

## 젠더적 관점에서 본 남성중심의 병역의무

— 헌법재판소 2010.11.25. 선고 2006헌마328을 중심으로 —

박 용 숙\*

### 목차

---

I. 들어가며	V. 헌법재판소의 차별근거에 대한
II. 헌법재판소 결정의 개괄	비판적 검토
III. 기본의무로서 병역의무	VI. 결론에 갈음하여
IV. 헌법재판소의 판단기준에 대한 비판적 검토	

---

### I 국문초록 I

최근 우리 사회는 남녀 차별, 특히 병역의무에 대한 논쟁이 한창이다. 그러므로 본고에서는 「병역법」 제3조 제1항 전문이 평등권을 침해하는지에 대하여 판단한 최초의 우리 헌법재판소의 결정, 헌법 제39조 제1항에 규정된 ‘국방의 의무’의 근간을 이루는 병역의무가 성별에 의하여 차별적으로 적용되고 있다는 사실에 대하여 본안판단을 한 최초의 결정인 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2006헌마328 결정에 대해 젠더적 관점에서 살펴보았다.

우리는 헌법재판소의 결정문을 통해 헌법상 의무를 차등 부과하는 경우 그 판단기준이 무엇이며, 병역의무를 이행함에 있어 성별에 의한 차별이 발생하는 원인이 무엇인지에 대한 사법부의 가치관을 확인할 필요가 있다.

따라서 본고에서는 헌법재판소의 2006헌마328 결정을 개괄(II)한 후, 기

---

\* 강원대학교 자유전공학부 조교수 / 법학박사

논문접수일 : 2021. 7. 31., 심사개시일 : 2021. 8. 2., 게재확정일 : 2021. 8. 25.

본의무로서 병역의무(Ⅲ)를 살펴보고, 헌법재판소의 판단기준(Ⅳ)과 차별 근거(Ⅴ)에 대해 비판적으로 검토하였다.

주제어 : 병역의무, 기본의무, 판단기준, 차별근거, 차별, 평등권

## I. 들어가며

우리가 흔히 ‘차별’이라고 이야기하는 것은 ‘평등’하지 아니한 상태를 의미한다. 그러므로 차별이 구체적으로 무엇인지 밝히는 것은 궁극적으로 평등의 개념을 확정하는데 핵심적 역할을 하게 된다. 「대한민국헌법」(이하, ‘헌법’이라고 함) 제11조 제1항 제2문에서는 특히, 성별·종교·사회적 신분을 이유로 한 차별을 금지하고 있다. 헌법재판소가 출범한 1988년부터 오늘날까지 성별·종교·사회적 신분을 이유로 한 차별이 다투어진 사안은 적지 않다. 그 가운데 2010. 11. 25. 선고 2006헌마328 결정<sup>1)</sup>은 ‘직접 차별’을 처음 다룬 것으로 그 의미가 매우 크다.<sup>2)</sup>

사실, 2006헌마328 결정에서 다루고 있는 「병역법」 제3조 제1항<sup>3)</sup>의 위헌성 여부가 사회적으로 부각 된 직접적 계기는 1999년 12월 23일 선고된 군가산점제도에 대한 위헌 결정<sup>4)</sup>이라 할 수 있다.<sup>5)</sup> 해

1) 헌법재판소 판례집 제22권 제2집 (2010), 446-451면.

2) 정주백, “2006헌마328 병역법 사건에서의 차별 확정”, 『법학연구』, (충남대학교 법학연구소, 2014) 1-2면.

3) 「병역법」 제3조(병역의무) ① 대한민국 국민인 남성은 「대한민국헌법」과 이 법에서 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다. 여성은 지원에 의하여 현역 및 예비역으로만 복무할 수 있다.

4) 헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌마363 결정.

5) 2006헌마328 결정보다 앞서 남녀평등의 문제가 다루어졌으나, 간접 차별이 문제 된 것이다.

당 결정에서 헌법재판소는 舊 「제대군인지원에 관한 법률」 제8조 제1항<sup>6)</sup> 등에 따라 제대군인이 공무원채용시험에서 5%의 제대군인가산점을 받는 점에 대해 “현역복무를 할 수 있느냐는 병역의무자의 의사에 따르는 것이 아니라 오로지 징병검사의 판정결과에 의하여 결정되는바” 법률에 의해 병역의무를 부담하지 않는 자는 가산점제도에서 자동적으로 배제되므로 위 법률은 헌법에 반한다고 판단하였다.<sup>7)</sup> 따라서, 헌법재판소의 결정에 반박하기 위하여 2000년 이후, 「병역법」 제3조 제1항의 위헌확인을 구하는 소송이 이어진 것이다. 헌법재판소는 2000헌마30 결정과 2002헌마79 결정에서 계속하여 각하결정을 내리며 본안판단을 하지 않았다. 그런데, 2010년 11월 25일 드디어 위 사안에 관하여 본안판단을 실시했다.<sup>8)</sup> 다시 말해, 「병역법」 제3조 제1항 등 위헌확인에 관한 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2006헌마328 결정은 「병역법」 제3조 제1항 전문이 평등권을 침해하는지에 대하여 판단한 최초의 결정이다. 또한 헌법 제11조 제1항<sup>9)</sup>에 예시된 사유에 의한 차별취급이 있음을 이유로 언제나 엄격한 심사기준이 적용되는 것은 아니라는 점을 확인

6) 舊 「제대군인지원에 관한 법률」 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 범위 안에서 대통령령이 정하는 바에 따라 가산한다. 이 경우 취업보호실시기관이 필기시험을 실시하지 아니한 때에는 그에 갈음하여 실시하는 실기시험·서류전형 또는 면접시험의 득점에 이를 가산한다.

7) 김엘림, 『성차별 관련 판례와 결정례 연구: 광복 후 2012년까지』, (에피스테메, 2013) 358면.

8) 물론, 1인의 각하의견, 2인의 위헌의견, 2인의 기각의견, 4인의 기각의견에 따라 병역법 제3조 제1항 등의 위헌 청구는 기각되었다. 나아가 2011년 6월 30일에도 동일한 사안에 대한 헌법소원심판 청구에서 합헌결정을 유지하였다.

9) 「대한민국헌법」 제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

한 최초의 결정이다.

나아가 헌법 제39조 제1항<sup>10)</sup>에 규정된 ‘국방의 의무’의 근간을 이루는 병역의무가 성별에 의하여 차별적으로 적용되고 있다는 사실에 대하여, 우리 헌법재판소에서 적극적으로 본안판단을 한 것에 큰 의의가 있다. 왜냐하면, 우리가 헌법재판소의 결정문을 통해 헌법상 의무를 차등 부과하는 경우 그 판단기준이 무엇이며, 병역의무를 이행함에 있어 성별에 의한 차별이 발생하는 원인이 무엇인지에 대한 사법부의 가치관을 확인할 수 있기 때문이다.

그러므로, 이하에서는 2006헌마328 결정을 젠더적 관점에서 비판적으로 검토해 보고자 한다.

## Ⅱ. 헌법재판소 결정의 개괄

### 1. 사건의 개요

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. 청구인은 남성에게만 병역의무를 부과하는 舊 「병역법」 제3조 제1항 및 제8조 제1항이 청구인의 평등권 등을 침해하여 헌법에 위반된다고 주장하면서 2006. 3. 10. 위 조항들의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

---

10) 「대한민국헌법」 제39조 ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.

