

# 법학전문대학원에서의 헌법, 무엇을 어떻게 가르칠 것인가?\*

## A Speculation on How to Teach the Constitutional Law in Law School?

표 명 환\*  
Pyo, Myoung-Hwan

### 목 차

- I. 논의의 방향
- II. 교과과정운영
- III. 교수방법론
- IV. 구체적인 강의방법과 내용 -법학사를 중심으로-

### 국문초록

본 논문은 사법개혁의 결과 도입되는 법학전문대학원에서의 헌법강의를 어떻게 할 것인가에 관한 방법론을 중심으로 하고 있다. 이를 위해서 우선 본고에서는 그동안 논의되었던 교수법에 대한 비판적 관점에서 출발하였다. 그리고 이를 토대로 하여 우리나라 법학전문대학원에서 특히 헌법과목과 관련한 적절한 강의방법론을 제시하였다. 거기에는 우리나라의 변호사시험의 내용이 중요하게 고려되어 있다.

이와 같은 본문의 중심된 내용을 개략적으로 요약하여 보면 다음과 같다:

법학전문대학원 도입에 관한 논의에서 그동안 가장 많은 논의가 있었던 것이 교수법의 문제였다. 그것의 대전제는 우리나라에서 도입되는 법학전문대학원의 기본체계가 미국식 로스쿨을 모델로 하고 있다는 것에서 미국 로스쿨에서 행해지고 있는 강의방

논문접수일 : 2009. 3. 30.

심사완료일 : 2009. 4. 30.

게재확정일 : 2009. 5. 12.

\* 본 논문은 제주대학교 법학전문대학원 자체 교육방법론 세미나에서 발표한 것을 수정·보완한 것임.

\*\* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

법이였다. 그러나 그러한 전제에서는 더불어 미국에서의 변호사시험과 우리나라에서 시행하고자 하는 변호사시험에 대한 비교 및 검토가 선행되어야 했었다. 그러나 그것에 대한 검토는 진행될 수 없었다. 변호사시험에 관한 내용은 법학전문대학원 도입이 후에 미루어져 있었기 때문이다. 그럼에도 불구하고 많은 논의에 있어서 강의방식에 대하여 개략적으로 제시된 윤곽에는 실무능력배양을 또 하나의 중요한 목적으로 추가한 것이였다.

본 논문에서는 대전제가 되는 미국식로스쿨 체계에서 그리고 우리나라의 변호사시험을 고려하여 적절한 헌법강의방법을 제시하고 있다. 그러나 여기서 제시된 강의방법은 결코 최선의 방법은 아니다. 다만 우리학교의 사정과 변호사 시험 그리고 미국식로스쿨에서 실무능력배양을 위하여 행해지고 있는 방법 등을 고려하여 가장 적절한 방법론을 소개한 것이다.

주제어 : 법학전문대학원, 헌법강의방법론, 미국 로스쿨, 변호사시험, 사법개혁, 교수법, 헌법

## I. 논의의 방향

법학전문대학원에서 헌법교육은 기존의 헌법교육에 덧붙여 실무능력배양을 양성해야 한다는 점에서 기존의 교육과 차원을 달리 하는 교육과정의 설정이 그 출발점이 되어야 한다. 헌법뿐만 아니라 다른 과목도 마찬가지겠지만 법학전문대학원에서 이론과 실무능력을 겸비한 인재를 양성하기 위해서는 어떻게(교수방법), 무엇을(교과과정) 가르칠 것인가에 대한 기본적인 방향설정이 중요하다. 그러나 그 방향은 우선적으로 변호사시험과 연동하여 설정되어야 한다. 왜냐하면, 변호사시험과목 및 시험유형 그리고 배점 등의 요소를 무시한 법학전문대학원의 교육은 그 존재의 의미를 상실하는 것이기 때문이다. 이는 다른 의미에서 변호사시험에 관한 기본적인 지침이 정해진 이후에 법학전문대학원의 교육방법의 방향이 설정되어야 한다는 논리와 크게 다르지 않다. 그러나 현실은 변호사시험에 관한 확정없이 단지 변호사시험의 내용이 대략 어떻게 구성될 것이라는 전제만을 두고 법학전문대학원에서 헌법교육에 관하여 개략적으로 논할 수 밖에 없는 한계에 있다. 이러한 한계내에서 본고에서는 그동안 논의된 교과과정(무엇을 가르칠 것인가)을 검토하고, 교수방법(어떻게 가르칠 것인가)에 관한 구체적인 방법을 제시하고자 한다.

## II. 교과과정운영

### 1. 헌법의 구성과 기본교수요목

헌법헌법은 헌법총론, 기본권, 국가조직(통치구조) 등 세 부분으로 크게 나누어진다. 헌법총론부분에서는 헌법의 개념과 역사, 헌법해석학, 헌법전문과 헌법의 기본원리, 헌법상의 기본제도 등에 대해서 구체적으로 진행하고 헌법규범과 헌법현실과의 조화를 위하여 헌법재판소판례에 대한 평석과 외국헌법의 기초적 내용을 소개한다. 기본권편에서는 기본권총론과 각론에 대하여 강의한다. 구체적으로 기본권총론의 체계를 이해하기 위해서 기본권과 인권의 개념, 기본권의 역사와 법적 성격, 기본권의 주체, 기본권의 효력, 기본권의 제한과 한계, 기본권의 보장 등에 대해서 진행하고 기본권각론의 체계에 대한 이해를 위하여 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 평등권, 자유권적 기본권, 청구권적 기본권, 정치적 기본권, 사회적 기본권, 국민의 기본 의무 등에 대해서 진행하며 헌법규범과 헌법현실과의 조화를 위하여 헌법재판소 판례의 평석, 법원의 관련 판례평석, 외국헌법의 기초적 내용을 소개한다.

국가조직부분에서는 국가조직의 구성원리, 정부형태, 의회제도와 입법부, 정부: 대통령과 행정부, 감사원, 중앙선거관리위원회, 사법부: 법원의 독립과 법관의 독립, 대법원과 각급법원, 헌법재판소 등에 대해서 진행하며, 헌법규범과 헌법현실과의 조화를 위하여 헌법재판소판례에 대한 평석 및 법원의 관련 판례, 그리고 외국헌법의 기초적 내용에 대해서 소개한다.

### 2. 교과과정의 편성

이상의 헌법구성과 기본교수내용에 따라 헌법의 교과과정은, 헌법일반이론→기본권론→통치구조론→헌법소송론, 그리고 주변 및 인접과목으로서 언론법, 정치관계법, 비교헌법사, 통일헌법 그리고 공법총합과목 등으로 체계화되어야 한다.<sup>1)</sup> 이에 따라 1년 차에 헌법기본과목을 이수하고, 2년차에 인접 및 주변과목을, 그리고 3년차에 공법총합과목을 이수하도록 하여야 한다. 특히 공법총합과목에서는 국내외 사례를 접할 수 있도록 하며, 여기서는 사례분석능력을 집중적으로 배양하는 것에 목적을 둔다. 이는 변

1) 미국 로스쿨의 일반적인 헌법관련 교과과정 구성에 관하여는, 임지봉, "헌법의 구체적인 강의 방법과 내용", 「법학논고」, 제28집, 경북대학교 법학연구소 2008.6. 88면.

호사시험의 유형이 현재의 사법시험의 유형을 크게 벗어나지 않을 것이라는 전제에서는 더욱 중요한 의미를 지닌다.

### III. 교수방법론

#### 1. 교수방법에 대한 논의

그 동안 법학전문대학원 추진과정 및 본인이 이후에 법학교육과 관련하여 가장 많이 다루어진 주제가 교수방법에 관한 것이었다. 즉 교육자가 피교육자에게 담당과목의 내용을 어떻게 전달할 것인지에 관한 논의가 그것이었다. 그러나 그것은 대부분 미국 로스쿨에서 진행되는 방법을 소개하거나 그에 대한 평가 등이 주류를 이루는 것이었다. 우리나라의 변호사시험과 미국의 변호사시험의 차이를 전혀 고려하지 않은 채 오직 어떻게 강의할 것인가의 문제에 초점을 맞추어 미국식 로스쿨의 교육방법이 만능인 것처럼 논의되었다. 그러나 여기서도 그러한 방법론적 논의를 모두 무시하고 독창적인 그 뭔가의 방법을 제시하고자 하는 것은 아니다. 이미 검증된 강의 방법을 전제로 하되, 기본적인 조건인 변호사시험에 관한 사항을 고려하는 관점에서 하나의 방법론을 제시하고자 하는 것이다. 특히 이러한 방법론은 교육의 초점을 어디에 둘 것인지에 따라 다르게 나타날 수 있지만, 여기서는 우리학교의 사정을 고려하고 최대의 변호사합격률을 목표로 하는 방법론을 제시하고자 한다.

미국에서 이루어지고 있는 교수방법론으로는 크게 문답식강의와 사례분석방법 등이 중요하게 다루어지고 있다.<sup>2)</sup> 여기서 문답식 강의는 소크라테스 강의법(socratic method)라고 하여 문제의 제기와 문제에 대한 질문과 답변을 통하여 결론에 이를 수 있도록 하는 강의방법을 말한다.<sup>3)</sup> 이 방법의 강의에서는 문답식이라고 하여 단순히 문제에 대한 질문과 답변이 아니라 교수는 문제제기를 통하여 학생들에게 어떤 방법으로 문제를 해결해 나가야 할 것인지 꾸준히 생각하게 하면서 스스로 해결방법을 찾아 가도록 하면서 사고하는 법 내지 공부하는 법을 가르치게 된다. 후자의 사례분석방법(case method)은 사례분석을 중심으로 개별사건을 풀어나가는 강의 방법을 말한다. 이상에서 언급했던

2) 이에 관하여는 김상점, "헌법교육방법론", 「법학전문대학원 교육과정 및 교수법 개발연구」, 한국법학교수회, 2007.4. 11면 이하; 임지봉, 전계논문, 87면 이하.

3) 정현미, "법학전문대학원에서 형법의 교육과정 및 교수법 개발 연구", 「법학전문대학원 교육과정 및 교수법 개발연구」, 한국법학교수회, 2007.4. 7면.

