



서울남부지방법원

판 결

사 건 2002고단3941 병역법위반

피 고 인 오준형 () 무직

주거 [Redacted]

본직 [Redacted]

검 사 구자현

판 결 선 고 2004. 5. 21.

주 문

피고인은 무죄.

이 유

1. 공소사실의 요지

피고인은 "여호와의 증인"이라는 종교를 믿고 있는 자로서 현역병 입영대상자인 바, 2002. 7. 8.경 [Redacted] 피고인의 집에서 같은 해 8. 8. 13:00경까지 대구에 있는 50사단에 입영하라는 내용의 서울지방 병무청장 병의의 입영통지서를 받았음에도 불구하고, 종교적인 신념에 밝힌다는 이유로 정당한 사유없이 입영임자가 5일이 지나도록 같은달 13.경까지 입영하지 아니하였다는 것이다.

741-5364
고2세

이장권

2. 피고인의 주장

피고인은 경찰 이대 이 법정에 이르기까지 자신은 여호와의 증인이라는 신앙을 받고 있는 바, 그 교리에 의하면 부기를 볼 수 없도록 되어 있어 입영을 거부한 것이라고 주장하고 있다.

3. 판단

가. 병역법 제88조 제1항의 규정

검사가 피고인의 이 사건 행위에 대하여 공소를 제기하면서 의율한 병역법 제88조 제1항은 현역 입영 또는 소집봉지서를 받고도 입영하지 아니하거나 소집에 관응한 자 모두를 처벌하고 있는 것이 아니라, “성당한 사유 없이 입영하지 아니하거나 소집에 불응한 자만”을 처벌하도록 하고 있다.

나. 위 법조 소정의 성당한 사유의 해석

(1) 형법 제20조는 위법성조각사유의 하나로서 정당행위에 대해 규정하면서 범죄 구성요건에 해당하는 행위라 하더라도 그것이 성당한 행위인 경우에는 이를 벌하지 아니하도록 하고 있다.

(2) 그런데, 위 법조는 특이하게도 “성당한 사유가 없을 것”을 구성요건에 석시하고 있는 바, 위 형법 제20조가 있음에도 불구하고 위 법조에 특별히 위 사항을 규정하여 놓은 점에 비추어 볼 때, 위에서 규정한 성당한 사유는 위 형법 제20조 소정의 정당행위보다 더 폭넓은 개념이라 아니할 수 없다.

(3) 한편, 헌법 제19조는 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다.” 라고 하여 양심의 자유를 기본권의 하나로 보장하고 있는바, 여기의 양심이란 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론, 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인식형성에 관계되는

내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함된다고 볼 것이다.

(4) 그러므로, 양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 안되는 내심적 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 않는 자유 즉 윤리적 판단사항에 관한 침묵의 자유까지 포괄한다고 할 것인 바, 이와 같이 해석하는 것이 다른 나라의 헌법과 달리 양심의 자유를 신앙의 자유와도 구별하고 사상의 자유에 포함시키지 않은 채 별개의 조항으로 독립시킨 우리 헌법의 취지에 부합할 것이며, 이는 개인의 내심의 자유, 가치판단에는 간섭하지 않겠다는 우리의 명확한 확인인 동시에 민주주의의 정신적 기초가 되고 인간의 내심의 영역에 국가권력의 불가침으로 인류의 진보와 발전에 불가결한 것이 되어 왔던 정신활동의 자유를 보다 완전히 보상하려는 취지라고 할 것이다.

(5) 게다가 우리나라가 1990년에 가입한 시민적및정치적권리에관한규약(이른바 국제인권규약 B규약) 제18조 제2항에서도 스스로 선택하는 신념을 가질 자유를 침해하게 될 어떠한 강제도 받지 않는다고 규정하고 있고, 우리나라가 1993.이래 위원국으로 5번째 연임된 유엔 경제사회이사회 산하 인권위원회에서도 계속해서 양심에 따른 병역거부권을 인정하여야 한다고 하면서 특히 최근에는 2004. 4. 19. 제60차 인권위원회에서 양심에 따른 병역거부권을 인정하여야 한다는 결의안을 채택하기도 하였다.

