

특별기고.

양심에 따른 병역거부와 대체복무제 논의

1. 헌법재판소가 던져 준 과제

헌법재판소는 2018.6.28.자 2011헌바379 등 결정에서 병역의 종류에 소위 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 「병역법」 제5조 제1항은 헌법에 합치되지 아니하며, 2019.12.31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다는 결정을 하였다. 이제 국회는 「병역법」 제5조 제1항에 소위 양심 또는 종교적 신념에 따른 병역거부자를 위한 대체복무역을 병역의 종류로 규정하여야 하는 입법과제를 안게 되었다.

국회가 이러한 입법과제를 해결함에 있어 필자는 다음 두 가지 문제를 제언해 본다. 첫째는 입법자가 위 헌법재판소 결정에 따라 정하게 될 신념적 병역거부자에 대한 '대체복무'로, 국제인권규범 등 국제기준에 따른 대체복무는 '민간적 성격'의 대체복무만이 가능하고 군대내 '비전투분야'(비집중복무)는 불가능한가 하는 것과, 둘째는 집중의무를 포함한 병역의무를 이행하는 것이 종교적 교리 등에 의하여 옳지 않다는 확신을 가지고 있는 국민이 군부대 '입영' 자체를 거부하는 경우, 어떠한 대체복무제가 현역복무와 유사한 등가적인 대체 수단으로 제시될 수 있는가 하는 것이다. 이하에서 필자는 '양심적 병역거부'라는 용어 대신 '신념적 병역거부'라고 칭하기로 한다.

2. 병영내 비전투요원과 민간적 성격의 대체복무

신념적 병역거부자를 형사처벌하는 「병역법」에 대한 헌법재판소의 위헌심사는 이번까지 세 번에 걸쳐 이루어 졌다. 최초로 행해진 헌법재판소 2004.8.26.자 2002헌가1 결정에서는 7:2로 합헌결정을 하게 되었는데, 당시 2명의 위헌의견이 제시하는 방안은 "① 입영을 거부하지 않으나 집중을

거부하는 양심적 병역거부자들을 위하여 '군에서의 비전투복무'에 종사하도록 하는 방법과, ② 보충역제도를 일부 변경하여 '민간에서의 대체복무'에 종사하는 방법을 통해 병역의 무이행의 형평성문제를 해결하고 징병제를 별 문제없이 유지할 수 있다"는 것이었다. 이와 같이 민간에서의 대체복무 외에 군에서의 비전투복무에 종사하는 방법도 제안하였던 것이다.

그리고, 헌법재판소 2011.8.30.자 2008헌가22 사건에서 '위헌제청법원'의 의견은 "헌법 제39조의 국방의 의무는 직접적인 집총병력형성의무에 한정되는 것이 아니고 '국군의 비전투요원'으로 복무하거나 '군부대 밖에서 대체복무'에 종사함으로써 병역의무를 갈음하는 것이 얼마든지 가능하다"는 것이었다. 한편, 2011.8.20.자 결정에서 2명의 한정 위헌의견은 '대체복무의 강도나 어려움은 현역근무의 경우보다 최소한 같거나 더욱 무겁고 힘들어야 할 것'을 전제하고 있다.

그리고, 세 번째 행해진 이번 헌법재판소 2018.6.28.자 2011헌바379 결정을 보면, "국제연합 인권위원회^{United Nations Commission on Human Rights}는 1998년 제77호 결의에서 '비전투적 또는 민간적 성격을 띤 대체복무제의 도입'을 각국에 요청하였고, 국제연합 인권이사회^{United Nations Human Rights Council}는 2013.9.27. 앞서 본 인권위원회의 결의 내용들을 다시 언급하면서, 대체복무제를 도입할 것을 각국에 촉구하였다"고 한다. 한편 자유권규약위원회는 2015년에 대한민국의 제4차 국가보고서에 대한 최종권해를 통해 '민간적 성격의 대체복무제를 도입할 것을 권고하였다'는 것이다. 그렇다면, 2015년 자유권규약위원회의 권고이후에는 '민간적 성격'의 대체복무만 가능하고, 군부대 내 '비전투적' 성격의 대체복무는 불가능한가. 그런데, '국제연합 인권이

사회'는 2017. 6. 제35차 회기에서 「양심적 병역거부 보고서」를 채택하면서, 양심적 병역거부에 상응하는 대체복무형태는 징벌적 성격이 아닌 공익에 기여하는 형태로, '비전투적 non-combatant' 또는 '민간적 성격(civilian character)'의 대체복무를 권고하고 있다.

