

2002년도 인권상황 실태조사

한국내 양심적 병역거부의
인정여부에 관한 이론적·실증적 연구

국 가 인 권 위 원 회

한국내 양심적 병역거부의 인정여부에 관한 이론적·실증적 연구

국
CPh1.69
인권정보자료실

2002년도 인권상황 실태조사

한국내 양심적 병역거부의
인정여부에 관한 이론적·실증적 연구

국 가 인 권 위 원 회

한국내 양심적 병역거부의
인정여부에 관한 이론적·실증적 연구

국가인권위원회 2002년도 인권상황 실태조사 보고서를 제출합니다

2002. 12. 30

고려대학교 법과대학 교수 김선택

목 차

제1장 서론

I. 문제상황	1
II. 연구목적과 구성	3

제2장 양심적 병역거부의 개념 · 역사 · 입법례

I. 양심적 병역거부의 개념과 유형	5
1. 양심적 병역거부의 개념	5
2. 양심적 병역거부의 유형	6
II. 양심적 병역거부의 역사	7
1. 양심적 병역거부의 유래 - 기독교적 전통	7
2. 두 차례의 세계대전과 양심적 병역거부의 전개	10
3. 양심적 병역거부의 현대적 전개	13
III. 양심적 병역거부의 입법례	15
1. 국가적 차원 - 개별국가의 입법례비교	15
2. 국제적 차원	18

제3장 양심적 병역거부에 대한 헌법이론적 검토

I. 헌법상 '양심의 자유'로부터 양심적 병역거부권의 도출가능성	26
1. 헌법상 양심의 자유	26
2. 양심적 병역거부권의 도출가능성	29
II. 국제인권으로서의 양심적 병역거부권의 수용가능성	33
1. 국제인권조약의 형식으로 수용될 가능성	34
2. 일반적으로 승인된 국제법규의 형식으로 수용될 가능성	36
III. 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법의 위헌성검토	38
1. 양심적 병역거부에 대응하는 헌법상의 법익	39
2. 법익충돌과 대안적 해결방법	43
3. 현실적 여건과 양심적 병역거부 인정의 어려움	46
4. 현실적 여건의 극복 수단과 그 한계	49
5. 양심적 병역거부와 관련된 그 밖의 평등권의 문제	53

6. 양심의 자유의 본질적 내용과 양심적 병역거부	54
7. 소결	55

제4장 양심적 병역거부에 대한 입법론적 대안

I. 양심적 병역거부에 대한 가능한 해결방안	57
II. 병역거부자의 양심을 고려해야 할 법적용기관의 의무	59
1. 이중처벌금지	59
2. 수사단계	60
3. 양형단계	61
4. 행형단계	62
III. 비전투복무 및 대체복무제의 도입가능성과 제도화방안	63
1. 양심적 병역거부의 입법과 법익형량	64
2. 양심적 병역거부의 단계적 유형화와 인정범위의 한계	64
3. 비전투복무 및 대체복무제의 도입가능성	67
4. 비전투복무 및 대체복무제의 제도화방안	72
5. 대체복무제 입법안 검토	73

제5장 결론

1. 양심적 병역거부의 인정여부에 대한 제 견해에 따른 가능한 해결방안	77
2. 입법론적 대안으로서 비전투복무 및 대체복무제의 도입과 제도화를 위한 입법자의 역할	78

참고문헌	81
------	----

<표 목차>

<표 1> 1990년대 양심적 병역거부자의 증가추이	2
<표 2> 양심적 병역거부자의 형량별 분포	2
<표 3> 병력자원의 부족현황	47

제1장 서론

I. 문제상황

국민의 기본권보장은 헌법국가가 실현해야 할 가장 중요한 국가과제이다. 헌법국가는 국민의 기본권에 기속되며 국민의 기본권을 보장함으로써 정당화된다. 그러나 국민의 기본권은 국가 자체의 존립 없이는 보장될 수 없다. 국가 자체가 없다면 국민은 기본권보장의 울타리를 상실하게 된다. 밖으로는 외적의 침입으로부터 국가를 방어하고 안으로는 법적 질서를 유지함으로써 국민을 보호하는 국가안보는 국가의 존립을 위한 헌법국가의 중요한 과제이다. 이러한 헌법국가의 과제들은 형량의 과정을 거쳐 조화롭게 조정·실현되어야 하지만 헌법국가가 정상적으로 운영되지 않을 경우 과제실현의 비중이 한 쪽으로 치우칠 수도 있다.

과거 세계의 세력구도가 이념을 중심으로 편성되었던 시기에 우리나라는 그 대립의 중심에 있었다. 대립과 반목으로 점철되었던 남북간 긴장관계로 인해 국가안보에 큰 비중을 둘 수밖에 없었다. 계속된 군사정권 하에서 개인의 '진지한 마음의 소리'에 귀 기울일 여유는 찾을 수 없었다. 남북간의 대립이 지속되었고 국민의 민주주의를 향한 여망과 지배자의 권력유지의 욕구 사이에 갈등이 끊임없이 빚어졌다. 민주주의가 제대로 구현되지 않는 상황에서 사회적 소수자를 배려하는데까지 관심이 미치지 못했다. 그 동안 현실적 여건과 인식에 많은 변화가 있었다. 이념을 중심으로 편성되었던 세계의 세력구도가 해체되었고 남북간의 화해분위기가 자리 잡으면서 긴장관계도 일정 부분 해소되었다. 또한 국내에서도 민주주의가 성숙해 나가면서 사회적 소수자의 목소리에 귀 기울일 수 있는 여유가 생겼고 그간 수면 아래서 빛을 보지 못했던 소수자와 약자의 인권문제가 하나 둘씩 불거져 나왔다. 그 중에서 특정 종교의 신도들을 중심으로 50여 년 전부터 지속적으로 발생해온 양심적 병역거부의 문제도 여러 가지 형태로 가시화 되면서 공론의 장으로 들어오게 되었다. 지난 50여 년간 1만명이 넘는 여호와의 증인들이 양심적 병역거부로 처벌받았고 매년 처벌받는 수도 1992년 220명에서 2000년 642명으로 늘어나

2001. 12. 15. 현재 양심적 병역거부자로서 수용된 자(미결 포함)가 1640명에 이르는 현실에 관심이 모아지고 공론화가 진행되어 이들의 인권문제가 부각되었다. 1) 그러자 국회가 의원입법으로 양심적 병역거부에 대한 대체복무법안을 발의하기도 했으며 2) 법원은 양심적 병역거부자에 대해 종래 최고형을 선고하던 관례에서 벗어나 재징집이 면제될 수 있는 범위 내의 최저형을 선고하는 등 변화가 있었다. 3) 나아가 법원이 병역법 제88조 제1항 제1호에 대한 위헌여부심판을 헌법재판소에 제청하기에 이르렀다. 4) 이에 북한의 위협이 화해분위기와 무관하게 존재하고 있는 현실과 양심적 병역거부자의 '내면의 진지한 소리'를 무조건 외면할 수 없는 현실의 갈등 속에서 양심적 병역거부의 문제를 진지하게 그리고 구체적으로 검토할 것이 요구되고 있다.

1) <표 1> 1990년대 양심적 병역거부자의 증가추이

연 도	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
수형자수(명)	220	277	233	437	355	403	474	513	642

자료 : 2001년 국방부가 국방위원회에 제출한 국정감사자료집 참조

<표 2> 양심적 병역거부자의 형량별 분포

형량(개월)	36	30	24	18	미결	합계
수형자수(명)	1,314	25	30	165	106	1,640

자료 : 홍영일, 양심적 병역거부와 여호와의 증인, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002, 216면

- 2) 안경환·장복희 편, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002, 373~380면에 수록되어 있는 민주당 장영달, 천정배 의원의 '병역대체복무에관한법률(안)'(2001. 6. 25) 참조.
- 3) 양심적 병역거부자는 입영후 징집을 거부하여 군사재판에서 군형법상 항명죄로 법정최고형인 징역3년을 선고받고 복역하는 것이 보통이었으나 2001년 민간법원에서 양심적 병역거부자에게 병역법위반으로 (징역3년의 최고형을 선고하지 않고 병역이 면제되는 최저형인) 징역 18개월까지 형량을 줄이자 그 후 대부분의 병역거부자들이 입영을 하지 않고 민간법원에서 재판을 받고 있다. 「종교신념 병역거부자에 징집면제 최소 형량」, 『한겨레』, 2001. 9. 14, 13면; 「양심적 병역거부 1년6월형 관행화」, 『한겨레』, 2002. 2. 1, 15면 참조.
- 4) 서울지법 남부지원 형사1단독 박시환 부장판사는 2002. 1. 29. 종교적 이유로 입영을 거부한 여호와의 증인 신도가 "양심의 이유로 병역을 거부한 자에게 대체복무 제도의 기회를 주지 않고 처벌조항만 둔 현재의 병역법은 헌법의 기본권 보장 정신에 위배된다."며 법원에 제출한 위헌법률심판 제청신청을 받아들여 재판을 중단하고 그 신도의 보석신청을 받아들였다 (『양심적 병역거부' 처벌 위헌제청』, 『한겨레』, 2002. 1. 30, 1면). 위헌법률심판 제청 결정문은 안경환·장복희 편, 위의 책(각주 2), 2002, 368~372면 참조.

II. 연구목적과 구성

본 연구의 목적은 한국 내 양심적 병역거부의 인정여부와 대체복무의 입법화에 대한 사회적 논란이 가속화되고 있는 현 시점에서 양심적 병역거부에 대한 이론적·법적 근거를 점검하고 양심적 병역거부자의 법적 지위에 관련한 입법론적 대안을 검토하는데 있다. 이를 위해 본 연구는 양심적 병역거부에 대한 개념·역사·입법례, 양심적 병역거부에 대한 헌법이론적 근거, 양심적 병역거부에 대한 입법론적 대안의 세부분으로 나누어 논의를 진행하려고 한다.

제2장에서는 양심적 병역거부의 개념·역사·입법례를 살펴본다. 양심적 병역거부의 개념과 유형을 명확히 하고 양심적 병역거부에 대한 역사적 맥락을 짚어 나가면서 한국내 양심적 병역거부를 인정하는 입법의 모델이 될 만한 외국의 입법례를 검토한다. 제3장에서는 양심적 병역거부에 대한 헌법이론적 근거를 검토한다. 양심적 병역거부를 인정하는 명문규정은 없으나 헌법상의 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출될 수 있는지, 국제인권으로서(양심의 자유로부터) 양심적 병역거부권을 인정하여 국내에 적용할 수 있는지 등, 양심적 병역거부의 법적 근거에 대해 검토하고, 양심적 병역거부에 대응하는 헌법상의 법익으로서 국가안보 및 병역의무에 대해 살펴본다. 그리고 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출되는 지 여부에 대한 학설의 입장에 따라, 대안적 해결방안인 대체복무제를 수반한 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 할 경우 양자의 법익충돌을 해결할 수 있는지, 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법이 헌법에 위반되는 것은 아닌지 여부 등을 검토한다.

제4장에서는 양심적 병역거부에 대한 입법론적 대안을 제시한다. 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법이 헌법에 위반되는지에 대한 학설의 입장에 따라 가능한 문제해결방안을 모색한 후, 먼저 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 하기 전 단계에서 병역거부자의 양심을 고려해야 할 법적용기관의 의무를 검토한다. 그리고 입법자가 입법형성권의 범위 내에서 양자의 법익을 형량하여 양심적 병역거부를 인정하는 입법론적 대안을 마련할 수 있도록 비전투복무 및 대체복무의 도입가능성과 제도화방안을 검토한다. 마지막으로 양심적 병역거부를 도입하기 위해 성안된

대체복무제를 수반한 병역거부의 입법안(병역법개정안, 대체복무법안)의 이론적 문제점 및 현실적합성을 검토한다.

제2장 양심적 병역거부의 개념 · 역사 · 입법례

I. 양심적 병역거부의 개념과 유형

1. 양심적 병역거부의 개념

세계 각국에서 일반적으로 양심적 병역거부를 지칭하는 용어는 'Conscientious Objection'(양심적 거부)이다. 양심상의 결정을 이유로 국가 법질서에 의해 부여된 법적 의무를 거부하는 행위유형은 다양하지만 대표적인 유형이 양심적 병역거부이므로 줄여서 'Conscientious Objection'이라고 부른다.⁵⁾ 국내에서는 양심적 병역거부가 군대 내에서 무기사용거부, 즉 집총거부를 중심으로 행해져 왔으므로 '양심적 집총거부'라는 용어를 사용하기도 하며⁶⁾, 병역거부의 주된 사유가 평화주의에 기초한 전쟁반대이므로 '양심적 반전'이라고 부르기도 한다.⁷⁾ 그러나 '양심적 집총거부'라는 용어는 개념적으로 집총병역만을 포함하고 집총병역외의 복무(비전투복무)까지는 포함하지 않는 좁은 개념이고 '양심적 반전'이라는 용어는 병역거부

5) C.O.(conscientious objection)라는 용어는 본래 개인과 국가의 관계설정과 관련된 다양한 거부권(예컨대 증인선서의무, 징종의무, 취학의무, 납세의무, 병역의무 등에 대한 거부권)을 의미하였으나 1846년 영국 민병대의 단기적인 강제 징병 기간 중 '양심적 병역거부자들의 보호'를 선언하는 전국반민병대연합이 조직되면서 처음으로 병역의무와 관련하여 사용되었고 1890년대와 제1차세계대전을 거치면서 보편화되어 현재와 같이 양심적 병역거부의 의미로 쓰이게 되었다. 김두식, 칼로 쳐서 보습을 - 양심에 따른 병역거부와 평화주의, 뉴스앤조이, 2002, 40~41면 참조.