것처럼, 법학전문대학원 교육방법으로 어떤 것을 택할 것인가라는 문제는 확일적으로 결정될 것이 아니라 상황에 따라 각각 다르게 적용될 수 있는 것이라고 할 수 있다. 특히 1년차 헌법일반이론수업의 경우에는 실정헌법에 대한 올바른 이해를 증진시키기 위하여 이 방법이 아닌 기본강의 및 주제별세미나형식이 가미되어야 할 것이다. 이를 전제로 하여, 변호사시험의 경향에 맞추어 사례분석방법을 주로 하고 문답식 강의를 혼합하는 것이 바람직하다고 본다.

이러한 방법에 따라 헌법강의는 다음과 같은 모델을 통하여 진행하고자 한다.

## 2. 강의 모델

### (1) 법학사의 경우

#### A. 사례 제시

예습과제로서 사례를 제시하고, 수강생들로 하여금 제시된 사례에 관한 분석 및 논점을 파악케하고, 이에 적용되는 법리를 검토하게 한다.

#### B. 관련이론 검토

사례와 관련된 이론을 강의식 방법을 동원하여 일괄한다.

#### C. 관련판례 분석

사례와 관련된 판례를 수강생들이 파악한 논점 등을 중심으로 해결하고, 새로운 사례해결 논거 및 판례에 대한 평가를 병행한다. 여기에는 문답식방법을 동원한다.

#### D. 결론

한 주제에 대한 이론 및 판례 그리고 해결된 사례를 총합적으로 정리하고, 다루었던 사례를 중심으로 보충적 의견을 유도한다.

### (2) 비법학사의 경우

#### A. 관련이론 검토

사례를 제시하고 그리고 제시된 사례를 해결하기 전에 사례와 관련되는 주요 이론에 대한 선행학습과제를 부여한다.

B. 사례제시

제시된 사례에 대한 주요 이론 및 주요논점에 대하여 강의식 방법을 동원하여 수업을 진행한다.

C. 관련판례 분석

사례와 관련된 판례를 분석하고 판례에 대한 평가를 유도한다.

D. 결론

사례에 대한 수강생들의 해결을 제시하도록 한다.

## IV. 구체적인 강의방법과 내용 -법학사를 중심으로-

### A. 사례제시

「청구인 갑은 A대학교를 졸업한 후, 청구인 을은 같은 대학교 4학년에 재학 중이었던 여성들로서 모두 7급 또는 9급 국가공무원 공개채용시험에 응시하기 위하여 준비중에 있으며, 청구인 병은 B대학교 4학년에 재학 중이던 신체장애가 있는 남성으로서 역시 7급 국가공무원 공개채용시험에 응시하기 위하여 준비 중에 있다.

청구인들은 제대군인이 6급 이하의 공무원 또는 공·사기업체의 채용시험에 응시할 때에 필기시험의 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5퍼센트 또는 3퍼센트를 가산하도록 규정하고 있는 제대군인지원에 관한 법률 제8조 제1항, 제3항 및 동법시행령 제9조가 자신들의 헌법상 보장된 평등권, 공무담임권, 직업선택의 자유를 침해하였다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.」

### B. 관련이론: 평등권(강의식)

평등권에 관한 국내의 이론을 소개한다. 그에 관한 구체적인 강의내용을 개략적으로 요약하면 다음과 같다.<sup>4)</sup>

4) 이하의 구체적인 예로서 들고 있는 평등권에 관한 내용은 그 동안의 강의교재의 내용을 수정·보완한 것으로, 곧 출간(은누리 2009.4)될 「학설 판례 기본권 강의」의 평등원칙 및 평등권에 관한 내용이기도 하다.

## 제1. 의의

### I. 평등사상의 전개

평등의 관념에 대한 체계적인 인식은 고대 그리스에서부터 시작되었다. 고대 그리스에서는 평등의 관념을 정의와 결부하여 전개되었다. 대표적인 예로서 아리스토텔레스를 들 수 있다. 아리스토텔레스는 평등을 정의의 요소로 파악하고 정의를 일반적 정의와 특수적 정의로 구분하고, 특수적 정의를 다시 평균적 정의(교환적 정의)와 배분적 정의로 대별하여 설명하였다. 이후 중세시대에서는 칼빈파로 대표되는 신(神) 앞의 평등이 정치적·경제적 영역에 적용되어야 한다는 평등관념이 전개되었다. 이러한 중세의 평등관념은 17, 18세기의 자연법론자들에 의하여 자연법에 기초한 인간의 생래적 평등이라는 관념이 강조되기에 이르렀다. 자연법의 사상적 지배를 받아 성립한 근대국가에서는 생래적인 평등관념에 기초하여 법 앞의 평등이라는 평등관념을 발전시켰다. 근대국가에서의 법 앞의 평등은 국가는 모든 사람을 그의 신분, 종교, 재산 등에 따라 차별하지 말고 평등하게 법을 적용해야 한다는 법적용의 평등을 의미하는 것이었다.<sup>5)</sup> 즉 국가는 모든 사람들에게 법이 정하고 있는 내용의 평등을 적용하는, 기회의 평등 및 출발의 평등만을 강조하였다(형식적·추상적 평등). 이에 따라 사회·경제영역 등에서 경제적 강자와 약자의 대립이 극심하게 나타나게 되어 형식적 평등관념에 대한 반성이 요구되었다. 그 결과 1919년 바이마르헌법 이후 세계각국헌법은 재산권에 대한 사회적 구속 및 근로기본권·생존권 등과 같은 사회적 기본권을 규정하여 형식적 평등관념의 부작용을 수정·극복한 실질적 평등관념을 실현하고자 하고 있다. 즉 형식적·추상적 평등으로부터 실질적·구체적 평등관념으로 발전하게 되었다. 따라서 오늘날 평등에서 가장 중요한 문제는 무엇보다도 경제영역에서 어떻게 평등을 실질적으로 보장할 것인가에 있으며, 사회·문화적 영역에서 평등을 어떻게 구체적이고 현실적으로 실현할 것인가의 문제도 중요하게 제기되고 있다.<sup>6)</sup>

### II. 입법례 및 헌법규정

#### 1. 입법례

근대시민혁명 이후 각종 인권선언에서는 예외없이 평등의 원리를 선언하였다. 즉 1776

5) 계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2007, 228면.

6) 상계서, 228면.

년의 버지니아 권리장전(제1조), 1789년 프랑스의 인간과 시민의 권리선언(제1조), 1776년의 미국의 독립선언 등에서 예외없이 평등의 원리를 규정하였다. 근대 이후 오늘날에 이르러 각종 국제인권선언 및 각국헌법에서도 평등의 원리를 헌법의 가장 중요한 원리로서 자리하고 있다.

## 2. 헌법규정

우리헌법 또한 평등의 원리를 헌법에 규정하고 있다. 즉 헌법은 전문에서 “정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고… 국민생활의 균등한 향상을 기한다”라고 선언하고, 제11조 제1항에서는 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 하여, 법 앞의 평등과 차별금지를 규정하고 있다. 또한 사회적 특수계급의 부인(헌법 제11조 제2항)과 영전일대의 원칙(헌법 제11조 제3항)을 헌법에서 직접 명시하여 규정하고 있다. 그 밖에 헌법은 교육기회의 평등(헌법 제31조 제1항), 노동관계에서의 여성차별금지(헌법 제32조 제4항), 혼인·가족생활에서의 남녀평등(헌법 제36조 제1항), 선거권의 평등(헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항), 경제의 민주화(제119조 제2항)과 같이 구체적·개별적인 사항에 대하여 평등을 직접 규정하고 있다.

이처럼 헌법은 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙을 비롯하여 그 밖의 개별적 평등원칙을 규정하여 헌법상의 평등권 내지 평등원칙을 보장하고 있다.

## 제2. 헌법상의 평등의 내용

### 1. 평등원칙

#### 1. 일반적 평등원칙

##### (1) 헌법규정

헌법 제11조 제1항에서 「모든 국민은 법 앞에 평등하다.」라고 규정하여, 일반적 평등의 원칙을 보장하고 있다. 따라서 동조는 일정한 사안을 직접 규율하는 개별적 평등원칙이 존재하지 않는 한에서 비로소 적용된다. 즉 일반적 평등원칙은 개별적 평등원칙과 달리 그 적용영역을 사항적으로 한정할 수 없는 일반조항의 성질을 가진다.<sup>7)</sup> 헌법

7) 계획법. 전게서. 238면.



이 일반적 성격의 평등을 규정하고 있는 것은 헌법생활의 모든 분야에서 평등관념이 규범적 기초로 작용하고 있음을 증명해주는 것이기도 하다.

## (2) 규범적 성격

헌법 제11조에 규정되어 있는 평등원칙은 기본권보장의 기초로서, 기본권보장을 위한(기능) 그리고 기본권보장에 관한(방법) 최고의 헌법원리이다.<sup>8)</sup> 또한 평등원칙은 모든 국가권력을 구속한다. 즉 국가가 모든 국가의 구성원에게 국가권력을 행사하는 경우에는 언제나 평등하게 대우하여야 한다. 뿐만 아니라 평등원칙은 객관적 법질서로서 모든 공동체구성원의 생활의 준칙이며, 나아가 국가권력작용의 지침이기도 하다.

## (3) 내용

### 1) 「법」의 의미

헌법 제11조 제1항에서 규정하고 있는 법 앞에 평등이라고 하는 경우의 “법”이라 함은 국민의 대표기관인 의회에 의하여 제정되는 형식적 의미의 법률 뿐만 아니라 명령·규칙 등 일국의 실정법규 전부뿐만 아니라, 초실정법으로서의 자연법까지도 포함하는 모든 법규범을 말한다.

### 2) 「법 앞에」의 의미

헌법 제11조 제1항의 “법 앞에”는 어떠한 규범적 의미를 가지는가에 대하여 법적용평등이라는 견해와 법내용평등이라는 견해가 대립되고 있다.<sup>9)</sup> 법적용평등설(입법자비구

8) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2008, 387면.

