

인권 이론과 실천 제22호

병역법 제3조 제1항 등 위헌확인
사건의 비판적 고찰

황 동 혁
부산대학교 시간강사, 법학박사

병역법 제3조 제1항 등 위헌확인 사건의 비판적 고찰*

황 동 혁**

I. 병역법 제3조 제1항 등 위헌확인 사건

1. 사건의 개요

(1) 청구인은 1981. 8. 13.생의 남성이고, 2005. 10. 1. 모집병(카투사)에 지원하여 2005. 12. 3. 병무청으로부터 육군 모집병 입영통지서를 이메일로 수령한 후 2006. 3. 13. 입대하였다.

(2) 청구인은 남성에게만 병역의무를 부과하는 구 병역법 제3조 제1항 및 제8조 제1항이 청구인의 평등권 등을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하며 2006. 3. 10. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.¹⁾

2. 헌법재판소의 판단

(1) 기각의견

1) 4인 기각의견. 대한민국 국민인 남자에 한하여 병역의무를 부과한 병역법 제3조 제1항 전문이 청구인의 평등권을 침해하는지 여부는 완화된 심사기준에 따라 판단하여야 한다고 보았다. 첫째 이 사건 법률조항이 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우

* 투고일자 : 2017. 12. 1. 심사일자 : 2017. 12. 11. 게재확정일자 : 2017. 12. 18.

** 부산대학교 시간강사, 법학박사

1) 현재 2010.11.25. 2006헌마328.

나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우의 차별취급을 그 내용으로 하고 있다고 보고 어렵다는 점, 둘째 징집대상자의 범위결정에 관하여는 입법자의 광범위한 입법형성권이 인정된다는 점을 그 근거로 들었다.

위와 같은 이유로 이 사건 법률조항에 대하여 완화된 심사척도인 자의금지원칙에 의한 차등대우의 정당화를 시도하였다. 그 결과 남녀간의 신체적 특징의 차이에 기초하여 입법자가 남자만을 병역의무자로 정한 것은 현저히 자의적인 것이라 보기 어렵다 즉 차등대우의 합리적 이유가 있다고 판단하였다. 결론적으로 이 사건 법률조항이 성별을 기준으로 병역의무자의 범위를 정한 것은 합리적 이유 없는 차별취급으로서 자의금지원칙에 위배하여 평등권을 침해한 것은 아니라고 하였다.

2) 2인 기각의견. 합헌이라는 결론은 같으나 그 근거가 4인의 기각의견과 다르다. 이 사건을 기본권제한의 문제가 아니라 기본의무의 헌법적합성 문제로 파악하였다. 남자만 징집하기로 한 입법자의 병역의무 부과가 합리적이고 공평한 것이어서 헌법적으로 정당한 의무부과였는지를 심사함에 있어 심사의 척도 중 하나가 평등원칙이라는 것이다.

자의금지원칙에 의한 평등심사를 한 결과, 병역법상의 의무부과는 합리적이고 공평한 것으로서 기본의무 부과에 있어 지켜야할 헌법상 심사기준을 충족하였다고 보았다.

(2) 위헌의견

이 의견은 위 4인 기각의견과 자의금지원칙에 의한 합리적 이유의 존재여부 판단만 다르다. 따라서 남자에게만 병역의무를 부과하는 것은 국방의 의무를 이행하는데 남성과 여성을 합리적 이유없이 차별하고 있다고 판단하였다.

(3) 각하의견

청구인의 심판청구는 기본권침해 가능성이나 자기관련성 또는 심판청구의 이익이 인정되지 않아 헌법소원심판의 적법성요건을 갖추지 못하였다고 보았다.

3. 고찰점

헌법 제39조 제1항은 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다”고 규정하고 있다. 이에 대하여 병역법은 제3조 제1항 전문에서 “대한민국 국민인 남자는 헌법과 이 법이 정하는 바에 의하여 병역의무를 성실히 수행하여야 한다”고 하며 이를 구체화하고 있다. 이 사건의 심판대상 법률조항인 병역법 제3조 제1항 전문은 ‘모든 국민’이 국방의 의무를 부담함에도 불구하고 오직 남자에게만 병역의무의 의무자로 정하고 있는 것이다. 즉 이 결정은 병역법이 남자에게만 병역의무를 부과하는 것은 동일하게 남자와 여자 모두 국방의 의무의 의무자임에도 불구하고 그 의무의 이행에 있어 차등대우가 헌법 제11조 제1항의 평등에 반하는지 여부가 쟁점이다.

일반적인 평등사안은 권리 또는 혜택에 있어서 차등이 있는 경우인데, 이 사건은 기본의무가 차등적으로 부과되는 점이 특징이다. 기본권제한과 기본의무의 부과는 권리에 대한 훼손을 의미하므로 유사한 구조를 가지고 있다. 기본의무와 기본권 제한적 법률유보는 특히 자유권에 의하여 보호되는 자유를 제한하는 헌법적 근거가 된다는 점 그리고 법률에 의한 구체화를 필요로 한다는 점에서 특히 그러하다. 그러나 헌법은 기본권 제한의 가능성만 제시할 뿐 기본권 제한적 법률유보를 통하여 비로소 기본권의 제한이 창설되는 반면, 기본의무는 헌법이 예정하고 있으므로 법률로써 구체적 부담의 내용이 확정될 뿐이다. 무엇보다 양자는 그 기본구조가 상이하다는 점을 인정하는 것이 대체적인 견해이다.

그러나 중요한 점은 기본권에 손상을 가하는 국가작용에 대하여 기본권 주체는 기본권을 주장하여 그 효력을 다룰 수 있고, 기본의무를 통하여 기본권주체는 자신의 기본권의 행사에 있어 제약을 받는다는 점이다. 따라서 기본의무에 의하여 기본권에 대한 제약을 초래할 때에 기본의무자는 기본권주체로서 자신의 기본권이 침해되었음을 주장할 수 있다. 헌법이 규정하는 기본의무는 법률에 의하여 그 의무의 이행과 그로 인한 권리의무의 변동·제약이 구체화된다. 병역법은 헌법상 국방의 의무를 구체화하는 법률이다. 병역법에 의하여 국방의 의무 이행의 세부적 내용이 확정된다. 그러므로 병역법에 의한 기본의무의 이행이 기본권의 침해를 초래할 수 있다.

