

병역법 제3조 제1항 등에 관한 헌법소원을 통해 본 ‘남성만의’ 병역의무제도*

양현아**

초 록

본 논문은 2008년 12월 현재 헌법재판소에 계류 중인 병역법 제3조 제1항과 제8조 제1항에 대한 헌법소원을 통해 남성들에게만 병역의무를 부과하는 현행 제도에 대해 고찰하고 있다. 대한민국 남성인 K씨는 남성만의 징병제도가 자신의 평등권과 자유권을 침해하였다고 하면서, 병역법의 해당조문이 헌법에 합치하는지 여부를 심사해 줄 것을 청구하였다. 청구인은 현대의 전쟁 개념에 따라 신체적 조건이 군인이 되기 위한 조건이 아니며, 이미 다양한 형태의 대체복무가 실시되고 있는 바, 입법자는 여성이 자원하는 방법 이외에 다른 방법의 병역의무를 고려해야 한다고 주장한다. 이에 대해 국방부 장관은 본 병역법은 최적의 전투력이라는 입법 목적을 가지고 있는데, 이러한 목적에서 볼 때 현재 군인 인력이 충분한 상태이며, 여성과 남성 간의 실제적 차이를 고려할 때 병역법의 해당 조문은 평등권에 위반하지 않는다는 의견을 제출하였다.

이 글은 본 헌법소원 사건을 개인의 청구를 넘어서 사회적 ‘징후’로서 해독하는 사회법학적(socio-legal) 방법으로 접근하는 한편, 남성만의 징병제도라는 젠더 문제로 그 의미를 부여한다. 특히 앞서 본 ‘최적의 전투력’ 또는 ‘성별 간 차이’라는 논거들이 단지 법의 형식 논리에 의해서가 아니라 사회과학적 사실과 그 사실에 대한 해석을 요청하는 사안인 바, 본 사건에 대한 사회과학적 접근은 필수 불가결한 것임을 강조한다.

본론에서는 본 사건에 관한 한국의 지배적 담론과 미연방 대법원의 로스커(Rostker) 판결을 살펴본 후, 남성만의 징병제도의 헌법 합치성을 심사하기 위하여 제시된 논거들에 대해서 검토하고 있다. 여기서는 먼저, 남성만의 징병제도가 여성에게는 ‘수혜적 차별’이라는 논거에 대해서 현행 제도가 남성에게도 여성에게도 수혜라고 할 수 없다는 점을 지적한다. 남성만의 병역의무 제도를 정당화해 온 성별간 차이론에 대해서는 기성의 통념을 비판적으로 보지 않는 차이론의 위험성을 경고하고 있다. 대신

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2008학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 법과대학 교수 (hyang@snu.ac.kr)

군인의 의무를 세분화하여 이들을 노동법상의 진정직업자격(BFOQ) 심사의 대상으로 삼을 것을 제안한다. 또한 최적의 전투력과 충분한 인력론은 현재의 남성 병역제도를 당연시 한 전제 위에 입각한 논거이기에 재검토되어야 한다고 주장하였다. 이상의 이유에서 본 연구는 해당 병역법 조문들은 헌법 제11조 제1항이 보장하는 성별을 이유로 한 차별 금지에 반한다는 견해를 피력하고 있다.

주제어: 위헌심사, 남성징병제, 수혜적 차별, 병역법 제3조 제1항, 여성의 차이, 여성주의 법학

I. 여는 말

최근 병역법에 규정되어 있는 남성만의 병역의무 제도에 대하여 헌법소원이 제기되어 주목된다. 대한민국 남자인 K씨는 병역법 제3조 제1항 등이 헌법상 보장된 자신의 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였고, 2008년 12월 말 현재 본 사건은 헌법재판소에서 심의 중이다.¹⁾ 대한민국 헌법은 모든 국민에게 국방의 의무를 부여하고 있지만,²⁾ 병역법 제3조 제1항과 제8조 제1항은 아래와 같이 성별에 따라 다르게 병역 의무를 규정하고 있다.

병역법 제3조 제1항 [병역의무] “대한민국의 국민인 남자는 헌법과 이 법이 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다. 여자는 지원에 의하여 현역에 한하여 복무할 수 있다.”

병역법 제8조 제1항 [제1국민역의 편입] “대한민국 국민인 남자는 18세부터 제1국민역에 편입된다.”

위 조문에 따라 대한민국 국민인 남성에게는 일률적으로 병역 의무를 부과되고 있지만, 여성에게는 자원에 의해서만 병역 의무를 이행할 수 있게 되어 있다.³⁾ 한편, 헌법에 규정되어 있는 국방의 의무란 국토방위의 의무이며, 국

1) 2006 헌마 328, 병역법 제3조 등 위헌확인.

2) 헌법 제39조 제1항 “모든 국민은 법률에 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다”.

방의 의무란 남녀노소 가릴 것 없이 ‘모든 국민’에서 부과되는 의무이다. 이에 따라 국가는 국민에게 병역의무를 과할 수 있을 뿐 아니라, 법률이 정하는 바에 의해 방공(防空)의무, 군 작전에 협력할 의무 등을 과할 수 있고, 모든 국민은 민방위기본법, 전시근로동원법, 비상자원관리법 등에 의한 일부 간접적 병력 형성 의무를 지게 된다. 한편, 병역법상의 병역의무란 국방의 의무에 비해서 좁은 개념으로서 국민이 ‘군인으로서’ 복무할 의무를 의미하며, 실효성과 실질적 시행의 면에서 이 군인으로서 복무할 의무가 국방의 의무의 근간을 이루고 대부분의 비중을 차지한다 (김주환, 2007:373-4).

1948년 대한민국 건국 이래 남성만의 병역의무 제도는 한국 병역제도의 근간이라 할 수 있기에, 이 글은 해당 헌법소원 사건을 통해서 한국의 남성만의 병역의무 제도를 법학과 사회학 그리고 페미니즘이라는 학제적 차원에서 분석해 보고자 한다. 구체적 사건의 분석에 들어가기에 앞서, 다음 장에서는 본 사건의 내용을 청구인과 관계인의 의견을 중심으로 살펴보면서 연구 문제를 설정하기로 한다.

II. 헌법소원의 사건 내용

앞서 언급한대로, 병역법 제3조 1항 등에 대한 사건 청구인 K는 1981년 8월 13일생으로서 대한민국 국민인 남자다. 청구인은 병역법에 의해 제1국민역에 편입되었고, 모집병에 합격해 병무청으로부터 입영영장을 받았다. 본 사건 청구인의 주장에 따르면, 헌법 제39조 제1항 및 제 11조 제1항 제2문에 따라 대한민국 여자와 남자는 원칙적으로 성별에 관계없이 누구나 국방의 의무를 이행하여야 하지만, 병역법 제 3조 제1항과 제8조 제1항에 의해 병역의

-
- 3) 위 규정 등에 의하여 일반 사병으로 복무하는 대다수 남성과 달리 여성은 여성장교와 부사관과 같은 군간부에 한정하여 지원할 수 있다. 이에 따라 여성이 군인이 되기 위해서는 학력 조건 등이 요청되고 필기시험과 같은 선발과정을 통과해야 한다. 그럼에도 여성(직업) 군인 지원자의 경쟁률은 남성의 그것과 비교도 되지 않을 만큼 치열한 경쟁률을 보이고 있는데, 이것은 군대가 (여성의) 직업선택 기회와 관련되어 있다는 것을 보여준다. 참고로 여성장교가 되기 위해서는 사관학교나 4년제 대학을 졸업해야 하고, 부사관의 경우도 임무에 따라 조건이 다르지만, 일반적 조건은 다음과 같다: ① 고졸이상 또는 동등이상의 학력 소지자; ② 18세 이상 27세 이하자 (여군 미혼), 이외 신체, 체중, 체력.

무를 지거나 제1국민역에 편입될 수 있는 자는 오로지 ‘대한민국 국민인 남자’이다. 그리하여 위 병역법의 대상 조문들은 자신의 평등권, 직업의 자유, 신체의 자유, 거주 이전의 자유, 학문의 자유를 침해한다는 것이다.

청구인은 현대의 전쟁 개념이 무기의 현대화로 인해 건장한 신체를 기초로 무기를 들고 싸우는 전통적인 개념의 전쟁과 다름에도 불구하고 남성의 신체적 조건이 여성보다 우월하다는 점만을 중요시하여 남성에게만 병역의무를 부과하던 전통적 병역법이 재고되어야 한다고 주장한다. 게다가 병역법 제5조는 병역의 종류와 관련하여 현역, 예비역, 보충역, 제1국민역, 제2국민역으로 나누어 규정하고 있는데, 여기서 현역 이외에 보충역, 제1국민역, 제2국민역의 복무 중 업무는 실질적으로 병역과는 무관하고 국가에서 부족하거나 필요한 인력을 보완하는 공익적 업무가 대부분이다. 특히 보충역에는 속하는 공익근무요원, 공중보건 의사, 징병전담 의사, 국제협력 의사, 공익법무관, 공익수 의사, 전문연구요원, 산업기능요원의 복무내용은 전통적 병역의무가 아니라 넓은 의미의 대체복무형태라 할 것이다. 이러한 대체복무형태를 통한 업무는 여성이라고 하여 못할 이유가 전혀 없다고 주장한다.

청구인은 “여성들도 남성과 똑같이 군대에 가야만 한다”고 주장하는 것은 아니지만, 이처럼 여성도 수행할 수 있는 병역의무의 방안이 분명히 여러 가지 있음에도 불구하고 입법자는 여성이 자원하여 현역을 수행하는 것 이외에 아무런 방법도 고려하지 않아 ‘여성을 남성과 차별하여 실질적인 국방의 의무(병역의 의무)를 면제한 것은 헌법상의 의무주체를 자의적으로 축소하여 법률로 규정한 것이라는 것이다[필자 강조].’ 요컨대 해당 심판대상조항은 남자에게만 병역의무를 부과하고 있고 여자에 대해서는 병역의무를 면제하고 있어서, 상호 비교집단, 즉 ‘대한민국 국민인 남성’과 ‘대한민국 국민인 여성’을 구별짓고 차별하고 있다. 특히 이 경우, 남성이 여성에 비해 차별받고 있다는 것이다.⁴⁾

이러한 청구에 대해 국방부 장관은 그 의견서에서, 청구인의 헌법소원심판 청구는 적법요건이 결여되어 각하되어야 하고⁵⁾, 설령 적법요건이 구비되었

4) 2006 헌마 328, ‘심판청구원인 보충서.’

5) 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 자신의 기본권이 직접 침해받은 자가 청구할 수 있고, 매개행위(행정처분 등)가 있는 경우에는 이를 직접 헌법소

다고 해도 청구인의 평등권, 직업선택의 자유 등이 침해되었다고 볼 수 없으므로 이 사건 헌법소원심판청구는 기각되어야 한다고 주장한다.

특히 평등권과 관련해서 국방부 장관은 “‘남녀평등’은 획일적으로 동일 업무를 남녀가 동등하게 수행하는 것을 의미하는 것이 아니라, 사회적으로 인식되어 있는 남자와 여자의 일반적 차이를 인정하고, 그 차이에 합당한 기회를 제공해 줌으로써 달성될 수 있는 것”이라고 전제한 후, “국방의 의무를 부담하는 국민들 중에서 구체적으로 어떤 사람을 징집하여 군복무를 시킬 것인가(병역의 의무)는 입법자가 국가의 안보상황, 재정능력 등 여러 가지 사정을 고려하여 필요한 범위 내에서 결정할 사항”이라고 하고 있다.

징집대상자의 범위를 결정하는 측면에 대해서는 “그 목적이 국가안보와 직결되어 있고 급변하는 국내외 정세 등에 탄력적으로 대응하면서 ‘최적의 전투력’을 유지할 수 있도록 합목적적으로 정해야 하는 사항이기 때문에, 본질적으로 입법자의 입법형성권이 광범위하게 인정되는 영역”이라는 것이다. 또한 “우리나라의 병력수급 상황이 여성에게까지 현역병 징집 입영에 의한 병역의무를 부과를 요구할 정도는 아니며, 만약 여성에게까지 이러한 의무를 부과한다면 봉급 지급에 의한 국가예산의 문제, 내무생활의 여건 문제 등 많은 어려움에 봉착하게”될 것이다. 이러한 근거에서 국방부 장관은 “병역법 제3조 제1항에서 남자만을 현역병 징집의 대상으로 규율하는 것은, 여성을 차별하거나 남성을 차별하는 것이 아니다”는 의견을 제출하였다.⁶⁾

주지하다시피, 우리 헌법 제11조 제1항은 국민의 기본권으로서 평등권에 대해 규정하고 있다.⁷⁾ 해당 헌법 조문에 의해 금지되는 성차별이란 성별을 이유로 한 차별적 대우로서 합리적 근거에 따라 정당화되지 못하는 행위로써, “법률 기타 공권력의 행위가 어느 한 성을 다른 성보다 더 열악하게 대우함으로써 불이익을 주는 것”이며 다른 성에 혜택을 주는 것도 마찬가지다. 이

원을 통해 다룰 수 없다. 본 사건 청구인은 병역법에 의해 제1국민역에 편입되고 모집병에 합격되었고 입영영장을 받았으므로 이러한 처분에 대하여 행정소송으로 불복하여 권리구제절차를 밟는 것이 타당하다는 의견이었다.

