형사정책연구 Korean Criminological Review
제29권 제3호(통권 제115호, 2018・가을)

양심적 병역거부의 '정당한 사유' 해석론 비판 : '길'로서의 법 vs. '문'으로서의 법*

강태경**

국 | 문 | 요 | 약

최근 헌법재판소가 병역법 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정과 대체복무제 입법 명령을 내림으로써 양심적 병역거부를 둘러싼 규범적 환경이 급격하게 변하였다(2011헌바379 등 결정). 이에 대법원은 대체복무제 도입 전이라도 정당한 사유에 양심적 병역거부가 포함된다고 해석해야 하는지 여부를 다투기 위해서 2018. 8. 30. 전원합의체 공개변론을 열었다. 본 연구는 양심적 병역거부의 '정당한 사유' 해석론에 대한 비판을 목적으로 한다. 첫째, 2004년 전원합의체판결 이후 본격화된 양심적 병역거부에 관한 국내적 사회적 공론화 과정과 국제적 주요 국제인권기구들의 견해를 살펴봄으로써 우리 사회가 대체복무제를 도입할 수 있을 만큼 성숙하였다고 평가하였다. 둘째, 양심적 병역거부 사건 주요 판결에 대한 비판적 분석을 통해서 법적 이익형량이 규범적 판단과 경험적 예측을 통합하는 방향으로 발전하였음을 확인하였다. 셋째, 대법원 전원합의체 공개변론에 대한 인지적 분석을 통해서, 대체복무제 도입 전까지는 양심적 병역거부자의 양심 실현을 지연시켜야 한다는 입장의 심층 구조를 '여행으로서의 양심적 병역거부'와 '길로서의 법'이라는 개념적 은유로 재구성하였고, 이러한 개념적 은유에서는 양심적 병역거부자가 겪는 고통이 이익형량에 제대로 반영되지 않는다는 문제점을 지적하였다. 이에 대한 대안으로서 '선택으로서의 양심적 병역거부'와 '문으로서의 법'이라는 개념적 은유를 제시하였다.

❖ 주제어 : 양심적 병역거부, 양심적 예비군훈련거부, '정당한 사유', 이익형량, 합헌적 법률해석, 인지적 분석, 개념적 은유

---

* 이 글은 필자가 2016도10912 병역법위반 사건 및 2018도4708 예비군법위반 사건과 관련하여 대법원에 작성·제출한 의견서의 내용의 일부를 바탕으로 새로운 분석을 추가하여 작성한 것이다. 아울러 이 의견서를 작성할 수 있도록 많은 격려와 도움을 주신 한국형사정책연구원의 한인섭 원장님과 전문가로서의 의견과 최신 자료를 제공해주신 임재성 변호사님, 오두진 변호사님, 임성호 변호사님, 이한나 변호사님께 부족한 이 글로나마 깊은 감사의 뜻을 전합니다.

** 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사(법철학)

Ⅰ. 서론

법 앞에 문지기 한 사람이 서 있다. †

행위의 결과가 인간적 불행을 가능한 많이 피하거나
혹은 줄일 수 있도록 행위하라. ‡

국제앰네스티의 조사에 따르면, 대한민국에서 1950년 이후 최근까지 양심적 병역거부를 이유로 수감된 인원이 최소 18,700명에 달하고 이들이 감옥에서 보낸 시간을 모두 더하면 35,800년이 넘는다고 한다.[1] 최근 다행스럽게도 헌법재판소의 결정(헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정)으로 정부는 양심적 병역거부에 따른 대체복무가 가능하도록 하는 입법 조치를 마련하기 위해 노력 중이다. 그럼에도 불구하고 2018년 9월 현재도 '정당한 사유' 없는 입영거부 또는 예비군동원 및 훈련 거부를 이유로 기소된 수많은 양심적 병역거부자들이 판결을 기다리고 있는 상황이다. 양심적 병역거부는 입영 후 일체의 군사훈련을 거부하는 경우, 입영통지에 불응하여 입영 자체를 거부하는 경우, 현역 군복무를 마친 후에 예비군동원 및 훈련을 거부하는 경우[2]와 같이 크게 세 가지 유형으로 나눌 수 있다. 예비군훈련은 예비군법에 의해 부과되는 간접적인 병력형성의무라는 점[3]에서 종교적 신념이나 평화주의적 신념 등에 따른 '예비군동원 및 훈련 거부'(이하, '예비군훈련거부'라 함)는 양심적 입영거부와 본질적으로 다르지 않은 양심적 병역거부의 한 유형이다. 더욱이 양심적 예비군훈련거부의 경우 반복된 처벌, 즉 이중처벌 및 가혹한 처벌의 문제가 있어 심각한 기본권 침해를 인정할 만한 요소가 상당하다.[4]

---

† 프란츠 카프카, 법 앞에서, 전영애 역(민음사, 2017), 7면.

‡ 아루투어 카우프만, 법철학, 김영환 역(나남, 2007), 703-704면.

1) 국제앰네스티, "숫자로 보는 양심에 따른 병역거부"(2016.5.10.)(https://amnesty.or.kr/10835/, 최종접속일 2018. 7. 15.).

2) 현행법과 사법 관행에 따라 1년 6개월의 징역형을 선고받고 복역을 마친 양심적 입영거부자는 출소 후 전시근로역(구 제2국민역)으로 편입되어 예비군동원 및 훈련 거부의 문제를 겪지 않는다.

3) 헌결 2002. 11. 28. 2002헌바45.

4) 오두진, "지정토론1: 헌법과 국제법 측면에서 본 양심적 병역거부", 양심적 병역거부에 관한 국제인

필자는 이 글에서 양심적 예비군훈련거부를 포함한 양심적 병역거부라는 헌법적 기본권 실현이 국방의 의무에 언제나 양보해야 하는지 그리고 양심적 병역거부를 병역법 제88조 제1항 및 예비군법 제15조 제9항의 '정당한 사유' 없이 입영이나 예비군 훈련을 거부하는 행위로 보아 처벌하는 것이 정당한지에 대하여 비판적으로 검토하고자 한다. 이를 위해 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결 이후 뚜렷하게 확인되는 양심적 병역거부 관련 정치・사회적 환경 및 그에 대한 인식의 변화를 살펴보고(Ⅱ장), 위 판결과 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정을 포함하여 양심적 병역거부 사건 주요 판결의 이익형량 내용과 구조를 분석하여 사법적 판단의 변화 양상을 알아본다(Ⅲ장). 마지막으로 최근 열린 양심적 병역거부 사건 대법원 공개변론의 내용에 대한 인지적 분석을 수행하여 병역거부자의 양심상의 결정이 병역법 및 예비군법 처벌조항의 '정당한 사유'에 해당하는지에 대한 법적 판단의 인지적 측면을 추적한다(Ⅳ장).

Ⅱ. 양심적 병역거부에 관한 논의 동향

1. 2004년 전원합의체 판결 이후 양심적 병역거부에 관한 사회적 논의의 본격화

2004년 양심적 병역거부에 관한 대법원 전원합의체 판결이 나올 당시 양심적 병역거부에 대한 사회적 논의와 성찰이 충분히 이루어졌다고 보기 어렵다. 도리어 이 2004년 전원합의체 판결은 국내외 여러 기관들이 양심적 병역거부 허용 여부에 대한 각각의 입장을 제시하는 계기가 되었고 이로써 양심적 병역거부에 대한 사회적 논의가 본격화되었다. 아래에서 살펴볼 것과 같이 양심적 병역거부에 관한 사회적 공론화가 본격화된 이래 우리 사회는 양심적 병역거부권을 인정하고 대체복무제를 도입할 수 있는 여건이 성숙되어 가고 있는 상황이라고 할 수 있다.

권법", 양심적 병역거부와 대체복무제, 한인섭・이재승 편(경인문화사, 2013), 412면. 이 토론문은 2012. 5. 11. 서울대학교 공익인권법센터, 건국대학교 공익인권법센터, 대한변호사협회 인권위회가 주최한 '한국 병역거부 공론화 10년 학술토론회'에서 발표된 것이다.

우선 사법부 내에서는 양심적 병역거부자 처벌에 대한 상반된 판단이 이루어지고 있다. 우선 양심적 입영거부에 관해서 살펴보면, 이를 이유로 한 병역법위반 사건에서 항소심 4건을 포함하여 80여 건의 무죄 판결과 위헌법률심판제청이 이루어졌다. 2004년 3건, 2007년 1건이던 무죄 판결은 2015년 6건, 2016년 7건, 2017년 44건, 2018년 5월 현재까지 22건으로 꾸준히 늘고 있다.[5] 한편 헌법재판소는 2011년 병역법 제88조 제1항에 대해 합헌의견을 유지하였으나, 4년만인 2015년 사회적 흐름을 반영하고자 공개변론을 열었고 결국 2018년 대체복무를 병역의 종류로 규정하지 않은 병역법 제5조 제1항에 대하여 헌법불합치 결정을 내렸다. 이에 국회는 2019. 12. 31.까지 대체복무제도를 입법해야 하는 상황이다(2018년 헌법재판소 결정의 의미에 관해서는 장을 바꿔 후술하기로 한다).[6]

양심적 예비군훈련거부를 이유로 한 구 향토예비군설치법위반 사건의 경우 2004년 서울남부지방법원에서 무죄 판결[7]이 이루어진 후 13년 후인 2017년 청주지방법원에서 두 번째 무죄 판결[8]이 이루어졌다. 양심적 예비군훈련거부자는 향토예비군이 설치된 1968년 이래로 2010년까지 최소 897명에 이르고, 2010년 이후에도 해마다 80여 명 정도가 예비군훈련 거부로 처벌을 받고 있다.[9] 헌법재판소는 구 향토예비군설치법 제15조 제8항(현 예비군법 제15조 제9항)에 대한 위헌법률심판제청 등 사건에서 동조 동항 중 '같은 법 제6조 제1항의 규정에 의한 훈련을 정당한 사유 없이 받지 아니한 자'에 관한 부분이 이중처벌금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없고, 과잉금지원칙에 위반하여 양심적 예비군 훈련 거부자의 양심의 자유를 침해한다고 할 수 없으며, 평등원칙에 위반된다고 할 수 없고, 헌법 제6조 제1항에 위반된다고도 할 수 없다고 판단하였다.[10]

---

5) 김민경, "80건 넘은 무죄 판결…'양심적 병역거부 문제는 인권의 최전선'", 한겨레 2018. 5. 15.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/844750.html#csidx339f69d870460a8ba5f7fdfb70179a9, 최종접속일 2018. 7. 15.)

6) 헌결 2018. 6. 28. 2011헌바379 등.

7) 서울남부지판 2004. 5. 21. 2003고단1783.

8) 청주지판 2017. 1. 10. 2016고단1121.

9) 김진한, "'양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성'에 관한 지정토론문", 양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성(대한변호사협회 인권위원회 · 법원 국제인권법연구회 공동학술대회 자료집, 2014. 12. 20.), 188면.

10) 헌결 2011. 8. 30. 2007헌가12, 2009헌바103.

이처럼 사법부에서는 양심적 병역거부자 처벌의 정당성에 대한 논쟁이 이루어지고 있는 데 비해서, 국회와 정부의 관심의 초점은 대체복무제도 도입에 있다. 우선 국회에서는 꾸준히 대체복무제도 도입을 주요 내용으로 하는 병역법 및 예비군법 개정안이 발의되고 있다. 18대 국회에서 이정희 의원 등 10인이 2011. 9. 14. 양심적 예비군훈련거부에 따른 대체복무제 도입을 주요 내용으로 하는 향토예비군설치법 일부개정법률안(제1813209호, 임기만료폐기)을 발의한 후 20대 국회에서 2017. 5. 31. 이철희 의원 등 12인(제2007108호)과 박주민 의원 등 21인(제2007109호)이 대체복무제도 도입을 주요 내용으로 하는 예비군법 일부개정법률안을 각각 발의하였다. 또한 양심적 입영거부에 따른 대체복무제도 도입을 주요 내용으로 하는 병역법 개정법률안은 17대 국회에서 임종인 의원 등 22인(제170512호)이 2004. 9. 22. 최초로 발의한 이래 노회찬 의원 등 10인도 관련 개정법률안(제170932호)을 발의하였고, 18대[11]・19대[12]・20대[13] 국회에서도 다양한 정당 소속 의원들이 지속적으로 대체복무제 도입을 주요 내용으로 하는 병역법 개정안을 발의하였다(발의자 총 108명, 발의안 총 8건).

정부 관련 부처는 양심적 병역거부에 따른 대체복무제도를 도입하겠다는 입장을 여러 차례 표명하였다. 우선 국방부는 2007. 9. 18. '병역이행 관련 소수자의 사회복무제 편입 추진 방안' 발표하였다.[14] 그러나 병무청은 위 국방부 입장을 2008. 12. 24. 백지화하였다.[15] 한편 법무부는 2012. 3. 30. 제2차 국가인권정책 기본계획에서 입영 및 집총 거부자 대체복무제도에 관해서 "연구 결과를 기초로 국회, 관련 기관 등의 의견을 수렴하여 국민적 합의가 이루어질 경우 추진"하겠다고 밝혔다.[16] 이후

11) 김부겸의원등11인 발의(제1812534호), 이정희의원등10인 발의(제1813210호).

12) 전해철의원등11인 발의(제1906042호).

13) 전해철의원등11인 발의(제2003582호), 이철희의원등12인 발의(제2007106호), 박주민의원등21인 발의(제2007107호).

14) 손원제, "양심적 병역 거부자 대체복무 허용 추진" 한겨레 2007. 9. 18.자 기사 (http://www.hani.co.kr/arti/society/rights/237264.html, 최종접속일 2018. 7. 20.).

15) 진성훈, "정부, 대체복무 용역보고서 왜곡했다", 한국일보 2009. 1. 8.자 기사 (http://hankookilbo.com/v/1d8264114ec04d1087d0f6804d8dca9e, 최종접속일 2018. 7. 20.). 병무청 발주용역 보고서에 근거한 것이었는데, 당시 발주용역 연구책임자는 자신의 연구는 '대체복무제 도입' 의견이었으며, 병무청이 자신의 연구결과를 왜곡한 것이었다고 밝혔음.

16) 대한민국 정부, 2012-2016 국가인권정책 기본계획(2012), 58면.

법무부는 2018. 4. 29. 제3차 국가인권정책 기본계획(초안)에서도 “현재 국회에 계류 중인 입영 및 집총 거부자에 대한 대체복무제를 도입하는 내용의 병역법 개정안에 대해 검토”할 것과 “국회 · 사법부의 대체복무제 도입 결정에 대비, 합리적 대체복무 방안 검토”를 국방부 정책과제로 상정하였다.[17)]

국가인권위원회는 2005. 12. 26. 전원위원회의 ‘양심적 병역거부권 및 대체복무제도에 대한 권고’[18)] 결정으로 국회의장과 국방부장관에 대해 양심적 병역거부권이 헌법 제19조 및 시민적 · 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조의 양심의 자유의 보호범위 내에 있음을 확인하고 대체복무제 도입을 권고한 이래 지속적으로 양심적 병역거부권 인정 및 대체복무제 도입을 촉구하여 왔다.[19)] 또한 국가인권위원회는 2007. 11. 26. 구 향토예비군설치법 제15조 제8항 위헌법률심판제청 사건(2007헌가12)과 관련하여 양심적 병역거부권 인정과 대체복무제도의 도입 필요성을 재확인하고 양심적 예비군훈련거부자에 대한 반복 처벌 방지 의견을 헌법재판소에 제출하였다.[20)]

양심적 병역거부 및 대체복무제 도입에 관한 여론의 변화도 주목할 만하다. 원칙적으로 소수자 인권 문제에 관한 사법 판단 및 정책 결정에 있어서 성찰적 상식과는 구별되어야 하는 잠정적 · 감정적인 여론을 주된 근거로 삼는 것은 삼가야 할 것이다.[21)] 다만, 시민들이 사회적 공론화 과정을 통해 양심적 병역거부에 대한 성찰의 기회를 가짐으로써 다음과 같이 전향적인 태도 변화를 보인다는 점은 양심적 병역

17) 법무부, 2018-2022 국가인권정책 기본계획(초안)(2018), 52면.

18) 국가인권위원회, 국가인권위원회 결정례집-인권정책분야 제2집(2005-2006)(2007), 96면 이하.

19) 국가인권위회는 이후 양심적 병역거부를 이유로 한 병역법위반 사건과 관련하여 2008. 7. 양심적 병역거부자 대체복무제 도입을 위한 구체적 이행계획 수립 및 이행 촉구 의견표명, 2016. 11. 「병역법」 제88조 제1항 제1호 위헌소원 사건에 대한 헌법재판소 의견제출 등을 하였음. 2017. 6. 27. 국가인권위원회는 상임위원회를 열고, 국방부장관에게 “양심적 병역거부권을 보장하는 대체복무제 도입 계획을 수립 · 이행할 것”을 권고, 국회의장에게 “대체복무제 도입을 위해 국회에 발의된 병역법 개정안에 대해 대체복무심사기구의 독립적 운영, 공정성 확보 명시 등 일부 내용을 보완해 조속한 입법이 필요하다”는 의견을 표명함[국가인권위원회 2017. 6. 28.자 보도자료 참조(https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&boardtypeid=24&boardid=7601335, 최종접속일 2018. 7. 20.)].

20) 국가인권위원회, 국가인권위원회 연간보고서 2007(2008), 48-49면.

21) 그럼에도 불구하고 국방부는 2007년 대체복무제 도입의 근거와 2008년 이에 대한 백지화의 근거를 모두 여론에 두었다[임재성, “소수자문제를 국민여론조사로 뚝딱? 꼭 젊은이들을 감옥에 보내야겠습니까”, 오마이뉴스, 2008. 12. 24.자 기사(http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?cntn_cd=A0001037731, 최종접속일 2018. 7. 19.)].

거부권을 인정하고 대체복무제를 도입할 수 있는 사회적 여건이 마련되고 있음을 방증한다. 우선 전문가 대상 인식조사 결과는 다음과 같다. 2008년 서울대학교 사회과학연구원에서 수행한 '대체복무제도에 대한 전문가 의식조사' 결과에 따르면, 인권 관련 전문가 집단의 경우 응답자(총 554명)의 85.5%가 대체복무제 도입에 찬성하였다.[22] 2016년 서울지방변호사회 소속 변호사 대상 인식조사 결과에서도 변호사 집단의 경우 응답자(총 1,200명)의 74.3%가 양심적 병역거부가 양심의 자유에 해당한다고 답변했고, 80.5%가 대체복무제 도입에 찬성하였다.[23] 다음으로 일반 국민 대상 인식조사 결과를 살펴보자. 2005년 국가인권위원회의 국민인권의식조사 결과 응답자(총 1,263명)의 7.5%만이 양심적 병역거부는 허용될 수 있다고 응답한 이후 허용 의견 비율이 지속적으로 증가하여 2016년 조사에서는 응답자(총 1,504명)의 46.1%가 허용 가능하다고 답변하였다.[24] 또한, 2013년 한국갤럽이 실시한 인식조사(총 1,211명 대상)에서는 대체복무 도입 찬성 응답이 68%, 2016년 인식조사(총 1,004명 대상)에서는 대체복무 도입 찬성 응답이 70%로 지속적으로 과반을 차지했다.[25]

2. 양심적 병역거부 허용 여부에 관한 국제적 논의 동향

이 절에서는 양심적 병역거부권 및 대체복무제 인정 여부에 관한 국제 현황, 양심적 병역거부권의 국제법적 근거와 이에 대한 주요 국제인권기구의 견해를 살펴본다. 주요 국제인권기구와 양심적 병역거부 인정 국가들에서는 양심적 병역거부 인정의 근거를 무엇으로 보고 있는지, 입영 전 양심적 병역거부와 군복무 중 또는 군복무

22) 자세한 조사 결과는, 김세균・공석기・임재성, "양심적 병역거부자, 어떻게 할 것인가?: '대체복무제도에 대한 전문가 의식조사'를 중심으로", 한국사회과학 30(1)(2008): 3-43면 참조. 이 조사에 조사대상자는 총 554명으로 국회의원, 교수, 언론인, 종교인, 변호사 등이었음.

23) 박수연, "서울지방변호사회, '양심적 병역거부 무죄 판결 환영' 성명", 법률신문 2016. 10. 20.자 기사(https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=103968&page=1, 최종접속일 2018. 7. 15.).

24) 국가인권위원회, 2005년 국민인권의식조사 총괄보고서(I)(2005), 266면; 구정우 등, 2016년 국민인권의식조사(2016), 97면.

25) 2013년 한국 갤럽 조사결과는 http://www.gallup.co.kr/gallupdb/reportContent.asp?seqNo=493(최종접속일 2018. 7. 19.) 참고; 2016년 한국 갤럽 조사결과는 https://amnesty.or.kr/12873/(최종접속일 2018. 7. 19.) 참고.

이행 후 양심적 병역거부를 양심의 형성 및 발현 시기에 따라 달리 취급하고 있는지 여부에 관해서 알아봄으로써 병역법 및 예비군법상 병역거부의 '정당한 사유'에 관한 해석에 참고할 수 있는 시사점을 얻고자 한다.

가. 양심적 병역거부 인정 현황

유엔인권사무소(Office of the UN High Commissioner for Human Rights)는 2013. 6. 3. 배포한 「양심적 병역거부 유엔인권사무소의 분석 보고서」에서 전 세계 양심적 병역거부 수감자 723명 중 92.5%(669명)가 대한민국 교도소에 수감되어 있다는 조사 결과를 발표하였다(참고: 아르메니아 31명, 에리트레아 15명, 투르크메니스탄 8명).[26] 또한 2017. 5. 1. 배포한 분석 보고서에서는 양심적 병역거부권의 보편성을 재차 확인하고 유엔인권이사회가 "양심적 병역거부 신청을 승인하지 않는 당사국에게 독립적이고 공평한 의사결정기관을 마련하여 각 신청자의 양심적 병역거부 의사가 진지한 것인지 판단하도록 요청"하였음을 확인하였고, 아울러 자유권규약위원회의 대한민국 제4차 국가보고서에 대한 최종견해에서 밝힌 우려 및 권고사항을 재확인하였다.[27]

유엔 회원국 193개국 중 징병제를 시행 중이거나 시행했었던 105개국 중 57개국은 헌법이나 법률로 양심에 따른 병역거부를 인정하고 있고(모병제로 전환한 28개국은 징병제를 시행 당시 양심적 병역거부를 인정함), 12개국은 병역거부권에 대한 명문 규정을 둔 국제조약을 비준했거나 병역거부권을 사법적 · 관행적으로 인정하고 있다.[28] 독일, 스위스, 덴마크, 스웨덴, 핀란드, 오스트리아, 아르헨티나, 브라질은 징병제 하에서 현역 또는 예비군 복무 중 병역거부를 인정한 바 있다.[29]

반면에 징병제를 시행하고 있는 국가 중에서 대한민국을 포함하여 36개국이 양

26) HRC, *Analytical report on conscientious objection to military service : Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 3 June 2013, A/HRC/23/22 (http://www.refworld.org/docid/51b5c73c4.html, 최종접속일 2018. 7. 21.).

27) HRC, *Conscientious objection to military service*, 1 May 2017, A/HRC/35/4 (http://www.refworld.org/docid/593a68534.html, 최종접속일 2018. 7. 21.).

28) 국제앰네스티, "감옥이 되어버린 삶: 한국의 양심에 따른 병역거부자"(2015), 26-27면.

29) 국제앰네스티 한국지부 · 민주사회를 위한 변호사 모임 · 전쟁없는세상 · 참여연대, "합리적 대체복무제 도입을 위한 시민사회 제안"(2017. 7. 7.), 3면.

심적 병역거부를 인정하지 않는다(중국은 현재 징병을 단계적으로 중단하고 있음).[30] 이 국가들 중에서도 대한민국은 2000년 이후 가장 많은 수의 양심적 병역거부자가 형사처벌된 국가이다. 2014년 9월 현재 2000년 이후 국가별 양심적 병역거부자 수감자 수를 보면, 알제리 1명, 이집트 1명, 터키 13명, 에리트레아 16명, 투르크메니스탄 37명, 싱가포르 52명인 데 반해 대한민국은 약 10,000명이었다.[31]

나. 국제인권기구의 견해

1) 양심적 병역거부권의 국제법적 근거

구 유엔인권위원회(현 유엔인권이사회)와 유엔자유권규약위원회 등은 '세계인권선언'(Universal Declaration of Human Rights, 1948) 제18조[32]와 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'(International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)[33] 제18조[34]의 해석을 통해 양심적 병역거부의 보장을 지속적으로 확인해왔

---

30) 국제앰네스티, 위의 자료(주 28), 26-27면.

31) 국제앰네스티, 위의 자료(주 1). 국제앰네스티 조사에 따르면, 2016년 4월 말 기준, "대한민국에는 최소 540명이 양심적 병역거부를 이유로 수감되어 있고, 1950년 이후 지금까지 병역거부로 수감된 사람의 수는 최소 18,700명에 달하며, 이들이 감옥에서 보낸 시간을 모두 더하면 35,800년이 넘는" 실정이다.

32) 세계인권선언 제18조
모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이 권리는 자신의 종교 또는 신념을 바꿀 자유와 교리, 전례, 예배, 의식에 있어서 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적으로 또는 사적으로 자신의 종교나 신념을 표현할 수 있는 자유를 포함한다.

