

등록번호	정책총괄팀 -
등록일자	2006. 2.
결재일자	2005. 2.
공개구분	공 개

팀 원	팀 장	본부장	사무총장	위 원 장
협 조				

양심적 병역거부 관련 결정문 (안)

2006. 2.

인권정책본부
정책총괄팀

국 가 인 권 위 원 회

결 정

제 목 양심적 병역거부권 및 대체복무제도에 대한 권고

주 문

국회의장과 국방부장관에게 양심적 병역거부권과 대체복무제도에 대하여 다음과 같이 권고한다.

다 음

1. 양심적 병역거부권은 「헌법」 제19조와 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」 제18조의 양심의 자유의 보호 범위 내에 있음을 확인한다.
2. 병역의 의무가 국가의 안전보장을 위한 국민의 필요적 의무임을 확인한다.
3. 양심적 병역거부권과 병역의무가 조화롭게 공존할 수 있는 대체복무제도가 도입되어야 할 것이다.
4. 대체복무제도를 도입하게 될 경우, 대체복무의 인정여부를 공정하게 판정할 기구와 절차가 만들어져야 하고, 대체복무의 영역은 사회의 평화와 안녕, 질서유지 및 인간보호에 필요한 봉사와 희생정신을 필요로 하는 영역 중에서 우리 실정에 맞게 채택하여야 할 것이며, 대체복무의 기간은 현역복무자와의 형평성을 고려하여 현역복무기간을 초과하는 기간으로 시작하는 것이 바람직할 것이다.

이 유

I. 검토 배경

1. 진정사건의 접수 및 처리

양심적 병역거부 및 대체복무제도와 관련하여 2005. 10. 현재 국가인권위원회에 접수된 진정사건은 총 9건¹⁾으로 양심적 병역거부와 관련한 3건은 각각 인용²⁾, 기각, 각하 결정을 하였고, 대체복무제도 도입과 관련된 6건은 계속중에 있다.

이 진정사건의 주요 내용은 (1) 대체복무제도를 도입하여 수감중인 양심적 병역거부자의 인권침해를 구제해 줄 것을, (2) 헌법재판소에 제기된 병역법에 대한 위헌제청 사건에 대하여 의견표명을 해 줄 것을, (3) 반전 및 평화실현의 양심적 병역거부권의 인정과 대체복무제도의 도입을 권고해 줄 것을 요구하는 것이다.

2. 대법원 판례와 헌법재판소 결정

대법원은 2004. 7. 15. 2004도2965 사건에서 양심의 자유는 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유로서, 국방의 의무(헌법적 법익)보다 우월한 가치로 볼 수 없고, 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제도를 두지 않고, 형벌을 부과하는 것은 과잉금지원칙을 위반한 것이 아니라고 판시하였다.³⁾

1) 국가인권위원회 2001. 11. 26. 01진차2 ; 2002. 1. 10. 02진차6 ; 2002. 3. 12, 02진인471 ; 2001. 12. 17, '01진인549 ; 2002. 4. 11, 02진기1 ; 2002. 7. 9. 02진인1150, 2002. 9. 10, 02진인1571, 2002. 9. 16, 02진인1645, 2003, 4. 30, 03진인966

2) 국가인권위원회 2001.11.26, 01진차2사건에서 양심적 병역거부 관련 수용자에 대하여 종교집회를 허용해 달라는 진정에 대하여, 2002. 10. 19. 국가인권위원회는 양심적 병역거부 관련 수용자에 대하여 종교적 집회를 허용하도록 법무부에 권고하였고, 법무부는 이를 수용하였다.

헌법재판소는 2004. 8. 26. 2002헌가1 사건에서 양심의 자유로부터 대체복무의 요구권은 도출되지 않는다고 하면서도, 비례의 원칙을 통하여 양심의 자유를 공익과 교량하고 공익을 실현하기 위하여 양심을 상대화하는 것은 양심의 자유의 본질과 부합될 수 없다고 결정하면서, 양심보호조치 등에 관하여 입법자에 권고하였다.⁴⁾

3. 국회 병역법중개정법률안 심의

국회는 “병역거부권 인정과 사회봉사업무로 병역대체복무”를 내용으로 하는 임종인의원과 노회찬의원이 각각 대표 발의한(2004. 9. 22., 2004. 11. 19.) 병역법중개정법률안을 제250회 정기회(2004. 11. 23.)와 제251회 임시회(2004. 12. 28.)에 각각 상정하였고, 제252회(임시회) 제3차 법률안등심사소위원회(2005. 3. 17.)에서 「병역법중개정법률에 관한 공청회」를 개최하였다. 제253회(임시회) 제1차 법률안등심사소위원회(2005. 4. 19.)에 회부하여 심사하였고, 현재 계속중에 있다.

