

## 26. 제대군인가산점 사건

<헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌 확인, 판례집 11-2, 770>

### 가. 사건의 배경

이 사건은 제대군인이 공무원채용시험에 응시한 때에 가산점을 부여하는 것이 여성, 신체장애자 등 제대군인이 아닌 응시자의 기본권을 침해하므로 위헌이라고 결정한 사건이다.

청구인들은 7급 또는 9급 국가공무원 채용시험에 응시하기 위하여 준비중에 있던 여성들 및 신체장애가 있는 남성으로서, 제대군인이 공무원채용시험에 응시한 때에 각 과목별로 만점의 5% 또는 3%를 가산하도록 규정하고 있는 제대군인지원에관한법률(이하 “법”) 제8조 제1항, 제3항 및 법시행령 제9조가 자신들의 평등권, 공무담임권 등을 침해하고 있다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

위 법률조항에 의한 제대군인가산점제도(이하 “가산점제도”)란 제대군인이 조기에 사회에 정착할 수 있도록 지원한다는 데에 그 입법취지를 두고서 1961년 이래 40년 가까이 시행되어 온 제도로써, 제대군인, 즉 현역복무를 마치고 전역한 자와 상근예비역으로 근무를 마치고 소집해제된 자(보충역이나, 제2국민역으로 편입되어 병역의무를 마친 자는 제대군인에 해당하지 아니한다)가 6급이하 공무원채용시험 등에 응시한 때에 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5%(2년이상 복무한 경우) 또는 3%(2년미만 복무한 경우)의 가산점을 부여하는 제도를 말한다.

### 나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로, 다음과 같이 가산점제도가 여성 및 제대군인이 아닌 남성의 평등권과 공무담임권을 침해하므로 위헌이라고 결정하였다.

헌법 제39조 제1항에서 국방의 의무를 국민에게 부과하고 있는 이상 병역법에 따라 군복무를 하는 것은 국민이 마땅히 하여야 할 의무를 다 하는 것일 뿐, 그러한 의무를 이행하였다고 하여 이를 특별한 희생으로 보아 일일이 보상하여야 한다고 할 수 없으므로, 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 뿐인데, 법 제8조 제1항 및 제3항, 법시행령 제9조에 의한 가산점제도는 이러한 헌법 제39조 제2항의 취지를 넘어 제대군인에게 일종의 적극적 보상조치를 취하는 제도라고 할 것이어서 이를 헌법 제39조 제2항에 근거한 제도라고 할 수 없고, 제대군인은 헌법 제

32조 제6항에 규정된 “국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족”에 해당하지 아니하므로 이 헌법조항도 가산점제도의 근거가 될 수 없으며, 달리 헌법상의 근거를 찾아볼 수 없다.

전체여성 중의 극히 일부분만이 제대군인에 해당될 수 있는 반면, 남자의 대부분은 제대군인에 해당하므로 가산점제도는 실질적으로 성별에 의한 차별이고, 가산점을 받을 수 있는 현역복무를 하게 되는지 여부는 병역의무자의 의사와 관계없이 징병검사의 판정결과, 학력, 병력수급의 사정에 따라 정해지는 것이므로 가산점제도는 현역복무나 상근예비역 소집근무를 할 수 있는 신체건강한 남자와 그렇지 못한 남자, 즉 병역면제자와 보충역복무를 하게 되는 자를 차별하는 제도이다.

제대군인에 대하여 여러 가지 사회정책적 지원을 강구하는 것이 필요하다 할지라도, 그것이 사회공동체의 다른 집단에게 동등하게 보장되어야 할 균등한 기회 자체를 박탈하는 것이어서는 아니되는데, 가산점제도는 아무런 재정적 뒷받침없이 제대군인을 지원하려 한 나머지 결과적으로 여성과 장애인 등 이른바 사회적 약자들의 희생을 초래하고 있으며, 각종 국제협약, 실질적 평등 및 사회적 법치국가를 표방하고 있는 우리 헌법과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계 등에 비추어 우리 법체계 내에 확고히 정립된 기본질서라고 할 ‘여성과 장애인에 대한 차별금지과 보호’에도 저촉되므로 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 상실한 것이다.

가산점제도는 수많은 여성들의 공직진출에의 희망에 걸림돌이 되고 있으며, 공무원채용시험의 경쟁률이 매우 치열하고 합격선도 평균 80점을 훨씬 상회하고 있으며 그 결과 불과 영점 몇 점 차이로 당락이 좌우되고 있는 현실에서 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5퍼센트 또는 3퍼센트를 가산함으로써 당락에 결정적 영향을 미쳐 가산점을 받지 못하는 사람들을 6급이하의 공무원 채용에 있어서 실질적으로 거의 배제하는 것과 마찬가지로의 결과를 초래하고 있는 등 차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적의 비중에 비하여 차별로 인한 불평등의 효과가 극심하므로 가산점제도는 차별취급의 비례성을 상실하고 있다. 따라서 가산점제도는 제대군인에 비하여, 여성 및 제대군인이 아닌 남성을 부당한 방법으로 지나치게 차별하는 것으로서 헌법 제11조 제1항에 위배되며, 이로 인하여 청구인들의 평등권이 침해된다.