33) 1966년 12월 16일 채택, 1976년 3월 23일 발효, 당사국 수 141개국(1998. 8. 26 현재). 1990년 4월 10일 한국 가입. 대한민국은 1990년 자유권규약에 가입한 이후 1993년의 결의를 시작으로 결의에 참여해오면서 집요한 반대자(the persistent objector)의 입장을 취한 바 없음.

34) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조
(1) 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표현할 자유를 포함한다.
(2) 어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다.
(3) 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는, 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.
(4) 이 규약의 당사국은 부모 또는 경우에 따라 법정 후견인이 그들의 신념에 따라 자녀의 종교적, 도덕적 교육을 확보할 자유를 존중할 것을 약속한다.

다.[35] 한편 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)는 2011. 7. 7. 선고한 *Bayatyan v. Armenia* 사건[36] 판결에서 '유럽인권협약' (European Convention on Human Rights) 제9조[37]의 해석을 통해 양심적 병역거부가 보장됨을 확인하였다.

'유럽연합 기본권 헌장'(Charter of Fundamental Rights of the European Union) 제10조 제2항은 '명문화된' 양심적 병역거부권의 근거 규정이다. 동조 동항은 "양심적 병역거부권은 인정되며, 그 권리의 행사는 각국의 국내법에 따른다."라고 함으로써 양심적 병역거부권을 명시적으로 규정하고 있다. 2007. 10. 리스본에서 열린 유럽연합 정상회담에서 27개 회원국 정상들에 의해 합의되고 각 회원국의 비준 절차를 거쳐 2009. 12. 1. 발효된 '리스본 조약'(Treaty of Lisbon)으로 유럽연합 기본권 헌장은 유럽연합 회원국에 법적 구속력을 가지게 되었다.

2) 유엔자유권규약위원회

유엔자유권위원회(UN Human Rights Committee)는 일반논평, 개인청원에 대한 결정, 국가보고서의 심사와 이들 보고서에 대한 결정에서 "종교나 신념을 표현하는 형태로써 양심적 병역거부에 대한 선언이 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)'(이하, '자유권규약'이라 함) 제18조에 의해 정당화 된다"는 입장을 지속적으로 취하고 있다.[38]

---

35) 장복희, "양심적 병역거부에 관한 국제인권법", 양심적 병역거부와 대체복무제, 한인섭 · 이재승 편(경인문화사, 2013), 354-357면. "법적 구속력 있는 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, 특별보고관의 보고서 및 자의적 구금에 관한 작업그룹의 결정과 같은 관행과 규범을 그 근거로 들 수 있다."(같은 책, 355면).

36) ECtHR, *Bayatyan v. Armenia*, Application No. 23459/03, Judgement of 7 July 2011 (http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105611, 최종접속일 2018. 7. 21.).

37) 유럽인권협약 제9조

(1) 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이 권리는 자신의 종교 또는 신념을 바꿀 자유와 교리, 전례, 예배, 의식에 있어서 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적으로 또는 사적으로 자신의 종교나 신념을 표현할 수 있는 자유를 포함한다.

(2) 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 또는 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한 받을 수 있다.

자유권규약위원회는 이미 1993년 자유권규약 제18조에 관한 일반논평 제22호[39]에서 다음과 같이 양심적 병역거부가 자유권규약 범위 내에 있는 것으로 판단하고 양심적 병역거부자를 처벌해서는 안 된다는 견해를 밝힌 바 있다.

> 11. … 규약은 양심적 병역거부권을 명시적으로 언급하고 있지 않다. 그러나 본 위원회는 살상무기를 사용해야 하는 의무가 양심의 자유, 종교와 신념을 표명할 권리와 심히 충돌할 수 있으므로, 양심적 병역거부권이 제18조에서 도출될 수 있다고 믿는다. … 양심적 병역거부자들을 그들이 가진 특정 신념의 본성을 이유로 구별해서는 안 되며, 또한 마찬가지로 양심적 병역거부자가 병역을 이행하지 못했다는 이유로 그들을 차별해서는 안 된다.

이후 자유권규약위원회는 2007년 자유권규약 제14조에 관한 일반논평 제32호[40]에서 다음과 같이 양심적 병역거부자에 대한 '반복적인 처벌'이 자유권규약 제14조 제7항에 위배된다고 지적하였다. 이와 같은 지적은 예비군소집에 불응하는 횟수만큼 양심적 예비군훈련거부자를 반복적으로 처벌하는 우리나라의 사법 관행에 시사점이 크다.

> 시민적・정치적 권리에 관한 국제규약 제14조 제7항은 … 일사부재리(*ne bis in idem*) 원칙을 체화한 것이다. … 군복무에 대한 거듭된 소집명령(renewed order)에 응하지 않았다는 이유로 양심적 병역거부자를 반복적으로 처벌하는 것(repeated punishment)은 후속적인 거부(subsequent refusal)가 양심에 근거한 동일한 항구적인 결정(the same constant resolve)에 의한 것이라면 동일한 행위에 대한 처벌에 해당한다.

자유권규약위원회는 2007년 대한민국의 양심적 병역거부자들의 개인청원에 대한

---

38) 장복희, 위의 논문(주 35), 355-356면.

39) HRC, *CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, 30 July 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, http://www.refworld.org/docid/453883fb22.html, 최종접속일 2018. 7. 21.)

40) HRC, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32, http://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html, 최종접속일 2018. 7. 21.)

최초의 결정 이후 같은 견해를 유지해오고 있다. 2007년 윤여범 · 최명진에 대한 결정[41]에서 자유권규약위원회는 대한민국이 자유권규약 제18조에 보장된 이들의 권리를 침해하였음을 최초로 확인한 후 일관된 결정을 내리고 있다. 2011년 정민규 등 100인에 대한 결정[42]에서 자유권규약위원회는 규약 제18조 제3항에 규정된 '제한의 필요성'(과잉금지의 원칙) 검토 없이 곧바로 대한민국의 규약 위반을 선언함으로써 양심적 병역거부의 권리성을 보다 명확하게 확인하였다.[43] 2014년 김영관 등 50인에 대한 결정[44]에서 자유권규약위원회는 양심적 병역거부에 대한 징역형 선고는 양심의 자유를 침해하는 것(자유권규약 제18조 제1항 위반)일 뿐만 아니라, 종교 및 양심의 자유의 합법적 행사에 대한 처벌로 자의적 구금에 해당(자유권규약 제9조 제1항 위반)한다고 판단함으로써 양심적 병역거부권을 더욱 두텁게 보장하였다. 이와 같은 개인청원에 대한 자유권규약위원회의 결정은 양심적 병역거부권 인정 및 양심적 병역거부자 처벌 금지에 관한 국제적 기준으로 자리매김하였다. 유럽인권재판소는 2011년 판례 변경을 하면서 대한민국 양심적 병역거부자들에 대한 자유권규약위원회의 견해를 주요한 근거로 삼았다.

개인청원 신청 및 결정에 관한 자유권규약위원회의 통계[45]에 따르면, 2016. 3. 현재 대한민국은 누적 신청건수 131건으로 117개국 중 6위를 차지했고 종국 결정된 청원 124건 중 규약 위반 및 인권 침해로 판단된 인용 건수는 122건으로 1위를 차지했다.[46] 개인청원자 중 대한민국의 양심적 병역거부자가 551명으로 양심적 병

41) *Yeo-Bum Yoon and Myung-Jin Choi v. Republic of Korea*, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, UN Human Rights Committee (HRC), 23 January 2007.

42) *Min-Kyu Jeong et al. v. The Republic of Korea*, CCPR/C/101/D/1642-1741/2007, UN Human Rights Committee (HRC), 27 April 2011.

43) (7.3) 양심적 병역거부권은 사상의 자유, 양심의 자유, 종교의 자유로부터 도출된다. 누구든지 자신의 양심 또는 신앙과 조화되지 않는 경우 군복무의 면제를 요청할 권리가 있다. 그러한 권리는 강제에 의하여 침해되어서는 안 된다.

44) *Young-kwan Kim et al. v. the Republic of Korea*, CCPR/C/112/D/2179/2012, UN Human Rights Committee (HRC), 15 October 2014.

45) OHCHR, *Statistical survey of individual complaints dealt with by the Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights* (2016) (https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/StatisticalSurvey.xls, 최종접속일 2018. 7. 15.).

46) 2016. 3. 현재 신청건수가 많은 국가는 캐나다(218건), 벨라루스(205건), 자메이카(177건), 덴마크

역거부에 대한 인용 결정이 차지하는 비중이 절대적이라고 할 수 있다.[47] 대한민국 국민의 개인청원에 대한 인용률은 종국 결정 중 98.4%로 전체 평균 인용률 84.4%를 크게 웃도는 수준이다.

자유권규약위원회는 2015. 11. 3. 개최한 제3226차 회의(CCPR/C/SR.3226)에서 대한민국 제4차 국가보고서에 대한 최종견해(CCPR/C/KOR/CO4)를 채택하면서, 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌 및 그 신상정보 온라인 공개에 우려를 표하고, 병역을 면제받을 권리를 행사한 이유로 징역형을 선고받은 병역거부자 전부를 즉시 석방할 것과 이들의 전과기록을 말소하고 적절한 배상을 제공할 것, 양심적 병역거부권을 인정하고 민간 성격의 대체복무를 도입할 것을 권고하였다.[48]

3) 유엔인권이사회

구 유엔인권위원회(UN Human Rights Council, 현 유엔인권이사회)는 1993/결의 제84호[49]에서 병역거부권을 인정하지 않는 국가에 대해 특정 사안에서 양심적 병역거부의 유효성을 판단하기 위한 '독립적이고 공평한 의사결정기관'을 두도록 요청하였다. 이후 위원회는 1995/결의 제83호[50]에서 세계인권선언 제18조 및 자유권규약 제18조에 규정된, 사상, 양심과 종교의 자유에 대한 권리의 합법적인 행사로서 양심적 병역거부권을 인정하고. 신념적 특성을 이유로 병역거부자들을 차별하거나 처벌하여서는 안 된다고 결의하였다.

구 유엔인권위원회는 '양심적 병역거부의 마그나카르타'라고 불리는 1998. 4. 22.

(168건), 호주(151건) 순이었음. 반면에 2016. 3. 현재 인용건수가 많은 국가는 대한민국(122건), 자메이카(100건), 벨라루스(96건), 우루과이(49건), 호주(39건) 순이었음. 참고로, 자메이카는 1998. 1. 23. 자유권규약 제1선택의정서를 탈퇴했음.

47) 2012년에는 김종남 등 388명의 청원을 1건으로 병합 판단하였음에도 인용결정이 122건으로 전체 규약 가입국 중 1위를 차지했다는 점은 주목할 만함.

48) HRC, *Concluding observations on the 4th periodic report of the Republic of Korea*, 3 December 2015, CCPR/C/KOR/CO4 (http://digitallibrary.un.org/record/817983/files/CCPR_C_KOR_CO_4-EN.pdf?version=1, 최종접속일 2018. 7. 20).

49) CHR, *Conscientious objection to military service*, 10 March 1993, E/CN.4/RES/1993/84 (http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-1993-84.doc, 최종접속일 2018. 7. 22.).

50) CHR, *Conscientious objection to military service*, 8 March 1995, E/CN.4/RES/1995/83 (http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-1995-83.doc, 최종접속일 2018. 7. 22.).

‘양심적 병역거부’ 결의 제77호[51]를 통해서 앞선 두 건의 결의보다 국제인권규범상 양심적 병역거부권을 더 포괄적이고 두텁게 보장해야 함을 확인하였다. 이 결의에는 군복무 중인 사람의 병역거부권 인정, 대체복무의 형태, 병역거부자에 대한 구금 및 차별 금지, 의사결정기관의 설치, 병역거부자에 대한 난민 인정 등의 포괄적이고 구체적인 내용이 담겨 있다.

구 유엔인권위원회는 1998/결의 제77호에서 병역의무를 이행하는 사람의 양심적인 병역거부권을 배제해서는 안 된다고 확인하고,[52] 국가는 양심적 거부자를 구금하거나 반복된 형벌을 받지 않는 조치를 취할 것을 권고하였다. 이는 양심적 예비군 훈련거부자를 반복적으로 처벌하고 있는 우리나라 사법 관행에 시사하는 바가 크다.

> 회원국은 양심적 병역거부자에게 병역을 이행하지 않는다는 이유로 징역형(imprisonment)을 부과 하거나 반복적인 처벌(repeated punishment)을 중단하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다는 점을 강조하고, 어느 누구도 국가의 법과 형사절차에 따라 이미 최종적으로 유무죄 판결을 받았던 위반사유로 거듭 책임을 지거나 처벌되어서는 안 된다는 점을 상기시킨다.[53]

1998/결의 제77호에서 구 유엔인권위원회는 양심적인 병역거부권을 보장하는 제도가 없는 국가에 대하여 병역거부자의 신념에 대한 차별을 금지하고 양심적 병역거부가 특정한 사안에서 타당한지를 결정할 임무를 맡을 독립적이고 공정한 정책결

---

51) CHR, *Conscientious objection to military service*, 22 April 1998, E/CN.4/RES/1998/77 (http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-1998-77.doc, 최종접속일 2018. 7. 22.).

52) 같은 취지로 유럽평의회(Parliamentary Assembly of the Council of Europe, PACE)도 2001년에 채택한 결의 1518호에서, “징병 혹은 병역의 이행 이전이나 이후 어느 때이든 양심적 병역거부자로서 등록할 권리”와 “직업군인에게도 양심적 병역거부자 지위를 신청할 수 있는 권리”를 인정할 것을 촉구하였다[PACE, Exercise of the right of conscientious objection to military service in Council of Europe member states, Recommendation 1518 (2001) (http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=16909&lang=en, 최종접속일 2018. 7. 19.)].

53) [원문] 5. Emphasizes that States should take the necessary measures to refrain from subjecting conscientious objectors to imprisonment and to repeated punishment for failure to perform military service, and recalls that no one shall be liable or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country;

정기관을 마련하여 양심적 병역거부자의 재판받을 권리를 보장하도록 권고하였다. 또한 위원회는 이 권리를 보장하지 않는 병역의무제도가 있는 국가에 대하여 양심적 병역거부자를 위하여 양심적 거부의 이유에 부합하는 다양한 형태의 대체복무를 도입하되 대체복무는 공익적이고 형벌적 성격이 아닌 비전투적(non-combatant) 혹은 민간적(civilian) 성격이어야 한다고 결의하였다. 더 나아가 위원회는 회원국들이 양심적 병역거부로 인한 박해를 피해 자국을 떠난 사람들을 난민으로서 보호해야 한다고 결의하였다. 이후 2000/결의 제34호[54]에서 위원회는 회원국에 대하여 1998/결의 제77호에 비추어 양심적 병역거부와 관련한 현재 법과 관행을 재검토할 것을 요청하였다.[55]

그리고 구 유엔인권위원회가 유엔인권이사회로 개편된 후에도 이사회는 위원회의 결의를 계승하였다. 유엔인권이사회는 2008. 5. 29. 작업그룹 보고서에서 "자유권규약위원회의 권고와 일치하게 법률에 양심적 병역거부권을 명시하고 병역거부를 처벌하는 것을 중지하며, 공직 및 공공부문 고용에서의 차별을 안전히 제거할 것"을 촉구하였다.[56] 또한 이사회는 2013/결의 제24호[57]에서도 양심적 병역거부권 인정・양심적 병역거부에 대한 처벌 중단・관련 수감자 석방을 촉구하였다.

4) 유럽인권재판소

앞서 살펴본 바와 같이, 유럽인권재판소는 2011. 7. 7. 선고한 *Bayatyan v. Armenia* 사건 판결[58]에서 대재판부 판례 변경을 통해 유럽인권협약 제9조를 근거

54) CHR, *Conscientious objection to military service*, 20 April 2000, E/CN.4/RES/2000/34 (http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2000-34.doc, 최종접속일 2018. 7. 22.).

55) UN 인권고등판무관에 대하여 사상, 양심과 종교의 자유에 대한 권리의 합법적인 행사로서 양심적인 병역거부권의 인정과, 1998년 결의 제77호에 기초한 대체복무 형태에 관한 규정과 관련한 가장 바람직한 관행의 수집과 분석을 준비할 것과, 이러한 정보를 정부 전문기관과 관련 정부간기구와 NGO로부터 구할 것과, '양심적 병역거부'로 명명된 소주제의 2002년 제58차 인권위원회 회기에 이 정보를 포함한 보고서를 제출할 것을 요청.

56) HRC, *Report of the Working Group on the Universal Periodic ReviewRepublic of Korea*, 29 May 2008, A/HRC/8/40; A/HRC/WG.6/2/L.6 (http://www.refworld.org/docid/485b96303.html, 최종접속일 2018. 7. 21.).

57) HRC, *Conscientious objection to military service,* 29 September 2013, A/HRC/RES/24/17 (http://www.undocs.org/A/HRC/RES/24/17, 최종접속일 2018. 7. 21.).

로 양심적 병역거부권을 인정하였고, 양심적 병역거부자를 형사처벌한 아르메니아에 대해 배상 명령을 내렸다. 또한 재판소는 자유권규약위원회의 해석 변경 및 대한민국 양심적 병역거부 관련 개인청원에 대한 위원회의 결정을 근거로, '대체복무를 강제노역으로 보지 않는 협약의 강제노역금지 조항을 고려해 보면 양심적 병역거부가 협약의 양심의 자유 조항으로부터 당연한 권리로서 도출되지는 않는다'는 취지의 기존 해석을 변경하였다.

Bayatyan v. Armenia 사건 판결 이후 유럽인권재판소는 2011. 11. 22. 선고한 *Erçep v. Turkey* 사건[59] 판결, 2012. 1. 10. 선고한 *Tsaturyan v. Armenia* 사건[60] 판결 및 *Bukharatyan v. Armenia* 사건[61] 판결 그리고 2012. 1. 17. 선고한 *Feti Demirtaş v. Turkey* 사건[62] 판결에서도 양심적 병역거부자를 형사처벌한 터키와 아르메니아에 대해 해당 처벌의 위법성을 확인하고 각국에 배상 명령을 내렸다. 특히, 재판소는 *Feti Demirtaş v. Turkey* 사건 판결에서 터키 정부가 양심적 병역거부자를 '반복해서 기소하고 처벌한 것'은 양심적 병역거부자를 "비인도적이고 굴욕적인" (inhuman and degrading) 방식으로 취급하는 것이기에 이는 고문, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급이나 형벌을 금지하는 유럽인권협약 제3조 위반이라고 판단하였다.

3. 소결

지금까지 살펴본 바를 종합하면, 2004년 전원합의체 판결 이후 양심적 병역거부 관련 국내외 환경은 다음과 같이 뚜렷하게 변화하였다.

국내적으로 2004년 이후 양심적 병역거부에 관한 사회적 공론화가 본격화되면서

58) HRC, *Bayatyan v. Armenia* (주 36).

59) ECtHR, *Erçep v. Turkey*, Application No. 43965/04, Judgement of 22 November 2011 (http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107533, 최종접속일 2018. 7. 22.).

60) ECtHR, *Tsaturyan v. Armenia*, Application No. 37821/03, Judgement of 10 January 2012 (http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108504, 최종접속일 2018. 7. 22.).

61) ECtHR, *Bukharatyan v. Armenia*, Application No. 37819/03, Judgement of 10 January 2012 (http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108502, 최종접속일 2018. 7. 22.).

62) ECtHR, *Feti Demirtaş v. Turkey*, Application No. 5260/07, Judgement of 17 January 2012 (http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108652, 최종접속일 2018. 7. 22.).

양심적 병역거부권을 인정하고 대체복무제를 도입할 수 있는 사회적 여건이 마련되었다고 볼 수 있다. 국회와 법무부 그리고 국가인권위원회는 양심적 병역거부권 인정 및 대체복무제도 도입에 긍정적인 입장을 취하여 왔고, 최근 법원에서는 양심적 병역거부 사건에 대한 무죄 판결과 위헌법률심판제청이 지속적으로 늘어남으로써 전향적인 입장 변화가 있었다. 아울러 시민들은 양심적 병역거부권 인정 및 대체복무제도 도입에 긍정적인 인식을 가지게 되었다. 다만, 양심적 입영거부에 비해 양심적 예비군훈련거부에 대한 사회적 논의는 덜 이루어졌다. 그러나 양자가 본질적으로 다르지 않은 양심적 병역거부라는 점에서 양심적 입영거부를 중심으로 이루어진 사회적 공론화는 양심적 예비군훈련거부에도 무리 없이 적용될 수 있다.

국제적으로 주요 국제인권기구들은 국제인권규범으로부터 양심적 병역거부권을 도출하고 양심적 병역거부자에 대한 처벌이 국제인권규범 위반이라는 견해를 지속적으로 밝히고 있다. 주요 국제인권기구들은 양심적 병역거부자를 처벌하는 대한민국에 대해 지속적인 우려를 표명하였고 제도의 개선을 촉구하고 있다. 2014년 김영관 등 50인에 대한 결정에서 자유권규약위원회는 양심적 병역거부에 대한 징역형 선고는 양심의 자유를 침해하는 것(자유권규약 제18조 제1항 위반)일 뿐만 아니라, 종교 및 양심의 자유의 합법적 행사에 대한 처벌로서 자의적 구금에 해당(자유권규약 제9조 제1항 위반)한다고 판단하였다. 특히, 양심적 예비군훈련거부와 관련해서 자유권규약위원회는 자유권규약 제14조에 관한 일반논평 제32호를 통해 양심적 병역거부자에 대한 반복적인 처벌은 자유권규약 제14조 제7항(일사부재리 원칙)에 위배된다고 지적한 점을 주목할 만하다.

국내외 논의 동향은 양심적 병역거부를 인정하는 방향으로 나아간다는 점에서 공통되지만 양심적 병역거부를 허용하는 논리에 있어서는 다소 차이를 보인다. 국내적 논의는 대체복무제를 도입하지 않은 상황에서 양심적 병역거부를 병역기피와 구별 없이 일률적으로 처벌하는 현행 병역법 처벌조항이 양심적 병역거부자의 양심실현의 자유를 지나치게 침해하므로 과잉금지 원칙에 위배된다는 데 집중되어 있다. 이와 같은 논의 전개는 2004년 전원합의체 판결에서 양심적 병역거부 사건에 이익형량이 필요하다는 인식의 전환과 맥락을 같이 하는 것으로 보인다(이익형량의 문제에 관해서는 절을 바꿔 후술하기로 한다). 이에 침해의 최소성과 법익의 균형성에

관한 논의가 활발해지면서 대체복무제도를 도입하더라도 국방력 저하나 사회통합 저해와 같은 심각한 부작용이 발생하지 않을 것이라는 경험적・사회과학적 논거들이 축적되었다. 반면에 국제적 논의 맥락에서는 자유권규약위원회가 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌이 과잉금지 원칙에 위배된다는 종래의 견해에서 한 걸음 더 나아가 자유권규약의 양심과 종교의 자유로부터 양심적 병역거부'권'을 도출하고 양심적 병역거부는 이와 같은 권리의 정당한 행사이며 이에 대한 형사처벌은 곧바로 자유권규약 위반이라는 법리를 제시함으로써 양심적 병역거부의 권리성을 보다 명확하게 확인하였다.

Ⅲ. 양심적 병역거부 사건 주요 판결 검토

1. 양심적 병역거부에 관한 학술적 논의 동향

2004년 전원합의체 판결을 계기로 관련 학술적 논의가 매우 활발해졌고, 양심적 병역거부를 허용하고 대체복무제도를 도입해야 한다는 견해가 확고한 통설로 자리잡았다. 양심적 병역거부 및 대체복무제도와 관련된 국내 학술적 논의 동향을 살펴보기 위해 한국연구재단 등재 및 등재후보 학술지에 게재된 양심적 병역거부 및 대체복무제도 관련 논문을 조사한 결과, 해당 주제를 직접적으로 다루고 있는 논문 총 60편 중 7편이 2004년 전원합의체 판결 이전에 발표되었고 나머지 53편이 해당 판결 이후에 발표되었다.[63] 2004년 전원합의체 판결 이후 발표된 53편의 논문의 내용을 분석한 결과, 양심적 병역거부자에 대한 처벌이 정당하다는 논지의 논문은 4편(7.5%)이었고,[64] 양심적 병역거부를 둘러싼 논쟁의 양상을 사회적・정책적・사

63) 한국학술지인용색인 정보(https://www.kci.go.kr)에서 '양심적 병역거부'를 키워드로 검색된 108편의 논문 중 다른 주제를 다루는 과정에서 예시로 양심적 병역거부가 거론된 경우를 제외하였다.

64) 류지영, "양심의 자유로서의 병역거부의 불법성 - 헌법과 형법목적의 관점으로 -", 法學論文集 40(2)(2016): 247-277면; 신규하, "헌법상 양심적 병역거부권 논의",법학연구 24(3)(2016): 117-134면; 음선필, "종교적 신념을 이유로 한 병역거부와 대체복무", 신앙과 학문 23(2)(2018): 149-183면; 장영수, "양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항 등의 합헌성 여부에 대한 검토", 헌법학연구 21(3)(2015): 161-195면.

