한국병역거부공론화10년학술토론회

한국의 양심적 병역거부권

- 대체복무제 도입의 가능성 -

일 시 2012. 5. 11(금). 14:00

장 소 서울대학교 법과대학 17동 6층 서암홀

서울대공익인권법센터, 건국대법학연구소, 대한변협인권위원회

행 사 순 서

한국 병역거부 공론화 10년 학술토론회

한국의 양심적 병역거부권
– 대체복무제 도입의 가능성

양심적 병역거부권 인정이라는 세계적 흐름에서
2011년 헌법재판소 결정 이후
한국에서 병역거부권을 둘러싼 법 제도적 쟁점

2012년 5월 11일 금요일 오후 2시
서울대 법과대학 17동 6층 서암홀

사 회 : 김용직 (대한변협 인권위원회 위원장)
여는말 : 한인섭 교수(서울대 공익인권법센터)

1부 〈발 제〉

양심적 병역거부권과 헌법 오동석(아주대 법학전문대학원 교수)
양심적 병역거부에 관한 국제인권법과 유엔권고 장복희(선문대 법학과 교수)
양심적 병역거부 실태와 현황 - 지난 10년을 중심으로
김수정(법률사무소 지향 변호사, 민변)
대체복무제의 실현방향 이재승(건국대 법학전문대학원 교수)

2부 〈종합토론〉

오두진(변호사, 소송 대리인)
진석용(대전대 교수, 2008년 병무청 연구용역 연구책임자)
홍영일(양심적 병역거부 수형자 가족모임 대표)

주 최 : 서울대 공익인권법센터, 건국대 공익인권법센터, 대한변협 인권위원회

목 차

병역거부권과 헌법 ····· 오 동 석 1

양심적 병역거부에 관한 국제인권법과 UN권고 ····· 장 복 희 13

양심에 따른 병역거부의 실태와 현황
— 지난 10년을 중심으로 — ····· 김 수 정 35

대체복무제의 도입방안 ····· 이 재 승 57

토론문 오 두 진 77
진 석 용 86
홍 영 일 88

병역거부권과 헌법

오 동 석 (아주대 법학전문대학원 교수, 헌법)

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 병역거부권에 대한 기본권적 접근
Ⅲ. 헌재 결정에 대한 평가: 2008헌가22 결정을 중심으로
Ⅳ. 병역거부권의 평화주의 헌법원리적 접근
Ⅴ. 국방의 의무와 병역거부권
Ⅵ. 양심·사상의 자유와 종교의 자유
Ⅶ. 나오며

Ⅰ. 들어가며

2012년 4월 30일 또 한 사람의 젊은이가 감옥을 택했다. 청소년인권활동가 공현이었다. 그의 선택은 강요된 선택이었다. 그는 단지 병역을 거부했을 뿐이다. 문제는 국가가 그에게 대체복무의 기회를 주지 않았기 때문이다.

2005년 12월 국가인권위원회는 '양심에 따른 병역거부권이 헌법과 국제규약상 양심의 자유와 자유의 보호 범위 안에 있다'며 국방부 장관 등에게 대체복무제 도입을 권고했다. 2008년 1월 유엔인권이사회는 총회에 낸 한국인권 정례검토 보고서에서, 양심적 거부권을 법적으로 인정하고 병역거부자를 형사 처벌하지 말 것이며, 그들의 공직 취임을 금지하는 규정들을 폐지할 것을 권고했다.

노무현 정부 아래에서 대체복무제는 가시권에 들어선 듯 했다. 2007년 9월에는 국방부도 '종교적 사유 등에 의한 병역거부자'의 대체복무 추진 방침을 밝혔기 때문이다. 그런데 국방부는 정권이 바뀌자 태도를 바꾸었다. 2008년 12월 24일 국방부 대변인은 "대체복무는 국민적 합의를 전제로 한다는 원칙에는 변함없지만, 종

교적 신념에 따른 병역거부자의 대체복무는 시기상조이며, 현재로선 수용 불가능하다"고 말했다.[1)]

그런데 이보다 더 큰 문제는 병역거부권을 이해하는 사법부와 입법부의 태도이다. 대법원은 2004년 7월 15일 판결에서[2)] 그리고 헌법재판소는 2004년 8월 26일 결정에서[3)] 각각 양심적 병역거부권을 인정하지 않았다. 헌재는 2011년 8월 30일 이러한 입장을 다시 확인하였다.[4)] 헌법재판소는 헌법의 명문이 규정이 없으므로 양심적 병역거부권을 인정할 수 없다고 한다. 그렇기 때문에 국회가 대체복무제를 도입하는 법률을 제정하면 될 터인데, 그 일을 하지 못하고 있다.

어느 국가기관도 제대로 헌법을 이해하고 해석하지 못함으로써 헌법적 책무를 다하고 있지 못하다. 과연 한국에 규범적 헌법이 존재하는가에 대한 의문이 드는 까닭이다.

Ⅱ. 병역거부권에 대한 기본권적 접근

기본권에 대한 판례의 오류 중 가장 중요한 것은 헌법 제37조 제2항에 대한 해석과 그로부터 이끌어내는 상대적 자유 개념이다. 국회가 법률로써 기본권을 제한할 수 있다는 국회 입법권의 수권(　　)은 헌법 제40조에 근거를 두고 있다. 헌법 제37조 제2항은 기본권 제한에 대한 입법권의 수권조항이 아니라 기본권 보장의 알파인 인간의 존엄과 가치 조항과 쌍을 이루어 기본권 보장의 오메가로서 가능한 한 기본권을 제한해서는 안된다는 입법권 제한조항이다.

그러나 대법원은 헌법 제37조 제2항의 의미를 뒤바꿔버렸다.

> 그러나 양심형성의 자유와 양심상 결정의 자유는 내심에 머무르는 한 이를 제한할 수도 그리고 제한할 필요성도 없다는 점에서 절대적 자유라고 할 것이

---

1) 한겨레, 2008.12.25.
2) 대법원 2004.7.15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결.
3) 헌재 2004.8.26. 선고 2002헌가1 결정.
4) 헌재 2011.8.30. 선고 2008헌가22, 2009헌가7・24, 2010헌가16・37, 2008헌바103, 2009헌바3, 2011헌바16(병합) 결정.

> 지만 이와 달리 피고인이 주장하는 소극적 부작위에 의한 양심실현의 자유는 그 양심의 실현과정에서 다른 법익과 충돌할 수 있게 되고 이때에는 필연적으로 제한이 수반될 수도 있으므로, 이러한 경우라면 소극적 부작위에 의한 양심실현의 자유가 제한받는다고 하여 곧바로 양심의 자유의 본질적인 내용에 대한 침해가 있다고 말할 것은 아니다. 헌법상 기본권의 행사가 국가공동체 내에서 타인과의 공동생활을 가능하게 하고 다른 헌법적 가치 및 국가의 법질서를 위태롭게 하지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다는 것은 양심의 자유를 포함한 모든 기본권 행사의 원칙적인 한계이므로, 양심 실현의 자유도 결국 그 제한을 정당화할 헌법적 법익이 존재하는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 하여야 할 것이기 때문이다 (대법원 1982. 7. 13. 선고 82도1219 판결 등 참조).[5]

그런데 법원이 흔히 헌법 제37조 제2항으로부터 법률에 의하여 기본권을 제한할 수 있다는 상대적 기본권 개념을 이끌어내는 것은 헌법적 의미가 없다. 이재승은 "어떠한 자유가 상대적 자유인가 절대적 자유인가라는 판단을 통해서 해결할 수 있는 헌법문제는 없다."고 말한다. 사실 "인간의 삶이 사회적 차원을 갖고 있는 한에서 자유는 언제나 상대적 자유이다."[6]

이러한 구분법은 오히려 헌법을 왜곡하는 착시효과를 일으킬 뿐이다. 왜냐하면 흔히 절대적 기본권이라 부르는 내심( )의 결정권은 국가권력의 침해불가능의 영역일 뿐이기 때문이다. 만약 인간의 내면을 들여다볼 수 있는 기술이 개발된다면, 국가는 내심의 결정권 또한 상대화할 것이기 때문이다.

그렇기 때문에 헌법 제37조 제2항은 "제한할 수 있으며"에 방점이 찍히는 것이 아니라 "국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여" 그리고 "필요한 경우에 한하여" 그리고 "법률로써" 과잉 제한을 금지하고 비례관계에 적합한 수단으로써 최소한의 제한 방법으로 구체적 상황에서 법익이 균형을 유지하는 경우에"만" 기본권을 제한할 수 있다는 국가권력 기속규범이다. 그래야만 "자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다"는 명령이 지켜질 수 있다.

물론 여기에는 기본권마다 차이가 없지 않다. 예를 들면 재산권은 그 내용과 한

---

5) 대법원 2004.7.15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결.
6) 이재승, 앞의 글, 67.

계를 법률로 정하며, 공공복리에 적합하게 행사해야 할 의무 조건을 지고 있다. 또한 경제적 기본권에 대하여 사상・이념・양심 및 표현의 자유와 같은 정신적 기본권은 더 강한 정도로 보장되어야 하고, 이러한 기본권을 제한하는 법률에 대하여는 엄격한 잣대로 그 위헌성을 심사하여야 한다.

한편 기본권 제한의 목적인 국가안전보장・질서유지 또는 공공복리는 단순히 명분 또는 명목이 아니라 그 진정성 여부를 판단해야 한다. 이때 분단 상황은 그 자체로써 국가안전보장과 연동되지 않으며, 별도의 판단이 필요하다. 그런 점에서 헌법재판소의 판단은 중대하고 현저한 판단착오이다.

> "… 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 '국가안보'라는 대단히 중요한 공익으로서, 이러한 중대한 법익이 문제되는 경우에는 개인의 자유를 최대한으로 보장하기 위하여 국가안보를 저해할 수 있는 무리한 입법적 실험을 할 것을 요구할 수 없다. 한국의 안보상황, 징병의 형평성에 대한 사회적 요구, 대체복무제를 채택하는 데 수반될 수 있는 여러 가지 제약적 요소 등을 감안할 때, 대체복무제를 도입하더라도 국가안보라는 중대한 헌법적 법익에 손상이 없으리라고 단정할 수 없는 것이 현재의 상황이라 할 것인바, …"[7]

헌법은 전시와 그에 준하는 상황을 염두에 두고 일정한 규정들을 두면서 평시와 다른 기본권 제한의 가능성을 명시적으로 허용하고 있다.[8] 그런데도 판례는 분단체제에서 북한의 존재 자체로부터 전시 상황에 준하는 정도로 강한 기본권 제한을 용납하면서 군의 특수성을 강조하고 있다. 이와 비교해 볼 것은 "전쟁이 바로 국가와 공동체에 대한 위험한 상황을 의미하는 것이라고 보지 않았"기 때문에 "법의 기준 그 자체는 평상시나 전쟁시나 동일하다"고 보았던 홈즈 판사의 견해이다. 그는 "다만 전쟁시에는 특유한 혼란상황이 있기 때문에, 그 결과로서 나타난 행위와 그 행위가 나타난 상황과의 관계에서 위험한 해악의 발생가능성이 높은데 지나지 않는다고 판단"[9]하였던 것이다.

---

7) 헌재 2004.8.26. 선고 2002헌가1 결정, 판례집 16-2(상), 141[142].

8) 예를 들면, 헌법 제27조 제2항 비상계엄시 군사재판을 받는 경우, 제77조 제2항 비상계엄시 영장제도, 언론・출판・집회・결사의 자유에 대한 특별한 조치, 비상계엄하 군사재판에서 단심의 경우 등이다.

헌재는 양심적 집총거부권 사건, 불온서적 사건에서는 물론 열손가락 지문 채취에 대한 사건에서도 분단국가임을 원용하고 있다.[10] 분단 상황과 국가안보의 결합은 한국의 헌법체제를 비정상적인 준전시체제 헌법으로 개악하는 결과를 낳는다.

입법부나 사법부가 헌법 제37조 제2항을 그저 수사적 표현으로 여겨 기본권을 제한할 수 있다는 수권규범으로 여긴다면, 헌법 제37조 제2항은 불법국가로 가는 대문으로 전락한다. 즉 지배자가 그것을 '법률에 의하기만 한다면 무엇이라도 할 수 있다'는 의미로 이용한다면, 나치스의 법치국가에서 볼 수 있듯이 입헌국가는 곧바로 불법국가로 전화하기 때문이다.[11] 그렇게 되면 바야흐로 기본권에 대한 학살이 시작되는 것이다.

Ⅲ. 헌재 결정에 대한 평가: 2008헌가22 결정을 중심으로

헌재는 비례성 심사에서 입법목적의 정당성 문제는 논외로 하더라도 병역거부자에 대한 형벌 부과를 적절한 수단이라고 판단하였다. 그게 끝이다. 수단의 적절성은 "병역자원의 확보와 병역부담의 형평"이 구체적 입법목적이라면, 그에 대체복무제도 여하에 따라 수단의 적절성을 판단했어야 한다. 그것이 양심·종교의 자유를 확인하고 보호해야 할 국가의 헌법적 의무(헌법 제10조 제2문)를 준수하는 일이다.

헌재는 결국 한 전제로 한 강제입영이 대체복무제 허용 여부를 국가안보라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없는지 여부에 대한 판단의 문제로 귀결시켰다. 결국 최소침해의 원칙은 대체복무제 없는 형사처벌적 강제입영이 과연 적절한지를 심사한 것이 아니라 병역거부권과 대체복무제를 심판대와 올려놓는 잘못을 저질렀다. 설령 그렇다고 한다면 엄격한 잣대로써 하나하나의 문제점에 대하여 입

9) 김민배, "표현의 자유와 사상의 자유시장," 토지공법연구 제33집, 2006, 318.

10) "우리나라는 분단국가로서 아직도 체제대립이 상존하고 있는 실정이므로, 그러한 사정에 있지 아니한 다른 나라들에 비하여 국가안보차원에서 국민의 정확한 신원확인의 필요성이 크다는 점도 법익의 균형성 판단과 관련하여 고려하지 않을 수 없을 것이다." 헌재 2005.05.26, 99헌마513.

11) Neumann, Franz, *The Democratic and the Authoritarian State*(Free Press, 1957), 168-169쪽.

증을 해야 하는데, 모호하고 의심스러운 사유로 ‘유죄’ 판단을 내렸다.

> 남북이 대치하고 있는 우리나라의 특유한 안보상황, 대체복무제 도입 시 발생할 병력자원의 손실 문제, 병역거부가 진정한 양심에 의한 것인지 여부에 대한 심사의 곤란성, 사회적 여론이 비판적인 상태에서 대체복무제를 도입하는 경우 사회 통합을 저해하여 국가 전체의 역량에 심각한 손상을 가할 우려가 있는 점 및 종전 헌법재판소의 결정에서 제시한 선행조건들이 아직도 충족되지 않고 있는 점 등을 고려할 때 대체복무제를 허용하더라도 국가안보와 병역의무의 형평성이라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없다는 판단을 쉽사리 내릴 수 없으므로, 양심적 병역거부자에 대하여 대체복무제를 도입하지 않은 채 형사처벌 규정만을 두고 있다고 하더라도 이 사건 법률조항이 최소침해의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

법익균형성 심사에서도 강제입영은 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 ‘국가안보’ 및 ‘병역의무의 공평한 부담’이라는 대단히 중요한 공익이라고 판단한 반면, 병역거부는 “누구에게나 부과되는 병역의무에 대한 예외를 요구하는” “공평한 부담”을 벗어나 “타인과 사회공동체 전반에 미치는 파급효과가 대단히 큰 점”(부정적인 의미에서)을 비교하였다.

Ⅳ. 병역거부권의 평화주의 헌법원리적 접근

병역의무에 대한 헌법규범구조는 평화주의 헌법원리에 터 잡고 있다. 헌법 전문(　　)에 따라 “대한국민은 … 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐”하고 있기 때문이다. 그에 따라 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.”(헌법 제5조 제1항).

따라서 군의 헌법상 임무는 필요최소한의 범위에서 요청된다. 즉 “국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로” 하며, “그 정치적 중립성은 준수된다”(헌법 제5조 제2항). 대통령의 군 ‘통수’는 법치주의에 의거하

여 이루어져야 한다(헌법 제74조). 또한 군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무총리 또는 국무위원에 임명될 수 없다고 규정(헌법 제86조, 제87조)함으로써 군에 대한 문민통제원칙을 천명하였다. 이것은 단지 국무총리 또는 국무위원의 문제가 아니라 군과 정치 및 시민사회의 관계 전반에 걸친 헌법규범으로 해석하여야 한다. 그에 따라 '군[병역의무] - 법치 - 민주주의[정치 및 시민사회] - 헌법[주권] - 인권'의 규범적 정당성의 위계구조가 성립한다.

국가에 의해 강요된 징병제에서 벗어나 시민적 기본권을 보호하는 것은 군국주의의 부활을 막는 하나의 보호책이었고 이는 자연스럽게 병역거부 인정으로 이어지게 된다.[12] 한국 사회는 분단 상황 아래에서 두 번의 군사쿠데타와 군부독재 정권의 장기간의 집권을 겪었다. 한국에서 평화주의 헌법원리는 양심적 병역거부권을 요청한다. 그것은 평화주의적 국방제도를 구성하는 핵심요소로서 대체복무제도를 통하여 구현되어야 한다.

헌재와 법원은 양심·종교의 자유가 가지는 주관적 권리로서의 성격을 사익화(　　)하여 국가안보 또는 국방의무의 공익과 대비시키며 공익 우선성을 강조한다. 그러나 기본권은 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 것으로서 주관적 권리이기는 하지만, 그것은 공권으로서 사적인 이익으로 치환될 수 없는 헌법적 가치이다. 병역거부권은 평화주의적 헌법원리를 실현하는 공적 가치를 지닌다. 따라서 오히려 군대 유지와 국방의무 그리고 병역의무는 모두 기본권 존중의 범위 안에서 그리고 평화주의 헌법원리의 범위 안에서 실현해야 할 헌법적 가치라는 점이 강조되어야 한다.

Ⅴ. 국방의 의무와 병역거부권

헌법은 제2장에서 '국민의 권리와 의무' 제목 아래 납세의무(제38조), 국방의무(제39조), 교육을 받게 할 의무(제31조 제2항), 근로의 의무(제32조 제2항), 환경보전의 의무(제35조 제1항 후단), 공공복리에 적합하게 재산권을 행사할 의무 등을

12) 정용욱, "양심에 따른 병역거부운동의 현황과 전망," 윤수종 외, 우리 시대의 소수자운동, 이학사, 2005.4., 254.

규정하고 있다.[13]

헌법이 기본의무를 명시한 것은 국민이 가지는 의무적 성격을 근거지우기보다는 오히려 국가가 국민에게 의무를 자의적으로 부과하고 그와 관련하여 국가권력을 남용하는 것을 방지하기 위함이다. 즉 국가의 의무부과권이 헌법적 한계 내에 있음을 천명한 것으로 보아야 한다. 헌법은 '자유의 기술' 및 '권력통제의 법'임을 스스로 확인하고 있는 것이다.

사실 국가는 헌법의 명시적인 근거 없이도 헌법이 정한 권한의 범위 안에서 적법절차에 따라 국민에게 일정한 의무를 부과할 수 있다. 즉 국가가 국민에게 의무를 부과하는 경우 그것은 반드시 법률에 근거를 두고 있어야 하며 그 내용 또한 헌법이 보장하는 기본권을 침해하는 것이어서는 아니 된다.

따라서 기본권을 제한하기 위해서 법률유보가 필요한 것처럼 기본권을 제한하는 내용을 가진 국민의 의무 역시 법률유보가 필요하다. 헌법은 "법률이 정하는 바에 의하여"(예컨대 헌법 제38조·제39조)라고 규정하고 있다. 그 중 중요한 의무를 헌법에 기본의무로서 예시한 것은 역사적으로 폐해를 야기한 전통적 의무를 헌법적 틀 안으로 편입시키고,[14] 재산·교육·환경·근로의무 등의 현대적 의무를 헌법정책적으로 강조하기 위함이다. 전통적 의무는 주로 사인과 국가의 관계를 규율하며, 현대적 의무는 사회적 의무관계를 규율한다.

국방의무의 헌법적 내용은 평화주의 헌법원리에 따라 자위적 관점의 국방의무이다. 그것은 한편으로는 국가작용에 대한 헌법적 한계이면서, 다른 한편으로는 국민의 기본권 내용을 구성한다. 자위적 관점에서의 국방의무는 직접적 군사력의 구성요소만을 의미하지 않으며, 평화주의적 헌법가치의 실현과 양립할 것을 요청한다. 그런 점에서 헌법재판소가 헌법에 명문의 규정이 없다는 이유로 양심적 병역거부권을 인정하지 않은 것은 재판관들의 헌법규범의식의 현주소를 보여준다.

헌법재판소는 "국방의 의무라 함은 북한을 포함한 외부의 적대세력의 직접적 간접적인 침략행위로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 의무로서

---

13) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 709-720. 재산권 행사 관련 의무에 대해서는 재산권행사의무설이 아닌 재산권제한설이나 헌법원리설이 있기도 하다.

14) 영국에서 볼 수 있듯이 근대국가에서 국민의무가 입법사항이 된 유래는 국왕의 자의적인 조세징수나 강제적인 징병을 통제하기 위해 의회 승인에 의한 과세·징병 원칙을 확립한 데서 찾을 수 있다(권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 698).

현대전이 고도의 과학기술과 정보를 요구하고 국민전체의 협력을 필요로 하는 이른바 총력전인 점에 비추어 단지 병역법 등에 의하여 군복무에 임하는 등의 직접적인 병력형성의무만을 가리키는 것으로 좁게 볼 것이 아니라, 향토예비군설치법, 민방위기본법, 비상대비자원관리법, 병역법 등에 의한 간접적인 병력형성의무 및 병력형성이후 군작전명령에 복종하고 협력하여야 할 의무도 포함하는 넓은 의미의 것으로 보아야 할 것"이라고 판시하였다.[15]

헌법재판소는 국방의 의무를 설시하면서 몇 가지 문제점을 드러냈다. 첫째, 국방의무를 좁은 의미에서 직접적인 병력형성의무로 이해한 것은 수긍할 수 있으나, 넓은 의미의 그것을 "간접적인 병력형성의무"로 규정한 것은 문제가 있다. 그것은 병력형성의 의무가 아니라 국방협력의무로 제한되어야 한다.

둘째, 헌법재판소의 관점은 국방의 의무를 이해함에 있어 현행 법제를 전제로 하여 헌법상 국방의 의무로 바꿔 말한 것에 불과하다. 이런 경우 헌법은 법률의 알리바이 구실을 할 뿐이다. 헌법이 제자리를 찾으려면 전투경찰 및 의무경찰제도, 향토예비군제도, 민방위제도 등의 설립과 그 운용이 헌법적 한계를 준수하고 있는지 또한 별도로 구체적으로 판단되어야 한다.

셋째, 국방의 의무에 직접적으로 북한의 존재를 포함시킬 수 있는지는 의문이다. 평화주의 헌법원리 아래에서 침략적 전쟁을 부인하는 헌법규범에서 '외부의 적대세력'은 특정되어 고정될 수 없다. 더욱이 헌법 제4조는 남북관계에서 평화적 통일정책 수립의무를 부과하고 있기 때문에 대법원과 헌재의 북한관은 헌법과도 맞지 않는다.

Ⅵ. 양심・사상의 자유와 종교의 자유

<표 1>은 사상・양심의 자유와 종교의 자유의 내용을 비교한 것이다.[16]

---

15) 헌재 1995.12.28. 선고 91헌마80 결정.

16) 밑줄 친 부분은 그 맥락상 인정될 수 있다고 생각하여 내가 보충한 것이다.

<표 1> 기존 학설의 사상·양심의 자유와 종교의 자유의 내용 비교[17]

	양심[사상]의 자유	종교의 자유
내심의 자유	- 양심결정(양심형성)의 자유	- 신앙의 자유
내심 유지의 자유	- 양심적 침묵의 자유 1) 양심추지의 금지 2) 정부에 대한 충성선서 3) 반양심적 행위의 강제금지: 사죄광고	- 종교적 침묵의 자유 1) 신앙추지의 금지 2) 정부에 대한 충성선서 3) 반종교적 행위의 강제금지: 사죄광고
내심 실현의 자유	(언론·출판·집회·결사)	1) 종교적 행사의 자유 2) 종교적 집회·결사의 자유 3) 선교와 종교교육의 자유 4) 종교이념 지향의 정당활동
보호범위 밖	- 양심[사상]의 결정을 [평화적으로] 표명하거나 실현할 자유(예컨대 양심적 집총거부, 준법서약 거부, 특정 사상정당의 결성·유지·활동·참가) - 사상의 폭력적 실현의 자유	- 종교적 집총거부, 준법서약 거부 - 종교조직에 의한 정치활동[정교분리] - 종교의 폭력적 실현의 자유

그런데 학설은 사상과 양심의 자유에 대하여 종교의 자유와 비교할 때 과도하게 내심작용의 절대적 기본권으로서의 성질을 강조하고 있다. 종교의 자유와 관련하여 "종교의 본질적 부분은 신앙이지만, 신앙은 단지 내심의 작용으로 머무는 것이 아니고 외부적 행위로 표현되기 마련이다. 외부적 표현행위의 자유까지 보장될 때에 비로소 종교의 자유는 완전한 것이 될 수 있다."[18] 다만 종교적 자유도 병역거부권에 있어서는 국가안보론에 밀려 양심의 자유처럼 주관화·내면화하고 있다. 양심의 자유 역시 "양심형성과정-양심유지과정-양심실현과정"[19]의 삼위일체적 과정으로 이루어짐을 확인해야 하며, 종교·사상·양심 등에 의한 병역거부권을 보장하기 위해서 대체복무제를 통하여 종교·사상·양심 등이 유지될 수 있도록 보호

17) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 479-484, 486-8; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 792-8, 802-4; 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2007, 577-582, 592-595; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 476-480, 484; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2009, 539-542, 552-7 등에 근거하여 작성한 것임. 아래의 <표 2>와 <표 3>도 마찬가지임.

18) 권영성, 앞의 책, 487.

19) 홍윤기, 앞의 글, 52.

해야 할 것이다.

Ⅶ. 나오며

병역거부권은 종교의 자유 또는 양심의 자유를 실현하는 내용으로서의 기본권을 구성한다. 현행 법제는 이러한 기본권을 부인하고 있으며, 법원과 헌법재판소는 이에 대하여 나 몰라라 하고 있다. 사정이 이러함에도 국회는 기본권 실현을 위한 입법 개선의 의지를 보이고 있지 않다. 헌법이 보장하는 기본권은 국가권력의 손아귀에 놓여 있다. 헌법은 국가권력의 통제규범으로서의 구실을 하고 있지 못하고 있다.

대법원과 헌법재판소의 태도는 기본권 보장 법리에 대한 오해에 그치지 않고 결과적으로 병역거부권의 문제를 단순히 군대 가기 싫은 일부 사람들의 주장으로 폄하하고 있다. 추상적인 국가안보와 국방의무 개념 그리고 분단 상황에 대한 과잉의 가치부여를 통하여 헌법에 병역거부권에 대한 명문의 규정이 없다는 군색한 근거를 대고 있기 때문이다. 더욱이 병역거부에 대하여 형벌을 과하는 과잉조치에 대하여도 애써 무시한다.

그러나 병역거부권 인정의 문제는 평화주의 헌법원리 측면에서도 중요하다. 침략적 전쟁 부인이 헌법제정자의 정치현실적인 판단이었다면, 헌법규범적인 판단에서는 병역거부권을 보장하는 제도 또는 최소한 그것을 침해하지 않기 위한 대체복무제도는 평화주의 헌법원리를 실현하는 객관적 제도로서의 의미를 가지고 있기 때문이다. 분단 상황에서의 국가안보 과잉의 시대일수록 병역거부권의 보장과 대체복무제 도입은 오히려 권력안보 아닌 인민안보로서의 진정한 국가안보를 위해서도 시급한 과제이다. 다만 '소통'과 '국격'과 '선진화'의 남발이 결국 불통과 천박함과 후진성을 반증하듯이 '국가안보'가 권력안보로 희화화되어 인민안보에 위협이 되지 않을까 하는 우려이다.

