

# 대법원

## 제 3 부

## 판결

사건번호 2020도15554 병역법위반

피고인 피고인

상고인 검사

변호인 변호사 김진우 외 1인

환송판결 대법원 2018. 12. 13. 선고 2017도21366 판결

원심판결 대전지방법원 2020. 10. 22. 선고 2018노3735 판결

판결선고 2023. 3. 16.

## 주문

원심판결을 파기하고, 사건을 대전지방법원에 환송한다.

## 이유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 의견서는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

### 1. 이 사건 공소사실의 요지

피고인은 여호와의 증인 신도로서, 2014. 6. 23.경부터 세종시 (주소 생략)에 있는 ○

○○○위원회 △△△△△△△△실에서 사회복무요원으로 복무하던 중 종교적 신념을 이유로 2015. 12. 16.경부터 계속하여 출근하지 않아, 정당한 사유 없이 통틀어 8일 이상 복무를 이탈하였다.

## 2. 환송 후 원심의 판단

환송 후 원심은, 다음의 사정에 비추어 보면, 피고인이 사회복무요원의 복무를 이탈한 것은 종교적 신념에 기초한 진정한 양심에 따른 것으로서, 구 병역법(2019. 12. 31. 법률 제16852호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 병역법'이라 한다) 제89조의2 제1호가 정한 '정당한 사유'에 해당한다고 보아, 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.

가. 피고인은 여호와의 증인 신도인 어머니의 영향으로 어릴 때부터 자연스럽게 여호와의 증인 교리를 접하며 성장하였고, 2010년경부터 성서를 공부하다가 피고인이 만 18세이던 2010. 8. 21. 침례를 받아 정식으로 여호와의 증인 신도가 되었으며, 세종시 조치원 □□□□에 소속되어 종교활동을 하고 있다.

나. 피고인은 우울장애 등의 기분장애 4급의 징병신체검사결과에 따라 군사훈련을 면제받고 2014. 6. 23.경부터 세종시 (주소 생략)에 있는 ○○○○위원회 △△△△△△△ 실에서 사회복무요원으로 복무를 시작하여 1년 6개월 정도 복무를 하던 중, '국방부 산하 병무청장 관할의 사회복무요원 신분으로 복무한다는 것이 군과 무관하다고 보기 어려워 양심적으로 용납이 안 된다'는 이유로, 소집해제예정일을 6개월 정도 남겨둔 2015. 12. 16.경부터 복무를 이탈하였다. 사회복무요원은 병무청장에 의하여 복무 관리 · 감독을 받으나(구 병역법 제31조의2 제2항), 대체역은 소관중앙행정기관의 장에 의하여 복무 관리 · 감독을 받게 되므로(「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률」 제22

조), 복무에 관한 직접적·구체적인 지휘·감독권한의 귀속주체가 다르다.

다. 피고인은 양심적 병역거부에 관한 헌법재판소 결정(헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정)과 대법원 판결(2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결)이 선고되기 이전인 2016. 2. 29. 병역법위반죄로 기소되어 제1심에서 징역 1년 6월의 실형을 선고받고, 상고심 및 환송 후 원심에 이르기까지 4년 이상의 시간 동안 형사처벌의 위험을 감수하면서 일관되게 위와 같은 종교적 신념을 이유로 병역거부 의사를 밝히고 있다.

라. 피고인이 군인으로서 전쟁훈련을 할 수 없고, 하느님의 명령대로 살 것이며, 군과 관련이 있는 것이라면 어떠한 복무도 받아들일 수 없다는 종교적 신념의 표현에 일관성과 진실함, 확고함을 인정할 수 있다.

마. 피고인은 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없고, 그 종교적 신념에 반하는 폭력적인 성향을 보였던 자료도 찾을 수 없다.

### 3. 대법원의 판단

그러나 환송 후 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

#### 가. 관련 법리

구 병역법 제89조의2 제1호는 "사회복무요원 또는 예술·체육요원으로서 정당한 사유 없이 통틀어 8일 이상 복무를 이탈하거나 해당 분야에 복무하지 아니한 사람은 3년 이하의 징역에 처한다."라고 규정한다(이하 '이 사건 조항'이라 한다). 이 사건 조항에서 정한 '정당한 사유'가 있는지를 판단할 때에는 병역법의 목적과 기능, 병역의무의 이행이 헌법을 비롯한 전체 법질서에서 가지는 위치, 사회적 현실과 시대적 상황의 변화 등은 물론 피고인이 처한 구체적이고 개별적인 사정도 고려해야 한다.

양심에 따른 병역거부, 이른바 '양심적 병역거부'는 종교적·윤리적·도덕적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 행위를 말한다. 진정한 양심적 병역거부자에게 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 강제하고 그 불이행을 처벌하는 것은 양심의 자유에 대한 과도한 제한이 되거나 본질적 내용에 대한 위협이 된다. 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(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 참조). 이러한 법리는 이 사건 조항에서 정한 '정당한 사유'가 있는지를 판단할 때에도 적용될 수 있다.

