

(2) 국적의 민주적 의미와 병역의무의 실현구조

국가안보를 실현하기 위해서 국민에게 부과된 국방의 의무는 병역의 의무로 구체화됨으로써 국민의 기본권제한을 야기한다. 국민개병제를 채택하고 있는 병역법에 의해 일정한 연령에 달한 대한민국국민인 남자는 병역의 의무를 진다(병역법 제3조 제1항, 제8조). 특히 병역의 의무는 '대한민국 국적을 가진 국민'에게만 부과된다. 국적은 일정한 인적 집단에게 국가의 구성요소로서의 특별한 법적 지위를 부여해 주며 헌법 원리로서의 민주주의의 주체가 되게 한다.⁸³⁾ 주권자로서의 국민이 스스로 국가를 창설하고 유지할 수 있는 연결점이 된다. 프랑스 대혁명이후 국민국가가 구제도를 타파하면서 국민개병제를 택했던 이유도 여기에 있다.⁸⁴⁾ 국적자인 국민만이 자신의 기본권을 실현해 줄 국가공동체를 창설하고 유지할 권리가 있다고 이해한 것이다. 그래서 국적을 가진 국민은 신체의 자유, 거주·이전의 자유, 주거의 자유, 직업의 자유 등 기본권제한을 감수하면서 기꺼이 병역의무를 이행한다. 그러한 병역의무는 의무유보(제39조 제1항)를 근거로 하여 부과되지만 기본권이 제한되는 범위 내에서는 일반적 법률유보(제37조 제2항)에 의해 근거 지워지고 기본권제한의 한계를 준수했는지 여부가 검토되어야 한다. 현행 헌법상 기본권의 실현구조는 일반적 법률유보를 취하는 기본권제한체제와 맞물려 구현되기 때문이다. 의무유보를 갖는 대부분의 기본의무⁸⁵⁾는 자신의 유보규정을 통해 국민에게 의무를 부과하며 이때 기본권이 제한되는 한 일반적 법률유보(제37조 제2항)도 기본권제한입법의 수권규정이 됨과 동시에 한계규정이 된다.⁸⁶⁾ 그러나 국가존립에 필요한 최소한의 부담을 넘어서 의무부과의 범위와 의무부과에 수반되는 구

83) 독일기본법 제정시 Heuß의원이 양심적 병역거부 조항의 삭제를 주장하면서 "프랑스에서 그 기원을 찾을 수 있는 일반적 병역의무는 민주주의의 적자(嫡子)이다."고 한 발언은 병역의무와 민주주의의 관련성을 잘 나타내고 있다. G. Leibholz/H. Mangoldt, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, J.C.B. Mohr Tübingen, 1951, S. 77.

84) 국방의 의무는 프랑스혁명이후 1793년 프랑스 헌법 제107조, 제109조에 처음 규정되었다.

85) 헌법상 기본의무 중에서 납세의 의무(제38조), 국방의 의무(제39조), 근로의 의무(제32조 제2항), 교육의 의무(제31조 제2항)가 여기에 속한다.

86) 재산권행사의 공공복리적합의무(제23조 제2항), 환경보전의 의무(제35조 제1항)같은 의무유보가 없는 기본의무는 입법자의 형성의 자유로 의무를 부과한다고 해도 대부분 기본권제한을 수반하기 때문에 일반적 법률유보를 기본권제한의 수권규정, 한계규정으로 삼는다.

체적인 기본권제한의 양태는 개별 기본의무에 따라 달리 정해질 수밖에 없다.

2. 법익의 충돌과 대안적 해결방법

가. 대안적 해결방법으로서 대체복무제와 법익형량의 필요성

양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출된다고 보는 입장에서는 양심의 자유와 국가안보·병역의무의 법익의 충돌이라는 문제가 발생한다. 모든 국민이 국가의 안보를 위해 부담하는 국방의 의무는(헌법 제39조 제1항) 일정한 연령의 대한 민국국민인 남자에게 병역의 의무를 부과하는 국민개병제를 통해 구체화된다(병역법 제3조 제1항). 병역의 의무를 부담하는 국민이 양심상의 명령에 따라 '양심에 반하는 병역의무를 강제 당하지 않을 자유'를 주장하여 병역을 거부할 때 비로소 양자의 법익이 충돌한다. 이 경우 양심의 자유를 내세워 국가의 존립을 위태롭게 할 수는 없으며 국가안보를 이유로 양심의 자유를 무시할 수도 없다. 서로 충돌하는 양자의 법익은 실제적 조화의 원리에 따라 각기 최적으로 실현될 수 있도록 법률안에서 비례적으로 정서되어야 한다. 그 해결방안으로 제시되는 방안이 대체복무 제⁸⁷⁾로서 병역거부자에게 병역을 대체하는 다른 역무를 부담시킴으로써 병역거부자의 양심의 명령을 지킬 수 있는 방안이다. 그러나 이 방안도 각 국가의 현실적 여건에 따라 국가안보에 장애를 초래할 수 있으며 대체복무가 실제로 병역과 비교할 때 평등원칙에 부합하는 것인가의 문제가 제기될 수도 있으므로 국가안보가 유지되고 평등원칙이 지켜지는 한도 내에서 대체복무제가 도입되어 병역거부자의 양심의 자유를 보장하는 것이 관용될 수 있는지 여부가 중요하다.

나. 현행법의 위헌성에 대한 견해의 대립

현행법상 입법자는 병역거부자를 위해 아무런 대안적 해결방법을 마련해 놓지 않고 양심적 병역거부자를 처벌함으로써⁸⁸⁾ 국가안보의 규범적 가치를 양심의 자유

87) 그 밖에 비전투복무도 해결방법으로 제시될 수 있지만 주로 주장되는 것이 대체복무제이므로 이하에서는 대안적 해결방법으로서 대체복무제를 중심으로 형량을 하고 비전투복무는 아래의 제4장 양심적 병역거부에 대한 입법론적 대안에서 대체복무와 함께 논의하기로 한다. 대체복무제의 개념과 유형에 대해서는 아래의 제4장 III. 3. (1) 참조.

보다 우월하게 평가 하고 있다. 이렇게 대안적 해결방법을 마련하고 있지 않는 현행법이 위헌인지 여부에 대해서 두 가지의 입장이 대립하고 있다.

(1) 합헌이라는 견해

첫째 견해는 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출된다고 하더라도 양심의 자유와 국가안보·병역의무가 충돌하는 경우 입법자는 법익형량의 과정에서 양심의 자유를 고려해야 할 일반적 의무는 있으나 구체적 대안을 제시할 헌법적 의무는 없으므로 법익형량의 결과 국가안보를 위태롭게 하지 않고서는 양심의 자유를 실현할 수 없다는 판단하에 대체복무의 가능성을 제공하지 않았다면 이러한 입법자의 결정은 양심의 자유에 근거하는 입법자의 양심보호의무에 대한 위반이라고 할 수 없다고 한다.⁸⁹⁾

(2) 위헌이라는 견해

둘째 견해는 병역거부자의 양심에 반하는 병역을 강제당하지 않을 자유와 국가안보·병역의무가 충돌하는 양심적 병역거부의 경우 우리의 현실적 여건을 고려할 때 국가안보를 해치지 않고서도 양심의 자유를 보장할 수 있는 대체복무의 방안이 존재하며, 최소한 양심적 병역거부자에 대한 제재수단으로서 형벌은 자제되어야 하기 때문에 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법은 위헌이라고 한다.⁹⁰⁾

다. 비례성원칙에 의한 심사

그러나 첫째 견해에 따른다 하더라도 예외적으로 입법자가 양심갈등의 발생 가능성을 사전에 충분히 예측할 수 있었고 국가안보나 병역의무를 저해함 없이도 대안의 제시가 가능하다는 것이 명백한 경우에 한하여 양심을 보호하는 대안을 제시

88) 입대전 병역거부자에게는 병역법 제88조 제1항에 따라 현역입영 또는 소집통지서(모집에 의한 입영통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영 또는 소집기일부터 일정기간이 경과한 후에도 입영하지 않거나 소집에 불응한 때에는 3년이하의 징역에 처한다. 또한 입대 후 병역거부자에게는 군형법 제44조 제3호에 따라 상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 자는 항명죄로 평시에 3년이하의 징역에 처한다.

89) 한수웅, 위의 논문(각주 56), 415~419면.

90) 이금옥, 위의 논문(각주 55), 221~222면; 한인섭, 위의 논문(각주 8), 28면 이하.

해야 할 구체적인 입법자의 의무가 인정된다고 하므로⁹¹⁾ 둘째 견해와 마찬가지로 충돌하는 양자의 법익의 형량이 요청됨을 알 수 있다. 이에 양심의 자유보다 국가안보·병역의무에 우월적 가치를 부여하는 현행법을 비례성의 원칙에 따라 심사할 의미가 있다. 국가안보와 병역의무를 실현하려는 현행법이 병역거부자의 양심의 자유를 침해하는지 여부를 적합성, 필요성, 협의의 비례성으로 나누어 심사할 수 있다.

(1) 적합성요건

적합성요건은 입법자가 선택한 수단이 입법목적의 실현을 용이하게 하거나 촉진할 것을 요구한다. 병역법은 병역기피자를 처벌함으로써 병역기피를 억제하여 병력구성을 강제하고, 군형법은 병역거부자를 처벌함으로써 집총을 강제하여 국가안보의 실현을 촉진시키고 있으므로 입법목적에 적합한 수단이 된다.

(2) 필요성요건

다음으로 필요성요건은 기본권을 최소한 제한하는 수단을 선택할 것을 요구한다. 즉 기본권을 덜 제한하는 수단을 통해서 동일한 결과나 더 나은 결과를 가져올 수 있는 경우에는 필요성요건이 충족되지 않는다. 여기에서 기본권을 덜 제한하는 수단으로 대체복무를 수반한 양심적 병역거부를 인정하는 방안이 가능하지만 양심적 병역거부를 인정하더라도 국가안보의 실현정도가 동일하지 않을 수 있다는 문제가 남는다. 병역거부자의 급증 등으로 국가안보에 장애를 초래할 수 있기 때문이다.

(3) 협의의 비례성요건

91) 예외적으로 헌법이 스스로 대체복무를 제공할 것을 규정하고 있거나 또는 입법자가 양심갈등의 발생 가능성을 사전에 충분히 예측할 수 있었고 국가안보나 병역의무를 저해함 없이도 대안의 제시가 가능하다는 것이 명백한 경우에 한하여 양심을 보호하는 대안을 제시해야 할 구체적인 입법자의 의무가 인정된다고 한다. 그러나 이 경우에도 실현하고자 하는 공익의 달성이 명백한 경우는 사실상 예외에 해당한다고 보이므로, 입법과정에서 양심의 자유를 고려해야 할 입법자의 의무는 헌법적으로 거의 관철될 수 없다고 한다. 한수웅, 위의 논문(각주 56), 418~419면.

마지막으로 협의의 비례성요건은 입법목적의 실현정도가 기본권의 제한정도보다 우월한 수단을 선택할 것을 요구한다. 현행법은 양심적 병역거부를 인정하지 않으므로써 양심의 자유 보다 국가안보에 더 높은 규범적 가치평가를 한다. 이하에서는 과연 국가안보가 양심적 결정에 근거한 병역거부를 인정하지 않아도 될 정도로 높은 규범적 가치평가를 받을 만한가, 현실적 여건을 고려해 볼 때 국가안보를 확보하고 평등원칙(평등한 공적 부담의 원칙)에 위반되지 않으면서 대체복무를 수반한 양심적 병역거부를 인정할 수 있는지 여부를 검토해 보기로 한다.

3. 현실적 여건과 양심적 병역거부 인정의 어려움

가. 현실적 위협의 상존

북한의 위협이 현실적으로 상존한다는 사실은 국가안보를 유지·강화시켜야 한다는 규범적 평가를 가져온다. 대북정책의 기조인 '햇볕정책'으로 남북간 화해분위기가 유지되고 있는 현 상황에서도 북한이 현존하는 위협이라는 사실을 부인할 수는 없다. 위협으로부터 국가공동체를 보호하는 것은 국민이 누리는 자유의 조건이 된다. 자유의 조건을 지켜내야 할 의무를 선택할 자유를 제한 없이 보장할 수는 없다. 이에 대해 우리가 북한이라는 현실적 위협에 맞서 남북대치를 하는 이유는 국민의 기본권을 보장하는 헌법국가를 수호하기 위해서 인데 남북대치를 이유로 병역을 거부하는 소수자의 양심의 자유를 인정하지 않는 것은 모순된 논리가 아닌가, 오히려 양심적 병역거부를 인정하는 관용을 지닌 헌법국가이기에 더욱 수호할 가치가 있는 것이 아닌가⁹²⁾ 하는 의문이 들 수도 있다. 그러나 헌법국가의 존립을 담보로 양심적 병역거부를 무조건적으로 인정하기는 곤란하고 현실적 위협으로부터 국가안보를 지키기 위해 필요한 국방력의 전제위에서 비로소 양심적 병역거부의 관용여부와 그 범위를 형량과정을 통해 결정할 수 있을 것이다.

대만이 (종교적 사유에 의한) 양심적 병역거부를 인정했음을 이유로 유사한 분단국인 우리나라에서도 인정할 수 있다는 견해가 있다. 대만은 실제 2000년 8월부터 일반 대체복무제도를 시행하면서 양심상 병역거부까지 포함하고 있다. 그러나

92) 김두식, 위의 책(각주 5), 211면.

대만은 지역적 특성(섬나라) 때문에, 국방운용이 육군보다는 해·공군 위주로 구성되어 있고 남북한의 155마일 휴전선 같은 실제적 군사대치지역이 없으므로 상대적으로 적은 병력으로도 국방을 유지할 수 있고, 12억 인구의 중국을 상대로 하는 인구 2,300만의 대만은 병력으로는 중국과 경쟁할 수 없고, 군사적 경쟁보다는 정치, 외교적 방어가 효과적이라는 국민적 공감대형성으로 60만에서 45만으로 감군이 실시되면서 현역병력 수요의 감소로 대체복무제도를 도입한 것이다. 이러한 사정을 고려한다면 대만과의 단순비교는 단순한 참고 이상의 의미를 지닐 수 없을 것이다.⁹³⁾

나. 병력자원의 손실 : 병력자원의 자연감소, 병역거부자의 급증위험

(1) 병력자원의 자연감소

병력자원이 점차 감소하여 병력수급에 차질을 빚는 상황에서 양심적 병역거부를 인정한다면 국가안보에 큰 장애를 초래할 수 있다. 우리나라의 병력자원은 점차 감소하는 추세이다. 병력규모와 복무기간의 현상유지를 전제로 할 때 병력자원 감소에 따라 2003년부터 현역병 충원에 어려움을 겪을 것으로 예상되며 현행 대체복무제도도 2003년을 기점으로 단계적으로 축소 및 폐지가 불가피할 것으로 보인다.⁹⁴⁾ 이는 국가안보의 규범적 평가를 높이는 중요한 요인이다. 병력자원의 자연

93) 최필재, 소위 '종교적 신념에 의한 병역거부'와 대체복무, 인권과 정의 제309호, 대한변호사협회, 2002. 5, 57~58면; 김병렬, 양심적 병역거부의 문제점, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002, 138~139면 참조. 대만의 대체복무제도에 대한 상세한 내용은 한홍구, 타이완 대체복무제도 참관보고서, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002, 291면 이하 참조.

