

제9회
헌법모의재판

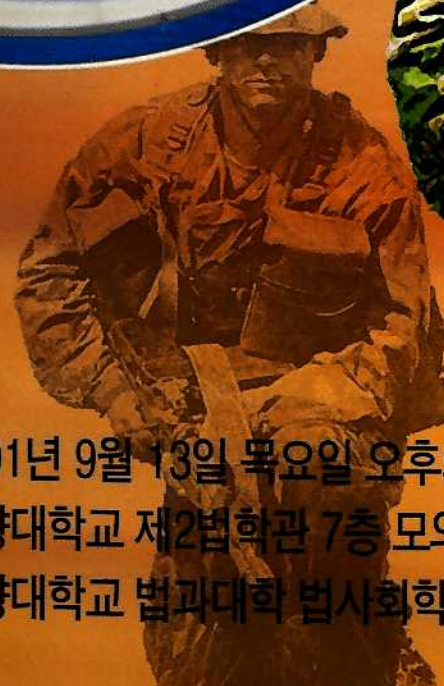
양심적
병역거부의
인정여부

사랑방이 새롭게 단장하였습니다.

더욱 편리해진 사랑방(식기반납은 꼬~옥)

한양대에서 가장 사랑받는 교내식당

사랑방 ~ ~



인권정보자료실
CPh1.45

일시 : 2001년 9월 13일 목요일 오후5시

장소 : 한양대학교 제2법학관 7층 모의법정실

주최 : 한양대학교 법과대학 법사회학회



초대합니다

학회장 정다훈

작년에 우리는 수십 명의 비전향 장기수 어르신들을 이복으로 보냈습니다. 그 분들이 우리들의 기억 속에 있는 건 그 분들이 사회주의 사상을 믿어서가 아니라, 그 분들이 최고 40년이라는 기간동안 차가운 감옥 안에서 모진 고문을 이겨가면서도 자신의 신념을 지켜내셨기 때문입니다. 사상 전향서라는 종이 한 장만 쓰면 감옥에서 나올 수 있지만, 자신의 양심에 반하는 행동을 하지 않고 끝까지 자신의 신념에 따른 행동을 하셨기 때문입니다.

오늘 우리는 자신의 양심에 따라 행동하는 또 한 부류의 사람들을 보게 됩니다. 이른바 '양심적 병역거부자'. 이들도 역시 자신의 신념에 따라 총을 들지 않고, 총을 들지 않기 위해서 병역을 거부합니다. 하지만 양심에 따른 행동을 한 이들에게 돌아오는 건 실정법 위반에 따른 수감 생활뿐입니다. 이들은 우리의 적들에게 도움을 주기위해서가 아니라 다른 사람을 죽일 수 있는 총을 자신의 양심 때문에 차마 들 수가 없는 것입니다. 이런 그들을 이해하고 대체 복무할 기회를 주기는커녕 우리는 이들을 감옥에 보내왔습니다.

이번 모의 재판을 준비하면서 집총을 거부한 아들을 감옥에 보낸 아버님을 뵈었습니다. 이 분은 우리 국가안전을 해할 불순분자가 아닌 너무나도 평범한 우리 아버지였습니다. 그리고 이분의 아들들이 아직도 해마다 500여명이 집총, 병역 거부로 감옥에 가고, 1500여명의 현재 감옥에 있습니다. 이들은 우리 주위에서 우리와 함께 웃고 떠들던 우리의 친구들이었습니다.

지금 우리에게 필요한 건 작년에 비전향 장기수 어르신들께 보였던 또 한 번의 관용입니다.



격려사



법과대학장 양 건

우리 한양대학교 법과대학에서 헌법모의재판이 열린지도 이제 9년이 됩니다. 지난 8년간에 모의재판과정에서 우리 학생들이 보여준 헌법문제에 대한 열띤 토론은 다른 어디에서도 찾아볼 수 없는 높은 수준이라고 확신합니다.

헌법은 한 국가의 최고법이며 기본법입니다. 따라서 국가의 작용과 조직에 관한 근본적이고 원리적인 규정들을 그 내용으로 담고 있으며 그런만큼 그 추상성은 고도로 나타날 수밖에 없습니다. 따라서 헌법은 그 해석의 중요성이 다른 분야의 법들보다 크다고 볼 수 있습니다. 과거 권위주의 시대에는 참된 헌법해석이 이루어지지 못하고 헌법해석을 가장한 정치적 주장과 정치적 수사만이 존재할 뿐이었습니다. 그러나 이제 우리에게 진정한 자유민주주의의 가능성이 열리고 있습니다. 이는 곧 참된 의미의 헌법해석이 가능해졌다는 것을 의미합니다.

이러한 의미에서 볼 때 이번 헌법모의재판은 우리 학생들에게 올바른 헌법해석이란 무엇인가를 생각할 수 있게 하는 기회와 장이 될 것입니다. 아무쪼록 성공적인 헌법모의재판이 되기를 바라며 아울러 그 동안 수고했던 여러 학생들에게 격려의 말씀을 드립니다.



격려사

지도교수님 김종철



여느해와 다름없이 우리 한양의 자랑스런 학술동아리 법사회학회가 여름의 무더위를 이기고 가을의 첫머리에 헌법모의재판을 열게 됨을 축하합니다.

모의재판은 사회현상속에서 논란을 빚고 있는 주제들을 연구와 강의를 통해 습득한 법의 안목으로 재검토하는 장입니다. 따라서 모의재판은 현실의 이해관계를 사실적으로 묘사하는 장에 그치는 것이 아닐 뿐만 아니라 현실의 이해관계에 대한 주관적이고 감정적인 주장을 펴는 장일 수도 없습니다. 모의재판은 올바른 사실판단과 도덕적 주관을 냉철한 법적 합리성으로 승화시키는 장이 되어야 할 것입니다.

이런 모의재판의 기본적 취지를 생각할 때 현재 우리 사회의 양심적 소수자의 문제를 조명하는 '양심적 병역거부의 인정 여부'를 주제로 이번 제9회 헌법모의재판이 열리게 된 것은 여러모로 의미있는 일이라고 생각합니다. 무엇보다도 도덕적 혹은 종교적 이해관계를 차분하면서도 정의로운 헌법의 잣대로 평가할 수 있는 좋은 기회라 여겨지기 때문입니다.

여러 가지 어려움에도 모두가 합심하여 성공적인 모의재판을 위한 준비에 진력해 온 법사회학회 여러분의 열성에 경의를 표하면서 이번 헌법모의재판도 한양법대 공동체의 발전에 하나의 디딤돌이 되기를 기원합니다.



