

소수인종을 우대하는 대학입학정책의 합헌성 여부¹⁾

1. 사건개요

상고인 아비게일 피셔(Abigail Fisher)는 텍사스 오스틴 주립대학교(University of Texas at Austin, 또는 “대학”)의 2008학년도 입학전형에 지원하였으나 불합격하였다. 그녀는 텍사스 오스틴 주립대학교가 전인평가(holistic review)의 일부로서 인종을 고려하는 것이 그녀와 다른 백인들에게 불이익을 주어 헌법상의 평등보호조항을 위반한다고 주장하며 제소하였다. 이에 대하여 제1심 법원은 대학교 측의 손을 들어주었고 연방 제5항소법원은 항소를 기각하였다. 2013년 대법원은 Fisher v. University of Tex. at Austin, 570 U. S. ____ 판결(이하 “Fisher I”)을 통해 원심을 파기하고 사건을 항소법원에 환송하여 대학의 입학 프로그램이 적절한 엄격심사기준(strict scrutiny standard)에 따라 평가될 수 있도록 결정하였다.²⁾ 파기환송심에서 연방 제5항소법원은 다시금 텍사스 오스틴 주립대학교의 손을 들어주었고 이 사건은 2016년 6월 다시 대법원 상고심에서 판단을 받게 되었다. 대법원은 상고인이 지원했을 당시 이용되었던 인종 의식적(race-conscious) 입학 프로그램이 평등보호조항에 위반되지 않는 합헌적 정책이라고 판결하였다.

2. 판결요지

대법관 Kennedy의 법정의견(4인 의견)³⁾

(1) 텍사스 오스틴 주립대학교의 대학입학제도

1) Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U. S. ____ (2016)(No. 14-981)(2016. 6. 23. 결정).
2) 이에 대한 자세한 소개는 헌법재판연구원, “소수인종우대적 대학입학전형의 평등보호조항(Equal Protection Clause) 위반 여부”, 세계헌법재판동향 2013년 제2호, 27-32면 참고.
3) 대법관 Kennedy, Ginsburg, Breyer, Sotomayor의 의견.
대법관 Kagan은 이 사건의 심리와 판결에 참여하지 않았다. 이는 그녀가 송무담당 연방 법무차관(Solicitor General)일 당시 이 사건에 관여했기 때문인 것으로 보인다.

텍사스 오스틴 주립대학교의 대학입학제도는 두 가지 요소로 이루어져 있다. 첫째, 상위 10% 정책(Top Ten Percent Plan)에 따라 텍사스 고등학교 졸업생 중 자신의 클래스 상위 10% 내에 드는 학생들에게 입학할 수 있다. 현재 대학 신입생의 75%까지 이 정책을 통해 입학하고 있다. 나머지 약 25%의 신입생들은 학업지수(Academic Index, AI)와 개인성취지수(Personal Achievement Index, PAI) 점수를 합산하여 입학여부를 결정한다. 현재 인종은 개인성취지수(PAI)의 하위요소로서의 비중을 갖는다. 개인성취지수(PAI)는 두 가지 요소로 이루어지는데 첫째는 두 개의 필수 에세이에 대한 평균 점수이고, 둘째는 개인성취점수(Personal Achievement Score, PAS)를 내는 전체서류검토(full-file review)이다. 개인성취점수(PAS)는 다른 평가자에 의한 ① 필수 에세이 재평가, ② 추가정보(추천서, 이력서, 추가 선택 에세이, 작문 견본, 미술품 등) 검토, ③ 지원자의 리더십 경험, 과외특별활동, 수상기록, 사회봉사활동, 기타 ‘특별한 상황’을 근거로 대학교 학생 전체 집단에 대한 잠재적인 기여를 평가하여 정해진다. 여기서 ‘특별한 상황’은 지원자의 가정 또는 학교의 사회경제적 지위, 지원자의 가족부양의무, 편부모 가정인지 여부, 지원자의 출신학교 SAT 평균과 비교한 지원자의 SAT 점수, 지원자의 가정에서 사용하는 언어, 그리고 지원자의 인종이 포함된다.

일단 학업지수(AI)와 개인성취지수(PAI)가 계산되고 나면, 대학교 각 단과대에서 모인 입학사정관은 당락점수를 정해 이 점수 이상의 모든 지원자를 합격시킨다. 이 때 입학사정관은 지원자의 점수 산정에 들어간 요소들을 알 수 없다.

그러므로 설사 입학사정관이 소수인종 학생들의 대학 지원에 있어 인종을 긍정적인 특성으로 고려할 수 있다고 하더라도, 인종은 전인평가 계산에 있어 ‘한 요소 중의 한 요소 중의 한 요소(a factor of a factor of a factor)’에 불과하다는 점에 이견이 없다.

이 사건 상고인 아버지 피셔는 고등학교 때 상위 10%에 들지 못하여

두 번째 전형인 전인평가를 통해 평가를 받았으나 입학이 거부되었다. 상고인은 인종을 전인평가 과정의 일부로 고려하여 그녀와 다른 백인 지원자들이 불이익을 받았다고 주장하며 제소하였고 이에 해당하는 Fisher I 사건은 위에 설명한 바와 같다.

(2) Fisher I 판결의 세 가지 원칙

Fisher I 판결은 공립대학교의 적극적 우대조치(affirmative action)의 합헌성을 평가할 때 고려할 세 가지 주요 원칙을 세웠다.

첫째, 입학절차가 엄격심사(strict scrutiny)를 통과하지 못하는 한 대학은 인종을 고려해서는 안 된다. 즉, 대학은 그 목적 또는 이익이 헌법적으로 허용되고 상당하며, 차별의 사용이 그 목적의 달성을 위해 필요한 것이라고 분명히 입증하여야 한다.

둘째, 학생구성의 다양성으로부터 나오는 교육적 혜택(educational benefits that flow from student body diversity)을 추구하고자 하는 결정은, 절대적이지는 않지만 어느 정도의 사법적 존중을 하는 것이 적절한(some, but not complete, judicial deference is proper) 학교의 판단이다. 대학은 고정된 쿼터를 부과하거나 단순히 인종이나 출신민족을 이유로 특정한 그룹의 퍼센트를 명시하는 것을 다양성이라고 정의할 수는 없다. 그러나 대학이 자신의 결정에 대해 합리적이고 원칙에 입각한 설명을 제공한다면 대학의 경험과 전문지식에 근거하여 대학의 결정을 존중해야 한다.