94) <표 3> 병력자원의 부족현황

연 도	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
부족인원(명)	7000	22,000	48,000	59,000	70,000	74,000	70,000

자료 : 「산업기능요원제 2005년 폐지」, 『조선일보』, 2002. 9. 11, 29면 참조

위의 표에서 보는 바와 같이 병력을 현재수준으로 유지할 때 병력자원은 2003년부터 7천명 정도 부족해지며 2008년에는 부족한 병력자원이 7만 4천명으로 최고조에 이를 것으로 보인다. 부족한 병력자원을 확보하기 위해 국방부는 2002. 9. 10. 산업기능요원과 의무소방원을 매년 단계적으로 축소하여 2005년에 폐지하고 그 밖의 전투경찰대원, 교정시설경비교도, 상근예비역 등 대체복무를 병력자원의 부족분만큼 단계적으로 축소하겠다고 밝혔다. 또한 공익근무요원을 현역 입영대상자로 분류, 전투경찰대원, 교정시설경비교도에 투입하여 병력자원을 늘려나갈 방침이라고 한다. 「군대체복무 산업요원 2005년 폐지」, 『동아일보』 2002. 9.

감소는 인위적으로 해결하기 곤란하므로 정보전·과학전의 발달로 병력자원의 필요성이 그만큼 축소되지 않는 한 국가안보에 대한 영향은 무시할 수 없다. 이에 대해 현대전은 정보전·과학전의 양상으로 전개되므로 이에 따라 감축되는 병력분이 병력자원의 자연감소분을 상회할 것이라고 주장하는 견해도 있다.⁹⁵⁾ 그러나 정보전·과학전의 발달로 병력수요를 줄일 수 있다 해도 그 감축규모와 정도는 군의 정보화·과학화의 현실적 실현가능성에 달려있다. 첨단무기나 첨단방어체제의 구입·구축이 실현되는 한도 내에서 병력감축을 고려할 수 있을 뿐이므로 현재의 군의 정보화·과학화 수준에 비추어 감축할 수 있는 병력의 정도가 산출될 수 있을 것이다. 예컨대 인공위성과 연계된 전자장비를 이용한 국경선 감시시스템의 구축이 기술적으로 가능하다고 하더라도 실제로 구축되어 있지 않고 또한 휴전선과 동서남해의 해안선에서 북한의 도발을 방어하기 위해서는 사람인지 동물인지 사람이면 적군인지 아군인지 여부를 최종적으로 사람의 눈으로 직접 확인해야 할 병력이 필요하므로 적정수의 병력은 유지되어야 한다는 사정을 고려해야 할 것이다. 이렇게 군의 정보화·과학화 수준에 비추어 감축할 수 있는 병력의 정도를 산출하기 위해서 군의 정보화·과학화의 실현이 병력수급에 미치는 영향에 대한 연구가 선행되어야 할 것이다.

다른 한편 병력자원의 절대수가 부족하다고 하더라도 양심적 병역거부자는 집총에 관한 한, 살상을 예상하는 어떤 군사작전에 관한 한 아무런 쓸모도 없으므로 집총병력의 확보를 위해 그들을 군대에 수용한다는 것은 국가안보에 도움을 주지 않는 무익한 예산소모일 뿐이라고 주장하는 견해도 있다.⁹⁶⁾ 이들이 생각(양심상의 결정)을 바꿀 가능성이 희박하므로 형벌의 목적인 특별예방의 측면에서 이들에게 가해지는 처벌에 대하여 일응 예방의 효과를 기대할 수 없지만, 병력자원의 확보라는 측면에서 일반예방적 효과가 존재하는 것은 사실이다. 문제는 이들에게 구태여 형벌을 과하면서까지 병력자원의 확보를 위한 일반예방적 효과에 매달릴 필요가 있는가 하는 것이다. 대체복무를 통해서 양심적 병역거부의 문제를 해결하기 어렵다고 판단을 할 경우, 그래서 반가치판단이 필요하다면 어느 수준에서 반가치판단을 하는 것이 적절한 것인지에 대한 연구가 필요하다.

11, 2면 참조.

95) 오종권, 대체복무의 근거와 입법방안, 인권과 정의 제298호, 2001. 6, 73면.

96) 한인섭, 위의 논문(각주 8), 31면.

(2) 병역거부자의 급증위험

병역법상 병역기피자에게 과하는 형벌은 병역거부자를 억제하는 역할을 한다. 그러나 양심적 병역거부를 인정하여 형벌을 과하지 않는다면 억제되었던 양심적 병역거부자들과 양심적 병역거부를 빙자한 병역기피자들이 급증할 수 있다. 특히 남북간의 군사적 긴장상태가 고조될 경우 병역거부자의 급증이 더욱 우려된다. 이에 대해 병역거부자의 급증을 방지할 수 있는 방안이 있다면 이는 국가안보의 규범적 가치평가에 대한 부정적 요인이 된다. 이에 대해 제시될 수 있는 두 가지 해결방안, 즉 심사의 엄격화와 대체복무의 등가성확보문제를 아래에서 살펴본다.

4. 현실적 여건의 극복 수단과 그 한계

가. 심사의 엄격화

어떤 개인이 단순히 양심적 병역거부를 선언한다고 하여 그것만으로 병역거부를 인정할 수는 없다. 양심의 자유의 보호 대상인 '양심'은 단순한 견해가 아니라 인격의 존재가치를 좌우할 수 있는 진지한 마음의 소리이므로 '(진정한) 양심'에 따른 것인지 여부를 확인하기 위한 심사가 필요하다. 심사를 통해 '양심'의 진정성 여부를 가려내어 병역거부를 인정할 수 있고 병역거부자가 증가하는 경우 심사를 더욱 엄격히 하여 병역거부자의 증가를 억제할 수 있다. 이를 위해 병역거부의 진실성 여부와 관계있는 사실들을 사안마다 종합적으로 판단하여 병역기피자들을 가려내야 할 것이다.

양심적 병역거부가 종교상의 교리나 계율에 근거하고 있는 경우, 그러한 양심적 병역거부의 결정은 종교상의 교리나 계율에 의해 증명될 수 있기 때문에, 양심적 병역거부자가 자신의 신앙에 따라 생활을 한 경우 병역거부의 양심상 결정이 있다는 것에 대한 입증부담이 줄어든다. 우리나라에서는 대부분 '여호와의 증인'이라는 특정종교의 종교인을 중심으로 병역거부자들이 발생하고 있으므로 그간의 종교활동을 근거로 진정한 양심적 병역거부자와 병역기피자들을 상대적으로 그리 어렵지 않게 구분해낼 수 있다. 이에 대해 병역기피를 위해 개종이 속출할 것이라는 지

적⁹⁷⁾이 있다. 병무비리사건에서 볼 수 있듯이 병역을 기피하기 위해 금품수수, 기망행위, 신체훼손까지 불사하는 풍조를 놓고 볼 때 기초군사훈련(1개월)과 현역복무후의 예비군 복무(8년)는 물론 전시에 있어서 생명을 담보로 하는 병역동원의무까지 면제해주는 대체복무를 도입할 경우, 이를 병역기피수단으로 악용하려는 사이비 병역거부자가 속출할 수 있다는 것이다. 열악한 병영환경 속에서 비교적 장기간 복무하는 우리의 현실적 여건 때문에 그러한 가능성을 완전히 배제할 수는 없다. 게다가 그 종교단체에서 요구하는 일정한 행위와 요건을 형식적으로 충족시키고 있는지 외에 그들이 실제로 내면적으로 그 종교에 귀의했는지 여부까지도 문제삼는 양심상 결정의 진실성 여부의 심사는 실행이 곤란할 것이다. 그래서 여호와의 증인과 같은 전통적으로 평화주의를 표방하는 종파로의 개종을 고려하는 병역기피자들이 어느 정도 발생할 수 있다. 그러나 여호와의 증인으로서 양심을 주장하기 위해서는 상당기간동안 여호와의 증인과 성서를 연구해야 하며 집회에 참석하고 전도를 위한 봉사에 열심을 나타내야 할 뿐만 아니라 수혈거부, 국기에 대한 맹세거부 등 여러 가지 작위·부작위의무가 부과되므로 종교의 특성상 여호와의 증인으로서 형식적 요건을 갖추기도 쉽지는 않을 것으로 보인다.

다른 한편, 양심적 병역거부가 원칙적으로 특정한 종교·종파의 신도에게만 인정될 수는 없다. 헌법이 보호하는 '양심'은 종교적인 것뿐만 아니라, 윤리적, 사상적 확신을 포함하는 넓은 개념이다. 누구나 양심의 자유를 주장하여 병역거부를 신청할 가능성이 있다. 이에 따라 양심상의 결정이 주관적 윤리관·가치관에 근거한 경우 양심적 병역거부자의 입증책임은 더 무거워지며 심사의 엄격화가 불가피해진다. 심사를 엄격히 해서 병역거부자를 어느 정도 제한할 수는 있겠지만 여전히 의도적·계획적인 병역기피자를 방지하기 어렵다는 데 문제가 있다. 결국 엄격한 심사로 병역기피자를 방지하는 데는 어느 정도 한계가 있으며 이는 병무행정의 공정성확보에 심각한 장애로 이어질 수 있다. 인간의 내심에 있는 신념을 객관적 기준을 설정해서 판단하기 어렵고, 따라서 공정하고 통일적인 행정적 판단을 하기 힘들기 때문이다. 이에 따라 좀 더 명료하게 자신의 의사를 표시할 수 있도록 교육받고 조언을 받은 자가 그렇지 않은 자보다 더 유리하게 병역면제를 받을 수 있는 위험도 있다.⁹⁸⁾ 이러한 문제를 해결하기 위해서 병역의 현실적 여건의 개선, 군복무기

97) 최필재, 위의 논문(각주 93), 58면.

98) 최필재, 위의 논문(각주 93), 58면

간의 단축, 고역의 정도와 복무기간에 있어 현역복무와 대체복무의 등가치성 확보 등 병역기피의 동인이 먼저 제거되어야 심사절차에 큰 부담을 주지 않고 심사의 엄격화가 지니는 한계를 해결할 수 있을 것이다.

나. 대체복무의 등가치성 확보 : 대체복무의 고역, 복무기간의 정도

병역의무는 평등원칙에 맞게 부과되어야 한다. 이를 평등한 병역부담의 원칙이라고 한다. '양심'을 고려해서 대체복무를 부과하는 것은 평등한 병역부담의 원칙의 제한이 된다. 대체복무 그 자체가 병역은 아니기 때문이다. 이로 인한 현역복무자의 평등권침해를 방지하기 위해 대체복무는 한편으로는 병역거부자의 양심상 결정을 보호하는 것이어야 하고, 다른 한편으로는 그 종류와 기간 등에 있어서 병역의 '실제적' 등가물이어야 한다. 즉 '대체'할 수 있는 복무이어야 한다. 그렇지 않으면 다시금 현역복무자의 평등권이 문제된다. 이 대체복무의 등가성을 확보하는 수단으로 대체복무의 고역(苦役)과 복무기간의 정도 등을 따져 보아야 한다.

(1) 대체복무의 고역과 양심적 병역거부

대체복무는 현역복무와 실제적으로 같은 가치를 가져야 한다. 원칙적으로 양자의 고역과 복무기간은 동일해야 하지만 복무기간은 동일하고 현역복무의 고역의 정도가 큰 경우 실질적으로 양자가 동등한 가치를 갖기는 힘들다. 그래서 현역복무의 고역과 상응하는 대체복무를 부과하는 방안이 모색되기도 한다. 현재 운영되고 있는 대체복무 중 현역복무와 마찬가지로 힘든 전투경찰, 교정시설경비교도요원과 그 밖에 소방대원, 사회복지시설이나 공익사업 중 힘든 노동력을 요구하는 업무에 양심적 병역거부자를 복무하게 하면 문제가 해결될 수 있을 것이라고 생각할 수도 있다.

그러나 현역복무와 고역의 정도를 동일하게 하기 위해서 현역복무 보다 훨씬 힘들고 위험한 곳에서 대체복무를 시킨다면 병역거부자의 '양심적 결정'을 보호하기 어렵고 대체복무를 징벌적 수단으로 전락시켜 병역거부자를 역차별할 위험이 있다. 기본적으로 대체복무를 부과하는 것은 현역복무자의 평등을 고려하는 가운데 병역거부자의 양심적 결정을 보호하기 위함이지 병역거부자의 양심적 결정의 확인을

넘어 양심적 결정을 시험하고 저지하기 위함이 아니기 때문에 대체복무의 고역을 통해 양심적 병역거부자의 급증을 막는 방안은 한계가 있다.

평화주의와 비폭력주의의 신념으로 병역을 거부하는 자에게 평시의 군대보다 폭력에 더 많이 노출되어 있는 전투경찰에 복무하도록 하는 경우, 소방차관리·상황근무·구출된 인원의 후송 등 보조업무 외에 직접 화재진화현장에 투입시켜 평시의 군대보다 더 큰 생명·신체의 위험을 야기하는 경우 양심적 병역거부자의 양심적 결정을 보호하기 어려울 것으로 보인다. 따라서 대체복무자는 국가기관·지방자치단체·공공단체 또는 사회복지시설의 공익목적수행에 필요한 경비·감시·보호·봉사 또는 행정업무 등의 업무를 수행하되 그 업무의 성격과 정도가 병역을 거부하는 '양심상의 결정'을 침해하는 것이어서는 곤란하다. 우리나라의 힘든 병역여건을 고려한다면 병역거부자의 양심적 결정을 보호하면서 현역복무와 동일한 고역의 정도를 가진 업무를 군대 밖에서 찾기는 쉽지 않기 때문에 대체복무기간은 동일하게 하고 대체복무의 고역을 현역복무와 유사한 수준으로 맞춰서 대체복무의 등가치성을 확보하기 위한 노력은 쉽게 성공하기 어려울 것으로 보인다.

(2) 대체복무기간의 정도와 양심적 병역거부

그래서 대체복무의 기간을 늘이는 방안이 모색된다. 그러면 대체복무가 현역복무보다 고역의 정도가 약하더라도 실제적 등가치를 이루게 되고 양심의 자유를 빙자한 병역기피를 방지할 수 있다는 것이다. 문제는 대체복무의 기간을 어느 정도까지 연장해야 양자가 실질적으로 등가치를 이룰 수 있느냐 하는 것이다. 이에 대해 양심적 병역거부자는 공직에 진출할 수 없는 등 사회적으로 상당한 불이익을 받기 때문에 대체복무기간을 군복무보다 1개월만 길게 하더라도 대부분의 입영대상자들은 사이비 양심적 병역거부를 택함으로써 병역을 기피하려는 유혹을 받지 않을 것이라고 주장하기도 한다.⁹⁹⁾ 그러나 이러한 주장이 설득력을 갖기 위해서 전제되어야 할 사항이 있다. 먼저 대체복무와 병역복무의 고역의 정도가 크게 차이 나서는 안 된다. 고역의 정도의 차이가 심할수록 대체복무의 기간을 연장시켜서 그 차이를 메우려할 것이기 때문이다. 그리고 현역병의 생명·신체의 위험이 크지 않아야 한다. 한 해 동안 현역복무 중에 사망하는 인명이 양심적 병역거부로 처벌받는 자들

99) 김두식, 위의 책(각주 5), 212면.

