

종교적 신념을 이유로 한 병역거부와 대체복무

음 선 필(홍익대 법대 교수)

I. 들어가며

오늘날 자신의 신념에 따른 병역거부자, 이른바 “양심적” 병역거부자를 처벌하는 조항인 병역법 제88조 제1항 제1호가 헌법에 위배된다는 주장이 다시 강하게 제기되고 있다.¹⁾ 즉 신념에 따른 병역거부자에 대하여 대체복무제를 도입하지 않은 채 형사처벌 규정만을 두고 있는 것이 위헌이라는 주장이 반복되고 있다.

이에 관하여 헌법재판소(이하, “헌재”라 함)는 2004년, 2011년에 합헌결정을 내린 바 있으며²⁾ 대법원도 동일한 입장을 취하고 있다.³⁾ 학계는 다양한 견해를 표출하고 있다.⁴⁾

병역거부자 처벌조항의 위헌성 문제는 양심의 개념, 양심 및 종교의 자유의 보호범위, 국방의무의 구체화 방안 등에 대한 인식 차원(헌법해석론)의 어려움에 종교적 확신과 국방정책의 의지가 합쳐지고 헌법재판소의 기능적 한계 등이 복합적으로 묶여 있는 난제(Solomon's choice)라고 할 수 있다.

이하에서는 먼저 병역거부의 유형과 한국의 상황을 살펴보고(II), 병역거부의 헌법적 근거로 제시되는 종교의 자유의 한계를 검토한 후(III), 대체복무제 도입의 가능 여부를 모색하고(IV), 그 구체적인 설계도를 구상해보고자 한다(V).

II. 신념에 따른 병역거부의 개념과 한국의 현실

1. 의의

통상 헌법상 문제되는 병역거부는 “양심적 병역거부(conscientious objection to military service, Kriegsdienstverweigerung)”로 불리며, 신앙, 도덕, 철학, 정치적 신념 등에 따른

- 1) 병역법 제88조 제1항 제1호의 위헌성을 구하는 헌법소원심판이 헌법재판소에 청구되어 현재 심리 중에 있다.
- 2) 헌재 2004.8.26. 2002헌가1; 헌재 2004.10.28. 2004헌바61 등(병합); 헌재 2011.8.30. 2008헌가22 등(병합). 2004년 결정과 2011년 결정은 이른바 양심적 병역거부에 관한 주요 쟁점들을 다루었으며 양 결정 사이에 논리구성에 약간 차이가 있을 뿐 근본적인 차이는 보이지 않는다. 헌재는 위 결정들에서 신념에 따른 병역거부자에 대한 처벌조항에 대하여 7:2로 합헌결정을 내린 바 있다.
- 3) 대표적인 판결로 대법원 2004.7.15. 2004도2965(전원합의체)를 들 수 있다. 이외의 많은 판결들을 통하여 대법원은 동일한 입장을 견지하고 있다. 최근 하급심에서 병역거부를 무죄로 선고하는 다수 판결들이 나타났다. 향후 대법원의 입장에 변화가 있는가 여부에 많은 관심이 쏟아지고 있다.
- 4) 류지영, “양심의 자유로서의 병역거부의 불법성”, 『법학논문집』, 중앙대학교 법학연구원, 2016; 장영수, “양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항 등의 합헌성 여부에 대한 검토”, 『헌법학연구』, 제21권 제3호, 2015; 강승식, “양심의 자유의 제한과 그 한계”, 『원광법학』, 제29권 제3호, 2013; 정연주, “양심적 병역거부”, 『헌법학연구』, 제18권 제3호, 2012; 오승철, “부작위에 의한 양심실현의 자유”, 『헌법학연구』, 제15권 제2호, 2009; 나달숙, “양심적 병역거부의 국제적 논의와 현황”, 『토지공법연구』, 제41집, 2008; 장복희, “양심적 병역거부자의 인권보호”, 『공법연구』, 제35집 제2호, 2006; 김병록, “양심적 병역거부의 헌법이론적 검토”, 『헌법학연구』, 제9권 제1호, 2003 등.

양심상의 결정으로 무기를 휴대한 병역이나 일체의 군복무 수행을 거부하거나 전쟁에 직·간접으로 참가하는 것을 거부하는 행위를 의미한다.⁵⁾

역사적으로 병역거부의 주된 동기는 종교적 이유였다. 교리에 순종하기 위하여 죽음을 불사하고 병역 기타 군복무의 수행을 거부하였던 것이다. 그런데 세계대전과 베트남 전쟁 등을 거치면서 종교적 이유만이 아니라 평화적 사상 또는 윤리적, 정치적 신념 등에 기초하여 병역을 거부하는 움직임이 생겨났다. 그러한 움직임의 배경에는 당시의 전쟁들이 정의롭지 않은 목적과 동기 가운데 발발되었다는 시대적 인식의 확산이 자리 잡고 있었다. 특히 독일의 경우 세계대전을 일으킨 것에 대한 반성으로 “자신의 양심에 반하여 집총병역을 강요당하지 아니”하는 것을 권리로 규정하게 되었음(독일기본법 제4조 제3항). 이에 따라 종교의 자유뿐 아니라 사상의 자유 및 양심의 자유가 병역거부의 근거가 되면서, 통상 ‘양심적’ 병역거부로 불리게 되었다.

그런데 우리나라에서는 이를 ‘신념에 따른 병역거부(신념적 병역거부)’로 부르는 것이 더 적절하다고 본다. 첫째, 양심적 병역거부라는 용어가 세계적으로 통용되고 있는 것은 사실이나, 우리 헌법이나 법률에서 사용하고 있는 법적 용어가 아니기 때문에 이를 반드시 사용해야 할 이유가 없다.⁶⁾

둘째, 우리 헌법상 양심의 자유와 종교의 자유가 별도의 조항에서 각각 보장되는 별개의 권리로 인식되는바, 병역거부의 여러 동기 즉 양심상의 신념, 종교상의 신념을 아우르는 개념으로서 ‘신념에 따른 병역거부(신념적 병역거부)’라는 포괄적인 용어를 사용하는 것이 더 적절하다고 본다.

셋째, conscience의 번역어로서 쓰인 양심(良心)이 지닌 원래의 의미 이외의 뉘앙스로 인하여 ‘양심적’ 병역거부라는 용어가 병역수행을 자칫 ‘비양심적(부도덕한, unscrupulous)’인 것으로 오인케 하는 작용을 하기 때문이다.

2. 유형

(1) 범위에 따른 구별

거부의 범위에 따라 ‘병역(수행 자체)거부’와 ‘집총병역거부’로 구별할 수 있다. 전자의 경우, 행위의 형태를 막론하고 군복무 자체를 거부한다. 후자의 경우, 비전투행위는 수용하나, 전투행위 즉 집총병역행위(무기를 사용하는 군복무, Kriegsdienst mit der Waffe)만을 거부한다. 따라서 전자의 입장을 취하는 자는 입영 자체를 거부하나, 후자의 입장을 취하는 자는 일단 입영한 후 훈련소에서 집총을 거부한다. 병역거부를 인정하는 입법례 중에서도 집총병역 거부만을 허용하는 경우도 있다.⁷⁾

5) 병역법 제88조에 따르면 정당한 사유 없이 입영하지 않은 것은 입영기피죄에 해당한다. 이에 의하면 어떠한 신념에 따른 병역거부도 병역기피에 포함된다고 할 것이다. 그러나 신념에 따른 병역거부의 정당성을 주장하는 입장에서는 양심적 병역거부(conscientious objection)와 병역기피(draft dodging)를 구별한다.

6) 독일에서는 헌법 자체에서 “양심에 반하여(gegen sein Gewissen)”, “양심상의 이유로(aus Gewissensgründen)” 병역거부 하는 것을 허용하는 규정이 있기 때문에 양심적 병역거부는 법적 용어에 해당한다.

7) 독일기본법 제4조 제3항 및 제12a조 제2항이 그러하다. 그런데 이를 직접 살상무기를 휴대하는 것에 국한하지 않으며 상명하복의 군대조직과 복잡한 현대무기체계의 특징을 감안하여 전체적으로 이해하여야 하는 것으로 해석하기도 한다.

(2) 대상에 따른 구별

병역거부는 그 대상에 따라 '선택적(selective) 병역거부'와 '보편적(일반적) 병역거부'로 구별된다. 전자는 특정한 전쟁(예컨대, 베트남 전쟁), 전투(예컨대 민간인지구에 대한 공격)나 특정무기의 사용을 거부하는 것을 의미한다. 미국 연방대법원은 양자를 구별하면서 병역거부권이 전자에는 적용되지 않음을 밝힌 바 있다.⁸⁾

(3) 시기에 따른 구별

병역거부의 시점에 따라 '입대 전 병역거부'와 '복무 중 병역거부'로 나눌 수 있다. 통상 징병제 국가에서는 양자가 모두 문제되나, 모병제 국가에서는 후자가 문제된다.⁹⁾

(4) 동기에 따른 구별

현행 헌법상 병역거부의 근거가 되는 신념이 형성되는 동기(계기)에 따라 제19조에 따른 양심적 병역거부¹⁰⁾와 제20조에 따른 종교적 병역거부로 구별할 수 있다. 관점에 따라서는, 병역거부가 양심상 결정에 따른 것인바, 그러한 양심상 결정이 어떠한 종교관, 세계관 또는 기타 가치체계에 기초하든지 간에 모두 양심의 자유에 포함시켜 고찰할 수 있으므로 굳이 구별할 필요가 없다고 보는 입장도 있다.¹¹⁾

그러나 병역거부는 그 동기에 따라서 등장배경 및 사회적 맥락, 대체복무 허용에 따른 수혜자의 범위 및 사회적 파급효과 등에서 적잖은 차이가 있다는 점에서 양자를 구별하는 것이 유의미하다고 본다.

종교적 교리가 병역거부를 요구하는 경우, 신도에 따라서는 자신의 개인적 양심(판단)과 달리, 교리에 대한 순종의 차원에서 병역거부를 해야 하는 경우가 있을 것이다. 또한 병역의무에 따른 군사훈련을 받는 것으로 인하여 종교단체에서 배제(제명)되는 것을 두려워하여 부득이하게 병역거부를 하는 경우도 충분히 상정할 수 있다.¹²⁾ 이러한 경우 양심적 병역거부와 종교적 병역거부는 구별된다고 할 것이다.

한편 순수한 양심적 병역거부는 그 속성상 개인적인 것에 비하여, 종교적 병역거부는 대체적으로 집단적이고 지속적인 성격을 지닌다. 그래서 종교적 병역거부는 종교적 공동체를 이루는 가족이 함께, 때로는 대를 이어서 반복적으로 하기도 한다.

3. 한국에서 병역거부의 현실

(1) 한국 병역거부의 특징

8) Welch v. United States(1970); Gillette v. United States(1971). 한편 독일의 경우도 그러한다. BVerfGE 12, 45; 48,127.

