

2004년도 국가인권위원회
연구용역보고서

양심·종교의 자유를
침해하는 법령과 관행의
개선에 관한 연구

국가인권위원회

이 연구는 ‘법무법인 백제’가 2004년 국가인권위원회의 「국가인권정책기본계획」 과제 개발을 위한 연구용역사업으로 수행하였습니다. 본 보고서의 내용은 연구자의 의견으로 국가인권위원회의 공식적인 의견과는 다를 수 있습니다.

양심·종교의 자유를
침해하는 법령과 관행의
개선에 관한 연구

2004년도 연구용역 보고서를
국가인권위원회에 제출합니다

2004년 8월 26일

연구수행기관 백제법무법인

책임연구원 김 승 환

연구원 안 주 열

< 제 목 차 례 >

<요 약 문>	4
I. 서 론	6
II. 양심의 자유와 종교의 자유	7
1. 양심의 자유와 종교의 자유의 관계	7
2. 양심의 자유	8
가. 양심의 자유의 의의	8
나. 양심형성·결정의 자유	9
다. 양심을 지키는 자유	10
라. 양심실현의 자유	12
마. 양심실현의 자유의 한계	14
3. 종교의 자유	16
가. 종교의 자유의 역사적 기초	16
나. 국가의 종교적 중립성	17
다. 특별한 등가	19
라. 종교의 자유의 핵심 영역	20
마. 종교의 자유의 법적 보호 영역	21
바. 종교의 자유의 실현	22

Ⅲ. 양심적 병역거부	24
1. 국방의 의무	24
2. 국방의 의무의 특례 또는 예외	25
3. 국방의 의무와 양심적 병역거부	25
가. 양심적 병역거부의 의의 및 역사	25
나. 양심적 병역거부에 관한 국제규범	27
다. 양심적 병역거부에 관한 각국의 예	31
라. 대체복무	33
4. 양심적 병역거부에 관한 우리나라의 판례	35
5. 양심적 병역거부권은 인정되어야 하는가	38
Ⅳ. 중·고등학교 추첨 배정	41
1. 교육을 받을 권리의 의의 및 기능	41
2. 교육을 받을 권리의 내용	42
3. 중·고등학교 추첨 배정의 의의 및 관련 법령	44
4. 중·고등학교 추첨배정 방식의 합헌성 여부 및 종교의 자유와의 충돌	46
가. 중·고등학교 추첨배정 방식의 합헌성 여부	46
나. 중·고등학교 추첨배정 방식과 종교의 자유의 충돌	48
Ⅴ. 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송	52
1. 국가상징의 수단으로서의 국기	52

2. 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송과 종교의 자유	56
VI. 검사의 기소유예 처분시 반성문 제출 강제	63
1. 문제점	63
2. 치안유지법, 국가보안법 그리고 검찰사건사무규칙	63
VII. 기 타	67
VIII. 결 론	68
<참 고 문 헌>	70

<요 약 문>

양심의 자유와 종교의 자유는 인간의 근원적 자유에 속한다. 양심의 자유와 종교의 자유에 대한 침해는 곧 인간 인격의 침해를 의미한다. 국가권력, 구체적으로는 입법권, 집행권, 사법권이 양심의 자유와 종교의 자유와 접촉되는 작용을 발동할 때에는 헌법에 대한 매우 엄격한 기속의식을 가져야 한다.

이 논문은 양심의 자유와 종교의 자유를 침해하는 법령과 관행의 개선을 목적으로 하고 있다. 연구의 범위로는 양심적 병역거부, 중·고등학교 추천 배정, 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송, 검사의 기소유예 처분시 반성문 제출 강제, 기타 보안관찰법상의 종교의 자유 침해 문제가 포함되어 있다. 연구 범위에 들어가 있는 쟁점들 가운데는 현재 우리 사회에서 격렬한 논쟁의 대상이 되어 있는 것들(양심적 병역거부, 중·고등학교 추천 배정)도 있고, 아직 의식조차 하지 못하고 있는 것들(국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송, 반성문 제출 강제)도 있다. 그러나 기본권 주체인 국민이나 기본권 객체인 국가권력이 의식을 하지 못하고 있다고 해서 기본권 침해의 문제가 존재하지 않는 것은 아니다. 그 문제는 그대로 존재하는 것이고, 해결되어야 하는 것이다.

양심적 병역거부를 인권으로 인정하는 국가는 현재 약 30개 국가이다. 그러한 국가들은 동시에 대체복무제를 도입·시행하고 있다. 국가안보와 양심적 병역거부 사이의 법익 충돌이 중요한 쟁점으로 떠오르고 있음에도 불구하고, 통일 전의 서독(현재의 독일), 대만, 이스라엘 등이 모두 양심적 병역거부를 인정하고 있다. 우리나라에서도 이제 이 문제에 관하여 본격적으로 검토를 할 시점에 도달해 있다. 양심적 병역거부권을 인권으로 인정하고 이를 위한 입법적 노력을 할 필요가 있다.

중·고등학교 입학에서 선 복수지원, 후 추천배정 방식을 취하는

현행 방식은 학생들의 종교의 자유를 전혀 고려하지 않고 있다는 문제점을 안고 있다. 학생의 의사와는 상관없이 학교 배정을 한 후, 종교재단에서 설립·운영하는 학교가 그 학생들에게 종교수업 및 종교 행사에의 참여를 강제할 수 있도록 하고, 이를 거부하는 경우 제재를 가할 수 있도록 하는 것은 종교의 자유를 침해하는 것으로서 위헌이다.

국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송은 이를 통해서 국민적 일체성을 형성해 간다는 중요한 법익을 추구하고 있다. 그러나 그러한 행위가 자신이 신앙하는 종교의 계명에 어긋난다는 신앙상의 확신을 가지고 있는 사람들에게까지 이를 강제하고, 거부하는 경우 제재를 가할 수 있도록 하는 것은 종교의 자유를 명백히 침해하는 것이다.

검사의 기소유예 처분 시 피의자에게 반성문을 제출하도록 강제하는 것은 피의자에게 자신의 내심의 영역에 머물러 있는 양심을 외부로 드러낼 것을 강제하는 것으로서 양심침묵의 자유를 침해한다. 이러한 제도는 일본제국주의 시대의 치안유지법과 전향각서, 대한민국 정부 수립 이후의 국가보안법과 전향각서, 그 후의 준법서약서와 본질을 같이 하는 것으로서 폐지하는 것이 마땅하다.

그밖에 보안관찰법상 피보안관찰자에게 그가 신앙하는 종교를 신고하도록 하는 것은 소극적 신앙고백의 자유를 침해하는 것으로서 위헌이다.

인간은 사유하는 존재이다. 사유의 영역에서는 다양성이 존재한다. 이 때문에 헌법적으로는 인간의 사유의 영역에 대한 국가의 중립성 원칙이 요구된다. 국가권력은 인간의 사유의 영역에서의 다름 자유(freedom to differ) 또는 다름 권리(right to differ)를 최대한 존중해야 한다.

I. 서론

양심의 자유와 종교의 자유는 인간 인격의 핵심영역에 관계되는 권리이다. 그것은 사유(思惟)하는 인간을 전제로 하는 기본권으로서, 인간의 정신생활과 관련되는 기본권이기 때문에, 정신적 자유권이라고도 말한다. 정신적 자유권은 경제적 자유권과 비교할 때 우월한 가치를 지닌다. 이 때문에 정신적 자유권의 제한에는 비례의 원칙이 엄격하게 적용된다. 국가권력은 양심의 자유와 종교의 자유에의 개입을 엄격하게 해야 한다. 입법자는 양심의 자유와 종교의 자유를 침해하는 법령을 제정할 수 없고, 그러한 법령이 존재하는 경우 이를 즉시 제거해야 할 의무를 진다. 행정권은 양심의 자유와 종교의 자유를 침해하는 행정입법을 정립하거나 그러한 관행을 유지해서는 안 되며, 준사법권으로서의 검찰권도 양심의 자유와 종교의 자유를 침해하는 행정입법으로서의 검찰규칙을 정립하거나 그러한 관행을 적용해서는 안 된다. 사법권은 양심의 자유와 종교의 자유를 침해하는 행정규칙이나 관행에 대한 위법 선언을 해야 하고, 헌법재판권도 이러한 자유들을 침해하는 국회 제정 법률이나 행정입법, 관행에 대한 위헌심판을 엄격하게 해야 한다.

이 글은 헌법이 보장하고 있는 양심의 자유와 종교의 자유를 침해하는 법령과 관행을 찾아내고, 그 개선 의견을 제시하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해서 양심과 종교를 이유로 하는 병역거부권을 인정할 수 있는지, 중·고등학교 선 복수지원 후 추첨배정 방식이 종교의 자유를 침해하는지, 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송의 강제가 종교의 자유를 침해하는지, 검사의 기소유예 처분시 반성문 제출을 강제하는 것이 양심의 자유를 침해하는지, 기타 보안관찰처분상 피보안관찰처분자의 신고 사항 중 종교의 자유를 침해하는 부분이 있는지 등을 연구대상으로 한다. 연구방법은 법령, 판례, 관행 등을

문헌을 중심으로 검토한다.

II. 양심의 자유와 종교의 자유

1. 양심의 자유와 종교의 자유의 관계

헌법사적으로 볼 때 양심의 자유와 종교의 자유는 상호 밀접한 연관을 맺어 왔다. 특히 종교가 인간의 삶에 직접적으로 그리고 상당히 크게 영향을 미쳐 온 국가에서는 이러한 경향이 더욱 두드러지게 나타났다. 서양의 역사가 바로 그렇다. 양심의 자유와 신앙의 자유의 주장영역이 헌법이론적으로 분명하게 규명된 오늘날에도 두 기본권을 별개의 조항이 아니라 동일한 조항에서 규정하고 있는 헌법이 존재하는 것도 이러한 역사적 배경 하에서 이해해 볼 수 있다.

그러나 양심의 자유와 종교의 자유의 규정형식이 어떠한건 관계없이 양자가 구별되어야 한다는 데 이론(異論)은 없다. 종교의 자유로는 결코 포괄할 수 없는 상당한 영역을 양심의 자유가 그 보호영역으로 삼고 있기 때문이다.

양심은 종교의 자유의 핵심영역인 신앙과 구별된다. 신앙은 신과 피안의 세계의 존재에 대한 인간의 내적 확신을 가리킨다. 그것은 신앙의 영역에서 사유하고 말하고 행동하는 것을 포괄한다. 신앙의 자유도 기본적으로는 인간의 내부의 법정(forum internum)에 속하는 자유라는 점에서는 양심의 자유와 공통점을 갖는다. 인간은 누구나 내심의 소리에 귀를 기울이면서 양심상의 결정과 신앙상의 결정을 내리기 때문이다. 따라서 양심상의 결정과 신앙상의 결정은 국가와 사회조직의 선전, 세뇌 기타의 인위적인 방법에서 자유로워야 한다. 그렇지 않으면 국가에 의해서 표준적인 양심, 단일한 신앙이 설정되고 강제될 수 있기 때문이다.

양심의 자유는 그 역사적 배경, 개념, 보호영역 등에서 종교의 자

유와 명백히 구별된다. 우리 헌법은 조문의 분리를 통해서 이 점을 더욱 확실하게 해 두고 있다.

2. 양심의 자유

가. 양심의 자유의 의의

양심은 윤리적인 범주(ethische Kategorie)에 속한다. 윤리적 범주로서의 양심은 인간에 내재하고 있는 내적 기재(器才, Instanz)이다. 이 내적 기재는 인간에게 일정한 상황 속에서 어떻게 하는 것이 올바른 태도를 취하는 것인가를 말해 준다.¹⁾ 그런 점에서 양심의 개념은 理解(Verstehen)의 범주가 아니라 당위(Sollen)의 범주라는 지적은 타당하다.²⁾ 양심의 개념은 당위의 범주에 속하는 것이기 때문에, 일반적이고 포괄적인 형이상학적 사유의 체계와 관련성을 가져야 하는 것은 아니다. 그러한 사유의 체계와 무관한 것이라 할지라도 그것이 윤리적 범주, 당위의 범주에 속하는 것이라면 양심의 개념에 포섭된다.

헌법은 양심에 관하여 어떠한 태도를 취하는 것이 옳은가? 양심에 관하여 중립적이어야 하는가, 아니면 양심에 관하여 분명한 자기표현을 해야 하는가? 헌법의 본질을 몰가치적인 것으로 본다면, 헌법은 양심에 대하여 어떠한 태도도 취할 필요성이 없을 것이다.

모든 개념은 그것이 법질서 내에 들어오게 되면 일정한 수정을 겪게 된다. 이러한 수정의 과정에서 헌법은 양심에 관하여 어느 편에

1) 양심의 개념을 이렇게 이해하는 것이 독일에서의 판례의 태도이자 학설의 경향이라고 볼 수 있다. BVerwGE 7, 242ff(245ff.); BVerfGE 1, 45ff(54ff.), R. Herzog, Art. 4, in : Th. Maunz/G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, Grundgesetz Kommentar, I Abs., München, C. H. Beck Verlag, 1980, Rdnr. 119..

2) R. Herzog, ebenda.

설 수 있는 가능성이 발생한다. 그러나 그러한 가능성은 극히 좁아진다. 헌법이 기껏 할 수 있는 것은 일상어(日常語)로 사용되는 양심의 개념을 필요한 정도로 구체화하는 것에 불과할 것이기 때문이다. 결국 헌법이 양심에 관하여 일정한 태도를 취해야 하지만, 그것은 단지 일반적이고 단순한 것에 불과할 것이라는 것을 쉽게 읽어낼 수 있다. 독일 연방헌법재판소 판례도 기본법 제4조 제3항에 관한 재판에서 양심상의 결정을 단순히 선과 악(gut und böse)의 문제로 파악하였다.³⁾ 양심상의 결정은 결정 주체가 내리는 옳고 그름의 문제이다. 하나의 결정이 양심상의 결정인가의 여부를 자발적인 위반행위 또는 강제된 위반행위가 상대방의 윤리적 인격을 침해하거나 파괴하는지에 따라 결정한 것이다. 여기에서 중요하고 문제로 남는 것은 어떠한 방법으로 그것이 진정한 양심상의 결정인지 아니지를 찾아낼 것인가이다.

나. 양심형성·결정의 자유

양심의 자유는 우선적으로 양심형성(Gewissensbildung)과 양심결정(Gewissensentscheidung)의 과정을 보호한다. 양심형성과 양심결정은 종교의 자유와 마찬가지로 내부의 법정에 속한다. 그것은 양심의 형성과 그 결정은 철저히 인간 내심의 영역에 속하고, 무엇보다 인간은 자기 내심의 올바른 소리에 귀를 기울이게 된다는 것을 뜻한다. 이들 자유에는 어떠한 국가적 개입도 허용되지 않는다. 이에 대한 침입은 그것이 예외적인 것이건 부분적인 것이건 인간의 본질 영역에 대한 침해가 되기 때문이다.

국가는 양심형성과 양심결정의 과정에 개입하지 않는 것에서 그

3) BVerfGE 12, 45ff.(55).

임무가 끝나는 것은 아니다. 국가는 기본권 주체의 양심의 형성과 결정의 과정에 직접적으로 또는 간접적으로 영향을 미치는 작용을 해서는 안 된다. 가령 국영보도매체가 옳고 그름의 문제가 제기되는 일정한 사안에 대하여 일정한 방향으로 양심이 형성·결정되도록 유도하는 것은 금지된다. 독재체제 또는 권위주의체제에서처럼, 국가가 처음부터 아예 옳고 그름에 대한 단 하나의 판단만이 있을 수 있는 것처럼 선전하는 것도 그러한 예에 속한다.

다. 양심을 지키는 자유

양심을 지키는 자유란 자신의 내심에 있는 양심을 외부에 표현하도록 직접적으로 또는 간접적으로 강제당하지 않는 자유를 말한다. 양심을 지키는 자유는 그 어떠한 수단에 의한 양심표현의 강제도 거부한다.

양심을 지키는 자유의 내용과 관련해서는 학설의 대립이 있다. i) 양심을 지키는 자유는 곧 침묵의 자유를 의미한다고 보는 견해가 있다.⁴⁾ 이 견해에 따르면 침묵의 자유가 인정되는 결과, 자신이 가지고 있는 양심을 외부에 표현하도록 강제당하지 않을 뿐만 아니라, 충성선서나 십자가 밟기 등과 같은 외부적 행위를 통하여 간접적으로 내면의 양심을 추지(推知)하는 것도 금지된다고 한다. ii) 침묵의 자유는 인간의 내면세계에서 결정되거나 형성된 양심을 언어 등으로 외부에 표명하도록 강제당하지 아니하는 자유를 의미한다고 보면서, 여기에서 양심추지의 금지와 양심에 반하는 행위의 강제금지(強制禁止)가 파생된다고 보는 견해가 있다.⁵⁾ iii) 양심을 지키는 자유는 구체적으로 침묵의 자유, 양심추지의 금지와 양심에 반하는 작위의무

4) 구병삭, 『헌법학원론』, 서울, 박영사, 1995, 388쪽; 김철수, 『헌법학개론』, 서울, 박영사, 2004, 656쪽.

5) 권영성, 『헌법학원론』, 서울, 법문사, 2004, 456쪽.

로부터의 해방의 세 가지를 그 내용으로 한다고 보는 견해가 있다.⁶⁾

인간의 내면에 있는 양심을 외부에 표현하도록 강제하는 것은 양심을 지키는 자유를 직접적으로 침해하는 행위이다. 또한 충성선서, 십자가 뺏기, 사진 뺏기 등과 같은 일정한 외부적 행위를 통하여 그 사람의 양심을 미루어 아는 것은 양심을 지키는 자유를 간접적으로 침해하는 행위이다. 국기에 대한 경례를 통해서 그 사람의 국가에 대한 충성 여부를 알고자 하는 것도 문제될 수 있다. 이를 가리켜 양심을 지키는 자유 중 특히 양심추지의 금지라고 부를 수도 있다. 문제가 되는 것은 양심에 반하는 작위의무의 거부⁷⁾가 양심을 지키는 자유의 내용에 속한다고 볼 수 있는가이다. 이는 양심에 반하는 작위의무를 부과하고 강제하는 행위가 양심을 지키는 자유를 직접적으로 침해하는 것인가, 아니면 이를 간접적으로 침해하는 것인가 라는 각도에서 바라보아야 한다고 생각한다. 그러나 양심에 반하는 작위의무의 부과와 강제는 기본권 주체의 내심에 머무르고 있는 양심을 외부에 표현하도록 직접적으로 또는 간접적으로 강제하는 행위의 어느 하나에 속하지는 않는다. 이는 양심에 반하는 작위의무의 부과와 강제를 양심을 지키는 자유의 내용으로 분류하는 것이 부당하다는 것을 뜻한다. 허 영 교수는 “양심을 지키는 자유’는 구체적으로 ‘침묵의 자유’, ‘양심추지의 금지’와 양심에 반하는 ‘작위의무로부터의 해방’의 세 가지를 그 내용으로 한다고 볼 수 있다”⁸⁾라고 하면서, 또한 “양심상의 이유로 인한 병역거부, 양심상의 이유로 인한 직무명령의 거부, 양심상의 이유로 인한 계약불이행 등의 예에서 보는

6) 허 영, 『한국헌법론』, 서울, 박영사, 2004, 381쪽.

