

양심적 병역거부와 대체복무제도

표 명 환*

目 次

- I. 머리말
- II. 현행 헌법상의 양심적 병역거부권과 대체복무의 인정여부
- III. 대체복무제도의 입법화문제
- IV. 맺는 말: 대체복무제도의 도입을 위한 제언

국문초록

양심적 병역거부는 종교적·윤리적·철학적·정치적 또는 이와 유사한 동기로부터 형성된 자기의 양심상의 결정에 비추어 병역의무를 거부하는 행위를 말하며, 이러한 양심상의 결정을 실현하는 행위를 법적 권리로서 보호하는 것을 양심적 병역거부권이라고 한다. 오늘날 논의되고 있는 양심적 병역거부는 특정전쟁만을 반대하는 선택적 병역거부가 아니라 모든 형태의 전쟁에 반대하는 보편적 병역거부를 대상으로 하고 있으며, 일체의 대체복무까지 거부하는 절대적 병역거부가 아니라 군복무 대신 공익복무를 선택하는 대체적 복무를 중심으로 하고 있다.

헌법 제39조 제1항의 국방의 의무를 구체화하고 있는 현행 병역법은 국민개병제(징병제)원칙으로 하고 있으나, 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정함없이 병역이행을 강제하고 있음에 따라 양심적 병역거부자의 헌법상의 종교의 자유 및 양심의 자유를 침해한다는 주장이 최근에 빈번히 제기되고 있다.

헌법재판소의 '병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청'사건에 대한 2004년 8월 26일 의 결정은 그 동안 논의되어왔던 양심적 병역거부와 대체복무제도에 관한 법리해석을 위한 중요한 지침을 제공하여 주고 있다.

본고에서는 양심적 병역거부와 대체복무에 관한 일반론과 더불어 우리나라와 관련하

* 제주대학교 법학부 교수, 법학박사

여서는 헌법재판소의 동 판결의 쟁점을 중심으로 그에 관한 법리를 검토하였다. 또한 미래에 대체복무제도를 도입하는 경우에 있어서 헌법정책적 지침을 제시하기 위하여 독일에서의 양심적 집총거부권과 대체복무제도를 비교법적인 방법으로 고찰하였다.

주제어: 양심적 병역거부, 양심의 자유, 종교의 자유, 병역의무, 양심적 병역거부권, 대체복무제도, 병역법 제88조 제1항.

I. 머리말

양심적 병역거부란 종교적·윤리적·철학적·정치적 또는 이와 유사한 동기로부터 형성된 자기의 양심상의 결정에 비추어 병역의무를 거부하는 행위를 말하며, 이러한 양심상의 결정을 실현하는 행위를 법적 권리로서 보호하는 것을 양심적 병역거부권이라고 한다.¹⁾ 양심적 병역거부는 ① 병역거부의 동기를 기준으로, 종교적 양심에 근거한 병역거부와 그 밖의 윤리적·철학적·정치적 양심에 근거한 병역거부로 분류할 수 있고, ② 병역거부의 시기를 기준으로, 평시병역거부와 전시병역거부 그리고 복무전 병역거부와 복무 중 병역거부로 나눌 수 있다. 또한 ③ 병역거부의 정도를 기준으로 하여, 모든 전쟁에 대하여 병역을 거부하느냐 또는 특정 전쟁에 대해서만 병역거부를 하느냐에 따라 보편적 병역거부와 선택적 병역거부로 분류하기도 한다.²⁾ 오늘날 논의되고 있는 양심적 병역거부는 특정전쟁만을 반대하는 선택적 병역거부가 아니라 모든 형태의 전쟁에 반대하는 보편적 병역거부를 대상으로 하고 있으며, 일체의 대체복무까지 거부하는 절대적 병역거부가 아니라 군복무 대신 공익복무를 선택하는 대체적 복무를 중심으로 하고 있다.³⁾

현행 병역법 제88조 제1항은 “현역입영 또는 소집통지서(모집에 의한 입영통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유없이 입영 또는 소집기일부터 다음 각호의 기간이 경과하여도 입영하지 아니하거나 소집에 불응한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. …(중략)… 1. 현역입영은 3일…”이라고 규정하여, 헌법 제39조 제1항의 국방의 의무를 국민개병제(징병제)원칙으로 법률로써 구체화하고 있다. 그러나 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정함없이 병역이행을 강제하는 위 병역법규정은 양심적 병역

1) 김병록, 양심적 병역거부의 헌법이론적 검토, 제25회 헌법학회 학술대회 발표논문, 2003.3.22, 71면.

2) 김선태, 헌법사례연습, 법문사 2004, 489면.

3) 김병록, 위의 논문, 73면 이하; 김병렬/이재승, 양심적 병역거부에 관한 찬반논쟁, 고시제 2004.7, 131면 이하.

거부자의 헌법상의 종교의 자유 및 양심의 자유를 침해한다는 주장이 빈번히 제기되었다. 특히 지난 2004년 5월 21일 서울남부지방법원 이정렬 판사가 입영을 거부하였던 여호와의 증인 3인에 대하여 무죄선고를 하였던 것이나, 이에 앞서 2002년 1월 서울남부지방법원 박시환 판사가 대체복무제를 마련하지 않고 있는 병역법 제88조 제1항에 대한 이경수씨의 변호인 오종권 변호사의 위헌신청에 대하여 제청⁴⁾한 것은 이를 대변하고 있는 중요한 사건이었다.

이와 같은 논란상에 있어서, 서울남부지방법원 박시환 판사의 '병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청'사건에 대한 2004년 8월 26일 헌법재판소의 결정⁵⁾은 그 동안 논의되어 왔던 양심적 병역거부와 대체복무제도에 관한 법리해석을 위한 중요한 지침을 제공하여 주고 있다.

이에 본고에서는 헌법재판소의 동 판결의 쟁점을 중심으로 양심적 병역거부와 그에 따른 대체복무제도에 관한 법리를 검토하여 보고, 아울러 미래에 대체복무제도를 도입하는 경우에 있어서 헌법정책적 지침을 제시하기 위하여 독일에서의 양심적 집총거부권과 대체복무제도를 비교법적으로 살펴보고자 한다.

4) 제청법원은 그의 위헌제청이유에서 ① 사상이나 양심 또는 종교적 교리를 이유로 병역의무의이행을 거부하는 이른바 양심적·종교적 병역거부(이하 '양심적 병역거부'라 한다)이 경우에는 헌법상 국민의 기본적인 의무인 병역의무와 자유민주적 기본질서의 핵심적 기본권인 사상·양심의 자유 및 종교의 자유 사이에 충돌을 일으키므로 그 본질적 내용들을 훼손하지 않는 범위 내에서 양자를 조화·병존시킬 필요가 있다. 그러나 현행 병역법은 양심상의 결정을 이유로 입영을 거부하는 이른바 양심적 병역거부에 대해서도 예외없이 형사처벌을 하고 있는 바, 이는 양심적 병역거부를 하는 자(이하 '양심적 병역거부자'라고 한다)의 사상과 양심의 자유 및 종교의 자유, 나아가 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 평등권 등을 침해할 가능성이 크다. ② 독일이나 미국과 같은 대부분의 선진국과 동유럽국가들은 양심적 병역거부를 할 수 있는 권리를 헌법상 또는 법률상의 권리로 인정하고 있고, 국제연합인권위원회 등 국제기구에서도 이에 대한 인정을 회원국에 권고 또는 의무화하고 있으나, 우리나라는 양심적 병역거부를 할 권리(이하 '양심적 병역거부권'이라고 한다)를 인정하고 않고 형사처벌을 하고 있는 실정이므로 헌법적인 검토가 필요하다."라고 하고 있다(헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 147면 이하)..

