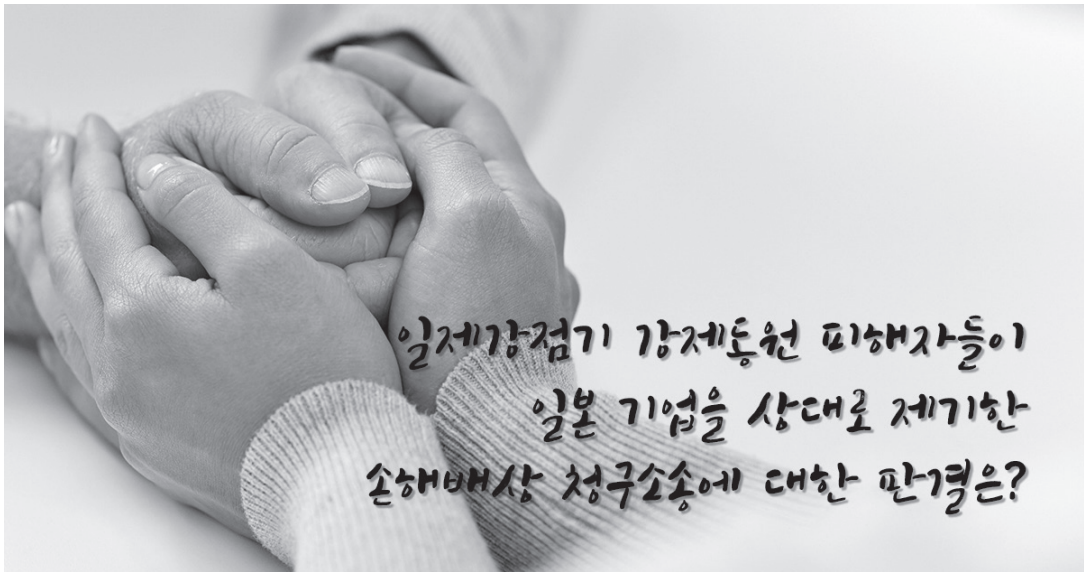


최신 판례

일제강점기 강제동원 피해자들이 일본 기업을 상대로 제기한 손해배상 청구소송에 대한 판결은?

(대법원 2013다61381)



▣ 사안의 내용

- 원고들은 1941년~1943년 일본의 제철소에 강제동원된 피해자들임
- 2005. 1.경 한일청구권협정 관련 문서가 공개되었고 원고들은 2005. 2.경 일본 기업인 피고를 상대로 이 사건 손해배상청구의 소를 제기함
- 제1, 2심에서는 원고들이 패소하였으나, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결(환송판결)은 '청구권협정에도 불구

하고 원고들이 피고를 상대로 손해배상청구권을 행사할 수 있다'는 취지로 판단하였음

- 환송후 제2심은 환송판결 취지에 따라 피고가 원고들에게 강제동원 피해에 따른 위자료를 지급할 의무가 있다고 하였고, 위자료 금액을 1억 원씩으로 정하였음
- 피고가 이에 불복하여 다시 상고를 제기하였음

■ 대법원의 판단

● 사건의 주요 쟁점

- ① 원고1, 2에 대한 일본 법원 판결의 효력과 기판력 (상고이유 1점)
- 원고1, 2는 이 사건 소 제기에 앞서 일본에서 동일한 소송을 제기하였다가 일본 법원에서 패소 확정되었음
- 이러한 일본 법원의 판결이 외국법원 판결의 승인 제도에 따라 우리나라에도 그 효력이 미친다고 볼 수 있는지 여부가 문제됨
- ② 피고가 구 일본제철의 채무를 부담하는지 여부 (상고이유 2점)
- 원고들은 구 일본제철이 운영하던 제철소에서 강제노동을 당하였는데, 구 일본제철의 원고들에 대한 손해배상채무가 피고(신일철주금)에게 승계되었다고 볼 수 있는지 여부가 문제됨
- ③ 청구권협정으로 원고들의 손해배상청구권이 소멸하였다고 볼 수 있는지 여부 (핵심 쟁점) (상고이유 3점)
- ④ 피고가 소멸시효 완성의 항변을 할 수 있는지 (상고이유 4점)
- 피고는 원고들의 손해배상청구권의 소멸시효가 완성되었다고 주장하였고, 이에 대하여 원고들은 피고의 소멸시효 주장이 권리남용에 해당한다고 다투었음
- 우선 대법원은 위 ①, ②, ④ 쟁점에 관해서, 환송판결 및 환송 후 제2심판결과 마찬가지로, 일본 법원의 판결은 그 내용이 우리나라의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 반하는 것으로서 그 효력을 인정할 수 없고(위 ①쟁점), 원고들은 구 일본제철에 대한 손해배상청구권을 피고에 대하여도 행사할 수 있으며(위 ②쟁점),

이 사건 소 제기 당시까지도 원고들이 피고를 상대로 대한민국에서 객관적으로 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었다고 할 것이므로, 피고의 소멸시효 완성 주장은 권리남용으로서 허용될 수 없다(위 ④쟁점)고 판단하였음

- 위 ③쟁점에 관해서는 아래와 같이 대법관 사이에 견해가 같았음
- 청구권협정은 전문에서 “대한민국과 일본국은, 양국 및 양국 국민의 재산과 양국 및 양국 국민간의 청구권에 관한 문제를 해결할 것을 희망하고 …”라고 정하였음. 제1조에서 일본이 대한민국에 3억 달러를 무상으로 제공하고 2억 달러의 차관을 행하기로 한다고 정하였고, 이어서 제2조 1.에서 “… 양 계약국 및 그 국민간의 청구권에 관한 문제가 … 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다.”라고 정하였음. 제2조 3.에서는 “… 일방계약국 및 그 국민의 타방계약국 및 그 국민에 대한 모든 청구권으로서 동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다.”라고 정하였음.
- 청구권협정에 대한 합의의사록(I)에서는 “… 청구권에 관한 문제에는 한일회담에서 한국측으로부터 제출된 대일청구요강 ‘8개 항목’의 범위에 속하는 모든 청구가 포함되어 있고, 따라서 동 대일청구요강에 관하여는 어떠한 주장도 할 수 없게 됨을 확인하였다.”라고 하였음
- 이러한 청구권협정 등의 해석상, (1) 원고들이 주장하는 위자료청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함된 것으로 볼 수 있는지, (2) 포함되었다면 그에 따른 효력은 어떻게 되는 것인지, 즉 권리 자체가