4. 유엔 인권이사회 개인통보 제출

2004년 10월 18일 여호와의 증인 신도 윤모(24)씨와 최모(23)씨는 매년 700여명의 병역거부자들이 수감되고, 위와 같은 헌법재판소의 결정으로 국내에서는 더 이상 구제방법이 없다고 하면서 대한민국이 가입한 자유권규약에 따라 설치된 유엔인권이사회에 적절한 구제를 요청하는 개인통보를 제출하였다.

5. 연구용역과 청문회 등 실시

3) 대법원 2004. 7. 15. 2004도2965

4) 헌법재판소 2004. 8. 26. 2002헌가1

국가인권위원회는 양심적 병역거부 문제와 관련하여 2002년 외부전문가에게 연구용역을 실시하여, 양심적 병역거부 문제에 대한 국제적 논의 및 국제법적 기준, 헌법상 양심적 병역거부권의 인정여부, 향후 대체복무제도의 인정여부 등에 대하여 분석·정리한 바 있다.⁵⁾

또한 2005. 8. 양심적 병역거부와 관련한 구체적인 쟁점에 대하여 관련 전문가에게 자문을 구하고, 관계기관의 의견을 조회하였고, 2005. 10. 「양심적 병역거부권 및 대체복무제도에 관한 청문회」를 개최하여 양심적 병역거부자의 현황, 양심적 병역거부 문제에 대한 관련 단체 및 기관의 입장, 특히 국방부의 국방정책 및 병력감축계획 등에 대하여 청취하였다.

II. 판단기준 및 참고기준

1. 판단기준

- 가. 헌법 제5조, 헌법 제6조, 헌법 제19조, 헌법 제37조 제1항·제2항, 헌법 제39조
- 나. 세계인권선언 제18조
- 다. 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(이하 자유권규약) 제4조, 제18조

2. 참고기준

- 가. 유엔 인권이사회(Human Rights Committee) 일반논평(General Comments) 22
- 나. 유엔 인권위원회 결의 1987/제46호, 결의 1988/제77호, 결의 2000/제34호, 결의 2002/제45호, 결의 2004/제54호

5) 김선태, 「한국내 양심적 병역거부자에 대한 대체복무 인정여부에 관한 이론적·실증적 연구」 국가인권위원회, 2002. 12.

Ⅲ. 병역거부자의 현황과 각국의 대체복무제도 실태

1. 병역거부자 발생

양심적 병역거부자는 2001년 이전까지는 군에 입영한 후에 군사훈련이나 집총을 거부하였으나, 2001년 중반 이후부터는 현역병이나 공익근무요원 입영과정에서 입영 자체를 거부하는 것으로 병역거부의 양상이 집총거부에서 입영거부의 형태로 변화하였다.

연도별 발생 추세를 보면 1994년에 233명 발생하였고, 2000년도 657명, 2002년도 825명, 2004년도 756명 등으로 점차 증가추세를 보이는 듯 하다. 2002년 이후 대략 600여명의 양심적 병역거부자가 발생하고 있다고 보여진다.

[표 1. 군입대후 집총거부 및 입영거부자 현황]

구 분	'94	'95	'96	'97	'98	'99	'00	'01	'02	'03	'04	'05.8 (현재)
집총거부	233	471	342	436	498	544	656	267	-	3	1	-
입영거부	-	-	-	-	-	-	1	379	825	561	755	390
합 계	233	471	342	436	498	544	657	646	825	564	756	390

양심적 병역거부자는 약 5년(2000년~2005. 8.) 동안에 총 2,911명으로 연평균 600여명이 병역을 거부한 것으로 나타났는데, 병역거부의 발생원인은 대부분 종교적 사유이고, 종교적 사유 이외의 전쟁반대나 평화주의 등 개인적 신념에 의한 비종교적 병역거부자는 16명에 불과하다.