법적・국제법적 측면에서 분석하거나 이와 관련된 해외 사례를 종합・분석하여 기초 자료를 제공하는 중립적 입장의 논문은 11편(20.1%)이었고,[65] 나머지 39편(73.6%)이 양심적 병역거부자에 대한 처벌의 부당성을 논증하거나 대체복무제도의 도입 필요성을 강조하는 등의 취지였다.[66] 다만, 양심적 예비군훈련거부 문제를 직

65) 김도균, "법적 이익형량의 구조와 정당화문제", 서울대학교 법학 48(2)(2007): 31-115면; 김예영, "하급법원과 대법원, 헌법재판소의 관계에서 본 양심적 병역거부 문제", 사법 1(38)(2016): 215-262면; 문수현, "전후 서독의 양심적 병역거부에 대한 논의", 역사와 문화 17(2009): 106-133면; 미우라 히로키, "정치적 갈등상황에서 공적 이성의 형성과 한계 : 양심적 병역거부 문제의 사례를 중심으로", 한국정치학회보 43(4)(2009): 73-98면; 신운환, "'양심적 병역거부'라는 용어의 적절성 여부 검토와 대체 용어의 모색에 관한 소고 -행정법학의 차원에서, 국방인력의 확보에 미칠 영향을 고려하여-", 행정법연구 46(2016): 389-415면; 이재승, "병역거부에 대한 반응양상", 법과 사회 32(2007): 263-284면; 이정환, "양심의 자유의 과잉금지원칙 적용여부", 중앙법학 18(1)(2016): 139-172면; 이항우, "경합적 다원주의와 온라인 사회, 정치토론: '양심적 병역거부' 찬반담론의 분석", 경제와 사회 68(2005): 189-121면; 전영평・박원수・김선희, "소수자로서 '양심적 병역거부자'와 옹호집단간 정책갈등 분석", 한국행정논집 20(4)(2008): 1209-1229면; 정경수, "국내법원의 국제인권법규 해석 -병역법 위반 사건을 중심으로 -", 홍익법학 16(1)(2015): 803-833면; 정대현, 권정은, "이산선택모형을 이용한 양심적 대체복무 선택율 추정", *Journal of The Korean Data Analysis Society* 10(6)(2008): 3199-3210면.

66) Franciska Anqonett Coleman, "Minority Rights －Using Representation Reinforcement to Protect the Civil Liberties of Conscientious Objectors in Korea－", 법학논총 29(4)(2012): 625-648면; 강승식, "양심의 자유의 제한과 그 한계", 원광법학 29(3)(2013): 69-93면; 강현철, "헌법상 양심의 자유에 기초한 병역거부자에 대한 입법론적 고찰", 아주법학 4(1)(2010): 29-60면; 김두식, "양심에 따른 병역거부 70년의 회고와 전망", 인권과 정의 367(2007): 43-58면; 김명재, "양심의 자유와 병역의무 – 2004. 8. 26. 2002헌가1 결정에 대한 평석", 공법학연구 8(3)(2007): 215-240면; 나달숙, "양심적 병역거부 해결방향", 법학연구24(2006): 1-36면; 나달숙, "양심적 병역거부와 대체복무헌재 2004.8.26면; 2002헌가1 결정을 중심으로", 인권과 정의 359(2006): 133-174면; 나달숙, "양심적 병역거부의 국제적 논의와 현황", 토지공법연구 41(2008): 453-479면; 나태종, "한국군에 있어서 병역의무 이행에 관한 철학적 논의와 병역정책의 발전", 한국동북아논총 16(4)(2011): 149-170면; 류기환, "양심적 병역거부에 대한 비범죄화 가능성", 법학연구 52(2013): 209-227면; 문재태,"양심적 병역거부에 관한 법적 검토 -대체복무제도의 도입 방안을 중심으 -", 법이론실무연구 5(1)(2017): 177-203면; 박찬걸, "양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부", 한양법학 23(2)(2012): 61-98면; 박찬운, "양심적 병역거부국제인권 -법적 현황과 한국의 선택-", 저스티스 141(2014): 5-30면; 박철, 정정균, 김진환, "병역법 제88조 제1항 위반에 따른 형사처벌 타당성에 관한 연구", 융합보안 논문집 17(4)(2017): 39-46면; 서창록, 유영수, "민주주의 국가의 인권 정치 : 한국과 스페인의 양심적 병역거부권 인정 문제를 중심으로", 국제정치논총 57(3)(2017): 355-388면; 신상준, 이상경, "'양심의 자유'에 관한 헌법재판소 결정의 비판론적 검토", 서울법학 24(4)(2017): 163-200면; 오승철, "부작위에 의한 양심실현의 자유 ― 양심적 부작위는 거의 절대적으로 보호되어야 한다 ―", 헌법학연구 15(2)(2009): 301-333면; 윤영미, "양심의 자유의 내용과 제한", 인권과 정의 345(2005): 53-66면; 윤영철, "병역법 제88조 제1항과 양심적 병역거부", 비교형사법연구 6(2-1)(2004): 389-416면; 윤영철, "양심적 병역거부에 대한

접적으로 다루고 있는 연구는 찾아보기 어려운 실정이다.

그렇다면 양심적 병역거부의 허용 여부를 논의하는 데 있어서 어떤 틀로 접근하는 것이 유용할까? 이 물음의 답을 찾기 위해서는 우선 양심적 병역거부의 성격을 규정할 필요가 있다. 일찍이 존 롤즈(John Rawls)는 『정의론』(A Theory of Justice, 1971)에서 양심적 병역거부의 성격을 '양심적 거부'(conscientious refusal)로 규정하고 시민 불복종과 대비시켜 논의한 바 있다.[67] 롤즈에 따르면, 양심적 거부와 시민 불복종은 실제적 상황에서 분명하게 구분되지 않지만, 양심적 거부는 다수의 정의감에 호소하는 청원의 형식이 아니고 반드시 정치적 원리에 근거하지 않을 수도 있다는 점에서 시민 불복종과 차이를 보인다. 또한 롤즈는 양심적 거부를 은밀하게 행해지는 '양심적 기피'(conscientious evasion)와도 구분한다. 이와 같은 성격 규정은 현재 한국 사회에서 소수자인 양심적 병역거부자들은 종교적 신념 또는 평화주의적 신념에 근거하여 입영통지 또는 예비군훈련통지에 불응하고 공식적으로 재판을 받고 있는 현실에 잘 부합한다.[68]

형사처벌의 형법적 문제점", 형사정책 16(2)(2004): 93-120면; 이상명, "양심적 병역거부와 양심의 자유", 고려법학 49(2007): 911-933면; 이수진 ,문채규, "종교적 행위의 형사법적 허용범위", 비교형사법연구 19(4)(2018): 109-135면; 이재승, "군인의 전쟁거부권", 민주법학43(2010): 185-224면; 이재승, "자료: 양심적 병역거부를 처벌하는 병역법의 위헌심판사건 참고인 의견서", 민주법학 45(2011): 297-332면; 임재성, "군사주의에 갇힌 헌법재판소: '국가안보' 관련 헌법재판소 결정문에 대한 비판적 담론 분석", 민주법학 51(2013): 13-49면; 임재성, "징병제 형성과정을 통해서 본 양심적 병역거부의 역사", 사회와역사(구 한국사회사학회논문집) 88(2010): 387-422면; 임재성, "평화운동으로서의 한국 양심적 병역거부운동 연구", 민주주의와 인권 10(3)(2010): 305-352면; 장복희, "양심적 병역거부에 관한 국제사례와 양심의 자유", 헌법학연구 12(5)(2006): 329-357면; 장복희, "양심적 병역거부자의 인권 보호", 공법연구 35(2)(2006): 237-265면; 정연주, "양심적 병역거부", 헌법학연구 18(3)(2012): 405-434면; 정연주, "헌재의 양심적 병역거부 결정에 대한 비판적 검토", 헌법재판연구 5(1)(2018): 3-34면; 정인섭, "「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」과 군장병 인권", 서울대학교 법학 48(4)(2007): 35-62면; 채형복, "양심적 병역거부: 권리인가, 도피인가유럽의 사례를 중심으로 -", 법학논고 40(2012): 1-34면; 하민경, "사회적 약자의 인권에 관한 대법원 판결과 사회 변화: 양심적 병역거부자와 성전환자의 인권을 중심으로", 법과사회 57(2018): 127-152면; 하승우, "시민불복종에 관한 정치철학적 고찰 : 법치주의와 시민권리를 중심으로", 기억과 전망 21(2009): 6-35면; 한인섭, "양심적 병역거부, 그 처벌의 위헌성", 법과정책 21(3)(2015): 439-474면; 허완중, "양심적 병역거부 불인정의 위헌성을 확인했을 때 적절한 헌법재판소 결정유형", 헌법재판연구5(1)(2018): 35-68면; 황우택, "A Study of Treatment of Minorities in the Military Service System", 법이론실무연구 5(3)(2017): 129-162면.

67) 이하 '양심적 거부'에 관한 설명은, 존 롤즈 저, 정의론, 황경식 역(이학사, 2003), 480-484면(56절) 참조.

롤즈는 특정한 부정의한 전쟁에 반대하는 양심적 병역거부와 전쟁 일반을 반대하는 평화주의적 신념에 따른 양심적 병역거부를 그 정당화 방식에서 구별되는 예로 설명한다.[69] 롤즈에 따르면, 전자는 국민들 사이에 공유되는 정의의 원칙들에 바탕을 두고 국가 권력의 남용을 저지하려는 일반 의지에 의해 정당화되지만, 후자는 이러한 정당화가 어렵다는 점에서 국가의 관용에 의해 수용된다. 후자와 같은 양심적 거부는 오로지 개인적인 신념에 기초한다는 점에서 법공동체의 다른 구성원들의 평등한 자유를 침해하지 않는 한도 내에서 존중되어야 한다. 다시 말해, "일반적으로 대립하는 도덕관들에 부합하는 관용의 정도는 정의로운 자유 체제 내에서 그것들에게 동등한 위치가 허용될 수 있는 한도에 달려 있다."[70]

현재 한국 사회에서 다시금 뜨거운 쟁점이 되고 있는 종교적 신념 또는 평화주의적 신념에 근거한 병역거부는 결국 다수의 도덕관과 다른 소수의 도덕관을 어디까지 존중하고 이를 실현하도록 관용할 것인가의 문제이다. 이는 법적 판단에 있어서 이익형량의 문제로 귀결된다. 대법원과 헌법재판소도 양심적 병역거부 사건에서 이러한 성격 규정을 전제한다고 볼 수 있다. 김도균 교수는 2004년 전원합의체판결과 2004년 헌법재판소결정에 대한 분석을 통해서 사법부가 양심적 병역거부 사건에서 이익형량의 필요성을 인식하면서 이익형량의 정당화 구조를 정교화하는 방향으로 나아가고 있다고 평가한 바 있다.[71] 이에 절을 바꿔 양심적 병역거부 사건 주요 판결에 드러난 이익형량 구조 및 내용을 살펴봄으로써 양심적 병역거부에 대한 법적 판단에 있어서 대립하는 입장들의 논증을 비판적으로 검토해보자.

---

68) 참고로 한태원. "양심적 병역거부에 관한 법철학적 고찰 —Ronald Dworkin의 법철학을 중심으로—". 연세 공공거버넌스와 법 9(2)(2018), 29~58면에서는 롤즈의 관점이 양심적 병역거부를 시민 불복종으로 인정하는 데 적절하지 않다고 지적하고 로널드 드워킨의 권리존중론과 해석적 실천으로서의 법 개념을 통해서 양심적 병역거부를 시민 불복종으로 이해하려는 시도를 하였다. 드워킨의 통합성 관점에서 양심적 병역거부가 대체복무제 도입 여부와 상관없이 허용될 수 있는지 여부는 또 다른 흥미로운 연구 주제로 다른 기회에 다루고자 한다.

69) 이하 '양심적 거부의 정당화' 문제는 존 롤즈, 위의 책(주 67), 491-497면(58절) 참조.

70) 존 롤즈, 위의 책(주 67), 483면.

71) 김도균, 위 논문(주 65), 56-66; 89-98; 101-103면. 그는 법적 이익형량에 규범적 가치판단뿐만 아니라 경험적 예측이 도입되고, 인간・사회・정치・도덕・법 등에 대한 서로 다른 입장들 간의 합의점을 찾을 수 있는 중층적이고 다원적이며 질적인 이익형량이 필요하다는 견해를 피력하였다(같은 논문, 110-114면).

2. 양심적 병역거부 사건 주요 판결의 이익형량 구조 및 내용에 대한 검토

1) 2004년 전원합의체판결 검토

2004년 전원합의체판결에서 대법원은 종래에 쉬운 사안(easy case)으로 여겨지던 양심적 병역거부 사건에서 병역법 제88조 제1항의 적용 이면에 '중층적이고 다원적인 이익형량'의 문제가 전제되어 있음을 명확하게 밝힘으로써 양심적 병역거부 사건은 판결하기 어려운 사안(hard case)으로 전환되었다고 볼 수 있다.[72] 종래의 대법원 판례는 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'의 의미를, "병역법에서 규정한 내용의 추상적 병역의무 자체를 이행할 의사는 가지고 있었으나 병무청장 등의 결정으로 구체화된 병역의무를 귀책사유 없이 불이행할 수밖에 없었던 사유, 예컨대 갑작스러운 질병의 발생 등으로 예정된 기일에 입영할 수 없었던 사유 등"으로 한정하여 해석·적용해 왔다.[73] 이에 따라 종교적 신념 또는 양심에 따른 결정에 의하여 현역 입영을 거부한 행위는 위 '정당한 사유'에 해당될 여지가 전혀 없었다.[74] 그러나 2004년 전원합의체판결에서 대법원은 위 종래의 견해를 원칙으로 확인하면서도 헌법적 관점에서 위 '정당한 사유'에 해당하는 사유를 넓게 해석할 수 있는 예외적 상황을 설시하였다. 그 예외적 상황이란, 병역거부자가 병역의무 이행의 거부 사유로 내세운 권리가 "헌법에 의하여 보장되고, 나아가 그 권리가 위 법률조항의 입법목적을 능가하는 우월한 헌법적 가치를 가지고 있다고 인정될 경우"를 의미한다. 이 경우에까지 병역법 제88조 제1항을 적용하여 처벌하게 되면 "그의 헌법상 권리를 부당하게 침해하는 … 위헌적인 상황"이 발생하므로 이를 배제하기 위해서 예외적으로 그에게 병역의무의 이행을 거부할 정당한 사유가 존재하는 것으로 봐야 한다는 것이 대법원이 제시한 예외적 해석론이다.[75]

---

72) 김도균, 위 논문(주 65), 57면.

73) 대판 1967. 6. 13. 67도677; 대판 1990. 2. 27. 88도2285; 대판 2003. 12. 26. 2003도5365 등 참조.

74) 대판 1969. 7. 22. 69도934 등 참조.

75) 대법원이 제시한 이 해석의 원칙과 예외는 병역법 제88조 제1항의 위법성조각사유로 규정된 '정당한 사유'라는 불확정 개념에 대한 해석을 통해서 허용되는 병역의무 이행 거부 사유의 범위를 확정하기에 이 조항에 대한 반대해석이라는 점에서는 동일하다.

다수의견과 반대의견은 이와 같은 해석론을 공통적으로 수용하고 있지만 각각 별개의 이익형량을 거침으로써 상반되는 결론에 도달하였다.[76] 양심적 병역거부자의 양심 실현의 자유가 헌법상 기본권으로 보호된다는 점을 다수의견이나 반대의견 모두 인정하기에 예외적 해석론의 적용 여부는 이 헌법적 권리가 병역법 제88조 제1항의 입법 목적보다 우월한 헌법적 가치를 가지는지 여부에 따라 결정된다. 아래에서는 양심의 자유와 병역의무의 헌법적 가치에 관한 다수의견과 반대의견의 이익형량 과정을 검토한다.

우선 판결문을 기준으로 다수의견을 재구성하면 다음과 같다. 위 다수의견의 논지는 ① '국방의 의무의 헌법적 가치', ② '양심 실현의 자유의 헌법적 가치', ③ '병역법 제88조 제1항의 합헌성', 그리고 ④ '병역법 제88조 제1항 해석 및 적용'으로 크게 나뉜다. 첫째, 다수의견은 병역의무를 핵심으로 하는 국방의 의무의 목적을 모든 국민의 기본권 보장의 전제가 되는 국가의 존립과 안전의 보장으로 봄으로써 해당 의무에 고도의 헌법적 가치를 부여하였다. 그리고 남북한이 군사적으로 대치하는 안보상황은 국방의 의무 및 병역의무의 헌법적 가치를 더욱 가중시켰다.[77] 다수의견은 이와 같은 목적론적 추론에 따라 병역의무의 불이행이 모든 국민의 기본권 보장을 위태롭게 한다는 결론을 도출했다. 둘째, 다수의견은 상대적 자유인 양심의 자유가 모든 국민의 기본권 보장을 목적으로 하는 국방의 의무의 헌법적 가치보다 우월하지 않기 때문에 국방의 의무 이행 확보를 위한 제한은 헌법상 허용된다고 보았다. 셋째, 다수의견은 대체복무제 도입 여부에 대한 광범위한 입법재량을 전제하고 대체목무를 규정하지 않고 병역거부자를 일률적으로 처벌하는 병역법이 헌법에 위배되지 않는다고 판단하였다. 넷째, 다수의견은 해당 사건에 병역법 제88조 제1항을 적용하더라도 위헌적 상황이 발생하지 않으므로 종래의 원칙적 해석론에 따라 판단하였다.

반대의견을 제시한 이강국 대법관도 다수의견과 마찬가지로 양심 실현의 자유는

76) 김도균, 위의 논문(주 65), 56면, 주 46에서는, 해당 전원합의체판결이 이익형량의 결과에 따라 양심적 병역거부자에 대한 처벌 여부가 갈리게 된다는 점을 보여줌으로써 "이익형량과 법적 삼단논법 사이의 관련성"을 잘 드러낸다고 평가하였다.

77) 참고로 김도균, 위의 논문(주 65), 60면은, 다수의견이 남북대치상황을 고려하여 '구체적인' 목적론적 추론을 한다고 평가하였다. 그러나 설시 내용을 살펴보면 다수의견이 특수한 안보상황을 구체적인 수준에서 고려하였는지 의문스럽다.

헌법 제37조 제2항에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유이고, 해당 사건에서 양심 실현의 자유와 병역의무 간의 이익형량이 필요하다는 데에는 동의한다. 그러나 반대의견은 다수의견이 '구체성과 실질성'을 결여한 이익형량을 통해서 국방의 의무가 양심의 자유보다 더 우월하다고 봄으로써 피고인의 양심의 자유를 일방적으로 희생시키는 부당한 결과를 만들었다고 비판하였다.

> 국가로서는 성급한 법익교량이나 추상적인 가치형량에 의하여 양자택일식으로 어느 하나의 가치만을 쉽게 선택하고 나머지의 가치를 버리거나 희생시켜서는 안 되고, 충돌하는 가치나 법익이 모두 최대한 실현될 수 있는 조화점이나 경계를 찾도록 노력하여야 하며 이러한 조화점이나 경계는 구체적 사건에 있어서 개별적, 비례적으로 모색되어야 하는 것이다. … [그러나 다수의견은] 추상적인 가치형량만을 거쳐 이 사건 법률조항이 추구하는 헌법적 가치가 피고인이 주장하는 양심의 자유의 헌법적 가치보다 더 우월하거나 적어도 동등한 가치를 가진다는 이유로 … 피고인에게 보장된 양심의 자유는 일방적으로 희생되는 결과가 [되었다.]

그리고 반대의견은 다수의견이 병역법상의 형벌조항을 해석함에 있어서 그 효력 근거인 헌법에의 합치 문제를 고려하지 않은 '평면적 해석'에 그쳤다고 비판하였다. 우선 반대의견은 양심의 자유가 "상위규범인 헌법에 의하여 보호되고 실현되어야 하는 헌법상의 기본권"이기 때문에 병역의무보다 한층 더 강하게 보호되어야 하거나 적어도 동등하게 보호되어야 한다고 함으로써 양심의 자유에 고도의 헌법적 가치를 부여하였다. 반대의견은 병역법상의 형벌조항을 해석함에 있어서 병역법이 상위규범인 헌법에 실질적이고 내용적으로 합치할 수 있도록 "헌법의 가치와 방향, 특히 기본권의 국가권력에 대한 기속력을 주목하고", 기본권의 "헌법적 의미와 내용이 최대한 실현되고 관철될 수 있도록" 해야 한다고 강조하였다.

아울러 반대의견은 양심의 자유와 병역의무에 대한 '구체적이고 개별적인' 이익형량을 위해서 ㉠ 양심 형성의 과정과 내용, ㉡ 양심 실현의 구체적 모습, ㉢ 양심상 갈등의 정도, ㉣ 양심의 관철이 병역법 형벌조항의 근본적 입법 목적을 훼손하는지 여부, ㉤ 다른 대체의무의 부과 가능성이 존재하는지, ㉥ 양심적 병역거부자에 대한 형벌의 부과가 형벌의 본래적 의미를 온전하게 충족할 수 있는지 여부를 고려해야

한다고 설시하였다.

여기에서 한 가지 흥미로운 부분은 반대의견도 다수의견과 마찬가지로 대체복무제 도입 여부에 관한 광범위한 입법재량을 인정하면서도 서로 다른 결론에 도달했다는 점이다. 앞서 살펴본 다수의견은 광범위한 입법재량으로부터 병역거부에 대해 대체복무 대신 형사처벌을 채택한 병역법이 헌법에 위반되지 않는다고 봄으로써 양심적 병역거부는 정당한 사유에 해당하지 않는다는 결론을 도출하였다. 그런데 광범위한 입법재량과 양심의 자유 제한 가능성이 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'를 객관적 사유에 한정하여 해석하는 것을 곧바로 정당화하지 못한다. 반대의견은 이와 같은 논리적 비약을 염두에 두고 대체복무제 도입 의무의 존부를 해당 조항의 합헌성 판단과 결부시키지 않고 대체복무제 도입 가능성을 양심의 자유와 병역의무에 대한 이익형량에 있어 고려해야 한다고 보았다. 다시 말해, 반대의견은 대체복무제를 도입할 수 있음에도 불구하고 이를 도입하지 않는 상황은 "국가가 충돌하는 가치나 법익이 모두 최대한 실현될 수 있는 조화점"을 찾는 노력을 게을리 한 것으로 판단함으로써 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 대한 예외적 해석이 가능하다고 본 것이다.

반대의견은 이상의 논지를 통해서 "국가는 국민의 기본권인 양심의 자유를 최대한 보장하여야 하고 그에 대하여 관용을 베풀어야 하며 비례의 원칙에 반하는 형벌권의 행사를 삼가야 할 헌법적 의무를 부담하고 있기 때문"에 국가의 형벌권이 "한 발 양보함으로써" 피고인에게 병역거부의 책임을 물을 수 없다고 보아 병역법 제88조 제1항의 적용을 배제할 '정당한 사유'가 존재한다고 결론 내렸다.

지금까지 살펴본 바와 같이 2004년 전원합의체판결은 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 대한 해석 및 적용에 있어서 양심의 자유와 병역의무에 대한 이익형량이 선결 문제라는 점을 명확하게 보여주었다. 다만, 반대의견의 지적처럼 다수의견의 이익형량은 구체성과 실질성을 결여한 채 추상적인 수준, 즉 충돌하는 법익들의 '추상적 중요도'(abstract weight)[78]만을 고려하는 수준에 머물렀다. 반면에 반대의견은 구체적이고 개별적인 이익형량의 필요성을 적절하게 지적하였고, 병역법 조항의 해석에 있어서 헌법합치적 해석의 실례를 보여주었다는 점에서 의의가 크다.

78) 김도균, 위의 논문(주 65), 76면.

물론 반대의견도 사회적 · 경험적 근거들을 고려하여 구체적인 이익형량을 전개하였다기보다는 헌법에 근거한 규범적 판단에 치중하였다는 한계를 보였다. 앞서 살펴본 양심적 병역거부에 관한 국내적 논의 동향에서도 알 수 있듯이 2004년 전원합의체판결은 양심의 자유와 병역의무에 대한 이익형량에 필요한 사회적 · 경험적 자료의 축적에 결정적인 역할을 하였다는 점에서 그 의의가 크다.

2) 2004 · 2011년 헌법재판소결정 검토

(1) 다수의견 검토

앞서 살펴본 2004년 전원합의체판결 선고 후 불과 한 달여 만인 2004. 8. 26. 선고된 2002헌가1 결정(이하, '2004년 헌법재판소결정'이라 한다)에서 헌법재판소는 병역법 제88조 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다. 이 결정에서 다수의견은 대체복무제 도입에 따른 부정적 예상을 근거로 대체복무제를 도입하지 않은 입법자의 판단이 "현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수 없다"는 결론을 도출하였다. 다수의견은 극소수에 불과한 양심적 병역거부자에 대하여 대체복무라는 병역의무 이행의 예외를 허용하는 경우 양심의 자유와 병역의무의 형평 문제를 동시에 해결할 수 있다는 낙관적 예상이 가능하다는 점을 인정하였다. 그러나 동시에 다수의견은 ① 현역 병력자원이 전체 국방력에서 차지하는 비중이 매우 크다는 점, ② 현역 복무의 힘든 여건과 비교하여 대체복무의 부담의 등가성 확보가 어렵다는 점, ③ 대체복무제 도입 시 병역기피자에 대한 형벌의 예방효과가 무력화될 수 있다는 점, ④ 대체복무제 도입 시 제도를 악용하는 병역기피자가 급증할 수 있다는 점, ⑤ 대체복무제 도입 시 병역의무 이행의 형평성 문제로 인하여 사회 통합이 저해될 수 있다는 점, ⑥ 국민개병제에 바탕을 둔 전체 병역 제도의 근간이 흔들릴 수 있다는 점을 근거로 "현 단계에서 대체복무제를 도입하기는 어렵다고 본 입법자의 판단"을 존중해야 한다고 보았다.[79]

이와 마찬가지로 예비군훈련거부에 대한 현결 2011. 8. 30. 2007헌가12 등(이하, '2011년 헌법재판소결정'이라 한다)에서도 헌법재판소는 구 향토예비군설치법 제15

79) 헌결 2004. 8. 26. 2002헌가1.