셋째, 대학은 그 목적을 달성하기 위해 대학이 선택한 수단이 면밀히 재단된(narrowly tailored) 것임을 증명해야 하며 이 점에 대해서는 사법적 존중을 받지 않는다. 대학은 ‘인종과 무관한 방식(nonracial approach)’이 다양성의 교육적 혜택(educational benefit of diversity)이라는 그들의 이익을 증진시키지 못할 것이라는 점에 대한 입증책임을 부담한다. 면밀한 재단이 ‘모든 상정 가능한 인종 중립적 대안을 살살이 뒤질 것(exhaustion of every

conceivable race-neutral alternative)’을 요구하거나, 대학으로 하여금 ‘명성의 유지’와 ‘모든 인종들에게 교육의 기회를 제공할 책임의 이행’ 사이에서 하나를 선택할 것을 요구하는 것은 아니지만, 가능하고(available) 운용가능한(workable) 인종 중립적 대안이 충분치 않음을 입증할 최종적인 부담은 대학에게 있다.

Fisher I 사건은 이러한 원칙들을 정리하였지만 당해 입학 프로그램의 합헌성에 대하여는 판단하지 않았고, 하급법원이 올바른 기준에 따라 평가하고 판단할 것을 요구하며 파기환송하였다.

(3) 상위 10% 정책에 관한 데이터의 결여에 대한 대학의 책임 유무

텍사스 오스틴 주립대학교의 프로그램은 독특하다. 우리 대법원에서 심사하였던 다른 대학입학 방식과 달리, 전인평가와 퍼센티지 정책이 혼합되어 있다. 이러한 방식은 특이한 결론을 가져온다. 상고인의 입학 기회에 가장 큰 영향을 주는 요소는 학교의 전인평가 과정에서의 인종적 고려가 아니라 상위 10%정책이다. 상고인이 퍼센티지 정책 부분은 문제 삼지 않았기 때문에 기록에는 그 정책이 다양성에 미치는 영향에 대해서는 아무런 증거가 없다. 그러나 추가적인 사실관계의 조사를 위한 환송은 별로 소용이 없을 것이다. 왜냐하면 상고인이 청구할 당시 현재의 정책은 시행된 지 3년밖에 되지 않았었고 대학으로서는 텍사스 법률로 강제된 퍼센티지 정책을 바꿀 권한이 없었기 때문이다. 대학이 상위 10% 정책에서 벗어날 수 있다고 생각할 이유가 없었다면, 마찬가지로 이 정책이나 이 정책으로 입학한 학생들에 대한 방대한 데이터를 보관할 이유도 없었다. 특히 Fisher I 사건으로 인종 의식적 평가를 도입한 학교가 갖는 엄중한 엄격심사의 부담이 명확해지기 전에는 더더욱 그러하였다.

이러한 상황은 학교가 법을 준수하려는 성실한 노력을 하지 않았다는 비판에 반한다. 그러나 학교는 엄격심사의 부담을 충족할 지속적인 의무를 진

다. 학교의 경험과 그 입학 정책을 채택한 이래로 축적된 데이터를 고려하여 정기적으로 입학 프로그램의 합헌성과 효능을 재평가하고, 인종 요소가 긴절한 이익을 충족하는데 필요한 것보다 더 큰 역할을 하지 못하도록 학교 정책을 재단함으로써 이러한 의무를 이행할 수 있다.

(4) 상고인의 4가지 주장에 대한 반박

상고인에게 유리하게 모든 합리적인 추론을 끌어낸다고 하더라도, 그녀는 그녀의 입학이 거부되었을 때 평등대우(equal treatment)를 받지 못하였다는 점을 증거우위의 원칙(preponderance of evidence)⁴⁾에 의해 입증하지 못하였다.

1) 대학의 긴절한 이익에 대한 설명이 불명확하다는 주장에 대하여

상고인은 어떠한 수준의 소수인종 등록이 ‘필수적 규모(critical mass)’를 형성하는지에 대해 학교가 보다 정확하게 기술하지 못하였기 때문에 학교가 그의 긴절한 이익을 충분히 분명하게 설명하지 못하였다고 주장하였다. 그러나 대학 입학에서 인종의 고려를 정당화하는 긴절한 이익은 일정수의 소수인종 학생이 등록하는 이익이 아니라 학생구성의 다양성으로부터 나오는 교육적 혜택을 얻는 이익이다. 대학은 소수인종 학생의 특정수나 쿼터를 규정할 수 없기 때문에 다양성의 교육적 혜택이 획득되는 소수인종 등록의 특정한 수준을 구체화하지 못하였다고 비난받아서는 안 된다.

한편 다양성의 교육적 혜택에 대한 이익을 주장하는 것만으로는 부족하다. 대학의 목표는 찾기 어렵거나 정체를 알 수 없는 것이어서는 안 된다. 그것은 그것을 달성하기 위해 채택된 정책에 대한 사법심사가 가능할 정도로 충분히 측정 가능한 것이어야 한다. 이 사건의 기록은 텍사스 오스틴 주립대학교가 구체적이고 정확한 목표 - 예를 들어, 고정관념의 단절, 인종을

4) 아니라기보다는 그럴 것 같은 정도의 증거를 요하는 민사소송상의 입증책임의 부담. 증거의 50% 이상이 어떠한 사실을 가리켜야 한다는 요건.

넘는 이해의 증진, 점점 더 다양해지는 노동인구와 사회에 대한 준비, 일반 시민의 눈으로 보는 합리성을 가진 리더의 육성 - 를 분명히 표현하였음을 밝혀준다. 이는 우리 대법원이 앞선 사건에서 승인하였던 긴절한 이익을 반영한 것이다. 텍사스 오스틴 주립대학교는 자신의 결정에 대해 ‘합리적이고 원칙에 입각한 설명’도 제공하였다. 1년에 걸친 연구 끝에 39페이지 분량의 제안서를 작성하여 인종 중립적 정책과 프로그램이 이러한 학교의 목표에 부합하지 않음을 밝힌 것이다.

