이며 왜 평등하게 다루어 져야 하는가에 대한 본질적 해답을 특별한 평등의 요청의 실현을 강제하고 있는 헌법 제11조제1항 후문(독일 기본법 제3조 제3항)의 차별금지의 원칙에서 찾아야 할 것이다.

독일의 경우 역시 헌법상의 기본권보장의 실현의 요구와 관련된 총체적인 법적 요구로서 형성된 소수자보호의 기준을 기본법 제3조 3항의 차별금지원칙에서 찾고 있다. 이러한 차별금지에 대한 헌법적 보장은 독일 나치체제하에서의 비인간적인 인종차별의 만행에 대한 반성에서 비롯된 것임은 물론이다. 뿐만 아니라 전후 세계질서의 재편성 과정에서 그 동안 국제적 긴장과 불안 내지는 전쟁 그 자체의 원인 제공 요소이었던 소수민족 및 소수인종으로 대표되는 국제적 차원의 소수자 권리보호가 새로운 중심과제로 떠오르게 되었던 것임은 물론이다. 이것은 바로 전후 국제법의 중요한 지향성의 하나로 국제인권법이 대두하게 되고 이를 통한 국제적 인권보장의 강화로 나타나게 되어 오늘에 이르고 있다.

(3) 인간존엄 사상

“너 자신을 포함한 모든 인간에 있어서의 인간성을 항상 동시에 목적으로서 대우하고 결코 단순한 수단으로서 사용하지 말라”는 칸트(I. Kant)의 정언명제처럼 모든 인간은 사회전체의 복지라는 명목아래서도 유린될 수 없는 정의에 입각한 불가침성(不可侵性)을 소유하고 있으며, 정의에 의해 보장되는 이러한 인간의 기본권은 더 이상 정치적 흥정이나 사회적 이해관계에 따라 희생되어서는 안 된다. 즉 개인에게는 각기 그 몫의 정의가 있는 것이며 이것은

24) Vgl. BVerfGE 3, 225(241).

소수자·약자의 인간의 존엄성을 향한 출발의 전제가 된다.

이렇듯 인간존엄사상은 어떤 의미에서는 자유와 평등개념의 연원적 이념일 뿐 아니라 소수자의 권리를 존중하는 정신도 여기서 시작된다고 볼 수 있다.²⁵⁾ 다수자의 자유를 확대시키기 위해서 소수자존엄성의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 것이야말로 소수자 보호를 위한 인간의 존엄성의 핵심적 내용이 된다.

여기서 주목할 점은 인간의 존엄과 가치는 헌법상의 규정 유무와 관계없이 보장되는 자연법상의 천부적 권리라는 사실이다. 그것은 모든 인권의 이념적 전제가 되고 인권보장의 목적이 된다. 그러면 도대체 인간의 존엄성을 어떻게 이해할 것인가 하는 문제는 윤리적·종교적·법철학적인 과제에 속한다고 볼 수 있다. 따라서 우리 헌법상 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 의미와 관련해서도 논자에 따라서 약간씩 견해가 다를 수 있다. 바로 그러한 까닭에 인간존엄성에서의 ‘인간’은 현실에서 실존하는 현상적 존재로서의 구체적 인간이며, 개별성과 가변성 및 상대성과 차등성을 지니고 있는 사회적·문화적·역사적 존재로 파악되는 것이다.

또한 인간존엄성이라고 할 때의 ‘존엄성’은 가치개념으로서 인간 상호간의 관계를 자연적 존재질서로부터 바람직한 사회적 규범질서로 재편성하기 위한 기초이며, 다른 모든 가치의 궁극적 근원이 되는 절대적이고 대체(代替) 불가능한 근본가치에 해당한다.²⁶⁾

그러나 자유민주주의헌법이 추구하는 자유, 평등, 인간의 존엄이라는 세 가지 이념간에는 밀접한 상관관계가 존재한다고 할 수 있다. 다만 이때 3자는 동일한 평면에서 논의할 수 없다는 점에 주목해야 할 것이다. 결국 평등은 자유를 신장시키기 위한 수단이고, 한편 자유는 궁극적으로 인간의 존엄을 달성하기 위한 수단이 된다. 즉 자유와 평등의 최고 정점에 인간의 존엄이라는 궁극적 목표가 존재하고 자유와 평등은 이것의 정점에 도달하기 위한 수단으로서 기능한다고 할 것이다.