9) 모병제 국가인 미국에서는 이를 In-C.O.(In service Conscientious Objection)라고 한다. 복무중 병역거부자는 명예제대를 신청하게 된다. 현실적으로 명예제대 신청이 받아들여지는 경우는 소수에 불과하며, 대부분은 영창에 보내진다고 한다.

10) 현행 헌법이 사상의 자유를 별도로 규정하고 있지 않으므로, 제19조의 양심의 자유를 넓게 해석하여 사상의 자유를 포함하는 것으로 이해한다. 따라서 사상적 신념에 따른 병역거부는 양심적 병역거부에 포함되는 것으로 본다.

11) 현재의 입장이 그러한다. 예컨대 헌재 2011.8.30. 2008헌가22등(병합).

12) 만약 병역거부가 '양심상 결정'에 기인한 까닭에 모두 존중되어야 한다면, 예컨대 여호와의 증인 내에서 양심상 결정으로 병역의무를 이행한 신도에 대하여 제명조치를 취하는 것은 옳지 않다고 보아야 할 것이다. 병역이행이 교리에 반한다는 이유로, 자신의 양심에 따른 병역이행자를 종교집단에서 제명하는 것은 양심의 자유와 종교의 자유가 충돌하는 경우에 해당한다.

한국에서 병역거부는 통상 병역검사의 결과 현역판정을 받은 현역입영대상자가 정당한 이유 없이 입영하지 않은 방식으로 이뤄진다. 2016년 1월 1일부터 12월 31일까지 병역의무를 기피한 사람은 922명으로, 기피요지별로는 현역입영기피 663명, 국외불법체류 155명, 사회복무요원소집기피 62명, 병역판정검사기피 42명이었다.¹³⁾

한국에서 병역거부는 거의 대다수(약 99%)가 ‘여호와의 증인’ 신도들에 의하여 이뤄지고 있다.¹⁴⁾ 그런 점에서 한국에서 병역거부는 사실상 양심적 병역거부라기보다는 종교적 병역거부라 할 것이다. 따라서 한국에서 병역거부를 이해함에 있어서 종교집단으로서 여호와의 증인이 내세우는 교리적 특징을 살펴보지 않을 수 없다.

또한 한국에서 병역거부는 입영을 거부하는 방식으로 이뤄지고 있다는 점에서 징총거부만이 아니라 병역 자체를 거부하는 것으로 나타난다. 주목할 점은, 한국에서 병역거부가 사회적 이슈가 된 2000년대 초반 이전에는 여호와의 증인 신도들이 일단 훈련소에 입소한 후 징총을 거부하였는데, 그 이후부터는 아예 현역입영을 거부하기 시작하였다는 사실이다. 입영 이후의 징총거부는 군형법의 항명죄에 해당하여 군사법원에서 재판을 받게 되나, 입영 자체를 거부하는 것은 병역법의 입영기피에 해당하여 일반법원에서 재판을 받게 된다. 통상적으로 전자의 경우에는 2-3년 징역형을 선고받았으나, 후자의 경우에는 1년 6개월의 징역형을 선고받고 있다.

요컨대 한국에서 병역거부는 거의 대부분 ‘종교적 교리’에 따라 ‘병역 자체’를 거부하는 모습을 띠고 있다.

(2) 한국의 특수한 상황

세계적으로 볼 때, 유엔 회원국 193개 국가 중에서 군대를 보유하지 않는 21개국과 징병제를 취하지 않는 67개국을 제외한 가운데, 헌법이나 법률로 신념에 따른 병역거부를 인정하는 나라는 57개국, 사법적·관행적으로 이를 인정하는 나라는 12개국인데 비하여, 징병제를 취하면서 이를 인정하지 않은 나라는 36개국이다.¹⁵⁾ 한국은 징병제국가이면서 신념에 따른 병역거부를 인정하지 않은 국가에 해당한다.

2000년 이후 국가별로 기록된, 전 세계 병역거부로 인한 수감자의 약 90%에 해당하는 수감자에 한국에 있다.¹⁶⁾ 그 대부분이 종교적 교리에 기인함은 앞서 설명한 바와 같다. 이러한 통계수치로 인하여 한국이 병역거부자에 대한 차별이 심한 국가로 인식되고 있다.

그런데 세계적으로 병역거부로 인한 수감수가 한국에 많은 이유는 병역거부자를 처벌하는 국가 중 상대적으로 많은 수의 여호와의 증인 신도가 한국에 있다는 사실¹⁷⁾과, 전쟁위기가 상존(常存)하고 있는 세계 유일의 분단국가로서 국민개병의 원칙과 징병제를 채택한 한국의 특수한 상황이 복합적으로 반영된 결과라고 하겠다.

흔히 독일과 대만이 한국과 유사한 안보상황임에도 불구하고 병역거부 내지 대체복무제를 인정한 국가로 소개되고 있다. 그러나 자세히 살펴보면 그 사정과 상황이 우리와 다를 수 있다. 독일은 처음부터 헌법에서 양심적 병역거부권을 인정해 오다가 냉전체제가 구축되는

13) 2017.2.22. 병무청 보도자료.

14) 극히 예외적인 소수가 불교신자 또는 평화주의자의 입장에서 병역거부를 하고 있다.

15) 국제엠네스티 한국지부 홈페이지(<https://amnesty.or.kr/10835/>), 2018.02.12. 검색.

16) 국제엠네스티 한국지부 홈페이지(<https://amnesty.or.kr/10835/>), 2018.02.12. 검색.

17) 여호와의 증인 홈페이지(<https://www.jw.org/ko>)의 자료인 2014년 봉사연도 보고서에 의하면, 증인 10만 명이 넘는 국가가 24개국이다. 이에 의하면 한국의 증인 수는 100,641명이다. 병역거부자를 처벌하는 국가 중에 상대적으로 한국에 여호와 증인 신도가 많음을 알 수 있다.

과정에서 군대를 창설하고 유지할 필요성 때문에 병역의무를 규정하다보니 부득이하게 그 절충안으로서 대체복무제를 도입하게 된 것이다. 한편 대만의 경우, 1990년대 중반까지 60만 규모의 병력을 유지하기 위해 종교적 신념에 따른 병역거부자들을 처벌하였으나, 1990년대 후반 이래 중국과의 적대관계가 개선되고 국방정책이 현대화 및 소수정예화로 바뀜에 따라 대규모 감군이 불가피하게 되었는데, 이에 따라 초과인원을 사회공공서비스로 투여하고 군복무의 형평성을 제고하기 위하여 대체복무제를 도입하게 된 것이다. 즉, 군축상황에서 유희병력을 사회서비스에 활용하기 위하여 대체복무제를 도입하게 되었고, 그러한 경로의 하나로서 종교적 병역거부자를 대체복무역으로 징집하게 되었다.

요컨대, 일찍이 전쟁을 경험하였고 아직도 정전(停戰)상태이면서 전쟁발생의 위협이 상존한 안보상황에 처한 국가는 한국이 유일하다고 할 것이다. 여기에서 한국도 다른 징병제 국가처럼 신념에 따른 병역거부를 권리로 인정할 것인가, 아니면 한국의 예외적인 특수한 상황에 따라 이를 인정하기 어렵다고 할 것인가라는 문제를 다시 한 번 확인할 수 있다.

4. 소결

한국에서 병역거부가 사실상 종교적 교리에 기인함에도 불구하고 현재는 이를 양심적 병역거부로 취급하고 있다. 헌법재판소는 여호와의 증인 신도들이 종교적 신앙에 따라 현역복무라는 병역의무를 거부하고 있으므로 처벌조항에 의하여 이들의 종교의 자유도 함께 제한된다고 본다. 그러나 종교적 신앙에 의한 행위라도 개인의 주관적·윤리적 판단을 동반하는 것인 한 양심의 자유에 포함시켜 고찰할 수 있으므로, 종교의 자유는 고려하지 않고 양심의 자유를 중심으로 기본권 침해 여부를 판단하면 족하다고 판단하였다.¹⁸⁾

그러나 양심적 신념에 따른 병역거부와 종교적 신념에 따른 병역거부를 구별하는 것이 필요하다고 보는 입장에서, 필자는 후자의 측면을 살펴볼 필요가 있다고 본다. 종교적 신념에 따른 병역거부자들도 자신에 대한 형사처벌을 종교의 자유에 대한 침해, 나아가 종교적 박해로 인식하고 있다.

요컨대, 한국에서 병역거부가 사실상 특정 종교집단 신도들의 전유물이 되고 있으므로 이를 양심의 자유 측면보다는 종교의 자유 측면에서 검토하는 것이 사실에 더 부합하다고 본다.

III. 종교의 자유와 그 한계

1. 종교의 자유

종교의 자유는 자신이 선호하는 종교를 자신이 원하는 방법으로 신봉하는 자유를 말한다. 종교의 자유의 내용에는 가장 핵심을 이루는 신앙의 자유를 비롯하여 종교적 행사의 자유, 종교적 집회·결사의 자유, 선교의 자유 등의 적극적인 자유만이 아니라 무신앙의 자유, 종교적 행사·종교적 집회 및 결사·선교활동 등을 강제 받지 아니할 소극적 자유까지 포함된다.¹⁹⁾

18) 현재의 판단에 따르면, 양심상 결정이 어떠한 종교관·세계관 또는 그 밖의 가치체계에 기초하고 있는지와 관계없이, 모든 내용의 양심상 결정은 양심의 자유에 의하여 보장되어야 한다. 그래서 자신의 종교관·가치관·세계관 등에 따라 전쟁과 그에 따른 인간의 살상에 반대하는 진지한 양심이 형성되었다면, '병역의무를 이행할 수 없다'는 결정은 양심에 반하여 행동할 수 없다는 강력하고 진지한 윤리적 결정이며, 현역복무라는 병역의무를 이행해야 하는 상황은 개인의 윤리적 정체성에 대한 중대한 위기상황에 해당한다. 헌재 2011.8.30. 2008헌가22등(병합), 판례집23권 2집, 189-190면.

종교의 자유 중 신앙실행의 자유는 종교적 교리를 행위의 지침으로 삼고 종교적 확신에 따라 행동할 자유를 말한다.²⁰⁾ 병역수행에 따른 피해의식이나 두려움 등의 이유로 하는 병역기피와는 달리, 종교적 교리에 따른 병역거부는 '부작위에 의한 신앙실행의 자유'에 해당한다. 헌법이 종교의 자유를 보호하는 것은 종교적 동기에 기인하는 행동이 그렇지 아니한 행동에 비하여 차별화하여 보호할 가치가 있다고 보기 때문이다.²¹⁾ 여기서 종교적 교리에 의한 병역거부가 일반적 병역기피와 달리, 형사처벌의 대상이 되지 아니할 뿐더러 오히려 보호의 대상이 될 수 있느냐가 문제된다.

