

양심 심사와 인권 제도화 책무의 헌법적 평가와 과제

오동석(아주대학교 법학전문대학원 교수)

I. 서론

헌법 제10조제2문에 따라 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무가 있다. 국가는 개인의 자유에 개입해서는 안 되는데, 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 불가피한 경우에는 최소한 범위에서 제한할 수 있을 뿐이다(헌법 제37조제2항). 그것은 국가가 개인의 자유를 제한함이 없이 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리의 목적을 달성하는 대체 방안을 강구해야 할 헌법적 책무가 있음을 의미한다. 이러한 헌법적 책무의 실현은 입헌 민주주의 체제에서 법치주의 원칙에 따라 그 보장을 위해 필연적으로 제도의 입법화와 행정제도화의 과정을 거친다. 이러한 제도가 인권을 최대한 실현하고 보장하는지는 헌법적 심사의 대상이다. 통상 그 심사는 법원 또는 특히 헌법재판소가 담당하는데, 그 심사가 인권 보장에 부합하는지를 심사하는 제도는 없다.

양심의 자유에 근거한 양심적 병역거부권을 제도적으로 보장하는 제도는 대체역 편입을 심사하는 제도다. 대체역은 양심의 자유를 근거로 병역의무 이행을 거부하는 사람에게 그것을 대체하여 군사적인 업무 또는 조직과 무관하게 다른 역무를 부여하는 것이다. 당사자가 병역 거부를 선언하는 순간 국가는 당사자가 군사적인 조직과 작용의 영향을 받지 않도록 해야 할 책무가 있다. 당사자가 병역 거부를 선언하는 순간 이후 인권 관점에서 심사의 대상은 개인의 양심이나 양심의 자유가 아니라 개인의 양심 자유를 보장하는 제도다. 그 핵심을 놓치면 인권의 제도화는 인권 규범은 국가를 제어하기는커녕 국가의 자의적인 재량권 안에서 재단 대상이 될 뿐이다.

II. 인권의 제도화 책무에 대한 헌법적 평가

1. 양심의 자유를 보장하는 제도화의 헌법적 책무

양심은 개인의 주관적 가치 판단으로서 종교와 사상에 기초한 양심을 포함한다. 누구라도 한 사람의 양심을 부정할 수 없다. 다만 개인의 양심에 근거한 행위가 국가안전보장과 질서유지를 위해 불가피하게 제한되어야 하는 경우 그 행위를 법적으로 제한하는 것이다. 헌법재판소는 양심의 자유를 보장하지 못하는 병역제도를 심판한 것이지 양심의 자유를 심판한 것이 아니다. 병역법의 위헌성을 판단하는 기준으로 양심의 자유를 정의했으므로 권력분립원리 및 입법자 존중 차원에서 양심 개념을 엄격하게 서술했다. 이러한 양심 개념은 양심의 자유를 보장하는 제도로서 양심적 병역거부자의 대체복무 편입 여부를 판단할 때 그 근거로 삼을 수 없다.

헌법이 기본적 인권을 보장하는 원칙인 최대한 보장의 원칙과 최소 제한의 원칙에 충실해야 한다. 그렇지 않으면 양심의 자유를 보장하는 제도가 아니라 양심의 자유를 재단하고 심판하는 제도가 될 우려가 있

다. 양심의 자유와 국방의 의무는 대등하지 않다. 국방의 의무는 국가의 존립과 안전에 위해를 가하거나 초래하는 명백하고 임박한 위험이 있는 경우에 기본적 인권을 제한하는 근거로 인정할 수 있다.

먼저 신청인의 양심이 존재하지 않는다고 판단할 수 없다. 양심 자체는 주관적 개념임을 그 본질적 속성으로 하기 때문이다. 개인의 양심을 재단하는 국가는 전체주의국가다. 다음으로 양심적 병역 거부를 주장하는 신청인에 대해 대체복무를 하기에 적정하지 않다고 결정하는 것은 원칙적으로 신청인의 양심을 부정하는 것이다. 다만, 병역을 거부하는 신청인의 행위와 발언이 양심의 근거로 주장하는 가치와 중대하고 명백하게 배치하는 경우에만 심사위원회는 매우 예외적으로 대체역 편입을 거부할 수 있다. 이 경우 심사자는 객관적인 근거에 따라 그 불일치를 증명할 책임이 있다.