7) 양심에 반하는 작위의무로부터의 해방이라는 용어보다는 작위의무의 거부라는 용어가 더 적절하다고 본다. 양심에 반하는 작위의무로부터의 해방이라는 용어를 사용하는 예로, 허 영, 앞의 책, 381쪽.

8) 허 영, 앞의 책, 381쪽.

바와 같이 양심에 반하는 작위의무의 거부는 대부분이 양심을 지키기 위해서 법질서를 어기거나 타인의 권리를 침해해야 되는 사례에 해당하기 때문에 이를 확일적으로 긍정하거나 부정하기가 어렵다고 할 것이다. 결국 부작위에 의한 ‘양심실현의 자유’의 측면에서, 또는 양심의 자유의 내재적 한계의 측면에서 이를 조심스럽게 접근해야 하리라고 본다.”⁹⁾이라고 말한다. ‘작위의무로부터의 해방’을 이렇게 해석하는 경우 하나의 혼란이 발생한다. 그것은 ‘작위의무로부터의 해방’이 양심을 지키는 자유에 속하는 것인가, 아니면 양심실현의 자유에 속하는 것인가 라는 것이다. 이는 양심실현의 자유로 분류하는 것이 타당하다고 생각한다. 그렇다면 양심에 반하는 작위의무의 부과와 강제를 거부할 수 있는 권리는 어디에 속하는가? 이는 소극적으로 양심의 자유를 실현하는 행위라고 보아야 한다. 양심의 실현은 소극적으로 또는 적극적으로 할 수 있는데, 이러한 행위는 소극적 양심실현의 자유에서 나오는 행위라고 보아야 한다는 것을 뜻한다.

라. 양심실현의 자유

양심의 자유에 양심실현의 자유가 포함되는가? 기본권 주체는 자신의 구체적인 양심의 결정에 따라, 즉 자신의 내심의 윤리적 공준에 따라 행동하는 자유도 갖는가? 우리나라에서는 양심의 자유가 양심실현의 자유까지를 보장하는 것은 아니라는 견해가 지배적이다. 양심의 자유가 양심실현의 자유를 포함하지는 않는다는 견해에 따르면, 양심의 자유는 기본권들 중에서 유일하게 인간의 내심의 영역에만 머무르는 기본권이 된다. 이 경우 양심의 자유는 어떠한 사유로도, 어떠한 경우에도 침해할 수 없는 절대적 기본권이 될 것이다.

입법례에 따라서는 비록 부분적이기는 하지만 양심실현의 자유를

9) 허 영, 앞의 책, 381, 382쪽.

인정하는 경우도 있다. 독일 기본법 제4조 제3항이 규정하고 있는 병역거부(Kriegsdienstverweigerung)권이 그것이다. 그러나 이 조항이 양심실현의 자유를 전면적으로 주장할 수 있는 결정적 근거규정이 되지 않는 못한다. 병역거부권은 양심에 반하는 작위의무의 부과와 강제를 거부할 수 있는 권리이고, 이는 소극적 양심실현의 자유에서 나오는 권리이기 때문이다. 그밖에도 소극적 양심실현의 자유의 문제로 볼 수 있는 것에는 사죄광고를 명하는 판결이 있다. 헌법재판소는 이 문제에 관하여 민법 제764조(명예훼손의 경우의 특칙)의 위헌여부에 관한 헌법소원심판 사건에서 사죄광고를 명하는 판결은 양심의 자유를 침해하는 것으로서 위헌이라는 결정을 선고하였다.¹⁰⁾ 문제는 기본권 주체는 적극적으로 자신의 양심을 실현하는 행위를 할 자유도 갖는가이다. 이 문제와 관련하여 독일 연방헌법재판소 판례는 긴박한 경우에는 양심의 자유를 외적 행동의 자유의 영역, 즉 양심실현의 영역으로 확대하는 데 동의하고 있다.¹¹⁾

기본권은 구체적 행동과 연결된다. 그 구체적 행동은 소극적인 거부일 수도 있고, 적극적인 실행일 수도 있다. 나아가 기본권은 법질서와 충돌을 일으킬 수도 있다. 독일 기본법 제4조 제3항이 규정하는 병역거부권은 바로 양심상의 결정에 반하는 국가적 작위의무의 부과와 강제에 대한 소극적 거부권이라고 말할 수 있다. 헌법재판소가 사죄광고를 명하는 판결을 위헌이라고 판시한 것 역시 그러한 예에 속한다. 중·고등학교의 선 복수지원, 후 추첨배정도 문제가 될 수 있다. 특정 종교단체 또는 특정 기업이 운영하는 사립 중·고등학교에 다니는 것이 자신의 양심에 반할 때 입학을 거부하고 다른 학교에 배정해 줄 것을 요구할 수 있는가가 문제될 수 있다.

10) 헌재 1991. 4. 1, 89헌마160.

11) BVerfGE 24, 336ff.

국가의 법질서가 정상적으로 기능을 발휘하고 있는 경우에는 이러한 문제가 발생할 여지가 거의 없다. 너무 자명한 것이지만, 국가권력의 행사는 기본권에 합치하여야 한다. 국가권력은 헌법상의 최고의 가치인 인간의 존엄을 최대한으로 존중하고 보호해야 한다. 바로 여기에 국가의 법질서가 국민의 생활영역의 범위를 설정하는 한계가 존재한다. 마찬가지로 양심의 자유도 국가의 법질서에 의한 제한을 받으면서 동시에 국가의 법질서에 한계를 설정한다. 국가의 법질서는 양심의 자유를 위법하게 침해하지 않는 범위 내에서 기본권 주체에게 그 복종을 요구할 수 있다.

이렇게 볼 때 양심의 자유에서 소극적 양심실현의 자유(소극적 거부권)와 함께 적극적 양심실현의 자유(적극적 행동권)가 나온다고 보는 것이 타당하다. 나아가 양심의 자유와 국가의 법질서가 충돌을 일으킬 경우 그에 대한 복종을 거부할 수 있는 권리도 나온다고 보아야 한다.

양심의 자유의 내용을 이렇게 설정하고 이해하는 것이 헌법이 규정하는 양심의 자유를 의미충족적인 것으로 만드는 결과를 가져온다고 생각한다. 그에 따라 양심의 자유는 자기 자신을 적절하게 방어할 수 있고, 또한 자기 자신을 효과적으로 실현할 수 있을 것이다.

마. 양심실현의 자유의 한계

양심의 자유가 내심의 자유에 머무르는 한 그 한계문제는 발생하지 않는다. 그러한 한계는 헌법이나 법률이 규율할 여지가 없다. 그러한 한에서 양심형성의 자유와 양심결정의 자유는 아무런 한계도 없는 절대적 자유이다. 양심침묵의 자유와 양심추지의 금지도 절대적 자유에 속한다. 그러나 양심에 반하는 작위의무의 부과 금지와 양심실현의 자유는 외부에 표현되는 자유이고, 그것은 제3자의 권리, 국가와 사회의 법질서 유지에 관련된다. 인간의 거의 모든 행동

은 양심에서 비롯되는 것일 수 있고, 실제로도 인간은 자신의 행동이 양심에서 나오는 것이라고 주장할 수 있는 여지가 많다.

양심실현의 자유의 한계 문제에서 생각해 볼 수 있는 것이 헌법적 질서(verfassungsmäßige Ordnung)이다. 여기에서 헌법적 질서란 헌법에 합치하는 모든 법질서를 말한다. 헌법상 기본권 주체는 어느 누구도 이러한 헌법적 질서를 넘어서서 자신의 기본권을 주장하거나 행사할 수 없다. 이러한 한계는 이미 우리 헌법이 지향하는 인간상(Menschenbild)에서 비롯된다. 우리 헌법이 지향하는 인간상은 로빈슨 크루소적인 고립된 개체로서의 인간상이 아니다. 만일 우리 헌법의 인간상을 이와 같은 것으로 보는 경우, 기본권 주체는 아무런 한계도 없이 자신의 모든 기본권을 행사할 수 있을 것이다. 그러나 헌법을 넘어서는 그러한 기본권의 행사는 결국 기본권 그 자체와 함께 전체로서의 헌법을 파괴하는 결과를 초래할 수밖에 없다는 것이 모든 헌법사가 전해 주는 교훈이다. 그런 점에서 우리 헌법이 지향하는 인간상은 공동체관련성과 공동체구속성을 갖는 인간상이라고 보아야 한다. 한 기본권 주체의 생활은 다른 기본권 주체의 생활과 관련성을 갖고 있기 때문에, 기본권 주체의 공존, 나아가서는 공동체의 존속을 위한 기본권의 한계 내지는 명시적 제한은 필요하고 불가피하다. 이른바 헌법적 질서라는 개념 하에 우리 헌법상 특히 생각할 수 있는 것은 헌법 제37조 제2항이 규정하는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리이다. 그러나 여기에서 우리가 경계해야 할 것은, 양심의 자유의 기본권이 헌법상의 다른 기본권들과 같은 정도로 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보 하에 있다고 보아서는 안 된다는 것이다. 그러한 발상은 양심의 자유의 기본권의 공동화(空洞化)를 야기할 수도 있다. 따라서 양심실현의 자유에 대한 한계는 그 사유가 극히 중대하고 명백하며 심각한 것이어야 한다. 무엇이 양심실현의 자유를 제한할 만한 중대하고 명백하며 심각한 사유인가는 구체적인

상황에 따라 결정된다고 보아야 한다.

양심상의 이유로 자(子)의 취학(Einschulung)을 거부하는 권리를 독일 연방헌법재판소는 인정하지 않았고,¹²⁾ 마찬가지로 개별적인 국가목적을 부정하기 때문에 납세를 거부하는 권리도 존재하지 않는다.

결국 법적 의무에 대항하여 진지하고, 절박한 것으로 받아들여지고,¹³⁾ 믿을 만한 것으로 증명된 양심상의 의무만이 존중을 받을 수 있다. 동시에 개인의 권리와 양심을 만족시킬 하나의 방법이 발견될 수 있는 곳에서, 이러한 방법이 선택되어야 한다. 중요한 양심동기에 대한 - 유일하게 가능한 것은 아니지만 - 설득력 있는 표지는 원칙적으로, 그 양심결정을 위해서 상당한 불이익도 감수할 상대방(당사자)의 용의가 될 것이다. 그러나 중대한 양심상의 의무에 그 밖의 현존하는 법적 의무에 대한 우선이 주어지는 한, 그렇게 동기지워지고 제한된 “시민불복종”이 헌법을 통해서 정당화된다. 자발적으로 부담하는 의무에 비하여 양심상의 의무는 아주 예외적으로만 주장될 수 있다.

3. 종교의 자유

가. 종교의 자유의 역사적 기초

우리들의 민주적 정당성에 대한 이해(理解)에 있어서뿐만 아니라 인권의 성립에 있어서도, 종교의 자유는 중요한 결정화점(結晶化點)들(Kristallisationspunkte)의 하나를 구성한다.¹⁴⁾ 16세기와 17세기

12) Kammerbeschluß vom 5. 9. 1986, JZ 1986, 1019.

13) BVerfGE 12, 55; 48, 173; BVerwGE 7, 247.

14) R. Zippelius, Art. 4, in : R. Dolzer, K. Vogel(Hrsg.), Bonner Kommentar Grundgesetz, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1995, Rdnr. 17.

서부 유럽과 중부 유럽을 불안에 휩싸이게 했던 종교투쟁과 종교박해는 인간보다는 오히려 하나님에게 복종해야 한다는 요청과 국가권력의 넘어설 수 없는 한계의 요청을 일반의 의식 속으로 밀어 넣었다. 1647년 10월 28일의 인민협정(Agreement of the People)은 “종교의 문제와 하나님에 대한 경배의 방식은 결코 우리에게 의해서 다른 어느 누구에게도 위탁되지 않는다. 왜냐하면 그 속에서 우리는 우리의 양심이 고의적인 죄가 없는 하나님의 마음이라고 기록하고 있는 것의 조그마한 부분이라도 가감할 수 없기 때문이다.” (제7절 제1조)라고 규정하였다. 윌리엄스(Roger Williams)와 그 추종자들에 의해서 만들어진 「하나님 공동체」에서는 그 창립계약에 따라 종교는 결코 입법의 대상이 아니었다. 윌리엄의 이론에 따라, 모든 국가는 그 본질상 세속의 영역에 국한되어 있고, 정신적 사안에 개입해서는 안 된다는 것, 모든 양심 그리고 - 기독교적인 것이건 이교도적인 것이건 - 모든 제식(祭式)은 자유롭게 발현되어야 하며, 오로지 정신적 무기로만 그것들과 투쟁할 수 있다. 록크(John Locke)와 그 밖의 사람들은 종교의 자유를 인권이라고 공언하였다. 그리하여 중세에서처럼 세속의 권력은 조직화된 교회에서 하나의 한계를 발견하고, 근대의 개인주의에 따라 국가는 신앙의 결정에서 하나의 한계를 발견하게 되었다. 이 당시에 북미의 몇 개의 인권선언들에서는 아직 종교의 자유가 전면에 등장하지 않았다. 그 후 종교의 자유는 기본권 목록의 확고한 위치를 차지하게 되었다.

나. 국가의 종교적 중립성

국가의 종교적 중립성은 헌법이 국가에게 부과하는 의무로 보아야 한다. 국교 제도의 부인은 바로 국가의 종교적 중립성 의무에서 나오는 것이다. 특정 종교에 대한 특권의 부여도 당연히 금지된다. 국가는 하나의 신앙관을 그 처분의 기초로 삼아서는 안 된다는 데서

우리는 국가의 종교적 중립성의 특징을 발견할 수 있다.¹⁵⁾ 그러나 그러한 엄격한 무차별(Indifferenz)을 실현하는 것이 쉬운 것은 아니다. 헌법은 모든 신앙을, 그것들이 그 다원성 속에서 사회적 정치적 권력과정에 작용하고, 이로써 또한 법현실을 함께 형성할 수 있다. 여기에서 증명되는 것은 국가와 종교를 완전히 독립시킬 수는 없다는 것이다. 따라서 종교적 중립성이 다원주의 국가에서 종교적 관념들에 대한 국가의 엄격한 무차별을 의미하는 것은 아니다. 특히 국가작용은 “국민의 상당수가 그 윤리적 행동의 기준을 끌어내는”¹⁶⁾ 종교적 이론들을 고려할 수는 있다. “공존하는 사회적 세력들과 이익들 사이의 항상적인 토론”¹⁷⁾의 민주적 과정에서 국민의 신앙관도 국가의사형성에서의 지분을 얻게 된다. 국가적 중립성의 원칙은 개인과 조직에게 그 종교관에 불구하고 동등한 권리를 가지고 동등한 발현의 기회를 제공할 임무로 이어진다. 기본권 보호는, 민주적 다수가 종교적 소수에게 “그 종교적-세계관적 관점을 강요하는 것”을 방해하는 데서 입증되어야 한다. 종교적 영향을 미치는 법률은 다른 종교관을 가진 사람들의 종교의 자유를 침해해서는 안 된다. 국가는 하나의 종교에 유리한 특권을 부여함으로써 평등취급의 원칙을 침해해서는 안 된다. 나아가 종교단체에게 그에 소속되어 있지 않는 사람에 대한 고권(高權)을 부여해서도 안 된다.¹⁸⁾ 우리가 이러한 원칙들에서 출발한다면, 국·공립학교에서 종교 수업이 제공되는 경우, 그것이 학생들 또는 그 친권자들의 희망을 고려하면서 행해지는 한, 헌법적 한계가 파괴되는 것은 아니라고 볼 수 있다.¹⁹⁾ 다른 한편으

15) H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 1966, S. 49.

16) BVerfGE 6, 434f.

17) BVerfGE 5, 135.

18) BVerfGE 19, 216.

로 종교적 중립성의 원칙과 특히 종교의 자유의 존중은 국가가 종교 관적으로 특징이 드러나는 수업 내용을 제시하는 것을 금지한다.

우리가 헌법적 가치질서를 지향하면서 이익형량을 한다면, 종교적으로 중립적인 국가는, 학생들에게 그들이 가지고 있는 서로 이질적인 신앙고백의 환경 속에서 바람직한 교육을 무리하게 기대할 수는 없다.

독일 연방헌법재판소 판례는, 부모가 그 세계관적 형성에 있어서 부모의 희망에 합치하지 않는 학교에 그 자녀를 맡길 수밖에 없는 사정 하에 있는 경우, 그것은 헌법에 합치한다는 견해를 가지고 있다.²⁰⁾ 친권자의 다수가 세계관적으로 특징 있는 학교를 바라고 있고, 동시에 - 가령 차별화된 수업 형성을 통해서 - 소수자에게도 무리가 되지 않고, 특히 그 양심에 부담을 주지 않는 규율을 발견할 수 있을 경우에만, 이러한 견해에 따를 수 있다. 눈에 띄게 다원주의적인 사회에서 상이한 교육 욕구의 공통분모는, 종교적 내용이 전체의 교육을 특징짓는 것이 아니라, 선택이 학생들의 임의에 맡겨져 있는 수업시간을 갖추고 있는 학교에서 발견될 수 있다.

다른 한편으로 신앙을 달리하는 학생들에게 그 의사에 반하여 종교적으로 각인된 학교에의 접근을 허용하지 않을 충분한 이유가 존재하지 않는다. 그들이 종교수업에도 참여할 수 있는지에 관한 결정은 종교수업에 책임이 있는 종교재단에 맡겨져 있다.

다. 특별한 등가

“등가”(等價, Parität)라는 전래의 개념은 “종교문제”에서의 평등취급을 의미한다.²¹⁾ 이에 접근하면서 오늘날 우리는 종교의 자유

19) BVerfGE 6, 339, 355.

20) BVerfGE 6, 340.

(Kultusfreiheit)의 영역에서의 평등취급으로서의 등가를 확정할 수 있다. 특히 그 크기, 그 중요도 또는 그 교리(敎理)를 고려하지 않고, 평등한 자유는 모든 종교의 종교행사에 적용된다.²²⁾ 이러한 평등취급의 명령은 개인에 유리하게 그리고 또한 종교단체에 유리하게 적용된다. 여기에서 중요한 것은 일련의 헌법규정들 속에서 그 침전물을 발견할 수 있는 헌법의 기본결단이다.

또한 일반적 평등원칙은, 국가가 모든 임의의 점에서 모든 종교단체를 도식적으로 평등하게 취급해야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 오히려 - 평등원칙의 일반적 사상에 따르면 - 개개 종교단체들의 사실상의 차이점들을 통해 조건지워지는 차별은 허용된다. 그리하여 예를 들면, 자선시설에 대한 자금지원이 적성과 입증된 자선실적을 고려하여 제공되는 경우, 그것은 사리에 맞다. 그러나 종교단체가 전적으로 그 신앙내용만을 고려하여 달리 취급될 수는 없다.

라. 종교의 자유의 핵심 영역

헌법 제20조는 모든 종교의 신앙결단을 보호한다. 또한 종교행사를 보호하고, 무종교적(회의적) 세계관과 반종교적 세계관도 보호한다. 이는 종교의 자유라는 제20조의 문언에서 나올 뿐만 아니라 우리나라에서의 종교의 자유의 모든 발전사에서도 나온다.

- 하나의 종교에 대한 적극적 고백에 반하는 - 회의적인 태도를 평가절하 하는 시도들은, 적극적인 고백이 깨달음의 표현이지만 쾌적한 자신감의 표현이기도 하다는 것을 간과한다.