소멸하는 것인지, 외교적 보호권만이 소멸하는 것인지, 아니면 실체법상 소멸하는 것은 아니지만 권리행사가 제한되는 것인지 등이 이 사건의 쟁점임

● **다수의견(7명)** : 원고들의 위자료청구권은 청구권협정의 적용대상에 포함되지 않음

■ 이 사건에서 문제되는 원고들의 손해배상 청구권은, 일본 정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 일본 기업의 반인도적인 불법행위를 전제로 하는 강제동원 피해자의 일본 기업에 대한 위자료청구권(이하 '강제동원 위자료 청구권')임(미지급 임금이나 보상금을 구하는 것이 아님) ☞ 이는 아래와 같은 환송 후 제2심판결의 사실인정에 기초한 것임

● 일본 정부는 중일전쟁과 태평양전쟁 등 불법적인 침략전쟁의 수행과정에서 기간군수사업체인 일본의 제철소에 필요한 인력을 확보하기 위하여 장기적인 계획을 세워 조직적으로 인력을 동원하였고, 핵심적인 기간군수사업체의 지위에 있던 구 일본제철은 철강통제회에 주도적으로 참여하는 등 일본 정부의 위와 같은 인력동원 정책에 적극 협조하여 인력을 확충하였음

● 원고들은 당시 한반도와 한국인들이 일본의 불법적이고 폭압적인 지배를 받고 있었던 상황에서 장차 일본에서 처하게 될 노동 내용이나 환경에 대하여 잘 알지 못한 채 일본 정부와 구 일본제철의 위와 같은 조직적인 기망에 의하여 동원되었음

● 더욱이 원고들은 성년에 이르지 못한 어린 나이에 가족과 이별하여 생명이나 신체에 위해를 당할 가능성이 매우 높은 열악한 환경에서 위험한 노동에 종사하였고, 구체적인 임금액도 모른 채 강제로 저

금을 해야 했으며, 일본 정부의 혹독한 전시 총동원체제에서 외출이 제한되고 상시 감시를 받아 탈출이 불가능하였으며 탈출 시도가 발각된 경우 혹독한 구타를 당하기도 하였음

■ 이러한 '강제동원 위자료청구권'은 청구권협정의 적용대상에 포함된다고 볼 수 없음

● 청구권협정은 일본의 불법적 식민지배에 대한 배상을 청구하기 위한 협상이 아니라, 기본적으로 샌프란시스코 조약 제4조에 근거하여 한일 양국간의 재정적·민사적 채권·채무관계를 정치적 합의에 의하여 해결하기 위한 것이었음

· 샌프란시스코 조약에 따라 개최된 제1차 한일회담에서 이른바 '8개 항목'이 제시되었는데, 이는 기본적으로 한·일 양국 간의 재정적·민사적 채무관계에 관한 것이었음. 위 8개 항목 중 제5항에 '피징용한국인의 미수금, 보상금 및 기타 청구권의 변제청구'라는 문구가 있지만, 이 또한 일본 식민지배의 불법성을 전제로 하는 것이 아니었음.

· 1965. 3. 20. 대한민국 정부가 발간한 '한일회담백서'에 의하면, 샌프란시스코 조약 제4조가 한·일간 청구권 문제의 기초가 되었다고 명시하고 있고, 나아가 "위 제4조의 대일청구권은 승전국의 배상청구권과 구별된다. 한국은 샌프란시스코 조약의 조인당사국이 아니어서 제14조 규정에 의한 승전국이 향유하는 '손해 및 고통'에 대한 배상청구권을 인정받지 못하였다. 이러한 한·일간 청구권문제에는 배상청구를 포함시킬 수 없다."고 설명하고 있음

· 청구권협정문이나 그 부속서 어디에도 일본 식민지배의 불법성을 언급하는 내용은 전혀 없음

- 청구권협정 제1조에 따라 일본 정부가 대한민국 정부에 지급한 경제협력자금(무상 3억 달러, 유상 2억 달러)이 제2조에 의한 권리문제의 해결과 법적인 대가관계가 있다고 볼 수 있는지도 분명하지 않음
- 2005년 민관공동위원회의 발표 등을 통해 알 수 있는 대한민국 정부의 입장도, 정부가 수령한 무상자금 중 상당금액을 강제동원 피해자의 구제에 사용하여야 할 책임이 ‘도의적 책임’에 불과하다는 것임
- 청구권협정의 협상과정에서 일본 정부는 식민지배의 불법성을 인정하지 않은 채, 강제동원 피해의 법적 배상을 원천적으로 부인하였고, 이에 따라 한일 양국의 정부는 일제의 한반도 지배의 성격에 관하여 합의에 이르지 못하였는데, 이러한 상황에서 강제동원 위자료청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되었다고 보기는 어려움
- 환송 후 제2심에서 피고가 협상 과정에 관한 증거를 추가로 제출하였으나, 그 증거들에 의하더라도 결론이 달라진다고 볼 수 없음
- 1961. 5.경 협상 과정에서 대한민국측이 ‘다른 국민을 강제적으로 동원함으로써 입힌 피징용자의 정신적, 육체적 고통에 대한 보상’을 언급한 사실, 1961. 12.경 협상 과정에서 대한민국측이 ‘8개 항목에 대한 보상으로 총 12억 2,000만 달러를 요구하면서, 그중 3억 6,400만 달러(약 30%)를 강제동원 피해보상에 대한 것으로 산정(생존자 1인당 200달러, 사망자 1인당 1,650달러, 부상자 1인당 2,000달러 기준)’한 사실 등을 알 수 있음
- 그러나 위와 같은 발언 내용은 대한민국이나 일본의 공식 견해가 아니라 구체적인 교섭 과정에서 교섭 담당자가 한 말에 불

과하고, 13년에 걸친 교섭 과정에서 일관되게 주장되었던 내용도 아님

- ‘피징용자의 정신적, 육체적 고통’을 언급한 것은 협상에서 유리한 지위를 점하려는 목적에서 비롯된 발언에 불과한 것으로 보여지가 크고, 실제로 당시에는 일본측의 반발로 협상이 타결되지도 않았음
- 위와 같이 협상과정에서 총 12억 2,000만 달러를 요구하였음에도 불구하고 정작 청구권협정은 3억 달러(무상)로 타결되었음. 이처럼 요구액에 훨씬 미치지 못하는 3억 달러만 받은 상황에서 강제동원 위자료청구권도 포함된 것이라고는 보기는 어려움

