

위헌여부심판제청 신청

신청인 별지목록 제1과 같음

위 신청인 소송대리인
별지목록 제3과 같음

사건 별지목록 제2와 같음

위 사건에 관하여 신청인의 대리인은 헌법재판소법 제41조에 의하여 다음과 같이 위헌여부심판제청을 신청합니다.

신청 취지

위의 사건에 관하여 균형법(일부개정 2001.12.26. 법률 제6290호) 제44조는 양심적 집총거부자에 대하여 적용되는 것으로 해석하는 한 헌법 제10조(인간의 존엄과 가치 및 행복추구권), 제11조 제1항(평등권), 제19조(양심의 자유), 제20조(종교의 자유) 및 제37조 제2항(과잉금지의 원칙)에 위반되는지의 여부에 관한 심판을 헌법재판소에 신청한다. 라는 제판을 구합니다.

신청 이유

1. 사건의 개요

신청인들은 집총을 하고 군복무에 임하라는 상관의 정당한 명령에 대하여 여호와의증인 신자로서 양심에 반한다는 이유로 이를 거부하여 균형법 제44조(항명죄)를 위반한 바, 육군보통군사법원에서 징역 3년을 선고받고 항소하여 현재 그 사건이 고등군사법원에 계속 중인 자들입니다.

균형법 제 44조의 규정은 다음과 같습니다.

제44조(항명) 상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다.

1. 적전인 경우에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
2. 전시, 사변 또는 계엄지역인 경우에는 1년 이상 7년 이하의 징역에 처한다.

3. 기타의 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다.

그러나 양심적 집총(병역)거부를 인정하는 대체복무제도등이 없는 현행법 체계하에서, 비선무직 복무등의 방법을 강구하려는 어떠한 노력도 없이 균형법 제44조를 신청인들과 같이 종교적 양심에 따라 집총을 거부한 자들에게도 적용하는 것은 아래에서 보는 바와 같이 헌법에 위반되는 바, 신청인들에 대한 위 균형법 조항의 적용은 잘못된 것입니다.

2. 양심적 집총(병역)거부의 연혁

보통 양심적 병역거부는 로마 제국에서의 그리스도교 공인에 이르기까지의 고대 그리스도교도에서 보여지는 것이 시초라고 할 만큼 오래된 역사를 가지고 있습니다. 중세에는 모든 전쟁이 정의의 전쟁이라는 생각이 유행하였으므로 양심적 병역거부의 예는 보이지 아니하고, 종교개혁 시대의 아나바프테스트와 그 계보인 메노나이트나 퀘이커가 이웃 사랑과 절대평화주의를 주장하며 병역을 거부한 유명한 예가 있습니다.

양심적 병역거부와 관련하여 가장 확고하고 오랜 전통을 가지고 있는 미국의 경우를 살펴보면 독립전쟁 당시의 대륙회의(1775, Continental Congress)에서 "교리상 어떠한 경우에도 무기를 들 수 없는 사람들"의 개념을 존중하는 결의를 하였고, 많은 주가 헌법 또는 법률로 양심적 반전론자를 단명에서 제외시켰습니다. 그후 1864년의 병역법에서는 전쟁에 반대하는 교파의 구성원이거나 교파의 교리 상 무기를 드는 것이 금지된 양심적 반전론자에게 병역면제의 범위를 확장하였고, 남부 연방은 특정 평화주의 교파(퀘이커, 여호와의 증인, 메노나이트등) 신자의 병역면제를 인정하였습니다. 제1차 세계대전 중인 1917년의 병역법에서는 "종교 또는 교파의 교리가 교인들로 하여금 어떠한 형태의 전쟁에의 참여도 금하고 있다고 일반적으로 인정되는 경우"에 한하여 그 교인들에 대한 전투행위 참가의무를 면제하였습니다. 다시 1940년의 징병법에서는 신청인의 전쟁반대가 "종교적 교육과 신념"에 기초하고 있는 한 평화주의 교파에 소속될 필요가 없게 함으로서 종파적 제한을 없애고 특정의 조직된 교파에 속하지 않은 사람들도 병역면제의 혜택이 가능하도록 개정되었습니다. 그후 의회는 1948년에 "일반 군사훈련 및 병역법"을 제정하면서 "종교적인 교육과 신념"이란 "인간관계에서 발생하는 의무보다 우월한 의무를 내포하는 절대자와 관련된 개인적 신념이면서, 근본적으로 정치적, 사회학적, 철학적 견해나 단순한 개인적 도덕률을 내포하지 않는다"는 해석조항을 추가하였다가 다시 1967년의 징병법에 의하여 개정되면서 위 해석조항에서 "초월적 존재"에 관한 부분이 삭제되어 오늘에 이르고 있습니다.

미국 이외의 국가에서도 양차 세계대전의 참담한 경험을 계기로 전쟁을 거부하고 평화롭게 살아가는 사람들의 존재를 인정하는 사상이 세계적으로 확산되면서, 많은 나라가 양심적 병역거부권을 법제화하기에 이르렀습니다. 특히 구 서독은 1949년의 기본법 제4조 제3항에서 이미 양심적 병역거부권을 인정하였습니다. 그러나 당시의 서독에는 징병제도가 없었기 때문에 위 조항은 평화주의 헌법의 표상으로서 하나의 선언에 불과하였습니다. 그후 구 서독은 1954년과 1956년 2차에 걸친 기본법의 개정과 1956년 병역법의 제정으로 징병제가 실시되면서 비로서 기본법 제4조 제3항은 양심적 병역거부자의 권리를 보장해 주는 기능을 발휘하게 되었습니다(이상 동국대학교 법학과 석·박사학위논문, 김태봉, 22-24p 참조)

이상에서 보는 바와 같이 서구에서는 로마제국시대 혹은 미국의 남북전쟁당시부터 양심적(병역)거부를 종교적 양심에 입각하여 보장하여 왔고, 현재는 종교적 양심을 초월하여 철학적이고 양심에 입각한 집총거부도 인정하고 있습니다.

그러나 우리나라에서는 일제시대 이후 양심에 입각한 집총거부자들이 존재하여 왔음에도

위헌여부심판제청 신청

신청인 별지목록 제1과 같음

위 신청인 소송대리인
별지목록 제3과 같음

사건 별지목록 제2와 같음

위 사건에 관하여 신청인의 대리인은 헌법재판소법 제41조에 의하여 다음과 같이 위헌여부심판제청을 신청합니다.

신청 취지

위의 사건에 관하여 군형법(일부개정 2001.12.26. 법률 제6290호) 제44조는 양심적 집총거부자에 대하여 적용되는 것으로 해석하는 한 헌법 제10조(인간의 존엄과 가치 및 행복추구권), 제11조 제1항(평등권), 제19조(양심의 자유), 제20조(종교의 자유) 및 제37조 제2항(과잉금지의 원칙)에 위반되는지의 여부에 관한 심판을 헌법재판소에 신청한다. 라는 제판을 구합니다.

신청 이유

1. 사건의 개요

신청인들은 집총을 하고 군복무에 임하라는 상관의 정당한 명령에 대하여 여호와의증인 신자로서 양심에 반한다는 이유로 이를 거부하여 군형법 제44조(항명죄)를 위반한 바, 육군보통군사법원에서 징역 3년을 선고받고 항소하여 현재 그 사건이 고등군사법원에 계속 중인 자들입니다.