신앙의 개념은 기독교적 관념 내용에 국한되지는 않는다. 다른 한편으로 신앙의 자유는 그 정신사적 내용에 따라 모든 임의의 의사내

21) R. Zippelius, aaO., Rdnr. 26.

22) 이러한 의미에서는 또한 BVerfGE 74, 253ff.

용을 진실로 받아들이는 것을 보장하는 것이 아니라, 칸트(I. Kant)가 성스러운 신앙(fides sacra)이라고 명명한 협의의 신앙, 즉 의무적인 것으로 받아들이는 “종교의 원리들의 인정”²³⁾만을 보장한다. 이 경우 신앙의 개념은 다른 거대한 세계종교의 신앙내용에 뿐만 아니라, 소수 종교²⁴⁾의 신앙내용에도 미치고, 게다가 드물게 등장하는 신앙 확신²⁵⁾에도 미친다. 파괴적 경향을 가지고 있는 종파가 있는 경우, 종교의 자유의 한계가 특별한 중요성을 얻는다.

신앙의 자유(Glaubensfreiheit)의 개념이 이미 적극적 신앙의 자유와 함께 소극적 신앙의 자유도 포괄한다는 것은 당연하다.

마. 종교의 자유의 법적 보호 영역

국민의 자기결정의 존중, 특히 그 신앙의 존중은 단지 민주적 다수결의 정당성의 기초만을 구성하는 것이 아니다. 헌법은 신앙의무의 최대한의 존중을 동시에 개별적 기본권으로서 보장하고 있고, 그것에 관해서는 단순한 다수결을 통하여 처분할 수 없다. 그러나 법공동체에서 모든 행위가 자유에 맡겨져 있는 것은 아니다. 따라서 진지하고, 절박한 것으로 받아들이는 신앙의무가 민주적 다수결에 대해서도 기본권적으로 보호를 받는 한계가 발견되어야 한다.²⁶⁾

신앙결단의 내적 과정이 직접적인 법적 개입에서 당장 나오는 것은 아니다. 현상으로 나타나는 행동방식만이 법적 개입에 친하다. 이에 따라 한편으로는 신앙결단에 대한 허용되지 않는 영향을 금지하

23) I. Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, in : W. Weishedel(Hrsg.), Immanuel Kant Werke VIII, Wiesbaden, Suhrkamp Verlag, 1956, S. 233.

24) BVerfGE 32, 106.

25) BVerfGE 33, 28f.

26) R. Zippelius, aaO., Rdnr. 39.

고, 다른 한편으로는 그러한 결단의 자유로운 실행을 보장하는 것이 법적 보장의 대상이다.

개인의 신앙 결단에 대한 모든 영향이 금지되는 것은 아니다. 그 모든 교육과정에서 개인은 자신이 지향할 수 있고, 자신이 논쟁할 수밖에 없는 전래되는 신앙 관념에 의존한다. 그러나 체계적 해석의 방법으로 인정해야 하는 것은, 결국 독립적인 신앙결단을 원용하는 인격체로서의 인간의 존중과 합치하지 않는, 즉 인간의 존엄과 합치하지 않는, 신앙결단에 대한 그러한 영향은 헌법 제20조에 위반한다는 것이다. 그러한 한에서 내적 확신의 형성도 법적 보장의 대상이 될 수 있다.

신앙의 자유는 자신의 신앙결단의 기초에의 접근도 전제로 한다. 그리하여 우리는 적절하게도 신앙의 자유에 주목하면서 다음과 같은 사실을 확인하게 된다: “개인은 상이한 교리를 비교할 수 있는 한에서만, 자신의 생각에 어떠한 교리가 올바른 것인지를 매우 자유롭게 결정할 수 있다. 하나의 종교적 가르침만이 허용되고, 다른 어떤 종교적 가르침도 허용되지 않는 세계 내에서는, 종교적 양심의 자유는 존재하지 않는다.” 27) 특히, 개인이 자기책임적 신앙결단을 형성하는 것을 방해하고자 하는 세계관적 통제경제정책(weltanschaulicher Dirigismus)은 신앙의 자유에 위반한다.

바. 종교의 자유의 실현

종교의 자유는 원칙적으로 그 모든 실현이 보장되어야 한다. 따라서 원칙적으로 포괄적인 실현의 자유는 역사적 해석의 방법으로, 특

27) Tsatsos, in : H. Barion(Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 1994, S. 249.

히 체계적 해석의 방법으로 나오는 한계 내에서 보장될 수 있다. 체계적 해석과 관련해서는 다른 기본권들 예를 들면 생명권, 건강권, 양심의 자유, 타인의 의사의 자유 등과의 연관에서 나오는 한계들을 고려하게 된다. 그러나 종교의 자유에 대한 좁은 해석도 생각해 볼 수 있는데, 그것은 (우리 헌법에는 존재하지 않지만) 헌법이 특별하게 언급한 실현방식만이 법적으로 보장되어야 하고, 종교의 자유의 일반적 보장은 내심의 법정(forum internum)에 국한된다고 보는 시각이다. 종교의 자유는 수많은 자유권들, 가령 예를 들면 직업의 자유를 수단으로 하여, 그리고 민주적 참여권에 의하여 형태를 얻을 수도 있기 때문에, 종교의 자유를 이렇게 좁게 해석하더라도 중요한 권리보호의 흠결이 남아 있는 것은 아니다. 그러나 이러한 좁은 해석은 우리 헌법처럼 종교의 자유의 구체적 실현방식(예: 종교행사의 자유, 양심적 병역거부권 등)을 전혀 언급하지 않고 있는 헌법에 대한 해석으로서는 취할 방법이 되지 못한다. 신앙의 자유를 좁은 의미로 해석하는 것, 내부의 법정(forum internum)만을 표현하는 것에 반대한다면, 종교의 자유의 보장은 구성적 의미를 갖는다.

어느 누구도 그 종교적 확신에 반하여 법률적으로 규정되어 있는 증인의 선서(Zeugenseid) 또는 (공무원의) 취임선서(Amtseid)를 할 것을 강제당하지 않는다.²⁸⁾ 형벌로 무장되어 있는 법적 의무가 모든 사람에게 그 진지한 양심충돌을 초래하는 경우조차도, 형벌이 “과도하고 따라서 인간존엄을 침해하는 사회적 작용을 의미할 경우”,²⁹⁾ 이는 독일 연방헌법재판소의 견해에 따르면 형벌의 후퇴(Zurückweichen)를 초래할 수 있다.

28) BVerfGE 33, 30ff.; 79, 76f.

29) BVerfGE 32, 108f.; 69, 34.

Ⅲ. 양심적 병역거부

1. 국방의 의무

헌법 제39조는 국방의 의무에 관하여 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.” 라고 규정하고 있다. 국방의 의무는 외국 또는 외적의 침략에 대하여 국가의 독립을 유지하고 영역을 보전하기 위한 국가방위의 의무이다. 국방의 의무는 국가의 수호를 위해 모든 국민에게 과해지는 헌법상의 의무이다. 대법원 판례는 “병역의무는 국가수호를 위해 전국민에게 과하여진 헌법상의 의무로서 그 의무를 부과함에 있어서는 형평성을 유지하여야 함은 물론 그 면탈을 방지하도록 하여야 할 공익적 필요성이 매우 크다.”³⁰⁾고 보았다. 병역의 의무에 관한 헌법재판소 판례의 시각도 대법원 판례의 시각과 다르지 않다. 헌법재판소 판례가 “헌법 제39조 제1항에 규정된 국방의 의무는 외부 적대세력의 직·간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 의무로서, 헌법에서 이러한 국방의 의무를 국민에게 부과하고 있는 이상 병역법에 따라 군복무를 하는 것은 국민이 마땅히 하여야 할 이른바 신성한 의무를 다하는 것일 뿐, 국가나 공익목적을 위하여 개인이 특별한 희생을 하는 것이라고 할 수 없다.”³¹⁾라고 판시하고 있기 때문이다. 국방의 의무의 범위는 좁게는 병역제공의무를 가리킬 것이지만, 이뿐만 아니라 방공·방첩·전시근무 등 국방에 필요한 모든 의무를 포함시키는 것으로 보는 것이 타당하다.³²⁾ 국방의 의무의 주체는 대한민국국적을 가지고 있는 자연인이다. 구체적으로는 병역법상 남자인 국민만

30) 대법원 1995. 2. 28. 94누7713.

31) 헌재 1999. 12. 23. 96헌마363.

32) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 567쪽; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2004, 662, 663쪽.

국방의 의무의 주체가 된다(법 제3조). 그러나 국방의 의무를 넓게 보는 경우, 거기에는 여성인 국민은 물론이고 외국인도 그 주체가 되는 경우가 있다고 보아야 한다(예: 방공의 의무).

2. 국방의 의무의 특례 또는 예외

병역법에 의하지 아니하고는 병역의무에 대한 특례를 규정할 수 없고, 병역의무자로서 6년 이상의 징역 또는 금고의 형을 선고받은 사람은 병역에 복무할 수 없으며, 병적에서 제외된다(병역법 제3조 제2항, 제3항). 현역입영 또는 소집통지서(모집에 의한 입영통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영하지 아니하거나 소집에 불응한 때에는 입영기피죄로 처벌된다(병역법 제88조). 여기에서 현역입영을 하지 아니하거나 소집에 불응할 수 있는 “정당한 사유”가 무엇인지에 관하여는 해석의 여지가 남아 있다.

3. 국방의 의무와 양심적 병역거부

가. 양심적 병역거부의 의의 및 역사

양심적 병역거부(conscientious objection to military service)란 종교상의 이유 또는 양심상의 이유로 병역의무의 이행을 거부하는 것을 가리킨다. 더 구체적으로 말하면 양심적 병역거부는 “종교적·도덕적·윤리적·인도적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 확고한 신념을 포함하여 양심의 원칙과 이유”로부터 비롯된다.³³⁾ 양심적 병역거부는 모든 종류의 무기를 사용하는 행위를 거부하거나 모든 전쟁에 참가하는 것을 거부하는 평화주의에 한정되는 것이 아니다. 이는 “무력의 사용이 어떤 특수한 상황 하에서는 정당하지만 대부분의 다른 상황에서는 그렇지 않다. 따라서 이런 상황에서 병역을 거부하는

33) 유엔 인권위원회 1998년 제77호 결의안.

것은 필요하다(부분적 병역거부)” 고 보고 있다.³⁴⁾

반전 인터네셔널이 발간한 「1998년 세계 징집 조사」를 보면, 177개 국가의 징집 상황이 수록되어 있는데, 이 중 96개 국가가 징병제도를 채택하고 있고, 30개 국가가 양심적 병역거부권을 인정하고 있다.³⁵⁾

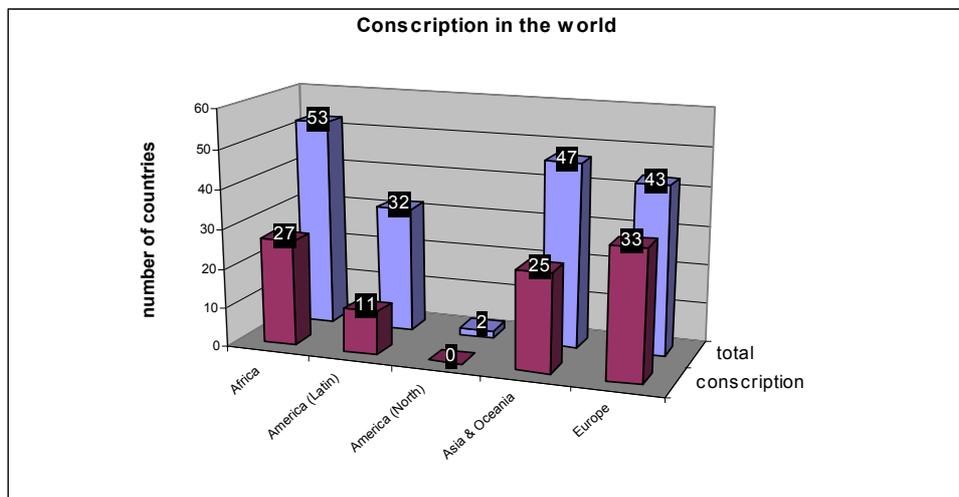


그림 1 세계의 징병제도 현황 출처 WRI 1998 World Survey, 2003년 업데이트

34) 레이첼 브렛(Rachel Brett), 양심적 병역거부의 의의와 역사, 양심에 따른 병역거부권과 대체복무제 - 국제인권기준을 통해 본 한국의 현황과 전망 -, 성공회대 인권평화센터 외, 2003. 3. 11-13, 53쪽.

35) 안드레아스 스펡(Andreas Speck), 양심적 병역거부 운동의 현황과 과제, 양심에 따른 병역거부권과 대체복무제 - 국제인권기준을 통해 본 한국의 현황과 전망 -, 성공회대 인권평화센터 외, 2003. 3. 11-13, 35, 36쪽. 본문의 그림 1과 2는 이 논문에서 재인용하였음.

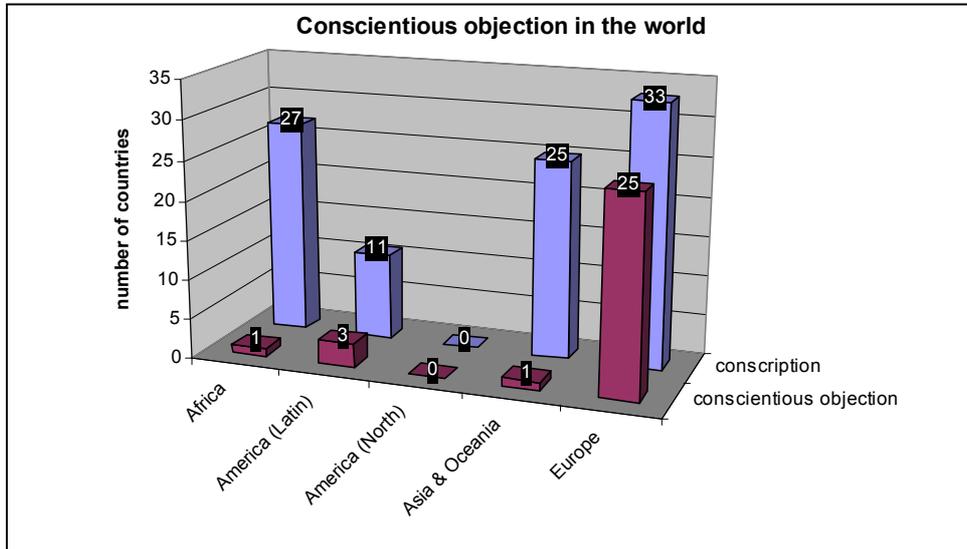


그림 2 징병제도를 채택하고 있는 나라들 중 양심적 병역거부를 인정하고 있는 나라들
출처 WRI 1998 World Survey, 2003년 업데이트

나. 양심적 병역거부에 관한 국제규범

사상, 양심, 종교의 자유에 관한 권리는 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 아래에서는 ICCPR) 제18조와 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)에 포함되어 있다.

ICCPR 제18조는 다음과 같이 규정하고 있다:

① 모든 사람은 사상, 양심, 종교의 자유의 권리를 갖는다. 이 권리는 그의 선택대로 신앙과 종교를 갖거나 수용할 자유, 개인으로든 또는 공적이거나 사적인 다른 사람들과의 공동체로든 숭배하고, 규칙을 지키며, 가르침으로써 그의 신앙과 종교를 표현할 자유를 포함한다.

② 어느 누구도 그의 선택에 따라 신앙과 종교를 갖거나 수용할 자유를 손상시키는 강요 아래 있지 않다.

③ 자신의 신앙과 종교를 표현할 자유는 법이 규정하고 공공의 안전, 질서, 건강, 도덕 또는 다른 사람의 기본적 권리와 자유를 보호하는 데 필요한 만큼 제한된다.

④ 규약 당사국은 부모 및 적용가능시 법적인 보호자가 그들 자신의 신념에 따라 자녀를 종교적·도덕적으로 교육할 자유를 존중할 의무가 있다.

세계인권선언 제18조는 다음과 같이 규정하고 있다:

모든 사람은 사상, 양심, 종교의 자유의 권리를 갖는다. 이 권리는 그의 신앙과 종교를 변경할 자유, 혼자서든 또는 공적이거나 사적인 다른 사람들과의 공동체로든 가르치고, 실천하며, 숭배하고, 규칙을 지키는 일로써 그의 신앙과 종교를 표현할 자유를 포함한다.

유엔 인권위원회는 1976년 2월 11일 결의문 1 A(X X X II)에서 다음 회기에 양심적 병역거부의 인정 문제를 충분히 고려하기로 하였다.³⁶⁾

1978년 12월 20일 결의문 33/165에서는 유엔의 모든 회원국 대표들로 구성된 주요 심의기구인 총회는 누구나 흑인 차별정책을 시행하는 경찰이나 군대의 복무를 거부할 권리를 인정하였고, 국제사회가 무력의 사용을 불법적인 것으로 간주할 경우 군 복무를 거부할 권리가 있다는 것을 인정하였다.

1983년 전문가 Asbjom Eide와 C.L.C. Mubanga-Chipoya는 군복무의 자발적 또는 의무적 이행과 관련된 국가적 관행을 설명하는 포괄적인 최종보고서를 소위원회에 제출했다. 이 보고서는 총회에 대

36) 루씨에 비에르스마(Lucie Viersma), 국제연합, 양심적 병역거부권에 대한 인정 그리고 대체복무제도의 시행, 양심에 따른 병역거부권과 대체복무제 - 국제인권기준을 통해 본 한국의 현황과 전망 -, 성공회대 인권평화센터 외, 2004. 3. 11-13, 57쪽 아래.

해서 회원국들이 양심적 병역거부자들에게 적어도 군복무 기간만큼, 그러나 실제로는 처벌이 될 정도로 너무 길지 않게 대체복무를 제공해야 하며, 사회봉사나 평화, 발전, 국제적 이해를 위한 일을 포함하여 의미 있는 내용의 대체복무를 제공하기 위해 가능한 정도까지 노력하도록 권고하라는 요구를 받았다.

1989년 3월 8일 결의문 1989/59에서는 ICCPR 제18조뿐만 아니라 세계인권선언 제18조가 규정하는 대로 사상, 양심, 종교의 자유의 권리의 합법적 행사로서 누구나 양심적 병역거부를 할 권리가 있음을 인정하였다. 대체복무제와 관련해서도 그것은 원칙적으로 비전투적이거나 시민적 특성을 띠어야 하며, 공공의 이익에 부합하고, 징벌적인 성격이 되어서는 안 된다는 것을 강조하였다.

양심적 병역거부에 관한 표준을 확립하기 위해 인권위원회는 1998년 4월 22일 결의문 1998/77에서 다음과 같이 밝혔다.

- 양심적 병역거부는 종교적, 도덕적, 윤리적, 인도주의적 또는 유사한 동기로부터 유발하는 깊은 신념을 포함하여, 양심상의 원칙과 사유들로부터 기인하는 것임을 밝혔다.

- 군복무를 수행하는 사람도 양심적 병역거부를 나타낼 수 있음을 인식했다.

- 박해를 피하여 다른 나라에 망명을 요구하고 이를 누릴 수 있는 권리를 인정하는 세계인권선언 제14조를 상기시켰다.

