



대체복무제도 시행 방안 연구

A Study on the Implementation of an Alternative Civilian
Service System for Conscientious Objectors



강태경 · 허 황 · 임대근



발간사

2018년은 대한민국 인권사(人權史)에 길이 남을 해였습니다. 그해 6월 헌법재판소는 병역종류조항인 「병역법」 제5조 제1항에 대하여 헌법불합치결정을 내렸고, 11월에는 대법원이 입영기피에 대한 처벌조항인 「병역법」 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’에 종교적 신앙 등이 포함된다고 보아 판례를 변경하여 양심적 병역거부자에 대해 무죄 취지의 판결을 내렸습니다. 이로써 대한민국에서는 살상 무기를 들지 않겠다는 양심상 결단으로 감옥에 갇히는 일이 더 발생하지 않게 되었습니다.

이제 남은 과제는 양심적 병역거부자가 자신의 양심상 결정과 충돌하지 않는 방식으로 국방의 의무를 다할 수 있도록 합리적인 대체복무제를 마련하는 것입니다. 헌법재판소가 제시한 입법 시한인 올해 12월 31일이 얼마 남지 않은 시점에서 입법부와 행정부는 새로운 제도의 도입과 시행에 박차를 가해야 하는 상황입니다.

이런 상황을 배경으로 기획된 『대체복무제도 시행 방안 연구』에서 공동연구진은 양심적 병역거부에 대한 국내외 논의 동향과 헌법재판소와 대법원이 내린 사법적 결단의 의의를 살펴보고, 대체복무제 도입과 시행을 위한 정책적 방향을 제시하였습니다. 지난 10여 년간 유사한 목적과 내용의 선행연구들이 꾸준히 축적되어 왔기에 연구의 주된 목적은 학술적 독창성 추구에 놓이기보다는 기존의 논의와 대체복무제 모델들에 대한 종합적이고 비판적인 검토와 합리적인 대체복무제 가이드라인 제시에 있었습니다. 특히, 연구진은 대체복무제와 관련된 규범적 요청과 현실적 조건을 함께 고민하여 합리적이고 실현 가능한 가이드라인을 마련하기 위해 노력하였습니다.

아무쪼록 이 연구가 양심적 병역거부자를 위한 합리적 대체복무제 설계와 운영에 유익한 길잡이가 될 수 있기를 바랍니다. 이로써 양심적 병역거부자들이 병역기피라는 낙인에서 벗어나 우리 사회의 한 구성원으로서 공동체에 기여할 수 있기를 기대합니다. 아울러 자신의 국가관과 양심에 따라 성실히 병역의무를 다하는 절대다수의 청년들과 이들을 지지하는 시민들도 자유민주주의를 지탱하는 관용과 포용의 정신에 입각해서 사회적 소수자인 양심적 병역거부자의 결정을 존중하고 이해할 수 있기를 바랍니다. 마지막으로 독일과 대만의 대체복무제를 잘 소개해주신 한국형사정책연구원 허황 부연구위원님과 한국외국어대학교 임대근 교수님께도 깊은 감사를 드립니다.

2019년 6월

연구진을 대표하여

부연구위원 강 태 경

목 차

국문요약	1
제1장 서 론 · 강태경	3
제2장 양심적 병역거부에 관한 논의 동향 · 강태경	9
제1절 양심적 병역거부의 의의(意義)	11
1. 양심적 병역거부의 개념 및 범위	11
2. ‘양심적’ 병역거부 용어의 논란	14
제2절 양심적 병역거부에 관한 국내 논의 동향	16
1. 입법적 노력	17
2. 사법적 판단	18
3. 국가인권위원회	25
4. 학계	27
5. 여론	29
제3절 양심적 병역거부 허용 여부에 관한 국제적 논의 동향	35
1. 양심적 병역거부 인정 현황	35
2. 국제인권기구의 견해	38
제4절 소결	44

| 제3장 | 대체복무 제도의 비교법적 연구 · 허황 · 임대근 · 강태경
..... **47**

제1절 개관	49
제2절 독일의 대체복무제	58
1. 들어가는 말	58
2. 병역대체복무(Wehersatzdienst)	60
3. 연방자원복무(Der Bundesfreiwilligendienst)	81
4. 일반 복무의무 도입에 관한 현재의 논의	83
5. 시사점	87
제3절 대만의 대체복무제도	90
1. 연혁	90
2. 대체역제도 실시 현황	95
3. 종교를 이유로 한 대체역 복무	100
4. 시사점	107

| 제4장 | 기존의 대체복무제 모델 · 강태경 **109**

제1절 서설	111
제2절 국회의원 발의 법률안	113
1. 대체복무 신청 자격	119
2. 판정기구	119
3. 판정 및 불복 절차	120
4. 대체복무의 구체적 내용	121
제3절 국방부 대체복무제 모델	125
1. 대체역 신설 및 신청 자격	125
2. 대체복무자 차별금지	127
3. 판정기구	128

4. 판정 및 불복 절차	129
5. 대체복무의 구체적 내용	130
제4절 대체복무제 시민사회안	133
1. ‘헌법재판소 결정에 따른 양심적 병역거부 대체복무제 시민사회 안(案)’	133
2. 이재승 교수 연구팀의 대체복무법 시행안	135

| 제5장 | 대체복무제 모델 제안 · 강태경 141

제1절 주요 쟁점별 기준	143
1. 대체역 편입 신청 자격	143
2. 판정기구	145
3. 심사 및 불복 방식	149
4. 대체복무의 내용 및 방식	152
5. 대체복무 해태에 대한 제재	156
제2절 대체복무제 가이드라인	157

참고문헌 159

Abstract 173

표 차례

〈표 2-3-1〉 각국의 양심적 병역거부(권) 인정 현황	36
〈표 2-3-2〉 자유권규약위원회 견해 정리	41
〈표 3-1-1〉 대체복무제 시행 국가 일람표	50
〈표 3-1-2〉 대체복무 신청자격	52
〈표 3-1-3〉 양심적 병역거부자 심사 주무부서	53
〈표 3-1-4〉 대체복무 심사 위원회 구성	54
〈표 3-1-5〉 심사신청방식	55
〈표 3-1-6〉 국가별 신청결격사유	56
〈표 3-1-7〉 국가별 대체복무부서	57
〈표 3-2-1〉 양심적 결정의 설명을 위한 구체적 질문들	69
〈표 3-3-1〉 대만 행정원이 승인한 일반대체역 인원수	97
〈표 3-3-2〉 종교를 이유로 한 대체역 복무자수 현황 (2019. 1. 7. 현재, 대만)	99
〈표 4-2-1〉 20대 국회 이전 의원 발의된 대체복무제 법률안	115
〈표 4-2-2〉 2018년 헌법재판소 결정 이전 20대 국회에서 의원 발의된 대체복무제 법률안	116
〈표 4-2-3〉 2018년 헌법재판소 결정 이후 대법원 전원합의체판결 이전 20대 국회에서 의원 발의된 대체복무제 법률안	117
〈표 4-2-4〉 2018년 헌법재판소 결정 및 대법원 전원합의체판결 이후 20대 국회에서 의원 발의된 대체복무제 법률안	118
〈표 5-2-1〉 대체복무제 가이드라인	157

그림 차례

[그림 3-3-1] 대만 대체보무제상 종교를 이유로 한 일반대체역 복무 신청에 대한 심사 과정	102
---	-----

국문요약

양심적 병역거부에 대한 사법적 판단의 일대 전환으로 대체복무제 도입이 시급한 상황이다. 헌법재판소는 「병역법」 제5조 제1항(병역종류조항)에 대하여 헌법불합치결정을 내렸다(헌결 2018. 6. 28. 2011헌바379 등). 한편 대법원은 「병역법」 제82조 제1항의 '정당한 사유'에 종교적 신앙 등이 포함된다고 보고, 양심적 병역거부를 유죄로 판단해 오던 판례를 변경하여 무죄 취지의 판결을 내렸다(대판(전) 2018. 11. 1. 2016도10912). 헌법재판소는 병역종류조항에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 입법자가 늦어도 2019. 12. 31.까지 대체복무제를 도입하는 내용의 개선 입법을 이행하도록 입법시한을 제시하였다. 이 기한 내 개선 입법이 이루어지지 않으면 병역종류조항은 2020. 1. 1.부터 그 효력을 상실하게 된다. 이에 본 연구에서는 양심적 병역거부에 대한 국내외 논의 동향과 헌법재판소 및 대법원이 이끈 사법적 판단의 일대 전환의 의미를 살펴보고, 향후 양심적 병역거부에 따른 대체복무제 도입·시행을 위한 정책적 방향을 제시하였다.

본 연구의 주요 내용은 다음과 같다.

첫째, 국내에서는 2004년 양심적 병역거부에 관한 대법원 전원합의체 판결(2004도2965)을 계기로 양심적 병역거부에 대한 사회적 논의가 본격화된 이래 학계·법조계·시민사회 등 사회 전반에서 대체로 양심적 병역거부를 양심의 자유 실현으로 인정하고 있으며, 대체복무제를 도입할 수 있는 사회적 여건이 성숙하고 있는 중이다.

둘째, 징병제를 전제로 양심적 병역거부를 양심의 자유 실현으로 인정하고 대체복무제를 시행하는 것은 국제적인 대세이다. 징병제를 시행 중인 국가 중 30여 개국에서 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제를 운용 중이다. 그리고 유엔의 자유권규약위원회 및 인권이사회는 양심적 병역거부가 자유권규약상 양심의 자유에 의해 보장되어야 한다는 입장을 확고히 하고, 양심적 병역거부를 이유로 한 대체복무는 징벌적이어서는 안 되고 공익적이며 민간적(또는 비전투적) 성격이어야 한다는 기준을 제시하였다.

셋째, 외국의 사례를 살펴보면 대체복무제는 대체로 양심적 병역거부자가 민간 분야에서 현역복무기간의 1~1.5배에 해당하는 기간 복무하는 것을 주요 골자로 한다. 이는 합리적 대체복무제에 관한 유엔인권이사회의 권고에 부합한다. 독일에서는 대체

2 대체복무제도 시행 방안 연구

복무제 실시 당시 양심적 병역거부의 사유로 종교적 신앙뿐만 아니라 평화주의적 신념 등 개인적 신념까지 넓게 인정하여 양심의 자유를 강하게 보호하였고, 병력 수요와 공급의 심각한 불균형으로 징병제가 폐지된 현재 의무적 사회복무에 관한 논의가 진행 중이다. 한편 대만에서는 국군의 정예화 정책에 따라 병력 수요와 공급의 불균형을 해소하기 위해 모든 병역의무자가 지원할 수 있는, 사회복무제로서의 대체복무제가 도입되면서 양심적 병역거부자에게도 대체복무의 길이 열렸다. 대체복무제 도입 당시 대만에서는 이를 찬성하는 여론이 지배적이었다.

넷째, 대체복무제 도입 및 시행 방안을 주요 내용으로 하는 국회의원 발의 법률안, 국방부 법률안, 시민사회안 등 다양한 대체복무제 모델을 분석한 결과, 시민사회안이 대체복무의 내용·기간·방식 등에 있어서 양심적 병역거부자의 양심의 자유와 병역의무의 형평성을 최대한 조화시킬 수 있는 모델로 평가되었다.

마지막으로 본 연구에서는 이상의 검토를 바탕으로 대체복무 신청 자격, 판정기구(성격, 소속, 구성), 심사 및 불복방식, 대체복무의 내용(기간, 분야, 형태, 처우, 관리·감독, 해태 제재, 만기 복무 효과)을 중심으로 합리적 대체복무제 모델을 제시하였다. 이 모델에 따르면, 종교적 신앙 또는 평화주의적 신념에 따라 대체복무를 신청한 병역의무자는 현역복무기간의 1~1.5배 범위의 기간 비군사적인 사회복지 및 공익 분야에서 합숙 방식으로 복무하게 된다. 단, 업무 특수성을 고려하여 합숙 여부와 복무기간에 차이 둘 수 있도록 하는 것이 합리적이다. 그리고 대체복무 적격 심사의 공정성·전문성을 높이기 위해 다양한 분야의 전문가들로 구성된 심의위원회를 국무총리 산하에 설치하는 것이 국방부 산하에 심의위원회를 두는 것보다 더 합리적이다.

제 1 장



서 론

강 태 경

서론

2018년 양심적 병역거부¹⁾를 둘러싼 규범적 환경은 일대 전환을 맞이하였다. 2018년 6월 28일 헌법재판소는 「병역법」 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정과 대체복무제 입법 명령을 내렸다.²⁾ 그로부터 두 달 후인 2018년 8월 30일 대법원은 헌법재판소의 결정에 따라 정부가 대체복무제를 도입하기 전이라도 「병역법」 제82조 제1항의 ‘정당한 사유’에 종교적 신앙 등이 포함된다고 해석해야 하는지 여부를 다투기 위해서 전원합의체 공개 변론을 열어 다양한 의견을 청취하였고, 같은 해 11월 1일 양심적 병역거부를 유죄로 판단해오던 판례를 변경하여 무죄 취지의 판단을 내렸다.³⁾ 이와 같은 규범적 환경의 변화로 지난 70여 년간 계속되었던 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌이 종결되었다. 참고로 국제앰네스티의 조사에 따르면, 대한민국에서 1950년 이후 최근까지 양심적 병역거부를 이유로 수감된 인원이 최소 18,700명에 달하고

1) 양심적 병역거부는 ① 입영 후 모든 군사훈련을 거부하는 경우(이른바 ‘양심적 집총거부’), ② 입영통지에 불응하여 입영을 거부하는 경우, ③ 예비군훈련을 거부하는 경우(이른바 ‘양심적 예비군훈련거부’)와 같이 크게 세 가지 유형으로 나눌 수 있다. 양심적 병역거부를 「병역법」 위반으로 처벌하던 종래의 관행에 따르면, 1년 6개월의 징역형을 선고받고 복역을 마친 양심적 입영거부자는 출소 후 전시군로역(구 제2국민역)으로 편입되어 예비군훈련거부의 문제를 겪지 않았다. 예비군훈련은 예비군법에 의해 부과되는 간접적인 병력형성의무라는 점에서 종교적 신념이나 평화주의적 신념 등에 따른 ‘예비군동원 및 훈련 거부’(이하, ‘예비군훈련거부’라 함)는 양심적 입영거부와 본질적으로 다르지 않은 양심적 병역거부의 한 유형이다. 더욱이 양심적 예비군훈련거부의 경우 반복된 처벌, 즉 이중처벌 및 가혹한 처벌의 문제가 있어 심각한 기본권 침해를 인정할 만한 요소가 상당하다(오두진, “지정토론1: 헌법과 국제법 측면에서 본 양심적 병역거부”, 양심적 병역거부에 관한 국제인권법, 『양심적 병역거부와 대체복무제』, 한인섭·이재승 편(경인문화사, 2013), 412면).

2) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379 등 결정.

3) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결. 이 판결(주심 김재형 대법관)에서 대법관 13명 중 8명이 무죄 취지 의견을 냈고, 4명이 반대 의견을 냈다. 대법관 1명은 법리를 다르게 해석했으나 무죄 취지에는 뜻을 같이했다. 이 사건은 「병역법」 위반 혐의로 기소된 ‘여호와의 증인’ 신도 오승현(34) 씨에 대한 상고심으로 유죄를 선고한 원심을 깨고 사건을 창원지법으로 돌려보냈다.

이들이 감옥에서 보낸 시간을 모두 더하면 35,800년이 넘는다고 한다.⁴⁾

이러한 규범적 환경의 변화에 따라 국방부는 관계 부처 실무추진단과 민간 전문가 자문위원회를 구성해 대체복무 방안을 검토해왔다. 2018년 6월 28일 국방부는 양심적 병역거부자를 위한 대체복무 내용을 담은 「병역법 일부개정법률안」과 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률 제정안」을 입법 예고했다.⁵⁾ 국방부의 대체복무 방안에 따르면, 양심적 병역거부자는 교도소 및 구치소에서 36개월간 합숙 근무하고, 대체복무 신청자 중 양심적 병역거부자를 가려내는 심사위원회는 국방부 산하에 설치된다. 국방부는 “군 복무 환경과 가장 유사한 교정시설에서 합숙 근무하는 방안을 선택했다”며 “복무기간은 공중보건의사 등 다른 대체복무 수준인 36개월로 정했다”고 밝혔다.⁶⁾ 대체복무기간은 현행 21개월에서 2021년 말까지 18개월로 단축되는 육군 병사 복무기간의 2배이다.

국방부가 마련한 대체복무제 모델에 대해서 시민사회단체와 국가인권위원회는 대체복무가 양심적 병역거부자에게 과도한 부담을 줄 개연성이 있다는 우려를 표명했다. 이에 본 연구에서는 양심적 병역거부자의 양심의 자유와 병역의무의 형평성을 조화시킬 수 있는 합리적인 대체복무제 모델을 모색하고자 한다. 이를 위해 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결 이후 뚜렷하게 확인되는 양심적 병역거부 관련 정치·사회적 환경 및 그에 대한 인식의 변화를 살펴보고(제2장), 대체복무제를 현재 운용하고 있거나 과거에 운용했었던 국가들의 사례를 검토한다(제3장). 이를 바탕으로 지금까지 국회에서 발의된 관련 법률안들과 국방부의 대체복무 관련 법률안 그리고 시민사회에서 제시한 대체복무제 모델을 검토하고(제4장), 결론을 대신하여 대체복무제 모델을 제안하고자 한다(제5장).⁷⁾

4) 국제앰네스티, “숫자로 보는 양심에 따른 병역거부”(2016.5.10.)(<https://amnesty.or.kr/10835/>, 최종접속일 2019. 6. 15.).

5) <http://www.lawmaking.go.kr/file/download/7535601/6SEUNXFW76K1T0FMJBJK>(최종접속일 2019. 6. 1.).

6) 노지원, “대체복무 ‘36개월 교정시설 합숙’ 확정…세계서 가장 길어”, 『한겨레』 2018.12.28.자 기사 (<http://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/876148.html#csidx5a3ba8836c9027a9b11f8a304f66781>, 최종접속일 2019. 3. 4.).

7) 본 연구는 ‘양심적 병역거부의 개념적 의미, 양심적 병역거부 및 대체복무를 둘러싼 국내적 논의(정부, 학계, 여론의 입장) 및 국제적 논의(국제인권기구의 견해, 비교법)에 대한 검토’를 거쳐 대체복무제도 모델을 제시하는 구조로 이루어져 있다. 양심적 병역거부의 인정 여부와 대체복무제도의 도입에 관한 주요 쟁점들을 망라하여 다루고 있는 연구들은 대부분 이와 같은 구조로 되어 있다. 예를 들어, 본 연구책임자가 작성한 “양심적 병역거부의 ‘정당한 사유’ 해석론 비판

: '길'로서의 법 vs. '문'으로서의 법", 『형사정책연구』 29(3)(2018): 25-101, '2016도10912 「병역법」 위반사건' 및 '2018도4708 예비군법위반 사건'에 대한 의견서(2018. 7. 30. 대법원 제출)도 이와 같은 구조를 띠고 있다. 또한 양심적 병역거부 및 대체복무제도에 관한 연구들에서 자주 인용되는 진석용, 『종교적 사유 등에 의한 입영거부자 사회복무체계 편입 방안 연구』(병무청 연구용역보고서, 2008)도 이와 유사한 구조로 되어 있고, 본 연구책임자가 작성한 의견서가 제출된 이후 발간된 이재승·백승덕·박현민·양여옥·이용석, 『양심적 병역거부 관련 대체복무제 도입 방안 실태조사』(국가인권위원회 연구용역보고서, 2018)나 이광수, 『대체복무 제도의 모델에 관한 연구』(서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 11)(박영사, 2018) 등도 이와 유사한 구조를 가지고 있다. 본 연구도 양심적 병역거부와 대체복무제도에 관한 주요 쟁점들을 망라하여 다루고 있기에 선행 연구들과 유사한 구조를 가질 수밖에 없음을 미리 일러둔다.

제 2 장



양심적 병역거부에 관한 논의 동향

강 태 경

양심적 병역거부에 관한 논의 동향

제1절 양심적 병역거부의 의의(意義)

1. 양심적 병역거부의 개념 및 범위

‘양심적 병역거부’는 통상적으로 “평화주의나 비폭력주의를 표방하는 종교적 교리 또는 개인적 신념에 따라 집총(執銃), 전투업무나 병역(兵役), 전쟁 참여를 거부하는 행위”로 정의된다.⁸⁾ 양심적 병역거부는 종교적 신념, 세계관 등 진지한 양심상의 고려에 따라 법적 의무를 거부하는 소극적 행위인 ‘양심적 거부’의 한 유형이다.⁹⁾ 양심적 거부(conscientious objection)가 양심적 병역거부(conscientious objection to military service)로 통용되는 것은 연혁적으로 양심적 거부의 최초의 형태가 병역거부로 나타났기 때문이다.¹⁰⁾ 1846년 영국 민병대의 단기적인 강제 징병 기간 중 ‘양심적 병역거부자들의 보호’를 목적으로 한 전국반민병대연합 조직을 계기로 병역의무에 대한 양심적 거부가 처음으로 이슈가 된 이후 1890년대와 제1차 세계대전을 거치면서 양심적 병역거부가 보편화되었다.¹¹⁾

양심적 병역거부가 주로 종교적 신념에 따른 병역거부로 이해되는 것은 초기 양심

8) 이광수, 앞의 책(주 7), 1면. ‘양심적 집총거부’ 또는 ‘양심적 반전(反戰)’이라는 용어도 사용되지만 양심적 병역거부라는 표현이 일반적으로 사용된다.

9) 양심적 거부의 예로는 증인선서 의무의 거부, 취학 의무의 거부, 납세 의무의 거부 등을 들 수 있다.

10) 신규하, “헌법상 양심적 병역거부권 논의”, 『법학연구』 제24권 제3호(2016), 경성대학교 법학연구소, 118면.

11) 김선택, 『한국내 양심적 병역거부자에 대한 대체복무 인정여부에 관한 이론적·실증적 연구』(국가인권위원회 연구용역보고서, 2002), 5면. 양심적 병역거부의 연원에 관한 상세한 설명은 이광수, 앞의 책(주 7), 2~4면 참고.

적 병역거부자들이 종교적 신념에 따라 병역을 거부했기 때문이다. 현재 우리 법원과 헌법재판소를 비롯하여 법학계에서 통용되고 있는 ‘양심적 병역거부’란 ‘conscientious objection to military service’라는 용어를 그대로 번역한 것인데, 미국에서 ‘conscientious objection to military service’가 사용된 것은 독립전쟁 때부터이다. 이후 남북전쟁과 두 차례의 세계대전을 거치면서 퀘이커 교도, 메노나이트파, 여호와의 증인 교도 등 주로 종교적 집단에서 평화주의와 비폭력주의의 이념에 따라 집총을 거부하거나 병역을 거부하는 움직임이 나타나게 된 데에서부터 ‘양심적 병역거부’라는 양상이 본격적으로 주목받기 시작하게 된 것이다.¹²⁾ 이후 미국 연방대법원은 1965년 *Seeger* 사건에서 병역거부가 그 신념 소유자의 삶에 자리 잡고 있는 ‘진지하고 의미 있는(sincere and meaningful)’ 신념에 의해서 이루어진 경우에는, 즉 비록 종교적인 신념이 아니더라도 양심의 진지한 고뇌를 거쳐서 형성·결정된 개인적인 신념에 따라 병역을 거부하는 자도 동등하게 함께 보호하여야 한다고 판시하였다.¹³⁾

위와 같은 연혁에서도 알 수 있듯이 양심적 병역거부는 일반적으로 징병제(徵兵制) 하에서 문제된다. 국내 문헌에서도 다음과 같이 양심적 병역거부를 징병제와 관련하여 정의하는 경우가 많다.

자기의 신앙, 도덕률, 철학적, 정치적 이유 등에 따른 양심상의 결정으로 무기를 휴대하는 병역을 거부하거나 전쟁에 직접, 간접으로 참가하는 것을 거부하는 행위¹⁴⁾

징병제를 채택하여 일반적인 병역의무가 인정되고 있는 국가에서 자기의 양심상의 판단을 근거로 하여 병역수행을 거부하는 행위¹⁵⁾

단순히 고생과 병역의 위험성을 피하기 위하여 군 복무를 거부하는 경우가 아니라 무력사용을 하는 군 복무에 참여를 거부하는 행위¹⁶⁾

12) 신운환, “양심적 병역거부라는 용어의 적정성 여부 검토와 대체 용어의 모색에 관한 소고”, 『행정법연구』 제46호(2016), 394면; 이광수, 앞의 책(주 7), 3면.

13) *U.S. v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965), 85 S.Ct. 850, 13 L. Ed.2d 733; 이광수, 앞의 책(주 7), 4면.

14) 나달숙, “양심적 병역거부와 대체복무—헌법재판소 2004. 8. 26. 2002헌가1 결정을 중심으로—”, 『인권과 정의』 제359호(2006), 138면.

15) 윤영철, “양심적 병역거부에 대한 형사처벌의 형법적 문제점”, 『형사정책』 제16권 제2호(2004), 99면.

16) 장복희, “양심적 병역거부자의 인권 보호”, 『공법연구』 제35집 제2호(2006), 239면.

양심적 이유로 징집 등 병역의무를 거부하거나 전쟁 또는 무장충돌에의 직·간접적 참여를 거부하는 행위¹⁷⁾

일반적으로 병역의무가 인정되고 있는 국가에서 종교적·윤리적·철학적 또는 이와 유사한 동기로부터 형성된 양심상의 결정으로 병역의무의 전부 또는 일부를 거절하는 행위¹⁸⁾

일반적으로 병역의무가 인정되고 있는 국가에서 자기의 신앙이나 도덕률 및 철학적·정치적 이유에 따른 양심상의 결정으로 전쟁에 참가하여 인명을 살상하는 병역의무의 일부 또는 전부를 거부하는 행위¹⁹⁾

하지만 양심적 반전(反戰)의 범주까지 확대해서 생각한다면, 모병제하에서도 양심적 반전의 문제가 제기될 가능성이 존재하게 된다.²⁰⁾ 이처럼 양심적 병역거부의 개념 정의는 양심적 병역거부의 범주를 어떻게 설정하느냐에 따라 달라질 수 있다. 병역거부의 범주를 살펴봄으로써 이 연구에서 다루고자 하는 양심적 병역거부의 범위를 명확하게 설정할 필요가 있다.

양심적 병역거부는 ① 거부의 선택성, ② 거부의 동기, ③ 거부하는 병역의무의 구체적 범위, ④ 거부의 시기에 따라 매우 다양한 양태를 띤다. 첫째, 양심적 병역거부는 거부의 선택성에 따라 ‘전쟁 일반에 대한 거부’와 ‘특정한 전쟁에 대한 거부’로 나눌 수 있다.²¹⁾ 둘째, 양심적 병역거부는 거부의 동기에 따라 ‘종교적 신념에 따른 병역거부’와 ‘일반적 신념에 따른 병역거부’로 나눌 수 있다. 셋째, 거부하는 행위의 구체적 범위에 따라 양심적 병역거부를 ‘절대적 병역거부’, ‘대체복무적 병역거부’, ‘비전투복무적 병역거부’로 나눌 수 있다. 넷째, 양심적 병역거부는 거부의 시기에 따라 ‘평시 병역거부’와 ‘전시 병역거부’ 그리고 ‘복무 전 병역거부’와 ‘복무 중 병역거부’로 나눌 수 있다.

17) 조국, “양심적 집총거부권—병역기피의 빌미인가 양심의 자유의 구성요소인가?—”, 『민주법학』 제20호(2001), 민주주의법학연구회, 231면.

18) 헌법재판소 2011. 8. 30. 2008헌가22, 2009헌가7·24, 2010헌가16·37, 2008헌바103, 2009헌바3, 2011헌바16(병합) 중 재판관 이강국, 재판관 송두환의 한정위헌의견.

19) 국가인권위원회 2005. 12. 26. 결정[양심적 병역거부권 및 대체복무제도에 대한 권고].

20) 이광수, 앞의 책(주 7), 8면.

21) *Gillette v. U.S.* 사건에서 미국연방대법원은 월남전 참전 거부와 관련하여 선택적 병역거부는 양심적 병역거부의 범주에 포함되지 아니한다는 판단을 내렸다(*Gillette v. U.S.*, 401 U.S. 437 (1971), 91 S.Ct. 828, 28 L.Ed.2d 168).

부'로 나눌 수 있다.

이 연구에서 다루는 '양심적 병역거부'는 종교적 신앙뿐만 아니라 평화주의적인 개인적 신념 등에 따라 전쟁 일반에 반대하며 전투적 복무를 거부하면서 비전투적인 대체복무를 수용하는 병역거부이다. 양심적 병역거부의 사유로서의 종교적 신앙과 평화주의적 신념은 헌법상 보장되는 종교의 자유와 양심의 자유라는 점에서 양자의 구분이 그리 중요하지 않다. 다만, 대체복무 심사에 있어서 심사기준에 있어서 차이점이 있을 수는 있다. 다음으로 본 연구에서는 양심적 병역거부자의 대체복무를 전제하고 있기 때문에 전시 양심적 병역거부와 평시 양심적 병역거부의 구분은 중요하지 않다. 또한 비전투적인 대체복무의 방식은 유엔인권이사회에의 기준에 따라 군대 밖에서의, 즉 민간 영역에서의 대체복무에 국한한다. '복무 전 병역거부'와 '복무 중 병역거부'를 구분하는 것은 표면적으로는 병역거부자의 양심상 결정의 시기에 따른 구분이라는 점에서 본질적으로 다른 양태가 아니다. 도리어 이러한 구분은 실질적으로 병역거부에 따른 대체복무 신청적격을 어디까지 허용할 것인지 여부라는 입법정책의 문제와 관련성을 갖는다.²²⁾ 이와 같은 구분은 논리적 필연성과 현실적 필요성의 조화를 꾀할 때 고려되어야 할 것이다.

2. '양심적' 병역거부 용어의 논란

2018년 「병역법」 제5조에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정과 양심적 병역거부에 대한 무죄 취지의 대법원 전원합의체판결이 나온 이후 국방부는 대체복무제 도입을 준비하는 과정에서 사회적 오해를 해소하기 위해 '양심적 병역거부'라는 용어를 '종교적 신념 등에 따른 병역거부'로 대체하겠다는 입장을 밝혔다.²³⁾²⁴⁾ 여기에서 말하는 사회적 오해란, 일반인들이 병역거부를 인식하는 '양심적'이라는 표현 때문에 병역

22) 이광수, 앞의 책(주 7), 15면.

23) 김지은, "양심적 병역거부에서 '양심' 제외...논란 예상", 『한겨레』 2019. 1. 4.자 기사 (<http://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/877053.html#csidx3afa142b4c235c98e9f7650c46a69d8>, 최종접속일 2019. 5. 2).

24) 참고로 우리 헌법재판소는 「병역법」 제88조에서 말하는 '병역의무를 거부한다'는 것은 명확성의 원칙상 「병역법」상의 병역의무, 즉 현역, 예비역, 보충역, 제1국민역, 제2국민역 등 일체의 병역의무를 거부하는 것을 의미할 뿐이고, 이 중 일부의 병역의무만을 거부하는 경우도 포함하는 것이라고 확대 해석할 수 없다고 선언한 바 있다.

의무를 이행하는 것이 ‘비양심적’인 것으로 오인될 수 있다는 것이다.²⁵⁾ 이는 부정적으로 인식되고 있는 ‘병역거부’와 긍정적 의미를 담고 있는 ‘양심적’이라는 형용사가 결합됨으로써 생기는 오해이다.

그러나 법적 맥락에서 ‘양심적 병역거부’는 형용모순이 아니다. ‘양심’이라는 용어가 일상적 맥락에서 사용될 때와 법적 맥락에서 사용될 때 그 의미가 다르다. 『표준대국어사전』에는, ‘양심’이 ‘사물의 가치를 변별하고 자기의 행위에 대하여 옳고 그름과 선과 악의 판단을 내리는 도덕적 의식’이라고 정의되어 있다. 이처럼 양심의 통상적 의미에는 ‘옳고 그름과 ‘선과 악의 판단’이라는 긍정적이고 도덕적인 가치판단이 포함된 것으로 새겨진다. 그러나 법적 맥락에서 사용되는 ‘양심’이란 ‘옳고 그른 것에 대한 판단을 추구하는 가치적·도덕적 마음가짐으로, 개인의 소신에 따른 다양성이 보장되어야 하고 그 형성과 변경에 외부적 개입과 억압에 의한 강요가 있어서는 아니 되는 인간의 윤리적 내심 영역’이다.²⁶⁾ 양심이 법적으로 중요한 이유는 양심이 ‘도덕적 진리에 대한 신뢰할 만한 담지자’이기 때문이 아니라, 그것이 ‘인격체의 형식적·개인적·주관적 자기통합성’의 중요한 구성 요소이기 때문이다.²⁷⁾ 따라서 법적 맥락에서 양심에 따른 병역거부가 정당화될 수 있다면, 마찬가지로 양심에 따른 병역이행도 당연히 정당화될 수 있다.

대법원과 헌법재판소를 비롯해 우리 사회 전반에서 이미 ‘양심적 병역거부’라는 용어가 통용되고 있는 상황에서 이를 바꿔야 할지 의문이다. 물론 학계에서도 국방부의 입장과 같이 ‘양심적 병역거부’라는 용어를 ‘신념에 따른 병역거부’라는 용어로 대체하여야 한다는 입장도 있다.²⁸⁾ 하지만 양심적 병역거부가 법적 맥락에서 다루어졌고 2018년 대법원 판결문과 헌법재판소 결정문에서도 양심적 병역거부의 정당성을 논의하면서 해당 행위의 헌법적 의미를 명확하게 하였다는 점에서 이 용어를 그대로 사용하더라도 큰 무리는 없어 보인다. 더욱이 종교적 신념 등에 따른 병역거부라는

25) 이광수, 앞의 책(주 7), 5면은 한 변호사가 이와 같은 입장을 보였음을 근거로 그 오해가 법적 지식이 부족하기 때문인 것은 아니라고 추정한다.

26) 헌법재판소 2002. 1. 31. 2001헌바43 결정.

27) 최성호, “양심이란 무엇인가?: 양심의 권위에 대한 두 가지 철학적 접근과 대한민국 사법부의 양심 개념”, 『법철학연구』, 제22권 제2호(2019), 295면.

28) 신운화, “‘양심적 병역거부’라는 용어의 적절성 여부 검토와 대체 용어의 모색에 관한 소고—행정법학의 차원에서— 국방인력의 확보에 미칠 영향을 고려하여”, 『행정법연구』 제46집(2016), 398면.

용어를 사용하는 경우 해당 행위의 헌법적 정당성이 희석될 우려도 있어 보인다.²⁹⁾ 그러므로 이 연구에서는 ‘양심적 병역거부’라는 용어를 그대로 사용하고자 한다.

제2절 양심적 병역거부에 관한 국내 논의 동향

2018년 양심적 병역거부를 둘러싼 규범적 환경은 일대 전환을 맞이하였다. 2018년 6월 28일 헌법재판소는 「병역법」 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정과 대체복무제 입법 명령을 내렸다.³⁰⁾ 그로부터 두 달 후인 2018년 8월 30일 대법원은 헌법재판소의 결정에 따라 정부가 대체복무제를 도입하기 전이라도 「병역법」 제82조 제1항의 ‘정당한 사유’에 종교적 신앙 등이 포함된다고 해석해야 하는지 여부를 다투기 위해서 전원합의체 공개변론을 열어 다양한 의견을 청취하였고, 같은 해 11월 1일 양심적 병역거부를 유죄로 판단해오던 판례를 변경하여 무죄 취지 판단을 내렸다.³¹⁾

이와 같은 규범적 환경 변화는 2004년 양심적 병역거부에 관한 대법원 전원합의체 판결을 계기로 본격화 된 양심적 병역거부에 대한 사회적 공론화를 그 토대로 삼고 있다. 2004년 양심적 병역거부에 관한 대법원 전원합의체 판결이 나올 당시 우리 사회에서는 공론화가 활발하지 않았으나, 이 판결을 계기로 국내외 여러 기관들이 양심적 병역거부에 대한 각각의 입장을 제시하기 시작했다. 국회와 법무부 그리고 국가인권위원회는 양심적 병역거부를 허용하고 대체복무제도를 도입하자는 입장을 취하여 왔다. 한편 최근 양심적 병역거부 사건에 대해서 무죄판결과 위헌제청신청이 지속적으로 늘어났고, 대법원은 양심적 병역거부를 「병역법」 위반으로 처벌해오던 종래의 판결을 변경하기에 이르렀다. 아울러 다양한 여론조사 결과를 살펴보면, 양심

29) 군인권센터·민주사회를위한변호사모임·전쟁없는세상·참여연대. “국방부 ‘종교적 신앙 등에 따른 병역거부자’ 용어 변경 부적절”, 2019. 1. 6.자 논평(<https://www.peoplepower21.org/Peace/1605383>, 최종접속일 2019. 5. 2.).

30) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379 등 결정.

31) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결. 이 판결(주심 김재형 대법관)에서 대법관 13명 중 8명이 무죄 취지 의견을 냈고, 4명이 반대의견을 냈다. 대법관 1명은 법리를 다르게 해석했으나 무죄 취지에는 뜻을 같이했다. 이 사건은 「병역법」 위반 혐의로 기소된 ‘여호와 의 증인’ 신도 오승현(34)씨에 대한 상고심으로 유죄를 선고한 원심을 깨고 사건을 창원지법으로 돌려보냈다.

적 병역거부를 인정하고 대체복무제를 도입하자는 인식을 가진 시민들이 늘고 있다. 아래에서는 양심적 병역거부에 대한 논의를 입법부, 사법부, 행정부, 국가인권위원회, 학회, 여론을 중심으로 살펴보도록 한다.

1. 입법적 노력

국회에서는 꾸준히 양심적 병역거부에 따른 대체복무제 도입을 주요 내용으로 하는 「병역법」 및 예비군법 개정안이 발의되고 있다. 양심적 병역거부에 따른 대체복무제 도입을 주요 내용으로 하는 최초의 법률안은 17대 국회에서 2004. 9. 22. 임종인 의원 등 22인(제170512호)이 발의한 「병역법 일부개정법률안」이었고, 이후 17대 국회에서 노회찬 의원 등 10인도 관련 개정법률안(제170932호)을 발의하였다. 18대 국회에서는 김부겸 의원 등 11인이 관련 「병역법 일부개정법률안」(제1812534호)을, 이정희 의원 등 10인도 관련 「병역법 일부개정법률안」(제1813210호)을 발의하였다. 19대 국회에서는 전해철 의원 등 11인이 관련 「병역법 일부개정법률안」(제1906042호)을 발의하였다. 현재 20대 국회에서도 다양한 정당 소속 의원들이 지속적으로 양심적 병역거부에 따른 대체복무제 도입을 주요 내용으로 하는 「병역법 일부개정법률안」을 발의하였다. 2018년 헌법재판소 결정 이전에 발의된 「병역법 일부개정법률안」은 다음과 같다. 전해철 의원 등 11인이 발의한 개정법률안(제2003582호), 이철희 의원 등 12인이 발의한 개정법률안(제2007106호), 박주민 의원 등 21인이 발의한 개정법률안(제2007107호)이 그것이다. 2018년 헌법재판소 결정 이후 2019년 6월 현재까지 김중로 의원 대표발의안(제2014835호), 이종명 의원 대표발의안(제2014893호), 이용주 의원 대표발의안(제2014932호), 김학용 의원 대표발의안(제2014949호), 김진태 의원 대표발의안(제2017651호), 이언주 의원 대표발의안(제2019968호), 장제원 의원 대표발의안(제2020652호)이 발의되었다.

한편 양심적 예비군거부에 따른 대체복무제 도입을 주요내용으로 하는 최초의 예비군법 개정법률안은 18대 국회에서 2011. 9. 14. 이정희 의원 등 10인이 발의한 향토예비군설치법 일부개정법률안(제1813209호, 임기만료폐기)이었다. 이후 20대 국회에서 2017. 5. 31. 이철희 의원 등 12인(제2007108호)과 박주민 의원 등 21인(제2007109호)이 대체복무제도 도입을 주요 내용으로 하는 예비군법 일부개정법률안을 각각 발의하

였다.

국회의 입법 노력과는 별개로 국방부와 법무부를 비롯한 정부 부처도 양심적 병역 거부에 따른 대체복무제 도입을 주요 내용으로 하는 정책을 추진한 바 있다. 우선 법무부는 2012. 3. 30. 『제2차 국가인권정책 기본계획』³²⁾과 2018. 4. 29. 『제3차 국가인권정책 기본계획』(초안)³³⁾ 중 ‘입영 및 집총 거부자 대체복무제 검토’를 사상·양심 및 종교의 자유 관련 정책과제로 선정하였다.

한편 대체복무제 시행을 준비해야 하는 주무부처인 국방부는 2007. 9. 18. ‘「병역이행 관련 소수자」의 사회복무제 편입 추진 방안’ 발표하였다.³⁴⁾ 그러나 병무청은 위 국방부 입장을 2008. 12. 24. 백지화한다고 발표하여 논란을 야기하였다.³⁵⁾ 현재 국방부는 2018년 헌법재판소 결정을 계기로 양심적 병역거부에 따른 대체복무제 도입을 주요 내용으로 하는 「병역법 일부개정법률안」과 대체복무제 시행을 위한 내용을 담고 있는 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률안」을 마련하였다. 국방부안에 관해서는 뒤에서 상술하기로 한다.

2. 사법적 판단

가. 법원의 판단

대법원이 2018년 11월 1일 선고한 2016도10912 전원합의체 판결 이전까지 양심적 병역거부를 이유로 한 병역법위반 사건에서 무죄판결이 꾸준히 늘고 있었다. 양심적

32) 대한민국 정부, 『2012-2016 국가인권정책 기본계획』(2012), 58면은 입영 및 집총 거부자 대체복무제도를 “연구 결과를 기초로 국회, 관련 기관 등의 의견을 수렴하여 국민적 합의가 이루어질 경우 추진”하겠다고 밝힘.

33) 법무부, 『2018-2022 국가인권정책 기본계획』(초안)(2018), 52면은 입영 및 집총 거부자 대체복무제도에 관해서 “현재 국회에 계류 중인 입영 및 집총거부자에 대한 대체복무제를 도입하는 내용의 「병역법 일부개정법률안에 대해 검토”할 것과 “국회·사법부의 대체복무제 도입 결정에 대비, 합리적 대체복무 방안 검토”를 국방부 정책과제로 상정함.

34) 손원재, “양심적 병역거부자 대체복무 허용 추진” 『한겨레』 2007. 9. 18.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/society/rights/237264.html>, 최종접속일 2019. 6. 20.).

35) 병무청은 이와 같은 발표를 병무청 발주용역 보고서에 근거한 것이라는 입장을 표했지만, 해당 발주용역 연구책임자는 자신의 연구는 ‘대체복무제 도입’ 의견이었으며, 병무청이 자신의 연구 결과를 왜곡한 것이었다고 밝혔다(진성훈, “정부, 대체복무 용역보고서 왜곡했다”, 『한국일보』 2009. 1. 8.자 기사(<http://hankookilbo.com/v/1d8264114ec04d1087d0f6804d8dca9e>, 최종접속일 2019. 6. 20.).

입영거부를 이유로 한 병역법위반 사건에서 항소심을 포함하여 100여 건의 무죄판결과 위헌법률심판제청이 이루어졌다. 2004년 3건(예비군거부 1건 포함), 2007년 1건이던 무죄 판결은 2015년 6건, 2016년 7건, 2017년 44건, 2018년 47건(8월말 기준)으로 꾸준히 늘었다.³⁶⁾ 중국적으로 대법원은 전원합의체를 통해서 양심적 병역거부에 따른 병역거부 사건에서 무죄 취지의 판결을 내렸다.³⁷⁾

한편 양심적 예비군거부를 이유로 한 구 향토예비군설치법위반 사건의 경우 2004년 서울남부지방법원에서 무죄판결³⁸⁾이 이루어진 후 13년 후인 2017년 청주지방법원에서 두 번째 무죄판결³⁹⁾이 이루어졌다. 양심적 예비군거부자는 향토예비군이 설치된 1968년 이래로 2010년까지 최소 897명에 이르고, 2010년 이후에도 해마다 80여명 정도가 예비군거부로 처벌을 받고 있다.⁴⁰⁾ 대법원은 양심적 예비군거부를 이유로 한 예비군법 위반 사건에 대해서는 아직 판단을 보류하고 있다.

양심적 병역거부의 위법성 판단에 대한 중지부를 찍은 2018년 전원합의체 판결에서 다수의견은 양심에 따른 병역거부가 병역법 제88조 제1항에 규정된 ‘정당한 사유’에 해당한다고 판단하였다. 이 판결은 대체복무제 도입 여부와 상관없이 헌법상 양심의 자유와 국방의 의무 규범을 조화롭게 해석함으로써 종교적 신앙 또는 평화주의적인 개인적 신념에 근거한 양심상의 결정을 「병역법」 제88조 제1항에서 위법성조각사유로 정한, 입영거부의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 해석하였다는 점에서 그 의의가 크다. 이와 같은 결론에 도달하기 위해 다수의견은 다음과 같은 논리를 전개한다.⁴¹⁾

첫째, 다수의견은 양심적 병역거부의 의미와 양심적 병역거부 현황으로 논의를

36) 이재승 외 4인, 앞의 보고서(주 7), 28면; 김민경, “80건 넘는 무죄 판결…양심적 병역거부 문제는 인권의 최전선”, 『한겨레』 2018. 5. 15.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/844750.html#csidx339f69d870460a8ba5f7fdb70179a9, 최종접속일 2019. 6. 15.)

37) “양심적 병역거부가 「병역법」 제88조 제1항에서 정한 ‘정당한 사유’에 해당하지 않는다고 판단한 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결, 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결 등을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 모두 변경하기로 한다.”(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결)

38) 서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2003고단1783 판결.

39) 청주지방법원 2017. 1. 10. 선고 2016고단1121 판결.

40) 김진한, “양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성”에 관한 지정토론문, 『양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성』(대한변호사협회 인권위원회·법원 국제인권법연구회 공동학술대회 자료집, 2014. 12. 20.), 188면.

41) 아래 내용은, 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결문의 내용을 발췌·요약한 것이다.

시작한다. 양심적 병역거부란 ‘종교적·윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 집총이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 행위’를 의미한다. 해마다 600명 내외의 양심적 병역거부자들이 자신의 인격적 존재가치를 스스로 파멸시키지 않기 위해서 병역의무의 이행을 거부하고 그에 따르는 어떠한 제재라도 감수해왔다.

둘째, 다수의견은 양심적 병역거부와 국방의 의무 간 충돌·조정 문제를 「병역법」 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’라는 문언의 해석을 통해 해결해야 한다고 설시한다. 양심적 병역거부의 허용 여부는 헌법상 보호되는 양심의 자유와 국가 존립의 기반이 되는 국방의무 간 양자택일의 문제가 아니라, 「헌법」 제19조 양심의 자유 등 기본권 규범과 「헌법」 제39조 국방의 의무 규범 사이의 충돌·조정 문제이다. 입영의무의 불이행을 처벌하는 규정인 「병역법」 제88조 제1항에서 위법성조각사유로 ‘정당한 사유’라는 문언을 둔 것은 입법자가 구체적으로 열거하기 어려운 충돌 상황을 해결하기 위한 것이다. 따라서 양심적 병역거부에 관한 규범의 충돌·조정 문제도 이 ‘정당한 사유’라는 문언의 해석을 통하여 해결되어야 한다.

셋째, 다수의견은 국방의 의무와 병역의 의무의 개념적 차이를 바탕으로 병역의 의무의 이행으로 소극적으로 거부하는 양심적 병역거부를 전적으로 제한하는 것은 양심의 자유에 대한 과도한 제한이 될 수 있다고 본다. 소극적 부작용에 의한 양심실현에 해당하는 양심적 병역거부는 국방의 의무 그 자체에 대한 부정이 아니고, 국방의 의무를 구체화하는 「병역법」에서 정한 병역의무의 이행을 거부하는 것일 뿐이다. 그런데 이와 같은 소극적 부작용에 의한 양심실현을 제한하는 것은 양심의 자유에 대한 과도한 제한이 되거나 본질적 내용에 대한 위협이 될 수 있다.

넷째, 다수의견은 양심적 병역거부를 허용한다고 해서 국가안전보장에 큰 위협이 없는 상황에서 양심적 병역거부자들을 일률적으로 처벌하는 것은 양심의 자유에 대한 과도한 제한이라고 판단한다. 한 해 600여 명 남짓 되는 “양심적 병역거부자 발생 현황과 함께 우리나라의 경제력과 국방력, 국민의 높은 안보의식 등에 비추어 양심적 병역거부를 허용한다고 하여 국가안전보장과 국토방위를 달성하는 데 큰 어려움이 있을 것으로는 보이지 않는다. 따라서 진정한 양심적 병역거부자에게 집총과 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 강제하고 그 불이행을 처벌하는 것은 양심의 자유

에 대한 과도한 제한이 되거나 본질적 내용에 대한 위협이 된다.”

다섯째, 다수의견은 「병역법」 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’에 양심상 결정이 포함되지 않는다고 해석하는 것은 양심의 자유를 침해하고 나아가 헌법적 원리인 자유민주주의 정신에도 어긋난다고 판단한다. “양심적 병역거부자에게 병역의무의 이행을 일률적으로 강제하고 그 불이행에 대하여 형사처벌 등 제재를 하는 것은 양심의 자유를 비롯한 헌법상 기본권 보장체제와 전체 법질서에 비추어 타당하지 않을 뿐만 아니라 소수자에 대한 관용과 포용이라는 자유민주주의의 정신에도 위배된다. 따라서 진정한 양심에 따른 병역거부라면, 이는 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’에 해당한다.”⁴²⁾

나. 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 2011년 양심적 병역거부를 처벌하는 근거 조항인 「병역법」 제88조 제1항에 대해 합헌 의견을 유지하였으나, 4년만인 2015년 공개 변론을 열어 달라진 사회적 흐름을 반영하고자 하였다. 그로부터 3년 후인 2018년 헌법재판소는 대체역을 규정하지 않은 병역종류조항인 「병역법」 제5조 제1항에 대한 헌법불합치 결정과 「병역법」 제88조 제1항의 처벌조항에 대한 합헌 결정을 내렸고, 아울러 입법자가 2019. 12. 31.까지 대체복무를 가능하도록 하는 입법 개선을 해야 한다고 시한을 정하였다.⁴³⁾

반면에 헌법재판소는 구 향토예비군설치법 제15조 제8항(현 예비군법 제15조 제9항)에 대한 위헌법률심판제청 등 사건에서 동조 동항 중 “같은 법 제6조 제1항의 규정에 의한 훈련을 정당한 사유 없이 받지 아니한 자”에 대해서 이 조항에 근거하여 양심적 예비군거부자를 수차례 처벌하는 것은 이중처벌에 해당하지 않고, 과잉금지의 원칙에도 위반되지 않으며, 평등의 원칙에도 위반된다고 할 수 없다고 판단하였다.⁴⁴⁾

다음은 과잉금지의 원칙을 심사기준으로 삼아 병역법 병역종류조항의 위헌성을 판단한 2018년 헌법재판소결정의 법정의견이다.⁴⁵⁾

42) 이와 같은 다수의견에 대하여, “병역법의 입법 취지와 목적, 체계, 병역의무의 감당능력에 관련된 규정들의 성격에 비추어 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유는 당사자의 질병이나 재난의 발생 등 일반적이고 객관적인 사정에 한정되고 양심적 병역거부와 같은 주관적 사정은 인정될 수 없다.”는 취지의 반대의견(4인)이 있었다.

43) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379 등 결정.

44) 헌법재판소 2011. 8. 30. 2007헌가12, 2009헌바103 결정.

45) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379 등 결정.

- ① (목적의 정당성 및 수단의 적합성) 병역종류조항은, 병역의 종류를 한정적으로 열거하고 그에 대한 예외를 인정하지 않음으로써 병역자원을 효과적으로 확보하여 궁극적으로 국가안전보장이라는 헌법적 법익을 실현하고자 하는 것이므로 위와 같은 입법 목적은 정당하고, 그러한 입법목적을 달성하기 위한 적합한 수단이다.
- ② (침해의 최소성) 대체복무제를 도입하더라도 우리의 국방력에 유의미한 영향이 있을 것이라고 보기는 어려운 반면, 대체복무 편입여부를 판정하는 객관적이고 공정한 심사절차를 마련하고 현역복무와 대체복무 사이의 형평성이 확보되도록 제도를 설계한다면, 대체복무제의 도입은 병역자원을 확보하고 병역부담의 형평을 기하고자 하는 입법목적을 병역종류조항과 같은 정도로 충분히 달성할 수 있다고 판단된다. 이와 같이 대체복무제라는 대안이 있음에도 불구하고 군사훈련을 수반하는 병역의무만을 규정한 병역종류조항은, 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.
- ③ (법익의 균형성) 병역종류조항이 추구하는 공익은 대단히 중요한 것이기는 하나, 병역종류조항에 대체복무제를 도입한다고 하더라도 위와 같은 공익은 충분히 달성할 수 있다고 판단되는 반면, 병역종류조항에 대체복무제가 규정되지 않음으로 인하여 양심적 병역거부자가 감수하여야 하는 불이익은 심대하고, 이들에게 대체복무를 부과하는 것이 오히려 넓은 의미의 국가안보와 공익 실현에 더 도움이 된다는 점을 고려할 때, 병역종류조항은 기본권 제한의 한계를 초과하여 법익의 균형성 요건을 충족하지 못한 것으로 판단된다.
- ④ (결론) 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항은 과잉금지원칙에 위배하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해한다. ... 국가는 이 문제의 해결을 더 이상 미룰 수 없으며 대체복무제를 도입함으로써 병역종류조항으로 인한 기본권 침해 상황을 제거할 의무가 있음이 분명해진다. 양심의 자유와 국가안보라는 공익을 조화시킬 수 있는 대안이 존재하며 그에 관한 우리 사회의 논의가 성숙하였음에도 불구하고, 오로지 개인에게만 책임을 전가하는 것은 국가의 중대한 임무 해태라고 하지 않을 수 없다. 다수결을 기본으로 하는 민주주의 의사결정구조에서 다수와 달리 생각하는 이른바 ‘소수자’들의 소리에 귀를 기울이고 이를 반영하는 것은 관용과 다원성을 핵심으로 하는 민주주의의 참된 정신을 실현하는 길이 될 것이다.