그리고 평등은 헌법재판에서 가장 많이 주장되는 기본권이다. 그러나 헌법상 평등 보호는 그 구조가 독특하고 그 심사기준이 불명확할 뿐만 아니라 여러 측면에서 해명할 부분이 아직 많이 남아 있는 영역이다. 제대군인가산점 결정을 계기로 헌법은 평등심사를 완화된 심사와 엄격한 심사로 나누고 자의금지원칙과 비례의 원칙을 적용하여 검토를 하고 있다. 그러나 계속 반복되어온 판례에도 불구하고 어떠한 심사

기준에 의하는 것이 타당한 선택인지 명확하지 못할뿐더러 자의금지원칙과 비례의 원칙이 평등보호를 위해 지향하는 목표가 무엇인지 정확히 알 수 없다.

헌법상 기본 의무인 국방의 의무를 구체화한 병역법이 남자에게만 병역의무를 부과하고 있는데 대상결정은 이것이 헌법 제11조 제1항에 합치되는지 여부에 관한 것이다. 청구인은 헌법 제39조에 의하여 모든 국민은 국방의 의무를 부담하지만 병역법은 남자에게만 병역의무를 부과하여 차별취급을 하고 있으므로 자신의 평등권을 침해한다고 주장한다. 한편 남자만의 병역의무는 헌법 제11조 제1항 제2문이 금지하는 성별에 의한 차별에 해당하므로 비례의 원칙이 평등심사에 적용되어야 하며, 입법목적 달성을 위한 다양한 수단이 있음에도 불구하고 남자에게만 병역의무를 부과하는 것은 비례의 원칙에 위배된다는 것이다. 뿐만 아니라 군복무 기간 동안 청구인의 직업의 자유, 거주이전의 자유, 학문의 자유, 행복추구권 등을 침해한다고 주장한다.

따라서 남자인 청구인이 병역법에 의하여 국방의 의무를 이행하면서 평등권, 직업의 자유 등이 훼손될 가능성이 있으므로 국방의 의무에 대한 헌법적합성 심사는 기본권심사의 형태로 이루어진다. 아래에서는 헌법상 평등을 중심으로 대상결정의 내용이 타당한지 살펴보도록 하겠다.

II. 헌법상 평등의 의미

1. 평등의 개념

평등은 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 대우하는 것을 의미한다. “둘 이상의 객체들이 일정한 비교의 관점에서 볼 때 비록 여전히 서로 구별되는 표지들을 가지고 있긴 하지만, 그 비교의 관점을 구성하는 표지들에 있어서 서로 일치하는 관계를 표현하기 위해서 사용되는 관계개념²⁾”이다. 따라서 평등을 주장하는 측은 두개의 대상이 서로 같다고 주장을 할 것이고, 이에 대한 판단은 두 대상이 서로 다르다는 것을 증명하는 과정을 거친다. 이것이 일상적인 평등의 관념이다. 그러나 헌법상의 평등은 여기에 그치지 않는다.

헌법 제11조는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘법 앞의 평등’은 누구든지 동등하게 권리를 향유하고 의무를 부담할 것을 선언하고, 여기서 ‘동등하게’란 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’를 뜻한다³⁾. 헌법상의 평등은 서

2) 계희열, 헌법학(중), 2000, 202쪽 이하 참조.

로 다른 비교의 대상이 일정한 표지에 의하여 서로 일치하는 가운데 일방의 대상에게만 의무를 부과하거나 권리를 부여하는 것이 헌법적으로 허용되는지, 즉 같은 비교대상에 대한 차등대우와 다른 비교대상에 대한 차등대우를 전제로 그것의 헌법적 정당성에 대한 논증이다. 따라서 평등논증에서는 두번의 규범적 판단절차를 거치게 된다. 비교대상간의 동일성 판단⁴⁾과 그 대상 간의 차등대우 또는 동등대우의 헌법적 정당성 판단이 바로 그것이다.

다수설과 판례는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교·사회적 신분에 의하여 정치적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 되어 있는 헌법 제11조 제1항 전체가 일반적 평등원칙을 규정한 것으로 파악한다. 이에 따르면 제11조 제1항 제2문에 언급된 차별금지사유를 예시적으로 규정된 것으로 본다.

그러나 평등보호를 위한 일반조항은 제11조 제1항 제1문으로 한정하는 것이 타당하다. 제11조 제1항 제1문에서 일반적 평등원칙을 선언함으로써 적극적으로 평등을 명령하고 소극적으로 차별금지를 명령하고 있다. 왜냐하면 평등이란 헌법이 추구하는 합헌적 상태이고, 곧 평등의 반대개념인 차별을 부정하는 것을 의미한다. 따라서 제11조 제1항 제1문이 문언상 평등을 명령하고 있다라고 개념논리적으로 차별의 금지가 도출되는 이상 굳이 제1문은 평등을 명령하고, 제2문은 차별을 금지하는 것으로 볼 이유가 없다.⁵⁾ 따라서 제2문에서는 특정 영역에서 차별의 금지를 명령한다. 제2문의 의미는 ‘성별·종교 또는 사회적 신분’에 의하여 생활의 모든 영역에서의 차별을 받지 아니한다는 것으로, 모든 생활영역에서의 차별을 금지하는 것이 아니라 특정의 표지에 의한 차별을 금지하는 것이다. 따라서 헌법 제11조 제1항 제2문은 차별이 금지되는 사유만을 규정하고 있고 차별이 금지되는 영역을 정한 것이 아니다.

요컨대 일반적 평등원칙은 헌법 제11조 제1항 제1문에 규정되어 있고, 역사적으로 성별 등과 같은 특정의 사유에 의한 차별이 계속되어 왔고 이러한 사유에 의한 차별을 금지하고자 하는 것이 제2문의 내용이다. 그런데 제2문의 차별금지사유에 의한 차등이 발생했을 때, 그에 대한 통제가 제1문을 배제하고 제2문에 의하여 이루어지는 것이 아니라 일반적 평등원칙인 제1문에 의하여 이루어진다.⁶⁾ 제2문의 사유는 일

3) 황동혁, 기본권심사에 있어 심사기준으로서의 평등, 공법학연구 제18권 제2호, 26쪽.

4) 헌재 2003.1.30. 2001헌가4 “서로 비교될 수 있는 두 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제된다. 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려 있다.”

5) 이준일, 평등원칙, 안암법학 제8권, 2쪽 참조.

