



## 양심적 집총거부권 : 헌법이론적 쟁점과 대안

신 우 철 | 영남대 법학과 교수

### I.

2001년 연말 오태양씨는 불교계 최초로 양심적 집총거부권을 선언한 후 불구속 상태에서 자발적 대체복무에 들어갔다. 2002년 초 서울지방법원 남부지원은 병역법 제 88조에 대한 이경수씨의 위헌법률심판제청 신청을 받아들였다. 즉, 현재 양심적 집총거부권은 헌법재판소의 최종적·유권적 판단을 기다리고 있는 상태다. 위헌제청신청인 이경수씨는 한 인터뷰에서 “군복무를 하고 있는 사람들의 수고에 감사하게 생각한다. 그리고 군대가 필요하다고도 생각한다. 문제는 국가로부터의 강요가 아닌 자발적인 동의에 따라 그것이 행해져야 한다고 본다”라고 역설하였다.<sup>1)</sup> 서울지법 남부지원은 위헌제청 이유에서 “병역의 의무와 양심의 자유 및 종교의 자유 사이에 충돌이 일어나는 상황에서 양자를 적절히 조화·병존시키는 방안을 모색하지 않고, 현역입영 거부자를 처벌하는 병역법 제 88조를 양심적·종교적 집총거부자에게도 제한 없이 그대로 적용하는 것은 양심의 자유와 종교의 자유를 심각하게 침해하는 결과가 된다”라고 설시하였다. 이하에

서는 양심적 집총거부권을 둘러싼 몇 가지 헌법적 쟁점들을 살펴보기로 한다.

### II.

무엇보다도 집총병역을 거부하고 교도소로 향하는 종교인들의 실상을 접한 사람들은, ‘대체적 민간병역’을 부과하는 입법을 만들어 그들의 양심을 지켜 줘야 마땅하다고 한다. 나아가 그것은 헌법이 보장하는 ‘양심의 자유(§19)’ 및 ‘종교의 자유(§20)’에 포함되는, 국민 이전에 인간이기 때문에 당연히 누려야 할 자연권이 아니냐고 한다. 이들이 제시하는 논거는 대개 두 가지로 나뉜다. 하나는 비교법적 논거다. 즉, 징병제를 실시하는 다수 국가에서 헌법·법률 또는 판례를 통하여 양심적 집총거부권을 보장하고 있다는 것이다. 현재 징병제를 실시하는 25개 국가에서 양심적 집총거부자에 대하여 대체적 민간병역의 복무를 인정하고 있는데, 독일을 위시하여 포르투갈·스페인·크로아티아·슬로베니아·에스토니아·슬로바키아·체코·러시아·브라질·우루과이·수리남·잠비아 등 제국에

1) “나는 다만 양심을 지킬 뿐.” 카톨릭대학보 제 94호, 2002. 3. 14.

서는 양심적 집총거부권을 아예 헌법에서 명문화하고 있다.<sup>2)</sup> 나머지 하나는 국제법적 논거다. 즉, 양심적 집총거부권은 일반적으로 승인된 국제인권으로서 마땅히 보장되어야 한다는 것이다. 1998년 유엔인권위원회의 이른바 '77호 결의'는 이 문제에 관한 가장 포괄적이고 진보적인 내용을 담고 있다. 흔히 양심적 집총거부권의 '대헌장(Magna Carta)'으로 지칭되는 이 '77호 결의'는 이 권리를 세계인권선언 제 3조 및 '시민적·정치적 권리에 관한 국제규약' 제 18조(사상·양심·종교의 자유)에 기초한 정당한 인권으로 재확인했다.<sup>3)</sup>

