

병역법 제88조 제1항 위반에 따른 형사처벌 타당성에 관한 연구

박 철*, 정정균**, 김진환***

요 약

오늘날 대한민국에서는 다시금 양심적 병역거부자 처벌이 사회적 이슈로 부각되고 있다. 대법원과 헌법재판소는 종교적 신념을 이유로 입영을 거부한 입영대상자를 처벌하는 병역법 제88조 제1항에 관하여 합헌적 판단이 견고한 가운데 최근 지방법원을 중심으로 하급심에서 양심적 병역거부자에게 무죄를 선고한 판결이 2015년 6건, 2016년 7건 그리고 2017년 상반기에만 16건 등이 나오고 있는 것이다. 또한 종교적 양심에 따른 병역거부자의 처벌에 관하여 제주지방법원 내에서 유죄와 무죄의 판결이 엇갈리면서 논쟁은 더욱 가중되고 있는 실정이다. 이러한 논란가운데 양심적 병역거부자를 처벌하는 근거규정인 병역법 제88조 제1항에 관하여 대법원, 헌법재판소 그리고 최근 하급심의 판단을 살펴보고 특히 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유의 인정범위에 양심적 병역거부가 포함될 수 있는지 그리고 자유권규약 제18조 해석·적용에 관하여 검토하고자 한다.

A Study on the Validity of Criminal Punishment for the Violation of the Clause 1 or the Article 88 of the Military Service Law

Cheol Park*, Jung Kyun Jung**, Jin Hwan Kim***

ABSTRACT

In the Republic of Korea, punishment of conscientious objectors is rising as a social issue once again. Large number of news articles on the punishment of conscientious objectors are updated on portal sites several times a day. The background for this phenomena is based on the disagreement between the Supreme Court and the Constitutional Court. The Constitutional Court has ruled that it is constitutional for the government to punish conscientious objectors who denied their service for religious belief according to the Clause 1 of the Article 88 of the Military Service Law. However, district courts have taken different stance in the lower instance. 6 rulings in 2015, 7 rulings in 2016, and 16 rulings in the first half of 2017 has declared the conscientious objectors as not guilty. At the same time, the issue is becoming more controversial as the Jeju District Court has made two different rulings on the punishment of conscientious objectors who denied their military service for religious belief. Therefore, the study aims to find out whether conscientious objection can be included as a reasonable cause under the Clause 1 of the Article 88 of the Military Service Law, and take thorough review on the interpretation and the application of Article 18 of the Human Rights Covenant by examining the rulings at the Supreme Court, Constitutional Court, and District Courts.

Keywords: Conscientious Objection, Military Service Law, International Covenant on Civil and Political Rights

접수일(2017년 10월 10일), 게재확정일(2017년 10월 29일)

* 장안대학교 부사관과 교수 / 용인대학교 경호학과 박사과정

** 장안대학교 부사관과 외래교수 / 대전대학교 군사학과 박사과정

*** 용인대학교 경호학과 교수

1. 서 론

대한민국 사회에서 병역의 의무에 대한 국민적 민감성과 관심도는 상상이 불가능할 정도로 높다고 하겠다. 과거 1997년 제15대 대통령 당선 유력 후보자였던 이회창 후보는 아들 군 면제를 위하여 힘을 썼다는 이른바 ‘병풍사건’이라는 병력비리 의혹에서 벗어나지 못하고 결국 지지율 하락으로 낙선을 한 적이 있으며, 1999년 국회는 공직자들의 병역사항신고및공개에관한법률을 제정하였다. 이는 고위공직자 및 공직선거및선거부정방지법의 규정에 의한 공직선거후보자 및 그 직계비속에 대한 병역사항의 신고 및 공개를 제도화함으로써 공직을 이용한 부정행위 및 병역일탈을 방지하고 병무행정에 대한 공정성을 확보하여 국민에 대한 봉사자로서의 공직기강을 확립하고 나아가 병역의무를 자진 이행하는데 기여할 목적으로 제정한 것이다.

그리고 오늘날 문재인 정부는 정부 출범을 위한 인사과정에서 5대 원칙(위장전입, 논문표절, 세금탈루, 병역 면탈, 부동산 투기)을 내걸면서 공직자로서의 자격을 검증하는 기준을 내세웠고 이 중 하나라도 위반할 경우엔 공직자로 등용하지 않겠다고 하였다.

이렇듯 대한민국에서 병역의 의무는 대통령 선거의 결과에 영향을 미치며, 공무원으로서 나아가는데 결정적 기준이 되며 그 이외에도 사회적 생활을 하는데 있어서 그 영향력이 크다고 하겠다.