6) '양심적 집총거부'는 거부대상인 병역을 '무기를 휴대한 병역(Kriegsdienst mit der Waffe)'으로 규정한 독일 기본법 제4조 제3항의 영향을 받은 용어로 보인다. 국내에서 '집총거부' 내지 '집총병역거부'라는 용어를 사용한 예로는 권영성, 헌법학원론, 박영사, 2002, 455면; 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2000, 295면; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2002, 564면; 조국, 양심적 집총거부권 : 병역기피의 빌미인가 양심의 자유의 구성요소인가?, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002, 50면; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2002, 462면 등이 있다.

7) '양심적 반전'이라는 용어를 사용한 예로는 김문현, 양심의 자유, 고시연구, 2000, 10, 21면 등이 있다.

이외에도 반전의 다른 수단들을 포함할 수 있는 넓은 개념이라는 점을 고려할 때 양심적 병역거부라는 용어를 사용하는 것이 적절하리라 본다.⁸⁾ 양심적 병역거부를 인정하는 국가들도 자국의 사정에 따라 서로 다른 형태로 병역거부를 인정해왔기 때문에 그 개념을 통일적으로 정의하기가 용이하지 않지만, 일반적으로 병역의무가 인정되고 있는 국가에서 종교적·윤리적·철학적·정치적 또는 이와 유사한 동기로부터 형성된 양심상의 결정으로 병역의무의 일부 또는 전부를 거부하는 행위를 양심적 병역거부라고 한다. 그리고 이러한 양심상의 결정을 실현하는 행위를 (기본권으로서 보호되는 권리로 보든지 또는 단순한 법률상의 권리로 보든지) 법적 권리로 보호해 주는 것을 양심적 병역거부권이라고 부른다. 일반적으로 양심적 병역거부는 병역의무의 부과를 전제로 하지만 일반적 병역의무가 없는 국가에서 지원에 의해 군복무 중에 병역거부를 초래하는 양심상의 결정이 형성되어서 병역거부를 하는 경우도 양심적 병역거부의 범주에 포함하기도 한다.

2. 양심적 병역거부의 유형

양심적 병역거부는 병역거부의 동기, 병역거부의 시기, 병역거부의 정도 등 여러 가지 기준으로 분류할 수 있다.

첫째, 병역거부의 동기를 기준으로 크게 종교적 양심에 근거한 병역거부와 그 밖의 윤리적·철학적·정치적 양심에 근거한 병역거부로 분류할 수 있다. 양심적 병역거부를 인정해 온 각국의 입법 추세를 볼 때 초기에는 양심적 병역거부의 요건으로 특정 종교종파의 구성원일 것을 요구하거나 절대자에 대한 믿음을 요구하는 등 종교적 양심에 근거한 병역거부를 우선적으로 인정해 오다가 점차 그 밖의 종교의 신자에게, 나아가 윤리적·철학적·정치적 양심에 근거한 병역거부에까지 확대해서 인정해 오고 있음을 알 수 있다. 현재까지 국내에서 병역거부를 해서 처

8) '양심적 병역거부' 내지 '양심상의 이유로 인한 병역거부' 등의 용어를 사용한 예로는 김효전, 양심의 자유와 병역의 거부, 고시계, 1975. 2, 87면 ; 김두식, 위의 책(각주 5), 40면 이하; 양건, 국가와 종교의 관계에 대한 법적 고찰, 현대공법학의 제문제 : 윤세창박사정년기념논문집, 박영사, 1983, 601~603면; 최용기, 양심의 자유와 병역거부, 고시연구, 1990. 10, 36면 이하; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2002, 384면; 한인섭, 양심적 병역거부 : 헌법적·형사법적 검토, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002, 15면 이하 등이 있다.

별받은 사람들은 대부분 여호와의 증인 신도들이었고 최근에 그 밖의 종교에 기초한 양심이나 윤리적 양심에 근거하여 병역을 거부하는 사례도 있었으나 아직까지 그 비중은 미미한 수준이다.

둘째, 병역거부의 시기를 기준으로 평시인지 전시인지, 복무 전인지 복무 중인지에 따라 평시병역거부, 전시병역거부 그리고 복무 전 병역거부, 복무 중 병역거부로 나눌 수 있다. 병역거부는 전쟁의 위험이 없는 평시에 자신의 양심상의 결정에 따라 복무 전에 행해지는 것이 보통이지만 전쟁에 임박하여 내지는 전쟁 중에 집총을 거부하는 경우도 있다. 전쟁의 위험이 없는 평시 보다 전시의 병역거부가 국가안보에 더 큰 부담을 주는 것은 물론이다. 한편 복무 전 병역거부는 병역 자체를 전부 거부하고 징병검사나 입영을 하지 않는 경우이고 복무 중 거부는 군에 입대하여 군인신분을 취득한 자가 군사훈련이나 집총을 거부하는 경우로 복무 중인 군인의 병역거부가 복무 전 민간인의 병역거부보다 국가안보에 더 큰 부담을 준다. 국내에서 복무 전 병역거부자는 병역법 제88조의 입영기피죄에 해당하며 복무 중 병역거부자는 군형법 제44조의 항명죄에 해당한다. 그리고 복무 중 병역거부는 지원병이 복무 중 형성된 양심상의 결정으로 병역거부를 하는 경우도 포함할 수 있으므로 병역의무가 인정되는 징병제 국가에서 뿐만 아니라 지원제를 채택하고 있는 국가에서도 문제될 수 있다.

셋째, 모든 전쟁에 대해 병역거부를 하느냐 전쟁의 성격, 대상, 수단에 따라 특정 전쟁에 대해서만 병역거부를 하느냐를 기준으로 보편적 병역거부, 선택적 병역거부로 나눌 수 있다. 보편적 병역거부는 모든 전쟁에 대해 반대하여 집총을 거부하는 것이고 선택적 병역거부는 전쟁의 성격, 대상, 수단을 기준으로, 예컨대 정당한 전쟁이 아니라는 병역거부자의 판단 아래, 같은 민족에 대한 전쟁, 핵무기를 수단으로 하는 전쟁 등 특정 전쟁에 대해서만 병역을 거부하는 것을 말한다. 양심적 병역거부를 인정하지 않는 국가들은 대부분 보편적 병역거부를 대상으로 양심적 병역거부의 도입 여부를 검토하고 있으며 이미 보편적 병역거부를 인정한 국가들이 비로소 선택적 병역거부의 도입여부에 대한 논의를 하고 있다. 복무 중에 새롭게 보편적 병역거부의 양심적 결정을 하는 경우는 적기 때문에 보편적 병역거부는 복무 전 병역거부로서 문제되는 것이 보통이지만, 특정 전쟁에 대해 병역거부를 하는 선택적 병역거부는 복무 중의 병역거부에서 특히 문제된다. 상대적으로 선택적 병역거부는 보편적 병역거부에 비해 양심상 결정을 확인하기 어렵고 복무 중인 군

인의 비중이 높기 때문에 보편적 병역거부보다 국가안보에 주는 부담이 크다.

넷째, 병역거부의 정도에 따라 절대적 병역거부, 대체복무적 병역거부, 비전투복무적 병역거부로 분류할 수 있다. 절대적 병역거부는 병역을 전부 거부하면서 어떠한 대체복무도 거부하는 반면 대체복무적 병역거부는 병역은 전부 거부하지만 그에 상응하는 대체복무는 이행한다. 그러나 비전투복무적 병역거부는 병역의 일부만을 거부하는, 즉 집총복무 등 전투와 관련된 복무만을 거부하고 그 밖의 군대 내 비전투복무는 수행하는 병역거부이다. 예컨대 대체복무 병역거부자는 병역복무 대신 사회복지시설이나 교도소, 소방서, 경찰서, 병원 등에서 복무하며, 비전투복무 병역거부자에게 집총복무가 아닌 의무병 등 비전투복무를 하도록 하는 것을 말한다. 대체복무조차도 거부하는 것 보다는 대체복무라도 하는 것이, 군대 밖에서 민간대체복무를 하는 것 보다는 군대 내에서 비전투복무를 하는 것이, 국가안보에 부담을 덜 주는 병역거부유형이 될 것이다.

II. 양심적 병역거부의 역사

1. 양심적 병역거부의 유래 - 기독교적 전통

양심적 병역거부는 기독교적 전통에서 그 유래를 찾을 수 있다. 초기기독교는 예수그리스도의 가르침에 따라 병역에 나서지 않았다.⁹⁾ 서로 사랑하라는 예수그리스도의 가르침과 적을 죽여야 한다는 군인의 의무가 조화를 이룰 수 없다는 것이다. AD 170년까지는 기독교인들이 로마제국 군대에 복무했다는 기록을 찾을 수 없으며 기독교는 로마제국과 충돌하지 않았다. 당시 로마는 로마의 평화(Pax

9) 초기기독교의 병역거부의 배경에 대해서는 논란이 있다. 전통적으로 로마카톨릭사가들은 초기기독교와 로마군대와의 갈등은 기독교의 평화적 또는 비폭력적 관심 때문이 아니라 군대 내의 우상숭배에 기인하였다고 주장해 왔다. 이에 대해 평화주의의 입장에 있는 프로테스탄트 사가들은 초기기독교와 로마군대와의 갈등은 우상숭배도 간과할 수 없지만 결정적인 요인은 그리스도교회의 평화적, 비폭력적 관심에 있었다고 한다. 기독교인들의 병역거부가 평화주의에 기초한다는 것은 바로 프로테스탄트 사가들의 입장에 따른 것이다. 초기기독교의 병역거부에 대한 상세한 내용은 오만규, 초기 기독교와 로마군대, 한국신학연구소, 1999, 39면 이하; 김두식, 위의 책(각주 5), 48면 이하 참조.

Romana)를 구가하던 시대로서 전 시민을 상대로 징병제를 실시할 필요가 없었기 때문이다. 그러나 2세기 말부터 군대내부에 기독교로 개종하는 군인들이 증가하고 변방의 수비 등을 위해 징집된 기독교인들이 늘어나게 되자 기독교가 점차 병역문제에 로마제국과 충돌하게 되었다. 황제에 대한 충성서약을 우상숭배로 보거나 그리스도의 가르침에 따른 평화주의적 신념을 지키기 위해서 병역을 거부하였던 것이다.

그러나 콘스탄티누스 대제가 기독교를 공인하고 로마제국이 기독교화 됨에 따라 군인의 군복무에 대한 기독교 평화주의입장이 약화되면서 병역문제를 둘러싼 로마제국과의 충돌도 완화되었다.¹⁰⁾ 로마제국 내에서 기독교인들이 급증하자 기독교인들도 병역의무이행이라는 사회적 책임을 부담하지 않을 수 없게 되었기 때문이었다. 부분적으로 전시대의 평화주의적 전통을 유지하면서도 군복무와 기독교와의 갈등을 완화시키려는 노력이 계속되었으나 결국 교회는 군복무를 전폭적으로 수용하게 되었고 병역거부의 평화주의적인 전통은 수도원운동이나 그 밖의 종교분파운동을 통해서만 강조되어왔다. 이러한 입장의 이론적 근거가 되는 것은 아우구스티누스의 '정당한 전쟁'이론이다. 전쟁 그 자체는 악하지만 특정한 조건아래서 전쟁을 정당화하는 기준을 제시해 주는 이론이다. 악의 세력이 융성하는 것을 막기 위해 좀 덜한 악을 사용할 수 있고 전쟁이 그 수단이 될 수 있다는 것이다.

이러한 '정당한 전쟁'이론이 교회의 기본입장이 된 이래 중세를 지나는 동안 이에 대한 별다른 이의제기가 없었다. 오히려 교회는 정치권력과 결탁하여 '거룩한 전쟁'이라는 개념을 받아들였고 이방인의 수중에 있는 성지를 탈환하자는 십자군전쟁을 감행하기에 이르렀다. 토마스 아퀴나스에 의해 집대성된 '정당한 전쟁'의 논리조차 십자군전쟁을 정당화하는 수단으로 이용되었다. '정당한 전쟁'의 원칙 자체가 '하나님의 적'과 싸우는 동안에는 잠시 적용이 중단된다고 하면서 다른 종교 신봉자들을 하나님의 적으로 간주하여 개종 또는 죽음을 강요하였다. 물론 중세에도 순례자나 성직자들은 전쟁에 참여하는 것이 금지되었고 평화주의의 전통을 지킨 기독교 소수 종파도 없지 않았지만 중세에는 기사계급과 용병들이 전쟁을 수행하였고 국가에 대한 시민의 의무로서의 병역개념이 아직 존재 하지 않았기 때문에

10) 311년 콘스탄티누스대제는 종교의 자유를 선언하고 성직자의 정치적 시민적 의무를 면제하였으며 교회는 정부로부터 재정적 보조금을 받기 시작했다. 380년 테오도시우스황제가 동방에서 그라시안 황제는 서방에서 그리스도교를 제국의 공식적인 종교로 규정했다. 416년에 결국 로마제국은 모든 병사들이 그리스도교인이 될 것을 의무화했다.

병역거부의 전통이 크게 드러나지는 않았다.

종교개혁이후에도 카톨릭의 정당한 전쟁의 전통은 종교개혁자들에게 수용되었고 1618년 베스트팔렌평화조약이 체결될 때까지 거의 모든 종교개혁종파들은 다양한 형태의 종교전쟁에 참여하였다. 그러나 초기 기독교의 평화주의 전통을 계승한 종파인 재세례파는 모든 종류의 폭력을 거부하는 평화주의적 입장을 취했고 이들의 병역거부에 대해 나라별로 비공식적인 승인이 많이 이루어졌다. 그 밖에 평화주의적 입장을 갖고 있었던 종파들은 영국퀘이커교도들과 독일의 경건주의자들이었다. 독립 이전의 영국령 미국에서는 자신의 신앙을 지키기 위해 미국으로 이주한 이들의 병역거부를 인정했고 이러한 관용적 태도는 독립전쟁 중의 민병대와 독립 후의 미국정부에까지 그대로 계승되었다. 남북전쟁 중에도 북부와 남부 지도자들은 모두 전통적인 평화주의 교회와의 타협을 시도했고 병역거부자들에게 일정한 과징금을 부과하거나 대리복무를 인정함으로써 이들의 병역거부를 인정하였다. 다만 전통적인 평화주의 종파에 속하지 않은 개인들의 병역거부는 허용되지 않았다.