반적 평등원칙의 효력범위 내에서 평등심사의 강도를 결정하는 역할을 하거나 정당성 검토의 요소가 된다.⁷⁾

2. 평등심사의 구조

자신의 권리에 제약이 발생한 경우 그 권리에 대한 제약이 부당함을 주장하거나 다른 권리주체와의 비교를 통하여 자신에 대해서만 제약하는 것이 부당하다는 것을 주장할 수 있다. 전자는 해당 권리침해의 주장인 반면 후자는 평등침해의 주장으로, 권리의 주체는 동일한 사안에서 이를 동시에 주장가능하다. 즉 권리의 주장에는 평등을 수반하고, 평등의 주장은 개별권리를 매개하게 된다. 그런데 평등을 수반하고 동시에 평등을 매개한 권리가 헌법상의 권리가 아닌 법률상의 권리 또는 단순한 이익인 경우에 문제가 발생한다. 헌법 하위의 권리에 대한 차등이 발생한 경우 헌법 제11조의 평등을 주장할 수 있는가? 즉 헌법이 보호하는 평등이 기본권의 평등인지 단순히 권리의 평등인지 우선 결정하여야 한다.⁸⁾

만약 평등을 단순한 권리의 평등으로 보게 되면 모순이 발생한다. 평등을 매개한 권리가 모두 헌법상의 권리로 격상되는 것과 같게 된다. 이것은 헌법하위의 권리 예를 들어 법률에 의하여 생성된 권리이더라고 헌법의 보호를 받게 되는 “모든 권리와 가치의 기본권화 현상⁹⁾”이 발생하게 된다.¹⁰⁾ 뿐만 아니라 헌법의 보호가 다른 사람이 그 권리를 이미 향유하고 있다는 우연한 사실의 존재에 좌우된다는 문제점도 생기게 된다. 왜냐하면 법률상의 권리 그 자체에 대해서는 헌법적 보호를 요청할 수 없으나 차등대우 즉 다른 권리주체가 해당 권리를 이미 보유하고 있다는 점을 들어 헌법상 평등보호를 주장할 수 있기 때문이다. 그러므로 헌법 제11조의 평등은 단순히 권리의 평등이 아닌 기본권의 평등을 의미한다.¹¹⁾

6) 정태호, 일반적 평등권 침해여부의 심사, 고시계 2002/9, 33-34쪽.

7) 김해원, ‘평등권’인가 ‘평등원칙’인가?, 헌법학연구 제19권 제1호, 234-235쪽.

8) 헌법하위의 권리에 대한 평등주장이 헌법소원의 대상이 되었을 때 기본권의 침해가능성, 자기관련성, 권리보호이익의 충족여부 역시 문제가 된다. 만약 평등을 기본권의 평등이라고 본다면 이러한 적법성요건을 흠결하여 각하되게 될 것이다. 반면 권리의 평등으로 보게 되면 평등은 단순히 권리나 이익향유의 동등대우 또는 차등대우의 금지를 의미하고 비교집단간에 차등이 존재한다면 평등심사의 대상이 될 것이다.

9) 김해원, ‘평등권’인가? ‘평등원칙’인가?, 헌법학연구 제19권 제1호, 244쪽.

10) 정문식, 평등위반 심사기준으로서 비례원칙, 법학연구 제51권 제1호, 부산대 법학연구소, 36쪽 각주 143번.

11) 그러나 헌법재판소는 이와 다른 견해를 내보인다. 주민투표권 행사를 위한 요건으로 주민등록을 요구함으로써 국내거소신고만 할 수 있고 주민등록을 할 수 없는 국내거주 재외국민에 대하여 주민투표권을 인정하지 주민등록법 제5조 제1항에 대한 판단에서 헌법재판소는 주민투표권은

자유권적 기본권 심사와 달리 평등심사는 2단계의 구조로 이루어진다는 것이 일반적이다. 평등은 그것에 의하여 보호되는 고유의 생활영역, 즉 보호영역이 존재하지 아니하므로 그러한 보호영역에 대한 제약이 발생할 수 없으므로, 보호영역에 대한 제약을 전제로 헌법적 정당성을 검토하는 논증방식과 구조적으로 달라야 한다는 것이다. 따라서 ‘차등대우 또는 동등대우의 존재 - 헌법적 정당화’로 이어지는 2단계 구조를 가진다. 뿐만아니라 헌법적 정당화의 기준과 방법 역시 자유권심사와 평등심사는 그 형태를 달리한다는 것이 종래의 견해이다.¹²⁾

개별 기본권의 경우 기본권규범은 그 기본권의 최대한 보장을 국가에게 명령하고 있고, 헌법상 평등은 동일한 대상간의 동등대우와 상이한 대상간의 차등대우를 명령한다. 이러한 원칙적 보호에 대하여 예외적인 제약이 헌법적으로 적합한지를 판단하는 하는 과정이 기본권심사의 구조이다. 그런데 위에서 살펴본 바와 같이 평등은 기본권의 평등을 의미한다. 따라서 이때의 논증방식은 ‘○○기본권과 평등권을 침해하였는지 여부’가 아닌 ‘평등원칙을 위반하여 ○○기본권을 침해하였는지 여부’를 검토하는 구조여야 한다.¹³⁾

- A. ○○기본권(자유권적 기본권)의 침해여부
 - I. 기본권의 보호영역
 - II. 보호영역에 대한 제한(침범/제약)
 - III. 제한의 헌법적 정당화
 - 1. 제한(제한의 가능성)
 - 2. 제한의 한계(제한의 헌법적 한계)
 - (1) 형식적 합헌성
 - 1) 입법권한
 - 2) 입법절차
 - 3) 입법형식

헌법상의 기본권성이 부정되므로 헌법소원의 대상이 되지 않으나, “주민투표권이 헌법상 기본권이 아닌 법률상의 권리에 해당한다 하더라도 비교집단 상호간에 차별이 존재할 경우에 헌법상의 평등권 심사까지 배제되는 것은 아니다”라고 실시하였다(헌재 2007.6.28. 2004헌마643). 이러한 입장은 교섭단체 소속의원의 입법활동을 보좌하기 위하여 교섭단체에 정책연구위원을 두도록 하는 국회법 규정이 교섭단체를 구성한 정당과 그렇지 못한 정당을 차별하는 것인지에 관한 헌법소원심판사건(헌재 2008.3.27. 2004헌마654)에서도 계속된다.

12) 따라서 학설과 판례는 헌법 제37조 제2항의 적용까지 배제된다고 한다. 그러나 평등심사의 척도에는 자의금지원칙과 비례의 원칙이 있다고 하면서, 비례의 원칙에 의한 평등심사의 내용을 자유권에 대한 비례성심사와 같은 것으로 보는 헌법재판소의 견해는 모순이라고 볼 수 밖에 없다.

13) 평등심사의 방식에 대한 자세한 설명은 황동혁, 기본권심사에 있어 심사기준으로서의 평등, 공법학연구 제18권 제2호, 35쪽 이하 참조.