이러한 대한민국 현실 속에서 제주지방법원에서 양심적 병역거부에 대하여 잇달린 판결이 나오므로 인해 병역 의무에 대한 사회적 논란이 불거지고 있다. 2017년 6월 제주지방법원 형사3단독 신재환 부장판사는 종교적 신념에 따라 집총을 거부한 여호와의 증인 신도 2명에게 판결문에서 “양심적 병역거부자의 형사처벌 문제는 양심의 자유가 국방의무에 의해 제한된 경우로서, 헌법적 가치들의 정면충돌”이라 표현하면서 “대체복무제도 등의 마련 없이 형사처벌 할 수 있도록 한 처벌규정은 양심의 자유를 과도하게 침해, 위헌적이라고 볼 여지가 있다”고 밝힌바 있다. 그러나 이후 동일한 제주지방법원 형사4단독 한정석 부장판사는 종교적 신념에서 병역의무를 거부한 여호와의 증인 신도에게 징역 1년 6월을 선고하였다. 한정

석 부장판사는 판결문에서 “병역의무는 궁극적으로 국민 전체의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위한 것으로서, 종교적 양심의 자유가 이러한 헌법적 법익보다 우월한 가치라고 볼 수 없다”고 판시하였고 나아가 “양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 인정하지 않고 있는 현행법 하에서 처벌이 불가피하다”고 밝혔다[1]. 하급심 법원에서 양심적 병역거부자 처벌에 대한 판결이 잇달리고 있지만 대법원은 2004년 7월 전원합의체 선고 이후 양심적 병역거부를 인정하지 않고 있다. 한편 독일이나 미국의 경우 양심적 병역거부를 할 수 있는 권리를 헌법상 또는 법률상의 권리로 인정한 바 있고, 국제연합인권위원회 등 국제기구에서도 양심적 병역거부에 대한 인정을 회원국에 권고 또는 의무화하고 있으나 우리나라는 양심적 병역거부를 할 권리를 인정하지 않고 형사처벌을 하고 있는 실정이다[2].

따라서 본 연구에서는 오늘날 양심 및 종교의 자유를 이유로 현역입영을 거부하고 있는 자에 대하여 병역법 제88조 제1항 위반에 따른 처벌에 관하여 비판을 하는 최근의 하급심의 판단과 병역법 제88조 제1항의 처벌을 인정하는 대법원과 헌법재판소의 법적인거를 살펴보고 특히 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유의 인정범위와 정당한 사유를 해석함에 있어서 양심적 병역거부가 포함될 수 있는지 여부를 통하여 병역법 위반으로 양심적 병역거부자 처벌이 타당한지를 검토하고자 한다.

2. 양심의 자유에 관한 헌법적 고찰

2.1 양심의 개념

헌법 제19조는 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다”라고 규정하고 있으며 여기서 말하는 양심에 관하여 헌법재판소는 “헌법이 보호하려는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리이지, 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심이 아니다”고 판시한 바 있다[3]. 결국 양심이란 인간의 내면에 원래부터 존재하는 옳고 그름에 대한 확신과 이로부터 나오는 의무부과, 곧 특정의 행동을 하거나 하지 못하도록

하는 것, 곧 가치와 비가치에 대한 주관적 의식으로 정의할 수 있다[4].

2.2. 양심 형성의 자유와 양심 실현의 자유

양심의 자유는 그 내용으로 양심형성(결정)의 자유, 양심 유지의 자유, 그리고 양심 실현의 자유가 일반적으로 논의된다. 헌법재판소는 “헌법 제19조의 양심의 자유는 크게 양심형성의 내부영역과 형성된 양심을 실현하는 외부영역으로 나누어 볼 수 있으므로, 그 구체적인 보장내용에 있어서도 내심의 자유인 ‘양심형성의 자유’와 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현하는 ‘양심실현의 자유’로 구분된다. 양심형성의 자유란 외부로부터의 부당한 간섭이나 강제를 받지 않고 개인의 내심영역에서 양심을 형성하고 양심상의 결정을 내리는 자유를 말하고, 양심실현의 자유란 형성된 양심을 외부로 표명하고 양심에 따라 삶을 형성할 자유, 구체적으로는 양심을 표명하거나 또는 양심을 표명하도록 강요받지 아니할 자유(양심표명의 자유), 양심에 반하는 행동을 강요받지 아니할 자유(부작위에 의한 양심실현의 자유), 양심에 따른 행동을 할 자유(작위에 의한 양심실현의 자유)를 모두 포함한다”하여 양심의 자유의 내용을 양심 형성의 자유와 양심 실현의 자유로 구분하고 있다[5].

2.3. 양심의 자유의 제한가능성과 제한의 한계

양심의 자유에 있어서 제한과 한계에 관하여 양심은 내심적 작용으로 머물러 있는 경우는 물론이고 외부적으로 표현된다 하더라도 절대적으로 제한될 수 없다는 견해가 있으나 헌법재판소는 “양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유는 내심에 머무르는 한 절대적 자유라고 할 수 있지만, 양심실현의 자유는 타인의 기본권이나 다른 헌법적 질서와 저촉되는 경우 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 할 수 있다.”고 판시하였다[6]. 따라서 헌법재판소는 외부로 표현되는 양심 실현의 자유는 그 제한이 가능하나 이 경우에도 헌법 제37조 제2항에서 정하는 기본권 제한 한계를 준수하여야 하며 또한 양심의 자유의 본질적인 내용을 침해할 수 없다는 입장이다. 다만 헌법재판소는 양심적 병역거부 사