[표 2. 최근 5년간 병역거부자 발생인원]

구 분	'00	'01	'02	'03	'04	'05. 8.	계
여호와인	1	378	822	557	748	387	2,893
불 교		1		1			2
기 타*			3	3	7	3	16
계	1	379	825	561	755	390	2,911

※ 기타 : 전쟁반대, 평화주의 등 개인적 신념에 의한 거부자

2. 양심적 병역거부자에 대한 사법처리 현황

법원은 2001년 이전 징역거부자에 대하여 군형법 제44조 항명죄를 적용하여 징역 2~3년형을 선고하였으며, 2001년 중반이후 양심적 병역거부자에 대해 사실상 양심적 병역거부의 현실을 인정하고 병역 대신 징역 1년 6월을 선고하는 경향을 보이고 있다. 이는 「병역법시행령」 제136조 제1항 제2호에서 “1년 6월이상의 징역 또는 금고의 실형을 선고받은 사람”에게 제2국민역으로 편입할 수 있도록 하고 있기 때문에 법원이 양심적 병역거부자들에게 징역을 부과하는 대신 현역복무를 사실상 면제하는 방법을 선택하고 있다고 볼 수 있다.

[표 3. 최근 5년간 양심적 병역거부자 처리현황(2000~2005. 8월)]

재판 계속중	기소 유예	무혐의	기소 중지	집행 유예	징역				계
					1년이상	1년6월 이상	3년미만 ~2년이상	소계	
444	4	53	3	14	11	2,363	19	2,393	2,911

3. 각국의 대체복무제도 현황

가. 개요

대체복무제이란 종교적 혹은 정치·문화적, 세속적 이유로 입대를 거부하거나 혹은 징역을 거부하는 자에게 다른 사회적 활동을 통해 그 의무를 대체하도록 하는 제도를 의미한다.

이러한 대체복무제도를 인정하는 국가의 경우 양심적 병역거부자는 구제 활동, 환자수송, 소방업무, 장애인 봉사, 환경미화, 청소년보호센터 근무, 문

화유산 유지보호 활동 등을 하고 있다.

대체복무제도와 달리 양심적 병역거부를 인정하지 않고, 종교상 이유로 군대 내에서 군병역 의무를 이행하면서, 군 지휘관의 명령이나, 군대의 권한으로 비전투적 임무에 배정하는 제도를 비전투복무제도라고 한다.

나. 도입 실태

징병제도가 없는 국가는 영국, 미국, 일본 등을 비롯하여 91개국으로 최근 에콰도르, 프랑스, 멕시코, 필리핀 등이 징병제를 폐지하였고, 징병제도가 있는 나라는 독일, 덴마크, 오스트리아, 태국 등 85개국이다.

징병제도를 채택하고 있는 국가 중에서 대체복무제도를 도입한 국가는 독일, 덴마크, 대만 등 31개국이고, 비전투복무제도를 도입한 국가는 크로아티아, 스위스, 등 5개국이다.

다. 구체적 도입예

20세기 역사에서 최초로 대체복무법을 성문화한 나라는 영국으로서 그것도 제1차 세계대전이 한창이던 1916년에 제정되었고, 1920년에서 1930년대 사이에 네덜란드, 노르웨이, 덴마크에서 대체복무제도를 도입하였다.

대체복무제도의 도입과 관련하여 주목할 만한 나라는 러시아인데, 역시 제1차 세계대전 말, 1918년에 당시 레닌의 볼셰비키 정부는 양심적 집총거부를 인정하였고, 1919년 그와 관련된 권리를 인정한다는 사실을 공식적으로 선포하였으나 그 이후 스탈린의 등장으로 중단되었다.

독일은 제2차 세계대전에서 패한 후, 동서독으로 분단된 상태인 1949년, 독일 기본법 제4조 제3항에서 종교와 양심의 불가침성을 규정함과 동시에 양심적 병역거부권을 인정하였고, 1956년 기본법 제7차 개정법(제12조)을 통하여 양심적 병역거부권을 명문화하였다.

러시아에서는 2005 6월 28일 대체복무제도를 허용하는 병역법개정안을 승

인하였으며, 구 소비에트 연방국가였던 우크라이나와 구소련의 위성 국가였던 나라들 대부분도 대체 복무 제도를 받아들였고, 종교적 편견이 강한 나라로 유명했던 그리스도 대체복무제도를 받아들였으며, 이러한 흐름은 유럽대륙만으로 국한되지 않고, 남미와 아프리카 대륙 국가들도 대체복무제도를 받아들였고, 아시아의 대만에서도 2001년에 대체복무제도를 실시하게 되었다.