2. 현행헌법상의 근거

과거 지난날 우리 헌법전에서도 그러하였듯이 현행헌법상에서도 소수자보호의 원칙에 관한 직접적 근거규정은 전혀 찾아볼 수 없다. 그러나 그것이 곧

25) 이범준·신승권 공저, 『정치학』, 박영사, 1986, 279면.

26) 한병호, “인간다운 생존의 헌법 보장에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사논문, 1993, 42면.

‘소수자’의 헌법상 권리를 부인하는 것으로 받아들여질 수 없음 또한 헌법의 체계적 해석에 비추어 볼 때 분명한 사실일 것이다. 결국 헌법에서 추론할 수 있는 소수자보호의 헌법상 근거는 다음과 같이 찾을 수 있겠다.

우선 소수자보호의 이념적 근거규정으로는 인간으로서의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조1문 전단을 들 수 있겠다. 앞에서 지적한 바와 같이 ‘소수자 보호’의 근본이념은 인간의 존엄으로부터 나오기 때문이다. 헌법 제10조 후단의 행복추구권은 행복추구권을 구체적 권리로 보는 헌법재판소의 입장²⁷⁾을 감안할 때 이념적 근거규정으로 보기에 다소 무리가 있으나 보완적 근거규정으로 보는 해석은 크게 맞출 수 없다 하겠다.

요컨대 우리 헌법상 소수자보호의 원칙을 채택하였다고 볼 수 있는 간접적 근거규정으로는 위에서 지적한 이념적 근거규정에 덧붙여 아래의 규정들을 들 수 있을 것이다. 재외국민보호의무를 규정한 헌법 제2조 제2항, 여자와 연소자의 근로보호를 규정한 헌법 제32조 제4항, 제5항, 근로자의 노동3권을 규정한 헌법 제33조, 여자, 노인, 청소년 신체장애자등의 사회보장을 규정한 헌법 제34조, 모성보호를 규정한 헌법 제36조 제2항, 농·어민과 중소기업의 보호를 규정한 헌법 제123조 제5항, 소비자의 보호를 규정한 헌법 제124조 등이 바로 이에 해당된다고 할 수 있겠다.

다른 한편 소수자보호의 원칙의 보완적 근거규정으로는 “... 정치·경제, 사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, ..., 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고...”라고 규정한 헌법 전문과 국민의 법 앞의 평등을 규정한 헌법 제11조, 인간다운 생활을 할 권리를 규정한 헌법 제34조 제1항 등을 들 수 있겠다.

소수자보호규정이 구체적으로 또는 명문으로 붙어 있지 않는 헌법 내용의 경우에는 일반국민의 권리로 규정한 기본권의 보호를 통하여 소수자는 그 권리 보호를 받게끔 해석하게 된다. 결국 소수자보호 규정의 헌법상 존재여부에 따라 ‘보호의 가능성’과 ‘보호의 정도’가 가늠되게 되는 것이다. 아무튼 소수자 보호에 관한 헌법상 명문규정이 없음에도 그 헌법적 근거를 도출할 때에 그 법리적 및 논리적 순서는 대체로 다음과 같다고 하여 크게 틀림이 없을 것이다. 즉 간접적 근거규정, 그 다음으로 보완적 근거규정의 순서가 적용될 것이며, 마지막으로 추상적 내지는 이념적 근거규정이 뒤따르게 될 것이다.

27) 현재결, 1989.10.27(89헌마56), 무혐의자에 대한 군검찰관의 기소유예처분은 ... 행복추구권을 침해한 것이다.

IV. 소수자 권리보호의 주요 영역

1. 동성애자

성적 지향성은 개인 모두가 지니고 있는 것이고, 어떠한 성적 지향성을 가지는가에 따라 이성애자와 동성애자로 구분할 수 있다. 그렇지만 성적 지향성은 개인의 성적 친밀감을 형성함에 있어서 핵심적 요소이며 지극히 개인적인 요소이다. 동성애자는 이러한 성적 지향성을 이유로 하여 차별되어지는 사회적 영역의 소수자에 속한다.²⁸⁾

최근 몇 년 사이에 동성애자들의 권리 주장의 목소리가 높아지면서 우리 사회에서도 동성애자에 대한 관심이 증가하고 있으며 동성애자를 바라보는 인식도 점점 변화하고 있다고 할 수 있다.²⁹⁾ 그러나 아직도 동성애자는 그들의 성 정체성을 밝힐 경우 많은 불이익을 받고있는 것도 사실이다. 우리 나라 역사에 있어서도 동성애자는 불평등한 취급을 받아왔으며, 이들은 사회적으로 동성애자라는 오점의 낙인이 찍혀있고, 이들은 광범위한 사회적 편견과 적대감의 대상이 되어 왔다.