양심적 병역거부에 관한 국제인권법과 UN권고*

장 복 희 (선문대 법학과)

Ⅰ. 서 언
Ⅱ. 양심적 병역거부와 관련한 국제인권법과 기구
Ⅲ. UN 자유권규약위원회의 결정
Ⅳ. 유럽인권재판소의 판결
Ⅴ. 미주인권위원회의 결정
Ⅵ. 결 어

Ⅰ. 서 언

지난 3월 23일 법조계에 따르면, 대법원에서 유죄가 확정된 양심적 병역거부자 50명은 “한국정부가 종교·사상·양심의 자유를 보장하고, 자의적인 구금을 금지하는 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)’(이하 B규약)을 위반했고 양심적 병역거부자를 자의적으로 구금했다”고 주장하며 UN산하 자유권규약위원회에 집단 청원하였다.[1)]

자유권규약위원회는 국내 양심적 병역거부자들이 ‘종교·사상·양심의 자유가 침해당했다’는 청원을 제출한 데 대해, 지난 2006년, 2010년, 2011년 세 차례에 걸쳐 “양심적 병역거부권은 사상과 양심 및 종교의 자유에 의해 보장되므로 침해돼서는 안 된다”며 “이들의 전과 기록을 말소하고 양심적 병역거부권을 인정하는 법률을

* 이 글은 졸고, “양심적 병역거부에 관한 국제사례와 양심의 자유,” 헌법학연구, 제12권 제5호, 한국헌법학회, 2006. 12와 졸고, “양심적 병역거부자의 인권 보호“, 공법연구, 제35집 제2호, 한국공법학회, 2006. 12를 종합하여 수정·보완한 것임.

1) “양심적 병역거부자 50명, UN 집단청원, “한국정부가 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 위반”“, 한겨레뉴스, 2012. 3. 23.

제정하라”고 정부에 권고한 바 있다.[2)]

한국은 1990년 B규약에 가입하고, 실행 여부를 자유권규약위원회가 심사하도록 하는 B규약 제1선택의정서를 채택하였다. 그러나 국내 안보상황과 여론 등을 이유로 지금까지 규약을 지키지 않고 있고, 국가인권위원회도 2005년 양심적 병역거부권을 인정하고 대체복무제를 도입하라고 권고하였다.

한국에서는 1939년 최초의 처벌 기록이 보고된 이래 60년간 국내에서 1만 6000여명의 양심적 병역거부자들이 투옥되었고 2012년 1월 현재 731명이 복역 중에 있다.[3)] 이들 대부분이여호와의 증인이다. 전 세계 양심적 병역거부자들의 90%는 한국 감옥에 있다.[4)] 종교 혹은 양심의 자유에 의한 양심적 병역거부권에 대한 평가는 국제인권법에서 발전과정에 있다. 이 글은 국제인권법상 양심적 병역거부에 대한 지위를 살피고, 종교나 양심의 자유를 보호하는 관련 국제법규상 양심적 병역거부를 허용하는 조화로운 해석을 제시하며, UN 인권위원회의 결정, 유럽인권재판소의 판결과 미주인권의원회의 결정을 통하여 양심적 거부의 법적 규율의 부재로 인하여 발생하는 인권문제를 조명한다.

Ⅱ. 양심적 병역거부와 관련한 국제인권법과 기구

1. UN인권보호제도

세계인권선언 제3조, B규약 제6조 1항은 보편적 인권으로서 생명권을 규정하고 있고, 양심적 병역거부는 이들 규정에 의하여 지지될 수 있다. 그러나 국제법상 생명권은 생명의 절대적 보호를 보장하는 것은 아니다. 국내법과 국제법은 자의적이지 않는 타인의 생명을 박탈할 수 있는 합법적인 근거를 마련하고 있다. 사람의 생명을 뺏는 것은 극한 상황과 사전에 명시된 사유에 의해서만 정당화된다. 양심

---

2) Ibid.

3) Ibid.

4) “헌재, 국회, 정부 뺑뺑이 돌다가 후퇴, [이슈추적2] 민주항쟁 이후 국민의 최후 호소처로 탄생한 헌재가 존립 근거 스스로 파괴…국회는 헌재의 입법권고 무시, MB정부는 참여정부 정책 뒤집어 시민은 7천~8천년 징역 더 살아야 ”, 한겨레 21, 제877호, 2011. 9. 9.

적 병역거부는 양심상 분명 정당화 되지 않고 극한 상황이 아닌 경우에 타인의 생명을 박탈하는 행동에는 참여할 수 없다는 신념을 근거로 한다.

법적 구속력있는 근거로서, 사상, 양심과 종교의 자유를 누릴 권리는 세계인권선언 제18조, B규약 제18조에서 인정하고 있다. 이들 규정은 종교의 자유로운 실천을 보장하고 있다. 이 외에도 연성법(soft law)의 성격으로서 인권위원회의 결의[5], 특별보고관의 보고서[6] 및 자의적 구금에 관한 작업그룹의 결정[7]과 같은 관행과 규범을 그 근거로 들 수 있다.

법적 구속력 있는 문서로서의 B규약 제18조는 규정된 사상, 양심과 종교의 자유를 누릴 권리를 보호하고 있으나 양심적 병역거부에 대한 명시적 언급은 없다, 그러나 B규약의 감시기구인 자유권규약위원회(Human Rights Committee)(이하 위원회)는 일반논평 22에서 치명적인 무기사용의 의무가 양심의 자유와 자신의 종교나 신념을 이행하는 권리에 심각하게 충돌될 경우에, 그러한 권리가 제18조에서부터 나오는 권리임을 믿고 있다고 명백히 언급하였다. 위원회는 양심적 거부에 대한 개인청원에 대한 결정, 국가보고서의 심사와 이들 보고서에 대한 결정[8]에서 이 같은 입장을 확대 발전시켜 왔다.

위원회는, 종교나 신념을 표현하는 형태로서 양심적 거부에 대한 선언에 관한 입법에서 B규약 제18조에 의하여 그러한 주장이 정당화된다는 입장을 보이고 있다. 결론적으로 청원에서 양심적 병역거부에 대한 위원회의 가장 명시적이고 결정

---

5) 1989년 이래 UN 인권위원회는 결의를 통하여 "양심적 병역거부를 할 수 있는 모든 이의 권리"(right of everyone to have conscientious objections to military service)를 "사상, 양심과 종교의 자유를 가지는 권리를 합법적으로 행사하는 것(a legitimate exercise of the right to freedom of thought, conscience and religion)으로 인정하였다. Resolution of the UN Commission on Human Rights 1998/77, Conscientious Objection to Military Service, E/CN.4/1998/77, 1998.

6) UN 인권위원회, 종교와 신념에 관한 특별보고관(Mr. Abdelfattah Amor) 보고서 (2003년 1월): "(양심에 따른 병역거부자를 처벌하는 것은 한국의 헌법과 법률에 따른 것이며, 양심의 자유는 국방의 의무를 위한 타당한 제한이라는 한국정부의 답변에 대하여) 종교와 신념에 관한 특별보고관은, 자유권규약위원회의 일반논평 22호에 의하면 양심적 병역거부권은 B규약 제18조에서 도출되는 권리이며, 살상무기를 들도록 강요하는 의무는 양심의 자유 및 종교, 신념의 자유를 심각하게 침해할 수 있다는 점을 한국정부에 다시 한 번 상기시키고자 한다."

7) Report of the Working Group on Arbitrary Detention (E/CN 4/2001/14).

8) 위원회의 최종견해는 UN 인권제도에서 사법적 결정에 해당된다. Report of the Office of the Hight Commissioner for Human Rights, E/CN.4/2004/55, 16 February 2004, p. 6.

적인 결정은 B규약 제18조의 범위 내에서 평가된다.

위원회가 강조한 문언과 목적 상 양심적 병역거부가 B규약상 제18조에 의한 보장된다는 입장은 Yeo-Bum and Myung-Jin Choi v. Republic of Korea에 대한 결정[9]에서 잘 나타나고 있다. 이 사안은 양심적 병역거부가 허용되지 않는 한국에서 자신의 종교적 신념을 이유로 병역의무를 이행하지 않은 두 명의 여호와의 증인을 형사처벌하고 구금한 사건으로[10], 위원회는, 여호와의 증인으로서 자신의 종교적 신념을 이유로 의무적 병역의무를 거부한 2명의 여호와의 증인을 형사처벌하고 구금함으로써, 한국은 제18조 1항을 위반하였다고 결정하였다.[11]

위원회의 결정은, 종교나 신념의 권리와 자신의 종교나 신념을 표현하는 권리는, 이들 권리로 인하여 자신의 신념에 반하는 행위를 하도록 개인에게 강요하는 강제의무를 거부할 수 있는 상황에서 이해하는 광범위한 의미를 가지고 있다.

1989년 3월 8일 결의 1985/59에서, UN인권위원회(Commission on Human Rights)는, 양심적 병역거부권이, 세계인권선언 제18조와 B규약 제18조에 규정하고 있는 사상, 양심과 종교의 자유의 권리를 합법적으로 행사하는 것으로 인정하였다.[12] 이 결의는 또한 징병제를 가진 국가가 아직 이러한 규정을 가지고 있지 않은 경우 양심적 병역거부자에게 양심을 이유로 한 경우 이에 상응하는 다양한 형태의 대체복무를 마련할 것과, 양심적 병역거부자를 구금하지 않을 것을 권고하였다. 또한 그러한 종류의 대체복무는 원칙적으로 공익적인 것이고 형벌적인 성격이 아닌 비전투적 혹은 민간의 성격을 가지는 것이어야 한다고 강조하였다.

1993년 UN 자유권규약위원회 일반논평 22(48)는 다음과 같이 양심적 병역거부 B규약 범위 내에 있는 것으로 보았다.

> "B규약은 양심적 병역거부권을 명시적으로 언급하고 있지 않다. 그리고 본 위원회는 살상무기를 사용해야 하는 의무가 양심의 자유, 종교와 신념을 표명할 권리와 심히 충돌할 수 있으므로, 양심적 병역거부권이 B규약 제18조에서 도출

---

9) Yeo-Bum Yoon and Mhyun-Jin Choi v. The Republic of Korea, 23 January 2007, CCPR/C/88/ D/1321-1322/2004.

10) Ibid., para. 8.4.

11) Ibid., para. 8.2.

12) UN Commission on Human Rights resolution 1989/59. 이 결의는 후속 결의 1993/84, 1995/83, 1998/77, 2000/34와 2002/45에 의하여 강화된다.

> 될 수 있다고 믿는다. … 양심적 병역거부자들을 그들이 가진 특정신념의 본성을 이유로 구별해서는 안 되며, 또한 마찬가지로 양심적 병역거부자가 병역을 거부하였다는 이유로 그들을 차별해서는 안 된다."[13]

UN 인권위원회의 활동은 1998년에 최고조에 다다랐고 '양심적 병역거부의 마그나카르타'라고 불리우는 1998년 4월 22일 '양심적 병역거부' 결의 1998/77[14]에서, 양심적 병역거부는 양심의 원칙과 이유, 종교적, 도덕적, 윤리적 또는 이와 유사한 동기에서 나오는 깊은 신념에서 비롯되는 것이며, 양심적 병역거부권은, 세계인권선언 제18조와 B규약 제18조에 규정된 사상, 양심 및 종교의 자유의 권리의 합법적인 행사로 확인하고 있다. 2004년 4월 19일 결의 2004/55는 양심적 병역거부권 인정의 정당성을 명확히 밝히며 평시 뿐 아니라 전시의 병역거부권으로 언급하고 있다.

2. 지역적 인권보호제도

유럽인권협약 제2조, 미주인권선언 제1조와 아프리카인권헌장 제4조가 보편적 인권으로서 생명권을 규정하고 있다. 사상, 양심과 종교의 자유를 누릴 권리는 유럽인권협약 제9조, 미주인권선언 제3조, 미주인권협약 제12조 및 아프리카 인권헌장 제8조에서 인정하고 있다. 이들 규정은 종교의 자유로운 실천을 보장하고 있다.

이 권리는 UN 인권위원회의 결의[15], 유럽의회[16], 유럽이사회 총회[17]와 유럽이사회 수뇌위원회 권고 R(87)8[18]에서 명시적으로 언급하고 있다. 이는 평시뿐 아니

---

13) Covenant on Civil or Political Rights (CCPR) General Comment No.22, Right to freedom of thought, conscience and religion, Art. 18: 30/07/93, para. 11.

14) Conscientious objection to military service, Commission on Human Rights resolution 1998/77.

15) UN Commission on Human Rights, Resolution 1998/77, 2000/34, 2002/45 and 2004/35.

16) The European Parliament,, The Macciocchi (1983), Schmidbauer(1989), De Gucht and Bandres and Bindi resolutions.

17) The Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 337 and Recommendation 478 (1967), Recommendation 816 (1977), Resolution 1042(1994), and Recommendation 1518 (2001).

18) The Committee of the Ministers of the Council of Europe Recommendation R (87) 8.

라 국가의 존립을 위협하는 전시나 비상시에도 적용되는 것을 의미한다. 이 권리의 표명은 유럽인권협약의 여타 권리와는 달리 국가안보(national security)의 이유로도 제한될 수 없다.[19]

유럽인권협약 제9조는 자신의 종교나 신념을 바꿀 수 있는 권리를 명백히 규정하고 있으므로, 양심적 병역거부자가 되는데 어떠한 제한도 있을 수 없다. 즉 군복무 중, 예비군 징집 및 징병 시 모두 적용된다. 양심적 병역거부문제가 흔히 징병 시 발생하지만 입대결정이 자발적인 경우에도 적용된다.[20]

다른 이의 양심을 판단하는 일은 본래 어려운 일이지만, 유럽의회의 결의는[21] 대부분 사안에서 "개인적 동기로 인한 선언"으로 충분하다고 확인하고 있다.

유럽이사회 수뇌위원회 권고 8(1987)은 이사회 회원국은 "양심을 이유로" 거부한 자에게 병역이행의무를 면하는 규정을 둘 것을 권고하였다. 사상, 양심과 종교의 자유의 권리에 대한 규정으로서 2000년 12월 공언된 유럽연합 기본권헌장은 제10조 2항을 언급하고 있다. 미주인권위원회는 양심적 병역거부자를 병역에서 면제하지 않은 미주기구(OAS)국가를 초청하여 자국 법제도를 심의하도록 했다.[22]

3. 한국 상황에 대한 UN권고

2006년 11월에는 'B규약 제40조에 따라 대한민국이 제출한 보고서에 대한 검토 및 최종견해'에서 병역거부자의 권리를 인정하여 입법조치를 취할 것을 권고하였다. 2007년 1월에는 개인청원제도에서 청원한 2명의 병역거부자에 대해서 이들의 처벌은 B규약 제18조 1항을 위반한 것이라고 결정하고 보상을 포함하여 유효한 구제조치를 취할 것과 재발방지를 한국정부에 요청하였다.

2008년 UN 인권이사회는 국가별 인권상황 정례검토(UPR) 심의에서 총회에 제

---

19) B규약 제18조 3항. 유럽인권협약 제9조 2항도 이와 유사한 취지를 규정하고 있다.

20) UN Commission on Human Rights(이하 UNCHR) Resolution 1998/77은 이를 다음과 같이 명백히 인정하고 있다. "군복무를 이행하는 자는 양심적 병역거부를 발전시킬 수 있다." Recommendation R (87) 8 of the Committee of the Ministers of the Council of Europe. Recommendation 1518 (2001) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe 참조.

21) Schmidbauer resolution. (1989). The Macciocchi resolution (1983).

22) 98th session, Annual Report, 1997, Chapter VII - Recommendations of the Inter-American Commission on Human Rights.

출한 '대한민국에 대한 정례검토 보고서'에서 "자유권규약위원회의 권고에 따라, 양심적 거부권을 법적으로 인정할 것과, 병역거부자를 형사처벌하지 말 것과, 그들의 공직 취임 및 공공기관 취직을 금지하는 규정들을 폐지할 것"을 권고하였다.

일반논평은 인권규범의 해석기준으로서, 보고서제도는 합리적인 타협(a reasonable compromise)의 문제라고 볼 수 있다. 일종의 필요한 도전적 역할로서 인권위원회는 이와 같은 타협을 가능한 효과적으로 하려는 임무를 맡고 있는 것이라 하겠다. 비록 공식적으로는 위원회의 의견은 법적 구속력은 없으나 독립적인 국제적 기관의 견해를 제시하는 것이기 때문에 특별한 비중과 권위가 있다.

Ⅲ. UN 자유권규약위원회의 결정

양심적 병역거부의 인정시, 대체복무까지 거부하는 완전거부(total objection), 대체복무의 기간의 형평성, 국내병역제도와 양심적 과세거부와 관련하여 UN 자유권규약위원회는 다음과 같은 결정을 내리고 있다.

1. 완전거부자의 불인정

1990년 Brinkhof v. Netherlands 사건[23]에서, Brinkhof는 네덜란드 시민으로서 네덜란드 정부는 B규약 제6조(생명권), 제7조(고문 및 비인도적 처우로부터의 자유), 제8조(노예상태로부터의 자유), 제14조(재판 앞에 만민평등), 제18조(사상, 양심 및 종교의 자유)와 제26조(법 앞에 평등)를 위반하였다고 주장하였다. Brinkhof는 양심적 병역거부자로 병역을 이행하지 않은 이유로 체포되어 군대로 보내졌고, 그곳에서 평화적 신념을 이유로 군제복과 장비를 갖추어야 하는 명령을 거부하고 대체공익복무 이행도 거부하였다. Aenhem법원은 Brinkhof가 군사법 제23조, 제114조와 형법 제27조를 위반했다고 판시하고 6개월의 구금형을 선고하였다. 신청인과 공익검사는 최고군사법원에 항소하였고 1988년 5월 최고법원은 항소를 각하했다.

---

23) Brinkhof v. Netherlands, Human Rights Committee Communication No 402/1990, 27 July 1993, Netherlands. 30/07/93, CCPR./C/48/D/402/1990.

위원회는, 병역면제가 특정한 양심적 거부자에게만 인정되고 모든 양심적 병역거부자에게 적용되지 않는 것은 불합리하며, B규약 체약국이 국내적으로 양심적 병역거부를 인정하는 경우에는 특별한 신념에 근거한 양심적 병역거부자간에는 어떠한 차별도 없어야 한다고 강조하였다.

그러나 이 사건에서 위원회는, 청원인은 평화주의자로서 자신의 신념이 대체공익복무이행과 부합하지 않는다는 것을 입증하지 못했고, 또한 여호와의 증인에 대한 공익복무의 특권적 처우가 양심적 병역거부자로서 자신의 권리에 악영향을 주는 것을 입증하지 못했으므로, Brinkhof는 B규약 제26조상 피해자가 아니라고 결정하였다. 즉 다른 병역거부자들도 대체복무의 면제받지 않음에도 불구하고, 여호와의 증인이 병역과 대체복무 모두를 면제받은 경우는 B규약을 위반한 차별이라고 했다.

위원회는 B규약의 체약국은 병역과 대체복무 모두를 거부하는 자는 여타 병역거부자와 동등한 처우와 처벌의 대상이 되어야 하고, 병역과 대체복무 양쪽 모두를 면제받는 것은 B규약 제26조를 위반한 차별이라고 하였다. 이러한 차별을 조장하는 국내법은 재검토할 것을 체약국에 권고하였다.

이 사건은 국제적으로 양심적 병역거부에 대한 기본법칙을 확립한 것으로서 의미가 있다. 즉, 신념을 이유로 병역과 대체복무 양쪽 모두를 거부하는 것은 허용되지 않으며, 그러한 경우에"법 앞에 평등"을 명시한 B규약 제26조를 위반한 불평등한 차별이며, 대체복무 없는 양심적 병역거부는 인정하지 않음을 분명히 하고 있다.

이와 유사한 사례로 1996년 Westerman v. Netherlands[24]은 양심적 병역거부에 관한 선도적 사건 중의 하나로, 위원회는 폭력수단을 사용한 경우이든 아니든 관계없이 병역이행의 '완전거부'는 양심적 병역거부로서 인정하지 않으며, 국내 병역법제도를 존중하면서 그 거부의 사유로 폭력수단의 사용과 관련한 경우에 양심적 병역거부가 인정된다는 기본원칙을 제시하였다.

---

24) Westerman v. The Netherlands (682/1996), ICCPR, A/55/40 vol. II (November 3, 1999).

2. “합리적이고 객관적인 기준”에 근거한 대체복무기간의 형평성

1999년 Foin v France 사건[25]에서 위원회가 B규약에 근거하여 양심적 병역거부 사안에서 적용하는 심사기준으로, 대체복무와 현역간의 기간의 차이는 복무를 이행하기 위하여 특별한 훈련이 필요하거나 복무의 특수한 성격을 고려한 기간요구와 같은 객관적이고 합리적인 기준(objective and reasonable criteria)에 기초한 것이어야 하였다. 이 사건은 양심적 병역거부자에 대한 대체복무가 현역기간보다 긴 경우는, 예컨대 특별복무의 성격이나 이 복무를 이행할 수 있는 특수한 훈련이 필요한 것처럼 “합리적이고 객관적인 기준”에 근거한 것이라면 차별에 해당되지 않는다고 하였다.

2000년 Maille v. France 사건[26]에서의 쟁점은 당사자가 이행해야하는 대체복무의 특별한 조건이 규약위반에 해당되는가의 여부였다. 위원회는, B규약 제8조는 체약국이 군사적 성격의 역무를 요구할 수 있고, 양심적 병역거부가 인정되는 국가에서 대체국가복무가 있는 경우는 그러한 복무는 차별적이 아님을 고려하였다. 청원인은 프랑스법에 의하여 12개월의 군복무보다 24개월의 국가대체복무기간은 차별적이고, B규약 제26조에 규정하고 있는 법 앞에 평등원칙과 법의 동등한 보호를 받을 권리를 위반하는 것이라고 주장하였다.

위원회는 B규약 제26조는 처우의 상이함을 금지하는 것은 아니라는 입장을 반복하였다. 위원회가 기회 있을 때마다 언급하기를, 어떠한 차이도 합리적이고 객관적인 기준에 기초해야 것이고, 이러한 관점에서 법과 관행은 군사역무와 국가대체역간에 차이를 둘 수 있고, 또한 그러한 차이는 보다 연장된 기간의 역무를 정당화한다고 하였다. 단 당해 특수역무의 성격 혹은 그러한 복무를 이행하기 위하여 특별한 훈련이 필요한 것과 같은 객관적이고 합리적인 기준에 근거하는 경우이어야 한다.

이 사건에서 위원회는, 당사국은 그러한 기준을 언급하고 있지 않고 청원인의 사안에 대한 특별한 언급없이 일반적인 조건에 의한 기준을 언급하고 있고, 현역

---

25) Foin v France, Human Rights Committee Communication No. 666/1995, 3 November 1999, ICCPR, A/55/40, vol.II.

26) Richard Maille (represented by François Roux, legal counsel) v. France, Communication No. 689/1996, (31 July 2000, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/689/1996.

의 2배가 되는 기간은 오로지 개인의 신념의 진실성을 실험하는 방법이 된다는 논의에 근거한다고 보았다. 이사회의 견해로는 이러한 주장은 현 사건과 관련한 처우의 차이가 합리적이고 객관적인 기준에 근거해야 한다는 조건을 충족시키지 못한다고 보았다. 따라서 위원회는 청원인은 자신의 양심의 신념에 근거하여 이에 반하는 차별을 받았고 B규약 제26조의 위반이 있다고 결정하였고 당사국은 장래 유사한 침해가 일어나지 않도록 법을 바꿀 것을 지적하였다.

위 사건들은 대체복무의 기한이 현역보다 긴 경우는, 특별복무의 성격이나 그러한 복무에 특수한 훈련이 필요한 것처럼 “합리적이고 객관적인 기준”에 근거한 것이라면 차별에 해당되지 않으나, 단순히 양심적 신념의 진정성을 가리는 것으로 사용되어서는 안된다는 점을 밝히고 있다.

3. 국내병역제도의 불간섭

1990년 C.B.D. v. Netherlands 사건[27]에서, 원고는 네덜란드 시민으로서 네덜란드 정부가 B규약 제6조(생명권), 7조(고문과 비인도적 처우로부터의 자유)와 14조(재판 앞에 만민평등)를 위반하여 그 피해자가 되었다고 주장하였다. 그는 양심적 병역거부법에 따른 대체복무를 거부한 이유로 기소되었다. 1985년 3월 원고는 하급법원에서 6개월 징역의 선고를 받았고 항소법원은 1986년 5월 항소를 기각하였다. 1987년 항고법원의 판결은 최고법원에 의하여 확정되었다.

C.B.D.는 항소법원이 중요한 항변의 증언청취를 거부한 것은 B규약 제14조의 위반이며, 네덜란드의 방위정책은 B규약 제6조와 제7조를 위반한 것으로 병역대체의무는 위법적 성격을 가지는 것이라고 주장하였다. 그 이유로 대체복무의 이행에 어떠한 법적 근거도 없고, NATO를 통한 네덜란드의 핵무기 사용의무는 평화에 반하는 범죄에 해당한다는 것이다. 그러므로 네덜란드의 병역의무법과 양심적 병역거부법은 이러한 정책에 동의한 것으로서 불법적 성격을 가진다는 것이다. 또한 핵무기의 사용은 생명권과 비인도적인 처우로부터 자유로울 권리를 침해하는 것이라 하였다.

---

27) C.B.D. v. The Netherlands, Human Rights Committee Communication No. 394/1990, 22 July 1992, CCPR/C/45/D/394/1990.

청원사안에 포함된 주장을 심리함에 앞서, 절차규칙 7에 따라 개인청원에 관한 B규약 제1선택의정서 하에서 본 사안이 적용가능한지를 고려하였다. 이 사안은 사법구제절차로서 국내구제를 완료하지 못한 경우로 B규약 제1 선택의정서 2조[28]상의 의미에서 청원을 제기하지 못한다고 결정하였다.

또한 청원인이 병역의무나 대체복무를 부과시킨 국가의 권리를 거부한 것과 관련해서, 이사회는, B규약은 체약국의 병역제도에 간섭하는 것이 아니라며 근거조항으로 B규약 제8조 3항 (c) (ii)을 들었다. 그러므로 청원인은 병역의무나 대체복무를 단순히 언급함으로써 B규약 제6조와 7조의 위반의 피해자라고 주장할 수 없으며 B규약 제1 선택의정서 제3조[29]에 따라 이유 없다고 결정하였다.

이 사건에서 위원회는, 병역법제도는 주권영역의 국내문제로서 B규약 범위 밖에 있으며 개입할 성질의 것이 아님을 확인하고, 국내구제절차를 완료하지 않음을 들어 기각하였다.

4. 양심적 과세거부의 불인정

1990년 J.v.K. and C.M.G. v. K.-S. v. Netherlands 사건[30]서, 원고는 모두 로테르담에 거주하고 있는 네덜란드 시민으로서 네덜란드 정부가 B규약 제18조(사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리)를 위반하여 피해를 받았다고 주장하였다. 원고는 핵무기 사용에 대한 양심적 거부자로서, 세금이 군대경비지출, 핵무기조달과 보유와 관련 있는 한 1983년 자신에게 부과된 과세의 일부 납세를 거부하였다. 이들은 자신에게 부과된 세금 중 572길더를 Amersfoot에 있는 평화재단에 기탁하였다. 이들은 정부가 양심적 병역거부자들을 위한 특별기금을 창설하는 경우 이 금액을 기꺼이 낼 용의가 있다고 하였다. 1985년 5월 이들은 일부 세금부과에 대한 민원

---

28) 제2조: “제1조에 따를 것을 조건으로, 규약에 열거된 어떤 권리가 침해되었다고 주장하는 개인들은 모든 이용 가능한 국내적 구제조치를 완료하였을 경우, 이사회에 심리를 위한 서면청원을 제출할 수 있다.”

29) 제3조: “이사회는 이 의정서에 따른 청원이 익명이거나, 청원제출권이 남용 또는 규약규정과 양립할 수 없는 것으로 간주될 경우에는 그러한 청원을 허용할 수 없는 것으로 간주한다.”

30) J. v. K. and C.M.G. v. K.-S.. v. Netherlands, Human Rights Committee Communication No 483/1991, 23 July 1992, 93, CCPR./C/45/D/483/1991.

을 제기하였고 세무공무원은 이의제기를 기각하였다. 1986년 11월 헤이그 항소법원은 항소를 기각하고, 1988년 12월 최고법원은 관련법은 양심적 과세거부를 규정하고 있지 않다는 이유로 항소법원의 결정을 확정하였다.

청원사안을 심리하기 전에, 위원회는 절차규칙 87에 따라 B규약 선택의정서 하에서 적격여부를 판단하였다. 위원회는 청원인이 국가의 관할권 행사로 징수하는 과세계획에 대해 양심적 거부 이념을 적용하려 하고있다고 보고, B규약 제18조가 군사활동과 경비에 반대함으로써 자신의 양심을 확대시킬 권리를 보호하고 있으나, J .P. Prior v. Canada 사건[31]을 예를 들면서 양심을 이유로 납세를 거부하는 것은 명백히 제18조의 보호 범위 밖에 있다고 결정하였다.

이 사건에서 위원회는 국내병역과 과세정책에는 개입하지 않으려 하고 있음을 알 수 있고, B규약 제8조 상의 양심의 자유에 대한 해석은 군사활동과 관련한 과세문제에는 적용되지 않고 조세제도는 국가주권 영역임을 밝히고 있다.

