

# 제 주 지 방 법 원

## 판 결

사 건 2017고단16, 2017고단55(병합) 병역법위반  
피 고 인 1. 한○○ (96년생-1)  
주거 제주도  
2. 배○○ (96년생-1)  
주거 제주도  
검 사 박기태, 이선미(기소), 이선미(공판)  
변 호 인 변호사 김도완(피고인들을 위한 국선)  
판 결 선 고 2017. 8. 11.

## 주 문

피고인들은 각 무죄.

피고인들에 대한 무죄판결의 요지를 공시한다.

## 이 유

### I. 공소사실의 요지

현역입영 대상자가 현역입영 통지서를 받으면 입영일로부터 3일 이내에 입영하여야 한다.

『2017고단16』 (피고인 한○○)

피고인은 2016. 11. 10.경 제주 제주시 하가로 ○○에 있는 피고인의 집에서 이메일을 통해 "2016. 12. 12. 충남 논산군에 있는 육군 훈련소에 입영하라"는 내용의 제주지방병무청장 명의의 현역입영 통지서를 받았으나, 정당한 사유 없이 입영일로부터 3일이 지나도록 입영하지 아니하였다.

『2017고단55』 (피고인 배○○)

피고인은 2016. 10. 27.경 제주시 ○○에 있는 피고인의 주거지에서 2016. 12. 6.까지 광주시 북구에 있는 31사단으로 입영하라는 내용의 통지서를 피고인의 부친 배○○을 통해 수령하였으나, 정당한 사유 없이 입영일로부터 3일이 지나도록 입영하지 아니하였다.

## II. 병역법 제88조 제1항

이 사건 공소장에 기재된 법률조항은 병역법 제88조 제1항<sup>1)</sup>으로 내용은 아래와 같다(이하, '이 사건 법률조항'이라 한다).

제88조(입영의 기피 등) ① 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. 다만, 제53조 제2항에 따라 전시근로소집에 대비한 점검통지서를 받은 사람이 정당한 사유 없이 지정된 일시의 점검에 참석하지 아니한 경우에는 6개월 이하의 징역이나 500만 원 이하의 벌금 또는 구류에 처한다.

### 1. 현역입영은 3일

1) 병역법 제88조는 2017. 3. 21. 법률 제14611호로 개정되었으나, 제1항은 개정되지 아니하였다(제3항이 삭제되는 것으로 개정되었고, 2017. 9. 22.부터 시행된다).

### Ⅲ. 무죄로 판단하는 이유

피고인들은, '여호와의 증인'이라는 종교적 신념에 따른 양심상 결정을 이유로 현역 입영을 거부하는 한편, 집총을 전제로 하지 아니하는 비군사적 성격의 대체복무제도가 마련된다면 그 의무를 이행할 의사가 있다면서, 양심상 결정에 따른 현역입영거부는 헌법상 보장된 양심의 자유를 행사하는 것이므로, 이 사건 법률조항 중 '정당한 사유'에 해당한다고 주장한다.

이하에서는 '정당한 사유'의 의미가 무엇인지를 먼저 살펴보고, 피고인들의 양심상 결정에 따른 입영거부가 헌법상 양심의 자유에서 말하는 '양심'에 포함되어 보호 범위 내에 있는 것인지, 이 사건 법률조항에 의하여 양심의 자유 중 어떤 부분이 제한받는지, 양심의 자유의 특수성 등과 함께 검토한 후 이 사건 법률조항이 규정한 '정당한 사유'는 어떻게 해석해야 하는지, 합헌적 법률해석과 규범조화적 해석(비례의 원칙)에 따른 경우 양심상 결정에 따른 현역입영거부행위인 이른바 양심적 병역거부<sup>2)</sup>에 대하여 일률적으로 이 사건 법률조항을 적용하여 형벌을 부과하는 것이 규범조화적 해석 또는 비례의 원칙에 위배되는 것은 아닌지, 헌법상 평화주의 원칙과 국제법 존중주의 원칙이 '정당한 사유' 해석에 대한 근거가 되는지를 살펴본다.

#### 1. 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결이 판시한 '정당한 사유'의 의미

대법원은 양심상 결정에 따른 병역거부(이하에서는 특별한 사정이 없는 한 '병역거부'를 현역입영거부를 포함한 개념으로 본다)가 병역법위반죄에 해당하는지를 판단한

---

2) 양심적 병역거부는 'Conscious Objector to Military Service'를 번역한 것이다. 이 용어가 주는 부정적 측면이 있으나, 이미 대법원 등이 여러 차례 사용한 용어이므로 여기서도 사용한다.

2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결(이하, '2004년 전원합의체 판결'이라 한다)에서 다수의견으로 이 사건 법률조항이 정한 "정당한 사유"의 의미에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

『이 사건 법률조항에서의 '정당한 사유'는 원칙적으로 추상적 병역의무의 존재와 그 이행 자체의 긍정을 전제로 하되 다만 병무청장 등의 결정으로 구체화된 병역의무의 불이행을 정당화할 만한 사유, 즉 질병 등 병역의무 불이행자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유에 한하는 것으로 보아야 할 것이다. 다만 다른 한편, 구체적 병역의무의 이행을 거부한 사람이 그 거부 사유로서 내세운 권리가 우리 헌법에 의하여 보장되고, 나아가 그 권리가 이 사건 법률조항의 입법목적에 능가하는 우월한 헌법적 가치를 가지고 있다고 인정될 경우에 대해서까지도 이 사건 법률조항을 적용하여 처벌하게 되면 그의 헌법상 권리를 부당하게 침해하는 결과에 이르게 되므로 이 때에는 이러한 위헌적인 상황을 배제하기 위하여 예외적으로 그에게 병역의무의 이행을 거부할 정당한 사유가 존재하는 것으로 봄이 상당하다 할 것이다.』

## 2. 양심의 자유의 특수성 및 상대적 우위성

### 가. 양심의 의미와 기능

양심은 인간 내면의 소리이고, 도덕과 인격을 근거지어 주는 현상으로 인격의 기본 요소이다. 양심은 어떤 구체적인 상황에서 구체적 행위의 선악정사(善惡正邪)를 판단할 때 경고하거나 격려하는 등 개인에게 자기 자신이나 자기 행위를 의식하게 하고, 자기 행위에 대하여 시비를 판단하며(판단 기능), 동시에 그와 같이 변별된 악을 피하고 선을 행하도록 개인의 내면 깊은 곳으로부터 압박한다(동기화 기능). 위와 같은 판단과

동기화를 통하여 양심은 어떤 구체적인 행위에 대한 억지력으로 작용하고, 흔히 '양심의 가책이나 양심에 부끄럽지 않게 행동한다'고 말하듯이 자신을 비판하기도 한다(반성적 기능). 나아가 양심은 가치선택의 상황에서 기준을 제공하고 그 선택에 대하여 책임을 지게 하는 일종의 도덕적 나침반으로 "자신의 생각이 거기에서 고발되기도 하고 변호되기도 하는 인간의 내면적 법정에 대한 의식" 또는 "모든 자유로운 행위들을 넘어서는 내적인 재판관"이거나 "그 보다 상위에는 어떠한 법관도 인정될 수 없는 모든 확신들의 법관"이다(도덕 판단의 최종심급 기능).

#### 나. 양심의 자유에서 말하는 양심

1) 양심의 자유에서 말하는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 양심이다(헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 98헌마425 등 전원재판부 결정, 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2007헌가12 등 전원재판부 결정 등 참조). 나아가, '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 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것을 말한다(헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2006헌마1401 등 전원재판부 결정).

2) 양심은 위에서 본 바와 같이 개개인 자신에 대하여만 행위규범, 평가규범 등으로 작용하기 때문에 양심적 병역거부에서 말하는 '양심적'이란 의미는 양심상 결정에 따른 병역거부행위가 다른 사람의 행동보다 도덕적으로 우월하다거나, 그렇지 않은 사람들이 비도덕적 또는 비양심적이라는 평가가 아니라 단지 양심적 병역거부자 개인이 그

자신의 거역할 수 없는 '내 마음속의 도덕율'에 따라 병역거부에 이르렀다는 것을 의미할 뿐이다.

## **다. 기본권으로서의 양심의 자유의 내용과 양심의 자유의 상대적 우위성**

### **1) 양심의 자유에서 말하는 양심의 내용**

양심의 자유가 보장하고자 하는 '양심'은 민주적 다수의 사고나 가치관과 일치하는 것이 아니라, 개인적 현상으로서 지극히 주관적인 것이다. 양심은 그 대상이나 내용 또는 동기에 의하여 판단될 수 없고, 양심상의 결정이 이성적·합리적인지, 타당한지 또는 법질서나 사회규범, 도덕률과 일치하는지는 양심의 존재를 판단하는 기준이 될 수 없다. 그러므로 양심상 결정이 어떠한 종교관·세계관 또는 그 밖의 가치체계에 기초하고 있는지와 관계없이, 모든 내용의 양심상 결정이 양심의 자유에 의하여 보장된다(헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 전원재판부 결정).

### **2) 양심의 자유와 인간의 존엄과 가치의 관련성**

양심의 자유는 인격의 기초가 되는 양심을 보호하는 것이므로 모든 정신활동의 자유의 전제가 되는 기본권이다. 개인적 자유의 시초라고 일컬어지는 이러한 양심의 자유는 인간으로서의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현을 위해 개인의 윤리적 정체성을 보장하는 기능을 담당한다(헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 98헌마425 전원재판부 결정). 따라서 양심의 자유에 대한 지나친 제한은 곧 인간의 존엄과 가치에 대한 침해가 된다.

### **3) 양심의 자유라는 기본권의 기능과 상대적 우위성**

일반적으로 민주사회에서 다수는 법과 사회의 질서를 그들의 정치적 의사와 도덕적 기준에 따라 형성하기 때문에, 현실적으로 국가의 법질서나 사회의 도덕률과 같음을

일으키는 양심은 다수의 의사에 따라 형성된 법질서나 도덕률에서 벗어나려는 소수의 양심이다.

헌법이 양심의 자유를 특별히 기본권으로 보장하는 이유는 위와 같이 다수결원리에 의해 형성되는 국가 법질서 내에서 '소수자를 보호하기 위한 것'이다. 또한, 양심의 자유가 종교의 자유와는 별도의 독립된 기본권으로 헌법에 규정되고, 그것이 다수와 다른 윤리적 가치관을 가진 소수의 국민에 대하여 국가가 관용해야 한다는 관용의 원칙의 헌법적 표현이라고 지칭되는 것은 "어떤 사람을 그 사람의 믿음 때문에 처벌할 수 없다"는 정신이 반영된 것이다.

결국, 양심의 자유라는 기본권의 기능은 구체적인 경우 국가로부터의 합법적인 강제에 대한 보호를 보장하는 것이고, 여타의 기본권이 국가적 자유제한의 객관적 비례성을 보장하는 반면, 양심의 자유는 개인적인 도덕적 수인가능성을 목표로 한다는 점에서 다른 자유권에 대해 우위에 있다고 할 수 있다. 그래서 "양심의 자유는 더 이상 자유권의 출발점이 아니라 자유권의 끝이자 완성"이라고 일컬어지기도 한다.

#### 4) 이 사건에서 문제되는 양심의 자유

가) 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인들은 '여호와의 증인'이라는 종교적 신념에 의하여 현역병 입영을 거부하고 있는바, 종교적 신념에 의한 행위라도 개인의 주관적·윤리적 판단을 동반하는 것인 한 양심의 자유에 포함될 수 있다. 다만 헌법에 규정된 양심의 자유에서 말하는 양심은 특정한 종교 신념 또는 특정한 세계관에서만 상정 가능한 것이 아니라 중립적인 것이다. 대법원과 헌법재판소도 양심상 결정이 어떠한 종교관·세계관 또는 그 밖의 가치체계에 기초하고 있는지와 관계없이, 모든 내용의 양심상 결정이 양심의 자유에 의하여 보장된다고 보고 있고, 헌법

이나 법률에서 양심적 병역거부권을 인정하고 있는 다수의 국가에서도 종교적, 철학적, 윤리적 근거에 따른 병역거부를 양심적 병역거부에 포함하여 인정하고 있다. 따라서 이 사건에서 논의되는 양심적 병역거부의 문제는 여호와의 증인 신도에 한정된 것이 아니다.

나) 한편 헌법상 양심의 자유는 크게 양심형성의 자유와 양심실현의 자유를 포함하고, 양심실현의 자유에는 '양심에 반하는 행위를 강제받지 아니할 자유'도 포함된다. 피고인들은 자신들이 믿는 종교적 교리에 따라 현역입영을 거부하고 있고, 이 사건 법률조항은 그와 같이 현역입영을 거부하는 피고인들에게 형벌을 부과하는 것을 통해 간접적으로 양심상 결정에 반하여 현역입영을 강제하는 것이다. 따라서 이 사건에서 피고인들은 '자신의 양심상 결정에 반하는 행위를 강제받지 아니할 자유', 즉 소극적 부작위에 의한 양심실현의 자유를 제한받게 된다.

#### 나. 피고인들의 양심의 진지성 등이 인정되는지

1) 우리 사회에서 양심적 병역거부는 주로 '여호와의 증인' 신도들에 의하여 행해지고 있는바, 이들이 지난 반세기 동안의 강도 높은 사회적 비난과 엄격한 처벌에도 불구하고 지금까지도 계속하여 현역입영을 거부하고 있고(헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가2011 전원재판부 결정의 반대의견, 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 등 전원재판부 결정 중 한정위헌의견 참조), 통계에 의하더라도 1950년부터 2013. 6.경까지 유죄판결을 선고받은 여호와의 증인 신도는 17,208명에 이른다(유엔 인권최고대표부가 2013년 발간한 양심적 병역거부에 대한 분석보고서 참조). 다른 통계에 의하면, 2004년부터 2013년까지 입영 및 징역유예로 처벌받은 사람은 6,338명이고, 그중 징역형이 5,808명, 집행유예가 27명인데, 6,296명이 여호와의 증인 신도였으며, 2012년의



경우 입영 및 집총거부자 598명 중 597명이 여호와의 증인 신도였고, 2013. 10. 31. 기준으로 2013년에 발생한 입영 및 집총거부자가 348명 중 340명이 여호와의 증인 신도였다(2013년 제안된 병역법 일부 개정안에 대한 국회 전문위원의 검토보고서 참조).

2) 이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 아래의 사실이 인정된다.

가) 피고인 한○○는 여호와의 증인 신도들의 모임 단위인 '회중' 중 '애월 회중', 피고인 배○○는 '연동 회중'에 각각 소속되어 있다. 여호와의 증인 신도들은 성서를 연구하고, 신도들이 종교행사를 하거나 종교집회를 여는 '왕국회관'에서 열리는 주중 집회와 주말 집회 등에 참여하는 방식으로 신앙활동을 하는데, 수년간 위와 같은 활동을 성실히 하였다고 인정되면, 6개월에서 2년에 걸친 기간 동안 복수의 장로들과의 정기적인 문답을 통해 각 신도의 성경에 대한 지식의 정도, 성경에 부합하는 생활태도를 갖추었는지 등을 심사한 후, 자격이 충족되었다고 인정되면 '침례'를 받게 된다. 침례는 여호와의 증인 신도 사이에서는 진정한 신도로 인정받기 위한 절차이다.

피고인 한○○는 여호와의 증인 신도인 부모 사이에서 출생하였고(피고인의 부는 조모를 통하여 위 신앙을 접하게 되었다), 중학교 3학년 때인 2011년 무렵 '여호와의 증인'이라는 종교적 교리에 대한 신념을 가지게 되어 2011. 8. 6. 침례를 받았다. 피고인 배○○는 초등학교 6학년 무렵 피고인의 부모가 먼저 여호와의 증인을 접하게 되어 침례를 받았고, 그 이후 피고인 배○○도 종교 집회에 참여하는 등으로 신앙활동을 하다가 2012. 12.경 침례를 받았다. 피고인들은 현재까지도 주중 집회, 주말 집회에 거의 빠지지 않고 참석하고 있다.