조 제8항(현 예비군법 제15조 제9항)이 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다. 이 결정에서 다수의견은 ① 예비군 병력이 전체 국방력의 중요한 구성요소라는 점, ② 양심적 병역거부를 인정함으로써 촉발될 수 있는 이념적 대립이 우리나라의 특수한 안보상황을 더욱 악화시킬 우려가 있다는 점, ③ 대체복무제 도입 시 양심적 예비군거부자들과 양심을 빙자한 예비군 훈련 기피자들이 급증할 가능성이 있다는 점, ④ 인간의 내면에 있는 신념을 객관적 기준을 가지고 판단하기 곤란하다는 점, ⑤ 대체복무제 도입 시 병역의무 이행의 형평성 문제로 인하여 사회 통합이 저해될 수 있다는 점, ⑥ 대체복무제 도입을 수용할 수 있는 사회 환경이 아직 충분히 조성되지 않았다는 점을 근거로 양심적 예비군훈련거부자를 반복적으로 처벌하는 구 향토예비군설치법 제15조 제8항이 양심의 자유를 지나치게 침해하지 아니한다고 판단하였다.[80]

2004년 헌법재판소결정의 의의는 병역법 처벌조항의 위헌 여부 판단의 문제가 병역의무에 대한 예외인 '대체복무제를 허용하더라도 국가안보라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없는지 여부'에 대한 판단 문제, 즉 이익형량의 문제로 귀결된다는 점을 명확히 밝혔다는 데에 있다.[81] 이에 2004년 헌법재판소결정에서는 대체복무제 도입에 따른 결과에 대한 예측이 핵심 쟁점으로 자리 잡았다. 이후 2011년 헌법재판소결정도 예비군 훈련의무와 관련하여 대체복무제 도입 여부에 관한 문제를 이익형량의 문제로 규정하고 동일한 이익형량의 내용과 구조를 통해서 결론을 도출했다. 이 두 결정에서 다수의견은 대체복무제를 도입하는 경우 예상되는 부정적 결과에 대한 입법자의 예측과 양심의 자유와 병역의무의 헌법적 가치에 대한 입법자의 판단을 존중함으로써 대체복무제를 도입하는 대신 병역거부자를 일률적으로 처벌하는 병역법 제88조 제1항 및 예비군법 제15조 제9항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하였다. 다만, 다수의견은 양심적 병역거부자의 양심의 자유와 병역의무 이행의 형평 문제를 동시에 조화롭게 실현시킬 수 있는 대체복무제도 도입을 입법자에게 권고하였다.

---

80) 헌결 2011. 8. 30. 2007헌가12, 2009헌바103.

81) 같은 취지로는 김도균, 위의 논문(주 65), 89면. 2004년 헌법재판소결정 이후 양심적 병역거부에 대한 법원의 판결에서도 대체복무제 도입 가능성과 그 도입에 따른 결과에 대한 예측이 이익형량의 핵심적 쟁점으로 다투어졌다.

그리고 2004년 헌법재판소결정과 2011년 헌법재판소결정은 충돌하는 헌법적 법익에 대한 가치 판단 외에도 대체복무제 도입 시 예상되는 결과에 대한 예측에 있어서 다양한 요소들을 고려함으로써 2004년 전원합의체판결에서 추상적 수준에 그쳤던 이익형량을 '중층적이고 다원적으로'[82] 발전시켰다. 2004년 전원합의체판결에서는 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'의 해석 및 적용 여부가 양심의 자유(양심적 병역거부)와 국방의 의무(국가안전보장)라는 두 가지 충돌하는 헌법적 가치의 형량 결과에 따라 달라졌다. 이후 선고된 2004년 헌법재판소결정과 2011년 헌법재판소결정에서는 국방의 의무 수행으로 달성되는 국가안보라는 공익 외에도 병역의무 이행의 형평성, 사회적 통합, 병역기피 방지 및 국민개병제에 기초한 병역 제도의 유지가 양심의 자유를 제한하는 공익으로 추가되었다.

물론 전체 국방력 차원과 우리나라의 특수한 안보 상황을 고려할 때, 위 다수의견처럼 현역 및 예비군 병력은 중요한 병력자원이라고 할 수 있지만[83] 현재 국방정책은 점점 병력자원의 규모를 줄여가고 있다. 또한 대체복무제 도입을 수용할 수 있는 사회 환경이 충분히 조성되지 않았다는 2011년 헌법재판소결정의 다수의견의 주장은 쉽게 납득되지 않는다. 앞서 살펴본 바와 같이 2004년 이후 한국 사회에서는 양심적 병역거부 허용 및 대체복무제 도입에 대한 사회적 공론화가 본격화되었고, 그 결과 국가인권위원회 및 시민단체뿐만 아니라 국회와 법무부 그리고 국방부도 대체복무제 도입에 적극적인 태도를 취하게 되었다. 아울러 대체복무제를 전제로 한 양심적 병역거부권 인정에 대한 긍정적인 여론도 지속적으로 늘고 있는 상황이다.

또한 평화주의와 같은 주관적인 신념을 객관적으로 판단하기 어렵다는 점을 들어서 양심적 병역거부권 및 대체복무제 도입을 긍정할 수 없다는 2011년 헌법재판소결정의 다수의견의 입장은 양심적 병역거부자 개인의 신념을 포기하도록 강제함으로써 국방의 의무 이행을 위한 제반 제도 설계의 문제를 해결하려는 발상이라는 점에서 정당하다고 할 수 없다. 그리고 이미 많은 국가들이 양심적 병역거부 심사 절

82) '중층적이고 다원적인 이익형량'에 관해서는 김도균, 위의 논문(주 65), 96-97면 참조.

83) 국방부, 2016 국방백서(2017), 50면에 따르면, 예비군은 국가 총력전체제 확립을 위해 예비군법과 군인사법 등에 근거하여 편성하여 관리되고 있으며, 평시 지역안보 및 재난에 대비하면서 전시 현역부대의 작전 수요를 대비하는 중요한 전력이다. 2016년 9월 기준 예비군의 규모는 275만여 명이며, 전국 단위로 여성 예비군과 특전예비군 등 지원예비군 8천여 명이 편성되어 후방지역 작전에 기여하고 있다.

차와 대체복무제를 도입하여 운용하고 있다는 점에서도 이와 같은 다수의견의 논거는 그 타당성이 떨어진다.

(2) 반대의견 검토

2004년 헌법재판소결정과 2011년 헌법재판소결정에서 반대의견은 다수의견과는 다른 별개의 이익형량을 통해서 대체복무제를 도입하지 않고 병역거부자를 일률적으로 처벌하는 병역법 제88조 제1항 및 예비군법 제15조 제9항은 헌법에 위반한다고 판단하였다.

우선 2004년 헌법재판소결정의 반대의견에서 김경일 재판관과 전효숙 재판관은 다수의견이 설시한 "병역의무의 평등한 이행, 병역기피자 증가 등의 문제에 직면하여 입법자가 이론적, 현실적으로 해결해나갈 방법을 찾아내기가 대단히 어려울 것이라는 예측"은 대체복무제에 대한 진지하고도 충분한 검토를 바탕으로 하지 않았다고 지적하였다. 반대의견은 이와 같은 비판의 근거로 ① 여러 국가들이 병역기피자 급증 없이 대체복무제를 성공적으로 운용하고 있다는 점, ② 공익근무요원 및 보충역 제도는 사실상 대체복무제의 한 유형이라는 점, ③ 국제법적 측면에서도 국제인권규범으로부터 양심적 병역거부권을 인정하고 있다는 점을 들고 있다. 이에 반대의견은 입법자가 사회적 소수자인 양심적 병역거부자에게 병역의무의 이행만을 강제할 뿐 충돌하는 헌법적 가치의 "갈등을 해소하여 조화를 도모할 최소한의 노력도 하지 않고 있다"고 판단하였다. 아울러 반대의견은 소수자를 관용하는 법제도와 의식이 "우리 사회를 보다 성숙하고 발전된 방향으로 나아가게 하는 길"이라는 가치판단을 통해서 양심의 자유에 구체적인 중요성을 더욱 무겁게 평가하였다.[84)]

2011년 헌법재판소결정의 반대의견에서 이강국 재판관과 송두환 재판관은 예비군훈련거부의 경우 처벌이 반복되는 과정에서 벌금형을 넘어 징역형까지 선고된다는 점에서 양심적 예비군훈련거부자에 대한 반복된 처벌이 "행위와 책임과의 균형적인 비례관계를 과도하게 일탈한 과잉조치"라고 지적하고 구 향토예비군설치법 제

84) 김도균, 위의 논문(주 65), 98면.

15조 제8항에 대한 한정위헌 의견을 제시하였다.

> 헌법재판소와 대법원 판례는 이 사건 법률조항의 '정당한 사유'에는 종교적 양심상의 결정에 의하여 예비군 훈련을 거부한 행위는 포함되지 아니한다고 해석하고 있는데, 그 결과 절대적이고 진지한 양심의 결정에 따라 예비군 훈련의무를 거부한 청구인들에게 국가의 가장 강력한 제재수단인 형벌이 부과되고 있으며, 그것도 예비군 훈련의무의 부과횟수에 따라 약 10회 이상의 형사처벌이 반복적으로 부과되고 있다. 이는 인간으로서의 존엄과 가치를 심각하게 침해하는 것이고, 나아가 형벌부과의 주요근거인 행위와 책임과의 균형적인 비례관계를 과도하게 일탈한 과잉조치이다.[85]

합헌적 법률해석이 요청되고 있는 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'와 마찬가지로 예비군법 제15조 제9항의 '정당한 사유'도 범죄의 성립 여부를 결정짓는 불확정개념이라는 점에서 소극적 부작위에 의한 양심 실현이 '정당한 사유'에 해당하는지 여부는 규범조화적 해석에서 따라 그 의미가 확정되어야 한다. 이에 이강국 재판관과 송두환 재판관은 2004년 헌법재판소결정의 반대의견과 마찬가지로 양심의 자유와 국방의 의무 간의 조화를 달성하기 위한 대안으로서 대체복무제의 도입이 필요하며 병역기피자 급증에 대한 우려나 병역의무 이행의 형평성 문제를 해소할 수 있는 대체복무제의 설계가 가능하다고 판단하였다. 이와 같은 제도의 설계 가능성은 외국의 운용 사례뿐만 아니라 예비군훈련의 기간 및 횟수 등 구체적인 근거를 바탕으로 검토되었다. 아울러 두 재판관은 2004년 헌법재판소결정의 반대의견과 마찬가지로 대체복무제를 통해서 양심적 병역거부자를 "건전한 국가구성원으로 받아들일 수 있게" 되면 사회통합과 국가안보뿐만 아니라 "자유민주주의의 확립과 발전에도 도움이 될 것"이라는 가치판단을 통해서 양심의 자유에 구체적인 중요성을 더욱 무겁게 평가하였다.

그렇다면 2011년 헌법재판소의 반대의견이 말하는 것처럼, 양심적 예비군훈련거부에 대한 대체복무제 도입 시 예비군 훈련의무 이행의 형평성이 저해된다는 주장(이하, '예비군 의무 형평성 논거'라 한다)은 부당한가?[86] 예비군 의무 형평성 논거

85) 헌결 2011. 8. 30. 2007헌가12, 2009헌바103(한정위헌의견).

86) 앞서 살펴본 바와 같이 양심적 입영거부자에 대한 대체복무제 도입에 관한 논의는 상당히 많이

는 경제・사회・교육 등 다양한 분야에 종사하는 상당수의 예비군 의무자가 법규 및 국방부 방침에 따라 예비군훈련을 전부 또는 일부 보류하고 있는 현실에 비추어 타당하지 않다. '예비군동원 및 훈련 보류'란, 예비군법 제5조(동원) 및 제6조(훈련)와 국방부 방침에 의거하여 예비군의 동원과 훈련 전부 또는 일부를 보류 처리하는 것을 말한다(예비군 교육훈련에 관한 훈령 제32조). 이미 예비군동원 및 훈련 대상자 중 상당수가 법 또는 방침에 정한 직종에 종사함을 이유로 실제 예비군훈련을 받지 않고 예비군훈련을 이수한 것으로 처리된다는 점(예비군 교육훈련에 관한 훈령 제32조)에서 실질적으로는 예비군훈련에 대한 대체복무가 이미 이루어지고 있다고 볼 수 있다.

2013년 12월 현재, 전체 보류자는 751,253명(법규보류자 83,866명, 방침보류자 667,387명)으로 예비군 전체 인원의 24.7%를 차지한다.[87] 법규보류 직종으로는, 국회의원, 경찰과, 교도관 및 소방관, 군무원, 철도 및 지하철 종사원 등이 있다(예비군 교육훈련에 관한 훈령 '별표 4' 참조). 방침보류 직종으로는, 우편집배원, 법무부 출입국관리직, 군 동원업체 필수요원, 세관 조사공무원, 민영교도소 직원, 국정원 직원, 법관 및 검사, 각급 학교 교사, 대학 교수 등이 있다(예비군 교육훈련에 관한 훈령 '별표 3' 참조). 국방부는 정책적 고려를 통해서 방침보류 대상자 기준을 정하고 있다. 예를 들어, 국방부는 2015년 차상위계층이면서 한부모 가정의 가장인 경우 예비군훈련을 면제하여 자녀 양육과 생업에 전념할 수 있도록 배려하였다.[88]

예비군동원 및 훈련 보류자들은 국방 관련 업무, 국가 현안 업무, 사회공익 필수 직종 등 특수한 업무를 수행하고 있어 예비군훈련에 참석하는 것보다 사회 발전에 더 크게 기여하고 있다는 판단에 의해서 예비군 의무를 면하게 된다고 할 수 있다.[89] 그런데 예비군동원 및 훈련 보류자 범위에 소위 사회지도층, 권력층 등이 포함되어 있어 사회적 지위에 의한 형평성 문제가 대두될 소지가 있다는 지적이 있

진척되었지만 양심적 예비군훈련거부자에 대한 논의는 별로 없는 실정이다. 이에 양심적 예비군훈련거부자에 대한 대체복무제 도입 시 형평성 문제가 발생한 것인지에 관해서 좀 더 자세히 다루고자 한다.

87) 최병욱 외 3인, "예비군훈련 형평성에 기초한 보류제도 개선"(국방부 연구용역보고서, 2015), 63면.

88) 국방부, 2016 국방백서(2017), 202면.

89) 최병욱 외 3인, 위의 보고서(주 83), 56-57면.

다.[90] 보류자에 비하면 극소수에 불과한 양심적 예비군훈련거부자가 대체복무를 하는 경우 예비군의무의 형평성을 훼손할 것이라는 예상은 현실적이지 못하다.

2) 2018년 헌법재판소결정 검토

헌법재판소는 2018. 6. 28. 선고한 2011헌바379 등 결정(이하, '2018년 헌법재판소결정'이라 한다)에서 헌법상 '비례원칙'을 심사기준으로 삼아 대체복무를 병역의 종류로 규정하고 있지 않은 병역법 제5조 제1항이 헌법에 합치되지 아니한다고 판단하고, 2019. 12. 31.을 시한으로 입법자가 대체복무 도입을 내용으로 하는 병역종류조항 개정을 할 때까지 해당 조항의 계속 적용을 결정하였다.[91] 이에 정부는 양심적 병역거부에 따른 대체복무가 가능하도록 하는 입법 조치를 마련하기 위해 노력 중이다. 한편 헌법재판소는 같은 결정에서 병역거부자를 처벌하는 조항인 병역법 제88조 제1항은 헌법에 위대되지 않는다는 법정의견을 냈다.

(1) 병역종류조항에 대한 판단

다음은 병역법 병역종류조항 위헌 여부에 관한 2018년 헌법재판소결정 법정의견이다.

> ① (목적의 정당성 및 수단의 적합성) 병역종류조항은, 병역의 종류를 한정적으로 열거하고 그에 대한 예외를 인정하지 않음으로써 병역자원을 효과적으로 확보하여 궁극적으로 국가안전보장이라는 헌법적 법익을 실현하고자 하는 것이므로 위와 같은 입법 목적은 정당하고, 그러한 입법목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다.
> ② (침해의 최소성) 대체복무제를 도입하더라도 우리의 국방력에 유의미한 영향이 있을 것이라고 보기는 어려운 반면, 대체복무 편입여부를 판정하는 객관적이고 공정한 심사절차를 마련하고 현역복무와 대체복무 사이의 형평성이 확보되도록 제도를 설계한다면, 대체복무제의 도입은 병역자원을 확보하고 병역부담의 형평을 기하고자 하는 입법목적을 병역종류조항과 같은 정도로 충분히 달성할 수 있다고

90) 최병욱 외 3인, 위의 보고서(주 83), 57면.
91) 헌결 2018. 6. 28. 2011헌바379 등.

판단된다. 이와 같이 대체복무제라는 대안이 있음에도 불구하고 군사훈련을 수반하는 병역의무만을 규정한 병역종류조항은, 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.

③ (법익의 균형성) 병역종류조항이 추구하는 공익은 대단히 중요한 것이기는 하나, 병역종류조항에 대체복무제를 도입한다고 하더라도 위와 같은 공익은 충분히 달성할 수 있다고 판단되는 반면, 병역종류조항에 대체복무제가 규정되지 않음으로 인하여 양심적 병역거부자가 감수하여야 하는 불이익은 심대하고, 이들에게 대체복무를 부과하는 것이 오히려 넓은 의미의 국가안보와 공익 실현에 더 도움이 된다는 점을 고려할 때, 병역종류조항은 기본권 제한의 한계를 초과하여 법익의 균형성 요건을 충족하지 못한 것으로 판단된다.

④ (결론) 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항은 과잉금지원칙에 위배하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해한다. … 국가는 이 문제의 해결을 더 이상 미룰 수 없으며 대체복무제를 도입함으로써 병역종류조항으로 인한 기본권 침해 상황을 제거할 의무가 있음이 분명해진다. 양심의 자유와 국가안보라는 공익을 조화시킬 수 있는 대안이 존재하며 그에 관한 우리 사회의 논의가 성숙하였음에도 불구하고, 오로지 개인에게만 책임을 전가하는 것은 국가의 중대한 임무 해태라고 하지 않을 수 없다. 다수결을 기본으로 하는 민주주의 의사결정구조에서 다수와 달리 생각하는 이른바 '소수자'들의 소리에 귀를 기울이고 이를 반영하는 것은 관용과 다원성을 핵심으로 하는 민주주의의 참된 정신을 실현하는 길이 될 것이다.

2018년 헌법재판소결정은 앞서 살펴본 2004·2011년 헌법재판소결정과 달리 ① 심사대상에 병역종류조항인 병역법 제5조 제1항을 포함시켰고, ② 입법자에게 대체복무제를 도입함으로써 병역종류조항으로 인한 기본권 침해 상황을 제거할 의무가 있다고 판단하였고, ③ 위헌 여부 심사기준으로 비례원칙을 도입하였다.

첫째, 심사대상에 병역법 제5조 제1항이 포함된 데에는 다음과 같은 이유가 있었다. 2018년 헌법재판소결정의 사건들에서 위헌법률심판을 제청한 법원들과 일부 헌법소원 청구인들이 병역법 제88조 제1항에 대해서만 심판을 청구하였지만 청구인들 중 일부가 병역법 제5조 제1항의 위헌확인을 구하였다. 이에 다수의견은 "나머지 사건들에 대하여도 병역법 제5조 제1항을 심판대상으로 삼는 것이 소송경제 및 당사자의 권리 구제를 위하여 바람직할 뿐만 아니라, 이 사건은 양심적 병역거부자

에 대한 대체복무제를 도입하지 아니하고 그들을 처벌하는 것이 헌법에 위반되는지가 핵심 쟁점인 사건으로서, 병역의 종류를 정하고 있는 병역법 제5조 제1항은 위 핵심쟁점과 밀접한 관련이 있으므로, 병역법 제5조 제1항의 위헌확인을 구하지 않은 사건들에 대하여도 이를 심판대상으로 삼아 판단하기로" 하였다.[92]

둘째, 2018년 헌법재판소결정은 양심적 병역거부자의 양심의 자유와 국방의 의무의 충돌 문제 해결을 더 이상 미룰 수 없다고 보고, "대체복무제를 도입함으로써 병역종류조항으로 인한 기본권 침해 상황을 제거할 의무가 있음이 분명해진다"고 설시하였다. 2004·2011년 헌법재판소결정의 다수의견이 대체복무제 도입에 대한 광범위한 입법재량을 인정함으로써 입법자의 판단에 대한 명백성 통제에 그친 데 비해서 2018년 헌법재판소결정의 다수의견은 입법자의 판단이 타당한지 여부에 관해서 구체적으로 판단하기에 이르렀다. 다만, 다수의견은 대체복무제를 설계하는 데 있어서 "신청절차, 심사주체 및 심사방법, 심사결과에 대한 이의신청절차, 복무분야, 복무기간 등"에 관해서는 입법자에게 광범위한 입법재량이 있음을 인정하였다. 반면에 2018년 헌법재판소결정의 반대의견과 이에 대한 보충의견은 앞선 결정들과 마찬가지로 대체복무제 도입 여부에 관해서는 입법자가 광범위한 입법형성권을 가지므로 입법자의 판단을 존중해야 한다고 설시하였다(병역종류조항 합헌의견).

셋째, 2018년 헌법재판소결정은 심사기준으로 비례원칙을 도입함으로써 2004 · 2011년 헌법재판소결정의 반대의견에서 시도되었던 "규범적 가치형량과 경험적 탐구가 결합된 이익형량"[93]을 본격적으로 보여주었다. 2018년 헌법재판소결정의 다수의견은 침해의 최소성을 심사하면서 ㉠ 국방통계 및 국방정책에 근거하여 대체복무제의 도입이 우리나라의 국방력에 미치는 영향이 미미할 것이라고 평가하였고, ㉡ 대체복무제 설계 기준을 제시함으로써 대체복무제를 도입함으로써 발생할 수 있는 병역의무의 형평성 문제를 최소화할 수 있다고 보았고, ㉢ 전시에 대체복무제를 도입하였던 외국 사례와의 비교를 통해서 한반도의 특수한 안보상황이 대체복무제 도입에 결정적인 장애가 될 수 없다고 판단하였다. 이처럼 침해의 최소성 심사는 주로 '경험적 탐구'를 중심으로 이루어졌다. 반면에 법익의 균형성 심사는 '규범적 가치

92) 헌결 2018. 6. 28. 2011헌바379 등.

93) 김도균, 위의 논문(주 65), 111면.

형량'에 집중되었다. 법익의 균형성 심사를 위해서 다수의견은 침해의 최소성 심사 결과로부터 ㉣ 병역종류조항에 대체복무제를 도입하더라도 '국가안보' 및 '병역의무의 공평한 부담'이라는 공익이 충분히 달성될 수 있다고 판단하였고, ㉤ 양심적 병역거부행위가 사회공동체의 법질서에 대한 적극적 공격행위가 아님에도 불구하고 곧바로 형사처벌함으로써 양심적 병역거부자들이 감수하여야 하는 불이익이 심대하다고 판단하였고, ㉥ 양심적 병역거부자를 처벌하는 것보다 이들에게 대체복무를 부과하는 것이 넓은 의미의 국가안보와 공익 실현에 오히려 더 도움이 된다고 평가하였다. 이 헌법재판소결정은, 이상돈 교수가 잘 지적하였듯이 피해의 최소성 심사에서는 경험적 판단이, 법익의 균형성 심사에서는 실질적 가치판단이 주된 역할을 한다는 점을 잘 보여준다.[94)]

(2) 처벌조항에 대한 판단

2018년 헌법재판소결정에서 병역법 제88조 제1항의 위헌 여부에 관한 법정의견은 합헌이었다. 그러나 대체복무제를 도입하지 않은 채 양심적 병역거부자에게 해당 조항을 일률적으로 적용하여 처벌하는 것은 위헌적이라는 의견이 다수를 차지했다. 우선 이진성 재판관, 김이수 재판관, 이선애 재판관, 유남석 재판관은 해당 조항이 '양심적 병역거부자에 대하여 대체복무의 기회를 부여하지 아니한 채 양심적 병역거부자를 처벌하는 부분'이 과잉금지원칙에 위배되어 위헌이라는 일부위헌의견을 제시하였다. 일부위헌의견에서는 "형벌은 다른 법적 수단과는 비교할 수 없는 강력한 법률효과 및 기본권 제한 효과를 발생시키므로 가급적 그 사용을 억제할 필요가 있"으므로 침해를 최소화할 수 있는 다른 수단으로 병역의무의 이행을 담보할 수 있다면 입법자는 그 방법을 강구해야 한다고 설시하였다.

