

양심에 따른 병역거부와 헌법재판소의 월권(越權)* **

이 인 호**

<국문초록>

최근의 헌법재판소는 국민에 의해 직접 선출되지 않은 사법기관이 가져야 할 절제(節制)의 미덕을 포기한 듯이 보인다. 마치 ‘내가 말하는 것이 곧 헌법이다’라고 포효(咆哮)하는 듯하다. 선례(先例)도, 논리(論理)도, 사실(事實)도 이 포효를 제어하지 못하는 것으로 보인다. 그 예로 이 글에서 2018년 6월에 헌법재판소가 특정 종교인들의 병역거부를 ‘양심’의 이름으로 승인해 준 결정(‘3차 병역거부 사건’)을 비판적으로 검토한다.

앞선 1, 2차 결정에서 헌법재판소는 양심에 따른 입영거부를 형사처벌하는 조항(‘입영거부 처벌조항’)에 대해 합헌을 선언하였었다. 그런데 이번의 3차 결정에서는 이 처벌조항에 대해서는 그대로 합헌으로 선언하면서, 그러나 기이하게 병역(兵役; military service)의 종류를 정하는 조항(‘병역종류조항’)에서 대체복무(civil service)를 규정하지 않은 입법부작위가 입영거부자들의 양심의 자유를 침해한다고 판단하면서 병역종류조항에 대해 헌법불합치결정을 선고하였다. 6인의 헌법재판관이 이를 인정하였으며, 다른 3인의 헌법재판관은 각하 또는 합헌의견을 내었다. 이번 결정에서 결과적으로 기존의 선례가 뒤집어진 셈이다.

그러나 6인의 다수의견이 제시하는 논증을 검토해보면 기존의 선례도 논리도 사실도 모두 무시하고 있는 것으로 분석된다. 그리고 헌법재판소의 이번 헌법불합치 결정은 자신에게 주어진 헌법재판권의 한계를 넘어 선 것으로 평가된다. 이

* 이 글은 2019. 6. 7. 개최된 「2019년 한국헌법학자대회」(현대 입헌주의의 발전과 한국 헌법학의 과제)에서 필자가 동일 주제로 발표한 내용을 보완한 것이다. 학술대회에서 발표내용에 대해 따끔하게 지적해 준 한국헌법학회 회원님들께, 그리고 논문심사에서 글의 부족한 부분을 일깨워준 심사자분들께 깊은 감사를 드린다.

** 이 논문은 2018년도 중앙대학교 연구년 결과물로 제출됨.

*** 중앙대학교 법학전문대학원/헌법.

글에서는 이 점을 4가지 측면에서 논증한다.

주제어: 양심에 따른 병역거부, 양심적 병역거부자, 양심의 자유, 대체복무, 병역의무, 헌법재판권의 한계

目次

- I. 문제의 제기: 절제의 미덕을 잃어가는 헌법재판소
- II. 3차 병역거부 결정(헌법불합치)의 기본내용
- III. 적법요건의 허들(hurdle)을 무리하게 뛰어넘는 기교(技巧)
- IV. 입법부작위 심사방식과 양심의 자유의 본질에 관한
선례의 무시
- V. 엄밀한 사실인정이 아닌 조건부 추정에 근거한 위헌논증
- VI. 대체복무제의 도입결정권한이 헌법재판소에게 있는가?
- VII. 맺는 말

I. 문제의 제기: 절제의 미덕을 잃어가는 헌법재판소

헌법재판소는 30년의 짧은 역사에도 불구하고 사법기관(司法機關)으로서 놀라울 정도의 권위와 위상을 높여 왔다. 헌법재판소는 때로는 정치권 내부의 권력 갈등에도 개입하여 정치지형을 변경하는 결과를 낳기도 한다. 예컨대, 비례대표의원선거에서 별도의 정당투표를 허용함으로써 정치적 소수세력이 국회에 진입할 수 있는 길을 열었으며,¹⁾ 헌법상 허용되는 국회의

1) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등 (비례대표국회의원선거 1인1표제 사건-한정위헌). 민주노동당창당준비위원회가 청구한 이 사건에서 헌법재판소는 국회의원선거에서의 1인1표제를 위헌이라고 결정하였다. 당시의 1인1표제에 의하면, 국회의원선거에서 유권자에게 비례대표의원 선거를 위한 별도의 정당투표를 인정하지 않은 채 유권자가 지역구국회의원선거에서 던진 1표를 그대로 정당에 대한 지지의사로 의제하여 비례대표의석을 배분하게 하는 방식이었다. 헌법재판소는

원선거구 간의 인구편차를 4:1에서 3:1로, 다시 2:1로 내렸다.²⁾ 심지어 2017년 3월에는 국민이 뽑은 대통령까지 엄밀한 사실인정도 없이 파면시켰다.³⁾ 30년 전에 창설될 당시 누구도 감히 상상하지 못했던 상전벽해(桑田碧海)의 변화이다. 과연 1987년의 헌법을 승인했던 국민은 새로이 창설되는 헌법재판소에 이런 강력한 사법권력(司法權力)을 주고자 했던 것일까?

지금의 헌법재판소는 국민에 의해 직접 선출되지 않은 사법기관이 가져야 할 절제(節制)의 미덕을 포기한 듯이 보인다. 특히 우리의 헌법재판소는 민주적 다수의 입법외사(법률)를 통째로 파기하는 강력한 사법권을 행사한다. 법률조항을 통째로 무효화시키는 권한은 미연방대법원도 독일연방헌법재판소도 간간이 조심스럽게 행사하는 것이지만,⁴⁾ 한국의 헌법재판소는 통상적으로 휘두른다.⁵⁾ 위헌결정 건수도 매우 높다. 지난 30년 동안 본안에

9인 전원일치로 1인1표제가 민주주의원리에 부합하지 않으며 직접선거의 원칙 및 평등선거의 원칙에 위반된다고 판단하였다. 이 결정 이후 1인2표제가 도입되었고, 새로운 제도에 따른 최초의 선거(제17대 국회: 2004. 5. ~ 2008. 5.)에서 신생 정당이었던 민주노동당이 지역구국회의원선거에서는 1석밖에 얻지 못했지만 비례대표에서 8석을 얻어 제3당이 되었다.

- 2) 현재 1995. 12. 27. 95헌마224등 (국회의원선거구 인구편차 1차 사건-위헌); 현재 2001. 10. 25. 2000헌마92등 (국회의원선거구 인구편차 2차 사건-계속적용명령의 헌법불합치); 현재 2014. 10. 30. 2012헌마190등 (국회의원선거구 인구편차 3차 사건-계속적용명령의 헌법불합치).
- 3) 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1 (대통령 박근혜 탄핵 사건-파면).
- 4) 미국 연방대법원은 주로 적용위헌(適用違憲; unconstitutional as applied)을 선언한다. 그리하여 법률조항이 당해 재판에서 당사자에게 적용되는 한에 있어서 위헌이라고 판단한다. 법률조항을 통째로 위헌하는 이른바 문면위헌(文面違憲; unconstitutional on its face)을 선언하는 것은 아주 드문 일이다. 이 점에 관해서는 이인호, “미국의 헌법재판절차에 관한 비교고찰”, 공법연구 제30집 제1호(한국공법학회, 2001); 문재완, “미국 대법원 위헌결정의 대세적 효력”, 헌법학연구 제18권 제3호(한국헌법학회, 2012) 참조. 한편, 독일의 연방헌법재판소도 법률에 대한 규범통제에 있어서 위헌심사의 범위를 구체적 분쟁의 사실관계와 결부시킨다. “구체적 규범통제에서 연방헌법재판소의 재판은 당해 사건에 의하여 심사범위의 제한을 받는다. 재판소원에 있어서도 ... 연방헌법재판소가 재판의 기초가 된 규범을 위헌이라고 볼 경우에는 그 재판이 취소될 뿐만 아니라 - 재판소원의 원인이 된 사건이 계기가 되어 그리고 그 사건에 의하여 한정된 심사범위 안에서 - 그 규범도 위헌으로 선언되게 된다.”(클라우스 슈라이히/정태호 옮김, 독일헌법재판론, 미리, 2001, 130쪽).

서 심리한 11,887건 중 1,693건(14.2%)에서 위헌결정(한정위헌·한정합헌·헌법불합치 포함)을 하였다.⁶⁾ 심지어 2018년 4월에 헌법재판소는 9인 전원이 「大韓民國 憲法」 제16조(주거자유조항)가 잘못되었다고 지적하면서 헌법의 개정을 촉구하는 의견을 제시하였다.⁷⁾ 헌법제정자(국민)의 의사를 잘못되었다고 재단(裁斷)하는 것은 헌법해석자의 자세가 아닐 뿐만 아니라 위험천만한 발상이다. 국민 위에 서고 싶은 것일까?

지금의 헌법재판소는 마치 ‘내가 말하는 것이 곧 헌법이다’라고 포효(咆

5) 한국의 경우 헌법 제107조 제1항의 위헌법률심판을 ‘구체적’ 규범통제라고 인식하면서도, 당해 재판에 적용되는 법률조항에 대해 일단 위헌제정이 이루어지면, 헌법재판소는 당해 재판의 사실관계를 떠나서 법률조항 자체, 즉 일반적이고 추상적인 규범 그 자체를 놓고 통제로 위헌여부를 판단한다. 그리하여 그 법률조항을 통제로 무효화시키는 ‘단순위헌’을 주로 선언하고, ‘한정위헌’은 아주 간간히 선언한다(아래 사건누계 참조).

6) 1988. 9. 1.에서부터 2019. 4. 30.까지 총 36,483건이 접수되어 본안에서 심리한 11,887건 중 1,693건에서 위헌결정이 내려졌다. 위헌결정은 단순위헌이 640건, 헌법불합치 250건, 한정위헌 70건, 한정합헌 20건, 인용 705건으로 구성되어 있다. 합헌결정은 10,193건(합헌 2,569건, 기각 7,624건)이며, 각하·취하가 23,611건(각하 22,636건, 취하 965건, 기타 10건) 이루어졌다. 헌법재판통계 누계표 <<http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/info/selectEventGeneralStats.do>> 참조.