군형법 제 44조의 규정은 다음과 같습니다.

제44조(항명) 상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다.

1. 적전인 경우에는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
2. 전선, 사변 또는 계엄지역인 경우에는 1년 이상 7년 이하의 징역에 처한다.

3. 기타의 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다.

그러나 양심적 집총(병역)거부를 인정하는 대체복무제도 등이 없는 현행법 체계하에서, 비전투적 복무등의 방법을 강구하려는 어떠한 노력도 없이 군형법 제44조를 신청인들과 같이 종교적 양심에 따라 집총을 거부한 자들에게도 적용하는 것은 아래에서 보는 바와 같이 헌법에 위반되는 바, 신청인들에 대한 위 군형법 조항의 적용은 잘못된 것입니다.

2. 양심적 집총(병역)거부의 연혁

보통 양심적 병역거부는 로마 제국에서의 그리스도교 공인에 이르기까지의 고대 그리스도교도에서 보여지는 것이 시초라고 할 만큼 오래된 역사를 가지고 있습니다. 중세에는 모든 전쟁이 정의의 전쟁이라는 생각이 유력하였으므로 양심적 병역거부의 예는 보이지 않지 아니하고, 종교개혁 시대의 아나바프테스트와 그 계보인 메노나이트나 퀘이커가 이웃 사랑과 절대평화주의를 주장하며 병역을 거부한 유명한 예가 있습니다.

양심적 병역거부와 관련하여 가장 확고하고 오랜 전통을 가지고 있는 미국의 경우를 살펴보면 독립전쟁 당시의 대륙회의(1775, Continental Congress)에서 "교리상 어떠한 경우에도 무기를 들 수 없는 사람들"의 개념을 존중하는 결의를 하였고, 많은 주가 헌법 또는 법률로 양심적 반전론자를 민병에서 제외시켰습니다. 그 후 1864년의 병역법에서는 전쟁에 반대하는 교파의 구성원이거나 교파의 교리 상 무기를 드는 것이 금지된 양심적 반전론자까지 병역면제의 범위를 확장하였고, 남부연방은 특정 평화주의 교파(퀘이커, 여호와의 증인, 메노나이트 등) 신자의 병역면제를 인정하였습니다. 제1차 세계대전 중인 1917년의 병역법에서는 "종교 또는 교파의 교리가 교인들로 하여금 어떠한 형태의 전쟁에의 참여도 금하고 있다고 일반적으로 인정되는 경우"에 한하여 그 교인들에 대한 전투행위 참가의무를 면제하였습니다. 다시 1940년의 징병법에서는 신청인의 전쟁대대가 "종교적 교육과 신념"에 기초하고 있는 한 평화주의 교파에 소속될 필요가 없게 함으로서 종파적 제한을 없애고 특정의 조직된 교파에 속하지 않은 사람들도 병역면제의 혜택이 가능하도록 개정되었습니다. 그 후 의회는 1948년에 "일반 군사훈련 및 병역법"을 제정하면서 "종교적인 교육과 신념"이란 "인간관계에서 발생하는 의무보다 우월한 의무를 내포하는 절대자와 관련된 개인적 신념"이면서, 근본적으로 정치적, 사회학적, 철학적 견해나 단순한 개인적 도덕률을 내포하지 않는다"는 해석조항을 추가하였다가 다시 1967년의 징병법에 의하여 개정되면서 위 해석조항에서 "초월적 존재"에 관한 부분이 삭제되어 오늘에 이르고 있습니다.

미국 이외의 국가에서도 양차 세계대전의 참담한 경험을 계기로 전쟁을 거부하고 평화롭게 살아가는 사람들의 존재를 인정하는 사상이 세계적으로 확산되면서, 많은 나라가 양심적 병역거부권을 법제화하기에 이르렀습니다. 특히 구 서독은 1949년의 기본법 제4조 제3항에서 이미 양심적 병역거부권을 인정하였습니다. 그러나 당시의 서독에는 징병제도가 없었기 때문에 위 조항은 평화주의 헌법의 표상으로서 하나의 선언에 불과하였습니다. 그 후 구 서독은 1954년과 1956년 2차에 걸친 기본법의 개정과 1956년 병역법의 제정으로 징병제가 실시되면서 비로서 기본법 제4조 제3항은 양심적 병역거부자의 권리를 보장해 주는 기능을 발휘하게 되었습니다(이상 동국대학교 법학과 석사학위논문, 김태봉, 22-24p 참조)

이상에서 보는 바와 같이 서구에서는 로마제국시대 혹은 미국의 남북전쟁당시부터 양심적 집총(병역)거부를 종교적 양심에 입각하여 보장하여 왔고, 현재는 종교적 양심을 초월하여 철학적, 사상적 양심에 입각한 집총거부도 인정하고 있습니다.

그러나 우리나라에서는 일제시대 이후 양심에 입각한 집총거부자들이 존재하여 왔음에도 남북

167/91

분단이라는 특수한 상황, 종교적 양심에 따라 집총을 거부하는 특정 종교를 이단시하는 사회적 편견에 의해, 헌법이 명시하여 양심의 자유와, 종교의 자유를 보장하고 있음에도 그 논의조차 금지 시 된 결과 매년 400명에 가까운 양심에 따른 집총거부자들을 처벌하고 있는 현실입니다. 과거에는 여호와의 증인을 비롯하여 제7안식교등의 종교단체들이 양심적 집총거부에 참여하였으나 대부분 참담한 현실을 견디지 못하여, 현재는 여호와의 증인만이 집총을 거부하고 있습니다.

3. 한국에서 양심적 집총(병역)거부의 현황

우리나라에서 양심상 이유로 병역의무자가 징병검사나 입영을 기피하는 등 군입대 자체를 거부하는 경우 병역법 위반으로서 처벌되는 바(병역법 제87, 88조) 이 경우 법원은 1년 6월 내지 2년의 징역형을 선고하고 있습니다. 또한 군대에 입대하여 일단 군인신분을 취득한 자가 양심상 이유로 집총을 거부하고 총기를 수여 받지 아니한 경우에는 군형법상 항명죄로 처벌되며(군형법 44조) 이 경우는 일률적으로 징역 3년형이 선고되어 확정과 함께 민간인으로 전역되고 있습니다.

국방부 제출 자료에 의하면 91년 이후 종교적 양심으로 인한 집총(병역)거부자 3,736명이 유죄판결을 받아 양심적 집총(병역)거부로 인해 한해 평균 약 400명의 전과자가 양산되고 있으며, 더욱이 해마다 이들 양심적 집총(병역) 거부자가 늘어나고 있는데, 유죄판결을 받은 수형자의 수가 92년 220명 93년 277명 94년 233명 95년 437명 96년 355명 97년 403명 98년 474명 99년 513명 2000년 642명으로 90년대 초에 비하여 3배정도 증가하였고, 현재 1500명 정도의 양심적 병역거부자가 교도소에서 실형을 살고있는 것으로 보고 되고 있습니다.

