

## 17. 양심적 병역거부 사건

<헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 141>

### 가. 사건의 배경

이 사건은 양심에 반한다는 이유로 병역의무를 거부하는 자를 처벌하는 병역법 조항에 대하여 헌법에 위배되지 아니한다고 결정한 사건이다.

병역법은 현역입영 또는 소집통지서를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영하지 아니하거나 소집에 불응하는 경우 징역형 등에 의하여 처벌하도록 규정하고 있다. 이 사건 법률조항에 의하여 양심적 병역거부자들은 대부분 최소 1년 6월 이상의 징역형을 선고받고 있다.

제청신청인은 현역입영대상자로서 현역병으로 입영하라는 병무청장의 현역입영통지서를 받고도 이에 응하지 아니하여 병역법위반으로 기소되었다. 제청신청인은 공소사실에 적용된 병역법이 종교적 양심에 따른 입영거부자들의 양심의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 법원에 위헌제청신청을 하였고, 법원이 이를 받아들여 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하였다.

한편, 병무청의 자료에 의하면, 양심을 이유로 한 병역거부자는 1992년부터 2000년까지는 매년 약 400명, 2001년부터 2003년까지는 매년 약 600명으로 나타난다. 이들의 대부분은 여호와와 증인 신도들이다.

### 나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 재판관 7인의 다수의견으로 병역법이 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였는바, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

헌법은 제19조에서 양심의 자유를 국민의 기본권으로 보장하고 있다. 국가가 일정한 의무를 국민에게 부과하는 경우 양심의 자유가 보장될 수 있도록 법질서를 형성해야 할 의무를 부과하는 기본권이다.

양심의 자유를 주장하는 자에 대하여 아무런 대체의무의 부과없이 국민 모두에게 적용되는 의무로부터 면제한다면 이들에게 헌법상 허용되지 않는 특권을 부여하는 것과 같다. 그러므로 병역의무와 관련하여 의무부과의 불평등적 요소를 가능하면 제거하면서도 개인의 양심을 고려하는 수단으로서 대체복무제가 고려된다. 대체복무제란 양심적 병역거부자로 하여금 사회복지시설 등에서 공익적 업무에 종사케 함으로써 군복무를 갈음하는 제도를 말한다. 결국, 이 사건 법률조항의 위헌여부는 '입법자가 대체복무제도의 도입을 통하여 병역의무에 대한 예외를 허용하더라도 국가안보란 공익을 효율적으로 달성할 수 있는지'에 여부의 문제로 귀결된다.

이 사건 법률조항을 통하여 달성하고자 하는 공익은 국가의 존립과 모든 자유의

전제조건인 '국가안보'라는 대단히 중요한 공익이다. 이처럼 중대한 법익이 문제되는 경우에는, 개인의 자유를 최대한으로 보장하기 위하여, 국가안보를 저해할 수 있는 무리한 입법적 실험을 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 상황이다.

그렇다면 대체복무제를 도입하기 위해서는 남북한 사이에 평화공존관계가 정착되어야 하고, 군복무여건의 개선 등을 통하여 병역기피의 요인이 제거되어야 한다는 등의 선행조건들이 충족되지 않은 현 단계에서 대체복무제를 도입하기는 어렵다고 본 입법자의 판단이 현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수 없다.

다만, 입법자는 양심의 자유와 국가안보라는 법익의 갈등관계를 해소하고 양 법익을 공존시킬 수 있는 방안 등에 대하여 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.

재판관 김경일, 재판관 전효숙은 다음과 같은 반대견해를 밝혔다.

양심적 병역거부가 인류의 평화적 공존에 대한 간절한 희망과 결단을 기반으로 하고 있음을 부인할 수는 없다. 우리 사회의 양심적 병역 거부자들이 반세기에 걸쳐 장기간의 징역형이라는 불이익을 감수하며 양심을 고수하려 하였던 점을 고려한다면 이들이 군 복무의 고역을 피하기 위하여 병역을 거부하는 것이라고 볼 수만은 없다.

이 사건 법률조항의 위헌여부는 이 사건 법률조항에 대해 양심을 이유로 한 예외를 인정하더라도 국방에 지장이 없는지, 대안으로 논의되는 대체복무제가 부정적 파급효과를 방지하고 평등문제를 해소할 적절한 대안인지 여부에 달려있다. 그런데 우리 군의 전체 병력수에 비추어 양심적 병역거부자들이 현역집총병역에 종사하는지 여부가 국방력에 미치는 영향은 전투력의 감소를 논할 정도라고 볼 수 없다. 또한 병역기피자들의 증가로 인한 전체 병역제도에 미칠 부정적인 효과도 다른 나라의 경험에서 보듯이 엄격한 사전심사절차와 사후관리를 통하여 방지할 수 있으며, 양심적 병역거부자들에게 현역복무의 기간과 부담 등을 고려하여 이와 유사하거나 보다 높은 정도의 대체의무를 부과한다면 국방의무이행의 형평성 회복이 가능하다.

입법자는 이 사건 법률조항에 의해 구체화된 병역의무의 이행을 강제하면서 사회적 소수자인 양심적 병역거부자들의 양심의 자유와의 심각한 갈등관계를 해소하려는 최소한의 노력도 하지 않고 있다. 양심적 병역거부자들에게도 일률적으로 입영

을 강제하고 형사처벌을 하는 범위에서 이 사건 법률조항은 위헌이라고 생각한다.

#### **다. 사후경과**

양심적 병역거부자에 대한 처벌의 합헌성을 인정한 이 결정으로 양심적 병역거부를 둘러싼 위헌성 논란이 일단락되었다. 한편, 국방부는 2007. 9. “종교적인 사유 등으로 징총(입영)을 기피하는 사람들에 대해 대체복무를 허용하기로 결정했다”고 발표하며 “국민의 공감과 지지를 끌어낼 수 있도록 공론화 과정을 거치고 관련 법령을 정비해 이르면 2009년 1월부터 시행할 수 있도록 할 계획”이라고 밝혔다. 정부는 이 사건 법률조항 등 대체복무제 시행을 위한 법 개정안을 조만간 국회에 제출할 계획이다.