2. 종교의 자유의 한계

신앙의 자유와는 달리, 신앙실행의 자유는 공익이나 제3자의 법익 보호를 위하여 제한될 수 있다. 신앙실행의 자유로서 병역거부가 허용되느냐 여부는 신앙실행의 한계에 관한 문제이다. 이는 종교적 신념에 따른 병역거부자를 처벌하는 조항이 위헌인가의 여부를 묻는 문제로 나타난다.

종교적 신념에 따른 병역거부자를 처벌하는 조항(병역법 제88조 제1항 제1호)의 위헌 여부는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 따라 심사하게 된다.²²⁾ 이에 관한 현재의 법정의견은 타당하다고 본다.

처벌조항은, '국민의 의무인 국방의 의무의 이행을 관철하고 강제함으로써 징병제를 근간으로 하는 병역제도 하에서 병역자원의 확보와 병역부담의 형평을 기하고 궁극적으로 국가의 안전보장이라는 헌법적 법익을 실현하고자 하는 것'으로 그 입법목적이 정당하고, 입영을 기피하는 현역 입영대상자에 대하여 형벌을 부과함으로써 현역복무의무를 이행을 강제하고 있으므로, 이 같은 입법 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다.

처벌조항이 최소침해의 원칙에 위배되는가의 여부는 대체복무제의 도입이 가능한가와 직접 관련된다. 병역의무와 관련하여 대체복무제를 도입할 것인지의 문제는 결국 '대체복무제를 허용하더라도 국가안보라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없는지 여부'에 대한 판단의 문제로 귀결된다. 남북이 대치하고 있는 우리나라의 특유한 안보상황, 대체복무제 도입시 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, 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, 종교적·양심적 병역거부자에 대하여 대체복무제를 도입하지 않은 채 형사처벌 규정만을 두고 있다고 하더라도 처벌조항이 최소침해의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

법익균형성과 관련해서는, 종교의 자유와 병역의무 간에 가치의 균형을 따지게 된다. 이와

19) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 490면.

20) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2015, 727면.

21) 종교의 자유는 근본적으로 인간을 종교적 존재로 보는 관점을 전제로 한다. 특정한 행위가 일반적 행동의 자유에 속하지 않고 종교에 따른 생활형성의 자유에 속하는 것을 주장하기 위해서는 행위자 자신의 종교적 계율이나 의무가 포함된 교리를 제시할 수 있어야 한다.

22) 현재는 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 따라 즉 목적정당성·수단적합성·피해최소성·법익균형성의 측면에서 처벌조항의 위헌성을 심사하면서, 신념에 따른 병역거부자를 처벌하는 조항이 양심의 자유를 침해하지 아니한다는 입장을 견지해 왔다. 헌재 2011.8.30. 2008헌가22등(병합), 판례집23권 2집, 174-175면.

관련하여 주의할 점은 병역거부의 근거가 되는 교리 자체의 참됨이나 정통성에 관하여 국가기관이 판단할 수는 없다는 사실이다. 이 영역에 대하여 국가가 중립을 지키는 것이 종교의 자유의 핵심이기 때문이다. 다만 그러한 교리에 따른 병역거부행위가 헌법체계에서 수용될 수 있는가 여부는 따질 수 있다. 종교 자체는 현세의 질서와 가치를 초월하는 영역을 대상으로 하지만, 법의 영역에 들어오는 종교적 현상과 종교적 행위는 국가적 질서와 가치와 연결되어 판단되지 않을 수 없다.²³⁾ 이를 위해서는 교리에 따른, 즉 병역거부행위가 수반하는 결과를 공리주의적으로 평가하여야 할 것이다. 왜냐하면 ‘해 아래서’ 살아가는 인간공동체에서 법적 판단은 궁극적으로 공리주의적 판단에 기초하기 때문이다.

먼저 병역거부와 관련한 여호와의 증인의 핵심적 교리를 간단히 살펴볼 필요가 있다.²⁴⁾ 여호와의 증인들은 1914년에 예수님이 재림하셔서 하늘 정부의 왕으로 통치하심으로 하나님의 하늘 왕국이 시작되었다고 주장한다. 이 하늘 왕국은 때가 되면 아마겟돈 전쟁으로 세상의 모든 정부를 제거하고 여호와의 증인의 하늘 정부가 이 지상을 다스림으로써 이 땅이 지상낙원이 된다고 주장한다. 이에 따르면, 사단의 정부가 다스리는 세상 나라의 군대에 들어가서 병역의무를 수행한다는 것은 적국의 군대에 군인으로 활동하는 셈이 된다. 언제 아마겟돈 전쟁이 있을지 모르는 상황에서 세상 정부의 군대에 소속하는 것은, 그들의 신앙 양심으로 볼 때, 도저히 용납을 될 수 없는 것이기에 병역거부를 할 수 밖에 없다는 주장을 내세우고 있다.

여호와의 증인들이 양심적 병역거부라는 말을 하면서 병역의 의무를 회피하려고 하지만, 사실상 이는 왕국론과 아마겟돈 전쟁의 잘못된 해석에서 비롯한 것이다. 즉 그들의 병역거부는 양심적 결정과는 무관하며 오히려 그들이 신봉하는 교리에서 출발한 것으로 보아야 한다. 대한민국을 포함한 이 세상의 정부가 사단의 정부라고 생각하기 때문에, 그들은 일찍이 국가에 대한경례나 애국가 제창을 거부하였던 것이다.

위와 같은 교리에 따라 여호와의 증인들은 입영을 거부하는 방식으로 병역 자체를 거부하고 있다. 이는 헌법이 정당하다고 규정한 “국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로” 하는 국군의 존재를 부정하는 까닭에 병역의무의 가치와 정면으로 충돌한다. 더구나 대한민국은 침략적 전쟁을 부인하고 국가의 안전보장과 국토방위를 국군의 헌법적 사명(과제)로 한정하고 있기 때문에, 병역거부권을 헌법이나 법률에서 명시하거나 대체복무제를 도입하지 않는 한, 종교적 신념으로 병역을 거부하는 것은 현행 법체계상 정당화될 수 없다고 본다. 따라서 종교적 신념에 따라 일체의 군복무에 대하여 병역을 거부하는 것은 현행 법체계상 정당화될 수 없는, 그런 점에서 신앙실행의 자유의 보호 대상으로 받아들일 수 없는 행위라고 본다. 그렇다면 병역거부자를 처벌하는 조항은, 형벌부과에 관한 헌법상의 원칙에 반하지 않은 한, 위헌이라고 볼 수 없다.

한편 종교적 신앙을 이유로 환자인 가족에게 수혈을 하지 못하게 하여 사망에 이르게 한 경우, 이는 종교의 자유로 보호되지 못하고 이에 따른 형사적 책임을 져야한다고 판단한 대법원의 판결(대법원 1980.9.24. 79도1378)도 이와 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

23) 만약 종교적 교리가 국법질서와 충돌하게 될 경우, 국법질서를 반영(수용)하여 교리의 적용형태를 달리하든지, 아니면 교리에 충성을 다집하면서 국법질서를 바꾸려고 시도하거나 여의치 않으면 이를 거부·저항하든지 더 나아가 국가공동체를 떠나가든지 해야 할 것이다. 이와 같은 종교와 국가 간의 긴장관계는 역사적으로 언제나 존재하여왔다.

24) 병역거부에 관한 주요 교리로 그들의 왕국론과 아마겟돈 전쟁론을 들 수 있다. 자세한 것은 『성서는 무엇을 가르치는가』, 위치타워성서책자협회, 77-85면 참조. 진용식, “여호와의 증인의 병역거부 양심적 병역거부인가?”, 현대종교, 2017.10.16 (<http://www.hdjongkyo.co.kr/news/view.html?category=1004&no=15485§ion=22>).

3. 토론

종교적 신념에 따른 병역거부를 이른바 양심상 결정에 따른 병역거부로 파악한다고 하더라도 위와 동일한 결론에 이른다고 본다. 여기서 관건은 병역의무와 양심의 자유 간 가치의 충돌이다. 병역의무와 양심의 자유라는 헌법적 가치가 충돌되는 경우에 이를 해결하기 위해서는 ‘추상적인 가치형량’ 아닌 ‘구체적인 비교형량’이 필요하다. 따라서 병역거부 문제가 제기되고 있는 한국의 안보상황과 병역거부자의 개인적인 양심을 비교하여야 할 것이다. 오늘날 한국의 엄중한 안보현실을 고려할 때, 그 내용이 어떠한 간에 이른바 ‘내면의 진지한 마음의 소리’라는 이유로 모든 양심상 결정이 과연 병역거부를 정당화할 정도로 당연히 보호되어야 할 것인가? 만약 모든 양심상 결정을 동일하게 보호하여야 한다면, 일찍이 듣지도 보지도 못했던 나름대로의 사상이나 사이비종교의 교리를 양심상 결정의 근거로 내세울 경우, 과연 이를 막아낼 법적 근거가 있을 것인가?

생각건대, 전투영역이든 비전투영역이든 관계없이 입영 자체를 거부하면서 일체의 병역 수행을 거부하는 결정이 양심실현의 자유로서 모두 균등하게 부담하여야 할 병역의무의 가치보다 더 보호되어야 할 것은 아니라고 본다.

IV. 대체복무제 도입의 가능 여부

1. 병역거부 및 대체복무에 관한 현행 헌법의 입장

현행 헌법은 병역거부권은 물론 대체복무에 관한 규정을 두고 있지 않다. 반면에 신념, 양심 또는 종교를 이유로 한 병역거부를 헌법적 가치로 인정하는 국가는 병역거부권 및 대체복무제를 헌법에 명시하기도 한다. 그 대표적인 국가로 독일을 들 수 있다.²⁵⁾

독일에서 대체복무제가 헌법에 도입하게 된 배경에는 독일 특유의 상황이 있었다. 나치독일의 패망 후에 수립된 독일연방공화국은 전승국의 영향 가운데 당연히 헌법에 평화주의를 선언하고 침략전쟁을 부인하고, 개인에게 양심적 병역거부권을 인정하였다. 그러나 냉전체제가 구축되는 과정에서 독일은 재무장의 길로 들어서게 되었다. 소련과 동부유럽의 군사적 위협으로부터 방파제 역할을 맡게 되면서 군대를 창설, 유지할 필요성이 생긴 것이다. 이 과정에서 양심적 병역거부권 이외에 병역의무를 새로이 규정할 필요가 생겨났다.

그래서 제7차 개헌을 통하여 징병제를 실시할 수 있도록 하고 양심적 병역거부자에게 대체복무를 부과할 것을 규정하였다. 이처럼 독일에서 대체복무제는 양심적 병역거부권과 병역의무를 조정하는 절충안으로 등장하게 된 것이다.

