

국회 토론회

군 인권 보장을 위한 법제도적 방안

일 시 | 2014년 8월 19일(화) 오후 2시

장 소 | 국회의원회관 제4간담회실 (204호)

공동주최 | 국회의원 진성준 의원실, 참여연대

프로그램

- 14:00 사 회 이석태 변호사, 참여연대 공동대표
- 14:05 인사말 진성준 의원
- 14:10 발제 1 **독일 군 인권법제에 비추어본 군인 인권보장 방안**
이재승 건국대학교 법학전문대학원 교수
- 14:30 발제 2 **군 인권문제와 군사법원 체제의 개혁**
한상희 건국대학교 법학전문대학원 교수, 참여연대 운영위원장
- 14:50 지정토론
홍성수 숙명여자대학교 법학부 교수
이태호 참여연대 사무처장
송기춘 전북대학교 법학전문대학원 교수
- 15:20 종합토론
- 16:00 폐회

목차

인사말	진성준 의원	04
발제 1	독일 군 인권법제에 비추어본 군인 인권보장 방안 / 이재승	06
발제 2	군 인권문제와 군사법원 체제의 개혁 / 한상희	41
토론 1	‘군사 옴부즈만’에 대한 아홉 가지 질문 / 홍성수	63
토론 2	이태호	82
토론 3	송기춘	84

인사말

진성준 / 새정치민주연합, 국회 국방위원, 당 전략기획위원장



안녕하십니까? 진성준 의원입니다.

최근 일어난 28사단 윤 모 일병의 집단 구타에 의한 사망사건이 전 국민에게 커다란 충격을 주고 있습니다. 윤 일병사건이 알려진 후 군내의 숨겨진 쿠데와 가혹행위 증언들이 쏟아지고 있습니다.

지금 우리가 목도하고 있는 참혹한 군내의 각종 쿠타와 가혹행위의 증언들은 우리를 한없이 부끄럽게 만들고 있습니다. 나라를 지키기 위해 보낸 우리 자녀들이 국가에 의해 보호받지 못하고 있고, 지휘관은 사건·사고가 나면 오로지 축소·은폐 하는데 급급하고 있다는 점에서 우리는 더욱 더 깊은 충격을 받고 있습니다. 더 이상 이대로 방치하다가는 우리 군은 언제 침몰할지 모르는 위험한 '세월호'가 되어가고 있는 것은 아닌지 우려스럽습니다. 제2, 제3의 윤 일병 사태를 막기 위해서는 특단의 병영문화 개혁 대책이 필요합니다.

저는 군의 폐쇄성을 극복하는 단초로 국회가 임명하고, 독립적으로 군의 인권 감시활동을 할 수 있는 '군 옴부즈만제도' 도입을 추진이 필요하다고 생각합니다.

제도와 규칙을 만들었다면 이에 대한 이행여부를 감시·감독하는 것이 민주주의 일반 원리이자, 우리 사회를 정상적으로 작동케 하는 원리입니다. 그런데 이제까지 우리

군은 수없이 많은 병영문화 혁신 대책을 만들었지만, 그 대책의 이행여부를 감시·감독하는 외부인을 허용하지 않았습니다.

오직 군만 믿고, 맡겨달라고만 말만 반복했습니다. 그 결과 병영문화는 21세기 대한민국에 믿기지 않는 비민주적, 야만적 적폐를 방치되었음을 확인하고 있습니다. 군의 패쇄성은 한마디로 군이 수없이 병영문화 혁신을 무위로 만든 근본적인 방해꾼이었던 것입니다.

둘째, 병사에 대한 인권교육도 시급합니다. 윤 일병이 옆 생활관에서 참혹한 구타와 가혹행위를 당하고 있었음에도 그 누구도 신고하지 않았습니다. 인권의식이 결여된 군 문화 속에서 모두가 무비판적인 침묵자가 되었습니다. 더 이상 우리 군의 교육 훈련이 단순히 싸워 이기는 ‘전술·전기연마’에 머물지 않아야 합니다. 제복입은 민주 시민 육성을 위한 국가인적자원 개발 차원으로 접근하는 근본적인 패러다임의 전환이 필요한 시점입니다.

세계최강 미군의 경우 장교 육성 목적을 ‘생각하는 조직(thinking system), 비판적 전사(critical warrior)육성’에 두고 있습니다. 구타와 가혹 행위라는 잘못된 군내의 적을 신고하는 비판적 군인 육성, 우리 군의 인권교육의 목표가 되어야겠습니다.

군의 근본적인 개혁을 통해 부모가 마음 편히 자녀를 군에 보낼 수 있는 분위기를 조성해야 합니다. 군내 온갖 불의와 폭력에 맞서는 용기야말로 자유롭고 정의로운 대한민국을 지키는 진짜 국가안보의 기초입니다.

오늘 토론회가 군대에서 인간의 존엄성을 보장하는 제도적 대안이 마련되는 계기가 되기를 바랍니다. 오늘 발제와 토론을 맡아주신 여러분들의 소중한 의견이 국방위원회에 논의되고 반영될 수 있도록 노력하겠습니다. 오늘 참석하신 분들의 건승을 기원합니다.

독일 군 인권법제에 비추어본 군인 인권보장 방안

이재승 / 건국대학교 법학전문대학원 교수

군인 인권보장제도에 관한 결론적 제언

군인은 국방을 담당하는 도구라는 개념을 거부한다. 어떤 존재가 도구가 될 때 그는 기계의 일부가 되고 오로지 효율성의 명령 아래 놓이기 때문에 영원히 폭력의 희생물이 될 것이다. 그를 주체라고 생각하고 시민이라고 생각할 때 그들은 온당하게 행동하고 살아 돌아올 수 있다.

인권 없는 군대는 인격적으로는 군인의 자기 파괴 장치이고, 신분법적으로는 군 지휘부의 농노단이고, 정치적으로 민주주의의 적이며, 사회적으로는 폭력의 재생산 진지이다. 우리는 폭력의 순환성을 교리로 터득하고 있다.

군인을 군대 안의 폭력의 희생자라는 관점에서 군인의 인권문제를 다루는 것이 완전히 유효한지에 대해서는 의문을 가진다. 물론 군인을 폭력의 희생자라는 관점에서 접근하여 좋은 해법을 제시할 수 없는 것은 아니다. 그러나 군인을 주체로 생각하고 그들이 처해있는 처지에서 권한을 강화하는 방안을 생각해야 한다. 아래로부터의 민주주의의 요구이다. 그것 없이는 결코 전진을 이룰 수 없다.

한국사회에서 군인의 인권 문제에 대한 논의는 그래도 10여년의 시간을 쌓았다. '군인의 인권'은 처음에는 군대 안에서 빈발했던 구타·가혹행위·의문사·안전사고 등으로부터 사병(士兵)을 안전하게 지키기 위한 방어적 수준이었으나, 국제인권법¹⁾이나 헌법의 관점에서 군인의 지위를 포괄적으로 재구성하자는 데까지 이르

1) 이 분야의 책은 Rowe, Peter, *The Impact of Human Rights Law on Armed Forces*(Cambridge U.P., 2006);

렸다. 오늘날 정치적 위협세력으로서 군대에 대한 민주적 통제를 강조하는 입장, 안전하게 집으로 돌아올 군인의 권리를 강조하는 가족의 관심,²⁾ 침략전쟁을 부정하고 병역거부를 옹호하는 평화주의적 입장, 군대와 사회 모두에서 억압적인 군사문화를 해체하려는 여성주의적 입장, 제복 입은 시민인 군인에게 시민과 동일하게 권리를 인정해야 한다는 관점들이 거의 동시적으로 군인의 인권담론으로 합류할 정도였다. 정치적-구조적 목표를 중시하든지 또는 군인 개인의 권리를 중시하든지 간에 군인의 인권을 존중하고, 보호하고, 완전하게 실현해야 한다는 것은 시대의 요구사항이 되었다. 그러나 보수정권 들어서 그 방향은 완전히 전복되었다.

군대를 사회보다 더욱 훌륭한 교육시설로 바꾸는 것은 어렵겠지만 좋은 원칙을 채택함으로써 점진적으로 개선시킬 수 있다. 실제로 우리의 군사법제는 일본제국의 억압적인 군대법제, 미군이 이식한 전시군사법, 한국전쟁에서 시행했던 초법적 관행들로 이루어졌다. 전반적인 혁신이 필요한데도 대체로 봉합하는 정도였다. 지난 개혁정권기간에 논의되었던 군인인권법은 자신의 인권을 자각하고, 동료의 인권을 존중하고, 사회와 민주주의를 파괴하지 않고, 적과 포로를 인도법에 따라 처우하는 주체로서 군인을 육성하려는 발상과 연관되었다고 본다. 그러나 보수정권 이후 딱 이러한 기초를 전복하였다고 볼 수 있다. 그래서 우리는 그 혹독한 대가를 치르고 있다.

필자는 군인복무규율에 법률의 외피를 씌우는 것은 기만이라고 본다. 군인의 인권을 신장하고, 지위를 개선하기 위해서는 본격적인 개혁 작업이 필요하다. 군대 내에서 폭력을 배제하기 위하여 다시 군대의 지휘체통의 힘을 활용하는 것만으로는 부족하다. 군대는 자기정화의 힘을 이미 상실하였다. 또한 군인인권법을 어떻게 모양을 내어 국회가 통과시키더라도 근본적인 사고혁신이 전제되지 않는다면 아무 소용없는 일에 공력을 낭비하고 알리바이만 만들뿐이다.

사전예방, 사후보호, 구성적 참여가 군인인권법제의 핵심이다.

prevention(방지) protection(보호) participation(참여)

기타 독일의 군인법제에 대해서는 이계수/이재승/오병두, 『외국 군 인사 복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사- 독일의 법령과 제도를 중심으로』, 국가인권위원회 2006년도 연구용역보고서 참조

2) 김호철, “군의문사 진정사건을 통해 본 자살처리자 문제현황”, 국회토론회자료집: 군내 자살처리자 어떻게 대응할 것인가?(대통령소속군의문사진상규명위원회, 2006. 12. 28) 참조

1. 군내부에서 위에서 아래로 통제방식-군통수권자, 국방부장관, 참모총장이 관리하는 인권통제체제를 확립하는 것(암행감찰관)
 2. 군내부에서 아래에서 위로 민주적인 견제방식-군인참가제도와 대표군인제도의 활성화, 공동결정제도의 도입(독일의 참여민주주의)
 3. 군대 안에서 상시적인 인권, 고충의 상담 및 처리체계의 확립(상담관, 교육과정)-현재제도를 강화하는 방향
 4. 민간권력으로서 의회가 군대를 정치적으로 통제하는 방식-독일의 국방감독관(국회공직)
 5. 시민, 병사 등이 인권보호자를 직접 선출하여 군대를 통제하는 방식-병사호민관제도 military tribune(의무복무군인들이 직접 투표하여 자신들의 이해관계를 대변할 공직을 설치하는 것, 로마공화정의 호민관에 준하여 생각함, 50만 명의 병사를 대표하는 최고위 공직을 마련하자)
 6. 군인이 군대바깥으로 인권침해 사태를 자유롭게 표현할 수 있는 체제를 만드는 것 (징계와 불이익 금지, 고발자의 부대전환, 조기제대)
 7. 의무복무중인 군인의 부모연합체의 군부대 자유방문의 제도화
 8. 군인의 퇴근제도 도입, 군사작전과 교육 이외의 영역에서 지시로부터 완전한 해방, 병들간에 사실상 작동하는 상관개념의 전면적 근절(계급제도의 전면적 재검토).
 9. 봉건적 장원으로서 영창, 군사법원의 폐지, 군징계제도의 혁신-제2차적인 은폐 및 국가범죄장치로서 군사법제도의 본질파악
- 이러한 혁신적 구상 위에서 군인인권법은 기능할 수 있다.

1. 서론*

민주적 정치혁명과 다원주의적 가치질서를 획득하지 못한 사회의 군대는 대체로 ‘국가위에 국가’로 군림하거나 ‘국가 속에 국가’로 차폐된다. 역사적 체험을 통해서 알 수 있듯이 이러한 군대는 집단학살, 강제실종, 쿠데타, 정치개입, 민간인사찰, 조작사건을 통해 민주주의와 사회를 파괴하고 심지어 군내부에 비판적인 군인들의 인권을 심각하게 유린한다.³⁾ 한마디로 군대가 공공의 적이 된다. 칸트는

영원한 평화의 시각에서 군대의 문제를 진지하게 고려하였다. 그는 상비군(miles perpetuus)이 국가 간의 군비경쟁을 야기하며 장기적으로 비용을 감당할 수 없는 국가로 하여금 일시에 전쟁을 선택하도록 부추기므로 폐지해야 한다고 주장하였다.⁴⁾ 시민사회에서 유리된 상비군은 지배자의 군대로 변질되고, 다른 나라를 위협하고 자기 사회를 파괴할 위험을 내포하고 있기 때문이다. 나아가 칸트는 지배자의 의사가 아니라 시민들의 총의가 전쟁여부를 결정할 수 있는 체제를 거론한다.

*전쟁을 할 것인가 말 것인가를 결정하려면 국민들의 동의가 필요한데, 이 때 국민은 자신의 신상에 다가올 전쟁의 재앙을 각오해야 하기 때문에 그런 나쁜 경기를 감행하는데 무척 신중하리라는 것은 너무나도 당연하다. 그러나 이에 반해 신민이 동의권을 가진 국민이 아니고 따라서 공화제가 아닌 체제라면 전쟁선포를 결정한다는 것은 지극히 손쉬운 일이다. 왜냐하면 이때 지배자는 국가의 한 구성원이 아니라 소유자이며, 전쟁으로 인해 식탁의 즐거움이나 사냥, 궁전의 이전, 궁전의 연회 등에 최소한 지장조차 받지 않기 때문이다.*⁵⁾

칸트가 주장한 자원시민군(citizen militias)이 전쟁을 반대하고 영원한 평화를 선택한다면 그 체제는 참된 공화국(전쟁민주제)이라 할 수 있다. 루소의 ‘신의 인민(un peuple de dieux)’에게나 어울리는 체제일지도 모른다.⁶⁾ 칸트가 추구한 영원한 평화를 한갓 공상이라고 배척하려고 해도 현실의 전쟁대의제가 야기하는 폐해는 실로 크다. 이라크 전쟁과 관련해서 헌법재판소는 “궁극적으로는 국민과 국익에 이로울 것이 될 것인지 여부”라는 부끄러운 파병기준을 제시하며 그 판단을 대통령과 국회의 몫으로 간편하게 돌렸다.⁷⁾ 이렇듯 권력은 전쟁을 인도주의로 포장하면서도 패권, 석유, 개발이익 따위를 노리고 시작한다.

* 이하의 글은 민주법학 제49호(2011)에 실린 필자의 <능동적 시민으로서 군인>을 가필한 것이다.

3) 우리 군대의 과거사에 대해서는, 국방부과거사진상규명위원회, 국방부과거사진상규명위원회 종합보고서(2007) 참조.

4) 칸트/이한구(옮김), 영원한 평화를 위하여, 서광사, 1992, 15쪽.

5) 칸트, 앞의 책, 26-27쪽; 절대주의 밀실전쟁에 대한 칸트의 논의에 대해서는 Cavallar, Georg, *Pax Kantiana*, BÖHLAU: Wien, 1992, 134쪽 이하.

6) 루소는 전면적인 민주주의가 인간에게는 맞지 않다면서 신의 인민을 언급하였다. 루소/이기형(옮김), 사회계약론, 을유문화사, 2005, 74쪽.

7) 현재 2004.4.29. 선고, 2003헌마 814 결정.

2012년 국제사면위원회는 한국을 양심적 병역거부자를 처벌하며 국가안보의 이름 아래 표현의 자유와 집회의 자유를 제한하는 나라로 규정하였다. 특히 한국 정부가 인터넷과 SNS를 밀착하여 감시한다고 지적하였다.⁸⁾ 지난 개혁정부 이래 군인의 인권을 향상시키려는 노력도 정권교체 후 심각하게 후퇴하였다. 군사법제에서 의미 있는 개혁 작업을 촉발하기 위해서는 어떤 정신사적인 전환이 이루어져야만 할 것 같다. 우리에게 진정으로 필요한 것은 실용적 매뉴얼이 아니라 근본적 원리다.

최근 10년간 군인의 인권논의는 주로 구타·가혹행위 근절, 부대 안에서 자유시간의 보장, 내무반시설의 개선, 병의 급여현실화, 의료서비스 확충 문제 등을 중심으로 전개되었다. 국가인권위원회가 발주한 연구용역사업의 내용을 보면 여실히 알 수 있다. 워낙에 야만적 군대규율과 열악한 복무환경 탓이라고 본다. 그러나 구타·가혹행위는 어렵지만 집중적 계몽과 인권교육을 통해 감소시킬 수 있으며, 나머지 요구사항들도 한국의 경제적 역량의 증대에 따라 점진적으로 충족될 수 있다. 그러나 이러한 문제들이 군인의 인권 문제 전체가 아니다. 지금까지 군인의 인권에 대한 접근법은 —바디우⁹⁾ 식으로 표현하면— 군인을 폭력의 잠재적 희생자로, 부대시설의 이용자나 소비자로, 사생활의 주체로, 간단히 말해서 군인을 피보호자로 파악하였다. 그래서 정치적 자의식을 가진 시민으로서 군인이 정치사회적 문제에 입장을 정하고 표현하고 행동하는 측면, 즉 군인의 정치적 삶을 시야에서 놓치고 있다.

최근에 양심적 병역거부자들, 이라크 파병을 이유로 부대복귀를 거부한 강철민 씨 사건¹⁰⁾, 군 당국의 불온도서지정에 대한 군법무관들의 불복사건, SNS에서 현역대위의 대통령에 대한 비판¹¹⁾, 통합진보당 당적 문제, 군 당국의 편향된 정치교육 등은 한국사회에서 정치적 시민으로서 군인의 권리를 일깨우고 있다. 군인의 정치적 권리를 어떻게 그리고 어느 정도로 인정할 것인가에 대하여 논의를 시작해야 할 때가 되었다. 군인으로서 신체의 자유와 거주이전의 자유를 광범위하게 제약당하는 것은 불가피하다고 해도 자신의 헌법상의 정치적 권리들을 광범위하게 부정당해야만 하는가?

8) Amnesty International Report 2012, 206쪽 이하, [http://files.amnesty.org/air12/air_2012_full_en.pdf\(2012-5-29\)](http://files.amnesty.org/air12/air_2012_full_en.pdf(2012-5-29))

9) 바디우는 인권론에 깃든 연민의 억압적 형이상학과 소극적이고 희생자적인 인간관을 비판한다. Badiou, Alain/Hallward, Peter(영역), *Ethics: An Essay on the Understanding of Evil*(Verso, 2001), 4쪽 이하.

10) 판결에 대한 논평은 이재승, 군인의 전쟁거부권, 민주법학 43호(2010/7), 205쪽 이하.

11) 구영식, “현역대위, ‘대통령 모독죄’ 기소.. 유신때나 있던 일”, 오마이뉴스(2012-5-28), [http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001737105\(2012-6-12\)](http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001737105(2012-6-12))

이와 관련한 헌법의 원칙이 군의 정치적 중립(헌법 제5조 제2항)이다. 국민에 대한 봉사자로서 군의 정치적 중립은 민주주의에서 자명하다. 그러나 위험은 원칙이 아니라 하위법령과 군 당국의 의식에 있다. 군 당국은 터무니없는 군인복무규율에 따라 개별군인에게 비정치성을 과도하게 요구한다. 정치적 중립성에 대한 과도한 집착은 정치적 존재로서의 인간의 속성을 무시하는 것에 그치지 않고 당국자들의 입맛에 맞는 특정 정당의 보수적 세계관으로 일색화한다. 오히려 국민에 대한 봉사자로서 군인은 보편적인 정치의식과 이데올로기적 균형을 함양해야 하고, 그러기 위해서는 군인에 대한 민주적이고 평화주의적인 정치교육이 요구된다. 그러나 군 당국은 낡은 관행을 우렁차게 부활시키고 편향된 안보교육을 거름삼아 군인을 탈시민화, 재군사화, 재봉건화하고 있다. 군 당국의 위장된 정치적 중립이 민주주의에 대한 진정한 위협이 되고 있다.

필자는 이 글에서 군인의 정치적 권리에 관한 새로운 설명 틀을 찾아보고자 한다. 세계 각국은 군대의 과거를 청산하면서 새로운 군대 상을 정립하였다.¹²⁾ 과거 청산과 인권이 동시에 가고 있다는 점을 주목해야 한다. 그중에서도 독일의 법제와 그 핵심원리들은 좋은 지침을 준다. 필자는 먼저 우리 군사법제를 지배하고 있는 전통적인 사고방식을 정리하고, 이러한 전통적 사고방식을 극복하기 위해 독일이 어떠한 원리적 사고를 형성시켰는지, 그리고 그러한 개혁관념을 어떻게 법제화하였는지를 소개하려고 한다.

II 전통적 사고방식

우선 조직으로서 군대에 대한 문민적 우위성(civil supremacy), 국제인도법과 헌법의 지배, 사회적 다원주의, 민주주의적 충성과 같은 프리즘을 통해 한국의 군사법제를 조명해 보자. 이에 비추어볼 때 한국의 군사법제는 국가안보의 명분하에 비민주적이고 특권적 구조와 권위주의적·봉건적 사고방식에 찌들어 있다. 군지휘부와 보통 군인, 그리고 일반대중도 군사법이나 군인의 인권을 이해하는데 별반

12) 군대개혁이 군대의 폐해와 만행을 겪은 사회에서 이행기 정의(transitional justice)의 문제이며, 독일의 개혁적 관념이 민주적 헌정국가의 관념을 군사적 영역에 확장시키는 것이며, 이러한 관념은 유럽의 다국적 군대에겐 그다지 매력적이지 않고 과거 바르샤바조약기구의 국가들이나 남아프리카 공화국에서 높은 관심을 끈다는 지적은, Bald/Fröhling/Groß/Meyer/v. Rosen, "Demokratie und Militär - Demokratie und Frieden," INSTITUT FÜR FRIEDENSFORSCHUNG UND SICHERHEITSPOLITIK, Hamburg, Februar 2011 [http://www.ifsh.de/pdf/publikationen/hb/hb154.pdf\(2012-5-25\)](http://www.ifsh.de/pdf/publikationen/hb/hb154.pdf(2012-5-25)).