2. 두 차례의 세계대전과 양심적 병역거부의 전개

프로이센에서 시작되어 독일로 이어진 대규모 징병제도가 제1차 세계대전 직전까지 유럽 전역에 도입되면서 유럽에서의 양심적 병역거부의 인정은 미국보다는 다소 늦어졌다. 20세기 초에 이미 양심적 병역거부를 인정한 유럽국가들도 많았지만 프랑스, 독일, 오스트리아처럼 20세기 중반이 넘어서야 인정한 국가들도 있었다. 제1차세계대전 전에 양심적 병역거부를 인정한 나라는 스웨덴(1902), 노르웨이(1902), 네덜란드(1912), 제1차 세계대전 중에 양심적 병역거부를 인정한 나라는 덴마크(1917), 제2차 세계대전 이후에 양심적 병역거부를 인정한 나라는 핀란드(1931), 벨기에(1964), 룩셈부르크(1963), 오스트리아(1955), 프랑스(1963), 헝가리(1949), 동독(1964) 등이다.¹¹⁾ 이 중에서 특히 1870년 독일과의 전쟁에서 패하면서 전국적인 징병제도를 다시 채택하게 된 프랑스는 20세기 중

11) 그 밖에 두 차례의 세계대전에 상대적으로 영향을 적게 받은 중남미, 아프리카, 오세아니아 국가들은 각국의 사정에 따라 양심적 병역거부를 인정하였다. 브라질(1981), 파라과이(1921), 멕시코(1940), 남아프리카(1912), 남로디지아(1925), 호주(1903), 뉴질랜드(1912) 등

반까지 양심적 병역거부를 인정하지 않았고 오히려 매우 중한 형벌을 부과하였다. 첫 번째 병역 거부시 징역 1년이 부과되고 그 후 징병통지를 거부할 때마다 2년씩의 징역을 받게 했는데 이러한 처벌은 해당자의 연령이 50세에 이를 때까지 계속되었다. 이러한 제도는 두 차례의 세계대전을 경과하면서도 바뀌지 않고 1950년까지 기본틀을 유지하다가 1963년에 이르러서야 양심적 병역거부를 인정했다.¹²⁾ 독일에서는 제1차 세계대전 중 양심적 병역거부자들은 아주 소수였는데 이들은 정신병자로 처리되어 병역을 면제받거나, 정신치료를 명령받거나, 군에 대한 불평을 선동한 죄로 투옥되었다. 징병제도를 강화했던 나치독일에서는 1938년 이후 양심적 병역거부자들을 대부분 강제수용소로 보내 처형하였다. 대부분이 여호와의 증인이었던 이 시기의 양심적 병역거부자들 중 대략 250명 정도가 처형되었고, 그 밖에도 수용소 내 가혹행위와 기아로 다수의 양심적 병역거부자들이 사망했다고 한다.¹³⁾ 나치 하에서 자행된 이러한 만행에 대한 반성으로 독일은 종전 이후 기본법에 양심적 병역거부권을 인정하는 명문의 규정을 두는 등 세계 어느 나라보다 관대하게 양심적 병역거부를 인정게 되었다.

제1차 세계대전 참전을 계기로 전국적으로 징병제도를 실시했던 미국은 전통적으로 평화주의 종파에 속한 사람들에게 대해 비전투복무를 인정하는 입법을 하였다.¹⁴⁾ 병역거부는 인정하되 병역거부의 동기를 좁게 한정하고 민간대체복무는 인정하지 않는 절충적인 형태의 입법이었다. 이 법안에 따라 1917~1918년의 전쟁기간동안 총 65,000명이 양심적 병역거부 등록을 했고 이 중 57,000명이 양심적 병역거부자로 인정받았다. 그들 중 30,000명이 신체검사를 통과했고 그 중 21,000명이 비전투복무를 위한 입영처분을 받았으나 가혹한 처우와 부대장들의

12) M.-L. Martin, "France: A Statute but No Objection", *The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance*, Oxford University Press, 1993, pp.82~87.

13) J.-N. Pellechia & J. Chu, "From Marginalization to Martyrdom: The Nazi Persecution of Jehovah's Witnesses", in J.-K. Roth & E. Maxwell eds., *Remembering for the Future: The Holocaust in an Age of Genocide Volume 1 History*, Antony Rowe Ltd., 2001, p.503(김두식, 위의 책[각주 5], 102면에서 재인용)

14) 1917년의 미국병역법은 "종교적 교리가 그들의 구성원으로 하여금 어떤 종류의 전쟁에도 참여하지 못하도록 금지하고 있는, 잘 알려진 종파의 구성원"에게 병역을 강요하지 못하도록 하되, 대신 이들로 하여금 대통령이 비전투복무라고 규정한 복무에 종사하도록 하는 형태로 입법되었다.

설득에 의해 약 80%는 자신의 신념을 포기하고 전쟁에 참여하였다. 비전투복무까지 거부한 약 2,300명은 의회의 승인을 얻어 노동력이 부족한 곳의 추수를 돕는데 투입되었다. 엄밀히 말하면 군인신분이었지만 실제로는 민간대체복무를 하였던 것이다. 이러한 민간대체복무까지 거부한 450명만이 군사재판에 회부되었다.¹⁵⁾ 제2차 세계대전시기에 미국은 다시 한번 양심적 병역거부의 문제와 부딪혔고 제1차 세계대전 당시 보다 훨씬 완화된 병역법을 입안했다. “종교적인 믿음에 기초하여 모든 종류의 전쟁참여를 거부하는 사람들”의 병역거부를 인정함과 동시에 이들에 대한 “비전투복무 또는 민간대체복무 부여”를 내용으로 한 것이었다. 평화주의 종파에 소속될 것을 요건으로 하지 않았고 민간대체복무를 인정하여 폭넓은 병역거부를 가능케 했다는 데 의의가 있다. 그 결과 미국에서는 제2차 세계대전 중 72,354명이 양심에 의한 병역 거부 등록을 했고, 그 중 66,000명 가량은 비전투 또는 민간대체복무를 인정받았다. 이 중 약 25,000명은 군대 내의 비전투 요원으로 근무하였고, 약 11,950명은 민간대체복무에 종사했다. 약 20,000명은 양심적 병역거부자로 공인되지 못했으나 대부분 자기 직업의 특수성이나 가족 부양의무 등을 이유로 군복무를 면제받았다. 감옥에 간 것은 단지 6,086명이었고 그 중 4,441명은 여호와의 증인이었다(여호와의 증인들이 주로 감옥에 가게 된 것은 이들이 선교사 또는 목회자 지위에 기초한 병역거부권 인정을 요구한데 따른 기술적인 문제였다). 이처럼 제2차세계대전 중 주로 탄압을 받은 사람들은 대개 일체의 대체복무를 거부하는 절대적 양심적 병역거부자였다.¹⁶⁾

한편 영국은 1916년 병역법상 지방특별법원의 결정에 따라 양심적 병역거부자의 인정여부를 결정하는 조항을 두고 있었다. 지방특별법원은 병역면제, 민간대체복무, 비전투복무, 병역거부 불인정의 결정을 내릴 수 있었고 불인정결정에도 불구하고 계속 병역을 거부하는 사람만이 군사재판에 회부되었다.¹⁷⁾ 1914~1918년

15) J.-W. Chambers II, "Conscientious Objectors and the American State from Colonial Times to the Present", in Charles C. Moskos & John W. Chambers II eds., *The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance*, Oxford University Press, 1993, p.31 참조.

16) M. Levi, *Conscientious Dissent, and Patriotism*, Cambridge University Press, 1997, p.171 참조 (김두식, 위의 책[각주 5], 96~97면에서 재인용)

17) G. Harries-Jenkins, "Britain: From Individual Conscience to Social Movement", *The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance*, Oxford University Press, 1993, p.69.

까지 법정예 선 병역거부자들은 약 15,900명이었고 이들 중 6,261명이 체포되어 819명이 최소한 2년이상을 감옥에서 보내야 했다. 나머지 병역거부자들 대부분은 비전투복무 또는 민간대체복무를 수행했다. 제2차 세계대전에서도 제1차 세계대전 때와 동일한 법적 절차가 적용되었다. 제2차 세계대전 기간 중 약 62,310명이 양심적 병역거부 등록을 했다. 완전면제된 대상은 전체 양심적 병역거부자 중에서 약 6.04% 정도 밖에 안 되었고 나머지는 대부분 민간대체복무를 인정받았다. 법적 절차는 제1차 세계대전 당시와 다를 것이 없었지만 처우는 월등히 향상되었다고 한다.¹⁸⁾

미국과 영국에서는 공통적으로 제1차 세계대전과 제2차 세계대전을 거치면서 병역거부자들의 폭이 넓어졌다. 전에는 소수의 전통적 평화주의 종파의 구성원들이 병역거부를 했지만 제1차세계대전 즈음에는 주류 기독교 교인인 병역거부자와 사회주의자들이 일부 포함되어 있었고 안식교, 여호와의 증인들이 새롭게 병역거부의 대열에 합류했다. 또한 병역거부와 관련해서 조직적인 저항이 일어나 제2차 세계대전 시기에 양심적 병역거부자의 범위를 확대하는 기초가 되었다. 1919년 미국에서는 양심적 병역거부로 투옥된 수형인들이 알카트라즈 감옥내에서 가혹행위를 당하자 300여명의 양심적 병역거부자 및 일반죄수들이 스트라이크를 일으켜 커다란 사회적 반향을 일으키기도 했으며 1916년 병역법이 통과할 즈음 영국에서는 165개의 징병반대지부에서 참석한 청년들 약 2,000명이 반대시위를 벌이기도 했다.¹⁹⁾

3. 양심적 병역거부의 현대적 전개

제2차 세계대전 이후 베트남전과 중동전쟁을 거치면서 선택적 병역거부가 새롭게 대두되었고 비종교적 양심에 기초한 병역거부의 문제가 특히 미국에서 확대되었다. 소규모 기독교 종파들이 주도했었던 양심적 병역거부에 개신교·카톨릭·유대교 등 주류에 속한 종교집단들이 평화주의 운동에 가담·참여하면서 비종교적 양심에 의한 병역거부의 문제도 전보다 훨씬 대규모로 발생하였다. 그 결과 양심적

18) Ibid., p.71.

19) Ibid., p.75.

병역거부를 인정하는 대부분의 국가에서 양심적 병역거부의 동기를 비종교적 양심에까지 확대하였으며 종교적 양심에 의한 병역거부에 대해서 특별규정을 두는 국가들도 생겼다. 그리고 미국 내 흑인들이 전쟁과 징병자체를 인종차별적인 것으로 보아 반대하는 등²⁰⁾ 베트남 전쟁 당시 미국내에서 인종차별적인 전쟁에의 참가를 거부하는 선택적 병역거부의 문제가 크게 대두되었다.²¹⁾ 이에 대해 미국연방대법원은 병역을 거부하는 양심은 어떠한 형태의 전쟁이든 모든 전쟁을 포함해야 하며 특정한 전쟁만을 반대하는 것은 양심적 병역거부로 인정할 수 없다는 판결을 내렸다.²²⁾ 독일연방헌법재판소도 선택적 병역거부자는 병역거부자로 인정되지 않는다고 판결한 바 있다.²³⁾ 반면 1948년 건국이후 지금까지 전시상태를 벗어나지 못하고 있는 이스라엘에서는 레바논전쟁 이후 이스라엘을 방어하기 위한 전쟁이 아닌 타국가를 침공하는 공격적 전쟁을 반대하면서 복무를 거부하는 현역 군인인 선택적 병역거부자들이 증가하자 이스라엘 내부로 근무지를 옮겨주는 비공식적인 해결 방법을 취하고 있다.²⁴⁾

20) 예컨대 1976년 마틴 루터 킹 목사는 “베트남전으로부터의 독립선언”이라는 유명한 연설에서 “미국이 베트남에서 벌이고 있는 엄청난 폭력행위에 대해 침묵하면서, 어떻게 흑인들에게만 비폭력을 호소할 수 있겠느냐”라고 반문하였으며, 권투선수 무하마드 알리는 검은 모슬렘 파의 선교사 자격을 주장하며 양심적 병역거부를 선언하면서 자신의 병역거부 이유를 “우리 흑인들은 미국에서 잔혹한 처우를 받고 있는데, 나는 멀리 바다 건너 베트남의 자유시민을 도와주러 가야 한다니 말이 안 된다. 미국의 적이라고 해서 내 적이 될 수는 없으며 나의 적인 미국의 인종차별주의 자체라고 설명한다. 김두식, 위의 책[각주 5], 105~106면.

21) 선택적 병역거부에 대한 상세한 논의는 M.-F. Noone Jr.(eds.), *Selective Conscientious Objection*, Westview Press, 1989에 수록된 K. Greenawalt, “Accommodation: Conscientious Objection : How and Why”, pp. 7~24; G.-Q. Flynn, “Selective Service and Conscientious Objector”, pp. 35~56 참조.

22) 베트남전은 부당한 전쟁이기 때문에 병역법규정을 근거로 양심적 병역거부자로서 병역면제를 주장한 사건에 대해 병역을 거부하는 양심은 모든 전쟁을 포함해야 하며 특정한 전쟁만을 반대하는 것은 병역법 제6조(j) 규정의 “어떠한 형태의 전쟁이든 이의 참가를 양심적으로 반대하는”에 해당하지 않는다고 하여 선택적 병역거부를 인정하지 않는다. 다만 Douglas 대법관만이 특수한 전쟁을 불필요하고 부당한 전쟁이라고 믿고 종교적 신념과 특히 휴머니즘으로 반대하는 경우에도 동법이 적용된다고 하여 반대의견을 표명하고 있다. *Gillette v. U.S.*, 401 U.S. 437(1971) 상세한 내용은 문홍주, *미국헌법과 기본적 인권*, 율곡출판사, 2002, 221~222면 참조.