건에서는 “양심실현의 자유의 경우 법익교량과정은 특수한 형태를 띠게 된다. 수단의 적합성, 최소침해성의 여부 등의 심사를 통하여 어느 정도까지 기본권이 공익상의 이유로 양보해야 하는가를 밝히는 비례원칙의 일반적 심사과정은 양심의 자유에 있어서는 그대로 적용되지 않는다. 양심의 자유의 경우 비례의 원칙을 통하여 양심의 자유를 공익과 교량하고 공익을 실현하기 위하여 양심을 상대화하는 것은 양심의 자유의 본질과 부합될 수 없다. 양심상의 결정이 법익교량과정에서 공익에 부합하는 상태로 축소되거나 그 내용에 있어서 왜곡·굴절된다면, 이는 이미 ‘양심’이 아니다. 따라서 양심의 자유의 경우에는 법익교량을 통하여 양심의 자유와 공익을 조화와 균형의 상태로 이루어 양 법익을 함께 실현하는 것이 아니라, 단지 ‘양심의 자유’와 ‘공익’ 중 양자택일 즉, 양심에 반하는 작위나 부작위를 범질서에 의하여 ‘강요받는가 아니면 강요받지 않는가’의 문제가 있을 뿐이다.”고 판시하였다[5]. 그러나 헌법재판소는 병역법 제88조의 위헌 여부가 다투어진 사건에서 “헌법 제37조 제2항의 비례원칙은, 단순히 기본권제한의 일반원칙에 그치지 않고, 모든 국가작용은 정당한 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내에서만 행사되어야 한다는 국가작용의 한계를 선언한 것이므로, 비록 이 사건 법률조항이 헌법 제39조에 규정된 국방의 의무를 형성하는 입법이라 할지라도 그에 대한 심사는 헌법상 비례원칙에 의하여야 한다”고 하였다[7].

3. 양심적 병역거부자 처벌에 관한 논의

3.1 양심적 병역거부의 개념¹⁾

- 1) 양심적 병역거부란 용어는 병역의 의무를 이행한 자는 비양심적 또는 반인권적 사람으로 보이게 할 수 있는 오해의 소지를 포함하고 있는 용어이다. 이에 종교신념적 병역거부자, 주관적 병역거부자 등 대체용어를 사용해야 한다는 의견이 있으나 이미 수년간 한국사회에서 일반적으로 통용되고 있는 용어이기에 비록 오해의 소지는 가지고 있으나 혼란을 피하기 위하여

양심적 병역거부에 관한 일치된 정의규정은 존재하지 않기에 양심적 병역거부에 관한 다양한 해석이 존재하고 있는 실정이다. 양심적 병역거부란 (1)양심적 병역거부는 일반적으로 병역의무가 인정되고 있는 국가에서 종교적·윤리적·철학적 또는 이와 유사한 동기로부터 형성된 양심상의 결정으로 병역의무의 전부 또는 일부를 거절하는 행위[8] (2)평화주의 또는 비폭력주의를 추구하는 양심에 따라 전쟁이나 무력행위에 참가하는 것과 군복무를 반대하여 병역 일반 또는 징집 병역을 거부(=징집거부 또는 징총거부)하는 행위를 말한다[9]. (3) 광의의 의미로 어떠한 상황 하에서도 인명을 살상하는 것을 절대적으로 반대한다는 순수한 평화주의에 바탕한 개념이지만 협의의 의미로 병역과 관련한 것으로 자기의 신앙, 도덕률, 철학적, 정치적 이유 등에 따른 양심상의 결정으로 무기를 휴대한 병역을 거부하거나 전쟁에 직접적 혹은 간접적 참가를 거부하는 행위를 말한다[10]. 이 외에도 양심적 병역거부에 관한 다수의 견해가 있다.

따라서 양심적 병역거부란 국가는 병역 의무자에게 병역의 의무 이행을 요구하고 병역의무자는 개인의 종교·윤리·철학 등 이유로 가지는 신념이 국가가 요구하는 병역의무와 상호 충돌하여 그 이행의 요구를 거부하는 행위 그 모두를 양심적 병역거부로 이해할 수 있을 것이다.

3.2 한국 사회에서 양심적 병역거부자 처벌에 관한 논란

한국 사회에서 양심적 병역거부에 대한 공론화의 시발점은 2001년 2월에 발간된 시사지 <한겨레21> 제345호 “차마 총을 들 수가 없어요”란 제목의 보도 기사에서 찾을 수 있다. 이 보도 기사를 시작으로 양심적 병역거부자 처벌에 대한 사회적 관심이 일어났으며 특히 법조계에서는 한겨레21 보도를 계기로 양심적 징총거부자 법률구조 변호사단이 구성되고 이들이 양심적 병역거부자들에 대한 변호를 맡기도 하였다[11].