다른 모습을 보여주지 못한다. 국방기득권자는 그러한 특권에 안주하고, 약자는 그 속에서 절망하기 때문이다. 국가안보는 대법원이나 헌법재판소에게도 마치 고르곤의 머리와 같아서 보기만 해도 법리의 혀가 꼬인다. 아마도 고위법관들이 법무관 시절에 취득한 봉건적인 군대 상을 청산하지 않는 한 군인의 인권은 영원히 예외상태에서 벗어나지 못할 것이다. 군대로 인하여 심각한 인권유린을 겪은 피해자들만이 이성을 사용하며 군대의 진실을 말하는 것 같다. 군사법과 관련하여 우리 사회에 만연한 전통적 사고방식을 몇 가지로 정리할 수 있다.¹³⁾

- ① 남북 간의 대치상태가 존속하는 한 국가안보를 위해 자유와 권리들은 포괄적으로 제한할 수 있다.¹⁴⁾
- ② 군인은 특수한 지위에 있으므로 엄밀한 법률의 근거가 없더라도 자유와 권리는 제한할 수 있다.¹⁵⁾
- ③ 군형법은 상관의 권위를 보호하는 법이고, 부하는 주로 범죄적 침해자로 고려한다.
- ④ 군의 정치적 중립을 위해서 개인으로서 군인은 정치적 문제에서 완전히 침묵해야 한다.
- ⑤ 군사법원이나 영창¹⁶⁾은 지휘수단으로서 불가피하며, 부대는 부대장의 장원이고 군사법원은 장원법정이다.¹⁷⁾

13) 이계수는 군인의 인권상황에 유해한, 그리고 범치국가 원리에서 벗어난 군조직이나 군사행정의 특성으로서 i)특별권력관계론의 지속, ii)신병 때부터 복종일변도 군인교육의 악영향, iii)지나친 비밀주의로 인해 군외부에 문제를 제기하기 어려운 분위기, iv)군사재판이 지휘관의 통제수단으로 전락한 점을 적시하고 있다. 군사안보법연구, 울산대출판부, 2007, 206쪽 이하.

14) 양심적 병역거부사안에서 남북대치상황을 이유로 2004년의 결정에서 보인 입법촉구 취지마저도 철회하였다(2011.08.30 .2008헌가22). 한편 대법원은 병역거부자의 개인적 인격에 맞서 ‘국민 전체의 인간으로서 존엄과 가치’를 대립시켰다(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965).

15) 헌법재판소는 법률유보 원칙을 형해화하면서 군당국의 불온도서 지정조치를 합헌이라고 결정하였다(2010.10.28, 2008헌마638).

16) 독일군인징계법상 근신조치(Disziplinararrest)는 군인에게 본래의 직무에 참가시키면서 일정한 시간 동안 또는 일정한 활동(영화나 스포츠)에 대한 참여를 제한하는 조치이다(군인징계법 제53조).¹⁾ 군인이 직무에 참여하지 않는 경우에는 그의 능력에 적합한 작업을 부대시설 안에서 부과할 수 있으며, 징계처분중인 군인은 경계근무나 보안업무에 투입되지 않는다(연방군징벌집행령 제10조 참조). 근신조치는 3일 이상 3주 이하의 기간만 가능하다(군인징계법 제26조). 근신조치는 관할부대징계법원의 판사의 동의를 얻어야 한다(제40조). 그런데 우리는 arrest라는 말에 현혹되어 독일에도 영창처분이 있다고 속단한 나머지 인권담당법무관의 징계적법성 심사(군인사법 제59조의2)를 적당히 추가하게 함으로써 나쁜 영창제도를 합리화하였다. 독일의 근신조치에 대해서는 Dau, Klaus, *Wehrdisziplinarordnung* 4. Aufl, Vahlen: München, 2002, §53 참조.

17) “구 군사법원법 제6조가 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하고, 같은 법 제7조가 군사법원에 군 지휘관을

- ⑥ 군대의 문제를 외부에 흘리는 것은 그 자체로 기밀누설행위이고 단체정신에 대한 배반이다.¹⁸⁾
- ⑦ 군대내 소원수리나 고충처리는 권리사안이 아니라 지휘관의 재량에 속한다.
- ⑧ 인권침해사건이나 자해사망사고는 군대의 구조나 환경에 의해 발생하는 것이 아니라 군인 개인의 병리적 특성에서 기인한다.

이러한 사고방식과 규율체계가 군사법제, 관행, 무의식을 지배하고 있다. 군대에 대한 이러한 전통적 사고방식을 전복하고 해체하지 않는다면 당장에 바람직한 군인인권법을 제정하는 것도 불가능하고, 설혹 제정한다고 하더라도 제대로 작동하지 않을 것이다.¹⁹⁾ 나아가 군대 안에서 인권 침해 뿐만 아니라 군대 바깥에서 군대에 의한 인권침해까지도 근절하겠다는 기획 속에서 군인인권법 제정운동을 다시 점화해야 한다.²⁰⁾ 이러한 의미에서 군인인권법의 제정은 이행기 정의(transitional justice)의 귀결이다.²¹⁾ 이러한 작업을 통해 시민사회와 괴리된 조직으로서 군대 관념이나 법의 지배로부터 자유로운 권력으로서 군대 관념은 청산 될 것이다. 한편 군인은 군대 체험을 안고서 사회로 복귀하기 때문에 군대에서

관할관으로 두도록 하고, 같은 법 제23조, 제24조, 제25조가 국방부장관, 각군 참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 갖고 심판관은 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 규정한 것은 헌법 제110조 제1항, 제3항의 위임에 따라 군사법원을 특별법원으로 설치함에 있어서 군대조직 및 군사재판의 특수성을 고려하고 군사재판을 신속, 적절하게 하여 군기를 유지하고 군지휘권을 확립하기 위한 것으로서 필요하고 합리적인 이유가 있다고 할 것이다(헌재 1996. 10. 31. 93헌바25)."

- 18) 채은아, '계룡대 접대부' 보도한 김세의 기자, 결국 유죄 확정, 프레스인(2009-01-30), [http://www.pressian.com/article/article.asp?article_num=40090130190641§ion=06\(2012-5-26\)](http://www.pressian.com/article/article.asp?article_num=40090130190641§ion=06(2012-5-26)); 김재현, 군내 비리 '내부고발' 김영수 전 소령, 권익위 공무원 됐다, 헤럴드경제(2011-07-18), http://news.heraldm.com/view.php?ud=20110718000084&md=20110718103524_9
- 19) 군인인권실태에 대한 분석과 해법으로서 바람직한 군인인권법의 제정을 촉구하는 글로는, 송기춘, 군인인권보장을 위한 기본원칙과 방향, 민주법학 42호(2010/3), 233-269; 오동석, 군 장병의 권리구제 제도에 대한 평가 및 개선방향, 국가인권위원회 군인권정책기획단회(2012.5.1), 자료집, 5-28.
- 20) 무력행사와 계엄에 관한 법이 어떻게 혁신되어야 하는지에 대해서는 Richard B. Illich(ed.), "The Paris Minimum standards of Human Rights Norm in a State of Emergency", *American Journal of International Law* vol. 79(1985), 1072쪽 이하; 조시현, 국가비상사태와 인권, 한국인권재단(위임), 21세기의 인권 제1권, 한길사, 2000, 119쪽 이하.
- 21) 유엔 인권피해자 권리장전(Basic principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law A/RES/60/147) 제23항 참조; 라틴 아메리카의 군사주의 타파와 과거청산에 대해서는 Kincaid, A. Douglas, "Demilitarization and Security in El Salvador and Guatemala: Convergences of Success and Crisis", *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* Vol. 42, No. 4(Winter, 2000), pp. 39-58; 이재승, 국가범죄, 엘피, 2010, 제12장 참조.

압제에 시달린 군인은 사회에서 압제를 재생산할 것이다. 이러한 악영향이 군대의 트라우마이자 군사주의이다. 군인의 인권보장과 군대에 대한 민주적 통제만이 군사주의의 악영향을 차단하거나 약화시킬 것이다. 그러면 독일에서는 이러한 전통적 사고방식과 규율체계를 어떻게 극복했는가?

III. 개혁적 이념

1. 새로운 출발

군대의 지휘부나 국방관료들은 군사법의 개혁을 달가워하지 않는다. 그러나 독일 역사에서 뜻밖에도 이러한 국방 기득권층의 공위(空位) 시대가 찾아왔다. 제2차 세계대전 직후 연합국은 1945년에 독일정부와 독일군대를 폐지하였다. 서구연합국은 4년간의 군정통치를 마치면서 동구 공산권에 대항하는 북대서양조약기구를 출범시키고 동시에 독일정부와 독일헌법을 승인하였다. 독일헌법은 과거 군사주의와 침략전쟁을 반성하고 국제평화주의를 천명하였다. 예컨대 독일은 헌법차원에서 양심적 병역거부권을 처음으로 규정하였다(제4조 제3항). 독일연방공화국은 여전히 군대 없는 국가였다. 그러나 이미 동서간의 냉전질서가 공고하게 되고 1950년에 한국전쟁이 발발하자 서방국가들은 독일에 대해 방위책임의 분담을 요구하였다. 아데나워 정부는 군사전문가들을 비밀리에 힘머로트 수도원으로 불러 재무장을 논의하였다.²²⁾ 재무장정책은 독일의 헌법체제와 상충할 수밖에 없었으므로 야당과 시민사회의 격한 반대를 불러 일으켰다.²³⁾ 이미 다수의 독일인들은 두 차례 세계대전의 참상을 통해서 평화주의적인 태도를 갖고 있었다. 인접국들도 독일의 재무장에 대해 위구심을 드러내었다.

독일군대를 국내외적으로 수용할만한 것으로 만들기 위해서는 새로운 군대를 민주주의에 적합하게 조직하고 군대에 대한 엄격한 의회주의적 통제장치를 구축해야 했다. 군대가 과거 제국시대에서처럼 특권적 지위를 차지하는 상황은 용납되기 어려웠다. 독일 정부는 군대에 대한 촘촘한 통제장치와 군인 인권보장체제를

22) 독일재무장의 비밀을 담고 있는 힘머로트 비망록(Himmeroder Denkschrift)은 http://www.bundesarchiv.de/oeffentlichkeitsarbeit/bilder_dokumente/01725/index-2.html.de(2012-5-28)

23) 이에 대한 비판적 고찰로는 Bald, Detlef, *Die Bundeswehr: Eine kritische Geschichte 1955-2005*, C.H.Beck: München, 2005, 18쪽 이하.

확립함으로써 정치적 반대를 잠재울 수 있었다. 독일은 파리조약(1955년 5월 5일)을 통해 국제법적으로 주권국가의 지위를 점차적으로 회복하며 북대서양조약 기구의 일원이 되었다. 독일은 1956년 3월에 병역의무에 관한 규정을 헌법에 도입하고, 이어 징병제를 골자로 한 병역법을 제정하였다. 수 천 명의 청년들이 헌법상의 양심적 병역거부권을 원용하며 병역을 거부하자 1960년에 대체복무법도 제정하였다.

청산과 재건의 과정에서 독일은 헌법에 군대에 관한 한 대단히 많은 규정을 두게 되었다. 또한 다양한 군인법제들이 제정되었다. 군인법, 국방감독관법, 병역거부법, 대체복무법, 대체복무자대표위원법, 군인참가법, 군내양성평등법, 군인소원법, 군형법, 병역법, 군인징계법, 군인급여법, 부양보장법, 일자리보호법 등을 지적할 수 있다. 우리나라에도 내용상 이와 유사한 법령들이 존재하지만 전적으로 새롭고 현격한 차이를 보이는 규범들도 적지 않다. 군대를 개혁의 설계도에 따라 창설함으로써 독일의 군조직이나 활동에 대해 민주적 헌정국가의 원칙들을 관철시킬 수 있었던 것이다. 이에 비하면 우리는 해방 이후 개혁이나 인권보장의 구상 없이 군대를 먼저 창설하고 운용하다가 사후에 법적 외양을 만들어 가면서 정당화하였다.

2. 민주적·시민적 지휘

민주적·시민적 지휘(*Innere Führung*)²⁴⁾는 독일군대의 개혁 개념이다.²⁵⁾ 실정법으로서는 국방감독관법이 ‘민주적·시민적 지휘 원칙들(*Grundsätze der Inneren Führung*)’이라는 표현을 사용하고 있다(제1조 제3항). 그러나 그에 대한 법적 정의는 없다. 국방부는 직무규정이나 편람을 통해 그 내용을 다양하게 구체화하였다.²⁶⁾ 내용상으로는 군대의 지휘와 병영생활을 포함하여 미치지 않는 곳이 없다. 이 개념의 대변자는 바우디신(*von Baudissin* 1907~1993)²⁷⁾이다. 그는 1951년 블랑크청(*Amt Blank*)²⁸⁾에

24) 독일어 인내레 뤼통(*Innere Führung*)은 정훈(政訓)이나 내면적 지휘 등으로 옮길 수 있다. 그러나 제2차세계 대전 후 독일군의 개혁적 정치적 교육의 특성을 반영하는 새로운 리더십을 담고자 한다는 점을 주목하여 ‘민주적·시민적 지휘’라고 번역하였다. 공식적인 영어 번역은 *leadership and civic education*이다. 이 번역에 대한 고심은 이계수·이재승·오병두, 외국 군 인사·복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사—독일의 법령과 제도를 중심으로—, (2006년도 국가인권위 연구용역보고서), 22쪽 이하.

25) Busch, Eckart, *Der Wehrbeauftragte*, Decker u. Müller: Heidelberg, 1989, 77쪽 이하.

26) ZDv 10/1 *Innere Führung*, 영어문서로는 <http://www.kas-benin.de/mil/innere-fuehrung-eng.pdf>(2012-6-10).

27) 바우디신은 1907년 트리엘에서 태어나 베를린 대학에서 법, 역사, 경제학을 공부하였고, 제2차세계대전에서 톰멜 장군의 부관으로 복무하다 1941년에 호주인들에 의해 체포되어 호주에 억류되었다. 억류되어 있는 동안

관여하면서 민주적·시민적 지휘를 독일군대의 혁신 개념으로 제시하였다. 블랑크청은 1953년에 내부구조(inneres Gefüge)라는 개념 대신에 민주적·시민적 지휘를 공식적으로 채택하였다.²⁹⁾ 그의 의도는 새로운 관념을 통해 관헌국가적이고 봉건적인 위계서열에 기초한 군대의 사고방식을 타파하고 군대를 민주주의에 적합하게 만들고 다원주의적 사회와 양립시키는 것이었다.³⁰⁾ 과거 독일 군대의 엘리트주의적이고 집단적인 단체정신이 ‘국가 속에 국가’라는 위험한 경향을 조장했다면, 민주적·시민적 지휘는 국가적·사회적 규범을 군대에 관철시키고, 군대와 사회의 새로운 관계를 정립하려는 것이다.

이 개념의 기원을 1806년 프랑스 국민군과 전투에서 패한 후 프로이센이 시행한 군대개혁과정에서 찾는다. 프로이센의 국가장관 쉬뢰터(v. Schroetter 1743-1815)가 슈타인(vom Stein 1757-1831)과 협력하여 제출한 <프로이센 군대의 군사재판에 관한 신규율(안)>에 이러한 구상이 나타난다. 쉬뢰터는 [프로이센 군대개혁위원회에 보내는 즉각적인 보고서(1808)]에서 군사법의 큰 목적이 군대를 사회에 융합하려는 데에 있다고 주장하였다. 따라서 평화시에는 군사재판을 폐지하고, 전시에만 다르게 규정할 수 있다는 것이다. 군사재판소가 시민과 군인 간에 분리의 벽을 만들고, 이러한 벽은 모두에게 배타적인 단체정신(esprit de corps)을 조장하고, 군인을 고립시키고 국가의 공동목적을 침해한다고 이해하였다.³¹⁾ 그러나 이러한 발상은 독일 역사에서 온전하게 관철되지 못했다.

에 전쟁포로대학 개념을 발전시켜 포로들을 교육하였고, 1947년에 석방되었다. 1950년대부터 독일재무장에 관한 비밀 작업에 관여하였고, 중장으로 승진한 후에 1963년부터 65년까지 파리의 나토군사학교의 교장이 되었다. 1967년에 퇴직하여 사회민주당에 가입하였다. 바우디신은 1971년부터 1984년까지 함부르크 대학의 평화연구 및 안보정책 연구소(Institut für Friedensforschung und Sicherheitspolitik)를 이끌었다. 1980년부터 86년까지 함부르크 국방대학교의 교수로 근무하였다. 그의 경력에 대한 소개는 Wolf von Baudissin, http://de.wikipedia.org/wiki/Wolf_Stefan_Traugott_Graf_von_Baudissin.

- 28) 블랑크청은 아테나워 정부 아래 국방부의 발족을 준비하는 기구였으며 1950년에서 1955년까지 존속하였다. 초대 국방장관이 된 테오도르 블랑크(쑤대액 Blank)가 이 관청을 이끌었기 때문에 그렇게 불렀다. 이 과정에 대해서는 Auf dem Weg zum Verteidigungsministerium: Die Zentrale für Heimatdienst und das "Amt Blank" 1950 - 1955, http://www.bundesarchiv.de/oeffentlichkeitsarbeit/bilder_dokumente/00879/index.html.de(2012-5-28)
- 29) 독일정부는 민주적·시민적 군사학교를 1956년에 쾰른에 설치하였고, 57년에 코블렌츠로 이전하였으며 현재에는 민주적·시민적 지휘 센터(Zentrum Innere Führung)로 개명하여 민주적 리더십을 가르치고 있다.
- 30) 개혁가 바우디신의 사상과 역할에 대한 훌륭한 소개는, 문수현, 군사 개혁가 볼프 폰 바우디신(Wolf von Baudissin)과 1950년대 서독 연방군 개혁, 역사와 세계 40호 (2011), 237-267쪽; Frevert, Ute, *A Nation in Barracks: Conscription, Military Service and Civil Society In Modern Germany*, Berg: Oxford, 2004, 367쪽 이하.
- 31) 인용은 “Konzeption der Inneren Führung”, Reeb/Többicke(편), *LEXIKON INNERE FÜHRUNG* 3. Aufl., WALHALLA: Regensburg, 2003, 158쪽; 예나 전투에서 패한 후 프로이센 군대개혁은 정치개혁과 농노해방에 기초한 국민개병제, 귀족특권으로서 장교임용제 폐지, 근대적인 군대교육과 편제 등을 핵심내용으로 하였다.

프로이센은 그 후 군사주의적 통합정책을 통해 독일 통일을 성취하였다. 독일 제2제국은 1871년 군사법원을 설치하였고, 바이마르 공화국은 이를 폐지하였으나 히틀러가 1934년에 부활시켰다. 군사재판의 철폐는 나치 군사재판소의 끔찍한 만행을 겪은 후에야 관철되었다.³²⁾ 현재 독일헌법에 따르면 방위사태나 외국에 파견되거나 군함에 승선한 군인에 대해서만 군사재판소가 형사재판권을 행사할 수 있다(제96조 제2항). 그러나 군사재판소에 관한 법률은 제정되지 않았으며 현재로서 형사법정으로서 군사재판소는 존재하지 않는다.

민주적·시민적 지휘는 민주적이고 문명적 군대를 향한 규제적 이념이자 개혁 개념이다. 독일군은 군대 상에서, 국가와 사회에 대한 관계에서, 군사제도의 형성에서 민주적·시민적 지휘를 강조하고 종래의 군대와 차별화하려고 한다. 민주적·시민적 지휘는 군대의 내부에서 군사력의 기능적 효율성과 법치국가성을 일치시키려 하고, 외적으로 군대, 민주주의, 사회를 양립시키려고 하고, 그리하여 국가헌법과 국방헌법의 일치를 추구한다. 민주적·시민적 지휘에는 두 가지 대강이 존재한다. 우선 군 내부 영역에서 민주적·시민적 지휘는 헌법의 가치표상들을 군대의 기초로 삼으려고 한다. 민주적·시민적 지휘는 기본적 가치들을 매개하며, 그 중심적 거점은 헌법질서의 기초로서 인간존엄이다. 여기서 군인의 인권보장을 감시하는 의회의 보조기구로서 국방감독관(Wehrbeauftragter)의 역할도 중요하다.³³⁾ 다음으로 민주적·시민적 지휘는 군대를 국가적·사회적 질서로 편입시키려고 한다. 항구적인 통합과정은 시민과 군인간의 이원성을 탈피하고 군대와 민주주의, 국가와 군대, 군대와 사회의 긴장을 극복한다. 이는 독일군이 국가와 사회의 군대라는 의식과 이해를 일깨우는 것이다.³⁴⁾ 군대와 사회의 민주적인 피드백을 지속시키는 것이다. 민주적·시민적 지휘는 독일군대에서 여전히 고수해야 할 방향으로 취급된다.³⁵⁾

결국 제복 입은 시민으로 새로운 국민정신과 투쟁심을 가진 강한 군대를 목표로 하였다. Wehler, Hans-Ulrich, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte 1700-1815* 3.Aufl., C.H.Beck: München, 1996, 464쪽 이하.

32) 독일군법전문가인 메셔슈미트(M. Messerschmidt)는 그의 대표작인 <나치체제의 군사법원 *Die Wehrmachtjustiz 1933 - 1945*>에서 다음과 같이 말하고 있다. "1907년에서 1932년 사이에 독일에서 1,547명에게 사형이 선고되어, 그중에서 393명의 사형이 집행되었는데 비하여, 나치군사법원은 적게 잡아도 25,000명에 사형을 선고하였고 그중에 18,000-22,000명의 사형을 집행하였다." 인용은 Boll, Bernd, "Der Kampf an der inneren Front, Rezension von Messerschmidts *Die Wehrmachtjustiz 1933 - 1945*", Deutschlandradio, 19. Dezember 2005. (<http://www.dradio.de/dlf/sendungen/politischeliteratur/450137/> 최종검색일. 2012-5-25)

33) 이에 관한 소상한 연구로는 이계수·오병두, 군에 대한 의회통제의 가능성과 한계 - 독일의 '국방감독관' 제도를 중심으로, 민주주의법학연구회(편), 『민주법학』 33호, 2007, 387쪽 이하.

