

보도자료

대체복무제 사건

2021헌마117등 대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률
제18조 제1항 등 위헌확인 등

[선 고]

헌법재판소는 2024년 5월 30일 재판관 5:4의 의견으로, ① 대체복무요원의 복무기간을 '36개월'로 한 '대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률' 제18조 제1항, ② 대체복무요원으로 하여금 '합숙'하여 복무하도록 한 같은 법 제21조 제2항, ③ 대체복무기관을 '교정시설'로 한정하는 같은 법 시행령 제18조에 대한 심판청구를 모두 기각하는 결정을 선고하였다. [기각]

이에 대하여는 위 조항들이 양심의 자유를 침해한다는 재판관 이종석, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선의 반대의견이 있다.



2024. 5. 30.
헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인들은 ‘대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률’(이하 ‘대체역법’이라 한다)에 따른 대체역 편입신청이 인용되어, 대체복무요원으로 소집된 후 심판청구 당시 교정시설 내 생활관에서 합숙하며 복무하고 있었다.
- 청구인들은 대체복무요원이 복무하는 기간, 방식, 기관에 관하여 규정한 대체역법 제18조 제1항, 제21조 제2항, 대체역법 시행령 제18조가 청구인들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. (총 56건의 사건)

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 대체역법(2019. 12. 31. 법률 제16851호로 제정된 것) 제18조 제1항(이하 ‘기간조항’이라 한다), 제21조 제2항(이하 ‘합숙조항’이라 한다), 대체역법 시행령(2020. 6. 30. 대통령령 제30807호로 제정된 것) 제18조(이하 ‘복무기관조항’이라 하고, 기간조항, 합숙조항과 함께 ‘심판대상조항들’이라 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

[심판대상조항]

대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률(2019. 12. 31. 법률 제16851호로 제정된 것)

제18조(대체복무요원의 복무기간) ① 대체복무요원의 복무기간은 36개월로 한다.

제21조(대체복무요원의 복무 및 보수 등) ② 대체복무요원은 합숙하여 복무한다.

대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률 시행령(2020. 6. 30. 대통령령 제30807호로 제정된 것)

제18조(대체복무기관) 법 제16조 제1항에서 “교정시설 등 대통령령으로 정하는 대체복무기관”이란 다음 각 호의 기관을 말한다.

1. 교도소
2. 구치소
3. 교도소·구치소의 지소(支所)

□ 결정주문

이 사건 심판청구를 모두 기각한다.

□ 이유의 요지

1. 쟁점의 정리

대체복무기관을 ‘교정시설’로 한정된 복무기관조항, 대체복무요원의 복무기간을 ‘36개월’로 한 기간조항, 대체복무요원으로 하여금 ‘합숙’하여 복무하도록 한 합숙조항이 대체복무요원에게 과도한 복무 부담을 주고 대체역을 선택하기 어렵게 만드는 것으로서, 이들의 양심의 자유를 침해하는지 여부를 판단하기로 한다.

2. 심판대상조항들의 양심의 자유 침해 여부

(1) 입법목적의 정당성

심판대상조항들은 헌법상 의무인 국방의 의무와 헌법상 기본권인 양심의 자유를 조화시키고, 국민개병 제도와 징병제를 근간으로 하는 병역 제도하에서 현역복무와 대체복무 간에 병역부담의 형평을 기하여, 궁극적으로 우리나라의 병역 체계를 유지하고 국가의 안전보장과 국민의 기본권 보호라는 헌법적 법익을 실현하고자 하는 것이므로, 위와 같은 입법목적은 정당하다.

(2) 수단의 적합성

대체역법 제16조에 따라 교정시설에서 복무하는 것은 징총 등 군사훈련이 수반되지 않고, 현역병은 원칙적으로 합숙복무를 하며, 대체복무요원 외에도 복무기간이 36개월인 병역들이 있는 점 등을 고려할 때, 심판대상조항들이 대체복무요원으로 하여금 교정시설에서 36개월동안 합숙하여 복무하도록 하는 것은 위와 같은 입법 목적을 달성하는 데 일응 기여하고 있는바, 그 수단의 적합성을 인정할 수 있다.