5) 헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 141면 이하.

II. 현행 헌법상의 양심적 병역거부권과 대체복무의 인정여부

1. 양심적 병역거부권의 법적 근거

(1) 헌법적 근거에 관한 논의

양심적 병역거부권과 관련하여 이를 인정하고 있는 국가에 있어서도 그 법적 근거는 달리하고 있다. 즉 양심적 병역거부자에 대하여 대체복무를 인정하고 있는 국가들이라고 하더라도 이를 헌법조항에 반영하고 있는 경우와 이와 달리 법률로서 규정하고 있는 경우가 있다.⁶⁾ 그러나 현행 법체계에서는 헌법뿐만 아니라 여타 일반법률에서도 이에 관한 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 따라서 헌법의 해석을 통하여 양심적 병역거부권을 인정할 수 있는가의 문제 및 그의 근거를 어떠한 기본권에서 구할 것인가의 문제가 제시된다.

양심적 병역거부는 종교의 자유와 양심의 자유 모두를 근거로 하여 병역거부를 주장하는 경우가 전제될 수 있으므로 이 경우 두 기본권이 경합하게 된다. 즉 병역거부의 양심결정의 기초가 종교교리나 경전해석 등에 있는 경우, 이는 일차적으로 종교의 자유를 근거로 한 병역거부라고 할 것이지만, 양심의 자유는 양심형성의 동기가 종교에 있는 경우, 종교적 양심의 자유도 그 내용으로 하고 있다는 점에서 보면, 양심의 자유의 영역으로 이해하여야 하는 어려움이 있다. 이러한 점에서는 또한 종교의 자유와 종교적 양심의 자유를 엄격하게 구별하기 어렵다.

그러나 어떠한 경우이든 한 기본권의 침해가 인정된다면 동시에 다른 기본권의 침해도 성립할 수 있다는 점에서는 양 기본권을 중첩적으로 검토할 실익을 찾을 수 없다. 이러한 점에서 이에선 기본권경합의 해결법리를 동원하여 해결할 필요성이 있다. 이에 따르면, 기본권최대보장의 관점에서 종교교리나 경전해석에 기한 양심형성에 의한 병역거부와 세계관·인생관·주의·신조 등에 근거한 양심형성으로 인한 병역거부를 모두 포함하는 기본권을 우선 시켜 판단하여야 할 것이므로, 일차적으로 관련되는 헌법 제 19조 '양심의 자유'를 근거로 하여 양심적 병역거부권의 도출여부를 판단하여야 할 것이다.⁷⁾ 그러나 헌법 제19조 '양심의 자유'를 근거로 양심적 병역거부를 판단하는 견해

6) 대체복무제를 허용하고 있는 국가 가운데 독일, 네덜란드, 스위스 등 9개국은 이를 헌법에 규정하고 있으며, 핀란드, 그리스, 벨기에 등 10여개국은 법률로만 규정하고 있다(이에 관하여는 김병렬/이재승, 앞의 논문, 136면 참조).

7) 동지; 김선택, 앞의 책, 493면; 헌재 2004.8.26. 2002헌가1; 그러나 김병렬 교수는 현행 헌법이 종교의 자

를 취하는 경우에도 헌법의 양심의 자유조항으로부터 양심적 병역거부권의 도출에 관하여는 견해가 나뉘어 지고 있다.

(2) 학설

1) 긍정설

이 견해는 헌법 제19조의 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출된다고 하여 양심적 병역거부권을 헌법상의 권리로 보고 있다.⁸⁾ 즉 양심적 병역거부권은 헌법상의 양심의 자유의 보호영역에 포함되어 있으며, 따라서 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 법리를 통하여 제한되어질 수 있는 기본권이라고 한다.

2) 부정설

이 견해는 전체적인 헌법체계에서 볼 때, 헌법 제19조의 양심의 자유로부터 양심적 병역거부권이 도출되지 않는다고 한다.⁹⁾ 이 견해에 의하면, 양심적 병역거부권은 양심의 자유의 절대적 한계로 제기되고 있는 군대의 기능능력의 유지를 통한 '국가의 대외적 안전보장, 국가의 존립' 등과 같은 헌법질서안에서의 고양된 지위를 갖는 법익의 후퇴가 문제시되기 때문에 헌법상의 권리로서 양심적 병역거부권은 부인된다고 한다.¹⁰⁾ 따라서 양심적 병역거부권은 양심의 자유의 해석을 통하여 도출될 수 없고, 그 인정문제는 입법자의 입법정책의 문제에 좌우된다고 보고 있다.¹¹⁾

3) 소결

양심적 병역거부가 헌법 제19조의 양심의 자유의 보호영역에 포함되기 위해서는 동 조상의 '양심'의 개념에 포함될 수 있는가가 검토되어야 한다. 헌법재판소에 따르면, 양심은 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론 개인의 인격형성에 관련되는 내심에 있어서의 가치관·윤리적 판단도 포함하고 있는 것으로 넓게 해석하고 있다.¹²⁾ 또한 헌법이 양심의 자유를 통하여 보호하고자 하는 양심상의 결정에 대하여, 이는 선과 악이라는

유와 양심의 자유를 각각 분리하여 규정하고 있다는 점에 근거하여 도덕이나 철학적 신념에 기초한 병역거부는 양심의 자유와 관련된 것으로 판단하여야 한다고 하고, 종교적 신념에 의한 것은 종교의 자유와 관련하여 판단하여야 한다고 한다(김병렬, 앞의 논문, 132면).

8) 김병록, 앞의 논문, 76면; 김선택, 앞의 책, 495면.

9) 제희열, 헌법학(중), 박영사 2005, 334면.

10) 제희열, 위의 책.

11) 대법원은 일관되게 병역을 거부하는 양심상의 결정을 양심의 자유의 보호영역이 아니라고 하고 있다(대판1977.4.27. 선고 75누249; 1985.7.23. 선고 85도1094; 1992.9.12. 92도1534; 2004.7.15. 2004도2965).

12) 현재 1991.4.1. 89헌마160, 판례집 3, 153면.

판단기준에 따른 모든 진지한 윤리적 결정으로서, 구체적 상황에서 개인이 자신을 구속하고 무조건적으로 따라야 하는 것으로 이러한 결정을 받아들이기 때문에, 양심상의 심각한 갈등없이 그에 반하여 행동할 수 없는 것이라고 판시하고 있다.¹³⁾ 나아가 헌법재판소는 헌법 제19조가 보호하고 있는 양심의 자유의 영역으로서 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유를 포함하는 내심적 자유뿐만 아니라, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 양심실현의 자유를 포함하는 것으로 판시하고 있다.¹⁴⁾

헌법재판소의 이와 같은 결정은 인간의 양심은 외부와의 구체적인 접촉과정에서 형성되고 보통 외부로의 실현을 전제로 한다는 점에서나 또는 내심의 자유영역은 국가의 보장 및 제한과 무관하게 존립한다는 점에서 보면, 양심의 자유의 보호영역에 양심실현의 자유를 포함하고 있는 것으로 해석될 수 있음으로 타당하다고 본다.¹⁵⁾ 양심실현의 자유는 형성된 양심을 외부로 표명하고 양심에 따라 삶을 형성할 자유, 더 구체적으로는 양심을 표명하거나 또는 양심을 표명하도록 강요받지 아니할 자유(양심표명의 자유), 양심에 반하는 행동을 강요받지 아니할 자유(부작위에 의한 양심실현의 자유), 양심에 따라 행동을 할 자유(작위에 의한 양심실현의 자유)를 모두 포함한다.¹⁶⁾ 이러한 법리에서 보면, 양심적 병역거부는 양심의 자유의 보호영역 중에서 '양심에 반하는 행위를 강요당하지 않을 자유(부작위에 의한 양심실현의 자유)'를 의미하는 헌법적 차원의 권리라고 할 것이다. 그러나 비록 헌법상의 권리로서 양심적 병역거부권을 인정한다고 할지라도, 그 권리는 절대적일 수 없으며,¹⁷⁾ 헌법의 제가치들, 특히 국가안전보장 및 국민의 기본의무로서의 병역의무와의 비교형량을 통하여 양심적 병역거부자에 대한 양심의 보장으로서의 대체복무제도의 성립여지가 인정될 수 있을 것이다.