### Ⅲ.

그러나 양심적 집총거부권에 대한 국가의 입장은 여전히 강고하다. 대법원은 "종교의 교리를 내세워 법률(병역법)이 규정한 병역의무를 거부하는 것은 헌법에 보장된 종교와 양심의 자유에 속하지 않는다"는 입장을 고수하고 있다.<sup>4)</sup> 헌법 재판소도 양심의 자유(§19)에 관한 한, 그 헌법적 보호영역을 대단히 좁게 판단하고 있다. 가령 음주 측정과 관련하여 "헌법이 보호하려는 양심은 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서의 '강력하고 진지한 마음의 소리'이지, 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심이 아니므로 음주측정요구와 그 거부는 '양심의 자유의 보호영역'에 포괄되지 아니한다"라고 결정하였다.<sup>5)</sup> 또 준법서약과 관련하여 "양심의 자유

는 내심의 윤리적 확신과 외부적 법질서의 요구가 서로 회피할 수 없는 상태로 충돌할 때에만 침해될 수 있으므로, 준법서약은 단순한 헌법적 의무의 확인·서약에 불과하다 할 것이어서 '양심의 영역'을 건드리는 것이 아니다"라고 결정하였다.<sup>6)</sup> 나아가 우리 헌법재판소는 국내법과 동일한 효력을 갖는 '일반적으로 승인된 국제법규(헌법 §6①)'의 의미를 대체로 좁게 해석하고 있을 뿐 아니라, "시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제 11조의 국내법적 효력이 문제된 사건에서 헌법의 국제법 존중주의는 "조약이나 국제법규가 국내법(헌법·법률)에 우선한다는 의미는 아니다"라는 입장을 분명히 하였다.<sup>7)</sup> 즉, 양심적 집총거부권을 보장하는 국제법규들을 헌법재판소가 적극적으로 인용할 것인지는 대단히 의심스럽다. 그밖에 외국의 입법례도 구체적 사건에서 하나의 간접적 참고가 될 수는 있어도 헌법재판소의 법적 판단을 구속하는 결정적 근거가 될 수는 없다.

### Ⅳ.

집총병역의 거부가 헌법이 보장하는 양심·종교에 포함되는가? 양심·종교 옹호론자들은 이론의 여지없이 '그렇다'고 할 것이며, 병역의무 절대론자들은 '결코 아니다'라고 강변할 것이다. 하지만 헌법학도로서는 양쪽이 주장하는 '예, 아니오'의 흑백논리에는 모두 동의할 수 없다. 헌법은 어디까

2) 조국, 『양심과 사상의 자유를 위하여』, 책세상 (2002), 57~58, 63~64.

3) "유엔으로 간 양심적 병역거부", 『한겨레 21』, 2001. 11. 7. 및 조국, 앞 책, 61쪽.

4) 대판 1969. 7. 22. 69도 934 : 1985. 7. 23. 85도1094 외 다수.

5) 헌재 1997. 3. 27. 96헌가 11.

6) 헌재 2002. 4. 25. 98헌마 425·99헌마170·498.

7) 헌재 1998. 7. 16. 97헌바 23 참조.

8) 헌재 2001. 4. 26. 99헌가 13.

지나 “중용을 통하여 조화로운 질서를 실현하는 장치”이며, 헌법의 이상은 “극대화(maximum)가 아니라 최적화(optimum)에 있다”고 믿는 까닭이다.”<sup>9)</sup> 헌법 제 37조 1항이 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”라고 규정한 것도 바로 이 때문이다. 집총병역의 거부는 양심의 자유와 종교의 자유의 핵심부에 곧바로 포섭되는 않을지라도 적어도 그 주변부에는 포섭되는 활동이며, 헌법이 명시적으로 열거하지 아니하였다는 이유로 이를 100% 무시할 수는 없다고 본다. 물론 그렇다고 이것을 100% 보장해 줄 수도 없다. “...경시되지 아니한다”는 문언과 “...자유를 가진다”는 문언의 의미는 다르기 때문이다. 요컨대 헌법이 요구하는 바는 집총병역거부의 전면인정과 전면부정 사이의 중용적·대안적 해결, 즉 ‘집총’이 아닌 다른 종류의 ‘병역’을 부과하는 대체입법의 제정이라고 생각한다.