## 2. 청구인의 주장

가. 헌법 제39조 제1항은 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.”고 규정하고 있음에도 이 사건 법률조항들은 남성에게만 병역의무를 부과하고 여성에게는 병역의무를 면제하여 남성과 여성을 차별취급하고 있다. 한편 헌법 제11조 제1항은 성별에 따른 차별을 금지하여 특별히 양성간 평등을 요구하고 있으므로 성별을 이유로 한 차별취급에 대하여는 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것인바, 군사현실의 변화와 병역의무의 내용의 다양화에 따라 여성에 대한 일괄적 병역면제 외에도 국방력 유지 등 입법목적을 달성할 다양한 수단이 존재함에도 이 사건 법률조항들이 남성에게만 병역의무를 부과하고 여성에 대하여는 병역의무를 면제한 것은 과잉금지원칙에 위배하여 청구인의 평등권을 침해한다.

나. 이 사건 심판대상 법률조항들은 군대에서 복무하는 동안 다른 직업을 가질 수 없도록 하고, 지정된 군 시설에 거주하도록 하며, 학업을 중단하도록 하여 청구인의 직업의 자유, 거주 이전의 자유, 학문의 자유, 행복추구권 등을 침해한다.

## 3. 쟁점

대한민국 국민인 남자에 한하여 병역의무를 부과한 舊 「병역법」 제3조 제1항 전문의 평등권 침해 여부가 쟁점이 되었다.

## 4. 검토대상 법률조항

청구인은 舊 「병역법」<sup>11)</sup> 제3조 제1항 및 제8조 제1항 전체의 위

현확인을 구하였으나, 제3조 제1항 후문<sup>12)</sup>은 여성의 병역에 관한 사항을 정한 것으로 남자인 청구인에 대하여 자기관련성이 인정되지 아니함이 명백하여 심판대상에서 제외되었고, 제1국민역에의 편입을 다루고 있는 제8조 제1항<sup>13)14)</sup>에 대한 심판청구는 청구기간을 도과했다는 이유로 각하되었다. 즉, 舊 「병역법」 제3조 제1항 전문<sup>15)</sup>(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 함.)만이 심판대상이 되었다.

## 5. 판결요지

가. 재판관 이강국, 재판관 김희욱, 재판관 이동흠, 재판관 송두환의  
기각의견

이 사건 법률조항은 헌법이 특별히 양성평등을 요구하는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우의 차별취급을 그 내용으로 하고 있다고 보기 어려우며, 징집대상자의 범위 결정에 관하여는 입법자의 광범위한 입법형성권이 인정된다는 점에 비추어 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부는 완화된 심사기준에 따라 판단하여야 한다.

집단으로서의 남자는 집단으로서의 여자에 비하여 보다 전투에 적합한 신체적 능력을 갖추고 있으며, 개개인의 신체적 능력에 기

---

11) 1983. 12. 31. 법률 제3696호로 개정되고, 2009. 6. 9. 법률 제9754호로 개정되기 전의 것

12) 여자는 지원에 의하여 현역에 한하여 복무를 할 수 있다.

13) 舊 「병역법」 제8조(제1국민역에의 편입 및 편입대상자신고) ① 대한민국 국민인 남자는 18세부터 제1국민역에 편입된다.

14) 병역법은 사건 심리중인 2009년 6월 9일 일부개정 되었으나, 1999년 2월 5일 삭제되었던 제8조 제2항을 완전히 삭제하여 제1항의 내용을 제8조 자체로 편입시킨 이외에는 다른 변동사항은 없다.

15) 舊 「병역법」 제3조(병역의무) ① 대한민국 국민인 남자는 헌법과 이 법이 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다.

초한 전투적합성을 객관화하여 비교하는 검사체계를 갖추는 것이 현실적으로 어려운 점, 신체적 능력이 뛰어난 여자의 경우에도 월경이나 임신, 출산 등으로 인한 신체적 특성상 병력자원으로 투입하기에 부담이 큰 점 등에 비추어 남자만을 징병검사의 대상이 되는 병역의무자로 정한 것이 현저히 자의적인 차별취급이라 보기에 어렵다. 한편 보충역이나 제2국민역 등은 국가비상사태에 즉시 전력으로 투입될 수 있는 예비적 전력으로서 병력동원이나 근로소집의 대상이 되는바, 평시에 현역으로 복무하지 않는다고 하더라도 병력자원으로서 일정한 신체적 능력이 요구된다고 할 것이므로 보충역 등 복무의무를 여자에게 부과하지 않은 것이 자의적이라 보기도 어렵다. 결국 이 사건 법률조항이 성별을 기준으로 병역의무자의 범위를 정한 것은 자의금지원칙에 위배하여 평등권을 침해하지 않는다.

#### 나. 재판관 김희옥의 위 기각의견에 대한 보충의견

입법자로서는, 현역 이외의 대체적 복무 형태는 국토방위라는 병역의무 본래의 목적과 관련하여 불가피한 경우에 한하도록 하고, 병역의무를 부담하지 아니하는 국민은 다른 형태로 병역의무의 이행을 지원하도록 하는 등의 진지한 개선 노력을 경주하여야 할 것이다. 다만 그 구체적 내용은 입법자의 광범위한 형성 영역에 있다.

#### 다. 재판관 조대현, 재판관 김종대의 기각의견

이 사건 법률조항은 헌법상 기본의무인 국방의 의무의 부과에 관한 것이므로 그에 대한 심사는 기본권의 과잉제한을 논할 필요가 없고, 다만 기본의무의 부과가 그 목적에 있어 정당한지, 그 부과 내용이 합리적이고 공평한가를 따지는 것으로 족하며, 이 사건 법

를조항은 국가보위를 목적으로 하는 국군의 최적의 전투력 확보를 위한 것으로서 여자의 신체적 특징, 대한민국의 국방안보현실 등을 고려할 때 기본의무 부과에 있어 지켜야 할 헌법상 심사기준을 충족시킨다.

라. 기타

(1) 재판관 이공현, 재판관 목영준의 위헌의견

헌법상 모든 국민은 국방의 의무를 지는바, 남성과 여성의 신체적 조건 등에 따르는 차별취급은 용인되어야 할 것이나, 병역법은 국방의 의무 가운데 그 복무 내용이 신체적 조건이나 능력과 직접 관계되지 않는 의무까지도 남자에게만 부과함으로써 남자와 여자를 합리적 이유없이 차별취급하고 있고, 현재 그러한 차별의 불합리성을 완화하기 위한 제도적 장치도 마련되어 있지 아니하므로 이 사건 법률조항은 국방의 의무의 자의적 배분으로서 남성의 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다.

(2) 재판관 민형기의 각하의견

이 사건 법률조항이 위헌으로 선언되더라도 종래 여자들이 병역 의무를 부담하지 않던 혜택이 제거되는 것일 뿐 청구인과 같은 남자들의 병역의무의 내용이나 범위 등에 어떠한 직접적이고 본질적인 영향을 미친다고 보기 어려운 이상, 이 사건 법률조항으로 인하여 청구인의 평등권이 침해될 가능성이 있다거나 자기관련성 또는 심판청구의 이익이 인정된다고 보기 어려우므로 위 조항에 대한 청구는 부적법하다.