3. 민간적 성격의 대체복무

여기서 우리가 한 가지 주의하여 살펴 볼 것은 현행 「병역법」제55조 제3항이다. 「병역법」제55조 제1항에 따르면, 보충역은 원칙적으로 4주간의 군사훈련을 받도록 규정하고 있다. 그러므로, 신념적 병역거부자들은 4주간의 군사훈련이 행해지는 보충역 소집에 응할 수 없다는 것이었다. 그리하여 병무청은 앞서 본 두 번의 헌법재판소 결정을 거치면서, 병역법 제55조 제3항을 개정하여 '보충역에 대하여는 신체등급·학력·연령 등 자질을 고려하여 군사교육소집을 실시하지 아니할 수 있으며, 그 기준은 병무청장이 정한다'고 규정하기에 이르렀다. 그리고 이 조항의 위임을 받아 병무청 훈령인 「사회복무요원 소집업무 규정」제2조 제8호에서는 "군사교육소집 제외 보충역"을 규정하고, 같은 조 제10호는 "대체복무"규정을 신설하였다. 나아가, 「전문연구요원 및 산업기능요원의 관리규정」제67조, 「예술·체육요원 편입 및 관리규정」제8조, 「공중방역수의사의 관리규정」제8조, 「공익법무관의 관리규정」제7조에서 「군사교육소집 제외 대상」 등을 규정하면서, 위 「사회복무요원 소집업무 규정」을 준용하도록 하고 있다. 이와 같이 현행 「병역법」제55조 제3항은 '보충역'에 대해서는 '4주간의 군사훈련'도 받지 않는 '민간적 성격'의 대체복무를 규정하고 있음이 명백하다.

그렇다면, 이제 남은 문제는 '현역'으로 입영하는 경우, 현역입영대상자에 대해 '비전투복무 또는 비집중복무'에 종사하도록 할 수 있느냐 하는 것이 될 것이다.

4. 군대 내 비전투복무제도와 실효성에 대한 의문

종래 형사처벌을 감수한 신념적 병역거부는 대부분 여호와의 증인 신도들이었는데, 2000년까지는 현역입영통지서를 받으면 일단 군부대에 입영한 이후 '집중거부'를 하고, 「군형법」상 항명죄(제44조)로 처벌을 받았던 것이다. 그런데, 2001년 이후에는 아예 '입영(입대)' 자체를 거부함으로써 「병역법」상 입영의 기피(제88조)로 처벌받고 있다. 그러므로, 현재와 같이 병역거부자의 대다수가 군대와 직접 관련된 일체의 행위를 하지 않겠다는 상황에서, 군대 내에서 병역의무를 이행하면서, 군 지휘관의 명령이나 군대의 권한으로 비전투적 임무에 배정하는 비전투복무제도는 실효성이 없을 것이라는 의견이 있다. 그리고, 양심적 병역거부자 대부분을 차지하는 여호와의 증인들은 정부의 대체복무 추진과 관련해 "국방부 산하 기관에서 하는 대체복무는 할 수 없다"는 입장을 밝혔다고 한다. 즉, 여호와의 증인 관계자는 "대체복무 기관을 어디에 두느냐가 문제"라며 "군 산하에 있어서는 안 되고 순수 민간 대체복무만이 가능하다"고 말했다는 것이다. 이에 대해서는 '현대전이 고도의 과학기술과 정보를 요구하고 국민전체의 협력을 필요로 하는 이른바 총력전인 점에 비추어, 특정 국가기관 즉 국방부 산하 대체복무만을 거부하는 소위 선택적 병역거부는 허용될 수 없다'는 반론이 있을 수 있다. 그러나, 이러한 이론적인 논의를 떠나, 입영자체를 거부하는 상황에서 실효성 있는 대체복무제는 어떻게 설계되어야 하는가.