9) 특히 이와 같은 평등원칙의 효력과 관련하여 독일에서는 바이마르공화국헌법을 기점으로 한 형식적 평등과 실질적 평등의 논쟁이 있었다. 즉 바이마르공화국헌법 이전에는 법실증주의자들에 의한 형식적 평등이 지배적인 견해였으나, 바이마르공화국시대에는 새로운 의미의 평등관, 즉 실질적 평등이론이 본격적으로 전개되었다. Leibholz 교수로 대표되는 실질적 평등이론자들은 바이마르헌법의 평등조항(제 109조 제1항)을 법적용이 평등으로만이 아니라, 입법자도 평등한 사태는 평등하게 취급하여야 한다는 법(내용)의 평등으로 해석하였다. 이와 같이 법실증주의들과 실질적 평등이론을 주장하는자들간의 논쟁은 결국 독일기본법이 입법권을 포함하는 모든 국가권력이 기본권에 구속된다는 것을 규정함으로써 이 문제를 해결하고 있음에 따라 종결되었다(Hess, S. 179 f.; 국내에서 이를 소개하고 있는 대표적인 것으로 계희열, 전거서, 231면 이하). 여기서 형식적 평등이란 ‘법적용의 평등’을 의미하는 것으로, 모든 사람에 대하여 그 신분이나 지위와 상관없이 현행법을 예외없이 실현할 것을 요구하는, 즉 모든 사람은 법에 의해 평등하게 의무를 지거나 권리를 가지는 법 앞의 평등을 의미한다. 이러한 의미에서 법 앞의 평등을 법적용의 평등으로 파악한다면, 평등원칙에 구속되는 것은 무엇보다도 우선 법적용기관인 사법과 행정권이 된다. 즉 이 의미에서 평등원칙은 법적용의 준칙일 뿐, 입법의 준칙은 될 수 없다(立法者非拘束). 이와 달리 실질적 평등은 ‘법(내용)의 평등’을 의미하는 것으로, 법의 내용이 평등하려면 입법과정에서 평등한 법이 제정되어야 하는, 즉 입법자들이 평등원칙에 따라 법을 제정하여야만 하는 법제정의 평등을 말한다. 이 의미에서 평등원칙은 입법의 준칙이 되고 입법권은 평등원칙에 구속된다

속설)에 따르면, '법 앞의 평등'을 법을 구체적으로 집행하고 적용하는 국가작용인 집행과 사법에 만을 구속하는 것으로 본다. 이에 반해, 법내용평등설(입법자구속설)은 법의 집행과 적용뿐만 아니라 법의 제정까지도 포함하여 모든 국가작용을 구속한다고 보는 입장이다. 생각건대, 법적용평등설은 의회만능주의에 입각한 법실증주의적 관점에서 정당화될 수 있다고 할 수 있으나, 오늘날에 있어서 법적용평등 뿐만 아니라 입법자까지 구속하는 평등, 즉 법내용의 평등도 포함하는 것으로 이해하는 것이 타당하다. 왜냐하면, 근원적으로 입법자가 형성한 법률의 내용이 불평등하면, 그 법을 아무리 평등하게 행정 및 사법이 집행 내지 적용할 지라도 그 결과는 불평등할 수 밖에 없기 때문이다.

### 3) 「평등」의 의미

#### ① 상대적 평등

평등은 둘 또는 그 이상의 대상을 전제로 한다. 즉 단 하나의 대상을 전제로 하는 동일성과 달리 서로 다른 대상들간의 상화관계를 의미하는 관계개념이다.<sup>10)</sup> 평등은 또한 그 본질에 따라 절대적 평등과 상대적 평등의 관념으로 나뉜다. 헌법상의 평등은 헌법속에 내재된 인간으로부터 그 의미가 구체화될 수 있다. 즉 헌법상의 인간은 타고난 개성이 다양하며, 그가 처한 환경 및 능력 또한 다르다. 이러한 상황속에서 인간은 자기의 개성과 능력대로 생활을 영위하며 그 속에서 자신의 존엄과 행복을 추구한다. 따라서 국가는 이러한 인간을 하나의 기준으로 획일화하여 그들의 삶을 재단할 수 없고, 절대적 평등으로 다양한 인간의 생활을 하나의 기준으로 획일화할 수 없다. 즉 국가는 인간의 각기 선척적 또는 후천적 다양성을 인정하고 그에 상응한 다양한 각자의 몫을 인정하여야 한다. 헌법상의 평등은 이러한 인간을 전제로 한 상대적 평등을 의미한다. 상대적 평등에서의 '평등'은 「둘이상의 서로 다른 대상이 동일한 조건이나 상황에서 동일한 기준을 적용할 때 그 법적 효과(권리나 이익, 의무 또는 불이익의 부여 등)가 평등한 대우이거나 불평등한 대우로서 헌법적으로 허용되어야 하는 합리적인 것이어야 한다는 것」을 의미한다.<sup>11)</sup> 즉 상대적 평등에서의 평등은 일체의 차별적 대우를 부정하는 것을 의미하는 것이 아니고, 헌법적으로 정당화되는 합리적인 근거가 있는 차별을 허용하는 것을 의미한다. 헌법재판소도 「헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적·

(立法者拘束).

10) 계희열, 전제서, 230면.

11) 정중섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2008, 384면.

실질적 평등을 뜻하는 것이므로 합리적 근거없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 반한다,라고 판시하고 있다.<sup>12)</sup> 더불어 헌법재판소는 합리적 근거가 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다,고 판시하였다.<sup>13)</sup>

### ② 적법한 평등

평등은 적법한 상태와 행위만을 보호하며, 불법의 상태나 위법행위는 보호의 대상으로 하지 않는다. 불법의 영역은 법치주의의 본질상 처음부터 법의 보호의 영역에 속하지 않는다.<sup>14)</sup> 따라서 국가의 현실적 상황에 따라 일부불법행위에 대하여 제재를 가할 수 없었던 상황을 이유로 자신의 불법행위를 용인하도록 하는 내용의 청구권을 평등원칙으로부터 가질 수는 없다. 즉 평등권은 적법한 행위에 대하여 자신에 대한 평등한 대우를 요구하는 근거가 되며, 불법행위에서 타인이 자신보다 유리한 취급을 받는 것을 부인하는 근거가 될 수는 없다.<sup>15)16)</sup>

### ③ 실질적 평등

헌법 제11조 제1항의 평등은 '형식적 평등'을 의미하는 것이 아니라 '실질적 평등'을 의미한다. 이러한 관념의 평등의 의미에 따라 종래 사회로부터 차별을 받아온 일정집단, 예컨대 여자, 장애인 등에 대하여 국가가 그 차별로 인한 불이익을 보장해주는 적극적 평등실현조치(우선적 조치)가 헌법적으로 정당화된다.

12) 헌재 1999.7.22. 98헌바14.

13) 헌재 1997.5.29. 94헌바5.

14) 정종섭, 전계서, 385면.

15) 전광석, 「한국헌법론」, 법문사, 2007, 241면.

16) 이에 관한 정종섭교수는 다음과 설명하고 있다. 「불법주차를 한 차량이 여러 대가 주차되어 있는데, 고의적으로 그 가운데 고가의 차나 자가용 등 일부 차량에 대해서만 범칙금을 부과하는 조치를 한 경우나, 여러명이 범죄를 저지른 경우에 공범 가운데 일부에 대해서만 입건 수사하여 기소한 경우에 그 해당자가 자기와 동일한 처지에 있는 사람들에 대하여는 국가가 자기에게 조치한 것과 동일한 조치를 하지 않고 차별했다고 하면서 평등원칙이나 평등권의 위반을 주장할 수 있는가 하는 점이다. 이 경우에 국가가 범위반자에 대하여 고의적으로 차등 대우한 것은 사실이지만, 불법을 저지른 자는 법의 보호를 받을 지위에 있거나 이익을 가지는 것이 아니므로 이러한 주장을 하여 취소소송, 상소, 헌법소원심판 등을 통하여 국가행위의 효력을 다를 수는 없다고 할 것이다. 그러나 국가의 이러한 행위는 자의적인 것이므로 다른 자에 대해서도 동일한 조치를 취할 수 있는 경우에는 취하여야 하고, 차별적인 그러한 조치를 한 공무원은 권한을 자의적으로 행사한 것에 대한 책임(예:징계 등)을 진다」(정종섭, 전계서, 385면).

#### ④ 적극적 평등실현조치

실질적 평등의 관념에서 적극적 평등실현조치는 정당화된다. 여기서 적극적 평등실현조치란 「평등한 경쟁의 기회를 보장하는 데 그치지 않고, 과거 특정집단이 역사적으로 그리고 사회구조적으로 차별적 취급을 받았다는 점에 착안하여 이들 집단에게 부분적으로 '결과에 있어서의 평등을 실현하는 조치」를 말한다.<sup>17)</sup> 적극적 평등실현조치는 과거 차별받아온 소수집단에 대한 평등한 보호는 단순히 현재의 법의 평등한 보호만으로는 실질적 평등의 실현이 이루어지지 않는다는 점에서 과거의 불이익한 지위를 보상해줌으로써 사실상 평등한 지위를 보장하려는 것이다. 여성채용목표제, 장애인고용할당제 등이 이러한 이념을 실현하는 대표적인 조치에 해당한다.

#### ⑤ 상향적 평등(점진적 평등)

헌법상의 평등은 하향적 가치의 지향을 의미하는 평등이 아니라 상향적 가치를 지향하는 평등을 의미한다. 즉 국가가 수익적 행위를 통하여 입법목적을 달성하는 경우에 이를 일시에 모든 국민에게 적용하는 것은 재정적인 이유에서 불가능할 수 있다. 이 경우에 있어서 국가가 일정한 기준을 정하여 그에 따라 대상자를 선정하여 이들에 한하여 우선적으로 급부를 실시하는 것이 이에 해당한다. 이러한 경우는 점진적인 제도 개선을 목적을 하는 경우에 종종 발생한다. 헌법재판소는, 「헌법이 보장하는 평등의 원칙은 개인의 기본권신장이나 제도의 개혁에 있어 법적 가치의 상향적 실현을 보편화하기 위한 것이지, 불평등의 제거만을 목적으로 한 나머지 하향적 균등까지 수용하고자 하는 것은 결코 아니다. 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있어야 한다」라고 하여, 상향적 평등의 관념을 판시하고 있다.<sup>18)</sup>

근로기준법의 전면적인 적용대상을 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업장에 우선적으로 적용하는 경우나, 중학교의무교육을 일시에 전면적으로 실시하는 대신 단계적으로 확대 실시하도록 하는 경우가 대표적으로 이에 해당한다.