나) 피고인들은 중학교 재학 당시, 친구 사이에서 싸움이나 이성 교제 문제 등과 관련하여 또래 집단의 의례적인 행동이나 문화에 대하여 피고인들이 동조하는 것이 성

경에 부합하는 행동인지에 관하여 심한 심리적 갈등을 겪어 왔다. 그 결과 피고인 한○○는 고등학교 1학년 무렵 중퇴하여 검정고시에 응시하였다. 피고인 배○○도 같은 이유로 고등학교에 진학하지 않고 기술학교에서 기술을 습득한 후 검정고시에 응시하였다.

피고인들은 위와 같이 침례를 받은 후 1년에 840시간을 야외에서 성서 내용을 전도하는 '파이오니아' 활동을 시작하였는데, 현재까지 계속하고 있다.

다) 피고인들은 '이웃을 사랑하라', '칼을 든 자 칼로 망한다', '칼을 쳐서 농기구를 만들게 될 것이고, 너희가 전쟁을 연습하지 않을 것이다'라는 성경의 내용에 따라 모든 전쟁에 반대한다. 다만 피고인들은 집총을 전제로 하는 군사훈련 등 살상을 목적으로 하지 않는 비전투적 혹은 비군사적 영역에서의 민간적 성격의 복무는 당연히 수행할 의사가 있다고 진술하고 있다. 또한, 피고인들은 국가가 징수하는 세금에 대하여는 납부의무가 있음을 인정하는 등 현역입영 또는 그와 유사한 성격의 병역의무를 제외한 나머지 국민의 의무는 성실히 이행하겠다고 말하고 있고, 일반 법률은 준수해야 한다는 태도를 가지고 있으며, 이 사건 이전까지 한 번도 수사를 받거나 형사처벌을 받은 적이 없다.

피고인 한○○는 작은아버지 2명이 병역법위반으로 유죄판결을 선고받아 형 집행을 받은 것을 보았고, 피고인 배○○는 같은 '연동 회중'에 소속된 비슷한 연령의 신도들이 병역법위반으로 유죄판결을 선고받아 형 집행을 받는 것을 본 적이 있으며, 피고인들 모두 현역병 입영을 거부하는 경우 징역 1년 6월의 실형이라는 형사처벌을 받고, 공무원 임용 등에 제약을 받으며, 전과자가 되어 유형·무형의 여러 사회적 불이익을 받게 됨을 잘 알고 있다.

3) 위와 같은 사실을 종합하면, 피고인들은 자신들이 믿는 종교적 신념에 따라 가장 강력한 제재인 형사처벌 및 유형·무형의 여러 사회적 불이익을 감수하고서라도 집총을 전제로 하는 현역입영을 거부하고 있음이 인정되므로, 그렇게 행동하지 않고는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리인 양심에 따라 입영거부를 결정하였음이 인정된다고 할 것이다.

### 3. 합헌적 법률해석과 규범조화적 해석에 따른 ‘정당한 사유’

#### 가. 합헌적 법률해석과 규범조화적 해석(비례의 원칙)

##### 1) 합헌적 법률해석

구체적 분쟁사건의 재판에 즈음하여 법률 또는 법률조항의 의미·내용과 적용 범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한, 곧 법령의 해석·적용 권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것이고, 법률이 헌법규범과 조화되도록 해석하는 것은 법령의 해석·적용상 대원칙이므로, 합헌적 법률해석을 포함하는 법령의 해석·적용 권한은 대법원을 최고 법원으로 하는 법원에 전속한다(대법원 2008. 10. 23. 선고 2006다66272 판결 등 참조). 이러한 법리는 우리 헌법에 규정된 국가권력분립구조의 기본원리와 대법원을 최고 법원으로 규정한 헌법의 정신으로부터 당연히 도출되는 이치로서, 만일 법원의 이러한 권한이 훼손된다면 이는 사법권을 법원에 부여한 헌법 제101조는 물론 어떤 국가기관으로부터도 간섭받지 않고 오직 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하도록 사법권 독립을 보장한 헌법 제103조에도 위반되는 결과를 초래하는 것이다(대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결 등 참조). 따라서 법원은 합헌적 법률해석이 가능한 경우 헌법재판소에 위헌 여부의 심판을 제청할 필요가 없이 해당 법률을 헌법 정

신에 부합하도록 합헌적으로 해석·적용하여 구체적인 분쟁을 해결할 수 있다. 이는 법원의 권한이자 의무이다.

헌역입영을 거부하는 자에 대하여 형사처벌하는 이 사건 법률조항에는 구성요건 자체가 충족되지 않게 되는 사유로 '정당한 사유'를 규정하고 있는데, '정당한 사유'는 범죄의 성립 여부를 결정짓는 불확정개념이고, 법률조항 자체에서 이른바 병역기피죄에 대한 범죄성립 배제사유를 규정하고 있는 것이므로 이에 대한 해석은 법률해석의 문제이다. 또한, '모든 국민은 양심의 자유를 가진다'고만 규정하고 있는 헌법 제19조에 소극적 부작위에 의한 양심실현의 자유가 포함되는 대법원 판결이나 헌법재판소 결정에 의하여 인정되고 있고(양심의 자유의 보호 범위에 포함), '정당한 사유'에 해당하는지 여부는 아래에서 보는 바와 같이 헌법상 기본권 제한의 한계인 규범조화적 해석 또는 실제적 조화의 원칙에 따라 양심의 자유와 국방의 의무라는 두 헌법적 가치가 동시에 실현될 수 있는 조화점을 찾아내었는지에 따라 결정된다. 그러므로 법원이 구체적인 사건에서 '정당한 사유'에 양심상 결정에 따른 병역거부가 포함되는 것으로 해석하여 이 사건 법률조항을 제한적으로 적용할 것인지를 판단하는 것은 합헌적 법률해석의 문언적 한계 및 입법목적적 한계, 그리고 헌법수용적 한계를 벗어나지 아니한다.

따라서 양심적 병역거부가 정당한 사유에 해당한다고 해석할 수 있다면, 이 사건 법률조항의 헌법 위반 여부는 이 사건에서 문제되지 아니한다.

## 2) 관용의 원칙과 국가의 대안 제시 의무

이 사건에서와 같이 양심의 자유와 국방의 의무라는 두 헌법적 법익이 충돌하고, 그 중 어느 것이 더 가치 있는 것인지 쉽게 형량하기 어려운 상황에서 두 헌법적 가치를 규범조화적 해석원칙에 따라 지도하는 것이 '관용의 원칙'이라 할 것이고, 더욱이 위에

서 본 바와 같이 기본권으로서의 양심의 자유가 그 사회의 다수 국민과 다른 윤리적 가치관을 가진 소수의 국민에 대하여 국가가 관용해야 한다는 관용의 원칙의 헌법적 표현인 점을 고려한다면, 관용의 원리는 '양심의 자유를 제한하지 않는 다른 행위의무를 부과함으로써 같은 정도로 공익을 실현할 수 있고 또 공동체가 감내할 수 있는 대안의 모색을 명령한다. 따라서 양심의 자유는 일반적인 법적 규율이 양심에 반하는 행위의무를 개인에게 부과하고 있는 경우에는 대안을 제시하여야 할 의무를 국가에게 부과한다.'

### 3) 규범조화적 해석의 결과와 정당한 사유로의 포섭 여부

가) 위에서 본 바와 같이 범죄성립 배제사유로 명시한 불확정개념인 '정당한 사유'를 기본권 우호적으로 해석하는 방법을 통해 이 사건 법률조항의 위헌적 운용 또는 기본권 침해적 적용 가능성을 제한하는 것은 합헌적 법률해석권을 법원에 부여한 헌법 제101조, 제103조에 부합하는 것임은 물론 헌법이 법원에 부여한 가장 중요한 책무인 국민의 기본권 보호를 위한 것이다.

나) 2004년 전원합의체 판결은 '입영거부 사유로 내세운 권리가 이 사건 법률조항의 입법목적에 능가하는 우월한 헌법적 가치를 가지고 있다고 인정될 경우'라고 판시하였는데, '우월한 헌법적 가치'라는 표현을 충돌하는 두 헌법적 법익 사이에서 반드시 우열관계가 인정되는 경우에 한정하여서는 아니된다. 우리 헌법의 명문 규정이나 체계상, 그리고 해석상으로 인간의 존엄과 가치를 제외한 나머지 기본권 사이의 서열이나, 헌법에 규정된 기본권과 국민의 의무 사이에 명시적·구체적 우열관계가 인정되지 않기 때문이다. 두 헌법적 법익 사이에서 명시적·구체적 우열관계가 인정되지 않더라도 헌법상 기본권 제한의 한계를 준수하였는지를 심사하는 확립된 기준인 비례의 원칙(과

잉금지원칙)에 따를 경우 어떠한 공권력의 행사라도 제한의 대상이 되는 어느 한 기본권을 과도하게 제한하는 경우에는 '헌법상 권리가 부당하게 침해되는 결과에 이르렀다'고 해야 한다.

한편 비례의 원칙은 모든 국가 작용의 한계를 선언한 헌법 원칙이므로 규범통제의 기준이 됨은 물론 합헌적 법률해석에 따라 구체적 사건 해결을 위한 기준이기도 하다 (행정법 영역에서 대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결 등, 형사법영역에서 2004년 전원합의체 판결 및 대법원 2013. 5. 23. 선고 2012도11586 판결 등, 민사법영역에서 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다51555 판결 등 참조).

다) 자유권과 공익 사이의 실제적 조화를 구현하는 방법이 비례의 원칙이고, 비례의 원칙에 따른 기본권 제한의 한계가 규범조화적 해석이다(헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 전원재판부 결정 등 참조).

따라서 이 사건의 경우 소극적 부작위에 의한 양심실현의 자유와 국방의 의무라는 두 헌법적 가치를 동시에 실현될 수 있는 규범조화적 해석방안은 없는지 판단하여야 한다. 그 결과 국방의 의무라는 헌법적 가치에 실질적인 손상을 가하지 아니하면서도 피고인들의 양심의 자유를 덜 제한할 수 있는 대안이 있다고 인정됨에도, 헌법 제10조에 따라 기본권에 기속되어야 할 국가가 그러한 대안을 마련함이 없이 양심의 자유에 대하여만 일방적인 희생을 강요하고 있다고 판단된다면, 이는 비례의 원칙을 위배한 위헌적인 상황이라고 할 것이고, '이러한 위헌적인 상황을 배제하기 위하여 병역의무의 이행을 거부할 정당한 사유가 존재하는 것'으로 보아야 할 것이다.

## 나. 규범조화적 해석에서 고려해야 할 사항

### 1) 양심의 자유의 특수성

양심은 다른 기본권과 다른 특수성, 즉 이성이나 논리로써 설명되지 않는 것임에도 인간의 행위에 대해 본질적이고 확고한 지침으로 작용한다는 점, 자신의 행위에 대한 스스로의 윤리적 판단이라는 측면과 타인과의 관계라는 측면 둘 다 가지고 있으나, 양심의 핵심은 개인의 내면적 성찰인 점, 개인의 양심을 보장하는 것은 공익적 목적을 위한 도구가 아니라 그 자체가 목적인 점 등을 고려하여야 한다. 또한, 양심상 결정에 따른 병역거부는 우리 사회의 대표적인 소수자 보호의 문제이며, 인간의 존엄과 가치는 우리 헌법 최고의 가치이념에 직결되는 기본권이자 근본적인 중요성을 갖는 정신적 자유에 대한 제한이므로, 분단국가인 현실에서 국방의 의무에 관계된다고 하여 국방의 의무만 이행되도록 하고, 부작위에 의한 양심실현의 자유를 일방적으로 제한되도록 해석할 수는 없다.

## 2) 부작위에 의한 양심실현의 자유에 대한 제한에서 고려할 점

양심의 자유 중 내심의 자유에 머무르는 양심형성의 자유 등을 법률로써 제한한다는 것은 사실상 의미가 없다. 양심의 자유가 실질적으로 제한받는 경우는 대부분 양심상 결정을 외부로 실현(표명)하는 경우인데, 기본권 제한에 관하여 일반적 법률유보조항을 두고 있는 헌법 해석상으로는 그것이 적극적인 작위에 의한 실현이든, 소극적 부작위에 의한 실현이든 헌법 제37조에 따라 법률로써 제한할 수 있다. 이처럼 양심적 병역거부와 같은 소극적 부작위에 의한 양심실현의 자유도 제한이 가능한 상대적 자유이기 는 하나, 작위에 의한 양심실현의 자유와 달리, 양심에 반하는 행동을 하지 아니할 자유이므로, 기본권 주체가 외부적으로 어떠한 행위를 하는 것이 아니다.

그러므로 이를 제한함에 있어서는, 소극적 부작위에 의한 양심실현의 자유 행사는 양심실현의 가장 작은 행사 방법이고(기본권 행사의 방법의 측면), 양심의 적극적인 실

현을 제한하는 것(국가가 개인에게 특정한 행위를 금지하는 경우) 보다 더 중한 제한  
임은 물론 사실상 양심의 자유에 대한 가장 중대한 제한이어서 본질적 내용에 대한 침  
해가 될 우려가 있으며(제한의 정도의 측면), 나아가 양심상 결정에 따른 입영거부는  
타인에게 영향을 미쳐 사회적 변화를 유도하기 위한 것이 아니라 개인적인 관점에서  
자신의 윤리적 완전성을 실현하기 위한 것(행사 목적의 측면)이라는 점을 고려하여야  
한다. 따라서 부작위에 의한 양심실현의 자유를 제한하는 한편으로 양심에 반하는 작  
위의무를 국가가 법률로써 강제하기 위하여는 '양심의 자유를 훼손하면서까지 오직 그  
작위의무만을 강제해야 할 국가 측의 절실하고 급박한 필요와, 대체의무를 부과할 수  
없는 특별한 사정'이 존재하여야 할 것이다.

#### 4. 규범조화적 해석방안에 따른 구체적인 판단

##### 가. 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성

'국가의 안전보장' 등을 규정한 헌법 제5조 제2항, 국방의 의무를 규정한 헌법 제39  
조 제1항 및 기본권 제한사유로 '국가안전보장'을 규정한 헌법 제37조 제2항, 대통령에  
게 국가긴급권을 인정한 헌법 제76조 제1항, 대통령의 자문기구로서 국가안전보장회의  
를 두고 있는 헌법 제91조 등 헌법의 여러 규정에 의하면, '국가의 안전보장' 및 이를  
위한 '국방의 의무'는 국가의 존립과 영토의 보존, 국민의 생명·안전의 수호를 위한  
불가결한 전제조건이자 모든 국민이 자유를 행사하기 위한 기본적 전제조건으로서 헌  
법상 인정되는 중대한 법익이다. 이 사건 법률조항은 병역기피를 억제하고 국방의 의  
무의 하나인 현역입영의무를 강제하여 병력을 유지함으로써 국가안전보장이라고 하는  
공익을 달성함과 아울러 병역의무의 형평을 기하기 위한 것으로, 입법목적의 정당성은



인정된다.

한편 입법자가 법률로써 어떠한 목적을 추구할지에 관한 그 수단을 선택함에는 넓은 형성의 재량이 인정되고, 그 선택된 수단이 입법목적 달성에 어느 정도 기여할 수 있다면, 다른 특단의 사정이 없는 한 수단의 적합성은 인정된다. 이 사건 법률조항은 입영을 기피한 자에 대하여 형벌이라는 제재를 통하여 간접적으로 입영의무의 이행을 강제하고 있으므로, 그것이 기본권에 대한 덜 침해적인 수단인지 등과 관계없이, 일응 위 입법목적 달성을 위한 적합한 수단이다.