한편 강일원 재판관과 서기석 재판관은 해당 조항에 대해 합헌의견을 제시하면서도 병역법 제88조 제1항의 위헌성 시비는 "양심적 병역거부자에 대한 처벌은 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항의 입법상 불비와 양심적 병역거부는 처벌조항의 '정당한 사유'에 해당하지 않는다는 법원의 해석이 결합되어 발생한 문제"라고 판단하고, "대체복무제가 규정되지 않은 상황에서는 양심상의 결정을 이유로

94) 이상돈, 헌법재판과 형법정책(고려대학교출판부, 2005), 99면.

입영을 거부하거나 소집에 불응하더라도 이를 처벌하는 것은 헌법에 위반되므로, 처벌조항의 '정당한 사유'에 해당한다고 보아야 한다."라고 설시하였다.[95] 이 두 재판관의 의견은 합헌의견의 형식을 취하고 있지만 한정위헌의견의 실질을 가지고 있다는 점에 주목할 만하다. 이후 2018. 8. 30. 대법원에서 열린 양심적 병역거부 사건 공개변론에서 해당 의견의 의미를 어떻게 받아들여야 하는지를 두고 이동원 대법관과 검사의 공방이 있었다.

(3) 보론: 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌에 따른 법익 균형성 검토

죄형의 비례성 결여

양심적 병역거부는 진지한 양심의 선언이며 소극적 부작위에 의한 평화적인 실현이라는 점에서 어떠한 사회윤리적 가치를 훼손하였다고 보기 어려우며, 앞서 살펴본 바와 같이 양심적 병역거부자가 극소수라는 점에서 이들이 국방력에 미치는 부정적 영향이 미미함에도 불구하고 양심적 입영거부자에 대한 일률적 처벌이나 양심적 예비군훈련거부자에 대한 반복적 처벌은 행위와 책임의 비례성을 결여한 과잉처벌이라고 할 수 있다.

양심적 병역거부자에 대한 일률적 양형 관행은, 범죄행위에 대한 비난가능성과의 비례성을 결여한 것으로 범죄자에 대한 형사처벌이라기보다는 병역면제를 위한 고육지책으로서 국가 형벌권의 왜곡된 행사라는 병리적 측면이 있다. 2000년대에 들어 양심적 병역거부자들이 집총거부 대신 입영거부를 선택함에 따라 종래 군사법원이 아닌 일반 법원에서 이 사건을 다루게 되면서 오직 병역면제 기준에 맞춘 징역 1년 6월의 이른바 '정찰제' 판결이 이루어지기 시작하여 현재까지 이어지고 있다. 양심적 병역거부에 대한 무죄를 선고하였던 하급심에서도 이와 같은 일률적 양형의 문제점을 지적하고 있다.

> 일선 법원은 대체로 전과나 범행의 동기, 성행 등 형법 제51조에 따른 양형 조건에 대한 고려 없이 일률적으로 병역법상 현역입영 면제에 해당하는 … 1년 6개월의 정찰제 판결을 할 뿐이고, 이와 같이 징역 1년 6개월의 실형에 해당하는 비교적 중대

95) 헌결 2018. 6. 28. 2011헌바379 등.

범죄임에도 법정구속을 하는 경우가 드문데(검찰 측에서 기소 전 구속영장을 청구하는 경우는 아예 없는 것으로 보인다), 이는 유죄판결이 불가피하다는 현실 인식 아래 그나마 병역의무라도 면해주고자 하는 동정심에서 획일적 판결이 내려질 뿐 처벌법규의 사회적 규범력 확보와 범죄자에 대한 형사처벌이라는 일반 형사재판의 관념과는 거리가 있다. 이는 사실상 타협판결로서 국가 형벌권의 행사가 지극히 왜곡되고 있음을 방증하는 것에 다름 아니다.[96]

양심적 예비군훈련거부에 대한 형사처벌의 비례성 일탈은 더욱 심각하다. 현행 예비군법에 따르면, 재소집 및 처벌 횟수에 법적 제한이 없으며 징역에 처해질 수도 있다.[97] 현재 사법부는 예비군훈련을 거부할 때마다 매번 예비군법위반죄(실체적 경합범)로 처벌하고 그때마다 증액된 벌금형을 선고하는 것이 이중처벌금지의 원칙 또는 일사부재리의 원칙에 어긋나지 않는다는 입장을 고수하고 있다.[98][99] 하급심들도 이러한 대법원 판결의 취지에 따라 각 훈련을 받지 않음으로써 성립한 예비군법위반죄는 모두 실체적 경합 관계에 있어서 이를 거듭 처벌한다고 해도 이중처벌금지의 원칙 또는 일사부재리의 원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.[100] 그러나 다음 대표적인 사례에서도 알 수 있듯이 예비군거부자들에게 가해지는 반복적 형사처벌은 그들의 정상적인 직업적・사회적 생활 영위에 심각한 지장을 초래한다. 이는

96) 광주지판 2016. 10. 18. 2015노1181.

97) "양심적 예비군훈련 거부자들은 반복적인 처벌과 과중한 벌금으로 예비군 편성 기간(최장 8년) 동안 양심의 자유 등을 침해 받고 있음. 8년 동안의 예비군 훈련 기간에 실제로 동원 훈련 등 군사 훈련에 직접 관련되는 시간은 100여 시간이 조금 더 되는데, 이 훈련을 거부하게 되면 약식 재판을 통해 대개 수만 원 내외의 벌금이 선고되지만 거부한 훈련은 다음 분기나 이듬해로까지 이월되면서 그 훈련들에 대한 거부에 대해 각각 벌금이 선고됨. 또한 편성 지침에 따른 다른 훈련들이 계속 잇따르게 되고 이 훈련들마다 위에서 본바와 같이 벌금과 추가 훈련이 계속 누적되고, 처음 약식 재판으로 끝나던 것이 반복되면서 벌금액수도 100만 원 이상으로 늘어나고 정식재판에 회부됨."[국가인권위원회, 2007. 12. 6.자 보도자료(https://www.humanrights.go.kr/site/inc/file/fileDownload?fileid=1061226&filename=1205062068575.hwp, 최종접속일 2018. 7. 20.)].

98) 전수안, "내 눈에 티끌, 언제까지?", 양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성(대한변호사협회 인권위원회・법원 국제인권법연구회 공동학술대회 자료집, 2014.12.20.), 5면.

99) 대판 2007. 12. 14. 2007도7463. 전수안, 위의 발표문(주 93), 5면.

100) 김영식, "국제인권법의 시각에서 바라본 양심적 병역거부와 법원의 실무에 관한 검토", 양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성(대한변호사협회 인권위원회・법원 국제인권법연구회 공동학술대회 자료집, 2014.12.20.), 21면.

양심적 예비군거부 행위와 그 결과의 반가치와 비교한다면 지나치게 가혹하다고 할 수 있다.

> 양심에 따른 예비군거부자인 신모씨는 전과 52범이다. 2003년 8월 현역병으로 입영해 2005년 8월 전역한 그는 어머니의 권유로 여호와의 증인 신앙을 갖게 됐다. 예비군 훈련이 종교·양심에 맞지 않는다고 결정하고 2006년부터 훈련을 거부했다. 곧바로 향토예비군설치법(향군법) 위반으로 기소돼 법정에 서기 시작했다. 처벌 받은 훈련 거부에 대해 재통지가 나오고, 새로운 훈련도 계속 있어 처벌은 눈덩이처럼 불어났다. 그렇게 받은 재판이 52차례다.[101]

국가인권위원회도 양심적 예비군훈련거부자들에 대한 반복된 처벌의 문제점을 지적하였다.[102] 양심적 예비군훈련거부를 거듭 처벌하는 우리나라 사법 관행은 국제적으로 희귀한 사례이다. 이미 국제사회에서는 양심적 병역거부와 관련하여 반복적 처벌이 심각한 인권 침해이며, 자의적인 구금으로 간주된다.[103]

예방효과의 결여

양심적 병역거부자들이 병역면제 기준에 맞춘 일률적 형기를 마침으로써 병역의무에서 벗어나 양심적 병역거부를 다시 '저지를' 수 없게 되는 것은 형벌의 특별예방효과가 아니라 국가 형별권의 변용을 통한 병역면제라는 역설이라고 할 수 있다. 또한 양심적 병역거부자들이 형 확정 후 미결수용소인 구치소에서 교도관의 행정 및 운영업무를 보좌하는 형 집행의 현실을 고려할 때, 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌은 해당 병역거부자에 대한 특별 예방효과를 기대할 수 없다.

> 절대적이고 진지한 양심법자들이지만 그 이외의 부분, 특히 수형생활 등에서는 모범

101) 이범준, "전과 52범 만드는 '양심적 예비군거부 처벌'… UN서도 지적", 경향신문 2015. 10. 24.자 기사(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201510241057331#csidxeb6c1fb2ea71f1f81522d2dff40ebff, 최종접속일 2018. 7. 19.).

102) 국가인권위원회, 2007. 12. 6.자 보도자료(https://www.humanrights.go.kr/site/inc/file/fileDownload?fileid=1061226&filename=1205062068575.hwp, 최종접속일 2018. 7. 20.).

103) 이재승, 향군법위헌심판사건 의견서(참고인진술서), 2010.

적이라고 하는 점은 양심적 병역거부가 종교적 확신의 한 표현으로서 애초부터 형사처벌을 통한 교정・교화라고 하는 형벌집행의 목적을 기대하기 어려운 경우라고 보지 않을 수 없다.[104)]

양심적 병역거부자들은 형 확정 후에는 교도소로 보내져 일반적인 정역의무를 부과받아야 함에도 일률적으로 미결수용소인 구치소에서 교도관의 행정 및 운영업무를 보좌하는 역할을 수행하고 있는바, 이는 사실상 병역의무 대신 대체복무 또는 사회복무를 이행하고 있는 셈이다.[105)]

헌법재판소는 "양심적 병역거부자에 한정해 볼 때 형사처벌이 [병역거부에 대한] 예방효과를 가지지 못해 국가안보나 병역의무의 공평한 부담이라는 공익에도 크게 기여하지 못한다."고 설시하였다.[106)] 양심적 입영거부자에 대한 형사처벌이 일관되게 부과되고 있지만 매해 평균 550여 명이 처벌을 감수하고 양심적 병역거부를 하고 있다.[107)] 이는 양심적 병역거부가 양심에 따른 진지한 결단이라는 점에서 형사처벌이 이들 '양심의 진징성에 대한 억제' 효과가 없고, 나아가 '병역기피에 대한 억제' 효과도 없음을 보여준다. 결국 양심적 병역거부자 처벌은 일반 예방효과를 결여하였다. 양심적 입영거부자에 대한 처벌 강도와 양심적 병역거부자 수의 관계에 관한 실증적 연구도 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 일반 예방효과가 없음을 시사한다. 이 연구에서 양심적 병역거부자에 대한 처벌 강도(수감 기간)가 달랐던 시기를 5개로 나누어 각 시기마다 양심적 병역거부자 수를 비교한 결과, 처벌 강도가 병역거부자 수에 영향을 미치지 않았다. 1980~93년 평균 23.4개월이었던 병역거부자 수감 기간이 1994~2000년 35.0개월로 1.5배 가까이 증가하였지만 병역거부자는 연평균 205명(1980~93년)에서 566명(1994~2000년)으로 오히려 2.8배 가까이 늘었다.[108)]

---

104) 헌결 2011. 8. 30. 2008헌가22 등(한정위헌의견).

105) 광주지판 2016. 10. 18. 2015노1181.

106) 헌결 2018. 6. 28. 2011헌바379 등.

107) 병무청 입영 및 집총 거부자 통계에 따르면, 2010년 721명, 2011년 633명, 2012년 590명, 2013년 621명, 2014년 565명이 양심적 병역거부를 하였음. 또한 최근 10년 간(2007년~2016년 10월) 입영・집총 거부자는 5,532명이었고, 그 중 5,495명이 종교적 신념에 따른 거부자이었고, 종교 없이 '평화적 신념'에 따른 거부자는 37명이었다.

양심적 예비군훈련거부자는 향토예비군이 설치된 1968년 이래로 2010년까지 최소 897명에 이르고, 반복적인 형사처벌 관행이 공고함에도 불구하고 2010년 이후에도 해마다 80여 명 정도가 예비군훈련거부로 처벌받고 있다.[109] 양심적 예비군훈련거부자는 반복적 형사처벌에도 불구하고 수차례 훈련통지에 대해 지속적으로 거부한다는 점에서 양심적 예비군훈련거부에 대한 형사처벌이 해당 거부자에 대한 특별예방효과를 가질 것이라고 기대할 수 없다. 다시 말해, "양심적 병역거부가 종교적 확신의 한 표현으로서 애초부터 형사처벌을 통한 교정・교화라고 하는 형벌집행의 목적을 기대하기 어려운 경우라고 보지 않을 수 없다."[110]

Ⅳ. 양심적 병역거부 사건 공개변론에 대한 인지적 분석

1. 남겨진 문제

2018년 헌법재판소결정에서 헌법재판소는 대체복무제가 규정되지 않은 병역종류조항인 병역법 제5조 제1항이 헌법에 합치하지 아니한다고 판단하였다. 그러나 병역거부에 대한 처벌조항인 병역법 제88조 제1항에 대해서는 합헌결정이 내려졌다. 물론 앞서 살펴본 것처럼 내용적으로는 6인(일부위헌의견 4인, 합헌의견 2인)의 재판관이 대체복무제를 도입하지 않은 상태에서는 해당 처벌조항의 '정당한 사유'에 양심적 병역거부가 포함되지 않는다고 해석하여 이를 처벌하는 것은 위헌적이라는 의견을 제시하였다.

2018년 헌법재판소결정은, 대체복무제 도입에 관한 이익형량에 있어서 2004년

108) 신윤동욱, "가장 오른쪽도 '대체복무 찬성'", 한겨레21, 제734호(2008. 11. 6.)(http://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/23705.html, 최종접속일 2018. 7. 16.). 이 연구결과는, 2008년 10월 28일 서울대학교 사회과학연구원이 주최한 기획 공청회('양심적 병역거부자' 어떻게 할 것인가?)에서 민준규 박사가 "양심적 병역거부의 경제학"이라는 주제로 발표하였던 내용임.

109) 김진한, "'양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성'에 관한 지정토론문", 양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성(대한변호사협회 인권위원회・법원 국제인권법연구회 공동학술대회 자료집, 2014. 12. 20.), 188면.

110) 헌결 2011. 8. 30. 2008헌가22 등 결정, 재판관 이강국・재판관 송두환의 한정위헌의견.

전원합의체판결의 반대의견과 2004・2011년 헌법재판소결정의 반대의견이 양심의 자유와 국방의 의무에 관한 이해당사자들의 주장을 최대한 고려한 이익형량의 결론으로 자리매김 했다고 평가할 수 있다. 해당 헌법재판소결정은 재판관 개인들의 숙고를 통해 보다 정당한 이익형량에 도달했다는 것 이상의 의미를 가진다. 해당 헌법재판소결정은 사건 당사자뿐만 아니라 각계각층의 참고인들이 참여하여 대체복무제 도입에 관한 의견을 제시하였던 과정을 통해서 도출되었기에 '제도적 이익형량 과정'에서 민주주의의 요청에 부응하였다.[111] 이로써 2004년 이후 꾸준히 진행된 대체복무제 도입을 위한 입법적 노력과 같은 또 다른 제도적 이익형량의 과정 그리고 시민사회의 다양한 주체들 간에 활발하게 진행된 사회적 공론화라는 비제도적 이익형량 과정에서 다양한 참여자들이 최대한 참여하여 대체복무제 도입에 관한 상당한 합의에 도달하였다고 볼 수 있다.

이제 최대고려의 요청과 민주주의의 요청이라는 공은 대법원으로 넘어갔다. 만약 합리적인 대체복무제가 이미 도입된 후라면 양심적 병역거부행위는 형사 사건화 되지 않을 것이다.[112] 그렇다면 대체복무제가 아직 도입되지 않은 현시점에 2018년 헌법재판소결정은 해당 처벌조항의 '정당한 사유'에 대한 대법원의 해석에 어떤 영향을 미칠 것인가? 2004년 전원합의체판결에서 다수의견은 병역법 제88조 제1항에 의한 양심의 자유 제한이 헌법적으로 허용된다고 판단함에 있어 대체복무제 도입 여부에 관해서 입법자에게 광범위한 입법재량이 있음을 전제로 삼았다('Ⅲ. 2.' 참조). 기속력을 가지는, 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정과 2004년 전원합의체판결 다수의견의 논증을 결합하면, 즉 입법자가 대체복무제를 도입해야 하는 의무를 부담한다고 보면 대법원은 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'를 병역의무 불이행자의 귀책사유가 아닌 객관적 사유로만 한정하던 종래의 해석을 변경하여 양심

111) 김도균, 위의 논문(주 65), 72면은 이익형량의 기준이 되는 비례성의 원칙에 대화이론적 요청으로 '최대고려의 요청'과 '민주주의의 요청'을 덧붙였다. 전자는 이익형량에서 이해당사자의 입장을 최대한 반영하라는 요청으로 법관 또는 재판관 개인의 차원에 머문다. 반면에 후자는 이익형량과정에 이해당사자가 최대한 참여하도록 하라는 요청으로 법관 또는 재판관 개인의 차원을 넘어서 헌법재판과정과 입법과정과 같은 '제도적 이익형량 과정'과 공공적 논의의 과정과 같은 '비제도적 이익형량 과정'에서 실현될 수밖에 없다(같은 글, 102면).

112) 물론 새로이 도입된 대체복무제가 합리적 대체복무제가 아니라 병역의무와의 형평성을 현저히 일탈한 징벌적 대체복무제라면 이는 위헌법률심판의 대상이 될 것이다.

적 병역거부도 이 정당한 사유에 포함된다고 보게 될 것이라는 예상이 가능하다. 그리고 이미 2018년 헌법재판소결정에서 해당 처벌조항의 해석에 관해서 6인의 재판관은 이와 같은 적용론(4인의 일부위헌의견) 또는 해석론(2인의 합헌의견)을 제시하였다. 그러나 병역법 제88조 제1항에 대한 법정의견은 합헌이었다는 점을 감안한다면 대법원이 이와 같은 적용론 또는 해석론에 일치하는 방향으로 판례를 변경할지는 의문이다.

최근 있었던 양심적 병역거부 사건에 관한 대법원 전원합의체 공개변론에서 이러한 의문에 대한 실마리를 찾을 수 있을 것으로 보인다. 대법원 전원합의체는 2018. 8. 30. 공개변론을 열어 병역법 제88조 제1항 및 예비군법 제15조 제9항의 '정당한 사유'가 양심이나 종교적 신념에 따른 병역거부를 포함하는지에 관하여 검찰 및 피고인 측의 주장과 참고인들의 의견을 청취하는 기회를 마련하였다.[113] 이 공개변론에서는 적용법조의 해석과 관련하여 '정당한 사유'의 입법 취지와 그 해석론(합헌적 법률해석 포함) 외에도 국제법적·비교법적 측면에서의 논의, 병역의무의 형평성 및 대체복무제도 도입 논의 현황 등에 대해서 살펴보았다. 이 공개변론의 핵심 쟁점은 2018. 6. 28. 선고된 병역법 제5조 제1항에 관한 헌법불합치결정으로 바뀐 규범적 상태에서 병역법 제88조 제1항 및 예비군법 제15조 제9항의 '정당한 사유'를 어떻게 해석해야 하느냐였다. 2004년 전원합의체판결과는 달리 이 공개변론에서는 대체복무제 도입에 관한 논의 자체가 양심의 자유와 병역의무에 대한 이익형량에서 결정적인 쟁점이 되지 않았다. 논의의 초점은 대체복무제가 도입되기 전에 양심이나 종교적 신념에 따른 병역거부가 해당 처벌조항의 '정당한 사유'에 포함되는지에 맞

113) 이 공개변론에서 다루어진 사건은 다음의 세 가지였다. 사건 1은, 피고인 A가 '여호와의 증인' 신도로서 2013년 현역병입영통지서를 받고도 이에 불응하여 제1심에서 병역법위반죄 성립이 인정되어 징역 1년 6월을 선고받았고, 제2심에서 피고인 A의 항소가 기각되어 피고인 A가 상고를 제기한 사건이다(대법원 2016도10912 병역법위반 사건, 주심 대법관: 김재형). 사건 2는, 피고인 B가 '여호와의 증인' 신도로서 2015년 현역병입영통지서를 받고도 이에 불응하여 제1심에서 병역법위반죄 성립이 인정되어 징역 1년 6월을 선고받았고, 제2심에서 정당한 사유가 있다고 판단되어 무죄가 선고되어 검사가 상고를 제기한 사건이다(대법원 2016도17706 병역법위반 사건, 주심 대법관: 민유숙). 사건 3은, 피고인 C가 현역복무를 마친 후 '여호와의 증인' 종교에 귀의하여 2017년 수차례에 걸쳐 예비군훈련소집통지서를 받고도 이에 불응하여 제1심에서 예비군법위반죄 성립이 인정되어 징역 10월에 집행유예 2년을 선고받았고, 제2심에서 벌금 500만 원을 선고받아 피고인 C가 상고를 제기한 사건이다(대법원 2018도4708 예비군법위반 사건, 주심 대법관: 박상옥).

춰졌다.

공개변론에서는 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정으로 '정당한 사유' 해석에 대한 공방이 첨예하지 않을 것이라는 필자의 당초 예상과는 달리 해당 쟁점에 대한 매우 열띤 공방이 벌어졌다. 피고인 측이나 검찰 측 그리고 대법관들은 모두 헌법상 보장되는 양심의 자유를 최대한 보호해야 한다는 데에 동의하면서도 양심적 병역거부에 대해서 판이한 관점을 보여주었다. 이는 개인과 사회, 국가 그리고 법에 대한 서로 다른 정치철학적 견해 간 충돌의 한 국면이라고 할 수 있다. 특히, 이러한 입장 차이가 양심적 병역거부에 대한 묘사나 논증의 전재 방식의 차이로 드러나는 부분들이 공개변론을 방청하였던 필자의 관심을 끌었다. 이에 아래에서는 공개변론의 내용에 대한 인지적 분석[114]을 통해서 양심적 병역거부자 처벌에 대한 규범적 평가의 심층적인 구조를 밝혀보고자 한다.

2. 법적 추론에 대한 비판적 분석으로서의 인지적 분석

대법원 공개변론에 대한 인지적 분석을 위해서 다소 생소할 수 있는 방법론인 '인지적 분석'에 관하여 이론적 배경과 핵심적인 개념 도구를 필요한 범위 내에서 간략하게 살펴보자.[115]

1) 법에 대한 인지적 접근

법학 연구에 있어서 법의 특정한 측면을 해명하기 위해서 종종 새로운 방법론의 도입되곤 한다. 법에 대한 '인지적 분석'은 그 용어에서도 알 수 있듯이 법적 추론의 인지적 측면을 밝히고자 1980년대 말부터 새롭게 시도되었던 방법론이다. 이미 20세기 초 미국의 법현실주의자들은 법적 추론을 인지적 관점에서 조명하고자 하였다. 하지만 당시 심리학 등 행동과학의 미성숙으로 말미암아 판결에 이르는 인지적

114) 인지적 분석방법을 소개한 국내 연구로는 강태경, "법적 추론에 대한 인지적 분석방법 : 윈터(Steven L. Winter)를 중심으로"(서울대학교 박사학위논문, 2014).

115) 이하 인지적 분석 및 개념적 은유에 관한 설명은, 강태경, "법적 추론에 대한 비판적 분석으로서의 인지적 분석: 성전환자의 공부상 성별 정정 사건을 중심으로", 서울대학교 법학 55(4)(2014), 193~240면에서 발췌・인용함.

과정에 대한 해명이 성공적이지는 못했다.[116] 그러나 1970년대 인지과학의 혁신을 통해서 현재 심리학을 비롯한 행동과학의 방법론은 인지과정을 섬세하게 추적할 수 있을 만큼 발전하였다. 그리고 언어학자 조지 레이코프(George Lakoff)와 철학자 마크 존슨(Mark Johnson)은 인지과학의 혁신적 성과를 토대로 인간의 인지과정이 법칙적이라기보다는 개념적 은유(conceptual metaphor), 이미지 도식(image schema), 이상적 인지모형(idealized cognitive model), 방사형 범주(radial category), 유추(analogy) 등 다양한 역동적 기제를 통해 작동한다는 관점을 제시하였다. 이를 인지의미론(cognitive semantics)과 체험주의적 관점(experientialist view), 즉 '신체화된 인지(embodied cognition)' 이론이라고 한다. 이러한 흐름 속에서 미국의 법학자 스티븐 L. 윈터(Steven L. Winter)는 이 인지이론을 차용하여 법적 추론의 인지적 측면을 분석하기 시작하였다.[117] 그는 이러한 인지적 기제를 바탕으로 법적 추론이 근원적으로 문화적・사회적 맥락에 민감하며, 동시에 상당히 예측 가능한 방식으로 진행된다고 보았다.