위원회 결정의 공통점은, B규약과 양심의 자유가 국내병역문제와 과세문제에까지 확대되어 '병역제도의 불법성'을 판단하고 '양심적 과세거부'를 인정할 수 없다는 입장이며, 병역의무와 대체공익복무 모두를 거부하는 자는 다른 병역거부자와 동등한 처우와 처벌의 대상이 되고 '법 앞에 평등'의 보호대상이 될 수 없다는 견해이다. 또한 대체복무기간과 현역기간과의 형평성은 "객관적이고 합리적인 기준"에 따라 판단된다는 형평의 원칙의 강조와 결과의 형평성을 강조하고 있다.

Ⅳ. 유럽인권재판소의 판결

유럽인권재판소는 최근 양심적 병역거부에 대한 유죄판결은 유럽인권협약 제9조의 위반이라는 판결을 내렸고, 여타 지배적인 종교와 와 여호와의 증인을 차별하는 종교적 불관용과 평등권 침해와 사후의 계속되는 종교의 자유에 대한 침해에 다음과 같이 손해배상을 명하고 있다.

---

31) J. P. Prior v. Canada, Human Rights Committee Communication No. 446/1991, 7 November 1991.

1. 병역에 대한 대안의 부재는 양심적 거부권의 위반

2011년 Erçep v. Turkey 사건[32]에서, 1969년에 출생하여 터키 시민으로 이스탄불에 살고 있고 13살에 침례를 받은 신청인 Yunus Erçep는 1927년법 제1조에 의한 병역이행을 거부하였다. 신청인은 1998년 3월에 징집되었고 이를 거부하자 Trabzon 군형사재판소에서 징역형을 선고받았다. 군에 징집될 때마다 형을 선고받았다. 2004년 5월 7일 군사법원은 7개월 15일 징역형을 선고하였고 2005년 10월 3일 Erçep는 형기가 시작되었고 5개월 후 석방되었다.

2006년 10월 6일 터키의회는 군사법원이 민간인을 재판하는 권한을 가지지 않는다는 법을 통과시켰다. 여전히 계류 중인 형사절차는 일반법원에 이관되었다. 이때 Erçep는 형사법원에서 동일한 죄목으로 재판을 받았다. 1998년 3월 이후 25회가 넘는 재판이 진행되었고 병역이행을 끈질기게 거부하였고 그는 군대소집 때마다 형사재판을 받았다.

신청인은 군대복무를 거부하는 것에 대한 계속적인 유죄판결은 유럽인권협약 제9조를 위반하는 것에 해당된다고 주장하였다. 제6조에 의하여, 절대적으로 군대요원으로 구성된 군사법원에서 민간인이 재판을 받는 것은 제6조(공정한 재판을 받을 권리) 위반이라고 하였다.

이에 유럽인권재판소는 병역에 대한 대안의 부재는 양심적 거부권의 위반이며, 사상, 양심과 종교의 자유를 규정하고 있는 유럽인권협약 제9조와 공정한 재판을 받을 권리를 규정하고 있는 제6조의 위반이라고 하였다.

이 사건은 유럽인권협약 제9조가 양심적 병역거부권을 인정하고 있음을 유럽인권재판소가 확인해준 사건이다.

2. 양심적 병역거부에 대한 유죄판결은 유럽인권협약 제9조의 위반

2011년 Bayatyan v Armenia 사건[33]에서, 18살 Vahan Bayatyan은 2001년 징집

---

32) Erçep v. Turkey, European Court of Human Rights, Strasbourg (Application no. 43965/04), 22 November 2011.

33) Bayatyan v Armenia, European Court of Human Rights, Strasbourg (Application no. 23459/03), 7 July 2011.

되었고, 그는 1997년 여호와의 증인으로서 종교의식에 참여했으며 1999년 침례를 받았다. Bayatyan은 병역이 자신의 신념과 불일치한다고 생각했고 병역에서 면제받고 대신 대체민간복무를 할 것을 요청하였다.

아르메니아 의회 국가사법위원회는 그의 요청을 거부하고 아르메니아에는 대체복무법이 없다고 하였다. Bayatyan은 병역적격자였고 아르메니아 헌법과 병역법에 구속을 받아야 했다.

2002년 10월 Yerevan의 Erebuni와 Nubarashen 지방법원은 Bayatyan에게 유죄판결을 내리고 18개월의 징역형을 선고하였다. 검사는 보다 중한 형벌을 받도록 항소하였다.

2003년 Bayatyan은 유럽인권재판소에 소를 제기하고 2006년 12월 12일 청원이 받아들여졌다. Bayatyan은 자신의 사상, 양심과 종교의 자유가 침해되었다고 주장하였다. 아르메니아 형법 제75조는 병역기피가 형사처벌의 대상이 된다고 규정하고 있다. 헌법과 병역법에 의하여 모든 자격 있는 남성은 군복무를 하여야 했다. 아르메니아는 당시 대체복무법을 가지고 있지 않았다.

이 사건에서 유럽인권재판소는 아르메니아는 병역을 거부한 여호와의 증인에게 유죄판결을 내림으로써 “사상, 양심 및 종교의 자유”에 관한 유럽인권협약 제9조를 위반하였다고 판시했다. 도덕이나 종교적 이유로 무기를 소지하거나 병역을 거부할 권리 즉 양심적 거부권에 대한 이전의 법원결정을 번복하고, “사상, 양심 및 종교의 자유”와 연관된 유럽인권협약 제9조에 의하여 보호를 받는 권리로서 인정하였다.

아르메니아 정부는 오늘날 양심적 거부자는 대체복무를 거부하는 경우에만 유죄판결을 내린다고 말하고 있다.[34]

3. 종교적 불관용과 평등권 침해

1993년 Kokkinakis v. Greece 사건[35]에서 Kokkinakis는 여호와의 증인으로서 양

---

34) Nanore Barsoumian, ‘Conscientious Objection’: European Court Sides with Jehovah’s Witness in Bayatyan v. Armenia Case“, The Armenian Weekly, August 9, 2011.
http://www.armenianweekly.com/2011/08/09/%E2%80%98conscientious-objection%E2%80%99-european-court-sides-with-jehovah%E2%80%99s-witness-in-bayatyan-v-armenia-case/

심적 병역거부를 하고 자신의 신념을 단순히 타인에게 이야기했다는 이유로 60번 이상 체포되고 18번 법원에 소환되었으며 6년을 감옥에서 보냈다. 유럽인권재판소(이하 재판소)는 신청인이 체포된 최근 상황을 조사한 후 밝히기를, 여호와의 증인은 그리스법 상 알려진 종교이고 유럽인권협약 상 종교의 자유에 대한 위반이 있었다고 결정하였다. 재판소는 "자신의 종교를 표명할 수 있는 자유는 원칙적으로 자신의 신념을 이웃에게 확신시키도록 노력할 권리"를 포함한다고 하였다. 이후 Kokkinakis의 국내법원 판결은 번복되었고, 재판소는 그리스 정부에게 원고에 대해 손해배상과 재판비용을 지불할 것을 명했다.

이 사건에서는, 신념에 따른 병역거부와 여호와의 증인의 '종교의 자유'에 대한 해석을 다른 종교인의 그것과 마찬가지로 인정했고, 일반적으로 모든 종교집단에 인정되는 권리와 자유를 여호와의 증인이라는 특정종교에만 허용되지 않는 것은 차별에 해당된다고 보았다. 이 사건은 종교적 불관용에 따른 차별과 평등권 침해에 대해 손해배상을 지불하게 한 첫 판결로서 의미가 있다.

1997년 Georgiadis v. Greece사건[36]에서, 1988년 그리스법에 의하면 종교지도자는 병역에서 면제되었다. 그리스 정통파교회 수뇌들은 통상적으로 이러한 면제가 인정되었으나, 여호와의 증인의 지도부는 면제가 허용되지 않았다. 더욱이 그리스법은 양심적 병역거부를 인정하지 않았고 대체복무로써 민간복무에 관한 조치가 없었다. Georgiadis는 지방당국에 의해 여호와의 증인의 지도층으로 인정받고 당국에 의하여 혼인식을 행하고 등록하는 권한을 부여받고 있었다. 병역의무를 이행할 시기, Georgiadis는 종교지도자로서 면제를 신청하였으나, 국방부는 "그리스의 최고교회회의(Holy Synod)는 여호와의 증인을 승인된 종교로 인정하지 않고 있다"는 이유를 들어 그의 지위를 종교지도자로 인정하지 않고 병역면제대상에서 제외시켰다.

Georgiadis는 입대했고 군 활동에 가담하지 않고 양심적 병역거부를 하자 곧바로 투옥되었다. 그가 재심을 청구하는 동안 구금은 강화되었고 항소에서 결국 승소했다. 구금이 해제된 후에 또 다시 종교지도자로서 병역면제가 거부되어 군대에

35) Kokkinakis v. Greece, European Court of Human Rights, Strasbourg 3/1992/348/421, 25 May 1993.

36) Georgiadis v. Greece, European Court of Human Rights, Strasbourg 56/1996/675/865, 29 May 1997.

보내지고 병역거부를 하자 구금되었다. 2차 항소에서도 병역면제가 거부되었다. 항소 중 재판이 유리하게 행해졌으나 그를 감옥에서 풀어주지 않았다. 그는 다시 군대로 불려갔고 투옥과 항소가 계속해서 반복되었다.

계속되는 투옥과 병역거부 후 제3차 항소에서 원고는 최종적으로 종교지도자로서 병역면제가 허용되고 감옥에서 풀려났다. 그리스법은 인권침해가 있는 경우 손해배상금을 지불할 것을 허용하고 있었으나, 그리스법원은 원고의 구금은 그의 중대한 태만으로 인하여 재판이 계류 중인 이루어진 것이므로 국가가 보상할 의무가 없다고 하였다.

이에 유럽인권재판소는 그리스 정부에 동의하지 않고 손해배상을 명하였다. 이후 1997년 6월 5일 그리스는 양심적 병역거부자를 인정하는 법을 통과시키고 대체민간복무규정을 마련하였다.[37] 이 사건 역시 재판소가 모든 종교집단에 대해 종교의 자유는 동등한 가치로 인정되어야 하고, 그리스 내 양심적 병역거부를 인정하는 종교지도자 중에서 특정종교인 여호와의 증인만을 배제한 것은 종교의 자유를 위반하고 종교적 불관용에 따른 차별과 평등권 침해를 확인한 것으로서, 그리스 정부에 손해배상을 명한 사건이다. 이 사건을 계기로 그리스는 국내 양심적 병역거부를 인정하는 법과 대체복무규정을 마련하는 전환기로 삼았다.

1997년 Tsirlis and Kouloumpas v. Greece 사건[38]은 사실관계와 사안의 성격이 Georgiadis v. Greece 사건과 유사하다. 국제엠네스티는 1993년 3월 보고서에 지적하기를 비위생적인 감옥에서 보낸 Tsirlis와 Kouloumpas의 15달은 그리스에서 양심적 병역거부자들이 지금까지 보낸 “감옥에서의 5000년” 세월의 일부이라 하였다. 상기 사건에서 언급하였듯이 1997년 6월 5일 그리스는 양심적 병역거부자를 인정하는 법을 통과시키고 대체민간복무규정을 마련하였다. 이 사건은 위 Georgiadis v. Greece 사건과 동일한 시점에서 다루어진 사안으로 유럽인권재판소의 판결로 인해 그리스에서 양심적 병역거부와 대체복무를 인정하는 국내법을 통과시키는 원동력이 되었다.

위 사건 모두 양심과 종교의 자유가 국내헌법상 인정되고 국내법상 병역면제가

---

37) Brinkhof v. Netherlands, Human Rights Committee Communication No 402/1990, 27 July 1993, Netherlands. 30/07/93, CCPR./C/48/D/402/1990.

38) Tsirlis and Kouloumpas v. Greece, European Court of Human Rights, Strasbourg 54/1996/673/859-860, 29 May 1997.

주류 종교 지도자에게는 적용되고 있었으나, 소수 특정종교에는 양심과 종교의 자유가 달리 해석되고 적용되며 병역면제가 인정되지 않은 것은 종교적 불관용에 따른 차별로 확인한 것이다. 국제소송을 통하여 차별이 시정되고 국내입법화의 박차를 가하고 법적 구제받을 수 있었다는 점에서 의의가 있다.

4. 사후 양심의 자유의 침해

2000년 Thlimmenos v. Greece 사건[39]에서, 유럽재판소는, 공인회계사 선임에서 이전 양심적 병역거부로 기소된 자를 배제시키고 있는 것은 유럽인권협약 제9조의 위반이며, 양심적 병역거부로 기소된 자와 다른 사유로 기소된 자 간에 구별이 있어야 한다고 하였다. 유럽재판소는 양심적 병역거부자에게 그러한 제재를 가하는 것은 유럽인권협약 제9조 1항에서 보장하는 사상, 양심과 종교의 자유를 가질 권리를 침해하는 것이라고 강조하였다.

이 사안은 병역, 대체복무 혹은 복역을 마친 후에도, 법과 관행에서 양심적 병역거부자에 대해 어떠한 차별도 없어야 하며, 이러한 차별은 사상, 양심과 종교의 자유를 가질 권리를 계속해서 침해하는 것임을 판시했다.

Ⅴ. 미주인권위원회의 결정

미주인권위원회(이하 미주위원회)는 미주기구회원국에 대한 권한을 행사하면서 미주인권협약에 의한 권한을 부여받고 있는 인권위원회와 인권재판소를 두고 있다. 위원회는 보고제도, 사실조사 제도와 청원제도에 기초한 인권보호를 역할을 담당하고 있다. 양심적 병역거부자의 인권보호와 관련한 최근 사례는 다음과 같다.

1. 형벌이 없는 가운데 관련국내법 부재의 위법성 여부

---

39) Thlimmenos v. Greece, , European Court of Human Rights, Strasbourg, 162, Application no. 34369/97, 6 April 2000.

1999년 10월 6일 Cristian Daniel Sahli Vera v. Chile 사건[40]에서, 미주인권위원회는 '정의와 국제법센터'의 청원을 접수하였고, '인민권리협회'와 '양심적 병역거부에 관한 칠레단체'(이하 청원인)는, 18세의 칠레인으로서 병역의무이행에 직면했을 때, 자신의 완전한 병역거부의사를 표명한 Cristian Daniel Sahli Vera외 2인에게 권리를 침해함으로써, 미주인권협약(이하 협약)의 규정을 국내입법화하지 못한 것은 칠레가 협약 제1조 1항(차별금지원칙), 2조(국내법적 효과)[41], 11조(사생활에 대한 권리)와 12조(양심과 종교의 자유)를 위반하였다고 주장하였다.

청원인은 칠레가 자신의 양심과 종교의 자유, 사생활을 보호받을 권리 및 협약이 규정하는 권리를 존중하고 보장할 의무에 대해 직접 침해함으로써 피해자의 양심적 병역거부권을 위반한 것에 대해 책임이 있다고 주장하였다.

칠레는, 법원이 피해자에 대해 어떠한 소환요청도 없었고, 병역의무를 이행하지 않은 이유로 어떠한 형벌도 이들에게 부과하지 않았기 때문에, 협약 제1조 1항, 2조, 11조 혹은 12조의 위반이 없다고 하였다. 더욱이 개인의 병역의무의 이행은 미주인권협약이 체약국의 권한을 인정하고 있는 개인적 권리에 대한 제한이라고 하였다.

당사자들의 주장, 협약에서 규정된 권리와 기록상 증거를 분석한 후, 미주인권위원회는 칠레는 협약 제1조 1항, 2조, 11조와 12조의 위반책임이 없다고 결정하였다. 이 사건에서는 양심적 병역거부자에 대한 어떠한 형벌도 없고, 국내사법절차의 구제를 받지 않은 경우에는, 단순한 의사표명으로는 양심적 병역거부를 인정할 수 없으며, 국내에 관련이행입법이 없다는 사실이 미주인권협약 위반이라고 볼 수 없고 국내법제화는 국가의 판단과 재량문제라고 하였다.

2. 옴부스만에 의한 우호적 해결

---

40) Report Nº 43/05, Case 12.219, Merits, Cristian Daniel Sahli Vera *Et Al.*, Chile, March 10, 2005.

41) 제2조(국내법적 효과): "제1조에서 지적된 권리 또는 자유의 행사가 입법 또는 다른 규정에 의하여 아직 보장되지 않는 경우, 당사국은 자국의 헌법절차와 이 협약의 규정에 따라서 이들 권리 또는 자유를 이행하는 데 필요한 입법 또는 기타의 조치를 취할 것을 약속한다."

2004년 1월 8일 Alfredo Diaz Bustos v. Bolivia 사건에서, 미주위원회는 볼리비아공화국의 옴부스만(이하 청원인)이 제기한 청원을 접수하였고, 청원인은 볼리비아가 Alfredo Diaz Bustos에게 손해를 가하여 미주인권협약 제1조 1항(차별금지원칙), 2조(국내법적 효과), 12조(양심과 종교의 자유), 24(평등한 보호를 받을 권리)와 25조(사법적 보호에 대한 권리)를 위반하였다고 주장하였다.[42]

청원인은 여호와의 증인으로서 자신의 양심적 병역거부권이 당국에 의하여 침해되었고, 볼리비아는 자신이 체약국으로 되어 있는 미주인권협약에서 규정하고 있는 권리를 존중하고 보장할 의무를 이행하지 못했다고 하였다. 청원인은 또한 볼리비아가 법 앞에 동등한 보호를 받을 의뢰인의 권리를 침해했고, 국가방위법이 로만가톨릭인과 다른 신념을 가진 자 간에 동등하지 않은 처우를 규정하고 있으며, 전자는 병역면제를 받는 반면 후자는 면제대상이 되지 않는다는 이유로 여호와의 증인인 Bustos가 차별을 받았다고 했다.

또한 청원인은 헌법재판소의 최종판결에서 양심적 병역거부와 관련한 사안은 법원에 제기될 수 없고, 양심적 병역거부를 이유로 양심과 종교의 자유를 가질 권리의 위반은 재판에 회부될 수 없다고 함에 따라, 볼리비아는 피해자의 사법적 보호를 받을 권리를 침해했다고 하였다.

2004년 7월 4일, 볼리비아는 미주인권협약 제48조 1항 f[43]와 49조[44]에 의거하여 우호적 해결을 위한 협정에 서명하였다. 2005년 8월 22일, 볼리비아의 옴부스만은 사안을 우호적 해결에 따라 분쟁을 종료할 것을 요청하였다. 옴부스만의 조정에 의하여 Bustos는 볼리비아 정부로부터 무력충돌시 전투에 참여하지 않을 것을 규정한 병역기록과 정부결정(a ministerial resolution)을 받아 냈다.

---

42) Report No. 97/05, Petition 14/04, Friendly Settlement, Alfredo Diaz Bustos, Bolivia, October 27, 2005.

43) Art. 48 (1) f: “The Commission shall place itself at the disposal of the parties concerned with a view to reaching a friendly settlement of the matter on the basis of respect for the human rights recognized in this Convention.”

44) Art. 49: “If a friendly settlement has been reached in accordance with paragraph 1.f of Article 48, the Commission shall draw up a report, which shall be transmitted to the petitioner and to the States Parties to this Convention, and shall then be communicated to the Secretary General of the Organization of American States for publication. This report shall contain a brief statement of the facts and of the solution reached. If any party in the case so requests, the fullest possible information shall be provided to it.”

미주인권협약 제49조와 절차규칙위원회 제41조 5항에서 규정하고 있는 해결보고서를 작성하였고, 이 보고서는 청원인이 주장한 사실과 당사자간 합의한 해결책에 관한 간단한 성명을 담고 있다.

이 사안은 국내법에 의해 특정종교인이 다른 종교인과 병역면제에 있어서 다른 처우를 받는 것은 평등권 침해와 사법적 보호를 받을 권리에 대한 차별을 구성하는 것으로 보고 정부와의 우호적인 타협을 통하여 해결한 사건이다.

Ⅵ. 결 어

양심적 병역거부권은 세계인권선언 제18조, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조, 유럽인권협약 제9조, 미주인권선언 제3조, 미주인권협약 제12조 및 아프리카 인권헌장 제8조에서 규정하고 있는 사상, 양심과 종교의 자유를 가질 권리로부터 나오고, 양심적 병역거부권에 관한 최소한 기본원칙은 UN인권위원회 결의 1998/77에서 언급되고 있다. 1993년 채택한 일반논평 22는 병역거부권이 사상과 양심의 자유 및 종교의 자유를 규정한 B규약 제18조에서 나온다고 해석하였다.

UN인권위원회의 입장은 '완전거부'는 양심적 병역거부로서 보고 있지 않으며, 국내 병역법제도를 존중하면서, 그 거부의 사유로 폭력수단의 사용과 관련한 경우에 양심적 병역거부가 인정된다는 원칙을 제시하고 있다. 대체복무기간의 형평성은 복무의 성격과 이를 이행하기 위해 필요한 훈련 등의 시간이 고려된 합리적이고 객관적인 기준에 근거해야 하고, 단지 개인의 신념을 테스트하기 위해 연장된 것이 되어서는 안 된다는 하고 있다.

유럽인권재판소는 최근 병역에 대한 대안의 부재는 양심적 거부권의 위반이며, 양심적 병역거부에 대한 유죄판결은 유럽인권협약 제9조의 위반이라고 중요한 판결을 내렸다. 또한 병역, 대체복무 혹은 복역을 마친 후에도, 법과 관행에서 양심적 병역거부자에 대해 어떠한 차별도 없어야 하며, 이러한 차별은 사상, 양심과 종교의 자유의 지속적인 침해임을 강조하고 있다. 다른 주류 종교단체에 적용되는 종교의 자유와 종교의 자유를 실현할 수단을 결정하는 것은 국가의 권한이 아니며 특정종교를 또한 배제하는 것은 평등권 침해로 보았다.

미주인권위원회의 결정에서 보듯이 국내법에 의해 특정종교인이 다른 종교인과 병역면제에 있어서 다른 처우를 받는 것은 차별을 해당된다고 보고, 국내 옴부스만제도를 통한 정부와의 우호적인 타협을 통하여 해결하고 있다. 양심적 병역거부에 대한 관련 국내이행법이 없다는 사실 자체는 국제인권협약 위반이라고 볼 수 없고 법제화 문제는 주권적 판단과 재량문제임을 확인시켜 주고 있다.

국제기구의 결정이나 권고는 법적 구속력이 없으나, 국가주권존중원칙에 따라 법제도의 개선은 주권적 판단에 맡김으로서 국내적 합의와 결정을 통해 이행해 나아가 할 것이다. 조약과 국제판결은 국내적으로는 헌법과 국내법에 수용되어야만 직접 적용성이 있고, 다만 국제법 위반 시에는 대외적으로 국가책임이 발생할 수 있을 뿐이다. 궁극적으로 양심적 병역거부의 인정은 헌법적 판단과 법해석의 문제로 귀결된다.

공존의 지혜와 관용의 정신으로 탄생한 '양심과 종교의 자유'의 기본권과 헌법의 고유정신을 일깨워 양심적 병역거부자의 인권보장을 법제도 내로 끌어 들일 때이다.

양심에 따른 병역거부의 실태와 현황
— 지난 10년을 중심으로 —

김 수 정 (법률사무소 지향 변호사, 민변)

1. 들어가며
2. 대한민국의 병역제도
3. 양심에 따른 병역거부의 역사와 현황 및 병역거부자들에 대한 처우
4. 양심에 따른 병역거부권의 공론화 과정과 10년 동안의 변화
5. 사법부의 소극적 변화
6. 국제인권법에 비추어본 우리나라의 현황 및 평가
7. 결론에 갈음하여

1. 들어가며

2001년 초 한 시사 주간지에 양심에 따른 병역거부자[1]의 존재와 그에 대한 처벌의 역사가 보도되었고, 이후 양심에 따른 병역거부는 한국에서 가장 중요한 소수자 인권 문제로 부각되어 사회각계각층의 큰 호응을 얻게 되었다. 이후 10년 동안 우리사회는 양심에 따른 병역거부자를 무조건 병역기피자로 몰아세우던 관행에

1) 양심을 이유로 병역을 거부하는 자들(Conscientious Objecters)에 대하여 '양심적 병역거부자'라는 용어를 일반적으로 더 많이 사용하나, '양심적'이라는 뜻을 오해하여 군에 입대하는 사람들은 '비양심적'이라는 뜻이냐 라는 비판이 있기도 하였는바, 이에 일부에서는 이러한 비판에 수긍하여 '자신의 양심에 따라 병역을 거부한다는 뜻'으로 이들을 '양심에 따른 병역거부자'로 부르기로 하였다. 이러한 취지에 공감하여 이 글에서는 '양심에 따른 병역거부자'로 통일하여 서술한다.

서 벗어나, 양심의 자유와 병역의 의무 모두를 조화롭게 보호할 수 있는 합리적인 방안을 모색해보자는 논의를 활발히 진행하였다. 비록 헌법재판소가 두 차례에 걸쳐 양심에 따른 병역거부를 인정하지 않고 있는 현행 병역법이 합헌이라는 결정을 하여 그 논의가 주춤하고 있기는 하지만 결코 과거로의 회귀라고는 할 수 없을 것이다.

양심에 따른 병역거부권이 공론화된 지난 10년 동안 양심에 따른 병역거부자를 바로 보는 시각에 많은 변화가 있었다. 종래 병역거부가 종교적 양심에 의한 병역거부자에 한정되어 있었으나 평화와 전쟁반대의 신념에 의한 병역거부자가 등장하면서 양심에 따른 병역거부가 특정 종교에 대한 특혜의 문제가 아니라 양심과 신념의 문제라는 인식이 확산되었고, 나아가 양심에 따른 병역거부는 평화운동이라는 영역으로 까지 확대되었다. 특히 사법부에서 많은 변화가 있었다. 비록 헌법재판소에서 두 번의 합헌결정을 하면서 과거와 크게 다르지 않은 태도를 유지하였지만, 일선 법원에서 이어진 수차례의 위헌 제청 등은 양심에 따른 병역거부에 대한 전향적 판단이 머지 않았음을 보여 준다.

이하에서는 향후 병역거부권이 나아가 바를 논의하는데 도움이 되고자 지난 10년 동안의 양심에 따른 병역거부의 실태와 현황을 살펴보고자 한다.

2. 대한민국의 병역제도

우리나라는 국민개병제에 입각한 징병제를 실시하고 있으며, 그 근거는 헌법 제39조 제1항의 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다”는 조항과 병역법 제 3조 제 1항의 “대한민국 국민인 모든 남자는 헌법과 이 법이 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다”는 규정이다. 병역은 현역, 보충역, 예비역 [2]등으로 구분된다. 현역은 5주의 기본군사훈련을 포함하여 24～28개월을 복무하며[3], 대체복무역인 보충역은 병역법이 정하는 신체 결함자, 학력 미달자, 가사사정상 현역 부적합자로 분류되어 편성되거나, 또는 특수한 기능이나 자격

2) 병역법 제5조, 제14조
3) 병역법 제18조 제1항

을 가진 자들이 보충역을 지원할 수 있다. 보충역의 복무 기간은 4주의 기본 군사훈련을 포함하여 26~34개월[4]이다. 예비역은 사병의 경우 제대 후 8년간 약 160시간의 군사훈련을 받아야 한다[5]. 병역의 면제는 병역법이 정하는 신체 결함, 학력 미달이나 가사 사정에 국한되며 양심에 따른 병역거부자에 대한 면제 조항이나 이들을 위한 대체복무역은 존재하지 아니한다.

대체역의 성격을 지닌 보충역을 이행하는 경우에도 예외없이 4주간의 기본군사훈련을 받아야 하므로[6], 양심에 따른 병역거부자들은 보충역 판정을 받았거나 보충역을 신청할 수 있는 자격을 갖추고 있다고 하더라도 이를 받아들이지 않고 처벌[7]을 감수하고 있다. 또한 예비역의 경우에도 양심상의 이유로 예비군 소집에 불응한 경우, 예비군 소집에 불응할 때마다 반복 처벌되는 등 가혹한 처벌[8]을 감수하고 있다. 따라서 사실상 양심에 따른 병역거부자는 예외 없이 처벌되고 있는 상황이다.

3. 양심에 따른 병역거부의 역사와 현황 및 병역거부자들에 대한 처우

가. 양심에 따른 병역거부의 역사와 현황

우리나라의 양심에 따른 병역거부자는 일제 식민지 시절이던 1939년 최초의 처벌 기록[9]이 보고 된 이래 지금까지 처벌된 누적 숫자가 1만 6천여명에 달한

4) 병역법 제30조 제1항
5) 병무청 홈페이지 http://www.mma.go.kr/www_mma3/main_exe_6.html 에 수록
6) 병역법 제55조
7) 병역법 제88조는 현역입영을 거부할 경우 3년 이하의 징역에 처할 수 있도록 규정하고 있고, 군형법 제44조는 집총거부자의 경우 항명죄로서 3년 이하의 징역에 처할 수 있도록 규정하고 있다.
8) 예비군 소집에 불응할 경우 병역법 제90조에 의해 6개월 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금형에 처해지며 동원훈련에 불응하는 경우 향토예비군설치법 제15조 제4항에 의해 3년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금형에 처해진다.
9) 일본 내무성 내부문서인 [사상월보](1941년 1월호)와 [특고월보](1939년 6월호)에 따르면 일본 115명, 한국 30명, 타이완 9명의 체포자명단이 게재되어 있고, 조선총독부 고등법원검사국

다.[10] 2011. 12. 1. 현재 761명의 병역거부자가 1년 6개월 이상의 형을 선고 받고 전국 교도소에 수감 중이다.[11] 지난 10년간 연도별 병역거부자 현황을 살펴보면 아래와 같다.