격려사

17대 법대 학생회장 나기환

항상 법학이라는 학문을 사회 현실에 비추어 고찰하고 실천적으로 해결하고자 노력을 아끼지 않았던 법사회학회가 올 가을 어김없이 헌법 모의재판을 가지고 우리에게 다가왔습니다. 법학의 다양한 분야 중에서도 그 특성상 사회와 밀접한 연관을 가지는 헌법을 기초로 하는 모의재판인 만큼 더욱 큰 의미를 가진다고 할 수 있습니다.

이번 모의재판의 주제는 요즘 화제로 떠오르고 있는 '양심적 병역거부'입니다. 우리 사회에서 남성에게 있어 군대는 당연히 갔다와야 하는 곳으로 여겨져 왔습니다. 우리 사회 곳곳에서 군대문화의 흔적을 찾기가 그리 어렵지 않은 것은 우리에게 지난 시절 군대라는 공간이 얼마나 크게 자리매김해 왔는가를 알 수 있습니다. 하지만 요즘 사회 일각에서는 개인의 종교적 양심에 따라 병역을 거부할 수 있어야 한다는 의견이 대두되고 있습니다. 이제는 우리도 대체복무제의 입법이 필요하다는 여론이 확산되고 있는 지금, 그동안 당연했던 군입대 제도에 대해 새로운 시각에서 바라본다는 것은 큰 의미가 있으리라 생각합니다.

새로운 학기의 시작과 함께 늦더위에 땀흘리며 준비한 형들에게 좋은 경험으로 이번 모의재판이 남길 바랍니다.



헌법소원심판이란

1. 헌법소원심판이란?

헌법소원이란 국가권력이 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해하는 경우에 기본권을 침해당한 국민이 헌법재판소에 대하여 자신의 기본권을 침해하는 국가권력의 행위가 헌법에 위반되는 지를 가려내어 그 행위의 효력을 없애줄 것을 요청하는 제도로써 국민의 기본권을 보호하기 위한 최후의 보루입니다.

모든 국민은 자신의 권리가 침해되었을 경우 우선 일반 재판등과 같이 법률이 정하여 놓은 방법에 그의 권리를 구제 받게 됩니다. 그러나 이러한 방법에 의하여서도 충분한 구제를 받지 못한 경우 국민은 그 침해받은 권리가 헌법이 보장하기 있는 기본권인 경우, 헌법재판소에 그 기본권을 침해하는 행위를 취소하거나 위헌임을 확인하여 주도록 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것입니다.

2. 헌법소원심판의 종류와 성격

1) 권리구제형 헌법소원(법 제68조 제1항에 의한 헌법소원)

공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자가 제기하는 헌법소원. -사건부호 '헌마'

2) 규범통제형(위헌심사형) 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원)

법원에 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각된 경우에 제청신청 당사자가 헌법재판소에 제기하는 헌법소원. -사건부호 '헌바'

3. 결정

1) 헌법재판소법 제 68조 1항에 의한 헌법소원 결정

- 인용(認容)-심판청구가 적법하고 이유가 있을 경우
- 기각(棄却)-심판청구가 적법하지만 이유가 없을 경우
- 각하(却下)-심판청구가 부적법할 경우

2) 헌법재판소법 제68조 2항에 의한 헌법소원 결정

(헌법재판소법 제68조 2항에 의한 헌법소원은 위헌법률심판적 성격을 지닌 헌법소원이기 때문에 결정형식 또한 위헌법률심판 결정 형식-합헌결정, 위헌결정, 변형결정-을 따른다.)



헌법소원심판이란

(1) 합헌결정

단순합헌결정-5인 이상의 재판관이 합헌이라고 판단하는 경우에 '법률은 헌법에 위반되지 아니한다.'라는 선고를 합니다.

위헌불선언결정-재판관 5인이 위헌의견을 제시하고 4인이 합헌의견을 제시한 경우에, 위헌의견이 다수임에도 위헌결정정족수(재판관 6인 이상) 미달로 위헌선언을 할 수 없기 때문에 우리 헌법재판소가 채택하고 있는 독특한 결정형식입니다.

(2) 위헌결정

단순위헌결정-위헌성을 확인하게 되면 위헌결정을 하고, 당해법률은 효력을 상실하게 됩니다.

일부위헌결정-일부에 대한 무효선언도 포함됩니다. 일부무효의 대상은 독립된 법조문일 수도 있고, 법조문 중 특정의 항일 수도 있으며, 일정한 문 혹은 문의 일부일 수도 있습니다.

(3) 변형결정

헌법불합치결정-법률의 실질적 위헌성을 인정하면서도 입법자의 입법형성의 자유를 존중하고 법의 공백과 혼란을 피하기 위하여 일정기간까지는 당해 법률이 잠정적인 계속효(繼續效)를 가진다는 것을 인정하는 결정형식입니다.

입법촉구결정-결정당시에는 합헌적 법률이지만 위헌법률이 될 소지가 있다고 인정하여, 헌법에 완전히 합치하는 상태를 실현하기 위하여 또는 장차 발생할 위헌의 상태를 방지하기 위하여 입법자에게 당해 법률의 개정 또는 보충 등 입법을 촉구하는 결정형식입니다. 아직까지 우리나라에는 결정예(決定例)가 없습니다.

한정합헌결정-당해 법률이 다양한 해석가능성을 가지고 있고 그 중에서 최소한 하나의 해석방법이 헌법에 합치하는 경우에 법조문의 문언범위나 입법목적을 벗어나지 아니하는 범위 내에서 그것이 가능합니다. 합헌으로 선언되어 법률이나 법조문은 그대로 유지됩니다.

한정위헌결정-불확정개념이거나 다의적인 해석가능성이 있는 조문에 대하여 헌법과 조화를 이룰 수 없는 확대해석은 헌법에 위반되어 채택할 수 없다는 뜻의 결정을 말한다.



헌법모의재판에 대하여

-헌법모의재판은 크게 심리와 평의 두 부분으로 나뉜다.

1. 심리

전문가들이 그 사안에 대한 전문적인 견해를 밝힘으로써 헌법 재판관이 자신의 법적 태도를 결정하는데 참고할 수 있도록 하기 위한 부분이다.

청구인측과 이해관계인측으로 나뉘게 되며 실제 재판에서 심리는 전문가들이 서면으로 제출하면 재판관이 그것을 참고하도록 되어 있는데 모의재판에서는 관객의 이해를 위해 극형식을 빌리고 있다.

