

헌 법 재 판 소 결 정
청구인들 대리인 변호사 이 석 연, 최 은 순

주 문

제대군인지원에관한법률(1997. 12. 31. 법률 제5482호로 제정된 것) 제8조 제1항, 제3항 및 동법시행령(1998. 8. 21. 대통령령 제15870호로 제정된 것) 제9조는 헌법에 위반된다.

이 유

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인 이유진은 1998. 2. 이화여자대학교를 졸업한, 청구인 조경옥, 박은주, 김정원, 김은정은 같은 대학교 4학년에 재학중이던 여성들로서 모두 7급 또는 9급 국가공무원 공개경쟁채용시험에 응시하기 위하여 준비중에 있으며, 청구인 김형수는 연세대학교 4학년에 재학중이던 신체장애가 있는 남성으로서 역시 7급 국가공무원 공개경쟁채용시험에 응시하기 위하여 준비중에 있다.

청구인들은 제대군인이 6급 이하의 공무원 또는 공 사기업체의 채용시험에 응시한 때에 필기시험의 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5퍼센트 또는 3퍼센트를 가산하도록 규정하고 있는 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항, 제3항 및 동법시행령 제9조가 자신들의 헌법상 보장된 평등권, 공무담임권, 직업선택의 자유를 침해하고 있다고 주장하면서 1998. 10. 19. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 제대군인지원에관한법률(1997. 12. 31. 법률 제5482호로 제정된 것. 이하 "이 법"이라 한다) 제8조 제1항 및 제3항, 동법시행령(1998. 8. 21. 대통령령 제15870호로 제정된 것. 이하 "이 시행령"이라 한다) 제9조가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이며, 이 조항들 및 관련법규의 내용은 다음과 같다.

이 법 제8조 (채용시험의 가점) ① 제7조 제2항의 규정에 의한 취업보호실시기관이 그 직원을 채용하기 위한 시험을 실시할 경우에 제대군인이 그 채용시험에 응시한 때에는 필기시험의 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5퍼센트의 범위안에서 대통령령이 정하는 바에 따라 가산한다. 이 경우 취업보호실시기관이 필기시험을 실시하지 아니한 때에는 그에 갈음하여 실시하는 실기시험 서류전형 또는 면접시험의 득점에 이를 가산한다.

이 법 제8조 (채용시험의 가점) ① 제7조 제2항의 규정에 의한 취업보호실시기관이 실시하는 채용시험의 가점대상직급은 대통령령으로 정한다. 이 시행령 제9조 (채용시험의 가점비율 등) ① 법 제8조 제1항의 규정에 의하여

③ 취업보호실시기관이 실시하는 채용시험의 가점대상직급은 대통령령으로 정한다. 이 시행령 제9조 (채용시험의 가점비율 등) ① 법 제8조 제1항의 규정에 의하여

제대군인이 채용시험에 응시하는 경우의 시험만점에 대한 가점비율은 다음 각호의 1과 같다.

1. 2년 이상의 복무기간을 마치고 전역한 제대군인 : 5퍼센트

2. 2년 미만의 복무기간을 마치고 전역한 제대군인 : 3퍼센트

② 법 제8조 제3항의 규정에 의한 채용시험의 가점대상직급은 다음 각호와 같다.

1. 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원중 6급이하 공무원

및 기능직공무원의 모든 직급

2. 국가유공자등예우및지원에관한법률 제30조 제2호에 규정된 취업보호실시기관의

신규채용 사원의 모든 직급

이 법 제7조 (취업보호) ② 취업보호를 실시할 취업보호실시기관의 범위 채용의무 고용명령 등에 대하여는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제30조 내지 제33조의 규정을 각각 준용한다.

국가유공자등예우및지원에관한법률 제30조 (취업보호실시기관) 취업보호를 실시할

취업보호실시기관은 다음과 같다.

1. 국가기관 지방자치단체 및 초 중등교육법 제2조 및 고등교육법 제2조의 규정에

의한 학교, 다만, 기능직공무원 정원이 5인 미만인 경우와 교원을 제외한 교직원 정원이 5인 미만인 사립학교의 경우를 제외한다.

2. 일상적으로 1일 20인 이상을 고용하는 공 사기업체 또는 공 사단체, 다만, 대통령

령령이 정하는 제조기업체로서 200인 미만을 고용하는 기업체를 제외한다.

2. 청구인들의 주장과 관계기관의 의견

가. 청구인들의 주장

(1) 제대군인가산점제도의 입법취지는 병역의무를 자진하여 이행하는 풍토를 조성하는 한편 제대군인의 사회복귀를 도와 병역의무이행으로 인한 불이익을 보상함에 있다고 하는바, 자발적인 병역의무이행 풍토를 조성하는 것은 어디까지나 병역법의

엄격한 적용과 병역의무에 대한 건전한 의식의 형성 등에 의하여 달성하여야 하는 것이지, 공무원 및 공 사기업체의 채용시험에서 제대군인에게 각 과목별로 만점의 3퍼센트 또는 5퍼센트를 가산하도록 하는 제대군인가산점제도를 그 수단으로 사용하는 것은 방법에 있어 적절하지 않으며, 제대군인에 대한 보상은 금전적 또는 다른 합리적인 범위내의 치우이어야 하지 제대군인이라는 특수한 사회적 지위를 창설하여 이들에게 특혜를 부여함으로써 다른 기본권주체의 기본권을 침해하는 방법으로 하여서는 아니된다.