의 숫자와 비슷한 현실이 대체복무기간의 정도를 결정할 때 고려되어야 한다. 마지막으로 현역병은 기초군사훈련을 받을 뿐만 아니라 군 제대 후 8년간 예비군으로 복무해야 한다는 점을 고려해야 한다.¹⁰⁰⁾ 그러나 현역복무가 대체복무보다 고역과 생명·신체의 위험이 크며 장기간의 예비군복무를 한다고 해서 대체복무의 기간을 지나치게 늘이면 오히려 양심적 병역거부자의 평등권 등의 기본권에 대한 제한이 한계를 넘을 수 있고, 나아가 양심적 병역거부자의 양심상의 결정을 포기하게 하는 강제적 효과를 야기하므로 양심의 자유를 침해할 우려가 있다. 병역거부자와 현역복무자의 평등을 고려하여 대체복무의 기간을 정하는 것은 어려운 문제이다. 북한의 현실적 위협의 감소, 병역여건의 개선이 뒷받침되기 전에 이를 해결하는 것은 더욱 어려운 것으로 보인다.

5. 양심적 병역거부와 관련된 그 밖의 평등권의 문제

대체복무제도입과 함께 양심적 병역거부를 인정할 경우 현역복무자의 평등권이 침해되는지 여부에 대한 문제와 함께 현행대체복무제의 유지와 양심적 병역거부자의 평등권, 양심적 병역거부자의 인정범위와 평등권과 관련된 문제 등이 논란된다.

가. 현행대체복무제의 유지와 양심적 병역거부자의 평등권

공익근무요원, 산업기능요원 등 현행 대체복무제를 유지하면서 양심적 병역거부자들에게 이와 같은 대체복무제를 허용하지 않는 것이 평등권위반이 되는지 문제될 수 있다. 해마다 줄어드는 병력자원의 확보를 위해서 대체복무제를 단계적으로 축소 또는 폐지할 경우 이러한 문제가 어느 정도 해결될 것으로 보인다. 그러나 현재로서도 양심적 병역거부자들이 원하는 (모든 군사훈련이 면제되는) 대체복무제와 현행 대체복무제는 크게 차이가 난다. 현행 대체복무제는 잉여인력을 해소하기

100) 현역병은 국가가 위급한 상황에 처하여 소집을 명할 시에 이에 응하여 전투에 참가해야 할 의무를 제대 후 8년간이나 지고 있다. 평시를 전제로 한다면 예비역으로 동원소집되는 기간만 고려하면 되겠지만 국가가 위급한 상황에 처해 동원소집될 위험이 높을수록 현역복무에 상응하는 대체복무의 기간은 늘어날 것이다.

위해 신체검사, 자격요건 등을 기준으로 적격자를 국가가 선발해 군부대에 입영시키고 기초군사훈련을 마치고 해당분야에 28~60개월간을 의무복무케 한 후, 8년 동안 예비군 훈련을 부과하고 있다. 전시에는 45세까지 동원소집해 현역병 의무를 부담하도록 되어 있다. 그러나 양심적 병역거부자에게는 기초군사훈련과 8년간의 예비군 훈련은 물론이고 전시동원소집 의무까지 모두 면제되어야 한다. 현행 보충역(대체복무자)은 국가에 의해 선발되고 관리되며 (현역으로서 병역의무를 부담하지 않을 뿐) 계속 보충역으로 남아 병역의 의무를 일정 시기까지 부담하므로 모든 병역의무로부터의 면제를 의미하는 대체복무제와는 구별이 되어야 할 것이다.

나. 양심적 병역거부자의 인정범위와 평등권

그동안 병역거부가 여호와와 증인, 제칠일안식일예수재림교 같은 특정종교의 교인을 중심으로 이루어져 왔다고 하여 이들에게만 양심적 병역거부를 인정한다면 다른 종교의 교인과 무종교인의 평등권을 침해하는지 여부가 문제된다. 병역거부를 할 수 있는 '양심'은 종교뿐만 아니라 사상, 윤리에 기한 확신을 포함하는 넓은 개념이므로 특정종교에 근거한 양심상의 결정을 이유로 하지 않더라도 보호될 수 있다. 오히려 특정종교의 교인들에 비해 그밖의 종교, 사상, 윤리적 확신에 의한 양심적 병역거부를 지나치게 엄격하게 심사한다면 이들의 평등권을 침해할 위험이 있다. 평등원칙을 고려하여 양자의 양심적 병역거부를 심사한다면 특정종교의 교인이 아닌 그밖의 종교, 사상, 윤리적 확신에 의한 양심적 병역거부를 엄격하게 심사하는데도 일정한 한계가 있으리라고 본다. 양심적 병역거부를 주장하는 자는 자신의 양심을 제3자가 납득할 수 있게끔 소명해야 하며, 그 양심상의 결정과 평소의 행동과 일치할 것이 요구되지만 양심을 입증하기 위해 국가기관 앞에서 개인의 모든 인격을 적나라하게 펼쳐보이고 인격적으로 발가벗을 것을 강제해서는 곤란하다.

6. 양심의 자유의 본질적 내용과 양심적 병역거부

양심적 병역거부가 양심의 자유로부터 도출될 수 있는 기본권이라고 보는 견해에 의하더라도 양심적 병역거부를 양심의 자유의 본질적 내용에 포함된다고 볼 수

는 없다. 헌법 제37조 제2항에 기본권제한의 내용적 한계로 규정된 기본권의 본질적 내용보장을 비례의 원칙을 강조하는 데 불과하다는 상대설에 의하면 양심의 자유의 본질적 내용을 별도로 검토할 필요가 없으나 기본권의 실체적 내용 중 핵심적 사항을 침해하면 본질적 내용을 침해하는 것으로 보는 절대설의 입장에서는 양심의 자유의 본질적 내용을 검토할 수 있다.¹⁰¹⁾ 양심의 자유의 본질적 내용에 해당하는 자유는 내면적인 양심형성의 자유에 한하며 소극적 양심실현의 자유에 포함되는 양심적 병역거부는 국가안보라는 공익 및 타인의 평등권과 충돌하여 제한이 불가피한 자유로 보아야 하므로 양심적 병역거부는 양심의 자유의 본질적 내용에 해당하지 않는다.¹⁰²⁾

7. 소 결

우리의 현실적 여건은 북한의 위협이 상존하고 있으며, 몇 년 후면 병력자원의 자연손실로 현상태의 방위력을 유지하기에 필요한 병력이 부족한 상태이다. 그로 인해 현역복무기간이 다른 나라보다 길고, 위협세력과의 대치지역에서 고역을 겪고 있다. 이러한 여건에서 대체복무를 수반한 양심적 병역거부를 인정할 경우 병역거부자의 급증위험이 있고 국가안보를 유지하는데 필요한 병력자원이 부족한 시점에서 병역거부자의 급증위험은 국가안보를 해칠 위험이 있다. 반면 심사의 엄격화 방안과 대체복무의 등가치성확보 즉 고역의 정도를 가능한 한 비슷한 수준으로 정하고 대체복무기간을 연장하는 방안을 통해 양심적 병역거부를 가장한 병역기피자를 어느 정도 제한할 수는 있다는 점은 양심의 자유의 가치평가에 긍정적 역할을 한다. 그러나 대체복무가 징벌적 수단으로 전락하지 않는 한도를 지키면서 대체복무의 유형과 기간을 정하기는 쉽지 않다. 그 한도를 엄격하게 제한하면 양심적 병역

101) 기본권의 본질적 내용에 대한 상세한 것은 정태호, 기본권의 본질적 내용보장에 관한 고찰, 헌법논총 제8집, 1997, 279면 이하 참조.

102) 그 밖에 양심형성 내지 결정의 자유가 곧 본질적 내용에 해당하는 것은 아니라고 하면서 양심의 자유의 본질적 내용을 국가권력이 모든 국민에게 외형적인 복종을 요구할 수는 있어도 복종의 당위성에 대한 '내적인 확신'을 강요할 수는 없다는 견해도 있으며(허영, 위의 책[각주 8], 387~388면), 아예 양심의 자유를 내면의 자유로 보아 본질적 내용으로만 구성되어 있다는 견해도 있다(김철수, 위의 책[각주 6], 569면). 어떤 견해를 따르든지 소극적 양심실현의 자유에 포함되는 병역거부는 양심의 자유의 본질적 내용에는 해당하지 않는다.

거부를 빙자한 의도적 병역기피자를 방지하는 데 어려움을 겪게 될 것이고, 너무 약하게 넓혀 놓으면 현역복무자의 평등권침해의 위험이 커질 것이기 때문이다. 현재의 여건에서 양심의 자유와 국가안보·병역의무, 양자의 법익 중에서 어떤 법익의 규범적 가치를 더 우월하게 평가할 수 있을지 결정하기 어려운 대목이다.

입법자에게 대체복무의 구체적 대안을 제시할 헌법적 의무를 부과할 수 없으므로 입법형성의 자유를 존중해야 한다는, 현행법의 위헌여부에 대한 첫째 견해는 입법자가 양심갈등의 발생 가능성을 사전에 충분히 예측할 수 있었고 국가안보나 병역의무를 저해함 없이도 대안의 제시가 가능하다는 것이 명백한 경우에 한해 입법자에게 구체적인 입법의무가 생긴다고 한다. 이 견해에 따르면 양심적 병역거부를 인정할 경우 병역거부자의 급증위험이 있고 양심적 병역거부자에 대한 심사의 엄격화와 대체복무의 등가치성확보로 병역거부자의 급증위험을 줄이기 위한 노력에는 한계가 있다는데 초점이 놓여질 것이고 입법자가 양심갈등의 발생가능성을 사전에 충분히 예측할 수 있었다 하더라도 국가안보나 병역의무를 저해함 없이 양심적 병역거부를 인정하기 곤란할 것이다. 북한의 위협이 실재하고 병력자원이 조만간 부족해질 현실적 여건에서 국가안보나 병역의무 보다 병역거부자의 양심의 자유를 명백히 우월한 것으로 규범적으로 평가할 수는 없기 때문에 대안적 해결방법의 마련을 통해서 양심적 병역거부를 인정하고 있지 않은 현행법을 위헌이라고 보지는 않을 것이다.

반면 국가안보를 해치지 않고서도 양심의 자유를 보장할 수 있는 대체복무가 존재하며 최소한 양심적 병역거부자에 대한 제재수단으로서 형벌은 자제되어야 한다는, 현행법의 위헌여부에 대한 둘째 견해는 심사의 엄격화와 대체복무의 등가치성확보를 통해 양심적 병역거부를 가장한 병역기피자를 제한함으로써 병역거부자의 급증을 방지할 수 있다는 데 초점을 둘 것이다. 적어도 국가안보에 부담이 가장 적은 대체복무제를 인정하면서 대체복무의 등가치성을 확보할 수 있도록 (징벌적 수단으로 전락시키지 않으면서도) 복무기간과 고역의 정도를 조절해서 합의가능한 대체복무제를 도입할 수 있음에도 불구하고 그러한 입법을 하지 않는 입법부작위는 위헌이라고 볼 것이며, 이것이 양자의 법익을 최적으로 실현시켜야 한다는 실제적 조화의 원칙에 부합하는 것이라고 할 것이다. 또한 대체복무제의 도입을 통한 양심적 병역거부의 실현과는 별도로 양심적 병역거부자에게 형벌을 과하는 반가치 판단은 과도하므로 위헌이라고 판단할 것이다.

제4장 양심적 병역거부에 대한 입법론적 대안

I. 양심적 병역거부에 대한 가능한 해결방안

양심적 병역거부의 인정여부에 대한 제 견해를 종합해서 가능한 해결방안을 간추려보면 다음과 같다.

첫째, 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권을 도출가능하다고 보면서도, 국가안보를 해치지 않으면서 대체복무를 수반한 양심적 병역거부를 인정할 수 있는지 명백하지 않고 따라서 입법자에게 구체적인 입법의무가 발생하지 않기 때문에 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법은 합헌이라는 견해에 따르면, 병역거부자의 양심을 보호해줄 책임은 일차적으로 법 적용기관이 맡게 된다. 특히 사법부와 행정부는 수사단계, 공판단계, 행형단계에서 병역거부자의 양심을 고려한 판결·집행을 해야 한다. 그리고 국가안보를 해치지 않으면서 명백히 양심적 병역거부를 인정할 수 있는 현실적인 여건이 도래하지 않는 한, 입법자에게 양심적 병역거부를 인정해야 할 입법을 강제할 수 없으며, 다만 입법자가 입법형성의 자유 범위 내에서 양자의 법익을 고려하여 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 할 수 있을 뿐이다. 입법자는 일차적으로 국민의 의사를 반영하는 민주적 정당성을 지닌 기관이므로 현실적 여건을 고려해 양자의 법익을 형량하여 최적의 입법을 하도록 요청받을 것이다.

둘째, 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권을 도출가능하다고 보고, 국가안보를 해치지 않고서도 양심의 자유를 보장할 수 있는 대체복무가 존재하기 때문에 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법은 위헌이라는 견해에 따르면, 입법자에게 병역거부자의 양심을 보호해줄 입법을 해야 할 구체적인 의무를 부과하는 것으로 문제는 해결된다. 다만 구체적으로 어떠한 형태로 양심적 병역거부를 인정할 지는 입법자의 입법형성권에 달려 있으므로 입법자는 양심의 자유와 이에 대응하는 법익을 형량해서 구체적으로 국가안보를 해치지 않는 범위 내에서 병역거부자의 양심적 결정을 보호하는 입법을 해야 한다.

셋째, 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출되지 아니한다고 보고, 또한

국제인권조약의 형식으로 양심적 병역거부권이 국내법으로 수용되지도 않는 경우, 입법자는 물론 법적용기관도 입법·행정에서 병역거부자의 양심을 고려할 의무를 지지 않는다. 단지 입법자는 사회적 소수자를 배려하는 차원에서 국가안보·병역의무를 고려하여 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 할 수 있을 뿐이다.

넷째, 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출되지는 않지만 국제인권조약의 형식으로 양심적 병역거부권이 국내법으로 수용되는 경우, 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법은 효력을 상실하며 양심적 병역거부자는 ICCPR 제18조로부터 도출되어 국내법으로 수용된 양심적 병역거부권을 직접 또는 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 (기다려 이를) 근거로 주장할 수 있다. 이 경우에도 국제인권조약의 형식으로 수용된 양심적 병역거부권을 곧바로 인정하기보다 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 매개로 하여 양심적 병역거부권을 인정할 가능성이 높다. 국제인권조약의 형식으로 양심적 병역거부권이 수용된다고 하더라도 국내의 현실적 여건과 국가안보·병역의무 등 대응하는 법익을 고려하여야 할 필요가 있기 때문이다.

