

시론



김 상 결

- 동국대학교 법대 교수(헌법학)
- 한국토지공법학회 부회장

양심적 병역거부와 대체복무제

최근 대법원 전원합의체는 종교적 신념이나 양심이 병역거부의 정당한 사유에 포함된다고 판결함으로써 양심적 병역거부를 인정하지 않았던 과거의 판례를 변경하였다. 헌법이 법률에 따른 국방의 의무를 규정하고 이를 근거로 병역법이 18세 이상의 남자에게 부과한 병역의 의무는 이를 대체하는 의무도 포함하게 되었다. 이번 대법원의 판결은 헌법재판소가 정당한 사유 없이 입영을 기피한 자를 처벌하는 병역법 제88조 제2항이 위헌은 아니지만, 징집에 상응하는 대체복무제를 규정하지 않은 것에 대해서는 헌법불합치 결정을 한 것을 넘어서는 것이다.

대한민국 헌법하에서 병역의 의무를 헌법상의 의무로 본다면 병역법에 정한 내용에 따라 해당 국민은 의무를 이행해야 한다. 병역법이 정한 내용에 따라 병역의 의무를 면제받는다면, 그 자체도 헌법과 법률에 따른 결과이다. 그런데 대법원은 국회가 현재의 결정에 따라 대체복무제를 입법하지 못한 상황에서 양심적 병역거부를 인정하였다. 이 판결에서 대법원은 양심적 병역거부와 대체복무제는 별개의 문제라는 견해를 밝혔다. 우리 헌법 질서에서 병역의 의무가 헌법상의 의무가 아니라고 한다면 이해할 수 있는 견해이다. 양심의 자유가 국민의 기본권으로 최대한 보장되어야 한다면, 법률상의 의무보다는 이를 면제 보장해야 한다.

헌법은 국민에게 법률에 따른 국방의 의무를 지우고, 이에 근거한 병역법이 병역의 의무를 규정함으로써 병역의 의무는 헌법상 의무이다. 이

는 병역의무의 이행으로 인한 불이익 처우 금지를 규정하고 있는 헌법 제39조 제2항을 보면 더욱 명확해진다. 그래서 대법원의 판결은 헌법이 규정하고 있는 국방의 의무로부터 나오는 병역의 의무를 간과하고 있다. 헌법이 규정하고 있는 국민의 의무는 대한민국 국민이라면 누구나 준수해야 할 의무이고, 이를 단지 개인적인 이유로 거부하는 것은 헌법상의 의무를 무의미하게 만드는 것이다.

양심의 자유는 중요한 정신적 기본권이다. 역사적으로 양심의 자유는 종교의 자유로부터 출발하였다. 국가로부터 종교를 강요받지 않을 자유를 보장받으면서 종교의 자유는 기본권이 되었다. 종교의 자유로부터 독립한 양심의 자유는 도덕과 윤리를 기반으로 하여 개인의 인격적·정신적 정체성을 유지하고자 하는 기본권이다. 양심의 자유에 있어서 보호의 문제가 제기되는 것은 양심상의 결정이 된 후 이를 근거로 해서 나타난 행위이다. 양심상의 결정이 개인의 진지한 윤리적 결정으로 이를 무조건 따라야 한다면, 이런 양심은 보호되어야 하는 것이 헌법의 요청이다.

양심의 자유에서 양심실현의 자유는 양심상의 결정을 밖으로 표출하는 자유로 양심의 자유는 양심실현의 자유를 보장하는 것이 핵심이라고 할 수 있다. 양심적 병역거부는 병역을 거부하겠다는 결정이 개인의 인격적 정체성에 관한 결정으로 이를 유지하기 위한 다른 방법이 없다고 생각하여 결정한 것인지의 문제이다. 양심의 자유와 헌법상의 의무가 충돌한다면 양심의 자유를 최대한 보장하면서 헌법상의 의무인 병역의 의무를 이행하게 하는 방안을 찾는 것이 필요하다.

현재는 병역거부자에 대하여 형사처벌을 규정한 병역법 조항에 대해서는 합헌이라고 하였지만, 종교적 신념이나 양심 때문에 병역

을 거부하는 자에 대하여 대체복무제를 규정하지 않는 것은 헌법에 합치되지 않는다고 판시하였다. 정당한 사유 없이 병역을 거부하는 자에 대해서는 병역의 의무를 위반한 것이기 때문에 이에 대한 법적 책임을 형사처벌이란 방법으로 묻는 것에 대해서는 위헌이라 볼 수 없다는 것이다. 그러나 양심적인 사유로 인한 병역거부자에 대해서는 대체복무제를 통하여 병역의 의무를 이행할 수 있도록 하여 양심의 자유를 보장해야 한다는 것이다.