<표 1> 연도별 병역거부자 발생현황[12]

연도	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
인원	379	825	561	755	828	781	571	375	728	721	584

통계상 2001년부터 2011년 12월까지 병역법 제88조 제1항으로 실형선고를 받아 확정된 사람은 6,428명이고, 그중 99.65%인 6,405명이 1년 6개월의 실형을 선고받은 것으로 나타났다.[13] 이들은 종교적 신념 또는 양심의 자유를 이유로 병역을 거부했다.

한편, 2004. 10.경 여호와증인 신자인 김모씨는 병역을 거부하다가 캐나다에서 종교 난민으로 인정받기도 하였고[14], 2009.에는 평화적 신념과 동성애자로서의 인권침해를 피하기 위해 병역거부를 택한 김경환씨가 캐나다에서 난민지위를 획득했다.[15]

나. 과거 양심에 따른 병역거부자에 대한 처우

양심에 따른 병역거부자는 본질적으로 자신의 신념이 유일한 증거일 수밖에 없고 도주와 증거 인멸의 우려가 없는 데도 불구하고 거의 예외 없이 구속 상태에서 재판을 받았으며[16], 재판을 받고 있거나 교도소에 수감되어 있는 이들 중 80%가

사상부 비밀문서인 [사상휘보] 속간은 한국에서 총33명을 기소하였다고 밝히고 있다.

10) 2011. 대한변협인권보고서 특집 '양심적 병역거부와 인권'

11) http://www.jw-media.org/kor/20111201rpt.htm

12) 연합뉴스 2011. 12. 15.자

13) 2012. 1. 12.자 병무청의 정보공개자료 "연도별 병역거부자 현황 및 형사처벌 통계"

14) 국민일보, 2004. 11. 13. 문화면

15) http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/510429.html

16) 2002. 1. 29. 서울지방법원 남부지원이 병역법이 양심에 따른 병역거부자의 인권을 침해하고 있다는 이유로 관련 병역법 조항에 대하여 위헌심판제청을 한 이후 양심에 따른 병역거

양심에 따른 병역거부자의 문제가 공론화되기 시작한 2001년 중반 이전에 군사재판을 통해 군형법 44조에 근거한 항명죄로 법정 최고형인 3년형을 기계적으로 선고받았고, 아버지나 형이 같은 이유로 투옥되거나, 형제가 동시에 투옥된 경우에도 양형에 있어 거의 참작이 되지 않았다[17]. 또한 이들 가운데는 특수 전공자로서 4주의 기본군사훈련만 이수하면 보충역의 한 형태인 전문연구요원 제도나 산업특례요원 제도를 이용할 수 있는 기회가 있었지만 기본 군사훈련을 면제받을 수 없어 군형법, 병역법에 의거 실형을 선고 받고 복역한 경우[18]도 있다. 2001년 중반 이후로는 양심에 따른 병역거부자 대부분이 군 입대 자체를 거부하여 군형법 대신 병역법이 적용되었으며, 이에 따라 이들은 민간법정을 통해 재판을 받아 대부분 징역 18개월을 선고받고 복역 중이다.

한 때 양심에 따른 병역거부자들은 투옥되어, 전례 없는 국가주의와 강화된 병역법으로 인해 매우 가혹한 고문, 구타, 가혹한 처벌을 경험하기도 하였다. 1975년 당시 군사 정권의 대통령 박정희가 입영율 100%를 달성하라는 지시를 내림에 따라 병무청 직원들은 징집영장도 없이 여호와의 증인들의 집회 장소를 에워싸고 있다가 징집 연령에 해당된다고 판단되는 젊은이들을 군부대에 강제로 입소시킨 뒤 그곳에서 징집영장을 발부하는 일이 있었고, 이들이 재판을 받기까지 투옥되었던 군 영창에서 대부분의 고문과 가혹 행위가 자행되기도 하였으며[19], 1976년 강제 입영된 여호와의 증인 이춘길은 창원 39사단 헌병대 영창에서 구타로 인해 사망하기도 하였다[20]. 또한 이 무렵에는 양심에 따른 병역거부자가 형기를 마치고 출소하는 날 교도소 정문에서 병무청 직원들이 대기하고 있다가 그에게 징집 혹은

부자의 경우도 불구속 상태에서 재판을 받을 수 있게 되었고, 현재는 거의 대부분 1심 판결 전에는 불구속 수사와 재판을 받고 있다.

17) '양심에따른병역거부권실현과대체복무제도개선을위한연대회의', 민주사회를위한변호사모임 작성 제58차 유엔인권위원회 공동보고서

18) 한국과학기술연구원(KAIST)의 박사이자 교수 내정자였던 정성옥은 자신의 전공으로 인하여 보충역인 전문연구요원으로 징집되었지만 4주의 기본군사훈련을 거부하여 2001. 6. 입영거부로 입건되었고, 불구속 상태에서 재판을 받았으나, 2004. 1년 6월의 실형을 선고받고 현재 복역 중이다.

19) 홍영일 위 연구논문 중 부록

20) Eileen Cahill, "Conscientious objectors fight war against war," The Korean Herald (January 11, 2002), p9. (official web site, http://www.koreaherald.com/SITE/data/html_dir/2002/01/11/200201110011.asp에 수록)

예비군 소집 영장을 제시하고 다시 재판과 투옥을 하는 과정을 반복시켜 여러 번 투옥하는 사례도 있었다[21][22].

또한, 이들은 1991.경까지 가석방 대상 자체에서 제외되었으며, 이후에도 일반 재소자들과 달리 '여호와의 증인'인 병역거부자들은 가석방 심사기준에서 특별한 유형으로 분류되어 심사되었다[23]. 이들은 교도소 내에서 대표적인 1급 모범수로 평가받고 있음에도 통상의 경우 50%이상 형기를 복역하면 가석방의 혜택이 주어지는데 반하여, 형기의 75%이상을 복역해야 가석방을 신청할 수 있도록 하였으며, 경축일을 비롯하여 매년 몇 차례씩 정부가 전체 수감자들을 대상으로 하는 사면·복권 대상에도 전혀 포함되지 않았다. 또 다른 종교를 가지고 있는 수감자들은 외부로부터 정기적으로 교직자의 방문을 받는 등 종교활동이 허용되고 있었으나, 2003. 중반 이전까지는 여호와의 증인 수감자들은 '특수한 종교교리를 이유로 병역의무를 기피하는 등 실정법을 위반하고, 이로 인하여 형 집행중인 상태에 있으므로 이들의 잘못된 신념을 굳건히 할 수 있는 종교 집회 허용은 교정 교화의 목적과 배치된다'[24]는 이유로 일체의 종교활동을 허용받지 못하였다. 이와 관련하여

---

21) 대법원 1992.9.14, 92도1534

22) 양심에 따른 병역 거부자였던 여호와의 증인 정춘국은 의예과 재학 중이던 1969년(당시 21세) '병역기피죄'로 10개월의 징역형을 살았다. 26세인 1974년 '병역기피죄'로 재차 기소되어 3년형을 받았다. 1심에서 3년 구형에 1년 6개월을 언도 받고 항소를 하자 고등법원은 원심을 파기하고 3년을 언도하였다. 만 3년 간의 실형을 살고 대전교도소에서 출소를 하는 날 병무청 직원이 다시 징집 영장을 들고서 교도소 입구에서 그를 기다리고 있었다. 1977년이던 당시 29세의 정춘국은 32사단 군부대로 강제로 끌려 가면서 병무청 직원들로부터 "병역법상의 전과는 전과로 인정하지 않으므로 또 징집할 수 있다"는 말을 들었다. 당시 병역법에는 '고졸은 만 28세, 대졸은 만 30세가 되는 해 12월 31일까지 징집할 수 있다'는 규정이 있었지만 의예과 1년 중퇴인 정춘국이 의대4년을 졸업한 것으로 기록하여 징역을 살고 나온 정춘국을 재징집한 것이었다. 그리고 32사단에서는 병역법 전과가 있다고 누범 가산을 하였다. 징집할 때는 전과로 인정하지 않는다고 징집하더니, 형을 선고할 때는 전과로 인정한 것이었다! 1977년, 그리하여 항명죄로 최고형 2년의 두 배인 4년을 선고했으며, 이 재판을 받기까지 그가 구금되어 있는 군 부대 내에서 무릎을 꿇리고 가슴을 군화발로 걷어차서 뒤통수를 시멘트 바닥에 메치고 주전자로 얼굴에 물을 붓는 가혹 행위가 자행되었다. 결국 정춘국은 '병역기피죄'로 3년 10개월, 항명죄로 4년 등 도합 7년 10개월의 실형을 가석방없이 살았다('민주사회를위한변론', 2001. 7/8월, 제 41호, 정춘국 "잊혀질수 없는 기억에 대한 조사)

23) 교정국 (Correction Bureau in Ministry of Justice), (official web page, http://www.moj.go.kr/corrections/english/treat/intro_parole.html에 수록), 양심적 병역거부(사람생각, 2002년) 266면

24) 법무부 차별행위 권고에 대한 회신(교화61490-24)

2002. 10. 29. 국가인권위원회는 구금시설 내‘여호와의 증인’ 수용자들에게 종교집회를 허가하지 않는 것은 평등권 및 종교의 자유를 침해한 행위라고 결정하고, ‘여호와의 증인’ 수용자들의 교도소 안 종교집회 개최를 허용할 것을 법무부에 권고[25]하였으며, 법무부는 2003. 중반에 이르러서야 국가인원위원회의 권고를 받아들여, 수감중인 여호와의 증인 병역거부자들을 비롯해 소수 종교 신봉 수용자들의 종교집회를 허용함으로써 현재 이러한 차별은 시정되었다[26].

한편, 양심에 따른 병역거부자들은 석방된 후에도 전과로 인해 공무원 임용자격이 없으며, 민간 기업에 취업하고자 하는 경우에도 신원 조회에서 탈락하는 등의 사회적 차별을 경험하고, 병역법 제76조에 따라 관청허가업종 등에 종사하는 데 있어서도 제한을 받고 있다.

4. 양심에 따른 병역거부권의 공론화 과정과 10년 동안의 변화

가. 공론화의 시작

대한민국에서 양심에 따른 병역거부권이 공론화되기 시작 한 지 이제 막 10년이 지났다. 2001. 2. 초 한 시사주간지의 지면[27]을 통해, 일제강점기인 1939. 최초의 양심에 따른 병역거부자가 존재한 이래 그 이후 60여년간 1만 여명의 양심에 따른 병역거부자들이 존재해 왔다는 사실, 그리고 그들이 지금까지 모두 단 한 번의 예외도 없이 짧게는 1년 6월 길게는 3년형을 선고받아 감옥에 수감되어 왔다는 사실이 알려지게 되었고, 이후 양심에 따른 병역거부는 한국에서 가장 중요한 소수자 인권 문제로 부각되어 사회각계각층의 큰 호응을 얻게 되면서부터 공론화되기 시작하였다.

---

25) 국가인권위원회 2002. 10. 29. 결정, 2001진차2 양심적 병역거부 수용자에 대한 차별행위 개선

26) 국가인권위원회 2003. 7. 18. 보도자료, “법무부, 구금시설 내 소수종교 집회허용”

27) 2001. 2. 16 시사주간지 ‘한겨레21’은 ‘차마 총을 들수가 없어요’라는 제목으로 ‘양심에 따른 병역거부자’에 대한 기사를 다루었고, 이는 이후 한국에서 ‘양심에 따른 병역거부자’ 문제를 공론화시키는 계기가 되었다.

사회 일각에서는 대부분의 양심에 따른 병역거부자들이 여호와의 증인 신도들인 점에 착안 이 문제를 소수 특정 종교의 문제에 대한 특혜의 문제로 인식하거나(도시빈민사회복지선교회 회장이었던 개신교인 김홍훌 목사, 불교 승려 효림, 안식교인들이 군대 내에서 비무장 근무를 요구한 경우 등 여호와의 증인이 아닌 경우로 몇 건의 사례가 존재하였다), 양심에 따른 병역거부자들을 병역기피자들과 동일시하기도 하고, 남북분단의 상황 상 인권의 문제로 취급하는 데는 시기상조라는 반대의견이 팽배하기도 하였다.

나. 반전· 평화의 신념에 따른 병여거부자의 등장

2001년 말 여호와의 증인 신도가 아닌 자로서는 거의 최초로 오태양씨가 병역거부를 하였는데, 오태양씨 사례는 불교 신자로서 불살생계율과 반전 평화의 양심에 따라 병역의 거부한 최초의 사례가 되었다. 오태양씨의 등장으로 병역거부는 더 이상 특정 종교의 문제가 아니라, 세계관과 철학의 문제라는 인식이 확산되었다. 오태양씨의 병역거부 이후 천주교 신자로서, 불교 신자로서, 또는 반전 평화의 양심에 따라 병역을 거부하는 사례가 지속적으로 나타나고 있고, 2011. 12. 31. 현재 징역형이 확정된 사람은 모두 52명이다.[28] 2001년 여호와의 증인 병역거부자들의 실상이 알려지면서 공론화되기 시작된 양심에 따른 병역거부는 평화주의자들의 등장으로 이제 인권에 대한 존중과 보호의 문제임과 동시에 평화운동으로 새롭게 인식되게 되었다.

다. 공적 영역에서 진행 경과

한편, 2004. 5. 21. 서울남부지방법원 이정렬 판사의 병역거부자 3명에 대한 무죄판결[29]은 양심에 따른 병역거부를 공론화 시키는 기폭제가 되었고, 사회적 논의과정 또한 무조건적인 반대의견이 많았던 과거와는 달리 '양심'에 대한 진지한 논의와 대안 등에 대한 깊이 있는 논의가 이루어지기도 하였다. 2004. 7. 15. 대법원

---

28) http://www.withoutwar.org

29) 서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2002고단3949 병역법위반 판결

의 병역거부자에 대한 유죄선고[30], 2004. 8. 26. 병역법 제 88조 제1항에 대한 헌법재판소의 합헌결정[31]이 있었으나, 다수의 대법관과 헌법재판관이 대체복무제도 입을 권고한 이래, 2004. 9. 정기국회에서 사상 최초로 대체복무제 도입을 위한 입법안 발의(임종인, 노회찬 의원)가 이루어졌다. 2005. 3. 17.에는 국회 국방위원회에서 위 법안에 대한 공청회가 이루어지기도 하였으며, 2005. 12. 26. 국가인권위원회(위원장 조영황)는 제26차 전원위원회에서 양심적 병역거부권은 헌법 제19조와 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제18조의 양심의 자유의 보호 범위 내에 있음과 병역의 의무가 국가의 안전보장을 위한 국민의 필요적 의무임을 확인하면서 국회의장과 국방부 장관에게 양심에 따른 병역거부권과 병역의무가 조화롭게 공존하게 할 수 있는 대체복무제도를 도입하도록 권고하였다.

2006. 4. 5. 국방부는 이상돈 중앙대교수를 위원장으로 학계, 법조·언론·종교계, 시민단체, 체육·예술계 등 분야별 전문가와 국방부, 병무청 관계국장 등 17명으로 구성한 민간 중심의 정책공동체로서「대체복무제도 연구위원회」발족하고, 위 위원회는 종교적 병역거부자의 대체복무 도입 여부를 비롯한 대체복무제도 전반에 걸친 원칙과 기준을 설정하고 국민여론조사, 파급효과 등을 연구하였고, 이를 바탕으로 2007. 9. 정부는 대체복무제도를 도입할 것을 발표하였다.

2008. 7. 21. 국가인권위원회는 양심적 병역거부자의 대체복무 이행을 촉구하는 의견을 표명하기도, 하급심 법원에서 병역거부자에 대한 무죄 선고, 병역법조항에 대한 위헌제청 결정이 잇달았으며(아래 사법부의변화 참조), 2008. 5. 29. 유엔인권이사회가 한국정부에 유엔자유권규약 위원회의 권고 이행(양심에 따른 병역거부 인정하고 대체복무제 도입을 권고)을 촉구하는 등 대내외적인 노력이 있었음에도, 이명박 정권은 2008. 12. 24. 대체복무제 도입은 시기상조라고 하면서 노무현 정부가 2007. 9. 발표한 대체복무제도 도입계획을 무산시켰다.

그러나 이후에도 종교적, 평화적 신념과 양심에 따른 병역거부는 계속되었고, 하급심 법원에서는 지속적으로 병역법조항에 대한 직권으로 위헌제청결정을 하였으며, 병역거부자들의 유엔 자유권규약위원회의 개인청원, 김부겸, 이정희 의원의 대체복무제 도입을 위한 병역법 일부 개정안 발의[32] 등 대체복무제 도입을 위한 노

30) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 병역법위반 판결
31) 헌법재판소 2004. 8. 26. 2002헌가1 병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청

력은 계속 되고 있다. (별첨 2001년 이후 양심에 따른 병역거부 주요사건 일지[33] 참조).

5. 사법부의 소극적 변화

가. 과거 대법원의 태도

2001년 이후 10년 동안 양심에 따른 병역거부와 관련하여 가장 많은 변화가 있었던 부분이 법조계라고 하여도 과언이 아니다.

과거 양심에 따른 병역거부자들은 1969년, 1985년, 1992년 각각 대법원 상고심에서 양심에 따른 병역거부가 종교와 양심의 자유에서 비롯된 행위이므로 양심에 따른 병역거부는 병역의무 위반이 아니라는 점을 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 "종교의 교리를 내세워 법률이 규정한 병역의무를 거부하는 것과 같은 이른바 양심상의 결정은 헌법에서 보장한 종교와 양심의 자유에 속하는 것이 아니다"(대법원 1992. 9. 24. 선고 92도1534 항명 판결)라고 판시하는 등 일관되게 부인하여 왔다. 이러한 대법원의 입장은 양심상 결정의 실현을 이유로 형벌을 과하는 것은 양심의 자유 또는 종교의 자유에 대한 극단적 침해라는 주장에 대하여 사실상 판단을 회피하였거나, 양심의 자유의 범위에 대하여 한마디의 언급도 없이 논리의 비약을 거쳐 단순히 양심에 따른 병역거부는 양심의 자유에 해당되지 않는다고 하는 등 판단유탈의 오류를 범하고 있다는 이유로 비판을 받아 왔다. 그러나 이러한 비판에도 불구하고 법원은 단 한 번의 예외도 없이 위와 같은 대법원 판례에 따라 양심에 따른 병역거부자들에 대하여 유죄 판결을 선고하여 왔다.

나. 법원의 변화의 시작

그러나 2002. 1. 29. 서울남부지방법원의 병역법 제88조 제1항에 대한 위헌여부

---

32) 2011. 7. 1. 김부겸 의원 대표발의, 같은해 9. 14. 이정희 의원 대표발의

33) 2011. 대한변협 인권보고서 특집 '양심적 병역거부와 인권'에 첨부된 부록

심판 제청 결정[34] 이후 법원의 태도에도 변화가 시작되었다. 위 결정 이후인 2002. 2. 8. 서울동부지원은 평화운동가이자 불교신자로서 병역을 거부한 오태양에 대하여 '도주 및 증거인멸의 우려가 없다'는 이유로 사전구속영장을 기각하는 결정을 하였고, 양심에 따른 병역거부자에 대한 구속영장이 기각된 첫 사례가 되었다[35]. 이후 법원은 구속 상태로 재판이 진행 중인 병역거부자에 대하여 '병역법 조항에 대한 헌법재판소의 결정에 따라 유무죄 여부가 달라질 것이라거나, 도주 및 증거의 우려가 없다는 이유'로 보석결정을 하거나, 구속영장이 청구된 병역거부자에 대하여는 영장을 기각하는 다수의 사례가 발생하였다. 이는 그동안 '양심에 따른 병역거부자'를 단순한 병역기피자로 보아 예외 없이 구속하고, 중형을 내리던 사법부의 큰 변화라 하지 않을 수 없다. 현재는 거의 대부분의 경우 불구속 상태에서 병역거부자에 대한 재판이 진행되고 있다.

2004. 5. 21. 서울남부지방법원 이정렬 판사는 양심에 따른 병역거부자 3명에 대하여 헌법 및 유엔 인권위원회 결의안, 세계 각국의 상황 등을 근거로 "양심적 병역 거부로 인해 국가 방위력의 손상이 있을 것을 우려하지 않을 수 없지만, 국가의 형벌권과 개인 양심의 자유권이 충돌하는 경우에는 형벌권을 한발 양보하는 것이 정당하다"는 취지의 무죄판결[36]을 선고 하였다. 이 판결에 대하여 "국가안보를

---

34) 서울남부지방법원은 사상 최초로 2002. 1. 29. 양심에 따라 병역을 거부하고 있는 경우까지 예외없이 처벌하고 있는 병역법 제88조 제1항 제1호에 대하여 위헌의 의심이 있다며 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하였다.

35) 서울동부지검은 오태양에 대하여 재차 영장청구를 하였으나, 2002. 2. 16. 서울동부지방법원은 '개인적 양심에 따라 병역을 거부했을 뿐 고의적인 병역기피 의도가 없고 도주 우려도 없다'가 없다는 이유로 다시 영장청구를 기각하였다.(한겨레, 2002. 2. 18. 사회면)

36) 이 판결은 참여연대 사법감시 센터가 선정한 '소수자 권익보호와 정의실현'을 위한 2004. 5대 '디딤돌 판결'에 선정되었다.(시민의 신문, 2005. 1. 14.), 당시 강금실 법무부장관은 인권위원회 강연에서 양심에 따른 병역거부 문제에 대해 '인간의 존엄과 가치를 상징하는 인권에 대한 문제제기는 의식적으로라도 이뤄져야한다'고 하여 사실상 양심에 따른 병역거부 문제가 공론화 된데 대해서 지지입장을 표명하였다(경향신문, 2004. 6. 2. 종합). 한편 이 판결의 경향에 대해 사법부와 법조계의 평가는 엇갈리는 것이었다. 서울중앙지법의 한 부장판사는 "입법으로 해결할 사안에 대해 사법부가 나서는 것은 3권 분립 취지에 반한다"고 지적했고, 다른 중견 판사도 "소수의 양심을 인정하면 다수에 대한 불균형이 발생할 수 있다"며 "사회의 다양한 이해관계의 충돌 속에서 사법부는 소수보다 다수를 위한 입장을 견지해야 한다"고 하였으나, 반면 일부 소장 판사들 가운데서는 "시대 변화에 부응하는 것"이라는 긍정적 평가가 있었다. 서울중앙지법의 한 소장 판사는 "앞으로 다양한 가치관과 철학을 가진 젊은 판사들이 배출되면서 유사한 판결들이 이어질 것"이라고 전망하기도 했다(한국일보, 2004. 5. 24. 사회면).

위태롭게 하는 판결이다." "국가가 침해할 수 없는 양심의 자유가 인정된 역사적 판결이다."는 등 찬반양론의 팽팽한 의견이 대립되었으나, 양심에 따른 병역거부 문제가 사회적으로 공론화되도록 하여, 적어도 양심의 문제를 진지하게 고민할 수 있는 계기를 제공하였다.

다. 대법원과 헌법재판소의 소극적 판단과 그 성과 및 한계

위와 같은 사법부의 괄목할 만한 변화에도 불구하고, 헌법재판소와 대법원은 하급심 법원 판사들의 적극적인 고민을 따라 가지 못하고 있다[37]. 많은 논란 속에서 13명의 대법관 중 12명이 “양심의 자유가 국방의 의무보다 우월적 가치라고 할 수 없다”라는 취지의 다수의견을 밝히고 양심에 따른 병역거부자에게 유죄를 선고하였으며, 이강국 대법관 1인만이 “피고인과 같은 경우에는 국가의 형벌권이 한 발 양보함으로써 개인의 양심의 자유가 보다 더 존중되고 보장되도록 하는 것이 상당하다”는 취지로 양심에 따른 병역거부자들에게 무죄를 선고하여야 한다는 반대의견을 피력하였다. 그러나, 양심에 따른 병역거부자들에게 유죄를 선고한 13인의 대법관 중 4인은 유죄의 의견을 유지하면서도 반대의견과 같이 대체복무제도의 도입을 촉구하는 보충의견을 피력하기도 하여 주목을 받았다. 헌법재판소는 2004. 8. 26. 9인의 재판관 중 중 합헌 7명, 위헌 2명[38]의 의견으로 합헌결정[39]을 내렸다. 7인중 5인의 재판관은 양심에 따른 병역거부자의 고뇌와 갈등상황을 외면하고 그대로 방치할 것이 아니라, 이들을 어떻게 배려할 것인가에 관하여 진지한 사회적 논의를 거쳐 나름대로의 국가적 해결책을 찾아야 할 때가 되었다고 판단하면서 입법자에게 대체복무제 마련 등 대안마련에 숙고해야 한다는 취지의 보충의견을 피력하였다.

대법원과 헌법재판소의 위 판결은 양심의 자유에 대하여 한마디 언급도 없이 무조건 처벌을 당연시 하였던 과거 대법원 판결에 비추어 보면 분명 진일보한 판결

---

37) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도292964, 2965 병역법 위반 판결
38) 헌법 재판관 김경일, 전효숙
39) 헌법재판소 2004. 8. 26. 2002헌가1 병역법 제1항 제1호 위헌제청

이라 할 수 있겠으나, 국방의 의무를 양심의 자유보다 더 높이 평가하여 양심실현의 자유를 극단적으로 침해하는 것을 합헌이라고 한 것은 우리 헌법과 국제 인권법의 기준에 비추어 볼 때 아직도 한계를 의식한 판결이라 하지 않을 수 없으며, "양심의 자유와 국방의 의무가 충돌할 때 양심의 자유가 좀 더 존중되고 보장되어야 한다"는 반대의견이 대법관 1인, 헌법재판소 재판관 2인 등 극소수에 불과하였다는 점 또한 아쉬운 점이라 할 수 있겠다. 다만 대법원과 헌법재판소 모두 양심에 따른 병역거부자에 대한 문제를 사회적 관용의 문제로 바라보면서, 대체복무제 도입의 필요성을 언급함으로써 향후 입법을 통하여 양심에 따른 병역거부자 문제가 해결될 수 있을 것이라는 단초를 제공하였다는 점에서 그 의미를 평가할 수 있을 것이다.

라. 하급심 법원의 계속되는 위헌 제청 결정과 헌법재판소의 합헌 결정

위 대법원과 헌법재판소 결정 이후에도 하급심 법원의 병역법 조항에 대한 위헌 제청은 계속 되었다[40]. 2007. 10. 26 청주지방법원 영동지원 판사는 병역거부에게 무죄판결을 하기도 하였다[41]. 또한 병역법 조항뿐만 아니라 예비군훈련 거부자에 대한 처벌 조항인 향토예비군 설치법 조항에 대한 법원의 위헌제청[42]도 있었다. 같은 조항에 대한 위헌제청이 하급심 법원에서 반복되는 것은 매우 이례적인 일이다.

헌법재판소는 위 1차 결정 이후 7년이 경과한 2011. 8. 30. 하급심 법원의 위헌 제청에 대해 결정[43]을 하였는데, 2차 결정 역시 합헌이었다. 헌법재판소의 2차

---

40) 춘천지방법원(2008헌가22), 대전지방법원 천안지원(2009헌가7), 전주지방법원(2009헌가24)4. 대구지방법원 김천지원(2010헌가16), 수원지방법원(2010헌가37)

41) 2007. 10. 26. 청주지방법원 영동지원 이형걸 판사는 위 대법원 판결와 헌재 결정이후 처음으로 양심에 따른 병역거부자에 대하여 '병역거부자들에 대해 아무런 대안이 제시되고 있지 않은 상황에서 이들에게 병역법 88조를 적용 오로지 형사처벌로만 일관한다면 헌법 제37조 2항 과잉금지원칙에 반하여 양심의 자유를 부당하게 침해하는 결과가 되어 위헌적 상황이 된다. 이러한 상황을 배제하고 법률의 합헌적 해석을 위해서는 2004년 7월 15일 대법원의 판결을 따를 수 없다'는 이유로 무죄를 선고하였다.