- ICCPR 제18조와 세계인권선언 제18조에 규정된 대로 사상, 양심, 종교의 자유의 권리의 합법적 행사로서 모든 사람이 양심적 병역거부를 할 권리가 있음에 주의를 끌었다.

- 몇몇 회원국들이 조사 없이 양심적 병역거부의 요구를 유효한 것으로 받아들인 것을 환영하였다.

- 그와 같은 제도가 없는 회원국들에게 양심적 병역거부가 특정 경우에 순수하게 행해진 것인지 아닌지를 결정할 임무를 가지고 독립

적이고 편견 없이 결정을 내리는 조직체를 구성하되, 양심적 병역거부자들의 특정 믿음의 본질 때문에 그들을 차별하지 않기 위한 필수 조건들을 고려하면서 그렇게 하도록 요구하였다.

- 의무복무제를 시행하고, 그런 조항들이 아직 만들어지지 않은 회원국들에게 양심적 병역거부자들에게 그 이유에 적합하고 비전투적이거나 시민적 특성을 띠어야 하며, 공공의 이익에 부합하고 징벌적인 성격이 없는 다양한 형태의 대체복무를 제공하라는 권고를 상기시켰다.

- 회원국들이 그 나라의 법과 관행에 있어서 복무기간이나 복무여건, 경제적·사회적·문화적·시민적 또는 정치적 권리와 관련하여 양심적 병역거부자들을 차별해서는 안 된다.

- 회원국들이 양심적 병역거부자들이 군복무를 수행하지 않았기 때문에 투옥되거나 반복적으로 처벌받지 않도록 필요한 조치를 취해야 할 것을 강조했고, 누구도 각 나라의 법과 형사상의 처벌절차에 따라 이미 유죄 또는 무죄를 최종 선고받은 위반 사실 때문에 다시 처벌받거나 처벌받을 의무가 없다는 것을 상기시켰다.

- 1951년 난민의 지위에 관한 협약(Convention relating to the Status of Refugees)에 제시된 바에 따라, 망명자로 정의되는데 필요한 요구조건을 충족시킨 개인의 사건을 다루고 있는 회원국들에게 양심적 병역거부자들을 위한 적절한 법 조항이 없기 때문에 군복무수행을 거부한 데 따르는 박해를 두려워하여 본국을 강제로 떠나야 하는 양심적 병역거부자들을 위한 망명을 허가할 것을 고려하도록 독려했다.

양심적 병역거부에 관한 유엔 인권위원회의 가장 최근의 결의문은 2000년 4월 20일 200/34와 2002년 4월 23일 2002/45이다. 이 결의문에서 인권위원회는 회원국들이 양심적 병역거부와 관련한 현재의 법령과 관행을 검토할 것을 요청하였다. 위 두 결의문은 유엔 인

권고등관무관실에 사상, 양심, 종교의 자유의 권리에 대한 합법적 실천으로서 양심적 병역거부권을 인정하고, 대체복무를 제공하는 가장 좋은 사례의 분석과 기록물을 준비하며, 그와 같은 자료들을 정부들, 국가인권기구, 특별기관, 정부간 기구와 비정부 기구들로부터 수집하고, 그 편집 내용과 분석을 담은 보고서를 격년으로 제출하도록 요청하였다.

다. 양심적 병역거부에 관한 각국의 예

독일은 1956년부터 징병제를 택하고 있다. 반면에 독일 기본법 제 4조 제3항은 “누구든지 양심에 반하여 징병병역을 강제당하지 아니한다. 상세한 것은 연방법률로 정한다.” 라고 규정하고 있다. 독일이 징병제와 병역거부권의 충돌을 어떻게 해결해 왔는지를 보기로 한다.³⁷⁾ 병역거부를 선언한 사람은 병역거부위원회(Committee of Conscientious Objection)³⁸⁾에 출석하여 위원들의 질문을 받게 된다. 병역거부위원회로부터 병역의 의무를 거부할 권리가 없다는 결정을 받은 사람은 병역거부재판소(Chamber of Conscientious Objection)에 항소할 수 있고, 병역거부재판소의 결정에 불복하는 경우 행정재판소의 재판을 받을 수 있다. 1984년에는 병역거부자에 대한 심사과정이 바뀌었다. 병역거부는 군 입대에 앞서 서면 심사를 받게 되는데, 신청한 사람은 일반적으로 병역거부로 인정된다. 이 때 필요한 것은 어떠한 범죄기록도 없다는 경찰의 증명서, 자기소개서, 병역거부의 사유에 대한 설명 등이다. 병역거부 인정 비율은 90%에

37) 페터 토비아슨(Peter Tobiassen), 독일에서의 양심적 병역거부, 양심에 따른 병역거부권과 대체복무제 - 국제인권기준을 통해 본 한국의 현황과 과제 -, 성공회대 인권평화센터 외, 2003. 3. 11-13, 71쪽 아래.

38) 병역거부위원회는 군 변호사, 독일연방 국방부 공직자, 여전히 국토를 방위해야 한다는 믿는 사람 등 4명의 위원으로 구성되어 있다.

달한다. 2003년에는 이러한 심사과정이 더 수월하게 개정되었다. 표준적인 서식을 작성하는 절차가 있는데, 여기에서는 꼭 필요한 설명만을 요구한다.

대만에서는 입법원이 2000년 1월 15일 대체복무제도시행조례를 통과시켰고, 행정원은 2000년 5월 1일부터 이 제도를 시행한다고 발표하였다.³⁹⁾ 그러나 대만에서의 대체복무는 양심적 병역거부자에 게만 해당하는 것이 아니라, 가정적인 요소, 특기 자격 등 그 사유가 다양하다. 대체복무를 할 수 있는 여러 요소들 중에 종교적인 사유가 있다. 이에 따르면 신앙생활을 한 지 2년 이상이 되었고, 심리상태가 상비역 복무를 하기에 적합하지 않을 때 대체복무를 할 수 있다. 내무부는 직할시, 현정부의 안전을 받게 되면 다음과 같은 규정에 따라 처리한다. ① 3개월 이내에 심사위원회를 소집하여 심의를 끝낸다. ② 심의시에는 복무자의 신앙 등의 이유가 진실인지 여부를 판단하기 위해 면담을 실시하고 그 종교의 책임자나 증인을 출석시킨다. ③ 심의안건에 의문이 있어 허가를 결정할 수 없을 때에는 일정기간을 관찰기간으로 할 수 있으며, 이 기간은 최장 1년을 넘을 수 없다. 종교적 이유를 가장하여 대체복무를 신청하는 경우 대체복무조례 제54조에 따라 2년 이하의 유기징역에 처한다.

이스라엘에서는 남녀 모두 18세에 군복무에 소집되고, 남성은 3년, 여성은 2년간 복무하게 된다.⁴⁰⁾ 이스라엘에서는 병역거부자를 완전거부자와 선택적 거부자로 나누고, 당국은 공식적으로는 완전거

39) 청 타이리, 중화민국시행 대체복무제도 소개, 양심에 따른 병역거부권과 대체복무제 - 국제인권기준을 통해 본 한국의 현황과 전망 -, 성공회대 인권평화센터 외, 2003. 3. 11-13, 82쪽 아래.

40) 아미르 지볼(Amir Givol), 2003년 이스라엘 병역거부 현황에 대한 보고서, 양심에 따른 병역거부권과 대체복무제, 성공회대 인권평화센터 외, 2003. 3. 11-13, 12쪽 아래.

부자만을 병역거부자로 인정하고, 선택적 거부는 불법으로 간주한다. 선택적 거부는 군대가 실행하는 특정한 정치적 결정(예를 들어 팔레스타인 영토의 점령)에 반대하는 경우이다. 이스라엘에서 병역거부권이 법적으로 인정된 것은 1995년부터이다. 병역거부를 심사하는 병역거부위원회는 민간인 신분의 군 관계자들로 구성된다. 위원회는 병역법을 근거로 국방부장관이 승인하면 누구든지 군복무를 면제받을 수 있다. 그러나 위원회에 의해서 병역거부를 인정받는 것은 매우 어려운 것으로 알려져 있다. 실제로 1998년-2000년간 신청자의 8%(115명 중 9명)만 병역거부를 인정받았다.

라. 대체복무

양심적 병역거부자에게 대체복무(alternative services, Ersatzdienst)를 부과할 수 있는가, 그것이 가능하다면 대체복무의 내용은 어떤 것이어야 하는가가 문제된다. 현실적으로는 양심적 병역거부권을 인정하는 많은 국가들이 대체복무를 실시하고 있다.

이에 관해서는 크게 세 가지 입장이 있다.

첫째, 어떠한 형식과 내용의 대체복무도 허용해서는 안 된다는 견해가 있다.⁴¹⁾ 이 견해는 대체복무를 받아들인다는 것은 양심적 병역거부자가 아닌 사람들에게 대해서는 국가가 병역의무를 부과할 권한이 있다는 것을 인정하는 것이기 때문에, 대체복무도 허용해서는 안 되는 것으로 본다. 반전 인터내셔널(War Resisters' International)이 이러한 입장에 서 있다.

둘째, 모든 병역거부자들이 항상 대체복무를 이행해야 하는 것은 아니며, 병역거부자들 또는 그들의 일부는 군복무가 면제되어야 한

41) 안드레아스 스펙(Andreas Speck), 양심적 병역거부 운동의 현황과 과제, 양심에 따른 병역거부권과 대체복무제, 성공회대 인권평화센터 외, 2003. 3. 11-13, 33쪽 아래.

다는 견해가 있다.⁴²⁾

셋째, 양심적 병역거부자들에게는 대체복무가 과해져야 한다는 견해가 있다. 양심적 병역거부를 인정하고 있는 국가들 대부분이 이 입장에 서 있다.

이 견해에 따르면 대체복무를 인정한다 하더라도 대체복무의 종류, 기간 등이 처벌적인 것이어서는 안 된다고 말한다. 그러한 대체복무는 사상, 양심, 종교의 자유의 권리 행사를 저해할 수 있기 때문이라고 한다.

여기에서 독일과 대만의 제도를 보기로 한다.

독일은 1961년에 대체복무 제도를 도입하였다. 양심적 병역거부를 부정적으로 보던 사람들은 병역거부자들을 자신의 집에서 격리시킴으로써 대체복무의 신청을 억제해야 한다고 주장했지만, 그러한 주장이 관철되지는 않았다.⁴³⁾ 대체복무는 대안적이거나 정상적인 병역의무를 대체할 수 있는 서비스에 한정된다. 대체복무자들은 대부분 주로 사회적인 부문에서 공공의 목적을 위해 봉사한다. 그밖에 환경보호, 역사적 기념물 보존, 스포츠 부문 등에서 대체복무를 하는 경우도 있다. 대체복무를 하는 사람을 고용하고자 하는 기관들은 그들을 고용할 수 있는 기관인 대체복무청(Zivildienststelle)의 승인을 받아야 한다. 그 급료는 군복무자와 같은 액수이다. 외국의 기관에 나가 대체복무를 하는 경우도 있다.

대만에서는 종교적인 이유로 대체복무를 하는 경우 그 기간이 2년 2개월로 상비역 복무기간보다 4개월 더 길다.⁴⁴⁾ 그들이 복무하는 곳은 경찰, 소방, 사회, 교육, 환경보호, 문화, 사법행정, 외교, 토지

42) 레이첼 브렛(Rachel Brett), 앞의 논문, 54쪽.

43) 페터 토비아슨(Peter Tobiassen), 앞의 논문, 76쪽.

44) 청 타이리, 앞의 논문, 85쪽.

측량, 경제안전, 공공행정, 체육 봉사 등이다. 외교봉사의 경우 외교부가 사용기관이 되어 아프리카, 중남미, 대양주 등에 파견하여 컴퓨터 정보, 축산, 농업 등의 기술 분야에 종사하도록 하고 있다.

대체복무의 분야 및 기간과 관련해서 유럽연합 최고회의는 주목할 만한 결정을 내렸다. 이에 따르면 대체복무는 민간부문에서 행해져야 하고, 그 기간은 군복무기간보다 길어서는 안 되며, 대체복무를 하는 사람들은 군에서 자신의 의무를 수행하는 사람들과 동등하게 취급되어야 한다는 것이다.⁴⁵⁾

4. 양심적 병역거부에 관한 우리나라의 판례

우리나라에서 학설은 대체로 양심적 병역거부권을 인정하지 않고 있다. 대법원 판례 역시 마찬가지이다. 그러나 최근 하급심에서 양심적 병역거부권을 인정하는 판결이 선고됨으로써 이 문제가 우리의 관심을 끌고 있다.

2004년 5월 21일 서울남부지방법원은 양심적 병역거부권을 인정하는 판결을 선고했다.⁴⁶⁾ 이 사건에서 법원은 “양심적 병역거부자들은 한 해에 600명 안팎인 것으로 추산된다고 알려지고 있고, 이는 연간 징병인원 약 30만명에 비하여 0.2%에 불과하여 국가방위력에 미치는 정도가 미미할 뿐만 아니라, 인해전술적이고 재래적인 전투 방식에서 첨단 과학 무기와 장비, 정보시스템이 주도하는 현대전에서 위와 같은 규모 정도의 징병인원이 감소한다 하여도 그다지 문제 되지 아니한다 할 것이고, 양심적 병역거부자들을 전쟁에 참가시킨다 하여도 그들로부터 최고의 전투력의 발휘를 기대할 수 없다 할

45) 유럽 연합(European Union) 1977년 10월 7일 양심적 병역거부권에 관한 권고 제816호. 페터 토비아슨(Peter Tobiassen), 앞의 논문, 74쪽.

46) 서울남부지방법원 2004. 5. 21. 2002고단3940.

것이어서 전투에 그다지 도움이 되지도 아니할 것이며, 국가의 사법권 행사를 위해 법관이 꼭 필요한 존재라 하여도 모든 국민이 법관이 될 필요는 없는 것처럼, 국가의 존재를 위해 군인이 꼭 필요하다 하여도 모든 국민이 군인이 될 필요는 없다 할 것이고, 비록 우리나라에서는 독일, 영국, 이탈리아, 오스트리아, 캐나다, 스위스, 스웨덴, 덴마크, 독일, 노르웨이, 핀란드, 프랑스, 벨기에, 룩셈부르크 등과 같이 양심적 병역거부자에 대하여 병역의무를 대체할 수 있는 대체복무제를 인정하고 있지 아니하기는 하나, 향후 이 제도를 도입하여 병역의무를 이행하는 것과 동일하거나 그보다 좀 더 중한 내용의 복무를 하도록 한다면 공적 부담이나 병무행정에 있어서의 평등의 원칙을 훼손하지 않을 수 있으며, 위 대체복무제를 도입하면서 양심적 병역거부자로 인정될 수 있는 기준을 명확히 마련한다면 고의적인 병역기피자를 충분히 가려낼 수 있고, 아울러 양심적 병역거부에 관한 권리를 인정하는 것이 피고인과 같이 특정 종교상의 교리를 이유로 한 사람뿐만 아니라, 종교상의 교리가 아닌 일반적인 양심에 따른 신념에 터잡아 병역을 거부하는 사람에게도 확대할 필요성이 있는 점(따라서, 이 법원은 위 정당한 사유를 해석하기 위하여 양심의 자유를 규정한 헌법 제19조만을 근거로 하였을 뿐, 종교의 자유를 규정한 같은 법 제20조 제1항을 근거로 하지는 않는다), 또한 위 종교를 신봉하는 사람들이 병역의무만을 거부할 뿐 납세의 의무나 교육의 의무를 이행할 것을 거부하고 있지는 아니하며 국가의 존재 자체를 부인하고 있지는 아니한 점에 비추어 볼 때 ...” 양심적 병역거부권을 인정하는 것이 타당하다고 보았다. 동시에 이 판결은 양심적 병역거부자의 인정 기준을 제시하였다. 그에 따르면 “양심적 병역거부자와 양심을 빙자하여 병역을 기피하는 자를 가려내기 위하여는 양심적 병역거부자가 일반적인 해명에 그치는 것이 아닌 인격적인 양심적 결정과정을 분명하게 밝혀야 하고, 특히 병역을 거부하기로

하는 결정을 하게 된 특별한 사정(예컨대, 종교적, 윤리적 또는 인도적 근거들로서 학교교육, 가정교육, 폭력체험, 친척이나 친구의 사망, 전쟁체험에 대한 가족의 이야기, 영화 등)을 설득력 있게 설명하여야 하며, 병역을 거부하기로 하는 결정을 한 이후 또는 그로부터 멀지 아니한 시간 전에 병역거부와 관련된 사회활동을 하였을 것 등을 그 기준으로 삼을 수 있다”는 것이다.

이 판결은 양심적 병역거부권을 인정한 최초의 판결이라는 점 외에도, 양심적 병역거부자들에 대한 우리 사회의 편견을 문제 삼았다는 점, 즉 양심적 병역거부권은 특정 종파의 사람들이 주장하는 것이라는 편견을 넘어서고 있다는 점, 양심적 병역거부를 인정할 수 있는 일단의 기준들을 제시하고 있다는 점에서 그 의의를 높게 평가받을 수 있다.

그러나 서울남부지방법원의 판결이 선고된 지 얼마 후, 대법원은 양심적 병역거부권을 인정할 수 없다는 그 동안의 판례를 재확인하였다.⁴⁷⁾ 대법원은 이 사건에서 병역법 제88조 제1항이 규정하는 입영하지 아니하거나 소집에 불응할 수 있는 “정당한 사유”와 관련하여 “추상적 병역의무의 존재와 그 이행 자체의 공정을 전제로 하되 다만 병무청장 등의 결정으로 구체화된 병역의무의 불이행을 정당화할 만한 사유, 즉 질병 등 병역의무 불이행자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유에 한하는 것으로 보아야 할 것이다.”라고 보았다.⁴⁸⁾ 대법원은 양심적 병역거부권을 인정할 수 없는 이유를 다음과 같이 들었다. 즉, “... 특히 남북이 분단되어 여전히 서로 군사적으로 대치되고 있어 불안정성과 불가예측성이 상존하는 우리나라의 특수한 현실적 안보상황을 고려하면 국방의 의무는 보다 강조되어도 지나치다고 할

47) 대법원 2004. 7. 15. 2004도2965.

48) 또한 대법원 1967. 6. 13. 67도677; 2003. 12. 26. 2003도5365.

수는 없을 것이다. 이 사건 법률조항은 바로 이와 같이 가장 기본적인 국민의 국방의 의무를 구체화하기 위하여 마련된 것이다. 그리고 이와 같은 병역의무가 제대로 이행되지 않아 국가의 안전보장이 이루어지지 않는다면 국민의 인간으로서의 존엄과 가치도 보장될 수 없음은 불을 보듯 명확한 일이다. 따라서 병역의무는, 궁극적으로는 국민 전체의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위한 것이라 할 것이고, 피고인의 양심의 자유가 위와 같은 헌법적 법익보다 우월한 가치라고는 할 수 없다. 그 결과 위와 같은 헌법적 법익을 위하여 헌법 제37조 제2항에 따라 피고인의 양심의 자유를 제한한다 하더라도 이는 헌법상 허용된 정당한 제한이라 할 것이다.” 라는 것이다. 대법원의 이와 같은 태도는 국방의 의무 및 (병역거부와 관련한) 양심의 자유의 충돌에서 국방의 의무를 양심의 자유보다 우위에 두고 있는 것으로 볼 수 있다.