항명죄 적용의 역사를 살펴보면, 1980년대에는 양심적 집총거부자들이 총 받기를 거부하면 상관의 정당한 명령을 거부했다고 하여 군형법 44조 항명죄위반으로 그 당시 법정 최고형인 2년형을 선고하였는데, 1990년대 초부터 상관이 총을 두 번 주어 다 받기를 거절하면 경합범이라고 하여 최고형의 2분의 1을 더 늘려 3년형을 선고하였습니다. 먼저 여호와의 증인 신자에게 군복을 지급할 때 총을 주고, 다음 날 훈련할 때 또다시 총을 주어 거절하면 두 번 거부로 간주해 경합범으로 가중처벌하는 것이었는데 이는 하나의 집총거부자의사가 계속되고 있는 자를 이중처벌하는 것으로서 이중처벌금지의 원칙과도 어긋나는 해괴한 법 적용이었습니다. 이에 많은 법률가들이 이는 너무 어색한 법 적용이라고 지적하자, 1994년 군형법 44조를 개정하여 항명죄의 최고 형량을 3년으로 높였고, 그 뒤로 지금까지 계속 양심적 집총거부자들에게 법정 최고 3년형을 선고하고 있으며, 이 법정 최고형의 선고에는 어떠한 정상도 참작하지 않는 일관성을 지킨 결과 아버지와 아들이 또는 형제가 함께 징역을 살고, 전과자가 되는 일이 속출하기에 이르렀습니다.

세월이 흐름에 따라, 군 의무 복무기간은 2년 6개월에서 2년 2개월로 줄었는데도, 집총을 거부한 양심적 집총거부자들의 형량은 오히려 늘어난 것인데, 이와 같이 1994. 항명죄의 최고형량을 3년형으로 늘린데 대한 입법취지에는 특정종교의 병역거부를 억제하기 위한 것이라는 내용이 들어있는 바, 군형법동형사법의 법정형을 올리면서 특정종교라는 그 적용대상을 명시하고 있는 것은 그 입법취지만 봐도 어색한 것을 알 수 있을 뿐만 아니라, 1994년 이후에도 계속해서 양심적 병역거부자들은 존재하고 있어 형량을 높인 위 입법취지에 따른 기능조차 수행하지 못하고 있음이 명백하고, 오히려 가혹한 처벌이 양심적 집총거부자들에게 위협이 되고 있지 못하며, 인권 후진국이라는 오명만을 안겨주고 있는 사실을 나타내고 있을 따름입니다.

4. 여호와의 증인에 대하여

현재 우리나라에서 양심적 집총거부에 참여하고 있는 종교단체는 여호와의 증인이 유일하고, 신성인들 또한 모두 여호와의 증인 신도로서 자신이 신봉하는 위 종교의 교리상 집총을 거부하고 있는바, 신성인들이 종교적 양심에 따른 집총거부를 하였는지를 판단하기 위해서는 여호와의 증인교에 대한 이해가 필수라고 하겠습니까.

가. 여호와의 증인이라는 명칭과 그 시작 및 신도들의 규모

여호와의 증인이라는 명칭은 이사야 43장 10절에 “너희는 나의 증인들 곧 내가 택한 나의 종이다. 여호와의 말씀이다”라고 되어 있고 예수그리스도도 하느님의 “충실하고 참된 증인”이라고 불리운데 따른 것인데 과거 1세기의 그리스도교인들이 채택한 호별방문 방법 그대로 여전히 집집을 방문하면서 성서지식을 전달하고자 애쓰는 여호와의 증인들은 그 명칭이 적합하다고 생각하고 있습니다.

여호와증인의 현대역사는 1870년대 초에 미국 펜실베이니아에서 칼스테이즈 러셀 주도로 작은 성서연구그룹이 발족되어 1979년 7월에 시온의 파수대와 그리스도의 임재의 전령이라는 잡지의 창간호가 발간되었고 1881년 워치타워성서책자협회가 설립되기에 이른 것입니다.

현재 여호와의 증인은 미국 뉴욕 브루클린에 워치타워성서책자협회 본부가 위치하고 있고 세계 230개국의 나라에 여호와증인의 신도가 있으며 그중 110개국에 워치타워 성서책자협회 지부가 설치되어 있습니다. 신도수는 2000년 현재 600만명에 이르고 있는데, 그중 미국에 100만명, 독일 16만명, 러시아 11만명, 일본에 22만명, 한국은 8만7천명의 신도수가 있습니다. 여호와의 증인 조직은 각 지부산하에 지역으로 나뉘고 각 지역을 순회구로 구분하여 1순회구당 20개 회중이 있는데 각 회중에서의 여호와의 증인 신도수는 약 200명 정도 됩니다.

여호와의 증인은 각 회중에서 예배를 보는데 여호와의 증인은 심일조를 받지 않고 있으며, 일반 기독교에서 목사가 하는 역할을 하는 직위를 가진 사람을 “장로”라고 부르는데 장로는 따로 월급을 받지 않고 자원봉사를 하는 것이며, 장로들은 모두 일반사회에서 생업에 종사하여 생활을 꾸려나가고 있습니다. 결국 여호와의 증인은 심일조를 받지 않고, 장로들이 따로 월급을 받지 않고 있으므로 재정적으로 어떤 문제가 발생한다거나 미리가 있던 적이 전혀 없습니다.

나. 병역거부의 이유와 초기 그리스도교인의 병역거부의 역사

여호와의 증인은 그리스도교 정신은 인간 생명에 대한 존엄성을 지키고 평화를 사랑하는 것이라 여기고 “원수를 사랑하라”“살인하지 말라”(마태복음 5장 44절, 22장 52절, 출애굽기 20장 13절)등 성경의 여러 가르침에 따라 총칼을 들지 않고 나아가 군복무를 하지 않고 있는 것입니다.

여호와의 증인은 모든 인류는 ‘아담과 하와’라는 단일조상으로부터 유래하였다는 성서적 전제(창세기 1장 27절, 28절)하에 국경과 이념을 초월하여 모두가 한 조상으로부터 유래하였다는 사상에 기초를 두고 있고 이는 초기 그리스도인들로부터 계속 지켜온 사상입니다.

그리스도교 대사전에서 ‘초기 교회의 그리스도인들은 예수의 교훈에 따라 원수를 사랑했고 살인행위를 극력 죄악시하면서 병역을 거부하였다’고 되어있으며, 서울대서양사학과 교재인 서양사개론에도 ‘로마는 처음 그리스도교에 대하여 무관심하였으나 교세가 확대됨에 따라 교인들이 황제에배를 거부하고 병역거부를 하므로 박해를 하

기 시작하였다'고 언급되어 있습니다.

브리태니커 세계대백과 사전에도 양심적 병역거부자라는 제하에 "양심적 병역거부는 그리스도교 시대 초기부터 존재하여 왔고...."라고 되어 있고 종교백과사전에도 "테르툴리아누스와 오리게네스를 포함한 초기 교부들은 그리스도인들은 인간 생명을 빼앗는 일을 도저히 할 수 없다는 점을, 즉 로마 군대에 입대하지 않아야 하는 원칙이 있음을 확인하였다"고 기록되어 있습니다.

서기 295년 로마제국에서 살던 막시밀리아누스를 비롯한 많은 초기 기독교인들이 병역을 거부하여 순교를 택하였는데, 후세에 이르러 기독교가 국교화되면서 기독교인의 참전문제에 대하여 국가와 타협을 보게 된 것입니다.

초기 기독교인들이 전쟁이나 병역에 참여하는 것은 예수와 성서의 가르침 및 종교적 신념에 위배된다고 확신하는 입장에서 병역을 거부하였고 그 결과로 순교를 당하기까지 하였는데, 여호와의 증인은 이러한 성서적 가르침과 초기 그리스도교의 본을 그대로 따르고 있는 것이고 이러한 성서적 진리는 시대가 바뀌고 이념이 바뀌어도 변하지 않는다고 새기고 있는 것입니다.