헌법재판소가 양심의 자유에 관하여 채택하고 있는 ‘기본권 보호영역이론’도, 기본권의 보호영역에 “포함되거나 포함되지 아니한다”는, ‘전부 또는 전부’의 흑백논리를 취하고 있는 점에서 문제가 많다. 무엇보다 그것은 독일공법학에서 이른바 ‘절대적 기본권’의 제한필요성에 상응하여 발전된 이론으로서, 기본권 제한의 합헌성을 모두 헌법 제 37조 2항의 기준에 따라 판단하도록 되어 있는 우리 헌법의 기본구조와는 일치하지 아니하는 것이다. 그밖에 기본권 보호영역이론에 대해서는 다음과 같은 헌법이론적 비판이 제기될 수 있다. 첫째, 죄형법정주의가 지배하는 형사법의 범죄 구성요건과 달리 헌법의 기본권 구성요건은 그 보호영역이 엄밀하게 한정될 필요가 없다. 둘째, 기본권 조항의 역사성에 비추어 그것이 보장하는 생활영역이란 대단

히 가변적·유동적이어서 특정 시점에서 이를 획일적으로 지도를 그리듯 규정할 수 없다. 셋째, 기본권 보호영역이론은 기본권제한의 정당화에 관한 여러 헌법원칙(법률유보·규범명확성·과잉금지·이익형량·본질내용 침해 금지 등)을 회피하는 편법으로 악용될 수 있다. 결론적으로, 양심적 집총거부권은 일단 헌법상 기본권(양심·종교의 자유 등)의 보호영역에 포섭된다는 전제 하에서, 그에 대한 법적 규제(병역법 등을 통한)의 ‘정도’에 따라 합헌성 여부를 판단하는 논리가 타당할 것으로 본다.

## V.

양심적 집총거부권에 관한 위 헌법적 요청을 제대로 반영하지 못한 현행 병역법 제 88조에 관하여 헌법재판소는 어떤 판단을 내려야 하는가? 만일 이 조문을 곧 ‘위헌=무효’로 결정 내린다면, 양심적 집총거부와 무관한 일반의 병역거부자들에 대하여 유효한 법적 강제장치를 상실하는 결과가 된다. 그렇다고 이를 ‘합헌=유효’로 결정 내린다면, 양심적 집총거부자들의 앞서 언급한 헌법적 권리를 침해하는 결과가 된다. 아마도 헌법재판소가 선택할 수 있는 최선은 “문제의 조문이 헌법에 합치하지 않지만 당장 그 전부의 효력을 상실하지는 않는다”는—즉, 이들에게 민간병역을 부과하는 대체입법이 제정되는 시점까지는 그 효력을 유지한다는—‘헌법불합치+입법촉구’의 결정형식이 될 것으로 본다. 물론 병역거부 그 자체에 대하여 ‘3년 이하의 징역’이라는 상당히 무거운 법정형을 규정한 것이 문제될 소지는 있지만, “법관의 양형선택과 판단권을 극도로 제한하는 정도에 이르지 않은 한, 법정형의 높고 낮음은 단순한 입법정책 당부의 문제에 불

9) 헌재 2000. 3. 30. 99헌바 113.

과하고 헌법 위반의 문제는 아니다”는 것이 헌법재판소의 일관된 입장이다.<sup>10)</sup> 그렇다면 만일 대체입법이 제정되지 않은 상황에서 헌법을 근거로 곧바로 집총병역의 거부를 주장할 수 있겠는가? 물론 ‘입법론’ 으로서는 양심적 집총거부자를 집총병역에서 면제시켜 대체적 민간병역에 종사케 하는 것이 헌법적 요구에 부응하는 결과가 된다. 하지만 국회의 입법조치가 없는 상태에서 단순히 ‘해석론’ 만으로, 민주적 대표성을 결여한 사법부에서 양심적 집총거부를 인정하여 곧 그들을 무죄석방할 수는 없다고 본다. 양심적 집총거부권을 보장하기 위해서는 양심적 집총거부인지 여부를 심사·판정하는 법정의 절차나 기구가 반드시 별도로 필요할 것이기 때문이다. 이들에 대하여 ‘감형·사면’ 등 관용적 조치를 베푸는 것이 바람직하기는 하지만,<sup>11)</sup> 그렇다고 하여 엄연히 실정법을 위반한 자들에 대하여 곧 ‘무죄’를 선고할 수는 없는 일이다. 아울러 특기할 만한 사실로서, 최근 법원에서는 종교적 양심을 이유로 한 병역거부자에 대하여, 집총병역을 면제받기 위한 최소한의 형량인 ‘1년 6개월’을 선고하는 사례들이 늘고 있는데, 이는 ‘소수자 권리’의 헌법적 보장에 대한 중대한 진전으로 평가될 수 있다고 생각한다.

