

## 양심적 병역거부, 그 처벌의 위헌성\*

### Conscientious Objection in South Korea: From Punishment to Alternative Civilian Services

한 인 섭\*\*  
Han, In-Sup

#### 목 차

##### 글머리에

- I. 처벌받은 형제의 사연
- II. 양심적 병역거부에 대한 처벌: 형법, 형사정책의 차원에서
- III. 법관의 딜레마, 법집행상의 딜레마
- IV. 종래의 합헌결정의 문제점
- V. 국제인권법상 "양심적 병역거부권"의 인정과 국내법
- VI. 민간 대체복무제도 도입의 불가피성
- VII. '행복을 추구할 권리'를 보장하는 국가를 향하여

#### 국문초록

양심적 병역거부의 문제는 전세계적 쟁점일 수 있지만, 실은 한국 중심의 문제이다. 희생자의 인원 면에서, 또 대안 없이 일률적으로 처벌하는 면에서, 또 가혹한 실행처벌을 하는 면에서 한국은 세계 제일의 문제상황에 놓여 있

논문접수일 : 2015. 10. 19.

심사완료일 : 2015. 12. 07.

게재확정일 : 2015. 12. 07.

\* 이 글은 2015. 7.9. 헌법재판소에서 행한 '병역법 제88조 제1항 제1호 위헌소원에 대한 공개변론'에서 필자가 참고인진술의 형태로 제출한 의견서에서 출발하여, 대폭 수정보완한 것이다. 해당 사건의 번호는 2012헌바15, 2012헌바100, 2012헌바182, 2015헌바73(병합) 병역법 제88조 제1항 등 위헌소원.

\*\* 법학박사·서울대학교 법과대학/법학전문대학원 교수

다. 그러나 헌법재판소 및 대법원은 양심적 병역거부를 처벌하는 병역법 제88조가 합헌이며, “정당한 사유”에 의한 면책이 허용되지 않는다고 판시해 왔다. 본고는 그러한 판례의 경향을 비판하면서 병역법 제88조는 위헌이라 주장한다.

양심적 병역거부행위는 반사회적·반도덕적 의미의 범죄라 할 수 없다. 그들에 대한 실행처벌은 일반예방적, 특별예방적 효과를 기대할 수 없다. 오직 징벌만을 목적으로 삼는 것이기에, 형벌목적의 달성과 관련하여 맹목적 처벌에 불과한 것으로 정당화되기 어렵다.

양심적 병역거부자에 대한 현행의 처벌은 일률적으로 징역 1년 6월(실행)이다. 이는 법관의 양형재량권을 사실상 형해화하고 심지어 법관의 양심의 자유까지 침해한다.

양심적 병역거부와 관련하여, 양심의 자유는 그야말로 ‘소수자의 인권’ 차원에서 접근해야 한다. 그런데도 소수자의 상황에 대한 절실한 이해를 토대로 그들의 기본권을 인정하려는 실질적 접근을 하지 않았음은 비판받아야 할 것이다.

한국의 판례와 정책은 국제인권법의 세계에서 연례적으로 비판받고 있다. 한국의 판례와 정책에 대응하면서, 국제인권기구들은 양심적 병역거부의 권리성을 오히려 명확히 하고 있다. 자유권규약위원회 및 유럽인권재판소의 판시들을 우리 헌법재판소가 경시하는 태도로 일관하는 것은 자유권규약의 국내규범성의 지위에 부합하지 않으며, 명문규정이어야 양심적 병역거부권을 인정하겠다는 것은 일반 법조문의 해석원칙에도 맞지 않다.

양심의 자유의 실현과 국방의 의무와의 규범적 조화를 위해서는 대체복무제도를 제도화해야 한다. 대체복무제도 도입을 비판하는 견해는 한결 같이 그 폐해의 위험성을 지나치게 과장하고 있으며 ‘비약’과 ‘기우’의 수준에서 접근하고 있다. 민간 대체복무제도를 도입한다면 양심적 병역거부자를 표방한 기피자들이 폭증할 것이라는 우려는, 대체복무의 기간 및 조건을 현역병의 경우와 형평성 있게 조정함으로써 해소될 문제이다. 사회여론의 악화나 국민 통합 상의 손상 등을 내세우나, 가변적 여론 및 추상적인 손상을 내세워 개인의 절박한 인권침해를 무작정 정당화하는 것은 용납될 수 없는 접근이다.

대체복무제도의 도입을 통해 국민의 인권과 국가의무 사이의 조화를 달성할 수 있다. 연간 6백여명의 감옥행을 방치하고 있는 입법부작위는 기본적인

권의 확인과 보장을 책임져야 할 국가의 의무를 방기하고 있는 것이다.

현행 병역법 제88조에 대한 법원의 확립된 해석으로는 양심적 병역거부의 '정당한 사유'성을 전적으로 배제하고 있으므로, 그렇게 해석하는 한 동 조항은 위헌이라 하지 않을 수 없다. 양심적 병역거부의 일률적 처벌을 계속하면서 이를 바로잡는 민간 대체복무제의 도입 자체를 거부하는 것은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 양심의 자유, 과잉금지의 원칙 등을 침해하는 것으로 위헌이라 하지 않을 수 없다.

주제어 : 양심적 병역거부, 대체복무, 양심의 자유, 병역법, 자유권규약위원회

## 글머리에

1987년을 전환점으로 우리 사회는 정치적 민주화의 제도화를 이루어냈다. 소수의 지배로부터 다수의 지배로의 전환, 속된 말로 총구가 아니라 투표를 통한 정치적 민주주의의 정립단계에 이른 것이다. 그 사이 곡절과 부침도 많았지만, 적어도 "다수의 지배"라는 민주주의의 한 과제가 정착되어간 사실은 부인할 수 없다.

우리의 민주주의가 보다 성숙하기 위해서는 단순히 '다수의 지배'를 넘어서, '소수자의 인권'을 어떻게 반영하고 보장할 것인가를 숙고하고 이를 법령과 정책에 담아내지 않으면 안 된다. 다수의 지배가 다수의 횡포(tyranny of the majority)로 변질되지 않기 위해서는, 우리 사회의 소수자·약자의 곤궁한 처지에 대한 이해와 적절한 대변이 필요한데, 이는 단지 투표함을 통해서 실현될 수 없다. 민주주의의 핵심을 이루는 인권의 보장은 바로 소수자·약자 개개인의 인권의 존중과 제도화를 통해서 비로소 속살이 채워진다. 다원적 민주주의 하에서는 소수자·약자에 대한 관용과 배려, 인간의 존엄과 가치를 온전하게 실현하기 위한 국가적 보장이 절실하다. 여기서 '인권'의 가치는 '다수'의 논리의 약점을 치유하고, 모든 국민들의 행복추구의 길로 실질화하며, 우리 사회적 질을 고양시키게 된다.

이제 다시 소수자 인권의 핵심적 쟁점 중의 하나인 양심적 병역거부자의 처리에 대한 우리 사회와 국가의 기준을 재점검할 필요가 있다. 지난 몇 십 년 동안 대한민국의 제도 하에서, 매년 600명 이상의 인원이 양심적 병역거부자임을 스스로 선언하고, 예외 없이 옥살이를, 그것도 실행 1년 6개월에서 3년에 이르는 기간의 징역형을 선고받고 복역해야 했다. 이들은 2000년 이전까지 집총을 거부하여 균형법상의 항명죄로 처벌받았다. 실은, 항명죄 처단은 군사정권이 100% 입영률 목표를 달성하기 위하여 1974년부터 이들을 불법으로 강제 입영시킨 관행으로부터 생겨난 기형적인 형태의 형사처벌이었다. 혹독하고 비인간적인 수감처우에 대하여 그들은 소리 높여 항의하지도 않고, 조직적으로 저항하지도 않은 채, 심지어 어떤 여론이나 법률투쟁을 하지도 않은 채, 묵묵히 처벌받았다.

그런 침묵의 상황은 이제 변화의 물결을 타고 있다.

2000년 이후 그들은 소집영장을 받고 병무청으로 가서 자신의 병역거부사유를 소명함으로써, 이제는 민간법정에서 병역법 위반으로 처벌받게 되었다. 군사법정에서 소리 없이 처벌받던 그들의 실상은 민간법정에서 공개적으로 노출되었고, 그들의 사연이 알려질수록 그에 대한 안타까움과 연민이 늘어갔고, 그들의 특별한 진정성 역시 점점 널리 알려지고 있는 중이다. 다른 나라의 사례 및 법제와의 비교지식이 쌓여, 한국의 경우가 예외 중의 예외라는 사실도 알려지고 있다.

민간법정의 법관들에게도 그들에 대한 안타까움과 어쩔 수 없는 곤혹스러움이 교차했다. 그러한 고뇌의 결과는 우선 선고형을 낮추는 것으로 가시화되었다. 징역3년이 표준형처럼 보여졌던 군사법정의 판결은, 민간법원에서 다소의 편차를 거쳐 지금은 징역 1년6개월의 실행으로 일률화되었다. 그러한 정찰제형 실행은 그 형이 가장 적정한 양형이라는 합의점에 도달해서가 아니라, 더 이상 감면할 방법이 없기에 판사들이 도달한 교육지책이었을 뿐이다. 그 판결을 내리고 판사들은 정의로운 판결을 내린 데 대한 충족감보다는 무언가의 안타까움과 찝찝함 속에 법정을 떠난다.

판사들의 그러한 심정은 2002년부터 시작된 위헌제청의 물결을 통해 잘 알 수 있다. 양심적 병역거부와 관련하여 2004년 대법원은 “병역법상의 ‘정당한

이유'없는 병역기피죄"<sup>1)</sup>로, 헌법재판소는 "위헌이 아님"으로 명확한 결론을 내렸고, 그 이후에도 일련의 합헌 및 유죄판결을 냈음에도 불구하고, 그에 승복하지 못하고 있다. 단일사안 중에서 헌법재판소 및 대법원을 향한 도전의 흐름이 이토록 강한 것은 달리 없다. 최고법원의 판결과 결정에 묵종하기에는, 피고인을 가장 가깝게 접하는 일선 판사들의 마음이 결코 편치 않다는 생생한 증거가 아닐 수 없다.

헌법재판소가 2004년<sup>2)</sup>, 2011년<sup>3)</sup>에 이어, 올 2015년에 다시 병역법 제88조의 위헌성을 심사할 기회를 열게 된 것은 일차적으로 법관들의 위헌제청 행렬로 말미암은 것이다. 사실 이 쟁점은 국내외적으로 심각한 단계에 와 있다. 단순히 국내의 법적 쟁점에 그치지 않고, 국제무대에서 한국의 판례가 빈번히 언급되고 있는 실정이다. 국제인권법세계에서 신 판례들은 한국 판례를 반면교사로 삼는 가운데 전개되면서 한국을 압박하는 형세로 진행되고 있다. 구체적인 쟁점은 병역법 제88조의 위헌성 여부가 되겠지만, 이 쟁점은 사실상 ①'양심적 병역거부'를 우리 헌법상으로 인정할 것인가, 인정한다면 어느 범위 내로 인정할 것인가 하는 점과 ②양심적 병역거부자에 대한 '대체복무제'를 헌법적 의무로써 받아들여야 하는가라는 점을 종합하여 논의를 전개하는 것이 합당할 것이다.

## Ⅰ. 처벌받은 형제의 사연

2000년대에 접어들어 필자는, 세기의 전환기, 민주이행의 단계에서 필연적으로 제기되어야 할 주요 이슈로서 '소수자의 인권' 주제를 설정하면서 '양심적 병역거부' 문제를 이론적으로 접근, 정리한 바 있다.<sup>4)</sup> 2002년에는 우리 법제 하에서 소수자 중 가장 큰 희생집단을 이루고 있는 '양심적 병역거부'관련 주

1) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결. 이하 "대법원판결(2004)"이라 한다.

2) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 전원재판부 결정. 이하 "헌재결정(2004)"이라 한다.

3) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22, 2009헌가7,24, 2010헌가16,37, 2008헌바3,20, 2011헌바16(병합) 전원재판부 결정. 이하 "헌재결정(2011)"이라 한다.

4) 한인섭, "왜 소수자 약자의 인권인가", 「일상의 억압과 소수자의 인권」, 한국인권재단, 사람생각, 2000.

제를 발표했고, 이는 《양심적 병역거부》라는 책자의 일부에 수록되었다.<sup>5)</sup> 그 뒤에도 여러 번 이 주제에 대한 토론에 참여했지만, 나는 그들과의 직접적 접촉을 추구하지는 않았던 국외자였다. 다시 말해 개인적-일상적 친밀감이라는 관계공간 속에 그들의 존재가 다가오지는 않았다는 것이다.