여호와의 증인들은 병역거부로 인하여 오해를 사기도 하였지만 초기 그리스도교의 본을 따른 굳건한 신념을 이들이 세계 어디에서나 그리고 누구에게도 결코 위협이 되지 않으며 피해를 입히지 않는다는 독특한 이미지를 심어줄 수 있었습니다.

다. 여호와의 증인의 병역거부의 역사

여호와의 증인은 초기 그리스도교의 본을 따르고 있는데 역사가 브라이언 던은 [대학살에 대한 교회의 반응(1986년)]이라는 저서에서 "여호와의 증인은 나치와 화합하지 않았다. 나치가 이 종파에 반감을 품은 주원인은 여호와의 증인의 정치적 중립이었다."고 밝히고 있는바대로, 나치독일에서 여호와의 증인은 총통에게 손을 들고 [하일 히틀러 Heil Hitler!]라고 외쳐 경의를 표하는 것마저 거부하고 병역을 거부하였습니

다. 여호와의 증인과 나치즘과는 충돌이 거의 불가피하였는데 이는 [하일 히틀러 Heil Hitler!]라고 외쳐 히틀러 만세를 외치는 것은 구원이 히틀러로 말미암는다는 의미가 내포되어 있었으므로 히틀러의 요구를 거부한 것이고, 이는 초기 그리스도인들이 카이사르에게 숭배행위를 하는 일을 거부하였기 때문에 여러사람이 로마 투기장에서 죽어간 것과 궤를 같이 하고 있습니다.

나치 치하에서 여호와의 증인은 병역거부를 이유로 약 1만명이 체포되어 강제수용소에 끌려갔으며 그 중 2500명 이상 순교한 것으로 알려져 있는데, 나치치하에서 여호와증인이 순교한 것은 나치치하의 유대인 학살이 민족적인 문제였던 것과는 달리 국경과 민족을 초월하여 종교적 이유(여호와 증인이 병역을 거부한다는 이유)로 이러한 박해를 당한 것입니다.

현재 미국 워싱턴 D.C. 소재의 대학살기념관에는 나치의 강제수용소에서 여호와의 증인을 식별하게 해주던 보라색 삼각형이 전시되어 있으며, 컴퓨터 자료로 그 내용을 열람하도록 되어 있습니다.

2차대전후 러시아에서도 수많은 여호와의 증인들이 병역거부를 이유로 적발되는 대로 시베리아에 강제노동수용소로 유배되었습니다.

한국에서도 여호와의 증인들은 오랫동안 그 종교적 신념으로 인하여 자식이 교도소로 가는 것을 지켜보면서 눈물을 감출 수밖에 없는 수많은 부모들이 있었으며 늙은 부모와 부양할 가족을 두고 실형을 살고 있는 젊은이들 그리고 아버지에 이어 형제

들이 줄줄이 교도소에 가는 경우도 있었습니다.

라. 한국에서의 여호와의 증인의 역사

1912년 미국인 선교인 로버트 R.홀리스터가 내한하여 한국어로 된 성서연구보조서적들을 인쇄하며 전도하기 시작하였고 최초로 여호와의 증인이 된 강범식을 만나게 되었는데 위 강범식은 홀리스터로부터 성서 서적의 번역작업을 하면서 증인이 되었고 현재도 강범식의 후손들은 증인으로 활동하고 있습니다. 또한 1915년 영국의 패니 매켄지 부인이 선교활동을 시작하여 1927년부터 박민준이 한국에서의 활동을 책임지게 되었고 그이후 여호와의 증인들이 조금씩 늘어나게 되었습니다.

당초 여호와증인의 활동은 종교적 성향이 강한 한국에서 큰 반향을 얻고 있었는데 당시 군국주의 노선에 있던 일본정부로부터 지속적으로 감시를 받아오다가 1933년에는 여호와증인의 출판을 위해 설립한 위치타워성서책자협회(일본식 표기 : 등대사) 발행의 종교서적이 내무성의 명령으로 종로경찰서와 평양경찰서에 의해 13종 5만부가 압수되기도 하였습니다. 이 압수수색은 당시 독일에서 나치에의 협력을 거부한 여호와증인에 대한 히틀러의 대대적인 탄압의 물결에 일본이 동맹국인 독일과 동일한 반응을 보인듯 따른 것입니다.

일본은 대륙침략정책에 따라 천황을 신격화하고 그들의 전쟁을 성전(聖戰)으로 선포하고 그를 지지하는 성명을 요구하고 있었는데 일본내에 있는 여호와의 증인이 천황의 신격을 거부하고 병역을 거부하자 사태는 일본 내부 뿐만아니라 한국과 타이완에 이르기까지 여호와의 증인에 대하여 남녀, 노약자를 불문하고 일대 검거선동이 돌아다졌습니다.

일본 내무성 내부문서인 사상월보(1941년 1월호)와 특고월보(1939년 6월호)에 따르면 일본 115명, 한국 30명, 타이완 9명의 체포자명단이 기재되어 있고, 조선총독부 고등법원검사국 사상부 비밀문서인 사상회보 속간은 한국에서 총 33명을 기소하였다고 밝히고 있는바, 한국에서 기소된 여호와증인은 한국인들에게 병역의무가 없었기 때문에 주로 신사참배거부를 이유로한 불경죄와 치안유지법위반을 이유로 기소된 것이었습니다.

[일제의 한국기독교 탄압사] 85면에는 "여호와를 유일절대신으로 하는 신관과 천황제와의 대결 그리고 신사참배의 거부가 소송기록의 하나의 초점이 된다. 등대사 멤버들이 피조물로서의 천조대신이나 천황을 절대로 인정하지 않았으며 천황제에 대한 비판적 입장을 끝까지 지켰다"라고 되어 있습니다. 일제치하에서 한국의 여호와의 증인들은 신사참배를 거부함으로써 모두 검거되어 탄압을 받았는데, 일본에서 체포된 한국인 여호와의 증인들 중 몇 명은 순교하였으며, 그 가운데 2명의 여성은 옥사하기도 하였습니다.

해방이후인 1949년 도널드 스틸과 일린스틸부부가 선교인으로 내한하여 선교활동을 함에 따라 한국내의 여호와의 증인들의 전도활동이 활발하여 졌는데 여호와의 증인이 공산군에 체포되어 심문을 받는 가운데에서도 그리스도인은 전쟁에 관한 중립을 지켜야 하므로 의용군에 입대할 수 없다고 목숨을 걸고 증언하기도 하였으며, 1952년 사단법인 위치타워 성서책자 협회가 문교부에 여호와의 증인의 법적기관으로 등록되었습니다.

일찍이 여호와의 증인들은 일본의 지배하에 있을 때부터 초기 그리스도교의 정신을 반영하여 전쟁참여를 거부하므로 일본과 한국, 그리고 타이완에서 체포되고 치안유지법위반, 불경죄 등으로 투옥되었으며 여러명은 목숨을 잃었습니다. 유럽에서는 나치

에 의하여 동일한 이유로 여호와의 증인에 대한 무차별 투옥이 행해지고 있었습니다.