6) 2006 헌마 328, ‘의견서’.

7) 헌법 제11조 제1항 “모든 국민은 법 앞에서 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”

경우 개인의 이익이 침해되면 그것이 경제적 이익이든 정신적 이익이든 정서적 이익이든 상관없이 기본권 침해 가능성이 인정되며, 불이익의 경중은 문제되지 않는다(김주환, 2007, 375). 따라서 본 헌법소원 사건은 남성에게만 병역의무를 부과하는 병역법의 조항들이 평등권 보호에 관한 헌법 제11조 제1항문과 국방의 의무에 관한 헌법 제39조 제1항에 합치하는가 여부에 관한 것이라 할 수 있다.

본 사건을 검토한 바 있는 헌법학자들에 따르면, 병역법 제3조 제1항은 남자와 여자라는 표지에 따라 서로 다른 법적 효과를 미치고 있기 때문에, 이때의 차별은 일견 ‘직접차별’의 유형에 해당한다고 한다(김주환, 2007: 376; 이종수, 2007: 408).⁸⁾ 그렇다면, 이러한 성별에 따른 차별적 대우를 정당화할 수 있을 정도의 충분한 근거를 해당 법의 조문들이 가지고 있는지 여부가 본 사건의 핵심일 것이다. 본 사건이 한국 국민 전체를 남성과 여성으로 분류하여 다르게 대하여 왔음에도 ‘자연스럽게 받아들여져 온’ 병역 제도에 대한 도전이라고 할 때, 법학적 측면 뿐 아니라 사회, 경제, 문화적 차원에서 여러 측면에서 의미를 가지고 있다.

먼저, 남성만의 병역의무 제도는 한국의 군사제도의 근간에 해당하기에 이러한 제도에 대한 헌법 심사는 군사제도 전반의 인적·물적 자원 뿐 아니라 군대의 이념, 전술, 철학의 측면을 검토하고 심사할 수 있는 계기가 될 것이다.

둘째, 남성만의 병역의무 제도에 대한 도전은 남성과 여성의 성별 역할과 사회화에도 큰 영향을 미칠 수 있다. 이는 결과적으로 ‘강건한 남자’ 또는 ‘연약한 여자’라는 성별 특성에 대한 통념에도 변화를 이끌어 내는 데 일조할 것이다. 요컨대, 남성 징병제의 변화는 한국의 남성다움과 여성다움을 만들어 내는 중심 기제의 재구성을 뜻한다.

셋째, 남성 병역의무 제도가 붕괴된다면, 이는 여성의 노동 권리와 직업 선택의 측면에서도 큰 영향을 미칠 것이다. 이 글에서 다룰 것처럼, 만약 여성도 징병 대상이 된다면, 현재의 남성들에게 군대가 그러하듯이, 여성들도 기계, 화학 관련 분야 뿐 아니라 인사, 통솔 등에 있어서의 훈련받을 기회에 노

8) 제 75 회 ‘헌법실무연구회(2007.5.11 개최)’에서는 본 헌법소원 사건을 다루었다. 이 글에서 살펴보는 김주환 교수, 윤진숙 교수, 이종수 교수의 글은 본 토론회에서 처음 발표되었다.

출될 것이고, 이는 이후 직업선택과 관련성을 가질 것이다. 이상의 점 이외에도 남성 병역의무제도의 종식은 전체적인 젠더 구조의 변화라 할 만한 많은 변화들을 이끌어낼 것이다.

이러한 견지에서, 본 사건은 어떤 개인이 주장하는 권리 침해의 차원을 훨씬 넘어서 사회시스템 차원의 문제를 노정하는 징후적 사건이라 이해한다.⁹⁾ 이 같은 시각 아래 남성 징병제가 놓여 있는 사회적 맥락 속에서 본 사건을 독해하는 법사회학적(socio-legal) 방법으로 논리를 구성하고자 한다. 법사회학적 방법은 남성징병제의 합헌 여부의 근거들을 법학적인 논리에 국한하지 않고 사회적 맥락 속에서 해석하는 방법이라고 일견 말할 수 있다.¹⁰⁾ 앞의 의견에서 제시되었던 논거, 예컨대 ‘성별에 따라 적합한 역할이 있다’ 라든가, ‘최적의 전투력이라는 입법 목적을 위해서 남성만의 징병제가 정당하다’는 등의 근거는 실정법의 테두리를 넘어서 사회적 사실과 그 사실에 대한 이념적 평가를 요청하는 사안으로 보인다. 사회과학이란 사회적 사실을 수집하고 분석할 뿐 아니라 사회적으로 형성되는 가치관과 이데올로기 등도 분석 대상으로 한다고 할 때, 법사회학적 방법은 법과 제도를 정당화하는 사실 인식과 그 인식에 내재한 이념도 연구의 대상으로 포섭할 수 있다는 점에서 적절하다. 또한, 남성만의 병역의무제도는 젠더 관계에서 정의(正義)를 추구하는 페미니즘 법학의 판단을 요청하는 사안이기도 하다. 그간 한국의 페미니즘 진영에서 군복무 문제가 다루어지기는 했지만 상대적으로 소극적으로만 다루어졌던 분야라고 할 때¹¹⁾, 페미니즘의 시각에서 남성만의 병역의무 제도를

9) 참고로, 이 사건 이전에도 동조문 병역법 제3조 제1항에 규정된 남성만의 병역의무에 대하여 헌법소원심판이 청구된 바 있었으나 그 청구가 모두 각하되었다. (2000헌마30 병역법 제3조 제1항 위헌확인; 2002헌마79 병역법 제3조 제1항 위헌확인).

10) 여기서 ‘사회적 맥락 속에 법(적 사건)을 해석한다’는 방법의 특성이 언제나 명확한 것은 아니다. 그것은 이미 제정된 실정법의 틀 안에서 법을 해석한다는 태도를 넘어서서, 법률이 제정되고 집행되는 정치, 경제, 문화적 상황 속에서 법을 재해석한다는 것을 의미한다. 구체적으로는 특정한 법제도를 고안하고 정당화하는 정치경제적 이해관계와 조건들, 법제도를 둘러싼 담론적 지형 속에서 재해석하는 방법론과 시각을 의미한다 [최대권, 2000, 34-5; 양건, 2000, 24-6면 참고할 것].

11) 한국의 여성주의자 간에 남성 징병제 자체가 대단히 중요한 의제가 되었다고 말하기 어렵다. 제대군인가산점제도의 위헌여부를 둘러싸고 군가산점제에 대한 열띤 공방이 있었고, 페미니스트에 대한 제대군인(남성)들의 반격이 있었으며, 군가산점제는 2008년 현재까지 논란이 되고 있다 [<여성과사회>, 2000 참고]. 남성 징병제에 대한 페미니스트의 대표적

어떻게 볼 것인가에 대한 논의가 좀 더 필요하다고 하겠다.¹²⁾ 본 논문은 이상과 같은 시각과 목적 위에 서 있으며, 다음 장에서는 한국과 미국의 관련 사건에서 법원의 태도를 살펴봄으로써 남성만의 징병제에 관한 법과 사회의 담론을 분석하기로 한다.

III. 본 사건에 대한 의견과 미국의 관련 사건

1. 합헌 의견

1999년 헌법재판소는 ‘제대군인 군가산점제’와 관련해 해당 법률의 성별 분류에 대한 헌법 심사 기준으로서 엄격심사 기준을 제시한 바 있다.¹³⁾ 한편, 우리 헌법 제37조 제2항은 법률에 의하여 국민의 기본권이 제한될 수 있으나, 그 경우에도 국민의 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 기본권 제한의 과잉금지 원칙 규정을 두고 있다.¹⁴⁾ 그렇다면, 구체적으로 어떠한 기준에 의해 본 사안을 심사해야 할 것인지 각 논거 별로 살펴보기로 한다.

2008년 12월 현재 헌법재판소의 결정은 아직 내려지지 않았지만, 그간의

논쟁은 2003년 <IF>에서 이루어졌고, 이외에도 여성주의 평화운동의 맥락에서 논의되어 왔다 [<IF>, 2003 참고].

12) 주지하다시피, ‘페미니즘’의 흐름이란 하나가 아니다. 페미니즘으로 지칭되는 사상체계에는 다양한 페미니즘의 이론적 흐름이 있고, 특히 1980년대 이후 페미니즘은 인종, 계급, 성성, 국가 등과 같은 성별과 다른 사회적 축 속에서 복합적 양상을 띠고 있다. 학문적으로도 페미니즘의 기반이 넓어지면서, 문학, 철학, 역사, 사회학 등을 넘어서 다양한 영역에서 그 영향력을 깊숙이 미치고 있다. 하나의 진실을 전제하는 ‘큰 담론적(meta-narrative)’ 태도야말로 페미니즘이 경계해야 할 것이라고 사료된다. 이렇게 본다면 경계해야 할 일은 페미니즘의 다양화가 아니라 페미니즘을 획일화시키는 내외적 힘이다.

13) 헌법재판소 1999년 12월 23일 선고, 98헌마363.

14) 일반적으로 헌법 제 37조 제2항에서 제시하는 기본권 제한의 한계로서 과잉금지 원칙은 다음과 같은 네 종류의 심사 요건을 가진 것으로 이해된다. 그런데 본 연구에서는 과잉금지 원칙과 비례(성)의 원칙을 엄밀히 구분하지 않고 같은 의미로 사용하고 있음을 밝힌다: (i) 입법목적의 정당성: 해당 법률이 헌법 및 법률의 체계상 그 목적이 정당한가. (ii) 수단의 적합성: (동원된) 수단이 그 입법목적에 달성하는 데 효과적이고 적절한가. (iii) 피해의 최소성: 기본권의 제한을 최소화하는 보다 완화된 형태나 방법은 없는가. (iv) 법익의 균형성: 해당 법에 의해 보호하려는 공익이 법에 의해 침해되는 사익에 비해 더 큰가 [이명용, 2004; 김형성, 2001].

관련 학자들의 검토 의견을 중심으로 현재의 담론 상황을 살펴보기로 하자. 김주환 교수는 본 사건이 엄격한 비례성 심사가 적용되어야 하는 직접적 성차별 사건에 해당한다고 전제한 후, 해당 병역법 조문에 대한 비례성 심사를 시도하고 있다(김주환, 2007: 380-384).

먼저, 입법 목적의 정당성에 관해서는 국방부 장관의 의견에서 제시되었던 것처럼 그 목적은 ‘최적의 전투력’에 있기에 본 대상 조문의 성별 분류의 정당성이 인정된다고 한다. 김 교수는 또한 성별에 의한 차별 기준이 예외적으로 허용될 수 있는지 ‘신공식’에 의해 심사할 수 있다고 하면서 여성의 차이와 병역의무 간의 관계를 살펴본다. 아무리 현대전쟁의 성격이 변화했다고 할지라도 “병역의무의 대부분은 여전히 전투병의 역할을 통해 이해되고 있”고, “독자적 생존에 필요한 개인물품은 물론 총검 외에 총탄, 수류탄 등 각종 무기를 등에 짊어지거나 소지하고 원거리와 험준한 산악지형 등을 불문하고 전투를 벌일 수 있는 체력을 보유해야 한다”는 것이다. 이외에도 여성은 “남성에게서는 찾아볼 수 없는[필자 강조]” 생리와 임신능력을 지니고 있고, 군사훈련이 여성에게 불임을 초래하는지는 과학적·의학적으로 증명되지 않았으나, 불임을 초래할 수 있는 가능성을 완전히 배제할 수 없다”고 한다. 그리고 이것은 “결국 국가의 출산율을 저하시킬 것이고, 국방력의 손실로 귀결될 것”이라고 한다. 따라서, 해당 조문이 남성과 여성을 분류한 것은 “양성간의 생물학적 차이와 또 생물학적 차이와 기능적 차이의 공동작용으로 인한 것으로서 그 차별이 허용된다”는 의견을 제시하였다.

둘째, 최소 침해성 측면의 심사는 ‘여성 중에 신체조건이 적합한 자에게 병역의무를 부과하는 방법이 과연 없는가’라는 질문으로 대체될 수 있는데, 이에 대한 답변은 명확하지 않으며, 이 질문은 ‘충분한 병력’이 없을 때에 제기할 수 있는 문제라는 것이다. 충분한 병력이 존재하는 현재 시점에서, 여성 징병제의 도입이 위에서 말한 최적의 전투력이라는 입법 목적을 효과적으로 달성할 수 있는 수단이라고 하기 어렵다고 할 때, 그 최소 침해성이 인정된다는 것이다.