## VI.

일찍이 독일의 사회학자 막스 베버(Max

Weber)는 ‘종교’ 이외에 인간의 생명을 요구할 수 있는 조직으로서 ‘국가’를 들었다. ‘합법적 폭력의 독점체’로서 국가가 요구하는 ‘방위의 의무’에 대하여 정면으로 항거할 수 있는 거의 유일한 힘이 종교적 양심이 요구하는 ‘평화의 의무’일 것이다. 종교적 양심의 명령이 국가적 법질서의 요구와 충돌하는 상황은 다양하게 나타날 수 있다. 국가법의 요구를 일체 ‘가이사의 것’으로 되돌려 버릴 수 있는 힘을 종교적 양심에게 부여하는 것이 과연 온당한 일일까? 여기에는 반대되는 사례들도 적지 않다. 마약이나 사술을 이용한 종교행사,<sup>12)</sup> 신앙을 이유로 한 단군상·장승의 파괴, 종교적 이유의(자녀에 대한) 수혈 거부<sup>13)</sup> 등은 기본권으로서 보호될 수 없는 활동들이다. 이들은 이론의 여지없이 마약법위반·사기, 손괴, 유기치사상 등에 대한 법적 책임을 진다. 양심적 집총거부의 문제와 관련하여, 대다수 국가에서 양심적 집총거부권을 기본권으로 인정하되 그 행사조건을 엄격하게 제한하는 이유도, 바로 ‘가이사의 것’을 전면적으로 무시할 수 없다는 현실의 필요성 때문이다.

미국 연방대법원은 양심적 집총거부권은 ‘초월적 존재’에 대한 ‘심각하고도 진지한 신념’에 기인한 결과<sup>14)</sup>로서, ‘불특정의 모든 전쟁’에 반대하는 경우라면 헌법적으로 정당화되는 것<sup>15)</sup>이라고 판시하였다. 독일 연방헌법재판소도 양심적 집총거부권은 무력전쟁 일반을 거부할 경우만 해당하는 것이며, ‘상황조건부 병역거부’까지 인정하는 의미는

10) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24 : 1995. 4. 20. 91헌바11 : 1995. 4. 20. 93헌바40 : 2001. 4. 26. 99헌바43 : 2001. 11. 29. 2001헌가16 등.

11) 조국, 앞 책, 72쪽 참조.

12) Employment Div., Oregon Dept. of Human Resources v. Smith, 494 U.S. 872(1990) 참조.

13) 대판 1980. 9. 24. 79도1387 참조.

14) United States v. Seeger, 380 U.S. 163(1965) : Welsh v. United States, 398 U.S. 333(1970).

15) Gillette v. United States, 401 U.S. 437(1972).

아니라고 한다.<sup>16)</sup> 아울러 우리는 양심적 집총거부권을 한계짓는 외부조건으로서 '우리 국방현실의 특수성'을 지적하지 않을 수 없다. 강대국들에 둘러싸인 분단국·휴전국으로서, 저연령 인구의 격감이 예상되는 인구변화 추이를 감안할 때 우리는 양심적 집총거부권의 가능한 부작용들에 대해서도 주의를 기울이지 않으면 안 된다. 즉, 민간병역을 부과하는 대체입법을 제정함에 있어서, 그것이 병역의무의 회피수단으로 악용되는 탈법을 방지하기 위하여, 상응한 입법적 대책을 마련해 두어야 한다는 것이다. 바로 이 점이 양심적 집총거부를 심사·판정하는 기관·절차에 관한 규정, 탈법행위의 제재에 관한 규정, 대체적 민간병역의 종류·기간에 관한 규정 등에서 충분히 반영되어야 할 것이다.