## 6. 주문

舊 「병역법」 제8조 제1항에 대한 청구를 각하한다.

舊 「병역법」 제3조 제1항 전문에 대한 청구를 기각한다.

## Ⅲ. 기본의무로서 병역의무

### 1. 기본의무의 개념

국가를 유지하기 위해서는 해당 정치적 공동체의 구성원인 국민에게 부담시켜야 할 일정한 몫이 있게 마련이다.<sup>16)</sup> 즉 국가구성원인 국민은 국가의 안전을 지킬 의무, 그리고 국가의 유지를 위해 필요한 비용(국가의 재정적 기초) 마련을 위한 의무를 부담해야 하며, 헌법과 법률의 준수 등 구성원 간의 기본적인 합의 내용도 준수해야 한다.

이처럼 공동체의 존립과 유지를 위해 요구되는 국민의 기본의무는 개인의 자유나 권리를 위한 국민의 기본권에 대응하는 개념으로서,<sup>17)</sup> 국민이 국가구성원으로서 부담하는 여러 의무 가운데 특히 헌법에서 규정하고 있는 의무,<sup>18)</sup> 즉 국가에 대한 국민의 헌법적 의미를 의미한다.<sup>19)</sup> 이러한 국민의 기본의무의 구체적 내용은 각국의

16) 김학성·최희수, 『헌법학원론』, (피앤씨미디어, 2020) 814면.

17) 홍성방, “국민의 기본의무-독일에서의 논의를 중심으로-”, 공법연구 제34집 제4호, (한국공법학회, 2006) 313-314면.

18) G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl.(1964), S. 81ff.; C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1954, S. 174; D. Merten, Grundpflichten im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, BayVBL. 1979, S. 554ff. (555); Th. Schramm, *Staatsrecht*, Bd. III, 3. Aufl.(1985), S. 17.

19) V. Götz, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL Heft

헌법이념과 국민의 기본의무에 관한 역사적 발전과정에 따라 다양한 형태를 보이고 있다.<sup>20)21)22)</sup>

## 2. 국방의 의무(병역의무)

우리 헌법 제39조 제1항에서는 ‘모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.’고 규정하고 있다. 여기에서 국방의 의무란 외국의 침략으로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 국토방위의 의무를 의미한다.<sup>23)</sup> 국방의 의무의 주체는 “국민”으로, 직접적인 병력제공뿐 아니라, 방공·방첩·전시근무 등 국방에 관한 모든 의무를 포함한다.

우리 헌법재판소도 ‘국방의 의무라 함은 북한을 포함한 외부의 적대세력의 직접적 간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 의무로서 현대전이 고도의 과학기술과 정보를 요구하고 국민전체의 협력을 필요로 하는 이른바 총력전인 점에 비추어 단지 병역법 등에 의하여 군복무에 임하는 등의 직접적인 병력형성의무만을 가리키는 것으로 좁게 볼 것이 아니라, 향

41(1983), S. 7ff.(12)는 기본의무를 헌법에 의하여 요청된 공공복리에 대한 기여 의무로 정의한다. 그리고 K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, S. 999는 기본의무를 인간과 국민에 대하여 헌법에서 확정된, 개인의 기본지위를 한정하는, 공동체를 위하여 특별한 의미를 가지며 공동체에 의하여 요구될 수 있는 법적 의무로 정의한다.

20) 성낙인, 『헌법학 (제20판)』 (법문사, 2020) 1606면.

21) Weimar 헌법은 납세, 국방, 재산권의 사회적 의무, 근로의 의무 등을 규정하였으나, 독일 기본법은 기본의무조항을 두고 있지 않았다. 이후 1968년 기본법 제 12a조에 병역의무만을 규정하고 있다.

22) 우리나라 헌법은 납세의 의무(제38조), 국방의 의무(제39조), 재산권행사의 공공복리적합의무(제23조 제2항), 교육을 받게 할 의무(제31조 제2항), 근로의 의무(제32조 제2항), 환경보전의 의무(제35조 제1항)를 규정하고 있다.

23) 김학성·최희수, 앞의 책, 817면.

토예비군설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법, 병역법 등에 의한 간접적인 병력형성의무 및 병력형성 이후 군작전명령에 복종하고 협력하여야 할 의무도 포함하는 넓은 의미의 것으로 보아야 할 것<sup>24)</sup>이라고 판단하고 있다.

그런데 우리 병역법에서는 아래와 같이, 남자의 징병제와 여자의 지원병제를 규정하고 있다.

**병역법 제3조 ①** 대한민국 국민인 남성은 「대한민국헌법」과 이 법에서 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다. 여성은 지원에 의하여 현역 및 예비역으로만 복무할 수 있다.

그렇다면, 징총복무의무를 포함한 병역의무를 남성에게만 부과하고 여성에게는 이를 면제하고 있는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있는가?

이와 관련하여 1996년 독일의 판결은 우리에게 시사하는 바가 크다.<sup>25)</sup> 독일의 여성 전기기사 타냐 크라일(Tanja Kreil, 22세)은 독일 연방군에 전자정비 복무신청을 하였으나, 여성이라는 이유로 거부되었다. 왜냐하면 독일 기본법 제12조a 제4항 제2문에 여성의 징총복무가 법적으로 금지되어 있기 때문이었다.<sup>26)</sup> 또한 군인법(Soldatengesetz,

24) 헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 91헌마80; 헌법재판소 2002. 11. 28. 선고 2002헌바45.

25) 본 판결에 대한 자세한 내용은, 김주환, “유럽공동체법의 양성평등원칙과 여성의 병역의무-유럽재판소의 크라일(Kreil) 판결과 독일 기본법 제12조a 제4항의 개정을 중심으로-”, 『유럽헌법학회연구논집』 제4호 (2008) 참조.

26) 독일기본법 제12조a ④ 방위사태시 민간의 보건시설과 의료시설 및 상주군가의 요기관에서의 민간역무수요가 지원으로 충족될 수 없는 때에는, 만18세 이상 55세까지의 여자를 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 징집할 수 있다. 여자는 어떤 경우에도 징총복무를 해서는 안 된다.

SG) 제1조 제2항 제3문과 군인사령(Soldatenlaufbahnverordnung, SLV) 제3조a의 규정에 의하면, 여성의 연방군 복무는 당사자의 지원에 의하여 의무대 및 군악대에 한하여 가능하며, 어떠한 경우에도 집총복무는 제외되었다.

이에, 크라일은 하노버 행정법원에 성별을 이유로 한 자신의 군복부 지원거부는 위헌이라고 소를 제기하며, 독일 기본법 제12조a 제4항은 방위사태의 경우에만 적용되는 것이며 평화 시에는 여성의 지원복무가 허용되는 것이라 주장하였다.