2. 국방의 의무와 양심실현의 자유의 법익형량

(1) 헌법상의 양심의 자유로서 양심실현의 자유에 관한 보장문제, 즉 양심적 병역거부자의 양심의 보장문제는 양심의 자유에 대한 제한을 통하여 실현하고자 하는 헌법

13) 헌재 1997.3.27. 96헌가11, 판례집 9-1, 245면.

14) 헌재 1998.7.16. 96헌바35, 판례집 10-2, 160면.

15) 동지; 김선택, 앞의 책, 492면; 김병록, 앞의 논문, 75면 이하; 이에 대하여 김철수 교수는 양심의 자유는 인간의 내면적 자유에 국한시켜 양심의 결정을 외부로 표현하는 것을 제외하는 입장을 취하고 있다(김철수, 헌법학개론, 박영사 2005, 672면).

16) 헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 152면.

17) 헌법재판소도 양심실현의 자유는 법질서에 위배되거나 타인의 권리를 침해할 있기 때문에 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 하고 있다(헌재 1998.7.16. 96헌바35, 판례집 10-2, 159/166면).

적 법익 및 국가의 법질서(이하 공익이라고 함)간의 조화의 문제이며, 양 법익간의 법익형량이 문제시된다. 양심실현의 자유를 공익간의 조화를 위하여 비례의 방법을 동원하여 양자를 제한하여 존치시킬 수 있는가. 그 제한에 있어서 본질적 내용의 침해는 성립하지 않는가의 문제가 비례의 원칙에 의한 양 이익을 조화시키기 위한 방법론에서 특히 검토되어야 할 사안이다.

그러나 양심의 자유, 더 구체적으로 양심실현의 자유를 비례의 원칙을 통하여 공익과 교량하여 공익을 실현하기 위하여 양심을 상대화하는 것은 양심의 자유의 본질과 부합될 수 없다고 본다. 왜냐하면 양심상의 결정이 법익형량과정에서 공익에 부합하는 상태로 축소되거나 그 내용에 있어서 왜곡·굴절된다면, 이는 이미 양심이 아니기 때문이다.¹⁸⁾

(2) 따라서 양심적 집총거부자에게 양심보장이라는 차원에서 병역의 의무를 절반으로 면제하거나 또는 유사시에만 병역의무를 부과한다는 조건하에서 병역의무를 면제하는 것은 양심적 병역거부자의 양심을 존중하는 해결책이 될 수 없다. 이러한 점에서 보면, 양심의 자유의 경우에는 공익과의 비례의 형량을 통한 양 법익의 조화는 타당한 해결책이 될 수 없으며, 양심의 자유와 공익 중 양자택일, 즉 양심에 반하는 작위나 부작위를 법질서에 의하여 강요받는가 아니면 강요받지 않는가의 문제의 해결로 귀착될 수 밖에 없다.

(3) 양자 택일의 방법론에 의하여 양심실현의 자유나 아니면 공익이냐를 결정하는 해결책이 강구되지만, 그러나 이에 대하여 기본권주체가 공익을 보호하고 있는 법률에 의하여 양심실현의 자유를 침해하고 있다고 주장하는 경우는 법률이 모든 국민에게 일률적으로 적용되는 법적 의무를 부과하면서 자신의 고유한 양심상의 결정을 특별히 배려하지 않는 것, 즉 양심의 자유의 기본권주체에게 양심상의 갈등을 고려하는 의무 면제규정이나 대체의무규정과 같은 특례규정을 두고 있지 않는 경우가 문제시 된다. 헌법재판소에 따르면, 국가가 개인의 양심실현의 자유를 보장하는가의 문제는 법공동체가 개인의 양심을 존중하는 방법을 통하여 양심상의 갈등을 덜어줄 가능성을 가지고 있는가의 여부에 관한 문제에 귀착된다고 하고 있다.¹⁹⁾ 즉 헌법재판소는 양심실현의 자유에 대한 국가의 보장은, ① 국가의 민주적 공동체의 다수결정과 달리 생각하고 달리 행동하고자 하는 소수의 국민을 어떻게 배려하는가의 문제, ② 소수에 대한 국가적·사회적 관용의 문제이며, 국가가 자신의 존립과 법질서를 유지하면서도 또한 개인의 양심도 보호하는 대안을 제시할 수 있는가의 문제로 보고 있다.²⁰⁾

18) 헌법재판소 또한 이러한 입장을 취하고 있다(헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 155면).

19) 헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 155면.

20) 헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 155면.

(4) 양심의 자유는 헌법 제10조 후단의 효력에 따라 국가를 구속하는 효력을 가지며, 이에 일차적으로 입법자에 대한 요청으로서 가능하면 양심의 자유를 보장될 수 있도록 법질서를 형성해야 할 의무를 부과하는 효력을 가진다. 따라서 비록 공익과의 형량을 통하여 하나의 법익을 우선시키지만, 법적 의무와 개인의 양심이 충돌하는 경우 법적 의무의 부과를 통하여 달성하고자 하는 공익의 실현과 법질서를 위태롭게 함이 없이 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적 면제와 같은 대안을 제시함으로써 양심상의 갈등이 제거될 수 있다면, 입법자는 이와 같은 방법을 통하여 개인의 양심과 국가 법질서의 충돌 가능성을 최소화해야 할 의무를 진다. 그럼에도 불구하고 입법자가 공익이나 법질서를 저해함이 없이 대안을 제시할 수 있음에도 대안을 제시하지 않는다면, 이는 일방적으로 양심의 자유에 대한 희생을 강요하는 것이 되어 위헌이라고 밖에 할 수 없다.

(5) 그러나 헌법재판소의 결정에서와 같이,²¹⁾ 양심의 자유를 주장하는 자에 대하여 아무런 대체의무의 부과없이 국민 모두에게 적용되는 의무로부터 면제하는 것은 헌법상 허용되지 않는 특권을 부여하는 것은 결과를 가져온다. 그러므로 양심의 자유가 국민의 의무로부터의 예외를 요청한다면, 국가적 관용과 예외의 허용이 소수의 특권이 되지 않도록 국가는 가능하면 다른 대체의무의 부과를 통하여 이러한 불평등적 요소를 상쇄하여야 한다. 병역의무와 관련하여 의무부과의 불평등적 요소를 가능하면 제거하면서도 개인의 양심을 고려하는 수단 즉, 양심과 병역의무라는 상충하는 법익을 이 상적으로 조화시키는 방안으로서 대체적 민간복무제가 고려될 수 있다.