문제는 대체역 편입을 거부당한 신청인이 군 복무를 거부하는 경우다. 국가는 이 신청인을 교도소로 보낼 수 있는지가 문제다. 당사자로서는 자신의 양심이 그만큼 진지하고 확고함을 보여주고 있기 때문이다. 결국 이 사람은 누가 봐도 양심적 거부권자로서 양심적 거부권자의 범주에서 배제될 수 없다. 자신의 양심에 반하는 행위를 하지 않았다는 이유로 형사 처벌하는 국가는 양심의 자유를 보장하는 국가라고 할 수 없다. 총을 들지 않겠다는 사람에게 굳이 총을 들라고 하는 국가가 평화주의를 지향하는 국가라고 말할 수 없다.

양심의 자유에서 내심의 의사만을 법률로써 제한할 수 없는 게 아니라 그 내심의 의사를 실현하고자 하는 행위까지도 법률로써 제한할 수 없는 ‘절대적 기본권’ 지위에 있다. 인간의 내면 의사와 그 내면 의사에 따른 행위를 ‘절대적으로’ 구별하고, 후자에 따라 전자를 재단하고 통제한다면, ‘절대적 기본권’의 존재를 강변하는 것 자체가 논리적 모순이다.

2. 인권 제도화의 책무 이행 확보에서 문제점

의회주의는 국민이 선출한 의원으로 구성된 합의기관인 의회가 국가의사 결정의 원동력이 되어야 한다는 정치원리다.¹⁾ 국회는 헌법 제40조에 따라 입법권을 행사한다. 법률유보원칙에 따라 국가와 그 구성원에게 기본적이고도 중요한 의미가 있는 영역, 특히 국민의 기본권 실현과 관련된 영역에 서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 담고 있다(의회유보원칙).²⁾ 그것은 국회가 국민의 대표자로서 국민의 기본적 인권을 최대한 보장해야 한다는 헌법적 책무를 부과함과 아울러 그러한 헌법적 책무를 실행할 것이라는 신뢰를 전제한 것이다. 입법재량권의 남용 금지는 법률제정권 행사의 한계다.³⁾ 헌법재판은 입법재량권 행사에서 그 남용을 통제하는 제도다.

그런데 2018. 6. 28. 양심적 병역거부권 관련 헌법재판소가 병역법에 대해 헌법불합치 결정을 내릴 때까지 국회는 관련 법을 제정하지 않았다. 헌법재판소 또한 2011. 8. 30. 병역법 제88조제1항제1호 위헌제청 등 사건에서는 양심적 병역거부권을 인정하지 않았다.

병역의무와 관련하여 대체복무제를 도입할 것인지의 문제는 결국 ‘대체복무제를 허용하더라도 국가안보라는 중대한 공

1) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2023, 397쪽.

2) 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70.

3) 성낙인, 앞의 책, 470쪽.

익의 달성에 아무런 지장이 없는지 여부’에 대한 판단의 문제로 귀결되는바, 남북이 대치하고 있는 우리나라의 특유한 안보 상황, 대체복무제 도입시 발생할 병력자원의 손실 문제, 병역거부가 진정한 양심에 의한 것인지 여부에 대한 심사의 곤란성, 사회적 여론이 비판적인 상태에서 대체복무제를 도입하는 경우 사회 통합을 저해하여 국가 전체의 역량에 심각한 손상을 가할 우려가 있는 점 및 종전 헌법재판소의 결정에서 제시한 선행조건들이 아직도 충족되지 않고 있는 점 등을 고려할 때 대체복무제를 허용하더라도 국가안보와 병역의무의 형평성이라는 중대한 공익의 달성에 아무런 지장이 없다는 판단을 쉽사리 내릴 수 없으므로, 양심적 병역거부자에 대하여 대체복무제를 도입하지 않은 채 형사처벌 규정만을 두고 있다고 하더라도 이 사건 법률조항이 최소침해의 원칙에 반한다고 할 수 없다.⁴⁾

헌법불합치 결정과 비교할 때 상황은 달라진 게 없다. 오직 헌법재판소의 판단이 달라졌을 뿐이다. 헌법재판소 재판관의 인식이 달라졌을 뿐이다.

