

평화권 관점으로 다시 읽는 국적 선택의 권리: 이른바 ‘국적이탈의 자유’와 관련한 2020년대 전후 헌법재판소 결정례의 주요 동향을 바탕으로

신 준 석*

목차

I. 서론	IV. 헌법재판소의 2020년대 결정례에서 나타난 안보 우위적 해석 관점의 극복 방안
II. 헌법상 평화국가원리와 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점의 대립	V. 결론
III. 이른바 ‘국적이탈의 자유’와 관련한 헌법재판소의 2020년대 전후 결정례 동향	

I 국문초록 I

본고는 헌법상 평화국가원리와 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점 사이의 대립을 출발점으로 삼아, 이른바 ‘국적이탈의 자유’와 관련한 헌법재판소의 결정례 흐름을 비판적으로 검토하고, 그 극복을 위한 대안으로 소위 ‘국적이탈의 자유’를 평화권 관점의 ‘국적 선택권’으로 재해석하는 방안을 제

* 인하대학교 법학연구소 평화와 법센터 객원연구원, 변호사, 법학박사수료
논문접수일 : 2026. 8. 3., 심사개시일 : 2026. 8. 10., 게재확정일 : 2026. 8. 21.

안한다.

헌법재판소는 ‘국가안전보장’을 기본권 제한의 근거로 원용하는 경우 당연히 논증을 면제받는 우월적 가치로 상정함으로써, 안보적 가치를 절대화하고 개인의 기본권을 부차화하는 한편 평화국가원리를 추상적 이념으로 격하하여 그 규범력을 약화시키는 이중의 방식으로 안보 우위적 해석 관점을 고착화하였다. 위 관점은 ‘국적이탈의 자유’가 문제된 사안에서도 발견되는데, 헌법재판소는 줄곧 복수국적자의 국적 선택을 ‘기회주의적 행태’로 규정하는 프레임을 유지하면서 병역 의무의 공평한 이행이라는 안보적 공익을 개인의 기본권보다 우위에 두는 태도를 노정하였다. 이와 관련하여 헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2016헌마889 결정은 선례보다 논증적으로 진일보하였으나 복수국적자의 기회주의적 행태 방지라는 프레임을 여전히 국적 이탈 제한의 정당한 공익으로 전제함으로써 안보 우위적 해석 관점을 잔존시켰고, 그 관점은 후속 입법인 국적법 제14조의2의 까다로운 이탈 허가 요건으로 제도화되어 입증 부담이 기본권 주체에게 전가되는 결과로 이어졌다. 나아가 2020년 이후의 결정례는 2020년의 논증적 진전을 계승하기는커녕 안보 우위적 관점을 더욱 노골적으로 재생산하는 방향으로 전개되었다.

이에 보고는 ‘국적이탈의 자유’를 자유권적 기본권의 틀 안에서 파악하는 종래의 논의 지평을 벗어나서 그것을 평화권의 내용으로서의 ‘국적 선택권’으로 재해석하는 방안을 제안한다. 자유권적 기본권의 틀은 국가 안보를 위한 병역 자원의 확보 필요성이 기본권 제한의 근거로 기능하는 것 자체를 헌법 원리적으로 문제 삼기 위한 이론적 자원을 충분히 제공하지 못하는 반면, 평화권 관점에서 국적 선택을 재인식할 경우 개인이 의사와 무관하게 강요된 무력적·폭력적 질서로부터 이탈하여 평화로운 삶의 공간을 스스로 구성하겠다는 결단은 의무를 회피하려는 이기적 동기에서 비롯된 것이 아니라 자신의 생존과 실존을 전쟁 준비 체계의 부속물로 환원하기를 거부하는 평화적 실천으로 재인식될 수 있다. 이러한 재인식은 국적 선택을 ‘기회주의적 행태’로만 규정하는 헌법재판소의 프레임을 반박하는 이론적 자원을 제공할 뿐만 아니라, 공권력 주체의 안보적 공익 주장을 겨냥한 심사 강도

상향을 요구하는 규범적 장치로 기능함으로써 헌법상 평화국가원리의 정당한 규범적 지위를 복원하는 단초가 될 수 있다는 부분에서 검토의 의의가 있다.

주제어 : 국적이탈의 자유, 국적 선택권, 평화권, 평화국가원리, 안보 우위적 해석 관점

I. 서론

우리 헌법에서 말하는 국민이란 대한민국의 국적을 가진 모든 사람이고,¹⁾ 이때 국적이란 대한민국의 국민이 되는 법적 자격이다.²⁾ 한편 대한민국의 국민은 단순한 통치의 대상이 아니라 영토·주권과 더불어 국가의 핵심 구성 요소이자, 헌법 제1조 제2항에서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온”다고 천명하였듯이 주권의 행사자이며, 헌법제정권자이자 기본권의 주체라는 지위도 점유한다.³⁾ 한편 우리 헌법은 제2조 제1항에서 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한”다고 위임함에 따라 하위법의 구체화를 요청하므로, 우리 헌법에서 말하는 국민의 자격은 ‘대한민국의 국민이 되는 요건’을 규정하는 법률인 국적법의 구체적인 개념 형성 과정을 거치게 된다.

우리 법체계에서 ‘국민의 자격’으로서 국적을 취득하기 위한 구체적인 요건이 법률로 형성되는 이상 그것은 국회의 법률 개정이라는 입법적 통제는 물론 헌법재판소의 규범 통제도 받는 대상이 되고,

1) 이경주, 헌법 I (제2판), 박영사, 2019, 221면.

2) 김하열, 헌법강의(제8판), 박영사, 2026, 42면.

3) 정상우, “헌법상 국민 개념의 형성 과정과 영향”, 『헌법학연구』 제29권 제2호, 2023, 2-3면.

이에 따라 국민의 지위에 대하여 헌법재판소가 취하는 입장도 국회의 그것 못지않게 주목의 대상이 된다. 그러나 세계화에 따른 국제이주의 활성화가 가속도를 더하는 지금 시점에서 헌법재판소가 다음의 물음과 관련하여 적시성 있는 답변을 내놓고 있는지는 의문스럽다. ‘만약 누군가가 더 이상 한국인이 되기를 거부한다면, 우리 사회는 과연 무엇을 근거로 그러한 실천을 가로막을 수 있는가? 타고난 국적을 스스로 변경하겠다는 선언은 세부 동기를 불문하고 그의 모든 생애를 걸어서 단행하는 하나의 실존적 결단이 아닌가?’ 소위 ‘국적이탈의 자유’를 헌법상 기본권으로 파악하면서도 동시에 그 법률적인 제한 여지를 널리 인정하고 있는 헌법재판소 특유의 태도의 근간이 ‘무국적자를 만들지 말라’는 국제법적 인도주의 요청에서 나아가기보다는 오히려 병역 자원 확보 등 헌법 제37조 제2항의 ‘국가 안전보장’ 내지는 국가 안보라는 키워드로부터 도출되고 있음을 인식하는 시점에서, 헌법재판소가 상정하는 국적 선택의 기본권과 국가 안보라는 두 관념 사이의 연결 고리는 하나의 연구 대상이 되는 문제로 부상한다.

이와 관련하여 더욱 근본적인 검토가 필요한 문제는 국적의 선택 내지는 이탈의 문제를 거주·이전의 자유 영역으로 축소하여 접근하는 종래 헌법재판소의 태도이다. 헌법재판소의 다수의견은 2004년 이래로 일관되게 국적의 변경 내지는 이탈이라는 문제를 헌법 제14조 ‘거주·이전의 자유’와의 관계 속에서 파악하고 있으나, 학계는 물론 헌법재판소 재판관 내부에서도 이러한 해석에 대한 반대 견해는 제기되고 있다.⁴⁾ 이때 반대 논거는 주로 인간의 존엄과 가치 및 행

4) 가령 재판관 강일원은 별개 의견으로 “국적을 가지고 이를 변경할 수 있는 권리는 그 본질상 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정하고 있는 헌법 제10조에 서 도출되는 것으로 보아야 하고, 따라서 복수국적자가 대한민국 국적을 버릴 수

복추구권을 규정한 헌법 제10조로부터 국적의 변경·이탈의 자유를 도출하는데, 그러한 견해는 ‘국적이탈의 자유’가 공간적 이동을 넘어서서 개인의 정체성과 소속 공동체를 둘러싼 실존적 자기 결정의 문제임을 포착하고 있다는 부분에서 헌법재판소의 태도보다는 진일보한 측면이 있다. 그러나 반대론도 국적의 변경·이탈을 개인의 자기 결정권 차원으로 환원함으로써 국가 안보 관점의 기본권 제한 논리를 헌법적으로 문제 삼기 위한 이론적 자원을 충분히 제공하지 못한다는 한계가 있다. 반면 국적의 변경·이탈을 일종의 ‘평화적 생존’이라는, 즉 헌법상 평화국가원리에서 도출되는 평화적 기본권 행사의 일환으로 재인식한다면, 국가 안보를 위한 병역 자원의 확보 필요성이 국적의 변경·이탈을 제한하는 근거로 기능하는 것 자체가 헌법 원리와의 긴장 관계 속에서 재검토될 여지가 있다. 나아가 이러한 기본권적 차원의 재인식은 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점으로 인하여 장기간 위축되었던 헌법상 평화국가원리의 정당한 규범적 지위를 복원하는 단초가 될 수 있다는 점에서 그 검토의 의의가 있다.

위 문제의식과 관련하여 몇 년 전 선고된 헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2016헌마889 결정은 고심의 자원을 제공한다. 위 결정은 병역 준비역으로 편입된 남성 복수국적자의 국적 선택 제한을 규정한 국적법 조항이 헌법과 합치하지 아니한다는 결정을 선고함으로써 종래 합헌으로 고수된 선례의 입장을 상당 부분 변경한 결정으로 평가된다. 위 결정은 외국에서 주된 생활 근거를 두고 성장한 선천적 복수국적자의 현실적인 곤란을 고려하여 병역 의무의 공평성 확보

있는 자유도 마찬가지로 헌법 제10조에서 나오는 것이지 거주·이전의 자유에 포함되어 있는 것이 아니”라고 주장하였다(헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2013헌마 805,2014헌마788(병합) 결정).

라는 공익도 기본권을 덜 침해하는 방식 속에서만 정당화될 수 있음을 판시하였고, 그 결정 취지에 따라 입법자는 국적법 제14조의2를 신설함으로써 예외적 국적 선택 허가제라는 특례 제도를 도입하게 되었다. 그러나 후속되는 결정례까지 정렬하여 읽으면 위 변화가 종래의 안보 우위적 사고방식, 특히 병역의 의무를 중심으로 기본권의 한계를 설정하는 해석 관점을 근본적으로 극복하였음을 의미하는지는 여전히 물음표가 붙는다. 본고는 헌법상 평화국가원리 내지는 평화권의 개념과 (사회학적 용어로 ‘군사주의’적 관점이라고 규정 가능할) 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점 사이의 대립으로부터 출발하여, 2020년 결정도 기본권 관점에서 표면상 진일보한 태도를 보이면서도 그 저변에는 여전히 국가 안보 및 병역의 의무를 기본권보다 우선적인 가치로 상정하는 안보 우위적 관점이 잔존하고 있음을 밝힐 것이고, 그 관점 극복을 위한 하나의 활로로 국적의 이탈이라는 기본권 영역을 평화적 기본권의 범주로 재인식하기를 제안할 것이다.

Ⅱ. 헌법상 평화국가원리와 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점의 대립

1. 헌법상 평화국가원리 및 그 파생 개념으로서 평화권의 개요

평화국가란 국제법을 존중하여 국제적 차원에서 평화를 달성하려는 국가를 의미하고,⁵⁾ 헌법상 원리로서 국제평화주의 혹은 평화국가원리란 국가가 국제법을 존중함으로써 국제적 차원에서 평화를

5) 홍성방, 헌법학(상)(제3판), 박영사, 2016, 274면.