1) 청구인

대리인-청구인을 대리하는 변호사

교수1,2-청구인의 입장에 동조하여 자신의 법리적인 의견을 주장하는 교수

참고인-구인의 입장에 동조하여 자신의 현실적인 상황을 설명하는 각 분야의 전문인

2) 이해관계인

대리인-이해관계인을 대리하는 변호사

교수1,2-이해관계인측의 입장에 동조하여 자신의 법리적 의견을 주장하는 교수

참고인-이해관계인측의 입장에 동조하여 자신의 현실적인 상황을 설명하는 각 분야의 전문인

2. 평의

심리의 주장을 듣고 9명의 재판관들이 헌법소원 사항에 대해 법리적으로 토론하는 과정이다. 9명의 재판관들은 토론을 통해 사안이 위헌인지 합헌인지에 대하여 의견을 교환한다. 실제 재판의 경우에는 사안에 대하여 미리 토론을 하고 나오기 때문에 헌법 재판소에서 이 평의의 과정을 볼 수는 없다. 하지만 모의 재판에서는 관객의 이해를 돕기 위해 이 과정을 보여주고 있다.

1) 재판장 1명-평의의 진행을 맡으며 자신의 의견을 밝힌다. 또한 판결의 결과도 발표한다.

2) 재판관 8명 - 각자의 의견을 제시하여 토론을 한다.



양심적 병역거부에 대하여...

1. 우리 나라에서 양심적 병역 거부의 현황

우리 나라에서 양심상 이유로 병역의무자가 징병검사나 입영을 기피하는등 군입대 자체를 거부하는 경우 병역법 위반으로서 처벌된다(병역법 제87,88조). 이 경우 1년 6월 내지 2년의 징역형이 선고된다. 또한 군대에 입대하여 일단 군인신분을 취득한 자가 양심상 이유로 집총을 거부하고 총기를 수여받지 아니한 경우에는 균형법상 항명죄로 처벌된다(균형법 44조). 이 경우 징역 3년형이 선고되어 확정과 함께 민간인으로 전역된다.

국방부 제출 자료에 따르면 91년 이후 종교적 양심으로 인한 병역거부자 3,736명이 유죄판결을 받았다. 양심적 병역거부로 인해 한해 평균 약 400명 전과자가 양산되고 있는 것이다. 더욱이 해마다 이들 양심적 병역 거부자가 늘어나고 있는데, 유죄판결을 받은 수형자의 수가 92년 220명 93년 277명 94년 233명 95년 437명 96년 355명 97년 403명 98년 474명 99년 513명 200명 642명으로 90년대 초에 비하여 3배정도 증가하였다. 현재 1500명 정도의 양심적 병역거부자가 교도소에서 실형을 살고 있다.

이와 같이 많은 수의 양심적 병역거부자가 존재하고 이들이 실정법에 의해 감옥에 감에도 양심적 병역거부권은 법원에 의하여 일관되게 부인되어 왔다. 대법원은 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 가진다고 되어 있어서 병역법은 위 헌법의 규정에 따라 제정된 것으로서 같은 법의 규정에는 특단의 사정이 없는 이상 모든 국민은 다같이 이에 따라야 하며, 피고인이 '여호와의 증인'이라는 종교를 신봉하고 그 교리에 기독교인의 '양심상의 결정'으로 군복무를 거부한 행위는 응당 병역법의 규정에 따른 처벌을 받아야 된다"라고 판결하고 있다.

그리하여 우리 사회에서 양심적 병역거부자는 입영 자체를 거부하면 병역법 제 88조의 '입영기피죄', 입영 후 집총을 거부하면 균형법 제44조의 '항명죄'로 단호하게 처벌되고 있는 것이다.



양심적 병역거부에 대하여...

2. 대만에서의 대체 복무제

대만은 우리와 같이 분단국이며 90년대 중반까지 60만 대군으로 중국에 저항해온 병영국가이기도 하다. 이런 분위기 때문에 대체 복무제가 도입되기 전, 양심적 병역 거부자들에 대한 대만의 처벌은 우리 나라보다 훨씬 가혹했다. 7년형 이상 선고를 받고 4년 이상 수감생활을 해야 군 입대가 면제 됐으며, 형량이 누진되지 않아 4년에서 하루라도 빠지면 45살까지 되풀이해 감옥에 끌려가야 했다. 이와 같이 양심적 병역거부자에게 가혹한 처벌을 내렸던 대만에서 대체복무 도입운동에 돌파구가 뚫린 것은 1997년 7월 국방부가 '국군정실방안'을 채택하여 군병력의 감축과 장비의 현대화를 추진하면서부터였다.

한국사회에서 대체복무제도에 관한 논의가 여호와의 증인 문제를 중심으로 촉발된 것에 비해 타이완에서 여호와의 증인 등 종교적 양심범에 관한 논의는 뒤늦게 1999년 10월에 제기되었다. 타이완의 경우 여호와의 증인으로 양심적 병역거부와 관련하여 복역 중인 사람은 당시 40여명에 불과했다. 한국과는 달리 타이완의 기독교계는 종교적 양심에 따른 대체복무 제도의 도입에 대해 아무런 반대를 표명하지 않았고, 이들의 인권이 존중되어야 한다는 입장을 취했다. 마침내 2000년 1월 15일 입법원은 '병역법 수정안'과 '체대역(대체복무) 실시조례'를 통과시켰고, 이 제도는 2000년 7월부터 시행되었다.

처음에 민간 단체에서 대체복무 제도를 추진할 때의 명칭은 사회적으로 사회복지, 환경보호, 의료, 교육, 외교(해외파견) 등 공익적인 요소가 중심이었으나, 정부가 이 제도를 받아들이는 과정에서 경찰역과 소방역이 포함되어 전체인원의 60퍼센트 이상을 차지하게 되었고, 명칭도 체대역으로 변화되었다. 대만에서의 신체등급은 현역, 체대역, 면제로 나뉘는데 현역 판정을 받은 사람들 중에서 대체복무를 원하는 사람은 체대역을 신청할 수 있다. 신청자가 많은 경우에는 추첨으로 체대역을 뽑는다. 복무 기한은 현역은 1년 10월이고 대체복무자 중에서 신체등급상 체대역 판정을 받은 사람의 복무기한은 현역과 같지만 자원에 의해 체대역을 신청한 사람은 4개월이 긴 2년 2개월이다. 이들은 4주간의 군사훈련을 받은 후 8주간의 역종별 훈련을 받는다. 종교적 이유로 체대역을 신청한 사람은 4주간의 군사훈련이 면제되는 대신 복무기간이 현역의 1.5배인 2년 9개월이다. 이러한 체대역은 현재 약 만여명이 대체복무 중이고 이 중 종교이유 복무자는 43명이다.