(6) 따라서, 양심의 자유는 양심 형성 및 결정의 자유, 양심을 지키는 자유, 양심 실현의 자유를 그 내용으로 하는 바, "양심형성 및 결정의 자유"는 구체적인 사항에 관한 양심의 형성 내지 결정과정에서 어떠한 외부적인 간섭이나 압력 강제도 받지 아니하고 오로지 사기의 내면적인 소리만 따를 수 있는 자유로서, 이것이 실질적으로

보장되기 위하여서는 다수의 양심이 소수의 양심을 무시해서도 안되고, 소수의 양심이 다수에게 강요되어서도 안 된다는 것을 말하며, "양심을 지키는 자유"는 양심의 표명을 직접 간접으로 강요당하지 않는 자유로서 이는 양심을 언어나 행동으로 표현하도록 강제당하지 않는 이른바 침묵의 자유 및 양심 추지(推知) 금지와 양심에 어긋나는 행동을 강제당하지 않는 자유인 이른바 작위 의무로부터의 해방을 내용으로 하고, "양심 실현의 자유"는 양심의 결정을 행동으로 옮겨서 실현시킬 수 있는 자유인 바, 결국 양심상의 결정을 이유로 한 병역의부 거부는 양심을 지키는 자유의 내용을 이루는 작위 의무로부터의 해방과 양심 실현의 자유에 그 근거를 두고 있다 할 것이다.

(7) 그렇다면, 위 병역법상의 입영 또는 소집을 거부하는 행위가 오직 양심상의 결정에 따른 것으로서 양심의 자유라는 헌법적 보호의 대상이 되기에 충분한 경우에는 위 법조 소정의 상당한 사유에 해당한다 할 것이다.

나. 병역법 제88조 제1항의 위헌성과 그에 따른 이 법원의 판단 권능에 대하여

(1) 한편, 위 법조는 앞서 본 바와 같이 헌법에 규정된 양심의 자유를 침해할 소지가 있는 위헌적인 요소를 포함하고 있다 할 것인데, 이에 대하여는 이 법원이 2002. 1. 29. 2002초기54호로써 위헌제청 신청 결정을 하여 현재 그 위헌법률심판실차가 헌법재판소에 계속 중에 있는 바, 헌법재판소는 비록 훈시규정으로 해석되기는 하나 심판사건을 접수한 날로부터 180일 이내에 종국결정의 신고를 하여야 한다는 헌법재판소법 제38조 본문의 규정에도 불구하고 2년여가 넘게 위 심판에 관한 결정을 하지 아니하고 있어, 양심적 병역 거부불 이유로 한 병역법 위반 사건이 지속적으로 발생하고 있다.

(2) 그런데, 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속하는 것이고(헌법 제101조 제1

항), 법령의 해석, 적용에 관한 권한은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것이며, 법원이 헌법 규범과 조화되도록 해석하는 것은 법령의 해석·적용상의 대원칙이므로, 합헌적 법률해석을 포함하는 법령의 해석·적용 권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속하는 것이고(내법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결 등), 법원은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하는 것(헌법 제103조)인 반면에, 한편 헌법재판소는 위헌 제청된 법률 또는 법률 조항의 위헌 여부만을 결정할 수 있을 뿐(헌법재판소법 제45조)이어서, 법률 또는 법률 조항의 해석 여하에 따른 위헌성 여부 및 법률 또는 법률 조항 중 일부분의 위헌성 여부에 관한 심사권은 법원에 전속된 권한이라 할 것이다.

(3) 한편, 사법부가 법률을 해석하는 경우 때에 따라서는 위헌의 소지가 있다 하여도 입법자의 의사를 존중하여 가능하면 합헌적으로 해석될 수 있도록 노력하여야 하고, 일부 위헌의 소지가 있다 하여 바로 당해 법률 조항을 전면적으로 위헌이라 하여서는 아니되는 것인 바, 위 병역부 해당 조항은 양심의 자유를 침해하는 때에 한하여 위헌으로 해석될 뿐 일반적인 경우 모두 위헌으로 해석되지는 아니하므로, 헌법재판소의 위헌 결정 없이도 이 법원이 위 법조의 위헌성 여부에 대하여 판단할 수 있다 할 것이다.

라. 양심의 결정에 따른 병역 기부가 정당한 사유에 해당하지 아니한다는 반론에 대하여

(1) 종래에 피고인과 같이 양심상의 실정에 터잡아 병역의부의 이행을 기부하는 자에 대하여 그 처벌의 당위성과 필요성을 주장하면서 그 근거로서 다음과 같은 사항이 주장되어 왔다.