(2) 7 9급 공무원 채용시험의 경우 합격점이 평균 80점을 훨씬 상회하고 있고 불과

영점 몇점차로 합격여부가 좌우되는 상황에서 제대군인에 대하여 시험과목별로 3점

또는 5점을 가산하는 것은 당락에 결정적으로 영향을 미치는바, 가산점 혜택을 받지

못하는 자는 경우에 따라 만점을 받고도 불합격되는 모순이 있을 수 있으며 결국 이들의 응시 기회를 사실상 박탈하는 것과 같은 가혹한 결과를 초래하므로 피해의 최소성의 원칙에 어긋난다.

(3) 여성과 장애인은 유형 무형의 성적 차별 내지 사회적 편견 냉대로 능력에 맞는 직업을 구하기가 지극히 어려운 것이 현실인데, 제대군인가산점제도는 군복무를 마친

신체적으로 건장한 남성에게 비해 상대적으로 사회적 약자인 여성과 장애인을 그들이 이행할 수도 없는 병역의무를 이행하지 않았다는 이유로 직업의 세계에서 몰아냄으로써 그들의 생존을 어렵게 하고 있다.

(4) 헌법 제25조는 공무담임권을 보장하고 있는바, 그 취지는 능력주의에 합당한 선발기준을 마련함으로써 모든 국민에게 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 동등한 기회를 보장한다는 것이다. 제대군인가산점제도는 직무수행능력이 아니라 병역의무이행 여부를 공무원선발의 기준으로 삼고 있다는 점에서 국민의 공무담임권을 침해하고 있다.

(5) 헌법 제15조는 직업의 자유를 보장하고 있고, 직업선택의 자유는 직업행사의 자유에 비하여 상대적으로 그 제한폭이 좁다고 할 것인바, 제대군인가산점제도는 여성이나 장애인이 공 사기업체에 취업하는 것을 사실상 차단하고 있으므로 이들의 직업선택의 자유를 침해하는 것이다.

(6) 따라서 제대군인가산점제도는 과잉금지원칙에 반하여 청구인들의 헌법상 보장된 평등권, 공무담임권, 직업선택의 자유를 침해하고 있다.

나. 국가보훈처장의 의견

(1) 여성에 대하여는 공무원시험에서 이른바 "여성채용목표제"가 시행되고 있어 합격선에 미달하더라도 추가로 합격처리될 수 있는바, 이러한 특혜를 부여받는 여성이

제대군인가산점제도로 인한 피해자라고 할 수 없으므로 청구인들 중 여성들은 헌법 소원청구의 적격이 없다.

(2) 이 법은 1997. 12. 31. 공포되고, 1998. 7. 1. 시행되었는바, 헌법소원 청구기간의

원은 청구기간을 초과한 것이다.

(3) 제대군인가산점제도는 군복무로 인하여 제한된 개인의 권익을 보전해 주는 한편, 현역장병들의 사기가 저하되지 않도록 함으로써 안정된 국방력을 확보하기 위하여 시행되는 제도로서, 군복무 중에는 학업 또는 생업을 포기하여야 하고 취업할 기회와 취업을 준비하는 기회도 상실하게 되는 개인적 희생을 감수하여야 하므로 이러한 손실을 최소한도나마 보전해 줌으로써 전역후 빠른 기간내에 일반사회로 복귀할

수 있도록 해 주는 것이 군복무를 하지 않고 일반 사회생활을 한 사람들과의 형평에 부합한다.

(4) 군복무자와 비복무자를 기계적으로 동등하게 취급하여 경쟁하도록 하는 것은

대부분의 군복무자들의 공무담임권과 직업선택의 자유를 원천적으로 제한하는 결과가 되고, 실질적 평등의 원칙에도 어긋난다.

3. 판 단

가. 적법성에 관한 판단

(1) 국가보훈처장은 이른바 여성채용목표제의 혜택을 받는 여성들은 가산점제도(이하 이 법 제8조 제1항, 제3항과 이 시행령 제9조에 의한 제대군인가산점제도를 "가산점제도"라 한다)의 피해자라 볼 수 없어 헌법소원청구의 적격이 없다고 주장하나, 여성채용목표제는 가산점제도와는 목적과 취지가 다른 별개의 제도이며, 가산점제도 자체로 인하여 뒤에서 보는 바와 같이 청구인들의 기본권적 지위에 영향을 받는 이상 자기관련성을 부인할 수 없다.

국가보훈처장은 또한 청구인 이유진이 1997년도 7급 국가공무원 채용시험에 응시하였다가 가산점제도와 관계없이 불합격할 수 밖에 없는 성적으로 불합격한 바 있으므로 청구인적격이 없다고 하나, 동 청구인이 심판청구 당시 제차 국가공무원 시험을

준비하고 있지 않다고 볼 만한 사정이 없는 이상 청구인적격이 없다고 할 수 없다.

(2) 심판청구 당시 청구인들은 국가공무원 채용시험에 응시하기 위하여 준비하고

있는 단계에 있었으므로 이 사건 심판대상조항으로 인한 기본권침해를 현실적으로 받았던 것은 아니다. 그러나 청구인들은 심판청구 당시 국가공무원 채용시험에 응시하기 위한 준비를 하고 있었고, 이들이 응시할 경우 장차 그 합격여부를 가리는 데

있어 가산점제도가 적용될 것임은 심판청구 당시에 이미 확실히 예측되는 것이었다.

따라서 기본권침해의 현재관련성이 인정된다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4

659, 669 참조). 이와 같이 장래 확실히 기본권침해가 예측되어 현재관련성을 인정하는 이상 청구기간이 경과하였다고 할 수 없다. 청구기간을 준수하였는지 여부는 이미

기본권침해가 발생한 경우에 비로소 문제될 수 있는 것인데, 이 사건의 경우 아직 기본권침해는 없으나 장래 확실히 기본권침해가 예측되므로 미리 앞당겨 현재의 법적 관련성을 인정하는 것이기 때문이다. 따라서 청구기간이 지났다는 국가보훈처장의 주장은 이유없다.