이에 대하여 유럽재판소는 유럽평의회 지침 76/207/EWG 제2조 제2항<sup>27)</sup>에 따라 각 회원국은 그 속성 또는 행사조건에 따라 성별이 필수적 요건이 되는 직업활동의 경우 이 지침의 적용을 제외할 권한을 가진다고 판단했다. 그러나 이것은 지침상 보장된 개인의 권리의 예외를 인정하는 것이기 때문에 축소해석해야 함을 강조하고 있다.<sup>28)29)</sup> 그렇지만 이때 회원국은 지침 제9조 제2항에 의하여 사회 발전을 고려하여, 지침의 일반적 규정을 근거로 이러한 예외가 계속 유지되어야 하는가를 확인하기 위해 당해 활동을 정기적으로 심사할 의무를 부담한다.<sup>30)</sup>

게다가 회원국이 평등권 등과 같은 기본권의 예외를 규정할 때에는, 공동체법의 일반적 원칙인 「비례의 원칙」을 준수하여야 한다고

27) 이 지침은 그 속성이나 행사조건상 성별이 필수적 요건인 직업활동 및 이를 위해 필요한 교육을 이 지침의 적용영역으로부터 제외할 수 있는 회원국의 권한을 불허하지 않는다.

28) Urteil Johnston, Rn. 36; Urteil Sirdar, Rn. 23 참조

29) 유럽재판소는 과거에도 교도소 간수 또는 소장과 같은 고용관계(EuGH, Slg. 1988, 3559 Rn. 11 ff), 중대한 국내소요사태에 있어서 경찰활동 등(Urteil Johnston, Rn. 36 f), 특수전투부대 복무(Urteil Sirdar, Rn. 29 ff) 등의 판결에서 성별이 필수적 고려요건이 될 수 있다고 판시한 바 있다.

30) Urteil Johnston, Rn 37; Urteil Sirdar, Rn. 25.

유럽재판소는 강조하고 있다.<sup>31)</sup> 그러므로 그러한 예외의 경우, 예외를 인정하면서 달성하고자 하는 입법목적이 정당해야 하며, 그러한 차별대우는 필요하며 또한 적합해야 할 것이며, 법익의 균형성 또한 타당해야 한다. 물론, 회원국이 자국의 공공안전을 위해 필요하고도 중요한 조치를 취할 때에는, 상황에 따라 일정한 재량의 범위가 인정된다.<sup>32)</sup>

결론적으로, 여성 배제 가능성과 관련하여 각 회원국에게 인정되는 재량의 범위를 고려해도 계속하여 연방군의 모든 전투부대를 남성으로만 구성하는 것은 비례의 원칙에 위배된다고 판시하였다.

나아가 지침 제2조 제3항은 여성의 신체와 모성보호를 위한 것이다.<sup>33)</sup> 그러므로 여성은 남성과의 관계에서 규정된 여성을 특별히 보호해야 하는 필요성과 구별하여 특별한 위험으로부터 더욱 강하게 보호해야 한다는 이유로 여성의 군복무 금지를 정당화할 수 없다고 했다.

이에 반해 우리나라 헌법재판소는 “남성만의 병역의무는 집단으로서의 남자는 집단으로서의 여자에 비하여 보다 전투에 적합한 신체적 능력을 갖추고 있으며, 개개인의 신체적 능력에 기초한 전투 적합성을 객관화하여 비교하는 검사체계를 갖추는 것이 현실적으로 어려운 점, 신체적 능력이 뛰어난 여자의 경우에도 월경이나 임신, 출산 등으로 인한 신체적 특성상 병력자원으로 투입하기에 부담이 큰 점 등에 비추어 남자만을 징병검사의 대상이 되는 병역의 무자로 정한 것이 현저히 자의적인 차별취급이라 보기 어렵다”고 판단하고 있는 것이다.

31) Utreil Johnston, Rn 38; Utreil Sirdar, Rn, 26.

32) Utreil Johnston, Rn 35; Utreil Sirdar, Rn, 27.

33) Utreil Johnston, Rn 44.

## IV. 헌법재판소 판단기준<sup>34)</sup>에 대한 비판적 검토

舊 「병역법」 제3조 제1항은 남성과 여성이라는 성별을 기준으로 하여 병역의무 부과를 결정하고 있는바, 이는 헌법 제11조 제1항 제2문<sup>35)</sup>에 반하는 차별이 발생하고 있는 것이다. 그러나 헌법상 평등권은 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게”처우할 것을 규정하고 있다. 그러므로 헌법 제11조 제1항은 「절대적 차별금지」를 규정하는 것이 아니라, 다른 것을 같게, 같은 것을 다르게 대하는 「불합리한 차별을 금지」하고 있는 것이다. 따라서 성별에 따른 차별이 존재한다는 이유만으로 해당 법률이 위헌이라 판단할 수 없기 때문에, 합리적 근거에 따른 차별인지에 대한 검토가 이뤄져야 한다.

특히, 병역의무와 관련한 성별에 따른 차별은 ‘근로, 혼인과 가족 생활 등에서의와 같이 특별히 양성평등을 요구하는 경우’와 같이 「엄격한 심사기준」을 적용해야 하는 것은 아니다. 무엇보다도 ‘징집대상자를 정하는 문제는 그 목적이 국가안보와 직결되어 있고, 그 성질상 급변하는 국내외 정세 등에 탄력적으로 대응하면서 최적의 전투력을 유지할 수 있도록 합목적으로 정해야 하는 사항이기 때문에」 입법형성권이 광범위하게 인정되는 영역이다.<sup>36)</sup> 따라서 헌법재판소는 「자의금지원칙」에 따라, 평등권 침해 여부를 판단하면 족하다고 판시하고 있다.

34) 재판관 4인(재판관 이강국, 김희옥, 이동흡, 송두환)의 기각의견을 바탕으로

35) 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

36) 헌법재판소 2008. 11. 28. 선고. 2002헌마45.

## 1. 평등권 침해에 대한 위헌심사방법

### 가. 자의금지원칙

「자의금지원칙」이란 평등을 판단함에 있어 자의적 차별인가에 따라 평등위반 여부를 심사하는 방법을 말한다. 정의가 무엇인가를 적극적으로 확인하는 것은 매우 어렵다. 그렇지만 무엇이 정의에 반하는가를 판단하는 것은 상대적으로 어렵지 않으며 또한 반드시 필요하다. 자의금지원칙은 정의를 부정하는 자의(恣意)<sup>37)</sup> 개념을 설정한 다음, 이에 대한 위배여부를 평등위반 여부로 심사하는 방법이다.<sup>38)</sup> 따라서 차별이 자의적이면 불평등하지만 자의적 차별로 볼 수 없을 때, 즉 차별에 대한 합리적 이유가 있으면 차별로 보지 않게 된다. 그러므로 자의금지원칙에 의하면 차별이 정의에 명백히 반하는 경우, 다시 말해 어떠한 합리적 이유도 찾을 수 없어 자의로 볼 수밖에 없는 경우에 한하여 위헌을 선언할 수 있다. 하나의 합리적 이유라도 존재하면 위헌으로 볼 수 없다.

그런데 평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라진다.<sup>39)</sup> 자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는가를 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상 간의 사실상의 차이나 입법목적(차별목적)의 발견 및 확인에 그치지만, 비례심사의 경우에는 단순히 합리적인 이유의 존부 문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별 간의 상관관계

37) 여기서 자의란 객관적으로 명백한 근거가 없는 것을 말하며 주관적인 책임비난을 의미하지 않는다.