유럽과 미국의 동성애자들은 사회적 편견에 상관없이 자신이 동성애자임을 당당히 밝히고 있으며 일례로 미국의 버몬트(Vermont)주 대법원에서는 과거에는 인정하지 않았던 동성커플의 혼인을 합법화하는 판결을 내렸고, 2000년 7월에는 이 주에서 법적으로 이성 부부의 동등한 권리를 인정받은 최초의 여자 동성커플이 탄생하기에 이르렀다. 반면 우리 나라의 경우는 동성애자에 관한 한, 아직 그 인식기반이 매우 미약하다고 할 수 있다. 동성애자를 직접적으로 탄압하거나 억압하는 법률 규정은 없지만 또한 동성애자가 부당하게 탄압 받았을 때, 이를 구제하는 법률 또한 없다. 이러한 현상의 가장 큰 원인

28) 당연히 동성애자를 포함하는 “성적 소수자”에 관한 의미 있는 논의가 최근 개최된 바 있다. 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터는 2002년 10월 7일 서울대학교 법대 근대법학교육100주년 기념관에서 “성적 소수자: 차이, 차별, 인권”을 주제로 학술대회를 개최한 바 있다. 그리고 여기서 3편의 논문이 발표되었는데 아래와 같다.

한채운, 성적 소수자 차별의 본질과 실제 그리고 해소방안: 홍춘의, 성전환자의 성별 판단에 대한 법적 접근: 이석태, 성적 지향에 근거한 차별과 대책 - 동성애자 인권보호를 위한 입법의 필요성 -.

29) 이에 관한 최근의 대표적인 연구성과로는 강달천, 동성애자의 기본권에 관한 연구, 중앙대학교 법학박사 학위 논문, 2000.을 들 수 있다.

은 동성애자에 대한 사회의 편견이 동성애자의 인권보호에 가장 큰 걸림돌이라는 것 이외에도, 국가가 전혀 동성애자의 인권문제에 관하여 관심을 두고 있지 않다는 데 있다.

이는 바로 동성애자의 실제 및 성적 소수자로서의 동성애자에 대한 인권을 인정하고 있지 않다는 것을 의미할 수도 있을 것이다. 즉 국가가 직접 나서서 동성애자에 대하여 아무런 차별이나 차별을 하지 않는다고 하여 동성애자의 인권과 자유가 보장되는 것이 아니라, 국가의 이러한 침묵이 동성애자에게는 가장 강력한 억압이 될 수도 있는 것이다. 왜냐하면 동성애자를 구제하는 법률이 존재한다면, 그것을 바탕으로 동성애자의 인권을 위해 투쟁할 제도적 장치가 마련될 수 있기 때문이다.

아무튼 1년 전 즉 2001년 11월 발족한 국가인권위원회는 바로 이 동성애자의 권리보호에 관해서도 경우에 따라 새로운 지평을 열 계기가 될 수도 있다고 본다. 국가인권위원회법 제30조제2항에 따라 성적 지향을 이유로 한 고용, 재화, 용역 등의 공급이나 이용에 있어서의 차별행위 및 교육시설 및 직업훈련기관의 이용에 있어서의 차별행위도 금지대상으로 삼고 있기 때문이다.

2. 장애인

장애인은 우리 사회에서 소외 받고 있는 대표적인 소수자 계층이다. 이들이 최근 보여준 이동권(移動權) 투쟁은 그들이 얼마나 기본적인 권리조차 누리지 못하고 살아왔는지에 대해서 보여주는 한 예에 불과할 뿐이다.

일반적으로 장애인이라고 하면, 신체적 결손이 있거나 지능이 지체되어 있거나 하는 특성을 가진 사람을 말하는데, 그 장애의 원인이나 그 정도가 다양하기 때문에 문제에 접근하는 시각에 따라서 장애인의 개념은 다양화·상대화된다. 즉 의학적으로 그 기준을 설정하더라도 역사적·사회적·문화적 환경에 따라 장애인일 수도 있고 그렇지 않을 수도 있어 장애인의 개념은 상대적인 개념이라 할 수 있다.³⁰⁾ 이렇게 장애의 개념은 접근하는 측면에 따라서 그 의미가 다를 수 있다. 이러한 상대성은 의학적 측면, 기능적 측면, 심리적 측면에서 장애의 개념을 각각 접근해 본다면 더욱 더 분명하게 드러난다.³¹⁾

30) 최병조, “심신장애자의 법적지위”, 『사법행정』, 1989. 1, 118면.