셋째, 법익의 균형성의 측면에서는 여성의 복무가 사회국가적 경향에 대비할 수 있다는 점을 인정한다. 그러나, 남성들의 병역의무가 가벼워진다는 공익이 여성의 생활조건에 맞게 병영시설, 무기, 전투 장비, 복무 조건 등을 개선하기 위해 국가가 치러야 할 비용에 비해 더 크지 않다고 할 수 있다. 따라

서 대상조문이 공익과 사익 간의 균형이라는 법익의 균형성에도 반하지 않는다는 의견을 제시하였다.

이상과 같은 논증을 통해 김 교수는 대상 조문에 대한 합헌 의견에 도달하였다.¹⁵⁾ 필자가 보기에는 이러한 심사에 대해 의문이 든다. 먼저, 여성의 차이론, 최적의 전투력, 충분한 병력 등에 대한 김 교수의 사실 제시는 충분하고 적절한 것인지 의문이다. 군대조직, 최적의 전투력, 여성과 남성의 차이 등은 모두 기성의 제도에 기초한 개념이며, 그 제도에 녹아 있는 문화적 관념이다. 예컨대, ‘남성에게 찾아볼 수 없는’ 여성의 차이라는 논거 자체가 남성을 중심으로 설정한 여성의 차이론(혹은 여성의 출산론)이기에 남성적 입장으로 편향되어 있다. 또한, 여성의 징집으로 인한 비용 상승이 남성의 병역의 무가 가벼워지는 것보다 더 무거운 부담이라고 어떻게 누가 판단할 수 있는 것인지도 불분명하다.

이렇게 본다면, 위헌 여부를 심사하는 비례성 심사란 그 형식적 판단 기준을 제시할 뿐, 구체적 내용에 대한 사실 수집과 규범적 판단까지 정하지는 못한다는 지적에 귀를 기울여야 한다(이명웅, 2004: 514). 법적인 기준들을 금과옥조로 삼을 것이 아니라, 각 기준에 합당한 구체적인 사실들을 수집하고 이에 침윤한 가치관의 문제를 다룰 수 있어야 법적인 기준이 실체적 진실에 다가갈 수 있을 것이다. 법적 판단에 있어서 사회과학의 유용성은 계속 논의되어 왔지만, 그 간극이 여전히 넓다는 지적이 현실성이 있다고 생각한다(최대권, 2000; 한상희, 2000).

둘째, 본 사건은 남성 청구인에 의한 남성 차별을 주장하고 있는데, 앞서 본 심사의 논변은 한결같이 ‘여성이’ 남성과 같이 병역의무를 지지 않음으로써 침해되는 기본권의 문제를 다루고 있다. 그러나 본 사안은 ‘남성만이 병역의무를 짊어짐으로써 침해되는 기본권’에 관한 것이다. 필자가 보기에 두 문제의 구조는 같지 않은데, 후자가 전자로 치환되는 것에 대해 별반 성찰하지 않은 태도가 흥미롭다.¹⁶⁾ 이러한 관찰에서 볼 때, 본 사건을 다룸에 있어서 기성의

15) 본 사건을 검토했던 김종수 교수도 본 병역법의 성별 분류의 정당성을 인정하였지만, 김주환 교수와 달리 엄격한 비례심사가 아니라 완화된 심사기준이 적용될 수 있다는 의견을 제시했다. 이하 논의 참고 [이중수, 2007: 405면].

16) 뒤에서 볼 것처럼, 이러한 치환은 해당 학자의 연구에만 국한하지 않고 본 사건의 논의

징병제도가 입각해 있는 사실과 가치관을 살펴보고 이를 다시 헌법적 문제로 포섭하여 판단하는 자세가 요청된다. 아래에서는 본 사건과 그 성격이 유사한 미국 판례를 살펴본 후 미국과 한국에서 제시되고 있는 여성 징병 배제의 논거의 적합성을 검토하기로 한다. 요컨대, 법적 논리와 사회적 담론 간을 교류하는 법과 사회의 논변을 구성해 보고자 한다.

2. 로스커 대 골버그 [Rostker v. Goldberg (1981) 판결]¹⁷⁾

본 사건은 남성(18-26세)에게만 군인 징병 등록(registration)을 하도록 했던 베트남 전쟁시 발효되었던 Military Selective Service Act (MSSA)에 관한 것이다(윤후정·신인령, 2000: 345-346). 1980년대 초 미국의 카터 대통령은 징병제의 부활이 필요하다고 판단하여, 여성도 징병 등록을 할 수 있도록 동법을 개정하도록 의회에 요구하였다. 그러나 의회는 동법의 개정을 거부하고 남자의 등록에 필요한 비용만을 책정하고 승인함으로써, 대통령은 이 법에 의거하여 18-26세 남자에게만 등록을 명하였고 이에 따른 군대 징병 등록이 시작되었다. 그러나 남성만의 징집에 대한 소송이 제기되었고 연방 지방법원은 동 법이 수정헌법 제5조의 평등 원칙에 위반한다는 판결을 내리고 등록 집행을 금지하였다. 이에 법무부가 즉각 항소하여 관할 항소법원은 지방법원 판결의 집행을 유예시켰다. 1981년 미연방 대법원이 최종 판결을 내렸는데, 대법원은 남성만을 징집하는 본 MSSA가 헌법상 적법절차에 반하지 않는다고 판결함으로써, 지방법원의 판결을 파기하였다. 아래에서는 그 다수 의견과 두 종류의 소수 의견을 살펴보기로 한다(6대 3 판결).¹⁸⁾

(1) 다수 의견

다수의견에서는 아래와 같은 의견으로 미국 의회가 밝힌 본 법안의 목적과 의도를 받아들였다.

구조의 전반적 성격으로 보인다.

17) U.S. 453 U.S.57 (1981).

18) 이하 본 판결의 다수의견과 소수의견 요지는 아래 자료를 참고하였다, 판결문상의 강조는 원문대로이며, 번역과 발췌는 필자에 의한 것이다 [Kay & West eds., 2002: 128-142].

MSSA는 “여성들에 대한 전통적 사고의 결과에 따른 우발적(accidental) 판단 결과가 아니다.” 그것은 “적절한 국방력”을 유지하기 위해 그리고 국가의 안보를 보장하기 위해 마련되었다. 의회의 목적이나 그 수단에 대한 어떠한 평가도 따라서 등록(registration)이라는 틀이 국가 비상시에 징집(draft)을 하기 위한 전제라는 점을 고려해야 한다. 등록의 목적은 전투병력(*combat troops*)을 징집하기 위한 것이다.

집단으로서의 여성은, 집단으로서의 남성과 달리, 전투에 적합하지 않다. 해군과 공군 전투에서 여성 참여의 제한은 실정법에 기초해 있다. 전투 병력을 징집하고자 하는 위 법률에서 여성을 배제한 것은 이미 확립된 전투 병력에서의 여성 배제의 법률적 근거와 동일한 것이다. 따라서 해당 법률에 있어 입법부가 마찬가지로의 위치에 놓인(similarly situated) 집단을 자의적으로 선택한 것이 아니다. 이는 흑인만 혹은 백인만 혹은 카톨릭 교인만 [...] 혹은 민주당 사람만 등으로 등록하는 것과는 다르다. 여성의 전투 제한 때문에, 남성과 여성은 군인 등록과 징집에 있어 마찬가지로의 위치에 놓여 있지 않다. 또 다른 중요한 점은 여성으로 비전투 병력이 채워지는 것은 병력의 탄력성(military flexibility)이라는 목적에 위배된다는 점이다. 전시나 평화 시에 인력의 순환이 필요하여, 비전투 병력 중 많은 인원들은 전투 병력이 회전될 때 사용가능해야 한다.

본 의견은 크게 다음과 같은 논리에 입각해 있다. 전시의 군대 징집은 궁극적으로 전투 병력을 위한 것이며, 전투 임무에서 여성 배제는 이미 법률에 규정되어 있는 사항이다. 이상과 같이 여성은 군인 징집에 있어 남성과 마찬가지로의 위치에 놓여 있지 않기에, MSSA는 성별에 의거하여 자의적으로 차별하는 법률이 아니다. 여성 징집은 병력 탄력성 추구라는 입법 목적에도 반한다.

(2) 소수의견 I : White 대법관과 Brennan 대법관

한편, 소수의견은 여성의 비전투 요원 배제의 헌법적합성 문제를 중심으로 하고 있다.

본 사건에서 도전받지 않은 점은 비전투 요원에서 여성을 배제하는 것의 헌법

적합성이다. 만약 전시의 징집에서 모든 비전투 요원이 전투 임무에도 적합한 군인들로 채워져야 한다는 것이 그렇게 자명한 것이라면, 징집에 의해서건 자원에 의해서건 군대는 여성 군인을 두어서는 아니 될 것이다. [우리는] 군대에서의 모든 지위가 그것이 전투에서 얼마나 멀리 떨어져 있는 임무와 관계없이, 전투 가능한(combat-ready) 남성에게 의해 채워져야 한다고 입법부가 결론 내렸다는 어떠한 표시(indication)도 본 적이 없다. 여성들이 전투 임무에 복무하지 못한다고 할지라도, 평화시와 동원시에 이미 상당한 수의 임무들은 여성들에 의해 수행되어 왔다. 또한 동원시(전시)에 [여성을 징병하는 대신] 80,000명 (전체 650,000명 중)으로 측정되는 비전투 요원은 여성 자원자들(volunteers) 로 채워질 수 있다는 예측은 애매하고 근거가 명확하지 않다. 본 등록의 일차적 목적이 전투 요원을 징집하기 위한 것이라는 이유 때문에, 그리고 비전투 요원의 대다수가 전투를 하기 위해 훈련된 남성들로 채워져야 한다는 것을 본 법정이 인정했기 때문에, 여성에게 허락되는 임무는 *de minimis* 와 같이 아주 미미하게 되는 결과를 초래하였다. 정부는 [군인] 동원의 필요성이 생겼을 때, 자원자에게만 의존할 수 없기에 징집을 해야 할 것이다. 이 때 반드시 전투 훈련을 받은 남성들로 채워져야만 할 전투 임무와 비전투 임무를 위한 징집뿐 아니라, 전력 효율성을 감소시키지 않기 위해서는 전투에 적합치 않은 인력에 의해 수행될 직무를 위한 인력도 징집해야 하는데, 후자의 범주를 공급하기 위해서, 국회는 자유롭게 남성만을 징집할 수 있게 되었다. [우리는] 남자와 여자에 대한 이러한 종류의 차별에 대한 적절한 정당화를 발견하지 못했다.

이렇게, 본 의견은 크게 두 가지 점에서 다수의견에 대해 이의를 제기하였다. 첫째, 군대의 탄력성이라는 목적을 받아들임으로써, 전시 징집 인력은 전투와 비전투 요원을 막론하고 모두 전투 가능한 인력으로 징집한다는 전제가 잘못되었다는 것이다. 이 결과, 여성들에게 배당할 임무는 극히 미미한 숫자로 줄어들게 되었다. 둘째, 국가 비상시 반드시 확보되어야 하는 비전투 요원의 80,000여개의 임무가 여성 자원자들에 의해 채워질 것이라는 전제가 불분명하다는 것이다. 남성만을 징집 대상으로 한 결과, 여성에 의해 채워질 역할까지 남성 징집에 의해 확보되게 되었다. 이렇게 전투 능력을 요하지 않는 비전투 인력에 대해서도 여성을 배제하고 남성만을 징집하는 MSSA의 성별 분류에 대하여 헌법적 정당성을 찾기 어렵다는 것이다.

(3) 소수의견 II: Marshall 대법관과 Brennan 대법관

오늘 [미연방대]법원은 근본적인 시민 의무에서 여성들을 범주적으로 배제하는 법률을 지지했다. [우리는] 이 결정이 헌법의 법 앞의 평등보호에 반한다고 보기에, 이에 대해 반대한다.

우리 법원은 군인 징집에 관한 법률 전반의 헌법성에 대해 심사해 달라고 요청받지 않았다. 우리는 남성 또는 여성이 징집되어야 하는지, 그들이 동수(同數)로 징집되어야 하는지, 또는 어떤 순서로, 또는 그들이 징집되었을 때 어떤 훈련을 어떻게 받아야 하는지에 대해 심사할 것을 요청받지 않았다. 또한 여성군인을 전투에 참가시키지 않는 법률 또는 정책에 관한 심사도 요청받지 않았다.

