



# 憲法 제19조의 良心의 自由

韓 秀 雄  
憲法研究官

## - 目 次 -

### I. 머리말

### II. 양심의 자유의 憲法的 意味 및 保護範圍

#### 1. 헌법적 의미

가. 역사적 배경

나. 법적 성격

#### 2. 保護範圍

가. ‘良心上의 決定’

나. 양심상 결정의 確認 節次

### III. 양심의 자유의 保障內容

#### 1. 良心形成의 자유

#### 2. 良心實現의 자유

가. 양심보호의 핵심적 영역으로서 양심실현의 자유

나. 良心表明의 自由

다. 作爲 및 不作爲에 의한 양심실현의 자유

#### IV. 良心實現의 자유의 保障 문제

1. 헌법적 질서의 일부분으로서 양심실현의 자유
2. 법익교량과정의 特殊性
3. 양심실현의 자유의 구현 방법
  - 가. 양심의 갈등을 해소할 수 있는 代案의 존재여부
  - 나. 양심의 자유를 고려해야 할 立法者의 義務
  - 다. 양심의 자유를 고려해야 할 法適用機關의 義務
  - 라. 私人間的 분쟁의 경우 良心友好的 規範解釋의 요청
  - 마. 良心犯의 문제
4. 양심실현의 자유의 保障의 程度

#### V. 양심의 자유에 관한 憲法裁判所의 주요결정 및 그 문제점

1. 주요결정 요지
  - 가. 현재 1991. 4. 1. 89헌마160 결정(사죄광고제도)
  - 나. 현재 1997. 3. 27. 96헌가11 결정(음주측정에 응할 의무)
  - 다. 현재 1998. 7. 16. 96헌바35 결정(국가보안법상의 불고지죄)
2. 비판
  - 가. 양심의 概念, 양심의 자유의 保護範圍 및 기본권의 主體
  - 나. 양심의 자유의 內容
  - 다. 良心實現의 자유의 保障 문제

#### VI. 맺는말

## I. 머리말

우리 헌법은 제19조에서 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다”고 하여 명문으로 양심의 자유를 보장하고 있다. 이로써 민주적 다수의 정치적 의사가 법적으로 표현된 法秩序와 개인의 내적·윤리적 審級인 良心이 서로 충돌하는 경우, 헌법은 개인의 양심을 보장할 것을 규정하고 있다. 소수의 국민이 다른 견해를 주장하는데 그치는 것이 아니라 소위 우위의 규범이나 도덕의 이름으로 다수에 의하여 결정된 법질서에 대하여 복종을 거부한다면, 국가의 법질서와 개인의 양심사이의 충돌은 항상 발생할 수 있다.

헌법상 보장된 양심의 자유는 법적으로 여러 가지 어려운 문제를 제기한다.

우선 양심의 자유의 保護範圍와 관련하여, 어떠한 경우에 양심의 자유가 국가공권력의 위헌성여부를 판단하는 심사기준이 될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 양심이란 지극히 주관적 현상으로서 객관적으로 그 확인이 어렵다는 점에서, 언제 국민은 국가공권력에 의하여 자신의 양심의 자유가 침해당했다는 것을 주장하여 헌법소원을 제기할 수 있는가? 개인이 양심의 자유의 침해를 주장하는 모든 경우에, 양심의 자유가 문제되는가? 예컨대 주취운전의 혐의자에게 음주측정에 응할 의무를 부과하는 것이 양심의 자유에 대한 제한에 해당하는가? 또는 타인에 대한 명예훼손으로 인하여 법원이 언론사에 사죄광고를 명하는 경우, 이러한 공권력의 행사가 양심의 자유에 대한 제한인가?

한편, 기본권의 內容과 관련하여, 양심의 자유가 단지 개인의 내심의 영역에서 이루어지는 양심의 형성만을 보호하는가 아니면 그

를 넘어서 양심에 따라 살 권리, 즉 양심을 집행하고 실현할 자유까지도 보호하는가?

또한 ‘국가가 어느 정도까지 양심의 자유를 保障할 수 있는가’ 하는 문제와 관련해서도 일련의 의문이 제기된다. 만일 양심의 자유가 내심의 자유뿐이 아니라 양심을 외부로 실현하는 자유도 보장한다면, 헌법상 양심의 자유가 보장하고자 하는 바가 궁극적으로 무엇인가? 양심실현의 자유가 보장된다는 것은 국가로 하여금 개인의 양심에 반하는 행위를 강요해서는 아니 된다는 것을 의미하는가? 국가는 자신의 존립과 법질서를 포기하지 않으면서도 양심실현의 자유를 보장할 수 있는가?

이 글에서는 우선 ‘어떠한 경우에 양심의 자유가 문제되는가’(아래 II), ‘양심의 자유의 내용은 무엇인가’(아래 III.)를 밝히고, 이어서 ‘양심실현의 자유가 어떠한 경우 어떠한 방법으로 보장될 수 있는가’(아래 IV.)를 살펴 보고자 한다. 이어서 양심의 자유에 관한 헌법 재판소의 주요결정에 대한 간략한 평석을 하는 것으로(아래 V.) 이 글을 마치고자 한다.

## II. 양심의 자유의 憲法的 意味 및 保護範圍

### 1. 헌법적 의미

#### 가. 역사적 배경

기본권은 일차적으로 개인의 자유와 권리를 위협하는, 역사적으로 확인된 위협에 대하여 보호를 제공하고자 하는 것이다. 양심의 자유

도 역사적으로 국가에 의한 信仰의 強制에 대하여 개인의 자유를 보호하고자 하는 防禦權으로서의 의미를 가지고 있다. 국가가 國敎 決定權을 가지고 있다는 것을 전제로 하여 국가로부터 종교를 강요 받지 아니할 개인의 자유를 보장하려고 했던 것에 양심의 자유의 출발점이 있는 것이다. 따라서 초기의 양심의 자유는 종교와 관련되어 보장되었으며, 양심의 자유의 범위도 특정한 종교를 받아들이거나 유지해야 하는 국가적 강제로부터의 자유 또는 신앙을 자유롭게 행사하기 위하여 ‘이민을 갈 자유’에 제한되었다.<sup>1)</sup> 역사적으로 볼 때, 종교와 관련하여 보장된 양심의 자유는 개인에게 인정된 최초의 기본권이었다.<sup>2)</sup>

그 후, 국가가 국교결정권을 포기함으로써 양심의 자유는 신앙과의 상호연관성에서 해방되어 고유한 보호영역을 가진 독자적인 기본권으로 발전하였고, 이와 함께 양심의 자유의 보호범위도 더 이상 종교적 양심뿐이 아니라 종교의 자유로부터 분리된 세속적 양심으로 확대되었다. 이에 따라 양심이란, 종교적 양심이 아니라 자주적·도덕적 인격의 최상의 또는 최종적 심급으로 이해되었고, 종교적 믿음에 근거한 양심뿐이 아니라 종교적 동기가 없는 모든 양심상의 결정이 양심의 자유에 의하여 보호를 받게 되었다.

## 나. 법적 성격

### (1) 개인의 防禦權

양심의 자유는 일차적으로 국가에 대한 소극적 防禦權, 즉 국가가 양심의 형성 및 실현과정에 대하여 부당한 간섭이나 강요를 ‘하지

1) Vgl. Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28(1970), S.37

2) 법제사적 관점에서 양심의 자유의 발전에 관하여 Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S.74ff.

말 것'을 요구하는, 소위 국가에 대한 '부작위 청구권'이다. 따라서 양심의 자유는 양심을 형성하고 양심에 따라 살 권리를 개인의 主觀的 公權으로서 보장한다.

(2) 국가의 中立義務 및 寬容의 原則의 헌법적 표현

양심의 자유는, 국가가 특정 종교나 세계관과 일치시켜서는 안된다는 국가의 中立義務와 대다수의 사회구성원과 달리 생각하고 다른 윤리적 가치관을 가진 소수의 국민에 대하여 국가가 관용을 베풀어야 한다는 寬容의 原則의 뚜렷한 헌법적 표현이다.<sup>3)</sup> 양심의 자유가 개인적 자유의 시초라면, 국가의 세계관적 中立義務는 현대국가 형성의 시초를 이루었다고 할 수 있다. 국가가 특정 종교나 세계관과 일치시키는 태도를 버림으로써 모든 국민에게 각자의 종교나 세계관과 관계없이 국가 내에서의 안전과 보호를 제공하는 국가, 즉 모든 국민의 국가, 관용의 국가가 되었고, 이로써 국가의 정당성이 보다 강화되었다.

또한, 양심의 자유는 국민 누구에게나 적용되는 법적 의무에 대한 예외를 허용해 줄 것을 국가로부터 요구하는 기본권으로서 國家的 寬容의 산물이다. 국가의 법질서가 감당할 수 있는 범위 내에서 민주적 다수가 소수의 국민에게 양심에 따른 법적 의무의 거부를 어느 정도 허용함으로써 양심의 자유가 궁극적으로 실현하고자 하는 관용을 실천하는 것이며, 이 경우 다수의 정치적 의사와 그의 법적 표현인 법질서에 대하여 복종을 요구하는 민주주의 다수결원칙은

3) Vgl. BVerfGE 21, 362, 371f.; 23, 127, 134, 독일의 연방헌법재판소는 위 결정들에서 관용의 원칙을 언급하고 있다; Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.65; Bäumlín, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28(1970), S.20ff.; Arndt, Das Gewissen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, NJW 1966, S.2206; Preuß, AK, Art.4 Rn.36; 한국 문헌으로 관용의 원칙을 언급한 것으로는 허영, 한국 헌법론, 1999, 378면

보다 정당하다고 할 수 있다.<sup>4)</sup> 국가가 국민의 의무를 개별적·부분적으로 면제해 줌으로써 당해 법규범의 효력이 제거되는 것이 아니라, 단지 양심상의 갈등이 존재하는 개별적인 경우에 한하여 ‘법규범은 엄격하게 준수되어야 한다’는 원칙에 대한 예외를 허용하는 것이다. 국가는 이러한 방법을 통하여 달리 사고하는 소수 국민에 대하여 자신의 관대함과 강함을 보이고, 국가권력의 보다 강력한 정당성을 이끌어 내는 것이다. 이러한 관점에서 본다면, 오늘날의 헌법체계에서 양심의 자유는 자유권의 출발점이 아니라 자유권의 완결이라고 할 수 있다.<sup>5)</sup> 국가는 양심의 자유를 보장함으로써 양심과 법질서가 충돌하는 경우 국민에게 가능한 범위 내에서 법적 의무를 면제하는 방법으로 피난처를 제공하고, 이로써 법치국가가 감당할 수 있는 최종적 한계까지 국가권력의 행사를 자제하는 것이다.

## 2. 保護範圍

양심의 자유의 보호범위는 양심의 자유에 부여된 憲法上的의 고유한 目的 및 意味에 의하여 제한되어야 한다. 헌법상의 기본권체계 내에서의 양심의 기능이란, 다시 말하자면 인간의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현의 관점에서 볼 때, 양심의 기능은 개인적 인격의 정체성을 유지하는데 있다.<sup>6)</sup> 양심의 자유가 보호하고자 하는 법익은 양심의 불가침성, 즉 개인의 倫理的 正體性·同質性이다.<sup>7)</sup> 따라서

4) 같은 취지로 허영, 헌법이론과 헌법, 2000, 514-515면

5) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.65

6) Vgl. Luhmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, AöR 90(1965), S.264ff.; Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S.179f.

7) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.66f.; Bethge, Gewissensfreiheit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd.6, 1989, §137, Rn.11; Bäuml, VVDStRL 28(1970), S.9; Mager, Art.4, in: Münch/Kunig, 5. Aufl., 1999, Rn.22; 허영, 한국헌법론, 1999, 370면은 이를 “인간의 윤리적 自同性”으로 표현하고 있다.



양심의 자유를 제한하는 행위는 개인의 윤리적 정체성을 침해하는 행위이다. 양심은, 자아가 그 정체성을 상실하지 않도록 감독하고 통제하는 심급으로서, 일상적으로 표출되는 것이 아니라 인격의 동질성을 유지하는 가능성이 심각하게 위협받고 있는 상황, 소위 존재의 정체성의 위기상황에서 비로소 활동한다.<sup>8)</sup> 그러나 단순한 의심이나 회의는 ‘도덕적 인격체로서의 개인의 정체성에 대한 중대한 위기’에 의하여 규정되는 ‘양심상의 갈등’ 단계에 이르지 못한다.

양심의 자유가 양심을 내적으로 형성하는 자유뿐이 아니라 또한 양심을 외부로 실현하는 자유도 보장한다면, ‘언제 개인의 행위가 양심의 자유에 의하여 보호를 받는가’ 하는 것은 ‘언제 良心上의 決定이 존재하는가’의 문제에 달려 있다. 그러나 개인이 자신의 행위의 근거가 되는 내적 동기를 ‘양심상의 결정’이라고 주장하는 모든 경우에 양심의 자유가 문제된다면, 양심의 자유란 자신의 내적 결정에 따라 자율적으로 행동할 자유, 결국 일반적 행동의 자유를 의미하게 되며, 이로써 헌법 제10조의 행복추구권에 의하여 보장되는 일반적 행동자유권과 거의 동일한 보호범위를 가지게 된다. 그러나 헌법이 양심의 자유를 통하여 보장하고자 하는 것은 개인의 일반적 행동의 자유가 아니라 인격적·정신적 정체성의 유지 내지 양심의 불가침성이며, 양심의 자유에 의하여 인간의 모든 행위가 보호받는 것이 아니라 ‘양심상의 명령에 근거한 행위’만이 보호된다.

### 가. ‘良心上의 決定’

(1) ‘양심상 결정’의 개념

(가) ‘良心上의 決定’이란, 선과 악의 기준에 따른 모든 진지한 윤

8) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.68f.

리적 결정으로서, 구체적인 상황에서 개인이 이러한 결정을 자신을 구속하고 무조건적으로 따라야 하는 것으로 받아들이기 때문에, 양심상의 심각한 갈등이 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것을 말한다.<sup>9)</sup> 여기서 말하는 “倫理的 결정”이란, 도덕적 인격체로서 인생을 영위함에 있어서 개인의 내면적·윤리적 심급의 당위적 요청에 근거하여 내려지는 결정을 말하며, 윤리적 결정의 “眞摯性”이란 인격의 정체성·동질성을 상실하지 않고 유지하기 위하여 양심상의 결정이 반드시 필요하다는 인식을 말하는데, 국가나 외부세계의 관점에서 객관적으로는 ‘양심상 결정을 주장하여 법질서에 위반하는 개인이 이로 인한 불이익까지도 감수할 자세가 되어 있는가’의 관점을 통해서 간접적으로 파악될 수 있다. “無條件的 준수”라 함은, 양심상의 단순한 회피나 권유가 아니라 고유한 인격의 동질성을 유지하기 위해서는 양심상의 명령에 따르는 것 외에는 달리 가능성이 없는 경우를 말한다. 따라서 법질서가 요구하는 특정 행위에 대하여 마음이 내키지 않는 감정이나 이를 마지못해 하는 것은 양심상의 결정이라고 할 수 없다.<sup>10)</sup> 또한 정치적·사회적 상황에 대한 단순한 비판이나 불만은 양심의 자유의 문제라 할 수 없다.<sup>11)</sup>

(나) 양심의 자유에 의하여 개인의 양심, 특히 사회적 소수의 양심이 보호되기 위한 법적 전제조건은, 양심의 개념이 타인이나 사회적 다수가 타당하다고 생각하는 것으로부터 내용적으로 독립하는

9) 유사한 개념정의로는 현재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 263; BVerfGE 12, 45, 55; 48, 127, 173f.; 계획열, 양심의 자유, 고시연구 1997. 6., 76번; 허영, 한국헌법론, 1999, 370면

10) 음주측정을 거부하는 경우나 타인에 대한 명예훼손으로 인하여 법원이 명하는 사회광고를 거부하는 경우, 법질서의 명령과 충돌하는 良心上的 命命이 존재하지 않기 때문에, 양심의 자유의 문제가 아니라 할 것이다, 이에 관하여 자세하게 아래 V. 2. 가. (2) 참조; 같은 견해로는 최대권, 양심의 자유와 사회광고, 서울대 법학 1998. 11., 4면 이하.