재판진행순서

개회

준비위원장 인사말
학장님 격려사
지도교수님 격려사
법대학생회장 격려사
사안설명

개정

청구인측 대리인
이해관계인측 대리인
청구인측 교수 1
이해관계인측 교수 1
청구인측 교수 2
이해관계인측 교수 2
청구인측 참고인
이해관계인측 참고인
휴정
평의
휴정
결정

교수님 총평

특별초청 성우 양지운

끝인사 및 출연진 소개





사건개요

사건 1

KAIST에서 박사학위를 받은 오평화는 여호와의 증인신도로서 평소 교리에 따라 성실히 생활하던 중 입영통지서를 받게 되었다. 병역법 제 36조, 37조에 의해서 방위산업체의 전문연구요원으로 선정되었지만, 입소하여 4주간의 기초군사훈련 받는 사실에 대해서 「살인하지 말라」, 「평화케 하는 자는 복이 있나니」, 「네 겹을 도로 집에 꽂으라, 겹을 가지는 자는 모두 겹에 망하리라」 등의 인명살상을 금지하는 교리를 바탕으로 한 자신의 종교적 신념으로 괴로워하다가 결국에는 입영을 거부하였다. 이에 병역법 제 88조의 입영기피로 기소되었다.

이에 오평화는 재판계속중 병역법 제 3조 1항 및 제 88조 1항에 대해서 양심상의 이유로 병역의무를 할 수 없는 자에 대해서까지 병역의무를 부과하고 이를 형사처벌로 강제하는 것은 양심의 자유를 침해한다 생각하여 헌법재판소법 제 41조 1항에 기해 위헌법률심사를 법원에 제청하였으나 기각당하였다. 이에 오평화는 헌법재판소법 제 68조 2항에 의하여 헌법재판소에 헌법소원을 제청하였다.

사건 2

평소에 인권에 관심이 많았던 나반전은 국제사면위원회에서 활동을 하던 중 전쟁의 참혹성과 반인류성을 절실히 느끼고 세계에서 벌어지는 모든 전쟁에 반대하기로 마음을 먹고 인터넷상에서 반전운동을 하던 중 현역입영통지서를 받게 되었다.

이에 나반전은 자신의 평소 신념과 군입대 사이에서 고민하다가 결국 입영거부를 하였고 병역법 제 88조의 입영기피로 기소되었다.

나반전은 재판계속중 병역법 제 3조 1항 및 제 88조 1항에 대해서 양심상의 이유로 병역의무를 할 수 없는 자에 대해서까지 병역의무를 부과하고 이를 형사처벌로 강제



사건개요

하는 것은 양심의 자유를 침해한다 생각하여 헌법재판소법 제 41조 1항에 기해 위헌 법률심사를 법원에 제청하였으나 기각당하였다. 이에 나반전은 헌법재판소법 제 68조 2항에 의하여 헌법재판소에 헌법소원을 제청하였다.

사건 3

한애국은 학생운동에 참여하여 민족통일운동과 관련된 많은 활동을 하던 중에 현역 입영통지서를 받게 되었다. 이에 한애국은 평소 지녔던 가치관에 의하면 같은 민족에 대해서는 결코 총을 겨누지 못한다는 신념아래 고민하다가 입영을 거부하였고 병역법 제 88조의 입영기피로 기소되었다.

한애국은 재판계속중 병역법 제 3조 1항 및 제 88조 1항에 대해서 양심상의 이유로 병역의무를 할 수 없는 자에 대해서까지 병역의무를 부과하고 이를 형사처벌로 강제하는 것은 양심의 자유를 침해한다 생각하여 헌법재판소법 제 41조 1항에 기해 위헌 법률심사를 법원에 제청하였으나 기각당하였다. 이에 한애국은 헌법재판소법 제 68조 2항에 의하여 헌법재판소에 헌법소원을 제청하였다.

오평화, 나반전, 한애국(각각 기각결정문은 8.1, 8.2, 8.3일 송달받았다)은 각각 변호사 나인권을 통하여 2001년 8월 16일 헌법재판소에 헌법소원을 제청하였으며 헌법재판소는 이를 병합심리하기로 하였다.



관련조문과 주요논점

심판 대상조문

병역법 제 3조 「병역의무」

① 대한민국 국민인 남자는 헌법과 이 법이 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다. 여자는 지원에 의하여 현역에 한하여 복무할 수 있다.

병역법 제 88조 「입영의 기피」

① 현역입영 또는 소집통지서(모집에 의한 입영통지서를 포함한다)을 받은 사람이 정당한 사유없이 입영 또는 소집기일부터 다음 각호의 기간이 경과하여도 입영하지 아니하거나 소집에 불응한 때에는 3년이하의 징역에 처한다. 다만 제 53조 제 2항의 규정에 의하여 전시근로소집에 대비한 점검통지서를 받은 사람이 정당한 사유없이 지정된 일시의 점검에 불참한 때에는 6월이하의 징역이나 200만원이하의 벌금 또는 구류에 처한다. 시효 3년 (1999.2.5본문개정)

1. 현역입영은 5일
2. 공익근무요원소집은 3일
3. 교육소집은 3일
4. 병역동원소집 · 전시근로소집은 2일(1997.1.13 본호개정)

참조조문 : 헌법 제 19조(양심의 자유), 37조(국민의 자유와 권리 존중 · 제한), 39조(국방의무), 헌법 제 11조(국민의 평등, 특수계급제도의 부인, 영전의 효력)