(3) 침해의 최소성

(가) 복무기관조항

- 대체복무에는 군사적 의무와 관련한 것이 모두 제외되어 있으므로, 반드시 신체 등급을 고려하여 복무기관을 달리하여야 한다고 보기는 어렵고, 현역병의 경우 자격·면허·전공분야 등을 고려하여 병과를 부여하는 경우가 있으나, 이는 최대한 적성에 적합한 병과를 부여함으로써 군조직을 효율적으로 운영하기 위한 것일

뿐, 병역의무자에게 희망하는 병과에서 특정 직무를 수행하는 방법으로 병역의무를 이행하게 해 줄 것을 요구할 구체적 권리가 존재하는 것은 아니다.

- 대체복무요원이 수행하는 구체적인 업무 내용을 살펴보면, 복무 장소가 교정시설에 국한되었을 뿐, 청구인들이 주장하는 사회복지시설, 병원, 응급구조시설, 공공기관 등 다른 기관에서 대체복무요원이 복무를 하게 된다 하더라도 부여될 수 있는 다양한 업무들을 수행하고 있다(대체역 복무관리규칙 제53조).
- 따라서 교정시설에서 근무한다는 이유만으로 징벌적인 처우를 하는 것이라고 보기는 어렵다.

(나) 기간조항

- 현역병 가운데 육군의 복무기간이 18개월로 단축된 것은 병역법 제19조 제1항 제3호에 따른 것이다. 병역법 제18조 제2항에 따르면 현역 육군의 복무기간은 2년, 해군은 2년 2개월, 공군은 2년 3개월이 원칙이다. 이러한 현역병의 복무기간과 비교하였을 때 기간조항이 설정한 36개월의 복무기간은 1.5배에서 1.33배 사이에 해당한다.
- 대체복무요원은 공익 분야에 복무하지만 군사적 역무는 복무 분야에서 배제된다(대체역법 제16조 제2항 참조). 반면 현역병은 군사적 역무를 기본으로 하므로 사격, 화생방, 각개전투, 완전군장행군 등 기본전투기술을 습득하여야 할 뿐만 아니라, 보직에 따라 육체적·정신적으로 크나큰 수고와 인내력이 요구되기도 하며, 군사 훈련에 수반되는 각종 사고와 위험에 노출된다. 전시 등 국가비상사태 시에는 더욱 현격한 차이가 발생한다. 현역병 및 병력동원소집 대상이 된 예비역은 무엇보다도 소중한 생명에 대한 위험을 무릅쓰면서 국가를 위해 희생을 각오하고 전장에 나서게 되지만, 대체복무요원은 병력동원이나 전시근로소집 대상이 되지 아니하고(병역법 제44조, 제53조 제1항 제2호의2 참조), 대체복무요원의 복무를 마친 대체역은 전시근로소집 대상이 될 수는 있으나 무기·흉기를 사용하거나 이를 관리·단속하는 행위, 인명살상 또는 시설파괴가 수반되거나 그러한 능력 향상을 위한 행위 등에서 배제되는 특별한 배려를 받게 된다(병역법 제54조 제2항).
- 이와 같은 군사업무의 특수성과 이러한 군사적 역무가 모두 배제된 대체복무요원의 복무 내용을 비교해 볼 때, 기간조항이 설정한 복무기간이 현역병의 복무기간과 비교하여 도저히 대체역을 선택하기 어렵게 만든다거나 대체역을 선택

하였다는 이유로 어떠한 징벌을 가하는 것이라고 보기 어렵다.

(다) 합숙조항

- 합숙조항이 대체복무요원의 복무형태를 합숙복무로 규정한 것은 현역병이 원칙적으로 군부대 안에서 합숙복무를 하고 있고 이들과의 형평성 등을 고려했기 때문으로 보인다.
- 군인은 엄격한 기강과 상명하복의 위계질서가 요구되므로 경례요령, 군대예절 등을 포함한 제식훈련이 병행될뿐더러, 군형법의 적용대상이 된다. 이에 따라 현역병의 합숙복무는 단지 근무지를 이탈할 수 없고 숙소를 함께 한다는 개념을 넘어서는 특수하고 엄격한 복무형태를 띠게 된다. 현역병은 이와 같은 군인의 신분으로 내무생활을 하면서 전투 준비와 훈련을 위하여 사실상 24시간 내내 대기 상태에 있어야 하고, 군부대를 방어하는 데에는 밤낮을 달리할 수 없으므로 군인들은 초병으로서 취침 중간에 각 초소와 부대를 방어하는 역할까지 병행하여야 하는바(헌재 2021. 11. 25. 2020헌마413 참조), 현역병의 합숙복무는 군사적 역무의 연장으로서의 의미를 가지고 있다.
- 비록 대체복무요원의 복무는 원칙적으로 개별적 사정이 고려되지 못하고 합숙복무를 하면서 그 복무기간이 현역병보다 길다는 사정은 인정되나, 위와 같은 현역병 합숙복무의 실질적 강도와 현역 등의 복무를 대신하여 병역을 이행한다는 대체복무제의 목적에 비추어 볼 때(대체역법 제1조), 합숙조항이 기본권의 지나친 제한이라고 보기는 어렵다.