42) 울산지방법원(2007헌가12)

43) 헌법재판소 2011, 8. 30.선고 2008헌가22호, 2007헌가12호

결정은 내용 측면에서는 1차 결정에 비해 오히려 후퇴한 측면이 있다. 1차 헌재 결정이 국방의 영역에서는 입법부의 광범위한 입법재량권이 인정되어야 한다면서 양심의 자유에 대해서도 과잉금지원칙을 인정하지 않은 반면, 2차 결정은 국방의 의무 영역이라 할지라도 헌법 제37조 제2항이 제시하는 과잉금지 원칙이 적용되어야 한다는 진일보한 내용을 담고 있기는 하나, 전체적으로 후퇴한 측면이 있다. 특히 1차 결정에서는 다수의 헌법 재판관들이 비록 합헌 결정을 하면서도 대체복무제도의 도입을 권고하였는데, 2차 결정에서는 이에 대한 언급이 전혀 없다. 1차 헌재 결정과 위 대법원 판결이후 양심에 따른 병역거부에 대한 많은 논의가 있었고, 정부에서 대체복무제 도입을 위한 법안을 낼 정도로 사회적 합의도 많이 이루어졌다. 1차 결정시 '사회적 합의가 아직 부족하다'는 당시 헌법 재판소의 우려가 많이 해소된 상태였음에도, 여전히 안보 논리에 갇혀 1차 결정보다 후퇴하는 결정을 내린 헌법재판소의 소극적 태도는 매우 유감이라 할 수 있다. 또한 헌법재판소는 2차 결정에서 국제인권규범 측면에서 자유권규약의 내용은 우리 헌법과 동일하므로 특별한 의미가 없다면서 국제인권기구의 규범에 대한 해석의 구속력을 인정하지 않은 점에서 양심의 자유와 관련한 중대한 인권의 문제에서 국내법 체계가 한 단계 크게 진일보할 수 있는 기회를 놓쳤다는 점 역시 크나큰 과오를 범하였다 할 것이다.

마. 평가

2차 헌법재판소의 결정으로 사법부의 판단에 기대어 병역거부가 인정되기를 바라는 것은 더 이상 기대할 수 없는 일임이 분명해졌다. 양심에 따른 병역거부는 사법부의 소극적인 판단에 기대어 얻어질 수 있는 것이 아님이 분명하다. 보다 폭넓은 국민적인 공감대를 얻기 위한 노력과 적극적인 입법활동을 통해 병역거부의 정당성에 대한 논의가 더욱 확산되도록 다양한 방안을 모색해야 한다.

사법부는 더 이상 국가안보 논리에 갇혀 양심을 소홀히 하는 판결을 하여서는 아니된다. 사법부가 앞장서서, 국가안보와의 관계에서 양심의 자유를 옹호할 수 있는 기준을 마련하여 더 이상 양심을 이유로 감옥에 가는 일은 없도록 해야 한다. 비록 헌법 재판소가 또다시 병역법에 대한 합헌 결정을 하였지만, 하급심 법원의

반복되는 위헌 제청 , 병역거부에 대한 변화된 시각, 국제사회의 관심 등 여러 가지 여건에 비추어 볼 때 사법부의 전향적 판단 또한 멀지 않았음을 알 수 있다.

6. 국제인권법에 비추어본 우리나라의 현황 및 평가

국제인권법은 양심에 따른 병역거부권을 보편적 인권으로 인정하는 추세이며, 각 지역 국제법도 이를 기본적 인권으로 받아들이고 있는 것으로 볼 수 있다. 우리나라 역시 1966년 유엔에서 채택되고 1990년 대한민국이 가입 비준한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약[44](B규약)에 가입하였고, B규약 상 양심의 자유 조항에 관하여 아무런 유보도 하지 않았으며, 헌법재판소는 사죄광고위헌결정사건[45]에서 위 규약을 논거로 인용하기까지 하였다. 국제인권상황을 전반적으로 총괄하는 유엔 인권위원회 및 B규약의 이행상황을 점검하고 그 이행을 촉진하는 유엔 자유권규약위원회는 세계인권규약과 B규약에 정한 양심의 자유로부터 양심에 따른 병역거부권이 도출되는 것임을 분명히 하였고, 우리나라는 유엔 인권위원회의 여러 결의에 찬성함으로써 대외적으로 그 결의를 받아들일 의사를 표명하여 왔다. 우리나라가 찬성한 위 2000. 4. 30. 유엔 인권위원회 결의 제34호[46]에 따르면, 우리나라는 양심에 따른 병역거부권에 관한 우리나라의 현행 법령과 관행을 검토하여 이를 위원회에 보고하여야 하고, 양심에 따른 병역거부자를 위한 비전투적이고 공익적인 대체복무를 보장하여야 하며, 양심에 따른 병역거부자에 대한 형벌부과와 집행을 중지하고 병역법과 군형법의 관련조항을 개정하여야 한다. 그러나 우리나라는 실제로 B규약의 내용과 그에 관한 국제사회의 해석에 부합하도록 양심에 따른 병역거부권을 인정하는 방향으로 병역법과 군형법 관련 조항을 개정하지 아니하여, 1997년의 유엔 사무총장 보고서에서도 양심에 따른 병역거부를 인정하지 않는

---

44) International Covenant on Civil and Political Rights, 1996. 12. 16 채택, 1976. 3. 23. 발효, 대한민국 가입일 1990. 4. 10, 대한민국 적용일 1990. 7. 10

45) 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마 160

46) Commission on Human Rights Resolution 2000/34(E/CN4/RES/2000/34). “유엔 회원국에 대하여 1998년 77호 결의에 비추어 양심에 따른 병역거부와 관련한 현재의 법과 관행을 재검토할 것을 요청한다”고 결정

나라로 지목되기도 하였다[47].

한편, 2002. 11. 8. 국제사면위원회[48]는 우리나라의 양심에 따른 병역거부 상황이 매우 심각한 점을 우려하면서 당시 대선후보들에게 대통령에 당선될 경우 양심에 따른 병역거부권을 인정하고 양심에 따른 병역거부자들에게 대체복무를 허용할 것을 권고하였고[49], 2008. 3. 6.에는 이명박 대통령에게 양심에 따른 병역거부 인정을 촉구하였다. 2008. 5. 29. 유엔 인권이사회(Human Rights Council)는 한국정부에게 대체복무제를 도입하라는 권고를 이행할 것을 촉구했다. 또한 여호와의 증인으로서 종교적 양심에 따라 병역을 거부하고 실형을 선고받아 수감 중이었던 최명진[50], 윤여범[51]은 권리구제를 위하여 유엔 자유권규약위원회(Human Rights Committee)에 개인청원(Individual Communication)[52]를 제출하였고, 이에 대하여 대한민국에 2006. 11. 3. 규약 위반 및 배상을 권고하였다. 이후 2010. 3. 23. 오태양을 비롯한 정치적 병역거부자 11명에 대해서도, 2011. 3. 24. 여호와의증인 병역거부자 100명에 대해서도 대한민국의 규약위반 확인과 전과말소, 배상 및 대체복무제도 도입을 권고하였다. 그러나 헌법재판소의 2차 결정에서 보듯이 국제인권법에 비추어 대한민국에서의 양심에 따른 병역거부자들의 인권은 전혀 보호받지 못하고 있는 상황이다.

---

47) 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.

48) 국제사면위원회 권고문, “Summary of Concerns and Recommendations to Candidates for the Presidential Elections in December 2002" 중 일부,

49) 이석우, 위 같은책, 137면

50) 대법원 2004도2965 병역법위반

51) 대법원 2004도2964 병역법위반

52) 개인청원(Individual Communication)은 153개국이 가입한 국제인권규약인 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’상 권리를 침해당한 피해자가 규약의 이행상황을 감시하는 기구인 유엔인권이사회에 직접 권리구제를 요청하고 당사국의 책임을 묻는 일종의 ‘준소송제도’이다(장복희, 위 같은 책, 94면)

7. 결론에 갈음하여

지난 10년 동안 양심에 따른 병역거부자 문제가 사회적으로 공론화되어, 시민사회, 정부, 사법부 모든 분야에서 진지한 고민이 이루어졌다는 점은 매우 고무적이라 할 수 있을 것이다. 또한 양심에 따른 병역거부자들과 병역기피자를 동일시하던 시선도 많이 바뀌었고, 2001년 이전 무조건 구속되어 3년형을 선고받던 병역거부자들의 처우를 생각해보면 많은 발전이 있었던 것도 사실이다. 그러나 지난 10년 동안 양심에 따른 병역거부권을 인정함으로써 우리의 인권의 수준을 한 단계 발전시킬 수 있는 여러 차례의 기회가 있었지만, 그러한 기회가 마지막 기대지였던 사법부에 의해 좌절되고 말았다. 성과와 좌절이 겹쳐져 있는 10년이라 할 수 있겠다.

지난 10년의 성과와 좌절, 그리고 계속되는 병역거부자들의 결단과 희생이 바탕이 되어 앞으로 다가올 10년은 양심에 따른 병역거부권이 인정되고, 눈에 보이지 않는 양심까지도 넉넉히 인정되는 인권이 꽃피는 10년이 되리라 기대본다. 병역거부권은 양심의 자유라는 고귀한 인권의 발현일 뿐 아니라, 전쟁의 교훈 속에 평화를 갈망하던 사람들에 의해 꽃피우기 시작한 권리라는 것을 상기하며, 향후 10년은 병역거부권이 인정되어 분단의 땅에도 평화가 널리 퍼지는 10년이 되기를 기대해 본다.

<별첨>

2001년 이후 양심에 따른 병역거부 주요사건 일지[53]

2001년

2월 7일	한겨레21, “차마 총을 들 수가 없었어요” - 최초로 사회의 관심 촉발
4월 16일	병역 거부 관련 재판 군사 재판에서 민간 재판으로 진행
10월 26일	국방부, 대체 복무 수용 불가 입장 표명
12월 10일	서울대학교 공익인권법센터 토론회 '양심적 병역거부'
12월 17일	오태양, 병역거부 선언 - 특정 종교인 이외의 양심적 병역거부 시작

2002년

1월 29일	서울지방법원 남부지원, 헌법재판소에 병역법 제88조 위헌법률심판 제청
2월 4일	36개 시민단체, 양심에 따른 병역거부권 확보를 위한 연대 회의 발족
2월 28일	서울대학교 공익인권법센터, ‘양심적 병역거부’ 출간
3월 23일	기독교인 법학자 김두식 교수, ‘칼을 쳐서 보습을’ 출간
3월 25일	대한변호사협회 주최 토론회 '양심적 병역거부와 인권'
4월 6일	민변, 58차 유엔 인권위원회 회기에 한국의 양심적 병역거부 상황 보고
5월 8일	뉴욕 타임즈“South Korea Faces a Test of Conscience Over the Draft”
10월 19일	국가인권위원회, 여호와의 증인 양심적 병역거부자 종교 집회 허용 권고
11월 5일	국제사면위원회, 양대 대통령 선거 후보에 대체 복무 도입 권고

2003년

1월 20일	법무부, 인권위의 구금 시설 내 여호와의 증인 종교 집회 권고 거부 결정
3월 11일	신기남, 김홍신 의원 등 국회의원 30여명, 양심수 사면 촉구 결의안 제출
3월 20일	국방부 고등군사법원, 양심적 병역거부자 형량 완화 - 1년 6개월 선고
4월 3일	법무부, 양심수 사면 검토 표명
4월 22일	국방부, 양심적 병역거부자 사면 반대 입장 표명

53) 2011. 대한변협 인권보고서 특집 ‘양심적 병역거부와 인권’ 부록

6월 15일 KBS, 100인 토론 "병역-의무인가, 선택인가?"
12월 8일 민변, 2003년 한국인권보고대회 및 토론회

2004년

5월 21일 서울남부지방법원, 병역법 위반자 2명, 향군법 위반자 1명 무죄 선고
7월 15일 대법원, 병역법 및 향군법 위반자들 유죄 판결 - 대체복무의 필요성은 인정
8월 23일 국가인권위원회, 병역법 제76조 '취업제한' 조치 과잉금지원칙 위반 결정
8월 26일 헌법재판소, 병역법 제88조 합헌 결정 - 2인 위헌 의견, 5인 입법 권고
9월 22일 임종인 의원 외 21명, 병역법중개정법률안 발의
10월 18일 윤여범, 최명진, 유엔 자유권규약위원회에 개인청원 제출
11월 19일 노회찬 의원 외 9명, 병역법중개정법률안 발의

2005년

1월 30일 이석우 교수, '양심적 병역거부' 출간
3월 17일 국회 국방위원회, 병역법 개정안 공청회 개최
4월 19일 국회 법안심사소위, 병역법 개정안 관련 논의 시작
10월 19일 국가인권위원회, 양심적 병역거부권 및 대체복무제도에 관한 청문회 개최
12월 26일 국가인권위원회, 대체복무도입 권고결정 - 국가기관 최초 양심적 병역거부 인정
12월 26일 국방부, 양심적 병역거부 인정은 시기상조라고 입장 표명

2006년

1월 6일 국방부, 대체복무제도 민관군 전문가들 참여로 정책 연구 진행 발표
1월 9일 국가인권위원회, 국가인권정책기본계획 정부에 제시 - 대체복무제도 포함
9월 5일 병무청, 국제 세미나 개최- 선진국의 대체복무 사례 소개
10월 11일 국방부, 국정감사 자료 - 2001.~ 2005. 6.까지 양심적 병역거부자 3,654명
11월 3일 유엔 자유권규약위원회, 윤여범, 최명진 개인 청원에 대한 결정 - 규약 위반 확인 및 배상 권고

11월 28일 유엔 자유권규약위원회, 정부보고서에 대한 최종견해 - 양심적 병역거부 인정 권고

2007년

2월 5일 한명숙 국무총리, 비전 2030 인적자원 전략 발표 - 사회복무제 도입 시사

4월 2일 국경없는인권, 양심적병역거부 관련 간담회 개최 및 특별 보고서 발행

4월 18일 울산지방법원, 향토예비군법설치법 제15조 제8항 위헌법률심판 제청 결정

5월 15일 오태양 외 10인 양심적 병역거부자, 유엔자유권규약위원회에 개인청원 제출

5월 22일 법무부, 국가인권정책기본계획 발표, 대체복무제도연구위원회 결과반영 시사

6월 5일 대체복무제도연구위원회, 대체복무 도입은 시기 상조라는 결론 발표

6월 10일 기독교인 법학자 김두식 교수, '평화의 얼굴' 출간

9월 18일 국방부, 종교적 병역거부자에 대한 대체복무허용방안 추진 계획 발표

10월 26일 청주지방법원 영동지원, 입영거부 양심적 병역거부자에게 무죄 판결

11월 5일 한겨레, "양심적 병역거부 재판 연기 잇따라" - 대체복무허용 발표 후 19건 연기

12월 27일 대법원, 양심적 병역거부자의 상고 기각 - 자유권규약 위반 부정, 입법적 해결 촉구

2008년

1월 7일 국가인권위원회, 헌재에 의견서 제출 - 양심적 예비군훈련 거부자 처벌중지 및 대체복무제 도입 필요

1월 25일 국가인권위원회, 보편적 정례 검토(UPR) 위해 유엔인권이사회에 보고서 제출 - 대체복무제 도입 필요성 강조

3월 6일 국제사면위원회, 이명박 대통령에게 의견 표명- 양심적 병역거부 인정 촉구

4월 29일 정민규 외 488명, 유엔 자유권규약위원회에 개인청원 접수 완료

5월 29일 유엔인권이사회, UPR - 한국 정부에 유엔자유권규약위원회 권고 이행 촉구

6월 10일 한홍구, 박노자 교수, '총을 들지 않는 사람들' 출간
7월 4일 국방부, 대체복무제도 원점에서 재검토 의사 표명
7월 21일 국가인권위원회, 양심적 병역거부자 대체복무 이행 촉구 의견 표명
9월 5일 춘천지방법원 항소부, 병역법 제88조 1항 위헌법률심판 제청 결정
9월 19일 미 국무부, 2008년 세계 종교의 자유 보고서 - 대체복무제도 도입 촉구
10월 28일 서울대학교 사회과학연구원, 기획공청회 - "양심적 병역거부자 어떻게 할 것인가?"
10월 29일 대통령 직속 군의문사진상규명위원회, 결정 - 5인의 양심적 병역거부자 군의문사 관련 국가의 가혹행위 및 사망과의 인과관계 인정
12월 진석용 교수, 병무청에 대체복무 연구 용역 결과 제출 - 대체복무 가능
12월 24일 국방부, 대체복무 연구 용역 결과 발표 - 여론조사 근거로 대체복무 도입은 시기 상조 결정

2009년

3월 10일 민변, 유엔인권이사회 의견서 제출 - 대체복무 도입 취소 지적
7월 31일 대전지방법원 천안지원, 병역법 제88조 1항 위헌법률심판 제청 결정
10월 27일 미 국무부, 2009년 세계 종교의 자유 보고서 - 정부 대체복무제 철회와 위헌제청 보고
11월 5일 전주지방법원, 병역법 제88조 1항 위헌법률심판 제청 결정
12월 1일 EU, 리스본 조약 발효 - 양심적 병역거부권의 EU 각국 구속력 인정
12월 30일 수원지방법원 항소부, 병역법 제88조 1항 위헌법률심판 제청 결정

2010년

1월 5일 대구지방법원 김천지원, 병역법 제88조 1항 위헌법률심판 제청 결정
3월 23일 유엔자유권규약위원회, 특정 종교인 아닌 양심적 병역거부자 11인 개인청원 결정 - 규약 위반 확인 및 보상 권고
7월 7일 대화문화아카데미, 새헌법안 발표 - 양심적 병역거부권 포함
7월 29일 서울고등법원, 양심적 병역거부자 군의문사 항소 인용 - 국가배상책임 인정

9월	국회미래한국헌법연구회, '국민과 함께 하는 개헌이야기' 출간- 양심적 병역거부 및 대체복무 논의(진석용 교수)
10월 17일	미 국무부, 2010 세계 종교의 자유 보고서 - 병역거부자 처벌은 종교의 자유 침해
11월 11일	헌법재판소, 공개 변론 - 병역법과 향토예비군설치법에 대한 6건의 위헌제청사건과 3건의 위헌소원사건
12월 9일	대법원, 양심적 병역거부자 군의문사 국가 상고 기각 - 국가배상책임 확정

2011년

3월 24일	유엔자유권규약위원회, 병역거부자 100명 개인청원에 대한 결정 - 규약위반 확인, 전과 말소, 배상 및 대체복무제도 도입 권고
4월 8일	미 국무부 2011년 인권보고서 - 병역거부자 처벌 현황 보고
6월 2일	서울중앙지방법원, 양심적 병역거부자 변호사 백종건에 대하여 유죄 판결 및 위헌법률심판제청신청 기각 결정
6월 3일	개인청원 결정을 받은 100인- 입법부작위 헌법소원 청구
6월 3일	개인청원 결정을 받은 100인- 이명박 대통령에 복권 청원
6월 8일	변호사 백종건 헌법재판소에 위헌소원 청구
7월 1일	김부겸 의원, 대체복무제도 도입 병역법 일부개정안 대표 발의
7월 7일	유럽인권재판소, 양심적 병역거부자 Bayatyan 대 아르메니아 사건에서 양심적 병역거부에 대한 판례 변경 - 양심의 자유 침해 확인 및 배상 명령, 2006년 유엔 자유권규약위원회의 윤여범, 최명진 개인청원에 대한 결정 인용
8월 30일	헌법재판소, 향토예비군설치법 및 병역법 합헌 결정 - 재판관 2명 한정위헌
9월 14일	이정희 의원, 대체복무제도 도입 병역법 일부개정안 대표 발의
12월 19일	대한변호사협회, 유엔인권권고 분야별 이행사항 점검 심포지엄 개최, 2011년 3월 유엔 자유권규약위원회 개인 청원에 대한 결정 이행 사항 검토

대체복무제의 도입방안

이 재 승 (건국대학교 법학전문대학원)

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 대체복무제에 관한 주요결정과 정부의 입장
Ⅲ. 대체복무방안
Ⅳ. 맺음

Ⅰ. 서론

병역거부자의 문제는 한국사회에서 특정종교의 문제로 취급되었다. 병역거부를 이유로 처벌된 16,000여 명 중에서 99%가 여호와의 증인이었기 때문이다. 여호와의 증인은 보수적인 교회에 의해 종교적 이단으로, 일반대중에 의해서도 반국가적 존재로 규정되었다. 그러나 시민사회의 시선은 지난 10년 동안에 변화를 겪었다. 병역거부자들에 대한 처벌론이 초반에 압도적으로 우세하였으나 이해의 진전에 따라 처벌 반대론도 현저히 증가하였다. 처벌반대의 논리적 기반도 처음에는 종교적 소수자에 대한 관용(toleration)[1]이나 처벌무용론에 기초한 개혁론이 대세였으나 차츰 자유사회에서 양심의 자유가 최상급 정신적 권리이고, 전쟁과 평화에 대한 결정권이야말로 인권의 핵심이라는 사고도 비중을 더해갔다. 병역거부의 평화주의적 사유는 이라크 전쟁 반대에서 더 큰 반향을 야기하기도 하였다.

양심적 병역거부자에 대한 대체복무제의 도입여부에 대한 시민사회의 반응도 질적인 변화를 겪어왔다. 여론조사를 보면 10년 전의 여론조사에서는 80% 이상의 국민이 처벌을 고수했으나 4-5년이 지난 다음의 여론조사는 적절한 대체복무제를

1) 이 관용의 실체는 순수종교적 차원과 시민종교적 차원의 혼융이라고 여겨진다.

도입하는 것이 바람직하다는 의견의 비율이 괄목할만하게 증가하였다.[2] 물론 소수자의 문제에서 과반수의 지지를 얻는 것이 쉽지 않다. 필자는 대체복무 지지자들이 과반수에 이르지 못하더라도 입법을 결행하는 것이 합당하다고 주장했다. 본디 양심적 병역거부자의 문제가 종교적 문화적 아웃사이더들의 문제로 취급될 뿐만 아니라 징병제하에서 병역의무가 모든 국민과 관련되어 있는 중대사라는 점을 감안할 때 지금까지 보여준 놀라운 지지율로도 입법 여건이 성숙했다고 평가한다. 과반수나 절대적 다수의 지지를 기다리며 제도개혁을 미루는 것은 참으로 무모한 짓이다. 최근에 헌법재판소(2011)가 그저 추세에 미룸으로써 인권보호기관으로서 소임을 저버린 것은 유감이다. 더구나 불온도서사건에서 보듯이 군인을 특별권력관계의 객체로서 완전히 재봉건화[3]한 헌법재판소 아래서는 인권의 신장을 기대하기 어려울 것 같다. 한편 보수정권이 남북관계의 경색에서 정치적 이득을 추구하자고 덤빈다면 병역거부자에 대한 적대감은 고조되고 대체복무제 도입 전망은 나빠질 수밖에 없다. 완벽한 기독교 정권은 지난 4년 동안 그러한 우려를 현실로 보여주었다.

우리사회의 보통사람들이 6.25전쟁의 트라우마를 극복하고 정치적으로는 남북관계의 경색을 해소시키는 상황에서 대체복무제에 대하여 좀더 우호적인 여건이 조성될 것이라고 예상된다. 그런 점에서 보수정부의 정치적 역행을 만회하고 다시 전진하는 작업이 필요하고, 그와 더불어 긍정적인 여론을 회복시키고 발전시키는 것이 필요하다. 어쨌든 지난 10여 년간 시민사회는 지속적으로 대체복무제를 도입하여 병역거부자의 문제를 근본적으로 해결하자고 주장하였으며, 16대 국회에서 장영달, 천정배 의원이 각각 병역법개정안을 마련한 바 있다. 그러나 국회 내에서 논의의 초점을 형성하는 데에 실패하였다.[4] 그러나 그 법안은 엄청난 계몽효과를

---

2) 2008년 9월 12일 리얼미터에 따르면 대체복무제에 대해 '찬성한다'는 의견이 44.3%로 반대 여론인 38.7%를 넘어섰다. 지난해 9월 리얼미터 조사당시 반대가 49.7%로 찬성 35.5%보다 14.5%p 많았던 것과 비교할 때, 이번 결과는 반대가 11%p 줄어든 반면, 찬성은 14.2%p 증가해 1년 만에 찬반 여론이 역전됐다. 지지정당에 따라 대체복무제에 대한 의견차를 보여 진보신당(84.3% 〉 4.3%)을 비롯해 민주당(58.6%〉 32.4%) 지지층은 대체복무 찬성 의견이 우세한데 반해 자유선진당(36.5% 〈50.1%)과 창조한국당(35.4% 〈63.0%) 지지층은 반대 의견이 월등히 높게 나타났다.

3) 지난 2010년 불온도서관련 결정을 통해서 군인은 독자적으로 사유할 권리를 원천적으로 부정당하였다. 제복입은 시민이라는 민주적 이상과 너무나 동떨어진 것이었다. 이재승, 불온도서지정의 위헌성, 민주법학 제40호, 2009.

낳았다. 17대 국회에서는 임종인 의원과 노회찬 의원이 각각 대표로 발의한 바 있다. 18대 국회에서도 김부겸 의원과 이정희 의원이 각기 법안을 마련하였으나 소기의 성과를 거두지 못하였다. 그에 앞선 17대 국회였던 개혁정부 시기에 대체복무를 제도화하지 못한 것은 한국인권운동사에서 뼈아픈 패배라고 생각한다. 지금은 더욱 어려운 상황이라고 생각한다. 그러나 국회를 통해 합리적인 제도를 설계하는 것이 남아 있다고 생각한다.

Ⅱ. 대체복무제에 관한 주요결정과 정부의 입장

1. 헌법재판소

헌법재판소는 본디 국민들의 환상을 관리하는 기구이다. 그러나 최근에 헌재는 환상을 관리하는 데에 완전히 실패하였다. 거기에 갈 필요가 없다는 확신을 심어주었기 때문에 다음 헌법개정국면에서 폐지론에 봉착할 가능성이 높다고 본다.

헌법재판소가 2004년 결정[5]에서는 비록 병역법을 합헌이라고 하면서도 2004년

---

4) 이 법안은 안경환/장복희. 『양심적 병역거부』, 사람생각, 2002에 수록되어 있다.

5) 병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청 (2004. 8. 26. 2002헌가1 전원재판부)

(1) 양심적 병역거부의 문제는 이제 우리나라에서도 국가공동체의 주요한 현안이 되었다. 이미 오래 전부터 여호와의 증인을 중심으로 종교적 양심을 이유로 병역을 거부하는 현상이 존재하였고, 최근에는 이러한 현상이 불교신자, 평화주의자들에게까지 확산되는 것을 엿볼 수 있다. 병역기피자는 이 사건 법률조항에 의하여 형사처벌을 받는 것은 물론이고, 공무원, 임·직원으로의 취업을 제한받고 각종 관허업의 허가·인가·면허 등을 받을 수 없으며(병역법 제76조), 형사처벌을 받은 후에도 공무원임용자격이 상당한 기간 동안 박탈되는 등(국가공무원법 제33조 등) 사회적으로 막대한 불이익을 받게 된다. 양심적 병역거부자의 수는 비록 아직 소수에 불과하나, 입법자는 이 사건 법률조항의 시행으로 인하여 양심갈등의 상황이 집단적으로 발생한다는 것을 그 동안 충분히 인식하고 확인할 수 있었으므로, 이제는 양심적 병역거부자의 고뇌와 갈등상황을 외면하고 그대로 방치할 것이 아니라, 이들을 어떻게 배려할 것인가에 관하여 진지한 사회적 논의를 거쳐 나름대로의 국가적 해결책을 찾아야 할 때가 되었다고 판단된다. 국제적으로도 이미 1967년부터 유럽공동체, 국제연합의 차원에서 양심적 병역거부를 인정하여야 한다는 결의를 반복하기에 이르렀고, 1997년 국제연합의 조사에 의할 때, 징병제를 실시하는 93개국 중 양심적 병역거부를 전혀 인정하고 있지 않는 국가는 약 절반에 불과할 정도로 이미 많은 국가에서 입법을 통하여 이 문제를 해결하고 있다.

(2) 입법자는 헌법 제19조의 양심의 자유에 의하여 공익이나 법질서를 저해하지 않는 범

국면에서는 헌법재판소가 제도개혁의 필요성을 강조하면서 입법촉구의 취지의 결정을 하였으나 최근에는 시기상조를 이유로 병역거부자를 처벌하는 현재의 법적 상황을 완전하게 정당화하였다. 법의 지배와 같은 법 이데올로기에서 보면 헌법재판소는 법적 열망(희망과 절망)을 적절하게 관리하는 한도 내에서 성화된다. 그러나 헌법재판소가 번번히 대중들의 분노에 의지하여 소수자의 권리를 외면하면서 대중의 여론에 따라 움직이기만 한다면 소수자의 인권과 관련해서는 존재의의를 상실했다고 보아야 한다. 안보와 군대 이야기만 나오면 전쟁이성이 헌법재판소를 사로잡고 있다.