2) 인종 중립적 정책으로 필수적 규모를 달성했다는 주장에 관하여

상고인은 이미 2003년까지 상위 10% 정책과 인종 중립적 전인평가에 따라 ‘필수적 규모’를 달성하였기 때문에 학교가 인종을 고려할 필요가 없다고 주장하였다. 그러나 기록에 따르면 학교는 수 개월간 연구하고 숙고한 끝에 인종 중립적 프로그램이 학교의 다양성 목표를 달성하지 못하였다고 결론 내렸고, 이는 중요한 통계학적, 일화적 증거에 의해 뒷받침된다.

3) 인종 의식적 정책의 영향은 미미할 뿐이라는 주장에 대하여

더 나아가 상고인은 인종을 고려하는 것이 학교가 입학에 받는 소수인종 학생 숫자에 단지 미미한 영향을 줄 뿐이기 때문에 이를 고려할 필요는 없다고 주장하였다. 그러나 기록에 따르면 인종을 고려하는 것은, 비록 여전히 제한적이기는 하지만, 신입생 클래스의 다양성에 의미 있는 효과가 있다는 것을 보여준다. 인종을 의식하는 것이 입학결정의 작은 부분에서만 역할 한다는 것은 면밀한 재단의 특징이지 위헌성의 증거가 아니다.

4) 인종 중립적 입학 정책으로 충분하다는 주장에 대하여

마지막으로 상고인은 상위 10% 정책에 한도를 정하지 말고, 그렇게 하지 못한다면 이 정책을 통해 입학하는 학생의 수를 늘리라고 주장하였다. 그리고 대학의 목표를 달성하기 위한 다른 인종 중립적 방법들이 많이 있다고

주장하였다. 그러나 기록이 밝히고 있듯이, 그녀의 입학 지원 당시에 이러한 대안들 중 어떤 것도 학교의 교육적 목표를 달성하기 위하여 운용가능한 방법은 없었다.

(5) 결론

대학은, 학생 구성의 다양성과 같이, 자신의 정체성과 교육적 미션에 중심이 되는 무형의 특징을 정의함에 있어 많은 존중이 주어진다. 그러나 우리나라의 교육 시스템은 다양성의 추구하고 헌법이 약속한 평등대우와 존엄성을 조화시킬 것을 지속적으로 요구받는다.

대학은 다른 입학 정책이 다양성을 고양시킬 것인지 또는 희석시킬 것인지에 대한 가치 있는 데이터를 갖고 있다. 학교는 지속적으로 입학 프로그램의 공정성을 심사하는데 이 데이터를 사용하여야 하고, 변화하는 통계자료가 인종 의식적 정책의 필요성을 약화시키는지 평가해야 하며, 적극적 우대조치의 긍정적, 부정적 효과가 필요하다고 여겨지는 정도인지를 확인해야 한다.

오늘 우리 대법원이 텍사스 오스틴 주립대학교의 입학정책을 확정하였다고 해서 대학이 개선 없이 같은 정책에 의존할 수 있음을 의미하는 것은 아니다. 입학정책에 관하여 끊임없이 심사숙고해야 하는 것은 대학의 지속적인 의무이다.

항소법원의 원심을 확정한다.

대법관 Thomas의 반대의견(단독 의견)

나는 Alito 대법관의 반대의견에 동조한다. Alito 대법관이 설명하듯이 오늘 법정의견은 엄격심사와 조화될 수 없으며, 인종에 관한 유해한 가정(pernicious assumptions)에 의존하고 있고, 우리의 많은 선례들과 동떨어져 있다.

나는 “고등교육 입학 결정에 있어 주가 인종을 사용하는 것은 평등보호조항에 의해 절대적으로 금지된다.”⁵⁾는 것을 재확인하기 위해 따로 의견을 쓴다. “정부가 시민들을 인종 명부에 기록하고 인종을 부담 또는 혜택을 주는 조항과 연관시킬 때마다 그것은 우리 모두를 비하하는 것이므로 헌법은 인종에 근거한 분류를 혐오한다.”⁶⁾ 헌법적 원칙은 인종차별이 교육적 혜택을 가져올 것이라는 ‘일시적 유행의 이론(faddish theory)’에도 불구하고 변하지 않는다.

대법관 Alito의 반대의견(3인 의견)⁷⁾

우리는 *Fisher v. University of Tex. at Austin*, 570 U. S. ___ (2013) 판결(이하 “Fisher I”)에서 엄격심사에 따라 텍사스 오스틴 주립대학교(*University of Texas at Austin*, 또는 “UT”)가 입학 결정에 있어 인종을 고려하는 것이 긴절한 이익에 기여하고 그 정책이 그러한 목표를 달성하도록 면밀하게 재단되었는지를 입증할 책임을 진다고 판결하였다. 그리고 입학 문제에 있어 UT의 판단을 존중해야 한다는 주장을 거부하며, ① 학교의 정책을 정당화하는 이익에, 심사 법원이 엄격심사 요건이 충족되는지를 결정할 수 있을 정도로 충분한 구체성이 있음을 확인하고, ② 이러한 요구가 실제로 충족되었음을 입증할 책임이 UT에게 있음을 분명히 하였다. 파기환송심에서 UT는 Fisher I이 요구하였던 것을 충족시키지 못하였다. UT는 여전히 인종이나 민족 요소를 사용하는 것이 기여하는 이익에 대해 구체적으로 밝혀내지 못하였다. UT는 다양성의 교육적 혜택을 원용하는 것으로 충분하며, 학교의 정책이 그 이익에 기여하는데 필요한지 또는 실제로 기여하는지를 법원이 결정할 수 있게 하는 어떠한 측량도 필요 없다고 주장하고 있다. 이것은 우리가 앞선 결정에서 단호히 거부하였던 ‘존중’을 호소하는 것에 지나지 않는다. 그

5) *Fisher v. University of Tex. at Austin*, 570 U. S. ___, ___ (2013) (THOMAS, J., concurring) (slip op., at 1).

6) *Id.*, at ___ (slip op., at 2).

7) 대법원장 Roberts와 대법관 Alito, Thomas의 의견.

러나 오늘 법정의견은 불가해하게도 이 요구를 승인하였다.