(4) 법익의 균형성

- 심판대상조항들로 인하여 대체복무요원들은 교정시설 외의 시설에서는 복무할 수 없고, 36개월의 비교적 긴 기간 동안 출퇴근이 불가능한 상태로 병역의무를 이행하게 되는 사익 제한이 발생한다.
- 그러나 심판대상조항들이 설정한 대체복무요원의 복무 장소, 기간 및 형태는, 교정시설에서의 근무 자체가 대체복무제도의 취지에 반하지 않는 점, 현역병도 복무 장소에 대한 선택권이 없는 점, 현역병의 군사적 역무와 군부대 안에서의 합숙복무는 특수하고 엄격한 사정이 있는 점 등을 고려한 것이다. 이를 통해 심판대상조항들은 대체복무제를 도입하여 국방의 의무와 양심의 자유를 조화시키고, 현역복무와 대체복무 간에 병역 부담의 형평을 기하여, 궁극적으로 국가의 안전보장과 국민의 기본권 보호라는 헌법적 법익을 실현하려는 목적을 가지

고 있으므로, 이러한 공익이 심판대상조항들로 인한 대체복무요원의 불이익에 비하여 작다고 보기는 어렵다.

- 따라서 심판대상조항들은 법익의 균형성에 반한다고 할 수 없다.

(5) 이상에서 심판대상조항들이 과잉금지원칙을 위반하여 양심의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

□ **반대의견(재판관 이종석, 재판관 김기영, 재판관 문형배, 재판관 이미선)**

1. 대체복무제도의 의의

우리 사회가 양심적 병역거부자의 신념을 존중하여 대체복무제도를 도입한 이상 이들이 대체복무를 통하여 공동체에 기여할 수 있도록 하여야 한다. 현역복무와 대체복무 사이의 형평성을 확보하여 양심의 자유와 병역의무의 공평한 이행을 조화롭게 보장할 필요가 있으나, 현역복무와의 형평성 확보에 필요한 정도를 넘어 대체복무의 기간이나 그 강도를 과도하게 정하여 대체복무를 선택하기 어렵게 하는 것은 과거 양심적 병역거부자를 형사처벌하던 것과 실질적인 차이가 없는 것으로서 대체복무제도의 도입 취지에 정면으로 반한다.

2. 판단

(1) 심판대상조항들은 입법목적이 정당하고 수단의 적합성을 인정할 수 있으나, 아래에서 보는 바와 같이 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건을 충족하지 못한다.

(2) 기간조항

- 현역병의 복무기간 단축 과정과 대체역법의 입법 경과에 비추어 보면, 현행 대체복무요원의 복무기간(이하 '대체복무기간'이라 한다)이 현역병과의 형평성 확보에 필요한 정도를 넘어 과도한지 여부를 심사할 때는 육군 현역병의 병역법상 복무기간이 아닌 실제 복무기간인 18개월을 기준으로 하는 것이 타당하다. 또한 대체복무기간 설정이 상당한지 여부를 심사할 때는 복무기간만을 기준으로 할 것이 아니라 복무의 내용에 따른 복무의 강도도 함께 고려하여야 한다.

- 대체역법 입법 당시 국방부는 교정시설에서 합숙을 할 경우 그 복무의 강도가 통상의 현역병의 복무강도보다 높다는 점을 강조하였다. 이러한 대체복무의 강도 하에서 대체복무기간을 육군 현역병의 복무기간의 2배로 설정한 것은 군사