위 견해들을 살펴볼 때 입법자가 병역거부자의 양심을 고려해야 할 일반적인 의무조차 없다고 보고 충돌하는 법익의 형량을 생각하기 어려운 경우(셋째 견해)도 있지만 양심적 병역거부를 인정하는 입법이 강제되기 때문에 입법자가 양자의 법익을 고려해서 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 해야 하는 경우(둘째 견해)도 있다. 국제인권조약의 형식으로 수용된 양심적 병역거부를 인정하기 위해서도 결국 입법자는 양자의 법익을 형량 해야 할 것이며(넷째 견해)¹⁰³⁾ 입법자에게 양심적 병역거부자를 위한 구체적인 입법의무를 인정할 수 없지만 입법자와 법적용자에게 병역거부자의 양심을 고려할 일반적 의무를 부과하는 경우도 양자의 법익을 고려해야 한다(첫째 견해). 둘째 견해를 제외한 나머지 경우 모두 양자의 법익형량을 고려하여 입법을 해야 한다. 특히, 첫째 견해의 경우 양자의 법익을 고려해야 할 입법자의 의무뿐만 아니라 병역거부자의 양심을 고려해야 할 법적용자의 의무를 고려하고 이에 대한 지침을 마련하는 일이 중요하다. 아래에서는 법적용기관인 사법부·행정부가 양심적 병역거부자를 수사·구금·재판하는 과정에서 병역거부자

103) 넷째 견해에 따른 경우 양심적 병역거부의 법적 근거는 헌법상의 양심의 자유가 아니지만 국제인권조약의 형식으로 병역거부자의 양심적 결정이 보장되므로 입법자는 국제인권조약상의 법익으로서 양심의 자유와 국가안보·병역의무의 법익 형량을 고려하여 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 할 수 있다.

의 '양심'을 고려해야할 의무를 이행하고 있는지, 입법자가 양심적 병역거부자를 인정하는 입법을 할 때 고려해야 할 현실적 여건의 변화와 충돌하는 법익과의 관계, 입법론적 대안으로서 비전투복무와 대체복무의 도입가능성에 대해 살펴보기로 한다.

II. 병역거부자의 양심을 고려해야 할 법적용기관의 의무

합헌적인 법률을 적용한다고 하더라도 '양심'은 개인마다 다르므로 개인에 따라 양심상의 갈등을 겪을 수 있다. 양심적 병역거부자에게 형벌을 부과하는 현행법을 양심적 병역거부자에게 적용하는 경우, 양심적 병역거부자는 심각한 양심상의 갈등을 일으킬 것이므로 법적용기관은 법적용과정에서 입법자가 충분히 고려하지 못한 병역거부자의 양심을 고려하여 법을 적용해야 할 의무를 진다. 이에 법적용기관이 양심적 병역거부자를 처벌하기 위한 수사단계·양형단계·행형단계에서 병역거부자의 양심을 고려하여 현행법을 해석·집행하고 있는지 여부를 검토하기로 한다.

1. 이중처벌금지

양심적 병역거부자를 처벌한 후 재징집하는 경우, 여러 차례 집총명령을 내려 경합법으로 양심적 병역거부자를 처벌하는 경우, 각각 병무청과 법원은 병역거부자의 양심의 자유를 고려해야 할 의무에 위반되는 것이 아닌지, 그리고 헌법 제13조 제1항 이중처벌금지원칙에 반하는 것이 아닌지 문제된다. 현행법상 병역을 거부하여 병역기피죄(병역법 제88조 제1항)로 처벌된 자라고 하더라도 1년 6월 미만의 징역 또는 금고의 실형을 선고받은 자는 재징집될 수 있고(병역법시행령 제136조 제1항 제2호 가목) 재차 병역을 거부하면 다시금 병역기피죄로 처벌받을 수 있다. 그리고 대법원은 상관으로부터 집총명령을 수차례 받고도 그 때마다 명령을 거부한 자에게 그 명령횟수만큼의 항명죄가 즉시 성립한다고 판결한다.¹⁰⁴⁾ 병역거부의

104) 대판 1992. 9. 14. 92도1534 참조. 1980년대까지는 항명죄 위반으로 당시의 법정 최고형인 2년을 선고해 오던 것을, 1990년대에 들어 형을 가중하기 위한 방법으로 상관의 각

의사가 단일하고 계속된 것이며 피해법익이 동일하다고 하여 수회의 명령거부행위에 대하여 하나의 항명죄만 성립할 수 없다고 하여 경합범으로 처리하는 것이다. 이에 대해 첫번째의 병역기피·명령불복종의 근거가 된 양심과 두번째의 병역기피·명령불복종의 근거가 된 양심이 동일하다고 할지라도 의무기피로 인한 새로운 형사소추와 처벌이 불가피하다고 주장할 수도 있다¹⁰⁵⁾. 그러나 법적용기관은 위와 같은 구체적인 상황에서 국가안보를 해치지 않는 범위 내에서 병역거부자의 '양심'에 우호적인 법해석을 해야 할 의무를 진다고 할 때, 이러한 주장이 타당한지는 의문스럽다. 동일한 사항에 대해 거부하는 진지하며 동일한 양심에 근거한 행위는 일원적으로 보는 것이 양심을 고려한 해석이며 이를 개별적인 행위로 처벌하는 것은 이중처벌금지(헌법 제13조 제1항)에 해당한다고 보는 것이 타당하다.¹⁰⁶⁾

2. 수사단계

기 다른 날짜에 집총명령을 내리고 그것을 각각 거부하면 경합범으로 하여 그 장기의 2분의 1까지 가중하여 3년형을 선고했다. 심지어는 집총거부로 실형을 받고 수형생활을 하는 자에게 다시 집총명령을 내린 후 거부하자 다시 항명죄로 처벌하려고도 하였다. 물론 이러한 원심은 참모총장의 지시 내지 위임 없이 군교도소장이 한 수형자에 대한 집총훈련명령은 항명죄에 있어 정당한 명령이라고 볼 수 없다는 이유로 대법원에 의해 파기환송된 바 있다(대판 1978. 11. 14. 78도380; 대판 1977. 7. 12. 77도1457 참조). 1994년 집총거부자를 겨냥하여 항명죄의 법정형을 3년형으로 상향 조정하면서 이러한 무리한 법해석이 사라졌다. 특정신앙을 이유로 집총복무를 거부하는 경우가 있어 이에 대한 제재를 강화하고자 입영기피죄의 법정형을 감안하여 그 형량을 상향 조정한 것이다(상세한 내용은 제165회 국회 본회의회의록 제21호, "군형법중개정법률안 심사보고서" 참조)

105) 병역대체의무거부자의 이중처벌을 선고한 형사법원의 판결을 무효라고 한 연방헌법재판소의 판결에 대해 원심법원은 병역의무위반으로 처벌할 수 있는 행위를 계속범으로 평가하면서 기본법 제103조 제3항은 항고인이 민간대체의무를 이행할 것을 새로이 거부한 것은 이미 첫번째 불응의 근거가 된 동일한 양심의 이유를 근거로 한다 하더라도 의무기피로 인한 새로운 형사소추와 처벌은 불가피하다는 견해를 밝힌 바 있다. BVerfGE 23, 191(203)

106) 동일한 취지로 "진지하며 동일한 양심에 근거한 행위를 계속 처벌하는 것은 개인의 양심을 국가권력에 복종시키기 위한 수단일 수가 있기 때문에 '인간의 존엄성'에 대한 중대한 도전이자 침해가 될 수 있다."는 견해가 있다(김영수, 위의 논문[각주 64], 85~86면); 그 밖에 "병역거부에 대한 거듭처벌에 대해 그 보호법익이 국가적 법익이라는 점, 행위의 태양이 완전히 동일하다는 점, 그 고의성에 있어서 처음부터 끝까지 동일하다는 점을 고려해 포괄적 일죄로 다루어야 한다."는 견해가 있다(한인섭, 위의 논문[각주 8], 38~40면).

양심상의 결정으로 병역을 거부하는 자를 수사하는 과정에서도 법관·검찰 등 법적용기관은 국가안보를 해치지 않는 범위 내에서 병역거부자의 양심을 고려하여 법을 해석하고 집행해야 한다. 수사단계에서 특히 문제되는 것은 양심적 병역거부자에 대해 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는 지 여부를 고려하지 않고 구속수사를 하는 관행이다. 최근에 양심적 병역거부의 문제가 공론화되자 이례적으로 도주 또는 증거인멸의 우려가 없음을 이유로 구속영장을 기각한 경우도 발생했으나 여전히 구속수사의 관행은 변함이 없음을 알 수 있다.¹⁰⁷⁾ 이는 법적용기관이 양심을 고려하여 법을 해석하고 집행하는 것이 아니라 오히려 병역을 거부하는 양심을 이유로 신체의 자유를 부당히 제한하는 것이다. 양심적 병역거부자는 처벌을 무릅쓰고 병무청의 소집영장을 받고 스스로 찾아가 명확하게 자신의 병역거부의 의사를 밝히는 자들이다. 다른 병역기피자들과 동일하게 취급해서는 곤란하다.

3. 양형단계

법관은 병역거부자에게 판결을 선고할 때 국가안보와 병역거부의 양심, 그 밖의 형벌의 목적을 고려하여 양형을 하여야 한다. 과거처럼 양심적 병역거부자에 대해 구체적인 양형 없이 기계적으로 법정최고형을 부과하는 것은 병역거부자의 양심을 전혀 고려하지 않는 것이다. 재범의 우려가 없는 양심적 병역거부자에게 특별예방적 효과를 생각하는 것 자체가 무의미하며 일반예방적 효과를 위해 병역거부자의 양심을 전혀 고려하지 않아야 할 정도로 국가안보가 절박하다고 평가하기는 곤란하다.¹⁰⁸⁾ 근래에 법관은 양심적 병역거부자의 양심을 양형에 반영하고 있으며 병

107) 서울지방법원에서 양심적 병역거부자에게 대체복무를 인정하지 않는 현행 병역법에 대해 위헌심판을 제청한 후인 2002년 2월 8일 서울지방법원에서 불교신자로서는 처음으로 양심적 병역거부를 선언한 오태양씨의 사전 구속영장을 도주 및 증거인멸의 우려가 없다는 이유로 이례적으로 기각한 바 있었고(「양심적 병역거부' 오태양씨, 법원서 구속영장 기각」, 『한겨레』, 2002. 2. 9, 19면), 2002년 4월 12일 대전지방법원에서 여호와의 증인으로서 양심적 병역거부를 선언한 병역거부자의 사전 구속영장도 동일한 이유로 기각한 바 있다(「양심적 병역거부 법원, 영장기각」, 『세계일보』, 2002. 4. 13, 31면). 그러나 다른 유사한 사건들에서는 구속영장이 기각되지 않는 것을 볼 때 기존의 구속수사의 관행은 여전히 존속하는 것으로 보인다.

108) 유사한 취지로 일반인의 병역기피를 억제하기 위한 일반예방효과는 병역비리를 척결하고,

역면제의 최소한의 형에 해당하는 징역 1년 6월(일반법원)까지 형량이 줄어들고 있다. 일반법원에서 병역거부자에게 처음 병역기피죄로 징역 1년 6월을 선고한 이후로 대부분 징역3년의 법정최고형을 선고하던 군사법원과 일반법원의 형량의 차이가 벌어지자 대부분의 병역거부자들이 입대를 하지 않고 일반법원에서 재판을 받고 있다. 그래서 양자의 형량의 차이로 인한 문제는 사실상 표면적으로 드러나지 않게 되었다.¹⁰⁹⁾ 나아가 (재징집대상이 되지 않도록 하는 입법이 뒷받침되어야 하지만) 양심적 병역거부자에게 명예형인 금고형을 선고하거나¹¹⁰⁾, 개방교도소에 수감시켜 외부활동을 가능하게 하는 방안¹¹¹⁾, 집행유예를 선고하면서 사회봉사명령을 부과하는 방안¹¹²⁾ 등을 생각해 볼 수 있다. 유죄로 인정하여 병역기피방지의 효과를 유지하면서 신체의 자유의 제한을 최소화하는 방안이다.

4. 행형단계

징병관의 재량권 행사를 적정하게 함으로써 달성될 일이며 양심적 병역거부자를 처벌한다고 해결되는 문제는 아니라고 하면서 양심적 병역거부를 처벌함으로써 실제로 달성되는 것은 병역거부자에 대한 국가적 차원의 응징 뿐 이라고 하는 견해가 있다. 한인섭, 위의 논문(각주 8), 40~41면.

109) 병역법 제88조 병역기피죄와 군형법 제44조 항명죄의 보호법익, 대상자의 신분은 다르지만 사실상 동일한 성격의 범죄임을 고려할 때 양자의 양형을 비슷하게 유지할 필요가 있다.

110) 종래 독일 형법학은 윤리적, 종교적, 사회적 또는 정치적 확신에 의해 법질서를 위반한 확신범에 대하여 그가 개인적 확신과 법질서와의 갈등에 의해 행동한 것에 주목하여 일반 범죄자보다 특별한 대우를 해야 한다는 주장이 강력히 제기되었고 그에 따라 확신범에게 명예형을 과할 것을 규정한 Radbruch의 독일형법초안 제71조(1922)년을 둘러싸고 확신범의 특별형 문제에 관하여 40년간 논쟁이 있었으나 1969. 6. 15. 제1차 형법개정법에 의하여 단일자 유형제도가 도입된 이후 그러한 논의가 종결되었다. 양화식, 확신범의 가벌성과 처우, 형사정책연구 제10권 제2호(1999 여름호), 한국형사정책연구원, 158면.

111) 스위스의 경우 1950년에 종교적 이유로 병역을 거부하는 사람에게 반구금제를 실시한 바 있다. 병역을 거부하는 사람을 감옥에 보내기는 하지만 낮시간에는 외부에서 도로건설이나 병원업무를 볼 수 있게 하고 밤에만 감옥으로 돌아오도록 한 것이다. 이른바 출퇴근 재소자라고 할 수 있다.(김두식, 위의 책[각주 5], 202면) 우리의 경우도 행형법 제44조의 개방시설(예컨대 천안 개방교도소)에 수용하여 외부활동이 가능하게 하는 방안을 검토해 볼 수 있다.

112) 사회봉사명령을 실시할 경우 형사소송규칙 제147조의 2 제3항과 군사법원의 소송절차에 관한 규칙 제144조의 2 제3항 "...사회봉사명령은 500시간을 초과할 수 없다..."는 규정에 양심적 병역거부자에 대한 단서를 마련하여 할 필요가 있다.