병역종류조항이 규정하고 있는 병역들은 모두 군사훈련을 받는 것을 전제하고 있으므로, 양심적 병역거부자에게 그러한 병역을 부과할 경우 그들의 양심과 충돌을 일으키는데, 이에 대한 대안으로 대체복무제가 논의되어 왔다. 양심적 병역거부자의 수는 병역자원의 감소를 논할 정도가 아니고, 이들을 처벌한다고 하더라도 교도소에 수감할 수 있을 뿐 병역자원으로 활용할 수는 없으므로, 대체복무제를 도입하더라도 우리나라의 국방력에 의미 있는 수준의 영향을 미친다고 보기는 어렵다. 국가가 관리하는 객관적이고 공정한 사전심사절차와 엄격한 사후관리절차를 갖추고, 현역복무와 대체복무 사이에 복무의 난이도나 기간과 관련하여 형평성을 확보해 현역복무를 회피할 요인을 제거한다면, 심사의 곤란성과 양심을 빗자한 병역기피자의 증가 문제를 해결할 수 있으므로, 대체복무제를 도입하면서도 병역의무의 형평을 유지하는 것은 충분히 가능하다. 따라서 대체복무제라는 대안이 있음에도 불구하고 군사훈련을 수반하는 병역의무만을 규정한 병역종류조항은, 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.⁵⁾

헌법재판소가 입법자와 관계에서 지나치게 소극적이다.

헌법재판소는 2004년 입법자에 대하여 국가안보라는 공익의 실현을 확보하면서도 병역거부자의 양심을 보호할 수 있는 대안이 있는지 검토할 것을 권고하였는데, 그로부터 14년이 경과하도록 이에 관한 입법적 진전이 이루어지지 못하였다. 그사이 여러 국가기관에서 대체복무제 도입을 검토하거나 그 도입을 권고하였으며, 법원에서도 양심적 병역거부에 대해 무죄판결을 선고하는 사례가 증가하고 있다. 이러한 사정을 감안할 때 국가는 이 문제의 해결을 더 이상 미룰 수 없으며, 대체복무제를 도입함으로써 기본권 침해 상황을 제거할 의무가 있다.⁶⁾

권력분립 원칙과 입법자에 대한 존중이 그 근거지만, 헌법이 부여한 기본적 인권의 보장 책무에 부합한다고 보기 어렵다. 인권의 보장에 적극적이지 않는다면, 그 제도적 의미는 물론 권력분립 원칙에 부합하지 않고, 기본적 인권을 보장해야 할 헌법적 책무를 수행하지 못한 것은 물론 인권 보장에 대한 입법자의 재량권 또는 그 남용을 강화하는 역할을 할 뿐이다.

대법원은 양심적 병역거부자의 병역법 위반 사건에서 양심적 근거의 존재에 대한 증명책임을 통상적인

4) 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22등.

5) 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379-383등.

6) 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379-383등.

형사 재판과 달리 양심적 병역거부자에게 지우고 있다.

구체적인 병역법위반 사건에서 피고인이 양심적 병역거부를 주장할 경우, 그 양심이 과연 위와 같이 깊고 확고하며 진실한 것인지 가려내는 일이 무엇보다 중요하다. 인간의 내면에 있는 양심을 직접 객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 양심과 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 판단하여야 한다.

