

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2019도17322 병역법위반
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
환 송 판 결 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016도14671 판결
원 심 판 결 창원지방법원 2019. 11. 7. 선고 2019노2 판결
판 결 선 고 2020. 7. 9.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 창원지방법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실의 요지는 다음과 같다.

피고인은 현역병 입영대상자인바, 2015. 11. 2.경 주거지에서, 2015. 12. 8. 춘천시에 있는 102보충대에 입영하라는 경남지방병무청장 명의의 입영통지서를 수령하였음에도 입영일부터 3일이 경과한 날까지 정당한 사유 없이 입영하지 아니하였다.

2. 원심은, 다음의 사정에 비추어 보면 피고인의 병역거부는 신앙 또는 내심의 가치관·윤리적 판단에 근거하여 형성된 진지한 양심의 결정에 따른 것으로서 병역법 제88조 제1항이 정한 정당한 사유에 해당한다고 보이고, 검사가 제출한 증거만으로는 정당한 사유가 없다고 보기에 부족하다고 보아, 이 사건 공소사실을 유죄로 판단한 제1심 판결을 파기하고 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.

가. 피고인은 아직 정식으로 침례를 받지 아니하였으나 이른바 '모태신앙'으로 여호와의 증인의 신도인 어머니의 영향 하에 어렸을 때부터 위 종교를 신봉하여 왔다.

나. 피고인은 정기적으로 집회에 참석하고, 신앙생활과 관련된 각종 활동에 적극적으로 참여하였다. 또한 각종 선교활동에 참여하고 종교시설에 대한 유지보수에 자원하여 봉사하는 등 생활의 상당 부분을 종교 활동에 매진하고 있는 것으로 보인다.

다. 피고인은 입영통지를 받은 후 병무청에 양심에 따라 병역을 거부한다는 취지의 진술서를 제출하고, 병역법위반 혐의에 대하여 조사를 받으면서 '저는 침례를 받지 않았지만 여호와의 증인으로서 종교적 신념을 이유로 하여 양심적 병역거부를 한 것입니다. 그래서 종교적 신념을 이유로 입영할 수 없으며 대체복무가 생긴다면 대체복무를 하겠다는 내용의 서한문을 작성하여 병무청장을 수신자로 하여 보냈습니다'라고 진술하였다.

라. 피고인은 입영을 거부할 당시 다른 신도들이 병역법위반으로 유죄판결을 선고받아 형 집행을 받는다는 것을 알고 있었다. 이와 같이 입영 거부에 따른 여러 가지 불이익이 있음에도, 피고인은 병역법위반으로 기소되어 제1심에서 징역 1년 6월의 실형을 선고받고 환송 전 항소심과 상고심 및 원심법원에 이르기까지 일관되게 종교적 신념을 이유로 병역을 거부한다는 의사를 밝히고 있다.

마. 피고인은 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없고, 종교적 신념에 반하는 폭력적인 성향을 보였던 자료도 찾아볼 수 없다. 피고인의 학교 생활기록부를 보더라도 피고인이 학창시절 교리에 어긋나게 행동했던 흔적을 찾아볼 수 없고, 피고인이 학교를 졸업한 후 사회생활을 하는 기간에도 교리에 어긋나게 행동했다고 볼 만한 사정이 발견되지 않는다. 나아가 피고인은 군과 무관한 기관이 주관하는 순수한 민간 대체복무제도가 시행되면 이에 따르겠다고 다짐하고 있다.

3. 그러나 원심의 이러한 판단은 다음과 같은 이유로 수증하기 어렵다.

가. 양심에 따른 병역거부, 이른바 양심적 병역거부는 종교적·윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 행위를 말한다. 양심적 병역거부자에게 병역의무의 이행을 일률적으로 강제하고 그 불이행에 대하여 형사처벌 등 제재를 하는 것은 양심의 자유를 비롯한 헌법상 기본권 보장체계와 전체 법질서에 비추어 타당하지 않을 뿐만 아니라 소수자에 대한 관용과 포용이라는 자유민주주의 정신에도 위배된다. 따라서 진정한 양심에 따른 병역거부라면, 이는 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 해당한다.

구체적인 병역법위반 사건에서 피고인이 양심적 병역거부를 주장할 경우, 그 양심이 과연 깊고 확고하며 진실한 것인지를 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 이유

로 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 수증할 만한 소명자료를 제시하고, 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 진정한 양심의 부존재를 증명할 수 있다. 이때 병역거부자가 제시하여야 할 소명자료는 적어도 검사가 그

에 기초하여 정당한 사유가 없다는 것을 증명하는 것이 가능할 정도로 구체성을 갖추어야 한다(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 참조).