현행 대한민국 헌법이 병역거부권 및 대체복무제를 헌법에서 규정한 외국 입법례를 알면서도 이러한 규정을 두지 않은 것은 입법상의 간과(看過) 내지 미비가 아니라 의도적인 선택이었다고 볼 것이다. 따라서 우리와 같이 헌법에 국방의무를 명시하면서도 병역거부권을 규정하지 않은 상황에서 병역거부권을 인정하려면 이를 헌법해석론으로 도출할 수 있어야 한다. 이러한 헌법해석에 있어서, 국가안전보장에 관한 우리 헌법의 규범적 구조와 국가안보상황을 반

25) 이에 관한 소개로는 이재승, “독일 대체복무제의 최근 동향”, 『인권과 공익법』 창간호, 건국대학교 법학연구소, 2007, 43-66면.

드시 고려하여야 할 것이다. 그렇지 아니하고 외국 입법례를 주로 의존하여 해석론을 전개하는 것은 설득력이 떨어질 뿐 아니라 위험할 수 있음을 주의하여야 한다. 특히 양심적 병역거부권을 헌법에 명시한 국가²⁶⁾의 해석론을 무조건 차용하는 것은 적절하지 않다.

병역거부권 및 대체복무제를 해석론으로 이끌어낼 수 없는 경우, 입법론으로 헌법에 병역거부권의 신설을 추진하거나 헌법 제39조 제1항에 따라 병역법에서 대체복무제를 도입하는 것을 고려할 수 있다. 종교적 신념에 따른 병역거부의 허용 및 대체복무제 도입 여부와 관련하여, 먼저 현행 헌법이 국가안전보장에 관하여 어떤 규범구조를 취하고 있는가를 살펴볼 필요가 있다.

2. 국가안전보장과 관련한 헌법 규정

(1) 헌법상 중대한 법익으로서 국가안전보장

국가안전보장은 국가의 존립과 영토의 보존, 국민의 생명·안전의 수호를 위한 불가결의 전제조건이자 모든 국민이 자유를 행사하기 위한 기본적인 전제조건이다. 이는 헌법이 명문으로 규정하는가와 관계없이 존중되어야 하는 헌법상 중대한 법익이라 할 것이다. 국가안전보장과 국민의 자유 및 권리 간에 가치의 우열을 추상적으로 따지기 어려운 것은 사실이나, 국가안전보장이 모든 자유 및 권리를 향유하기 위한 전제조건임은 분명하다. 병역거부의 근거가 되는 양심의 자유나 종교의 자유조차도 국가안전이 확보되어야만 비로소 누릴 수 있다.

그러므로 국가안전보장과 자유 및 권리가 상충되는 것으로 판단될 때에는 전자를 우선할 수밖에 없다. 국가안전보장과 국민의 자유·권리가 충돌하는 경우, 법익형량에 따라 상대적으로 용이하게 가치의 우열을 정하거나, 아니면 규범조화적 해석에 따라 양자를 존중하는 균형점을 찾되 그렇지 않을 경우 비례적으로 제한하는 방식을 취하게 된다. 여하튼 최종적으로는 양자 중에 우선할 것이 무엇인가를 선택하지 않을 수 없게 되는바, 모든 자유·권리를 보장하는 전제조건으로서 국가안전보장을 우선할 수 밖에 없음을 분명하다.

한편, 이와 같은 당연한 명제 외에도, 주권을 상실하였을 뿐 아니라 국가의 존립이 위태롭게 된 전쟁까지 경험한 한국의 현대사를 돌아볼 때, 국가안전보장과 영토수호가 헌법적 가치로 고양(高揚)되는 것은 지극히 당연하다고 하겠다.²⁷⁾

(2) 국가안전보장을 위한 군사제도와 권리제한 및 의무부과

한국 헌법은 국가안전보장을 헌법상 중대한 법익으로 간주하여 다각적으로 강조하고 있다. 헌법 제5조 제2항은 국가의 안전보장과 국토방위가 국군의 “신성한” 의무임을 강조하고 있으며, 이러한 의무의 수행이 국군의 헌법적 “사명”임을 밝히고 있다. 그리고 국군은 침략적 전쟁을 수행해서는 아니 된다(제5조 제1항).²⁸⁾ 이처럼 국군은 국가정책실현 수단으로서의 전쟁이나 침략적 전쟁을 수행하지 아니하고, 오직 국가의 안전보장과 국토방위에만 전념하는 신성한 의무를 지닌다. 따라서 ‘평화사랑’ 등 반전(反戰)의 명분을 제공할 수 있는 전쟁의 수행은

26) 러시아헌법 제59조 제1항, 네덜란드헌법 제99조, 독일기본법 제12a조 제2항, 스위스헌법 제59조 제1항, 포르투갈헌법 제276조 제4항 등.

27) 한국은 1948년헌법 이래 국토방위를 국군의 신성한 의무로, 또한 국토방위(국방)의무를 국민의 기본 의무로 부과해 왔다.

28) 헌법에서 침략적 전쟁의 부인을 명시하는 입법례가 세계적으로 소수이다. 일찍이 전쟁을 일으켰던 독일, 일본, 이탈리아가 그러한 입법례의 대표적인 국가이다. 그런 점에서 한국이 1948년헌법 이래 줄곧 침략적 전쟁의 부인을 헌법상 명문으로 유지해 온 것은 매우 이례적이라 하겠다.

헌법규범체계상 용납되지 아니한다.

헌법은 국가안전보장과 국토방위를 실현할 수 있는 실제적인 수단으로 국군이라는 군조직을 제도화하며, 국군의 통수권을 국가원수로서 국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법수호의 책무를 담당하고 있는 대통령에게 부여하고 있다(제66조 제1항 및 제2항, 제74조 제1항). 그리고 국가의 안전보장이라는 중대한 헌법적 법익을 보호하기 위하여 헌법 제76조 제1항은 대통령에게 국가긴급권을, 제77조 제1항은 계엄선포권을 부여하고 있다. 국가안전보장에 관련되는 대외정책·군사정책과 국내정책의 수립에 관하여 대통령의 자문기관으로서 국가안전보장회의를 필수적으로 두고 있다(제91조).

또한 헌법은 국가안전보장을 위하여 국민의 권리와 자유를 제한할 수 있도록 하고 있다. 제37조 제2항에 따라 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장을 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한될 수 있다. 이 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해될 수 없다.

더 나아가 헌법은 국군의 조직·유지에 필요한 인적 자원을 확보하기 위해 제39조에서 국방의 의무를 국민의 기본의무(Grundpflichte)로 명시하고 있다.²⁹⁾ 국방의무라는 기본의무의 부과는 기본권의 제한 이상으로 강력한 국가안전보장의 수단이 된다.

오늘날 전쟁은 총력전 형태로 치러지기 때문에 국방의무는 국방을 위한 직접·간접의 병력형성(제공)의무를 내용으로 한다. 국방을 위한 직접적인 병력형성의무는 병역법에 따른 징집에 응할 의무를 말하며, 간접적인 병력형성의무에는 예비군복무의무, 방공·응급적 방재·구조·복구 및 노력지원 등이 포함된다.³⁰⁾

국방의무를 이행해야 하는 국민의 입장에서는 아무래도 직접적인 병력형성의무, 특히 현역 입영의무가 가장 부담스러운 것이 사실이다. 왜냐하면 입영 여부에 대해 결심해야 하는 양심의 자유뿐 아니라, 입영 후 군복무 중에 여러 기본권(특히 거주·이전의 자유, 의견표명·전파의 자유, 집회의 자유, 사생활의 자유, 일반적 행동자유권 등)의 제한이 수반되기 때문이다. 따라서 군복무에 따른 여러 개별 기본권의 제한을 정당화하기 위해, 헌법은 국가안전보장을 위하여 권리와 자유를 법률로써 제한할 수 있다는 제37조 제2항 외에, 제39조 제1항(모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다)을 별도로 두고 있다.³¹⁾

이처럼 국민의 기본적 의무로 규정된 국방의무는 병력형성(제공)에 따른 기본권 제한 목적의 정당성과 수단의 필요성(적합성)을 더욱 강하게 뒷받침하고 있다. 민주국가의 헌법에 있어서 국방의무를 명시적으로 규정하는 것은 국가권력을 억제하고 제한한다는 소극적 의미만을 가지는 것이 아니라, 주권자로서 국민이 스스로 국가의 존립과 안전을 위하여 병력을 유지한다는 적극적 의미를 아울러 가지고 있음³²⁾을 염두에 두어야 할 것이다. 즉 국민이 기본권의 주체인 동시에 기본의무의 주체임을 확인시키면서 국민에게 기본권의 향유 못지않게 국가존립

29) 기본권과 함께 기본의무가 헌법에 명시된 것은 서구 헌법의 역사에서 볼 때 그 유례가 거의 없다. 우리 헌법은 독일 바이마르헌법을 모델로 삼아 1948년헌법 이래 제2장 “국민의 권리와 의무”에서 기본권과 기본의무를 함께 규정함으로써 양자간에 체계적 연관관계가 있음을 명시하였다. 기본의무는 공동의 정치적 생존을 유지하기 위하여 개인에게 국가에 대한 급부이행의무·수인의무·부작위의무 등을 부과함으로써 개인의 희생과 부담 등을 요구한다. 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2004, 804면; 한수웅, 앞의 책, 2015, 1075면.

30) 한편 헌법상 침략적 전쟁은 부인되기 때문에 국방의무에 침략전쟁을 위한 병력형성의무는 포함되지 아니한다.

31) 이처럼 헌법은 제37조 제2항에 의하여 ‘국가안전보장’을 위하여 일반 국민의 기본권을 제한할 수 있도록 하는 것 외에, 제39조 제1항에 의하여 ‘국방의 의무’를 부과함으로써 특히 병역의무관계에 있는 군인의 기본권이 제한될 수 있는 법적 근거를 마련하고 있다. 한수웅, 앞의 책, 352-353면.

32) 권영성, 『헌법학원론』, 박영사, 2010, 715-716면.

의 책임을 강조하기 위함이다.

3. 국방의무와 대체복무제

(1) 국방의무 구체화의 구조와 원리

국방의무는 통상 사인간의 관계에서 인정되는 권리와 자유의 제한 차원이 아니라 국가공동체에 대한 주권자로서의 국민이 부담해야 하는 새로운 의무이다. 주권자로서 부담하는 헌법상 기본의무의 부담은 통상 기본권의 제한에 따른 부담과는 차원이 다르다고 보아야 할 것이다. 즉 국가안전보장을 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 기본권을 제한하는 것 외에, 기본 의무로서 국방의무를 부과하는 것은 모든 국민이 국방을 위하여 일정한 수준의 부담을 균등하게 감당해야 함을 의미한다. 따라서 국민에게 부여된 헌법상 의무는 특별한 이유가 없는 한 성별, 종교, 나이, 개인의 주관적 신념이나 가치판단에 무관하게 이행되어야 한다.³³⁾ 또한 국민은 자신의 기본권을 주장하여 기본의무의 이행을 거부할 수 없다.³⁴⁾ 그런 까닭에 양심의 자유나 종교의 이유로 이를 거부할 수 없다고 하겠다.