예컨대 종교적 신념에 따른 양심적 병역거부 주장에 대해서는 종교의 구체적 교리가 어떠한지, 그 교리가 양심적 병역거부를 명하고 있는지, 실제로 신도들이 양심을 이유로 병역을 거부하고 있는지, 그 종교가 피고인을 정식 신도로 인정하고 있는지, 피고인이 교리 일반을 숙지하고 철저히 따르고 있는지, 피고인이 주장하는 양심적 병역거부가 오로지 또는 주로 그 교리에 따른 것인지, 피고인이 종교를 신봉하게 된 동기와 경위, 만일 피고인이 개종을 한 것이라면 그 경위와 이유, 피고인의 신앙기간과 실제 종교적 활동 등이 주요한 판단요소가 될 것이다. 피고인이 주장하는 양심과 동일한 양심을 가진 사람들이 이미 양심적 병역거부를 이유로 실형으로 복역하는 사례가 반복되었다는 등의 사정은 적극적인 고려요소가 될 수 있다.

그리고 위와 같은 판단 과정에서 피고인의 가정환경, 성장과정, 학교생활, 사회경험 등 전반적인 삶의 모습도 아울러 살펴볼 필요가 있다. 깊고 확고하며 진실한 양심은 그 사람의 삶 전체를 통하여 형성되고, 또한 어떤 형태로든 그 사람의 실제 삶으로 표출되었을 것이기 때문이다.

정당한 사유가 없다는 사실은 범죄구성요건이므로 검사가 증명하여야 한다. 다만 진정한 양심의 부존재를 증명한다는 것은 마치 특정되지 않은 기간과 공간에서 구체화되지 않은 사실의 부존재를 증명하는 것과 유사하다. 위와 같은 불명확한 사실의 부존재를 증명하는 것은 사회통념상 불가능한 반면 그 존재를 주장·증명하는 것이 좀 더 쉬우므로, 이러한 사정은 검사가 증명책임을 다하였는지를 판단할 때 고려하여야 한다. 따라서 양심적 병역거부를 주장하는 피고인은 자신의 병역거부가 그에 따라 행동하지 않고서는 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 절박하고 구체적인 양심에 따른 것이며 그 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시하고, 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 진정한 양심의 부존재를 증명할 수 있다. 이때 병역거부자가 제시해야 할 소명자료는 적어도 검사가 그에 기초하여 정당한 사유가 없다는 것을 증명하는 것이 가능할 정도로 구체성을 갖추어야 한다.⁷⁾

법원과 헌법재판소의 사법권 행사에서 헌법이 보장하는 양심의 자유는 사법권 재량의 요소 중 하나일 뿐이다. 사법권의 재량권 역시 기본적 인권 보장의 한계를 자유로이 넘는다.

3. 법의 안이 아닌 법 바깥의 재량권

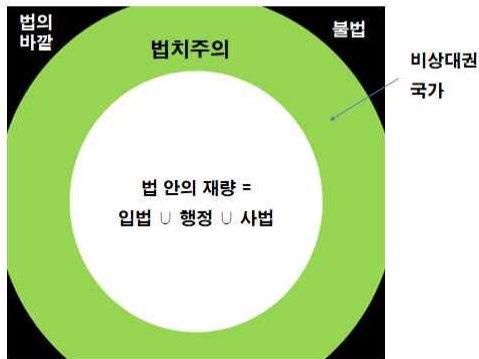
군사독재 시대를 지나면서 입헌 민주주의와 법치주의에 따른 헌법 체제는 독재자의 비상대권을 밀어내고 법의 안으로 국가 권력의 재량을 가둔 것처럼 보인다. 에른스트 프랭켈이 말한 비상대권 국가 또는 예외 국가는 사라지고 입헌주의민주주의 규범국가가 등장한 것처럼 보인다. 즉, 법치의 확장에 따라 비상대권은 축소된 것처럼 보인다. 그렇지만 법의 밖과 안은 같은 공간에 존재한다. 통치행위를 인정하는 학설 중에 자유재량설이 있다. 통치행위는 행정행위이지만 자유재량 행위로 보아 사법심사의 대상이 되지 않는다는 주장이다.⁸⁾ ‘민주화’ 시대에는 자유재량 행위가 통치행위가 된다. 법치의 이름으로 법적 한계를 넘나든

7) 대법원 2018. 11. 1. 2016도10912.