2. 국제인권법

현재 전세계 양심적 병역거부자의 80%가 한국의 감옥에 있다고 할 정도이다. 자유권위원회 뿐만 아니라 총회 역시 자유권규약(ICCPR)상의 양심의 자유에 "병역거부권"이 포함된다는 것을 선언하였다. 유엔에서도 병역거부와 관련하여 여러 차례 중요한 논평과 결정을 내렸다.[6] 유엔인권위원회(Commission on Human Rights) 제77호 결의(1998/4/22)는 이른바 '양심적 병역거부자의 마그나 카르타'로 불린다.[7] 여기에 합당한 대체복무제를 제시하고 있다. 그러나 헌법재판소는 국제

위 내에서 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적인 면제와 같은 대안을 제시함으로써 양심상의 갈등을 완화해야 할 의무가 있으며, 이러한 가능성을 제공할 수 없다면, 적어도 의무위반시 가해지는 처벌이나 징계에 있어서 그의 경감이나 면제를 허용함으로써 양심의 자유를 보호할 수 있는 여지가 있는가를 살펴보아야 한다. 그러므로 입법자는 양심의 자유와 국가안보라는 법익의 갈등관계를 해소하고 양 법익을 공존시킬 수 있는 방안이 있는지, 국가안보란 공익의 실현을 확보하면서도 병역거부자의 양심을 보호할 수 있는 대안이 있는지, 우리 사회가 이제는 양심적 병역거부자에 대하여 이해와 관용을 보일 정도로 성숙한 사회가 되었는지에 관하여 진지하게 검토하여야 할 것이며, 설사 대체복무제를 도입하지 않기로 하더라도, 법적용기관이 양심우호적 법적용을 통하여 양심을 보호하는 조치를 취할 수 있도록 하는 방향으로 입법을 보완할 것인지에 관하여 숙고하여야 한다."

6) 유엔 자유권규약위원회(Human Rights Committee) 일반논평(General Comments) 22/ 유엔 인권위원회 결의 1987/제46호, 결의 1988/제77호, 결의 2000/제34호, 결의 2002/제45호, 결의 2004/제54호

7) ① 양심적 병역거부권은 종교적, 도덕적, 윤리적, 인도주의적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 심오한 신념 또는 양심에서 유래하는 것으로, 이미 군복무를 하고 있는 사람도 양심적 병역거부권이 있다.
② 양심적 병역거부권은 세계인권선언 제18조, B규약 제18조에 기초한 정당한 권리행사

적 인권으로서 병역거부의 성격을 부정하였다. 첫째로, 양심적 병역거부권에 관한 명문의 조항이 시민적정치적권리규약(ICCPR)에 없다. 둘째로, 양심적 병역거부를 인정한 국제조약은 존재하지 않는다. 셋째로, 양심적 병역거부와 대체복무제에 관한 관행은 국제관습법이라고 볼 수 없다. 헌법재판소가 ICCPR의 해석에 있어서 장기판을 뛰쳐나온 말처럼 제18조를 마음대로 해석할 수 있는지 의문이다. 우선적으로 해당규약을 유권적으로 해석하고, 각국의 이행실태를 모니터하고, 규약의 발전적 형성을 주도하는 지유권위원회의 판단을 헌법재판소가 소닭보듯이 한다는 것이 어떻게 가능한지 의문이다. 한국정부는 자유권위원회의 판단과 결정을 법적으로 존중한다는 전제 하에서, 자유권위원회의 활동의 정당성을 인정하는 가운데서 규약에 가입한 것이기 때문이다. 한국정부는 자유권위원회의 해석이나 권고에 대하여 전부 유보한다는 취지에서 가입하지 않았다. 개별당사국이 악마가 성서보듯이 멋대로 해석할 수 있다면 규약이라는 것이 아무런 의미가 없을 것이다. 인권의 보편성이 아니라 인권에 대한 개성적인 해석만이 남을 것이다. 헌법재판소가 한국정부가 ICCPR의 당사국이라는 점을 전제하는 순간 자유권위원회의 결정과 해석방향에서 벗어날 수 없다. 그것은 헌법적 권리논쟁을 제도적 수준에서 전개하는 순간 헌법재판소의 결정에 속박되는 것과 같은 이치이다. 이 경우 헌법재판소가 오로지 강제력을 갖고 있다는 단 하나의 이유에 기하여 사람들이 헌법재판소에 승복

이다.

③ 양심적 병역거부권을 보장하는 제도가 없는 국가는, 양심적 병역거부자의 신념에 차별을 하지 않고, 양심적 병역거부가 특정한 사안에서 타당한지를 결정할 임무를 맡을 독립적이고 공정한 의사결정기관을 마련하여야 한다.

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(non-combatant) 또는 민간(civilian) 성격이어야 한다.

⑤ 국가는 양심적 거부자를 구금하거나 반복적으로 형벌을 받지 않도록 하여야 한다.

⑥ 국가는 양심적 병역거부자를 경제·사회·문화·시민 또는 정치적 권리 등의 측면에서 차별해서는 안 된다.

⑦ 양심적 병역거부로 인하여 박해를 피해 자국을 떠난 사람들에게 난민으로서 보호하여야 한다.

⑧ 양심적 병역거부권과 양심적 거부자의 지위신청에 대한 정보가 병역에 영향을 받는 모든 사람들에게 쉽게 제공될 수 있도록 하여야 한다.

⑨ UN 사무총장에게, 본 결의를 UN 회원국, UN 전문기관, 관련 정부간 기구 및 비정부기구에 통보할 것을 요청한다.

⑩ 다음 회기에 양심적 병역거부권에 관하여 계속 심의할 것을 결정한다.

한다고 헌법재판관들은 생각하지 않을 것이다.

둘째로, 국제관습법은 어떻게 확정할 수 있는가? 세계에 국가들은 참으로 많다. 인권관념에서 매우 열악한 수준의 국가들도 많다. 그러한 국가들을 통계의 주요한 부분으로 잡는다면 어떠한 좋은 국제관습이나 국제관습법이 될 수 없다. 헌법재판소는 별들의 시선이 아니라 바닥을 향하는 시선으로 이 문제를 답하고 있다. 그러나 우리는 법적 확신(opinio necessitatis)을 열악한 국가들의 실태에서 통계적으로 추출할 것이 아니라 이른바 유엔헌장에서 말하는 인권과 인도주의를 지향하는 관행에서 찾아야 한다. 그 경우 개별국가의 관행과 국제기구의 관행이 매우 중요하다. 앞서 언급한 ICCPR과 유럽인권협약, 각국의 병역거부법과 대체복무법, 자유권위원회, 인권이사회, 유럽인권법원의 결정, 각국법원의 결정 등이 고려되어야할 것이다. 전쟁의 참화에 한 가운데 있었던 유럽의 실태가 이 문제에 대한 법적 확신을 확인하는데 중요한 기준이 되리라고 본다.

양심적 병역거부가 인권으로서 확립되고 국제화된 것은 20세기의 세계대전의 참화에서 비롯된 것이다. 유럽의 분위기를 보면 기본적으로 서유럽국가에서 징병제를 유지하는 국가를 중심으로 대체복무제가 도입되는 첫 번째 국제적인 파고라고 생각된다. 물론 처음부터 모병제를 유지하거나 군대를 설치하지 않는 국가에게는 이러한 문제가 없다. 두 번째 파고는 동구권이 붕괴되고 구동구권 국가들에게 이러한 양심적 병역거부권이 확산되기 시작한 점이다. 세 번째 파고는 전반적으로 유럽에서 징병제가 폐지되거나 징집이 중단됨으로써 병역거부권이나 대체복무제의 문제가 해소되기 시작한다. 정치군사적으로 유럽 전체가 안정되면서 서유럽국가뿐만 아니라 동유럽국가들도 징병제를 폐지하고 있다. 아래에 제시된 표는 유럽연합 회원국 중에서 병역거부자를 처벌하는 국가는 단 한 나라도 없다는 점을 확인할 수 있다. 21개국은 징병제를 시행하지 않고 있으며, 6개국은 병역거부자를 위하여 대체복무를 시행하고 있다.

	징병제/폐지(중단)	현역복무기간	대체복무기간	대체복무 담당부처
Austria	시행	6 월	9월	내무부
Belgium	1994 폐지	-	-	-
Bulgaria*	2007			
Cyprus*	시행	26 월	42월	국방부
Czech Republic*	2004 폐지	-	-	
Denmark	시행	9 월	9 월	내무부
Estonia*	시행	8-11월	16 월	?
Finland	시행	6-12월	12 월	노동부
France	2001 폐지	-	-	-
Germany	2011 폐지	-	-	-
Greece	시행	9-12월	15월	국방부
Hungary*	2004 폐지	-	-	-
Ireland	미도입	-	-	-
Italy	2004 폐지	-	-	-
Latvia*	2007 폐지	-	-	-
Lithuania*	2008 폐지	-	-	-
Luxembourg	1967 폐지	-	-	-
Malta*	미도입	-	-	-
Netherlands	1996 폐지	-	-	-
Poland*	2009 폐지	-	-	-
Portugal	2004 폐지	-	-	-
Romania	2006 폐지	-	-	-
Slovakia*	2005 폐지	-	-	-
Slovenia*	2003 폐지	-	-	-
Spain	2001 폐지	-	-	-
Sweden	2010 폐지	-	-	-
United Kingdom	1960 폐지	-	-	-

<EU회원국가 징병제/대체복무실태(2012)>

	기타 유럽국가
징병제폐지(중단)	보스니아헤르체고비나(2007), 알바니아(2010), 크로아티아(2008), 몬테니그로(2006), 세르비아(2011), 마케도니아(2006)
대체복무제시행	노르웨이[8], 스위스(1.5배), 그루지아(2배), 아르메니아, 우크라이나*
처벌하는 나라	러시아, 벨라루스, 터키

<EU회원이 아닌 유럽국가>

8) 노르웨이는 병역거부자에 대하여 대체복무제를 시행하여 왔으나 2011년부터 면제하기로 결정하였다. Norway: end of substitute service for conscientious objectors(2011.10.10), http://www.wri-irg.org/node/135461

3. 국가인권위원회의 권고결정

국가인권위원회는 양심적 병역거부자의 인권실태를 조사하고, 각국의 병역거부 상황을 검토하고 고심 끝에 국가기구로서는 처음으로 양심적 병역거부자의 입장을 공식적으로 옹호하였다. 국가인권위원회는 국회의장과 국방부장관에게 양심적 병역거부자를 위하여 적절한 대체복무제를 도입할 것을 권고하였다. (2005/12/26)

4. 정부의 사회복무제 도입결정과 그 번복

유죄판결을 받은 병역거부자들이 자유권위원회의 청원절차를 통해 인권침해상황을 개인적으로 호소하였다. 자유권위원회도 한국정부에 대하여 적절한 대체복무제도를 마련하라고 촉구하였다.[9] 2008년 5월 유엔인권이사회 보편적 정례검토(Universal Periodic Review)에서 한국정부 당국자는 대체복무의 도입방안을 조만간 마련하겠다고 약속하였다. 또한 미 국무장관 라이스도 2008년 9월 대체복무도입을 촉구하였다. 그리하여 지난 노무현 정부의 막바지에 대체복무제의 도입을 약속하였고, 이를 전체적으로 사회복무제라고 불렀다. 이에 따라 2007년과 2008년 사이에 병역법개정이 시도되었지만 보수정부가 들어서면서 완전히 백지화되었다.

Ⅲ. 대체복무방안

과거 국회에서 대체복무제에 관한 많은 법안들(장영달, 천정배, 임종인, 노회찬,

---

9) 양심적 병역거부를 이유로 징역을 살았던 최명진, 윤여범씨가 2004년 10월 유엔 자유권위원회(Human Rights Committee)에 제출한 청원에 대하여 위원회는 2006년 10월 심사를 거친 후 “두 사람에 대한 한국 정부의 처벌은 자유권규약 제18조(사상 양심 종교의 자유)에 위반된다”고 결론 내렸다. 한국 정부에 권리침해에 대한 배상과 재발방지책도 마련하라고 통보했다. 자유권위원회는 “병역거부권을 인정하면 국가안보, 사회통합, 형평성에 심각한 문제가 발생한다”는 한국 정부의 주장을 반박했다. 자유권위원회는 병역거부권 인정이 국가안보에 위협이 된다는 사실을 정부가 증명하지 못했다고 판단했다. 위원회는 국민개병제 아래서도 대체복무제를 운용할 수 있으며, 군복무와 대체복무의 형평성을 확보할 수 있다는 점, 대체복무제는 사회통합을 해치기보다는 통합적 다원주의를 촉진시킨다는 점을 강조했다(Communications Nos. 1321/2004 and 1322/2004).

김부겸, 이정희 등)이 발의되었기 때문에 그 구체적인 내용들을 소개하거나 비교할 필요는 없다. 실제로 10여년에 걸치는 동안 양심적 병역거부자를 바라보는 시민사회의 의식만큼 법안의 품질도 변화, 발전했다고 할 수 있다.

결국 품위있는 대체복무제를 구성하는 것이다. 품위있는 대체복무제는 한국의 현실을 고려하지만 국제인권기준을 존중하고 병역거부자들의 권리를 덜 침해하는 방식으로 구체화할 때 가능하다. 과도하게 억압적이고, 대중의 복수심이나 가학욕구를 충족시키고자 할 때 입법의 목적을 달성하는 것이 아니라 그 법을 거부하는 사람들이 등장할 것이다. 따라서 형평성과 인도성을 충족시키는 제도가 필요하다. 제도의 설계란 합리적 타협점의 찾기이다. 그리스의 대체복무제에서는 복수심을 엿볼 수 있고, 독일이나 대만의 제도에서는 형평성과 인도성이 조화되는 좋을 모범을 볼 수 있다.

1. 병역거부 신청

1) 신청인

입대예정자, 현역군인, 직업군인, 예비군도 병역거부를 신청할 수 있어야 한다.

통상 입대예정자를 중심으로 병역거부자의 문제가 제기되어 왔으나 현역군인들이 해외파병을 앞두고 병역을 거부하는 경우가 비일비재하다. 현역군인의 경우에는 병역거부권을 포기한 자로 간주되는 경향이 없지 않으나 양심은 그 속성상 언제든지 발현될 수 있기 때문에 현역군인도 병역거부자로 인정받을 수 있어야 한다. 직업군인에게 병역거부권을 인정하는 것은 모순처럼 여겨질 수 있으나 마찬가지로 인정되어야 한다. 이 경우 병역거부신청은 일종의 제대신청으로 수용해야 한다.

예비군도 마찬가지이다. 한번 군대를 마쳤기 때문에 병역거부가 허용되지 않는다는 것은 있을 수 없다. 특히 우리나라에서는 예비군 훈련기간이 6년차에 이르기 때문에 예비군거부자들은 반복적으로 처벌됨으로써 생활상의 불이익이 매우 크다. 그들은 이미 기본적으로 병역의무를 이행한 자이므로 다른 대안적 조치를 강구할 필요가 있다. 그러나 2011년 향군법에 대해서도 합헌결정이 나온 것은 유감이다. 병역을 거부하는 예비군에 대해서는 스위스의 대체복무자들과 같이 일종의 대체복

무처분(소방훈련 또는 재난구조훈련)을 부과하는 것이 바람직하다.

2) 신청사유

병역거부 사유는 개괄적으로 하는 것이 바람직하다. '종교적 양심'을 사용하지 않는 것도 좋다. 종교적 양심은 우리 사회에서 합리적 토론과 다원주의, 관용으로 가는 길이 아니라 강박과 영혼의 정복, 저주의 불씨가 되기 때문에 과도한 강조는 좋지 않다. 굳이 사용하자면" 윤리적, 종교적, 인도적, 평화주의적 동기에 기하여 병역을 거부하는 자"로 규정하는 것이 좋다. 양심적 병역거부(conscientious Objection; 약칭 CO)가 국제적으로 통용되고 있으므로 이 개념을 회피하는 것은 합당치 않다. 국제적으로 '종교적 병역거부'라는 말은 쓰고 있지 않기 때문에 이러한 용어는 부적절하다. 인도적 이유는 동족상쟁과 남북대결을 회피하려는 민족적 동기나 태도를 포함할 수 있으므로 분단상황에 대한 평화주의적 접근과 극복의지는 장차 폭발성 있는 논점이 될 것이다. 병역거부의 대상이 전쟁 및 전쟁과 관련된 업무 일체(준비, 훈련, 입대)를 의미하기 때문에 거부의 유형에 대해서도 명료하게 하는 것이 필요하다. 이 경우 완전한 반전론자만 허용할 것인지, 제한적 반전론자도 허용할 것인지가 문제된다. 제한적 반전론자를 배제할 이유가 없지 않나 생각한다.

3) 신청시기

신청시기는 제한이 없다. 그러나 우리나라처럼 입대연기사유가 많아 입대일을 상당기간 늦출 수 있으므로 최소한 29세의 12월 31일까지 신청해야 한다. 병역거부를 이유로 입영가능연령을 경과한 경우에는 예외적으로 입대가능하다는 규정을 둘 수도 있다. 23세의 청년이 입대일을 하루 앞두고 병역거부신청을 하더라도 신청을 허용해야 한다. 이 문제는 신체검사 시점에서 적절하게 권리행사방법에 대한 고지절차를 두어야 한다. 현역군인, 직업군인, 예비군은 어느 때든지 병역거부 신청을 할 수 있다.

입대예정자는 주소지의 지방위원회, 현역군인, 직업군인, 예비군은 부대소재지 또는 주소지의 지방위원회에 신청한다. 입대예정자는 입대예정일 이전에 신청하고, 나머지 신청인은 언제든지 신청할 수 있다. 입대예정자는 신청 후 최종결정이 내

려질 때까지 소집영장이 집행되지 않으며(유예되며), 현역군인이나 직업군인의 경우에는 신청이후 최종결정이 내려질 때까지 부대 내에서 집총복무를 면제시키고, 예비군의 경우에는 최종결정이 내려질 때까지 소집훈련을 유예시킨다.

4) 제출서류

외국의 심사자료를 참조할 때 제출서류는 세 가지 유형으로 한다. 다음 사항은 법률수준에서 규정하는 것이 합당하다.

① 병역거부 취지를 담은 청구서(표준서식 1)
② 병역거부결정를 소명하는 이유서(표준서식 2)
③ 사회적, 종교적 경력 및 학력 등을 기록한 이력서(표준서식 3)
④ 앞의 서식내용에 기재한 중요사항을 증명하는 문서

제출서류의 양식에 대해서는 규정은 없으나 시행령에 그 규정을 마련한다. 병역거부자를 심사하기 위하여 제출할 서류나 문서는 표준서식을 통해 인터넷으로 쉽게 출력할 수 있게 한다.

병역거부의 취지를 담는 신청서(서식1)를 비치하고, 자신의 경력을 중단없이 기록할 수 있는 이력서(서식2)를 비치하고, 이력서 서식에는 증명해야할 중요한 사회활동, 사회경력, 단체경력, 종교경력, 학력란을 마련한다. 이 서식의 란은 당시 상황을 소상하게 설명하도록 유도하지 말고, 빠짐없이 연속적으로 기록하게 한다. 이력서식에 기재된 내용은 전체적으로 증명서를 통해 증명해야 할 사항이다. 그러나 기본적인 사항을 제외하고는 인간의 양심의 변화 발전 성숙 과정을 실체적으로 증명하는 것은 불가능하므로 외적인 사실증명에 국한하고, 자세한 내면의 발전과정은 이유서에 따라 판정한다. 병역거부결정을 설득력있게, 자세히 소명하고 정당화하는 이유서(서식3)를 제출하게 한다. 이 경우에도 형식은 자유로우나 A4용지 5매에서 10매를 넘지 않는 것으로 정하는 것이 타당할 것이다. 불충분한 경우에는 서면 또는 구두 소명기회를 부여한다.

2. 대체복무위원회

1) 관할부서(국방부 또는 보건복지부/행정안전부?)

병역거부 및 대체복무제를 관할하는 부서를 어디로 할 것인지에 대해서는 논란이 많다. 병역거부자의 신분은 비록 군복무를 대신하지만 군인이 아니고 민간인이 아니기 때문에 국방부나 군대관련부서가 이 문제를 계속 관할하는 것은 의문이다. 자칫 대체복무자 문제가 인권문제나 시민사회와 관련한 문제가 아니라 국방정책의 일환으로 취급될 가능성이 높기 때문이다. 국방부로부터의 직무 독립성은 중요하다.

따라서 국방부 이외에 보건복지부, 행정안전부(대만[10])를 대체복무시행기관으로 상정하고 있다. 직무 관련성을 감안하면 보건복지부가 대체복무의 이념에 좀더 부합하지 않을까 판단된다. 어느 경우이든 담당부처와 국방부/또는 병무청간의 충실한 업무협조가 이루어져야 한다. 굳이 국방부로 하더라도 문제될 것은 없다. 다만 직무독립성이 전반적으로 유지되느냐가 관건이다. 따라서 소속여부에 관계없이 독립적인 대체복위원회를 두는 것이 합당하다.

과거에 종종 대체복무위원회를 병무청의 산하에 설치하려고 하였다. 그러나 병무청이 국방부의 산하기관이고, 국방부의 병력수급정책에 많은 영향을 받기 때문에 병무청 소속으로 하는 것은 공정성과 독립성을 침해할 가능성이 높고, 병역거부자들의 권리를 제대로 옹호하기 곤란하다는 우려가 높았다. 그 경우 유엔인권위원회 제77호 결의 3항에 위배될 소지가 크다. 병무청과 독립된 제3의 기관이 바람직하고, 그 기관을 병무청과 병렬적으로 배치하는 것이 적절하다. 독일의 경우에는 연방가족청소년부의 소속으로 대체복무청이 설치되어 있다. 대체복무는 국방정책의 부수적 고려사항이 아니라 인권문제라는 점을 주목해야 한다.

2) 대체복무위원회

대체복무위원회는 중앙위원회와 지방위원회를 둔다. 중앙위원회는 정책개발부서, 병역거부자 심사부서로 두 개의 부서로 나눈다. 중앙위원회에 병역거부자 심사문제를 전속적으로 결정할 것인지 문제된다. 지방위원회를 1심기관으로, 중앙위원회를 2심기관으로 구성하는 방안, 지방위원회를 접수창구로 활용하고 중앙위원회만을 심사기관으로 하는 방안 두 가지로 생각해 볼 수 있다.

---

10) 대만은 병무청이 내무부 소속기관이다.

지방위원회는 지방병무청에 대응하여 대체복무위원회를 설치한다. 지방위원회를 내실화하여 1차 심사기관으로 하는 것이 병역거부자의 권리보호에 보다 우호적일 것이다. 그러나 초기의 혼란을 감안하여 제도 시행후 경험을 축적한 후 2-3년 후에 지방으로 이양하는 방법도 좋겠다.

(1) 병역거부자판정심사위원회

위원회는 15인 이내의 위원으로 구성되고, 위원장은 국무총리가 임명하는 것이 바람직하다. 어느 부처에 속할 것인지는 논란이 있으나 병무청보다 보건복지부에 소속시키는 것이 적절하다. 위원은 법률가, 관련학문 대학교원, 시민단체로부터 추천받은 사람, 관계행정기관소속 고위공무원 중에서 임명하는 것이 적절하다. 국방부나 병무청의 산하기구가 되는 경우라면 기관의 독립성을 엄격하게 확보해 주어야 한다. 특히 국방장관이나 병무청장의 개인적인 견해에 따라 이 제도가 황폐화될 소지가 많기 때문이다.[11] 우리나라에서는 보수적인 기독교 종파들이 이교심( ) 때문에 병역거부자들에 대하여 적대적인 태도를 취해왔던 사정을 감안할 때 목회자들의 참여에 신중을 기해야 한다. 종교계 인물들이 다수 관여하는 것은 종교재판을 연상시킬 수도 있고 공정성에 심각한 우려도 있다.

위원회는 위원장, 상임위원, 비상임위원 전원으로 구성된다. 처음부터 15인의 전원위원회를 구성하고, 심사청구에 대한 최종결정은 위원전원이 참석하는 전원위원회에서 결정하도록 하는 것이 적절하다. 전원위원회는 지속성과 일관성을 갖도록 하고 독립성을 갖게 하는 것이 무엇보다 중요하다. 수시로 결석하거나 수시로 위원을 변경할 수 있게 구성 운영하는 것은 부적절하다.

(2) 소위원회

위원장을 제외한 위원 전원을 2개의 소위원회로 나누어(15인의 위원인 경우 각7인) 소위원회별로 심사청구사건을 분장하여 사전에 심사하는 것을 정례화하는 것이 합당하다.

소위원회중심으로 결정하고, 소위원회에서 결정한 것은 특별한 문제가 발견되지

11) 그리스 국방장관은 대체복무제를 마지못해 도입하면서 "병역거부자들에게는 어떤 편의도 제공해서는 안 되며, 일주일에 7일을 근무해야 한다"고 막말을 일삼았다.

않는 한에서 전원위원회에서 원칙적으로 통과시키는 것이 적절하다. 사무처도 소위원회에 맞게 인력보강이 이루어지는 것이 합당하다. 그 경우 상임위원을 2인 두는 것이 적절하다.

이 경우 소위원회에서 가결된 심사청구와 부결된 심사청구를 전원위원회에서 다른 방식으로 고려하는 것이 합리적인지는 좀 더 검토해서 대통령령에 반영하는 것이 필요하다.

1년에 대략 1500건에서 2000건의 심사청구를 예상할 때 전원위원회보다 소위원회 중심으로 운영하는 것이 합리적이다. 소위원회에서 기각결정이 내려진 경우에만 전원위원회를 재심기구처럼 운영하는 것도 바람직하다. 향후에 발생할 소송에 대한 정책과 연결되는 문제이다.

3. 심사절차

1) 심사기준

독일에서는 법에 정해진 심사기준이라는 것이 별도로 없다. 신청사유의 타당성을 심사하는 것으로 충분하다고 판단하기 때문이다. 대만은 종교적 병역거부자에 대해서만 2년 이상의 종교단체 경력을 증명할 것을 요구하였고, 그리스의 경우에는 "총기소지, 사냥허가증, 불법폭력전과"등이 있는 사람에게는 병역거부신청자격을 부인하고 있다. 그러나 이러한 것들은 심사자료이거나 고려사항일 수 있지만 심사판정의 기준은 아니다.

"2년간의 종교생활 경력"과 같은 규정은 종교적 병역거부자에게 불평등하다. 비종교적 병역거부자에게는 2년간의 평화활동경력을 요구하지 않기 때문에 종교적 병역거부자에게는 부당하다. 또한 병역거부의 결정이 중요한 것이지 특정교단의 소속성이나 경력 등은 중요한 것이 아니다. 종교적 이유로 병역을 거부한 청구인의 결단을 확인하는 자료로서 종교생활의 경력은 제한적인 의미를 지닐 뿐이다.

"총기류소지 및 사냥허가증"의 보유는 병역거부의사와 모순되지 않기 때문에 중요한 요건으로 삼을 수 없다. 취미가 사냥이거나 사격인 사람이 병역거부자가 될 수 없다는 판단은 부당한 결부이다. 또한 범죄 전과기록도 문제이다. 본질적으로 현역처분이나 사회복무처분을 받을 수 있는 사람이면 누구나 병역을 거부할 수 있

기 때문에 병역거부자에게 전과기록이 전무해야 한다는 것은 부당한 차별이다. 또한 전과기록 유무만으로 병역거부자로서 부적합하다는 판정을 내린다면 매우 경솔한 발상이다. 예를 들어 반전 평화집회를 참석하여 범법자가 될 여지도 얼마든지 있기 때문이다. 전과기록을 가진 청구인에게는 충분한 소명기회를 주고, '그 전과와 관련해서이든 또는 그럼에도 불구하고이든" 병역을 거부하게 된 이유를 듣는 것이 중요하다.

병역거부의 심사기준은 없다는 것이 진실이다. 오히려 양심적 병역거부자의 진실성 또는 진정성을 판별하는 것이 심사과정의 목표이기 때문에 특별히 외적인 서류로서 이를 대신할 수 없다. 제도의 합리적 설계로 극복해야할 문제이다.

2) 심리, 결정, 불복

위원회의 심리는 서면심리를 원칙으로 하되, 필요한 경우 구술심리를 할 수 있다. 위원회는 증인·참고인 등으로부터 증언 또는 진술을 청취하거나 서류의 제출을 요구할 수 있으며, 필요하다고 인정하는 경우에는 점검 또는 증거조사를 할 수 있다. 이 경우 신청인에게 불리한 사항을 들추어내기 위해 공권력을 행사해서는 안 된다. 전과조회를 하는 정도로 충분하다고 본다. 그러나 전과 때문에 양심적 병역거부자가 될 수 없다면 그는 군인도 되어서는 안 된다. 대원칙은 군인이 될 수 있는 자라면 대체복무자도 될 수 있다는 점이다. 양심적 병역거부자 판정절차는 성자선발대회가 아니기 때문이다.

위원회는 심사청구서를 받은 날부터 적정기간(60일) 이내에 결정하여야 한다. 위원회의 결정에 대해서는 인정처분을 받지 못한 자만이 불복할 수 있다. 불복하는 자는 중앙위원회(전원위원회)에 재심을 청구할 수 있고 법원에 재판을 청구할 수 있다. 위원회의 기각결정에 대하여 불복하는 자는 바로 행정소송을 제기할 수 있다.

