

병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’ 판단

－ 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 －

부산가정법원 판사 주 성 화

I. 대상판결

1. 사건 개요

가. 공소사실의 요지

피고인은 2013. 7. 18.경 ‘2013. 9. 24.까지 육군 39사단에 현역병으로 입영하라’는 경남지방병무청장 명의의 현역병입영통지서를 받고도 입영일인 2013. 9. 24.부터 3일이 지나도록 입영하지 않았다.

나. 사건의 경과

피고인은 여호와의 증인 신도로서 종교적 양심을 이유로 입영하지 않았다. 이에 대하여 검사는 병역법 제88조 제1항¹⁾²⁾을 적용하여 기소하였다. 1심은 유죄를 인정하여 징역 1년 6개월을 선고하였고, 피고인이 항소하였으나 원심은 항소를 기각하였다.

피고인은, 양심적 병역거부는 헌법 제19조와 국제연합의 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제18조에서 정한 양심의 자유에 따른 것이므로, 자신에게는 병역법 제88조 제1항이 정한 정당한 사유가 있다고 주장하면서 상고하였다.

2. 대상판결 요지(다수의견 중 정당한 사유 판단 관련 부분에 한하여)³⁾

1) 병역법 제88조 제1항은 본문에서 “현역입영 또는 소집 통지서(모집에 의한 입영 통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집일부터 다음 각 호의 기간이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다.”라고 정하면서, 제1호에서 ‘현역입영은 3일’이라고 정하고 있다(병역법은 이 사건 이후 수차례 개정되었으나, 제88조 제1항을 비롯하여 아래에서 언급하는 조항들의 실질적 내용에는 변함이 없다. 이하 특별한 표시가 없는 한 현행 병역법을 가리킨다).

2) 이하에서 ‘병역법 제88조 제1항’을 간략히 칭할 때 ‘이 사건 조항’이라고 하겠다.

3) 대상판결은 90쪽에 달하는 방대한 분량으로, 대법관 이동원의 별개의견과 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 박상욱, 대법관 이기택의 반대의견이 있었고, 다수의견에 대한 대법관 권순일, 대법관 김재형, 대법관 조재연, 대법관 민유숙의 보충의견과 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 노정희의 보충의견, 그리고 반대의견에 대한 대법관 김소영, 대법관 이기택의 보충의견과 대법관 조희대, 대법관 박상욱의 보충의견이 있었다. 그러나 이 논문에서는 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유 판단에 논의를 집중하기 위해 다수의견 중 관련 부분만 소개한다.

가. 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’

병역법 제88조 제1항은 국방의 의무를 실현하기 위하여 현역입영 또는 소집통지서를 받고도 정당한 사유 없이 이에 응하지 않은 사람을 처벌함으로써 입영기피를 억제하고 병력구성을 확보하기 위한 규정이다. 위 조항에 따르면 정당한 사유가 있는 경우에는 피고인을 벌할 수 없는데, 여기에서 정당한 사유는 구성요건해당성을 조각하는 사유이다(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결 등 참조). 이는 형법상 위법성 조각사유인 정당행위나 책임조각사유인 기대불가능성과는 구별된다.

정당한 사유는 구체적인 사안에서 법관이 개별적으로 판단해야 하는 불확정개념으로서, 실정법의 엄격한 적용으로 생길 수 있는 불합리한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하기 위한 것이다. 위 조항에서 정한 정당한 사유가 있는지를 판단할 때에는 병역법의 목적과 기능, 병역의무의 이행이 헌법을 비롯한 전체 법질서에서 가지는 위치, 사회적 현실과 시대적 상황의 변화 등은 물론 피고인이 처한 구체적이고 개별적인 사정도 고려해야 한다.

병역법은 헌법상 국방의 의무 중 병역의무를 구체적으로 정하고 있다. 먼저 병역의무를 18세가 된 남성에게 부과하고(제3조, 제8조), 40세가 되면 면제한다(제71조, 제72조). 다음으로 병무청장 등이 개별적인 병역처분을 할 때에는 병역의무자의 신체와 심리 건강, 학력과 연령 등 자질, 가사사정, 형사처벌 여부, 귀화 또는 북한출신 여부, 국외이주, 전문지식이나 기술 등을 고려하여 병역의무자에게 부과할 병역의 종류·내용 또는 면제 등을 결정하도록 한다(제5조, 제11조, 제12조, 제14조, 제62조, 제63조, 제64조, 제65조 등).

위와 같이 병역법은 국민의 다양한 사정들을 고려하여 병역 의무의 부과 여부와 그 종류·내용 또는 면제 여부 등을 결정한다. 즉 병역의무를 감당할 수 있는 사람에 대하여 그에 합당한 병역의무를 부과함으로써 과도한 부담이 되지 않도록 하고 있는 것이다. 병역법 제88조 제1항이 정한 ‘정당한 사유’를 해석할 때에도 위와 같은 병역법의 태도를 반영하여야 한다.

그러므로 병역의무의 부과와 구체적 병역처분 과정에서 고려되지 않은 사정이라 하더라도, 입영하지 않은 병역의무자가 처한 구체적이고 개별적인 사정이 그로 하여금 병역의 이행을 감당하지 못하도록 한다면 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’에 해당할 수 있다고 보아야 한다. 설령 그 사정이 단순히 일시적이지 않거나 다른 이들에게는 일어나지 않는 일이라 하더라도 마찬가지이다.

나. 양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'

(1) 헌법상 양심의 자유와 그 제한

헌법 제19조에서 보호하는 양심은 이른바 '착한 마음' 또는 '올바른 생각'을 뜻하는 것이 아니라, 옳고 그른 것에 대한 판단을 추구하는 가치적·도덕적 마음가짐을 뜻한다. 이것은 개인의 소신에 따른 다양성이 보장되어야 하고 그 형성과 변경에 외부적 개입과 억압에 의한 강요가 있어서는 안 되는 윤리적 내심영역이다(헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2001헌바43 결정 등 참조). 이러한 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단할 때 그렇게 행동하지 않고서는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 것이어야 한다(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결, 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정 등 참조).

양심은 개인마다 형성되어 유지되고 실현되는 과정과 모습이 서로 다르고, 그 동기와 내용 역시 다양하다. 그렇기 때문에 다른 헌법적 가치가 양심의 자유보다 일방적으로 우위에 있다고 말할 수 없고 마찬가지로 양심의 자유가 다른 헌법적 가치보다 일방적으로 우위에 있다고 해서도 안 된다.

양심실현의 모습이 다양한 만큼 다른 헌법적 가치질서와 충돌을 일으키는 양상과 정도 역시 다양한 형태로 나타난다. 개인이 자발적이고 적극적으로 양심을 실현하는 과정에서 국가 법질서와 충돌을 일으킬 수 있다. 이러한 경우에는 양심실현의 자유가 제한될 수 있다. 양심의 자유가 양심의 명령에 반한다는 이유로 법의 명령을 위반할 수 있는 일반적 자유를 뜻하지는 않는다. 어떠한 기본권적 자유도 국가와 법질서를 해체하는 근거가 될 수 없고, 그러한 의미로 해석될 수 없다(헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정 등 참조).

그러나 국가가 개인에게 양심에 반하는 작위의무를 부과하고 그 불이행에 대하여 형사처벌 등 제재를 함으로써 의무의 이행을 강제하는 경우에는 상황이 다르다. 이러한 강제는 결국 내면적 양심을 포기하고 국가가 부과하는 의무를 이행하거나, 아니면 내면적 양심을 유지한 채 의무를 이행함으로써 자신의 인격적 존재가치를 스스로 파멸시키는 선택을 강요하는 것과 다르지 않다. 단순히 양심실현을 포기하는 것으로 해결될 수 없다. 형사처벌 등 제재를 감수하지 않는 이상 내면적 양심을 포기하거나 자신의 인격적 존재가치를 파멸시키야 한다. 스스로 내면에 머무르려는 양심을 국가가 불러내어 위와 같은 상황에 직면하도록 하는 것은 위에서 본 적극적 양심실현의 국면과 동일한 것이 아니다.

이러한 경우는 단순히 외부적 자유 또는 상대적 권리에 해당한다는 이유만으로 이를 제한해도 된다고 쉽게 단정할 수 없다. 내면적 양심을 포기하거나 스스로 인격적 존재가

치를 파멸시키게 하고, 내면적 양심과 자신의 인격적 존재가치를 지키고자 하면 형사처벌 등 제재를 감수하도록 하는 것은 기본권에 대한 과도한 제한이 되거나 기본권의 본질적 내용에 대한 위협이 될 수 있다. 소극적 부작위에 의한 양심실현의 자유는 내면적 양심의 자유와 밀접하게 관련되므로 그에 대한 제한에는 더욱 세심한 배려와 신중한 접근이 필요하다.

(2) 양심적 병역거부가 병역법상 '정당한 사유'에 해당하는지 여부

양심에 따른 병역거부, 이른바 양심적 병역거부는 종교적·윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 행위를 말한다. 양심을 포기하지 않고서는 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무를 이행할 수 없고 병역의무의 이행이 자신의 인격적 존재가치를 스스로 파멸시키는 것이기 때문에 병역의무의 이행을 거부한다는 것이다. 결국 양심을 포기할 수 없고 자신의 인격적 존재가치를 스스로 파멸시킬 수도 없기 때문에 불이행에 따르는 어떠한 제재라도 감수할 수밖에 없다고 한다.

국방의 의무는 법률이 정하는 바에 따라 부담한다(헌법 제39조 제1항). 즉 국방의 의무의 구체적인 이행방법과 내용은 법률로 정할 사항이다. 그에 따라 병역법에서 병역의무를 구체적으로 정하고 있고, 병역법 제88조 제1항에서 입영의무의 불이행을 처벌하면서도 한편으로는 '정당한 사유'라는 문언을 두어 입법자가 미처 구체적으로 열거하기 어려운 충돌 상황을 해결할 수 있도록 하고 있다. 따라서 양심적 병역거부에 관한 규범의 충돌·조정 문제는 병역법 제88조 제1항에서 정한 '정당한 사유'라는 문언의 해석을 통하여 해결하여야 한다. 이는 충돌이 일어나는 직접적인 국면에서 문제를 해결하는 방법일 뿐만 아니라 앞에서 보았듯이 병역법이 취하고 있는 태도에도 함치하는 해석방법이다.

요컨대, 자신의 내면에 형성된 양심을 이유로 집총과 군사훈련을 수반하는 병역의무를 이행하지 않는 사람에게 형사처벌 등 제재를 해서는 안 된다. 양심적 병역거부자에게 병역의무의 이행을 일률적으로 강제하고 그 불이행에 대하여 형사처벌 등 제재를 하는 것은 양심의 자유를 비롯한 헌법상 기본권 보장체제와 전체 법질서에 비추어 타당하지 않을 뿐만 아니라 소수자에 대한 관용과 포용이라는 자유민주주의 정신에도 위배된다. 따라서 진정한 양심에 따른 병역거부라면, 이는 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당한다.

이와 달리 양심적 병역거부가 병역법 제88조 제1항에서 정한 '정당한 사유'에 해당하지 않는다고 판단한 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결 등을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판

결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 모두 변경하기로 한다.

다. 진정한 양심적 병역거부의 심리와 판단

(1) 정당한 사유로 인정할 수 있는 양심적 병역거부를 심리하여 판단하는 것은 중요한 문제이다. 여기에서 말하는 양심은 그 신념이 깊고, 확고하며, 진실하여야 한다. 신념이 깊다는 것은 그것이 사람의 내면 깊이 자리잡은 것으로서 그의 모든 생각과 행동에 영향을 미친다는 것을 뜻한다. 삶의 일부가 아닌 전부가 그 신념의 영향력 아래 있어야 한다. 신념이 확고하다는 것은 그것이 유동적이거나 가변적이지 않다는 것을 뜻한다. 반드시 고정불변이어야 하는 것은 아니지만, 그 신념은 분명한 실체를 가진 것으로서 좀처럼 쉽게 바뀌지 않는 것이어야 한다. 신념이 진실하다는 것은 거짓이 없고, 상황에 따라 타협적이거나 전략적이지 않다는 것을 뜻한다. 설령 병역거부자가 깊고 확고한 신념을 가지고 있다고 하더라도 그 신념과 관련한 문제에서 상황에 따라 다른 행동을 한다면 그러한 신념은 진실하다고 보기 어렵다.

(2) 구체적인 병역법위반 사건에서 피고인이 양심적 병역거부를 주장할 경우, 그 양심이 과연 위와 같이 깊고 확고하며 진실한 것인지 가려내는 일이 무엇보다 중요하다. 인간의 내면에 있는 양심을 직접 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 양심과 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 판단하여야 한다.