기본의무의 구체화는 의무의 '원칙적 부담'과 극히 '예외적인 감면'의 구조를 취한다. 이러한 구조는 통상 기본권의 '원칙적 보장'과 '예외적 제한'이라는 기본권의 구체화와 다름을 주의하여야 한다. 기본의무의 구체화 과정에서 자연스럽게 기본권의 제한이 나타나기 때문에 기본의무를 구체화하는 법률의 위헌성을 심사함에 있어서 기본권제한의 법리에 따라 검토하는 것이 편할 수도 있고 또한 효과적일 수도 있다. 기본권 제한의 경우, 통상 개별 기본권의 제한의 정도를 따져 '합헌적인 제한'인가 아니면 '위헌적인 침해'인가를 판단하게 된다. 그러나 기본의무 구체화의 경우에는 기본권 제한의 정도만이 아니라 의무주체간의 형평성을 중요하게 따져보아야 한다. 여기서 중요한 것은 부담의 '내용'과 '수준' 그리고 '형평성'이라고 본다.

이와 관련한 헌법원리로 인간의 존엄 및 가치의 존중(제10조), 평등원칙(제11조), 법치주의(제37조 제2항)을 들 수 있다. 첫째, 인간의 존엄 및 가치의 존중은 의무부과의 '내용'과 '수준'에 관한 입법의 지침이 된다. 의무부과에 따른 기본권 제한에 있어서 자유와 권리의 본질적 내용이 침해되어서는 아니 된다. 둘째, 평등원칙은 부담의 '형평성'을 요구하는바, 국방의무 중에 기본권제한의 정도가 가장 심한 병역의무의 이행을 면제하거나 이를 대체하는 복무를 수행하게 하기 위해서는 강력한 정당화 사유가 존재하여야 한다. 셋째, 기본의무가 현실화되기 위해서는 입법자의 구체적인 형성을 필요로 하기 때문에 입법자는 법률유보와 과잉금지원칙의 구속을 받게 된다. 그러한 점에서 기본의무의 구체화는 법치주의의 요청에 따라야 한다.

요컨대, 입법자는 헌법 제39조 제1항에 규정된 국방의무를 구체화하는 입법재량권을 행사함에 있어서 위에 언급한 헌법원리에 따라야 할 것이다.

(2) 국방의무 구체화와 입법재량

헌법 제39조의 국방의무는 추상적인 의무로서 여러 법률(병역법, 군형법, 향토예비군설치법 등)에 의하여 구체화된다. 급변하는 안보상황에 탄력 있게 대응하기 위해서는 국가안전보장에 합목적적인 수단을 최적화하여 국방능력을 최고도로 갖춰야 하기 때문에, 입법자는 국방의무를 구체화함에 있어서 광범위한 입법형성권을 가진다. 국방에 필요한 각 군의 범위 결정과 적절한 복무기간의 산정 등을 비롯한 병력의 구체적 설계, 총량의 결정 및 그 배분, 안보상황의

33) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015, 558면.

34) 정종섭, 앞의 책, 893면; 한수용, 앞의 책, 1077면.

예측 및 이에 대한 시의적절한 대응, 재정능력의 확보 및 부담의 분배 등은 매우 전문적이고 정치적 사항이기 때문에 국회의 광범위한 입법형성의 자유를 인정하지 않을 수 없다.

또한 병역의무의 이행을 확보하기 위하여 현역입영을 거부하는 자에게 형벌을 부과할 것인지 또는 대체복무를 인정할 것인지 여부, 대체복무제도를 설계함에 있어서 어떤 내용과 방식으로 구상할 것인지도 국회의 입법재량에 속한다고 볼 것이다.

4. 소결

현행 헌법은 ‘의도적으로’ 병역거부권 및 대체복무제를 인정하고 있지 않다. 역사적으로 침략전쟁을 일으킨 국가에서 반전(反戰) 내지 병역거부는 종교적, 도덕적, 양심적으로 지지받았다. 그러나 그러한 역사적 배경을 갖지 않은 한국에서 추상적인 평화주의적 신념을 이유로 병역을 거부하는 것은 규범적으로 설득력을 갖지 못한다고 본다. 따라서 일반적으로 병역 자체를 거부하는 것은 한국 헌법규범체계와 부합하지 않다고 볼 것이다.

다만, 아주 예외적으로, 군복무 중 참여하려는 전쟁이 헌법에 반하는 침략적 전쟁이라는 판단이 들어 병역을 거부하는 것은 헌법 제5조 제1항에 근거하여 헌법상 보호할 가치가 있다고 본다. 국가의 침략적 전쟁 수행에 대하여 다룰 수 있는 방법 중의 하나가 병역거부라고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 국군을 해외파병할 경우에 이러한 논란을 피하기 위해서는 지원자들로 구성된 부대를 파병하여야 할 것이다.

그럼에도 양심의 자유 및 종교의 자유를 존중하여 신념에 따른 병역거부권을 아주 제한적으로, 즉 아주 예외적으로 인정하려 한다면 그 전제로서 ‘합리적인’ 대체복무제의 도입이 요구됨을 알아야 한다. 병역거부권을 인정한 후에 병역의무를 대신할 수 있는 대체복무제의 도입을 고려하는 것이 논리적인 순서로 보이지만, 우리 헌법체계에서는 부담의 형평성을 담보할 수 있는 대체복무제가 설계되어야만 신념에 따른 병역거부권이 허용될 수 있다고 본다.³⁵⁾

V. 대체복무제의 설계

1. 대체복무제의 개념

먼저 대체복무제의 개념을 명확히 할 필요가 있다. 일반적으로 대체복무제는 군복무 대상자가 사회시설, 공공기관, 기업, 연구소, 대학 등 국가가 지정한 기관 및 시설에서 일정기간 해당 업무를 종사하면 군복무를 이행한 것으로 간주하는 제도로 이해되고 있다.

현행 병역법상 병역의무자는 징병검사 또는 신체검사의 결과, 병력수급사정 등 국방여건, 특별한 자격요건의 구비에 따라 차별화되어 현역, 보충역, 제2국민역 또는 면제의 판정을 받게 된다. 그래서 현역 복무 외에 공익근무요원, 공중보건의사, 징병전담의사, 국제협력의사, 공익법무관, 공익방역수의사, 산업기능요원, 전문연구요원, 승선근무예비역으로서 병역을 복무하는 경우가 있다. 이와 같은 복무가 일종의 병역대체복무에 해당한다고 볼 수 있다. 이러한

35) 역사적으로 양심적 병역거부권을 헌법에서 먼저 인정하였던 독일에서는 나중에 병역의무조항이 신설되자 양자의 타협으로서 대체복무제가 도입·설계되었다. 이에 반하여, 우리 헌법에서는 병역의무가 먼저 인정되었기에 신념에 따른 병역거부권을 인정하기 위해서는 양자의 조화를 꾀하고자 하는 차원에서, 즉 ‘피해의 최소화’에 입각하여 형사처벌 대신 대체복무제의 도입이 허용될 수 있는가를 고민하지 않으면 안 된다.

의미의 대체복무는 이미 1970년대부터 활용되고 있었다.

그런데 위의 다양한 복무형태는 병역의무자의 신체적 조건, 병력수급사정 및 병력자원의 효율적 배치 등을 고려한 국방력유지의 정책적 판단에 따른 것이지, 병역의무자의 개인적 선택에 따른 것이 아니다. 그러한 점에서 현행 병역법상의 병역대체복무를 신념에 따른 병역대체복무와 동일시해서는 아니 될 것이다. 왜냐하면 그 취지, 요건, 판단절차, 파급효과가 상이하기 때문이다.

따라서 여기서 문제의 핵심은 신념에 따른 병역거부자의 신청에 의하여 군복무를 대신하게 하는 대체복무를 허용할 것인가 여부이다. 즉 신념적 병역거부자를 위한 대체복무제를 도입할 수 있는가 여부가 문제된다.

2. 대체복무제 도입에 따른 위험

(1) 국방력 약화의 위험성

대체복무제의 도입이 신념에 따른 병역거부자의 종교의 자유 및 양심의 자유를 보장하기 위한 취지라면, 일정한 요건을 갖춘 모든 병역거부자에게 대체복무의 기회를 주어야 할 것이다. 이에 따라 대체복무자의 폭증으로 병력유지가 제대로 되지 않는다면, 이는 정말 심각한 문제라 하지 않을 수 없다.

매년 병역가용 자원이 약 30만 명인데 비하여 신념에 따른 병역거부자가 600명 정도이므로 별다른 문제가 생기지 않을 것이라는 전망이 과연 현실적인가에 대하여 의문이 든다. 현역복무가 아닌 군 복무 형태가 연간 징집 인원의 10%가 넘는 상황에서 연간 징집 인원의 0.2% 정도인 신념적 병역거부자들이 현역에 종사하지 않는 것이 군사력의 저하를 초래하여 국가안전보장이라는 헌법적 가치를 위태롭게 한다고 볼 근거가 없다는 주장은 대단히 비현실적이라고 본다. 왜냐하면 현역복무 여부를 전적으로 (양심적, 종교적 신념에 따른) 개인의 결정에 따라 선택하게 할 경우, 편하고 쉬운 쪽을 선택하고자 하는 것이 인간의 자연스러운 속성이기 때문이다. 현역복무 아닌 대체복무를 지원하는 자의 수가 급증하게 될 것으로 예상된다.

참고로, 독일에서 대체복무제 도입 초기인 1967년에 양심적 병역거부자 신청자가 약 6,000명이었으나, 10년 후에는 그 수가 약 70,000명으로 10배 이상 증가하였음을 알아야 한다.³⁶⁾ 이와 같은 사실을 참조할 때, 어설픈 대체복무제의 도입은 군복무의 형평성을 무너뜨림으로써 현역복무의 의지를 약화시키고, 국방인력수급의 불균형을 야기함으로써 국방력의 유지에 심각한 타격을 줄 수 있다고 본다.

(2) 병역기피 수단으로 악용될 가능성

종교적 신념 또는 양심적 결정에 따른 병역거부가 인정될 경우, 자칫 병역기피의 수단으로 악용될 가능성이 있다. 특히 현역복무의 여건이 획기적으로 향상되지 않은 한, 현역복무의 대상자로서는 이를 회피할 수 있는 방안을 강구하는 것이 오히려 '합리적 선택'이라고 판단할 것이다.

2014.11.20. 병무청의 「입영 및 집총거부자 국민여론조사 결과 보고서」에 따르면, 대체복무 허용에 반대의견(58.3%)로 찬성의견(38.7%)보다 더 많으며, 그 반대이유로는 병역의무 예외 불가 및 병역기피 수단으로 악용 가능성 때문이라는 의견이 63.5%로 압도적으로 높게 나타났다

36) W. Berg, Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, In: AöR 107[1982], S.585-613[590].

다. 이는 병역기피의 풍조가 해소되지 않은 상태에서 대체복무제의 도입은 생각지도 못한 방법과 수단에 의하여 병역기피의 수단이 될 가능성대체복무제가 병역기피의 수단으로 악용될 가능성이 매우 크다는 점을 보여준다.