38) 독일 연방헌법재판소는 1980년 초반까지 자의금지원칙을 평등심사의 기준으로 삼았다(BVerfGE 13, 181/203).

39) 헌법재판소 2002. 11. 28. 선고. 2002헌바45.

에 대한 심사, 즉 비교대상 간의 사실상 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다.<sup>40)</sup>

자의금지원칙에 관한 심사요건은 첫째 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지에 관한 차별취급의 존재 여부와 둘째 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 첫째 요건과 관련하여 두 개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 관련 헌법규정과 당해 법규정의 의미와 목적에 달려있고, 둘째 요건과 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다.<sup>41)</sup>

#### 나. 비례성 심사원칙

「비례성 심사원칙」이란 차별목적과 차별수단 간에 엄격한 비례관계가 충족되어야 합리적 차별이 된다는 평등심사방법을 의미한다. 즉, 비례성 심사는 차별목적의 정당성, 차별수단의 적정성, 차별수단의 필요성(불가피성), 법익형량의 방법으로 이루어진다.

헌법재판소는 입법목적의 정당성, 차별대우의 적합성, 차별대우의 필요성, 법익의 균형성으로 나누어 비례성 심사를 실시하고 있다.<sup>42)</sup> 그런데 과잉금지원칙의 경우 4가지 요소(목적, 수단, 최소, 균형)를 엄격히 구별하여 적용하고 있는데 반해, 비례성 심사에서는 정당성, 적합성, 필요성, 균형성을 엄격하게 구별 적용하고 있지 않

40) 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고. 2000헌마25.

41) 헌법재판소 2003. 1. 30. 선고. 2001헌바64.

42) 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고. 2000헌마25.



다.<sup>43)</sup>

비례성 심사원칙은 다시 ‘엄격한 비례성 심사’와 ‘완화된 비례성 심사’로 나누어진다. 양자를 구별하는 이유는, 엄격한 비례성 심사가 요구되는 것은 아니지만 그렇다고 자의성 심사로 충분하지 않는 상황이 존재하기 때문이다. 예를 들어, 헌법이 직접 차별(우대)을 명하고 있는 경우 엄격한 비례성 심사를 하게 되면, 언제나 평등에 위배되는 부당한 결론에 이르게 되기 때문이다. 헌법재판소는 국가유공자 본인에게 10%의 가점을 주도록 한 국가유공자 가산점제도는 헌법 제32조 제6항이 직접 우대를 명한 경우로 판단하고, ‘완화된 비례성 심사’를 적용하고 있다.<sup>44)</sup>

그렇다면 헌법이 여성(§34③), 노인(§34④) 보호를 위하여 차별을 허용하는 경우 엄격한 심사가 적용되어야 하는지, 아니면 완화된 심사가 적용되어야 하는지가 문제 된다. 독일에서는 여성할당제가 남성에게 역차별을 초래한다고 하여 이에 대해 엄격한 비례성 심사를 적용하고 있는데, 우리 헌법의 해석에 있어서도 여성 또는 노인 에 대한 사회 국가적 우대조치가 헌법이 명시하고 있는 차별금지 사유(성별, 종교, 사회적 신분 등)와 충돌하는 경우에는 ‘엄격한 비례성 심사’가 적용되어야 할 것이다.<sup>45)</sup>

## 2. 성별에 의한 차별금지

성별에 의한 차별금지란 남과 여에 대한 가치판단으로 인한 차별 금지를 의미한다. 즉 남성이란 이유로 이익을 얻거나 여성이란 이유로 불이익한 처우를 받는 것이 금지된다. 물론 이와 반대되는 경

43) 김학성·최희수, 앞의 책, 443면.

44) 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고. 2000헌마25.

45) 김학성·최희수, 앞의 책, 445면.

우도 마찬가지이다. 차별이란 이익이나 불이익을 주는 것으로, 직·간접 차별을 불문하고 성별과 차별 사이에 그 의도와 상관없이 인과관계가 성립되면 족하다.

물론 성별에 의한 차별금지는 어떤 상황에서라도 남녀에게 동등한 처우를 하라는 것은 아니다. 사물의 본성에 따라 정당화될 수 있는 사유에 따라서는 차별이 허용될 수 있다. 그러므로 생물학적 차이에 근거한 차별(예를 들면, 임신, 출산, 모성보호)까지 금지되는 것은 아니다.

또한 기능상의 차이를 이유로 한 차별도 허용되지 않는다. 기능상의 차이라 함은, 성별 고정관념(gender-stereotype)을 통하여 남성과 여성을 이분화하여 각각의 역할을 정형화함에 따라, 가사와 육아는 여성의 몫으로 여기는 전통적 여성상에 입각한 남성과 여성 사이에 존재하는 사회적 역할의 차이를 의미한다. 예를 들어, 여학생에게만 수예과목을 필수로 한다든지, 의용소방대원의 의무를 남성으로 한정하도록 한 것은 기능상 차별로 평등에 어긋난다.<sup>46)</sup> 특히 헌법재판소는 호주제 관련 위헌법률심판에서 전통적으로 남녀 생활 관계가 일정한 형태로 형성되어 왔다는 사실이나 관념에 기인하는 차별, 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별은 허용되지 않는다고 하였다.<sup>47)</sup>

그렇다면, 성별에 따른 병역의무 부과 결정은 생물학적 차이에 근거한 차별로 타당한 것인가, 아니면 기능상의 차이를 이유로 한 부당한 차별이라 할 수 있는가가 문제 된다.

46) 김학성·최희수, 앞의 책, 432면.

47) 헌법재판소 2005. 2. 3. 선고. 2001헌가9 [민법 제781조 제1항 본문후단부분 위헌 제청 등]

### 3. 소결

헌법재판소는 병역의무(징집의무)와 관련하여 성별에 따른 차별의 경우, 근로, 혼인과 가족생활 등에서의와 같이 특별히 양성평등을 요구하는 경우에 해당하지 않기 때문에 엄격한 심사기준을 적용해야 하는 것은 아니기 때문에 ‘자의금지원칙’에 따라, 평등권 침해 여부를 판단하면 족하다고 하고 있으나, 이에 동의하기 어렵다.

헌법 제11조 제1항은 절대적으로 차별 그 자체를 금지해야 함을 의미하는 것이 아니지만, 병역의무(징집의무)를 성별에 따라 차별을 두는 그 출발점 자체가 남성과 여성을 근본적으로 차별하고 있는 것이 아닌가 다시 생각해 보아야 할 것이다.

즉, 우리 사회에서 병역의무 수행이 갖는 의미를 다시 생각해 볼 필요가 있다. 인터넷 상에서 군대 특히 해병대를 다녀온 연예인에게 이른바 ‘까방권’<sup>48)</sup>이라는 것이 주어진다는 이야기를 들은 바 있다. 실제로 그런 권리(?)가 있는가에 대한 것이 아니라, 이 ‘까방권’이라는 단어를 통해 우리 사회에서 군대, 즉 병역의무(징집의무)가 가지는 힘은 마치 ‘국민성 획득을 위한 자격요건’처럼 여겨지기도 한다는 사실이다. 그런데 이러한 국민성 획득 요건을 법률로 ‘성별’을 기준으로 일률적으로 배제당하고 있는 것은 충분히 차별이라 할 수 있다.