## 나. 침해의 최소성

### 1) 침해의 최소성에 대한 사실적·경험적 판단

규범조화적 해석에 따른 비례의 원칙의 개별·구체적 판단 중 침해 최소성 판단은 입법 목적을 달성하기 위하여 동일한 효과를 가지는 다른 대안이 있는지와 기본권 제한 법률이 채택한 수단이 기본권에 가장 덜 제한적인 것인지를 판단하는 것인데, 이는 추상적으로 결정될 문제가 아니라 개별적인 사안에 따라 구체적으로 결정될 문제이므로, 입법자 또는 법해석자의 현실 판단 및 경험적 판단에 의존하고 있는 영역이다. 이 원칙은 입법 목적 달성을 위하여 현실적으로 사용 가능한 수단 개개에 대하여 충분한 경험적 근거를 검토할 것을 요구한다. 따라서 그 판단에는 입법적 수단과 규율효과 사이의 인과관계, 규율되는 현실에 대한 사회학적·경제학적 이해 등 경험적 이해를 요하므로, 사실판단(사실인정)이 더 중시되어야 한다. 결국, 실제 판단에 있어 관계되는 모든 법익에 대해 개별적이고 구체적인 형량이 필요하고, 나아가 형량의 전제되는 사실과 그로 인한 영향에 대한 상당한 정도의 인과관계가 입증 가능할 정도로 제시되어야 한다(제한되는 기본권의 성격에 따라 입법목적 달성에 관한 구체적인 인과관계에

대한 입증 정도가 다르다는 취지의 헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 99헌바76 등 전원 재판부 결정의 취지 참조).

아래에서는 대체복무제라는 기본권을 덜 제한하는 대안이 도입가능한지, 양심적 병역거부가 '정당한 사유'에 해당하지 않는다는 전제에서 피고인들에게 일률적으로 형벌을 부과하는 것이 양심의 자유에 대한 최소한의 침해인지에 관하여 살펴본다.

## 2) 대체복무 도입가능성

### 가) 전체 국방력 차원

헌법 제39조 제1항은 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다고 규정하고 있다. "국방의 의무는 외부 적대세력의 직·간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 의무로서, 현대전이 고도의 과학기술과 정보를 요구하고 국민 전체의 협력을 필요로 하는 이른바 총력전인 점에 비추어 단지 병역법에 의하여 군복무에 임하는 등의 직접적인 병력형성의무만을 가리키는 것이 아니라, 병역법, 향토예비군설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법 등에 의한 간접적인 병력형성의무 및 병력형성 이후 군작전명령에 복종하고 협력하여야 할 의무도 포함하는 개념"(헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 91헌마80 전원재판부 결정, 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2007헌가12 등 전원재판부 결정)이다. 따라서 헌법 제39조 제1항의 국방의 의무에는 병역법에 의한 군복무의무, 향토예비군설치법에 의한 예비군복무의무, 민방위기본법에 의한 방공·응급적 방재·구조·복구 및 노력지원 등(민방위기본법 제2조 참조)이 포함된다.

이와 같이 국방의 의무를 넓게 본다면, 양심적 병역거부자로 하여금 집총을 전제로 하지 아니하는 방재 등의 업무를 이행하도록 하는 대체복무제를 마련하여 복무토록 한

다면, 전체적인 국방력에서 차이가 발생하지 않게 된다.

나) 대체복무제 도입시 병력자원 손실 및 특수한 안보 상황 등

우리나라가 처한 특수한 안보 상황에 대해서는 이의가 있을 수 없다. 그러나 양심적 병역거부를 인정함으로써 발생할 수 있는 '병역의 손실'이라는 직접적인 효과에서나, '양심적 병역거부를 인정함으로써 발생하는 파급효과에 의한 국방력 약화'라는 간접적 효과 모두에서 그 영향력이 크다고 볼 수 없어, 국방의 의무라는 공익에 직접적이고 현실적인 위협을 발생하게 한다고 인정하기 어렵다.

1) 국방부가 2016년에 발간한 국방백서에 의하면, 현재 국군 상비병력은 총 62만 5,000명(육군 49만 명, 해군 7만 명, 공군 6만 5,000명)인데, 정부가 2005년부터 추진한 '국방개혁 기본계획'에 의하면, 2022년까지 상비병력을 52만 2,000명으로 감축할 계획이라고 한다. 또한, 최근에도 정부는 2020년까지 국군 상비병력 규모를 50만 명 수준으로 유지하기로 정책 결정을 하였다.

비례의 원칙 중 최소침해성 원칙에 있어 필요한 사실적·경험적 판단에 의하면, 앞으로 3년 내지 5년 후인 2020년 또는 2022년까지 약 9만 명에서 11만 명의 상비병력을 감축하겠다는 위 계획이나 2015. 12. 31. 기준 징병검사대상자의 수가 480,828명(2015. 12. 31. 기준 1997년생과 20세 이상)이고, 그중 350,828명이 징병검사를 받았으며, 징병검사를 받은 사람 중 304,473명이 현역, 31,597명이 보충역으로 판정된 사실(2015 병무통계연보), 그에 비하여 매년 양심적 병역거부를 이유로 유죄판결을 받아 구금되는 숫자가 약 600여 명인 사실, 한편으로 매년 현역병 입영 대상자 가운데 생계 곤란 등을 이유로 1,100명 이상씩 현역입영을 면제해주거나 복무기간을 단축해 주고 있고, 보충역에 대하여도 연령, 생계유지 곤란, 수형 등을 이유로 500명 이상을 전시근

로역(2016. 5. 29. 법률 제14183호로 개정되기 전에는 '제2국민역'이라고 하였다)으로 편입시켜 주고 있는 사실이나 현역병으로 복무하지 아니하는 사회복무요원, 산업기능요원, 전문연구요원, 공중보건의 등 보충역이 83,000명에 이르는 사실 등에 비추어 보면, 양심적 병역거부자의 입영거부가 병력자원에 미치는 직접적인 효과는 사실상 크지 않다고 볼 수 있을 것이고, 마찬가지로 병역수요 감축 여부에도 실질적인 영향을 미친다고 볼 수 없다. 설령 이들에게 입영을 강제한다고 하더라도 이들이 전투행위를 전제로 한 훈련에는 적합하지 않으리라는 것은 누구나 예상 가능하므로 양심적 병역거부자에게 징총을 강제함으로써 기대할 수 있는 국가의 이익은 그다지 크다고 볼 수 없다.

따라서 양심적 병역거부자들에게 현역입영을 강제하고, 이를 위반할 경우 형사처벌을 가할 것인지는, 현재 62만 5,000명 규모의 상시병력을 그대로 두고, 매년 약 600여명에 대하여 1년 6개월의 실형을 선고하여 감옥에 둘 것인가 또는 그들에게 대체복무제라는 대안을 마련해줄 것인가의 문제이고, 그 중 어느 것이 규범조화적 해석에 따른 조화로운 해결방법인지에 관한 판단 문제이다.

2) 국방력에 있어 인적 병력자원이 차지하는 비중을 여전히 무시할 수 없고, 급격한 출산율 감소로 인한 병력자원의 감소도 감안해야 한다고 볼 수도 있으나, 위에서 본 국방계획에 따른 상시병력 규모 감소 계획이나 양심적 병역거부자의 수 등의 여러 사실적 판단요소를 고려하면, 국방력에서 인적 병력자원이 차지하는 비중이나 출산율 감소로 인한 병력자원의 자연적 감소라는 원인은 양심적 병역거부자에 대해 형사처벌을 함으로써 얻을 수 있는 병력자원 확보라는 이 사건 법률조항의 입법목적과는 규범적으로는 물론 사실적으로라도 인과관계가 증명되는 요인이라고 인정하기 어렵다.

3) 양심적 병역거부를 인정함으로써 인한 양심적 병역거부의 확산 또는 정상적으

로 병역을 이행하고 있는 사람들의 사기 저하, 병역의무 체계의 혼란 등은 양심적 병역거부자 개인에게 귀속시키기 어려운 것들이고, 그런 효과를 억제할 수 있는 다른 수단(예컨대 군대 내 인권 등 병역문화 개선, 현역병 등에 대한 처우 향상, 군대에 대한 국민의 의식변화, 징병제도의 허점을 보완하는 징병제도의 현대화 등)을 마련하여 대처해야 할 것이다.

4) 미국은 남북전쟁 무렵부터 남군 및 북군 양측 모두 양심적 병역거부를 인정하였고, 제1, 2차 세계대전, 베트남전 기간 중에도 인정하였으며, 중국과 긴장관계에 있는 대만도 2000년 대체복무제를 도입하였고, 건국 이후 현재까지 상시 전시상황이라 할 수 있는 이스라엘도 이를 인정하고 있으며(여성에 대해서는 법률에 근거하여, 남성에게 대해서는 행정처분으로 인정하고 있다), 동서냉전의 한가운데 있던 통일전 서독은 1949년 기본법에서 양심적 병역거부권을 기본권으로 인정하고 1956년부터 대체복무제를 시행한 사실, 냉전의 한 축인 러시아도 1993년 양심적 병역거부권 및 대체복무제에 관한 내용을 헌법에 규정한 사실, 1988년부터 1994년까지 전쟁을 하였고, 현재에도 아제르바이잔과 분쟁관계에 있는 아르메니아도 2003년 대체복무제를 도입한 사실에서 알 수 있듯이, 대체복무제를 시행하고 있는 다른 나라들에서도 안보 우려가 없었던 것이 아님을 고려할 때, 안보 상황의 특수성은 안보에 대한 경각심의 정도를 높이는 요소가 될 수 있을 뿐, 대체복무제의 도입을 허용할 수 없는 결정적인 근거가 되는 것은 아니다.

다) 심사의 곤란성 및 양심을 가장하는 경우가 증가할 것이라는 우려

1) 양심은 인간의 내면에 관련된 것이므로 객관적 기준을 가지고 판단하기 곤란하다는 문제가 있음은 분명하다. 그러나 실제 다수의 국가에서는 양심의 보호와 형평

의 문제를 동시에 해결할 수 있는 대안으로서 대체복무제를 실시하고 있고, 큰 부작용 없이 시행되고 있다. 대체복무제를 인정하고 있는 대표적인 독일의 예를 보더라도, 연방민간봉사청에 대한 대체복무신청 및 그에 대한 결정, 그 결정에 대한 이의 및 행정소송 제기 등을 통하여 1956년 도입시부터 2011년 징병제가 폐지될 때 및 현재까지 별다른 부작용이 없이 운영되고 있고, 유럽에서 가장 먼저인 1916년 대체복무제를 도입한 영국은 1963년 비록 징병제가 폐지되었지만, 현재까지 100년간 대체복무제가 운영되고 있다. 대만도 신청에 의한 대체복무제도가 일반 병역기피자가 증가되는 등의 부작용 없이 성공적으로 운영되고 있다는 평가를 받고 있다.

2) 위와 같은 심사제도 및 일련의 이의절차 또는 행정소송 등 엄격한 사전심사절차와 사후관리를 통하여 진정한 양심적 병역거부자를 가려내는 것이 가능하므로, 대체복무제도라는 대안을 채택하더라도 국방력의 유지에는 별다른 손상이 없다고 할 수 있고, 이미 오래전부터 대체복무제를 도입하고 있는 많은 나라의 경험에서 보면, 대체복무가 도입되면 양심적 병역거부자가 급증할 것이라고 하는 우려는 반드시 정확하다고 할 수 없다. 특히 대만의 사례를 보면 2000년 대체복무제도를 시행한 이후 종교적 사유를 가장하여 대체복무를 신청하는 방법 등으로 병역의무 회피를 시도한 병역대상이 발생하지 않았다고 한다(2013년 제안된 병역법에 대한 일부 개정안에 대한 국회전문위원 검토보고서 참조).

3) 한편 1995. 1. 1.부터 시행된 상근예비역 제도(현역병으로 입영하여 일정 기간 현역병으로 복무한 후 예비역으로 일찍 전역되어 출퇴근하면서 향토방위업무를 수행하는 제도)는 복무기간이 28개월로 설정되었으나, 당시 현역복무보다 2개월 길다는 이유로 오히려 현역을 선호하는 경향이 강하게 나타났고, 이에 따라 국방부는 1996. 5.

20. 복무기간을 26개월로 단축한 바 있는 사실, 1997년에 대체복무제도를 도입한 그리스의 경우에도 여호와의 증인 신도가 소폭 증가하였을 뿐이었고, 대만의 경우 대체복무제도를 시행할 당시 복무인원을 연간 5,000~10,000명으로 제한하였으나 정원미달 사태가 발생하였고, 그에 따라 군복무기간보다 2배 이상 길었던 대체복무기간을 군복무기간을 동일하게 변경하기도 한 사실 등의 외국 사례 등을 종합하여 볼 때, 양심적 병역거부를 인정하게 되면 병역기피가 만연하여 병력형성이나 다른 의무이행자의 사기에 막대한 영향을 미칠 것이라는 부정적인 결과가 발생할 것이라고 단정하기 어렵다.

#### 라) 병역의무와의 등가성 확보 문제

병역의무에 대하여 예외를 인정할 경우 의무이행의 형평 문제가 제기될 수 있고, 병역의무에 대한 형평성에 대하여 매우 민감한 국민 여론을 감안할 때, 이 문제가 현역복무에 대한 대안 마련에서 가장 어려운 난관임은 분명하다. 하지만 외국의 여러 입법례와 제도가 운영되어 온 기간 등에 비추어 보면, 복무기간, 복무형태, 복무강도 등을 여러 요소를 고려하여 대체복무의 부담이 병역의무와 실질적 등가관계가 성립되도록 대체복무제도를 마련할 수 있다고 보인다. 예컨대 2013년 제안된 병역법 일부 개정안의 내용과 같이 다른 사회복무자보다 난이도가 높은 분야 즉, 24시간 근접보호가 필요한 치매 노인이나 중증장애인을 수발하는 사회복지분야, 전염병 감염이나 안전사고의 위험도가 높은 보건의료·환경안전분야에 복무하도록 하며, 사회복지 또는 공익과 관련된 업무를 수행하되, 집총을 수반하는 국군, 경비교도대, 전투경찰대 등에는 복무하지 않도록 하고, 복무기간은 육군의 1.5배로 정하는 방법 등을 고려할 수 있고, 대체복무제의 시행 결과 여하에 따라 필요한 경우에는 복무강도, 복무기간, 복무형태 등을 현역복무 이상의 고역(苦役)으로 설정하여 실질적 의미에서 평등한 의무이행을 확보할

수 있는 것으로 보인다.

마) 국민 의식의 변화

양심의 자유가 보호하는 양심은 다수에 의해 지배되는 사회에서의 소수의 양심이므로 다수결로 대체복무제의 채택 여부를 결정할 수 없음은 당연하나, 대체복무제 도입에 관한 국민 여론도 양심 우호적으로 변경되고 있는 것으로 보인다.

즉, 2005년 국가인권위원회가 실시한 여론조사에서는 대체복무제에 대한 찬성이 29.5%, 반대(처벌해야 한다는 의견)가 36.7%였고, 그 후 조사에서는 조사방법 등에 따라 찬성이 50.2%(2007. 7. KBS 조사), 44.3%(2008. 9. 리얼미터 조사)인 경우도 있었다. 그 후 2013년 11월 한국갤럽의 여론조사 결과에 의하면, 양심적 병역거부를 이해할 수는 없다는 비율이 76%, 이해할 수 있다는 비율 21%이지만, 대체복무제 도입에 대해서는 찬성이 68%, 반대가 26%로 조사되었다. 국제엠네스티 한국지부가 2016. 5월 시행한 설문조사에서는 양심적 병역거부를 이해할 수 없다고 하면서도(72%) 대체복무제 도입에는 찬성(70%)하고 있고, 서울지방변호사회가 2016. 7월 시행한 설문조사에서는 설문문에 응한 서울변호사회 소속 변호사 중 74.3%가 양심적 병역거부가 양심의 자유에 포함된다고 보았고, 63.4%가 대체복무제를 허용하지 아니한 채 병역의무만을 요구하는 것은 헌법위반이라고 답변하였다.