5. 현역복무와 유사한 등가적인 대체수단

최근 국방부는 신념적 병역 거부자들의 대체복무기관을 교도소 등 교정시설로 사실상 확정했다고 한다. 교정 행정을 지원하는 업무도 매우 의미 있는 업무이기는 하나, 현역 병과의 형평성 있는 대체복무로 볼 수 없다는 반론도 만만치 않다. 그러므로 국회의 입법과정에서 또다시 뜨거운 논란이 있을 것으로 보인다.

이에 필자는 입법과정에서 다음과 같은 점이 고려되어야 한다고 본다. 우선 양심 또는 신념은 지극히 주관적인 것이어서 객관적 심사자체가 곤란하다는 점이다. 이에 대해 헌법 재판소는 2018.6.28.자 2011헌바379 결정에서 무엇보다도 '대체복무의 강도를 현역복무의 경우와 최소한 같게 하거나 그보다 무겁고 힘들게 함으로써 양심을 가장한 병역 기피자가 대체복무 신청을 할 유인을 제거한다면 심사의 곤란성 문제를 상당 부분 극복하고 병역기피자의 증가도 막을 수 있을 것이다'라고 판시하고 있다. 그런데, 문제는 '군 부대 밖'에서 대체복무의 강도가 현역복무의 경우와 최소한 같거나 더욱 무겁고 힘든 업무를 찾을 수 있느냐 하는 것이다. 더욱이 현재 '군사교육'도 받아야 하고 '합숙훈련'을 하여야 하는 의무경찰 등 전환복무 지원자의 경쟁률은 30대1을 웃돌고 있는 것이 우리의 현실이다.

다음으로, 우리가 현재 직면하고 있는 '저출산'현상이다. 이에 국방부는 '2020년 이후 출생률 급감에 따른 병역자원의 절대부족으로 2023년까지 대체복무제도의 축소 및 폐지가 불가피하다'고 공표하고 있다. 다른 한편, 국방부는 '2018~2022년 군인복지 기본계획'을 확정하면서, 병사들을 부대 내 잡초 제거 및 제설 작업을 비롯한 잡무에 동원하지 않기로 했는데, 이 같은 각종 사역 임무를 민간에 위탁(민영화)하고 병사들은 전투준비와 교육훈련 등 임무 수행에만 전념할 수 있도록 하기 위해서라는 것이다.



지영준 변호사

지영준 변호사는 고려대 법학과를 졸업하고, 사법연수원을 수료하였다. 육군군사법원 군판사로 재직하였고, 현재 바른군인권연구소 법률위원 및 법무법인 저스티스 대표 변호사이다.

이와 같이 '전투 준비와 관련 없는 사역'은 민간 인력과 필요 장비를 투입해 장병들이 본연의 임무에 집중하는 군대로 만들고, 또한 대체복무가 충분히 높은 강도와 난이도로 설계돼야 한다고 한다면, 필자는 신념적 병역 거부자를 위한 대체복무는 현재 군인들이 수행하고 있는 업무이면서, 전투준비와 관련 없는 사역으로 민간에 위탁(민영화)할 수 있는 그러한 영역이 현역과 의무의 등가성이 있는 대체복무라고 사료된다. 그러한 예로 필자는 "㉠'6·25 전사자 유해의 발굴 등에 관한 법률' 제2조 제3호에 따른 전사자 유해 등 조사 발굴 업무와 ㉡'지뢰 등 특정 재래식무기 사용 및 이전의 규제에 관한 법률' 제2조 제1에 따른 지뢰 제거 업무" 등 사역업무를 신념적 병역거부에 상응하는 대체복무 형태로 제안한 바 있다. 더욱이, 지난달 31일 열린 남북장성급회담에서는 DMZ 남북 유해공동발굴에 대해 견해 일치를 보았다고 한다. 본격적인 유해발굴에 앞서서 지뢰제거 작업은 필수적이다.