(3) 특정 종교에 대한 사실상 혜택과 정교분리 원칙의 훼손 가능성

병역거부의 정당한 이유로 제시하게 될 종교적 신념 또는 양심적 신념 소유의 입증문제가 현실적인 관건이 될 것이다. 나름 체계화되고 조직화된 종교적 신념은 상대적으로 용이하게 입증이 가능한 반면에, 양심적 신념은 그렇지 아닐 것이다.³⁷⁾ 참고로, 대만은 병역거부의 사유로 종교적 신념을 인정하면서도 양심의 결정을 인정하지 않고 있다.³⁸⁾

위와 같은 이유에서 병역거부를 원하는 자들은 종교적 신념을 내세우기 쉽다고 판단하여 여호와의 증인과 같은 특정 종교에 입교할 가능성이 매우 크다고 본다. 그 결과, 신념에 따른 병역거부권 및 대체복무제의 허용이 특정 종교를 지원하여 사실상 혜택을 주는 셈이 될 것이다. 이로 말미암아 종교간 차별 문제를 야기하면서 종교간 갈등을 초래할 수 있다. 그래서 개인의 신념을 존중하려는 취지의 대체복무제 및 병역거부권의 인정이 사실상 특정 종교를 국가적 차원에서 지원 내지 보호하는 현상을 초래함으로써 정교분리의 원칙(헌법 제19조 제2항)에 반하는 결과를 가져올 수 있다.³⁹⁾ 정교분리원칙은 종교에 대한 국가의 중립성을 요구하기 때문이다.

또한 여호와의 증인의 경우, 그 교리에 따라 국가의 존재와 권위를 부정하고 있음에도 불구하고 국가가 이를 보호해주는 모순이 성립하게 된다. 이러한 사실을 국민들이 용납하지 않으리라 생각한다.

3. 대체복무제 설계시 고려사항

(1) 대체복무제 도입의 전제로서 국방정책

무엇보다도 대체복무제의 도입 여부는 국방정책에 따라 결정됨을 염두에 두어야 한다. 그 대표적인 예로 대만과 독일을 살펴본다.

대만의 경우, 대체복무제의 도입 취지는 ① 군대의 목표를 정예화(精), 소수화(小), 강력화(強)로 정함에 따라 생겨난 초과인력을 사회공공서비스에 투입함으로써 군복무의 형평성을 제고하고자 함, ② 반전평화를 주장하는 여호와의 증인 등을 계속 처벌함에 따라 실추된 국가 이미지를 제고하고자 함, ③ 탈법적인 병역기피수단을 통해 병역을 면제받는 자가 증가함에 따른 병역제도에 대한 불신을 해소하고자 함이었다. 그래서 대만은 「병력 인원 보충에 영향을 주지 않는다」, 「병력 인원의 자질을 낮추지 않는다」, 「병역의 공평성을 위반하지 않는다」라는

37) 이에 따라 양자에 대한 판정에서 차별문제가 제기될 수 있다. 즉 순수한 양심적 신념의 소유자들이 입증의 어려움으로 병역거부권을 인정받기가 까다롭게 되면 종교적 신념의 소유자들에 비하여 상대적으로 차별을 받는다고 주장할 것이다.

38) 강현철, “대만의 병역법제와 대체복무제”, 『최신외국법제정보(2008-06)』, 한국법제연구원, 2008.8. 101면 이하. 해당 종교에 2년 이상 속해 있었던 자로서 이미 본인의 심리적 상태가 군복무를 수행하기에 합당하지 않은 자로 고려될 경우 대체복무를 신청할 수 있다. 신청할 시에는 이유서, 이력서, 서약서 그리고 종교 단체에서 발행한 증명서를 첨부해야 한다. 신청자의 신앙은 정부에 합법적으로 정식 등록되어 있는 종교 단체여야만 한다.

39) 정교분리 원칙은 국가나 정치에 대한 종교의 중립과 국가에 의한 모든 종교의 동등한 처우를 요구하는 원칙을 말한다. 이는 종교평등 원칙에 기초하고 있다. 정교분리 원칙의 중요한 내용으로 ‘국가에 의한 특정종교의 우대 또는 차별의 금지’를 들 수 있다. 권영성, 앞의 책, 494면.

원칙을 견지하고 있다.

독일의 경우, 징병제 하에서 양심의 자유와 병역의무의 조화를 꾀하기 위하여 대체복무(Ersatzdienst)로서 민간복무(Zivildienst)를 허용하였으나, 2011년 징병제를 폐지함에 따라 종래의 대체복무제가 더 이상 필요 없게 되었다. 따라서 현행 「병역거부자의 민간복무에 관한 법률(민간복무법, Gesetz über Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer, Zivildienstgesetz)」은 긴장사태나 방어사태(비상사태)의 경우에만 관련조항을 적용하는 것으로 하고 있다.

그런데 우리의 경우에는 엄중한 안보상황과 국방의무를 명문으로 규정하고 있는 헌법규범체계를 염두에 두고서, 기본권 보호(또는 제한)의 측면보다 국방력유지의 측면을 우선적으로 고려하여 대체복무제를 설계하여야 할 것이다.

관점에 따라서는 병역거부자에 대하여 형사처벌보다 대체복무를 부과하는 것이 국익에 더 도움이 되리라는 점을 들어 대체복무제의 타당성을 주장할 수도 있다. 형사처벌에 따른 비용을 줄이면서 오히려 대체복무를 통하여 공익을 증진할 수 있다는 것을 주된 논거로 한다. 그러나 이 견해는 대체복무가 적어도 현역입영과 동일한 수준의 부담일 때에만 타당하다. 그렇지 않을 경우, 대체복무로의 도피는 병역의무이행의 의지를 꺾으며 병역이행의 부담을 불평등한 것으로 인식하게 만드는 결과를 초래할 수 있음을 알아야 한다. 그런 점에서 대체복무의 부담수준이 현역복무에 준하는 정도가 되어야 할 것이다.

통상 대체복무제의 도입을 주장하는 자들은 유엔 자유권규약위원회 권고에 따라 국제표준에 부합하는 민간대체복무제를 마련해달라고 요청한다.⁴⁰⁾ 이는 국방부·병무청 등 군 기관의 관여가 없고, 복무 기간이 군복무에 비하여 지나치게 긴 징벌적 성격이 아니며, 공공의 이익을 가져오고 복무자의 양심을 침해하지 않는 업무를 대상으로 하는 대체복무제를 말한다. 그러나 대체복무의 정당성 및 필요성은 궁극적으로 국방의무에서 기인하기 때문에 국방의무의 형평성이 평등원칙에 따라 반드시 확보되어야 한다. 따라서 대체복무의 부담수준이 현역복무에 준하는 정도가 되어야 할 것이다.

(2) 대체복무의 내용, 조건 및 기간

대체복무의 부담 수준은 업무의 내용, 조건, 기간 등에 의하여 결정되는데, 이러한 구성요소를 적절하게 조합함으로써 부담 수준을 조절할 필요가 있다.

첫째, 업무의 내용은 대체복무의 유형에 따라 달라진다. 통상적으로 대체복무는 민간복무(civil service)와 비전투영역의 군복무로 나눌 수 있는바, 이에 따라 업무의 내용과 그 난이도 및 위험도(평시 및 전시) 등이 결정된다.

그런데 일반적으로 대체복무의 개념은 군복무를 대신하여 사회시설 등에서 공익목적으로 복무하는 민간복무로 이해되고 있다.⁴¹⁾ 예컨대 제20대 국회에서 박주민 국회의원이 대표발의한 병역법 개정안에 의하면, 대체복무는 국군·경비교도대·전투경찰대 및 이에 준하는 업무로서 대

40) 2017.7.7. 국제앰네스티 한국지부, 민주사회를 위한 변호사 모임, 전쟁없는세상, 참여연대 네 단체가 “합리적 대체복무제 도입을 위한 시민사회의 제안”을 국정기획자문위원회에 제출한 바 있다.

41) 독일의 경우, 아예 민간복무(Zivildienst)라는 용어를 사용하고 있는데, 이는 우선적으로 사회적 영역에서 공익에 기여하는 업무를 가리킨다. 민간복무는 도움이 필요한 사람에게 배려, 보호, 간호 그리고 위급상황의 배제 또는 예방을 내용으로 하는 활동이다. 이외에도 제3의 복무형태로 ‘대안적’ 대체복무가 있는바, 이에겐 민방위·재난구호, 개발봉사, 해외봉사, 자원봉사, 경찰근무, 자발근로제 등이 있다. 한편 대만의 경우, 대체복무는 치안분야(경찰, 소방), 사회서비스분야(사회복지, 환경보호, 의료, 교육 서비스), 기타 정부 지정분야(문화서비스, 사법행정, 외교, 토지측량, 경제안전, 체육, 공공행정, 관광 서비스)의 업무로 나뉜다.

인용 무기를 소지한 상태에서 수행하여야 할 업무는 아니면서, 아동·노인·장애인·여성 등의 보호·치료·요양·훈련·자활·상담 등의 사회복지 관련 업무 및 소방·재난·구호 등의 공익관련 업무를 가리킨다. 즉 「대체복무=민간복무」를 의미한다. 그렇다면 병역법상의 사회복무요원과 종교적 신념의 병역거부자의 실질적 차이는 사실상 4주간 군사훈련의 수료 여부에 불과하다고 볼 수 있다.

위와 같이 대체복무의 내용을 민간복무로 이해하기 때문에 그 부담 수준이 현역에 비하여 매우 낮다는 이유로 대체복무 도입을 반대하고 있는 것이다. 따라서 필자는 대체복무의 유형으로서 비전투분야의 군복무를 제안하고자 한다.

둘째, 업무의 조건은 근무지 및 숙소의 환경, 보상체계, 휴가체계 등에 의하여 결정된다. 특히 단체합숙근무인가 아니면 자택근무인가에 따라 업무의 부담이 크게 달라짐을 유의할 필요가 있다.

셋째, 대체복무의 기간은 대체복무의 유형에 따라 달라질 수 있다. 대체복무를 민간복무로 이해하는 입장에서는 업무의 기간이 징벌적 차원이 아닌 한도에서 대체복무가 군복무보다 어느 정도 기간의 연장이 허용된다고 본다. 일반적으로 대체복무 기간이 군복무 기간에 비하여 1.5배 이내일 것을 주장하고 있다. 예컨대 대만의 경우, 현역 상비군 대상자 중 대체복무를 하는 자는 현역 상비군 복무기간보다 2개월이 연장된 2년인 데 비하여, 종교 사유 대체복무자의 복무기간은 2년 2개월이다.

그러나 대체복무를 비전투분야의 군복무로 보는 입장에서는 복무기간이 현역의 경우와 동일하게 될 것이다.

