

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2020도8055 병역법위반  
피 고 인 피고인  
상 고 인 피고인  
원 심 판 결 인천지방법원 2020. 5. 29. 선고 2019노3428 판결  
판 결 선 고 2020. 9. 3.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 양심에 따른 병역거부, 이른바 양심적 병역거부는 종교적·윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 징총이나 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 제1항에서 정한 '정당한 사유'에 해당한다고 보아야 한다.

구체적인 병역법 위반 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 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 이유와 경위, 피고인의 신앙기간과 실제 종교적 활동 등이 주요한 판단요소가 될 것이다. 피고인이 주장하는 양심과 동일한 양심을 가진 사람들이 이미 양심적 병역거부를 이유로 실형을 선고 받아 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 진

정한 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 좀더 쉬우므로, 이러한 사정은 검사가 증명책임을 다하였는지를 판단할 때 고려해야 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 그에 기초하여 정당한 사유가 없다는 것을 증명하는 것이 가능할 정도로 구체성을 갖추어야 한다(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결, 대법원 2020. 7. 23. 선고 2018도14415 판결 참조).

2. 제1심은 적법하게 채택한 증거에 따라 인정할 수 있는 아래와 같은 사정에 비추어 보면, 병역거부 당시 피고인의 종교적 신념이 깊거나 확고하다고 볼 수 없고, 진정한 양심에 따른 병역거부로 보기 어렵다는 이유로 이 사건 공소사실을 유죄로 인정하였으며, 원심은 제1심 판결을 그대로 유지하였다.

가. 피고인은 2006. 8. 2. 침례를 받아 정식으로 여호와의 증인 신도가 되었으나, 2009. 6.경부터 종교 활동을 중단하여 9년간 활동하지 않는 상태였다가, 2018. 9.경부터 다시 성서연구를 시작하면서 여호와의 증인으로서 종교 활동을 재개하였다.

나. 피고인은 2012. 10. 25. 현역병 입영대상자로 선정되었는데, 2017. 12. 6.경까지 추후 입영예정임을 전제로 중고등학교 복학예정, 자격시험 응시, 자기계발 등을 이유로

입영연기를 신청하였을 뿐 여호와의 증인이라는 등의 사유를 제시하며 연기신청을 하거나 병역거부 의사를 명시적으로 표시하지 않았다.

다. 헌법재판소는 2018. 6. 28. 양심적 병역거부자에 대해서 대체복무제를 규정하지 않는 병역종류조항이 양심의 자유를 침해하여 헌법에 합치되지 않는다는 결정(헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정)을 했다. 피고인은 검찰에서 입영 직전만 해도 정상적으로 군에 입대해 복무할 생각이었으나, 입영 바로 전날인 2018. 8. 12.에 야 종교적 신념에 따라 입영을 거부하기로 마음을 먹고 입영을 거부한 후 종교 활동을 재개하였다고 진술했다.

라. 피고인은 2008년경 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동공갈), 특수절도 등 사건으로 소년보호 처분을, 2014년 자동차 허위 매물과 관련된 자동차관리법 위반 사건으로 기소유예 처분을, 2015년경 범인도피죄, 자동차관리법 위반죄로 벌금형을, 2018년경 사기죄로 벌금형을 받은 전력이 있다. 그 밖에도 무면허운전과 음주운전으로 7차례에 걸쳐 입건되어 처벌을 받은 전력도 있다.

3. 원심이 유지한 제1심 판결 이유를 위에서 본 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심판결에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 병역법 제88조 제1항에서 정한 '정당한 사유'에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 피고인의 상고는 이유 없어 이를 기각하기로 하여, 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            이동원 \_\_\_\_\_

주 심      대법관      김재형      \_\_\_\_\_

                 대법관      민유숙      \_\_\_\_\_

                 대법관      노태약      \_\_\_\_\_