34) Busch, 앞의 책, 79~80쪽.

35) 그로스는 민주적·시민적 지휘에 대한 다섯 가지 우려스러운 경향을 지적한다. 첫째로, 80년대 이래로 군지휘

민주적·시민적 지휘는 입법자뿐만 아니라 군과 정치적·군사적 지휘부, 마지막으로 사회를 겨냥하고 있다.³⁶⁾ 입법자는 민주적·시민적 지휘의 법적 틀을 만들어야 하며, 인격에 기초한 헌법의 인간상을 군사법제에 반영해야 한다. 다음으로 군대와 군의 정치적·군사적 지휘부는 민주적·시민적 지휘의 원칙들에 구속되어야 한다. 이는 최고사령부에서 단위부대의 상관에게까지 해당된다. 민주적·시민적 지휘의 최종소비자는 군인들이므로, 상관과 부하간의 관계뿐만 아니라 모든 군인들의 동지적 구속성을 밀반침한다. 이러한 점에서 군인참가법(Soldatenbeteiligungsgesetz)은 군대 안에서 연대와 민주주의를 구현하는 장치이다. 마지막으로 민주적·시민적 지휘는 사회에도 미친다. 사회가 평화의 군사적 보장과 군대의 필요성을 인정하는 경우에만 군대와 사회 간에 통합이 지속될 수 있다.

3. 제복입은 시민

특별권력관계론은 포괄적으로 또는 법률적 요건 없이 공무 종사자들의 자유와 권리를 제한하고, 자유와 권리의 침해에 대하여 적법절차와 사법심사를 배제하는 관헌국가적인 사고방식이다. 오늘날 그러한 비법률적인 개념은 군복무관계(Wehrdienstverhältnis)로 변형·대체되었다.³⁷⁾ 용어가 어찌되었든 군인의 자유와 권리는 일반시민과 달리 폭넓게 제한된다. 군인은 군사적 필요성의 범위 안에서 명령에 따라 죽음도 감수해야 하기 때문이다. 어려움은 군사적 필요성과 군인의 권리를 법치국가적으로 조화시키는 데에 있다. ‘제복 입은 시민(Staatsbürger in Uniform)’은 이러한 방편이자 새로운 독트린이다.³⁸⁾

부가 맹목적 전투원 개념을 강조하고 있다. 둘째로, 민주적 시민적 교육에 맞서 시대초월적 군인의 덕성을 강조하고 형식적 규율을 강조하는 보수적 반동적 교육개념을 대립시키고 있다. 셋째로, 독일군의 내적 민주화를 충분히 활용하지 못하고 있다. 넷째로, 군대의 학력저하로 인하여 정치적 판단력과 책임의식에 심각한 결함이 감지되고 있다. 다섯째로, 독일군의 다국적군과의 협력과정에서 민주적·시민적 지휘라는 개혁개념이 약화되고 있다. Groß, Jürgen, Ein Rück- und Ausblick Die Innere Führung der Bundeswehr, *IMS Nr. 5, 2008; Globaler Einsatz - Deutschlands wachsende Verantwortung*
[http://www.ims-magazin.de/index.php?p=artikel&a_id=1255388400,1,gastautor\(2012-5-26\)](http://www.ims-magazin.de/index.php?p=artikel&a_id=1255388400,1,gastautor(2012-5-26))

36) Busch, 앞의 책, 81쪽 이하.

37) 이에 대한 해설은 Scherer/Alff/Poretzschkin, *Soldatengesetz*, Vahlen: München, 2008, §1 이하.

38) 로위 교수는 이 개념에 대한 유럽안보협력기구 회의에서 세 가지 정도를 지적하였다. 첫째로, 이 개념은 국가가 차별취급해서는 안 되기 때문에 징집병뿐만 아니라 지원병에게도 동일하게 적용되어야 한다. 둘째로, 이 개념은 군대를 사회 속에 위치지우기 때문에 권력자가 민간인에 대한 억압수단으로 군대를 동원하는 것을 저지한다. 셋째로, 이 개념은 군대 계급질서의 남용으로부터 군인의 인권을 보호하는 역할을 한다. Rowe, Peter(etc.), “Citizen in Uniform: Implementing Human Rights in the Armed Forces”, Berlin, 7-8 September

제복 입은 시민이라는 개념은 1952년에 당시 사회민주당 국방정책 자문가 베르만(Fr. Beermann)이 처음으로 사용하였다. 그러나 ‘제복 입은 시민’의 기원은 칸트의 ‘무기를 든 시민(Staatsbürger in Waffen)’³⁹⁾에서 찾고 있다.⁴⁰⁾ 물론 시민이 동시에 군인인 상태는 고대 공화정이나 르네상스기의 도시국가에서 볼 수 있고 국가개혁의 맥락에서 시민군을 강조한 마키아벨리를 이 개념의 기원으로 잡을 수 있다. 그러나 시민군(citizen-soldier)과 제복 입은 시민(citizen in uniform)은 구별해야 한다. 시민군은 고대 공화정이나 민주정에서 보듯이 시민의 책무로서 참전의 의무가 존재하는 상태를 의미한다. 그러나 르네상스 이후 용병(mercenary)을 대체하는 군대로서 시민군이 다시 등장한다. 이 경우 시민군은 국민군의 성격을 띤다.⁴¹⁾ 이에 비하여 제2차 세계대전 이후에 개념어로 확립된 제복 입은 시민으로서 군인은 시민군이나 국민군의 맥락을 훌쩍 넘어 인권과 민주주의, 국제평화와 인도주의를 지향한다. 제복 입은 시민은 공화주의와 세계평화주의의 연결고리이다. 마키아벨리가 군주론이나 전쟁론에서 군사적 영광과 팽창주의를 추구했다는 점에서 영구평화의 이념 아래 전쟁공화제와 시민자원병제를 구상하는 칸트를 이러한 개념의 원조로 삼는 것이 더 어울린다.⁴²⁾

제복 입은 시민은 맹목적인 군인이 아니라 통찰과 확신에 따라 행동하는 인간을 추구한다. 민주적·시민적 지휘도 맹목적 군인 상을 극복하고 독자적인 판단을 통해 비판적이고 시민적 용기를 발휘하는 깨어있는 군인 상을 전제한다. 이 개념은 프로이센과 나치의 부정적인 군인 상을 청산하고 새로운 상을 정립하는 것이다.⁴³⁾ 제복 입은 시민의 근본적 함축은 시민과 동일한 군인의 권리주체성이다.⁴⁴⁾ 따라서 독일 군사법제는 군인에게 광범위한 시민적·정치적·사회적 권리를

2006, Conference Report, 2쪽([http://www.osce.org/odhr/22130\(2012-05-25\)](http://www.osce.org/odhr/22130(2012-05-25))); 같은 사람, “THE SOLDIER AS A CITIZEN IN UNIFORM: A REAPPRAISAL”, *New Zealand Armed Forces Law Review* vol.1(2007), 1-17쪽.

39) 문장은 다음과 같다.

Ganz anders ist es mit der freiwilligen periodisch vorgenommenen Übung der Staatsbürger in Waffen bewandt, sich und ihr Vaterland dadurch gegen Angriffe von außen zu sichern.([상비군 제도는 인격의 원칙에 위배되므로 폐지되어야 하는 것이지만(전후 맥락상 추가함)] 외적의 침략에 대항하여 자신과 조국을 방어하기 위하여 무기를 든 시민이 자발적으로 정기적인 훈련에 임하는 것은 사정이 전혀 다르다)

칸트/이한구(윤희), 영원한 평화를 위하여, 16쪽 참조(영원한 평화를 위한 예비조항 3. 상비군은 결국 완전히 폐지되어야 한다).

40) “Staatsbürger in Uniform”, Reeb/Többicke, 앞의 책, 226쪽.

41) 국민군으로 시민군의 이해는, 마키아벨리/강정인·김경희(윤희), 군주론, 까치, 2008, 76쪽 이하.

42) 시민자원병제는 근대화과정에서 거의 매력을 상실하고, 국민개병제에 입각한 상비군제도가 일반화되었다.

43) 이 점에 관해서는 Osiel, Mark J., “EVER AGAIN: LEGAL REMEMBRANCE OF ADMINISTRATIVE MASSACRE”, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 144, 1995, 691쪽 이하.

보장한다. 나아가 제복 입은 시민은 국제인도법과 헌법을 준수하고, 민주적인 질서에 충성하는 의무, 즉 시민성(civility)의 의무를 함축한다. 이러한 시민성의 의무는 군인의 인권을 강화하고 동시에 평화와 민주주의를 강화한다.

독일 헌법은 기본권 조항이 입법, 행정, 사법을 구속한다고 규정한다(제1조 제3항). 국방권력은 행정권에 포함되기 때문에 기본권 조항은 군대를 구속하므로, 기본권의 주체로서 군인, 즉 제복 입은 시민은 당연히 헌법적 원리이다. 이 점을 군인법(Soldatengesetz)도 규정한다. 군인법은 군인이 시민과 동일한 권리를 가진다는 점 그리고 군인의 권리 제한에 법률적 근거가 필요하다는 점을 밝히고 있다.⁴⁵⁾ 물론 특이하게 독일헌법은 명문으로 일부 기본권을 군인에게 유보한다.⁴⁶⁾ 그러나 군인의 권리를 제한하는 경우에도 법률에 근거할 것을 요구하기 때문에 전반적으로 법률유보의 원칙이 관철된다고 할 수 있다. 제복 입은 시민은 이렇게 독일공법학을 지배하였던 특별권력관계론을 군사법의 영역에서 해체하였다.

IV 능동적 시민으로서 군인

제복 입은 시민으로서 군인의 권리와 의무가 독일 법제에서 어떻게 규정되었는지 살펴보자. 군인의 정치적 권리 실태를 비교하는 데에 능동적 시민(citoyen actif)과 수동적 시민(citoyen passif)이라는 관념이 유용한 것 같다. 원래 능동적 시민은 일정한 세금을 납부하고 참정권을 확보한 시민을 의미하고, 반면에 세금을 납

44) 유럽안보협력기구의 군인인권편람은 기본적으로 국제인권규범을 군인에게도 적용할 수 있다는 시각(The Citizens in Uniform Approach)에서 이 개념을 활용하고 있다. OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, 2008, 32-34 쪽.

45) 군인법 제6조: 군인은 다른 시민(Staatsbürger)과 동일한 시민적 제권리를 향유한다. 군인의 권리는 군사적 업무의 필요한 범위 안에서 법률에 근거를 둔 의무를 통해 제한된다.

대체복무법 제25조의c: 대체복무자는 다른 시민과 동일한 시민적 제권리를 향유한다. 대체복무자의 권리는 대체복무의 필요성의 범위 안에서 법률에 근거를 둔 의무를 통해 제한된다.

46) 헌법 제17조의a (군인에 대한 특별한 제한규정)

① 군복무와 대체복무에 관한 법률들은 군복무 및 대체복무 중인 군인과 대체복무자에게 자신의 의견을 언 어, 문자, 도화로 자유로이 표현하고 전파할 수 있는 권리(헌법 제5조 제1항 1문 전단), 집회의 자유권(제8조) 및 다른 사람과 공동으로 이의신청이나 소원을 제기하는 한도 내에서 청원권(제17조)을 제한하는 규정을 둘 수 있다.

② 민방위를 포함하여 국방에 기여하는 법률은 거주이전의 자유(제11조), 주거의 불가침(제13조)을 제한하는 규정을 둘 수 있다.

부하지 못하고 그저 보호의 객체에 지나지 않는 자를 수동적 시민으로 불렀다. 이 개념을 군인에게 적용하면 능동적 시민으로서의 군인은 국가와 군대의 정책이나 공론형성에 영향력을 미치는 존재이고, 수동적 시민은 그 정치적 주체성을 부정당하는 존재이다. 독일의 군인이 능동적 시민에 가깝다면, 한국의 군인은 수동적 시민에 가깝다고 할 수 있다. 군사법학자 놀테와 크리거는 바우디신(Baudissin)의 유명한 말을 인용하면서 독일의 법제의 특징을 잡아낸다. “제복 입은 시민 개념은 정치적으로 능동적 시민으로서 자신의 권리와 책임을 감당하는 군인에 대한 이상적 설명으로 전개되었다. 군인은 반드시 수호해야 하는 민주주의와 인권의 가치를 스스로 체험해야 한다. 바로 이러한 이유로 독일법은 정치적 중립성의 최소한만 규정하고, 군사적 효율성을 저해하지 않는 한 정치적 활동을 허용한다.”⁴⁷⁾

놀테와 크리거는 군인의 정치적 권리 실태를 세 가지로 유형화하였다. 그들은 정치적 권리의 규제 정도에 따라 엄정제한모델, 중간제한모델, 최소제한모델로 나뉘었다.⁴⁸⁾ 엄정제한모델은 직무 안팎에서 군인의 정치활동을 전부 금지하며, 폴란드와 스페인이 이에 해당한다.⁴⁹⁾ 우리나라도 대체로 여기에 해당한다고 볼 수 있다. 중간제한모델은 상당한 수준에서 정치적 권리를 선별적으로 인정하며, 이탈리아와 영국이 이에 해당한다. 최소제한모델은 표현의 자유, 결사의 자유, 정당가입권, 공직출마권까지 포괄적으로 인정하는 경우이다. 독일, 룩셈부르크, 덴마크, 오스트리아, 벨기에, 노르웨이, 스웨덴, 스위스 등이 여기에 해당한다.

[유럽각국의 군인의 정치적 권리 인정 현황]

	인정	부정 또는 금지
정당가입권	오스트리아, 벨기에, 캐나다, 덴마크, 독일, 룩셈부르크, 노르웨이, 포르투갈, 스웨덴, 스위스, 영국, 미국	아제르바이잔, 벨라루스, 보스니아-헤르체고비나, 크로아티아, 체코, 에스토니아, 핀란드, 프랑스, 그루지아, 아일랜드, 라트비아, 리투아니아, 폴란드, 러시아, 세르비아-몬테네그로, 슬로바키아, 슬로베니아, 스페인, 우크라이나
공직입후보권	오스트리아, 아제르바이잔, 벨라루스, 벨기에,	보스니아-헤르체고비나, 캐나다,

47) Nolte & Krieger, 앞의 글, 77쪽.

48) Nolte, Georg & Krieger, Heike, "Comparison of European Law System", Nolte(편), *European Military Law Systems*, De Gruyter: Berlin, 2003, 78쪽 이하.

49) 2008년 OSCE의 매뉴얼(본문상의 표)을 보면 폴란드에 대한 평가는 이제 수정되어야 할 것 같다.

	인정	부정 또는 금지
	체코, 덴마크, 에스토니아, 핀란드, 프랑스, 그루지아, 독일, 라트비아, 룩셈부르크, 노르웨이, 폴란드, 러시아, 슬로베니아, 스웨덴, 스위스, 우크라이나	크로아티아, 아일랜드, 리투아니아, 포르투갈, 세르비아-몬테니그로, 슬로바키아, 스페인, 영국, 미국
결사의 자유	오스트리아, 벨기에, 캐나다, 크로아티아, 체코, 덴마크, 에스토니아, 핀란드, 프랑스, 그루지아, 독일, 아일랜드, 리투아니아, 룩셈부르크, 노르웨이, 폴란드, 포르투갈, 러시아, 세르비아-몬테니그로, 슬로베니아, 스웨덴, 스위스, 우크라이나, 미국	아제르바이잔, 벨라루스, 보스니아-헤르체고비나, 라트비아, 슬로바키아, 스페인, 영국
표현의 자유	오스트리아, 아제르바이잔, 벨라루스, 벨기에, 캐나다, 크로아티아, 체코, 덴마크, 에스토니아, 핀란드, 프랑스, 그루지아, 독일, 아일랜드, 라트비아, 리투아니아, 룩셈부르크, 노르웨이, 폴란드, 포르투갈, 러시아, 세르비아-몬테니그로, 슬로바키아, 슬로베니아, 스웨덴, 우크라이나, 영국, 미국	스페인*

출처: OSCE ODIHR, Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel, 2008, 61쪽.

1. 시민으로서 군인의 권리

능동적 시민으로서 군인은 선거권뿐만 아니라 피선거권도 보유하고, 자신의 다양한 정치적 견해를 형성시키고, 국가정책을 자유롭게 비판할 수 있고, 원칙에 따라 군대를 거부할 수 있다. 이는 사회적 다원주의나 현대의 정치적 스펙트럼과 부합한다. 하나의 조직이나 집단으로서 군은 독자적인 정치적 입장을 정하여 시민사회와 정치를 압박하거나 개입할 수 없지만 개인으로서 군인은 자신의 정치적 견해에 따라 정치적 주체로서 다양한 차원에서 실천할 수 있다. 아마도 독일의 군인법제는 이를 가장 충실하게 반영하고 있다.

1) 군대거부와 복종거부

독일에서 병역거부권은 헌법상 권리로 인정되고 있다. 다만 독일은 2011년 7월 1일부터 징집을 중단하였기 때문에⁵⁰⁾ 이제 입대예정자가 병역을 거부해야 하는 수고는 사라졌다. 독일군은 현재 직업군인과 기간제지원병으로 구성된다.⁵¹⁾ 물론

50) 징집중단을 발표하던 당시 국방장관 구텐베르크(Karl-Theodor zu Gutenberg)는 독일군대 규모를 향후에 18만에서 18만 5천까지 낮추겠다고 밝혔다. Bundeswehr Wehrpflicht soll zum 1. Juli ausgesetzt werden, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundeswehr-wehrpflicht-soll-zum-1-juli-ausgesetzt-werden-1577622.html>(2012-5-25)

51) 독일국방부의 통계에 따르면, 2011년 12월 22일 기준으로 군인총수는 205,149명이다. 그 구성에 대해서는 독

이러한 군인도 군복무 자체가 양심에 반한다고 확신하는 경우에는 병역을 거부할 수 있다.⁵²⁾ 나아가 독일연방행정법원은 소프트웨어 개발 명령이 불법적인 이라크 전쟁과 관련된다며 명령수행을 거부한 장교에게 양심의 자유를 인정하였다.⁵³⁾ 양심에 입각한 불복종도 허용하고 있는 것이다. 이 문제와 관련하여 한국의 인권 실태는 참으로 열악하다. 양심적 병역거부자들이 세계에서 최대규모로 처벌되고 있으며, 정부는 여전히 국제사회의 권고를 일축하고 있다.⁵⁴⁾

2) 책을 읽을 권리

독일 군인은 정부정책에 비판적인 내용을 담고 있는 도서나 매체에 접근할 수 있다. 사회적 다원주의가 민주적 법치국가의 기본이기 때문에 일반시민에게 허용되는 것이면 기본적으로 군인에게도 허용된다. 독일 헌법 제5조 제1항 후문⁵⁵⁾의 정보자유권은 공동막사에 거주하는 군인에게도 인정된다. 따라서 군인은 온갖 종류의 신문, 도서, 인쇄물을 수령할 수 있고, 자유롭게 라디오를 청취하고 텔레비전을 시청할 수 있다.⁵⁶⁾ 도서에 대한 접근권은 헌법 제5조(표현의 자유)에서 소

일국방부 <http://www.bundeswehr.de/portal/a/bwde/streitkraefte/grundlagen/staerke/> (2012-5-25)

- 52) 이재승, 독일대체복무제 최근동향, 인권과 공익법 창간호, 건국대학교 법학연구소, 2008/10, 43쪽 이하.
- 53) P는 2003년 4월에 군사용 소프트웨어의 개발명령을 불법적인 이라크 전쟁과의 관련성을 이유로 거부하였다. 이에 군당국은 P를 소령에서 대위로 강등조치를 취하자 P가 항소하였다. P는 연방군이 쿠웨이트에 주둔하는 점, 독일군이 공중경계관제체계(AWACS) 비행에 관여하는 점, 독일내 미군기지를 보호감시하는 점, 이라크에서 전투중인 미군의 영공 통과와 착륙을 지원한다는 점을 아울러 비판하였다. P는 이러한 행위들도 헌법과 국제법에 위반하는 것으로 간주하였다. 또한 나토협정이나 독일과 미국 간의 군사협정이 유엔헌장에 반하는 전쟁을 수행할 권한을 부여하지 않는다고 주장하였다. 독일연방행정법원은 P의 직무위반을 증명할 수 없고, 복종의무 위반이 존재하지 않는다고 결정하였다. 독일연방행정법원은 양심의 자유는 군대의 명령에 의해 제한받지 않는다는 점을 강조하였다(BVerwG 2 WD 12.04 Urteil vom 21. Juni 2005). 그러나 이 판결은 이라크 전쟁의 불법성에 대한 쟁점을 회피하였다. Kotzur, Markus, "Gewissensfreiheit contra Gehorsampflicht oder: der Irak-Krieg auf verwaltungsgerichtlichem Prüfstand", *Juristen Zeitung*(2006), 25쪽 이하; 이 문제에 대해서는 이재승, 군인의 전쟁거부권, 민주법학 제43호, 2010, 185쪽 이하.
- 54) 한국일보의 보도에 따르면 2012년 <제2차 국가별 정례 인권검토(UPR) 대한민국 국가보고서>(초안)에서 정부는 "정전 중인 특수한 안보 상황, 병력 자원의 수급 문제, 병역 형평성에 관련된 비판적 사회여론 등을 고려할 때 종교 등의 사유로 인한 입영 및 징총 거부자에 대한 대체복무를 도입하기 어렵다"고 밝혔다. 양심적 병역거부자 대체복무(2012-6-18), <http://news.hankooki.com/lpage/society/201206/h2012061802363021950.htm>.
- 55) 독일헌법 제5조(표현의 자유) ①누구든지 언어, 문서 및 도형으로 자유로이 의사를 표현하고 유포하며, 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 않고 알 권리를 가진다. 출판의 자유와 라디오 및 영화를 통한 보도의 자유는 보장된다. 검열은 금지된다.
- *제1문 후단(밑줄 친 부분)을 헌법 제17조a가 제한가능한 기본권조항에서 배제되어 있음.
- 56) Heun, Werner, "Artikel 17a: Grundrechtseinschränkungen bei Dienstverpflichteten", Dreier, Horst(엮음), Grundgesetz Kommentar, Mohr Siebeck: Tübingen, 2004, §17a 갖번호 8; Scherer/Alff/Poretschkin, Soldatengesetz 8판, Vahlen :München, 2008, §6 갖번호 35.