그러던 차 필자가 소속된 학교의 동료 모 교수의 가족사를 듣고, 그 교수와 고민을 나누게 되었다.

교수의 장남 T 군이 자신의 종교적 양심에 따라 병역을 거부하기로 결심하고 법적인 조언을 구해왔을 때는 2006년 말로 기억한다. T 군은 서울대에 재학 중이었다. 부친은 아들의 결심에 동의할 수 없었지만 안타까운 마음에 변호인을 붙였다. 자식의 종교적 입장에 동의하지 않으면서, 아들이 감옥에 가고 범죄인으로 낙인찍히는 처지를 두고 볼 수밖에 없는 부친의 심정은 참담함 그 자체였을 것이다. 양심적 병역거부에 대한 나름대로의 지적 논리를 갖고 있던 필자로서도, T 군에 대해 무슨 특별히 할 말이 없었다. 그저 가정내 대화와 화합의 중요성을 말하고, 혹시 수감이 되더라도 친필편지를 교환 하라고 권면하는 정도였다. 또한 한국의 정부가, 헌재 및 대법원판결에서 나오는 ‘대체복무제의 도입’ 필요성의 지적에 대해, 진지하게 숙고하고 있으며 긍정적 정책대안이 입법화할지 모르므로, 입대를 연기하면 어떨까라는 말도 했다. “대한민국은 인권을 존중하는 방향으로 나아가고 있으며, 국제적으로도 인권선진국의 위치를 점하기 위해 애쓰고 있으니 전향적 정책이 발표되지 않겠는가”라고 말하기도 했다. 딱히 자신이 있는 건 아니지만, 그래도 당시엔 어느 정도 낙관적 전망의 싹이 나오는 분위기였기 때문이다.

그러나 T 군은 연기 없이 재판에 임할 각오를 밝혔다. T 군은 “거부를 하더라도 그에 대한 명확한 판단과 객관적 논변(단지 종교적 양심만이 아니라)을 갖추면서, 자신을 넓혀가길 바란다”는 부친의 권면을 받아들였다. 부친은 자식이 특정 종교의 테두리 내에서만 사고하지 않고, 객관적이고 명확한 논변을 갖추면서 보다 개방적 성찰을 해줄 것을 주문했다. T 군은 변호사의 조력을 받았지만, 스스로 위헌제청 요청을 했고, 헌법소원을 스스로 준비하기도 했

5) 한인섭, “양심적 병역거부: 헌법적, 형사법적 검토”, 안경환·장복희편, 「양심적 병역거부」, 서울대 BK21법학연구단·공익인권법센터 기획, 사람생각, 2002.

다. 항소와 상고가 기각된 후에는 UN자유권규약위원회에 개인청원을 하기도 했다. 당시 그의 생각에 대해 이번에 문의했던 바, 그는 다음과 같이 답했다.

“현실적인 벽을 이해하지 못해서 무죄를 주장한 것이 아니었습니다. 군복무를 하는 것을 양심이 허락하지 않는 것처럼, 군복무 거부로 범죄인으로 낙인찍힌 상황에서 중도에 재판을 포기하는 것도 제 양심이 허락하지 않았기 때문에 끝까지 무죄를 주장한 것입니다. 성경의 법에 저촉되지 않는 것을 한국가의 법이 제재할 수 있다고 저 스스로 인정하면서 범죄인임을 받아들이는 것은 제 양심의 소리를 무시하는 것이나 다름이 없었습니다. 바로 이 때문에 항소와 상고를 하고 UN자유권규약위원회에까지 제소한 것입니다.”

그는 병역법을 위반한 범죄자로 단죄되어, 다른 거부자들과 마찬가지로, 징역 1년 6월의 실형을 받았다. 그의 옥중생활에 대한 소감은 다음과 같다.

“감옥에 있는 내내 제가 내린 결정에 대해 단 한번도 후회 해 본 적은 없습니다. 오히려 흔들림 없는 신념 덕분에, 감옥에 있는 다른 범죄자들에 비해 안정적이고 평화롭게 살았으며, 강제로 군복무를 하지 않고 끝까지 무죄를 주장한 것에 대해 진정한 양심의 자유를 느꼈습니다. 한편 한국 사회가 이런 양심적 병역 거부자를 포용해 주고 인정해 주면서 공존할 수 있다면 더 아름다운 사회가 될 것이라는 생각을 종종 하였습니다. 제가 감옥에 있는 동안 아버지가 느끼셨을 참담함과 아픔이 비단 양심적 병역 거부자의 가족들만이 아니라 현 사회의 많은 소수자들의 가족들이 느끼고 있는 감정이 아닐까하는 생각이 들곤 하였습니다.”

감옥 생활의 고난은 그의 양심적 결단을 흔들지 못했다. 끝까지 무죄를 주장하고 투옥된 데 대하여 그는 후회감이나 불안감이 아니라 “진정한 양심의 자유”를 느꼈다는 자긍심을 술회하고 있다. 물론 부모가 느꼈을 “참담함과 아픔”에 대해 안타까워하면서도, 자신의 경험을 통해 “현 사회의 많은 소수자들의 가족이 느끼고 있는 감정”에 대한 이해로 사고의 지평을 확장해가고 있음을 본다.

교도소 측은 이들을 어떻게 인식하고 처우했을까. 그들을 소위 말하는 ‘문제아’로 보고, 엄정한 계호와 경비 하에 두었을까. 다시 죄 군의 편지로 돌아간다.

“저와 같은 양심적 병역 거부자들은 감옥에서 모범수로 분리되어 교정부 직원의 통제 아래 청소나 그 밖의 일들을 돕도록 배정됩니다. 종종 교정부 직원들을 저희를 “10급 공무원”이라고 부르곤 합니다. 마치 9급 공무원 아래 또 다른 직급이 있는 것처럼 저희가 구치소 내에서 다른 재소자들에게는 말하지 않을 공무를 처리하고 돕는 직원 역할을 하기 때문입니다.”

놀랍게도 그들은 문제수가 아니라 모범수로 분류된다. 국방 및 안보적 차원에서 가장 골칫거리로 치부되었을 이들 병역거부자들은 법무부 차원에서 “10급 공무원”으로 일컬어지는 교도소 공무처리의 보조자로 복역 아닌 “복무”를 하고 있는 셈이다. 법무부 교정당국은 재소자 교정업무를 세밀하게 수행하고 있으며, 교정사고의 발생 방지에 모든 주의를 기울인다. 그런데 법무부 차원에서 가장 믿을만한 이들이 바로 양심적 병역거부자들이다. 범집행을 관장하는 국가기관의 입장에서, 양심적 병역거부자들은 위험하지도 않고, 타인에게 범죄를 감염시키거나 범죄가 감염될 가능성이 없는 모범적 인간으로 대하고 존중된다는 것이다. 그들이 하고 있는 일은, 참으로 아이러니하게도 바로 폐쇄적 시설 내에서의 공적 복무인 셈이다.

“사실상 이들은 군복무를 대체하는 봉사를 감옥에서 이미 하고 있는 것이나 다름이 없습니다. 살상하는 일이나 살상을 가정한 훈련을 피하고 싶은 젊은이들이 국가를 위해서 할 수 있는 일은 교정부 일 외에도 많습니다. 양심적 병역 거부자들은 바로 그런 일들을 할 수 없겠느냐고 호소하는 것입니다. 평화를 추구하고 법을 준수하는 젊은 청년들이 자신의 양심을 인정받으며 다른 사람들과 서로 공존하는 사회가 되기를 바랍니다.”

이러한 슬회에서든 드러나듯, 양심적 병역거부자들은 “사실상” 대체복무를 하고 있다. 다만 실행을 받아 수행자가 되어 대체복무를 강제당하고 있는 점에서, 다른 나라의 대체복무와 차이점이 있을 뿐이다. 대체복무제가 도입된다면, 그 중의 하나로 ‘교도소에서의 교정업무의 보조’를 지정할 수도 있을 것이다. 국가가 그들에게 범죄자 낙인을 제거해준다면, 그들은 국가질서에 대한 존중과 인간적 품위를 침해 받지 않는 가운데서 주어진 대체복무를 성실하게 수행할 것이다.



다원적 민주주의 하에서, 다름을 인정하고 관용하면서, 병역복무자와 형평성 있게 의무를 수행하도록 하는 것은, 어렵지 않고 충분히 가능한 일이다. 우리의 민주주의는 바로 이런 수준의 도약과 성숙을 제도화해야 하는 단계에 돌입했고, 현재는 이를 더 이상 늦출 수 없는 시점인 것이다.

그런데 우리 사회는 국제적으로 보편화된 해결책, 즉 대체복무제의 도입을 천연하였고, 지금은 그 논의의 불씨도 많이 사그라진 듯 보인다. 그런 상황에서 T 군은 주어진 형을 마치고 사회에 복귀했다.

하지만, 가족의 아픔은 이로써 끝나지 않았다.

그 동생 K 군은 고려대에 재학 중이었는데, 2011년에 이르러 형과 같은 처지에 놓이게 되었다. 이때 법원은 훨씬 더 피고인의 처지를 배려하는 태도를 보여, 사전구속이나 법정구속이 없이 상고심까지 불구속상태에서 재판을 받도록 해주었다. 법원의 궁극적 판결이 변함없을 것임이 불을 보듯 뻔한 터라 K 군의 의지도 “계란으로 바위를 치는 격”일 수 있지만, 그는 “군복무의 기피가 아니라 양심상의 이유로 군복무를 거부할 수밖에 없음”을 증명하기 위해 법정절차의 끝까지 자신의 뜻을 주장했다. K 군이 재판을 마치는데 무려 2년 반의 시간의 소요되었다. 그리고 마침내 징역 1년6월이 확정되어 복역하게 되었다. 20대 후반이 재판소요시간(2년반)과 복역기간(1년반)으로 아깝게 다 지나갔다. 세속적 계산, 특히 군기피로서 어떤 이익을 얻고자 하는 기피자의 계산으로는 무익한 손해만 보는 기간이었을 것이다. 그러나 그는 그런 영리한 타산적 계산을 할 수 없었다.

“재판관님, 저는 이 문제와 관련해서는 앞으로도 더 많은 희생을 할 수 있고, 그렇게 할 것입니다. 왜냐하면 제가 내린 결정은 제 확고한 신념에 근거한 것이기 때문입니다. 재판관님께서도 동의하시다시피, 저는 인간을 인간답게 만들어주는 것은 그 사람이 갖고 있는 신념이고, 그 신념을 실천할 때에만 인간 다원진다고 배웠습니다. 그리고 그 신념을 위해서라면 자신의 모든 것을 희생할 수 있는 용기도 필요할 것입니다. 사실 현재의 대한민국도 그러한 생각을 갖고 있었던 사람들이 있었기에 존재한다고 생각합니다. 일제 강점기 때의 애국지사들, 과거의 민주 열사들 그리고 지금 사회를 이끌어가고 있는 많은 사람들 모두 그러한 태도를 갖고 있었습니다. 저는 그들처럼 훌륭하진 못하지만,

그래도 제가 가진 신념을 실천하기 위해 최선을 다하고 싶습니다.”

이러한 청년의 “확고한 신념”은 양심의 자유를 근간으로 삼는 민주국가에서는 인정되고 존중되어야 할 신념이 아닐까. 그들의 뜻을 빼앗고 강제로 군복무를 시킨다는 것이 어떤 의미가 있을까. 공자께서도 일찍이 “삼군의 장수의 목을 빼앗을 수는 있으나, 필부의 뜻은 빼앗을 수 없다”<sup>6)</sup>고 했다. 양심상 군복무를 거부했다라도 그들은 심지어 교도소 안에서도 맡겨진 일에 대해 불평 없이 최선을 다하고 늘 정직하게 처신하여, 교도관으로부터 신뢰를 얻고 있다. 재소자로서의 신세가 좋을 리 없건만, 그것은 자신의 정직한 선택이었기에 스스로에 대해 떳떳한 자부심으로 “즐겁고 행복하게 지냈다”고 술회하고 있다. 하지만 그는 또한 이렇게 술회한다.

“하지만 이렇게 자신의 신념을 실천하기 위해 노력하는, 주위 사람들에게 신뢰를 받는 젊은이들이 계속 죄인으로 취급되어 구속되고, 그 후에도 이렇게 사회에서 낙인찍힌 채 살게 하는 현실은 안타깝게 느껴집니다. 그리고 그로 인해 이들의 가족들이 받을 고통에 대해서도 그렇게 느낍니다. 재판에서 한 사람이 유죄 판결을 받을 때, 그 문제는 그 사람 뿐 아니라, 그 사람의 주위 사람들 특히 가족들이 함께 짊어지게 됩니다. 아픔과 고통이 확대 재생산되는 것입니다.”