III. 대체복무제도의 입법화문제

1. 대체복무의 개념

대체복무제도는 헌법 제20조의 양심의 자유로부터 도출될 수 있는 기본권으로서 양심적 병역거부권의 주체로 하여금 국가기관, 공공단체, 사회복지시설 등에서 공익적 업무에 종사케 함으로써 군복무를 갈음하는 제도를 말한다. 징병제를 실시하고 있는 다수의 국가에서는 헌법상 또는 법률상의 근거에 의하여 대체복무제도를 도입하여 병역의무와 양심간의 갈등상황을 해결하고 있다.²²⁾ 이 제도와 관련하여 현행 병역법 제88

21) 헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 156면.

조 제1항은 대체복무를 규정함없이 병역의무를 강제하고 있어 양심적 병역거부자의 양심의 자유의 침해여부에 대한 논란이 있었다. 그러나 대체복무제를 규정하고 있지 않는 병역법 제88조 제1항의 위헌성여부를 판단하기 위해서는 현실적 여건을 고려하여 볼 때, 국가안보를 확보하고 병역의무에 대한 평등한 공적부담의 원칙에 위반되지 않으면서도 양심적 병역거부에 따른 대체복무제를 인정할 수 있는지의 여부가 문제시된다. 헌법재판소는 동 법률조항의 위헌여부는 입법자가 병역의무와 양심간의 갈등상황을 해결하기 위한 수단으로서 대체복무제를 도입하여 병역의무에 대한 예외를 허용하더라도 국가안보라는 공익을 효율적으로 달성할 수 있는지에 관한 판단의 문제로 귀결되는 것으로 보고 있다.²³⁾

2. 대체복무제의 도입에 관한 논의

(1) 논의의 전제

현행 법체제에서 입법자가 양심적 병역거부자의 양심과 병역의무간의 갈등을 해소하기 위하여, 그 대안으로서 대체복무제를 도입할 것인지와 관련하여, 헌법재판소는 “국가의 전반적인 안보상황, 국가의 전투력, 병력수요, 징집대상인 인적 자원의 양과 질, 대체복무제의 도입시 예상되는 전투력의 변화, 한국의 안보상황에서 병역의무가 지니는 의미와 중요성, 병역의무이행의 평등한 분담에 관한 국민적·사회적 요구, 군복무의 현실적 여건 등”²⁴⁾을 입법자의 종합적인 예측사항으로 하고 있다. 이러한 종합적 고려사항과 관련하여 현 시점에서 대체복무제를 도입하더라도 국가안보라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없는지에 대하여 논의가 나누어지고 있다. 헌법재판소의 결정에서 나타나고 있는 대체복무제 도입에 관한 찬반논쟁의 논거²⁵⁾를 요약하면 다음과 같다.

(2) 대체복무제 도입의 찬반견해의 논거

1) 반대입장의 논거

① 우리나라는 휴전상태에 있는 세계 유일의 분단국으로서 그간의 군비경쟁을 통하여 축적한 막강한 군사력을 바탕으로 남북이 아직도 적대적 대치상태에 있다. 이와 같이 고유한 안보상황에서 병역의무 및 병역부담의 평등원칙은 다른 나라와 비교할 수

22) 헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 156면.

23) 헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 156면.

24) 헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 156면.

25) 헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 157면.

없는 중대한 의미를 가진다. 국방의 개념, 현대전의 양상에 변화가 생긴 것은 사실이나, 국방력에 있어서 인적 병력자원이 차지하는 비중은 여전히 무시할 수 없을 뿐만 아니라 작금의 출산을 감소로 인한 병역자원의 자연감소도 감안하여야 한다.

② 우리나라 현역복무의 힘든 여건을 감안하면, 대체복무를 통하여 부담의 동가성을 확보하는 것이 용이하지 않으며, 부담의 동가성을 실현하려는 나머지 대체복무가 양심 실현에 대한 징벌적 수단으로 전락할 위험도 있다.

③ 또한 비록 현 단계에서 양심적 병역거부자가 전체 징병인원에서 차지하는 비중이 크지 않다 하더라도 형벌을 통하여 일반적으로 병역기피를 억제하였던 예방효과는 대체복무제의 도입으로 인하여 급격히 무너질 가능성도 배제할 수 없다. 병역비리와 병역기피포조가 줄기차게 이어져 왔었다는 우리 사회의 지난 경험에 비추어 볼 때, 제도적 대비책만으로 대체복무를 악용하려는 의도적 병역기피를 완전히 차단할 수 있으리라는 전망을 하는 것은 너무 낙관적이다.

④ 병역부담평등에 대한 사회적 요구가 강력하고 절대적인 우리 사회에서 병역의무에 대한 예외를 허용함으로써 의무이행의 형평성문제가 사회적으로 야기된다면, 대체복무제의 도입은 사회적 통합을 결정적으로 저해함으로써 국가전체의 역량에 심각한 손상을 가할 수 있으며, 나아가 국민개병제에 바탕을 둔 전체 병역제도의 근간을 흔들 수도 있다.

2) 찬성입장의 논거

① 양심적 병역거부자가 전체 징병인원에서 차지하는 비중은 미미할 뿐만 아니라, 오늘날의 국방력은 전투력에 의존하는 것만도 아니고, 현대전은 정보전·과학전의 양상을 띠므로 인적 병역자원이 차지하는 중요성은 상대적으로 낮아졌다.

② 병역의무에 대하여 예외를 인정할 경우 병역의무의 형평성 문제가 제기된다고 하나, 양심의 보호와 형평의 문제를 동시에 해결할 수 있는 대안으로서 대체복무제의 도입은 현실적으로 가능하며, 다수의 국가에서 이미 오래 전부터 시행되고 있다.

③ 복무기간, 고역의 정도 등을 종합하여 대체복무의 부담이 현역복무와 등가관계가 성립되도록 대체복무제도를 운영한다면, 국방의무의 평등한 이행을 확보할 수 있고, 이 제도를 악용하려는 병역기피의 문제도 해결할 수 있다.

④ 대체복무제를 도입한 많은 다른 나라들의 경험에서 확인할 수 있듯이, 병역거부가 양심상의 결정에 근거한 것인지에 대한 엄격한 사전심사절차와 사후관리를 통하여 진정한 양심적 병역거부자를 가려내는 것이 가능하므로, 대체복무제도라는 대안을 채택하더라도 국방력의 유지에는 아무런 손상이 없다.

3) 소결

양심적 병역거부자의 양심을 보호하기 위한 대안으로서 대체복무제도는 헌법의 기본권최대보장을 위하여 병역의무와 양심실현의 자유의 조화로운 갈등해결을 위한 중요한 제도임은 부인하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 우리나라의 현실적 여건 등을 고려하여 볼때는 그 도입에의 시기상조론이 타당하다고 본다. 즉 기본권최대보장의 헌법적 이념을 달성하기 위하여 양심적 병역거부권의 본질적 내용의 보장을 위하여 대체복무제도의 도입이 가장 타당할 것이지만, 그러나 헌법현실을 고려할때는 여전히 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제도의 도입은 제도도입의 미성숙의 단계에 있다고 할 것이다. 따라서 남북한간의 평화상태가 유지되고, 현역복무자의 복무기간의 단축 및 복무여건의 개선이 뒷받침되어 병역기피의 동인이 제거된다면, 양심적 병역거부자의 양심이 국가안보에 비하여 명백하게 우월적 지위에 놓일 것이고, 그에 따라 대체복무제도에 관한 국민적 공감대가 형성되는 경우에 입법자는 양심적 병역거부자의 보호를 위하여 국가안전과의 갈등해소를 위한 한 대안으로서 대체복무제도를 고려하여야 할 것이다.²⁶⁾