달성하려는 원리,⁶⁾ 혹은 “평화주의를 헌법에 수용하여 국제관계 측면에서 구체화한 것으로서 국가가 서로 존중하고 서로 간의 분쟁을 평화적으로 해결할 뿐 아니라 국제법을 지킴으로써 국제적 차원에서 평화를 형성하고 유지하려는 헌법의 기본원리”를 의미한다.⁷⁾ 우리 헌법은 전문에서 “항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함”을 천명함으로써 평화를 헌법의 근본이념으로 수용하고 있고, 또한 헌법 제4조는 평화적 통일의 추진을, 제5조 제1항은 국제 평화의 유지 및 침략적 전쟁의 부인을, 제6조는 국제법 존중 및 외국인의 법적 지위 보장 등을 규정하는바, 이들 조문은 헌법상 국제평화주의 내지는 평화국가원리의 근거가 된다.⁸⁾ 세계 양차 대전 직후 국제법 차원의 전쟁 억지의 한계를 절감하게 된 각국은 헌법의 제정이나 개정을 통하여 평화주의 이념을 국내법상의 내용으로 수용하였는데, 1948년 제정된 우리 헌법 역시도 이러한 국제 동향을 따른 것이다.⁹⁾ 각국의 헌법은 침략전의 부인만이 아니라 전쟁의 포기나 군축, 영세 중립, 통치권 제한, 평화 교란의 금지, 양심적 병역 거부 등의 인정 등 평화국가원리의 구체적인 내용을 달리 규정하고 있으나,¹⁰⁾ 우리 헌법은 ‘침략 전쟁의 부인, 국제법의 존중, 외국인의 법적 지위 보장, 평화적 통일 지향’ 등을 평화국가원리의 주요 내용으로 형성하고 있다.¹¹⁾ 평화국가원리와 같은 헌법의 기본 원리는 헌법의 이념적 기초이자 헌법의 지도 원리로서 헌법 조항을 비롯한 법령의 해석 기준, 입법

6) 허완중, 헌법 비평판: 헌법총론과 국가조직론, 박영사, 2022, 156면.

7) 허완중, “헌법의 기본원리로서 평화국가원리 - 국제평화 유지와 침략전쟁 금지를 중심으로 -”, 『공법연구』 제54집 제2호, 2025, 78면.

8) 김하열, 앞의 책, 151면.

9) 이경주, “개헌사와 평화주의”, 『민주법학』 제31호, 2006, 73면.

10) 박승호, 헌법학개론(제3판), 박영사, 2025, 87-88면.

11) 홍성방, 앞의 책, 277-284면.

이나 정책 결정의 방향 제시, 국가 기관이나 국민의 행동 지침, 헌법 개정의 한계 설정 등 기능을 수행하고, 기본권 해석 및 기본권 제한 입법의 합헌성 심사에서 하나의 심사 기준이 될 수 있다.¹²⁾

객관적 규범 질서인 평화국가원리를 기본권 차원으로 구체화하여 표현한 개념으로 “평화에 대한 권리(Right to Peace)”, 평화적 생존권 혹은 간단히 평화권이라고 통칭되는 권리 개념이 있다.¹³⁾ 이와 관련하여 과거 헌법재판소는 ‘평화적 생존권’을 언급하면서 이를 “전쟁과 테러 혹은 무력행위로부터 자유로워”지기 위하여 “침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리”라고 정의하였는데,¹⁴⁾ 이때 ‘평화적 생존’이라는 개념은 전쟁과 같은 ‘폭력적 갈등에서 벗어나서 생존하는’ 것 정도로 비교적 좁게 해석된 것으로 추정된다.¹⁵⁾ 그러나 사람이 평화롭게 산다는 것은 단지 집단적 전쟁·무력과 관계에서 개인이 ‘생물적으로 생존하는’ 내지는 ‘생명을 빼앗기지 않는’ 차원을 초월하여 ‘평화 속에서 모든 인권을 향유’하는 것이라고 봄이 응당할 것이다.¹⁶⁾ 이때 말하는 ‘평화’를 단지 전쟁과 같은 폭력의 부재라는 ‘소극적 평화’의 개념을 넘어서서 “폭력을 가져오는 구조적 문제와 폭력을 재생산하는 문화적 기제”의 극복이라는 ‘적극적 평화’ 개념으로 확장하여 이해할 수 있다면, 이를 바탕으로 ‘평화의 권리’ 개념도 “생존하며 건전한 삶을 살 수 있는 능력, 지식을 가질 능력, 적정 생활수준을 누릴 능력, 공동체 삶에 참여하고 그에 알맞은 사회적·정치적·경제적 환경을 조성할

12) 황지영, “한국헌법의 이중적 평화관념 - 자유와 안전보장 -”, 『법학연구』 제57권 제3호, 2016, 1면.

13) 이경주, 평화권의 이해, 사회평론, 2014, 24면.

14) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2005헌마268 결정.

15) 허완중, 앞의 논문(각주 7), 93면.

16) 서경석, “헌법상 평화주의와 그 실천적 의미”, 『민주법학』 제25호, 2004, 68면.

능력, 시민적·정치적 자유를 행사할 능력, 폭력으로부터 안전할 능력” 등 “인간의 중심 능력을 직접적 혹은 구조적 폭력으로부터 보호하여 인간다운 삶을 영위할 권리”로 폭넓게 이해할 수 있다.¹⁷⁾¹⁸⁾

그런데 헌법재판소는 평화국가원리와 같은 헌법의 기본 원리를 기본권의 해석 기준으로 인정하면서도 그로부터 구체적인 기본권을 도출하는 것은 원칙적으로 인정하지 않는다,¹⁹⁾ 이러한 태도와 관련하여 평화권의 규범적 지위를 회의적으로 접근하는 견해가 종전부터 제기되고 있었음은 간과할 수 없다. 이를테면 평화권, 환경권, 발전권 등 소위 ‘제3세대 인권’의 개념은 법적 원칙으로 공식화되거나 권리로서 구체적인 의미를 가지지도 못하였으므로 외교적·정치적 수사를 넘어서는 독자성이 없다는 견해(David P. Forsyth), 평화권은 충분한 속의 없이 UN의 위원회나 총회에서 ‘선언’되었을 뿐이어서 권리로 인정되기에는 절차적 정당성이 부족하다는 견해(Philip Alston), 평화권 등 소위 ‘연대의 권리’가 종래 권리 주체인 개인을 넘어서서 결사체에게 법적인 권리·의무를 부여하는 시도가 미성숙하다고 지적하는 견해 등이 주된 반대 견해이다(Carl Wellman).²⁰⁾ 뿐만 아니라 헌법재판소는 2006년의 ‘대한민국과미합중국간의미합중국군대의 서울지역으로부터의이전에관한협정등 위헌확인’ 사건에서 ‘평화적 생존권’을 인간의 존엄과 가치로부터 유래되는 열거되지 아니한 기본권의 일종으로 일응 인정하였다가도,²¹⁾ 이후 2009년의

17) 서보형, “국제 평화권 논의의 추세와 함의”, 『21세기정치학회보』 제22집 제1호, 2012, 67-68면.

18) 이상의 맥락에서 이하에서는 자칫 좁은 의미의 평화로 읽힐 여지가 없지 않은 ‘평화적 생존권’보다는 ‘평화권’이라는 개념을 우선적으로 사용할 것이다.

19) 헌법재판소 1996. 4. 25. 선고 92헌바47 결정.

20) 임재성, “평화권, 아래로부터 만들어지는 인권 : 한국 사회운동의 ‘평화권’ 담론을 중심으로”, 『경제와사회』 제91호, 2011, 172-173면.

21) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2005헌마268 결정.

‘2007년전시증원연습등위헌확인’ 사건에서 종전 태도를 변경하여 “청구인들이 평화적 생존권이란 이름으로 주장하고 있는 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니하고, 평화적 생존권은 이를 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어려워 헌법상 보장된 기본권이라고 할 수 없다”고 판시함으로써 평화권의 기본권적 지위를 부인하였으며,²²⁾ 이때의 태도를 최근의 ‘2023년한미연합군사연습위헌확인’ 사건까지도 그대로 유지하였다.²³⁾ 헌법상 열거되지 아니한 기본권을 인정하려면 기본권 인정의 특별한 필요성의 존재 및 권리내용의 명확성이라는 요건이 요구되는데, 헌법재판소는 직전 선례와는 달리 ‘평화적 생존권’이 두 요건을 충족하지 못한다고 판단함으로써 그 기본권적 지위를 부인한 것이다.

평화권의 기본권적 지위가 현재 우리 법체계에서 확고하게 보장되지 못하고 있는 일차적 이유는 그것이 자유권이나 사회권과 같은 전통적인 권리 문법으로는 온전히 수용되지 않는 측면이 있는 소위 ‘제3세대 인권’ 중 하나이면서,²⁴⁾ 헌법 제35조의 환경권과는 달리 명문으로 직접 규정되지 않았다는 부분을 먼저 생각할 수 있을 것이

22) 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌마369 결정. 다만 위 사건에서 재판관 조대현, 재판관 목영준, 재판관 송두환은 ‘평화적 생존권’의 기본권적 지위는 인정하되 기본권의 침해 가능성이 없음을 들어 각하할 것을 별개 의견으로 주장하였다.

23) 헌법재판소 2023. 3. 13. 선고 2023헌마332 결정. 이후 헌법재판소는 ‘고고도미사일방어체계배치승인위헌확인’ 사건에서 청구인의 ‘평화적 생존권’ 침해 주장과 관련하여 “이 사건 협정이 국민들로 하여금 침략전쟁에 휩싸이게 함으로써 이들의 평화적 생존을 위협할 가능성이 있다고 볼 수 없다”고만 언급함으로써 기본권적 지위 자체를 논점으로 삼지 않는 태도를 표출하였다(헌법재판소 2024. 3. 28. 선고 2017헌마371,372(병합) 결정).

24) 정혜인, “평화적 생존권의 보호영역에 관한 연구”, 「한양법학」 제22권 제3집, 2011, 391면.

다. 과거 헌법재판소는 평화권의 근거를 헌법 제10조 및 제37조 제1항으로부터만 도출하였지만, 위 조문과 더불어 헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리에서도 이를 도출하는 견해,²⁵⁾ 그리고 헌법 제5조 및 제37조 제1항을 근거로 이를 도출하는 견해,²⁶⁾ 나아가 인간의 존엄과 가치나 인간다운 생활권은 물론 평화국가원리의 근거가 되는 헌법 전문과 헌법 제3조 및 제5조 그리고 제6조 전부로부터 그 권리 근거를 도출하는 견해 등이 있다.²⁷⁾ 평화권의 헌법적 근거를 둘러싼 이러한 견해 다툼은 평화권 자체의 기본권적 지위를 긍정하는 이들 사이의 담론 공간에서도 그 규범적 기초가 충분히 정초되지 못하고 있다는 현실을 방증한다.

그러나 평화권의 규범적 기초를 둘러싸고 학계 내부에서 온전한 합의로 도달하지 못한 사정을 감안하더라도 현재까지 헌법재판소가 평화권의 기본권적 지위 인정 여부와 관련하여 소극적 태도를 고수하는 더욱 근본적인 이유는 따로 있다고 생각된다. 이는 평화를 구체적 규범력 있는 헌법의 지도 원리로 부각하기보다 단지 “헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념”일 뿐이라고 탈규범화하는 태도, 그리고 그것의 이항 대립인 것처럼 내세우는 ‘국가안전보장’이라는 개념을 규범 체계 내부에서의 구체적인 형량이나 논증 없이도 과잉 규범화하는 해석 관점으로부터 비롯되는 것이다.²⁸⁾ 헌법재판소가 2009년 ‘평화적 생존권’의 기본권적 지위를 부인하였을 때 재판관 김중대가 보충한 논거는 그러한 계열 인식의 전형이었다고도 지목 가능할 것이다. 그는 “기본권은 국가의 존립을 떠나서 관념할 수 없”

25) 정극원, “헌법상 평화조항에 관한 일고찰”, 『세계헌법연구』 제18권 제3호, 2012, 132면.

26) 이경주, 앞의 책(각주 1), 71면.

27) 허완중, 앞의 논문(각주 7), 95-96면.

28) 황지영, 앞의 논문, 20-21면.

다는 인식을 바탕으로 ‘평화적 생존권’과 같이 국가 존립과 직결되는 공권력 행사로 제동을 거는 구체적 기본권은 관념할 수 없으므로 대 국가적 권리로 존재할 수 없다는 인식을 표출한 것이다. 그렇다면 근본적으로, 국가의 규범적 지위를 마치 당연하다는 것처럼 개인보다 우월적 범주로 배치하는 국가 안보 우위적 인식 자체가 점점의 대상이 되지 않는다면 평화의 규범력을 실질화하거나 그로부터 기본권적 구체성을 도출하는 시도는 앞으로도 적잖은 어려움을 겪게 될 것이다. 그러므로 이하에서는 헌법재판소의 안보 우위의 편파적 해석 관점이 구체적으로 어떻게 전개되었으며, 이로 인해서 평화국가원리의 규범적 지위가 어떻게 위축되었는지를 살펴볼 것이다.