- (2) 실질적 합헌성
 - 1) 비례의 원칙
 - 2) 본질적내용침해금지원칙
 - 3) 특정 기본권 관련 심사원칙
 - ① 평등
 - i) 헌법적으로 의미있는 차등대우 또는 동등대우의 존재
 - ii) 헌법적 정당화
 - ②
 - ③
 - ④

3. 평등심사의 강도 및 척도

평등심사과정에서 차등대우 또는 동등대우의 헌법적 정당성검토의 내용과 방법에 관하여 헌법재판소는 명확하고 논리적인 설명을 하지 못하고 있다. 헌법재판소는 상당기간 동안 “헌법에 따른 입법자의 평등실현의무는 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정축소되므로 헌법재판소가 행하는 규범에 대한 심사는 그것이 가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 단지 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계 내에 머물고 있는가 하는 것에 국한”된다고¹⁴⁾ 함으로써 평등이 가지는 기본권보장의 위상에 비하여 그 의미를 축소하여 왔다. 그 후 역사적인 제대군인가산점 사건에서 정당성심사의 기준으로 자의금지원칙과 비례의 원칙을 제시함으로써 정당성심사의 내용이 종전보다 치밀해진 것은 사실이나 여러가지 의문점이 남는 것은 여전하다.

첫째 자의금지원칙은 그 스스로 아무런 규범적 판단의 기준을 제시하지 못한다는 점이다. 사전적 의미로서 ‘자의’란 ‘제멋대로 하는 생각’을 뜻하는데 자의금지원칙에서 금지되는 ‘자의’란 ‘어떤 조치가 그것이 지배하려는 상황과의 관계에서 실제적이고도 명확하게 적합하지 못한 경우¹⁵⁾’를 의미한다. 따라서 평등에 반하는, 자의에 의한 차등대우 또는 동등대우란 그러한 대우의 합리성이 명백히 결여된 경우를 말한다. 자의성심사에 의하면 국가가 다른 행위의 가능성이 있다거나 다른 행위가 더 적합하다고 하더라도 그것만으로 ‘자의’에 해당하지는 않고, 국가의 공권력작용에 의한 차등대

14) 헌재 1997.1.16. 90헌마 110·136; 1998.9.30. 98헌가7, 96헌바93.

15) BVerfGE 80, 48 (51); 82, 83 (84); 86, 59 (63).

우 또는 동등대우가 어떠한 관점에서든 정당화될 수 없음이 명백한 경우에만 인정된다. 헌법재판소는 대개 비교집단 간에 본질적인 차이점이 있는가, 또는 차별의 목적이 존재하는가에 따라 합리적 이유의 유무를 판단한다. 이와 같이 자의금지원칙만으로는 차등대우 또는 동등대우의 합리성과 비합리성의 내용을 설명하지 못한다.¹⁶⁾ 자의금지원칙을 공허한 공식에 불과하다고 하는 것은 바로 이러한 점 때문이다. 헌법재판소의 방식대로 자의성을 판단하는 것은 결국 자신의 주관적 평가로 입법자의 평가를 대체하는 것밖에 되지 않는다.¹⁷⁾ 평등은 다름을 전제하는 것이고, 차등대우 또는 동등대우의 헌법적 정당화는 두 비교대상간의 본질적 동일성을 인정하고 난 이후의 판단임에도 불구하고 두 대상이 본질적으로 다르다고 하는 것은 논리적 모순이다. 또한 국가의 공권력 작용 중 아무런 합리적인 목적을 찾아볼 수 없는 경우는 없다. 따라서 자의금지원칙은 그 운용상 단순히 완화된 통제의 다른 표현에 지나지 않는다.

헌법재판소는 평등심사의 강도에 의해 심사척도를 선택한다. 평등심사를 할 때 엄격한 심사척도에 의할지 완화된 심사척도에 의할지는 입법형성권의 정도와 범위에 따라 달라지는데, 헌법이 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우에는 엄격한 심사척도를 적용하고, 그 외의 경우에는 완화된 심사척도를 적용한다. 그리고 엄격한 심사척도에 의한 심사는 비례의 원칙에 의한 심사를, 완화된 심사척도에 의한 심사를 자의금지원칙에 의한 심사를 의미한다.¹⁸⁾

헌법재판소는 입법자의 입법형성권의 크기와 헌법상의 평등명령이나 차별금지명령의 유무, 기본권 제한의 중대성에 의하여 평등심사의 기준과 강도를 결정하는 듯하다. 심사강도에 따라 엄격한 심사와 완화된 심사로 나누고, 심사척도의 선택에 있어 비례의 원칙과 자의금지원칙이 적용가능하다고 했기 때문이다. 그러나 헌법재판소가 평등심사를 할 때 매 반복하는 위 내용은 단지 헌법이 평등을 요구하는 때와 차별취급으로 인한 기본권 제한이 중대할 때만 비례성심사를 한다는 의미이다. 심사의 기준과 강도는 그것들이 서로 교차할 때만 의미가 있을 뿐이다. 즉 심사기준이 하나 또는 그 이상일 경우를 전제로 각각의 심사기준 안에서 강도를 달리하는 엄격한 심사와 완화된 심사로 나뉘어 져야 하기 때문이다. 결국 헌법재판소는 심사의 척도와 강도 문제를 혼동하고 있다. 그러나 국가행위의 정당화심사의 기준과 강도를 선택하는 문제는 그 이후의 본격적 정당화를 통한 국가행위의 헌법적합성 심사 결과에 미

16) 자의금지원칙에 대한 비판으로 홍강훈, 평등권의 심사원칙 및 강도에 관한 연구-간접적 차별의법리를 중심으로-, 공법연구 제41집 제1호, 256쪽.

17) Gubelt, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, Art. 3 Rn. 13.

18) 헌재 1999.12.23. 98헌마363.

치는 영향이 동일하다. 헌법적 정당성 검토를 거친 결과 심사의 대상이 된 국가행위가 헌법에 반한다 또는 반하지 않는다는 결과에 앞서 정당화심사의 기준과 강도가 잘못 선택되면 정당화의 가부와 상관없이 그 심사 대상은 헌법적 적합성을 상실하게 된다.