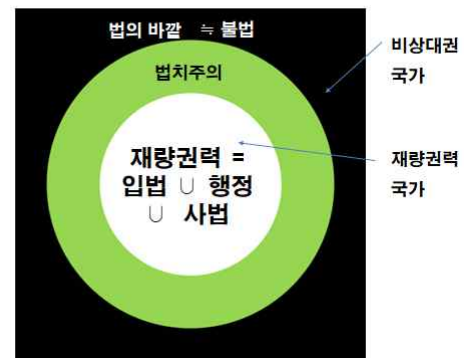
8) 성낙인, 앞의 책, 731쪽.

다. 인권의 제도화는 이 재량의 재단에 종속한다. 재량 권력[폭력]은 ‘형식적으로 민주화한 비상대권’이다.

[그림 1] 가설 1: 이차원적 법시스템 A (관념)



[그림 2] 가설 2: 이차원적 법시스템 B (현실)



[그림 3] 가설 3: 삼차원적 법시스템



III. 양심 심사 제도화의 헌법적 평가

1. 양심 ‘심사’의 헌법적 독해

「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률」(약칭: 대체역법)은 양심의 자유를 이유로 병역을 거부하고 대체역으로 편입신청을 심사·의결하는 기관으로서 대체역 심사위원회를 둔다. 심사의 사전적 의미는 “자세하게 조사하여 등급이나 당락 따위를 결정”하는 것이다. 대체역 심사에서 조사는 신청인의 양심 또는 그 양심을 추지할 수 있는 신청인의 삶을 들여다보는 것이 아니다. 양심의 자유는 개인의 양심을 직접 혹은 간접적으로 외부에 표명하도록 강제당하지 않는 침묵의 자유를 포함하기 때문이다. 침묵의 자유는 양심추지(推知) 금지와 양심에 어긋나는 행위를 강제당하지 아니할 자유를 포함한다. 개인의 과거 행위를 근거로 현재의 양심을 ‘심사하여 심판’하는 것은 양심을 추지 당하지 않을 자유를 침해한다. 대체역 심사제도에서 심사는 국가가 헌법의 명령과 책무에 따라 개인의 양심적 병역거부권을 공적으로 ‘인정’하는 것이다. 인정의 근거는 오로지 개인의 양심이고, 그 양심은 전적으로 개인의 판단과 결정에 의존해야 한다.