7) 현재 2018. 4. 26. 2015헌바370등 (영장 없는 주거수색 사건-계속적용명령의 헌법불합치). 이 결정에서 헌법재판소는 처음으로 헌법 제16조(주거의 자유)와 관련하여 영장주의 예외의 필요성과 그 예외의 기준을 제시하였다. 즉, 수사기관이 체포영장을 집행하는 과정에서 예외적으로 영장 없이 주거를 수색할 수 있기 위해서는 ① 그 장소에 범죄혐의 등을 입증할 자료나 피의자가 존재할 개연성이 있어야 하고 (그리고) ② 사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 모두 존재해야 한다. 현행 형사소송법은 ①의 요건만으로 영장 없는 주거수색을 허용하고 있어 영장주의 위반이라는 것이다. 이는 헌법 제16조에 대한 해석의 결과이다. 그런데 헌법재판소는 헌법의 잘못을 지적하면서 헌법을 개정하는 것이 바람직하다고 지적하고 있다: “심판대상조항의 위헌성은 근본적으로 헌법 제16조에서 영장주의를 규정하면서 그 예외를 명시적으로 규정하지 아니한 잘못에서 비롯되었다고 할 것이다. 현행법인 체포, 긴급체포, 일정 요건 하에서의 체포영장에 의한 체포의 경우에도 영장주의의 예외를 허용하는 것으로 위 헌법조항이 개정되고, 그에 따라 심판대상조항(심판대상조항과 동일한 내용의 규정이 형사소송법 제137조에도 존재한다)이 개정되는 것이 바람직하며, 위 헌법조항이 개정되지 않는 경우에는 심판대상조항만이라도 이 결정의 취지에 맞게 개정되어야 함을 지적하여 둔다.”

哮)하는 듯하다. 선례(先例)도, 논리(論理)도, 사실(事實)도 이 포효를 제어하지 못하는 것으로 보인다. 그 예로 2018년 6월에 헌법재판소가 특정 종교인들의 병역거부를 ‘양심’의 이름으로 승인해 준 결정(‘3차 병역거부 사건’)을 비판적으로 검토한다. 이 결정에서 6인의 헌법재판관은 앞선 1, 2차 결정(합헌)을 사실상 뒤집는 헌법불합치 결정을 내렸다. 그러나 기이한 점은, 정작 당해 형사재판의 적용법조인 ‘입영거부 처벌조항’에 대해서는 합헌으로 선언하면서, 병역(兵役; military service)의 종류를 정하는 조항(‘병역종류조항’)에서 대체복무(civil service)를 규정하지 않은 입법부작위가 입영거부자들의 양심의 자유를 침해한다고 판단한 것이다. 이하에서는 6인의 다수의견이 제시하는 논증이 기존의 선례도 논리도 사실도 모두 무시하고 있으며, 나아가 이번의 헌법불합치 결정은 자신들에게 주어진 헌법재판권의 한계를 넘어 선 것이라는 점을 비판하고자 한다.

아래에서 우선, 결정의 기본내용을 간략히 언급한 다음(Ⅱ), 6인의 헌법재판관이 적법요건의 hurdle을 무리하게 뛰어넘는 기교(技巧)를 부리는 모습을 두 가지 논점(재판의 전제성 및 진정입법부작위)을 중심으로 비판한다(Ⅲ). 이어서 6인의 다수의견이 입법부작위 위헌논증의 심사방식에 관한 선례(先例)를 무시하고 있는 점을 비판하고, 나아가 우리 헌법의 해석상 과연 양심에 따른 병역거부권이 도출될 수 있는지를 검토한다(Ⅳ). 다음으로, 대체복무제를 도입하지 않은 법률조항(‘병역종류조항’)이 양심의 자유를 침해한다고 판단하면서, 엄밀한 사실인정이 아닌 조건부 추정에 근거하여 위헌논증을 하고 있는 모습을 비판한다(Ⅴ). 마지막으로, 대체복무제를 도입할 것인지를 결정하는 권한이 과연 헌법재판소에게 있는가를 묻는다. 비교법적 사례의 제시를 통해 양심에 따른 병역거부자를 위한 대체복무제 도입은 헌법개정을 통해 이루어져야 한다는 점을 지적한다(Ⅵ).

Ⅱ. 3차 병역거부 결정(헌법불합치)의 기본내용

양심에 따른 병역거부를 헌법적으로 평가하는 결정은 앞서 두 번이 더

있었다. 2004년의 1차 결정에서 헌법재판소는 합헌결정⁸⁾을 내렸고, 2011년의 2차 결정에서도 역시 합헌결정⁹⁾을 내렸다.

그런데 이번 2018년의 3차 결정에서 헌법재판소는 양심에 따른 병역거부를 헌법적으로 승인하는 결정을 내렸다.¹⁰⁾ 6인의 헌법재판관이 이를 승인하였으며, 다른 3인의 헌법재판관은 각하 또는 합헌의견을 내었다. 이번 결정에서 결과적으로 기존의 선례가 뒤집어진 것이다.

그런데 이번 3차 결정은 매우 독특한 결정방식을 취하고 있다. 앞선 1, 2차 결정에서 심판대상이 되었던 조항은, 당연히 법원의 당해 재판(입영거부 혹은 소집불응의 범죄사실로 기소된 형사재판)에 적용되는 법률조항인 「병역법」의 이른바 ‘입영거부 처벌조항’(제88조 제1항)이었다. 이 ‘입영거부 처벌조항’(제88조 제1항)은 현역 또는 보충역으로 병역판정을 받은 사람이 입영통지 또는 소집통지를 받고도 ‘정당한 사유 없이’ 3일이 지나도 입영하지 않거나 소집에 응하지 않은 경우 3년 이하의 징역에 처한다는 내용이다. 대법원은 그 동안 확립된 판례를 통해서, 양심상의 결정을 내세워 입영을 거부하거나 소집에 불응하는 것은 ‘정당한 사유’에 해당하지 않는다고 판단해 왔다.¹¹⁾ 그리고 헌법재판소의 1, 2차 결정도 위 ‘입영거부 처벌조항’이 헌법에 위반되지 않는다고 판단했었다.

그런데 이번 3차 결정에서 헌법재판관 6인이 헌법불합치 결정을 내린 법률조항은 「병역법」의 ‘입영거부 처벌조항’(제88조 제1항)이 아니고, 병역의 종류를 정하는 이른바 ‘병역종류조항’(제5조 제1항)이다. ‘병역종류조항’은 병역(兵役), 즉 군복무(軍服務; military service)의 종류를 5가지(현역, 예비역, 보충역, 병역준비역, 전시근로역)로 규정하는 조항이다. 6인의 헌법재판

8) 헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1 (양심에 따른 병역거부 1차 사건-합헌). 이 결정은 5인 합헌, 1인 합헌, 1인 합헌, 2인 위헌으로 의견이 대립되었다.

9) 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22등 (양심에 따른 병역거부 2차 사건-합헌). 이 결정은 6인 합헌, 1인 합헌, 2인 한정위헌으로 의견이 대립되었다.

10) 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등 (양심에 따른 병역거부 3차 사건). 이 결정에서 ① 병역종류조항에 대해서는 6인 헌법불합치, 2인 각하, 1인 각하로 의견이 대립되었고, ② 입영거부 처벌조항에 대해서는 2인 합헌, 2인 합헌, 4인 한정위헌, 1인 각하로 의견이 나뉘었다.

11) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결.

관들은 입법자가 양심에 따른 병역거부자(conscientious objector)를 위한 대체복무(alternative service)를 이 조항에서 규정하지 않은 입법부작위가 병역거부자들의 양심의 자유를 침해하여 위헌이라고 판단하면서 2019. 12. 31. 까지 이 조항을 개정하라는 명령을 내린 것이다.

그런데 정작 법원의 당해 재판에 적용되는 법률조항인 ‘입영거부 처벌조항’(제88조 제1항)에 대해서는 헌법재판소가 합헌결정을 내렸다. 위 ‘병역종류조항’에 대해 헌법불합치 의견을 낸 6인의 재판관 중 4인(재판관 이진성, 김이수, 이선애, 유남석)은 ‘입영거부 처벌조항’에 대해서도 한정위헌의견을 내었지만, 다른 2인(재판관 강일원, 서기석)이 합헌의견을 내었기 때문이다. 위헌결정에 필요한 6인의 의결표수를 채우지 못함으로써 결국 합헌으로 결정되었다. 이처럼 헌법재판소는 당해 형사재판에 적용되는 입영거부 처벌조항에 대해서는 합헌결정을 내면서, 당해 형사재판과는 관련이 없는 병역종류조항에 대해 헌법불합치 결정을 내렸다.

III. 적법요건의 허들(hurdle)을 무리하게 뛰어넘는 기교(技巧)

이번 3차 결정은 6건의 위헌제청 사건(‘헌가’)과 22건의 위헌소원 사건(‘헌바’)을 병합하여 내린 결정이다. 그리고 이들 모든 사건의 당해 재판은 입영거부 혹은 소집불응의 범죄사실로 기소된 형사재판이다. 당해 형사재판의 피고인들은 ‘여호와의 증인’의 신도이고, 이들은 「병역법」의 ‘병역종류조항’(제5조 제1항)에 따라 현역 또는 보충역으로 병역판정을 받았고, 그 후 입영 또는 소집 통지를 받고서 3일 이내에 입영하지 않았거나 소집에 응하지 않아 ‘입영거부 처벌조항’(제88조 제1항)에 의거하여 재판을 받고 있던 사람들이다.

이들은 형사재판 계속중 위 ‘입영거부 처벌조항’이 양심의 자유를 침해하여 위헌이라고 주장하면서 위헌제청신청을 하였다. 6개 법원은 이를 받아들이며 이 처벌조항에 대해 위헌제청을 했고, 22개 법원은 제청신청을 기각함에 따라 피고인들이 헌법소원을 청구하였다. 그런데 22건의 위헌소원

사건 중 일부의 피고인이 ‘입영거부 처벌조항’ 외에 ‘병역종류조항’도 위헌이라고 함께 주장하였다.

이 지점에서의 쟁점은, 헌법재판소가 과연 ‘병역종류조항’까지 심판대상으로 삼을 수 있는지 여부이다. 이는 다시 두 가지 논점으로 나누어 살펴볼 수 있다. 하나는 병역종류조항이 과연 재판의 전제성 요건을 충족하는지 여부이고, 다른 하나는 병역종류조항에서 병역거부자를 위한 대체복무가 병역(兵役)의 하나로 규정되지 않은 것이 ‘부진정 입법부작위’로 평가할 수 있는가 하는 것이다. 이하에서 이를 나누어 살펴본다.

1. 병역종류조항은 헌법상의 적법요건인 재판의 전제성을 충족하는가?