2002.1.29. 서울지방법원남부지원이 헌법재판소에 병역법 제88조 제1항 제1호에 관한 위헌법률심판을

제청한 것을 계기로, 양심적 병역거부 피고인들에 대한 병역법 위반사건에 대한 심리가 중단되거나 병역법 시행령 제136조 제1항 제2호에 따라 재징집이 면제될 수 있는 징역 1년 6월 이상의 실형이 선고되어 확정되기도 하였다[12]. 양심적 병역거부자에 대한 처벌을 함에 있어서 법적·사회적으로 공론화된 이후 한국 사회에서는 과연 양심적 병역거부자들에게 무조건적 형사처벌을 지우게 하는 것이 과연 온당한가라는 질문을 가지게 하였다. 이후 2004년 5월 21일 서울남부지방법원 형사6단독 이정렬 판사는 병역법이나 예비군법은 정당한 사유가 없이 병역을 거부한 자만을 처벌하도록 하고 있는데, 종교적 이유로 병역을 거부한 피고인들은 정당한 사유에 해당한다고 판시하여 처음으로 무죄판결을 선고하였다. 그러나 같은 해 7월 15일 대법원 전원합의체가 양심적 병역거부에 대하여 유죄를 확정지었으며 헌법재판소 또한 같은해 양심적 병역거부자에 대한 위헌심사에서 합헌결정을 하였고[5] 이후 이루어진 위헌소원심사에서도 합헌결정을 하였다[13]. 그리고 7년 뒤 2011년에 다시금 병역법이 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해하는지 위헌제청이 있었으나 합헌으로 결정하였다[14].

그러나 오늘날 한국사회에서 양심적 병역거부자에 대한 처벌을 두고 사법부의 판단이 엇갈리고 있는 상황이다.

하급심에서는 양심적 병역거부자가 병역법 제88조 제1항 위반으로 기소된 사건에 관하여 ‘무죄’를 선고하는 반면에 상급심에서는 ‘유죄’를 선고하는 경향을 보이고 있다[15].²⁾

- 2) 2016년에는 항소심에서 양심적 병역거부자를 처음으로 무죄를 선고하기도 하였다. 광주지법 2015노1181판결에서는 여호와의 증인 신도가 현역병 입영통지서를 받았음에도 불구하고 종교적 신념에 반한다는 이유로 입영을 거부여 병역법 위반으로 기소된 사안에서 “우리나라가 가입한 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)’ 제18조에서 양심적 병역거부권을 도출할 수 없다는 대법원과 헌법재판소의 판단은 국제사회의 흐름에 비추어 시대에 뒤떨어지고 국제인권규약에 대한 정당한 방법론적

본 논문에서는 위 용어를 사용하기로 한다.

이렇듯 하급심과 대법원·헌법재판소간에 양심적 병역거부자 처벌에 대한 엇갈린 판단을 두고 일부 언론에서는 하급심의 '항명' '반기' '진보성향' 등으로 표현하고 있다.

양심적 병역거부자 처벌에 관하여 사법부의 판단이 엇갈려 이어갈 경우 사법부는 국민에게 신뢰 상실과 법적안정성의 훼손을 가져올 수 있는 문제이다. 따라서 양심적 병역거부자 처벌에 관하여 조속한 대처가 필요한 상황임에도 불구하고 현재 대법원장과 헌법재판소장의 공백으로 인하여 양심적 병역거부자 처벌에 대한 법적판단을 하고 있지 못하고 있다.

3.3 양심적 병역거부자 처벌에 관한 견해

양심적 병역거부자 처벌에 관하여 무죄를 주장하는 입장에서는 우리 헌법 제19조, 제20조에 따라 모든 국민은 양심과 종교의 자유를 가지며 나아가 우리나라가 가입한 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)' 제18조³⁾에 따라 양심적 병역거부라는 선택

해석으로 보기 어려운 점, 국제사회가 규범적인 차원에서도 급격하게 양심적 병역거부를 인정하는 방향으로 나아가고 있고, 대법원도 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유의 범위에 양심의 자유가 포함될 여지가 있음을 부정하지 아니한 점 등을 이유로 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 양심적 병역거부가 포함되기에 무죄"를 선고하였다.

- 3) 규약 제18조 제1항 “사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와 또는 다른 사람과 공동으로 공적 또는 사적으로 예배의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다.

규약 제18조 제2항 “어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다.”

규약 제18조 제3항 “자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는, 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리

이 보호되어야 하며 병역법 제88조 제1항의 위반 등으로 인한 형사처벌이 되어서는 안 된다고 주장을 한다. UN 인권위원회와 인권이사회도 1978년 이후로 자유권규약 제18조로부터 양심적 병역거부권이 도출되며, 양심적 병역거부를 이유로 처벌을 해서는 안 된다는 결의와 일반의견을 여러 차례 제시하였다[16].