(3) 그렇다면 달리 적법요건상의 흠결이 없으므로 이 사건 심판청구는 적법하다.

나. 본안에 관한 판단

(1) 가산점제도의 내용

가산점제도에관, 일정한 취업보호설시기관이 채용시험을 실시할 경우 제대군인이 그

채용시험에 응시한 때에는 필기시험의 각 과목별 득점(필기시험에 갈음하여 실시하는 실기시험 서류전형 또는 면접시험의 득점 포함)에 각 과목별 만점의 5% 또는 3%를 가산하는 제도를 말한다.

(가) 제대군인

제대군인이란 병역법 또는 군인사법에 의한 군복무를 마치고 전역(퇴역·면역 또는

상근예비역소집해제를 포함)한 자를 뜻한다(이 법 제2조).

대한민국 국민인 남자는 국방의 의무가 있고(헌법 제39조 제1항, 병역법 제3조 제1항), 병역법과 군인사법에 의하여 군복무를 하여야 하는바(병역법 제3조 제1항, 제4

조), 병역에는 현역, 예비역, 보충역, 제1국민역, 제2국민역이 있으나(동법 제5조 제1

항), 전역이라는 법문의 해석상 제대군인에는 현역복무(전투경찰대원 및 교정시설경비교도로 전환복무되는 경우 포함)를 마치고 전역한 자와 상근예비역으로 군무를 마치고 소집해제된 자만 포함된다. 그리하여 보충역으로 군복무를 마친 자나 제2국민역에 편입된 자는 제대군인에 해당하지 아니한다.

여자는 지원에 의하여 현역에 복무할 수 있으므로(병역법 제3조 제1항 제2문), 여

성도 제대군인이 될 수 있다.

한편, 현역복무중에 있는 자로서 전역예정일부터 6월 이내에 있는 자는 제대군인으로 본다(이 법 제8조 제2항).

(나) 취업보호실시기관

취업보호실시기관이란, 국가기관 지방자치단체 및 초·중등교육법 제2조 및 고등교육법 제2조의 규정에 의한 학교(다만, 기능직공무원 정원이 5인 미만인 경우와 교원을 제외한 교직원 정원이 5인 미만인 사립학교의 경우를 제외)와 일상적으로 1일 20인 이상을 고용하는 공·사기업체 또는 공·사단체(다만, 대통령령이 정하는 제조기업체로서 200인 미만을 고용하는 기업체를 제외)를 말한다(이 법 제7조, 국가유공자등예우및지원에관한법률 제30조)

(다) 가점비율

2년 이상의 복무기간을 마치고 전역한 제대군인의 경우 5%, 2년 미만의 복무기간을 마치고 전역한 제대군인의 경우 3%를 가산한다(이 시행령 제9조 제1항)

(라) 가점대상직급

국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원중 6급이하 공무원 및 기능직공무원의 모든 직급, 그리고 국가유공자등예우및지원에관한법률 제30조 제2호에 규정된 취업보호실시기관의 신규채용 사원의 모든 직급이 가점대상직급이다(이

시행령 제9조 제2항).

(2) 가산점제도의 위헌여부

(가) 가산점제도의 근거

1) 가산점제도가 헌법에 근거를 둔 제도인지, 아니면 단순히 입법정책적 제도인지는 가산점제도의 위헌여부를 판단하는데 있어 고려하여야 할 중요한 요소 중의 하나

이므로 먼저 이에 관하여 본다.

2) 헌법 제39조 제2항은 “누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다”고 규정하고 있는데, 이 조항이 가산점제도의 헌법상 근거로 될 수 있는지 본다.

헌법 제39조 제1항에 규정된 국방의 의무는 외부 적대세력의 직 간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 의무로서, 헌법에서 이러한

국방의 의무를 국민에게 부과하고 있는 이상 병역법에 따라 군복무를 하는 것은 국민이 마땅히 하여야 할 이른바 신성한 의무를 다 하는 것일 뿐, 국가나 공익목적을

위하여 개인이 특별한 희생을 하는 것이라고 할 수 없다. 국민이 헌법에 따라 부과되는 의무를 이행하는 것은 국가의 존속과 활동을 위하여 불가결한 일인데, 그러한 의무를 이행하였다고 하여 이를 특별한 희생으로 보아 일일이 보상하여야 한다고 할 수는 없는 것이다.

그러므로 헌법 제39조 제2항은 병역의무를 이행한 사람에게 보상조치를 취하거나 특혜를 부여할 의무를 국가에게 지우는 것이 아니라, 법문 그대로 병역의무의 이행을

이유로 불이익한 처우를 하는 것을 금지하고 있을 뿐이다. 그리고 이 조항에서 금지하는 “불이익한 처우”라 함은 단순한 사실상, 경제상의 불이익을 모두 포함하는 것이

아니라 법적인 불이익을 의미하는 것으로 보아야 한다. 그렇지 않으면 병역의무의 이행과 자연적 인과관계를 가지는 모든 불이익 —그 범위는 헤아릴 수도 예측할 수도 없을 만큼 넓다고 할 것인데— 으로부터 보호하여야 할 의무를 국가에 부과하는 것이 되어 이 또한 국민에게 국방의 의무를 부과하고 있는 헌법 제39조 제1항과 조화될 수 없기 때문이다.

그런데 가산점제도는 이러한 헌법 제39조 제2항의 범위를 넘어 제대군인에게 일종의 적극적 보상조치를 취하는 제도라고 할 것이므로 이를 헌법 제39조 제2항에 근거한 제도라고 할 수 없다.