11) 이에 관하여 자세히 아래 (2) 참조

것이다.<sup>12)</sup> 국가가 특정 종교나 세계관과 일치시키지 않음으로써, 그 결과 “양심”의 개념도 內容的으로 中立的 性格을 지니게 되었으며, 이로써 양심상의 결정이 어떠한 종교관·세계관 또는 그 외의 가치 체계에 기초하고 있는가와 관계없이, 모든 양심상의 결정이 양심의 자유에 의하여 보장된다.<sup>13)</sup> 양심의 자유에서 항상 현실적으로 문제가 되는 것은 사회적 다수의 양심이 아니라, 국가의 법질서나 사회의 도덕률에서 벗어나는 소수의 양심이다. 일반적으로 민주적 다수는 법질서와 사회질서를 그의 정치적 의사와 도덕적 기준에 따라 형성하기 때문에, 그들이 국가의 법질서나 사회의 도덕률과 양심상의 갈등을 일으키는 것은 예외에 속한다. 따라서 ‘양심의 자유’가 보장하고자 하는 ‘양심’은 민주적 다수의 사고나 가치관과 일치하는 것이 아니라, 개인적 현상으로서 지극히 주관적인 관점에서 판단되어야 한다.<sup>14)</sup> ‘양심의 자유’의 이와 같은 순수한 主觀的인 基準으로 말미암아, 양심상 결정의 존재여부는 그 대상이나 내용 또는 동기나 근거에 의하여 판단될 수 없으며, 특히 양심상의 결정이 이성적·합리적인가, 타당한가 또는 법질서나 사회규범, 도덕률과 일치하는가 하는 관점은 양심상 결정의 존재를 판단하는 기준이 될 수 없다. 그러므로 양심의 내용과 방향을 미리 확정하고 개인의 양심상의 결정을 그 내용에 따라 평가하려는 개념 정의는 헌법상 양심의 자유와 부합할 수 없다.<sup>15)</sup>

## (2) 보호범위의 制限 문제

---

12) Vgl. Eckertz, Die sekularisierte Gewissensfreiheit, Der Staat 1986, S.252

13) Mager, in: Münch/Kunig, Rn.30

14) Vgl. Arndt, Das Gewissen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, NJW 1966, S.2205

15) Preuß, Art.4, AK, Rn.37

(가) 그렇다면 언제 양심상의 결정이 존재하는가? 역사적으로 또는 헌법적으로 보나, 양심의 자유가 그 현실적 기초를 두고 있는 위험상황이란, 양심의 갈등에 빠진 개인의 예외적 상황이며, 이러한 정신적 갈등상황에서 자신의 인격적 정체성을 유지하기 위하여 법질서에 대한 복종을 거부하는 개체의 상황이다. 양심의 자유란 개인에게 그가 스스로 초래하지 않은 갈등 상황에서 그의 양심의 목소리를 따를 수 있는 가능성을 부여함으로써, 국가에 의하여 강요된 양심상의 갈등상황을 방어할 수 있는 권리를 부여하는 기본권이다.<sup>16)</sup> 개인의 기본권으로서의 ‘양심의 자유’의 핵심적 내용은 국가에 의하여 강요된 갈등상황에 대한 방어적 기능이다.

양심의 자유는 ‘良心의 命令’과 ‘法秩序의 命令’의 衝突 상황을 그 보호대상으로 한다.<sup>17)</sup> 따라서 상이한 내용을 가진 2 개의 명령, 즉 특정 행위에 대한 행위명령과 금지명령이 서로 충돌하는 경우에만, 양심의 자유가 문제될 수 있다. 무조건적 준수를 요구하는 양심상 결정과 법적용의 예외를 허용하지 않는 법규범이 서로 충돌하는 경우. 비로소 양심의 자유에 대한 制限이 존재하는 것이다.<sup>18)</sup> 우리의 현실에서 볼 때, ‘여호아의 증인’과 같이 종교적인 이유로 병역의무의 이행을 거부(소위 집총거부)하는 경우가 양심의 자유가 제한당하는 대표적인 예이다.<sup>19)</sup>

16) Vgl. Muckel, Die Grenzen der Gewissensfreiheit, NJW 2000, S.689

17) Vgl. 최대권, 양심의 자유와 사죄광고, 8면; Preuß, Art.4, AK, Rn.34; Herzog, Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwirklichung, DVBl 1969, S.720; Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.64

18) W. Kluth, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze, in: Festschrift für J. Listl, S.228

19) 이에 대하여 대법원의 판례는 집총거부가 양심의 자유에 속하지 않는 것으로 판단하고 있다(1985. 7. 23. 대판 85도1094; 1992. 9. 14. 대판 92도1534). 그러나 종교적 양심에 근거하여 병역의무를 거부하는 것은 양심의 자유에 의하여 보호받는 행위임에 의문의 여지가 없다. 집총거부가 양심의 자유의 保護範圍에 속하는

(나) 따라서 종교적 규율이나 법질서가 특정 행위를 금지하거나 명령하는 것이 아니라 단지 허용한다면, 양심의 자유에 대한 제한이 존재하지 않고, 이에 따라 양심의 문제는 발생하지 않는다. 예를 들자면, 모르몬교는 그 신자에게 一夫多妻制를 허용하는 것이지 명령하는 것이 아니기 때문에, 모르몬 교도는 二重婚을 금지하는 법질서와의 충돌상황에 빠질 수 없고, 따라서 양심의 문제를 일으킬 수 없다. 마찬가지로 국가가 가석방 대상자의 준법의지를 확인하기 위하여 ‘대한민국 국법질서를 준수한다’는 내용의 遵法誓約書의 제출을 요구하는 것은, 수형자에게 준법서약서를 제출해야 할 의무를 부과하고 이를 강제하는 것이 아니기 때문에, 법적 의무의 부과로 인하여 양심상의 명령과 충돌하는 상황이 발생하지 않는다.<sup>20)</sup>

가의 문제와 양심의 자유·병역의무의 法益較量過程에서 양심의 자유가 국가안 전보장 등 중대한 공익에 대하여 양보해야 하는가의 문제는 별개의 문제로서 구분되어 판단되어야 한다.

- 20) 遵法誓約書의 제출을 요구하는 것은, 국가의 법질서를 준수하겠다는 의지를 평소 수형 중에 보일 뿐이 아니라 이를 다시 한번 외부로 천명할 것을 요구하는 것으로서, 가석방의 적격여부를 판단하기 위한 여러 요소, 예컨대 수형중의 태도, 재범의 위험성 중의 하나인 것이다. 특히 준법의지의 여부는 재범의 위험성 여부와 직결된다는 점에 비추어, 가석방여부를 판단하기 위하여 준법의지를 인터뷰 등을 통하여 심사하는 절차의 도입은 헌법적으로 아무런 하자가 없다고 보이며, 준법의지를 서면으로 표현하도록 하는 것은 준법의지를 심사하는 한 방법이라고 할 수 있다. 준법서약서의 제출은 단지 국가로부터 가석방이라는 혜택을 부여받기 위한 요소로서, 이러한 요건을 충족시킬 것인가의 여부는 수형자 개인이 양심의 목소리를 따라 스스로 자유롭게 결정할 수 있다. 수형자가 준법서약서를 제출하지 않는다 하더라도, 그에 대하여 어떠한 형태의 징계나 처벌이 따르지 아니한다. 준법서약서의 제출은 가석방의 대상에 포함되기 위한 요건으로서 국가에 의하여 강요되는 것이 아니라는 점에서 법질서의 강제가 존재하지 아니하고, 따라서 법적 명령과 양심상의 명령 사이의 충돌이 존재하지 않는다. 그렇다면 준법서약서제도에 의하여 양심의 자유가 제한된다고 볼 수 없다; 최대한, 양심의 자유와 사죄광고, 24면 이하에서도 비록 논거를 달리하나 준법서약서의 제출은 양심의 문제가 아니라고 한다.
- 이에 대하여 강경근, 양심의 자유와 사상진흥제도, 고시연구 1991. 8., 93면 이하에서 ‘사상진흥제도는 강제성의 여부에 관계없이 양심을 추측케 할 수 있는 행위를 하도록 하는 것이므로 양심추지의 금지에 반한다’고 하나, ‘양심추지의 금지’란 ‘양심을 표명하도록 강제당하지 않을 자유’를 말하므로 양심표명의 강제성

또한, 개인에게 자신의 사상과 결정에 따라 외부세계에 영향을 미치고 사회를 적극적으로 형성하는 광범위한 가능성을 보호하고자 하는 것은 양심의 자유의 헌법적 기능이 아니다. 이러한 행위는 표현, 집회, 결사의 자유 또는 보충적으로 일반적 행동자유권에 의하여 보호된다. 양심이란 그 본질상 개인의 고유한 인격의 동질성과 행동을 감독하고 통제하는 심급이므로, 양심의 자유의 보호범위도 마찬가지로 기본권의 주체가 인격의 정체성을 유지하고 자신의 행동을 규율하는 영역에 국한되는 것이다. 이에 대하여 타인이나 사회공동체에 대하여 자신의 가치관을 관철하고 타인의 행위에 영향을 행사하려는 적극적 행동은 양심의 자유에 의하여 보호되지 않는다.<sup>21)</sup> 양심의 자유가 보호하고자 하는 것은, 양심상의 이유로 국가법질서의 명령을 거부할 권리를 부여함으로써 인격의 정체성을 보호하고자 하는 소극적인 것이다. 이러한 의미에서 소위 ‘市民不服從’의 형태로 이루어지는 법적 의무의 위반은 양심의 자유에 의하여 보호되지 않는다.

뿐만 아니라, 양심의 자유는 각자의 個人的 責任 영역에 귀속될 수 있는 個人的 良心上的 決定 및 그에 따른 행위를 보호하고자 하

---

여부가 양심의 자유의 문제인가를 판단함에 있어서 결정적인 기준이 된다. 양심의 자유가 보호하고자 하는 양심상의 갈등상황은, 국가에 의하여 특정한 행위를 하도록 강요받는 상황이지, 국가가 ‘준법서약서의 제출’과 같은 특정 행위를 허용하는 상황이 아니다. 만일 준법서약서의 제출이 양심추지의 금지에 반한다면, 가석방여부를 판단하기 위하여 준법의지를 인터뷰 등을 통하여 심사하는 절차도 마찬가지로 양심을 추측케 할 수 있는 행위를 하도록 간접적으로 강제한다는 점에서 양심의 자유를 침해하는 헌법적으로 허용되지 않는 절차라는 결과에 이르는데, 이러한 결과가 타당할 수 없다고 본다. ‘양심을 표명하도록 강제당하지 않을 자유’가 보호하고자 하는 바는 ‘양심의 유지’이므로, 국가가 양심을 포기할 것을 강제하는 상황에서 비로소 ‘양심을 표명하도록 강제당하지 않을 자유’가 제한된다. 그러나 준법서약서제도는 국가가 양심의 포기를 강요하는 제도가 아니라 단순히 가석방의 조건을 심사하는 제도이다.

21) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.65; Bethge, HdbStR Bd.6, §137 Rn.40ff.

는 것이므로, 개인이 소속된 단체가 그의 개인적 양심에 반하는 행동을 하기 때문에 그 단체에 소속된 사람으로서 공동책임을 느끼고 이로 인하여 양심상의 갈등에 빠지는 경우, 그 개인은 양심의 자유를 주장할 수 없다. 단체의 그러한 행위에 대한 책임은 전적으로 그 단체에 있는 것이기 때문에, 단체의 각 구성원에게 그의 행위로서 귀속될 수 없다. 예컨대 그가 속한 의료보험조합이 자신의 양심에 반하는 낙태행위를 보험급여의 범위에 포함시켰다는 이유로 보험료의 납부를 거부하는 행위는 양심의 자유의 보호를 받지 못한다. 마찬가지로 국가가 자신이 낸 세금을 군비확장에 사용하고 있다는 이유로 조세의 납부를 거부하는 행위도 양심의 자유에 의하여 보호받는 범위에 포함되지 않는다.<sup>22)</sup>

또한, 양심의 자유가 보호하고자 하는 것은 ‘人格上의 양심’이기 때문에, 헌법 제46조 제2항, 제103조에 규정된 국회의원이나 법관의 양심은 헌법 제19조의 의미에서의 양심이 아니라 職務上의 양심이다.<sup>23)</sup> 직무상의 양심은 기본권적으로 보장되는 것이 아니라 국가기관에게 부여된 법적 지위로서, 직무상의 양심이 침해된 경우에는 헌법소원이 아니라 권한쟁의로 다루어야 한다.

#### 나. 양심상 결정의 確認 節次

22) Vgl. BVerfG, NJW 1993, 455f., 독일의 연방헌법재판소는 ‘납세의 의무를 이행하는가에 관한 결정은 개인의 양심상 결정과 아무런 관계가 없다’고 판시하였다. ‘國民에 의한 조세의 납부와 議會의 예산사용에 관한 결정권을 엄격하게 분리함으로써, 국가는 그를 재정적으로 지원하는 납세자로부터 예산사용에 관한 독립성을 확보하고, 한편으로 납세자는 이로 인하여 국가의 재정지출 결정에 대한 책임을 면제받으므로, 납세의 의무는 양심의 자유의 보호범위에 속하지 않는다’고 결정하였다.

23) Vgl. Bethge, HdbStR VI, §137 Rn.9; 이에 대하여 최대권, 헌법학강의, 2001, 274면에서 헌법 제46조제2항, 제103조의 “양심”을 제19조의 “양심”과 같은 것으로 보고 있다.

다른 자유권이 객관적으로 존재하고 확인할 수 있는 법익이나 인간의 행위(예컨대 재산권, 생명, 직업활동, 표현행위 등)를 보호하는데 반하여, 양심의 자유의 경우, 외부로부터 명확하게 확인될 수 없는 순수하게 정신적·내적 과정이나 또는 그러한 결정과정에 근거한 인간의 행위가 보호된다는데 그 특수함이 있다. 따라서 양심의 자유의 가장 큰 문제는 양심의 개념정의에 있다기 보다는 오히려 ‘진정한 양심상의 결정이 존재하는가’의 여부를 밝히는데 있다고 할 수 있다. 헌법상 보호되는 양심이 종교적 양심으로부터 분리·독립되어 종교적 동기가 없는 모든 양심상의 결정에 확대됨으로써, 오늘날 사실상 모든 문제가 양심상의 문제가 될 수 있고, 한편으로는 양심의 자유가 내적인 양심형성의 자유뿐이 아니라 양심실현의 자유, 즉 외부로 나타나는 개인의 행위도 보장하기 때문에, 필연적으로 양심상의 결정과 그 외의 결정을 구분하는 어려움, 보다 정확히 말하자면 인간의 다양한 행위 중에서 양심상의 결정에 근거한 행위를 어떻게 가려내고 식별할 수 있는가의 立證의 문제가 발생한다.