2차대전이 끝나고 냉전의 와중에서 여호와의 증인들의 병역거부 태도는 세계적으로 공산주의 국가와 민주주의 국가에서 변함없이 계속되었는데, 한국에 있어서는 한국인들은 대체로 종교에 대하여 관대한 편이지만 전쟁 위기감이 팽배해있던 한반도의 사정은 여호와의 증인들에 대하여 기독교적인 입장 입장에서가 아니라 국가주의적 기조에서 바라보도록 하였고 많은 젊은이들이 병역거부로 투옥되는 과정에서 일반인들의 여호와의 증인에 대한 시각에 오해의 골이 깊어지게 된 것입니다.

여호와의 증인들이 일본 군국주의하에서도 병역을 거부하고 신사참배를 거부하면서 치른 혹독한 고통의 기록도 한반도의 남북대치라는 특수한 상황에서 평가를 받지 못하고 역사의 기록 뒷편에 가리워진 것입니다.

5. 균형법 제 44조를 양심적 집총거부자에게 적용하는데 따른 위헌성

가. 헌법 제10조 개인의 존엄과 행복추구권에 위배

헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다."고 규정하고 있으며, 인간으로서의 존엄과 가치는 다른 헌법규정을 기속하는 최고의 헌법원리이고 헌법이념의 핵심이며, 인간으로서의 존엄과 가치에서 개인의 일반적 인격권이 도출되는데, 모든 국민은 그의 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리를 가지는 것이고, 이와 같은 개인의 인격권 및 행복추구권은 보장되어야 합니다.

그러나 양심적 집총거부를 보장하는 대체복무제도 등이 존재하지 않는 법제도 하에서, 비전투직에의 복무등의 방법 등을 강구하려는 노력도 없이 균형법 제44조를 양심적 집총거부자들에게도 일률적으로 적용하여 처벌하는 것은, 개인이 스스로 자신의 양심을 형성하고, 유지할 수 있는 천부적인 권리를 형벌이라는 극단적이 방법을 동원하여 침해하는 것으로서, 이는 인간으로서의 존엄과 가치는 물론 행복추구권을 침해하는 것이라 할 것입니다.

나. 양심의 자유 및 종교의 자유 침해

(1) 양심의 자유와 종교의 자유

헌법재판소는 "헌법 제19조는 모든 국민은 양심의 자유를 가진다고 규정하여 양심의 자유를 기본권의 하나로 보장하고 있는바, 여기서 말하는 양심이란 세계관 인생관 주의 신조 등은 물론 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함된다. 그러므로 양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 아니되는 내심적 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 아니할 자유 즉 윤리적 판단사항에 관한 침묵의 자유까지 포괄한다고 할 것이다(헌재 1991.4.1. 89헌마160)."라고 하였습니다.

또한 "이와 같이 해석하는 것이 다른 나라의 헌법과 달리 양심의 자유를 신앙의 자유와도 구별하고 사상의 자유에 포함시키지 않은 채 별개의 조항으로 독립시킨 우리헌법의 취

지에 부합할 것이며, 이는 개인의 내심의 자유, 가치판단에는 간섭하지 않겠다는 원리의 명확한 확인인 동시에 민주주의의 정신적 기초가 되고 인간의 내심의 영역에 국가권력의 불가침으로 인류의 진보와 발전에 불가결한 것이 되어 왔던 정신활동의 자유를 보다 완전히 보장하려는 취지라고 할 것이다(헌재 1991.4.1. 89헌마160)."라고 하여 양심의 자유가 종교의 자유보다 보다 넓은 것으로 종교의 자유를 포함하는 것이라고 하였습니다.

종교에 대하여 학설은 인간의 이념의 세계에서만 존재할 수 있는 신이나 절대자 등 초월적 존재를 신봉하고 그것에 귀의하는 것이라고 하고 있습니다(헌법학원론 95년판, 권영성, 법문사, 434면). 여호와의 증인이 초기 기독교인의 정신으로 돌아가자는 것을 교리로 하고 있는 점을 보아 신청인의 종교가 헌법상 보호되는 종교임이 명백합니다.

또한 "헌법 제19조가 보호하고 있는 양심의 자유는 양심형성의 자유와 양심적 결정의 자유를 포함하는 내심적 자유(forum internum)뿐만 아니라, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 양심실현의 자유(forum externum)를 포함한다고 할 수 있다(1998.7.16. 96헌바35)."라고 하여 양심실현의 자유가 양심의 자유에 포함된다는 것을 명백하게 하였습니다.

이는 "피고의 이 사건 징계처분은 원고들 주장의 신앙 양심 즉 우상을 숭배하여서는 아니된다는 종교적인 신념을 그 처분의 대상으로 삼은 것이 아니고 나라의 상징인 국기의 존엄성에 대한 경례를 우상숭배로 단정하고 그 경례를 거부한 원고들의 행위자체를 처분의 대상으로 한 것이므로 헌법이 보장하고 있는 종교의 자유가 침해되었다고 할 수 없다(대법원 1976.4.27. 75누249)"라고 하여 종교적인 신념을 실현하는 것은 종교의 자유에 포함되지 않는다고 한 대법원의 입장과는 전혀 다른 것입니다.

(2) 집총거부가 양심의 자유 및 종교의 자유에 해당하는지 여부

신청인들이 상관의 집총명령을 거부한 것은 신청인들이 평소 종교로서 가지고 있던 여호와증인의 교리에 따른 것입니다. 신청인이 자신에게 3년간의 수행생활과 전과자라는 낙인이 돌아올 것을 잘 알면서도 이러한 교리에 따른 이유가 무엇이겠습니까. 그것은 신청인들에게 충을 드는 일은 자신이 가지고 있는 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리(헌법이 보호하려는 양심, 1997.3.27. 96헌가11)인 양심에 반하는 것이기 때문이었습니다.

여호와의 증인들이 히틀러 치하에서 목숨을 걸고 자신의 양심적 병역거부의 신조를 지켰다는 점, 최근까지 아무도 관심을 두지 않았음에도 우리나라의 수많은 '여호와의 증인'들이 일관되게 집총보다는 감옥을 택했다는 점을 돌아본다면 집총거부가 신청인에게 자신의 양심 또는 신앙의 근본을 뒤흔드는 것으로 도저히 용납할 없는 것임을 쉽게 알 수 있을 것입니다.

신청인이 집총 명령에 복종하지 않을 것은 사람을 죽이는 무기를 사용하지 않겠다는 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 양심실현의 자유와 종교의 자유에 포함되는 것이라고 할 것입니다. 따라서 균형법 제44조는, 양심과 종교의 자유를 제한하는 법률입니다.

나. 직업선택의 자유 및 공무원임권 침해

신청인들과 같이 종교상·양심상의 이유로 집총을 거부한 자들은 균형법 제 44조에 의하여 일률적으로 3년의 징역형을 선고받고 있습니다. 그러나 이는 단지 군대생활을 교도소

에서 하게 되는 것을 의미하지는 않습니다.

신청인들이 3년간 형기를 종료하면 전과자가 됩니다. 따라서 공무원임용은 국가공무원법 제 33조에 의하여 집행이 종료된 후 5년이 경과한 후에야 가능합니다. 국가공무원법의 기준에 따르는 사법시험령 제4조 및 사립학교법 제 52조에 의하여 사법시험도 응시자격과, 사립학교 교원 자격도 박탈되어 있습니다. 은행법 제18조에 의하여 형기종료 후 5년간 모든 금융기관에 조차 취업이 금지됩니다.