IV. 판 단

1. 양심의 자유

가. 양심의 자유의 의미

(1) 헌법상 보호되는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 양심을 의미한다.⁶⁾

(2) 양심의 자유에서 보장하고자 하는 ‘양심’은 민주적 다수의 사고나 가치관과 일치하는 것이 아니라, 개인적 현상으로서 지극히 주관적인 것이고, 양심은 그 대상이나 내용 또는 동기에 의하여 판단될 수 없으며, 특히 양심상의 결정이 이성적·합리적인가, 타당한가 또는 법질서나 사회규범, 도덕률과 일치하는가 하는 관점은 양심의 존재를 판단하는 기준이 될 수 없다.⁷⁾

(3) 헌법 제19조와 자유권규약 제18조 양심의 자유는 종교의 자유, 학문·예술의 자유와 함께 내심의 자유에 속하며, 정신적 자유의 모체를 이루는 인간존엄성의 기초로서 정신적 자유의 근원을 이루는 최상급의 기본권이며,

6) 헌법재판소 1997. 3. 27. 96헌가11 ; 2001. 8. 30. 99헌바92등 ; 2002. 4. 25. 98헌마425등 ; 2004. 8. 26. 2002헌가1

7) 헌법재판소 2004. 8. 26. 2002헌가1

자유권규약 제18조에서 양심의 자유는 동규약 제4조에 따라 국가비상상태에서도 유보될 수 없는 절대적 기본권으로 규정하고 있다.

나. 양심의 자유의 보호범위

양심의 자유의 보호범위는 내심에서 양심을 형성하는 자유와 대외적으로 양심을 실현하는 자유로 나누어 볼 수 있고, 양심실현의 자유는 다시 ① 양심을 표명하도록 강제당하지 않을 자유, ② 양심에 반하는 행동을 강제당하지 않을 자유, ③ 양심을 표명할 자유, ④ 양심에 따라 행동할 자유로 나누어 볼 수 있다.

2. 국방의 의무

가. 헌법규정과 보호법의

헌법은 제5조 제2항에서 '국가의 안전보장'과 국토방위를 국군의 신성한 의무라고 규정하면서 제39조 제1항에서 국가안전보장을 실현하기 위한 중요한 수단으로서 국방의 의무를 명문으로 규정하고 있다.

'국가의 안전보장'은 국가의 존립과 영토의 보존, 국민의 생명·안전의 수호를 위한 불가결한 전제조건이자 모든 국민이 자유를 행사하기 위한 기본적인 전제조건으로서 헌법이 이를 명문으로 규정하는가와 관계없이 헌법상 인정되는 중대한 법익이며, 국방의 의무는 국가의 안전보장을 실현하기 위하여 헌법이 채택한 하나의 중요한 수단이다. 따라서 병역법상 병역회피를 처벌하는 규정은 국민의 의무인 국방의 의무의 이행을 관철하고 강제함으로써 징병제를 근간으로 하는 병역제도 하에서 병역자원의 확보와 병역부담의 형평을 기하고 궁극적으로 국가의 안전보장이라는 헌법적 법익을 실현하고자 하는 것이다.⁸⁾

8) 헌법재판소 2004.08.26. 2002헌가1

나. 국방의 의무의 중대성

국방의 의무라 함은 외적으로부터 국가를 보위해서 국가의 정치적 독립성과 영토의 완전성을 지키는 국토방위의 의무를 말한다. 결국 헌법 제39조 제1항이 규정한 국방의 의무는 외적으로부터 국가를 방위하여 국가의 정치적 독립성과 영토의 완전성을 수호할 의무로서 납세의 의무와 더불어 국가의 존립을 가능하게 하는 가장 기본적인 의무로서 국가의 안전을 보장하고 국토를 방위하는 의무이다.

3. 양심적 병역거부권

가. 양심적 병역거부권의 의미

일반적으로 병역의무가 인정되고 있는 국가에서 자기의 신앙이나 도덕률 및 철학적·정치적 이유에 따른 양심상의 결정으로 전쟁에 참가하여 인명을 살상하는 병역의무의 일부 또는 전부를 거부하는 행위를 양심적 병역거부라 하고, 이와 같은 양심상의 결정을 실현하는 행위를 국민의 기본권의 범주에 포함하는 것으로 보고 헌법이나 법률에 의하여 법적 권리로써 보호해 주는 것을 양심적 반전권 또는 양심적 병역거부권이라 한다.