예컨대 종교적 신념에 따른 양심적 병역거부 주장에 대해서는 종교의 구체적 교리가 어떠한지, 그 교리가 양심적 병역거부를 명하고 있는지, 실제로 신도들이 양심을 이유로 병역을 거부하고 있는지, 그 종교가 피고인을 정식 신도로 인정하고 있는지, 피고인이 교리 일반을 숙지하고 철저히 따르고 있는지, 피고인이 주장하는 양심적 병역거부가 옳는지 또는 주로 그 교리에 따른 것인지, 피고인이 종교를 신봉하게 된 동기와 경위, 만일 피고인이 개종을 한 것이라면 그 경위와 이유, 피고인의 신앙기간과 실제 종교적 활동 등이 주요한 판단요소가 될 것이다. 피고인이 주장하는 양심과 동일한 양심을 가진 사람들이 이미 양심적 병역거부를 이유로 실형으로 복역하는 사례가 반복되었다는 등의 사정은 적극적인 고려요소가 될 수 있다.

그리고 위와 같은 판단 과정에서 피고인의 가정환경, 성장과정, 학교생활, 사회경험 등 전반적인 삶의 모습도 아울러 살펴볼 필요가 있다. 깊고 확고하며 진실한 양심은 그 사람의 삶 전체를 통하여 형성되고, 또한 어떤 형태로든 그 사람의 실제 삶으로 표출되었을 것이기 때문이다.

(3) 정당한 사유가 없다는 사실은 범죄구성요건이므로 검사가 증명하여야 한다(대법

원 2008. 6. 12. 선고 2006도6445 판결 등 참조). 다만 진정한 양심의 부존재를 증명한다는 것은 마치 특정되지 않은 기간과 공간에서 구체화되지 않은 사실의 부존재를 증명하는 것과 유사하다. 위와 같은 불명확한 사실의 부존재를 증명하는 것은 사회통념상 불가능한 반면 그 존재를 주장·증명하는 것이 좀 더 쉬우므로, 이러한 사정은 검사가 증명 책임을 다하였는지를 판단할 때 고려하여야 한다. 따라서 양심적 병역거부를 주장하는 피고인은 자신의 병역거부가 그에 따라 행동하지 않고서는 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 절박하고 구체적인 양심에 따른 것이며 그 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료를 제시하고, 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 진정한 양심의 부존재를 증명할 수 있다. 이때 병역거부자가 제시해야 할 소명자료는 적어도 검사가 그에 기초하여 정당한 사유가 없다는 것을 증명하는 것이 가능할 정도로 구체성을 갖추어야 한다.

라. 이 사건의 해결

기록에 따르면 다음과 같은 사실을 알 수 있다. 피고인은 여호와의 증인 신도인 아버지의 영향으로 만 13세이던 1997. 11. 16. 침례를 받고 그 신앙에 따라 생활하면서 2003년경 최초 입영통지를 받은 이래 현재까지 신앙을 이유로 입영을 거부하고 있다. 과거 피고인의 아버지는 물론 최근 피고인의 동생도 같은 이유로 병역을 거부하여 병역법 위반으로 수감되었다. 피고인은 부양해야 할 배우자, 어린 딸과 갓 태어난 아들이 있는 상태에서 형사처벌의 위협을 감수하면서도 종교적 신념을 이유로 병역거부 의사를 유지하고 있다.

위에서 본 법리에 비추어 보면, 피고인의 입영거부 행위는 진정한 양심에 따른 것으로서 병역법 제88조 제1항에서 정한 정당한 사유에 해당할 여지가 있다. 따라서 원심로서는 위에서 본 판단방법에 따라 피고인이 주장하는 양심이 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 해당하는지를 심리하여 판단했어야 한다(파기환송).

II. 양심적 병역거부의 역사(미국의 경우)4)5)

4) 사법부의 법해석을 통해 양심적 병역거부의 인정 기준과 범위를 구체화해 나간 미국의 역사를 살펴보는 것이 대 상관 결의 이해 및 앞으로의 재판에서 이 사건 조항 등 국민의 국방의 의무를 구체화하기 위하여 마련된 법조항의 정당한 사유를 판단함에 있어 시사점을 제공할 것이라 생각한다.

5) 배상원, “양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유”, 사법 47호(2019); 안경환·장복희 편, 양심적 병역거부, 사람생각(2002); 유남석, “양심상의 병역거부에 관한 법적고찰”, 군사법연구 3집(1985); 윤명선·박영철, “종교의 자유로운 행사 조항”, 미국헌법연구 11호(2000); 이남석, 양심에 따른 병역거부와 시민불복종, 그린비(2004); 이상돈, 미국의 헌법과 연방대법원, 학연사(1983) 참조

1. 양심적 병역거부 논의의 배경⁶⁾

미국의 징병제는 남북시대부터 유래하였지만 양심적 병역거부자들에 대한 병역면제는 식민시대부터 있었던 것으로 알려져 있다. 미국의 독립 당시만 하더라도 상당수의 주가 주헌법 또는 주법으로 양심상의 이유로 무기 들기를 거부하는 자를 민병대(militia)에서 제외시키고 있었으며, 매디슨(Midison)이 제출한 권리장전 초안에도 “종교적 이유로 무장을 거부하는 자에게 강제로 병역을 부과하는 것”을 금하는 조항이 있었다. 하지만 이 문제는 주의 소관사항이라 하여 삭제되었다.

남북전쟁 중 연방정부가 병무행정권을 갖게 되면서 제정된 1864년의 병역법(the 1864 Draft Act)은 종교교리상의 이유로 인한 병역거부를 인정하였다. 그 후 1차 세계대전 중인 1917년의 병역법(Draft Act of 1917)은 “현재의 그리고 일반적으로 인정되고 있는 종교 또는 종파의 교리가 그 교인들로 하여금 어떠한 형태의 무력분쟁에의 참가를 금하는 경우”에 한하여 그 교인들에 대한 전투행위 참가의무를 면제하였다. 이는 1864년의 법률보다 면제의 대상 및 범위를 축소한 것이었다.

1940년의 징병법(the 1940 Selective Service Act)도 1917년의 법의 골자를 그대로 따르고 있는데, 다만 “종교적인 수양과 신념(religious training and belief)에 의하여 어떠한 형태의 전쟁(war in any form)에 참가하는 것을 거부”하는 사람은 “비전투대체의무”를 이행하도록 규정하였다. 1940년의 법률의 요건은 1917년의 것보다 다소 완화된 것이다.

2. United States v. Seeger, 380 U.S. 163 (1965)

“종교적 수양과 신념”의 의미에 대하여 40년대의 두 연방항소법원의 판결은 상호 대립되었다. 그중 하나는 “신 또는 양심이라고 할 수 있는 내심에서 우러나오는 반응”으로 광범위하게 해석한 것이고,⁷⁾ 다른 하나는 “세속적인 것을 초월하는 보다 높은 권위에 책임을 의탁한 개인의 신앙”이라고 좁게 해석한 것이다.⁸⁾ 1948년에 의회는 후자의 입장에서 “종교적 수양 및 신념은 인간관계를 초월하는 의무에 관한 절대자(Supreme Being)와 관계된 개인적 신앙을 의미하며 본질적으로 정치적·사회적·철학적 견해나 단순한 개인적 도덕율은 이에 포함되지 않는다.”는 수정조항을 추가하였다.⁹⁾¹⁰⁾

6) 미국은 1973년 징병제에서 지원병제로 전환하여 오늘에 이르고 있다.

7) United States v. Kauten, 133 F.2d. 703 (2d Cir. 1943).

8) Berman v. United States, 156 F.2d 377 (9th Cir. 1946).

이 조항의 종교의 의미를 “인간으로 하여금 그의 생을 좌우하는 자연의 조화에 내재하는 어떠한 힘에 대한 인식”으로 해석한 양심적 병역거부자의 주장을 제2항소법원은 배척하였지만,¹¹⁾ 연방대법원은 전통적인 신에 관하여 확신하지 못하고 조물주에 대한 귀화를 거부하고 있지만 자신의 종교를 “선과 덕 자체에 대한 믿음과 헌신이며, 순수하게 윤리적 신조에 대한 종교적 신앙(belief in and devotion to goodness and virtue for their own sakes, and a religious faith in a purely ethical creed)”이라고 주장한 시거(Seeger)에 대해 종교적 신념을 가지고 있다고 판단하여, 그에 대한 병역면제 거부는 수정헌법 제5조의 적법절차조항 위반이라고 판시하였다. 특히 폴 틸리히(Paul Tillich)와 같은 현대신학자의 견해를 들어서 “신에 대한 믿음에 상응하는 성실하고 유의미한 신앙을 내심에 가지고 있는 사람”은 병역면제의 혜택을 받을 자격이 있다고 판결하였다.

3. Welsh v. United States, 398 U.S. 333 (1970)

1967년에 의회는 ‘절대적 존재’에 대한 언급을 삭제하고, 다만 “종교적 수양과 신념”에 의해 모든 전쟁을 반대한다는 것만 규정하였다. 그러나 시거 판례 이후에도 정치적·사회적·철학적 신념의 양심적 병역거부와 특정한 전쟁에 반대하는 양심적 병역거부는 여전히 문제로 남아 있었다.

위 사건에서 연방대법원은 역사와 사회학 분야의 책을 읽고 공부한 결과 전쟁은 악이고, 비논리적 비도덕적이라는 강한 신념-관례적인(Conventional) 의미에서 “종교적”이라고 할 수는 없지만 전통적인(Traditional) 종교적 확신과 같은 정도로 강렬한-을 갖게 된 경우에는 그 신념이 비록 부분적으로 세계정치의 인식에서 비롯된 것이라 할지라도 어떠한 형태의 전쟁에도 참여하는 것에 대해 진실되고 심오한(deeply and sincerely) 가책을 가지고 있는 것으로 보아 병역면제 자격을 인정하였다. 여기에서 양심상의 병역거부는 무엇이 옳고 그른 것인지에 대한 도덕적, 윤리적 또는 종교적 신념에서 비롯되어야 하고, 그러한 신념이 전통적인 의미의 종교적 확신과 같은 정도의 강도(Strength) 및 깊이(Depth)와 진실성(Sincerity)을 갖는 경우여야 한다고 보았다.

9) Section 6(j) of the Selective Service Act of 1948, 62 Stat. 613.

10) 이 조항은 “본 법에 규정된 어떤 조항도 종교적 수양 및 신념을 이유로 통상의 참전을 양심적으로 반대하는 사람에게 미국의 육군 또는 해군의 전투훈련 및 복무를 요구한다고 해석될 수 없다.”고 규정하고, “본 조항에서 기술하고 있는 것처럼, 종교적 수양 및 신념이라는 용어는 어떤 인간관계에서 비롯되는 의무보다 우월한 의무를 수반하지만, 본질적으로 정치적·사회학적, 또는 철학적 견해 또는 단순한 개인의 도덕규범(moral code)을 수반하지 않는 초월적 존재와 관련된 개인의 신념”으로 규정하였다. 미법무부는 이 조항을 유신론적 신념(theistic belief)에 근거하지 않은 병역거부자들은 제외된다고 해석·적용하였다.

11) Peter v. United States, 324. F.2d 173 (1963)

그리고 대체복무제도는 “등록자는 반드시 자신의 윤리적 또는 도덕적 신념들이 신앙, 연구, 명상 또는 기타 활동을 통하여 얻어진 것이어야 하며, 이것들이 종교적 신념들이 형성되는 엄격함 및 헌신과 비견될 수 있음을 증명하여야 한다.”는 특별한 의무조항이 부가되었다.

4. Gillette v. United States, 401 U.S. 437 (1971)

한편 위 사건에서 상소인은 "종교에 대한 휴머니즘적 접근(Humanist Approach to Religion)"에 근거하여 월남전은 정의롭지 않은(unjust) 전쟁이기 때문에 참전할 수 없다면서, "모든 전쟁에의 반대"를 요건으로 하는 징병법 제6조 j항이 수정헌법 제1조 및 제5조에 위배된다고 주장하였다.

연방대법원은 '헌법은 양심적 병역거부자를 위해 군복무로부터 어떠한 면제도 명령하지 않았다'고 함으로써 양심적 병역거부자의 권리가 헌법이 아닌 입법정책의 문제라고 보고, 징병법이 '모든 전쟁(war in any form)'을 반대하는 경우에만 양심적 병역거부를 허용하는 것으로 규정하고 있다는 점에 기초하여 병역거부의 근거가 비록 종교적이라 하더라도 선택적 거부는 인정할 수 없다고 판시하였다. 또한 징병행정에서는 무엇보다도 공정성이 중요한데 선택적 거부를 인정할 경우에는 다양한 신념들이 무제한적으로 포함됨으로써 그 판단기준이 모호하게 되어 공정성을 해하게 되고, 공공의 의무에 관한 시민의 자발적 수행의 가치가 상실되며, 자유민주국가에서 민주적 절차를 통한 정부의 결정은 개인적인 부동의로부터 보호되어야 하고, 특정 전쟁에 반대한다는 것은 양심상의 결정이라기보다는 정치적·사회적인 경우가 많으며 또한 그와 같은 신념은 변하기 쉽다는 점 등을 이유로 들었다.