헌법재판소는 국가유공자 및 그 가족에 대한 가산점 결정에서 국가유공자 등이 받는 가산점 혜택은 그 이외의 자들에게 공무담임권 또는 직업선택의 자유에 대한 중대한 침해라 의미하게 되기 때문에 엄격한 심사 기준에 의하여야 하지만, 구체적인 비례심사 과정에서는 국가유공자의 기회우선을 규정한 헌법 제36조 제6항의 차별명령규정에 의하여 보다 완화된 기준을 적용하여야 한다고 하였다.¹⁹⁾ 그렇다면 헌법재판소는 차등대우의 헌법적 정당화의 척도를 입법자의 입법형성권의 크기에 따라 자의금지원칙과 비례의 원칙으로 나누고, 후자에 의한 심사에서 헌법의 차별명령규정에 의하여 다시 완화된 기준을 적용하여야 한다는 것이다. 이것은 심사척도의 결정과 심사강도의 결정은 서로 별개로, 각각의 심사기준 안에서 서로 다른 강도의 심사가 이루어져야 한다는 점을 인식한 것으로 보인다.

그러나 헌법 제36조 제6항의 국가유공자 등에 대한 차별명령규정은 차등대우의 정당화의 요소로 고려될 문제이지 심사척도 선택의 문제가 아니다. 종래 헌법재판소의 견해에 따라 가산점 혜택을 받지 못하는 자의 공무담임권 또는 직업선택의 자유에 대한 침해가 중대하다면 비례의 원칙에 의한 정당화가 시도되어야 하고, 차별명령규정은 차등대우의 목적과 차등의 정도가 균형을 이루고 있는지 검토하는 것으로 족할 것이다.

차별취급으로 관련 기본권에 대한 제한이 중대할 경우에는 비례의 원칙이 적용된다. 그러므로 차등대우로 인하여 기본권 제한이 발생하더라도 그 정도가 중대하지 않은 경우에는 비례의 원칙이 아닌 자의금지원칙에 의하여 심사가 이루어진다. 그러나 헌법재판소는 일부 결정에서 이와 상반되는 견해를 펼치기도 한다. 즉 입법자의 차등대우가 기본권에 관련된 차별을 가져온다면 단순한 합리성 심사가 아닌 엄격한 비례성 심사를 하여야 한다는 것이다.²⁰⁾ 아울러 ‘차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 비례원칙이 적용되어야 한다’는 종래의 견해는 “차별적 취급으로 인하여 기본권에 중대한 제한을 초래할 수록 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다는 취지이며, 기본권에 대한 제한이기는 하나 중대하지 않은 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되지 않는다는 취지는 아니라고”²¹⁾ 해석되어

19) 헌재 2001.2.22. 2000헌마25.

20) 헌재 2006.2.23. 2004헌마675; 2006.6.29. 2005헌마44.

21) 헌재 2003.9.25. 2003헌마30.

야 한다고 한다. 따라서 이러한 해석은 평등심사에 있어 비례의 원칙이 적용되는 범위가 차등대우로 인하여 그 제한의 중대성 여부와 관계 없이 기본권이 제한되는 경우로까지 확대되는 결과가 된다.²²⁾ 그러나 이후 헌법재판소는 별다른 언급없이 다시 종래와 같이 차별취급으로 인한 기본권 제한의 중대한 경우에만 비례성심사를 하고 있다.

차등대우로 인하여 기본권의 행사에 제한을 초래한다면 평등심사의 척도로 비례의 원칙이 원용되어야 한다. 자유권적 기본권의 심사에서는 정당화 단계에서 해당 기본권의 제한의 한계를 준수했는지 여부를 밝히는 척도로 비례의 원칙이 일반적으로 적용된다. 그러나 평등심사에서 차등대우로 인하여 관련 기본권 제한이 ‘중대한’ 경우에만 비례의 원칙이 적용된다고 한다면 여타의 기본권과 그 보호의 강도를 달리하는 것이므로 옳지 않다.²³⁾ 그 기본권의 제한이 ‘중대한’ 경우에는 엄격한 비례성 심사가 이루어져야 한다.²⁴⁾

독일 연방헌법재판소는 규율대상과 차별기준에 따라 단계화된 심사강도를 채택하고 있는 반면, 헌법재판소는 불평등대우가 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향의 정도에 따라 비례성심사를 단계화할 뿐이다.²⁵⁾

어쨌든 앞으로 헌법재판소가 판례변경을 통해 평등심사의 기준과 강도가 분화될 가능성은 엿볼 수 있다. 심사척도에 있어 헌법이 특별히 평등을 요구한 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한이 초래되는 경우 비례의 원칙에 의한 심사가 이루어졌으나 후자의 경우가 ‘입법자가 설정한 차별이 국민들 간에 단순한 이해관계의 차별을 넘어서서 기본권에 관련된 차별을 가져오는 경우’로 변경을 시도했다. 또한 심사강도에 관하여 비례의 원칙에 의한 심사를 할 때 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미칠수록 비례성 심사의 강도는 높아지고, 헌법의 차별명령규정에 의하여 심사의 강도는 낮아진다. 이것은 독일 연방헌법재판소의 “기본권행사에 불리한 영향을 미치는 불평등대우는 그 차별에 있어 서로 다른 법적 효과를 정당화시킬 수 있을 정도의 속성과 비중이 있는 근거가 존재하는 경우에만 일반적 평등원칙과 합치”²⁶⁾된다는 견해의 영향을 받은 것으로 보인다.

22) 정태호, 헌법재판소 평등권 심사기준의 재정립 필요성, 헌법학연구 제19권 제3호, 88쪽.

23) 김주환, 일반적 평등원칙의 심사모형, 세계헌법연구 제19권 제2호, 185쪽.

24) 김주환, 일반적 평등원칙의 심사모형, 세계헌법연구 제19권 제2호, 185쪽.

25) 김주환, 일반적 평등원칙의 심사모형, 세계헌법연구 제19권 제2호, 185-186쪽.

26) BVerfGE 88, 87 (96 f.); BVerfGE 93, 99 (111).

4. 평등원칙심사

앞서 살펴본 바와 같이 자의금지원칙은 더 이상 평등심사의 기준으로서의 역할을 하지 못한다. 자의성심사는 단지 완화된 심사를 의미할 뿐이다. 따라서 자의금지원칙은 평등심사에서 배제되어야 한다. 따라서 본질적으로 동일한 대상간의 차등대우 또는 본질적으로 상이한 대상간의 동등대우의 헌법적 정당성 심사는 비례의 원칙에 의한다.