바) 군복무여건의 개선에 관하여

열악한 군복무여건이나 병역비리의 문제가 병역기피의 한 원인이라고 할 수 있으나, 양심상 결정을 이유로 한 병역거부와 일반적 병역기피 현상을 동일시할 수 없고, 양심적 병역거부 인정과 일반적 병역기피의 증가 여부 등에 관한 상관관계가 규범적·사실적으로 증명되었다고 보기도 어렵다. 또한, 열악한 군복무여건은 국가가 당연히 책



임지고 개선해야 할 것임에도 수십 년간 이를 방치한 결과라 할 것이고, 군복무여건의 열악함 또는 병역비리 문제로 인한 직·간접적 병역기피현상을 양심적 병역거부자의 탓으로 돌릴 수는 없다(아래에서 보는 바와 같이 유엔 등 국제기구에 대한 대한민국 정부의 보고서에는 군복무여건이 열악하다는 이유로 대체복무제를 도입할 수 없다는 주장도 포함되어 있는데, 그 주장이 받아들여진 바는 없다).

#### 사) 여러 형태의 대체복무제의 이미 시행 중인 사실

현행 병역제도 내에서도 수만 명의 병역의무자가 보충역으로 사회복지요원,<sup>3)</sup> 예술·체육요원, 공중보건의사, 전문연구요원, 산업기능요원 등 병역대상자의 특징 등을 고려한 여러 형태의 대체복무로 국방의 의무를 이행하고 있다(병역법 제5조 제1항 제3호 각 목 및 제26조 내지 제43조). 2015. 12. 31. 기준 사회복지요원 48,000명, 산업기능요원 17,000명, 전문연구요원 6,000명, 승선근무예비역 3,000명, 공중보건의, 공익법무관 등 특수병과 8,000명 등이 병역의무를 이행하고 있다. 이와 같이 8만 명이 넘는 보충역이 실제 대체복무영역에서 국방의 의무를 이행하고 있는 것을 감안하면, 현재의 상시병력을 전제로 한 국방력, 병력 규모 등에 손상을 가하지 않고도 1년에 약 600명 정도의 양심적 병역거부자를 대상으로 한 민간적 성격을 가진 대체복무제를 충분히 마련할 수 있는 것으로 판단된다.

#### 아) 소결

국방의 의무에 대하여는 입법자에게 넓은 형성의 재량이 인정됨은 분명하고, 입법당시 또는 사전에 양심의 자유와 국방의 의무 사이의 충돌을 예상하여 양심의 자유에

3) 사회복지요원은 사회복지 분야에서 중증장애인, 노인수발, 장애아동·학생지원 등을, 보건의료 분야에서 보건의료, 환자지원, 응급환자 구급이송 등을, 교육문화 분야에서 농산어촌학생 학습활동 지원, 문화재 보호 등을, 환경안전 분야에서 산불·하천환경 감시, 저소득층 주거안전점검, 철도·지하철 사고예방, 해양투기 방지 등의 업무에서 복무하고 있다.

우호적인 일반적 법률조항을 둘 예측가능성을 인정하기는 어려운 것이 사실이다. 그러나 양심적 병역거부가 우리 사회에서 본격적으로 문제된지 이미 20년 가까이 되었고, 2004년 대법원 전원합의체 판결의 소수의견 및 다수의견의 보충의견에서, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결 등에서, 2004년 병역법 제88조 제1항에 대한 헌법재판소의 위헌법률심판사건(헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 전원재판부 결정)에서 다수의견에서, 2011년 같은 병역법조항에 대한 헌법재판소의 위헌법률심판사건(헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 전원재판부 결정)의 반대의견(한정위헌의견)에서, 각각 양심상 결정에 따른 병역거부에 대해 입법적 해결의 필요성과 논의의 시급함을 인정하였고, 2000년대 중반부터 우리 국민들의 인식도 계속 변화하고 있으며, 2005년 이후 국방정책상 병력규모를 줄이는 것이 예정되어 있다. 또한, 아래에서 보는 바와 같이 2006년 이후에는 국제재판소나 국제인권기구의 견해도 획기적으로 변화하였고, 그 변화의 주된 원인 중 하나는 우리나라 국민이 제기한 개인통보사건 때문이다. 그런 과정에서 국가는 이미 적극적으로 대체복무제도 도입을 검토하여 2007년에는 구체적인 방안까지도 발표하기도 하였다. 또한, 제17대 국회에서 제19대 국회에 이르기까지 대체복무제도 도입을 내용으로 하는 병역법 개정안이 5회나 국회에 제출된 바 있으나, 모두 제대로 논의조차 이루어지지 못한 채 폐기되었다. 즉, 다수 외국의 입법례와 실제 운영 사례, 입법으로 제안된 대체복무제도의 내용, 국방정책의 변화, 국민 여론 등에 비추어 볼 때, 충분히 도입·시행될 수 있다고 보인다.

## 2) 형사처벌의 필요성

### 가) 형벌의 보충성·최후수단성 및 정당성

형벌은 다른 법적 수단과 비교할 수 없는 강력한 법률효과 및 기본권제한 효과를

발생시키므로, 해당 법익을 보호하기 위해 불가피한 경우가 아니라면 이를 억제하여야 한다. 따라서 법치국가적 형법 아래에서 형벌은 사회생활에 불가결한 법익을 보호하는 것이 형벌 이외의 다른 수단에 의하여 불가능한 경우에 최후의 수단으로 적용될 것을 요구된다. 그와 더불어 형벌은 헌법상 비례의 원칙에도 역시 구속되어야 하고, 그 관점에서 형벌은 규범적 및 사실적 효과에 비추어 그 정당성이 평가되어야 한다.

#### 나) 양심의 자유의 특수성 및 부작위에 의한 양심실현의 자유의 성격

양심의 자유는 개인의 도덕적 정체성을 보호하기 위한 것이므로 다른 자유권에 대한 제한과는 그 성격을 달리하여야 하고, 아래와 같은 점을 고려하면, 형벌의 보충성·최후수단성이 가장 원칙적으로 지켜져야 할 영역이다.

① 위에서 본 바와 같이 양심의 자유의 기능은 구체적인 경우 국가로부터의 합법적인 강제에 대한 보호를 보장하는 것이고, 그 성격상 다른 자유권에 대해 우위에 있다.

② 인간의 양심은 컨센서스가 불가능한 독특한 성질을 가지므로, 국가의 합법적인 강제로부터 개인을 보호하기 위한 양심의 자유를 최대한 보장하는 것이 국가의 의무이다.

③ 양심상 결정에 따른 입영거부의 본질적인 목적이 타인을 살상하지 않겠다는 인류 공동의 선이자 헌법 원리 중 하나인 평화주의에 입각해 있고, 거부의 수단은 불법적이거나 폭력적인 행동이 아닌 비폭력적이고, 소극적인 부작위라는 점에서 그 수단의 위험성도 없는 만큼 그 보호의 필요성은 크다고 할 수 있다.

④ 일반적인 병역의무 기피자는 다른 사유로 국가가 부과한 '복무' 자체를 회피하려는 경우인 반면, 양심적 병역거부자는 일반적인 법의 명령보다 더 높은 양심상의 명령에 따라 부작위에 의해 '집총복무 등 군사적 성격을 전제로 한 병역의무'를 거부하는

사람이고, 비전투적이고 민간적 성격이 보장되기만 한다면 병역의무보다 더 힘들고 긴 기간이라도 국가에 대한 다른 의무를 얼마든지 이행하겠다는 의사를 가지고 있다. 따라서 이들은 타인의 희생 위에 자기의 의무를 이행하지 않고 권리만 누리려는 경우와 구별된다. 또한, 입영기피가 계획적이거나 적극적인 행위 또는 국가·사회공동체에 대한 나태한 태도 등에 기인한 것이 아니다.

#### 다) 형벌 목적의 달성 여부

형벌은 그 자체로 위법한 악행(惡行)인 범죄에 대한 정당한 응보이고, 그 자체가 목적이 아니라 하더라도 범죄를 방지하기 위한 예방의 수단으로 일반예방과 특별예방의 목적을 가진다. 그런데 양심상 결정에 따른 입영거부자들에 대한 형벌은 형벌의 응보적 기능에 적합하지 않음은 물론 일반예방 및 특별예방효과가 없다고 판단된다.

1) 양심상 결정에 따른 입영거부행위는 법질서에 대한 적극적인 공격행위가 아니라 자신의 양심을 지키려는 소극적인 행위이고, 타인의 법익을 직접 침해하는 것도 아니므로, 가장 강력한 수단인 형벌권을 바로 발동하여 엄하게 제재하여야 할 정도의 국가·사회적인 악행이라고 단정하기는 어렵다. 이런 점에서 양심적 병역거부자에 대한 형벌 부과는 악행에 대한 응보라는 기능에 적합하다고 보기 어렵다.

2) 주로 양심적 병역거부로 문제되는 '여호와의 증인' 신도들이 수 십년 동안 강도 높은 사회적 비난과 엄격한 처벌, 전과자라는 사회적 불이익 등에도 불구하고 지금까지 계속하여 현역입영을 거부하고 있는 사정에 비추어 보면, 양심상 결정에 따른 병역거부행위는 형벌의 위협으로 변경될 수 있는 성질의 것이 아니라 할 것이다.

또한, 실제 병역을 기피하는 사유는 대개 '생업 종사', '건강상 이유', '고역에 대한 두려움', '군대에 대한 부정적 인식으로 인한 심리적 거부감' 등을 이유로 하는 것으로 보

이는데, 양심상 결정에 따른 입영거부자는 다른 일반적 병역기피자와는 달리, 단지 자신의 양심을 표현하는 거부방식을 사용하고 있을 뿐이다. 따라서 양심적 병역거부자에 대한 형벌부과가 전혀 다른 의도와 목적으로 병역의무를 기피하는 사람에게 어떤 억제 효과를 나타낼 수 있는지, 법률에 의한 사회적 규범의식 강화라는 적극적 일반예방의 효과를 발휘할 수 있는지 의문스럽다. 한편 양심적 병역거부자의 숫자, 그 중 여호와의 증인 신도의 비율, 그에 대한 형사처벌의 역사와 실제 처벌 사례 등에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항에 의한 양심적 병역거부자들에 대한 처벌이 아직 입영 통지를 받지 아니한 잠재적인 양심적 병역거부자들에 대하여 위하에 의한 일반예방의 효과가 있다고 보기도 어렵다.

또한, 형벌에도 불구하고 양심적 병역거부자들이 재판이나 형 집행 과정에서 양심을 포기하거나 개종하는 경우를 찾아볼 수 없고, 한편으로 그들의 수형생활이 다른 범죄자들에 비하여 모범적이라고 평가받은 것을 보면, 특별예방의 효과도 인정하기 어렵다.

#### 라) 1년 6개월의 실형을 선고하는 형의 양정의 법적 문제점

(1) 이 사건 법률조항에 따라 형사처벌을 받은 양심상 결정에 따른 병역거부자들에게 유죄를 선고할 경우 그 양형은 거의 예외 없이 징역 1년 6월의 실형이 선고된다. 2013. 10. 31. 기준 통계에 의하면, 2012년 1년 동안 형사처벌 및 입건된 입영 및 집총거부자가 598명이고, 무혐의처분을 받거나, 재판 계속 중인 경우를 제외한 사람 중 492명이 징역형을, 5명이 집행유예를 선고받았는데, 징역형을 선고받은 사람 492명 모두가 2년 미만 1년 6월 이상의 형을 선고받았다.

양심상 결정에 따른 입영거부자들에게 징역 1년 6월의 실형을 선고하는 이유는 병역법 제65조 제1항 제2호가 현역병(복무 중인 사람과 현역병입영 대상자를 포함한다), 승

선근무예비역 또는 보충역으로서 '수형자로서 대통령령이 정하는 사람'에 해당하는 사람에 대하여는 보충역 편입 또는 전시근로역(제2국민역) 편입을 할 수 있다고 규정하고, 그에 따른 병역법 시행령 제136조 제1항 제2호 가.목이 '현역병입영 대상자, 승선근무예비역 또는 보충역으로서 "1년 6개월 이상의 징역 또는 금고의 실형을 받은 사람"을 전시근로역 편입대상으로 규정하고 있기 때문이다.

즉 병역법 제65조의 위임을 받은 대통령령인 병역법 시행령 제136조에 따라 1년 6개월 이상의 실형을 선고하여야 형 집행 종료 후 전시근로역에 편입되어 더 이상 현역입영대상에 포함되지 않게 되고, 그와 같이 현역입영대상에 포함되지 않아야 현역입영거부행위로 인하여 거듭 처벌을 받을 우려가 없게 되기 때문이다(그에 따라 병역법위반으로 실형을 집행받은 양심적 병역거부자는 예비군 훈련도 면제된다. 한편 현역병복무 후 양심상 결정에 따라 예비군 훈련을 거부하는 사람은 한 번 처벌받은 이후에도 예비군 훈련을 면제해주는 규정이 존재하지 않아 예비군 편성기간 동안 수십 차례에 걸쳐 벌금형을 받게 된다). 그런데 한편으로 다수의 실무는 이들은 초범인 점, 증거인멸이나 도주의 우려가 없다는 이유 또는 피고인들의 의사를 수용하여 법정구속을 하지 않고 있다.

(2) 양심적 병역거부자에 대한 처벌과 관련하여 1970년대에는 병역거부자들을 강제로 군부대에 입소시켜 군인의 신분이 되게 한 다음 집총을 거부할 경우 군형법상의 항명죄로 처벌하면서도 현역복무기간보다 길게 형이 집행되어야 한다는 이유로 2회 집총명령을 하여 항명죄의 경합범으로 처벌하는 방법으로 3년의 실형을 선고하였고, 그 양형은 고정되었다.

그 후 양심적 병역거부자들이 입영 자체를 거부하여 일반 법원에서 병역법위반으로

재판을 받게 된 이후에는 병역법 시행령 제136조의 내용에 따라 2년의 실형 또는 1년 6월의 실형을 선고받고 있다. 병역법 시행령 제136조가 현재와 같이 개정된 것은 1999. 12. 31.인데(대통령령 제16668호, 시행령이 개정된 이유는 현역복무기간이 단축되었기 때문이다), 그 개정 전 병역법 시행령 제136조 제1항 제2호 가.목은 제2국민역 편입대상을 "2년 이상의 징역 또는 금고의 형의 선고를 받은 사람, 다만 그 형의 집행이 유예된 사람을 제외한다"고 규정하고 있었고, 당시 법원은 위 시행령을 이유로 양심적 병역거부자에게 징역 2년의 실형을 선고하였고, 위 1999. 12. 31. 개정 후에는 1년 6월의 실형을 선고하고 있는 것이다.

(3) 형법 제51조는 "양형의 조건"이라는 제목 아래 "형을 정함에 있어서는 다음 사항을 참작하여야 한다."면서 "1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 2. 피해자에 대한 관계, 3. 범행의 동기, 수단과 결과, 4. 범행 후의 정황"을 구체적으로 명시하고 있다. 형의 양정에 있어 이른바 '폭의 이론'이 적용되고, 양형의 조건에 관하여 규정한 형법 제51조의 사항은 널리 형의 양정에 관한 법원의 재량사항에 속한다고 해석된다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도1816 판결 등 참조).

그러나 법관이 형사재판의 양형에 있어 법률에 기속되는 것은, 법관은 헌법과 법률에 따라 심판한다고 하는 헌법 제103조에 따른 것으로 헌법이 요구하는 법치국가원리의 당연한 귀결이고(헌법재판소 1997. 8. 21. 선고 93헌바60 전원재판부 결정), 또한 법관이 양형에 대하여 광범위한 재량을 가진다고 하더라도 그 재량은 자유재량이 아니라 응보, 일반예방 또는 특별예방이라는 형사법의 기초가 되는 형사정책적 기준에 따라야 하는 법적으로 제한이 있는 재량권이다. 나아가, 사실심법원의 양형에 관한 재량도, 범죄와 형벌 사이에 적정한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나 형벌은

책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 적용되어(대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결, 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도1816 판결), 당해 피고인의 공소사실에 나타난 범행의 죄책 내 양형 판단의 범위에서 인정되는 내재적 한계를 가진다(위 대법원 2008도1816 판결).

