

1. 서론

대한민국헌법 제19조는 “모든 국민은 양심의 자유를 가진다”고 규정되어 있으며 제20조 제1항은 모든 국민은 종교의 자유를 가진다.” 같은 조 제2항은 국교는 인정하지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.”고 규정되어 있다. 또한 유엔의 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Convent on Civil and Political Rights, 이하 'B규약') 제18조는 “모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다”고 규정하고 있다. B규약 제18조에 대한 해석과 관련하여 유엔인권위원회(UNCHR)는 1987년 채택한 결의 제46호에서 최초로 병역거부권에 대해 각 국가가 “종교적, 윤리적, 도덕적 또는 이와 유사한 동기에서 발생하는 심오한 신념에 기초한 양심적 병역거부를 인정”할 것을 요청하였다.

한편 대한민국헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하고 있다.

대한민국은 세계에서 유일한 분단국가이고 징병제도를 도입하고 있는 몇 안되는 국가이다. 대한민국에서는 자신의 양심, 종교적 신념에 따라 병역을 거부하는 양심적 병역거부를 하는 사람들이 다수 있으며 이들의 대부분은 종교적 신념에 따라 병역을 거부하고 있다.

이번 발제에서는 종교의 자유와 양심적 병역거부의 문제를 대한민국 법원에서 어떻게 보고있는지를 주로 논하고, 추가로 종교의 자유와 관련된 대한민국의 판례를 살펴 보기로 한다.

2. 양심적 병역거부

(1) 병역법의 규정

병역법 제88조 제1항은 "현역입영 또는 소집 통지서(모집에 의한 입영 통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집기일부터 법에서 정한 기간(2일 내지 3일)이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다."고 규정되어 있다.

(2) 종교적 이유 등으로 병역을 거부하는 양심적 병역거부 사례의 등장

종교적, 양심적인 이유로 전쟁을 반대하고 입대하여 살상을 위한 훈련을 거부하는 양심적 병역거부자들이 발생하였는데 이러한 양심적 병역거부자들을 병역법에 의하여 처벌을 하여야 하는지가 문제되고 있다. `

(3) 대법원 판례

대법원은 양심적 병역거부를 병역법에서 정한 병역 면제의 정당한 사유로 인정하지 아니하고 양심적 병역거부자들을 형사처벌 하고 있으며 대법원의 판례는 아직 변경되지 않고 있다. 대법원의 판단 내용은 다음과 같다.

① 종교의 자유 및 양심의 자유에 대하여(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도 2965 판결)

헌법이 보호하고자 하는 양심은 '어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 않고는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하

고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 양심'을 말하는 것인데, 양심의 자유에는 이러한 양심 형성의 자유와 양심상 결정의 자유를 포함하는 내심적 자유뿐만 아니라 소극적인 부작위에 의하여 양심상 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 자유, 즉 양심상 결정에 반하는 행위를 강제 받지 아니할 자유도 함께 포함되어 있다고 보아야 할 것이므로 양심의 자유는 기본적으로 국가에 대하여, 개인의 양심의 형성 및 실현 과정에 대하여 부당한 법적 강제를 하지 말 것을 요구하는, 소극적인 방어권으로서의 성격을 가진다.

헌법상 기본권의 행사가 국가공동체 내에서 타인과의 공동생활을 가능하게 하고 다른 헌법적 가치 및 국가의 법질서를 위태롭게 하지 않는 범위 내에서 이루어져야 한다는 것은 양심의 자유를 포함한 모든 기본권 행사의 원칙적인 한계이므로, 양심 실현의 자유도 결국 그 제한을 정당화할 헌법적 법익이 존재하는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 하여야 할 것이다.

② 양심적 병역거부와 형벌조항의 관계에 대하여(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 판결)

입영기피에 대한 처벌조항인 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'는 원칙적으로 추상적 병역의무의 존재와 그 이행 자체의 공정을 전제로 하되 다만 병무청장 등의 결정으로 구체화된 병역의무의 불이행을 정당화할 만한 사유, 즉 질병 등 병역의무 불이행자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유에 한하는 것으로

보아야 할 것이고, 다만 다른 한편, 구체적 병역의무의 이행을 거부한 사람이 그 거부 사유로서 내세운 권리가 우리 헌법에 의하여 보장되고, 나아가 그 권리가 위 법률조항의 입법목적을 능가하는 우월한 헌법적 가치를 가지고 있다고 인정될 경우에 대해서까지도 병역법 제88조 제1항을 적용하여 처벌하게 되면 그의 헌법상 권리를 부당하게 침해하는 결과에 이르게 되므로 이 때에는 이러한 위헌적인 상황을 배제하기 위하여 예외적으로 그에게 병역의무의 이행을 거부할 정당한 사유가 존재하는 것으로 봄이 상당하다.