3) 헌법 제32조 제6항은 “국가유공자 상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다”고 규정하고 있으나, 제대군인은 여기서 말하는 “국가유공자 상이군경 및 전몰군경의 유가족”에 해당하지 아니한다. 구 국가유공자에우등에관한법률에 의하더라도 국가유공자에 해당하지 아니하며(제4조), 단지 입법의 편의상 국가유공자를 위한 가산점제도를 제대군인에게 준용하였을 뿐이었고(제70조), 이 법이 제정되면서부터는 제대군인을 국가유공자와 분리하여 별도로 규율하고 있다. 그러므로 헌법 제32조 제6항도 가산점제도의 근거가 될 수

없고, 달리 헌법상의 근거를 찾아볼 수 없다.

4) 이와 같이 가산점제도에 헌법적 근거가 없는 이상 이 제도는 제대군인의 사회복귀를 돕겠다는 취지에 입법정책적으로 도입된 것에 불과하다 할 것이다.

(나) 평등권 침해여부

가산점제도로 인하여 청구인들의 평등권이 침해되는지 여부를 본다.

1) 차별의 대상

가산점제도는 제대군인과 제대군인이 아닌 사람을 차별하는 형식을 취하고 있다.

그러나 제대군인, 비(非)제대군인이라는 형식적 개념만으로는 가산점제도의 실체를 분명히 파악할 수 없다. 현행 법체계상 제대군인과 비제대군인에 어떤 인적 집단이

포함되는지 구체적으로 살펴보아야만 한다. 위에서 본 바와 같이 제대군인에는 ① 현역복무를 마치고 전역(퇴역 면역 포함)한 남자 ② 상근예비역 소집복무를 마치고 소집해제된 남자 ③ 지원에 의한 현역복무를 마치고 퇴역한 여자, 이 세 집단이 포함되고, 비제대군인에는 ① 군복무를 지원하지 아니한 절대다수의 여자 ② 징병검사 결과

질병 또는 심신장애로 병역을 감당할 수 없다는 판정을 받아 병역면제처분을 받은 남자(병역법 제12조 제1항 제3호, 제14조 제1항 제3호) ③ 보충역으로 군복무를 마쳤거나 제2국민역에 편입된 남자, 이 세 집단이 포함된다.

그러므로 먼저 무엇보다도 가산점제도는 실질적으로 남성에 비하여 여성을 차별하는 제도이다. 제대군인 중 위 ③의 유형에는 전체여성 중의 극히 일부분만이 해당될

수 있으므로 실제 거의 모든 여성은 제대군인에 해당하지 아니한다. 그리고 남자의

대부분은 제대군인 중 위 ①과 ②유형에 속함으로써 제대군인에 해당한다. 이 사건

심판기록에 편철된 「병역처분자료 통보」에 의하면 1994년부터 1998년까지 5년간 현역병입영대상자 처분을 받은 비율은 81.6%에서 87%(보충역은 4.6%에서 11.6%, 제2국민역은 6.4%에서 9.8%, 병역면제는 0.4%에서 0.6%)까지 이르고 있음을 알 수 있는데, 이는 우리나라 남자 중의 80%이상이 제대군인이 될 수 있음을 나타내는 것이다.

이와 같이 전체 남자 중의 대부분에 비하여 전체 여성의 거의 대부분을 차별취급하고 있으므로 이러한 법적 상태는 성별에 의한 차별이라고 보아야 한다.

다음으로 가산점제도는 현역복무나 상근예비역 소집군무를 할 수 있는 신체건강한 남자와, 질병이나 심신장애로 병역을 감당할 수 없는 남자, 즉 병역면제자를 차별하는 제도이다. 현역복무를 할 수 있느냐는 병역의무자의 의사에 따르는 것이 아니라

오로지 징병검사의 판정결과에 의하여 결정되는바(병역법 제11조, 제12조, 제14조),

질병이나 심신장애가 있는 남자는 아무리 현역복무를 하고 싶어도 할 수 없고 그 결과 제대군인이 될 수 없어 가산점 혜택을 받을 수 없기 때문이다.

마지막으로 가산점제도는 보충역으로 편입되어 군복무를 마친 자를 차별하는 제도이기도 하다. 보충역 판정여부는 신체등위, 학력 등을 감안하고 또 병역수급의 사정에 따라 정해지는 것으로서(병역법 제5조 제1항 제3호, 제14조) 이 또한 본인의 의사

와는 무관하다. 보충역으로 편입되는 자는 병역의무 이행의 일환으로 일정기간 의무복무를 마치더라도(보충역은 공익근무요원, 공익법무관, 공중보건의사, 전문연구요원

또는 산업기능요원으로 복무한다) 그 복무형태가 현역이 아니라는 이유로 가산점 혜택을 받지 못하는 것이다.

2) 심사의 척도

가) 평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될

수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을

특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.

나) 그런데 가산점제도는 엄격한 심사척도를 적용하여야 하는 위 두 경우에 모두

해당한다. 헌법 제32조 제4항은 "여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용 임금 및

근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다"고 규정하여 "근로" 내지 "고용"의

영역에 있어서 특별히 남녀평등을 요구하고 있는데, 가산점제도는 바로 이 영역에서

남성과 여성을 달리 취급하는 제도이기 때문이고, 또한 가산점제도는 헌법 제25조에

의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문이다(가산점제도가 민간기업에 실시될 경우 헌법 제15조가 보장하는 직업선택의 자유가 문제될 것이다).

이와 같이 가산점제도에 대하여는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하는데, 엄격한

심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는

것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.