그러나 정부는 양심적 병역거부는 헌법상의 권리가 아닌 법률상 권리에 지나지 아니하고 설령 양심적 병역거부가 양심실현의 자유로 본다하더라도 이는 헌법 제37조 제2항에 의한 제한이 가능하다고 본다. 또한 우리나라가 처한 안보 현실 속에서 병역의무를 요구하는 것은 양심의 자유에 본질적 침해로 볼 수 없다. 따라서 양심적 병역거부자에 대한 대체적 수단을 마련하지 않고 병역법에 따른 형사적 처벌을 할 수 있는 재량이 허용되며 따라서 병역법 제88조 제1항 등 실정법 위반에 따른 형사적 처벌은 가능하다는 의견을 피력하였다[5]. 병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청사건에서 국방부장관은 다음과 같이 의견을 내었다. 양심적 병역거부는 양심의 자유나 종교의 자유에서 당연히 도출되는 헌법상의 권리가 아니라, 입법자의 입법에 의하여 비로소 인정되는 법률상의 권리에 지나지 않고, 양심적 병역거부권을 양심실현의 자유로 본다 하더라도, 이것은 헌법 제37조 제2항에 의한 제한이 가능한 권리인바, 우리나라에 적대적인 무력집단의 전쟁야욕을 억제하고 국가적 정당방위차원에서 징집된 자에게 징총을 명하는 것은 타인의 생명권을 침해하는 것이 아니므로 전쟁을 거부하는 신념을 가진 자에게 국가가 평시에 병역의무를 요구하는 것은 신념에 위협을 주는 양심의 자유의 본질적인 침해라고 할 수 없다[5]. 따라서 양심과 종교를 이유로 현역입영을 거부하는 자에 대하여 형벌을 부과하는 병역법 제88조 제1항이 과잉금지 원칙에 반하지 아니하다고 주장하였다.

3.4 양심적 병역거부자 처벌에 관한 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 병역법 제88조 제1항을 2번의 위헌

및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.”

심사에서 모두 합헌결정을 하였다. 2004년 병역법 제 88조 제1항 제1호 위헌제청 사건에서 “비록 양심의 자유가 개인의 인격발현과 인간의 존엄성실현에 있어서 매우 중요한 기본권이기 는 하나, 양심의 자유의 본질이 법질서에 대한 복종을 거부할 수 있는 권리가 아니라 국가공동체가 감당할 수 있는 범위 내에서 개인의 양심상 갈등상황을 고려하여 양심을 보호해 줄 것을 국가로부터 요구하는 권리이자 그에 대응하는 국가의 의무라는 점을 감안한다면, 입법자가 양심의 자유로부터 파생하는 양심보호 의무를 이행할 것인지의 여부 및 그 방법에 있어서 광범위한 형성권을 가진다고 할 것이다. 한국의 안보상황, 징병의 형평성에 대한 사회적 요구, 대체복무제를 채택하는 데 수반될 수 있는 여러 가지 제약적 요소 등을 감안할 때, 대체복무제를 도입하더라도 국가안보라는 중대한 헌법적 법익에 손상이 없으리라고 단정할 수 없는 것이 현재의 상황이라 할 것인바, 대체복무제를 도입하기 위해서는 남북한 사이에 평화공존관계가 정착되어야 하고, 군복무여건의 개선 등을 통하여 병역기피의 요인이 제거되어야 하며, 나아가 우리 사회에 양심적 병역거부자에 대한 이해와 관용이 자리잡음으로써 그들에게 대체복무를 허용하더라도 병역의무의 이행에 있어서 부담의 평등이 실현되며 사회통합이 저해되지 않는다는 사회공동체 구성원의 공감대가 형성되어야 하는데, 이러한 선행조건들이 충족되지 않은 현 단계에서 대체복무제를 도입하기는 어렵다고 본 입법자의 판단이 현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수 없다.”고 결정하였고 이에 병역법 제88조 제1항은 양심적 병역거부자의 양심의 자유나 종교의 자유를 침해하지 아니하였고 나아가 평등원칙에 위반된다 할 수 없기에 합헌결정을 하였다[5].

2011년 병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청 등 위헌심사에서는 “이 사건 법률조항은, ‘국민의 의무인 국방의 의무의 이행을 관철하고 강제함으로써 징병제를 근간으로 하는 병역제도 하에서 병역자원의 확보와 병역부담의 형평을 기하고 궁극적으로 국가의 안전보장이라는 헌법적 법익을 실현하고자 하는 것’으로 그 입법목적이 정당하고, 입영을 기피하는 현역 입영대상자에 대하여 형벌을 부과함으로써 현역복무의무의 이행을 강제하고 있으므로, 이 같은 입법목적

을 달성하기 위한 적절한 수단이다.” 나아가 “이 사건 법률 조항은 병역거부가 양심에 근거한 것이든 아니든, 그 양심이 종교적 양심이든, 비종교적 양심이든 가리지 않고 일률적으로 규제하는 것일 뿐, 양심이나 종교를 사유로 차별을 가하는 것도 아니므로 평등원칙에 위반되지 아니한다.” 그리고 “우리나라가 1990. 4. 10. 가입한 시민적·정치적권리에관한국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)에 따라 바로 양심적 병역거부권이 인정되거나 양심적 병역거부에 관한 법적인 구속력이 발생한다고 보기 곤란하고, 양심적 병역거부권을 명문으로 인정된 국제인권조약은 아직까지 존재하지 않으며, 유럽 등의 일부국가에서 양심적 병역거부권이 보장된다고 하더라도 전 세계적으로 양심적 병역거부권의 보장에 관한 국제관습법이 형성되었다고 할 수 없어 양심적 병역거부가 일반적으로 승인된 국제법규로서 우리나라에 수용될 수는 없으므로, 이 사건 법률조항에 의하여 양심적 병역거부자를 형사처벌한다고 하더라도 국제법 존중의 원칙을 선언하고 있는 헌법 제6조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.”고 결정하였다 [7].