그 가족의 아픔을 나는 동료교수로부터 가끔씩 들었다. 아무리 담담하려 해도 자식들을 교도소에 보낸 부모의 참담함은 숨길 수가 없다. 자식들을 감옥에 보내도록 만든 법제를 아직도 바꾸지 못한 데 대한 법학자로서의 무거운 책임감을 느낀다. 첫째에 이어 둘째에게도 필자는 “아마도 곧 좋아질 거야, 국제사회에서 한국의 위상도 있고, 또 양심적 병역거부에 대한 사회적 이해도 확산되고 있으니까 말아야. 또 형도 옥살이하고 했으니, 동생은 가능한 소집일자를 늦추어 나중에 대체복무의 길을 선택할 수 있도록 해야 하지 않을까”는 자신

6) 子曰, 三軍可奪帥也 匹夫不可志也. “삼군의 용맹은 남에게 달려 있고, 필부의 뜻은 자신에게 있으므로, 장수의 목은 빼앗을 수 있으나, 필부의 뜻은 빼앗을 수 없는 것이니, 만약 빼앗을 수 있다면 그것은 또한 뜻이라고 말할 수 없는 것이다.”(성백효 역주, 「논어집주」, 전통문화연구회, 1990).

없는 권면을 했지만, 그는 그런 세속적 전망에 타협할 생각이 없었다. 그는 우직하고 정직하게 재판에 임해 그 결과를 감내했다. 두 형제는 ‘스스로의 신념을 지켜 개인적으로 떳떳하다’고 하지만, 두 형제에게 현재의 법제와 판례의 변화에 아무 역할도 하지 못한 필자 같은 법학자에게는 부끄러움과 자책감이 남았다.

이를 조금이라도 해소하고자 필자는 이재승 교수와 함께 《양심적 병역거부와 대체복무제》<sup>7)</sup>라는 방대한 저작을 편집하게 되었다. 그간의 논문들과 대담, 그리고 국내외 재판자료를 정리하여 앞으로 이 주제에 대한 편의를 돕고자 한 것이다. 책 제목에 ‘대체복무제’라고 명시함으로써, 이제 앞으로의 논의가 대체복무제를 필수적으로 포함하여 전개되어야 함을 분명히 했다.

T 군, K 군의 사연은 예외적인 일도 아니다. 2006년에는 형이, 2013년에는 동생이 연이어 투옥되는 것을 보면서, 이 쟁점에 대한 건설적 해결책의 지연이 투옥의 행렬, 고통과 눈물의 행렬을 잇게 만드는 안타까움을 느낀다. 전국적으로 연간 600명 이상의 이같은 수난이 이어지고 있다. 아픔과 고통의 확대 재생산을 막고, 일률적인 처벌판결들이 연속되는 것을 멈추게 할 때가 이르렀다. “정의의 지연은 정의를 거부하는 것”이라는 법언도 떠오른다.

필자는 양심적 병역거부자를 일률적으로 실행처벌하는 우리 국가의 수준도 함께 심판대에 선다고 생각한다. 양심적 거부자들은 처벌을 회피하지도 않고 스스로 오랜 생각 끝에 결단한 것이기에, 이들에 대한 처벌은 실제적 처벌가치를 갖지 못한다. 대신 우리 국가, 우리 사법부가 어떤 파렴치한 범죄를 저지르거나, 어떤 타인에게 어떤 위해를 끼치지 않는 청년들을 처벌하는 것이 과연 얼마나 정당인가하는 심판대에 선다는 것이다. 세계적으로 널리 인정된 대체복무라는 대안에 대해 완전히 문을 닫아걸고, 효과 없는 감옥행을 강요하는 국가는 과연 얼마나 떳떳한가. 그들도 우리 국민의 일원으로, “인간으로서의 존엄과 가치”를 갖고 “행복을 추구할 권리”를 갖고 있다. 국가는 그들의 기본권을 확인하고 보장해주어야 한다고 하는데, 우리 국가는 그들의 행복추구권, 인간 존엄권을 위해 어떤 노력을 최소한이라도 했던가. 아니면 그들에게 인권이 아니라 의무를 앞세워, 회피할 수 없는 형벌을 고스란히 받도록 하지 않았

7) 한인섭·이재승 엮음, 「양심적 병역거부와 대체복무제」, 경인문화사, 2013. 본문이 810면에 이른다.

는가. 인간의 감수성과 공감능력을 상실한 채, 기계적으로 사람을 감옥에 집어 넣는 식의 형벌기계가 작동하고 있지는 않은가. 그러면 이 국가의 문명수준과 등급도 동시에 시험대에 놓여 있지는 않은가' 하는 것이다.

민주체제 하에서 국가의 활동은 그 자체로 자동적으로 정당화되는 것이 아니라, 언제나 구체적 판단의 정당성 여부를 통해 되물어질 수 있는 것이다. 그러면 이 국가, 이 사법부의 인권감수성, 인권척도의 구사수준, 문명화의 정도는 어떤 등급일까도 자성되어야 할 것이다. 매년 600여명의 투옥행렬의 고리를 끊지 못 한 채 방관해서는, 앞으로도 이어질 개인적·가족적 고통에 대해서 외면 내지 체념하고만 살 수는 없는 일이다.

## II. 양심적 병역거부에 대한 처벌: 형법, 형사정책의 차원에서

필자는 형사법, 형사정책을 연구하는 학자로서 '양심적 병역거부의 행위를 과연 범죄라 할 수 있을까? 그들은 과연 범죄자인가? 혹 양보하여 범죄자라 해도, 과연 실형 선고를 받을 만큼의 범죄인가?' 와 같은 질문들을 먼저 제기하고 싶다. 또한 국가가 형벌을 부과할 때는 순전히 보복목적으로만 가할 수는 없기에, '예방 및 억제효과가 얼마나 있는가?'라는 이 문제도 반드시 짚고 넘어가야 한다. 양심적 병역거부자들의 행위는 형사법적으로 과연 어떻게 자리매김 될 수 있을까의 질문이기도 하다.

### 1. 그들은 범죄자인가

실제 형벌의 양으로 볼 때 그들은 중범죄자여야 할 것이다. 예외 없이 실형 선고를 당하니까 말이다. 고의살인 정도를 제외한 거의 대부분의 중죄들은 집행유예의 가능성이 있다. 집행유예의 가능성을 원천적으로 배제할 정도로 중범죄자에게 적용될 형벌이 양심적 병역거부자들에게 내려지고 있다.

하지만 그들은 어떤 범죄를 적극적으로 행한 적이 없다. 범죄라고 하면 타인을

해하는 반사회적 행위이고 거기에 반도덕적 요소가 포함되기 마련이다. 자유주의 형법 하에서 범죄 여부는 해악의 원리(harm principle)에 따라, 타인에게 구체적 위해를 가했거나 가할 위험이 있는 행위를 대상으로 하며, 그 요건을 충족시키지 못할 때는 비범죄화, 탈형벌화되어 갔다. 헌법재판소에서도 일련의 위헌결정을 통한 비범죄화(decriminalization)가 이러한 기준에 따라 이루어져 왔다.

그런데 양심적 병역거부자들은 타인에게 고의적으로 위해를 가하려는 어떤 의도도 없으며 그런 행위도 하지 않는다. 특히 국내에서 양심적 병역거부자 중 절대다수에 속하는 여호와의 증인들은 국가들 간의 분쟁에 가담하지 않고 또한 타인을 해치는 행위를 하지 않겠다는 결심 하에 타인의 생명과 안전을 해할 것을 염두에 두고 있는 일체의 군복무나 군사훈련을 받지 않겠다고 한다. 특정 전쟁이나 군복무에 반대하는 것이 아니라 일체의 전쟁, 전쟁준비, 군복무를 하지 않겠다는 것이다. 이는 해당 국가의 이념, 이데올로기 등과 전적으로 무관한 것이다. 전쟁을 반대하고, 군복무를 거부하는 점에서 그들의 신념은 일관되어 있으며, 그 때문에 그들이 의도했던 양든 간에 반전·평화주의의 길을 걷는다고 평가할 수 있을 것이다.

이러한 양심적 병역거부행위를 한국의 역사적, 정치적, 법적 맥락 속에서 어느 정도로 포용, 관용할 수 있는가는 별개의 문제로 하고, 그러한 사고의 기초 자체가 처음부터 단죄되고 비난받아야 할 것이 결코 아님은 물론이다. 어떠한 상황에서도 “사람을 살상하는 데 관여하지 않겠다”는 것은 우리 법제에서 “타인을 살해, 상해를 하지 말라”는 생명존중사상과 기저에서 일치하는 것이고, 교육기관과 사법당국과 행정당국에서 강조하여 가르치는 대목이기도 하다. 이 계명을 상대화하지 않고 절대적 신조로 지키겠다는 것 그 자체로서 범죄성을 가졌다고 도저히 볼 수 없는 것이다. 국가목적, 공동체의 현실적 필요 속에서 이러한 절대적 신조를 못마땅하게 여길 수는 있겠지만, 이들의 기본신조는 범죄친화성을 전혀 갖지 않는다. 이러한 절대적 신조를 교도소 공간에서도 지켜내는 것으로 볼 때, 그 신조의 진정한 가치를 보여준다고 할 것이다.

또한 그들은 자신의 신조를 드러내는 방식이 지극히 평화적이다. 양심적 병역거부 실천을 위한 선전, 선동도 없으며, 교파적 차원에서 신도들에게 교리의 일부로서 실천해야 함을 강요하지도 않는다. ‘종교적 병역거부’가 아닌 ‘양심적

병역거부'라고 말할 수밖에 없는 것은, 종교교리에 따른 기계적 준수가 아니라, 개개인의 양심상의 고민과 판단을 거친 결단이기 때문이다. 양심적 병역거부자 중에서 여호와의 증인의 비율이 절대적이라 해도, 여호와의 증인만이 양심적 병역거부를 하는 것도 아니다. 결국 종교적 교리에 접한 개개인은 종교교리 그 자체를 맹종하는 것이 아니라, 고유한 양심적 결단을 통해 그 개인의 선택으로 하는 것이므로, 그 거부행위는 어떤 적극적 행동, 사회적 행동이 아니라, 군복무를 이행할 수 없다는 자기 선언, 부작용을 통한 실천의 형태를 띠게 된다. 따라서 이들은 소수자들의 주된 표현수단인 집회, 시위 등도 집단적으로 하지 않고 있다. 그들의 거부행위는, 연인원이 얼마이든 간에, 개별적이고 평화적이며, 사회적 물의를 야기하는 형태로 진행되지 않는다. 크게 소리를 지르지 않기에 그들의 거부행위에 대한 처벌이 장기화되어도 그만큼의 주목을 받지 못했지만, 인간적 측면에서 볼 때 그만큼의 진정성의 무게를 평가할 수 있다고 하겠다.

백보 양보하여 설령 그들의 행위가 특별한 위기적 상황에서 처벌이 불가피하다고 해도, 그들의 행위 자체가 자연적 의미의 범죄성을 구비하고 있지 않다면 그들에 대한 자유박탈적 처벌은 매우 부당하다. 법관의 재량이 조금이라도 작용할 여지가 있다면, 법관들은 집행유예나 선고유예, 그리고 사회봉사명령 등을 선고하려 들 것이다. 그런데 현재 법제상 어쩔 수 없는 측면에서 실행을 선고하게 되는데, 이것은 양심적 병역거부 행위의 본질에 상응한 형벌이 아니라, 전혀 다른 국가목적의 실현을 위해 그 행위를 중범죄시하는 데 지나지 않는다. 형벌은 범죄에 대응하여 주어져야 하는데, 본질적으로 범죄가 될 수 없는 행위에 대해 형벌수단이 전용되는 셈이다. 이 역시 매우 불합리하며, 죄·형의 관련성의 원칙에 어긋나는 것이다.

## 2. 파렴치한 병역기피범인가

병역법 제88조는 “정당한 사유 없이” 입영하지 않거나 소집에 불응한 자를 처벌한다. 현행 판례상으로는 병역기피자와 양심적 병역거부자 모두, 이 조항에 따라 “정당한 사유”가 없다고 하여 처벌된다.

이 조항은 허위의 사유를 들어 병역을 기피하는 자를 처벌하려는 것이다.

통상의 병역기피자는 군면제라는 이익을 얻기 위해 속임수를 쓴다. 질병 관련이든, 가족 관련이든, 군면제의 사유를 조작하는 것이며, 이는 평등한 국방의무를 속이는 것이므로 엄벌에 처해야 할 파렴치한 행위임이 분명하다. 우리 사회에서는 군복무의 형평성 문제, 군면제 사유의 적용상의 의혹들이 많이 제기되었고, 그에 대한 사회적 분노가 사회 저변에 강력하게 깔려 있다.