3) 가산점제도의 평등위반성

가) 가산점제도의 입법목적

가산점제도의 주된 목적은 군복무 중에는 취업할 기회와 취업을 준비하는 기회를

상실하게 되므로 이러한 불이익을 보전해 줌으로써 제대군인이 군복무를 마친 후 빠른 기간내에 일반사회로 복귀할 수 있도록 해 주는 데에 있다. 인생의 황금기에 해당

하는 20대 초 중반의 소중한 시간을 사회와 격리된 채 통제된 환경에서 자기개발의 여지없이 군복무 수행에 바침으로써 국가·사회에 기여하였고, 그 결과 공무원채용시험 응시 등 취업준비에 있어 제대군인이 아닌 사람에 비하여 상대적으로 불리한 처지에 놓이게 된 제대군인의 사회복귀를 지원한다는 것은 입법정책적으로 얼마든지 가능하고 또 매우 필요하다고 할 수 있으므로 이 입법목적은 정당하다.

나) 차별취급의 적합성 여부

1) 제대군인에 대한 사회복귀의 지원은 합리적이고 적절한 방법을 통하여 이루어져야 한다.

먼저 제대군인이 비(非)제대군인에 비하여 어떤 법적인 불이익을 받는 것이 있다면

이를 시정하는 것은 허용된다.

또한 군복무기간을 호봉산정이나 연금법 적용 등에 있어 적절히 고려하는 조치도

가능할 것인데, 현행법은 이미 이러한 제도를 두고 있다. 공무원보수규정 제8조, 별표

15에 의하면 공무원의 초임호봉을 확정함에 있어, 병역법에 의한 의무복무기간을 임용되는 계급의 근무연수로 보아 그 연수에 1을 더하여 확정하며(별표 16에 의한 공무원경력환산에 있어서도 군복무경력은 100% 환산되고, 별표 27에 의한 군인경력환산에 있어서도 군복무기간은 80% 내지 100% 환산된다), 공무원연금법 제23조 제3항은 병역법에 의한 현역병 또는 지원에 의하지 아니하고 임용된 하사관의 복무기간을 공무원의 재직기간에 산입하고 있다. 또한 국가공무원법은 병역의무 이행을 위한 군복무기간을 모두 휴직기간으로 인정하여 그 동안 공무원으로서의 신분을 보유하게 하고 있다(제71조 내지 제73조).

다음으로 제대군인에 대하여 여러 가지 사회정책적 재정적 지원을 강구하는 것이 가능할 것이다. 그러한 지원책으로는 취업알선, 직업훈련이나 재교육 실시, 교육비에

대한 감면 또는 대부, 의료보호 등을 들 수 있다. 이 법 제4조, 제10조, 제11조, 제12

조, 제13조 등은 장기복무제대군인에 대하여 이러한 지원조치를 제공하고 있는바, 이와 같은 지원조치를 제대군인에 대하여도 여건이 허용하는 한 어느 정도 제공하는 것이야말로 진정으로 합리적인 지원책이 될 것이다.

2) 그런데 가산점제도는 이러한 합리적 방법에 의한 지원책에 해당한다고 할 수

없다. 가산점제도는 공무원 채용시험의 필기시험의 각 과목별 만점의 5% 또는 3%를 제대군인에게 가산토록 함으로써 제대군인의 취업기회를 특별적으로 보장하고, 그 만큼 제대군인이 아닌 사람의 취업의 기회를 박탈 잠식하는 제도이다. 그런데 제대군인이 아닌 사람들이란 다른 아니라 절대다수의 여성들과 상당수의 남성들(심신장애가 있어 군복무를 할 수 없는 남자, 보충역에 편입되어 복무를 마친 남자)로서 이들은

제대군인이 될 수 없는 사람들이고, 특히 여성과 장애인은 이른바 우리 사회의 약자들이다. 헌법은 실질적 평등, 사회적 법치국가의 원리에 입각하여 이들의 권익을 국

가가 적극적으로 보호하여야 함을 여러 곳에서 천명하고 있다. 성별에 의한 차별을

금지하고 있는 헌법 제11조, 인간다운 생활을 할 권리를 보장하고 있는 헌법 제34조

제1항 외에도, 위에서 본 헌법 제32조 제4항, "국가는 여자의 복지와 권익의 향상을

위하여 노력하여야 한다"고 규정하고 있는 헌법 제34조 제3항, "신체장애자 및 질병
노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보
호를 받는다"고 규정하고 있는 헌법 제34조 제5항, "국가는 모성의 보호를 위하여 노
력하여야 한다"고 규정하고 있는 헌법 제36조 제2항등이 여기에 해당한다. 그럼에도

불구하고 여성과 장애인은 각종의 제도적 차별, 유 무형의 사실상의 차별, 사회적 문
화적 편견으로 생활의 모든 영역에서 어려움을 겪고 있고, 특히 능력에 맞는 직업을

구하기 어려운 것이 현실이다. 이러한 현실을 분석하고 평등과 복지라는 헌법이념을

구현하기 위하여 여성 장애인 관련분야에서 이미 광범위한 법체계가 구축되어 있다.

여성발전기본법, 남녀차별금지및구제에관한법률, 남녀고용평등법에서 여성의 사회참
여 확대, 특히 공직과 고용부문에서의 차별금지와 여성에 대한 우대조치를 누차 강조
하고 이를 위한 각종 제도를 마련하고 있으며, 장애인복지법, 장애인고용촉진등에관
한법률은 장애인에 대한 차별금지와 보호장치를 규정하고 있다. 어떤 입법목적은 달
성하기 위한 수단이 헌법이념과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계와 저촉된다면 적
정한 정책수단이라고 평가하기 어려울 것이다. 여성에대한모든형태의차별철폐에관한
협약 등의 각종 국제협약, 위 헌법규정과 법률체계에 비추어 볼 때 여성과 장애인에

대한 차별금지와 보호는 이제 우리 법체계내에 확고히 정립된 기본질서라고 보아야
한다. 그런데 가산점제도는 아무런 재정적 뒷받침없이 제대군인을 지원하려 한 나머
지 결과적으로 이른바 사회적 약자들의 회생을 초래하고 있으므로 우리 법체계의 기
본질서와 체계부조화성을 일으키고 있다고 할 것이다.