인간의 양심상의 결정은 내면의 목소리로서, ‘개인이 양심상의 명령을 윤리적으로 절대적이며 무조건적인 것으로 받아들여야 하는가’의 여부는 외부에서 명확하게 확인할 수도 인식할 수도 없다. 그러나 비록 제3자가 양심적 명령의 眞正性을 직접 인식할 수는 없지만, 도덕적 명령의 진지성, 절대성, 무조건성은 일차적으로 ‘言語’라는 매개수단을 통하여 외부로 전달되고 표현된다.<sup>24)</sup> 따라서 양심의 자유의 기본권적인 보호를 받고자 하는 자는 제3자가 어느 정도 납득할 수 있도록 양심상 결정의 내용 및 그 진지성, 절대성, 무조건성, 구속성을 주장하고 소명해야 하는 책임을 진다. 즉 기본권의 주체는

24) Vgl. H. H. Rupp, Verfassungsprobleme der Gewissensfreiheit, NVwZ 1991, S.1034



법질서와 충돌하는 양심상 명령의 기초가 되는 도덕율 및 그 도덕규범이 인격의 정체성유지에 대하여 어떠한 의미를 가지는가를 제3자가 납득하게끔 설명하여야 한다.<sup>25)</sup> 양심의 자유가 개별적인 경우에 법적인 의무로부터 면제를 허용하고 개인적 의무면제의 유일한 조건이 바로 양심상 결정의 존재여부이기 때문에, 이에 대한 심사 및 확인절차는 헌법 제11조 제1항의 ‘법 앞에서의 평등’에 대한 예외를 인정하기 위한 필수적인 전제조건이다. 물론, 언어를 통한 양심결정의 소명은 유일하거나 절대적인 기준은 아니다. 기본권의 주체는 언어를 통하여 양심상 결정의 존재여부를 속일 수도 있으며 양심상의 갈등을 주장하고 소명하는 기술은 사전의 준비와 연습을 통하여 익힐 수도 있다는 점에서, ‘양심상의 결정에 따라 살아 왔고 앞으로 살아갈 자세가 되어 있는가’ 하는 평소의 생활양식이나 행동도 양심상 결정의 존재여부를 확인하는 절차에서 함께 고려하여야 한다.

‘기본권의 주체가 양심상 결정의 존재를 어느 정도로 소명해야 하는가’에 관하여는 다음과 같은 정도의 차이가 있다.<sup>26)</sup> 양심상의 결정이나 그에 따른 행위가 종교적 교리나 계율에 근거하고 있다면, 종교적인 이유에 기인하는 양심상의 결정은 객관적인 종교적 교리나 계율에 의하여 증명될 수 있기 때문에, 양심의 자유를 주장하는 자가 평소 그의 신앙에 따른 생활을 해온 경우라면, 양심상 결정의 존재를 인정하기 위하여 그로부터 장황한 설명을 요구할 필요가 없다. 이에 대하여 양심상의 결정이 객관적으로 확인할 수 있고 인정할 수 있는 종교적 교리가 아니라 주관적 윤리관·가치관에 근거하고 있다면, 양심상의 갈등을 주장하는 자를 이를 보다 소상하게 소

25) 최대권, 양심의 자유와 사죄광고, 서울대 법학, 98. 11., 8면 이하에서도 양심상 결정의 존재를 확인하는 절차적 조치의 필요성을 강조하고 있다; vgl. Mager, in: Münch/Kunig, 5. Aufl., 1999, Art.4, Rn.29

26) Vgl. Rupp, NVwZ 1991, S.1035

명해야 한다.

한편, 주장하는 양심상의 결정이 평소의 행동과 일치하지 않는 경우, 문제되는 행위가 양심상의 결정에 근거하지 않는다는 의심이 크기 때문에, 양심의 자유를 주장하는 자는 제3자가 보다 납득할 수 있게끔 소명해야 할 책임이 있다. 물론 인간의 인생관이나 가치관도 바뀔 수 있고, 따라서 최종적, 도덕적 심급으로서의 양심의 목소리도 바뀔 수 있지만, 양심은 인간의 정체성을 유지하는 최고의 도덕적 심급으로서 임의로 교체될 수 있는 것이 아니기 때문에, 가치관이나 인생관의 변화는 보다 설득력있게 소명되어야 한다. 따라서 국가가 兵役義務와 같이 1, 2명의 국민이 아니라 집단적으로 양심상의 갈등을 야기할 수 있는 법적 의무를 부과하는 경우, 입법자가 병역 의무를 대신하는 대체복무의 가능성을 도입하면서 양심상의 갈등을 입증할 수 있는 적절한 節次를 마련하는 것은 양심의 자유에 반하지 않는다. 그러나 한편으로는 양심을 입증하기 위하여 국가기관 앞에서 개인적 인격의 모든 것을 드러내고 정신적으로 발가벗을 것을 강제함으로써 인간의 존엄성을 침해해서도 안된다.

### Ⅲ. 양심의 자유의 保障內容<sup>27)</sup>

27) 국내의 학자들은 ‘양심의 자유’의 내용을 다양하게 설명하고 있다. 김철수 교수, 헌법학개론, 2001, 574면 이하는 양심의 자유를 양심형성의 자유와 양심유지의 자유(침묵의 자유, 양심추지의 금지, 양심에 반하는 행위를 강제당하지 아니할 자유)로, 권영성 교수, 헌법학원론, 1998, 430면 이하는 양심결정의 자유와 침묵의 자유(양심추지의 금지, 양심에 반하는 행위의 금지)로, 허영 교수, 헌법이론과 헌법, 2000, 516면 이하는 양심형성의 자유, 양심유지의 자유(침묵의 자유, 양심추지의 금지, 양심에 반하는 행위의 금지), 양심실현의 자유(양심의 결정을 작위·부작위로 실현하는 자유)로 구분하고 있다.

그러나 김철수, 권영성 교수의 경우, 십자가 밟기의 강요와 같은 ‘양심추지의 금지’가 동시에 ‘양심에 반하는 행위의 금지’를 의미한다는 점에서 兩 영역의 구분

## 1. 良心形成의 자유

양심형성의 자유란, 외부로부터의 어떠한 간섭이나 압력·강제를 받지 아니하고 양심을 형성하고 내적으로 양심상의 결정을 내리는 자유로서 ‘양심상의 문제에서의 思考의 자유’를 의미한다. 그러나 개인의 내면적·윤리적 통제심급인 양심은 외부와의 사상적 교류 없이는 형성되지 않으며 그 형성과정에서 국가와 사회에 의하여 다양하게 영향을 받기 때문에,<sup>28)</sup> 양심형성의 자유가 외부로부터의 일체의 영향을 배제하려는 것이 아님은 물론이다.<sup>29)</sup> 양심형성의 자유는 단지, 국가가 개인의 윤리적 통제심급을 마음대로 조종할 목적으로 개인이 윤리적으로 독자적인 결정을 내리는 것을 방해하는 것을 막으려는 것이다. 양심형성의 자유란 양심에 대한 국가의 결정권을 배제하려는 것이며, 특히 교도소나 군대와 같은 특별권력관계에서 양심형성의 자유가 침해될 가능성이 크다.

인간의 내심영역은 본질상 국가가 간섭할 수 없고 국가의 영향권 밖에 있기 때문에,<sup>30)</sup> 인간의 내적 사고영역·결정영역을 보호하고자 하는 양심형성의 자유는 사실상 기본권에 의한 별도의 보호를 필요로 하지 않으며, 이에 따라 양심형성의 자유에 대한 침해는 현

---

이 불분명하며, 특히 권영성 교수는 양심에 반하는 행위를 강요받지 아니할 부작위의 자유를 “침묵의 자유”로 표현하고 있으나, 이러한 용어가 “침묵의 자유”의 구체적 보장내용으로 열거한 “양심추지의 금지, 양심에 반하는 행위의 금지”를 모두 포괄하는 개념으로서 적절한가의 의문이 든다. 허영 교수의 경우, ‘양심 유지의 자유’의 내용인 “양심에 반하는 행위의 금지”는 바로 “부작위에 의한 양심실현의 자유”를 뜻하므로, 동일한 내용의 자유에 다른 이름을 부여하여 서로 다른 것처럼 구분하고 있다.

28) 특히 국가는 헌법 제31조(포괄적인 교육책임)에 근거하여 학교교육을 통하여 개인의 사고형성에 광범위한 영향력을 행사할 수 있는 권한을 위임받았다.

29) Vgl. Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S.271f.; Preuß, AK, Rn.40

30) 외부 세계로 나타나는 인간의 행위만이 국가의 간섭과 제한의 대상이 될 수 있다.

실적으로 큰 의미가 없다. 단지, 오늘날의 현대국가는 최면, 세뇌, 마취분석, 마약 등과 같이 양심의 형성과정에 부당한 영향을 미치거나, 개인의 내적인 심급을 제거하여 개인을 굴복시키고 윤리적으로 침묵시키기에 적당한 수단을 가지고 있으므로, 내심의 영역 또한 이러한 점에서 보호되어야 할 필요성이 있다.<sup>31)</sup>

## 2. 良心實現의 자유

### 가. 양심보호의 핵심적 영역으로서 양심실현의 자유

양심의 자유는 ‘양심형성의 과정에서 국가의 간섭이나 강요를 받지 아니할 자유’뿐이 아니라 내적으로 자신을 구속하고 반드시 따라야 하는 양심상의 명령에 따라 행동하거나 행동하지 아니 할 자유, 즉 양심을 실현할 자유를 보호한다.<sup>32)</sup> 양심은 소극적인 부작위 및 적극적인 작위에 의해서 실현될 수 있으므로, 양심실현의 자유는 크게, 양심에 반하는 행위를 강요받지 아니할 자유(不作爲의 자유)와 양심에 따른 행동을 할 자유(作爲의 자유)를 포함한다.

양심의 자유의 내용으로서 내심의 자유인 양심에 따라 결정할 권리만을 인정하고 양심상의 결정에 따라 행동할 권리를 부정하는 것은 헌법상 양심의 자유의 보장을 사실상 무의미하게 하는 것이다. 만일 내심의 자유로서 양심형성의 자유만이 보장된다면, 양심의 명

31) Vgl. Bethge, HdbStR VI., 1989, §137, Rn.13; Herzog, DVBl 1969, S.719; Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.51

32) 독일에서의 지배적인 견해이다, 홍성방, 양심의 자유, 고시연구 2000. 1., 주 38)에서 양심의 자유의 보호를 행위영역에 확대하는 것을 부정하는 학자로서 Böckenförde 교수와 Zippelius 교수를 들고 있으나, Böckenförde 교수는 처음부터 이를 긍정하였고, Zippelius 교수는 BK Art.4 Rn.44f., 57에서 그의 견해를 변경하였다고 볼 수 있다.

령과 법질서의 명령이 법현실에서 서로 충돌하는 경우 양심에 반하는 행위를 강요받지 아니할 자유는 헌법상 아무런 보장을 받을 수 없게 되며, 이에 따라 양심의 자유는 사실상 기본권적 보호의 필요성이 거의 없는 내심의 자유의 보호에 제한되어 결과적으로는 국가 권력으로부터 개인의 양심을 보호하는 아무런 역할을 할 수 없게 된다. 그렇다면 왜 헌법이 양심의 자유를 명문으로 보장하고 있는지 묻지 않을 수 없다.

양심의 자유에 양심실현의 자유를 포함시키는 경우, 물론 다른 법익과 충돌할 수 있고 타인의 권리를 침해할 수도 있기 때문에 ‘良心實現의 자유를 어떻게 制限해야 하는가’ 하는 어려운 헌법적 문제가 발생한다. 그러나 양심실현의 자유와 국가의 법질서를 양립시키는 것이 어렵다는 것을 이유로 양심의 자유의 보호범위를 처음부터 내심의 영역에 제한해야 한다는 주장은, ‘기본권제한의 문제를 법리적으로 해결할 수 있는가의 여부가 기본권의 보장내용을 결정한다’는 주장과 다를 없을 뿐이 아니라, 한편으로는 다른 법익과의 충돌을 비례의 원칙을 통하여 조화와 균형의 상태로 조정하는 것이 모든 기본권에 있어서 일반적으로 나타나는 자유제한의 문제라는 것을 간과하고 있다.<sup>33)</sup> 역사적으로 보더라도, 양심이 종교적 양심만을 의미하던 때에도 양심의 자유란 단지 신앙을 가지는 자유뿐이 아니라 종교적 확신에 따라 행동할 자유, 특히 자신의 종교를 가정에서 예배의 형태로 실현할 자유를 당연히 포함하였다.<sup>34)</sup> 자주적인 인격체

33) 예컨대 홍성방, 양심의 자유, 고시연구 2000. 1., 132면 이하, ‘양심실현의 자유를 인정하면 다른 법익과의 충돌이 발생할 수 있고 무정부상태가 나타날 수 있다’고 한다. 이로써 ‘양심실현의 자유의 보장’과 ‘그에 대한 제한’의 문제를 구분하지 않고, 자유의 보장이 곧 무제한의 절대적 보장이라는 전제에서 출발하고 있다; 위와 같은 견해로 권영성, 헌법학원론, 1995, 432면

34) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.51

에 있어서 사고와 행동은 분리되어 판단될 수 없으며, 개인에게 사고와 결정의 자유를 보장하면서 사고와 결정에 따른 행동의 자유를 부인하는 것은 인간의 존엄과 인격의 자유로운 발현을 기초로 하는 헌법의 인간상과도 부합하지 않는다.<sup>35)</sup>

따라서 양심의 자유는 양심실현의 자유를 포함하며, 良心實現의 自由는 헌법이 개인의 양심과 관련하여 보장하고자 하는 핵심적 영역이다. 양심실현의 자유는 양심형성의 내부영역을 넘어서, 양심을 외부영역에서 실현하고 집행하기 위하여 필요한 모든 자유영역을 포함한다. 이에 따라 양심실현의 자유는 형성된 양심을 외부로 표명하고 양심에 따라 삶을 형성할 자유, 구체적으로는 양심을 표명하거나 또는 양심을 표명하도록 강요받지 아니할 자유(良心表明의 자유), 양심에 반하는 행동을 강요받지 아니할 자유(不作爲에 의한 양심실현의 자유), 양심에 따른 행동을 할 자유(作爲에 의한 양심실현의 자유)를 모두 포함한다. 양심의 자유는 양심을 가지지 아니할 자유나 양심에 따라 행동하지 아니할 자유와 같은 소위 ‘소극적 자유’<sup>36)</sup>도 보장한다.