5. 미국의 양심적 병역거부 인정 기준¹²⁾

미국 연방대법원의 판례의 태도를 종합하여 보면, 징병법에서 양심적 병역거부의 요건으로 정한 "종교적 신앙과 신념"의 종교를 광범위하게 해석하여, 양심적 병역거부자의 신념이 ① 무엇이 옳고 그런가에 관한 도덕적, 윤리적 또는 종교적 신념으로서 ② 전통적인 의미의 종교적 확신과 같은 정도의 강도 및 깊이와 진실성을 갖는 경우이고, ③ 모든 형태의 전쟁에 참가하는 것을 거부하는 경우 병역거부를 인정하였다.

III. 대상판결 이전 우리나라의 양심적 병역거부 현황¹³⁾

12) 구체적인 사례들에 관하여는 유남석(주5) 참조

양심적 병역거부자는 우리 사회에서 매년 평균 약 600명 내외로 발생하고 있는데, 국내에서 입영기피를 이유로 처벌된 양심적 병역거부자의 거의 대부분은 기독교 종파인 '여호와의 증인' 신도로서 모든 형태의 전쟁을 반대하는 보편적 거부자들이다.

하지만 2001년에 불교와 평화주의에 근거하여 입영 대신 양심에 따른 병역거부를 선언한 오○양의 경우(서울동부지방법원 2002고단934), 2002년에 평화주의 및 반전주의 신념에 근거하여 양심에 따른 병역거부를 선언한 유○근의 경우(서울중앙지방법원 2002고단10177), 2003년에 군입대 후 이라크전 파병 반대를 이유로 귀대를 거부한 강○민의 경우(군사법원)도 존재한다.

IV. '정당한 사유'에 해당하는 '진정한 양심에 따른 병역거부' 판단

1. 헌법상 보호되는 양심에 관한 학설

헌법 제19조는 "모든 국민은 양심의 자유를 가진다."라고 규정한다. 여기의 '양심'의 개념 내지 범위에 대하여 학설은 대립하고 있다¹⁴⁾. 양심에 사상, 세계관이 포함되는지가 문제된다¹⁵⁾. 헌법재판소는 최근에는 다수 결정에서 윤리적 양심설에 입각하고 있는 것 같은데(헌재 2002. 1. 31. 선고 2001헌바43, 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1), 한편으로는 사회적 양심설도 취하고 있어(헌재 1991. 4. 1. 선고 89헌바160, 1997. 11. 27. 선고 92헌바28, 1998. 7. 16. 선고 96헌바35, 2001. 8. 30. 선고 99헌바92) 논란의 소지를 제공한다¹⁶⁾.

가. 협의설(윤리적 양심설)

양심을 강력하고 진지한 마음의 소리로서 선악의 범주에 관한 윤리적·도덕적 결정이라고 좁게 보는 견해이다. 사상, 세계관과 같은 지적·논리적 판단체계를 제외하고, 윤리적 정체성에 관한 판단만을 양심으로 본다. 윤리적 정체성에 관한 판단이란 옳고 그름이라는 윤리적 문제에 관한 전인격적 결단을 말한다.

나. 광의설(사회적 양심설)

양심을 위와 같은 윤리적·도덕적 결정에 더하여 세계관, 인생관, 주의, 신조 등을 포함

13) 이남석(주5) 참조

14) 신상준·이상경, "양심의 자유'에 관한 헌법재판소 결정의 비판론적 검토", 서울법학 24권 4호, 서울시립대학교 (2017. 2.), 166~167, 171~177.

15) 김하열, "헌법강의", 2018. 박영사, 422~426.

16) 성낙인, "헌법학", 2020. 법문사, 1209.

시켜 넓게 본다. 즉, 윤리적 결정뿐만 아니라 사상, 세계관도 양심의 자유에 의해 보호되는 것으로 본다.

2. 양심적 병역거부에서 양심의 의미

가. 양심적 병역거부에서의 양심의 의미에 관하여 대법원과 헌법재판소의 대표적인 선회는 모두 협의설의 입장을 취하고 있다.

대법원은 대상판결 이전 양심적 병역거부가 문제된 사건에서 “헌법이 보호하고자 하는 양심은 ‘어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 않고는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 양심’을 말하는 것”이라고 판시하였다(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결).

헌법재판소도 대체복무제를 규정하지 않은 병역법 제5조 제1항에 대해 헌법불합치 결정을 하면서 “헌법상 보호되는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 양심을 말한다.”라고 판시하였다(헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 전원재판부 등 결정).

대상판결도 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결, 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정 등을 인용하여 “헌법 제19조에서 보호하는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단할 때 그렇게 행동하지 않고서는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 것이어야 한다.”고 판시하였다.

나. 광의설과 협의설의 차이가 가장 크게 드러나는 부분은 이른바 ‘사상의 자유’ 문제이다. 대체로 광의설의 경우에는 사상의 자유도 양심의 자유에 포함되고, 협의설의 경우에는 사상의 자유는 양심의 자유에 포함되지 않는다. 국제사회에서 양심적 병역거부의 문제는 아래에서 살펴보는 바와 같이 점차 종교적 양심에서 정치적 양심으로 옮겨져 가고 있는바, 정치적 양심은 결국 사상과 연결될 것이다¹⁷⁾.

다. 양심적 병역거부에서 문제되는 양심의 유형

(1) 종교적 양심

17) 배상원(주5), 516.

종교적 양심은 양심적 병역거부의 시발점이자 현재 우리나라의 양심적 병역거부 사안의 대부분을 차지하고 있다. 신념의 근원이 종교인 경우로서 이러한 양심은 진정한 양심으로 인정될 가능성이 높다. 절대적인 종교적 양심인 이상 그 종교의 구체적 종류나 종파 등은 문제되지 않는다¹⁸⁾¹⁹⁾.

다만, 종교적 신념에 의해 형성된 양심이라 하더라도 그 신념이 깊고, 확고하며, 진실한 것이어야 하고, 구체적 사건에서 그 진정성을 판단함에 있어서는 대상판결에서 판시하고 있는 바와 같이, “종교의 구체적 교리가 어떠한지, 그 교리가 양심적 병역거부를 명하고 있는지, 실제로 신도들이 양심을 이유로 병역을 거부하고 있는지, 그 종교가 피고인을 정식 신도로 인정하고 있는지, 피고인이 교리 일반을 숙지하고 철저히 따르고 있는지, 피고인이 주장하는 양심적 병역거부가 오로지 또는 주로 그 교리에 따른 것인지, 피고인이 종교를 신봉하게 된 동기와 경위, 만일 피고인이 개종을 한 것이라면 그 경위와 이유, 피고인의 신앙기간과 실제 종교적 활동 등이 주요한 판단요소가 될 것이다. 피고인이 주장하는 양심과 동일한 양심을 가진 사람들이 이미 양심적 병역거부를 이유로 실행으로 복역하는 사례가 반복되었다는 등의 사정은 적극적인 고려요소가 될 수 있다.” 할 것이다.

(2) 윤리적·도덕적·철학적 양심

윤리적·도덕적·철학적 양심의 개념은 종교적 양심과의 비교·대조가 필요하다. 그 신념이 ‘종교적 수준’에까지 이른 것인지가 문제 되는데, 여기서 종교적 수준이라는 것은 그 신념이 종교적 내용을 포함하고 있어야 한다는 것이 아니라 ‘당해 신념이 그 사람의 인생 전반을 지도하는 최고원리로 기능함으로써 당해 신념의 명령이 그 사람의 모든 생각과 행동을 좌우하는 기준이 된 경우’, 즉 절대적 구속력이 인정되는 경우를 의미한다. 이와 같은 ‘종교적 수준’에 이른 윤리적·도덕적·철학적 양심도 ‘진정한 양심’으로 인정될 가능성이 높다 할 것이다²⁰⁾.

대상판결에서도 “이른바 양심적 병역거부는 종교적·윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유

18) 종교적 신념과 ‘비종교적 신념’의 구분은 말 그대로 신념의 근원이 종교인지 아닌지의 관점에서 구분하기도 하고, 종교적 신념과 종교적 신념에 준하는 신념을 묶어 종교적 신념이라고 하고 그밖에 다른 세속적 신념을 비종교적 신념이라고 구분하기도 한다. 예컨대 윤리적·도덕적·철학적 신념이 종교의 수준에 이른 경우, 후자의 구분에 의하면 ‘종교적 신념’이라고 할 수 있을 것이나, 전자의 구분에 의하면 어디까지나 ‘비종교적 신념’이다. 배상원(주5), 524.

19) “일반적인 종교가 내포하고 있는 생명존중 사상 등을 이유로 한 새로운 양심적 병역거부 문제는 그것이 진정한 양심으로 인정된다면 당연히 허용해야 하고 단순히 양심을 빙자한 병역의 기피라면 허용해서는 안 될 것이다. 양심적 병역거부를 인정할 때 종교 사이에 차별이 있어서는 안 되고, 양심적 병역거부는 진정한 양심을 전제로 하는 것이기 때문이다.”는 대상판결 다수의견의 보충의견도 같은 취지이다.

20) 배상원(주5), 524~525.

사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 행위를 말한다.”고 설시함으로써, 대법원은 종교적 신념에 의한 경우뿐만 아니라 윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 경우 그것이 진정한 양심에 따른 병역거부의 경우라면 이 사건 조항의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 인정하였다.

(3) 정치적 양심

정치적 양심의 개념은 비교적 근래에 양심적 병역거부가 개인적 차원의 인권운동에서 정치적 차원의 평화운동으로 중심이 이동하면서 발생하였다. 정치적 양심이란 ‘정치적 신념에 근거하여 형성된 양심’을 의미하고, 종교 내지 이에 준하는 신념과 무관한 정치적 입장, 대표적으로 ‘반전평화주의’ 사상 등과 관련된다. 이러한 정치적 견해가 뚜렷한 신념이 되고 나아가 절대적 양심으로까지 전환될 수 있는 기초는 윤리·도덕과의 관련성 및 당위성의 측면에 있다. 그런데 정치적 양심은 병역거부가 허용되는 양심으로 인정될 가능성이 상대적으로 낮다 할 것이다. 정치적 입장은 본질적으로 유동적인 것이고 학습과 토론 등을 통하여 수시로 변화될 가능성을 내포하고 있기 때문이다. 그러나 그 신념이 예외적으로 종교적 신념의 수준에까지 이르렀다면 물론 인정될 수 있을 것이다²¹⁾.

앞서 본 바와 같이 대상판결에서 대법원은 종교적 신념에 의한 경우뿐만 아니라 윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 경우 그것이 진정한 양심에 따른 병역거부의 경우라면 이 사건 조항의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 인정하였는바, 결국 병역거부자가 주장하는 양심의 진정성, 즉 그 신념이 깊고, 확고하며, 진실한 경우에 해당하는지가 관건이라고 할 것이다.

(4) 경제적·사회적·문화적 양심

경제적·사회적·문화적 양심의 개념 역시 상정해 볼 수 있다. 예컨대, ‘최소한 자원이 전쟁준비에 사용되어서는 안 되므로 전쟁을 위한 군대를 반대한다’는 입장 또는 ‘전쟁은 분쟁해결수단으로서 비효율적이다’라는 생각이 가능하고, 이러한 견해가 강해짐으로써 뚜렷한 신념 나아가 절대적 양심으로 전환될 수 있다. 다만 경제적·사회적·문화적 신념은 정치적 신념과 비교하더라도 상대적으로 윤리·도덕과의 관련성이 희박하고 당위성보다는 합리성의 측면이 강하기 때문에 병역거부가 허용되는 절대적 양심으로 인정될 가능성은 매우

낮을 것이다. 물론 그 신념이 아주 예외적으로 종교적 신념의 수준에까지 이를 수 있다면 여기서의 양심으로 인정될 가능성을 배제할 수는 없다²²⁾.

이후에 살펴볼 2017도15287 사안의 경우, 피고인이 국가가 개인의 자유를 침해하고 최저임금에도 미치지 못하는 급여를 지급하는 강제징집제도는 위헌이므로 입영을 거부함에 정당한 사유가 있다고 주장한 사안에서, 대법원은 이 사건 공소사실의 유·무죄를 가리기 위해서는 피고인이 주장하는 양심의 구체적인 내용이 무엇인지, 양심의 형성 동기와 경위를 밝히도록 하고, 병역거부에 이르게 된 그의 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수증할 만한 구체적인 소명자료를 제출받아 이를 자세히 심리할 필요가 있다고 판단하여 원심을 파기하고 사건을 원심 법원으로 환송했다. 위 대법원 판결의 취지는 경제적·사회적·문화적 양심을 이유로 양심적 병역거부를 주장하는 경우에도 그 양심의 진정성에 대해 반드시 심리해서 유·무죄 판단을 해야 한다는 것으로 이해된다.

라. 대상판결에서 ‘진정한 양심’의 의미 및 심리와 판단 기준

(1) 대상판결은 병역거부가 인정될 수 있는 ‘진정한 양심’에 관하여 앞서 본 바와 같이 협의설의 입장에서 “어떤 일의 옳고 그름을 판단할 때 그렇게 행동하지 않고서는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 것이어야 한다.”고 판시하였다.