UT는 많은 클래스에서 흑인, 히스패닉, 아시아계 학생들이 소수자라는 연구를 제시했지만, 인종 의식적 정책이 실제로 이 상황을 개선시켰는지는 증명한 적이 없었다. 그리고 UT는 많은 클래스에서 아시아계 학생이 소수자인 것이 왜 이 정책을 정당화하는지에 대해서도 설명하지 않았다. 이 정책은 아시아계 학생들을 불리하게 차별하고 있는데도 말이다.

UT는 흑인, 히스패닉 학생들의 필수적 규모를 달성하기 위해 이 제도가 필요하다고 주장하였지만 이것이 무엇을 의미하는지는 설명한 바가 없으며 필수적 규모의 의미는 불분명하게 남아있다. 이것은 Fisher I 사건에서 우리 대법원이 거부하였던 바로 그 눈먼 존중에 대한 호소이다.

우리는 이 사건을 다시금 심리할 필요가 없었다. UT가 인종 의식적 정책을 채택하였을 때 UT는 이 정책이 엄격심사를 통과해야 한다는 것을 알았을 만한 충분한 이유가 있었고 이를 입증하는 것은 UT의 부담이다. 그러나 UT는 입증하지 못하였고 그렇다면 상고인이 승소해야 할 것이다.

그러나 만일 다수의견이 여전히 UT에게 다시 한 번 기회를 주기로 결정한다면, 우리는 이 사건을 지방법원(District Court)으로 돌려보내야 한다. 지금 법정의견이 한 일 - 이 사건의 중요한 이슈들에 대해 고심하지 않고 UT에게 승리를 안겨준 것 - 은 정말 잘못된 일이다.

(1) 인종 의식적 정책과 인종 중립적 정책의 결과 비교

이십여 년 동안 UT는 종종 입학정책을 수정해왔다. 1997년 이전까지 인종은 일반적 입학절차의 일부로 직접 고려되었고 종종 결정적인 요소가 되었다. 이렇게 인종 의식적 시스템을 적용하였던 마지막 해인 1996년, 등록된 입학생의 4.1%가 흑인, 14.7%가 아시아계, 14.5%가 히스패닉 학생이었다. 1997년 텍사스 주는 상위 10% 정책을 제정하였고 UT도 이를 받아들여 상위 10% 정책과 전인적인 인종 중립적 AI/PAI 시스템을 채택하였다. 이러한 인

종 중립적 정책을 적용한 마지막 해인 2004년, UT 신입생의 4.5%가 흑인, 17.9%가 아시아계, 16.9%가 히스패닉 학생이었다. 그러므로 인종 선호적 정책을 적용하였던 1996년보다 인종 중립적 정책을 적용한 2004년에 흑인, 아시아계, 히스패닉 신입생들의 퍼센트가 더 높았던 것이다.

그러나 이러한 결과에도 불구하고, 2003년 6월 우리 대법원이 인종을 유리한 요소 중 하나로 활용하는 입학 프로그램을 합헌으로 판결한 *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306 (2003) 결정이 나오자마자 바로 그 날 UT 총장은 UT의 입학 절차를 *Grutter* 결정에 맞게 수정할 것이라고 발표하였다. 나중에 UT는 거의 1년의 심사숙고를 하였다고 주장하였지만, 입학 절차에 인종을 다시 도입한 것은 앞선 총장의 발표를 따른 것에 불과하다는 것을 반박할 증거는 없다.

UT는 ‘인종적 다양성의 필수적 규모(critical mass of racial diversity)’를 달성하기 위해 인종 의식적 입학 정책이 필요하다고 주장하며 두 가지 증거를 언급하였다. 첫째는 주 인구구성과 UT 학부생 인구구성 사이의 심한 차이였고, 둘째는 5명 이상으로 구성된 학부 수업에 관한 연구였다. 이 연구에 따르면 5명 이상으로 구성된 수업 중에 52%는 흑인 학생이 없었고, 16%는 아시아계 학생이 없었고, 12%는 히스패닉 학생이 없었다. 그리고 단지 21%의 수업만이 둘 이상의 흑인 학생이 있었고, 67%의 수업에 둘 이상의 아시아계 학생, 70%의 수업에 둘 이상의 히스패닉 학생이 있었다. 이 연구에 근거하여 UT는 필수적 규모에 다다르지 못하였다고 결론 내렸다.

UT는 흑인과 히스패닉 그룹이 미달 대표된(underrepresented) 소수인종이기 때문에 이 학생들에게 인종적 선호(racial preference)의 혜택을 주기로 결정하였다고 하였다. 비록 아시아계 학생들이 없는 수업이 히스패닉 학생들이 없는 수업보다 많았지만 UT는 인구통계학을 근거로 아시아계 학생들이 초과 대표되었다(overrepresented)고 여겼다.

UT가 인종을 ‘한 요소 중의 한 요소 중의 한 요소’에 불과하다고 주장하였지만, 인종이 모든 지원서의 표지에 표시되는 유일한 전인적 요소임을 인

정하였다. 지원자의 인종이 입학서류의 앞장에서 식별될 수 있기 때문에 검토자들은 평가 내내 이를 인식하고 있는 것이다. 따라서 인종에 대한 고려는 UT 입학 과정의 모든 면에 스며들어 있다고 할 수 있다.

이렇게 인종적 구분(racial classification)이 편재해 있음에도 불구하고 UT는 이러한 구분이 그 과정에 어떻게 영향을 미치는가에 대한 기록이 없다고 주장하였다. UT는 어떤 학생이 인종 의식적 시스템의 결과로 입학하였고, 어떤 학생이 인종 중립적 과정으로 입학하였는지 전혀 모른다고 주장한다. 따라서 UT는 이 양쪽 학생들의 개인적 특성이 서로 어떻게 다른지 사정하려는 노력을 하지 않고 있는 것이다.

(2) 엄격심사를 통과하지 못하는 UT의 인종 의식적 입학정책

UT는 이 정책이 도모하려는 이익을 명확하게 정의하지 못하였으며, 그 정책이 이익을 얻기 위하여 면밀하게 재단되었다는 것을 입증하지 못하였다.