신청인의 사생활에 대한 적절한 보호가 필요하다. 병무청이나 제3자가 개입하여 이의를 제기할 수 있게 하는 것은 적절치 않다. 일부에서 주장하듯이 의심스러운 양심에 대한 국방장관의 직권재심사의뢰는 법의 원칙에 반하는 것이다. 기본적으로 위원회의 독립성을 해치는 것으로 유엔인권위원회의 77호 결의 3항에 반한다.

4. 병역거부자의 복무

1) 소집 - 교육

병역거부자로 판정받은 사람은 대체복무역에 편입한다. 병역거부자로 인정받는 자만이 대체복무를 할 수 있다. 병역거부자로 판정받지 않고 군복무를 거부하는 자는 실정법의 테두리를 넘어간다. 병역거부자로 판정받고 대체복무에 투입되는 자는 적절한 교육훈련(소양교육, 업무훈련, 체력훈련)을 거친 후 근무처에 배치한다. 어느 경우에도 군사교육을 실시하지 않는다.

대체복무를 마친 자에 대해서는 이후 예비군훈련 등 군사훈련에 소집하지 않는다. 예비군 훈련일자 등을 감안하여 대체복무기간을 약간 장기로 할 수 있다. 아니면 독일처럼 유사시에 대체복무에 동원하는 규정을 둘 수도 있고, 스위스처럼 대체복무 예비역 제도를 둘 수 있다.

2) 복무기간

현역입영대상자의 자격요건을 구비하였으나 병역을 거부한 자는 현역육군복무자의 입대기간의 1.5를 넘지 않는 것으로 하는 것이 바람직하다. 또한 일률적으로 정할 것이 아니라 복무난이도를 감안하여 1-2개월의 범위에서 복무기간을 가감하는 것도 합당하다. 대체복무기간은 군복무기간에 비추어 약간 장기인 경우에 수용가능성이 높다.(대만도 처음에 22월 대 33월에서 22월 대 26월로 단축하였다).

<독일의 대체복무>

유형	군/대체복무	재난구호	개발봉사	해외봉사	자원봉사	경찰집행공무원	자발근로
기간	9월	6년	2년	9 + 2월	12월	소집면제	9 + 1년

사실상 병역거부를 권리로 인정한다면 장기간 복무를 강요하는 것은 부당하다. 나라에 따라서 완전히 동일하기도 하며, 긴 경우는 대체로 군복무기간의 1.5배 정도이다. 2010년 당시 독일의 군복무기간이나 대체복무기간은 9개월로 동일했다. 대만의 경우 현재 22개월 대 26개월이다. 그리스는 12개월 대 23개월로 시작하였

으나 대체복무기간은 과도하게 길어서 국제사회로부터 지탄을 받았다.

우리나라는 다른 나라에 비해서 군복무기간이 장기이므로 거기에 2배를 요구하는 것은 매우 불합리하다고 생각한다. 최근 병역법 개정방향에 따르면 면제의 비율을 줄이기 위하여 체격등급에서 낮은 등급자들도 입대를 가능하게 하고, 등급에 따라 복무기간의 차이를 두려고 하는 것 같다. 군복무에서 복무기간의 차이를 반영해 시행한다면, 대체복무에서도 신체등급에 따라 차이를 둘 수 있을 것이라고 생각한다. 그러나 그 경우에도 비례성의 원칙을 위반해서는 안 된다.

*독일은 2011년에 징집을 중단하였기 때문에 더 이상 대체복무제도 시행되지 않는다. 따라서 독일에 관한 설명은 가장 많은 수의 대체복무자를 장기간 운영해 왔던 경험을 활용하는 차원에서 언급한다.

3) 복무분야

병역무거부자는 국립특수병원·노인전문요양시설 등에서 보호·요양·자활 등에서 업무지원을 담당하거나 사회복지시설에서 아동·노인·장애인 등에 대한 보호·수발 등의 업무지원을 담당한다. 대체로 대체복무가 비군사적, 비국가적인 민간 업무(civilian service) 분야에서 시행되기 때문에 병원요양시설이나 사회복지시설에 집중되는 것은 당연하다. 그러나 환경보호, 하천감시, 삼림감시, 산간도서 또는 낙후지역 교육봉사, 해외파견봉사, 산림녹화사업이나, 해외개발 프로젝트 등 다양한 업무영역이 존재하므로 포괄적인 연구와 조사를 통해 수요공급을 예측하고 근무일자리를 확보해야 한다. 독일이나 대만의 제도를 참조하는 것으로 충분하다.

보다 전문적인 직무역량이 요구되는 것은 해당분야의 전문적인 직업교육이수자의 영역이고, 대체복무는 보다 사회적이고 일반적인 보조적 수준의 일자리이어야 한다. 중환자를 관리하게 하는 등 무조건 힘든 일을 시켜야 한다는 생각은 바람직하지 않다. 노동과 책임이 일반인이 감당할 수 있는 선을 넘어서는 안 된다. 단순히 기존의 업무를 대체복무요원에 떠넘겨 정부차원에서 비용절감만을 추구하지 말고, 새로운 서비스를 창출하는 것도 바람직하다.

병역거부자는 병역거부권을 행사하여 군복무 대신에 대체복무를 수행하는 자이므로 원칙적으로 복무수행과 관련하여 숙소나 피복비, 식품비 여타 비용은 국가가 부담해야 할 것이다. 대체복무자는 처벌을 받고 있는 사람이 아니다. 본질적으로

민간인이다. 노동시간, 휴식시간, 근무일수, 휴가 등이 공무원에 준해서 처리되어야 한다. 물론 현역 군인의 경우에도 이런 사항은 중요하다. 안보가 국가안보에 국한되지 않는다. 대체복무는 그 점에서 보면 사회안보나 인간안보에 유용한 제도다.

5. 징계와 처벌

1) 이른바 병역거부를 통해 병역을 면탈한 자

병역거부논쟁이 벌어진 이래로 이러한 행위를 어떻게 할 것인지가 과도하게 부각되었다. 대체복무를 인정할 수 없다는 측을 설득할 목적으로 제시한 법안들도 양심을 사칭한 자를 처벌하자고 규정하였다. 많은 법들이 이러한 발상을 벗어나지 못하고 있다. 그러나 이는 양심적 병역거부권이나 대체복무제의 본령을 망각한 발상이다. 양심은 선언함으로써, 결단함으로써 자기 자신과 일치되는 것이다. 병역을 거부하겠다고 결단함으로써 양심적 병역거부자로서의 삶이 시작되는 것이고, 이러한 결단에는 다양한 이유들이 병존한다. 이를 어느 하나로 환원하여 진짜양심과 거짓양심으로 구분하겠다는 것은 인간의 수준을 넘어간다. 따라서 거짓양심을 이유로 국방당국자의 재심사청구, 복무취소, 현역입대처분 등을 할 수 있다는 것은 근본적으로 잘못되고 자의적인 발상이다. 결국 우리는 복무기간과 난이도를 조정함으로써 무임승차자를 통제할 수 있다. 무임승차자가 다소 증가하더라도 그가 장기간의 대체복무를 피하지는 못할 것이기 때문에 특별히 문제삼을 일도 아니다. 그는 본질적으로 무임승차자가 아니라 선택권을 행사한 자에 불과하다. 노르웨이는 양심적 병역거부자에게 아예 군대를 면제하고 대체복무도 시행하고 있지도 않다는 사정을 감안하면 우리는 감정과잉 상태에 있다.

2) 복무이탈과 연장복무/처벌

대체복무요원의 근무이탈이나 근무소홀에 대해서는 적절한 규제방안이 마련되어야 한다. 근무처 상관의 일방적인 결정에 의해서 불이익조치가 취해지거나 일상적으로 연장복무조치가 취해져서는 안 되기 때문이다. 대체복무요원은 징계를 받고 있는 자가 아니라 사회적 분야에서 공익적 활동에 종사하고 있는 자이다. 이들의 권리를 옹호하기 위한 옴부즈만(ombudsman) 제도도 고려해 보아야 한다.

종래 병역법 규정은 연장복무를 통해 공익적 복무종사자를 규제하였으며, 징계권자에 의해 남용의 여지도 많고, 연장복무가 갖는 막심한 불이익 때문에 실제로 징계가 필요한 데에도 적절한 징계조치를 하지 못하는 경우가 많았다. 사실상 유명무실한 규정이 되거나 남용될 위험도 있다.

6. 경과조치

만약에 대체복무법을 도입하면 병역거부자들은 새로운 법에 따라 대체복무를 시행해야 하지만, 이미 유죄판결을 받고 복역 중인 자는 희망하는 경우 잔형기간의 비율에 따라 대체복무로 신속하게 전환하는 조치를 취해야 한다. 기타 예비군복무 거부자에 대한 대책도 예비군법에 마련하든지 병역법에 마련하는지 속히 조치를 취해야 할 필요가 있다. 아울러 병역거부를 이유로 유죄판결을 받은 사람들에 대한 신속한 사면 복권조치가 취해져야 한다. 처벌의 흔적을 공문서상에서 제거해주어야 한다.

Ⅳ. 맺음

최근 20여년 동안 한국사회에서 정체성과 관련하여 다양하고 이질적인 요소들이 표출되었다. 사회 각 부문에서 개인들이 개인적으로 또는 집단적으로 자신들의 개인적 또는 집단적 정체성을 드러내고 정체성 권리로 내세우고 있다. 민주화는 사회 각 부문에서 다양성을 드러내주었으며, 다원주의적 사회를 불가피한 사실로서 수용하도록 요구하였다. 따라서 새로운 사회는 획일적인 권위주의 대신에 새로운 통합주의를 추구해야 한다. 양심적 병역거부자를 위해 대체복무제를 도입하는 것은 종교적 소수자뿐만 아니라 각양각색의 소수자 정체성을 지닌 사람들을 한국사회가 포용한다는 점을 선포하는 상징적 행위가 될 것이다. 근본적으로 복잡성에 이른 사회에서 근본적인 문제들에 대하여 하나의 답변만을 강요한다면 어느 면에서도 현대의 국가상에 잘 맞지 않는다. 유엔헌장이나 각종 인권규약을 보더라도 국가의 사명은 본질적으로 인간의 안보, 인간의 삶의 질을 보장하는 데에 있다는

점을 알 수 있다. 양심적 병역거부는 크게는 국민국가와 국가종교에 대한 투쟁이라고 생각한다. 양심의 인정과 대체복무제의 도입은 윤리적 세계관들의 타협이라고 본다.

대체복무제도는 한국의 인권향상에 이정표가 될 것이다. 실제로 대만은 엄밀하게 말하자면 인권의식의 발현이라기보다는 군대정원의 감축과 연결되어 실용주의적인 개혁조치로서 대체복무제가 정착되었다. 한국에서 양심적 병역거부는 아직 결실을 보지 못했지만 국가와 시민간의 관계에 대하여 윤리적 철학적 성찰을 시민사회뿐만 아니라 국가에게도 요구하였다. 양심적 병역거부자의 양심을 국가권력이 아무리 처벌해도 바꾸지 못했다는 점을 인정한다면 답은 이미 거기에 있다. 문제를 인정하면 문제를 해결할 수 있다. 국회의 적극적인 대안을 기대한다. 국회에 제출되었던 대안들 중에서 취사선택하는 것으로 충분하다. 대체복무제도와 관련해 더는 연구할 필요가 없다. 오히려 대체복무 일자리를 확보하고 합리적으로 관리하는 작업을 준비하는 것이 필요하다.

<토론 1>

헌법과 국제법 측면에서 본 양심적 병역거부

오 두 진

1. 들어가며

1심에서만 연간 700~800건으로, 우리 법원에서 다뤄지는 인권 문제로서 단일 사건으로는 가장 많은 부분을 차지하는 양심적 병역거부에 대해 토론의 기회를 갖게 된 것을 개인적으로 매우 의미 있는 일로 생각하면서, 그간 헌법재판소와 일선 법원에서, 그리고 유엔 개인청원에 있어서 양심적 병역거부 사건들을 대리하면서 경험한 사실을 근거로 토론을 전개하고자 한다.

필자가 담당할 부분은 각각 헌법과 국제인권법에 대한 발제이므로 간단히 이 점을 논하고, 이어서 실무 관점에서 학계에서 더 깊은 논의가 필요한 부분과 앞으로 이 문제의 궁극적 해결을 위해 우리가 사용할 수 있는 긍정적인 논점들을 언급하고자 한다.

2. 헌법에 대한 논의

오동석 교수의 발제문은 본질적으로 기본권에 대한 입법권의 '제한' 조항인 헌법 제37조 제2항이 기형적으로 법원의 판단에 의하여 주로 '수권' 조항으로서 기능한다는 점을 명쾌하게 지적하였다. 특히 2004년 대법원은 동 조항을 근거로 구체적 비교 형량을 해보지도 않고 형사처벌을 정당화 하였으며, 헌재는 양심의 자유의 구조적 특질을 운운하며 비례의 원칙이 적용되지 않는다고 한 바, 이는 발제자의 지적과 정확히 상응한다. 작년 헌재의 결정은 다행히도 그간의 비판을 반영하여 과잉금지의 원칙을 적용하였으나 발제자가 지적한 것처럼 여전히 그 논리는 기본

권 제한의 정당함을 형식적으로 설시하는 수준으로 사용되었다. 그러한 폐쇄적이고 수동적인 결정의 논리적 원인으로, 발제자는 최고법원이 분단상황을 별도의 판단 없이 국가안보와 결합하고 있다는 점, 양심의 자유의 발현인 병역거부를 기본적으로 인권 혹은 공익적 관점에서 보는 것이 아니라 지나치게 사익화하여 공동체에 위험스러운 존재로 부정적으로 보고 있는 점을 들고 있다.

이러한 문제에 대한 대안으로 발제자는 전문에 나타난 헌법원리를 전제로 우리 헌법의 구조상 병역의무 혹은 국가안보 역시 평화주의적 관점 혹은 사적 이익으로 치환될 수 없는 기본권에 대한 존중을 범위에서 필요최소한으로 요청된다는 시각으로의 전환이 필요하다고 한다. 또한 헌법상 기본의무가 명시된 것 역시 국가가 국민에게 의무를 자의적으로 부과하고 그와 관련하여 국가권력을 남용하는 것을 방지하기 위하여, 즉 국가의 의무부과권이 헌법적 한계 내에 있음을 천명한 것으로 보아야 한다는 점도 들면서 자연스럽게 연결되는 자위적 관점에서의 국방의무는 직접적 군사력의 구성요소만을 의미하지 않으며 평화주의적 헌법가치의 실현과 양립할 것으로 요청된다는 것이다. 이러한 시각은 우리 헌법이 2차 대전 후 서구권이 형성하기 시작한 보편적 인권사상 중심의 헌법 구조를 그 기초로 하고 있다는 점과 일치하는 것이라고 생각한다. 매우 예리한 지적이다. 헌법이 국가 구성의 법이기도 하므로 각국의 독특한 상황이 반영되어야 하는 것은 사실이나 이를 강조하여 국가 내의 인권이 무참히 짓밟힌 세계대전으로 인한 트라우마를 극복하는 과정에서 나온 국가를 초월한 보편적 인권 사상이라는 흐름은 상황론이 넘을 수 없는 혹은 넘어서는 안되는 선이라고 생각한다.

다만, 평화주의적 헌법관에서 헌법 제6조 제1항이 어떤 중요한 의미를 지니고, 이를 통해 국내법 체계로 들어오는 국제인권규범이 헌법적으로 어떤 의미를 지니는지에 대한 보다 풍부한 논의가 필요하다고 본다.

또한 양심의 자유의 경우 침묵의 자유가 절대적 보호영역으로 인정되면서도 본질적으로 부작위 행위인 양심적 병역거부가 왜 손쉽게 제한이 가능한 외부적 실현의 자유로 평가되어야 하는지에 대한 헌법적 논의도 있어야 하겠다. 부작위성은 병역법 사건에서 기본권 제한의 한계성 문제와 그리고 반복적으로 처벌되는 예비

군 사건에서는 이중처벌 혹은 가혹한 처우의 문제와 맞닿아 있다.

3. 국제인권법과 UN 권고

장복희 교수의 발제문은 세계인권선언을 모태로 하는 국제인권규범이 유엔 기구와 지역적 보호제도를 통하여 어떻게 구현되고 있는지 균형감 있게 보여주었다. 대체로 양심적 병역거부가 국제인권규범의 측면에서 본격적으로 논의되기 시작한 것은 1980년대 후반부터이고, 1990년대에 그 논의가 최고조에 이르렀으며, 2000년대에는 권리로서 인정되는 확고한 자리매김을 하게 되었다는 흐름을 읽을 수 있었다.

구체적으로 UN 기구를 통해서는 완전거부자가 인정되지 않는다는 점, 현역의 2배가 되는 대체복무는 합리적이고 객관적인 기준이 아니라는 점, 대체복무를 포함하고 있는 국내병역제도 자체에는 불간섭이 원칙이라는 점, 양심적 납세 거부는 인정되지 않는다는 점을 확인할 수 있었다. 특히 대체복무의 기준과 관련하여 “대체복무의 기한이 단순히 양심적 신념의 진정성을 가리는 것으로 사용되어서는 안 된다”는 지적은 매우 의미가 깊다.

또한 양심적 병역거부의 법적 확립에 있어서 매우 중요한 역할을 수행해 온 유럽인권재판소가 내린 일련의 판결들의 소개는 이 문제가 확고한 법적 근거를 가지고 전개되고 있음을 확인시켜 주었다. 특히 그리스와 관련하여 내려진 소수 종교의 권리를 옹오한 의미있는 판결들이 인상깊었는데, 이러한 판결들이 그 이전까지 불관용적 태도를 고수하던 그리스의 입법 및 정책에 어떻게 반영이 되었는지 이해하게 되었다. 이는 2011년 양심적 병역거부의 권리성을 명시적으로 인정하는 판례변경이 있기까지 위 재판소가 어떻게 차근차근 토대를 쌓아왔는지 가늠해볼 수 있게 하였다. 유럽인권재판소는 양심의 자유로부터 바로 병역거부권을 도출하기 전에 1997년에는 평등권을 중심으로 2000년에는 양심적 병역거부로 처벌된 자를 직업선택에 있어서 차별하는 문제를 양심의 자유 침해로 구성하였던 것이다.

2006년 동 재판소가 Ülke v. Turkey 사건에서 양심적 병역거부자에 대한 거듭 처벌의 문제를 유럽인권협약 제3조의 잔인하고 가혹한 처우 및 처벌로 다룬 점도 같은 맥락에서 볼 수 있다고 생각된다.

한편, 한국이 가입하여 헌법 제6조 제1항에 의해 국내법의 일부가 된 자유권규약은 문자적으로 우리의 법이다. 따라서 이제는 자유권규약을 상징적이고 추상적인 법규범으로서가 아니라 구체적 규범력을 지닌 법으로 보는 시각이 필요하다고 본다.[1] 그렇다면 국제기구가 양심적 병역거부권을 도출하고 있는 자유권규약 제18조의 문언을 좀더 심도있게 다룰 필요가 있다고 생각된다. 예를 들면, 헌법 제37조 제2항과는 달리 규약 제18조 제3항에는 '국가안보'가 권리 제한 근거로 나오지 않는다는 점, 그리고 규약 제18조 제1항 및 제2항은 병역거부권을 명시한 독일기본법 제4조 제3항과 유사하게, 그러나 우리 헌법 제19조와는 달리 양심의 자유의 주체를 '국민'에 한정하지 않고 '어느 누구'혹은 '모든 사람'으로 명시하여 인간의 권리임을 강조하는 점, 국제기구가 양심적 병역거부자의 처벌을 자의적 구금으로 보는 상황에서 규약 제9조 제5항이 명시적으로 배상의무를 규정하는 점 등이다. 이제는 정교한 조문 분석을 통해 규범력을 도출할 때라고 본다.[2]

4. 추가 논점

가. 헌법과 국제인권법의 관계[3]

우리의 양대 최고 법원의 시각은 국제인권규약에 대한 국내법 체계에 매몰된 전통적인 관점에 머물고 있다. 특히 헌재는 작년 결정에서 유엔 인권위원회와 자유권규약위원회가 거듭거듭 "양심적 병역거부권이 자유권규약 제18조에 기초한 정당

---

1) 사실 우리 대법원도 이미 그렇게 하고 있다고 말할 수 있는데, 손종규 국가배상청구 사건에서 비록 부정적으로 사용하기는 하였지만, 규약 제19조 제3항을 직접 판결의 근거로 사용한 바 있다.

2) 2009년 양심적 병역거부권을 인정한 결정을 내린 콜롬비아 헌법재판소는 헌법 조문의 분석을 통하여 구체적 권리를 도출한바 있다.

3) 대한변협 2011 인권보고서 특집 "양심적 병역거부와 인권"

한 권리행사라는 점을 분명히 하고, 이 권리를 인정하지 않는 국가는 양심적 병역거부자의 신념의 본성을 차별하지 말고, 특정 사안에서 양심적 병역거부가 진지하게 이루어졌는지를 결정하기 위한 독립적이고 불편부당한 의사결정기구를 만들 것을 호소하고 있으며 또한 징병제를 채택하고 있는 국가의 경우 비전투적 또는 민간적 임무를 수행하며 징벌적 성격을 띠지 않는 대체복무제를 실시하라는 권고를 하였다"는 점을 인정하였다. 그러면서도, 규약 제18조가 병역거부권을 명시하고 있지 않다는 점, 국제인권기구의 해석은 구속력이 없다는 점, 입법자에게 형성권이 인정되는 분야라는 점 등을 근거로 규약에 따라 바로 양심적 병역거부권이 인정될 수는 없다고 결론을 내렸다.

자유권규약위원회의 견해를 정면으로 무시하고 자의적인 해석을 하는 것이 우리 정부가 자주적, 주권적 결정에 의하여 개인청원 제도를 규정하는 자유권규약 선택의정서에 가입한 취지와 어긋남은 별론으로 하더라도, 이러한 소극적이고 폐쇄적인 해석은 우리가 헌법 제6조 제1항에 따라 헌법의 내용과 유사한 내용을 담은 자유권규약에 가입한 취지와 목적과 상반된다. 국제법의 국내적 효력에 관한 헌법 제6조 제1항의 직접적인 유래는 제1차 세계대전 후 패전국 독일 바이마르 공화국 헌법 제4조인데, 제2차 세계대전 후 독일, 이탈리아, 일본, 그리스, 스페인 헌법 역시 이를 수용한다.[4] 전후 평화 및 인권에 대한 국제적 기준을 개별 나라에 도입하여 인권의 세계화가 추진되었고, 우리 헌법도 이런 추세를 반영하여 헌법 제정 당시부터 지금까지 동 조항을 보유하고 있다. 이런 헌법사적 배경과 문언 체계를 고려할 때 동 조항은 두 나라 관계를 규율하는 조약을 국내법 체계로 들여오기만을 위한 관문이 아니었다. 이는 '국제평화주의'에 입각한 국제법존중 원칙의 표현인 것이다.[5] 쉽게 말하자면, 헌법 제6조 제1항의 원래 취지는 인권에 대한 보편적 표준을 국내법 체계에 도입하는 관문 역할이다. 따라서 이러한 점에 비추어 보면 우리가 가입한 자유권규약은 비록 그 내용이 헌법과 유사하다 해도, 규약의 해석을 만연히 기존의 헌법 해석의 방식으로 할 것이 아니라 규약 해석에 대한 국제적 논의와 그 표준을 살펴 헌법의 해석을 그에 맞게 끌어 올려야 하는 것이다.

---

4) 정인섭, '신 국제법 강의', 박영사, 2010, 303면
5) 남복현, '국제조약과 헌법재판', 헌법재판소, 2007, 360면

우리 법원은 번번이 이 중대한 인권의 문제에서 국내법 체계가 크게 진일보할 절호의 기회를 놓치고 있다. 시각의 변화가 필요하다. 이제라도 애초에 헌법 제6조 제1항이 국제인권법과의 관계에서 어떤 역할을 하도록 마련된 것인지 좀더 면밀히 살피면 법원 역시 국제인권규범의 중요 요소를 적기에 국내법 체계와 조화를 시켜 국내 인권 보장의 수준을 격상시킬 수 있을 것이다. 이는 우리 헌법의 제정자가 예상한 일로서 헌법을 중심으로 한 국내법 체계가 살아서 역동적으로 발전하게 하는 역할을 한다.

나. 부작위성

양심적 병역거부는 본질적으로 부작위의 형태로 나타나는데, 특히 우리가 주목할 부분은 일반 부작위범 구조와의 차이이다. 우리 법원은 한 번도 이 점을 심도 있게 논의한 바가 없다.[6] 학계의 깊은 연구를 촉구하면서 필자가 감지한 차이점을 몇 가지 지적하고자 한다.

우선, 양심에 따른 거부는 인간의 존엄성과 양심의 자유의 본질적 부분과 필연적으로 그리고 매우 절박하게 연결되어 있다. 또한 양심 추지의 경우 외부에서 내면의 양심을 드러내는 것을 강요할 수 없다고 보아 절대적 보호를 하는데, 양심에 따른 거부는 그 유형이 매우 유사하다. 내면에 형성된 강한 내적 외침, 즉 양심에 비추어 특정 행동이 불가능하다고 절박하게 느끼는 사람에게 그 행위를 강제하는 것은 그 양심의 강제적 확인과 다를 바 없다. 따라서 양심적 거부는 양심의 자유가 보호하고자 하는 전형적인 영역의 문제로 보아야 한다.

예비군에서 발생하는 거듭 처벌 문제를 보면, 양심에 따른 거부의 특수성을 고려하지 않으면 죄수(　　)가 오로지 국가의 명령 횟수에 따라 무한정 증가할 수 있게 되어 행위 주체가 죄수의 결정 주체에서 배제되므로 행위의 본질적 개념에

---

6) 반면에 독일 연방헌법재판소와 체코 헌법재판소는 양심적 거부자를 거듭 처벌하는 문제를 이중처벌로 보았고, 콜롬비아 헌법재판소는 진지한 양심에 따른 '거부' 문제를 양심의 자유의 전형적인 문제로 보아 헌법상 양심의 자유 조항으로부터 양심적 병역거부권을 도출하였다.

반하게 된다. 이 점에서 전통적인 형사법적 행위론을 재검토하여 이중처벌 혹은 이중기소 문제를 고려해야 한다. 더 나아가 내심에 존재하는 인간의 신념을 변경하도록 강요하게 되므로 기본권의 본질 부분의 침해 문제가 발생하게 된다. 따라서 헌법상 존엄권 혹은 인격권 침해나 자유권규약이 규정하는 잔인하고 가혹한 처우의 금지와 연결된다.

5. 예상되는 향후 법적 전개 방향

끝으로 실무가의 관점에서 향후 이 문제에 있어서 우리가 발전의 토대로 삼을 수 있는 긍정적인 요소가 무엇일까 고민을 해보았다.

헌재와 대법원 입법권고: 2004년 두 법원은 공히 입법 권고를 내놓았다. 그리고 대법원은 이 문제에 관한 “입법적 해결이 시급함”을 여러 번 판결에 설시하였다. 현재 헌법재판소는 병역법 제3조 및 제5조와 관련한 입법부작위 사건을 심리 중이다.

2007년 대법원 판결: 자유권규약에 대한 소극적 해석을 내놓았지만,“장차 여건의 변화로 말미암아 양심의 자유 침해 정도와 형벌 사이의 비례관계를 인정할 수 없음이 명백한 경우에 조약합치적 해석 혹은 양심우호적 법적용을 통하여 병역법 제88조 제1항 소정의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 보아보아 적용을 배제할 여지가 전혀 없다고는 단정할 수 없”다고 함으로써 당시 동 법원의 해석이 조약합치적 해석이 아님을 보여줌과 동시에 향후 견해의 변화가 가능함을 보여준 바 있다. 또한 이러한 설시는 계속 반복되고 있다.

유럽인권재판소 판례 변경: 협약의 양심의 자유조항으로부터 직접 양심적 병역거부권을 인정한 사실도 고무적이지만, 대법원이 소극적 해석을 하는데 사용한 근거를 배척하면서 자유권규약의 해석과 한국의 양심적 병역거부자에 대한 개인청원 사건을 판례 변경의 주된 근거로 사용한 점은 양심적 병역거부의 법적 근거를 확고하게 하는 효과가 있을 것으로 본다.

여론의 추이: 소수자의 인권 문제를 다수결로 해결할 수는 없지만 공론화된 지 10년이 흐른 지금 시민들의 계몽의 정도는 비약적이다. 이는 위 대법원 판결이 견해의 변경 조건으로 내세운 “여건의 변화”와도 관련이 있다고 본다.

국제 사회의 관심: 유엔 및 국제형사재판소의 수장 배출, G20 의장국으로 회의 개최, 핵안보정상 회담 개최 등으로 국제 사회에서의 지위가 크게 격상된 한국에게 유엔 자유권규약위원회는 2006년, 2010년, 2011년 3차례 자유권규약 위반 확인과 함께 구제조치를 할 것을 권고하였다. 2012년 하반기에는 유엔 인권이사회의 보편적 정례 검토에서 2008년에 이어 이 문제에 대한 답보 상태를 강도 높게 지적받을 것으로 예상된다. 현재 헌법재판소는 2011년 자유권규약위원회로부터 결정을 받은 100명이 제기한 구제조처에 관한 입법부작위 헌법소원을 심리중이다.