평등은 기본권의 평등을 의미하고, 개별기본권을 매개한다. 기본권주체가 개별기본권의 침해와 평등침해를 주장할 때 평등 주장은 사실 개별기본권이 평등원칙에 위반되어 침해됨을 의미한다. 평등사안은 기본권행사에 있어 차등이 있는 경우이므로 차등대우로 기본권이 침해되는 것이다. 그러므로 그 차등대우의 정당성심사의 척도는 비례의 원칙이 되어야 한다. 헌법재판소 역시 “만일 입법자가 설정한 차별이 기본권의 행사에 있어서의 차별을 가져온다면 그러한 차별은 목적과 수단 간의 엄격한 비례성이 준수되었는지가 심사되어야”²⁷⁾ 한다고 판시한 바 있어 단일한 기준, 즉 비례의 원칙에 의한 평등심사의 가능성을 엿볼 수 있다.

평등은 기본권의 평등을 의미한다. 따라서 평등의 대상이 된 개별기본권에 대한 제한의 형태가 바로 차등대우 또는 동등대우이다. 비교대상과 놓고 봤을 때 본질적으로 동일함에도 불구하고 차등대우가 있고, 이 차등대우가 개별기본권을 제한하는 상황, 즉 기본권 행사에 있어 차등이 있는 경우에 평등문제는 발생한다.

이때 기본권 주체는 두 가지의 권리주장을 할 수 있다. 첫째 개별기본권의 침해를 주장할 수 있다. 차등대우로 기본권이 침해되고 있기 때문이다. 둘째 평등권 침해를 주장할 수 있다. 본질적으로 같은 대상 간에 차등대우가 있기 때문이다. 이때 헌법재판소는 이 두 가지 주장, 개별 기본권 주장과 평등주장 모두에 대해 심사를 하여야 한다.

그런데 개별기본권심사에서 이미 한 번의 비례성심사가 이루어졌고, 평등원칙심사에서 정당화의 척도로 비례의 원칙이 원용된다면 이 두 번의 비례성심사를 어떻게 평가할지 고민하여야 한다. 헌법재판소는 개별기본권에 대한 비례성심사의 결과를 평등심사에 대한 그것에 그대로 전용하여 생략하는 경우가 많다. 만약 둘의 비례성심사가 같은 것이라면 두 번을 반복할 필요가 없을 뿐더러 헌법이 정한 평등이 갖는 독자적 의미를 찾을 수가 없다. 반대로 양자의 비례성심사가 서로 다른 내용을 가진다면 헌법재판소처럼 개별기본권의 비례성심사 결과를 평등심사에 전용하는 것은 그 자체가 위헌적 사법작용에 해당하게 된다.

그러나 평등심사에 원용되는 비례의 원칙과 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙은

27) 헌재 2006.2.23. 2004헌마675; 2006.6.29. 2005헌마44.

그 구조가 같지 않다. 자유권심사에서 비례성은 목적과 수단의 관계, 즉 기본권 제한의 목적과 그것을 달성하고자 하는 수단 간의 관계가 적정한지를 살펴보는 것이다. 여기에는 하나의 수단과 두개의 목적이 서로 삼각관계를 형성하고 세 요소 전체에 상당한 관계가 형성될 것을 요구한다. 이러한 비례의 원칙의 기본구조를 평등심사에 적용하면, 비례성 검토의 한축은 차등을 통하여 얻고자 하는 입법목적의 속성과 크기가 될 것이고 다른 한축은 차등의 속성과 크기가 될 것이다. 그러나 평등심사에서는 차등대우가 있게 되는 두 대상집단 간의 차이점도 함께 고려의 대상이 되어야 한다. 그러므로 평등심사에서 비례성 고찰은 차별의 목적의 속성과 크기에 대한 비교 집단 간의 차이의 속성과 크기에도 이루어져야 한다. 따라서 비례의 원칙에 의한 심사는 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 적정한 균형을 이루는 상관관계에 대한 심사를 말하고, 그 대상은 ‘비교대상간의 차별’과 ‘사실상의 차이의 성질과 비중’ 또는 ‘비교대상간의 차별’과 ‘입법목적(차별목적)의 비중’이다. 이와 같이 개별기본권에 대한 비례성심사와 달리 비례성원칙에 의한 평등심사는 세 가지 요소 서로간의 삼각관계를 형성하지 못한다. 따라서 이를 비례의 원칙이라고 부르는 것은 타당하지 않다. 결국 지금까지 평등심사에 원용되던 비례의 원칙은 차등대우 또는 동등대우를 정당화하는 단일한 척도로서 ‘평등원칙’으로 칭하는 것이 마땅하다. 다만 이러한 ‘평등원칙’심사는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 엄격한 평등원칙심사와 완화된 평등원칙 심사로 달라지게 될 뿐이다.

III. 헌법재판소 결정의 문제점

1. 심판의 대상

이 사건의 청구인은 주위적으로 “헌법 제39조는 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.’고 규정하고 있음에도 이 사건 법률조항은 남성에게만 병역의무를 부과하고 여성에게는 병역의무를 면제하여 남성과 여성을 차별취급하고 있다. [...] 이 사건 법률조항들이 남성에게만 병역의무를 부과하고 여성에 대하여는 병역의무를 면제한 것은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 평등권을 침해한다.”고 주장하고, 예비적으로 “이 사건 심판대상법률조항들은 군대에서 복무하는 동안 다른 직업을 가질 수 없도록 하고, 지정된 군시설에 거주하도록 하며, 학업을 중단하도록 하여 청구인의 직업의 자유, 거주이전의 자유, 학문의 자유, 행복추구권을 침해한다

고” 주장한다.

헌법재판소는 “이 사건의 심판대상은 구 병역법 제3조 제1항[...]이 청구인의 기본권을 침해하여 위헌인지 여부로 한정”한다고 하면서, 나아가 “이 사건 법률조항이 정한 ‘병역의무’와 ‘국방의무’가 동일한 것은 아니나, 병역의무는 국방의 의무의 주요한 부분을 이루고 있는바, 국방의 의무를 입법을 통하여 구체화하는 과정에서 남성과 여성에 대하여 서로 다른 범위의 의무를 부과한 것이 헌법적으로 정당화될 수 있는 차별취급인지, 평등권침해 여부가 문제된다.”고 파악하였다.

그러나 청구인은 주위적으로 병역법 제3조 제1항이 병역의무를 부과함에 있어 입법자가 성별에 의한 차별을 하고 있다고 주장하고 하나, 헌법재판소는 청구인의 주장만을 판단할 것이 아니라 직권탐지주의에 의하여 청구인의 침해된 권리와 침해의 원인이 되는 공권력의 행사 또는 불행사에 대하여 직권으로 조사·판단하여야 한다. 그러므로 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사 또는 불행사는 병역법 제3조 제1항이고 이로 인하여 일반적 행동의 자유, 신체의 자유, 거주이전의 자유, 직업의 자유, 양심의 자유 등의 제약을 받는다.²⁸⁾ 따라서 헌법재판소는 이러한 기본권침해에 대하여 기본권의 제한가능성, 기본권 제한의 한계에 대한 심사를 하여야 하며, 이때 평등원칙이 주된 정당성심사의 기준으로 원용된다.