적 역무가 배제되는 점을 감안하더라도 지나치다고 볼 수 있고, 대체복무기간이 현역병의 복무기간의 최대 1.5배를 넘지 않을 것을 요구하는 국제인권기준에도 부합하지 않는다. 입법자료에 따르면, 소방서, 국·공립병원, 사회복지시설 등에서 36개월의 복무를 하게 할 경우 의무소방원의 복무기간(대체역법 제정 당시 20개월)이나 사회복지요원의 복무기간(대체역법 제정 당시 21개월)에 비하여 장기간 복무하게 되는 문제가 제기될 수 있다는 이유로 위 시설들은 대체복무기관으로 선정되지 못하였다. 이는 사회복지시설이나 응급·구조·의료 등의 기관에서 대체복무를 하게 할 경우 36개월이라는 대체복무기간이 지나치게 길수 있다는 점을 방증하는 것이라고 볼 수 있는데, 교정시설에서 합숙하여 복무하는 현행 대체복무의 강도가 위 시설들에서의 복무에 비해 결코 약하다고 볼 수 없다.

(3) 복무기관조항

- 대체복무요원이 교정시설에서 수행하는 업무는 과거 양심적 병역거부자들이 수감된 기관에서 수행하였던 노역 등과 상당 부분 겹치는데, 이와 같이 교정시설을 유일한 대체복무기관으로 한정된 점이 양심적 병역거부와 대체복무에 대한 인식 변화를 저해하는 주요한 요인이라고 볼 수 있다.
- 헌법재판소는 대체복무의 분야로 소방·보건·의료·방재·구조 등의 업무, 사회복지 관련 업무 등을 예시하였다(헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등 참조). 다른 나라들에서도 소방업무, 사회복지시설 및 공공기관에서의 업무, 환경미화 등을 대체복무의 분야로 인정하고 있고, 교정시설에서의 업무만으로 한정된 나라는 확인되지 않는다. 입법 과정을 살펴보면, 대체복무기관을 교정시설로 한정된 것은 현역병과의 형평성 내지 현역병의 상대적 박탈감만을 지나치게 고려하여 근무기간을 ‘36개월’의 장기로, 복무형태를 ‘합숙’으로 강제하기 위한 장소로 교정시설을 선택한 결과라고 볼 수 있다.
- 복무기관조항은 병역자원을 효과적으로 활용하지 못하고, 대체복무가 공익에 기여한다는 사회적 인식이 형성되는 것을 방해하여 양심적 병역거부자를 여전히 불편한 존재로 인식하게 하는바, 이는 대체복무제도의 취지에 부합하지 않는다.

(4) 합숙조항

- 대체복무요원은 ‘36개월’간 ‘합숙복무’를 할 것을 강제 받고 있는바, 보충역 중 복무기간이 36개월인 전문연구요원, 공중보건 의사 및 공익법무관은 합숙복무를 하지 않고 있으며, 합숙복무가 강제되는 육군 현역병의 복무기간은 18개월이다.

이로 인해 대체복무요원의 복무는 모든 병역의 형태를 통틀어 가장 긴 기간 합속의 형태로 거주이전의 자유, 사생활의 자유 등을 제한 받는 복무 방식이 되었다. 합속조항은 대체복무요원의 복무형태를 합속복무로 한정함으로써 대체복무의 영역과 내용 등의 범위를 제약하는 요인으로도 작용한다.

- 한편 합속조항은 어떠한 예외도 없이 합속복무를 강제하여 자녀가 있는 대체복무요원에게 더욱 과도한 기본권 제한을 일으킨다.
- 이와 같이 대체복무요원에 대하여 36개월간 합속복무를 강제하면서 출퇴근 복무를 전혀 허용하지 않는 것은 그 규제의 정도가 지나치다.

(5) 심판대상조항들은 병역기피자의 증가 억지와 현역병의 박탈감 해소에만 치중하여 양심적 병역거부자에 대해 사실상 징벌로 기능하는 대체복무제도를 구성함으로써 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 양심의 자유를 침해한다.

3. 헌법불합치결정 및 잠정적용 명령의 필요성

심판대상조항들에 대하여 위헌결정을 할 경우 대체복무제도 자체를 운용할 수 없게 된다. 입법자는 양심의 자유와 병역의무의 공평한 이행이 조화롭게 보장되도록 복무의 난이도를 고려하여 대체복무기간을 조정하거나, 대체복무의 분야 및 복무형태를 다양화하는 대안을 찾는 등 대체복무제도를 개선할 일차적 책임과 재량이 있다. 따라서 심판대상조항들에 대하여 헌법불합치 결정을 선고하되, 입법자의 개선입법이 있을 때까지 계속 적용을 명하는 것이 타당하다.