23) BverfGE 12, 45(57)

24) Y. Peri, “Israel : Conscientious Objection in a Democracy under Siege”, *The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance*, Oxford

Ⅲ. 양심적 병역거부의 입법례

1. 국가적 차원 - 개별국가의 입법례비교

가. 양심적 병역거부의 인정여부에 대한 각국의 현황

양심적 병역거부와 관련된 각국의 현황은 UN 사무총장 1997년 보고서에서 확인할 수 있다.²⁵⁾ 각국의 현황은 징병제의 실시유무, 양심적 병역거부권의 인정여부, 대체복무형태의 인정유무 등을 구별기준으로 삼아 크게 ① 징병제를 실시하지 않는 국가, ② 선별적 징병제가 있으나 원칙적으로 지원에 의해 군복무를 하는 국가, ③ 징병제가 있으나 실시되고 있지 않은 국가, ④ 비전투복무규정 내지 대체복무규정이 있는 징병제 국가, ⑤ 비전투복무규정이 있는 징병제 국가, ⑥ 비무장복무 내지 대체복무규정이 없는 징병제 국가로 분류할 수 있다. 이 중에서 ①~⑤ 카테고리의 국가들은 양심적 병역거부를 인정하고 있다. 조사대상이 된 162개국 중에서 114개국이 여기에 해당하므로 국제사회에서 다수를 차지하고 있는 셈이다. ①~③ 카테고리의 84개국은 대체복무를 요구하지 않고 양심적 병역거부를 인정한다. ①~④ 카테고리의 109개국은 무장복무에 종사하지 않을 양심적 병역거부권을 인정한다. ①~⑤ 카테고리의 114개국은 군복무시 전투원의 역할을 하지 않을 권리를 인정한다. ⑥ 카테고리의 48개국은 양심적 병역거부를 인정하지 않고 있다.

① 징병제를 실시하지 않는 국가²⁶⁾ : 앤티카바부다, 오스트레일리아, 바하마, 바레인, 방글라데시, 바바도스, 벨기에, 벨리즈, 보츠나와, 부르나이, 부키나파소,

University Press, 1993, p.156.

25) 양심적 병역거부와 관련된 각국의 현황에 대한 이하의 논의는 The Question of Conscientious Objection to Military Service: Report of the Secretary-General prepared pursuant the Commission resolution 1995/83, U.N. ESCOR, 53rd Sess., Provisional Agenda Item 23, U.N. Doc. E/CN.4/1997/99, at Annex I, II 참조.

26) Ibid., at Annex II(1)

부룬디, 카메룬, 캐나다, 코스타리카, 지부티, 피지, 가봉, 감비아, 가나, 그라나다, 하이티, 홍콩, 아이슬란드, 인도, 자카이카, 일본, 요르단, 케냐, 키르키즈스탄, 레소토, 룩셈부르크, 말라위, 말레이시아, 말다비스, 말타, 마우리타니아, 마우리티우스, 모나코, 이안마, 네팔, 네덜란드, 뉴질랜드, 나이지리아, 오멘, 파키스탄, 파나마, 파푸아뉴기니아, 카타르, 르완다, 산마리노, 사우디아라비아, 시에라레온, 남아프리카공화국, 스리랑카, 수리남, 스와질랜드, 통가, 트리니다드토바고, 우간다, 아랍에미레이트, 영국과 북아일랜드, 미국, 우루과이, 바누아투, 잠비아, 짐바브웨 (69개국)

※ 영국, 미국 등은 현재 징병제를 실시하지 않고 있으나 징병제를 실시할 경우 양심적 병역거부와 민간대체복무를 인정하고 있다.

② 선별적 징병제가 있으나 원칙적으로 지원에 의해 군복무를 하는 국가²⁷⁾ : 아르헨티나, 베닌, 부탄, 중앙아프리카공화국, 차드, 중국, 온두라스, 인도네시아, 코트디브아르, 말리, 니제르, 세네갈, 토고(13개국)

③ 징병제가 있으나 실시되고 있지 않은 국가²⁸⁾ : 엘살바도르, 나미비아

④ 비전투복무규정 내지 대체복무규정이 있는 징병제 국가²⁹⁾ : 앙골라, 오스트리아, 벨라루스, 브라질, 불가리아, 케이프베르데, 사이프러스, 체코, 덴마크, 에스토니아, 독일, 핀란드, 프랑스, 헝가리, 이탈리아, 라트비아, 리투아니아, 노르웨이, 폴란드, 포르투갈, 슬로바키아, 슬로베니아, 스페인, 스웨덴, 우크라이나(25개국)

⑤ 비전투복무규정이 있는 징병제 국가³⁰⁾ : 법적 기준을 두고 있는 국가(크로아티아, 유고), 특별기준을 두고 있는 국가(보스니아-헤르체고비아, 러시아, 스위스)

27) Ibid., at Annex II (2)

28) Ibid., at Annex II (3)

29) Ibid., at Annex II (4)

30) Ibid., at Annex II (5)

⑥ 비전투복무 내지 대체복무규정이 없는 징병제 국가³¹⁾ : 아프가니스탄, 알바니아, 알제리, 볼리비아, 캄보디아, 칠레, 중국, 콜롬비아, 쿠바, 북한, 도미니카공화국, 에콰도르, 이집트, 에콰토리아기니아, 에티오피아, 그리스, 과테말라, 기니아비소, 온두라스, 조지아, 기니아, 이란, 이라크, 이스라엘, 카자흐스탄, 라오스인민공화국, 레바논, 라이베리아, 리비아, 마다가스카르, 멕시코, 몽골, 모로코, 모잠비크, 파라과이, 페루, 필리핀, 한국, 루마니아(대체복무에 대한 입법안이 제시되었음), 싱가포르, 소말리아, 수단, 태국, 튀니지, 터키, 베네수엘라, 베트남, 예멘(48개국)

나. 개별국가의 입법례의 구체적 비교

각국은 자국의 사정에 따라 법익형량을 통해 양심적 병역거부의 인정여부를 결정하고 있으며 양심적 병역거부를 인정하는 국가들도 그 인정근거와 구체적인 모습은 각국의 실정에 따라 다르다.

대부분의 국가는 헌법상 '양심적 병역거부권'의 명문규정 없이 양심적 병역거부를 입법으로써 인정하고 있지만, '양심적 병역거부권'을 헌법상 명문의 규정으로 인정하고 있는 국가도 있다.³²⁾ 또한 대부분의 국가는 병역거부의 동기가 종교적인 것이든 비종교적인 것이든 양심적 병역거부로서 인정하고 있지만 종교적 양심에 의한 병역거부만 인정하는 경우도 있다.³³⁾ 나아가 선택적 병역거부(예컨대 핵무기 사용과 관련된)까지 인정한 나라도 있다(네덜란드). 양심적 병역거부를 인정하는 절차도 한결같지 않다. 보통은 관계기관이 심사위원회를 구성하여 인정여부를 결정하거나 일반법원이 결정하기도 하지만, 군재판관이 거부자를 결정하는 경우(스위스), 민간대체복무를 부여하는 권한 자체를 군대에 위임하고 있는 경우(브라질)도

31) Ibid., at Annex II(6)

32) 독일, 러시아, 불가리아, 브라질, 슬로베니아, 크로아티아, 파라과이가 이에 해당한다. 그러나 파라과이에서는 실제로 대체복무법안이 마련되어 있지 않아 실제로 양심적 병역거부에 대한 헌법적 보장은 이행되지 않고 있다

33) 라트비아, 리투아니아, 마케도니아, 루마니아, 러시아, 우크라이나 등 동구권국가들은 병역거부사유를 종교에 한정하고 있다. 이재승, 독일에서 병역거부와 민간봉사, 민주법학 제20호, 민주주의법학연구회, 2001, 158면 각주 13; Civil and Political Rights, including the Question of: Conscientious objection to Military Service, Report of the Secretary-General submitted pursuant to Commission resolution 1998/77, U.N. Doc. E/CN.4/2000/55, at para. 1 참조.

있다. 예외적으로 엄격한 조건하에서 양심적 병역거부를 인정하는 이스라엘의 경우 군지휘관이 양심적 병역거부자를 결정하기도 한다. 대부분의 국가들이 양심적 병역거부를 인정하면서 민간대체복무를 부과하고 있지만 민간대체복무를 인정하지 않고 군대 내에서의 비전투복무 내지 비무장복무만을 인정하는 국가도 있다(크로아티아, 유고, 쿠바)³⁴⁾. 한편 양심적 병역거부를 인정하지 않는 국가도 여러 가지 형태로 양심적 병역거부자들을 배려하고 있다. 양심적 병역거부자를 인정하지 않으면서 양심적 병역거부자에게 집총없이 그리고 전투나 적대행위에 참가함 없이 병역이행이 가능하도록 하거나(콜롬비아), 군지휘관이 여호와의 증인을 취사담당 등과 같은 비전투복무에 배정하는 경우(보스니아-헤르체고비아) 종교적 사유의 양심적 병역거부자에게 군대 내에서 비무장복무를 하도록 하는 경우(유고)처럼 다양한 형태로 양심적 병역거부자를 배려함으로써 병역의무를 이행하면서 양심의 자유도 보호하는 절충적 형태를 취하는 국가도 있다.

2. 국제적 차원

가. 국제연합(UN)차원

국제적 차원에서 양심적 병역거부를 명문으로 인정하는 입법례는 아직 없으나 양심적 병역거부와 관련된 국제법규로부터 양심적 병역거부권을 도출하려는 시도가 계속되고 있다. 특히 국제연합차원에서는 1978년 인종차별과 관련해 군복무를 거부할 권리를 인정해 주는 결의안이 채택된 이래 유엔인권이사회의 결의와 여러 차례의 유엔인권위원회의 결의를 통해 1966년 유엔의 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조에 기초하여 양심적 병역거부권을 인정하고 각국에 양심적 병역거부권의 인정여부를 결정하기 위한 의사결정기구를 만들 것을 요청한 바 있다.

(1) 1948년 유엔의 세계인권선언 제18조

“모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이 권리는

34) Ibid., at para. 2

자신의 종교 또는 신념을 바꿀 자유와 교리, 전례, 예배의식에 있어서 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적으로 또는 사적으로 자신의 종교나 신념을 표현할 자유를 포함한다.”

(2) 1966년 유엔의 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이하 ICCPR) 제18조

ICCPR은 1996. 12. 16. 유엔에서 채택, 1976. 3. 23. 발효되었고 우리나라는 1999. 4. 10. 이에 가입하였는데 양심적 병역거부와 관련된 제18조의 내용은 다음과 같다: ① 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표현할 자유를 포함한다(제1항). ② 어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다(제2항). ③ 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한될 수 있다(제3항). ④ 이 규약의 당사국은 부모 또는 경우에 따라 법정후견인이 그들의 신념에 따라 자녀의 종교적·도덕적 교육을 확보할 자유를 존중할 것을 약속한다(제4항).

(3) 양심적 병역거부와 관련된 UN의 결의 등

(가) 1978년 유엔의 결의안

유엔은 1978. 12. 20. 채택한 결의안 33/165 제1항에서 모든 사람들이 인종 차별정책을 강요하기 위하여 사용되는 군복무와 경찰근무에 거부할 권리를 가지고 있음을 인정하였고, 제2항에서 회원국들이 양심적 병역거부 때문에 자국으로부터 추방당한 사람들에게 임시피난처를 제공하고 안전하게 국경을 통과하도록 보장할 것을 요청하였는데, 동 결의안은 국제공동체가 불법으로 간주하는 군사활동에 대한 참여거부권을 가장 명백하게 승인하고 있다.³⁵⁾

35) Conscientious Objection to Military service - Report prepared in pursuance of resolutions 14(XXXIV) and 1982/30 of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities by Mr. Asbjørn Eide and Mr.

(나) 1987/1989년 유엔인권위원회의 결의

유엔인권위원회는 1987년 채택한 46호 결의³⁶⁾를 통해 위원회 차원에서는 최초로 양심적 병역거부에 관한 결의를 하면서 각 국가에게 종교적·윤리적·도덕적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 깊은 신념에 기초한 양심적 병역거부를 인정할 것을 요청하였다. 단 이 결의는 해당국가에 최종적 재량을 남겨두는 조언적 성격을 갖고 있었다. 또한 유엔인권위원회는 1989년 3월 결의 1989/59에서 단순한 호소 수준을 넘어 세계인권선언 제3조, 제18조 및 ICCPR 제18조에 기초하여 양심적 병역거부권 자체를 인정하고, 양심적 병역거부권의 문제를 국제연합헌장상의 국가의 의무와 연결시켰으며, 각국이 이 권리를 인정하고 이 권리를 행사하는 개인을 위한 의사결정체계를 수립할 것을 요청하였다.³⁷⁾

(다) 1993년 유엔인권이사회 ICCPR 제18조 해석에 대한 일반의견 22(48)

유엔인권이사회는 1993년 ICCPR 제18조 해석에 대한 일반의견으로서, ICCPR은 양심적 병역거부권을 명시적으로 언급하고 있지는 않지만 이사회는 살상무기를 사용하여야 하는 의무가 양심의 자유 및 자신의 종교 및 신념을 표현할 권리와 심각하게 충돌할 수 있으므로, 양심적 병역거부권이 ICCPR 제18조에서 도출될 수 있다고 믿는다고 하였고, 또한 양심적 병역거부자들이 그들이 가진 특정 신념의 성격을 이유로 구별되어서는 안되며, 마찬가지로 양심적 병역거부자가 병역을 거부하였다는 이유로 그들을 차별하여서는 안된다는 의견을 제시하였다.³⁸⁾

(라) 1993/1995/1998/2000/2002년 유엔인권위원회의 결의

유엔인권위원회는 1993년 결의 83호에서 이전의 결의내용을 재확인하면서, 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 국가에 대하여 특정사안에서 양심적 병역거부가

Chama Mubanga-Chipoya, members of the Sub-Commission, New York, 1985.
U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/30.Rev.1, at para. 67, 68.

