

헌법소원심판청구서

제대군인지원에관한법률 제8조제1항 등 위헌확인

청 구 인 1. 조 경 옥

서울 양천구 신정동 1159-1

2. 이 유 진

인천 부평구 부평동 715-37

3. 김 정 원

서울 중구 신당동 432-1630

4. 박 은 주

서울 영등포구 양평동 5가 9-1

5. 김 은 정

서울 송파구 문정동 150

6. 김 형 수

서울 서대문구 창천동 100-137

청구인들 대리인 변호사 강기원, 이석연, 최은순

(송달장소)

서울 서초구 서초동 1716-4 중앙빌딩 302호, 변호사 이석연

(우:137-070)

침해된 권리

헌법제11조제1항의 평등권, 제15조의 직업선택의 자유, 제25조의
공무담임권

辯護士 李 石 淵 法律事務所

서울·서초구 서초동 1716-4 중앙빌딩 302호

전 화 : 593 - 8100, 9100 FAX : 593-9101

침해의 원인이 되는 공권력의 행사

제대군인지원에관한법률 제8조제1항, 제3항, 같은법 시행령 제9조

의 제정행위

청 구 취 지

제대군인지원에관한법률(제정, 1997. 12. 31 법률 제5482호) 제8조제1항, 제3항, 같은법 시행령(제정, 1998. 8. 21 대통령령 제13986호) 제9조는 각 헌법에 위반된다는 결정을 구합니다.

청 구 이 유

1. 청구인들 지위

청구인 이유진은 1998. 2. 이화여자대학교를 졸업하고, 청구인 조경옥, 박은주, 김정원, 김은정은 현재 동 대학 4학년에 각 재학 중인 여성들로서 모두 7급 및 9급 국가공무원 공개경쟁채용시험에 응시하기 위하여 준비 중에 있습니다.

한편 청구인 김형수는 현재 연세대학교 국어국문학과 4학년에 재학 중인 신체장애가 있는 남성으로서 역시 7급 국가공무원 공개경쟁채용시험을 준비하고 있습니다.

그런데 청구인들은 제대군인지원에관한법률 제8조제1항, 제3항, 같은법 시행령

제9조(이하 이 사건 심판대상규정이라 합니다)에 의하여 다음에서 보는 바와 같이 헌법상 보장된 기본권을 침해받게 되어 이 사건 헌법소원을 제기하게 되었습니다.

2. 이 사건 심판대상규정의 위헌성

(1) 제대군인가산점제도의 내용 및 입법취지

제대군인지원에 관한 법률 제8조제1항은 같은법 제7조제2항에 의한 취업보호실시기관 즉 국가기관, 지방자치단체, 국·공·사립교육기관, 20인 이상 상시고용의 공·사기업체 또는 공·사단체가 그 직원을 채용하기 위한 시험을 실시할 경우에 제대군인이 그 채용시험에 응시한 때에는 필기시험의 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5퍼센트 범위 안에서 대통령령이 정하는 바에 의하여 가산하도록 하고 이 경우 취업보호실시기관이 필기시험을 실시하지 아니한 때에는 그에 갈음하여 실기시험, 서류전형 또는 면접시험의 득점에 이를 가산한다고 규정하고 있으며, 같은조 제3항은 취업보호실시기관이 실시하는 채용시험의 가산대상직급은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있습니다. 한편 같은법 시행령 제9조는 제대군인이 채용시험에 응시하는 경우의 가점대상 범위를 공무원의 경우 6급 이하 및 기능직의 모든 직급으로 하고 공기업체를 포함한 민간기업의 경우 취업보호실시기관의 신규 채용사원의 모든 직급으로 하며(제9조제2항), 시험만점에 대한 가점비율은 2년 이상 복무자의 경우에는 5퍼센트, 2년 미만 복무자의 경우에는 3퍼센트로 하도록(제9조제1항) 규정하고 있습니다(이와같이 제대군인이 채용시험에 응시할 경우 각 과목별

로 시험만점에 대하여 2년 이상 복무자에게는 5%, 2년 미만 복무자에게는 3%를 각 가산하도록 한 제도를 편의상 "제대군인가산점제도"라 합니다).