2. 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점의 전개와 헌법상 평화 국가원리의 위축

헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점은 평화국가원리나 평화권의 개념을 구체적인 법해석 차원으로 적용하는 과정에서 결정적인 장애물로 작용하고 있다. “헌법 제37조 제2항에서 기본권 제한의 근거로 제시하고 있는 국가의 안전보장의 개념은 국가의 존립·헌법의 기본질서의 유지 등을 포함하는 개념으로서 결국 국가의 독립, 영토의 보전, 헌법과 법률의 기능, 헌법에 의하여 설치된 국가기관의 유지 등의 의미”라고 판시하면서 ‘국가안전보장’을 폭넓게 정의한 이래로,²⁹⁾ 헌법재판소는 개인의 기본권이 안보적 공익과 대립할 때마다 평화국가원리나 평화권이라는 렌즈로 이를 들여다보는 것은 주저하는 반면 이처럼 적극적으로 정의된 안보적 공익으로 개인의 기본권 요구를 번번이 억압하였다. 기본권 제한의 일반적 법률유보와

29) 헌법재판소 1992. 2. 25. 선고 89헌가104 결정.

관련하여 ‘국가안전보장’이라는 개념이 출현한 계기는 1972년 소위 ‘유신헌법’으로의 개헌인데, 이는 기본권의 본질내용침해금지원칙 규정 삭제와 더불어 유신 체제에서 국민의 기본권을 억압하는 대표적인 장치 중 하나였다.³⁰⁾ 남북의 대치라는 안보적 비상사태의 엄중함을 강조하면서 역대 가장 기본권 퇴행적으로 뒷걸음질한 그 헌법의 악법 조항 중 상당수는 이후 개헌을 거치면서 자취를 감추었지만, 그 퇴행의 중심축 중 하나였던 ‘국가안전보장’이라는 키워드만큼은 여전히 현존하면서 도입 취지대로의 영향력을 행사하고 있는 것이다. 위 맥락에서 ‘안보 우위적 해석 관점’이란, 헌법 제37조 제2항의 ‘국가안전보장’을 기본권 제한의 정당화 근거로 원용하는 경우 동조의 다른 사유와는 달리 그것을 목적적·우월적 가치인 것처럼 상정함으로써, 국가 안보와 개인의 기본권을 대립 관계로 설정하고 그 법익 사이의 형량을 편파적으로 수행하여 국가 안보를 개인 권익보다 우위로 두는 헌법 해석의 관점으로 정의할 수 있다.

헌법재판소의 이러한 안보 우위적 태도를 두고 임재성(2013)은 ‘군사주의’라는 사회학적 개념을 이용하여 하나의 사회적 사실로 분석하고, 이를 바탕으로 헌법재판소가 군사주의라는 체제 이데올로기를 창출하는 핵심 기관으로 기능하고 있다고 주장한다.³¹⁾ 이때 군사주의(militarism)란 국가 안보와 이를 위한 군사력을 절대 선으로 상정하는 이데올로기, 혹은 사회학자 마이클 만(Michael Mann)의 표현을 빌면 “전쟁과 그 전쟁을 준비하는 것이 정상적이고 바람직한 사회적 활동으로 보이게 하는 태도와 일련의 제도들”이라고 정의되는바, 즉 군사주의란 전쟁이나 전쟁 준비 과정을 절대화하는 이데올

30) 이경주, 앞의 논문(각주 9), 88-91면.

31) 임재성, “군사주의에 갇힌 헌법재판소 : ‘국가안보’ 관련 헌법재판소 결정문에 대한 비판적 담론 분석”, 『민주법학』 제51호, 2013, 15-16면.

로기는 물론 그 이데올로기를 사회적으로 관철시키는 행위자의 실천을 포괄하는 개념이다.³²⁾ 안보 관련 사건을 관통하는 헌법재판소의 태도에서 전쟁과 그 준비 활동을 ‘바람직한 것’으로 구성하는 경향이 발견되는바 그 군사주의 담론 구조는 크게 세 가지로 표출되는데, 첫 번째는 북한을 반국가단체임과 동시에 평화 통일의 상대방으로도 규정하는 ‘양면적인 적’의 창출로, 이는 길항하는 공존과 적대의 성격이 독립적으로 유지되기에 정치적·사회적 변화와 관계없이 북한을 항구적으로 적대하는 효과를 가진다. 두 번째는 ‘국가 안보에 대한 절대화’인바, 절대화된 국가 안보와 개인의 인권을 대립 관계로 설정하고 그러한 대립 구도에서 후자는 논의 기회조차 박탈당하게 만든다. 그리고 세 번째는 ‘헌법상 평화주의의 형해화’로, 침략 전쟁의 부인이라는 평화주의적인 헌법 원칙을 포기하면서 군사주의적인 헌법 해석을 노골화한다는 것이다.³³⁾ 이러한 군사주의 담론 구조 중 특히 두 번째와 세 번째의 것은 헌법재판소의 안보 우위적 태도를 점검하는 본고의 논의와도 연결성이 크므로 추가적인 검토의 여지가 있다.

군사주의 담론 구조 중 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점과 관련하여 먼저 포착되는 것은 국가 안보 절대화이다. 가령 1990년 국가보안법 한정합헌결정,³⁴⁾ 2011년 군형법상의 추행죄 합헌결정,³⁵⁾ 그리고 2018년 헌법불합치 결정 이전까지의 일련의 양심적 병역거부 사건 등을 통하여 전개한 논리 구조에서, 헌법재판소는 ‘질서유지 또는 공공복리’ 등 일반적인 공익과 사익 사이에서 비례적인 이익

32) 임재성, 앞의 논문(각주 31), 21-22면.

33) 임재성, 앞의 논문(각주 31), 26-43면.

34) 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정.

35) 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌가21 결정.

형량을 요구하는 태도를 대개 견지한 것과는 달리 ‘국가안전보장’이 공익적 일면에서 문제되는 경우 법익 사이의 형량을 상당히 편파적으로 수행하였는바, 그 과정에서 특별한 논증 없이 국가와 개인을 대립 관계로만 배치하는 관점, 이때 개인을 국가보다 부차적이고 종속적인 것으로 격하하는 관점, 그리고 이때 ‘국가안전보장’이 현실적으로 저해되는지 여부와 관련한 실증적인 검토를 불비한 채 단지 추상적인 전망만으로 기본권 제한 필요성을 정당화하는 등 안보를 막연히 신성시하는 관점 따위를 노정하였다.³⁶⁾ 요컨대 군사주의 담론 구조 중 국가 안보의 절대화라는 것은, 헌법 제37조 제2항의 일반적인 기본권 제한 사유와는 달리 ‘국가안전보장’을 그 자체로 논증을 면제받는 우월적 가치로 상정함으로써 국가와 개인을 막연히 대립 관계로 배치하고 개인의 권익을 부차화하는 한편 실증적 검토 없이 추상적 안보 위협 가능성만으로도 기본권 제한을 만연히 정당화하는, 그리하여 기본권 침해를 탄핵하는 논증 구조 자체를 역전시켜서 주장의 부담을 기본권 주체에게 전가하는 헌법재판소의 해석 관행이다.³⁷⁾

그러나 위 담론 구조에서 더욱 간과할 수 없는 측면은 우리 헌법의 지도 원리 중 하나인 평화주의 내지는 평화국가원리의 위축이다. 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점은 개인의 기본권과 국가 안보의 대립 국면에서 전자를 격하하는 차원으로만 그치지 않고 전자를 보장하기 위한 규범적 근거로 작용할 수 있는 평화국가원리 자체를 형해로 만들었는데, 이러한 평화국가원리 형해화의 가장 전형적인 사례는 헌법 제5조 제1항이 명문으로 규정한 ‘침략 전쟁 부인’ 원칙을 사실상 사문화한 해석 태도이다. 가령 헌법재판소는 2004년 ‘일반

36) 임재성, 앞의 논문(각주 31), 33-36면.

37) 임재성, 앞의 논문(각주 31), 44면.

사병이라크파병위헌확인’ 사건의 경우 파병 결정이 고도의 정치적 결단이라는 소위 ‘통치행위론’을 끌어들이어 사법 심사를 회피하였고,³⁸⁾ ‘2007년전시증원연습등위헌확인’ 사건의 경우 비록 그 연습 결정 자체가 사법 심사의 대상이 아니라고 판단하지는 않았으나 “침략 전쟁과 방어전쟁의 구별이 불분명할 뿐만 아니라 전시나 전시에 준한 국가비상 상황에서의 전쟁준비나 선전포고 등 행위가 침략전쟁에 해당하는지 여부에 관한 판단은 고도의 정치적 결단에 해당하여 사법심사를 자제할 대상으로 보아야 할 경우가 대부분일 것”이라면서 종래의 ‘통치행위론’ 논거를 보강하였는바,³⁹⁾ 국가의 군사 행위가 문제되는 사안마다 사법 심사 회피적 태도를 강화함으로써 이를 침략 전쟁 금지 규정으로 통제할 가능성을 사실상 봉쇄하였다.⁴⁰⁾ 또한 앞에서 언급하였듯이 ‘평화적 생존권’의 기본권적 지위를 일응 인정하였다가 ‘평화의 추상성’을 들어 금방 번복하였던 태도 변화가 방증하는 것처럼, 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점은 한편으로 안보적 가치를 절대화함으로써 개인의 기본권을 부차화하고, 다른 한편으로 평화국가원리를 추상적 이념으로 격하함으로써 그 규범력을 약화시키는 이중의 방식으로 평화국가원리의 실질적 지위를 위축시킨 것이다.

다만 이처럼 국가 안보를 격상시킴으로써 개인의 기본권 보호를 상대적으로 등한시하고 평화국가원리를 위축시키는 헌법재판소의 태도는, 2010년대 이후 개인 권리 의식이 신장하는 시대적 흐름과 더불어 점차 동요하는 것처럼 해석될 여지도 일견 없지 않다. 변화하는 기풍을 반영하는 가장 상징적인 사건으로 이른바 ‘양심적 병역

38) 헌법재판소 2004. 4. 29. 선고 2003헌마814 결정.

39) 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌마369 결정.

40) 임재성, 앞의 논문(각주 31), 39-40면.

거부' 사건으로도 일컬어지는 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바 379등 결정(헌법불합치)이 있을 것이다. 마찬가지로 종래의 국적 선택 기간 제한의 위헌성을 확인한 2020. 9. 24. 선고 2016헌마889 결정(이하 '2020년 결정'으로 약칭) 역시도 종래의 안보 우위적 사고가 동요하고 있다는 방증 중 하나라고 주장될 가능성이 있는데, 위 결정의 경우 선례와 달리 국가 안보와 개인 권익 사이의 대립 조정 국면에서 일반적인 과잉금지원칙의 4단계 심사 방식을 적용하였고, 이때 “병역의무의 공평한 이행이라는 공익” 역시도 “입법목적에 훼손하지 않으면서도 기본권을 덜 침해하는 방법” 안에서만 정당화될 수 있다는 상대적으로 균형감 있는 태도를 보여주었기 때문이다. 그러나 후술하겠지만 이는 표층적인 논증 형식의 변화로만 머물렀을 뿐 안보 우위적 해석 관점 자체를 원점에서부터 반성한 결과물이라고 단정하기는 어려운데, 위 논증의 실질은 법익 형량의 차원에서 복수국적자의 국적 선택을 ‘전쟁이나 폭력의 위협 없는 삶을 영위하고 싶다’는 실존적 결단으로 포착하려는 노력이 결여되어 있기 때문이다. 즉 2020년 결정은 비록 청구인을 기회주의자로 취급한 것은 아니지만 기회주의적 행태 방지라는 프레임 자체는 여전히 국적 이탈 제한의 정당한 공익으로 전제하고 수용함으로써 복수국적자의 국적 선택을 도덕적으로 의심스러운 행위로 상정하는 안보 우위적 관점의 잔존을 허용하였고, 나아가 그러한 프레임이 후속 입법인 국적법 제14조의2의 까다로운 허가 요건으로 제도화되어 입증 부담이 기본권 주체에게 전가되는 결과로 이어졌다는 측면에서, 사익의 비하와 평화국가원리의 탈규범화라는 이중의 구조를 근본적으로 극복하지 못하였기 때문이다.