35) Vgl. Herzog, Art. 4, in: Maunz/Dürig, Rn.135f.; Bäumlín, VVDStRL 28(1970), S.16

36) 계희열, 양심의 자유, 고시연구 1997. 6., 79면 이하에서 양심활동의 자유를 소극적 자유와 적극적 자유로 구분하여 積極的 自由를 ‘형성된 양심을 적극적으로 표명하고 그에 따라 행동할 자유, 즉 작위의 자유’로서, 消極的 自由를 ‘형성된 양심을 표명하도록 또는 양심에 반하여 행동하도록 강요당하지 않을 권리’로서 이해하고 있으나, 이러한 표현은 기본권의 적극적·소극적 자유와 혼동될 우려가 있으므로, 적극적·소극적 자유란 표현보다는 作爲·不作爲의 自由란 용어를 사용하는 것이 바람직하다고 생각된다. 기본권의 소극적 자유란, 기본권을 행사하지 아니할 자유를 의미하며, 이는 양심의 자유의 경우, 양심형성의 자유의 소극적 측면으로서 ‘양심을 형성하지 않을 자유’ 또는 양심실현의 자유의 소극적 측면으로서 ‘형성된 양심을 실현하지 아니할 자유’를 의미한다. 따라서 양심을 표명하지 아니할 자유(소위 침묵의 자유)나 양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니할 자유(소위 부작위의 자유) 모두 양심실현을 위하여 필요한 요소라는 점에서 양심실현의 자유의 적극적인 측면인 것이다. ‘양심에 반하는 행동을 강요받지 아니할 자유’란 ‘양심에 따라 살 자유’, 곧 ‘양심실현의 자유’이며, 이에 반하여 소극적 자유는 ‘양심에 따라 살지 않을 자유’이다. 물론 도덕적 확신을 갖지

### 나. 良心表明의 自由

우선, 양심실현의 자유는 내적으로 형성된 양심을 국가로부터 간섭이나 불이익을 받지 않고 외부로 表明할 자유를 포함한다. 국가가 특정 내용의 양심상 결정에 대하여 적대적인 태도를 취하고 이를 징계함으로써 국민들로 하여금 양심상 결정을 포기하도록 강요하는 상황에서는 국민은 자신의 양심을 자유롭게 외부로 표명할 수 없다. 양심의 보유 그 자체 또는 양심의 단순한 표명에 대하여 국가가 처벌·징계 등 불이익을 가하는 것은 양심표명의 자유에 대한 제한이다. 국가가 특정 이념이나 종교를 탄압하거나 日帝 때 기독교인을 가리기 위하여 강요한 “십자가 밟기”와 같이 행동을 통하여 양심을 간접적으로 표명하도록 강요하는 상황과 같이, 개인이 양심을 보유하고 있는 것 그 자체에 대하여 국가가 간섭하거나 불이익을 가하는 경우가 양심표명의 자유가 적용되는 전형적인 예이다. 이러한 점에서 ‘양심을 외부로 표명하도록 강요받지 않을 자유’인 소위 “沈黙의 自由”나 “良心推知의 禁止”란 양심표명의 자유의 소극적인 표현에 지나지 않는다. 양심표명의 자유가 보호하고자 하는 것은 궁극적으로 양심의 유지이므로, 이는 또한 良心維持의 自由라고 할 수 있다.<sup>37)</sup>

종교적 중립성을 국가의 기본원리로 삼는 오늘날의 민주적 법치

---

아니한 자는 법적 의무의 부과로 인하여 양심상의 갈등에 빠질 수 없으며, 소극적 자유는 국가에 의하여 침해될 가능성이 없고 또한 보호받을 필요성이 없기 때문에, 이를 확인하는 실익은 없다고 할 것이다.

37) 이러한 이유에서 김철수, 헌법학개론, 2001, 574면 이하 및 허영, 헌법이론과 헌법, 2000, 516면 이하는 ‘침묵의 자유’(양심을 언어에 의해서 표명하도록 강요당하지 않을 자유)와 ‘양심추지의 금지’(양심을 일정한 행동을 통해 간접적으로 표명하도록 강요당하지 않을 자유)를 ‘양심유지의 자유’라는 상위개념에 귀속시키고 있다.

국가에서 양심표명의 자유가 침해당할 가능성은 희박하므로, 양심형성의 자유와 마찬가지로 양심표명의 자유는 실질적으로 큰 의미가 없다고 할 것이다. 양심표명의 자유를 양심형성의 자유 및 양심실현의 자유와 함께 별개의 자유영역으로 분류하는 것도 가능하나, 양심의 유지가 양심실현의 사실적 전제가 된다는 점에서 ‘양심표명 또는 양심유지의 자유’를 별도로 분류할 것이 아니라 양심실현의 자유에 포함되는 것으로 보는 것이 적절하다고 본다.<sup>38)</sup>

#### 다. 作爲 및 不作爲에 의한 양심실현의 자유

양심이란 그 본질상 외부로부터의 강제에 대하여 소극적·수동적으로 반응하는 내적인 통제심급이지, 자발적·능동적으로 법적 금지 명령에 반하여 행동함으로써 국가의 법질서와 갈등상황을 야기하는 것이 아니다. 이러한 점에서 볼 때, 양심의 명령은 일반적으로 외부로부터의 행위요구에 대한 不作爲(“...행위는 해서는 안된다”)의 命令이다. 양심실현의 자유가 일차적으로 보호하고자 하는 바는, 법적 의무의 면제를 통하여 기본권의 주체에게 양심에 반하는 행위를 강요하지 않으려는 데 있다. 따라서 양심실현의 자유는 우선적으로, ‘법질서에 의하여 양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니 할 자유’, ‘양심에 반하는 법적 의무를 이행하지 아니할 자유’, 즉 不作爲의 自由이다. 구체적으로 양심실현의 자유란 양심에 반하는 병역의무, 고지의무, 선서의무 또는 계약이행의무 등의 이행을 거부할 권리이다.

한편, 양심의 자유의 고유한 기능이 국가에 의하여 강요된 갈등상

38) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바35 결정(국가보안법상의 불고지죄)에서도 “양심의 자유는 내심적 자유뿐만 아니라 양심적 결정을 외부로 表現하고 實現할 수 있는 양심실현의 자유를 포함한다”고 판시하였다(판례집 10-2, 159, 166-167).



황에 대한 방어에 있고, 강요된 갈등상황이란 법적 행위의무뿐이 아니라 금지명령의 부과에 의하여 발생할 수 있기 때문에, 법적 금지명령에 대한 양심상의 방어로서 ‘양심의 명령에 따른 積極的인 行爲’, 즉 作爲의 自由도 보호된다.<sup>39)</sup> 그러나 특정 행위를 할 것을 요청하는 양심상의 행위명령과 그러한 행위에 대한 법적인 금지명령이 서로 충돌하는 것은 매우 드문 경우이다.<sup>40)</sup> 적극적인 행위를 통하여 국가의 금지명령을 위반할 자유는, 바로 이러한 행위를 하는 것만이 양심상 명령의 무조건적인 요청에 해당하는 경우, 즉 개인이 스스로 선택하거나 야기하지 아니한 구체적인 상황에서 양심의 목소리를 따르기 위해서는 법적 금지명령을 위반하는 것 외에는 달리 아무런 행위가능성이 없는 경우에 한하여 양심실현의 자유에 의하여 보호된다.<sup>41)</sup>

그러나 양심상의 명령은 대부분의 경우 적극적인 행위를 통해서 여러 가지 방법으로 구현될 수 있으며, 한편으로는 “... 행위는 해서는 안된다”는 법적인 금지는 금지된 행위 외에는 다른 행위가능성을 전반적으로 허용하고 있으므로, 처음부터 양심실현의 방법에 있어서 다양한 행위가능성이 개방되어 있다. 예를 들자면, “가난한 자를 도우라”는 양심상의 명령은 ‘부자에게서 재물을 빼앗아 가

39) 이에 대하여 양심실현의 자유를 ‘양심에 반하는 행위를 강요받지 아니할 자유’ 또는 ‘양심에 반하는 행위를 해야 할 법적 의무로부터 면제받을 권리’로서 소위 부작위의 자유로 제한하려는 견해로는 김철수, 헌법학개론, 2001, 575면 이하; 권영성, 헌법학원론, 1998, 433면; Arndt, NJW 1966, S.2205

40) 양심상의 行爲命令과 그러한 행위에 대한 법적인 금지명령이 서로 충돌하는 예로는, 예컨대 휴일에도 일하라는 종교적 명령과 휴일작업 금지법이 충돌하는 경우, 치유가능성이 없는 환자를 그의 간곡한 요구에 의하여 양심상의 결정에 따라 살해하는 경우 또는 직무상의 기밀을 양심상의 이유로 누설하는 경우, 보안사의 민간인 정치사찰을 폭로하기 위하여 부대를 빠져나간 군인의 양심의 자유가 군무이탈금지명령과 충돌하는 경우(대법원 1993. 6. 8. 93도766 판결)를 들 수 있다.

41) Vgl. Preuß, AK, Rn.43; Mager, in: Münch/Kunig, Rn.27

난한 자에게 나누어 주는 방법' 외에도 다양한 행위형태로 실현될 수 있으므로, "가난한 자를 도우라"는 양심상의 행위명령은 '부자에게서 재물을 빼앗는 행위'의 명령과 일치하지 않는다. 따라서 '가난한 자를 도우라'는 양심상의 행위명령과 "도둑질을 하지 말라"는 형법상의 행위금지명령의 충돌이 존재하지 않고, 이에 따라 양심상의 갈등 상황은 일반적으로 발생하지 않는다.

결국, 국가의 행위명령에 대한 거부가 양심의 자유와 관련하여 전형적이고 가장 빈번하게 발생하는 경우라는 점에서, 양심의 자유는 법이 요구하는 특정 행위를 하지 아니할 자유를 부여하는 것이다. 이 경우에도 양심의 자유가 양심에 반하는 국가적 강제로부터 개인의 양심상의 결정을 보호하려는 것이지 법적 의무 그 자체를 면제하려는 것이 아니기 때문에, 국가가 법적 의무의 부과를 통하여 실현하려는 목적을 달성하기 위하여 양심을 보호하는 다른 대체의무를 부과하는 것은 양심의 자유에 반하지 아니한다. 예를 들자면, 양심상의 이유로 병역의무를 거부하는 자에게 그 대신 대체복무의 의무를 부과하는 것이다.

#### IV. 良心實現의 自由의 保障 문제

##### 1. 헌법적 질서의 일부분으로서 양심실현의 자유

양심의 자유의 보장내용을 단지 개인의 내면세계에서 이루어지는 양심형성의 자유로 제한한다면, 법질서에 의한 제한의 필요성이 없지만, 양심의 자유가 또한 양심실현의 자유를 포함하는 한, 양심의 자유는 법질서나 타인의 법익과 충돌할 수 있고 이로써 필연적으로

제한을 받는다. 양심의 자유가 보장된다는 것은, 곧 개인이 양심상의 이유로 법질서에 대한 복종을 거부할 수 있는 권리를 부여받는다는 것을 의미하지는 않는다. 만일 그렇다면, 법질서는 ‘법적 명령이 개인의 양심에 반하지 않는 한, 국가의 법질서는 유효하다’는 의미의 良心留保의 원칙하에 있게 된다. 이는 법질서의 해체, 국가와 헌법의 해체를 의미한다.

양심의 자유는 헌법상의 기본권에 의하여 보호되는 자유로서 실정법적 질서의 한 부분이다. 기본권적 자유는 법적 자유이며, 법적 자유는 절대적 또는 무제한적으로 보장될 수 없다. 어떠한 헌법규범도 헌법 스스로를 파괴하는 근거가 될 수 없으며, 이러한 의미로 해석될 수 없다. 기본권의 행사가 국가공동체 내에서의 타인과의 공동생활을 가능하게 하고 국가의 법질서를 위태롭게 하지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다는 것은 모든 기본권의 원칙적인 한계이며, 양심의 자유가 다른 헌법적 법익과 마찬가지로 헌법적 질서 내에 자리잡음으로써 모든 헌법적 법익을 구속하는 한계가 이미 설정되었다.

국가의 존립과 법질서는 국가공동체의 모든 구성원이 자유를 행사하기 위한 기본적 전제조건이다. 양심의 자유는 국가의 법질서를 무시할 수 있는 법적 권한이 될 수 없으며, 자유민주적 기본질서는 양심의 자유를 주장하는 기본권 주체의 자유로운 처분에 맡겨 질 수 없다. 만일 양심의 자유가 위와 같은 헌법적 한계를 극복하는 파괴력을 가진다면, 국가의 법질서는 양심의 자유를 주장하는 세력에 의하여 붕괴되고 말 것이며, 결국 양심의 자유는 자유민주적 질서를 구성하는 기본권이 아니라 국가와 헌법을 제거하는 기본권이 될 것이다.

## 2. 법의교량과정의 特殊性

양심실현의 자유의 보장 문제는 ‘양심의 자유’와 ‘국가의 법질서’ 사이의 調和의 문제이며, 양 법익간의 법익형량의 문제이다. 그런데 수단의 적합성, 최소침해성을 심사한 후 법익형량을 통하여 어느 정도까지 기본권이 공익상의 이유로 양보해야 하는가를 밝히는 비례 원칙의 일반적 심사과정은 양심의 자유에 있어서는 그대로 적용되지 않는다.<sup>42)</sup> 양심의 자유의 경우, 비례의 원칙을 통하여 양심의 자유를 공익과 교량하고 공익을 실현하기 위하여 양심을 상대화하는 것은 양심의 자유의 본질과 부합할 수 없다. 양심상의 결정이 법의교량과정에서 공익에 부합하는 상태로 축소되거나 그 내용에 있어서 왜곡·굴절된다면, 이는 이미 “양심”이 아니다.<sup>43)</sup> 예컨대 종교적 양심상의 이유로 병역의무를 거부하는 자에게 병역의무의 절반을 면제해 주거나 아니면 유사시에만 병역의무를 부과한다는 조건 하에서 병역의무를 면제해 주는 것은, 국방을 책임진 국가의 관점에서나 또는 병역의무 거부자의 양심의 관점에서나 채택될 수 없는 해결책이다. 마찬가지로 전쟁을 예찬하는 서적을 인쇄하는 작업은 평화주의자인 자신의 양심에 반한다는 이유로 근로계약상의 의무이행을 거부하는 인쇄소 직원의 양심상의 갈등은 인쇄할 서적의 양을 반으로 줄이거나 근무시간을 반으로 줄인다고 하여 해소되지 않는다.

이러한 관점에서 볼 때, 비례의 원칙을 통하여 기본권제한의 정도와 한계를 확정하려는 작업은 양심의 자유의 본질에 비추어 독특한

42) Vgl. Mager, in: Münch/Kunig, Rn.24f.

43) Vgl. Rupp, Verfassungsprobleme der Gewissensfreiheit, NVwZ 1991, S.1036f.; 허영, 한국헌법론, 1999, 371면, 양심은 타협이나 합의가 불가능하다는 점에서 그 특수성을 들고 있다.

형태를 가진다. 양심의 자유의 경우에는 법익교량을 통하여 양심의 자유와 공익을 조화와 균형의 상태로 이루어 양 법익을 함께 실현하는 것이 아니라, 단지 ‘양심의 자유’와 ‘공익’ 중 兩者擇一, 즉 양심에 반하는 작위나 부작위를 법질서에 의하여 ‘강요받는가 아니면 강요받지 않는가’의 문제가 있을 뿐이다.<sup>44)</sup>

### 3. 양심실현의 자유의 구현 방법

#### 가. 양심의 갈등을 해소할 수 있는 代案의 존재여부

이러한 이유로 양심실현의 자유의 보장 문제는 범공동체가 개인의 양심을 존중하는 방법을 통하여 양심상의 갈등을 덜어줄 가능성을 가지고 있는가의 여부에 관한 문제이다. 결국, 양심실현의 자유의 보장 문제는, ‘국가가 소수의 국민을 어떻게 배려하는가’의 문제, 소수에 대한 국가적·사회적 관용의 문제이며, ‘국가가 법질서를 유지하면서도 또한 양심도 보호하는 代案을 제시할 수 있는가’의 문제이다. 국가와 양심의 조화를 이루게 하는 원칙은 寬容의 原則이며, 양심의 자유는 양심과 법질서의 갈등문제를 국가적 관용을 통하여 해결하고자 하는 것이다.<sup>45)</sup> 즉 국가가 양심의 자유를 주장하여 법적 의무의 이행을 거부하는 자에게 법적 의무를 면제해 주는 것을 감당할 수 있고 의무면제를 대신하는 다른 가능성이 있다면, 양심의 자유는 국가공권력에게 법적인 대체가능성을 제공할 의무를 부과하는 것이다.<sup>46)</sup> 이러한 점에서 볼 때, 법률의 위헌성심사에 있어서 다

44) Vgl. Rupp, NVwZ 1991, S.1036f.

45) Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.65; Arndt, NJW 1966, S.2206; Bäumlín, VVDStRL 28(1970), S.20

46) Vgl. Luhmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, AöR 90(1965),

른 기본권의 침해여부를 우선적으로 심사해야 하며, 법률이 다른 헌법적 관점에서 합헌이라는 것을 전제로 하여, 양심의 자유의 문제는 최종적으로 판단되어야 한다.

#### 나. 양심의 자유를 고려해야 할 立法者의 義務

(1) 양심의 자유는 일차적으로 立法者에 대한 요청으로서, 가능하면 양심의 자유가 보장될 수 있도록 법질서를 형성해야 할 의무를 부과하는 기본권이다.<sup>47)</sup> 법적 의무와 개인의 양심이 충돌하는 경우, 법질서를 위태롭게 함이 없이 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적 면제와 같은 代案을 提示함으로써 양심상의 갈등이 제거될 수 있다면, 입법자는 이와 같은 방법을 통하여 개인의 양심과 국가 법질서의 충돌가능성을 최소화해야 할 의무가 있다. 입법자는 공익상의 이유로 법적 의무로부터 면제하거나 또는 이를 대체할 수 있는 다른 가능성을 제공할 수 없다면, 법적 의무에 위반한 경우 가해지는 처벌이나 징계에 있어서 적어도 그의 경감이나 면제를 허용함으로써 양심의 자유를 보호할 수 있는가를 살펴보아야 한다. 반대로 國民 個人의 입장에서 본다면, 법률에 의하여 양심의 자유를 침해당했다고 주장하는 경우는 법률이 국민 누구에게나 적용되는 법적 의무를 부과하면서 자신의 고유한 윤리적 갈등상황을 특별히 배려해 주지 않는다는 것, 즉 개인의 양심상의 갈등 상황

---

S.283ff.; Podlech, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse, SzöR. Bd. 92, 1969, S.35; Muckel, Die Grenzen der Gewissensfreiheit, NJW 2000, S.690; Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.61f., 71; Preuß, AK, Rn.43, 45

47) Vgl. Bäumlín, VVDStRL 28(1970), S.21; Faller, Gewissensfreiheit und ziviler Ungehorsam, in: FS für Hildebert Kirchner, 1985, S.78; Scholler, Gewissen, Gesetz und Rechtsstaat, DÖV 1969, S.532

을 고려하는 의무면제규정이나 대체의무규정과 같은 特例規定을 두고 있지 않다는 것을 문제삼는 경우이다.<sup>48)</sup>

그러나 한편으로는, 양심은 지극히 주관적인 현상으로서 언제 법규범의 제정이 국가공동체의 구성원에게 양심상 갈등을 가져오는지 양심갈등의 발생여부를 사전에 예측하기 어려울 뿐 아니라, 양심과 법질서가 충돌할 수 있는 상황은 그 대상에 있어서 제한되어 있지 않기 때문에 모든 법규범의 경우 개인적 양심갈등의 현상이 발생할 수 있다. 그렇다고 하여 입법자에게 법률의 제정시 양심상 갈등의 여지가 발생할 수 있는 모든 사안에 대하여 사전에 예방적으로 양심의 자유를 고려하는 일반조항을 둘 것을 요구할 수는 없다. 따라서 조감할 수 없는 무수한 개별적 양심갈등 발생의 가능성에 비추어 법적 의무를 대체하는 다른 대안을 제공해야 할 입법자의 의무는 원칙적으로 부과될 수 없다.<sup>49)</sup> 그러므로 입법자가 법률의 제정 당시 양심의 자유와 법질서가 충돌할 가능성을 예견하지 못하였기 때문에 이러한 가능성을 규범화하지 않았다면, 개별적 경우 법률을 구체적으로 적용한 결과가 양심의 자유에 대한 침해로 나타난다고 하더라도, 법률이 이로 인하여 위헌적 법률이 되는 것이 아니며, 따라서 법률의 효력에는 아무런 영향을 받지 않는다.<sup>50)</sup>

48) 예컨대 병역법이 병역의무를 부과하면서 종교적인 이유 등으로 양심상의 갈등에 처하게 되는 일부 국민에게 이러한 갈등을 완화할 수 있는 민간복무와 같은 다른 가능성을 규정하지 않는 경우가 법률에 의한 양심의 자유의 침해를 주장하는 전형적인 예이다.

49) Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, Art.4, Rn.174; Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S.282; Kluth, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze, in: Festschrift für J. Listl, S. 232f.; Mager, in: Münch/Kunig, Rn.28

50) Vgl. Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, S.286f.; 개인의 양심이 법률의 효력을 문제삼을 수 없다는 것은 또한 미국 연방대법원의 일관된 판례이다. 미국 연방대법원의 판례에 관하여 자세히 vgl. Herdegen, a.a.O., S.97ff.

(2) 이러한 점에서 양심의 자유는 다른 기본권과 근본적인 차이가 있다. 생명, 재산권, 표현의 자유, 집회의 자유, 직업의 자유 등은 기본권 주체의 개인적·주관적인 내적 상황과 관계없이 보장되고 또한 국가권력에 의하여 침해될 수 있다는 특징이 있다. 그러므로 어떤 법규정이 한 개인의 기본권을 침해한다면, 이 법규정이 다른 개인에 적용되는 경우 또한 다른 개인의 기본권을 침해하게 된다. 법률이 누구에게나 모든 경우에 대하여 일반·추상적인 효력을 가진다는 것은, 이 법률에 의하여 누구나가 一般的으로 기본권을 침해당할 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 개별적 경우 법률에 의한 기본권의 침해가 확인된다면, 그 법률을 구체적 사건의 당사자에 한하여 적용하지 않는 것에 그치는 것이 아니라 법률의 일반적 효력 때문에 당해 법률을 위헌결정을 통하여 법질서에서 제거하는 것이 정당화된다.

그러나 양심은 그 본질상 지극히 主觀的이기 때문에 양심상 결정과 국가 법질서의 충돌, 이로 인하여 발생할 수 있는 양심의 자유에 대한 침해는 필연적으로 個人的이며, 이로써 법규정이 한 개인의 양심의 자유를 침해하였다고 하여 다른 개인의 양심의 자유가 침해된다는 일반적 효과가 존재하지 않는다.<sup>51)</sup>

이러한 관점에서 양심의 자유를 침해하는 법률에 대하여 위헌결정을 함으로써 그 법률을 법질서에서 제거하는 것은 적절치 않다. 뿐만 아니라 모든 생활영역에서 양심상의 갈등이 발생할 수 있고 이에 따라 모든 법규범의 경우 양심의 자유에 대한 위반이 확인될 수 있기 때문에, 만일 양심의 자유를 침해하는 법규정이 법질서에서 제거되어야 한다면, 이는 곧 개별적으로 발생할 수 있는 단 하나의 양

51) Vgl. Kluth, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze, S. 232f.



심상 갈등이 법질서의 대부분을 마비시킬 수 있다는 것을 의미한다.

(3) 설사 입법자가 법률의 제정 당시 양심의 자유와 법질서가 충돌할 가능성을 예견하였거나 또는 법시행 이후 양심의 갈등상황이 집단적으로 나타나기 때문에 이를 충분히 인식할 수 있음에도 법적 의무로부터 면제하거나 또는 양심을 고려하는 다른 대안을 제시하는 규정을 두지 않는다 하더라도, 그로 인하여 법규정이 양심의 자유에 위반되기 때문에 위헌인 것은 아니다. 양심의 자유는 개별적으로 발생할 수 있는 무수한 양심상 갈등에 대하여 입법자가 구체적 경우마다 어떠한 방법으로 개인의 양심을 배려해야 하는가에 관하여는 아무런 구체적인 지침을 제시하지 않는다. 마치 헌법 제11조의 평등원칙이 입법자에게 ‘정의로운 법질서의 형성을 위하여 객관적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 규범의 대상을 實質적으로 平等하게 規律해야 할’ 일반적 의무를 부과하는 것과 같이, 양심의 자유는 입법자에게 단지 양심의 자유의 객관적 내용인 ‘寬容의 原則을 실천할 것’, 즉 ‘양심의 자유를 보호하는 법질서를 형성할 것’을 위임하고 있을 뿐이다.

따라서 양심의 자유에서 파생하는 입법자의 의무는 단지 입법과정에서 양심의 자유를 고려할 것을 요구하는 一般的 義務이지 구체적인 내용의 대안을 제시해야 할 헌법적 입법의무가 아니므로, 헌법재판소는 원칙적으로 양심의 자유가 부과하는 입법자의 추상적 의무를 근거로 대안을 부여하지 않는 법률에 대하여 위헌판단을 하거나 또는 입법부작위 위헌확인을 할 수 없다.<sup>52)</sup> 다시 말하자면, 양심의 자

52) 군복무를 거부하는 여호아의 증인과 같이 양심상의 이유로 병역의무의 이행을 거부하는 자에 대하여 대체복무의 가능성을 입법화하지 않은 것은 合憲이다. 병역의무와 양심의 자유가 충돌하는 경우 입법자는 법익형량과정에서 양심의 자유를 고려해야 할 의무가 있으나, 법익형량의 결과가 국가안보를 고려할 때 국방이란 공익을 위태롭게 하지 않고서는 양심의 자유를 실현할 수 없다는 판단

유는 입법자로부터 구체적 법적 의무의 면제를 요구하거나 법적 의무를 대체하는 다른 가능성의 제공을 요구할 수 있는 주관적 권리, 다시 말하자면 자신의 주관적 윤리적 상황을 다른 국민과 달리 특별히 배려해 줄 것을 요구하는 권리를 원칙적으로 부여하지 않는다.

단지, 예외적으로 헌법이 스스로 대안을 제공할 것을 규정하고 있거나<sup>53)</sup>, 또는 입법자가 양심갈등의 발생 가능성을 사전에 충분히 예측할 수 있었고 공익실현이나 범질서를 저해함이 없이도 대안의 제시가 가능하다는 것이 명백한 경우에 한하여,<sup>54)</sup> 양심을 보호하는 대안을 제시해야 할 구체적인 입법자의 의무가 인정된다. 그러나 법익교량과정에서 법적 의무를 대체하는 다른 가능성을 허용하더라도 실현하고자 하는 공익의 달성이 명백한 경우는 사실상 예외에 해당한다고 보이므로, 입법과정에서 양심의 자유를 고려해야 할 입법자의 의무는 헌법적으로 거의 관철될 수 없는 것으로 판단된다.<sup>55)</sup>

---

에 이르렀기 때문에 병역의무를 대체하는 대체복무의 가능성을 제공하지 않았다면, 이러한 입법자의 결정은 양심의 자유에 근거하는 입법자의 양심보호의무에 대한 위반이라고 할 수 없다. 헌법이 스스로 양심상의 이유로 인한 병역거부의 경우에 대하여 대체의무를 제공할 것을 규정하고 있지 않는 한, 입법자는 양심의 자유에 의하여 대체의무를 제공해야 할 구체적 의무를 부과받지 아니하고, 따라서 양심의 자유에 의해서는 아무런 구체적인 헌법적 구속을 받지 아니한다. 이에 따라 법익교량과정에서 양심의 자유를 고려해야 할 국가의 과제는 실질적으로 법적용기관에게 전가되었다.

53) 우리 헌법에는 법적 의무를 대체하는 가능성을 명시적으로 제시하는 규범이 없으나, 독일 기본법은 양심상의 이유로 병역의무를 거부할 권리를 명문으로 인정하면서(제4조 제3항) 병역의무에 대한 대안으로서 ‘대체복무’(제12조 제2항)를 규정하고 있고, 연방대통령 등의 취임선서와 관련하여 ‘종교적 내용없는’ 선서를 할 수 있다고(제56조 제2문) 대안을 명문으로 제시하고 있다.

54) 또한 법제정 당시에는 입법자가 양심갈등의 발생 가능성을 예측할 수 없었으나, 법적용기관이 법률을 적용한 결과 양심의 자유에 대한 과도한 침해가 발생한다는 것이 확인되었고 입법자도 이를 장기간에 걸쳐 충분히 인식할 수 있으며 대안을 제시하더라도 범질서나 공익을 위태롭게 하지 않는다는 것이 명백하다면, 대안을 제시하는 방향으로 法律을 改善해야 할 의무를 인정할 수 있다. 독일의 판례 중 유일하게 입법자의 입법개선 의무를 언급한 결정으로는 vgl. BVerfGE 33, 32ff.(Eidespflicht)

55) ‘법률이 양심의 자유에 위반되는가’의 문제는 ‘입법자가 양심의 자유를 고려해야

#### 다. 양심의 자유를 고려해야 할 法適用機關의 義務

양심의 자유를 고려해야 할 입법자의 의무가 헌법소송으로 관철하기 어려운 일반적 의무라 한다면, 결국 양심의 자유를 보호하는 과정은 입법자가 아니라 사실상 법을 적용하는 법원과 행정청으로 전이되었으며, 양심의 자유와 법질서간의 법익교량의 문제는 양심의 갈등이 발생한 개별 사건에서의 구체적인 法適用過程에서 해결해야 할 문제가 되었다.