따라서 현행 제대군인가산점제도에 의하면 채용시험의 각 과목별로 그 득점에 만점의 5%, 3%를 일률적으로 가산하도록 되어 있어 시험문제의 난이도에 따라서는 제대군인응시자의 전체시험과목의 평균이 만점을 초과하는 경우가 상당수 있을 수 있게 됩니다.

제대군인가산점제도의 입법취지는 국토방위의 임무를 성실히 수행하고 진익한 제대군인의 사회복귀를 돕고 그 인력의 활용을 촉진하기 위한 정책의 일환으로 공직과 자부심을 갖고 병역의무를 자진하여 이행하는 풍토를 조성하는 한편 병역 의무 이행으로 인한 불이익에 대한 보상을 들고 있습니다.

그러나 제대군인가산점제도를 정하고 있는 이 사건 심판대상규정은 다음과 같은 점에서 헌법에 위반된다고 봅니다.

(2) 평등권의 본질적 내용 침해

(가) 헌법 제11조제1항은 "모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별, 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다"고 규정하여 평등권을 보장하고 있습니다. 헌법 제11조제1항에서 보장하고 있는 모든 국민의 법 앞에서의 평등은 법의 해석, 집행과정에서의 평등뿐만 아니라 법의 제정 즉 입법과정에서의 평등한 대우도 그 당연한 내포로 하고 있으며 여기서의 평등은 절대적 평등이 아닌 합리적인 근거에 의한 차별을 허용하는 상대적 평등으로 국가공권력에 의한 '자의적(恣意的) 위

급의 금지'와 국가생활영역에 있어서 '기회의 균등'을 의미한다는 것이 동선, 판례(헌법재판소)의 입장입니다.

따라서 본질적으로 평등한 것을 자의적으로 불평등하게 취급하거나 본질적으로 불평등한 것을 자의적으로 평등하게 취급하는 것은 평등의 원칙에 반하게 됩니다. 그리고 자의적 취급의 여부를 판단함에 있어서는 균등한 기회를 실질적으로 보장하고 있는지 여부가 중요한 기준이 될은 물론입니다.

그런데 공무원채용시험이나 민간기업체의 채용시험에 응시하는 것은 헌법상 보장된 공무담임권과 직업선택의 자유라는 기본권실현의 가장 기본적인 수단이라는 점에서 채용단계에서는 동일한 출발선상에서 출발할 수 있도록 본질적으로 평등하게 취급하여야 하고 그렇지 않을 경우 실질적으로 기회균등의 원칙에 어긋나는 결과가 된다는 것입니다. 따라서 제대군인에 대하여 채용시험단계에서 시험반점의 5% 내지 3%의 가산점을 주도록 하고 있는 이 사건 심판대상규정은 제대군인의 지위에 설 수 없는 청구인들과 같은 여성 및 신체장애인들에 대한 합리적 근거 없는 차별 즉 성별 또는 사회적 신분 등에 의한 차별로서 결국 "같은 것은 같게, 같지 아니한 것은 같지 아니하게" 취급함으로써 달성되는 배분적 정의에 입각한 상대적 평등을 규정한 헌법 제11조제1항의 평등권에 위반된다 하겠습니까.

(나) 물론 청구인들의 평등권을 비롯한 공무담임권, 직업선택의 자유 등도 다른 기본권의 경우와 마찬가지로 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한이 가하여 질 수 있음은 물론이지만 그 제한의 방법은 법규로써만 가능하고 제한의 정도 역시 필요최소한에 그쳐야 합니다(헌법 제37조제2항). 여기서 제대군인가산점제도를 정하고 있는 이 사건 심판대상규정이 과연 기

본권제한입법으로서 갖추어야 할 입법목적의 정당성, 수단의 적절성, 침해의 최소성 및 법익의 균형성 등의 원칙을 지켰는지를 살펴 봅니다.