병역법 제88조 제1항은 가장 기본적인 국민의 국방의 의무를 구체화하기 위하여 마련된 것이고, 이와 같은 병역의무가 제대로 이행되지 않아 국가의 안전보장이 이루어지지 않는다면 국민의 인간으로서의 존엄과 가치도 보장될 수 없음은 불을 보듯 명확한 일이므로, 병역의무는 궁극적으로는 국민 전체의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위한 것이라 할 것이고, 양심적 병역거부자의 양심의 자유가 위와 같은 헌법적 법익보다 우월한 가치라고는 할 수 없으니, 위와 같은 헌법적 법익을 위하여 헌법 제37조 제2항에 따라 피고인의 양심의 자유를 제한한다 하더라도 이는 헌법상 허용된 정당한 제한이다.

③ 대체복무를 인정하지 아니한 병역법 조항에 대하여(대법원 2007. 12.

27. 선고 2007도7941 판결)

'시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)'으로부터 양심적 병역거부권이 당연히 도출되는 것은 아니지

만, 위 규약 제18조 제1항에는 종교나 신념에 기한 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 자유도 함께 포함되어 있음이 문면상 명백하다. 한편, 자신이 믿는 종교적 교리에 좇아 형성된 인격적 정체성을 지키기 위한 양심의 명령에 따라 현역병 입영을 거부하는 것은 적어도 소극적 부작위에 의한 양심의 표명 행위에는 해당하고, 따라서 현역입영 통지서를 받고 정당한 사유 없이 입영하지 아니하는 행위를 처벌하고 있을 뿐, 양심에 반한다는 이유로 입영을 거부하는 자에 대하여 병역의무를 면제하거나 혹은 순수한 민간 성격의 복무로 병역의무의 이행에 갈음할 수 있도록 하는 어떠한 예외조항도 두고 있지 아니한 병역법 제88조 제1항 제1호는 위 규약 제18조 제3항에서 말하는 양심표명의 자유에 대한 제한 법률에 해당한다. 그러나 대체복무제도를 두지 아니한 것 그 자체를 규약 위반으로 평가할 수는 없고, 대체복무제도의 도입 여부 등에 관하여는 가입국의 입법자에게 광범위한 재량이 부여되어야 하는바, 현재로서는 대체복무제를 도입하기는 어렵다고 본 입법자의 판단이 현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수 없다. 또한, 양심적 병역거부자에게 병역의무 면제나 대체복무의 기회를 부여하지 아니한 채 병역법 제88조 제1항 위반죄로 처벌한다 하여 규약에 반한다고 해석되지는 아니한다.

(4) 헌법재판소 판례(헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1)

이 사건 법률조항(병역법 제88조)을 통하여 달성하고자 하는 공익은 국가의 존립과 모든 자유의 전제조건인 '국가안보'라는 대단히 중요한 공익으로서, 이러한 중대한 법익이 문제되는 경우에는 개인의 자유를 최대한으

로 보장하기 위하여 국가안보를 저해할 수 있는 무리한 입법적 실험을 할 것을 요구할 수 없다. 한국의 안보상황, 징병의 형평성에 대한 사회적 요구, 대체복무제를 채택하는 데 수반될 수 있는 여러 가지 제약적 요소 등을 감안할 때, 대체복무제를 도입하더라도 국가안보라는 중대한 헌법적 법익에 손상이 없으리라고 단정할 수 없는 것이 현재의 상황이라 할 것 인바, 대체복무제를 도입하기 위해서는 남북한 사이에 평화공존관계가 정착되어야 하고, 군복무여건의 개선 등을 통하여 병역기피의 요인이 제거 되어야 하며, 나아가 우리 사회에 양심적 병역거부자에 대한 이해와 관용 이 자리잡음으로써 그들에게 대체복무를 허용하더라도 병역의무의 이행 에 있어서 부담의 평등이 실현되며 사회통합이 저해되지 않는다는 사회 공동체 구성원의 공감대가 형성되어야 하는데, 이러한 선행조건들이 충족 되지 않은 현 단계에서 대체복무제를 도입하기는 어렵다고 본 입법자의 판단이 현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수 없다.

(5) 하급심 판례

① 하급심 판례의 동향

2014년도에 최초로 하급심에서 양심적 병역거부를 무죄로 선고한 이래 2016. 8. 23. 기준으로 소급하여 1년 3개월 동안 양심적 병역거부에 대한 무죄판결이 9건이 있었다. 그 중 검찰이 항고하여 계속 소송계속 중인 사건이 있고 대법원에서 유죄로 선고된 사건도 있다. 즉 대법원

은 아직도 양심적 병역거부를 유죄로 선고하고 있는 것이다.