법에서도 은유적 사고의 역할에 대한 관심은 오래전부터 있었다. 예를 들어, 웨슬리 N. 호펠드(Wesley N. Hohfeld)는 "법적 관계들에 대해 [본래 물리적 사물에만 적용 가능한] 단어들을 사용하는 것은, 엄격하게 말해, 상징적이거나 허구적이다." 라고 지적하였다.[118] 하지만 법적 논증 및 사고에 은유적 표현 방식이 동원되는 것에는 부정적인 입장이 주를 이뤘다.[119] 그런데 이는 수사법(修辭法)으로서의 은유에 대한 입장이라고 할 수 있다. 반면에 인지이론을 수용하였던 윈터는 법을 개념적

116) 1990년대부터 자연화된 법리학(naturalized jurisprudence)을 주창해 온 라이터(B. Leiter)는 미국의 법현실주의가 자연주의적 법학의 맹아라고 평가한다. 다만 미국 법현실주의자들은 법실무에 대한 관심은 컸지만 철학적 섬세함이 부족한 탓에 판결에 관해 과격한 주장들을 과감하게 펼침으로써 정교한 법이론을 구축하는 데에는 실패하였다[Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford: Oxford Univ. Press, 2007), pp. 1, 33].

117) Steven L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind* (Chicago: Univ. of Chicago Press, 2001).

118) Wesley N. Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale L. J.* 23 (1913), p. 24.

119) Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", *CowM. L. Rev.* 35 (1935), p. 812; Berkey v. Third Ave. Ry. Co., 244 N.Y. 84, 94, 155 N.E.2d 58, 61 (1930).

은유의 다발로 이루어진 개념체계로 보았다(예: '법의 경계', '법의 적용범위', '법의 힘', '법 피라미드', '헌정질서 파괴', '연성헌법・경성헌법' 등). 윈터는 법을 은유적으로 사물에 사상하지 않고서는 법에 대해 생각할 수 없다고 강하게 주장하였다.[120] 예를 들어, 윈터는 '법을 깨는 것'(to break the law)과 '법을 다 베어 버려 큰 길을 내는 것'(to cut a great road through the law)의 차이를 다음과 같이 설명한다. 전자는 법과 질서의 회복이 가능한 상태를 전제한 단순한 법위반을 의미하지만, 후자는 헌법침해와 같이 법질서가 파괴된 더욱 심각한 사태를 드러낸다.[121]

2) 이해의 도구로서의 개념적 은유

인지이론에서 가장 핵심적인 설명 도구는 '개념적 은유'이다. 인지이론에서 은유는 개념적 연상의 패턴, 즉 개념적 은유이며,[122] "은유의 본질은 한 종류의 사물을 다른 종류의 사물의 관점에서(in terms of) 이해하고 경험하는 것이다."[123] 개념적 은유에서 가장 중요한 기제는 사상(寫像, mapping)이다.[124] 이때 사상이란 "관련된 개념들 간의 체계적인 은유적 대응"을 가리킨다.[125] 이처럼 레이코프와 존슨은 은유의 본질이 언어적 표현에 있는 것이 아니라 "어떤 개념 영역을 다른 개념 영역의 관점에서 이해하는 인지작용"에 있다고 보았다. 개념적 은유는 일차적 은유와 복합적 은유로 나뉜다. 일차적 은유란, '애정은 따뜻함', '친밀함은 가까움', '범주는 그릇' 등과 같이 기본적인 지각적 개념을 단순하지만 지각적이지는 않은 개념으로 사상하는 것이다.[126] 반면에 복합적 은유는 일차적 은유들이 결합한 형태의 은유로서 오랜 기간 동안 관습화되고, 고착화되고, 고정되어 있는 경우가 상당하다.

---

120) Winter, 위의 책(주 117), p. 14.

121) Winter, 위의 책(주 117), p. 14.

122) Joseph E. Grady, "Metaphor", in Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics* (Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007), p. 188.

123) 조지 레이코프・마크 존슨, 노양진・나익주 역, 삶으로서의 은유, 수정판(박이정, 2006), 24면.

124) 사상은 "서로 다른 집합의 구성원들 간의 대응 어떤 집합의 임의의 구성원이 다른 집합의 하나의 구성원에 대응할 때, 그 두 집합 간의 대응 관계"를 의미한다[국립국어연구원 편, 표준국어대사전(서울: 두산동아, 1999) 참조].

125) Grady, 위의 논문(주 122), p. 190.

126) 이하 설명은, Grady, 위의 논문(주 122), pp. 192-93을 따름.

레이코프와 존슨은 관습화된 복합적 은유가 우리의 개념체계를 형성하는 중요한 토대가 되고 그 체계에 따른 사고를 이끈다고 보았다.[127] 예를 들어, 관습적으로 자주 쓰이는 '목적이 있는 삶은 여행' 은유는 '삶'이라는 목표영역을 '여행'이라는 원천영역에 사상함으로써 삶에 관한 이해를 이끈다. '여행'이라는 원천영역은 여행자, 목적지, 여행의 일정 등의 요소들로 구성된다. '여행' 은유에서 중간 단계의 목표는 중간 단계의 목적지(경유지)이며, 최종 목표는 최종 목적지이고, 목표를 성취하기 위한 행위는 경로를 따른 이동이며, 목표 성취에서의 진전은 목적지를 향한 이동이며, 시작 상태는 출발 위치이며, 최종적으로 목표를 성취하는 것은 최종 목적지에 도달하는 것이다.[128]

'목적이 있는 삶은 여행'이라는 개념적 은유는 삶에 대한 이해 방식인 내러티브(narrative)[129]에 내적 구조를 부여한다.[130] 그리고 '여행'은 '원천－경로－목표'라는 이미지 도식[131]에 사상됨으로써 이해된다. 우리는 인간의 삶을 시간 순서에 따른 인물과 사건의 단순한 나열로 이해하지 않는다. 대개의 경우 우리의 삶은 인물과 사건이 일정한 배열(configuration) 구조 안에서 관계를 가지는 내러티브로 이해되고 그런 방식으로 이야기된다.[132] 이때 삶의 내러티브는 '여행'과 은유적 관계를 맺음으로써 '원천－경로－목표' 도식이라는 내적 구조를 가지게 된다.[133] 이와 같은 내적 구조는 ① '목표'를 향하는 '길'(경로)을 따라 움직이는 '여행자'(내러티브의

127) 레이코프 등, 위의 책(주 123), 105면.

128) 조지 레이코프 · 마크 존슨, 임지룡 · 윤희수 · 노양진 · 나익주 역, 몸의 철학: 신체화된 마음의 서구 사상에 대한 도전(박이정, 2002), 287면.

129) 내러티브란, 화자가 선택한 과거 사건들과 인물들을 '시작－중간－끝'을 이루는 방식으로 일시적으로 정리하여 제시하는 의사소통 방식이다[Patricia Ewick and Susan Silbey, "Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narrative", *Law and Society Review*, 29 (1995), pp. 197-226].

130) 이하 '목적이 있는 삶은 여행'이라는 개념적 은유에 관한 설명은 강태경, 위의 논문(주 115), 221-225면에서 발췌 · 인용함.

131) 이미지 도식이란, "신체적 활동을 통해 직접 발생하는 비명제적이고 선개념적인(preconceptual) 구조들이며, 우리가 구체적 대상을 식별하는 데 개입되는 소수의 패턴들"로 "환경과 우리의 상호작용 및 환경에 대한 관찰로부터 도출되는 비교적 추상적인 표상이다."[강태경, 위의 논문(주 114), 72면].

132) Paul Ricoeur, Kathleen McLaughlin and David Pellauer (trans.), *Time and Narrative* (Chicago: University of Chicago Press, 1984), p. 65.

133) Winter, 위의 책(주 117), p. 108.

주인공, protagonist), ② 목표를 향하는 길에서 주인공이 극복해야 할 난관으로서의 '갈등'(내러티브의 초점, agon), ③ 주인공의 움직임에 따른 '시간의 흐름'(실제적 시간의 흐름과 다를 수 있음)이라는 구성요소로 이루어진다.[134] 이처럼 인지적 관점에서 내러티브의 내적 구조는 '여행'에 사상되어 있고, 여행은 '원천－경로－목표' 도식에 사상되어 있다고 볼 수 있다. 여행의 관점에서 이해되는 내러티브의 내적 구조는 [그림 1]과 같이 도식화할 수 있다.[135]

최초상태 주인공 **원천**	→	적대자와의 갈등→해결 **경로**	→	**최종상태** 목적지 **목표**

[그림 1] 기본적인 여행 내러티브 구조

기본적인 여행 내러티브는 또 다른 개념적 은유와 결합되어 더욱 정교화될 수 있다. 홍길동이나 허생과 같이 우리에게 익숙한 내러티브의 주인공들은 불균형이나 결핍을 야기하는 사건을 겪게 되고, 이러한 불균형이나 결핍을 해소하여 균형을 되찾는 목표를 향해 길을 떠난다.[136] 이와 같은 유형의 내러티브에서는 주인공이 불균형을 해소함으로써 균형을 되찾으려는 동기를 부각시키기 위해서 '균형' 또는 '천칭' 도식이 결합되곤 한다. 천칭의 양 접시에는 최초상태와 최종상태가 놓인다(그림 2).[137]

134) Winter, 위의 책(주 117), pp. 108-109.
135) [그림 1]은 Winter, 위의 책(주 117), p. 109.
136) Winter, 위의 책(주 117), p. 109.
137) [그림 2]은 Winter, 위의 책(주 117), p. 110.

[그림 2] 변형된 여행 내러티브 구조

3) 비판적 텍스트 분석으로서의 인지적 분석

지금까지 살펴본 것처럼 개념적 은유는 추상적 대상인 목표영역을 구체적인 원천영역의 관점에서 제시함으로써 목표영역에 대한 사고와 추론을 이끈다. 이 사상의 과정에서 원천영역과 목표영역의 상이함으로 인해 목표영역의 특정한 측면이 부각되거나 은폐된다. 개념적 은유로 인한 부각과 은폐는 목표영역에 대한 사고와 추론에 실질적인 영향을 미친다.[138]

인지적 분석은 사고에 영향을 미치는 개념적 은유를 분석함으로써 그 사고의 심층적 구조를 밝혀낸다는 점에서 담화분석(discourse analysis)의 특징을 가진다. 여기에서 분석의 대상이 되는 담화란, 동성애에 관한 담론처럼 사회적 실천을 구성하는 사회적 상호작용의 장에서 장기간에 걸쳐 형성된 담론적 실천(discoursive practice)도 포함하는 넓은 개념이다.[139] 인지의미론의 창시자인 레이코프는 세금, 규제 등과 같이 정치적으로 이슈가 되는 어휘의 의미가 정치적 이데올로기에 따라 다르며 이러한 어휘를 활용하는 방식의 이면에 작동하는 무의식적인 프레임이나 개

138) 대표적인 예로는, Paul H. Thibodeau and Lera Boroditsky, “Metaphors We Think with: The Role of Metaphor in Reasoning”, *PLoS One* 6, No. 2. (2011), e16782.

139) Renée Dirven, Frank Polzenhagen, and Hans-Georg Wolf, “Cognitive Linguistics, Ideology, and Critical Discourse Analysis”, in Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics* (Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007), p. 1223. 푸코의 ‘담론’ 개념을 그의 저서별로 구분하여 정리 · 비교한 국내 문헌으로는 허경, “미셸 푸코의 “담론” 개념 – “에피스테메”와 “진리놀이”의 사이 –”, 개념과 소통 9(2012), 5면 이하.

념적 은유도 정치적 이데올로기에 따라 다르다는 사실을 정치 담론에 대한 인지적 분석을 통해 밝혀냈다.[140)]

법적 추론에 대한 인지적 분석이란 법적 추론의 비가시적 영역을 가시화하는 작업이다. 다시 말해, 법적 추론을 이끌지만 비가시적인 개념적 은유를 추적함으로써 법적 추론의 심층적인 구조를 드러내는 작업이다. 법적 결정에 대한 인지적 분석을 통해서 드러나는 개념적 은유 체계는 의식적이고 논리적이라기보다는 암묵적이고 자동적으로 작동한다.[141)] 바로 이 암묵성과 자동성 으로 인해 우리는 비성찰적인 인지과정을 거쳐 사고하고 판단하며 이러한 과정을 거쳐 구성된 개념과 이해도 상당부분 비성찰적인 특성을 띤다. 이와 같은 비성찰성은 엄밀해야 하는 법적 사고와 법적 개념에서도 빈번하게 발견된다. 따라서 법적 추론에 대한 인지적 분석은 법적 사고의 기저에 있는 암묵적이고 자동적으로 작동하는 심층 구조를 파헤쳐봄으로써 법적 사고의 비성찰적 측면에 대한 성찰의 기회를 제공한다. 다시 말해, 법적 추론에 대해 인지적 분석은 법 영역에서의 관행적 사고가 무엇인지 진단하는 과정이다.

3. 공개변론에서 드러난 개념적 은유: '길'로서의 법 vs. '문'으로서의 법

1) 2018년 양심적 병역거부 사건 공개변론 개관

2018. 8. 30.에 열린 양심적 병역거부 사건에 관한 대법원 공개변론(이하, '공개변론'이라 한다)[142)]에서는 ① 대체복무제 도입 전에 양심적 병역거부를 허용하는

140) Roberta Pires de Oliveira, "Language and Ideology: An Interview with George Lakoff", in Renée Dirven, Bruce Hawkins, and Esra Sandikcioglu (eds.), *Language and Ideology,* Vol. 1, Theoretical Cognitive Approaches (Amsterdam: John Benjamins, 2001), pp. 23-48.

141) 조지 레이코프, 마크 존슨, 임지룡・윤희수・노양진・나익주 역, 몸의 철학: 신체화된 마음의 서구 사상에 대한 도던(서울: 박이정, 2002), 40면.

142) 공개변론 발언 내용은 대법원, "양심적 병역거부 사건 공개변론 동영상"(2018. 8. 30.)(http://www.scourt.go.kr/supreme/media/MediaActivityViewAction.work;jsessionid=EDdjvo0UuvNaSqhlSaM2zMW09KL2oka0Q81epzySJSVgdGyg0aKKj8uIrWUy803g.DJEUWS06_servlet_SCWWW?gubun=710&pageIndex=1&pageSize=12&seqnum=14, 최종접속일 2018. 9. 15.)에서 따온 것임(이하 출처 표시를 생략하고, 위 사이트에 게시된 동영상을 기준으로 해당 발언의 시작 시간대를 표기함). 아울러 공개변론에서 대법관들은 다툼이 있는 쟁점에 대한 논의를 위해 역할을 분담하여 질의와 의견 표명을 하였기에 그 내용이 곧바로 해당 대법관의 의견이라고 볼 수 없음을

데에 따른 부작용, ② 병역법 및 예비군법 처벌조항의 '정당한 사유'에 관한 올바른 해석 방법, ③ 양심의 자유와 국가안보에 대한 이익형량의 기준, ④ 구체적 타당성 문제에 관한 공방이 이루어졌다. 첫째, 대체복무제 도입 전에 양심적 병역거부를 허용하는 데에 따른 부작용에 관해서는, 양심적 병역거부자의 병역형성의무가 타인에게 전가되는지 여부,[143] 군의 사기 저하 문제,[144] 전시(戰時) 대체복무를 빙자한 병역기피자 증가 문제,[145] 특정 종교에 대한 우대 문제[146]가 논의되었다. 둘째, 병역법 및 예비군법 처벌조항의 '정당한 사유'에 관해서는, 법관의 자의적 해석 금지[147]와 헌법상 '국방의 의무'의 정의에 합치되는 해석 요청[148]이 대법원의 기존 해석 유지 논거로 제시되었고, 형사법에 관한 자연스러운 해석[149]과 양심적 결정에 대한 심사 가능성,[150] 객관적・주관적 사유 간 경계의 모호성[151]이 대법원의 기존 해석 변경 논거로 제시되었다. 그리고 '정당한 사유'에 대한 해석이 대체복무제 도입 여부에 따라 달라질 수 있는지에 관해서도 다투어졌다. 셋째, 양심의 자유와 국가안보에 대한 이익형량의 기준에 관해서는 양심의 자유의 우선성에 관한 철학적 논거[152]와 양자 간 이익형량의 가능성[153] 그리고 실증적 근거를 바탕으로 한 법익 균형성 심사 문제[154]에 대한 질의와 응답이 이루어졌다. 넷째, 구체적 타당성 문제와 관련해서는, 피고인들의 양심적 결단의 시점과 입증 문제,[155] 입법의 불비에 따른 불이익을 국민 개인에게 부담시키는 문제,[156] 대체복무제 도입 전후 양심적 병역거부자

밝혀둔다(조희대 대법관은 질의(1:04:00) 중 공개변론에서의 역할 분담에 대하여 언급하였음).

143) 박상옥 대법관의 질의 내용(13:50) 참조.
144) 조희대 대법관의 질의 내용(59:37) 참조.
145) 조희대 대법관의 질의 내용(59:37) 참조.
146) 조희대 대법관의 질의 내용(57:10) 참조.
147) 조희대 대법관의 질의 내용(1:04:00) 참조.
148) 조희대 대법관의 질의 내용(53:26) 참조.
149) 김재형 대법관의 질의 내용(23:13) 및 김선수 대법관의 질의 내용(1:42:07) 참조.
150) 김재형 대법관의 질의 내용(29:00) 참조.
151) 김선수 대법관의 질의 내용(1:42:07) 참조.
152) 권순일 대법관의 질의 내용(1:06:37) 참조.
153) 김재형 대법관의 질의 내용(2:32:10) 참조.
154) 조재연 대법관의 질의 내용(1:47:53) 참조.
155) 민유숙 대법관의 질의 내용(43:27) 참조.
156) 노정희 대법관의 질의 내용(2:59:00) 참조.

의 법적 지위의 형평성 문제[157]가 제기되었다.

아래에서는 2018년 헌법재판소결정 후 대체복무제 도입 전까지 양심적 병역거부자를 현행 병역법 제88조 제1항 또는 예비군법 제15조 제9항에 따라 처벌할 것인지 여부에 관한 공개변론 내용에 대한 인지적 분석을 수행한다. 논의의 편의를 위해서 이 과도기에 대법원의 종전 판례에 따라 양심적 병역거부자를 처벌해야 한다는 입장을 '양심실현지연론'으로, 이 과도기라도 위헌적 상황을 제거하기 위해서 양심적 병역거부자를 처벌해서는 안 된다는 입장을 '양심실현승인론'이라고 부르자.

2) 양심실현지연론

검사 측 참고인은 '강한 양심실현지연론'을 주장하였다. 김재형 대법관은 검사 측 참고인에게 "대체복무제가 도입되어 있는지 [여부]에 따라서 … 양심의 자유[의] 보장 여부를 달리 한다는 것"이 양심의 자유의 본질적 내용 침해 금지라는 헌법적 이념에 비추어 타당하지 않다는 취지의 질의를 하였다.[158] 이에 검사 측 참고인인 장영수 교수는 양심적 병역거부자의 양심적 결단은 객관적으로 도덕적 정당화를 거치지 않은 주관적 소신이라는 전제로부터 이러한 주관적 소신으로서의 양심을 어느 범위까지 보호해야 하는지는 국민들의 수용 가능성과 관련되어 있다는 의견을 제시하였다. 그는 이어서 이와 같은 주관적 소신에 대한 보호가 정당화되기 위한 조건으로 주관적 소신의 정당성 입증과 양심적 병역거부의 허용이 특혜가 되지 않도록 하는 조치를 제시하면서 이와 같은 조치인 대체복무제가 도입되기 전에는 양심적 병역거부를 법적으로 허용해서는 안 된다는 의견을 피력하였다.

> (검사 측 참고인, 36:11) … 가장 중요한 조건[은] 그것을 … 객관적으로 입증하는 것[과] … 그것이 그것을 주장하는 사람들의 특혜가 되지 않도록 하는 것[이다.] … 특혜가 되지 않도록 하기 위한 절대적인 조건[인] … 합리적인 대체복무를 전제했었을 때 … [양심이] 정당한 사유로 인정이 될 수 있는 것이지 그렇지 않다면 인정하기가 곤란한 것이[다.]

157) 노정희 대법관의 질의 내용(2:59:00) 참조.
158) 김재형 대법관의 질의 내용(37:54) 참조.

검사 측 참고인은, 기본권의 최대 보장이라는 당위와 실제 여건에 따라 보장의 정도가 달라진다는 현실 사이에서 법해석은 끊임없이 변화하게 된다는 점을 전제하고 대체복무제가 도입되기 전에 양심적 병역거부를 허용하는 경우 불합리한 결과가 나오지 않도록 그 결과를 예상・고려하는 목적론적 해석이 필요하다고 주장하였다. 아래 발언을 살펴보면, 참고인은 병역법 및 예비군법 처벌조항의 해석에 있어서 양심적 병역거부자에 대한 무죄판결로 현역복무자들이 느끼게 될 상대적 박탈감을 고려해야 한다고 주장하였다.

> (검사 측 참고인, 40:05) 지금 온 국민이 양심적 병역거부 문제에 대해서 … 다른 한 쪽이 매우 심각한 피해를 입는 경우는 생기지 않을까 그런 관심들[을 가지고 있다고] 생각합니다. … 양심적 병역거부에 대해서는 아직도 이해하지 못한다는 국민들이 다수입니다. … 최근에 달라진 점은 … 대체복무제를 전제한다면 … 다른 일로써 무언가 기여하고 그 이상의 부담을 진다면 그것은 납득하겠다[는 생각이 늘었다는 것이다]. … 현역복무자들의 인권 [문제], 형평성의 문제, 평등의 침해 문제는 어떻게 되느냐? … 지금 대법원 [무죄 판결]이 내려지고 나서 대체복무제 도입되기까지의 … 기간 동안에 현역복무자들[이] … '저 사람들은 대체복무도 안 받은 상태에서 군대를 사실상 면제 받았다.'[라고 생각하면] … 그런 맥락에서 이 대체복무제 있는 상태에서의 양심적 병역거부 인정에 대한 법적 판단과 대체복무가 없는 상태에서의 양심적 병역거부에 대한 법적 판단은 다를 수 있고 달라져야 한다는 것이 저의 생각입니다.

박상옥 대법관도 질의를 통해서 대체복무제 도입 전에는 병역법 및 예비군법 처벌조항에 따라 양심적 병역거부자를 처벌해야 한다는 검사 측 참고인의 의견과 유사한 의견을 제시하였다(강한 양심실현지연론). 박상옥 대법관은 형벌이란 실정법 위반에 대한 공적 제재라는 점을 강조하고 대체복무제 도입 전까지는 병역법 및 예비군법 처벌조항은 합헌적 실정법이므로 해당 처벌조항에 따른 처벌은 실정법 준수에 따른 당연한 결과라는 논지를 펼친다. 아울러 병역법위반죄 또는 예비군법위반죄로 복역하더라도 양심적 병역거부자는 자신의 신념을 유지할 수 있으며 그와 같은 상황이 자신의 신념의 진지성을 방증하는 것이라는 의견도 제시되었다.

(박상옥 대법관, 1:58:42) … 형벌이라고 하는 것은 실정법 위반에 대한 그런 공권의 제재거든요. … 대체복무제가 법률적으로 제도적으로 도입되지 아니한 그런 규범적 상태에서 병역의무를 거부하기 때문에 그와 같은 실정법 위반에 대해서 징역형을 부과해서 복역을 하게 되었습니다. … 대체복무제도가 없기 때문에 … 국가로서는 실정법 위반에 대한 그런 법률에 근거해서 형벌을 가하는 것이[고] … 여호와의 증인은 … 실정법[을] 위반해서 복역을 했을 뿐 본인의 종교적 신념은 유지할 수 있고, 또 더 강건해질 것입니다. … 그렇다고 하면 [복역에 따른 부작용에 대한] 보안장치가 있다고 하면 본질적 요소가 침해된 것으로 볼 수 없다는 것인지, 아니면 그와 같은 상태에서도 어떤 점에서 과연 종교적 신념을 가진 피고인들이 본질적인 종교의 자유 혹은 양심의 자유의 부분이 침해되었다고 하는 것인지, 그 의견을 말씀해 주시기 바랍니다.

한편 조희대 대법관과 이기택 대법관은 대체복무제가 도입될 때까지 당해 사건에 대한 판단을 유보하자는 '약한 양심실현지연론'을 제시하였다. 조희대 대법관은 피고인 측 변호인에게 피고인들의 입장이 "나는 대체복무가 무엇이[든] 지금 당장 무죄를 선고받고 대체복무에서 빠지겠다."라는 것인지, 아니면 "조금 더 기다렸다가 대체복무제도가 시행되면 그때 대체복무를 하면 되지 내가 굳이 무죄 판결까지 요구하는 것은 아니다."라는 것인지 질의하면서 대체복무제 도입 시까지 재판을 유보할 수 있는 가능성을 내비쳤다.[159] 이기택 대법관은 질의의 형식을 통해 재판 유보의 취지와 그 결과를 다음과 같이 좀 더 명료하고 구체적으로 밝히고 있다.

(이기택 대법관, 1:32:49) … 지금 현행법은 대체복무제도가 없습니다. … 대체입법 … 이후로 이 재판을 미루게 된다면 … 대체복무를 이행하지 않게 될 … 양심의 가책 … 없이 피고인들이 원하는 법적 지위를 얻을 수도 있다 … 입법이 마련된 이후에 이 피고인들이 원하는 대로 대체복무 해당자가 된다면 이 사건은 형사재판을 할 필요도 없어지게 되죠. 그러니까 형사 피고인의 지위도 없는 … 가장 명예로운 길이 아닌가 생각되는데, … 무죄 판결 받아야 하고 대체복무를 이행할 의사가 있다 하는 피고인의 입장을 법적으로 가장 잘 수용하는 방법은 대체복무제도가 도입된 이후에 이 사건 재판에서 무죄를 하거나 검찰에서 공소를 취소하거나 하는 것이 … 아닌가 ….