1) 인종적 구분은 엄격한 심사를 받음

인종 중립의 도덕적 원칙은 평등보호조항의 원동력이다.⁸⁾ 정부는 시민을 단순히 인종, 종교, 성별 또는 민족적 부류의 구성요소로서가 아닌 한 개인으로 대해야 한다는 명령은 헌법이 보장하는 평등보호의 핵심에 깔려있다.⁹⁾ 우리 헌법의 평등원칙에 대한 의무를 고려할 때, 시민을 단지 그들의 혈통으로 구분하는 것은 그 자체로, 자유로운 시민들에게는 혐오스러운 것이다.¹⁰⁾

인종적 특징이 불평등 대우에 대한 정당한 근거를 제공하는 일은 거의 없기 때문에 평등보호조항은 인종적 구분을 가장 엄격한 심사의 대상이 되도록 요구한다.¹¹⁾

8) *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U. S. 469, 518 (1989) (KENNEDY, J., concurring in part and concurring in judgment).

9) *Miller v. Johnson*, 515 U. S. 900, 911 (1995).

10) *Rice v. Cayetano*, 528 U. S. 495, 517 (2000) (quoting *Hirabayashi v. United States*, 320 U. S. 81, 100 (1943)).

11) *Fisher I*, 570 U. S., at ___ (slip op., at 8).

즉, 인종적 구분은 다른 모든 것이 실패할 때 가장 마지막으로 쓸 수 있는 카드이다. 엄격심사에 따라 정부는 입증책임의 부담을 진다. 따라서 정부는 ‘명확하게’ 그 목적 또는 이익이 헌법적으로 허용가능하고 상당한 것이며, 인종적 구분이 그러한 목적을 달성하는데 필요하다는 것을 입증해야 한다.

2) 불명확한 UT의 이익

UT는 인종적 선호를 활용하는 것에 대한 자신의 이익을 명확하게 정의내리지 못하였다.

UT는 소수인종 학생수의 ‘필수적 규모’가 무엇인지 정확히 설명하지 못하였다. 실제로 UT는 다양성의 교육적 혜택을 보장한다는 것 이상으로 자세한 이익을 확인할 필요는 없다고 주장하고 있다. UT는 필수적 규모가 절대적인 숫자가 아니라고 주장하며, 이를 ‘다양성으로부터 나오는 교육적 혜택이 실제로 일어나도록 하는 소수인종 학생의 적절한 대표성’으로 정의하고, 교육적 혜택이 생기는 것을 보면 필수적 규모에 도달했다는 것을 알 것이라고 말하고 있다. 다른 말로 하면 “우리를 믿어라”는 것에 불과하다.

무엇이 필수적 규모인지, 어떻게 측정할 수 있는지를 알지 못한 채로, 인종을 입학결정에 활용하는 것이 ‘필요한’ 것인지에 대해 법원이 신중한 사법심리를 할 수는 없다. 우리가 UT 프로그램이 면밀히 재단된 것인지를 평가하기 위해서는, 학교가 ‘구체적인 이익’을 밝혀야 한다. UT는 왜 인종 의식적 정책이 필요하고 어떻게 그 목표가 달성되었는지를 알 수 있는 것인지를 명확하게 설명하지 못하였기 때문에 엄격심사를 충족하지 못했다.

법정의견은 UT의 무정형한 목표들을 충분한 것이라고 인정함으로써, ‘본질적으로 의심스러운(inherently suspect)’ 성격을 갖는 인종적 구분을 옹호하는 정부 공무원에 대해 무비판적인 존중을 거부해왔던 수십 년간의 선례를 위반하였다.

3) UT의 추가적인 4가지 목표 (인구학적 동등성, 강의실 내 다양성, 인

중 내부의 다양성, 인종적 고립의 방지)

① 인구학적 동등성(demographic parity)

첫째, UT와 법정의견은 인구학적 데이터를 증거로 흑인과 히스패닉 학생들이 미달 대표되었으며(underrepresented), 인종적 선호는 이를 보상하기 위해 필요하다고 주장하였다. 그러나 텍사스 주 인구통계와 UT내 소수인종 학생의 필수적 규모의 달성과의 관계를 명확하게 설명하지 못하였다.

‘필수적 규모’는 주 인구에 대한 특정 그룹의 상대적 크기에 달려있는 것인가? 예를 들면, 흑인이 인구의 11.8%, 히스패닉이 37.6%인 텍사스 주에서의 필수적 규모와 이웃한 주로서 흑인이 2.1%, 히스패닉이 46.3%인 뉴멕시코 주의 필수적 규모는 다른 것인가?

UT의 대답은 계속 왔다갔다 해왔다. Fisher I 사건 때 UT측 변호인은 필수적 규모가 인종마다 그리고 주마다 다를 수 있다고 말하였다. 한편 그 반대로 텍사스 주의 인구통계와는 관계없는 개념이라고 말하기도 하였다.

UT가 텍사스 주 인구통계와의 동등성을 추구하는 범위에서, 이것은 우리 대법원이 되풀이해서 명백히 위헌적이라고 판결해온 ‘노골적인 인종 간 균형 맞추기(outright racial balancing)’일 뿐이다. 인종 간 균형 맞추기를 단순히 인종적 다양성이라고 재표기한다고 해서 명백한 위헌에서 주의 긴절한 이익으로 변하지 않는다.¹²⁾

법원으로서 UT가 추구하는 인구학적 목표가 구체적으로 무엇이며, 언제 이 목표가 충족되는지를 알 방법이 없다. 여기에는 ‘논리적인 정지 지점(logical stopping point)’이 없는 것이다. 따라서 인구학적 격차는 엄격심사를 충족시키는데는 사용될 수 없다.

② 강의실 내 다양성(classroom diversity)

UT의 다른 주요설명 중 하나는 UT가 강의실 내 다양성을 추구한다는 것

12) Fisher I, 570 U. S., at ___ (slip op., at 9)(quoting Parents Involved, 551 U. S., at 732).

이다. 이를 뒷받침하기 위해 UT는 5명 이상의 학생들로 구성된 수업에 관한 연구에 의존하였다.