본 사건에서의 쟁점은 여성들의 전투 병력 제한에 관한 것이 아니다. 그런데 본 법정의 분석은 잘못된 질문에 초점을 맞추었다. [문제는] 젠더에 기반하여 차별하는 MSSA와 같은 법률이 크레이그 대 보렌(Craig v. Boren)에서 채택된 ‘강화된 심사(hightened scrutiny)’를 통과할 수 있는지 여부이다.¹⁹⁾ 즉, 젠더에 기반한 분류가 “정부의 이익 [실현]과 긴밀하고도 본질적 관련성을 가지는가”의 문제이다.

의회 청문회 및 국방부의 대표 등은 한결같이 여성 군인들이 군대의 효율성을 상당히 증진시켰다고 증언하였다. 현재 150,000명의 여성들이 현재 군대를 지원하여 복무하고 있고, 1985년에는 250,000명으로 증가할 것으로 예상되고 있다.²⁰⁾

19) 429 U.S. 130 (1976) [본 사건은 상고인 크레이그(재판 당시 18-21세)가 알코올성이 약한 맥주 판매를 (음주운전, 교통사고 방지 등의 행정적 목적으로) 남자에 대해서는 21세 이상자에게, 여자에 대해서는 18세 이상자에게 허가하는 오클라호마 주 법률이 성별을 이유로 한 차별로서 평등조항에 위반한다는 것을 확인하고 그 집행정지명령을 청구한 사건이었다. 미연방 대법원은 법원 부담의 경감, 행정상 편의 또는 사회경제 생활에 있어 남녀에 대한 통념(stereotype)을 축진하는 목적으로 하는 성별을 이유로 하는 구별은 정당화될 수 없으며, 성별에 기반한 광범위한 분류가 그 입법목적과도 실질적인 관계가 존재하지 않기 때문에 이 입법은 평등권 조항에 위배한다는 판결을 내렸다. 본 사건의 다수의견은 성별에 의한 법의 분류는 중요한 ‘정부 목적을 위한 것’이어야 하며, 그 목적 달성과 ‘실질적 관계’가 존재해야 한다는, 종래의 합리성 심사와 엄격심사 기준이라는 차별심사의 중간에 위치하는 ‘실질적 관계 기준(substantial relations)’을 제시하였다].

20) 실제로 1980년 미군병력 전체에서 여성군인의 비율은 8% 정도를 차지했고, 1986년에 그것은 10%로 (전체 210만 명 중), 1994년에는 11.8%로 증가했다 [Kay & West, 전계서, 147면].

의회의 보고서에서 말한 “매우 많은 여성의” 징집은 군대의 유연성을 저해할 것이라는 결론을, 적은 수의 여성도 그러할 것이라고 전혀 다르게 해석한 본 법정의 시도에 동의할 수 없다. 남성과 여성 징병의 숫자를 다르게 정한다면 헌법적 심사에 취약할 것이라는 의회 보고서의 생각 역시 근거가 없다. 여군의 전투 참여 제한, 병력의 유연성 확보 필요성 등은 이러한 차별적 수단들이 정부의 중요 목적을 달성하는데 본질적으로 연관될 수 있다는 것을 보여주는 예이다. 결국 법원은 [본 판결에서] “입법부의 결정에 대한 존경”이라는 기이한 관습(shibboleths)으로 헌법적 분석을 대신하고야 말았다.

본 소수 의견은 다수 의견의 잘못을 다음과 같이 지적하고 있다. 앞서 소수 의견과 마찬가지로, 본 사건의 중심 사안은 군인 징집에서의 여성의 완전 배제의 헌법 적합성이다. 특히 해당 법원은 MSSA가 채용하고 있는 비전투요원에서의 여성 배제라는 성별 분류에 관한 정책적이고 행정적인 고려가 아니라 헌법적 심사를 해야 한다는 점을 강조한다. 군의 효율성, 국가의 안위, 그리고 군대의 탄력성이라는 해당 법률의 입법 목적에 동의한다고 해도, 그러한 목적과 남성만의 징집 간의 긴밀하고도 실질적인 관련성을 보여주지 못했다는 것이다.

3. 평가와 쟁점

이제까지 본 로스커 판결은 본 논문이 다루는 사건에 대해서 여러가지 시사점을 준다.

먼저, 로스커 판결의 다수의견에서 해당 법률의 합헌의 근거로서 제시된 최적의 병력, 국가의 안위, 여성과 남성의 차이, 병력의 탄력성과 같은 근거들은 한국의 국방부의 의견과 상당히 유사하다는 점이 주목된다. 한국과 미국의 다수 의견에서 남성 중심 그리고 현상 유지에 무게를 둔 국방정책 담론의 헤게모니를 발견할 수 있다.

둘째, 미국 판결에서 소수의견은 실정법적 근거를 가진 여성의 ‘전투’ 배제에 관해서가 아니라, 여성의 ‘징집’ 배제의 헌법적 정당성에 그 초점을 맞추고 있다. 이러한 구분은 본 사건에서 문제된 여성과 징병 간의 관련성 심사에 있어 매우 중요하다고 본다. 비전투 임무, 특히 전투 임무와 순환될 필요가

없는 업무에 대한 여성 징집의 배제가 헌법적으로 정당화할 수 있는가라는 문제를 정면으로 제기하기 때문이다. 한국의 병역법 헌법소원 사건에서도 이 질문은 회피할 수 없는 사안이라고 사료된다.

셋째, 다른 한편, 여성의 군대 참가는 단지 비전투 요원에 머물지 않고 전투 임무에서의 여성 배제라는 쟁점은 피할 수 없는 듯 하다. 서구에서 여성주의 학자들은 전투 임무에서의 여성 배제에 대해 논쟁해 왔다(Babcock 등, 1996:315-323). 전투에서의 여성 배제는 참전 그 자체 뿐 아니라 여성 군인들이 수행하는 훈련과 직무 전반에 있어서 상당한 제한을 가해 왔다는 것이다. 전투에서의 여성 배제는 전투 관련 직무뿐 아니라 그것을 지원하는(support) 직무에 대해서도 그러하다.²¹⁾ 전투에서 여성군인 배제는 여성 군인의 진급에서 ‘유리 천장’이 되거나 그것을 지연시키며, 중요한 의사결정 위원회에 여성을 배제시키거나 그들의 급료와 퇴역 후 연금 등을 낮추는 데 역할을 하였다고 한다. 요컨대, ‘전투 역할’의 경계 설정이 언제나 분명한 것이 아니라는 점이다(Kay & West, 1996:149). 이렇게, 여성의 전투임무 배제의 효과는 전투임무 자체를 넘어서서 여성의 임무를 광범위하게 제한해 왔다.

넷째, 비전투와 전투 임무에서 여성 배제에 대한 쟁점에서 볼 때, 군인의 역할에 대한 세부적인 분류와 심사가 필요하다고 생각한다. 그렇지 않고서는, ‘최적의 군사력’, ‘군대의 효율성’, ‘군대의 탄력성’ 같은 기준들이 지나치게 포괄적인 것이 되어 이에 대한 선입견이나 개인의 성향을 배제하기 어렵다. 군인 직무의 세부 분류와 분석에 의해서 여성의 배제가 과연 정부의 ‘중요한 목적’에 봉사하는 것인지, 어떤 역할의 참여와 배제가 정당한 것인지 명확하게 논할 수 있을 것이다.

이 문제와 관련하여, 2000년 1월 11일 유럽사법재판소가 내린 판결이²²⁾

21) 예컨대, 미국의 아래 판결들을 보라: Bledsoe v. Webb, 839 F.2d 1357 (9th Cir. 1988) [E2 항공기 전문인 여성 전기공이 E2를 나르는 해군함에서는 배제시킨 사건]; Hill v. Berkman, 635 F. supp. 1228 (E.D.N.Y. 1986) [핵 생화학 전문가의 직무에 발탁된 후, 같은 직무가 “전투 지원”자리로 분류되자 여성에게 그 업무가 폐쇄되었던 사건]; Owens v. Brown, 455 F. Supp. 291 (D.D.C. 1978) [Rostker 판결 이전에, 여성요원을 해상업무에 배치하는 것을 완전히 금지하는 해군 관련법을 폐기했던 사건] (Babcock 등, 1996:319)].

22) The Court of Justice of the European Communities, C-285/98 (<http://curia.europa.eu/en/content/juris/index.htm>).

시사적이다.²³⁾ 유럽사법재판소는 무기사용과 관련된 군대 임무에서 여성을 배제하고 여성군인은 오로지 의료 및 군악대 서비스로 제한하는 독일군인법(Soldatengesetz) Article 1(2)과 군인경력규정(Soldatenlaufbahnverordnung) Article 3(a)은 유럽사법재판소 조약(EC Treaty) 제 177조 (현재는 234조) 하의 고용, 직업훈련, 승진과 작업 조건에 있어서 남성과 여성의 평등대우 원칙의 실행에 관한 위원회 명령[Council Directive (76/207/EEC)]에 위배된다고 결정하였다. 이 사건에서 볼 때, 군대 업무 배치에서의 성별 구분은 일반적인 양성평등 원칙을 벗어날 수 없고, 그것의 판단은 구체적인 군인 직무의 성격에 근거한 것이다. 우리 법원은 군인의 구체적 직무 구분에 대한 헌법적 심사 없이 국토의 방위라는 입법목적에 대하여 포괄적인 성별 분류를 ‘입법재량’이라는 개념 아래 정당화하고 있지 않은지 우려된다.²⁴⁾

다른 한편, 이종수 교수(2007: 405)는 ‘최적의 전투력 확보’라는 병역법의 입법 목적을 위하여 입법자가 여성을 제외하였다는 점을 받아들이면서, 여성의 병역의무 면제는 ‘부담적 차별’이 아니라 ‘수혜적 차별’이기에 입법형성권이 축소되는 부담적 차별과는 달리 보다 광범위한 입법형성권이 인정되므로 병역법의 해당 조문에 대해서 보다 완화된 심사 기준이 적용될 수 있다는 의견을 제시하고 있다. 이에 따라, 본 사건에 대해 앞서 본 김주환 교수의 의견

23) 본 사건은 독일연방군대에서 관리(maintenance; 전자 무기 정비 업무) 부서 배치를 희망했던 여성 군인 타냐(Tanja Kreil)가 해당 부서로부터 이러한 희망이 거부당하자 독일연방정부를 상대로 제기한 소송이다. 1998년 7월 13일 하노버 행정법원은 유럽사법재판소에 본 사건을 회부하여 판단을 구하였다.

24) 헌법재판소는 징집대상자를 결정하는 법 규정(구 병역법 제71조 1항)을 심사하면서 입법자에게 ‘광범위한 입법형성권’을 인정한 바 있다.

일반적으로 국방의무를 부담하는 국민들 중에서 구체적으로 어떤 사람을 국군의 구성원으로 할 것인지 여부를 결정하는 문제는 이른바 ‘직접적인 병력형성의무’에 관련된 것으로서, ① 원칙적으로 국방의무의 내용을 법률로서 구체적으로 형성할 수 있는 입법자가 국가의 안보상황, 재정능력 등의 여러가지 사정을 고려하여 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전함에 필요한 범위 내에서 결정할 사항이고, ② 예외적으로 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태 등의 경우에는 대통령이 헌법 제76조 제2항에 근거하여 법률의 효력을 가지는 긴급명령을 통하여 결정할 수도 있는 사항이라고 보아야 한다.

한편, 징집대상자의 범위를 결정하는 문제는 그 목적이 국가안보와 직결되어 있고, 그 성질상 급변하는 국내외 정세 등에 탄력적으로 대응하면서 ‘최적의 전투력’을 유지할 수 있도록 합목적적으로 정해야 하는 사항이기 때문에, 본질적으로 입법자 등의 입법형성권이 매우 광범위하게 인정되어야 하는 영역이다 [헌재 2002.11.28, 2002헌바45, 판례집 14-2, 704-5].

에 비해 그 강도가 낮은 위헌 심사기준을 제안하고 있다(이종수, 2007). 필자에게 군징집에서 면제되는 여성에 대한 ‘수혜적 차별’이라는 개념은 의심스러운 것이다. 2008년 12월 현재까지 헌법재판소의 결정이 내려지지는 않았지만, 성별에 대한 통념과 잘못된 초점 속에서 헌법적 논의가 진행되고 있다면, 그 근거들을 재검토할 필요가 있을 것이다. 다음 장에서는 수혜적 차별론을 포함하여 이상에서 살펴 본 여성의 군징집 배제의 정당화 담론들을 차례로 논의할 것이다.

IV. 여성의 징집 면제는 수혜적 차별인가?

1. 누구에 대한 차별인가

먼저, 심판대상 조문이 누구에 대하여 차별 소지를 가지고 있는지, 누가 본 사건에 있어 차별의 대상(target) 집단인지 살펴본다. 앞서 본대로, 본 헌법 소원 사건 청구인은 군징집 대상자인 남성이고, 그는 자신의 평등권과 자유권 등이 침해되었다고 주장한다. 해당 법률은 여성이 아니라 남성을 차별한다는 이유로 헌법 소원이 제기되어 있다. 그런데도, 남성만의 병역 의무를 여성에 대한 ‘수혜적 차별’이므로 완화된 심사기준이 적용될 수 있다는 견해는 그 초점이 잘못되어 있다. 구체적으로 이 초점은 아래와 같은 문제점이 있다고 생각한다.