관련조문과 주요논점

주요논점

1. 헌법 제 39조 국방의 의무의 의의 및 국회의 입법형성권의 범위와 한계
 - 국방의 의무와 병역의무와의 관계
 - 입법권이 병역의무 이외의 대체복무를 규정하는 것이 정당화될 수 있는가?
 - 국회의 입법형성권의 제한원리로서의 평등의 원칙, 과잉금지의 원칙
2. 양심적 병역거부의 의의와 헌법적 근거
 - 양심적 병역거부를 헌법 제 20조 종교의 자유에서 다룰 것인지 아니면 헌법 제 19조 양심의 자유에서 다룰 것인가?
 - 양심의 자유의 내용 중 양심실현의 자유를 인정할 것인가?
3. 헌법 제 39조에 기초한 병역의무의 부과와 국민의 기본권의 충돌시의 헌법해석
 - 양심적 병역거부자에게 병역을 강제하고 형벌을 부과하는 것이 헌법 제 37조 2항에 따른 기본권제한입법의 한계(본질내용침해금지, 과잉금지원칙)를 일탈한것인가?
 - 예술 · 체육분야의 특기를 가진사람, 의사 · 치과의사 · 한의사 · 변호사의 자격이있는 사람, 전문기능요원, 산업기능요원 등에 대해서는 대체복무를 인정하는데 비하여 양심적 병역거부자에 대해서는 대체복무를 인정하지 않는 것이 헌법 제 11조의 실질적 평등원칙에 위배되는가?
4. 양심적 병역거부의 허용범위
 - 일반적 병역거부와 달리 특정전쟁 특정무기의 사용 특정종류의 임무수행을 거부하는 상황조건부 병역거부까지 인정될 수 있을 것인가?
5. 기타논점
 - 진실한 양심을 어떻게 심사할 것인가?
 - 양심적 병역거부자에 대한 대체복무인정과 현역복무자와의 형평성 문제



헌법소원심판청구서

청 구 인 오평화

전쟁도 나쁘군 평화면 최고리 12번지

대리인 변호사 나인권

서울 서초구 서초동, 평화빌딩 505호

청 구 취 지

병역법 제 3조 1항, 병역법 제 88조 1항은 헌법에 위반된다"라는 결정을 구합니다.

당 해 사 건

서울지방법원 2000.7.12 2000 고 1456

병역법 제 3조 제 1항, 병역법 제 88조 1항

청 구 이 유

가. 사건의 개요

나. 위헌이라고 해석되는 이유

다. 심판청구에 이르게 된 경위

라. 청구기간의 준수여부 등

첨 부 서 류

가. 위헌제청신청서

나. 위헌제청신청기각 결정문 및 동결정의 송달증명서

다. 기타 입증서류

라. 소송위임장(소속변호사회 경유)

2001. 8. 14.

신 청 인 대 리 인 나 인 권 (인)

헌법재판소 귀중

헌법소원심판청구서

청 구 인 나반전

너무도 허무하군 싸움하면 망하리 51번지

대리인 변호사 나인권

서울 서초구 서초동, 평화빌딩 505호

청 구 취 지

병역법 제 3조 1항, 병역법 제 88조 1항은 헌법에 위반된다"라는 결정을 구합니다.

당 해 사 건

서울고등법원 2000. 9. 27 2000 노 2737

병역법 제 3조 제 1항, 병역법 제 88조 1항

청 구 이 유

가. 사건의 개요

헌법소원심판청구서



나. 위헌이라고 해석되는 이유

다. 심판청구에 이르게 된 경위

라. 청구기간의 준수여부 등

첨 부 서 류

가. 위헌제청신청서

나. 위헌제청신청기각 결정문 및 동결정의 송달증명서

다. 기타 입증서류

라. 소송위임장(소속변호사회 경유)

2001 . 8. 16 .

신 청 인 대 리 인 나 인 권 (인)

헌법재판소 귀중

헌법소원심판청구서

청 구 인 한애국

서울특별시 성동구 행당동 17

대리인 변호사

서울 서초구 서초동, 평화빌딩 501호

청 구 취 지

병역법 제 3조 1항, 병역법 제 88조 1항은 헌법에 위반된다"라는 결정을 구합니다.

당 해 사 건

서울지방법원 2000.4.17 2000 고 1938

병역법 제 3조 제 1항, 병역법 제 88조 1항

청 구 이 유

가. 사건의 개요

나. 위헌이라고 해석되는 이유

다. 심판청구에 이르게 된 경위

라. 청구기간의 준수여부 등

첨 부 서 류

가. 위헌제청신청서

나. 위헌제청신청기각 결정문 및 동결정의 송달증명서

다. 기타 입증서류

라. 소송위임장(소속변호사회 경유)

2001 . 8. 16 .

신 청 인 대 리 인 나 인 권 (인)

헌법재판소 귀중



재판정 구성

심리(청구인측)

청구인측 대리인	최영재(01)
청구인측 교수 1	정유미(01)
청구인측 교수2	이의철(01)
청구인측 참고인	최성훈(01)

심리(이해관계인측)

이해관계인측 대리인	신우석(00)
이해관계인측 교수 1	강철우(01)
이해관계인측 교수2	전명자(01)
이해관계인측 참고인	전상천(01)

재판관

재판장	정민(01)
재판관	유은정(01) 황선호(01)
	주경진(01) 선영신(01)
	김지훈(01) 봉세환(01)
	강지연(01) 이상민(01)



준비한 사람들



준비위원장
정다훈(00)



사안팀
강연빈(96, 팀장)
성홍기(97) 김임미선(98)
양희석(99) 서혜선(99)

심리(청구인측)

최영재(01)
정유미(01)
이의철(01)
최성훈(01)



심리(이해관계인측)

신우석(00)
강철우(01)
전명자(01)
전상천(01)



평의팀

정민(00) 유은정(01) 황선호(01)
주경진(01) 선영신(01) 김지훈(01)
봉세환(01) 강지연(01) 이상민(01)

실무팀

서원일(00, 팀장) 최지혜(00)
배철욱(00) 김병도(00) 유은정(01) 정상천(01)





악법철폐의 기수 전진 법사회학회

법사회학회는 1987년 6월 항쟁을 전후로 하여 뜻있는 86학번 선배님들을 중심으로 만들어졌습니다. 사회과학 뗏거리를 중심으로 사회변혁에 적극적으로 참여하려고 노력한 초기의 법사회학회는 해가 갈수록 많은 학회원들이 참여할 수 있게 되었고 내용적으로도 더욱 충실해졌습니다.

90년대에 들어오면서 이전까지의 광범위한 사회과학 뗏거리와 더불어 학회로서의 전문성을 갖추기 위해 많은 노력을 하였습니다.

92년에는 분과별 뗏거리를 처음으로 시도하였으며, 학회에서나마 헌법모의재판 형식의 뗏거리도 시도하였습니다.

또 92년부터 학회내의 각종 뗏거리를 통한 연구를 심화하여 학회지인 '기수'를 발간하였습니다.

그리고, 드디어 93년에는 수년간의 학회전문성 강화의 성과물들을 기반으로 하여 제 1회 헌법모의재판을 개최하게 되었습니다.

이것은 법사회학회의 자랑스런 전통인 변혁운동의 후퇴라기 보다는, 오히려 강화된 전문성을 기반으로 구체적인 사회비판과 현실적인 대안의 제시를 통해 변혁운동에 보다 더 적극적으로 참여하기 위한 또 다른 방법인 것입니다.