36) U.N. Doc. E/CN/1987/18; E/CN/1987/60(1987)

37) U.N. Doc. E/CN.4/1989/59, Preamble, at para. 1.

38) U.N. Hum. Rts. Comm., General Comment 22[48](art.18), at para. 11.

유효한지 여부를 결정하기 위하여 국내법체계 속에 “독립적이고 공평한 의사결정기구”를 만들 것을 요청하였다.³⁹⁾ 이어서 유엔인권위원회는 1995년 결의에서 1993년 ‘83호 결의’내용을 확인하고 양심적 병역거부로 자신의 모국을 떠나야만 했던 사람에게 세계인권선언 제18조상의 망명권이 있음을 상기시키고 있다.⁴⁰⁾ 또한 1993년 ICCPR 제18조 해석에 대한 일반의견의 내용⁴¹⁾을 반영하여 “양심적 병역거부자들이 그들이 가진 특정신념의 성격을 이유로 그들을 구별하여서는 안되고, 또한 양심적 병역거부자가 병역을 거부하였다는 이유로 그들을 처벌하여서는 안된다.”라고 결의하였다.⁴²⁾

나아가 유엔인권위원회는 1998. 4. 22. 양심적 병역거부권의 ‘마그나카르타’라고 일컫는 77호를 결의하였다. 그 내용은 다음과 같다: ① 양심적 병역거부권은 종교적·도덕적·윤리적·인도주의적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 깊은 신념 또는 양심에서 유래하는 것으로 이미 군복무를 하고 있는 사람도 양심적 병역거부권이 있다.⁴³⁾ ② 양심적 병역거부권은 세계인권선언 제18조, ICCPR 제18조에 기초한 정당한 권리행사이다.⁴⁴⁾ ③ 양심적 병역거부권을 보장하는 제도가 없는 국가는 양심적 병역거부자의 신념에 차별을 하지 않고, 양심적 병역거부가 특정한 사안에서 타당한지를 결정할 임무를 맡을 독립적이고 공정한 의사결정기구를 마련하여야 한다.⁴⁵⁾ ④ 또한 징병제를 채택하고 있는 국가에 대하여, 양심적 병역거부자를 위하여, 양심적 거부의 이유에 부합하는 다양한 형태의 대체복무를 도입하되, 그 대체복무는 공익적이고 형벌적 성격이 아닌 비전투적 또는 민간적 성격이어야 한다.⁴⁶⁾ ⑤ 국가는 양심적 병역거부자를 구금하거나 반복적으로 형벌을 받지 않도록 하여야 한다.⁴⁷⁾ ⑥ 국가는 양심적 병역거부자를 경제·사회·문화·시민 또는 정치적 권리 등의 측면에서 차별해서는 안된다.⁴⁸⁾ ⑦ 양심적 병역거부권과

39) U.N. Doc. E/CN.4/1993/122, at para. 7.

40) U.N. Doc. E/CN.4/1995/176, Preamble, at para.1.

41) U.N. Hum. Rts. Comm., General Comment 22[48](art.18) at para. 11

42) U.N. Doc. E/CN.4/1995/176, Preamble, at para. 4.

43) U.N. Doc. E/CN.4/1998/77, Preamble

44) Ibid., at para. 1.

45) Ibid., at para. 3.

46) Ibid., at para. 4.

47) Ibid., at para. 5.

양심적 거부자의 지위신청에 대한 정보가 병역에 영향을 받는 모든 사람들에게 쉽게 제공될 수 있도록 하여야 한다.⁴⁹⁾

유엔인권위원회는 1998년 78호 결의에 이어 2000년에도 양심적 병역거부권과 관련한 의제를 심의하여 다음과 같이 34호 결의를 하였다: ① 유엔회원국에 대해 1998년 77호 결의에 비추어 양심적 병역거부와 관련하여 각국의 현행법과 관행을 재검토할 것을 요청한다. ② 유엔인권고등판무관에 대하여 사상·양심과 종교의 자유에 대한 권리의 합법적인 행사로서 양심적 병역거부권을 인정하고 1998년 77호 결의에 기초한 대체복무형태에 관한 규정과 관련한 가장 바람직한 관행의 수집과 분석을 준비하며 이에 관한 정보를 정부, 전문기관과 관련 정부간기구와 NGO로부터 구하고 위 정보를 포함한 보고서를 '양심적 병역거부'라는 소주제로 개최되는 2002년 회기에 제출하도록 요청한다.

유엔인권고등판무관실이 제출한 보고서를 검토한 후 유엔인권위원회는 2002년 결의 45호로써 2000년 34호 결의와 유사한 취지로 각 국가에 양심적 병역거부와 관련한 현행법과 관행을 재검토할 때 인권고등판무관의 보고서에 담긴 정보들을 고려, 존중할 것을 촉구하고 양심적 병역거부의 인정과 대체복무제도 마련에 관한 모범사례를 분석·편찬하여 제60차 인권위원회에 종합보고서를 제출할 것을 유엔인권고등판무관실에 요청하는 결의를 하였다.⁵⁰⁾

가. 지역공동체 차원

(1) 유럽

지역공동체차원에서 양심적 병역거부는 주로 유럽연합차원에서 논의되었다. 유럽의회의 자문회의는 1967년 337호 결의를 통해 양심적 병역거부권을 유럽연합 인권규약 제9조에 기초하여 인정한 이래, 1987년 유럽이사회 집행위원회의 결의에 의거하여 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 각국의 국내법과 관행을 변경하도록 요청하는 '권고' 87(8)을 채택하였다. 그 후 유럽의회가 여러 차례의 결의를 통해 위의 내용을 확인하였다.

48) Ibid., at para. 6.

49) U.N. Doc. E/CN.4/1998/77, Preamble. at para. 8.

50) U.N. Doc. E/CN.4/2002/45

(가) 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 및 유럽연합기본권헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union)

1950년 유럽이사회(Council of Europe)에서 채택된 유럽인권협약의 내용 중 양심적 병역거부와 관련된 제9조의 내용은 다음과 같다: ① 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자신의 종교 또는 신념을 변경할 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 선교, 행사와 의식에 의하여 그의 종교 또는 신념을 표명할 자유를 포함한다. ② 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 또는 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한될 수 있다.

가장 현대적인 인권선언인 유럽연합기본권헌장은 2000. 12. 7. 프랑스 니스(Nice)에서 열린 유럽의 국가원수 및 정부수반의 정상회담에서 공포되었다. 그 중 양심적 병역거부와 관련된 제10조 제1항 및 제2항의 내용은 다음과 같다: ① 모든 사람은 사상과 양심 그리고 종교의 자유에 대한 권리를 갖는다. 이 권리는 종교나 세계관을 바꿀 자유와 혼자 또는 타인과 공동으로 그리고 공적으로 또는 사적으로 예배, 교육, 전승과 의식을 통해 고백할 자유를 포함한다. ② 양심적 병역거부는 이 권리의 행사를 규율하는 각국의 국내법에 따라 인정된다.

(나) 양심적 병역거부에 관한 유럽의회의 결의 등⁵¹⁾

1) 1967년 유럽이사회의 결의

유럽이사회의 자문회의(The Consultative Assembly of the Council of

51) 양심적 병역거부에 관한 유럽의회, 유럽이사회의 결의 등을 개괄적으로 정리해 놓은 문헌으로 Amnesty International, Out of the Margins: The Right to Conscientious Objection to Military Service in Europe, April 1997, EUR 01/01/97; The European Bureau for Conscientious Objection, European and International Organisations' standards on Conscientious Objection, <http://www.teleline.terra.es/personal/beoc.ebco/resol.htm> 참조.

Europe)는 유럽인권규약 제9조에 근거하여 양심적 병역거부권을 인정하는 337호 결의를 하였다⁵²⁾: ① 병역소집을 받았으나 양심, 즉 종교적·윤리적·도덕적·인도적·철학적 기타 유사한 동기에서 나오는 깊은 신념을 이유로 징총병역을 거부하는 사람은 병역의무를 면제받을 개인적 권리가 있다. ② 이 권리는 유럽인권협약 제9조(모든 사람은 사상, 양심, 종교의 자유에 대한 권리를 가진다)에서 보장된 민주적 법치국가에서의 개인적 기본권으로부터 논리적으로 도출된다.

이 결의에서는 별도의 헌법 또는 법률규정 없이도 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출된다는 것을 선언한 점에 의의가 있다.

2) 1987년 유럽이사회집행위원회의 권고

유럽이사회 집행위원회(The Committee of Ministers)는 1987년 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 각국에게 국내법과 관행을 변경하도록 요청하는 8호 권고를 채택하였다.⁵³⁾

3) 1983/1989/1993/1994년 유럽의회의 결의

유럽의회(European Parliament)는 1983년, 1989년, 1993년, 1994년 각 각 양심적 병역거부권을 인정하는 결의를 했다. 특히 1994년에는 유엔인권위원회의 결의 1989년 59호 결의에 의해 승인된 양심적 병역거부권을 진정한 주관적 권리라고 확인하면서 유럽의회는 집행위원회에 대해 다음과 같이 권리도입을 권고했다⁵⁴⁾: ① 징병이나 병역이행 이전, 징병시 또는 그 이후 양심적 병역거부자로서 등록할 권리, ② 양심적 병역거부자 지위인정을 신청하는 복무 중 군대구성원의 권리, ③ 징병대상자가 양심적 병역거부자 지위에 관한 정보와 정보를 얻는 방법을 알 권리, ④ 성격상 억제적이거나 형벌적이 아닌 진정한 대체복무, ⑤ 유럽의회는 집행위원회가 제4조 제3항 b와 제9조를 수정하여 의정서를 통하여 유럽인권협약에 양심적 병역거부권을 삽입할 것.

52) Resolution 337 and recommendation 478(1967) of the Parliamentary Assembly

53) Recommendation No. R(87)8 of the Committee of Ministers

54) Resolution 1042(1994) of the Parliamentary Assembly

(2) 미주인권협약(American Convention on Human Rights)

1969년 채택된 미주인권협약에서 양심적 병역거부와 관련된 제12조의 내용은 다음과 같다: ① 모든 사람은 양심과 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 자신의 종교나 신념을 유지하거나 변경할 자유와 자신의 종교나 신념을 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 고백하거나 전파할 자유를 포함한다. ② 어느 누구도 자신의 종교나 신념을 유지하거나 변경할 자유를 침해하게 될 제한을 받지 아니한다. ③ 자신의 종교와 신념을 표명할 자유는 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 보건, 도덕 또는 타인의 권리나 자유를 보호하는데 필요한 경우에만 제한될 수 있다. ④ 부모 또는 경우에 따라서 후견인은 그들의 신념에 따라서 자녀나 피후견인에게 종교적, 도덕적 교육을 제공할 권리를 가진다.

(3) 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카헌장 (African Charter on Human and Peoples' Right)

1981년 채택된 아프리카인권헌장에서 양심적 병역거부와 관련된 제8조의 내용은 다음과 같다: 양심의 자유와 종교를 표명하고 자유로이 실행할 자유가 보장된다. 법과 질서를 따르면 어느 누구도 이러한 자유의 행사를 제한하는 조치에 구속되지 아니한다.

제3장 양심적 병역거부에 대한 헌법이론적 검토

I. 헌법상의 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권의 도출가능성

양심적 병역거부의 법적 근거로서 우선적으로 검토대상이 되어야 할 것이 헌법 제19조에 규정된 양심의 자유이다. 물론 종교의 자유도 양심적 병역거부와 밀접한 관련이 있다. 병역을 거부하게 된 양심의 형성동기가 종교교리나 경전해석에 있는 경우 종교의 자유를 근거로 병역거부를 주장할 수도 있다.⁵⁵⁾ 그러나 양심의 자유는 양심형성의 동기가 종교에 있는 경우, 즉 종교적 양심의 자유도 그 내용으로 하고 있으므로 종교의 자유와 종교적 양심의 자유를 구별하기 어렵고, 양심적 병역거부와 일차적으로 관련되는 것은 양심의 자유이므로 양심적 병역거부의 헌법적 근거로서 양심의 자유를 중심으로 검토하기로 한다. 양심적 병역거부의 근거로서 헌법상 양심의 자유의 내용을 검토한 후에 이를 기초로 병역을 거부하는 병역거부자의 양심이 헌법상 '양심'개념과 양심적 결정에 해당하는지, 양심에 반하는 병역을 거부할 자유가 양심의 자유로부터 도출되는지 여부를 검토하기로 한다.

1. 헌법상 양심의 자유

55) 종교의 자유와 양심의 자유를 함께 규정하는 독일기본법과는 달리 우리의 경우는 1962년 헌법부터 현행 헌법에 이르기까지 양심의 자유와 종교의 자유가 별도로 규정되어 있으므로 학자에 따라서는 양심적 병역거부의 헌법상 근거로 양심의 자유 외에 종교의 자유를 검토하기도 한다. 양심적 병역거부의 헌법적 근거로서 양심의 자유와 종교의 자유를 모두 검토하는 경우(김문현, 양심적 반전론자의 병역의무이행거부, 고시계, 1998. 7, 87~89면 참조; 장영수, 종교적 이유로 인한 집총병역의 거부와 대체복무, 고시계, 2002. 8, 79~80면 참조)도 있으며, 실제로는 양심의 자유를 중심으로 검토하면서 양심적 병역거부자에 대해 형사처벌을 하는 현행법이 종교의 자유나 양심의 자유를 제한한다고 언급하거나(이금옥, 양심적 집총거부와 대체복무제도, 공법연구 제30집 제2호, 한국공법학회, 2001, 220~222면), 양심적 병역거부자의 문제를 양심의 자유와 함께 종교의 자유에서도 다루고 있는 경우(김철수, 위의 책[각주 6], 564, 574면)도 있다.