먼저, 여성의 병역의무 면제의 효과가 과연 ‘수혜적’인 효과를 가지는지 살펴봐야 한다. 이는 보다 상세한 논의를 필요로 하므로, 다음 절에서 살펴보기로 한다.

둘째, 만약 남성만의 징병제도가 여성에게 수혜적 제도라고 한다면, 이는 결과적으로 남성들에게는 과도한 부담을 지우는 것임을 인정하는 것과 다르지 않다. 이렇게 해당 제도가 남성에 대한 차별 취급이라는 것을 인정한다면, 그 헌법적 정당성을 논해야 할 것이다.²⁵⁾ 수혜적 차별이란 남성에 대한 부담

25) 본 사건은 한국의 성평등 관련 사건에서 유례가 드물게 남성에 대한 차별 대우에 관한 것이다. 이 점에서도 본 사건은 한국의 헌법 그리고 젠더 연구자들에게 각별한 의미를 가진다.

적 차별을 인정하는 것에 다름 아니다.

셋째, 보다 근본적으로 수혜적 차별이라는 개념에 대해서도 의문이다. 모든 권리는 의무와 양면적 관계에 서 있다고 하겠다. 그런데, 그 의무가 무겁다는 이유로 공권력이 이를 면제해 준다면 이는 권리의 포기를 야기할 수밖에 없을 것이다. 예컨대 세금의 부담은 누구도 기피하고자 하는 의무라는 것을 이유로 세금을 낼 수 있는 일정한 능력에 의하지 아니하고, 특정 부유 지역에만 과세하는 정책에 대하여 그 이외 지역에 대해서는 ‘수혜적 차별’ 정책이라고 말할 수 있을 것인가. 따라서 이 정책은 낮은 수준의 위헌 심사의 부담만을 진다는 논리가 타당한가. 또, 부모 역할(양육권)은 엄청난 부담이 된다는 것을 이유로 이혼 후 아버지(혹은 어머니)에게는 양육권을 일률적으로 부여하지 않는 법률에 대해서도 ‘수혜적 차별’이라는 개념이 적용될 수 있을까. 요청되는 능력(담세, 양육)에 대한 명확한 기준이 아니라 의무가 부담이 된다는 것을 이유로 특정 시민 집단을 포괄적으로 분류하여 그 의무를 면제하는 법률이 헌법적으로 정당화될 수 있을지 의문이다. 또한 수혜적 차별의 반대 집단은 엄청난 부담적 차별을 받는다는 것을 의미하기에, 그런 정책이 예외적으로 인정된다고 해도 그 위헌 여부는 엄격한 심사 기준을 통과해야 할 것이다.

2. 여성과 남성 비제대군인의 입장에서 본 차별

이제 남성만의 징병제도는 여성들에게 과연 수혜적인 것이었는지에 대해 살펴본다. 페미니스트 사회학자인 문승숙(2007)은 한국의 근대성을 ‘군사화된 근대성(militarized modernity)’으로 특징지으면서, 한국사회에 지배적인 군사화된 남성성과 가정화된 여성성이라는 이분법적 코드의 핵심에 남성 징병제가 있음을 논하였다.²⁶⁾ 문승숙의 연구 중에서 남성 징병제도를 직업 훈련기회와 관련지은 분석이 흥미롭다.

먼저, 군복무와 직업훈련 간의 연결은 1973년 제정된 병역특례법에 따라 병역 의무자를 중화학 공업에 배치했던 정책에서 잘 나타난다. 해당 법률에

26) 한편, 권인숙은 현행 징병제도는 한국인 누구에게라도 영향 미치는 보편적 제도임을 분석하고, 군사주의를 대학, 사회, 문화에 편만해 있는 포괄적 문화논리로서 해석한다 (권인숙, 2005).

따르면, 다음과 같은 병역 의무자는 지불 노동으로 병역을 대신할 수 있다. (i) 군수방위 산업체나 군사 연구소에서 일하는 기술자와 기능사, (ii) 중화학 공업, 광업, 건설, 에너지 산업 같은 전략산업에서 일하는 자격증 소지 기술자와 기능사, (iii) 한국과학기술원 학생. 이상과 같은 병역특례의 경우는 기본적인 군사 훈련을 받은 뒤 군복무 대신 국가가 지정한 업체에서 5년간 대체 복무를 해야 했다(단, 학생은 졸업 후 3년간). 본 정책은 기반산업건설, 국방산업, 중화학공업 건설의 육성에 병역의무 잉여 자원을 효율적으로 활용한다는 목적을 가졌던 것으로 말해진다(병무청, 186:177, 문승숙, 2007:88에서 재인용).

여성의 입장에서 이러한 정책은 중화학 공업과 관련된 직업과 기술 단련을 받을 기회의 체계적 배제를 의미한다.²⁷⁾ 중화학공업과 방위산업 기업체에서 일하는 남성 노동자들이 대체복무를 신청하기 위해서는 먼저 각종 기술 분야에서 자격증을 취득해야 했기에 이 정책은 결과적으로 남성들로 하여금 국가 기술자격증 시험 준비에 대한 동기를 부여하였고, 공공 직업훈련소나 사내 직업훈련소는 국가기술자격증 시험을 준비시키는 기능을 했다. 여성은 이러한 동기를 가질 필요도 기회도 없었고, 이상의 직종들은 군복무 이행과 교차되면서 남성 직종으로 자리잡았다.

군사화된 국가에서 여성시민에 대한 관심은 주로 가족의 재생산과 출산 관련 분야이다(문승숙, 2007: 105-138; 황정미, 1999). 여성들의 직업 훈련은 여성적인 기술이라 여겨진, 보수가 적고 노동집약적인 것, 예컨대, 봉제, 자수, 염색, 방직, 방사, 전화 교환, 미용, 수공예 기술 등에 몰렸다. 한국 정부가 중화학공업의 육성에 그토록 관심을 가졌던 시기에도 중화학공업 관련 분야에서 여성 기능사들의 비율은 거의 증가하지 않았다는 사실은 관련 노동자의 육성이 군사정책과 엮여 있었던 것이 그 구조적 원인이다(문승숙, 2007:108).

둘째, 1961년부터 시행되어 1999년까지 존속되었던 ‘제대군인 가산점제’는 여성과 군대에 갈 수 없는 남성(보충역, 제2국민역, 병역면제자)들과 대다수

27) 문승숙은 한국의 방위산업체는 1970년대 중화학공업 발전의 맥락 속에서 육성되었다고 분석한다. 1982년 85개의 방위산업체가 있었는데, 1990년에는 다소 줄어 82개가 되었다. 방위산업체 노동자 수에 대해서는 믿을 만한 통계자료가 없다고 하지만, 한 국방연구원의 연구에 따르면 1970년대 중반에서 1980년대 말까지 매년 입영 대상자의 10~20%가 대체복무를 했다고 한다 (문승숙, 2007: 89& 95면). 이러한 정책은 1980년대 전두환 정부에서부터 변화되었으나, 직업훈련, 기술자격증 제도와 결합된 대체복무제도는 계속되었다.

여성들에게 공무담임권의 제한이자 차별적인 제도였다.²⁸⁾ 1999년 헌법재판소는 제대군인 가산점제에 대하여 위헌 결정을 내린 바 있지만, 여성들은 이 제도가 시행되던 지난 40년 간 제대군인들이 누린 공무담임권의 직·간접적 혜택의 수혜로부터 배제되었다. 현재에도 본 제도의 효과는 그동안 임용되었던 제대군인 출신 남성 공무원과 그들의 선임권(seniority)을 통해 살아남아 있다.

셋째, 군인 경력은 가산점제도 이외에도 공무원 호봉 산정이나 연금법 적용에 있어서 공무원 경력으로 100% 인정되고, 공무원 연금법에서도 현역병 또는 지원에 의하지 아니하고 임용된 하사관의 복무기간을 공무원의 재직기간에 산입하고 있다.

이렇게 남성 징병제는 남성들에게 환영받지 못하면서도 제대군인 가산점제도 등을 통해 다시 여성과 비제대군인 남성들에 대해서도 일정한 차별적 효과를 발생해 왔다.²⁹⁾ 그렇다면, 남성 징병제로 인한 차별 효과라는 것은 남성 집단과 여성 집단 간에 누가 더 차별적 대우를 받았는가의 차원에 국한되지 않는, 양성을, 서로 다른 성격으로, 차별하는 현상으로 보아야 하지 않을까 사료된다. 남성은 병역 의무를 부담하는 측면에서는 여성에 비해 불리한 대우를 받았다고 할 수 있지만, 여성은 병역 의무가 수반하는 훈련과 직업 선택의 기회, 그리고 공무원 임용을 통한 보상제도 등에서 원천적으로 배제되어 온 것이다. 결국, 국가의 국방정책의 필요성에 따라 남성과 여성이 다르게 배치되고 활용된 결과, 양 집단이 서로 다른 차원에서 차별과 배제를 경험해 왔다고 하겠다.

그런데, 남성 징병제도는 이상과 같은 실제적 효과보다 시민권과 여성성의 형성과 같은 보다 광범위한 정치적이고 문화적인 차원에 깊은 영향을 남긴다고

28) 자세한 사항은 헌법재판소, 98헌마363 사건 결정문 참조.

29) 군가산점제는 대다수 남성 국민에 대한 병역 의무의 강요가 초래한 부산물이다. 이들은 군대에 다녀오지 않은 다른 남성이나 여성 등에 비해 희생을 하였다고 주장할 수 있다. 따라서, 여성을 포함하여 보다 보편적인 징병제도로 탈바꿈을 하여 보상책의 필요성을 제거하거나, 특별한 희생을 치른 제대군인들에 대해 보상책을 고안하는 것이 그 논리적 귀결일 것이다. 즉, 대다수 (일부 남성이 제외되는) 남성의 병역 의무라는 틀을 파기할 필요가 있다. 하지만, 이러한 틀을 파기하고자 하지 않는 현 정책의 시각 아래에서 제대군인에 대한 보상으로서 군가산점제의 부활이 시도되고 있다. 하지만 이러한 인센티브로 2년여라는 시간적 손실을 보상할 수 있을지 미지수이며, 헌법상 보장되는 평등권의 입장에서 정당화될 수 있는지 회의적이다 (김하열, 2008 참고).

지적된다. 페미니스트들은 남성만의 병역 의무에 의해 여자와 남자는 현저히 다른 시민권을 부여받았다고 주장한다(권인숙, 2005; 정희진, 2005; 문승숙, 2007). 모름지기 “전투와 시민권, 시민권과 남성성 간은 고대로부터의 중요한 관계”이고(Kerber, 1993), 남성만으로 구성된 군대의 필요성은 남성 연대(solidarity)의 측면에서도 중요시되고, 시민성(civility) 개념은 남성간 우애와 연대에 기초하고 있다는 점에서 남성 군대제도와 일정한 관련성이 있다는 것이다(Babcock 등, 1996 :318). 앞서 본대로, 우리 헌법은 국방의 의무에서 여성도 예외가 아님을 천명하고 있지만, 그것은 형식적인 선언일 뿐, 절대 다수의 여성들은 군대라는 조직과 기능에 대해 어머니나 애인, 가족으로만 관계할 뿐 근본적으로 타자화되어 있다. 이제 한국의 징병제도는 호주제도 이후 성별을 포괄적으로 분류하고 성별에 대한 이중 코드(binary code)를 지탱하고 있는 법제도의 유일한 예가 아닌가 한다.

그런가 하면, 남성군인만의 전투 임무 부과에 따라 무력 사용과 자기 방어에 있어서 성별에 따라 현격한 차이를 제도화하였다는 지적도 주목할 만 하다(Becker 등, 2001: 53). 한국과 같이 남성만의 보편적 징병제도의 사회에서는 성별에 따른 무력사용 능력의 차이 (무장 남성 대 비무장 여성)를 더욱 극단적인 것으로 만들었을 것이다. 휴전과 분단 상황에서 인구의 절반은 무력 훈련을 직·간접적으로 받지만, 나머지 절반은 그 기회를 철저히 박탈당하는 이분법적 정책이 계속되어 왔다는 점도 주목된다. 이러한 구조는 성폭력, 가정폭력, 그리고 일상생활에서 자기방어능력에 있어 여성과 남성의 현저한 비대칭성을 설명해 준다.

한국 남성의 81.6%에서 87%가 현역, 보충역, 병역 특례로 현역병 입영 대상자 처분을 받지만³⁰⁾, 전체 여성 인구에서 여성 군인의 비율을 산출하는 것 자체가 의미가 없을 정도로 미미하다. 여성 전체는 남성 전체와 비교할 때 훈련된 ‘무력사용 무능상태’에 놓여있고, 여성은 무력에 있어 남성에게 의존하고 굴복하도록 사회화되었다.