이제 새 세기를 맞이하여 더 열심히 살아가고자 합니다.

늘 사회에 관심을 가지고 실천할 수 있는 법학도가 되겠습니다.

여러분의 애정어린 비판과 격려, 적극적인 참여를 기다리겠습니다.

헌법모의재판의 연혁

저희 악법철폐의 기수 전진 법사회학회는 1993년 제 1회 헌법모의법정을 개정한 후 8회에 걸쳐 헌법모의법정을 개정해 왔습니다.

- 제 1회(1993년) 사립학교 교원노조의 위헌성 여부
- 제 2회(1994년) 국가보안법 제 7조 제 1항의 위헌성 여부
- 제 3회(1995년) 사상전향제도에 관한 헌법소원
- 제 4회(1996년) 헌법재판소법 제 68조 제 1항의 위헌성에 대하여
- 제 5회(1997년) 미성년자 보호법 제 2조의 2 제 1호에 대한 헌법소원
- 제 6회(1998년) 전자주민카드 제도의 위헌성에 대하여
- 제 7회(1999년) 필수공익사업장에 대한 강제중재 제도의 위헌성 여부
- 제 8회(2000년) 한미행정협정(SOFA)의 위헌성 여부



법사회학회 사람들



- 86학번 차상욱, 송의진, 이효범
- 88학번 김유봉, 김종호, 윤재담, 문경식
- 89학번 김재욱, 박진근, 김남형, 방준식
- 90학번 강인석, 이동주, 김승배
- 91학번 김명수, 신종한, 정경수, 류호경, 홍성규, 최관식, 정재훈
- 92학번 김정철, 조연우, 최진숙, 한상미, 박삼근, 조원상, 윤수정, 임수권
- 93학번 김정렬, 강경숙, 백선경, 김영봉, 김범창, 문건민, 이재민, 제원우, 심광수, 최정렬, 이호영
- 94학번 권성률, 김형기, 강성진, 신호섭, 원선희, 박윤학, 황수진, 강태훈, 박호범, 김대철
- 95학번 손지연, 김한석, 박성환, 박현우, 박준범, 조형규, 이주영, 권수진, 최재영, 이현경
- 96학번 김상찬, 이용진, 권영주, 전성일, 임성수, 윤창호, 강연빈, 강성유, 최행관
- 97학번 성흥기, 장진희, 민병호, 이승현, 어일공, 김은지, 김용택, 서은정, 박윤정, 정효중, 장수원
- 98학번 김난주, 안준영, 김임미선, 유무영, 김세훈, 박신욱, 이재호, 이호, 이현직, 이상범, 임승규, 최보영, 홍상철
- 99학번 강선호, 강효은, 김기덕, 김태현, 김현진, 나상돈, 박준용, 서혜선, 송수한, 신동빈, 양희석(여), 양희석(남), 이성수, 이성용, 이영혜, 최한구, 허윤정, 이소민
- 00학번 고정천, 최지혜, 서원일, 김병도, 정민, 이재호, 박대일, 정다훈, 배철욱, 신우석, 조영덕, 임현수, 최정훈, 김준형, 윤석용
- 01학번 황선호, 정상천, 이의철, 최영재, 선영신, 유은정, 봉세환, 정유미, 강철우, 김지훈, 전명자, 강지연, 최성훈, 이상민, 주경진



헌모를 준비하며

- 99 서혜선 세 번째 헌모를 준비했다. 이제서야 진짜 헌모가 무슨 의미를 가지는 건지 알겠다. 우리 후배들은 나보다 훨씬 똑똑하니까 한번에 알겠지?
- 01 정유미 드디어 헌모시작이다. 열심히 해서 올 모든 좋은 추억으로~~
- 01 봉세환 재미있겠다. 우리 모두 열심히 준비하쟈!!~
- 01 강철우 법사의 큰 행사인 헌모가 다가온다. 잘해봐야지. 진정한 법사인으로서의 부활
- 00 최지혜 새내기때와는 다른 느낌의 헌모다. 재미있기만한 연극보다는 의미있는 행사로 만들었으면 좋겠다.
- 00 정다훈 작년엔 그냥 헌모를 했다. 이제야 뭔가를 조금은 알 것 같다.
- 01 주경진 기대만으로 마무리하지 않고 진정한 가치를 느껴보자! 그리고 나면 이 15인 모두 하나로 남을 수 있을꺼야. 파이팅!! 헌/모/대/박!!
- 96 김상찬 학창시절 4회(최다로 사료됨)출연을 하고 이제 졸업을 하고 지켜보는 입장이 되니 감회가 새롭다.
- 99 양희석 열심히 하지 못해서 다른 대본팀원들에게 죄송하다. 그리고 헌법이 참 어렵다는 생각이...
- 01 최영재 헌모를 마치고 나면 어떤기분일까? 지금 가지고 있는 기대감만큼이나 커다란 기쁨이었으면 좋겠다.
- 01 선영신 헌모준비하느라 모두 수고하셨습니다.
- 01 이상민 '법사인'으로서 드디어 뭔가 생산적인 일을 했구나.. 많은 배움의 계기가 된 것 같다.
- 01 정상천 대학와서 처음 해보는 헌모..... 지금하는 연습은 힘들지만 헌모를 마친 후의 기분은 정말 짜일꺼야.
- 00 배철욱 후배들의 열연하는 모습이 기대된다.
- 00 서원일 우리가 하는 일이 단순히 헌모를 올리는 일이 아니라는 것을 알아가자. 아들.. 너희들 모습 기대하마.
- 01 유은정 법사회학회는 진정한 '동아리'라는 생각이 듭니다.
- 01 최성훈 법사와 함께 있을 때 우린 두려울 것이 없었다.
- 96 강연빈 아! 나의 한계를 느낀 헌모였다. 좀 더 열심히 했었음하는 생각이 드는 것은... 모두들 수고했고 특히 대본팀 열심히 해주었다. 야해방이다!
- 97 성흥기 뭐든지 직접 해보고 난 후 그 진가와 의미를 바르게 알 수 있는 것 같다. 선배, 후배님들 모두가 수고하셨습니다.
- 00 이재호 이재호씨는 단순노동에 푹 빠졌습니다.....

