

편집자주

2017년도 법원행정고등고시, 5급 공채 및 법무사 등 제2차시험을 준비하는 수험생들을 위하여 과거 月刊 考試界 잡지에 게재되었던 중요 사례(케이스)문제만을 엄선하여 지난해에 이어 이번호에도 게재합니다. 단, 변형하여 설문과 설문풀이를 게재하였기 때문에 소속 대학교와 출제하신 교수님은 배제하였습니다. 2017년도 제2차시험을 준비하는 수험생들에게 一讀을 권해 드립니다.

여성할당제의 위헌성 여부

○○대학교 법학전문대학원 교수

○○○

〈설문〉

2004년 9월 1일부터 시행되고 있는 국가공무원법은 다음과 같은 공무원 임용 및 승진 규정을 포함하고 있다.

제26조 (임용의 원칙) ① 공무원의 임용은 성별·종교 및 사회적 신분과 관계없이 시험성적·근무성적 기타 능력의 실증에 의하여 행한다.

② 공무원의 임용에 있어 각 임용권자는 임용예정직급의 여성공무원의 수가 남성공무원의 수보다 적으면 남성채용후보자와 동일한 적성·자격 및 전문적 업무수행능력을 가진 여성채용후보자를 우선임용하여야 한다. 단, 남성공무원의 사회적 상황 등과 같은 중대한 사유가 존재할 때에는 그렇지 아니하다.

제40조 (승진) ① 계급간 승진임용은 제26조 제1항과 제2항의 원칙에 의하여 행한다.

2004년 12월 18일 예정 승진시험을 준비하고 있는 남성공무원 A는 자신과 동일한 적성·자격 및 전문적 업무수행능력을 가진 여성경쟁자들 때문에 자신이 승진에서 탈락하게 될 것을 우려하고 있다.

이에 A는 성별에 의한 차별을 규정하고 있는 법 제40조 제1항 및 제26조 제2항에 의하여 헌법상 보장된 자신의 평등권을 침해받았다고 주장하며 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다. A의 헌법소원심판청구가 승소가능성이 있는지 여부를 평등권의 관점에서 논하시오.

I. A의 헌법소원심판청구의 적법성

실문에서 A가 제기한 헌법소원은 헌법 제111조 제1항 제5호 및 헌법재판소법 제2조 제5호, 제68조 제1항이 규정하고 있는 권리구제형 헌법소원이다. 이에 따르면 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”(헌법재판소법 제68조 제1항 제1문). 그러나 A의 헌법소원심판청구가 헌법재판소의 인용결정을 받기 위해서는 우선 다음과 같은 적법성의 요건들이 충족되어야 한다.¹⁾

1. 청구인능력

이 사건에서 A는 법 제40조 제1항 및 제26조 제2항이 헌법상 보장된 자신의 기본권을 침해하였다고 주장한다. 누구든지 성별에 의하여 어떠한 영역에서도 차별을 받지 아니한다는 헌법 제11조 제1항 제2문의 규정을 볼 때 A는 이 평등권의 주체가 된다. 따라서 기본권능력이 인정되기 때문에 A는 자신의 이름으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

2. 심판의 대상

A는 국가공무원법, 즉 국회가 제정한 법률의 규정으로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받았다고 주장한다. 헌법재판소법 제68조 제1항에 규정된 ‘공권력의 행사 또는 불행사’에는 입법작용도 당연히 포함되기 때문에 입법행위의 결과인 법률규정에 대해서도 헌법소원심판청구가 가능하다.²⁾ 따라서 이 사건의 심판유형은 법률에 대한 권리구제형 헌법소원심판이 된다.

1) 이에 대해서는 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 제1개정판, 2003, 188 이하 참조

2) 헌법소원심판의 대상에 대해서는 헌법재판소 (주1), 155 이하 참조

3. 기본권침해의 가능성

(1) 기본권침해의 가능성

공권력의 행사에도 불구하고 청구인의 법적 지위가 전혀 영향을 받지 않는다면 애당초 기본권 침해의 가능성이나 위험성을 인정할 수 없다. 이러한 공권력의 행사를 대상으로 하는 헌법소원심판청구는 허용되지 않는다. 그러나 이 사건에서 법 제 40조 제1항 및 제26조 제2항이 헌법상 금지되는 남녀차별을 의미한다면, 이로 인하여 A의 기본권이 침해될 수 있다. 따라서 기본권 침해의 가능성을 인정할 수 있다.