#### ⑥ 간접차별 포함 문제

평등원칙은 차별금지를 의미하는데, 이때의 '차별'은 직접차별만을 의미하는지 간접차별도 아울러 포함하는지 문제시된다. 여기서 직접차별은 국가작용이 금지된 차별기준을 위반하여 규율대상을 직접 차별대우하는 것을 말하며, 간접차별은 「차별기준이

17) 전광석, 전계서, 235면.

18) 헌재 1990.6.25. 89헌마107.

명시되지 않고 해당 조문 혹은 조치 그 자체는 중립적으로 그 대상을 결정하고 있지만 그러한 대상에 일정한 속성을 갖는 자가 주로 관련되어 있을 때 이루어지는 차별」을 말한다.<sup>19)</sup> 예컨대, 「조문 혹은 조치의 대상이 성별중립적으로 규정되어 있지만 주로 여성이 이 해당조문 혹은 조치에 의하여 불이익을 받을 때 성별에 따른 간접적 차별이 이루어진다고 평가된다」,<sup>20)</sup> 이에 대하여 간접차별까지도 차별금지에 포함되는가에 대하여, 견해가 나뉘어지고 있다. 즉 간접차별은 해당 사안과 직접 관련성이 없고 비교대상을 직접차별하는 것이 아니며, 이를 인정하면 입법자의 입법형성의 자유를 지나치게 축소·제한하기 때문에 간접차별은 차별금지에 포함되지 아니한다고 하는 견해와(불포함설), 차별의 원인보다는 차별의 결과에 중점을 두어 결과적으로 차별을 초래하였다면 그것이 직접 원인이 되었던 간접원인이 되었던 관계없이 모두 원칙적으로 금지되고, 다만 간접차별의 경우에는 직접차별에 비하여 정당화의 요건이 완화된다고 한다고 하는 견해(포함설)이 그것이다.<sup>21)</sup>

헌법재판소는 군필자에게 일정 직급의 공무원 채용 등에서 가산점을 주는 규정이 군필자와 군미필자간의 평등문제인데도 이를 남성과 여성의 평등문제로 다루어 남녀차별에 해당한다고 판시한 바,<sup>22)</sup> 여기에서 간접적으로 헌법재판소의 입장을 확인할 수 있다. 즉 동 판결에서 헌법재판소가 간접차별이라는 평가를 명시적으로 언급하지 않았지만, 그 내용으로 볼 때 간접차별을 전제로 한 해석이라고 할 수 있다.<sup>23)</sup>

### ⑦ 평등의 심사기준

헌법상의 평등은 평등권을 기준으로 국가권력의 정당성심사에는 다음과 같은 특징이 있다: 평등권은 특정한 보호영역을 범위로 하고 있지 않음으로 일반기본권과 같이 그에 대한 보호영역을 설정하고 그에 대한 제한이 있는 경우 그것이 정당한가를 심사하는 것이 아니라 차별이 있었는가의 차별의 존재를 검토하고 그 차별이 정당한가의 2단 구조에 의한 논증과정을 거친다. 평등의 심사기준으로서 '자의금지의 원칙'과 '비례의 원칙'이 적용되고 있다.<sup>24)</sup>

19) 전광석, 전계서, 237면.

20) 상계서, 237면.

21) 각 견해에 대하여는 정종섭, 전계서, 385-386면 참조하여 재구성하였음.

22) 헌재 1999.12.23. 98헌마363.

23) 동지: 계희열, 전계서, 246면.

24) 헌법재판소는 '재대군인 공무원채용시험 가산제도'에 대한 위헌결정(1999.12.23. 98헌마363) 이전에는 자의금지의 원칙을 적용한 판례도 있었고, 또한 비례의 원칙을 적용한 경우도 있었으나, 어떠한 경우에 완화된 기준으로서 자의금지의 원칙을, 또는 엄격한 심사기준으로서의 비례의 원칙을 적용할 것인가에 대한 명백한 기준을 제시하고 있지 않았었다. 군필가산점제도 사건에 관한 결정에서 헌법재판소는

〈외국법원의 심사기준〉<sup>25)</sup>

(1) 독일연방헌법재판소의 심사기준

1) 자의금지의 원칙

독일연방헌법재판소는 1980년 초반에 이르기까지는 '자의금지원칙'을 평등심사의 기준으로 판단하였다. 자의금지의 원칙이란 본질적으로 서로 같은 것을 자의적으로 불평등하게 또는 본질적으로 서로 다른 것을 자의적으로 평등하게 취급하는 것을 금지하는 것이다. 그러나 자의금지원칙은 명확하게 불명확한 것이 아닌 한, 합헌적인 것으로 보는 결과, 이에 의한 평등 원칙위반의 심사는 결국 입법자에게 광범위한 형성의 자유를 부여하며, 일반적으로 차별을 정당화하는 이유는 항상 발견될 수 있기 때문에, 결과적으로 자의금지원칙에 의한 심사는 헌법재판소의 지나친 사법적 자제를 가져온다는 비판이 제기되었다.

2) 새로운 정식: 수정된 자의금지원칙

자의금지의 원칙에 의한 심사로부터 나타나는 이러한 문제점을 해결하기 위하여 연방헌법재판소는 차별을 '인적차별과 물적 차별'로 구분하여, 물적 차별에 관하여는 자의금지의 원칙을 적용하지만, 인적 차별의 경우나 물적 차별로 인하여 인적차별의 효과가 발생하는 경우에는 비례의 원칙을 적용하였다.

여기서 인적차별이란 사무직 근로자와 생산직 근로자의 차별 등과 같이 인적 집단을 서로 달리 취급하는 경우, 특히 나이·혼인 여부·성별 등 당해 인적 집단의 특징적인 징표인 인적 관련 특징을 차별기준으로 사용하여 차별하는 경우를 일컫는 것으로서 이 경우에 입법자는 평등권에 의하여 보다 강한 구속을 받는다는 것이다. 물적 차별이란, 예컨대 16세 이상의 청소년이 디스코텍을 출입하기 위해서는 음식점에 출입하는 경우와 달리 보호자를 동반해야 한다는 규정은 동일한 청소년의 생활관계를 규율영역(음식점과 디스코텍)에 따라 달리 취급하는 것이므로 이를 물적 차별이라고 한다.

그러나 이 정식도 법적으로 규율되는 모든 구성요건에는 항상 인간이 관계되어 있기 때문에 물적 차별은 동시에 그 차별적인 법적 효과가 귀속되는 규범수범자의 차별, 즉 인적차별을 의미하게 되므로 인적 차별과 물적 차별을 명확하게 구별하는 것은 쉽지가 않다는 비판이 제기되었다.

3) 최신의 정식: 최근의 심사기준

연방헌법재판소 제1재판부는 위의 '새로운 정식'을 다시 수정하여, 차별로 인하여 기본권으로 보호되는 자유에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우에는 입법형성권이 축소되어 비례의

양자를 구별하고, 아울러 어떠한 경우에 각각의 심사기준을 적용할 것인가에 관하여 판시하였다.

25) 이에 관하여는 김철수, 「학설 판례 헌법학(상)」, 박영사, 2008, 586면 이하 참조하여 재구성한 것임.

26) Craig v. Boren, 429U.S.190(1976).

원칙을 적용하여 엄격하게 심사하고, 또한 헌법에서 직접 차별금지의 표지들을 명시하고 있는 특별평등규정에 해당하는 경우 등에 있어서도 엄격한 평등심사기준인 비례의 원칙을 적용하였다. 이외의 평등심사에 대하여는 자의금지의 원칙을 적용하고 있다. 즉 최근의 심사기준은 규율대상과 차별기준에 따라서 각각 단순한 자의금지로부터 비례성의 요청에 이르기까지 입법자를 구속하는 다양한 한계를 도출하고 있다.

## (2) 미국연방대법원의 심사기준

미국연방대법원은 전통적인 2단계기준, 즉 워렌 대법원 이전의 합리적 심사기준과 워렌 대법원 이후의 엄격한 심사기준에 의하여 평등위한 여부를 심사하여 왔다. 그러나 이후 크레이그 판결<sup>26)</sup>에서 엄격한 합리적 심사기준을 제시하고 있다.

### 1) 합리적 심사기준(rationality test)

합리적 기준은 최소한의 심사기준이라고도 하는 바, 입법 등에 의하여 결과적으로 차별적 효과가 발생하더라도 정당한 국가이익을 달성하기 위한 목적과 수단 사이에 합리적 관련성이 인정되면 악의적 차별은 아니라는 것이다. 이 기준은 주로 경제·사회관계 분야에 널리 적용되었으며, 이 기준이 적용되는 경우에는 입법자에게 광범위한 재량권을 인정하기 때문에 법률의 합헌성이 강하게 추정되고, 위헌의 입증책임은 위헌을 주장하는 측에 있게 된다.

### 2) 엄격한 심사기준(strict scrutiny test)

엄격한 심사기준이란 당사자의 기본적 권리와 대립하는 연방정부나 주의 '압도적 이익'이 있을 때, 그러한 차별조치가 그 목적수행에 '필수적 관련성'이 있어야 한다는 기준이다. 즉 차별입법이 필요불가결한 정부목적 달성을 위하여 필수적인 방법일 것을 요구한 기준이다. 이에 따르면, 정부의 입법목적이 단지 정당한 것만으로는 부족하고 필요불가결한 중요한 것이어야 하며, 사용된 수단은 그 목적과 단지 합리적으로 관련되어 있는 것만으로는 부족하고 그 목적달성에 필요하여야 한다.