극적인 정신활동에 속하는 것으로서 의사를 외부에 적극적으로 표출하는 권리보다 두텁게 보호된다. 여기서 의견형성권(의견보유권)과 의견표현권은 구분되며, 도서접근권은 바로 전자에 해당하는 것이다.⁵⁷⁾ 물론 독일에서도 도서에 대하여 규제하는 법제가 있다. 포르노그래피와 나치찬양도서 등이 주로 금지된다. 이러한 도서도 최종적으로 법원의 판결을 통해서 금지되며, 군당국은 이러한 도서를 군대내에서 금지할 수 있다.⁵⁸⁾ 그러므로 정부정책에 비판적이라는 이유로 군당국이 자발적으로 금지하는 제도는 없다.

이러한 기준에서 보자면 우리의 규율방식은 자의적이다. 2010년 헌법재판소는 군당국의 불온도서 지정행위가 위임입법금지 원칙이나 명확성 원칙에 반하지 않는다고 결정함으로써 지금까지 군사법 영역에서 배회하던 특별권력관계론을 법적으로 인정해주었다.⁵⁹⁾ 백지 위임 조항과 자의적인 지정권을 합헌적이라고 하면서 법률유보의 원칙을 완전히 형해화시키고 말았다. 시민사회에서 금지되지 않는 것을 군당국이 임의로 금지한다면 이는 가치다원주의를 전제로 한 민주적 기본질서를 침해하는 것이다.⁶⁰⁾ 최근 군당국이 중복앱들에 대한 접속을 제한하려던 행태도 군인의 정보접근권의 관점에서 엄밀히 비판해야 한다.⁶¹⁾ 기본적으로 국가 기밀이 아니라면 매체에 대한 자유로운 접근권을 보장해 주어야 한다. 고단한 군인들이 원하는 책이라면 오디오북을 만들어 ‘책 읽어주는 군대’가 되어야 하지 않을까!

3) 표현의 자유

독일 헌법은 군인의 표현의 자유를 제한할 수 있다고 규정하였다(제17조의a). 군인의 정치적 표현은 당연히 군의 헌법적 사명에 부합해야 한다. 정치적 표현의 자유를 제한하는 대표적인 규정은 충성의무이다(군인법 제8조). 또한 장교와 부사관은 상관으로서 신뢰를 유지하기 위해 의견표명에 있어서 절제의 의무가 있다(제10조 제6항).

관례에 따르면 군인은 동료 전우들에게 불복종을 촉구하는 유인물을 배포함으로써 군대의 존속과 기능적 효율성을 저해해서는 안 된다.⁶²⁾ 부대장의 편향된 정

57) 이재승, 불온도서 지정의 위헌성, 민주법학 제40호(2009), 45~77쪽.

58) 이재승, 앞의 글, 68쪽 이하.

59) 헌재 2010.10.28, 2008헌마638.

60) "Pluralism", *LEXIKON INNERE FÜHRUNG*, 194쪽.

61) 전병역, 육군 부대장 “니킴수는 중복 앱” 삭제 지시 논란, 경향신문(2012-02-03),

[http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201202032149145&code=910302\(2012-05-26\)](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201202032149145&code=910302(2012-05-26))

치적 발언에 대하여 군인은 합당한 수단을 통해 비판할 자유가 있다.⁶³⁾ 군인은 직무 이외의 영역에서 정부의 정책방향과 다른 견해라도 자유롭게 표현할 수 있으며,⁶⁴⁾ 직무시간 이외에 공개적인 발언과 글로써 정치적인 문제, 안보정책 또는 국방정책을 비판하고, 군사적 방어나 군사전략의 합목적성에 대한 공개토론에 참여할 수 있다.⁶⁵⁾ 대위가 자유시간에 사복을 입고서 군부대에서 10여 킬로 떨어진 도시의 시장에 비핵지대의 설치를 촉구하는 취지의 평화운동 청원서를 기자들 앞에서 제출하는 것도 직무위반에 해당하지 않는다.⁶⁶⁾ 그러나 고위장교는 직무상 발언시에 연방정부와 국방부의 안보 및 국방정책상의 제약을 받는다.⁶⁷⁾ 군인의 표현의 자유도 물론 기밀유지의무의 제한을 받는다(군인법 제14조). 이 경우에도 전문서적이거나 의회발간물과 같이 누구나 접근할 수 있고 널리 알려진 사항들은 공지의 사항으로서 비밀유지의 대상이 아니다.⁶⁸⁾ 나아가 검열금지조항(헌법 제5조 제1항 3문)은 군인이나 국방정책 연구자들에게도 그대로 적용된다.⁶⁹⁾

이에 비해 한국의 군인이나 국방연구소의 연구자들의 처지는 매우 옹색하다. 국방 및 군사에 관한 사항을 발표하려면 모두 국방장관의 허락을 받도록 요구하고

62) 1967년에 징집병 K는 부대에 입소한 날에 '사회주의 청년노동자단체'의 구성원임을 밝히고 부대원들에게 100 여장의 유인물을 배포하고 독일의 비상사태법제를 비판하고 거리로 나가서 투쟁할 것을 선동하였다. 이에 부대장은 K에게 14일간의 근신조치를 취했다. K는 표현의 자유를 주장하며 근신조치에 대해 이의를 제기하였다. 연방헌법재판소는 이러한 배포행위가 군인법 제7조와 제8조(충성의무) 등을 위반한다고 판단하였다(BVerfGE 28, 51).

63) 여단장이 군인신고식 혼사에서 진보세력과 소수자들에 대한 정치적 비난을 퍼부었고, 그 내용을 일간지에 실었다. 이에 병인 P는 같은 신문에 관동성명을 밝히고 여단장의 연설에 대한 반론을 게재하였다. 여단장은 P에게 직무위반을 이유로 경고처분을 내렸다. P는 이에 불복하여 소원을 제기하였고, 경고처분은 법원에 의해 취소되었다.(BVerwGE 76, 267=NJW 1985, 1658).

64) Rose, Jürgen, Die Bedeutung von Meinungs- und Pressefreiheit im Rahmen der Inneren Führung, <http://www.medienanalyse-international.de/meinungsfreiheit.html>(2012-5-31); Lucks, Ulrich, Bedeutung und Grenzen der Meinungsfreiheit für Soldatinnen und Soldaten, *Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung* 2008/1, 1쪽 이하.

65) BVerwGE 76, 267=NJW 1985, 1658.

66) BVerwG, Beschluß vom 25.07.1984=NJW 1985, 160.

67) 국방부 산하 기관장인 K는 국제심포지움에서 <핵위협 시대는 끝나는가? 2000년 이후 안보와 국방 조망의 차원>이라는 제목으로 강연하면서 핵위협의 타당성과 신뢰도에 관한 정부의 공식적인 견해를 비판하였다. 이에 병무청장은 K에게 향후에 강연과 발표는 국방장관과 협의하라고 지시하였다. K는 이 지시에 불복하였으나 독일연방행정법원은 이 지시가 직무범위에 속하는 적법한 명령이라고 판단하였다. BVerwG, Beschluß vom 28.05.1991=NVwZ 1992, 65.

68) Scherer/Alff/Poretschkin, 앞의 책, §14 갖번호 5.

69) 위의 책, §6 갖번호 36.

있기 때문이다.⁷⁰⁾ 현정부 아래서 정부정책을 비판하여 박해를 받은 연구원의 사례는 표현의 자유의 실상을 잘 보여준다.⁷¹⁾ 최근 SNS에서 정부정책을 비판했던 현역대위가 대통령에게 욕설을 했다는 이유로 군형법상 상관모욕죄⁷²⁾로 기소되었다. 직무 이외의 영역에서 정부의 최고책임자로서 대통령에 대한 비난이 과연 상관모욕죄에 해당하는지 의문이다. 공교롭게도 이명박 대통령은 대통령령인 군인복무규율을 2009년에 개정하여 군통수권자도 상관이라고 규정하였다.⁷³⁾ 그러나 상관지위는 군인복무규율의 조문과 관계없이 명령권의 존재여부에 따라 결정된다(군형법 제2조 1호). 헌법상 대통령이 군통수권자이기 때문에 이명박 대통령이 모든 군인에 대하여 최고상관이라는 점은 부정할 수 없다. 그러나 직무와 무관한데도 그리고 국정책임자로서 지위와 통수권자로서의 지위를 구별하지 않고서 대통령을 간단히 상관모욕죄의 객체로 규정할 수 있는지는 의문이다. 군당국의 해석이 옳다면 대한민국 아저씨들은 예비군 훈련기간 중에는 입도 밀봉하고 SNS도 그만해야 할 것 같다.⁷⁴⁾

이와 관련해서 독일군형법은 상관모욕죄와 같은 중세풍의 규정이 없기 때문에 형사책임은 문제되지 않는다. 그러나 군인법상의 상관존중의무의 위반으로⁷⁵⁾ 징계

70) 군인복무규율 제17조(대외발표 및 활동) ① 군인이 국방 및 군사에 관한 사항을 군외부에 발표하거나, 군을 대표하여 또는 군인의 신분으로 대외활동을 하고자 할 때에는 국방부장관의 허가를 받아야 한다. 그러나 순수한 학술·문화·체육등의 분야에서 개인적으로 대외활동을 하는 경우로서 일과에 지장이 없는 때에는 예외로 한다.

② 국방부장관은 제1항의 규정에 의한 허가권을 각군 참모총장에게 위임할 수 있다

71) 4대강 사업에 비판적이었던 건설기술연구원 김이태 박사에 대한 박해도 하나의 실례이다. 강병일, "4대강 양심선언은 잘못이라고 해라...아니면 사직", 경향신문(2010.10.14), <http://media.daum.net/politics/dipdefen/view.html?cateid=068&newsid=20101014130304968&p=khan>.

72) 군형법 제64조 (상관 모욕 등) ① 상관을 그 면전에서 모욕한 사람은 2년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

② 문서, 도화 또는 우상을 공시하거나 연설 또는 그 밖의 공연한 방법으로 상관을 모욕한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

73) 제2조 4. "상관"이란 명령복종관계에 있는 사람 사이에서 명령권을 가진 사람으로써 국군통수권자부터 바로 위 상급자까지를 말한다.(2009.9.29 개정)

74) 군형법 제1조(적용대상자) ① 이 법은 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다.

② 제1항에서 "군인"이란 현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관 및 병(兵)을 말한다. 다만, 전환복무 중인 병은 제외한다.

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 군인에 준하여 이 법을 적용한다.

1. 군무원

2. 군적을 가진 군의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관후보생 및 「병역법」 제57조에 따른 군적을 가지는 재영 중인 학생

3. 소집되어 실역에 복무하고 있는 예비역·보충역 및 제2국민역인 군인

처분의 사유가 될 수 있다. 그러나 이 경우에도 유의해야 할 점이 있다. 실제 사건에서 독일 연방행정법원은 통수권자로서 국방장관의 지위와 국방분야의 책임자로서 국방장관의 정치적 지위를 엄밀히 구별하였다.⁷⁶⁾ 법원은 국방분야의 책임자로서 국방장관은 당연히 정치적 견해다툼에서 비판을 받을 수 있으며, 퇴진요구도 민주사회의 정상적인 과정이라고 판단하고, 부사관이 정치적 회합에서 방위정책을 비판하면서 국방장관을 물러나라고 요구한 것도 허용된다고 판시하였다.⁷⁷⁾ 이 논지를 활용하면, 국정의 최고책임자로서 대통령의 지위와 군통수권자로서 대통령의 지위는 구별된다. 따라서 직무영역 바깥에서 국정최고책임자로서의 대통령에 대한 비난과 욕설은 상관지위와 관계가 없기 때문에 상관모욕죄의 구성요건에 해당하지 않는다. 물론 대통령을 봉건적 참주로 이해한다면 천지만물에 대해 지배권은 그에게 있으므로 처벌하려고 들 것이다. 그러나 민주공화국의 시민으로서 군인은 국정의 최고책임자인 대통령을 비판할 권리를 보유한다. 앞에서 밝혔듯이 군사법정이 원래 장원법정인 까닭에 공화국의 법리가 작동할 가능성은 매우 낮다. 참고로 독일연방행정법원은 해군제독이 직무와 관련된 영역에서 오만불손하고 공개적인 비판을 통해 국방장관과 연방수상을 폄하한 행위를 직무위반이라고 판시한 적이 있다.⁷⁸⁾ 이러한 책임추궁은 문민적 우위(civil supremacy)의 관념으로 설명할 수 있다. 2백년도 훨씬 전에 ‘얼마든지 비판하라 그러나 복종하라’⁷⁹⁾는 프리드리히 대왕의 발언이 참으로 아쉽다. 공적인 문제 앞에서 직업과 직책에 따라 머리를 굴리는 대신에 세계의 보편적 청중을 향하여 이성을 공적으로 사용하는 것만이 해법이다.

75) 군인법 제17조 제1항: 군인은 규율을 유지하고 직무 이외의 영역에서도 인격체로서 상관의 지위를 존중해야 한다.

76) 독일법은 평상시에는 국방장관을 군통수권자로(헌법 제65조의a), 방위사태에서는 연방수상을 통수권자로 규정하고 있다(헌법 제115조의b). Scherer/Alff/Poretschkin, 앞의 책, §1 갖번호 48-54.; Schölz/Lingens, Wehrstrafgesetz 4. Aufl., C.H.Beck: München, 2000, §2 갖번호 13.

77) BVerwG, Beschluß vom 12.4.1978=NJW, 2109.

78) 해군준장인 K는 직무상 연방군사령관회의에 대한 요약문을 작성하면서 연방수상과 국방장관의 안보정책에 관한 진술 그리고 회의의 경과도 폄하하고 이 요약문을 기자들에게 제공하였다. 이러한 내용이 담긴 요약문의 일부가 P의 동의를 얻어 AP보도로 나가게 되었다. 징계상관은 P에게 경고처분을 내렸고, P는 이에 불복하였으나 독일연방행정법원은 이러한 비판적 언동을 직무위반으로 판단하였다(BverwGE 86, 188=NVwZ 1990, 762).

79) 칸트는 맹목적인 태도를 슬로건으로 정리하였다. ‘따지지 말고 그저 훈련하라(장교), ‘따지지 말고 그저 세금을 납부하라(세무공무원), ‘따지지 말고 그저 믿기만 하라(성직자), 그리고 이에 맞서 ‘너희들이 하고자 하는 일에 관해 너희들이 원하는 만큼 따져 보라. 그러나 복종하라(프리드리히 대왕)를 제시하였다. 칸트는 당시를 계몽주의 시대, 즉 프리드리히 대왕의 시대라고 규정하였다. 칸트, 계몽이란 무엇인가에 대한 답변, 칸트/이한구(옮김), 칸트의 역사철학, 서광사, 1992, 15쪽.

4) 집회와 결사의 자유

독일헌법은 법률을 통해 군인에게 집회의 자유를 제한할 수 있다고 규정하고 있다(제17조의a). 그러나 군인의 집회권을 제한하는 법률은 아직 없다. 다만 군인법은 정치적 행사에 제복착용을 금지하고 있다(제15조 제3항). 따라서 장교가 민간인 복장을 하고서 평화와 군축을 위한 시위에 참여하는 것도 허용된다.⁸⁰⁾ 그러나 우리의 군인복무규율은 순수한 친목이나 학술모임을 제외하고는 집단적 행동을 금지하고 있기 때문에 정치적인 의미의 집회의 참석은 원칙적으로 허용되지 않는다(제13조).

독일 군인은 조합이나 단체를 결성할 수 있다(헌법 제9조). 목적이나 활동상 형사법을 위반하거나 헌법질서나 국제친선의 이념에 반하는 단체는 금지된다(제9조 제2항). 노동조합과 직업단체의 가입·조직·활동권과 비가입·탈퇴권도 군인에게 인정된다(제9조 제3항). 대표적으로 독일군인단체(Deutsche Bundeswehrverband)가 결성되어 있다. 어쨌든 이러한 결사활동이 군대의 기능적 효율성을 저해해서는 안 된다. 따라서 군인의 파업, 파업유사행위, 파업준비행위는 허용되지 않으며, 그러한 행위는 군인법 제7조(충성의무)에 위반된다. 대체복무자에게도 파업할 권리가 없다(대체복무법 제32조의a).

독일군인법제에서 군인참가법(Soldatenbeteiligungsgesetz)은 매우 이채롭다. 군조직의 기초단위에서부터 선출된 대표위원(Vertrauensmann), 대표위원회 그리고 인사대표자들이 군인을 대표하여 군당국과 주요 문제들을 협의하고 공동으로 결정하기도 한다. 이러한 제도의 기원을 바이마르 공화국의 군대관행에서 찾고 있다.⁸¹⁾ 대표위원은 청문(제20조), 제안권(제21조), 공동결정(제22조)을 통해 다

80) BVerwG, Urteil vom 10.10.1985=NJW 1987, 82.

81) 바이마르 공화국 성립과정에서 마에르커(Maerker) 육군소장의 제1호 명령(1918. 12. 14)을 군인참가법의 기원으로 본다. 이 명령에 의하여 상관과 부하간의 조정자로서 대표위원의 선출제도가 도입되었다. 마에르커 장군은 실제로 정치적 혼란기에 우파자유군대(Freikorps)를 지휘하였다. 당시에 군인들은 심각한 경우에 상관을 해임시킬 투표권을 가지고 있었는데, 대표위원은 조정자로서 그러한 해임을 방지하는 특수한 기능을 수행했다. 자유군단의 대표위원제도는 바이마르의 정치적 혼란기에 사회주의혁명파들의 군인소비에트(Soldatenrat)에 대응하는 제도였다. 바이마르 공화국의 각급관청들이 완전히 발족할 때까지 당시의 정부는 이러한 제도에 공적인 권력을 위임하였다. 그래서 군사법학자인 데만트(Demandt)는 “대표위원은 의회주의적·민주적 제도가 아니며, 그러한 점에서 현재 독일군대에 대표위원제도의 도입을 위한 전제가 사실상 결여되어 있다”고 지적하였다.(Demandt, Ecke, “Der Vertrauensmann - Zum Problem der Beteiligungsrechte in den Streitkräften,” *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 1989, 145쪽 이하) 그럼에도 사실과 다르게 오늘날 대표위원제도는 바이마르 공화국의 민주적 제도라고 통념화되었다. 어쨌든 군인참가법의 제정과정에서 대표위원제도는 반민주적인 전사(前史)와 무관하게 민주적 이익대체제로 확립되었다. 이 내용은 Gronimus, Andreas, *Die Beteiligungsrechte der Vertrauenspersonen in der Bundeswehr* 5. Aufl., WALTHALLA: Regensburg, 2005, 15쪽.

양한 군사업무에 참가한다. 일종의 상향식 고충처리장치이자 준법감시기구로 기능한다. 특히 공동결정제는 작업장민주주의와 관련된 사회민주주의의 핵심적 제도라고 할 수 있다.

이에 비해 우리 군인복무규율은 정당 또는 정치단체 가입을 절대적으로 금지하고 있으며(제18조 1호), 또한 국방부장관이 허가한 경우에만 사회단체에 가입할 수 있게 한다(제13조 제2항). 최근 통합진보당 당원명부의 압수 이후에 국방부 대변인은 당적을 보유한 군인이 있다면 정치관여죄⁸²⁾로 처벌하겠다고 발표하였다.⁸³⁾ 그런데 군입대 전에 정당에 가입한 행위를 처벌하는 것이 법적으로 가능한지 의문이다. 입대전의 정치활동을 제한하는 것은 불가능하다. 당적과 군인지위가 양립 불가능하다면 입대와 동시에 당적의 정지를 법제화하는 수밖에 없다. 그러나 이미 입대전에 정치적 세계관을 선택하여 당적을 보유한 사람에게 입대를 이유로 당적포기나 중지를 종용하거나 정치적 중립을 요구하는 것이 징병제하에서 가능한지 의문이다. 당적중지는 의무복무중인 군인에게는 배제하는 것이 타당하다.

5) 선거권과 피선거권

독일 군인은 근무시간 중에 정치활동을 할 수 없다.⁸⁴⁾ 이때에도 동료와 정치적 견해를 나눌 수 있다. 군인은 자유시간에 정치활동을 할 수 있다(군인법 제15조 1항 및 2항). 그러나 자유시간에 병영이나 시설 안에서 이루어지는 표현은 동료의 기본권이나 전우애를 침해해서는 안 된다. 독일 군인은 당적을 보유할 수 있으며 적극적으로 공직에 출마할 수 있다. 독일도 전통적으로 군의 정치적 중립성을 요구했지만 근본적인 방향전환을 통해 사회와 민주주의에 대한 공동책임을 지게 한 것이다.⁸⁵⁾ 군인은 지방의원, 연방의원, 유럽의회의원 등에 출마하여 공직

82) 제94조(정치 관여) 정치단체에 가입하거나 연설, 문서 또는 그 밖의 방법으로 정치적 의견을 공표하거나 그 밖의 정치운동을 한 사람은 2년 이하의 금고에 처한다.

83) 국방부 “군인중 통진당원 있으면 엄중처리”, 동아일보(2012-5-30), [http://news.donga.com/3/all/20120530/46608989/1\(2012-6-15\)](http://news.donga.com/3/all/20120530/46608989/1(2012-6-15))

84) 군인법 제15조(정치활동) ①군인은 그 직무에 있어 특정 정치노선에 유리하거나 불리하게 활동하여서는 안 된다. 전우와 대화중 자신의 의견을 표명할 군인의 권리는 제한받지 아니한다.

② 자유시간에 직무시설이나 병영 안에서 자유롭게 의사를 표현할 권리는 전우애의 기본원칙에 따른 제한을 받는다. 군인은 직무상의 공통성이 중대하게 어지럽혀지지 않도록 행동해야 한다. 특히 군인은 연설을 하거나 문서를 배포하거나 정치단체의 대표자로 활동하는 등 일정한 정치집단의 선전자의 역할을 하여서는 안 된다. 상호 존중이 위태롭게 되어서는 안 된다.

③ 군인은 정치적 행사에서 군복을 착용해서는 안 된다.

④ 상관인 군인은 자신의 부하에게 특정한 정치적 견해에 찬동하거나 반대하도록 영향을 미쳐선 안 된다.