2018년 헌법재판소결정은 다음 세 가지 점에서 양심적 병역거부와 관련된 이전 결정들과 구분된다.⁴⁶⁾ 첫째, 다수의견은 양심적 병역거부자가 선택할 수 있는 대체복무제가 도입되지 않은 상황에서 그들을 처벌하는 것이 헌법에 위반되는지가 핵심 쟁점이라는 점에서 심사대상에 병역종류조항인 「병역법」 제5조 제1항을 포함시켰다. 둘째, 다수의견은 대체복무제 도입에 관한 입법자의 광범위한 재량을 인정하면서도 대체복무제 자체를 도입하지 않은 입법자의 판단이 타당하지 않다고 보고 입법자에게 대체복무제를 도입함으로써 병역종류조항으로 인한 기본권 침해 상황을 제거할 의무가 있다고 판단하였다. 셋째, 다수의견은 위헌 여부 심사기준으로 비례원칙을 도입함으로써 2004·2011년 헌법재판소결정에서 대체복무제를 도입하지 않은 것이 입법부 작위라고 판단하였던 반대의견이 시도한 ‘규범적 가치형량과 경험적 탐구가 결합된 이익형량’⁴⁷⁾을 본격적으로 보여주었다.

한편 2018년 헌법재판소결정에서 입영의무 불이행에 대한 처벌조항인 「병역법」 제88조 제1항의 위헌 여부에 대한 법정의견은 합헌이었다. 다만, 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제가 도입되지 않은 상황에서 해당 조항에 근거하여 양심적 병역거부자를 일률적으로 처벌하는 것은 위헌적이라는 취지의 의견이 다수였다. 이진성 재판관, 김이수 재판관, 이선애 재판관, 유남석 재판관은 양심적 병역거부자에게 대체복무의 기회를 부여하지 아니한 채 양심적 병역거부 사건에 해당 조항을 적용하여 양심적 병역거부자를 일률적으로 처벌하는 부분에 한하여 과잉금지원칙에 위배된다는 일부위헌의견을 제시하였다. 한편 강일원 재판관과 서기석 재판관은 해당 조항에 대해 합헌의견을 제시하면서도 “양심적 병역거부자에 대한 처벌은 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항의 입법상 불비와 양심적 병역거부는 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 해당하지 않는다는 법원의 해석이 결합되어 발생한 문제”라고 판단하고, “대체복무제가 규정되지 않은 상황에서는 양심상의 결정을 이유로 입영을 거부하거나 소집에 불응하더라도 이를 처벌하는 것은 헌법에 위반되므로, 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 보아야 한다.”라고 실시하였다.⁴⁸⁾

헌법재판소는 2018년 결정문을 통해서 대체복무제가 ① 새로운 안보의 실현에 기

46) 이에 대한 상세한 설명은, 강태경, 앞의 논문(주 7), 56-60면 참고.

47) 김도균, “법적 이익형량의 구조와 정당화문제”, 『서울대학교 법학』 48(2)(2007), 111면.

48) 헌법재판소 2018. 6. 28. 2011헌바379 등 결정.

여할 수 있고, ② 양심적 병역거부자의 사회 소속감과 자긍심을 높여줄 수 있으며, ③ 소수자를 포용하고 관용하는 제도로써 사회 통합에 기여하고 다양성을 높여 민주주의 실현에도 기여할 수 있다고 밝혔다. 그리고 헌법재판소는 국가 안보와 대체복무제의 관계에 관해서, 국가 안보에서 점점 더 포괄적인 안보 개념이 중요해지고 있는 현실에서 양심적 병역거부자들을 교도소에 가두는 대신에 안전·환경·사회복지 등 다양한 공익 관련 업무에 종사할 수 있게 한다면 넓은 의미의 안보에 실질적으로 도움이 될 것이라고 판단하였다.

헌법재판소는 결정문을 통해 대체복무제 설계 및 운영에 관해서 다음과 같은 제안을 하였다. 첫째, 엄격하고 공정한 심사 절차와 대체복무의 기간과 난이도의 조절을 통해서 대체복무제를 병역기피의 수단으로 악용하는 사례를 막을 수 있다. 헌법재판소는 대체복무제가 병역기피자를 양산할 것이라는 우려에 대해 이와 같은 제안을 하면서도 대체복무제 악용 방지 목적으로 대체복무자에게 지나치게 과중한 부담을 주는 것은 병역거부자에 대한 징벌이 되거나 기본권 침해로 이어질 수 있다고 경고한다. 둘째, 대체복무 신청에 필요한 증빙자료를 구체적으로 규정하고 전문가들로 구성된 독립적인 위원회를 구성하여 대체복무 적격 심사를 객관적이고 공정하게 할 수 있도록 함으로써 양심상 결정의 진지성에 대한 심사 문제를 해소할 수 있다. 이미 대체복무제를 운영해왔던 국가들의 경험에서도 알 수 있듯이 양심상 결정에 대한 심사는 전문가들이 참여하는 심사 절차를 통해서 수월하게 이루어질 수 있다.

다만, 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정은 대체복무를 병역의 한 종류로 상정된 것인지 여부가 불분명하다는 점에서 비판의 여지가 있다. 법정의견은 “대체복무제를 도입하면서도 병역의무의 형평을 유지하는 것은 충분히 가능하다. 따라서 대체복무제라는 대안이 있음에도 불구하고 군사훈련을 수반하는 병역의무만을 규정한 병역종류조항은, 침해의 최소성 원칙에 어긋난다.”라고 밝히고 있다. 이 실시 내용에 따르면, 대체복무는 ‘군사 훈련을 수반하지 않는 병역의무’로 읽힐 수 있다. 그러나 대체복무제는 그 명칭에서도 알 수 있듯이 병역을 ‘대체하는’ 방식으로 양심의 자유와 국방의 의무 간 조화와 조정을 도모하는 제도이다. 그리고 병역의 사전적 의미가 ‘국민으로서 수행하여야 하는 국가에 대한 군사적 의무’라는 점에서 대체복무를 병역의 한 종류로 설정한다면, 군사적 활동에 참여하지 않겠다는 병역거부자들의 양심상의 결정과 대체

복무는 갈등 관계에 놓이게 된다. 유엔인권이사회에서도 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제는 ‘비군사직’ 성격의 복무를 그 내용으로 해야 한다고 기준을 제시한 바 있다. 대체복무제 도입에 관한 국내 논의에서 많이 인용되는 대만의 대체복무제에서도 ‘대체역(替代役)’이라는 역종을 두어 다른 병역인 장교역, 사관역, 사병역과 구분하고 있다(대만 「兵役法」 제2조). 따라서 대체복무제 관련 법령을 입안할 때, 대체복무가 병역과 구분되는 역종(役種)임을 명확히 하고 이를 이행함으로써 병역의무를 이행한 것으로 간주한다는 규정을 두는 것이 바람직하다.

3. 국가인권위원회

국가인권위원회는 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제도 도입을 권고하고 있다. 위원회는 ‘양심적 병역거부권 및 대체복무제도에 대한 권고’⁴⁹⁾ 전원위원회 결정(2005. 12. 26.)을 통해서 양심적 병역거부권이 헌법 제19조 및 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제18조의 양심의 자유로 보호되어야 한다는 점을 확인하고 대체복무제 도입을 권고한 바 있다. 위원회는 이후 2007. 11. 「향토예비군설치법」 제15조 제8항 위헌 제청 사건(2007헌가12)에 대한 헌법재판소 의견제출, 2008. 7. 양심적 병역거부자 대체복무제 도입을 위한 구체적 이행계획 수립 및 이행 촉구 의견표명, 2016. 11. 「병역법」 제88조 제1항 제1호 위헌소원 사건에 대한 헌법재판소 의견제출 등을 하였다. 이듬해 국가인권위원회는 상임위원회 의결(2017. 6. 27.)을 거쳐 국방부장관에게 “양심적 병역거부권을 보장하는 대체복무제 도입 계획을 수립·이행할 것”을 권고, 국회의장에게 “대체복무제 도입을 위해 국회에 발의된 「병역법 일부개정법률안」에 대해 대체복무심사기구의 독립적 운영, 공정성 확보 명시 등 일부 내용을 보완해 조속한 입법이 필요하다”는 의견을 표명하였다.⁵⁰⁾

국가인권위원회는 상임위원회 의결(2018. 7. 23.)을 거쳐 ‘2016도10912 병역법위반 사건’ 및 ‘2018도4708 예비군법위반 사건’에 대한 의견을 대법원에 제출하였다. 이 결정을 통해 위원회는 “양심적 병역거부자, 양심적 예비군훈련 거부자에게 대체복무

49) 국가인권위원회, 『국가인권위원회 결정례집-인권정책분야 제2집(2005-2006)』(2007), 96면 이하.

50) 국가인권위원회 2017. 6. 28.자 보도자료 참조(<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&boardtypeid=24&boardid=7601335>, 최종접속일 2019. 6. 20.)

의 기회를 제공하지 않고 각 「병역법」 제88조 제1항, 「예비군법」 제15조 제9항에 따라 형사 처벌하는 것은 양심의 자유를 침해하는 것이므로, 양심적 병역거부와 양심적 예비군훈련 거부가 위 각 규정의 '정당한 사유'에 포함된다는 점을 충분히 고려해 줄 것을 요청한다."⁵¹⁾라는 의견을 제출하였다. 이 의견은 2018년 8월 30일 대법원이 정부가 대체복무제를 도입하기 전이라도 「병역법」 제82조 제1항의 '정당한 사유'에 종교적 신앙 등이 포함된다고 해석해야 하는지 여부를 다투기 위해서 열었던 전원합의체 공개 변론에서도 언급된 바 있다.

한편 병역종류조항에 대한 헌법불합치결정 이후 대체복무제 도입을 주 내용으로 하는 법률안들(김중로, 이종명, 이용주, 김학용(2건) 의원의 대표발의안)이 발의되었는데, 이 법률안 모두 대체복무심사기구를 병무청 또는 국방부 소속으로 하고, 복무기간을 육군 또는 공군 복무기간의 2배로 규정하고 있다. 이에 국가인권위원회는 상임위원회 의결(2018. 9. 13.)을 통해서 현재 국회에 제출된 「병역법 일부개정법률안」 4건과 「대체복무역 편입 및 복무 등에 관한 법률안」 1건에 대해, "대체복무 신청사유 제한, 판정기구와 절차의 공정성, 복무내용과 기간의 적절성, 복무형태 등을 국제 인권기준에 부합하는 방향으로 마련하는 것이 바람직하다"는 의견을 표명했다.⁵²⁾ 해당 결정에서 국가인권위원회는 ① 양심적 병역거부자 심사의 독립성과 공정성을 위해서 해당 심사권한을 국방 당국이 아닌 민간 당국에 주어야 하고, ② 복무 내용과 난이도, 복무 형태 등을 종합적으로 고려하여 대체복무기간은 현역 군복무기간의 최대 1.5배를 넘지 않아야 하고, ③ 대체복무는 군 영역에 속하지 않으며 군의 감독을 받지 않는 민간 성격이어야 하므로 지뢰 제거, 전사자유해 조사·발굴 등 군 또는 국방부 소관 업무는 대체복무 내용으로 부적절하다는 의견을 표명하였다.⁵³⁾

2018년 11월 대법원이 양심적 병역거부를 유죄로 판단해 오던 판례를 변경하여 무죄 취지 판결을 내린 후, 국가인권위원회는 다시금 「병역법 일부개정법률안」과 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률안」이 「헌법」과 국제인권기준 등에 부합하는 합리적 대체복무제 도입을 내용으로 제정·개정될 수 있도록 국방부장관과 법무부장

51) 국가인권위원회, "「병역법」 제88조 제1항, 「예비군법」 제15조 제9항 위반사건에 대한 대법원 의견제출", 2018. 7. 23.자 결정.

52) 국가인권위원회, "「병역법 일부개정법률안」, 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률안」에 대한 의견표명", 2018. 9. 13.자 결정.

53) 국가인권위원회, 앞의 결정(주 52).

관에게 아래와 같이 의견을 표명한다.⁵⁴⁾

1. 국방부장관에게,

가. 신앙, 비폭력, 평화 등 다양한 신념을 가진 양심적 병역거부자가 양심의 형성 시기에 구애받지 않고 대체복무를 신청할 수 있도록 대체복무 신청 시기에 제한을 두지 않기 바람.

나. 대체복무 심사의 공정성, 객관성, 투명성을 유지하기 위해, 심사기구를 국방부·병무청과 분리하여 설치하고, 심사위원은 관련 영역 전문가들이 다양하게 참여 하되 특정 영역 관계자가 과대 대표되지 않고, 국가인권위원회 위원장과 국방부장관이 협의하여 지명하도록 하고, 재심사기구는 심사기구와 분리하는 등 방안을 마련하기 바람.

다. 양심적 병역거부의 이념과 취지 등을 고려하여, 복무 영역을 구치소, 교도소 등 교정 분야 외 사회복지, 안전관리 등 다양한 공익분야로 확대하고, 복무 형태도 합숙복무 이외 업무 특성에 맞게 설계하기 바람.

라. 대체복무의 내용과 난이도, 복무 형태 등을 고려하여 대체복무기간이 현역 군복무 기간의 1.5배를 넘지 않도록 하고, 대체복무제 시행 이후 제도 효과, 부작용 등에 대한 중·장기적 검토를 통해 향후 현역병과 유사한 수준으로 복무 기간을 조정하는 방안을 마련하기 바람.

2. 법무부장관에게,

양심적 병역거부를 「병역법」 제88조 제1항의 정당한 사유로 본 대법원 판결 취지 등을 고려하여 양심적 병역거부에 따른 형 확정자를 대상으로 하는 사면, 복권, 전과기록 말소 등에 대한 규정을 마련하기 바람.

4. 학계

2004년 전원합의체 판결 이후 국내 학계에서도 양심적 병역거부 허용 여부와 대체복무제도 도입 가능성에 관한 학술적 논의가 매우 활발해졌다. 양심적 병역거부 및 대체복무제 관련 국내 연구 동향을 분석한 연구에 따르면, 현재 국내 학계에서는 양심적 병역거부권을 인정하고 대체복무제를 도입해야 한다는 견해가 통설로 자리

54) 국가인권위원회, “「병역법 일부개정법률안」, 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률안」에 대한 의견표명”, 2019. 1. 31.자 결정.

잡았다.⁵⁵⁾ 이 논문에서는 한국연구재단 등재 및 등재후보 학술지에 게재된 양심적 병역거부 및 대체복무제도 관련 논문 60편(2004년 전원합의체 판결 이전 발표된 7편의 논문 포함)을 분석의 대상으로 삼고 있다.⁵⁶⁾ 그런데 2004년 전원합의체 판결 이전 발표된 53편의 논문을 다시 살펴본 결과, 그 중 1편은 양심적 병역거부 또는 대체복무제도와 직접적인 관련성이 적어 제외하고 53편의 논문을 다시 분석하였다.

2004년 전원합의체 판결 이후 발표된 52편의 논문의 내용을 분석한 결과는 다음과 같다. 양심적 병역거부자에 대한 처벌이 정당하다는 취지의 논문은 4편(7.7%)에 불과했고,⁵⁷⁾ 중립적인 입장에서 양심적 병역거부 관련 논쟁의 양상을 사회적·정책적·사법적·국제법적 측면에서 분석하거나 관련 해외 사례를 종합·분석하는 데 목적을 둔 논문이 10편(19.2%)이었고,⁵⁸⁾ 나머지 38편(73.1%)의 논문은 양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 부당성을 논증하거나 대체복무제 도입의 필요성을 강조하는 취지였다.⁵⁹⁾

55) 강태경, 앞의 논문(주 7), 42면.

56) 강태경, 앞의 논문(주 7), 42면.

57) 류지영, “양심의 자유로서의 병역거부의 불법성 - 헌법과 형법목적의 관점으로 -”, 『法學論文集』 40(2)(2016): 247~277면; 신규하, “헌법상 양심적 병역거부권 논의”, 『법학연구』 24(3)(2016): 117~134면; 음선필, “종교적 신념을 이유로 한 병역거부와 대체복무”, 『신앙과 학문』 23(2)(2018): 149~183면; 장영수, “양심적 병역거부와 「병역법」 제88조 제1항 등의 합헌성 여부에 대한 검토”, 『헌법학연구』 21(3)(2015): 161~195면.

58) 김예영, “하급법원과 대법원, 헌법재판소의 관계에서 본 양심적 병역거부 문제”, 『사법』 138(2016): 215~262면; 문수현, “전후 서독의 양심적 병역거부에 대한 논의”, 『역사와 문화』 17(2009): 106~133면; 미우라 히로키, “정치적 갈등상황에서 공적 이성의 형성과 한계 : 양심적 병역거부 문제의 사례를 중심으로”, 『한국정치학회보』 43(4)(2009): 73~98면; 신운환, “양심적 병역거부”라는 용어의 적절성 여부 검토와 대체 용어의 모색에 관한 소고 — 행정법학의 차원에서, 국방인력의 확보에 미칠 영향을 고려하여 —, 『행정법연구』 46(2016): 389~415면; 이재승, “병역거부에 대한 반응양상”, 『법과사회』 32(2007): 263~284면; 이정환, “양심의 자유의 과잉금지원칙 적용여부”, 『중앙법학』 18(1)(2016): 139~172면; 이항우, “경합적 다원주의와 온라인 사회, 정치토론: ‘양심적 병역거부’ 찬반담론의 분석”, 『경제와 사회』 68(2005): 189~121면; 전영평·박원수·김선희, “소수자로서 ‘양심적 병역거부자’와 옹호집단간 정책갈등 분석”, 『한국행정논집』 20(4)(2008): 1209~1229면; 정경수, “국내법원의 국제인권법규 해석 - 「병역법」 위반 사건을 중심으로 -”, 『홍익법학』 16(1)(2015): 803~833면; 정대현, 권정은, “이산선택모형을 이용한 양심적 대체복무 선택을 추정”, *Journal of The Korean Data Analysis Society* 10(6)(2008): 3199~3210면.

59) Franciska Anqonett Coleman, “Minority Rights - Using Representation Reinforcement to Protect the Civil Liberties of Conscientious Objectors in Korea -”, 『법학논총』 29(4)(2012): 625~648면; 강승식, “양심의 자유의 제한과 그 한계”, 『원광법학』 29(3)(2013): 69~93면; 강현철, “헌법상 양심의 자유에 기초한 병역거부자에 대한 입법론적 고찰”, 『아주법학』 4(1)(2010): 29~60면; 김두식, “양심에 따른 병역거부 70년의 회고와 전망”, 『인권과 정의』 367(2007): 43~58면; 김명재, “양심의 자유와 병역의무 - 2004. 8. 26. 2002헌가1 결정에 대한 평석”, 『공

5. 여론

양심적 병역거부 허용 및 대체복무제 도입 여부에 대해 사회적인 여론이 긍정적이 라면 대체복무제라는 새로운 제도의 도입과 정착은 상당히 수월해질 것이다. 여기에 서는 주로 인용되는 여론조사들의 내용을 살펴봄으로써 여론 변화의 추이를 알아보고 자 한다. 살펴볼 여론조사는 2008년 진석용이 실시한 여론조사, 2011년 국방부의

법학연구』 8(3)(2007): 215~240면; 나달숙, “양심적 병역거부 해결방향”, 『법학연구』 24(2006): 1~36면; 나달숙, “양심적 병역거부와 대체복무 - 현재 2004.8.26면: 2002헌가1 결정을 중심으로”, 『인권과 정의』 359(2006): 133~174면; 나달숙, “양심적 병역거부의 국제적 논의와 현황”, 『토지공법연구』 41(2008): 453~479면; 나태중, “한국군에 있어서 병역의무 이행에 관한 철학적 논의와 병역정책의 발전”, 『한국동북아논총』 16(4)(2011): 149~170면; 류기환, “양심적 병역거 부에 대한 비범죄화 가능성”, 『법학연구』 52(2013): 209~227면; 문재태, “양심적 병역거부에 관 한 법적 검토 - 대체복무제도의 도입 방안을 중심으로 -”, 『법이론실무연구』 5(1)(2017): 177~203면; 박찬걸, “양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부”, 『한양법학』 23(2)(2012): 61~98면; 박찬운, “양심적 병역거부 - 국제인권법적 현황과 한국의 선택 -”, 『저스 티스』 141(2014): 5~30면; 박철, 정정균, 김진환, “「병역법」 제88조 제1항 위반에 따른 형사처 벌 타당성에 관한 연구”, 『융합보안 논문집』 17(4)(2017): 39~46면; 서창록, 유영수, “민주주의 국가의 인권 정치 : 한국과 스페인의 양심적 병역거부권 인정 문제를 중심으로”, 『국제정치논 총』 57(3)(2017): 355~388면; 신상준, 이상경, “‘양심의 자유’에 관한 헌법재판소 결정의 비판론 적 검토”, 『서울법학』 24(4)(2017): 163~200면; 오승철, “부작위에 의한 양심실현의 자유 — 양 심적 부작위는 거의 절대적으로 보호되어야 한다 —”, 『헌법학연구』 15(2)(2009): 301~333면; 윤영미, “양심의 자유의 내용과 제한”, 『인권과 정의』 345(2005): 53~66면; 윤영철, “「병역법」 제88조 제1항과 양심적 병역거부”, 『비교형사법연구』 6(2-1)(2004): 389~416면; 윤영철, “양심 적 병역거부에 대한 형사처벌의 형법적 문제점”, 『형사정책』 16(2)(2004): 93~120면; 이상명, “양심적 병역거부와 양심의 자유”, 『고려법학』 49(2007): 911~933면; 이수진, 문채규, “종교적 행위의 형사법적 허용범위”, 『비교형사법연구』 19(4)(2018): 109~135면; 이재승, “군인의 전쟁 거부권”, 『민주법학』 43(2010): 185~224면; 이재승, “자료: 양심적 병역거부를 처벌하는 「병역법」의 위헌심판사건 참고인 의견서”, 『민주법학』 45(2011): 297~332면; 임재성, “군사주의에 간 힌 헌법재판소: ‘국가안보’ 관련 헌법재판소 결정문에 대한 비판적 담론 분석”, 『민주법학』 51(2013): 13~49면; 임재성, “징병제 형성과정을 통해서 본 양심적 병역거부의 역사”, 『사회와 역사(구 한국사회사학회논문집)』 88(2010): 387~422면; 임재성, “평화운동으로서의 한국 양심 적 병역거부운동 연구”, 『민주주의와 인권』 10(3)(2010): 305~352면; 장복희, “양심적 병역거부 에 관한 국제사례와 양심의 자유”, 『헌법학연구』 12(5)(2006): 329~357면; 장복희, “양심적 병 역거부자의 인권 보호”, 『공법연구』 35(2)(2006): 237~265면; 정연주, “양심적 병역거부”, 『헌법 학연구』 18(3)(2012): 405~434면; 정연주, “헌재의 양심적 병역거부 결정에 대한 비판적 검토”, 『헌법재판연구』 5(1)(2018): 3~34면; 정인섭, “「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」과 군 장병 인권”, 『서울대학교 법학』 48(4)(2007): 35~62면; 채형복, “양심적 병역거부: 권리인가, 도 파인가 - 유럽의 사례를 중심으로 -”, 『법학논고』 40(2012): 1~34면; 하민경, “사회적 약자의 인권에 관한 대법원 판결과 사회 변화: 양심적 병역거부자와 성전환자의 인권을 중심으로”, 『법 과사회』 57(2018): 127~152면; 하승우, “시민불복종에 관한 정치철학적 고찰 : 법치주의와 시 민권리를 중심으로”, 『기억과 전망』 21(2009): 6~35면; 한인섭, “양심적 병역거부, 그 처벌의 위헌성”, 『법과정책』 21(3)(2015): 439~474면; 허완중, “양심적 병역거부 불인정의 위헌성을 확 인했을 때 적절한 헌법재판소 결정유형”, 『헌법재판연구』 5(1)(2018): 35~68면; 황우택, “A Study of Treatment of Minorities in the Military Service System”, 『법이론실무연구』 5(3)(2017): 129~162면.

여론조사, 2013년 한국갤럽의 여론조사, 2014년 여론조사, 2016년 한국 엠네스티의 여론조사 및 리얼미터의 여론조사, 2018년 두잇서베이의 여론조사이다. 아울러 2016년 서울지방변호사회에서 소속 회원을 대상으로 실시한 설문조사 결과도 함께 살펴본다.

가. 일반인 대상 여론조사

양심적 병역거부를 허용할지 여부와 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제를 도입할지 여부에 관해 일반 시민을 대상으로 한 여론조사는 지난 10여 년간 여러 차례 시행되었다. 아래에서는 국방부 연구용역과제의 일부로 또는 군 당국의 의뢰로 실시되었던 2008·2011·2014년 여론조사와 민간 의뢰로 실시되었던 2005·2013·2016·2018년 여론조사 결과를 각각 살펴본다.

1) 군 당국에 의한 여론조사

2008년 여론조사는, 진석용이 국방부 연구용역을 수행하면서 리서치앤리서치에 의뢰하여 2008년 11월 17일부터 21일까지 전국 만 19세 이상 남녀 2,003명을 대상으로 전화면접 방법으로 실시한 조사였다(표본오차 $\pm 2.19\%$, 신뢰수준 95%).⁶⁰⁾ 조사 결과 대체복무 허용에 찬성하는 의견이 28.96%이었고, 반대하는 의견이 68.15%였다. 그리고 대체복무 허용 기준에 관해서는, 응답자 중 45.7% 정도가 국민의 80% 이상이 대체복무제에 찬성할 때 대체복무제를 도입해야 한다고 응답하였다.

그리고 대체복무제 신청 시점에 관해서는, ‘입대 전에만 허용해야 한다’는 의견이 ‘현역 또는 예비군 복무 중에도 허용해야 한다’는 의견보다 매우 높았다(대체복무제 도입 찬성자 중 60.4%, 반대자 중 48.4%). 이와 같은 조사 결과에 관해서는 해당 설문에서 양심적 예비군거부를 단순히 양심적 병역거부의 신청 시기의 문제로만 다루었다는 점에서 설문 설계에 근본적인 오류가 있다는 비판이 제기되었다.⁶¹⁾ 왜냐하면 양심적 병역거부로 실형을 선고받고 복역한 사람들도 예비군으로 편성되어 있기 때문이다. 또한 현역 복무를 이미 완료한 후 양심상의 결정에 따라 예비군을 거부하는 경우도 있기에 이를 단순히 대체복무제 신청 시점이라는 틀로 다루기에는 적절하지

60) 진석용, 앞의 보고서(주 7), 106면.

61) 이광수, 앞의 책(주 7), 127-128면.

않다는 것이다.

2011년 국방부에서 실시한 여론조사에서는 대체복무제 도입에 찬성하는 응답은 43.5%, 반대하는 응답은 54.1%였다.⁶²⁾ 앞서 살펴본 2008년 조사결과와 비교하여, 2011년 조사에서는 대체복무제 도입 반대 의견 비율이 낮아졌고 찬성 의견 비율은 상당히 높아졌다.

2014년 여론조사는, 병무청이 리서치앤리서치에 의뢰하여 2014년 11월 4일부터 11월 11일까지 전국의 19세 이상 남녀 2,000명을 대상으로 전화면접 조사 방식으로 시행한 조사이다(표본오차 $\pm 2.2\%$, 95% 신뢰수준).⁶³⁾ 이 여론조사에서는 대체복무제 도입에 찬성하는 응답 비율이 38.7%, 반대하는 응답 비율이 58.3%로 나타났다.⁶⁴⁾ 찬성 응답률이 반대 응답률을 압도했던 2011년 병무청에 의한 여론조사 결과와 비교해서 2014년 병무청에 의한 여론조사 결과에서는 반대 응답률이 찬성 응답률을 상회하였다. 이 조사결과에 대해서는, 병무청이 설문지에서 “이들을 형사처벌 할 게 아니라 복무 난이도가 높은 사회복지시설에 근무하게 하는 등 소수자의 인권 보호를 이유로 대체복무 도입을 주장하고 있다”라고 설명하였기 때문에 반대 응답이 높았다고 비판이 제기되었다.⁶⁵⁾

2) 민간 여론조사

2005년 국가인권위원회가 한국갤럽에 의뢰하여 실시한 국민인권의식조사 결과, 일반인 응답자 총 1,263명 중 7.5%만이 양심적 병역거부에 대해서 허용적 태도를 보였다.⁶⁶⁾ 또한 응답자 중 36.7%는 양심적 병역거부자들을 현재와 같이 처벌해야 한다고 응답하였으며, 29.5%는 양심적 병역거부자들이 사회봉사기관 등에서 대체복무를 할 수 있도록 해야 한다고 응답하였다.⁶⁷⁾

2013년 여론조사는, 한국갤럽이 2013년 11월 전국 만 19세 이상 남녀 1,211명을

62) 대한변호사협회, 『양심적 병역거부와 대체복무제도 도입의 필요성』(토론회 자료집, 2014), 140면 (당시 국방부 법무관리관이었던 임천영의 지정토론문).

63) 병무청, “입영 및 집총거부자 국민여론조사 결과 보고서”(2014. 11.).

64) 병무청, “입영 및 집총거부자 국민여론조사 결과 보고서”(2014. 11.), 19면 참조.

65) 이광수, 앞의 책(주 7), 133면; 대한변호사협회, 앞의 자료(주 60), 131면(당시 국회의원이었던 진성준의 지정토론문).

66) 국가인권위원회, 『2005년 국민인권의식조사 총괄보고서(I)』(2006), 38면.

67) 국가인권위원회, 앞의 보고서(주 66), 38면.

대상으로 전화면접 방식으로 이루어진 조사이다(표본조사 $\pm 2.8\%$, 95% 신뢰수준, 응답률 15%).⁶⁸⁾ 이 조사에서는 양심적 병역거부를 이해할 수 없다는 응답이 76%이었고, 이해할 수 있다는 응답이 21%였다. 특히, 50대 이상의 연령층에서 이해할 수 없다는 응답 비율이 높았다(50대 89%, 60세 이상 87%). 반면에 30대에서는 이해할 수 있다는 응답 비율이 상대적으로 높았다(36%). 2013년 여론조사에서는 대체복무제 도입에 찬성하는 응답 비율(68%)이 반대 응답 비율(26%)을 크게 추월하였다. 찬성 응답 비율은 20대에서 59%로 가장 낮았지만, 30대부터 50대까지는 70~73%로 높았다. 특히, 양심적 병역거부를 이해할 수 없다는 응답자 923명 중 63%가 대체복무제 도입에 찬성하였다. 대체복무제 기간과 관련하여 대체복무기간이 현역복무기간보다 길어야 한다는 응답 비율이 62%, 양자가 동일해야 한다는 응답 비율이 31%로 나타났다.

그리고 대체복무기간이 현역복무기간보다 얼마나 길어야 하는가에 관한 질문에 대해서는 대체복무기간이 현역복무기간보다 길어야 한다는 응답자(616명) 중 41%가 '1년 미만', 30%가 '1~2년 미만', 23%가 '2년 이상'을 선택하였다. 설문조사 당시 현역복무기간(육군 24개월, 해군 26개월, 공군 28개월)을 고려한다면 응답자 대부분이 대체복무기간이 현역복무기간의 2배를 넘지 않는 것이 적절하다고 보았다.⁶⁹⁾

2016년에는 민간에서 여론조사가 여러 차례 이루어졌다. 우선 국가인권위원회의 '2016년 국민인권인식조사'에서는 응답자(총 1,504명)의 46.1%가 양심적 병역거부를 허용 가능하다고 답변하였다.⁷⁰⁾ 한편 2016년 국제엠네스티 한국지부도 한국갤럽에 의뢰하여 2016년 4월 19일부터 21일까지 전국 만 19세 이상 성인 남녀 1,004명을 대상으로 여론조사를 실시하였다(표본오차 $\pm 3.1\%$, 95% 신뢰수준, 응답률 20%). 이 조사에서는 양심적 병역거부를 이해할 수 없다는 응답이 72%인 반면, 대체복무 도입에 찬성하는 응답이 70%로 나타났다.⁷¹⁾

반면에 CBS '김현정의 뉴스쇼'의 의뢰로 리얼미터가 2016년 10월 19일 전국 만

68) 이하 조사 결과에 관해서는 한국갤럽, "양심적 병역거부와 대체복무제 도입에 대한 여론조사"(2013. 11. 19.)(<https://www.gallup.co.kr/gallupdb/reportContent.asp?seqNo=493>, 최종접속일 2019. 6. 15.)에서 발췌하였다.

69) 이광수, 앞의 책(주 7), 132면.

70) 구정우·김선웅·김두년·유성상·정병은·신인철, 『2016년 국민인권인식조사』(국가인권위원회 연구용역보고서, 2016), 97면.

71) 국제엠네스티 한국지부, "양심적 병역거부자 대체복무 허용 찬성 의견 70%로 나타나"(2016. 5. 10.자 보도자료)(<https://amnesty.or.kr/12873/>, 최종접속일 2019. 6. 15.).

19세 이상 성인 525명을 대상으로 전화면접(14%), 스마트폰 앱(39%), 유선(21%) 병행 임의전화걸기 및 임의 스마트폰 알림 방식으로 양심적 병역거부 및 대체복무제에 대한 국민여론을 조사한 결과(응답률 7.3%, 표본오차 95% 신뢰수준에서 $\pm 4.3\%$)에서는 ‘반대한다’는 의견이 53.6%(매우 반대 25.7%, 반대하는 편 27.9%)로, ‘찬성한다’는 의견 29.4%(매우 찬성 7.2%, 찬성하는 편 22.2%)보다 2배가량 높았다.⁷²⁾

두잇서베이는 2018년 6월 28일 헌법재판소 결정이 나온 직후인 7월 11일부터 7월 19일까지 전국 14~99세 사이의 남녀 3,370명을 대상으로 설문조사를 실시하였다(표본오차 95%, 신뢰수준 $\pm 1.69\%$).⁷³⁾ 전체적으로 부정적인 입장이 주류를 형성하고 있는 것으로 파악된다.

나. 법률가 대상 여론조사

서울지방법변호사회는 2016년 6월 17일부터 7월 2일까지 소속 회원들을 대상으로 양심적 병역거부와 대체복무제에 관한 설문조사를 실시하여 1,297명이 응답하였다.⁷⁴⁾ 이 설문조사는 양심적 병역거부와 대체복무제에 관해서 법률전문가를 대상으로 실시한 최초의 설문조사라고 할 수 있다.⁷⁵⁾ 주요 조사 결과는 다음과 같다.

양심적 병역거부의 자유가 헌법상 양심의 자유에 포함된다고 본다는 응답이 74.3%, 아니라는 응답이 23.1%, 양심적 병역거부가 권리로 인정되어야 한다는 응답이 66.2%, 아니라는 응답이 30.1%, 대체복무를 허용하지 않는 병역의무 요구는 위헌이라는 응답이 63.4%, 아니라는 응답이 32.5%, 대체복무제 도입 찬성 의견이 80.5%, 반대여견이 17.7%로 각각 나타났다.⁷⁶⁾

72) 리얼미터, “‘양심적 병역거부’ 대체복무제, 찬성 29.4% vs 반대 53.6%”(2016. 10. 20.)(<http://bitly.kr/bzpRZDd>, 최종접속일 2019. 6. 15.).

73) 두잇서베이, “양심적 병역거부, 어떻게 생각하십니까?”(2018. 7. 20.)(<https://dooit.tistory.com/486>, 최종접속일 2019. 6. 15.).

74) 박수연, “서울지방법변호사회, ‘양심적 병역거부 무죄 판결 환영’ 성명”, 『법률신문』 2016. 10. 20. 자 기사(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=103968&page=1>, 최종접속일 2019. 6. 15.).

75) 참고로 2008년 서울대학교 사회과학연구원에서 법률가를 포함한 전문가를 대상으로 실시한 ‘대체복무제도에 대한 전문가 의식조사’ 결과, 응답자(총 554명)의 85.5%가 대체복무제 도입에 찬성하였다. 자세한 조사 결과는, 김세균·공석기·임재성, “양심적 병역거부자, 어떻게 할 것인가?: ‘대체복무제도에 대한 전문가 의식조사’를 중심으로”, 『한국사회과학』 30(1)(2008): 3-43면 참조. 조사대상자는 총 554명으로 국회의원, 교수, 언론인, 종교인, 변호사 등이었다.

대체복무제 도입 찬성에 응답한 이들은 합숙방식(54.5%)을 출퇴근방식(45.0%)보다 긍정적으로 보았다. 대체복무 복무 기간은 현역병 복무 기간의 1.5배 초과 2배 이하로 해야 한다(46.6%), 현역병 복무 기간의 1.5배 이하로 해야 한다(19.1%), 현역병 복무 기간과 동일하게 해야 한다(9.6%)는 순으로 나타났다.⁷⁷⁾

다. 정리

지금까지 살펴본 양심적 병역거부와 대체복무제 도입 관련 여론조사 결과는 조사의 시기, 주제, 내용에 따라 상당한 차이를 보인다. 일반인들 입장에서 평상시 양심적 병역거부나 대체복무제에 대해서 깊이 생각해보지 않기 때문에 관련 여론조사에서 설문 방식에 따라 응답이 크게 달라질 수 있다. 따라서 이처럼 일관되지 않은 여론조사 결과를 근거로 대체복무제를 설계하려는 접근은 경계해야 한다.⁷⁸⁾

다만, 동일한 주제가 시기별로 실시하였던 여론조사 결과를 살펴보면 여론의 변화 추이를 읽을 수 있다. 예를 들어, 국가인권위원회의 국민인권인식조사 결과에 따르면, 양심적 병역거부가 허용될 수 있다는 응답률이 2005년 의식조사(응답자 총 1,263명)에서는 7.5%에 불과했지만 2016년 의식조사(응답자 총 1,504명)에서는 46.1%에 이르렀다. 또한 한국갤럽이 실시한 인식조사 결과에 따르면, 2013년 인식조사(응답자 총 1,211명)에서는 대체복무 도입을 찬성하는 응답률이 68%이었고 2016년 인식조사(응답자 총 1,004명)에서는 대체복무 도입을 찬성하는 응답률이 70%이었다. 이와 같은 여론의 전향적 변화는 우리 사회가 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제를 도입할 수 있는 여건이 마련되고 있다는 간접적인 증거라고 할 수 있다.

76) 이광수, 앞의 책(주 7), 137면.

77) 이광수, 앞의 책(주 7), 137면.

78) 임재성, “소수자문제를 국민여론조사로 똑딱? 꼭 젊은이들을 감옥에 보내야겠습니까”, 『오마이뉴스』, 2008. 12. 24.자 기사(http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?cntn_cd=A0001037731, 최종접속일 2019. 6. 19.).

제3절 양심적 병역거부 허용 여부에 관한 국제적 논의 동향

이 절에서는 양심적 병역거부 및 대체복무제 인정 여부에 관한 국제적 동향을 알아 보고, 양심적 병역거부권의 국제법적 근거와 이에 대한 주요 국제인권기구의 견해를 살펴본다.⁷⁹⁾

1. 양심적 병역거부 인정 현황

유엔인권사무소(Office of the UN High Commissioner for Human Rights)가 2013년 6월 3일 배포한 「양심적 병역거부 유엔인권사무소의 분석 보고서」에 따르면, 전 세계에서 양심적 병역거부를 이유로 수감된 723명 중 92.5%(669명)가 대한민국 교도소에 수감되어 있다고 한다.⁸⁰⁾ 또한 유엔인권사무소는 2017년 5월 1일 배포한 또 다른 분석 보고서에서 양심적 병역거부권의 보편적 권리성을 재확인하고, 유엔인권이사회가 “양심적 병역거부 신청을 승인하지 않는 당사국에게 독립적이고 공평한 의사결정기관을 마련하여 각 신청자의 양심적 병역거부 의사가 진지한 것인지 판단하도록 요청”하였음을 확인하였고, 대한민국 제4차 국가보고서에 대한 최종견해에서 자유권규약위원회가 밝힌 우려 및 권고 사항을 재확인하였다.⁸¹⁾

상당수의 국가들이 징병제를 실시하면서 양심적 병역거부를 허용한다.⁸²⁾ 유엔 회원국 193개국 중 105개국이 징병제를 시행 중이거나 시행했었다. 이 중 57개국이 징병제를 시행하면서 헌법 또는 법률을 근거로 양심적 병역거부를 허용하고 있거나 허용했었다(28개국은 현재 모병제로 전환하였지만 징병제 시행 당시 양심적 병역거부 인정). 그리고 12개국은 병역거부권이 명문화된 국제조약을 비준하였거나 사법적 판단 또는 행정적 관행을 근거로 병역거부권을 인정하고 있다.

79) ‘양심적 병역거부 허용 여부에 관한 국제적 논의 동향’의 내용은 본 연구의 연구책임자가 작성한 강태경, 앞의 논문(주 7), 31-42면을 활용하였음을 밝혀둔다.

80) HRC, *Analytical report on conscientious objection to military service : Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 3 June 2013, A/HRC/23/22 (<http://www.refworld.org/docid/51b5c73c4.html>, 최종접속일 2019. 6. 21.); 강태경, 앞의 논문(주 7), 32면.

81) HRC, *Conscientious objection to military service*, 1 May 2017, A/HRC/35/4 (<http://www.refworld.org/docid/593a68534.html>, 최종접속일 2019. 6. 21.); 강태경, 앞의 논문(주 7), 32면.

82) 이하의 설명은 국제앰네스티, “감옥이 되어버린 삶: 한국의 양심에 따른 병역거부자”(2015), 26-27면; 강태경, 앞의 논문(주 7), 32면을 참조.

〈표 2-3-1〉 각국의 양심적 병역거부(권) 인정 현황

구분			해당 국가
징병제 시행 및 시행 경험 국가 (105개국)	양심적 병역거부(권) 인정 (69개국)	헌법·법률상 인정(57개국)	[현재 징병제 운영 중인 국가] 앙골라, 호주, 아르메니아, 아제르바이잔, 벨라루스, 보스니아-헤르체고비나, 브라질, 카보베르데, 키프로스, 에콰도르, 에스토니아, 덴마크, 핀란드, 조지아, 그리스, 과테말라, 키르기스스탄, 마셜제도, 몽골, 모잠비크, 몰도바, 노르웨이, 파라과이, 러시아연방, 스위스, 마케도니아, 우크라이나, 우루과이, 우즈베키스탄 (29개국) [징병 중단 국가] 알바니아, 아르헨티나, 오스트리아, 벨기에, 불가리아, 크로아티아, 체코, 슬로베니아, 프랑스, 헝가리, 이탈리아, 라트비아, 리투아니아, 룩셈부르크, 몬테네그로, 네덜란드, 폴란드, 포르투갈, 루마니아, 세르비아, 스페인, 스웨덴, 슬로바키아, 영국, 미국, 독일 뉴질랜드, 캐나다 (28개국)
		사법적·관행적 인정(12개국)	볼리비아, 콜롬비아, 코스타리카, 도미니카공화국, 온두라스, 아일랜드, 이스라엘, 몰타, 멕시코, 니카라과, 파나마, 산마리노
	양심적 병역거부 부정 (36개국)		[현재 징병제 운영 중인 국가] 알제리, 배냉, 칠레, 쿠바, 북한, 이집트, 에리트레아, 적도기니, 기니, 기니비사우, 이란, 카자흐스탄, 마다가스카르, 말리, 모로코, 대한민국 , 세네갈, 싱가포르, 수단, 시리아, 타지키스탄, 태국, 토고, 튀니지, 터키, 투르크메니스탄, 베네수엘라, 베트남, 예멘 (35개국) [징병 중단 국가] 중국 (1개국)
모병제 국가 (67개국)			아프가니스탄, 안티가바부다, 바하마, 바레인, 방글레데시, 바베이도스, 벨리즈, 부탄, 보츠와나, 브루나이, 부르키나파소, 브룬디, 카메룬, 중앙아프리카공화국, 차드, 코모로, 콩고, 콩고민주공화국, 지부티, 엘살바도르, 에티오피아, 피지, 가봉, 감비아, 가나, 가이아나, 인도, 이라크, 자메이카, 일본, 요르단, 케냐, 쿠웨이트, 레바논, 레소토, 라이베리아, 리비아, 말라위, 말레이시아, 말리, 미얀마, 나미비아, 네팔, 니제르, 나이지리아, 오만, 파키스탄, 파푸아뉴기니, 필리핀, 카타르, 르완다, 사우디아라비아, 세이셸, 시에라리온, 소말리아, 남아프리카공화국, 남수단, 스리랑카, 수리남, 스와질란드, 동티모르, 트리니다드토바고, 우간다, 아랍에미리트, 탄자니아, 잠비아, 짐바브웨
군대 미보유 국가 (21개국)			안도라, 도미니카 연방, 그레나다, 아이티, 아이슬란드, 키리바티, 리히텐슈타인, 몰디브, 모리셔스, 마이크로네시아, 모나코, 나우루, 팔라우, 사모아, 솔로몬 제도, 세인트키츠 네비스, 세인트루시아, 세인트빈센트 그레나딘, 통가, 투발루, 바누아투

*출처: 국제엠네스티, “감옥이 되어버린 삶: 한국의 양심에 따른 병역거부자”(2015), 26-27면.

반면에 2017년 7월 기준으로 징병제 시행 국가 중 대한민국을 포함하여 36개국은 양심적 병역거부를 인정하지 않았다.⁸³⁾ 특히, 대한민국에서는 2000년 이후 가장 많은 수의 양심적 병역거부자가 형사처벌 되었다. 2000년부터 2014년 9월까지 국가별 양심적 병역거부자 수감자 수에 대한 국제앰네스티 조사에 따르면, 대한민국에서는 해당 기간 약 10,000명의 양심적 병역거부자들이 수감되었다. 이와 같은 대한민국의 실정은 같은 기간 알제리와 이집트에서는 각 1명, 터키에서는 13명, 에리트레아에서는 16명, 투르크메니스탄에서는 37명, 싱가포르에서는 52명이 양심적 병역거부로 수감되었던 것과 대조적이다.

양심적 병역거부자 인정제도 운용에 관한 국제적인 기준을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 유엔인권위원회(현 유엔인권이사회), 유엔자유권규약위원회, 유럽평의회, 유럽연합의회 등의 해석에 따르면, 양심형성의 동기는 “종교적 윤리적·인도적 혹은 이와 유사한 동기”를 모두 포함하고, “거부자의 신념의 성질에 따른 차별을 하지 말 것”이 강조된다.

둘째, 병역거부자 지위 신청 기한에 관해서는 복무 전 양심적 병역거부뿐만 아니라 복무 중 양심적 병역거부도 인정하는 경우가 상당하다. 징병제 하에서 현역 또는 예비군 복무 중 병역거부를 인정한 국가들로는 독일, 스위스, 덴마크, 스웨덴, 핀란드, 오스트리아, 아르헨티나, 브라질 등을 들 수 있다.⁸⁴⁾ 유엔인권위원회는 1998년 결의 제77호⁸⁵⁾에서 군복무 중인 사람도 양심적 병역거부를 할 수 있음을 밝혔다. 유럽평의회도 2001년에 채택한 결의 제1518호⁸⁶⁾에서 병역의무자에게 병역의무의 이행 전후를 막론하고 언제든지 양심적 병역거부자로서 등록 할 권리를 인정하고 직업군인에게도 양심적 병역거부자 지위를 신청할 권리를 부여할 것을 촉구하였다. 한편 양심적 예비군거부에 관해서 키르기스공화국 헌법재판부(The Constitutional Chamber of the Supreme Court of the Kyrgyz Republic)는 대체복무자가 복무를 이행한 후 예비군에

83) 아래 조사 결과는 국제앰네스티, 앞의 자료(주 82), 26-27면 참조.

84) 국제앰네스티 한국지부·민주사회를위한변호사모임·전쟁없는세상·참여연대, “합리적 대체복무제 도입을 위한 시민사회 제안”(2017. 7. 7.), 3면.

85) CHR, *Conscientious objection to military service*, 22 April 1998, E/CN.4/RES/1998/77 (<http://www.refworld.org/docid/3b00f0be10.htm>, 최종접속일 2019. 5. 22.).

86) PACE, *Exercise of the right of conscientious objection to military service in Council of Europe member states*, Recommendation 1518 (2001) (<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/fXref-DocDetails-en.asp?FileID=16909&lang=en>, 최종접속일 2019. 6. 19.).

편성된다고 규정한 키르기스 「병역법」 제32조 제7항은 키르기스 헌법에서 보장한 양심적 병역거부권과 모순된다고 판단하였다.⁸⁷⁾

2. 국제인권기구의 견해

가. 양심적 병역거부권의 국제법적 근거

구 유엔인권위원회(현 유엔인권이사회)와 유엔자유권규약위원회 등은 ‘세계인권선언’(Universal Declaration of Human Rights, 1948) 제18조⁸⁸⁾와 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(International Covenant on Civil and Political Rights, 1966) 제18조⁸⁹⁾의 해석에 근거하여 양심적 병역거부가 양심의 자유를 실현으로서 보장되어야 함을 지속적으로 확인해왔다.⁹⁰⁾ 한편 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)도 2011년 *Bayatyan v. Armenia* 사건⁹¹⁾ 판결에서 양심적 병역거부가 ‘유럽인권협약’(European Convention on Human Rights) 제9조⁹²⁾에서 보장하는 양심의

87) The Constitutional Chamber of the Supreme Court of the Kyrgyz Republic, Decision of 19 November 2013 (<http://constpalata.kg/wp-content/uploads/2013/11/zapros-sudej-resh.-19.11.2013.pdf>, 최종접속일 2019. 5. 22.); 김영식, “국제인권법의 시각에서 바라본 양심적 병역거부와 법원의 실무에 관한 검토”, 『양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성』(대한변호사협회 인권위원회·법원 국제인권법연구회 공동학술대회 자료집, 2014. 12. 20.), 49-50면.

88) 「세계인권선언」 제18조

모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이 권리는 자신의 종교 또는 신념을 바꿀 자유와 교리, 전례, 예배, 의식에 있어서 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적으로 또는 사적으로 자신의 종교나 신념을 표현할 수 있는 자유를 포함한다.

89) 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제18조

(1) 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표현할 자유를 포함한다.

(2) 어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다.

(3) 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는, 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.

(4) 이 규약의 당사국은 부모 또는 경우에 따라 법정 후견인이 그들의 신념에 따라 자녀의 종교적, 도덕적 교육을 확보할 자유를 존중할 것을 약속한다.

90) 장복희, “양심적 병역거부에 관한 국제인권법”, 『양심적 병역거부와 대체복무제』, 한인섭·이재승 편(경인문화사, 2013), 354-357면; 강태경, 앞의 논문(주 7), 33-34면.

91) ECtHR, *Bayatyan v. Armenia*, Application No. 23459/03, Judgement of 7 July 2011 (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105611>, 최종접속일 2019. 6. 21.).

92) 「유럽인권협약」 제9조

(1) 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이 권리는 자신의 종교

자유를 실현하는 것이라고 확인하였다.

양심적 병역거부권의 '명문화된' 근거 규정으로는 '유럽연합 기본권 헌장'(Charter of Fundamental Rights of the European Union)⁹³⁾ 제10조 제2항을 들 수 있다. 동조 동항은 "양심적 병역거부권은 인정되며, 그 권리의 행사는 각국의 국내법에 따른다." 라고 함으로써 양심적 병역거부권을 명시적으로 규정하고 있다.

나. 유엔자유권규약위원회

유엔 시민적 및 정치적 권리 위원회(UN Human Rights Committee)(이하, '자유권 규약위원회'라 함)는 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)'(이하, '자유권규약'이라 함) 제18조에 근거하여 양심적 병역거부에 대한 선언이 개인의 종교나 신념의 표현으로서 정당화된다는 입장을 확고하게 유지하고 있다.⁹⁴⁾ 1993년 자유권규약 제18조에 관한 일반논평 제22호⁹⁵⁾에서 자유권규약위원회는 다음과 같이 양심적 병역거부권이 자유권규약 제18조에서 파생된다고 판단하고 자유권규약 당사국들은 양심적 병역거부자를 처벌해서는 안 된다는 견해를 밝힌 바 있다.

11. 많은 이들이 병역 이행 거부권(양심적 병역거부권)이 제18조 하의 자유로부터 비롯된다는 근거로 주장해 왔다. 그러한 요구에 부응하여, 진정으로 병역 이행을 금지하는 종교나 여타 신앙을 가진 시민들에게 병역의무를 면제하는 대신 공공 서비스 복무로 대체하는 법을 마련하는 국가들이 늘어났다. 동 규약은 양심적 병역거부권을 명확히 언급하고 있지 않지만, 본 위원회는 살상용 무기를 사용해야 할 의무는 양심의 자유와 종교나 신앙을 공표할 할 권리와 심각한 충돌을 일으킬 수 있으므로, 그러한

또는 신념을 바꿀 자유와 교리, 전례, 예배, 의식에 있어서 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적으로 또는 사적으로 자신의 종교나 신념을 표현할 수 있는 자유를 포함한다.

(2) 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 또는 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한 받을 수 있다.

93) 유럽연합 기본권 헌장은, 유럽연합 27개 회원국 정상들이 합의하고 각국의 비준을 거쳐 2009년 12월 1일 발효된 '리스본 조약'(Treaty of Lisbon)으로 회원국들에 법적 구속력을 가지게 되었다(강태경, 앞의 논문(주 7), 34면).

94) 장복희, 앞의 논문(주 90), 355-356면; 강태경, 앞의 논문(주 7), 34면.

95) HRC, *CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, 30 July 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, <http://www.refworld.org/docid/453883fb22.html>, 최종 접속일 2019. 6. 21.).