5. 양심적 병역거부권은 인정되어야 하는가

양심적 병역거부권을 인정하는 국가는 2003년 현재 30개 국가에 이르고 있고, 이들 국가에서는 양심적 병역거부자들에게 대체복무를 부과하고 있다. 이러한 의미의 대체복무도 인정하지 않는 평화주의자들이 존재하기는 하지만, 그들의 주장은 아직은 이상론의 수준으로 평가받고 있고, 완전한 의미의 병역거부권을 인정하는 국가는 아직은 없다.

양심적 병역거부를 인정하는 경우 제기될 수 있는 문제점들이 분명히 있다. 국가의 존립과 안전이라는 포기할 수 없는 법익, 국민의 기본의무인 국방의 의무, 군복무를 하는 사람과 양심적 병역거부자 사이에서 제기되는 평등원칙, 양심을 가장하는 병역거부자의 양산 위험성 등을 가능한 문제점으로 들 수 있다. 나아가 우리의 경우 지

구상의 유일의 분단국가라는 상황도 입법자나 국민에게는 국방의 의무는 국민으로서 반드시 이행해야 하고, 특히 양심을 이유로 하는 병역거부는 국민이기를 거부하는 행위라는 의식을 강화시키고 있다.

그러나 다음과 같은 사유로 양심적 병역거부권은 인정되어야 한다.

국가의 존립과 안전이라는 포기할 수 없는 법익은 양심의 자유의 후퇴를 통해서만 달성될 수 있는 것이 아니다. 옳고 그름에 대한 가치판단(양심의 자유의 경우)의 차이 또는 신앙하는 종교의 차이를 있는 그대로 인정해 주더라도 국가의 존립과 안전을 유지하는 데 직접적인 위협이 없는 경우에는 국가의 존립과 안전이라는 법익을 앞세우지 않는 것이 도리어 국가의 존립과 안전을 유지·강화시키는 데 기여할 수 있다.

국방의 의무는 모든 국민이 이행해야 할 기본의무이다. 그러나 이는 어떠한 예외도 허용되지 않는 절대적 의무는 아니다. 그 의무의 불이행을 정당화할 만한 사유가 있는 경우에는 예외를 인정해야 한다. 병역법 제88조 제1항이 규정하고 있는 “정당한 사유”는 바로 국방의 의무의 예외를 인정하고 있는 문언이다.

양심적 병역거부를 인정하는 경우, 군복무를 하는 사람들과의 관계에서 평등원칙의 위반 문제가 발생할 수 있다. 그러나 헌법상의 평등원칙은 합리적 사유 또는 정당한 이유가 있는 차별은 허용하는 원칙이라는 점에 대해서는 이론(異論)이 없다. 본질적으로는 옳고 그름에 대한 판단을 달리하는 사람들을 기계적으로 동등하게 취급하는 것이 도리어 평등원칙에 반하게 된다.

양심적 병역거부를 인정하는 경우, 양심상의 이유를 가장하여 병역을 기피하는 사람들이 양산될 것이라는 우려가 존재하는 것이 사실이다. 그러나 이러한 우려는 인간에 대한 신뢰의 결여에서 비롯된다. 인간은 자신의 현실적인 이익을 위해서는 양심도 가장할 수 있다는 인간에 대한 불신이 양심적 병역거부를 인정하지 않는 사회적 배경

이 되고 있다. 이러한 우려는 현재 세계 30개 국가에서 인정되고 있는 양심적 병역거부가 왜 한국인에게는 문제가 될 수 있는가에 대한 설득력 있는 답을 제시할 수 있을지 의문이다. 그러한 우려는 양심상의 이유를 가장하는 사람들에게 엄격하게 형벌을 과함으로써 제거될 수 있다. 위 서울남부지방법원의 판시 사항 역시 이 점을 뚜렷이 하고 있다.

양심적 병역거부에 대한 부정적 인식 가운데 가장 호소력이 있는 것은 남북 분단 상황이라는 논리일지도 모른다. 대법원 판례도 이러한 입장에서 있다. “남북이 분단되어 여전히 서로 군사적으로 대치되고 있어 불안정성과 불가예측성이 상존하는 우리나라의 특수한 현실적 안보상황을 고려” 해야 한다는 것이 그것이다. 그러나 그러한 견해는 우리나라와 똑같은 분단 상황에 있었던 독일이 일찍부터 양심적 병역거부를 성공적으로 처리해 온 이유를 합리적으로 설명하기가 어려울 것이다. 우리는 특히 대만의 경우를 눈여겨 보아야 한다. 대만은 정확하게 보면 분단상황보다 더 위험한 상황이다. 대만과 중국 사이의 힘의 강약은 대한민국과 북한 사이의 그것과는 비교할 수도 없다. 그럼에도 불구하고 대만은 2000년 5월 1일부터 공식적으로 양심적 병역거부자에게 대체복무를 부과하고 있다.

대체복무에 관해서는 우리의 규범과 현실에 대한 정확한 이해를 필요로 한다. 병역법은 현역병 근무에 부적합하지만 병역 면제 사유에는 해당하지 않는 사람들을 공익근무요원으로 편입하여 국가기관·지방자치단체·공공단체 또는 사회복지시설의 공익목적수행에 필요한 경비·감시·보호·봉사 또는 행정업무 등의 지원과 예술·체육의 육성 또는 국제협력을 위하여 소집하여 근무하도록 하고 있다(병역법 제2조 제1항 제9호). 그밖에도 해당 분야의 전문자격을 가지고 있는 사람들을 공중보건 의사·국제협력 의사·공익법무관·징병검사전담 의사로 복무하도록 하고 있고, 전문연구요원과 산업기능요원에 대한 특례를

인정하고 있다(병역법 제2조). 이러한 복무는 실질적으로 모두 대체 복무에 해당한다. 규범적으로 볼 때 우리나라는 병력징집 가능인원의 상당수를 이미 대체복무에 투입할 수 있도록 하고 있는 것이다. 또한 현실적으로 볼 때에도 양심적 병역거부자들은 형벌을 감수하더라도 자신의 양심을 지키고 실현시키고자 하고 있음에도 불구하고, 이들로 하여금 병역의무를 이행하도록 강제하는 것이 강한 군병력을 유지하는 데 어떠한 기여를 하겠는지 의문이다.

양심적 병역거부권을 인정하고 그러한 권리를 주장하는 자들에게 대체복무를 과하는 경우, 그 형식과 내용이 문제된다. 무엇보다 중요한 것은 대체복무가 양심적 병역거부자들에 대한 징벌적 성격을 가져서는 안 된다는 것이다. 다음으로 대체복무 기간과 관련하여 현역 병 복무 기간과 동일해야 하는가 아니면 그보다 더 장기간의 대체복무를 부과할 수 있는지가 문제된다. 현재 대체복무를 실시하는 많은 국가들이 대체복무의 기간을 현역병 복무 기간과 동일한 기간으로 하고 있다. 이에 관해서는 동일복무 기간의 원칙을 세워야 한다고 본다. 다만, 현재 현역병의 복무기간이 육군은 2년, 해군은 2년 2월(해병은 2년), 공군은 2년 4월로 규정되어 있는 것(병역법 제18조 제2항)을 고려할 수 있다고 생각한다. 이러한 3군의 현역병 복무기간을 고려하여 합리적인 복무기간을 산출해 낼 수 있다고 본다.

IV. 중·고등학교 추첨 배정

1. 교육을 받을 권리의 의의 및 기능

교육을 받을 권리(헌법 제31조)는 우리 헌법이 지향하는 문화국가·민주복지국가의 이념을 실현하는 방법의 기초이며, 다른 기본권의 기초가 되는 기본권이다. 왜냐하면 교육을 받을 권리가 교육제도를 통하여 충분히 실현될 때에 비로소 모든 국민은 정치·경제·사회·문화

등 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘하게 되어 국민생활의 균등한 향상을 기할 수 있고, 우리 헌법의 최고구성원리이자 모든 기본권의 이념적 출발점에 해당하는 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하며, 행복을 추구할 수 있기 때문이다.⁴⁹⁾

교육을 받을 권리가 수행하는 기능은 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

첫째, 교육을 통해 개인의 잠재적인 능력을 계발시켜 줌으로써 인간다운 문화생활과 직업생활을 할 수 있는 기초를 마련해 준다. 둘째, 문화적이고 지적인 사회풍토를 조성하고 문화 창조의 바탕을 마련함으로써 헌법이 추구하는 문화국가원리를 촉진시킨다. 셋째, 합리적이고 계속적인 교육을 통해서 민주주의가 필요로 하는 민주시민의 윤리적 생활철학을 어렸을 때부터 습성화시킴으로써 헌법이 추구하는 민주주의의 토착화에 이바지한다. 넷째, 능력에 따른 균등한 교육을 통해서 직업생활과 경제생활의 영역에서 실질적인 평등을 실현시킴으로써 헌법이 추구하는 사회국가의 이념을 실현한다.⁵⁰⁾

2. 교육을 받을 권리의 내용

교육을 받을 권리에서의 ‘교육’은 주로 학교교육을 가리킨다. 그러나 교육은 학교교육을 넘어서서 직장을 얻기 위한 교육으로서의 직업교육, 평생교육으로서의 사회교육·노인교육 등을 포함한다. 이 때문에 헌법도 교육을 받을 권리 조항에서 국가의 평생교육진흥의무(제31조 제4항)를 규정하고 있고, 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사

49) 헌재 1991. 2. 11. 90헌가27.

50) 헌재 1994. 2. 24. 93헌마192.

항은 법률로 정하도록 규정하고 있다(제31조 제5항).

교육을 받을 권리는 전통적인 기본권 분류에 따르면 사회권적 기본권에 속하고, 이는 국가에게 적극적인 작위를 요구하는 권리이다. 그러나 교육을 받을 권리에는 적극적인 내용과 함께 소극적인 내용도 포함되어 있다.⁵¹⁾ 교육을 받을 권리의 소극적인 내용은 학교에 입학하기를 원하는 자에게 자의적으로 진입을 금지하는 처분을 내리지 못하도록 하는 것이다. 물론 교육을 받을 권리는 ‘능력에 따라 균등하게’ 교육을 받을 권리가기 때문에 입학성적을 기준으로 입학을 불허하는 것은 이 권리를 위헌적으로 침해하는 것이 아니다. 이와 관련하여 거주지를 기준으로 하는 중·고등학교의 학군제 입학,⁵²⁾ 내신제 입학,⁵³⁾ 학생생활기록부의 반영⁵⁴⁾ 등이 문제되었지만, 헌법재판소는 이 모두에 대하여 합헌결정을 내렸다. 또한 초·중등교육법상 의무교육(법 제12조)으로 되어 있는 초등학교와 중학교에서의 퇴학처분의 허용성이 문제될 수 있다. 그러나 의무교육과 퇴학처분은 양립할 수 없는 것이기 때문에 허용되지 않는다고 보아야 한다. 고등학교에서의 학칙에 근거한 퇴학처분은 허용될 수 있겠지만, 이 경우의 퇴학처분에는 엄격한 비례의 원칙이 적용된다고 보아야 할 것이다. 교육을 받을 권리의 적극적 내용은 교육을 받을 권리의 주체가 국가에 대하여 적극적으로 그 능력에 따라 교육을 받을 기회와 시설 등을 제공하라는 권리의 의미로 이해할 수 있다. 경제적 약자가 학비의 보조를 국가에 요구하는 것, 장애인이 국가에 대하여 장애인의 교육을 받을 권리의 실질적 보장을 요구하는 것이 이에 해당한다.

51) 홍성방, 『헌법학』, 서울, 현암사, 2004, 553쪽.

52) 헌재 1995. 2. 23. 91헌마204.

53) 헌재 1996. 4. 25. 94헌마119.

54) 1997. 7. 16. 97헌마38.

3. 중·고등학교 추첨 배정의 의의 및 관련 법령

중·고등학교 추첨 배정은 학생의 거주지를 기준으로 중·고등학교의 입학에 제한하는 제도라고 할 수 있다. 이는 학생이 자신의 능력에 따라 자신이 원하는 학교를 선택하는 권리를 제한하는 제도이다. 이른바 평준화로 불리우는 중·고등학교 입학에서의 선·복수지원, 후 추첨배정방식은 그 필요성, 장·단점 등에 관한 많은 논란 끝에 시행되어 오고 있다.

중·고등학교 추첨 배정은 학생들의 학교 선택권을 몇 가지 단계로 제한하고 있다. 첫째, 거주지에 의한 제한이다. 이에 따라 평준화 대상 지역별로 거주지를 기준으로 하나 또는 복수의 학교군이 있고, 입학 지원자의 학교 선택권은 그 범위 이내로 제한된다. 둘째, 복수 지원에 의한 제한이다. 입학 지원자는 자신이 입학을 원하는 학교 순으로 지원서를 작성하게 된다. 이 경우 제1지망 학교에 추첨되지 못하는 경우, 당연히 제2지망 학교에 입학할 수 있는 것은 아니다. 특정 학생들이 제2지망으로 지원한 학교의 정원을 제1지망 학교로 지원한 학생들이 채우지 못하는 경우에 한해서 다시 추첨을 하게 된다. 따라서 제1지망 학교에서 탈락하는 경우, 최하순위 지망 학교로 배정될 확률이 높아진다. 셋째, 추첨 배정 방식의 법적 성질이다. 그것은 강제배정이다. 일단 모든 입학지원자로부터 입학 우선순위별로 지원을 받은 다음, 이후로는 강제적인 배정의 방식을 취하기 때문이다. 넷째, 추첨 배정 방식은 강제배정 방식이지만, 이 경우 학생들이 신앙하는 종교를 고려할 것을 규정하는 법령 조항은 존재하지 않는다.

중·고등학교 선·복수지원, 후 추첨배정 방식에 관한 법령으로는 초·중등교육법, 초·중등교육법시행령, 교육감이고등학교의입학전형을 실시하는지역에관한규칙 등이 있다. 초·중등교육법 제43조는 “중학

교의 입학방법과 절차에 관하여 필요한 사항은 법률로 정한다.” 라고 규정하고 있고, 같은 법 제47조는 “고등학교의 입학방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.” 라고 규정하고 있다. 초·중등교육법은 중·고등학교의 입학방법과 절차에 관한 구체적인 규율을 대통령령에 위임하고 있는 것이다.

초·중등교육법시행령은 중학교와 고등학교의 입학방법과 절차에 관하여 규정하고 있다. 먼저 중학교 입학방법과 절차에 관하여 시행령 제68조는 “①교육장은 지역별·학교군별 추첨에 의하여 중학교의 입학지원자가 입학할 학교를 배정하되, 거리·교통이 통학상 극히 불편한 지역의 경우에는 교육감이 설정한 중학구에 따라 입학할 학교를 배정한다. ②추첨에 의하여 중학교를 배정하는 경우 교육감이 정하여 고시하는 지역에 소재하는 중학교 입학지원자는 교육감이 정하는 방법 및 절차에 따라 2 이상의 학교를 선택하여 지원할 수 있으며, 교육장은 그 입학지원자 중에서 추첨에 의하여 당해 학교 정원의 전부 또는 일부를 배정할 수 있다. ③제1항의 규정에 의한 지역·학교군·중학구 및 추첨방법은 교육감이 교육위원회의 의결을 거쳐 정한다.” 라고 규정함으로써 중학교 입학방법과 절차를 명시하고 있다. 이 조항은 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 중학교 입학지원자에 대하여 교육장이 학교를 배정한다. 둘째, 추첨에 의하여 중학교를 배정하는 경우 교육감이 정하여 고시하는 지역에 소재하는 중학교 입학지원자는 복수의 중학교에 지원할 수 있다.

다음으로 고등학교 입학방법과 절차에 관하여 시행령 제77조는 “①고등학교의 입학전형은 당해 학교의 장이 실시한다. 이 경우 입학전형방법 등 입학전형에 관하여 필요한 사항은 교육감의 승인을 얻어 당해 학교의 장이 정한다. ②제1항의 규정에 불구하고 교육인적자원부령이 정하는 지역 안에 소재하는 고등학교의 입학전형은 당해 교육감이 실시한다.” 라고 규정하고 있다. 이 조항의 형식을 보면,

고등학교 입학방법에 관하여 각 고등학교의 자율적 학생선발권과 학생의 자유로운 학교선택권을 보장하는 것을 원칙으로 하고 있다. 소위 비평준화를 원칙으로 하고 있는 것이다. 그러나 예외적으로 교육인적자원부령이 정하는 지역 안에 소재하는 고등학교의 입학전형 실시권을 당해 교육감에게 부여하고 있다. 이것이 소위 고등학교 평준화이다. 이에 해당하는 교육인적자원부령이 바로 교육감이 고등학교의 입학전형을 실시하는 지역에 관한 규칙이다. 이 규칙 제2조에 따라 현재 서울특별시, 광역시, 일부 시에서 고등학교 입학방법에 관하여 선복수지원, 후추첨배정 방식이 적용되고 있다.⁵⁵⁾

4. 중·고등학교 추첨배정 방식의 합헌성 여부 및 종교의 자유와의 충돌

가. 중·고등학교 추첨배정 방식의 합헌성 여부

거주지를 기준으로 하는 중·고등학교의 추첨배정 방식(이미 언급한 바와 같이 본질적으로는 강제배정 방식)이 합헌인가의 여부에 대하여는 이미 헌법재판소에서 헌법소원을 통하여 문제가 된 적이 있다.⁵⁶⁾

이 사건에서 청구인은 거주지를 기준으로 하는 중·고등학교 추첨배정 방식은, 농어촌 거주 학부모가 자녀를 교육여건이 우수한 도시에 있는 중·고등학교에 진학시키기 위해서는 동거가족 전원이 거주

55) 고등학교 입학방법에 관하여 선복수지원, 후추첨배정 방식이 적용되는 지역은 다음과 같다. 1. 서울특별시 2. 부산광역시 3. 대구광역시 4. 인천광역시 5. 광주광역시 6. 대전광역시 7. 울산광역시 8. 경기도 수원시·성남시·안양시·부천시·고양시·군포시·과천시 및 의왕시 9. 충청북도 청주시 10. 전라북도 전주시·익산시 및 군산시 11. 경상남도 창원시·마산시 및 진주시 12. 제주도 제주시.

56) 헌재 1995. 2. 23. 91헌마204.

지를 이전할 수 없는 경우 일부 가족과 떨어져 생활하여야 함으로 말미암아 정신적 고통이 수반되어 도시로의 거주지 이전을 원하지 않는 경우에도 도시로 거주지를 이전하여야 하기 때문에 놓여준 거주 학부모의 거주·이전의 자유를 침해한다고 주장하였다. 그러나 (거주·이전의 자유를 침해했다는) 청구인의 주장에도 불구하고 이 사건은 본질적으로 1차적으로는 학생과 학부모의 학교선택권이, 2차적으로는 학생과 학부모의 거주·이전의 자유가 문제되는 사건이었다.