31) 전용호, 『장애인복지론』, 학문사, 2000, 34면.

장애인에 관한 국제적인 정의는 UN에서 1975년에 채택한 ‘장애인 권리선언(Declaration on the Rights of Disabled Persons)’³²⁾에서 알 수 있다. 본 선언에서는 “장애인은 그 장애의 원인·특질 및 정도에 관계없이 같은 연령의 시민과 동등한 기본적 권리를 가진다”라고 전 세계에 선언하면서, 장애인이란 “선천적이든 후천적이든 신체적·정신적 결함으로 인하여 일상적인 개인생활이나 사회생활의 일부 또는 전부를 독자적으로 수행할 수 없는 사람”이라고 정의하고 있다.

장애인의 인권 문제는 장애인도 한 인간이며 국민이지만 비장애인이 인간 내지 국민으로서 자연스럽게 향유하는 보편적인 권리를 당연하게 누리기 어렵다는 현실적인 인식에서 출발하여야 한다. 예컨대 헌법 제14조가 보장하고 있는 거주·이전의 자유는 자유권으로서 모든 국민에게 이동의 자유를 보장해주고 있지만, 장애인은 현실적으로 장애로 인한 이동상의 제약을 받는 경우가 많아 별도의 도움이나 지원 없이는 사실상 이동의 자유를 누리지 못한다고 할 것이다. 이것은 보편적 인권인 자유조차도 장애인에게는 사실상 권리향유자가 될 수 없음을 의미하고, 본의의 의사와 관계없이 평생토록 자유와 권리가 억압된 채 살아가야 하는 비생산적·의존적인 존재로서의 삶을 강요받게 되는 것이다.

뿐만 아니라 장애인의 경우는 다른 사회계층보다도 특히 인간의 존엄성에 대한 가치를 인정받지 못해왔고 그러한 이유로 장애인 생명에 대한 경시가 상존해 왔다. 인간의 존엄성은 인간의 생명에 대한 존중과 연결되는 동전의 양면이라고 할 수 있다. 인간생존의 가장 기초가 되는 ‘생명에 관한 권리’를 부인하면서 인간의 존엄성을 논할 수 없고, 생명권이 보장되지 않는 경우에는 모든 기본권에 대한 보장이 사실상 무의미한 것이다. 따라서 생명권 역시 우리 헌법상의 명문 규정 유무를 떠나서 인정되는 인간의 자연법상의 권리이며, 생명은 생존의 생리학적 여러 조건들이 객관적으로 존재하는 이상 그 어느 것이나 등가적(等價的)인 것으로 보아야 한다.

즉 생명은 생존가치의 유무에 대한 인간의 가치판단의 대상이 아니다. 이에 덧붙여 생명권은 대국가적 방어권으로서의 성격뿐만 아니라 제3자의 침해로부터도 보호하여 줄 것을 국가에게 요구할 수 있는 보호청구권으로서의 성격도 가진다고 할 수 있다. 이처럼 인간의 존엄성을 인정하고 인간의 생존가치의 유무에 대한 가치판단이 허용되지 않는다면 비록 정상인이 아닌 경우의 인간

32) UN 제30차 총회, 결의 3447, 1975년 12월 9일 채택.

이라도 인간의 존엄과 가치는 인정되는 것이고, 따라서 지금까지 현실적으로 팽배해온 장애인에 대한 생명경시적인 인간관은 변화되어야 하며 이는 장애인 인권보장의 출발점이자 최후의 보루라고 할 것이다.

3. 외국인 노동자

우리 나라는 1980년대 중반까지는 노동력 송출국으로서 미국, 독일, 일본, 중동 등으로 노동자들이 나가서 일하고 그 노임을 국내에 송금해 오는 입장에 있었기 때문에 국내에서 외국인노동자의 문제가 발생할 여지는 거의 없었고 또한 사회문제화 되지도 않았다.