행형단계에서도 양심적 병역거부자들이 일반 수형인에 비해 불이익한 처우를 받지 않도록 개선할 필요가 있다. 여호와의 증인측의 조사에 따르면 1991년까지 그들은 가석방 대상에서 아예 제외되었으며, 1992년 이후에는 형기의 80% 정도를 경과한 후에야 가석방이 되었다고 한다.¹¹³⁾ 법무부의 「가석방심사신청기준표」에 의하면, 균형법상의 항명죄로 처벌받은 여호와의 증인은 27개월 (75%) 이상 복역한 뒤에 비로소 가석방신청을 할 수 있다고 분류되고 있다.¹¹⁴⁾ 동일한 조건의 일반재소자들이 형기의 3분의 1을 경과하면 가석방 심사대상이 되고 많은 경우 형기의 60%~70% 정도를 마치면 가석방이 되는 것에 비해 심각한 차별이라고 하지 않을 수 없다. 가석방의 요건으로서 '개전의 정'을 둔 까닭은 재범의 위험을 방지하기 위함이지만 양심적 병역거부자는 동일한 범죄의 재범을 생각하기 힘들다는 점을 고려할 때 최소한 일반재소자들처럼 형기의 3분의 1을 경과하면 가석방 심사대상자로 인정해야 할 것이다(형법 제72조 제1항 참조). 그리고 국내에서 양심적 병역거부자의 대부분을 차지하는 여호와의 증인 수형자들에게 "병역을 거부하는 여호와의 증인의 잘못된 신념을 굳건히 할 수 있는 종교활동의 참여는 교정·교화의 목적에 배치된다."는 이유¹¹⁵⁾로 타종교에 허용되는 수준의 종교집회를 허락하지 않는 것도 문제이다. 양심적 병역거부자는 재범 자체를 생각하기 어려우므로 교정·교화가 무의미함에도 불구하고 교정·교화시킨다는 것은 그들의 양심을 교정·교화목적에 종속시키는 결과를 가져온다. 이는 양심의 자유, 종교의 자유와 평등원칙에 위반될 가능성이 크므로 조속히 개선되어야 할 것이다.

Ⅲ. 비전투복무 및 대체복무제의 도입가능성과 제도화방안

113) 한인섭, 위의 논문(각주 8), 36면.

114) 27개월이라는 기준은 현행 군복무 기간 26개월보다 먼저 출소하는 것을 막기 위해 1개월을 더한 것으로 교도소생활을 군복무와 동일하게 생각하는 불합리한 기준이라는 견해가 있다. 홍영일, 위의 논문(각주 1), 223~224면.

115) "여호와의 증인 수형자들은 종교교리상의 신념에 따라 병역의무 또는 정당한 지시명령을 이행하지 않는 잘못으로 복역중에 있으므로 이들의 잘못된 신념을 굳건히 할 수 있는 종교집회와 외부인사 참여활동 등은 교정, 교화의 목적에 배치되므로 개인적인 교리학습이외의 집회를 허용하지 않는다." 홍영일, 위의 논문(각주 1), 267면, 별첨 2 법무부회신 문서번호 <교화 61407 -10232>, 2001. 8. 27.

1. 양심적 병역거부의 입법과 범익형량

국가안보·병역의무와 양심에 반하는 병역을 강제당하지 않을 자유의 범익충돌을 해결하는 방법으로 제시되는 대안적 해결방법은 다양하다.¹¹⁶⁾ 그중에서 어떤 수단을 선택하든 입법자가 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 하기 위해서는 국가안보·병역의무와 양심의 자유를 형량하여야 한다. 국가안보가 보장될 수 있는 한도 내에서 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 해야 하며, 형량의 과정에서 평등권이 고려되어야 한다. 즉 양심적 병역거부를 인정하더라도 국가안보가 확보되며 평등권에 반하지 않아야 할 것이다. 이를 위해 국가안보에 대한 북한의 위협정도의 감소, 잉여병력발생, 복무기간단축, 현역병의 복무여건개선 등이 수반되고 이에 따라 대체복무의 등가치성이 유지될 수 있는 여건이 마련되어야 한다. 그리고 입법자는 병역거부를 감내할 수 있는 국민적 관용을 기다려야 한다. 국가안보와 양심의 자유의 형량은 가변적이므로 국가안보에 대한 규범적 평가는 북한의 위협정도, 국방력, 국제정세에 따라 변화하며 병역거부자가 갖는 '양심'에 따라 병역거부의 형태가 다양하게 나타날 수 있다. 어느 수준에서 어느 정도의 양심적 병역거부를 인정해야 할 지 여부는 우선적으로 입법자가 결정해야 한다. 현실적 여건의 변화 등 선결사항의 실현정도가 충분하면 양심의 자유가 수면위로 부상할 것이고 선결사항의 실현정도가 미흡하면 양심의 자유는 국가안보라는 공익 뒤로 숨을 것이다. 현실적 여건의 변화에 따라 국가안보와 양심의 자유를 형량하여 적절히 제도화하는 것이 중요하므로 양심적 병역거부의 경우 점진적·단계적인 제도화의 과정이 필요하다. 국민이 감내할 수 있는 관용의 정도도 (형량의 기준이 되는) 현실적 여건에 따라서 변화하는 것이기 때문에 이를 고려하지 않고 국가안보를 낙관하거나 양심의 자유의 보장만을 앞세워서 내용에 대한 국민적 합의 없이 무조건 입법을 서두르는 것도 바람직하다고만 할 수 없다.

2. 양심적 병역거부의 단계적 유형화와 인정범위의 한계

양심적 병역거부는 양심의 자유에 대응하는 범익인 국가안보에 부담을 덜 주는

116) 아래의 제4장 III. 2. (1) 양심적 병역거부의 단계적 유형화 참조.

(인정이 용이한) 병역거부부터 순서대로 유형화할 수 있다. 평시의 병역거부보다는 전시의 병역거부가, 보편적 병역거부보다는 선택적 병역거부가, 비전투복무적 병역거부보다는 대체복무적 병역거부가 대체복무적 병역거부보다는 절대적 병역거부가 국가 안보에 주는 부담이 크므로 아래와 같이 국가안보에 부담을 덜 주는 병역거부를 순서대로 유형화 할 수 있다.

가. 양심적 병역거부의 단계적 유형화

(1) 평시의 보편적 양심적 병역거부와 선택적 양심적 병역거부

평시에는 양심적 병역거부를 인정하지 않고 병역거부자들을 복무시킨다고 하더라도 그들이 직접 전쟁에 참여할 가능성이 없으므로 양심의 자유가 침해될 위험도 낮아지지만, 평시에는 양심적 병역거부를 인정하더라도 양심의 자유에 대응하는 법익인 국가안보에 주는 부담도 적어 양심적 병역거부를 인정하는 나라들은 대부분 평시에 양심적 병역거부를 인정하고 있다.

① 평시의 보편적 양심적 병역거부도 병역거부의 정도에 따라 비전투복무 병역거부, 대체복무 병역거부, 절대적 병역거부로 유형화 할 수 있다. 그리고 각각의 병역거부는 병역거부 시기를 기준으로 복무 전 병역거부와 복무 중 병역거부로 나누어 볼 수 있다. 국가안보에 부담을 덜 주는 (인정이 용이한) 병역거부의 유형을 순서대로 나열하면 ㉠ 복무 전의 비전투복무 병역거부, 대체복무 병역거부, 절대적 병역거부, ㉡ 복무 중의 비전투복무 병역거부, 대체복무 병역거부, 절대적 병역거부가 된다. 이러한 병역거부의 유형 중 각국에서 주로 문제되었던 양심적 병역거부는 복무 전의 보편적 비전투복무 병역거부, 보편적 대체복무 병역거부, 보편적 절대적 병역거부와 '복무 중의 병역거부' 자체의 인정여부였다. 양심적 병역거부에 대한 논의가 초기단계에 있는 국내에서 주장되는 병역거부의 유형은 복무 전의 보편적 비전투복무 병역거부와 복무 전의 보편적 대체복무 병역거부이다.

② 평시의 선택적 양심적 병역거부도 마찬가지로 비전투복무 병역거부, 대체복무 병역거부, 절대적 병역거부로 유형화 할 수 있고 각각의 병역거부는 병역거부 시기를 기준으로 복무 전 병역거부와 복무 중 병역거부로 나누어 볼 수 있다. 그러나 전쟁의 성격, 대상, 수단에 따라서 병역거부를 결정하는 선택적 양심적 병역거부는 보통 전시에 발생하므로 평시의 선택적 양심적 병역거부의 문제는 비중이

상대적으로 낮다.

(2) 전시의 보편적 양심적 병역거부와 선택적 양심적 병역거부

전시의 양심적 병역거부도 평시와 마찬가지로 유형화가 가능하다. ① 전시(당시 발발한 전쟁뿐만 아니라) 모든 전쟁에 대해 반대하는 보편적 양심적 병역거부와 ② 전쟁을 목전에 앞두고 있거나 전쟁이 발발할 때 바로 그 전쟁만을 반대하는 선택적 양심적 병역거부로 나눌 수 있고 각각의 병역거부는 병역거부의 정도를 기준으로 비전투복무 병역거부, 대체복무 병역거부, 절대적 병역거부로 유형화 할 수 있다. 그리고 병역거부 시기에 따라 복무 전 병역거부와 복무 중 병역거부로 나누어 볼 수 있다. 그러나 전시에는 생명·신체의 위협으로 인해 병력자원의 이탈가능성이 높아지고 국가안보의 이익이 커지기 때문에 양심적 병역거부를 인정하는 대부분의 국가들도 전시의 양심적 병역거부를 인정하지 않고 있으므로 유형을 구체적으로 나누어 볼 실익은 크지 않다. 전시의 보편적 병역거부로서(복무 전) 비전투복무 병역거부나 대체복무 병역거부의 인정여부를 논하는 것으로 족할 것이다.

나. 인정하기 곤란한 양심적 병역거부의 유형

입법자가 양자의 법익을 형량하는 가운데 입법형성권을 행사하여 양심적 병역거부를 도입하는 입법을 할 수 있지만, 변화하는 현실적 여건을 고려해도 징병제를 실시하는 한 도입하기 곤란한 양심적 병역거부가 있을 수 있다. 전시의 선택적 병역거부와 전시·평시의 절대적 병역거부는 징병제를 실시하는 한 인정하기 어렵다. 징병제를 실시하는 한 국민개병주의에 따라 평등하게 병역의무를 저야 하지만 절대적 병역거부는 현역병입영은 물론 대체복무도 거부하는 것이므로 평등원칙에 반한다. 또한 징병제를 실시해야만 하는 현실적 여건을 지닌 나라에서 전시에 선택적 병역거부를 인정하기도 곤란하다. 선택적 병역거부는 특정 전쟁을 반대하는 것이므로 복무 후 거부로서 주로 전시에 발생하는데 전시에는 국가안보의 규범적 가치평가가 매우 높아지는데다가 이를 인정할 경우 전쟁을 앞두고 있는 상황에서 생명의 위협을 느낀 병역거부자들의 증가로 전쟁수행자체가 어려워질 가능성, 전쟁의 문턱에서 발생하는 병역거부자와 현역병간의 차별로 인한 평등권 침해의 가능성이 높

다. 이러한 유형의 병역거부는 징병제를 실시하는 나라에서는 인정하기 어려운 형태로 보인다.¹¹⁷⁾ 비전투복무와 대체복무까지도 거부하는 (전시·평시의) 절대적 병역거부와 전시에 주로 문제되는 선택적 병역거부를 배제하면 남은 방안은 전시와 평시의 보편적 비전투복무를 하는 병역거부, 보편적 대체복무를 하는 병역거부이다. 비전투복무 및 대체복무의 개념·유형과 함께 이들의 도입가능성을 검토하기로 한다.

3. 비전투복무 및 대체복무제의 도입가능성

가. 비전투복무 및 대체복무의 개념과 유형

국가안보·병역의무와 양심에 반하는 병역을 강제당하지 않을 자유간의 법익충돌을 해결하는 방법으로 제시되는 대안적 해결방법으로 주로 논의되는 것이 비전투복무와 대체복무이다. 입법자는 국가안보·병역의무와 양심의 자유를 형량하여 비전투복무 또는 대체복무를 수반하는 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 할 수 있다. 여기에서 비전투복무란 집총을 수반하는 전투복무 이외의 복무를 말한다. 단순히 집총뿐만 아니라 무기에 대한 학습·사용·조작이 완전히 배제된 복무를 의미한다. 주로 의료부대 같은 비전투부대에 배치받는 것이 보통이나 모든 훈련이 면제되는 것은 아니고 무기사용과 관련된 훈련만 강요되지 않는다. 대체복무(Ersatzdienst)란 병역을 대체하는 역무를 말한다. 그 역무는 군대 밖에서 군대와 관련없는 일에 한하므로 민간봉사(Zivildienst)라고 부르기도 한다.¹¹⁸⁾ 현행 대체복무제는 잉여병력자원의 해소, 산업부문의 인력난해소 등을 위해 일정 요건이

117) 독일연방헌법재판소도 인간생명의 말살에 대한 윤리적 거부로부터 출발하여 전쟁에서 무기로 인간을 살해하는 것을 목표로 한 모든 행위를 거부하는 사람만이 병역거부권을 행사할 수 있다고 하면서 특정한 전쟁(석유를 놓고 싸우는 걸프전쟁, 동족간의 전쟁, 민병대와의 전쟁), 특정한 무기를 사용하는 전쟁(핵전쟁), 특정한 국가와의 전쟁, 특정한 상황하에서의 전쟁(독재국가의 전쟁)에 참여하는 것을 거부하는 경우에 원칙적 거부가 아니므로 병역거부자로 인정되지 않는다고 한다. BVerfGE 12, 45(57)

118) 독일의 경우 법전용어로 민간대체복무(ziviler Ersatzdienst) 내지 대체복무(Ersatzdienst)라는 용어를 사용했으나 1973년 민간봉사법 개정시 용어를 민간봉사(Zivildienst)로 통일하였다. 다만 기본법(제12조 a)에서는 여전히 대체복무(Ersatzdienst)라는 용어를 사용하고 있다.

되는 자에 한해 병역 대신 대체복무를 부과하고 있지만, 양심적 병역거부자를 인정할 경우 현역복무자의 평등권침해의 문제가 발생할 수 있으므로 이를 해결하기 위해서 병역의무를 대체하여 양심적 병역거부자에게 대체복무를 부과하는 방안이 모색된다. 병역거부자는 병역복무 대신 국가기관, 지방자치단체, 공공단체, 사회복지시설, 교도소, 소방서, 경찰서, 병원 등의 공익목적수행에 필요한 경비·감시·보호·봉사 또는 행정업무 등의 지원을 위해 복무하는 것이 보통이다. 복무범위는 한정되어 있지 않으며 입법에 의해 확대될 수 있다. 단, 군대 외부에서 행해야 하며 군대와 관련없는 복무여야 한다.