요컨대 제대군인에 대하여 여러 가지 사회정책적 지원을 강구하는 것이 필요하다

할지라도, 그것이 사회공동체의 다른 집단에게 동등하게 보장되어야 할 균등한 기회

자세를 박탈하는 것이어서는 아니되는데, 가산점제도는 공직수행능력과는 아무런 합
리적 관련성을 인정할 수 없는 성별 등을 기준으로 여성과 장애인 등의 사회진출기
회를 박탈하는 것이므로 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 상실한 것이라 하지
아니할 수 없다.

다) 차별취급의 비례성 여부

차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적의 비중에 비하여 차별로 인한 불평등의

효과가 극심하므로 가산점제도는 차별취급의 비례성을 상실하고 있다.

ㄱ) 가산점제도는 우선 양적으로 수많은 여성들의 공무담임권을 제약하는 것이다.

이 사건 심판기록에 편철된 「7·9급 채용시험 여성응시자 및 합격자비율」에 의하면 지난 1996년부터 1998년까지 3년간 7급 국가공무원 채용시험의 여성 응시자는 연간 약 만명 전후에 이르고, 9급 국가공무원 채용시험의 경우 연간 약 4, 5만명에 이른다.

가산점제도는 이처럼 많은 여성들의 공직진출에의 희망에 걸림돌이 되고 있다.

ㄴ) 공무원 채용시험의 합격여부에 미치는 효과가 너무나 크다. 각 과목별 득점에

각 과목별 만점의 5% 또는 3%를 가산한다는 것은 합격여부를 결정적으로 좌우하는 요인이 된다. 더욱이 7급 및 9급 국가공무원 채용시험의 경우 경쟁률이 매우 치열하고 합격선도 평균 80점을 훨씬 상회하고 있으며(심판기록에 편철된 「남·녀별 응시자 및 합격자의 평균 점수 연령, 합격선」에 의하면 1998년도의 경우 7급 일반행정직의

합격선은 남성이 86.42점, 여성이 85.28점이며, 9급 일반행정직의 경우 95.50점이다),

그 결과 불과 영점 몇 점 차이로 합격, 불합격이 좌우되고 있는 현실에서 각 과목별로 과목별 만점의 3% 또는 5%의 가산점을 받는지의 여부는 결정적으로 영향을 미치게 되고, 가산점을 받지 못하는 사람은 시험의 난이도에 따라서는 만점을 받고서도

불합격될 가능성이 없지 아니하다.

가산점제도의 영향력은 통계상으로도 여실히 드러난다. 심판기록에 편철된 「합격자의 과목별 성적표」에 의하여 1998년도 7급 국가공무원 일반행정직 채용시험의 경우를 분석하여 보면, 합격자 99명 중 제대군인가산점을 받은 제대군인이 72명으로

72.7%를 차지하고 있는데 반하여, 가산점을 전혀 받지 못한 응시자로서 합격한 사람은 6명뿐으로 합격자의 6.4%에 불과하며, 특히 그 중 3명은 합격선 86.42점에 미달하였음에도 이른바 여성채용목표제에 의하여 합격한 여성응시자이다. 그러므로 가산점의 장벽을 순전히 극복한 비제대군인은 통틀어 3명으로서 합격자의 3.3%에 불과함을 알 수 있다. 한편, 1998년도 7급 국가공무원 검찰사무직의 경우 합격자 15명 중 가산점을 전혀 받지 못한 응시자로서 합격한 사람은 단 1명 뿐이다.

이러한 사실에서 잘 알 수 있는 바와 같이 가산점제도는 결국 여성들과 같이 가산점을 받지 못하는 사람들을 6급 이하의 공무원 채용에 있어서 실질적으로 거의 배제하는 것과 마찬가지로의 결과를 초래하고 있다.

ㄷ) 뿐만 아니라 가산점제도는 제대군인에 대한 이러한 혜택을 몇 번이고 아무런

제한없이 부여하고 있다. 채용시험 응시횟수에 무관하게, 가산점제도의 혜택을 받아

채용시험에 합격한 적이 있었는지에 관계없이 제대군인은 계속 가산점혜택을 받을 수 있다. 이는 한 사람의 제대군인을 위하여 몇 사람의 비제대군인의 기회가 박탈당

할 수 있음을 의미하는 것이다.

ㄹ) 가산점제도는 승진, 봉급 등 공직내부에서의 차별이 아니라 공직에의 진입 자체를 어렵게 함으로써 공직선택의 기회를 원천적으로 박탈하는 것이기 때문에 공무원 입임권에 대한 더욱 중대한 제약으로서 작용하고 있다.

ㄴ) 더욱이 심각한 것은 공무원 채용시험이야말로 여성과 장애인에게 거의 유일하다시피 한 공정한 경쟁시장이라는 점이다. 사회적 문화적 편견으로 말미암아 여성과

장애인에게 능력에 맞는 취업의 기회를 민간부문에서 구한다는 것은 매우 어려운 실정이다. 이에 반하여 공무원채용시험은 국가가 능력주의와 평등원칙에 입각하여 공개적으로 실시하는 것이고, 또 그리하여야 하므로(국가공무원법 제26조는 능력의 실증에 의한 임용원칙을, 제35조는 동일한 자격을 가진 모든 국민에게 평등하게 공개적으로 채용시험을 실시할 것을 규정하고 있다) 이들을 공무원채용시험에 있어서마저 차별을 가한다면 그만큼 이들에게 심각한 타격을 가하는 것이 된다. 그런데 공직부문에서 여성의 진입이 봉쇄되면 국가전체의 역량발휘의 면에서도 매우 부조화스러운 결과를 야기한다. 국민의 절반인 여성의 능력발휘 없이 국가와 사회 전체의 잠재적 능력을 제대로 발휘할 수는 없다. 통계청의 자료에 의할 때 1997. 12.말 현재 전체 여성