그러나 UT는 충분하다고 여겨지는 강의실 내 다양성의 수준을 밝혀내지 못하였기 때문에 엄격심사의 적용은 불가능하다. (만일 UT의 목표가 각 강의실에 적어도 2명의 흑인, 2명의 히스패닉, 2명의 아시아계 학생이 있는 것이라면, 그러한 목표는 5명인 수업에서는 말 그대로 불가능하고, 현실적으로 다른 소규모 수업에서도 도달하기 어려운 것이다.)

학생 구성의 다양성에서 나오는 교육적 혜택을 달성하는데 인종 의식적 정책이 필요한 것인가를 입증하기에도 그 증거는 불충분하다. UT는 어떤 학생들이 상위 10% 정책으로 입학하였고 어떤 학생들이 그렇지 않은지를 알고 있으며, 다양성이 부족한 수업의 유형에 상위 10% 정책으로 입학한 학생들이 전인적 평가로 입학한 학생들보다 더 등록하는지 또는 덜 등록하는지를 판단하기도 비교적 쉬워 보인다. 그러나 UT는 구태여 이를 산출하려 하지 않았다. UT는 인종 의식적 정책이 인종 중립적 정책보다 강의실 내 다양성을 증진하였음을 증명하지 못하였다.

더구나 UT가 진실로 학생들을 생각과 관점의 다양성에 노출시키고자 하였다면, 그 정책은 매우 부실한 것이다. UT의 자료 스스로가 히스패닉으로 분류된 학생들보다는 아시아계로 분류된 학생들이 더 부족함을 입증하고 있다. 그러나 UT의 정책은 아시아계 학생들을 차별하고 있다. UT의 관점에서는 인종 간 이해를 증진시키고, 인종적 고정관념을 무너뜨리며, 학생들이 다른 인종을 더 잘 이해할 수 있게 함에 있어 아시아계 학생들이 히스패닉 학생들보다 덜 가치 있다고 생각하는 것이 틀림없다.

법정의견과 제5항소법원은 모두 UT의 강의실 연구에 의존하고 있으면서도 히스패닉 학생들이 아시아계 학생들보다 더 잘 대표되고(better represented) 있다는 결론은 철저히 무시하고 있다. 실제로 그들은 마치 아시아계 학생들이 존재하지 않는 것처럼 행동하고 있다. 단지 제1심 법원만이 UT의 정책이 아시아계 학생들에게 미치는 영향을 인정하였을 뿐이다. 그러

나 이마저도 UT가 어떤 인종이나 민족을 선호할지 고르고 선택할 수 있다는 경악스러운 결론을 내리며 무시하였다.

법정의견이 UT 입학에 있어 아시아계 사람에 대한 이러한 차별을 기꺼이 허용하는 것은 특히 교육에 있어 아시아계 미국인들을 차별해온 역사를 고려하건대 문제가 있다. 즉, 법정의견이 인종적 선호를 소수인종의 우대라고 반복적으로 지칭해왔음에도 불구하고, 이 차별적 정책이 아시아계 학생들을 배제하도록 작동되고 있음은 강조되어야 할 것이다.

아마도 법정의견은 아시아계 학생들은 초과 대표(overrepresented)되었기 때문에 이들에 대한 차별이 악의 없는(benign) 것이라고 생각할 것이다. 그러나 정부가 왜 인종에 근거한 차별이 필요한지에 대해 설명할 수 없다면, 어떤 인종적 구분이 악의가 없는 것이고 어떤 인종적 구분이 불법적인 것인지 판단할 방법은 없다. 위에 언급된 강의실 내 인종구성에 관한 연구를 UT가 엄격심사를 충족시켰다는 증거로 받아들임으로써 법정의견은 우리를 ‘따로 그러나 평등하게(separate but equal, 분리평등)¹³⁾ 정책에서 ‘불평등한 그러나 악의 없는(unequal but benign)’ 정책으로 옮겨올 뿐이다.

UT는 아시아계 학생들을 차별했을 뿐만 아니라 인종과 민족 카테고리를 너무 단순하게 대충 만들었다. UT 정책에 따르면 우대를 받는 그룹과 그렇지 않은 그룹 모두 광범위하고 다양한 배경의 학생들로 이루어져 있다. 예를 들어 ‘아시아계 미국인’으로 분류된 학생들은 중국, 일본, 한국, 베트남, 캄보디아, 몽(Hmong), 인도 등 전 세계 인구의 약 60%를 구성하는 다양한 배경을 갖고 있는 개인들이다. 이 학생들이 비슷한 배경과 생각과 경험을 갖고 있다고 주장하는 것은 터무니없는 일이다. UT는 왜 이들을 똑같이 취급하며 아시아계 학생들이 초과 대표되었기 때문에 이들에 대한 차별이 정당하다고 결론짓는 것인가?

UT는 다양한 인종과 민족의 정의를 제공하지 못하였을 뿐만 아니라 각

13) 교통, 서비스, 교육 시설 등에서 흑인과 백인을 분리시키는 것이 수정헌법 제14조의 평등보호조항을 위반하지 않는다는 이론으로 1954년 Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954) 사건에서 뒤집히기 전까지 연방대법원에서도 이 의견이 다수의견이었다.

학생들이 단 하나의 인종 또는 민족 그룹에 속한다고 단정하였다. 그러나 인구조사 통계에 의하면 2000~2010년 사이에 스스로를 다인종 구성원이라고 표현하는 사람들이 32%나 증가하였다. UT의 분류 시스템은 빠르게 통합화 되는 국가에 부적당한 것이다.

마지막으로, 강의실 내 다양성의 부족은 다른 요소가 원인일 수도 있음이 확실해 보인다. UT는 광범위한 과목에서 엄청나게 많은 강의를 제공하고 있으며 학부생들에게 수업을 선택할 자유를 많이 주고 있다. 또한 특정한 소수 인종에게 특별히 인기 있는 수업도 제공하고 있으며, 이 경우 자연히 다른 수업에서는 이 학생들의 등록이 줄어들 것이다. 흑인과 히스패닉 학생의 수는 전공에 따라 상당히 다르다. 학부 프로그램을 사실상 다양성이 부족하도록 짜놓고 바로 그 결과를 헌법이 거의 인정하지 않는 인종 및 민족 차별을 정당화하는 근거로 주장하는 것은 설득력이 부족하다.