그런데 이들 병역기피범과 양심적 병역거부자는 질적 차원을 달리한다. 양심적 병역거부자는 입영할 수 없는 사유인 자신의 양심을 속임 없이 정정당당하게 드러낸다. 군면제의 법적 효과를 거둘 수 없음에도 자신의 양심을 공개적으로 선언한다. 그들은 군대를 “기피”하려는 것이 아니라 갈 수 없음(부작위)을 “선언”하는 것이다. 따라서 병역기피죄를 적용하기에 전혀 적합하지 않는 것이다.

이 조항은 연혁적으로도 양심적 병역거부자를 처벌하기 위해 만든 조항이 아니다. 여기서 “정당한 사유”라 함은 갑작스런 질병, 천재지변, 소집영장의 미전달과 같이, 입영·소집시점에 도달할 수 없는 불가피한 사유를 예상했을 것이다. 그런데 2000년 이후 양심적 병역거부자들이 병영 안에서 집총거부 대신 병무청에 자신의 사유를 신고함으로써, 그 문제에 대한 법적 처리가 비로소 문제시되었다. 그런데 우리의 사법부는, 이를 제88조 해당자로 처벌함으로써, 양심적 병역거부자를 병역기피사범의 일종으로 편입시켜 버렸다. 질적으로 전혀 다른 두 유형의 행위(양심적 병역거부 대 일반적 병역기피)를 하나의 병역기피죄에 포함시켜버림으로써, ‘양심적 병역거부’가 갖는 헌법적 기본권의 쟁점을 경시, 무시해버렸다. ‘헌법적으로 정당화될 가치가 전혀 없는 일반 병역기피죄’를 ‘헌법적 기본권의 행사와 관련하여 존중되고 배려되어야 할 양심적 병역거부자’에 적용해버림으로써, ‘양심적 병역거부자’를 파렴치범죄의 수준으로 격하시켜버리는 것은 매우 잘못 접근한 것이다.

만일 양심적 병역거부에 대한 헌법적 숙고 끝에, 이 행위를 굳이 처벌하겠다면, 이는 제88조가 아닌 별개의 조항을 제정하여 처리되어야 할 것이다. 또한 그러한 처리에 있어 헌법적 기본권의 행사를 가능한 보장하고 배려하는 방향으로의 조화적 해결책이 함께 포함되어야 함이 너무나 당연하다. 그러나 우리의 입법부, 사법부, 헌법재판소는 이 점을 완전히 무시하여, 단순 병역기피사범으로 취급함으로써 헌법적 기본권에 대한 전적인 무시를 초래하고 있다.

만일 제88조가 양심적 병역거부에 적용되어야 한다면, 이는 오직 '정당한 사유'에 해당하는 것으로만 의미가 있다. 즉 '일반적 병역기피=정당한 사유 없음'과 '양심적 병역거부=정당한 사유 있음'으로 대별된다. 그런데 대법원판결(2004)의 다수의견은 양심적 병역거부를 '당연히 정당한 사유 없음'에 포함하고 있으므로, 헌법적 기본권에 대한 몰이해와, 이 조항에 대한 연혁적 이해에 대한 몰이해를 보여주고 있다. 그 결과 '본질적으로 다른 행위'를 '동일하게' 취급하여, 차별금지 원칙을 위배하고 있다.

### 3. 형벌 효과를 기대할 수 있는가

다음 형벌의 목적과 관련하여 '그들에 대한 처벌이 쓸모있는가'의 질문으로 들어가 보자. 형벌이 순전히 응보의 목적으로만 쓰여진다면 이는 탈리오적 형벌국가에 지나지 않는다. 우리 국가는 이런 국가상을 전혀 지향하지 않는다. 우리 국가의 형벌은 예방 및 억제 목적을 일정한 정도라도 갖추고 있어야 한다.

양심적 병역거부자들에 대한 실행처벌은 어떤 예방효과가 있을까. 그들이 처벌을 받음으로써, 죄를 뉘우치고 적법성의 세계로 복귀할까. 이미 처벌을 예상하고서, 양심상의 고민을 거쳐 결단한 그들이, 형집행 중에 반복한 적이 있는가를 살펴보면 될 것이다. 자신의 행위가 '죄'가 아니고 국가의 처벌에도 불구하고 반복하지 않겠다고 결심한 사람에게, 현재 혹은 장래에 행위에 대한 반성과 재범가능성의 방지라는 결과를 기대하기는 어렵다. 애초에 특별예방의 전제가 되는, 행위의 범죄성에 대한 스스로 수궁할 수 없기 때문이고, 그 행위에 이르기까지 많은 내적 고뇌를 거쳐 결단한 것이기에 그렇다.

그러면 그들의 실행처벌은 잠재적 병역거부자에게 주는 억제효과 혹은 일반 예방효과가 있을까. 형(T 군)이 처벌받는 것을 보고도 다시 감옥행을 선택하는 동생(K 군)의 예를 앞서 소개했지만, 사실 그런 사례가 빈번하다. 여기서 형의 결단과 동생의 결단은 각 인격체의 고유한 결단이다. 여러 주변적 상황에 의해 영향을 받을 수 있지만, 개개인 각자가 자신의 신앙과 양심의 고뇌 속에서 도저히 다른 길을 택할 수 없다고 결단하는 것이다. 그러기에 T의 처벌이 K에게 미치는 일반예방효과가 작동되지 않거나 그 점을 검증할 방법이 없다.



그러면 그들의 실행처벌을 보고 일반적 병역기피자에게 주는 억제효과는 있을까. 이 둘은 너무나 이질적이어서, 후자의 기피자가 전자의 실행처벌을 보고 자신의 기피 의지를 위축시킬 하등의 이유가 없다.

요컨대 양심적 병역거부자에 대한 실행처벌은 어떠한 의미의 일반·특별 예방효과를 달성할 수 없다. 따라서 병역기피자들을 억제 또는 예방하기 위해 양심적 병역거부자를 처벌하겠다는 것은, 목적을 달성하기 위한 정당하고 인도적인 수단도 되지 못할 뿐더러, 공리적이고 효율적인 수단도 전혀 되지 못한다. 지난 몇 십년 동안 실행처벌 수준에 관계없이, 해마다 몇 백명씩 양심적 병역거부자가 나오는 현실이야말로, 수단으로서 실행처벌이 아무런 의미가 없음을 웅변한다 할 것이다. 결국 그들에 대한 처벌은 합목적적 견지에서가 아니라, '이유 불문하고 처벌'하겠다는 맹목적 국가의지의 과시를 볼 수 있을 뿐이다.

### Ⅲ. 법관의 딜레마, 법집행상의 딜레마

법관들은 양심적 병역거부자를 어떻게 대할까. 과거 병영내 징총거부 시절엔 군대라는 분위기 속에서, 군법무관·검찰관들은 그들에 대한 처벌을 당연시했다. 그들의 사연을 들을 기회도 별반 없었고, 군사법제도의 공포스러운 분위기에서 그들도 조용히 처벌을 기다릴 뿐 자신들의 거부사유를 적극적으로 변론할 수 없었다. 그러니 군사법정에서 법관들은 별 고민 없이 관례대로 3년 징역의 실행을 선고했다. 그들에 대한 가석방 기회도 주어지지 않았다.

그러나 2000년대 들어 양심적 병역거부자들이 군대내 징총거부 대신 입대 이전에 입영거부의 길을 택함으로써 군사법원이 아닌 일반법원이 이 사건을 다루게 되었고, 그들도 보다 적극적으로 거부사유를 소명하게 되었다. 그들의 사연이 보다 상세히 전해지면서, 분위기가 바뀌게 되었다. 형사단독 법관들은 징역3년에서 점차 형을 낮추어 징역 1년 6월을 선고하게 되었다. 심지어 무죄를 선고하는 법관들도 있다.

통상 징역 1년 6월을 선고하는 사안에는 집행유예의 가능성 여부를 심각하게 고려하기 마련이다. 그러나 집행유예를 하면 다시 징집영장이 나오므로, 또

다시 처벌의 위협 앞에 놓인다. 1년 6월 이하의 실형을 선고할 때도 마찬가지다. 그러니 1년 6월 미만의 실형, 혹은 집행유예가 선고될 때에는, 피고인들이 오히려 1년 6월형으로 올려 선고해 달라고 하는 지경에 이른다. 결국 법관들은, 군면제의 효과가 수반되는, 징역 1년 6월의 실형을 선고할 수밖에 없다. 법관들의 재량권의 여지가 전혀 없는 거의 유일한 유형인 것이다.

원래 양형에는 평소 성행, 기피의 사유, 전과 유무 등의 양형인자들이 종합적으로 고려되어야 하는데, 오직 이 사안에 대해서만 일률적인 정찰제 형이 선고되고 있다.

법관들은 이 정찰제 형선고에 대해 내심 곤혹스러워한다. 진정으로 1년 6월의 실형을 선고할 정도의 범죄성 혹은 처벌가치(penal value)가 있다고 생각하지 않기 때문이다. 법정에서 피고인의 삶에 대한 진지성, 양심적 결단의 확고함 등을 대하면, 그리고 다른 전과도 거의 없는 그들의 삶을 보면, 형사법정에서 징역 1년 6월의 실형에 처한 다른 형사사건과 비교해볼 때 너무나 지나친 양형이라고 생각하지 않을 수 없다. 현재의 병역제도의 규정 및 운용은, 법관의 양심적 판단까지 크게 제약하고 있는 셈이다.

법관들이 얼마나 이러한 양형관행에 대해 곤혹스러워하는가는 거듭된 위헌제청을 통해 여실히 알 수 있다. 대법원 및 헌법재판소는 그들에 대한 처벌이 합법이고 합헌임을 거듭, 오해의 여지없이 분명하게 선언해 왔다. 그러나 실제 판결을 내리는 법관들에게, 이러한 최고법원의 판결과 결정은 여전히 납득할 수 없는 것이다. 최고법원의 형식적 판단이 일선 법관들에게 무의미한 고통을 안겨주고 있다. 헌법재판소에서 아마도 가장 많은 위헌제청이 거듭되는 사안이 양심적 병역거부 문제라면, 이제는 헌법재판소가 구태의연한 접근이 아니라, 피고인외에도 법관들의 재판상의 고통을 덜어내는 방향으로 나아가야 할 것이다.

일선 법관들에게, 대체복무제 도입을 통한 비범죄화·탈형벌화는 환영 받을 것으로 생각된다. 현재의 제도와 관행 속에서, “양심상 회피할 수 없어 병역을 거부하게 된 자”와 “어쩔 수 없이 실형처벌을 선고하게 된 법관”의 딜레마를 한꺼번에 해결하고, 피고인에게는 양심의 자유를 보장하고, 법관에게는 적정한 재판의 권한을 확보해주게 될 것입니다. 아마 헌법재판소에서 한정위헌 결정이 내려진다면, 대법원에서는 그 취지를 수용하지 않을지라도, 하급심에서는

헌법재판소 결정의 취지에 따라 “정당한 사유”를 인정하여 무죄판결을 내릴 판사도 적지 않을 것이다.

검사와 법무부에게도 양심적 병역거부는 곤혹스러운 쟁점일 것이다. 과거에 검사들은 그들을 단호히 처벌하여 일벌백계의 효과를 얻어야 한다고 소리 높여 구형했지만, 지금은 검사들도 어쩔 수 없이 실형을 구형할 뿐이다. 검사의 구형도 대부분 징역 1년 6월에 그치고 있으며, 2년 구형을 하는 경우에도 그것을 반드시 관철해야겠다는 의지도 별반 없다. 일반 형사사건에서 검사 구형이 법관 양형의 2~3배에 이르는 것과 대비해보면, 검사들의 양심적 병역거부자에 대한 소극적 인식을 느낄 수 있다. 하지만, 검사들도 다른 범죄자들을 단죄할 때와 같이 반사회적이고 반인륜적인 사범으로 강력한 처벌을 구하는 검사 특유의 목소리를 내지 않고 있다. 그들도 대체복무제를 통한 비범죄화·탈형벌화의 대안에 대해 적극 반대할 리가 없다고 생각된다.