Ⅲ. ‘국적이탈의 자유’와 관련한 헌법재판소의 2020년대 전후 결정례 동향

1. 헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2016헌마889 결정 이전의 주요 결정례 요지

이하 검토할 결정례의 계기가 된 것은 발의자의 이름을 가져와서 ‘홍준표 법’이라고도 통칭된 2005년의 국적법 제12조 개정이었는바(법률 제7499호), 원정 출산으로 태어난 남성의 국적 포기를 어렵게 만든 위 개정법은 2002년의 소위 유승준 사건이라든지 원정 출산으로 태어난 자녀의 병역 기피 등을 둘러싼 국민적 공분을 토대로 입법될 수 있었으나, 이로 인하여 대한민국 국적을 상실하지 못한 복수국적자 남성이 외국에서의 공직 기회를 박탈당하는 등 불이익을 입으면서 재외 한인 사이에서는 대한민국 국적법이 ‘국적이탈의 자유’를 침해한다는 문제가 제기되었다.⁴¹⁾ 위 입법과 더불어 2010년 국적법 제12조 제2항의 개정으로 국적을 선택하지 않은 복수국적자의 국적을 자동으로 상실시키는 조항이 삭제되는 등(법률 제10275호), 복수국적자의 국적 포기 제한의 폭을 넓힌 개정 국적법 조항의 위헌 여부와 관련하여 2020년 결정 이전의 헌법재판소 결정은 2006년부터 2015년까지 전부 네 차례 선고되었다. 그 첫 번째 결정은 헌법재판소 2006. 11. 30. 선고 2005헌마739 결정(국적법제12조제1항등위헌 확인 사건), 두 번째 결정은 헌법재판소 2013. 9. 24. 선고 2013헌마620 결정(국적법제12조제2항등위헌확인 사건), 세 번째 결정은 헌법재판소 2014. 6. 17. 선고 2014헌마401 결정(국적법제12조제2항등위

41) 권채리, “21세기 사회에서 우리 국적법의 과제 - “진정한 유대이론”의 해석과 적용 -”, 『공법연구』 제52집 제1호, 2023, 120면.

헌확인 사건), 그리고 네 번째 결정은 헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2013헌마805, 2014헌마788(병합) 결정이다(국적법제12조제2항위헌확인등 사건). 다만 두 번째 결정과 세 번째 결정은 청구기간 도과로 각하되나, 본안으로 나아간 것은 첫 번째(이하 ‘2006년 결정’으로 약칭)과 네 번째 결정(이하 ‘2015년 결정’으로 약칭)으로 압축된다.

2006년 결정에서, 헌법재판소는 복수국적자인 남성이 제1국민역 편입된 때부터 3개월 이내 국적을 선택하지 않으면 병역 의무 해소 이전까지 국적을 이탈할 수 없도록 규정한 구 국적법 제12조 제1항 단서 및 제14조 제1항 단서의 위헌 여부를 심사하였다. 이때 헌법재판소는 위 조항의 입법 취지를 국적 선택을 통한 병역 의무 면탈의 차단으로 전제하면서 ① 위 조항으로도 ‘국적이탈의 자유’가 완전히 박탈되는 것이 아니라 단지 부분적인 제한을 받을 뿐이고 ② 국적이탈 기간의 제한을 두지 않을 경우 이중국적자로서는 국적 선택 제도를 이용하여 병역을 면탈하는 것이 보다 용이하게 될 것이며 그 결과로 병역 자원의 손실 및 “기회주의적 행태” 만연으로 인한 병역 부담평등원칙의 훼손이 우려됨을 들어, 위 국적법 조항을 합헌으로 판단하였다.⁴²⁾ 2006년 결정은 “국적을 이탈하거나 변경하는 것은 헌법 제14조가 보장하는 거주·이전의 자유에 포함”됨을 전제로 당해 국적법 조항이 청구인의 ‘국적이탈의 자유’를 침해하는지를 최초로 검토한 결정이라는 의의가 있다.⁴³⁾

2015년 결정에서, 헌법재판소는 “복수국적자에 대하여 제1국민역에 편입된 날부터 3개월 이내에 대한민국 국적을 이탈하지 않으면

42) 헌법재판소 2006. 11. 30. 선고 2005헌마739 결정.

43) 다만 언급 자체가 최초인 것은 아니다. 헌법재판소는 2004년의 ‘출입국관리법제4조제1항제4호위헌제청’ 사건에서 ‘출국의 자유’는 물론 “대한민국의 국적을 이탈할 수 있는 ‘국적변경의 자유’ 등도” 거주·이전의 자유로 포섭된다고 판시하였기 때문이다(2004. 10. 28. 선고 2003헌가18 결정).

병역의무를 해소한 후에야 이를 가능하도록” 규정한 2010년 개정 국적법 제12조 제2항 본문 및 제14조 제1항 단서의 위헌 여부를 심사하였다. 헌법재판소는 첫 번째 결정의 논지를 그대로 원용하면서, 복수국적자라도 아무런 귀책사유 없이 대한민국 국민의 병역 의무나 국적 선택 제도를 알지 못하는 경우를 상정하기 어렵고, 귀책사유 없이 국적 선택 기간을 알지 못한 외국 거주 복수국적자라면 그가 생활 영역에서 외국의 국적과 대한민국 국적을 함께 가지고 있다는 사실이 그의 법적 지위로 별다른 영향을 미치지 않을 것이라는 점을 들어 위 조항이 복수국적자의 ‘국적이탈의 자유’를 침해하지 않는다는 선례의 견해를 그대로 유지하였다.⁴⁴⁾ 다만 2015년 결정 말미의 ‘재판관 강일원의 별개의견’은 간과할 수 없는 의의가 있다. 즉 재판관 강일원은 국적의 권리를 독자적 인권으로 규정한 세계인권선언 제15조를 근거로 “국적을 가지고 이를 변경할 수 있는 권리는 그 본질상 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정하고 있는 헌법 제10조에서 도출되는 것으로 보아야 하고, 따라서 복수국적자가 대한민국 국적을 버릴 수 있는 자유도 마찬가지로 헌법 제10조에서 나오는 것이지 거주·이전의 자유에 포함되어 있는 것이 아니”라고 주장하였는바, 이는 ‘국적이탈의 자유’의 헌법적 근거를 헌법 제14조로 파악하는 주류적 해석에 대한 최초의 공식적인 이견이 헌법재판소 내부에서 제기되었다는 측면에서 의미가 작지 않다.

헌법재판소는 두 사건에서 공통적으로, 기본권 침해 여부의 검토 과정에서 과잉금지원칙의 네 가지 심사 원칙을 적용함 없이 곧장 공익과 사익 사이의 비교 형량으로 나아가는 완화된 심사 방식을 적용하였다. 구체적으로 “병역의무의 부과를 통하여 국가방위를 도모하

44) 헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2013헌마805, 2014헌마788(병합) 결정.

는 것은 국가공동체에 필연적으로 내재하는 헌법적 가치”라는 전제 아래, 위헌 여부가 문제된 국적법 조항 모두는 국방과 병역 형평이라는 헌법적 가치를 하나의 축으로, 그리고 국적의 이탈이라는 개인의 기본권적 가치를 반대쪽 축으로 “어느 한 쪽을 일방적으로 희생시키지 아니하고 나름의 조정과 형량을 한 결과”라는 결론에 도달하였다. 위 두 선택은 병역의 의무라는 안보적 공익을 개인의 ‘국적이탈의 자유’라는 사익과 대립 관계로 설정하면서 전자를 후자보다 앞세우는 안보 우위적 해석 관점을 전형적으로 노정한 결정례로 평가될 수 있다.

2. 헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2016헌마889 결정의 요지 및 후속 입법

2020년 결정은 1999년 미국에서 미국인 부와 한국인 모 사이에서 출생한 선천적 복수국적자의 헌법소원심판 청구를 계기로 선고된 결정이다. 국적의 자동 상실을 폐지한 2010년 국적법 제12조 제2항 개정으로 인하여 남성인 청구인은 병역준비역 편입된 때부터 3개월 이내인 2017년 3월 31일까지 법무부장관에게 대한민국 국적을 이탈한다는 뜻을 신고하지 않으면 병역 의무가 해소되지 아니하는 한 대한민국 국적을 이탈할 수 없게 되었는데(국적법 제12조 제2항 본문 및 제14조 제1항 단서), 위 청구인은 미국에서 주된 생활의 근거지를 두고 대한민국에는 출생이 신고조차 되지 않아서 국적법 시행규칙상 국적 이탈 신고를 위하여 요구되는 가족관계증명서 등 서류를 준비하기가 어려웠다. 청구인은 위 기간이 도과할 경우 병역 의무가 해소되지 않는 이상 국적 이탈이 제한된다는 이유로 국적법 제12조 제2항 본문 및 제14조 제1항 단서 등이 기본권을 침해한다고 주장하

면서 헌법소원심판을 청구하게 된 것이었다.

2020년 사건에서 헌법재판소는 국적법 제12조 제2항 본문 및 국적법 제14조 제1항 단서(이하 ‘심판대상 법률조항’으로 약칭)의 위헌 여부 판단과 관련하여 목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정하면서도, 피해의 최소성과 법익의 균형성 단계에서 기본권 침해로 인한 위헌성을 확인하였다. 구체적으로, 헌법재판소는 병역준비역 편입된 사람이 병역의 의무를 면탈하기 위한 수단으로 국적을 이탈하는 것을 제한하여 병역 의무 이행의 공평을 확보하려는 입법 목적은 헌법적으로 정당하고, 국적 이탈이 가능한 기간을 제한함으로써 병역준비역 편입된 사람이 일정 기간 이후 국적 이탈로 병역 의무에서 벗어날 수 없도록 하는 것은 위 목적 달성을 위하여 적합한 수단이라고 판단하였다. 다만 주된 생활 근거를 외국에 두고 있는 복수국적자에게 위 기간 도과를 이유로 병역 의무 해소 이전까지 국적의 이탈을 일률적으로 금지하는 것은 사회 통념상 그에게 책임을 묻기 어려운 사유로 ‘국적이탈의 자유’를 크게 제약하는 것이고, 예외적으로 이탈을 허가하는 방안을 마련하는 등 기본권을 덜 침해하는 방법이 있음에도 이를 두지 않은 것은 피해의 최소성 원칙을 위배한다고 판단하였다. 나아가 헌법재판소는 복수국적자가 공직 또는 국가 안보와 직결되는 업무를 담당하는 것이 제한될 가능성 등 복수국적의 유지로 인한 실질적 불이익이 상당히 클 수 있는 반면, 외국에 출생 신고조차 되지 않은 복수국적자의 경우 대한민국 정부가 그를 실제 병역준비역으로 편입시키기도 어렵고 그가 입국하지 않으면 현실적으로 병역의무를 이행하도록 강제하기도 어려우므로 병역 의무 이행의 공평성 확보라는 공익이 실질적으로 달성되지 않는 경우도 발생한다는 측면에서 법익의 균형성 원칙도 충족하지 못한다고 판단하였다.⁴⁵⁾

반면 헌법재판소는 신고서로 ‘가족관계기록사항에 관한 증명서’를 첨부하도록 규정한 국적법 시행규칙 제12조 제2항 제1호(이하 ‘심판대상 시행규칙조항’으로 약칭)의 경우 명확성원칙이나 과잉금지원칙을 위배하지 아니하여 합헌이라고 판단하였다. 즉, 신고 당시의 구체적 사정이 다양하여 시행규칙에서 첨부 서류의 명칭을 직접 규정하는 것이 적절하지 않을 수 있고 첨부할 서류의 내용이나 증명 취지를 고려하면 지금과 같이 표현하는 것 외에 다른 방법을 상정하기 어려우며 실무상 신고서만 접수되면 추후 보완이 가능하도록 안내하므로 명확성원칙 위배가 아니고, 기본증명서 등은 신고자 본인을 특정하고 대한민국 국적 보유 사실을 확인하는 데에 필요한 자료로서 법무부장관이 요건 충족 여부를 판단하는 데에 필요한 정보와 신뢰성이 확보되는 다른 유형의 서류를 상정하기 어려운 반면 기본증명서 등의 제출로 국적의 이탈이 사실상 불가능해진다고 볼 수도 없으므로 과잉금지원칙에도 위배되지 아니하여 합헌이라고 판단한 것이다. 다만 이러한 판시와 관련하여 재판관 이석태, 재판관 문형배의 반론이 있었는데, 애당초 출생이 신고가 되지도 아니한 복수국적자에게 기본증명서 등의 제출을 요구하는 것은 사실상 출생 신고를 선행하도록 강제하는 것과 다름없는바 신고자의 거주지, 공관 방문 용

45) 반면 재판관 이선애, 재판관 이미선은, ‘심판대상 법률조항’은 입법자가 국방과 병역 형평이라는 헌법적 가치를 한 축으로, 국적의 이탈이라는 개인의 기본권적 가치를 다른 한 축으로 어느 한쪽을 일방적으로 희생시키지 아니한 조정과 형량의 결과이고, 복수국적자의 부모 중 일방 또는 쌍방은 대한민국 국적자이거나 대한민국 국적자였던 경우가 대부분이며, 대한민국의 재외 공관에서는 여러 방법을 통하여 국적 이탈 제도를 꾸준히 안내하고 있음을 고려할 때 법률의 부지를 정당화할 사정이 있지 않고, 또한 ‘심판대상 법률조항’은 헌법이 요청한 병역부담 평등원칙을 실현하기 위한 것이므로 면밀한 기준 설정 없이 개개인에게 불가피한 사정이 있을 수 있다는 등의 이유로 선불리 그 적용 예외를 허용하여서는 안 되므로, 복수국적자의 ‘국적이탈의 자유’를 침해하지 않는다는 종전 판단을 변경할 정도의 사정 변경이나 필요성이 인정된다고 볼 수 없다고 반론하였다.