공무원은 265,162명으로 전체공무원의 28.7%만을 차지하고 있을 뿐이고, 그것도 전체

여성공무원 중 53.8%는 교육공무원, 18.6%는 기능직 공무원인 점, 한국여성개발원의 자료에 의하여 1997년 기준 여성공무원의 계급별분포를 볼 때 6급 이하가 22.2%, 5급이 3.2%, 4급이 1.6%, 1급 내지 3급이 0.9%인 점을 감안하면 우리나라의 공직사회는 남자가 주도하는 사회라고 하지 아니할 수 없는데, 이는 결코 바람직한 것이 아니다. 더구나 정보화시대에 있어 여성의 능력은 보다 소중한 자원으로 인식되어 이를

개발할 필요성이 점점증하고 있다는 점까지 생각해 보면, 가산점제도는 미래의 발전을

가로막는 요소라고까지 말할 수 있다.

ㄷ) 위에서 본 바와 같이 가산점제도가 추구하는 공익은 입법정책적 법익에 불과하다. 그러나 가산점제도로 인하여 침해되는 것은 헌법이 강도높게 보호하고자 하는 고용상의 남녀평등, 장애인에 대한 차별금지라는 헌법적 가치이다. 그러므로 법익의 일반적, 추상적 비교의 차원에서 보거나, 차별취급 및 이로 인한 부작용의 결과가 위와

같이 심각한 점을 보거나 가산점제도는 법익균형성을 현저히 상실한 제도라는 결론에 이르지 아니할 수 없다.

라) 이른바 여성공무원채용목표제와의 관계

여성공무원채용목표제(이하 "채용목표제"라고 한다)는 공무원임용시험령 제11조의 3, 지방공무원임용령 제51조의2에 근거를 두고 1996년부터 실시되었는데, 행정 외무고등고시, 7급 및 9급 국가공무원 채용시험 등에서 연도별 여성채용목표비율을 정해 놓고(7급 공채의 경우 1996년 10%, 1997년 13%, 1998년 15%, 1999년 20%, 2000년 20%, 2001년 23%, 2002년 25%, 9급 공채의 경우는 1999년 20%, 2000년 20%, 2001

년 25%, 2002년 30%), 여성합격자가 목표비율 미만인 경우 5급 공채는 -3점, 7·9급 공채는 -5점의 범위내에서 목표미달 인원만큼 추가로 합격처리하는 제도이다.

채용목표제는 이른바 잠정적 우대조치의 일환으로 시행되는 제도이다. 잠정적 우대 조치라 함은, 종래 사회로부터 차별을 받아 온 일정집단에 대해 그동안의 불이익을

보상하여 주기 위하여 그 집단의 구성원이라는 이유로 취업이나 입학 등의 영역에서 직·간접적으로 이익을 부여하는 조치를 말한다. 잠정적 우대조치의 특징으로는 이러한 정책이 개인의 자격이나 실적보다는 집단의 일원이라는 것을 근거로 하여 혜택을 준다는 점, 기회의 평등보다는 결과의 평등을 추구한다는 점, 항구적 정책이 아니라

구제목적이 실현되면 종료하는 임시적 조치라는 점 등을 들 수 있다.

현재 시행되고 있는 채용목표제로 인하여 가산점제도의 위헌성이 제거되는 것인지 살펴본다.

ㄱ) 채용목표제는 가산점제도와는 제도의 취지, 기능을 달리 하는 별개의 제도이다.

채용목표제는 종래부터 차별을 받아 왔고 그 결과 현재 불리한 처지에 있는 여성을 유리한 처지에 있는 남성과 동등한 처지에까지 끌어 올리는 것을 목적으로 하는 제도이다. 이에 반하여 가산점제도는 공직사회에서의 남녀비율에 관계없이 무제한적으로 적용되는 것으로서, 우월한 처지에 있는 남성의 기득권을 직·간접적으로 유지·고착하는 결과를 낳을 수 있는 제도이다.

ㄴ) 채용목표제의 효과는 매우 제한적이다.

첫째, 평등지향의 목표 자체가 제한적이다. 2002년 최종연도까지 행정·외무고등고

시의 경우 20%, 7급 공채(교정·소년보호·보호관찰 직렬 제외)의 경우 25%, 9급 공채의 경우 30%를 목표로 삼고 있다. 둘째, 채용목표제는 한시적, 잠정적 제도이다.

2002년이 지나면, 그리고 위 목표가 달성되면 채용목표제는 종료된다. 셋째, 심판기록

에 편철된 「여성채용목표제에 의한 여성합격자 비율」에 의하면 1996년부터 1998년까지 3년간 행정고시의 경우 연간 2명에서 5명까지, 7급 국가공무원 채용시험의 경우

연간 9명에서 16명까지의 여성만이 채용목표제의 혜택을 받아 최종합격하였다. 연간

만여명의 7급공무원 여성응시자, 또 연간 4, 5만여명의 9급공무원 여성응시자에게 심대한 불이익을 가하는 가산점제도로 인한 피해를 이러한 실적의 채용목표제로 보전하기는 어려울 것이다.

이상과 같은 점을 고려해 볼 때 채용목표제의 존재를 이유로 가산점제도의 위헌성이 제거되거나 감쇄된다고는 할 수 없다.

마) 소 결

결론적으로 가산점제도는 제대군인에 비하여, 여성 및 제대군인이 아닌 남성을 비례성원칙에 반하여 차별하는 것으로서 헌법 제11조에 위배되며, 이로 인하여 청구인

들의 평등권이 침해된다.