가. 헌법상 '양심'의 개념과 양심적 결정

헌법 제19조는 "모든 국민은 양심의 자유를 가진다."고 규정함으로써 양심의 자유를 보장하고 있다. 역사적으로 양심의 자유는 국가에 의한 신앙의 강제에 대하여 개인의 자유를 보호하고자 하는 방어권에서 유래하여 종교의 자유의 일부분으로 이해되기도 했지만, 국가가 국교를 강제하지 않고 개인에게 종교의 자유를 열어줌으로써 양심의 자유는 신앙과의 연관성으로부터 독립하여 고유한 보호영역을 가진 독자적인 기본권이 되었다. 국가가 종교적 구속으로부터 벗어나고 '양심'이 특정한 종교관·세계관에 대해서 내용적으로 중립적 성격을 갖게 되면서 양심의 자유의 보호범위도 종교적 양심뿐만 아니라 종교의 자유와 분리된 세속적 양심에까지 확대되었다. 양심이 어떤 실질적 내용이나 가치에 구속되는 객관화된 개념이 아니라 개인으로부터 출발하는 주관적인 개념이 된 것이다. 이에 따라 양심의 자유에서 '양심'은 종교적 동기에 의해 형성된 양심, 윤리적·사상적 동기에 의해 형성된 양심 모두를 포함하는 넓은 의미로 이해된다.⁵⁶⁾

그러나 개인이 자신의 행위의 내적 동기를 모두 '양심상의 결정'에 근거한다고 주장할 수는 없다. 양심의 자유는 단순히 자신의 내적 결정에 따라 자율적으로 행동할 자유를 의미하는 것이 아니다. 헌법이 양심의 자유를 통해서 보장하고자 하는 것은 인격적·정신적 정체성의 유지이며 양심의 자유에 의해서 인간의 모든 행위가 보호받는 것이 아니라 양심상의 결정에 의거한 '양심상의 명령에 근거한 행위'만이 보호된다. 여기에서 양심상의 결정이란 선과 악이라는 판단기준에 따른 모든 진지한 윤리적 결정으로서, 구체적인 상황에서 개인이 자신을 구속하고 무조건적으로 따라야 하는 것으로 이러한 결정을 받아들이기 때문에, 양심상의 심각한 갈등 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것을 말한다.⁵⁷⁾ 이러한 양심상의 결정은 개인이

56) 양심이 어떠한 종교관·세계관 또는 그 밖의 가치로부터 형성되는지 무관하게 모든 양심상의 결정이 양심의 자유로서 보장된다고 보는 것이 일반적인 견해이다(권영성, 위의 책[각주 6], 451면; 계희열, 위의 책[각주 6], 289~291면; 김문현, 위의 논문[각주 7], 10, 16면; 김철수, 위의 책[각주 6], 560~561면; 한수웅, 헌법 제19조의 양심의 자유, 헌법논총 제12집, 헌법재판소, 2001, 395~396면, 홍성방, 위의 책[각주 6], 458~459면). 이에 대해 양심은 쉽게 변할 수 없는 특질을 갖고 있으므로 양심을 윤리적·도덕적 내심의 영역으로만 한정하고자 하는 견해가 있다(허영, 위의 책[각주 8], 378면). 그러나 윤리적·도덕적 영역에서만 양심의 진지성이 인정되는 것은 아니다. 양심의 진지성은 윤리적 영역뿐만 아니라 특정한 종교관·세계관·사상 등에 의거하여서도 인정될 수 있기 때문에 양심의 진지성을 이유로 양심의 범위를 윤리적 영역에 한정할 필요는 없을 것이다.

인격의 주체로서 자신의 내면적·윤리적 심급인 양심의 요청에 의해 내리는 것이어야 하며, 이러한 양심의 명령에 따르지 않고는 개인의 인격의 동질성이 유지될 가능성이 없어야 한다. 따라서 법질서가 요구하는 특정한 행위에 대하여 하고 싶지 않은 감정이나 마지 못해 하는 것, 또는 정치적·사회적 상황에 대한 단순한 비판이나 불만은 양심의 문제가 아니다.

나. 헌법 제19조 '양심의 자유'의 보호범위

헌법상 양심의 자유는 양심형성의 자유와 양심실현의 자유를 그 내용으로 한다. 구체적으로 양심의 자유의 보호범위는 ① 양심형성의 자유 ② 양심을 표명하도록 강제 당하지 않을 자유(예컨대, 양심추지의 금지, 충성선서의 문제 등) ③ 양심에 반하는 행동을 강제 당하지 않을 자유 ④ 양심을 표명할 자유 ⑤ 양심에 따라 행동할 자유로 나누어 볼 수 있다. '양심을 표명할 자유'와 '양심에 따라 행동할 자유'는 '적극적 양심실현의 자유'에 해당하며, '양심을 표명하도록 강제 당하지 않을 자유'와 '양심에 반하는 행동을 강제 당하지 않을 자유'는 소극적 양심실현의 자유에 해당한다.⁵⁷⁾ 이러한 양심의 자유의 보호범위를 어느 정도까지 인정할 것인가에 대

57) 헌재 1997. 3. 27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245, 263-264; BVerfGE 12, 45, 55; 48, 127, 173f.; 계희열, 위의 책(각주 6), 289~290면; 한수웅, 위의 논문(각주 56), 394~395면 참조.

58) 양심의 자유의 내용의 유형화에 대한 유사한 견해로는 김문현, 위의 논문(각주 7), 23~26면; 계희열, 위의 책(각주 6), 296~298면; 한수웅, 위의 논문(각주 56), 404~411면 참조. 다만 계희열은 양심의 자유를 양심형성의 자유와 양심활동의 자유로 구별하고 양심활동의 자유를 양심활동의 소극적 자유('양심을 표명하도록 강제당하지 않을 자유'와 양심에 반하는 행위를 강제당하지 않을 자유)와 양심활동의 적극적 자유('양심상의 결정을 표명할 자유와 실현할 자유')로 구별한다. 그리고 한수웅은 양심의 자유를 양심형성의 자유와 양심실현의 자유로 구별하고 양심실현의 자유를 (적극적·소극적) 양심표명의 자유, 작위 및 부작위에 의한 양심실현의 자유로 구별한다. 이에 반해 '양심을 표명하도록 강제 당하지 않을 자유'와 '양심에 반하는 행동을 강제 당하지 않을 자유'를 '침묵의 자유'(권영성, 위의 책[각주 6], 453~456면) 또는 '양심의 유지의 자유'(김철수, 위의 책[각주 6], 563~566면)로 이해하기도 한다. 양심을 표명하도록 강제 당하지 않을 자유와 양심에 반하는 행동을 강제당하지 않을 자유를 침묵의 자유 또는 양심유지의 자유로 분류하는 것은 양심을 표명할 자유, 양심에 따라 행동할 자유를 인정하지 않는 위의 견해에서는 의미가 있다. 양심의 자유의 내용이 양심형성의 자유와 소극적 양심실현의 자유로만 구성되고 이에 상응하는 적극적 양심실현의 자유가 없어서 소극적 양심실현의 자유에 다른 명칭을 붙여도 이상할 것이 없기 때문이다. 그러나 양심을 표명할 자유와 양심에 반하는 행동을 강제당하지 않을 자유, 즉 적극적 양심실현의 자

해서는 논란이 있지만 크게 (적극적·소극적) 양심실현의 자유를 모두 인정하는 입장⁵⁹⁾과 소극적 양심실현의 자유, 즉 양심을 강제로 표명 당하지 않을 자유와 양심에 반하는 행위를 강요당하지 않을 자유만을 인정하고 적극적 양심실현의 자유는 배제하는 입장⁶⁰⁾으로 갈라진다. 양심실현의 자유를 인정하지 않는 주된 논거는 양심상의 결정을 적극적으로 실현하는 데서 발생하는 다른 법익과의 충돌 및 타인의 권리침해가 발생한다는 것이다. 그러나 인간의 양심은 외부와의 구체적인 접촉 과정에서 형성되고 대개 외부로의 실현을 전제로 하며 그 실현을 통해 주된 의미를 갖게 된다는 점, 양심의 실현의 자유와 다른 법익과의 충돌은 법익간의 형량, 실제적 조화의 원칙에 의해서 대부분 해결할 수 있다는 점에서 양심의 자유의 보호범위에 양심실현의 자유를 포함시킴이 타당할 것이다. 헌법재판소도 양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 아니 되는 내심의 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제 받지 아니할 자유까지 포괄하며⁶¹⁾ 나아가 양심실현의 자유도 포함한다고 한다고 하여⁶²⁾ 양심의 자유의 보호범위를 넓게 인정하고 있다.

2. 양심적 병역거부권의 도출가능성

양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출될 수 있기 위해서는 충족되어야 할 사항이 있다. 먼저 병역거부자의 양심이 '양심의 자유'에서의 '양심'개념에 포함되어야 한다. 즉, 병역의무의 이행으로 자신의 인격의 동일성이 파괴될 것이라는 내심의 종교적 또는 윤리적 판단을 한 병역거부자의 양심이 '양심의 자유'에서의

유를 인정하는 견해에서는 이를 침묵의 자유 내지 양심을 지키는 자유 등으로 분류할 것이 아니라 소극적 양심실현의 자유로 보아 양심의 자유의 내용을 양심형성의 자유, (소극적·적극적) 양심실현의 자유로 보는 것이 나을 것이다.

59) 계희열, 위의 책(각주 6), 297면; 허영, 위의 책(각주 8), 381~383면; 김문현, 위의 논문(각주 7), 25면.

60) 권영성, 위의 책(각주 6), 456면; 김철수, 위의 책(각주 7), 566면; 홍성방, 위의 책(각주 6), 463~464면.

61) 헌재 1991. 4. 1. 89헌마160, 판례집 3, 149, 153 등

62) 헌재 1998. 7. 16. 96헌바35, 판례집 10-2, 159, 166.

'양심'개념에 포함되는지 문제된다. 다음으로 헌법 제19조의 양심의 자유와 양심적 병역거부의 접점은 양심의 자유의 보호범위 중에서 '양심에 반하는 행위를 강요당하지 않을 자유'에 있으므로 양심적 병역거부가 '양심에 반하는 행위를 강제 당하지 않을 자유'에 해당하여, '양심에 반하는 병역을 강제당하지 않을 자유'가 헌법적 차원의 권리로서 주장될 수 있는지의 여부가 문제된다. 이에 대해 크게 세 개의 견해가 대립된다.

가. 긍정하는 견해

양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출된다고 보는 견해이다. 양심의 자유에서 '양심'은 어떤 실질적 내용이나 가치로부터 출발하는 객관화된 개념이 아니라 개인으로부터 출발하는 주관적인 개념이므로 병역의무의 이행으로 자신의 인격의 동일성이 파괴될 것이라는 내심의 종교적 또는 윤리적 판단을 한 병역거부자의 양심도 헌법이 보장하는 '양심'에 포함된다고 볼 수 있다는 전제하에서 양심적 병역거부는 양심의 자유로부터 도출될 수 있는 기본권이며 국가안보와의 형량에 따라 제한될 수 있다고 본다. 헌법상 양심의 자유가 명시되어 있는 이상 양심적 병역거부권을 단순히 법률의 규정에 의해 비로소 창설되는 법률상의 권리로 보아서는 아니되며 헌법상의 권리로서 파악하여야 한다고 주장하거나 양심상 병역거부를 양심의 자유 등 기본권의 제한의 문제로 보는 견해가 이에 해당한다.⁶³⁾ 이 견해에 따르면 양심적 병역거부는 양심의 자유의 보호영역에 포함되고 국가안보 등의 법익과의 형량의 과정을 거쳐 제한될 수 있는 기본권으로 보장되는 권리이다. 주의 할 것은 양심적 병역거부가 양심의 자유의 보호범위에 포함된다고 하더라도 양심적

63) "양심적 병역거부권이 초국가적인 자연법상의 권리인가 아니면 실정 헌법상의 권리인가의 문제는 별도로 하고라도 헌법상 양심의 자유 내지 종교의 자유가 명시되어 있는 이상 단순히 법률의 규정에 의하여 비로소 창설되는 법률상의 권리는 아니며 헌법상의 권리로서 파악되어야 한다"(양건, 위의 논문[각주 8], 602면); "신앙이나 양심을 이유로 병역의무의 이행을 거부하는 자에 대하여 형사처벌을 통해 종교의 자유나 양심의 자유를 제한하는 것은 과잉금지 원칙에 위배되며 개인의 신앙이나 양심상의 결정에 반하는 병역의무의 강제보다는 대안적 해결방법을 통해 양심상의 고통을 덜 주는 방법을 선택해야 한다고 생각한다."(김문현, 위의 논문[각주 7], 21~22면); "우리의 현실에서 볼 때, '여호와'의 증인'과 같이 종교적인 이유로 병역의무의 이행을 거부(소위 집총거부)하는 경우가 양심의 자유가 제한당하는 대표적인 예이다." "종교적 양심에 근거하여 병역의무를 거부하는 것은 양심의 자유에 의하여 보호받는 행위임에는 의문의 여지가 없다."(한수웅, 위의 논문[각주 56], 397면)

병역거부권이 곧바로 인정되는 것이 아니라 국가안보 등 중요한 헌법상 법익과의 형량의 결과에 따라 제한될 수 있다는 점이다. 또한 양심적 병역거부권은 헌법상 기본권으로서 보장되는 권리이므로 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 입법부작위의 헌법위반 여부가 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다. 입법자가 양심의 자유를 고려해서 대안적 해결방법을 마련해야 하는 구체적인 입법의무가 발생했음에도 이를 이행하지 않는 경우 양심적 병역거부권이라는 주관적 권리의 침해가 문제될 수 있다.