2. 심사기준의 확정

헌법 제11조 제1항 후문은 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정한다. 따라서 “성별·종교 또는 사회적 신분”은 “헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 즉, 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준”²⁹⁾에 해당한다. “성별·종교 또는 사회적 신분”은 헌법 제11조 제1항 제2문이 명시적으로 차별을 금지하기 때문이다. 그렇다면 헌법재판소가 제대군인가산점사건 이후 반복해온 바에 따르면 “성별·종교 또는 사회적 신분”에 의한 차등대우는 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’에 해당하여 비례의 원칙에 따른 심사(정확하게는 ‘엄격한 평등원칙심사’)가 이루어져야 한다.

정부수립이전이주동포와 정부수립이후이주동포를 구분하여 전자를 재외동포법의 수혜대상에서 제외한 것이 헌법상 평등에 반하는지 판단함에 있어 헌법재판소의 다

28) 헌재 2008.10.30. 2005헌마1156; 1999.2.25. 97헌바3.

29) 헌재 2001.2.22. 2000헌마25.

수의견은 별다른 근거 없이 자의금지원칙에 의한 심사를 한 반면에 권성재판관의 별개의견은 “헌법 제11조 제1항 후문은 성별·종교 또는 사회적 신분에 의한 차별을 특히 금지하고 있으므로 이러한 세 가지 기준에 의한 차별이 헌법적으로 용인될 수 있는가의 여부는 특히 엄격하게 심사되어야 할 것이다”³⁰⁾하고 한다. 또한 육아휴직의 허용대상에서 남성 단기복무장교와 여성 단기복무장교를 다르게 대우하는 것이 헌법 제11조 제1항 후문에서 금지하고 있는 성별에 의한 차별에 해당한다면 비례의 원칙에 의한 심사하여야 한다고 판시한 바 있다.³¹⁾

그러나 헌법재판소는 대상결정에서 헌법 제11조 제1항 후문의 성별·종교 또는 사회적 신분에 의한 차별의 금지가 엄격한 심사기준이 적용되는 ‘헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준’에 해당하지 않는다고 선언하였다. 그러나 이에 대한 근거는 상당히 모호하다. 헌법 제11조 제1항 후문의 규정은 “불합리한 차별의 금지에 초점이 있고 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다”라고 한다. 특히 ‘성별’의 경우, 대표적인 차별가능사유이고 그에 의한 불합리한 차별을 극복할 필요에 의하여 헌법이 차별금지 사유로 규정하였다는 점을 인정한다. 그러나 남성과 여성의 차이에 의한 차별취급이 금지되는 것은 아니고, 성별에 의한 차별취급이 엄격한 심사를 요구하는 것은 아니라고 한다.

이를 종합해보면 ‘성별’에 의한 차등대우의 헌법적 정당화를 위한 도구로 자의금지원칙을 사용할지, 비례의 원칙을 사용할지 결정을 할 때, 헌법이 ‘성별’을 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준으로 정하였지만 남성과 여성의 차이를 이유로 한 합리적 차별은 허용되므로 완화된 척도인 자의금지원칙에 심사하면 된다는 논지이다. 결국 성별’에 의한 차등대우 이더라도 합리적 이유가 있는 경우에는 정당화 되므로 비례의 원칙이 아닌 자의금지원칙에 의하여 심사한다는 것인데, 이 역시 차별의 정당화에 대한 근거를 심사척도의 결정에 끌어와 사용하는 오류를 범하였다.³²⁾

이러한 헌법재판소의 태도는 ‘사회적 신분’과 관련해서 더 발전된다.³³⁾ 친일반민족

30) 헌재 2001.11.29. 99헌마494.

31) 헌재 2008.10.30. 2005헌마1156 그러나 헌법재판소는 이 사건에서 “육아휴직과 관련하여 단기복무군인 중 남성과 여성을 차별하는 것은 성별에 근거한 차별이 아니라 의무복무군인과 직업군인이라는 복무형태에 따른 차별로 봄이 타당하다”하고 하였다. 이에 의하면 육아휴직의 허용대상에서 배제된 남성 단기복무장교와 여성 단기복무장교 간의 차별의 표지는 ‘성별’이 아니라 ‘직업군인 여부’이므로 차등대우의 정당화 척도로 비례의 원칙을 원용하지 않았다.

32) 이와 같은 헌법재판소의 논지에 대한 비판으로 이준일, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, 세계헌법연구 제18권 제2호, 339쪽; 정태호, 헌법재판소 평등권 심사기준의 재정립 필요성, 헌법학연구 제19권 제3호, 89-90쪽 참조.

33) 헌재 2011.3.31. 2008헌바141, 2009헌바14·19·36·247·352, 2010헌바91(병합).

행위자 재산의 국가귀속 조항이 친일반민족행위자의 후손이라는 ‘사회적 신분’에 의하여 차별취급하는지에 관하여 판단하면서, 헌법 제11조 제1항 후문의 규정에도 불구하고 이것만으로 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우라고 할 수 없으므로 자의금지원칙이 적용되어야 한다고 하였다.

이상과 같은 헌법재판소의 견해는 헌법이 차별을 금지할 것을 요구하는 것과 특별히 평등을 요구하고 있는 경우가 서로 다르다는 것을 전제로, 전자는 자의금지원칙이 후자는 비례의 원칙이 적용된다는 것이다. 그러나 이것은 제대군인가산점제도 결정 이후 헌법재판소가 평등심사의 기준을 설명하면서 실시하는 바와 전혀 다르다. 비례의 원칙에 의한 심사가 이루어지는 ‘헌법에서 평등을 요구하고 있는 경우’란 더 이상 ‘헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준 또는 차별을 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 경우’만으로 부족하고 “헌법이 특별히 평등을 명령한 경우”³⁴⁾로 본다는 것이다. 그렇다면 이러한 헌법재판소의 태도변화는 곧 평등심사에서 엄격한 심사척도가 적용되는 영역의 축소를 의미한다.³⁵⁾

제2문의 의미를 차별금지명령으로 이해하고 제1문과 함께 평등에 대한 일반조항이라 한다면 성별이나 사회적 신분을 차별표지로 차등대우가 있는 경우에 일반적 평등의 효력범위 내에서 평등심사를 하면 된다는 취지로 판시하여야 한다. 결론에 있어 헌법재판소의 의도는 이해가나 그 논지와 일관성에 있어 의문이다.