#### 나. 판단

1) 사회복무요원은 국가기관, 지방자치단체, 공공단체, 사회복지사업법 제2조에 따라 설치된 사회복지시설(이하 '국가기관 등'이라 한다)의 공익목적 수행에 필요한 사회복지, 보건·의료, 교육·문화, 환경·안전 등의 사회서비스업무 및 행정업무 등의 지원을 위하여 소집되어 공익 분야에 복무하는 사람으로서, 병역법이 정한 병역의 한 종류인 보충역에 해당한다(구 병역법 제2조 제1항 제10호, 제5조 제1항 제3호 나목). 지방 병무청장은 사회복무요원을 필요로 하는 국가기관 등의 장으로부터 다음 해에 필요한 인원의 배정을 요청받으면 복무기관·복무형태 및 배정인원 등을 결정하고, 사회복무요원 소집 순서가 결정된 사람을 대상으로 복무기관을 정하여 사회복무요원을 소집한

다(구 병역법 제27조 제1항, 제29조 제1항 본문). 사회복무요원으로 소집된 사람에 대하여는 부득이한 사정이 없는 한 소집과 동시에 30일 이내 기간 동안 군사교육소집을 실시하되[구 병역법 제29조 제3항, 구 병역법 시행령(2020. 6. 30. 대통령령 제20806호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 병역법 시행령'이라 한다) 제107조 제1호, 제108조 본문], 정신건강의학과 질환사유로 신체등급 4급 판정 또는 동일 사유로 보충역에 편입된 사람 등에 대하여는 군사교육소집을 실시하지 않는다[(구 병역법 제55조 제3항, 구 「사회복무요원 소집업무 규정」(2021. 3. 18. 병무청훈령 제1774호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항 제1호)]. 사회복무요원을 배정받은 기관의 장은 복무분야를 지정하여 사회복무요원을 복무하게 하여야 하고, 사회복무요원은 출퇴근 근무하며, 소속기관장의 지휘·감독을 받고, 사회복무요원이 복무하는 국가기관 등의 장은 사회복무요원 복무 관리 담당직원을 지정하여야 한다(구 병역법 제31조 제1항 전문, 같은 조 제4항 본문, 제31조의2 제1항 본문). 한편 병무청장은 사회복무요원의 복무와 관련하여 현장복무실태 점검 및 교정지도 등을 통한 복무부실 예방활동에 관한 사항, 상담 및 고충처리 등을 통한 권익 보호에 관한 사항, 복무의무 위반자 등의 고발에 관한 사항 및 그 밖에 복무와 관련하여 병무청장이 필요하다고 인정하는 사항을 관리·감독할 수 있다(구 병역법 제31조의2 제2항, 구 병역법 시행령 제63조). 병무청장은 징집·소집과 그 밖의 병무행정을 관장한다(구 병역법 제77조 제1항).

2) 앞서 본 법리와 위 병역법령에 따르면, 국가기관 등의 공익목적 수행에 필요한 사회복지, 보건·의료, 교육·문화, 환경·안전 등의 사회서비스업무 및 행정업무 등의 지원을 하는 사회복무요원으로 하여금 집총이나 군사훈련을 수반하지 않는 복무의 이행을 강제하더라도 그것이 양심의 자유에 대한 과도한 제한이 되거나 본질적 내용에

대한 위협이 된다고 볼 수 없으므로, 종교적 신념 등 양심의 자유를 이유로 사회복무요원의 복무를 거부하는 경우 특별한 사정이 없는 한 이 사건 조항이 정한 '정당한 사유'에 해당하지 않는다. 그리고 사회복무요원은 복무와 관련하여 소속기관장의 지휘·감독을 받으며, 병무청장이 사회복무요원의 복무를 직접적·구체적으로 지휘·감독한다고 볼 수도 없는바(구 병역법 제31조 제1항 전문, 같은 조 제4항 본문, 제31조의2 제1항 본문), 병무청장이 사회복무요원의 복무와 관련하여 현장복무실태 점검 및 교정지도 등을 통한 복무부실 예방활동에 관한 사항 등을 관리·감독할 수 있다고 하더라도(구 병역법 제31조의2 제2항, 구 병역법 시행령 제63조) 이는 병무행정에 관한 사항일 뿐 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행과 관련된 사항이 아니므로, 이를 이유로 사회복무요원의 복무 이행을 거부하는 것도 이 사건 조항이 정한 '정당한 사유'에 해당하지 않는다.

3) 환송 후 원심이 인정한 사실관계에 따르면, 피고인은 우울장애 등의 기분장애 4급의 징병신체검사결과에 따라 군사교육소집 대상자에서 제외되었고, 피고인이 ○○○○위원회 △△△△△△△△실에서 사회복무요원으로 복무하면서 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 강요받았다거나 그것이 예정되어 있었다고 보이지 않고, 병무청장으로부터 그 복무와 관련하여 직접적·구체적으로 지휘·감독을 받았다고 볼 만한 사정도 전혀 엿보이지 않는다.

4) 따라서 여호와의 증인 신도인 피고인이 종교적 신념을 이유로 사회복무요원의 복무 이행을 거부하는 것은 이 사건 조항의 '정당한 사유'에 해당한다고 볼 수 없다. 이와 달리 판단한 환송 후 원심판결에는 이 사건 조항이 정한 '정당한 사유'의 해석에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 검사의 상고

이유 주장은 이유 있다.

#### 4. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노정희 \_\_\_\_\_

대법관 안철상 \_\_\_\_\_

대법관 이홍구 \_\_\_\_\_

주 심 대법관 오석준 \_\_\_\_\_