위와 같이 명시적으로 규정된 결격사유에 해당하게 되는 것 이외에도, 전과자라는 낙인은 일반 사기업에 취직하는 경우에도 여전히 위대한 효력을 가지고 있어 사실상 취업할 수 없게 됩니다.

결국 신청인들과 같은 여호와의 증인은 양심실현의 대가로 안정적인 직장을 가질 수 있는 길이 원천적으로 봉쇄되게 됩니다. 따라서 균형법 제44조를 양심적 집총거부자들에게도 적용하는 한 위 조항은 직업선택의 자유와 공무담임권을 그 본질적 내용까지 침해하고 있는 위헌인 법률이라고 할 것입니다.

다. 선거권 침해

공직선거및선거부정방지법 제 18조 제1항 제2호에 의하면 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자는 선거권이 없습니다. 따라서 신청인이 3년 징역형을 선고 받으면 신청인은 3년간 선거권을 잃게 됩니다. 즉 균형법 제 44조는 양심적 집총거부자들에게와 사유없이 처벌함으로써 신청인의 선거권을 침해하는 위헌인 법률인 것입니다.

라. 평등권 침해

헌법 제11조 제1항은 '모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별.종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적.경제적.사회적.문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.'고 하고 있습니다.

신청인은 종교상 '다른 사람을 살상하지 마라'는 교리와 양심에 따라 총을 들기를 거부하였고, 이에 어떠한 다른 대체복무 방안도 마련하지 않은 균형법 제44조에 의거 신청인은 징역 3년형을 선고받고 직업선택의 자유와 선거권을 침해당할 위기에 있습니다.

신청인에게 투표와 선거 그리고 공직취임에서 제약을 하는 정치적 영역에서의 차별이 되며, 그보다 심각하게 직업선택의 자유를 제한하는 것은 고용과 취업에서 특정 교리를 가진 종교인을 경제적 영역에서 부당하게 차별하는 것이 됩니다. 결국 균형법 제44조는 어떠한 대체복무 방안도 마련하지 않음으로써 종교를 이유로 정치적·경제적·사회적 영역에서 신청인을 차별 받게 하는 위헌인 법률인 것입니다.

6. 기본권 제한 방법의 위헌성

가. 기본권 제한의 일반원칙

"헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 그 경우에도 자유와 권

리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다. 따라서 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서는 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추어야 하며 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로 헌법에 위반된다(한재 1997.3.27. 94얼마196 ; 1997.11.27. 96헌바12)."

헌법재판소의 결정에 따르면 기본권제한의 한계는 과잉금지의 원칙입니다. 균형법 제44조의 경우 아래에서 제시하는 바와 같이 국가안전보장이라는 입법목적의 정당성을 제외한 나머지 3가지 기준에 적합하지 않은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 법률이라 할 것입니다.

나. 과잉금지의 원칙 위배

(1) 방법의 적정성

형벌의 목적중 하나로 일반예방과 특별예방을 드나, 이제까지의 연속된 처벌 앞에서도 여호와의 증인의 신념이 꺾였다는 증거도 없으며(일반예방효과와 결여), 교도소안에서도 신앙을 바꾸었다거나 병역에 관한 생각을 바꾸었다는 증거도 없습니다(특별예방 효과의 결여). 이러한 아무런 효과도 없는 형벌로서 집총거부자를 처벌하는 것은 결코 적정한 방법이라고 할 수 없습니다.

(2) 피해의 최소성

위에서 언급한 바와 같이 집총거부자에게 주어지는 기본권제한이 피해를 최소화하는 것이라고도 할 수 없습니다. 그렇다면 기본권제한의 원칙인 방법의 적정성과 피해의 최소성에 따라 신청인들은 위 조항에 따라 처벌하기 전에 비전투직에 복무할 수 있는 방법을 강구해야 할 것입니다.

(3) 법익균형성

양심적 집총거부자에 대한 기본권제한의 근거는 모든 국민은 법률에 의하여 국방의 의무를 진다는 헌법 제39조 제1항 규정입니다. 그러나 국방의 의무는 병역의 의무보다 상위의 개념이라고 할 것으로 집총을 거부한다고 하여 국방의 의무를 지지 않는다고 할 수는 없을 것이고, 더구나 신청인들의 경우 국방의 의무를 다하기 위하여 군에 입대하였으며 전투직의에는 어떠한 비전투직 업무에도 복무하려는 자들입니다.

특히 우리 병역제도는 국민개병주의에 입각하여 전민징집제의 모델을 취하고 있으나 실제로는 정규병력의 규모와 징집복무기간의 제약으로 부분징집제와 병역특례, 전투경찰, 공익근무요원 등의 대체병역제도를 운영하고 있는 바, 양심적 집총거부자들을 항명죄를 적용하여 극단적인 처벌을 가하는 외에 얼마든지 비전투직에 복무시킬수 있는 방안을 강구할 수 있다 할 것입니다.

양심적 집총거부자가 교도소에서 3년간 사실상 교도소의 행정적인 임무를 일부 행하고

있습니다. 이들에게 군사훈련을 제외한 비전투직에 근무하게 하는 것이 인적자원활용의 효율성과 형평성에 오히려 합당하다고 생각됩니다.

나. 이중기준의 원칙

기본권제한의 기준과 관련하여 학설은 이중기준의 원칙을 주장하고 있습니다(권영성, Id, 제324면, 허영). 이중기준론은 기본권중에서 정신적 자유권과 재산적·경제적 기본권을 구별하여, 전자의 가치는 후자의 가치에 우월하는 것이므로 양자에 대한 제한방법 내지 제한기준도 달리하여야 한다는 이론입니다. 정신적 자유에 대한 기본권제한의 기준으로 제시되는 것 중의 하나가 '현존하는 명백한 위협'이라는 요건입니다.

양심적 집총거부자들을 행사처벌하기 위한 현존하는 명백한 위협이 있는가 하는 것은 국가가 이를 입증하여야 할 것입니다. 예컨대 그들을 처벌하지 않으면 병역부담을 피하기 위해 여호와의 증인신도가 급증하고, 따라서 병역자원의 확보를 곤란하게 하는 정도에 이른다면, 아니면 모든 군인은 집총을 하지 않으면 안될 급박한 사유가 있는가 아니면 집총을 요하지 않는 다른 군역무에 종사시킬 수 없는 급박한 사정이 있는가 하는 점을 입증하여야 할 것입니다.

현재에는 이러한 현존하는 명백한 위협등의 아무런 기준도 없이 신청인들 양심적 집총거부자의 양심의 자유등 정신적 기본권을 제한하고 있으므로 이들에게 군형법 제44조 적용하는 한 군형법 제44조는 위헌이라 할 것입니다.

7. 양심적 집총거부자에 대한 비전투직 복무 및 대체복무제 실시 반대의견 검토

현재 군 입대를 전제로 한 양심적 집총거부자들에 대한 비전투직 복무등에 대한 논의는 없으나 이 논의 또한 대체복무제도 신설 논의에 포함되어 있다고 보여지므로 대체복무제도 신설과 관련하여 검토하겠습니다.

국방부는 대체복무제도 추가신설에 따른 문제점으로 첫째, 대체복무의 점진적 축소라는 병역제도 기조에 역행함. 둘째, 병역부조리 발생 및 현역 기피 풍조의 증폭을 유도할 가능성이 많음(2001년도 국정감사자료집, 103-106면)을 들어 대체복무제도 추가신설이 어려움을 피력하고 있습니다.