을 수행할 수 있다(제25조). 군인의 정치활동에도 일정한 한계가 존재한다. 군인법 제8조이다.⁸⁶⁾ 군인이 가입한 정당이 민주적 기본질서를 부정하고, 헌법질서에 적대적인 목표를 가지고 있으며, 그러한 정당활동에 군인이 적극적으로었다면 징계 사유가 될 수 있다. 독일연방행정법원은 1982년에 독일공산당(Deutsche Kommunistische Partei)의 목적이 자유민주적 기본질서와 양립하지 않는다고 판결하였고,⁸⁷⁾ 1983년에 네오나치들의 독일민족민주당(Nationaldemokratische Partei Deutschlands)에 대해서도 동일한 판단을 내렸다.⁸⁸⁾ 독일 통일 이후에 극우파인 공화당(Die Republikaner)에서 적극적으로 활동한 예비군 장교에 대한 파면조치를 독일연방행정법원은 적법하다고 판시하였다.⁸⁹⁾

이에 비해 우리의 법제는 투표행위 그 자체를 제외하고는 거의 모든 정치적 행위를 금지하고 있다.⁹⁰⁾ 이른바 ‘닥치고 투표하라’로 요약된다. 이러한 원칙이 불합리하다는 점은 이루 말할 수 없다. 완전한 침묵 속에서 투표하는 것은 불가능하다. 투표를 결정하기 위해서는 정치적 상황과 현안에 대한 인식이 필요하고, 이 과정에서 정보 교환과 평가, 의견표명이 불가피하다. 그런데 군형법 제94조(정치관여)와 군인복무규율 제18조 5호는 이러한 준비과정조차 금지하고 있다. 정치적 무지와 무관심이 대한민국 군대의 정치교리의 기본인 것이다. 결국 정치관여죄와 군인복무규율은 불가능한 것을 명령하고, 필연적인 것을 금지하는 악법의 대명사이다. 주지하듯이 과거에 군대는 권력자의 의중에 따라 당시 집권여당에게 부재자투표에서 몰표를 주었는데, 최근에도 군인의 투표와 관련해서 의문스러운 정치적 태도가 눈에 띈다. 2011년 서울시 무상급식 주민투표는 투표율 자체가 특정 정당과 인물에게 결정적인 의미를 가지고 있었으므로 투표독려행위만으로 정치중

85) "Politische Betätigung", *LEXIKON INNERE FÜHRUNG*, 195쪽.

86) 군인법 제8조(자유민주주의 지지) 군인은 헌법의 의미에서 자유민주적 기본질서를 인정하고 자신의 전체행동을 통하여 기본질서의 유지를 지지해야 한다.

87) BVerwGE 73, 263=NJW 1982, 779.

88) BVerwGE 83, 136=NJW 1984, 813.

89) BVerwGE 114, 258=NJW 2002, 980.

90) 군인복무규율 제18조 (정치적 행위의 제한) 군인은 법률이 정하는 바에 의한 선거권 또는 투표권을 행사하는 외에 다음의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 정당 기타 정치단체에 가입하거나 그 목적을 달성하기 위한 행위
2. 특정 정당이나 정치단체를 지지 또는 반대하는 행위
3. 법률에 의한 공직선거에 있어서 특정의 후보자를 당선하게 하거나, 낙선하게 하기 위한 행위
4. 각종 투표에 있어서 어느 한 쪽에 찬성하거나 반대하도록 영향을 주는 행위
5. 기타 정치적 중립성을 해하는 행위

립을 해치는 것이었다. 다른 한편 군당국은 2012년 민주당 당내 경선투표에 군인에게 유권자로서 참여할 기회를 봉쇄하였는데 이는 참정권을 심각하게 침해하는 조치였다.⁹¹⁾ 정당법은 군인의 투표참여를 금지하는 규정을 두고 있지 않으며, 예비경선에서의 투표권도 참정권에 포함된다는 점에서 군당국의 금지조치는 위헌적이다. 경선투표참여가 정치적 중립을 해친다고 해석한다면 투표가 정치적 중립에 위반된다고 해야 하기 때문이다.

2. 시민으로서 군인의 의무

시민으로서 군인은 시민으로서 의무뿐만 아니라 군인으로서 의무를 진다. 주권자의 일원으로서 의무도 지지만, 주권자에 대한 봉사자로서 의무도 진다. 시민으로서 근본의무 위에 군인의 특수한 의무가 부가된다고 할 수 있다. 종래 군인의 의무는 상관에게 맹목적으로 복종하는 기제로 상정되었다. 이와 같은 복종기제나 사슬에 매인 시민(citizen in chains)으로서 군인상은 군인으로서 인간과 시민으로서 의무를 배제하고 불법적인 명령조차 거리낌 없이 수행하는 것을 가능하게 하였다. 나치가 세계대전과 유대인 학살을 자행하는 데도 군대가 맹종하여 국가는 파멸하였다. 군의 정치의식의 공동화와 양심의 백지화가 낳은 필연적인 귀결이었다. 따라서 새로운 능동적 시민성은 맹목적 복종을 폐기하고, 시민성(civility)과 인도주의를 수용하였다. 한마디로 독일 군인법제는 군인에게 민주적 질서에 대한 충성 그리고 적법한 명령에 대한 복종을 가르치고, 군인에게 국제인도법과 평화질서의 수호자가 될 것을 요구하고 있다. 그러나 이러한 요구와 결단이 비단 독일에게만 해당하지 않는다. 한국전쟁중 민간인학살, 쿠데타, 광주학살을 통해 보듯이 학살과 야만의 뿌리는 우리에게 더 깊고 아직도 극복되지 않고 있다는 점에서 우려스럽다. 그래서 군인의 인권법이 단지 군인의 권리목록에 그칠 수 없고, 의무가 강조되어야 한다. 그것은 상관에 대한 복종기제가 아니라 조국에 충성하고 국제평화와 인도주의를 수호할 의무까지 부여한다. 군인인권법은 그래서 국제인권법과 국제인도법의 중충지대일 수밖에 없다.⁹²⁾

1) 충성의무

91) 군인권센터, 대한민국 국제연합 보편적정례검토 14차 실무회의(2012년 10월 22일-2012년 11월 5일) 제출자료, 8항 참조. 인용은 국가인권위, 인권친화적 병영문화 개선을 위한 정책토론회(2012-6-5), 101쪽 이하.

92) 로위의 저작도 군인에 대한 국제인권법의 이러한 이중효과를 반영하고 있다. Rowe, Peter, *The Impact of Human Rights Law on Armed Forces*, Cambridge U. P., 2006 참조.

군인은 독일연방공화국에 성실히 봉사하고 독일인의 권리와 자유를 용감하게 수호해야 한다(군인법 제7조). 군인은 이와 같은 취지로 선서해야 한다(제9조). 나아가 군인은 헌법상 자유민주적 기본질서를 승인하고 행동 전체를 통해 그 존속을 지지해야 한다(제8조). 따라서 헌법질서를 합헌적인 방식으로 변경할 수 있다고 하더라도 헌법질서를 승인하고 이에 충성하라고 요구한다.⁹³⁾ 이러한 규정은 우리나라의 군인복무규율에도 산재해 있다. 흥미로운 점은 자유민주적 기본질서에 관한 것이다. 정치적 충성의무는 기본적으로 군인에게 국가의 이념과 자신을 일치시키려는 태도를 요구한다. 따라서 군인은 헌법질서를 공격하고 파괴하려는 세력들과 분명하게 거리를 두어야 한다. 오히려 이러한 질서를 배제하려는 세력에 대해서 저항권을 행사해야 한다(헌법 제20조 제4항).

한편 정치적 충성의무는 군인에게 정부의 특정목표나 특정정책에 동조할 것을 요구하지 않는다. 군인이 국가의 현재 상황을 비판하고, 헌법적 틀 안에서 현존질서를 변경하기 위하여 합헌적 방식으로 활동하는 것은 문제가 없다. 여기에도 정치적 다원주의가 자유민주적 기본질서의 핵심을 이룬다. 그러나 이 점과 관련해서 유일한 독일적 예외가 반유대주의다. 예비군장교가 유대인에 대한 혐오 발언을 유포하거나 나치의 유대인 대량학살이 없었다고 주장하는 행위—이른바 홀로코스트 부인⁹⁴⁾—은 충성의무의 위반이라고 판시하였다.⁹⁵⁾ 군인이 정치적 충성의무를 침해했는지를 판단함에 있어서 헌법에 적대적인 목표를 추구하는 정당에 가입한 사실도 중요하지만, 해당정당이 위헌정당으로 평가받지 않았어도 그의 활동은 직무위반이 될 수 있다.⁹⁶⁾

2) 복종의무와 불복종

동서고금을 막론하고 군인은 상관의 명령에 복종해야 한다. 군인은 상관의 명령을 최선을 다해 완전하게, 양심적으로 그리고 지체 없이 이행해야 한다. 군인법은 인간존엄을 침해하는 명령이나 직무상의 목적에 부합하지 않는 명령을 이행하지

93) 대학시절에 헌법적대적인 급진적인 좌익그룹에서 활동했던 K는 쉴레스비-홀스타인 주 사법청이 주관하는 사법시험에 합격하고 시보임용을 요구하였는데 주사법청은 주공무원법에 따라 K에게 자유민주적 기본질서에 충성하겠다는 보증을 요구하였으나 K가 이행하지 않자 시보임용요청을 거부하였다. 연방헌법재판소는 서약제공이 충성의무에 해당한다고 보았다(BVerfGE 39, 334=NJW 1975, 1641)

94) 이재승, 국가범죄, 539쪽 이하. 미국에서는 표현의 자유를 우선시하여 홀로코스트 부인행위를 표현행위로서 용납하지만, 독일에서는 전투적 민주주의(streitbare Demokratie) 원리에 따라 극단주의의 싹을 조기에 자르려고 한다.

95) BVerwGE 111, 25=NJW 2000, 1433.

96) BVerwGE 83, 136=NJW 1984, 813.

않는 것은 불복종이 아니라고 규정한다(제11조 제1항). 그러나 문제는 항상 불법적인 명령을 내리고 이에 맹종하는 군인에게 있다. 관료적이고 순응적인 인성을 근본적으로 혁신하는 문제가 남는다.⁹⁷⁾ 독일군인법은 명령이 범죄를 명하는 때에는 복종하지 말라고 규정하고 있다. 부하가 명령의 수행이 범죄라는 점을 알았거나 정확상 그 점이 명백한 때에는 부하는 책임을 면하지 못한다(제11조 제2항).

상관의 명령도 부하의 존엄, 명예, 여타 권리를 존중해야 한다. 상관은 직무상의 목적 범위 내에서만 명령을 발해야 하고, 반드시 국제법, 법률, 직무규정을 준수해야 한다(제10조 제4항). 명령이 이러한 한계를 벗어나면 그 명령은 불법적이고 구속력이 없다(군형법 제22조). 만약에 헌법질서를 부정하고 배제하려는 명령을 내렸다면 부하는 시민과 마찬가지로 이에 저항할 권리와 의무가 있다(헌법 제20조 제4항). 따라서 군대가 침략전쟁을 일으키거나 쿠데타나 불법적인 만행을 자행하며 범죄적 조직으로 전락한다면 이에 저항해야 하며, 여의치 않는 때에는 긴급피난으로서 탈영할 권리(right to exodus)가 인정된다. 이 점은 최근에도 입법적으로 확인되고 있다. 나치불법판결파기법률은 나치시대의 탈영군인에 대한 유죄판결을 무효화시켰고, 심지어 이적행위(나치군형법 제91조의b)의 유죄판결까지도 무효화하였다.⁹⁸⁾ 불법적인 국가와 불법적인 군대에 대하여 소극적 저항권과 적극적 저항권을 정당화하였다. 1944년 7월 히틀러를 암살하기 위하여 모의에 가담했던 저항자들을 반역자로 지칭하는 것도 직무위반으로 평가한다.⁹⁹⁾ 독일은 닥치고 복종하라는 전통적인 교리를 극복하였다.

독일군형법은 명령과 관련하여 상관의 범죄를 명확하게 규정하고 있다. 명령권이나 지위를 남용하여 직무와 관련이 없거나 직무상의 목적에 위배되는 행위를 요구한 자(군형법 제32조), 명령권이나 지위를 남용하여 부하에게 형법상의 범죄를 사주한 자(제34조), 징계권을 남용하여 부하를 징계한 자(제39조)를 처벌하고 있다. 독일군형법은 부하의 의무위반 범죄의 장이 11개조로, 상관의 의무위반 범죄의 장이 12개조로 구성되었다. 이에 비하면 우리의 군형법은 상관만을 보호하

97) 프롬은 '권위주의적 양심'과 '인간주의적 양심'을 구분하여 순응주의를 해명하고 있다. 프롬/문국주(옮김), 불복종에 관하여, 범우사, 1996, 13-22쪽; 학살관여자들의 심리—이른바 악의 평범성 테제—에 대한 연구로는 아렌트/김선욱(옮김), 예루살렘의 아이히만, 한길사, 2007; 브라우닝/이진모(옮김), 아주 평범한 사람들, 책과함께, 2010.

98) 자세한 것은 이재승, 국가범죄, 513쪽 이하 및 669쪽 이하.

99) BVerfGE 113, 13=NJW 1997, 1383. 1944년 7월모의사건은 나치체제 말기의 유명한 저항사건이다. 본회퍼, 카나리스, 도나니 등이 히틀러를 암살하기 위해 모의하였는데 발각되어 전원 친위대즉결처형재판소에 의하여 처형되었다. 그러나 이 사건의 희생자들은 군대의 정치교육에서 모범으로 취급되고 있다.

기 위한 조문으로 가득차 있어서 한눈에 봉건법임을 알 수 있다.

3) 전우애와 상호존중

군인은 전우애를 발휘해야할 의무가 있다. 이는 헌법적 원칙을 병영생활의 인간 관계에 확장하는 것이다. 이러한 전우애는 모든 군인들에게 전우의 존엄, 명예, 권리를 존중하고, 곤경과 위협에 처한 전우를 도와야 할 의무를 지운다. 이는 다른 사람의 견해의 상호인정, 고려와 존중을 포함한다(군인법 제12조). 이 점은 정치적 견해차와 관련해서 다시 확인된다. 자유시간에 직무시설이나 병영 안에서 자유롭게 의사를 표현할 권리도 전우애의 기본원칙에 따른 제한을 받는다(제15조 제2항 1문). 정치적 의사표현을 통해 상호존중을 해쳐서는 안 된다(4문). 상관도 부하에 대하여 특별한 의무를 진다. 상관은 행동과 의무수행을 통해서 모범을 보여야 하고, 자신의 부하를 배려해야 한다(제10 제1항 및 제3항). 또한 상관은 부하에게 특정한 정치적 견해를 지지하거나 반대하도록 영향력을 행사해서는 안 된다(제15조 제4항).

4) 평화주의와 정치교육

독일군은 성, 성정체성, 인종, 신분, 신앙, 세계관, 종교적 정치적 견해, 고향, 민족적 기타 기원에 관계없이 군인을 임용한다(군인법 제3조). 따라서 서로 이질적인 특성을 가진 시민들을 상대로 특수한 종교적 문화적 가치관을 주입할 수 없다. 고강도의 윤리적 가치통합을 추구하는 것이 아니라 시민으로서 자유와 민주주의에 기초한 체제를 인정함으로써 합리적 정치적 통합을 추구한다. 이를 헌법 애국주의(Verfassungspatriotismus)¹⁰⁰⁾로 설명한다. 일각에서는 이 개념을 사무적이라고 지적한다. 그러나 현대 사회의 국가는 하나의 타협형식이다. 독일군인법에는 종교적 차이를 주목하는 규정이 있다. 의무사항인 군인선서의 말미에 등장하는 기독교적인 문구—‘신이시여 저를 굽어 살피소서(so wahr mir Gott helfe)’¹⁰¹⁾—를 생략할 수 있게 하였으며, 종교단체에 따라 성서적 이유로 종교적 의미가 강한 ‘나는 맹세한다(ich schwöre)’는 문구를 다른 표현으로 대체할 수 있게 한다(제9조).

100) 이 개념은 Sternberger, Dolf, *Verfassungspatriotismus*, Insel: Frankfurt a.M., 1990; Habermas, *Faktizität und Geltung* Suhrkamp: Frankfurt a.M., 1992, 632쪽 이하.

101) 충성의 방식에 대해서는 언제나 논란이 많다. 애국가의 ‘하느님이 보우하사’라는 구절에 대하여 비기독교도나 무신론자들은 이의를 제기할 수 있다. 하느님은 관행의 문제가 아니기 때문이다.

제네바협정 등은 군인에 대한 국제인도법 교육을 강조하고 있다. 독일은 제2차 세계대전에서 대량의 집단살해를 자행했기 때문에 특별히 평화주의 정치교육(politische Bildung)을 사회전체에 시행하고 있다. 군인에게도 이러한 정치교육을 강조하고 있다. 군인은 시민적 교양 강의와 국제법 강의도 받아야 한다(제33조 제1항 1문). 이러한 강의를 담당하는 상관은 정치적인 문제를 거론하면서 편향된 입장을 취해서는 안 된다(2문). 전체취지상 수강한 군인이 특정한 정치적 견해를 특별히 좋게 또는 나쁘게 생각하도록 유도해서는 안 된다(3문). 특히 나치 세계관에 대한 동조는 엄격하게 규제된다. 군인이 제2차세계대전의 원인과 경과에 대해 편향된 이해를 유포하거나 나치 이데올로기에 경도되어 외국인에 대해 적대적인 행동을 선동하거나 나치에 의한 유대인의 대량학살을 부인하는 행태도 금지된다.¹⁰²⁾ 경우에 따라 그 행위가 단순한 직무위반에 그치지 않고 형법상 대중선동죄(홀로코스트 부인)로 처벌될 수 있다(형법 제130조).

*별첨: 국방감독관

1. 의의

독일 헌법은 재무장의 과정에서 50년대에 국방관련 조항을 대폭적으로 추가하였다.¹⁰³⁾ 국방감독관¹⁰⁴⁾제도도 이때에 헌법에 등장하였다.¹⁰⁵⁾ 국방감독관의 목적

102) 각각 BVerwGE 113, 13=NJW 1997, 1383; BVerwGE 113, 48=NJW 1997, 2338; BVerwGE 111, 25=NJW 2000, 1433; BVerwGE 111, 45=NVwZ 2000, 1421.

103) 헌법 제45조의b(연방하원의 국방감독관)

인권을 보호하기 위하여 그리고 의회의 통제권을 행사하는 데에 있어서 연방하원의 보조기관으로 연방하원에 국방감독관을 설치한다. 상세한 것은 법률로 정한다.

104) 이에 관한 국내의 소상한 연구로는 이계수/오병두, 군에 대한 의회통제의 가능성과 한계 - 독일의 '국방감독관' 제도를 중심으로, 민주주의법학연구회(편), 『민주법학』 33호, 2007, 387쪽 이하.

105) 시민당 의원 파울(Paul)이 스웨덴에 망명 중에 사법감찰관과 국방감독관의 긍정적 활동을 견문하고 이 제도의 도입을 제안하였다. 스웨덴은 1809년 입헌군주국을 수립한 이래로 사법분야에서 감찰관 제도를 도입하였다. 이러한 감찰관은 군대의 법률준수여부를 감시하였다. 감찰관은 당시에 강력한 신분계급에 의하여 군주에 대한 견제장치로 활용되었다. 왕권의 몰락 후 집행권을 민주적으로 선출된 공직자에게 이양한 후에도 스웨덴은 감찰관 제도를 고수하였다. 감찰관이 관료기구의 자의적 행동 앞에서 이제 국민을 보호할 수 있었기 때문이다. 1915년에는 군대에 대한 감독업무가 특수한 감찰관, 즉 국방감독관(militie ombudsman)에게 이전되었다. 1950년대에 감찰관은 국제적으로 널리 영향력을 행사하였다. 노르웨이는 1952년에 국방감독관제도를 도입하였고, 덴마크는 의회전권위원제도를 도입하였다. 1954년 독일이 국방감독관을 도입한 이후에도 자유민주국가에서는 이러한 제도를 도입하였다. 국방감독관은 50년대의 유행에 가까운 것으로 보인다. 이에 대한 상세한 설명은 Eckart Busch, *Der Wehrbeauftragte* Decker & Müller, 1989, 16쪽 이하.

은 독일군대의 병사의 기본권의 보호에 있다. 국방감독관법에 따르면, 개별 군인은 지휘계통을 거치지 않고 직접 국방감독관에게 의견을 제출할 권리가 있다.(제7조). 국방감독관의 지위는 본질적으로 연방의회의 보조기관이다(헌법 제45조의 b; 국방감독관법 제1조 1항). 따라서 국방감독관은 전체적으로 의회의 통제와 지시를 따르고 있다. 특히 국방감독관은 다른 연방기구의 관여 없이 연방하원이 독자적으로 선출하고 해임하며(제13조/제15조 4항), 하원의장이 국방감독관을 임명하고(제15조 제1항), 하원의장이 국방감독관의 진술여부에 대한 승인권을 보유하고(제10조 제2항), 연방하원이 국방감독관의 활동과 관련하여 일반적인 지침을 제정하고(제5조 제1항), 국방감독관이 매년 자신의 활동전체에 대하여 연방하원에 보고해야할 의무를 지고 있으며(제2조), 국방감독관의 사무소를 연방하원에 두고 있다(제16조).

2. 권한과 책무

연방하원은 비밀투표로 재적의원의 과반수로 국방감독관을 선출한다. 국방감독관의 추천권은 국방위원회, 교섭단체, 교섭단체 구성에 필요한 정수를 갖춘 의원그룹이 갖는다(제13조). 만35세에 이르고 연방하원 선거권을 보유한 독일인은 국방감독관으로 선출될 수 있다. 국방감독관의 임기는 5년이고, 연임이 가능하다(제14조). 국방감독관은 국회에 대하여 매년 전체보고서를 제출할 의무를 진다. 국방감독관은 언제든지 연방하원이나 국방위원회에 개별보고를 제출할 수 있으며, 국방감독관이 연방하원이나 국방위원회의 지시에 따라 활동한 때에는 요구에 따라 자신의 조사결과에 대하여 개별적인 보고의무를 진다(제2조).