(3) 판단기준의 객관성과 판단절차의 공정성

진정한 신념에 따른 병역거부자인가 여부를 판단할 수 있는 객관적이고 합리적인 기준이 설정되고 판단절차의 공정성이 확보되어야 할 것이다. 신념에 따른 병역거부자로서의 자격을 갖추었는가를 판단할 수 있는 기준과 이를 입증할 수 있는 방법을 마련하여야 한다. 이와 관련하여 판단기관의 역할을 수행할 위원회를 공정하게 구성하여야 할 것이다.

(4) 현역복무와 대체복무의 형평성

대체복무를 어떻게 설계하든 간에 군복무와 대체복무의 형평성을 최대한으로 구현할 필요가 있다. 이를 위해서는 대체복무제의 실시와 병행하여(또는 상응하여) 군복무의 부담을 가능한 한 줄여나가거나 군복무에 대한 보상을 최대한 늘려가는 시도가 이뤄져야 할 것이다. 그렇지 않을 경우, 군복무자의 피해의식을 키우게 될 것이며 나아가 국방의무 부담의 형평성과 병역제도에 대한 신뢰감을 훼손시킬 것이다. 특히 현역복무자의 근무조건을 향상시켜야 한다. 아울러 현역복무자에 대한 합당한 보상체계를 마련하여야 할 것이다. 이와 관련하여 공무원 시험 등에서 군복무자에 대한 가산점 부여제도의 시행을 진지하게 고민하여야 할 것이다.

4. 소결

국민 대다수가 수용할 수 있는 대체복무제를 도입하기 위해서는 진정한 신념에 따른 병역거부자와 그렇지 않은 자를 분간할 수 있는 합리적·객관적 판단기준의 설정, 판단절차의 공정성 확보, 현역복무와 대체복무 간의 형평성 확보, 대체복무로 인한 병력부족에 따른 안보약화의 방지, 현역복무자에 대한 합당한 보상 내지 지원 마련이 관건이라고 본다.

한국의 엄중한 안보상황과 국방의무를 명문으로 규정하고 있는 헌법규범체계를 엄두에 둘 때, 대체복무제를 설계함에 있어서 ‘국방력의 유지’와 ‘국방의무 부담의 형평성’을 우선적으로 고려하여야 할 것이다.

침략전쟁 아닌 정당한 전쟁(국가안전보장과 국토방위를 위한 전쟁)조차도 부인하고 군대의 존재 자체를 부정하면서, 징총뿐 아니라 군복무 자체를 거부하는 종교적 교리를 우리 헌법이 당연히 보호해주어야 할 것은 아니라고 본다. 자기의 종교적 신념을 보호해 줄 것을 국가에게 요구하면서 정작 국가의 안보에 가장 중요한 병력형성에는 참여하지 않겠다는 주장에 대하여는 근본적인 의심이 든다. 과연 ‘보편화가능성’이 있다고 볼 것인가? 이러한 주장이 소수에 그칠 경우에는 국가안보에 위협이 되지 않은 까닭에 이른바 ‘소수의 보호’라는 명분으로 허용되어야 한다고 보는 입장이 이러한 주창자가 다수가 된다고 하여도 과연 여전히 동일한 태도를 취할 것인가? 동일한 종교적 교리가 소수의 것이라면 보호될 수 있으나 다수의 것이라면 부인되어야 한다면, 그러한 종교적 교리를 과연 헌법적으로 보호하여야 할 것인가?

그러한 점에서 신념에 따른 병역거부자를 민간복무보다는 비전투분야의 군복무로 유도하는 것이 현실적이라고 본다. 즉 병역 자체의 거부와 징총병역의 거부를 구별하여, 평화를 중시하는 양심상 결정과 종교적 신념을 보호하는 차원에서 징총거부는 허용하자는 것이다.

이를 위해서는 징총거부자로 하여금 일단 입영하도록 하되, 그 이후 별도의 기초군사훈련과정을 거치게 하고 비전투분야에서 복무하도록 배치하는 것을 제도화할 필요가 있다. 이러한 경우 복무기간, 조건, 내용의 측면에서 형평성의 문제가 별로 제기되지 않을 것이다.

VI. 맺는 말

오늘날 자신의 신념에 따른 병역거부자, 이른바 “양심적” 병역거부자에게 대체복무를 허용하지 않은 채 이들을 처벌하는 조항인 병역법 제88조 제1항 제1호가 헌법에 위배된다는 주장이 다시 강하게 제기되고 있다.

한국에서 병역거부는 거의 대다수(약 99%)가 ‘여호와의 증인’ 신도들에 의하여 이뤄지고 있다. 그런 점에서 한국에서 병역거부는 사실상 양심적 병역거부라기보다는 종교적 병역거부라 할 것이다. 이러한 한국의 현실을 생각하면 통상의 ‘양심적 병역거부’보다는 ‘신념에 따른 병역거부(신념적 병역거부)’라는 용어가 더 적절하다고 본다.

우리와 같이, 헌법에서 국방의무를 명시하면서 병역거부권을 규정하지 않은 상황에서 병역거부권을 인정하려면 이를 헌법해석론으로 도출할 수 있어야 한다. 이를 위해서는 국가안전보장에 관한 우리 헌법의 규범적 구조와 국가상황을 반드시 고려하여야 할 것이다. 특히 양심적 병역거부권을 헌법에 명시한 국가의 해석론을 무조건 차용하는 것은 적절하지 않다.

현재 한국에서 이뤄지는 병역거부는 거의 대부분 종교적 교리를 이유로, 입영 자체를 거부하는 방식으로 이뤄지는 일체의 군복무에 대한 거부이다. 이는 헌법이 정당하다고 규정한 “국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로” 하는 국군의 존재를 부정하는 까닭에 병역의무의 가치와 정면으로 충돌한다. 더구나 대한민국은 침략적 전쟁을 부인하고 국가의 안전보장과 국토방위를 국군의 헌법적 사명(과제)로 한정하고 있기 때문에, 병역거부권을 헌법이나 법률에서 명시하거나 대체복무제를 도입하지 않는 한, 생명존중 및 평화를 위한다는 종교적 신념으로 병역을 거부하는 것은 현행 법체계상 정당화될 수 없다고 본다. 따라서 종교적 신념에 따라 일체의 군복무에 대하여 병역을 거부하는 것은 현행 법체계상 정당화될 수 없

는, 그런 점에서 허용될 수 없는 신앙실행 행위라고 보아야 할 것이다. 그렇다면 병역거부자를 처벌하는 조항은, 형벌부과에 관한 헌법상의 원칙에 반하지 않은 한, 위헌이라고 볼 수 없다.

그런데 입법으로 종교의 자유와 병역의무의 갈등을 규범조화적으로 해결하고자 하거나 또는 국방의무를 구체화하는 과정에서 종교의 자유를 보호하기 위하여 예외적인 경우를 상정하고자 한다면, 병역의무의 ‘합리적인’ 대체재로 여겨지는 대체복무제의 구성 가능성이 관건이 될 것이다. 왜냐하면 합리적인 대체복무제의 도입이 신념에 따른 병역거부권 인정의 전제가 되기 때문이다. 병역거부권을 인정한 후에 병역의무를 대신할 수 있는 대체복무제의 도입을 고려하는 것이 논리적인 순서로 보이지만, 우리 헌법체계에서는 부담의 형평성을 인정할 수 있는 대체복무제가 설계되어야만 신념에 따른 병역거부권을 허용할 수 있다고 보아야 할 것이다.

여하튼 병역정책의 변화와 이에 대한 국민의 진지한 합의에 따라 국회에서 대체복무제를 도입하고자 할 경우, 대체복무의 부담 정도가 현역복무에 준하여야 한다는 전제 하에서 그 기간, 업무 내용 및 조건 등을 고려하여 적절한 유형을 상정할 수 있을 것이다.

요컨대 한국의 엄중한 안보상황과 국방의무를 명문으로 규정하고 있는 헌법규범체계를 염두에 둘 때, 대체복무제를 설계함에 있어서 ‘국방력의 유지’와 국방의무 ‘부담의 형평성’을 우선적으로 고려하여야 할 것이다. 그러한 점에서 신념에 따른 병역거부자를 민간복무보다는 비전투분야의 군복무로 유도하는 것이 현실적이라고 본다. 현재 우리의 경우 입영 자체를 거부하는 방식으로 병역거부가 이뤄지고 있는데, 병역 자체의 거부 아닌 징총거부를 허용함으로써 평화를 중시하는 종교적 신념을 보호하려는 것이다. 이를 위해서는 징총거부자로 하여금 일단 입영하도록 하되, 그 이후 별도의 기초군사훈련과정을 거치게 하고 비전투분야에서 복무하도록 배치하는 것을 제도화할 필요가 있다. 이러한 경우 복무기간, 조건, 내용의 측면에서 형평성의 문제가 별로 제기되지 않을 것이다. 아울러 이에 병행하여(또는 상응하여) 병역이행의 부담을 가능한 한 줄여나가거나 병역이행에 따른 보상을 최대한 늘려가는 시도가 이뤄져야 할 것이다.

논평: “종교적 병역거부와 대체복무” - 제6계명(살인하지 말라)와 기독교인의 국방의무

이병주(변호사, 기독교법률가회 사무국장)

1. 주발제문의 요지

발제문의 요지는, ‘(i) 양심적·종교적 신념에 의한 병역거부의 허용 문제는 ‘개인의 양심적·종교적 자유’와 ‘국가공동체의 안전보장’이라는 두 개의 법익이 충돌하는 영역이다, (ii) 남북대치상황에서 징병제를 취하고 있는 한국에서는 입영거부 형태의 보편적 병역거부는 국가의 안전보장이라는 법익을 본질적으로 해치므로 허용되기 어렵다, (iii) 다만 해외 파병과 같이 특정한 전쟁의 참여를 거부하는 선택적 병역거부는 허용될 여지가 있다(15면), (iv) 이러한 경우를 대비하여 제한적 대체복무제도가 인정될 여지가 있는데, 이때의 대체복무도 일반의 병역의무 수행과 동등한 정도의 부담을 져야 한다.’는 내용으로 이해된다.

2. 양심적 병역거부권 논의의 시대적 상대성

발제문 중에는 일반상식과는 거리가 있으면서도 유의미한 정보가 두 가지 있었다.

가. 양심적 병역거부권 인정의 국제적 추세

하나는 현재 세계에서 징병제를 실시하면서도 양심적 병역거부권을 인정하는 국가가 105개국 중 69개국으로 2/3 정도의 다수이고, 우리나라처럼 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 나라는 36개국으로 오히려 1/3 정도의 소수라는 점이다. 이것은 지금처럼 남북대치가 긴장된 상태에서는 양심적 병역거부권을 인정하기 어렵다는 발제자의 견해에 수긍한다고 하더라도, 향후 남북대치상황의 긴장이 뚜렷하게 완화된다면 우리나라에서도 양심적 병역거부권과 대체복무제도의 도입될 가능성이 크다는 것, 즉 양심적 병역거부권의 인정 여부는 통시대적인 절대명제가 아니라 시대상황에 연동되는 상대적 입법사항이라는 중요한 논점을 시사한다.