(2) 즉, 대한민국은 세계 유일의 문단국가로서 155마일의 휴전선상에 백수십만

명의 남북한 정규군대가 대치하고 있는 안보환경 속에 놓여 있으며, 이러한 안보현실
 과 변역 가용자원 인구수 및 국가경쟁력 등을 고려, 국민개병주의를 채택하여 징병제
 로 군사력을 유지하고 있는데, 개인적인 신념에 따라 군복무 여부를 결정하도록 할 경
우 아무도 군대에 가려고 하지 않을 것이어서 국방의 안전 보장을 위한 병력의 유지가
곤란하다는 점, 양심적 병역거부권을 인정하면 국민의 평등한 공적부담원칙이 와해되
 어, 자유민주주의 국가의 핵심인 공공의무의 정신과 시민적 의무의 자발적 수행에 내
 한 가치가 저하된다는 점, 양심적 병역거부를 병자한 병역기피자가 증가할 것이라는
 점, 징병행정상의 공정성과 통일성이 저해될 것이라는 점, 헌법은 국민개병주의를 채택
 하고 있는데, 병역의무를 종교적 신념에 따라 결정한 경우, 특정 종교신자에게 특혜를
 주는 결과가 되어 오히려 역차별을 초래하게 되므로 평등의 원칙에도 이긋나고, 다른
 종교와의 갈등관계가 초래되어 국민통합을 해치게 된다는 점, 병역을 거부하는 특정
 종교의 교리가 생명이 위급한 상황에서도 수혈을 거부하도록 되어 있고, 국가체제를
 사탄으로 간주, 국가의 존재 자체를 부인하여 국기에 대한 경례 및 애국가 봉창을 거
 부하며 모든 종류의 투표에 참가하지 아니할 뿐만 아니라, 공식에 취임하는 것을 허용
 하지 않고 있는 바, 이는 자유민주주의 국가의 민주적 기본질서를 깨뜨리는 행위로서
 이들에게 병역거부권을 인정하는 것은 민주적 기본질서의 위배행위를 조장하는 결과를
 초래한다는 점이 바로 그것이다.

(3) 그러나, 양심적 병역거부자들은 한 해에 600명 안팎인 것으로 추산된다고
 알려지고 있고, 이는 연간 징병인원 약 30만명에 비하여 0.2%에 불과하여 국가방위력
 에 미치는 정도가 미미할 뿐만 아니라, 인해선술식이고 재래적인 전투 방식에서 첨단
과학 무기와 장비, 정보시스템이 주도하는 현대전에서 위와 같은 규모 정도의 징병인

원이 감소한다 하여도 그다지 문제되지 아니한다 할 것이고, 양심적 병역거부자들을 전쟁에 참가시킨다 하여도 그들로부터 최고의 전투력의 발휘를 기대할 수 없다 할 것이어서 전부에 그다지 도움이 되지도 아니할 것이며, 국가의 사법권 행사를 위해 법관이 꼭 필요한 존재라 하여도 모든 국민이 법관이 될 필요는 없는 것처럼, 국가의 존재를 위해 군인이 꼭 필요하다 하여도 모든 국민이 군인이 될 필요는 없다 할 것이고, 비록 우리나라에서는 독일, 영국, 이탈리아, 오스트리아, 네덜란드, 캐나다, 스위스, 스웨덴, 덴마크, ~~독일~~ 노르웨이, 핀란드, 프랑스, 벨기에, 룩셈부르크 등과 같이 양심적 병역거부자에 대하여 병역의무를 대체할 수 있는 대체복무제를 인정하고 있지 아니하는 하나, 향후 위 제도를 도입하여 병역의무를 이행하는 것과 동일하거나 그보다 좀 더 중한 내용의 복무를 하도록 한다면 공적 부담이나 병부행성에 있어서의 평등의 원칙을 훼손하지 않을 수 있으며, 위 대체복무제를 도입하면서 양심적 병역거부자로 인정될 수 있는 기준을 명확히 마련한다면 고의적인 병역기피자를 충분히 가려낼 수 있고, 아울러 양심적 병역 거부에 관한 권리를 인정하는 것이 피고인과 같이 특정 종교상의 교리를 이유로 한 사람뿐만 아니라, 종교상의 교리가 아닌 일반적인 양심에 따른 신념에 터잡아 병역을 거부하는 사람에게도 확대할 필요성이 있는 점(따라서, 이 법원은 위 정당한 사유를 해석하기 위하여 양심의 자유를 규정된 헌법 제19조만을 근거로 하였을 뿐, 종교의 자유를 규정된 같은 법 제20조 제1항을 근거로 하지는 않는다), 또한 위 종교를 신봉하는 사람들이 병역의무만을 거부할 뿐 납세의 의무나 교육의 의무를 이행할 것을 거부하고 있지는 아니하여 국가의 존재 자체를 부인하고 있지는 아니한 점에 비추어 볼 때 위 주장들은 모두 타당한 것으로 보이지는 아니한다.