그런데 양심적 병역거부자를 균형법상 항명죄로 처벌하면서 3년의 실형을 선고하여 오다가, 병역법위반죄로 유죄를 선고한 이후, 1999. 12. 31. 병역법 시행령 개정 전에는 2년의 실형을, 위 병역법 시행령 개정 후부터 현재까지는 1년 6월의 실형을 각 선고하고 있는 양형 실무는, 형법 제51조에 규정된 사유 이외의 것을 양형 조건으로 삼은 것이라고 볼 수밖에 없다. 그리고 1년 6월의 실형을 선고하는 현재의 양형 실무가 비록 양심적 병역거부자들에 대하여 다시 입영통지가 이루어지고, 그에 따라 재차 입영거부로 처벌받은 것을 막기 위한 것이라고 하더라도 1년 6월의 실형이라는 확실적인 양형은 위에서 본 법리에 비추어 보면 비례의 원칙의 형사법적 표현인 책임주의라는 양형에 관한 헌법적·법률적 한계 내에 있다고 보기 어렵고, 결국 이는 법관이 법률이 아니라 '병역법 시행령'이라는 대통령령에 구속된 결과라고 아니할 수 없다. 뿐만 아니라 다른 범죄에 대한 형의 양정에서 고려되는 양형 참작사유 및 그에 대한 실제 양형과는 확연히 달리 취급하고 있는 것 또한 합리적 이유가 있다고 볼 수 없다.

#### 마) 소결

"양심의 자유에 내포된 '관용의 원리'에 비추어 보거나, 헌법적 가치질서의 핵이라고 볼 수 있는 인간의 존엄성을 존중하는 뜻에서도 양심의 자유와 형벌권의 갈등시에 형벌권을 행사하는 것이 인간의 존엄성을 침해하는 결과가 되는 경우에는 법질서가 후퇴하는 것이 바람직하다." 결국, 양심적 병역거부자의 경우 국가의 형벌권이 한발 양보



함으로써 개인의 양심의 자유가 보다 존중되고 보장되도록 하는 것이 기본권이 모든 국가권력의 정당화 원천이라는 헌법 이념에 더 부합하는 것이라 할 것이다.

그런데 위에서 본 바와 같이 이 사건 법률조항을 따른 양심적 병역거부자들에 대한 일률적인 형의 양정에 따른 형벌 부과가 응보와 예방이라는 형벌의 목적 달성에 기여하는지에 대하여는 커다란 의문이 있다. 그럼에도 '내 마음속 재판관'의 절대적이고 포기할 수 없는 최종 판단에 따라 양심적 병역거부에 이른 자들을 형사처벌하여 병역기피라는 범죄를 예방하려는 것은 오로지 다른 사람의 범죄를 방지하기 위한 수단으로 형벌을 이용하는 결과가 되는 것이어서 헌법 최고의 가치인 인간의 존엄에 대한 중대한 침해라고 할 것이다. 이는 형벌이 추구하는 목적과 부합된다고 볼 수 없고, 규범적으로 미치는 효과의 측면에서나 사실상의 상태에 미치는 효과의 측면에서도 형벌에 의한 기본권 제한이 법치국가 원리에 따라 정당화되는 것이라고 보기 어렵다.

### 3) 침해 최소성 원칙 충족 여부

이상에서 본 바와 같이 국가가 대체복무제라는 대안을 마련할 수 있음에도 이를 마련하지 않고 양심상 결정에 따른 입영거부자에게 형벌만 부과하도록 한 현재의 상황은 침해 최소성 원칙에 위배된다고 판단되므로, 그와 같은 위헌적 상황을 개선하기 위하여는 양심상 결정을 이유로 한 병역거부행위는 '정당한 사유'에 포함된다고 해석하여야 한다.

## 다. 법익균형성

### 1) 추구하는 공익

이 사건 법률조항이 추구하는 공익은 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건이 되는 '국방의 의무' 및 '병역의무의 공평한 부담'이라는 대단히 중요한 공익임은 분명하다.

## 2) 구체적으로 실현되는 공익의 정도

추구하는 공익이 중대한 것과 그 공익이 실제로 실현 또는 달성되고 있는지는 구별되어야 할 것인데, 이 사건 법률조항으로 인해 얻을 수 있는 공익은 국방력의 손실방지나 병역의무의 형평성 확보를 통한 사회통합 등이다. 그러나 위와 같은 공익의 중요성에도 불구하고 이 사건 법률조항에 의해 형벌을 부과하는 당해 피고인에 대한 제재라는 효과 이외에 다른 법익, 예컨대, 입영기피자 억제 효과를 포함한 국방력 손실방지, 병역의무의 형평성 추구 등에 미치는 긍정적 영향은 추상적인 평가에 그치고 있고, 실제로 그러한 공익에 부정적 영향을 미치게 할 수 있다는 예측적·경험적 자료 등이 설득력 있게 제시된 바는 없다. 그리고 위에서 본 바와 같이 양심적 병역거부자들은 매년 약 600명 정도로 그 수가 그리 많다고 할 수 없고, 형벌을 부과하는 이 사건 법률조항에도 불구하고 이들 중 대다수가 군대가 아닌 감옥을 선택하고 있다는 사실을 보더라도 국방력 손실방지라는 공익 달성 정도는 미미하다고 할 수밖에 없다.

## 3) 침해되는 사익

위에서 본 바와 같이 양심적 병역거부자들에 대한 형벌 부과로는 그들이 자신의 신념을 변경할 것을 기대하기는 어렵다. 반면 양심적 병역거부자들은 1년 6개월의 실형을 선고받고 구금될 것인지, 아니면 자신의 양심을 포기하고 입영할 것인지에 관하여 심각한 갈등상황에 놓이는데, 양심적 병역거부자들이 양심상의 결정을 번복하는 것은 그들의 양심의 본질적인 부분을 침해하는 것이다. 또한, 양심은 위와 같은 구체적인 갈등상황에서 개인이 '자신을 구속하고 무조건적으로 따라야 하는 것으로 받아들이기 때문에 양심상의 심각한 갈등 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것'이므로, 양심을 포기·변경하지는 않더라도 이를 의심하고 선택하는 상황에 처해지는 것만으로 개인의

인격에 큰 타격이 된다.

또한, 비록 이들이 양심상 결정을 이유로 병역거부를 하였기 때문에 일반 병역기피자들과는 동기 또는 이유에서 차이가 있지만, 현실에서는 1년 6개월의 실형이 집행되게 되고, 그런 경우 형 집행 종료 후 일정 기간 공무원으로 임용될 수 없음은 물론, 양심적 병역거부인지 관계없이 입영 등 거부자에 대하여는 병역법 자체에서 '국가기관, 지방자치단체의 장 또는 고용주로 하여금 양심적 병역거부자들을 공무원이나 임직원으로 임용하거나 채용할 수 없으며, 재직 중인 경우에는 해직하여야 하고, 각종 관허업(官許業)의 특허·허가·인가·면허·등록 또는 지정 등을 하여서는 아니 되며, 이미 이를 받은 사람에 대하여는 취소하여야 한다'고 규정하고 있고(병역법 제76조), '인적사항과 병역의무 미이행 사항 등을 인터넷 홈페이지 등에 공개'할 수 있도록 하여(병역법 제81조 제1항), 사회적 낙인까지 부과하고 있다. 나아가 이후의 사회생활에서 징역형을 선고받은 전과자로서 여러 유형·무형의 불이익을 감수하여야 한다.

#### 4) 대체복무제의 시행으로 인한 공익

양심적 병역거부자들에게 1년 6개월의 실형이 아니라 대체복무를 마련하여 치매 환자 등을 위한 특수병원, 국공립 노인전문요양시설 등 국가, 공공단체, 사회복지시설 등 공적인 여러 업무를 수행하게 하거나, 만일 그들에게 전문지식과 능력이 있는 경우에 이를 활용하여 국가와 사회 또는 지역공동체에 기여할 수 있는 기회를 부여함으로써 이들을 국가·사회공동체의 일원으로 받아들일 수 있게 된다면, '공공복리'라는 공익의 증진에는 오히려 직접적으로 기여할 것이며, 더 나아가 넓은 의미의 국가의 안전보장에도 도움이 될 것이다.

위에서 본 바와 같이 국방의 의무에는 방재·구호 등의 업무도 포함되는 것이므로,

국방의 의무를 넓게 이해하여 비전투적이고 민간적 성격으로 대체복무제를 마련하여 양심적 병역거부자들에게 선택의 기회를 부여하는 것이야말로 국방의 의무이행이라는 공익과 양심의 자유라는 기본권 양자를 조화롭게 실현시키는 방법이 될 것이다.

#### 5) 법의 균형성 원칙 충족 여부

이 사건 법률조항에 따른 형벌 부과로 인한 국방력 유지 등의 공익과 제한되는 양심의 자유 사이의 이익형량은 기본적으로 사후적이고 규범적인 것이어서 어느 것이 더 많이 제약 또는 제한되었다고 단정적으로 판단하기는 어렵다. 그러나 공익 증진의 효과는 추상적이어서 그 결과를 명확히 평가하기 어려운 데 비하여, 제한되는 양심의 자유에 대한 침해의 중대성 또는 부정적인 효과는 개연성 있게 증명되고, 그 침해는 더 나아가 인간의 존엄이라는 헌법 핵심 가치에 대한 침해를 야기한다. 한편 대체복무제 도입으로 인한 공익의 증가는 현실적으로 분명하게 평가할 수 있다.

결국, '정당한 사유'에 양심적 병역거부를 포함하여 해석하지 않는다면, 이 사건 법률조항은 법의균형성 원칙을 준수하였다고 보기 어렵다.

### 5. 헌법 제5조 등에 의하여 인정되는 평화주의 원리 및 헌법 제6조에 의하여 인정

되는 국제법 존중주의 원리에 부합하는 해석

#### 가. 헌법 제5조 및 제6조의 연혁적·실제적 의미

두 번에 걸친 세계대전을 경험한 세계 각국은 전쟁의 방지와 평화의 유지를 위하여 유엔을 설립하는 등의 국제적인 노력을 기울이게 되었다. 이러한 국제적인 노력은 각국의 국내법에 반영되어 헌법에 평화주의의 명문화로 이어졌다. 현행 헌법도 전문에서 "... 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써"라고 하고 있고, 헌법 제5조 제1

항은 "대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다"라고 규정하고 있다. 또한, 헌법 제6조 제1항에서 "헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 지닌다"고 규정함으로써 국제법에 대한 존중을 명시하고 있다. 이러한 헌법 규정에 따라 국제평화주의와 국제법 존중주의는 현행 헌법하에서도 국가질서형성의 기본방향을 결정하는 중요한 원리로 인정되고 있다. 따라서 입법부, 행정부는 물론 사법부 등 모든 국가기구는 '국제적 협력의 정신을 존중하여 될 수 있는 한 국제법규의 취지를 살릴 수 있도록 노력할 것이 요청된다(헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2003헌바51 등 전원재판부 결정).

#### 나. 평화주의 원리에 부합하는 해석

개인 차원에서든 국가 차원에서든 사유를 불문하고 일체의 살상을 거부하는 사상은 역사상 꾸준히 나타났고, 비폭력, 불살생, 평화주의 등으로 나타나는 평화에 대한 이상은 그 실현가능성 여부에 불구하고 인류가 오랫동안 추구하고 존중해온 것이다(헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 전원재판부 결정 중 반대의견).

'인간은 그 자신과 다른 모든 사람의 인격을 언제나 목적으로 간주하여야 하고, 결코 단순한 수단으로 간주해서는 아니된다'는 근대 철학에 기반한 인간 존엄에 대한 보편적 원리에 의하면, 전쟁은 어떠한 경우에도 정당화될 수 없고, 따라서 인간은 전쟁을 지양하고 평화를 위하여 노력해야 할 도덕적 의무를 부담한다. 양심적 병역거부는 이와 같은 인류의 평화적 공존에 대한 신념의 발현 중 하나라 할 것이다.

위에서 본 바와 같이 두 번에 걸친 세계전쟁을 전후하여 사회적으로 전쟁을 거절하고 평화롭게 생존하려는 사상이 각국의 헌법에 반영되었고, 그 추세 중 하나로 양심적 병역거부권이 헌법 또는 법률에 의하여 인정되기 시작하였다. 세계대전 전후부터 냉전

이 종식된 시기까지의 입법례만 보더라도, 미국의 경우 1776년 펜실베이니아주 헌법이 이를 최초로 보장하였으나, 연방 차원에서는 1916년 양심적 병역거부가 승인되었고, 같은 해에 영국(1963년 징병제 폐지), 1917년 덴마크, 1920년 스웨덴, 1922년 네덜란드(헌법에 규정, 1996년 징병제 폐지), 노르웨이, 1931년 핀란드, 1949년 독일(기본법에 규정, 2011년 징병제 폐지), 1955년 오스트리아, 1963년 프랑스(2001년 징병제 폐지), 1973년 이탈리아(2004년 징병제 폐지), 1976년 포르투갈(헌법에 규정, 2004년 징병제 폐지), 1978년 스페인(헌법에 규정, 2001년 징병제 폐지), 1988년 폴란드(헌법에 규정, 2009년 징병제 폐지), 1989년 헝가리(헌법에 규정, 2005년 징병제 폐지), 1990년 크로아티아(헌법에 규정, 2008년 징병제 폐지)가 헌법이나 개별 법률에 양심적 병역거부를 인정하였는데, 그 인정된 국가나 시기에서 알 수 있듯이, 양심적 병역거부는 냉전이 종식된 이후 법적으로 인정받게 된 것이 아니라 두 번의 세계대전을 전후하여 전쟁에 반대하면서 평화주의를 지향하고, 그것을 헌법원리로 인정하는 경향에서 하나의 헌법상 권리 또는 법률상 권리로 인정되게 된 것이다.<sup>4)</sup>

헌법도 제헌헌법 제6조에서 침략전쟁을 부인한다는 내용을 규정하여 간접적으로 국제평화주의 원리를 규정한 이래 현재까지 같은 내용을 규정하고 있고, 헌법 해석상 평화주의 또는 국제평화주의는 헌법원리의 하나로 인정되므로, 이 사건 법률조항 중 '정당한 사유'에 양심적 병역거부를 포함하여 해석하는 것은 위 헌법 원리에 의하여도 뒷받침된다.

#### 다. 국제법 존중주의 원리와 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약

4) 2014년 웨이커고 연합회의 자료에 의하면, 징병제도가 있으나 양심적 병역거부를 인정하지 않는 유엔 회원국은 30개국이라고 한다(알제리, 베냉, 칠레, 중국, 쿠바, 북한, 이집트, 에리트레아, 적도 기니, 기니, 기니비사우, 이란, 카자흐스탄, 마다가스카르, 말리, 모로코, 대한민국, 세네갈, 싱가포르, 수단, 시리아, 타지키스탄, 태국, 토고, 튀니지, 터키, 투르크메니스탄, 베네수엘라, 베트남, 예멘)

## 1) 법률과 동등한 효력

'시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'((International Covenant on Civil and Political Rights. '자유권규약' 또는 'B 규약'이라고도 한다. 이하, 자유권규약이라 한다)은 1966. 12. 16. 유엔 총회에서 채택되어 1976. 3. 23.부터 발효(단 제41조는 1979. 3. 28. 발효)된 조약으로 우리나라는 1989. 10. 5. 국무회의의 심의를 거치고 1990. 3. 16. 국회의 동의를 얻어 1990. 4. 10. 유엔 사무총장에게 가입서를 기탁함으로써 1990. 7. 10.부터 효력을 발생하게 되었다(조약 제1007호. 양심의 자유를 규정한 제18조에 대하여는 아무런 유보도 하지 않았다).