이성, 대한민국 법령 이해 정도 등 여건의 문제로 국적 이탈 신고를 포기시킬 여지가 있으므로 ‘국적이탈의 자유’를 침해한다는 취지였다.

따라서 헌법재판소는, ‘심판대상 법률조항’은 과잉금지원칙을 위배하여 청구인의 ‘국적이탈의 자유’를 침해한다고 본 한편(헌법불합치), ‘심판대상 시행규칙조항’은 명확성원칙이나 과잉금지원칙을 위배하여 청구인의 위 자유를 침해하는 것은 아니라고 판단하였다(합헌). 다만 ‘심판대상 법률조항’의 효력을 즉시 상실시킬 경우 국적 선택 기간 제한이 정당한 경우에도 그 제한이 즉시 사라지게 되어 병역 의무의 공평성 확보에 어려움이 발생할 수 있음을 이유로, 헌법재판소는 헌법불합치 결정을 선고하되 2022. 9. 30.을 시한으로 입법자의 개선 입법이 있을 때까지 잠정 적용을 명하였다. 그리고 위 결정 취지에 따라 2022. 9. 15. 국적법 제14조의2가 신설됨으로써 예외적 국적 이탈 허가제가 도입되었는바, 국적 이탈 신고 기간 이내 병역의 의무를 이행하지 않은 복수국적자 남성으로서 외국에서 출생하거나 혹은 6세 미만 아동일 때 외국으로 이주하고 계속하여 외국에서 주된 생활의 근거를 두고 있는 사람이 위 신고 기간 이내 신고하지 못한 정당한 사유 있는 경우 그 주소지를 관할하는 재외 공관에서 이탈 허가를 신청하는 것이 가능해지게 되었다.

2020년 결정은 기존 국적법상 국적 선택 관련 조항을 합헌으로 판시하였던 2006년 결정 및 2015년 결정의 선례를 변경하여 최초로 위 조항이 청구인의 ‘국적이탈의 자유’를 침해하여 헌법과 합치하지 아니한다고 판시한 결정으로서, 선례와 비교하였을 때 결론만이 아니라 논거 차원에서 몇 가지 특징적 차이점을 드러낸다. 첫째, 선례가 병역준비역 편입된 자의 국적 선택 기간을 제한한 국적법 제12조 제2항 본문 및 위 기간 경과 이후 병역의 의무를 해소하기 이전까지

이들의 국적 선택을 금지한 국적법 제14조 제1항 단서라는 법률 조항만을 심판 대상으로 삼았던 것과 달리, 2020년 결정은 위 법률 조항만이 아니라 국적 이탈 신고 시 ‘가족관계기록사항에 관한 증명서’를 첨부하도록 규정한 국적법 시행규칙 제12조 제2항 제1호까지 심판 대상으로 포함시키고 명확성원칙 및 과잉금지원칙 위배 여부를 검토하였다. 둘째, 2020년 결정은 2006년 결정의 전원 일치 합헌, 2015년 결정의 5:4 기각과는 달리, 7:2 헌법불합치 결정을 선고하되 단순 위헌이 아닌 잠정 적용을 명하는 방식을 채택함으로써 입법자에게 개선 입법의 방향을 제시하면서도 법적 공백을 방지하는 절충적인 결정 형식을 취하였다. 셋째, 선례가 사익을 단지 ‘국적이탈의 자유’라는 추상적 기본권으로만 파악하였던 것과는 달리 2020년 결정은 복수국적의 유지로 인하여 대상자가 겪는 공직 진출의 제한, 국가 안보 관련 업무 담당 제한, 이익 충돌 업무의 제한 가능성 등 실질적 불이익을 구체적으로 열거하여 사익의 내용을 실질화하였다. 넷째, 선례가 병역 의무의 공평성 확보라는 공익의 중요성을 전제로 그 달성 가능성을 의심하지 않았던 것과는 달리 2020년 결정은 출생이 신고조차도 되지 않은 외국 거주 복수국적자의 경우 실제로 병역 준비역 편입이 어렵고 입국하지 않으면 병역 의무 이행을 강제하기도 어려운바 병역법 조항이 추구하는 공익이 실질적으로 달성되지 않는 경우가 발생한다는 점을 명시적으로 지적함으로써, 달성하려는 공익의 실효성 자체를 의문시하는 실증적 논거를 법익의 균형성 판단 내용으로 도입하였다. 무엇보다도 선례가 과잉금지원칙의 4단계 심사 원칙을 적용함 없이 곧장 공익과 사익의 비교 형량으로 나아가는 완화된 심사 방식을 적용하였던 것과 대조적으로, 2020년 결정은 과잉금지원칙의 4단계 심사를 정식으로 적용하였다는 측면에서 의의가 있다.

그러나 헌법재판소의 태도 변화는 종전 결정례의 안보 우위적 해석 관점을 근본적으로 반성한 결과물이라고 읽히지는 않는다. 이러한 반성의 결여는 ‘심판대상 법률조항’의 과잉금지원칙 위반 여부를 심사할 때 그 입법 목적을 “병역준비역에 편입된 사람이 병역의무를 면탈하기 위한 수단으로 국적을 이탈하는 것을 제한하여 병역의무 이행의 공평을 확보하려는 것”으로 전제하면서 “국민인 남성은 헌법과 병역법 등이 정하는 바에 따라 병역의무를 성실하게 수행하여야 하는바(병역법 제3조 제1항 참조), 병역의무의 이행에 공평을 확보하려는 심판대상 법률조항의 입법목적은 정당”하고 “국적이탈이 가능한 기간을 제한”하는 것이 위 목적 달성을 위하여 적합한 수단이라고 언급하는 대목을 통하여 전형적으로 노정된다. 또한 헌법재판소는 비록 ‘심판대상 법률조항’이 피해의 최소성 원칙을 위배한다고 판시하였지만, 이때 “대한민국 국적자로서의 혜택을 누리다가 정작 병역의무를 이행하는 시기가 오면 국적에서 이탈하는 것과 같은 기회주의적 행태가 빈발하여 병역의무 이행의 공평성이 훼손될 수 있음을 우려”하는 선례의 관점을 유지한 채 “주무관청이 구체적인 심사를 통하여, 주된 생활근거를 국내에 두고 상당한 기간 대한민국 국적자로서의 혜택을 누리다가 병역의무를 이행하여야 할 시기에 근접하여 국적을 이탈하려는 복수국적자를 배제하고 병역의무이행의 공평성이 훼손되지 않는다고 볼 수 있는 경우에만 예외적으로 국적 선택 기간이 경과한 후에도 국적이탈을 허가하는 방식으로 제도를 운용”할 것을 요청하였다. 위 요청은 개인의 국적 선택을 ‘기회주의적’이라고 바라보는 선례의 프레임 자체를 폐기하지 않고 예외적 국적 이탈 허가 여부를 판단하는 심사 기준의 핵심 논리로 존치시킨 것이었는바, 그러한 관점은 후속 입법인 국적법 제14조의2의 조문으로 기계적으로 반영됨으로써 까다로운 국적 이탈 허가 요건과 입증

부담이 기본권 주체에게 전가되는 결과로 이어졌다. 만약 헌법재판소가 ‘병역’의 문제를 ‘평화’의 문제와 연결하고 구체적인 법익 형량 차원에서 복수국적자의 국적 선택을 ‘전쟁이나 폭력의 위협 없는 삶을 영위하고 싶다’는 실존적 결단으로 포착하려는 노력을 경주하였다면 그때의 결론은 개인의 국적 선택권을 더욱 포괄적으로 보장하는 방향으로 귀결되었을지도 모르겠지만, 가장 전향적인 2020년 결정에서도 그러한 관점의 법익 형량은 이루어지지 아니하였는바 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점이 내장한 사익의 비하와 평화국가원리의 탈규범화라는 이중의 구조는 근본적으로 극복되지 못한 것이었다.

3. 헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2016헌마889 결정 이후의 주요 결정례 요지

2020년 결정이 내장한 한계를 방증하듯이 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점은 근래의 판례 경향을 통해서도 여전히 반복되고 있다. 2020년 이후 ‘국적이탈의 자유’ 관련 헌법재판소 결정례로 헌법재판소 2023. 2. 23. 선고 2019헌바462 결정(국적법제12조제3항위헌소원 사건), 헌법재판소 2023. 2. 23. 선고 2020헌바603 결정(국적법제14조제1항위헌소원 사건), 헌법재판소 2026. 5. 21. 선고 2025헌바147 결정(구국적법제12조제3항위헌소원 사건) 등이 있다. 위 세 결정례는 공통적으로, 병역 의무의 충실한 이행이라는 공익은 대단히 중요한 국가적 이익인 반면 국적 이탈의 제한으로 인하여 제한되는 사익은 경미한 것이라는 논지를 반복함으로써, 국가 안보적 공익을 개인의 ‘국적이탈의 자유’라는 사익보다 우위로 놓는 태도를 재확인하였다.

2023년의 ‘국적법제12조제3항위헌소원’ 사건, 그리고 2026년의 ‘구 국적법제12조제3항위헌소원’ 사건은 공통적으로 “직계존속이 외국에서 영주할 목적 없이 체류한 상태에서 출생한 자는 병역의무를 해소한 경우에만 국적이탈을 신고할 수 있도록” 규정한 국적법 제12조제3항의 위헌성이 문제된 사건이었다. 헌법재판소는 두 사건 모두에서, “심판대상조항은 복수국적자들이 국적이탈을 병역의무 회피의 편법적 수단으로 이용하는 기회주의적 행동을 방지하면서도, 장래에 대한민국과의 유대관계가 인정되기 어려울 것으로 예상되는 사람에 대해서는 병역의무의 해소 없이도 대한민국 국적을 이탈할 수 있도록, ‘직계존속이 외국에서 영주할 목적 없이 체류한 상태에서 출생한 자’에 대해서만 국적이탈 전 병역의무 해소를 요구하고 있는 것”이라고 해석하는 입장을 바탕으로, 형량 단계에서 “휴전상태에 놓인 대한민국이 국가 공동체로서 계속 존립하기 위해 국방이라는 국민의 총체적 역량이 훼손되지 않도록 병역의무의 공평한 분담과 그에 대한 국민적 신뢰를 확보하여 병역의무의 충실한 이행을 위한 여건을 마련하려는” 공익은 “대단히 중요한 국가적 이익”인 반면 국적 이탈 제한으로 인하여 제한되는 사익은 “모든 대한민국 남성 국민에게 보편적으로 부여되는 병역의무를 미리 해소하도록 요구받는 것에 지나지 않는”다고 판단하였다.⁴⁶⁾ 특히 2026년 결정은 2023년 결정 문구 대부분을 고스란히 인용하면서 “과잉금지원칙 위반 여부에 관한 선례의 위 결정 이유는 이 사건에도 그대로 타당하고, 위 선례와 달리 판단하여야 할 사정 변경이나 필요성이 있다고 보기 어렵다”고 선언하여 직전 입장을 재확인하였다.⁴⁷⁾

한편 2023년의 ‘국적법제14조제1항위헌소원’ 사건의 경우 “복수국

46) 헌법재판소 2023. 2. 23. 선고 2019헌바462 결정.

47) 헌법재판소 2026. 5. 21. 선고 2025헌바147 결정.