헌법재판소는 이 사건에서 먼저 학부모가 그 자녀를 교육시킬 학교선택권을 침해받았는지 여부에 대한 판단을 하였다. 헌법재판소는 학부모의 민법상 친권자가 미성년인 자녀를 보호하고 교양할 의무(법 제913조)로부터 자녀에 대한 교육권을 도출해 내었고, 그 교육권 중의 하나로서 학교선택권을 해석해 냈으며, 학교선택권의 헌법적 근거를 미성년인 자녀의 교육을 받을 권리의 근거규정인 헌법 제31조 제1항에서 찾았다. 헌법재판소는 거주지를 기준으로 중·고등학교 입학에 제한하지 않을 경우, 즉 학교선택권을 제한하지 않을 경우 과외교육의 만연으로 인한 학교교육의 비정상화, 과도한 과외교육비용의 지출, 학생들의 신체적 정신적 발달의 저해, 재수생 누증으로 인한 사회문제 등이 초래될 것이라는 이유로 이 제도의 입법목적에 정당한 것으로 보았다. 또한 헌법재판소는 입법수단의 적정성과 관련하여 과열된 입시경쟁으로 말미암아 발생하는 부작용을 방지하기 위한 방안에는 여러 가지가 있을 수 있다고 보면서, 그 가능한 방법으로 다음의 다섯 가지를 들었다. ① 거주지를 기준으로 하여 일정한 학군 내에서 추첨에 의하여 학교를 선정하는 방안, ② 거주지 제한 없이 추첨에 의하여 학교를 선정하는 방안, ③ 거주지를 기준으로 하여 일정한 학군 내에서 내신성적 또는 선발고사에 의하거나 내신성적과 선발고사를 병합한 방법에 의하여 학교를 선정하는 방안, ④ 거주지 제한 없이 내신성적 또는 내신성적과 선발고사를

병합한 방법에 의하여 학교를 선정하는 방안, ⑤ 특정지역 또는 특정학교에 한하여 거주지 제한 없이 내신성적 또는 선발고사에 의하거나 내신성적과 선발고사를 병합한 방법에 의하여 학교를 선정하는 방안 등이 그것이다. 그러나 중요한 것은 이러한 선택지 중에서 어떤 방식이, 학교선택권을 제한하지 않을 경우 초래되는 폐해들을 가장 효과적으로 제거할 수 있느냐 라는 것이다. 이것을 과학적 엄밀성을 가지고 결정하기란 매우 어려운 일이다. 이 때문에 헌법재판소도 ” 중·고등학교의 입시제도는 입법권자에게 광범위한 재량권이 요구되는 분야라고 할 수 있다.” 고 본 것이다. 헌법재판소의 이러한 태도는 중·고등학교 입학방법과 절차에 관해서는 선택 가능한 여러 가지 방식이 있고, 입법자가 그 중 어느 것을 선택한 경우, 그것을 쉽사리 위헌이라고 결정해서는 안 된다는 뜻을 담고 있다.

나. 중·고등학교 추천배정 방식과 종교의 자유의 충돌

위에서 살펴본 바와 같이 현행 중·고등학교 입학은 학생과 학부모의 학교선택권을 상당한 범위에서 제한을 가하고 있다. 이와 관련하여 우리가 검토해 보아야 할 것은 중·고등학교 추천배정 방식이 학생들의 종교의 자유를 침해하고 있는지 여부이다. 공립 중·고등학교에서는 특정한 종교교육을 실시할 수 없다. 공립 중·고등학교에서 특정종교를 교육하는 것은 그 자체로써 국민의 종교의 자유를 침해하고, 국가의 종교적 중립성 의무와 모순되기 때문이다. 이와 반대로 사립 중·고등학교, 특히 특정 종교재단이 운영하는 사립학교에서는 종교의 선전을 그 건학이념으로 하는 것이 허용되기 때문에, 교과과정에 특정종교 교육을 교과목으로 하더라도 원칙적으로 문제가 되지는 않는다. 문제는 특정종교를 신앙하는 학생이 자신의 의사와는 달리 자신의 종교와 다른 종교의 재단이 운영하는 중·고등학교에 배정을 받고, 이후 의무적으로 해당 학교의 종교 교과목의 수업을 듣거

나 종교 행사에 참여해야 하는 경우에 발생한다.

미국처럼 학생에게 공립학교와 사립학교에 대한 학교선택권을 부여하는 경우에는 원칙적으로 이러한 문제가 발생하지 않는다. 그러나 우리나라는 공립학교와 사립학교의 이원체제를 유지하고 있으면서도, 학생들에게 두 유형의 학교간의 선택권을 부여하지 않고 있기 때문에 문제가 된다.

종교의 자유는 가능한 모든 실현형식이 보장되어야 한다. 그 실현형식은 헌법이나 법률로써 구체화시킬 수도 없지만, 그것이 구체화되어 있지 않더라도 해석상 인정되는 모든 실현형식이 보장되어야 한다. 어느 누구도 그 종교적 확신에 반하여 법률이 규정하는 증인선서나 (공무원의) 취임선서를 강제당하지 않는다고 보아야 하는 것도, 만일 그러한 것들을 강제하면 신앙의 자유의 실현형식이 위헌적으로 침해될 당하기 때문이다.

따라서 입법자에게는 중·고등학교 추천배정 방식에 관한 입법을 할 때 학생들의 종교의 자유가 침해되지 않도록 입법을 할 의무가 있다. 즉, 입법자는 중·고등학교 추천배정 방식에 관한 입법과 관련하여 학생들이 신앙하는 종교를 고려해야 할 의무가 있는 것이다. 만약 입법자가 중·고등학교 추천 배정 방식에 관한 입법을 하면서 그러한 고려를 하지 않았다면, 이는 부진정 입법부작위⁵⁷⁾에 해당하여 위헌을 면할 수 없다.

57) 헌법재판소 판례는 입법부작위에 관하여 “넓은 의미의 입법부작위에는 첫째, 입법자가 헌법상 입법의무가 있는 어떤 사항에 관하여 전혀 입법을 하지 아니함으로써 입법행위의 흠결이 있는 경우(즉, 입법권의 불행사)와 둘째, 입법자가 어떤 사항에 관하여 입법은 하였으나 그 입법의 내용·범위·절차 등이 당해 사항을 불완전·불충분 또는 불공정하게 규율함으로써 입법행위에 결함이 있는 경우(즉, 결함이 있는 입법권의 행사)가 있는데, 일반적으로 전자를 ‘진정입법부작위’, 후자를 ‘부진정입법부작위’라고 부른다.” 라고 설명하고 있다. 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246.

그러나 현행 중·고등학교 추천배정 방식을 규정하는 법령들, 즉 초·중등교육법, 초·중등교육법시행령, 교육감이고등학교의입학전형을 실시하는지역에관한규칙 중 어느 것에도 학생이 신앙하는 종교를 고려하여 학교를 배정하도록 하는 규정은 존재하지 않는다. 이 점에 관해서는 모법인 초·중등교육법 제43조와 제47조가 중학교와 고등학교의 입학방법과 절차에 관하여 하위법인 시행령이나 시행규칙에 위임하면서 ‘학생의 종교의 자유가 침해되지 않는 범위 내에서’ 입학방법과 절차를 규정하도록 명시하던가, 아니면 최소한 시행령이나 시행규칙에서 중·고등학교 추천배정시 학생이 신앙하는 종교를 필수적인 고려사항으로 하는 규정을 두었어야 한다. 여기에서 추천배정시 학생의 종교를 고려하는 구체적인 방법으로 가능한 것이 무엇인가가 중요하다. ① 최선의 방법은, 학생이 신앙하는 종교와 충돌을 일으키는 특정종교 재단이 운영하는 사립학교에의 배정을 원칙적으로 배제하는 것이다. ‘원칙적으로 배제’한다는 것은, 그럼에도 불구하고 해당 학생이 자신이 신앙하는 종교와 충돌을 일으키는 학교에의 배정을 원하거나 감수한다는 의사표시를 한 경우에는 예외로 할 수 있다는 것을 뜻한다. ② 만약 종교의 자유를 완전하게 보장해 주는 이러한 최선의 추천배정 방식이 그 구체적 시행단계에서 학교 간 학생 배정의 심각한 불균형을 야기하는 경우에는 차선의 방법을 동원할 수 있다. 이 방법도 다시 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 학생의 종교를 전체적으로 고려하여 학교 배정을 한 결과 특정종교 재단이 운영하는 학교에 상당수의 결원이 발생하는 경우에는, 종교적인 사유로 그 학교에의 배정을 원하지 않는 의사표시를 한 학생들 사이에 추천을 통해서 해당 종교재단 학교에의 배정 여부를 결정하고, 그 후 학교의 수업 교과목에서 학생들의 종교의 자유를 고려하는 방법이다. 둘째, 일단 현행 방식대로 추천배정을 한 후, 학교의 수업 교과목에서 학생들의 종교의 자유를 고려하는 방법이다. ②의

방법을 선택하는 경우, 종교재단이 운영하는 학교에서는 종교 교과목이나 종교행사의 경우 학생들에게 선택권을 부여해야 하고, 선택의 결과로 인한 어떠한 불이익도 학생에게 가해서는 안 된다. 물론 이러한 선택권의 부여는 입법을 통해서 강제되어야 한다.

위와 같은 이론적 전제 위에서 우리는 최근에 발생한 사건의 문제점이 무엇인지를 파악해 볼 수 있다. 특정종교의 선전을 건학이념으로 하여 설립된 고등학교에 다니는 학생이 그 학교에서 실시하는 종교행사への 참여를 거부했다는 이유로 제적을 당한 사건이다.⁵⁸⁾ 종교의 자유에는 특정한 신앙이나 종교행사를 강요당하지 않을 자유도 당연히 포함되어 있다. 이것은 법령이나 학칙으로써도 제한할 수 없는 절대적 자유에 속한다. 학교는 그것이 공립이건 사립이건 관계없이 학생에게 종교수업이나 종교행사에 참여하지 않은 것을 이유로 제적 등 어떠한 불이익 처분도 가할 수 없다. 사립 중·고등학교에서 이러한 처분이 내려지는 경우, 이는 종교의 자유의 제3자적 효력과 관련하여 위헌·무효가 된다. 결국 이러한 사례가 발생한 근본원인은 입법자가 중·고등학교 추천배정 방식에 관한 입법을 할 때 학생의 종교의 자유를 전혀 고려하지 않은 데 있다. 이 사례에 관하여는 다음과 같은 결론을 내릴 수 있다. 중·고등학교 추천배정에서 학생의 종교의 자유를 고려하는 조항을 두지 않고 있는 초·중등교육법 제43조와 제47조, 초·중등교육법시행령 제68조와 제77조, 교육감이고등학교의입학전형을실시하는지역에관한규칙은 서로 일체를 이루어 위헌·무효이다. 학생이 종교수업이나 종교행사에 참여할 것을 강요하고, 참여하지 않는 경우 학교가 해당 학생을 징계할 수 있도록 하는 사립중·고등학교의 학칙은 해당 학생의 종교의 자유를 침해하는 것이고, 민법상의 선량한 풍속 기타 사회질서(법 제103조)와 권리남용

58) 한겨레신문 2004. 7. 27.자 18, 19면; 2004. 8. 2.자 41면 참조.

금지의 원칙(법 제2조 제2항)에 위반하기 때문에 무효이다.⁵⁹⁾

V. 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송

1. 국가상징의 수단으로서의 국기

국기는 특정 국가를 상징하는 가장 효과적인 수단이고, 국민을 하나의 통일체로 구성하기 위한 공식적인 표상으로서의 기능을 한다. 국기는 대내적으로는 국민에게 일체감을 조성해 주는 역할을 하고, 대외적으로는 국제사회에서 특정국가의 이미지를 각인시키는 역할을

59) 종교재단이 운영하는 학교에서의 학생의 종교의 자유 침해 문제는 중·고등학교에서만 발생하는 것이 아니다. 이 문제는 대학에서도 발생하고 있다. 이와 관련하여 대법원은 송실대학교 법학과 고 아무개씨가 학교를 상대로 낸 학위수여 이행청구소송에서 “사립학교는 국·공립학교와는 달리 종교의 자유의 내용으로서 종교교육 내지는 종교선전을 할 수 있고, … 사립대학은 종교교육 내지 종교선전을 위하여 학생들의 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들로 하여금 일정한 내용의 종교교육을 받을 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 제정할 수 있다. … 대학예배에의 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 위 대학교의 학칙은 헌법상 종교의 자유에 반하는 위헌무효의 학칙이 아니라고 판단 …” 하였다(대법원 1998. 11. 10 96다37268). 그러나 이 판례는 일정한 내용의 종교교육을 받을 것을 졸업요건으로 하는 학칙이 대학생의 신앙을 가지지 않을 자유와 어떻게 양립할 수 있는 것인지에 관한 논증이 없이 매우 막연하게 양자의 공존가능성을 인정했다는 점에서 문제가 아닐 수 없다. 도리어 위 학칙에 합헌성을 부여하려면, 이 대학이 그러한 내용의 학칙을 학생들에게 적용하고 있다는 사실을 알고 있었거나 알 수 있었음에도 불구하고 입학한 학생의 ‘승낙’이라는 의사표시를 학칙의 유효성 판단의 근거로 삼는 것이 더 적절했을지도 모른다. 그러나 설사 학생의 ‘승낙’이 유효성 판단의 근거라고 주장한다 하더라도, 학교와 학생의 관계는 실질적으로 대등한 당사자의 관계라고 보기 어려운 요소들이 있다는 점을 고려한다면, 그러한 학칙의 종교의 자유의 침해 가능성은 여전히 해소되지 않고 있다고 보는 것이 타당할 것이다.

한다. 이 때문에 어느 나라도 자신의 국기를 가지고 있다.

국기는 국민의 일상생활 속에서 국민의 삶의 일부를 이루기도 하지만, 국기는 이러한 일반적 의미만을 갖는 것이 아니라, 특별한 상황에서 특별한 의미를 갖기도 한다. 이를 몇 가지로 나누어 보기로 한다. 첫째, 국가가 외국과 전쟁상태에 돌입해 있을 때이다. 전쟁상태에서 가장 크게 요구되는 것은 전쟁에서의 승리를 위한 국민적 일체감의 조성이다. 이 때 구심점 역할을 할 수 있는 것이 국기이다. 둘째, 스포츠 외교 시대에 국기는 스포츠를 통한 국민적 단결을 도모하고 국위 선양을 유도하는 수단이 된다. 셋째, 외국과의 조약 체결 등 각종 교류 시에 기본적으로 필요한 것이 국기이다.

근대국가에서 최초로 국가를 상징하는 국기를 만들어낸 것은 프랑스 대혁명 당시 루이(Louis) 16세의 폭정에 저항하는 혁명군대가 그 내부결속을 강화하고 혁명을 성공시키기 위해서 만들어낸 '삼색기' (Tricolor)이다. 공식적으로는 1794년 법률에 의하여 청(靑)·백(白)·적(赤)의 삼색기가 되었다.

우리나라에서도 국기관련 규정이 정부 수립 이후 제정되어 지금에 이르고 있다. 그 연혁을 아래와 같이 개관해 볼 수 있다.

<국기관련 규정연혁>

49.10.15	국기제작법(문교부고시 제2호) - 깃면, 깃봉, 깃대 등 제작방법을 규정하였음
50. 1.16	국기게양방법(국무원고시 제8호) - 국기의 게양·강하 및 경의표시 방법 등에 관한 사항을 규정하였음
50. 1.25	국기제작법 개정(문교부고시 제3호) - 깃봉의 규격을 개정하였음
50. 5.16	국기에 대한 경례방법(국무원통첩 총제430호) - 경례방법을 개정하였음
53. 9.18	형법 제105, 106, 109조(법률 제293호) - 국기·국장을 손상·제거·오욕하는 행위에 대한 벌칙을 규정하였음
62. 3. 6	삼각형 국기 제작법(문교부고시 제158호) - 삼각형 국기 제작·사용방법을 규정하였음
66. 4.25	국기게양방법에 관한 건(대통령고시 제2호) - 국기게양방법을 구체적으로 규정하였고, 국무원고시 제8호를 폐지하였음
66. 9. 1	국기게양 및 애국가 제창시의 예의에 관한 지시(국무총리지시 제6호) - 국기게양 철저 및 국기에 대한 경례, 애국가 제창 시 경의표시 강화를 지시하였음
72. 8. 9	국기에 대한 맹세 교육 실시(문교부 장학 1011-688) - 각급 학교에서 국기에 대한 맹세를 시행토록 시달하였음.
75.11. 7	국기에 대한 경례 시행 요령(의정 131-1360) - 국기에 대한 경례방법을 통일하였음
76. 2. 7	국기와 타기를 함께 게양하는 요령(의정 131-151) - 국기, 새마을기, 기관기 게양방법을 통일하였음
76.10. 4	국기게양식 및 강하식 시행 요령(국무총리훈령 제136호) - 게양·강하 시각을 정하여 전국적으로 국기 강하식을 거행하도록 하였음
79. 3. 9	국기의 단색 표시방법(문교부 새마을 1011-164) - 태극 상반부를 밝게, 하반부와 4괘는 어둡게 표시하였음

79.10.17	국기게양식 및 강하식 시행요령 개정(국무총리훈령 제151호) - 국기강하 시각 등을 변경하였고, 국무총리훈령 제136호를 개정하였음
80.10.15	국기에 대한 의례 및 애국가 제창에 관한 지침(국무총리지시 제23호) - 국기에 대한 경례시 “국기에 대한 맹세”를 병행 실시하도록 하였음
82.11.26	국기의 게양 및 관리에 관한 지시(국무총리지시 제30호) - 올바른 규격의 국기게양(게양대용 국기는 2호기 이상)을 규정하였음
83.11.23	국기와 국가원수에 대한 경의 표시방법(의정 131-1160) - 국기와 국가원수에 대한 경의 표시방법을 통일하였음
84. 2.21	대한민국국기에관한규정(대통령령 제11361호) - 국기제작법(문교부고시)과 국기게양 방법에 관한 건(대통령고시)을 통합하여 단일규정을 제정하였음
87. 4.29	대한민국국기에관한규정 개정(대통령령 제12148호) - 국기 강하시각 등을 개정하였음
89. 3.10	대한민국국기에관한규정 개정(대통령령 제12642호) - 국기의 실내 게양 방법 및 게양대 규격 등 일부를 자율화하였음
96. 3.12	대한민국국기에관한규정 개정(대통령령 제14943호) - 국기강하식·각종행사에서 국기에 대한 경례 중 애국가를 연주할 경우 국기에 대한 맹세문 낭송을 생략하도록 하였음
96.12.23	태극기사랑운동 실천 지침(국무총리훈령 제341호) - 국기 24시간 게양, 국기문양 디자인 활용 등 국기규정 개정에 따라 태극기사랑운동 적극 전개하도록 지시하였음
96.12.27	대한민국국기에관한규정 개정(대통령령 제15182호) - 국기 24시간 게양(학교, 군부대 제외), 태극기 문양을 각종 생활용품 등에 활용, 연중게양 대상 확대, 표준색도 지정 근거 마련, 깃대의 색 다양화 및 벽면 설치 근거 마련, 옥외 게양용 국기의 호수별 표준규격 확대 등을 대폭 개정하였음
97. 1.31	옥외 게양용 국기천의 소재 및 염색가공기준 공고(총무처 공고 제1997-7호) - 국기 제작용 천의 소재 및 염색·가공 등 품질기준을 공고하였음
97.10.10	국기 게양·관리 및 보급에 관한 지시(국무총리지시 제16호) - 공공건물 및 각종 경기장·공원, 가로, 옥내외 정부행사장의 국기게양대 설치 방법 및 대형 국기게양 등에 관하여 지시하였음
97.10.25	태극기의 표준색도 지정·고시(총무처고시 제1997-61호) - 태극의 빨강·파랑색을 CIE 색좌표 및 Munsell 색표기로 지정하였음
98.12.28	대한민국국기에관한규정 개정(대통령령 제15948호) - 각종 회의나 체육행사 등에서 미승인국가의 국기 게양 사전 협의제도를 폐지하였음

2. 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송과 종교의 자유

대통령령인 대한민국국기에관한규정 제4조(국기에 대한 경례)는 “①제복을 입지 아니한 사람은 국기를 향하여 오른손을 펴서 왼편가슴에 대고 국기를 주목한다. ②제복을 입지 아니한 사람 중 모자를 쓴 사람은 국기를 향하여 오른손으로 모자를 벗어 왼편가슴에 대고 국기를 주목한다. 다만, 모자를 벗기 곤란한 경우에는 이를 벗지 아니할 수 있다. ③제복을 입은 사람은 국기를 향하여 거수경례를 한다.” 라고 규정하고 있다. 규정 제4조는 그 표제를 ‘국기에 대한 경례’라고 규정하고 있지만, 조문의 내용은 ‘국기에 대한 경례’를 당연한 전제로 하고, 국기에 대한 경례를 어떻게 할 것인가를 규정하고 있기 때문에, 정확하게는 ‘국기에 대한 경례 방법’에 관한 규정이라고 보아야 한다. 또한 규정 제3조는 “국기에 대한 경례를 할 때에는 다음의 맹세문을 낭송하여야 한다. 다만, 국기에 대한 경례 중 애국가를 주악하는 경우에는 이를 낭송하지 아니한다. “나는 자랑스런 태극기 앞에 조국과 민족의 무궁한 영광을 위하여 몸과 마음을 바쳐 충성을 다할 것을 굳게 다짐합니다.” 라고 하여 국기에 대한 맹세문 낭송을 규정하고 있다. 또한 규정 제15조는 국기의 게양식 및 강하식에 있어서 건물 밖에 있는 사람 중 국기를 볼 수 있는 사람, 국기를 볼 수 없고 주악만을 들을 수 있는 사람, 건물 안에 있는 사람, 건물의 울타리 안에 있는 차량에 탑승하고 있는 사람이 지켜야 할 정의표시를 규정하고 있다.