(다) 공무담임권의 침해여부

가산점제도로 인하여 청구인들의 공무담임권이 침해되는지 본다.

1) 공무담임권과 능력주의

헌법 제25조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다"고

규정하여 공무담임권을 보장하고 있는바, 공무담임권은 각종 선거에 입후보하여 당선
될 수 있는 피선거권과 공직에 임명될 수 있는 공직취임권을 포괄하고 있다(헌재

1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550, 557). 공무담임권도 국가안전보장·질서
유

지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우 법률로써 제한될 수 있으나 그 경우에도 이
를 불평등하게 또는 과도하게 침해하거나 본질적인 내용을 침해하여서는 아니된다.

선거직공직과 달리 직업공무원에게는 정치적 중립성과 더불어 효율적으로 업무를

수행할 수 있는 능력이 요구되므로, 직업공무원으로의 공직취임권에 관하여 규율함에

있어서는 임용희망자의 능력 전문성 적성 품성을 기준으로 하는 이른바 능력주의 또
는 성과주의를 바탕으로 하여야 한다. 헌법은 이 점을 명시적으로 밝히고 있지 아니
하지만, 헌법 제7조에서 보장하는 직업공무원제도의 기본적 요소에 능력주의가 포함
되는 점에 비추어 헌법 제25조의 공무담임권 조항은 모든 국민이 누구나 그 능력과
적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장함을 내용으로 한다고 할 수
있다. "공무원의 임용은 시험성적 근무성적 기타 능력의 실증에 의하여 행한다"고 규
정하고 있는 국가공무원법 제26조와 "공개경쟁에 의한 채용시험은 동일한 자격을 가
진 모든 국민에게 평등하게 공개하여야 하며..."라고 하고 있는 동법 제35조는 공무
담임권의 요체가 능력주의와 기회균등에 있다는 헌법 제25조의 법리를 잘 보여주고
있다. 따라서 공직자선발에 관하여 능력주의에 바탕한 선발기준을 마련하지 아니하고

해당 공직이 요구하는 직무수행능력과 무관한 요소, 예컨대 성별 종교 사회적 신분
출신지역 등을 기준으로 삼는 것은 국민의 공직취임권을 침해하는 것이 된다.

다만, 헌법의 기본원리나 특정조항에 비추어 능력주의원칙에 대한 예외를 인정할

수 있는 경우가 있다. 그러한 헌법원리로는 우리 헌법의 기본원리인 사회국가원리를

들 수 있고, 헌법조항으로는 여자 연소자근로의 보호, 국가유공자 상이군경 및 전몰
군경의 유가족에 대한 우선적 근로기회의 보장을 규정하고 있는 헌법 제32조 제4항
내지 제6항, 여자 노인 신체장애자 등에 대한 사회보장의무를 규정하고 있는 헌법 제
34조 제2항 내지 제5항 등을 들 수 있다. 이와 같은 헌법적 요청이 있는 경우에는 합
리적 범위안에서 능력주의가 제한될 수 있다.

2) 가산점제도의 공무담임권 침해성

가) 위에서 본 바와 같이 제대군인 지원이라는 입법목적은 예외적으로 능력주의를

제한할 수 있는 정당한 근거가 되지 못하는데도 불구하고, 가산점제도는 능력주의에

기초하지 아니하는 불합리한 기준으로 공무담임권을 제한하고 있다.

ㄱ) 가산점제도는 재대군인에 해당하는 대부분의 남성을 위하여 절대 다수의 여성들을 차별하는 제도이고, 그 기준을 형식적으로는 재대군인 여부에 두고 있으나 실질적으로는 성별에 두고 있는 것과 마찬가지로 앞에서 본 바와 같다. 그러나 공직수행능력에 관하여 남녀간에 생리적으로 극복할 수 없는 차이가 있는 것이 아니므로 공직자선발에 있어서 적성 전문성 품성 등과 같은 능력이 아니라 성별을 기준으로 공직취임의 기회를 박탈하는 것은 명백히 불합리한 것이어서 헌법적으로 그 적정성을 인정받을 수 없다.

ㄴ) 가산점제도는 또한 재대군인에 해당하는 남자와 병역면제자, 보충역복무자를

차별하는 제도이고, 이 경우 차별의 실질적 기준은 현역복무를 감당할 수 있을 정도로 신체가 건강한가에 있으므로 역시 공무수행능력과는 별다른 관계도 없는 기준으로 공직취임의 기회를 박탈하는 것이다. 공직을 수행함에 있어서도 상당한 정도의 건강을 필요로 함은 물론이나, 공직수행에 필요한 건강의 정도와 현역복무를 감당할 수

있는 건강의 정도는 애초에 다를 수 밖에 없기 때문이다.

나) 가산점제도에 의한 공직취임권의 제한은 위 평등권침해 여부의 판단부분에서

본 바와 마찬가지로 이유로 그 방법이 부당하고 그 정도가 현저히 지나쳐서 비례성원칙에 어긋난다.

다) 결론적으로 가산점제도는 능력주의와 무관한 불합리한 기준으로 여성과 장애인

등의 공직취임권을 지나치게 제약하는 것으로서 헌법 제25조에 위배되고, 이로 인하여 청구인들의 공무담임권이 침해된다.

4. 결 론

그렇다면 재대군인지원에관한법률 제8조 제1항 및 제3항, 동법시행령 제9조는 청구인들의 평등권과 공무담임권을 침해하는 위헌인 법률조항이므로 관여재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

1999. 12. 23.

재판장 재판관 김 용 준 _____

재판관 김 문 회 _____

재판관 이 재 화 _____

주심재판관 정 경 식 _____