적자로서 외국 국적을 선택하려는 자는 외국에 주소가 있는 경우에만 주소지 관할 재외공관의 장을 거쳐 법무부장관에게 대한민국 국적을 이탈한다는 뜻을 신고할 수 있다”고 규정한 국적법 제14조 제1항 본문의 위헌 여부가 문제된 사건이었다. 위 사건에서 헌법재판소는 “여러 국적을 동시에 지니는 사람은 각 나라에서 권리만 행사하고 병역·납세와 같은 의무는 기피하는 등 복수국적을 악용할 우려가 있고(헌재 2014. 6. 26. 2011헌마502 참조), 국민으로서의 권리와 이익을 누리던 자가 정작 국민으로서 의무를 다해야 할 때 대한민국 국적을 버리는 기회주의적 행태가 허용된다면 국민으로서의 의무분담에 관한 공동체적 원리가 심각하게 훼손될 수 있다”고 복수국적자를 기회주의자로 비하하는 종래의 인식을 다시금 노출하였고, “이러한 기회주의적 유인을 억지하기 위해, 국민으로서의 권리와 이익을 누리던 자가 국적과 결부된 의무이행을 요구받을 무렵 이를 회피하고자 그 국적을 이탈하는 행위를 제한할 필요가 있다”는 전제에서, “심판대상조항을 통해 달성하고자 하는 공익은 국가공동체로서 대한민국의 존립·유지를 위해 외국에 생활근거 없이 대한민국 국민으로서의 권리와 이익을 향유하던 복수국적자가 국적이탈을 통해 대한민국 국민으로서의 의무를 면탈하지 못하도록 하려는 것이므로 중요성이 큰 반면, 심판대상조항으로 인해 제한되는 사익은 국적이탈을 신고하려는 자가 외국에 주소가 있을 것을 요구받는 것에 지나지 않는다”는 논지로 청구인의 ‘국적이탈의 자유’ 침해 주장을 받아들이지 않았다.⁴⁸⁾ 위 결정은 앞서 살핀 두 결정과 심판 대상이 달라 사익의 표현 방식의 차이가 있으나, 국가 안보적 공익을 개인의 ‘국적이탈의 자유’라는 사익보다 우위에 두는 기본적인 태도 측면에서 위

48) 헌법재판소 2023. 2. 23. 선고 2020헌바603 결정.

두 결정과 맥락을 공유한다.

이처럼 2020년 이후 ‘국적이탈의 자유’ 관련 결정례는 2020년 결정이 이룩한 논증을 진전시키는 방향으로 나아가기보다 오히려 2020년 이전의 합헌 선례의 관점으로 회귀하거나 그것을 더욱 노골적으로 재생산하는 방향으로 전개되었다. 2020년 결정은 사익의 내용을 구체화하고 공익의 실효성에 의문을 제기하는 실증적 논거를 도입하는 등 논증의 실질 차원에서 선례보다 분명히 진일보한 면모가 있다. 그러나 2023년의 국적법제14조제1항위헌소원 사건에서 헌법재판소는 복수국적자를 ‘기회주의적 행태’의 주체로 규정하는 종래의 프레임에 아무런 반성 없이 재확인하였고, 2026년의 구국적법제12조제3항위헌소원 사건에서는 “위 선례와 달리 판단하여야 할 사정 변경이나 필요성이 있다고 보기 어렵다”는 하나의 문장으로 선례의 논지를 답습하기에만 머물렀다. 이는 두 가지 방향으로 평가가 가능할 것이다. 먼저, 헌법재판소가 2020년 결정을 통하여 이룩한 논증적 진전이 안보 우위적 해석 관점의 근본적 반성으로 이어지지 못하였음을 후속 결정례를 통하여 스스로 증명하였다는 점에서, 그러한 진전은 표층적인 논증 형식의 변화에 그쳤을 뿐이라는 한계가 확인된다. 나아가 2020년 이후의 결정례 흐름은 2020년의 표층적 진전마저 후퇴시키는 방향으로 귀결되었다는 측면에서, 2020년 결정은 안보 우위적 해석 관점을 극복하는 출발점으로 작용할 기회를 놓치고 오히려 그 관점의 지속을 정당화하는 선례 중 하나로만 머무르게 되었다고 평가할 수 있다.

Ⅳ. 헌법재판소의 2020년대 결정례에서 나타난 안보 우위적 해석 관점의 극복 방안

1. 헌법재판소 2020. 9. 24. 선고 2016헌마889 결정을 둘러싼 기존 논의의 전개 흐름

헌법재판소의 2020년 결정 이후로 그 결정을 둘러싼 담론은 크게 두 가지 국면으로 전개된다. 첫째, 2022년 국적법 제14조의2 신설 이전의 논의는 주로 2020년 결정 자체의 논증 방식이나 심판 대상의 해석을 둘러싼 쟁점이 중심을 이루었다. 둘째, 국적법 제14조의2 신설 이후의 논의는 2020년 결정의 요청을 반영하여 신설된 국적 이탈 허가제의 내용과 한계를 비판하면서 복수국적자의 ‘국적이탈의 자유’를 보다 실효적으로 보장하기 위한 제도 개선 방안을 모색하는 방향으로 전환되었다. 그러나 이처럼 논의 초점이 이동하는 과정에서, 논의의 전반적 흐름이 2020년 결정의 저변으로 자리한 안보 우위적 해석 관점 자체를 원점에서부터 반성하는 계기를 마련하는 정도까지 이르렀는지는 의문스럽게 읽힌다.

2020년 결정에서 헌법재판소의 변화한 태도를 주목한 평석은 2021년부터 나타났는데, 이때에는 아직 2022년 국적법 개정으로 예외적 국적 이탈 허가제가 도입되기 이전이었으므로 주로 2020년 결정 자체의 논증 방식이나 심판 대상의 해석을 둘러싼 쟁점이 논의의 중심을 이루었다. 예컨대 공진성(2021)은 ‘심판대상 법률조항’뿐만 아니라 ‘심판대상 시행규칙조항’도 과잉금지원칙 위배로 복수국적자의 ‘국적이탈의 자유’를 침해한다고 주장하면서 헌법재판소 판단을 비판하였는데, 특히 헌법재판소가 ‘심판대상 법률조항’의 기본권 제한 정도를 논증할 때에는 외국에 주된 생활 근거를 두고 있는 선천

적 복수국적자가 신고 기간 이내 국적을 선택하기 어려운 현실적 사정을 기본권 제한의 과도함의 중요한 근거로 들면서도, ‘심판대상 시행규칙’의 기본권 제한 정도를 논증할 때에는 위와 같은 어려운 사정 부분 논증을 완전히 배제한 채 기본증명서 발급 등 형식적 절차 문제로만 파악하여 논증하는 것이 적절하지 않다고 평석하였다.⁴⁹⁾ 한편 구자완(2021)은 ‘심판대상 법률조항’ 후문의 적용 대상이 ‘병역준비역에 편입된 때부터 3개월 이내에 대한민국 국적으로부터 자진하여 이탈한다는 뜻을 신고하지 않은 대한민국 남성인 복수국적자’가 아니라 국적법 제12조 제3항의 ‘직계 존속이 외국에서 영주할 목적 없이 체류한 상태에서 출생한 자’로 해석되어야 타당하므로 ‘심판대상 법률조항’은 합헌으로 해석될 수 있음에도, 이 사건 결정은 심판대상 법률조항의 적용 대상으로서 국적 이탈 제한의 대상을 불합리한 해석으로 확대하고 헌법 합치적 법률해석원칙에도 위배되는 문제가 있다고 평석하였다.⁵⁰⁾ 그러나 이상의 논의는 개별 법령 조문의 합헌성이나 위헌성을 검토하는 차원으로만 머무르고 이 사건 결정 근간의 안보 우위적 해석 관점 자체를 건드리지는 못하였다는 한계가 없지 않다.

한편 위 결정 취지에 따라 2022년 복수국적자의 국적이탈 허가제 특례를 도입한 국적법 제14조의2가 신설된 이후에는, 신설된 위 국적법 규정과 관련하여 복수국적자의 ‘국적이탈의 자유’를 실질적으로 보장하는 방향으로 개선할 것을 주장하는 연구가 주로 발표되었다. 가령 이승택(2023)은 현행법상 국적 이탈 허가제가 헌법재판소

49) 공진성, “병역준비역에 편입된 복수국적자의 국적이탈의 자유 제한의 헌법적 한계와 입법적 개선방안 - 현재 2020. 9. 24. 2016헌마889 결정에 대한 평석을 곁하여 -”, 『법학논총』 제33권 제3호, 2021, 511면.

50) 구자완, “국적이탈 제한의 대상적격 - 현재 2020. 9. 24. 2016헌마889 결정과 관련하여 -”, 『헌법학연구』 제27권 제1호, 2021, 76면.

결정 논증을 수동적으로 재현하는 수준으로만 그침으로써 국회의 적극적 입법 형성 의무를 외면하고, 대한민국과 법적 유대를 형성하지 않은 사람에게 출생 신고나 개인 정보 제출 등 더욱 강한 형식주의를 강요하며, 입증의 부담을 전가시키는 것이 ‘국적이탈의 자유’의 원칙적 보장이라는 기본권적 본질과도 어긋난다고 비판하고, 현행 제도의 맹점을 보완하기 위하여 국적 선택 명령의 활성화나 국적 유보 제도(소급적 국적 자동 상실 규정) 도입 등 대안을 제시하였다.⁵¹⁾ 이재명(2025)은 신설된 국적 이탈 허가제가 2020년 결정의 취지를 기계적으로 받아들임에 따라 정보 제공 요청이나 신청 대상자 제한 등 지나치게 엄격한 요건을 규정하고 있다고 비판하면서, 대한민국에서 출생 신고도 되지 않은 사람의 ‘국적이탈의 자유’를 제한하는 것은 병역 자원의 확보에도 유의미한 효과가 없음을 지적하였고, 나아가 복수국적자를 ‘기회주의적’이라고만 비하하는 논리나 병역 의무의 이행 대상으로만 치부하는 국가 우선적 관점에서 벗어나서 이들의 자유를 폭넓게 보장할 것을 주문하였다.⁵²⁾ 이연우(2025)는 현행법상 국적이탈 허가제가 2020년 결정에서 지적되었던 위헌 소지의 치유에만 치중된 것으로서 까다로운 국적 이탈 허가 요건의 입증 책임을 기본권 주체에게 부담시키는 등의 문제로 ‘국적이탈의 자유’ 보장을 위한 근본적인 해결책으로는 적절하지 않다는 한계를 지적하면서, 국제법상 개인의 ‘국적자유의 원칙’과 국가의 ‘단일국적주의’ 양자를 조화하는 측면에서 일정한 ‘국적 선택 기간’ 동안에는 국적을 선택할 자유를 보장하되 그 기간을 도과할 경우 국적을 직권으로 상

51) 이승택, “국적이탈의 자유와 국제법상 국적이탈 제도”, 『법학연구』 제23권 제4호, 2023, 232-238면.

52) 이재명, “국제법 제14조의2 국적이탈 허가 제도의 내용과 여러 문제”, 『사법』 제72호, 2025, 355-364면.

실시켜서 복수국적 상태를 정리하는 등의 제도적인 보완책이 필요하다고 주장하였다.⁵³⁾ 이처럼 예외적 국적이탈 허가제의 도입 이후 발표된 연구는 주로 현행 제도의 맹점을 바탕으로 복수국적자의 ‘국적이탈의 자유’를 실질적으로 보장하는 방안이 무엇인지를 고민하기 시작하였다는 측면에서 종전의 논의보다는 분명히 진일보한 부분이 있다.

2020년 결정을 둘러싼 논의의 흐름은, 처음에는 주로 각 심판 대상의 합헌·위헌 판단 논지의 타당성을 검토하는 표층적 차원의 논의가 주류를 이루었다가, 2022년 예외적 국적 이탈 허가제가 입법적으로 도입된 이후로는 그 제도적 맹점을 지적하면서 복수국적자의 ‘국적이탈의 자유’를 실질적으로 보장하는 제도 설계를 고민하기 시작하였다는 맥락으로 이해될 수 있다. 그러나 예외적 국적이탈 허가제의 문제점을 비판하는 근래의 연구 역시도 허가 요건의 엄격함이나 절차적 문제점을 지적하는 층위의 관점으로 머물렀을 뿐, 그 제도를 낳은 2020년 결정의 논증 구조 자체가 사익의 비하와 평화국가 원리의 탈규범화를 두 축으로 삼는 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점에서 기초하였다는 지점을 정면으로 문제 삼지는 않았다. 2020년 결정 이후 헌법재판소가 복수국적자를 ‘기회주의적’ 행태의 주체로 규정하는 종래의 프레임을 2026년 결정까지 아무런 진전 없이 반복하였던 것은 이러한 논의 국면의 답보와도 무관하지 않을 것이다.

53) 이연우, “국적법상 국적선택제도의 문제점과 개선방안”, 『고려법학』 제116호, 2025, 88-101면.