자유권규약은 국회의 동의를 얻어 체결된 조약이므로, 국내법적 효력을 가지며, 그 효력은 적어도 법률에 준한다. 대한민국 정부도 1993년 제출한 최초보고서는 물론, 1998. 10. 22. 열린 1791회, 1792회 회의를 위한 유엔 자유권규약위원회(UN Human Rights Committee)에 대한 '자유권규약 제2차 정기보고서'에서 "자유권규약은 헌법 제6조 제1항에 의해 국회의 동의를 얻어 정부에 의해 비준·공포된 것이므로, 추가적인 입법 없이 국내법률의 효력을 가진다. 따라서 행정부나 사법부는 각 그들의 권한을 행사할 때 위 규약을 준수할 의무가 있다"고 하였다. 특히 "헌법 제37조 제1항으로 인하여 규약에 의해 보장된 모든 권리는 보장되어야 한다. 그러므로 헌법에 직접 명시되지 않은 것이라도 규약은 존중되어야 하고, 위 규약 이전의 법률이 규약의 규정과 충돌하는 경우에는 규약이 우선하며, 대한민국에서 제정되는 어떠한 법률에 의하여 규약에서 규정되는 권리를 침해하는 일은 없을 것이며, 그러한 법률은 헌법위반이 될 것"이라고 명시하였다.

## 2) 규약 및 선택의정서에 의한 국가의 의무

자유권규약 제2조<sup>5)</sup>는 가입국으로 하여금 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대해 구제조치를 받도록 확보할 것 등을 규정하고 있고, 우리나라는 자유권규약 가입 당시 자유권규약에 의해 설치된 자유권규약위원회가 "규약에 규정된 권리에 대한 침해의 희생자임을 주장하는 개인으로부터의 통보를 이 의정서에 따라 접수하고 심리하도록 하는 것"을 허용하는 것에 관한 선택의정서(Optional Protocol)도 함께 가입하였다.<sup>6)</sup>

자유권규약 제2조 및 위 선택의정서의 여러 규정을 종합하면, 선택의정서에 의한 개인통보(개인청원, Communication)제도에 가입하였다는 것은 당사국 내에 있는 개인의 진정에 대한 자유권규약위원회의 심사권을 인정한다는 것인데, 심사권을 인정한다는 것은 결국 그 심사결과에 따르겠다는 의미를 당연히 내포하는 것이다. 따라서 선택의정서 가입국은 적어도 자유권규약이라는 보편적이고 다자간에 체결된 국제조약에 따라 자유권규약위원회가 내린 개인통보에 대한 결정을 받아들일 국제법상 의무를 진다.

### 3) 자유권규약 제18조 및 제8조 제3항의 내용과 양심적 병역거부에 관련된 국제기구

#### 5) 자유권 규약 제2조

1. 이 규약의 각 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 ...어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다.
2. 이 규약의 각 당사국은 현행의 입법조치 또는 기타 조치에 의하여 아직 규정되어 있지 아니한 경우, 이 규약에서 인정되는 권리들을 실현하기 위하여 필요한 입법조치 또는 기타 조치를 취하기 위하여 자국의 헌법상의 절차 및 이 규약의 규정에 따라 필요한 조치를 취할 것을 약속한다.
3. 이 규약의 각 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다.
  - (a) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여, 그러한 침해가 공무 집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확보할 것
  - (b) 그러한 구제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한 있는 사법, 행정 또는 입법 당국 또는 당해 국가의 법률 제도가 정하는 기타 권한 있는 당국에 의하여 그 권리가 결정될 것을 확보하고, 또한 사법적 구제조치의 가능성을 발전시킬 것
  - (c) 그러한 구제조치가 허용되는 경우, 권한 있는 당국이 이를 집행할 것을 확보할 것

#### 6) 자유권규약 선택의정서(이하 '선택의정서'라 함)

**제1조** 이 의정서의 당사국이 된 규약 당사국은 그 관할권에 속하는 자로서 동국에 의한 규약에 규정된 권리에 대한 침해의 희생자임을 주장하는 개인으로부터의 통보를 접수하고 심리하는 이 사회의 권한을 인정한다. 이 사회는 이 의정서의 당사국이 아닌 규약 당사국에 관한 어떠한 통보도 접수하지 않는다.

#### 제5조

1. 이 사회는 개인 및 관련 당사국으로부터 입수된 모든 서면 정보를 참고하여, 이 의정서에 따라 접수된 통보를 심리한다.
4. 이 사회는 관련당사국과 개인에게 이 사회의 견해를 송부한다.



## 의 권고 또는 견해

### 가) 자유권규약 제18조 및 제8조 제3항

#### 제18조

1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다.
2. 어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다.
3. 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는, 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.
4. 이 규약의 당사국은 부모 또는 경우에 따라 법정 후견인이 그들의 신념에 따라 자녀의 종교적, 도덕적 교육을 확보할 자유를 존중할 것을 약속한다.

#### 제8조

3. (a) 어느 누구도 강제노동을 하도록 요구되지 아니한다.  
(c) 이 항의 적용상 "강제노동"이라는 용어는 다음 사항을 포함하지 아니한다.  
(ii) 군사적 성격의 의무 및 양심적 병역거부가 인정되고 있는 국가에 있어서는 양심적 병역거부자에게 법률에 의하여 요구되는 국민적 의무

### 나) 국제기구의 권고 및 자유권규약에 따른 개인통보에서의 결정 내용

(1) 유엔 경제사회이사회 산하였던 인권위원회(Commission on Human Rights)는 1987년 '결의 제46호'에서 "양심적 병역거부를 사상·양심·종교의 자유에 대한 권리의 합법적인 행사로 인정할 것을 당사국에서 촉구한다"는 결의를 시작으로 여러 차례(1989년 결의 제59호, 1993년 결의 제84호, 1995년 결의 제83호, 1997년 결의 제77호, 2000년 결의 제34호, 2002년 결의 제45호, 2004년 결의 제34호 및 제35호)의 결의를 통해 자유권규약 제18조는 양심적 병역거부권을 인정하고 있다고 보고, 대체복무제의 도입을

권고하고 있으며, 대한민국은 유엔 인권위원회 위원국으로 참여하여 위 결의에 모두 찬성하였다.

위 여러 결의 중 양심적 병역거부에 관하여 가장 중요한 것으로 평가되는 1997년 결의 제77호는 “양심적 병역거부권은 종교적, 도덕적, 윤리적, 인도주의적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 심오한 신념을 포함한 양심에서 유래하는 것으로서, 이미 군복무를 하고 있는 사람도 양심적 병역거부를 할 수 있다. 이러한 제도가 없는 당사국은 양심적 병역거부의 개별 사안에 대해 그 진정성을 판단하는 임무를 담당할 독립적이고 공정한 의사결정기관을 설립해야 하며, 병역거부자의 신념의 성질에 따라 그들을 차별해서는 아니된다. 징병제를 채택하고 있는 당사국의 경우, 양심적 병역거부의 이유에 부합하는 다양한 형태의 대체복무를 도입하되, 그 대체복무는 비전투적 또는 민간적 성격을 띤 공익복무여야 하고, 징벌적 성격이 있어서는 아니된다. 당사국은 양심적 병역거부자가 병역을 이행하지 않는다는 이유로 투옥되거나 반복적인 형벌을 받지 않도록 필요한 조치를 취해야 한다.”는 내용이다.

(2) 자유권규약에 관한 유권해석기구인 유엔 자유권규약위원회는 1991년 이전에는 자유권규약 제8조 제3항 (c)(ii)를 근거로 양심적 병역거부 인정 여부는 국내문제이고, 자유권규약 제18조가 양심적 병역거부를 인정하지 않는다는 견해를 채택하였으나, 1993년 채택한 일반논평 제22호(General Comments No.22)에서 “규약이 양심적 병역거부권을 명시적으로 언급하고 있지 않지만, 살상무기를 사용해야 하는 의무는 양심의 자유와 자신의 종교 혹은 신념을 표현할 권리와 심각하게 충돌할 수 있으므로 양심적 병역거부권이 규약 제18조에서 도출될 수 있다고 본다”는 입장을 채택하였다.

한편 자유권규약위원회는 대한민국이 제출한 국가보고서에 대한 심의<sup>7)</sup> 중 2006. 11.

에 있었던 제3차 국가보고서에 대한 최종견해에서 "양심적 병역거부자가 처벌받고 전과자가 되는 것에 우려한다. 양심적 병역거부자의 권리를 인정하여 군복무에서 면제되도록 모든 필요한 조치를 취하여야 한다. 자유권규약 제18조와 일치하는 입법조치를 촉구한다."고 권고하였고, 2015. 11. 제4차 자유권규약 심의의 최종견해에서는 "제3차 국가보고서에 대한 위원회의 최종견해 중 양심적 병역거부에 관한 상당한 부분을 전혀 이행하지 않았다는 점을 우려한다. 당사국은 위원회가 지금까지 발표한 견해들을 완전히 이행하여야 한다."고 지적하면서 '병역으로부터 면제되기 위해 자신의 권리를 행사하였다는 이유로 구금형을 선고받은 모든 양심적 병역거부자들을 즉각 석방하여야 한다. 양심적 병역거부자들의 범죄 기록이 삭제되고, 그들이 적절한 보상을 받도록 하며, 그들의 개인 정보가 공개되지 않도록 보장하여야 한다. 양심적 병역거부를 법적으로 인정하고, 양심적 병역거부자들에게 민간적 성격의 대체복무제를 제공하여야 한다.'고 권고하였다.

(3) 자유권규약위원회는 윤여범, 최명진이 제기한 개인통보사건에 대하여 2006. 11. 3. 채택한 견해<sup>8)</sup>에서 "자유권규약 제8조가 그 자체로 양심적 병역거부를 인정하거나 배제하지 않는다고 이해한다. 따라서 이 사건 통보는 오직 규약 제18조에 비추어 검토되어야 한다"면서 양심적 병역거부자에 대한 형벌 부과가 국방력 및 사회 통합 유지, 공공안전 유지에 필요한 제한이라는 대한민국 정부의 주장에 대하여 그러한 제한

7) 유엔은 여러 조약에 관한 각 해당 조약위원회가 당사국이 제출한 국가보고서를 심의하고 그에 대한 최종견해(Concluding Observations)를 밝히는 제도를 두고 있고, 자유권규약도 제40조에서 가입국으로 하여금 자유권규약에서 인정된 권리를 실현하기 위하여 취한 조치 및 그러한 권리를 향유함에 있어서 성취·진전된 사항에 관한 보고서를 제출하도록 규정하고 있다. 자유권규약위원회는 국가가 제출한 보고서를 기초로 하여 이를 심의하고, 권고의견을 내는데, 우리나라는 2006. 11. 제3차 자유권규약 심의를 받았고, 2015. 11.경 제4차 자유권규약 심의를 받았다.

8) 자유권규약은 자유권규약위원회가 개인통보 사건에 대하여 한 결정을 "견해(Views)"라고 지칭하고 있다(선택의 정서 제5조 제4항 참조).

이 반드시 필요한 것인지를 입증하지 못하였으므로, '양심적 병역거부를 인정하지 아니한 대한민국이 규약 제18조를 위반하였음을 인정'하였다.

그 후로 2017년 현재까지 자유권규약위원회는 양심상 결정에 따른 병역거부와 관련하여 15건의 개인통보에 대한 견해를 발표하였는데, 그중 4건이 대한민국 국민과 관련된 것이고, 4건 모두 자유권규약 제18조에 위반된다는 견해를 채택하였다. 2010. 3. 23. 오태양 등 10명 사건(개인통보 1993~1603/2007), 2011. 3. 24. 정민규 등 100명 사건(개인통보 1642~1741/2007), 2012. 10. 25. 김종남 등 388명 사건(개인통보 1786/2008)과 2014. 10. 15. 채택된 김영관 등 50인(개인통보 2179/2012) 사건이다.<sup>9)</sup>

그중 정민규 등 100명이 제기한 개인통보사건에 대하여 2011. 3. 24. 채택한 견해에서는 위 윤여범, 최명진 사건에서와 다른 논증, 즉 "양심적 병역거부권은 사상, 양심, 종교의 자유에 내재되어 있다. 만약 의무적 군복무가 개인의 종교 또는 신념과 조화될 수 없다면 어떤 개인이라도 그 의무로부터 면제받을 수 있는 권리가 있다. 당사국이 원한다면 병역거부자들에게 비징벌적이고 민간적 성격의 대체복무를 강제할 수는 있을 것"이라는 입장을 표명하였으며, 그 이후의 모든 개인통보 사건에서 일관하여 같은 견해를 채택하고 있다.

나아가 자유권규약위원회는 김영관 등 50명의 개인통보 사건에 대하여 2014. 10. 15. 채택한 견해에서는 위와 같이 양심적 병역거부권이 양심의 자유에 내재되어 있다는 견해를 유지하면서, "규약 제19조에서 보장하는 표현의 자유에 대한 합법적인 권리의 행사를 처벌하는 징역형이 자의적인 것처럼, 규약 제18조에 규정된 종교와 양심의

9) 대한민국에 대한 것을 제외한 다른 사례는 터키가 1건이고, 나머지 10건은 모두 투르메니스탄에 대한 것이며, 대부분 양심상 결정을 이유로 한 입영거부자들에 대한 형사처벌 및 대체복무제를 두지 아니한 것이 자유권규약 제18조를 위반하였다는 취지이다[대표적으로 Nurjanov v. Turkmenistan, 2016. 7. 15. 결정(No.2225/2012)]

자유의 합법적인 행사를 처벌하는 구금도 자의적인 것이다."라고 판단하면서 사법부의 재판에 따른 실행 집행을 자유권규약 제9조가 금지하는 자의적 구금에 해당한다고 판단하였다. 한편 '국가안보, 복무자와 대체복무자들 사이의 형평성, 대체복무에 대한 국민적 합의가 부족하다'는 정부의 주장에 대하여는 "위와 같은 주장을 되풀이하는 점에 주목한다. 위원회는 종전의 견해(위 윤여범, 최명진 사건 및 정민규 등 사건)에서 이러한 주장들을 이미 심사했다고 생각하고 있고, 따라서 위원회는 종전의 입장을 변경할 어떠한 이유도 없다"고 판단하였고, '양심적 병역거부를 인정하게 될 경우에는 납세의 무 및 의무교육 거부가 정당화하는 구실이 될 수 있다'는 정부의 주장에 대하여는 "교육과 납세와는 달리, 병역의무는 개인을 어느 누가 보더라도 자명할 정도로 타인의 생명을 앗아갈 위험이 있는 행위에 관여하게 만든다"면서 위 주장을 받아들이지 아니하였다.

(4) 유엔 인권위원회를 2006년부터 대신하게 된 유엔 총회 산하 보조기구인 유엔 인권이사회(Human Rights Council)에서 이루어지는 국가별 '보편적 인권정례검토'(Universal Periodic Review, UPR) 중 우리나라에 대한 2008년 및 2012년의 각 보편적 인권정례검토에서, 인권이사회는 우리나라에 대하여 각각 '자유권규약위원회의 권고에 따라, 양심적 병역거부권을 법적으로 인정할 것, 양심적 병역거부자들을 형사처벌을 하지 말 것, 대체복무제를 마련할 것'을 권고하였다.<sup>10)</sup>

10) 2012년 제2차 보편적 인권정례검토 중 유엔의 주요 회원국이나 인권이사회 회원국들은 『양심적 병역거부와 관련하여, 병역에 대한 대체복무가 사실상 비군사적 성격을 갖고 민간 당국의 감독 하에 실시되도록 현행 국내법을 개정할 것(프랑스); 양심적 병역거부자에 대한 구금을 폐지하고 비군사적 복무를 확립할 것(독일); 양심적 병역거부권이 준수되도록 보장할 것(폴란드); 양심적 병역거부권을 인정하고 국제적 기준에 따른 대체복무를 도입할 것(슬로바키아); 병역에 대하여 진정한 비군사적 성격의 대체적 사회복무를 보장하면서 양심적 병역거부를 권리로 인정할 것 그리고 현재 구금되어 있는 모든 양심적 병역거부자를 석방할 것(스페인); 대체복무가 비전투적 또는 비군사적 성격을 갖고 처벌적 성격이 없을 것을 보장하면서, 양심적 병역거부자를 위한 대체복무 선택권을 즉시 도입할 것(미국); 양심적 병역거부자를 위한 대체복무를 도입할 것(호주)』을 권고하였다.