2. 병역 및 대체역 관련 법령과 행정규칙의 위헌성

- 1) 대체역법의 목적은 “「대한민국헌법」이 보장하는 양심의 자유를 이유로 현역, 예비역 또는 보충역의 복무를 대신하여 병역을 이행하기 위한 대체역의 편입 및 복무 등에 관한 사항을 규정함”(법 제1조)이다. 양심의 자유는 헌법이 보장하는 불가침의 기본적 인권(헌법 제10조제2문)으로서 다른 어떤 법익보다 우선한다. 대체역 제도는 오로지 양심의 자유를 확인하고 실현하며 보장하는 데서 그 평가가 이뤄져야 한다. 그렇지 않다면 양심의 자유 침해다.
- 2) 대체역법 제1조는 “현역, 예비역 또는 보충역의 복무를 대신” 한 것에 그친 것은 병역을 거부한 사람들의 인권을 온전히 보장하지 못한다. 「병역법」 제5조제1항의 제4호(병역준비역),⁹⁾ 제5호(전시근로역)에 대한 대체 제도를 마련하지 않았다. 그리고 제6호의 대체역을 병역에 포함한 것은 형식적으로는 물론 실질적으로 논리적 모순이다. 거부의 대상은 직접적·간접적 군사 활동 또는 관련 기관의 관여로서 모든 병역이다. 대체 제도는 그 모든 병역을 대체하는 제도여야 한다. 국가의 기본적 인권 확인 및 보장 의무(헌법 제10조제2문) 위반으로서 양심의 자유 침해다.
- 3) 대체역법 시행령 제13조 사실조사 관련 “1. 신청인의 양심의 구체적 내용이 현역, 예비역 또는 보충역의 복무와 배치되는지 여부 2. 신청인의 성장 과정, 학교 및 사회생활 등 전반적인 삶 속에서 양심이 표출되고 언행이 그 양심에 일치하는지 여부 3. 신청인이 제출한 편입신청서 및 관련 증명서류 내용과 가족, 친구 등 친분이 있는 주변인의 진술이 일치하는지 여부 4. 그 밖에 편입신청 심사를 위하여 조사가 필요한 사항”은 그 내용이 직접적으로 양심의 자유, 특히 침묵의 자유와 양심추지 금지를 침해한다. 조사의 의미는 신청인이 주장하는 내용을 정리하여 심사위원회에 제공하는 것에 그쳐야 한다.
- 4) 대체역법 시행령 제40조에서 제47조에 이르기까지 예비군 대체복무 관련 내용을 병무청장이 정하는 것을 비롯하여 예비군 대체복무에 병무청장이 관여하는 것은 대체역 제도의 본질에 반하여 병역거부자의 양심의 자유를 침해한다. 예비군 대체복무의 기관을 정하여 그 기관의 장이 관리해야 한다.
- 5) 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률 시행규칙」(약칭: 대체역법 시행규칙) 제2조 편입신청 서류에서 신청인과 주변인의 주민등록번호 등 개인정보가 드러나는 신분증명서 사본을 제출하게 한 것은 사생활의 비밀 침해다. 조사관이 신청인과 동일인인지 신분을 확인하면 될 일이다. 범죄경력자료 및 수사경력자료 조회 회보서, 「초·중등교육법 시행규칙」 제22조에 따른 중학교 및 고등학교의 학교생활 세부 사항 기록부 사본은 신청인이 판단할 일이다. 병역 거부 시점과 무관할 뿐 아니라 심사위원의 부당한 예견을 불러일으킬 수 있다. 특히 신도 증명서는 종교적 신앙에 따라 대체역 편입신청을 하는 경우에만 해당하는 데, 헌법의 종교 개념은 개인에게 맡겨놓고 있으므로 신도임을 증명할 수 없는 종교를 배제하는 의미에서 종교의 자유 침해다. “그 밖에 대체역 편입신청의 이유를 확인할 수 있는 자료” 또한 각하 사유일 만큼 의무적 사항인 점에서 모순이다. 3명 이상의 주변인 진술서 제출 의무도 불필요하다. 지나치게 양심의 입증을 강요하는 결과가 되므로 양심의 자유를 침해한다. 신청인 개인의 판단에 맡기지 않으면 침묵의 자유

9) 병역준비역은 “병역의무자로서 현역, 예비역, 보충역, 전시근로역 및 대체역이 아닌 사람”인데, 병역거부자는 병역준비역, 즉 병역의무자의 지위 자체를 거부할 수 있어야 한다. 제8조 “대한민국 국민인 남성은 18세부터 병역준비역에 편입” 되므로, 이 때부터 병역을 거부할 수 있어야 한다.

및 양심추지의 자유 침해다.

IV. 양심적 병역거부권 보장의 헌법적 과제

1. 재량 권력의 통제 과제

양심적 병역거부권은 물론 인권의 제도화에서 중요한 것은 입법·사법·행정의 재량 권력을 통제하는 문제다. 인권이 입법·사법·행정의 통치 권력보다 우위에 있음을 확인함으로써 입헌 민주주의 헌법 체제를 구성하는 문제다. 양심적 병역거부자가 압도적 다수여서 군대를 유지하기 어렵다면, 군대 없이 평화 체제를 유지할 방안을 강구해야 하는 것이 국가의 헌법상 책무이고, 부득이하게 군대를 유지하고자 한다면 양심적 거부권을 부정하거나 제한하는 방법이 아닌 다른 방안을 찾아내야 하는 것이 국가의 헌법상 책무다.