나. 양심적 병역거부권의 실현 근거

(1) 국내법적 근거

(가) 양심의 자유(헌법 제19조)

우리 헌법 제19조에서 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다”라고 규정하고 있는데, 앞에서 살펴본 바와 같이, 양심형성의 자유는 외부로부터의 부당한 간섭이나 강제를 받지 않고 개인의 내심영역에서 양심을 형성하고 양심상의

결정을 내리는 자유를 말하고 양심실현의 자유란 형성된 양심을 외부로 표명하고 양심에 따라 삶을 형성할 자유, 구체적으로는 양심을 표명하거나 또는 양심을 표명하도록 강요받지 아니할 자유(양심표명의 자유), 양심에 반하는 행동을 강요받지 아니할 자유(부작위에 의한 양심실현의 자유), 양심에 따른 행동을 할 자유(작위에 의한 양심실현의 자유)를 모두 포함한다.

자신의 종교관, 세계관, 가치관에 따라 전쟁과 그에 따른 인간의 살상에 반대하는 진지한 양심으로 인하여 병역의무를 이행할 수 없다는 결정은 양심에 반하여 행동할 수 없는 강력하고 진지한 윤리적 결정인 것이며, 개인이 그 결정에 따를 수 있는 가능성을 부여하는 것이 바로 양심의 자유를 보장하는 것이 된다. 따라서 양심의 자유의 보호범위 내에 양심에 반하는 행동을 강제 당하지 않을 자유, 즉 양심적 병역거부권이 포함됨을 확인할 수 있다.

(나) 헌법에 열거되지 않는 자유와 권리(헌법 제37조 제1항)

우리 헌법 제37조 제1항 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”의 헌법적 의미는 ① 특정한 행위방식을 한정하는 것이 아니라 오히려 기본권을 적용할 경우에 유추해석을 가능하게 하는 근거조항으로서 기능하게 되고, ② 국제법상의 권리요청이나 사회적 변화에 따라 새로이 등장하는 다양한 규범적 욕구등 헌법외적 요청을 헌법적 요청으로 전환시키는 규범화조항으로서의 기능을 수행하고, ③ 기본권 목록 이외의 기본권을 다른 헌법규정이나 헌법적 체계로부터 포섭하는 획득조항으로서의 성격을 가지고 있다.

따라서 양심적 병역거부권을 명문으로 규정하지 않았다 할지라도 국제법상 권리의 요청과 사회의 발전과정에 따라 양심의 자유의 취지에 맞게 해석을 통하여 헌법 제19조 양심의 자유의 내용으로 그 권리성을 인정하는 것이 헌법 제37조 제1항의 기능과 성격에 부합한 것이라고 판단된다.

(다) 기본권제한의 일반원칙에 비추어 본 문제

양심의 자유 중 양심형성의 자유는 내심에 머무르는 한 절대적으로 보호되는 기본권이라 할 수 있는 반면, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 권리인 양심실현의 자유는 법질서에 위배되거나 타인의 권리를 침해할 수 있기 때문에 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라 할 것이기 때문에 양심 실현의 자유는 그 제한을 정당화할 헌법적 법익이 존재하는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여 제한될 수 있다.

그러나 양심적 병역거부권을 제한할 수 있다하더라도 집총을 거부하는 양심적 병역거부자의 자신의 양심에 반하는 행위를 강요받지 않을 자유를 박탈하여 집총하는 병역의무를 일률적으로 강제하는 것도 다른 기본권제한의 판단과 마찬가지로 양심적 병역거부권의 제한 내용이나 형태가 헌법 제37조 제2항 기본권제한 일반원칙인 과잉금지의 원칙과 본질적인 내용침해금지의 원칙이 지켜져야 할 것이다.

이와 같이 볼 때 현행 병역법이 양심적 병역거부자에게 일반적인 병역기피자와 마찬가지로 병역의무 불이행에 따른 병역기피죄를 일률적으로 적용하는 것은 양심적 병역거부자의 양심의 자유에 대한 과잉 제한이라고 할 수 있다.

(2) 국제인권규범상 근거

(가) 세계인권선언과 자유권규약

세계인권선언 제18조와 자유권규약 제18조의 “사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리 및 종교와 신념을 표현할 자유”도 명문으로 양심적 병역거부권을 표현하고 있지는 않지만, 양심의 자유의 내용중에는 양심에 반하는 행동을 강제 당하지 않을 자유가 포함되어 있기 때문에 양심적 병역거부권은 세계인권선언 제18조와 자유권규약 제18조에서 보호되는 권리라고 볼 수 있다.

(나) 유엔 인권위원회 결의 및 권고

① 1987년 유엔 인권위원회 결의 제46호(E/CN/1987/60)에서 최초로 양심적 병역거부를 국가가 존중해야 할 인권으로 선언하였는 바, 이 결의에서 유엔 인권위원회는 “종교적, 윤리적, 도덕적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 심오한 신념에 기초한 양심적 병역거부”를 각국이 인정해야 한다고 촉구하였다.