제대군인가산점제도의 입법목적이 앞서 본 바와 같이 국토방위의 임무를 성실히 수행하고 전역한 제대군인의 사회복귀를 돕고 그 인력의 활용을 촉진하기 위한 정책적 목적과 더불어 긍지와 자부심을 갖고 병역의무를 자진하여 이행하는 풍토를 조성하는데 있다고 할 때에 특히 헌법이 병역의무 이행으로 인한 불이익한 처우를 받지 않도록 규정하고 있는 점에 비추어 그 목적의 정당성이 인정된다 하겠 습니다.

그러나 차별입법이 정당화 되기 위해서는 위와같은 목적의 정당성뿐만 아니라 그 목적을 달성하는 수단이 적합하고 피해가 최소화 될 수 있는 것이어야 하며 입법목적에 의해서 일어나는 법익이 침해되는 법익과 균형관계에 있어야 합니다.

(다) 우리가 처한 특수한 안보환경에 비추어 볼 때 병역의무를 자진하여 이행 하는 풍토를 조성한다는 것은 매우 중요한 문제인 것은 사실입니다. 그러나 제대 군인가산점제도를 이러한 목적달성의 수단으로 사용한다는 것은 방법에 있어 적 절하지 못하다는 것입니다. 그 동안 문제가 되어 온 병무비리는 병역의무를 이행 해야 하는 자들이 부와 권력 등을 이용하여 부당하게 병역의무를 회피한데서 온 문제이지, 병역의무 대상자가 아닌 즉 병역의무 면제자인 여성이나 장애인 등의 문제는 아닌 것입니다.

따라서 병무비리를 척결하여 자발적인 병역의무이행 풍토를 조성하는 것은 이디 까지나 병역법의 엄격한 적용과 병역의무 이행에 대한 국민의 건전한 의식의 형 성 등에 의해서 달성하여야 하는 것이지 가산점제도를 그 수단으로 활용하는 것

은 주객이 전도된 불합리한 발상이라 하겠습니다.

병역의무를 이행한 제대군인의 국가에 대한 공헌을 고려할 때 그리고 누구든지 병역의무의 이행으로 불이익한 처우를 받지 아니한다는 헌법의 정신(헌법 제39조 제2항)에 비추어 볼 때 병역의무의 이행으로 인한 기회상실에 대하여 국가직 차원에서 응분의 보상을 해 주는 것은 당연합니다.

그러나 이러한 보상은 예컨대 금전적 또는 다른 합리적인 범위내의 처우이어야 하지 마치 제대군인이라는 특수한 사회적 지위를 창설하여 이들에게 특혜를 부여함으로써 헌법상 다른 기본권 주체의 기본권을 침해하는 방법으로 하여서는 아니 된다는 것이 헌법의 정신이라 할 것입니다. 그런 점에서 공무원이나 민간업체의 채용시험 단계에서의 제대군인에 대한 가산점 부여는 결국 헌법이 예정하고 있는 불이익한 처우금지의 범위를 넘어서 앞서 본 바와 같이 기본권 실현의 출발선상에서의 기회균등을 침해하는 것이 된다는 것입니다.

더우기 7급 및 9급 공무원채용시험의 경우 합격점이 평균 80점을 훨씬 상회하고 있고 불과 영점 몇점차로 합격 여부가 좌우되는 상황에서 제대군인에 대하여 시험 과목별로 3점 또는 5점을 가산하는 것은 당락에 결정적으로 영향을 미침으로써 결국 가산점을 받지 못하는 자들에게는 사실상 시험에 응시하지 말라는 것과 같은 가혹한 결과를 초래하게 된다는 것입니다. 부득이하여 가산점제도가 요구된다 하더라도 만점의 1, 2점의 범위 내에서 아니면 동점자 처리에서 우선권을 주는 등으로 합리적인 범위에서 인정하여야 하지 과목별로 3점 내지 5점의 가산점을 주는 것은 결국 가산점 혜택을 받지 않는 자는 경우에 따라 만점을 받고도 불합격되는 무순이 있을 수 있다 는 점에서 이 가산점제도는 피해의 최소성의 원칙에도 어긋나는 것입니다.