‘입영거부 처벌조항’은 당해 형사재판의 적용법조이기 때문에 그 위헌 여부에 따라 당해 재판의 결과가 달라질 수 있어서(즉, ‘재판의 전제성’이 있어서) 당연히 심판대상이 된다. 그러나 ‘병역종류조항’은 당해 형사재판의 적용법조가 아니어서 재판의 전제성이라는 헌법상의 적법요건을 충족하는지 여부가 문제된다.

위헌법률심판 및 규범통제형 헌법소원심판에서 ‘재판의 전제성’ 요건은 단순히 소송경제적인 측면에서 법률상 요구되는 적법요건이 아니라, 헌법이 명시적으로 요구하는 적법요건이다. 헌법 제107조 제1항은 법률(조항)이 “헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우”에 한해서 법원이 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다고 규정하고 있다. 헌법이 이 요건을 설정해놓은 까닭은, 법원으로 하여금 당해 재판과 무관한 법률조항을 위헌의 의심이 있다고 해서 함부로 헌법재판소에 제청하지 말라는 것이고, 이는 법원의 위헌제청의 관할범위를 설정해 놓은 것이다. 즉, 당해 재판의 사건해결에 필요한 한도 내에서만 법률조항의 위헌여부를 묻도록 한 것이다. 이는 동시에 헌법재판소의 심판관할을 확정해 놓은 것이다. 그리하여 이 헌법상의 적법요건인 ‘재판의 전제성’은 입법자(국회와 대통령), 당해 법원, 그리고 헌법재판소 3자 간의 권력분립질서를 정한 것이기 때문에 그 의미를 엄격하게 해석해야 한다. 당해 법원이나 헌법재판소가 임의로

그 의미를 확장해석하거나 무리하게 확대적용을 하는 것은 헌법 제107조 제1항이 정한 권한배분질서를 위반하는 것이 된다.¹²⁾

그런데 헌법재판소는 그 동안 재판의 전제성 요건을 약간 확장하는 판례를 형성해 왔다. 즉, 당해 재판에 ‘직접 적용되는 법률조항’이 아니라 하더라도, 즉 ‘간접 적용되는 법률조항’이라도 예외적으로 “그 위헌 여부에 따라 ① 직접 적용되는 법률조항의 위헌 여부가 결정되거나, ② 당해 사건 재판의 결과가 좌우되는 경우 또는 ③ 당해사건의 재판에 직접 적용되는 규범의 의미가 달라짐으로써 재판에 영향을 미치는 경우에는”(인용문구 안의 번호는 필자가 매김) 재판의 전제성을 인정할 수 있다고 판시해왔다.¹³⁾

이번 3차 결정에서 6인의 헌법재판관은 위 「병역법」의 병역종류조항(제5조 제1항)이 당해 형사재판에 직접 적용되는 법률조항은 아니지만 간접 적용되는 법률조항으로서 위헌 여부에 따라 당해 형사재판의 결과가 달라질 수 있다고 판단하면서 재판의 전제성을 인정하였다. 즉, “병역종류조항이 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 포함하고 있지 않다는 이유로 위헌으로 결정된다면, 양심적 병역거부자가 현역입영 또는 소집 통지서를 받은 후 3일 내에 입영하지 아니하거나 소집에 불응하더라도 대체복무의 기회를 부여받지 않는 한 당해 형사사건을 담당하는 법원이 무죄를 선고할 가능성이 있으므로, 병역종류조항의 위헌 여부에 따라 당해사건 재판의 결과가 달라질 수 있다.”고 판시하였다.¹⁴⁾

그러나 이에 대해 김창종 재판관은 재판의 전제성이 인정되지 않는다는 반대의견을 내었다. 병역종류조항의 위헌 여부는 당해 형사재판에 영향을 미치지 않는다는 것이다. 즉, “병역종류조항은 당해사건의 공소사실을 유죄로 판단할 때 적용된 법률조항이 아닐 뿐 아니라 법원이 이를 적용하지 않

12) ‘병역종류조항’은 재판의 전제성이 없어 각하되어야 한다는 의견을 낸 김창종 재판관의 논지도 필자의 주장과 동일한 것으로 판단된다. 결정문에서 ‘9. 재판관 김창종의 병역종류조항에 대한 반대의견’ 참조.

13) 현재 2002. 10. 31. 2002헌바29 (각하); 현재 2011. 10. 25. 2010헌바476 (각하) 참조. 그 이전에 간접적용조항에 대해 재판의 전제성을 인정한 결정으로, 현재 1996. 10. 31. 93헌바14 (유료직업소개업 허가제 사건-합헌); 현재 1999. 3. 25. 98헌가11 (사치성 재산 중과세 사건-위헌) 참조.

14) 현재 2018. 6. 28. 2011헌바379등, 판례집 30-1하, 370, 405.

더라도 당해사건 해결을 위한 재판을 하는데 아무런 지장이 없다. 법원으로서는 실사 병역종류조항에 대하여 위헌의 의심이 든다고 할지라도 그 위헌 여부와 상관없이, 처벌조항에 규정된 ‘정당한 사유’에 대한 합헌적 법률 해석을 통하여 청구인들에 대하여 유죄 또는 무죄를 얼마든지 판단할 수 있다. 따라서 병역종류조항의 위헌 여부는 당해사건을 해결하기 위하여 필요한 선결문제가 아니므로 재판의 전제성이 인정되지 않는다.”¹⁵⁾

과연 병역종류조항(간접적용조항)은 법원이 입영거부 처벌조항(직접적용조항)을 적용함에 있어 그 재판의 전제가 되는 조항인가? 그리하여 당해 형사법원은 병역종류조항이 위헌이 되면 그에 따라 처벌조항의 적용을 배제해야 하는가? 6인의 다수의견은 병역종류조항이 위헌으로 결정되면, 당해 법원이 ‘무죄를 선고할 가능성’이 있으므로 재판의 전제성이 있다고 한다. 그러나 ‘무죄선고의 가능성’만으로 재판의 전제성을 인정해야 하는 것일까? 이 지점에서 김창중 재판관은 ‘가능성’만으로는 부족하고 법원이 ‘당연히 무죄를 선고해야 하는 정도의 밀접한 관련성’이 있어야 한다는 반대 의견을 내고 있다. 한편, 6인의 다수의견 중 4인의 재판관(이진성, 김이수, 이선애, 유남석)은 다시 별도의 보충의견을 내어서, 만약 병역종류조항이 위헌으로 결정되면 처벌조항도 양심에 따른 병역거부자에 한해 위헌이고 따라서 법원은 ‘무죄를 선고해야 한다’는 취지의 의견을 제시하고 있다.¹⁶⁾

그러나 대법원을 비롯한 법원들의 재판실무는 위 6인 및 4인 재판관의 견해와 다르다. 우선, 이번 3차 결정의 당해 형사재판들에서 피고인들이 병역종류조항의 위헌성을 함께 문제 삼았지만, 당해 법원들은 재판의 전제성

15) 현재 2018. 6. 28. 2011헌바379등, 판례집 30-1하, 370, 457.

16) “병역종류조항은 처벌조항의 의미를 해석하는 근거가 되고, 처벌조항은 병역종류조항의 내용을 전제로 한다. 만약 병역종류조항이 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 포함하고 있지 않다는 이유로 위헌으로 결정된다면, 처벌조항이 이행을 강제하는 병역의무의 내용 역시 대체복무제를 포함하여야 하는 것으로 달라지게 되고, 그에 따라 처벌조항 중 대체복무의 기회를 부여하지 않고 양심적 병역거부자를 처벌하는 부분 역시 위헌으로 결정되어야 한다. 따라서 병역종류조항의 위헌 여부는 처벌조항의 위헌 여부와 불가분적 관계에 있다고 볼 수 있다.”(4인의 보충의견). 현재 2018. 6. 28. 2011헌바379등, 판례집 30-1하, 370, 464.

을 인정하지 않았다.¹⁷⁾ 병역종류조항의 위헌 여부는 당해 형사재판에서 아무런 영향을 미치지 않는다고 본 것이다. 또한, 이번 3차 결정의 선고 후에도 일부 지방법원의 형사재판부는 2004년과 2007년의 대법원 판결에 따라 유죄를 선고하였다.¹⁸⁾ 일부 지방법원에서 무죄판결을 선고한 경우도 있었지만, 병역종류조항에 대한 헌법재판소의 이번 헌법불합치 결정의 기속력을 인정하여 무죄판결을 한 것은 아니었다.¹⁹⁾ 더구나 대법원도 헌법재판소의 이번 결정이 있는 이후인 2018. 8. 30. 그와 별개로 변론을 열어 입영거부 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 양심에 따른 병역거부가 포함되는지를 독자적으로 심리하였고, 2018. 11. 1. 무죄 취지의 파기환송 판결을 내렸다.²⁰⁾ 이 판결에서 대법원은 “양심적 병역거부를 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유로 인정할 것인지는 대체복무제의 존부와 논리필연적인 관계에 있지 않다.”고 판시하였다. 요컨대, 이들 법원의 재판실무는 병역종류조항의 위헌 여부가 당해 형사재판에 법적으로 아무런 영향을 미치는 않는다는 점을 실증하고 있는 것이다.²¹⁾

나아가, 헌법재판소의 기존의 선례에 의하면, 간접 적용되는 법률조항(병역종류조항)에 대해 재판의 전제성이 인정되려면, 그 조항과 직접 적용되는

17) 헌법재판소 결정문이 밝히고 있는 바에 의하면, 2012헌바181 사건 및 2012헌바182 사건의 당해사건(서울북부지방법원 2011노1831 및 2012노95)에서 법원은 “병역종류조항은 처벌조항에 따른 형사처벌 여부가 문제되는 당해사건의 재판에 적용되는 규정이 아니므로, 재판의 전제성이 없다.”고 판단하였다. 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등, 판례집 30-1하, 370, 402.

18) “병역의무는 국민 전체의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위한 것이다. 피고인의 양심을 제한한다 하더라도, 헌법상 허용된 정당한 제한에 해당한다.”(전주지법 정읍지원 형사1단독, 2018. 7. 3. 선고); “양심적 병역거부자에게 대체복무 기회를 부여하지 않은 채 처벌한다 해도 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에 반한다고 해석할 수 없다.”(대구지법 형사2부, 2018. 7. 13. 선고). 김민경, “하급심 양심적 병역거부자 ‘유죄’ 판결”, 한겨레 2018. 7. 19.자 온라인신문에서 인용.

19) 정주백, “이른바 양심적 병역거부 관련 헌법재판소 결정에 관한 검토 - 병역법 제5조 제1항에 관한 절차적 문제를 중심으로 -”, 헌법학연구 제24권 제4호(한국헌법학회, 2018), 26쪽.

20) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.

21) 정주백, 앞의 글, 25-28쪽에서도 같은 취지의 논증을 설득력 있게 전개하고 있다.

법률조항(입영거부 처벌조항)이 서로 위헌성을 공유할 정도로, 즉 전자(병역종류조항)의 위헌성이 곧 후자(입영거부 처벌조항)의 위헌성을 이끌어낼 정도로 ‘밀접하게 연관되어’ 있어야 한다. 그러나 6인의 다수의견은 그 동안 헌법재판소가 예외적으로 인정해 왔던 ‘간접 적용되는 법률조항’의 재판전제성 법리를 이 사건의 병역종류조항에 무리하게 확대 적용시키고 있다.

기존의 선례가 재판의 전제성을 인정했던 두 건의 사건을 보면, 간접적용조항의 위헌성이 직접적용조항의 위헌성을 직접 끌어낼 수 있을 정도로 ‘밀접하게 연관되어 있어야’ 한다. 예컨대, 유료직업소개업 허가제 사건²²⁾에서는 직업안정법 제10조 제1항(“유료직업소개사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다.”)의 범죄구성요건조항이 당해 형사재판에서 직접적용조항이었는데, 간접적용조항으로서 재판의 전제성이 인정되었던 것은 같은 조 제2항(“제1항의 규정에 의한 허가의 종류·요건·대상 기타 허가에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”)의 위임조항이었다. 이 위임조항은 제1항의 범죄구성요건을 포괄적으로 대통령령에 위임하는 것이어서 포괄위임금지의 원칙에 반할 수 있고, 만일 이 조항이 위헌으로 결정되면 노동부장관의 허가를 받는 요건이나 절차가 존재하지 않게 되고 따라서 제1항을 적용하는 것이 법적으로 불가능하게 된다. 즉, 제2항의 위헌성은 곧 바로 제1항의 위헌성을 끌어낼 정도로 두 조항은 “불가분적인 관계”에 있다고 판단된 것이다.²³⁾

또한 사치성 재산 중과세 사건²⁴⁾을 보면, 종합토지세의 세율을 정하는 조항(‘세율조항’)이 과세처분의 근거조항으로서 당해 취소소송에서 직접 적용되는 조항이었고, 재판의 전제성이 인정된 간접적용조항은 위 세율조항의 적용을 받는 대상 토지(사치성 재산)의 종류를 대통령령에 위임하는 위임조항이었다. 따라서 위임조항은 위 세율조항의 전제가 되는 조항이고, 때문에 “양 법률조항들은 체계적으로 밀접하게 연관되어 있다”고 판단된 것

22) 헌재 1996. 10. 31. 93헌바14 (유료직업소개업 허가제 사건-합헌).

23) 헌재 1996. 10. 31. 93헌바14, 판례집 8-2, 422, 429.

24) 헌재 1999. 3. 25. 98헌가11등 (사치성 재산 중과세 사건-위헌).

이다.²⁵⁾

그러나 이번 병역거부 3차 결정에서 6인의 다수의견이 재판의 전제성을 인정한 ‘병역종류조항’은 ‘입영거부 처벌조항’과의 관계를 볼 때, 위 선례와 같은 정도의 ‘불가분적인 관계’라거나 ‘체계적으로 밀접하게 연관되어 있다’고 보기 어렵다. 병역종류조항은 국민이 어떤 종류의 병역의무를 이행해야 하는지를 분류하기 위한 것이고, 입영거부 처벌조항은 구체적인 병역의무를 지는 국민으로 하여금 그 의무를 이행하도록 강제하기 위한 것이다. 그 목적, 구성요건, 성질과 효과를 서로 달리 한다. 더구나, 병역(兵役)이라는 군사적 성격의 복무(military service)의 종류를 정하는 조항에서 대체적인 민간복무(civil service)를 정해야 할 어떤 규범적, 논리적 필연성이 존재하지 않는다. 향후 대체복무를 정하더라도 그것은 다른 조항이나 별도의 법률에서 규정할 사항이다. 대법원의 판시와 같이, 입영거부죄의 성립 여부는 대체복무제의 존부와 논리필연적인 관계에 있지 않다.²⁶⁾

결국, 6인의 다수의견은 재판의 전제성이 충족되지 않는 병역종류조항을 무리하게 심판의 대상으로 삼음으로써 헌법 제107조 제1항이 정한 권한배분질서를 위반한 것으로 판단된다.

2. 진정(眞正) 입법부작위를 심판대상으로 삼는 무리수

나아가, 6인의 다수의견이 적법요건의 허들(hurdle)을 더욱 무리하게 넘어서려고 시도하는 지점은, 심판대상이 될 수 없는 입법부작위를 심판대상으로 삼아 위헌을 선언하는 부분이다. 이 심판대상적격의 문제는 위 재판의 전제성 요건을 판단하기에 앞서 그에 선행하는 요건이다.

위헌법률심판 사건(‘헌가’)이나 위헌소원 사건(‘헌바’)은 모두 ‘이미 존재

²⁵⁾ 현재 1999. 3. 25. 98헌가11등, 판례집 11-1, 158, 167.

²⁶⁾ 장영수, “양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항 등의 정당한 사유의 해석”, 강원법학 제55권(강원대학교 비교법학연구소, 2018), 315쪽(“입법론적으로 대체복무제 도입 필요성을 긍정하는 것과 실정법 해석론으로서 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’에 양심적 병역거부가 포함되는 것으로 해석하는 것은 전혀 다른 문제다.”)도 유사한 취지인 것으로 보인다.

하여 적용이 되고 있는 법률조항'을 심판대상으로 한다. 구체적인 규범통제에서 입법부존재를 위헌이라고 다룰 수는 없는 노릇이기 때문이다. 이 법리는 헌법재판소의 확립된 판례로 정립되어 있다.

“헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원은 ‘법률’의 위헌성을 적극적으로 다투는 제도이므로 ‘법률의 부존재’ 즉, 진정입법부작위를 다투는 것은 그 자체로 허용되지 아니하고, 다만 법률이 불완전·불충분하게 규정되었음을 근거로 법률 자체의 위헌성을 다투는 취지 즉, 부진정입법부작위를 다투는 것으로 이해될 경우에는 그 법률이 당해 사건의 재판의 전제가 된다는 것을 요건으로 허용될 수 있다.”²⁷⁾

이 지점에서의 쟁점은, 병역(兵役)의 종류를 5가지로 정하는 병역종류조항(제5조 제1항)에서 양심에 따른 병역거부자를 위한 대체복무를 규정하지 않은 입법부작위가 진정(眞正) 입법부작위인지, 아니면 부진정(不眞正) 입법부작위인지 여부이다. 6인의 다수의견은 부진정 입법부작위라고 판단하여 본안에 들어갔고, 본안판단에서 입법자가 양심에 따른 병역거부자를 위한 대체복무를 이 병역종류조항에서 규정하지 않은 입법부작위는 병역거부자들의 양심의 자유를 침해하여 위헌이라고 판단하였다. 이에 대해, 2인의 반대의견(재판관 안창호, 조용호)은 진정 입법부작위에 해당하기 때문에 각하하여야 한다는 입장을 취하였다.

그러나 6인 다수의견의 부진정 입법부작위 판단은 그 자체 논리적으로 모순될 뿐만 아니라 자신들의 선례(先例)와도 일치하지 않는 것으로 평가된다.

『병역법』의 병역종류조항은 병역(兵役)의 종류를 5가지(현역, 예비역, 보충역, 병역준비역, 전시근로역)로 규정하는 조항이다. 여기서 병역(兵役)이란 곧 군복무(軍服務, military service)를 의미하는 개념이다.

그런데 6인의 다수의견은 “청구인들의 주장은 병역의무를 완전히 면제해 달라는 것이 아니라 징총 등 군사적 역무를 수반하지 아니하는 대체복무를

²⁷⁾ 현재 2004. 1. 29. 2002헌바36등; 현재 2010. 2. 25. 2008헌바67; 현재 2013. 11. 28. 2011헌바270; 현재 2016. 11. 24. 2015헌바413등.

이행하게 해 달라는 것”이라고 정리하면서, 청구인들이 요구하는 ‘대체복무’의 개념을 ‘비군사적 성격의 공익적 업무’로 규정하고 있다. 즉, “양심적 병역거부를 인정하는 징병제 국가들은 대부분 양심적 병역거부자로 하여금 비군사적 성격의 공익적 업무에 종사하게 함으로써 병역의무의 이행에 갈음하는 제도를 두고 있는데, 이를 대체복무제라고 한다.”고 판시하고 있다.²⁸⁾

그렇다면 비군사적 성격의 대체복무(civil service)는 군사적 성격의 복무(military service)를 가리키는 병역(兵役)의 개념에 처음부터 논리적으로 포섭될 수 없는 것이다.²⁹⁾ 병역종류조항(제5조 제1항)에서 정하는 5가지의 병역(현역, 예비역, 보충역, 병역준비역, 전시근로역)은 모두 ‘집총에 의한 군사교육’과 ‘전쟁에의 참여’를 개념적 전제로 하고 있다. 이에 반해, 양심에 따른 병역거부자는 이 개념적 전제를 거부하는 사람이다.³⁰⁾ 따라서 개념적으로 포섭될 수 없는 대체복무를 「병역법」의 병역종류조항에서 규정하지

28) 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등, 판례집 30-1하, 370, 407.

29) 같은 취지: 이재명, “종교적 갈등의 헌법적 해결”, 중앙법학 제20권 제4호(중앙법학회, 2018), 35쪽(“대체복무제를 병역의 종류에 포함하지 아니하여 불완전·불충분하기 때문에 부진정 입법부작위로 다루려는 헌법재판소의 태도는 대체복무제와 병역이 서로 합쳐질 수 없는 개념이라는 점에서 출발에서부터 잘못된 해석이라고 할 수 있다.”). 이에 반해, 김주환, “양심적 병역거부와 대체복무”, 홍익법학 제20권 제1호(홍익대학교 법학연구소, 2019), 207쪽은 다르게 이해하고 있다(“병역은 군복무와 대체복무의 상위개념이기 때문에 군복무의무자와 대체복무의무자는 모두 병역의무자에 해당한다. 병역의무는 군복무를 통하여 이행되는 것이 원칙이고, 양심적 이유로 군복무를 거부하는 경우에만 대체복무를 통하여 이행되는 것이다. 따라서 군복무와 대체복무는 대체관계에 있는 것이고, 양심적 병역거부권은 군복무거부권으로서 대체복무까지 면제하거나 병역의무를 전적으로 면제하는 것이 아니다.”).