감사합니다

다월 5,000 이하 4,000 이상 3,000 이상 2,000 이상 1,000 이상 2299-3011	88떡볶이분식	성일감자탕 김자탕 애향국 전문 ☎ 2291-7477 서울 성동구 행당동 1-119 (한양대 학생회관 2층)	챔피언당구장 2295-8193
한양마트	이슈 Gift Market 2293-9090	한양만화	각종 단체모임 예약행사 달고 맛있는 친숙제공 한양호프 · 한양주점 서울시 성동구 행당동 32-6 (한양대 학생회관) TEL: 2295-1761/1791
푸드노미 한양대 이점점 서울 성동구 행당동 4-11번지 101호 TEL: 02-2299-7992 / FAX: 02-2299-5295 www.food-nomi.co.kr	춘천집닭갈비 2293-9549	신당"토속"떡볶이 2296-1035 떡자굴떡볶이구 지하	기념품부 칙너관(우제국 약) TEL: 2296-6698 FAX: 2296-6699 * 학원, 기념품, 행사용품, 연주악, 인쇄관 *
킹당구장	발해주절 모든 식사 (단체도시락) 서울시 성동구 행당동 10-115 TEL: 2299-3882 2299-3884	BLUE CLUB 장응형 (주)리본인화서비스 블루클럽인사이드 서울 성동구 행당동 4-11번지 101호 TEL: 02-2299-4011 / 02-2299-4012 FAX: 02-2299-4013 H.P: 011-713-3137 www.bluetv.com * 사맥트 *	동화트리 한양반점
* 초대형 DDR설치 완비 * 샌크드래곤로빙 지하1층 (연세대대관) www.seoul.gov.kr 전문점문의 080-553-8111	일등감자탕 2292-3215	사맥트 천연생생이 아이스크림 한양마트맛은편	

식사류 *삼계탕 *도가니탕 *꼬리곰탕 *갈비탕 *냉면 공모트 (주)이가갈비 대표 김철성 서울특별시 성동구 행당동 6-2 예약문의: (02)2296-4040, 2293-9765 H.P: 011-493-9765	맘모스당구장 2293-8210	신장개업 대원반점 (漢陽大 正門 三層) ☎ 2299-0006 2299-3545
아케이드존 2298-7034	PAPACHINOS 파.파.치.노 호프 & 피자전문 2298-8909	수입맥주BAR D.M.Z 2281-4681
푸론토 coffee & hof 2292-3452	고시전문 한림아카데미 2299-0954/5	한양동문플라워 주소: 서울시 성동구 행당동 15-1 TEL: (02)2294-0017 FAX: (02)2294-0234 H.P: 017-727-7041 웨딩꽃장식, 결혼축하, 동서양란 편연, 꽃바구니, 꽃다발
샵테크기	당신의 눈을위해 시너 (복지관) 1층 구내안경원 T. 2292-7501 T. 2290-1612	그린분식
BEST BABOUE CHICKENS TEL: 2299-1404 베스트 바베크치킨 한양대 별점	대성식당	2291-4799 HOF & SOJU COCKTAIL 고구려
멋쟁이야	100승이 선물집 MBC-TV 방영·경향신문 보도 최정민인 최보수 최은주 의정부시 1320-15-22310-4 (주) 멋쟁이야 입점시간: 오후 12:30-凌晨00시	사람생각

- 사건번호: 2001헌바125, 2001헌바127, 2001헌바128
- 청구인 1. 오평화 2. 나반전 3. 한애국 위 청구인들 대리인 변호사 나인권
- 당해사건 서울지방법원 2000고1456, 2000노2737, 2000고1938
- 주문

병역법 제3조 1항, 제88조 1항을 종교적, 윤리적 양심에 따라 모든 전쟁에 반대하는 양심적 병역거부자에게 적용되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.

● 이유

1. 적법요건을 살펴본다.

헌법재판소법 제68조 2항에 의한 헌법소원이 인정되기 위해서는 재판의 전제성을 갖추어야 하는데, 이 사건들의 심판대상 병역법 제3조 1항, 제88조 1항은 그 위헌 여부가 관련사건들의 판결 주문에 직접 영향을 미칠 규정들이므로 모두 재판의 전제성 요건을 갖추었다. 또한 동법 제69조 2항에 따라 위헌법률심판의 제청신청이 기각된 날로부터 기각된 날로부터 14일 이내에 제기하여야 하며, 동법 제25조 3항에 의해 당사자인 사인은 변호사를 대리인으로 선임하여야 하는데 이러한 요건들도 모두 갖추었다. 그러므로 이 사건 청구들은 모두 그 적법요건을 갖추었다고 할 것이다.

2. 본안에 대하여 살펴본다.

가. 헌법 제39조 국방의 의무의 개념 및 국회의 입법형성권

(1) 국방의 의무의 개념을 본다.

국방의 의무라 함은 현대전이 고도의 과학기술과 정보를 요구하고 국민전체의 협력을 필요로 하는 총력전인 점에 비추어 볼 때 단지 병역법에 의하여 군복무에 임하는 등의 직접적인 병력형성의무만을 가리키는 것으로 볼 것이 아니라 향토예비군설치법, 민방위 기본법, 비상대비자원관리법, 병역법 등에 의한 간접적인 병력형성의무 및 병력형성이후 군 작전 명령에 복종하고 협력하여야 할 의무도 포함하는 포괄적인 의미로 이해하여야 할 것이다. 현행 병역법상 인정되고 있는 예술·체육분야의 특기를 가진 사람, 의사·치과의사·한의사·변호사의 자격이 있는 사람, 전문기능요원, 산업기능요원 등에 대해서 인정되고 있는 대체복무 성격의 보충역은 물론 청구인의 주장하는 군사훈련이 면제된 대체복무도 국방의 의무라는 개념에 포괄될 수 있는 것이다.

(2) 국방의 의무에 대한 국회의 입법형성권의 범위와 한계를 본다.

헌법 제39조 1항에서는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다고 규정하고 있는 바 국방의 의무라는 개념에 포괄될 수 있는 군복무에 임하는 등의 직접적인 병력형성의무, 간접적인 병력형성의무 및 병력형성이후 군 작전 명령에 복종하고 협력하여야 할 의무, 대체복무 등을 누구에게, 어떻게, 얼마나 부과할 것인지는 국민의 대표기관인 국회에서 결정되어야 할 사항이다. 그러나 이러한 국회의 입법형성권은 무제한 인정될 수 없는 바, 국민에게 국방의 의무를 부과함에 있어 국토방위의 중요성과 국민의 기본권과의 관련성 등을 고려하여 합리적으로 하여야 하며, 헌법 제11조 평등의 원칙에 부합하여야 한다. 또한

국방의 의무 부과에 따른 국민의 기본권 제한은 일정 정도 감수할 수 밖에 없으나 필요 이상의 과도한 제한이어서는 안되며, 헌법적 기본원리에 위배되어서는 안된다.