3. 차등대우의 정당화

자의금지원칙에 따라 차등대우의 합리적 이유를 찾는 것은 쉽지 않다. 헌법재판소 결정에 따르면 ‘차별의 목적’이나 ‘비교대상간의 본질적인 차이’가 있으면 합리적 이유가 존재한다고 본다. 대상결정에서 헌법재판소는 병역의무자의 범위를 정하는 기준으로서 성별을 선택한 것은 합리적 이유가 있다고 보았다. 그 근거로 남녀간의 신체적 능력의 차이를 들었다: 일반적으로 집단으로서 남자는 여자에 비하여 근력, 순발력 등이 우수하고, 여자는 남자에 비하여 유연성 등이 우수한 것으로 평가되는 등 서로 다른 신체적 능력을 보유하고 있다고 보인다. [...] 그런데 전투를 수행함에 있어 요청되는 신체적 능력과 관련하여 [...] 근력 등이 우수한 남자가 전투에 더욱 적합한 신체적 능력을 갖추고 있다고 할 수 있다. [...] 또한 신체적 능력이 매우 뛰어난 여자의 경우에도 그 생래적 특성상 월경이 있는 매월 1주일 정도의 기간 동안 훈련 및

34) 이준일, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, 세계헌법연구 제18권 제2호, 339쪽.

35) 이준일, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, 세계헌법연구 제18권 제2호, 339쪽.

전투 관련 업무수행에 장애가 있을 수 있고, [...] 임신중이거나 출산 후 일정한 기간은 위생 및 자녀양육의 필요성에 비추어 영내생활이나 군사훈련 자체가 거의 불가능하다. 나아가 여자는 전시에 포로가 되는 경우 등에 있어, 남자에 비하여 성적 학대를 비롯한 위험에 노출될 가능성이 더 크다는 점에서 군사작전 등 실전투입에 부담이 크다.” 그리고 차별의 목적으로 설정한 것은 “최적의 전투력 확보”이다.

그러므로 비교집단 간, 즉 남녀간에는 전투에 적합한 신체적 능력(특히 근력)의 차이가 있고, 최적의 전투력의 확보라는 차별의 목적이 존재하므로 차등대우의 합리적 이유가 존재하는 것으로 보인다. 그러나 합리적 이유로서의 비교집단간의 차이는 본질적인 차이를 의미하는데, 이미 여군 부사관이나 장교 또는 외국군의 경우 여군 병사가 존재한다는 점에서 전투력에서 필요로 하는 본질적 신체적 차이는 없다고 봄이 옳다.

뿐만 아니라 차등대우를 정당화하는 차별의 목적은 차등대우를 하지 않는다면 목적달성이 어려워야 하는 이익이어야함에도 여성이 병역의무를 이행한다고 하여 최적의 전투력이 확보될 수 없다고 보기 어렵다. 따라서 정당한 차별의 목적 또한 존재하지 않는다.

게다가 병역의무의 이행이 반드시 현역복무만을 의미하는 것도 아니어서 신체적 능력 또는 생애적 특성의 차이가 차등대우를 하게 되는 합리적 이유가 될 수는 없다.

그러나 이미 주장한 바와 같이 헌법상 평등은 개별기본권심사에 있어 다른 정당화요소와 함께 평등원칙으로 원용되고, 이러한 평등원칙심사는 종래의 자의금지원칙 또는 비례의 원칙이 아닌 비례성심사와 유사한 별개의 ‘평등원칙심사’를 통하여야 한다. 또한 헌법 제11조 제1항 제2문은 ‘성별’을 차별금지사유로 정하고 있으므로 ‘엄격한’ 평등원칙심사에 의하여 병역의무에 있어 차등이 헌법적으로 정당한지 심사하여야 할 것이다.

IV. 맺음말

흔히 “평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권중의 기본권”이라고 한다.³⁶⁾ 그리고 헌법재판에서 가장 많이 주장되는 기본권이 평등권이기도 한다. 그러나 헌법재판소는 헌법이

36) 헌재 1989.1.25. 88헌가7.

정한 평등의 규범력을 약화시키는 견해를 펼쳐왔다.

이러한 약화된 의지는 평등심사의 기준과 내용에서 그대로 나타난다. 자의금지원칙과 비례의 원칙에 따른 각각의 심사내용이 어떠한지 명확하게 밝히지 않고 있으며, 특히 대상결정에서 심사기준의 선택 시 헌법 제11조 제1항 제2문의 차별금지사유가 헌법이 특별히 평등을 명령한 경우로 보지 않고 있다. 대상결정은 헌법 제11조 제1항 제2문의 '성별'에 의한 차별을 다룬 최초의 사건으로 큰 의의가 있음에도 불구하고, 이러한 입장의 근거를 명확히 밝히지 않아 아쉬움이 남는다.

본 논문에서는 헌법상 평등의 개념, 헌법 제11조 제1항의 구조, 평등심사의 기준과 강도, 정당화심사의 내용에 관하여 간략히 살펴보고, 대상결정이 가진 문제점을 비판적으로 고찰하였다. 이러한 이론적 바탕과 문제제기를 바탕으로 대상결정을 새롭게 구성해보는 것도 의미있을 것으로 생각되고 앞으로의 연구과제로 남겨둔다.

참 고 문 헌

- 계희열, 헌법학(중), 2000.
- 김주환, 일반적 평등원칙의 심사모형, 세계헌법연구 제19권 제2호.
- 김해원, '평등권'인가 '평등원칙'인가?, 헌법학연구 제19권 제1호.
- 이준일, 평등원칙, 안암법학 제8권.
- _____, 헌법재판소의 평등심사기준과 국가인권위원회의 차별판단기준, 세계헌법연구 제18권 제2호.
- 정문식, 평등위반 심사기준으로서 비례원칙, 법학연구 제51권 제1호, 부산대 법학연구소.
- 정태호, 일반적 평등권 침해여부의 심사, 고시계 2002/9.
- _____, 헌법재판소 평등권 심사기준의 재정립 필요성, 헌법학연구 제19권 제3호
- 홍강훈, 평등권의 심사원칙 및 강도에 관한 연구-간접적 차별의 법리를 중심으로-, 공법연구 제41집 제1호.
- 황동혁, 기본권심사에 있어 심사기준으로서의 평등, 공법학연구 제18권 제2호.
- v. Münch, Ingo/Kunig, Philip, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 5. Aufl., München 2000.