나. 부정하는 견해

양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출되지 아니한다고 보는 견해이다. 양심의 자유의 '양심'을 국가안보 등의 법익에 구속되는 가치구속적인 객관화된 개념으로 이해하여 국가안보 등의 법익과 충돌하는 내심의 확신을 주장하는 것은 '양심'개념에 포함되지 않는다는 전제하에서 양심적 병역거부권의 도출가능성을 부정하는 것인지 '양심'개념을 주관적인 개념으로 이해하지만 다른 헌법상 중요한 법익과 충돌하는 내심의 확신만 예외적으로 '양심'개념에서 배제하는 것인지 명확하게 밝히지 않은 채, 대부분의 국내 학설은 양심적 병역거부를 헌법상의 권리로 보지 않고 단순한 입법정책의 문제로 봄으로써 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출될 가능성을 부정한다.⁶⁴⁾ 양심적 병역거부는 양심의 자유의 해석으로써 도출될 수 없고 헌법상 명문규정이 있어야 비로소 헌법적 차원의 권리가 되며 헌법상 명문규정이 없으면 단순히 국회의 권한에 맡겨지는 입법사항이라는 것이다. 대법원도 일관되게 병역을 거부하는 양심상의 결정을 양심의 자유, 종교의 자유에 속하지 않는다고 하고 있다.⁶⁵⁾ 이 견해에 따라 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출될 가능성을 부정할 경우, 국제인권으로서 양심적 병역거부권이 수용될 수 있는지 여부가 다시 검토되어야 할 것이다. 양심적 병역거부권이 국제인권으로서 국내법에 수용되는 경우 양심적 병역거부자가 이를 원용하여 병역거부권을 주장할

64) 권영성, 양심의 자유와 집총거부권, 고시제, 1977. 9, 145면; 김영수, 종교의 자유의 보장과 한계, 공법이론의 현대적 조명, 방산구병석박사정년기념논문집, 박영사, 1991, 86면; 김효전, 위의 논문[각주 8], 94면.

65) 대판 1969.7.22, 69도934; 대판 1965.12.21, 대판 65도 894; 대판 1977.4.27, 75누 249; 대판 1985.7.23, 85도1094; 대판 1992.9.14, 92도1534 참조

수도 있기 때문이다. 여기에서도 단순히 입법을 통해서만 부여될 수 있는 법률상의 권리에 지나지 않으므로 양심적 병역거부권의 다툼이 위헌심사의 대상이 되지 않는다.

다. 체계적 해석 내지 규범조화적 해석에 따른 견해

이 견해는 양심적 병역거부권이 헌법 제19조의 양심의 자유로부터 도출될 가능성이 있다고 하더라도 (양심의 자유의 보호영역에 포함된다고 하더라도) 다른 헌법규정과의 체계적 해석으로 인해 병역거부권을 주관적 권리로서 행사하는 것은 불가능하다고 보거나, 다른 헌법규정과의 규범조화적 해석으로 인해 양심적 병역거부권이 헌법 제19조의 양심의 자유로부터 도출될 수 없다고 한다. 만약 그렇다면 양심에 반하는 병역을 강제당하지 않을 자유는 결국 기본권으로 행사될 수 없다. 양심의 자유의 규정 자체만 놓고 보면 우리 헌법상으로도 - 비록 독일기본법처럼 명시적 규정(제4조 제3항)을 두고 있지는 않지만 - 집총병역을 거부 할 수 있다고 해석 할 수도 있으나 전체적 헌법체계에서 볼 때 (가령 제39조 제1항의 국방의 의무와 연관지어 볼 때) 이는 불가능하다고 보는 견해⁶⁶⁾가 전자의 경우이고, 독일(기본법 제4조 제3항)과는 달라서 명문의 규정이 없는 우리 헌법질서 내에서 양심상의 이유로 인한 병역거부가 인정될 수 없는 것도 헌법이 규정하는 국방의 의무(제39조)와의 규범조화적 해석의 결과로서 당연하다고 보는 견해가 후자의 경우이다.⁶⁷⁾

그러나 위와 같이 양심적 병역거부권이 다른 헌법규정과의 체계적 해석 내지 규범조화적 해석으로 인해 헌법 제19조의 양심의 자유로부터 도출될 가능성이 있어도 인정하기가 불가능하다고 주장하거나 도출될 가능성이 없다는 주장에 대해서는 아래와 같은 반론이 제기될 수 있다. 이러한 반론이 받아들여진다면 위의 견해들은 양심적 병역거부권이 양심의 자유로부터 도출될 수 있다고 보는 위의 첫째 견해와 마찬가지로 될 것이고, 이러한 반론이 배척된다면 위의 견해들은 양심적 병역거부권이 양심의 자유로부터 도출될 수 없다고 보는 위의 둘째 견해와 사실상 마찬가지로 될 것이다.

첫째, 헌법 제39조 제1항은 국방의 의무에 관한 규정으로서 병역의무부과의 근

66) 계회열, 위의 책(각주 6), 295면.

67) 허영, 위의 책(각주 8), 384~385면.

거가 되기도 하지만, 병역의무는 국가안보의 현실적 필요에 의해 국방의 의무가 법률로써 구체화된 것일 뿐이다. 병역의무를 부과하지 않아도 국가안보에 문제가 없는 현실적 여건이 주어진다면 헌법 제39조 제1항은 양심적 병역거부를 인정하는데 장애가 되지 않는다. 즉 양심의 자유로부터 도출되는 양심적 병역거부권은 국가안보와의 형량에 의해 제한될 수 있는 반면 실현될 수도 있다.

둘째, 규범조화적 해석(= 실제적 조화의 원리)이란 “양 법익이 동시에 최적으로 실현될 수 있도록 경계가 그어져야 한다. 따라서 이 경계획정은 그때그때의 구체적 사례에서 비례적이어야 한다. 그리고 그 경계획정은 양 법익의 조화를 이루기 위하여 필요한 한도에 그쳐야 한다.”⁶⁸⁾는 것을 의미한다. 양심적 병역거부를 처음부터 배제하면 국가안보와 양심의 자유, 양 법익이 동시에 최적으로 실현될 기회가 아예 상실되기 때문에 규범의 비중과 현실적 여건을 고려해서 양 법익을 형량하는 것이 바람직하다.

II. 국제인권으로서의 양심적 병역거부권의 수용가능성

양심적 병역거부권이 헌법 제19조의 ‘양심의 자유’로부터 도출되어 기본권으로서 보장된다면 국제인권으로서 양심적 병역거부를 논의할 실익이 적지만, 양심적 병역거부권이 헌법 제19조의 ‘양심의 자유’로부터 도출되지 않는다고 본다면 국제인권으로서 양심적 병역거부를 논의할 실익이 크다. 양심적 병역거부가 국제인권으로서 국내법적으로 수용될 수 있다면 이를 원용하여 양심적 병역거부권을 주장할 수도 있기 때문이다. 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 지닌다.”고 규정함으로써 국제인권조약이나 국제관습법의 형식으로 인정되는 양심적 병역거부권이 국내법적으로 수용될 가능성을 열어놓고 있으므로, 국제인권조약의 형식으로 양심적 병역거부권이 국내법적으로 수용될 가능성이 있는지 일반적으로 승인된 국제법규의 형식으로

68) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. 1999, Rdnr. 72. 계희열(역), 콘라드 헷세(저), 통일독일헌법원론(제20판), 박영사, 2001, 단락번호 72

양심적 병역거부권이 국내법적으로 수용될 가능성이 있는지 여부를 차례로 검토하기로 한다.

1. 국제인권조약의 형식으로 수용될 가능성

양심적 병역거부권을 규정한 국제인권조약이 존재하고 우리가 이에 가입했다면 그 국제인권조약을 근거로 양심적 병역거부권의 국내법적 효력을 논할 수 있다. 그러나 양심적 병역거부권을 독립된 권리로서 명문으로 규정한 국제인권조약은 존재하지 않기 때문에 국제인권조약의 내용 중 양심적 병역거부와 관련된 사상, 양심 및 종교의 자유 등의 해석이 문제된다. 특히 양심의 자유와 관련해서 우리나라가 1990. 4. 10. 가입한 유엔의 1966년 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 (ICCPR)' 제18조로부터 양심적 병역거부권이 도출되어 국내법으로 수용될 수 있는지 여부가 문제된다.

가. 긍정 하는 견해

전통적으로 ICCPR 제18조 규정은 양심적 병역거부권을 포함하고 있지 않은 것으로 해석되어 왔다. ICCPR 초안 작성시 필리핀대표가 양심적 병역거부권을 포함시키는 수정안을 제한했으나 철회했던 사실이 전통적인 해석을 뒷받침한다.⁶⁹⁾ 이러한 전통적인 해석이 아직도 많은 지지를 받고 있기는 하지만 최근의 경향은 위 규정이 양심적 병역거부권을 포함하고 있는 것으로 해석하는 추세이다. 유엔 인권위원회와 인권이사회는 1978년 이후로 ICCPR 제18조로부터 양심적 병역거부권이 도출되며, 처벌을 해서는 안 된다는 취지의 결의와 일반의견을 여러 차례 제시한 바 있다⁷⁰⁾. 이에 우리나라도 ICCPR에 가입하였으므로 유엔 인권위원회와

69) 이에 대해 ICCPR은 이미 양심적 병역거부권을 보호하고 있으므로 추가적인 수정은 바람직하지 않다면서 철회를 찬성한 몇몇 국가의 대표들도 있었으나 아직 양심적 병역거부권의 범위와 개념에 대한 합의가 이루어지지 않았다는 우려로 수정안을 거부했던 국가들이 대부분이었다. E.-N. Marcus, Conscientious Objection as an Emerging Human Right, Virginia Journal of International Law 507, Spring 1998, p.516.

70) 상세한 사항은 위의 제2장 III. 2. (1) 국제연합차원에서의 입법례, 그리고 오재창, 국제인권법상 양심적 병역거부권의 인정과 국내의 최근동향, 인권과 정의 제309호, 2005. 5.

인권이사회의 결의나 일반의견을 준수해야 한다는 주장이 나와 있기도 하다.⁷¹⁾ ICCPR은 국회의 동의를 받아 체결·공포되었으므로, 추가적인 입법조치를 할 필요 없이 국내법과 같은 효력을 가지고 있으며, 국제인권규약의 비준에 앞서 제정된 법률이 국제인권규약의 조항과 충돌하는 경우 국제인권규약이 우월한 효력을 가진다는 것이다.⁷²⁾ 이 견해에 따르면 양심적 병역거부권은 더 이상 입법정책의 문제가 아니다. 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법은 효력을 상실하며⁷³⁾, 양심적 병역거부자는 ICCPR 제18조로부터 도출되어 국내법으로 수용된 양심적 병역거부권을 직접 또는 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 (기다려 이를) 근거로 주장할 수 있다.

나. 부정하는 견해

그러나 양심적 병역거부를 반대하는 입장에서는 국제인권규범에 대한 국제인권기구의 해석은 권고적 효력이 있을 뿐 법적인 구속력을 갖는 것은 아니고, 나라마다의 현실적 여건을 고려해 양심적 병역거부의 인정여부를 결정해야 할 문제이므로 양심적 병역거부를 인정하는 명문의 국제인권조약조항이 없는 이상 해석만으로 국제인권조약상 양심의 자유를 양심적 병역거부권의 국내적 적용의 근거로 삼을 수는 없다고 한다. 헌법상 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출되지 아니하고 양심적 병역거부권이 국제인권조약으로도 수용될 가능성이 없다고 본다면 양심적 병역거부는 단순한 입법정책의 문제에 지나지 않게 된다. 입법자는 입법형성권의 범위 내에서 소수자를 배려하기 위해 양심적 병역거부자를 고려하는 입법을 할 수 있을 뿐이며 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법은 위헌심사의 대상이

37~39면: 조국, 위의 논문(각주 6), 58~61면: U.N. Hum. Rts. Comm., General Comment 22(48); U.N. Doc. E/CN.4/1998/77 참조.

71) 오재창, 위의 논문(각주 70), 41~42면.

72) ICCPR/C/114/Add.1, Second periodic reports of States parties due in 1996, 20/08/98, at para. 9

73) ICCPR의 국내법적 효력을 법률로 볼 경우 신법우선의 원칙에 따라 1990년 7월 10일 국내에 적용된 ICCPR보다 양심적 병역거부를 인정하지 않는 신법인 병역법 등 법률이 우선하기 때문에 현행법의 효력은 상실되지 않는 것이 아닌가 생각할 수도 있으나 ICCPR의 인권으로서의 성격을 고려하여 이러한 경우 우선적 효력을 부여하는 방안을 검토하는 것이 바람직할 것이다.

되지 않는다. 반면 헌법상 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출된다고 보는 경우, 양심적 병역거부권이 국제인권조약으로 수용될 가능성이 없다고 하더라도, 국제인권규범은 국가기관의 헌법해석을 정당화하는 관점의 하나로 작용할 여지가 있다.⁷⁴⁾ 특히 국제인권규범의 보장수준이 국내법으로 구체화된 기준보다 높을 경우 인권보장을 확대하는 긍정적 역할을 한다는 점에서 의미가 있다. 양심적 병역거부에 대한 국제인권기구의 해석은 법적 구속력은 없지만 입법자가 양심의 자유를 구체화해서 양심적 병역거부권을 보장하는 입법을 할 때 고려해야 할 요소가 될 수는 있다.