또한 이처럼 여성을 일률적으로 배제하게 된 그 배경에는 ‘여성 은 연약하고 수동적인 존재이므로 남성을 통해 보호받아야 한다.’는 성별고정관념이 있다고 생각된다. 그렇다면 이러한 차별은 여성과 남성의 사회적 역할의 차이, 즉 기능상의 차이를 이유로 한 차별이

48) 잘못을 저질렀을 때 비난이나 악성 댓글을 면제받을 권리를 속되게 이르는 말. 본받을 만한 행동을 하거나 크게 활약한 유명인에게 대중이 호감을 나타내는 방식으로, 한두 번 잘못을 저질러도 비난하지 않겠다는 의미이다.

되며 앞에서 살펴본 바와 같이 이러한 차별은 허용되지 않는다. 즉, 헌법재판소가 2001헌가9 결정을 통해 실시 한 과거 전통적으로 남녀의 생활 관계가 일정한 형태로 형성되어 왔다는 사실이나 관념에 기인하는 차별에 해당한다.<sup>49)</sup>

그러므로 본 사건의 판단기준은 자의금지의 원칙이 아니라, 비례성 심사원칙으로 이뤄졌어야 한다.

## V. 헌법재판소의 차별 근거에 대한 비판적 검토

### 1. 차별의 근거

헌법재판소는 병역의무자의 범위를 정하는 기준으로서 성별을 채택한 것에 대해 합리적 이유 있는 차별이라고 판단하면서 아래와 같은 근거를 들고 있다.

#### 가. 생리와 임신, 출산, 수유의 부담

생물학적으로 여성과 남성이 얼마나 차이가 발생하는가에 대해서는 여전히 논란이 있지만, 생리와 임신이라는 사건이 여성만이 직접 경험하게 된다는 점에 대해서는 논란의 여지가 없다.

전통적 성별고정관념의 경우 이러한 남녀 간의 차이를 근거로, 여성은 출산과 육아 및 가사노동에 전념하는 소극적 역할을 담당하는 것이 타당하며, 남성은 외부의 침입으로부터 국가와 가정을 지켜야 하는 적극적 역할을 해야 한다는 사고방식을 확대 생산했다.

---

49) 황동혁, “기본의무의 평등- 병역법 제3조 제1항 등 위헌확인 사건을 중심으로-”, 『공법학연구』 제22권 제1호, (한국비교공법학회, 2021) 88면.

물론 이러한 성역할 고정관념이 공식적으로 해체되었음은 헌법재판소에서 인정하고 있다. 그렇다면, 생리와 임신, 출산, 수유라는 사건이 병역의무를 수행하는 것과 관련하여 어떻게 이해되고 다루어져야 하는지 다시 검토해 보아야 할 것이다.

헌법재판소는 “[여성인 그 생래적 특성상 월경이 있는 매월 1주일 정도의 기간 동안 훈련 및 전투 관련 업무수행에 장애가 있을 수 있고, 특히 가임기 여자는 현재 임신상태가 아니라고 하더라도 언제든지 임신 출산과 출산 후 수유 등 대체 불가능한 부담을 질 개연성이 있는바, 임신 중이거나 출산 후 일정한 기간은 위생 및 자녀양육의 필요성에 비추어 영내생활이나 군사훈련 자체가 거의 불가능하다.”고 판시하고 있다.

그러나 이러한 헌법재판소의 판단은 다음과 같은 오류를 범하고 있다. 첫째, 매월 1주일 정도의 기간 동안 훈련 및 전투 관련 업무수행에 장애가 있을 수 있다고 하고 있다. 물론 생리통을 비롯한 불편함을 호소하는 여성이 있다. 그러나 모든 여성이 1주일 내내 훈련과 전투 관련 업무수행에 장애를 초래할 수 있다는 판단은 선부른 일반화이며 확대해석이라 생각된다. 둘째, 모든 가임기의 여성이 임신의 개연성이 있으므로 결과적으로 영내생활이나 군사훈련이 거의 불가능하다고 판단하고 있다. 실제 임신 중이거나 출산 후 일정 기간 영내생활이나 군사훈련 자체가 불가능한 것에 대해서는 이의가 없다. 그러나 그럴 가능성이 있다는 이유로 여성 집단을 잠재적 임산부로 취급하는 것은 적절치 않다.

사실, 여성만이 임신이 가능하다는 생물학적 사실은 역사적, 사회적, 심리적 차원에서 여성과 남성을 다르게 정의하는 데 사용되어 왔다. 그리고 이러한 차이는 남성의 공공세계에서 여성의 법적, 정치적, 경제적 배제를 정당화하는데 기여했음을 부정할 수 없다.

현재 직장 내 여성과 남성을 구분하는 장벽이 무너지고 있는 상황에서도 임신의 독창성은 여성의 기회 균등에 걸림돌로 남아 있다.<sup>50)</sup>

따라서, 임신이 가능하다는 개연성(임신가능성)에 집중하는 것이 아니라, 여성의 생식기능이 발현(임신의 실현)되었을 때에 법적 의미를 두는 것이 바람직할 것이다.<sup>51)</sup> 즉, 최근에는 자의적<sup>52)</sup> 또는 의도치 않게 임신, 출산 및 수유라고 하는 사건을 포기하거나 경험하지 못하는 경우도 있고<sup>53)</sup> 적극적 또는 의도치 않게 경험하는 경우도 있다. 이처럼 임신이라는 일시적(temporary) 사건이 실제 발생한 경우, 병역의무의 수행이 불가능한 다른 장애 상태와 동일하게 처리할 수 있을 것이다.

따라서 정상적으로 병역의무를 수행할 수 있는가 그 여부를 판단함으로써 해결 가능한 문제를 남자와 여자라는 성별 문제로 프레임 만들어 합리적 차별의 근거로 사용하는 헌법재판소의 태도에 동조하기는 어렵다.

여성이 매달 경험하는 생리로 인해 일시적으로 의무 수행에 어려움을 겪는 사건과 임신, 출산 및 수유를 하는 여성이 일시적으로 의무 수행이 어려워지는 것이 병역의무를 부담시킬 수 없는 차별의 근거로 받아들여진다면, 직업군인으로서 여군으로 선발도 불가능

50) Herma Hill Kay, *Equality and Difference : The Case of Pregnancy*, BERKELEY WOMEN'S LAW JOURNAL, 1, 37 (1985).

51) *Id.* 32-37.

52) 임신과 출산에 대한 여성의 자기결정권과 관련한 자세한 내용은, 헌법재판소 2019. 4. 11. 선고, 2017헌바127 결정(형법 제269조 제1항(낙태죄) 등 헌법 불합치) 참조.

53) 임신, 출산 및 수유를 자발적으로 포기하거나, 의도치 않게 경험하지 못한다고 하여 그 사람이 여자가 아닌 것은 아니다. 남자가 자녀가 없다고 남자가 아닌 것과 마찬가지로이다.

할 것이다.<sup>54)</sup> 또한 무리는 있지만 여성이 다른 직업수행에 있어서도 동일한 어려움으로 인해 차별받을 수 있다는 의미로 확대해석까지도 가능해진다. 그러므로 임신가능성을 이유로 여성을 병역의무(징집의무)에서 배제하는 것은 합리적 차별이라 할 수 없다.