권리가 제18조에서 파생될 수 있다고 믿는다. 이 권리가 법률이나 관행으로 인정될 경우, 특정 신앙의 성격에 근거한 양심적 병역거부자에 대한 차별이 있어서는 안 된다. 마찬가지로, 군복무를 하지 않았다는 이유로 양심적 병역거부자들을 차별하는 행위 역시 있어서는 안 된다. 본 위원회는 제18조 하의 권리에 의해 군복무를 면제받을 수 있는 조건과 대체 공공 복무의 성격 및 기간에 대해 보고할 것을 당사국들에 요청하는 바이다.⁹⁶⁾

2007년 자유권규약 제14조에 관한 일반논평 제32호⁹⁷⁾에서 자유권규약위원회는 양심적 병역거부자에 대한 ‘반복적인 처벌’이 자유권규약 제14조 제7항에 위배된다는 의견을 표명하였다.

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제14조 제7항은 … 일사부재리(*ne bis in idem*) 원칙을 체화한 것이다. … 군복무에 대한 거듭된 소집명령(*renewed order*)에 응하지 않았다는 이유로 양심적 병역거부자를 반복적으로 처벌하는 것(*repeated punishment*)은 후속적인 거부(*subsequent refusal*)가 양심에 근거한 동일한 항구적인 결정(*the same constant resolve*)에 의한 것이라면 동일한 행위에 대한 처벌에 해당한다.⁹⁸⁾

자유권규약위원회는 대한민국의 양심적 병역거부자들이 위원회에 제기한 개인청원에 대한 결정에서 대한민국 정부가 양심적 병역거부자들을 처벌하는 것은 자유권규약 제18조에 보장된 권리를 침해하는 것이라고 밝혔다. 2007년 윤여범·최명진에 대한 결정⁹⁹⁾은 자유권규약위원회의 이러한 입장을 최초로 밝힌 결정이었다. 다음 표에서 알 수 있듯이 자유권규약위원회는 이후 동일한 취지의 결정을 내려왔다.

96) 국가인권위원회의 일반논평 제22호 번역본(<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?&boardtypeid=7039¤tpage=2&menuid=001003007002&pagesize=10&searchcategory=%EC%9E%90%EC%9C%A0%EA%B6%8C%EA%B7%9C%EC%95%BD&boardid=7601991>, 최종접속일 2019. 6. 5.).

97) HRC, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32(<http://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html>, 최종접속일 2019. 6. 21.).

98) 번역은 강태경, 앞의 논문(주 7), 35면 참조.

99) *Yeo-Bum Yoon and Myung-Jin Choi v. Republic of Korea*, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, UN Human Rights Committee (HRC), 23 January 2007.

〈표 2-3-2〉 자유권규약위원회 견해 정리

사건 번호*	채택일	진정인	간단한 사건 개요	견해 및 권고
CCPR/C/112/D/2179/2012	2014. 10. 15.	김영관 등 50인	50명의 진정인 모두는 여호와 의 증인으로, 그들의 종교적 신념에 따라 군복무를 위한 입영을 거부하였다는 이유로 1년 6개월의 징역형을 선고받았다. 진정인들은 당사국이 자신들의 양심적 병역거부권을 인정하지 않고 징역형을 선고한 것은 규약 제18조 제1항의 위반에 해당하고 자의적 구금을 금지하고 그에 대한 배상을 청구할 권리를 보장하는 규약 제9조를 당사국이 위반한 것이라고 주장한다.	진정인들에 대한 이후의 유죄판결 및 형의 선고는 그들의 양심의 자유를 침해한 것으로 자유권규약 제18조 제1항을 위반한 것 이라고 위원회는 간주한다. 규약 제18조에 규정된 종교와 양심의 자유의 합법적인 행사를 처벌하는 구금도 자의적인 것 이다. 따라서 위원회는 각 진정인에 대하여 규약 제9조 제1항 역시 위반된 사실 이 있다고 본다. 자유권규약 제2조 제3항 제(a)호에 따라, 당사국은 진정인들에게 그들의 전과기록을 말소하고 적절한 배상을 할 의무를 포함하여 효과적인 구제조치를 제공할 의무 가 있다. 당사국은 향후 유사한 자유권규약 위반을 회피할 의무가 있으며, 여기에는 양심적 병역거부권을 보장하는 법률을 제정 하는 것이 포함된다.
CCPR/C/106/D/1786/2008 (1건)	2012. 10. 25.	김종남 등 388명	진정인들은 모두 여호와 의 증인으로 종교적 신념에 따라 의무복무를 거부하여 18개월 징역형을 선고받았다. 진정인들은 의무복무에 대한 대체수단이 당사국에 없는 것이 자유권규약 제18조 제1항에 기한 자신들의 권리를 침해한다고 주장했다.	위원회는 진정인들 전부에 대하여 당사국이 자유권규약 제18조 제1항을 위반하였다 는 결론을 내린다. 당사국은 범죄기록 말소, 적절한 보상을 포함한 효과적인 구제조치를 진정인들에게 제공할 의무가 있으며, 양심적 병역거부권을 보장하는 법 채택 등 향후 유사한 규약위반을 방지할 책임이 있다.
CCPR/C/101/D/1642-1741/2007 (100건)	2011. 4. 28.	정민규 등 100명	100명의 진정인 모두는 여호와 의 증인으로, 그들의 종교적 신념에 따라 군복무를 위한 입영을 거부하였다는 이유로 1년 6개월의 징역형을 선고받았다. 진정인들은 의무복무제에 대한 대체수단이 당사국 내에 없다는 점이 자유권규약 제18조 제1항에 의한 자신들의 권리를 침해한다고 주장했다.	위원회는 진정인들이 의무적 군복무를 위한 징집을 거부한 것은 진심으로 신봉하는 점에서 다툼이 없는 그들의 종교적 신념에서 비롯된 것이고, 진정인들에 대한 이후의 유죄판결 및 형의 선고는 그들의 양심의 자유를 침해한 것으로 자유권규약 제18조 제1항을 위반한 것 이라고 간주한다. 이들에 대한 의무적 군복무를 위한 징집거부에 대한 제재는 자유권규약 제18조 제1항에 저촉된다. 당사국은 진정인들에게 그 범죄기록의 말소 및 적절한 보상을 포함한 효과적인 구제조치를 제공할 의무가 있다. 또한 양심적 병역거부의 권리를 보장하는 입법적 조치의 채택이 필요하다.
CCPR/C/98/D/1593-1603/2007 (11건)	2010. 4. 30.	정의민 등 11명	진정인들은 종교적 이유로 군복무를 위한 입영을 거부하여 1년 6개월의 징역형을 선고받았다. 진정인들은 형사기소 및 구금의 고통하에서 의무복무제에 대한 대체수단이 당사	위원회는, 의무적 군복무를 위해 징집되는 것에 대한 진정인들의 거부는 논쟁의 여지가 없이 진정하게 유지된 그들의 종교적 신념의 직접적 표현이었다는 점과 진정인들에 대한 그 후의 유죄판결 및 형의 선고는 그들의 양심의 자유에 대한 침해이자

사건 번호*	채택일	진정인	간단한 사건 개요	견해 및 권고
			국 내에 없다는 점이 자유권 규약 제18조 제1항에 의한 자신들의 권리를 침해한다고 주장했다.	그들의 종교나 신념을 표현할 능력에 대한 제한에 해당했다 는 점에 주목한다. 위원회는 당사국이 자유권규약 제18조 제1항을 위반했다고 판단한다. 당사국은 진정인들에게 보상을 포함한 효과적인 구제조치를 제공할 의무가 있고, 향후 유사한 자유권규약 위반을 회피할 의무가 있다.
CCPR/C/88/D/1321-1322/2004 (2건)	2007. 1. 23.	윤여범, 최명진	진정인 윤여범과 최명진은 여호와의 증인 으로, 그들의 종교적 신념에 따라 군복무를 위한 입영을 거부하였다는 이유로 1년 6개월의 징역형을 선고받았다. 진정인들은 의무복무제에 대한 대체수단이 당사국내에 없다는 점이 자유권규약 제18조 제1항에 의한 자신들의 권리를 침해한다고 주장했다.	위원회는 당사국이 본건에서 규약 제18조 제3항 의미 내에서 문제되는 제한이 꼭 필요한지 여부를 입증하지 않은 점 에 주목하여, 각 진정인에 대하여 당사국의 규약 제18조 제1항 위반이라는 견해를 밝힌다. 당사국은 진정인들에게 적절한 보상을 포함한 효과적인 구제를 할 의무가 있다. 당사국은 유사한 위반이 장래에도 발생하지 않도록 보장할 의무가 있다.

출처: 공익법센터어필, “개인진정절차 사건 사실관계 및 견해 요약”, 『한국 인권상황 정기검토(2012) 모니터링 블로그』, 2012. 1. 27자 게시물(<https://upr2012.tistory.com/75>, 최종접속일 2019. 6. 15., 강조는 저자 추가)

특히, 2011년 정민규 등 100인에 대한 결정¹⁰⁰⁾에서 자유권규약위원회는 “양심적 병역거부권은 사상의 자유, 양심의 자유, 종교의 자유로부터 도출된다. 누구든지 자신의 양심 또는 신앙과 조화되지 않는 경우 군복무의 면제를 요청할 권리가 있다. 그러한 권리는 강제에 의하여 침해되어서는 안 된다.”라고 밝힘으로써 ‘제한의 필요성’, 즉 과잉금지의 원칙 위반 여부에 대한 검토 없이 곧바로 대한민국의 규약 위반을 선언함으로써 양심적 병역거부권을 명확하게 확인하였다. 또한 2014년 김영관 등 50인에 대한 결정¹⁰¹⁾에서 자유권규약위원회는 양심적 병역거부자에게 징역형을 선고하는 것은 자유권규약 제18조 제1항에서 보호하는 양심의 자유를 침해하는 것이며, 합법적인 양심의 자유 실현을 처벌하는 것으로서 자유권규약 제9조 제1항이 금지하고 있는 ‘자의적 구금’에 해당한다고 판단하였다.

자유권규약위원회는 2015. 11. 3. 개최한 제3226차 회의(CCPR/C/SR.3226)에서 대한민국 제4차 국가보고서에 대한 최종견해(CCPR/C/KOR/CO4)를 채택하면서, 대

100) *Min-Kyu Jeong et al. v. The Republic of Korea*, CCPR/C/101/D/1642-1741/2007, UN Human Rights Committee (HRC), 27 April 2011.

101) *Young-kwan Kim et al. v. the Republic of Korea*, CCPR/C/112/D/2179/2012, UN Human Rights Committee (HRC), 15 October 2014.

한국에서 양심적 병역거부자들이 지속적으로 형사처벌 되고 그 신상정보가 온라인에 공개되는 데 우려를 표하고, '병역을 면제받을 권리'를 행사한 이유로 복역 중인 병역거부자들을 즉시 석방하고 이들의 전과기록 말소하고 이들에게 적절하게 배상할 것을 대한민국 정부에 권고하였고, 아울러 양심적 병역거부권을 인정하고 민간 성격의 대체복무제를 도입할 것도 권고하였다.¹⁰²⁾

다. 유엔인권이사회

구 유엔인권위원회(UN Human Rights Council, 현 유엔인권이사회)는 결의를 통해서 양심적 병역거부권이 국제인권규범상 인정된다는 점을 여러 차례 확인하고, 양심적 병역거부를 인정하지 않는 국가들에 대해서 양심적 병역거부권 행사를 보장할 수 있는 제도를 마련하도록 촉구해 왔다. 위원회는 1993/결의 제84호¹⁰³⁾에서 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 국가들에 대해서 양심적 병역거부의 유효성을 판단할 수 있는 '독립적이고 공평한 의사결정기관'을 설치하도록 요청하였다. 위원회는 1995/결의 제83호¹⁰⁴⁾에서 세계인권선언 제18조 및 자유권규약 제18조가 보장하는 사상·양심·종교의 자유에 대한 권리로부터 양심적 병역거부권이 파생된다는 점과 그 권리를 합법적으로 행사하는 병역거부자들을 차별하거나 처벌하는 관행은 철폐되어야 한다는 점을 밝혔다.

이 두 건의 결의 이후 위원회는 '양심적 병역거부의 마그나카르타'라고 불리는 1998. 4. 22. '양심적 병역거부' 결의 제77호¹⁰⁵⁾를 통해서 군복무 중인 사람에게도 병역거부권이 인정되어야 한다는 점과 양심적 병역거부자를 처벌하는 국가의 병역거

102) HRC, *Concluding observations on the 4th periodic report of the Republic of Korea*, 3 December 2015, CCPR/C/KOR/CO4 (http://digitallibrary.un.org/record/817983/files/CCPR_C_KOR_CO_4-EN.pdf?version=1, 최종접속일 2019. 6. 20); 강태경, 앞의 논문(주 7), 37면.

103) CHR, *Conscientious objection to military service*, 10 March 1993, E/CN.4/RES/1993/84 (http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-1993-84.doc, 최종접속일 2019. 5. 22.).

104) CHR, *Conscientious objection to military service*, 8 March 1995, E/CN.4/RES/1995/83 (http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-1995-83.doc, 최종접속일 2019. 5. 22.).

105) CHR, *Conscientious objection to military service*, 22 April 1998, E/CN.4/RES/1998/77 (http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-1998-77.doc, 최종접속일 2019. 5. 22.).

부자에게 난민 지위를 인정해야 한다는 점을 확인하였고, 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 회원국들에 대해서 병역거부자를 구금하거나 반복적으로 처벌하지 않도록 요청하였다. 특히, 위원회는 이 결의에서 양심적 병역거부권을 보장하지 않는 회원국에 대해서 양심적 병역거부의 유효성을 판단할 수 있는 독립적이고 공정한 판정기구를 설치할 것과 양심적 병역거부자를 위한 ‘공익적이고 형벌적 성격이 아닌 비전투적(non-combatant) 혹은 민간적(civilian) 성격’의 대체복무제를 도입할 것을 요청하였다.

구 유엔인권위원회가 유엔인권이사회로 개편된 후에도 이사회는 위원회의 이전 결의를 계승하였다.¹⁰⁶⁾ 이사회는 2008년 5월 29일 배포한 워킹그룹 보고서에서 ‘자유권규약위원회의 권고와 일치하게 법률에 양심적 병역거부권을 명시하고 병역거부를 처벌하는 것을 중지하며, 공직 및 공공부문 고용에서의 차별을 완전히 제거할 것’을 촉구하였다.¹⁰⁷⁾ 또한 이사회는 2013/결의 제24호¹⁰⁸⁾에서도 양심적 병역거부를 허용하지 않는 회원국들에 대해서 양심적 병역거부권을 인정할 것과 양심적 병역거부자에 대한 처벌을 중단할 것 그리고 수감 중인 양심적 병역거부자들을 석방할 것으로 촉구하였다.

제4절 소결

지금까지 살펴본 양심적 병역거부 및 대체복무제에 관한 국내의 논의 동향을 종합하면, 2004년 대법원 전원합의체판결 이후 양심적 병역거부에 관한 사회적 공론화가 본격화되었고, 양심적 병역거부를 허용하고 그에 따라 대체복무제를 마련할 수 있는 사회적 여건이 성숙되어 가고 있다고 볼 수 있다.¹⁰⁹⁾ 우선 양심적 병역거부권 인정 및 대체복무제도 도입에 관한 입법적 노력이 국회와 법무부 그리고 국가인권위원회에 의해 꾸준히 진행되었다. 하급심을 중심으로 이루어져 왔던 사법적 노력도 「병역법」

106) 강태경, 앞의 논문(주 7), 39면.

107) HRC, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review* Republic of Korea, 29 May 2008, A/HRC/8/40; A/HRC/WG.6/2/L.6 (<http://www.refworld.org/docid/485b96303.html>, 최종접속일 2019. 6. 21.).

108) HRC, *Conscientious objection to military service*, 29 September 2013, A/HRC/RES/24/17 (<http://www.undocs.org/A/HRC/RES/24/17>, 최종접속일 2019. 6. 21.).

109) 강태경, 앞의 논문(주 7), 40-41면.

제5조에 대한 2018년 헌법재판소 헌법불합치결정과 양심적 병역거부 사건에 대한 무죄 취지의 2018년 대법원 전원합의체판결로 결실을 맺었다. 아울러 시민들도 양심적 병역거부 허용 및 대체복무제 도입에 관해서 과거에 비해 보다 긍정적인 인식을 가지게 되었다. 다만, 양심적 예비군거부에 대한 사회적 논의는 덜 이루어졌다.

양심적 병역거부 및 대체복무제에 관한 국제 사회의 논의 동향을 종합하면, 주요 국제인권기구들은 국제인권규범을 근거로 양심적 병역거부권을 인정하고 있으며 양심적 병역거부자를 처벌하는 국가는 국제인권규범을 위반하는 것이라는 점을 지속적으로 확인하고 있다.¹¹⁰⁾ 자유권규약위원회는 개인청원에 대한 결정을 통해서 양심적 병역거부자를 처벌하는 대한민국 정부에 대하여 지속적인 우려를 표명하고 제도 개선을 촉구하였다. 특히, 자유권규약위원회는 2014년 김영관 등 50인에 대한 결정에서 “양심적 병역거부에 대한 징역형 선고는 양심의 자유를 침해하는 것(자유권규약 제18조 제1항 위반)일 뿐만 아니라, 종교 및 양심의 자유의 합법적 행사에 대한 처벌로서 자의적 구금에 해당(자유권규약 제9조 제1항 위반)한다”고 판단하였다. 또한 자유권규약위원회는 자유권규약 제14조에 관한 일반논평 제32호에서 양심적 병역거부자를 반복적으로 처벌하는 것은 자유권규약 제14조 제7항(일사부재리 원칙)을 위반한 것이라고 지적하였다.

110) 강태경, 앞의 논문(주 7), 41면.

제 3 장



대체복무 제도의 비교법적 연구

허 황 · 임 대 근 · 강 태 경

대체복무 제도의 비교법적 연구

제1절 개관

대체복무제를 도입하여 시행하고 있거나 시행하였던 국가들의 사례를 살펴봄으로써 우리나라의 대체복무제 설계에 시사점을 얻을 수 있다. 이를 위해 우선 대체복무제 설계에 고려해야 하는 쟁점들을 중심으로 해외 사례들을 개관하고자 한다.

첫째, 대체복무제를 시행하고 있거나 시행하였던 국가들은 제도 도입의 법적 근거를 헌법 또는 법률에 두고 있다(〈표 3-1-1〉 참조). 헌법상 대체복무제를 인정하고 있는 국가로는 네덜란드, 독일, 포르투갈, 스페인, 브라질, 폴란드, 헝가리, 크로아티아, 불가리아, 에스토니아, 세르비아, 슬로베니아, 모테네그로, 우즈베키스탄, 카보베르데, 파라과이, 러시아, 우크라이나, 알바니아, 에콰도르, 벨라루스를 들 수 있다. 그리고 법률에 근거하여 대체복무제를 시행하고 있는 국가들은 「병역법」이나 국방법과 같은 병역 관련 일반법으로 대체복무제를 규율하는 경우와 대체복무법이나 민간복무법 등과 같은 대체복무제를 위한 독립적인 법률로 대체복무제를 규율하는 경우로 나뉜다. 대체복무제를 위한 독립된 법률에 근거하여 대체복무제를 시행하고 있거나 시행하였던 국가들로는 덴마크, 핀란드, 리투아니아, 라트비아, 체코, 몰도바, 스위스, 우크라이나(헌법상 근거를 둠), 대만, 몽골, 키르기스스탄, 아르메니아를 들 수 있다. 러시아, 우크라이나, 벨라루시아는 헌법상 근거 규정을 둠과 동시에 대체복무제를 위한 독립적 법률을 제정하였다. 참고로 이스라엘은 행정조치에 의해 대체복무를 인정하고 있다.

둘째, 대체복무기간은 대체로 현역복무기간의 1~1.5배 범위 안에 있는 것으로 나타났다(〈표 3-1-1〉 참조). 덴마크, 스웨덴, 핀란드, 독일 등은 대체복무기간을 현역복무기간과 동일하게 설정하였다. 반면에 프랑스(2001년 폐지), 폴란드(2009년 폐지), 라

트비아(2007년 폐지), 조지아, 몽골, 키르기스스탄, 벨라루스는 현역복무기간의 2배에 해당하는 대체복무기간을 설정하였다. 가장 장기의 대체복무기간을 설정한 국가로는 아르메니아(현역복무기간의 1.5배)와 벨라루스(현역복무기간의 2배)를 들 수 있다. 그러나 이 두 국가의 대체복무기간은 36개월을 넘지 않았다. 그 밖의 국가들은 대체로 현역복무기간의 1.5배에 해당하는 기간을 대체복무기간으로 설정하고 있다.

〈표 3-1-1〉 대체복무제 시행 국가 일람표

대체복무제 도입년도 ¹¹¹⁾	국가명	징병제 유지여부	법적 근거	현역복무기간 (폐지전 기간)	대체복무기간 (폐지전 기간)	비율
1903	호주	1972년 폐지				
1912	뉴질랜드	1973년 폐지				
1916	영국	1963년 폐지	병역법			
1917	미국	1973년 폐지				
	캐나다	1945년 폐지				
	덴마크	2015년 폐지	대체복무법	(4개월)	(4개월)	1
1920	스웨덴	2010년 폐지 2017년 부활	국방법	7.5개월	7.5개월	1
1922	네덜란드	1996년 폐지	헌법			
	노르웨이		개인적 신념에 따른 병역 면제에 관한 법률	12개월	(13개월) 면제 ^{112) 113)}	-
1931	핀란드		민간복무법	12개월	12개월 일부면제	1
1949	독일	2011년 폐지	기본법	(9개월)	(9개월)	1
1963	프랑스	2001년 폐지	법률 1255/63	(10개월)	(20개월)	2
	룩셈부르크	1969년 폐지				
1972	이탈리아	2004년 폐지	법률 773/1972	(10개월)	(10개월)	1
1974	오스트리아	2015년 폐지		(6개월)	(9개월)	1.5
1976	포르투갈	2004년 폐지	헌법 제41조	(4개월)	(7개월)	1.7
1978	스페인	2001년 폐지	헌법	(9개월)	(13개월)	1.4
1980	벨기에	1995년 폐지	법률			
1988	브라질		헌법	12개월	18개월	1.5
	폴란드	2009년 폐지	헌법	(9개월)	(18개월)	2
1989	헝가리	2005년 폐지	헌법	(6개월)	(11개월)	1.8
1990	크로아티아	2008년 폐지	헌법	(6개월)	(8개월)	1.3

111) 유럽국가들의 징병제 폐지년도, 대체복무 도입년도, 국복무기간 및 대체복무기간은 『EBCO

대체복무제 도입년도 ⁽¹¹⁾	국가명	징병제 유지여부	법적 근거	현역복무기간 (폐지전 기간)	대체복무기간 (폐지전 기간)	비율
	리투아니아	2009년 폐지 2016년 부활	대체복무법	12개월	18개월	1.5
1991	불가리아	2007년 폐지	헌법	(9개월)	(13.5개월)	1.5
	체코	2004년 폐지	민간복무법	(12개월)	(18개월)	1.2
	몰도바		대체복무법	12개월	12개월	1
	에스토니아		헌법	8개월	8개월	1
1992	세르비아	2010년 폐지	헌법	(9개월)	(13개월)	1.4
	슬로바키아	2005년 폐지		(6개월)	(9개월)	1.5
	슬로베니아	2003년 폐지	헌법	(7개월)	(7개월)	1
	몬테네그로	2006년 폐지	헌법	(9개월)	(13개월)	1.4
	우즈베키스탄		헌법, 병역법	18개월	24개월	1.3
	카보베르데		헌법			
	키프로스	2016년 폐지 2017년 부활	국가방위법	14개월	19개월	1.4
	파라과이		헌법	12개월	12개월	1
1993	러시아		헌법, 대체민간복무법	12개월	18개월	1.5
	앙골라		병역법	24개월	24개월	1
1995	이스라엘		(행정조치)	36개월	면제	-
	아르헨티나	2001년 폐지				
1996	스위스		민간복무법	260일	390일	1.5
	루마니아	2006년 폐지	법률 46/1996	(8개월)	(12개월)	1.5
	우크라이나	2012년 폐지 2014년 부활	헌법, 대체민간복무법	12개월	18개월	1.5
	보스니아 헤르체코비나	2005년 폐지		(4개월)	(6개월)	1.5
1997	그리스		법률 2510/97	9개월	15개월	1.7
	모잠비크		의무병역법	24개월	24개월	1
	조지아		병역법, 대체복무법	12개월	24개월	2
1998	알바니아	2010년 폐지	헌법	(12개월)	(12개월)	1
	에콰도르		헌법	12개월	12개월	1
2000	대만	2018년 축소	대체복무법	12개월 4개월	14개월 4개월	1.2 1
2001	마케도니아	2007년 폐지	방위법	(6개월)	(10개월)	1.7
2002	라트비아	2007년 폐지	대체복무법	(12개월)	(24개월)	2

연간보고서』(2017)를 참조하였다.

대체복무제 도입년도 ¹¹¹⁾	국가명	징병제 유지여부	법적 근거	현역복무기간 (폐지전 기간)	대체복무기간 (폐지전 기간)	비율
	몽골		시민의 병역 의무와 군인의 법적 지위에 관한 법률	12개월	24개월	2
	키르기스스탄		대체복무법	12개월	24개월	2
2009	콜롬비아		헌법재판소결정	24개월	도입 준비	
2013	아르메니아		대체복무법	24개월	36개월	1.5
2016	벨라루스		헌법, 대체복무법	18개월	36개월	2

출처: 이광수, 『대체복무 제도의 모델에 관한 연구』(박영사, 2018), 113~115면.

셋째, 대체복무 신청 시기와 관련하여서는 입영 전 신청을 기본으로 복무 중 대체복무 신청이나 예비군에 대한 대체복무 신청을 허용할지 여부에 관해서 국가마다 상당히 다른 입장을 보이고 있다(표 3-1-2 참조). 양심상 결정의 시기를 입영을 기준으로 입영 전 대체복무만을 허용하는 것은 양심상 결정의 자율성과 진지성이라는 속성에 부합하지 않으며 논리적 필연성도 결여한다. 다만, 복무 중 대체복무 신청의 경우 신청에 대한 심사에 소요되는 시간을 고려할 경우 잔여 현역복무기간의 장단에 따라 대체복무 전환의 현실적 어려움의 크기가 다를 수 있다. 이에 대해서는 논리적 필연성 외에 현실적 필요성을 함께 고려해야 할 것이다. 예비군에 대한 양심적 병역거부 신청을 허용하지 않는 데에는 이미 현역복무를 하였던 사실이 고려되는 경우가 있는데, 이 역시 양심상 결정의 속성에는 부합하지 않는 태도이다. 또한 예비군의 경우 복무 기간이 상당히 장기라는 점을 고려한다면 예비군에 대한 양심적 병역거부를 허용하는 데 현실적 어려움은 그리 크지 않을 것으로 예상된다.

〈표 3-1-2〉 대체복무 신청적격

국가명	병역거부 허용 대상	입영전	복무중	예비군
그리스	징집통지를 받은 날로부터 입영 전까지(1개월)	○	×	×
노르웨이	제한 없음	○	○	○
대만	신체검사 후 소집일까지	○	×	×
덴마크	제한 없음	○	○	○
독일	제한 없음	○	○	○

112) www.wri-irg.org

113) 2017. 5. 1.자 국제연합 인권최고대표실 보고서, 제28항.

국가명	병역거부 허용 대상	입영전	복무중	예비군
러시아	입영 전 6개월	○	×	×
리투아니아	입영 전까지	○	×	×
몰도바	입영 전 2개월	○	×	×
세르비아	입영 전, 또는 복무 기간 1/3 경과 전까지(입영 후 3개월 내)	○	○	×
스웨덴	제한 없음(징집 전 6개월 내, 또는 입영 전 신청은 자동 승인)	○	○	○
스위스	병역처분 후	○	○	○
아르메니아	입영 전 1개월	○	×	×
알바니아		○	×	×
에스토니아	입영 전까지	○	×	×
오스트리아	병역처분 후 6월 이내, 입영 전 3일까지 예비군 소집 후 3년 이내	○	×	○
우크라이나	소집통보를 받은 날로부터 6개월 내	○	×	×
이스라엘		○	×	×
키프로스	입영 전까지	○	×	×
폴란드	징집 전까지	○	×	×
핀란드	제한 없음	○	○	○

출처: 이광수, 『대체복무 제도의 모델에 관한 연구』(박영사, 2018), 116면.

넷째, 양심적 병역거부 및 대체복무에 대한 심사를 담당하는 주무부서는 국가마다 상당히 다양한 것으로 나타났다(표 3-1-3 참조). 이는 심사를 군이 담당하는 경우와 문민이 담당하는 경우로 크게 나눌 수 있다. 그리스, 몰도바 등의 국가에서는 국방부에서 해당 심사를 담당하고 있다. 반면에 문민이 담당하는 경우에는 국가에 따라서 내무부, 법무부, 경제부, 노동부, 국방부 등 매우 다양한 부처가 해당 심사를 담당하고 있다. 경우에 따라서는 독립부서를 창설하여 해당 심사를 담당하게 하는 국가도 있다.

〈표 3-1-3〉 양심적 병역거부자 심사 주무부서

소속부처	국가명
내무부	대만, 덴마크, 오스트리아
법무부	노르웨이
경제부	스위스
노동부	우크라이나, 벨라루스
가족청소년여성노인부	독일
지방정부	폴란드
국방부	그리스, 몰도바, 세르비아, 알바니아, 에스토니아, 이스라엘, 키프로스
독립부서	아르메니아(공화국 위원회), 리투아니아

출처: 이광수, 『대체복무 제도의 모델에 관한 연구』(박영사, 2018), 116~117면.

다섯째, 대체복무 심사 위원회의 구성은 국가마다 상당히 다르지만 민간위원이 반드시 참여한다는 공통점이 있다. 대만의 경우 민간위원이 위원 총수의 절반 이상이 되도록 규정함으로써 군 및 정부 관계자에 의해 발생할 수 있는 편향을 보완할 수 있도록 한다.

〈표 3-1-4〉 대체복무 심사 위원회 구성

국가명	관할	명칭	위원구성
그리스	국방부	자문위원회	국가평의회 배석판사, 대학교수(정치학, 사회학, 법학), 총원국 관리, 군 정신과의사
대만	내무부	대체복무심의위원회	내무부, 병무청, 국방부 관계자, 민간단체 대표, 학자 및 전문가(민간위원 비율이 위원 총수의 절반 이상이어야 함)
러시아	국방부	징병위원회	지역 부기관장(위원장), 징병신검담당의사, 정부 관련부처 관계자
리투아니아	독립부서	위원회	정부 관계자, 종교지도자, 교육 관계자
세르비아	국방부	위원회	변호사, 심리학자, 종교 관계자, 법률고문, 국방전문가
스위스	경제부	위원회	경제부가 임명한 민간인
알바니아	국방부	위원회	국방부 관계자, 기타 정부부처 관계자, 종교조직 관계자
우크라이나	노동부	대체복무위원회	군 관계자, 정부종교위원회 관계자
이스라엘	국방부	양심사유병역면제인정위원회	랍비, 정신과의사, 군 관계자(여군장교 포함)
폴란드	지방정부	지방위원회	5명(윤리전문가 1명, 종교 관계자 1명 포함)

출처: 이광수, 『대체복무 제도의 모델에 관한 연구』(박영사, 2018), 116면.

여섯째, 대체복무 신청 방식을 살펴보면 대체로 신청자가 자신의 양심상 결정의 이유와 배경을 소명할 수 있는 이유서 및 이력서를 제출하고 그 자료를 바탕으로 심사가 진행된다. 심사에 있어서 출석심사를 요구하는지에 관해서는 국가들마다 다른 입장을 취하고 있다. 예를 들어, 대만의 경우 출석심사를 원칙으로 하지만, 독일의 경우에는 서면심사를 원칙으로 하고 필요한 경우 예외적으로 출석심사를 진행하는 방식을 채택했었다.

〈표 3-1-5〉 심사신청방식

국가명	제출서류	출석심사	상소 담당기관
그리스	• 무기소지허가를 신청한 적이 없다는 사실을 증명하는 서류(경찰서) • 수렵허가를 신청한 적이 없다는 사실을 증명하는 서류(산림청) • 전과기록 사본	○	민간법원(5일 내)
노르웨이		×	
대만	• 이유서 • 이력서 • 국가에 '등록된 종교단체'의 회원임을 입증하는 증명서 • 출석심사 때 소속종교 책임자 또는 증인 출석	○	내무부
덴마크	• 복무 중 신청할 경우에만 사유서 제출	×	
독일	• 신청서 • 이유서 • 이력서 • 지방병무청을 거쳐 연방민간복무청에 신청	필요시	행정법원
러시아	• 사유서(사유서식) • 보증인 목록	○	법원
리투아니아	• 사유서 • 이력서 • 지역징병센터에 신청	○	
몰도바	• 종교단체 또는 평화단체 가입증명서 • 지역대체복무관리관에게 신청	○	공화국총원위원회(7일 내), 그 다음에 법원(판결시까지 입영 연기)
세르비아		○	
스웨덴		×	
스위스	• 이력서 • 민간복무 신청사유서 • 중앙민간복무청에 신청	○	경제부
아르메니아		○	공화국징병위원회(기각판정을 받은 날로 10일 내), 그 다음에 법원(1개월 내)
알바니아		○	
에스토니아	• 사유서	필요시	방위복무위원회, 그 다음에 행정법원
오스트리아	• 신청서 • 내무부 징병위원회 또는 관구사령부에 신청	×	민간법원
우크라이나	• 면제가 인정된 종교의 목사가 발행하는 증명서	×	
이스라엘	• 국방부 징병관리국에 서면 신청	○	항소절차 없음

국가명	제출서류	출석심사	상소 담당기관
폴란드		○	재신청 가능, 불복 시 지역위원회, 불복 시 행정법원
핀란드	• 신청서 • 입영 전까지는 국방부에 신청, 복무 중에는 소속부대 연대장에게 신청, 예비군의 경우 군구 사령관에게 신청	×	

출처: 이광수, 『대체복무 제도의 모델에 관한 연구』(박영사, 2018), 118~119면.

일곱째, 몇몇 국가들은 특정 종교 신도가 아닌 경우, 전과기록이 있는 경우, 군 복무 경력이 있는 경우 등을 양심적 병역거부 및 대체복무 신청 결격 사유로 정하고 있다. 대만은 종교적 사유에 의한 양심적 병역거부만을 허용하기에 병역거부를 하는 것으로 인정된 특정한 종교의 신도가 아닌 경우 양심적 병역거부 및 대체복무 신청을 할 수 없도록 하고 있다. 종교적 사유 외에 평화주의적 신념과 같이 일반적 사유에 의한 양심적 병역거부를 허용하는 국가들에서는 폭력이나 무기사용과 관련된 전과를 양심적 병역거부 및 대체복무 신청 결격 사유로 정하기도 한다. 또한 군복무 경력을 신청 결격 사유로 규정한 국가도 있다. 평화주의적 신념에 따른 삶의 일관성을 판단하는 데 있어서 폭력이나 무기사용 관련 전과 또는 군 복무 경력이 주요한 지표로 활용되는 것은 일응 타당해보일 수 있다. 그러나 양심상 결정의 시기는 매우 다양할 수 있으므로 과거의 전과나 무기소지 허가 전력 또는 군 복무 경력 등을 기준으로 획일적으로 양심적 병역거부 및 대체복무 신청을 막는 것은 적절해보이지 않는다.

〈표 3-1-6〉 국가별 신청결격사유

신청결격사유	국가명
병역거부를 하는 것으로 인정된 종교의 신도가 아닌 것(종교적 병역거부만 인정)	대만, 몰도바, 우크라이나
	그리스 (무기사용, 폭력 관련 형사범으로 기소된 전력)
전과기록	노르웨이, 몰도바 (폭력 관련 중범죄로 처벌받은 전과)
	오스트리아 (폭력, 무기, 폭약 등 사용 범죄로 징역 6월 이상 선고)

신청결격사유	국가명
무기소지 허가를 가지고 있거나 받은 적이 있는 자	그리스, 오스트리아
군 복무 경력이 있는 자 (복무 국가 불문)	그리스

출처: 이광수, 『대체복무 제도의 모델에 관한 연구』(박영사, 2018), 119면.

여덟째, 대체복무 영역을 살펴보면 보건, 사회복지, 정부기관, 구조, 교도소 등 다양한 분야에서 대체복무가 허용되고 있다. 예를 들어, 대만의 경우 요양병원이나 지진 구조 업무 영역에서 대체복무가 허용되고 있다. 러시아의 경우에는 정부기관, 기상예보, 건설, 교도소 등에서의 대체복무가 허용되고 있다. 이는 각 국가마다 사회복지가 필요한 영역이 반영된 결과라고 할 수 있다.

〈표 3-1-7〉 국가별 대체복무부서

복무부서		국가명
보건	병원	그리스, 알바니아
	요양소	그리스, 아르메니아
	정신병원	그리스, 아르메니아
	요양병원	그리스, 대만, 아르메니아
사회복지·지역사회봉사		대만, 러시아, 알바니아, 오스트리아, 폴란드
정부 기관	산업자원부, 노동부, 국방부	러시아
	지방정부	그리스
인도적 사업 기관		알바니아, 몽골
환경보호		그루지야, 몰도바, 스위스, 알바니아, 오스트리아, 폴란드
기상예보		러시아
건설		러시아, 몰도바
구조 업무	화재	몰도바, 알바니아
	재난	키르기스스탄
	지진	대만
도로 안전		오스트리아
사법기관, 난민신청자 지원		오스트리아
교도소		러시아
양심적 거부자 관련부서		노르웨이

출처: 이광수, 『대체복무 제도의 모델에 관한 연구』(박영사, 2018), 120면.

제2절 독일의 대체복무제

1. 들어가는 말

독일은 2011년 7월 기존의 징병제를 폐지하였다. 그러므로 현재 우리나라에서 논의가 한창인 대체복무제도를 연구하기 위해 독일의 제도를 살펴보는 것은 시대에 맞지 않다고 생각할 수도 있다. 오히려 유럽의 대체복무제도를 살펴본다면 징병제를, 따라서 이에 종속하는 대체복무제도를 현재에도 유지하고 있는 유럽의 다른 나라들을¹¹⁴⁾ 살펴보는 것이 더 큰 의의가 있지 않을까 할 수도 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 대체복무와 관련된 독일의 논의를 살펴보는 것은 여전히 그 의의를 잃지 않는다. 왜냐하면, 먼저 독일은 징병제 폐지에도 불구하고 여전히 헌법에 명시적으로 양심상 이유로 한 대체복무제를 규정하고 있다. 따라서 만약 독일에서 다시금 징병제가 부활한다고 하여도¹¹⁵⁾ 이러한 기본법 규정에 의해 독일 시민은 기본권으로서 양심을 이유로 한 집총병역거부권을 향유할 수 있다. 또한 전시 및 이에 준하는 상태에 있어서는 독일 현행법에 의해서도 병역의무가 부과될 수 있고 따라서 대체복무에 관한 문제가 여전히 발생한다. 나아가 과거 독일의 분단과 통일의 역사적 경험은 병역의무를 전제로 한 대체복무제도와 관련하여 우리에게 유의미한 참고자료를 제공할 수 있다고 보인다. 독일은 세계 2차 대전 패전 이후 평화국가 실현을 위해 가능한 군비를 축소하려는 자타의 노력에도 불구하고 국제사회의 새로운 냉전질서의 구축으로 인해 다시금 군비 확장을 길로 나아가게 되었다.¹¹⁶⁾ 그리고 나서는 냉전질서의 해체와 더불어 동·서독의 통일을 맞이하면서 군인력의 수요가 크게 줄어들게 되면서 최종적으로는 징병제에서 모병제로 바뀌게 되었다. 그리고 최근에는 신냉전질서의 도래라는 새로운 현상을 맞이하여 독일 사회는 징병제의 부활에 대하여 이야기 하고 있다. 이러한

114) 이에 대해서 자세히는 김나루, “유럽의 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제의 비교법적 연구”, 『유럽헌법연구』 29(2019), 37면 이하.

115) 독일에서는 다시금 병역의무 부활에 대한 논의가 뜨겁다. 나토에서의 독일의 역량을 높여달라는 미국의 요청에 의해 독일 예비군연합은 징병제의 부활에 대해 심각하게 고려 중이라는 기사가 보인다(<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-02/bundeswehr-wehrpflicht-usa-forderungen>, 최종접속일 2019.6.10.).

116) 냉전이 한참일 때 예컨대 서독의 경우 약 50만의 병력을 유지하였다(<https://www.dw.com/de/f%C3%BCnf-jahre-berufsmarmee-eine-bilanz/a-19369801>, 최종접속일 2019.6.10.).

독일 현실의 변화는 우리나라 사회와 - 비록 완전히 같지는 않지만 - 비견될 수 있기 때문에 그러한 변화 속에서 독일의 병역 및 대체복무제도를 살펴보는 것은 마땅히 우리에게 시사하는 바가 크다.

이러한 배경에서 아래에서는 먼저 독일의 과거 병역대체복무에 대하여 살펴본다. 그런 후 현재 독일에서 병역대체복무의 대안으로 시행되고 연방자원복무와 독일 사회에서 논의되고 있는 일반적 복무의무제도에 대해서도 검토하고자 한다.

관련 기본법(Grundgesetz)규정

제3조 (법률 앞에서의 평등)

- ① 모든 사람은 법률 앞에 평등하다.
- ② '남녀는 동등한 권리를 가진다. ²국가는 남녀의 동등한 권리의 실제적 실현을 증진하고 현존하는 불이익들을 제거하기 위해 노력한다.
- ③ '누구도 성별, 혈통, 인종, 언어, 고향과 출신, 신앙, 종교관 또는 정치관으로 말미암아 불이익을 받거나 특혜를 받아서는 안 된다. ²누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안 된다.

제4조 (신앙, 양심과 신념의 자유, 병역거부)

- ① 신앙과 양심의 자유 그리고 종교적, 세계관적 신념의 자유는 불가침이다.
- ② 종교의 행사가 방해받지 않을 것이 보장된다.
- ③ '누구도 양심에 반하여 집총병역이 강제되지 아니한다. ²상세한 것은 연방법률로 정한다.

제12조 (직업의 자유)

- ① '모든 독일인은 직업, 직장 및 직업훈련장을 자유로이 선택할 권리를 가진다. ²직업행사는 법률로써 또는 법률에 근거하여 규제될 수 있다.
- ② 누구도 모두에게 평등한, 전통적이고 일반적인 공적 복무를 제외하고는, 일정한 노동을 강요당 하여서는 안 된다.
- ③ 강제노동은 법원이 명하는 자유박탈의 경우에만 허용된다.

제12조a (복무의무)

- ① 남자들은 만 18세 이상부터 군, 연방국경수비대 또는 민방위대에 복무할 의무를 지을 수 있다.
- ② '양심상 이유로 집총병역을 거부하는 자에게는 대체복무 의무를 지을 수 있다. ²대체복무기간은 군복무 기간을 초과할 수 없다. ³상세한 것은 법률로 정하되, 이 법률은 양심적 판단의 자유를 제한해서는 안 되고 군대나 연방국경수비대와 아무런 관련이 없는 대체복무가능성도 규정해야 한다.
- ③ '제1항 및 제2항에 따른 의무에 소집되지 아니한 병역의무자에게는 방위사태의 경우 법률로써 또는 법률에 기하여 민간인 보호를 비롯한 방위 목적을 위한, 근로관계 형태의 민간적 의무를 의무지을 수 있다. 공법상 근로관계 형태의 의무부과는 경찰과제나 또는 공법상 근로관계에서만 달성될 수 있는 그런 공행정상의 고권적 과제의 수행을 위해서만 허용된다. ²제1문에 따른 근로관계가 군, 군보급분야 및 공행정에서 설정될 수 있다. 민간인의 급양분야에서 근로관계 형태로 복무시키는 것은 민간인의 생활필수적 수요를 충족하거나 민간인의 보호를 보장하기 위해서만 허용된다.
- ④ '방위사태시 민간 보건시설과 의료시설 및 상주(常駐) 군사의료기관에서의 민간의 의무에 대한

수요가 자원의 방법으로는 충족될 수 없는 때에는 만 18세 이상 만 55세까지의 여자를 법률로써 또는 법률에 기하여 그러한 의무에 소집할 수 있다. ²어떠한 경우에도 여자에게는 집총복무를 의무지워서는 안 된다.

⑤ '방위사태 이전의 시점에 대하여는 위 제3항의 의무가 제80a조 제1항에서 정하는 바에 따라서만 설정될 수 있다. ²특별한 지식이나 숙련을 요하는 위 제3항의 의무에 준비하게 하기 위하여 법률로써 또는 법률에 기하여 교육 참여를 의무로 만들 수 있다. ³이 경우에는 제1문을 적용하지 아니한다.

⑥ '방위사태시 위 제3항 제2문에 규정된 분야에서의 노동력에 대한 수요가 지원의 방법으로는 충족될 수 없는 때에는, 이 수요를 보장하기 위하여 법률로써 또는 법률에 기하여, 직업행사나 직장을 포기할 독일인의 자유를 제한할 수 있다. ²방위사태발생 전에는 위 제5항 제1문을 준용한다.

2. 병역대체복무(Wehrersatzdienst)

가. 일반병역의무

1) 병역의무 및 병역의무의 중지

대체복무는 당연히 병역의무를 전제로 한다. 그러므로 독일의 과거 병역대체복무를 살펴보기 위해서는 먼저 간략하게나마 독일 병역제도를 살펴볼 필요가 있다. 독일에서는 독일 연방공화국이 성립되어서야 권력분립과 기본권을 인정하는 독일 기본법 제12조a에 처음으로 병역의무가 규정되었다. 1955년에 신설된 기본법 제12조a는 동법 제12조의 강제노역금지의 예외를 의미하였다.¹¹⁷⁾ 그리고 병역의무에 관한 구체적인 내용은 병역의무법(Wehrpflichtgesetz: WPflG)에 규정되어 있다. 현행 병역의무법 제1조 제1항에 따르면 기본법에 따른 독일인인 만 18세 이상이고 상시 주거가 독일 연방공화국에 있거나(제1호), 상시 주거가 독일 연방공화국 외부에 있고 과거 상시 주거가 독일 연방공화국에 있었든지, 아니면 독일 연방공화국 여권 내지 국적서류를 소지하거나 다른 방식으로 독일 연방공화국의 보호를 받는(제2호) 모든 남성은 병역의무를 진다. 동법 제3조는 병역의무의 내용과 기간을 규정하고 있는데, 제1항에 따르면 병역(Wehrdienst)은 병역 또는 집총병역거부법(Kriegsdienstverweigerungsgesetz) 제1항의 경우 민간복무(Zivildienst)를 통해 충족된다. 동조 제3항에 따르면 병역의무는 병역의무자가 만 45세 만기로 종료되고, 제5항은 긴장 또는 방위사태인 경우에는 60세의 만기에 종료된다고 한다. 원칙적으로 복무개시를 위해 정해진 시점에 23세가

117) 동법 제1항은 연방국경수비대(오늘날 연방경찰)와 민방위단체에서의 복무를 위한 징집의 가능성도 포함하고 있다.

종료되지 않은 병역의무자가 기본병역을 수행한다(병역의무법 제5조 제1항).

앞서 언급했듯이 독일은 2011년 7월에 도입된 지 거의 55년 만에 일반 병역의무(die allgemeine Wehrpflicht)가 폐지하였다. 엄밀히 말하면 폐지가 아니라 '유예(ausgesetzt)'되었다.¹¹⁸⁾ 왜냐하면 병역의무는 헌법에 규정되어 있어서 만 18세 이상의 남성은 여전히 병역의무 또는 민간복무의무가 지워질 수 있고, 현행 병역의무법 제2조에 의하면 현재에도 병역의무는 긴장 또는 방위사태(im Spannungs- oder Verteidigungsfall) 하에서 적용되기 때문이다. 따라서 과거 중지된, 평화시를 위한 병역의무는 일반 법률에 의해 재차 도입될 가능성은 여전히 존재한다. 실제로 극우적 성향을 가지는 독일을 위한 대안당(Alternative für Deutschland: AfD)은 병역의무로의 회귀를 주장하고 있다.¹¹⁹⁾

이러한 병역의무의 유예에는 많은 국방정책적, 재정적, 법적 이유들이 있었다고 한다. 2011년 독일 정부는 미래 독일 연방방위군이 주로 외국파병에서 위기대처부대로서 쓰임이 있지 더 이상 연방과 주 방위를 위해서 필요한 것이 아니라고 보았다. 즉 과거 바르샤바 조약에 따른 재래의 위협이 부재하다는 것이다. 즉 그 논리는 보다 작지만 전문화된 특수임무자로 구성된 군대가 필요하다는 것이다.¹²⁰⁾ 여기에 더해 국제적 군사개입을 위해서는 아주 전문화된 인력을 배치할 필요가 있지만 이러한 인력은 몇 달 내에 교육시킬 수 없었다.¹²¹⁾ 이런 연유로 연방 방위군은 약 255,000명에서 185,000명으로 줄어들었고 그 만큼 비용이 절감되었다고 한다.¹²²⁾

나아가 25만 명의 병력의 크기로는 병역적 정의(Wehrgerechtigkeit)¹²³⁾ 더 이상 보장되지 않았다. 매년 전체 병력자원 중 아주 작은 일부분만이 병역을 위해 징집되었

118) BT-Drs. 17/4821, S. 13.

119) 2018년 8월 당지도자인 알렉산더 가우란드(Alexander Gauland)는 "현재 이러한 성공모델을 재도입하기에 최상의 시기이다."고 하였다. 그는 병역의무는 연방방위군, 독일의 공동체 그리고 독일의 방위능력에 대해서 많은 장점을 가져다 준다고 보았다. 연방방위군은 한번에 징집 문제를 해결할 수 있다는 것이다(https://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/afxline/topthemen/hintergruende/article180680592/Allgemeine-Dienstpflicht.html, 최종접속일 2019. 6. 12.).

120) <https://www.welt.de/politik/deutschland/article180688760/Debatte-ueber-Dienstpflicht-Wehrpflicht-Die-wichtigsten-Fragen-und-Antworten.html>, 최종접속일 2019. 6. 12.

121) https://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/afxline/topthemen/hintergruende/article180680592/Allgemeine-Dienstpflicht.html, 최종접속일 2019. 6. 12.

122) https://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/afxline/topthemen/hintergruende/article180680592/Allgemeine-Dienstpflicht.html, 최종접속일 2019. 6. 12.

123) 이에 대해 자세히는 아래의 제3장 제2절 3. 참조.

고 징집도 아주 자의적인 기준에 의해 이루어졌다고 한다.¹²⁴⁾ 병역의무를 유예하겠다는 결정에 앞서 병역의무에 관하여 수년간 감정적으로 지속된 정치적·공동체적 논쟁이 있었다. 독일 통일 이후에도 병역의무가 바로 폐지되지 않은 것은 무엇보다 병역의무가 군과 사회 간의 간격을 메운다는 믿음 때문이었다고 한다.¹²⁵⁾

어쨌든 이로서 현재 연방 방위군은 모병제(Freiwilligenarmee)이고, 자발적 병역(freiwilliger Wehrdienst) 또한 병역의무법 제4조 제3항에 규정되어 있다. 2018년 현재 독일에서는 약 17만 명의 직업 및 단기군인 외에도 약 8천5백 명 정도의 자원군이 있다고 한다. 자원군을 위해 12,500개의 일자리가 준비되어 있는데 이들 모두가 채워져 있지 않다고 한다. 다만 독일 국방부에 따르면 현재로선 이로써도 충분하지만 장래에는 인력상황이 첨예화될 것이라고 한다.¹²⁶⁾

2) 병역의무면제

독일에서도 병역의무가 처음부터 면제되는 인적 그룹이 있다. 예컨대 경찰(병역의무법 제42조와 제42조a)과 성직자(동법 제11조) 등의 직업군이 그러하다. 또한 자신들의 건강상태를 기초로 병역의무자가 될 수 없는 인적 그룹도 있다(동법 제9조). 이들은 병역의무 자체가 면제되기 때문에 병역을 대체하는 복무의무도 가지지 않는다.

나. 병역대체복무

1) 규범적 토대

1955년에 신설된 독일 기본법 제12조a 제2항에 따르면 “양심상 이유로 집총병역을 거부하는 자에게는 대체복무 의무를 지을 수 있다. 대체복무기간은 군복무 기간을 초과할 수 없다. 상세한 것은 법률로 정하되, 이 법률은 양심적 판단의 자유를 제한해서는 안 되고 군대나 연방국경수비대와 아무런 관련이 없는 대체복무가능성도 규정해

124) <https://www.welt.de/politik/deutschland/article180688760/Debatte-ueber-Dienstpflicht-Wehrpflicht-Die-wichtigsten-Fragen-und-Antworten.html>, 최종접속일 2019. 6. 12.

125) <https://www.bpb.de/politik/grundfragen/deutsche-verteidigungspolitik/203136/wehrpflicht>, 최종접속일 2019. 6. 12.

126) https://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/afxline/topthemen/hintergruende/article180680592/Allgemeine-Dienstpflicht.html, 최종접속일 2019. 6. 12.

야 한다.” 병역대체복무란 병역 대신에 병역의무를 이행하기 위해 수행되어야 할 복무이다. 독일에서도 원칙적으로 병역이 기본 형태이지, 병역과 병역대체복무로서 민간복무(Zivildienst) 둘 중 하나를 선택할 권리는 없다. 그러나 독일 기본법 제4조 제3항에 의거 양심상 이유로 집총병역거부자(Kriegsdienstverweigerer)로 인정받을 권리가 있다.