2. 일반적으로 승인된 국제법규의 형식으로 수용될 가능성

일반적으로 승인된 국제법규로 문제될 수 있는 것은 보통 우리나라가 가입하지 않았지만 일반성을 지닌 조약과 국제관습법이다. 양심적 병역거부권을 규정한 국제인권조약이 존재하고 다수의 문명국가들이 이에 가입하고 있고 내용상 보편타당한 법이념을 포함한 것이면 일반성이 인정되어 우리나라가 이에 가입하지 않았더라도 일반적으로 승인된 국제법규로서 양심적 병역거부의 근거로 삼을 수 있다. 그러나 양심적 병역거부권을 명문으로 인정한 국제인권조약은 존재하지 않고⁷⁵⁾, 양심적 병역거부권의 근거로 국제사회에 논의되고 있는 ICCPR에 우리나라가 이미 가입되어 있으므로 우리나라가 가입하지 않았어도 일반적으로 승인된 국제법규로서 양심적 병역거부의 근거로 삼을 수 있는 조약을 검토할 실익이 거의 없어 보인다.⁷⁶⁾

다음으로 규범의 성립이나 특성상 일반성을 가진 것으로 인정되는 국제관습법의 형식으로 양심적 병역거부권이 인정될 수 있는지 여부가 문제된다. 국제관습법의

74) 헌법재판소는 사죄광고제도에 대한 헌법소원심판에서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) 제18조 제2항을 헌법과 함께 기본권해석의 근거로 원용한 바 있다. 헌재결 1991. 4. 1. 89헌마160.

75) 유럽연합기본권헌장 제10조 제2항에 “양심적 병역거부는 이 권리의 행사를 규율하는 각국의 국내법에 따라 인정한다.”고 하여 양심적 병역거부를 규정하고 있으나 그 인정여부를 각국의 국내법에 맡기고 있다.

76) 다만 우리나라가 가입한 ICCPR의 국내법적 효력을 법률로 볼 경우 발생할 수 있는 문제를 해결하기 위해서 ICCPR 자체를 일반적으로 승인된 국제법규로 보아 ICCPR의 현행법에 대한 우선적 효력을 부여하는 방안이 남아 있기는 하다.

성립가능성은 국제관행과 법적 확신의 측면에서 검토할 수 있다.

가. 긍정 하는 견해

양심적 병역거부권이 국제관습법의 형식으로 인정된다고 보는 입장에서는 양심적 병역거부에 대한 각국의 입법례에서 보듯이 양심적 병역거부를 인정하는 비율이 높으므로 양심적 병역거부의 관습인권법 인정을 위한 국제관행의 측면은 충족된 것이 아닌가 주장할 수 있다. 특히 양심적 병역거부의 인정에 있어 유럽국가들은 다른 지역보다 더 큰 응집력을 보이고 있고 국내법적으로 인정하는 비율이 매우 높으므로 양심적 병역거부의 국제관행이 국제관습법의 수준에 이르지 않는다고 하더라도 유럽지역 만큼은 국제관습법으로 볼 수 있다고 주장하기도 한다. 게다가 관습국제인권법은 그 내용의 보편성으로 인해 그 밖의 국제관습법 보다 국제관행이 덜 통일적이어도 관습국제인권법으로 인정될 가능성이 있다고 한다.⁷⁷⁾

다음으로 양심적 병역거부권을 법적 의무로 인정할 수 있느냐 하는 법적 확신의 측면에서 국제조약에 실현된 인권규범은 (그 조약에 가입하지 않은 국가들의 편에서) 관습국제인권법으로 인정될 수 있으며 세계인권선언과 ICCPR 등의 규범들은 현재 국제관습법의 일부이고 모든 국가를 구속한다고 주장하기도 한다. 이러한 해석을 받아들인 1994년 유엔인권위원회의 일반의견⁷⁸⁾에 따르면 사상·양심·종교의 자유도 관습국제인권법에 해당하며 이를 근거로 양심적 병역거부를 주장할 수도 있을 것이다. 유엔사무총장 보고서에서도 양심적 병역거부권이 법적 확신의 측면에서 관습국제인권법으로 인정될 수 있다는 주장을 강력하게 뒷받침하고 있다.⁷⁹⁾ 모든 국가가 양심적 병역거부권을 인정하고 있지는 않지만, 징집제를 실시하고 있는 대부분의 문명국가들이 양심적 병역거부권을 인정하고 있고 충분히 많은 수의 국가들이 종교나 양심에 근거한 양심적 병역거부권을 인정해야 할 법적 강제가 필요하다고 믿고 있다는 것이다. 이 견해에 따를 경우 양심적 병역거부를 국제인권조약의 형식으로 인정하는 경우와 마찬가지로 양심적 병역거부권은 더 이

77) R.-B. Lilich, The Growing Importance of Customary International Human Rights Law, The Georgia Journal of International and Comparative Law 25, Fall 1995/Winter 1996, p. 8.

78) U.N. Hum. Rts. Comm., General Comment 24(52) at para. 3.

79) U.N. Doc. E/CN.4/1997/99, at para. 48, 49.

상 입법정책의 문제가 아니다. 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법은 효력을 상실하며 양심적 병역거부자는 국제관습법상 인정되는 양심적 병역거부권을 직접 또는 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 (기다려 이를) 근거로 주장할 수 있다.

나. 부정하는 견해

그러나 양심적 병역거부를 인정하지 않는 입장에서는 첫째, 국제관행의 측면에서, 유럽이외의 징병제를 실시하는 많은 국가들이 여전히 양심적 병역거부를 인정하고 있지 않고 양심적 병역거부를 인정하고 있지 않는 이들 국가들의 관행이 적어도 양심적 병역거부의 관습국제인권법으로의 승인을 저지할 정도의 의미는 있다고 주장할 수 있다. 둘째, 법적 확신의 측면에서, 양심적 병역거부를 인정하지 않는 국가들에서 양심적 병역거부를 관습국제인권법으로 지켜야 할 법적 의무가 형성되지 않았음은 물론이다. 이 견해에 따르면 양심적 병역거부권을 국제인권조약의 형식으로 수용할 수 없다는 견해와 마찬가지로 양심적 병역거부는 단순한 입법정책의 문제에 지나지 않게 된다. 입법자는 입법형성권의 범위 내에서 소수자를 배려하기 위해 양심적 병역거부자를 고려하는 입법을 할 수 있을 뿐이며 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법은 위헌심사의 대상이 되지 않는다.

Ⅲ. 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법의 위헌성 검토

헌법상 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출되지 아니한다고 볼 경우 양심적 병역거부권은 헌법상의 권리가 아니므로 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 현행법의 위헌성을 검토하기 곤란하다. 양심적 병역거부권이 양심의 자유로부터 도출된다고 보는 경우에도 양심적 병역거부권이 곧바로 실현될 수는 없고 그에 대응하는 법익과의 형량을 거쳐서 실현여부가 결정된다. 이 경우 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 현행법의 위헌성이 검토될 수 있다. 형량의 과정에서 양심의 자유에 대한 규범적 평가가 우월하기 때문에 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 현행법을 위헌이라고 볼 가능성도 있고, 대응하는 법익에 대한 규범적 평가가 우월하기 때문에 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 현행법을 합헌이라고 볼 가능성이

있다.

1. 양심적 병역거부에 대응하는 헌법상의 법익

양심적 병역거부에 대응하는 헌법상의 법익으로는 국가목적으로서의 안보, 국민의 기본의무로서의 병역의무 등을 들 수 있다. 헌법상 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출된다고 볼 경우 양심적 병역거부권은 헌법상 권리가 되므로 양심적 병역거부를 인정하지 않는 입법부작위가 헌법에 위반되는지 여부를 심사하는 과정에서 양심적 병역거부의 근거가 되는 양심의 자유와 국가안보·병역의무의 형량은 의미를 가진다. 나아가 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 할 때에도 양심적 병역거부권의 (헌법상 양심의 자유로부터의) 도출가능성을 긍정하는 경우는 물론 양심적 병역거부권의 (헌법상 양심의 자유로부터의) 도출가능성을 부정하는 경우에도 국가안보, 병역의무라는 헌법상의 법익을 고려하여야 한다.

가. 국가목적으로서의 안보

(1) 국민의 기본권보장과 헌법국가의 존립

오늘날 국가는 이미 주어진 것으로 전제되어 있지 않으며 다양한 국가목적들을 수행하기 위해 국민에 의해 창설되는 것으로 이해되고 있다. 헌법국가는 헌법에 수록된 국가목적 자체에 기속되며 국가목적들을 수행함으로써 정당화된다. 이러한 국가목적의 목록 중에서 헌법국가의 과제로서 국가목적의 정점에 위치하고 있는 것은 바로 국민의 기본권보장이다. 국가는 국민의 자유와 평등을 침해하는 작위를 하지 않음으로써 소극적으로 국민의 자유와 평등을 보호하며 동시에 국민이 자유와 평등을 실질적으로 누릴 수 있도록 기반을 마련해 줌으로써 적극적으로 국민의 자유와 평등을 보호하기도 한다. 그러나 헌법국가의 과제로서 국민의 기본권보장은 헌법국가 자체의 존립 없이는 가능하지 않다. 기본권을 보장하는 국가가 존속하지 않으면 기본권보장의 전제조건 내지 울타리를 상실하게 된다. 그래서 국민은 국가공동체의 존립과 활동을 위해 기본의무를 진다. 법적 평화를 유지하고 국가의 재정수요를 충족시키고 국방을 유지하기 위해 헌법상 작위, 부작위, 급부의 의무를 부담한다. 특

히 일반적 납세의무와 국방의무는 근대국가의 형성과정에서 인권과 시민의 권리와 함께 자유로운 공동체를 유지하기 위해 특권적 구질서를 타파하는 의미를 가졌었다.⁸⁰⁾ 국민의 기본의무는 군주의 자의적인 과세나 강제적인 징병으로부터 국민의 재산과 신체의 자유를 보장하기 위해 국가권력을 억제하고 제한하는 소극적 의의만을 가지는 것이 아니라 주권자로서의 국민이 스스로 국가의 창설과 유지를 위하여 병력을 유지하고 국가의 재정을 위해 조세를 납부한다는 적극적 의의를 갖고 있다.

(2) 국가안보의 실현과 국민의 기본권제한

국가의 존립과 활동을 보장하기 위해서 실현되어야 할 국가목적 중에서 국가안보는 국가의 존립과 관련하여 일차적으로 실현되어야 하는 국가목적이다. 밖으로는 외적의 침입으로부터 국가를 방어하고 안으로는 법적 질서를 유지함으로써 국민을 보호하는 국가안보가 전제되어야 비로소 국가의 존립과 활동이 가능하다. 외적의 침입으로 인해 국가가 파괴되고 국내 치안을 유지하지 못해 국가권력의 행사 자체가 어려워진다면 자연히 국가의 기본권보장시스템도 작동하지 못하게 될 것이기 때문이다. 이러한 국가목적으로서 안보는 안보의 실현을 위한 국가의 활동범위를 정할 뿐만 아니라 국민의 권리와 의무에도 커다란 영향을 미친다. 국가는 국군의 사명으로서 국가안보와 국토방위의 의무를 부과하고(제5조 제2항), 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위해 행사할 수 있는 대통령의 긴급명령권(제76조)을, 국가비상사태에 병력으로 군사상 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때 행사할 수 있는 대통령의 계엄선포권(제77조)을 규정함으로써 국가안보의 실현을 위한 국가의 활동범위를 정하고 있을 뿐만 아니라⁸¹⁾ 개인에게는 국가안전보장·질서유지를 이유로 기본권이 제한될 수 있음을 규정하고 있으며(제37조 제2항), 모든 국민에게 국방의 의무를 부과함

80) 계희열, 위의 책(각주 6), 728면.

81) 그 밖에 헌법전문은 "...우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 보장할 것을 영원히 다짐하면서..."라고 선언하면서 국가목적으로서 안전보장을 밝히고 있다. 또한 국회의 동의를 요구하는 조약의 내용에 안전보장, 선전포고 등을 규정하고 있으며(제60조), 대통령 취임선서의 내용에 헌법을 준수하고 국가를 보위한다는 내용을 포함하고 있다(제69조), 그리고 대통령의 중요정책에 관한 국민투표부의권의 내용으로 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 내용이 포함된다는 것을(제72조) 규정하고 있다.

으로써(제39조) 개인의 권리를 제한하고 의무를 부과하기도 한다. 이러한 국가의 활동범위는 국가안보실현이라는 국가목적에 기속되며 개인의 권리 및 의무도 마찬가지로 국가안보라는 국가목적에 필요한 한도 내에서 제한되고 부과될 수 있음은 물론이다.

나. 국민의 기본의무로서의 병역의무

(1) 국가안보의 실현과 국방의무의 구체화

헌법은 국가안보를 실현하기 위해서 국민에게 국방의 의무를 부과한다. 국방의 의무는 국가안보, 특히 외침으로부터 국가의 존립과 안전 및 영토보전을 수호하여 국가의 정치적 독립성·완전성을 보장하기 위해 국민에게 부과하는 의무로서 국가 존립의 필수조건이 된다. 헌법 제39조 제1항은 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.”고 하여 국민에게 국방의 의무를 부과하고 있다.⁸²⁾ 이는 다른 기본의무와 마찬가지로 법률로써 국민에게 일정한 의무를 부과할 수 있도록 입법자에게 권한을 부여하는 입법위임으로 이해할 수 있다. 국방의 의무는 입법자가 정하는 구체적인 요건과 절차에 따른 법률에 의해 비로소 현실적인 의무로 구체화되는 것이다. 입법자가 국방의 의무를 어떻게 구체화시키려는가는 그 나라의 안보상황, 지정학적 여건, 경제력, 인구 등에 따라 다르다. 입법자는 여러 가지 현실적 여건과 국가존립을 유지하는 데 필요한 국방력을 고려해 그 나라 실정에 맞는 최적의 제도를 채택한다. 보통 경제력이 뒷받침되고 침략의 위협이 적거나 천혜의 방어적 이점을 지니고 있는 국가들은 지원병제를 택하고 있지만 직접, 간접적으로 전쟁의 위협에 직면해 있거나 주변국과의 관계로 군사적 대비태세를 갖추고 있지 않으면 안될 처지에 있는 나라들은 징병제를 택하고 있다. 우리나라에서 입법자는 북한의 현실적 위협, 지정학적 여건, 경제력 등을 고려하여 현재까지 국민개병제(징병제)로써 국방의 의무를 구체화시키고 있다.

82) 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 포함한다. 헌재 1995.12.28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851, 868.