(2) 법적 관련성

헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 ‘자신의’ 기본권을 ‘현재’ 그리고 ‘직접’ 침해당한 자만이 청구할 수 있다.³⁾

1) 자기관련성

청구인 A는 승진시험을 준비하고 있는 국가공무원으로서 법 제40조 제1항 및 제 26조 제2항의 직접적 수범자이다. 따라서 A는 심판대상조항에 의하여 ‘자신의’ 기본권을 침해당하고 있다.

2) 현재성

헌법소원심판청구는 청구인이 공권력의 작용으로 인하여 ‘현재’ 기본권을 침해당하고 있을 때 허용된다. 따라서 기본권 침해가 장래에 언젠가 발생할 수 있다는 사실만으로는 헌법소원심판을 청구할 수 없다. 그러나 기본권 침해가 장래에 발생하더라도 그 침해가 틀림없을 것으로 현재 확실히 예측된다면 기본권 구제의 실효성을 위하여 침해의 현재성을 인정하여야 한다.⁴⁾

이에 따르면 이 사건 심판대상조항은 이미 효력을 발생하였으나 심판청구 당시 A가 승진시험에 응시하기 위하여 준비 중이었기 때문에, A가 심판대상조항으로 인하여 현재 현실적으로 기본권 침해를 당하고 있는 것은 아니다. 그러나 A는 심판청구 당시 승진시험을 준비하고 있었고, A가 합격할 경우 장차 그 승진 여부를 가릴 때 심판대상조항이 적용될 것이라는 점은 심판청구 당시에 이미 확실히 예측되는 것이었다. 따라서 이 사건에서도 기본권 침해의 현재관련성을 인정할 수 있다.

3) 이에 대해서는 헌법재판소 (주1), 196 이하 참조

4) 헌법재판소 (주1), 202 이하

3) 직접성

법률 또는 법률조항 자체는 그것이 구체적인 집행행위 없이 ‘직접’ 기본권을 침해하는 경우에만 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다. 이 사건 심판대상조항은 별도의 집행행위가 없더라도 여성의 수적 열세가 인정되는 임용 및 승진 예정 직급에서 남성공무원과 여성공무원의 적성·자격 및 전문적 업무수행능력이 동일한 경우에 여성공무원을 우선승진시키고 있다. 따라서 이 사건 심판대상조항은 직접 청구인 A의 기본권을 침해하고 있다.

4. 청구기간

법률에 대한 헌법소원심판은 그 법률의 시행과 동시에 기본권 침해가 발생하는 경우에는 그 법률이 시행된 사실을 안 날부터 90일 이내에, 법률이 시행된 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 이에 반해서 법률 시행 뒤에 비로소 그 법률에 해당하는 사유가 발생하여 기본권이 침해되는 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 발생한 날부터 1년 이내에 헌법소원심판을 청구하여야 한다.

그러나 이 사건과 같이 아직 기본권 침해는 없으나 장래의 기본권 침해가 확실하게 예상되어 현재관련성을 미리 앞당겨 인정하는 경우에는 청구기간 도과의 문제가 발생할 여지가 없다.⁵⁾

5. 보충성

헌법소원은 헌법상 보장된 기본권의 침해에 대한 예비적이고 보충적인 최후의 구제수단이다. 따라서 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다(헌법재판소법 제68조 제1항 제2문).

그러나 이 사건과 같이 법률 자체에 의한 직접적 기본권 침해가 문제되는 경우에는 법률 자체의 효력을 직접 다투기 위하여 일반법원에 소송을 제기할 수 있는 방법이 없기 때문에 곧바로 헌법소원심판을 청구하는 것이 허용된다.

6. 중간결론

청구인 A의 헌법소원심판청구는 적법하다.