30) 안창호 재판관의 반대 의견도 같은 취지임. 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등, 판례집 30-1하, 370, 472(“사회복무요원 등은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태의 경우에는 언제든지 부대편성이나 작전수요를 위한 병력동원 또는 군사업무지원을 위한 소집대상이 되고 일정한 경우 군사교육을 위한 소집대상이 된다는 점에서 이런 의무를 전혀 부담하지 아니하는 양심적 병역거부자의 대체복무와는 본질적인 차이가 있다. 이러한 대체복무는 국방의무 및 그 의무의 가장 직접적인 내용인 병역의무의 범주에 포섭될 수 없는 것이므로 사회봉사 의무에 해당할 뿐이고, 실질적으로는 사회봉사 의무의 부담을 조건으로 한 국방의무 및 병역의무의 면제라고 할 수 있다.”).

않은 것은 너무나 당연한 것이고, 이는 곧 입법자가 대체복무를 규율할 의사가 전혀 없었다는 점을 명확하게 보여주는 것이다. 만일 대체복무제를 불완전하게라도 도입하려고 했다면, 그것은 별도의 법률(가칭 『대체복무제에 관한 법률』)에서 규정해야 할 입법사항이다. 그러므로 『병역법』의 병역종류조항에서 대체복무를 정하지 않은 것은 대체복무에 관한 입법 자체가 존재하지 않는 ‘진정 입법부작위’에 해당하고, 입법자가 불완전·불충분하게 대체복무제를 규정한 ‘부진정 입법부작위’로 평가될 수 없다.³¹⁾ 결국, 6인의 다수의견은 실로 무리한 법리적용을 통해 심판대상이 될 수 없는 진정 입법부작위를 심판대상으로 삼은 것이다.

나아가, 6인의 다수의견은 2016년에 자신들이 내린 선례와도 일치하지 않는 행보를 보이고 있다. 2016년의 ‘캐디 근로기준법 적용 사건’에서 8인의 헌법재판관(박한철 이정미 이진성 김창중 안창호 강일원 서기석 조용호)은, 골프장 경기보조원(캐디; caddie)과 같은 특수형태근로종사자는 『근로기준법』의 보호를 받는 ‘근로자’처럼 사업주와의 관계에서 사용종속관계가 인정되지 않기 때문에, 『근로기준법』의 ‘근로자’ 개념에 포섭될 수 없고, 따라서 캐디를 『근로기준법』의 보호대상으로 정하지 않은 것은 ‘진정 입법부작위’에 해당한다고 하면서 위헌소원청구를 각하하였다.³²⁾

결론적으로, 6인의 다수의견은 구체적 규범통제에서 헌법이 요구하는 ‘재판의 전제성’ 요건과 ‘진정 입법부작위는 심판대상으로 삼을 수 없다’는 심판대상적격의 법리를 무리하게 확대 적용함으로써 헌법이 허용하는 헌법재판소의 권한범위를 넘어선 것으로 평가된다. 그리하여 구체적 규범통제의 한계를 벗어나 당해 형사재판과는 무관한 엉뚱한 심판대상을 때려눕히는 용감성을 보이고 있다. 이하에서는 본안판단에서의 논증의 흠결과 무리수를 살피고자 한다.

31) 정주백, 앞의 글, 17-19쪽도 같은 취지임.

32) 현재 2016. 11. 24. 2015헌바413등 (캐디 근로기준법 적용 사건-각하).

IV. 입법부작위 심사방식과 양심의 자유의 본질에 관한 선례의 무시

6인의 다수의견은 병역종류조항이 병역거부자를 위한 대체복무를 병역의 한 종류로 정하지 않은 입법부작위가 병역거부자들의 양심의 자유를 침해하여 위헌이라고 판단하였다. 그러나 위헌을 논증해가는 모습은 기존의 선례(先例)에서 형성된 법리를 무시하는 행태를 보이고 있다.

1. 입법부작위 위헌논증에서 입법의무를 확인하는 논증과정의 누락

6인의 다수의견은 대체복무제를 도입하지 않은 입법부작위의 위헌성을 논증하면서, 마치 자유제한의 법률에 대해 위헌논증을 하는 것과 동일한 방식과 심사기준을 취하고 있다. 즉, 대체복무를 규정하지 않는 ‘병역종류조항’과 입영을 강제하고 그 위반에 대해 형사처벌을 하는 ‘입영거부 처벌조항’을 함께 묶어서 ‘이 사건 법률조항’이라고 이름붙인 다음, 이 사건 법률조항은 병역거부자들의 양심의 자유를 제한하는 것이고 그에 대한 심사는 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 의해야 한다고 판시하면서 위헌논증을 위한 포석을 깔고 있다.

그러나 이 지점에서 상당한 법리적 오류와 무리수가 있다. 입법부작위의 위헌논증을 자유제한법률의 위헌논증과 같은 것으로 슬그머니 끼워 넣기를 하고 있는 것이다. ‘입영거부 처벌조항’은 분명 양심에 반하는 행위를 강제하는 것이어서 ‘부작위에 의한 양심실현의 자유’ 혹은 ‘양심에 반하는 행위를 강요받지 않을 자유’를 제한하는 것이다. 그러나 입법부작위는 자유를 억압하거나 제약하는 작위가 존재하지 않는 규범적 상태이다. 이 상태에 대한 위헌논증은 ‘자유를 제한하는 것이 정당한지’를 따지는 것이 아니라, ‘헌법이 요구하는 자유와 권리를 실현시켜야 할 입법조치를 할 의무가 존재하는지, 그리고 그 입법의무를 이행하지 않고 있는 것이 정당한지’를 따지는 문제이다.

헌법재판소는 여러 선례에서 입법부작위의 위헌성을 확인하기 위해 두 단계 심사방식(two-tier review)을 제시해왔다. 첫 번째는 입법의무를 확인

하는 단계이다. 입법의무는 ① 헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하고 있거나, 또는 ② 헌법해석상 특정인(특정집단)에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백한 경우에 인정된다.³³⁾ 두 번째 단계는 이런 입법의무가 발생하였음에도 입법자가 그 의무를 이행하지 않고 있는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있는지를 판단하는 단계이다.

그런데 6인의 다수의견은 대체복무제의 입법부작위가 위헌인지를 논증하면서 이 같은 선례의 두 단계 심사방식을 무시해버렸다. 의도적인 것인지 아니면 실수였는지는 알 수 없다. 어느 쪽이든 이는 결정의 정당성을 의심하게 만드는 매우 중대한 법리적 오류이다.

위 두 단계 심사방식에 의한다면, 6인의 다수의견은 병역거부자를 위한 대체복무제를 법률로 도입해야 할 헌법상의 입법의무가 입법자에게 있는지를 먼저 판단했어야 했다. 그리고 이 입법의무를 확인하기 위해서 ① 헌법이 양심에 따른 병역거부자를 위한 대체복무제의 입법을 명시적으로 명령하고 있는지, 아니면 ② 헌법해석상 ‘양심에 따른 병역거부권’이 도출될 수 있고 그리고 이 권리를 보호하기 위한 입법의무가 명백히 발생한 것인지를 검토했어야 한다. 그러나 6인의 다수의견은 이런 논증과정을 생략하였다.

2. 우리 헌법의 해석상 양심에 따른 병역거부권이 도출되는지 여부

6인의 다수의견이 생략한 논증에서 매우 중요한 논점은, 대한민국 헌법의 해석상 ‘양심에 따른 병역거부권’이 과연 도출될 수 있는 것인지, 그리고 이 권리보호를 위한 입법의무가 명백히 발생한 것인지 여부이다. 그러나 6인의 다수의견은 이 논증의 생략과정에서 양심의 자유의 본질에 관한 선례를 또 다시 무시하였다.

헌법 제19조가 보장하는 양심의 자유는 서로 성격과 보호수준을 달리하

³³⁾ 현재 1994. 12. 29. 89헌마2 (조선철도주식 보상금 사건-위헌). 그밖에 행정입법부작위에 관한 선례로, 현재 1998. 7. 16. 96헌마246 (치과전문의 자격시험 미 실시 사건-위헌); 현재 2004. 2. 26. 2001헌마718 (군법무관보수 입법부작위 사건-위헌) 참조.

는 4가지 유형의 자유를 마치 동심원(同心圓) 형태로 보호한다. 동심원의 중앙에 있는 ‘양심형성의 자유’는 내심의 자유로서 (거의) 절대적으로 보호된다. 그 바로 바깥 원에 위치하는 것이 ‘양심표명의 자유’이다. 양심을 표명할 자유 또는 양심을 표명하도록 강요받지 않을 자유로서 그 제한에 대해서는 비례의 원칙에 따른 엄격한 심사를 거쳐 위헌 여부를 판단하게 된다. 그 다음 바깥 원에 있는 것이 ‘부작위에 의한 양심실현의 자유’ 혹은 ‘양심에 반하는 행동을 강요받지 않을 자유’이다. ‘입영거부 처벌조항’이 바로 이 자유를 건드리는 것이다. 그런데 이 자유의 제한에 대해서는 엄격한 비례심사가 적용되지 않는다. 마지막으로, 가장 바깥 원에 있는 것이 ‘양심에 따른 행위를 할 자유’ 혹은 ‘작위(作爲)에 의한 양심실현의 자유’로서, 그 보호의 수준은 가장 낮다.

헌법재판소는 2004년의 1차 병역거부 결정³⁴⁾에서, ‘양심에 반하는 행동을 강요받지 않을 자유’가 제한받는 상황, 즉 법의 명령과 양심의 명령이 충돌하는 상황을 해결하는 원리를 제시한 바 있다. 헌법 제19조가 양심의 자유를 보장하지만 이것이 곧 바로 ‘법의 명령을 거부할 권리’를 보장하는 것이 아니라는 것이다. 만일 이를 보장한다면, 국가공동체와 법질서는 해체되고 말 것이기 때문이다. 다시 말해서, 병역거부권이나 대체복무요구권이 헌법 제19조로부터 도출되지 않는다는 것이다. 이 점은 2011년의 2차 병역거부 결정에서도 법정의견에 의해 확인된 바였다.³⁵⁾

34) 헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1 (양심에 따른 병역거부 1차 사건-합헌).