● **별개의견1 (1명)** : 이미 환송판결에서 원고들의 손해배상청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되지 아니한다고 판단하였으므로, 환송판결의 기속력에 의하여 이 사건에서도 같은 판단을 할 수밖에 없음 (다수의견과 상고기각 결론은 같으나 이유를 달리하는 것임)

■ 환송판결의 기속력(상급법원의 판단에 하급법원이 따라야 하는 것)은 환송 후 제2심뿐만 아니라 재상고심에도 미치는 것이 원칙임

■ 환송 후 제2심의 심리과정에서 새로운 증거 등에 의하여 환송판결의 판단의 기초가 된 사실관계에 변동이 생겼다면 기속력이 미치지 않는 것이지만, 이 사건에서는 그렇게 볼 만한 사정이 없음

■ 재상고심이 전원합의체에서 판단하는 경우라 하더라도 기속력이 미치고, ‘환송판결에 명백한 법리오해가 있어 반드시 이를 시정해야 하는 상황이거나 환송판결이 전원합의체를 거치지 아니한 채 종전 대법원판결이 취한 견해와 상반된 입장을

- 취한 때'와 같은 예외적인 경우에만 기속력이 미치지 않는다고 보아야 함
- 이 사건의 경우 환송판결에 위와 같은 예외적인 사정이 없으므로, 환송판결과 같은 결론을 취할 수밖에 없음
 - 별개의견2(3명) : 원고들의 손해배상청구권은 청구권협정의 적용대상에 포함된다고 보아야 함. 다만 원고들 개인의 청구권 자체는 청구권협정으로 당연히 소멸한다고 볼 수 없고, 청구권협정으로 그 청구권에 관한 대한민국의 외교적 보호권이 포기된 것에 불과함. 따라서 원고들은 여전히 대한민국에서 피고를 상대로 소로써 권리를 행사할 수 있음. (다수의견과 상고기각결론은 같으나 이유를 달리하는 것임)
 - 원고들의 손해배상청구권은 청구권협정의 적용대상에 포함됨
 - 청구권협정 및 청구권협정에 대한 합의의사록(I)에 의하면, 청구권협정의 적용대상에 '8개 항목' 제5항에서 규정한 '피징용 한국인의 미수금, 보상금 및 기타 청구권'이 포함됨이 분명한데, '기타 청구권'에는 원고들 주장의 손해배상청구권도 포함된다고 봄이 타당함
 - 대한민국은 1961. 5.경 협상 과정에서 '생존자, 부상자, 사망자, 행방불명자 그리고 군인·군속을 포함한 피징용자 전반에 대한 보상'을 요구하며 '다른 국민을 강제적으로 동원함으로써 입힌 피징용자의 정신적·육체적 고통에 대한 보상'까지도 적극적으로 요청하였음. 1961. 12.경에도 강제동원으로 인한 피해보상금을 3억 6,400만 달러로 산정하고 이를 포함하여 8개 항목에 대한 총 보상금 12억 2,000만 달러를 요구하였음
 - 1961. 5.경 한일회담 당시 대한민국이 위

- 요구액은 국가로서 청구하는 것이고 피해자 개인에 대한 보상은 국내에서 조치할 것이라고 주장하였으나 일본은 구체적인 징용·징병의 인원수나 증거자료를 요구하여 협상에 난항을 겪었음
- 이에 일본은 증명의 곤란함 등을 이유로 유상과 무상의 경제협력의 형식을 취하여 금액을 상당한 정도로 올리고 그 대신 청구권을 포기하도록 하는 방안을 제안하였고, 대한민국은 순번제 및 무상조 등 2개 명목으로 금원을 수령하되 구체적인 금액은 항목별로 구분하지 않고 총액만을 표시하는 방법을 다시 제안하였음
 - 이후 구체적인 조정 과정을 거쳐 1965. 6. 22. 청구권협정이 체결되었는데, 제1조에서는 경제협력자금의 지원에 관하여 정하고 제2조에서는 권리관계의 해결에 관하여 정하였음
 - 청구권협정 체결 이후 대한민국이 각종 보상입법을 통해 보상조치를 취한 것도 강제동원 피해자의 손해배상청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함됨을 전제로 한 것으로 보임
 - 위와 같이 포함은 되지만, 원고들의 개인청구권 자체는 청구권협정만으로 당연히 소멸한다고 볼 수 없고, 다만 청구권협정으로 그 청구권에 관한 대한민국의 외교적 보호권이 포기됨으로써 일본의 국내 조치로 해당 청구권이 일본 내에서 소멸하여도 대한민국이 이를 외교적으로 보호할 수단을 상실하게 될 뿐임
 - '외교적 보호권'이란 '자국민이 외국에서 위법·부당한 취급을 받은 경우 그의 국적국이 외교절차 등을 통하여 외국 정부를 상대로 자국민에 대한 보호 또는 구제를 요구할 수 있는 국제법상의 권리'임

- 청구권협정에는 외교적 보호권의 포기에서 나아가 ‘개인청구권’의 소멸에 관하여 한일 양국 정부의 의사의 합치가 있었다고 볼 만큼 충분하고 명확한 근거가 없음
- 국가와 개인이 별개의 법적 주체라는 근대법의 원리는 국제법상으로도 받아들여지고 있는데, 권리의 ‘포기’는 그 권리자의 의사를 엄격히 해석하여야 한다는 법률행위 해석의 일반원칙에 의할 때, 개인의 권리를 국가가 나서서 대신 포기하려는 경우에는 이를 더욱 엄격하게 보아야 함
- 청구권협정에서는 ‘포기(waive)’라는 용어가 사용되지 않고 있음
- 당시 일본은 청구권협정을 통해 개인청구권이 소멸하는 것이 아니라 국가의 외교적 보호권만 포기된다고 보는 입장이었음이 분명함
- 일본은 청구권협정 직후 일본국 내에서 대한민국 국민의 일본국 및 그 국민에 대한 권리를 소멸시키는 내용의 재산권조치법을 제정·시행하였음. 이러한 조치는 청구권협정만으로 대한민국 국민 개인의 청구권이 소멸하지 않음을 전제로 할 때 비로소 이해될 수 있음
- **반대의견 (2명)** : 청구권협정의 적용대상에 원고들의 손해배상청구권도 포함됨. 대한민국 국민이 일본 또는 일본 국민에 대하여 가지는 개인청구권이 청구권협정에 의하여 바로 소멸되거나 포기되었다고 할 수는 없지만, 소송으로 이를 행사하는 것은 제한되게 되었으므로, 원고들이 일본 국민인 피고를 상대로 국내에서 강제동원으로 인한 손해배상청구권을 소로써 행사하는 것 역시 제한됨 ⇒ 파기환송 의견
- 원고들의 손해배상청구권이 청구권협정