(5) 2013. 7. 27. 개최되었고, 우리나라도 참석한 유엔인권이사회 제24회차에서는 양심적 병역거부에 관한 결의안이 만장일치로 통과되었는데, “양심적 병역 거부의 권리는 사상, 양심, 종교 혹은 신념의 자유를 향유할 권리에서 도출된다”, “당사국들은 양심적 병역거부를 유일한 근거로 개인을 수감하는 것과 군복무 거부행위에 대하여 반복적으로 처벌하는 관행을 중단시키기 위해 필요한 조치를 취해야 한다는 것을 강조한다.” “양심적 병역거부만을 이유로 수감되거나 구금된 이들을 석방할 것을 국가들에 촉구한다”는 내용이었다.

#### 4) 자유권규약에 '직접 근거'한 양심적 병역거부의 인정 여부

가) 대법원이나 헌법재판소는 자유권규약 자체의 법률적 효력은 인정하고 있다(대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결, 2004년 전원합의체 판결, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결 등 참조, 헌법재판소 1998. 10. 29. 선고 98헌마4 전원재판부 결정, 헌법재판소 1998. 7. 16. 97헌바23 전원재판부 결정, 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌가13 전원재판부 결정 등 참조). 그런데 자유권규약 자체는 물론 우리나라가 가입한 어떠한 국제조약에도 양심적 병역거부권이라는 권리가 명시되어 있지 아니하다. 대법원과 헌법재판소는 자유권규약 자체가 양심적 병역거부권을 인권의 하나로 명시하고 있지 않음을 이유로 자유권규약위원회 등 국제인권기구의 해석은 각 국에 권고적 효력만 있을 뿐 법적인 구속력을 갖는 것은 아니라고 판시하였다(대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도8187 판결, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결 등, 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 등 전원재판부 결정).

나) 자유권규약 제18조는 헌법 제19조와 양심의 자유의 보호범위와 같다고 할 것인데(2004년 전원합의체 판결 참조), 국내법적으로 자유권규약 제18조를 '직접적 근거'

로 하여 양심상 결정에 따른 병역거부를 인정할지는 자유권규약위원회 등의 권고나 개인통보사건에서 채택한 견해에 대해 국내법적으로 구속력을 인정할지의 문제이다.

살피건대, 유엔 인권위원회, 유엔 인권이사회에서 여러 차례 양심적 병역거부권을 인정해야 한다고 권고하였고, 자유권규약이 국회의 동의를 얻어 체결·비준된 것이어서 국내적으로 법률과 같은 효력을 가지게 되었다하더라도, 자유권규약에 명시된 권리 자체가 아닌 그에 대한 해석인 자유권규약위원회의 권고나 유엔인권위원회 또는 인권이사회의 각 결의가 곧바로 국내법적으로 구속력을 가진다고 보기는 어렵고, 또한, 자유권규약 자체에서 개인통보에 대한 결정을 "view"라고 명명하고 있는 점 등을 고려하면 개인통보사건에 대한 견해도 국내법적 구속력을 가진다고 보기는 어려운 것이 사실이다.

#### 5) 국제법 존중주의와 양심적 병역거부의 '정당한 사유'로의 포섭

자유권규약위원회가 대한민국 국민이 제기한 개인통보사건에서 채택한 견해, 국가보고서 심의 결과에 따른 권고 및 유엔 인권이사회의 권고 등은 위에서 본 바와 같이 이른바 연성법(Soft law)이어서 국내법적으로 직접적인 구속력을 인정하기는 어렵다고 할 수 있으나, 국제법 존중주의라는 헌법적 차원에서 이 사건 법률조항 중 '정당한 사유'의 해석을 위한 유력한 규범적 근거가 된다고 보아야 한다. 즉 양심적 병역거부를 '정당한 사유'에 해당한다고 해석하지 않는 것은 국제법 존중주의 원리를 규정한 헌법 제 6조에 위배된다고 보아야 한다. 그 이유는 아래와 같다.

가) 양심적 병역거부를 명시적으로 인정한 국제인권규범이 존재하고, 유럽의 경우 대부분 국가에서 위 권리를 인정하고 있는 등 이제는 일반적으로 승인된 국제법규의 지위에 준하게 되었다.

(1) 유럽연합 회원국에 법적으로 구속력을 가지는 유럽연합 기본권헌장(the

Charter of Fundamental Rights of the European Union) 제10조 제2항은 양심적 병역 거부권을 명시적으로 규정하고 있다. 그것이 유럽연합 가입국에만 효력을 가지는 것이기는 하지만, 양심적 병역거부권을 인정하고 있는 국제인권규범이라고 할 수 있다. 유럽연합 기본권헌장이 유럽연합에서 헌법적 지위를 가짐으로써 유럽연합 회원국은 모두 양심적 병역거부권을 인정하고 있다고 보아야 함은 물론, 실제 유럽연합 회원국 28개국(영국 포함) 중 몰타, 아일랜드, 북아일랜드를 제외하고는 모두 헌법 또는 법률에서 양심상 결정에 따른 병역거부를 인정하고 있다(그중 징병제를 일부라도 유지하는 국가는 그리스, 덴마크, 리투아니아, 에스토니아, 오스트리아, 키프로스, 핀란드).

(2) 한편 유럽평의회(Council of Europe) 회원국 47개국 중 군대가 없거나, 사실상 없는 아이슬란드, 안도라, 리히텐슈타인, 모나코, 산 마리노를 제외한 42개국 중에서 몰타, 아일랜드, 터키를 제외한 국가가 헌법 또는 법률에서 양심상 결정에 따른 병역거부를 인정하고 있다. 그중 징병제를 일부라도 유지하는 국가는 아르메니아, 오스트리아, 아제르바이잔, 키프로스, 덴마크, 에스토니아, 핀란드, 조지아, 그리스, 리투아니아, 몰도바, 노르웨이, 러시아, 스위스, 우크라이나이므로, 유럽평의회 회원국 중 사실상 징병제 국가이면서 양심상 결정에 따른 병역거부를 인정하지 않는 국가는 사실상 터키가 유일하다(European Bureau for Conscious Objection이 2017. 2. 3.자로 유엔 인권 최고대표부에 보낸 보고서 참조).

(3) 유럽인권협약 및 유럽인권협약 제11 의정서에 따라 유럽평의회 회원국 사이에서 위 협약상 권리침해 여부에 대하여는 최종심의 역할을 하는 유럽인권재판소는, 양심적 병역거부자들이 자국 내에서 처벌받고 그에 대하여 제소한 사건에서 차별금지 규정위반(Thilmmenos v. Greece, no.34369/97, 2000. 4. 6. 판결) 또는 비인도적 처우



금지규정위반(*Ülke v. Turkey*, no.39437/98, 2006. 1. 24. 판결)에 대한 판단만 하고, 유럽인권협약 제9조(자유권규약 제18조와 같은 내용이다)가 양심적 병역거부권을 인정하는지에 관하여는 소극적인 입장을 보이다가, 2011. 7. 7. 선고한 *Bayatyan v. Armenia* 사건(Application no. 23459/03)에 대한 대재판부(Grand Chamber)의 판결에서 전면적으로 견해를 바꾸었다. 즉 유럽인권재판소는 위 판결에서 '유럽인권협약이 명시적으로 양심적 병역거부권을 인정하고 있지 않지만, 유럽인권협약은 현실의 제조건 및 오늘날 민주국가에 있어 지배적인 이념에 따라 해석되어 한다'고 전제한 후 ① 이전에는 양심적 병역거부권을 인정하지 않던 유럽평의회 회원국 중 19개국이 위 판결선고 당시에는 국내법을 통하여 그 권리를 인정한 점, ② 유럽인권협약 제9조 및 제4조(강제노역에 관한 내용으로 자유권규약 제8조와 사실상 같은 내용이다)와 유사한 내용을 가진 자유권규약 제18조와 제8조에 대하여 자유권규약위원회는 윤여범, 최명진 사건에서 채택한 견해와 같이 양심적 병역거부권은 오로지 자유권규약 제18조만을 근거로 심리하여 자유권규약 제18조를 위반하였다고 결정한 점, ③ 유럽연합기본권 헌장이 명시적으로 양심적 병역거부권을 인정하고 있고, 이는 유럽연합 회원국 사이에서 양심적 병역거부권이 만장일치로 승인되었음을 반영하며, ④ 유럽평의회 산하 의원총회 및 각료위원회가 이미 여러 차례 회원국들에 양심적 병역거부권을 인정하도록 권고하였음을 근거로 유럽은 물론 유럽의 범위를 넘어선 차원에서 양심적 병역거부에 관하여 '사실상의 일반적인 총의'가 이루어졌다고 판결하였다. 위와 같은 *Bayatyan* 판결의 취지는 *Ercep v. Turkey* 판결(2011. 11. 22. 선고), *Savda v. Turkey* 판결(2012. 6. 12. 선고) 등 후속 판결에 유지되어 유럽인권재판소의 확고한 입장이 되었다.

그러므로 유럽연합 및 유럽평의회 체제 아래에서는 개별 당사국의 국내법을 규정에

관계없이 양심적 병역거부를 인정하고 있다고 보아야 하며, 따라서 유럽 차원에서는 일반적으로 승인된 국제법규의 수준에 이르렀다고 볼 수 있다.

나) 국제법 존중주의 원리상 자유권규약 등 보편적 국제조약에 대한 국제기구의 해석은 유력한 법률해석의 기준이 되어야 한다.

제2차 세계대전 후 인간성 파괴를 경험한 인류는 '기본적 인권과 인간의 존엄과 가치의 인식에 대한 믿음'(유엔 헌장 전문)에 따라 "인종, 성별, 언어 또는 종교에 따른 차별 없이 모든 사람의 인권 및 기본적 자유에 대한 존중을 촉진하고 장려"하기 위해(유엔 헌장 제1조 제3항) 유엔을 창설하였다. 이러한 인권존중 정신은 각국의 헌법에 반영되었고, 1948년 선포된 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)은 그에 따라 인간에게 보장되어야 할 인권과 기본적 자유의 목록을 수록하였다. 다만 세계인권선언은 법적 구속력을 가진 것이 아니었기에 그 내용을 구속력이 있게 하기 위한 국제적인 노력이 계속되었고, 그 결과물이 1966년 제정된 자유권규약과 사회권규약(경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약)이다.

한편 국제법의 국내적 효력을 규정한 헌법 제6조 제1항은 단순히 조약을 국내법 체계로 들여오기 위한 관문이 아니라, 위와 같은 세계적 합의인 전후 평화 및 인권에 대한 국제적 기준을 우리 국내법 체제 내로 도입하여 인권의 세계화를 추진하기 위한 것이다.<sup>11)</sup>

양심의 자유를 비롯하여 세계인권선언에 규정된 여러 권리를 구속력 있는 조약을 통해 실현하려는 목표로 제정·체결된 위 두 개의 국제규약은 인간의 존엄과 가치를 보호하기 위하여 인권이 단순한 국내문제가 아니라 전 세계적으로 보장되도록 해야 한다

11) 헌법 제6조 제1항의 직접적인 기원은 제1차 세계대전의 패전국인 독일제국이 해체된 후 제정된 바이마르 공화국 헌법 제4조이고, 제2차 세계대전 후 독일, 이탈리아, 일본, 그리스, 스페인 헌법이 이를 수용한 것이며, 제헌헌법도 같은 배경으로 이를 도입하였다.

는 당위성에서 등장한 것이고, 자유권규약의 경우에는 개인에게 직접 권리를 부여하고 있는 조항이 대부분이며, 그 내용은 우리 헌법상 보장된 기본권 목록과 대체적으로 일치한다. 이와 같은 자유권규약의 제정 경위, 그 내용과 헌법상 기본권과의 내용적 동일성, 인권의 보편성, 보편적 인권을 보장해야 할 국가의 국내적 및 국제적 의무 등을 고려할 때, 자유권규약 및 그에 대한 유권해석기구의 견해는 양심의 자유와 같이 헌법이 보장하는 기본권을 해석함에 있어 보충적 규범이 될 수 있다.

다) 자유권규약 제18조에 양심적 병역거부에 관한 권리가 포함되어 있는 것으로 보는 것이 이제는 확립된 국제적 기준이다.

(1) 자유권규약 제정과정에서 양심적 병역거부권을 포함하려는 논의가 있었다가, 다른 국가 대표들의 반론으로 인해 철회된 사실이 있기는 하나, 그 반론은 강제노역 금지조항(제8조)에 의해 이미 포섭되고 있다거나 양심적 병역거부가 종교의 자유 영역에 적절히 포섭되기 어렵다는 등의 내용이었다. 그러나 양심적 병역거부권은 유엔 차원에서는 1980년대에 발전하기 시작하여 1990년대에 급속도로 진전되어 2000년경부터 2012년까지 사이에 완전한 권리로 인정되기에 이르렀다. 따라서 자유권규약 제정 당시인 1966년경에 위 권리를 배제하려 했다고 하더라도 인권규약은 의미상 최저기준인 점, 인권을 비롯한 기본권은 지속적으로 발전하는 것인 점, 인권이 보편적인 권리라는 점 등을 고려할 때, 제정 당시 관여한 국가의 의사를 절대시할 수는 없다. 여러 국제기구는 자유권규약은 물론, 유럽인권협약, 미주인권협약 등에서 1980년대 후반부터 양심적 병역거부권을 인정하기 시작하여, 2010년대 들어와서는 양심의 진지성이 인정됨을 전제로 전면적으로 인정하고 있다. 국제사회의 문명국가에서는 양심적 병역거부권은 '떠오르는 권리'가 아니라 '이미 확립된 권리'이다.

(2) 유엔 인권이사회의 반복된 결의 등의 표명, 자유권규약위원회의 일반논평 및 대한민국에 대한 최종견해 및 개인통보사건에서 거듭 채택하는 견해 등을 종합하면, 유엔 체제 내에서 국제법 해석론으로는 자유권규약 제18조에는 양심적 병역거부에 관한 권리가 포함되어 있다는 점에 사실상 이의가 없다. 이와 같은 국제법 해석론의 확립에는 유럽인권재판소의 Bayatyan 판결에서 본 바와 같이 우리나라 국민이 제기했던 개인통보에 대한 자유권규약위원회의 결정이 크게 영향을 미쳤다. 그러한 사정에다가 ① 국제법 학계[세계국제법협회(International Law Association, ILA)의 2004년 최종 보고서]에서도 인권조약기구의 활동결과는 다수의 국내 법원에 있어 헌법 및 법률상의 인권보장 및 국내법으로 편입된 규정의 해석과 관련하여 적실성 있는 해석의 연원이 되었다고 보고 있고, ② 우리나라는 자유권규약 및 그 선택의정서에 자발적으로 가입하여 자유권규약위원회가 규약위반을 심사할 수 있는 권한을 인정하였으므로, 자유권규약위원회의 규약에 관한 유권해석에 관하여는, 최소한 자유권규약 가입국 사이의 다자간의 국제법적 관계에서는 구속된다고 할 것이며, ③ 규약 가입 후 대한민국 정부 스스로도 헌법에 직접 명시되지 않은 것이라도 규약은 존중되어야 하고, 어떠한 법률도 규약상의 권리를 침해할 수 없으며, 그러한 법률은 위헌이라는 의견을 표명하였다는 점을 더하여 보면, 자유권규약이라는 보편적인 국제조약을 해석함에 있어 '규약 자체에 명시된 권리'만을 자유권규약이 인정한 권리라고 좁게 보는 것은 자유권규약 준수에 관한 실질적인 국제법적 의무를 애써 외면하는 것이 될 것이다.