35) 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22등 (양심에 따른 병역거부 2차 사건-합헌). 6인의 법정의견은 우리 헌법상 병역거부권이 도출되는지에 관해 언급하지는 않았지만, 도출되지 않는다는 것을 전제로 하고 있었다. 대신에 법정의견은, 우리나라가 가입한 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Civil and Political Rights) 제18조가 양심과 종교의 자유를 보장하고 있는데, 이로부터 양심적 병역거부권이 도출되는지 그리고 우리 국내법으로 수용될 수 있는지에 관해 검토하면서 다음과 같은 이유로 명시적으로 이를 부인하였다: “규약 제18조는 물론, 규약의 다른 어느 조문에서도 양심적 병역거부권(right of conscientious objection)을 기본적인 인권의 하나로 명시하고 있지 않고, 규약의 제정 과정에서 규약 제18조에 양심적 병역거부권을 포함시키자는 논의가 있었던 것은 사실이나, 제정에 참여한 국가들의 의사는 부정적이었으며, 위 국제인권기구의 해석은 각국에 권고적 효력만 있을 뿐 법적인 구속력을 갖는 것은 아

법의 명령과 양심의 명령이 충돌하는 상황에서 단지 헌법 제19조가 보장하는 것은 ‘법의 목적을 훼손하지 않으면서도 양심적 갈등을 덜어줄 가능성이 있다면 그 가능성을 보호해주어야’ 한다는 것이다. 그렇기 때문에, 이러한 가능성을 보호해주고 있는지에 관한 심사는 통상적인 비례심사와 같지 않다.

“양심의 자유가 보장된다는 것은, 곧 개인이 양심상의 이유로 법질서에 대한 복종을 거부할 수 있는 권리를 부여받는다라는 것을 의미하지는 않는다. 모든 개인이 양심의 자유를 주장하여 합헌적인 법률에 대한 복종을 거부할 가능성이 있으며, 개인의 양심이란 지극히 주관적인 현상으로서 비이성적·비윤리적·반사회적인 양심을 포함하여 모든 내용의 양심이 양심의 자유에 의하여 보호된다는 점을 고려한다면, ‘국가의 법질서는 개인의 양심에 반하지 않는 한 유효하다.’는 사고는 법질서의 해체, 나아가 국가공동체의 해체를 의미한다. 그러나 어떠한 기본권적 자유도 국가와 법질서를 해체하는 근거가 될 수 없고, 그러한 의미로 해석될 수 없다.

따라서 이 사건의 경우 헌법 제19조의 양심의 자유는 개인에게 병역의무의 이행을 거부할 권리를 부여하지 않는다. 양심의 자유는 단지 국가에 대하여 가능하면 개인의 양심을 고려하고 보호할 것을 요구하는 권리일 뿐, 양심상의 이유로 법적 의무의 이행을 거부하거나 법적 의무를 대신하는 대체의무의 제공을 요구할 수 있는 권리가 아니다. 따라서 양심의 자유로부터 대체복무를 요구할 권리도 도출되지 않는다. 우리 헌법은 병역의무와 관련하여 양심의 자유의 일방적인 우위를 인정하는 어떠한 규범적 표현도 하고 있지 않다. 양심상의 이유로 병역의무의 이행을 거부할 권리는 단지 헌법 스스로 이에 관하여 명문으로 규정하는 경우에 한하여 인정될 수 있다. ... 국가가 양심실현의 자유를 보장하는가의 문제는 법공동체가 개인의 양심을 존중하는 방법을 통하여 양심상의 갈등을 덜어줄 가능성을 가지고 있는가의 여부에 관한 문제이다. 결국 양심실현의 자유의 보장문제는 ‘국가가 민주적 공동체의 다수결정과 달리 생각하고 달리

니고, 양심적 병역거부권의 인정 문제와 대체복무제의 도입문제는 어디까지나 규약 가입국의 역사와 안보환경, 사회적 계층 구조, 정치적, 문화적, 종교적 또는 철학적 가치 등 국가별로 상이하고도 다양한 여러 요소에 기반한 정책적인 선택이 존중되어야 할 분야로 가입국의 입법자에게 형성권이 인정되는 분야인 점 등을 고려하면, 규약에 따라 바로 양심적 병역거부권이 인정되거나, 양심적 병역거부에 관한 법적 구속력이 발생한다고 보기 곤란하다.”

행동하고자 하는 소수의 국민을 어떻게 배려하는가'의 문제, 소수에 대한 국가적·사회적 관용의 문제이며, '국가가 자신의 존립과 법질서를 유지하면서도 또한 개인의 양심도 보호하는 대안을 제시할 수 있는가'의 문제이다.”³⁶⁾

그런데 이번의 3차 결정에서 6인의 다수의견은 2004년의 1차 결정 및 2011년의 2차 결정에서 법정의견이 제시했던 헌법 제19조의 양심의 자유에 관한 법리를 무시하였다. 즉, 6인의 다수의견은 병역거부권 내지 대체복무요구권이 헌법상 도출되지 않는다는 위 선례들을 언급도 하지 않은 채 마치 당연히 인정되는 것처럼 전제한 다음, 대체복무제를 도입하지 않고 있는 입법부작위가 비례의 원칙을 위반하여 양심을 침해했다고 판단하였다. 이는 위헌결정에 필요한 중요한 논증을 누락한 셈이다. 고의인지 실수인지는 알 수 없다. 헌법 제19조가 보장하는 ‘부작위에 의한 양심실현의 자유’를 올바르게 이해하지 못한 결과라고도 볼 수 있다.³⁷⁾

6인의 다수의견이 제시한 논거는 그저 법적 구속력이 없는 국제인권규범과 국제인권기구의 권고를 소개하는 것이었다. 그리고 미국, 독일, 아르메니아, 대만 등 다른 나라의 일부 사례를 소개하면서, “세계의 많은 나라들이 양심적 병역거부를 인정하면서도 여러 문제들을 효과적으로 해결하여 징병제를 유지해오고 있다는 사실”을 근거자료에 대한 인용도 없이 만연히 강조하고 있다.³⁸⁾ 그러나 이 ‘사실’은 ‘진실’일까? 부정확하고 불완전한 사

36) 헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2상, 141, 154 이하.

37) 같은 취지에서 조용호 재판관이 6인의 다수의견을 비판하고 있다. 결정문의 ‘12. 재판관 조용호의 병역종류조항 반대의견에 대한 보충의견’ 참조.

38) 이 점을 적절히 비판하는 글로서, 음선필, “종교적 신념을 이유로 한 병역거부와 대체복무”, 신앙과 학문 제23권 제2호(기독교학문연구회, 2018), 151쪽(“우리와 같이 헌법에 국방의무를 명시하면서도 병역거부권을 규정하지 않은 상황에서 병역거부권을 인정하려면 이를 헌법해석론으로 도출할 수 있어야 한다. 이러한 헌법해석에 있어서, 국가안전보장에 관한 우리 헌법의 규범적 구조와 국가안보 상황을 반드시 고려하여야 할 것이다. 그렇지 아니하고 외국 입법례를 주로 의존하여 해석론을 전개하는 것은 설득력이 떨어질 뿐 아니라 위협할 수 있음을 주의하여야 한다. 특히 양심적 병역거부권을 헌법에 명시한 국가의 해석론을 무조건 차용하는 것은 적절하지 않다.”) 참조.

실이라는 점을 아래 별도의 항목에서 살피기로 한다.

V. 엄밀한 사실인정이 아닌 조건부 추정에 근거한 위헌논증

2004년의 1차 병역거부 결정에서 법정의견은 ‘입영거부 처벌조항’이 병역거부자의 양심의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다. 이 판단을 위해 제시했던 심사기준은 위에서 언급한 대로 ‘법의 목적을 훼손하지 않으면서도 양심적 갈등을 덜어줄 가능성이 있는지 여부’이다. 즉, 병역자원을 확보하고 병역부담의 형평성을 도모함으로써 국가안보를 지킨다는 입법목적은 훼손하지 않으면서도 병역거부자의 양심상의 갈등을 덜어줄 수 있는 가능성(예컨대, 대체복무제의 도입가능성)이 현실적으로 존재하는지를 평가하였다.

이 평가에서 법정의견은, 두 가지의 상반된 예측판단, 즉 대체복무제를 도입하더라도 입법목적이 훼손되지 않을 것이라는 낙관적인 예상과 대체복무제를 도입하면 입법목적이 달성될 수 없을 것이라는 부정적인 예상을 함께 제시하면서, 이처럼 두 가지 상반된 예측판단이 가능한 경우에, 특히 이 사안처럼 국가안보라는 중대한 공익이 걸려 있는데다가 양심실현의 자유라는 것이 법질서에 대한 복종을 거부하는 권리가 아니라 국가공동체가 감당할 수 있는 범위 내에서 양심상의 갈등을 덜어줄 것을 요구하는 권리이기 때문에, 입법자가 내린 예측판단을 헌법재판소가 자신의 예측판단으로 대체하는 것은 타당하지 않다는 규범적 판단에 따라, 이런 경우 헌법재판소의 규범통제의 권한은 이른바 ‘명백성 통제’ 즉 ‘입법자의 판단이 현저하게 잘못되었는가’를 평가하는 것에 그쳐야 한다고 판시하였다.

헌법재판소가 1차 합헌결정에서 제시한 이 법리는 입헌민주국가에서 헌법재판권이 민주적 입법의사와의 관계에서 본질적으로 갖고 있는 한계가 무엇인지를 전형적으로 보여준다. 국민으로부터 직접 선출되지 않은 사법귀족(司法貴族)으로서의 헌법재판소가 입법자와의 관계에서 가져야 할 절제(節制)의 미덕을 법리적으로 훌륭하게 보여주고 있는 것이다. 나아가, 이

결정에서 헌법재판소는 우리나라에서 대체복무제가 도입되기 위한 선행조건을 다음과 같이 제시하였다: “남북한 사이에 평화공존관계가 정착되어야 하고, 군복무여건의 개선 등을 통하여 병역기피의 요인이 제거되어야 하며, 나아가 우리 사회에 양심적 병역거부자에 대한 이해와 관용이 자리잡음으로써 그들에게 대체복무를 허용하더라도 병역의무의 이행에 있어서 부담의 평등이 실현되며 사회통합이 저해되지 않는다는 사회공동체 구성원의 공감대가 형성되어야 한다.”