한편 형집행을 맡은 법무부와 교정당국도 곤혹스럽기는 마찬가지다. 신성한 병역의무를 기피한 실형=중범죄자로 판단한다면, 이들에 대해 엄정한 처우를 해야 합당할 것이다. 그런데 실상은 그렇지 않다. 그들은 교도소에서 다른 범죄자로부터 오염되지 않는 모범수이다. 오히려 교정단계에서, 법무부는 이들의 보조적 역할을 절대적으로 필요로 한다. 그러니 “10급 공무원”이란 말도 나오는 것이다. 검사는 그들을 단죄해야 한다고 구형했는데, 행형단계에 이르면 이들은 법무부가 인정하는 모범적인 인간이다. 대체복무제가 입법화된다면, 그들을 교도소에서 보조적 활동을 하게 하는 것도 한 방법일 것이다. 범죄자라는 낙인, 전과자라는 냉대를 피하고 교도소에서 성실하게 복무하는 그들의 모습을 볼 수 있을 것이다.

## IV. 종래의 합헌결정의 문제점

### 1. 양심의 자유의 최대한의 존중

헌법재판소는 헌재결정(2011)에서, 양심적 병역거부가 우리 헌법 제19조의

‘양심의 자유’의 일부가 됨을 인정한다.

“자신의 종교관, 가치관, 세계관 등에 따라 전쟁과 그에 따른 인간의 살상에 반대하는 진지한 양심이 형성되었다면, ‘병역의무를 이행할 수 없다’는 결정은 양심에 반하여 행동할 수 없다는 강력하고 진지한 윤리적 결정인 것이며, 현역복무라는 병역의무를 이행해야 하는 상황은 개인의 윤리적 정체성에 대한 중대한 위기상황에 해당한다....결국 이 사건 법률조항(병역법 제88조)은 형사처벌을 통하여 양심적 병역거부자에게 양심에 반하는 행동을 강요하고 있으므로, ‘양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니할 자유’, 즉 ‘부작위에 의한 양심실현의 자유’를 제한하는 규정이다.”

그런데 헌법재판소는 “양심의 자유가 내심에 머무르는 한 절대적으로 보호되는 기본권인 반면, 양심실현의 자유는 법질서에 위배되거나 타인의 권리를 침해할 수 있기 때문에 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유이다”라고 한다. 이는 종전의 판례에 의해 거듭 확인되어온 것이고, 헌법교과서의 그것과도 일치한다.

그러나 양심의 자유가 내면에 머무르는 경우에 한하여 절대적 기본권이 된다고 쉽게 말한다면, 이는 양심의 자유에 대한 최대한 보장이 아니라 명목상의 보장에 그칠 우려가 있다. 실제로 양심의 자유가 문제되는 대부분의 경우는 양심의 자유가 외부적으로 표출된 경우임을 비추어볼 때, 순전히 내면적 자유만 절대적으로 보장하겠다고 해봐야 실제로 양심의 자유라는 우산 속에서 보장될 권리가 별로 없기 때문이다. 따라서 일단 ‘양심의 자유’의 영역 안에 포함되는 경우에는, 절대적인 보장이 아니어도 최대한의 보장(*utmost guarantee*)이 이뤄져야 되는 것이 상식이다. 가장 인간내면에 가까운 양심의 자유의 최대한의 보장 없이, 보다 외부적인 자유권의 보장은 아득하기 때문이다. 따라서 병역법의 위헌성 여부를 심사함에 있어, 양심의 자유의 최대한의 보장의 원칙이 충실히 관철되고 있는가를 예민하게 주시해야 할 것이다.

그런데 헌법재판소는 헌재결정(2011)에서 “헌법적으로 양심의 자유와 국방의 의무 중 어느 것이 더 가치있는 것이라 말하기는 곤란하다”고 판단함으로써 이 원칙에서 애매한 태도로 물러나고 말았다.<sup>8)</sup> 양심적 병역거부에 대한 처벌은 양

심의 자유를 절박하고 심각하게 침해한다. 병역의 의무를 이행하지 않는다고 우리 법체계상 최후수단인 형벌(자유형)을 바로 끌어 대기 때문이다. 양심의 자유의 행사의 결과 바로 실행처벌이 현실화되어 버리기 때문에, 그 실행처벌은 양심의 자유를 그야말로 직접 침해하고 신체구속을 통해 다른 자유권들의 행사를 봉쇄해버린다. 출소 후엔 직업선택 및 직업활동의 자유에도 커다란 제약을 가하며, 공무담임권 등도 침해한다. 이는 양심의 자유의 최대한의 보장은 커녕 최저한의 보장도 하지 않는 것이다. 기본권 행사의 주체는 개인 한명 한명의 문제인데, 국방의 의무는 수십만의 인원과 거대 예산의 전반적인 배치와 작동의 문제여서 개인적 사안을 별로 고려하지도 않는다. 그런데 실행처벌은 한 개인의 인권을 직접적·구체적으로 침해하는데, 그 개인은 군사업무를 감당할 의지와 능력이 없는 존재여서 국방력 강화에 아무 도움이 되지도 않는다.

무엇보다 기본적 인권의 확보를 최대과제로 하는 헌법재판소에서, 이 주제에 관련하여, “어느 것이 더 가치 있는 것이라 말하기는 곤란하다”는 자세는 심각한 자기 역할 방기이다. ‘국방’의 사안이면 인권에 대한 섬세한 접근도 포기해버린다. 헌법재판소는, 양심의 자유의 절대적 보장, 혹은 그에 미치지 못하더라도 최대한 보장의 원칙 하에서, 양심의 자유를 실현할 해석 및 제도적 보장의 방안을 찾아내야 할 것이다. 그런데 “말하기는 곤란하다”고 한다면 국민의 인권침해에 대해서는 대체 어느 곳을 찾아가야 한다는 것인가.

## 2. 양심의 자유 준수의 척도는 ‘소수의 양심’

대법원판결(2004)에서, 피고인의 행위가 적법행위의 기대가능성이 없다는 점과 관련하여, “행위 당시의 구체적 상황 하에 행위자 대신에 사회적 평균인을 두고 그 평균인의 관점에서 그 기대가능성 유무를 판단하여야 할 것인바,

8) 대법원 판결(2004)의 다수의견에서는 “병역의무는, 궁극적으로는 국민 전체의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위한 것이라 할 것이고, 피고인의 양심의 자유가 위와 같은 헌법적 법익보다 우월한 가치라고는 할 수 없다. 그 결과, 위와 같은 헌법적 법익을 위하여 헌법 제 37조 제2항에 따라 피고인의 양심의 자유를 제한한다 하더라도 이는 헌법상 허용된 정당한 제한이라 할 것이다.”고 판시했다. 이는 양심의 자유보다 병역의무를 더 우위에 놓고, 양심의 자유의 제한을 위한 어떤 유보적 고려도 하고 있지 않은 점에서 심각한 문제를 안고 있다.

피고인의 양심상의 결정이 적법행위로 나아갈 동기의 형성을 강하게 압박할 것이라고 보이기는 하지만 그렇다고 하여 피고인이 적법행위로 나아가는 것이 실제로 전혀 불가능하다고 할 수는 없다 할 것이다. 범규범은 개인으로 하여금 자기의 양심의 실현이 헌법에 합치하는 법률에 반하는 매우 드문 경우에는 뒤로 물러나야 한다는 것을 원칙적으로 요구하기 때문이다.”고 판시한다. 이 판결은 사실 매우 의아하다. 양심의 자유는 개개인의 문제이다. 양심적 병역거부자는 감옥에 간다고 해도 자신의 양심을 바꿀 수 없다는 절박한 내면의 소리에 따라 행동할 수밖에 없다고 결단한 사람이다. 이러한 존재는 우리 사회에서 매우 예외적이고, 그 양심적 결단은 다른 ‘사회적 평균인’의 판단과 전혀 다르다. 이 사안에서 사회적 평균인(reasonable man standard)의 관점에서 보면, 양심적 병역거부의 쟁점 자체가 생겨날 리도 없다. 기대가능성 문제에 대한 판단에 있어서는 소수자 인권의 문제임을 감안하여 양심적 병역거부자 중의 평균인 관점(reasonable conscientious objector standard)의 관점에서 접근하지 않으면 기대가능성 유무는 아무런 평가자대로서의 의미가 없을 것이다.<sup>9)</sup>

헌재결정(2011)에서는 적어도 그러한 우를 범하고 있지는 않는 듯하다. 그 결정에서는 “일반적으로 민주적 다수는 법과 사회의 질서를 그들의 정치적 의사와 도덕적 기준에 따라 형성하기 때문에, 국가의 법질서나 사회의 도덕률과 갈등을 일으키는 양심은 현실적으로 이러한 법질서나 도덕률에서 벗어나려는 소수의 양심이다. 그러므로 양심상 결정이 어떠한 종교관, 세계관 또는 그 밖의 가치체계에 기초하고 있는지와 관계없이, 모든 내용의 양심상 결정이 양심의 자유에 의하여 보장되어야 한다.”라고 한다. 다시 말해서 “소수의 양심”을 중심에 놓고, 그 소수의 양심이라 할지라도 양심의 자유에 따라 보장되어야 함을 명시하고 있으므로 그러하다.

하지만, 실제적 적용의 단계에 이르러서는, “소수자”의 관점을 진지하게 고려하여 적용하는 부분을 찾기가 어렵다. 양심적 병역거부자는 헌법재판소 나

9) 예컨대 성희롱 여부를 판단할 때 합리적 인간(reasonable man standard)가 아니라, 합리적 여성(reasonable woman standard)의 관점에서 파악해야 하는 것이 보다 타당하다는 명제는 법률 및 판례상의 근거를 확보하고 있다. 소수자 인권에 특유한 문제를 다수자의 관점에서 재단하는 것은, 그냥 소수자인권 문제 자체를 제압해버리는 악영향을 갖고 있다.

름의 논리로도 설득되지 않는데, 이는 헌법재판소가 장식어가 아닌 실질적으로 양심적 병역거부자의 문제와 곤경을 진지하게 반영하는 노력을 하지 않기 때문이기도 하다.

## V. 국제인권법상 “양심적 병역거부권”의 인정과 국내법

국내법 및 국내 재판소에 의해 어떠한 사법적 구제를 구할 수 없음을 거듭 확인하면서(국내절차 소진원칙의 요건), 한국의 양심적 병역거부자들은 UN인권기구의 문을 두드리고 있다. UN자유권규약위원회(이하 ‘자유권규약위원회’라 한다)는 연이어 한국인이 제기한 사건에 대해 판단한 개인통보(2006/2010/2011/2012/2014)<sup>10)</sup>를 인용하고 있다. 그 중 2014년 결정된 김영관 등 50명에 대한 본안판단의 핵심은 다음과 같다.<sup>11)</sup>

양심적 병역거부권은 사상, 양심, 종교의 자유에 **내재**해 있다.(the **right** to conscientious objection to military service **inheres** in the right to freedom of thought, conscience and religion.) 의무적 병역복무제가 개인의 종교나 신념과 양립할 수 없도록 되어 있다면, 그때 개인은 징병의무제로부터 면제받을 자격이 있다.(It entitles any individual to an exemption from compulsory military service if such service cannot be reconciled with that individual’s religion or beliefs.) 양심적 병역거부자의 권리는 강요에 의해 침해당해서는 안 된다. 원한다면 국가는 양심적 거부자에게 국방의무 대신 시민적 대체방안을 수행하도록 강요할 수는 있다. 다만 그 방안은 군사영역 바깥에서, 군사적 통제를 받지 않게 설계되어야 할 것이다. 대체복무는 처벌적 성격을 띠어서는 안 되며, 공동체를 위한 진짜 서비스여야 하고, 인권존중에 합당하게 되어야 한다.<sup>12)</sup>

10) 2006.11.3 윤여범, 최명진에 대한 개인통보 (CCPR/C/88/D/1321-1322/2004)  
2010.3.23. 오태양 등 10명에 대한 개인통보 (CCPR/C/98/D/1593-1603/2007)  
2011.3.24. 정민규 등 100명에 대한 개인통보 (CCPR/C/101/D/1642-1741/2007)  
2012.10.25 김종남 등 388명에 대한 개인통보 (CCPR/C/106/D/1786/2008)  
2014.10.15 김영관 등 50명에 대한 개인통보 (CCPR/C/112/D/2179/2012)

11) 2014.10.15 김영관 등 50명에 대한 개인통보 (CCPR/C/112/D/2179/2012)

자유권규약위원회가 이러한 확고한 입장으로 진전하기까지는, 자유권규약위원회의 거듭된 개인통보결정에 대한 한국정부의 아무런 조치를 취하지 않은 태도가 큰 영향을 미친 것으로 생각된다. 즉 자유권규약위원회는 앞서 인용된 두 개인통보<sup>12)</sup>에서 비례의 원칙을 고려하는 법리를 적용했으나, 한국정부의 무조치가 거듭되는 태도를 보면서, “양심적 병역거부권”을 사상, 양심, 종교의 자유에 “내재한” 것으로 명확화하기에 이르렀다. 한국정부의 주장들은 단순반복에 지나지 않으므로 이를 수용할 수 없음을 거듭 천명한다. 또한, 한국정부의 선택지는 군면제 혹은 대체복무제의 도입이라는 양자택일 밖에 없음을 명확히 선언하고 있다. 이로써 양심적 병역거부는, 자유권규약위원회를 통해, 내재적 권리성이 명확히 확인되기에 이르렀다. 이러한 법리의 발전은 역설적으로 한국의 정부 및 사법부의 완고하고, 동어반복적인 거부방침에 대응하며 발전되어 온 것을 확인할 수 있다. 즉 한국의 판례를 반면교사로 삼으면서 국제사회에서 양심적 병역거부권의 법리가 공고화되는 방향으로 발전해왔다는 것이다.