(2) 그리고 그 양심의 형성 근원에 대하여는 “종교적·윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된” 것이라고 하였다. “이와 유사한 동기에서 형성된” 것이라고 함으로써 일응 그 양심의 형성 근원을 종교, 윤리, 도덕, 철학에 한정하지 않은 것으로 보인다.

(3) 또한 ‘진정한 양심’의 심리와 판단에서 진정한 양심은 “그 신념이 깊고, 확고하며, 진실하여야 한다. 신념이 깊다는 것은 그것이 사람의 내면 깊이 자리잡은 것으로서 그의 모든 생각과 행동에 영향을 미친다는 것을 뜻한다. 삶의 일부가 아닌 전부가 그 신념의 영향력 아래 있어야 한다. 신념이 확고하다는 것은 그것이 유동적이거나 가변적이지 않다는 것을 뜻한다. 반드시 고정불변이어야 하는 것은 아니지만, 그 신념은 분명한 실체를 가진 것으로서 좀처럼 쉽게 바뀌지 않는 것이어야 한다. 신념이 진실하다는 것은 거짓이 없고, 상황에 따라 타협적이거나 전략적이지 않다는 것을 뜻한다. 설령 병역거부자가 깊고 확고한 신념을 가지고 있다고 하더라도 그 신념과 관련한 문제에서 상황에 따라 다른 행동을 한다면 그러한 신념은 진실하다고 보기 어렵다.”고 판시하였다. 진정한 양심은 정

21) 배상원(주5), 525.

22) 배상원(주5), 525~526.

도에 있어서 깊고, 확고하고, 진실한 것으로서 ‘그 양심이 그 사람에게 절대적 구속력을 가지는가’라는 절대성의 관점에서 그 인정여부를 판단하여야 한다고 보았다²³⁾.

(4) 위와 같은 ‘진정한 양심’의 절대성은 ‘진정한 양심’의 심리와 판단방법에 반영되었다. 즉, 대상판결은 “구체적인 병역법위반 사건에서 피고인이 양심적 병역거부를 주장할 경우, 그 양심이 과연 위와 같이 깊고 확고하며 진실한 것인지 가려내는 일이 무엇보다 중요하다. 인간의 내면에 있는 양심을 직접 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 양심과 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 판단하여야 한다.”, “예컨대 종교적 신념에 따른 양심적 병역거부 주장에 대해서는 종교의 구체적 교리가 어떠한지, 그 교리가 양심적 병역거부를 명하고 있는지, 실제로 신도들이 양심을 이유로 병역을 거부하고 있는지, 그 종교가 피고인을 정식 신도로 인정하고 있는지, 피고인이 교리 일반을 숙지하고 철저히 따르고 있는지, 피고인이 주장하는 양심적 병역거부가 오로지 또는 주로 그 교리에 따른 것인지, 피고인이 종교를 신봉하게 된 동기와 경위, 만일 피고인이 개종을 한 것이라면 그 경위와 이유, 피고인의 신앙기간과 실제 종교적 활동 등이 주요한 판단요소가 될 것이다. 피고인이 주장하는 양심과 동일한 양심을 가진 사람들이 이미 양심적 병역거부를 이유로 실형으로 복역하는 사례가 반복되었다는 등의 사정은 적극적인 고려요소가 될 수 있다.”고 판시하였고, “그리고 위와 같은 판단 과정에서 피고인의 가정환경, 성장과정, 학교생활, 사회경험 등 전반적인 삶의 모습도 아울러 살펴볼 필요가 있다. 깊고 확고하며 진실한 양심은 그 사람의 삶 전체를 통하여 형성되고, 또한 어떤 형태로든 그 사람의 실제 삶으로 표출되었을 것이기 때문이다.”라고 하였다.

대상판결의 다수의견에 대한 보충의견에서도 “양심적 병역거부에서 증명의 대상이 되는 것은 양심의 존재 여부와 그 정도이다.”, “더욱이 깊고 확고하며 진실한 양심으로서 그 사람의 인생 전반을 좌우하는 양심이라면 가정환경, 성장과정, 학교생활, 사회경험 등 전반적인 삶의 과정에서 표출될 수밖에 없을 것이다. 결국 양심적 병역거부에서 문제되는 양심은 위와 같이 외부로 드러난 모습을 통하여 증명할 수 있는 것으로서 범죄의 고의 증명에 외부적 거동이 전제되는 것과 다르지 않다. 따라서 외부적으로 드러난 행위를 통하여 고의를 추론하는 것이 가능한 것처럼 외부적으로 드러난 행위를 통하여 양심을 추론하는 것 역시 가능하다.”고 밝히고 있다.

(5) ‘진정한 양심’의 증명 문제에 관하여는 “정당한 사유가 없다는 사실은 범죄구성요건

이므로 검사가 증명하여야 한다. 다만 진정한 양심의 부존재를 증명한다는 것은 마치 특정되지 않은 기간과 공간에서 구체화되지 않은 사실의 부존재를 증명하는 것과 유사하다. 위와 같은 불명확한 사실의 부존재를 증명하는 것은 사회통념상 불가능한 반면 그 존재를 주장·증명하는 것이 좀 더 쉬우므로, 이러한 사정은 검사가 증명책임을 다하였는지를 판단할 때 고려하여야 한다. 따라서 양심적 병역거부를 주장하는 피고인은 자신의 병역거부가 그에 따라 행동하지 않고서는 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 절박하고 구체적인 양심에 따른 것이며 그 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수증할 만한 소명자료를 제시하고, 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 진정한 양심의 부존재를 증명할 수 있다. 이때 병역거부자가 제시해야 할 소명자료는 적어도 검사가 그에 기초하여 정당한 사유가 없다는 것을 증명하는 것이 가능할 정도로 구체성을 갖추어야 한다.”고 판시하였다.

3. 양심적 병역거부에서 병역거부의 유형²⁴⁾

가. 입대 전 거부와 입대 후 거부

거부의 시기에 따라 입대 전 거부와 입대 후 거부로 구분할 수 있다. 대체로 양심적 병역거부는 징병제하에서 입대 전 거부의 모습으로 나타난다. 그러나 입대 후에도 새로운 양심이 형성되는 것은 가능하다. 입대 후 병역을 이행하기 어려운 양심이 형성된 것이 사실이라면 그 양심의 형성시기에 따라 차별을 두는 것은 부당하다 할 것이므로, 입대 전 거부는 물론 입대 후 거부에 관하여도 ‘진정한 양심’에 의한 병역거부라면 허용함이 상당하다. 다만, 병역거부가 허용되는 양심은 고정불변일 것까지는 없지만 확고할 것이 요구되는바, 입대 후 거부의 경우에는 그 양심의 발생과 지속에 관한 추가적인 검토가 필요할 것이다.

대상판결의 사안은 입대 전 거부의 유형이었으나 입대 후 거부에 대한 명시적 언급이 없어 입대 후 거부의 인정 가능성을 열어두었던 것으로 보이고, 이후 예비군훈련 거부 사안에서 대법원은 대상판결과 같은 판단 기준으로 양심적 병역거부를 인정하였다(대법원 2021. 1. 28. 선고 2018도4708 판결).

다만 대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률(이하 ‘대체역법’이라 한다) 제3조²⁵⁾는 대체역

24) 대상판결에 대한 분석을 제외한 기본적인 내용은 배상원(주5), 526-533 참조

25) 2019. 12. 31. ‘대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률’이 법률 제16851호로 제정되어 2020. 1. 1.부터 시행되었다. 위 법 제1조(목적)는 “이 법은 「대한민국헌법」이 보장하는 양심의 자유를 이유로 현역, 예비역 또는 보충역의 복무를 대신하여 병역을 이행하기 위한 대체역의 편입 및 복무 등에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다. 대체역법 제3조는 아래와 같다.
제3조(대체역 편입신청)

23) 배상원(주5), 521. 저자는 “(병역거부가 허용되는 양심)의 문제는 양심의 ‘내용’이 아니라 그 ‘정도’이다. 따라서 ‘그 양심이 과연 옳은가, 보편타당한가’라는 정당성 내지 타당성의 관점은 적절하지 않고, 오로지 ‘그 양심이 그 사람에게 절대적 구속력을 가지는가’라는 절대성의 관점에서 그 인정 여부를 판단하여야 한다.”라고 한다. 대상판결에서 ‘진정한 양심’의 내용에 대한 직접적인 언급은 없는 것으로 보인다.

편입신청을 입영일 또는 소집일 5일 전까지 하도록 규정하고 있는바, 입영 후 또는 소집 후 양심적 병역거부의 경우에는 군형법상의 군무이탈죄에서 ‘정당한 사유’ 판단의 문제가 발생할 것이다.²⁶⁾

나. 평시 거부와 전시 거부

거부의 상황에 따라 평시의 거부와 전시의 거부가 있다. 여기에서 전시라 함은 반드시 전쟁뿐만 아니라 사변 또는 이에 준하는 국가비상사태를 포괄하는 의미이다. 입대 후 거부 역시 평시 및 전시로 구분할 수 있을 것이나, 이미 입대를 한 이상 입대 후 문제로 다루는 것이 보통이고, 평시 거부와 전시 거부의 문제는 통상 입대 전 거부의 경우를 전제로 한다.

평시 거부에는 ‘진정한 양심’에 따른 거부인지를 따져 판단하면 될 것이나, 전시 거부의 경우에는 어려운 문제가 발생한다. 전시의 경우 병력동원의 필요성이 평시의 경우보다 훨씬 더 크지만, 반면 병역의무의 이행에 관한 양심적 갈등이 가장 첨예하게 현실화된 상황이기 때문이다. 이에 양심적 병역거부를 원칙적으로 허용하는 견해에서도 전시의 경우에는 병역거부를 인정할 수 없다는 입장이 있다²⁷⁾. 국제적으로 보면 폴란드, 벨기에, 필란드 등이 평시의 거부만 허용하고 전시의 거부는 허용하지 않는다고 알려져 있다.

그러나 일단 양심적 병역거부를 허용할 수 있다는 전제에서 보자면 평시 거부는 물론 전시 거부도 허용하는 것이 상당하다. 양심적 병역거부를 허용하는 근거에 비추어 볼 때 전시야말로 양심적 병역거부를 반드시 허용하여야 할 상황이기 때문이다. 다만 전시에는 그 상황의 특수성상 단순한 공포심 등을 절대적 양심으로 가질 수 있는 가능성이 평시보다 크다 할 것이므로 이러한 측면에서는 주의가 필요할 것이다.

대한민국헌법이 보장하는 양심의 자유를 이유로 현역, 예비역 또는 보충역의 복무를 대신하여 병역을 이행하려는 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 입영일 또는 소집일의 5일 전까지 제4조에 따른 대체역 심사위원회에 「병역법」 제5조제1항제6호에 따른 대체역(이하 "대체역"이라 한다)으로 편입을 신청(이하 "편입신청"이라 한다)할 수 있다.

1. 현역병입영 대상자
2. 사회복무요원 소집 대상인 보충역
3. 「예비군법」 제3조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 예비역 또는 보충역 중 그 복무를 마친 날의 다음 날부터 8년이 되는 해의 12월 31일까지의 기간에 있는 사람

26) 군형법 제30조(군무 이탈)

- ① 군무를 기피할 목적으로 부대 또는 직무를 이탈한 사람은 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 적전인 경우: 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역
2. 전시, 사변 시 또는 계엄지역인 경우: 5년 이상의 유기징역
3. 그 밖의 경우: 1년 이상 10년 이하의 징역
- ② 부대 또는 직무에서 이탈된 사람으로서 정당한 사유 없이 상당한 기간 내에 부대 또는 직무에 복귀하지 아니한 사람도 제1항의 형에 처한다.

27) 대상판결의 별개의견도 이에 포섭될 수 있을 것이다.

다만 전시 거부에 있어서는 일정한 예외가 있을 수 있다. 양심적 병역거부를 인정하는 것은 헌법상 양심의 자유를 최대한 보장하고자 하는 취지로서 병역의무의 이행 확보를 통한 국가안전보장이라는 헌법적 가치가 언제나 양심의 자유보다 우월한 것은 아님을 전제로 한다. 그러나 이것이 반대로 양심의 자유가 언제나 국가안전보장보다 우월한 헌법적 가치라는 것을 의미하는 것은 아니다. 원칙적으로 양자는 서로 우열을 가릴 수 없는 관계이고 구체적 사정에 따라 그 중 어느 한쪽이 상대적으로 보다 중요한 상황이 있을 수 있을 뿐이다. 따라서 평시에는 특별한 제한 없이 양심적 병역거부를 허용할 수 있고, 전시의 경우에도 원칙적으로 허용되어야 할 것이나, 매우 예외적인 상황, 즉 국가가 당장이라도 소멸할 위험에 처하여 남녀노소를 불문하고 모든 국민이 총동원되어야 하는 극단적 비상사태에서는 양심적 병역거부의 허용이 제한될 수 있다고 본다. 이와 같은 상황은 국가안전보장이 양심의 자유보다 더 중요한 때라 할 것이기 때문이다. 이러한 매우 극단적인 예외의 가능성에 대하여까지 양심의 자유의 본질이 침해된다고 볼 것은 아니다. 위와 같은 극단적인 예외 상황은 기본권의 본질을 논하기 이전에 기본권의 토대로서 국가의 존립 자체에 관련한 문제로 이해하는 것이 타당할 것이다.