그리고 2011년의 2차 합헌결정도 기본적으로 위 1차 결정의 법리에 따른 것이었다. 2차 합헌결정에서 법정의견은, “병역의무와 관련하여 대체복무제를 도입할 것인지의 문제는 결국 양심적 병역거부자에게 대체복무제를 허용하더라도 국가안보란 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없는지 여부에 대한 판단의 문제로 귀결”된다고 하면서, 다음의 5가지 사유를 들어, “양심적 병역거부자들에게 대체복무제를 허용하더라도 국가안보와 병역의무의 형평성이란 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없다는 판단을 쉽사리 내릴 수 없다.”고 결론지었다: ① 세계 유일의 분단국으로서 남북이 여전히 적대적 대치상태에 있는 대한민국의 특유한 안보상황 ② 대체복무제를 도입하여 형벌을 과하지 않는다면 양심적 병역거부자들과 양심을 빙자한 병역기피자들이 급증할 가능성을 배제할 수 없는 점 ③ 인간의 내면에 있는 양심과 신념을 객관적 기준을 가지고 판단하기 곤란한 점 ④ 국민개병과 징병제를 채택하고 있는 우리나라에서 병역부담의 형평에 대한 사회적 요구가 다른 어떤 나라보다 강력하고 절대적이어서, 대체복무제의 도입으로 자칫 형평성 문제가 사회적으로 야기된다면 오히려 사회 통합을 저해하여 국가 전체의 역량에 심각한 손상을 가할 수 있고 나아가 국민개병 제도에 바탕을 둔 병역제도의 근간을 흔들 수 있는 점 ⑤ 1차 합헌결정에서 제시한 선행조건 중 어느 하나라도 충족되었다고 자신 있게 말할 수 없는 상황인 점.

그런데 위 1, 2차 결정의 법리와 판단은 이번의 3차 결정에서 6인의 다수의견에 의해 철저히 무시되고 파기되었다. 선례에 대한 존중은 어디에서도 찾아볼 수 없다. 6년마다 다른 재판부가 들어설 때마다 앞선 재판부의

선례를 존중하지 않는다면 더 이상 법질서의 연속성과 안정성 및 예측가능성은 기대할 수 없을 것이다. 결국 우리는 법치국가원리에 담겨 있는 중요한 가치 하나를 잃어버리게 될 것이다.

이번의 3차 결정에서 6인의 다수의견은 ‘입영거부 처벌조항’에 대한 위헌논증을 하는 자리에서도 아니고, ‘병역종류조항’의 입법부작위에 대해 위헌논증을 하는 자리에서 헌법 제37조 제2항이 규정하는 비례의 원칙이라는 엄격한 심사 잣대를 들이대어 위헌선언을 하였다. 이 과정에서 6인의 다수의견은 대체복무제를 도입하더라도 병역자원을 확보하는데 지장이 없고 병역부담의 형평성을 충분히 확보할 수 있을 것이라는 예측판단을 분명한 근거의 제시 없이 너무나 쉽게 그리고 자신 있게 내리고 있다.

“양심적 병역거부자에 대하여 대체복무를 인정하면, 양심적 병역거부를 빙자한 병역기피자들이 증가하여 국방의무의 평등한 이행확보가 어려울 수 있고, 국민개병제를 바탕으로 한 전체 병역제도의 실효성이 훼손될 수 있다는 우려가 제기된다.

이러한 우려는, 진정한 양심적 병역거부자와 양심을 가장한 병역기피자를 심사를 통하여 가려내기 어렵고, 이에 따라 대체복무제를 허용할 경우 양심을 가장한 병역기피자가 급증할 것이라는 점에 주된 근거를 두고 있다. 그러나 국가가 관리하는 객관적이고 공정한 사전심사절차와 엄격한 사후관리절차를 갖출 경우, 진정한 양심적 병역거부자와 그렇지 않은 자를 가려내는 데 큰 어려움은 없을 것으로 보인다.”³⁹⁾

지금까지 대체복무제를 도입하지 않은 입법자와 합헌결정을 내린 선행재판부의 부정적 예측판단은 잘못되었다는 것이다. 그러나 이 판단에 이르는

³⁹⁾ 현재 2018. 6. 28. 2011헌바379등, 판례집 30-1하, 370, 413. 같은 입장의 글로는, 정연주, “현재의 양심적 병역거부 결정에 대한 비판적 검토”, 헌법재판연구 제5권 제1호(헌법재판연구원, 2018), 15쪽(“양심적 병역거부로 인한 대체복무비율이 경미하기 때문에 대체복무로 인한 병역의무이행이나 국방실현에 저해가 야기되지는 않을 것이다. 아울러 만일 외국의 경우처럼 대체복무의 내용과 기간 등을 병역의무이행과 동등 또는 그 이상으로 하고, 그 절차와 방법 등을 엄격히 관리한다면 병역의무와의 동가성과 더불어 양심적 병역거부를 빙자한 병역기피를 막을 수 있을 것이다.”); 강태경, “양심적 병역거부의 정당한 사유 해석론 비판”, 형사정책연구 제29권 제3호(한국형사정책연구원, 2018), 61쪽 참조.

근거자료로서 어떤 사회과학적 통계자료도 제시하지 않고 있다. 단지 판단의 조건을 하나 제시하였는데, “향후 국가가 관리하는 객관적이고 공정한 사전심사절차와 엄격한 사후관리절차를 갖추고, 현역복무와 대체복무 사이에 복무의 난이도나 기간과 관련하여 형평성을 확보해 현역복무를 회피할 요인을 제거한다면” 그렇다는 것이다. 그것도 가정적 조건 하에서 판단을 내리고 있다. 나아가, 이 조건을 확보하는 책임은 입법자의 몫으로 통째로 던져주었다. 보기에 따라서는 용감하고 무책임한 결정으로 비칠 수 있다. 만일 향후에 이 조건을 확보하는데 입법자가 실패했다고 한다면 어떻게 해야 하는가?

VI. 대체복무제의 도입결정권한이 헌법재판소에 있는가?

이번 3차 결정에서 6인의 다수의견은 양심에 따른 병역거부자를 위한 대체복무제를 2019. 12. 31.까지 도입하라고 입법자에게 명령하였다. 이 날까지 도입하지 않으면, 2020. 1. 1.자로 「병역법」의 ‘병역종류조항’(제5조 제1항)이 무효가 되어 병역판정의 근거가 사라져 버린다. 헌법재판소에 이런 결정을 내릴 권한이 본래 있는 것일까?

이번 3차 결정에서 반대의견을 쓴 안창호, 조용호 재판관은 “다른 서구선진국가에서 헌법이나 법률로 대체복무제가 도입되지 않은 상황에서 사법기관이 대체복무제를 도입하도록 결정한 사실은 없다.”고 하면서, 대체복무제의 도입결정은 헌법재판소가 아니라 ‘국민적 결단’에 의해 이루어져야 한다는 점을 강조하였다.⁴⁰⁾

40) “[헌법 제5조 제2항과 제39조 제1항은] 국방의무를 공동체적 헌법가치로 확인한 것이다. 그렇다면 양심적 병역거부자에 대해 국가의 안전보장과 국토방위의 의무를 면제하는 대신 대체복무를 부담하게 하는 것은 국민적 합의가 있을 때만 가능한 것이다. ... 사법기관인 헌법재판소가 전면에 나서서 국회로 하여금 대체복무제의 도입을 실질적으로 강제하는 것은 권력분립의 원칙이나 헌법재판소의 기능적 한계를 벗어난 것이다. ... 참고로 다른 서구선진국가에서 헌법이나 법률로 대체복무제가 도입되지 않은 상황에서 사법기관이 대체복무제를 도입하도록 결정한 사실은 없다.” 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등, 판례집 30-1하, 370,

실제로 유럽에서 현재 징병제를 채택하고 있는 나라는 스위스, 오스트리아, 그리스인데, 세 나라 모두 헌법의 개정을 통해 양심에 따른 병역거부권과 대체복무제를 인정하였다. 스위스는 1999년에 양심에 따른 병역거부권을 헌법개정을 통해 인정하였으며⁴¹⁾ 『대체적 민간복무법』에서 규율하고 있다. 오스트리아는 헌법 제9a조에서 양심에 따른 병역거부권과 대체복무제를 규정하고 있으며,⁴²⁾ 『민간복무법』(Zivildienstgesetz)에서 규율하고 있다. 그리스는 2001년 헌법개정을 통해 양심에 따른 병역거부권과 대체복무제를 인정하였다.⁴³⁾ 독일 또한 연방헌법⁴⁴⁾에서 양심에 따른 병역거부를 인정하고 대체복무제를 도입하였었다.⁴⁵⁾

이번 3차 결정에서 6인의 다수의견은 미국, 독일, 아르메니아, 대만 등 다른 나라의 일부 사례를 소개하면서, “세계의 많은 나라들이 양심적 병역거부를 인정하면서도 여러 문제들을 효과적으로 해결하여 징병제를 유지해 오고 있다는 사실”을 강조하면서, “이와 같은 외국의 사례들은, 안보위협이 심각하더라도 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 실시하는 것이 충분히 가능하다는 사실을 실증적으로 뒷받침한다.”고 설명하고 있다.⁴⁶⁾

449.

- 41) 스위스 헌법 제59조 ① 모든 스위스 남자는 군복무를 해야 한다. 대체적 민간복무는 법률로 정한다.
- 42) 오스트리아 헌법 제9a조 ③ 모든 오스트리아 남자 시민은 군복무의 책임을 진다. 양심상의 이유로 자신의 국방의무를 이행하기를 거절하는 사람은 그로부터 면제되지만, 대체복무(Ersatzdienst)를 저야 한다. 그 상세는 법률로 정한다.
- 43) 그리스 헌법 제4조 ⑥ 무기를 들 수 있는 모든 그리스인은 법률이 정하는 바에 따라 조국을 방어할 의무를 진다. [해석조항] 제6항의 규정은 증명이 된 양심에 따른 병역거부자에게 군대의 내부 혹은 외부에서 다른 대체복무를 이행하도록 요구하는 법률을 제정하지 못하도록 막지 않는다.
- 44) 독일기본법(연방헌법) 제12a조 ① 남자들은 만 18세 이상부터 군, 연방국경수비대 또는 민방위대에 복무할 의무를 지을 수 있다. ② 양심상 이유로 집총병역을 거부하는 자에게는 대체복무 의무를 지을 수 있다. 대체복무 기간은 군복무 기간을 초과할 수 없다. 상세한 것은 법률로 정하되, 이 법률은 양심적 판단의 자유를 제한해서는 안 되고 군대나 연방국경수비대와 아무런 관련이 없는 대체복무가능성도 규정해야 한다.
- 45) 독일에서 양심에 따른 병역거부를 헌법적으로 승인하게 된 과정 및 그 시사점에 대한 분석은, 장영수, 앞의 글, 293-297쪽 참조.
- 46) 미국은 제2차 세계대전 중에도 종교적 사유로 참전에 반대하는 사람들에 대해