③ 인종 내부의 다양성 (intra-racial diversity)

UT는 인종 내부의 다양성도 주장하였다. 이 주장의 본심은 상위 10% 정책을 통해 입학한 흑인 또는 히스패닉 학생들은 어딘가 부족하거나 아니면 적어도 근본적으로 다르다는 입증되지 않은 추정을 깔고 있는 것이다.

제5항소법원의 항소와 Fisher I 사건에서 UT는 텍사스 주의 상위 10% 법률이 다양한 학생들을 모으려는 자신들의 노력을 방해한다고 주장하였는데 이는 이 법에 따라 입학한 소수인종은 대체로 구성원의 다수가 소수인종인 학교 출신이기 때문이라는 것이다. UT에 따르면 이 학생들은 가난하고 취약한 가정에서 오는 경향이 있으며, 더 많은 특권 가정 출신의 흑인과 히스패닉 학생들이 필요하다고 주장하였다.

결국 UT의 주장은 상위 10% 정책으로 입학한 학생들은, 성취도가 낮고 인종적으로 식별 가능한 학교 출신이기 때문에 무언가 문제가 있을 것이라는 근거 없는 추정에 의존하고 있는 것이다. 이것은 바로 평등보호조항이 금지하는 것이다. UT는 증거 대신 고정관념을 이용하거나, 근거 대신 인종적

편견을 이용함으로써 자신의 입증책임을 충족시킬 수는 없다.

게다가 UT의 주장은 적극적 우대조치의 개념을 자기 편할 대로 바꿔버렸다. 가난하고 취약한 소수인종 학생들을 입학시키는 프로그램이 더 운이 좋은 학생들에게 혜택을 주지 않기 때문에 부적절하다고 말하고 있는 것이다. 이는 잘못된 것이다.

더구나 상위 10% 정책을 통해 입학한 소수인종 학생들의 사회경제적 지위에 대한 추정은 전혀 정확하지 않다. 이 학생들의 부모들의 교육수준(학위 등)은 텍사스 주민의 평균보다 훨씬 높았으며, 가계소득은 반 정도는 텍사스 평균보다 낮고, 반 정도는 평균보다 높았는데, 상당수는 텍사스 평균을 크게 웃돌았다. UT의 주장은 텍사스 주 평균 가정보다 더 부유하고 더 많은 교육을 받은 가정의 소수인종 학생들을 입학시키기 위해 적극적 우대조치가 필요하다는 것이다.

이러한 잘못된 추정에 더해 UT는 상위 10% 정책을 통해 입학한 소수인종 학생들이 학업적으로도 열등하다고 주장하였다. 그러나 이 주장은 틀린 것이다. 실제로 2003~2007년의 기록을 보면 상위 10% 법률에 의해 입학한 흑인 신입생은 다른 과정으로 입학한 학생보다 평균학점이 더 높았고, 이는 히스패닉 학생의 경우에도 마찬가지였다. 이것은 성공적인 대학생활을 예측하는 데는 고등학교에서의 높은 등급이 SAT(미국대학수능시험) 점수보다 나은 지표라는 전국적인 연구의 결과와도 맞아떨어진다.

UT는 상위 10% 법률로 들어온 입학생들이 충분히 다양성 내의 다양성을 보여주는지, '변화의 주도자(change agent)'가 그들 내에 존재하지는 않는지, 이 입학생들이 공동적으로든 개인적으로든 악성 고정관념과 싸울 수 있는지는 않은지 검토해보지 않았다. 따라서 UT의 인종 내부의 다양성에 대한 주장은 엄격심사를 통과하기에는 너무 부정확하다.

이 소송의 전체를 통틀어 UT는 인종 내부의 다양성이 필요한지에 대한 자신의 입장을 계속 바꿔왔으며 인종 내부의 다양성을 강조하지도 않았다. 이것은 인종 내부의 다양성이 '차별적 구분을 뒷받침하는 실제 목적'¹⁴⁾이 아

나라 단지 사후의 합리화일 뿐임을 보여준다.

④ 인종적 고립의 방지 (avoiding racial isolation)

UT는 소수인종 학생들의 외로움과 고립을 방지하는 이익을 주장하였고 법정의견이 이를 받아들였다. 이 주장을 뒷받침하기 위해 UT는 인구학적 데이터와 일부 학생들(몇 명인지는 들은 바 없음)이 고립감을 느꼈다는 UT 직원의 발언을 언급하였을 뿐이다. 이러한 모호한 이익으로는 엄격심사를 통과할 수 없다.

인종적 외로움과 주의 인구통계학을 연결 짓는 것은 비논리적이다. 예를 들어 한 흑인 학생이 학생 구성원에서 흑인이 20%를 차지하는 대학에 입학하였다고 가정하자. 만일 인종적 외로움이 주의 인구통계학에 달려있는 것이라면 이 학생은 이 학교가 미시시피 주(37%가 흑인인 주)에 있을 경우에, 몬타나 주(0.4%가 흑인인 주)에 있을 경우보다 더 외로움을 느낀다는 것이다. 그러나 현실에서는 이 학생은 전체적으로 흑인이 많은 인구를 차지하는 미시시피 주에서 덜 외로움을 느낄 것이다.

한편, UT의 아시아계 학생에 대한 처우는 이해하기 힘들다. 히스패닉 재학생의 수는 아시아계 재학생의 수보다 많다. 그럼에도 불구하고 UT는 왜 히스패닉 학생들이 입학 부양책을 받아야할 만큼 아시아계 학생들보다 외롭고 고립되었는지를 설명하지 못하였다.

즉, UT는 인종적 외로움의 방지라는 이익을 명확하게 설명하지 못하였고 언제 이러한 외로움이 더 이상 지속되지 않는지를 알 방법을 제시하지도 못하였다.

4) 면밀히 재단되지 않음

설사 UT가 단순히 다양성의 교육적 혜택이라는 포괄적인 이익을 원용하는 것으로 충분하다고 가정할지라도, UT의 정책은 면밀히 재단되지 않았기

14) Mississippi Univ. for Women v. Hogan, 458 U. S. 718, 730 (1982).