동 규정에 따르면 “누구도 양심에 반하여 집총병역이 강제되지 아니한다. 상세한 것은 연방법률로 정한다.”라고 하고 있다. 이렇게 기본법, 즉 헌법에 양심적 병역거부권을 명문으로 규정하고 있는 국가는 독일이 최초이다.¹²⁷⁾ 기본법 제4조에서 규정된 기본권은 그 어떤 법률적 유보를 허용하고 있지 않은 절대적 기본권이다.¹²⁸⁾ 따라서 동조 제3항 제2문의 법률유보는 양심적 집총병역거부권의 제한을 의미하는 것이 아니라 입법자가 입법을 통해 양심적 집총병역거부권을 구체화할 헌법적 의무를 부담하는 의미를 가지는 것이라고 한다.¹²⁹⁾

병역대체복무의 법률적 근거는 양심적 이유로 인한 집총병역거부에 관한 법률(이하 집총병역거부법이라 한다; Gesetz über die Verweigerung des Kriegsdienstes mit der Waffen aus Gewissengründen: KDVG)과 집총병역의무거부자의 민간복무에 관한 법률(이하 민간복무법이라 한다; Gesetz über den Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer: ZDG)이다. 집총병역거부법 제1조 제1항에 따르면 양심상 이유로 기본법 제4조 제3항 제1문의 의미에서 집총병역의무거부권을 원용하여 집총병역을 거부한 자는 이 법 규정에 의해 집총병역거부자로 인정받을 수 있고, 이 자들은 갈등 내지 방위사태에서 병역 대신 연방방위군 외부에서 기본법 제12조a 제2항에 따른 대체복무로서 민간복무를 수행하여야 한다(제2항)고 하고 있다. 동규정에 대하여 독일 연방헌법재판소는 양심상의 집총거부를 인정할지라도 양심상의 이유로 인한 대체복무의 거부까지는 이에 의하여 보호되지 않는다고 판시하였다. 왜냐하면 병역의

127) 이재승, “양심적 병역거부권과 대체복무제”, 『민주사회와 정책연구』 제7권(2004), 279면.

128) 이는 한국 헌법체제와 비교될 수 있다. 한국 현행 헌법 제37조 제2항에 따르면 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다고 한다. 따라서 한국 헌법상의 기본권은 모두 원칙적으로 제한이 가능한 상대적 기본권이다. 다만, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다(동조 제2항 후문).

129) BVerfGE 12, 45 (53).

무와 관련한 국민의 부담평등의 원칙에 입각하여 보면, 병역의무자를 병역이나 (양자택일의 의미에서) 또는 대체복무로써 구분하여 징집하는 것은 그 헌법적 타당성을 결여하고 있는 것이므로, 입법자는 원칙적으로 병역의무자에 대하여는 일괄적으로 병역을 규정하고, 다만 기본법 제4조 제3항 및 제12조a조 제2항에 따라 양심상의 이유로 집총병역을 거부하는 것이 인정되는 경우에 한하여 예외적으로 병역의무 외에 대체복무를 인정하여야 하기 때문이라고 한다.¹³⁰⁾

2) 양심상 이유에서 양심

독일 연방헌법재판소는 다음과 같이 양심을 정의하였다. “양심의 결정으로서 볼 수 있는 것은 모든 진지한, 윤리적인, 즉 ‘선함’과 ‘나쁨’의 기준에 정향된 결정이고 개인은 이러한 결정을 특정 상황에서 스스로를 구속하는 것 그리고 무조건적으로 의무지우는 것으로 내적으로 경험하여, 그러한 개인은 진지한 양심상의 갈등 없이는 그 결정에 반하여 행동할 수 없다”.¹³¹⁾ 학설상 견해도 기본법 제4조에서의 양심(Gewissen)은 윤리적 태도(moralische Haltung)로서 인간의 인격적 동질성(personale Identität)을 구성하고, 인간으로 하여금 주관적으로 구속하면서 구체적인 상황에서 특정 행동들을 “선한(gut)” 것 또는 “정당한(gerecht)” 것으로 하도록 하거나 “나쁜(böse)” 것 내지 “정당하지 못한(ungerecht)” 것으로 만들도록 규정하는 것으로 보고 있다. 따라서 “아름답다(schön)/추하다(hässlich)” 또는 “진실이다(wahr)/비진실이다(unwahr)”라는 기준에 따른 평가에서는 양심의 결정이 존재하지 않는다.¹³²⁾ 그리고 제1항의 양심은 제3항의 양심과 같은 개념으로 본다.¹³³⁾

독일 연방헌법재판소의 판례는 보호의 정도와 관련해서 한편으로 종교 및 세계관의 자유와 다른 한편 양심의 자유를 구별하지 않는다고 한다. 양심의 자유로 보호되는 것은 양심적 기준에 따라 ‘생각하는 것(Denken)’으로부터 ‘말하는 것(Äußern)’을 넘어 ‘행위하는 것(Handeln)’까지 이른다. 양심의 자유는 내부영역(forum internum)에 머

130) BVerfGE 69, 1 (23f.); 표명환, “양심적 병역거부와 대체복무제도”, 『법과 정책』 12(1)(2006), 341면.

131) BVerfGE 12, 45 (55).

132) Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., Rn. 522.

133) Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., Rn. 522.

무르지 않고 외부영역(forum Externum)에 까지 이르러 양심의 의해 촉발되어 양심에 의해 정해진 행위를 포함하는데, 왜냐하면 양심상의 결정은 보통 해당 행위를 통해 비로소 공동체적 갈등으로 될 수 있기 때문이라고 한다. 이러한 갈등을 규율하는 것이 바로 기본법 제4조의 임무이고, 사회적으로 외부적 결과가 없는 양심상의 결정을 위해 양심의 자유라는 기본권은 실천적 관점에서 불필요하다는 것이다.¹³⁴⁾ 또한 연방 헌법재판소는 기본법 제4조 제3항을 동조 제1항과의 관계에서 특별법(lex specialis)로 보고 제3항은 양심의 자유 효력을 병역의무의 영역에서 배타적으로 규정하는 것으로 파악한다.

집총병역(Dienst mit der Waffe)이란 개인이 스스로 무기를 사용하거나 타인의 무기사용을 직접적으로 지원하는 일이다. 여기에는 무기의 수송과 수리, 위생·간호기관의 방어를 위해 휴대화기를 사용하는 위생·간호역무(Sanitätsdienst)도 포함된다.¹³⁵⁾ 거부할 수 있는 집총병역은 전시뿐만 아니라 평화시에도 인정되어, 무기에 대한 훈련도 포함한다. 이는 기본법 제12조a 제2항과의 체계적 관계에서 도출되는데, 입법자가 형성의 권한을 가지는 대체복무가 바로 평화시 병역을 대신해서 등장하기 때문이라고 한다.¹³⁶⁾ 즉, “국가는 전시에 무기사용을 거부하게 될 병역의무자를 무기사용에 대해 교육시킬 아무런 이익이 없을 뿐만 아니라, 개인의 입장에서조차 개인을 그가 거부하는 무기사용을 위해 준비시키는 것이 유일한 목적인 그러한 교육이 강제되어서는 안 되기 때문이다.”¹³⁷⁾

독일 연방헌법재판소는 소위 상황조건적 집총병역거부권을 인정하고 있지 않다. 즉, 모든 전쟁을 거부하는 것만 인정하지 특정 전쟁에 대한 참여거부, 즉 특정한 적(敵)에 대한 전쟁참여거부, 특정 조건하에서, 특정 역사적 상황에서의 전쟁참여거부를 인정하지 않는다.¹³⁸⁾ 이는 기본법 제4조 제3항의 양심상 결정은 전쟁에서의 살인 전체를 거부해야한다는 점에 근거하고 있다. 이에 대해 이러한 제한은 양심의 개념과 조화되지 않는다는 견해도 보인다.¹³⁹⁾

134) Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., Rn. 524.

135) BVerfGE 80, 62 (64).

136) Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., Rn. 526.

137) BVerfGE 12, 45 (56).

138) BVerfGE 12, 45 (57).

139) BVerfGE 69, 57 (79); Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., Rn. 527.

기본법 제4조 제3항과 관련해서 독일에서 헌법상 특별히 논의되는 것은 양심상 이유로 집총병역을 거부자를 인정하는 행정절차가 기본권 침해가 아닌가 하는 문제이다. 국가는 여기서 양심결정의 천명(Offenbarung)뿐만 아니라 그 근거 지움(Begründung)을 요구할 수 있다. 양심상의 결정은 특정한 도덕적 내지 윤리적 가치개념과 관련되어야 하기 때문에 여기서 그러한 개념인지(따라서 정치적, 경제적 또는 이와 유사한 것은 아니어야 한다)가 심사될 수 있다. 이러한 목적에서 양심상 결정을 원용하는 자에게 상세하고도 진실된 근거 지움을 요구할 수 있다. 이러한 근거 지움은 도덕적 입장을 인식하게 되는 것은 양심의 현상에 속하기 때문에 양심의 자유를 침해하는 것이 아니라고 한다. 양심상 결정을 근거지우는 의무가 형해화되지 않기 위해서 최소한의 내용에 대한 요구를 내세울 수 있다. 이러한 근거 지움은 다른 말을 통해서 신뢰할 수 있어야 한다. 이러한 한도에서 병역의무자의 “설명부담(Darlegungslast)”이라고 한다.¹⁴⁰⁾ 이에 대하여 연방헌법재판소는 개개의 경우에 있어서 기본법 제1조의 인간의 존엄과 가치규정과 기본법 제4조 제3항으로부터 도출되는 기본권들의 축소나 혹은 평등권의 침해를 의미하지는 않는 것이기 때문에 기본법에 합치한다고 하였다.¹⁴¹⁾ 즉, 기본법 제4조 제3항은 자유롭고 은밀한 양심결정을 보호하는 것이 아니라, 양심상의 결정에 관한 근거 지움은 양심의 자유를 침해하는 것이 아니라고 하고 있다.¹⁴²⁾ 따라서 양심결정의 근거 지움에 관한 의무를 위하여 최소한의 범위에서 내용적으로 일정한 요구에 관한 사항들을 둘 수 있다는 것이다. 이때 요구되는 사항들은 제시가능하거나 증명 가능한 것이어야 함은 물론이고, 이러한 범위 내에서 양심적 집총병역의 거부를 주장하는 병역의무자의 규명 의무를 부과할 수 있는 것이다. 이와 관련하여 연방헌법재판소는 병역의무자나 군인이 그가 주장하는 군사적인 의무제공의 거부가 유효한 법적 승인절차에 의하여 기각되었음에도 불구하고, 병역거부를 하는 경우에는 의무위반자로서 또는 형사처벌이 가능하게 되는 복종거부자로서 평가될 수 있다고 하면서, 이 경우에는 기본법 제4조 제3항의 기본권과 충돌이 발생하지 않는다고 하였다.¹⁴³⁾

140) Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., Rn. 534.

141) BVerfGE 69, 1 (28).

142) BVerfGE 69, 1 (82 ff.).

143) BVerfGE 28, 275; 표명환, 앞의 논문(주 130), 344면.

3) 절차

(1) 관할기관

집총병역거부가 정당한 지는 쾰른에 있는 연방청인 연방민간복무청(Bundesamt für den Zivildienst)이 신청인의 신청에 따라 결정한다(집총병역거부법 제2조 제1항). 연방민간복무청은 연방 가족·노인·여성·소년부(Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend)(이하 연방가족부) 산하에 있다. 연방가족부에는 연방 정부의 추천으로 민간복무를 위한 연방담당관(Bundesbeauftragter)이 임명되고 이 자는 민간복무영역에서 연방가족부에 부여되어 있는 임무를 수행한다. 민간복무를 위한 자문기관(Beirat)이 연방가족부에 자문을 한다. 이 자문기관은 집총병역거부자기관(이들 중 네 명은 민간복무자이어야 한다) 대표자, 승인된 복무를 제공하는 기관 연합의 대표자, 독일의 양 거대 교회, 노동조합, 고용주연합 및 연방주 그리고 지역 공동체의 대표연합의 대표자들로 구성된다.¹⁴⁴⁾

(2) 신청절차

신청은 신청자에 의해 서면으로 또는 지방병역대체청(Kreiswehrrersatzamt)의 확인 서면으로 이루어진다. 신청서는 기본법 제4조 제3항 제1문의 의미에서 집총병역거부의 기본권을 원용한다는 것을 포함하고 있어야 한다. 표로 작성되고 완전한 이력서와 양심결정의 동기에 대한 개인적이고 상세한 설명이 신청서에 첨부되거나 한 달 이내에 연방청에 제출되어야 한다(집총병역거부법 제2조 제2항). 양심결정의 동기에 대한 상세한 설명요구에 관해서는 앞서 살펴보았듯이 연방헌법재판소는 헌법에 위배되지 않는다고 보았다.¹⁴⁵⁾ 신청자 개인 또는 행동에 대한 제3자의 견해와 판단은 신청서에 첨부되거나 연방청에 제출될 수 있다. 나아가 신청자에 대한 정보를 줄 준비가 되어 있는 자를 언급할 수 있다(동법 제3항). 지방병역대체청은 신청인에게 신청접수를 확인하고 신청서를 인적서류(기본서류)와 함께 연방청으로 넘긴다(동법 제6항). 이러한 신청서의 제출은 징병검사를 받을 의무에 관하여는 아무런 영향을 주지 못한다(동

144) <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/zivildienstgesetz/97648?view=DEFAULT>, 최종접속일 2019. 6. 12.

145) BVerfGE 69, 1 (82ff.).

법 제3조 제1항).

신청인은 신청서가 완전하고, 설명된 동기가 집총병역거부권을 인정하는데 적당하며 실제 전체진술과 연방청에 알려진 기타 사실이 신청인의 진술에 대한 의심을 야기하지 않거나 제6조의 청문에 따른 의혹이 없을 때 집총병역거부자로 인정된다(집총병역거부법 제5조). 이와 반대로 신청서가 불완전하고(동법 제2조 제2항) 신청인이 연방청의 요청 후 한달의 기간 이내에 보완하지 않거나(동법 제7조 제1항 제1호), 신청서에서 표명된 동기들이 신청인에 대한 서면 내지 경우에 따라 구두의 청문 이후에도 집총병역권리를 근거지을 수 없는 경우(동조 제1항 제2호), 또는 서면청문 내지 구두청문에도 불구하고 신청인 진술의 진실성에 의심이 제거되지 않는 경우에는 관할 관청이 신청을 기각한다. 신청인이 구두청문을 위한 소환에 응하지 않은 경우 연방청은 서류로서 결정한다.

연방청이 신청인의 진술에 의심을 가진다면 해당 관청은 그 의심들에 관하여 신청인에게 한 달 이내에 보충하여 서면으로 진술하고 진술을 증명하는 기회를 준다(서류청문)(집총병역거부법 제6조 제1항 제1문). 계속해서 의심이 존재한다면 해당 관청은 신청인에게 구두로 질문할 수 있다(구두청문)(동조 제1항 제2문). 구두청문은 공개되지 아니한다. 해당 관청은 구두청문에 대한 내용을 기록한다(동법 제2항). 연방청은 신청인 진술의 진실성에 대하여 의심이 있고 이러한 의심이 신원증명서(Führungszeugnis)의 보충으로 해명될 수 있다면 연방중앙등록법 제31조의 신원증명서를 요구할 수 있다. 신청인은 신원증명서 보충에 관하여 고지 받는다(집총병역거부법 제3항). 이를 넘어서서 연방청이 사실의 해명을 요구할 수 없다(동법 제4항).

(3) 신청서에 담길 내용

집총병역거부 신청은 다음과 같은 서류를 갖추고 있어야 한다.¹⁴⁶⁾ 집총병역거부 신청서는 연방방위군의 이력센터(Karrierecenter der Bundeswehr)로 보내야 한다.¹⁴⁷⁾

① 기본법 제4조 제3항을 원용한 신청서

146) 이에 관해서는 홈페이지(<https://eak-online.de/kdv-antragsverfahren-und-auswirkungen>, 최종 접속일 2019. 6. 12.) 참조.

147) 이에 관해서는 홈페이지(<https://www.personal.bundeswehr.de/portal/a/pers/start/dststellen/bapersbw/karrcbw/>, 최종 접속일 2019. 6. 12.) 참조.

집총병역거부 신청은 언제든지 할 수 있다. 이를 위해 필수불가결한 것이 고유한 이름, 고유한 주소, 개인식별번호의 작성, 개인서명 및 기본법 제4조 제3항의 집총병역 거부권의 원용이다. 이러한 정보가 없다면 신청은 형식적 이유에서 유효하지 않고 기각된다. 신청서는 예컨대 다음과 같은 문구를 가지고 있어야 한다. “친애하는 신사숙녀 여러분, 이를 통해 저는 기본법 제4조 제3항을 원용하면서 집총병역을 거부합니다.”

② 표로 작성된 완전한 이력서

집총병역거부신청서에는 완전하고 흠결 없는 표로 작성된 이력서가 첨부되어야 한다. 즉, 이력서에는 시간적 공백이 있으면 안 되고 자신의 학교교육과정, 직업교육과정 그리고 직업경력 리스트를 담고 있어야 한다.

③ 양심적 결정에 대한 개인적 설명

신청서에는 양심적 결정 동기의 개인적인 설명이 첨부되어야 한다. 왜 집총병역이 양심상 이유로 더 이상 수행될 수 없는 지에 대한 동기는 상세하고 진정성 있게 그리고 공감될 수 있도록 설명되어야 한다. 그 설명은 어떠한 숙려가, 어떠한 통찰이, 어떠한 생각이 또는 어떠한 일들이 신청인으로 하여금 오로지 아주 심각한 정신적 갈등에서만 집총병역에 참여하도록 하고 이것이 신청인에게는 강요를 의미하는 양심의 결정에 근거하고 있다는 것을 담고 있어야 한다.

설명은 대략 독일어작문 분량, 평균적으로 타자용지 3장 정도가 되어야 하고 다음 질문에 대한 개인적 진술을 행하여야 한다.

〈표 3-2-1〉 양심적 결정의 설명을 위한 구체적 질문들

방향점	구체적 내용
나는 무엇을 지향하는가?	누구에 대해, 또는 무엇을 위해 책임감을 느끼고, 어떠한 가치가 부모님에게 있어 교육상 특별히 중요했는가? 신청자에게 인간의 삶과 죽음은 어떠한 의미를 가지는가?
신청인에게 있어서 “양심”은 무엇을 의미하는가?	신청인은 짧은 문장으로 먼저 신청인에게 있어 무엇이 양심인지를 설명해야 한다. 신청인은 고유한 양심은 내적 심급이라는 점 그리고 이러한 심급은 누군가에게 무엇 이 선이고 무엇이 악인지, 무엇을 해야하고 무엇을 있는 그대로 놔두어야 하는지를 말한다는 점을 지적할 수 있다. 양심은 방향점들을 설정한다. 양심은 교육과 고유한 경험으로부터 나오는 특징의 도움으로 발전된다. 신청인은 자신이 자신의 양심에 반하여 행동하였던 사건을 기억하고 그로부터 생겨난 부담에 관해 말할 수 있다.

방향점	구체적 내용
아동시절 영향과 정보	먼저 신청인은 인간에 대한 근본태도와 전쟁, 연방방위군, 평화에 대한 감정적 태도에 영향을 줄 수 있었던 인자와 정보들을 점검해야 한다. 이것들은 대부분 어린 시절에 만들어진다.
가족	어떠한 교육수단(권위적인가, 수평적인가)과 어떤 분위기가 가정에 만연해 있었는가? 가정에서 분쟁은 어떻게 규율되었고, 폭력적 행위는 어떻게 판단되었는가? 신청인은 어떠한 가치척도와 행동척도(협조, 헌신, 배려, 비폭력성)를 배웠는가? 이는 신청인의 인격에 어떠한 영향을 끼쳤는가? 폭력적 행위는 어떻게 판단되었는가(형제·남매의 싸움, 부모님의 폭력)? 2차세계대전(또는 과거 유고슬라비아 전쟁 등등)에 대한 조부모 또는 타인의 이야기는 신청인에게 어떠한 인상을 남겼는가? 집중병역거부와 관련된 가치들이 여기서 이미 형성되었는가? 부모, 형제·자매, 친구, 가까운 사람들의 사회적 또는 정치적 활동이 신청인을 장래 집중병역거부자로서 본보기의 특성을 가지는가?
학교	예컨대 역사, 독일어, 정치, 사회 등의 교과목에서 장래의 집중병역거부와 관련된 특정 수업테마(예컨대 전쟁, 평화, 연방방위군, 집중병역거부, 폭력 등)가 논의되었는가? 어떠한 내용들이 다루어졌었고 이는 어떠한 영향을 신청인에게 끼쳤는가? 신청인에게 중요한 계기를 마련해준 동급생, 친구, 선생님의 영향이 있었는가?
교회	예컨대 종교수업, 성서강독수업 또는 영성체수업에서 신청인의 인격에 종교적 영향이 있었는가? 어떠한 행동양식과 태도가 체화되고 획득되었는가?
대화	친구, 지인, 군인, 민간복무자 또는 타인과 연방방위군, 민간복무, 전쟁과 평화에 대해 대화를 하였는가?
체험	죽음(예컨대 친척의 죽음), 폭력(예를 들어 사고, 싸움, 분쟁), 연방방위군(예를 들어 형제의 군경험), 전쟁(예컨대 전쟁수용소 또는 전쟁희생자묘의 방문) 등의 주제에 대해 갑작스럽게 특정 문제들을 명료하게 만드는 체험이 있었는가? 이러한 단계의 기술에 있어서 폭력문제와의 갈등이 분명해져야 하고 이러한 갈등은 합리적이고 감정에 부합하며 윤리적이야 한다. 이 경우 왜 신청인은 그 문제에 있어 집중병역거부로 마음이 열리게 되었는지 설명되어야 한다. 전쟁, 전쟁의 결과, 폭력, 연방방위군에 관한 정보: 부모님, 친척 또는 가까운 지인이 자신들의 전쟁경험에 관하여, 박해와 폭력에 관하여 이야기 했는가? 근래 폭력 그리고 군과 함께한 경험에 대한 이야기가 있었는가? 그 이야기들은 어떠한 인상을 남겼는가?
군을 위한 영향	연방방위군과 군에 대한 긍정적 태도를 야기했던 영향이 있었는가?
TV	전쟁, 평화 등에 관한 전쟁영화, 다큐멘터리, 보고, 현장보고, 일일통신이 어떠한 내용을 담고 있었는가? 이것들은 어떠한 지식을 신청인에게 가져다 주었는가?
영화	(예컨대 영화관에서, 어떤 행사에서) 반전영화는 신청인에게 전쟁에서 인간의 행동에 관한 통찰을 가져다 주었는가?
신문	사진 및 현재와 과거의 보도가 신청인에게 장차 집중병역거부를 위해 의미있는 것을 알려주었는가?
문학	전쟁소설, 보도문, 서적 그리고 전쟁·평화·폭력·군 등 테마의 문학작이 신청인에게 어떠한 통찰과 지식을 주었는가?
집중병역거부에 반대하는 병역	신청인이 국가에 의해 규정된 병역수행에 대한 의무를 거부할 때, 어떠한 통찰과 생각이 결정적인가? 왜 신청인은 인적 정당방위/긴급피난이라는 정당화사유 또는 경찰권력사유의 정당화사유를 군대에게 전용할 수 없는가?
등록, 징병검사, 적합성심사 및	신청인은 등록, 징병검사, 적합성심사 및 투입심사에서 어떠한 생각을 가지고 있었는가? 신청인 자신은 군인으로서 무엇을 하기 원하는가 내지 언제 어디서 징집

방향점	구체적 내용
투입심사	되기를 원하는 가에 대해 진술한 경우라면, 신청은 무조건 왜 자신이 징병검사 이후에야 비로소 집총병역거부 신청을 하고 싶어하는 지에 대해 자세히 따지고 설명해야 한다. 구두 심리의 경우 여기서 재차 질문한다.
활동	정치그룹, 단체, 사회적 기관에서의 협력. 왜 신청인은 여기서 활동하는가? 여기서 신청의 활동은 무엇인가? 이는 신청인의 결정절차에 어떠한 영향을 가지는가?
핵심체험	죽음, 폭력, 전쟁, 연방방위군의 문제영역에 관한 핵심체험이 있었는가?
양심적 결정의 결과	얼마나 폭넓은 결과를 신청인은 자신의 양심적 결정으로부터 도출하는 가? 왜 신청인은 순수한 방위전쟁 또는 소위 평화를 위한 전쟁개입을 거부하는가? 왜 신청인은 연방방위군에서 무기사용이 불필요한 복무를 고려하지 않는가? 신청인은 어떻게 자신의 양심적 결정의 가치를 실현하는가? (단체들 및 평화정책적 그룹들 속의 협력, 제3세계 운동, 평화운동, 환경보호그룹, 사회적 기여) 신청인의 집총병역거부는 신청인의 직업선택, 전체 인생관에 영향을 미치는가? 신청인의 집총병역거부는 특정한 민간복무배치자리 선택에 영향을 미치는가?
징집된 병역의무자, 군인, 예비군	과거 통지를 받고 징집된 병역의무자, 군인, 예비군은 징집 전에 거부하지 않았기 때문에 판례의 견해에 따르면 이들은 병역을 이행하기로 결정한 자들이다. 따라서 이들은 특히 신청의 시점을 근거지워야하고 어떻게 자신들의 양심이 형성되었는지를 설명해야 한다. 다른 집총병역거부자들과는 달리 이들은 예컨대 평화적으로 부모로부터 교육을 받았고, 학교에서 진지한 고민으로 이끈 영화들을 보았으며, 반전문학을 읽었다는 이유들을 낼 수 없다. 왜냐하면 그렇다면 당연히 벌써 예전에 집총병역거부신청을 했어야 했기 때문이다. 따라서 이들은 왜 일단 병역을 수행하려 했는지 그리고 어떠한 결정적인 영향, 체험, 지식이 이들을 집총거부로 이끌었는지를 정확하게 기술해야 한다. 예컨대 연방방위군으로 징집되기 전에 어떠한 태도를 가지고 있었는가? 왜 지금까지 집총거부를 신청하지 않았는가? 과거에 이미 양심의 갈등이 있었는가? 왜 신청인은 이제야 신청하는가? 병역에 대해 어떠한 태도를 신청인은 징병검사를 가지고 있었고 무엇을 통해 그 태도는 변화하였는가? 왜 신청인은 징집결정에 따랐는가? 연방방위군에서 어떠한 경험을 했는가? 무엇이 신청인을 동요케 했는가? 예비군의 경우에는, 어떠한 사건과 경험이 신청인의 소집해제 이후 신청인으로 하여금 집총거부로 이끌었는가? 신청인은 징집 직전에 어떠한 사건, 체험, 영향을 가졌기에 징집결정이 신청의 유발인자가 되는가? 징집결정이 신청인에게 어떠한 생각, 지각 등을 유발하였는가?(죽음과 폭력, 전쟁 등에 대한 회상) 신청인들은 어떻게 사실상의 양심의 결정에 오게 되었는가? 신청인이 병역의무 전에 이를 모면하려 했었고 집총병역거부 신청이 최종의 탈출구였다는 인상을 신청인은 어떻게 지우는 지에 대해 고민해 봐야 한다.

출처: <https://www.friedenspfarramt.elk-wue.de/kriegsdienstverweigerung/beispiel-kdv-antrag/>
(최종접속일 2019. 6. 12.)

4) 내용

독일에서 과거 병역을 대체할 복무는 다음과 같은 종류와 내용을 담고 있었다. 이러한 종류와 내용의 병역대체복무는 현재 병역의무의 유예로 더 이상 의무적 성격을 가지지 않지만 현재에도 자발적 복무의 형태로써 그대로 유지되고 있다. 다만 전시에 준하는 상황이 발생한다면 다시금 아래의 병역대체복무는 의무적 성격을 가진다.

(1) 민간복무(Zivildienst)

대체복무의 내용은 병역의무법과 민간복무법에서 규정되어 있다. 보통 집총병역거부자는 병역대체복무로서 민간복무(Zivildienst)를 수행한다. 민간복무에 대한 관찰관청은 연방가족부(Bundesfamilienministerium)이다.

민간복무의 임무에 관해 규정하고 있는 민간복무법 제1조에 따르면 민간복무에서 집총병역거부자는 주로 사회적 영역에서 공공복리에 기여하는 임무를 수행한다. 민간복무수행자는 공식적인 복무자리(Dienststelle)로 인정된 기관으로부터 다양한 민간 임무를 위해 소집된다. 가장 잘 알려진 배치영역은 병원, 청소년보호소, 요양소, 구조단체, 장애인보호기관이다. 여기서는 주로 돌봄서비스와 운전, 지도 등이 수행된다. 다음으로 인기 있는 배치영역은 예컨대 국립공원과 같은 환경 및 자연보호영역이다. 여기서는 업무가 일반인에 대한 업무와 교육에 집중되고, 장소에 따라 자연을 위한 실무(서식지보호와 지도제작 등)와 혼합되어 있다.

민간복무법에 의해 추구되는 것은 민간복무와 병역의 동등화이다. 엄밀히 보면 민간복무도 강제노역의 기준을 충족한다. 그러나 병역대체복무로서 민간복무는 유럽인권협약의 강제노역금지로부터 면제되어있다. 모든 독일인은 32세의 만기때까지 민간복무 부담을 가진다(동법 제23조). 2011년 일반 병역의무의 유예에 따라 민간복무 감시는 오로지 긴장 내지 방위사태에서만 유효하다(동법 제1조a). 즉, 집총병역거부를 신청한 병역의무자는 그 신청이 받아들여지게 되면 집총병역의무로부터 면제되거나 방위사안(Verteidigungsfall)의 경우 민간활동을 위해 소집될 수 있다.

(2) 외국에서의 기타 복무(Anderer Dienst im Ausland: ADiA)

민간복무 대신 집총병역거부자는 외국에서의 기타 업무를 이행할 수도 있었다(민간복무법 제14조b).¹⁴⁸⁾ 여기서는 국제적 상호이해의 범위에서 해당자는 다양한 형태의 업무를 수행하고 그 임무영역은 독일의 민간복무의 임무영역과 유사하다. 간단히 보면 사회보호적 영역(요양소, 병원, 여성보호소, 생활공동체, 장애인보호소), 교육영역(정치적 교육을 위한 프로젝트, 박물관, 문화재보호, 학교), 청소년보호소(고아원, 탁아소,

148) 현재는 연방자원복무법(Bundesfreiwilligendienstgesetz: BFDG) 제5조가 법적 근거이다.

청소년만남의 장소)로 구분된다. 대부분의 업무장소가 작은 기관에 있기 때문에 임무 영역이 중복된다. 그러나 원칙적으로는 모든 업무장소가 사회적 관련성을 가져야 한다.

외국의 국가로는 네팔부터 시작하여 중국, 호주, 남아프리카 그리고 캐나다를 넘어 유럽연합의 모든 국가에까지 이른다. 업무지의 다수는 유럽인데, 이러한 종류의 복무 개념은 2차 세계대전의 경험으로부터 나온 평화업무로서 등장하였기 때문이다. 따라서 이스라엘, 폴란드, 프랑스에 과도하게 많은 자리가 있다. 주목할 국가는 남아메리카와 아프리카의 개발도상국이고 최근에는 중앙아시아에 그 자리가 증가하고 있다.¹⁴⁹⁾

이러한 복무기간은 통상의 민간복무보다 2개월 더 길었다. 담당기관과 복무담당자에게는 외국 복무지에 의해 요구되는 경우 장기간의 복무기간에 관해 합의할 수 있었다. 이를 통해 최장 2년까지 복무기간이 가능하다. 다만 많지 않은 담당기관에서 이러한 기간연장이 이루어지고 보통은 법적으로 규정된 11개월이다. 복무의 시작은 담당기관과 복무자 간에 합의할 수 있고 복무가 예정보다 일찍 중단되는 경우에는 기 수행된 기간은 2개월을 빼고 민간복무에 산입된다.¹⁵⁰⁾

(3) 자유근로관계(Freies Arbeitsverhältnis)

민간복무법 제15조a 제1항에 따르면 양심상 이유에서 민간복무를 수행할 수 없는 집총병역거부자는 병원 또는 치료·보호·부양기관의 통상적인 업무시간으로 근로관계설정을 원한다고 의사표시하거나 그러한 근로관계에서 일을 하고 있다면 민간복무에 일시적으로 소집되지 않는다. 이는 근로관계가 집총병역거부자로서 인정받은 후 그리고 22세의 만기가 되기 전에 적어도 민간복무보다 8개월 더 긴 기간으로 설정되어야 하거나 설정된 경우에 그러하다.

(4) 민방위 또는 재난구호(Zivil- oder Katastrophenschutz)

병역의무법 제13조a와 민간복무법 제14조에 따라 민방위 또는 재난구호에 협력의무를 통해 병역의무를 대체할 수도 있다. 이러한 의무는 다년간 지속된다. 의무기간은

149) <https://www.bundesfreiwilligendienst.de/ausland/adia-anderer-dienst-im-ausland.html>, 최종접속일 2019. 6. 12.

150) <https://www.bundesfreiwilligendienst.de/ausland/adia-anderer-dienst-im-ausland.html>, 최종접속일 2019. 6. 12.

각각의 병역기간에 따라 변한다. 이러한 의무는 예컨대 공부 또는 일과 병행해서 충족될 수 있기 때문에 민간복무 또는 병역이행자와는 다르게 해당 의무이행자는 기존의 생활을 유지할 수 있다. 다만, 이러한 의무를 수행하는 자로 인정받기 위해서는 관할 재난구호기관의 동의를 구해야 한다. 민방위 또는 재난구호 복무는 다음과 같은 기관에서 수행될 수 있다.

- 기술적 구호단체(Technisches Hilfswerk)
- 독일 생명구호 공동체(Deutsche Lebens-Rettungs-Gesellschaft)
- 독일 적십자(Deutsches Rotes Kreuz)
- 요하니터-사고-구조(Johanniter-Unfall-Hilfe)
- 독일 노동자-사마리아-연합(Arbeiter-Samariter-Bund Deutschland)
- 몰타 구호복무(Malteser Hilfsdienst)
- 재난구호기관의 정부연합체(Regieeinheiten der Katastrophenschutzbehörden)
- 의용소방대(Freiwillige Feuerwehr): 2011년 7월에 병역의무가 유예되기 까지 모든 의용소방대에서 병역대체복무자들이 받아들여졌고 투입되었다. 이러한 복무의 기간은 마지막에 4년이었다.

(5) 개발역무(Entwicklungsdienst)

민간복무법 제14조a에 의거 승인된 개발구호단체의 개발조력자로는 2년의 복무 후에는 더 이상 병역 또는 민간복무에 징집되지 않는다. 개발조력자(Entwicklungshelfer: EH)는 직업적 경험이 많은 전문가로서 개발조력복무계약에 근거하여 일정 기간 동안 국제적으로 남부국가에서 거주하면서 일하는 자이다. 개발조력복무계약의 특징은 업무가 연대적 복무로서 정의되고 법률에 따르면 수입의 목적없이 이루어진다. 이러한 활동에 대한 기본조건은 개발조력법률(Entwicklungshelfer-Gesetz: EhfG)에 정해져 있다. 이 법률은 미리 규정된 업무와 전문가들의 사회적 보장을 규율한다. 또한 어떠한 기준에 따라 개발복무 담당기관이 그 자체로 승인되는 지가 정해져 있다. 오로지 이러한 담당기관만이 개발조력복무계약을 체결할 수 있다.¹⁵¹⁾

현재 독일에는 7개의 기관이 개발복무 담당기관으로 승인되어 있다. 개발조력을 위한 사업공동체(Arbeitsgemeinschaft für Entwicklungshilfe: AGEH), 외국복무(Dienste

151) <https://www.agdd.de/de/davor/was-ist-entwicklungsdienst/>, 최종접속일 2019. 6. 12.

in Übersee: 이 기관은 “세계를 위한 식량(Brot für die Welt)”이라는 타이틀로 활동한다, 국제 기독교 전문가(Christliche Fachkräfte International: CFI), 국제기독교평화사업(Internationaler Christlicher Friedensdienst), 민간평화사업포럼(Forum Ziviler Friedensdienst: forumZFD), 국제협력사업을 위한 독일공동체(Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit: GIZ), 세계평화사업(Weltfriedensdienst: WFD).

2016년 법률개정으로 2년 미만의 개발복무가 가능해졌다. 평균적인 계약기간은 3년에 못 미치는 정도이고 제공된 많은 일자리들이 최소 2년의 복무대가로 주어져 있다. 보충적으로 보통은 국내에서 준비기간이 더 추가된다. 이 기간에 전문가는 담당 기관에 특수한 교육과정과 기타 자격을 위한 훈련과정에 참여한다.¹⁵²⁾

(6) 자발적 년도(Freiwilliges Jahr)

2002년 6월 이후에 인정된 병역거부자는 자발적 사회년도(Freiwilliges soziales Jahr: FSJ) 또는 자발적 생태년도(Freiwilliges ökologisches Jahr: FÖJ)의 형태로 역무를 수행할 수 있다.

① 자발적 사회년도

자발적 사회년도와 그 전신은 50년 전부터 존재했었다고 한다. “1년을 제공하라(Gib’ ein Jahr)”라는 캐치프레이즈하에 1954년 자선단체에 의해 도입되었다. 또한 카톨릭 교회도 자선사업에 동참하였다. 오늘날과 다르게 당시 이러한 호소는 전적으로 젊은 여성들에게만 향하였지만, 그 사이 이러한 복무영역에는 젊은 남성들도 열정을 가지고 참여할 수 있는 다양한 가능성이 생겨났다. 자발적 사회년도 프로그램은 그 대상자와 분야에 따라 노인·병자·장애자·아동 및 청소년에 대한 프로그램과 스포츠와 문화분야의 프로그램으로 구분된다.¹⁵³⁾

노인을 위해 일하고자 하는 자는 통원 및 입원업무를 할 수 있다. 이 경우 함께 산책하기 또는 게임하기, 세탁, 옷 입히기의 기본부양 임무가 하루일과로 배치되어

152) <https://www.agdd.de/de/davor/was-ist-entwicklungsdienst/>, 최종접속일 2019. 6. 12.

153) 아래의 구체적 내용에 관해서는 홈페이지(<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/engagement-und-gesellschaft/freiwilligendienste/jugendfreiwilligendienste/freiwilliges-soziales-jahr/freiwilliges-soziales-jahr/96732>, 최종접속일 2019. 6. 12.) 참조.

있다. 병자를 지도하고 보호하는 영역에서 전통적인 배치장소는 병원, 사회보호소(Sozialstation), 구조대이다. 지원자는 보건제도의 업무일상을 들여다 볼 수 있고, 요양직업 또는 의료직업이 자신에게 맞는지를 알아 볼 수 있다고 한다. 장애자에 대한 업무에서 가장 중요한 임무 중 하나는 이들이 자신의 일상을 가능한 한 스스로 형성토록 하는 것이다. 지원자는 자신의 활동을 통해 장애자의 개선된 사회참여와 통합에 기여한다. 전형적인 배치장소는 특수학교, 장애인 숙소 및 일자리이다. 아동 및 청소년과 관련하여 어린 개구쟁이들을 길들이고 호기심어린 질문에 대답하는 것은 자발적 사회년도 지원자의 일상 업무에 속한다. 많은 임무들이 교육적 배경을 가진다. 여기에 속하는 것으로 무엇보다 휴가놀이의 계획과 실행 또는 가사돌봄과 같은 다른 서비스이다. 스포츠분야의 자발적 사회년도에는 스포츠단체와 훈련단체를 형성하는 것과 아동과 청소년의 지도가 중심에 서있다. 사람들이 생각하는 것보다 배치자리가 더 다양한데, FSJ는 스포츠단체 외에도 청소년축제마을, 활동유치원, 스포츠학교 또는 아동 및 청소년의 여가시설에서 수행될 수 있다. 또한 대중 스포츠의 훈련지도자리이 센스를 따는 것도 FSJ에 포함된다.

라디오방송은 어떻게 이루어지고 무대장치세트가 어떻게 생겨나는지를 항상 알고자 하는 자를 위해 문화 FSJ는 많은 기회를 제공한다고 한다. 예술 및 음악학교, 극장, 박물관, 소규모 예술작업장 등등이 그것이다. 예술적·창조적 작업이 전면에 서있지만 문화의 역사적 정치적 측면도 찾을 수 있다. 문화재보호영역에서 활동하고자 하는 자는 서류의 먼지만 털어내지 않는다. 목공예, 석공예, 석고세공, 유리세공에서 수작업활동이 하루 일과로 편성되어 있다. 또한 문화재보호기관과 박물관이 가능한 배치장소이다.

② 자발적 생태년도¹⁵⁴⁾

자발적 생태년도는 16세에서 27세 사이의 젊은이에게 제공된 프로그램이다. 보통 12개월의 기간 동안 이들은 환경보호와 자연보호의 다양한 영역에서 활동할 수 있고 생태에 관한 자신들의 지식을 심화하고, 생태시스템 보존을 위해 적극적으로 개입하거나 환경보호를 위해 타인을 만날 수 있는 기회를 얻을 수 있다. 이러한 복무를

154) 이에 관해서는 홈페이지(<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/25-jahre-freiwilliges-oekologisches-jahr/123820>, 최종접속일 2019. 6. 12.) 참조.

수행하는 자는 환경관청, 자연보호, 학교와 유치원, 환경 및 자연보호단체, 산림경영, 동물보호기관 또는 연구기관에서 보조한다. 이러한 복무의 영역은 환경, 생태 그리고 지속적 발전을 위한 교육을 담고 있다.

연방 전역에 2018년 현재 연간 거의 3천명의 젊은이들이 자발적 생태년도를 수행한다고 한다. 이러한 복무를 외국에서 수행하는 것도 가능하다. 자원자들의 수는 점진적으로 증가하고 있으면, 이러한 제도가 도입된 이래 과거 25년간 총 43,000명의 자원자들이 여기서 일을 했다고 한다. 자원자들은 배치기관으로부터 도움을 받고 교육자들의 지도를 받는다. 복무기간은 최소 6개월이고 보통은 12개월이다. 예외적인 경우 24개월까지 복무수행이 가능하다. 참여자의 상당수는 좋은 평가를 내린다. 설문자의 87%가 공동체의 사회적 내지 생태적 형성에 기여할 수 있어서 기뻐했다고 하였다.

다. 병역에 관한 정의(Wehrgerechtigkeit) 문제¹⁵⁵⁾

1) 문제제기

1956년부터 2011년 사이에 독일 연방공화국에는 일반병역의무가 있었다. 이는 원칙적으로 병역이 가능한 연령의 모든 남성들은 일정 시간동안 연방방위군에서 병역을 수행해야함을 예정하고 있었다. 이러한 평등의 요청을 병역에 관한 정의(아래에서는 ‘병역적 정의’라고 한다)라고 일컫는다. 그런데 실무상 연방방위군은 자신이 존재하는 동안 이러한 요구를 한 번도 충족하지 못했고 모든 가용한 남성들을 병역으로 징집하지 못했다. 오히려 수년간 병역에 관한 부정의가 상당히 팽배했었다고 한다. 이러한 폐해는 마침내 2011년 병역의무 유예결정을 위한 논거로 이용되었다.

연방방위군의 기본문제는 자신이 필요로 하는 수보다 항상 더 많은 가용 병력자원이 있었다는 점이다. 이는 서독의 전투병력이 약 50만 명의 규모를 나타내었던 냉전의 최정점의 시기에도 마찬가지였다. 이러한 “초과공급”의 한 원인은 먼저 출생률이 높았던 시기에 있었다. 2차 세계대전이 끝나고 독일에서도 소위 베이비붐 시기가 도래하였는데, 1946년에서 1965년 사이 서독에서 연간 출생자의 숫자는 약 70만에서 100만

155) 이하에서는 독일에서 병역에 관한 정의문제를 비교적 잘 소개하고 있는 연방공민교육국의 홈페이지(<https://www.bpb.de/politik/grundfragen/deutsche-verteidigungspolitik/216756/wehrgerechtigkeit>, 최종접속일 2019.6.12.)의 내용을 기본으로 하면서 중간 중간 보충과 수정이 이루어졌다.

이상으로 증가하였다. 이 중 거의 절반은 여성이고, 나머지 중에서 부적합자로 판정받은 자, 집총병역거부자, 성직자들은 병역의무에서 면제되었다. 이러한 인적범위를 다 제외하고 나서도 연방방위군이 수용할 수 있는 자 보다 많은 복무의무적합자들이 있었다. 공식적 통계에 따르면 인적 공급과잉이 5만에서 10만 사이에서 왔다 갔다 한다고 하였다. 냉전의 종식 이후 독일에서는 적은 병력수요와 증가하는 인구수로 인해 병역에 관한 정의 문제가 더 크게 등장하였다. 2007년 동년배 독일 남성의 40%만이 병역에 필요하였고,¹⁵⁶⁾ 2010년에는 동년배 젊은 남성의 17%에 못 미치는 비율만이 징집되어 사생활에 대한 국가개입이 더 이상 정당화될 수 없는 지경에 이르렀다고 한다.¹⁵⁷⁾ 이 당시 쾰른 행정법원은 병역의무의 헌법합치성에 대해 의구심을 가졌는데, 미래에는 당시까지 병역에 쓰일 수 있는 병역의무자의 절반 이하만 병역을 위해 징집되기 때문에 병역적 정의의 원칙이 침해된다고 보았다.¹⁵⁸⁾

2) 첫 번째로 제안된 해결책 - 일반적 복무의무와 선택적 병역의무

정치권과 군은 이러한 문제를 일찍부터 인식하였고 문제해결을 위한 첫 번째 해결책을 제안하였다. 콘라드 아데나워(Konrad Adenauer) 정부는 먼저 남성과 여성에게 똑같이 적용되는 일반적 복무의무의 도입에 대해 생각하였다. 이를 통해 연방방위군이 필요치 않은 젊은 남성들을 공공의 복무를 위해 소집할 수 있다는 것이 주된 아이디어였다. 그 배경에는 냉전이 있었다. 독일 연방정부는 이러한 일반적 복무의무로써 동구권의 핵공격 이후 예상되는 대규모 긴급사태를 대비하고자 하였다. 그런데 독일 기본법은 그러한 내용을 담고 있는 복무를 금지하고 있었다. 즉, 사전에 법률적으로 검토해보니 그러한 계획은 강제노역금지를 침해할 수 있었다는 것이다.

따라서 독일 연방정부는 이제 추첨방식을 도입하였다. 연방병무행정청은 추첨을 통해 단기 및 직업군인에 필요한 정도를 넘어 군의 인적수요충족을 위해 이용되는 병역의무자를 정하였다. 이는 연방방위군 초기에 모든 병역의무자 중 30%에서 40%

156) Voland, Ständig Streit um die Streitkräfte: Der Grundsatz der Wehrgerechtigkeit vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen, ZRP 2007, S. 185.

157) <https://www.dw.com/de/f%C3%BCnf-jahre-berufsarmee-eine-bilanz/a-19369801>, 최종접속일 2019. 6. 12.

158) VG Köln, Vorlagebeschluss v. 15.4.2005 - 8 K 8564/04.

정도뿐이었다. 이런 방식으로 연방방위군에서 대략 수천 명의 대학생들이 은밀히 병역의무에서 면제되었다. 1950년대에서 1960년대에 고등학교를 마치고 바로 대학교육을 받으려는 자는 일절 ‘끌려오지’ 않는 기회를 얻었다고 한다. 교육진흥정책이 당시 공식적으로 우선시 되었고, 해당자는 교육이 끝나면 25세가 되면서 국가는 이들을 더 이상 징집하지 않았다.

이러한 절차에 관련된 많은 이들은 1965년까지 시행되었던 추첨시스템이 부당하다고 보았다. 왜냐하면 그들의 눈에는 오직 우연만이 복무자와 비복무자를 결정하기 때문이었다. 실제로 일반인의 관점에서도 연방방위군이 선택적 병역의무로 전환되었다라는 점을 숨길수가 없었다. 국방부 고위관계자는 1968년 슈피겔지와와의 인터뷰에서 공공연하게 말하기를 오직 “멍청한 자(die Dummen)”만이 병역을 이행하는 반면 똑똑한 자는 병역의 피한다고 하였다. 그리고 비복무자에 대한 재정적 세금 부담과 같은 새로운 해결책은 현실성이 없다고 판단되었다.

3) 진정한 병역기피자? 희생양으로서 병역거부자

1960년대 말에는 병역적 정의에 관한 논의에서 새로운 움직임이 나타났다. 이 당시에 병역거부자들의 수가 현저하게 증가하였다. 그 전에는 일 년에 몇 천이 되지 않는 숫자만이 기본법상 명문화된 집총병역거부권을 원용하였지만 1968년에 그 숫자는 처음으로 만 명을 넘었고 이듬해부터 점차적으로 증가하였다.

당파를 초월하여 이미 이러한 사회적으로 차별적 대우를 받는 소수자들은 이제 희생양이 되어야 했었다. 예컨대 그 당시 사회민주당의 국방부장관이었던 헬무트 슈미트(Helmut Schmidt)는 대부분의 병역의무자들이 어떠한 종류의 복무이든 피하고 싶어서 병역을 거부한다고 주장하였다. 병역의무자들은 당시에는 얼마 되지 않은 민간복무자리가 곧 미어터지기 때문에 자신들이 전혀 징집되지 않는다는 기회를 이용하였다고 한다. 독일사민당의 최고정치가는 이로써 대부분의 집총병역거부자는 떳떳한 동기를 가지고 있지 않고 이는 치욕적인 남용에 대한 논의로 나아간다고 생각하였다. 무엇보다 슈미트는 병역거부자는 전체 문제 중 일부만을 구성한다는 점에 대해 침묵하였다. 병역거부자의 수는 70년대 초반 몇 천이 안되는 반면 연방방위군은 이 당시까지 수만의 병역의무자를 인구통계학적 발전에 근거하여 징집할 수 없었다.

4) “병역적 정의”에 대한 투쟁: 빌리 브란트 정부

빌리 브란트(Willy Brandt) 정부는 병역적 부정의(Wehrungerechtigkeit)의 타파를 70년대 자신의 개혁정책의 중점으로 하였다. 그 중심에는 두 가지 조치가 놓여 있는데 하나는 연방방위군의 병역기간을 18개월에서 15개월로 낮추는 것이었다. 이를 통해 더 많은 병역의무자가 매년 연방방위군을 거치는 것이 가능했다. 다른 하나는 정부가 민간복무를 대규모로 확대하는 것이었다. 새로운 자리가 특히 요소와 외래부양기관에 마련되었다. 이 시기에 처음으로 민간복무가 독일 연방의 거대제도가 되었고 이 제도는 기존의 사회시스템을 지원하고 보충하였다. 그러나 민간복무의 확대를 통해 집총병역거부자의 수를 줄이려는 정부의 희망은 충족되지 못했다. 많은 이들이 비록 자신들이 대안적 복무를 수행해야 함에도 불구하고 병역을 거부하였다. 이로써는 단순히 병역기피자라는 비난만이 부정되었다.

5) 새로운 병역적 부정의: 개혁의 장기적 결과

자신이 추구했던 목적, 즉 병역적 부정의를 전부 타파하려는 것은 브란트 정부도 결국 해내지 못했다고 한다. 비록 이 정부는 보다 많은 거부자를 민간복무로 소집하는 것은 성공하였지만 이로써 그 정부는 새로운 병역적 부정의를 양산하였다는 것이다. 즉, 비율상 병역보다 민간복무로 명백히 더 많은 젊은 남성들이 소집되었다. 병역적 부정의의 문제는, 당시 국방부장관인 게오르그 레버(Georg Leber)가 내부적으로 견지하다시피, 이제 뒤집어져서 제기되었다. 이에 상응하여 브란트 정부는 오히려 상대적 병역적 정의라고만 하였다.

다음에 들어선 정부들도 2011년 병역의무가 유예될 때까지 보다 많은 병역적 정의를 위해 노력하였지만 온전히 성공하지 못했다는 평가를 받았다. 오히려 반대로 그 문제는 재차 첨예화되었다. 냉전의 종식 이후 연방방위군은 인력측면에서 강하게 축소되었고 점차적으로 더 적은 신병을 필요로 했다. 1965년 이후 낮아진 출산율조차도 이러한 기본문제를 해결할 수 없었다. 연방방위군은 한편 적합성기준을 강화함으로써 임시방편책을 마련하였고 연방병무청은 이로써 분명 더 많은 젊은 남성들을 병역부적합자로 제외시켰다. 다른 한편 국가는 병역기간을 단계적으로 즉, 1990년 15개월에서

부터 2011년 6개월까지 줄었다. 그러나 여전히 수년간 아주 많은 병역에 적합한 병역 의무자들이 가용될 수 있었다. 더욱 심각한 것은 연방정부가 병역적 정의에 관한 문제해결책을 전적으로 연방방위군의 수요에만 종속시켰다는 것이다.

2000년대 이후 조용할 날이 없는 병역의무의 유예 및 폐지에 관한 논의는 병역적 정의의 문제에 의해 결정되었다. 독일 자유민주당(FDP)과 녹색당(GRÜNE) 그리고 좌파당(Linke)당은 병역의무의 폐지를 옹호하면서 병역수행의 의무와 같이 개인적 자유를 광범위하게 침범하는 것은 더 이상 정당화될 수 없다는 입장을 표명하였다. 독일사회민주당(SPD) 내부에서는 입장이 정리되지 못했고 단지 “자발적 병역의무” 모델을 옹호하였다. 독일기독교민주연합(CDU)과 바이에른기독교사회연합(CSU)은 이와 반대로 병역의무의 유예만을 지지하였다. 나아가 병역적 정의에 대한 고려는 기독교민주정(Christdemokraten)에 관한 논의에서 일단은 특별한 역할을 하지 못했다.

그러나 이러한 태도는 이내 변경되었다. 2010년 바이에른기독교사회연합의 대표자는 독일 우파 정론지인 프랑크푸르트 알게마이네 존탁스차이퉁과의 인터뷰에서 “병역적 부정의로서는 한발짝도 나아갈 수 없다.”고 하였다. 안젤라 메르켈(Angela Merkel) 정부에게 있어 특히 비싼 병역의무를 유예하는 재정적 동기가 중요하였지만 병역적 정의에 대하여 앞서 행해진 논의가 이러한 유예결정에 기초를 제공하였다. 병역의무는 결국 큰 저항없이 사라졌다. 병역의무의 포기는 결국 여전히 중심적 이익, 즉 모든 시민의 동등한 처우가 더 이상 보장되지 않는다는 이유만으로 정당화된 것이다.