## VII.

위에서 필자는 양심적 집총거부권에 대한 '제한적 긍정론'의 시각에서, '대체입법의 제정'이 가장 합리적이고도 합헌적인 해결책이 될 수 있지만, 그것이 병역의무의 회피수단으로 악용될 가능성에 대해서는 입법적 장치를 마련해야 한다는 의견을 개진하였다. 목하 병역의무를 둘러싼 논의는 대학가 도처에서 뜨겁게 진행되고 있다. 한편에는 강제적 병역의무를 전면 거부하면서 '모병제'로의 전환을 주장하는 극단적 제도변혁론이 존재하는가 하면,<sup>17)</sup> 다른 한편에는 "결국 20대의 군대 '땡까러는' 집단 아니냐?"는 현실적 반론도 만만찮다.<sup>18)</sup> 헌법학도가 제시하는 타협책은 채택가능한 대안들을 먼저 모색·추구해 보자는 것이다. "피해를 최소화하는 법적 수단이 선택되어야 한다"는 것은 우리 헌법

제 37조 2항이 정한 과잉금지원칙의 중요한 내용이기도 하다.

그러한 대안 가운데 하나로서 우리는 징병제를 유지하는 전제 하에 징병자 처우를 개선하는 방안을 생각해 볼 수 있다. "다시 군대 가라면 자살하겠다"는 대답이 나오도록 만드는 현재의 징병제는 헌법의 고요한 이상과는 엄청난 격차가 있다. 바로 여기서 '헌법재판'이 유용한 법적 수단이 될 수 있다고 믿는다. 가령 국민소득 1만불 시대에 사병 월급 1만 6500원은 '인간다운 생존(헌법 § 34 ①)'을 위협하는 공권력의 횡포가 아닐 수 없다. 위헌법률심판이나 헌법소원심판을 통하여 시정을 추구할 수 있다고 본다. 최근 필자가 재직한 대학의 졸업반 '츠'군은 예비군에게 교통비·식비에 못 미치는 일당 2000원을 지급한 데 대하여, 재산권·평등권 침해를 이유로 한 헌법소원심판을 청구하여 지금 헌법재판소의 판단을 기다리고 있다. 필자가 필요한 자문을 제공해 주었음은 물론이다.

자신의 권리를 찾기 위한, 작지만 구체적인 노력들, 바로 여기서부터 우리 사회는 발전할 수 있다고 믿는다. 병역의무의 전면적 거부, 이것은 국가를 책임 맡게 될 미래의 민주시민이 대안으로 제기할 만한 주장이 못 된다. **한**

### 신우철

서울대 법과대학 사법학과 졸업하고 동 대학원에서 헌법학 석사 및 박사 학위를 취득하였다. 중국인민대학 법학연구소 연구원, 괴팅겐 대학 국가학·정치학연구소 연구원을 지내고 현재 영남대 법학과 교수로 재직 중이다. 논저로는 「헌법과학-새로운 방법론의 탐색」, 「생활법률」, 「해의법률문헌 조사방법」, 「헌법학 연습」, 「헌법적합성 여부의 법경제학적 판단」, 「텍스트로서의 헌법-헌법전의 계량언어학적 비교분석」 외 다수가 있다.

16) BVerfGE 12, 45(57) : 23, 191(204).

17) '모병제추진국민연대' 홈페이지(<http://www.anticonscript.org>)에 실린 글들을 참조할 것.

18) 2002. 9. 28. '양심적 병역거부지지 기자회견'을 했던 이화여대 총학생회 홈페이지가 '사이버 테러'를 당한 사실은 이 문제를 둘러싼 다수 병역필 남성들의 반감을 추론하기에 부족함이 없다.