(3) 자유권규약위원회의 개인통보에 대한 견해는, 권리를 침해당했다고 주장하는 사람으로부터 진정을 제기 받아 당사국의 규약 위반 여부를 판단하는 것이므로, 사법적 판단과 유사하고, 대한민국 국민이 제기한 개인통보에 대한 여러 차례의 자유권

규약위원회의 견해에 비추어 보면, 앞으로도 국내 사법기관으로부터 유죄판결을 받은 양심적 병역거부자들이 제기하는 통보사건에 관하여 자유권규약위원회는 예외 없이 자유권규약 위반임을 인정하는 견해를 채택할 것이 예상된다. 그런데도 우리 정부 등은 자유권규약 제2조 제3항은 '당사국 상호간의 국제법상 의무로 규정하고 있는 것'이라는 이유로, 아무런 구제조치를 하지 않고 있다. 다른 한편으로는 일부이기는 하나 우리 국민 중 양심적 병역거부자가 외국에서 난민으로 인정받고 있다[대표적으로 호주난민법원의 071843748 [2008] RRTA 37(2008. 2. 20.), 1007199 [2010] RRTA 1162 결정(2010. 12. 30.)]. 현재 상태로 계속 양심적 병역거부자들을 처벌하는 것(2013. 6. 기준으로 전 세계에서 양심적 병역거부로 인한 투옥자가 723명인데, 그 중 669명이 대한민국 국민이고, 아르메니아 국적이 31명, 에리트리아 국적이 15명, 투르크메니스탄 국적이 8명이라고 한다. 유엔 인권최고대표부가 2013년 발간한 양심적 병역거부에 대한 분석보고서 참조)은 국제사회에서 대한민국이 자유권규약위반 국가라는 불명예를 감수해야 하는 상황이라 할 것이다.

## 6) 소결

국제법 존중주의라는 헌법 원리에 따라 국제적 인권기준이 수용되어야 한다. 인권조약은 모든 당사국에 동일한 일반적인 규범을 창설한다는 점에서 객관적 성격의 규범창설조약이다. 이러한 규범은 다른 당사국의 이행상태와 무관하게 당사국에 의해 적용되어야 한다. 즉 국제인권조약에 대해서는 전통적인 조약에서의 상호주의가 적용되지 아니한다. 종전 해석과 같이 자유권규약위원회 등의 권고 등에 대해서는 국내법적 구속력을 인정하지 않더라도, 국제법적 관계에서는 개인통보에 대해 자유권규약위원회가 권리침해를 인정한 사건에 대해서는 자유권규약 제2조에 의해 피해구제 조치를 취할

의무를 부담함은 분명하다. 그리고 '조약법에 관한 비엔나협약' 제27조는 "국내법과 조약의 준수"라는 제목으로 "어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법규정을 원용해서는 아니된다."(단서 생략)라고 규정하고 있으므로, 국내법적 상황을 근거로 국제법적 의무위반을 정당화할 수도 없다. 이러한 국제법 위반상태를 해소하기 위하여라도 국제기구의 결정 또는 권고를 최대한 존중하고 그에 부합하도록 법률을 해석하는 것이 헌법상 국제법 존중주의에 합치되는 것이다.

규범조화적 해석에 따라 이 사건 법률조항 중 '정당한 사유'에 양심적 병역거부가 포함된다고 해석하는 것은 국제법 존중주의에 의하여도 뒷받침된다.

## **6. 양심상 결정에 따라 현역병 입영을 거부한 경우를 '정당한 사유'에 포함된다고 해석하는 범위**

이 사건에서 피고인들이 부작위에 의한 양심실현의 자유를 행사함으로써 현역입영을 거부하는 것이 '정당한 사유'에 해당한다고 해석한다고 하여 피고인들에게 모든 병역의무 또는 병역의무를 대신하는 대체복무의무가 면제되는 것은 결코 아니다.

병역법 제88조 제1항은 현역입영뿐만 아니라 사회복무요원 소집, 교육 소집, 병력동원 소집 및 전시근로 소집에 대하여 정해진 기일 내에 입영 또는 소집에 응하지 아니하는 경우를 처벌하도록 정하고 있다. 또한, 제65조는 현역병으로 입영한 사람에 대하여 신체검사를 거쳐 보충역 편입 또는 제2국민역 편입 처분을 할 수 있다고 정하고 있으므로, 지방병무청장은 현역입영 소집통지서에 따라 입영한 후 보충역 편입 처분을 받은 사람에 대하여 다시 사회복무요원 소집 통지를 할 수 있고 이에 불응할 경우 형사처벌 대상이 된다.

양심의 자유는 법적 의무 자체로부터가 아니라 국가의 양심에 대한 강제로부터 벗어나도록 하는 것이기 때문에 국가가 국방의 의무라는 법적 의무를 통해 추구하는 입법 목적을 달성하기 위하여 대체복무제와 같은 대안을 마련하는 것은 양심의 자유를 침해하는 것이 아니다. 입법자가 대체복무제를 구체적으로 어떻게 설계하여 시행하는지에 따라 피고인들은 본인들이 밝힌 의사에 따라 현역병 복무기간 이상의 기간 및 그 복무강도 이상의 대체복무를 이행할 의무를 부담하게 될 수 있고, 그 의무를 위반할 경우에는 형사처벌 등의 제재를 받을 수 있다.

양심적 병역거부권을 헌법상 기본권으로 정하고 있는 독일의 경우 연방헌법재판소가 '선택적 병역거부(상황조건부 병역거부)를 부인'하고 있고[(BverfGE 12, 45(57)], 병역에 반대하는 단순한 선언만으로 병역거부를 인정하는 법률은 위헌이라고 보고 있으며, 병역거부자가 민간대체복무까지 거부하는 것은 허용되지 아니한다[BverfGE 19, 135(138); 23. 127(132)]고 판단하고 있는 것을 보더라도 병역의무 이행거부와 민간대체복무 이행거부는 각 비례의 원칙 준수 여부에 필요한 판단 요소를 완전히 달리하므로, 양심상 결정을 이유로 대체복무 이행의무까지 면제할 것을 주장하는 것이 정당한 사유에 해당하는지는 이 사건에서의 판단과 다를 수밖에 없다.

즉 이 사건에서의 '정당한 사유'에 관한 위와 같은 논거와 판단은 현역입영을 거부하는 것에 한정된다.

#### IV. 결론

##### 1. 양심의 자유의 상대적 우위성

가. 헌법이 보장한 기본권, 특히 우리 헌법 최고의 가치이자 국가목표규범이며, 국가

권력에 대한 한계이며 국가권력의 과제인 인간의 존엄과 가치를 보장하는데 필수적인 양심의 자유라는 기본권을 다루는 재판에서 법관에게 주어진 가장 큰 의무이자 무거운 의무는 헌법 규정 및 헌법 원칙에 맞게 법률조항을 해석하는 것이다.

헌법 제10조 후문이 "국가는 개인이 가지는 불가침의 기본권 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다"고 규정하여 국가가 기본권의 구속을 받음을 명시하고 있고, 제37조 제1항이 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다"고 규정하고 있는 한편, 인격권, 일반적 행동의 자유권, 개인정보자기결정권, 성적 자기결정권 등에 관한 실제 헌법해석에서 볼 수 있듯이, 헌법 해석은 그 문언의 본질적인 뜻을 벗어나지 않는 한 계속 변화하므로, 헌법상 기본권을 다루는 재판의 과제는 헌법에 근본적으로 규정되어 있는 자유를 시대에 맞게 변화시키고, 헌법을 시대에 맞게 적용하고 이해하는 것이라 할 것이다.

대법원도 2004년 전원합의체 판결 이전에는 '단순히 종교적 교리를 내세워 병역의무를 거부하는 것을 내용으로 하는 양심상의 결정은 헌법에서 보장한 종교와 양심의 자유에 속하는 것이 아니다'고 판시하였다가(대법원 1985. 7. 23. 선고 85도1094 판결, 대법원 1992. 9. 14. 선고 92도1534 판결 등 참조), 2004년 전원합의체 판결에서는 양심적 병역거부를 '양심상 결정에 반하는 행위를 강제당하지 아니할 자유에는 속한다'고 보았다. 그리고 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결은 그 당시 대체복무제를 두지 않았다고 하여 자유권규약위반으로 볼 수는 없지만, "장차 여건의 변화로 말미암아 양심의 자유 침해 정도와 형벌 사이의 비례관계를 인정할 수 없음이 명백한 경우에 조약 합치적 해석 혹은 양심우호적 법적용을 통하여 병역법 제88조 제1항 소정의 '정당한 사유'에 해당한다고 보아 적용을 배제할 여지가 전혀 없다고는 단정할 수 없다"



고 하였다.

나. 위에서 본 바와 같이 국방 정책의 내용 변화, 국민 여론의 변화, 국제사회에서의 인식 변화 및 국제법 관계에서 자유권규약위반이라는 확고한 판단 등의 사정변경은 결코 가벼운 것이라고 할 수 없다. 특히 우리 국민은 양심적 병역거부와 관련하여서는 '이해할 수 없는 행동에 대한 자유'까지 용인할 수 있다는 데 이르렀다.

이와 같은 여러 사정을 고려한다면, 기본권을 보장하는 것에 국가의 존재 의의가 있다는 보는 자유민주주의 이념, 즉 국가가 인간을 위해 존재하는 것이지, 그 반대가 아니라는 자유민주주의의 기본원칙에 따라 개인적 양심상의 결정에 사실상의 우위를 인정하는 것이 시대에 맞는 해석이라고 생각한다. 그것이 우리 헌법상 기본권 중 다른 기본권보다 더 강하게 보장받아야 할 정신적 기본권의 핵심인 양심의 자유를 최대한 보장하는 것임과 동시에 다수의 지배형태인 민주주의 한계인 소수자 보호 문제를 해결하고, 민주사회의 본질적 요소인 다원성, 관용, 포용성을 확인하여 자유민주적 기본질서를 보완하고, 자유민주국가인 대한민국의 강건함을 보여주는 것이다.

## **2. 실제적 조화의 원칙 또는 규범조화적 해석에 따른 비례의 원칙**

가. 우리 헌법제정권자는 국방의 의무라는 국민의 기본적 의무와 양심의 자유를 비롯한 기본권을 동등한 가치로 판단하고 있고, "헌법 제39조 제1항이 규정한 국방의 의무는 외적으로부터 국가를 방위하여 국가의 정치적 독립성과 영토의 완전성을 수호할 의무로서 국가의 존립을 가능하게 하는 가장 기본적인 의무라 할 것이고, 특히 남북이 분단되어 여전히 서로 군사적으로 대치되고 있어 불안정성과 불가예측성이 상존하는 우리나라의 특수한 현실적 안보 상황을 고려하면 국방의 의무는 보다 강조되어도 지나치다고 할 수는 없을 것"이고, "병역의무는, 궁극적으로는 국민 전체의 인간으로서의

존엄과 가치를 보장하기 위한 것"이라는 점에는 이의가 있을 수 없다.

다만 이 사건 법률조항이 가지는 이와 같은 입법목적의 정당성에는 이론의 여지가 없더라도 의무 이행을 확보하는 수단으로 피고인들에게 일률적으로 형벌을 가하는 것이 과연 또 다른 헌법상 기본원칙이자 국가권력 행사의 헌법적 한계인 비례성의 원칙을 준수한 것인지가 의심스러운 것이다.

나. 양심적 병역거부자들이 부작위를 통해 행사하는 양심실현의 자유는 특수하게도 국가로부터의 방어권을 의미하는 일반적인 자유권과는 달리 단순히 간접의 부재만으로 충분히 보장되는 기본권이 아니라 법질서와의 충돌상황을 회피할 수 있도록 국가가 배려해 주어야 실질적으로 보장된다. 독일연방헌법재판소는 대체복무제도는 병역거부자를 '병역기피자'라는 비난으로부터 보호한다고 판시한 바 있다[BverfGE 48, 127(165)]. 국가는 현역복무와 등가성 등이 인정되도록 세밀하게 설계된 대체복무제도를 마련함으로써 국방의 의무라는 중대한 공익을 해하지 않고도 양심의 자유를 다치지 않도록 할 수 있고, 이러한 소수자 보호를 통해 우리 민주주의의 정당성을 강화하고, 사회의 동화적 통합을 촉진할 수 있다. 그럼에도 그러한 조치를 전혀 취하지 않고 양심상 결정에 따라 입영을 거부하는 사람들에 대하여까지 이 사건 법률조항을 적용하여 무조건 형사 처벌하도록 해석하는 것은, 국방의 의무가 양심의 자유 못지 않게 중요한 헌법적 가치임을 감안하더라도 인간의 존엄과 가치에 대한 존중이라는 헌법의 핵심과 그에 직결된 기본권인 양심의 자유에 대하여 비례성을 준수하지 못한 침해를 용인하는 것이고, 충돌하는 두 개의 헌법적 가치 사이에서 어느 하나의 가치만을 실현되게 하는 것으로 적절한 조화와 균형을 실현하지 못한 것으로 판단된다. 이와 같은 해석은 양심의 자유와 국방의 의무라는 두 헌법적 가치 사이의 규범조화적 해석의 결과일 뿐만 아니라 평화

주의 및 국제법 존중주의라는 또 다른 헌법 원리에 의하여도 뒷받침된다.

따라서 양심상 결정에 근거하여 입영을 거부하는 피고인들에게 형벌을 부과하는 것이 국방의 의무만을 우선하고, 양심의 자유는 전혀 보장될 수 없게 되는 결과가 되는 현재의 위헌적인 상황을 배제하기 위하여 예외적으로 그에게 병역의무의 이행을 거부할 '정당한 사유'가 존재하는 것으로 보아야 한다.

### 3. 의심스러울 때 자유의 이익으로

한편 두 헌법적 가치 사이의 조화적 해결책을 위한 위와 같은 해석방법론이 아니더라도 이 사건의 경우 기본권에 덜 침해적인 다른 대안은 없는지를 판단하는 침해의 최소성 원칙이나 제한되는 기본권과 그로 인하여 달성하고자 하는 공익 사이의 법익 균형 형성 원칙에 부합하는 규범조화적 해석인지, 개인의 핵심적 자유인 양심의 자유에 우호적인 해석인지에 관하여 합리적인 의심을 배제할 수 없으므로, 국가는 이 사건 법률조항의 입법목적인 공익의 존재 및 이 사건 법률조항에 의하여 그와 같은 입법목적이 충분히 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 설득력 있게 입증하여야 할 것이다(국민의 기본권을 제함에 있어서는 규제하려는 쪽에서 국민의 기본권을 덜 제한하는 방법이 있는지 모색하여야 한다는 대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결의 취지 참조).

그러나 살펴본 바와 같이 민주사회에서 양심의 자유가 차지하는 특수성, 양심상 결정을 이유로 한 병역거부자들과 국방력에 관련된 사실판단의 결과, 형벌의 보충성 및 최후수단성과 정당화 요구, 국민 의식의 변화, 국제사회에서 양심상 결정에 따른 병역거부에 대한 중요한 인식 변화와 국제기구의 판단 변화, 양심상의 결정을 이유로 총을 들 수가 없어 입영을 거부하는 사람들을 매년 600여 명씩, 그것도 대부분 아무런 범죄 전력이 없는 20대 초반의 청년들로서 현역복무기간 보다 더 길고 힘들더라도 총을 들

지 않고 살상과 관련되지 않은 민간적 성격의 대체복무는 언제든지 얼마든지 이행하겠다고 밝히고 있는 사람들에게 유죄를 선고하면서 1년 6개월 동안 구금하는 가혹한 현실 등을 모두 고려할 때, 형벌 부과로 인하여 얻을 수 있는 국방력 강화 등의 공익이 실제로 달성되는지에 관하여 설득력 있게 증명되었다고 보기 어렵다.

이러한 경우라면 "의심스러울 때 피고인의 이익으로, 자유의 이익으로"라는 헌법 및 형사소송법의 대원칙을 이 사건 법률조항이 규정한 '정당한 사유'에 대한 해석에도 유념하여 관철하여야 할 것이다. "의심스러울 때 자유의 이익으로"라는 대원칙에 의할 경우 충돌하는 두 헌법적 법익 중 국가가 증명해야 할 공익이 충분히 증명되지 않았다는 점에서 양심의 자유라는 기본권에 근거한 입영거부는 '정당한 사유'에 해당한다고 보아야 한다.

#### 4. 결론

이상과 같은 이유로 피고인들에 대한 각 이 사건 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 따라 피고인들에 대하여 각 무죄를 선고한다. 그리고 형법 제58조 제2항에 따라 판결의 요지를 공시한다.

판사            강재원 \_\_\_\_\_