문제는 대한민국국기에관한규정에 들어 있는 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송에 관한 조항들이 국민의 종교의 자유(나아가서는 양심의 자유도)를 침해하는가 여부이다. 대법원 판례는 국기에 대한 경례를 거부했다는 이유로 고등학교장이 고등학생 6명을 퇴학시킨 행위를 적법하다고 보았다. 대법원 판례는 이 사건에서 “김해여자고등

학교는 1950. 5. 16자 총제430호 국무총리의 국기에 대한 경례통칙과 이에 의한 문교부의 국기에 대한 예절에 관한 지시 및 1973년도 고등학교 학생교련교육 지침서에 따라 국기에 대한 예절은 “국기에 대한 경례”의 구령으로 시작되어 경례방법은 제복 제모를 착용한 학생들은 거수경례를 하도록 되어 있는데 위 학교의 학생인 원고들이 나라의 상징인 국기의 존엄성에 대한 경례를 우상숭배로 단정하고 그 경례를 거부한 것은 국기에 대한 위 학교의 교육방침에 위배되는 행위라고 보아 퇴학처분한 징계처분은 적법하다.”⁶⁰⁾라고 판시하였다. 또한 대법원은 이 사건에서 “원심이 이 사건 징계 처분은 원고들 주장의 신앙 양심 즉 우상을 숭배하여서는 아니 된다는 종교적인 신념을 그 처분의 대상으로 삼은 것이 아니고 나라의 상징인 국기의 존엄성에 대한 경례를 우상숭배로 단정하고 그 경례를 거부한 원고들의 행위자체를 처분의 대상으로 한 것이므로 헌법이 보장하고 있는 종교의 자유가 침해되었다고 할 수 없다고 하는 동시에 원고들은 위 학교의 학생들로서 모름지기 그 학교의 학칙을 준수하고 교내질서를 유지할 임무가 있을진대 원고들의 종교의 자유 역시 그들이 재학하는 위 학교의 학칙과 교내질서를 해치지 아니 하는 범위 내에서 보장되는 것이라는 취지에서 원고들이 그들의 임무를 저버림으로써 학교장인 피고로부터 이견 징계처분을 받음으로 인하여 종교의 자유가 침해된 결과를 초래하였다 하더라도 이를 감수할 수 밖에 없다 할 것이고 그들의 신앙에 의하여 차별대우를 받은 것도 아니라고 볼 것이라고 하였음은 그대로 수긍되어 정당한 판단이라 할 것이고 종교의 자유와 평등의 원칙에 관한 헌법의 규정을 위반하였거나 그 법리를 오해한 위법 있다고 볼 수 없다.”고 판단하였다. 대법원 판례는 강제적인 국기에 대한 경례와 맹세문 낭송에의 참여

60) 대법원 1976. 4. 27. 75누249.

가 종교의 자유를 침해하지 않는다고 본 것이다.

여기에서 이 문제에 관한 미국연방대법원의 판례 변화를 살펴볼 필요가 있다.

미국연방대법원은 고비티스(Gobitis) 사건⁶¹⁾에서 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송과 학생들의 종교의 자유의 충돌 문제를 다루었다. 사건 당시 12살인 고비티스(Lilian Gobitis)와 그의 남동생 윌리엄(William)은 학교행사의 하나인 국기에 대한 경례를 거부했다는 이유로 미너스빌(Minersville) 공립학교에서 제적되었다. 당시 지방교육위원회는 교사와 학생에게 국기에 대한 경례의식에 참여할 것을 요구하였다. 오른 손은 가슴에 얹고 다음과 같은 맹세문이 낭송된다.

“나는 미국의 국기와 국기가 상징하는 공화국 - 모든 사람을 위한 자유와 정의를 가지고 있고, 분리할 수 없는 국가 - 에 대한 충성을 맹세합니다” (I pledge allegiance to the Flag of the United States of America and to the Republic for which it stands; one Nation, indivisible, with liberty and justice for all.). 이 맹세문이 낭송되는 동안, 교사와 학생은 국기에 대한 경례로 그들의 오른손을 펼친다. 고비티스(Gobitis) 가족은 여호와의 증인이었다. 그들에게 하나님의 말씀으로서의 성경은 최고의 권위이다. 아이들은 국기에 대한 그러한 존경의 제스처는 성경의 계명에 의해 금지되어 있다고 양심적으로 믿도록 교육을 받아 왔다. 프랭크퍼터(Frankfurter) 대법관이 판결문을 작성한 이 사건에서 연방대법원은 종교의 가치에 관하여 “확실히 우주의 극도의 신비에 관한 인간의 확신의 적극적 추구와 그것에 대한 인간의 관계는 법의 범위 너머에 놓여져 있다. 정부는 신앙 또는 불신앙의 조직화되어 있는 표현이나 개인적인 표현에 개입할 수 없다. ... 마찬가지로 헌법은, 그들이 소수이거나 정부

61) *Minnersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586(1940).

내에서 지배적일지라도, 개인에게 그 자신의 종교 활동의 과정에서 다른 사람들이 종교적 견해를 침해한 것을 이유로 하는 벌칙으로부터의 관대한 면책을 보장한다.” 라고 밝혔다. 그러면서도 “고비티스(Gobitis) 사건의 어린이들과 같은 어린이들이 국민의 단결을 증진하는데 있어서 다른 모든 어린이들에게 요구되는 행위로부터 면제되어야 하는지의 문제는 남는다.” 는 유보적 태도를 보였다. 여기에서 제기되는 것이 종교의 자유와 국가적 통일성의 충돌의 문제였다. “국민적 일체성(national unity)은 국가안보의 기초이다. 입법부에게 그 달성에 적절한 수단을 선택하는 권한을 부정하는 것은, 어지럽혀진 거리의 가능한 더러움을 광고쪽지의 배부를 통한 자유로운 의사표현에 종속시키는 것의 적정성의 문제와는 완전히 다른 문제의 서열을 나타낸다. ... 우리는 상징(심볼)으로 산다. 국기는, 크기는 하지만 헌법의 틀 내에서 모든 내부적인 차이들을 초월하는, 우리의 국민적 일체성의 상징이다.” 라고 보았다. 연방대법원은 나아가 국기에 대해 특별한 가치를 부여하였다. “국기는 국가의 힘의 상징이다. - 그 가장 진실하고 최선의 의미에서의 자유의 엠블럼이다. ... 그것은 피지배자의 동의에 의존하는 정부를 표시한다; 법률에 의해서 규율되는 자유; 강자에 대한 약자의 보호; 자의적 권력의 행사의 금지에 대한 보장; 자유로운 기관들의 외국의 침략에 대한 안전을 표시한다는 것을 말할 기회를 가졌다.” 는 것이 그것이다. 고비티스(Gobitis) 사건에서 연방대법원은 국기에 대한 경례는 합헌이라는 결론을 내렸다. 그 논거로 든 것은 “공통의 국기에 대한 공통의 감정을 향하여 도움을 주는 영향들은 다면적이다. 어떤 것들은 거칠게 보일 수 있고, 다른 것들은 의심할 바 없이 어리석게 보일 수 있다. 그러나 확실히 목적은 정당하다. 그리고 그 달성을 위한 효과적인 수단은, 우리를 넓게 퍼져 있는 믿음을 입법권의 울타리를 넘어서서 국기에 대한 경례에 두는 것으로부터 배제할 정도로 아직 불확실하고 과학에 의해

서 정당성이 확인되지 않고 있다. 국기에 경례할 것을 요구하는 것의 허용에서, 적당한 기회에 하나의 지도자에 대한 불복종에 대한 제재의 씨앗을 발견하는 것은 이성을 조롱하고 우리의 모든 역사를 부정한다.” 는 것이었다. 고비티스(Gobitis) 사건에서의 연방대법원의 의견은 다음과 같이 요약할 수 있다. 국민적 일체성은 국가안전의 토대이고, 당국은 국민적 일체성의 달성을 위한 적당한 수단을 선택할 권한을 가지며, 국민적 일체성을 향한 강제적 조치들은 합헌이라는 것이다.⁶²⁾ 고비티스(Gobitis) 사건에서 국기에 대한 경례가 합헌이라는 판결이 내려진 지 불과 3년 만에 연방대법원은 고비티스(Gobitis) 사건의 판례를 변경하고, 국기에 대한 경례가 위헌이라는 판례를 만들어냈다. 이 사건이 바아넷(Barnette) 사건⁶³⁾이다. 이 사건에서 연방대법원은 “우리는 지적으로 그리고 영적으로 다양할 자유 또는 심지어 반대로 될 자유가 사회조직을 분해시킬 것이라는 두려움 없이 헌법의 제한들을 적용한다. 애국 행사들이 강제적 방식 대신에 자발적이고 임의적이라면 애국심은 번창하지 않을 것이라고 믿는 것은 우리의 제도가 자유로운 마음에 호소하는 것에 대한 추종하지 않는 평가를 만드는 것이다. 우리는 지적 개인주의와 풍부한 문화적 다양성을 가지고 있다. 우리는 우연한 엉뚱함과 보통과는 다른 태도들의 값을 치루고서만 예외적인 정신에 기인하는 지적 개인주의와 풍부한 문화적 다양성을 가질 수 있다. 그것들이 우리가 여기에서 다루는 것들만큼 다른 사람들에게 또는 국가에게 해가 없을 때, 희생은 그리 크지 않다. 그러나 다를 자유(freedom to differ)는

62) N. Dorsen, P. Bender, B. Neuborne, Political and Civil Rights in the United States, 4th ed., V. I, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 1976, p. 1008.

63) West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624(1943).

중요하지 않은 것들에 한정되는 것이 아니다. 그것은 자유의 단순한 그림자일 것이다. 그 실체에 대한 시금석은 현존하는 질서의 핵심을 건드리는 것들에 대하여 다를 권리(right to differ)이다.” 라는 설명으로 고비티스(Gobitis) 사건에서의 ‘국민적 일체성’이라는 구호와 그 가치에 제동을 걸었다. 이에 따라 연방대법원은 “우리는 국기에 대한 경례와 맹세를 강제하는데 있어서의 지방당국의 행위가 그 권한상 헌법적 한계들을 유월하고, 모든 공적 통제로부터 보존될, 우리 헌법 수정 제1조의, 지성(intellect)과 정신(spirit)의 영역을 침해한다고 생각한다.” 라는 결론을 내렸다.

자발성과 임의성을 토대로 하는 애국심 고취, 그리고 다를 자유 또는 다를 권리를 통한 지적 개인주의와 풍부한 문화적 다양성을 강조한 것이, 강제적인 국기에 대한 경례와 맹세문 낭송에의 참여를 위헌이라고 판단한 바아넷(Barnette) 사건 판례의 가치라고 볼 수 있다. 미국에서 강제적인 국기에 대한 경례가 위헌이라는 판결이 선고된 것이 1943년이었지만, 그로부터 30여년이 흐른 1976년 우리나라 대법원은 국기에 대한 경례를 거부했다는 이유로 제적처분을 받은 6명의 고등학생들이 낸 제적처분취소 청구소송 사건에서 국기에 대한 경례 거부를 이유로 하는 제적처분은 적법하다는 판결을 선고했다.

바아넷(Barnette) 사건 이후 60년 이상의 세월이 흐른 지금⁶⁴⁾ 우

64) Barnette 판결의 원칙을 따르는 사건들로서는 Banks v. Board of Public Instruction, 314 F. Supp. 285(S. D. Fla. 1970); 401 U. S. 988(1971), aff'd, 450 F. 2d 1103(5th cir. 1971)(학생의 충성 맹세가 진행되는 동안 서 있기를 거부하는 것은 헌법적으로 보호받는 종교적·정치적 표현이다); Frain v. Barron, 307 F. Supp. 27(E.D.N.Y. 1969)(종교적 이유로 국기에 대한 경례가 진행되는 동안 서 있기를 거부하거나 룸(room)을 떠나는 것은 헌법적으로 보호받는다); Matter of Lewis v. Allen, 5 Misc. 2d 68, 159 N.Y.S.2d 807(Sup. Ct. albany Co. 1957)

리는 국기에 대한 경례와 맹세문 낭송에의 참여를 강제하고 있는 대한민국국기에관한규정이 여전히 종교의 자유를 침해하지 않으며, 따라서 합헌인지에 대해서 성찰해 보아야 한다. 생각건대 신앙에 관한 기본권 주체의 자기결정을 존중하지 않는 입법이나 처분은 그 정당성의 기초를 상실한다. 헌법은 신앙의 최대한의 존중을 종교의 자유라는 기본권으로 보장하고 있다. 이러한 종교의 자유에서 나오는 모든 행위가 법공동체에서 자유로운 것은 아니다. 진지하고 절박한 것으로 받아들여지는 신앙도 일정한 한계를 만날 수 있다. 국민적 일체성을 상징하는 국기에 대한 강제적인 경례와 맹세문 낭송을 통해서 얻어지는 공익이 분명히 존재한다. 그러나 그러한 행위는, 기본권 주체가 신앙하는 종교가 금지하는 우상숭배라는 확신을 전제로 한다면, 그러한 종교적 확신을 보호할 기본권적 이익도 존재한다고 보아야 한다. 그러한 종교적 확신은 강제적인 국기에 대한 경례와 맹세문 낭송에의 참여 거부를 인정함으로써 보호받을 수 있다. 그러한 종교적 확신에 대한 보호가 강제적인 국기에 대한 경례와 맹세문 낭송을 통해서 얻어지는 공익을 심하게 훼손할 경우, 그것은 보호받을 수 없다. 그러나 그와 반대의 경우 그러한 종교적 확신은 보호받아야 마땅하다. 위 바아넷(Barnette) 사건에서 등장하는 ‘다를 자유’(freedom to differ) 또는 다를 권리(right to differ)는 우리의 경우에도 종교의 자유를 비롯한 정신적 자유의 영역에서 반드시 인정받아야 할 자유이다.

등이 있다),

VI. 검사의 기소유예 처분시 반성문 제출 강제

1. 문제점

검사가 기소유예처분을 내릴 때 처분서의 의견란에 “사안이 경미하고 피의자가 반성하는 등 개전의 정이 뚜렷하여 이번에 한하여 소추를 유예함이 상당하다고 사료되어 엄히 훈계한 후 주문과 같이 결정한다.” 라고 쓴다. 이 경우 피의자가 반성하는 등 개전의 정이 뚜렷하다는 것을 무엇을 통해서 알 수 있는가? 이에 관하여 검찰사건사무규칙(법무부령 00532호) 제71조 제1항은 “검사가 기소유예의 결정을 하는 경우에는 피의자를 엄중히 훈계하고 개과천선할 것을 다짐하는 서약서를 받아야 한다. 다만, 경미한 사건의 경우에는 그러하지 아니하다.” 라고 규정하고 있다.

이 경우에 서약서는 피의자의 내심의 영역에 머무르고 있는 양심을 외부에 표현하도록 강제하는 기능을 할 수도 있다. 양심의 자유 중 양심을 지키는 자유, 더 정확하게는 양심침묵의 자유는 자신의 내심의 영역에 머무르고 있는 양심을 외부에 표현하도록 직접적이거나 간접적인 강제를 당하지 않는 자유이다. 이러한 의미의 서약서가 헌법상 보장되어 있는 양심의 자유를 침해하는 것이 아닌지가 문제된다.

2. 치안유지법, 국가보안법 그리고 검찰사건사무규칙

검사의 기소유예 처분시 행해지는 서약서의 강제는 일본제국주의가 치안유지법을 집행하는 데 이용하였던 전향각서, 치안유지법을 모태로 하는 국가보안법 위반 사범에 적용되어 왔던 전향각서, 전향각서의 변형이자 현재 공식적으로는 폐지된 준법서약서의 변형이라고 볼 수 있다.

일본제국주의는 무정부주의자, 노동운동가, 사회주의자, 공산주의

자 등의 활동을 금지시킬 목적으로 과격사회주의취체법안(過激社會主義取締法案)을 제국의회에 제출한 적이 있었다. 당시 이 법안을 제출하게 된 직접적인 계기가 된 것은 공산주의 이념을 신봉하는 사람(近藤榮藏)이 상해를 경유하여 제3인터네셔널과 연락을 취했고, 그 자금을 얻어 일본 국내에 공산주의를 선전하고 실행하기 위한 공산당을 창설한 행위이었다.⁶⁵⁾ 그러나 당시에 이러한 정도의 행위는 경찰법 제14조가 규정하는 비밀결사의 죄로 처벌할 수 있었다. 결국 이 법안은 논란 끝에 폐기되었다. 그 후에 제국의회 의결을 거쳐 등장한 것이 치안유지법(治安維持法)이다(1925년 2월 18일). 본문 7개조와 부칙으로 되어 있는 이 법은 정체(政體)의 변혁, 사유재산제도를 부인할 목적의 결사를 조직하거나 그 정을 알고 이에 가입한 자 등을 처벌하기 위한 법이었다. 이 법에 근거하여 일본제국주의가 우리의 독립운동가들의 독립운동을 탄압한 것은 주지의 사실이다.