② 1989년 유엔 인권위원회 결의 제59호(E/CN.4/1989/59, Preamble, para.1)에서 세계인권선언 제3조와 제18조 및 자유권규약 제18조에 따라 양심적 병역거부를 유엔헌장 및 자유권규약이 규정하는 인권의 하나로 수용하도록 다시 한번 각국에 강조하였다.

③ 1993년 유엔 인권위원회 결의 제84호(E/CN.4/1993/122)에서 이전의 결의 내용을 재확인하면서, 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 국가에 대하여 구체적 사안에서 병역거부가 양심에 따라 이루어진 것인지 여부를 심사하기 위하여 국내법 체계 속에 “독립적이고 공평한 의사결정기관”을 만들 것을 요청하였다.

④ 유엔 인권위원회는 1995년 결의 제83호에서, 유엔 인권이사회가 자유권규약 제18조의 해석에 관하여 1993년에 결의한 “일반논평(General Comment)”의 내용을 반영하여, “양심적 병역거부자들이 그들이 가진 신념의 특성을 이유로 차별 받아서는 아니되고, 또한 양심적 병역거부자가 병역을 거부하였다는 이유로 처벌받아서는 아니된다”라고 결의하였다.

⑤ 유엔 인권위원회는 1998년 4월 22일 양심적 병역거부권의 ‘마그나 카르타’라고도 지칭되는 제77호 결의(E/CN.4/RES/1998/77, Preamble)를 채택하였다. 그 주요 내용은 다음과 같다.

i) 양심적 병역거부권은 종교적, 도덕적, 윤리적, 인도주의적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 심오한 신념 또는 양심에서 유래하는 것으로서,

이미 군복무를 하고 있는 사람도 양심적 병역거부권이 있다.

ii) 양심적 병역거부권을 보장하는 제도가 없는 국가는 양심적 병역거부자의 신념을 차별하여서는 아니 되며, 양심적 병역거부가 특정한 사안에서 타당한 지 여부를 결정할 임무를 맡을 독립적이고 공정한 의사결정기관을 마련하여야 한다.

iii) 징병제를 채택하고 있는 국가의 경우 양심적 거부의 이유에 부합하는 다양한 형태의 대체복무를 도입하되, 그 대체복무는 공익적이고, 징벌적 성격이 아닌 비전투적 또는 민간적 임무의 성격을 띤 것이어야 한다.

iv) 국가는 양심적 거부자를 구금하거나 반복적으로 형벌을 부과하지 않도록 하여야 한다.

v) 국가는 양심적 병역거부자를 경제적·사회적·문화적·시민적 또는 정치적 권리 등의 측면에서 차별해서는 안 된다.

vi) 양심적 병역거부로 인하여 박해를 피해 자국을 떠난 사람들은 난민으로서 보호하여야 한다.

vii) 양심적 병역거부권과 양심적 병역거부자로 신청하는 데에 대한 정보가 병역문제로 영향을 받는 모든 사람들에게 쉽게 제공될 수 있도록 하여야 한다.

⑥ 유엔 인권위원회는 2000년 4월 20일 양심적 병역거부권과 관련한 의제에 관하여 심의를 계속한 결과 결의 제34호를 채택하였다. 이 결의에서 유엔 인권위원회는 유엔 회원국에 대하여 1998년에 채택한 제77호 결의의 관점에서 자국의 현행법과 관행을 점검하도록 촉구하고, 유엔 인권고등판무관실에 정부, 유엔기구 및 시민단체로부터 정보를 모아 양심적 병역거부권에 관한 모범적 실천사례를 분석한 보고서를 작성하여 2002년에 열리는 제58차 유엔 인권위원회에 제출하도록 요청하였다.

특히 한국정부는 위의 제34호 결의를 채택함에 있어 찬성한 바 있다.

⑦ 제58차 유엔 인권위원회는 2002년 4월 23일 양심적 병역거부와 관련

하여 유엔인권선언과 자유권규약에 따라 모든 사람은 생존과 자유, 신변안전에 관한 권리와 더불어 사상·양심·종교 그리고 차별받지 않을 권리가 있다고 전제하면서 1998년에 채택한 제77호 결의가 양심적 병역거부권을 인정하고 있음을 상기하는 제45호 결의를 채택하였다. 특히 각국이 시행하고 있는 법과 관행을 재검토할 것을 촉구하는 내용을 골자로 한 결의안을 표결없이 만장일치로 채택하였다.