(4) 그리고, 이 사건을 담당한 판사 개인으로서도 특수전사령부 법무관으로서

병역의무의 일부를 이행한 사람으로서 현행법상 위 대체복무제가 인정되지 않고 있는 상황에서 일정기간 다소간이라도 국가방위력의 손상이 있을 것을 우려하지 않을 수 없으나, 국가란 이를 구성하는 개인의 생명과 신체, 자유 및 재산을 보호하는 것을 근본적인 존재 의의로 하고 있는 점에 비추어 볼 때 위와 같은 사정을 들어 천부인권인 개인의 양심의 자유를 후퇴시키는 것은 부당하고, 오히려 국가의 형벌권과 개인의 양심의 자유권이 충돌하는 경우에는 형벌권이 한 발 양보하여 개인의 자유를 보장하도록 하는 것이 정당하다 할 것이다.

나. 양심적 병역거부자의 인정 기준

(1) 그렇다면, 이제 남은 문제는 과연 어떠한 기준을 들어 당해 병역 거부자가 진정한 양심상의 결정에 따라 병역을 거부하는 사람으로 인정할 것인지의 여부라 한 것이다.

(2) 양심적 병역거부자와 양심을 빙자하여 병역을 기피하는 자를 가려내기 위하여는 양심적 병역거부자가 일반적인 해명에 그치는 것이 아닌 인격적인 양심적 결정 과정을 분명하게 밝혀야 하고, 특히 병역을 거부하기로 하는 결정을 하게 된 특별한 사정(예컨대, 종교적, 윤리적 또는 인도적 근거들로서 학교교육, 가정교육, 폭력체험, 친척이나 친구의 사망, 전쟁체험에 대한 가족의 이야기, 영화 등)을 설득력있게 설명하여야 하며, 병역을 거부하기로 하는 결정을 한 이후 또는 그로부터 멀지 아니한 시간 전에 병역거부와 관련된 사회 활동을 하였을 것 등을 그 기준으로 삼을 수 있다 할 것이다.

나. 이 사건에 있어서의 판단

(1) 들어켜 이 사건에 있어 보건대, 피고인의 위 주장이 구체적으로 어떠한 번

특상 의미를 담고 있는 것인지가 명확하지는 아니하나, 위 주장을 피고인의 위 행위가 위 법조 소정의 정당한 사유 있는 행위라는 취지의 것으로 선택하여 살피기로 한다.

(2) 피고인의 이 법정에서의 진술, 피고인의 검찰 및 경찰에서의 진술과 피고인 제출의 자료들을 종합하면, 피고인은 10세 되던 1992.경부터 그 어머니를 따라 여호와 의 증인이라는 종교를 신봉하게 되었으며, 위 종교를 향후에도 신봉하여야겠다는 결정에 따라 2001. 2. 4. 취례를 받은 사실, 그리하여 피고인은 종교생활을 하면서 성경을 해석하던 중 성경의 일부 내용에 따라 무기를 들 수 없다는 결정을 하게 된 사실, 한편 피고인은 고등학교 졸업의 학력을 가지고 있는 바, 고등학교를 다니는 동안 앓고 있던 축농증 등의 사유로 인하여 몇 차례 결석을 한 외에는 12년간 성실하게 학교 생활을 하였던 사실, 그리고 고등학교를 졸업한 이후에는 종교적 자원 봉사 활동을 위하여 축농기능사 자격을 취득한 다음 그 기술을 활용하여 매달 10시간씩의 전도활동 및 봉사활동을 꾸준히 하였던 사실, 아울러 피고인의 형인 오준화 또한 위 종교를 신봉하여 그 양심상 결정에 따라 병역을 거부하였다가 형사처벌을 받게 되었는데, 피고인은 위와 같은 사정에도 불구하고 그에게 부과된 병역의무를 거부하겠다고 결심하여 이 사건 행위에까지 이르게 된 사실을 각 인정할 수 있다.

(3) 위 인정 사실에 의하면, 피고인은 그의 진정한 양심상의 결정에 따라 그에게 부과된 이 사건 병역의무를 거부하기에 이른 것으로 판단되고, 따라서 피고인의 이 사건 병역 거부는 위 법 소정의 정당한 사유가 있는 경우에 해당된다고 할 것이며, 검사 제출의 모든 증거들을 살펴보아도 위 정당한 사유가 없음을 인정하기에 부족하다.

4. 결론

그렇다면, 이 사건 공소사실은 범죄가 되지 아니하거나, 범죄의 증명이 없는 경우에

해당하므로 형사소송법 제325조 따라 피고인에 대해 부죄를 선고한다.

판사 이정렬 _____