2. 대체역 편입 인정 제도의 구체적 과제

- 1) 「병역법」 제12조는 병역 판정을 위해 신체 등급을 판정하는 조항이다. 병역거부자는 신체검사를 받아서는 안 된다. 신체와 무관하게 양심의 자유에 따라 병역을 거부하기 때문이다. 사람의 ‘신체 및 심리상태 건강성’을 국가가 판정하는 것 자체가 과시증적 국가의 지배다. 양심적 병역 거부와 함께 ‘신체 및 심리상태’에 따른 거부 제도를 마련함으로써 병역의무의 자기결정권을 보장해야 한다. 그렇지 않으면 양심의 자유 침해다.
- 2) 양심적 병역거부자는 병역 거부를 선언하는 순간 국방부 또는 병무청의 관여를 거부하는 것이다. 따라서 대체역법 제4조제1항 대체역 심사위원회를 병무청장 소속으로 하는 것은 양심의 자유 침해다.
- 3) 대체역법 제4조제2항제2호에 따르면, 위원회는 “대체역 제도 개선에 관한 연구·조사 및 제안”을 한다. 양심의 자유를 제대로 보장하고 있는지 모니터링을 위해서도 매년 심사에 대한 보고와 계속해서 개선과제도출 그리고 대국민은 물론 대국회·행정부·사법부 제안서를 발표해야 한다. 대체역법 제4조제3항 독립성의 징표이자 검증 과정이다. 그렇지 않다면 대체역 심사위원회는 양심의 자유를 옹호하는 기구라고 할 수 없다.
- 4) 대체역법 제13조 위원회의 기각 결정은 기각 결정을 한 위원들이 협의하여 공동의 기각 결정문을 작성함으로써 신청자의 이의 제기권을 보장해야 한다. 설명 책임(accountability) 없는 기각은 양심의 자유를 침해한다. 제14조의 각하 결정은 폐지해야 한다. 신청 기한이 지났다거나 하는 이유로도 양심의 자유 행사를 막는 것은 양심의 자유 침해다.
- 5) 대체역법 제15조 대체역 편입이 이뤄진 날부터 신청자의 선택권을 보장하면서 일정한 기한 내에 복무할 수 있는 권리를 보장해야 한다. 신청과 조사 그리고 심사 기간은 당사자에게는 양심의 자유 행사로 인한 시간 사용이므로 최소화하지 않으면 양심의 자유를 침해한다.
- 6) 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률 시행령」(약칭: 대체역법 시행령) 제6조제1항에 따르면, 병무청장은 위원회가 그 권한에 속하는 업무를 독립적으로 수행할 수 있도록 병무청과 위원회 사무기구의 실

질적인 분리 운영, 위원회 예산 편성 시 위원회의 위원장(이하 “위원장”이라 한다)과의 협의 및 위원회 활동에 필요한 예산 확보, 그밖에 위원회 심사의 독립성 보장에 필요한 조치를 해야 한다. 그러나 이러한 독립성 조항은 실효성을 담보하기 어렵다. 양심의 자유를 보장하기 위해서는 병무청장에게 이러한 의무를 부과하기보다는 실제 병무 또는 국방 업무와 독립성을 가진 기관 속으로 위원회를 배치하는 것이 적절하다.

7) 대체역법 시행령 제7조 위원 추천 관련 국방부장관 협의는 법률의 위임도 없고 불필요하며, 병역 거부 관련 적정하지 않다. 제9조 회의와 위원 명단 등 비공개 사유는 법률의 위임도 없을 뿐 아니라 신청인과 시민의 알 권리를 침해한다.