대상판결도 “양심실현의 자유도 헌법 제37조 제2항에서 정한 대로 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있고, 제한하는 경우에도 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”, “국가의 존립이 없으면 기본권 보장의 토대가 무너지기 때문이다. 국방의 의무가 구체화된 병역의무는 성실하게 이행하여야 하고 병무행정 역시 공정하고 엄정하게 집행하여야 한다. 헌법이 양심의 자유를 보장하고 있다고 해서 위와 같은 가치를 소홀히 해서는 안 된다.”라고 판시하였고, 다만 “위에서 본 양심적 병역거부의 현황과 함께 우리나라의 경제력과 국방력, 국민의 높은 안보의식 등에 비추어 양심적 병역거부를 허용한다고 하여 국가안전보장과 국토방위를 달성하는 데 큰 어려움이 있을 것으로는 보이지 않는다.”는 상황을 전제로 진정한 양심적 병역거부를 이 사건 조항의 정당한 사유로 인정한 것이다. 따라서 우리나라의 국가안전보장·질서유지 등을 위해 기본권 제한이 필요한 상황이 도래하는 경우에는 양심의 자유도 제한될 수 있을 것이고, 그와 같은 경우에는 양심적 병역거부의 허용이 제한될 수 있을 것이다.

다. 보편적 거부와 선택적 거부

보편적 거부란 모든 전쟁을 반대하는 것이고, 선택적 거부란 특정 전쟁 또는 특정 무기사용(예컨대, 핵무기의 사용) 등을 거부하는 것이다. 즉 상황을 가리지 않는 일체의 병역거부가 보편적 거부이고, 상황에 따른 병역거부가 선택적 거부이다. 역사적으로 볼 때

베트남전 반대, 이라크전 반대 등을 내세운 병역거부가 선택적 거부의 대표적인 예라고 할 수 있다. 대체로 양심적 병역거부를 주장하는 사람은 보편적 거부를 주장하나 세계적으로 최근 문제되고 있는 상황은 선택적 거부인 경우가 많다.²⁸⁾ 이에 선택적 거부는 양심적 병역거부 사안 중 가장 논쟁적인 부분이기도 하다.

양심적 병역거부를 인정하는 견해에서도 선택적 거부까지 허용할 것인지에 관하여는 견해가 대립된다.²⁹⁾ 국제적으로는 오스트레일리아, 덴마크, 네덜란드에서 선택적 거부를 인정하고 있다고 알려져 있다.³⁰⁾ 반면 미국의 Gillette 판결은 ‘헌법은 양심적 병역거부자를 위해 군복무로부터 어떠한 면제도 명령하지 않았다’고 함으로써 양심적 병역거부자의 권리가 헌법이 아닌 입법정책의 문제라고 보고, 징병법이 ‘모든 전쟁(war in any form)’을 반대하는 경우에만 양심적 병역거부를 허용하는 것으로 규정하고 있다는 점에 기초하여 병역거부의 근거가 비록 종교적이라 하더라도 선택적 거부는 인정할 수 없다고 판시하였고,³¹⁾ 독일의 경우 구 병역법 제25조(현재는 병역거부법 제1조)는 병역거부자로 인

정받기 위하여는 국가 간에 발생하는 ‘온갖 전쟁’을 거부해야 한다고 규정하고 있었으나, 독일의 법원은 전쟁에서 타인을 살해하는 것을 목표로 한 모든 행위를 거부하는 사람만을 양심적 병역거부자로 인정하고, 정의로운 전쟁에만 참여하겠다는 자의 병역거부는 허용하지 않았으며,³²⁾ 자국수호를 넘어 독일군대를 독일 이외의 지역으로 파병할 가능성을 이유로 병역을 거부하는 자의 병역거부도 허용하지 않았다.³³⁾

대상판결이나 대체역법에서 선택적 거부를 제한하는 표현은 명시적으로 보이지 않는다. 그러나 대상판결은 양심적 병역거부를 “양심상 결정을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 행위”로 정의하고 있고, 대체역법도 “대한민국헌법이 보장하는 양심의 자유를 이유로 현역, 예비역 또는 보충역의 복무를 대신하여 병역을 이행하려는 사람”이 대체역 편입신청을 할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 대상판결은 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무 일반을 거부하는, 대체역법은 현역, 예비역 또는 보충역의 복무 일반을 거부하는 양심적 병역거부를 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 대체로 선택적 거부는 정치적 견해 즉 헌법상 보호되는 양심에 대한 확설 중 광의설에서만 포섭가능한 ‘세계관, 인생관, 주의, 신조 등’에 의한 것일 가능성이 크고, 이런 경우는 병역거부가 인정되는 절대적인 양심에 근거하였다고 보기 어려울 것이다.

라. 비전투군복무를 수용하는 거부와 민간대체복무만 수용하는 거부, 절대적 거부

거부의 단계 내지 정도에 따른 구분도 가능하다. ① 우선 군대에 들어가되 전투(집총)복무는 거부하고 비전투(집총)복무만 수용하는 형태가 있다(비전투군복무를 수용하는 거부, 과거 안식교도들의 병역거부형태). ② 그 다음으로 군대에 들어가는 것 자체를 거부하고 민간대체복무만을 수용하는 형태가 있다(민간대체복무만 수용하는 거부, 현재 여호와의 증인들의 병역거부형태). ③ 가장 극단적인 것으로는 설령 민간대체복무라 하더라도 그것이 병역의무를 대체하는 것인 이상 군과의 관련성이 없지 않다는 이유로 일체의 민간대체복무마저 거부하는 형태도 있다(절대적 거부). 위와 같은 절대적 거부자들은 국가의 강제징집권을 인정할 수 없다거나 민간대체복무 역시 결국 전시체제의 일부가 될 수 있다는 점 등을 거부사유로 하는 경우가 많다. 현재 우리나라에서 통상 문제되는 형태는 군입대는 거부하되 민간대체복무는 수용하는 중간적 형태이다.

대체로 비전투군복무(예컨대, 의무병)를 수용하는 거부와 민간대체복무를 수용하는 거

32) BVerwGE 49, 75. 이재승, “독일에서의 병역거부와 민간봉사”, 민주법학 20권(2001), 160은 위 판례를 인용하면서, ‘판례에 의하면 방어전쟁의 정당성을 시인하거나 방어전쟁에의 참여의사를 지니면서 병역거부를 하는 경우에도 병역 거부자로 인정받지 못한다’고 설명하고 있다. 배상원(주5), 530에서 재인용

33) BVerwG, Beschl. v. 8. 11. 1994=NJW 1994, 603. 배상원(주5), 530에서 재인용

28) 임재성, 살펴야 했던 평화의 언어: 병역거부가 말했던 것, 말하지 못했던 것, 그린비(2011), 55~56; 김두식, 칼을 쳐서 보습을, 뉴스앤조이(2002), 111; 오호택, “병역의무의 형평성에 관한 연구”, 헌법학연구 11권 4호(2005), 215 등. 배상원(주5), 529에서 재인용

29) ① 국내 학설 중 선택적 거부 부정설: 조국, “양심적 집총거부권”, 민주법학 20권(2001), 148(“현 단계 한국의 현실을 고려할 때 선택적 집총거부도 인정하자고 주장하는 것은 수용되기 힘들다고 생각한다.”); 조국, “양심적 병역거부권”, 양심과 사상의 자유를 위하여, 책세상(2010), 91(“이러한 선택적 병역거부를 인정한다는 것은 양심에 부합하는 전쟁과 그렇지 않은 전쟁을 구분하는 것인데, 이것이 진정한 평화주의에 부합하는지는 의문이다. 양심적 병역거부가 양심의 자유의 일부로 인정되려면 병역거부에 대한 태도가 일관되어야 할 것이다.”), 같은 저자의 같은 결론이나, 그 이유가 다소 변경된 것으로 보인다); 이상명, “양심적 병역거부와 양심의 자유”, 고려법학 49호(2007. 11.), 914(“특정 전쟁에 대한 반대는 양심상의 것이라기보다는 정치적, 사회적인 사유에 의한 경우가 많아 그 판단기준이 모호하고, 특정 시기의 특정 전쟁에 대한 반대의 신념은 변하기 쉽고 변화하는 정세에 따라 취소될 여지도 많다는 점에서 이를 인정하기 어렵다 할 것이다.”); 박관걸, “양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부”, 한양법학 38집(2012. 5.), 65(“생각건대 현 상황의 우리나라에 있어서는 선택적 전쟁거부를 받아들이기에는 시기상조라고 판단되기 때문에 양심적 병역거부자로 인정되기 위해서는 전면적 전쟁거부의 신념이 있을 것을 요한다고 본다.”)

② 국내 학설 중 선택적 거부 긍정설: 한인섭, “양심적 병역거부: 헌법적·형사법적 검토”, 16(“양심적 병역거부를 합법화한 나라의 경우에도 보편적 거부만 허용하는 것이 대부분이다. 다만 선택적 거부, 제량적 거부에 대해서는 양심적 병역거부권을 인정하지 않을 이유가 있는가 하는 것도 진지한 의문의 대상이 되어야 할 것이 다.”); 이남석(주 5), 102(“선택적 병역거부는 전쟁의 종식을 원하는 반전운동이자 평화운동으로서 그 정당성이 인정되어야 한다.”); 이재승, “군인의 전쟁거부권”, 민주법학 43권(2010), 193~195(“첫째로, 보편적 거부자와 마찬가지로 선택적 거부자들도 신념 체계 안에서 양심의 진지함과 일관성을 보여주고 있다. 둘째로, 전쟁에 대한 판단을 민주주의와 정치의 영역에 맡기는 것은 민주주의가 작동하는 때에 한한다. 현실적으로 침략을 결정하는 국가라면 이미 전체주의 사회와 마찬가지로 심각한 획일화 상태에 빠져있을 수밖에 없다. 셋째로, 선택적 거부의 부작용은 없다. 불법적인 전쟁을 감행하는 군대로부터 많은 군인들이 탈영하여 그 군대가 와해되는 것이 국내평화와 국제평화에 기여할 것이다.”) 배상원(주5), 529에서 재인용

30) 이재승(주 27), 198. 위 견해에 의하면, 네덜란드는 자본주의 군대에 복무할 수 없다는 선택적 거부자에게 엄격한 증명부담을 지우고 있다고 한다. 배상원(주5), 529에서 재인용

31) Gillette v. United States, 401 U.S. 437 (1971). 추가적으로 연방대법원은, 정병행정에서는 무엇보다도 공정성이 중요한데 선택적 거부를 인정할 경우에는 다양한 신념들이 무제한적으로 포함됨으로써 그 판단기준이 모호하게 되어 공정성을 해하게 되고, 공공의 의무에 관한 시민의 자발적 수행의 가치가 상실되며, 자유민주국가에서 민주적 절차를 통한 정부의 결정은 개인적인 부동의로부터 보호되어야 하고, 특정 전쟁에 반대한다는 것은 양심상의 결정이라기보다는 정치적·사회적인 경우가 많으며 또한 그와 같은 신념은 변하기 쉽다는 점 등을 이유로 들었다. 위 판례에 관한 문헌으로, 유남석(주 5), 90~93 참조. 배상원(주5), 530에서 재인용

부는 인정할 수 있으나, 일체의 민간대체복무까지 모두 거부하는 절대적 거부는 인정하기 어렵다고 생각된다. 절대적 거부의 경우 과연 양심의 자유에 대한 실질적 침해가 있는지 의문이다. 양심적 병역거부를 허용하는 가장 원칙적 근거는 타인에 대한 일체의 살상을 할 수 없다는 양심을 허용하는 것인바, 징총과 전혀 무관한 복무에 대하여는 위와 같은 양심이 존재한다고 보기 어렵기 때문이다.