- 의 적용대상에 포함된다고 보아야 한다는 점에서는 별개의견2와 같음
- 하지만 별개의견2처럼 외교적 보호권에 한정하여 포기된 것이라고 보는 것은 타당하지 않음. 청구권협정에 따라 원고들의 개인청구권 자체가 소멸되거나 포기된 것은 아니지만, 그 권리행사가 제한되는 것이라고 보아야 함
- 외교적 보호권에 한정하여 포기된다고 보는 견해는 타당하지 않음
- 청구권협정 제2조는 대한민국 국민과 일본 국민의 상대방 국가 및 그 국민에 대한 청구권까지 대상으로 하고 있음이 분명하므로, 청구권협정을 국민 개인의 청구권과는 관계 없이 양 체약국이 서로에 대한 외교적 보호권만을 포기하는 내용의 조약이라고 보기 어려움. 외교적 보호권의 행사 주체는 피해자 개인이 아니라 그의 국적국이며 개인의 청구권 유무에 직접 영향을 미치지 않음
- 청구권협정 제2조 1.에서 규정한 ‘완전히 그리고 최종적으로 해결된 것’이라는 문언은 청구권에 관한 문제가 체약국 사이에서는 물론 그 국민들 사이에서도 완전하고도 최종적으로 해결되었다는 뜻으로 해석하는 것이 그 문언의 통상적 의미에 부합함
- ‘완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다’라는 문언의 의미는 양 체약국은 물론 그 국민도 더 이상 청구권을 행사할 수 없게 되었다는 뜻으로 보아야 함
- 청구권협정 체결 과정이나 체결 이후의 여러 사정을 종합하여 보면, 당시 대한민국은 청구권협정으로 강제징용 피해자의 개인 청구권도 소멸되거나 적어도 그 행사가 제한된다는 입장을 취하였던 것으로 보임
- 대한민국은 처음부터 강제징용 피해자에 대한 보상을 요구하였고, 청구권자금의 분

배는 전적으로 국내법상의 문제라는 입장을 취하였음

- 국제법상 전후 배상문제 등과 관련하여 국민의 재산이나 이익에 관한 사항을 국가간 조약을 통해 일괄적으로 해결하는 ‘일괄처리협정’은 청구권협정 체결 당시 일반적으로 인정되던 조약 형식임
- 대한민국은 청구권보상법, 2007년 및 2010년 희생자지원법 등을 제정하여 강제징용 피해자에게 보상금을 지급함. 실제 피해에 비해 매우 미흡하다는 사실은 청구권협정의 효력을 해석하는 근거로 삼을 수 없음
- 청구권협정 제2조의 문언 의미는 개인 청구권의 완전한 소멸까지는 아니더라도 ‘대한민국 국민이 일본이나 일본 국민을 상대로 소로써 권리를 행사하는 것은 제한된다’는 뜻으로 해석됨
- 청구권협정에서는 명시적인 포기(waive) 표현이 없음. 개인청구권이 실제법적으로 완전히 소멸되거나 포기되었다고 보기 어려움. 제2조 3.에서 ‘어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다’라는 문언의 의미는 소로써 권리를 행사하는 것이 제한된다는 뜻으로 해석할 수밖에 없음
- 청구권협정이 헌법이나 국제법에 위반하여 무효라고 볼 것이 아니라면 그 내용이 좋든 싫든 그 문언과 내용에 따라 지켜야 함. 청구권협정으로 인하여 개인청구권을 더 이상 행사할 수 없게 됨으로써 피해를 입은 국민에게 지급이라도 국가는 정당한 보상을 하여야 함.
- 대한민국은 피해국민의 소송 제기 여부와 관계없이 정당한 보상이 이루어지도록 할 책무가 있음
- 다수의견에 대한 보충의견 (2명) : 다수의견의 입장이 조약 해석의 일반원칙에

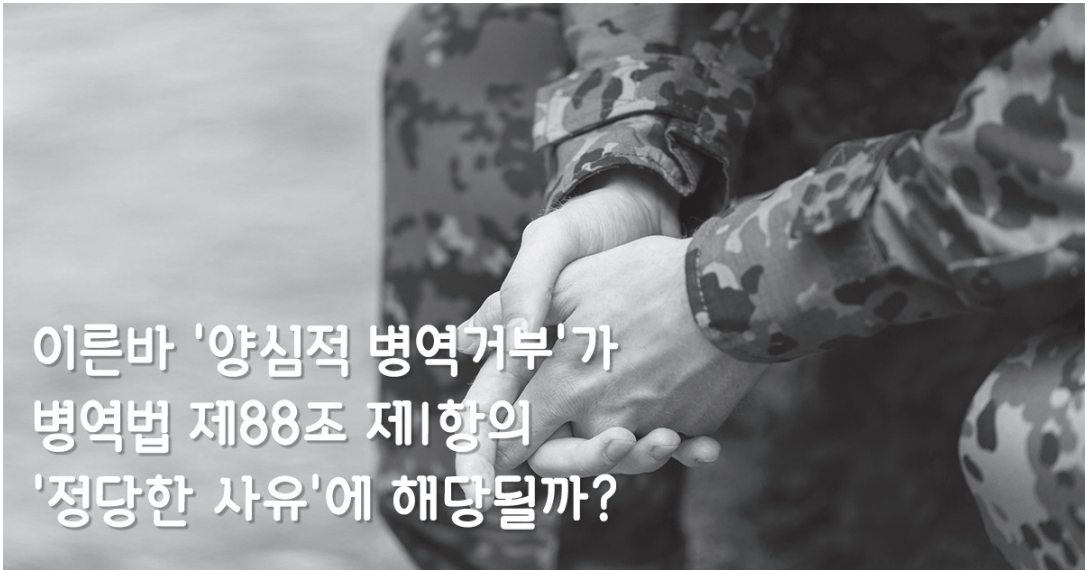
비추어 타당함

- 청구권협정의 문맥, 청구권협정의 목적 등에 비추어 청구권협정의 문언에 나타난 통상적인 의미에 따라 해석할 경우, 청구권협정에서 말하는 ‘청구권’에 강제동원 위자료 청구권까지 포함된다고 보기는 어려움
- 교섭 기록과 체결 시의 여러 사정 등을 고려하여 그 의미를 밝혀야 한다고 하더라도, 위와 같은 결론이 달라지지 않음
- 청구권협정에서 강제동원 피해자의 위자료청구권과 그 포기에 관하여 명확하게 정하고 있지 않은데도 명시적 근거 없이 이를 박탈하는 방식으로 판단할 수는 없음