국방감독관은 업무수행을 위하여 국방장관 및 그 하위기관이나 직원에 대하여 정보요구권 및 문서열람요구권을 보유한다. 이러한 권리는 불가피한 비밀유지사유가 존재하는 때에만 거부될 수 있다. 거부에 대한 결정은 국방장관이나 그의 상임 대리인이 한다. 국방감독관은 언제든지 연방군의 군부대, 참모부, 각종 관청 및 시설을 예고 없이 방문할 수 있다. 이러한 부대방문권은 감찰관의 감시기능을 고양시키는 중요한 권한이다. 국방감독관은 국방장관으로부터 연방군의 징계권 행사 및 형사처벌에 관한 종합적인 보고서나 통계자료를 요구할 수 있다. 공개가 거부된 재판절차나 징계절차에도 국방감독관은 참석할 수 있다(제3조).

연방하원과 국방위원회는 국방감독관의 활동에 대하여 일반적인 지침을 발할 수 있으며(제5조 제1항), 구체적인 사건에 있어서 지시를 발할 수 있다(제1조 제2항). 그러나 국방감독관은 구체적인 지시에 구애받지 않고 자유롭게 활동할 수

있다(제5조 제2항). 국방감독관은 국방장관의 지시를 받지 않으며, 오히려 국방장관을 통제한다. 연방하원과 국방위원회는 국방감독관의 출석을 요구할 수 있다(제6조). 국방위원회가 사건을 위원회의 심의사항으로 결정한 때에는 국방감독관은 관여하지 못한다.

국방감독관의 가장 중요한 역할은 군인의 청원 또는 진정사건을 처리하는 것이다. 군인은 지휘계통에 상관없이 직접 개별적으로 국방감독관에게 진정할 권리를 갖는다.¹⁰⁶⁾ 국방감독관에게 진정했다는 이유로 군인은 직무상 불이익을 당하지 않는다(제7조). 이러한 법적 장치 때문에 국방감독관은 군인인권을 보호해주는 기구로서 신뢰를 누리고 있다. 나아가 국방감독관에게 진정하는 것을 방해하는 상관은 균형법상 소원방해죄로 처벌될 수 있다(균형법 제35조). 연방, 주, 자치단체의 법원과 행정관청은 국방감독관의 필요한 조사활동을 응원하여야 한다(국방감독관법 제4조). 국방감독관에 대한 진정 사건을 담당하고 있는 연방이나 주의 사법관청 또는 행정관청은 절차의 개시, 공소의 제기, 징계절차에서의 조사명령, 절차의 종결에 대하여 국방감독관에게 통지해야 할 의무를 진다(제12조).

106) 국방감독관이 설치된 이래로 매년 45천 건의 진정사건을 접수 처리해 왔다. 2008년도의 정기보고서에도 5천건을 상회하고 있다. 2008년 보고서는 <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612200>.참조.

참고문헌

- 국방부과거사진상규명위원회, 종합보고서, 2007.
- 루소/이가형(옮김), 사회계약론, 을유문화사, 2005.
- 마키아벨리/강정인·김경희(옮김), 군주론, 까치, 2008.
- 문수현, 군사 개혁가 볼프 폰 바우디신(Wolf von Baudissin)과 1950년대 서독 연방군 개혁, 역사와 세계 40호(2011), 237쪽 이하.
- 브라우닝/이진모(옮김), 아주 평범한 사람들, 책과함께, 2010.
- 송기춘, 군인인권보장을 위한 기본원칙과 방향, 민주법학 42호(2010/3), 233쪽 이하.
- 아렌트/김선욱(옮김), 예루살렘의 아이히만, 한길사, 2007.
- 오동석, 군 장병의 권리구제 제도에 대한 평가 및 개선방향, 국가인권위원회 군인권정책기획단회(2012.5.1), 자료집, 5쪽 이하.
- 이계수·이재승·오병두, 외국 군 인사복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사—독일의 법령과 제도를 중심으로—, (2006년도 국가인권위 연구용역보고서).
- 이계수·오병두, 군에 대한 의회통제의 가능성과 한계 - 독일의 ‘국방감독관’ 제도를 중심으로, 민주주의법학연구회(편), 『민주법학』 33호, 2007, 387쪽 이하.
- 이계수, 군사안보법연구, 울산대출판부, 2007.
- 이재승, 독일대체복무제 최근동향, 인권과 공익법 창간호, 건국대학교 법학연구소, 2008/10, 43쪽 이하.
- , 불온도서 지정의 위헌성, 민주법학 제40호, 2009, 45쪽 이하.
- , 독일의 군인법제, 일감법학 제16호, 2009, 289쪽 이하.
- , 군인의 전쟁거부권, 민주법학 제43호, 2010, 185쪽 이하.
- , 국가범죄, 엘피, 2010.
- 조시현, 국가비상사태와 인권, 한국인권재단(역음), 21세기의 인권 제1권, 한길사, 2000, 119쪽 이하.
- 칸트/이한구(옮김), 영원한 평화를 위하여, 서광사, 1992.
- 칸트/이한구(옮김), 칸트의 역사철학, 서광사, 1992.
- 프롬/문국주(옮김), 불복종에 관하여, 범우사, 1996.
- Amnesty International Report 2012,

[http://files.amnesty.org/air12/air_2012_full_en.pdf\(2012-5-29\)](http://files.amnesty.org/air12/air_2012_full_en.pdf(2012-5-29))

- Badiou, Alain/Hallward, Peter(영역), Ethics: An Essay on the Understanding of Evil(Verso, 2001)
- Bald, Detlef, Die Bundeswehr: Eine kritische Geschichte 1955-2005, München, 2005.
- Bald·Fröohling·Groß·Meyer·v. Rosen, “Demokratie und Militär - Demokratie und Frieden”, INSTITUT FÜR FRIEDENSFORSCHUNG UND SICHERHEITSPOLITIK, Hamburg, Februar 2011
[http://www.ifsh.de/pdf/publikationen/hb/hb154.pdf\(2012-5-25\)](http://www.ifsh.de/pdf/publikationen/hb/hb154.pdf(2012-5-25)).
- Boll, Bernd, “Der Kampf an der inneren Front, Rezension von Messerschmidts Die Wehrmachtjustiz 1933-1945”, Deutschlandradio, 19. Dezember 2005.
(<http://www.dradio.de/dlf/sendungen/politischeliteratur/450137/> 최종검색일. 2012-05-25)
- Busch, Eckart, Der Wehrbeauftragte, Decker u. Müller: Heidelberg, 1989.
- Cavallar, Georg, Pax Kantiana, BÖHLAU: Wien, 1992.
- Dau, Klaus, Wehrdisziplinarordnung 4.Aufl, Vahlen: München, 2002.
- Demandt, Ecke, “Der Vertrauensmann - Zum Problem der Beteiligungsrechte in den Streitkräften”, Neue Zeitschrift für Wehrrecht, 1989, 144쪽 이하.
- Dreier, Horst(엮음), Grundgesetz Kommentar, Mohr Siebeck: Tübingen, 2004, 1496쪽 이하.
- Frevert, Ute, A Nation in Barracks: Conscription, Military Service and Civil Society In Modern Germany, Berg: Oxford, 2000.
- Groß, Jürgen, “Ein Rück- und Ausblick: Die Innere Führung der Bundeswehr”, IMS Nr. 5, 2008; Globaler Einsatz - Deutschlands wachsende Verantwortung,
[http://www.ims-magazin.de/index.php?p=artikel&a_id=1255388400,1,gastautor\(2012-5-25\)](http://www.ims-magazin.de/index.php?p=artikel&a_id=1255388400,1,gastautor(2012-5-25)).
- Gronimus, Andreas, Die Beteiligungsrechte der Vertrauenspersonen in der Bundeswehr 5. Aufl., WALHALLA: Regensburg, 2005.
- Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M., 1992.
- Illich, Richard B.(ed.), “The Paris Minimum standards of Human Rights Norm in a State of Emergency”, American Journal of International Law vol.

79(1985), 1072쪽 이하.

Kincaid, A. Douglas, “Demilitarization and Security in El Salvador and Guatemala: Convergences of Success and Crisis”, *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 42, No. 4(Winter, 2000), pp. 39–58.

Kotzur, Markus, “Gewissensfreiheit contra Gehorsamspflicht oder: der Irak-Krieg auf verwaltungsgerichtlichem Prüfstand”, *Juristen Zeitung*(2006), 25쪽 이하.

Nolte, Georg, *European Military Law Systems*, De Gruyter: Berlin, 2003.

OSCE ODIHR, *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, 2008.

Osiel, Mark J., “EVER AGAIN: LEGAL REMEMBRANCE OF ADMINISTRATIVE MASSACRE”, *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 144, 1995, pp. 463–703.

Reeb/Többicke, *LEXIKON INNERE FÜHRUNG*, 3. Aufl., WALHALLA: Regensburg, 2003.

Rose, Jürgen, *Die Bedeutung von Meinungs- und Pressefreiheit im Rahmen der Inneren Führung*,

<http://www.medienanalyse-international.de/meinungsfreiheit.html>(2012-5-31).

Rowe, Peter(etc.), “Citizen in Uniform: Implementing Human Rights in the Armed Forces, Berlin”, 7–8 September 2006, Conference Report, ([http://www.osce.org/odihr/22130\(2012-05-25\)](http://www.osce.org/odihr/22130(2012-05-25))).

---, *The Impact of Human Rights Law on Armed Forces*, Cambridge U. P., 2006

---, “THE SOLDIER AS A CITIZEN IN UNIFORM: A REAPPRAISAL”, *New Zealand Armed Forces Law Review* vol.1(2007), 1–17쪽.

Scherer/Alff/Poretchkin, *Soldatengesetz*, Vahlen: München, 2003.

Sternberger, Dolf, *Verfassungspatriotismus*, Insel: Frankfurt a.M., 1990.

Wehler, Hans-Ulrich, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte 1700—1815* 3. Aufl., C.H.Beck: München, 1996.

군 인권문제와 군사법원 체제의 개혁

한상희 / 건국대학교 법학전문대학원 교수, 참여연대 운영위원장

1. 군 개혁과 군사법원

해방 이후 우리 사회는 서구제국들이 보여 왔던 수백 년의 역사를 압축적으로 수행해 왔다. 산업화는 물론 민주화 혹은 분쟁과 평화의 체제까지도 불과 수십 년의 세월 속에 급격하게 이행되었다. 물론 그들은 여전히 진행 중이며 바로 그 때문에 수없는 갈등과 고통을 국민들의 삶 위에 중첩시키고 있기는 하지만, 그럼에도 불구하고 국민들의 삶의 수준이나 정치참여의 정도는 조금씩이나마 개선되어 왔다. 그리고 이 속에서 국가 또한 군림하거나 억압으로 일관하던 일방적·획일적·강권력적 권력체제에서 협의와 관리의 방식으로 순치되면서 국민의 참여와 통제에 익숙한 민주적 과정으로 이행되어 온 것도 사실이다. 그러나 그런 와중에도 완강히 변화를 거부하며 일제로부터 학습한 권력체제를 미군정에서 이식한 외형적 제도로 포장하여 지탱하고 있는 부분이 있으니 그것이 바로 최근 무수한 질타의 대상이 되고 있는 군사체제이다.

실제 우리의 군은 국가의 폭력을 구성하는 핵심부분이기도 겉으로는 두 번의 군사 쿠데타를 거치면서 권위주의적 군사정부의 실체를 구성하는 가장 중요한 정치 권력이었고, 안으로는 일제 이래 학습된 폐쇄적·반인권적 규율체제를 바탕으로 폭력과 비행, 그리고 경우에 따라서는 부정과 부패가 횡행하던 지점이 되기도 하였다. 87년의 민주화는 적어도 전자-정치군인-의 현상이 체계적으로 현현하는 질곡은 멈추게 하였지만, 그럼에도 각종의 선거나 정신교육을 빙자한 훈육, 혹은

지난 대선에서 제기된 사이버사령부의 선거개입 등의 방식으로 그 정치적 영향력을 놓지 않으려는 몸부림은 여전히 포착되기도 한다. 반면 후자의 문제는 ‘군의 특수성’이라는 명분 하나로 조금의 개선도 이루어지지 않았다고 보는 것이 오히려 정확한 표현일 정도로 ‘요지부동’의 상태에 빠져 있다. 적지 않은 수준의 군의 군사문제라든지, 수많은 병사들의 자살사례들, 최근 사회적으로 초미의 관심을 모으고 있는 군대내 구타·가혹행위의 문제 등은 그 징후로 읽히기에 충분한 사건들이다.

문제는 그러한 사례들이 우리 헌법체계가 예정하고 있는 적법하고 적정한 절차를 통해 처리되기는커녕, 폐쇄조직으로서의 군의 특수성의 미명하에 대부분 은닉되거나 은폐되고 그나마 외부로 드러난 것조차도 상당부분 조작이나 왜곡의 과정을 거쳐 진실과 유리된 ‘진실 아닌 가공된 진상’만이 유통된다는 점이다. 그리고 이와중에 반공주의의 이념과 애국주의의 정서가 복합된 형태의 징병체제체는 전 사회적으로 반봉건적 가부장제와 힘의 논리에 입각한 권위주의가 상승적으로 복합된 군사문화가 통용되는 현실이 이루어낸다. “군기”라는 이름의 가혹행위는 “충성”이라는 명분의 절대복종을 요구하고 이는 다시 전체주의적 국가관으로 확대되면서 우리 사회를 과거의 권위주의체제로부터 벗어나지 못 하게 하는 질곡의 상태를 구성하게 되는 것이다.

최근 발생한 군대 내에서의 구타·가혹행위와 그에 의한 한 병사의 사망사건은 이 점에서 단순한 사건·사고의 수준을 넘어선다. 그것은 아직도 극복되지 못한 우리 사회의 병리를 보여주는 것이자, 그동안 꾸준히 이루어져 왔던 전사회적 개혁과 발전의 압박조차도 거부하며 자신의 공고한 아성을 구축하며 집단적 부분이익에 고착되어 있는 우리 군부체제의 현주소들 드러내는 것이기 때문이다. 지난 문민정부하에서 시발되었던 군개혁의 의제들은 국민의 정부를 거치며 군의문사의 문제로, 그리고 군인권 및 군사법체제의 개혁문제로 끊임없이 촉발, 제기되어 왔다. 그리고 그 논의들은 적어도 법의 영역에서는 이계수¹⁾의 다음과 같은 의제로 집약된다.

- ① 헌법상의 군사조항을 준수하는 정부와 군대를 만든다.
- ② 1953년 휴전협정 이후 지속되어온 한국사회의 ‘예외상태’를 극복하고 정상적인 입헌국가를 정착시킨다.
- ③ 국민의 기본적 인권을 확인하고 보장하는 국가권력의 의무를 군인에 대해서도 실효적으로 관철시킨다.

1) 이계수, “군 사법제도, 어떻게 개혁할 것인가,” 민주법학 제26호, 2004, 304쪽.

이 글은 이 의제들이 제대로 고민조차 되지 못한 현실점에서, 그래서 병사가 같이 생활하던 동료병사를 사망하게 하고 자살하게 하며, 인간으로서의 존엄을 부정하는, 그럼으로써 그 스스로 인간이기를 포기하게 되는 사태가 항시적으로 발생하는 상황에서 ‘입헌적 군사체제의 구성’이라는 말로 집약되는 이 의제들의 실천을 위한 작은 방안을 모색하기 위해 작성되었다. 이 글이 다루고자 하는 군사법원체계 - 혹은 보다 넓게는 군사법체계-의 개혁방안은 군 또한 ‘지휘관의 지배’를 벗어나 ‘법의 지배’ 속에서 재구성될 수 있게 하는 가장 주요한 첩경을 이룬다. 군사법체계가 법의 틀 속에서 군을 제대로 통제할 수 있게 되는 것 자체가 우리 헌법의 명령이자 그 실천의 토대를 구성하는 것이기 때문이다. 특별권력관계론으로 정당화되었던 군의 ‘예외상태’를 해체하고 아감벤이 말하는 “수용소”로서의 군이 아니라 시민사회의 한 부분 혹은 부분사회로서의 군을 자리매김하는 것, 그리고 이런 틀을 통하여 군인의 인권을 “제복입은 시민”의 수준으로 복원시키는 것, 그래서 군 내부에 법과 정의가 제대로 구현될 수 있도록 하는 것이 바로 우리 군의 개혁방향이여야 한다고 보는 것이다.

II. 군 사법체계의 개혁을 위한 전제2)

1. 사법체계의 지도이념: 법원성(Courtiness)의 헌법적 이해

무릇 제도개혁은 가치지향성 속에서 이루어져야 한다. 보다 상위의 가치를 실현하는 수단으로 제도의 개혁이 이루어져야 한다는 것이다. 군 사법개혁도 마찬가지다. 구체적인 개혁안을 모색하기 이전에 그것을 이끌어내는 헌법상의 지도 원리부터 먼저 규명되어야 한다는 것이다.

우리 헌법은 법원을 중심으로 한 사법체계를 설계하면서 세 가지의 역할을 그에 부여하고 있다. 그 첫째는 “법률에 의한 재판”(제27조제1항)이다. 사법은 분쟁해결 혹은 사회통제의 수단으로 법의 지배를 구현하는 통로가 되어야 한다. 그래서 사법은 구체적인 사건에 대한 법발견(경우에 따라서는 법창조도 포함) 내지는 법선언의 방식을 통해 ‘법을 집행’한다. 재판을 받을 권리를 규정한 헌법 제27조는 기본권보장

2) 이 절의 논의(21 및 23)는 한상희, “사법부의 독립성 제고와 합리적 사법작용,” 헌법학연구 제16권제3호, 2010에 게재한 것을 적절히 편집하여 사용하였다.

의 측면 외에도, 국민의 자유와 권리에 관한 법규범(제37조제2항)을 포함하여 각종의 국가구성적 법규범(예컨대 국적법률주의, 행정조직법률주의, 조세법률주의, 죄형법정주의 등)을 집행하는 권위적인 국가기관으로 법원을 구성한다는 의미도 같이 제시하고 있다.

둘째, 사법은 국민의 자유와 권리를 보호하는 데 집중되어야 한다. 인신의 자유를 적법절차에 의하여 보장할 것을 규정한 헌법 제12조제1항은 바로 이 점을 대변한다. 법원에 의하여 구현되는 적법절차의 원리는 다수결이라는 (경우에 따라서는 폭력적일 수도 있는) 힘의 논리를 벗어나 공화주의적 권력통제의 가능성을 제시한다. 즉 사법은 그때 그때 구성되는 다수자 권력으로부터 개개의 국민들을 보호하고 그들의 기본권을 보장하기 위한 궁극적인 제도적 장치를 마련한다.

셋째, 사법은 -헌법재판소를 포함하여- 우리 헌법질서 내에서의 법체계를 통일적·정합적인 것으로 유지, 정서하는 권한을 가진다. 이는 대법원이나 헌법재판소가 전국에 걸쳐 통일된 (헌)법해석을 틀을 마련한다는 의미 이상의 것을 내포한다. 그것은 위헌법률심사제도나 위헌명령·규칙심사제도, 혹은 행정소송 등의 예에서도 잘 알 수 있듯이 국가권력 자체를 객관적 법질서의 일부로 편입시키고 또 그에 의하여 정당화되도록 통제하는 역할을 법원에 맡기고 있는 셈이 된다. 권력을 법의 이름으로 순치하고 모든 권력을 “법 아래에서 법의 기속을 받으며” 수행되는 법의 도구로 구성하고자 하는 헌법의지가 여기에 있는 것이다.

그리고 법원에 대한 이런 헌법적 요청은 곧장 법원성(courtness)³⁾의 문제로 이어진다. 헌법은, 상명하복의 위계적 법집행체제를 특징으로 하는 행정부와는 달리 법원에게는 그에 특유한 조직 및 작동의 체제를 갖추고 그 권한을 행사하도록 틀잡고 있다. 법원의 주된 헌법적 기능을 구체적인 법규범의 정립 즉 구체적 사건에 타당한 법규범의 발견 내지 선언에 두면서 이런 기능을 최적화할 수 있는 체제를 구성하고자 하는 것이다.

여기서 최우선적으로 요청되는 것은 법의 선재성이다. 법원은 어떠한 사건을 기다려 그때서야 비로소 그 사건을 해결할 수 있는 규범을 정립하여서는 아니 된다. 오히려 구체적인 사건과 관계없이 그 사건이 발생하기 이전에 존재하는 법규범을 당해 사건에 적용하는 체제로 이루어진다. 그래서 구체적 사건에 대한 법관의 판단과 별도로 존재하는 법규범이야말로 법원이 법원다울 수 있는 최우선적 요건이 된다. 법의 지배를 실현하는 주축기관으로서의 법원의 성격은 여기서 나온다. 즉 어떠한 사건의 발생 이전에 그 사건의 해결준거가 되는 법규범이 존재

3) M. Shapiro, *The Court: A Comparative and Political Analysis*, Chicago: University of Chicago Press, 1981, p.2

하여야 한다는 소위 ‘선재적 법규범(preexisting legal norms)의 존재’와 그의 집행으로서의 사법이라는 명제는 이를 의미한다. 법원은 자신에 제기된 사건을 보고 그에 합당한 법을 창조함으로써 사건을 해결하는 법기관이 아니라, 이미 존재하는 법규범에 사건을 포섭하여 그 타당성 여부를 판단하는 형식적 합리성의 법기관인 것이다.