그런데 1988년 서울 올림픽을 계기로 개방화가 가속됨에 따라 사증면제협정 체결의 확대, 무사증입국의 허용, 입국심사의 간편화 등 출입국규제가 완화되고, 또한 한중수교 이후 중국 거주 교포의 모국방문이 허용됨에 따라 방문 등을 목적으로 하여 입국이 매우 수월하게 되고,³³⁾ 1987년의 노동자 대투쟁 이후 우리 나라 노동자들의 임금이 상승하고, 또한 국민들의 3D업종에 대한 기피현상과 정부의 산업구조정책으로 말미암아 중소기업 및 1차산업 등에 노동력이 부족함에 따라 외국인노동자들이 국내로 유입되어 들어왔다.³⁴⁾

우리 나라의 외국인노동자에 대한 입장은 기본적으로는 외국인노동자의 취업을 금지하되 필요 불가결한 최소한의 범위 내에서 전문분야별로 내국인으로 충원하지 못하는 특수기능 또는 업무에 한정하여 엄격한 심사과정을 거쳐 선별적으로 취업을 허용하는 이른바 ‘대체성의 원칙’을 견지하고 있다.³⁵⁾ 그러나 현재 우리 정부는 노동력의 부족을 이유로 한 기업 측의 요구를 수용하여 사실상 외국인노동자들의 법적 허용범위 외의 취업을 묵인하여 오는 정책을 취하고 있는 실정이다. 그 결과 합법적으로 체류하지 못한 외국인노동자의 경우 불법체류라는 신분상의 불안정성으로 말미암아 여러 가지 인권침해를 당하고 있어 외국인 노동자의 인권문제가 심각하게 제기되고 있다.

외국인 노동자는 우리 사회의 소수자로 인정되기는 하지만 외국인이라는 신분상의 특수성 때문에 그 인권보장의 차원에서 특히 법적 문제로 부각된다기

33) 최의정, “외국인 불법체류실태와 관리방안”, 『법조』 통권 453호, 1994. 6, 216~217면.

34) 김선주, “한국에서의 외국인노동자 인권문제”, 『법조춘추』, 1995. 1, 72면.

35) *Economic, Social and cultural rights in south korea*, NGO's initial report, June 1994. p.34.

보다 단순한 사회문제 내지는 노동현장의 문제로서만 주로 인식되어 오고 있다. 그러나 외국인 노동자에 대한 인권 보장의 근거 역시 우리 헌법상의 규정에서부터 찾을 수밖에 없을 것이며 한 걸음 더 나아가 당연히 이 또한 법적 규율의 대상에서 논의되어야 마땅하다. 주지하는 바와 같이 우리 헌법에는 외국인이 기본권의 주체가 될 수 있는 지에 대한 직접적인 규정은 없다. 다만 헌법 제6조제2항은 ‘외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.’고 규정을 두고 있다.

국민이 헌법상의 기본권의 주체가 되는지에 관하여는 학설이 나뉘고 있는데 부정설은 우리 헌법 제2장의 표제가 “국민의 권리와 의무”라고 규정하고 있으므로 국민의 권리만을 보장하는 것이지 외국인의 권리까지 실정헌법상 보장하는 것은 아니라고 한다. 이에 대하여 긍정설은 외국인도 일정한 범위 내에서 기본권의 주체가 될 수 있다는 것이며, 이 견해가 당연히 설득력 있는 입장이라 보아야 할 것이다. 더구나 오늘날 인권의 국제적 보편화 경향에 비추어 전통적인 헌법학 교과서류의 외국인의 권리 주체성 설명은 더 이상 설득력 있는 법리라 하기 어렵다.

법제의 측면에서 외국인 노동자의 인권보장을 위한 노력을 본다면, 우리 근로기준법 제5조는 “사용자는 근로자에 대하여, 국적을 이유로 근로조건에 대한 차별적 대우를 하지 못한다.”고 규정하여 외국인노동자에 대해서도 근로기준법이 적용되어야 함을 선언하고 있다. 따라서 외국인 노동자도 임금과 근로시간등 기본적인 근로조건에 관하여 근로기준법에 의한 보호를 받아야 할 것이다. 그러나 현실적으로는 외국인노동자의 경우 내국인노동자에 비해 많은 면에서 차별대우를 받고 근로기준법에 의한 보호를 제대로 받지 못하고 있다. 국제노동기준은 노동조건에 관하여 내·외국인 평등대우원칙을 기본원리로서 규정하고 있으며, 또한 프랑스나 영국 등은 외국인노동자의 노동허가의 조건으로서 외국인 노동자의 임금이나 노동조건이 내국인보다 열악하거나 차별되지 않을 것을 요구하고 있다.³⁶⁾

원래 다수자·소수자라는 실체가 선형적으로 존재하는 것이 아니며, 그 집단이나 사안에 따라 달리 형성되는 것이다. 그럼에도 현실은 엄연히 소수자·약자가 존재한다. 이것은 아직 우리 사회가 민주화가 안되었고, 개방사회가 아니기 때문이다.