이렇듯 헌법재판소는 병역법 제88조 제1항에 대한 위헌심사에서 합헌이라는 동일한 결론을 내렸지만 그 과정상에서 2002헌가1 사건에서는 입법자가 국민에게 국방의 의무를 지우는데 있어서 그 입법형성권의 범위를 넓게 인정하여 병역법 제88조 제1항을 심사함에 있어서 완화된 심사기준을 적용하였으나 2008헌가22 등에서는 병역법 제88조 제1항을 심사함에 있어서 다른 기본권 침해의 판단과 동일하게 헌법 제32조 제2항의 비례원칙에 따른 위헌성 심사를 하였다. 나아가 2008헌가22등에서는 시민적·정치적권리에관한국제규약에 따라 양심적 병역거부권이 인정되거나 양심적 병역거부에 관한 법적인 구속력이 발생하지 않는다고 판시하였다.

3.5 하급심 판례의 변화

오늘날 대법원과 헌법재판소의 결정과는 달리 최근 하급심에서는 종교적 신념에 반한다는 이유로 입영을 하지 아니하고 병역법 위반으로 기소된 사안에 관하여 무죄를 선고하는 판결이 잇달아 일어나고 있

다.

대법원은 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 관하여, "병역법에서 규정한 내용의 추상적 병역의무 자체를 이행할 의사는 가지고 있었으나 병무청장 등의 결정으로 구체화된 병역의무를 귀책사유 없이 불이행할 수밖에 없었던 사유, 예컨대 갑작스러운 질병의 발생 등으로 예정된 기일에 입영할 수 없었던 사유 등으로 한정하여 해석·적용해 왔고(대법원 1967. 6. 13. 선고 67도677 판결, 1990. 2. 27. 선고 88도2285 판결, 2003. 12. 26. 선고 2003도5365 판결 등 참조), 이에 따라 종교적 양심상의 결정에 의하여 현역 입영을 거부한 행위는 위 '정당한 사유'에 해당될 여지가 전혀 없었다(대법원 1969. 7. 22. 선고 69도934 판결 등 참조)"[17]. 대법원은 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유의 인정범위 내에는 양심적 병역거부가 포함될 수 없었던 것이다.

그러나 최근 이러한 대법원의 판단과 달리 하급심에서는 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 양심적 병역거부를 포함하는데 있어서 그 법적근거로 헌법 제6조 제1항과 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights 이하 ICCPR 혹은 자유권규약이라 한다.)' 제18조를 들고 있다.

헌법 제6조 제1항은 "헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다."고 규정을 하고 있고 우리나라는 1990년 3. 6. 국회의 동의를 받아 같은 해 4. 10. 자유권 규약에 가입하였으며 특히 동 규약 제18조에 아무런 유보를 하지 않았고 1991년 유엔의 회원국이 되었다.

따라서 우리나라는 자유권규약의 당사국이고 자유권규약은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약이기 때문에 헌법 제6조 제1항의 문언 해석 자체에 의하더라도 자유권규약은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약으로서 특별한 국내입법이 없더라도 효력이 인정되는 규약이라 할 것이다. 또한 자유권규약의 조약감시기구인 자유권규약위원회는 1993년 제48차 회기 일반논평 22호에서 "본 위원회는 살상용 무기를 사용해야 할 의무는 양심의 자유와 종교나 신앙을 공표할 권리와 심각한 충돌을 일으킬 수 있으므로, 양심적 병역거부권이

자유권규약 제18조에서 파생될 수 있다고 믿는다"라고 밝힘으로써 자유권규약 제18조가 자체에서 양심적 병역거부권이 인정된다는 점을 선언하였다[18].

헌법 제6조 제1항과 자유권규약위원회의에서의 자유권규약 제18조 해석을 모두 고려하여 양심적 병역거부자에 처벌에 관하여 "자유권규약 제18조에서 양심적 병역거부권을 도출할 수 없다는 대한민국 대법원과 헌법재판소의 판단은 국제사회의 흐름에 비추어 시대에 뒤떨어지고 국제인권규약에 대한 정당한 방법론적 해석으로 보기 어려울 뿐만 아니라, 우리나라가 선택의정서에 가입한 취지에도 맞지 않다. 따라서 자유권규약과 그 위원회의 해석이 헌법 제6조 제1항에 따라 이 사건 법률의 정당한 사유를 해석함에 있어서도 영향을 미치는 만큼 정당한 사유에는 양심적 병역거부가 포함된다고 보는 것이 타당하다"[19]고 결론에 이르렀고 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 양심적 병역거부가 포함된다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였다.