159) 조희대 대법관의 질의 내용(1:04:40) 참조.

3) 양심실현승인론

공개변론 과정에서 양심실현승인론에 해당하는 의견을 제시한 대법관들은 처벌조항이 합헌이라고 해서 대체복무제가 도입되기 전에는 양심적 병역거부자에게 처벌조항을 적용하는 것은 위헌적 상태를 지속시키는 것이라는 데 의견을 같이 하면서 양심실현지연론에 따른 부당한 결과를 지적하였다. 이러한 입장은 병역종류조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정과 처벌조항 해석 변경의 필요성을 시사하는 재판관 6인의 의견을 고려한 것으로 보인다.

이동원 대법관은 양심실현지연론은 위헌적 상태를 유지하게 되는 결과를 만든다고 지적하였다. 그는 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정으로 대체복무제 도입 전에 현행 처벌조항의 '정당한 사유'를 종래의 대법원 판례에 따라 천재지변이나 질병과 같은 병역의무자의 책임 없는 객관적 사유로 한정하여 해석하여 양심적 병역거부자를 처벌하는 것은 위헌적 상태를 유지한다는 취지의 의견을 제시하였다. 이동원 대법관의 질의는 2004년 전원합의체판결의 다수의견이 보여준 논증, 즉 대체복무제 도입에 대한 광범위한 입법형성권으로부터 곧바로 처벌조항의 '정당한 사유'를 객관적 사유에 한정하는 해석이 헌법적으로 허용된다는 결론을 도출한 데에 대한 문제의식을 잘 보여준다. 여기에서 2004년 전원합의체판결과 확연히 구별되는 부분은 '정당한 사유' 해석 문제를 다루면서 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정에 근거할 뿐 대체복무제 도입 가능성에 대한 논증을 거치지 않는다는 점이다.

> (이동원 대법관, 2:05:20) 헌법재판소가 최근 결정에서 '대체복무제를 규정하지 않는 병역법에 병역종류조항은 헌법에 불합치한다.'[라는] 결정을 했습니다. 하지만 이 사건 처벌조항에 대해서는 … 재판관 중에 네 분은 '양심적 병역거부자를 처벌하는 부분은 헌법에 위반된다.'[라는] 의견을 제시[했고,] 다른 두 분은 '대체복무제가 규정되어 있지 아니한 상황에서 양심적 병역거부자를 처벌한다면 과잉금지원칙을 위반하여 헌법에 위반되기 때문에 양심적 병역거부는 처벌조항에서 이야기하는 정당한 사유에 해당하는 것으로 보아야 한다.'[라고] 이야기하고 있습니다. … 이 사건 [처벌조항]은 결국은 해석의 영역이기 때문에 위헌결정을 하지는 않았습니다만, 헌재의 결정 취지를 보면 그 이유에서 무엇인가 분명한 메시지를 주고 있습니다. … [이 두 분은] 합헌적 법률해석이라는 것이 아니고, '헌법 전체적인 입장에서 봤을 때 헌법적 시각

에서 봤을 때 이런 것은 정당한 것으로 봐야 된다.'[라는] 의견이거든요. … 검찰의 입장에서만 보면 어떤 객관적 사정이라고 하는 증명될 수 있는 영역에서의 사정만이 정당한 사유라고 이야기하고 있는데 ….

노정희 대법관은 국가의 의무 방기라는 측면에서 양심실현지연론은 입법의 불비에 따른 불이익을 양심적 병역거부자인 국민 개인에게 전가하는 결과를 만든다고 비판하였다. 그리고 그는 양심실현지연론 중 대체복무제 도입 전 무죄 선고가 '특혜'라는 부분은 위헌적 병역종류조항을 근거로 한다는 점에서 본말이 전도되었다고 지적하였다.

(노정희 대법관, 2:59:00) … [검사 측] 참고인께서 여러 차례에 걸쳐서 대체복무제가 시행되지 않은 상태에서 정당한 양심적 병역거부자들에게 정당한 사유를 인정하여 무죄를 선고하는 것은 특혜로 받아들여질 우려가 높다[는] 말씀을 하셨습니다. 그런데 … 헌법재판소에서 병역종류조항에 대체복무를 규정하지 않은 것은 위헌적이라고 보아서 헌법불합치결정을 했습니다. 그러면 … 위헌적 상태를 기준으로 해서 양심적 병역거부자에게 정당한 사유를 인정하는 것은 특혜[라고] 하면 뭔가 본말이 뒤바뀐 것은 아닌가 하는 의문이 있을 수 있고, … 위헌적 상태를 그대로 놓아둔 … 데에 따른 불이익을 국민에게 전가하는 것 아닌가 하는 의문도 있을 수 있을 것 같습니다. 그에 대한 견해는 어떠신가요?

검사 측 참고인은 이와 같은 지적에 대하여 양심적 병역거부자에 대한 처벌 문제는 거부자의 법익뿐만 아니라 현역복무자의 법익도 고려해야 하기 때문에 단순하게 헌법불합치결정과 문구의 해석을 결합하여 논리적 해결할 수 없는 문제라고 대응하였다.[160]

노정희 대법관은 양심실현지연론이 가지는 또 다른 문제점으로 입영통지 또는 예비군훈련통지 시기에 따라 양심적 병역거부자의 법적 지위가 달라지는 형평성 문제

160) 참고로 검사 측 참고인은 헌법재판소가 병역종류조항에 대해 단순위헌결정 대신 헌법불합치결정을 내린 이유를 단순위헌결정을 내렸을 때 현역복무자들의 인권 문제가 생길 수 있기 때문이라고 해석하였다. 그런데 이와 같은 해석은 타당하지 않아 보인다. 병역종류조항에 대해 헌법불합치결정을 내린 이유는 단순위헌결정시 해당 조항이 무효화됨으로써 병력형성을 할 수 없게 되는 결과를 방지하기 위함이다.

를 지적하였다. 다시 말해, 대체복무제 도입 시점을 기준으로 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌 여부가 달라진다면 입영통지나 예비군훈련통지 시기라는 우연적 요소에 의해서 양심적 병역거부자의 법적 지위가 달라질 수 있다는 것이다.

> (노정희 대법관, 3:00:00) … 국방부에서는 "헌법불합치 결정 이후에 소집유예 등을 할 의향이 있다." 이런 발표도 있었습니다. … 그러면 이제 입영대상자가 … 정책에 따라서 소집유예를 받고 나중에 대체복무가 병역조항에 포함된 상태에서 대체복무를 받는 사람들과 소집통지를 좀 먼저 받아서 입영거부자가 되어서 지금 법원의 판단을 받아야 하는 사람들과의 사이에 형평의 문제가 생긴다고 볼 수는 없겠습니까?

3) 양심실현지연론의 심층 구조 — '길'로서의 법

우리가 특정 사건을 구성요건요소들로 이루어진 법적 사태로 이해함에 있어서 내러티브는 부지불식간에 동원되는 매우 보편적인 인지적 기제이다.[161] 양심적 병역거부 사건 판결문의 사실관계를 보더라도 양심적 병역거부자가 특정한 종교적 신념이나 평화주의적 신념을 형성하고 그 진지한 신념을 병역거부라는 소극적 부작위로 외부에 표현하는 과정이 인과적 관계로 배열되어 있다. 이처럼 양심적 병역거부행위는 앞서 설명했던 '여행 내러티브'의 내적 구조로 쉽게 이해된다. 또한 대체복무제를 운용하는 대부분의 국가들에서 양심적 병역거부 신청 시 양심적 결정의 동기와 과정에 대한 설명을 요구하는 것도 내러티브를 통해 사태를 이해하려는 한 방편이라고 할 수 있다. 예를 들어, 연방대체복무청(Bundesamt für den Zivildienst: BaZ)을 두어 병역거부자 판정을 담당하게 하였던 독일의 경우 병역거부를 원하는 사람에게 '병역거부 신청서'와 함께 '이유서'와 '이력서'를 제출하도록 하였다.[162]

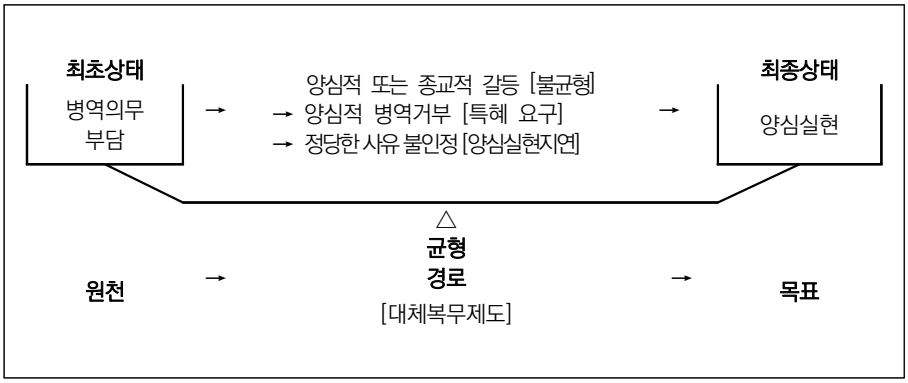
---

161) 인지심리학자 제롬 브루너(Jerome Bruner)는 *Making Stories: Law, Literature, Life* (New York: Farrar, Straus, and Giroux, 2002)와 *Minding the Law* (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 2000)에서 법적 사고의 내러티브적 성격을 탐구하였다. 그는 인지과학 혁명기부터 내러티브의 인지적 기능을 연구하였던 대표적인 학자로서 *Actual Minds, Possible Worlds* (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1986)와 *The Culture of Education* (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1996) 등의 대표작을 통해서 인간의 사고방식을 논리적 방식과 내러티브적 방식으로 나뉜다고 주장하였다.

162) 이하 독일의 병역거부 신청 관련 내용은 이재승, "독일의 대체 복무제", 프리드리히 에베르트 재단 주한 협력 사무소(2007), 4-5면 참조(http://library.fes.de/pdf-files/bueros/seoul/04556.pdf,

신청자는 이 이유서에 양심적 결정의 동기에 대한 ‘인격적이고 상세한’ 설명을 기재해야 한다. 이때 중요한 것은 양심적 결정의 ‘과정’을 분명하게 밝혀야 한다는 점이다. 또한 이력서에는 병역거부와 관련된 사항이 반드시 포함되어야 한다.

이처럼 기본적인 ‘여행 내러티브’의 내적 구조는 병역거부자의 양심상 결정 과정을 의미 있게 이해하는 데 유용하다. 그리고 이 ‘여행 내러티브’ 구조와 ‘균형’ 도식이 결합된 ‘변형된 여행 내러티브’ 구조를 통해서 양심적 병역거부 사건을 이해하는 경우 더 구체적인 추론이 가능해진다. 변형된 여행 내러티브로 양심적 병역거부를 도식화하면 다음과 같다(그림 3).



[그림 3] 양심적 병역거부에 관한 변형된 여행 내러티브 구조

변형된 여행 내러티브 구조의 관점에서 양심적 병역거부를 이해하고 양심적 병역거부자에 대해 예상되는 조치를 추론하여 양심실현지연론과 비교함으로써 이 변형된 여행 내러티브 구조가 양심실현지연론의 내적 구조로 작동하고 있다고 할 수 있는지 알아보자.

첫째, 변형된 여행 내러티브 구조 안에서 법은 주인공(양심적 병역거부자)이 지나야 하는 길(경로)에 사상되어 있다. 주인공인 양심적 병역거부자는 헌법과 법률이 정한 병역의무를 부담하는 최초상태에서 군사훈련을 받을 수 없다는 진지하고도 절

최종접속일 2018. 8. 20).

박한 양심상 갈등을 경험하고 이러한 불균형 상태를 해소하기 위해 양심을 실현하는 최종상태, 즉 군사훈련을 받지 않는 상태로 나아가려고 한다. 그런데 공개변론에서 알 수 있듯이 양심실현지연론은 양심적 병역거부자가 최종상태인 '양심 실현'을 달성하려면 대한민국 국민으로서 부담해야 하는 병역의무를 비군사적인 대체복무의 이행으로 갈음해야 한다고 본다. 이는 2004년 전원합의체판결이나 2004 · 2011년 헌법재판소결정에서 다수의견이 대체복무제 도입을 양심적 병역거부자의 양심실현을 위한 전제 조건으로 상정하였던 것과 동일한 논리이다. 이와 같은 이해는 위 내러티브 구조 안에서 대체복무제'법'을 양심적 병역거부자가 목적지까지 가는 '길'에 사상한 것으로 평가할 수 있다. '법은 길' 은유는 매우 관습화된 복합적인 개념적 은유이다. '법을 따른다'거나 '정도를 걷다'와 같이 법규칙과 관련된 익숙한 표현들은 '법은 길'이라는 개념적 은유를 매개로 의미 있게 이해된다.[163]

둘째, '법은 길' 은유가 여행 내러티브와 결합되면 여행 내러티브의 구성요소들과 법과 관련된 요소들이 은유적 관계를 맺음으로써 법에 관한 추론이 가능해진다. 법의 지배를 받는 수범자는 여행자에, 법에 의한 제약은 경로에, 법준수는 경로를 따르는 이동에 사상된다. 이와 같은 은유적 관계에 따라 대체복무'법'이라는 '길'이 놓이지 않는 한 양심적 병역거부자는 목적지에 도달할 수 없게 된다는 추론이 가능하다. 이러한 추론은 병역의무의 예외로서 대체복무제가 도입되기 전까지 양심적 병역거부자가 병역법위반죄 또는 예비군법위반죄의 책임에서 벗어나지 못한다고 보는 양심실현지연론의 결론과 같다. 다만, 약한 양심실현지연론은 병역법위반죄 또는 예비군법위반죄의 죄책을 묻기보다는 대체복무의 길이 열리기 전까지 판단을 중지하고 기다리는 전략을 구사한다는 점에서 강한 양심실현지연론과의 차이를 보인다.

셋째, 여행 내러티브 구조 안에서 '길이 없다'는 이유로 최종상태로의 이동이 승인되지 않더라도 여행자는 최초상태로 되돌아가지 않는다. 양심실현지연론은 양심적 병역거부자의 양심상 결정을 부정하고 강제로 병역의무를 이행하도록 하는 것이 아니라 양심상 결정을 실현시키는 데 조력하지 않는 것이다. 앞서 살펴본 공개변론에서 박상옥 대법관은 양심적 병역거부자들이 1년 6월의 복역기간을 마치면 병역의무가 면제된다는 점에서 처벌이 그들의 신념을 해치는 것이 아니라는 결과론적 주

163) Winter, 위의 책(주 117), pp. 206~207.

장을 제시하였다. 약한 양심실현지연론도 마찬가지로 양심적 병역거부자들에 대한 판결을 대체복무제 도입 시까지 유보한다고 해서 그들이 병역의무를 이행하는 상황이 아니므로 그들의 신념을 해친 것이 아니라는 결과론이다.

넷째, 여행 내러티브의 최초상태와 최종상태가 '균형' 도식에서 저울의 양 접시 위에 놓임으로써 양심적 병역거부의 양심상의 갈등은 중요하게 고려되지 않게 된다. 양심상의 갈등 또는 고통은 대체복무라는 길이 없음에도 불구하고 여행을 감행하게 만든 강력한 동기라는 점에서 여행 내러티브 구조 안에서는 이동의 원동력으로 이해되기 때문에 균형 도식의 어느 쪽 접시에도 놓이지 못한다. 최종상태가 놓인 접시 쪽에는 양심 실현이라는 개인적인 목표 달성에 따른 만족감이 올 것이다. 반면에 최초상태가 놓인 접시 쪽에는 양심적 병역거부자가 자신의 병역의무를 회피함으로써 발생하는 다양한 부정적 결과들이 담긴다. 공개변론에서는 그 부정적 결과로 군의 사기 저하, 양심적 병역거부를 빙자한 병역기피자 증가, 양심적 병역거부자의 병역형성의무 전가, 특정 종교 우대 문제가 제시되었다.

결국 여행 내러티브 구조의 관점에서 양심적 병역거부 사건을 이해하면 양심적 병역거부자는 대체복무라는 '길이 없는 상황'에서 적법 영역을 이탈하여 무리하게 양심 실현이라는 목표를 향해 이동하려고 하는 '무모한 여행자'가 된다. 또한 균형 도식의 관점에서 양심적 병역거부 사건을 이해하면 양심적 병역거부자는 자신의 양심 실현이라는 개인적 목표를 위해서 최초상태 쪽으로 한참 기울어진 불균형을 해소시켜야 하는 문제에 봉착해 있는 사람이다. 이 두 가지를 결합하면, 대체복무제가 도입되지 않은 상황에서 양심적 병역거부자는 적법행위(병역의무의 이행)를 하지 않는 심각한 불균형을 해소하지 않은 채 개인적 목표(양심의 실현)에 도달할 수 있게 해달라고 요청하는, 즉 '특혜를 요구하는 사람'으로 이해된다.

4) 대안적 은유의 모색 — '문'으로서의 법

지금까지 살펴본 바에 따르면, 양심실현지연론이 암묵적으로 전제하고 있는 양심적 병역거부에 대한 이해는 '양심적 병역거부는 여행' 내러티브 구조를 바탕으로 하고 있음을 알 수 있다. 그리고 이러한 내러티브 구조 안에서 법원은 양심적 병역거부자의 양심 실현에 대한 최종적인 심사자로서의 역할을 수행하게 된다. 그러나 양

심적 병역거부에 대한 이러한 개념적 은유는, 양심적 병역거부자가 현행 사법 관행 하에서 강력한 형사처벌을 예상하면서도 병역의무 이행 거부라는 양심적 결단을 내릴 수밖에 없었던 양심상의 심각한 갈등, 즉 정체성이 무너질지도 모른다는 실존적 절박함을 제대로 반영하지 못한다. 물론 개념적 은유의 부각과 은폐 기능으로 말미암아 개념적 은유가 현실을 그대로 모사하는 것은 아니다. 그렇다고 하더라도 어떤 대상에 대한 개념적 은유와 그 대상의 실제적인 모습 간의 괴리가 심각하다면 그 개념적 은유는 그 대상에 대한 이해의 틀로서 제대로 기능할 수 없을 것이다.

그렇다면 '여행으로서의 양심적 병역거부'와 '길로서의 법'이라는 개념적 은유에 대한 대안은 무엇인가? 피고인들이 처한 구체적인 상황과 대법원의 판결로 그들이 처하게 될 구체적인 상황에 천착하는 이해 방식에서 그 대안적 은유의 가능성을 찾을 수 있을 것으로 보인다.

앞서 살펴본 노정희 대법관은 대법원이 병역법 및 예비군법 처벌조상의 '정당한 사유'에 대해 대체복무제 도입 전후로 법원이 다른 판단을 하게 되면 입영통지 및 예비군훈련통지 시기라는 우연적 요소에 의해 양심적 병역거부자의 법적 지위에 현격한 차이가 야기되는 구체적 형평성 문제를 제기하였다. 위 '정당한 사유'에 대한 헌법재판소의 합헌결정을 형식적으로 받아들여 대체복무제 도입 전까지 기존의 대법원 판례를 고수한다면 양심적 병역거부자가 전과자라는 이유로 직업 및 사회생활에서 큰 제약을 받고 있는 위헌적 상황은 개선되지 않을 것이다. 그리고 민유숙 대법관은 피고인들의 양심상 결단의 진지함과 절박함에 대한 입증 문제에 관해 다음과 같이 질의하였다.

> (민유숙 대법관, 43:27) 병역법위반 사건의 피고인들이 병무청으로부터 입영통지서를 받기 이전에 이미 본인이 병역의무를 이행할 수 없을 정도로 확고한 양심과 신념의 결단을 하고 있다는 행동이나 의견표명을 한바가 혹시 있는지, 있다면 어떤 내용이었는지, 만약에 그 이전부터 그러한 행동이나 의견표명을 한바가 없다면 이와 같이 본인의 표명이 종전에 없었지만 현재의 병역거부는 피고인들의 양심적 결단에 의한 것이라는 그 점을 어떻게 법원을 설득시킬 연결고리를 만들어서 주장하시고자 하는 것인지 그 부분에 대해서 답변을 부탁드리겠습니다.

이에 변호인인 이창화 변호사가 병역기피와 양심적 병역거부 판별의 중요성에 대하여 설명하자, 민유숙 대법관은 설명을 중단시키고 질문의 취지가 일반론이 아닌 이 사건의 구체적인 사실관계를 듣는 데 있다고 밝혔다.[164] 재판장 김명수 대법관도 같은 취지로 이 사건 피고인들이 양심상 결단에 관해 제출한 자료가 무엇인지 질의하였다. 이에 또 다른 변호인인 오두진 변호사는 각 사건 피고인들의 사정에 관하여 진술하였다.

> (오두진 변호사, 47:41) 이 사건 피고인들은 법정에서 계속 그런 질문을 받고 또 그 자신의 신념 체계에 대해서 충분히 설명을 했고 … 2심에서 무죄를 받은 김○○ 피고인의 경우는 사실 자신의 신념의 깊이도 충분히 입증했다고 보이고 또 그의 경우는 또 하나의 사실관계가 그의 형 둘이 이미 대법원에까지 상고를 해서 다 유죄 판결까지 받고 투옥이 된 그런 경우였습니다. 그래서 그런 불이익한 상황을 다 보고도 자기가 그 길을 걷겠다고 결정을 내린 것 자체가 사실 많은 재판부에서 양심의 진지함을 인정한 것이 주변에서 그렇게 1년 6월 감옥행을 계속 택하는데도 그런 결단을 내린 것 자체가 어떤 입증을 어느 정도 했다고 여겨지는 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다.

공개변론 사건이 규범통제를 목적으로 하는 헌법재판 사건이 아니라 구체적인 법적 판단을 목적으로 하는 형사재판이라는 점에서 구체적인 사실관계 및 구체적 타당성에 중점을 둔 접근 방식이 적절하다. 인지적 관점에서 이러한 접근 방식은 판단의 초점을 양심적 결단에 맞추게 함으로써 '여행으로서의 양심적 병역거부' 및 '길로서의 법' 은유 구조 안에서 적법행위를 거부하는 동기로만 이해되었던 양심상의 갈등과 고통을 이익형량에 고려하도록 만든다. 예를 들어, 삼형제가 모두 양심적 병역거부로 형사처벌 되는 인간적 불행이 피고인의 양심의 진지성을 방증하여 2심에서 무죄 판결을 받았다는 변호인의 구체적인 설명은 피고인의 병역거부가 개인적 욕구의 관철이나 특혜 요구로 이해되기에는 충분하지 않음을 잘 말해준다.

'여행으로서의 양심적 병역거부'에 대한 대안적 은유로 '선택으로서의 양심적 병역거부'를 생각해볼 수 있다. 여행 구조에서도 균형 도식이 활용된다. 그러나 여행 구조 안에서 균형 도식은 이익형량에 고려되는 항목을 제한하는 부작용이 있었다.

164) 민유숙 대법관의 질의 내용(44:58) 참조.

이에 반해서 양심적 병역거부를 균형 도식에만 사상하는 경우 양심상 갈등과 고통이 이익형량의 한 쪽 접시에 놓이게 된다. 이처럼 양심적 병역거부자들이 겪는 고통을 생생하게 고려하면 할수록 '정당한 사유'에 대한 기존 해석이 그들의 양심의 자유를 제한하는 정도는 더욱 크게 평가될 수 있다.[165] 또한 대체복무제가 도입되지 않은 상황은 이동의 경로의 부재로 이해되기보다는 이익형량의 또 다른 쪽 접시에 놓이는 고려 사항이 된다. 이로써 제도적 문제와 개인의 기본권이 같은 수준에서 비교된다.

'선택으로서의 양심적 병역거부'로 양심적 병역거부를 이해하는 경우 '길로서의 법'에 대한 대안으로 '문으로서의 법'을 고려할 수 있을 것이다. 2004년 헌법재판소 결정에서 전효숙 재판관과 김경일 재판관은 반대의견을 제시하면서 "소수자인 양심적 병역거부자들의 신념을 존중하고 가능한 한 수용하는 것은 우리 사회를 보다 성숙되고 발전된 방향으로 나아가게 하는 길이 될 것"[166]이라고 설시하였다. 이 표현에서도 알 수 있듯이 대체복무제가 도입되면 양심적 병역거부자가 목적지로 갈 수 있는 길이 생기는 것이 아니라 양심적 병역거부자의 신념을 '존중'하는 것이 우리 사회가 나아가는 길이 되는 것이다. 다시 말해, 법원은 양심적 병역거부자의 양심적 결단을 존중하고 그들이 목적지로 나갈 수 있도록 '문'을 만들어주는 것이다. 이 법의 문으로 나아간 양심적 병역거부자들이 목적지에 도달할 수 있도록 대체복무제를 마련하는 것은 입법부와 정부가 분담해야 하는 제도적 몫으로 남는다. 그리고 입법부 및 정부가 자신의 역할을 제대로 수행하는 데 있어서 국민적 공감대를 이끌어낼 필요가 있다. 이와 같은 일련의 과정은 앞서 살펴본 민주주의 요청에 부합하는 합의 도달 과정이라고 할 수 있다. 이런 점에서 법원은 양심적 병역거부자뿐만 아니라 대체복무제와 관련된 이해당사자들에게도 법의 문을 열어준다. '문으로서의 법'에서 법원은 '선량한 문지기'의 역할을 담당하게 된다. 선량한 문지기로서 법원의 역할은 성전환자의 공부상 성별 정정 사건과 같이 소수자의 기본권 실현 문제에서 두드러지게 발견된다.[167]

165) 김도균, 위의 논문(주 65), 98면.
166) 헌결 2004. 8. 26. 2002헌가1(반대의견).
167) 강태경, 위의 논문(주 115), 229-232면.