⑧ 유엔 인권위원회는 2004년 4월 19일 모든 사람은 사상과 양심, 종교의 자유, 차별 받지 않을 권리, 생명과 자유, 개인의 안전에 대한 권리를 가지고 있음이 세계인권선언과 자유권규약에 인정되어 있음을 명심하며, 양심에 따른 병역거부에 관한 유엔 인권위원회의 종래 결의 내용, 즉 모든 사람은 양심에 따른 병역거부를 할 권리를 가지고 있으며 이는 세계인권선언 제18조, 자유권규약 제18조, 유엔인권이사회 일반의견(General Comment) 22호에 규정된 사상·양심·종교의 자유에 대한 정당한 권리 행사라는 점을 인정하고 있는 1998/77호 결의(1998.4.22.)를 상기하는 결의 제54호를 채택하였다.

(다) 유엔 인권이사회(Human Rights Committee)의 권고

자유권규약에 따라 설치된 유엔 인권이사회도 상술한 유엔 인권위원회의 결의와 마찬가지로 각 국은 양심적 병역거부자를 처벌하여서는 안되며 양심적 병역거부권(right of conscientious objection)은 동규약이 규정하는 기본적 인권의 하나로서 보장되어야 한다는 입장을 견지해 왔다. 특히 유엔 인권이사회는 1993년에 채택한 일반의견 22호에서 양심적 따른 병역거부권이 사상과 양심 및 종교의 자유를 규정한 동규약 제18조에서 도출하고 있으며, 양심적 병역거부자가 병역을 거부한다는 이유로 처벌을 받아서는 안 된다고 공표하였다.

(라) 한국 정부의 이행 책임

① 국제법 질서의 존중과 유엔 가입 등

우리 헌법 제6조 제1항에서 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 인정함으로써 국제법 질서 존중의 원칙을 명백히 하고 있다.

한국은 1990년 4월 자유권규약에 가입하였고, 1991년 9월 유엔회원국이 되었으므로, 한국정부는 유엔헌장 및 자유권규약 등에서 규정하고 있는 인권보호에 관한 각종 책임을 이행할 의무를 부담하고 있고, 대부분 국제관습법의 확인적 성격을 갖는 세계인권선언과 일반적인 유엔의 인권관련 결의를 존중하여야 한다.

② 유엔회원국 및 자유권규약 체약국으로서의 의무

한국은 유엔 회원국이자 자유권규약 체약국으로서, 유엔의 설립목표인 인권보호의 국가적 의무를 다하여야 하며, 자유권규약은 한국이 비준한 국제조약으로서 국내법과 동일한 효력을 가진다. 나아가 자유권규약에 따라 조약이행기구로 만들어진 유엔 인권이사회(Human Rights Committee)의 해석과 권고를 존중할 의무가 있다.

따라서 한국정부는 양심적 병역거부권을 포함하는 자유권규약 제18조를 준수할 의무가 있고, 이에 따라 양심적 병역거부자의 양심을 보호하는 조치를 취할 수 있는 대체복무제도에 관하여 숙고하여야 한다.

4. 대체복무제도의 도입 필요성과 조건

가. 대체복무제도 도입의 필요성

현재 양심적 병역거부와 관련된 국방부와 헌법재판소 등은 불가의 입장이다. 즉, 국방부는 헌법상 명문으로 양심적 병역거부를 인정하고 있는 독일과 같이 현행 헌법을 개정하지 않는 한 양심적 병역거부와 헌법상의 병역의무와는 조화될 수 없다고 반대의견을 제시하고 있고, 헌법재판소와 대법원은 입법자의 범익형량의 결과가 국가안보라는 공익을 위태롭게 하지 않고서는 양심의 자유를 실현할 수 없다는 판단에 이르렀기 때문에 병역의무를 대체하는 대체복무의 가능성을 제공하지 아니한 입법자의 결정(양심적 병역거부자를 형사처벌할 수 있는 병역법 관련 조항)이 양심적 병역거부자의 양심의 자유 등을 침해하는 것이 아니라는 취지의 의견을 제시하고 있다.

그러나 위에서 본대로 양심적 병역거부권은 헌법 및 국제인권법상 양심의 자유의 한 부분을 차지하는 것이 분명하고 이미 오래 전부터 국제연합의 차원에서 양심적 병역거부를 인정하여야 한다는 결의를 반복하기에 이르렀으며, 징병제를 실시하는 국가 중 양심적 병역거부를 전혀 인정하지 않고 있는 국가는 약 절반에 불과할 정도로 이미 많은 국가에서 입법을 통하여 이 문제를 해결하고 있다는 사실을 간과할 수 없다.