■ 판결의 의의

- 강제징용 피해자들이 일본기업을 상대로 한 손해배상청구 소송에서 대법원은 2012년 손해배상청구를 할 수 있다는 취지의 환송판결을 선고하였음
- 이후 위 판결에 대하여 학계 등에서 그 찬반을 둘러싼 여러 논의가 있었고, 특히 강제동원 피해자의 손해배상청구권이 청구권협정에 포함된 것으로 볼 수 있는지, 포함되었다고 볼 경우 개인청구권이 소멸하는 것인지, 외교적 보호권에 한정하여 포기되는 것인지 등에 관하여 많은 논의가 있었음
- 본 판결은 ‘일본 정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 일본 기업의 반인도적인 불법행위를 전제로 하는 강제동원 피해자의 일본 기업에 대한 위자료청구권’은 청구권협정의 적용대상에 포함되지 않는다고 판단하고, 피고의 다른 상고이유 주장도 배척함으로써, 피고가 원고들에게 1억 원씩의 위자료를 지급하여야 한다고 한 원심판결을 최종적으로 확정시켰음

이른바 '양심적 병역거부'가 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당될까? (대법원 2016도10912)



■ 사안의 개요

● 공소사실의 요지

- 이 사건 공소사실의 요지는, 피고인이 2013. 7. 18.경 '2013. 9. 24.까지 육군 39사단에 현역병으로 입영하라'는 경남지방 병무청장 명의의 현역병입영통지서를 받고도 입영일인 2013. 9. 24.부터 3일이 지나도록 입영하지 않았다는 것임
- 피고인은 여호와의 증인 신도로서 종교적 양심을 이유로 입영하지 않았다고 주장하였음. 이에 대하여 검사는 병역법 제88조 제1항을 적용하여 기소하였음

- 병역법 제88조 제1항은 본문에서 “현역 입영 또는 소집 통지서(모집에 의한 입영 통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집일부터 다음 각 호의 기간이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다.”라고 정하면서, 제1호에서 ‘현역입영은 3일’이라고 정하고 있음
- 따라서 이 사건의 쟁점은 이른바 양심적 병역거부가 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’에 해당하는지 여부임

● 소송 경과

- 1심 : 유죄, 징역 1년 6월
- 원심 : 항소기각
- 피고인은, 양심적 병역거부는 헌법 제19조와 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조에서 정한 양심의 자유에 따른 것이므로, 자신에게는 병역법 제88조 제1항이 정한 정당한 사유가 있다고 주장하면서 상고함
- 대법원은 2018. 8. 30. 공개변론을 진행함

■ 대법원의 판단

● 다수의견(8명) : 양심적 병역거부는 병역법 제88조 제1항 ‘정당한 사유’에 해당함 ⇒ 파기환송

■ 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유

- 형사처벌을 규정한 조항이 ‘정당한 사유’를 규정하고 있는 경우, 정당한 사유가 있으면 피고인을 처벌할 수 없음
- 여기에서 정당한 사유는 구성요건해당성을 조각하는 사유로서(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결 등 참조), 위법성조각사유인 정당행위나 책임조각사유인 기대불가능성과는 구별됨. 구체적인 사안에서 법관이 개별적으로 판단해야 하는 불확정개념으로서, 실정법의 엄격한 적용으로 생길 수 있는 불합리한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하기 위한 것임
- 따라서 정당한 사유가 있는지를 판단할 때에는 병역법의 목적과 기능, 병역의무의 이행이 헌법을 비롯한 전체 법질서에서 가지는 위치, 사회적 현실과 시대적 상황의 변화 등은 물론 피고인이 처한 구체적이고 개별적인 사정도 고려할 수 있음

- 그런데 병역법은 국민의 다양한 사정들을 고려하여 병역 의무의 부과 여부와 그 종류·내용 또는 면제 등을 결정하고 있음. 즉 병역의무를 감당할 수 있는 사람에 대하여 그에 합당한 병역의무를 부과함으로써 과도한 부담이 되지 않도록 하고 있음
- 따라서 병역의무자가 처한 구체적이고 개별적인 사정이 그로 하여금 병역의 이행을 감당하지 못하도록 한다면 정당한 사유에 해당할 수 있고, 그 사정이 대다수의 다른 이들에게는 존재하지 않는 것이라 하더라도 마찬가지임

■ 헌법상 양심의 자유

- 헌법 제19조는 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다.”고 하여 인간의 존엄성을 유지하는 기본조건이자 민주주의 존립의 불가결 전제로서 양심의 자유를 보장하고 있음
- 여기서 양심은 일상에서 쓰이는 착한 마음이나 올바른 생각을 가리키는 것이 아니라, 옳고 그른 것에 대한 판단을 추구하는 가치적·도덕적 마음가짐을 뜻함. 개인의 소신에 따른 다양성이 보장되어야 하고 그 형성과 변경에 외부적 개입과 억압에 의한 강요가 있어서는 안 되는 윤리적 내심영역임. 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단할 때 그렇게 행동하지 않고서는 자신의 인격적 존재가치가 과멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 것임.
- 양심의 자유에는 내면에서 양심을 형성하고 그 양심에 따라 결정을 하는 내심의 자유뿐만 아니라, 그와 같이 형성된 양심에 따른 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 자유도 포함됨. 양심을 외부로 실현할 수 있는 자유는, 그 양심의 실현 과정에

서 타인의 권리나 법질서와 충돌할 수 있으므로 일정한 제한이 필요함. 다만 이 경우에도, 헌법 제37조 제2항에 따라 국가 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한하여야 하고, 양심의 자유의 본질적인 내용을 침해하여서는 안 됨