이 경우 필요성은 입법목적 달성을 위하여 덜 제한적인 수단이 없어야 한다는 것을 의미한다. 이 경우 그러한 입법목적과 수단에 대하여는 합헌이라고 주장하는 정부측이 입증하여야 한다. 이 기준은 의심스러운 차별(인종, 혈통 등을 이유로 특정 집단을 구별하는 자체가 위헌이라고 의심받을 만한 차별)이나 기본적 권리의 차별적 제한에 적용되어왔다. 미 연방대법원은 헌법규정에 의하여 독자적이고도 명백하게 규정되어 있는 선거권, 거주 이전의 자유권이 기본적 권리에 포함된다고 보고 있고, 사회복지, 주거 및 교육과 같은 생활필수적인 영역은 기본적 권리에 포함되지 않는다고 본다.

### 3) 엄격한 합리적 심사기준(strict rationality test)(실질적 심사기준)

미 연방대법원은 1976년 크레이그 판결에서는 성별에 의한 구분은 정부의 중요한 목적과 그 목적달성을 위한 수단 사이에 실질적 관계가 성립되어야 한다고 하여, 2단계 기준의 중간

위치에 해당하는 새로운 기준, 즉 중간적 기준으로서 엄격한 합리적 심사기준을 새로 도입한 3단계기준을 채택하고 있다. 실질적 심사기준은 차별의 목적이 중요한 국가이익을 달성하기 위한 것이어야 하고 차별취급의 수단과 목적 사이에 실질적 관련성이 있어야 한다는 것이다. 즉 차별적 취급이 정부목적 달성에 실질적인 관련성을 가져야 하는 것을 요구하는 기준이다. 이 경우 입증책임은 일반적으로 정부측에 있다. 이 기준의 적용대상은 경제·사회관계 분야와 엄격한 심사의 대상이 되는 분야를 제외하고는 거의 이 기준에 따라 심사하여 왔다. 예컨대 성별, 외국인, 연령 등에 대하여는 이 심사기준에 의하여 심사하고 왔다.

i) 완화된 심사기준으로서의 자의금지의 원칙

자의금지의 원칙은 비교대상인 상황이 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급하거나, 또는 본질적으로 다른 경우를 자의적으로 같게 취급하는 것을 금지하는 원칙을 말한다. 여기서 말하는 '자의(恣意)'는 공권력의 주체에게 다른 방식의 행위를 취할 수 있는 가능성이 남아 있었다거나 혹은 그가 취한 행위방식보다는 다른 방식의 행위를 취하는 것이 보다 나은 것으로 판단된다하고 해서 곧 바로 인정되는 것이 아니라, 당해 공권력의 행사 또는 불행사가 어떠한 관점에서든 정당화될 수 없음이 명백한 경우에만 인정된다.

따라서 자의금지의 원칙은 입법자에게 광범위한 형성의 자유를 부여하며 본질적으로 동등하게 취급하거나 다르게 취급함에 있어서 어떠한 명백한 근거가 없는 한에서만 평등관위반으로 본다. 결국 자의금지의 원칙에 따르면, 합리적인 이유가 존재한다면 적극적 차별이 요청되며, 또 정당화된다(합리적 차별의 요청).<sup>27)</sup> 비교대상간의 합리적이고 객관적인 차이의 존재 여부는 당해 법률조항의 의미와 목적에 따라 판단되어진다.<sup>28)</sup> 결국 자의금지의 원칙에 의한 평등원칙의 심사는 입법형성의 여지가 비교적 넓게 존중되는 결과를 가져온다.

ii) 엄격한 심사기준으로서의 비례의 원칙

① 의의

평등원칙의 심사기준으로서 자의금지의 원칙에 의하면, 차별의 합리적인 이유가 존재한다면, 그 차별은 정당화된다. 이때에 있어서 차별의 정도와 종류 등에 관한 문제는 원칙적으로 제기되지 아니한다. 그러나 평등원칙에 대한 심사기준을 엄격히 할 필요성이 존재하는 경우, 그 차별의 종류 및 정도가 차별을 행하는 목적과 비례관계에 있는

27) 헌재 1999.4.29. 97헌마333.

28) 헌재 1996.12.26. 96헌가18.



나가 심사대상이 되며, 이에 의한 차별심사가 비례의 원칙이다. 평등심사의 기준으로서 비례의 원칙을 적용하는 경우에는 자의금지의 원칙에 있어서의 입법형성권의 정도보다 그 폭이 좁아진다.

⑥ 적용되는 영역

평등원칙의 위반여부에 대한 심사기준으로서는 원칙적으로 자의금지의 원칙에 의한 것이나, 엄격한 심사기준, 즉 공권력에 대한 강한 통제강도가 요구되는 영역에 있어서 비례의 원칙을 적용하여 평등원칙여부를 심사한다. 문제는 어떠한 영역에 있어 비례원칙을 평등심사기준으로 할 것인가이다.

● 헌법 스스로가 특별히 평등을 요구하고 있는 영역

여기서 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 영역 또는 경우란 헌법이 직접 차별금지기준 혹은 차별금지영역을 제시하고 있는 경우를 말한다.<sup>29)</sup> 이 경우에는 입법형성권이 축소되기 때문에 평등의 심사기준은 비례의 원칙이 적용된다.<sup>30)</sup> 헌법 스스로가 특히 평등을 요구하고 있는 영역으로서는 헌법 제11조 제1항 후문의 “성별·종교 또는 사회적 신분”을 이유로 한 차별을 금지하고 있는 규정, 제2항에서의 “사회적 특수계급 제도의 불인정 및 창설금지”에 관한 규정을 들 수 있다. 평등에 관한 이러한 원칙규정을 구체화하고 있는 규정, 즉 성별에 의한 차별금지는 헌법 제32조 제4항에 규정하고 있는 근로영역에서의 성별을 이유로 한 차별금지규정 또는 제36조 제1항에서 규정하고 있는 혼인과 가족생활에서의 성별에 의한 차별금지규정을 들 수 있다. 또한 종교에 의한 차별금지가 구체화되고 있는 규정으로서 헌법 제20조 제2항에서의 국교를 이유로 한 종교의 차별금지규정 및 병역의 영역에서는 헌법 제39조 제2항에 의하여 병역의무의 이행으로 인한 차별금지규정을 들 수 있다.

이와 같이 헌법 스스로가 특별히 평등을 요구하고 있는 영역은 입법자가 모든 경우에 평등대우를 해야 한다는 것은 아니지만, 차별대우의 경우에는 보다 특별한 정당성을 필요로 한다는 것을 의미한다. 즉 이 영역은 헌법이 절대적 차별금지나 평등대우를 명령하는 것은 아니지만 입법자가 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 징표(기준)을 명시하고 있는 것이며, 이로써 헌법 스스로가 이 점에 있어서 명확한 심사기준을 제시하고 있기 때문에, 헌법재판소는 이러한 점에서 헌법적 요청이 준수되는가를 엄격하게

29) 전광석, 전거서, 211면.

30) 헌법재판소가 본격적으로 엄격한 평등심사기준으로서 비례의 원칙을 적용한 것은 제대군인가산점제도를 심판대상으로 한 결정에서 볼 수 있다(헌재 1999.12.23. 98헌마363).

심사한다.

● 기본권에 대한 증대한 제한을 초래하는 영역

평등심사의 기준으로서 엄격한 심사가 요구되는가라는 것은 차별적 대우의 실질적 비중과 차별대우가 당사자에 대하여 가지는 의미와 효과에 달려 있다. 따라서 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 증대한 제한을 초래한다면, 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용된다. 그러므로 이때 헌법재판소는 자의심사에 만족할 것이 아니라, 입법목적의 정당성의에도 입법 목적을 달성하기 위하여 차별이 적정하고, 차별은 그 효과에 있어서 최소한의 부담을 가져오는 수단이어야 하며, 차별목적과 차별로 인하여 기본권주체에 있어서 발생한 부담은 적정한 비례관계에 있는가를 엄격히 심사하여야 하는 것이다.<sup>31)</sup>

iii) 엄격한 심사기준으로서 비례의 원칙의 심사요건

① 차별목적의 정당성

차별취급을 통하여 달성하고자 하는 목적이 정당하여야 한다. 차별이 실현하려는 정당한 목적을 인식할 수 없거나 차별목적 스스로가 위헌적이라면, 차별자체가 이미 평등원칙에 위반된다.

② 차별취급의 적합성

차별취급이 목적달성을 위하여 적합한 것이어야 한다. 즉 차별목적을 촉진하는데 기여하여야 한다.

③ 차별취급의 필요성

차별취급이 목적달성을 위하여 최소한의 부담을 가져오는 수단이어야 한다.

④ 차별취급의 비례성

차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적(공익)은 법적인 차별취급의 정도와 적절한 균형관계를 이루어야 한다.

31) 엄격한 심사기준으로서 비례원칙이 적용되는 경우로서는 대표적으로 제대군인가산점제도가 그 요건을 충족시키고 있다. 즉 제대군인가산점제도는 헌법 제32조 제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있는 "근로" 혹은 "고용"의 영역에서 남녀를 차별하는 제도이다(헌법 스스로가 특별히 평등을 요구하고 있는 영역). 또한 이 제도는 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무원임권이라는 기본권의 행사에 증대한 제약을 초래한다(기본권에 대한 증대한 제한이 가해지는 경우).

## 2. 개별적 평등원칙

### (1) 헌법규정

헌법은 일반적 평등원칙과 더불어 개별적 평등원칙을 규정하고 있다. 개별적 평등원칙은 일반적 평등원칙과 달리 평등의 내용을 구체적으로 규정하고 있다. 그러한 구체적 내용으로서 헌법 제11조는 제1항 제2문에서 차별금지사유와 차별금지영역을 명시적으로 규정하고 있으며, 제2항에서 사회적 특수계급의 부인과 창설금지를 그리고 제3항에서 영전일대의 원칙 및 특권제도의 금지를 규정하고 있다.<sup>32)</sup>

### (2) 헌법 제11조 제1항 제2문의 차별금지사유

헌법 제11조 제1항 제2문은 「누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 ... 차별을 받지 아니한다」라고 하여, 성별·종교·사회적 신분을 차별금지사유로서 규정하고 있다. 헌법이 규정하고 있는 이러한 차별사유를 예시적인 규정으로 볼 것인가(예시규정설) 아니면,<sup>33)</sup> 한정적으로 열거한 것(열거규정설)으로 볼 것인가에 대하여 견해의 차이를 보이고 있다. 열거규정으로 보는 것이 타당하다. 그 논거로서 전광석 교수가 제시하고 있는 것에 크게 찬동한다. 전광석 교수는 열거규정설을 취하면서 다음과 같은 논거를 제시하고 있다.<sup>34)</sup>

「첫째, 헌법 제11조 제1항은 비합리적인 차별을 일반적으로 금지하면서, 특히 차별금지기준을 직접 제시하였다. 따라서 이와 같이 차별금지기준을 한정적으로 열거한 헌법 제정권자의 의사에 특별한 의미를 부여하여야 한다.