V. 대상판결 이후 판결례

1. 양심적 병역거부를 인정한 사안

가. 예비군훈련 거부의 경우³⁴⁾³⁵⁾

○ 공소사실의 요지

피고인은 2017. 6. 24.부터 2017. 8. 28.까지 사이에 6회에 걸쳐 예비군훈련소집통지서를 송달받고도 정당한 사유 없이 훈련을 받지 아니하였음

○ 1심 및 항소심

피고인은 ‘여호와의 증인’ 신도로서 양심에 따라 예비군훈련을 거부한 것은 예비군법 제15조 제9항 제1호에서 정한 ‘정당한 사유’에 해당한다고 주장하였으나, 1심과 항소심은 양심적 예비군훈련거부를 인정하지 않은 종전의 판결 법리(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7120 판결 등)와 병역법 제88조 제1항 제1호가 양심적 병역거부자의 양심을 침해하는 조항으로 볼 수 없다는 종전의 헌법재판소 결정[헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22, 2009헌가7, 24, 2010헌가16, 37, 2008헌바103, 2009헌바3, 2011헌바16 (병합) 결정 등]에 따라 피고인의 위 주장을 배척하고, 이 사건 공소사실을 유죄로 인정함(모두 대상판결 선고 전 선고)

○ 상고심(파기환송)

예비군법 제15조 제9항 제1호는 병역법 제88조 제1항 제1호와 마찬가지로 국민의 국방의 의무를 구체화하기 위하여 마련된 것이고, 예비군훈련도 징총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행이라는 점에서 병역법 제88조 제1항 제1호에서 정한 ‘정당한 사유’에 관한 대상판결의 법리에 따라 예비군법 제15조 제9항 제1호에서 정한 ‘정당한 사유’를 해석함이 타당함

나. 비종교적 신념에 의한 병역거부³⁶⁾

○ 공소사실의 요지

피고인은 2016. 3. 14.부터 2018. 4. 16.까지 사이에 16회에 걸쳐 예비군훈련과 병력동원훈련 소집통지서를 송달받고도 정당한 사유 없이 이에 불응하였음

○ 1심 및 항소심

피고인은 훈련에 불참한 것은 타인의 생명을 빼앗는 전쟁을 위한 군사훈련에 참석할 수 없다는 신념에 따른 것이므로 정당한 사유가 있다고 주장함

양심적 병역거부를 인정한 대상판결의 법리가 ‘양심을 이유로 예비군훈련과 병력동원훈련을 거부한 경우’에도 그대로 적용되고, 아래와 같은 사실관계에 비추어 피고인의 경우 진정한 양심에 따라 예비군훈련과 병력동원훈련을 거부하였다고 인정하여 이 사건 공소사실을 무죄로 판단함(모두 대상판결 선고 후 선고, 상고기각으로 확정)

– 피고인은 폭력적인 아버지와 그로 인하여 많은 고통을 겪는 어머니 슬하에서 성장하여 어려서부터 폭력에 대한 경각심을 가지게 되었음

– 미군이 헬기에서 기관총을 난사하여 민간인을 학살하는 동영상을 보고 큰 충격을 받은 후 여러 매체를 통하여 인간이 인간에게 저지할 수 있는 가장 끔찍한 잘못이 타인의 생명을 빼앗는 것이고 그것은 전쟁이라는 수단을 통해서도 정당화될 수 없다는 신념을 가지게 되었음

– 피고인은 군 입대를 거부할 결심을 하고 있었는데, 입영 직전 이를 알게 된 어머니와 친지들의 간곡한 설득으로 군에 입대하였음

– 피고인은 군에 입대하여 신병 훈련을 받는 과정에서 적에게 총을 쏘는 것은 자신의 양심에 반하는 행동이라는 것을 깨닫고 입대를 후회하였고, 그 후 군사훈련을 받지 않을 수 있는 회관 관리병에 지원하여 군복무를 마쳤음

– 피고인은 군에서 제대하고 예비역에 편입되었으나, 더 이상 양심을 속이지 않겠다고 결심하고 ‘인간에 대한 폭력과 살인의 거부’라는 비종교적 신념에 따라 일체의 예비군훈련 등을 모두 거부하였음

– 피고인은 병역의무 중 가장 부담이 크다고 할 수 있는 현역 복무를 이미 마쳤음에

36) ○ 1심 : 수원지방법원 2019. 2. 14. 선고 2017고단463 등 판결

○ 항소심 : 수원지방법원 2019. 11. 22. 선고 2019노1232, 4807(병합) 판결

○ 상고심 : 대법원 2021. 2. 25. 선고 2019도18442 판결(상고기각, 무변론)–피고인이 종교적 신념이 아닌 윤리적·도덕적·철학적 신념 등을 이유로 예비군훈련과 병력동원훈련을 거부한 사안에서 진정한 양심에 따라 예비군훈련과 병력동원훈련을 거부한 것으로 보아 예비군법제15조 제9항 제1호와 병역법 제90조 제1항 제1호에서 정한 ‘정당한 사유’에 해당한다고 인정한 최초의 사례임

도 예비군훈련만을 거부하기 위하여 수 년간의 조사와 재판으로 인한 정신적 고통과 형벌의 위험, 안정된 직장을 얻기 어려워 입게 되는 경제적 어려움 등을 모두 감수하였음

2. 양심적 병역거부를 부정하거나 추가 심리를 명한 사안

2-1. 종교적 양심 관련

가. 침례를 받지 않고 구체적인 종교활동이 확인되지 않은 경우³⁷⁾

○ 공소사실의 요지

피고인은 현역병 입영대상자인바, 2015. 11. 2.경 주거지에서, 2015. 12. 8. ○○보충대에 입영하라는 △△지방병무청장 명의의 입영통지서를 수령하였음에도 입영일부터 3일이 경과한 날까지 정당한 사유 없이 입영하지 아니하였음

○ 1심 및 환송 전 항소심

피고인은 ‘여호와의 증인’ 신도로서 종교적 양심에 따라 현역병 입영을 거부하였고, 이러한 양심적 병역거부권은 헌법에 의하여 보장되는 권리이므로 피고인의 현역병 입영거부행위는 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 주장하였으나, 양심적 병역거부는 정당한 사유에 해당하지 않는다는 전제에서 공소사실에 대하여 유죄 판단(모두 대상판결 선고 전 선고)

○ 상고심

대상판결의 취지에 따라 범리오해 및 심리미진을 이유로 파기환송

○ 환송 후 항소심

1심 파기, 무죄(아래와 같은 사정을 들어 정당한 사유 긍정)

－ 피고인은 아직 정식으로 침례를 받지 아니하였으나 이른바 ‘모태신앙’으로 여호와의 증인의 신도인 어머니의 영향 하에 어렸을 때부터 위 종교를 신봉하여 왔음

－ 피고인은 정기적으로 집회에 참석하고, 신앙생활과 관련된 각종 활동에 적극적으로 참여하였음. 또한 각종 선교활동에 참여하고 종교시설에 대한 유지보수에 자원하여 봉사하는 등 생활의 상당 부분을 종교활동에 매진하고 있는 것으로 보임

－ 피고인은 입영통지를 받은 후 병무청에 양심에 따라 병역을 거부한다는 취지가 기재된 진술서를 제출하고, 병역법위반 혐의에 대하여 조사를 받으면서 ‘저는 침례를 받지 않았지만 여호와의 증인으로서 종교적 신념을 이유로 하여 양심적 병역거부를 한 것입니다. 그래서 종교적 신념을 이유로 입영할 수 없으며 대체복무가 생긴다면 대체복무

를 하겠다’는 내용의 서한문을 작성하여 병무청장을 수신자로 하여 보냈습니다’라고 진술하였음

－ 피고인은 입영을 거부할 당시 다른 신도들이 병역법위반으로 유죄판결을 선고받아 형 집행을 받는 것을 알고 있었음. 이와 같이 입영 거부에 따른 여러 가지 불이익이 있음에도, 피고인은 병역법위반으로 기소되어 1심에서 징역 1년 6월의 실형을 선고받고 환송 전 항소심과 상고심 및 당심에 이르기까지 일관되게 종교적 신념을 이유로 병역거부 의사를 밝히고 있음

－ 피고인은 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없고, 종교적 신념에 반하는 폭력적인 성향을 보였던 자료도 찾아볼 수 없음. 피고인의 학교 생활기록부를 보더라도 피고인이 학창 시절 교리에 어긋나게 행동했던 흔적은 찾아볼 수 없고, 피고인이 학교를 졸업한 후 사회생활을 하는 기간에도 교리에 어긋나게 행동했다고 볼 만한 사정은 발견되지 않음. 나아가 피고인은 군과 무관한 기관이 주관하는 순수한 민간 대체복무제도가 시행되면 이를 이행하겠다고 다짐하고 있음

○ 환송 후 상고심(파기환송)

－ 모든 종교는 각각의 교리에 맞는 고유한 의식을 가지기 마련이고, 이러한 의식은 어느 종교를 다른 종교들과 구분하는 기준이 되거나 그 종교만의 독자적인 정체성을 형성하는 요소 중의 하나인 것이며, 신도들로 이루어진 공동체에 의하여 대대로 유지·계승된다는 특징을 가짐. 따라서 어느 종교의 신도들이 그 고유의 의식에 참여한다는 것은 종교생활을 영위하는 데에 적지 않은 비중을 차지하고, 이는 여호와의 증인의 경우도 마찬가지라고 볼 수 있음

－ 피고인은 자신이 이른바 ‘모태신앙’으로서 여호와의 증인의 신도인 어머니의 영향 하에 어렸을 때부터 해당 종교를 신봉하여 왔다고 주장하면서도, 위 종교의 공적 모임에서 자신의 신앙을 고백하고 그 종교의 다른 신도들로부터 구성원으로 받아들여지는 중요한 의식인 침례를 병역거부 당시는 물론이고 원심 변론종결 당시까지도 받지 아니하였음

－ 비록 침례를 받았는지 여부가 피고인이 주장하는 양심이 그의 내면에 실재하는지를 결정적으로 좌우하는 유일한 사항은 아닐지라도, 종교적인 신념에 따른 양심적 병역거부를 주장하고 있는 이 사건의 특성상 피고인이 밝히는 양심과 불가분적으로 연계된 종교적 신념이 얼마만큼 피고인에게 내면화·공고화되었는지를 판단하는 과정에서 하나의 단초로 삼기에는 충분함

－ 더욱이 피고인은 여호와의 증인에 정식으로 입문하는 의식인 침례를 아직까지 받지 않은 경위와 이유는 물론이고, 향후의 계획 등에 대하여도 구체적으로 밝히거나 이를

37) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2019도17322 판결-무죄를 선고한 원심판결을 심리미진 등을 이유로 파기환송한 최초의 사례. 종교적 신념에 따른 양심적 병역거부 주장을 받아들이기 위해서는, 대상판결이 주요한 판단요소로 제시한 점들을 충실히 심리해야함을 밝힘(대법원 2021. 7. 23. 선고 2018도14415 판결도 같은 취지)

및받침할 자료를 제시한 바가 없음

－ 심지어 위 종교에서 피고인을 정식 신도로 인정하고 있는지, 피고인이 교리 일반을 숙지하고 철저하게 따르고 있는지, 피고인의 신앙기간과 실제 종교적 활동이 어떠하였는지 등을 보여주는 회중(교회)의 사실확인원과 같은 객관적인 자료조차도 이 사건에 제출되지 않았음

－ 이처럼 피고인이 여호와의 증인의 신도라고 하면서도 아직 침례를 받지 않고 있을 뿐 아니라 피고인의 종교적 신념의 형성 여부 및 그 과정 등에 관하여 구체성을 갖춘 객관적 자료를 전혀 제출하지 않고 있어, 피고인의 주장과 달리 가정환경 및 성장과정 등에서 해당 종교의 교리 및 가르침이 피고인의 신념 및 사유체계에 심대한 영향을 미칠 만큼 지속적으로 공고하게 이루어졌다고 보기 어려운 것은 아닌지, 다른 의식들에도 피고인이 종교적 신념에 따라 임하여 온 것이 맞는지 등과 같은 의문들을 불러일으킴

－ 나아가 설령 피고인이 그 주장대로 침례를 받지 않고도 지금까지 종교적 활동을 하여 온 것이 맞는다 하더라도, 이러한 종교적 활동은 여호와의 증인의 교리 내지 신앙에 관하여 확인하거나 그 종교적 신념이 내면의 양심으로까지 자리잡게 된 상태가 아니더라도 얼마든지 이루어질 수 있음

－ 그러므로 피고인의 병역거부에 이르게 된 원인으로 주장하는 ‘양심’이 과연 그 주장에 상응하는 만큼 깊고 확고하며 진실된 것인지, 종교적 신념에 의한 것이라는 피고인의 병역거부가 실제로도 절박하고 구체적인 양심에 따른 것으로서 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 해당하는지에 대하여는 여전히 의문이 남음

－ 그런데도 원심은 위에서 본 의문점을 비롯하여 피고인이 주장하는 종교적 신념의 형성 여부 및 그 과정 등에 관하여 피고인에게 구체적인 소명자료를 제시하도록 석명을 구한 다음 이에 따라 추가로 심리·판단하지 아니한 채 판시와 같은 사정만으로 피고인에게 무죄를 선고하였음

－ 이러한 원심의 판단에는 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있음

나. 종교활동 재개시점 및 교리에 반하는 범죄전력 등이 문제된 사안³⁸⁾

○ 공소사실의 요약

38) ○ 1심 : 인천지방법원 부천지원 2019. 10. 14. 선고 2019고단177 판결
○ 항소심 : 인천지방법원 2020. 5. 29. 선고 2019노3428 판결
○ 상고심 : 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020도8055 판결(상고기각)