36) 外國人労働者の受け入れ政策, 労働省職業安定局 雇用促進事業團 雇用職業総合研究所. 平成 元年, 45, 76頁.

이들 각 영역의 소수자들은 시대와 상황의 변화에 따라 그 사회의 다수가 될 가능성을 가지고 있으며, 소수자에게도 인간존엄의 가치가 향유되며 행복 추구권에 바탕한 삶을 영위할 권리를 가지기 때문에 헌법적 가치들의 보호를 받아야 한다.

소수자에게도 인간존엄의 가치가 향유되며 기타의 모든 가치 특히 기본적인 권리와 권력이 광범위하게 공유되는 공동체생활의 질서야말로 개방사회가 지향해야 할 법의 이념이라고 할 것이다.³⁷⁾

V. 맺음말

바야흐로 펼쳐지고 있는 새로운 세기(世紀)와 천년기(千年期)의 몇가지 법적과제를 짚어볼 때 빠뜨릴 수 없는 주제 하나로 소수자의 권리보호를 들지 않을 수 없다. 이는 곧 오늘날 시대정신의 하나라고까지 말할 수 있기 때문이다. 요컨대 이는 단순히 다수자/소수자의 2분법(dichotomy)적 구성에 있어 그 한 부분에 대한 법적 배려를 가리키는 바, 이를 뛰어넘어야 한다는 점에서 고정관념의 타파가 요청된다고 하겠다.

무릇 소수자 그 자체가 선형적 개념이 아니라 농후히 연관적이며 가변적 개념인 까닭에 오늘의 소수자가 내일의 다수자일 수 있음은 두 말할 필요도 없다. 바로 여기에서 소수자 개념의 정립은 그 자체가 바로 이에 관한 본질의 탐구로 이어지게 마련이다. 따라서 그 철학적 함의(含意)를 짚어봄은 다른 무엇보다 중요하게 이 법리의 기초를 가늠함에 다름아니다.

이 같은 바탕 위에서 소수자 권리보호가 오늘날 사회적으로 쟁점을 이루고 있는 몇 가지 생활영역에 대한 조감을 통해서 그 문제의 소재를 확인하고, 정치적 사회적 보호와 궤를 맞춘 보호법제의 윤곽을 다루어 보았다. 그러나 보기에 따라 바로 이 소수자 권리보호의 또 다른 축(軸)을 이루는 국제법상의 전후(戰後) 새로운 전개 또한 괄목할 만 하며, 특히 국제인권법의 발전은 오늘날 실로 눈부신 바 없지 아니하다. 그 한국적 구현으로서 1년전 발족을 본 우리의 『국가인권위원회』가 이 분야 법발전의 디딤돌로서 새로운 지평을 열게 되길 기대하는 바이다.

37) 권영설, “개방사회와 법”, 『중앙대학교 법학논문집』 제18집, 1993, 26면.

Jurisprudential Basis for the Protection of Minority Rights

Kwon, Youngsol*

The present paper purports to explore legal framework of some kind with a view to laying down law and practice relating to the rights of the minority.

The protection of ethnic, religious and linguistic minorities has been indeed one of the oldest concerns of society at large. Yet it is also true that only recently the issue of rights of minorities in a pluralistic and heterogenous society has become one of the most volatile and crucial policy matters. Korea could hardly be an exception to it on the issue.

It is to be noted that the degree to which protection should be rendered, very much hinges upon the definitional scope as to what constitutes a minority. In this respect the definitional question on it seems important. By and large, a minority group can be seen as a group inferior in numbers, status, and political power because of religion, culture, social status, language, ethnicity and political ideals.

The rights of minorities as far as law is concerned have two levels, one international, and municipal another. Among the 190 UN member states only 20 can be regarded as homogeneous communities in terms of race, language and culture. Korea is rightly one of those.

To ascertain the philosophical as well as the constitutional bearing on the issue of the minority rights, close examinations on the pertinent legal literature and the text of the Constitution have been attempted. Among those areas where problems of law relative to the minority rights are most controversial, three were selected for the purpose of projecting the future developments. With the inauguration of the National Human Rights Commission in November, 2001, it is hoped that Korea would gain a new impetus to the protection of minority rights.

* Professor, College of Law, Chung-Ang University