헌법적으로 아무런 하자가 없는 合憲的 法律을 적용하는 경우에도 개인에 따라 양심상의 갈등을 일으킬 수 있으므로, 양심의 자유는 법률을 적용하는 국가기관인 法院과 行政廳에 대하여 합헌적 법률을 개별적인 경우에 적용하는 과정에서 발생하는 양심상의 강제에 대한 보호를 요청한다. 모든 법규범은 다양한 생활관계를 일반·추상적으로 규율해야 하기 때문에, 입법자의 법익형량이 구체적인 경우의 고유하고 특수한 상황, 특히 개인에 따라서는 양심상의 갈등을 불러일으킬 수 있다는 것을 충분히 고려하지 못한다. 따라서 개별적인 경우의 구체적인 상황을 고려하여 법관이 다시 한 번 양심

---

할 의무를 제대로 이행했는가'의 문제로 귀결된다. 자유권에서 파생하는 보호의 무나 사회적 기본권의 실현의무와 마찬가지로, 입법자에 의한 良心 保護義務의 이행은 '헌법의 객관적 내용인 寬容의 原則의 실현여부'에 관한 것이기 때문에, 권력분립과 민주주의원칙의 관점에서 입법자에게 광범위한 형성권이 부여되며, 그 결과 입법자의 의무이행은 헌법재판소에 의하여 매우 제약적으로만 관철될 수 있다. 소위 "明白性의 理論"은 입법자가 헌법의 객관적 내용을 실현하는 영역에서 일반적으로 적용될 수 있는 심사기준이므로, 입법자에 의한 양심보호의무의 이행여부를 판단함에 있어서도 이러한 기준이 적용되어야 한다고 본다. 사회적 기본권 실현에 대한 헌법재판소의 판단기준으로서 명백성 원칙에 관하여 한수웅, 헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계, 인권과 정의 1997. 1., 82면 이하, 보호의무의 실현에 대한 헌법재판소의 판단기준으로서 명백성 원칙에 관하여 한수웅, 입법부작위에 대한 헌법소원, 이명구 박사 화갑기념논문집, 1996, 710면 이하

의 자유와 공익간의 법익형량을 해야 한다. 이러한 의미에서 양심의 자유는 法官에 대한 요청, 구체적으로 法律의 良心友好的 適用에 대한 요청이다.<sup>56)</sup>

법률이 법적용기관에 재량을 부여하고 있다면, 법적용기관은 입법 목적을 실현하면서도 양심의 자유를 고려하는 방향으로 재량을 행사해야 한다. 또는 법규범이 해석을 요하는 一般條項이나 不確定 概念을 담고 있는 경우, 법관은 양심우호적으로, 즉 개인이 양심을 유지할 수 있도록 대체의무나 대체행위 가능성을 제공할 수 있는 방향으로 법규범을 해석해야 한다.<sup>57)</sup> 이는, ‘국민 모두에게 적용되는 법률에 대하여 예외를 허용하여 양심상의 결정을 가능하면 그대로 유지하도록 하면서, 한편으로는 법적 의무를 대체할 수 있는 다른 의무를 이끌어낼 수 있는가’를 판단하는 작업이다. 물론 전제조건은, 법률을 그러한 방법으로 해석하는 것이 가능하고 그러한 해석에도 불구하고 법률이 의도하는 공익의 실현이 가능하며, 또한 양심상의 갈등을 주장하는 개인에게도 그러한 해결책을 받아들일 것을 요구할 수 있는 경우이다. 이러한 조건이 성립될 수 없다면, 양심상의 이유로 법적 의무의 이행을 거부하는 자는 의무위반에 대하여 가해지는 법률상 규정된 불이익이나 징계를 감수해야 한다. 양심의 갈등을 피할 수 있는 대안이 있고 대안을 제시해도 공익과 법의 목적이 충분히 실현될 수 있음에도 법관이 이와 같은 양심우호적 해석을

56) Vgl. BVerfGE 23, 127, 134; 33, 23, 32ff., 독일의 연방헌법재판소는 이 결정에서 ‘법적 근거없이 증언이나 선서를 거부하는 행위를 징계하는 규정(독일 형사소송법 제70조 제1항)을 해석함에 있어서, 형사소송법에 명시적으로 열거된 이유 외에도 또한 기본법 제4조 제1항의 양심·종교의 자유가 선서의 거부를 정당화하는 “法的 根據”로서 고려될 수 있도록, 헌법합치적으로 해석해야 한다’고 판시하였다; Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S.291f.; Mager, in: Münch/Kunig, Rn.24

57) Vgl. Rupp, NVwZ 1991, S.1036f.

하지 않는다면, 이러한 법관의 결정은 양심의 자유에 대한 과도한 제한으로서 비례의 원칙에 위반된다.

#### 라. 私人間的 분쟁의 경우 良心友好的 規範解釋의 요청

법관에 대한 양심우호적 규범해석의 요청은 私人間的 분쟁에 있어서, 특히 노동법상 근로자가 양심상의 이유로 作業을 拒否하는 경우에 문제된다.<sup>58)</sup> 이 경우, 법관은 우선 다른 대체 작업가능성을 타진해 보고 이러한 가능성을 제공하는 것이 불가능한 경우에 비로소 근로자의 해고가 정당화된다고 판단해야 한다.

기본권은 사인에 의해서도 침해될 수 있기 때문에, 기본권은 사인간의 관계에서도 효력을 가진다. 이 경우 기본권의 대사인적 효력이 직접효력인가 아니면 간접효력인가의 논쟁에 관계없이, 법원에 미치는 기본권의 효력은 동일하다. 基本權의 第3者效란, 민사법원의 법관은 그의 판결을 통하여 기본권을 존중하고 실현해야 할 의무가 있다는 것을 의미하며, 이러한 의무는 특히 법관의 헌법합치적 또는 기본권합치적 법률해석과 위헌제청의무에서 표현된다.

마찬가지로, 양심의 자유도 국가의 법적 의무관철에 대한 방어기능 외에, 사인의 강제에 대하여 개인의 양심을 보호해야 할 국가의 의무를 부과하며, 이는 구체적으로, 채무자가 양심상의 이유로 계약의 이행을 거부하는 경우, 즉 私法上的 청구권이 문제될 때, 민사법원이 양심상의 갈등이라는 抗辯事由를 존중하고 고려해야 한다는 것을 의미한다.<sup>59)</sup> 민사법원은 ‘양심의 자유’와 이를 제한하는 사적

58) Vgl. W. Kluth, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die allgemeine Geltung der Gesetze, S.229

59) Vgl. Prueß, AK, Rn.48; Mager, in: Münch/Kunig, Rn.31

자치의 원칙의 구체적 표현으로서 ‘계약준수의 원칙’을 교량해야 하는데, 이러한 법의교량의 장소는 일반조항이나 불확정개념이다. 계약의 효력은 채무자의 양심상의 갈등에 의하여 원칙적으로 문제삼아 질 수 없다. 민사법원이 양심의 자유를 고려하기 위해서는 양 당사자에게 요구할 수 있는 대안이 있는가를 판단해야 하는데, 이는 구체적으로 양심을 유지시킬 수 있는 다른 가능성이 있고 이를 채권자에게 요구하는 것이 가능한가에 달려 있다.<sup>60)</sup> 만일 이러한 가능성이 없다면, 양심상의 갈등으로 말미암아 계약을 위반하는 자, 즉 채무자가 계약의무이행의 거부에 대한 책임을 져야 한다. 민사법원이 ‘양심상의 갈등이 존중받을 만한 것인가’의 판단에 있어서, 의무의 이행을 거부하는 채무자가 계약의 체결시 양심상의 갈등을 예견할 수 있었는가 하는 관점이 또한 중요한 역할을 한다.

#### 마. 良心犯의 문제

良心友好的 解釋의 또 다른 중요한 적용영역은 소위 良心犯에 대한 量刑이다. 법규정이 법관에게 양형의 가능성을 부여한다면, 법관은 양형에 있어서 범죄인의 양심의 자유를 고려해야 한다. 국가의 법적 평화와 타인의 법익의 보호의 관점에서 형법의 효력이 개인의 양심의 동의여부에 달려 있을 수 없음은 물론이다. 따라서 양심범도 원칙적으로 처벌받아야 하나, 법관은 개별적인 경우의 구체적인 상황을 고려하여 양심의 자유와 국가의 형벌권 사이의 법익형량을 해야 한다. 즉 법관은 형벌권의 행사에 있어서 가능하면 개별적인 경우마다 범행동기에 해당하는 양심상 결정의 윤리성을 고려해야 한다.<sup>61)</sup>

60) Vgl. Rupp, NVwZ 1991, S.1037f.; Mager, in: Münch/Kunig, Rn.51

타인의 생명, 신체의 자유, 재산권 또는 헌법적으로 보호되는 제3자의 법익 등을 보호하는 형법규범에 대한 위반은 양심에 따른 행위의 경우에도 그 위법성이 조각되지 않는다. 그러나 범죄행위의 동기로서 양심상 결정이 행위의 責任性이나 量刑의 범주에서 고려될 수 있다.<sup>62)</sup> 법규범에 합치하는 행위를 기대할 수 있는 가능성이 전혀 없는 특수한 상황에서는, 양심상 결정을 고려하는 것이 예외적으로 책임성 조각사유로 인정될 수 있다. 그러나 일반적으로 행위의 주관적 비난가능성으로서 책임이 조각되는 것은 아니나, 범인의 의사와 관계없이 발생한 갈등상황에서 행한 범죄의 경우, 특히 부작위범의 경우 형의 감경이 고려될 수 있다. 양심의 자유와 법적 의무의 충돌이 법질서에 미치는 영향이 제한적일수록, 범인의 범행동기의 윤리성이 높을수록, 범인이 자신의 의도와 관계없이 양심상의 갈등 상황에 처하고 갈등상황의 발생에 대하여 아무런 영향을 미칠수 없을수록,<sup>63)</sup> 형법상의 책임성 판단이나 양형에 있어서 양심상 결정이 피고인에게 유리한 요소로서 고려되어야 한다.<sup>64)</sup> 이러한 점에서 볼 때, ‘여호아 증인’의 병역의무 거부에 대하여 개인의 양심의 자유를 전혀 고려하지 않고 법정최고형을 선고한다면, 이러한 판결은 법률의 적용에 있어서 기본권의 의미를 완전히 간과한 것으로서 위헌이다.<sup>65)</sup>

61) 같은 취지로 허영, 헌법이론과 헌법, 2000, 524면

62) Vgl. BVerfGE 32, 98, 108; Preuß, AK, Rn.4; Mager, in: Münch/Kunig, Rn.50; Faller, Gewissensfreiheit und ziviler Ungehorsam, in: FS für Hildebert Kirchner, 1985, S.78; Herdegen, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, S. 299ff.

63) ‘갈등야기의 책임’에 따른 구분을 언급한 것으로는 허영, 한국헌법론, 1999, 379면

64) Vgl. Mager, in: Münch/Kunig, Rn.50

65) Vgl. BVerfGE 32, 98, 108ff., 종교상의 이유로 모든 의료조치를 거부하는 부부의 경우, 妻가 출산 중 시급히 수혈을 요하는 상황에서 스스로의 결정으로 수혈을 거부하였고 이에 夫가 처에게 수혈을 받도록 설득하지도 않았기 때문에 그

#### 4. 양심실현의 자유의 保障의 程度

‘어떠한 경우에 양심의 자유가 다른 헌법적 법익에 대하여 양보해야 하는가’의 문제는 ‘개인에게 양심실현의 자유를 허용하는 경우, 국가 및 그의 법질서가 어느 정도로 이를 견디어 낼 수 있는가’의 문제와 표리관계에 있다. 국가가 개인의 양심실현의 자유를 존중할 수 있는가의 문제는, 양심의 실현이 작위에 의하여 아니면 부작위에 의하여 이루어지는가, 양심실현의 자유를 존중하여 법질서의 위반에 대하여 예외를 허용하는 것이 국가공동체와 법질서의 존속을 근본적으로 문제삼는가, 법질서와의 충돌에서 발생하는 양심상 갈등의 강도 등의 관점에서 판단되어야 한다. 이러한 관점을 하나씩 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 일반적으로 국가가 양심실현의 자유를 허용할 수 있는 정도는 ‘법적 의무의 이행을 거부하는가, 즉 양심에 반하는 행위를 강요받지 아니할 자유가 문제되는가’(不作爲의 자유) 아니면 ‘양심상의 결정을 적극적인 행위를 통하여 실현하려고 하는가’(作爲의 자유)에 따라 다르다.<sup>66)</sup> 법적 의무의 이행거부는 단지 수동적인 부작위에

---

결과 처가 사망하였다. 이 사건에서 법원은 부가 救助行爲를 하지 않았다는 이유로 부에게 벌금형을 선고하였는데, 독일의 연방헌법재판소는 ‘독일 형법 제 330c조의 救助不作爲罪의 해석과 적용에 있어서 양심의 자유(이 사건에서 헌법재판소는 종교의 자유를 심사기준으로 하여 판시하였으나, 그 법리는 양심의 자유에도 동일하게 적용된다)를 고려해야 하는데 법원이 이를 간과하고 판단하였다’는 이유로 법원의 판결을 취소하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 ‘처는 스스로의 결정에 의하여 수혈을 거부하였고 부는 처의 이러한 결정을 무시하고 자신의 결정으로 대체해야 할 의무가 없을 뿐 아니라 오히려 부부는 서로 상대방의 생과 사에 관한 진지한 결정을 존중해야 하고, 동일한 믿음을 가진 부부가 서로에게 신앙에 근거한 수혈거부행위의 위협성을 확인시키고 결국 서로 각자의 신앙을 포기하도록 설득할 것을 국가공동체는 요구할 수 없기 때문에, 처의 결정을 존중하려는 부의 행위는 형법적으로 비난할 여지가 없다’고 판시하였다.

66) Vgl. Arndt, NJW 1966, S.2205f.; Bethge, HdbStR Bd.6, S.459; Luhmann, AöR 90, S.282f.; 물론 이러한 기준은 절대적인 것이 아니라 법익형량과정에서 고려할



그친다는 점에서, 일반적으로 타인의 법익을 직접 침해하는 것도 아니고 공익을 크게 저해하지도 않기 때문에 법질서에 미치는 영향이 작다. 따라서 국가가 의무이행의 거부를 관용할 수 있는 여지가 있다. 이에 대하여 적극적인 행위를 통하여 양심을 관철하려는 대부분의 경우, 타인의 법익을 직접 침해하고 법질서에 대한 파괴효과가 지대하기 때문에, 국가의 법질서가 건디어 낼 수 있는 한계를 넘어선다. 이러한 경우 국가가 관용을 보일 수 있는 여지가 지극히 제한될 뿐 아니라, 오히려 타인의 법익보호와 법질서의 유지를 위하여 그러한 행위를 징계해야 할 필요성이 강하게 나타난다.

둘째, 법질서의 복종의무에 대한 예외의 허용은 國家의 存立을 위해하지 않는 경우에만 가능하다. 인간의 생명과 신체를 훼손당하지 않을 자유, 국가의 존립, 법적 평화와 국가안보는 국가의 근본적이고 최종적 존립목적으로서, 국가는 어떠한 경우라도 이러한 법익을 포기할 수 없다.<sup>67)</sup> 따라서 이러한 중대한 법익은 양심의 자유라 하더라도 원칙적으로 넘을 수 없는 헌법상의 한계이며, 국가가 관용을 보일 수 없는 영역이자 양심실현의 자유가 양보를 해야 하는 영역이다.

국가공동체 및 법질서의 존속이 문제되지 않는다면, 양심의 자유는 규범적 명령을 준수해야 하는 의무로부터의 부분적인 면제를 허용해 줄 것을 요청한다. 국가가 절대로 포기할 수 없는 근본적인 영역이 아닌 한, 국가는 개인의 양심을 존중하기 위하여 寬容과 義務免除의 가능성이 존재하는가를 판단해야 한다. 법질서는 원칙적으로

---

수 있는 하나의 중요한 관점이다. 법적 의무의 구체적 성격에 따라, 부작위에 의한 양심실현이 작위에 의한 양심실현보다도 공익과 법질서를 위해하는 경우도 있다.

67) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.59f.; Bethge, HdbStR Bd.6, §137 Rn.30

합헌적 법률과 그에 근거한 법 적용기관의 결정에 대한 복종을 요구하지만, 예외적인 경우 양심의 자유는 법질서의 준수 의무로부터 면제나 법복종의 의무 위반시 가해지는 국가적 징계의 경감이나 면제를 가져 올 수 있다.

셋째, 국가의 법적 의무의 부과로 인하여 '양심에 반하는 행위를 강요받지 아니 할 자유'가 문제되는 경우, 양심상의 결정을 유지하려는 개인에게 발생하는, 법질서의 강제에 의한 良心上 葛藤의 程度는, '양심에 반하는 행동을 스스로 하도록 강요받는가' 아니면 '양심에 반하는 행동이 타인에 의하여 대체될 수 있기 때문에, 타인이나 국가의 개입에 의하여 강제적으로 양심에 반하는 행동이 이루어질 수 있는가'에 따라 다르다.<sup>68)</sup> 예컨대 병역의무나 선서의무, 고지의무와 같이, 법적 의무의 성격상 국민이 자신 스스로의 행동을 통하여 이행해야 하는 의무의 경우, 개인이 겪는 양심상의 갈등이 크다는 점에서 특히 관용이 요청된다. 그러나 양심의 자유를 주장하는 자에 대하여 아무런 대체의무의 부과없이 국민 모두에게 적용되는 의무로부터 면제하는 것은 기본권이 허용하지 않는 특권을 부여하는 것과 같다. 그러므로 양심의 자유가 개별적으로 국민의 의무로부터의 예외를 허용한다면, 이러한 관용과 부분적인 의무면제가 소수의 특권이 되지 않도록, 국가는 가능하면 다른 대체의무의 부과를 통하여 이러한 불평등적 요소를 상쇄해야 한다.<sup>69)</sup>

이에 대하여 양심상의 이유로 납세의무의 이행을 거부하거나 또는 보호자가 자녀의 생명이 달린 치료에 대한 동의를 거부하는 경

68) Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.61f.