- 개인이 스스로 자신의 양심을 적극적으로 표출한 것이 아니라, 국가가 그 사람의 양심에 반하는 작위의무를 부과한 것에 대하여 단지 소극적으로 응하지 않은 경우에, 국가가 그 사람에게 형사처벌 등 제재를 가함으로써 의무이행을 강제하는 소극적 양심실현의 자유에 대한 제한은, 기본권에 과도한 제한이 되거나 기본권의 본질적 내용에 대한 위협이 될 수 있음. 스스로 내면에 머무르려는 양심을 국가가 불러내어 위와 같은 상황에 직면하도록 하는 것은 적극적 양심실현의 국면과 다름
- 이러한 경우 형사처벌 등 제재를 감수하지 않는 이상 내면적 양심을 포기하거나 자신의 인격적 존재가치를 과멸시켜야 하는 상황이 될 수 있기 때문임. 양심실현의 모습 중에서 가장 내면적 양심의 자유와 밀접하게 관련되어 있으므로 그 제한에는 더욱 신중한 접근이 필요함

■ 양심적 병역거부가 병역법상 정당한 사유에 해당하는지 여부

- 양심적 병역거부를 인정할 것인지는 헌법 제19조의 양심의 자유 규정과 헌법 제39조 국방의 의무 규범 사이의 충돌과 조정의 문제로서, 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’라는 문언의 해석을 통하여 해결하여야 함
- 양심적 병역거부는 소극적 양심실현의 모

습으로 표출됨. 양심적 병역거부자들은 헌법상 국방의 의무 자체를 부정하지 않고, 단지 국방의 의무를 구체화하는 법률에서 병역의무를 이행하는 방법으로 정한 징총이나 군사훈련을 수반하는 행위를 할 수 없다는 이유로 그 이행을 거부할 뿐임. 그 이행이 자신의 인격적 존재가치를 스스로 과멸시키기 때문에 불이행에 따른 어떠한 제재라도 감수하고서 병역의무의 이행을 거부하고 있음

- 이들에게 형사처벌 등 제재를 통하여 징총과 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 강제하는 것은, 양심의 자유에 대한 과도한 제한이 되거나 양심의 자유의 본질적 내용에 대한 위협이 됨
- 자유민주주의는 다수결의 원칙에 따라 운영되지만 소수자에 대한 관용과 포용을 인정해야만 그 정당성을 확보할 수 있음. 국민 다수의 동의를 받지 못하였다는 이유로 양심적 병역거부자들의 존재를 국가가 언제까지나 외면하고 있을 수는 없음. 그 신념에 선뜻 동의할 수 없더라도 이제 이들을 관용하고 포용할 수 있어야 함
- 따라서 진정한 양심에 따른 병역거부라면, 그러한 양심적 병역거부는 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유에 해당함. 이와 달리 판단한 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 모두 변경하기로 함

■ 대체복무제 도입 문제와 양심적 병역거부에 대한 형사처벌 여부

- 양심적 병역거부를 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유로 인정할 것인지는 대체복

무제의 존부와 논리필연적인 관계에 있지 않음. 대체복무제는 양심적 병역거부를 인정하였을 때 제기될 수 있는 병역의무의 형평성 문제를 해소하는 방안이 됨

- 현재 대체복무제가 마련되어 있지 않거나 향후 도입될 가능성이 있더라도, 병역법 제88조 제1항 위반으로 기소된 피고인에게 정당한 사유가 인정된다면 처벌할 수 없다고 보는 것이 타당함

■ 진정한 양심적 병역거부의 심리와 판단

- 정당한 사유에 해당하는 절박하고 구체적인 양심은 그 신념이 깊고, 확고하며, 진실하여야 함
- 신념이 깊다는 것은 그것이 사람의 내면 깊이 자리잡은 것으로서 그의 모든 생각과 행동에 영향을 미친다는 것을 뜻함. 삶의 일부가 아닌 전부가 그 신념의 영향력 아래 있어야 함
- 신념이 확고하다는 것은 그것이 유동적이거나 가변적이지 않다는 것을 뜻함. 반드시 고정불변이어야 하는 것은 아니지만, 그 신념은 분명한 실체를 가진 것으로서 좀처럼 쉽게 바뀌지 않는 것이어야 함
- 신념이 진실하다는 것은 거짓이 없고, 상황에 따라 타협적이거나 전략적이지 않다는 것을 뜻함. 설령 거부자가 깊고 확고한 신념을 가지고 있다고 하더라도 그 신념과 관련한 문제에서 상황에 따라 다른 행동을 한다면 그러한 신념은 진실하다고 보기 어려움
- 구체적인 병역법위반 사건에서 피고인이 양심적 병역거부를 주장할 경우, 그 양심이 과연 위와 같이 깊고 확고하며 진실한 것인지 심사하여야 함. 인간의 내면에 있는 양심을 직접 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 양심과 관련성이

있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 판단하여야 함. 그러한 과정에서 피고인의 가정환경, 성장과정, 학교생활, 사회경험 등 전반적인 삶의 모습도 아울러 살펴볼 필요가 있음

- 정당한 사유가 없다는 사실은 범죄구성요건이므로 검사가 증명하여야 함(대법원 2008. 6. 12. 선고 2006도6445 판결 등 참조)
- 양심적 병역거부를 주장하는 피고인이 자신의 병역거부가 절박하고 구체적인 양심에 따른 것이며 그 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시하면, 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 진정한 양심의 부존재를 증명할 수 있음. 이때 병역거부자가 제시해야 할 소명자료는 적어도 검사가 그에 기초하여 정당한 사유가 없다는 것을 증명하는 것이 가능할 정도로 구체성을 갖추어야 함

● **별개의견(1명, 대법관 이동원)** : 국가의 안전보장에 우려가 없는 상황을 전제로 진정한 종교적 신념에 따라 병역을 거부하는 경우에 정당한 사유 인정 ⇒ 과기환송

■ 국방의 의무는 개인의 양심의 자유보다 더 우선되는 의무임

- 국가의 존립과 안전을 유지하는 국민의 기본권 실현과 보호를 위한 전제조건임

■ 우리나라의 병력 규모, 종교적 신념에 따른 병역거부자들의 수와 현실적으로 그들을 병력자원으로 활용할 가능성 등을 고려하면, 종교적 신념을 이유로 하는 병역거부자들에 대하여 대체복무를 허용한다고 하여 국가의 안전보장이 우려되는 상

황을 초래할 것이라고 보기 어려움.