이와달리 양심적 병역거부자 처벌에 관하여 무죄를 선고한 하급심에서 법적근거로 들고 있는 자유권규약 제18조에 관하여 대법원은 2004년 전원합의체 판결에서 "규약 제18조의 규정은, 우리 헌법 제19조의 양심의 자유, 제20조의 종교의 자유의 해석상 보장되는 기본권의 보호 범위와 동일한 내용을 규정하고 있다고 보이므로 위 규약의 조항으로부터 양심적 병역거부자에게 예외적으로 병역법 제88조 제1항의 적용을 면제받을 수 있는 권리가 도출된다고도 볼 수 없다"고 명료하게 판결하였다[17]. 이후 2007년 병역법 위반 사건 판결에서 대법원은 양심적 병역거부가 자유권규약 제18조에 의하여 인정되는지 여부에 관하여 "규약 제18조는 물론, 규약의 다른 어느 조문에서도 양심적 병역거부권(right of conscientious objection)을 기본적 인권의 하나로 명시하고 있지 않으며, 규약의 제정 과정에서 규약 제18조에 양심적 병역거부권을 포함시키자는 논의가 있었던 것은 사실이나, 제정에 관여한 국가들의 의사는 부정적이었던 것으로 보인다[20].

대법원은 양심적 병역거부권은 자유권규약 제18조에 의하여 당연히 도출되는 권리는 아니나 "자신이 믿는 종교적 교리에 좇아 형성된 인격적 정체성을 지

키기 위한 양심의 명령에 따라 현역병 입영을 거부하는 것은, 적어도 소극적 부작위에 의한 양심의 표명 행위에는 해당된다고 보아야 할 것이다(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결 등 참조). (중략) 병역법 제88조 제1항은 규약 제18조 제3항에서 말하는 양심표명의 자유에 대한 제한 법률에 해당한다”고 판시하였다[20]. 즉 대법원은 하급심에서 말하는 자유권규약 제18조 제1항에서 양심적 병역거부권은 도출되지 아니하며 위 자유권규약에서 양심적 병역거부 행위는 소극적 부작위에 의한 양심의 표명 행위에는 해당된다고는 판단하였다. 이러한 소극적 부작위에 의한 양심의 표명행위는 절대적 기본권이 아닌 법률로써 제한할 수 있는 상대적 기본권이기에 병역법 제88조 제1항은 규약 제18조 제3항에서 언급하는 필요한 경우에 제한받을 수 있는 것이고 따라서 양심적 병역거부는 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 해당되지 아니하기에 이를 처벌을 한다고 하여도 이는 자유권규약에 반하지 아니한다는 것이다.

4. 결 론

대법원과 하급심이 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 관하여 대치 혹은 항명하는 듯한 상황이 흐르는 가운데 앞으로 나올 병역법 제88조 제1항의 위헌 제청 사건과 양심적 병역거부자 처벌에 관한 대법원의 판단이 어느 정도 예측가능했던 과거와는 달리 새로운 국면에 접어들고 있음 알 수 있다.

병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 관하여 본 연구를 통하여 도출된 대법원과 헌법재판소의 판단과 최근 하급심의 판단이 다른 원인을 정리하면 다음과 같다.

우리 대법원과 헌법재판소는 양심상의 결정을 내 세워 입영을 거부하는 자를 형사처벌하는 것은 대한민국의 특수한 현실적 안보상황 속에서 지나치다고 할 수 없으며 양심적 병역거부자들이 주장하는 자유권규약 제18조에도 반하지 아니하다고 판단하였다. 그러나 하급심에서는 자유권의 해석과 헌법 제10조의 다른 국가의 의무, 재판과 형 집행의 현실 등을 고려하였을 때 양심적 병역거부는 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 해당하며 대법원과 헌법재판소는 그

판단을 변경해야한다는 것이다.

이렇게 차이가 나는 이유는 자유권규약을 해석함에 있어서 독자적으로 해석·적용할 것인지 아니면 자유권규약위원회의 해석을 받아들일 것인지에 따라 그 결과가 달라진다.

자유권규약위원회는 자유권규약이 명시적으로 언급을 하고 있지는 않지만 양심적 병역거부권이 자유권규약 제18조로부터 도출된다고 유권해석을 하고 있으며 대한민국 정부는 양심적 병역거부자 처벌은 자유권규약 제18조의 위반이면서 동시에 피해자에 대한 보상과 유사침해 방지를 권고하였다. 그러나 우리 대법원과 헌법재판소는 자유권규약위원회의 유권해석에 관하여 권고적 사항으로만 받아들이고 있다.

우리 대법원과 헌법재판소는 자유권규약 제18조에 해석에 관하여 양심적 병역거부권이 도출될 수 없고 자유권규약 제18조에서 양심표명의 자유를 인정하더라도 이는 법률에 의하여 제한할 수 있는 상대적 기본권으로 판단하였다. 따라서 병역법 제88조 제1항 처벌규정은 합헌적으로 판단되며 정당한 사유에는 양심적 병역거부가 포함될 수 없다는 것이다. 그러나 하급심에서는 자유권규약은 그 효력이 헌법 제6조 제1항에 의하여 체결 공포된 조약이므로 국내법적 효력을 지니며 또한 우리나라는 자유권규약 제18조에 유보 없이 가입을 하였고 자유권규약위원회와 국제사회는 자유권규약 제18조에서 병역거부권을 포함하여 해석하고 있기에 병역법 제88조 제1항 정당한 사유에 양심적 병역거부권이 포함될 수 있다는 것이다.