5) 헌법재판소 (주1), 226

II. A의 헌법소원심판청구의 인용가능성

헌법소원심판이 청구되면 헌법재판소는 청구인의 주장에 구속되지 않고 가능한 한 모든 범위에서 기본권 침해의 유무를 직권으로 심사한다.⁶⁾ 이 사건에서는, 심판대상조항이 성별에 의한 차별을 의미할 수 있기 때문에, 헌법 제11조 제1항 제2문에서 보장된 청구인 A의 평등권이 침해되었는지 여부가 문제된다. 또한 헌법 제25조의 공무담임권이 침해되었는지 여부도 문제된다. 그러나 설문에서 논의의 범위가 전자의 문제로 국한되었으므로 여기서는 평등권 침해 여부만을 검토하기로 한다.

1. 차별의 확인

우선 이 사건 심판대상조항이 성별에 의한 차별을 규정하고 있는지 여부를 확인하여야 한다. 그런데 심판대상조항은 남성공무원과 여성공무원이 동일한 적성·자격 및 전문적 업무수행능력을 가지고 있는 경우에 원칙적으로 여성의 우위를 규정하고 있기 때문에 이 요건은 충족되었다.

2. 차별의 정당성 여부

이 사건 심판대상조항이 규정하고 있는 성별에 의한 차별은 객관적으로 정당화되어야 한다. 이 때 차별의 정당성 여부를 판단하기 위해서는 먼저 심사척도를 확정하여야 한다.

“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.”⁷⁾

이 사건 심판대상조항의 여성할당제가 사회국가적 관점에서 규정된 것이기 때문에, 이로 인하여 발생하는 남녀차별을 명백하게 위법하거나 명백하게 적법하다고 보기는 어렵다. 게다가 심판대상조항은 엄격한 심사척도가 적용되는 사건유형

6) 헌법재판소 (주1), 195

7) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787

에 해당한다. 우선, 헌법 제11조 제1항 제2문은 ‘성별’에 의한 차별을 특히 금지하고 있는데, 이 사건 심판대상조항은 바로 이 ‘성별’을 기준으로 여성공무원을 우선 승진시킴으로써 남성공무원을 차별하고 있다. 또한 심판대상조항은 헌법 제25조에 의하여 보장된 남성공무원의 공무담임권 행사에 중대한 제약을 초래하고 있다.

따라서 이 사건 심판대상조항에 대하여는 엄격한 심사적도가 적용되어야 하는데, “엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.”⁸⁾

(1) 차별목적

이 사건 심판대상조항의 차별은 그 목적 자체가 헌법적으로 허용되지 않으면 객관적으로 정당화될 수 없다. 이 규범의 목적은 공직 분야에 현존하는 여성의 수적 열세를 조정하고 사실적 기회평등을 통해서 법적 기회평등을 보완하기 위한 것이다. 심판대상조항의 이러한 차별목적은 헌법적으로 금지되지 않는다.

(2) 차별기준

이 사건 심판대상조항에 의한 남성공무원과 여성공무원의 차별은 그 차별기준이 헌법적으로 허용되지 않는 경우에도 객관적으로 정당화될 수 없다. 여기에서 심판대상조항의 차별기준은 ‘성별’이다.

헌법 제11조 제1항 제2문은 이른바 ‘절대적 평등권’을 규정하고 있기 때문에 성별에 의한 차별은 원칙적으로 허용되지 않지만, 성별에 의한 차별이 남성과 여성의 생물학적 차이 또는 기능적 차이에 근거를 두고 있을 때에는 이 원칙에 대한 예외가 인정될 수 있다. 그러나 예컨대 모성보호와 같은 생물학적 차이는 이 사건 심판대상조항의 차별을 정당화시킬 수 없다. 이것은 ‘기능적 차이’의 경우에도 마찬가지다. 게다가 남성과 여성의 기능적 차이라는 것은 결국 사회적 역할을 근거로 한 것인데, 이것은 시간의 흐름에 따라 계속 변하는 것이기 때문에 오늘날에는 더 이상 남녀차별의 정당화 근거로 적용될 수 없다.