3. 연방자원복무(Der Bundesfreiwilligendienst)¹⁵⁹⁾

연방자원복무는 병역의무의 폐지, 또 그에 따른 민간복무제도의 폐지에 따라 발생하는 사회영역에서 필요한 노동력의 흠결을 적어도 부분적으로라도 메우기 위해 등장하였다. 법적근거는 2011년에 제정된 연방자원복무법(Gesetz über den Bundesfreiwilligendienst (Bundesfreiwilligendienstgesetz: BFDG))이다. 2019년 8월 현재 약 35,613명의 남성과 여성이 6개월에서 18개월 사이에서 일을 하고 있다고 한다.¹⁶⁰⁾ 연방자원복무는

159) 이에 관하여는 홈페이지(<https://www.bundesfreiwilligendienst.de/der-bundesfreiwilligendienst/ueber-den-bfd.html>, 최종접속일 2019. 6. 12.) 참조.

160) https://www.bundesfreiwilligendienst.de/fileadmin/de.bundesfreiwilligendienst/content.de/Service_Menue_Kopf/Presse/Statistiken/BFD_Statistik_August_2019.pdf, 최종접속일 2019.

자발적 활동으로서 무보수 복무이지만, 복무에 대한 용돈으로 2019년 현재 매월 가장 많게는 402유로가 지급된다고 한다. 구체적인 용돈에 관해서는 배치된 곳에서 합의할 수 있다.¹⁶¹⁾

가. 개념

연방자원복무에는 모든 연령층의 여성과 남성이 직업과 학교 밖에서 공공의 안녕을 위해 참여할 수 있다. 이들의 활동영역은 사회, 생태, 문화뿐만 아니라 스포츠, 이민자 통합 그리고 민방위와 재난구호에 이른다. 자원봉사는 나름의 의의가 있는데, 봉사자는 가치 있는 생활경험을 얻는다고 한다. 배치자리(Einsatzstelle)에서 봉사자는 자신의 일에 추가적인 동기를 부여하는 활발한 도움을 향유한다고 한다.

나. 목표

연방자원복무는 참여정책적 프로젝트이다. 이는 독일에서 새로운 자원봉사 문화를 형성하고 가능한 많은 사람들에게 공공을 위한 참여를 가능케 한다고 한다. 기존의 대체복무의 폐지는 중대한 사회적 문제를 야기하고 이를 위해 연방자원복무제도가 고안되었기 때문에 대체복무법에 따라 인정되었던 모든 복무지위와 장소는 따라서 자동적으로 연방자원복무의 복무지위와 장소로 인정되었다고 한다.

다. 조건

연방자원복무에서는 정규의 의무교육을 이수하였다면 누구나 참여할 수 있다. 정규 의무교육을 이수한 이후 (이는 연방주에 따라 대개 16세이지만 경우에 따라 15세가 된다) 모든 사람, 즉 남성과 여성이 여기에 해당한다. 나이 어린 자원자는 자신의 인격적, 사회적 능력을 획득하거나 심화하고 나이가 든 자원자는 자신의 고유한 생활 경험 및 직업경험을 제공할 것이다. 연령의 상한은 없다고 한다.

6. 18.

161) <https://www.bundesfreiwilligendienst.de/der-bundesfreiwilligendienst/a-bis-z.html#c1483>, 최종접속일 2019. 6. 18.

라. 연방자원복무의 기관과 자리

보통 연방자원복무의 기간은 12개월이고, 최소기간은 6개월, 최장기간은 18개월이다. 예외적인 경우 24개월까지 복무할 수 있다고 한다. 연방자원복무는 원칙적으로 종일근무이다. 27세 이상의 자원자에 대해서는 주당 20시간 이상의 시간제근무 형태의 복무가 가능하다. 배치자리는 공익적 기관에 의해 제공된다. 여기에는 복지연합(Wohlfahrtsverbände)의 소속기관(노동복지회, 독일가톨릭사회복지사업단(Caritas), 독일적십자, 사회봉사단체(Diakonie), 합동복지연합(Paritätischer Wohlfahrtsverband), 독일유태인중앙복지회(Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland) 등이 포함되고, 연합에 속하지 않은 병원, 요양소, 고아원, 탁아소, 학교, 소년기관, 장애인부양기관, 휴양소(Erholungsheime), 다세대주택, 자립단체, 스포츠단체, 박물관, 문화기관, 민방위 및 재난구호기관, 생태적 계획을 수행하는 단체와 공동체등도 속한다.

4. 일반 복무의무 도입에 관한 현재의 논의

가. 논의 의의 및 배경

개념상, 일반 복무의무(allgemeine Dienstpflicht)의 경우 18세 이상의 남성과 여성은 의무교육수료후 연방방위군 또는 사회기관에서 복무를 수행해야만 한다. 일반 병역의무와 일반 복무의무는 서로 구별되는데, 후자의 경우 여성과 남성이 양심의 갈등 없이도 연방방위군에서 병역을 수행할지 아니면 민간영역에서 복무를 수행할 지를 결정할 수 있기 때문이다.

이러한 내용의 일반 복무의무의 도입에 관하여 특히 2018년 8월 독일에서 논의가 매우 활발하였다.¹⁶²⁾ 먼저 포문을 연 자는 독일기독교민주연합(CDU) 사무총장 안네그렛 크람프-크렌바우어(Annegret Kramp-Karrenbauer)인데 그는 젊은 여성과 남성을 위한 복무년도(Dienstjahr) 개념을 제안하였다. 또한 독일 기독교민주연합의 마르쿠스 바인베르그(Marcus Weinberg)는 젊은 여성과 남성에게 해당되면서 헌법상 보장된 일반복무의무를 요구하였다. 그가 말하기를 “극단주의적 물결이 젊은이들 간에도

162) <https://www.mdr.de/nachrichten/politik/inland/faktencheck-dienstpflicht-verfassung-100.html>, 최종접속일 2019. 6. 12.

급속도로 만연하고 있는 오늘날 그러한 복무는 우리의 공동체의 공동 단결을 위한 강력한 표시이다”라고 하였다.¹⁶³⁾ 그런데 반대로 과거 CDU-사무총장직과 국방부장관을 지낸 볼커 뢰에(Volker Rühe)는 일반 복무의무의 도입에 회의적이었다. “일반 복무의무를 통해 70만의 젊은 남자와 젊은 여자를 강제적으로 의무지우는 것은 법적으로 가능하지도 않을 뿐만 아니라 연방방위군의 문제를 해결하지도 못한다. 그리고 기타 문제도 해결하지 못한다.”고 하였다. 연방방위군은 오늘날 모병제이고 재차 새로운 개혁은 혼란만 가중시킨다는 것이다. 뢰에는 그 대신 군 구조의 강화, 즉 개선된 무장, 개선된 급여를 요구하였다. 회의론자 입장에서는 일반 복무의무 도입에 관한 현재 유예된 병역의무를 일반 복무의무로 바꾸려는 의도를 가지고 있다고 한다.¹⁶⁴⁾

나. 극복해야 할 장애

일반 복무의무 도입의 주장에도 불구하고 그 도입에 큰 장애가 되는 것들이 있다. 그 장애들은 규범적 측면과 사실적 측면에 놓여있다.

1) 기본법 제12조 적용의 어려움

먼저 독일 기본법 제12조가 규범적 장애로서 등장한다. 물론 이 규정의 가장 큰 실천적 중요성은 직업의 자유보장에 놓여있다(동조 제1항). 그런데 이와 별도로 동법 제12조 제2항은 “그 누구도 특정한 일에 강제되어서는 안 된다. 다만 관행적이고 일반적이며 모두에게 공평한 공공의 복무수행의무는 제외한다.”고 규정하고 있는 바, 바로 여기에 헌법적 문제가 있는데, 제12조 제2항은 국가적 의무복무에 대항한 개인의 고유한 기본권적 방어권을 규정하고 있다. 따라서 일반적 복무의무의 도입은 이러한 기본권을 침해할 수 있다는 것이다.

일견 이에 대해서는 기본법 제12조 제2항의 후문이 새로운 의무도입을 위한 하나의 토대를 제공하고 있다고도 볼 수 있다. 즉, 관습적이고 일반적이며 모두에게 공평한 공공의 복무수행의무의 범위에서 개인은 특정 노역에 강제될 수 있다. 그러나 이

163) <https://www.welt.de/politik/deutschland/article180688760/Debatte-ueber-Dienstpflcht-Wehrpflicht-Die-wichtigsten-Fragen-und-Antworten.html>, 최종접속일 2019. 6. 12.

164) <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/allgemeine-dienstpflcht-einfuehrung-verfassung-wehrpflicht-zivildienst/>, 최종접속일 2019. 6. 12.

규정 해석에 관한 거의 다툼이 없는 견해에 따르면 이 규정은 오직 “관행적인” 복무의 무에 대해서만 적용된다. 관행적인 복무의무란 과거 영주를 위해 농부가 마소를 동원해서 하는 부역(Hand- und Spanndienste) 즉, 필요한 경우 무엇을 건설하고 운송하는 것이거나 소방 및 제방보호의무 내지 긴급사태에서 조치들이다. 이러한 정의는 나치 이전 시절에도 있었다고 한다. 현재 논의되고 있는 일반적 복무의 내용인 사회적 또는 생태적 복무는 어떻게 해석해도 여기에 포함되지 않는다는 것이다. 2004년 일반 복무의무가 당시 연방가족부장관이었던 레나테 슈미트(Renate Schmidt)에 의해 독일 사회민주당에 의해 심사되었을 때, 이미 이러한 결론에 연방의회의 연구용역이 이르렀다.

2) 기본법 제12조a 적용의 어려움

기본법 제12조a 제1항은 제3의 독자적 복무의무로서 민방위대에서의 복무를 예정하고 있는데, 이러한 의무 가능성을 독일 입법자는 지금까지 사용하지 않고 있다고 한다. 따라서 기본법 제12조a 제1항이 일반 복무의무의 근거로서 활용될 수 있지 않을까 하는 의문이 제기된다. 그런데 이 의무의 내용은 비군사적인 복무이고 이는 재난 또는 무장된 분쟁의 영향으로부터 국민을 보호하기 위한 것이다. 유치원에서 노인요양원에 이르는 일반적 사회 복무는 여기에 포함되지 않는다고 한다. 따라서 기본법 제12조a 제1항은 일반 복무의무의 헌법적 토대가 될 수 없다고 한다.

나아가 기본법 제12조a 제2항이 일반적 복무의무를 위한 근거규정이 될 수 있다고도 생각할 수 있겠다. 왜냐하면 민간복무가 동 규정의 대체복무에 속하기 때문이다. 그러나 대체복무는 양심상 이유로 인한 집총병역의 거부를 전제한다. 양심적 결정을 거쳐 집총병역을 거부하지 않고서는 의무적인 사회 복무는 불가능하다. 왜냐하면 민방위대에서의 복무는 전쟁 또는 재난에 의한 예외적 상황으로 제한되는데, 일상적인 병 또는 노화현상의 영역에까지 확장되는 것은 아니기 때문이다. 그러니까 일반적 인 복무의무가 집총병역과 병렬적으로 동등하게 서있으려면 먼저 헌법적 변경이 필요하다고 하겠다.¹⁶⁵⁾

165) <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/allgemeine-dienstpflicht-einfuehrung-verfassung-wehrpflicht-zivildienst/> (최종접속일 2019. 6. 12.).

3) 복무의무의 일반성의 문제

또 다른 헌법상의 문제는 복무의무의 일반성에 놓여 있다. 기본법 제12조a 제1항에 따른 - 무장을 하던 하지 않던 - 복무의무의 가능성은 오직 남성에게만 있다. 남성이 아닌 모든 사람에 대해서 복무의무를 지도록 하는 것은 헌법 위반으로 해석된다. 여성은 기본법 제12조a 제4항에 따라 기껏해야 방위사태에서 복무의무를 부담할 수 있다. 이마저도 “민간 간호 및 치료기관 또는 야전 군사병원에서의 민간 복무수행”으로 제한된다. 이러한 배치는 수요에 따라 이루어지기 때문에 이러한 복무는 자발적 토대위에서 충족될 수 있는 것은 아니라는 것이 전제조건이다. 집총병역의 경우 여성에게는 어떤 경우이든 의무를 지워서는 안 된다. 따라서 일반적 복무의무가 남성에게만 부담 지워져서는 안 된다면 어떤 경우이든 여기서도 헌법변경이 필수적이다.¹⁶⁶⁾

4) 헌법변경의 어려움

먼저 비록 독일에서의 헌법변경은 기본법 제79조 제3항의 불변규정에 따라¹⁶⁷⁾ 검토되어야 하지만, 적어도 이 문제는 병역의무에 대한 연방헌법재판소의 판례의 관점에서도 크게 문제가 되지 않는다. 또한 2010년에 연방헌법재판소 부의장이었던 빈프리트 하쎄머(Winfried Hassemer)는 “일반에 대한 의무적 복무는 비록 헌법적 문제이지만 그러나 극복할 수 없는 것은 아니다”라고 하였다.¹⁶⁸⁾ 이러한 의무의 도입은 법적 측면에서 문제되는 것이 아니라, 오히려 정치가들에게 어려움은 헌법변경을 위한 3분의 2의 다수를 구성하는 것이다. 헌법변경을 위해서는 연방의회와 연방참의원에서 3분의 2의 다수가 필요하지만 현재 독일의 대연정(Große Koalition)이 이러한 다수를 형성하지 못하고 있다는 것이다.

166) <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/allgemeine-dienstpflicht-einfuehrung-verfassung-wehrpflicht-zivildienst/>, 최종접속일 2019. 6. 12.

167) 제79조 (기본법의 개정) (3) 연방이 지방들로 분할되는 것을 저해하거나 입법시 지방의 원칙적인 협력에 지장을 초래하거나 제1조 및 제20조에 규정된 원칙들에 반하는 기본법 개정은 허용되지 아니한다.

168) <https://www.zeit.de/politik/2010-08/wehrpflicht-zivildienst-zwangsjahr>, 최종접속일 2019. 6. 12.

5) 유럽인권협약 제4조 제2항의 문제

마지막으로 일반적 복무의무에 관한 논의에서 인권, 즉 유럽인권협약 제4조 제2항도 문제된다. 유럽인권협약 제4조에 따르면 강제노역과 의무노역을 금지하고 있다. 강제노역은 처벌을 전제로 요구되고 자발적으로 응할 용의가 없는 모든 유형의 노역을 말한다. 동규정은 기본법 제12조 제2항과 유사한 보호를 제공한다. 물론 유럽인권협약도 예외를 인정한다. 따라서 병역, 병역대체복무, 민방위복무에 대한 지금까지의 시스템은 유럽인권협약과 충돌문제를 발생시키지 않았다. 그런데 일반적 복무의무에서 대부분 문제가 되는 것은 사회적 복무인데, 이는 유럽인권협약이 인정한 강제노역과 의무노역 금지의 예외에 해당될 수 없다. 독일 기본법과 마찬가지로 유럽인권협약도 위기예방과 위기상황을 위한 복무의무로부터 출발하기 때문이다.¹⁶⁹⁾ 따라서 유럽인권협약 또한 일반적 복무의무의 도입에 있어 장애가 된다.

다. 전망

독일에서 일반 복무의무를 도입하기 위해서는 결국 규범적·사실적 장애를 극복해야 한다. 적지 않은 정치가들에 의해 주장된 내용과 같은 일반적 복무의무는 현행 독일 헌법상 위헌이다. 따라서 일반적 복무의무의 도입을 위해서는 헌법변경이 필요한데 여기에는 아주 큰 정치적 합의가 필요하다. 이러한 합의 도출이 쉽지 않다. 따라서 일반 복무의무를 도입하자는 주장 뒤에 숨겨진 의도였던 병역의무의 부활을 위해서는 오히려 과거 병역의무제로 회귀가 더 용이할 수도 있다고 한다. 결국 일반적인 복무의무가 도입될 지는 법적 문제에 달려 있다기보다 정치적 의지에 달려 있다.

5. 시사점

대체복무제도를 둘러싼 독일의 논의가 우리에게 주는 시사점은 다음과 같다.

먼저 독일은 자신들의 특수한 경험, 즉 2차 세계대전에서 발생된 광범위하고 조직적 인권침해에 대한 반성으로 인해 인간의 존엄성에 대한 가치를 최고로 하면서 평화주

169) <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/allgemeine-dienstpflicht-einfuehrung-verfassung-wehrpflicht-zivildienst/>, 최종접속일 2019. 6. 12.

의 헌법을 천명하고 있다. 이는 필연적으로 군사적 무장에 대한 거부감으로 나타났고 남성에 대한 병역의무를 부과하면서도 양심적 이유로 인한 집총병역거부권을 헌법상의 권리로 널리 그리고 공고히 인정하였다. 따라서 해당 병역의무자가 이러한 헌법상의 권리를 주장함에 있어서 법적, 사회적 부담을 크게 떠 앉지는 않았다.

2차 세계대전 이후, 전체주의적, 국가주의적 가치의 후퇴와 동시에 나타난 개인적, 주관적 권리의 전진은 일응 주관적이고 자의적인 권리로 보이는 양심의 자유의 설정(재)화를 가져왔고 반드시 신앙 및 종교의 자유와 결부되지 않더라도 그 자체로서 헌법상의 보호를 누릴 수 있는 권리로 인정받게 되었다. 따라서 한국에서와 같이 병역을 거부할 수 있는 양심이라는 개념 그 자체의 인정에 대해서는 별다른 문제가 없어 보인다. 물론 권리남용을 방지하기 위해 집총병역거부로 이끄는 양심의 결정을 신청인에게 설명하게 하거나 근거지우는 의무를 부과할 수 있지만, 실제 과거 대부분의 신청은 별다른 어려움 없이 인정되어 왔었다. 즉 국민의 일반 의무인 병역을 거부해야만 할 정도의 진지한 양심의 소리라면 독일 입법자는 그 소리를 따르는 개인을 국가는 인정해주어야 한다는 것이다. 이 점에 있어서 한국에서 특히 양심적 병역거부의 용어에 관해 제기되는 의구심, 즉 “병역을 이행하는 자는 비양심적인 사람인가?”라는 것은 더 이상 문제되지 않는다. 이러한 의문은 양심의 개념에 대한 오해에서 비롯된다고 보인다.

독일에서 병역의무를 지는 자와 지지 않는 자 간에 발생하는 병역에 관한 형평성 문제(즉, 독일의 논의상 “병역적 정의”)는 이러한 양심의 자유 인정 문제와는 별개로 진행되었다. 독일에 특수한 역사적 맥락 속에서 병역적 정의문제의 발생이유는 병역의 수요와 공급의 심각한 불균형에서 도래되었다. 시대에 따라 다소 차이는 있지만 늘 연방방위군에 필요한 수보다 더 많은 병력자원이 준비되어 있었기 때문에 형평성 문제가 발생되었고 이는 결국 독일에서 징병제의 폐지로 이어졌고 이로써 독일에서는 양심적 병역거부에 따른 대체복무에 관한 문제도 싱겁게 끝이 나버렸다.

물론 그럼에도 불구하고 사회적 복무에 대한 논의는 독일에서도 현재 유효하다. 비단 병역이 아니더라도 사회 곳곳에서 공공복리를 위한 일정한 복무에 대한 수요는 항상 존재해왔고 이러한 수요를 어떻게 충족해야하는 가는 독일에서도 여전히 문제이다. 현재 독일은 자발적 사회복무만 인정하고 있는데 독일의 사정을 보았을 때 이로써

그 수요가 남김없이 충족된 것은 아닌 듯하다. 따라서 최근 의무적 사회복무에 대한 논의가 다시금 수면 위로 올라오고 있는 것이다.

물론 독일에서 이러한 내용의 대체복무제와 관련된 논의를 우리의 사정에 대입해 보면 말 그대로 딱 들어맞지 않는다. 일단 제도를 둘러싼 역사적 배경이 다르고 법적, 안보적, 인구학적 환경에서 우리나라는 독일과 같지 않다. 따라서 독일에서의 모든 논의를 그대로 수용할 수 없음은 자명하다. 그러나 그럼에도 불구하고 몇 가지 점은 여전히 우리에게도 의미가 있다.

우선, 우리나라에서도 헌법상 권리로 개인의 양심의 자유를 인정하고 있다. 이러한 기본권이 병역제도에서 어떻게 실효적으로 실현되어야 하는 지에 대해서는 진지하게 고민해 보아야 한다. 헌법상 보장되는 양심의 자유가 그 형성으로만 제한되고 외부로의 실현의 자유를 포함하지 않는다면 양심의 자유는 형해화된 개념일 수 밖에 없을 것이다. 양심상의 결정이 어떠한 행위에 대한 도덕적 판단이라고 한다면 개인의 병역, 즉 전쟁시 살인에 대한 진지한 도덕적 판단의 따른 결정이 헌법상의 양심의 자유로 보호되지 않는다면 그 어떤 행위들이 보호를 받을 수 있을지 의문이 아닐 수 없다.

다음으로 우리나라에서도 병역적 정의 문제가 발생하지 않는지 생각해 보아야 한다. 현재 우리나라는 북한과 군사적으로 대치 상태라 평화시인 독일과 같지 않다. 따라서 얼핏 생각해 보아도 병력에 대한 수요는 독일 보다 많을 것이다. 즉, 병역적 정의에 관한 문제가 독일만큼 심각하지 않다고도 할 수 있다. 다만, 문제는 이러한 상태가 앞으로도 계속 지속될 것인가이다. 물론 현재 문제되고 있는 대체복무제도와 관련해서 가장 먼저 수행되어야 할 것은 현재와 미래의 정확한 병력수요에 대한 조사이다. 그 결과에 따라 병력의 양적 수요가 앞으로도 그대로 유지될 것인지, 병력의 질적 향상이 양적 감소를 담보할 수 있다면 언젠가는 우리도 징병제에서 모병제로 전환해야 되는 것은 아닌지에 대한 질문에 대답해야 할 것이다. 여기서 독일의 경험은 중요한 자료가 된다.

마지막으로 언급할 만 것은 대체복무제와 관련된 논의가 이제 반드시 병역문제에 국한될 필요는 없다는 것이다. 독일과 마찬가지로 우리 공동체 속에서 필요한 사회 및 생태 복무의 수요는 정확히 얼마나 되는 지, 이러한 복무는 그 동안 언제, 어디서, 어떻게, 얼마만큼, 누구에 의해서 수행되었는지를 조사해 볼 필요가 있다. 이러한

복무가 순수하게 민간 시장에 맡길 수 없는 공공의 성격을 가진다면, 또한 한국에서는 독일처럼 모병제로 전환되지 않고, 연방자원복무제 또한 도입되지 않고 있다면, 병역에 대한 대체복무제의 확대가 유일한 대안으로 떠오를 수밖에 없다. 이렇게 되면 한국에서도 대체복무제의 문제는 개인의 양심에 대한 문제가 아니라 사회시스템에 대한 문제이다.

제3절 대만의 대체복무제도

1. 연혁

가. 대체역제도 도입 과정*

대만은 대체복무제도를 '대체역제도(代替役制度)'라는 이름으로 2000년부터 실시하고 있다.¹⁷⁰⁾¹⁷¹⁾ 대만의 대체역은 우리 법제상 사회체육요원, 예술·체육요원 등 보충

* 대만의 병역제도 및 대체역제도에 관한 학술논문 자료 수집을 도와주신 주리시(朱立熙) 대만국립정치대학교 한국어학과 교수께 감사의 말씀을 전한다.

170) 대만의 병역제도 일반에 관해서는 다음을 참고하라. 彭正中, “我國「兵役政策」發展之研究 - 以決策理論觀點檢視”, 『國防雜誌』第21卷 第6期, 2006(펑정중(彭正中)은 국내외 환경의 변화와 대만 내 군사전력의 변화로 인해 여러 차례 수정을 거쳐 '모병제 위주, 징병제 보조' 원칙을 채택하게 된 병역 제도를 고찰하면서 병역 복무기간의 대폭 단축 문제를 해소하기 위한 대안으로서 민병제를 주장한다); 周明輝, “實施募兵制對軍民關係之影響”, 『國防雜誌』第25卷 第6期, 2010(저우밍후이(周明輝)는 1912년부터 현재까지 군민(軍民) 관계의 상호 모델 변화를 검토하고 국방 정책의 활성화 및 모병제를 통해 민간에 대한 국방 의식 제고 필요성을 역설하고 있다); 彭正中, “我國「兵役政策」發展之研究 - 以決策理論觀點檢視”, 『國防雜誌』第21卷 第6期, 2006(펑정중(彭正中)은 신더(R. C. Synder)가 제시한 정책결정모델에 근거하여 내부환경(국내 사회 요인), 외재환경(국의 환경 영향) 및 정부 조직기구 요소 등을 고려하여 현 단계 대만의 '병역정책' 발전의 과정을 분석했다).

171) 대만의 대체역제도 사례 연구로는 다음과 같은 연구가 있다. 吳政龍, “醫療外交替代役在聖多美與普林西比民主共和國”, 『臺灣醫界』第55卷 第4期, 2012(우정룡(吳政龍)은 대만 대체복무자 8명이 2009년부터 2010년까지 대만의 수교국인 아프리카 사오툼 프린시프 민주공화국(The Democratic Republic of Sao Tome and Principe)에서 대체복무를 수행한 상황을 대체복무의 성과 사례로 소개하고 있다); 李昱勸·吳承螢·洪立, “我國體育替代役實施現況分析”, 『大專體育學術專刊』上半年, 2003(리위루이(李昱勸)·우청잉(吳承螢)·홍리(洪立)는 대만 체육 대체복무제도가 2002년 실시된 이후 행정원의 체육위원회가 체육 대체복무에 대한 계획 방향, 인원 필요, 근무 관리 및 인력 운용 현황에 대해 분석하고 나아가 체육 대체복무의 실시가 대만 체육 발전에 미친 영향을 분석하고 있다); 李昱勸·吳承螢, “從「人力資源規劃」分析我國體育替代役未來人力規劃可行性策略”, 『中華體育季刊』第18卷 第2期, 2004(리위루이(李昱勸)와 우청잉(吳承螢)은 체육 분야 대체복무 실시는 대만 병역제도의 역사상 중대한 변혁이며 체육 분야

역과 양심적 병역거부자를 대상으로 하는 대체역을 아우르는 개념이다.¹⁷²⁾ 대부분의 대체복무제도 시행 국가들이 종교적 신앙 또는 개인적 신념에 따른 양심적 병역거부자를 위해 해당 제도를 도입하였던 것과 달리, 대만은 국군의 정예화 정책에 따라 병역의무자의 수가 필요 병력 인원을 초과하는 데 따른 문제점을 해소하기 위해 대체복무제도를 도입하였다. 대만의 행정원(行政院)은 이러한 문제에 대한 해소 방안으로 유럽의 대체복무제도를 참고하여 “국가 안전을 확보하고 군복무의 공정성을 유지하며 인력을 효율적으로 해결하면서도 국익을 도모할 수 있는 방안으로” 대체역제도를 마련하였다.¹⁷³⁾ 입법원(立法院)은 2000년 1월 15일 「替代役實施條例」를 통과시켰고, 행정원은 2000년 5월 1일부터 대체역제도를 실시하였다.

대만의 시민사회는 대체역제도에 대해서 긍정적인 태도를 보였고, 내정부는 대체복무의 유형으로 경찰, 소방역, 사회역, 환경보호역, 의료역, 교육서비스역 등 다양한 복무 형태를 만들었고, 양심적 병역거부자가 아니더라도 누구나 전문기술자격, 자원봉사자격, 가정 사유가 있는 경우 대체복무를 할 수 있도록 제도를 마련하였다. 하지만 내정부는 대체역제도 도입에 관한 논의가 시작되었던 1990년 초반에는 대체역제도에 대해서 부정적 입장을 취했다. 그렇다면 과연 어떤 과정을 거치면서 내정부가 대체역제도를 도입하게 되었는지 그 과정을 아래에서 살펴보자.

1992년 허보춘(郝柏村) 행정원장이 국내 치안문제가 악화되고 경찰력이 부족한 상황에 주목하여 관련 부서에 병역의무자의 ‘경찰복무’의 가능성을 연구해 보라고 지시함으로써 대체역제도에 대한 구상이 시작되었다.¹⁷⁴⁾ 그러나 당시 연구 결과는

인력을 수급하는 데 있어서 새로운 정책이라고 평가하고, 체육 분야 ‘인력자원 계획’ 모델에 따라 그 조직 목표와 전략, 인력자원의 필요, 평가 등 측면에서 체육 분야 대체복무 실시 현황 분석하고 향후 관련 정책 수립 방향을 제시하였다).

172) 「替代役實施條例」 제5조 참조.

173) 이재승 편, “〈첨부 2〉 중화민국 대체복무 제도”, 『양심적 병역거부와 대체복무제』, 한인섭·이재승 편(경인문화사, 2013), 51면. 앞의 책 편집자는 해당 자료가 2004년을 기준으로 대만의 대체역제도 현황을 소개하는 목적으로 대만의 병무청(內政部役政署)이 발간한 『中華民國代替役制度簡介』(2004.5.27)의 번역본으로, ‘양심에 따른 병역거부권 실현과 대체복무제도 개선을 위한 연대회의’로부터 제공받은 것이라고 밝히고 있다. 참고로, 칭 타이리, “중화민국시행 대체복무제도 소개”, 『양심에 따른 병역거부권과 대체복무제 국제회의 자료집』(2003.3.11.), 80-93면도 이 자료와 대동소이하게 대체역제도를 소개하고 2002년을 기준으로 종교적 사유에 의한 양심적 병역거부자의 대체복무 현황을 담고 있다.

174) 이하 설명은 賴兩陽, “台灣社會役制度的政策發展與運作困境”, 『東吳社會工作學報』 第12卷(2005), 120~121면을 번역·요약한 것이다.

경찰복무 혹은 사회복무 실시가 적당하지 않다는 것이었다. 그 이유는 ① 헌법에는 국민개병 의무 원칙만 규정되어 있을 뿐 경찰복무 등의 대체복무에 관한 규정이 없고, ② 경찰복무 및 사회복무 실시가 국방 자원의 분배 및 국방 안전에 심각한 영향을 미쳐 국방 전력을 약화시킬 수 있으며, ③ 당시 공공분야 전반에 걸쳐 인력 부족 현상이 발생하고 있는데 특정 분야만 대체 복무를 실시하면 사회적 논란이 발생하고 나아가 취업 시장의 혼란을 초래할 수 있으며, ④ 복지와 처우에 있어서 경찰복무자 및 사회복무자와 현역군복무자 사이에 공평성을 확보하기 어렵다는 점이었다. 대체역 제도를 도입하고자 하였던 행정원장의 시도는 위와 같은 이유로 성공하지 못했다.

한편 입법적 노력도 계속되었다.¹⁷⁵⁾ 1992년 국회 대표인 양스웅(楊世雄)가 헌법 제20조에 사회복무를 포함시킨 개헌안을 제출하였고 국방부와의 협의를 거쳤지만 해당 개헌안은 통과되지 못했다. 이후 1996년과 1998년 입법위원회에서는 사회복무를 신설하는 내용의 「兵役法」 개정안을 제출하였으나 지지를 얻지 못했다.

그러나 국방부의 국군 정예화 정책으로 인해 대체역제도 도입이 시급한 상황이 발생하였다.¹⁷⁶⁾ 1998년 국방부는 국군의 정예화 방안을 제기하면서 매년 병역 자원은 13만 명 수준을 유지하며 2월 27일부터 18세 남성에 대한 징집을 일시 중지한다고 발표했다. 그러나 그 해 징집 가능한 연령의 남성이 14만 명에 달해 이미 인원수를 초과한 상태였다. 이로 인해 입법원의 덩서우중(丁守中)은 정부가 병역 연령 남성의 자원이 과잉인 상태를 해소하기 위해 사회복무 정책을 설계해야 한다고 주장하였다. 샤오완창(蕭萬長) 행정원장도 전문 연구팀을 만들어 이 문제를 세밀히 연구하고자 했으나 결과적으로는 실현되지 못했다.

국방부의 국군 정예화 정책 발표 이후 내정부가 대체역제도 도입 및 실시에 주도적인 역할을 수행하였다.¹⁷⁷⁾ 내정부는 국방부와의 여러 차례 협의 끝에 6월 8일 대체역제도 실시 계획을 담은 「我國實施兵役推動工作計畫」 초안을 행정원에 보고하고, 행정원의 심사를 거쳐 원칙적인 공감대를 형성했다. 아울러 내정부는 2000년 실시를 목표로 시찰단을 유럽에 파견하여 유럽 국가의 대체복무제도 운영 경험으로부터 시사점을 찾으려 하였다. 당시 대체복무 계획 구상은 다음과 같이 6개 중점사항으로 구성돼

175) 이하 설명은 賴兩陽, 앞의 논문(주 174), 121면을 번역·요약한 것이다.

176) 이하 설명은 賴兩陽, 앞의 논문(주 174), 121면을 번역·요약한 것이다.

177) 이하 설명은 賴兩陽, 앞의 논문(주 174), 121~122면을 번역·요약한 것이다.

있었다.

- ① 행정원의 대체역제도 추진위원회는 토론을 거쳐 “병역 자원 보충에 영향을 받지 않고, 그 자질이 감소하지 않고, 병역의 공평성을 위배하지 않는다.”라는 대체역제도 실시 원칙을 수립하였다.
- ② 대체역제도를 통해서 청년들의 다원화된 진로로 전문 영역에 이바지하고 잠재 능력을 발휘할 수 있도록 하여 인력 자원을 효과적으로 운용함으로써 정부의 공공 서비스 능력을 증진한다.
- ③ 복무 정책의 혁신적 진보와 복무 합리화를 촉진하고, 종교적 이유 혹은 인도주의적 이유, 혹은 심신이 전투 수행에 부적합한 병역의무자들에게 합리적인 복무의 진로를 제공한다. 동시에 상비역 복무자가 복무 면제자에 대해 가질 수 있는 심리적 박탈감을 줄임으로써 복무의 공평성을 촉진한다.
- ④ 국내외 정세에 따라 필요에 맞게 「兵役法」을 수정하여 상비역의 복무기간(현행 육군 2년, 해공군 3년)을 1년 10개월로 단축하고, 대체역 복무기간은 상비역 복무기간보다 4개월을 연장하고, 대체역 채급 판정을 받은 자는 복무기간을 상비역과 같게 한다. 다만, 종교적 요인으로 한 대체역 복무자는 그 복무기간을 상비역의 2분의 1만큼 연장함으로써 공평과 합리를 추구한다.
- ⑤ 각 소용기관은 사회의 실제적인 수요에 맞추어 필요 인원수를 그 특기에 맞추어 신청해야 하며 대체역 복무자들을 치안, 사회서비스 등 업무에 투입하여 정부의 치안, 재난 구호 활동을 효율화하고 국민의 생명과 재산의 안전을 보장하는 데 노력한다.
- ⑥ 각 군의 군사기초 훈련 기간에 ‘일반자격’ 남성이 공개적이고 공평하고 공정한 방식으로 자신의 희망과 학력, 소용기관의 필요 등을 종합적으로 판단하여 대체역 복무자가 자신의 특기에 맞는 민간, 교육 등 영역에 배치되어 업무를 수행할 수 있도록 한다.

내정부는 「兵役法」 제2조를 수정하여 대체복무가 병역의 일환임을 규정하고, 동법 제26조에 대체역 실시에 관한 사항은 다른 법률로 정한다고 규정하였다.¹⁷⁸⁾ 내정부는

178) 이하 설명은 賴兩陽, 앞의 논문(주 174), 122면을 번역·요약한 것이다.

1999년 4월부터 7월까지 대체역실시조례 초안을 연구하여 같은 해 8월 초안을 행정원에 보고하여 같은 해 9월 행정원의 심사를 거쳐 입법원에 제출하였다. 입법원은 심의를 거쳐 2000년 1월 15일 해당 조례를 통과시킴으로써 사회복무를 내용으로 하는 대체역제도 실시의 법적 근거를 마련하였다.

대체역제도 도입 과정에서 만들어진 계획이 현재까지 거의 크게 수정되지 않은 상태로 이어지고 있다. 대만의 대체역제도 실시 과정에서 국방부의 입장이 매우 중요하다. 특히 중국 대륙의 군사적 침략 위협이 계속되는 상황에서 대만은 반드시 방위력을 확보해야 하기 때문에 국방력을 우선적으로 고려하지 않을 수 없는 상황이다. 이에 대만은 국군의 ‘정예화’를 통해 국방력의 공백이 없도록 노력하고, 유럽 국가들이 전쟁 발발 시 대체복무제도를 중지하는 입법례를 수용하였다.¹⁷⁹⁾

나. 종교를 이유로 한 양심적 병역거부자에 대한 고려

대체역제도 실시 전 대만에서는 양심적 병역거부자들이 「兵役法」 위반죄로 처벌되었고, 이들은 재차 군복무를 거절하여 반복적으로 형사처벌을 받아 그 형기가 군복무기간의 몇 배에 달하는 경우도 발생했었다.¹⁸⁰⁾ 이에 대만 행정원은 외국에서 종교적 신앙에 따른 양심적 병역거부자의 양심의 자유와 국방의 의무 사이에 충돌을 해결하는 방안으로 대체복무제도가 실시되었다는 점을 참고하여 「替代役實施條例」 제5조 제3항에서 병역 대상자가 ‘종교를 이유로(因宗教)’ 대체복무를 신청할 수 있도록 규정함으로써 종교적 신앙에 따른 양심적 병역거부자도 대체역제도를 이용할 수 있도록 설계하였다. 아울러 「兵役法」 개정 당시 대만 입법원에서는, 이미 형사처벌을 받아 수감 중인 양심적 병역거부자들을 위해서 ‘종교 사유로 인해 발생된 당해 병역 안건의 양심수는 내정부와 국방부의 특별 안건으로 처리한다는 취지의 부대 결의문’이 통과되었다.¹⁸¹⁾

라이량양(賴兩陽)은 대체역제도 실시로 양심적 병역거부자와 국가의 오랜 긴장관계가 완화되고 대만 사회에서 종교와 양심의 자유가 더욱 강하게 보장되었다고 평가한

179) 대만 「兵役法」 제24조 제2항은 “각종 전문 인력은 국방의 요구에 우선 만족해야 하며, 국방 군사의 필요에 기초하여 행정원은 일부 혹은 전부의 대체역 징집 처리를 정지할 수 있다(各種專長人員, 應優先滿足國防需求, 基於國防軍事需要, 行政院得停止辦理一部或全部替代役徵集).”라고 규정하고 있다.

180) 이재승 편, 앞의 자료(주 173), 61면.

181) 이재승 편, 앞의 자료(주 173), 61면.

다.¹⁸²⁾ 물론 대만 대체역제도 실시의 가장 큰 목적은 원래 병역 자원 과다 문제의 해결이었기 때문에 종교적 신앙에 따른 양심적 병역거부자 문제를 중심으로 대체복무 제도를 실시하였던 유럽 국가와는 상황이 분명히 달랐다.¹⁸³⁾ 하지만 앞서 살펴본 바와 같이 대체역제도 도입 과정에서 종교적 신앙에 따른 양심적 병역거부자에게 합리적인 복무의 기회를 주어야 한다는 것이 중점사항으로 상정되었고, 그 결과 대만에서 대체역제도 실시로 종교적 신앙에 따른 양심적 병역거부자들에게도 대체복무의 길이 열렸다.

내정부는 대체역제도 실시를 전후하여 종교적 신앙에 따른 양심적 병역거부자들에게 대한 배려 조치를 실시하였다.¹⁸⁴⁾ 우선 내정부는 대체역제도 실시 전인 1999년 6월 15일부터 각 직할시, 시, 도 당국에 종교적 신앙에 따라 양심상 결정을 하여 현역 상비군 복무에 적합하지 않은 병역 대상자에 대해서는 그 징집을 특별히 연기하도록 지시하였다. 이 지시에 따라 양심적 병역거부자 13명이 징집 연기를 신청하였고, 대체역제도가 실시된 2000년 5월에 대체복무를 신청하였다. 그리고 2000년 12월 10일, 병역거부를 이유로 형사처벌을 받아 교도소에서 복역 중이었던 19명의 양심적 병역거부자들은 대통령 특별사면을 받았다. 이들 중 3명은 대체역으로 복무를 시작하였고, 다른 16명은 실제 복역 기간이 이미 3년 이상이었거나 5년 이상의 징역을 선고받았기에 「兵役法」 금역(禁役) 표준에 따라 병역의무가 없어졌다.

2. 대체역제도 실시 현황

가. 실시 현황 일반

2005년 대체역제도 주무부서인 내정부 역정서는 대체역제도 실시 성과를 바탕으로 다음과 같은 정책 발전 방향을 제시하였다.¹⁸⁵⁾

1. 사회서비스 분야의 복무범위와 인원을 증가시키고 사회서비스 기층(基層)을 넓힌다.

사회의 각종 서비스 업무에 투입을 증가시킴으로 사회 복지와 공익을 높인다. 우리

182) 賴兩陽, 앞의 논문(주 174), 119면.

183) 賴兩陽, 앞의 논문(주 174), 155면.

184) 이하의 설명은, 이재승 편, 앞의 자료(주 173), 63면.

185) 이하의 설명은, 이재승 편, 앞의 자료(주 173), 64~65면.

나라는 의료역, 환경보호역, 교육 서비스역, 문화 서비스역 및 사회역 등의 대체복무를 실시하는데 본질상으로는 모두 사회 서비스의 복무 분야이다. 미래에는 사회 서비스의 특성을 강화할 뿐 아니라 각 대체역 필요 기관의 전체 계획에 협조하여 상술한 사회 서비스 각 부문의 대체복무 인원을 증가시키고 관련 복무 분야 간에 상호 인력이 유통되도록 운용한다.

2. 역정훈련센터를 설립하고 교정제도를 설립한다.

역정훈련센터를 설립하여 대체복무자의 군사 기초 훈련, 전문 훈련, 관리 간부 정통 훈련, 대체복무 및 역정 업무 인력의 기능 훈련 등을 실행한다. 그에 더해 대체복무자 교정 제도를 실시하여 불량한 대체복무자에 대한 재지도 교육 및 훈련을 실시하고 그들의 편차 행위를 바로잡음으로 대체복무자에 대한 훈련과 사용이 일치되게 한다는 목표를 실현한다.

3. 대체복무자들이 전문 자격증 취득이나 국가고시에 참여하도록 지도한다.

전문자격증이나 국가고시에 참여할 의향이 있는 복무자들을 전문자격증 시험을 통해 복무자들의 업무지식, 능력을 결합하여 계속 사회 서비스에 투입될 수 있도록 지도한다.

4. 대체복무자들이 퇴역한 후 공익서비스 조직으로 받아들여지도록 한다(단체).

퇴역한 대체복무자들이 각자의 적합한 전문 분야와 성향의 공익 서비스 조직(단체)에 받아들여지도록 한다. 이전에 소방역에 복무했던 복무자라면 내정부 소방서의 계획에 의해 퇴역 후 각 지구 의무 소방 업무 조직에 투입되며 이를 통해 인력 자원을 충분히 활용하고 사회 서비스 기능을 넓히게 된다.

위와 같은 정책 발전 방향에 맞춰 대체역 복무 영역이 확대되고 다양화되었다. 대체역은 일반대체역과 연구발전대체역 그리고 산업훈련대체역으로 나뉜다. 대체복무의 종류별 실시 순서 및 인원수는 주관기관이 초안을 정하여 행정원에 보고하여 결정한다. 대체역제도 실시 초기 경찰역, 소방역, 사회역, 환경보호역, 교육복무역, 문화 복무역 총 6종이었던 일반대체역에 현재 의료역, 농업복무역, 원주민여부락역(原住民族部落役), 기타 행정원이 지정한 역 등이 추가되었다(「替代役實施條例」 제4조 제1항 제1호). 이 외에도 내정부는 고급과학기술 학력 소지자(석사학위 이상) 복무자를 산업계에서 대체복무할 수 있도록 하기 위해 특별 대체역으로 '연구개발대체역'(복

무기간 3년)을 신설하여 2008년 1월부터 실시하였고, 2015년 6월부터는 ‘산업훈련대체역’(22개 산업 영역)을 신설하여 실시하였다.

2017년 기준 일반대체복무자 통계는 다음과 같다.

〈표 3-3-1〉 대만 행정원이 승인한 일반대체역 인원수

연도	대체복무자(명)	연도	대체복무자(명)	연도	대체복무자(명)
2000	5,000	2007	14,000	2014	26,941
2001	10,055	2008	13,900	2015	25,846
2002	10,000	2009	14,000	2016	25,627
2003	10,083	2010	16,000	2017	23,900
2004	11,135	2011	16,000	2018	14,000
2005	14,000	2012	16,000	2019	12,200
2006	14,000	2013	26,406		

출처: https://www.nca.gov.tw/chaspx/News_Detail.aspx?web=17&id=9409 (최종방문일 2019. 6. 15.)

최근 1년(2017년) 간 일반대체역으로 복무한 인원수는 16종별에 걸쳐 23,900명이다.¹⁸⁶⁾ 그 중 인원이 가장 많은 종별은 체육 복무자로 5,871명이고, 사회 복무 4,402명, 경찰 복무 3,893명, 소방 복무 3,843명이다. 가장 적은 종별은 정보 복무로 23명이며, 차순위가 경제안전 복무로 48명이다. 2017년의 교육 복무와 사회 복무가 10,273명으로 전체 인원의 절반 정도를 차지하고 있다. 이 제도를 실시한 첫해 전체 인원 5천명 가운데 경찰 복무자가 2,937명으로 58.7%를 차지했는데, 2017년에는 그 비율이 16.2%로 줄어들었다. 이는 대만의 대체 복무가 전체적으로 이미 사회 복무의 방향으로 전환하였다는 점을 잘 보여준다.

한편 내정부의 2017년 11월 통계에 따르면, 연구개발 대체복무는 2008년부터 당시까지 10년 동안 누계 36,568명의 석사학위 이상 학력 복무자가 1,500곳 이상의 기관에서 복무했다.¹⁸⁷⁾ 2017년 말 통계에 따르면, 당해 연도에 4,500명의 연구개발 복무자와 500명의 산업훈련 복무자가 복무하였다. 하지만 2018년부터 연구개발 대체복무도 점차 인원이 감축되어 4천명에서 2019년에는 2천 명, 2020년에는 1천 명으로 조정된

186) 이하의 설명은, 陳新民, “臺灣兵役替代役的制度簡介”, 『軍法專刊』 第64卷 第3期(2018), 7면을 번역·요약한 것이다.

187) 이하의 설명은, 陳新民, 앞의 논문(주 186), 5~7면을 번역·요약한 것이다.

다. 2021년 이후, 이 제도는 종결될 것이다. 2018년부터 규정에 부합하는 연구개발 복무자를 배치 받을 수 있는 기업은 모두 718여 곳 남짓이다.

현재 모병제 전환 정책으로 대만의 병역제도는 일대 변화를 겪고 있다.¹⁸⁸⁾ 2017년 말 현재 병역복무자와 대체복무자 인원수가 167,000명이다. 2014년 말 완전 모병제로 전환하기로 예정됐으나 아직까지 인원수가 부족한 상황이다. 완전 모병제 전환이 이루어졌다면 1993년 12월 31일 이후 출생한 자가 모두 병역을 면제받을 수 있었다. 그러나 2019년 현재까지는 완전 모병제 전환이 어려운 상황이라 1994년 1월 1일 이후 출생 남성은 일률적으로 4개월 동안 대체역으로 복무하고 그 이전 출생 남성은 1년의 동안 병역 혹은 대체역으로 복무하는 정책이 시행되고 있다.

나. 종교를 이유로 한 대체역 복무 현황

대만은 2000년 대체역제도를 도입하면서 종교적 신앙을 이유로 한 양심적 병역거부자가 군사 훈련이 포함된 병역복무를 대신하여 사회역 등 다양한 분야에서 대체복무를 할 수 있게 되었다(「替代役實施條例」 제5조). 이로써 종교와 양심을 인정하고 병역을 거부할 수 있는 권리가 보장되었다. 2000년부터 2018년까지 종교를 이유로 한 대체역 복무자 현황은 다음과 같다.

2018년 현재 총 901명이 종교를 이유로 대체역으로 복무하였다. 1년 평균 약 47명의 양심적 병역거부자들이 종교를 이유로 대체역 복무를 신청하였다. 그 중 여호와의 증인 신도가 819명으로 가장 많았고, 불교도가 64명으로 그 뒤를 이었다. 그 외에는 바하이교와 일관도 신도 각각 3명이었다. 이들은 사회역으로 사회복지 기관에서 사회복지 서비스 관련 업무에 종사하게 되었다.

188) 이하의 설명은, 陳新民, 앞의 논문(주 186), 6~7면을 번역·요약한 것이다.

〈표 3-3-2〉 종교를 이유로 한 대체역 복무자수 현황 (2019. 1. 7. 현재, 대만)

연도	종파 기독교 여호와 의증인	불교	바하이 교	기독교 (대만 아시아 기독 협회)	일관도	기독교 메노파	기독교 장로 교회	기독교 침례회	기독교 라인회	기독교 영광당	기독교 타이 중개 선가 협회	이슬람 교	천주교	소계 (83년 이후 출생자)
2018	45	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	49 (48)
2017	59	2	1	-	-	-	-	-	-	1	1	2	-	66 (52)
2016	81	4	-	1	-	-	-	1	-	-	-	-	-	87 (67)
2015	67	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	69 (46)
2014	71	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	75 (41)
2013	64	2	-	1	-	-	-	-	1	-	-	1	1	70 (23)
2012	54	4	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	59
2011	52	4	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	57
2010	46	-	1	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	48
2009	44	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	48
2008	40	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	42
2007	37	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	40
2006	40	5	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	46
2005	26	6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	32
2004	27	6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	33
2003	8	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	10
2002	14	4	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	19
2001	16	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	20
2000	28	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	31
합계	819	64	3	3	2	1	1	1	1	1	1	3	1	901

출처: https://www.nca.gov.tw/chaspx/News_Detail.aspx?web=17&id=9469 (최종방문일 2019.6.15.)

내정부 역정서는 종교를 이유로 한 대체역 복무자들의 복무 실태에 관해 다음과 같이 긍정적으로 평가하기도 하였다.

이들은 장기적으로 종교의 양형을 받아 왔으므로 마음이 온유하고 깊은 사랑과 인내심을 가지고 있으며, 마치 외관은 길이 잘든 양과 같지만 내심은 용감한 사자와 같은 굳은 의지를 소유한 자들로서 사회 복무 업무를 담당하여 훌륭하게 업무를 수행함으로써 대단한 호평을 얻고 있으며, 사회 복지 업무 수준을 높일 뿐만 아니라 대만의 인권보호에 대한 국제적 이미지 향상에도 큰 몫을 하고 있다.¹⁸⁹⁾

종교를 이유로 한 대체역제도를 실시하면서 그 성과에 대한 긍정적인 평가를 바탕으로 복무기간이 단축되었다. 예를 들어, 2004년까지 종교적 사유를 가장하여 대체복무를 신청한 병역기피자가 발생하지 않았다. 이에 내정부는 중앙대체복무심의위원회가 엄격한 심사 기준을 계속적으로 유지한다는 전제 하에서 종교를 이유로 한 대체역의 복무기간을 당초 2년 9개월에서 2년 2개월(2004년 기준 현역 상비군 복무기간보다 4개월 연장됨)로 단축하였다. 이러한 변화는 종교와 양심의 자유를 더욱 강하게 보호하는 효과를 가져왔다.

한편 대만은 향후 징집제를 폐지하고 모병제로 전환할 예정이기에 병역인원 확보 방식이 모병제로 완전히 전환되는 경우 종교를 이유로 한 양심적 병역거부자에 대한 대체역제도는 의미가 없어지게 될 것이다.

3. 종교를 이유로 한 대체역 복무

여기에서는 종교를 이유로 대체역 복무를 신청하는 경우를 전제로 대체역의 법적 근거, 신청 자격, 복무의 내용 등에 관하여 살펴본다.

가. 법적 근거

대만은 2000년 대체역(代替役) 제도를 도입하면서 종교적 신앙을 이유로 한 양심적 병역거부자가 군사 훈련이 포함된 병역을 대신하여 사회역 등 다양한 분야에서 대체

189) 이재승 편, 앞의 자료(주 173), 63면.