나. 이 사건 법률조항들이 청구인의 양심의 자유 및 종교의 자유를 침해한 것인지 여부를

(1) 이 사건 법률조항이 양심의 자유를 제한하는 효과를 가져오는지 여부를 검토한다.

우리 재판소는 헌법 제19조의 양심을 어떤 일이 옳고 그름을 판단함에 있어 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적 가치가 허물어지고 말 것이라는 진지한 마음의 소리로 정의한 바 있다. 청구인들이 병역의무를 이행할 것인지 거부해야 할 것인지는 선과 악의 범주에 관한 진지한 윤리적 결정을 위한 고민이라고 할 수 있으며 그 고민 끝에 어쩔 수 없이 병역의무에 응하는 것은 내면적으로 구축된 인간양심이 왜곡·굴절된다고 할 수 있으므로 헌법 제19조의 양심이라는 개념에 포괄될 수 있는 것이다.

헌법 제19조가 보호하고 있는 양심의 자유는 양심형성 및 결정의 자유, 양심을 지키는 자유는 물론 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 양심실현의 자유를 포함하는데, 이 사건 법률조항은 청구인들의 소극적 의미의 양심실현의 자유를 제한하는 효과를 가져온다.

(2) 헌법 제39조에 기초한 병역의무와 제19조 양심의 자유의 충돌시의 헌법 해석을 검토한다.

양심형성·결정의 자유는 내심에 머무르는 한 절대적 자유라고 할 수 있지만, 양심실현의 자유는 타인의 기본권이나 다른 헌법적 질서와 저촉되는 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장 질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 할 수 있으나 과잉금지 원칙에 위배되어서는 안된다.

앞서 살펴본 바와 같이 국민이 국방의 의무를 수행하는 방법은 군복무에 임하는 등의 직접적인 병력형성의무, 간접적인 병력형성의무 및 병력형성 이후 군 작전 명령에 복종하고 협력하여야 할 의무, 대체복무 등이며 이의 구체적 내용은 원칙적으로 국회가 입법재량을 가진다. 그러나 양심의 자유와 같은 민주적 기본질서의 핵과 관련된 경우에는 국회의 입법재량이 축소될 수 밖에 없다. 양심적 병역거부자에게 기초군사훈련이 배제된 소방, 재해방지업무, 경찰업무, 사회봉사업무 등의 대체복무를 부과하여 국방의 의무를 수행케 할 수 있는 방법이 있음에도 불구하고 군이 병역의무를 강제하는 것은 피해의 최소성 원칙에 저촉된다.

또한 병역의 강제는 양심에 대하여 본질적인 부담을 줄 수 있는 것인 반면, 징병을 통한 국가의 이익은 전체 병력의 규모에 비하여 한해 불과 400여명 정도에 불과한 양심적 병역거부자를 강제징집하지 않고서도 적절히 충족될 수 있을 것이며 양심적 병역거부자들의 징집강제에서 오는 사회적 문제, 수감비용, 복역후 직업선택에 있어 불이익을 감안한다면 이들을 강제징집함으로써 기대할 수 있는 국가의 이익은 중대한 것이 못된다고 할 것이다. 오히려 이들을 대체복무를 시켰을 때 복지수준의 향상, 인권 수준의 향상 등 공익적인 측면이 더 강하다고 할 것이다. 따라서 병역법 제 88조 1항은 이익형량의 원칙에도 위배된다고 하겠다.

(3) 종교의 자유의 침해여부를 검토한다.

종교적 교리에 의해 병역을 거부할 경우 양심의 자유와 함께 종교의 자유도 경합적으로 제약받는다 할 수 있는데, 이렇게 기본권이 경합적으로 제한받고 있는 경우 사안과 가장 밀접한 관계가 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 그 제한의 한계를 검토하면 된다. 양심적 병역거부는 종교의 교리에 의한 것이므로 양심의 자유와 밀접한 사안은 양심의 개념 속에 포괄될 수 있는 것으로, 양심의 자유 측면에서 충분히 검토한 만큼 종교의 자유 측면에서 추가로 논의하는 것은 불필요하다.

다. 헌법 제11조 평등의 원칙을 본다.

현행 병역법은 예술·체육분야의 특기를 가진 사람, 의사·치과의사·한의사·변호사의 자격이 있는 사람, 전문기능요원, 산업기능요원 등에 대해서는 대체복무 성격의 보충역을 인정하여 현역복무자와 차별하고 있다. 현행 병역법상 인정되고 있는 대체복무 성격의 보충역과 청구인들이 주장하고 있는 군사훈련이 배제된 대체복무는 본질적으로 동일한 제도라고 평가할 수 있는데, 이러한 대체복무제도를 현행법상 인정하고 있지 않다면 모르되, 이를 인정하고 있는 이상 가장 먼저 고려해야 할 것은 인간의 존엄성의 기초요 뿌리이며 자유민주적 기본질서의 핵이라고 할 수 있는 양심의 자유라고 할 수 있다. 양심상의 이유로 병역을 거부하는 집단을 배제한 채 인정되고 있는 현행 병역법상의 대체복무제도는 합리적 이유없는 차별로서 헌법 제11조 평등의 원칙에 위배된다.

라. 민주적 기본질서에 반하는지를 본다.

법률은 헌법의 하위규범이므로 자유민주적 기본질서 등의 헌법의 기본질서에 위배되거나 이를 부정하는 것이어서는 안된다. 이 민주주의 기본질서에서 반드시 고려하여야 할 것 중 하나가 소수자의 인권보호이며 양심적 병역거부자는 소수자로서 인권보호대상에 포함된다 할 것이다. 또한 국민의 인권을 최대한 보장하는 범위안에서 국민의 의무수행을 요구하여야 하여야 하는데 국방의 의무라는 목적을 내세워 양심의 자유와 인간으로서의 존엄성을 희생시키는 병역법 88조 1항은 민주적 기본질서에 반한다고 하겠다.

마. 특정전쟁에 대한 양심적 병역거부의 인정여부를 본다.

특수한 전쟁을 거부하는 상황제약적 반전론자에 대하여 병역거부를 인정할 경우 특정전쟁에 대한 국가의 정책에 대한 찬반입장에 따라 병역의무의 이행여부를 각자 결정토록 하는 결과가 되므로 이는 인정될 수 없다.

3. 결론

이상의 이유로 이 사건 법률조항을 종교적, 윤리적 양심에 따라 모든 전쟁에 반대하는 양심적 병역거부자에게 적용되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.