69) Vgl. Böckenförde, VVDStRL 28(1970), S.61f.; Bethge, HbStR Bd.6, Rn.35, 예컨대, 종교적 내용의 선서를 거부하는 자는 '종교적 내용없는' 선서의 의무를 이행해야 한다. 병역의무를 거부하는 자는 그의 양심을 존중하는 다른 대체복무를 받아들여야 한다.

우, 법질서가 요구하는 행동이 제3자나 국가에 의하여 법원의 명령이나 조세의 강제징수의 형태로 대체될 수 있다. 이러한 경우 국가의 법질서가 개인에게 양심에 반하는 행동을 강요하는 것이 아니라 이미 양심을 보호하는 다른 대체행위 가능성을 제공하고 있는 것이다.<sup>70)</sup> 양심의 자유는 단지 자신이 직접 양심에 반하는 행위를 하는 것을 금지하는 것이지 제3자가 대신하는 것을 금지하는 것은 아니다. 양심상의 이유로 납세의무의 이행을 거부하는 자는 자신의 행동을 통한 자발적인 납부를 거부할 수 있다. 그러나 그 대신 대체행위로서 국가에 의한 강제징수를 감수해야 한다.

## V. 양심의 자유에 관한 憲法裁判所의 주요결정 및 그 문제점

### 1. 주요결정 요지

#### 가. 현재 1991. 4. 1. 89헌마160 결정(사죄광고제도)<sup>71)</sup>

헌법 제19조는 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다.”라고 하여 양심의 자유를 기본권의 하나로 보장하고 있는바, 여기의 양심이란 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론, 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적

70) 조세의 납부를 거부하는 행위는 이미 위 II. 2. 가. (2)에서 서술한 바와 같이 양심의 자유에 의하여 보호되지 않으나, 설사 이를 보호범위에 포함시킨다 하더라도, 국가는 “강제징수”란 대체행위의 가능성을 통하여 납세자의 양심의 자유를 보호하고 있다.

71) 판례집 3, 149, 153-154면

판단도 포함된다고 볼 것이다. 그러므로 양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 안되는 내심의 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 않는 자유, 즉 윤리적 판단사항에 관한 침묵의 자유까지 포괄한다고 할 것이다. ...그런데 사죄광고제도란 타인의 명예를 훼손하여 비행을 저질렀다고 믿지 않는 자에게 본심에 반하여 깊이 “사과한다.”하면서 죄악을 자인하는 의미의 사죄의 의사표시를 강요하는 것이므로, 국가가 재판이라는 권력작용을 통해 자기의 신념에 반하여 자기의 행위가 비행이며 죄가 된다는 윤리적 판단을 형성강요하여 외부에 표시하기를 명하는 한편, 의사·감정과 맞지 않는 사과라는 도의적 의사까지 광포시키는 것이다. 따라서 사죄광고의 강제는 양심도 아닌 것이 양심인 것처럼 표현할 것의 강제로 인간양심의 왜곡·굴절이고 결과 속이 다른 이중인격형성의 강요인 것으로서 침묵의 자유의 파생인 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이며, 따라서 우리 헌법이 보호하고자 하는 정신적 기본권의 하나인 양심의 자유의 제약이라고 보지 않을 수 없다.

#### 나. 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11 결정(음주측정에 응할 의무)<sup>72)</sup>

양심이란 인간의 윤리적·도덕적 내심영역의 문제이고, 헌법이 보호하려는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리이지, 막연하고 추상적인 개

72) 판례집 9-1, 245, 263-264면

념으로서의 양심이 아니다. 음주측정에 응해야 할 것인지, 거부해야 할 것인지 그 상황에서 고민에 빠질 수는 있겠으나, 그러한 고민은 선과 악의 범주에 관한 진지한 윤리적 결정을 위한 고민이라 할 수 없으므로, 그 고민 끝에 어쩔 수 없이 음주측정에 응하였다 하여 내면적으로 구축된 인간양심이 왜곡·굴절된다고 할 수 없다.

따라서 음주측정요구와 그 거부는 양심의 자유의 보호영역에 포괄되지 아니하므로, 주취운전의 혐의자에게 주취여부의 측정에 응할 의무를 지우는 도로교통법 규정은 양심의 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.

#### 다. 헌재 1998. 7. 16. 96헌바35 결정(국가보안법상의 불고지죄)<sup>73)</sup>

헌법 제19조가 보호하고 있는 양심의 자유는 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유를 포함하는 내심적 자유(forum internum)뿐만 아니라, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 양심실현의 자유(forum externum)를 포함한다고 할 수 있다. 내심적 자유, 즉 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유는 내심에 머무르는 한 절대적 자유라고 할 수 있지만, 양심실현의 자유는 타인의 기본권이거나 다른 헌법적 질서와 저촉되는 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 할 수 있다. 그리고 양심실현은 적극적인 작위의 방법으로도 실현될 수 있지만 소극적으로 부작위에 의해서도 그 실현이 가능하다 할 것이다.

그런데 국가보안법 제10조가 규정한 불고지죄는 국가의 존립과

---

73) 판례집 10-2, 159, 166-167면

안전에 저해가 되는 타인의 범행에 관한 객관적 사실을 고지할 의무를 부과할 뿐이고 개인의 세계관·인생관·주의·신조 등이나 내심에 있어서의 윤리적 판단을 그 고지의 대상으로 하는 것은 아니므로, 양심의 자유 특히 침묵의 자유를 직접적으로 침해하는 것이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 국가의 존립·안전에 저해가 되는 죄를 범한 자라는 사실을 알고서도 그것이 본인의 양심이나 사상에 비추어 범죄가 되지 아니한다거나 이를 수사기관 또는 정보기관에 고지하는 것이 양심이나 사상에 어긋난다는 등의 이유로 고지하지 아니하는 것은 결국 부작위에 의한 양심실현 즉 내심의 의사를 외부에 표현하거나 실현하는 행위가 되는 것이고, 이는 이미 순수한 내심의 영역을 벗어난 것이므로 이에 대하여는 필요한 경우 법률에 의한 제한이 가능하다고 할 것이다. 그리고 여러 가지 국내외 정세의 변화에도 불구하고 남·북한의 정치·군사적 대결이나 긴장관계가 여전히 존재하고 있는 우리의 현실, 불고지죄가 보호하고자 하는 국가의 존립·안전이라는 법익의 중요성, 범인의 친족에 대한 형사처벌에 있어서의 특례설정 등 제반사정에 비추어 볼 때, 이 사건 심판대상이 양심의 자유를 제한하더라도 그것이 과잉금지의 원칙이나 기본권의 본질적 내용에 대한 침해금지의 원칙에 위반된 것이라고 볼 수 없다.

## 2. 비판

### 가. 양심의 概念, 양심의 자유의 保護範圍 및 기본권의 主體

(1) 양심의 자유에 관한 종래의 결정을 보면, 헌법재판소가 양심의 概念을 어떻게 이해하고 양심의 자유의 보호범위를 어떻게 설정

하고 있는가 하는 것이 불분명하다.

사죄광고 결정 및 불고지죄 결정에서는 양심을 “세계관·인생관·주의·신조 등을 비롯하여 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단”으로 정의함으로써 양심을 매우 넓게 이해하고 있다. 헌법재판소가 초기의 결정부터 양심의 자유를 내심의 자유뿐이 아니라 양심실현의 자유도 포함되는 것으로 판단하였다는 점을 감안한다면, 위와 같은 정의에 따른 양심의 자유란, 결국 ‘자신의 인생관이나 가치관, 사상을 형성하고 그에 따라 행동할 자유’를 보장하는 것이 된다. 그러나 ‘자신의 결정에 따라 표현하고 집회에 참가하고 직업을 행사하는 등 행동하는 자유’는 이미 다른 기본권에 의하여 보장되므로, 양심의 자유가 기본권의 체계 내에서 그에게 부여된 고유한 기능을 담당하도록, 다른 기본권의 보호범위와 경계를 설정하는 것이 필요하다. 양심의 자유가 보장하는 바는, 국가가 부과하는 법질서의 명령과 자신의 양심상 명령 사이에서 인격의 정체성을 유지하기 위하여 갈등하는 개인에게 양심에 반하는 행위를 강요하지 않고자 하는 것이다. 이러한 점에서 양심은 “음주측정거부” 결정에서 정의한 바와 같이, “선과 악의 범주에 관한 진지한 윤리적 결정”이라고 좁게 정의하는 것이 타당하며, 이에 따라 양심의 자유가 적용되는 범위는 ‘도덕적 존재로서의 개인의 정체성이 위협받는 상황’에 제한되어야 한다.

(2) 음주측정을 거부하는 경우나 타인에 대한 명예훼손으로 인하여 법원이 명하는 사죄광고를 거부하는 경우, 법질서의 명령과 충돌하는 良心上의 命命이 존재하지 않기 때문에, 양심의 자유의 문제가 아니라 할 것이다. 양심의 자유가 문제되기 위해서는, 음주측정에 응하는 것이나 사죄광고를 하는 것이 종교적이나 윤리적인 확신에 반하는 것이라는 수긍할만한 주장이 가능해야 하는데, 위와 같은 경

우 이러한 주장을 납득할 수 있게끔 하는 것이 사실상 불가능하다. 음주측정이나 사죄광고를 거부하는 것은 양심상의 명령에 의한 것이 아니라 단지 법질서의 명령에 따르기 싫다는 것에 불과하다. 특히 사죄광고를 거부하는 경우, ‘잘못한 것이 없기 때문에 사과할 수 없다’는 것 그 자체만으로는 자신을 구속하는 윤리적 명령, 즉 양심상의 명령을 구성할 수 없고, 따라서 양심상의 갈등상황을 야기하지 않는다.<sup>74)</sup> 양심의 자유가 보호하고자 하는 갈등상황은 본인의 의사와 관계없이 법질서에 의하여 강요된 상황에 있으며, 양심의 자유의 고유한 기능이란 국가에 의하여 일방적으로 강요된 갈등상황에 대한 방어에 있다. 그러나 음주운전이나 명예훼손 등의 능동적인 행위를 통하여 법질서를 위반함으로써 법질서와의 갈등상황을 스스로 야기한 자를 법질서 위반의 결과를 책임지는 과정으로부터 보호하고자 하는 것이 헌법상 양심의 자유의 기능이 아니라고 할 것이다. 만일 사죄광고의 법적 강제가 양심의 자유의 문제라면, 당사자가 승복하지 못하는 판결을 집행하는 모든 경우가 곧 양심에 반한다는 논리인데, 그렇다면 법의 집행과 국가의 형벌권행사는 ‘개인의 양심에 반하지 않는 한 가능하다’는 양심유보의 원칙하에 있게 되며, 이는 결국 법질서와 형벌권의 포기를 의미한다.

양심의 자유가 보장하고자 하는 것이 고유한 인격의 정체성 유지라는 점에 비추어 볼 때, 언론기관에 대한 사죄광고 명령은 언론의 공적 과제의 이행을 위한 보도활동의 범주 내에서 이루어지는 것으로서, 개인적 인격의 정체성 유지와는 아무런 관계가 없다. 즉 신문의 사죄광고 게재로 인하여 그 기사를 작성한 언론인의 윤리적 정체성이 진지하게 위협받을 가능성은 없는 것이다. 사죄광고가 법

74) 같은 견해로는 최대권, 양심의 자유와 사죄광고, 7면 이하,



인인 신문사의 이름으로 게재되며 사죄광고의 실질적 주체도 타인의 명예를 훼손하는 기사를 작성한 언론인이 아니라 신문사라는 점도 사죄광고의 문제가 개인적 양심의 문제가 아니라는 것을 뒷받침한다. 사죄광고의 게재에 있어서 문제되는 것은 언론기관과 언론인의 言論의 자유에 대한 제한의 문제이지, 個人的 良心의 문제가 아닌 것이다. 이러한 관점에서 볼 때, 헌법재판소는 사죄광고 사건에서 양심의 자유가 아니라, 언론의 자유를 침해된 기본권으로서 판단하는 것이 타당하였다고 생각된다.<sup>75)</sup>

(3) 양심의 자유의 보호법익이 ‘개인의 윤리적 정체성·동질성’이라는 점에 비추어, 양심의 자유의 주체는 오로지 自然人이다.<sup>76)</sup> 양심의 자유는 그 성격상 인간 누구에게나 인정되는 인권으로서 외국인도 기본권의 주체가 된다. 양심이란 항상 자주적 인격체의 단독적인 윤리적 결정이기 때문에, 단체에 의하여 집단적으로 행사될 수 있는 종교의 자유와는 달리 양심의 자유는 고도의 個人的 權利이며, 따라서 단체나 법인은 기본권의 주체가 될 수 없다. 그렇다면 헌법재판소의 결정이유와는 달리, 사죄광고의 주체인 신문사는 양심의 자유를 주장할 수 없다.

#### 나. 양심의 자유의 內容

헌법재판소는 “사죄광고” 결정에서, 개인의 윤리적 판단에 국가가

---

75) 유사한 취지로 최대권, 양심의 자유와 사죄광고, 12면; 한편 허영, 사죄광고와 양심의 자유, 법률신문 1991. 7. 15. 15면에서 양심의 자유와 언론의 자유를 함께 제한된 기본권으로 보고 있다.

76) 최대권, 양심의 자유와 사죄광고, 15면 이하; 계획열, 고시연구 1997. 6., 85면; 권영성, 헌법학원론, 1995, 428면; 김철수, 헌법학개론, 2001, 579면; vgl. Bethge, HdbStR Bd.6, §137 Rn.5;

개입해서는 안되는 “内心의 자유”와 이와 같은 윤리적 판단을 국가 권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 않는 “沈默의 자유”로 양심의 자유의 내용을 구분하면서 “양심에 반하는 행위를 강제받지 아니 할 자유”를 “침묵의 자유”의 한 내용으로 보았으나, “불고지죄” 결정에서는 양심의 자유를 내심의 자유인 “良心形成의 자유”와 양심의 결정을 외부로 표현하고 실현하는 “良心實現의 자유”로 구분하면서 양심실현의 자유는 적극적인 작위에 의한 양심실현과 소극적인 부작용에 의한 양심실현을 포함한다고 판시하였다. 종래의 결정과 달리, “불고지죄” 결정은 양심의 자유의 포괄적인 내용을 모두 포함하도록 적절한 기준에 의하여 구분하였고, 특히 양심실현의 자유에는 부작용에 의한 양심실현의 자유뿐이 아니라 作爲에 의한 양심실현의 자유도 포함된다고 밝힌 데 그 의미가 크다.

헌법재판소는 “사죄광고” 결정에서 양심의 자유의 내용을 크게 “내심의 자유”와 “침묵의 자유”로 구분하였는데, 이러한 구분이 양심의 자유의 내용을 제대로 반영하는 것인지 의심스럽다. 헌법재판소가 “불고지죄” 결정에서 판시한 바와 같이, 양심의 자유란 크게 양심형성의 内部 영역과 형성된 양심을 실현하는 外部 영역 또는 形成의 영역과 實現의 영역으로 나누어 볼 수 있기 때문에, 그 내용도 또한 마찬가지로 인간의 내부영역에서 양심을 형성하는 “양심형성의 자유”와 양심을 외부에서 실현하는 모든 자유영역을 포함하는 “양심실현의 자유”로 구분하는 것이 타당하다고 본다.