그러나 이는 입법적인 방법으로서 양심적 집총거부자의 요건 및 승인절차를 엄격히 하고 대체복무를 병역의무와 동등한 수준으로 부과한다면 해결이 가능하다고 할 것이고, 군 입대를 전제로 한 비전투직 복무에 대한 문제점 역시 이와 유사한 해결방법을 모색할 수 있을 것입니다.

우리나라와 유사한 분단상황에 있는 대만에서도 2000.에 대체복무제도를 도입하여 현재 1년 정도 시행하였지만, 오히려 처음 시행 당시보다 대체복무 지원자가 줄어들었다는 보고가 있는 바 위와같은 반대론자들의 우려는 얼마든지 해결가능함이 현실적으로 입증되었으며, 양심적 병역거부자들의 양심은 지구의 무게보다도 무겁고 중한 것이라는 전제가 있다면 위 우려를 해결하는 방법의 모색은 그리 어려운 일이 아닐 것입니다(타이완 대체 복무제도 참관보고서 참조).

8. 양심적 집총거부권에 대한 국제적 보장

참고자료로 제출된 논문('양심적 병역거부권의 보장을 위한 시론', 조국)을 근거(제4-7면)로 한 국제적 보장의 현재는 다음과 같습니다.

가. 유엔

1987년 '양심적 병역거부권을 인정하라'는 최초의 유엔 차원의 결의가 있을 후 1989년에는 세계인권선언 제3조, 제18조 및 ICCPR 제18조에 기초하여 양심적 병역거부권 자체를 인정하였습니다. 1995년 결의는 새로운 내용을 추가하여 '양심적 병역거부자가 병역을 거부하였다는 이유로 그들을 차별하지 말 것'을 강력하게 주장하였습니다.

한편 '종교 또는 신념에 따른 일체의 불관용과 차별의 제거를 위한 선언'이 이행되는지를 점검하는 특별보고관의 1997년 보고서는 양심적 병역거부권의 침해태양에 대하여 구체적으로 언급하고 있습니다. 예컨대, 양심적 병역거부권의 불인정, 시민권 박탈, 시민적 권리 박탈, 병역거부를 이유로 한 투옥, 그리고 대체복무제도의 부존재등입니다.

나. 각국별 현황

1997년 유엔사무총장의 전세계국가에서 양심적 병역거부권의 보장이 어떻게 이루어지고 있는가에 대한 보고서에 의하면 1997년 현재 징병제가 있으나 양심적 병역거부를 하는 사람에게 민간에서의 대체복사 또는 군내에서의 비무장복무를 인정하는 국가로는 독일, 덴마크, 프랑스, 오스트리아, 이탈리아, 스페인, 포르투갈, 노르웨이, 스페인, 핀란드, 라트비아, 리투아니아, 베라루스, 불가리아, 슬로바키아, 슬로베니아, 우크라이나, 에스토니아, 폴란드, 체코 공화국, 헝가리, 케이프 베르드, 사이프러스등 25개국입니다. 그리고 양심적 병역거부자에게 무장한 군부대 내에서 비전투임무를 부여하는 것을 법률로 허용하는 2개 국가가 있으며, 법률로는 이를 허용하지 않고 사안별로 임시적으로 이러한 조치를 하는 3개 국가가 있다고 하고 있습니다.

9. 대법원 판례 비판

가. 대법원 판례

종교의 교리를 내세워 법률이 규정한 병역의무를 거부하는 것과 같은 이른바 "양심상의 결정"은 헌법에서 보장한 종교와 양심의 자유에 속하는 것이 아니다.(대법원 1992. 9.14. 선고, 92도1534판결)

피고인이 여호와의 증인이라는 종교를 신봉하고 그 교리에 따라 크리스티인의 양심상의 결정으로 군복무를 거부한 행위는 용당 병역법의 규정에 따른 처벌을 받아야 되며.....소위 양심상의 결정은 헌법 제17조(현행 헌법 제18조)에서 보장한 양심의 자유에 속하는 것은 아니라고 할 것....(대법원 1969. 7. 22. 선고, 69도 934 판결)

기타 유사한 판례로서 대법원 1965. 12. 21. 선고 63도 894판결, 1985. 7. 23. 선고 85도1094판결 등

나. 비판

위 판례들을 보면 양심상 결정의 실현을 이유로 형벌을 과하는 것은 양심의 자유

공개질의서

인권운동사랑방 E-mail. humanrights@sarangbang.or.kr | Tel. (02) 741-5363 | Fax. (02) 741-5364
(110-522) 서울시 종로구 명륜동 2가 8-29 4층
평화인권연대 E-mail. peace@jinbo.net | Tel. (02) 851-9086 | Fax. (02) 851-9087
(152-880) 서울시 구로구 구로3동 1127-33 윤경빌딩 402호

문서번호 011026-1

수 신 국방부

발 신 인권운동사랑방 / 평화인권연대

제 목 국방부는 한국정부 대표가 국제무대에서 한 약속을 전면 부정하는 것인가?

참 조 장관, 인사복지국장

날 짜 2001. 10. 26

1. 안녕하십니까. 23일 언론보도에 따르면, 국방부는 '병역거부자 대체복무에 대한 국방부 입장'을 통해, "집중거부자들에게 대한 대체복무는 수용할 수 없다"고 밝혔습니다. 국방부가 내세운 '대체복무 수용불가'의 이유는 "남북분단의 특수한 안보환경"이라는 점과 "병역거부 움직임의 확산", "형평성 차원의 문제", "특정집단에 대한 특혜시비" 등입니다.

2. 그러나 우리는 이러한 국방부의 입장에 몇 가지 이의를 제기하지 않을 수 없습니다. "대체복무제가 실시될 경우, 병역거부자가 확산될 것"이라는 국방부의 주장은 '막연한 추측'일 뿐입니다. 대체복무제도가 실시될 때 어떤 부작용이 발생할 지, 혹은 생각보다 잘 적용되어 나갈지는 누구도 장담할 수 없습니다. 중요한 것은 양심적 병역거부권이 보장되어야 할 권리라고 본다면 부작용을 최소화시킬 수 있는 시스템을 도입하기 위해서 정부가 신중하고 사려 깊게 연구하고 계획을 입안해야 마땅할 것입니다. 현역복무자와의 형평성의 문제도 '대체복무 실시 자체'를 부정함으로써가 아니라, 보다 합리적이고 바람직한 대체복무제를 고민함으로써 해결되어야 할 문제입니다. 어떠한 시스템도 완벽할 수는 없으며, 대체복무제 역시 사회성원 모두의 지혜를 모아 지속적으로 보완해야 할 시스템일 뿐입니다.

3. 더불어, '특수한 안보환경'을 강조하는 것 역시 시대변화의 흐름을 부정하는 것이라 하지 않을 수 없습니다. 6·15 남북공동선언 이후 형성된 남북화해분위기와 군사적 긴장의 완화는 그것이 비록 충분하다고 할 수는 없지만 결코 예전보다 안보환경이 나빠진 것으로 볼 수는 없기 때문입니다. 국방력에 의한 안보의 문제는 물론 중요한 문제이지만 군사 전문가들에게서조차 군의 효율성에 대한 지적이 나오고 있는 시점에서 어떠한 실질적 근거도 없이 '특수한 안보환경'만을 주장하는 것은 올바르지 못한 군사정책이라 판단됩니다. 또한 안보가 단지 '군사력'에 의존한 개념일 수만은 없으며, 사회통합력 등 다양한 각도에서 고려되어야 할 문제라고 할 때 대체복무제도를 통해 병역의 의무를 부과하는 것은 국가의 안보를 위한 또 다른 형태의 정책입니다.