비전투복무 및 대체복무는 여러 가지 기준으로 유형화될 수 있다. 병역거부의 시기를 기준으로 전시인지 평시인지, 복무 전인지 복무 후인지에 따라 전시 복무와 평시 복무, 복무 전 복무와 복무 중 복무로 유형화될 수 있다. 비전투복무는 군대 내에 전투와 관련없는 분야가 한정되어 있으므로 내용에 따라 유형화하는데 어려움이 있지만, 대체복무는 복무 내용에 따라 크게 사회치안분야와 사회복지분야로 유형화할 수 있다. 사회치안분야로는 주로 경비·감시·안전업무를 담당하는 경찰업무, 교도업무, 소방업무 등이 있고 사회복지분야로는 주로 병원, 요양원 등에서 보호·봉사 등 사회복지업무를 담당하게 된다.¹¹⁹⁾ 그리고 대체복무의 고역이나 생명 및 신체의 위험, 폭력관련성을 기준으로 양심적 병역거부자에게 적합한 대체복무인가를 가늠할 수 있다. 예컨대 소방서에서 보조업무가 아닌 화재진압업무에 양심적 병역거부자를 투입한다면 생명 및 신체의 위험이 현역복무보다 크다고 평가될 수 있으므로 적합한 대체복무가 될 수 없으며 고역의 정도도 대체복무를 징벌적 수단으로 전락시킬 정도로 과도해서는 안된다. 그리고 폭력관련성도 부적절한 대체복무를 가려내는 중요한 기준이 된다. 양심적 병역거부의 동기는 (종교적 또는 윤리적으로 형성된) 전쟁에 반대하는 평화주의적 신념뿐만 아니라 (종교적 또는 윤리적으로 형성된) 모든 종류의 폭력에 반대하는 비폭력주의에 근거할 수 있기 때문이다. 예컨대 현행법상 대체복무로 시행되고 있는 전투경찰대원은 폭력관련성이 높은

119) 예컨대 대만에서는 대체복무를 크게 사회치안류(경찰역, 소방역), 사회복지류(사회역, 환경보호역, 의료역, 교육복무역), 기타 행정원이 지정한 종류로 나눈다(타이완 대체역 실시조례 제4조. 안경환·장복희 편, 위의 책[각주 2], 306면 참조). 독일에서는 간호보조업무, 수공업, 환자수송/구조활동, 생활보호업무, 장애인보호 등의 민간봉사청의 인정결정을 받은 훨씬 다양한 민간봉사자고용기관에서 대체복무를 한다(이재승, 위의 논문[각주 33], 170면 참조).

대체복무로서 비폭력주의에 근거한 양심적 병역거부자의 양심을 보호하기 곤란한 대체복무이다. 그 폭력관련성의 정도에 따라서는 전쟁에 반대하는 평화주의적 신념에 근거한 양심적 병역거부자에게도 부적합한 대체복무가 될 수 있다. 폭력관련성의 정도가 심할수록 병역거부자의 양심을 해칠 우려가 크기 때문이다.

나. 평시의 보편적 비전투복무의 도입가능성

평시의 보편적 비전투복무를 수반한 병역거부는 가장 약한 형태의 입법론적 대안으로서 군복무는 받아들이지만 단지 집총복무 같은 전투와 관련된 복무는 거부하는 경우이다. 예컨대 의무병처럼 전투수행과 직접적으로 관련이 없는 분야에서 군복무를 할 수 있기 때문에 국가안보에 주는 부담이 가장 적다. 대체복무를 하는 것이 아니라 군복무를 하는 것이기 때문에 국민개병제에도 반하지 않는 이점이 있다. 또한 평시에는 고역의 정도도 전투적 복무와 크게 차이나지 않기 때문에 집총 훈련열외, 8년간의 예비군훈련면제 등을 고려하여 복무기간을 늘이면 형평성시비 없이 인정될 여지가 크다. 단 실제로 비전투복무자와 전투복무자가 함께 복무하는 경우 위화감조성 등 갈등이 야기될 우려가 없지 않으며, 비전투복무 역시 군의 전투수행에 간접적으로 참여하는 것이기 때문에 병역거부자의 양심을 보호할 수 없는 방안이 아닌가 하는 단점이 지적될 수 있다. 이 방안은 국가안보에 주는 부담이 가장 적기 때문에 (비례적으로 볼 때) 양심적 병역거부를 인정할 경우 일차적으로 거론될 수 있다. 평시의 보편적 대체복무를 인정하기 전 단계에서 인정하거나¹²⁰⁾ 평시의 보편적 대체복무와 함께 인정할 수 있다. 그러나 정작 양심적 병역거부를 인정하는 입장에서는 대부분 보편적 대체복무를 주장하고 있기 때문에 보편적 비전투복무를 희망하는 병역거부가 현재 우리나라에서 크게 논란이 되고 있지는 않다.

다. 평시의 보편적 대체복무의 도입가능성

현실적으로 가장 문제되는 것은 평시의 보편적 대체복무이다. 평시이며 보편적

120) 프랑스의 경우 평시 보편적 대체복무를 인정하기 전 단계에서 1958년 부분적이나마 양심적 병역거부자들에게 공수부대의 의무병으로 종사할 선택권을 부여한 바 있다. M.-L. Martin, 위의 논문(각주 12), pp.83~84.

병역거부이므로 국가안보에 주는 부담이 전시이며 선택적 병역거부보다 상대적으로 적고 비전투복무가 아니라 대체복무이므로 간접적으로도 전투수행과 관련이 없어 병역거부자의 양심의 보호가 용이하다. 그래서 현재의 병역거부에 관한 논의의 초점은 대부분 이 유형에 집중되고 있다. 대체복무제를 수반한 양심적 병역거부를 인정할 만큼 현실적 여건이 성숙·개선되었는지 여부는 가변적이므로 입법자가 판단하여 결정해야 하지만, 징병제를 실시하는 한 입법자가 지켜야 할 입법적 지침을 다음과 같이 제시하고자 한다.

① 병역의무자가 현역복무와 대체복무를 임의적으로 선택할 수 있어서는 안된다. 징병제를 실시하는 한 병역의무자가 현역복무와 대체복무를 임의적으로 선택할 수 있도록 한다면 평등하게 병역의무를 져야한다는 원칙(즉 평등원칙)에 위반된다. 병역의무가 일반적으로 부과되고 여기에 양심의 자유를 고려해서 예외적으로 병역의무를 면하게 한 후 병역의무를 '대체'할 수 있는 복무를 부과하는 것이다. '대체복무'는 병역의무가 아니다. 따라서 양심의 진실성 여부를 확인하는 아무런 절차 없이 (양심의 자유를 확인할 의무를 해태하여) 단순한 선언만으로 병역을 면하고 대체복무를 선택하게 할 수는 없다. 그래서 양심의 진실성 여부를 확인하는 심사절차가 필요하다.

② 현실적 여건의 미성숙·미개선을 심사의 엄격화, 대체복무의 등가성확보로 대체하려고 해서는 안된다. 이는 대체복무자의 인원제한을 심사의 엄격화에 과도하게 의존케 하며, 등가성확보를 위해 대체복무를 징벌적 수단으로 전락시킬 위험이 있다. 현실적 여건이 확보되지 않았을 경우 대체복무 신청이 대규모로 이루어질 것으로 예상된다. 물론 심사를 엄격하게 하여 인원을 줄일 수는 있지만 '양심'의 진실성 여부는 심사·판단하기 어렵기 때문에 병무행정의 불공정성을 초래할 수 있고 심사기관에 과부하를 걸 수도 있다. 더욱이 심사를 엄격하게 해서 줄일 수 있는 인원 속에 의도적·계획적 병역기피자를 포함시키기가 오히려 힘들다는데 더 큰 문제가 있다. 마찬가지로 대체복무의 등가성확보도 현실적 여건이 확보되지 않은 경우 현역복무와의 실질적 등가성을 유지하기 위해서는 그에 상응하는 고역과 대체복무기간의 증가가 필요하다. 그러나 이는 역으로 대체복무자의 평등권 기타 기본권을 침해할 수 있으며 대체복무를 징벌적 수단으로 전락시키는 결과를 초래할 수 있다.

③ 현실적 여건이 완전히 성숙·개선되었다는 판단에 이르지 않더라도 일정수준

에 이른 경우 양심적 병역거부자의 대상을 고려하여 단계적으로 입법을 하는 방안을 모색할 수 있다. 예컨대 제1단계로 여호와의 증인 등 평화주의를 표방하는 전통적인 종파의 구성원, 제2단계로 그밖의 종교적 신념에 의한 병역거부, 제3단계로 개인의 윤리적 확신 등에 근거한 병역거부 등의 순서대로 고려할 수 있다. 미국은 병역법상 “종교적 신앙과 신양”의 해석을 확장해 제1단계로부터 제3단계까지 순차적으로 인정해 왔으며¹²¹⁾ 프랑스도 입법을 통해 제1단계에서 바로 제3단계로 확대 인정한 바 있다.¹²²⁾ 우리나라의 경우 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출될 수 있다고 보는 입장에서는 헌법 제19조의 ‘양심의 자유’의 해석상 병역거부자로서 제1단계~제3단계의 대상을 모두 포괄할 수 있지만, 이들 대상자 모두를 반드시 한꺼번에 병역거부자로 인정해야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 입법자가 국가안보와 양심의 자유를 형량하여 단계적으로 입법을 하는 방안을 고려할 수 있다. 양심적 병역거부는 종교적 신념에 의한 병역거부에 기원을 두고 있으며 상대적으로 심사가 용이하고 증가위험도 적고 가장 많이 문제되고 있으므로 입법자는 국가안보와 형량하여 우선적으로 이들에게 양심적 병역거부를 인정하는 방안을 모색할 수 있을 것이다.¹²³⁾ 다만 이와 같은 소수자를 배려하는 사회적 관용

121) 병역법(Military Selective Service Act) 제6조 j항에서는 “종교적 신앙과 신양을 이유로 어떤 형태의 전쟁도 참여하기를 양심에 따라 거부하는 사람에게 미국군의 전투훈련과 복무의 대상이 될 것을 요구하지 못한다. 세부항목에서 규정하고 있는 바와 같이 본질적으로 정치적, 사회적 또는 철학적 관점이나 단순히 개인적 도덕률에 불과한 것은 ‘종교적 신앙과 신양’에 포함되지 아니한다.”고 규정하여 양심적 병역거부의 근거를 ‘종교적 신앙과 신양’에 한정하고 있지만 판례를 통해서 그 의미를 확대 해석하여 하나님에 대한 전통적 신앙을 가진 것과 동등하다고 인정될 수 있을 정도의 진지하고 의미 있는 믿음으로(U.S. v. Seeger, 380 U.S. 163(1965))나아가 종교적이라고 할 수는 없지만 전통적인 종교적 신념과 같은 정도로 강력한 신념까지도(Welsch v. U.S. 398 U.S. 333 [1970]) 병역거부의 근거로 삼을 수 있게 하였다.

122) 1963년 프랑스 드골대통령은 보수적인 의회의 반대에도 불구하고 병역거부인정 법안을 상정하여 전통적 평화주의 종파들과 여호와의 증인에게 대체복무를 인정하였고 1983년 미테랑대통령 집권 중에 비로소 양심에 근거한 병역거부자 모두에게 대체복무를 인정하도록 법률을 개정하였다. M.-L. Martin, 위의 논문(각주 12), pp.84~85.

123) 참고로 대만은 종교적 신념에 의한 양심적 병역거부자만을 인정하고 있다. 특이한 것은 상비역체위자도 4~6월 연장복무를 조건으로 대체복무를 할 수 있고, 대체역체위자는 상비역과 동일한 기간을 대체복무하며, 종교적인 이유로 대체역으로 신고한 자는 상비역 복무기간(22월)의 1/2을 연장하여 대체역복무를 해야 하는 데(대체역실시조례 제3조, 제4조, 제2장 제7조) 대체역 자체에 정원이 책정되어 있으며 정원초과시 추첨으로 대체복무자를 결정한다는

이 무르익어서 제외된 자들에 대한 평등권위반의 시비가 불식될 수 있는지가 문제될 수 있다.

라. 전시의 보편적 비전투복무와 보편적 대체복무의 도입가능성

전시에는 살인의 가능성이 높아지므로 병역을 거부하는 양심의 자유의 규범적 가치평가가 높아지지만 병역기피자를 억제하여 병력자원을 확보하기 위한 국가안보의 규범적 가치평가도 높아지며, 병역거부자와 현역복무자사이의 차별의 격차도 그 만큼 넓어진다. 병역거부는 국가안보의 확보를 전제로 허용될 수 있으므로 국가안보를 위해 필요한 병력자원 미확보의 위험성이 크다면 국가는 전시에 병역거부를 인정하지 않을 수 있다. 다만 전시라도 예외적으로 병역거부를 인정해도 급증위험이 없거나 병력자원이 충분해서 국가안보에 영향을 미치지 않고 평등원칙에 반하지 않는다면 인정될 수 있을 것이다.

4. 비전투복무 및 대체복무제의 제도화방안

양심적 병역거부를 인정하는 입법론적 대안을 제도화하기 위해서 양심적 병역거부를 인정하는 헌법개정이 필요한 것은 아닌지, 양심적 병역거부를 인정하기 위한 입법론적 대안과 그에 적합한 제도화방안으로는 어떤 것들이 있는지 살펴본다.

가. 비전투복무 및 대체복무의 도입과 헌법개정의 문제

먼저 양심적 병역거부를 명문으로 헌법전에 규정하는 헌법개정은 양심적 병역거부권을 보장하지 않는 현행법이 이미 위헌이라고 보는 견해에서는 큰 의미가 없지만, 양심적 병역거부권의 양심의 자유로부터의 도출가능성을 인정하면서도 현행법이 합헌이라는 견해와 양심적 병역거부권의 양심의 자유로부터의 도출가능성을 부정하는 견해에서는 양심적 병역거부권을 인정하는 입법을 강제할 수 있다는 점에

사실이다(동조제 제3조). 물론 대체역신체등위를 받은 자(종교적 신념에 의한 병역거부자 포함)는 대체역선발예정인원이 초과하더라도 우선하여 대체역으로 복무한다. 한홍구, 위의 논문(각주 93), 291면 이하 참조.

서 의미가 있다. 양심적 병역거부권의 양심의 자유로부터의 도출가능성을 인정하면서도 현행법이 합헌이라는 견해에 따르면 양심적 병역거부를 인정하는 헌법개정에 의해서 비로소 입법자에게 구체적인 입법 의무가 발생하여 비전투복무나 대체복무를 수반한 양심적 병역거부를 인정하는 입법이 강제되고, 양심적 병역거부권의 양심의 자유로부터의 도출가능성을 부정하는 견해에서도 헌법개정으로 비로소 양심적 병역거부권이 헌법상 인정되어 입법이 강제되기 때문이다. 물론 양심적 병역거부를 명문으로 인정하는 헌법개정이 없어도 입법자가 입법형성권을 행사하여 양심적 병역거부를 인정하기 위한 입법을 제시할 수 있다는 것은 어느 견해를 취하더라도 마찬가지이다.

나. 비전투복무 및 대체복무의 가능한 제도화방안

다음으로 양심적 병역거부를 인정하기 위한 입법론적 대안은 비전투복무와 대체복무 모두를 인정하는 방안과 비전투복무와 대체복무 중 어느 하나만을 인정하는 방안 등, 모두 세 가지 방안이 있다. 그리고 이러한 입법론적 대안을 제도화하는 방안은 병역법상 특례규정을 두는 방안과 비전투복무 및 대체복무를 마련하는 특별법을 제정하는 방안 두 가지가 있다. 어떠한 형식으로 입법을 하든지 비전투복무 및 대체복무의 내용에는 영향을 미치지 않는다. 다만 비전투복무는 병역의무의 일환으로서 이행하는 것인 반면 대체복무는 병역의무를 이행하는 것이 아니기 때문에 비전투복무만을 수반한 양심적 병역거부를 인정할 경우 병역법상 특례규정을 두는 것이, 대체복무만을 수반한 양심적 병역거부를 인정할 경우 대체복무제를 규정하는 특별법을 제정하는 것이 바람직하지 않은가 한다. 비전투복무와 대체복무 모두를 인정하는 방안을 제도화하기 위해서는 양자를 병역법과 대체복무법으로 나누어 규율하기보다 '비전투복무 및 대체복무에 관한 법률'이나 '양심적 병역거부에 관한 법률' 같은 특별법을 제정하여 함께 규율하는 것도 하나의 방안이 될 수 있다.