· 헌법재판소 결정에 따라 조만간 대체복무 제 도입이 입법화될 것으로 보임

■ 이러한 상황에서 종교적 신념을 이유로 하는 병역거부자들에게 감당하기 어려운 과도한 부담을 지우는 것은 헌법상 기본권 제한에 있어 최소 침해의 원칙에 어긋남. 진정한 종교적 신념에 따라 병역을 거부하는 경우에는 병역법 제88조 제1항이 규정하는 정당한 사유가 있다고 보아야 함

■ 다만 대체복무의 허용은 국가의 안전보장에 우려가 없는 상황을 전제로 함. 그러므로 향후 국가안전보장에 지장이 생기게 된다면 다시 그들을 현역병입영대상자 등으로 하는 병역처분을 하는 것도 허용될 수 있음

● **반대의견(4명)** : 양심적 병역거부는 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당하지 않음 ⇒ 상고기각 의견

■ 병역법의 입법 취지와 목적, 체계, 병역의무의 감당능력에 관련된 규정들의 성격에 비추어, 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유는 특정한 입영기일에 입영하지 못한 것을 정당화할 수 있는 사유, 즉 당사자의 질병이나 재난의 발생 등 일반적이고 객관적인 사정에 한정됨

■ 따라서 종교적 신념 등을 이유로 한 양심적 병역거부와 같이 개인적인 신념이나 가치관, 세계관 등과 같은 주관적 사정은 정당한 사유에 해당할 수 없음

■ 지금까지 대법원과 헌법재판소는, 양심의 자유를 내면적 자유와 외부적 자유로 구분하고, 내면적 자유는 절대적으로 보호되지만 외부적 자유는 다른 헌법적 가

치를 위하여 제한될 수 있다는 법리를 확립해 왔음. 이러한 법리는 유지되어야 함

■ 양심적 병역거부는 비록 소극적 부작용이기는 하지만 역시 자신의 양심을 외부로 실현하는 행위이므로, 국가안전보장과 국방의 의무 실현을 위하여 제한될 수 있음. 이러한 제한이 양심의 자유를 과도하게 제한하는 것이거나 그 본질적 내용을 침해하는 것은 아님

· 병역의무의 실효성 확보를 위한 수단으로서 이 사건 처벌규정에 기한 형사처벌 등 제재가 갖는 규범적 타당성에 비추어 볼 때, 다수의견이 소극적 부작용에 의한 양심 실현의 자유에 대해 형사처벌을 가하는 것 자체를 마치 위헌, 위법인 것처럼 해석하는 것은 논리적 비약임

■ 병역거부와 관련된 진정한 양심의 존재 여부를 심사하는 것은 불가능하다고 보이므로 다수의견이 제시하는 사정들은 형사소송법이 추구하는 실체적 진실 발견에 부합하도록 충분하고 완전한 기준이 될 수 없음

■ 위와 같은 법리와, 세계 유일의 분단국으로서 그 어떤 나라와도 비교할 수 없는 우리나라의 엄중한 안보상황, 병역의무의 형평성에 관한 강력한 사회적 요청 등을 감안하면, 양심적 병역거부는 인정될 수 없음

· 대법원의 종전 전원합의체 판결에 의해 확인된 법리는 유지되는 것이 옳고, 기존 법리를 변경하여야 할 만한 명백한 규범적, 현실적 변화도 없음. 다수의견의 견해는 병역의무의 형평성에 대한 국민의 기대에서 크게 벗어나는 것으로서, 갈등과 혼란을 초래할 것이라는 우려를 금할 수 없음

● 다수 보충의견

(1) 제1보충의견

- 다수의견은 양심의 자유에 관한 종전 판례 법리를 토대로 하면서 새로운 여러 사정을 들어 이제는 양심적 병역거부를 처벌했던 판례가 변경되어야 한다는 것임
- 양심의 자유는 인간 존엄의 필수적 전제로서 인간으로서 가지는 보편적인 권리임. 개인의 내면적 양심은 그 누구도 침범할 수 없으며 설령 국가라 하더라도 마찬가지임. 양심실현의 자유가 상대적 권리라는 이유만으로 쉽게 제한되어서는 안 됨
- 내면적 양심의 포기과 인격적 존재가치의 파멸을 강요당하는 상황에서 자신의 양심의 명령을 지키는 통로를 열어두어야 함
- 양심적 병역거부자는 자신의 절박한 양심을 보호해 달라고 호소하고 있음. 이들에게 병역의무의 이행을 강제하고 이행하지 않는다는 이유로 형사처벌을 한다면, 형사처벌을 감수하고 양심을 지키느냐 아니면 양심을 버리고 형사처벌을 면하느냐는 선택만이 존재하게 됨
- 입법자는 병역법 제88조 제1항에서 '정당한 사유'라는 문언을 통해서 그러한 통로를 열어두었고, 병역의무의 이행에 관한 구체적, 최종적인 정의의 실현을 사법부에 위임하였음
- 양심적 병역거부와 같은 최소한의 소극적 부작위조차 허용하지 않는다면 헌법이 양심의 자유를 보장한다는 것은 사실상 아무런 의미를 가질 수 없음
- 양심적 병역거부를 허용하는 것은 양심적 병역거부자에게 특혜를 부여하는 것이 아니고, 그 권리만을 보호하고자 하는 것

도 아님. 우리 공동체에서 다를 수 있는 자유를 인정하는 것이며, 이로써 민주주의의 가치를 지키고 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 누리도록 하는 것임.