독일과 대만 등 해외의 사례에서 볼 수 있듯이 어느 나라 건 대체복무제도가 도입되던 시기에 군사적 긴장관계는 위협적이었습니다. 하지만 이들 나라들이 대체복무제도를 도입할 수 있었던 것은 양심적 병역거부권은 그 어떤 상황에서도 반드시 보장되어야 할 인간의 기본적인 권리라는 것을 인식했었기 때문에 가능했던 것입니다. 오랜 세월 대체복무제를 시행해온 나라들 중에서 아직까지 이 제도의 도입으로 안보상황에 심각한 영향을 주었다는 보고는 들려온 바가 없습니다.

4. 대체복무제가 특정집단에 대한 특혜라는 주장은 양심적 병역거부권에 대한 물이해에 기초한 것입니다. 현재 양심적 병역거부자가 '여호와증인'뿐인 것은 맞지만 '양심적 병역거부권'은 인간이면 누구나 갖는 권리지 특정 집단의 권리는 아닌 것입니다. 따라서 '양심적 병역거부권'과 '대체복무제'에 대한 논의가 여호와증인에 대한 특혜의 문제로 얘기 되는 것은 본질이 뒤바뀌는 논의입니다.

5. 한국정부는 1998년, 2000년 유엔인권위원회에 참석, "양심적 병역거부권의 인정"과 "병역거부권 인정을 위한 대안

마련"이라는 결의안에 동의한 바 있습니다. 그 내용은 '양심적 병역거부권'은 사상·양심·종교의 자유라는 기본권에 속하는 것이며 양심상의 이유로 거부자들을 구별하거나 차별하지 말 것, 그들의 권리를 보장하기 위한 사회적 제도를 마련해야 할 필요성에 관한 것입니다. 국제사회의 한 구성원으로써 한국 정부는 자신들이 동의한 결의안을 이행해야 할 의무가 분명히 있음에도 국방부가 이러한 입장을 제출하는 것은 국제사회에서의 한국정부의 약속을 정면으로 부정하는 것에 다름 아닙니다.

6. 이에 '인권운동사랑방'과 '평화인권연대'는 국방부에 아래의 사항에 대한 공개적인 답변을 요청하는 바입니다.

<공개질의서>

1. 국방부에서는 '양심적 병역거부권'이 사상·양심·종교의 자유라는 기본권에 속하는 것이며 해외에서는 이들 거부자들의 권리를 보호하기 위한 논의가 이미 1600년대부터 시작되었고 중국과 군사적 긴장 관계에 있는 대만에서도 작년 부터 대체복무제도가 시행되고 있다는 사실을 알고 계십니까?

2. '양심적 병역거부권'의 보장과 '대체복무제'를 얘기할 때 대표적 사례로 얘기되고 있는 독일의 경우 현재의 복지국가 독일을 만드는 데 이들 대체복무자들이 중요한 역할을 했다는 것에 대해 어떻게 생각하십니까?

3. 대만의 경우 우려했던 것과 달리 대체복무제를 신청하는 인원이 그리 많지 않고 병역거부자가 확산되지도 않았는데 이것에 대해 어떻게 생각하십니까?

4. 유엔인권위에서 한국정부의 대표가 한 약속의 내용을 국방부는 알고 있습니까? 이번 '대체복무 허용불가' 방침은 국제무대에서 한 한국정부의 약속을 정면으로 부정하는 것은 아닙니까?

5. 대체복무제도를 절대로 허용할 수 없다면 앞으로 계속 발생할 이들 양심적 병역거부자들을 위한 국방부의 정책은 무엇입니까? 구체적으로 답변해 주십시오.

병역거부자 대체복무에 대한 국방부 입장

2001/10/25

최근 언론에서 사회적 이슈로 다루고 있는 특정 종교집단의 병역거부 문제가 '우리 사회의 병역의무에 대한 건전한 상식과 국가안보에 어떠한 영향을 미치는가?'에 대해 국방부의 입장을 밝힙니다.

병역의무는 '국가가 있어야 국민이 있다'는 민주주의 시민정신의 기초인 동시에 국가존립을 위한 가장 기본적인 사회적 합의인 것입니다.

우리가 수없이 많은 의침을 받고서도 오늘의 자유와 행복을 누릴 수 있는 것은 다름아닌 보편적이고 선량한 양심들의 희생이 있기 때문이며 지금 이 시간에도 그들은 국민으로서의 의무를 충실히 이행하고 있습니다.

그런데 우리 사회일각에서 병역(집총)거부자들을 처벌하는 것에 대해 전과자 양산 방지, 소수자의 인권보호 등을 이유로 대체복무를 허용해야 한다는 주장이 제기되면서 이 문제가 인권문제, 국익보호 문제로 오도되는 현상이 나타나고 있습니다.

병역제도는 그 나라의 정치·경제적 여건, 사회·문화적 전통, 안보여건 등 복합적 요인에 의해 결정되는 것인데, 우리나라의 병역거부자는 물론 세계 각국의 그들 어느 누구도 남북으로 분단된 특수한 우리의 안보환경과 병역의무 형평성 확보에 대한 우리 국민들의 기대 등은 전혀 고려하지 않은 채 오히려 누구나가 부담하는 병역의무, 즉 기초군사훈련과 복무만료 후 8년간의 예비군 임무까지 모두 면제하는 특혜를 요구하고 있는 것입니다.

병역거부자들은 이에 대해 대체복무 기간을 장기화하고 열악한 복무분야에 근무하는 것으로 형평성을 확보할 수 있다고 하지만, 이것은 단순히 복무기간이나 분야의 문제가 아니라 '과연 누가 생명을 담보로 군복무를 할 것인가'라는 국가존립의 문제와 직결된다는 점을 명심해야 합니다.

특히 우리 사회에는 다른 어떤 나라보다 다양한 종교가 존재하고 있으며, 우리 헌법은 종교의 자유를 보장하면서, 종교와 정치의 분리는 물론 누구든지 종교에 의해 '차별'을 받아서도 안되지만 '특혜'를 부여해서도 안된다는 것을 규정하고 있습니다.

최근 병역거부 또는 징병제 반대 등과 관련해 모임을 결성하거나 국제연대 세미나를 개최하는 등 사회적으로 관심이 확산되고 있지만 우리는 무엇보다 지금 이 시간에도 국가안보를 위해 '민주국가 시민으로서의 기본적인 약속'을 충실히 이행하고 있는 '병사들의 양심과 사기를 어떻게 보장해 줄 것인가'하는 것도 깊이 고민해야 하는 것입니다.

결론적으로 병역거부 행위는 남북으로 분단된 특수한 우리의 안보환경하에서 자유와 권리를 수호하기 위한 기본적인 의무이행을 거부하는 것으로, 이들에 대해 대체복무를 허용하는 것은 형평성 차원에서도 수용할 수 없지만 병역거부 확산은 물론 특정 집단에 대한 특혜 시비로 국민통합을 저해하게 될 것이므로 현재의 안보환경과 징병제 병역제도하에서는 결코 수용할 수 없는 것입니다.