한국인 양심적 병역거부자에 대한 자유권규약위원회의 결정은 압도적인 선례로서 다른 나라의 양심적 병역거부에 대한 기준으로 작용하고 있다. 유럽인권재판소는, 바야탄 대 아르메니아 정부에 대한 사건<sup>14)</sup>에서, 자유권규약위원회가 2006년 윤여범, 최명진 사건에서 대한민국에 대하여 자유권규약 제18조를 위반하였다고 결정한 점을 인용하면서, “유럽인권협약 제9조가 양심적 병역거부권을 인정하고 있다”고 판단하였으며 “소수자들에게 양심적 병역거부권을 인정함으로써 오히려 사회통합을 제고할 수 있고, 종교적 다원주의는 민주사회의 기본원리”라고 판시했다.<sup>15)</sup> 이후 유럽인권재판소<sup>16)</sup>는 유럽국가들이 양심적

12) 2014.10.15 김영관 등 50명에 대한 개인통보 (CCPR/C/112/D/2179/2012 7.3); 김영식, “국제인권법의 시각에서 바라본 양심적 병역거부와 법원의 실무에 관한 검토”, 「대한변호사협회 인권위원회·법원 국제인권법연구회 공동학술대회, 양심적 병역거부의 문제점과 대체복무의 필요성」, 2013, 29면 참조.

13) 2006.11.3 윤여범, 최명진에 대한 개인통보 (CCPR/C/88/D/1321-1322/2004)  
2010.3.23. 오태양 등 10명에 대한 개인통보 (CCPR/C/98/D/1593-1603/2007)

14) 2011.7.7. Bayatan v. Armenia 사건에 대한 유럽인권재판소 결정 (Application No.23459/03)

15) 김영식, “국제인권법의 시각에서 바라본 양심적 병역거부와 법원의 실무에 관한 검토”, 「대한변호사협회 인권위원회·법원 국제인권법연구회 공동학술대회, 양심적 병역거부의 문제점과 대체복무의 필요성」, 2013, 35면.



병역거부권을 인정하고 있음을 거듭 확인하고 있다. 양심적 병역거부에 대한 대체복무법의 입법화를 꺼리는 몇몇 나라에서, 이러한 판결은 제도적 변화를 야기하는 방향으로 나아가는 계기가 되고 있다. 바로 한국의 문제 상황에 대한 유엔 및 유럽의 재판소들의 판례는, 아직 한국에서는 변화를 가져오지는 못했지만, 다른 나라의 변화를 가져오는 촉매의 역할을 훌륭히 수행한 셈이다.

그러면 이제까지 그랬듯이, 장래에도 한국은 이와 같은 국제인권법의 발전된 법리를 무시하고 견뎌낼 수 있을까. 우선 자유권규약위원회는 그럴 수 없음을 선언하고 있다.

“규약 제2조에 따라 대한민국은 통보인들에게 전과의 말소, 적절한 보상 등 효과적인 구제를 제공할 의무를 부담한다. 또한 대한민국은 입법적 조치를 통하여 장래에 동일한 규약위반을 반복하지 않을 의무를 부담한다. 선택 의정서의 당사국이 됨으로써 대한민국은 규약위반 여부를 심사할 규약위원회의 권위를 인정한 바 있다.”

그러나 한국의 헌법재판소는 유엔인권기구들의 일련의 결정을 인지함에도, 그것을 수용하려는 입장에서 있지 않고 있다. 헌재결정(2011)의 일부를 발췌하면 다음과 같다.

“그러나 ① 규약 제18조는 물론, 규약의 다른 어떤 조문에서도 양심적 병역거부권을 기본권의 하나로 명시하고 있지 않고, ② 규약의 제정과정에서 규약 제18조에 양심적 병역거부권을 포함시키자는 논의가 있었던 것이 사실이나 제정에 관여한 국가들의 의사는 부정적이었으며, ③ 위 국제인권기구의 해석은 각국에 권고적 효력만 있을 뿐 법적인 구속력을 갖는 것은 아니고...”

이러한 논거는 하나하나 문제를 갖고 있다. ①의 논리대로 법을 이해한다면,

16) “유럽인권재판소는 인권 및 기본적 자유와 축진을 실질적으로 보장한다는 관점에서는 인권을 침해받은 개인에게 현실적으로 재판청구권을 인정하고 실현하는 기능을 해왔다.” 또한 법해석과 관련하여 종종 유럽인권재판소는 개별 계약국에 대하여 헌법재판소적인 기능을 수행해왔다고 평가할 수도 있다. 상세는 이형석, “유럽인권재판소의 유럽인권조약 해석에 관한 연구,” 제주대학교 법과정책연구소, 법과 정책, 제20권 제1호, 2014, 455면 이하 참조.

“명시”되지 않는 기본권은 기본권으로 인정할 수 없다는 것이다. 이는 기본권의 포괄성의 원칙에도 전혀 부합하지 않는다. 헌법이든 UN자유권규약이든, 헌법상 열거되어 있지 않아도 합당한 헌법해석을 통해 기본권을 확인하고, 도출하는 것은 전세계의 기본권해석에서 확립된 법리이다. 우리의 헌법재판소도 우리 헌법의 명문에 없는 수많은 기본권을 해석으로 도출해냈다. 심지어 명문에 명백히 없는 것도 관습헌법의 개념하에 도출해낸 바 있다. 조문에 “명시” 여부로 기본권의 존재·부존재를 가늠한다면, 우리의 헌법재판소의 업적 중 다수가 사장되어야 할 것이다. UN자유권규약에 가입한 국가는, UN자유권규약의 해석과 적용의 책무를 맡은 규약위원회의 법해석을 존중해야 하는 것이 당연하다.

②와 관련하여 UN자유권규약의 제정과정에서 그러한 논의가 있었던 것은 사실이지만, 모든 규범은 연혁적 접근과 함께 합리적 해석을 통해 살아있는 규범으로 발전한다. 연혁적으로는 유보적이었다지만, 그 동안 국제인권법의 발전과 그에 상응하는 각국 인권법의 발전은 양심적 병역거부의 ‘기본권성’을 거듭 확인하고 있다. 연혁은 해석을 위한 하나의 접근방법일 뿐 유일한 접근방법이 될 수 없다. 연혁적 접근을 통해서 확인되는 바로는, 자유권규약의 제정 시기인 1950년대에 이미 양심적 병역거부의 ‘권리성’을 이미 논했다는 것이 오히려 놀랍다고 생각된다.

③과 관련해서는, 자유권규약의 경우 우리 국내법과의 관계에서 헌법적 지위를 얻게 된다는 견해, 헌법률의 효력을 가진다는 견해, 적어도 법률상의 지위를 가진다는 견해가 있다.<sup>17)</sup> 그러나 UN자유권규약은 이미 국내법상으로도 이미 근거법으로 편입되어 있으며,<sup>18)</sup> 선택의정서에서 “가입국은 개인청원을 접수·심리하는 위원회의 권한을 인정하기로 하였으므로 이 위원회의 권고를 무시하는 당사국은 국제사회에서 사실상 국제법 위반국으로 취급될 수” 있다.<sup>19)</sup> 심지어 한국의 헌법 및 자유권규약은 이 쟁점에 관한 한 “양심의 자유”

17) 윤영미, “2011년 헌법재판소 결정에 대한 평석”, 한인섭·이재승 엮음, 양심적 병역거부와 대체복무제, 경인문화사, 2013, 318-9면.

18) 국가인권위원회법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “인권”이란 「대한민국헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.

19) 박찬운, 「인권법의 신동향」, 한울아카데미, 2012, 208면 이하; 한인섭·이재승 엮음(2013), 앞

라는 똑같은 명시적 표현을 쓰고 있다. 그런데 한국과 위원회의 해석이 유사할 정도이기는 커녕, 완전히 정반대로 내려지는 것은, 매우 당혹스런 일이다.

이것이 당황스러운 이유는 UN위원회의 해석과 대비하여, 한국 헌법재판소의 인권조항 해석의 반인권성이 여실히 드러나 버리기 때문이다. 또한 헌재결정(2011)은 “권고적 효력”과 “법적 구속력”을 극단적으로 대비시켜 양자택일 밖에 없다는 식의 왜곡을 하고 있다. 조금이라도 의지가 있었다면, “규약위원회 결정이 비록 법적 구속력 그 자체를 갖는 것은 아닐지라도 계약당사국으로서, 특히 선택의정서의 가입국으로서 대한민국은 규약위원회의 거듭된 결정을 가능한 존중해야 할 것”이라는 식으로 최대한 존중의 원칙을 적용하여, 민간대체복무제도 입법의 불가피성을 촉구하는 보강논리로 삼을 수도 있었을 것이기 때문이다.

그러나 2011년 헌재결정은 “법적 구속력” 없으므로 이를 그냥 무시해도 상관없다는 쪽으로 기울어져버렸는데, 이러한 태도는 심지어 “권고적” 효력 수준의 고려도 하지 않는 태도이다.

이 같은 국제인권법에 대한 오불관연식 태도는 국제인권공동체를 이끌어갈 책무를 띠고 있는 대한민국이 결코 취하지 말아야 할 자세이다. 아시아 인권재판소를 유치하겠다는 데, 이같은 국제인권규범에 대한 무시적 태도가 걸림돌이 될 것은 자명하다. 한국의 판례들이, 국제사회에서 계속 소개, 인용되면서, 그것이 모범적인 법리가 아니라 반면교사로서 인용되며 조롱받는 작금의 현실을 자초한 상황에 대해 한국의 최고사법기관의 맹성이 있어야 할 것이다.

## Ⅵ. 민간 대체복무제도 도입의 불가피성

양심적 병역거부자에 대한 처벌의 헌법적 문제와 인권적 문제를 해결하고 국방의무와의 충돌의 문제를 적절히 해결하기 위하여는, 권리와 의무 중 어느 한쪽이 더 우월하다거나, 어느 쪽이 우월한지 판단할 수 없다거나 하는 태도

---

의 책, 318-9면에서 재인용

로 침해서는 안 된다. 대법원판결(2004) 및 헌재결정(2004)에서 내놓은 입법 권고, 그리고 헌재결정(2011)에서 그와 관련하여, “양심적 병역거부는 양심의 자유와 병역의 의무라는 헌법적 가치와 법익이 상호 충돌하게 되는 경우인 바, 이러한 때에는 소위 규범조화적 해석의 방법에 의하여 해결하는 것이 상당하다”<sup>20)</sup>라는 의견이 담겨있는 점에 대해 공감한다. 양자택일식으로 어느 하나의 가치를 선택하고 나머지 가치를 쉽게 희생시켜서는 안 되고, 충돌하는 가치와 법익이 최대한 실현될 수 있는 조화점을 찾아야 한다는 것이므로 그러하다. 특히 이러한 조화점을 추구할 때에, 다수자의 관점을 그냥 대입시켜서는 안 되며, 절박한 양심의 소리를 벗어날 수 없는 소수자의 관점이 충분히 존중되어야 함은 당연하다.

국제사회에서는 그와 관련하여 양심적 병역거부자를 위한 민간 대체복무제도가 이미 광범위하게 도입되어 시행되고 있다. 우리나라에서도 민간 대체복무제도 도입의 논의는 지난 10여 년간 다각도로 논의되었으며, 국방부 차원에서 제도적 도입을 위한 실질적 준비 및 공론화작업이 진행된 바 있다. 대법원 및 헌법재판소에서도 민간 대체복무제의 도입이 권고되고 있다. 자유권규약위원회 결정에서도 군면제가 아니면 민간 대체복무제를 도입할 것을 촉구하고 있다. 이와 같은 지난 10여년의 논의는 일반국민들에게도 스며들고 있으며, 민간 대체복무제가 적절히 제도화되어 처벌이 아닌 대안적 방법으로 이 문제를 합헌적으로 해결할 수 있다는 의식적 공감대도 이끌었다.