오히려 성별에 의한 차별은 그것이 사회국가적 관점에서 이뤄진 것이고 또 생물학적 차이에서 비롯된 불이익을 보상하기 위한 것일 때 예외적으로 허용된다고 보아야 한다. 이에 따르면 이 사건 심판대상조항은 입법자가 특히 여성의 사실적 기회평등을 실현해야 할 사회국가적 의무를 이행하기 위하여 제정한 것으로 이해될 수 있다. 또한 국가목적 내지 헌법위임으로 이해되는 헌법 제34조 제3항은 여자의

8) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 이하

복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 할 국가의 객관적 의무를 규정하고 있다. 이러한 관점에서 볼 때 이 사건 심판대상조항의 차별기준은 예외적으로 허용된다.

(3) 차별의 비례성 여부

성별에 의한 차별은 차별목적과 차별기준 사이에 비례성이 존재할 때에만 객관적으로 정당화될 수 있다.

1) 차별의 적합성

이 사건 심판대상조항은 전술한 바와 같은 차별목적, 즉 공직 분야에 현존하는 여성의 수적 열세를 조정하고 사실적 기회평등을 통해서 법적 기회평등을 보완하려는 목적을 달성하기에 적합하다.

2) 차별의 최소침해성

이 사건 심판대상조항과 똑같이 차별목적을 효과적으로 달성할 수 있는 더욱 완화된 수단이 있는지 여부는 명확하지 않다. 또한 입법자가 심판대상조항을 보완할 것인지, 보완한다면 어떻게 보완할 것인지, 그리고 그 효과는 어떻게 평가할 것인지 등의 문제도 입법자의 예측적 결정에 해당하는 사항이다. 따라서 이 사건 심판대상조항에 대해서는 최소침해성이 인정된다.

3) 법익의 균형성

끝으로 이 사건 심판대상조항은 그 실현에 따른 공익이 여성할당제의 금지를 통해서 얻는 남성공무원들의 이익보다 클 때 객관적으로 정당화될 수 있다.⁹⁾

이에 관해서 소수설은 우선 이 사건 심판대상조항에 남성공무원의 사회적 상황 등과 같은 중대한 사유가 존재할 때에는 여성할당제의 적용을 금지하는 예외규정(이른바 개방조항)이 있으며, 승진예정직급에서 여성의 수적 열세가 인정되는 경우에만 이 사건 심판대상조항이 적용되기 때문에 법익의 균형성이 인정될 수 있다고 한다. 또한 헌법 제34조 제3항의 헌법위임이 헌법 제11조 제1항 제2문의 방어진보다 명백하게 우선한다고 한다. 끝으로 입법자는 헌법 제34조 제3항의 헌법위임을 실현함에 있어 광범한 입법형성권을 행사하는데, 이 사건 심판대상조항과 같이 여성공무원의 능력을 조건으로 하는 할당제와 이에 대한 예외를 규정하는 것은 입법형성권의 한계를 벗어난 것이 아니라고 한다.

9) 계획열, 헌법학(중), 박영사 2004, 246 이하 참조

이에 반해서 다수설은 여성들이 과거에 일반적으로 겪은 부당함을 남성공무원 개인이 희생으로써 보상할 의무를 지거나, 어떤 이유에서든 여성보다 남성이 더 많이 선택한 직업분야에서 여성의 수적 열세에 대해서까지 남성공무원 개인이 책임을 지는 것은 법의 균형성에 반한다고 한다. 또한 헌법 제34조 제3항은 기회의 평등을 명하는 것이지, 결과의 평등을 명하는 것이 아니라고 한다.¹⁰⁾

3. 중간결론

다수설에 의할 때, 이 사건 심판대상조항은 헌법 제11조 제1항 제2문에 의하여 보장된 청구인 A의 평등권을 침해하는 규정으로서 헌법에 합치되지 아니한다(소수설에 따른 반대의견 가능).

Ⅲ. 결 론

청구인 A의 헌법소원심판은 적법하다. 다수설에 따를 때, 국가공무원법 제40조 제1항 및 제26조 제2항은 헌법 제11조 제1항 제2문에 의하여 보장된 청구인 A의 평등권을 침해하는 규정으로서 헌법에 합치되지 아니한다. 따라서 A의 헌법소원심판청구는 승소 가능하다(소수설에 따른 반대의견 가능).

10) 유럽재판소는 최근에 예외조항을 갖춘 여성할당제가 유럽법과 합치된다는 결정을 내림으로써 다수설과 다른 입장을 취하고 있다(EuGH, NJW 1997, 3429 참조).