법관의 독립을 선언한 헌법 제103조의 규정은 이를 재확인한다. 법원의 독립이라는 근대입헌주의의 기본명제는 이상과 같은 물적 공정성-기성의 객관적 법규범에 의한 재판-에 부가된 인적 공정성의 요청에 다름이 아니다. 법의 선재성이라는 요청이 제대로 실현되기 위하여는 그 선재하는 법 자체가 객관적·일반적인 것일 필요가 있다. 그때 그때 사건에 따라 달리 적용될 수 있는 법이라면 그것은 그 사건에 임하여 비로소 창조되는 법규범이지 그 사건과 무관하게 선재하는 법규범이라 할 수 없기 때문이다. 법원의 독립은 바로 이렇게 선재하는 법규범이 객관적 타당성을 가지고 사건에 적용될 수 있음을 보장하기 위함이다. 법원의 판결은 언제나 객관화된 법규범에 의거하여야 할 뿐, 구체적인 사건의 당사자들의 요청이나 원망, 필요 혹은 법관과 당사자들 간의 관계에 의하여 좌우되는 것이 아니라는 점을 강조하고 있는 것이다.⁴⁾

하지만, 국민주권의 원리에 입각하여 민주주의를 실천하고 있는 우리 헌법 체계상 또 다른 국가권력인 법원에 대하여 별도의 이념적 요청을 하지 않을 수 없다. 헌법 제109조는 “재판의 심리와 판결은 공개한다”고 하여 재판 그 자체에 대한 국민적 감시와 승인의 틀을 마련하고 있다. 심리의 과정과 내용, 판결의 결과와 그 근거를 일반 대중들에게 공개하도록 강제함으로써 법관이 “헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여” 심판한 것에 대한 국민적인 인식과 비판, 그리고 그에 의거한 승인의 과정을 열어두도록 강제하고 있는 것이다. 이는 재판의 신속성(헌법 제27조제3항)의 요청과 공정성의 요청 그리고 합법성의 요청외에 제4의 헌법적 요청이 존재함을 의미한다. 즉 우리 헌법은 법원(및 그의 재판)에 대하여 책무성(accountability)을 요구한다. 사법작용에 대한 민주적 통제라고도 할 수 있는 이 요청은 법원의 법판단은 비록 그것이 법적으로는 종국적인 것이 되나, 그에 대한 국민적인 감시와 평가의 길을 열어두고 이를 통하여 법원의 법선언이 국민의 의지에 기반 할 수 있도록 강제하는 또 다른 통제기제를 마련하여야 함을 헌법적 요구로 삼는다.

4) Shapiro의 경우 이와 같은 객관적 공정성(즉, 합법성)의 요청과 주관적 공정성의 요청 외에도 이러한 요청이 절차적·제도적 수준으로 표현된 3면구조(triadic structure), 그리고 승자독식(winner takes all)의 체제를 들고 있다. *ibid.*

2. 군 사법제도의 “특수성” 담론

군 사법제도에 대한 개혁의 요청은 이런 헌법적 당위로부터 구성된다. 물론 그 요청의 연장선상에는 일반 사법체계에 대한 개혁요청과 마찬가지로 과거의 과오들을 청산하고 극복하는 것⁵⁾이나, 그리고 그 반성을 통해 현존하는 비민주적, 권력적 구조를 척결하고 일탈적 법권력의 존재를 제거함으로써 법치주의에 입각한 군 사법제도를 구성해 내는 것도 있다. 하지만, 현재의 수준에서는 무엇보다도 민주화의 현실에 걸맞는 군사법의 기능들을 효율적·효과적으로 확보하고 이를 통해 군에 대한 민주적 법치의 틀을 확보하는 것이 절실하게 요청된다.⁶⁾

이런 시대적 요청은 위에서 언급한 헌법적 요청과 별개의 것으로 존재하는 것은 아니다. 오히려 그것은 헌법이념의 실천이라는 점에서 사법의 공정성과 책무성, 민주성의 내용을 충족하는 실체적 요청이라 할 수 있다. 실제 여타의 국가체제와 마찬가지로 군 사법제도에서도 민주주의와 법치주의, 그리고 합목적성에 의거한 합리주의의 요청은 의연히 타당하다. 아울러 87년 체제의 형성과 함께 대두되는 참여적 민주주의의 요청은 군 사법과정에 대하여도 병사 혹은 일반인의 참여를 보장하여야 한다는 절차적 민주주의의 요구에만 한정되지 않는다. 그것은 군 내부에서 사법적 판단이 이루어지는 과정과 그 결과로서의 판결·결정들이 법공동체의 법가치나 법감정을 반영하여야 할 것 또한 요구한다. 또한 효율성의 원리는 군 사법체계가 이루어내는 사법서비스에 대한 군 내부의 수요—이는 결국 국민들의 수요를 의미하게 된다—를 신속·정확하게 충족시키면서 최소의 비용으로 최대의 산출을 이루어내도록 요구한다.⁷⁾

물론 이러한 이념들은 경우에 따라서는 상호 충돌하면서 일정한 가치에 입각한 취사선택의 대상이 되기도 하지만, 전체적인 맥락에서는 각각 조화와 균형 속에서 최적의 실천태를 형성해 내어야 한다. 물론 이에 대하여 군이 가지는 “특수성”을 이유로 나름의 ‘특수한 취급’을 해야 한다는 주장이 강력한 안티테제로 등장한

5) 이재승, “사법부의 과거청산,” 민주적 사법개혁을 위한 국민연대 편, 국민이 함께 가는 민주적 사법개혁의 길, 필맥, 2006, 65-76; 박원순, 고문의 한국현대사 - 야만시대의 기록 1, 역사비평사, 2006, 299면 참조.

6) 실제 우리나라의 사법체제는 적어도 제3공화국의 수립 이후부터는 그 ‘생산성’의 최적화라는 맥락에서 수많은 개선작업들이 이루어져 왔다는 점에서 사법과정의 신속성, 사법생산의 효율성, 사법재정의 경제성 등 ‘경영’상의 의미에서의 합리성의 요청은 지금 현재의 수준에서는 그리 큰 중요성을 갖지 않는다고 하여야 할 것이다. 사법의 관료화와 그에 따른 ‘합리화’과정에 대한 서술로는 문준영, “한국의 사법, 관료사법 체제 강화의 역사,” 민주적 사법개혁 실현의 위한 국민연대, 전게서, 55-8면 참조.

7) 권오승, 사법도 서비스다. 법조 개혁, 미래미디어, 1996은 이 개념에 입각하여 사법개혁의 과제를 제시한 대표적인 경우이다.

다. 장영수의 언급을 인용해 보자.

군은 확실한 방위력 내지 전쟁억지력을 확보하기 위하여 군 대부의 기율과 훈련에 특별한 관심을 가질 수밖에 없으며, 이는 군 내부에서 엄격한 상명하복의 질서가 요청되는 것으로 나타난다. 그렇기 때문에 아무리 민주화된 국가에서도 군 내부의 질서는 기본적으로 명령과 복종의 체계로 구성될 수밖에 없다. (……) 이러한 군 관련 법규들의 특수성과 맞물려 있는 것이 군사법원이다. (……) 군대의 특수성에 정통한 군 판사들이 - 군 외부에서 일반국민들에게 적용되는 법규들과는 달리 - 군 관련 법규들을 군의 상황에 맞게 적용하기 위해 만들어진 것이 군사법원인 것이다.⁸⁾

군은 전쟁과 전투를 통한 방위력 확보의 목적상 기율과 훈련에 있어 상명하복이라는 특수성을 가질 수밖에 없고 그에 상응하여 군 사법체계도 일반사법체계와는 달리 구성되고 또 운영되어야 한다는 것이다. 하지만, 이런 판단에는 몇 가지가 누락되어 있어 편견의 수준을 넘는 실증적 타당성을 확인하기가 거의 불가능하다.

첫째, “특수성”의 논의들은 대부분 “예외성”의 다른 표현으로 제시된다. 어떠한 현상이 일반적 현상과는 질적·본질적으로 다름에도 불구하고 동일한 범주 속에서 취급되고 있을 때 거론되는 것이 통상 “특수성”의 논의이다. 반면에 질적으로나 본질에 있어 다르지 않는 어떠한 사태를 두고 일반적 규율과는 다른 규율을 할 것을 요구하는 것은 특수성보다는 예외성의 논법으로 처리하는 것이 옳다. 일반적 규율에 대한 예외를 인정하되, 그 예외는 다른 만큼만 다르게 취급되어야 한다는 것이다. 하지만, 위의 장영수의 논의는 이 점에 대한 고려가 없다. 군대의 “특수성”은 통상의 시민사회의 “일반성”과는 질적으로 다른 어떤 것인지, 아니면 단순한 “예외적” 취급이 필요하여 그에 상응하는 다른 예외적 규율을 요구하는 것인지가 분명하지 않다. 실제 나치체제를 지탱하였던 특별권력관계의 이론들은 전자의 이데올로기였지만, 장영수의 논의가 이를 지향하는 것 같지는 않다. 그렇다면 군대가 일반사회와 어떻게 다르며 그 다른 만큼의 취급은 어떻게 비례적으로 구성되어야 하는지를 논증 혹은 실증하여야 함에도 이 부분이 온전히 결여되어 있다.

둘째, 설령 군대의 특수성이 특수한 규율을 요청한다 하더라도 그 규율의 영역에 있어 입법적 특수성과 사법적 특수성은 엄연히 구분하여 설명하여야 한다. 군대

8) 장영수, “군 사법제도 개혁의 요청과 군사법원의 발전방향,” 고려법학 제56호, 2010, 336-7쪽

가 상명하복의 복종체계를 특징으로 하는 것은 분명하지만, 그것을 뒷받침하는 법체계는 이미 입법의 영역에 포섭되어 있다. 장영수가 지적하듯 지휘권 남용의 죄, 군무이탈, 군무태만, 항명 등 군형법의 규율들은 그대로 그 “특수성”을 반영한 결과이다. 문제는 이러한 특수법을 사법적으로 해석하고 집행하는 것에 있어서의 특수성논의가 필요한가이다. 합목적성에 대한 고려는 분명 사법에도 타당하지만 엄밀히 보자면 그 기본적인 구현의 장(場)은 입법이나 행정부분이다. 군형법이 특수하다고 해서 군형법의 해석틀이 일반형법의 해석틀과 달라야 할 이유는 없으며, 나아가 그러한 해석틀에 고착되어야 할 군형사사법체계가 일반적 형사사법체계와 달라야 하는 이유도 분명하지 않다. 장영수는 “일반법관이 일반국민에 대한 재판과는 다른 잣대를 가지고 군사재판에 대한 판결을 내려야 한다”⁹⁾고 단언하지만 입법자에게 요구되는 그 “다른 잣대”와 구별되는 법관에게 요구되는 “다른 잣대”는 무엇이어서야 하며 그 구체적인 근거는 무엇인지 알 수가 없다.

셋째, 이렇게 군대의 “특수성”을 강조하면서도 비교법제적으로 군사법원과 같은 특수법원을 설치하지 않은 외국의 입법례에 대한 판단이 결여되어 있음은 적어도 학술적 태만이라는 비판을 면치 못한다. 그는 “군사법원의 완전 폐지는 군의 특성을 무시한 것이기 때문에 받아들여지기 어려운 것”¹⁰⁾이라고 단언하면서도 완전폐지와 군의 특성간의 대립과 길항관계에 대한 설명은 전혀 하지 않고 있다. 실제 그의 이런 단언에 의하면 사법제도개혁추진위원회의 조사에 의하면 특별법원(미국, 스페인, 영국 등 27개국)이 아닌, 일반법원에서 군인과 관련한 사법기능을 처리하는 국가가 독일, 헝가리, 오스트리아, 체코, 프랑스 등 총 15개국에 달한다¹¹⁾는 사실이 설명될 수 있는 여지는 전혀 없게 된다.

사실 이런 논리의 비약이나 누락은 장영수의 것이라기보다는 군의 “특수성”이라는 담론 아래 기득권을 유지하고자 하는 군사적 직역이기주의의 것이라고 보는 것이 더 타당할 듯하다. 군에서 제시한 대부분의 자료들에서는 “특수성”의 담론만 부유할 뿐, 그 “특수성”이 사법적 “특수성”으로 구체화되는 예는 찾아보기 어렵기 때문이다. 장병인권보장이라는 관점에서 군사법원제도를 설명하는 최병호¹²⁾는 그나마 낮은 수준의 이유를 다음과 같이 제시하고 있다.

9) 위의 글, 347쪽

10) 위의 글, 346쪽

11) 사개추위, 553쪽.

12) 최병호, “군사법원과 장병인권 보장 - 사법제도개혁추진위원회의 군 사법제도 개혁방안을 중심으로,” 국방정책연구, 2005

전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 군이 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행하기 위해서는 군 구성원 개인의 기본권제한은 물론 생명의 위험도 감수해야 한다. 뿐만 아니라 실전을 대비한 고도의 훈련과 전투준비태세를 유지하는 평시에도 군 내부의 질서와 기율은 전시와 다름없이 엄격해야 한다. 또한 극한의 스트레스와 생명의 위험까지 감수해야 하는 군이라는 특수한 상황에서 발생한 범죄는 법률적인 기준만으로 심판하는 것보다 이러한 상황을 잘 이해하는 일반장교와 지휘관의 적절한 관여가 장병들의 기본적 인권을 더 효과적으로 보호할 수도 있다.¹³⁾

하지만 여기서도 충실한 논증과 실증은 존재하지 않는다. 위 인용의 전반부(전시·사변 ~ 엄격해야 한다.)는 군의 특수성을 설명한 것이지만 그것이 군 사법체계의 특수성과 어떻게 연결되어야 하는지는 설명되어 있지 않다. 통상 군사법원의 존재이유로 드는 “일사분란한 지휘체계의 유지와 군기강의 확립이 필요하므로 군사법에 대한 지휘관의 개입이 필요하다”¹⁴⁾는 논의를 하기 위한 전제를 제시하고 있는 듯이 보이기는 하나, 이 또한 논리의 빈약성은 마찬가지다. 지휘관의 지휘권에 사법권이 포함되어야 할 필연적 이유도 없을 뿐 아니라, 지휘체계와 군기강의 확립이 반드시 지휘관에 의해서 견지되어야 할 이유도 없기 때문이다. 오히려 지휘체계와 군기강의 근간을 군사법(軍事法)에 두고 이를 중심으로 군 지휘권의 행사과정에 집행자와 판단자를 분리함으로써 견제와 균형의 틀을 구축하는 것이 헌법적으로 더욱 바람직한 구성일 수도 있다.

후반부는 “일반장교와 지휘관의 적절한 관여”의 필요성을 말하고 있을 뿐, 이 관여의 수준이 의견서제출에서 배심원이나 참심원으로서의 참여를 거쳐 법관으로서의 주재에 이르는 다양한 스펙트럼의 군 사법체제를 설명하는 논거로서는 빈약하기 짝이 없다. 장병의 인권을 보장하기 위한 체제를 구성하면서 그 보장의 주체로 “일반장교와 지휘관”이 설정되는 것은 장병의 인격 자체를 소극적으로 파악하고 있는 셈이 되어 버린다. 인권보장의 기본은 자기 자신에 의한 자기지배의 틀에 두어야 하기 때문이다. 그래서 인권보장을 위하여 군사법원체제가 특수하게 구성되어야 한다고 주장하자면, “일반장교와 지휘관”이 주도하는 군사법원이 아니라 장병들(혹은 그들의 법대표)이 스스로 군사법의 적용결과를 판단하는 민주적 사법체계-예컨대 장병이 참여하는 배심제나 참심제 등-가 더욱 적합한 것이 된다. 비유적으로 말하자면 저런 논리라고 한다면 군의 특수성은 군사법체계의 특수성 뿐 아니라 군법의 입법과정의 특수성으로까지 비약될 수 있고 심지어 군과 민의 입

13) 위의 글, 86쪽.

14) 송기춘, “군사재판에 관한 헌법학적 연구,” 공법연구 제33집 제3호, 2005, 282쪽.

법을 달리하자면 이원적 법권(法圈)¹⁵⁾의 논의로까지 확장될 수도 있다는 비아냥까지 가능할 지경이다. 결국 이들의 논의는 아무 것도 설명하지 않는 허사의 연속에 불과하다.

물론 행정법원이나 노동법원, 특허법원 등과 같이 그 영역에 전문적인 지식과 기술을 갖춘 소위 전문법원으로서의 군사 법원의 존재를 주장하는 것은 의연히 그 정당성을 인정할 수는 있다. 혹은 군사법원의 존재가능성을 명기하고 있는 헌법 제110조에 따라 나름의 전문성을 강화한 법원체계를 구성할 수도 있다. 하지만 그것이 현재와 같이 일반법원과 전혀 다른 구성과 권한과 절차를 가진 실질적인 “예외”법원으로서의 군사법원의 존재를 설명하는 논거로서는 이상의 서술들은 너무도 빈약하다. 오직 지금까지 실시되어 온 기존의 제도이며 현재의 군사체제가 이에 적응하여 익숙한 체제로 구성되어 있기 때문에 현상유지가 보다 덜 소모적이라는 식의 논법이 더 적절해 보인다.

이 점에서 “군사법원에 대한 평가는 현재의 제도를 합리화하려는 시도로써가 아니라 헌법적으로 가장 바람직한 군사법원의 원형에 접근시키려는 노력 속에서 이뤄져야 할 것”이라는 송기춘의 판단이 적실성을 가진다. 어떤 논거에 의하건 “사법”의 특성과 “군”의 특성의 길항관계가 법치주의와 민주주의, 합리주의라는 헌법요청을 압도할 정도에까지는 이르지 아니하는 상황이라면, 헌법이 현실을 합리화하는 것이 아니라, 오히려 헌법의 지향 속으로 현실을 개혁하여 재구성하는 것이 규범적으로뿐 아니라 정치·사회학적으로도 바람직하기 때문이다. 군사법원이 ‘사법’의 기능이 아니라 ‘지휘’와 ‘규율’의 보조기관 내지는 보좌기관으로 전락해버리고 그 결과 군 내부에서의 군인권은 물론 법치와 정의의 이념까지도 손상당해왔던 우리 군의 현실을 감안한다면 더욱 그러하다.

3. 군 사법체계 개혁의 세 가지 지도이념: 독립성, 민주성, 전문성¹⁶⁾

헌법의 모든 규정은 정도의 차이는 있을지나 그 본질에 있어 군에 대해서도 다른 시민사회와 전혀 다름없이 적용되어야 한다. 보거나름으로는 군의 “특수성”을 사법의 “일반성”으로 규율, 완충함으로써 이들 헌법요청들이 보다 조화롭게 실현될 수 있는 틀을 마련하는 것이 더 시급한 과제가 될 것이다. 군의 특수성이 사법 일반에 요구되는 공정성·객관성의 원리를 압도할 정도로 절실할 수는 없는 것이

15) 실제 이계수가 말하는 “예외상태”로서의 군의 개념은 이렇게 일반법의 적용이 배제되거나 부정되는 상태를 지칭한다고 할 것이다.

16) 이는 송기춘의 경우에도 동일하다.

며, 구체적인 사건에서 독립적인 법판단을 요구하는 것이 군사적 예외성으로 대체될 이유도 없기 때문이다.

대체로 사법개혁을 말할 때에는 접근성(accessibility), 경제성(expedition and timeliness), 공정·형평성(equality, fairness, and integrity), 독립성과 책무성(independence and accountability), 그리고 신뢰성(public trust and confidence) 등의 지향점을 전제로 한다.¹⁷⁾ 하지만 우리 군사법체계의 개혁을 언급할 때에는 이러한 이념들을 조금 수정해야 한다. 그것은 군의 “특수성”이라는 명분하에 아직도 전근대적인 수준을 벗어나지 못한 채 지휘관의 인적 통제로부터 벗어나 있지 못하고 있기 때문이다. 이에 군사법체계에 관한 현재의 수준에서는 무엇보다 중요하게 요구되는 것은 **사법의 독립성**이다. 이는 접근성, 공정·형평성, 책무성과 신뢰성 등과 관련된 이념이기는 하지만, 그 자체 사법이 사법일 수 있는 가장 중요한 속성이자 동시에 군사법체계가 군사주의의 틀을 벗어나 법의 지배라고 하는 헌법의 요청을 제대로 구현하기 위한 기본적인 전제가 된다. 환언하자면 군사법체계는 군사“법”에 따라 독립하여 재판할 수 있는 제도적 장치가 무엇보다 절실하게 요청되고 있다는 것이다.

군사법에 있어 민주성의 요청은 그 다음으로 절실한 과제이다. 이는 사법에 대한 접근성과 책무성, 그리고 일반적인 신뢰성의 문제를 내포한다. 실제 민주성이라 말할 때에는 대부분 절차적 민주성, 즉 참여의 문제를 거론하는 것이 통례지만, 그와 함께 절실한 것은 절차와 결과의 공개와 함께 그 모든 과정에 대하여 국민을 설득하고 이해시키며 국민들이 그것을 수용할 수 있도록 노력하는 일련의 행위들이다. 주권이 국민의 것이라고 할 때 그때의 주권은 자기지배를 의미하며 이는 자기결정을 핵심요소로 한다. 여기서 자기결정에 이름에 가장 중요한 것이 정보의 공유와 의견의 제시가능성이다. 역으로 이러한 자기결정의 기회를 제공하여야 할 국가의 측면에서 이를 이해하자면 그것은 부단한 정보의 제공과 설명과 동의요청이며, 다른 한편으로는 국가행위에 대한 스스로의 책임을 부담하는 것이 되기도 한다. 군사법체계 역시 이러한 민주성의 요청은 의연히 타당하다. 그것은 군대라는 한정된 공간을 벗어나 일반대중의 가시권 안에 자리잡아야 하며, 일반대중이 이해할 수 있는 정보가 제공되어야 하며, 일반대중이 동의를 표할 수 있는 결정이 이루어져야 하며, 나아가 그러한 일련의 과정과 결과에 대해 군사법체계의 운영자들이 책임을 질 수 있어야 한다. 한마디로 국민을 향해 열려 있는 군사법체계를 구성해 낼 수 있어야 한다는 것이다.

군사법의 합리성 혹은 전문성은 그 연후에 추구될 수 있는 지도이념이다. 군의

17) Bureau of Justice Assistance, *Trial Court Performance Standards and Measurement System, Program Brief*(U. S. Dep. of Justice Office of Justice Programs, 1997), 3-6쪽 참조.