둘째, 헌법이 예정하는 입법형성권과 관련된 논거이다. 헌법이 직접 차별금지기준을 제시했다면 이를 기준으로 한 심사에 있어서는 입법형성권은 좁아진다. 이 경우에는 단순히 자의금지의 원칙이 아니라 비례의 원칙에 따른 심사가 이루어진다. 헌법 제11조 제1항의 차별금지기준을 예시적 규정으로 보면 거의 모든 평등심사가 비례의 원칙에 따라 이루어져야 한다.

셋째, 헌법 제11조 제1항의 차별금지기준을 열거규정으로 보더라도 평등권의 내용이 축소된다고 할 수는 없다. 다음과 같은 이유에서이다. 차별금지기준이 열거규정이라고 해서 다른 기준에 따른 차별이 항상 허용되는 것은 아니다. 이때에는 일반적 평등권을 기준으로 한 심사가 이루어진다.」

32) 제회열, 전계서, 242면.

33) 종래 예시규정설이 통설이었다. 현재에도 다수학자가 이에 의하고 있다. 예컨대 김철수, 전계서, 593면; 권영성, 전계서, 391면; 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2008, 413면이 대표적이다.

34) 전광석, 전계서, 244면.

헌법상의 평등원칙을 일반적 평등원칙과 개별적 평등원칙으로 나누어보면, 개별적 평등원칙에 관한 규정으로서 헌법 제11조 제1항 제2문의 성별·종교·사회적 신분의 차별금지사유는 열거적인 것으로 보는 것이 타당하다.<sup>35)</sup> 이외의 차별사유는 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙에 의하여 그 정당성을 판단할 수 있기 때문이다.

이에 대하여, 헌법재판소는 「법관의 정년을 직위에 따라 대법원장 70세, 대법관 65세, 그 이외의 법관 63세로 하여 법관 사이에 약간의 차이를 두고 있는 것으로, 헌법 제11조 제1항에서 금지하고 있는 차별의 요소인 성별·종교 또는 사회적 신분 그 어디에도 해당되지 아니할 뿐만 아니라, 그로 인하여 어떠한 사회적 특수계급제도를 설정하는 것도 아니고, 그와 같이 법관의 정년을 직위에 따라 순차적으로 낮게 차등하게 설정한 것은 법관의 업무의 성격과 특수성, 평균수명, 조직체 내의 질서 등을 고려하여 정한 것으로 그 차별에 합리적인 이유가 있다고 할 것이므로, 청구인(법관)의 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다」고 판시한 법원조직법 제45조 제4항 위헌확인 사건<sup>36)</sup>에서 보는 바와 같이 예시규정설에 입각하고 있다.

#### ① 성별

헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 성별에 의한 차별금지는 남녀평등을 의미한다. 이에 따라 공법영역 뿐만 아니라 사법영역에서도 성에 관한 가치판단에 의한 차별대우는 허용되지 않는다. 그러나 성에 관한 가치판단의 결과가 아니라 남녀의 사실적 차이, 예컨대 생리적·신체적 차이에 따른 차별은 합리적인 이유가 있는 것으로 인정된다. 따라서 남녀간의 임금차별이나 결혼퇴직제, 남계혈족으로 범위를 한정하는 동성동본불혼제는 성의 가치판단에 기초한 차별임으로 헌법상 결코 용인되지 않는다.<sup>37)</sup> 그러나 이와 달리 남녀의 사실적인 생물학적 차이에 의한 차별은 합리적인 이유가 있는 것으로 헌법상 허용된다. 예컨대 강간죄의 객체를 여성에게만 인정하는 것<sup>38)</sup>이나 남자에게만 병역의 의무를 지우는 것 그리고 여성에게만 생리휴가를 주거나 특별한 근로보호

35) 동지: 계획열, 전게서, 242면; 정종섭, 전게서, 394면.

36) 헌재 2002.10.31. 2001헌마557.

37) 금혼의 범위를 동성동본인 혈족, 즉 남계혈족에만 한정하여 성별에 의한 차별을 하고 있는 것은 이를 시인할 만한 합리적인 이유를 찾아볼 수 없어 평등원칙에 위반된다고 판시하였다(헌재 1997.7.16. 95헌가6등).

38) 강간죄의 처벌의 대상을 남자에 한하고 여성의 정조만을 보호하고 있는 것은 성별에 의한 차별이며 헌법위반이라는 견해도 있으나, 대법원은 형법 제297조 강간죄에 있어서 그 객체를 부녀로 한 것은 남녀평등에 위반되지 않는다고 본다(대판 1967.2.28. 67도1).

를 하는 것 등은 남녀의 사실적 차이에 기초한 합리적인 차별로써 이에 해당한다.

### ② 종교

헌법 제11조 제1항의 종교에 의한 차별금지란 종교평등을 의미한다. 헌법은 제20조에서 종교의 자유를 보장함으로써 모든 종교에 대한 균등한 기회를 부여하고, 국교를 부인하고 나아가 정교분리의 원칙을 규정함으로써 국가는 모든 종교에 대하여 중립을 지킬 의무를 규정하고 있다.<sup>39)</sup> 이와 같이 헌법은 제도적으로 종교의 평등을 보장하고 이를 차별의 근거로 삼는 것을 금지하고 있다.<sup>40)</sup>

### ③ 사회적 신분

차별금지사유로서 사회적 신분이 무엇인가에 대하여 견해가 나뉘어지고 있다. '신분'이라는 말을 강조하는 선천적 신분설에 따르면, 사회적 신분은 출생으로 인하여 고정된 사회적 지위로 본다. 이 견해에 의하면, 사회적 신분은 가문이나 문벌과 다름이 없다. 이에 달리 후천적 신분설은 '사회적'을 강조하는 입장으로서, 헌법이 규정하고 있는 사회적 신분은 선천적 신분뿐만 아니라 후천적 신분도 포함한다고 본다. 즉 선천적 신분은 물론이고 인간이 후천적으로 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 사회적 신분으로 본다.

생각건대, 사회적 신분을 선천적 신분으로 국한하면, 그 개념의 폭이 너무 협소하고, 반대로 후천적 신분의 개념에 의하면, 지나치게 넓다는 감이 없지는 않다. 그러나 평등의 이념을 보다 적극적으로 실현하기 위해서는 선천적 신분 뿐만 아니라 후천적 신분에 의한 차별도 허용되지 않는 것으로 보는 것이 타당하다. 다만 후천적 신분에 의한 차별금지사유를 지나치게 확대하지 않기 위해서는 어느 정도 제한적으로 해석할 필요는 있다.<sup>41)</sup>

헌법재판소 또한 「헌법 제11조 제1항에서 '사회적 신분'이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미한다 할 것이므로 전과자도 사회적 신분에 해당된다고 할 것이다」라고 하여,<sup>42)</sup> 후천적 신분설에 기초하고 있다.

39) 헌법재판소는 일요일은 특정종교의 종교의식일이 아니라 일반적인 공휴일이므로 사법시험을 일요일에 시행하는 것은 불합리한 차별이 아니라고 판시하였다(헌재 2001.9.27. 2000헌마159).

40) 계회열, 전게서, 252면.

41) 동지: 계회열, 전게서, 253면.

42) 헌재 1995.2.23. 93헌바43.

### (3) 헌법 제11조 제1항 제2문의 차별금지영역

헌법 제11조 제1항 제2문은 「누구든지... 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니 한다」라고 하여, 차별금지의 생활영역으로서 인간의 모든 생활영역을 명시하고 있다.

#### ① 정치적 생활영역에서의 차별금지

정치적 생활영역에 있어서 모든 국민은 동등하게 취급되어야 한다. 따라서 국가기관 구성에 있어서 선거권과 피선거권이 평등하게 보장되어야 하며, 공직취임 등에서 평등이 보장되어야 한다. 특히 선거권과 관련하여 선거구인구의 불평등으로 인한 투표결과 가치의 불평등이 문제시 되고 있다.<sup>43)</sup>

#### ② 경제적 생활영역에서의 차별금지

경제적 생활영역에서의 차별은 금지된다. 예컨대 고용에 있어서의 동일자격·동일취업의 원칙이, 임금에 있어서는 동일노동·동일임금의 원칙이 준수되어야 한다.

#### ③ 사회적 생활영역에서의 차별금지

사회적 생활영역, 예컨대 주거나 여행 또는 공공시설의 이용 등에 있어서 차별은 허용되지 않는다.