2. 하나의 대안: ‘국적이탈의 자유’를 평화권 관점의 국적 선택권으로 재해석하기

국적 선택의 기본권적 근거를 둘러싼 종래의 담론은, 헌법재판소의 공식 입장이나 그 반대 견해를 막론하고 공통적으로 이를 자유권적 기본권의 틀 안에서 파악한다는 점에서 논의의 지평을 공유한다. 소위 ‘국적이탈의 자유’라는 이름의 자유권적 기본권이 헌법 제14조의 거주·이전의 자유의 내용으로 포함된다는 것은 헌법재판소가 최근까지도 유지하고 있는 입장인데,⁵⁴⁾ 이와 관련하여 재판관 강일원이 “거주·이전의 자유는 특정 장소에 물리적으로 소재하는 것을 전제로 하는 구체적 권리로 국적에 관한 자유와는 그 성질도 다르다”고 지적하면서 “국적을 가지고 이를 변경할 수 있는 권리는 그 본질상 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정하고 있는 헌법 제10조에서 도출”된다고 주장한 논지는 간과할 수 없다.⁵⁵⁾ 학계에서도 ‘국적이탈의 자유’는 공간적 이동을 넘어서서 개인의 정체성이나 소속 공동체를 둘러싼 실존적 자기 결정 문제임을 포착하여 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 자기결정권 등에서 그 근거를 모색하는 논의가 포착되고 있다.⁵⁶⁾ 헌법 제10조설이 헌법 제14조설보다 국적 선택의 실존적 성격을 더욱 정확하게 간파하고 있다는 점에서 논리적으로 세련된 부분이 있음은 부인할 수 없지만, 그럼에도 불구하고 두 견해는 여전히 ‘국적이탈의 자유’를 자유권적 기본권의 틀 안에서 파악한다는 측면에서 근본적인 한계도 공유한다. 즉 헌법 제14조설이든 헌법 제10조설이든 모두 국적의 변경이나 이탈을 개인이 국가의 간섭 없이 행사하는 소극적 방어권 차원으로 환원함으로써 국가

54) 헌법재판소 2023. 2. 23. 선고 2019헌바462 결정.

55) 헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2013헌마805, 2014헌마788(병합) 결정.

56) 정재황, 신헌법입문(제14판), 박영사, 2026, 460면.

안보를 위한 병역 자원의 확보 필요성이 그 자유의 제한 근거로 기능하는 것 자체를 헌법 원리적으로 문제 삼기 위한 이론적 자원을 충분히 제공하지 못한다는 한계가 있는 것이다.

위 한계 인식은 규범 통제의 실무 차원에서 하나의 역발상을 꾀하는 공간이 된다. 즉, 개인의 사익 추구가 안보적 공익과의 관계에서 자리를 다투는 공간마다, 종래의 전형적인 결정례 구도에서처럼 그것이 안보적 공익으로부터 제압당하는 구도를 뒤집어서 오히려 안보적 공익을 적극적으로 제압하는 구도를 형성하기 위하여 필요한 개념이 평화권이다. 헌법재판소는 “청구인의 주장에만 얽매어 판단을 한정할 것이 아니라 가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권 침해의 유무를 직권으로 심사하여야 할 것”을,⁵⁷⁾ 또한 “청구인의 심판청구서에 기재된 피청구인이나 청구취지에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여야 하며 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사”할 것을 천명하였는바,⁵⁸⁾ 침해되는 기본권 및 침해하는 공권력 행사의 확정과 관련하여 직권적 요소를 가미하고 있다. 그렇다면 만약 헌법재판소가 헌법상 ‘평화’의 개념을 단순히 추상적인 이념 내지는 목적으로만 파악하는 종래의 관점을 전복하여 구체적인 헌법 해석 기준 내지는 헌법의 지도 원리로서의 규범력을 인정하는 관점을 복원시킨다면, 특정한 법령이나 공권력 행사가 추구하는 공익을 ‘안보’로 내세울 경우 그러한 취지의 공익 항변은 종전처럼 개인의 자유 행사를 수월히 제압하는 ‘원칙적 면책’의 대상이 아니라 오히려 ‘원칙적 탄핵’의 대상으로 지위가 역전되고, 이러한 구도에서 ‘안보’를 내세우는 공권력 주체는 자신이 주장하는 공익의 정당화를 위하여 더욱 강

57) 헌법재판소 1989. 9. 4. 선고 88헌마22 결정.

58) 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 91헌마190 결정.

한 주장·입증의 부담을 지게 될 것이다.

소위 ‘병역 자원 확보’ 등 안보적 공익이 개별 사안마다 정당화 논증을 응당 면제받는 우월적 가치가 아니라 논증적으로 탄핵당하지 않기 위하여 강한 부담을 지는, 즉 평화국가원리라는 헌법의 지도 원리와의 긴장 속에서 이전보다 더욱 면밀한 형량을 요구받음이 마땅한 대상으로 지위가 전환될 수 있다면, 위 역발상 구도에서 개인이 침해받는다고 주장하는 기본권을 ‘평화권의 내용’으로 인식하는 방도 역시도 헌법재판에서의 활용 단계에서 비교적 명확해질 수 있다. 이때 평화권이라는 개념은 법률이나 공권력 주체가 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한 사유 중 ‘국가안전보장’을 자신의 공익적 명분으로 내세우는 사안에서 기본권 주체가 ‘국가안전보장’의 ‘자신의 기본권을 제한하는 사유로서의 정당성을 원점에서부터 검토시킬 것을 적극 요구하는 권리’라고도 해석될 수 있다. 평화의 내용을 국가적 폭력으로부터 단지 생물적 생존만이 아니라 시민적·정치적 자유 등 인간의 중심 능력을 보호하는 인간다운 삶으로 폭넓게 바라볼 수 있다면, 병역과 같은 안보적 공익이 개인의 기본권을 제한한다고 문제가 제기될 때 실질적으로 제한당한다고 여겨지는 것 역시도 순수하게 개인의 ‘자유’라기보다 언제나 개인의 ‘평화적 생존’ 내지는 ‘평화적 실존’이기 때문이다. 그리하여 이를 기본권으로 파악하는 경우, 헌법재판소는 이미 기본권을 직권 심사 법리의 적용 대상으로 천명하였던바, 청구인이 청구 단계에서 직접 그 침해를 주장할 수도 있을 것이지만 가사 청구인이 직접 명시적으로 평화권 침해를 주장하지 않더라도 헌법재판소가 직권으로 이를 탐지할 수도 있을 것이다. 평화권을 이처럼 재인식할 경우 이는 그간 헌법재판소가 평화권의 기본권적 지위를 부인하고자 끌어들인 두 논거, 즉 ‘기본권 인정의 특별한 필요성의 존재’ 및 ‘권리 내용의 명확성’이라는 요건을 충족

하지 못한다는 주장의 반론으로도 작용할 수 있을 것이다.

이상의 관점에서 ‘국적이탈의 자유’라는 자유권적 기본권의 틀이 내장한 한계를 돌파하기 위한 하나의 활로로 그것을 평화권의 내용으로서의 ‘국적 선택권’으로 재구성하는 방안을 생각할 수 있다. 그 간의 결정례 흐름을 돌이켜보건대 소위 ‘국적이탈의 자유’가 문제된 사안은 하나의 예외도 없이 휴전·냉전·분단 등 대외 정세를 전제한 ‘병역 자원의 공평한 분담 내지는 원활한 수급’ 등 안보적 공익과의 대립 구도에서 검토되었는바, 이러한 구도에서 단순히 ‘개인의 자유’를 주장한다는 프레임 아래로 들어가는 것은 그 주장자에게 이기적이라느니 기회주의적이라느니 따위의 꼬리표가 붙여지는 것을 비교적 용이하도록 만들었다. 그런데 개인은 휴전·냉전·분단 등, 자신의 의사와 관계없이 태어나면서부터 자신에게 마치 불변의 숙명인 것처럼 강요되는 무력적·폭력적 ‘게임의 룰’을 그저 수동적으로 수용하는 존재가 아니다. 이때 개인에게 주어진 룰이란 결국 전쟁 준비와 군사적 동원을 정상적이고 바람직한 사회적 활동으로 전제하는, 즉 ‘군사주의’적 질서의 다른 이름에 불과하고, 그렇다면 그러한 질서로부터 이탈하여 평화로운 삶의 공간을 스스로 구성하겠다는 결단은 단순히 국가에의 의무를 회피하려는 이기적 동기에서 비롯된 것이 아니라 자신의 생존과 실존을 전쟁 준비 체계의 부속물로 환원하기를 거부하는 하나의 평화적 실천으로 재인식될 수 있다. 그리고 이러한 관점에서, 전쟁이나 폭력의 위협으로부터 벗어나서 개인 각자가 구상하는 평화로운 삶을 영위하기 위하여 자신이 속할 정치 공동체를 스스로 선택하는 행위는 평화권의 내용 중 하나로 재인식될 여지가 커진다. 이때 국적을 변경한다는 것은 단지 어느 공동체 구성원 지위를 포기한다는 다소 부정적 맥락이 포함된 ‘이탈’의 개념으로만 머무르는 것이 아니라, 전쟁 준비와 군사적 동원의 위협으로부

터 벗어나서 온전히 평화로운 삶의 공간을 적극적으로 선택하겠다는 일종의 자기 형성적 결단(곧, ‘선택’)으로 재조명될 수 있다.

V. 결 론

본고는 헌법상 평화국가원리와 헌법재판소의 안보 우위적 해석 관점 사이의 대립을 출발점으로 삼고, 이른바 ‘국적이탈의 자유’와 관련한 헌법재판소의 결정례 흐름을 비판적으로 검토하면서, 그 극복을 위한 하나의 대안으로 소위 ‘국적이탈의 자유’를 평화권 관점의 ‘국적 선택권’으로 재해석하는 방안을 제안하였다. 그간 헌법재판소는 ‘국가안전보장’을 기본권 제한의 정당화 근거로 원용하는 경우 그것을 대개 논증을 면제받는 우월적 가치로 상정함으로써, 개인의 기본권과 국가 안보를 대립 관계로 설정함은 물론 양자의 법익 형량을 편파적으로 수행하는 안보 우위적 해석 관점을 고착화하였다. 이러한 관점은 한편으로 안보적 가치를 절대화함으로써 개인의 기본권을 부차화하고 다른 한편으로 평화국가원리를 추상적 이념 내지는 목적으로 격하함으로써 그 규범력을 약화시키는 이중의 방식으로 작동하였는바, 지금까지 본고가 검토하였듯이 소위 ‘국적이탈의 자유’가 문제된 사안에서 복수국적자를 ‘기회주의적 행태’의 주체로 규정하는 프레임이 최근 2026년 결정까지 근본적 반성 없이 반복된 것은 그러한 해석 작용의 전형적인 귀결이었다.

국적법 관련 사건에서 현재까지 가장 전향적인 결정으로 평가받는 2020년 결정조차도 위 이중 구조를 근본적으로 극복하지 못하였다는 사실은 본고의 핵심적인 문제 제기였다. 2020년 결정은 과잉금

지원칙의 4단계 심사를 정식으로 적용하고 사익의 내용을 구체화하며 공익 달성의 실효성을 재검토하기 위한 실증적인 논거를 도입하였다는 측면에서 선례보다 논증적으로 진일보하였음은 부인할 수 없다. 그러나 2020년 결정은 ‘기회주의적 행태 방지’라는 프레임 자체를 국적 이탈 제한의 정당한 공익으로 전제하고 수용함으로써 복수국적자의 국적 선택을 도덕적으로 의심스러운 행위로 상정하는 안보 우위적 해석 관점의 잔존을 허용하였고, 그러한 해석 관점은 후속 입법인 국적법 제14조의2의 까다로운 국적 이탈 허가 요건으로도 제도화됨으로써 국적 이탈을 위한 입증의 부담이 기본권 주체에게 과도하게 전가되는 결과로 이어졌다. 뿐만 아니라 2020년 결정 이후의 결정례 흐름이 위 결정이 이룩한 논증적 진전을 계승하기는커녕 오히려 2020년 이전의 합헌 선례 관점으로 회귀하거나 그것을 더욱 노골적으로 재생산하는 방향으로 전개된 것은, 표층적인 논증 방식의 변화만으로는 안보 우위적 해석 관점의 근본적 극복이 불가능하다는 사실을 헌법재판소 스스로 증명한 것이라고 평가 가능하다.