3. 대체복무제도의 입법화의 한계

(1) 입법형성의 한계

대체복무제도를 입법화하는 경우에도, 그것이 현역복무와 실제적으로 같은 가치를 가져야만 양심상의 이유로 병역을 기피하는 자를 방지할 수 있고, 또한 현역복무자의 평등권침해문제를 해소할 있다. 따라서 입법자는 대체복무제도를 형성하는 경우에 있어서 현역복무의 고역과 상응하는 대체복무를 부과하는 방안과 대체복무의 기간을 현역복무와 비례적으로 행하여야 하는 방안을 모색하여야 한다. 즉 대체복무의 고역과 등가치성의 확보와 대체복무기간의 정도와의 등가치성의 확보가 전제되어야 한다. 그러나 우리나라의 열악한 병역여건을 고려한다면, 병역거부자의 양심적결정을 보호하면서 현역복무와 동일한 고역의 정도를 가진 대체업무를 군외부에서 찾기란 쉽지 않은 일이며, 이를 위하여 대체복무의 기간을 늘이는 방안이 모색될 수 있으나, 이 경우에

26) 헌법재판소는 입법자의 미래에 대한 예측판단에 관한 심사에 대하여 “입법자에게 인정되는 예측판단권은 법률을 통하여 달성하고자 하는 공익의 비중 및 침해되는 법익의 의미, 규율영역의 특성, 확실한 판단을 내릴 수 있는 현실적 가능성의 정도에 따라 다르다.”라고 하면서, “달성하고자 하는 공익의 비중이 클 수록, 개인이 기본권이 행사를 통하여 타인과 국가공동체에 영향을 미칠 수록 즉, 기본권행사의 사회적 연관성이 클 수록, 입법자에게는 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하게 된다”고 판시하고 있다(헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 158면).

있어서도 현역복무의 신체 및 생명 등의 위험을 고려하여 현역복무에 비해 그 기간을 지나치게 늘인다면 양심적 병역거부자의 양심상의 결정을 포기하게 하는 강제적 효과를 야기할 수 있으므로 결국 양심의 자유를 침해할 우려가 존재할 수 있다. 이러한 어려움을 해결하기 위한 하나의 수단으로 이미 대체역무제도를 시행하고 있는 독일의 제도를 검토하는 것은 그 의미가 크다고 할 것이다. 그러나 독일과 우리나라의 현실이 판이하게 다르다는 점을 고려한다면, 이러한 비교는 문제가 있을 수 있으나, 독일의 대체복무제를 검토한 후, 우리나라의 현실에 입각한 입법방향을 제시할 수 있다는 점에서 보면, 그 의미는 감소되지 않을 것이라고 본다.

(2) 독일에서의 대체복무제도

(가) 국방의 의무와 양심적 집총거부권

1) 국방의 의무와 의무자의 범위

독일기본법 제12 a조는 독일국민의 국방의 의무(Wehr- und Dienstpflicht)에 관하여 규정하고 있다. 동조 제1항은 “만 18세이상의 남자에게는 군대, 연방국경수비대 또는 민방위대에 복무할 의무를 지을 수 있다”고 하여, 징병제에 따른 18세이상의 남자의 복무의무를 규정하고 있다. 동 기본법규정상 의무를 구체화하고 있는 병역법(Wehrpflichtgesetz) 제2조는 독일국민의 외국인과 무국적자에 대하여도 일정한 조건하에서 즉, 그의 모국이 독일이었던 외국인이나 독일에서 지속적으로 거주했던 무국적자도 법규정에 의하여 독일국민이 지는 병역의무와 동일한 조건하에서 병역의무를 질 수 있다고 규정하고 있다. 특히 병역법 제2조 제2항은 무국적자가 병역의무를 수행했을 때에는 국적취득청구권을 인정하는 규정을 두고 있다.

아울러 기본법 제12a조 제4항은 여자의 복무의무에 관하여 규정하고 있다. 동규정에 따르면, “방위사태시 민간의 보건시설과 의료시설 및 상주군사의료시설에서의 민간역무수요가 지원으로 충족될 수 없는 때에는, 만18세이상 55세까지의 여자를 법률에 의하여 또는 법률의 근거에 의하여 징집할 수 있다”고 규정하고 있다. 그러나 여자에게 복무의무를 부과하는 경우에 있어서도, 결코 집총복무를 부과해서는 아니 된다고 규정하고 있다.

이와 같은 병역의 의무에 관한 규정과 아울러 기본법 제12a조 제2항은 “양심상의 이유로 집총병역을 거부하는 자에게는 대체복무의 의무를 부과할 수 있다. 대체복무의 기간은 병역의 기간을 초과할 수 없다. 상세한 것은 법률로 정한다. 동 법률은 양심에 따른 결정의 자유를 침해할 수 없고 군대나 연방국경수비대와 무관한 대체복무도 가능하도록 규정해야 한다”고 규정하고 있다. 동규정은 기본법 제4조 제3항이 규정하고 있

는 즉, “누구도 양심에 반하여 징총병역을 강제받지 아니한다”는 양심적 징총거부권과 국가안보 등의 기본법상의 제 이익과의 충돌을 그 대안으로서 해결하고 있는 규정이라고 할 수 있다.

2) 양심적 징총거부권

가) 기본법규정

기본법 제4조 제3항은 양심적 징총거부권을 규정하고 있으며, 아울러 양심적 징총거부권에 관하여 상세한 것은 연방법률로 정한다고 규정하고 있다. 동규정에 따라 “양심적 이유로 인한 징총전시병역의 거부에 관한 법률(Gesetz über die Verweigerung des Kriegsdienstes mit der Waffen aus Gewissensgründen: KDVG)”이 제정되었다. 동법 제1조는 양심상의 이유로 모든 국가간의 전쟁에 있어서 무기사용에 반대하는 징총병역을 거부하는 자는 병역에 대신하여 기본법 제12a조 제2항에 따라 대체역무로서 연방방위 외에 민간역무를 부여하여야 한다고 하여, 양심적 징총거부자에 대한 대체역무를 규정하고 있다. 동규정에 대하여, 연방헌법재판소는 양심상의 징총거부를 인정할지라도 양심상의 이유로 인한 대체역무의 거부까지는 이에 의하여 보호되지 않는다고 판시하였다.²⁷⁾ 왜냐하면 병역의무와 관련한 국민의 부담평등의 원칙에 입각하여 보면, 병역의무자를 병역(Wehrdienst)이나 또는 대체복무(Ersatzdienst)로써 구분하여 징집하는 것은 그 헌법적 타당성을 결여하고 있는 것이므로, 입법자는 원칙적으로 병역의무자에 대하여는 일괄적으로 병역을 규정하고, 다만 기본법 제4조 제3항 및 제12a조 제2항에 따라 양심상의 이유로 징총역무를 거부하는 것이 인정되는 경우에 한하여 예외적으로 병역의무 외에 그 대체복무를 인정하여야 하기 때문이다.

나) 법적 성격

기본법 제4조는 “① 신앙과 양심의 자유 그리고 종교적·세계관적 고백의 자유는 불가침이다. ② 종교행사를 방해받지 않을 자유는 보장된다.”고 하여 신앙, 양심과 고백의 자유와 더불어 제3항에서 양심적 병역거부를 보장하고 있다. 동조는 기본법 제1조의 인간의 존엄, 즉 인간내면의 양심에 대한 불가침을 보장하고 있는 절대적 기본권임을 규정하고 있다.²⁸⁾

동조의 체계와 관련하여, 신앙, 양심의 자유와 양심상의 이유로 인한 병역거부와는 어

27) BVerfGE 69, 1(23 f.).

28) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1985, Rndr. 383; Stein/Frank, Staatsrecht, Tübingen 2000, S. 261 f.; Siekmann/Duttge, Staatsrecht I: Grundrechte, Frankfurt a. Main 1999, Rndr. 320.

떠한 관계가 있는가의 문제가 제기될 수 있다. 왜냐하면 모든 양심에 기인한 행위는 기본법 제4조 제1항에 의하여 보호될 수도 있기 때문이다.

이에 대하여, 연방헌법재판소는 기본법 제4조 제3항의 양심적 병역거부권은 병역의무의 영역에 관한 양심의 자유의 효력을 보장하고 있는 것으로서 기본법 제4조 제1항에 대한 특별규정으로 보고 있다.²⁹⁾ 즉 기본법 제4조 제3항의 양심적 집총병역거부권은 전시역무의 특별한 경우에 있어서 양심의 자유를 보장하고 있는 것으로 보고 있다.³⁰⁾ 이러한 규범적 의미에서 보면, 기본법 제4조 제3항은 국가가 국민에게 요구하는 특정한 의무에 대하여 개개인의 자유로운 양심의 자유를 우선시하는 것을 인정하고 있는 것으로 볼 수 있다.³¹⁾ 달리 표현하면, 양심상의 이유로 인한 집총병역거부권은 외침에 대하여 총(무기)을 들고 국토를 방위하고 국가의 존립이나 헌법질서를 수호하는 것에 참여하는 국민의 헌법상의 의무에 대한 한계를 의미하는 것이라고 할 수 있다.³²⁾

또한 동조 제2문은 양심적 집총병역거부에 관한 사항에 관하여 상세한 것을 법률에 의하여 정해질 것을 규정하고 있다.³³⁾ 그러나 동규정은 양심적 집총병역거부권을 제한하는 의미를 내포하고 있는 것이 아니다. 왜냐하면 앞에서 언급하였듯이 양심적 집총병역거부권은 양심 및 신앙의 자유와 마찬가지로 법률에 의하여 제한될 수 없는 절대적 기본권의 영역이기 때문이다.³⁴⁾ 그럼으로 동규정은 헌법적합적 관점에서의 구체화를 의미하는 것으로 해석될 수 있으며, 입법자는 입법을 통하여 양심적 집총병역거부권을 구체화할 헌법적 의무를 부담하는 규범적 의미를 가진다.³⁵⁾

다) 양심적 병역거부권의 내용

기본법 제4조 제3항이 규정하고 있는 양심적 집총병역거부권은 자신의 양심적 결정에 따라 타인을 살해하기 위하여 집총을 거부하는 자를 보호하는 것을 본질적 내용으로 하고 있다.³⁶⁾ 여기서의 집총병역(Dienst mit Waffen)이란 개개인이 스스로 무기를 사용하거나 타인의 무기사용을 직접적으로 지원하는 의무를 말한다. 예를 들면, 무기의 수송이나 수리와 의료시설을 방어하기 위하여 수화기(Handfeuerwaffen)를 사용하는 의

29) BVerfGE 19, 135 (138); 23, 127 (132).

30) Katz, Staatsrecht, Heidelberg 1999, Rndr. 724; Stein/Frank, a.a.O., S. 261; Siekmann/Dutte, a.a.O., Rndr. 323.

31) BVerfGE 12, 45 (54 f.).

32) Katz, a.a.O., Rndr. 724.

33) 이에 구체적인 것을 병역법 제25조 이하에서 규정하고 있다.

34) Hesse, a.a.O., Rndr. 318; Schmidt/Seidel, Grundrechte, Bremen 2001, S.82.

35) BVerfGE 12, 45 (53); 28, 243 (259 f.); 32, 40 (46 f.).

36) Katz, a.a.O., S. 345; Stein, a.a.O., S. 261.

료역무 등을 말한다.³⁷⁾ 징총병역의 범위에 대하여 연방헌법재판소는 전시뿐만 아니라 평화시의 징총 및 그에 관한 교육을 포함하는 것으로 해석하고 있다.³⁸⁾ 이러한 해석은 기본법 제12a조 제2항의 대체복무는 전시 뿐만 아니라 평화시에서의 병역의무와 관계 되는 제도라는 점을 의미하는 것이기도 하다.³⁹⁾

라) 양심적 병역거부자의 심사 및 승인

① 양심적 징총거부자의 판단기준 및 범위

기본법 제4조 제3항의 양심적 징총병역거부권을 주장하는 병역의무미필자의 징총병역 거부가 동규정상의 양심의 강제 내지 양심에 반하는 행위의 강제금지의 해당하는지는 이를 주장하는 자의 통상적인 세계관·신념 및 신앙가치성에 따라 판단되어야 한다.⁴⁰⁾ 동규정이 보호하고 있는 징총병역거부권자는 평화주의자뿐만 아니라 현재 일반적으로 전시역무를 거부하는 자나 그에 관한 동기가 역사적·정치적 상황에서 나타나는 자를 그 대상으로 하고 있다.⁴¹⁾ 그러나 동규정은 특정의 전쟁, 특정한 방식의 전쟁, 특정한 조건이나 특정한 무기로서 행해지는 전쟁을 거부하는 상황조건적 전시역무거부(die situationsbedingte Kriegsdienstverweigerung)를 보호하고 있는 것은 아니다.⁴²⁾

특히 징병검사 후, 양심상의 이유로 병역을 거부하는 자로서 인정되기 위해서는 당사자의 신청에 의한 관할 관청의 승인을 규정하고 있다. 이 경우 양심상 병역거부를 주장하는 자는 관할관청의 승인을 위하여 그 거부가 기본법 제4조 제3항상의 양심결정에 기인한 것임을 충분히 소명하여야 한다.⁴³⁾ 왜냐하면 기본법 제4조 제3항의 양심결정은 주관적인 것에 기인한 것임을 전제로 하는 것이지 도덕적인 정당성의 형량을 전제로 하는 것이 아니기 때문에,⁴⁴⁾ 병역거부자의 다양한 입장표명 대한 자세한 동기심사없이 징총병역의 거부에 관한 양심결정을 평가할 수 없기 때문이다.

'양심적 이유로 인한 징총전시병역의 거부에 관한 법률'은 징총병역을 거부하는 권리는 신청에 의하여(제2조 제1항), 연방민간역무청(das Bundesamt für den Zivildienst)에 의하여 결정된다(제4조 제1항)고 규정하고 있다. 그러나 이와 같은 승인에 관한 행정절차가 결국 양심의 자유를 침해하는 것이 아니냐는 문제가 제기될 수 있다. 왜냐하면 양

37) Pieroth/Schlink, Grundrechte: Staatsrecht II, Heidelberg 1992, Rndr. 599.

38) BVerfGE 12, 45 (56).

39) Hesse, a.a.O., Rndr. 384; Stein/Frank, a.a.O., S. 261.

40) BVerfGE 12, 45 (55).

41) BVerfGE 12, 45(61).

42) BVerfGE 12, 45 (60/61).

43) BVerfGE 48, 166.

44) BVerfGE 12, 45(54).