피고인은 현역병 입영 대상자인바, 2018. 7. 10. ‘2018. 8. 13. **사단에 입영하라’는 **병무지청장 명의의 현역 입영통지서를 수령하였음에도 불구하고 정당한 사유 없이 소집일로부터 3일이 경과한 2018. 8. 16.경까지 입영하지 아니하였음

○ 1심 및 항소심

피고인은 여호와의 증인 신도로서 종교적 신념에 따라 입영을 거부한 것이므로, 병역 의무를 이행할 수 없는 ‘정당한 사유’가 있다고 주장함

아래와 같은 사정에 비추어 보면, 병역거부 당시 피고인의 종교적 신념이 깊거나 확고하다고 볼 수 없고, 진정한 양심에 따른 병역거부로 보기 어렵다는 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단함(상고기각으로 확정)

－ 피고인은 2006. 8. 2. 침례를 받아 정식으로 여호와의 증인 신도가 되었으나, 2009. 6.경부터 종교 활동을 중단하여 9년간 활동하지 않는 상태였다가, 2018. 9.경부터 다시 성서연구를 시작하면서 여호와의 증인으로서 종교 활동을 재개하였음

－ 피고인은 2012. 10. 25. 현역병 입영대상자로 선정되었는데, 2017. 12. 6.경까지 추후 입영예정일을 전제로 중고등학교 복학예정, 자격시험 응시, 자기계발 등을 이유로 입영연기를 신청하였을 뿐 여호와의 증인이라는 등의 사유를 제시하며 연기신청을 하거나 병역거부 의사를 명시적으로 표시하지 않았음

－ 헌법재판소는 2018. 6. 28. 양심적 병역거부자에 대해서 대체복무제를 규정하지 않는 병역종류조항이 양심의 자유를 침해하여 헌법에 합치되지 않는다는 결정(헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정)을 했는데, 피고인은 검찰에서 입영 직전만 해도 정상적으로 군에 입대해 복무할 생각이었으나, 입영 바로 전날인 2018. 8. 12.에야 종교적 신념에 따라 입영을 거부하기로 마음을 먹고 입영을 거부한 후 종교 활동을 재개하였다고 진술했음

－ 피고인은 2008년경 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동공갈), 특수절도 등 사건으로 소년보호 처분을, 2014년 자동차 허위 매물과 관련된 자동차관리법 위반 사건으로 기소유예 처분을, 2015년경 범인도피죄, 자동차관리법 위반죄로 벌금형을, 2018년 경 사기죄로 벌금형을 받은 전력이 있고, 그 밖에도 무면허운전과 음주운전으로 7차례에 걸쳐 입건되어 처벌을 받은 전력도 있음

다. 사회복무요원으로 근무 중 이탈³⁹⁾⁴⁰⁾

39) ○ 1심 : 서울중앙지방법원 2017. 1. 24. 선고 2016고단7566 판결
○ 항소심 : 서울중앙지방법원 2017. 6. 2. 선고 2017노606 판결
○ 상고심 : 대법원 2020. 2. 27. 선고 2017도9555 판결(상고기각, 무변론)－상고심 판단은 대상판결 이후 이루어

○ 공소사실의 요지

피고인은 ‘여호와의 증인’ 신도로서, 사회복지부요원으로 복무하던 중, 2016. 7. 29.부터 10. 21.까지 85일간 무단결근하여 정당한 사유 없이 통틀어 8일 이상 복무를 이탈하였음

○ 1심 및 항소심

피고인은, ‘여호와의 증인’ 신도로서 그 교리에 따라 전쟁을 전제로 하는 병무청에 더 이상 소속되어 있을 수 없다는 신념 아래 결근을 하게 된 것인바, 피고인의 행위는 이른바 ‘양심적 병역거부권’에 기한 것으로서 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’가 있다는 취지로 주장함

피고인이 종교적 양심에 따라 사회복지부요원으로서의 복무에서 이탈한 것이 병역법 제89조의2 제1호 소정의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 볼 수 없다는 전제에서 이 사건 공소사실을 유죄로 판단하면서, 항소심은 나아가 피고인은 이미 사회복지부요원에게 부과되는 군사훈련을 마치고 **구청에 소속되어 노인요양시설에서 복무하고 있어 피고인의 경우에는 복무를 계속하더라도 더 이상 군사적 활동에 참여할 의무가 부과될 것으로 보이지도 아니하므로 피고인이 가진 종교적 신념과 대한민국 국민으로서 이행하여야 할 의무를 조화시키는 것이 불가능하지 않은 것으로 봄(모두 대상판결 선고 전 선고, 상고기각으로 확정)

2-2. 비종교적 양심 관련

가. 권위주의적 군대문화에 대한 반감을 주된 이유로 한 병역거부⁴¹⁾

○ 공소사실의 요지

피고인은, 2016. 11. 9.경 2016. 12. 5. **사단으로 입영하라는 **병무지청장 명의의 현역입영통지서를 받고도 입영일로부터 3일이 경과한 날까지 정당한 사유 없이 입영하지

졌는데, 원심의 판단을 전체적으로 살펴 대상판결의 법리에 어긋나지 않는다고 본 것으로 이해됨(즉 원심이 부가적 판단을 통해 진정한 종교적 양심에 따른 사회복지부요원의 복무 이탈의 경우 병역법 제89조의2 제1호 소정의 ‘정당한 사유’에 해당할 수 있다는 전제에서 피고인이 주장하는 종교적 양심이 병역거부가 인정되는 진정한 양심에 해당하지 않다고 판단한 것으로 본 것 같음)

41) ○ 병역법 제89조의2(사회복지요원 등의 복무이탈)

다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 3년 이하의 징역에 처한다.

1. 사회복지요원, 예술·체육요원 또는 대체복무요원으로서 정당한 사유 없이 통틀어 8일 이상 복무를 이탈하거나 해당 분야에 복무하지 아니한 사람

41) ○ 1심 : 서울중앙지방법원 2017. 4. 20. 선고 2017고단470 판결

○ 항소심 : 서울중앙지방법원 2019. 9. 26. 선고 2017노1528 판결

○ 상고심 : 대법원 2021. 2. 25. 선고 2019도15120 판결(상고기각, 무변론)-비종교적 신념을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 경우에도 진정한 양심에 따른 병역거부라면 병역법 제88조 제1항 제1호의 정당한 사유에 해당한다는 전제에서, 피고인이 진정한 양심에 따라 병역거부를 한 것이라고 인정하기 어렵다고 판단한 원심을 수긍한 사례(다음에 소개된 2019도7578 사례도 같은 취지)

아니하였음

○ 1심 및 항소심

피고인은, 자신의 비폭력, 평화주의 양심에 따라 현역병으로 입영하지 아니하였으므로, 병역법 제88조 제1항에서 정하고 있는 ‘정당한 사유’에 해당한다는 취지로 주장함

비종교적 신념을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 경우에도 진정한 양심에 따른 병역거부라면 병역법 제88조 제1항 제1호의 ‘정당한 사유’에 해당한다는 전제에서, 다음의 사정에 비추어 피고인이 진정한 양심에 따라 병역거부를 한 것이라고 인정하기 어렵다는 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단함(상고기각으로 확정)

- 피고인이 주장하는 병역거부가 비폭력·평화주의보다는 주로 권위주의적 군대문화에 대한 반감 등에 기초하고 있음

- 피고인은 군대 내 인권침해 및 부조리 등을 병역거부의 한 사유로 삼고 있는데, 이는 집총 등 군사훈련과 본질적인 관련성이 없을 뿐만 아니라 복무하는 부대 및 시기에 따라 다양한 모습으로 나타날 수 있어 양심적 병역거부의 사유에 해당한다고 보기 어려움

- 피고인이 병역거부 이전에 양심적 병역거부나 반전·평화 분야에서 활동한 구체적인 내역이 아무것도 소명되지 않음

나. 후진적인 군대문화를 주된 이유로 한 병역거부⁴²⁾

○ 공소사실의 요지

피고인은 현역병 입병대상자로서, 2017. 12. 20.경 ‘2018. 2. 6. 14:00 육군 **사단으로 현역병 입영하라.’는 내용의 입영통지서를 수령하였음에도 정당한 사유 없이 자신의 정치적 신념을 이유로 입영일로부터 3일이 지난 2018. 2. 9.까지 입영하지 아니하였음

○ 1심 및 항소심

피고인은 평화의 확산을 위하여, 폭력을 확대·재생산하는 군대라는 조직에 입영할 수 없다는 개인적·정치적 양심에 따라 현역병 입영을 거부한 것인바, 피고인의 입영거부에는 병역법 제88조 제1항에 규정된 ‘정당한 이유’가 있다고 주장함

비종교적 신념을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는

42) ○ 1심 : 서울서부지방법원 2018. 7. 17. 선고 2018고단1256 판결

○ 항소심 : 서울서부지방법원 2019. 5. 16. 선고 2018노1086 판결

○ 상고심 : 대법원 2021. 2. 25. 선고 2019도7578 판결(상고기각, 무변론)

경우에도 진정한 양심에 따른 병역거부라면 병역법 제88조 제1항 제1호의 정당한 사유에 해당한다는 전제에서, 아래와 같은 이유로 피고인이 병역거부의 사유로 내세우고 있는 양심은 유동적·가변적이고 상황에 따라 타협적이거나 전략적이어서 피고인이 진정한 양심에 따라 병역거부를 한 것이라고 인정하기 어렵다는 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 판단함(상고기각으로 확정)

－ 피고인은 모든 전쟁이나 물리력 행사에 반대하는 입장이 아니라 목적, 동기, 상황이나 조건에 따라 전쟁이나 물리력의 행사도 정당화될 수 있고, 경우에 따라서는 피고인 스스로도 이에 가담할 수 있다는 생각을 가지고 있음

－ 피고인이 집회에 참가하여 질서유지업무를 수행하고 있는 경찰관을 가방으로 내리쳐 폭행한 사실로 형사처벌을 받은 전력도 있음

－ 피고인이 병역거부의 주된 이유 중의 하나로 들고 있고 군내 내의 비리나 후진적인 군문화는 그 자체로 병역법 제88조 제1항 제1호에서 말하는 ‘정당한 사유’에 해당한다고 볼 수 없음

다. 계속된 입영 연기 후 병역거부를 주장 사안⁴³⁾

○ 공소사실의 요지

피고인은 2018. 11. 1.경 ‘2018. 12. 4.까지 **사단 신병교육대로 입영하라’는 **지방병무청장 명의의 입영소집통지서를 수령했음에도 위 입영일로부터 3일이 경과한 날까지 정당한 사유 없이 입영하지 아니하였음

○ 1심 및 항소심

피고인은, 총기를 소지하는 것이 개인의 양심에 반하는 것이어서 입영하지 아니하였으므로, 피고인에게 병역법 제88조 제1항이 정한 ‘정당한 사유’가 존재한다고 주장함

증거에 의하여 인정되는 피고인의 이 사건 이전 입영연기 횟수와 사유, 범죄 전력, 특히 피고인이 이 사건 이전까지 병역거부에 대한 신념을 외부로 표출하는 등의 활동을 한 사실이 전혀 없는 점 등을 종합하면, 피고인에게 병역법 제88조 제1항이 정한 ‘정당한 사유’가 없음을 충분히 인정할 수 있어 이 사건 공소사실을 유죄로 판단함(상고기각으로 확정)

3. 양심적 병역거부 심리미진으로 파기환송한 사안⁴⁴⁾

○ 공소사실의 요지

피고인은 현역 입영대상자인바, 2016. 10. 14. “2016. 11. 8.까지 **사단 신병교육대에 입대하라”는 **지방병무청장 명의의 현역입영통지서를 받고도 정당한 사유 없이 입영일로부터 3일이 경과한 2016. 11. 12.까지 입영하지 아니하였음

○ 1심 및 항소심

피고인 및 변호인은 국가가 개인의 자유를 침해하고 최저임금에도 미치지 못하는 급여를 지급하는 강제징집제도는 위헌이므로 피고인이 입영을 거부함에는 정당한 이유가 있다고 주장하였으나 피고인의 주장을 받아들이지 아니하고 이 사건 공소사실을 유죄로 판단함(모두 대법관결 선고 전 선고)

○ 상고심(파기환송)

대법관결 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 공소사실의 유·무죄를 가림에 있어서는 피고인이 주장하는 양심의 구체적인 내용이 무엇인지, 그러한 양심의 형성 동기와 경위를 밝히도록 하고, 피고인으로부터 병역거부에 이르게 된 그의 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수궁할 만한 구체적인 소명자료를 제출받아 이를 자세히 심리할 필요가 있음

VI. 나가며

대법관결은 헌법재판소가 2018. 6. 28. 대체복무제를 규정하지 않은 병역법 제5조 제1항에 대해 헌법불합치결정(헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정)⁴⁵⁾46)

44) 대법원 2021. 2. 10. 선고 2017도15287 판결

45) 위 헌법불합치결정 중 헌법상 보호되는 양심과 양심적 병역거부의 의미에 대한 판단 부분은 다음과 같다.