그러나 외국의 상황이 위헌논증을 뒷받침하는 자료가 될 수 있는가? 헌법재판에서 비교법제 분석은 특별한 주의를 요한다. 아르메니아는 유럽평의회(Council of Europe)에 가입하기 위해 마지못해 대체복무제를 받아들였지만, 그 법률내용이 유럽의 기준에 미치지 못해 지금도 비판의 대상이 되고 있다.⁴⁷⁾ 또한 대만의 대체복무제 도입은 남아도는 병력자원을 효율적으로 관리하기 위한 목적에서 출발한 것이지, 양심에 따른 병역거부자를 위한 것이 아니었다.⁴⁸⁾

요컨대, 헌법재판소는 국민의 헌법적 결단에 맡겨져야 할 대체복무제를 도입하라고 입법자에게 명령함으로써 자신에게 주어진 권한 밖의 행위를 한 것이다.⁴⁹⁾

여 전투복무 대신 비전투복무 또는 국가적으로 중요한 민간업무에 복무하도록 하였고, 통일 전 서독은 동서냉전이 진행 중이던 1949년 및 1956년 각각 양심적 병역거부와 대체복무제에 관한 내용을 기본법에까지 규정하였다. 아르메니아는 아제르바이잔과 1994년까지 전쟁 후 휴전하였으나 지금까지도 소규모 무력 충돌이 계속되고 있음에도 2003년 대체복무제를 도입하였다. 그리고 중국과 군사적 긴장관계에 있는 대만에서도 2000년 대체복무제를 도입하여 시행하고 있다. 이와 같은 외국의 사례들은, 안보위협이 심각하더라도 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 실시하는 것이 충분히 가능하다는 사실을 실증적으로 뒷받침한다.” 현재 2018. 6. 28. 2011헌바379등, 판례집 30-1하, 370, 415.

47) <https://www.wri-irg.org/en/programmes/world_survey/country_report/en/Armenia> (2019. 5. 20. 방문).

48) “Taiwan - first Asian country to recognise conscientious objection”, Peace News Issue 2451, June-Aug 2003 (“The main reasoning behind alternative service in Taiwan is not conscientious objection, but to make use of those young men who are not fit for military service, either because they are physically unfit, or because the ranks of the military are already filled. Consequently, alternative service in Taiwan is managed by the ‘manpower department’ of the Taiwan military.”).
<https://peacenews.info/node/4010/taiwan-first-asian-country-recognise-conscientious-objection> (2019. 5. 20. 방문)

49) 같은 취지의 입장에 있는 글로는, 음선희, 앞의 글, 178쪽(“이와 관련하여 헌법재판소의 기능적 한계를 지적하지 않을 수 없다. 병역거부행위의 대체재로 여겨지는 대체복무제의 도입에 따른 득실을 공리적으로 따져보는 것이나, 병역의무 이행과 형평성이 유지될 수 있는 대체복무제로 어떠한 형태가 가능한지를 판단하는 것이 헌법재판소에 적합한 일이 아니라는 점이다. 더구나 대체복무제의 설계 작업은 국민적 합의를 이끌어내 가는 과정을 수반하게 된다. 이러한 작업은

VII. 맺는 말

헌법재판소의 이번 헌법불합치 결정은 자신에게 주어진 헌법재판권의 한계를 넘어 선 것으로 평가된다. 이 글에서는 이 점을 4가지 측면에서 논증해 보았다. 이를 요약 정리하면 다음과 같다.

첫째, 6인의 다수의견은 적법요건의 허들(hurdle)을 무리하게 뛰어넘는 기교(技巧)를 두 방향에서 부리고 있음을 알 수 있다. 우선, 재판의 전제성이 충족되지 않는 ‘병역종류조항’을 무리하게 심판대상으로 삼음으로써 헌법 제107조 제1항이 정한 권한배분질서를 위반하였다. 다음으로, 병역종류조항에서 대체복무를 정하지 않은 것은 ‘진정 입법부작위’에 해당함에도 불구하고 이를 무리하게 ‘부진정 입법부작위’라고 간주함으로써 심판대상이 될 수 없는 것을 심판대상으로 삼아 헌법불합치를 선언하였다.

둘째, 6인의 다수의견은 대체복무제를 도입하지 않은 입법부작위의 위헌성을 논증하면서, 마치 자유제한의 법률에 대해 위헌논증을 하는 것과 동일한 방식과 심사기준을 취하고 있다. 그러나 이는 상당한 법리적 오류를 안고 있다. 입법부작위 위헌논증에서 입법의무를 확인하는 논증과정을 생략한 것이다. 나아가 우리 헌법의 해석상 양심에 따른 병역거부권은 도출되지 않는다는 점을 무시함으로써 위헌논증에 필요한 중요한 논점을 누락하였다.

셋째, 6인의 다수의견은 대체복무제를 도입하지 않은 것이 양심의 자유를 침해한다고 판단하면서, 엄밀한 사실인정이 아닌 조건부 추정에 근거하여 위헌논증을 하고 있다.

넷째, 양심에 따른 병역거부자를 위한 대체복무제 도입은 헌법개정을 통해 이루어져야 한다. 헌법재판소가 대체복무제 도입을 입법자에게 명령하는 것은 자신의 권한범위를 넘어선 것이다.

이번 결정으로 입법자는 엄청난 부담의 입법과제를 떠안게 되었다. 2019.

헌법재판소에게 적절하지 않다.”); 이재명, 앞의 글, 35쪽(“입법자에게 대체복무제의 설계를 형성할 자유를 주지 아니하고 병역종류조항의 개정을 통해서 해결하라는 것은 헌법재판소의 권한을 넘어선 판단이다.”) 참조.

12. 31.까지 “객관적이고 공정한 사전심사절차와 엄격한 사후관리절차를 갖춘, 그리고 현역복무와 대체복무 사이에 복무의 난이도나 기간과 관련하여 형평성을 확보할 수 있는” 그런 대체복무제를 마련해야 한다. 그렇지 못하면, 그 다음날로 ‘병역종류조항’이 무효가 되고 병역판정의 근거조항이 존재하지 않게 되어 병무업무가 중단될 것이다. 대체복무제 관련 법률이 제정된 이후, 그 집행과 사후관리를 위한 재정적 비용이 만만치 않을 것이며, 만일 사회적 갈등이 해소되지 않고 증폭된다면 그 사회적 비용 또한 매우 클 것이다. 소수자를 위한 관용의 대가가 결코 가볍지 않을 것으로 예상된다.

(논문접수일: 2019.06.08. 심사개시일: 2019.06.09. 게재확정일: 2019.06.20.)

참고문헌

- 강태경, “양심적 병역거부의 정당한 사유 해석론 비판”, 형사정책연구 제29권 제3호(한국형사정책연구원, 2018).
- 김주환, “양심적 병역거부와 대체복무”, 홍익법학 제20권 제1호(홍익대학교 법학연구소), 2019.
- 문재완, “미국 대법원 위헌결정의 대세적 효력”, 헌법학연구 제18권 제3호(한국헌법학회, 2012).
- 음선필, “종교적 신념을 이유로 한 병역거부와 대체복무”, 신앙과 학문 제23권 제2호(기독교학문연구회, 2018).
- 이인호, “미국의 헌법재판절차에 관한 비교고찰”, 공법연구 제30집 제1호(한국공법학회, 2001).
- 이재명, “종교적 갈등의 헌법적 해결”, 중앙법학 제20권 제4호(중앙법학회, 2018).
- 장영수, “양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항 등의 정당한 사유의 해석”, 강원법학 제55권(강원대학교 비교법학연구소, 2018).
- 정연주, “헌재의 양심적 병역거부 결정에 대한 비판적 검토”, 헌법재판연구 제5권 제1호(헌법재판연구원, 2018).
- 정주백, “이른바 양심적 병역거부 관련 헌법재판소 결정에 관한 검토 - 병역법 제5조 제1항에 관한 절차적 문제를 중심으로 -”, 헌법학연구 제24권 제4호(한국헌법학회, 2018).
- 클라우스 슈라이히/정태호 옮김, 독일헌법재판론, 미리, 2001.

<Abstract>

A Critical Review of the Constitutional Court Ruling on Conscientious Objection to Military Service in South Korea

Lee, Inho^{*}

The Constitutional Court of South Korea recently seems to have abandoned the virtue of abstinence that the judiciary should have. It seems to roar that ‘the constitution is just what I am saying.’ No precedents, logic, facts seem to control this roar. For example, this article critically examines the third conscientious objection ruling that the Constitutional Court approved the conscientious objection of certain religious people in the name of conscience in June 2018.

In the first and second decisions, the Constitutional Court had declared the criminal punishment for conscientious objection to military service to be constitutional. However, in the third round of this decision, the Constitutional Court decided that a legislative omission that did not stipulate any alternative service in the provision of military service type was unconstitutional, while the punishment clause was declared constitutional as it was. The majority opinion of six Justices of the Court recognized the ruling, but three other Justices wrote a dissenting opinion.

However, when examining the arguments presented by the majority opinion, it is analyzed that the opinion ignores all the precedent, logic, and facts. And the decision of the Constitutional Court is considered to be beyond the limits of the Constitutional jurisdiction given to it. This article argues these points in four aspects.

First, the majority opinion of six Justices made unreasonable arguments

^{*} Chung-Ang University School of Law.

in two points to overcome the hurdle of justiciable requirements. First of all, the military service type clause does not meet the constitutional requirement of judging premise. Nonetheless, the majority opinion took the clause as a subject of adjudication. Also, the lack of alternative service in the military service type clause is regarded as a ‘genuine legislative omission’ which cannot be a subject of constitutional review. Nonetheless, the majority opinion declared the omission to be unconstitutional.

Secondly, the majority opinion is based on the same method and criteria as the unconstitutionality reasoning for a law restricting freedom, arguing the unconstitutionality of the legislative omission which does not adopt the alternative service system. However, this is a major doctrinal error. It has omitted the argumentation process of confirming the constitutional obligation of legislation. Furthermore, the majority disregarded the fact that the right to conscientious objection was not derived from the interpretation of the Korean Constitution.

Thirdly, the majority opinion is based on contingent estimates rather than rigorous findings. Finally, the introduction of alternative service system for conscientious objectors should be made through amendment of the Constitution. It is beyond the scope of its judicial power that the Constitutional Court orders the legislator to introduce an alternative service system.

Key Words: conscientious objection, conscientious objector, freedom of conscience, alternative civil service, duty of military service, limitation of constitutional jurisdiction