심결정은 특정한 도덕적·윤리적 가치관에 기인해야만 하는 것이고, 전시역무거부자의 양심결정이 이와 같은 가치관에 의한 것이냐를 심사해야하기 때문이다. 다시 말해서 양심적 집총병역거부자를 결정하기 위하여 자신의 양심상의 결정에 기인한 자에 대하여 그 근거제시가 요구되기 때문이다. 이에 대하여 연방헌법재판소는 개개의 경우에 있어서 기본법 제1조의 인간의 존엄과 가치규정과 기본법 제4조 제3항으로부터 도출되는 기본권들의 축소나 혹은 평등권의 침해를 의미하지는 않는 것이기 때문에 기본법에 합치한다고 하였다.⁴⁵⁾ 즉 기본법 제4조 제3항은 자유롭고 은밀한 양심결정을 보호하는 것이 아니므로, 양심상의 결정에 관한 근거의 제시는 양심의 자유를 침해하는 것이 아니라고 하고 있다.⁴⁶⁾ 따라서 양심결정의 근거제시에 관한 의무를 위하여 최소한의 범위에서 내용적으로 일정한 요구에 관한 사항들을 들 수 있는 것이다.⁴⁷⁾ 이때 요구되는 사항들은 제시가능하거나 증명가능한 것이어야함은 물론이고, 이러한 범위 내에서 양심적 집총병역의 거부를 주장하는 병역의무자의 규명무무를 부과할 수 있는 것이다. 이와 관련하여, 연방헌법재판소는 병역의무자나 군인이 그가 주장하는 군사적인 역무제공의 거부가 유효한 법적 승인절차에 의하여 기각되었음에도 불구하고, 병역거부를 하는 경우에는 역무위반자로서 또는 형사처벌이 가능하게 되는 복종거부자로서 평가될 수 있다고 하면서, 이 경우에는 기본법 제4조 제3항의 기본권과 충돌이 발생하지 않는다고 하였다.⁴⁸⁾

② 양심적 병역거부권자의 승인절차

‘양심적 이유로 인한 집총전시병역의 거부에 관한 법률’ 제1조상의 양심상의 이유로 인한 집총병역거부자로 승인되기 위해서는 집총전시병역을 거부하는 자의 신청이 있어야 한다. 그 신청은 서면에 의하며, 신청서에는 자세한 이력서와 양심결정에 관한 이유에 관한 개인적이며 자세한 진술과 마찬가지로 신원증명서(Führungszeugnis)를 첨부하여야 한다(동법 제2조 제2항). 또한 양심상의 이유로 집총전시병역거부를 신청하는 병역의무미필자는 그의 연령이 입영대상연령인 만18세가 되기 6개월 전에 달한 자에 한하여 인정되며, 신청서는 징병검사를 받기 14일전에는 도착하여야 한다(동법 제2조 제4항). 그러나 이러한 신청서의 제출은 징병검사를 받을 의무에 관하여는 아무런 영향을 주지 못한다(동법 제3조 제1항).

신청서의 관할행정청은 연방민간역무청(Bundesamt für Zivildienst)이며, 동법 제2조

45) BVerfGE 28, 243 (259); 69, 1(28).

46) BVerfGE 69, 1 (82 ff.).

47) Schmidt/Seidel, a.a.O., S. 154; Stein/Frank, a.a.O., S. 261.

48) BVerfGE 28, 275.

제2항상의 신청요건이 불완전한 경우나 연방민간역무청의 보충요구가 있는 후 4주의 기간 내에 보충되지 않을 경우와 제시된 이유가 전시역무거부에 관한 권리를 입증하는 것에 적합하지 않는 경우 그 신청은 거절될 수 있다(동법 제6조 제1항). 이와 반대로 그 신청서가 하자없이 완전하거나, 병역거부의 권리를 증명하기 위한 동기가 적합한 경우나 신청자가 객관적으로 제출한 전부 그리고 연방국에 알려진 그 밖의 외면적인 사실들이 신청자의 신청의 진실성에 대한 의심을 일으키지 않는 경우, 신청자는 개별적인 청문없이 전시병역거부자로서 인정될 수 있다(동법 제5조 제1항). 여기에서 특히 연방민간역무청은 그에게 알려진 기타 외면적인 사실에 관하여 신청자의 신청의 진실성에 의문이 있다면 신청자에게 보충·설명할 기회와 이를 증명할 기회를 부여하여야만 한다(동법 제5조 2항). 그러나 이와 같은 방법에도 불구하고 신청자의 신청에 대한 진실성문제가 제기된다면, 연방민간역무청은 당해 신청을 전시병역거부위원회(der Ausschuss für Kriegsdienstverweigerung)에 회부하여야 한다(동법 제7조).

전시병역거부위원회는 연방국방부장관에 의하여 선임된 위원장과 2명의 명예직 위원으로 구성되어진다. 위원장은 판사의 자격을 가진 자로서 28세에 달한 자이어야 하며, 2인의 명예직 위원은 32세에 달한 자로서 청년배심원(Jugendschöffen)의 직의 조건을 충족하는 자이어야 한다는 구성원의 일정한 자격에 대하여 규정하고 있다(제9조 제2항). 위원회에서의 전시병역거부자에 관한 결정은 위원회에 신청서가 접수된 후 늦어도 6개월 내에 이루어져야만 한다(동법 13조 1항).

동법률상의 이러한 절차에 따라 기본법 제4조 제3항에 의하여 보호되어지는 양심상의 결정을 심사·결정하고, 그 승인에 따라 양심적 집총거부권자에 대한 대체복무가 부과된다.

③ 대체복무의 내용

양심상의 이유로 인한 병역거부자의 인정절차와 요건을 규정하고 있는 '양심적 이유로 인한 집총전시병역의 거부에 관한 법률'과 동법에 의하여 양심상의 이유로 병역거부자로 인정된 자가 수행하여야 할 대체복무의 범위와 역할을 구체적으로 정하고 있는 법률로서 1986년 7월 31일 '전시역무거부자의 민간역무에 관한 법률(Gesetz über den Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer: ZDG)이 제정·공포되었다. 1994년 9월 28일 개정된 동법률에 따르면, 대체복무자들은 환자수송, 해외평화봉사, 개발봉사, 이동사회봉사, 병원근무, 장애인보호, 환경보호, 재산구호 등의 영역에서 복무한다(동법 제4조). 아울러 이들은 군사훈련을 받는 대신에 대체복무훈련소에서 대체복무에 필요한 소양을 갖추는 교육을 규정하고 있다.

대체복무기간은 병역법 제5조의 기본복무기간(10개월)보다 3개월 더 긴 복무기간을 규정하고 있다(동법 제24조 제2항).