(라) 현금 우리 사회 풍토를 볼 때 여성은 여성이라는 이유만으로 사회적으로 보이는 또 보이지 않는 많은 성적차별 내지 첩해로 말미암아 능력에 맞는 직업을 갖는다는 것이 매우 어려우며 장애인들 또한 사회적 편견과 냉대로 직업을 갖는다는 것이 하늘의 별따기 만큼이나 어렵습니다.

따라서 병역의무 이행으로 인한 불이익에 대한 보상이라는 목적을 위해 군복무를 마친 신체적으로 건장한 자에 비해 상대적으로 사회적 약자인 여성과 장애인들을 그들이 이행할 수도 없는 병역의무를 이행하지 않았다는 이유로, 직업의 세계에서 몰아냄으로써 사실상 그들의 생존을 어렵게 하고 있는 제대군인가산집을 규정한 이 사건 심판대상규정은 청구인들의 헌법상 보장된 평등권 등의 기본권을 제한하면서 요구되는 방법(수단)의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등의 원칙 등 이른바 과잉금지의 원칙에 위배됨으로써 위 각 기본권의 본질적 내용을 침해하고 있다고 하겠습니다.

(3) 공무담임권, 직업선택의 자유 등의 침해

(가) 헌법 제25조는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다고 규정하고 있습니다. 여기서 말하는 법률이 정하는 바에 의한 공무담임권은 피선거권과 공직취임권을 포괄하는 개념으로서 입법권자가 마음대로 그 기준을 정한다는 것을 의미하는 것이 아니고 공무원제도의 취지에 따라 능력주의에 합당한 선발기준을 마련함으로써 모든 국민에게 누구나 그 능력과 직성에 따라 공직에 취임할 수 있는 동등한 기회를 보장한다는 의미인 것입니다. 국가공무원

법 제26조, 지방공무원법 25조도 이에 근거하여 인사행정에 있어 정치적 또는 정
실적 요인을 배제하고 자격이나 능력을 기준으로 하여야 한다는 능력주의적 명시
하고 있습니다.

공무원은 국민에 대한 봉사자로서 국가업무를 수행하는 자들입니다. 공무원(특히
선거에 의해 선발되지 않는 공무원)은 공익을 수행하는 자이기 때문에 정치적 중립
성이 확보되고 우수한 인재를 확보하기 위한 선발기준을 마련해야 합니다. 결국
이를 위한 선발절차는 철저하게 능력과 적성 즉 해당관직이 요구하는 직무수행능
력이 유일한 기준이 되어야 하는 것입니다. 따라서 공직자 선발과정에서 해당 관
직이 요구하는 직무수행능력과 무관한 요소 예컨대 성별, 종교, 사회적 신분, 소
속정당, 출신지역, 가족관계 등을 이유로 하는 어떤 차별도 허용되지 않는다 할
것입니다.

따라서 이 사건 심판대상규정은 결국 7, 9급 공무원을 선발하는데 당락에 결정
적 영향을 미치는 3점 또는 5점의 가산점을 줌으로써 업무수행능력이 아닌 병역
의무 이행여부를 공무원선발의 기준으로 하고 있다는 점에서 헌법이 보장하고 있
는 모든 국민의 동등한 공무담임권을 침해하고 있습니다.

(나) 헌법 제15조는 모든 국민에게 생활의 기본이인 수요를 스스로의 노력에
의하여 충족시킬 수 있도록 하기 위하여 모든 국민의 직업선택의 자유 즉 직업의
자유를 보장하고 있는 바, 이는 자기가 선택한 직업에 종사하여 이를 임위하면서
언제든지 임의로 그것을 전환할 수 있는 자유로서 민주주의, 자본주의 사회에서
는 매우 중요한 기본권입니다. 여기서 직업이란 생활의 기본적 수요를 충족시키
기 위한 계속적인 소득활동을 의미하며 그러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질

을 불문하고 공무원도 직업에 포함됨은 물론입니다.