이익형량의 심층적 구조로 '선택으로서의 양심적 병역거부'와 '문으로서의 법'이라는 대안적인 개념적 은유를 수용한다면 기본권 제한과 관련된 이익형량에서 자주 발견되는 범주 오류를 방지하여 양심적 병역거부에 대한 관용의 한계를 확정하는 데 기여하는 바가 있을 것이다. 개인의 기본권 제한에 관한 이익형량의 구조는 흔히 '공동체 이익'과 '개인 이익' 중 어느 것이 우선적인가와 같이 대립 구도를 띤다.[168] 그러나 이와 같은 대립 구도에서 비교되는 이익의 주체인 '공동체'와 '개인'은 같은 층위에서 비교될 수 없다. 왜냐하면 개인은 매우 구체적인 주체지만 공동체는 매우 추상화된 관념적인 주체이기 때문이다.[169] 그럼에도 불구하고 앞서 살펴본 여행 내러티브 구조 안에서 양자가 같은 수준에서 비교되며 사건 당사자인 양심적 병역거부자의 구체성은 상당부분 은폐된다. 하지만 대안적 구조 안에서는 구체적인 사건 당사자의 결단에 초점이 맞춰짐으로써 양심적 병역거부자 개인이 가지는 기본권 주체성이 부각된다. 그렇다면 양심실현지연론에서 제기될 수 있는 논거였던 현역복무자의 박탈감도 구체화되어 비교되어야 한다. 다시 말해, 대체복무제 도입 전에 양심적 병역거부를 허용하는 경우 현역복무자들이 느낄 것으로 예상되는 상대적 박탈감이라는 부정적 결과도 여행 내러티브 구조에서처럼 공동체 이익의 침해라는 고도로 추상화된 수준에서 논의되는 것이 아니라 구체적인 개별 병사들의 정서적 반응에 대한 예측으로 측정되어야 한다. 범주 오류에서 탈피한 구체적 형량은 양심적 병역거부에 대한 관용의 한계, 즉 평등한 자유의 침해 정도를 가늠하는 데 필수적이다. 이처럼 양심적 병역거부와 관련된 이해당사자들의 구체적인 기본권 주체성을 부각시키는 대안적 은유 구조는, 양심적 병역거부자와 그 외의 다른 병역의무자라는 '기본권 주체들 사이의 헌법적 지위를 왜곡시키지 않도록'[170] 하는 이점이 있다.

168) 이민열, 기본권 제한 심사의 법익 형량(경인문화사, 2016), 383면.

169) 이민열, 위의 책(주 168), 384-390면은 기본권 제한과 관련된 이익형량에서 빈번히 발결되는 범주 오류를 지적하고 헌법상 법인균형성 심사를 위한 전제로서 형량의 대상이 되는 기본권 주체들의 추상 수준을 맞춰야 한다고 밝힌다.

170) 이민열, 위의 책(주 168), 400-401면.

Ⅴ. 결론

2014년 전원합의체판결을 계기로 양심적 병역거부에 관한 사회적 공론화가 본격화된 결과 2018년 병역법 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정이 내려짐으로써 우리 사회는 양심적 병역거부권을 인정하고 대체복무제를 도입할 수 있는 여건이 마련되었다. 이에 병역법 및 예비군법 처벌조항을 양심적 병역거부자에게 일률적으로 적용하여 처벌하는 위헌적 상태는 제거되어야 한다. 대법원은 양심적 병역거부 사안에서 병역법 제88조 제1항 및 예비군법 제15조 제9항의 '정당한 사유'를 소극적으로 해석한 나머지 양심적 병역거부자의 확고한 평화주의적 신념의 실현 가능성을 애초에 봉쇄하고 마치 범죄성립 배제사유가 규정되어 있지 않은 것과 같은 부당한 결과를 만들어내던 관행을 이제는 바꿔야 할 때이다.

병역법 및 예비군법 처벌조항의 '정당한 사유'는 범죄의 성립 여부를 결정짓는 불확정개념이라는 점에서 소극적 부작위에 의한 양심실현이 '정당한 사유'에 해당하는지 여부는 규범조화적 해석에서 따라 기본권 우호적으로 결정되어야 한다. 이를 위해서 대법원은 양심적 병역거부라는 진지한 결단의 헌법적 무게와 그러한 진지성을 존중하는 방향으로 나아가는 우리 사회의 긍정적 변화, 양심적 병역거부권의 근거로서의 국제인권규범에 대한 존중 필요성 그리고 법의 통합성 요청 등을 종합적으로 고려해 규범적 조화점을 찾아야 한다. 이 규범적 조화점은, 아르투어 카우프만(Arthur Kaufmann)의 '관용의 정언명령'이 말하듯 인간적 불행을 가능한 많이 피하거나 줄일 수 있도록 궁리되어야 할 것이다.[171] 양심적 병역거부자들이 겪어왔던 인간적 불행을 끝낼 수 있도록 '법의 문'을 여는 사법적 결단은 진정한 양심적 병역거부자와 그렇지 못한 자를 가려낼 수 있는 엄격한 사전심사와 사후관리가 가능한 합리적 대체복무제도를 설계하는 데 크게 기여함으로써 자유민주주의의 확립과 발전에도 큰 도움이 될 것이다.[172]

---

171) 아루투어 카우프만, 법철학, 김영환 역(나남, 2007), 378-381면. 카우프만은 다원주의사회에서 법의 역할에 대하여, "법은 인간에게 행복을 선물하는 방식으로가 아니라 오직 인간의 불행과 고통을 제한하는 방식으로만" 사회정의를 불완전하게나마 보장할 수 있다는 점에서 "너의 행위의 결과가 인간의 불행을 가능한 최대로 회피하거나 줄이는 것과 양립할 수 있도록 행위하라."는 '관용의 정언명령'이야말로 법이 추구해야 할 이념이라고 설파한다(같은 책, 703-704면).

172) 헌결 2011. 8. 30. 2007헌가12, 2009헌바103(한정위헌의견).

참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

안경환・장복희 편. 양심적 병역거부. 사람생각, 2002.

한인섭・이재승 편. 양심적 병역거부와 대체복무제. 경인문화사, 2013.

이상돈. 헌법재판과 형법정책. 고려대학교출판부, 2005.

이민열. 기본권 제한 심사의 법익 형량. 경인문화사, 2016.

아르투어 카우프만 저. 법철학. 김영환 역. 나남, 2007.

조지 레이코프・마크 존슨. 몸의 철학: 신체화된 마음의 서구 사상에 대한 도전. 임지룡・윤희수・노양진・나익주 역. 박이정, 2002.

_____. 삶으로서의 은유, 수정판. 노양진・나익주 역. 박이정, 2006.

프란츠 카프카. 법 앞에서. 전영애 역. 민음사, 2017.

(2) 논문

강승식. "양심의 자유의 제한과 그 한계". 원광법학 29(3)(2013): 69~93.

강현철. "헌법상 양심의 자유에 기초한 병역거부자에 대한 입법론적 고찰". 아주법학 4(1)(2010): 29~60.

강태경. "법적 추론에 대한 인지적 분석방법 : 윈터(Steven L. Winter)를 중심으로". 서울대학교 박사학위논문, 2014.

_____. "법적 추론에 대한 비판적 분석으로서의 인지적 분석: 성전환자의 공부상 성별 정정 사건을 중심으로". 서울대학교 법학 55(4)(2014): 193~240.

김도균. "법적 이익형량의 구조와 정당화문제". 서울대학교 법학 48(2)(2007): 31~115.

김두식. "양심에 따른 병역거부 70년의 회고와 전망". 인권과 정의 367(2007): 43~58.

김명재. "양심의 자유와 병역의무 - 2004. 8. 26. 2002헌가1 결정에 대한 평석". 공

법학연구 8(3)(2007): 215~240.

김세균 · 공석기 · 임재성. “양심적 병역거부자, 어떻게 할 것인가?: ‘대체복무제도에 대한 전문가 의식조사’를 중심으로”. 한국사회과학 30(1)(2008): 3-43.

김예영. “하급법원과 대법원, 헌법재판소의 관계에서 본 양심적 병역거부 문제”. 사법 1(38)(2016): 215~262.

나달숙. “양심의 자유와 양심적 병역거부에 관한 연구”. 이화여자대학교 박사학위 논문, 2005,

_____. “양심적 병역거부 해결방향“, 법학연구24(2006): 1~36.

_____. “양심적 병역거부와 대체복무 —헌재 2004.8.26. 2002헌가1 결정을 중심으로—”. 인권과 정의 359(2006): 133~174.

_____. “양심적 병역거부의 국제적 논의와 현황”. 토지공법연구 41(2008): 453~479.

나태종. “한국군에 있어서 병역의무 이행에 관한 철학적 논의와 병역정책의 발전”. 한국동북아논총 16(4)(2011): 149~170.

류기환. “양심적 병역거부에 대한 비범죄화 가능성”. 법학연구 52(2013): 209~227.

류지영. “양심의 자유로서의 병역거부의 불법성 —헌법과 형법목적의 관점으로—”. 法學論文集 40(2)(2016): 247~277.

문수현. “전후 서독의 양심적 병역거부에 대한 논의”. 역사와 문화 17(2009): 106~133.

문재태. “양심적 병역거부에 관한 법적 검토 —대체복무제도의 도입 방안을 중심으로—”. 법이론실무연구 5(1)(2017): 177~203.

미우라 히로키. “정치적 갈등상황에서 공적 이성의 형성과 한계 : 양심적 병역거부 문제의 사례를 중심으로”. 한국정치학회보 43(4)(2009): 73~98.

박찬걸. “양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부”. 한양법학 23(2)(2012): 61~98.

박찬운. “양심적 병역거부 —국제인권법적 현황과 한국의 선택—”. 저스티스 141(2014): 5~30.

박 철 · 정정균 · 김진환. “병역법 제88조 제1항 위반에 따른 형사처벌 타당성에 관

한 연구". 융합보안 논문지 17(4)(2017): 39~46.
서창록・유영수. "민주주의 국가의 인권 정치 : 한국과 스페인의 양심적 병역거부권 인정 문제를 중심으로". 국제정치논총 57(3)(2017): 355~388.
신규하. "헌법상 양심적 병역거부권 논의".법학연구 24(3)(2016): 117~134.
신상준・이상경. "'양심의 자유'에 관한 헌법재판소 결정의 비판론적 검토". 서울법학 24(4)(2017): 163~200.
신운환. "'양심적 병역거부'라는 용어의 적절성 여부 검토와 대체 용어의 모색에 관한 소고 —행정법학의 차원에서, 국방인력의 확보에 미칠 영향을 고려하여—". 행정법연구 46(2016): 389~415.
오승철. "부작위에 의한 양심실현의 자유 —양심적 부작위는 거의 절대적으로 보호되어야 한다—". 헌법학연구 15(2)(2009): 301~333.
윤영미. "양심의 자유의 내용과 제한". 인권과 정의 345(2005): 53~66.
윤영철. "병역법 제88조 제1항과 양심적 병역거부". 비교형사법연구 6(2-1)(2004): 389~416.
_____. "양심적 병역거부에 대한 형사처벌의 형법적 문제점". 형사정책 16(2)(2004): 93~120.
음선필. "종교적 신념을 이유로 한 병역거부와 대체복무". 신앙과 학문 23(2)(2018): 149~183.
이상명. "양심적 병역거부와 양심의 자유". 고려법학 49(2007): 911~933.
이수진・문채규. "종교적 행위의 형사법적 허용범위". 비교형사법연구 19(4)(2018): 109~135.
이재승. "병역거부에 대한 반응양상". 법과사회 32(2007): 263~284.
_____. "군인의 전쟁거부권". 민주법학43(2010): 185~224.
_____. "자료: 양심적 병역거부를 처벌하는 병역법의 위헌심판사건 참고인 의견서". 민주법학 45(2011): 297~332.
이정환. "양심의 자유의 과잉금지원칙 적용여부". 중앙법학 18(1)(2016): 139~172.
이항우. "경합적 다원주의와 온라인 사회, 정치토론: '양심적 병역거부' 찬반담론의 분석". 경제와 사회 68(2005): 189~212.

임재성. “징병제 형성과정을 통해서 본 양심적 병역거부의 역사”. 사회와역사(구 한국사회사학회논문집) 88(2010): 387~422.

_____. “평화운동으로서의 한국 양심적 병역거부운동 연구”. 민주주의와 인권 10(3)(2010): 305~352.

_____. “군사주의에 갇힌 헌법재판소: ‘국가안보’ 관련 헌법재판소 결정문에 대한 비판적 담론 분석”. 민주법학 51(2013): 13~49.

장영수. “양심적 병역거부와 병역법 제88조 제1항 등의 합헌성 여부에 대한 검토”. 헌법학연구 21(3)(2015): 161~195.

장복희. “양심적 병역거부에 관한 국제사례와 양심의 자유”. 헌법학연구 12(5)(2006): 329~357.

_____. “양심적 병역거부자의 인권 보호”. 공법연구 35(2)(2006): 237~265.

전영평 · 박원수 · 김선희. “소수자로서 ‘양심적 병역거부자’와 옹호집단간 정책갈등 분석”. 한국행정논집 20(4)(2008): 1209~1229.

정경수. “국내법원의 국제인권법규 해석 —병역법 위반 사건을 중심으로—”. 홍익법학 16(1)(2015): 803~833.

정대현 · 권정은. “이산선택모형을 이용한 양심적 대체복무 선택율 추정”. *Journal of The Korean Data Analysis Society* 10(6)(2008): 3199~3210.

정연주. “양심적 병역거부“, 헌법학연구 18(3)(2012): 405~434.

_____. “헌재의 양심적 병역거부 결정에 대한 비판적 검토”. 헌법재판연구 5(1)(2018): 3~34.

정인섭. “「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」과 군장병 인권”. 서울대학교 법학 48(4)(2007): 35~62.

채형복. “양심적 병역거부: 권리인가, 도피인가 —유럽의 사례를 중심으로—”. 법학논고 40(2012): 1~34.

하민경. “사회적 약자의 인권에 관한 대법원 판결과 사회 변화: 양심적 병역거부자와 성전환자의 인권을 중심으로”. 법과사회 57(2018): 127~152.

하승우. “시민불복종에 관한 정치철학적 고찰 : 법치주의와 시민권리를 중심으로”. 기억과 전망 21(2009): 6~35.

한인섭. "양심적 병역거부, 그 처벌의 위헌성". 법과정책 21(3)(2015): 439~474.

한태원. "양심적 병역거부에 관한 법철학적 고찰 ―Ronald Dworkin의 법철학을 중심으로―". 연세 공공거버넌스와 법 9(2)(2018): 29~58.

허 경. "미셸 푸코의 "담론" 개념 – "에피스테메"와 "진리놀이"의 사이 –". 개념과 소통 9(2012): 5~32.

허완중. "양심적 병역거부 불인정의 위헌성을 확인했을 때 적절한 헌법재판소 결정 유형". 헌법재판연구5(1)(2018): 35~68.

황우택. "A Study of Treatment of Minorities in the Military Service System". 법이론실무연구 5(3)(2017): 129~162.

Coleman, Franciska Anqonett. "Minority Rights－Using Representation Reinforcement to Protect the Civil Liberties of Conscientious Objectors in Korea－". 법학논총 29(4)(2012): 625~648.

(3) 기타 자료

헌법재판소

헌법재판소 2002. 11. 28. 선고 2002헌바45 결정.

헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정.

헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2007헌가12, 2009헌바103 결정.

헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정.

대법원

대법원 1992. 9. 14. 선고 92도1534 판결.

대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 판결.

대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7120 판결.

대법원, "양심적 병역거부 사건 공개변론 동영상"(2018. 8. 30.)(http://www.scourt.go.kr/supreme/media/MediaActivityViewAction.work;jsessionid=EDdjvo0UuvNaSqhlSaM2zMW09KL2oka0Q81epzySJSVgdGyg0aKKj8uIrWUy803g.DJEUWS06_servlet_SCWWW?gubun=710&pageIndex=1&pageSize=12&seq

num=14, 최종접속일 2018. 9. 15.).

하급심

광주지방법원 2016. 10. 18. 선고 2015노1181 판결.
서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2002고단3940, 2002고단3941 판결.
서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2003고단1783 판결.
청주지방법원 2017. 1. 10. 선고 2016고단1121 판결.
제주지방법원 2017. 8. 11. 선고 2017고단16, 2017고단55 판결.

정부 관련 자료

국방부. 2016 국방백서. 2017.
대한민국 정부. 2012-2016 국가인권정책 기본계획. 2012.
법무부. 2018-2022 국가인권정책 기본계획(초안). 2018.
병무청. 2017 병무통계연보(I). 2018.

연구보고서

국제앰네스티. 감옥이 되어버린 삶: 한국의 양심에 따른 병역거부자. 국제앰네스티 (문서번호: ASA 25/1512/2015), 2015.
진석용. 종교적 사유 등에 의한 입영거부자 사회복무체계 편입 방안 연구. 병무청 연구용역보고서, 2008.
최병욱 외 3인. 예비군훈련 형평성에 기초한 보류제도 개선. 국방부 연구용역보고서, 2015.

공청회 및 토론회 자료집

대한변호사협회 인권위원회 · 법원 국제인권법연구회. 양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성. 2014. 12. 20.
서울지방변호사회. 대체복무제 도입에 관한 강연 및 토론회. 2018. 3. 8.
국제앰네스티. “숫자로 보는 양심에 따른 병역거부”. 2016. 5. 10.

국제앰네스티 한국지부・민주사회를 위한 변호사 모임・전쟁없는세상・참여연대. "합리적 대체복무제 도입을 위한 시민사회 제안". 2017. 7. 7.

국가인권위원회 관련 자료

국가인권위원회. 2005년 국민인권의식조사 총괄보고서(I). 2006.

국가인권위원회. 국가인권위원회 결정례집-인권정책분야 제2집(2005-2006). 2007.

국가인권위원회. 국가인권위원회 연간보고서 2007. 2008.

구정우 등. 2016년 국민인권의식조사. 2016.

국가인권위원회. 2007. 12. 6.자 보도자료(https://www.humanrights.go.kr/site/inc/file/fileDownload?fileid=1061226&filename=1205062068575.hwp, 최종접속일 2018. 7. 20.).

국가인권위원회. 2017. 6. 28.자 보도자료(https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&boardtypeid=24&boardid=7601335, 최종접속일 2018. 7. 20.).

기사

김민경. "80건 넘은 무죄 판결…'양심적 병역거부 문제는 인권의 최전선'". 한겨레 2018. 5. 15.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/84470, 최종접속일 2018. 7. 15.).

박수연. "서울지방변호사회, '양심적 병역거부 무죄 판결 환영' 성명". 법률신문 2016. 10. 20.자 기사(https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=103968&page=1, 최종접속일 2018. 7. 15.).

손원제. "양심적 병역 거부자 대체복무 허용 추진" 한겨레 2007. 9. 18.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/rights/237264.html, 최종접속일 2018. 7. 20.).

신윤동욱. "가장 오른쪽도 '대체복무 찬성'". 한겨레21, 제734호(2008. 11. 6.)(http://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/23705.html, 최종접속일 2018. 7. 16.).

임재성. "소수자문제를 국민여론조사로 뚝딱? 꼭 젊은이들을 감옥에 보내야겠습니

까". 오마이뉴스, 2008. 12. 24.자 기사(http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?cntn_cd=A0001037731, 최종접속일 2018. 7. 19.)

진성훈. "정부, 대체복무 용역보고서 왜곡했다". 한국일보 2009. 1. 8.자 기사(http://hankookilbo.com/v/1d8264114ec04d1087d0f6804d8dca9e, 최종접속일 2018. 7. 20.).

2. 외국문헌

(1) 단행본

Leiter, Brian. *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007.

Ricoeur, Paul. *Time and Narrative*. Translated by Kathleen McLaughlin and David Pellaue. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1988.

Winter, Steven L. *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*. Chicago: Univ. of Chicago Press, 2001.

(2) 논문

Cohen, Felix. "Transcendental Nonsense and the Functional Approach." *CowM. L. Rev.* 35 (1935): 809.

de Oliveira, Roberta P. "Language and Ideology: An Interview with George Lakoff." In *Language and Ideology. Vol. 1, Theoretical Cognitive Approaches*, Edited by Renée Dirven, Bruce Hawkins, and Esra Sandikcioglu, 23–48. Amsterdam: John Benjamins, 2001.

Dirven, Renée, Frank Polzenhagen, and Hans-Georg Wolf. "Cognitive Linguistics, Ideology, and Critical Discourse Analysis." In *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics*, Edited by Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens, 1222-40. Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007.

Ewick, Patricia, and Susan Silbey. "Subversive Stories and Hegemonic Tales:

Toward a Sociology of Narrative." *Law and Society Review*, 29 (1995): 197.

Grady, Joseph E. "Metaphor." In *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics*, Edited by Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens, 188-213. Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007.

Hohfeld, Wesley N. "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning." *Yale L. J.* 23 (1913): 16.

Thibodeau, Paul H., and Lera Boroditsky. "Metaphors We Think with: The Role of Metaphor in Reasoning." *PLoS One* 6, no. 2. (2011): e16782.

(3) 기타 자료

해외 법원 판결

ECtHR, *Bayatyan v. Armenia*, Application No. 23459/03, Judgement of 7 July 2011.

ECtHR, *Bukharatyan v. Armenia*, Application No. 37819/03, Judgement of 10 January 2012.

ECtHR, *Feti Demirtaş v. Turkey*, Application No. 5260/07, Judgement of 17 January 2012.

ECtHR, *Erçep v. Turkey*, Application No. 43965/04, Judgement of 22 November 2011.

ECtHR, *Tsaturyan v. Armenia*, Application No. 37821/03, Judgement of 10 January 2012.

유엔인권이사회

UNCHR, *Conscientious objection to military service*, 10 March 1993, E/CN.4/RES/1993/84.

UNCHR, *Conscientious objection to military service*, 8 March 1995, E/CN.4/RES/1995/83.

UNCHR, *Conscientious objection to military service*, 22 April 1998, E/CN.4/RES/1998/77.

UNCHR, Conscientious objection to military service, 20 April 2000, E/CN.4/RES/2000/34.

유엔자유권규약위원회

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

Min-Kyu Jeong et al. v. The Republic of Korea, CCPR/C/101/D/1642-1741/2007, UNHRC, 27 April 2011.

Young-kwan Kim et al. v. the Republic of Korea, CCPR/C/112/D/2179/2012, UNHRC, 15 October 2014.

UNHRC, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32.

UNHRC, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Republic of Korea*, 29 May 2008, A/HRC/8/40; A/HRC/WG.6/2/L.6.

UNHRC, *Analytical report on conscientious objection to military service : Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 3 June 2013, A/HRC/23/22.

UNHRC, *Conscientious objection to military service*, 29 September 2013, A/HRC/RES/24/17.

UNHRC, *Concluding observations on the 4th periodic report of the Republic of Korea*, 3 December 2015, CCPR/C/KOR/CO4.

UNHRC, *Conscientious objection to military service*, 1 May 2017, A/HRC/35/4.

UNHRC, *CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, 30 July 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

UNHRC, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32.

유럽평의회

PACE, *Exercise of the right of conscientious objection to military service in Council of Europe member states*, Recommendation 1518 (2001).

Criticism on the Supreme Court's Interpretation of "Justifiable Grounds" for Conscientious Objection : "Law-as-Path" vs. "Law-as-Gate"

Gahng, Tae-gyung*

This paper aims to critically diagnosis the Supreme Court's interpretation of "justifiable grounds" for conscientious objection. Recently the normative circumstances of conscientious objection have dramatically changed since the Constitutional Court declared Categories of Military Service Provision nonconforming to the Constitution and ordered the legislature to implement alternative service for genuine conscientious objectors. The Supreme Court held a full-bench public hearing on the cases of three conscientious objectors in order to debate over whether to interpret conscientious objectors' decisions as "justifiable grounds" even before implementing the alternative service. First, the author examined whether Korean society has been mature enough to introduce the alternative service since the Supreme Court Full Bench Decision 2004Do2965 delivered on July 14, 2004. Second, critical analysis of major judicial decisions on the conscientious objection revealed that the form of judicial balancing has developed to integrate abstract normative judgment and concrete empirical prediction since the Decision 2004Do2965. Third, through cognitive analysis of the public hearing, the author unearthed that "Conscientious Objection-as-Journey" and "Law-as-Path" metaphors were the implicit structure of the opinion that conscientious objectors' realization of the conscientious decision should be pending before implementing the alternative service. It was pointed out that these conceptual metaphors have the problem that the suffering experienced by conscientious

* *Research Fellow, PhD in Legal Philosophy, the Korean Institute of Criminology*

objectors is not properly reflected in the form of judicial balancing. Thus “Conscientious Objection-as-Decision” and “Law-as-Gate” were proposed as alternative conceptual metaphors.

❖ Keyword : Conscientious objection to military service, Conscientious objection to reserve forces military training, “Justifiable grounds”, The interpretation in conformity with the Constitution, Balancing, Cognitive analysis, Conceptual metaphor

투고일 : 8월 24일 / 심사일 : 9월 14일 / 게재확정일 : 9월 14일