#### 나. 근력, 순발력 등의 부족

헌법재판소는 “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 본다면, 무기의 소지 작동 및 전장의 이동에 요청되는 근력 등이 우수한 남자가 전투에 더욱 적합한 신체적 능력을 갖추고 있다.”고 하며, 남성에게만 병역의무(징집의무)를 부과한 까닭은 ‘최적의 전투력’을 유지하고자 하는 입법목적에 합리적이라고 판시하였다. 그렇다면, ‘최적의 전투력’을 유지하고자 ‘여성’에게 ‘징집제한’을 가하는 것이 진정 합리적 차별이라 할 수 있겠는가 의문이 든다.

우선, 징집 대상이 되는 일반 병사의 진정직업자격<sup>55)</sup>은 무엇인

54) 김현지, “남성중심의 병역의무 관념의 해체-헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2006헌마328을 중심으로-”, 『공익과 인권』 통권 제9호, (서울대학교 공익인권법센터, 2011) 483면.

55) 진정직업자격이란, 기회균등을 보장하기 위한 고용 차별여부의 판단기준을 의미한다. 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」은 ‘연극·영화 등에서 청년의 역할’이나 ‘노인단체의 임원’처럼 “직무의 성격에 비추어 특정 연령기준이 불가피하게 요구되는 경우”를 ‘진정직업자격’으로 보고 차별로 보지 않는다. 직업자격이 특정한 업무에 있어서 ‘진정한’ 것이고 ‘일정한 사업의 정상적인 운영에 있어서 합리적으로 불가결한’ 것인지 여부는 개별적인 상황을 둘러싼 모든 관련 사실들에 기초하여 결정되어야 하며, 이러한 진정직업자격의 개념은 예외적이고 제한적으로 적용되어야 한다. 미국에서는 bona fide occupational qualification (BFOQ), 캐나다에서는 bona fide occupational requirement (BFOR), 영국에서는 Genuine Occupational Qualification (GOQ) 라고 한다.

가? 헌법재판소에서는 “무기의 소지 작동 및 전장의 이동에 요청되는 근력”이라고 판단하고 있는데, 실제 병사들을 징집할 때 국방부에서는 병사의 진정직업자격으로 이러한 체력 기준을 요구하고 있지 않다.<sup>56)</sup> 현재 이뤄지고 있는 병역신체검사는 「징병 신체검사 등 검사규칙」 제8조 및 제9조에 따라 신장, 체중, 시력 및 혈압 등의 신체검사와 질병 또는 심신장애 여부만을 확인할 뿐이다. 즉 헌법재판소에서 실시하는 근력 등의 신체적 능력에 대한 판단은 이뤄지지 않고 있다.

이와 같은 집단으로서의 여성 전체가 집단으로서의 남성에 비하여 신체 능력이 부족하여 병역의무를 수행함에 적절하지 않다는 논리는 우리 헌법재판소의 독창적 의견은 아니다. 1981년 미국 연방대법원은 베트남 전쟁 시 남성만을 징병등록 대상으로 한 법률(Military Selective Service Act)의 위헌법률심판에서 “집단으로서의 여성은 집단으로서의 남성과 달리 전투에 적합하지 않고, 여성 비전투병력은 언제든지 전투에 투입될 수 없다는 점에서 병력의 탄력성에 위배된다.”고 다수의견을 제시하였다.<sup>57)</sup>

그런데, 헌법재판소가 “집단으로서의 남자와 여자가 아니라 개개인을 대상으로 판단하는 경우, 여자가 남자에 비하여 전투에 적합한 신체적 능력이 우월한 사례”가 있음을 인정하고 있는 것처럼, 개별적으로 보면 남성과 여성의 운동능력 스펙트럼의 분포에서 겹치는 부분이 상당하다는 실험결과도 있다.<sup>58)</sup> 우리나라는 징병제를 실

56) 사관학교 생도, 직업군인들의 경우에는 체력 기준이 인사에 반영되는 등 기준이 마련되어 있다.

57) Rostker v. Goldberg(1981) 해당 판례에 대한 보다 자세한 설명은, 양현아, “병역법 제3조 제1항 등에 관한 헌법소원을 통해 본 남성만의 병역의무제도”, 『학술회의 <군대와 양성평등> 자료집』, 2008, 66-71면 참조.

58) 김현지, 앞의 논문, 489면.



시하기 때문에 대다수의 남성들이 현역으로 복무하게 되므로 그들의 신체 조건의 스펙트럼은 매우 넓어질 수밖에 없다. 즉 운동능력 및 신체 조건이 뛰어난 남성과 평균 이하의 신체 능력을 가진 남성도 있다. 결과적으로 신체 조건이 뛰어난 사람만이 징병되는 것이 아니기 때문에, 평범한 신체 조건의 병사들도 다수를 이룰 것이며, 경우에 따라서는 신체 조건이 우수하지 못한 병사들도 모두 동일한 병역의무를 부담하게 된다. 나아가 최근의 전쟁과 전투를 ‘정보전’이라 부르는 추세를 고려하면, 군인이 되기 위한 진정직업자격이 반드시 근력 등의 신체적 능력이 될 필요는 없다고 생각된다.

또한, 전술한 바와 같이 여성이라는 이유로 무기를 휴대하는 군복무 등을 제한당한 군인 타냐 크라일이 독일연방정부를 상대로 제기한 소송에서, 유럽사법재판소는 여성들을 무기를 휴대하고 근무하는 직종에서 배제시키고 위생업무와 군악업무만 허용하는 국가규정은 동등대우지침에 위배된다고 결정하였다.<sup>59)</sup> 즉 ‘국토방위’라는 입법목적과 ‘포괄적 성별 분류’라는 입법재량에 대한 문제점을 제기하고, 군인의 ‘구체적 직무’에 대한 심사 필요성을 환기시킨 것이다.

따라서 근력 등의 신체적 능력을 이유로 여성을 병역의무(징집의무)에서 배제하는 것은 합리적 차별이라 할 수 없을 것이다.

#### 다. 전시 포로 등 성적 학대 노출 위험성

헌법재판소는 “여자는 전시에 포로가 되는 경우 등에 있어, 남자에 비하여 성적 학대를 비롯한 위험에 노출될 가능성이 더 크다.” 그리고 “현재 남자를 중심으로 짜여져 있는 군조직과 병영의 시설 체계 하에서 여자에 대해 전면적인 병역의무를 부과할 경우, 군대

59) EuGH, Uritril v.11. 01. 2000. Kreil, Rn. 21.

내부에서의 상명하복의 권력관계를 이용한 성희롱 등의 범죄나 남녀 간의 성적 긴장 관계에서 발생하는 기강 해이가 발생할 우려가 없다고 단언하기 어렵다.”는 점을 실시하고 있다.

그런데, 이러한 사고는 기본적으로 성적 학대는 여성(만)이 당한다는 생각에서 출발했다고 여겨진다. 이미 우리나라는 2012년 형법을 개정하여, 여성(부녀)만이 아니라 사람 모두가 강간죄의 객체가 될 수 있다고 인정하고 있다. 따라서 성범죄 노출 가능성과 관련하여 어느 한쪽 성만이 특별히 보호받아야 한다는 사고는 받아들일 수 없다.