② 하급심이 무죄로 선고하는 이유

양심적 병역거부자에 대해서는 병역의무를 기피하려는 경우와 달리 취급해야 할 필요성이 있는데도, 가장 강력한 제재 수단인 형사처벌이 가해지고 있고 최소 1년 6개월 이상의 실형이 선고되고 있다. 양심적 병역거부자들에 관한 한 형사처벌을 통한 일반 예방 및 특별 예방 효과를 기대하기 어렵다는 것이 지난 반세기 동안의 역사를 통해 확인되고 있다. 형사처벌이 이들의 병역의무 이행을 확보하기 위해 필요한 수단이라고 보기 어렵다.

독일, 덴마크, 프랑스, 오스트리아, 이탈리아, 스페인, 핀란드, 헝가리, 노르웨이, 스웨덴, 브라질, 대만 등이 대체복무제를 실시하고 있으며, 유엔 인권위원회도 각국에 대체복무제 도입을 권고하고 있다. 그럼에도 국가는 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제를 도입하거나, 그렇지 않더라도 이들이 상당한 기간 징역 또는 전투와 직접적 관련 없는 업무를 담당할 수 있도록 제도를 개선하거나, 적어도 의무 위반에 대한 처벌이나 징계의 경감이나 면제를 허용하는 방안을 제시하는 등, 대안 모색을 위한 최소한의 노력을 하지 않으면서, 중대한 헌법적 갈등 상황을 외면한 채 징병제도가 실시된 이후 반세기가 지나도록 이런 상황을 그대로 방치하고 있다. 이와 같이 기본권 보장을 위한 대안 마련이 필요하고 그것이 가능함에도, 국가가 이를 위한 아무런 노력 없이 일방적으로 양심적 병역거부자에게 병역법 제 88 조 제 1 항을 적용해 오로지 형사처벌만을 감수하도록 한다면, 헌법 제 37 조 제 2 항의 과잉 금지 원칙에 반해 양심의자유를 부당하게 침해하는 결과가 된다.

(6) 양심적 병역거부를 해결하기 위한 방법론의 대두(대체복무제)

양심적 병역거부를 처벌하자는 입장은 분단국가라는 대한민국의 안보상황, 국민정서 및 형평성의 문제, 양심에 대한 심사기준의 부재를 그 근거로 들고 있다. 한편 양심적병역거부에 처벌을 부정하는 입장은 양심의 자유 보장, 다양한 대안의 존재, 전과자의 과도한 양산, 실질적 민주주의의 실현 등을 그 근거로 들고 있다.

사회의 변화에 따라 병역을 대체할 여러 방안이 모색되고 양심적 병역거부자를 처벌하지 않고 사회적, 공익적으로 필요한 분야에서 봉사하게 하는 대체복무제 도입의 문제가 대두되었다.

대한민국의 국방부는 사회적 변화에 따라 2007. 9. "병역이행 관련 소수자의 사회복무제도 편입 추진 방안"을 마련했다. 국방부가 추진하고자 하는 기본 방안은 ①종교적 사유 등에 의한 병역거부자의 대체복무를 「사회복무제도」 범주에 포함하여 추진하되, ②복무분야는 24시간 근접보호가 필요한 치매노인이나 중증장애인 수발과 같이 사회복무자 배치분야 중에서 難易度가 가장 높은 분야로 하고, ③복무방법 및 기간은 출·퇴근없이 해당복무시설에서 합숙하면서, 현역병의 2배 수준을 복무토록 할 것을 주요내용으로 한다. 또한, 객관적이고 엄격한 심사제도를 운영하고, 철저한 복무관리를 통해 제도의 악용 소지를 근원적으로 제거할 것을 포함하였다.

그러나 위 방안은 현재까지 검토단계로 구체적으로 실현되지 않고 있다.

(7) 소결론

헌법재판소가 대체복무에 대한 선결조건으로 "남북한 사이에 평화공존관계가 정착되어야 하고, 군복무여건의 개선 등을 통하여 병역기피의 요인이 제거되

어야 하며, 나아가 우리 사회에 양심적 병역거부자에 대한 이해와 관용이 자리 잡음으로써 그들에게 대체복무를 허용하더라도 병역의무의 이행에 있어서 부담의 평등이 실현되며 사회통합이 저해되지 않는다는 사회공동체 구성원의 공감대가 형성되어야 한다”고 판시한바 있다.

양심적 병역거부에 대해서 하급심에서 점차 양심의 자유를 인정하는 추세로 가고 있으며 이는 시대의 흐름을 반영하는 것으로 보이고 장기적으로 대법원 판례도 변경될 것으로 보인다.