헌법상 보호되는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재 가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 양심을 말한다. 즉, ‘양심상의 결정’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 없는 그에 반하여 행동할 수 없는 것을 말한다.

이때 ‘양심’은 민주적 다수의 사고나 가치관과 일치하는 것이 아니라, 개인적 현상으로서 지극히 주관적인 것이다. 양심은 그 대상이나 내용 또는 동기에 의하여 판단될 수 없으며, 특히 양심상의 결정이 이성적·합리적인가, 타당한가 또는 법질서나 사회규범·도덕률과 일치하는가 하는 관점은 양심의 존재를 판단하는 기준이 될 수 없다(헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1 ; 헌재 2004. 10. 28. 2004헌바61 등; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22 등 참조).

이처럼 개인의 양심은 사회 다수의 정의관·도덕관과 일치하지 않을 수 있으며, 오히려 헌법상 양심의 자유가 문제되는 상황은 개인의 양심이 국가의 법질서나 사회의 도덕률에 부합하지 않는 경우이므로, 헌법에 의해 보호받는 양심은 법질서와 도덕에 부합하는 사고를 가진 다수가 아니라 이른바 ‘소수자’의 양심이 되기 마련이다.

특정한 내적인 확신 또는 신념이 양심으로 형성된 이상 그 내용 여하를 떠나 양심의 자유에 의해 보호되는 양심이 될 수 있으므로, 헌법상 양심의 자유에 의해 보호받는 ‘양심’으로 인정할 것인지의 판단은 그것이 깊고, 확고하며, 진실된 것인지 여부에 따르게 된다. 그리하여 양심적 병역거부를 주장하는 사람은 자신의 ‘양심’을 외부로 표명하여 증명할 최소한의 의무를 진다.

물론 그렇게 형성된 양심에 대한 사회적·도덕적 판단이나 평가는 당연히 가능하며, ‘양심’이기 때문에 무조건 그 자

43) ○ 1심 : 수원지방법원 2019. 5. 17. 선고 2019고단845 판결

○ 항소심 : 수원지방법원 2019. 8. 26. 선고 2019노2739 판결

○ 상고심 : 대법원 2019. 11. 15. 선고 2019도12948 판결(상고기각, 무면론)－대법관결 이후 양심적 병역거부를 주장하는 피고인에 대하여 구체적으로 유·무죄를 확정할 최초의 사례

을 한 후 대체복무제에 관한 입법이 있기 전에 내려진 것으로, 병역법에 대체복무제에 관한 규정이 있는지 여부를 떠나 진정한 양심에 기초한 양심적 병역거부는 이 사건 조항의 정당한 사유에 해당한다고 판시하였다. 대상판결은 기존의 대법원의 입장을 바꾸어 최초로 양심적 병역거부를 인정한 판단으로 양심적 병역거부자들에 대한 형사처벌을 면제할 수 있도록 하였을 뿐 아니라, 병역거부를 정당화하는 사유에 대한 판단기준을 제시하였다는 점에서 큰 의의가 있다. 대상판결에서 제시한 ‘정당한 사유’ 판단기준은 대체역심사위원회의 결정에 불복하여 제기될 행정소송⁴⁷⁾에서 ‘대한민국헌법이 보장하는 양심의 자유’를 이유로 대체역의 편입을 신청하였는지 여부를 판단하는 기준으로도 작용할 것이다.

한편 대상판결 이후 다양한 형태의 양심적 병역거부 사안에 대한 심리와 판단이 이루어졌다.

병역거부자가 주장하는 양심의 내용 또는 형성동기가 종교적인지 또는 비종교적인지 여부와는 무관하게, 그 양심을 포기하지 않고서는 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무를 이행할 수 없고 병역의무의 이행이 자신의 인격적 존재가치를 파멸시키는 것이라

면, 그러한 양심적 병역거부는 병역법 등의 정당한 사유에 해당한다는 판단이 있었고, 대법원도 원심의 판단을 수긍하였다. 즉, 이미 대상판결에서 대법원은 종교적 신념에 의한 경우뿐만 아니라 윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 경우 그것이 진정한 양심에 따른 병역거부의 경우라면 병역법 제88조 제1항 제1호의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 인정하였고, 이를 바탕으로 이후 각 사건에서 대법원은 비종교적 신념을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 경우에도 진정한 양심에 따른 병역거부라면 병역법 제88조 제1항 제1호의 정당한 사유에 해당한다는 전제에서, 원심이 피고인이 진정한 양심에 따라 병역거부를 한 것이라고 인정한 경우(2019도18442 사안)와, 진정한 양심에 따라 병역거부를 한 것이라고 인정하기 어렵다고 판단한 경우(2019도15120, 2019도7578 각 사안)에 각 원심의 판단을 수긍하였다.

종교적 신념에 의한 경우에도 피고인이 특정 종교를 신봉하고 있다고 변소하는 것만으로는 진정한 양심에 기반을 둔 병역거부라고 단정할 수 없고, 종교적 신념의 형성 여부 및 그 과정 등에 관하여 구체성을 갖춘 객관적 자료를 제시하도록 하여 대상판결에서 주요한 판단요소로 예시한 바를 중심으로 양심과 관련된 간접사실 또는 정황사실이 객관적으로 증명되었는지를 신중하고 충실하게 심리하여야 하며, 이를 바탕으로 피고인이 병역거부에 이르게 된 원인으로 주장하는 ‘양심’이 과연 그 주장에 상응하는 만큼 깊고 확고하며 진실된 것이지, 종교적 신념에 의한 것이라는 피고인의 병역거부가 실제로도 그에 따라 행동하지 않고서는 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 절박하고 구체적인 양심에 따른 것으로서 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 해당하는지를 판단하여야 한다고 하였다(2018도14415, 2019도17322).

또한 최저임금에도 미치지 못하는 급여를 지급하는 강제징집제도는 위헌이라고 주장하면서 입영을 거부한 사안에서 대법원은 피고인이 주장하는 양심의 구체적인 내용이 무엇인지, 그러한 양심의 형성 동기와 경위를 밝히도록 하고, 피고인으로부터 병역거부에 이르게 된 그의 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수긍할 만한 구체적인 소명자료를 제출받아 이를 자세히 심리할 필요가 있다고 보았다(2017도15287).

이상과 같은 대상판결의 판시 내용과 현재까지 이루어진 주요 판결례를 살펴보면, 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’에 해당하는 ‘진정한 양심적 병역거부’를 판단함에 있어, 종교적 신념에 의한 경우뿐만 아니라 윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 하는 경우에도 그것이 진정한 양심 즉 깊고 확고하며 진실한 것으로서 그에 따라 행동하지 않고서는 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는

체로 정당하다거나 도덕적이라는 의미는 아니다. 양심의 자유 중 양심형성의 자유는 내심에 머무르는 한, 절대적으로 보호되는 기본권이라 할 수 있는 반면, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 권리인 양심실현의 자유는 법 질서에 위배되거나 타인의 권리를 침해할 수 있기 때문에 법률에 의하여 제한될 수 있다. 일반적으로 양심적 병역거부는 병역의무가 인정되는 징병제 국가에서 종교적·윤리적·철학적 또는 이와 유사한 동기로부터 형성된 양심상의 결정을 이유로 병역의무의 이행을 거부하는 행위를 가리킨다. 양심적 병역거부는 인류의 평화적 공존에 대한 간절한 희망과 결단을 기반으로 하고 있다. 사유를 불문하고 일체의 실상과 전쟁을 거부하는 사상은 역사상 꾸준히 나타났으며, 비폭력·불살생·평화주의 등으로 표현된 평화에 대한 이상은 그 실현가능성과 관계없이 인류가 오랫동안 추구하고 존중해온 것이다. 한편, 양심적 병역거부를 인정하는 것이 여자와의 중언 등을 비롯한 특정 종교나 교리에 대한 특별취급을 하는 것이 아니냐는 의문이 제기되기도 한다. 그러나 이는 앞서 본 것처럼 인류 공통의 염원인 평화를 수호하기 위하여 무기를 들 수 없다는 양심을 보호하고자 하는 것일 뿐, 특정 종교나 교리를 보호하고자 하는 것은 아니다.

46) 위 헌법재판소 결정의 설시에 대하여 “한편 최근 헌법재판소는 2011헌바379 전원재판부 등 결정에서 양심적 병역거부를 허용하는 취지로 판단하면서 양심적 병역거부자의 양심에 관하여 ‘인류의 평화적 공존’ 등을 언급하고 이와 관련한 ‘보호가치’를 암시하고 있는바, 양심이란 그 내용과는 무관한 것이라는 점에서 위와 같은 설시에는 다소 의문이 있다. 그러한 견해에 의하면 일용 ‘바람직한’ 양심에 대하여만 병역거부가 인정될 수 있다는 취지로 보이기 때문이다. 앞서 본 바와 같이 양심의 자유 일반에서는 물론 양심적 병역거부에서도 그 양심의 ‘내용’은 원칙적으로 문제되지 않는다. 그러나 만일 거부자가 주장하는 양심이 헌법질서를 파괴하는 반헌법적인 내용을 가지고 있다면 이를 허용하는 것은 단순히 ‘양심의 자원’을 넘어 ‘전혀 다른 자원’의 헌법적 문제를 야기할 수 있다. 이러한 관점에서 보면, 양심적 병역거부가 인정되는 양심은 ① 그 정도에 있어서 절대성이 있을 것(적극적 요건), ② 그 내용에 있어서 반헌법적 주장이 아닐 것(소극적 요건)을 요건으로 한다고 이론구성할 수도 있을 것이다.”라는 의견이 있다. 배상원(주5), 521~522.

47) 대체역법 제13조(위원회의 결정)

① 위원회는 편입신청을 받은 날부터 90일 이내에 인용, 기각 또는 각하 결정을 하여야 한다. 다만, 그 기간 내에 결정을 할 수 없는 부득이한 사유가 있을 때에는 의결을 거쳐 60일 이내에서 기간을 연장할 수 있다.
② 위원회는 편입신청이 이유 있다고 인정할 때에는 인용 결정을 하며, 이유 없다고 인정할 때에는 기각 결정을 한다.
③ 위원회는 제1항에 따라 인용, 기각 또는 각하 결정을 하면 지체 없이 신청인에게 결정서를 송달하여야 한다.
④ 제3항에 따른 결정서의 송달에 관하여는 「행정절차법」의 송달에 관한 규정을 준용한다.
⑤ 신청인이 제1항에 따른 결정에 불복하는 경우에는 「행정심판법」에 따른 심판청구 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송(이하 "행정심판 또는 행정소송"이라 한다)을 제기할 수 있다.

절박하고 구체적인 양심에 해당하는지가 관건임을 알 수 있다. 물론 종교의 교리가 병역 거부를 명하고 있고, 비종교적 신념의 경우에도 인간 살상, 전쟁, 집단이나 군사훈련 자체에 대한 반대이거나 이와 밀접한 관련이 있어야 합도 전제되어 있다.

양심적 병역거부의 역사와 연혁, 그리고 우리나라의 시대상황에 대한 많은 고민과 논의를 거쳐 대상판결에서 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유 판단을 통해 양심적 병역거부를 처음으로 인정하게 되었고 그 판단기준을 제시하였는바, 향후 관련 소송에서 그 의미와 역할이 구체화되고 증대될 것으로 기대한다.

[참고문헌]

배상원, “양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유”, 사법 47호(2019)

안경환·장복희 편, “양심적 병역거부”, 사람생각(2002)

유남석, “양심상의 병역거부에 관한 법적고찰”, 군사법연구 3집(1985)

윤명선·박영철, “종교의 자유로운 행사 조항”, 미국헌법연구 11호(2000)

이남석, “양심에 따른 병역거부와 시민불복종”, 그린비(2004)

이상돈, “미국의 헌법과 연방대법원”, 학연사(1983)

신상준·이상경, “‘양심의 자유’에 관한 헌법재판소 결정의 비판론적 검토”, 서울법학 24권 4호, 서울시립대학교(2017. 2.)

김하열, 헌법강의(초판), 박영사(2018)

성낙인, 헌법학(제20판), 법문사(2020)

임제성, “삼켜야 했던 평화의 언어: 병역거부가 말했던 것, 말하지 못했던 것”, 그린비(2011)

김두식, “칼을 쳐서 보습을”, 뉴스앤조이(2002)

오호택, “병역의무의 형평성에 관한 연구”, 헌법학연구 11권 4호(2005)

조국, “양심적 집총거부권”, 민주법학 20권(2001)

조국, “양심적 병역거부권”, 양심과 사상의 자유를 위하여, 책세상(2010)

이상명, “양심적 병역거부와 양심의 자유”, 고려법학 49호(2007. 11.)

박찬걸, “양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부”, 한양법학 38집(2012. 5.)

이재승, “군인의 전쟁거부권”, 민주법학 43권(2010)