이러한 문제의식에서 본고가 제안한 대안의 핵심은, ‘국적이탈의 자유’를 자유권적 기본권의 틀 안에서 파악하는 종래의 논의 지평을 벗어나서 그것을 평화권의 내용으로서의 ‘국적 선택권’으로 재해석하는 것이었다. 헌법 제14조설이든 헌법 제10조설이든 자유권적 기본권의 틀은 국가 안보를 위한 병역 자원의 확보 필요성이 기본권 제한의 근거로 기능하는 것 자체를 헌법 원리적으로 문제 삼기 위한 이론적 자원을 충분히 제공하지 못한다는 한계를 공유한다. 반면 평화권 관점에서 국적 선택을 재인식하면, 개인이 휴전·냉전·분단이라는 자신의 의사와 무관하게 강요된 무력적·폭력적 ‘게임의 룰’을 수동적으로 수용하기를 거부하고 전쟁 준비와 군사적 동원의 위협으로부터 벗어나서 평화로운 삶의 공간을 스스로 구성하겠다는 결

단은, 단지 국가에 대한 의무를 회피하려는 이기적 동기에서 비롯된 것이 아니라 자신의 생존과 실존을 전쟁 준비 체계의 부속물로 환원하기를 거부하는 하나의 평화적 실천으로 재인식될 수 있다. 이러한 재인식은 국적 선택을 한낱 ‘기회주의적 행태’로만 규정하는 헌법재판소의 오래된 프레임을 반박하는 이론적 자원을 제공할 뿐만 아니라, 평화권이 헌법재판소의 직권 심사 범위 아래에서 공권력 주체의 안보적 공익 향변을 겨냥한 심사 강도 상향을 요구하는 규범적 장치로 기능할 수 있다는 점에서 실무적 유용성도 겸비할 것을 기대할 수 있다. 즉 국적의 선택을 평화권 행사의 일환으로 파악하는 순간, ‘병역 자원 확보’라는 부류의 안보적 공익은 개별 사안마다 정당화 논증을 응당 면제받는 우월적 가치가 아니라 평화국가원리라는 헌법의 지도 원리와의 긴장 속에서 이전보다 더욱 면밀한 형량을 요구받음이 마땅한 대상으로 지위가 전환될 수 있는 것이다. 또한 평화권을 주로 주장·입증의 부담 전환 장치이자 심사 강도 상향을 요구하는 트리거로서 구성하려는 본고의 관점을 수용할 경우, 헌법재판소가 그간 평화권의 기본권적 지위를 부인한 두 논거, 즉 기본권 인정의 특별한 필요성 존재 및 권리 내용의 명확성이라는 요건을 충족하지 못한다는 주장은 설득력을 유지하기가 어렵다. 헌법재판소의 심사 방식에서 객관적 헌법 원칙인 ‘평등원칙’과 개인의 ‘평등권’이 병존하는 것과 유사하게, 기본권으로서의 평화권은 기존 자유권적 기본권 틀만으로는 수행하기 곤란한 고유의 기능적 역할을 담당한다는 측면에서 특별한 필요성이 인정되고, 그 권리의 내용은 ‘안보를 내세우는 공익 향변은 평화국가원리와의 긴장 속에서 더욱 강한 정당화 논증을 요구받는다’는 하나의 명제로 충분히 특정 가능하기 때문이다.

국적 제도는 개인을 구성하는 정체성·소속감·자율성과 국가의 인

적 구성 및 존립 논리 사이의 긴장을 집약적으로 드러내는 자장이다. ‘병역 의무 부과를 통한 국가 방위의 도모’와 같은 안보법적 요구가 국민의 개념을 포획하는 순간, 국민은 국가·헌법·인권의 주체나 목적이 되기보다 소위 ‘국가 주권’이라는 미명의 이면으로 은폐된 소수 결정권자의 자의로 언제든지 동원 가능한 객체이자 한낱 수단 내지는 자원과도 같은 지위로 전락할 위험성이 증대한다. 그런데 안보적 공익을 절대화하는 담론이 원용하는 주권은 대외적 독립성과 대내적 최고성을 국가라는 추상적 인격체 쪽으로 수렴시키는 통치 기술적 의미의 주권으로 머무르는 반면, 헌법 제1조 제2항에서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 천명할 때 진정 지향하는 것은 살아있는 국민을 권력의 원천이자 헌법제정권자로 배치하는 규범적 의미의 주권이다. 이때 국민의 권리와 의무가 충돌하는 국면에서 그 판단의 최종 심급이 무엇인지를 묻는다면, 우리 헌법 문언과 부합하는 답변은 후자 의미의 주권일 수밖에 없다. 그렇다면 주권자인 국민 개개인을 안보적 동원을 위하여 언제든지 구비된 자원으로 쉽사리 환원하는 방향의 법해석은 그 스스로가 근거 삼는 헌법상 주권 개념과 자기모순의 관계에 놓이는데, 안보를 명분으로 삼는 공권력 행사가 위 주권자를 향하여 더욱 무거운 정당화 부담을 지는 심사 구조야말로 헌법상 국민주권원리 아래에서 정합적인 귀결이라고 결론지을 수 있다.

지금까지 본고의 논의가 목적하였던 바는 지난 반세기 동안 휴전·냉전·분단 등 정세의 엄중함을 빌미로 삼아서 누차 반복되었고 앞으로도 반복될 가능성이 있는 과도한 기본권 제한의 위험성을 직시하는 경보(警報)이자, 우리 법체계에서 헌법상 평화국가원리의 정당한 규범적 지위를 복원하기 위한 하나의 시론(試論)이다.⁵⁹⁾ 그리하여 국가가 오랫동안 신성시하였던 ‘안보’를 관성적으로 내세울수

록 오히려 그 정당화를 위하여 더욱 강한 주장·입증의 부담을 지는 심사 구조가 자리 잡는 것이 본고가 추구하는 지향점 가운데 하나이다. 그러한 지향점 도달 시 상상할 수 있는 변화의 형상은 아마도 복수국적자의 국적 선택 문제에만 국한되지는 않을 것이다. 안보적 공익이 개인의 기본권과 대립하는 모든 국면에서, 평화국가원리라는 헌법의 지도 원리가 그 긴장을 탐지하고 형량의 균형을 바로잡는 자원으로 기능할 수 있다면, 그것은 헌법재판소가 군사주의 담론 구조로부터 벗어나서 헌법의 본래적 가치 질서를 회복하는 출발점이 될 것이다.

59) 이와 관련하여 본고는, 평화권의 헌법적 근거를 둘러싼 견해 대립을 단지 정리하는 수준만이 아니라 그 보호 영역이나 제한 법리의 외연을 독자적으로 획정하는 단계의 이론 구성, 그리고 국적의 선택·변경과 관련한 담론의 지평을 넓히기 위한 국제법·비교법 차원의 논의 등을 향후의 연구 과제로 유보한다.

참고문헌

- 김하열, 헌법강의(제8판), 박영사, 2026.
- 박승호, 헌법학개론(제3판), 박영사, 2025.
- 이경주, 평화권의 이해, 사회평론, 2014.
- _____, 헌법 I (제2판), 박영사, 2019.
- 정재황, 신헌법입문(제14판), 박영사, 2026.
- 허완중, 헌법 버금판: 헌법총론과 국가조직론, 박영사, 2022.
- 홍성방, 헌법학(상)(제3판), 박영사, 2016.
- 공진성, “병역준비역에 편입된 복수국적자의 국적이탈의 자유 제한의 헌법적 한계와 입법적 개선방안 - 현재 2020. 9. 24. 2016헌마889 결정에 대한 평석을 겸하여 -”, 「법학논총」 제33권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2021.
- 구자완, “국적이탈 제한의 대상적격 - 현재 2020. 9. 24. 2016헌마889 결정과 관련하여 -”, 「헌법학연구」 제27권 제1호, 한국헌법학회, 2021.
- 권채리, “21세기 사회에서 우리 국적법의 과제 - “진정한 유대이론”의 해석과 적용 -”, 「공법연구」 제52집 제1호, 한국공법학회, 2023.
- 서경석, “헌법상 평화주의와 그 실천적 의미”, 「민주법학」 제25호, 민주주의법학연구회, 2004.
- 서보혁, “국제 평화권 논의의 추세와 함의”, 「21세기정치학회보」 제22집 제1호, 21세기정치학회, 2012.
- 이경주, “개헌사와 평화주의”, 「민주법학」 제31호, 민주주의법학연구회, 2006.
- 이승택, “국적이탈의 자유와 국적법상 국적이탈 제도”, 「법학연구」 제23권 제4호, 한국법학회, 2023.
- 이연우, “국적법상 국적선택제도의 문제점과 개선방안”, 「고려법학」 제116호, 고려대학교 법학연구원, 2025.
- 이재명, “국적법 제14조의2 국적이탈 허가 제도의 내용과 여러 문제”, 「사

- 법」 제72호, 사법발전재단, 2025.
- 임재성, “평화권, 아래로부터 만들어지는 인권 : 한국 사회운동의 ‘평화권’ 담론을 중심으로”, 「경제와사회」 제91호, 비판사회학회, 2011.
- _____, “군사주의에 갇힌 헌법재판소 : '국가안보' 관련 헌법재판소 결정문에 대한 비판적 담론 분석”, 「민주법학」 제51호, 민주주의법학연구회, 2013.
- 정극원, “헌법상 평화조항에 관한 일고찰”, 「세계헌법연구」 제18권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2012.
- 정상우, “헌법상 국민 개념의 형성 과정과 영향”, 「헌법학연구」 제29권 제2호, 한국헌법학회, 2023.
- 정혜인, “평화적 생존권의 보호영역에 관한 연구”, 「한양법학」 제22권 제3집, 한양법학회, 2011.
- 허완중, “헌법의 기본원리로서 평화국가원리 - 국제평화 유지와 침략전쟁 금지를 중심으로 -”, 「공법연구」 제54집 제2호, 한국공법학회, 2025.
- 황지영, “한국헌법의 이중적 평화관념 - 자유와 안전보장 -”, 「법학연구」 제57권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2016.

<Abstract>

Rereading the Right to Choose Nationality from the Perspective of the Right to Peace: Major Trends in Constitutional Court Decisions on the So-Called “Freedom to Renounce Nationality” Before and During the 2020s

Shin, Joon Seok*

This article takes as its starting point the tension between the constitutional principle of a peaceful state and the Constitutional Court’s security-primacy interpretive perspective, critically examines the trajectory of the Court’s decisions concerning the so-called “freedom to renounce nationality,” and proposes, as an alternative to that perspective, a reinterpretation of the “freedom to renounce nationality” as a “right to choose nationality” grounded in the right to peace.

When invoking “national security” as a justification for restricting fundamental rights, the Constitutional Court has treated it as a superior value requiring no further justification, thereby entrenching a security-primacy interpretive perspective that operates in a dual manner: absolutizing the value of national security and subordinating individual fundamental rights, while simultaneously demoting the constitutional principle of a peaceful state to an abstract ideology and weakening its normative force. This perspective has also been consistently manifested in cases involving the “freedom to renounce nationality,” as the Court has

* Attorney at Law; Ph.D. Candidate in Law; Visiting Researcher, Inha Institute for Legal Studies, Inha University.

persistently maintained a frame characterizing the nationality choices of dual nationals as “opportunistic conduct” and placed the security-oriented public interest in the equitable fulfillment of military service obligations above individual fundamental rights. The Constitutional Court’s decision of September 24, 2020 (2016Hunma889) marked an advance in reasoning over the prior precedents. Nevertheless, by continuing to accept the frame of “preventing opportunistic conduct” as a legitimate public interest justifying restrictions on nationality renunciation, the decision allowed the security-primacy perspective to persist. That perspective was subsequently institutionalized in the stringent requirements for permission to renounce nationality under Article 14-2 of the Nationality Act, resulting in the burden of proof being shifted onto rights-holders. Moreover, subsequent decisions not only failed to build upon the advances in reasoning made in the 2020 decision but instead reproduced the security-primacy perspective more overtly.

Against this backdrop, this article proposes moving beyond the conventional discourse that situates the “freedom to renounce nationality” within the framework of liberty-based fundamental rights and instead reinterpreting it as a “right to choose nationality” forming part of the right to peace. The framework of liberty-based fundamental rights does not provide sufficient theoretical resources to challenge, at the level of constitutional principle, the very use of the need to secure military manpower for national security as a justification for restricting that freedom. By contrast, when the choice of nationality is reconsidered from the perspective of the right to peace, an individual’s decision to depart from a coercive militaristic order imposed regardless of their will and to construct a peaceful sphere of life can be understood not as a selfish attempt to evade their obligations, but as a form of peaceful practice that refuses to reduce their survival and existence to components of a system of preparation for war. This reconceptualization not only provides theoretical resources for rebutting the Constitutional Court’s longstanding frame of nationality choice as mere

“opportunistic conduct,” but can also function as a normative device requiring heightened scrutiny of public-interest claims advanced by public authorities on grounds of national security, thereby serving as a starting point for restoring the legitimate normative status of the constitutional principle of a peaceful state.

Key Words : freedom to renounce nationality, right to choose nationality, right to peace, constitutional principle of a peaceful state, security-primacy interpretive perspective