헌법재판소가 언급하는 “沈默의 自由”란 “양심을 외부에 표명하도록 강제받지 아니 할 자유”인데, 이러한 내용의 침묵의 자유는 “양심에 반하는 행동을 강요받지 아니 할 자유”(부작용에 의한 양심실현의 자유), “양심에 따른 행동을 할 자유”(작위에 의한 양심실현의 자유)를 포괄하는 상위개념이 되기에는 너무 협소하다. 뿐만

아니라 일반적으로 양심의 자유가 외부영역에서 문제되는 경우란 국가가 양심에 반하는 행위명령이나 금지명령을 부과함으로써 개인에게 양심에 반하는 작위나 부작위를 강제하는 상황이며, 그 반면에 침묵의 자유가 보호하고자 하는 상황인 “양심을 표명하도록 강제받는 상황”이란 법적 현실에서 지극히 예외적으로 발생한다는 점을 감안한다면,<sup>77)</sup> 양심의 자유의 보호내용 중 침묵의 자유는 거의 현실적 의미가 없다.<sup>78)</sup> 또한 “양심을 표명하도록 강제받는 상황”이란 대부분의 경우 ‘양심에 반하는 행위를 강요받는 상황’이라는 점에서 보더라도, 침묵의 자유는 양심실현의 자유를 대신하는 용어가 될 수 없음은 물론이고, 양심실현의 자유의 내용 중 일부로서도 독자적인 위치를 차지하기에는 실질적 중요성이 없는 자유영역이라 하겠다.

따라서 헌법재판소는 앞으로의 결정에서는 “내심의 자유”와 “침묵의 자유”로 양심의 자유를 설명할 것이 아니라, 양심형성의 자유와 양심실현의 자유로 구분하는 것이 양심의 자유의 내용을 보다 타당하게 표현하는 것이라고 생각된다.

**다. 良心實現의 자유의 保障 문제**

헌법재판소는 불고지죄 결정에서 ‘국가의 안전에 저해가 되는 죄를 범한 자라는 사실을 알고서도 이를 수사기관에 고지하는 것이 양심에 어긋난다는 이유로 고지하지 않는 것은 不作爲에 의한 良心實現이’라고 판단하였고, 이어서 중대한 공익인 국가 안보와 개인의

77) 양심을 표명하도록 강제당하는 상황으로서 예컨대 日帝 때 기독교인을 가리기 위하여 강요한 “십자가 뺏기”와 같이 행동을 통하여 양심을 간접적으로 표명할 것을 강요하는 상황을 상정할 수 있는데, 이러한 상황이란 양심의 자유가 제한되는 전형적인 경우가 아니라, 오늘날 법치국가에서는 거의 발생할 수 없는 예외적 현상에 속한다.

78) “침묵의 자유”에 관하여 자세한 것은 위 III. 2. 나.(양심표명의 자유) 참조.

양심의 자유의 법익교량 결과 양심의 자유에 대한 제한은 정당하다고 판시하였다.

본법과 친족관계에 있거나 친구관계에 있는 자에게 본법의 범행을 국가기관에 고지해야 하는 상황은 고지의무가 부과된 자에게 양심상의 갈등을 야기하는 전형적인 경우이다. 이러한 상황에서는 ‘친구나 친족을 고지할 수 없다’는 양심상의 결정과 ‘타인의 범행을 고지해야 한다’는 법질서의 명령이 서로 충돌한다. 친구나 친족의 범행을 고지해야 하는 상황은 개인의 윤리적 정체성에 대한 중대한 위기상황에 해당하며, ‘친구나 친족을 고지할 수 없다’는 결정은 양심상의 심각한 갈등 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 진지한 윤리적 결정인 것이다. 이와 같은 경우에 개인에게 그가 스스로 초래하지 않은 갈등 상황에서 그의 양심의 목소리를 따를 수 있는 가능성을 부여하고자 하는 것이 바로 양심의 자유가 보장하고자 하는 대표적인 영역이다. 고지의무의 이행을 거부하는 것은 ‘법질서에 의하여 양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니 할 자유’, ‘양심에 반하는 법적 의무를 이행하지 아니 할 자유’, 즉 不作爲에 의한 良心實現의 자유에 해당한다.

‘법률이 양심의 자유를 침해하는가’의 문제는 ‘입법자가 법률의 제정시 법익교량과정에서 양심의 자유를 보호해야 하는 의무를 이행하였는가’의 문제, 구체적으로 ‘입법자가 양심의 자유를 고려하는 특례규정을 두더라도 고지의무의 부과를 통하여 실현하려는 공익을 달성할 수 있는가’를 판단하는 문제이다. 입법자는 공익이나 법질서를 저해하지 않는 범위 내에서 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적인 면제와 같은 代案을 제시함으로써 양심상의 갈등을 완화해야 할 의무가 있으며, 이러한 가능성을 제공할 수 없다면 적어도 의무위반시 가해지는 처벌이나 징계에 있어서 그

의 경감이나 면제를 허용함으로써 양심의 자유를 보호할 수 있는 여지가 있는가를 살펴보아야 한다.

국가가 양심실현의 자유를 어느 정도로 보장할 수 있는가, 역으로 어느 정도로 제한할 수 있는가의 문제는 ‘개인에게 양심실현의 자유를 허용하는 경우, 국가가 어느 정도로 이를 견디어 낼 수 있는가’에 달려 있다. 일반적으로 국가가 양심실현의 자유를 허용할 수 있는 정도를 판단함에 있어서, 무엇보다도 ‘개인이 소극적으로 법적 의무의 이행을 거부하는가 아니면 양심상 결정을 적극적 행위를 통하여 실현하려고 하는가’, ‘법질서의 복종의무에 대한 예외를 허용하는 것이 국가의 존립과 국가안보와 같은 포기할 수 없는 법익을 위해하는가’ 하는 관점이 중요한 기준으로 고려될 수 있다.<sup>79)</sup>

이러한 기준에 의한다면, 고지의무의 이행거부는 법이 명하는 작위의무를 이행하지 않은 不作爲犯이라는 점에서 작위범보다 법질서의 파괴효과가 적고, 양심상의 갈등상황이 개인의 의사와 관계없이 개인이 아무런 영향을 행사할 수 없는 상황에서 발생했다는 점, 즉 외부에 의하여 갈등상황이 강요되었다는 점에서, 국가가 의무이행의 거부를 관용할 여지가 있다. 그러나 한편으로는 불고지죄의 보호법익이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서이므로, 이와 같은 중대한 법익은 양심의 자유라 하더라도 원칙적으로 넘을 수 없는 한계이자 국가가 관용을 보일 수 없는 영역을 의미한다. 그럼에도 불구하고 친족관계에 있는 자의 범행을 고지할 의무를 부과하는 것은 국가가 보호해야 할 혼인과 가정생활(헌법 제36조 제1항)의 사실적 성립기초를 뒤흔드는 것이자 인간의 본성에 반하는 것으로서 행위의 기대가능성이 없으며, 본범과 친족관계에 있는 자에게 예외를

---

79) 이에 관하여 위 IV. 4. 참조

허용하더라도 국가공동체나 법질서의 존립이 근본적으로 문제되지 않는다는 점에서, 적어도 친족의 범행에 대한 고지의무의 부과는 입법과정에서나 개별적인 범죄에 대한 법관의 책임성 및 양형의 판단과정에서 달리 취급될 것이 요청된다. 따라서 이러한 경우 입법자는 친족의 양심의 자유를 보장하기 위하여 고지의무로부터의 면제나 아니면 적어도 고지의무의 위반시 가해지는 처벌의 경감이나 면제의 가능성을 규정해야 한다. 그런데 국가보안법상의 불고지죄는 그 단서조항에서 “다만, 본범과 친족관계에 있을 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”는 특례규정을 통하여 친족의 양심상 갈등을 특별히 배려하는 규정을 두고 있으므로, 양심실현의 자유에 대한 제한은 비례의 원칙에 위반되는 과도한 제한이라 볼 수 없다.

물론, 양심은 지극히 주관적인 현상으로서 양심갈등의 발생여부를 사전에 예측하기 어려울 뿐이 아니라 모든 범규범의 경우 개인적 양심갈등의 현상이 발생할 수 있다는 점에서, 양심을 배려하는 특례규정을 두어야 하는 입법자의 의무는 원칙적으로 부과될 수 없다. 양심의 자유에서 파생하는 입법자의 의무는 단지 입법과정에서 양심의 자유를 고려할 것을 요구하는 一般的 義務이지 구체적 내용의 대안을 제시해야 할 헌법적 입법의무가 아니므로, 양심의 자유는 자신의 고유한 윤리적 갈등상황을 다른 국민과 달리 특별히 배려해 줄 것을 요구하는 주관적 권리를 원칙적으로 부여하지 않으며, 이에 따라 헌법재판소는 양심의 자유가 부과하는 입법자의 추상적 의무를 근거로 대안을 부여하지 않는 법률에 대하여 지극히 제한적으로만 위헌판단을 할 수 있다.<sup>80)</sup> 그럼에도 친족의 범행을 고지하는 것을 인간에게 기대할 수 없다는 점, 헌법 스스로 혼인과 가족생활을 보호해야 할

80) 이에 관하여 위 IV. 3. 나. 참조

국가의 의무를 부과하고 있다는 점에서 보더라도, 친족에 대한 고지 의무의 부과는 예외적으로, 입법자가 양심갈등의 가능성을 사전에 충분히 예측할 수 있고 공익실현이나 법질서를 저해함이 없이도 대안의 제시가 가능하다는 것이 명백한 경우, 다시 말하자면 법률이 달성하려는 공익보다도 개인의 양심상 결정이 명백히 우위를 차지하는 경우에 해당하는 것으로 볼 수 있다고 생각한다.<sup>81)</sup>

## VI. 맺는말

양심은 자주적·도덕적 인격의 최상의 또는 최종적 윤리적 심급으로서 인격의 정체성·동질성을 심각하게 위협받고 있는 상황에서 비로소 문제된다. 양심의 자유가 보호하고자 하는 바는 양심의 불가침성, 즉 개인의 倫理的 正體性·同質性의 보장이다. 양심의 자유에 의하여 내심의 결정에 근거한 인간의 모든 행위가 보호받는 것이 아니라 ‘양심상의 명령에 근거한 행위’만이 보호된다. ‘良心上の 決定’이란, 선과 악의 기준에 따른 모든 진지한 윤리적 결정으로서, 구체적인 상황에서 개인이 이러한 결정을 자신을 구속하고 무조건적으로 따라야 하는 것으로 받아들이기 때문에, 양심상의 심각한 갈등이 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것을 말한다.

개인의 基本權으로서의 ‘양심의 자유’의 핵심적 내용은 국가에 의하여 강요된 갈등상황에 대한 방어적 기능이다. 양심의 자유가 그

---

81) 이에 대하여 친족 외에 고지의무의 부과로 인하여 양심의 갈등에 빠지는 자의 양심의 자유는 입법자에 의하여 고려될 것을 요청할 수는 없고, 법을 적용하는 법관에 의하여 책임성과 양형의 판단과정에서 고려되어야 한다. 예컨대 본범이 친구이기 때문에 고지의무를 이행하지 않은 자의 경우, 범행동기에 해당하는 양심상 결정의 윤리성이 적어도 양형단계에서 피고인에게 유리한 요소로서 고려되어야 한다.

현실적 기초를 두고 있는 危險 狀況이란, 양심의 갈등에 빠진 개인의 예외적 상황이며, 이러한 정신적 갈등상황에서 자신의 인격적 정체성을 유지하기 위하여 법질서에 대한 복종을 거부하는 개체의 상황이다. 양심의 자유란 개인에게 그가 스스로 초래하지 않은 갈등 상황에서 그의 양심의 목소리를 따를 수 있는 가능성을 부여함으로써, 국가에 의하여 강요된 양심상의 갈등상황을 방어할 수 있는 권리를 부여하는 기본권이다.

개인의 방어권으로서의 양심의 자유는 國家의 觀點에서는 법질서 내에서 개인의 양심상 결정을 어느 정도로 존중하는가 하는 寬容의 문제를 의미한다. 국가는 양심의 자유를 주장하여 법질서에 대한 복종을 거부하는 국민에게 관용을 보임으로써 ‘법질서는 모든 국민에 의하여 존중되고 준수되어야 한다’는 원칙에 대한 예외를 인정하는 것이다. 따라서 양심의 자유를 어느 정도로 보장할 수 있는가의 문제는 국가가 국민에 대하여, 특히 민주적 공동체의 다수결정과 달리 생각하고 달리 행동하고자 하는 소수의 국민에 대하여 어느 정도까지 국가의 체제와 법질서를 유지하면서 관용을 베풀 수 있는가의 문제이다. 이러한 점에서 볼 때, 법률의 위헌성심사에 있어서 다른 기본권의 침해여부를 우선적으로 심사해야 하며, 법률이 다른 헌법적 관점에서 합헌이라는 것을 전제로 하여, 양심의 자유의 문제는 최종적으로 판단되어야 한다.

양심의 자유란, 국가의 법질서와 개인의 양심상 결정이 충돌하는 경우 寬容의 原則을 실현해야 할 의무, 구체적으로 양심상 갈등을 완화할 수 있는 가능성을 제공해야 할 國家의 義務를 부과하는 기본권이다. 양심의 자유는 일차적으로 立法者에 대한 요청으로서, 가능하면 양심의 자유가 보장될 수 있도록 법질서를 형성해야 할 의무를 부과한다. 입법자가 법률의 제정과정에서 양심의 자유를 고려



해야 한다는 요청은 입법자의 一般的 義務이므로, 이로부터 구체적 법적 의무로부터의 면제나 구체적 내용의 대체의무의 제공을 청구할 수 있는 개인의 주관적 권리가 도출되지는 않는다. 개인은 입법자로부터 국민 누구에게나 부과되는 법적 의무의 면제를 통하여 자신의 윤리적 갈등상황을 다른 국민과 달리 특별히 배려해 줄 것을 원칙적으로 요구할 수 없다. 예외적으로 법적 의무를 면제 또는 대체하는 다른 가능성을 허용하더라도 실현하고자 하는 공익의 달성이 명백한 경우에 한하여, 헌법재판소는 입법자에 의한 양심의 자유의 침해를 확인할 수 있을 뿐이다. 따라서 헌법재판소는 입법자의 의무이행 여부를 단지 매우 제약적으로만 심사할 수 있다.

결국, 양심의 자유를 보호하는 과제는 실질적으로 입법자가 아니라 법을 적용하는 법원과 행정청으로 전이되었으며, 양심의 자유와 법질서간의 법익교량의 문제는 양심의 갈등이 발생한 개별 사건에서의 구체적인 法適用過程에서 해결해야 할 문제가 되었다. 따라서 헌법상 양심의 자유의 본질적 기능은 법적용기관에 대한 良心友好的 法適用의 요청이라고 할 수 있으며, 양심의 자유가 보장하고자 하는 바는 결국 合憲的 法律의 적용에서 발생하는 국가의 강제에 대한 방어라고 할 수 있다. 법관이나 행정청과 같은 법적용기관은 법규범의 해석이나 부여된 재량의 행사에 있어서 가능하면 양심의 자유를 실현할 수 있는 방향으로 법을 적용해야 하며, 특히 형법의 영역에서는 양심우호적 법적용의 요청은 책임성의 판단이나 양형에 있어서 중대한 의미를 가진다.