자유권규약이 헌법 제6조 제1항에 의하여 체결 공포된 조약으로 국내법적 효력을 지닌다하더라도 자유권규약의 효력과 자유권규약의 해석은 별개의 문제라 할 수 있다. 현재 자유권규약 제18조에 양심적 병역거부가 명시적으로 규정되어 있지 아니한 상태에서 국제사회와 자유권규약위원회가 그 해석과 결정이 우리 사법부에 어떠한 구속력이 있다고 볼 수 없다. 그렇다면 대법원과 헌법재판소는 자유권규약의 해석과 적용을 하는데 있어서 대한민국의 현실에 비추어 주관적·독자적으로 판단할 수 있으며 자유권규약위원회와 국제사회의 해석과 결정을 권고적 사항으로 볼 수 있는 것이다.

따라서 이러한 상황을 종합해 보건대 현행법상 양

심적 병역거부를 인정할 수는 없으며 양심적 병역거부는 병역법 제88조 제1항에서 정당한 사유로 인정하지 않는 것으로 보인다. 다만, 자유권규약 제18조에 양심적 병역거부가 명문으로 규정된다면 헌법 제6조 제1항에 의하여 공포 체결된 조약이기에 특별한 국내 입법이 없더라도 효력이 인정되게 될 것이고, 이와 같은 양심적 병역거부가 명문으로 규정되어 해석에 관한 논란이 사라진다면 사법부는 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유로 양심적 병역거부를 인정할 수밖에 없을 것이며 더 이상 사회적 혼란과 법적안정성을 해치는 엇갈린 판결이 나오지 아니할 것이다.

참 고 문 헌

[1] 연합뉴스, '양심적 병역거부 판사에 따라 유무죄 오락가락 혼란'. 2017.7.24.
 [2] 이상명, 양심적 병역거부와 양심의 자유, 고려법학, 49권,49호 912면, 고려대학교 법학연구원, 2007.
 [3] 헌재 1997.3.27.96헌가11.
 [4] 홍성방, 헌법학, 현암사, 467면. 2008.
 [5] 헌재 2004.8.26.2002헌가1.
 [6] 헌재 1998.7.16. 96헌바35.
 [7] 헌재 2011.8.30.2008헌가22등.
 [8] 헌재 2011.8.30.2008헌가22등(재판관 이강국, 재판관 송두환의 한정위헌의견).
 [9] 이준일, 인권법:사회적 이슈와 인권 (제4판) 158면, 홍문사, 2012.
 [10] 나달숙, 법학연구, 24권, 4면, 한국법학회, 2006.
 [11] 한겨레21 제360호 '무조건 3년형 관례가 깨졌다' 기사.
 [12] 금상환, 이른바 양심적 병역거부가 병역기피에 해당하는지 여부 : 대법원 2004.7.15.선고2004도2965 전원합의체 판결, 21세기사법의 전개 : 송민희중앙대법원장재임기념. 583면, 박영사, 2005.
 [13] 헌재 2004.10.28. 2004헌바61, 2004헌바62, 2004헌바75(병합).

[14] 2011.8.30. 2008헌가22, 2009헌가7-24, 2010헌가16-37, 2008헌바103, 2009헌바3, 2011헌바16(병합).
 [15] 중앙일보, '또 뒤집힌 판결'...양심적 병역거부, 20대 1심서 '무죄', 2017. 9.10.
 [16] 오호택, 병역의무의 형평성에 관한 연구, 헌법학연구 제11권 제4호, 216면, 2005.
 [17] 대판 2004.7.15.2004도2965.
 [18] 박주민, 양심에 따른 병역거부자에 대한 처벌의 위헌성과 대체복무제 도입. 양심적 병역거부자에게 대체복무를 허하라. 국회 정책토론회, 2015.
 [19] 광주지법 2016.10.18.2015노1181.
 [20] 대판 2007.12.27.2007도7941.

[저 자 소개]



박 철 (Cheol Park)

2015년 용인대학교 경호학 석사
 2016년~ 용인대학교 경호학과 박사 과정
 2012년~ 장안대학교 부사관과 교수
 email : DreamatJAU@jangan.ac.kr



정정균 (Jung Kyun Jung)

2016년 용인대학교 경호학 석사
 2016년~ 대전대학교 군사학과 박사 과정
 2016년~ 장안대학교 부사관과 외래교수
 email : jjkjk0@naver.com



김진환 (Jin Hwan Kim)

1991년 용인대학교 체육학 석사
 1999년 한국체육대학교 체육학과 이학박사
 2007년~ 용인대학교 경호학과 교수
 email : kjh2323@yongin.ac.kr