□ 결정의 의의

- ‘현역병입영 대상자’ 또는 ‘보충역’ 처분을 받고서 양심상의 결정을 이유로 병역의무의 이행을 거부하는 사람은 과거 수십 년 동안 병역법 제88조 제1항 제1호 또는 제2호에 따라 기소되어 징역형을 선고받아 왔다. 이러한 양심적 병역거부자들에 대한 형사처벌의 위헌성이 지속적으로 다투어졌고, 헌법재판소는 병역법 제88조 제1항 제1호에 대하여 수차례의 합헌 결정을 하여 왔다(헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1; 헌재 2004. 10. 28. 2004헌바61등; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22등 참조).
- 그러다가 위 헌법재판소의 최초 합헌 결정 이후 약 14년이 지난 2018. 6. 28. 헌법재판소는 병역법 제88조 제1항 본문 제1호 및 제2호는 헌법에 위반되지 아니하지만, 병역의 종류에 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지

아니한 병역법 제5조 제1항은 헌법에 합치되지 아니하며, 2019. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다는 결정을 선고하였다(헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등 참조).

- 이에 국회는 2019. 12. 31. 양심의 자유를 이유로 현역 등의 복무를 대신하여 병역을 이행하기 위한 대체역의 편입 및 복무 등에 관한 사항을 규정하기 위하여 대체역법을 제정하였고(제1조), 이 법은 다음날 시행되었다.
- 이러한 과정을 통해 우리 사회는 양심적 병역거부자들의 요구를 수용하고 대체역법에 따른 대체복무제도를 도입하였다. 그러나 청구인들은 대체역법이 설정한 대체복무기관, 복무기간, 합숙의무가 다시금 청구인들의 양심의 자유를 침해하고 있다고 주장하면서, 심판대상조항들에 대한 헌법소원심판을 청구하였다.
- 헌법재판소는 대체복무요원의 실질적인 복무내용, 현역병 등과의 복무기간 및 복무강도의 차이 등을 종합적으로 고려해 볼 때, 대체복무요원들을 교정시설에서 36개월 동안 합숙하여 복무하게 하는 심판대상조항들이 대체복무요원의 양심의 자유를 침해하지 않는다고 보아, 재판관 5:4의 의견으로 기각 결정을 하였다.

□ 같은 날 선고한 관련 사건 결정의 요지

- 한편, 대체복무요원들이 제기한 헌법소원 사건들은 이 사건(56건 병합) 외에도 2022헌마707등(2건 병합), 2022헌마1146, 2023헌마32등(65건 병합) 사건들이 있다.
- 헌법재판소는 2022헌마707등 사건에서, “교도소장이 청구인이 합숙하는 대체복무요원 생활관 내부의 공용공간에 CCTV를 설치하여 촬영하는 행위”는 교정시설의 계호, 경비, 보안 등의 목적을 달성하기 위하여 불가피한 점이 있다는 등의 이유로, 전원일치 의견으로 청구인의 사생활의 비밀과 자유를 침해하지 않는다는 판단을 하였다. 복무기관조항, 기간조항 및 합숙조항에 대해서는 위 2021헌마117등 사건과 같이, 재판관 5:4의 의견으로 양심의 자유를 침해하지 않는다는 판단을 하였다.
- 헌법재판소는 2022헌마1146 사건에서, 대체복무요원의 정당가입을 금지하는 구 대체역법(2019. 12. 31. 법률 제16851호로 제정되고, 2023. 10. 31. 법률 제19789호로 개정되기 전의 것) 제24조 제2항 본문 제2호 중 ‘정당에 가입하는 행위’에 관한 부분은 대체복무요원의 정치적 중립성을 유지하며 업무전념성

을 보장하고자 하는 것으로, 청구인의 정당가입의 자유를 침해하지 않는다는 판단을 하였고, 이에 대해서는 재판관 김기영, 재판관 이미선의 반대의견이 있었다. 복무기관조항, 기간조항 및 합숙조항에 대해서는 위 2021헌마117등 사건과 같이, 재판관 5:4의 의견으로 양심의 자유를 침해하지 않는다는 판단을 하였다.

- 헌법재판소는 2023헌마32등 사건에서, 복무기관조항, 기간조항 및 합숙조항에 대해서 위 2021헌마117등 사건과 같이, 재판관 5:4의 의견으로 양심의 자유를 침해하지 않는다는 판단을 하였다(결정 주문이 2021헌마117등과 동일함).