치안유지법에는 우리의 국가보안법이 규정하고 있는 불고지죄, 찬양고무등죄 등은 존재하지 않았다. 어쨌든 이 법이 모태가 되어 1948년 12월 1일 국가보안법이 등장하였고, 이 법을 시행하는 과정에서 전향각서가 등장하였다. 가석방심사등에관한규칙(제정 1978. 7. 4. 법무부령 제206호) 제14조 제2항은 “국가보안법 위반자 등 수형자에 관하여는 그 사상의 전향여부에 대하여 심사하고 필요한 때에는 전향에 관한 성명서 또는 감상록을 제출하게 하여야 한다.” 라고 규정하고 있었다. 이 전향각서는 양심의 자유를 침해한다는 논란이 이어져 왔다. 그 후 가석방심사등에관한규칙은 개정되어(일부 개정 1998. 10. 10. 법무부령 제467호) 전향각서가 폐지되고 대신 준법서약서가 도입되었다. 규칙 제14조 제2항은 “국가보안법위반, 집회및시위에관한법률위반 등의 수형자에 대하여는 가석방 결정전에

65) 三宅正太郎, 現代法學全集 第37卷, 東京, 日本評論社, 1931. 2. 20, 499面.

출소 후 대한민국의 국법질서를 준수하겠다는 준법서약서를 제출하게 하여 준법의지가 있는지 여부를 확인하여야 한다.” 라고 규정하고 있었다. 전향각서의 변형으로 볼 수 있는 준법서약서가 양심의 자유를 침해하는지에 관한 논란은 계속 되었다. 헌법재판소는 준법서약제 등 위헌확인, 가석방심사등에관한규칙 제14조 제2항 위헌확인 사건⁶⁶⁾에서 “이 사건 규칙조항에 의하여 준법서약서의 제출이 반드시 법적으로 강제되어 있는 것은 아니다. 당해 수형자는 가석방심사위원회의 판단에 따라 준법서약서의 제출을 요구받았다고 하더라도 자신의 의사에 의하여 준법서약서의 제출을 거부할 수 있다. 또 이를 거부하더라도 가석방심사위원회는 당해 수형자에게 준법서약서의 제출을 강제할 아무런 법적 권한이 없다. 또한 가석방이 그 법적 성격상 수형자의 개별적 요청이나 희망에 따라 행하여지는 것이 아니라 행형기관의 교정정책 혹은 형사정책적 판단에 따라 수형자에게 주어지는 은혜적 조치일 뿐이고 수형자에게 주어지는 권리가 아니어서,⁶⁷⁾ 다시 말해 가석방은 행형당국의 판단에 따라 수형자가 받는 사실상의 이익이며 은전일 뿐이어서, 준법서약서의 제출을 거부하는 당해 수형자는 결국 이 사건 규칙조항에 의하여 가석방의 혜택을 받을 수 없게 될 것이지만, 단지 그것뿐이며 더 이상 법적 지위가 불안해지거나 법적 상태가 악화되지 아니한다. 즉, 원래의 형기대로 복역하는 수형생활에 아무런 변화가 없는 것이다. 이와 같이 이 사건 규칙조항은 내용상 당해 수형자에게 하등의 법적 의무를 부과하는 것이 아니며 이행강제나 법적 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 방법에 의하여 준법서약을 강제하고 있는 것이 아니므로 당해 수형자의 양심의 자유를 침해하는 것이 아니다.” 라고 판시하였다.

66) 헌재 2002. 4. 25. 98헌마425, 99헌마170-498(병합).

67) 헌재 1995. 3. 23. 93헌마12.

준법서약서에 관한 헌법재판소의 결정은 헌법이론적으로 많은 문제점을 안고 있었다.

첫째, 준법서약서의 제출요구는 양심의 자유를 명백히 침해하는 것임에도 불구하고 헌법재판소는 이를 부정하였다. 양심이란 옳고 바른 것을 추구하는 인간내심에서 우리나라의 진지한 소리이다. 준법서약서가 ‘대한민국의 국법질서를 준수하겠다’는 서약을 할 것을 요구하는 것은 곧 국가보안법 위반자 등 수형자에게 자신의 잘못을 인정하고, 대한민국의 모든 국법질서는 정당하다는 것을 인정할 것을 법적 의무의 형식으로 강제하는 것은 아니지만, 사실상으로 강제하는 것이다. 이것이 설사 자신의 양심에 배치되더라도 그렇게 말할 것을 강제하는 것이다.

둘째, 준법서약서 제출에 따른 가석방은 행정당국이 수형자에게 주는 사실상의 이익이며 은전일 뿐이라는 해석은 법적인 해석으로서의 정당성을 가질 수 없다. 이는 “통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것” 68)이라는 헌법재판소 자신의 기존의 입장에서도 훨씬 벗어나는 것이다. 또한 행정청의 재량행위도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다(행정소송법 제27조)는 법조항의 취지에 비추어 보더라도 가석방 역시 법의 기속을 받는다고 보아야 한다.

셋째, 준법서약서는 그 제출을 유독 국가보안법 또는 집회및시위에 관한법률 위반 등의 수형자에게만 요구하고 있는데, 그렇게 요구할 수 있는 합리적 사유가 존재하지 않는 한 이는 평등권을 침해하게 된다. 헌법재판소는 위 두 개 법률 위반의 수형자들을 ‘북한에 연계하거나 혹은 자발적 의사에 의하여 대한민국의 자유민주적 기본질서

68)(헌재결정 1996. 2. 29. 93헌마186.

를 침해하거나 붕괴시키려는 세력'이라고 단정하고 있다. 그러나 헌법재판소는 위 두 개의 법률이 과거부터 현재에 이르기까지 수많은 양심범들을 만들어 냈고, 독재정권에 반대하는 정치세력을 탄압하는데 악용되어 왔으며, 그 중 일부는 민주화운동관련자로 인정받았다는 사실에는 눈을 감고 있다.

결과적으로 준법서약서에 대한 헌법재판소의 해석은 헌법적 해석이라기보다는 정치적 해석이었다고 보는 것이 타당하다.

이 준법서약제 역시 그 후 가석방심사등에관한규칙의 개정을 통하여 폐지되었다(2003. 7. 31. 법무부령 제00536호). 문제는 이 준법서약서에 유사한 제도나 관행이 여전히 존재하고 있고, 그 대표적인 것이 검찰사건사무규칙 제71조 제1항이 규정하고 있는 서약서이다. 서약서는 명백히 개인의 내심에 머물러 있는 양심을 적극적으로 표현하도록 강제하는 제도이다. 이러한 제도는 가석방심사등에관한규칙과 같은 범규범을 통해서건 그러한 법적 근거 없이 행해지는 것이건 양심의 자유를 침해하는 것으로 위헌이다.

VII. 기 타

보안관찰법 제18조 제1항은 “보안관찰처분을 받은 자는 보안관찰 처분 결정고지를 받은 날부터 7일 이내에 다음 각호의 사항을 주거지를 관할하는 지서 또는 파출소의 장을 거쳐 관할경찰서장에게 신고하여야 한다. 제20조 제3항(법무부장관은 보안관찰처분대상자 또는 피보안관찰자 중 국내에 가족이 없거나 가족이 있어도 인수를 거절하는 자에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 거소를 제공할 수 있다.)에 해당하는 경우에는 법무부장관이 제공하는 거소를 주거지로 신고하여야 한다.” 라고 규정하고 있고, 같은 항 제4호에서 (신양하는) ‘종교’를 신고할 것을 강제하고 있다.

국가권력이 국민으로부터 강제적으로 그 개인정보를 취득하고자 할 때에는 그 목적이 명확해야 하고, 그 수단은 달성하고자 하는 목적과 비례관계를 유지하여야 한다. 이러한 요건을 충족하지 못한 상태에서 국가권력이 개인정보를 강제적으로 취득하고자 하거나 취득하였을 경우 이는 정보자기결정권을 위헌적으로 침해하는 것이 된다. 보안관찰법 제18조 제1항이 요구하는 개인정보는 바로 이런 점에서 문제가 된다. 특히 피보안관찰자에게 그 자유로운 의사에 관계 없이 그가 신앙하고 있는 종교가 무엇인지를 신고하도록 강제하는 것은 소극적 신앙고백의 자유를 침해하는 것으로서 위헌을 면할 수 없다. 왜냐하면 소극적 신앙고백의 자유에 대해서는 어떠한 제한도 허용될 수 없기 때문이다.

VIII. 결 론

이상으로 양심·종교의 자유를 침해하는 법령과 관행의 실태 및 개선에 관하여 살펴보았다. 구체적으로는 양심적 병역거부, 중·고등학교 추첨 배정, 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송, 검사의 기소유예 처분시 반성문 제출 강제, 보안관찰법상의 피보안관찰자 신고 사항 등이 헌법이 보장하고 있는 양심의 자유, 종교의 자유와 어떻게 충돌하고 있고, 그 충돌을 어떻게 해결해야 하는지에 관하여 고찰하였다.

양심적 병역거부의 경우 국가의 존립·안전의 확보, 국방의 의무의 이행 등 중대한 헌법적 법익이 존재하지만, 양심적 병역거부자가 그 양심에 반한다는 이유로 병역의무의 이행을 거부함에도 불구하고 이를 강제하는 것은 양심의 자유, 특히 양심에 반하는 작위의무를 강제하는 것으로서 위헌이다. 이와 관련하여 국가권력은 양심적 병역거부를 인정하는 경우의 대체복무 제도의 도입을 위한 입법적 노력

을 해야 한다.

중·고등학교 추천 배정의 경우 학생이 신앙하는 종교를 고려하지 않은 채 학교를 강제 배정하고, 그렇게 해서 입학한 학교에서 학생이 특정 신앙을 강제당하는 것은 소극적으로 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하는 것으로서 위헌이다. 이러한 강제 배정 방식 하에서 학생이 학교에서 실시하는 종교 수업, 종교 행사 등에 참여하기를 거부했다는 것을 이유로 불이익을 가하는 것 역시 학생의 종교의 자유를 침해하는 것으로서 위헌이다.

국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송의 경우 거기에 국민적 일체성의 확보, 애국심의 고취 등 도달하고자 하는 공익 목적이 명백히 존재하지만, 개인이 그 신앙하는 종교에 반한다는 이유로 그러한 행사에 참여하기를 거부함에도 불구하고 이를 강제하거나 불참을 이유로 불이익을 가하는 것은 종교의 자유를 침해하는 것으로서 위헌이다.

검사의 기소유예처분시 반성문 제출을 강제하는 것은 그 역사적 뿌리가 일본제국주의 시대의 치안유지법과 전향각서, 대한민국 정부 수립 이후의 국가보안법과 전향각서 및 준법서약서와 유사한 것으로서 양심침묵의 자유를 침해한다.

보안관찰법상 피보안관찰자가 신고해야 할 사항 중 ‘종교’를 강제하는 것은 소극적 신앙고백의 자유를 침해하는 것으로서 위헌이다.

<참 고 문 헌>

- 국내 문헌 -

구병삭, 신헌법원론, 서울, 박영사, 1998.

권영성, 헌법학원론, 서울, 법문사, 2004.

김철수, 헌법학개론, 서울, 박영사, 2004.

성낙인, 헌법학, 서울, 법문사, 2004.

허 영, 한국헌법론, 서울, 박영사, 2004.

홍성방, 헌법학, 서울, 현암사, 2004.

헌법재판소 판례집

서울남부지방법원 판결(2002고단3940)

대법원 판결(2004도2965)

양심에 따른 병역거부권과 대체복무제 - 국제인권기준을 통해 본
한국의 현황과 전망, 성공회대 인권평화센터, 양심에 따른 병역
거부권 실현과 대체복무제도 개선을 위한 연대회의, 미국친우봉
사회(AFSC), 2003. 3. 11-13.

양심·종교의 자유와 군대체복무를 위한 토론회, 동성애자인권연대
회, 2001. 5. 31.

한국의 양심에 따른 병역거부 현황과 인권문제, 제60차 유인인권
위원회 공동보고서, 양심에 따른 병역거부권 실현과 대체복무제
도 개선을 위한 연대회의 외, 2004.

- 외국 문헌 -

Barion, H.(Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 1994.

Dolzer, R., Vogel, K.(Hrsg.), Bonner Kommentar Grundgesetz, Heidelberg, C. F. Müller, 1995.

Dorsen, N., Bender, P., Neuborne, B., Political and Civil Rights in the United States, 4th ed., Little, Brown and Company, Boston, New York, 1976.

Krüger, H., Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 1966.

Kant, I., Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, in : W. Weishedel(Hrsg.), Immanuel Kant Werke VIII, Suhrkamp Verlag, Wiesbaden, 1956.

Maunz, Th./Dürig, G./Herzog, R./Scholz, R., Grundgesetz Kommentar, I München, C. H. Beck Verlag, 1980.

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Minersville School District v. Gobitis, 310 U.S. 586(1940)

West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624(1943)

三宅正太郎, 現代法學全集 第37卷, 東京, 日本評論社, 1931. 2. 20.

[부록 1] 국가인권정책기본계획(안)

1. 양심적 병역거부

1-1. 양심적 병역거부에 대한 대체복무제 도입을 통해 양심의 자유 보호 강화

○ 필요성

- ① 양심적 병역거부자를 병역법상의 입영거부죄로 처벌하는데도 불구하고 양심적 병역거부자가 계속 발생.
- ② 양심적 병역거부자를 처벌하지 않고, 대체복무를 부과하는 국가들이 증가하는 추세.
- ③ 유엔 인권위원회는 회원국들에게 양심적 병역거부를 인정하고, 대체복무를 부과할 것을 권고.

○ 추진전략

- 1-1-1. 양심적 병역거부 검토 위원회 구성
- 1-1-2. 양심적 병역거부 인정 기준 마련
- 1-1-3. 양심적 병역거부 인정 법률안 마련
- 1-1-4. 양심적 병역거부 심사위원회 구성

○ 근거 및 외국사례

- 양심적 병역거부자를 처벌하는 것은 헌법이 그들에게 보장하고 있는 양심의 자유(및 종교의 자유)를 침해하는 것. 2003년 현재 징병제를 실시하고 있는 국가중 독일, 대만, 이스라엘 등 30개 국가에서 양심적 병역거부를 인정하고 대체복무제를 실시.

○ 관련기관 : 국방부

2. 중·고등학교 추천 배정

2-1. 중·고등학교 추천 배정시 학생들이 신앙하는 종교를 고려함으로써 학생과 종교재단이 운영하는 학교의 종교와 충돌을 일으키는 사태를 미연에 방지하고 학생의 종교의 자유를 실효적으로 보장

○ 필요성

- ① 중·고등학교 추천 배정으로 학생이 신앙하는 종교와 종교단체가 운영하는 학교가 신앙하는 종교가 충돌하는 상황이 장기간 발생해 왔음.
- ② 중·고등학교 추천 배정시 학생이 신앙하는 종교의 자유를 고려하도록 하는 법령 조항이 없음.

○ 추진전략

- 2-1-1. 중·고등학교 추천 배정시 학생이 신앙하는 종교를 고려한다는 원칙의 확립
- 2-1-2. 중·고등학교에서 학생이 신앙하는 종교와 학교재단의 종교가 충돌을 일으키는 현황 파악
- 2-1-3. 중·고등학교 추천 배정시 학생이 신앙하는 종교를 반드시 고려하도록 하는 방향으로의 법령 개정

○ 근거 및 외국사례

- 입법자는 중·고등학교 추천 배정 방식에 관한 입법을 할 때 학생들의 종교의 자유가 침해되지 않도록 입법을 할 의무가 있음. 만약 입법자가 중·고등학교 추천 배정 방식에 관한 입법을 할 때 그러한 고려를 하지 않았다면, 이는 부진정 입법부작위에 해당하여 위헌을 면할 수 없음.
- 미국처럼 학생에게 공립학교와 사립학교 사이에 선택의 자유를 인정하

는 국가에서는 이것이 전혀 문제되지 않음. 또한 중·고등학교 추첨 배정 시 학생의 종교를 고려하지 않음으로써 문제가 되는 외국의 사례는 없음.

○ 관련기관 : 교육인적자원부

3. 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송

3-1. 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송을 강제하고 이를 거부하는 경우 제재를 가하는 것을 금지함으로써 자발적인 애국심을 고취

○ 필요성

- 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송의 강제를 통하여 국민적 일체감을 애국심을 고취하고 있지만, 그것이 종교의 자유를 침해한다는 이유로 거부하는 사례가 오래 전부터 발생해 왔음.

○ 추진전략

- 3-1-1. 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송에서 자발성의 원칙 확립
- 3-1-2. 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송을 거부하는 자에 대한 제재의 금지의 명문화

○ 근거 및 외국사례

- 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송이 종교의 자유를 침해하는 것으로 확신하는 자에게 그것을 강요하고, 이를 거부하는 경우 제재를 가하는 것은 양심의 자유를 침해.
- 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송을 거부하는 자에 대하여 제재를 가하

는 입법례는 없지만, 학생들에게 학칙의 형식으로 제재를 가해 온 사례들이 존재함. 미국에서는 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송을 거부하는 자에 대해 제재를 가하는 것이 합헌이라고 보았던 과거의 판례를 변경하여 바아넷(Barnette) 사건(1943년)에서 이를 위헌으로 선언함.

○ 관련기관 : 교육인적자원부, 행정자치부

4. 검사의 기소유예 처분시 반성문 제출 강제

4-1. 검사의 기소유예 처분시 반성문 제출을 강제하는 것을 금지함으로써 형사피의자의 양심의 자유 보호를 강화

○ 필요성

- 검찰사건사무규칙이 규정하고 있는 검사의 기소유예 처분시 반성문 제출 강요는 헌법이나 법률의 근거도 없이 형사피의자의 양심의 자유를 침해하고 있음

○ 추진전략

- 4-1-1. 형사피의자 또는 형사피고인의 양심에 반하여 그 내심의 의사를 문서의 형식으로 외부로 표현하는 것을 금지하는 원칙의 확립
- 4-1-2. 헌법과 법률의 근거가 없는 검찰사건사무규칙 제71조 제1항 폐지

○ 근거 및 외국사례

- 검사의 기소유예 처분시 강제하는 반성문 제출은 과거 국가보안법 및 집회및시위에관한법률 위반 사범에 대한 전향각서 또는 준범서약서 제출과 본질적으로 동일한 것으로서 양심의 자유를 침해하는 것임.

이와 유사한 외국사례는 발견할 수 없음.

○ 관련기관 : 법무부

5. 피보안관찰자의 종교 신고

5-1. 보안관찰처분을 받은 자로 하여금 그가 신앙하는 종교를 신고하도록 하는 것을 금지함으로써 종교의 자유를 실효적으로 보장

○ 필요성

- 보안관찰법 제18조 제1항 제4호는 보안관찰처분을 받은 자에게 그 신앙하는 종교를 신고하도록 함으로써 피보안관찰처분자의 종교의 자유를 침해하는 현상이 발생

○ 추진전략

- 5-1-1. 보안관찰처분을 받은 자의 종교의 자유 침해 금지 원칙 확립
- 5-1-2. 보안관찰법 제18조 제1항 제4호 폐지

○ 근거 및 외국사례

- 보안관찰처분을 받은 자에게 그 신앙하는 종교를 신고하도록 하는 것은 종교의 자유를 침해하는 것
- 이와 같은 외국사례는 발견할 수 없음.

○ 관련기관 : 법무부

[부록 2] 국가인권정책기본계획(안) 정리표

과제명	주관부처	관련부처	
1-1. 양심적 병역거부	국방부		
2-1. 중·고등학교 추첨 배정	교육인적자원부		
3-1. 국기에 대한 경례 및 맹세문 낭송	행자부	교육인적자원부	
4-1. 검사의 기소유예 처분시 반성문 제출 강제	법무부		
5-1. 피보안관찰자의 종교 신고	법무부		