5. 대체복무제 입법안 검토

양심적 병역거부를 인정하기 위한 입법론적 대안인 비전투복무와 대체복무 중에

서 실제로 논의의 초점이 되고 있는 것은 대체복무이고 이미 각계에서 병역법상 특례규정을 두는 법률안이나 대체복무에 관한 특별법을 연구·성안한 바 있으므로 이에 대한 구체적인 검토가 필요하다. 병역법상 특례규정을 두는 방안으로 민주당 장영달의원이 성안한 입법안 시안¹²⁴⁾(아래에서는 제1안이라고 한다), 양심적 병역거부에 대한 위헌법률심판제청 사건의 담당변호사인 오종권변호사가 발표한 입법 연구안¹²⁵⁾(아래에서는 제2안이라고 한다)이 있으며, 대체복무에 관한 특별법을 제정하는 방안으로는 민주당 장영달, 천정배 의원이 공동으로 성안한 병역대체복무에 관한 법률안¹²⁶⁾(아래에서는 제3안이라고 한다)이 있다. 아래에서는 양심적 병역거부자 및 대체복무의 개념·내용 등, 대체복무심의위원회의 구성과 대체복무의 신청·심의를 중심으로 그 각 시안의 내용을 비교해 보기로 한다.

가. 양심적 병역거부자의 인정범위

제1안은 병역거부자의 범위를 종교적 신념에 의해 병역거부의 양심을 가진 자로 한정하여 병역거부의 대상자를 좁게 본다. 반면에 제2안은 병역거부자의 대상을 양심형성의 동기를 종교상의 이유에 한정하지 않고 '인성검사에서 양심상의 이유로 판정한 자'로 규정하고 있다. 다만 인성검사심의과정에서 종교적 양심에 의한 거부자에 관한 특별규정을 둬으로써 배려하였을 뿐이다. 제3안은 병역거부자의 범위를 "종교적 신념 또는 양심상의 이유로 감당할 수 없는 자"로 규정하여 넓게 인정하고 있다.

양심적 병역거부 인정의 초기단계에서는 제1안과 같이 종교적 양심에 따른 병역거부자를 우선적으로 인정하는 입법을 고려할 수 있다. 양심적 병역거부의 기원은 종교적 신념에 의한 병역거부에 있고 실제로 국내에서 발생한 양심적 병역거부의 대부분이 여호와의 증인을 중심으로 행해져 왔으므로 이를 고려하여 종교적 양심에 따른 병역거부자를 먼저 인정하고 현실적 여건의 변화를 고려해서 단계적으로 양심적 병역거부자의 범위를 확대해 나갈 수 있기 때문이다. 이러한 입법은 소수자를 배려하는 사회적 관용이 무르익어서 제외된 자들에 대한 평등권침해 시비가 불식될 수 있는지가 관건인데, 양심적 병역거부에 대한 일반인의 관심이 높아진

124) 안경환·장복희 편, 위의 책(각주 2), 383~388면 참조.

125) 오종권, 위의 논문(각주 95), 76~80면 참조.

126) 안경환·장복희 편, 위의 책(각주 2), 373~382면 참조.

상황에서 종교적 신념이 아닌 윤리적·정치적인 이유로 병역을 거부하는 사건들이 발생하는 현재의 양상을 볼 때 좀 더 신중하게 접근할 필요가 있다. 그리고 제1안은 양심적 집총거부라는 용어를 사용하고 있는데 양심적 집총거부는 개념상 집총 병역만을 포함하고 집총병역이외의 복무까지는 포함하지 않는 좁은 개념으로 이해될 수 있으므로 적절한 용어가 아니다. 그리고 3개안 모두 평시뿐만 아니라 전시의 양심적 병역거부도 인정하고 있다. 단지 제2안(제5장의 2)과 제3안(제22조 제1항)은 전시·사변 또는 동원령이 선포된 때에는 육군현역병의 복무연장기간의 1과 2분의 1 이내의 범위에서 연장할 수 있다는 규정이 있는 반면, 제1안은 그러한 규정도 없다. 전시에는 살인의 가능성이 높아지므로 병역을 거부하는 양심을 보호할 필요성이 커지지만 병역기피자를 억제하여 병력자원을 확보하기 위한 국가안보의 이익도 커지며, 병역거부자와 현역복무와의 차별의 격차도 그만큼 넓어지는 것을 고려할 때 전시의 양심적 병역거부를 인정하더라도 현역복무자와의 차별의 격차를 줄이고 심사를 엄격하게 하는 등의 노력이 필요하다는 점에서 전시에 복무연장되는 육군현역병의 복무연장기간을 고려해서 대체복무의 기간을 연장하는 방안은 설득력이 있다. 그리고 제2안(제65조)은 복무 중 병역거부도 인정하고 있다. 현역, 보충역 또는 제2국민역으로서 양심상의 이유로 병역을 거부하고자 하는 사람에 대하여는 인성검사를 거쳐 병역대체처분을 받을 수 있다고 한다. 한편 병역대체의 처분을 받은 후 병역의무를 수행하고자 하는 사람은 신체검사를 거쳐 그 처분을 취소하고 병역처분을 변경할 수 있다고 한다. 복무 중 병역거부는 복무 전 병역거부보다 국가안보에 더 많은 부담을 준다. 특히 전시의 경우 현역병의 병역거부는 심각한 문제를 초래할 수도 있다. 전시에 인성검사위원회를 두어(제83조 제4항) 심사를 한다고 해도 현역복무자와 대체복무자 간의 평등의 격차가 넓어지는 시기이므로 공정한 심사에도 많은 어려움이 따른다. 그리고 현역복무자의 복무 중 병역거부를 인정할 뿐만 아니라 병역거부자 처분을 받은 자가 다시 원에 의해서 신체검사를 거쳐 그 처분을 취소하고 병역처분을 변경할 수 있다고 하는 규정(제65조)은 언뜻 보면 합리적인 것 같지만, 양심의 진지성은 인격의 동일성을 침해할 만한 것으로서 쉽게 형성되지도 쉽게 변경되지도 않는다는 점을 고려할 때 양심의 진지성을 충분히 배려하지 않은 것으로 보인다.

나. 대체복무의 내용·기간·심의 등

대체복무의 개념과 내용은 3가지 안 모두 유사하다. 대체복무는 병역의무를 대체하여 공익분야에서 부과되는 복무의무로서 국가기관·지방자치단체 또는 사회복지사업법 제34조의 규정에 의하여 설치된 사회복지시설의 공익목적 수행에 필요한 경비·감시·보호·봉사 또는 행정업무 등의 지원을 위하여 소집되어 공익분야에서 복무한다. 대체복무의 기간은 제1안이 3년 4월이고 나머지 2개안은 3년 이내로 하되 전시·사변이나 동원령이 선포된 때 또는 국방상 필요한 경우에는 육군 현역병의 복무기간의 1과 2분의 1 이내의 기간까지 연장할 수 있다고 한다. 제2안·제3안처럼 3년 이내의 범위 내에서 대통령령으로 정할 수 있다고 하더라도 최소한 현역병 의무복무기간 중 최장기간인 공군의 30개월 이하로 정하기는 어려울 것이다.

제1안과 제3안은 민간위원이 포함된 대체복무심의위원회, 대체복무의 신청·심의에 관한 규정이 있으나, 제2안은 이러한 규정을 별도로 두지 않고 징병검사를 받을 때 양심적 병역거부를 주장하는 자에 대해 인성검사를 실시하도록 하고 있고 다만 전시·사변 또는 동원령이 선포된 때 사이비 병역거부자의 증가를 막고 병역 대체처분의 공정성을 확보하기 위해 병무청에 인성검사위원회를 둔다고 규정하고 있을 뿐이다. 그러나 대체복무처분의 공정성 확보는 전시뿐만 아니라 평시에도 중요하며 양심적 병역거부의 대상을 넓게 인정하는 경우에는 더욱 중요하다. 따라서 대체복무처분의 공정성을 담보할 수 있는 심의위원회의 존재와 신청·심의절차가 마련되어 있어야 한다. 다만 심의위원회를 병무청과 독립된 기관으로까지 설치하기는 곤란하더라도 심사의 공정성을 위해 어느 정도 독립성을 부여하는 것이 바람직할 것이다. 예컨대, 제3안처럼 병무청장이 위원장을 겸임하는 것 보다는 제1안처럼 병무청장이 위원을 위촉하는데 그치는 것이 바람직할 것이다.

제5장 결 론

1. 양심적 병역거부의 인정여부에 대한 제 견해에 따른 가능한 해결방안들

양심적 병역거부의 인정여부에 대해 주장가능한 견해들과 그에 따른 문제해결방안들을 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 헌법상의 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출될 수 있음을 인정하면서도, 국가안보를 해치지 않으면서 대체복무를 수반한 양심적 병역거부를 인정할 수 있는지 명백하지 않고 따라서 입법자에게 구체적인 입법의무가 발생하지 않기 때문에 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법은 합헌이라는 견해에 따르면, 병역거부자의 양심을 보호해줄 책임은 일차적으로 법적용기관이 맡게 된다. 그리고 국가안보를 해치지 않으면서 명백히 양심적 병역거부를 인정할 수 있는 현실적 여건이 도래하지 않는 한, 입법자에게 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 강제할 수 없다. 다만 입법자가 입법형성의 자유의 범위 내에서 법익을 형량하여 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 하는 것은 별개 문제이다.

둘째, 헌법상의 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출될 수 있음을 인정하고, 국가안보를 해치지 않고서도 양심의 자유를 보장할 수 있는 대체복무를 제도화하는 것은 가능하기 때문에 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법은 위헌이라는 견해에 따르면, 입법자에게 병역거부자의 양심을 보호해줄 입법을 해야 할 구체적인 의무를 지울 수 있다. 다만 구체적으로 어떠한 형태로 양심적 병역거부를 인정할 지는 입법자의 입법형성(재량)권에 달려 있으므로 입법자는 양심의 자유와 이에 대응하는 법익을 형량해서 구체적으로 입법을 할 수 있다.

셋째, 헌법상의 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출될 가능성을 부정하고, 국제인권조약의 형식으로도 양심적 병역거부권이 국내법으로 수용되지 않는다고 보는 견해에 따르면 입법자는 물론 법적용기관도 입법·행정에서 병역거부자의 양심을 고려해야 할 의무를 지니지 아니한다. 이 경우에도 입법자가 스스로 사

회적 소수자를 배려하는 차원에서 국가안보·병역의무를 고려하여 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 할 수 있음은 별개 문제이다.

넷째, 헌법상의 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출될 가능성은 부정하지만 국가인권조약의 형식으로 양심적 병역거부권이 국내법으로 수용된다고 보는 견해에 따르면 양심적 병역거부를 인정하지 않는 현행법은 효력을 상실하며 양심적 병역거부자는 ICCPR 제18조로부터 도출되어 국내법으로 수용된 양심적 병역거부권을 직접 또는 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 (기다려 이를) 근거로 주장할 수 있다.¹²⁷⁾

2. 입법론적 대안으로서 비전투복무 및 대체복무제의 도입과 제도화를 위한 입법자의 역할

양심적 병역거부의 인정여부에 대한 제 견해를 검토할 때 위의 둘째 견해를 제외한 나머지 경우 모두 충돌하는 법익을 형량하여 입법자가 구체적인 입법을 할 수 있다. 그 해결방안에 따라 입법자가 고려할 수 있는 입법론적 대안으로서 비전투복무와 대체복무를 어떻게 도입하고 제도화 할 수 있는지에 대해서는 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 법적용기관이 지니는 병역거부자의 양심을 고려할 의무를 검토할 수 있다. 특히 양심적 병역거부의 인정여부에 관한 첫째 견해의 경우 충돌하는 법익을 고려해야 할 입법자의 의무뿐만 아니라 병역거부자의 양심을 고려해야 할 법적용자의 의무를 고려하고 이에 대한 지침을 마련하는 일이 더욱 의미가 있다. 법적용기관이 양심적 병역거부자를 대상으로 하는 수사단계·양형단계·행형단계에서 병역거부자의 양심을 고려하여 현행법을 해석하고 집행하는지 검토할 때 많은 부분에서 개선이 필요하다. ① 동일한 사항에 대해 거부하는 진지하며 동일한 양심에 근거한 행위는 일원적으로 보는 것이 양심을 고려한 해석이며 이를 개별적 행위로 처벌하는 것은 이중처벌금지(헌법 제13조 제1항)에 해당한다. ② 수사단계에서 양심적 병역거부자를 도주 또는 증거인멸의 우려가 있는지 여부를 검토하지 않고 구속수사하는 관행은 타파되어야 한다. ③ 양형단계에서 양심적 병역거부자에 대해

127) 이 경우에도 국제인권조약의 형식으로 수용된 양심적 병역거부권을 곧바로 인정하기보다 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 매개로 하여 양심적 병역거부권을 인정할 가능성이 높다는 것은 위에서 밝힌 바 있다. 제4장 I. 양심적 병역거부에 대한 가능한 해결방안 참조.

구체적인 양형없이 기계적으로 법정 최고형을 부과해서는 안된다. ④ 행형단계에서 양심적 병역거부자를 가석방심사 대상에서 제외하거나 일반재소자와 비교하여 차별을 하여서는 안된다.

둘째, 입법론적 대안으로 비전투복무 및 대체복무제의 도입을 검토할 수 있다. 입법자가 병역거부자의 양심의 자유와 이에 대응하는 법익과의 형량을 거쳐서 양심적 병역거부를 인정하는 입법을 할 때, 변화하는 현실적 여건을 고려해서 법익을 형량해도 전시의 선택적 병역거부와 전시·평시의 절대적 병역거부는 국민개병주의에 따라 평등하게 병역의무를 저야 할 징병제를 실시하는 한 인정하기 곤란하므로 실제적으로 고려할 수 있는 방안은 평시의 보편적 비전투복무와 평시의 보편적 대체복무이다. 이 때 입법자가 고려해야 할 지침은 다음과 같다: ① 병역의무자가 현역복무와 대체복무를 임의적으로 선택할 수 있어서는 안된다. ② 현실적 여건의 미성숙·미개선을 심사의 엄격화·대체복무의 등가치성 확보로 대체하려고 해서는 안된다. ③ 현실적 여건이 완전히 성숙·개선되었다고 까지는 볼 수 없다하더라도 일정 수준에는 이르렀다고 판단하게 되면 양심적 병역거부의 대상을 고려해서 단계적으로 입법하는 방안을 모색할 수 있다.