#### ④ 문화적 생활영역에서의 차별금지

43) 이에 관한 각국의 태도를 보면 다음과 같다. 미국은 초기 선거구에 관한 문제를 정치적 문제라고 하여 사법심사의 대상에서 제외하였으나, Baker v. Carr사건에서 불평등한 인구비례에 의한 선거구획정은 평등의 원칙에 위반한다고 판시하였고, 그 후 많은 관례가 이를 지지하고 있다. 독일의 경우에는 선거구 인구의 최대의 편차가 33.3%이상이면 위헌으로 보고 있다. 이는 결과가치의 평등과 선거권자의 기회균등이 실현될 수 있도록 선거구의 분할에서 의석배분방법 그리고 선거운동기회 등에 이르기까지 합리적인 방법이 모색되어야 함을 의미한다. 우리헌법재판소는 1995년 결정에서 다수의사가 평균인구치의 상하 60%(전체적으로 4:1)를 초과하면 위헌이라고 보았는데 반해, 소수견해는 상하 50%(3:1)를 초과하면 위헌이라고 보았다. 이후 2001년 결정에서 당시의 환경적 상황, 특히 50%의 인구편차를 벗어나는 선거구가 30개이나, 상하 33 1/3% 편차를 벗어나는 선거구는 모두 81개 선거구에 이르고 있는 상황을 고려하여, 선거구를 재조정함에 있어서 상하 33 1/3% 편차 기준을 채택하는 경우 예기치 않는 어려움에 봉착할 가능성이 매우 크다고 하여, 평등선거의 실현을 위한 이상적인 것은 상하 33 1/3%이지만 현실적 환경상황을 고려하여 상하 50%편차를 초과하면 위헌이라고 하고, 앞으로 상당한 기간이 지난 후에는 인구편차가 상하 33 1/3%(상한인구수와 하한인구수의 비율이 2:1) 또는 그 미만의 기준에 따라 위헌여부를 판단하여야 할 것이라고 판시한 바 있다. 또한 다른 사건에서(헌재 2001.7.19. 헌마 91.112.134(병합)) 현재는 2003년 12월 31일 시한으로 이 사건 선거구구역표를 개정할 때까지 이 선거구구역표의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하였기 때문에 국회는 그때까지 3:1 편차이하가 되도록 개정하여야 한다.

문화적 생활영역에서도 차별적 취급은 허용되지 않는다. 예컨대 교육의 기회균등 및 문화적 자료이용 등에서 차별은 허용되지 않는다.

### 3) 특권제도의 금지

헌법 제11조 제2항과 3항은 사회적 특수계급제도의 부인과 영전일대의 원칙을 규정하고 있다. 여기서 사회적 특수계급이란 조선시대의 班常階級制度나 서양 봉건시대의 신분제도와 같은 신분계급을 형성하는 모든 형태의 계급을 말한다. 이러한 제도는 인정되지 않으며 어떠한 형태로든지 창설할 수 없다.<sup>44)</sup>

또한 헌법은 「훈장 등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 않는다」고 하여, 영전일대의 원칙을 규정하고, 그 세습을 부인하고 있다. 이는 영전의 세습으로 인한 특수계급의 형성을 방지하려는 의도가 있다.<sup>45)</sup> 그러나 훈장에 수반되는 연금의 지급이나 국가유공자, 군경유가족에 대한 구호는 위헌이 아니다(헌법 제36 조 제2항).

### (4) 기타 개별적 평등원칙 규정

이상에서 본 개별적 평등원칙은 헌법 제11조 제1항, 제2항 및 제3항 이외에 그 밖에도 혼인과 가족생활에서의 남녀평등(제36조 제1항), 교육의 기회균등(제31조 제1항), 선거 등의 평등(제41조 제1항, 제67조 제1항), 노동관계에 있어서 여성차별금지(제32조 제4항) 등에도 규정되어 있다.

## II. 평등권

### 1. 평등권의 의의

헌법은 제11조 제1항에서 「모든 국민은 법 앞에 평등하다」라는 하여, 모든 국민의 평등한 보호규정을 두고 있으나, 국민의 평등권에 관하여 명확하게 규정하고 있지 않다. 따라서 헌법해석상 헌법 제11조 제1항의 규정이 평등권을 보장하고 있는가에 대한 논란이 있을 수 있다. 그러나 헌법 제11조 제1항은 일반적 평등원칙을 규정하고 있을 뿐만 아니라 권리로서 평등권을 보장하고 있는 것으로 보아야 한다. 그러나 평등권은 타 기본권과 같은 보호영역을 가지고 있지 않아, 그에 대한 제한의 정당성 심사에 있어서는 보호영역의 설정, 보호영역에 대한 제한이 존재하는가 그리고 그 제한이 정당

44) 정종섭, 전거서, 397면.

45) 계희열, 전거서, 254면.

한가의 3단 구조가 아니라 차별이 존재하는가 그리고 그 차별이 정당한가의 2단계 구조로 심사한다. 헌법재판소도 헌법 제11조 제1항으로부터 평등원칙뿐만 아니라 평등권이 보장됨을 인정하여 이의 침해에 대하여 헌법소원심판으로 다룰 수 있다고 본다.<sup>46)</sup> 헌법이 보장하고 있는 평등권은 국가에 대하여 차별대우를 받지 아니할 권리와 국가에 대하여 적극적으로 평등하게 취급하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리이다. 이러한 평등권은 헌법생활 전 영역에서 인정되는 구체적인 권리이다. 평등권이 구체적인 권리라는 점에서 법적인 성질에서 평등원칙과 구별될 수 있다. 즉 평등권은 평등원칙과 달리 구체적인 권리이므로 그 침해에 대하여 헌법소원심판으로 다룰 수 있다.

## 2. 법적 성격

평등권은 실정헌법에 의하여 비로소 보장된 권리가 아니라 인간의 자연적 상태에서부터 누려온 초실정적이며 생래적인 권리이다.<sup>47)</sup> 또한 헌법에 규정된 평등권은 헌법상 보장되는 권리로서 한편으로는 주관적 권리로서의 성격을 가지며, 다른 한편으로는 객관적 질서로서의 법규범으로서의 성격을 갖는다. 따라서 이러한 평등권을 침해당한 경우에는 구체적인 기본권의 침해에 해당되어 법원이나 헌법재판소의 재판을 통하여 다룰 수 있다.

## 3. 주체

헌법 제11조 제1항은 「모든 국민」이라고 정하고 있으므로 국민이 평등권의 주체이고, 평등보호의 대상임은 당연하다. 또한 평등권은 초국가적 성질의 권리로서 모든 인간에게 공통적으로 보장되는 권리로서 원칙적으로 외국인(헌재 2001.11.29. 91헌마494)이나 다국적자 또는 무국적자도 평등권의 주체가 되고, 평등보호의 대상이 된다. 그러나 외국인에게 평등권의 주체성을 인정하는 경우에도 외국인을 언제나 내국인과 동일하게 대우해 주어야 하는 것을 의미하는 것은 아니다. 평등보호에서 보호되는 평등은 절대적 평등이 아니라 상대적 평등을 의미하기 때문에 구체적으로 어떠한 범위의 평등권을 어느 정도로 외국인이 누릴 수 있는지는 개별적인 상황을 참작해서 결정할 문제이며, 이를 선형적으로 획일하여 정할 수는 없다.<sup>48)</sup> 외국인들 사이에도 합리적인 이유가 있는 경우에는 평등보호에서 차이를 둘 수 있다. 무국적자에 대해서도 외국인과 달리 합리적인 차이를 둘 수 있다.<sup>49)</sup> 평등권은 또한 법인이나 법인격없는 단체에게도

46) 헌재 2005.3.31. 2003헌마87.

47) 동지: 김철수, 전계서, 446면; 권영성, 전계서, 390면; 성낙인, 전계서, 300면.

48) 정종섭, 전계서, 336면.



인정된다. 정당도 일정한 경우에 평등보호의 대상이 된다.

#### 4. 효력

평등권은 기본권으로서 대국가적 효력을 갖는다. 즉 평등권은 입법권, 행정권, 사법권, 헌법재판권 등 모든 국가작용을 직접 구속한다. 또한 평등권은 사인상호간에도 간접적으로 적용된다. 그런데 평등의 사안에 대한 적용에서는 자유와 평등의 관계가 필연적으로 고려되어야 한다. 평등이 차별대우를 금지하는 것이라면, 평등의 보장으로 자유의 보장에서 차별대우가 있거나 자유의 축소를 초래해서는 아니되기 때문이다. 자유민주주의에서는 평등도 자유속에서의 평등을 의미하기 때문에 평등을 사인간에 적용하는 경우에는 개인의 자유와 사적 자치를 침해하지 않아야 한다.<sup>50)</sup>

#### 5. 제한

헌법이 보장하고 있는 평등권의 제한이란 평등하여야 하지만 이를 불평등하게 취급

- 49) 정종섭, 전게서, 337면: “여러 생활영역에서 상황의 변화에 따라 종래보다 외국인을 내국인과 동일하게 대우하는 경우도 있고, 오히려 차이를 두는 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우에도 구체적인 사항에서의 평등보호가 헌법에서 보장되는 것인지 국가정책상 법률에서 보장되는 것인지를 구별할 필요가 있다. 국가가 일정한 경우에 정책적으로 외국인을 내국인과 동일하게 대우해 주었다고 하더라도 그렇게 할 필요성이 소멸되면 외국인과 내국인을 달리 대우할 수 있다. 따라서 그 성질을 구별함이 없이 법률에서 외국인을 내국인과 평등하게 대우한다고 이를 외국인의 헌법상 평등권의 주체성을 인정하는 근거로 삼을 수 없다. 예컨대 지방자치단체에서 일정한 영역에서 외국인을 고용하거나, 일정기간 동안 그 지역에서 거주하는 외국인에게 선거권 또는 주민투표권을 부여하여도 이를 법률이나 조례에 근거하거나 행정행위에 의하여 인정되는 것이므로 국가는 언제든지 이를 인정하지 않을 수 있다. 이는 국제법상의 국가주권원리에 의하여 정당화 된다”.
- 50) 「헌법재판소와 입법자는 모두 헌법에 기속되나, 그 기속의 성질은 서로 다르다. 헌법은 입법자와 같이 적극적으로 형성적 활동을 하는 국가기관에게는 행위의 지침이자 한계인 행위규범을 의미하나, 헌법재판소에게는 다른 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하는 기준으로서 재판규범 즉 통제규범을 의미한다. 평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게, 재판적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게, 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하고 있다. 그러나 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다. 즉 헌법에 따른 입법자의 평등실현의무는 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정 축소된다. 따라서 헌법재판소가 행하는 규범에 대한 심사는 그것이 가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 단지 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계 내에 머물고 있는가 하는 것에 국한시켜야 하며, 그럼으로써 입법자도 당연히 평등원칙의 기속을 받기 때문에 원칙적으로 동일한 위법과 책임조건을 갖춘 행위에 대하여 형사처벌에 있어서도 동일하게 규율함으로써 형법영역에서 평등원칙을 준수하고 실현할 의무가 있다. 그러나 어떤 행위를 범죄로 하고 이를 어떻게 처벌해야 하는가, 즉 범죄의 유형과 형량을 결정하는 것은 원칙적으로 형성의 자유를 갖는 입법자의 결정사항에 속한다. 따라서 평등원칙의 위반여부에 대한 헌법재판소의 판단은 단지 자의금지의 원칙을 기준으로 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 있는가의 여부만을 심사하게 된다.」(헌재 1997.1.16. 90헌마110)

하는 경우를 의미한다. 이러한 평등권의 제한은 헌법제정권력자에 의하여(헌법에 의한 제한), 그리고 입법자에 의하여 제한조치가 취해진 경우(법률에 의한 제한)가 있다. 입법자에 의하여 제한된 경우에는 헌법적 관점에서 통제의 대상이 된다.