(나) 우리나라에서의 시사점

우리나라에서도 양심적 병역거부에 따른 대체복무제도의 형성에 대한 국민적 공감대가 형성되어, 동 제도를 구체화하는 경우에 있어서 위에서 서술한 독일의 대체복무제도는 우리에게 많은 시사점을 줄 것이다. 특히 대체복무제도를 도입함에 있어서 현역복무와의 등가치성을 확보하기 위하여, 현역복무와 상응한 고역의 정도를 고려한 대체복무의 유형 및 대체복무기간의 문제와 관련하여서는 더욱 중요한 시사점을 제공하기도 한다. 이러한 시사점들을 요약하여 보면, 다음과 같은 점을 들 수 있다.⁴⁹⁾

- ① 양심적 병역거부권자의 양심은 종교적인 것에 국한되어서는 아니되고, 널리 윤리적·평화주의적 양심 등도 포함하여야 한다.
- ② 양심적 병역거부권자의 양심의 진지성을 엄격하게 판단하기 위하여 독립된 심사기구 및 심사절차를 규정하여야 한다.
- ③ 심사위원회에 의하여 그 양심의 진지성을 인정받은 자는 군사적 업무와는 관련없는 사회적이고 공공적인 업무에서 대체복무를 이행하도록 하여야 한다.
- ④ 예비군이나 현역군인의 경우에도 양심적 결정에 따른 병역거부를 주장할 수 있도록 하여야 하며, 예비군의 경우에는 대체복무에 투입하고, 현역군인의 경우에는 비전투 업무에 투입하도록 하여야 한다.
- ⑤ 대체복무기간은 군복무기간을 감안하여 설정하여야 하며, 지나치게 장기간이어서는 아니된다.
- ⑥ 대체복무자는 대체복무와 관련하여 어떠한 차별적 대우를 받지 않도록 하여야 한다.
- ⑦ 대체복무제도를 도입함에 따라 기존의 양심적 병역거부자에 대한 구제제도가 마련되어야 하는 바, 기존의 양심적 병역거부자들에 대한 유죄판결을 파기하고, 사면 및 복권조치를 취하여야 한다.
- ⑧ 현재 수감중인 양심적 병역거부자에 대하여는 긴급조치로서 잔형기간을 사회복지시설 등의 대체복무에 우선적으로 투입하는 방안이 마련되어야 한다.

49) 이하에서 요약되는 시사점들은 지난 2002년 연대회의 국회공청회에서 중요하게 논의되었던 바 있다. 이에 관하여는 이재승, 앞의 논문, 157면 이하 참조.

IV. 맺는 말: 대체복무제도의 도입을 위한 제언

양심적 병역거부와 그에 수반되는 대체복무제도의 인정여부에 관하여 아직도 많은 논쟁이 전개되고 있다. 그러나 분명한 사실은 우리의 현실변화에 따라 언젠가는 양심적 병역거부에 대한 국민의 공감대가 형성될 것이며, 그에 따른 대체복무제도의 도입은 기정사실이 될 것이다. 헌법재판소는 “대체복무제를 도입하기 위해서는 남북한 사이에 평화공존관계가 정착되어야 하고, 군복무여건의 개선 등을 통하여 병역기피의 요인이 제거되어야 하며, 나아가 우리 사회에 양심적 병역거부자에 대한 이해와 관용이 자리잡음으로써 그들에게 대체복무를 허용하더라도 병역의무의 이행에 있어서의 부담의 평등이 실현되며 사회통합이 저해되지 않는다는 사회공동체 구성원의 공감대가 형성되어야 한다”⁵⁰⁾라고 하여 양심적 병역거부와 대체복무제를 도입하기 위한 선행조건을 판시하고 있다. 이러한 선행조건은 갑자기 또는 점진적으로 충족될 수 있을 것이다. 특히 2001년 6월 민주당의 장영달, 천정배 의원이 발의한 ‘병역대체 복무에 관한 법률안’은 국민적 공감대의 점진적인 전환을 암시하는 것도 하다.

이러한 현실적 여건 및 국민적 공감대의 형성으로 양심적 병역거부가 인정되고 그에 따라 대체복무제도를 도입하는 경우에 있어서 헌법정책적으로 가장 중요하게 고려되어야 할 것은 대체복무자의 고역의 정도를 현역복무자와 가능한 비슷한 수준으로 정하는 것과 그리고 대체복무의 기간을 어느 정도로 할 것인가이다. 즉 대체복무제도가 양심상을 이유로 병역을 거부하는 자에 대한 징벌적 수단으로서 전락하지 않는 한도를 지키면서 대체복무의 범위와 기간을 어떻게 정할 것인가가 가장 중요한 문제가 될 것이다. 이에 관한 문제는 근본적으로 현재의 군복무환경의 개선이 전제되어야 하고, 이를 전제로 하는 경우에는 현역복무의 고역의 정도를 고려한 대체복무의 유형이나 기간의 확정에도 다소 그 어려움이 제거될 수 있을 것이다. 또한 대체복무제도의 도입에 따라 기존의 양심적 병역거부자에 대한 구제수단 또한 당연히 마련되어야 할 것이다.

50) 헌재 2004.8.26. 2002헌가1.

〈Zusammenfassung〉

Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen und der Ersatzdienst

Die koreanische Wehrpflicht finden die verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 39 Abs. 1 der koreanischen Verfassung. Das Grundrecht, daß Niemand gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffen gezwungen werden darf, wird von koreanischer Verfassung sowie einfachem Gesetz noch nicht gewährleistet. Durch die Interpretation der Verfassung kann man es anerkennen.

Die Kerngehalt dieses Grundrechts besteht darin, den Kriegsdienstverweigerer vor dem Zwang zu bewahren, in einer Kriegshandlung einen anderen Menschen töten zu müssen, wenn ihm sein Gewissen eine Tötung grundsätzlich und annahmslos zwingend verbietet. Art. 4 Abs. 3 GG gewährleistet als Grundrecht unmittelbar das Recht, aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit Waffen zu verweigern.

Die verfassungsrechtliche Wehrpflicht ist lediglich als Möglichkeit vorgesehen, nicht bereits von Verfassungs wegen angeordnet. Sie ist also verfassungsrechtlich zwar sanktionierte, aber nicht schon verfassungsunmittelbare Grundpflicht.

Es ist Sache des Gesetzgebers, die Freiheit der einzelnen untereinander und mit den Gemeininteressen durch verfassungsgesetzlich legitimierte Pflichtbindungen nach den Prinzipien der Gegenseitigkeit und der gleichen Freiheit aller wie nach Maßgabe des Übermaßverbots zu vermitteln.

Von eine verfassungsunmittelbare Konkretisierung der Grundpflicht durch diese Gesetzmäßigkeit kann man das Recht ableiten, aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffen zu verweigern.

Der Gesetzgeber hat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und zunächst einen Zivildienst vorgesehen, dessen Dauer der Dauer des Grundwehrdienstes zuzüglich der tatsächlichen durchschnittlichen Wehrübungszeit länger als die Dauer des Grundwehrdienstes.

Stichwörter: Kriegsdienstverweigerung, Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens, Ersatzdienst, Wehrpflicht, Kriegsdienstverweigerer.

참고문헌

- 계희열, 헌법학(중), 박영사 2005.
- 김병렬/이재승, 양심적 병역거부에 관한 찬반논쟁, 고시계 2004.7.
- 김병록, 양심적 병역거부의 헌법이론적 검토, 한국헌법학회 제25회 학술대회 발표논문
집, 2003.3.22.
- 김선택, 헌법사례연습, 법문사 2005.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사 2005.
- Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.
Heidelberg 1995.
- Hofman, Hasse, Grundpflicht und Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch
des Staatsrechts, Bd. V, Heidelberg 1992, S. 321 ff.
- Katz, Alfred, Staatsrecht, Heidelberg 1999.
- Kirchhof, Paul, Bundeswehr, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des
Staatsrechts, Bd. III, Heidelberg 1988, S. 977 ff.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte: Staatsrecht II, Heidelberg 1992.
- Schmidt, Rolf/Seidel Stephanie, Grundrechte, Bremen 2001.
- Siekmann, Helmut/Duttge, Gunnar, Staatsrecht I: Grundrechte, Frankfurt a. Main 1999.
- Stein, Ekkehart/Frank, Götz, Staatsrecht, Tübingen 2000.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980.