나. 1) 이러한 법리에 따라 이 사건 공소사실의 유무죄를 가림에 있어서는 피고인으로부터 병역거부에 이르게 된 그의 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수증할 만한 구체적인 소명자료를 제출받아 이를 자세히 심리할 필요가 있다.

2) 모든 종교는 각각의 교리에 맞는 고유한 의식을 가지기 마련이고, 이러한 의식은 어느 한 종교를 다른 종교들과 구분하는 기준이 되거나 그 종교만의 독자적인 정체성을 형성하는 요소 중의 하나인 것이며, 신도들로 이루어진 공동체에 의하여 대대로 유지·계승된다는 특징을 갖는다. 따라서 어느 종교의 신도들이 그 고유의 의식에 참여한다는 것은 종교생활에서 적지 않은 비중을 차지하고, 이는 여호와의 증인의 경우도 마찬가지라고 볼 수 있다.

피고인은 자신이 이른바 '모태신앙'으로서 여호와의 증인의 신도인 어머니의 영향 하에 어렸을 때부터 해당 종교를 신봉하여 왔다고 주장하면서도, 위 종교의 공적 모임에서 자신의 신앙을 고백하고 그 종교의 다른 신도들로부터 공동체 구성원으로 받아들여지는 중요한 의식인 침례를 병역거부 당시는 물론이고 원심 변론종결 당시까지도 받지 아니하였다. 비록 침례를 받았는지 여부 자체가 피고인이 주장하는 양심이 그의 내면에 실재하는지를 결정적으로 좌우하는 사항은 아닐지라도, 종교적인 신념에 따른 양심적 병역거부를 주장하고 있는 이 사건의 특성상 피고인이 밝히는 양심과 불가분적으로 연계된 종교적 신념이 얼마만큼 피고인에게 내면화·공고화되었는지를 판단하는 과정에서 하나의 단초로 삼기에는 충분하다. 더욱이 피고인은 여호와의 증인에 정식으로 입문하는 의식인 침례를 아직까지 받지 않은 경위와 이유는 물론이고, 향후의 계획 등

에 대하여도 구체적으로 밝히거나 이를 뒷받침할 자료를 제시한 바가 없다.

3) 또한 이 사건 기록에는 피고인이 자신이 여호와의 증인의 신도로서 봉사활동을 한 자료라면서 제출한 사진 몇 장과 학교생활에 관한 자료로 제출한 초·중·고등학교 생활기록부가 편철되어 있을 뿐, 위 종교에서 피고인을 정식 신도로 인정하고 있는지, 피고인이 교리 일반을 숙지하고 철저하게 따르고 있는지, 피고인의 신앙 기간과 실제 종교적 활동이 어떠한 것인지 등을 보여주는 위 종교단체 명의의 사실확인서나 그 밖에 이에 관하여 알 수 있는 다른 자료들은 제출되지 않았다. 피고인이 제출한 사진들이나 학교 생활기록부를 보아도 피고인이 어떠한 종교적 신념을 가지고 있는지, 어떠한 종교적 활동을 하였는지를 구체적으로 알기 어렵다.

4) 이처럼 피고인이 여호와의 증인의 신도라고 하면서도 아직 침례를 받지 않고 있을 뿐 아니라 종교적 신념의 형성 여부 및 그 과정 등에 관하여 구체성을 갖춘 자료를 제대로 제출하지 않고 있어, 피고인의 주장과 달리 가정환경 및 성장과정 등 삶의 전반에서 해당 종교의 교리 및 가르침이 피고인의 신념 및 사유체계에 심대한 영향을 미칠 만큼 지속적이면서 공고하게 자리 잡았다고 보기 어려운 것은 아닌지 의문이 든다. 나아가 설령 피고인이 그 주장대로 침례를 받지 않고도 지금까지 종교적 활동을 하여 온 것이 맞는다 하더라도, 이러한 종교적 활동은 여호와의 증인의 교리 내지 신앙에 관하여 확신에 이르거나 그 종교적 신념이 내면의 양심으로까지 자리 잡게 된 상태가 아니더라도 얼마든지 행해질 수 있다. 그러므로 피고인이 병역거부에 이르게 된 원인으로 주장하는 '양심'이 과연 그 주장에 상응하는 만큼 깊고 확고하며 진실한 것인지, 종교적 신념에 의한 것이라는 피고인의 병역거부가 실제로도 그에 따라 행동하지 않고서는 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 절박하고 구체적인 양심에 따른 것