나아가, 상명하복 권력관계를 이용한 성희롱 등의 범죄를 예로 들고 있는데, 이는 성폭력 예방 교육 및 군대 내 기강 강화를 통해 극복해야 하는 것이지, 이를 이유로 여성을 병역의무(징집의무)에서 배제하는 것은 적절치 않다.

## 2. 소결

지금까지 살펴본 바와 같이, 헌법재판소가 제시한 근거는 모두 타당하지 않다. 입법목적의 정당성, 차별대우의 적합성, 차별대우의 필요성, 법익의 균형성이 있는가(비례성 심사)는 고려할 필요도 없이, 그 어떠한 합리적 이유도 찾을 수 없기 때문에 ‘자의’로 볼 수밖에 없다.

덧붙여, 민형기 재판관은 각하의견으로 해당 법률이 수혜적 법률이기 때문에 “이 사건 법률조항이 헌법에 위반된다고 선언되더라도, 종래 여자들이 병역의무를 부담하지 않던 혜택이 제거되는 것에 그칠 뿐, 청구인과 같은 남자들의 병역의무의 내용이나 범위 등에 어떠한 직접적이고 본질적인 영향을 미친다고 보기 어려우며,

나아가 그 결정으로 인하여 현재 여자들이 누리고 있는 병역의무에 있어서의 상대적인 혜택이 청구인과 같은 남성들에게 그대로 확대될 수 있는 것도 아니다.”고 판단하고 있는데, 이와 같은 주장이야말로 남자는 어쩔 수 없이 의무를 다해야 하고, 여자는 (그 부족함 때문에) 국가가 특별히 배려하여 혜택을 입은 집단이라는 사고에서 비롯된 것이라 생각된다. 여성의 병역의무(징집의무) 제외는 혜택이 아닌 차별임을 명확히 인식해야 할 것이다.

## Ⅵ. 결론에 갈음하여

여성이 현재의 군대 체제에 편입되어 국방의 의무를 수행하는 것이 사회적·전통적 성역할의 해체 또는 여권신장, 사회적 성평등을 완성하는 데에는 본질적인 한계가 있음이 꾸준히 지적되고 있다. 물론 이에 대해 완벽하게 부정하기 어려운 것도 사실이다. 그럼에도 불구하고, 국가가 있으면 군대는 사라질 수 없는 존재이다. 즉 대한민국의 주권을 수호하기 위해 군대는 필수 조직이고, 그러한 군대는 그 사회의 구성원으로 조직될 수밖에 없다. 그렇다면 병역의무에 대한 우리의 인식이 조금은 달라져야 할 것이다.

이를 위해, 첫째 여성도 남성들과 함께 적극적 주체로서 국가의 안보를 함께 책임져야 한다는 인식을 가져야 할 필요가 있다. 이를 통해, ① 남녀의 동등한 시민권, ② 보호자 남성, 피보호자 여성이라는 젠더 이념의 탈피, ③ 군 문화의 변화를 기대해 볼 수 있을 것이다.

둘째, 군대의 성격의 변화이다. 현재의 군대는 갈등과 분쟁을 해결하기 위해 더욱 강력한 무기(폭력)에 의존하는 방어시스템 아래

조직되었다. 그러나 간혹 이러한 무력 행사나 긴장 관계로 오히려 분쟁 발발의 위험을 초래하기도 한다. 그러므로 군대의 성격을 화해와 평화를 위한 교섭집단으로 변화시키고, 소극적인 국가수호를 위한 무력 훈련이 이뤄진다면 성별이 표준이 되지 않는 새로운 관념의 군대가 될 수 있을 것이다.<sup>60)</sup>

---

60) 박지혜, “젠더적 관점에서 본 대한민국 군대와 그 대안에 관한 고찰-헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2006헌마328 결정을 중심으로-”, 『Ewha Law Review』 제4권 제1호, (2014) 57-59면.

## 참 고 문 헌

- 김엘림, 『성차별 관련 판례와 결정례 연구: 광복 후 2012년까지』, 에피스테메, 2013.
- 김학성·최희수, 『헌법학원론』, 피앤씨미디어, 2020.
- 성낙인, 『헌법학 (제20판)』, 법문사, 2020.
- 김주환, “유럽공동체법의 양성평등원칙과 여성의 병역의무—유럽재판소의 크라이일(Kreil) 판결과 독일 기본법 제12조a 제4항의 개정을 중심으로—”, 『유럽헌법학회연구논집』 제4호, 2008.
- 김현지, “남성중심의 병역의무 관념의 해체—헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2006헌마328을 중심으로—”, 『공익과 인권』 통권 제9호, 서울대학교 공익인권법센터, 2011.
- 박지혜, “젠더적 관점에서 본 대한민국 군대와 그 대안에 관한 고찰—헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2006헌마328 결정을 중심으로—”, 『Ewha Law Review』 제4권 제1호, 2014.
- 양현아, “병역법 제3조 제1항 등에 관한 헌법소원을 통해 본 남성만의 병역의무제도”, 『학술회의 <군대와 양성평등> 자료집』, 2008.
- 정주백, “2006헌마328 병역법 사건에서의 차별 확정”, 『법학연구』, 충남대학교 법학연구소, 2014.
- 홍성방, ‘국민의 기본의무—독일에서의 논의를 중심으로—’, 공법연구 제34집 제4호, 한국공법학회, 2006.
- 황동혁, “기본의무의 평등—병역법 제3조 제1항 등 위헌확인 사건을 중심으로—”, 『공법학연구』 제22권 제1호, 한국비교공법학회, 2021.
- C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1954.
- D. Merten, Grundpflichten im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, BayVBL. 1979.
- G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl.(1964)

K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994.

Th. Schramm, *Staatsrecht*, Bd. III, 3. Aufl.(1985)

V. Götz, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL Heft  
41(1983)

Herma Hill Kay, *Equality and Difference : The Case of Pregnancy*, BERKELEY  
WOMEN'S LAW JOURNAL(1985)

<Abstract>

## **A Study on the Male-Centered Military Service Obligation from a Gender Perspective**

PARK, Yongsook\*

Recently, in our society, there is a debate about gender discrimination, especially the military service obligation.

Therefore, this paper examines the decision of the first Korean Constitutional Court to judge whether the preamble of Article 3, Paragraph 1 of the Military Service Act violates the right to equality.

In particular, this decision is the first decision to explicitly judge that the duty of national defense stipulated in Article 39 Paragraph 1 of the Constitution is applied discriminatory by gender.

We need to confirm the value of the judiciary on what is the criterion for judging the differential imposition of constitutional obligations through the decision of the Constitutional Court and what causes discrimination based on gender in relation to the fulfillment of military service obligations.

Therefore, in this paper, after an overview of the decision of the Constitutional Court (II), the mandatory military service as a basic duty (III) was reviewed, and the judgment criteria (IV) and the grounds for discrimination (V) of the Constitutional Court were reviewed from a gender perspective.

**Key Words** : Military service obligation, prohibition of arbitrariness, standard of judgment, basis for discrimination, discrimination, discriminatory act of violating the equal right, rights to equality

---

\* Assistant professor/Ph.D. in Law, Kangwon National University