복무를 할 수 있게 되었다(「替代役實施條例」 제5조). 이와 같은 대체역제도는 대만 「兵役法」에 근거하고 있다. 「兵役法」 제2조는 병역의 종류를 ‘장교역, 사관역, 사병역, 대체역(軍官役、士官役、士兵役、替代役)’으로 규정하고, 동법 제26조는 대체복무의 시행에 관한 사항은 별개의 법률로 정하도록 위임함으로써 대체역제도의 법적 근거를 마련하고 있다. 이에 따라 「替代役實施條例」 및 「替代役實施條例施行細則」이 마련되었다. 「兵役法」 제24조 제1항은 대체역제도의 실시 조건을 “국방 군사에 장애가 없을 때, 병력의 보충에 영향을 주지 않고 병력의 소질을 낮추지 않으며 병역의 공평이라는 전제를 위배하지 않을 때”라고 규정하고 있다.¹⁹⁰⁾

대체역제도는 그 정책의 내용과 방향이 명확했지만, 대체역제도 도입이 위헌인가 여부의 문제는 법조계에서 계속 쟁점이 되어 왔다. 특히 헌법 제20조의 규정은 국민은 법률에 의해 병역의 의무를 진다고만 규정했을 뿐, 대체복무를 규정하지는 않고 있기 때문이다. 앞서 살펴본 것처럼 내정부는 대체역제도를 「兵役法」 개정을 통해 도입하였다. 라이량양(賴兩陽)은 대체역 복무의 성격과 내용, 이에 대한 관리 등은 기존의 병역과 매우 다르기 때문에 헌법 제20조를 수정하여 규범과 현실이 조화되도록 해야 한다고 지적한다.¹⁹¹⁾

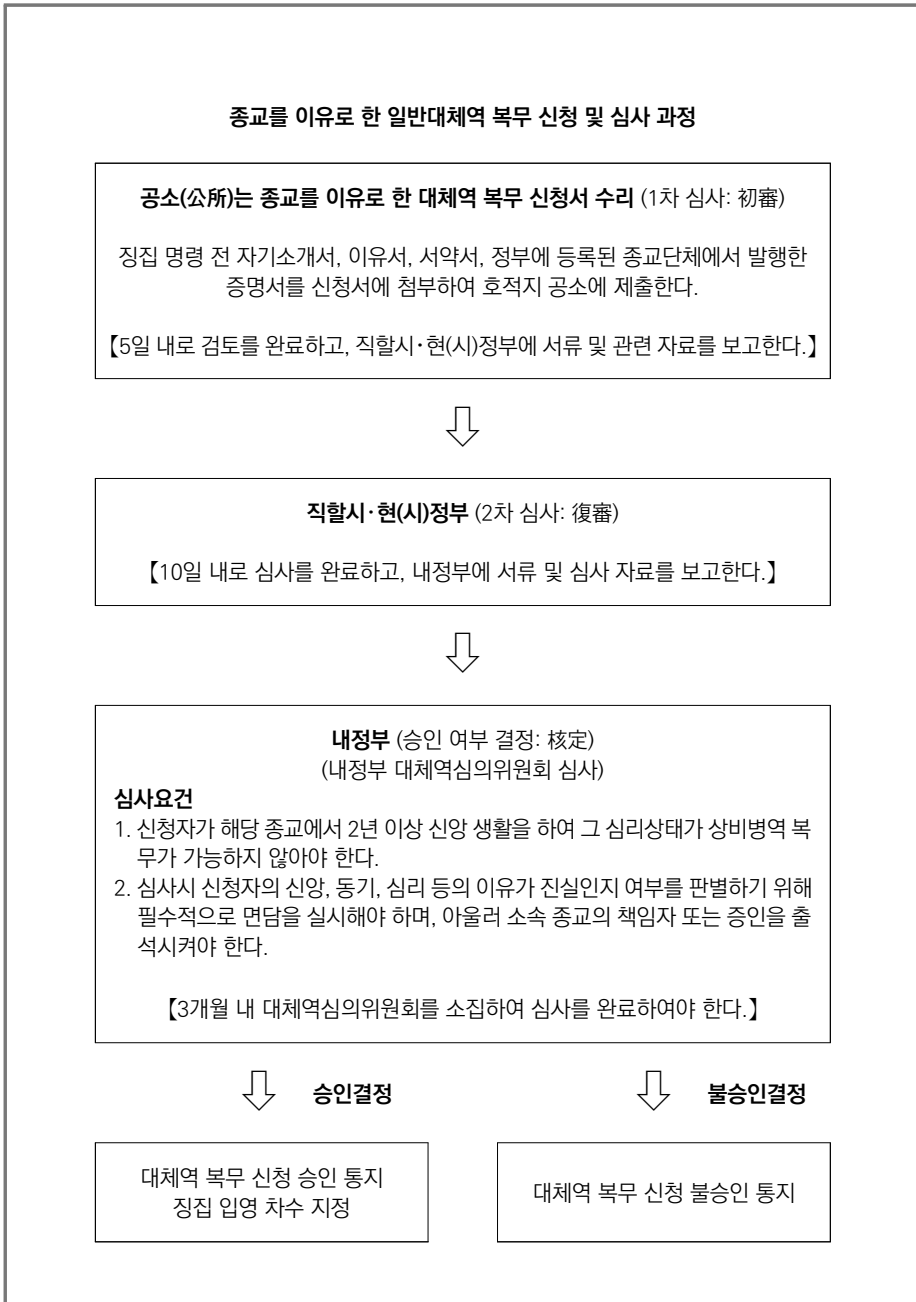
나. 대체역 복무 신청 및 심사 절차

병역 대상자가 종교를 이유로 대체역 복무를 신청하는 경우 아래와 같은 절차에 따라 심의를 거치게 된다.

190) 동조 제2항은 “각종 전문 인력은 국방의 요구에 우선 만족해야 하며, 국방 군사의 필요에 기초하여 행정원은 일부 혹은 전부의 대체역 징집 처리를 정지할 수 있다(各種專長人員, 應優先滿足國防需求, 基於國防軍事需要, 行政院得停止辦理一部或全部替代役徵集).”라고 예외를 두고 있다.

191) 賴兩陽, 앞의 논문(주 174), 123면.

[그림 3-3-1] 대만 대체보무제상 종교를 이유로 한 일반대체역 복무 신청에 대한 심사 과정



출처: https://www.nca.gov.tw/chaspx/Faq_Detail.aspx?web=77&id=193 (최종방문일 2019. 6. 15.)

이하에서는 대체역 복무 신청 자격, 신청시 제출 서류, 신청에 대한 심사, 대체역심의위원회의 구성 및 회의 방식에 관하여 차례로 살펴본다.

1) 대체역 복무 신청 자격

복무연령 남자¹⁹²⁾ 중 여호와의 증인 등과 같이 군사 훈련을 받을 수 없는 교리를 가진 종교의 신도로 2년 이상 신앙생활을 하여 그 심리상태가 현역 상비군 역할을 수행할 수 없는 자는 대체복무를 신청할 수 있다(「役男申請服替代役辦法」 제5조). 하지만 실제 사례에서는 종교 경력이 2년 이하인 경우에도 심사를 통해 대체복무를 부여한 바 있다고 한다.¹⁹³⁾ 병역의무자들이 병역을 기피할 목적으로 종교적 이유를 가장하여 대체역 복무를 신청하는 경우 2년 이하의 유기징역에 처한다(「替代役實施條例」 제54조).

2) 대체역 복무 신청시 제출 서류

종교를 이유로 한 대체역 복무를 하고자 하는 사람은 향(鄉)(진(鎭)·시·구)公所(公所)에 대체역 복무 신청을 하여야 한다(「役男申請服替代役辦法」 제7조). 이때 신청인은 자기소개서, 이유서, 서약서, 종교단체에서 발행한 증명서를 신청서에 첨부하여 제출해야 한다(「役男申請服替代役辦法」 제6조). 이때 종교 단체는 정부에 합법적으로 등록되어 있는 종교 단체만을 의미한다.

3) 대체역 복무 신청에 대한 심사

향(진·시·구)公所는 대체역 복무 신청을 수리하고, 직할시·현(市)정부의 심사(復審)를 위해 5일 내로 서류 및 예비 심사 관련 정보를 직할시·현(市)정부에 보고한다(「役男申請服替代役辦法」 제7조).

직할시·현(市)정부는 향(진·시·구)公所의 보고를 받은 때에는 10일 내로 심사를 완료하여야 하고, 주관기관(내정부)의 승인 결정을 위해 관련 자료와 심사 서류를

192) 「兵役法」 제3조 만 18세의 익년 1월 1일부터 병역을 개시하고, 만 36세의 12월 31일에 병역에서 면제되는 남자를 복무연령 남자라 칭한다. 단, 장교, 부사관, 지원 사병의 병역 연령은 이에 제한되지 않는다. 만 15세의 익년 1월 1일부터 만 18세의 12월 31일까지의 남자를 병역연령 근접 남자라 칭한다.

193) 이재승 편, 앞의 자료(주 173), 62면.

보고한다(「役男申請服替代役辦法」 제8조).

주관기관은 직할시·현(시)정부의 보고를 받은 때에는 다음과 같은 규정에 따라 대체역 복무 신청에 대한 승인 여부를 결정한다(「役男申請服替代役辦法」 제9조 제1항).

- (1) 3개월 내에 심의위원회를 소집하여 심의를 완료한다.
- (2) 심의 시 복무자의 신앙, 동기, 심리 등의 이유가 진실인지 여부를 판별하기 위해 필수적으로 면담을 실시해야 하며, 그에 더해 해당 종교의 책임자 또는 증인을 출석시켜 의견을 듣는다.
- (3) 심의 안전에 이의가 있거나 승인 또는 불승인을 결정할 수 없을 경우, 일정한 기간을 정하여 잠시 징집하지 않는 관찰 기간을 가질 수 있다. 단, 그 기간은 1년을 넘을 수 없다.

직할시·현(시)정부는 관찰 기간 동안 향(진·시·구)공소와 함께 조사를 수행하고 기록을 작성하여야 하고, 관찰 기간 만료 후 15일 내에 주관기관 승인 결정을 위해 모든 자료를 주관기관에 보고하여야 한다(「役男申請服替代役辦法」 제9조 제2항).

주관기관은 15일 내에 승인 여부 결정 결과를 직할시·현(시)정부 및 신청인에게 통보하여야 하고, 관찰 기간을 가진 후 승인된 신청인이나 불승인된 신청인에게는 그 이유를 명시해야 한다(「役男申請服替代役辦法」 제10조).

4) 내정부 대체역심의위원회

(1) 심의위원회 설치 근거

「替代役實施條例」 제56조 제1항은, “주관기관은 민간단체 대표, 학자 및 전문가를 초빙하여 일반대체복무, 연구개발 대체복무, 산업훈련 대체복무의 연도별 실시 계획, 종교 신앙에 따른 신청 사안, 대체복무의 종류 제한, 복무 남성의 권익이 손해를 입은 중대한 사안 및 기타 중대한 논란이 되는 사안을 심사하게 할 수 있다.”라고 규정함으로써 일정한 심의위원회를 구성하여 종교를 이유로 한 대체역 복무 신청에 대한 승인 여부를 결정할 수 있도록 정하고 있다. 동조 제2항은 심의위원회의 구성에 관해서 “민간단체 대표, 학자 및 전문가의 비율이 심사위원 총수의 2분의 1 이상이어야 하고,

한 성별의 비율이 심사위원 총수의 3분의 1 이상이어야 한다.”라고 규정함으로써 심사의 공정성을 도모하기 위해 위원회 구성 비율에 일정한 제한을 가하고 있다.

(2) 심의위원회 구성 방식

「內政部替代役審議會設置要點」은 「替代役實施條例」 제56조에 근거하여 내정부 대체역심의위원회를 설치하고 운영에 필요한 구체적인 사항을 정하고 있다. 「內政部替代役審議會設置要點」 제3조는 위원회의 구성을 다음과 같이 규정하고 있다. 위원회는 21명 이상 31명 이하의 심의위원으로 구성하고, 그 중 1인의 소집인과 2인의 부소집인을 둔다. 내정부 차장이 소집인이 되고, 내정부 역정서 서장과 국방부 자원계획사 장장이 각 부소집인이 된다. 나머지 심의위원은 내정부의 유관기관, 지방정부역정단 위, 민간단체대표, 학자 및 전문가가 맡는다. 이때 비정부기구, 학자 및 전문가의 대표 비율은 총 위원수의 2분의 1보다 적어서는 안 된다. 심의위원의 임기는 2년이고 연임할 수 있다(「內政部替代役審議會設置要點」 제4조).

(3) 심의위원회 회의 방식

심의위원회는 사무를 보조하기 위해서 집행위원회를 두고, 소집인은 내정부 역정서 부서장 중 1인을 사무장으로 임명한다(「內政部替代役審議會設置要點」 제5조). 사무장은 소집인의 명령에 따라 위원회 사무를 수행한다. 위원회는 3개월에 1회씩 회의를 개최하며, 소집인이 의장을 맡는다. 필요한 경우 임시 회의를 소집할 수 있다(「內政部替代役審議會設置要點」 제6조). 개회 정족수는 심의위원 2분의 1 이상 출석이고, 의결 정족수는 참석위원 과반수의 승인이며, 찬반 동수일 경우 의장의 결정에 따라 의결된다(「內政部替代役審議會設置要點」 제7조). 회의 개최 시 필요한 경우 사회 및 종교 전문가, 관련 기관 및 단체 대표자 등을 초청하여 그 의견을 청취할 수 있다(「內政部替代役審議會設置要點」 제10조).

다. 대체복무의 내용 및 방식

‘종교를 이유로 한 대체역’, 즉 양심적 병역거부에 따른 대체역은 일반대체역에

속하고, 일반대체역 중에서 가장 우선적으로 선발된다(「替代役實施條例」 제5조 제3항).¹⁹⁴⁾ 종교를 이유로 한 일반대체역 복무를 신청하여 확정된 사람은 기초훈련 및 전문 직업훈련을 받아야 하는데, 그 기초훈련은 전문 직업훈련에 병합하여 수요기관이 처리한다(「替代役實施條例」 제13조 제2항).¹⁹⁵⁾ 이때 기초훈련은 내정부가 국방부와 함께 처리한다(「替代役實施條例」 제25조).

종교적 병역거부자의 경우 사회서비스역에 배치하여 사회복지기관에 복무하도록 하면서, 노인, 중증장애인 등 보호 및 간병 업무에 투입하고 있다. 합숙을 원칙으로 하되, 복무인원이 과소하거나 복무지점이 멀거나 복무처가 분산되어 있어 적절한 합숙장소가 없을 경우 개별 숙박 생활을 허용한다.¹⁹⁶⁾

대체복무자도 현역복무자와 같이 복무에 앞서 훈련을 이수한다. 일반대체복무는 ‘기초군사훈련’과 ‘전문직업훈련’을 받아야 하지만 ‘종교적 사유에 의한 대체복무자’는 ‘기초훈련’과 ‘전문직업훈련’을 병합하여 받도록 되어 있다(「替代役實施條例」 제13조). 내정부 관할 하에 적응교육, 전문과정, 긴급구조, 일반교육, 체력활동 등을 교육받는다.¹⁹⁷⁾ 대체역 복무자는 복무기간 중 현역 군인 신분을 갖지 않는다.

종교를 이유로 한 대체역 복무기간은, 내정부의 보고에 의해 행정원이 심사하여 결정하도록 되어 있다(「替代役實施條例」 제7조 제1항). 행정원은 도입 당시 종교를 이유로 한 대체역 복무기간을 현역복무기간의 1.5배로 정하였으나, 이후 점차 가산기간을 단축하여 2018년에는 현역과 동일한 기간으로 정하였다.¹⁹⁸⁾ 단, 복무의 공정성

194) 「替代役實施條例」 제5조 ③ 제1항의 일반 대체복무를 신청한 남자는 아래 자격을 갖추는 경우 우선적으로 추천을 해야 하며, 아래 순서에 따라 추천 순서를 결정한다.

1. 종교, 가족에 따른 요인
2. 국가고시 및 전 조 제1항 제1호의 분류에 따른 전문 자격증 취득
3. 중앙의 목적사업 주관기관이 전 조 제1항 제1호의 분류에 따른 전문 자격증 취득에 준한다고 판단한 경우
4. 관련 학력, 경력 및 전문 훈련을 갖춘 경우

195) 「替代役實施條例」 제13조 ① 훈련은 기초훈련과 전문훈련으로 구분한다.

② 전항의 기초훈련은 주관기관이 국방부와 함께 처리한다. 전문훈련은 연구개발 대체복무 및 산업훈련 대체복무는 주관기관이 처리하며, 일반대체복무는 소용기관이 처리한다.

③ 종교 요인으로 일반대체복무를 신청하여 결정을 받은 자에게는 기초훈련과 전문훈련을 실시해야 하며, 그 기초훈련과 전문훈련은 소용기관이 처리한다.

196) 이재승 편, 앞의 자료(주 173), 59면.

197) 이재승 편, 앞의 자료(주 173), 57면.

198) 참고로 2000년부터 현재까지 병역복무기간은 꾸준히 단축되었다. 2000년에 2년이었던 복무기간이 1년 8개월(2004년), 1년 6개월(2005년), 1년 4개월(2006년), 1년 2개월(2007년 7월), 1년(2008년)으로 점차 단축되었다.

을 위해서 대체복무기간과 기초훈련은 상비역인 현역의 복무기간보다 적어서는 안 된다.

대만은 모병제로의 전환을 통해서 징병제 및 대체복무제도를 종료할 예정이다. 다만, 종료 후에도 모든 남성에게 4개월간의 군사훈련 및 교육을 실시하며, 양심적 병역거부자에게도 내정부 관리 하에 동일한 기간의 체력 훈련 및 교육을 실시할 것으로 예정되어 있다. 그 과도기인 현재 대만에서는 2018년부터 1993년 이후 출생 남성은 4개월의 군사훈련을 받은 뒤 기본 소질을 향상하여 전시 방위 작전 임무를 수행하도록 하고 있다.

4. 시사점

대만 대체역제도는 그 도입 과정에서도 알 수 있듯이 양심적 병역거부자만을 위한 제도가 아니라, 병역의무자 모두가 자유로운 의사에 따라 지원하여 병역을 대신하여 치안, 사회복지, 문화 등 다양한 공익 분야에서 복무할 수 있도록 하는 제도이다. 이와 같은 대체역제도를 통해서 복무자들은 ① 사회의 다양한 분야에 필요한 전문성을 키울 수 있고, ② 복무기간 동안 공동체에서 사회적 관계를 형성함으로써 성숙한 시민으로 성장할 수 있으며, ③ 공익과 사회복지 업무에 대한 이해를 도모하여 자기개발 계획을 세우는 데 참고할 수 있고, ④ 복무기간 동안 학습을 계속할 수 있다.¹⁹⁹⁾ 아울러 종교적 신앙에 따른 양심적 병역거부자들도 공동체의 일원으로서 공익을 위해 복무할 수 있는 길이 생김으로써 대만에서 소수자의 인권 보장이 두터워졌다.

대만의 대체역제도 도입에 큰 기여를 하였던 전 대법관 천신민(陳新民)은 대체역제도를 ‘희망의 복무’라고 부르며 그 의미를 다음과 같이 밝히고 있다.

대체역은 ‘희망의 복무’(A Service of Hope)이다. 대체역 제도의 수립은 국가가 국민의 종교와 양심이라는 기본 인권을 확실하게 보장하는 제도이다. 또한 대체역 제도는 병역복무자의 재능과 지식과 전문 능력을 활용하는 제도이다. 대체역 제도를 합리적으로 이용하기 위해 대체역 남성이 병역 복무의 권리와 의무를 거의 유사하게 가지게 된다면, ‘복무의 정의’라는 이념을 확보할 수 있게 된다. 따라서 대체역 제도는 분명히

199) 賴兩陽, 앞의 논문(주 174), 124~125면.

법치국가에 부합하는 중요한 제도이다. 이러한 가치관에 따라 대만 사회는 대체역을 더욱 중시해야 한다. (중략) '희망의 복무'로서 대체역은 마치 훈장의 양면과 같이 그 한쪽 면은 병역 이행의 표징이며 다른 쪽 면은 사회복지에 대한 애정의 표징이기도 하다. (중략) 또한 대체복무는 군대 문화가 가지고 있는 민주와 법치, 인권을 위배하는 폭력적인 위법 현상에 대응하여 긍정적인 충격을 가져올 수 있다고 본다. 대만은 대체 복무를 18년 간 실시해 왔으며 그 역사적 변화의 상황을 돌이켜 보면 결과적으로 소수자를 보호하고 사회적 서비스를 강화하는 긍정적인 효과를 거두었다.²⁰⁰⁾

대만의 대체역제도 도입과정에서도 알 수 있듯이, 기존의 병역제도를 혁신하는 것은 한 기관만의 노력으로 갑작스럽게 이루어질 수 없다. 새로운 제도의 도입은 기존 제도를 둘러싼 환경의 변화가 있을 때 가속화되고, 그렇게 도입된 제도는 해당 제도에 관여하는 정부 기관 등의 주체들이 협력할 때 공고화된다. 대만의 대체역제도 도입과정은 이러한 협력의 과정을 잘 보여준다. 그리고 행정원과 내정부는 제도에 대한 면밀한 연구를 토대로 제도 도입 시 발생할 수 있는 문제들을 미리 점검하는 사전 준비도 철저히 하여 단기간에 제도를 정착시키는 데 성공하였다.

다만, 대체역제도 설계시 양심적 병역거부자들에 대한 고려는 부차적이었다는 점에서 몇 가지 아쉬움이 남는다. 첫째, 양심적 병역거부를 병역기피로 처벌하던 기존의 사법적 관행에 대한 반성적 조치가 미흡했다. 물론 양심적 병역거부를 이유로 수감 중이었던 사람들에게 대한 특별사면 조치는 시의적절했지만, 이와 같은 조치가 헌법적 맥락에서 이루지기보다는 정책적 맥락에서만 이루어졌다는 한계가 있다. 둘째, 양심적 병역거부의 구체적인 사유를 종교적 이유에 국한하여 양심의 자유 보호에 미흡했다. 종교와 신앙의 자유는 양심의 자유의 특수한 형태라는 점에서 양심적 병역거부를 종교적 이유에 의한 경우로 제한하는 것은 정당성이 부족하다.

200) 陳新民, 앞의 논문(주 186), 8~9면.

제 4 장



기존의 대체복무제 모델

강 태 경

기존의 대체복무제 모델

제1절 서설

헌법재판소는 대체복무제 도입 결정 취지에서 인권보장과 대안적인 안보에 기여할 목적을 제시했고, 대체 복무제 도입을 통해서 ① 새로운 안보의 실현에 기여, ② 대체 복무제를 통해 병역거부 당사자의 사회 소속감과 자긍심을 고취, ③ 소수자를 포용하고 관용함으로써 사회 통합에 기여하고 다양성을 높여 민주주의 실현에 기여 등의 효과를 기대했다. 또한 헌법재판소는 대체복무 편입 여부에 대한 엄격한 심사를 이유로 대체복무 신청자의 양심의 자유를 부당하게 침해하는 일이 발생해서는 안 되며 심사의 곤란함은 복무기간이나 복무강도 등을 조절하여 해결하되 이 또한 징벌적인 성격을 지녀서는 안 된다고 밝혔다.

위와 같은 목적과 기대 효과를 성취하기 위해서는 다음과 같은 요소들을 합리적으로 결정해야 한다.

- ① 대체복무 신청 적격
- ② 판정기구의 성격(행정형 조직, 사법형 조직 등)
- ③ 판정기구의 소속
- ④ 판정기구의 구성(위원회 구성 방식)
- ⑤ 심사방식
- ⑥ 불복방식(위원회 심급제, 행정소송 방식)
- ⑦ 대체복무의 내용
- ⑧ 대체복무의 기간
- ⑨ 대체복무의 형태와 처우

⑩ 대체복무의 관리와 감독 주체

⑪ 대체복무 해태의 효과

⑫ 대체복무의 효과

첫째, 대체복무 신청 자격은 대체복무 신청권자의 범위를 어디까지 인정해야 하는지와 관련된 문제이다. 이때 대체복무 신청 사유에서 종교적 사유만을 허용해서는 안 된다. 왜냐하면 대한민국 헌법상 양심의 자유와 종교의 자유는 동등하게 보장되고 있고 양심의 자유가 종교의 자유를 포괄하는 광범위한 기본권이기 때문이다. 대체복무 신청 자격에서의 쟁점은 현역 복무 중이거나 예비군 편입 중인 사람에게 대체복무 신청 자격을 부여할 것인지 여부라고 할 수 있다.

둘째, 판정기구의 성격, 소속, 구성 방식은 판정의 독립성과 공정성에 영향을 주는 요소들이다. 행정형 조직은 대체로 판단을 신속하게 내릴 수 있다는 장점이 있지만 위원들 간의 의견 대립이 심한 경우 결정을 내리기 어려울 수도 있다. 반면에 사법형 조직은 비용과 시간이 많이 소요된다는 단점이 있지만 불복 절차까지 거치게 되는 경우 절차를 반복하지 않아서 결정이 상대적으로 빠르게 내려질 수도 있다. 판정기구의 소속과 구성 방식은 대체복무 적격 판정에 있어서 위원회가 군으로부터 독립하여 공정하게 판정하는 데 직접적인 영향을 미칠 수 있다. 만약 판정기구가 국방부나 병무청에 소속되고 국방부나 병무청의 추천으로 위원회가 구성된다면 해당 판정기구는 독립성과 공정성의 외관을 갖췄다고 보기 어려울 것이다.

셋째, 구체적인 판단 절차에 관해서는 심사의 방식과 불복 방식이 문제가 된다. 우선 대체복무 신청자에게 신청서 외에 어떤 자료를 제출하도록 할 것인지, 서면심사 또는 대면심사 중 어떤 방식을 채택할 것인지, 심사 결과에 대해서 이의를 제기하는 경우 어떤 절차를 채택할 것인지 등이 주된 쟁점이다. 이와 같은 쟁점에 대한 해답은 대체복무라는 개념으로부터 논리 필연적으로 도출될 수 있다기보다는 대체복무 신청권을 최대한 보장할 수 있는 실현 가능한 방법을 모색하는 중에 구해될 것이다.

넷째, 구체적으로 대체복무를 어떻게 수행할 것인지에 관한 쟁점으로는 대체복무의 내용, 기간, 형태 및 처우를 들 수 있다. 이는 대체복무제 모델을 개발하는 데 있어서 가장 핵심적인 내용이라고 할 수 있다. 이때 현역복무와 대체복무 간의 형평성이

추구되어야 한다. 이와 동시에 대체복무는 비군사적인 영역에서 이루어져야 하고, 대체복무자에게 징벌적이어서는 안 된다는 조건도 만족되어야 한다.

다섯째, 대체복무도 국방의무의 수행이라는 점에서 관리 감독이 필요하고 이를 해태한 경우 이에 대한 제재가 주어져야 한다. 이러한 측면은 대체복무를 병역회피의 수단으로 악용할 수 있다는 사회적 우려와도 관련성이 깊다.

제2절 국회의원 발의 법률안

앞서 언급하였듯이 국회에서는 꾸준히 양심적 병역거부에 따른 대체복무제 도입을 주요 내용으로 하는 「병역법」 및 예비군법 개정안이 발의되었다. 양심적 병역거부에 따른 대체복무제 도입을 주요 내용으로 하는 최초의 법률안은 17대 국회에서 2004. 9. 22. 임종인 의원 등 22인(제170512호)이 발의한 「병역법 일부개정법률안」이었고, 이후 17대 국회에서 노회찬 의원 등 10인도 관련 개정법률안(제170932호)을 발의하였다. 18대 국회에서는 김부겸 의원 등 11인이 관련 「병역법 일부개정법률안」(제1812534호)을, 이정희 의원 등 10인도 관련 「병역법 일부개정법률안」(제1813210호)을 발의하였다. 19대 국회에서는 전해철 의원 등 11인이 관련 「병역법 일부개정법률안」(제1906042호)을 발의하였다. 현재 20대 국회에서도 다양한 정당 소속 의원들이 지속적으로 양심적 병역거부에 따른 대체복무제 도입을 주요 내용으로 하는 「병역법 일부개정법률안」을 발의하였다. 2018년 헌법재판소 결정 이전에 발의된 「병역법 일부개정법률안」은 다음과 같다. 전해철 의원 등 11인이 발의한 개정법률안(제2003582호), 이철희 의원 등 12인이 발의한 개정법률안(제2007106호), 박주민 의원 등 21인이 발의한 개정법률안(제2007107호)이 그것이다. 2018년 헌법재판소 결정 이후 2019년 6월 현재까지 김종로 의원 대표발의안(제2014835호), 이종명 의원 대표발의안(제2014893호), 이용주 의원 대표발의안(제2014932호), 김학용 의원 대표발의안(제2014949호),²⁰¹⁾ 김종대 의원 대표발의안(제2016676호), 김진태 의원 대표발의안(제

201) 김학용의원 대표발의, 「대체복무역 편입 및 복무 등에 관한 법률안」(2018. 8. 20. 발의, 제2014951호).

2017651호), 이언주 의원 대표발의안(제2019968호),²⁰²⁾ 장제원 의원 대표발의안(제2020652호)이 발의되었다.

대체복무 신청자격, 대체복무 판정기구, 위원회 구성방식, 판정 및 불복 절차, 복무 기관 및 기간, 복무 관리, 복무 효과 등을 중심으로 각 법률안의 주요 내용을 살펴보자. 각 법률안을 시기별로 나누어 '20대 국회 이전에 발의된 법률안(5건)', '2018년 헌법재판소 결정 이전 20대 국회에서 발의된 법률안(3건)', '2018년 헌법재판소 결정 이후 대법원 전원합의체판결 이전 20대 국회에서 발의된 법률안(4건)', '2018년 헌법재판소 결정 및 대법원 전원합의체판결 이후 20대 국회에서 발의된 법률안(4건)'으로 정리하면 다음 표와 같다.

202) 이언주의원 대표발의, 「대체복무역 편입 및 복무 등에 관한 법률안」(2019. 4. 23. 발의, 제2019967호).

〈표 4-2-1〉 20대 국회 이전 의원 발의된 대체복무제 법률안

대표발의자	임종인(17대)*	노회찬(17대)	김부겸(18대)*	이정희(18대)
대체복무 신청자격	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(입영 전)	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람 (입영 전)	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(입영 전)	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(입영 전)
판정기구	지방양심적병역거부판정위원회 중앙양심적병역거부판정위원회 (지방·중앙병무청 소속, 9인) *종교·시민단체 피추천자 포함	지방대체복무위원회(지방병무청 소속, 5인) 중앙대체복무위원회(국방부 소속, 7인) *종교·시민단체 피추천자 포함	지방양심적병역거부판정위원회 중앙양심적병역거부판정위원회 (지방·중앙병무청 소속, 9인) *시민단체 피추천자 포함	지방대체복무위원회(지방병무청 소속, 5인) 중앙대체복무위원회(병무청 소속, 7인) *종교·시민단체 피추천자 포함
위원명명	병무청장	지방병무청장 국방부장관	지방병무청장 병무청장	지방병무청장 병무청장
판정절차	병역처분 60일 이내 지방병무청장에 신청→120일 이내 결정	병역처분 90일 이내 지방위원회에 신청(단, 현역 병·공의요원은 복무 중 신청가능) 90일 이내 결정	병역처분 60일 이내 지방병무청장에 신청 90일 이내 결정	병역처분 90일 이내 지방병무청장에 신청 90일 이내 지방위원회 결정
불복절차	30일 내 병무청 재심사신청 중앙위원회 90일 이내 판정	30일 내 중앙위원회 재심사신청 60일 이내 결정	30일 내 병무청에 재심사신청 60일 이내 중앙위원회 거쳐 결정	30일 내 중앙위원회 재심사신청 60일 이내 재심사결정
복무기관	지방병무청장 지정	중앙위원회 복무분야 지정 지방위원회 복무기관 지정	국가기관·지방자치단체·대통령령으로 정한 공익단체·시설(지방병무청장 지정)	중앙위원회 심사의견→병무청장→지 방병무청장 지정
복무분야	사회복지시설 업무 보조·지원	사회복지시설 업무 또는 공익 관련 업무 보조·지원	공익단체·시설에서 보훈·치료·요양·훈련·자활 등 관련 업무	사회복지 관련 업무 또는 공익 관련 업무
복무기간 및 방식	현역복무기간의 1.5배 합숙(예외 인정)	현역복무기간의 1.5배 합숙(예외 인정)	현역복무기간의 1.5배 합숙(예외 인정)	현역복무기간의 1.5배 합숙(예외 인정)
감독	보건복지부장관 지방병무청장	대체복무시설장 지방병무청장	소속 복무기관장 병무청장	대체복무기관장 지방병무청장
허위신청	판입 취소 및 1년 이상 2년 이하 징역	판입 취소 및 3년 이하 징역	판입 취소 및 1년 이상 3년 이하 징역	판입 취소 및 3년 이하 징역
복무효과	제2국민역	제2국민역	제2국민역	제2국민역

* 대체복무자 명칭을 '사회복지요원'으로 규정

+ 19대 국회 전례철의원 대표발의, 『병역법 일부개정법률안』(제2003582호)과 동일한 내용으로
〈표 4-2-2〉에서 소개함

〈표 4-2-2〉 2018년 헌법재판소 결정 이전 20대 국회에서 의결 발의된 대체복무제 법률안

대표발의자	전해칠*	이철희	박주민
대체복무신청 자격	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(입영 전) 현역병·보충역으로 복무 중인 사람	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(입영 전)	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(입영 전) 현역병·보충역으로 복무 중인 사람
판정기구	지방대체복무위원회(지방병무청 소속, 5인) 중앙대체복무위원회(병무청 소속, 7인) *종교·비영리민간단체 피추천자 포함	대체복무사전심사위원회(국무총리 소속, 15인) *정신과 전문의·의학 전공자 포함	대체복무위원회(국무총리 소속, 9인) 및 사무처 *종교·비영리민간단체 피추천자 포함
위원임명권자	지방병무청장(지방위원회) 병무청장(중앙위원회)	국무총리	국무총리
판정절차	병역처분 90일 이내 지방병무청장에 신청 90일 이내 지방위원회 결정	병역처분 90일 이내 대체복무사전심사위원회에 신청 90일 이내 결정	병역처분 90일 이내 지방병무청장에 신청→대체복무 위원회 90일(복무 중 30일) 이내 결정
불복절차	30일 이내 중앙위원회에 재심사신청 60일 이내 재심사결정	60일 이내 재심사 신청(심사규정 준용) 행정소송 가능	30일 이내 재심사 신청 90일 이내 재심사결정
복무기관	병무청장→중앙위원회 심사의견→지방병무청장 지정	지방병무청장 결정	대체복무위원회 심의의결→병무청장→지방병무청장 지정
복부분야	사회복지 관련 업무나 공익 관련 업무	사회복지, 보건·의료 등의 사회서비스에 관련된 업무 또는 재난 복구·구호 등의 공익에 관련된 것	사회복지 또는 공익과 관련된 업무
복무기간 및 방식	현역복무기간의 1.5배 합속(예외 인정)	현역복무기간의 2배 합속	현역복무기간의 1.5배 합속(예외 인정)
감독	대체복무기관장, 지방병무청장	대체복무기관장(업무 분야 변동: 지방병무청장과 협의)	대체복무기관장, 보건복지부장관, 국민안전처장관
허위신청	판입 취소 및 3년 이하 징역	판입 취소 및 5년 이하 징역	판입 취소 및 3년 이하 징역
복무효과	제2국민역	(규정 없음)	제2국민역

* 19대 국회 전해칠의원 대표발의, 『병역법 일부개정법률안』(제19006042호)과 동일한 내용의 법률안

〈표 4-2-3〉 2018년 헌법재판소 결정 이후 대법원 전원합의체판결 이전 20대 국회에서 의원 발의된 대체복무제 법률안

대표발의자	김종로	이종명	이용주	김학용*
대체복무신청 자격	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(입영 전)	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(입영 전)	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(입영 전) 현역병·보충역으로 복무 중인 사람	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(입영 전)
판정기구	대체복무사전심사위원회(국방부 소속, 15인) *종교·비영리민간단체 피추천자 포함	대체복무사전심사위원회(병무청 소속, 15인) *종교·비영리민간단체 피추천자 포함 *정신과 전문의·의학 전공자 포함	대체복무사전심사위원회(병무청 소속, 25인) 대체복무재심사위원회(병무청 소속, 9인) *정신과 전문의·의학 전공자 포함	대체복무사전심사위원회(병무청 소속, 15인) 대체복무재심사위원회(국기인권위원회 소속) *재심위원회 구성 및 운영은 대통령령에 위임
위원인명	국방부장관	병무청장	병무청장	병무청장
판정절차	병역처분 90일 이내 사전심사위원회에 신청 신청60일 이내 결정	병역처분 90일 이내 심사위원회에 신청 90일 이내 결정(1차 90일 이내 연장)	병역처분 90일 이내 관할 지방병무청에 신청 90일(복무 중 30일) 이내 결정	병역처분 90일 이내 관할 지방병무청에 신청 90일 이내 결정(1차 60일 이내 연장)
불복절차	90일 이내 재심사 신청 60일 이내 재심사 결정 행정소송 가능	60일 이내 재심사 신청 90일 이내 재심사 결정 행정소송 가능	30일 이내 재심사위원회에 재심사 신청 재심사 행정심판법 준용(60일 이내) *재심사를 행정심판으로 볼	30일 이내 재심사위원회에 재심사 신청 60일 이내 재심사 결정 위원회 또는 재심위 결정에 대한 행정소송 가능
복무기관	지방병무청	지방병무청장	병무청장	대체복무위원회→지방병무청장
복무분야	사회복지, 보건·의료 등의 사회서비스 관련 업무 또는 재난 복구·구호 등의 공익 관련 업무	지뢰 제거, 전사자유해 등의 조사·발굴, 보훈업무, 사회복지·보건·의료·재난구호	사회복지, 소방·의료·재난·구호 등의 공익 관련 업무	지뢰 제거, 전사자유해 등의 조사·발굴, 보훈업무, 재대군인지원사업, 재해·재난 예방·구호
복무기간 및 방식	현역복무기간의 2배 합숙	현역복무기간의 2배 합숙	현역복무기간의 2배 합숙	3년 8개월 합숙
감독	대체복무기관장 지방병무청장	대체복무부대장 지방병무청장	대체복무기관장 지방병무청장	대체복무기관장
하위신청	편입 취소 및 5년 이하 징역	편입 취소 및 5년 이하 징역	편입 취소 및 5년 이하 징역	편입 취소 및 5년 이하 징역
복무효과	보충역	대체복무역	제2국민역	대체복무역

* 김학용의원 대표발의, 「대체복무역 편입 및 복무 등에 관한 법률안」(2018. 8. 20. 발의, 제2014951호)

〈표 4-2-4〉 2018년 헌법재판소 결정 및 대법원 전원합의체판결 이후 20대 국회에서 의원 발의된 대체복무제 법률안

대표발의자	김종대	김진태	이언주*	장제원
대체복무신청 자격	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(임영 진) 현역병·보충역으로 복무 중인 사람	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(임영 진)	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(임영 진)	현역병입영 대상자·보충역 병역처분 받은 사람(임영 진)
판정기구	지방대체복무위원회(지자체 소속, 5인) 중앙대체복무위원회(행정부 소속, 9인) *종교·비영리민간단체 피추천자 포함	대체복무심사위원회(병무청 소속, 15인) *위원장: 병무청장 *종교·비영리민간단체 피추천자 포함 *정신과 전문의·의학 전공자 포함	대체역심사위원회(국방부 소속, 29인) 및 사무처 *종교·비영리민간단체 피추천자 포함 *정신과 전문의·의학 전공자 포함	대체복무사전심사위원회(국방부 소속, 15인) *위원장: 국방부장관 *종교·비영리민간단체 피추천자 포함 *정신과 전문의·의학 전공자 포함
위원명명	지자체장(지방위원회) 행정부장관(중앙위원회)	병무청장	국방부장관	국방부장관
판정절차	병역처분 90일 이내 지방위원회에 신청 90일 이내 지방위원회 결정	병역처분 90일 이내 심사위원회에 신청 90일 이내 결정(1차 90일 이내 연장)	소집·임영일 5일 전까지 심사위원회에 신청 90일 이내 결정(1차 60일 이내 연장)	90일 이내 대체복무사전심사위원회에 신청 90일 이내 결정
불복절차	30일 이내 중앙위원회에 재심사신청 60일 이내 재심사결정	60일 이내 재심사 신청 90일 이내 재심사 결정 행정소송 가능	30일 이내 심사위원회에 재심사 신청 행정심·행정소송 가능(위원장을 피청구인 또는 피고로)	60일 이내 재심사 신청 90일 이내 재심사 결정 행정소송 가능
복무기관	중앙대체복무위원회	지방병무청장	지방병무청장	지방병무청장
복무분야	사회복지 관련 업무나 공익 관련 업무 *대체복무자가 희망 복무분야 의견 제출	군사시설의 유지·보수 업무, 지뢰제거 등 평화증진 업무, 전사자유해 등의 조사·발굴 업무	군사기지 및 군사시설의 관리·운영 및 유지·보수 업무	사회복지 관련 업무나 공익 관련 업무
복무기간 및 방식	현역복무기간의 1.5배 합속(예외 인정)	5년 합속	3년 합속	3년 4개월
감독	대체복무기관장, 지방병무청장	대체복무부대장 지방병무청장	대체복무부대장	대체복무기관장 지방병무청장
하위신청	판입 취소 및 3년 이하 징역	판입 취소 및 5년 이하 징역	판입 취소 및 5년 이하 징역	판입 취소 및 5년 이하 징역
복무효과	전신고로역	전신고로역	예비군훈련대체복무역	(규정 없음)

* 「대체복무역 판입 및 복무 등에 관한 법률안」(2019. 4. 23. 발의, 제2019967호).

1. 대체복무 신청 자격

대체복무신청 적격에 관해서는 현역 복무 중에 있는 이들에게도 양심상의 결정을 이유로 대체복무를 허용할 것인지 여부가 중요한 쟁점이다. 노회찬의원안, 이정희의원안, 전해철의원안, 박주민의원안, 이용주의의원안은 군 복무 중에도 대체복무신청, 즉 대체복무 전환신청을 허용하는 입장이다. 반면에 임종인의의원안, 김부겸의원안, 이철희의원안, 김중로의의원안, 이종명의의원안, 김학용의원안, 김진태의원안, 이연주의의원안, 장제원의의원안은 군 복무 중에는 대체복무신청을 허용하지 않는 입장을 취하고 있다. 그런데 군 복무 중인 사람에게 대체복무로의 전환신청을 허용한다면 대체복무 중인 사람에게도 현역복무로의 전환신청을 허용하는 것이 논리적일 것이다. 그러나 현재까지 이러한 쟁점에 대해서 검토하여 규정을 마련한 의원 발의 법률안은 없다.

2. 판정기구

대체복무 판정기구에 관해서는 대체로 병무청에 소속된 행정형 위원회 형태가 예정되어 있다. 20대 국회 이전에 발의된 법률안에서는 해당 위원회를 지방병무청과 중앙병무청에 각각 설치하여 심급을 분리하는 2심제 행정위원회가 주를 이루었다. 그러나 20대 국회에 들어오면서 단일 위원회에서 심사와 재심사를 담당하도록 하는 방식이 주로 채택되었다. 다만, 이용주의의원안과 김학용의원안, 김종대의의원안은 재심사를 담당하는 위원회를 별도로 규정하고 있다. 판정기구의 소속은 20대 국회 이전에 발의된 5개의 법률안 모두 지방위원회는 지방병무청에, 중앙위원회는 병무청에 각 소속하는 것을 예정하고 있었다. 20대 국회에서 발의된 법률안의 경우 법률안에 따라서 판정기구의 소속이 병무청, 국방부, 국무총리로 다양화되었다. 20대 국회에 발의된 이철희의원안과 박주민의원안의 경우에는 판정기구의 소속을 국무총리로 규정하고 있고, 김중로의의원안에서는 판정기구를 국방부 소속으로 두는 것으로 되어 있다. 김학용의원안에서는 대체복무심사위원회는 병무청에, 대체복무재심위원회는 국가인권위원회에 두는 것으로 되어 있다. 특히, 김종대의의원안에서는 복무분야를 고려하여 중앙대체복무위원회를 행정안전부에 두고, 지방대체복무위원회를 지방자치단체에 두는 방식을 취하고 있다.

판정기구 위원 임명 권한은 판정기구 소속이 어디인지에 따라 병무청장, 국무총리 등으로 예정되어 있다. 판정기구를 (지방)병무청 또는 국방부 소속을 두는 법률안의 경우 (지방)병무청장 또는 국방부장관이 위원의 임명권한을 가지는 것으로 예정되어 있다. 반면에 이철희의원안이나 박주민의원안처럼 판정기구를 국무총리 소속으로 예정하고 있는 법률안의 경우 국무총리가 위원의 임명권한을 가지는 것으로 예정되어 있다.

3. 판정 및 불복 절차

판정절차에 관해서는 대체로 병역처분을 받은 후 90일 이내 대체복무 신청을 하고 이에 대해서는 신청 90일 이내 판정하도록 예정하고 있다. 다만, 최초 법률안이었던 임종인의원안의 경우 병역처분 후 60일 이내 대체복무 신청을 할 수 있도록 하고 신청 120일 이내에 판정하도록 예정하였다. 20대 국회에서 발의된 김종로의원안의 경우 대체복무 신청 후 60일 이내에 판정이 이루어지도록 예정하고 있다. 병역처분 후 대체복무를 신청한 경우 신청자 입장에서 결정은 신속하게 이루어질수록 대체복무를 고려한 삶의 계획 수립이 빨라질 것이다. 하지만 위원회를 소집하는 시간과 비용 등 현실적 여건도 고려되어야 한다. 따라서 특정 기간 접수된 대체복무 신청에 대해 일괄적으로 심사하도록 하는 것이 위원회 소집 및 심사의 효율성이라는 측면에서 90일 정도의 판정 기간을 두는 것이 적절한 것으로 보인다(1년 4회).

불복제도에 관해서는 모든 법률안들에서 대체복무 신청자의 이의신청만을 허용하는 편면적 불복절차를 예정하고 있다. 다시 말해, 군 당국은 판정기구의 결정에 대해서 불복할 수 없다. 이와 같이 전적으로 대체복무 신청자의 의사에 의해 진행되는 불복절차는 대체복무 편입 여부를 신속하게 결정할 수 있도록 하여 신청자가 병역이행과 관련된 장래 계획 등을 조속히 결정하는 데 기여할 수 있다는 점에서 긍정적이라고 평가할 수 있다.²⁰³⁾

또한 대체복무 편입 여부에 대한 결정에 대해서 행정소송도 가능하다. 20대 국회에서 발의된 법률안에서는 이를 명문화하였다는 특징이 있다. 다만, 행정소송을 하는

203) 이광수, 앞의 책(주 7), 156~157면.

경우 소송의 대상이 되는 결정이 무엇인지 명확하지 않다는 점이 문제라고 할 수 있다. 우선 심사를 지방위원회와 중앙위원회로 이원화하는 경우 대체복무 신청자가 행정소송의 대상이 되는 처분을 지방위원회의 결정으로 특정해야 하는지 아니면 중앙위원회의 결정으로 측정해야 하는지가 문제될 수 있다. 또한 단일한 판정기구를 예정하고 있는 경우에도 재심사가 허용되는 이상 행정소송의 대상이 최초의 심사 결과인지 재심사 결과인지 불분명하다. 만약 두 가지 결정 모두에 대해서 행정소송이 가능하다면 위원회를 통한 재심사는 유명무실해질 개연성이 높다. 또한 위원회를 단일화하는 경우 위원회의 결정에 대한 재심사를 동일한 위원회에 신청하게 되는데, 해당 결정이 번복되기를 기대하기 어렵기 때문에 재심사의 실효성이 미지수이다.²⁰⁴⁾ 최근에 발의된 법률안 중 이용주의원안에서는 이 문제에 관하여 재심사위원회의 재심사를 행정심판으로 의제하고 재심사 및 재결절차에 관하여 행정심판법을 준용하도록 함으로써, 해석상 혼란의 여지를 없애려고 배려하였음을 확인할 수 있다. 또한 이언주의원안의 경우 행정심판 또는 행정소송의 상대방을 대체역심사위원회 위원장으로 명시하고 있다.

4. 대체복무의 구체적 내용

가. 대체복무자 명칭

대체복무자의 명칭에 관하여 살펴보자. 대체복무자의 명칭은 20대 국회로 넘어오면서 대체복무요원으로 통일되었다. 20대 국회 이전에는 대체복무자의 명칭이 사회복지요원 또는 대체복무요원으로 갈렸다. 사회복지요원이라는 명칭을 사용하는 법률안은 임종인안(17대)과 김부겸안(18대)이었다. 임종인안의 경우 대체복무 기관을 사회복지시설 중 지정한다는 점에서 대체복무자를 사회복지요원으로 명명하였던 것으로 보인다. 반면에 김부겸안의 경우 대체복무 기관에 국가기관, 지방자치단체, 대통령령으로 정한 공익단체 및 시설이 포함되어 있어서 사회복지요원이라는 명칭이 대체복무 영역에 부합하는지 다소 의문이다. 20대 국회에서 발의된 11건의 법률안에서는 모두 대체복무요원이라는 명칭을 사용하고 있다. 양심적 병역거부자들은 종교적 신념 또는

204) 이광수, 앞의 책(주 7), 157면.

평화주의적 신념에 따라 현역복무를 거부하고 대신에 다른 복무를 통해 국방의 의무를 다하고자 한다는 점에서 ‘대체’복무요원이라는 명칭이 더 적합하다고 할 수 있다. 또한 대체복무제를 시행하고 있거나 시행하였던 국가에서 대체복무의 내용이 확대되었던 경향을 참고한다면 대체복무자의 명칭으로 대체복무의 내용을 한정하는 방식은 효율성이 떨어지는 것으로 보인다.

나. 대체복무 업무

대체복무의 업무 내용에 관해서 살펴보자. 2018년 헌법재판소 헌법불합치 결정 이후에 발의된 법률안들은 대체복무요원에게 “개인화기·공용화기, 도검 등 일체의 무기·흉기를 사용하거나 관리·단속하는 행위”와 “인명살상 또는 시설파괴가 수반되거나 그러한 능력을 향상시키는 것을 목적으로 시행하는 일체의 훈련 또는 보조 행위”가 포함된 업무를 부과할 수 없도록 명문화하고 있다. 이와 같은 원칙의 천명은 전시 등 비상 상황의 경우 대체복무를 마친 양심적 병역거부자의 병종 결정에 관한 논란을 해소할 수 있다는 점에서 긍정적이다.²⁰⁵⁾

그런데 이종명의원안, 김학용의원안, 김진태의원안에서 대체복무의 내용으로 규정하고 있는 이른바 평화증진업무의 구체적인 내용은 문제가 있어 보인다. 이종명의원안에서는 “「지뢰 등 특정 재래식무기 사용 및 이전의 규제에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 지뢰의 제거 등”의 업무가 평화증진업무로 규정되어 있고, 김학용의원안과 김진태의원안에서도 지뢰제거 업무가 대체복무의 내용 중 일부로 규정되어 있다. 이에 대해서는 고도의 전문성과 경험이 필요한 지뢰제거 업무가 대체복무의 내용으로 부적절하다는 비판이 거세다.²⁰⁶⁾ 이러한 법률안은 대체복무가 양심적 병역거부자에 대한 새로운 제재가 되지 않아야 한다는 헌법재판소의 입장과는 배치된다고 할 수 있다.

이종명의원안, 김학용의원안, 김진태의원안에서 대체복무의 내용으로 예정하고 있는 「6·25 전사자 유해의 발굴 등에 관한 법률」에 따른 전사자 유해 발굴업무도 문제가 있다. 전사자 유해 발굴업무는 군사 작전지역에서 이루어지기에 군부대의 지휘를 받

205) 이광수, 앞의 책(주 7), 158면.

206) 이광수, 앞의 책(주 7), 158면.

을 수밖에 없다는 점에서 이와 같은 업무는 양심적 병역거부자에 따른 대체복무가 비군사적 업무여야 한다는 국제인권기구와 헌법재판소 및 대법원의 입장에 부합하지 않는다.

또한 김진태의원안과 이연주의원안에서는 대체복무자의 업무 범위에 군사기지 또는 군사시설의 관리·운영 및 보수·유지 업무를 포함시키고 있다. 이 역시 업무의 특성상 군부대의 지휘를 받을 수밖에 없다는 점에서 양심적 병역거부자에 따른 대체복무가 비군사적 업무여야 한다는 국제인권기구와 헌법재판소 및 대법원의 입장에 부합하지 않는다.

다. 대체복무기간 및 방식

대체복무기간은 해당 제도와 관련하여 세간의 이목이 가장 집중되는 부분이다. 2018년 6월 28일 헌법재판소의 헌법불합치 결정 이전에 발의된 법률안은 육군 현역복무기간의 1.5배 정도를 예정하고 있었다(단, 이철희의원안은 2배로 예정하였다). 반면에 헌법재판소의 위 결정 이후에 발의된 법률안들은 모두 2배 정도의 복무 기간을 예정하고 있다. 김학용의원안의 경우에는 대체복무기간을 3년 8개월로 예정하고 있다. 현역병 복무에 뒤따르는 여러 가지 부담을 고려할 때 대체복무기간이 현역병의 복무 기간보다 장기로 규정하는 것은 큰 문제가 없다. 다만, 대체복무기간이 지나치게 장기간이 되는 경우 현역복무와의 형평성을 넘어서 양심적 병역거부자에 대한 새로운 제재가 될 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 국제인권기구와 국가인권위원회도 (육군) 현역복무기간의 1.5배를 넘지 않는 선에서 대체복무기간을 정하는 것이 적절하다는 입장을 표명하였다.

대체복무의 방식은 사회복지시설 등 복무기관에서의 '합숙'을 원칙으로 한다. 이에 따라 대체복무 기관은 합숙이 가능한 시설을 갖추어야 한다. 대체복무 기관과 관련해서는 대체로 병무청장을 거쳐 지정하도록 예정되어 있다. 20대 국회 이전에 발의된 법률안 중 임종인의원안과 노회찬의원안의 경우 사회복지 관련 시설로 그 기관을 한정하기도 하였다. 반면에 20대 국회에서 발의된 법률안들은 대체로 병무청장이 지정한 기관에서 대체복무를 하도록 예정하고 있다. 따라서 복무시설 지정에서 합숙 복무가 가능한지 여부, 합숙 복무가 불가능한 경우 통근복무를 허용할 것인지 여부가

중요하게 고려되어야 한다. 20대 국회 이전에 발의된 임종인의원안, 노회찬의원안, 김부겸의원안, 이정희의원안, 전해철의원안에서는 모두 합숙 복무 원칙과 예외를 명시적으로 규정하였다. 반면에 20대 국회에서 발의된 법률안의 경우 전해철의원안, 박주민의원안, 김종대의원안만 합숙 복무에 대한 예외를 규정하고 있다.