향후 안보상황이 변화하여 (i) 징병제가 모병제로 바뀌게 된다면 (전시의 징병제 적용시기를 빼고) 평시에는 양심적 병역거부권의 보장 여부가 아예 문제될 일이 없을 것이고, (ii) 대만처럼 긴장완화로 징병제를 유지한 채 감군을 시행하는 경우에도 대체복무제도의 도입은 필수, 양심적 병역거부권의 인정은 가능한 선택지가 될 것이다. 남북정상회담과 북미정상회담 등 최근의 한반도 평화논의를 통하여, 한반도의 병력감축이 이루어지고 징병제가 모병제로 변화할 수 있는 시대적 환경이 조성되어 더 이상 양심적 병역거부권에 관한 토론 자체가 필요 없는 세상이 도래하기를 기원한다.

나. 특정 종교에 편중된 종교적 병역거부의 국내적 상황

다른 하나는 대한민국에서 양심적·종교적 신념에 따른 병역거부로 처벌을 받는 사람의 99%는 여호와의 증인 교인들로서, 대부분의 한국 시민 및 한국 기독교인들에게는 아직 보편적인 양심적 병역거부의 문제가 현안으로 나타나고 있지 않다는 점이다. (이는 뒤에서 보듯이 한국의 기독교 전반이 국가와 군대의 존재 자체는 부정하지 않고 있는 것과 연관된다.) 발제자는 여호와의 증인은 교리상 현실의 국가를 인정하지 않고 있으므로, 이는 국민으로서의 헌법적 권리로서 양심 및 종교(활동)의 자유를 주장하기 위한 논리적 전제를 결여한 것이 아닌가 라고 지적하고 있는데(9면), 발제자의 주장에도 상당한 설득력이 있으나, 해당 교단의 교인들 중에는 꼭 교리적인 국가부정 입장만 작용하는 것이 아니고, 실천적으로는 국가의 존재를 인정하는 속에 극단적인 평화주의(Pacifism)가 작용하고 있는 것으로 선해할 가능성도 있다고 본다.

3. 제6계명과 기독교인의 국방의무 - 로마서 13장과 요한계시록 13장의 긴장

전체 국민의 1/3 정도를 차지하고 있는 우리나라의 기독교인들, 가톨릭과 대부분의 개신교에서는 양심적·종교적 신념에 의한 병역거부가 현실적인 문제나 논쟁의 대상으로 떠오르고 있지 않으며, 메노나이트처럼 강한 평화주의 그룹도 보편적 병역거부권까지는 주장하지 않는 것으로 보인다. 십계명의 제6계명은 ‘살인하지 말라’는 하나님의 명령을 원칙으로 제시하고 있는데, 기독교가 이처럼 집단적으로 사람을 죽고 죽이는 군대의 존재와 국방의무에 대해서 허용적인 태도를 취하고 있는 이유는 무엇일까?

여기에는 개인적이거나 집단적인 정당방어의 정당성을 인정하는 제6계명의 해석과 정부와 공권력의 순기능에 대한 존중을 강조하고 있는 로마서 13장의 권면을 기독교인이 국방의무를 인정하는 근거로 파악할 수 있다.

우선 십계명의 제6계명 ‘살인하지 말라’는 계명은, 원칙적으로 및 규범적으로는(Sollen) 사람의 생명을 살해하는 전쟁의 존재를 부정하는 평화주의의 논거가 될 수도 있으나, 예외적으로 및 현실론으로는(Sein) 죄된 인간의 본성에 따라 다른 집단을 침략하고 지배하며 생명을

살육하는 침략전쟁에 대한 집단적 정당방위로서의 방어전쟁과 그러한 방어전쟁을 가능케 하는 군대와 국방의무를 긍정하게 하는 적극적인 근거가 되기도 한다.

그런데 문제는 역사와 인간 현실의 애매함과 혼동이다. 현실에서 방어적 전쟁과 공격적 전쟁의 경계는 애매하거나 (상호보복의 반복과정에서) 회색지대로 빠지는 경우가 다수이어서, 독일 나치 군대의 전쟁은 유대인 학살의 악마적 전쟁으로 전개되었고, 17세기 개신교와 구교의 30년 종교전쟁은 종교의 이름으로 수많은 사람을 죽이는 살인으로 귀결되었으며, 21세기 이슬람 국가들과 유대기독교 국가들의 갈등은 공격적 전쟁과 방어적 전쟁의 구분을 거의 불가능하게 한다. 서로가 상대방을 절대적인 악으로 증오하는 대립은 하나님께서 보시기에 ‘둘 다 악(惡)’일 가능성이 크다. 이 점에서 징병제 하에서의 보편적 병역거부는 인정이 되지 않더라도 적극적인 파병과 같이 공격군인지 방어군인지 여부가 애매모호한 경우에는 시민적 양심과 종교적 신념에 따른 제한적 병역거부/파병거부의 필요성 내지 가능성을 남겨두려는 발제자의 신중한 접근은 크게 경청할 가치가 있다고 생각된다.

국방의무의 우위성을 강조하는 입장은 성경에서 하나님이 주신 세상의 칼로서 정부의 순기능에 대한 존중을 강조하는 로마서 13장과 일맥상통하는 반면, 전쟁과 병역의무를 반대하거나 꺼리는 기독교 평화주의의 입장은 사탄의 도구로서 세상을 횡행하는 짐승으로 나타나는 정부의 역기능을 규탄하는 요한계시록 제13장과 그 맥락이 닿아있다. 이상적으로는 국가가 자기 공동체의 공동이익을 체현하고 다른 국가공동체와 상호존중하는 로마서 13장의 정부로만 기능하면 좋겠지만, 현실적으로 역사에는 통제되지 않은 정부의 농축된 권력이 짐승처럼 세상을 불태우고 사람들을 해치는 경험 또한 단 한 시기도 끊어진 적이 없다. 그러므로 국가와 군대의 존재를 인정하는 제6계명의 예외적/현실적 측면과 로마서 13장의 기독교 교리는, 공격적 살인의 폭력성을 금지하는 제6계명의 원칙적/규범적 측면과 국가가 짐승의 힘이 되어 사탄의 도구로 전락하는 요한계시록 13장의 강력한 경고에 의해서 통제되고 제한되어야 한다.

따라서 국가와 시민의 집단적인 생존을 위한 국가안보와 국방의무의 존중 필요성이 강한 만큼, 다른 한편으로는 힘을 가진 국가와 군대의 폭력성과 공격성에 저항하고 반발하며 견제하는 평화주의 운동의 필요성도 필수적이라고 할 것이며, 이 점에서 현재 한국사회의 소수파들이 전개하는 양심적 병역거부운동에 대해서 전부 동의하기는 어렵다도 해도, 그러한 주장들을 전일적으로 배척하는 것은 바람직하지 못하다고 생각한다. @

참고문헌

- 강승식, “양심의 자유의 제한과 그 한계”, 『원광법학』, 제29권 제3호, 2013.
- 강현철, “대만의 병역법제와 대체복무제”, 『최신외국법제정보(2008-06)』, 한국법제연구원, 2008.8.
- 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2004.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.
- 김병록, “양심적 병역거부의 헌법이론적 검토”, 『헌법학연구』, 제9권 제1호, 2003.
- 나달숙, “양심적 병역거부의 국제적 논의와 현황”, 『토지공법연구』, 제41집, 2008.
- 류지영, “양심의 자유로서의 병역거부의 불법성”, 『법학논문집』, 중앙대학교 법학연구원, 2016.
- 오승철, “부작위에 의한 양심실현의 자유”, 『헌법학연구』, 제15권 제2호, 2009.
- 워치타워성서책자협회, 『성서는 실제로 무엇을 가르치는가』, 2016.
- 음선필, “신념에 따른 병역거부자 처벌조항이 위헌인가?”, 『‘양심적 병역거부’ 허용할 것인가?』(바른군인권연구소, 자유와인권연구소 등 공동주최 세미나 자료집), 2018.01.
- 이재승, “독일 대체복무제의 최근 동향”, 『인권과 공익법』 창간호, 건국대학교 법학연구소, 2007.
- 장복희, “양심적 병역거부자의 인권보호”, 『공법연구』, 제35집 제2호, 2006.
- 장영수, “양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항 등의 합헌성 여부에 대한 검토”, 『헌법학연구』, 제21권 제3호, 2015.
- 정연주, “양심적 병역거부”, 『헌법학연구』, 제18권 제3호, 2012.
- 진용식, “여호와의 증인의 병역거부 양심적 병역거부인가?”, 현대종교, 2017.10.16.
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2015.
- W. Berg, Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, In: *AöR* 107[1982].
- <https://amnesty.or.kr/10835/> (2018.02.12. 검색).
- <https://www.jw.org/ko> (2018.02.12. 검색).

<초록>

한국에서 병역거부는 거의 대다수(약 99%)가 ‘여호와의 증인’ 신도들에 의하여 이뤄지고 있다. 이러한 한국의 현실을 생각하면 통상의 ‘양심적 병역거부’보다는 ‘신념에 따른 병역거부(신념적 병역거부)’라는 용어가 더 적절하다고 본다.

우리과 같이, 헌법에서 국방의무를 명시하면서 병역거부권을 규정하지 않은 상황에서 병역거부권을 인정하려면 이를 헌법해석론으로 도출할 수 있어야 한다. 이를 위해서는 국가안전보장에 관한 우리 헌법의 규범적 구조와 국가상황을 반드시 고려하여야 할 것이다. 특히 양심적 병역거부권을 헌법에 명시한 국가의 해석론을 무조건 차용하는 것은 적절하지 않다.

그런데 입법으로 종교의 자유와 병역의무의 갈등을 규범조화적으로 해결하고자 하거나 또는 국방의무를 구체화하는 과정에서 종교의 자유를 보호하기 위하여 예외적인 경우를 상정하고자 한다면, 병역의무의 ‘합리적인’ 대체재로 여겨지는 대체복무제의 구성 가능성이 관건이 될 것이다.

한국의 엄중한 안보상황과 국방의무를 명문으로 규정하고 있는 헌법규범체계를 염두에 둘 때, 대체복무제를 설계함에 있어서 ‘국방력의 유지’와 국방의무 ‘부담의 형평성’을 우선적으로 고려하여야 할 것이다. 그러한 점에서 신념에 따른 병역거부자를 민간복무보다는 비전투분야의 군복무로 유도하는 것이 현실적이라고 본다. 이를 위해서는 징총거부자로 하여금 일단 입영하도록 하되, 그 이후 별도의 기초군사훈련과정을 거치게 하고 비전투분야에서 복무하도록 배치하는 것을 제도화할 필요가 있다. 아울러 이에 병행하여(또는 상응하여) 병역이행의 부담을 가능한 한 줄여나가거나 병역이행에 따른 보상을 최대한 늘려가는 시도가 이뤄져야 할 것이다.

주제어: 병역의무, 양심적 병역거부, 신념에 따른 병역거부, 종교의 자유, 대체복무