3. 병역을 거부하는 평화적 양심의 실현을 위한 과제

1) 누군가가 설령 용서받을 수 있는 폭력의 경력이 있다고 하더라도 그가 총이 아니라 민간 봉사의 손길로 사회에 복무하고자 한다면 두 손을 들어 환영하고 기뻐하며 함께 할 일이다. 그 사람은 권력의 강요가 아니라 자기의 자유로운 결정으로 평화의 길로 나선 것이기 때문이다. 그것은 형벌로 법도 국가도 그 누구도 하지 못한 오직 그 사람만이 할 수 있는 훌륭한 일이다.

2) 양심적 병역거부자가 늘어나는 일은 한국 사회가 평화의 길로 가고 있다는 바람직한 징표다. 국가는 군에서의 각종 인권 침해와 의문사 등을 방지하기 위한 군대 내 인권 체제 개혁과 적절한 사후 조치 등에 충실할 일이다. 무엇보다 특히 국가는 평화적 공존의 방안을 마련하면서 최소한의 자기방어 방안을 마련하는 일을 하면 된다. 병역 대신 사회복무자가 늘어난다면 국가 권력과 통치에 짓눌린 사회의 회생 가능성을 높이면서 서로 돌봄의 생태계를 조성할 수 있을 것이다.

V. 결론

한국 사회에서 양심의 자유를 강조하고 양심에 따른 병역 거부를 최대한 옹호해야 하는 배경은 일제의 「치안유지법」에서 출발하여 「국가보안법」·「반공법」, 국민보도연맹 사건, 이념 갈등과 테러 등 폭력, 한국전쟁, 독재정권의 사상전향 공작, 강제징집을 통한 이른바 ‘녹화사업’, 국제평화주의와 평화통일 원칙을 위반한 적극적 평화 조성 노력 부재와 오히려 군사력을 증강하는 현실에 대한 헌법 규범의 수호 차원까지 확장하는 문제다.

대체역법은 병역을 거부하는 사람들을 병무청장 소속의 대체역 심사위원회에서 심판받게 함은 물론 위원 구성에서도 국방부장관, 병무청장, 국회 국방위원회가 추천하게 하고, 대체역 심사위원회의 재량 권력을 통제할 수 있는 제도적 장치를 마련하고 있지 못하다. 개정 대체역법은 오히려 국방부장관과 병무청장 추천 비중을 높이고 있다. 현안으로서 대체복무요원의 복무기간과 복무시설 문제는 시급한 해결 과제임은 부인할 수 없다. 그러나 국가인권위원회조차 대체역 제도와 관련하여 현역의 복무기간과 단순 비교하여 두 배로 산정한 복무기간을 6개월 줄이는 선에서 권고한 것은 매우 실망스럽다.

국가는 양심의 자유로서 병역거부권의 문제를 끊임없이 병역과 연동함으로써 병역의 ‘대체’를 요구하

는 사람들의 양심의 자유를 부정하고 있다. 인권의 제도화에서 국가는 인권과 길항 관계에 있다고 볼 여지가 있는 다른 법익을 찾아내서 인권을 제한하는 방향이 아니라 인권을 보장하기 위해 무엇을 할 것인가 그리고 인권을 최대한도로 보장하는 데 필요한 조건이 무엇인지를 찾아내 제도화하는 과제에 집중해야 한다. 그 과제가 국가의 재량으로 해소되지 않도록 하려면 법적 접근 외에 국가 또는 헌법 체제를 바꾸는 인권적 접근이 필요하다.

〈참고문헌〉

- 오동석(2021). 대체복무와 현역복무의 차별 개선 방안. 대체역 제도의 현황과 발전 방향(대체역 심사위원회 설립 1주년 기념 학술 토론회, 대체역 심사위원회 주최). 페럼타워. 2021. 12. 1. 85-112.
- 오동석(2022). 양심의 자유 침해하는 병역의무 대체제도의 개선과제. 병역의무 대체제도의 평가와 과제(아주대학교 법학연구소 학술대회, 아주법학연구소·민주주의법학연구회·평화군사법연구회·헌정사연구회 주최). 아주대학교 연암관 510호. 2022. 12. 16. 50-59.