셋째, 비전투복무 및 대체복무제의 가능한 제도화방안으로서는 헌법전에 명문으로 양심적 병역거부권을 인정하는 헌법개정을 하여야 하는가의 문제는 양심적 병역거부권이 헌법상 양심의 자유로부터 도출될 가능성을 인정하면서도 현행법이 합헌이라는 견해와 양심적 병역거부권이 헌법상 양심의 자유로부터 도출될 가능성을 부정하는 견해에서는 헌법의 명문규정을 통해서 양심적 병역거부권을 인정하는 입법을 강제할 수 있다는 점에서 의미가 있다. 그러나 어느 견해를 취하든지 양심적 병역거부권을 명문으로 인정하는 헌법개정이 없더라도 입법자가 입법형성권의 범위 내에서 양심적 병역거부를 인정하기 위한 입법을 할 수는 있다. 구체적인 입법 방법으로서 병역법상 특례규정을 두거나 비전투복무 및 대체복무를 규정하는 특별법을 제정하는 방법이 있는데 비전투복무는 병역의무의 일환으로서 이행하는 것인 반면 대체복무는 병역의무를 이행하는 것이 아니기 때문에 비전투복무만을 수반한 양심적 병역거부를 인정할 경우 병역법상 특례규정을 두는 것이 바람직하고 대체복무만을 수반한 양심적 병역거부를 인정할 경우 대체복무를 규정하는 특별법을 제정하는 것이 바람직할 것이다.

넷째, 현재 양심적 병역거부의 대안적 해결방안으로 연구·성안·제출된 대체복

무제 입법안을 검토할 때, 양심적 병역거부가 가능한 인적 범위를 종교적 양심에 따른 병역거부자로 한정하는 것도 하나의 방안이 될 수 있으나 소수자를 배려하는 사회적 관용이. 무르익어서 제외된 자들에 대한 평등권침해 시비가 불식될 수 있는지 현실적 여건을 고려하여 신중하게 접근할 필요가 있다. 그리고 전시의 양심적 병역거부도 인정할 경우에는, 이 때 병역기피자를 억제하여 병력자원을 확보하기 위한 국가안보의 이익이 커지는 동시에, 병역거부자와 현역복무와의 차별의 격차도 그만큼 넓어지는 것을 고려하여 육군현역병의 전시 복무연장기간에 맞춰 대체복무기간도 연장할 수 있도록 하는 방안이 모색되어야 한다. 그리고 전시에 현역병의 복무 중 병역거부는 국가안보에 주는 부담이 크고 심사의 공정성확보에 심각한 문제를 초래할 수 있으므로 현실적 여건의 성숙을 기다려서 제도화하는 것이 바람직할 것이다. 그리고 대체복무의 기간은 일의적으로 확정하기 곤란하지만 최소한 현역병 의무복무기간 중 최장기간인 공군의 30개월 이하로 정하기는 어려울 것이다. 병역거부인정을 위한 심사의 공정성을 확보하기 위하여 민간위원이 포함된 대체복무심사위원회를 상설화할 필요가 있으며, 심사위원회의 독립성이 확보되어야 할 것이다.

본 연구는 양심적 병역거부의 인정여부에 대한 제 견해에 따른 가능한 문제해결 방안들을 이론적으로 검토하고 입법론적 대안으로서 비전투복무 및 대체복무제의 도입과 제도화를 위한 입법방안을 주로 검토 하였다. 문제상황을 명확히 하고 가능한 해결방안을 검토하여 대체적인 해결방향을 제시하기 위해서 노력하였다. 나아가 헌법이론적인 문제와 국제법적 기준에의 적응문제뿐만 아니라 국방현실에 미치는 영향, 국민정서에 미치는 파급효를 고려하여 양심적 병역거부의 현실 적합성을 판단하려고 했으나 연구기간이 충분히 주어지지 못한 관계로 실증적인 분석·검토가 충분히 이루어지지 못한 아쉬움이 있다. 보다 포괄적이고 실증적인 연구·분석을 하기 위해서는 추후연구과제로서 지속적인 연구가 필요할 것으로 본다.

참고 문헌

1. 국내문헌

- 강경근, 양심의 자유와 사상전향제도, 고시연구, 1991. 8, 83~96면
- 권영성, 헌법학원론, 박영사, 2002
- 권영성, 양심의 자유와 집총거부권, 고시계, 1977. 9, 141~146면
- 권영성, 비교헌법학, 법문사, 1994
- 권희면·정주성, 병역제도의 개선방향, 국방논집 제24호, 1993 겨울, 35~55면
- , 병역제도의 발전방향, 국방논집 제11호, 1990 가을, 173~188면
- 계획열, 헌법학(중), 박영사, 2000
- 김두식, 칼로 쳐서 보습을 - 양심에 따른 병역거부와 평화주의, 뉴스앤조이, 2002
- 김두식, 양심적 병역거부와 기독교, 인권과 정의 제309호, 2002. 5, 140~153면
- 김문현, 양심의 자유, 고시연구, 2000.10, 15~28면
- 김병렬, 양심적 병역거부의 문제점, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002, 135~155면
- 김승환, 양심의 자유, 현대헌법학이론 : 우제이흥구박사화갑기념논문집 제1권, 고시연구사, 1996, 390~402면
- 김영수, 종교의 자유의 보장과 그 한계, 공법이론의 현대적 조명 : 방산구병석박사정년기념논문집, 박영사, 1991, 71~96면
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2002
- 김효전, 양심의 자유와 병역의 거부, 고시계, 1975. 2, 85~95면
- 민주사회를 위한 변호사모임, 양심에 따른 병역거부권 실현과 대체복무제도 개선을 위한 연대회의, 한국에서의 양심적 병역거부의 현황과 인권문제, 2002
- 안경환·장복희 편, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002
- 이금옥, 양심적 집총거부와 대체복무제도, 공법연구 제30집 제2호, 한국공법학회, 213~228면
- 이준구, 양심의 자유, 고시연구, 1989, 3, 82~92면
- 이재승, 독일에서 병역거부와 민간봉사, 민주법학 제20호, 2001, 153~177면
- 오만규, 초기 기독교와 로마군대, 한국신학연구소, 1999
- 오재창, 국제인권법상 양심적 병역거부권의 인정과 국내의 최근동향, 인권과 정의

제309호, 2005. 5, 36~44면

오종권, 대체복무의 근거와 입법방안, 인권과 정의 제298호, 2001.6, 62~99면

알버트 마린 편저(오만규역), 전쟁과 그리스도인의 양심, 성광문화사, 1982

양화식, 확산범의 가벌성과 처우, 형사정책연구 제10권 제2호(1999 여름호), 한국형사정책연구권, 2000, 157~191면

양 건, 국가와 종교의 관계에 대한 법적 고찰, 현대공법학의 제문제 : 윤세창박사정년기념논문집, 박영사, 1983, 587~617면

유남석, 양심상의 병역거부에 관한 법적 고찰, 군사법연구 제3집, 육군본부, 1992.8, 75~121면

윤명선, 헌법학, 대명출판사, 2000

장복희, 양심적 병역거부에 대한 국제법, UN에서의 논의 및 각국 상황, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002, 71~114면

장석권, 양심의 자유의 내용과 한계, 현대공법학의 제문제 : 윤세창박사정년기념논문집, 박영사, 1983, 570~586면

정태호, 기본권의 본질적 내용보장에 관한 고찰, 헌법논총 제8집, 1997, 279~362면

조 국, 양심과 사상의 자유를 위하여, 책세상, 2001, 59~63면

조 국, 양심적 집총거부권 : 병역기피의 빌미인가 양심의 자유의 구성요소인가?, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002, 49~69면

최필재, 소위 '종교적 신념에 의한 병역거부'와 대체복무, 인권과 정의 제309호, 대한변호사협회, 2002. 5, 51~61면

최용기, 양심의 자유와 병역거부, 고시연구, 1990.10, 25~40면

한국국방연구원, 21세기 병무행정비전 및 정책방향, 2000

———, 병역제도 개선방향연구, 1993

한수웅, 헌법 제19조의 양심의 자유, 헌법논총 제12집, 헌법재판소, 2001, 387~442면

한인섭, 양심적 병역거부 : 헌법적·형사법적 검토, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002, 11~48면

한홍구, 타이완 대체복무제도 참관보고서, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002, 285~303면

- 황환교, 독일헌법상의 종교적 평등의 원칙과 그 예외, 연구논총 제9집, 상지대학교 사회과학연구소, 1991, 153~175면
- , 양심적 병역거부권 : 독일의 경우를 중심으로, 법학연구 제5호, 한국해양법학회, 1993. 12, 313~326면
- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2002
- 홍성방, 헌법학, 현암사, 2002
- 홍성방, 양심의 자유, 고시연구, 2000.1, 123~135면
- 홍영일, 양심적 병역거부와 여호와의 증인, 양심적 병역거부, 사람생각, 2002, 205~258면

2. 국외문헌

- Amnesty International, Israel: The price of principles(Imprisonment of conscientious objectors, Al Index: MDE 15/49/99
- Amnesty International, Meinungsfreiheit in Gefahr Für das Recht auf Kriegsdienstverweigerung in Europa, April 1997, Al Index : EUR 01/02/97
- Amnesty International, Out of the margins: the right to conscientious Objection to military service in Europe, April 1997, Al Index: EUR 01/04/97
- Barker, R. : Conscience, Government and War - Conscientious objection in Great Britain 1939-45, Routledge&Kegan Paul, 1982
- Bethge, H. : Gewissensfreiheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, 1989, S. 435~171
- Böckenförde, E.-W. : Das Grundrechte der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28(1970), S. 1~81
- Brecht, H.-T. : Kriegsdienstverweigerung und Zivildienst 4. Aufl., C.H.Beck, 1999

- Bundesamt für den Zivildienst, Daten und Fakten zur Entwicklung von
Kriegsdienstverweigerung und Zivildienst, Jahrgang 2000
- Daleki, W. : Das Kriegsdienstverweigerungsrecht im Spannungsfall,
DÖV 1988, S. 370~374
- Decker, D.-C./Fresa, L. : The Status of Conscientious Objection
Under Article 4 of The European Convention on Human
Rights, Journal of International Law And Politics, New York
University School of Law 33, Winter 2001, pp. 379~418
- Doehring, K. : Kriegsdienstverweigerung als Menschenrecht?,
Staatsrecht-Völkerrecht-Europarecht : Festschrift für H.-J.
Schlochauer zum 75. Geburtstag, 1981, S. 45~55
- Eckertz, R. : Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen aus
Grenzproblem des Rechts : Zur Überwindung des Dezisionismus
im demokratischen Rechtsstaat, Nomos, 1986
- Flower, R. B. : To Defence the Constitution : Religion, Conscientious
Objection, Naturalization, and the Supreme Court,
Scarecrow Press, 2002
- Giers, M. : Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Regelung des
Kriegsdienstverweigerungsrechts, Diss. Osnabrück 1984
- Hammer, L.-M. : The International Human Right to Freedom of
Conscience, Ashgate Publishing, 2001
- Hesse, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik
Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. 1999, Rdnr. 72. 계획열(역), 콘
라드 헷세(저), 통일독일헌법원론(제20판), 박영사, 2001
- Hofmann, H. : Grundpflicht und Grundrechte, in: J. Isensee/P.
Kirchhof(hrsg.) Bd.5, 1992, S. 321~351
- Isensee, J. : Die verdrängten Grundpflichten des Bürger, DÖV 1982,
S. 609~618.
- Ispen, J. : Wehrdienst, Ersatzdienst und Pflichtengleichheit, ZRP
1978, S. 153~176

- Klein, H.-H. : Gewissensfreiheit und Rechtsgehorsam, Staat und
Völkerrechtsordnung : Festschrift für K. Doebling, 1993, S.
479~502
- Kornhauser, M.-E. : For God and Country: Taxing Conscience,
Wisconsin Law Review 939, 1999, pp. 940~1016
- Kratzmann, H. : Wehrpflicht, Kriegsdienstverweigerung und drei
Leitprinzipien des Grundgesetzes, Der Staat 26, 1987, S.
187~206
- Krölls, A. : Kriegsdienstverweigerung, Europäische Verlagsanstalt,
1980
- Kugler, I. : On the Possibility of a Criminal Law Defence for
Conscientious Objection, The Canadian Journal of Law &
Jurisprudence 10, July 1997, pp. 387~439
- Leibholz, G./Mangoldt, H.(hrsg.): Jahrbuch des öffentlichen Rechts
der Gegenwart, J.C.B. Mohr Tübingen, 1951
- Levi, M. : Consent, Dissent, and Patriotism, Cambridge University
Press, 1997
- Lilich, R.-B. : The Growing Importance of Customary International
Human Rights Law, The Georgia Journal of International
and Comparative Law 25, Fall 1995/Winter 1996, pp. 1~29
- Listl, J. : Gewissen und Gewissensentscheidung im Recht der
Kriegsdienst- verweigerung, DÖV 1985, S. 801~811.
- Lynn, B.-W. : The Right to Religious Liberty : The Basic ACLU
Guide to Religious Rights, Southern Illinois University, 1995
- Major, M.-F. : Conscientious Objection to Military Service: European
Commission on Human Rights and the Human Rights
Committee, California Western International Law Journal,
California Western School of Law 32, Fall 2001, pp. 1~38
- Marcus, E.-N. : Conscientious Objection as an Emerging Human
Right, Virginia Journal of International Law 38, Spring

- 1998, pp. 507~545
- Michael, F.-N. : Selective Conscientious Objection, Westview Press.
1989
- Moskos, C.-C./ Chamber, J.-W.(eds.) : The New Conscientious
Objection : From Scared to Secular Resistance, Oxford
University, 1994
- Nelson, K.-D. : "By Reason of Religious Training and Belief..." (A history
of conscientious objection and religion during the Vietnam War,
<http://member.macconnect.com/users/k/knelson/co/co.html>
- Noone, M.-F. : Selective conscientious objection : accommodating
conscience and security, J.C.B. Mohr, 1989
- Peter, C. / Ludwig, R. : Das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung,
MDR 1991, S. 1105~1110
- Sachs, M. : Grundgesetz-Kommentar, C.H. Beck, 3. Aufl., 2003
- Scholler, H. : Gewissen, Gesetz und Rechtsstaat, DÖV 1969, S.
526~535
- Spencer, E.-D. : Constitutional Right or Legislative Grace? The Status
Of Conscientious Objection Exemptions, Florida State
University Law Review 19, Summer 1991, pp. 191~208
- Starck, C. in : v. H. Mangoldt / F. Klein(hrsg.), Das Bonner
Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 1985, Art. 4, S. 496~579
- Steiner, U. : Grundrechtsschutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit(Art.4
I, IGG), JS 1982, S. 157~166
- Tiedemann, P. : Gewissensfreiheit, Der Staat 26, 1987, S. 371~396
- United Nation, 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. Chama Mubanga-Chipoya, members of the
Sub-Commission, New York, 1985

- Werner, G. : Doppelbestrafung von Totalverweigern, KJ 1988, S. 104~114
- Witt, J.-C. : Constitutional Right or Legislative Grace? The Status Of Conscientious Objection Exemptions, Florida State University Law Review 19, Summer 1991, pp. 191~208
- United Nation, 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. Chama Mubanga-Chipoya, members of the Sub-Commission, New York, 1985