3. 기타 종교의 자유와 관련된 판례들

(1) 사립대학교에서의 종교의 자유(대법원 1998. 11. 10. 선고 96다37268 판결)

사립학교는 국·공립학교와는 달리 종교의 자유의 내용으로서 종교교육 내지는 종교선전을 할 수 있고, 학교는 인적·물적 시설을 포함한 교육시설로서 학생들에게 교육을 실시하는 것을 본질로 하며, 특히 대학은 헌법상 자치권이 부여되어 있으므로 사립대학은 교육시설의 질서를 유지하고 재학관계를 명확히 하기 위하여 법률상 금지된 것이 아니면 학사관리, 입학 및 졸업에 관한 사항이나 학교시설의 이용에 관한 사항 등을 학칙 등으로 제정할 수 있으며, 또한 구 교육법시행령 제55조는 학칙을 학교의 설립인가신청에 필요한 서류의 하나로 규정하고, 제56조 제1항은 학칙에서 기재하여야 할 사항으로 '교과와 수업일수에 관한 사항', '고사(또는 시험)와 과정수료에 관한 사항', '입학·편입학·퇴학·전학·휴학·수료·졸업과 상벌에 관한 사항' 등을 규정하고 있으므로, 사립대학은 종교교육 내지 종교선전을 위하여 학생들의 신앙을 가치지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들로 하여금 일정한 내용의 종교교육을

받을 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 제정할 수 있다.

(2) 사립고등학교에서의 종교의 자유(대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전합)

종립학교(종교단체가 세운 사립학교)가 고등학교 평준화정책에 따라 학생 자신의 신앙과 무관하게 입학하게 된 학생들을 상대로 종교적 중립성이 유지된 보편적인 교양으로서의 종교교육의 범위를 넘어서서 학교의 설립이념이 된 특정의 종교교리를 전파하는 종파교육 형태의 종교교육을 실시하는 경우에는 그 종교교육의 구체적인 내용과 정도, 종교교육이 일시적인 것인지 아니면 지속적인 것인지 여부, 학생들에게 그러한 종교교육에 관하여 사전에 충분한 설명을 하고 동의를 구하였는지 여부, 종교교육에 대한 학생들의 태도나 학생들이 불이익이 있을 것을 염려하지 아니하고 자유롭게 대체과목을 선택하거나 종교교육에 참여를 거부할 수 있었는지 여부 등의 구체적인 사정을 종합적으로 고려하여 사회공동체의 건전한 상식과 법감정에 비추어 볼 때 용인될 수 있는 한계를 초과한 종교교육이라고 보이는 경우에는 위법성을 인정할 수 있다.

(3) 교회내부의 관계에 대하여(대법원 2011. 10. 27. 선고 2009다32386 판결)

교인으로서 비위가 있는 자에게 종교적인 방법으로 징계·제재하는 종교단체 내부의 규제(권징재판)가 아닌 한 종교단체 내에서 개인이 누리는 지위에 영향을 미치는 단체법상의 행위라 하여 반드시 사법심사의 대상에서 제외하거나 소의 이익을 부정할

것은 아니다. 그렇다고 하여도 종교단체가 헌법상 종교의 자유와 정교분리의 원칙에 기초하여 그 교리를 확립하고 신앙의 질서를 유지하는 자율권은 최대한 보장되어야 하므로, 종교단체의 의사결정이 종교상의 교의 또는 신앙의 해석에 깊이 관련되어 있다면, 그러한 의사결정이 종교단체 내에서 개인이 누리는 지위에 영향을 미치더라도 그 의사결정에 대한 사법적 관여는 억제되는 것이 바람직하다.

(4) 종교적 이유로 수혈을 거부한 사례(대법원 1980. 9. 24. 선고 79도1387 판결)

생모가 사망의 위험이 예견되는 그 딸에 대하여는 수혈이 최선의 치료방법이라는 의사 권유를 자신의 종교적 신념이나 후유증 발생의 염려만을 이유로 완강하게 거부하고 방해하였다면 이는 결과적으로 요부조자를 위험한 장소에 두고 떠난 경우나 다름이 없다고 할 것이고 그때 사리를 변식할 지능이 없다고 보아야 마땅한 11세 남짓의 환자본인 역시 수혈을 거부하였다고 하더라도 생모의 수혈거부 행위가 위법한 점에 영향을 미치는 것이 아니다.(여호와의 증인의 신도가 종교적 신념을 이유로 수혈을 받지 않으면 안 되는 자신의 딸의 수혈을 거부하여 딸이 사망한 경우에는 유기치사죄에 해당한다고 한 사례.)