(2) 제2보충의견

- 자유권규약은 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법과 동일한 효력을 가지고 직접적인 재판규범이 되며, 국제평화주의와 국제법 존중주의는 국가질서 형성의 기본이 되는 헌법상 중요 원리임
- 우리나라는 자유권규약 가입 당시 자유권규약위원회가 규약에 규정된 권리 침해를 주장하는 개인으로부터 통보를 접수하고 심리하는 것을 허용하는 선택의정서에도 함께 가입하였음. 그런데 자유권규약위원회는 1993년 이래 자유권규약 제18조로부터 양심적 병역거부권이 인정된다고 해석하였고, 2017년까지 우리 국민에 관한 5건의 개인통보 사건에서 모두 자유권규약 제18조에 위반된다는 견해를 채택하였음
- 양심적 병역거부에 관한 권리가 자유권규약 제18조에 명시되어 있지는 않지만 동 조항으로부터 도출되는 권리라는 점은 이제 확립된 국제적 기준이 되었다고 평가할 수 있음
- 따라서 양심적 병역거부는 헌법 제6조 제1항에 기하여 국내법과 동일한 효력이 인정되는 자유권규약 제18조에 따라 병역법 제88조 제1항에서 정한 '정당한 사유'에 해당한다고 보아야 합니다.
- 국제인권규약에 조화되도록 법률을 해석하는 것은 보편적 인권의 관점에서 사법부가 지켜야 할 책무이며, 헌법상 국제법 존중주의에도 합치됨

- 우리나라가 국제사회에서 인권의 측면에서도 당당할 수 있기를 기대하는 마음을 보충의견에 담았음

● 반대 보충의견

(3) 제1보충의견

- 다수의견은 종래 인정되어 오던 양심의 범위를 더욱 좁혀서 양심의 ‘깊고 확고하며 진실함’을 요구하고 있으나, 이는 특정 종파의 병역거부 문제를 해결하기 위해서, 헌법이 보호하는 양심의 범위를 근거 없이 제한하고, 결과적으로 양심의 자유를 더욱 억제하는 것이 됨
- 종교적 신념으로 병역을 거부하는 종교의 신도가 늘어날수록 입대 군인이 줄어들고 궁극적으로 군대가 없어지게 되면, 종교와 양심의 자유를 보장해줄 국가적 토대도 함께 사라지게 됨
- 양심이 진정한지는 형사절차에서 증명할 수 있는 사항이 아님
- 다수의견은 평소 삶의 과정에서 외부에 드러난 사항을 통해 이를 증명할 수 있다고 하지만, 대한민국 남성은 이르면 고등학교를 졸업한 19세부터 입영처분을 받게 되는데, 과연 그때까지 학교생활 외에 양심에 관해 외부로 드러낼 사항이 무엇이 있을지 생각하기 어려움
- 종교적 신념에 따른 병역거부는 헌법상 양심의 자유의 문제가 아니라 대체복무제 도입 등을 통해 해결할 국가정책의 문제임
- 이는 외국의 여러 사례들을 통해서도 확인할 수 있음
- 헌법재판소의 결정으로 사실상 위헌성을 띤 현행 병역법 조항을 적용하여 서둘러

판단할 것이 아니라, 대체복무를 포함하는 국회의 개선 입법을 기다려 해결하는 것이 마땅함. 우리 사회구성원 모두에 대해 이 문제를 명예롭게 해결하고, 국민통합으로 나아가는 길임

■ 피고인은 처벌받아서 안 된다고 말하고 싶음

- 그러나 지금, 위헌 상태인 병역법의 해석을 통해서, “대체복무 없는 병역거부”라는 법질서로써는 안 되고, 잠시 기다려, 합헌적인 개선입법에 의해서, “대체복무와 함께 하는 병역거부”라는 법질서로써만 가능함

(4) 제2보충의견

- 양심적 병역거부를 인정하는 대표적인 국가로는 독일 등 유럽의 나라들이 있는데, 두 차례 세계대전을 일으켜 수천만 명의 인명이 살상된 참상을 경험하고 침략전쟁에 대하여 깊이 반성하는 헌법적 결단을 내린 것임
- 우리나라는 침략전쟁을 일으킨 적이 없고 오히려 여러 차례 외세의 침략으로 큰 고통을 받았음. 이런 참혹한 역사를 다시는 되풀이 하지 않기 위해 우리 헌법은 국가의 안전보장과 국토방위를 신성한 사명으로 규정하고, 국방의 의무를 모든 국민의 기본 의무로 규정하면서, 양심적 병역거부를 포함하여 국방의 의무에 대한 일체의 예외를 헌법에 규정하지 않고 있음. 국가안전보장과 국토방위에 직결되는 이런 중차대한 문제에 대한 헌법제정권자의 결단은 매우 무겁게 받아들여야 함
- 양심이나 종교적 신념 등을 이유로 병역의무를 거부하는 자에 대하여 국가가 대

체복무 등 시혜적인 조치를 강구하는 것은 가능하겠지만, 처벌규정인 병역법 제 88조 제1항의 '정당한 사유'에 양심적 병역거부를 포함시켜 무죄선고를 가능하게 하는 해석론은 헌법에 위배되고 법리에도 맞지 않음. 확립된 헌법이론에 따른 합리적인 논증과 근거 제시 없이 상대적 다수라는 이유만으로 우리 헌법제정권자의 결단을 폄훼하는 것은 잘못임

■ 피고인에 대하여 구체적, 개별적으로 살펴보다라도 입영을 거부할 '정당한 사유'가 있다고 할 수 없음

· 탄원서, 항소이유서, 상고이유서와 공판기일의 변론을 통하여, 피고인은 병역을 거부하는 이유로 '여호와와 증인' 교리에 따른 국가적 차원에서의 무장해제와 평화주의, 납세거부, 종교우월까지 연계하여 주장함

· 이러한 주장을 펴는 피고인에 대해 양심적 병역거부자로 인정하여 대체복무가 아닌 무죄선고가 가능하게 하는 것은 결코 있을 수 없음. 국군의 사기에 악영향을 끼침은 물론이고, 앞으로 병역법과 형사법 등 국가법질서에 큰 혼란과 폐해를 가져올 우려가 있음

■ 다수의견이 실시하는 양심적 병역거부의 심사기준도 문제가 많음

· 다수의견이 예를 들어 종교적 양심에 의한 병역거부의 경우에 적용될 것으로 제시하고 있는 요소들은 특정 종교의 독실한 신도인지를 가려내는 기준이 될 수 있을 뿐이지 양심적 병역거부자인지를 가려내는 기준이 될 수는 없음

· '여호와와 증인' 신도들과 같은 특정 종교에 특혜를 주는 결과가 생길 수 있음. 이는 양심과 종교의 자유 보장의 한계를 벗어나고 정교분리원칙에 위배됨

■ 판결의 의의

· 양심적 병역거부를 인정하고, 병역법 제 88조 제1항의 처벌조항에서 규정하는 정당한 사유의 해석론을 판시한 최초의 판결임

· 양심의 자유의 본질의 관점에서 보호되는 경우를 판시함

(자료/법원사람들)