헌법상 직업의 자유는 직업결정 내지 직업선택의 자유와 선택한 직업에 자유롭게 종사할 수 있는 직업수행 내지 직업행사의 자유로 나누어 지며 이 중 직업결정(선택)의 자유는 직업수행(행사)의 자유에 비하여 상대적으로 그 제한폭이 좁다고 할 것입니다(헌법재판소 1993. 5. 13 선고 92헌마80결정 참조, 직업의 자유에 관한 이른바 단계이론).

따라서 공무원이나 공, 사의 민간기업체 채용시험에 응시하는 것은 직업결정의 자유이니 만큼 이를 제한하는 입법은 신중을 기하지 않으면 직업의 자유의 침해가능성이 그만큼 높다고 할 것인바, 이 사건 심판대상규정은 채용시험단계에서 제대군인에게 시험과목별로 3퍼센트 또는 5퍼센트의 가산점을 줌으로써 앞서 본 바와 같이 결국 가산점을 받지 못한 여성이나 장애인들에게는 새로운 직업의 진입을 사실상 불가능하게 하고 있다는 점에서 직업선택의 자유의 본질적 내용을 침해하고 있다고 하겠습니다.

3. 이 사건 헌법소원의 적법성

(가) 법률, 명령(법규명령), 규칙(행정규칙)이라도 그 자체에 의하여 직접 기본권이 침해된 때에는 당해법령을 직접 대상으로 하여 헌법소원을 청구할 수 있음은 물론입니다. 청구인들은 7, 9급 공무원 채용시험에 이미 응시한 바 있거나(청구인 이유진은 작년도에 7급 국가공무원채용시험에 응시하였으나 가산점제도로 인하여 낙방한 바 있음, 이 사건 심판대상규정과 동일한 내용의 가산점제도가 「국가유공자등에우대지원에관한법률」에 이미 수년전부터 규정되어 있었으나 작년말 「제대군인지원에관한법률」이 제정되면서 삭제된 바 있음) 또는 응시준비를 하고 있다는 점에서 이 사건 심

판대상규정에 의해서 앞서 본 바와 같이 기본권이 침해되거나 아니면 기본권의 침해가 확실히 예상된다는 점에서 헌법소원의 적격요건으로 요구되는 직접성, 헌재성 및 자기관련성의 요건을 갖추었다고 하겠습니다.

(나) 법령에 대한 헌법소원은 원칙적으로 당해 법령이 공포·시행된 것을 안 날로부터 60일, 공포·시행된 날로부터 180일 이내에 제기하여야 합니다. 이 사건 심판대상규정 중 제대군인지원에관한법률 제8조제1항, 제3항 부분은 동 법률이 1998. 7. 1부터 시행되고 있으므로(부칙 제1조) 엄격히 보면 60일의 기간이 초과된 것으로 볼 수 있으나 구체적인 가산점의 대상과 비율, 가산대상직급 등을 규정한 시행령이 1998. 8. 21 비로소 제정, 공포되었다는 점에서 시행일로부터 60일 이내에 헌법소원을 제기하지 못한데 대한 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다 할 것입니다(헌재 1993. 7. 9. 89헌마31, 판례집 5-2, 87 참조).

따라서 이 사건 시행령규정이 공포된 날로부터 60일 이내에 청구한 이 사건 헌법소원은 적법한 기간내에 제기된 것이라 하겠습니다.

4. 결 론

이상 살펴 본 바와 같이 제대군인이 7급 및 9급 공무원 및 민간기업체의 채용 시험에 응시할 때에 각 과목별로 만점의 5% 및 3%의 가산점을 주도록 규정하고 있는 이 사건 심판대상규정은 청구인들의 헌법상 보장된 평등권, 직업선택의 자유 및 공무담임권 등의 기본권을 제한하면서 요구되는 과잉금지의 원칙에 위배된으로써 결국 위 각 기본권의 본질적 내용을 침해하고 있다 하겠습니다.