라. 대체복무 효과

현역복무를 마친 사람들은 대체로 예비군에 편입된다는 점에서 대체복무를 마친 사람들이 편입될 병역도 중요한 쟁점이 된다. 만약 대체복무를 마친 사람들을 예비군에 편입시키는 경우 또 다시 양심적 예비군거부로 이어질 수 있다. 이에 관해서 2018년 6월 28일 헌법재판소의 헌법불합치 결정 이전에 발의된 법률안들은 대체복무를 마친 사람을 제2국민역에 편입되는 것으로 규정하고 있다(단, 이철희의원안은 관련 규정을 두지 않음). 반면에 헌법재판소 결정 이후에 발의된 법률안 중 이종명의원안과 김학용의원안은 대체복무를 마친 사람들을 ‘대체복무역’이라는 새로운 병역에 편입되는 것으로 예정하고 있다. 이처럼 새로운 병역을 창설하는 경우 대체복무를 마친 사람을 예비군에 편입시키지 않는다는 점에서 일단은 긍정적이라고 할 수 있다. 그러나 대체복무 효과에 관한 쟁점의 핵심은 대체복무를 마친 사람들을 위한 새로운 대체역의 창설 여부 자체라기보다는 대체복무를 마친 사람들이 다시금 군사적 업무에 편입되는 일이 없도록 하는 데 있다. 따라서 대체복무를 마친 사람들의 예비군 편입 여부 및 전시 등 비상사태에 소집되는 경우 복무하게 될 업무의 내용을 정리해야 할 필요가 있다.

마. 기타 쟁점

기타 쟁점으로는 대체복무를 해태하거나 이탈한 자에 대한 제재 조치, 대체복무제도 도입 이전 양심적 병역거부를 이유로 형사처벌을 받은 자에 대한 구제 조치를 들 수 있다. 우선 대체복무 해태 및 이탈에 대한 제재 조치에 관해서는 제재조치로 대체복무 취소 및 현역병 또는 사회복무요원으로의 전환²⁰⁷⁾이 정당한 조치인지 검토해야 할

207) 박주민의원안 제33조의28 참조.

것이다. 다음으로 대체복무제 도입 이전에 양심적 병역거부로 형사처벌을 받은 자에 대한 구제 조치에 관해서는 양심적 병역거부가 헌법상 권리인지 여부에 대한 논의와 밀접한 관계에 있기에 대체복무제 도입 자체와는 별개의 문제라고 할 수 있다.²⁰⁸⁾

제3절 국방부 대체복무제 모델

2018년 6월 28일 헌법재판소는 헌법 제19조에 따른 ‘양심의 자유’를 이유로 한 병역거부자를 위한 대체복무 제도를 규정하지 않은 「병역법」의 병역종류 조항(제5조 제1항)에 대하여 헌법불합치 결정을 내렸다. 이에 국방부는 헌법재판소에서 제시한 기한인 2020년 1월 1일에 맞추어 “병역기피 수단으로 악용되지 않고 병역의무의 형평성을 확보할 수 있는 대체복무 제도를 마련하고, 관련 규정을 정비하여 양심의 자유와 국방의 의무를 조화시키고자”²⁰⁹⁾ 「병역법 일부개정법률안」(2019. 4. 29. 정부 제안, 제2020034호)과 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률안」(2019. 4. 25. 정부 제안, 제2020021호)을 입법예고하였다.

1. 대체역 신설 및 신청 자격

국방부는 「병역법 일부개정법률안」에서 병역의 종류에 대체역을 신설하였다. 현행 「병역법」 제5조 제1항 제4호 중 “보충역 및 전시근로역”을 “보충역, 전시근로역 및 대체역”으로 하고, 같은 항에 제6호를 다음과 같이 신설하였다.

6. 대체역 : 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람

가. 병역준비역, 현역병 입영 대상자 또는 사회복무요원 소집대상 보충역으로서

「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률」에 따라 대체역에 편입된 사람

나. 「예비군법」 제3조제1항에 따른 예비역 또는 보충역으로서 「대체역의 편입 및

복무 등에 관한 법률」에 따라 대체역에 편입된 사람

208) 이광수, 앞의 책(주 7), 161면.

209) 국방부공고 제2019-72호(2019. 4. 9.)

위 신설 규정에 따르면, 대체역이란 “병역준비역, 현역병 입영 대상자 또는 사회복무요원 소집대상 보충역, 예비역 등으로서 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률」에 따라 대체역에 편입된 사람”으로 정의될 수 있다.

국방부는 현행 「병역법」 제4조에 “대체역의 편입과 복무 등에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.”라는 내용의 제2항을 신설함으로써 관련 법률을 제정할 수 있는 법적 근거를 마련하였다.

「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률안」(이하, ‘대체역법안’) 제5조 제1항은 대체역 편입 신청에 관하여 “「헌법」 제19조에 따른 양심의 자유를 이유로 현역, 보충역 또는 예비역 복무를 대체하여 병역을 이행하고자 하는 사람은 입영 일이나 소집일 5일 전까지 … 대체역심사위원회에 대체역 편입 신청을 할 수” 있도록 규정하고 있다. 동조 동항 각호는 대체역 편입 신청 자격을 ‘병역준비역’(1호), ‘현역병입영 대상자 또는 사회복무요원 소집대상 보충역’(2호), ‘「예비군법」 제3조제1항에 따른 예비역 또는 보충역’(3호)에 부여하고 있다.

제5조(대체역 편입의 신청) ① 다음 각 호에 해당하는 사람으로서 「헌법」 제19조에 따른 양심의 자유를 이유로 현역, 보충역 또는 예비역 복무를 대체하여 병역을 이행하고자 하는 사람(이하 “신청인”이라 한다)은 입영일이나 소집일 5일 전까지 제7조에 따른 대체역심사위원회에 대체역 편입 신청을 할 수 있다.

1. 병역준비역
 2. 현역병입영 대상자 또는 사회복무요원 소집대상 보충역
 3. 「예비군법」 제3조제1항에 따른 예비역 또는 보충역
- ② 제1항제1호·제2호에 해당하는 사람은 30세를 초과하는 경우에는 편입 신청할 수 없다.
- ③ 병역준비역으로서 병역판정검사를 받지 않은 사람은 병무청장이 실시하는 대체역편입신청 신체검사를 받아야 한다. 이 경우 「병역법」 제11조제6항의 “현역병지원 신체검사”를 “대체역편입신청 신체검사”로 본다.
- ④ 대체역심사위원회는 제1항에 따른 대체역 편입의 신청을 받은 경우 지체 없이 병무청장에게 통보하여야 한다.
- ⑤ 제1항에 따른 대체역 편입을 신청한 사람은 제14조 또는 제15조에 따른 대체역

편입 결정이 있을 때까지 징집 또는 소집이 연기된다.

⑥ 제1항에 따른 신청서류, 신청절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2. 대체복무자 차별금지

국방부는 병역 감면, 병역처분 변경, 복학·복직 보장, 보상 등에서 대체복무자를 다른 종류의 병역복무자와 동일하게 보호하는 「병역법 일부개정법률안」을 마련하였다. 첫째, 가사사정으로 인한 병역 감면 대상에 대체역을 추가하였다. 이에 대체복무자도 자신이 원하는 경우 다른 병역복무자와 마찬가지로 생계 부담을 이유로 병역 감면을 받거나(「병역법 일부개정법률안」 제62조 제3항 신설) 가족 중 전사 등이 있음을 이유로 자신이 의사에 따라 병역 감면을 받을 수 있다(「병역법 일부개정법률안」 제63조 제3항). 둘째, 대체복무자도 병역처분 변경 대상에 추가되었다. 이에 대체복무자도 복무 중 국외 이주하는 경우 소집 해제 처분을 받을 수 있고(「병역법 일부개정법률안」 제65조 제2항 및 제6항), 전·공상·질병 또는 심신장애로 인하여 병역을 감당하기 어려운 경우 소집제외, 소집제외 또는 병역면제 처분을 받을 수 있다(「병역법 일부개정법률안」 제65조 제14항 신설). 셋째, 대체복무자도 다른 종류의 병역복무자와 동일하게 복학·복직 보장 및 학업·직장 보장 규정의 적용을 받는다. 이에 학교 및 직장은 대체복무자에 대하여 휴·복학 또는 휴·복직을 각각 보장하고(「병역법 일부개정법률안」 제73조 제1항, 제74조 제1항 등), 예비군 훈련 대체복무 소집에 응하는 학생 또는 직원에 대하여 소집을 이유로 불리한 처분을 해서는 안 된다(「병역법 일부개정법률안」 제74조의3 및 제74조의4). 넷째, 대체복무자는 다른 종류의 병역복무자와 마찬가지로 보상 및 치료 규정, 재해 등에 대한 보상 규정의 적용을 받는다. 예비군 훈련 대체복무 중 부상을 입거나 사망한 경우 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 등에서 정하는 바에 따라 보상을 받을 수 있고(「병역법 일부개정법률안」 제75조 제1항 제3호 신설), 대체복무요원으로 복무 중 순직하거나 공상 등을 얻은 경우 재해보상금이 지급된다(「병역법 일부개정법률안」 제75조의2 제1항).

3. 판정기구

국방부안에서는 국방부장관 소속으로 대체역심사위원회(이하 ‘위원회’)를 두고, 대체복무신청을 받아 심사·의결할 수 있도록 하며, 위원회의 구성과 결격사유, 위원의 제척·기피·회피 등을 규정하였다(대체역법안 제7조부터 제11조). 위원회는 대체역 편입 신청에 관한 심사, 대체역 제도 개선에 관한 연구·조사 등에 관한 권한을 가지고 독립하여 활동한다(대체역법안 제7조). 대체역법안 제8조에 따르면, 위원회는 “위원장을 포함한 29인의 위원으로 구성하고, 그 중 4명은 상임위원으로” 하고, 위원의 자격으로는 학계·법조계·의료계 10년 이상의 경력, 비영리민간단체로부터의 추천 또는 4급 이상의 관계 중앙행정기관 소속 공무원 재직 경력이 요구된다.²¹⁰⁾²¹¹⁾ 그리고 임기 3년인 위원(위원장 포함)은 국가인권위원회 위원장이 지명하는 10명, 법무부장관이 지명하는 10명, 국방부장관이 지명하는 9명을 국방부장관이 임명 또는 위촉하고, 위원장은 위원 중에서 호선한다(대체역법안 제8조 제3·4항). 단, 위원의 일정 비율 이상은 여성으로 한다(대체역법안 제8조 제6항). 위원회는 대체역 편입 신청에 대한 심사·의결하기 위하여 위원회 내에 소위원회를 둘 수 있다(대체역법안 제9조). 소위원회는

210) 제8조(위원회의 구성 및 운영) ① 위원회는 위원장을 포함한 29인의 위원으로 구성하고, 그 중 4명은 상임위원으로 한다.

② 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자격을 갖추어야 한다.

1. 대학이나 공인된 연구기관에서 부교수 이상 또는 이에 상당하는 직에 10년 이상 재직한 사람으로서 정치학·사회학·심리학·종교학·철학·법학 등을 전공한 사람
2. 판사·검사 또는 변호사로서 10년 이상 있거나 있었던 사람
3. 정신건강의학과 전문의로서 관련 업무에 10년 이상 종사한 사람
4. 「비영리민간단체 지원법」에 따라 등록된 비영리민간단체로부터 추천을 받은 사람
5. 4급 이상의 관계 중앙행정기관 소속 공무원 또는 공무원으로 재직하였던 사람

211) 참고로 위원의 결격 사유는 다음과 같다.

제10조(위원의 결격 사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 위원회의 위원이 될 수 없다.

1. 미성년자 또는 피성년후견인·피한정후견인
2. 파산선고를 받은 사람으로서 복권되지 아니한 사람
3. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 사람
4. 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행유예 기간이 끝난 날부터 2년이 지나지 아니한 사람
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예 기간 중에 있는 사람
6. 법원의 판결 또는 다른 법률에 따라 자격이 상실되거나 정지된 사람
7. 「형법」 제355조 및 제356조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 300만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 사람
8. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 100만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 3년이 지나지 아니한 사람

소위원장을 포함한 7인의 위원으로 구성하고, 소위원장은 소위원회 위원 중에서 호선한다. 또한 대체역법안은 위원회의 사무를 처리하기 위하여 사무처를 두고, 사무처의 구성 및 정원에 관한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다(대체역법안 제12조).

4. 판정 및 불복 절차

위원회는 대체역 편입 신청을 받은 날로부터 90일 이내에 인용·기각 또는 각하 결정을 하고, 부득이한 사유가 있는 때에는 60일 내에서 그 기간을 연장할 수 있다(대체역법안 제14조). 따라서 대체역 편입 신청자는 최대 150일(약 5개월) 안에 대체역 편입 여부의 결정을 받을 수 있다. 그리고 신청인은 위원회의 (불허)결정에 불복하는 경우 30일 이내에 위원회에 재심사를 청구할 수 있고, 위원회의 재심사 결정에 불복하는 경우 행정심판을 청구하거나 행정소송을 제기할 수 있다(대체역법안 제15조). 대체역법안은 행정심판 또는 행정소송의 대상을 ‘위원회의 재심사 결정’으로 특정함으로써 소송물을 명확하게 규정하고 있다.

대체역법안은 대체역 편입 신청에 대한 심사·의결의 공정성을 확보하기 위해서 위원의 제척·기피·회피 사유를 다음과 같이 규정하고 있다(대체역법안 제11조).

제11조(위원의 제척·기피·회피) 위원회의 위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 사건에 대한 심사·의결에서 제척된다.

1. 위원 또는 그 배우자나 배우자였던 사람이 해당 사건의 신청인인 경우
 2. 위원이 해당 사건의 신청인과 친족이거나 친족이었던 경우
 3. 위원이 해당 사건에 대하여 증언, 진술, 자문, 감정을 한 경우
 4. 위원이나 위원이 속한 법인·단체·법률사무소가 해당 사건의 신청인의 대리인이거나 대리인이었던 경우
 5. 위원이 해당 사건의 신청인과 같은 종교단체나 법인에 속하거나 속하였던 경우
- ② 신청인은 위원이 제1항에 따른 제척사유가 있거나 위원에게 공정한 심사·의결을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 위원회에 기피 신청을 할 수 있고, 위원회는 의결로써 기피 여부를 결정한다. 이 경우 기피 신청의 대상인 위원은 그 의결에 참여하지 못한다.
- ③ 위원이 제1항 각 호에 따른 제척 사유에 해당하는 경우에는 스스로 해당 사건의 심사·의결에서 회피하여야 한다.

대체역법안은 위원회가 대체역 편입 신청에 대한 심사·의결에 필요한 사실 조사를 할 수 있다고 규정하고 있다(대체역법안 제13조 제1항). 사실조사를 위해서는 대면조사를 원칙으로 하고, 위원회의 의결로 대면조사를 생략할 수 있다(대체역법안 제13조 제2항). 이 대면조사 시 신청인은 위원회의 허락을 받아 신뢰관계 있는 사람과 동석할 수 있다(대체역법안 제13조 제3항). 따라서 대체역법안은 통상적인 경우 대체역 편입 신청에 대한 심사 방식을 대면 심사로 예정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

5. 대체복무의 구체적 내용

가. 대체복무업무 및 기관

대체역법안은 대체역의 업무 및 복무기관에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다(대체역법안 제17조).

제17조(대체복무요원의 업무 및 복무기관) ① 대체복무요원은 다음 각 호의 대체복무 기관(이하 “대체복무기관”이라 한다)에서 공익에 필요한 업무에 복무하여야 한다.

1. 교도소
2. 구치소
3. 교도소·구치소의 지소
4. 기타 대통령령으로 정하는 공공 및 공익 관련 시설

② 제1항의 업무에는 다음 각 호의 행위가 포함되어서는 아니된다.

1. 무기·흉기를 사용하거나 관리·단속하는 행위
2. 인명살상 또는 시설파괴가 수반되거나 그러한 능력을 향상시키는 것을 목적으로 하는 행위
3. 그 밖에 제1호 및 제2호에 준하는 행위

대체역법안은 대체복무요원이 교도소·구치소 및 지소, 기타 대통령령으로 정하는 공공 및 공익 관련 시설에서 복무하도록 규정하여 복무기관의 확대에 대비하고 있다. 그런데 대통령이 마련되어 있지 않은 상황에서는 대체복무요원을 구금시설에 복무하도록 하는 결과가 된다. 이는 양심적 병역거부자들이 1년 6월의 실행을 선고받고 구금시설에서 사실상 교도 행정을 보조했던 기존 행형 관행에 근거한 것으로 보인다.

그러나 양심적 병역거부에 대해 무죄 취지의 대법원 전원합의체 판결이 나온 상황에서 법률상 대체복무기관을 구금시설로 규정해야 할 타당한 근거가 부족해 보인다.

대체역법안은 대체복무요원의 업무에 무기 등을 사용하거나 인명살상 등이 수반되는 행위가 포함되지 않도록 명시적으로 규정하고 있다. 이는 양심적 병역거부의 이유가 평화주의적 신념이라는 점에서 당연한 규정이라고 할 수 있다.

나. 대체복무기간

대체역법안은 대체복무요원의 복무기간을 36개월로 하고, 대체복무기관 소관부처의 장의 요청에 따라 국무회의의 심의 및 대통령 승인을 거쳐 복무기간을 1년의 범위에서 조정할 수 있도록 규정하였다(대체역법안 제19조). 대체역법안이 예정한 대체복무기간 36개월은 이 법이 예정대로 시행되는 2020년 기준 예상되는 육군 현역 복무기간인 18개월의 2배에 해당한다. 국방부는 대체복무기간이 군복무기간의 1.5배를 넘지 않아야 한다는 국제인권기구와 국가인권위원회의 권고를 고려하여 제도 정착 이후 복무기간을 1년 범위에서 조정할 수 있도록 규정하였다. 그러나 기간 조정의 방향을 정하고 있지 않기에 상황 변화에 따라 복무기간이 48개월까지 늘어날 수도 있다. 더욱이 국방부의 대체복무 방안에서 대체복무자가 36개월 간 교정시설에 합숙해야 한다는 점은 유엔 인권이사회의 권고 중 대체복무의 ‘비형벌성’ 요건에 저촉되는 것은 아닌지 신중한 검토가 필요하다. 국가인권위원회는 타당한 근거 제시 없이 대체복무기간을 현역 복무기간의 2배로 규정하는 것은 징벌적이라고 비판하였다.²¹²⁾ 국방부는 교정시설에서의 복무 강도가 통상의 현역병의 복무 강도에 비해 높은 수준일 것으로 평가하였다. 그런데 복무 강도가 높은 수준임에도 복무 기간을 현역병의 2배로 정한 점은 모순적이다.

다. 대체복무요원 복무 관리·감독

대체역법안은 대체복무요원 복무 관리·감독을 대체복무기관 관련 주무부처의 장이 맡도록 규정하고 있다(대체역법안 제22조). 대체복무기관의 장은 대체복무요원 복무관

212) 국가인권위원회, “「병역법 일부개정법률안」, 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률안」에 대한 의견표명”, 2018. 9. 13.자 결정.

리 담당직원을 지정하여야 하고, 주무부처의 장이 대통령령으로 정하는 바에 따라 대체복무요원을 관리·감독할 수 있다. 예를 들어, 대체복무요원이 교도소에서 복무하는 경우 법무부장관이 대체복무요원에 대한 관리·감독 권한을 가지고, 해당 교도소장은 소속 교정공무원 중 일정 인원을 지정하여 대체복무요원의 복무 관리를 수행하게 된다.

라. 대체복무 효과

대체역법안은 대체복무를 마친 효과로 예비군 훈련 대체복무를 규정하고 있다(대체역법안 제26조). 대체복무요원 복무를 마친 날의 다음날부터 8년이 되는 해의 12월 31일까지의 기간에 있는 사람 등에 대하여 대체복무기관에서 복무하도록 소집한다. 이는 양심적 병역거부자는 현역복무에 대해서뿐만 아니라 예비군 훈련도 거부하기에 대체복무를 마친 후 예비군으로 편입되는 상황을 방지해야 한다는 점에서 적절한 규정이라고 할 수 있다.

마. 기타 쟁점

대체역법안은 복무이탈에 대해서는 연장복무 규정(대체역법안 제24조)을 두고, 부정 편입에 대해서는 편입취소 규정(대체역법안 제25조)을 두고 있다.

우선 대체복무요원이 정당한 사유 없이 복무를 이탈한 경우에는 그 이탈일수의 5배의 기간을 연장하여 복무하게 한다. 그리고 부정한 방법으로 편입하거나 정당한 사유 없이 통틀어 8일 이상 복무를 이탈하는 등의 경우 대체역 편입을 취소할 수 있다. 연장복무의 경우 사회복무요원이 정당한 사유 없이 복무를 이탈한 경우에는 그 이탈일수의 5배의 기간을 연장하여 복무하게 하는 「병역법」 제33조 제1항과 비교하여 적절하다.

그런데 부정편입의 경우 편입 결정을 취소하는 것은 타당하나, 정당한 사유 없이 통틀어 8일 이상 복무를 이탈하는 경우에도 편입 결정을 취소하는 것은 양심적 병역거부자에게 대체역 외의 병역의무를 부과하는 것이라 양심의 자유를 침해할 수 있는 소지가 있다. 사회복무요원의 경우 정당한 사유 없이 통틀어 8일 이상 복무를 이탈한 경우 3년 이하의 징역에 처하도록 한다(「병역법」 제89조의2 제1호). 대체복무요원도

사회복무요원과 동일하게 8일 이상 복무를 이탈한 경우 처벌을 하는 것이 양심의 자유를 침해하지 않으면서 동시에 복무 이탈을 방지할 수 있는 방안으로 여겨진다.

제4절 대체복무제 시민사회안

1. ‘헌법재판소 결정에 따른 양심적 병역거부 대체복무제 시민사회 안(案)’

2018년 6월 28일 헌법재판소의 헌법불합치 결정 3주 후인 7월 19일 ‘국제앰네스티 한국지부’, ‘군인권센터’, ‘민주사회를위한변호사모임’, ‘전쟁없는세상’, ‘참여연대’는 공동으로 ‘헌법재판소 결정에 따른 양심적 병역거부 대체복무제 시민사회단체안’(이하 ‘시민사회단체안’)을 발표했다. 시민사회단체안을 공동으로 마련한 다섯 단체들은, 대체복무자들에게 지나치게 장기간의 복무기간과 혹독한 업무 강도를 요구하는 대체복무제 모델은 2018년 헌법재판소의 결정에서 경계해야 한다고 언급된 ‘징벌적 대체복무제’에 해당한다고 비판하면서 ‘합리적 대체복무제’ 도입을 촉구하였다.²¹³⁾ 시민사회단체안은 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 대체복무제를 도입하기 위한 입법적·정책적 논의에서 참조할 수 있는 합리적인 기준을 제안하는 데 그 목적이 있다. 여기에서 합리적 기준이란, 헌법상 보장되는 양심의 자유를 존중하는 데 있어서 대체복무제 모델이 국제인권기준에 부합할 수 있도록 하고, 대체복무의 기간과 업무가 현역복무와 형평성을 갖추고 공동체에 기여할 수 있도록 하는 것이었다. 시민사회단체안은 복무분야, 심사 및 운용, 복무기간, 신청인원 제한, 대체복무 지원시기 등에 관해서 다음과 같은 기준을 제시하고 있다.²¹⁴⁾

1. 복무 분야 (사회 공공성 향상, 시민 안전 영역)

치매노인 돌봄 영역, 장애인 활동지원 영역, 의무소방 영역

213) 해당 시민사회단체들은 2017년 문재인 정부 출범 초기에 시민사회의 대체복무제 기준으로 ‘합리적 대체복무제 도입을 위한 기준’을 제안한 바 있으며, 2018년 시민사회단체안은 이 기준을 보다 구체화하여 제시한 것이다.

214) 아래 내용은 국제앰네스티 한국지부·군인권센터·민주사회를위한변호사모임·전쟁없는세상·참여연대, 「헌법재판소 결정에 따른 양심적 병역거부 대체복무제 시민사회 안(案)」(2018. 7. 19.)의 요약이다(<https://www.peoplepower21.org/Peace/1574551>, 최종접속일 2019. 5. 16.).

2. 대체복무위원회 독립성 확보

국무총리실 산하 또는 보건복지부(행정안전부) 산하에 대체복무위원회 설치
「병역법」 제25조 전환복무 조항 개정을 통해 현행 병력관리 제도와 조화

3. 대체복무기간은 최대 현역 복무의 1.5배 이내

대체복무기간이 현역 복무 기준 1.5배 이상은 또 다른 차별이며, 국제사회의 일관된 기준에 부합하지 않음. 한국의 복무 기간 자체가 징병제 시행 국가 중 최상위권이기 때문에 1.5배 이상의 기간으로 대체복무제를 설계한다면 매우 심각한 차별 발생 전문가 및 일반 시민들 역시 1.5배를 가장 적절한 대체복무기간으로 인식하고 있음

4. 제도 시행 초기 대체복무 신청 가능 인원의 상한을 두어 사회적 우려 불식

병역기피 수단으로 대체복무가 악용되는 것을 막기 위해 복무 기간이나 내용을 징벌적으로 설계하기보다는, 제도 시행 초기 연 1,000명(1년 수감자 500~600명 기준)을 대체복무 신청가능 인원으로 정할 수 있음

5. 복무 중 병역거부, 예비군 병역거부 모두 인정되어야 함

첫째, 시민사회단체안은 대체복무 신청 자격을 입영 전인 병역의무자로 한정하지 않고 현역 또는 보충역 등으로 복무 중인 자, 병역을 마치고 예비군에 편입된 자 등 병역의무를 지고 있는 모두가 신청할 수 있도록 해야 한다고 주장한다. 종교적 신앙 또는 평화주의적 신념은 그 본질상 인생의 어느 시점에서든 형성될 수 있기 때문에 병역과 관련한 양심상의 결정에 따른 대체복무 신청을 입영 전에만 허용하는 것은 논리상 적절하지 않다. 다만, 논리적 일관성 유지한다면 대체복무요원이 현역 또는 보충역으로 전환 신청하는 것도 막을 근거는 없다. 따라서 대체복무 신청 자격 또는 시기를 규정함에 있어서 대체복무제 운용의 안정성도 고려되어야 할 것이다.

둘째, 시민사회단체안은 대체복무 업무 분야로 사회공공성 향상과 시민 안전에 기여할 수 있는 다양한 분야를 제시한다. 세부 기준으로는 “① 안보의 개념을 넓혀 위기관리와 사회적 안전망을 확충하는 영역, ② 업무 난이도나 강도를 고려했을 때 입영 기피의 수단으로 악용될 가능성이 낮은 영역, ③ 현재 시행되고 있어서 제도적 안정성을 확보할 수 있거나 사회적 필요성이 높은 영역” 등이 있다. 이러한 기준을

충족하는 분야로 치매노인 돌봄, 장애인 활동지원, 의무소방이 제시되었다. 앞서 살펴본 국방부안에서 현재 대체복무 업무를 교정 업무로 국한한 것과 대조적이다. 대체복무제를 시행하였거나 시행 중인 국가들의 사례를 보더라도 대체복무를 사회복무라고 부를 수 있을 정도로 그 업무 분야가 의료, 교육, 복지, 재난구조 등 매우 다양하다. 대체복무 분야에 관한 시민사회단체안의 기준은 이러한 국제적 동향에 부합한다.

셋째, 시민사회단체안은 대체복무기간이 현역 육군 복무기간에 비해서 1.5배 이하여야 한다는 기준을 제시한다. 국제인권기구와 헌법재판소는 대체복무기간이 현역복무기간의 1.5배를 넘지 않도록 권고하고 있다. 또한 국내 전문가들과 일반 시민들을 대상으로 한 설문조사에서 현역복무기간의 1.5배가 대체복무기간으로 가장 합리적이라고 응답하였다.²¹⁵⁾ 시민사회단체안은 현역복무 대신 대체복무를 선택하려는 지원자가 너무 많을 수 있다는 염려에 대한 전략으로 대체복무제 도입 초기에는 양심적 병역거부로 형사처벌을 받았던 인원을 고려하여 대체복무 신청 인원을 연 1천 명 수준으로 제한하는 방안을 제시하였다.

넷째, 시민사회단체안은 대체복무 심사와 운용을 담당할 대체복무위원회를 군으로부터 독립하여 다른 부처 소속으로 설치할 것을 제시한다. 국제인권기구는 대체복무 심사 및 운용 담당 기구를 군이나 군 산하기관으로부터 독립시켜야 한다는 원칙을 제시하고 있다. 대체복무 심사 및 운용 담당 기구의 소속은 대체복무 편입 심사와 관리·감독의 공정성과 독립성에 큰 영향을 미칠 수 있다. 시민사회단체안은 대체복무 위원회를 국무총리실 또는 보건복지부 등에 설치할 경우 「병역법」 제25조 “추천에 의한 전환복무” 조항을 개정하여 현재의 병력자원 관리업무와 조화를 이룰 수 있다고 주장한다.

2. 이재승 교수 연구팀의 대체복무법 시행안

최근 시민사회에서 제안된 대체복무제 모델로는 2018년 10월 10일 이재승 교수 연구팀이 제시한 ‘대체복무에 관한 법률(시안)’(이하 ‘연구팀 시안’)을 들 수 있다. 이 시안은 이재승 교수가 연구책임을 맡아 수행한 「양심적 병역거부 관련 대체복무제

215) 참여연대. “양심적 병역거부 대체복무제 시민사회안 발표”. 2018. 7. 19.자 보도자료 (<https://www.peoplepower21.org/Peace/1574551>, 최종접속일 2019. 5. 16.).

도입방안 실태조사」(2018년도 인권상황실태조사 연구용역보고서)의 내용 중 일부이다.²¹⁶⁾ 국가인권위원회는 정부와 국회에 대체복무제도 정책 대안을 제시하기 위해 이 연구용역을 진행하였다.²¹⁷⁾ 아래에서는 연구팀 시안의 주요 내용을 살펴보도록 한다.²¹⁸⁾

가. 총칙

연구팀 시안은 대체복무법의 목적을 “헌법 제19조에 따라 양심상의 결정을 이유로 병역을 거부하는 사람에게 기본적 인권을 보장하고, 동시에 병역이행자와의 형평을 달성하는 대체복무를 도입함으로써 사회통합에 기여하려고 한다”고 밝혔다(시안 제1조). 이는 2006년 한국의 양심적 병역거부자들의 개인통보 사건(CCPR/C/84/D/1321-1322/2004)에서 자유권규약위원회의 권고취지와 헌법재판소의 헌법불합치 결정의 취지를 살린 것이다.²¹⁹⁾ 연구팀 시안은 대체역이 병역이 아님을 전제로 대체복무이행을 군복무 이행으로 간주하는 규정을 명시적으로 두었고(시안 제2조), 대체복무이행 중 또는 대체복무 이행 후에도 대체복무요원이라는 이유로 불이익처우를 받아서는 안 된다는 점을 선언하였다(시안 제3조).

나. 대체복무위원회

연구팀 시안 제4조 내지 제8조에서는, 대체복무위원회를 중심으로 제도를 운영하도록 하였고 병무청(특히, 지방병무청)의 역할을 행정적 집행기구로 제한하였다. 국무총리 산하에 대체복무위원회를 설치하여 ‘대체복무요원의 판정 및 대체복무제도의 운영, 정책 수립, 시설 지정, 제반 사항 결정’을 담당하도록 하고, 대체복무위원회의 주요 업무를 지원하기 위하여 사무처를 둔다(시안 제4조). 대체복무위원회를 국무총리 산하에 둬으로써 다양한 사회적 복무 영역의 발굴과 원활한 대체복무제 시행을 위한 부처 간 업무 협조 및 조정의 효율성을 도모하였다. 대체복무위원회는 다양한 분야의

216) 이재승 외 4인, 앞의 보고서(주 7).

217) 국가인권위원회, “「병역법 일부개정법률안」, 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률안」에 대한 의견표명”, 2018. 9. 13.자 결정.

218) 이하의 연구팀 시안 주요 내용은 이재승 외 4인, 앞의 보고서(주 7), 111~115면에서 따온 것이다.

219) 이재승 외 4인, 앞의 보고서(주 7), 111면.

전문가, 법률가, 민간단체의 피추천인, 관계 부처의 고위공무원 등 9인의 위원으로 구성되고, 위원과 위원장의 임명권한은 국무총리에게 있다(시안 제5조). 대체복무위원회는 효율적인 업무 수행을 위해서 소위원회를 두고, 중요한 사항이나 이의신청, 재심사 사안에 대해서는 전원위원회가 결정하도록 하였다(시안 제6조). 위원의 임기는 3년이고 연임할 수 있도록 하였다(시안 제7조).

다. 대체복무신청 및 심사절차

병역판정검사시에 지방병무청은 수검자, 즉 병역의무대상자들에게 대체복무를 전제로 양심적 병역거부가 가능하다는 점과 대체복무에 관한 사항을 알려줘야 한다(시안 제9조). 현역입영 대상자 또는 보충역 병역처분을 받은 사람은 그로부터 90일 이내에 관할 지방병무청에 서면으로 대체복무 신청을 하고, 신청기한을 준수하는 경우에만 소집이 유예되도록 하였다(시안 제10조 제1항 및 제2항). 연구팀 시안에서는 현역 또는 보충역으로 복무 중인 사람이나 부사관, 장교나 예비군으로 편입된 사람도 대체복무를 신청할 수 있도록 함으로써 양심적 병역거부 결정의 시기에 상관없이 그 양심상 결정을 더 두텁게 보호하고자 한다(시안 제10조 제3항). 대체복무를 신청하려는 사람은 지방병무청과 대체복무위원회의 웹사이트에서 대체복무신청서, 병역거부 사유서, 이력서 표준 양식을 내려 받아 작성하여 지방병무청에 제출하여야 한다(시안 제10조 제4항). 연구팀 시안에서는 원칙적으로 서면심사를 통해 대체복무요원 적격 여부를 판정하고, 의문이 있는 경우에 대면심사를 한다(시안 제11조 제1항). 필요한 경우 심사과정에서 참고인 또는 증인의 진술 또는 증언을 청취할 수 있다(시안 제11조 제2항).

대체복무위원회는 대체복무 편입 신청을 받은 날로부터 90일 이내에 해당 신청에 대한 결정을 하여야 하고, 대체복무위원회는 심사를 거쳐 인정, 기각, 각하의 결정을 한다(시안 제12조 제1항). 기각 또는 각하 결정에 대해 신청인은 재심사를 요구할 수 있고, 또한 별도로 행정소송도 제기할 수 있다(시안 제13조 제1항 및 제2항). 신청인은 전원위원회의 재심사 결정(기각 또는 각하)에 대해서도 행정소송을 제기할 수 있다(시안 제13조 제4항). 대체복무요원으로 인정된 사람은 즉시 대체복무역에 편입되고, 대체복무위원회는 대체복무요원의 희망과 적성 등을 고려하여 해당 대체복무요원의 복무 영역을 지정한다(시안 제14조).

라. 대체복무시설 및 복무방식

연구팀 시안은 대체복무영역을 사회복지 관련 업무와 교정·소방·재난·구호·산림 감시·환경감시 등 공익 관련 업무 등으로 규정하였다(시안 제15조). 이재승 교수 연구팀도 양심적 병역거부로 수감되었던 사람들이 교정 업무를 수행해왔다는 점을 고려해서 대체복무영역에 교정 업무를 포함시켰지만, 교정업무가 대체로 죄수들에 대한 총기나 무기 사용과 연관될 뿐만 아니라 재소자 관리 업무는 국가의 고유한 사무라는 점에서 사회적이고 공익적 성격을 강조하는 대체복무 취지와 부합하기 어려운 측면이 있다고 자평하였다.²²⁰⁾

지방병무청장은 대체복무위원회가 지정한 대체복무시설에 대체복무요원들을 소집하고, 대체복무시설은 해당 시설의 근무와 관련된 소양 교육을 시행한다(시안 제17조). 연구팀 시안에서는, 앞서 살펴본 대체복무제 모델들과 달리, 대체복무기간을 육군 현역복무기간에 준하도록 규정하고, 복무의 난이도를 감안하여 어느 정도 차등을 둘 수 있도록 하였다(시안 제18조). 이재승 교수 연구팀은 교정업무와 산림감시처럼 매우 다른 강도의 복무영역이 존재하는데도 이러한 차이를 고려하지 않고 대체복무기간을 일률적으로 1.5배로 한다는 것은 합리적이지 않다고 비판한다. 군복무보다 강도가 약하다고 볼 수 없는 교정업무에서의 대체복무기간을 현역복무기간의 1.5배로 정하는 것은 인권침해의 개연성이 높다.²²¹⁾

대체복무시설의 장은 대체복무요원의 복무를 지휘·감독하고, 대체복무요원의 복무 담당직원을 둔다. 대체복무요원은 대체복무시설에서의 합숙 근무를 원칙으로 한다(시안 제20조). 대체복무요원도 사회복지요원과 마찬가지로 일정한 사유가 발생한 경우 분할복무제가 가능하도록 하였고(시안 제21조), 가정형편상 대체복무를 할 수 없는 사유가 발생하는 경우에 대체복무 면제를 신청할 수 있도록 하였다(시안 제14조 제2항).

대체복무를 만료한 사람은 예비군에 편입되지 않고, 대체복무위원회가 정하는 기간 동안 재난복구나 긴급사회서비스 등의 훈련이나 활동에 임하도록 하였다. 법률에 근거하여 필요한 경우에는 병무청장은 대체복무이행자에게 대체복무시설에의 전시기로를 부과할 수 있다(시안 제23조).

220) 이재승 외 4인, 앞의 보고서(주 7), 113면.

221) 이재승 외 4인, 앞의 보고서(주 7), 113면.

마. 대체복무요원의 권리와 의무

연구팀 시안에서는 「군인복무기본법」의 취지에 따라 대체복무요원도 현역 군인에 준하여 근로조건, 휴식권, 사생활의 자유, 종교의 자유, 사회적 권리, 보수, 의료, 외출, 외박, 휴가, 고충처리 및 진정 등에 관한 권리를 보장받도록 규정하였다(시안 제24조). 이러한 규정은 대체복무요원들이 대체복무시설에서 차별적이고 비인간적 처우를 받지 않도록 하기 위한 장치이다.²²²⁾

또한 연구팀 시안은 대체복무요원은 자신이 종사하는 복무영역이 자신의 적성이나 희망에 맞지 않는 경우 복무영역의 재배치를 요구할 수 있도록 규정하였다(시안 제25조). 연구팀 시안에서는 대체복무요원들이 근무와 관련한 고충사항을 처리하기 위하여 대표위원제도를 규정하였고(시안 제26조), 군인권보호관에 준하는 대체복무요원 고충처리담당관제도도 두었다(시안 제27조).

대체복무요원은 ‘성실의무, 비밀유지의무, 정당한 업무지시에 대한 복종의무, 동료의 권리 존중의무, 의견건의나 진정에 대한 방해금지, 영리활동이나 정당활동 금지, 정치적 견해의 강요금지, 집단행동 금지 의무’를 부담한다(시안 제28조). 대체복무요원이 이러한 의무를 위반하는 경우 징계나 형사처벌을 받을 수 있다. 또한 연구팀 시안은 대체복무요원의 업무수행을 공무수행으로 보아 대체복무업무에 대한 책임과 의무, 면책의 범위를 일반 공무수행자에 준하여 규정하였다(시안 제29조).

바. 징계와 벌칙

대체복무요원에 대한 징계는 경징계와 중징계로 나뉜다. 경징계는 경미한 직무위반에 대한 대체복무시설의 장의 서면 경고이고, 중징계는 심각한 직무위반에 대한 대체복무위원회 위원장의 조치로서 복무기간의 연장효과를 수반한다(시안 제30조). 이재승 교수 연구팀은 징계권의 남용이나 유명무실화를 방지하기 위해서 중징계사유를 상세하고 적정하게 규정하였다(시안 제31조).

연구팀 시안은 허위로 대체복무 관련 신청을 한 경우에 대한 형사처벌을 규정하였고, 허위의 증빙자료를 발부한 사람에 대해서도 처벌을 규정하였다(시안 제32조). 사

222) 이재승 외 4인, 앞의 보고서(주 7), 114면.

회복무요원과 마찬가지로 대체복무요원도 근무 태만을 반복하거나 근무지를 이탈하거나 정당한 사유 없이 추가적인 대체복무소집에 불응한 경우에는 1년 이하의 징역형에 처해지도록 하였다(시안 제33조). 또한 대체복무역으로 편입된 사람이 정당한 사유 없이 대체복무 소집명령에 불응하거나 대체복무 수행 중인 사람이 정당한 사유 없이 총 30일 이상 대체복무시설에서 이탈한 사람은 3년 이하의 징역형에 처하도록 하였다(시안 제34조).

사. 경과조치

연구팀 시안은 경과조치를 두어 대체복무제 도입 이전에 양심적 병역거부를 이유로 처벌된 사람들의 권익을 보호하고자 하였다. 우선 이 법이 시행됨과 동시에 양심적 병역거부를 이유로 한 병역법위반사건에 대한 재판절차가 중지된다(시안 부칙 제3조 제1항). 양심적 병역거부를 이유로 복역 중인 사람이 대체복무신청을 하는 경우에 심사를 거치지 않고 즉시 대체복무에 소집한다(시안 부칙 제2조). 양심적 병역거부를 이유로 유죄판결을 받고 형이 집행되지 않은 사람이 대체복무신청을 한 경우에도 심사절차 없이 즉시 대체복무에 소집하도록 하였다(시안 부칙 제3조 제2항). 양심적 병역거부에 대하여 무죄판결을 받은 사람은 신청 및 심사절차 없이 즉시 대체복무에 소집하도록 하였다(시안 부칙 제3조 제3항). 그리고 연구팀 시안에서는 대체복무위원회 위원장은 양심적 병역거부를 이유로 유죄판결을 받은 사람에 대해서 사면과 복권을 대통령에게 건의하도록 규정하였고, 법무부장관은 양심적 병역거부를 이유로 유죄판결을 받은 사람의 해당 전과기록을 말소하도록 규정하였다(시안 부칙 제4조).

제 5 장



대체복무제 모델 제안

강 태 경

대체복무제 모델 제안

제1절 주요 쟁점별 기준

1. 대체역 편입 신청 자격

국방부가 마련한 대체역법안에서는 대체역 편입 신청자를 ‘병역준비역’, ‘현역병입영 대상자’, ‘사회복무요원 소집대상 보충역’, ‘「예비군법」 제3조 제1항에 따른 예비역 또는 보충역’으로 규정하고 있다. 입영대상자가 대체역 편입 신청을 할 수 있음은 당연하다. 또한 병역판정을 받기 전인 병역준비역이라도 대체역편입신청 신체검사를 받아 대체역 편입 신청을 할 수 있다. 이로써 병역준비역 스스로 대체역편입신청 시기를 결정할 수 있다.

문제는 현역병이나 보충역으로 복무 중인 사람에게 대체역 편입 신청 자격을 줄 것인지 여부이다. 이에 관해서는 현재 대체복무제를 운영하고 있거나 최근까지 운용했던 국가들 중 그리스, 대만, 오스트리아, 에스토니아는 군 복무 중 대체역 편입 신청을 허용하고 있지 않다. 이와 마찬가지로 국방부의 대체역법안에서는 현역병이나 보충역으로 복무 중인 사람에게 대체역 편입 신청 자격을 부여하지 않고 있다. 종래의 법률안 중에서 임종인의원안, 김부겸의원안, 이철희의원안, 김중로의원안, 이종명의원안, 김학용의원안도 현역병이나 보충역으로 복무 중에 있는 사람은 대체역 편입 신청을 할 수 없도록 규정하고 있다.

반면에 스위스, 핀란드, 독일, 노르웨이, 덴마크의 경우 군 복무 중인 자에게도 대체역 편입 신청권을 인정하고 있거나 인정했었다. 종래의 법률안 중에서 노회찬의원안, 이정희의원안, 전해철의원안, 박주민의원안, 이용주의원안은 현역병이나 보충

역으로 복무 중에 있는 사람의 경우에도 대체역 편입을 신청할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 이 법률안들에 따르면, 복무 중인 사람이 대체역에 편입하는 경우 대체복무기간에서 현역이나 보충역으로 복무한 기간이 차감된다. 그리고 박주민의원안에서는 현역병 또는 보충역으로 복무 중인 기간인 1년 이상 경과한 사람이 대체역 편입을 원하는 경우 신청인의 의사에 반하지 않는 한, 비집중복무결정이나 교육소집면제결정을 통해서 집중이 수반되지 않는 업무에 복무할 수 있도록 하고 있다.

진지한 숙고 과정을 거친 양심상의 결정은 현역병 또는 보충역 복무 시작 전에만 가능한 것이 아니다. 다시 말해, 병역복무를 선택한 이후에도 양심상의 결정을 변경하는 것이 가능하다. 실제로 군복무 중에 여호와의 증인으로 개종한 병사들이 병역을 거부하고 항명죄로 복역한 사례도 존재한다. 이들은 현역복무기간을 불과 3~4개월 정도 남겨둔 상황에 복무를 거부하여 4~6개월의 실형을 선고받았다.²²³⁾ 따라서 현역병이나 보충역으로 복무 중인 사람에 대해서 대체역 편입 신청 자격을 부여하지 말아야 할 필연적 이유는 없다. 다만, 복무 중인 사람이 대체역 편입 신청을 하는 경우 진지한 양심상의 결정인지 아니면 현역 복무의 어려움을 회피하기 위한 결정인지에 대해 더욱 엄격한 심사가 필요하다.

한 가지 더 고려할 문제는 대체복무제도가 시행되기 전에 이미 현역병 또는 보충역으로 복무를 시작한 사람에게 대체역 편입 신청 자격을 부여할지 여부이다. 현역병 또는 보충역으로 복무 중인 사람에게 대체역 편입 신청권을 부여하는 경우에는 이와 같은 문제가 발생하지 않는다. 그러나 복무 중 대체역 편입 신청을 불허하는 경우가 문제에 대한 별도의 논의가 필요하다. 종래에 양심적 병역거부 방편으로 징역 1년 6월의 실형을 선고받고 복역하는 수밖에 없었던 상황에서 부득이 집중을 수반하는 병역복무를 선택하였던 사람이 진지한 양심상의 결정이 아니라고 판단하는 것은 ‘형사처벌과 같은 과도한 희생을 감수하는 행동’만을 양심상 결정의 징표로 여기는 태도이다. 따라서 대체복무 제도가 도입되지 않은 상황에서 현역 복무를 선택했던 사람들에게는 대체복무 선택의 기회를 제공하는 것이 당연하다.

223) 이광수, 앞의 책(주 7), 291면.

2. 판정기구

가. 판정기구의 성격

대체역 편입 신청에 대한 심사·의결을 담당하는 독립적인 행정형 위원회를 설치하는 데에는 모든 대체복무제안에서 의견이 일치된다. 그런데 행정형 위원회가 병무청의 영향으로부터 독립적이고 공정한 판정을 담보할 수 있는 판정기구인지 여부가 문제이다. 행정형 위원회는 사법심사에 비하여 신속한 판단을 도모할 수 있고, 전문성과 민주적 정당성을 함께 도모할 수 있다. 반면에 행정형 위원회의 위원들이 임명권자의 의사에 영향을 받을 수 있다는 우려도 있다. 또한 다양한 계층의 이해관계를 반영해서 위원회를 구성하다 보면 위원회의 결정이 교착상태에 빠질 수도 있다.

병무행정의 현실을 고려할 때 행정형 위원회가 적절한 것으로 보인다. 대체역 편입 여부는 신청자의 향후 삶을 좌우하는 중대한 사안이라는 점에서 가능한 한 신속하게 판단되어야 한다. 왜냐하면 대체역 편입이 불허된 경우 신청인이 병역의무 이행 방법을 선택할 수 있는 시간적 여유가 보장되어야 하기 때문이다. 그리고 행정형 위원회의 독립성과 공정성에 대한 우려는 위원회 결정에 대한 사법심사를 통해 보완될 수 있다.

나. 판정기구의 소속

대체역 편입 신청에 대한 심사·결정 기구의 소속은 위원회의 위상과 판정의 공정성 담보에 있어서 중요한 요소이다. 국방부 대체역법안은 위원회를 국방부에 두도록 규정하고 있다. 앞에서 살펴본 것처럼 20대 국회 이전에 발의된 법안에서는 위원회를 대체로 병무청 소속으로 상정하고 있었으나, 20대 국회에서 발의된 법안에서는 국무총리 소속 또는 이원화된 위원회 중 일부를 국가인권위원회 소속으로 상정하기도 한다. 이재승 교수 연구팀 시안은 대체복무요원의 판정 및 대체복무제도의 운영, 정책 수립, 시설풍지, 제반사항을 결정할 기구로서 대체복무위원회를 국무총리 산하에 설치하는 방안을 제시하였다.

판정기구의 소속은 판정기구를 구성하는 위원의 임명권자 문제뿐만 아니라 판정의 공정성 및 독립성과 직결되는 중요한 문제이다. 현재 대체복무제를 운용하고 있거나

최근까지 운용하였던 국가들의 경우를 살펴보면 판정기구의 소속은 매우 다양하다. 예를 들어, 그리스는 병무국이, 핀란드는 고용경제부가, 대만은 내정부(한국의 행정안전부)가, 노르웨이는 법무부가 양심적 병역거부자에 대한 대체복무 심사 기구를 관리하고 있다. 또한 스위스, 오스트리아처럼 민사복무청이라는 독립된 정부기구를 두는 경우도 있다.

위원회를 ① 병무청 소속으로 하는 방식, ② 국무총리 소속 또는 국방부와 대등하거나 그 이상의 지위에 있는 행정부서 소속으로 하는 방식, ③ 국가위원회와 같이 대통령 소속의 별도 독립기구로 두는 방식을 생각해볼 수 있다. 우선 병무청 소속 위원회 방안은 위원회의 독립성 및 공정성을 담보하기 어렵다는 우려가 있다. 다음으로 국가인권위원회와 같은 별도의 독립기구 방안은 위원회의 독립성 및 공정성을 제고할 수 있으나 대체역 편입 심사라는 매우 제한적인 병무행정을 위해 별도의 국가기구를 설치하는 것은 과잉행정일 수 있다.²²⁴⁾

위원회의 독립성 및 공정성을 확보하면서도 업무의 효율성을 위한 현실적인 방안은 위원회를 국무총리 산하에 두는 방안이다. 현재 국방부의 대체역법안의 경우 복무기관으로 구금시설만 규정되고 그 외의 기관은 대통령령으로 정하도록 되어 있다. 대체복무제도 운영 사례들을 살펴보면 대체복무를 매우 다양한 영역에서 시행하고 있다. 우리의 경우에도 앞으로 다양한 사회적 복무영역이 발굴될 것으로 예상된다. 대체복무 시행 과정에서 여러 부처의 업무협조와 조정이 필요하다. 따라서 이와 같은 업무협조와 조정을 쉽게 할 수 있도록 위원회를 국무총리 산하에 두는 것이 효율적일 것으로 보인다.

다. 판정기구의 구성

1) 위원회의 구성 방식

위원회의 구성 방식은 위원회의 소속 못지않게 위원회의 공정성뿐만 아니라 전문성에도 영향을 준다. 앞서 살펴본 국회의원 발의 법률안들에서는 대체로 위원회 위원의 자격에 관한 일반 기준만 제시하고 있을 뿐 구체적인 자격 요건을 명확하게 규정하고

224) 이광수, 앞의 책(주 7), 304면.

있지 않고 구체적인 방식과 내용은 대통령령에 위임되어 있다. 이와 같은 위임 방식은 위원회 구성 방식에 관한 민주적 통제 가능성을 차단하는 방식이라고 할 수 있다.²²⁵⁾

반면에 국방부의 대체역법안과 이재승 교수 연구팀 시안은 위원회의 구성 방식을 구체적으로 규정하고 있다. 우선 위원회를 국방부 산하에 두는 국방부 대체역법안에서는 국가인권위원회 위원장이 지명하는 10명, 법무부장관이 지명하는 10명, 국방부장관이 지명하는 9명을 국방부장관이 임명 또는 위촉하고, 위원장은 위원 중에서 호선한다. 위원회를 국무총리 산하에 두는 이재승 교수 연구팀 시안에서는 국무총리가 다양한 분야의 전문가, 법률가, 민간단체의 피추천자, 관계부처의 고위공무원 중에서 9인의 위원을 임명하고 동시에 위원장을 임명한다. 두 안 모두 위원의 추천권자나 자격 요건을 법률에 규정함으로써 특정한 이해관계에 따라 위원회의 의사결정이 편향되지 않도록 하였다.

위 두 안은 위원회의 규모와 위원장 선정 방식에서 차이를 보인다. 우선 위원수가 많을수록 다양한 의견이 제시될 수 있어 공정성과 민주적 정당성을 확보할 수 있다. 그러나 위원수가 지나치게 많은 경우 합의에 이르지 못하는 상황이 발생하기 쉽다는 우려도 있다. 국방부 대체역법안은 위원회 구성에 있어서 앞서 살펴본 대만의 21~31인 위원회를 참고한 것으로 보인다. 그런데 대만의 대체역제도는 모든 병역의무자를 대상으로 하는 사회복무제도이기에 심사 규모에 맞게 위원회 규모가 정해진 것이다. 이런 점에서 국방부의 29인 모델과 이재승 교수 연구팀의 9인 모델 중간 정도의 인원이 적절할 것으로 보인다. 위원장은 임명권자의 임명 방식보다 위원회가 호선하는 방식이 민주적 정당성에 더 부합한다.

2) 위원의 자격조건

위원의 자격조건은 판정의 전문성과 공정성에 직접적인 영향을 줄 수 있는 요소이다. 앞서 살펴본 대부분의 의원 발의 법률안뿐만 아니라 국방부 대체역법안과 이재승 교수 연구팀 시안에서도 일정 기간 이상 판사·검사 또는 변호사의 직에 있는 사람을 위원의 자격조건 중 하나로 규정하고 있다. 양심적 병역거부와 대체역 편입에 대한 평가가 법률적인 문제라는 점에서 위원 중에 반드시 법조인을 포함시키는 것이 바람직하다.

225) 이광수, 앞의 책(주 7), 304면.