우리나라에서 양심적 병역거부가 논란의 대상이 된 것은 징병제도가 운영되고 있는 현실에서 병역기피의 문제 때문이다. 병역법에 따라 병역의무 대상자는 특별한 사유가 없는 한 군 복무 또는 이에 상응하는 의무를 이행해야 한다. 그래서 정당한 사유가 없는 한 병역을 거부하는 자에 대해서는 병역법에 따라 무조건 처벌하였다. 이런 경향은 몇 년 전부터 조금씩 변화를 보이기 시작하였고, 일부 사건에서 종교적 신념이나 양심을 이유로 병역을 거부하는 자에 대하여 무죄판결이 나왔다. 이로 인하여 양심적 병역거부 문제는 권리와 의무 사이에서 다시금 사회적 논의의 대상이 되었다.

국제사회에서 양심적 병역거부는 이미 오래전부터 인권으로 인식되었다. 양심적 병역거부권은 20세기 후반 반전(反戰)운동 속에서 양심적 징총 거부권 또는 양심적 반전권으로 불리었다. 이런 흐름 속에서 독일은 헌법을 개정하여 기본법 제4조 제3항에 양심에 반하여 징총·병역을 강제 받지 않도록 규정하였다. 미국·영국·프랑스 등은 헌법이나 법률에 명문 규정을 두고 있고, 오스트리아·스위스·이탈리아 등은 법적 근거 없이 양심적 병역거부권을 인정하고 있다. 독일은 다시 헌법을 개정하여 양심적 병역거부권과 함께

대체복무제에 대해서도 명문 규정을 두었다. 대만도 양심적 병역거부권을 인정하면서 대체복무제를 도입하였다.

우리나라는 오랫동안 병역의 의무를 이행하는 것을 당연한 국민의 의무라고 생각해왔다. 국가의 존립, 국민의 생명과 재산을 지키기 위해서는 군사제도가 필요하고 이를 운영하기 위해서는 병력자원이 필요하다. 지구상의 대부분 국가는 군사제도를 가지고 있지만, 징병제를 채택하고 있는 국가는 점차 줄어들고 있다. 최근 남북관계가 눈에 띄게 개선되면서 한반도에 평화적 분위기가 조성되고 있다. 그렇지만 우리나라는 여러 현실적인 문제로 당장 징병제를 포기하기는 어렵다. 징병제도가 운영되고 있는 한 병역기피문제는 해결해야 한다.

양심적 병역거부는 사전적으로 '병역·집총을 자신의 양심에 반하는 절대악이라 확신하여 거부하는 행위'라고 정의하고 있다. 양심적 병역거부에 있어서 핵심은 집총거부이다. 양심을 밖으로 표출하는 자유는 내면의 양심형성과 달리 절대적 자유가 아니며, 최대한 보장한다고 하여도 헌법 제37조 제2항에 따라 필요한 경우 법률로 제한할 수 있다. 국민은 누구든지 양심의 자유를 보장받지만, 정당한 사유가 있으면 제한할 수 있다. 그리고 병역의 의무는 헌법이 해당 국민에게 이행을 요구하는 의무이다.

국민에게 부과된 헌법상 의무라고 하여도 정당한 사유가 있다면 예외적으로 의무를 면제할 수 있다. 그러나 헌법상 의무는 거부할 수 없다. 우리나라는 병역의 의무를 근간으로 징병제도를 운영하고 있다. 국민의 헌법상 의무는 평등원칙에 따라 부과된다. 양심의 자유

와 병역의 의무는 서로 대응하는 권리와 의무 관계는 아니다. 물론 양심적 병역거부에서 병역의 의무를 분리하여 의무를 무조건 이행하라고 할 수는 없다. 그러나 종교적 신념이나 양심이 병역의무를 거부할 정도로 정당한지 확인하는 것은 어려운 일이다.

독일은 헌법에 병역의 의무를 규정하고 있지만, 양심에 반하는 집총 병역을 강제할 수 없다고 하면서 대체복무제를 명문화하고 있다. 독일은 양심적 병역거부자에게 국가 비상사태 때에도 민간부문에 복무하도록 규정하면서 평등원칙에 따라 대체복무기간도 병역 의무기간을 초과하지 못하도록 규정하고 있다. 독일의 헌법 규정은 양심적 병역거부에 대하여 병역의 의무를 이행하지 않는 것이 아니라 대체복무를 통하여 병역의 의무를 이행하도록 하는데 있다. 이렇게 독일은 병역의 의무와 무관하게 양심적 병역거부를 인정하는 것이 아니라 대체복무를 전제로 해서 인정함으로써 병역의무자와 대체복무자 간에 형평성을 꾀하고 있다.

대체복무제를 시행하고 있는 모든 국가가 헌법에 대체복무제 규정을 두고 있는 것은 아니지만, 독일처럼 헌법에 양심적 병역거부와 대체복무제를 명문화하고 있는 것은 병역의 의무와 관련하여 법리적으로 큰 의미가 있다. 양심적 병역거부가 병역을 회피하기 위한 수단이 되어서는 안 된다. 양심적 병역거부의 인정이 병역의무를 이행하는 국민에게 상대적 박탈감을 주어서도 안 된다. 양심적 병역거부자에게는 병역의무에 상응하는 대체복무를 부과해야 한다. 대체복무제는 양심적 병역거부의 병역의 의무를 이행하기 위하여 도입되는 것이다.