기타 인권담당기관 태도: 국가인권위원회도 지난 2005년 양심적 병역거부권을 인정하고 대체복무제를 도입하라고 권고한 이후, 올해 국가별 보편적 정례 검토(UPR)를 위해 제출한 보고서에서 "양심이나 종교적 사유로 병역 의무의 이행을 거부해 징역형을 선고받은 사람이 2001년부터 2010년까지 4185명에 이른다"며 대체복부 제도 도입을 적극 검토해야 한다고 강조했다. 한편 법무부는 '2012-2016 제2차 국가인권정책기본계획'에서 입영 및 집총 거부자에 대한 대체복무제 도입 등 국민적 합의가 필요한 사안에 대해 검토 중이라고 표명한바 있다. 법무부장관은 위 100명의 청원인으로부터 전과기록 말소, 즉 특별사면을 요청하는 청원을 받은 상태이다.

예비군 논점: 아직 대법원에서 전원합의체를 통한 고려가 없었다. 국가 안보와의 밀접성의 정도나 훈련의 체계 및 강도가 병역법과 크게 다르고, 반복된 처우의 문제가 있어 이중처벌 및 가혹한 처벌의 논점이 있어 양심적 병역거부권을 명시적으로 인정하기 전에도 위법성을인정할만한 요소가 많은 사건이다.

6. 결론

최고 법원의 판결이 가지는 사회 파급력을 고려하면 기본적으로 이러한 법원은 단계적으로 차츰차츰 변하는 것을 선호하는 것 같다. 또한 어느 날 갑자기 외부의 견해를 차용하여 판결을 내리기보다는 그간 자신들이 보여 온 긍정적 요소들을 토대로 이를 발전시키는 경향이 있다. 앞서 살핀 유럽인권재판소 역시 그런 단계를 밟았다고 볼 수 있다.

국내의 양심적 병역거부자들는 지난 60년간 변함없이 양심의 진지함과 확고함을 유지했고, 극한의 환경에서도, 심지어 생명을 담보로 하여 이를 입증하여 왔다. 권리 주장자들이 16,000명이 넘는 상황에서 분명한 법적 기초도 마련되어 가고 있다.

자잘한 돌은 차버리고 갈 수 있으나, 큰 바위는 돌아가게 되어 있다. 이제는 국가가 돌아가는 지혜를 배울 때라고 생각한다. 특히 그 지혜를 최고 법원이 자신이 이미 놓은 토대를 발판으로, 그리고 국제인권규범의 표준을 면밀히 살펴 인권옹호적 판결로 말해 줄 필요가 있다. 그간 국내 사법적 판결은 충분히 국제적 비판을 받았다. 늦으면 그만큼 사회적 낭비와 국가적 체면 손상만이 커질 뿐이다.

<토론 2>

진 석 용(대전대 교수)

1. 오동석 교수님의 “병역거부권과 헌법”은 2004년과 2011년의 두 차례에 걸쳐, 대체복무제를 허용하지 않고 있는 병역법을 합헌으로 결정한 헌법재판소의 결정을 비판적으로 고찰하고 있다. 특히 헌재의 결정은 헌법 제37조 제2항 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”에 대한 법리를 오해한 것으로서, 이 조항을 근거로 양심의 자유를 제한할 수는 없다고 주장한다. 또한 대체복무제를 도입하는 법률을 제정하지 않고 있는 국회에도 책임이 있으며, 대체복무제를 도입하는 것이 우리 헌법의 평화주의 헌법원리에 부합하는 것이라고 주장하고 있다. 동의한다.

2. 장복희 교수님의 “양심적 병역거부에 관한 국제인권법과 UN권고”는 양심적 병역거부와 관련이 있는 국제인권규범들을 고찰하고 있다. 1966년에 채택되고, 우리나라가 1990년에 가입한 국제인권규약 중 B. 시민적 및 정치적 권리에 관한 규약(약칭 자유권규약)과, 자유권규약의 이행여부를 감시하는 자유권규약위원회(Human Rights Committee)의 결정 및 검토의견, 1946년 유엔경제사회이사회 산하에 설치된 인권위원회(Commission on Human Rights) 및 2006년 3월 유엔총회 산하에 정부간기구로서 설치되어 이전의 인권위원회의 업무를 계승한 인권이사회(Human Rights Council)의 결의 및 권고 등을 중심으로 “폭력수단의 사용과 관련한 경우에 양심적 병역거부가 인정된다”는 것이 유엔의 인권규범임을 밝힌 다음, 우리나라에 대해 구속력은 없지만, 세계 인권의 수준을 보여주는 유럽인권재판소의 판결과 미주인권위원회의 주요 결정들을 고찰하고 있다. 본문 중에 자유권규약위원회, 인권위원회, 인권이사회의 명칭을 혼동하여 쓴 곳이 여럿 있어서 다소 혼란스럽다.

3. 김수정 변호사님의 “양심에 따른 병역거부의 실태와 현황”은 제목 그대로 지난 10년간의 양심에 따른 병역거부의 실태와 현황을 소개하면서 “성과와 좌절이 겹쳐져 있는 10년”이라고 요약하고, 다가올 10년은 양심에 따른 병역거부가 인정되기를 바라는 기대와 희망을 피력하였다.

4. 이재승 교수님의 “대체복무제의 도입방안”은 대체복무제를 도입할 경우에 적용할 원칙과 구체적인 절차, 운영방법, 복무형태 등을 자세히 논의하고 있다. 복무기간으로는 1.5배를 넘지 않는 것이 바람직하다는 견해를 보였는데, 이것이 국제규범과 인권선진국들의 사례에 비추어 합당한 수준이라고 생각된다. 하지만 제도 도입시에는 2배 수준으로 시작하는 것이 이 문제에 대한 국민들의 부정적인 여론을 극복하는 데 도움이 될 것으로 생각한다.

<토론 3>

시대의 물결이 만들어 내는 굴곡들

홍 영 일 (양심적 병역거부 수형자 가족 모임)

I. 들어가며

안녕하십니까? 먼저 이런 뜻 깊은 자리를 마련해 주신 서울대 공익인권법센터, 건국대 공익인권법센터 그리고 대한변협에 감사의 인사를 전합니다. 2001년 12월 10일 세계인권선언의 날에 바로 이곳 서울대학교에서 처음으로 양심적 병역거부를 주제로 세미나를 개최하여 공론화의 물꼬를 텄는데, 다시 이 자리에서 병역거부 공론화 10년을 정리하게 되었습니다.

2001년 우리 사회가 병역거부 문제에 본격적인 관심을 기울여 준 때로부터 작년 말까지 총 7,842명의 여호와의 증인 병역거부자들이 도합 11,943년의 형을 선고받고 복역을 했습니다. 하지만 그 사이 많은 변화와 진전이 있었다는 점을 네 발제자 분들께서 훌륭하게 정리를 해 주셨습니다.

저는 오늘 발제 내용에 대한 의견을 드리고 또 그 내용을 보충하기 위해 국방, 안보, 대체복무, 인권과 같은 거대한 담론의 물결에 씻겨 닳는 작은 조약돌에 대해 말씀드릴까 합니다. 지난 십여 년의 세월을 온 몸으로 경험해 온 한 병역거부자의 이야기입니다.

II. 병역거부자 이야기

강원도 인제에 살고 있는 손학빈씨는 만 20세이던 2003년에 입대 영장을 받았습니다. 불과 2년 전까지만 해도 법정 최고형인 3년이 그대로 선고되었지만 이제

는 사회의 관심과 함께 법정 최고형은 1년 6개월로 줄어 있었습니다. 일제 치하와 억압적인 7,80년대의 고초를 견디어 낸 병역거부 선배들을 너무나 잘 알고 있던 그의 입장에서는 그리 두려울 것 없는 형량이었을 것입니다. 그러나 헌법재판소에 병역법 제 88조에 대해 위헌 여부를 가려 달라는 서울남부지방법원 박시환 판사(현 대법관)의 위헌 제청이 계류되어 있었고 사회도 많은 관심을 가지고 있었던 터라 이 청년은 대체복무제를 통해 사회에 기여할 꿈을 품고 입영 연기를 택하였습니다.

그러나 2004년 8월 26일 헌법재판소는 논란이 되었던 병역법 제88조에 대해 합헌 결정을 내립니다. 그럼에도 불구하고 당시 더 많은 관심을 끌었었던 것은 다수의 판사들이 대체복무제 입법을 촉구했었다는 점이었습니다. 이 청년은 2006년에 입영하라는 입대 영장을 2005년 겨울에 다시 한 번 받습니다.

그래 겨울인 2005년 12월 26일을 많은 병역거부자들이 기억합니다. 국가인권위원회가 대체복무제 도입을 권고하면서 양심의 자유라는 헌법적 가치로부터 양심적 병역거부권이 도출된다는 대단히 전향적인 결정을 내린 날입니다. 저도 그곳에서 국가인권위원회의 발표를 수많은 기자들과 함께 지켜보면서 국제법상의 병역거부 관련 인정 기준을 있는 그대로 반영한 결정 권고에 감탄했던 기억이 납니다.

제가 그러했으니 이 청년은 얼마나 더 기뻤을까요? 그는 학생 신분을 근거로 입영 기일을 다시 한 번 연기할 수 있었습니다. 해가 바뀌어 2006년 11월 병역거부자 두 명이 제출한 청원에 대해 유엔 자유권규약위원회는 한국 정부가 규약을 위반했으며, 두 사람에게 배상하라는 권고 결정이 있었습니다. 당시 병역거부 출소자들의 문의가 제게 빗발쳤습니다. 이제 모든 문제가 해결된 것 아니냐고요. 왜냐하면 헌법 제 6조에 “헌법에 의하여 체결. 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 지닌다.”는 조항이 있는 정도는 알고 있었기 때문이지요. 오늘 발제해 주신 내용 가운데 국제법 관련 내용이 다수 나옵니다. 이 문제에 대한 발전적인 논의가 계속 이어지길 희망합니다.

또 한 번 제가 많은 연락을 받았던 때는 2007년 9월 18일이었습니다. 그날 국방부에서 종교적 병역거부자에 대한 대체복무 허용 방안 추진 계획을 발표하였습니다. 병역거부자에 대한 국제 인권 표준에 비추어 보거나 그 시점에서 이미 도입 8년차인 대만의 제도와 비교해 보아도 한참 부족한, 현역 복무 기간의 두 배로 되어 있는 제도였지만 그래도 이 청년은 가슴 설렜습니다. 지금 입대 영장을 받았는데 그 제도를 이용하려면 어떻게 해야 하느냐는 문의가 가장 많았습니다.

이 무렵 예비군 병역거부자들의 사연이 알려지기 시작했습니다. 어떤 사람들은 군 생활을 한 사람이 왜 병역을 거부하는지 이해하기 어렵다고 말합니다. 그러나 장복희 교수께서 유럽인권협약 제9조에서 자신의 종교나 신념을 바꿀 수 있는 권리를 명백히 규정하고 있으므로 자발적인 입대를 한 사람이나 예비군도 당연히 병역거부를 할 수 있다고 설명한 대목이 저에겐 너무나 익숙합니다. 그런 청년들을 실제로 많이 보아왔기 때문이지요. 단지 160여 시간의 훈련을 회피하기 위해 수십 건의 전과와 수천만 원에 이르는 누적 처벌을 기꺼이 감당하려고 하는 것을 달리 어떻게 설명하겠습니까? 울산지방법원은 예비군 병역거부자들을 처벌하는 조항인 향토예비군 설치법 제15조 제8항의 위헌 여부를 가려달라는 제청을 하였습니다.

2008년 들어서도 병역법 제 88조에 대한 위헌 제청이 계속 되어서 헌재에 총 6건의 위헌 제청이 계류되었습니다. 청주지방법원 영동지원에서는 병역거부자에 대해서 무죄를 선고하기도 했습니다. 국가인권위원회, 국제사면위원회 그리고 유엔의 권고가 계속 이어졌습니다. 그러나 국방부는 2008년 7월 4일 대체복무제도를 원점에서 재검토하겠다는 의사를 밝혔고, 병무청의 연구 용역의 일환으로 바로 이곳 서울대학교 사회과학연구원에서 10월 28일 병무청 주최의 기획공청회가 열렸습니다. 이 자리에 토론자로 함께 해 주신 진석용 교수의 철저한 연구 조사를 거친 훌륭한 논문이 발표되었습니다.

아마 이 때가 병역거부 청년들의 기대감이 가장 컸었던 시기일지 모르겠습니다. 김수정 변호사의 연도별 병역거부 통계에서 2007년과 2008년의 병역거부 처벌 숫자가 낮은 것만 보아도 많은 청년들이 기다리고 있었음을 알 수 있습니다.

청년 손학빈씨는 2008년 8월에 세 번째 입대 영장을 받았습니다. 이 청년은 자신이 받을 군복무가 고되고 힘들어서 2003년부터 5년 이상 입대를 연기한 것이 아니었습니다. 인제에 사는 이 순박한 청년이 받은 것은 자신의 집에서 출퇴근할 수 있는 거리에 있는, 유명한 용대 자연휴양림에서 근무하라는 공익근무요원 소집 통지서였습니다. 그가 그토록 바라는 대체복무를 정부에서는 4주간의 군사훈련을 받은 후에 하라는 것이었고 그는 군사 훈련없이 그의 양심을 지키면서 더 긴 기간이라도 하겠다고 하는 것입니다. 과연 이 쟁점의 충돌을 어떻게 해결해야 하는 걸까요?

서울대학교 사회과학연구원의 기획공청회가 열린 바로 다음 날인 10월 29일에 병역거부 수형자 가족 모임은 한 통의 연락을 받았습니다. 대통령 직속 군의문사 진상규명위원회가 병역거부로 사망한 다섯 명에 대해서 국가의 가혹행위를 인정하는 공식 결정을 했다는 것입니다. 이 위원회가 방대하고 철저한 자료 조사를 바탕으로 내린 결정문은 그 자체가 한국 7,80년대 병역거부 역사의 생생한 기록물이었습니다. 2005년 국가인권위원회의 양심적 병역거부권 인정, 2006년 유엔 자유권규약위원회의 권고에 이은 세 번째 기념비적인 결정이었습니다. 대법원이 2010년 12월 9일에 양심적 병역거부 군의문사위 결정에 대한 국가의 상고를 기각하여 국가배상 책임을 최종 확정함으로써 본 결정의 무게는 더욱 무거워졌습니다.

결국 이 청년은 4주의 군사 훈련을 거부하여 재판을 받게 되었으나 1심 재판부는 헌법 재판소에서 계류 중인 위헌 제청 사건들에 대한 결정이 날 때까지 재판을 무기한 연기해 줌으로써 2011년 8월 30일까지 다시 3년여의 기다림을 시작합니다. 이 기간 동안 누나가 자원봉사 활동을 하고 있는 외국을 방문할 수도, 직장도 불안정하였지만 사법부가 보여 준 관용과 특유의 낙천적인 성격 덕분에 다시 헌법재판소의 전향적인 판결을 낙관할 수 있었습니다.

2004년 헌재 판결 이후에 있었던 전술한 결정들이나 한국인 유엔 사무총장의 취임, 미 국무부의 한국의 양심적 병역거부자 처벌이 종교의 자유 침해라는 견해, 병역거부 사건에 대한 잇따른 위헌 제청도 그런 기대에 일조하였습니다.

2010년과 2011년에도 일선 판사들의 위헌 제청과 유엔에서의 권고가 계속되었습니다. 2010년에는 11명이, 2011년에는 무려 100명이나 되는 병역거부자들이 제출한 청원에 대해 유엔 자유권 규약위원회는 그들의 전과를 말소하고, 그 처벌에 대해 배상을 하며 대체복무제도를 도입하라는 권고를 내렸습니다. 유엔 자유권 규약 위원회에는 여전히 438명의 청원 서류가 결정을 기다리고 있습니다.

한국에서의 이런 움직임은 머나먼 유럽의 동료들에게 먼저 열매를 맺었습니다. 유럽인권재판소는 2011년 7월에, 한국 병역거부자들에게 배상 결정을 했던 2006년 유엔자유권규약위원회의 결정을 인용하여 과거의 판례를 뒤집고 아르메니아 정부가 여호와의 증인 병역거부자들을 처벌하는 것은 양심의 자유를 침해하는 것으로서 국가가 배상해야 한다고 결정한 것입니다.

그러나 유감스럽게도 2011년 8월 30일 헌법재판소는 다시 한 번 병역거부자 처벌 조항에 대해 합헌 결정을 내렸습니다. 손학빈씨에 대한 재판은 2011년 9월 1일에 재개되었고 10월 11일 1심 선고와 함께 구속 수감되었습니다. 그러나 그는 그곳에서도 자신의 무죄 입장과 그가 하고자 하는 대체복무 제도에 대한 간절함을 피력하여 2심 재판부로부터 보석금 없는 보석을 허가받고 자신의 재판을 준비해 왔습니다. 그 기간 동안 이 청년은 직장을 구할 수도 없고 재판 날짜가 잡힐 때마다 간신히 구한 일도 정리하는 일이 반복되곤 했습니다. 손학빈씨는 5월 16일 2심 선고를 받을 예정입니다.

III. 나가며

지난 기다림의 세월들이 손학빈씨에게 아로새긴 흔적이 고통만은 아닙니다. 사법부의 배려를 통해 그는 우리 사회의 따뜻함을 느꼈고 그가 직접 목격했던 수많은 결정들이 주춧돌이 되어 결국은 병역거부자들과 우리 사회가 서로 윈윈할 수 있는 제도들이 만들어지리라는 확신을 그에게 주었습니다.

손학빈씨의 10년 가까운 기다림은 과연 어떻게 끝이 날까요, 아니 어떻게 끝이

나야 할까요? 그리스에서는 “감옥에서의 5000년“이었다고 하는데 한국에서는 매년 “감옥에서의 1000년”이 늘어나고 있습니다. 이제 이 청년도 그 천년을 만드는데 일조해야 할까요? 이 청년이 스크랩해 두었던 언론 보도 자료 일지와 그의 항소심 탄원서를 끝으로 첨부합니다. 긴 시간의 토론을 들어 주셔서 감사합니다.

<별첨1> 병역거부 관련 언론 자료 스크랩 목록표

날짜	언론사	제목
2001_0207	한겨레21	'여호와의 증인'의 양심적 병역거부자들
2001_1026	국방부	대체 복무 수용 불구 입장 표명
2001_1217	한겨레21	아무리 되물어도 이 길밖엔…
2002_0130	국민일보	양심적 병역거부 처벌 법원서 위헌심판 제청
2002_0204	국민일보	"양심적 병역거부 UN 제출" 시민단체, 연대회의 발족
2002_0406	오마이뉴스	양심 따른 병역거부 세계 이모저모
2002_0508	뉴욕타임즈	징병 문제 놓고 양심을 시험받는 한국
2002_1019	한겨레	수용소 '여호와의 증인' 집회 허용 권고
2003_0120	뉴시스	순천교도소, 소수종교 집회허용 권고 거부…인권위 발끈
2003_0320	연합뉴스	군사법원 병역거부 형량 완화 보도
2003_0403	일요시사	법무부 강금실 장관 양심수 석방 검토 기자회견
2003_0422	연합뉴스	국방부 병역거부자 사면 반대 입장
2003_0615	KBS	100인 토론 병역 의무인가 선택인가
2004_0521	YTN	"양심적 병역거부" 첫 무죄 선고
2004_0715	서울신문	양심적 병역거부 대법원, 유죄 확정
2004_0826	연합뉴스	'양심적 병역거부' 처벌한 병역법 합헌
2004_0922	한겨레21	'36개월 단체숙박' 괜찮습니까?
2005_0317	SBS	국방위, '양심적 병역거부' 첫 공청회
2005_0511	노컷뉴스	순천지원 양심적 병역 거부 유죄 선고
2005_0703	SBS	양심적 병역거부자 재판, 판사 바뀌자 실형 선고
2005_0704	서울신문	보석중 양심적 병역거부 구속
2005_1226	연합뉴스	<'양심적 병역거부권 인정' 배경과 전망>
2006_0110	한겨레	사회적 약자·소수자 인권 포옹, 쟁의 직권중재 폐지 논란 예고
2006_0905	연합	병무청 '대체복무' 국제세미나
2006_1011	매경	종교양심적 병역거부 2001년 이후 3654명

2006_1103	경향신문	“양심적 병역거부 구제” 유엔권고 이끌어 낸 윤경수·최명진씨
2007_0502	한겨레	‘양심적 예비군훈련 거부’ 처벌조항 위헌심판 제청
2007_0605	동아일보	종교이유 대체복무 시기상조 결론
2007_0918	세계일보	대체복무 허용… 어떻게 보십니까
2008_0729	뉴시스	국방부 "여론수렴부터"에 ’병역거부자 대체복무’ 논란 재점화
2008_0721	서울신문	인권위 대체복무제 도입 촉구
2008_0905	뉴시스	법원, ’양심적 병역거부 처벌’ 위헌 제청
2009_1028	뉴시스	"대체복무제는 사회통합의 상징"…사회지도층 80% ’도입 찬성’
2008_1224	한겨레	국방부 대체복무 도입은 시기 상조
2009_0116	매일경제	병역거부자 군내 사망에 국가도 책임있다
2009_0310	민변	유엔인권이사회 의견서 제출 대체복무 도입취소
2009_1123	연합뉴스	현직 판사가 ’종교적 병역거부 처벌’ 위헌제청
2009_1201	한국일보	리스본조약 발효 병역거부권 EU 각국 구속력
2010_0111	프레시안	’양심적 병역 거부’ 다시 헌재 심판대에
2010_1111	법률신문	헌재, 양심적 병역거부에 대한 공개변론 열어
2010_1226	연합	구타로 숨진 집총거부 병사 유족에 배상 판결
2011_0409	국민일보	미 인권보고서 한국 소수자 차별은 문제
2011_0413	한겨레	유엔 양심적병역거부 처벌 국제 규약 위반
2011_0701	연합	김부겸 양심적 병역 거부 대체복무 허용 추진
2011_0830	연합	양심적 병역거부·예비군 불참 처벌 ‘합헌’(종합)
2011_1011	연합	양심적 병역거부 반복처벌 가혹 청주지법 선처
2012_0101	연합	대체복무제, 국민 과반 여전히 부정적
2012_0110	연합	예비군훈련 22번 거부 양심적 병역거부 ’집유’
2012_0323	한겨레	양심적 병역거부자 50명, UN 집단청원
2012_0420	뉴시스	인권위 정부 인권권고 이행 보고서 제출

<별첨2> 항소심 탄원서

탄 원 서

사 건 2011노 병역법 위반
피 고 인 손 학 빈

위 사건에 대한 피고인은 다음과 같이 탄원서를 제출합니다.

제 출 취 지

존경하는 재판장님,

피고인은 아주 어려서부터 성서를 공부하여, 1993년 4월 17일에 침례를 받고 여호와의 증인이 되었으며 성서의 가르침에 따라 생활하기 위해 열심히 노력하였습니다.

어려서부터 저는 예수를 제가 따라야 할 최상의 본으로 여겼고, 그분이 어떻게 생각하시고 말씀하시고 행동하셨는지를 면밀히 고려하였습니다. 그분이 법을 준수하는 분이었기에 저도 그렇게 하고자 노력했고, 그분처럼 올곧게 살아가려고 최선을 다했습니다.

중학교 2학년 담임선생님께서 적어주신 행동발달상황은 이러합니다. “사고력과 판단력, 책임감이 높다. 종교적 신념과 조화가 요구됨”

저는 예수의 이런 말씀을 심각하게 받아들입니다.

‘네 이웃을 네 자신처럼 사랑해야 한다’-마태 22:37

‘계속해서 여러분의 적들을 사랑하고, 여러분을 박해하는 사람들을 위해 기도하십시오’-마태 5:44

‘나는 여러분에게 새 계명을 줍니다. 곧 여러분이 서로 사랑하라는 것입니다. 내가 여러분을 사랑한 것처럼 여러분도 서로 사랑하라는 것입니다. **여러분 가운데 사랑이 있다면**, 모든 사람이 이것으로 여러분이 내 제자라는 것을 알게 될 것입니다.’-요한 13:34,35

이웃을 자신처럼 사랑하는 사람이 그를 잠재적인 적으로 예상하고 상해를 입히거나 죽이는 연습을 할 수 있겠습니까?

그렇게 하는 것이 자신의 적을 위해서도 기도하는 태도를 나타내는 것입니까?

만약 제가 예수의 제자라고 하면서 이웃 나라에 있는 사람들, 특히 저의 동료 신자들을 향해서 총부리를 겨눈다면, 어떻게 그들에게 사랑을 나타내고 있다고 말할 수 있겠습니까?

더 나아가 하느님 또는 예수께서 그분이 자신의 편이라고 주장하는 나라들의 전쟁에서 어느 편을 드실 것입니까?(하느님이 또는 예수께서 자신의 편이라고, 전쟁하는 양편의 나라들이 주장한 예를 흔히 볼 수 있습니다.)

어려서부터 이 문제를 깊이 생각해보면서 저의 양심은 결코 “전쟁을 배우지도 않”겠다고(이사야 2:4) 굳게 결심하게 되었습니다. 이러한 저의 결심은 바꿀 수 없는 것이며, 어떤 희생을 치른다 하더라도 감수할 각오가 되어 있습니다. 사실 나치 정권 그리고 일제치하 역사의 암흑기에도 저의 선배 여호와의 증인들은 타협하지 않고 병역을 거부하여 수많은 고초를 겪었으며, 사형 당하거나 옥사한 사람도 많이 있습니다.

그런데 놀랍게도 변화의 물결이 보이기 시작했습니다. 2001년부터 ‘양심적 병역거부’가 사회적 이슈가 되었고 무언가 희망이 보이는 것 같았습니

다. 저는 2002년에 징병 검사를 받고 2003년 초에 입대하라는 영장을 받았는데, 대법원·또는 헌법재판소에서 법적 진전이 있을 것으로 예상하고 방통대 재학을 이유로 입영을 연기하였습니다.

그 후 2005년 말 다시 2006년에 입영하라는 영장을 받았는데 마침 그 해 12월 26일 '국가 인권 위원회'가 대체복무제 도입 권고를 하였습니다. 그래서 방통대 재입학을 해서 다시 입영을 연기했습니다.

2007년 국방부의 '대체복무제 도입 발표'를 들으며- '드디어 됐구나, 현역병의 2배 기간이긴 하지만 감옥이 아닌 다른 곳에서 나라와 사회를 위해 이바지할 수 있는 길이 열렸구나' 하고 기뻐했었습니다.(저는 4급 판정을 받아서 4주 훈련만 받으면 공익근무요원으로 근무할 수 있습니다. 그리고 2008년 영장은 4주 훈련 후에 집에서 출퇴근 할 수 있는 곳인 '용대리 자연휴양림'에서 근무하도록 되어 있었습니다. 하지만 저의 양심은 '전쟁을 배우'는 것도 허용할 수 없기에(이사야 2:4) 합숙으로 3년 이상이 될 그리고 가장 강도가 센 시설에 집중될 것이라는 대체복무제 도입 발표에도 기뻐했습니다.)

하지만 정권이 바뀐 후 2008년 국방부는 그를 철회했고, 이번에 헌법재판소마저 저의 꿈을 짓밟아 버렸습니다. 지금 국회에 병역거부자 대체복무 법안이 발의되어 있지만 그마저도 희망적이지 않습니다.

수차례의 약속과 권고, 그리고 변화의 물결에 의해 품었던 희망들이 물거품이 되어버린 지금 저의 지난 9년 동안의 기다림이 아픔으로 다가옵니다.

‘계란으로 바위 치기’라는 말이 있습니다. 한국에서 양심적 병역거부자의 법적 투쟁이 그러한 것 같습니다. 하지만 낙숫물이 바위에 구멍을 뚫듯이 이제는 그 바위에 금이 가고 부서질 때가 되지 않았습니까? 이미 16,000개가 넘는 계란이 하나의 바위에 부딪쳐 깨어졌습니다. 부디 그들이 부서질 것을 알면서도 왜 그 바위를 뚫으려 애썼는지 관심을 가져주십시오. 바위를 치워줄 수는 없어도, 무죄라는 스펀지를 대어 주시길 바랍니다.

저는 재판장님께 간곡히 청원드립니다. 인권의 마지막 보루로서, 그리고 ‘나라와 사회’에 조금이라도 이바지하고 싶은 저의 기다림을 가여이 여기시어 용기있는 결단을 내려주시기 바랍니다. 항소 이유서와 1심에서 넘어온 참고자료들을 면밀히 검토해주시고 부디 무죄를 선고해 주시기 바랍니다. 대체복무제가 마련될 수 있도록 물꼬를 터주십시오

2011. 10. .

피고인 손 학 빈

춘천지방법원 제 형사부 귀중