한편, 헌법 제25조의 공무담임권 조항은 모든 국민이 누구나 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장함을 내용으로 하므로, 공직자선발에 관하여 능력주의에 바탕한 선발기준을 마련하지 아니하고 해당 공직이 요구하는 직무수행능력과 무관한 요소를 기준으로 삼는 것은 국민의 공직취임권을 침해하는 것이 되는데, 제대군인 지원이라는 입법목적은 예외적으로 능력주의를 제한할 수 있는 정당한 근거가 되지 못하는데도 불구하고 가산점제도는 능력주의에 기초하지 아니하고 성별, ‘현역복무를 감당할 수 있을 정도로 신체건강한가’와 같은 불합

리한 기준으로 여성과 장애인 등의 공직취임권을 지나치게 제약하는 것으로서 헌법 제25조에 위배되고, 이로 인하여 청구인들의 공무담임권이 침해된다.

#### 다. 사후경과

이 결정에서 헌법재판소는 가산점제도가 헌법 제32조 제4항에서 특별히 차별을 금지하고 있는 고용영역에서 차별을 가함으로써 공무담임권에 대한 중대한 제약을 초래하고 있음을 이유로 그 평등위반 여부에 관하여는 합리적 이유의 유무를 심사하는 데에 그치지 아니하고 차별취급의 목적과 수단간에 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 엄격한 심사척도가 적용된다고 하였는데, 평등위반심사에 있어 엄격한 심사척도를 적용하여야 하는 경우가 언제인지 명시적으로 밝힌 다음 이에 근거하여 본격적으로 비례성심사를 하였다는 점에서 헌법이론적 의의가 있다.

이 결정은 헌법이 여성과 신체장애자의 권익을 보호할 것을 천명하고 있고, 이를 구현하기 위하여 여성·장애인 관련분야에서 광범위한 법체계가 구축되어 있음에도 불구하고 각종의 제도상·사실상의 차별, 사회적·문화적 편견으로 이들이 생활의 모든 영역에서 어려움을 당하고 있는 우리의 현실에서 ‘여성과 장애인에 대한 차별금지 및 보호’가 우리 법체계내에 확고히 정립된 기본질서임을 분명히 하였다는 점에서 향후 이 분야에서의 각종 정책결정, 입법 등에 관하여 헌법적 이정표를 선명히 제시한 것이라 할 수 있다.

이 결정은 사회적으로 큰 반향을 불러 일으켰다. 여성 및 장애인단체는 이 결정을 적극 지지·환영한 반면, 많은 남성들은 군복무로 인한 불이익을 보상해 주지 않는 것은 형평에 어긋난다며 강력히 반발하는 가운데, 이 결정에 대한 찬반 및 제대군인에 대한 지원방안을 놓고 신문, 방송 등 제도권 언론을 비롯 사이버공간에서도 연일 격렬한 논쟁이 벌어졌다. 헌법재판소 홈페이지에서도 이 결정을 둘러싼 열띤 공방이 벌어져, 네티즌들의 접속폭주로 한때 홈페이지의 작동이 중단되기까지 하였다. 이 결정을 계기로 병무비리의 척결 등 병역제도에 대한 합리적 개선방안이 논의되었고, 일부에서는 징병제도 자체에 대한 근본적 문제제기를 하기도 하였으며, 국방부 등 관련부처에서는 제대군인 지원제도의 보완책, 병영생활의 합리적 개선대책을 내놓기도 하였다.

이 결정의 효력으로 가산점제도는 폐지되어 결정선고일 이후 실시되는 각종 공무원시험이나 합격자 사정(査定)에서 가산점이 부여되지 않았으며, 합격자사정에서 가산점제도를 적용하지 않음에 따라 불합격처분된 다수의 제대군인 등이 가산점제도 시행당시의 시험시행공고의 내용을 근거로 불합격처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하기도 하였다.

이 결정 이후에도 가산점을 부활하려는 입법적 시도가 행해지는 등 가산점제도를

둘러싼 사회적 논란은 오늘날까지 지속되고 있다.

한편 유사한 제도에 대한 헌법소원이 두 차례 있었는데, 국가유공자 또는 그 유족이 채용시험에 응시한 때에 만점의 10퍼센트를 가산하도록 한 국가유공자등예우 및지원에관한법률에 대하여 헌법재판소는 합헌결정을 선고하였다가(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386), 그 후 견해를 변경하여 헌법불합치결정을 선고한바 있다(헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675등, 판례집 18-1상, 269).