이상과 같이 여성의 병역 면제가 과연 수혜적 차별인가를 논의하였던 바, 첫째, 본 사건이 차별의 대상은 남성이라는 점에서 수혜적 차별의 이면으로

30) 헌법재판소 98헌마363 사건 결정문 참고.

서 남성들은 부담적 차별을 받고 있다는 것을 알 수 있었다. 둘째, 여성이 누렸다는 수혜적 차별 역시 그것이 수혜라기보다는 특정 직무, 직종, 직업 훈련, 경력에서의 배제와 차별이요, 근본적인 시민 의무에 있어서의 차별이라고 해석하였다. 더 나아가, 국방과 병역의 의무가 국민의 의무이자 평등권이 보호되어야 할 영역이라면, 남성 징병제가 수혜적 차별인지 부담적 차별인지 여부를 떠나 헌법적 차별심사 기준 아래 판단되어야 할 것이다. 이상과 같은 이유에서, 군징집 대상에서 제외되는 여성의 처지를 ‘수혜적 차별’로 설명하는 것은 사실에도 부합하지 않을 뿐더러, 규범적으로 국방의무와 무력사용에 있어서는 피보호자 지위에 있는 여성에 대한 과잉배려(patronizing)의 태도를 그대로 드러내는 것이라 해석한다.

V. 여성의 차이론

1. 법이 해체하고 옹호해야 할 차이들

앞에서 본 사건에 대한 헌법재판소와 국방부의 의견 그리고 미국 대법원의 의견에서 우리는 여성과 남성의 차이라는 논거가 빈번히 제출된다는 것을 알 수 있었다. 실로, 병역의무 그리고 전투임무에서 여성의 배제는 여성의 차이론에 입각해 있다고 해도 지나치지 않은 것 같다. 이 점에서 김주환 교수는 본 사건의 심판대상 조항들은 “남자는 국방을, 여자는 가사와 출산, 양육을 책임진다”는 전통적 성역할에 근거하여 제정되었다는 점을 시인하였다(김주환, 2007: 379-380).³¹⁾

한편 윤진숙 교수는 본 사건을 분석하면서 “여성의 임신에 대한 보험혜택 거부 사건을 볼 때³²⁾, 형식적 평등의 원칙을 내세워 중립성을 표방하였지만

31) 이와 관련하여, 미국 법관 Judge Bonsal의 “Men must provide the first line of defense while women keep the home fires burning.”라고 언급은 유명하다 [United States v. St. Clair, 291 F. Supp. 122, 125 (S.P.N.Y. 1968)].

32) Geduldig v. Aiello, 417 U.S. 484 (1974). 임신과 분만에 대해 보험혜택을 받지 못한 네 명의 여성 원고들이 캘리포니아 장애보험 프로그램에 대해 미국 헌법상 보호되는 법 앞의 평등 조항에 위반하는지 여부를 가리고자 했던 사건. 미연방대법원은 해당 프로그램이 임신한 여성(pregnant women)과 임신하지 않는 사람(non-pregnant persons)으로 분류하

법원의 자의적인 해석의 여지를 전혀 배제하지는 못한다”고 지적한다. “자유주의적 평등의 원칙은 여성에게 동등한 권리를 보장하는 구제의 희망을 주었다는 점에서 긍정적인 측면도 있지만, 많은 남성들도 평등 조항에 의해 여성의 보호를 저해하고 결과적으로 자신의 이해관계를 증진시키는 결과를 낳았음도 부인할 수 없다”고 한다(윤진숙, 2007:250).

필자는 위의 해석에 동의하면서도, 여성의 차이론이 기존 통념을 지속할 수도 아니면 형식적 평등론을 실질적인 것으로 만들 수도 있기에 차이론에 대해 상당한 주의를 요한다고 본다. 또한, 페미니즘에서 주목하는 차이론이란 남성을 보통인의 기준으로 삼고 여성만의 차이를 담지한다는 의미에서 ‘여성의’ 차이론이 아니라, 양성이 모두 차이의 담지자라는 의미에서 ‘성별간’ 차이라는 점을 환기하고 싶다.³³⁾ 실로, 페미니즘의 이론은 ‘성의 차이’에 관한 이론이라고 할 정도로 여러 각도에서 성차의 문제를 다루어 왔으며, 페미니즘 법학의 역사는 ‘차이와 평등’의 논쟁의 역사라고 할 정도로 차이라는 용어는 평등에 비견할 수 있는 키워드이다(양현아, 2002; 윤진숙, 2007). 성차의 이론들을 대별해 본다면 다음과 같다.

- (i) 생물학적 차이론 (생리, 임신, 출산, 수유) - sex 개념의 근거
- (ii) 사회적으로 구성되는 차이 - gender 개념의 근거
- (iii) 여성들이 놓여진 ‘입장(position)’에서 구성되는 경험과 이익의 차이 - 여성주의 인식 전망의 가능성의 근거
- (iv) 여성간의 차이론 - 계급, 인종, 국적, 성성 등으로 분화되는 여성간 차이
- (v) 남근적(phallus-centric) 언어 질서 속에 여성은 ‘차이’의 기호라는 포스트구조주의적 이론 하에서 ‘여성이라는’ 차이

이상과 같이 차이론은 그 자체로 이론들의 시스템이라고 할 수 있어서 이

였고, 후자에는 양성이 포함되므로 성별 분류가 아니라며 해당 프로그램이 평등보호를 위반하지 않는다고 판시하였다.

33) 한국의 일반 담론과 법 담론에서 성차의 문제는 늘 ‘여성의 차이’로 말해지는 남성중심성이 주목된다. 이 글에서도 법의 언어에서 말해지는 ‘여성의 차이’라는 용어를 일단 사용하고 있다.

들을 하나로 획일화하는 것은 성차의 이론에 대한 오해를 나타낸다. 이러한 견지에서 필자는 형식적 평등이 양성 평등을 달성하기 위해 만능인 것도 아니지만, 실질적 평등이라는 이념 하에 차이론을 쉽사리 채용하는 것에도 위험하다고 생각한다. 환언하면 사회적 맥락에 대한 고려가 없는 형식적 평등만이 성별간 평등의 원리가 되어야 한다는 것을 주장하는 것은 아니지만, 문화적 본질주의와 같은 여성의 차이론도 배격한다. 한국과 같이 성차별이 아직도 만연한 사회에서 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 형식적 평등 원칙마저 잘 정립되지 못한 사회에서, 특히 노동시장에서의 여성 차별이 자주 여성과 남성의 성역할과 같은 통념(stereotype)에 의해 정당화되는 사회에서, 법원이 여성의 차이를 특별한 검토 없이 판단의 근거로 삼는다는 것은 위험하고 부당하다는 생각이다. 바로 그 통념을 파기해야 할 법원이 이를 승인하고 영속화시키는 역할을 하게 될 것이기 때문이다

이어서, 윤 교수는 “문제되고 있는 병역법 제3조 1항은 차이를 고려한 실질적 평등의 입장에서나 복합적 평등의 입장에서 보더라도 정당성 없는 규정이라고 여겨지지 않는다”고 한다. 여성까지 징집의 대상으로 삼아야 할 할 필요성이 있지도 않은 상황에서 여성도 동등하게 병역 의무를 부담해야 한다는 주장은 타당성이 없는 주장이며, 여성에 대한 의무 부과는 오히려 남성지배와 남성문화를 공고히 하는 데 일조할 수 있고, 무엇보다 여성이 짊어질 ‘이중 부담’의 위험성을 지적하였다(윤진숙, 2007: 253-6).

윤 교수의 지적대로, 여성의 병역의무 제도가 생긴다면 가뜩이나 열악한 여성의 현실에 더한 이중부담이 될 수 있을 것이라는 지적은 현실성이 있다. 하지만, 근로자 여성에게 부과되는 가족과 직장이라는 이중 역할이 있다고 해서, 이를 피하기 위해 직장생활을 그만둘 것이 아니라 그 역할을 남성 근로자와 국가가 함께 나누도록 제도적 장치를 마련하는 것이 보다 바람직한 젠더 정책의 방향일 것이다. 실제로, 여성 평등권 확보의 과정은 기성의 ‘남성 영역’의 장벽을 하나씩 허물어 갔던 과정과 함께 했다. 그것은 변호사, 경찰, 소방수, 건설공사현장 근로자, 비행기(여성) 승무원 등과 같이 남성만의(때로는 여성만의) 직종이라는 신화를 무너뜨려 간 과정이기도 하다. 더 나아가, 기본권인 평등의 문제를 ‘현실적 고려’를 통해 해결할 수는 없다고 생각한다.

필자는 앞서 말한 여러 종류의 차이론이 모두 성별 사안을 판단하는 데 참

고가 될 수 있다고 믿지만, 고정관념이 만연하는 사회에서 여성의 차이를 법 정책에서 수용하려면 엄격하게 그 근거를 심사해야 할 것이다.³⁴⁾ 우리 법에서 성별간 ‘차이’는 어떻게 어느 정도 수용되고 있는가. ‘남녀고용평등 및 일·가정 양립지원에 관한 법률’의 제2조 1호에서 명시하는 차별의 예외에서 그 성향을 찾아볼 수 있다.

가. 직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우
 나. 근로여성의 임신·출산·수유 등 모성보호를 위한 조치를 하는 경우
 다. 그 밖에 이 법 또는 다른 법률에 의하여 적극적 고용개선조치를 하는 경우

가목은 성별이 ‘진정직업자격(Bona Fide Occupational Qualification)’이 되는 경우인데, 진정직업자격이란 성별, 종교, 출신국과 같은 요소가 어떤 직무를 수행하는 데 실질적 자격이 된다는 것을 의미한다. 진정직무자격이 인정되면, 성별, 종교, 출신국 사람들이 해당 직무에서 배제되기 때문에, 진정직무자격은 최대한 신중하고 엄격하게 적용되고 그 입증의 책임은 사업주에게 있다.³⁵⁾ 나목은 여성의 모성에 관한 것인데, 우리 법에서 모성이란 생물학적으로 불가피한 재생산 능력에 한정하며, 사회적으로 어머니에게 맡겨지는 보살핌 역할은 본 나목의 대상에서 제외된다. 다목은 누적된 차별의 해소조치로서의 여성에 대한 적극적 조치를 뜻한다.

이렇게, 우리 법이 차별의 예외로 보는 성별 차이는 생물학적 차이뿐 아니라 사회적인 차이도 수용하고 있다고 할 수 있다. 필자는 이 중에서 진정직업

34) 이 점에서 여성주의 법학의 평등 원칙 수립의 과제는 여성의 차이를 녹여내고, 포용하고, 수용하고, 재구성하는 평등의 원리를 만드는 것이라고 할 수 있다. 예컨대 코넬(Drucilla Cornell)이 제시하는 여성의 신체와 성성의 차이를 녹아낸 평등권(equal right)과 다른 동등권(equivalent right)의 아이디어, 그리고 리틀톤(Kristina Littleton)이 구성한 수용모델(accommodation model)에서 그러한 시각의 단초가 보인다. 수용모델은 성별간 차이로 인해 어느 한쪽이 비용을 치르지 않도록 하는 평등 모델을 의미한다.

35) 한편, 미국의 진정직업자격은 민권법 제7장 등에 기초하여 법원과 EEOC(고용기회평등위원회)에 의해 구성되어 왔다. 미국 법원은 진정직업자격의 판단은 사업상의 편의가 아닌 업무의 본질에 해당해야 한다는 점을 분명히 했다. [Bartlett 등, 2002: 212-249; 오정진, 2003; 김진 외, 2005].

자격의 관점에서 병역의 직무를 분석할 것을 제안한다. 진정직업자격 심사를 통해서 어떤 직무가 진정 여성에게 부적합한지를 가려낼 수 있을 것이다. 이에 대한 입증 책임은 물론 국방부와 대한민국에 있다.³⁶⁾

2. 군인의 직무 분석과 진정직업자격(BFOQ)

앞의 로스키 사건에서 여성에 대한 ‘전투 제한’이 ‘징집 제한’으로 둔갑해 버렸다는 소수 의견을 살펴보았다. 이것은 전투직무에 필요한 특성, 능력과 태도가 군인의 그것들로 대체되어 버렸다는 것을 뜻한다. 그렇다면, 군인의 직무에 대한 구체적 직무 분류가 필요할 것이다. 이 때 예컨대 다음과 같은 쟁점이 다루어져야 할 것이다.

- i) 전투와 비전투 임무의 구체적 경계는 어디인가.
- ii) 어떤 직무들이 여성의 특질에 진정 부적합한 것인가.
- iii) 앞서 말한 여성의 특질이란 통념이 아니라 사실인가.
- iv) 군인 업무 중 남성의 신체 특질만을 전제로 고안되었으나 그러한 특질이 직무 수행의 본질적으로 필요한 것인가 등.