때문에 엄격심사를 통과할 수 없다. 면밀한 재단은 인종적 구분을 이용하지 않고도 충분한 다양성을 획득할 수 있는지에 대한 신중한 사법심사를 요구한다. 만일 인종과 무관한 방법이 인종적 요소를 활용한 방법과 거의 비슷하거나 웬만한 행정비용(at tolerable administrative expense)으로 중요한 이익을 증진시킬 수 있다면 대학은 인종을 고려해서는 안 된다.

법정의견은 UT가 추구하는 다양성의 이익을 얻기 위한 운용가능한 다른 대안이 없다고 주장한다. 그러나 상위 10% 정책과 인종 중립적이고 전인적인 평가를 혼합하는 시스템으로도 충분히 다양성의 목표를 달성할 수 있다. UT는 인종 의식적 정책이 인종 중립적 정책보다 다양성의 목표를 더 효과적으로 달성할 수 있다는 증거를 전혀 제시하지 않았다.

법정의견은 인종을 의식하는 것이 입학결정의 작은 부분에서만 역할한다는 것이 면밀한 재단의 특징이지 위헌성의 증거가 아니라고 주장하였다. 그러나 인종적 구분은 매우 의심스러운 수단이기 때문에 이 주장은 우리 법원의 선례에 정면으로 위배된다. 인종적 선호가 소수인종 입학에 단지 미미한 영향을 미칠 뿐이라면 인종 중립적 대안도 같은 결과를 가져올 수 있을 것이다.

UT는 수만 명의 지원서 표지에 인종을 표시함 없이, 인종 중립적 대안으로 그 목표를 달성할 수 있을 것이다.

(3) UT에게 있는 입증책임 부담

UT는 인종 의식적 정책으로 전환하기 전에는 다양성의 교육적 혜택을 획득하지 못하였다는 것을 입증할 무거운 책임을 진다. 이것으로 이 사건은 끝이어야 한다. UT가 이미 인종 중립적 절차로 입학을 허용한 흑인과 히스패닉 학생들에게 부족한 점이 무엇인지, 인종에 근거한 입학이 어떻게 그 결함을 바로잡을 수 있는지를 증명하지 않고는 UT는 자신의 입학절차가 면밀히 재단되었다고 입증할 수 없다.

그러나 법정의견은 UT가 입증하지 못한 결과로 상고인이 패소한다고 결정하였다. 마치 상고인이 입증책임의 부담을 지는 것처럼 뒤집어씌우는 것이다. 그러나 인종을 고려하는 것이 위헌임을 입증하는 것은 상고인의 부담이 아니다.

법정의견은 보통의 엄격심사기준을 깨뜨리기 위해 세 가지 이유를 원용하였다. 그러나 모두 설득력이 없다.

1) 시행된 지 3년밖에 되지 않았었다는 이유에 대하여

법정의견은 상고인이 지원하여 불합격할 당시 현재의 정책은 시행된 지 3년밖에 되지 않았었고 추가적인 사실관계의 조사도 별로 소용이 없을 것이라고 말하였다. 그러나 평등보호조항은 인종적 구분에 3년의 유예기간을 주지 않는다. 엄격심사에 따라 UT는 인종에 근거한 입학이 긴절한 이익을 얻기 위해 필요하다는 증거를 - 3년 혹은 그 이상의 시간이 지난 후가 아니라 - 그 정책이 시행되기 ‘전’에 확인해야 한다. UT의 인종 의식적 정책은 Grutter 판결에 대한 대응일 뿐 진지한 고려는 없었던 것이다.

2) 데이터를 보관할 이유가 없었다는 주장에 대하여

법정의견은 UT의 증거부족을 봐주기 위해, 대학으로서는 퍼센티지 정책을 바꿀 권한이 없었기 때문에 그 정책과 그 정책으로 입학한 학생들에 대한 방대한 데이터를 보관할 이유가 없었다고 주장하였다. 그러나 UT는 엄격심사에 따라 인종차별을 정당화하는 부담을 학교가 진다는 것을 오랫동안 알고 있었다. 이 부담의 관점에서 UT는 관련 데이터를 보관할 충분한 이유가 있었다. 인종요소를 사용하는 것이 실제로 필요한지를 검토함 없이 인종에 근거한 절차를 생각 없이 도입하는 것은 ‘법을 준수하려는 성실한 노력’이 아니다.

3) 소송이 오랫동안 지속되어 왔다는 이유에 대하여

법정의견은 이 소송이 여러 해 동안 지속되어 왔고, 상고인은 이미 다른 대학을 졸업하였으며, UT의 정책은 시간이 지남에 따라 바뀌었을 수 있고, 이 사건은 장래적 안내의 역할도 거의 하지 못할 것이라는 것에 주목하였다. 그러나 이러한 고려사항들은 이 소송의 본안에 아무런 관련이 없다. 법정의견은 단지 이 사건이 지겹다고 해서 UT의 편을 들어서는 안 된다.

(4) 결론

이 사건에서 무엇이 중요하고 무엇이 그렇지 않은가를 이해하는 것은 중요하다. 중요하지 않은 것은 UT나 다른 대학들이 모든 인종 및 민족 출신의 학생들로 광범위하게 대표되는 학생 구성체를 이끌어내는 입학정책을 채택할 수 있는지 여부이다. UT는 이미 적극적 우대조치 없이도 이를 효과적으로 보상하는 인종 중립적 정책을 채택한 적이 있으며, 인종이나 민족을 고려하지 않고도 입학생들의 다양성을 증진시킬 다른 조치를 취할 수도 있었을 것이다.

이 사건에서 중요한 것은 대학 관리자가 조직적인 인종 차별을, 왜 차별이 필요하고 어떻게 차별적인 정책이 그 목표에 기여하도록 잘 만들어져 있는지를 - 입증함은 고사하고 - 설명함조차 없이, 단지 그러한 차별이 '다양성의 교육적 혜택'을 달성하는데 필요하다고 주장하며, 정당화할 수 있는가이다. UT는 아무런 논리정연한 설명도 하지 않았지만 법정의견은 UT가 자신의 무거운 입증책임을 다했다고 결론지었다. 이 결론은 놀랄 만하다. 놀랄 만큼 잘못 되었다.

UT는 엄격심사를 통과하지 못하였기 때문에 나는 정중히 법정의견에 반대한다.