(1) 헌법에 의한 제한

① 정당의 특별한 특권

헌법 제8조 제3항, 제4항은 정당에 대하여 일반결사와 다른 존립상의 특권과 재정적 특권을 규정하고 있다. 즉 정당은 그 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되어 헌법재판소의 심판에 의하여 해산되는 경우를 제외하고는 해산당하지 아니하고, 그 운영에 필요한 자금을 국고로부터 받는다는 점에서 일반결사와 다른 특권을 향유한다. 이는 정당이 수행하는 공공적 기능을 보장하기 위한 것이라는 점에서 기인한 것이다.

② 국가유공자 등 유가족의 우선취업기회보장

헌법 제32조 제6항은 일반국민에 비하여 국가유공자 등에 대하여 우선적 근로기회를 보장하고 있다. 동조는 국가유공자 등의 생계를 지원하고 애국애족의 정신을 함양시키는데 그 취지가 있다는 점에서 기인한 것이다. 그러나 헌법재판소는 국가유공자등예우 및 지원에 관한 법률이 규정하고 있는 국가유공자와 가족들에게 국가기관이 채용시험에서 10%의 가산점을 주는 것은 평등권침해로서 헌법에 합치되지 아니한다고 판시하였다.<sup>51)</sup>

③ 공무원과 방위산업체근로자의 근로3권제한

헌법은 공무원인 근로자에 대하여 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정하고 있다(제33조 제2항). 즉 헌법은 공무원 아닌 근로자에 비하여 공무원인 근로자의 근로3권을 제한하고 있다. 이는 공무원은 그 직무의 공공성 및 국민 전체에 대한 봉사자라는 특수한 지위에서 기인하는 것이다.

또한 헌법은 법률이 정하는 주요 방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 제

51) 「국가유공자 등예우 및 지원에 관한 법률」은 국가기관 및 기업체 등에서 채용시험을 실시하는 경우에 국가유공자 등에 대해서는 최종합격자 결정시까지 치러지는 모든 단계의 시험에 대해 만점의 10퍼센트씩 가점하도록 하는 방식을 채택하고 있다(동법 제31조). 헌법재판소는 이 조항에 대하여 합헌이라고 판시하였다가(헌재 2001.2.22. 2000헌마25), 이후 판례를 변경하여 국가유공자와 그 가족들에 대하여 가산점을 주는 것은 입법정책상 허용되지만 국가유공자의 가족에게 10%의 가산점을 주는 것은 심하게 차별대우하는 것이어서 헌법에 위반된다고 판시하였다(헌재 2006.2.23. 2004헌마675 등). 이상의 각주의 내용은 정종섭, 전게서, 406면 이하를 참조하여 재구성한 것임.

한하고 있다(제33조 제3항). 이러한 차별은 국익과 국방상의 이유에서 기인한 것이다.

④ 군인, 군무원, 경찰공무원 기타 법률로 정한 자의 국가배상청구권의 제한

헌법 제29조 제2항은 「군인·군무원·경찰공무원 기타 법률로 정한 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 입은 손해에 대하여는 법률이 정한 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다」고 하여, 군·경 등의 국가배상청구권을 일반국민과 달리 제한하고 있다. 동조는 헌법 자체가 인정하고 있다는 점에서 헌법정책상 합리성여부가 문제될 뿐 위헌여부는 문제시되지 않는다.<sup>52)</sup>

⑤ 군인·군무원 등에 대한 군사재판

일반국민의 일반법원의 재판에 대하여 군인·군무원 등에 대한 군사재판은 군사재판이 일반법원에 대하여 그 특수성을 가지고 있기 때문에 군인·군무원 등의 평등권의 제한이 된다. 이는 군인과 군무원의 신분적 특수성과 기능 및 군사재판의 특수성을 고려하여 정하고 있는 점에서 기인한 것이다.

⑥ 대통령과 국회의원의 특권

대통령과 국회의원은 그 직무에 관련하여 일반국민과 다른 특권을 가진다. 대통령의 형사상 특권(제84조), 국회의원의 불체포특권과 면책특권(제44조, 제45조)이 그것이다. 이는 대통령과 국회의원의 특권은 대통령의 권위를 유지하고 대통령과 국회의원의 원활한 직무수행을 위한 것에서 기인한 것이다.

⑦ 현역군인의 문관임용제한

헌법 제87조 제4항은 「군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무총리 또는 국무위원으로 임명될 수 없다」라고 하여, 일반국민에 대한 현역군인의 문관임용을 제한하고 있다. 이는 군의 정치적 중립성과 문관정치의 원칙을 확립하기 위한 것이라는 점에서 군인의 공무담임권을 제한하여 민간인과 차별하는 것이다.

(2) 법률에 의한 제한

1) 평등권제한 법률

52) 동조는 헌법상의 명문규정이 없던 제3공화국 당시, 즉 국가배상법에 규정되어 있던 군경에 대한 국가배상청구권의 제한에 대하여 대법원의 위헌판결이 있었다. 그러나 제4공화국헌법에 이를 규정하여 그 위헌성문제를 해결하였다.

법률에 의하여 평등권을 제한하는 예가 다수 있다. 예컨대 공무원법에 의한 공무원의 정당가입금지와 정치활동제한 및 주거지 제한, 군사관계법에 의한 군인·군무원의 영내거주·집단행위 제한, 형행법에 의한 수형자의 서신거열·교화 등 통신과 신체의 자유 등의 제한, 공직선거법에 의한 일정범위의 전과자 등에 대한 공무담임권의 제한 등이 그것이다.

## 2) 위헌 또는 합헌으로 선언된 평등권제한법률

입법자가 이상의처럼 평등권을 제한하는 법률을 제정하는 경우 헌법상의 평등원칙을 준수하여야 한다.

헌법재판소는 평등권제한법률에 대한 판결 중 합헌판결로서는,

- ① 공무원법에 의한 공무원의 정당가입금지와 정치활동제한 및 주거지 제한 등
- ② 군사관계법에 의한 군인·군무원 등의 영내거주 및 집단행위제한 등
- ③ 형행법에 의한 재소자의 서신검열·교화 등 통신과 신체에 대한 제한 등
- ④ 공무원법 및 공직선거 및 선거부정방지법에 의한 일정범위의 전과 등에 대한 공무담임권의 제한 등에 법률들이 대표적이다.

이에 반해 위헌으로 결정된 판결은 소송촉진등에 관한 특례법 제6조와 구 국회의원선거법 제33조, 변호사법 제10조 제2항, 교육공무원법 제11조 제1항, 지방의회의원선거법 제36조 제1항, 국유재산법 제5조 제1항 등이 있다.

## 6. 평등권의 침해와 구제

평등권침해에 대하여는 일반적인 기본권침해에 관한 구제절차를 밟을 수 있다. 즉 청구원권(제26조), 재판청구권(제27조), 국가배상청구권(제29조), 위헌법률·명령·규칙·처분심사청구권(제107조, 제111조), 헌법소원심판청구권(제111조 제1항 제5호) 등을 통하여 침해된 평등권의 구제를 실현할 수 있다.

## C. 사안과 관련한 판례

사례 및 검토된 이론을 중심으로 관련 판례를 검토한다. 예컨대, 재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제2조 제2호 위헌확인(헌재 2001.11.29. 99헌마494); 국가유공자등 예우 및 지원에 관한 법률 제34조 제1항 위헌확인(헌재 2001.2.22. 2000헌마25); 지방자치법 제87조 제1항 위헌확인(헌재 2006.2.23. 2005헌마403) 등을 검토한다.

그리고 사례와 직접 관련된 판례, 즉제대군인지원에 관한 법률 제8조 제1항 등에

관한 헌법소원(헌재 1999.12.23, 98헌마363)사건을 검토한다. 그리고 동 판결에 관한 평가를 병행한다.

#### D. 결론

사례와 검토된 이론 등과 관련 판례에 대하여 토론을 유도하여, 그에 관한 새로운 해결가능성을 여부를 검토하게 한다.

### 참고문헌

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2008.  
계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2007.  
김상겸, “헌법교육방법론”, 「법학전문대학원 교육과정 및 교수법 개발연구」, 한국법학 교수회, 2007. 4.  
김철수, 「학설 판례 헌법학(상)」, 박영사, 2008.  
임지봉, 헌법의 구체적 강의 방법과 내용, 「법학논고」, 제28집, 경북대학교 법학연구소 학술세미나 2008. 6.  
성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2008.  
전광석, 「한국헌법론」, 법문사, 2007.  
정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2008.  
정현미, “법학전문대학원에서 형법의 교육과정 및 교수법 개별 연구”, 「법학전문대학원 교육과정 및 교수법 개발연구」, 한국법학교수회, 2007. 4.

[Abstract]

## A Speculation on How to Teach the Constitutional Law in Law School?

Pyo, Myoung-Hwan

*Professor, Law School, Jeju National Univ.*

As one of the results of judicial reform, finally Law School System come into Korea Mach 2009. Consequently, Constitutional Law is supposed to become a mandatory teaching course like in U.S.

We can refer to a lot of discussions accumulated for Constitutional Law in U.S. in considering the desirable contents of Korean Constitutional Law's lecture. I'd like to suggest a method to effectively teach Constitutional Law, which is based on this discussion.

I think the lecture have to include the discussion between professor and student. For attend the lecture, student should speculate many considerable things.

**Key words** : Constitutional Law, Law School, the method of lecture, the contents of lecture, judicial reform.