이와 같은 심사를 통해서 군인의 임무가 구체화할 때, 여성의 의무 복무에서의 배제 및 특정 업무 배제의 정당화가 달성될 수 있을 것이다. 이제까지 대한민국에서 병역의무와 여성 간의 관계에 대한 합리적인 설명이 제공되지 않은 채, 여성의 의무 면제는 ‘당연시 된 영역’으로 존재해 왔다.

한편, 이미 한국에는 여군들이 간부로서 군에 복부하고 있는 바, 여군들의 직무에 대한 현행 제도를 고찰하는 것도 앞으로의 제도 설계에 참고가 된다. 우리나라의 여군 수는 2006년 5월 현재 총 4,145명으로 군 간부 정원의 2.5%의 수준(여군 장교 2,296명으로 전체의 3.1%. 여군 부사관 1, 849명으로 전

36) 필자는 병역의 의무를 여성 노동의 측면으로만 국한시키거나 직업과 동일시할 생각은 없다. 하지만, 앞서 본 2000년 유럽사법재판소의 판결에서 여성의 군대에서의 직무를 직업선택의 자유의 견지에서 판단하였고, 문승숙 교수의 논의대로 한국에서 군사제도와 산업정책 간의 관계가 중요하며, 현재 한국에서도 여성 군인의 참여와 역할을 확대하고자 한다고 할 때, 노동법적 접근이 중요하다고 생각한다.

체의 1.9%)으로 보고되며, 이는 병사를 포함한 전체 군인에 대한 비율은 1% 이하임을 뜻한다.³⁷⁾ 이마저도 2001년 여군장교 1,385명 (장교 613명, 간호 장교 772명), 부사관 875명이었음을 감안할 때, 그 수치가 급속히 증가해 왔음을 알 수 있다. 국방부는 여군의 절대수와 활용방안을 증가시킬 계획이며 그 정책 마련을 위해 노력한다고 한다(독고순, 2002).

다른 한편, 흥미롭게도 군인 직무에 있어서 여군 장교 및 부사관은 남성과 그리 큰 차이를 두고 있지 않다. 여성 군인 활용에 관한 육군의 규정을 볼 때, 여군 장교 및 부사관은 기본적으로는 남성 군인과 동일하게 관리하되 강인한 체력 및 직무를 요하는 접적 전투 부대와 수색, 정찰, 특수 작전 임무를 수행하는 부대, 평시 직접적 교전 발생 가능성이 있는 부대, 편의 시설, 주거 시설 확보에 극히 제한을 받는 부대에 대해서는 여군 활용을 제한하고 있다. 이에 여군 사관 장교는 포병, 기갑, 군종 병과를 제외한 나머지 18개 병과에서, 부사관은 포병, 방공, 기갑, 탄약을 제외한 나머지 16개 병과에서 활용되고 있다.³⁸⁾ 여성 간호 장교 및 사관생을 두고 있던 해군 및 공군에서도 작년부터 (해군 부사관은 2003년 이후) 육군과 큰 차이 없는 원칙을 가지고 여군 사관 및 부사관 후보생을 선발, 운용하고 있다(독고순, 2002).

37) 여군의 77.1%는 육군에 소속되어 있으며, 육군의 경우 포병, 방공, 기갑, 군종 등 4개의 병과는 아직 여군에게 개방되지 않고 운영되고 있다. 06년 5월 현재 육군 여군 장교의 병과는 간호(41.2%)가 가장 많으며, 이어 보병(9.0%), 통신(8.8%) 등의 순을 보이고 있다.

38) 육군 병과의 병과는 전투, 기술, 행정병과를 통틀어 아래와 같은 16개의 기본병과로 의무(군의, 치의, 수의간호, 의전), 법무, 군종병과를 통틀어 3개의 특수병과로 분류하며 교수, 연구 개발, 전을 특수화 특기로 분류하고 있다[보병, 포병, 기갑, 공병, 정보통신, 정보, 헌병, 화학, 항공, 방공, 항해, 조종, 항공통제, 정비, 병참, 법무, 군의, 부관, 정훈, 병기, 기보, 수송] 공군 병과는 조종, 항공통제, 방공포병, 기상, 통신, 정보통신, 항공무기정비, 보급수송, 시설, 관리, 인사행정, 정훈, 정보, 헌병, 군종, 의무로 구성되어 있다. 여군의 육군 병과는 보병, 전산, 정보, 공병, 통신, 화학, 병참, 병기, 수송, 부관, 경리, 정훈, 헌병, 의정, 수의, 보병, 정보, 공병, 통신, 항공, 보급, 수송, 부관, 경리, 의무, 화학, 군악, 법무, 특전, 헌병으로 되어 있고, 공군 병과는 조종, 항공통제, 방공포병, 기상, 정보통신, 항공무기정비, 보급수송, 시설, 관리, 인사행정, 정훈, 교육, 정보, 헌병 기계, 차량운전, 차량정비, 전기, 냉난방, 기상, 통신전자, 전자계산, 시설, 화학, 의무, 일반이 있고, 특수병과로는 법무, 군종, 의무가 있다. 해군의 의 병과로는 해군 항해, 기관, 항공(조종, 정비, 일반), 정보, 정보통신, 병기, 보급, 시설, 조함, 경리, 정훈, 헌병, 의정 일반(전담, 정훈, 법무, 헌병), 의무가 있다. 이외에도 수송(운전), 통신, 군악 전자(음탐, 항공, 전자전), 해병대 병과로는 보병, 포병, 기갑, 통신, 병기, 보급, 경리, 공병, 수송, 헌병, 정훈 일반(정보, 정훈), 화학, 수송, 건축/토목(공병)이 있다. 국군 조직에 관해서는 다음을 참조할 것: (<http://100.naver.com/100.nhn?docid=21805>).

이렇게 국방부의 여군 인사 관리 지침에서 보면 접전 부대, 격오지, 육체적으로 힘든 직위, 특수전, 잠수 분야 등 일부 직위를 제외하고는 전 분야 남녀 구분 없이 보직 관리하는 여군을 활용한다는 원칙을 두고 있음을 알 수 있다. 또한, 각군별 양성 및 보수 교육은 남녀통합 교육으로, 진급 관리는 필요시 일정 기간별로 관리하고 후에 남군과 동등 관리하며, 장기 복무의 경우 남군과 동일한 비율을 적용하도록 계획을 세워 놓고 있다. 이렇게 병과 활용이나 인사 관리 원칙에 있어서 우리 군의 여군 활용 정책은 여타의 선진국에 비교해 손색이 없다고 한다.³⁹⁾

이상과 같은 여군 직무에 관한 현재 규정은 앞서 본 여성의 징병 면제의 근거를 여성의 생물학적 근거에서 찾는 것을 무색하게 만든다. 왜냐하면 이미 접전지 등 직접 교전과 관련되어 있는 병과(직무) 등을 제외하고는 여성 군인에게 거의 모든 직무가 개방되어 있는 상태이기 때문이다. 그렇다면, 여성의 남성에 비해 나약한 체력⁴⁰⁾, 임신능력⁴¹⁾, 성관계 및 성폭력의 가능성과⁴²⁾ 같은 흔히 열거되는 군 복무와 관련된 여성의 차이(부적합성)라는 문제를 우리 국방부는 이미 극복하고 있는 것인지, 그 대비책이 마련되어 있다면 군인 간부가 아닌 여성 사병에까지 이런 기준을 적용할 수 없는 것인지 국방부와 정부가 답변해야 할 것이다. 실질적으로 여성의 군인 확대를 추구한다면, 군 간부에 국한할 것이 아니라 일반 사병에 대해서도 연구를 시작해야

39) 하지만, 간부 정원 대비 2%라는 비중은 여군의 주류화를 논의하기에 너무 적은 비율이며, 특히 직업으로 군을 택한 여성들에게 현재의 장기 복무 활용율은 매우 미흡한 수준이다. 또 보병병과를 부여받았다 하더라도 행정 근무 보병 병과 성격이 짙으며, 소대장 직위도 일반 전투부대 소대장이 아닌 신병교육대 위주이고, 아직도 많은 여군 장교나 부사관은 여군 학교나 여군 대대 또는 여군대에 소속되어 여군 관리나 부관 병과 등 전통적인 업무에 종사하고 자신의 전문성을 개발시킬 기회를 충분히 갖지 못하고 있다고 한다.

40) 여성의 체력과 지구력에 대해서는 각종 사관학교에서의 기록을 보는 것이 시사적이다. 미국의 경험을 볼 때, “절대적으로 필요할” 경우를 제외하곤 성별 차이를 수용하지 않았다. 여성은 11파운드의 M-14가 아니라 M-16을 들고 가상 전투에 참여케 한다든지, 단거리 경주에서 기준시간을 더 준다든지 하는 것 등이 그 예이다.

41) 외국의 여성 사병 군인의 임신에 대한 조치가 참고가 될 수 있다. 미국에서는 한 때 군 복무 중 임신은 의무적 제대를 의미했고 현재도 그 선택이 주어지고 있지만, 현재는 대개 6주 동안의 ‘유급 출산 휴가’가 주어지는 정책을 펴고 있다(Kay & West, 전제서, p.148).

42) 한국 여군들이 겪는다는 성희롱과 이에 대한 문제제기의 어려움에 대한 보고를 참고할 수 있다 [이순혁 기자, <한겨레 21>, 2008].

할 것이다. 현재의 4,000여 명의 여성을 두고, 여성이 ‘원한다면’ 병역의 의무를 행하면서 양성 평등에 위배되지 않는다고 말하는 것은 궁색하기 이를 데 없다.

VI. “최적의 전투력”과 “충분한 인력”론

앞에서 우리는 현재의 병력 수급 상황에서 여성에게까지 현역병 징집 의무를 부과해야 할 정도가 아니며, 특히 여성을 징집했을 경우의 국가예산과 내무 생활의 여건 등 난점이 있다는 지적을 살펴보았다.⁴³⁾ 이에 대해 헌법재판소는 다음과 같은 사항을 심사해야 한다.

먼저 헌법재판소는 위의 요소들이 광범한 입법재량의 범위 내에 들어오는 요소인지 아니면 행정적 편의인 것인지에 대한 진지한 심의를 해야 한다. 그것이 국가의 안위나 최적의 군사력과 같은 정책의 본질이 아니라 행정적 편의사항이라면 성별 분류(직접차별)를 정당화할 정도의 공익에 해당한다고 보기 어려울 것이다.

둘째, 현재 군 징집을 위한 ‘충분한 인력’이 있다고 하는 근거에 대해서도 고찰이 필요하다. 이러한 진단은 모든 한국 남성이 병역 의무에 대해서 동의하고 있다는 전제에 입각해 있지만, 병역 기피에 대한 논란이 끊이지 않고 있는 우리 사회현실은 징병제도가 남성들에게 얼마나 큰 부담인지를 방증하고 있다. 병역의무 이탈에 대한 국가의 제재가 정비되어 왔고, 선거 때마다 불거지는 공직자 아들의 병역 기피 논란은 한국에서 병역이란 피할 수만 있다면 피하고 싶은 부담임을 말해준다. 급기야 우리 정부는 2005년 국적법을 개정하여, 병역미필자가 국적선택을 하지 않을 경우 병역문제가 해결될 때까지 우리 국적이 상실되지 않도록 하여 병역의무를 계속 부과하는 등의 정책을 펼치고 있다.⁴⁴⁾ 또 병역의무는 남성 대 여성의 문제이기 이전에 남성 대

43) 군대에서 남성과 여성이 함께 근무하는 통합 부대(integrated units)의 효율성과 문제점들에 대해서는 아직 많은 것들이 알려지지 않은 상황이다. 이를 예측하고 최적의 정책과 설비를 마련하기 위해 많은 연구와 실험이 필요하다. 한편, 현재의 남성 위주의 군대에서 폭력과 성폭력과 같은 문제가 존재하지 않는 것이 아니다.

44) 만 20세 전에 이중국적자가 된 자는 만 22세 전까지, 만 20세 후에 이중국적자가 된 자는

남성 간의 계급의 문제의 성격도 지니고 있다.⁴⁵⁾

이상의 사실에서 볼 때, 본 사건은 현행의 징병제도를 국민이 납득할 수 있는 보다 합리적인 제도로 변화시킬 것에 대한 요청이라고 해석한다. 병역 제도의 합리화 중 하나는 징집과 군인 직무에 대한 명확한 기준 제시이며, 여기서 여성의 징집 면제라는 기존 정책은 피할 수 없는 사안이라고 생각한다. 만약 여성에게도 보편적인 병역의무를 부과하는 제도가 마련되어 상당한 숫자의 여성이 사병으로서 복부하게 된다면, 그것은 의무로서 수행하는 남성 군인들의 복무 기간을 단축시킴으로써 병역 의무를 성별간 분담하는 효과를 갖게 될 것이다.