우리나라에서 국방의무의 이행은 오직 군복무로만 가능한 것이 아니다. 대체제도의 구현 가능성 측면에서 보자면, 국가는 공익근무요원, 전문연구요원, 산업기술요원, 공중보건의, 공익법무관 등 다양한 제도를 병역특례제도란 이름으로 시행하고 있으므로 이미 다양한 유형을 실시하고 있다. 그러면서도, 군복무의 이행이 양심상 이유로 불가능한 병역거부자에 대해서는, 어떤 형태의 대체복무제도 인정할 수 없다는 완고한 태도로 일관하고 있다. 정책의 기조만 바뀐다면, 그들에 대한 대체복무제도 구현에는 실무상 문제가 없을 것이다.

한편, 이들에게 대체복무가 허용되는 방향으로 나아간다면, 과거 몇몇 나라

20) 헌재결정(2011)에서 이강국, 송두환 재판관의 의견

가 경험한 것처럼, 군이 관련된 어설픈 제도를 만들어 계속 투옥자를 양산할 것이 아니라, 자유권규약위원회가 거듭 권고한 바에 따라, “군과 무관하고 군의 명령을 받지 않는” 순수 민간 대체복무 제도를 만드는 것이 필요할 것이다.

그런데 민간 대체복무제도를 도입하면 아주 커다란 문제에 봉착할 것이라는 우려가 이제까지의 판례 및 정책에서 나와 있다. 그러나 자세히 들여다보면, 그러한 우려는 거의 현실성이 없는 그야말로 기우(杞憂)에 가깝다.

① “국방력에 있어 인적 병역자원이 차지하는 비중이 높고 병역자원의 손실은 감수할 수 없다”는 논거가 있다. 그러나 양심적 병역거부자의 경우에는, 적어도 병역자원으로서의 가치가 전혀 없다. 군대에 강제징집해봐야, 군 내부의 위화감만 조성할 뿐이고, 군사의무를 전혀 수행하지 않을 것이기에, 국방력 차원에서는 어떤 긍정적 의미도 없다. 그 인원도 연간 600여명에 불과하기에, 이 정도 인원으로 국방력의 현실적 손실을 말하기에 너무나 미흡한 것이다. 질적으로 볼 때 의지가 전혀 없고, 양적으로도 미흡한 정도를 갖고 병역자원의 손실 운운하는 것은 과장의 정도가 한창 지나쳐 억지논리가 되고 있다.

② “병역기피자에게 형벌을 부과함으로써 양심적 병역거부의 양산을 억제하는 역할을 담당해 왔다, 민간 대체복무제를 도입한다면 양심적 병역거부자들과 양심을 빙자한 병역기피자들이 급증할 가능성이 있다.”는 논거도 있다. 그러나 앞서 논했듯이, 병역기피자와 양심적 병역거부자는 질적 차원이 다르다. 대체복무의 기간과 조건을 적정하게 책정한다면, 양심적 병역거부자들이 우려될 정도로 증가할 리도 없으며, 군복무를 기피하려고 기를 쓰는 자에게 대체복무를 선택할 리가 없다.

③ “심사의 곤란성”을 내세워 민간 대체복무제의 도입을 꺼리는 논거도 있다. 그러나 양심적 병역거부자를 추출해내는 것이 무슨 심사의 곤란성이 따르는지 납득할 만한 근거가 없다. 심지어 “현역복무 기피를 위하여 여호와의 증인 신도로 개종을 하는 사람들이 나오지 않으리라는 보장이 없다”는 우려까지 하고 있는데, 여호와의 증인이라는 점이 민간 대체복무의 전제조건도 아닐진대 굳이 그래야만 할 별다른 이유도 없다. 민간 대체복무의 기간과 조건을 어떻게 설정하는가에 따라 편법적으로 민간 대체복무를 악용하고자 하는 시도는 얼마든지 막을 수 있을 것으로 생각된다.

④ “병역부담의 형평성에 대한 사회적 요구가 강력하고 절대적이어서, 대체복무제의 도입은 사회통합을 저해하고 국가역량에 심각한 손상을 가져올 수 있고, 국민개병제도에 바탕을 둔 병역제도의 근간을 흔들 수 있다”는 논거도 제기된다. 그러나 이와 같은 헌법재판소의 주장은 비약과 기우로 점철되어 있다. 민간 대체복무제도의 기간과 조건은 현역복무와 “형평” 있는 정도로 정해질 것이기에 형평성 요건은 해결된다. 민간 대체복무자들이 힘든 업무를 장기간 수행할 텐데 이것이 무슨 국가역량에 “심각한” 손상을 가져오는지, 이것이 무슨 병역제도의 “근간을 흔들” 수 있는지 근거가 미약하다. 별다른 근거 제시 없이 막연한 여론에 기대어 예상되는 부작용을 “비약”과 “기우”를 통해 극도로 증폭시켜, 절박한 기본권 침해의 현실을 압살하는게 헌법재판소가 내세울 논리가 되는지 안타깝다.

⑤ 대체복무제도의 도입에는 찬성하지만 그 전제조건으로 “병역의무의 이행에 따른 손실의 보상 등이 전혀 이루어지지 않는 현재의 상황에서는 병역제도의 근간을 흔들 수 있고 사회통합을 저해하여 국가 전체의 역량에 심각한 손상을 가할 수 있다”<sup>21)</sup>의 논거도 있다. 그러나 이는 본말을 완전히 전도시킨 것이다. 병역의무에 따른 손실의 보상은 국가의 책임이고 정부정책의 문제이다. 양심적 병역거부자들이 군복무자에 대한 손실보상과 혜택 부여 등을 방해한 적도 없으며 그럴 힘도 없다. 손실보상 등을 전혀 하지 않아 불이익을 받고 있는 현역병(출신)들에게, 군입대거부자들에 대한 일률적인 가혹한 처벌을 보면서 대리만족이나 하라는 사고의 현출일 뿐이다.

⑥ “민간 대체복무제를 도입하지 않더라도 위헌은 아니”라고 헌법재판소의 다수의견이 있다. 그러나 위헌은 아니라면서도 굳이 대체복무제의 도입필요성을 상당수의 재판관들이 언급하고 있는 점이 오히려 주목된다. 적법성 여부만 따지면 되는 대법원판결에서도 대체복무제의 필요성이 언급되고 있음은, 현재의 판례의 기계적 적용에 대하여 무언가 무리점이 있음을 자인하는 셈이다. 현재의 병역법 조항이 합헌이라고 하는 입장에 서더라도, 현 상황이 최선이고 바람직하다는 건 절대 아닐 것이다. 다만 위헌이라고까지 볼 수는 없다는 ‘소

21) 헌재결정(2011)에서 목영준 재판관의 의견.

극적 인정'에 불과할 것이다. 만일 대체복무제가 도입되었을 때, 이것이 위헌이라고 할 재판관은 아마 아무도 없을 것이다.

⑦ “국민여론의 개선, 군인처우의 개선 등 여러 전제조건이 충족되어야 대체복무제의 도입을 검토할 수 있을 것”이라는 논거도 있다. 한마디로 시기상조론이 그것이다. 2004년 대법원판례, 헌법재판소 결정에서 민간 대체복무제도의 권유가 나왔으며, 2011년에도 마찬가지다. 그런데 시기상조론을 말하고 있는 시점에, 계속적으로 실형처벌자들이 나오고 있다. 형벌기구는 쉼 없이 작동하고 있다. 몇 십년간 처벌되어 왔고, 2004년 이후에도 10여년이 흘렀다. 2004년 대체복무제가 판례에 쓰여진 이후부터 6천명 이상이 실형의 처벌을 받아 복역했다. 장기적인 입법부작위의 상황 속에서 인권침해가 지속되고 있는 중입니다. 시기상조론은, 시기를 앞당기기 위해 아무런 노력도 하지 않은 현실 앞에, 더 이상 유지될 근거가 없다.

⑧ “양심적 병역거부에 대한 대체복무제를 도입하더라도, 그러한 관용의 원칙은 전시하에서는 유지하기 곤란하지 않겠는가”는 우려도 있다. 병력이 하나라도 아쉽고, 징병기피자가 늘어날 전시에는 예외없이 엄정한 정책을 취하여야 하지 않겠는가 하는 것이다. 그러나 6.25전쟁과 같은 경우를 예상해본다면, 전시하에서는 일반적 병역기피자가 현저히 늘어나게 되므로 이들을 단속하고 처벌하기에도 인력이 모자랄 지경이다. 그런 전시하에서는 오히려 양심적 병역거부자에게까지 눈을 돌릴 틈이 없다. 전시하에서는 교도소 수용인원이 넘치는데, 양심적 병역거부자를 수용할 여력도 없다. 한편 전시하에서는 전후방을 가리지 않고, 긴급구호, 재난방지, 의료인력 등이 훨씬 많이 수요되므로 대체복무인력이 더욱 필요하다. 그러니 전시하일수록 양심적 병역거부자를 처벌하는데 신경을 쏟기보다는, 대체복무제를 통한 접근이 보다 합당하다. 선진국에서 양심적 병역거부에 대한 국가적 인정이 생겨난 것이 전시하였음을 참고할 수 있다.

이상과 같이 대체복무제의 도입 반대론은 지나친 걱정과 우려를 통해 헌법상의 기본권 존중의 원칙을 간단히 무시하고 있다. 헌법상 인간의 존엄과 가치를 경시하고, 양심의 자유를 핵심적으로 침해하는 점을 간단히 간과하고 있다. 장기적인 입법부작위가 초래한 인권침해를 방지하기 위하여, 헌법재판소는 민간 대체복무제의 도입을 위한 결단을 내려야 할 것이다.

## Ⅶ. ‘행복을 추구할 권리’를 보장하는 국가를 향하여

양심적 병역거부의 문제는 전세계적 쟁점일 수 있지만, 실은 한국 중심의 문제이다. 희생자의 인원 면에서, 또 대안 없이 일률적으로 처벌하는 면에서, 또 가혹한 실행처벌을 하는 면에서 한국은 세계 제일의 문제상황에 놓여 있다. 인간의 양심에서 직접 연원하는 행위를 형사 처벌하는 것은 정교한 법리의 대입 이전에 상식적으로도 가혹하고 비인도적이다.

양심적 병역거부 행위는 부작위에 의한 양심실현의 자유에 해당한다. 양심적 병역거부권은 양심의 자유에 내재한 권리로써, 절대적 자유의 범위에 들어가지 않더라도, 단순히 상대적 자유로 치부될 것이 아니라 최대한 보장되어야 할 기본적 인권에 속한다.

양심적 병역거부행위는 반사회적·반도덕적 의미의 범죄라 할 수 없다. 양심적 병역거부자는 타인에게 어떤 위해도 가하지 않겠다는 비폭력·평화주의자이며, 거부의 방식도 평화적이고 조용하다. 그들에 대한 실행처벌은 범죄 아닌 행위에 대하여 지나친 형벌을 과하는 것으로 형벌 자체가 적합하지 않다.

양심적 병역거부행위는 파렴치한 병역기피범과 차원을 달리한다. ‘헌법적으로 정당화될 가치가 전혀 없는 일반기피죄’를 ‘헌법적 기본권 행사와 관련하여 충분히 검토할 가치있는 양심적 병역거부자’에게 적용하여 양자 간의 구분을 없애는 것은 매우 잘못된 처사이다. 양심적 병역거부자들은 병역법 제88조에 따라 처벌될 자가 아니며, 제88조가 적용되어야 한다면 오직 “정당한 사유”가 인정되는 범위 내에서만 가능할 것이다.

양심적 병역거부자에 대한 처벌은 일반예방적, 특별예방적 효과를 기대할 수 없다. 오직 징벌만을 목적으로 삼는 것이기에, 형벌목적의 달성과 관련하여 맹목적 처벌에 불과한 것으로 정당화되기 어렵다.

양심적 병역거부자에 대한 현행의 처벌은 일률적으로 징역 1년 6월(실행)이다. 이는 법관의 양형재량권을 사실상 형해화한다. 처벌가치가 없거나 약한 사안에 대하여 오직 실행만을 선고하게 됨으로써 법관들을 곤혹스럽게 한다. 위헌제청이 거듭되고 있는 것은 현재 법관들이 얼마나 곤혹스러운가 하는 점을



응변한다. 심지어 검사의 구형도 법관의 양형과 다르지 않기에, 검사로서도 달가운 사안이 아니다. 행정단계에서 이들은 문제수가 아니라 모범수로서 교정 업무를 보조한다. 법무부 차원에서도 이들이 범죄자, 문제수가 아님을 자인하고 있는 셈이다. 대법원 및 헌법재판소의 판결·결정은 일선 법관들을 진심으로 승복시키지 못하고 있는 것이다.