한편, 일반적으로 우열을 가리기 어려운 헌법가치들이 갈등관계에 있을 때 각각의 헌법가치들이 공존하면서 최적의 상태로 실현되어 조화를 이룰 수 있는 방안을 찾아야 한다. 즉, 두개의 헌법상 가치인 '양심적 병역거부'와 '병역의무의 이행'이 충돌할 때 어느 한쪽이 우월하다고 할 수 없고 둘다 보장하는 것이 불가능한 경우이므로 양자택일 방식보다는 대안해결 방식을 취해야 할 것이다. 이와 같이 볼 때, 다른 수단으로 병역의 의무를 대체할 수 있다면, 헌법 제19조 및 자유권규약 제18조의 양심의 자유에 포함되는 양심적 병역거부와 제39조의 국방의 의무는 조화롭게 공존할 수 있을 것이다.

따라서, 입법자는 양심적 병역거부자의 고뇌와 갈등상황을 외면하고 그

대로 방치할 것이 아니라, 소수자의 양심적 병역거부와 국가안보를 유지하기 위한 국방의 의무가 조화롭게 공존할 수 있는 대체복무제도를 도입하여야 할 것이다.

나. 대체복무제도의 조건

(1) 대체복무제도의 도입

대체복무제도를 도입할 경우 가장 중요한 것은 대체복무와 병역의무이행에 있어서 등가치성을 확보하는 것이고, 대체복무의 인정 여부를 공정하게 판정할 기관의 구성, 심사절차 및 심사기준 등을 마련해야 한다는 것이다. 참고로, 현 병역거부자의 99%가 군대와 직접 관련된 일체의 행위를 하지 않는 거부자들인 상황에서, 양심적 병역거부를 인정하지 않고, 군대 내에서 군병역 의무를 이행하면서, 군 지휘관의 명령이나, 군대의 권한으로 비전투적 임무에 배정하는 비전투복무제도는 실효성이 없을 것으로 판단된다.

(2) 병역거부자 판정기구와 절차

양심적 병역거부가 현역복무를 피하는 방법으로 남용되어서는 안된다. 따라서 양심적 병역거부 인정의 전제는 양심적 병역거부자에 대한 공정한 판단이다. 이와 관련하여 유엔인권위원회는 공정하고 독립적인 기구의 설치를 권고 하는 바, 우리도 양심적 병역거부를 도입하는 전제로서 공정한 판정기구와 절차절차가 요망된다.

(3) 대체복무의 영역

국제사회에서 보편적으로 인정하고 있는 대체복무의 영역은 구제활동, 환자수송, 소방업무, 장애인을 위한 봉사, 환경미화, 농업, 난민보호, 청소년 보호센터 근무, 문화유산의 유지 및 보호, 감옥 및 갱생기관 근무 등의 사

회의 평화와 안녕, 질서유지 및 인간보호에 필요한 봉사과 희생정신을 필요로 하는 영역이다. 다만 대체복무제도를 도입한 국가들을 살펴보면 대체복무의 영역은 각국의 실정에 맞게 마련하고 있다.

(4) 대체복무의 기간

대체복무의 기간은 초기단계에서는 현역복무자와의 형평성과 양심적 병역거부자의 양산을 우려하는 측면을 고려하여 현역 복무기간의 1.5배에 해당하는 기간 동안 복무하도록 하고, 부작용이 없다고 확인되면 국제인권기구가 권고하는 대로 점차 단축해 나가는 것이 바람직 할 것이다.

(5) 대체복무요원의 생활 형태

잠정적으로 대체복무요원의 생활형태는 합숙 생활을 원칙으로 하는 것이 바람직하다. 이는 군과 같은 단체생활과 유사성을 유지하여 군대생활과 형평성을 유지하고, 일반인과 현역 군장병의 감정적 거부감을 줄일 수 있기 때문이다. 다만 장기적으로는 대체복무상 꼭 필요한 경우가 아니라면 형벌적으로 보일 수 있는 합숙 형태는 지양하여야 할 것이다.

V. 결론

위와 같은 이유로 국가인권위원회는 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 주문과 같이 권고하기로 결정한다.

2005. 12. 26.

위원장 조영황

위원 최영애

위원 김호준

위원 정강자

위원 김만흠

위원 나천수

위원 정인섭

위원 이해학

위원 최금숙

위원 신혜수

위원 원형은