다른 한편, 양심적 병역 거부 등 평화운동의 입장을 수용하면서 사회복무제 등 다양한 병역의무 이행 방식에 대한 사회적 요청 역시 높아지고 있음도 사실이다(한인섭, 장복희 편, 2003; 김두식, 2007 참고). 이러한 현실을 감안할 때, 복무기간 및 군복무 대체방식 등을 개편하지 않은 채, 국방부의 ‘충분한 인력론’은 현재의 제도적 강제에만 의존하겠다는 것은 너무 안이한 생각이다.

또한, 대상 심판조문은 “최적의 전투력”이라는 입법 목적을 가졌다고 말해진다. 하지만 이 때의 최적의 전투력이라는 것이 남성과 여성의 체력과 신체적 특성이라는 요소에 기반하였다는 점에서 앞서 논의한 통념상의 ‘여성의 차이론’에 입각한 것은 아닌지 심사할 필요가 있다. 양성간 신체적 차이를 인정한다고 해도, 군대업무란 전투라는 한 가지 기능이 아니라 수종의 서로 조직적으로 얹힌 업무들 속에서 수행되는 것으로 사료된다. 특히 현대전쟁은 보다 다양한 기술적이고 지적 능력을 필요로 하기에 최적의 전투력이란 단순히 전투요원의 능력만으로 구성되지 않는다. 결국 최적의 전투력이란 최적의 군사력이라고 한다면, 최적의 인력 활용이 중요할 것이다. 다변화되고 소수정예화되는 현대의 군사정책에서 남성만의 참여가 어째서 ‘최적의 전투력’을 보장하는지 정당화하기 어렵다.

그때부터 2년 내에 하나의 국적을 선택해야 한다 [국적법 제12조 (개정 2005. 5.24)].

45) 모든 남성들이 군대에 가는 것은 아니다. 학력 미달, 수형자, 고아, 혼혈아는 군 입대에서 면제되고, 이외에도 정신과 신체장애, 그리고 트랜스젠더 등은 군 복무에서 면제된다. 동시에, 혜택 받은 집단의 아들 역시 군 복무에서 면제되거나 경감된다는 인식도 팽배해 있다.

마지막으로, 최적의 전투력 이론으로서 여성의 차이론을 받아들여 여성이란 군복무에 적합하지 않은 존재라는 근거를 인정한다면, 현재 우리 군대가 여성 군인의 지원을 받고 있을 뿐 아니라 여성 군인을 증가시키고자 하는 방향과 모순되게 된다. 최적의 전투력이라는 근거가 사실이라면 한국 군대는 한 명의 여성 군인이라도 선발해서는 아니 될 것이다.

VII. 맺음말

이상과 같은 논거 위에서 필자는 남성만을 징병대상으로 하고 여성은 면제하는 병역법의 대상 조문들은 성별간의 법 앞의 평등보호이라는 헌법 제11조 1항에 반한다는 의견을 제출한다. 본론에서 제시된 의견을 요약하면 아래와 같다.

먼저, 병역법 제3조 제1항이 여성의 어떤 차이에 입각한 것인지 검증된 바 없고, 성별에 대한 통념에 입각하지 않았다고 말할 근거가 박약하다.

둘째, 병역을 구성하는 수많은 직무들을 굳이 남성만이 수행해야 하는지, 왜 여성은 수행할 수 없는지, 그 성별적 분류가 정당한 것인지에 대한 심사가 요청된다. 따라서, 헌법재판소는 해당 사안을 판단함에 있어서, 병역의무에 관한 입법목적과 성별 분류의 본질적 상관성을 증명하고, 군인 업무의 세분화를 통해서 본 법률이 채용한 여성 배제의 정당성을 심사해야 할 것이다. 이 과정에서 ‘여성의 차이론’ 그리고 여성에 대한 ‘수혜적 차별론’과 같은 근거들이야말로 헌법적 견지에서 파기해야 할 성별에 대한 통념이 아닌지 검토해야 한다.

셋째, 재정적 한계, 군대시설 등의 문제가 입법 재량의 사안인지 행정적 정책적 편의 사항인지 엄격한 헌법적 해석이 요청된다.

마지막으로, 본 사건은 심판 대상 조문의 남성 차별성의 문제이지 여성 징병 여부 및 그 방법에 관한 것이 아니라는 점을 강조하고 싶다. 여성 병역의무는 본 사안과 별개의 사안이자, 본 사안을 판단한 이후의 사안이다. 헌법재판소는 본 대상조문의 헌법 적합성에 대한 심사이지 여성 징병 의무에 대한 제도에 대한 심사를 요청받는 것이 아니다. 새로운 제도 마련의 부담 때문

에 해당 조문에 대한 헌법적 심사기준이 낮아지거나 실종되어서는 아니 될 것이다. 여성 병역 의무의 구체적 방법론과 정책을 연구해야 한다면, 이는 헌법재판소가 아닌 곳에서 이루어져야 할 것이다. 이러한 연구의 건전한 출발을 위해서도 사법기구의 공정한 판단이 요청된다.

다른 한편 평화운동의 견지에서 볼 때, 이 글이 무력과 살상을 피할 수 없는 군대에서의 여성 참여를 고무하는 입장으로 이해되지 않을지 우려된다. 이 글은 여성의 병역을 고무하고자 함이 아니라, 현재 제기되어 있는 헌법 소원 사건에 있어서 성차별을 어떻게 볼 것인가를 다루고자 하였다. 이 과정에서 군대를 둘러싼 물질적, 정치적, 제도적, 이념적인 남성독점주의와 군대제도에 서의 여성의 타자화를 발견할 수 있었다. 여성은 그동안 남성 징병제에 대해 발언할 성원권(membership)도 가지지 않았다고 생각한다. 남성만의 제도가 허물어진다는 것은 궁극적으로 여성의 참여를 가져올 것이지만 아직 우리는 남성우월주의를 허무는 데, 그리고 여성의 병역 의무제도를 고안하는 데, 좀 더 많은 시간이 필요하다는 생각이다. 제대로 된 해체만이 건전한 재구성을 가져온다고 믿기 때문이다.

참고문헌

- 권인숙(2005). 대한민국은 근대다-여성학적 시각에서 본 평화, 군사주의, 남성성. 서울: 청년사.
- 김두식(2007). 평화의 얼굴. 서울: 교양인.
- 김주환(2007). 병역의무와 성차별금지-병역법제 3조 제1항, 제8조 제1항의 위헌 여부, 헌법실무연구, 제8권, pp. 362-384.
- 김진 외(2005). 진정직업자격 등 고용차별 판단기준에 관한 외국판례 실태조사. 국가인권위원회, 미간행 보고서.
- 김하열(2008). “군가산점제의 재고찰: ‘고조흥 의원안’을 중심으로,” 한국 젠더법학회 & 서울대학교 공익인권법센터 공동주최 학술회의 미간행 발표문, 2008.6.14.
- 김형성(2001). 과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점, 헌법실무연구, 제2집, pp. 53-76
- 독고순(2002). 여군 활용의 주요 쟁점과 역할기대, 국방정책연구, 59호.
- 문승숙(2007). 군사주의에 갇힌 근대. 이현정 역, 서울: 또하나의 문화 [Seungsook Moon(2005). *Militarized Modernity and Gendered Citizenship in South Korea*, Durham: Duke University Press].
- 병무청(1986). 병무행정사: 하. 서울: 병무청.
- 양건(2000). 법사회학. 서울: 아르케 (제2판).
- 양현아(2002). 서구의 여성주의 법학-평등과 차이의 논쟁사, 법사회학연구, 제26호, pp.229-267
- 오정진(2003). 여성노동현안에 관한 국내외 판례의 동향과 과제, 한국여성개발원, 미간행 연구보고서.
- 윤진숙(2007). 여성의 병역의무에 대한 법이론적 고찰, 공법학연구, 제8권 제4호, pp.243-261.
- 윤후정 & 신인령(2001). 법여성학-평등권과 여성, 서울: 이화여대출판부.
- 이명웅(2004). 비례의 원리의 2단계 심사론, 헌법논총, 제15집, pp. 509-544.
- 이순혁(2007). 장기복무 심사 있지? 오늘밤 같이 있자, 한겨레 21, 제707호 2008. 4.29.

- 이종수(2007). 병역법 사건 발제에 대한 토론문, 헌법실무연구, 제8권, pp. 401-409.
- 정희진(2005). 페미니즘의 도전. 서울: 교양인.
- 최대권 외(1995). 법사회학의 이론과 방법, 서울: 일신사.
- 최대권 (2000), 법적 결정과 사회과학: 과외금지조치위헌결정을 중심으로, 법학, 서울대 법학연구소, 제41권 제3호, 2000, pp.77-111.
- 페미니스트 저널 (2003). 특집: 여자, 군대를 말한다, IF 봄호.
- 한국여성연구소(2000). 여성과 사회, 특집: 군가산점제, 제11호.
- 한상희 (2000). 헌법재판에서의 사회과학적 변론, 법학, 제41권 제3호. 2000, pp.77-106.
- 한인섭 & 장복희 편(2003). 양심적 병역 거부. 서울대 BK21공익인권법센터 기획, 서울: 사람생각.
- 황정미(1999), 발전국가와 모성: 1960-70년대 '부녀정책'을 중심으로, 심영희 등 공편. 모성의 담론과 현실. 서울: 나남출판.
- Babcock, Barbara et al. eds.(1996). *Sex Discrimination and Law-History, Practice, and Theory*, Boston: Little, Brown Company (2nd edition).
- Bartlett, Katharine, Angela Harris and Deborah Rhode eds.(2002). *Gender and Law*, New York: Aspan Law & Business.
- Becker, Mary, Cynthia Grant Bowman and Morrison Torrey(2001). *Feminist Jurisprudence-Taking Women Seriously- Cases and Materials*, St. Paul: West Group (2nd).
- Cornell, Drucillal(1995). *The Imaginary Domain-Abortion, Pornography, Sexual Harassment*, New York: Routledge.
- Jones, Pamela(1993). Women in the Crossfire: Should the Court Allow It?, *Cornell Law Review*, 78: 252-269.
- Herma Hill Kay & Martha West eds(2006??)., *Sex-Based Discrimination-Text, Cases and Materials*. St. Paul, MN: Thomson and West (6th ed.).
- Linda Kerber(1993), A Constitutional Right to be Treated like Ladies:

Women, Civic Obligations, Military Service,” *University of Chicago Law School Roundtable*, pp. 95-119.

Littleton, Kristina, Reconstructing Sexual Equality, *California Law Review*, vol.75, pp. 1279-1337.

Constitutionality of ‘Male only’ Conscription in Korea: A View from the Constitutional Case of Military Act Article 3 Paragraph 1

Hyunah Yang*

This article attempts to examine a legal case that is currently pending at Constitutional Court in Korea on December 1st, 2008. The petitioner K, a Korean male citizen, argues that the Military Act Art.3 Par.1 and Art. 8 Par.1 violates his rights of equality and freedom. While man’s conscription is mandatory, woman’s military service is only voluntary in Korea as prescribed in the Articles above. In the modern war, as the petitioner claims, physical strength is not the only prerequisite for becoming a soldier. Moreover, military roles have been diversified, and there are many roles that do not necessarily require physical force. Thus, as K argues, it is the result of the legislators’ arbitrary policy to limit mandatory military service only to men. K petitioned to the Court to examine the constitutionality of the Articles.

This study discusses this case from the view of socio-legal studies that locates the law and legal cases within the social context and interprets them as a symptom of social structure and cultural tides. It is also significant to interpret the ‘male only’ military prescription from a feminist legal point of view.

In the main argument, the article deals with the preexisting arguments about this case and one USA Supreme Court case, *Rostker v. Goldberg* (1981). It examines the grounds for constitutionality of the Military Act Articles in question. Then, the notion of ‘beneficial discrimination’ against women was criticized because of conceptual pitfalls and factual incorrectness. Women as well as men were discriminated by this men-only-draft-system. Difference in women have been the strongest ground as to why women can and ought to be

* Seoul University, Professor of Law School (hyang@snu.ac.kr)

exempted from the mandatory military service. As ‘women’s difference’ would mainly signify women’s physical weakness and pregnancy, this difference cannot be free from gender stereotyping, the very object the equal rights is trying to dismantle. The ‘difference’ that the law can protect and affirm needs to be strictly examined as in the case of BFOQ (Bona Fide Occupational Qualification). With regard to the standards of the ‘maximum military power,’ and ‘enough personnel for the service,’ this article states them as equally improper grounds for the constitutionality of the Articles.

Based upon these arguments, this study concludes with the opinion that the Articles of the Military Act in question shall not be congruent with the Constitution in Korea.

Key Words: Constitutional review, male only conscription, beneficial discrimination, Military Act Article 3 Paragraph 1, women’s difference, feminist jurisprudence