헌법재판소는 양심적 병역거부가 양심의 자유임을 인정하면서도, 상대적 자유에 속한다고 하면서 양심자유의 최대한 보장의 의무를 방기하고 있다. 실질적 보장을 위한 해석적 노력을 기울이지 않고 있다. 양심적 병역거부와 관련하여, 양심의 자유는 그야말로 ‘소수자의 인권’ 차원에서 접근해야 한다. 그런데도 소수자의 상황에 대한 절실한 이해를 토대로 그들의 기본권을 인정하려는 실질적 접근을 하지 않았음은 비판받아야 할 것이다.

한국의 판례와 정책은 국제인권법의 세계에서 연례적으로 비판받고 있다. 한국의 판례와 정책에 대응하면서, 국제인권기구들은 양심적 병역거부의 권리성을 오히려 명확히 하고 있다. 자유권규약위원회 및 유럽인권재판소의 판시들을 우리 헌법재판소가 경시하는 태도로 일관하는 것은 자유권규약의 국내규범성의 지위에 부합하지 않으며, 명문규정이어야 양심적 병역거부권을 인정하겠다는 것은 일반 법조문의 해석원칙에도 맞지 않다. 한국의 판례들은 국제인권공동체에 앞장서 기여해야 할 의무를 방기하는 것으로 비판받을 수 있다. 특히 자유권규약은 국내법적 근거도 갖고 있으며, 선택의정서에 따른 개인통보결정은 국내법적으로 승인되어야 할 것이다. “권고적 효력”만을 갖는다고 가치평하할 것이 아니라, 구속적 효력에 못미친다고 해도 최대한 존중의 원칙에 따라 국제법과 국내법의 조화를 이룩해야 할 것이다.

양심적 병역거부자에 대한 양심의 자유의 실현과 국방의 의무와의 규범적 조화를 위해서는 대체복무제도를 제도화해야 한다. 대체복무제도 도입을 비판하는 견해는 한결같이 그 폐해의 위험성을 지나치게 과장하고 있으며 ‘비약’과 ‘기우’의 수준에서 접근하고 있다. 병역자원의 차원에서 양심적 병역거부자들은 그 인원도 적을뿐더러 병역부적격자에 해당하므로 병역자원 면에서 확보할 가치가 없다. 민간 대체복무제도를 도입한다면 양심적 병역거부자를 표방한 기피자들이 폭증할 것이라는 우려는, 대체복무의 기간 및 조건을 현역병의

경우와 형평성 있게 조정함으로써 해소될 문제이다. 사회여론의 악화나 국민 통합 상의 손상 등을 내세우나, 가변적 여론 및 추상적인 손상을 내세워 개인의 절박한 인권침해를 무작정 정당화하는 것은 용납될 수 없는 접근이다.

대체복무제도의 도입을 통해 국민의 인권과 국가의무 사이의 조화를 달성할 수 있다. 무작정 실행처벌만을 일삼는 현행 방식이 필요악이라 강변할 수는 있지만, 현재의 상태가 바람직하다거나 최상이라고 주장할 법률가는 없을 것이다. 연간 6백여명의 감옥행을 방치하고 있는 입법부작위는 기본적 인권의 확인과 보장을 책임져야 할 국가의 의무를 방기하고 있는 것이고, 국가가 인권을 침해하는 주체가 되고 있다.

현행 병역법 제88조에 대한 법원의 확립된 해석으로는 양심적 병역거부의 '정당한 사유'성을 전적으로 배제하고 있으므로, 그렇게 해석하는 한 동 조항은 위헌이라 하지 않을 수 없다. 양심적 병역거부의 일률적 처벌을 계속하면서 이를 바로잡는 민간 대체복무제의 도입 자체를 거부하는 것은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 양심의 자유, 과잉금지의 원칙 등을 침해하는 것으로 위헌이라 하지 않을 수 없다.

설령 이번에 합헌 결정이 나온다 하더라도 문제 상황이 정리되지 않는다. 일선 법관들은 위헌제청을 거두지 않을 것이며, 헌법소원의 행렬도 끊이지 않을 것이다. 한국의 사례는 계속 자유권규약위원회에 진정될 것이고, 그 위원회의 개인통보결정도 점점 강력한 어조로 한국을 압박할 것이다. 한국은 국제인권법의 대표적인 위반국가로서 세계 인권법 교과서에 인용될 것이다.

주지하다시피 양심적 병역거부권과 관련하여 한국의 수행자수는 다른 모든 나라를 합친 것보다 월등히 많다. 비교법적으로 인권선진국 중에서 양심적 병역거부를 곧바로 형사 처벌하는 나라는 없다. 그들을 실행 처벌하는 그 대한민국의 헌법은 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다"고 명시하고, 국가는 "기본적 인권을 확인하고 보장할 의무"를 진다고 확약한다. 그런데 그 기본적 인권을 쉽게 상대화하고, 국민의무 앞에 너무도 쉽게 양보하고 있다. 그로 인해 양심적 병역거부를 할 수밖에 없는 절박한 상황에 처해있는 소수자 및 그 가족들에게 대한민국은 행복추구권이 아니라 불행만 누적시켜주는 나라가 되고 있다. 이 땅의 양심적 병역거부자들이 대한민국에 태

어나고 자라난 것을 불행이 아니라 행복이라고 느낄 수 있도록, 문제의 범조항을 위헌으로 선언하면서 민간 대체복무제도의 길을 활짝 열어줄 때이다.

성숙한 민주주의는 개인의 양심의 자유를 ‘최대한의 권리 보장’과 ‘관용’의 틀 내에서 포용하면서, 그 개인의 곤경에 대한 ‘공감할 수 있는 대안적 출구’를 제공하는 것이다. 현재와 같이 ‘형벌이나 군복무’의 택일만 강요하는 것은 헌법상의 기본권 중의 기본권인 양심의 자유를 너무도 경시하는 것에 다름 아니다. 이 사안과 같이 특별한 경우에는 “국가의 형벌권을 한 발 양보시키고 개인의 양심의 자유가 좀 더 보장될 수 있는 해석방법을 모색하는 것<sup>22)</sup>은 국가의 마땅한 의무인 것이다.

그런데 정부 측 이해관계인은 종래 헌법재판소에서 합헌결정을 내린 바 있고, “현재 그 결론을 달리할 사정변경이 존재하지 않는 이상, 청구인들의 위헌소원 심판청구는 모두 기각되어야 할 것”<sup>23)</sup>으로 결론짓고 있다. 여기서 주목할 것은 “사정변경”이란 어구이다. 정말 사정변경이 없었던가? 2011년 합헌결정 이후에 투옥된 인원만 해도 2천5백명 이상에 이르고, 그 본인과 가족들의 고통이 이어지고 있다. 검사와 판사들의 법적용상의 딜레마 상황이 이어지고 있다. 국제인권공동체에서의 연이은 결정으로 인한 타격이 한국에 향해지고 있다. 그만큼의 실질적인 사정변경이 있는 것이다. 그런데도 “사정변경이 없다”는 국가기관의 무신경한 태도는 심각한 문제가 아닐 수 없다. 지속적인 인권침해와 옥살이 행렬에 제동을 걸기 위해 비상한 노력을 경주해야 할 국가가, 대체복무제의 취지를 널리 알리고 국민적 이해를 도왔어야 할 국가가, 기본적 의무를 방기한 사태가 장기간 지속되고 있으며, 조만간 그러한 사태를 개선할 조짐도 없다. 그와 같은 입법부작위, 정책부작위야말로 반드시 변경되어야 할 사정인 것이다.

사정을 변경했어야 할 국가가 사정변경할 것 없다고 편안하게 진술하는 그러한 상황이야말로 근본적 변경을 필요로 한다. 그 근본적 변경은 현재 입법, 행정 어느 곳으로부터 시발될 기미가 없다. 그러기에 헌법재판소의 단호한 위

22) 현재결정(2011)에서 이강국, 송두환 재판관의 의견

23) 위 2015. 7.9. 공개변론에서 이해관계인 국방부장과의 대리인의 <변론요지서>의 일부.

헌결정이 문제해결의 시발점이 될 수 있을 것이고, 그것은 기본권을 인정하고 보장해야 할 국가의 책무를 제대로 실현하는 길이다.

## 참고문헌

### 단행본

성백호 역주, 「논어집주」, 전통문화연구회, 1990.

한인섭·이재승 엮음, 「양심적 병역거부와 대체복무제」, 경인문화사, 2013.

박찬운, 「인권법의 신동향」, 한울아카데미, 2012.

안경환·장복희편, 「양심적 병역거부」, 서울대 BK21법학연구단·공익인권법센터 기획, 사람생각, 2002.

### 논문

한인섭, “왜 소수자 약자의 인권인가”, 「일상의 억압과 소수자의 인권」, 한국인권재단, 사람생각, 2000.

한인섭, “양심적 병역거부: 헌법적, 형사법적 검토”, 안경환·장복희편, 「양심적 병역거부」, 서울대 BK21법학연구단·공익인권법센터 기획, 사람생각, 2002.

김영식, “국제인권법의 시각에서 바라본 양심적 병역거부와 법원의 실무에 관한 검토”, 「대한변호사협회 인권위원회·법원 국제인권법연구회 공동학술대회, 양심적 병역거부의 문제점과 대체복무의 필요성」, 2013.

윤영미, “2011년 헌법재판소 결정에 대한 평석”, 한인섭·이재승 엮음, 「양심적 병역거부와 대체복무제」, 경인문화사, 2013.

이형석, “유럽인권재판소의 유럽인권조약 해석에 관한 연구”, 제주대학교 법과정책연구소, 법과 정책, 제20권 제1호, 2014.

### 기타 자료

대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결.

헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 전원재판부 결정.

헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22, 2009헌가7,24, 2010헌가16,37, 2008헌바3,20, 2011헌바16(병합) 전원재판부 결정.

2006.11.3 윤여범, 최명진에 대한 개인통보 (CCPR/C/88/D/1321-1322/2004)

2010.3.23. 오태양 등 10명에 대한 개인통보 (CCPR/C/98/D/1593-1603/2007)

2011.3.24. 정민규 등 100명에 대한 개인통보 (CCPR/C/101/D/1642-1741/2007)

2012.10.25 김종남 등 388명에 대한 개인통보 (CCPR/C/106/D/1786/2008)

2014.10.15 김영관 등 50명에 대한 개인통보 (CCPR/C/112/D/2179/2012)

2014.10.15 김영관 등 50명에 대한 개인통보 (CCPR/C/112/D/2179/2012)

2011.7.7. Bayatan v. Armenia 사건에 대한 유럽인권재판소 결정 (Application No.23459/03)

[Abstract]

## Conscientious Objection in South Korea: From Punishment to Alternative Civilian Services

Han, In-Sup

*Ph.D in law, Professor, the School of Law, Seoul National University*

Over 6 hundreds of men have been annually imprisoned for 18 months due to conscientious objection to the military service in South Korea. Some judges and some lawyers have appealed to the Constitutional Court of Korea, arguing that a article 88 of the Military Service Act for punishing conscientious objectors is not compatible with the present Constitutional Human Rights. Although the Constitutional Court declared its constitutionality in 2004 and 2011, the objectors and their lawyers are actively involved in

the legal movement for getting the judicial decision toward its unconstitutionality. That's the background under which the present Constitutional Court opens the third public debate on conscientious objection on July 9th, 2015.

Conscientious objectors don't have any similarity to normal felony criminals. They are different from military draft evaders because they publically declare why they cannot help objecting the military training. Their special predicament shall be approached from the viewpoint of the human rights of the minority. However, the Korean government's practice is to punish them with imprisonment. Such a practice negates the freedom of conscience related to conscientious objection.

Korean practice are challenged from the international human rights bodies. ICCPR Human Rights Committee explicitly notes that conscientious objection shall be the rights inherent in the freedom of conscience. Such a note is included in the individual communication cases which Korean objectors posed to ICCPR H.R. Committee. Korean government is obligated to show more positive response to the international bodies.

A standard solution to the conscientious objection is to introduce the alternative social service system instead of the compulsory military service. Korean government is reluctant to alternative service, expressing that new method would undermine social cohesion, and endanger the national security. However, such a suspicion could be compromised by determining the reasonable conditions of alternative service. If Korean government just depends on punishment without any sincere efforts for alternative service, a long-term legislative delay results in the denial of justice. The impetus for change is that the Constitutional Court declare "unconstitutional" to the punishing article 88 of the Military Service Act.

**Key words** : conscientious objection, alternative service, Military Service Act, compulsory military service, ICCPR Human Rights Committee