그리고 국방부 대체역법안과 이재승 교수 연구팀 시안은 전문성을 갖춘 학계 인사를 위원에 포함할 수 있도록 규정하고 있다. 예를 들어, 국방부 대체역법안은 대학 또는 공인된 연구기관에서 10년 이상 재직한 전문가를 위원 자격 중 하나로 규정하고 있다. 이러한 자격 요건을 갖춘 다양한 분야의 전문가가 위원회에 들어온다면 판정의 전문성과 공정성을 확보하는 데 도움이 될 것이다.

문제는 대부분의 의원 발의 법률안에서 공통적으로 종교단체의 추천을 위원의 자격 조건으로 규정한다는 데 있다. 여기에는 대다수의 양심적 병역거부자들이 여호와의 증인 신도라는 점이 고려된 것으로 추정된다. 그런데 개신교의 경우 여호와의 증인과의 관계가 비우호적이기 때문에 이와 종파 간 관계가 종교적 신념에 따른 양심적 병역거부자에 대한 대체역 편입 심사에 불공정한 영향을 미칠 우려가 있다.²²⁶⁾ 따라서 종교단체의 추천을 위원의 자격 요건 중 하나로 규정하는 것은 적절하지 않아 보인다. 같은 맥락에서 국방부 대체역법안과 이재승 교수 연구팀 시안은 종교단체의 추천을 요건으로 요구하지 않고 있다.

또 다른 문제는 국방부 대체역법안과 여러 의원 발의 법률안이 정신과 전문의 경력자를 위원의 자격 조건으로 규정한 점이다. 양심적 병역거부는 종교적 신념이나 평화주의적 신념에 근거한 진지한 결정이라는 점에서 정신장애와는 무관하다. 또한 체역 법안에 따르면 대체역 편입 신청자들은 징병신체검사 또는 대체역편입신청신체검사와 과정에서 심신장애에 대한 평가를 받게 된다. 그럼에도 불구하고 정신과 전문의 경력자를 위원의 자격 조건으로 규정하는 것은 타당하지 않다.

3) 민간위원 비율과 성비 규정

위원회 위원 중 민간위원의 비율은 위원회의 구성 방식에 관한 민주적 통제 가능성을 확보하는 데 중요한 요소이다. 그럼에도 불구하고 위원의 자격과 추천권자 규정을 두고 있는 국방부 대체역법안의 경우에도 위원회 위원 중 민간위원의 비율에 관해서는 명시적으로 규정하고 있지 않다. 이재승 교수 연구팀 시안도 보건복지부·행정안전부·법무부·병무청의 4급 이상의 관계 공무원이거나 공무원이었던 사람을 임명할 때 각 부처에서 1인을 넘을 수 없다는 규정만을 두고 있을 뿐 민간위원의 비율에 관해서

226) 이광수, 앞의 책(주 7), 306-307면.

는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 위원회 구성의 민주적 정당성을 담보하기 위하여 민간위원이 위원회 과반이 되어야 한다는 점을 명문으로 규정하여야 한다.²²⁷⁾ 위원회 위원 중 민간위원의 비율을 대통령령에 위임하기보다는 민간위원이 과반수가 되도록 법률에 명기하는 것이 병무행정기관으로부터 위원회의 독립성을 확보하고 공정성을 담보할 수 있는 장치이다.

한편 국방부 대체역법안 제8조 제6항은 “위원의 일정 비율 이상은 여성으로 한다.”라고 규정함으로써 양성평등의 이념을 반영하고 있다. 대체역 편입 심사는 신청자의 병역거부가 진지한 양심상의 결정인지 여부를 판단하는 것이기 때문에 반드시 남성에 의해서만 결정되어야 할 문제는 아니다. 또한 남성 위원의 경우 자신의 군복무 경험이 판단에 부정적 영향을 미칠 개연성이 존재하기 때문에 이에 대한 통제 장치로 여성 위원을 일정 비율 참여시키는 것이 바람직할 것으로 보인다.

3. 심사 및 불복 방식

가. 심사 방식

대체역 편입 신청에 대한 심사는 대체복무제 시행에 있어서 핵심적인 부분이다. 그러나 이에 관해서 앞서 살펴본 대부분의 의원 발의 법률안들은 구체적인 규정을 두고 있지 않다. 심사의 공정성과 객관성을 담보하기 위해서는 심사에 필요한 자료와 심사의 방식을 명시적으로 규정할 필요가 있다.

우선 국방부 대체역법안을 살펴보면, 위원회는 심사·의결에 필요한 사실 등을 조사하기 위해서 신청인의 진술을 들어야 한다(대체역법안 제12조 제2항 본문). 단, 위원회의 의결이 있는 경우 신청인의 진술 청취를 생략할 수 있다(대체역법안 제12조 제2항 단서). 국방부안의 경우 통상적인 경우 대체역 편입 신청에 대한 심사 방식을 대면 심사로 예정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

반면에 이재승 교수 연구팀 시안에 따르면, 대체역 편입 신청자가 대체복무신청서, 거부사유에 대한 진술서, 이력서 등을 제출하면(연구팀안 제10조 제4항) 대체복무위원회는 “신청서식을 검토한 결과 신청인이 헌법 제19조에 따른 양심상의 결정을 이유

227) 이광수, 앞의 책(주 7), 307면.

로 병역을 거부한 사람으로서 대체복무역으로 적합하다고 판단한 경우에는 대면심사 없이" 신청인을 병역거부자로 인정할 수 있다(연구팀안 제11조 제1항 전단). 단, 대체복무위원회는 신청자가 대체복무역으로 적합하다는 판단에 이르지 못한 경우에는 대면심사를 시행한다(연구팀안 제11조 제1항 후단). 이재승 교수 연구팀 시안은 통상적인 경우 대체역 편입 신청에 대한 심사 방식을 서면 심사로 예정하고 있다.

이재승 교수 연구팀 시안은 대체역 편입 신청 시 제출할 자료를 대체복무신청서, 거부사유에 대한 진술서, 이력서 등으로 제시하고 있다. 이는 독일과 대만의 사례를 참고한 것으로 보인다. 앞서 살펴본 것처럼 독일과 대만에서는 대체역 편입 신청자가 신청서, 이력서, 양심적 결정에 대한 소명서를 제출한다. 독일의 경우 신청자는 학교교육과정, 직업교육과정 그리고 직업경력을 이력서에 시간적 공백 없이 기재하여야 하고, 양심적 결정에 대한 개인적 설명에는 양심적 병역거부의 동기를 상세하게 기술해야 한다. 특히 이 설명에는 어떠한 계기로 신청자가 집총병역을 하는 데 심각한 정신적 갈등을 겪을 것으로 생각하게 되었는지에 관한 내용이 포함되어야 한다. 그리고 신청자는 자신의 설명을 뒷받침할 수 있는 자료가 있다면 함께 제출해야 한다.

나. 불복 방식

1) 이의신청 및 위원회의 재심사

대체역 편입 신청자가 위원회의 기각 또는 각하 결정에 대해 이의신청을 하는 경우 위원회의 판정절차를 심급화할 것인지 여부는 신청자의 신속하고도 충실한 권리구제를 도모하는 데 중요한 요소이다. 국방부 대체역법안은 심급제를 도입하고 있다. 대체역법안 제15조는 대체역 편입 신청자가 심사 결정에 불복하는 경우 위원회에 재심사를 요청하고, 재심사 결정에도 불복하는 경우 위원장을 피청구인 또는 피고로 행정심판을 청구하거나 행정소송을 제기할 수 있도록 규정한다. 행정형 권리구제 방식에서 단심제보다는 심급제가 권리구제에 더 충실할 수 있을 것이다.

그러나 위원회의 결정에 대해서 사법적 심사(행정심판 및 행정소송)를 허용해야 하는 상황에서 심급제 방식을 취하여 재심사 결정을 행정심판 및 행정소송의 전심절차로 규정하는 것은 신속한 권리구제를 방해할 수도 있다. 병역의무를 이행해야 하는

사람들의 연령대가 대체로 20대 초중반이라는 현실을 고려한다면 대체역 편입 여부는 가능하면 신속하게 결정되어야 할 것이다. 또한 동일한 사안을 동일한 위원회에서 심사한다면 현실적으로 첫 번째 결정을 번복하는 것이 쉽지 않을 것이다.

따라서 위원회의 기각 또는 각하 결정에 불복하는 신청자는 위원회에 재심사를 청구하거나 곧바로 행정소송을 제기할 수 있도록 규정하는 것이 바람직해 보인다. 이재승 교수 연구팀 시안은 위원회의 기각 또는 각하결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하면서(안 제12조 제5항) 동시에 위원회의 재심사 결정에 대해서도 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다(안 제13조 제4항). 이로써 신청자는 자신의 의사에 따라 최초의 기각 또는 각하 결정 후 곧바로 행정소송을 제기할 수도 있고 재심사를 받은 후 행정소송을 제기할 수도 있다.

2) 행정소송의 대상 및 상대방

행정소송을 제기하는 경우 행정소송의 대상이 되는 행정처분과 상대방에 대해서 법률상 명확하게 규정하는 것이 바람직하다.

우선 행정소송의 대상(소송물)에 관하여 살펴보자. 심급제를 취하는 경우 행정소송의 대상이 되는 행정처분은 신청자의 이의신청에 따른 재심사 결정으로 규정하는 것이 합리적일 것이다. 그런데 앞서 살펴본 것처럼 선택제, 즉 불복방식으로 위원회의 재심사를 선택적인 것으로 규정하는 방식을 취하는 경우 신청자의 선택에 따라서 행정소송의 대상이 달라질 것이다. 이재승 교수 연구팀 시안에서도 행정소송의 대상을 불복방식의 선택에 따라 최초의 결정 또는 재심사 결정으로 명확하게 규정하고 있다. 만일 행정소송에 의무이행소송이 도입된다면, 대체복무 편입 거부결정의 취소뿐만 아니라 대체복무 편입의 결정을 곧바로 소구할 수 있어 대체복무 편입 여부를 둘러싼 권리관계를 보다 신속하게 확정지을 수 있을 것이다.

다음으로 행정소송의 상대방(피고적격)에 관하여 살펴보자. 「행정소송법」 제13조는 행정소송의 상대방으로 ‘그 처분등을 행한 행정청’으로 규정하고 있다. 이에 따르면 대체역 편입 결정과 관련된 행정소송의 상대방이 위원회가 되는 것인지 아니면 위원회가 소속된 중앙행정부처가 되는 것인지 불분명하여 혼란을 줄 수도 있다.²²⁸⁾

228) 이광수, 앞의 책(주 7), 311면.

예를 들어, 국방부 대체역법안은 위원회를 국방부 소속으로 두고 있으면서도 행정소송의 상대방을 위원회 위원장으로 명기하였다. 반면에 이재승 교수 연구팀 시안은 행정소송의 상대방을 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 이와 같은 혼란을 줄이기 위해서는 국방부 대체역법안처럼 법률상 행정소송의 상대방을 명확하게 규정하는 것이 바람직하다.

4. 대체복무의 내용 및 방식

가. 대체복무 분야 및 업무

양심적 병역거부를 이유로 한 대체복무에는 군이 관여되거나 전투적 성격의 업무가 배제되어야 한다. 앞서 살펴본 의원 발의 법률안에서는 군과 관련된 개별 법률을 열거하여 해당 법률과 관련된 업무를 대체복무에 포함시키지 않도록 하는 방식을 취하거나 대체복무에 포함시키지 않아야 하는 업무의 성격을 적시하는 방식을 취하고 있다. 후자의 방식을 따른 법률안에서는 ‘개인화기·공용화기, 도검 등 일체의 무기·흉기를 사용하거나 관리·단속하는 행위, 인명살상 또는 시설파괴가 수반되거나 그러한 능력을 향상시키는 것을 목적으로 시행하는 일체의 훈련 또는 보조 행위, 그밖에 대체복무요원에게 적합하지 아니하다고 인정하는 사항으로서 대통령령으로 정하는 행위 등’을 대체복무에 포함시켜서는 안 되는 업무로 규정하고 있다. 한편 전자의 방식을 채택한 법률안에서는 「국군조직법」 제2조에 따른 국군의 업무, 「의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률」에 따른 의무경찰대의 업무 등이 대체복무의 내용에 포함되어서는 안 된다고 규정한다. 하지만 이 경우에도 ‘적시된 법률에 따른 업무에 준하는 업무로서 대인용 무기를 소지한 상태에서 수행해야 하는 업무’를 금지하고 있으므로 양자의 실질적 차이는 없다.²²⁹⁾²³⁰⁾

그런데 이종명의원안이나 김학용의원안처럼 ‘평화증진업무’라는 이름으로 「지뢰 등 특정 재래식 무기 사용 및 이전의 규제에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 지뢰의 제거 등 업무나 「6·25 전사자 유해의 발굴 등에 관한 법률」 제2조 제3호에 따른

229) 이광수, 앞의 책(주 7), 314-315면.

230) 참고로, 이재승 교수 연구팀 시안은 군이 관여되거나 전투적 업무 외에도 “영리 활동이나 정당 활동에 주로 연관된 업무”를 대체복무에서 배제하도록 규정하고 있다(안 제15조 제2항 5호).

전사자 유해 등의 조사·발굴 업무 또는 「한국보훈복지의료공단법」 제7조 제1항에 따른 보훈병원 및 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」·「보훈보상대상자 지원에 관한 법률」에 따른 국가유공자 및 보훈·보상대상자에 대한 사업의 지원 및 「제대군 인지원에 관한 법률」에 따른 제대군인에 대한 사업에의 지원 업무를 대체복무에 포함시키고 있다. 그러나 이러한 업무는 평화증진업무라는 이름과는 상관없이 대체복무에 포함시키기 어렵다. 왜냐하면 지뢰제거 업무의 경우 전문적인 군사훈련을 받아야 수행할 수 있는 업무이고, 유해 등의 조사·발굴 업무나 국가유공자 등에 대한 지원 사업 관련 업무는 군의 지휘 감독을 받아야 한다는 점에서 대체복무의 한 유형으로 고려하기에 적절하지 않은 업무이다.

대체복무의 내용으로 제시되는 업무로는 아동·노인·장애인·환자 등의 보호·요양·이동·재활에 관한 보조 등의 ‘사회복지 관련 업무’ 또는 교정·소방·재난·구호·산림감시·환경감시 등의 ‘공익 관련 업무’가 일반적이다(이재승 교수 연구팀 시안 제15조 제1항 참조). 이러한 업무는 대체로 고강도의 노동이나 고도의 위험이 수반된다. 이는 현역으로 복무하는 경우와 비교하여 대체복무의 난이도 측면에서 형평성을 도모하기 위함이다. 만약 대체복무 업무가 현역 또는 보충역 복무에 비하여 난이도와 위험도가 낮다면 병역의무를 기피하는 수단으로 대체복무가 악용될 우려가 크다. 위에서 언급한 사회복지 또는 공익 관련 업무는 형평성이라는 측면에서 적절하다. 다만, 현재 국방부 대체역법안처럼 교도소·구치소 및 지소를 대체복무 기관으로 규정하고 다른 기관에 관해서는 대통령령에 위임하는 방식은 적절하지 않아 보인다.

대체복무 업무의 내용을 결정함에 있어서 고려해야 할 또 다른 요소는 신체등급에 맞는 대체복무 업무이다. 현행 「병역법」에 따라 신체등급은 신체검사의 결과에 따라 모두 7개의 등급으로 나뉜다. 지방병무청장은 신체 및 심리상태의 정도(1~4급)와 학력·연령 등 자질을 고려하여 현역병입영 대상자, 보충역 또는 전시근로역으로 각 처분한다(「병역법」 제12조 제1항, 제14조 제1항). 현역 또는 보충역 복무를 할 수 없으나 전시근로역 복무를 할 수 있는 사람은 5급, 질병이나 심신장애로 병역을 담당할 수 없는 사람은 6급으로 각 신체등급을 판정하며(「병역법」 제12조 제1항), 지방병무청장은 5급은 전시근로역으로, 6급은 병역면제로 각 병역처분을 한다. 질병이나 심신장애로 인하여 어느 등급에 해당하는지 판정이 어려운 사람의 경우 7급으로 판정

하여 다시 신체검사를 받도록 한다(「병역법」 제12조 제3항). 그런데 지금까지 대체복무 제도 관련 법률안들은 대체역 편입 여부 결정에 있어서 신체등급 판정을 고려하지 않고 있다. 병역의무 이행의 형평성을 고려해서 현역병에 준하는 복무강도의 대체역 업무를 도입할 필요도 있지만 양심적 병역거부자의 신체등급에 따른 복무강도의 조정도 필요하다.

나. 대체복무의 기간

국제인권기준은 대체복무기간의 상한은 현역복무기간의 1.5배로 권고하고 있고, 2018년 6월 28일 헌법재판소 결정에서도 대체복무기간은 현역복무기간의 1.5배를 넘지 않도록 권고하고 있다. 헌법재판소 결정 이후 국가인권위원회도 대체복무기간의 상한을 현역복무기간의 1.5배로 제시하였다.

2018년 6월 28일 헌법재판소 결정 이전까지 발의된 대부분의 법률안은 대체복무기간을 현역 복무기간의 1.5배의 기간으로 규정하고 있었다. 그런데 헌법재판소 결정 이후 발의된 법률안들은 현역 복무기간의 2배로 대체복무기간을 규정하는 경우가 다수이다. 또한 국방부의 대체역법안에서는 현행법상 공중보건의 등 최장기 대체복무의 기간이 36개월인 점을 감안하여, 양심적 병역거부자들에 대한 대체복무제 도입 시 36개월 전후로 도입하고 운용을 하되, 향후 1년 내의 범위에서 복무기간을 조정할 수 있도록 정하였다.

반면에 이재승 교수 연구팀 시안은 육군 현역병의 실제 복무기간을 기준으로 대체복무기간을 정하고 대체복무의 난이도를 감안하여 복무영역별로 차등을 둘 수 있도록 규정하고 있다. 이재승 교수 연구팀 시안을 제외하면 현재까지 발의된 법률안에서는 대체복무의 난이도에 따른 탄력적인 복무기간을 규정한 경우는 없다. 그러나 해외 입법례를 보면 복무시설의 형태나 복무종류에 따라 복무기간을 달리하는 탄력적 복무기간제를 시행하고 있는 사례들이 있다(예: 러시아, 리투아니아, 그리스 등).

이러한 사정을 종합적으로 고려한다면 대체복무제의 도입 초기에는 일단 육군 현역복무기간의 1.5배를 대체복무기간으로 설정하고, 대체복무제의 시행 성과를 평가하여 현역복무기간과 비슷한 수준으로 단축해 나가는 점진적인 방안이 적절해 보인다. 단, 이와 같은 모델은 대체복무의 난이도가 육군 현역 복무와 비슷한 수준이어야 한다는

점이다. 현역 복무와 비슷한 수준인 경우 기초군사훈련 및 정기적 군사훈련에 따른 육체적 고통과 위험성을 감안하여 현역 복무보다 더 장기간 복무하도록 규정하는 것이다. 그러나 대체복무의 난이도가 육군 현역 복무의 난이도를 능가하는 경우 대체 복무기간을 육군 현역 복무기간보다 장기일 합당한 이유가 없다.

다. 대체복무의 방식

대체복무 방식으로는 대체복무 시설에서 합숙하는 방식 또는 출퇴근하는 방식이 가능하다. 대체복무요원의 교육·훈련 및 복무 관리의 용이성을 고려한다면 합숙형 복무형태가 적절할 것이다. 다만, 업무수행의 특수성이나 대체복무시설의 여건 등으로 인하여 합숙근무가 적당하지 아니한 경우는 예외적으로 출퇴근형 방식을 취할 수 있도록 할 필요가 있다. 국방부 대체역법안에서 대체복무시설로 규정하고 있는 교도소 및 구치소의 경우에는 합숙시설의 구비에 크게 어려움이 없을 것으로 보인다. 반면에 사회복지시설에는 대체로 합숙복무를 위한 시설이 갖추어져 있지 않은 경우가 대부분일 것이다. 이와 같은 시설에서는 대체복무요원을 위한 합숙시설을 갖추는 데 필요한 비용 조달이 문제될 것으로 보인다. 따라서 합숙형 복무가 현실적으로 곤란한 경우 예외적으로 출퇴근 복무를 허용하는 등 다소 탄력적인 규율이 가능하도록 원칙과 예외의 형식으로 기준을 마련하는 방안이 적절할 것이다.

라. 대체복무의 관리와 감독 주체

종래의 법률안들은 대체로 대체복무의 관리와 감독의 주체를 거의 병무청(지방병무청 포함)으로 설정하고 있다. 그러나 대체복무의 관리·감독 권한을 국방부나 병무청에 부여하는 것은 행정적 편의만을 고려한 방안이다. 국제재판 등에서도 군이 관여하지 않는 형태로 대체복무제를 시행할 필요가 있다고 실시하였다. 이에 국방부 대체역법안은 대체복무기관의 장이 대체복무요원들을 실질적으로 관리·감독하고 대체복무기관 관련 부처가 대체복무의 관리·감독 권한을 가지도록 규정하고 있다. 이재승 교수 연구팀 시안도 대체복무시설 등의 장이 대체복무의 관리·감독 권한을 가지도록 규정하고 있다.

5. 대체복무 해태에 대한 제재

대체복무요원이 정당한 사유 없이 복무를 이탈한 경우 그 제재 방식으로 대체역 편입 취소가 적절한 것인지 의문이다. 의원 발의 법률안들과 국방부 대체역법안은 대체복무요원이 「병역법」 제89조 소정의 복무이탈죄로 처벌받은 경우 등에는 대체복무 소집을 취소하고 현역병 또는 사회복무요원으로 소집할 수 있도록 하는 조항을 규정하고 있다.²³¹⁾ 이와 같은 대체역 편입 취소 조치는 사회복무요원의 경우와 비교하여 대체복무요원을 합리적 이유 없이 차별하는 것이다.²³²⁾ 사회복무요원의 경우에는 복무이탈을 하더라도 그로 인하여 사회복무요원 편입이 취소되는 것이 아니라 현행 「병역법」 제30조 제1항에 따라 복무이탈일수는 복무 기간에 산입하지 않는다. 만약 대체복무 해태에 대한 제재로 대체역 편입 결정을 취소하는 경우 대체복무요원이 현역병 또는 보충역으로 복무하게 되므로 양심상의 결정을 저버리도록 하게 만드는 결과가 된다. 이와 같은 부당한 결과를 방지하기 위해서는 대체복무요원의 복무이탈에 대한 제재로서 복무기간 연장을 규정하는 데 그치는 것이 적절할 것으로 보인다.

231) 박주민의원안 제33조의28, 전해철의원안 제33조의28, 이정희의원안 제33조의20, 김부겸의원안 제43조의16, 노회찬의원안 제33조의25, 임종인의원안 제43조의14 등 참조.

232) 이광수, 앞의 책(주 7), 328면.

제2절 대체복무제 가이드라인

앞서 논의된 주요 쟁점별 내용을 정리하면 다음과 같다.

〈표 5-2-1〉 대체복무제 가이드라인

쟁점		내 용
대체역 편입 신청 자격		• 병역준비역, 현역병 입영 대상자, 사회복무요원 소집 대상자(보충역) • 「예비군법」 제3조 제1항에 따른 예비역 또는 보충역 • 복무 중인 현역병 또는 사회복무요원
대체역 편입 심사기구	심사기구 성격	• 행정형 위원회 - 대체역 편입 심사 및 결정 권한 보유 - 심사의 전문성 · 신속성 확보
	심사기구 소속	• 국무총리 산하 - 대체복무 분야의 확대 등 정책 결정 권한 확보 - 대체복무 분야 관련 정부부처 간 협업 · 조정 가능성 확보 - 군으로부터의 독립성 및 심사의 중립성 확보
	심사기구 구성	• 위원 자격 - 학계 · 법조계 · 중앙정부부처 경력 있는 전문가, 민간단체의 추천을 받은 전문가 (‘종교인’, ‘정신과 전문의’를 위원 자격으로 규정하는 것은 제도의 취지상 부적절) • 위원 구성비 - 위원 자격별 비율: 각 자격별 편중이 없도록 규정 - 민간위원 비율: 민간위원이 과반이 되도록 규정 - 여성위원 비율: 여성위원이 일정 비율 이상이 되도록 규정 • 위원 임명 및 위원장 선정 - 추천권자: 국가인권위원회, 국방부, 민간단체 - 임명권자: 국무총리 - 위원장: 위원 중 호선
대체역 편입 심사	신청	• 대체역 편입 신청서 등 - 신청서 및 이력서: 학교 및 직업교육 과정, 직업경력 등 기재 - 양심상 결정에 관한 설명: 양심상 결정계기에 대한 상세한 기술 - 증빙자료: 이력서 및 설명에 대한 증빙자료 • 신청 시기 - 병역처분을 받은 날로부터 90일 이내 서면 신청 - 신청에 따라 소집 연기
	심사	• 서면심사 원칙 - 필요한 경우 대면심사: 신청인 또는 참고인 등의 진술 청취
	결정	• 결정 기한 - 서면 신청을 받은 날로부터 90일 이내 서면 결정 - 복무 중인 사람이 신청한 경우 신청을 받은 날로부터 30일 이내 결정

쟁점		내 용
	불복 방식	• 신청인이 재심사 또는 행정소송 중 원하는 방식을 선택할 수 있도록 규정 • 재심사 - 각하 또는 기각 결정서를 받은 날로부터 30일 이내 위원회에 재심사 신청 - 위원회는 서면 신청을 받은 날로부터 60일 이내 서면 결정 - 복무 중인 사람이 신청한 경우 신청을 받은 날로부터 30일 이내 결정 • 행정소송 - 각하 또는 기각 결정서를 받은 날로부터 90일 이내 행정소송 제기 - 재심사 결정서를 받은 날로부터 90일 이내 행정소송 제기 - 행정소송의 상대방은 대체역 편입 심사위원회 위원장으로 규정
대체복무	복무 분야	• 대체복무가 허용되는 업무 - 사회복지 관련 업무: 아동·노인·장애인·환자 등의 보호·요양·이동·재활에 관한 보조 등 - 공익 관련 업무: 교정·소방·재난·구호·산림감시·환경감시 등 • 대체복무가 금지되는 업무 - 개인화기·공용화기, 도검 등 일체의 무기·흉기를 사용하거나 관리·단속하는 행위, 인명살상 또는 시설파괴가 수반되거나 그러한 능력을 향상시키는 것을 목적으로 시행하는 일체의 훈련 또는 보조 행위 - 그밖에 대체복무요원에게 적합하지 아니하다고 인정하는 사항으로서 대통령령으로 정하는 행위 등 • 신체등급에 따라 적절한 업무 분야 체계 마련
	복무 방식	• 합숙 복무 원칙 - 합숙을 원칙으로 하되, 업무의 특성상 합숙 복무가 어려운 경우 출퇴근 복무
	복무 기간	• 대체복무제 시행 단계에 따른 탄력적 기간 - 대체복무제 시행 초기 단계: 육군 현역 복무기간의 1.5배 - 대체복무제 확대·정착 단계: 육군 현역 복무기간과 동일하게 점진적으로 단축 • 대체복무의 업무 및 방식에 따른 탄력적 기간 - 현역 복무의 난이도와 비교하여 대체복무기간 차등화 - 합숙형 방식과 출퇴근형 방식의 대체복무기간 차등화
	관리·감독	• 대체복무 업무 분야 관련 부처 - 대체복무 기관에서는 대체복무요원 복무 관리·감독 담당자 지정 • 심사위원회 - 대체복무제 운영 전반에 관한 관리·감독 및 성과 평가
	복무 해태 제재	• 복무규율 위반 및 복무 이탈 - 현역병 및 사회복무요원에 대한 징계 체계에 준함 (예: 복무연장) - 대체역 편입 취소 조치는 대체복무제의 취지에 어긋남 * 부정편입자에 대한 대체역 편입 취소 조치는 타당함
	처우	• 차별금지 - 현역병 및 사회복무요원과 동등한 처우 - 차별금지 조항 • 고충담당관제도 - 대체복무 과정 중 발생하는 차별이나 인권침해와 같은 고충을 해결해 줄 수 있는 담당관 제도 도입
	효과	• 예비군 훈련 대체복무

참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 안경환·장복희 편. 『양심적 병역거부』. 사람생각, 2002.
- 한인섭·이재승 편. 『양심적 병역거부와 대체복무제』. 경인문화사, 2013.
- 이광수. 『대체복무 제도의 모델에 관한 연구』(서울지방변호사회 법제연구원 연구총서 11). 박영사, 2018.

(2) 논문

- 강승식. “양심의 자유의 제한과 그 한계”. 『원광법학』 29(3)(2013): 69~93.
- 강태경. “양심적 병역거부의 ‘정당한 사유’ 해석론 비판 : ‘길’로서의 법 vs. ‘문’으로서의 법”. 『형사정책연구』 29(3)(2018): 25-101.
- 강현철. “헌법상 양심의 자유에 기초한 병역거부자에 대한 입법론적 고찰”. 『아주법학』 4(1)(2010): 29~60.
- 김나루. “유럽의 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제의 비교법적 연구”. 『유럽헌법연구』 29(2019): 25-58.
- 김도균. “법적 이익형량의 구조와 정당화문제”. 『서울대학교 법학』 48(2)(2007): 31~115.
- 김두식. “양심에 따른 병역거부 70년의 회고와 전망”. 『인권과 정의』 367(2007): 43~58.
- 김명재. “양심의 자유와 병역의무 - 2004. 8. 26. 2002헌가1 결정에 대한 평석”. 『공법학연구』 8(3)(2007): 215~240.
- 김세균·공석기·임재성. “양심적 병역거부자, 어떻게 할 것인가?: ‘대체복무제도에 대한 전문가 의식조사’를 중심으로”. 『한국사회과학』 30(1)(2008): 3-43.
- 김예영. “하급법원과 대법원, 헌법재판소의 관계에서 본 양심적 병역거부 문제”. 『사법』 1(38)(2016): 215~262.
- 나달숙. “양심의 자유와 양심적 병역거부에 관한 연구”. 『이화여자대학교 박사학위

- 논문』, 2005.
- _____. “양심적 병역거부 해결방향”, 『법학연구』 24(2006): 1~36.
- _____. “양심적 병역거부와 대체복무 —헌재 2004.8.26. 2002헌가1 결정을 중심으로—”, 『인권과 정의』 359(2006): 133~174.
- _____. “양심적 병역거부의 국제적 논의와 현황”, 『토지공법연구』 41(2008): 453~479.
- 나태중. “한국군에 있어서 병역의무 이행에 관한 철학적 논의와 병역정책의 발전”. 『한국동북아논총』 16(4)(2011): 149~170.
- 류기환. “양심적 병역거부에 대한 비범죄화 가능성”. 『법학연구』 52(2013): 209~227.
- 류지영. “양심의 자유로서의 병역거부의 불법성 —헌법과 형법목적의 관점으로—”. 『法學論文集』 40(2)(2016): 247~277.
- 문수현. “전후 서독의 양심적 병역거부에 대한 논의”. 『역사와 문화』 17(2009): 106~133.
- 문재태. “양심적 병역거부에 관한 법적 검토 —대체복무제도의 도입 방안을 중심으로—”. 『법이론실무연구』 5(1)(2017): 177~203.
- 미우라 히로키. “정치적 갈등상황에서 공적 이성의 형성과 한계 : 양심적 병역거부 문제의 사례를 중심으로”. 『한국정치학회보』 43(4)(2009): 73~98.
- 박찬걸. “양심적 병역거부자에 대한 형사처벌의 타당성 여부”. 『한양법학』 23(2)(2012): 61~98.
- 박찬운. “양심적 병역거부 —국제인권법적 현황과 한국의 선택—”. 『저스티스』 141(2014): 5~30.
- 박 철·정정균·김진환. “‘병역법’ 제88조 제1항 위반에 따른 형사처벌 타당성에 관한 연구”. 『융합보안 논문지』 17(4)(2017): 39~46.
- 서창록·유영수. “민주주의 국가의 인권 정치 : 한국과 스페인의 양심적 병역거부권 인정 문제를 중심으로”. 『국제정치논총』 57(3)(2017): 355~388.
- 신규하. “헌법상 양심적 병역거부권 논의”. 『법학연구』 24(3)(2016): 117~134.
- 신상준·이상경. “‘양심의 자유’에 관한 헌법재판소 결정의 비판론적 검토”. 『서울법학』 24(4)(2017): 163~200.
- 신운환. “‘양심적 병역거부’라는 용어의 적절성 여부 검토와 대체 용어의 모색에 관한 소고 —행정법학의 차원에서, 국방인력의 확보에 미칠 영향을 고려하여—”.

- 『행정법연구』 46(2016): 389~415.
- 오승철. “부작위에 의한 양심실현의 자유 —양심적 부작위는 거의 절대적으로 보호되어야 한다—”. 『헌법학연구』 15(2)(2009): 301~333.
- 윤영미. “양심의 자유의 내용과 제한”. 『인권과 정의』 345(2005): 53~66.
- 윤영철. “「병역법」 제88조 제1항과 양심적 병역거부”. 『비교형사법연구』 6(2-1)(2004): 389~416.
- _____. “양심적 병역거부에 대한 형사처벌의 형법적 문제점”. 『형사정책』 16(2)(2004): 93~120.
- 음선필. “종교적 신념을 이유로 한 병역거부와 대체복무”. 『신앙과 학문』 23(2)(2018): 149~183.
- 이상명. “양심적 병역거부와 양심의 자유”. 『고려법학』 49(2007): 911~933.
- 이수진·문채규. “종교적 행위의 형사법적 허용범위”. 『비교형사법연구』 19(4)(2018): 109~135.
- 이재승. “양심적 병역거부권과 대체복무제”. 『민주사회와 정책연구』 7(2004): 265~288.
- _____. “병역거부에 대한 반응양상”. 『법과사회』 32(2007): 263~284.
- _____. “군인의 전쟁거부권”. 『민주법학』 43(2010): 185~224.
- 이정환. “양심의 자유의 과잉금지원칙 적용여부”. 『중앙법학』 18(1)(2016): 139~172.
- 이향우. “경합적 다원주의와 온라인 사회, 정치토론: ‘양심적 병역거부’ 찬반담론의 분석”. 『경제와 사회』 68(2005): 189~212.
- 임재성. “징병제 형성과정을 통해서 본 양심적 병역거부의 역사”. 『사회와역사(구 한국 사회사학회논문집)』 88(2010): 387~422.
- _____. “평화운동으로서의 한국 양심적 병역거부운동 연구”. 『민주주의와 인권』 10(3)(2010): 305~352.
- _____. “군사주의에 갇힌 헌법재판소: ‘국가안보’ 관련 헌법재판소 결정문에 대한 비판적 담론 분석”. 『민주법학』 51(2013): 13~49.
- 장영수. “양심적 병역거부와 「병역법」 제88조 제1항 등의 합헌성 여부에 대한 검토”. 『헌법학연구』 21(3)(2015): 161~195.
- 장복희. “양심적 병역거부에 관한 국제사례와 양심의 자유”. 『헌법학연구』 12(5)(2006): 329~357.

- _____. “양심적 병역거부자의 인권 보호”. 『공법연구』 35(2)(2006): 237~265.
- 전영평·박원수·김선희. “소수자로서 ‘양심적 병역거부자’와 옹호집단간 정책갈등 분석”. 『한국행정논집』 20(4)(2008): 1209~1229.
- 정경수. “국내법원의 국제인권법규 해석 —「병역법」 위반 사건을 중심으로—. 『홍익법학』 16(1)(2015): 803~833.
- 정대현·권정은. “이산선택모형을 이용한 양심적 대체복무 선택을 추정”. *Journal of The Korean Data Analysis Society* 10(6)(2008): 3199~3210.
- 정연주. “양심적 병역거부“, 헌법학연구 18(3)(2012): 405~434.
- _____. “헌재의 양심적 병역거부 결정에 대한 비판적 검토”. 『헌법재판연구』 5(1)(2018): 3~34.
- 정인섭. “「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」과 군장병 인권”. 『서울대학교 법학』 48(4)(2007): 35~62.
- 조 국. “양심적 집총거부권—병역기피의 빌미인가 양심의 자유의 구성요소인가?—”, 『민주법학』 20(2001): 131~152.
- 채형복. “양심적 병역거부: 권리인가, 도피인가 —유럽의 사례를 중심으로—. 『법학논고』 40(2012): 1~34.
- 최성호. “양심이란 무엇인가?: 양심의 권위에 대한 두 가지 철학적 접근과 대한민국 사법부의 양심 개념”. 『법철학연구』 22(2)(2019): 239~304.
- 표명환. “양심적 병역거부와 대체복무제도”. 『법과 정책』 12(1)(2006): 329~349.
- 하민경. “사회적 약자의 인권에 관한 대법원 판결과 사회 변화: 양심적 병역거부자와 성전환자의 인권을 중심으로”. 『법과사회』 57(2018): 127~152.
- 하승우. “시민불복종에 관한 정치철학적 고찰: 법치주의와 시민권리를 중심으로”. 『기억과 전망』 21(2009): 6~35.
- 한인섭. “양심적 병역거부, 그 처벌의 위헌성”. 『법과정책』 21(3)(2015): 439~474.
- 한태원. “양심적 병역거부에 관한 법철학적 고찰 —Ronald Dworkin의 법철학을 중심으로—. 『연세 공공거버넌스와 법』 9(2)(2018): 29~58.
- 허 경. “미셸 푸코의 “담론” 개념 - “에피스테메”와 “진리놀이”의 사이 -”. 『개념과 소통』 9(2012): 5~32.
- 허완중. “양심적 병역거부 불인정의 위헌성을 확인했을 때 적절한 헌법재판소 결정유형”. 『헌법재판연구』 5(1)(2018): 35~68.

황우택. “A Study of Treatment of Minorities in the Military Service System”. 『법이
론실무연구』 5(3)(2017): 129~162.

Coleman, Franciska Anqonett. “Minority Rights - Using Representation Reinforcement
to Protect the Civil Liberties of Conscientious Objectors in Korea -”. 『법학
논총』 29(4)(2012): 625~648.

(3) 연구보고서 등

연구용보고서

구정우·김선웅·김두년·유성상·정병은·신인철. 『2016년 국민인권의식조사』. 국가인
권위원회 연구용역보고서, 2016.

국가인권위원회. 『2005년 국민인권의식조사 총괄보고서(I)』. 2006.

국제앰네스티. 『감옥이 되어버린 삶: 한국의 양심에 따른 병역거부자』. 국제앰네스티
(문서번호: ASA 25/1512/2015), 2015.

김선택. 『한국내 양심적 병역거부자에 대한 대체복무 인정여부에 관한 이론적·실증적
연구』. 국가인권위원회 연구용역보고서, 2002.

리서치앤리서치. 『입영 및 집총거부자 국민여론조사 결과 보고서』. 병무청 연구용역보
고서, 2014.

이재승·백승덕·박현민·양여옥·이용석. 『양심적 병역거부 관련 대체복무제 도입방안
실태조사』. 국가인권위원회 연구용역보고서, 2018.

진석용. 『종교적 사유 등에 의한 입영거부자 사회복무체계 편입 방안 연구』. 병무청
연구용역보고서, 2008.

정부보고서

국가인권위원회. 『국가인권위원회 결정례집-인권정책분야 제2집(2005-2006)』. 2007.

국가인권위원회. 『국가인권위원회 연간보고서 2007』. 2008.

국방부. 『2016 국방백서』. 2017.

대한민국 정부. 『2012-2016 국가인권정책 기본계획』. 2012.

법무부. 『2018-2022 국가인권정책 기본계획(초안)』. 2018.

병무청. 『2017 병무통계연보(I)』. 2018.

헌법재판소 및 대법원 사건 의견서

강태경. “‘2016도10912 「병역법」위반사건’에 대한 의견서”. 2018. 7. 30. 대법원 제출 (미발간).

강태경. “‘2018도4708 예비군법위반 사건’에 대한 의견서”. 2018. 7. 30. 대법원 제출 (미발간).

이재승. “양심적 병역거부를 처벌하는 「병역법」의 위헌심판사건 참고인 의견서”. 『민주법학』 45(2011): 297~332(“2008헌가22 「병역법」 제88조 제1항 제1호 위헌제청 등 사건에 대한 참고인 의견서”, 2010. 11. 11. 헌법재판소 제출).

(4) 판결 등

법원 판결

대법원 1992. 9. 14. 선고 92도1534 판결.

대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 판결.

대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도7120 판결.

대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.

광주지방법원 2016. 10. 18. 선고 2015노1181 판결.

서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2002고단3940, 2002고단3941 판결.

서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2003고단1783 판결.

청주지방법원 2017. 1. 10. 선고 2016고단1121 판결.

제주지방법원 2017. 8. 11. 선고 2017고단16, 2017고단55 판결.

헌법재판소 결정

헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2001헌바43 결정.

헌법재판소 2002. 11. 28. 선고 2002헌바45 결정.

헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정.

헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2007헌가12, 2009헌바103 결정.

헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 등 결정.

국가인권위원회 결정

- 국가인권위원회 2005. 12. 26. 결정[양심적 병역거부권 및 대체복무제도에 대한 권고].
- 국가인권위원회 2017. 6. 27. 결정[대체복무제 도입 권고 및 「병역법 일부개정법률안」에 대한 의견표명].
- 국가인권위원회 2018. 7. 23. 결정[「병역법」 제88조 제1항, 「예비군법」 제15조 제9항 위반사건에 대한 대법원 의견제출].
- 국가인권위원회 2018. 9. 13. 결정[「병역법 일부개정법률안」, 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률안」에 대한 의견표명]
- 국가인권위원회 2019. 1. 31. 결정[「병역법 일부개정법률안」, 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률안」에 대한 의견표명].

(5) 기사

- 김민경. “80전 넘는 무죄 판결…‘양심적 병역거부 문제는 인권의 최전선’”. 한겨레 2018. 5. 15.자 기사(http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/84470, 최종접속일 2019. 6. 15.).
- 김지은. “‘양심적 병역거부’에서 ‘양심’ 제외…논란 예상”. 『한겨레』 2019. 1. 4.자 기사 (<http://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/877053.html#csidx3afa142b4c235c98e9f7650c46a69d8>, 최종접속일 2019. 5. 2).
- 노지원. “대체복무 ‘36개월 교정시설 합숙’ 확정…세계서 가장 길어”, 한겨레 2018.12. 28.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/politics/defense/876148.html#csidx5a3ba8836c9027a9b11f8a304f66781>, 최종접속일 2019. 3. 4.).
- 박수연. “서울지방변호사회, ‘양심적 병역거부 무죄 판결 환영’ 성명”. 법률신문 2016. 10. 20.자 기사(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=103968&page=1>, 최종접속일 2019. 6. 15.).
- 손원제. “양심적 병역거부자 대체복무 허용 추진” 한겨레 2007. 9. 18.자 기사(<http://www.hani.co.kr/arti/society/rights/237264.html>, 최종접속일 2019. 6. 20.).
- 신윤동욱. “가장 오른쪽도 ‘대체복무 찬성’”. 한겨레21, 제734호(2008. 11. 6.)(http://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/23705.html, 최종접속일 2019. 6. 16.).

- 오두진. “(오피니언: 해외법조)유럽인권재판소 판례 변경-양심적 병역거부권 인정”. 『법률신문』 2012. 1. 30.자 기사(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=61948&kind=BA09&key=>, 최종방문일 2019. 6. 12.).
- 임재성. “소수자문제를 국민여론조사로 푼다? 꼭 젊은이들을 감옥에 보내야겠습니까”. 오마이뉴스, 2008. 12. 24.자 기사(http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?cntn_cd=A0001037731, 최종접속일 2019. 6. 19.).
- 진성훈. “정부, 대체복무 용역보고서 왜곡했다”. 한국일보 2009. 1. 8.자 기사(<http://hankookilbo.com/v/1d8264114ec04d1087d0f6804d8dca9e>, 최종접속일 2019. 6. 20.).

(6) 기타 자료

국가인권위원회 기타 자료

- 국가인권위원회. 2007. 12. 6.자 보도자료(<https://www.humanrights.go.kr/site/inc/file/fileDownload?fileid=1061226&filename=1205062068575.hwp>, 최종접속일 2019. 6. 20.).
- 국가인권위원회. 2017. 6. 28.자 보도자료(<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&boardtypeid=24&boardid=7601335>, 최종접속일 2019. 6. 20.).

민간단체 기타 자료

- 공익법센터어필. “개인진정절차 사건 사실관계 및 견해 요약”. 『한국 인권상황 정기검토 (2012) 모니터링 블로그』, 2012. 1. 27.자 게시물(<https://upr2012.tistory.com/75>, 최종접속일 2019. 6. 15.).
- 군인권센터·민주사회를위한변호사모임·전쟁없는세상·참여연대. “국방부 ‘종교적 신앙 등에 따른 병역거부자’ 용어 변경 부적절”. 2019. 1. 6.자 논평(<https://www.peoplepower21.org/Peace/1605383>, 최종접속일 2019. 5. 2.).
- 대한변호사협회 인권위원회·법원 국제인권법연구회. 『양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성』. 2014. 12. 20.

- 서울지방변호사회. 『대체복무제 도입에 관한 강연 및 토론회』. 2018. 3. 8.
- 국제앰네스티. 『숫자로 보는 양심에 따른 병역거부』. 2016. 5. 10.
- 국제앰네스티 한국지부·민주사회를 위한 변호사 모임·전쟁없는세상·참여연대. 『합리적 대체복무제 도입을 위한 시민사회 제안』. 2017. 7. 7.
- 국제앰네스티 한국지부·군인권센터·민주사회를 위한 변호사 모임·전쟁없는세상·참여연대. 『헌법재판소 결정에 따른 양심적 병역거부 대체복무제 시민사회 안(案)』. 2018. 7. 19.
- 참여연대. “양심적 병역거부 대체복무제 시민사회안 발표”. 2018. 7. 19.자 보도자료(<https://www.peoplepower21.org/Peace/1574551>, 최종접속일 2019. 5. 16.).

대법원 기타 자료

- 대법원. “양심적 병역거부 사건 공개변론 동영상”(2018. 8. 30.)(http://www.scourt.go.kr/supreme/media/MediaActivityViewAction.work?jsessionid=EDdjo0UuvNaSqhISaM2zMW09KL2oka0Q81epzySJSVgdGyg0aKKj8uIrWUy803g.DJEUWS06_servlet_SCWWW?gubun=710&pageIndex=1&pageSize=12&seqnum=14, 최종접속일 2019. 9. 15.).

여론조사 결과

- 국제앰네스티 한국지부. “양심적 병역거부자 대체복무 허용 찬성 의견 70%로 나타나”(2016. 5. 10.자 보도자료)(<https://amnesty.or.kr/12873/>, 최종접속일 2019. 6. 15.).
- 두잇서베이. “양심적 병역거부, 어떻게 생각하십니까?”(2018. 7. 20.)(<https://doooit.tistory.com/486>, 최종접속일 2019. 6. 15.).
- 리얼미터. “‘양심적 병역거부’ 대체복무제, 찬성 29.4% vs 반대 53.6%”(2016. 10. 20.)(<http://bitly.kr/bzpRZDd>, 최종접속일 2019. 6. 15.).
- 한국갤럽. “양심적 병역거부와 대체복무제 도입에 대한 여론조사”(2013. 11. 7.)(<http://www.gallup.co.kr/gallupdb/reportContent.asp?seqNo=493>, 최종접속일 2019. 6. 15.).

2. 외국문헌

(1) 단행본

Pieroth, Bodo & Bernhard Schlink. *Grundrechte Staatsrecht II. 24. Auflage.*
C.F.Müller, 2008.

(2) 논문

賴兩陽. “台灣社會役制度的政策發展與運作困境”. 『東吳社會工作學報』 第12卷(2005): 115~164.

李昱叡·吳承螢. “從“人力資源規劃”分析我國體育替代役未來人力規劃可行性策略”. 『中華體育季刊』 第18卷 第2期(2004): 69~77.

李昱叡·吳承螢·洪立. “我國體育替代役實施現況分析”. 『大專體育學術專刊』 上半年(2003): 53~56.

吳政龍. “醫療外交替代役在聖多美與普林西比民主共和國”. 『臺灣醫界』 第55卷 第4期(2012): 57~60.

王傳照. “論全民國防的兵役制度”. 『國防雜誌』 第21卷 第1期(2006): 100~109.

周明輝. “實施募兵制對軍民關係之影響”. 『國防雜誌』 第25卷 第6期(2010): 107 ~119.

陳新民. “臺灣兵役替代役的制度簡介”. 『軍法專刊』 第64卷 第3期(2018): 1~10.

彭正中. “我國「兵役政策」發展之研究－以決策理論觀點檢視”. 『國防雜誌』 第21卷 第6期(2006): 96~113.

Voland, Thomas. “Ständig Streit um die Streitkräfte: Der Grundsatz der Wehrgerechtigkeit vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen”.
Zeitschrift für Rechtspolitik 40. Jahrg., H. 6 (10. September 2007): 185~188.

(3) 기타 자료

해외 법원 판결

SCUS, *Gillette v. U.S.*, 401 U.S. 437 (1971), 91 S.Ct. 828, 28 L.Ed.2d 168.

Конституционная палата Верховного Суда Кыргызской Республики, Решение по запросу судей о проверке конституционности частей 1, 4, 7 статьи 32; части 1 статьи 35; части 1 статьи 36 Закона Кыргызской Республики «О всеобщей воинской обязанности граждан Кыргызской Республики, о военной и альтернативной (вневоинской) службах» и соответствии их части 1 статьи 32; части 2 статьи 56 Конституции Кыргызской Республики, Решение от 19 ноября 2013г. (<http://constpalata.kg/wp-content/uploads/2013/11/zapros-sudej-resh.-19.11.2013.pdf>, 최종접속일 2019. 5. 22.)

유엔인권이사회

UNCHR, *Conscientious objection to military service*, 10 March 1993, E/CN.4/RES/1993/84.

UNCHR, *Conscientious objection to military service*, 8 March 1995, E/CN.4/RES/1995/83.

UNCHR, *Conscientious objection to military service*, 22 April 1998, E/CN.4/RES/1998/77.

UNCHR, *Conscientious objection to military service*, 20 April 2000, E/CN.4/RES/2000/34.

유엔자유권규약위원회

Yeo-Bum Yoon and Myung-Jin Choi v. Republic of Korea, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, UNHRC, 23 January 2007.

Min-Kyu Jeong et al. v. The Republic of Korea, CCPR/C/101/D/1642-1741/2007, UNHRC, 27 April 2011.

Young-kwan Kim et al. v. the Republic of Korea, CCPR/C/112/D/2179/2012, UNHRC, 15 October 2014.

UNHRC, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32.

UNHRC, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - Republic of Korea*, 29 May 2008, A/HRC/8/40; A/HRC/WG.6/2/L.6.

UNHRC, *Analytical report on conscientious objection to military service : Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 3 June 2013, A/HRC/23/22.

UNHRC, *Conscientious objection to military service*, 29 September 2013, A/HRC/RES/24/17.

UNHRC, *Concluding observations on the 4th periodic report of the Republic of Korea*, 3 December 2015, CCPR/C/KOR/CO4.

UNHRC, *Conscientious objection to military service*, 1 May 2017, A/HRC/35/4.

UNHRC, *CCPR General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of Thought, Conscience or Religion)*, 30 July 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

UNHRC, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23 August 2007, CCPR/C/GC/32.

유럽평의회

PACE, *Exercise of the right of conscientious objection to military service in Council of Europe member states*, Recommendation 1518 (2001).

(4) 홈페이지

대만 대체복무제 관련 홈페이지

<https://www.nca.gov.tw/> (中華民國內政部役政署 홈페이지)

독일 대체복무제 관련 홈페이지

<https://eak-online.de> (Evangelische Arbeitsgemeinschaft für Kriegsdienstverweigerung und Frieden 홈페이지)

<https://www.agdd.de> (Arbeitsgemeinschaft der Entwicklungsdienste e.V. 홈페이지)

<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj> (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend 홈페이지)

<https://www.bundesfreiwilligendienst.de> (Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben 홈페이지)

<https://www.personal.bundeswehr.de> (Der Berufsförderungsdienst der Bundeswehr 홈페이지)

Abstract

A Study on the Implementation of an Alternative Civilian Service System for Conscientious Objectors

Gahng, Tae-gyung • Heo, Hwang • Lim, Dae-geun

This study examined domestic and international discussions on conscientious objection to military service and the implications of a major shift in judicial judgment led by the Constitutional Court and the Supreme Court, and suggested a reasonable model of an alternative civilian service system. The main content of this study is as follows. First, social discussions on conscientious objection began in 2004 when the Supreme Court's decision was made on conscientious objection. For the next 15 years, in Korean society the social conditions have become favorable enough to recognize conscientious objection as the realization of freedom of conscience and to implement an alternative service system. Second, foreign cases show that alternative service systems generally require conscientious objectors to serve one to one and a half times the length of military service in the private sector. This is in line with the U.N. Human Rights Council's recommendation that alternative services should not be punitive and should be of a public interest and (or non-combat) nature. Third, members of the National Assembly, the government and civil activists proposed various models of an alternative service system were proposed before and after the Constitutional Court ruled against Article 5 of the Military Service Act (type of military service). Among the various models, the civil society plan was evaluated as a model that could harmonize the fairness of military service with objectors' freedom of conscience in terms of the contents, length, and methods of alternative civilian service. Fourth, we suggest the following alternative service system guidelines focusing on the main issues: alternative service is to be served in non-military social

welfare and public areas for one to one and a half times the length of military service (exceptions may be allowed in consideration of the types of task), and a review committee consisting of experts from various fields is to be established under the Prime Minister to enhance fairness and professionalism in the review of eligibility for alternative service.

연구총서 19-AB-03

대체복무제도 시행 방안 연구

발 행 | 2019년 6월

발 행 처 | 한국형사정책연구원

발 행 인 | 한 인 섭

등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전 화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kic.re.kr

정 가 | 7,000원

인 쇄 | (주)케이에스센세이션 02-761-0031

I S B N | 979-11-89908-27-0 93360

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.