“특수성”은 예외적인 절차와 예외적인 구성 등을 정당화하는 일종의 “위법성조각 사유”인 것이기에 군 사법체계의 개혁을 위한 지도이념이 되기 위해서는 다른 일반사항들-독립성과 민주성-이 먼저 구축되고 난 다음에 무엇을 달리 할 것인가의 논의가 수반될 수밖에 없는 것이다. 실제 군 사법은 일반 사법과는 다른 “특수한” 면이 존재한다. 하지만, 그 특수성은 예외 주장과 같이 “일사분란한 지휘권과 규율”의 측면에서가 아니라 군 사법의 대상이 되는 개별행위들이 발생하게 되는 맥락성과 그것의 군 내부에서의 의미, 전체로서의 군사체계와의 관련, 그리고 군 조직 내부에서의 군 인권의 취약성 등을 포착하고 이를 바탕으로 일련의 사법 결정을 내리기 위한 수단으로 개념화되어야 한다. 따라서 여기서는 군 사법에 대한 군인들의 접근성강화방안(예컨대 국선번호제도 등 법률원조체제의 확충), 군 인권의 보장방안(옴부즈만 등 군조직의 폐쇄성을 극복할 수 있는 기회제공), 군의 “특수성”논리등으로 형성되는 정보불균형에 대응하는 당사자들의 변론권, 방어권의 보장방안 등 군사조직의 특수성에 의해 가로막혀 있는 법치와 정의의 요청을 확보하고 강화할 수 있는 틀이 더불어 조성되어야 한다. 다음 항에서는 이러한 지도이념에 따라 군 사법체계의 개혁과제들을 짚어보기로 한다.¹⁸⁾

III. 군 사법체계의 개혁

1. 서언

헌법재판소는 1996년 10월 31일(93헌바25) 구 군사법원법의 주요내용에 대해 합헌결정을 하였다. 군사법원을 군부대등에 설치하며, 군 지휘관을 관할관으로 두는 것, 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권이 군 조직 내부에 형성되어 있는 것 등은 군사법원의 설치를 허용하고 있는 헌법 제110조의 규정에 따른 것으로 군대조직 및 군사재판의 특수성을 고려하고 군사재판을 신속, 적정하게 하여 군기를 유지하고 군지휘권을 확립하기 위한 것으로서 필요하고 합리적인 이유가 있는 것이라고 판단한 것이다.

이러한 헌법재판소의 판단은 심사의 기준에서부터 판단의 내용에 이르기까지 상당한 문제를 안고 있다.¹⁹⁾ 보기 나름으로는 반공주의의 이데올로기에 침착된 군사주의의

18) 군사재판에 있어서의 군기강화립과 사법정의의 실현이라는 두 “이념”의 대립과 절충에 관하여서는 지대남, “한국과 미국의 군사재판제도의 비교,” 헌법학연구, 제17권제1호, 2011, 373-6쪽 참조

헌법적 수용이라는 비판도 가능할 정도이다. 하지만, 그럼에도 불구하고 이러한 헌법재판소의 판단은 만보를 양보하더라도 그것이 헌법적으로 금지된 것이 아니라는 점을 지적한 것일 뿐, 더 이상의 의미는 부여할 수 없다. 환언하자면 그 결정이 있다고 해서 그것만으로 현재와 같은 군사법원체제가 헌법적으로 바람직하거나 헌법가치에 부합하는 것이라는 판단이 내려질 수는 없다는 것이다. 특히 전술한 바와 같이 현재의 군사법체계를 정당화할 수 있는 근거들이 이 헌법재판소의 결정에서는 입증은커녕, 그 논거조차도 제대로 제시되지 못하였다는 점은 현재결정의 이런 소극적 의미를 강화한다. 왜 현재와 같이 많은 문제점들을 노정해 온 군사법체계가 앞으로도 계속 존치되어야 하는지에 대한 보다 적극적이고 긍정적인 논증이 부재하는 것이다.

그래서 이 현재의 결정은 역으로 현재의 군사법체계의 개혁을 촉구하는 출발점으로서의 의미를 가지게 되는 아이러니도 발생하게 된다. 헌법재판의 과정을 통해서도 그 정당성이 입증되지 못한 채, 단순히 헌법 제110조의 문리적 해석과 그에 기대어 제시되는 입법형성권의 도그마만으로 존속가능하다는 사실이 역으로 입증되었기 때문이다. 그리고 이렇게 규범적으로 취약한 군사법체계가 전국민을 대상으로 이루어지는 국민징병제의 체제를 효과적으로 규율하는 것은 점점 더 어렵게 되어갈 것이기 때문이다.

그러면 어떻게 해야 하는가? 앞서 언급한 지도이념들을 염두에 두면서 몇 가지 개선방안들을 제시해 보자.

2. 군사법원의 설치문제

군사법체계의 개혁을 논의할 때 가장 중심영역에 들어서는 것이 군사법원을 설치하는 것이 바람직한 것인가의 문제이다. 앞서도 언급하였지만 군의 “특수성”이 군사법원의 존재 자체를 필연적인 것으로 만들지는 않기 때문이다. 오히려 이 문제는 순수하게 정책적인 수준에서 결정되며 따라서 입법형성의 대상이 되어 있을 따름이다.

각국의 입법례는 이를 증명한다. 일본(자위대의 경우를 말함)이나 오스트리아, 포르투갈, 스웨덴 등의 경우(8개국)는 군사법원 자체가 없이 일반법원에서 모든 군사사건들을 처리한다.(일반법원 모델). 반면 미국이나 스페인, 영국 등 27개국의 사례에서는 군사법원이 설치되어 군사사건을 전담 처리한다. 물론 이 중에는 그 군사법원의 구성 자체를 군 조직 내부의 것으로 하는 경우도 있고 영국처럼 민간

19) 이 결정에 대한 비판은 송기춘, 위의 글, 286-289쪽 참조.

인이 법무감(Judge Advocate General)으로 임명되는 경우도 존재한다.(특별법원 모델) 그리고 독일이나 프랑스, 네덜란드 등의 경우에는 일반법원 모델을 변형하여 그 법원 안에 군사에 관한 특별부를 설치하고 여기서 군사사건을 전담하게 하기도 한다.(절충형: 7개국)

하지만 이러한 분류는 지나치게 제도의 외형만으로 판단하는 것이 되어 우리의 참조용으로는 았다. 중요한 것은 군사사건의 처리를 민간통제의 수준에서 하는가 아니면 군인통제의 수준에서 하는가(미국의 모델)이다. 대체로 전자의 경우는 일반법원 모델이나 절충형의 모델에서 나타나며 민간인이 법무감을 맡게 되는 영국의 모델이나 기본법에서 군사법원을 둘 수 있도록 하였으며 그 재판부의 소속은 법무부에서 담당하게 한 독일의 경우 또한 이에 속한다. 물론 미국의 경우는 후자의 모델을 따르고 있기는 하지만,²⁰⁾ 전반적인 추세가 군사법원에 관한 한 민간통제의 틀을 따르고 있음을 알 수 있다.

환언하자면, 군사법원의 존치문제보다 더 중요한 것은 군사재판에 대한 통제권을 군이 장악하도록 하든 것이 아니라 문민적 통제가 가능하도록 설계하여야 한다는 점이다. 이를 위해서는 몇 가지 세부 대안이 강구될 수 있다.

가장 먼저 제시될 수 있는 대안은 군사법원을 폐지하고 일반법원에 그 관할권을 이전하는 것이다.²¹⁾ 이는 현재의 군사법체계의 문제점을 거의 대부분 해소할 수 있는 최선의 대안이며 많은 지지를 얻고 있는 개혁방안이기도 하다. 이 경우 헌법 제110조는 독일의 경우와 마찬가지로 예외적인 상황에서 임시의 법원을 설치(예컨대 전시 특별군사법원이나, 함선이나 해외파병의 경우에 설치하는 특별·임시군사법원 등)하는 근거법으로서의 역할만 담당하게 될 것이다.²²⁾

둘째의 대안은 심급별 이원화 체계이다. 제1심 사건은 군사법원을 설치하여 담당하게 하고 항소심사건의 경우에는 고등군사법원을 폐지하여 일반법원에서 담당하

20) 실제 미국의 군사법원체계는 우리의 모델이 되어 있기는 하나, 그럼에도 배심재판제도가 실시됨으로 인해 나름의 민주적 통제체제를 갖추고 있다는 점에서 우리와 중대한 차이점을 가진다. 즉, 지휘관에 예속되어 있는 군사법원의 체제가 배심재판제도에 의해 완충되는 구성을 보이고 있는 것이다. 미국 군사법원의 배심제도에 대한 간략한 소개로는 김동원, “군사법체도의 특징에 관한 고찰,” *Korean Journal of Scientific Criminal Investigation*, vol.4, No.1, 2010, 78-9쪽 참조.

21) 이렇게 할 경우 군검찰이 민감한 사건의 경우 아예 불기소처분을 함으로써 민간법원의 통제를 벗어나려고 할 가능성이 있다는 점이 문제점으로 지적되기도 한다. 윤상민, “군 형사사법체도의 개혁방안,” *비교법학* 제8집, 310쪽. 이에 대해 군사법원법에서 폭넓게 보장하고 있는 재정신청제도는 그 치유방안의 하나가 될 것이다. 다만 군사법원법에는 불기소처분에 대한 항고제도가 없다는 한계가 있으니 이를 설치하자는 의견(이청현, “개정 군사법원법의 쟁점과 그 개선방안,” 356-7쪽)도 있으나, 실제 항고제도보다 더 효과적인 것이 재정신청제도인만큼 군이 항고제도를 설치할 이유가 있을는지 의문이기는 하다.

22) 평시와 전시로 나누어 평시에는 군사법원을 없애자고 하는 안은 이 안의 변형이라 할 수 있다.

게 하는 방안이 그것이다. 이 방안은 군사재판에 대한 문민통제의 틀을 견지하면서 군의 “특수성”을 나름으로 감안할 수 있다는 장점을 가지기는 하지만, 항소심에서 가능한 문민통제를 군이 제1심에서는 배제하여야 할 이유를 찾기는 어렵다는 한계를 가진다.

셋째의 대안은 사안별 구획안이다. 이는 군형사범죄를 순정군형사범죄와 일반범죄로 이원화하여 전자 즉 군인만을 대상으로 하는 신분범 사건은 군사법원에서, 후자는 일반법원에서 다루도록 하자는 안이다. 이 안은 일견하여 나름의 정당성을 구비하고 있는 듯 하지만, 실제에 있어서는 군의 “특수성” 담론이 이중 적용되는 사례에 다름 아니다. 부연하자면 군인에 한정된 신분범 조항을 설정하는 이유가 군의 “특수성”을 감안한 것이다. 이미 행위규범을 입법하는 과정에서 군의 “특수성”이 고려되어 법조항에 포섭되어 있는 셈이다. 그럼에도 불구하고 이를 일괄하여 다시 재판규범에까지 반복하는 것은 결코 바람직하지 않다. 더구나 사안에 따라 별도의 취급을 하는 것 자체가 평등의 원칙에 비추어 그리 선호할 일도 아니다.

생각건대, 군사법원은 폐지하는 것이 가장 헌법합치적인 방법이다. 사법의 본질은 선재하는 법규범의 객관적·통일적 해석을 통해 (광의의) 분쟁을 해결하는 것인 만큼 이미 군의 “특수성”이 반영되어 있는 군형법 등의 법규범을 해석하는 과정을 일반법원과 달리 별개의 것으로 하여야 할 이유는 전혀 없기 때문이다. 실제 지휘권이나 군기율의 문제를 거론하는 것 역시 마찬가지로 틀 속에서 설명된다. 이미 우리 국회는 군형법 등의 입법을 통해 지휘권이나 군기율이 통용될 수 있는 규범적 틀을 마련하고 있고 그 법에 의해 구성되는 포괄적 지배권 안에서만 이 지휘권이나 군기율이 타당할 수 있게끔 하고 있다. 요컨대, 지휘권이나 군기율 자체도 법의 규율범위 내에서만 유효하게 존재할 수 있는 것이다. 그리고 이 유효성의 검증은 지휘권이나 군기율의 주체와는 다른 수준에서 이루어져야 한다. 이것이 사법의 제3자성 즉 중립성·객관성의 요청이다.

사정이 이렇다면 군이 군사법원이 군 조직 내부에 위치하여 운영될 필요는 없어진다. 오히려 군에 대한 문민통제라는 헌법이념에 비추어볼 때 그것은 군 조직 밖에서 문민적 감시하에서 이루어지는 것이 더욱 타당한 것이라 할 수 있다. 이에 장기적으로는 군사법원은 폐지하는 것으로 하되, 그 때까지 변화의 충격을 완화하기 위한 임시조치로 심급별 이원화 체계와 사안별 이원화체계를 단계적으로 구성하는 것이 좋을 것이다. 즉, 가능한 한 조속한 시일 내에 고등군사법원을 폐지하고 항소심사건을 고등법원에서 다루도록 한 연후에, 어느 정도 적응기간이 도과된 후 다시 제1심사건의 경우에도 순정군형사범죄만 군사법원에서 다루고 일

반사건은 일반의 지방법원에서 다루도록 정비하는 수순을 밟을 필요가 있다. 물론 이 두 단계의 임시조치는 반드시 따로 할 필요는 없다. 예컨대 군인이 휴가중에 민간인과 다투다가 폭력을 행사한 사건과 같이 경미한 사건은 처음부터 일반법원의 관할로 하여 신속 처리하는 방식이 필요할 수도 있다. 또한 전시 등 비상계엄이 선포된 경우에는 헌법 제110조제4항의 사례에 따라 별도의 조치로서 군사법원을 설치하는 것은 후술하는 군판사의 신분보장 등 몇 가지의 조건이 충족되는 범위 내에서는 크게 문제되지 않을 것으로 본다.

3. 군판사 및 심판관제도의 문제

법원의 독립에서 가장 중요한 것은 법관의 독립이다. 이때 법관의 독립을 보장하는 최선의 장치는 신분보장이다. 하지만, 군사법원의 경우에는 이에 더하여 그 군판사의 인사권도 그에 못지 않은 고려사항이 된다. 문제는 현재의 제도는 이러한 독립성의 보장 장치를 거론하기에는 턱없이 부실한 체제로 구성되어 있다는 점이다.

현재 군사법원의 재판관을 담당하는 군판사는 각군의 참모총장 또는 국방부장관이 소속 군법무관 중에서 임명한다.(군사법원법 제23조, 제26조 내지 제28조 등) 문제는 이들은 군검찰과 순환보직될 뿐만 아니라 그 임기 또한 안정적으로 보장되어 있지 않다. 물론 군사법원법은 제21조에서 “군사법원의 재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다”(제1항)고 하여 재판관의 독립을 선언하고 이를 보장하기 위한 방법으로 “재판관, 검찰관 및 변호인은 재판에 관한 직무상의 행위로 인하여 징계나 그 밖의 어떠한 불리한 처분도 받지 아니한다.”(제2항)고 규정하고 있기는 하다. 하지만 그럼에도 불구하고 임기나 기타 신분의 보장을 위한 어떠한 장치도 마련하고 있지 않아 지휘관(관할관)의 압력으로부터 자유로울 수 없는 상황에 부딪힐 위험이 적지 않다.²³⁾

이와 함께 군판사의 인력풀이 군법무관이라는 단일한 조직체계에만 한정되어 있음은 또 다른 문제를 야기한다. 군판사와 군검찰관, 군변호인, 나아가 법무참모까지 하나의 풀에서 선발될 뿐 아니라 이들 상호간에 순환보직될 수 있음은 임기제의 부재와 결합하면서 상호 영향관계의 형성은 물론 상호 유착의 가능성까지 야기하고 있다. 여기에 군사재판의 변호는 주로 군법무관출신의 변호사가 맡게 되는 것

23) 실제 군사법원의 존재이유로 거론되던 군의 “특수성”이라는 담론은 이런 군판사의 순환보직체제로 인하여 현저하게 약화되어 버리고 만다. 군판사의 전문성이 확보될 수 있는 제도적 장치 자체가 결여되어 있는 것이다.

이 통례라는 점을 감안한다면 전관예우의 폐해²⁴⁾까지 예상할 수도 있다.

사법의 독립이라는 헌법명령이 군사법원체계에서는 여지없이 허물어져 있는 것이다. 실제 군사법원의 재판을 담당하는 군판사의 임명 및 보직권이 이렇게 난맥상을 이루고 있는 것은 결코 바람직하지 않다. 더불어 지휘권으로부터 독립하여야 할 군판사가 참모총장의 의사에 의해 임면되는 현실 또한 법관의 독립을 보장하기에 적정한 것이 아니다.

이에 군사법원을 존치한다고 할 때 군판사의 임명권을 문민통제의 틀에 따라 법무부장관이 주도하여 행사하게끔 하는 것을 검토해 볼 필요가 있다. 즉, 각 군별 법무감제도를 두고 이 법무감을 법무부장관이 국방부장관과 협의하여 국무총리를 경유하여 대통령에게 제청하고 대통령은 국회의 인사청문회를 거쳐 임명하는 방식으로 전환하는 것이 바람직하다는 것이다. 실제 이런 방식은 영국이 취하고 있는 것으로 법무감을 대법원장(Lord Chancellor)의 추천을 받아 여왕이 임명하고 이 법무감이 군판사단을 구성하는 체제가 그것이다. 여기서 법무감을 비롯한 모든 군판사의 신분은 군인이 아니라 민간인이다. 즉, 군사법의 큰 축을 민간인으로 형성하고 이를 통해 군이라는 폐쇄적 권력조직을 문민에 의한 통치의 방식으로 견제하는 군사 또한 법의 지배가 통용되는 구조로 전환하고자 하는 것이다.²⁵⁾

만일 군판사의 임명이 문민의 법률가로 이루어진다면 현행의 심판관제도는 그 문제점을 상당히 치유할 수 있게 된다. 실제 법률비전문가인 장교급 군인으로 구성되는 심판관은 군사재판의 전문성(소위 군의 “특수성”)을 고양하기 위한 장치로 고안되었다고 일컬어진다. 하지만, 현실에 있어서는 사건관련자들의 청탁이나 외부적인 압력이 유입되는 통로로 역기능하고 있다는 비판이 적지 않았다. 더불어 최근에 와서는 법률전문가인 군판사의 견해에 거의 그대로 추종하는 경향을 보이고 있어 유명무실한 제도라는 평가도 적지 않다. 대체로 폐지론에 대체를 이루어 가고 있는 듯이 보이는 것도 이 때문이다. 하지만, 군판사가 군사적 통제 밖에서 신분과 그 독립성이 보장되는 체제를 갖춘다면 오히려 참심의 틀에 따라 심판관 제도를 유지하는 것도 고려해 볼 필요가 있다. 물론 이 경우 심판관이라는 명칭보다는 참심원 혹은 참심관이라는 명칭이 적합하며 그 기능 또한 보다 실질적인 것으로 전환하는 노력이 병행되어야 할 것이다.

24) 최병호, 위의 글, 99쪽.

25) 그 전이라도 법무병과에서의 특기분리는 시급하게 이루어져야 한다. 군판사와 군검사, 그리고 군변호인의 직능이 별도로 부여되어야 한다는 것이다.

4. 관할관제도의 개혁

우리 군사법체계에서 가장 큰 문제점으로 대두되었던 것이 관할관 제도 혹은 관할관의 확인제도이다. 오윤성은 이 관할관 제도의 존재이유를 “군대라는 특수한 조직의 존립목적과 군기의 유지와 전투력의 보존 및 강화를 위하여 군 형법권을 지휘관에게 귀속시키기 위한 것”²⁶⁾이라고 정리한다. 군사법원체계를 군지휘권 강화의 수단으로 규정함으로써 그것을 군행정권의 한 부속물로 구성하고 있는 것이다. 하지만 이러한 구성은 결코 헌법적 정당성을 갖지 못 한다.

우선 이 제도는 관할관에게 군검찰권과 함께 사법권까지 부여하게 됨으로써 권력 분립의 틀을 심각하게 훼손하고 있을 뿐 아니라, 사법체계가 구현하여야 할 법적 안정성의 요청까지도 위협하는 것이라 할 수 있다. 이에 헌법재판소는 판결에 대한 관할관의 “확인조치권을 규정한 같은 법 제379조 제1항, 제535조(1994. 1. 5. 개정 법률에서는 상소심판결에 대한 확인조치권은 삭제되었다)가 가령 청구인 주장과 같이 헌법에 위반된다고 하더라도”라는 표현을 통해 우회적으로 그 문제점을 지적한 바 있기도 하다.

실제 이 제도는 1994년의 군사법원법 개정을 통해 상당히 개선되기도 하였다. 즉, 구속영장발부권의 군판사로의 이관과 함께 관할관의 확인조치제도 또한 1심의 실형선고자에 대해 감경할 수 있는 수준으로 상당부분 제한됨으로써 과거와 같은 폐해의 원천이 될 가능성을 축소시켜 두었다. 오윤성의 말처럼 “관할관의 기능은 상징적 차원에 머무르게 되었다”²⁷⁾고도 할 수 있는 상태이다.²⁸⁾ 하지만 문제는 그러한 제도의 “상징”성이다. 즉, 이 관할관제도 특히 이의 확인조치제도는 군사법체계를 군행정체계의 하위체계로 규정하는 대표적인 제도이다. 관할관인 지휘관의 군사법원에 대한 우위를 최소한 상징적인 수준으로라도 선언하고 있는 것이 이 제도인 것이다. 사정이 그렇다면 아예 이 제도를 폐지하여 군사법원의 제도적 독립성을 강화하는 것이 헌법의 지향에 부합하는 것이 될 것이다.²⁹⁾

26) 오윤성, “군 사법제도 개선 방향에 대한 고찰 -사법제도개혁위원회 안을 중심으로,” 한국경찰학회보 제9호, 87쪽.

27) 위의 글, 89쪽.

28) 실제 한 조사에 의하면 확인조치권의 대상범죄의 대부분이 교통범죄(42.7%), 폭력범죄(19.4%) 등에 집중되어 있고 군형법상의 범죄에 대해서는 오직 11.9%만 해당되는 만큼 그 존재이유 자체가 소멸되고 있는 상황이기도 하다. 자세한 것은 박찬걸, “군사재판에 있어서 관할관제도 및 심판관제도의 문제점과 개선방안,” 형사정책연구, 제23권 제4호, 2012, 165-6쪽 참조.

29) 군의 “특수성”을 감안하여 감형조치를 하여야 할 필요가 있는 경우에는 이런 확인조치보다는 오히려 지휘관이 군사재판과정에서 의견서를 제출하거나 군검찰관을 통해 양형판단에서의 주장을 통해 처리하도록 하는 것이 좋을 것이다.

5. 군검찰 및 군사법경찰제도

군검찰과 군사법경찰제도는 그 제도의 당부를 떠나 법적 체계 자체에 대해서도 상당한 논의가 있었다. 군검찰에도 검사동일체원칙이 적용되는가의 문제라든가 군사법경찰에 대한 군검찰의 수사지휘권여부가 그것이다. 하지만, 일반검찰의 경우에도 검사동일체의 원칙이 폐지되고 있는 실정에서 그에 관한 명문규정 자체가 없었던 군검찰에까지 그러한 ‘행정편의적’ 체제를 인정할 필요는 없어 보인다. 그리고 후자의 문제도 민간영역에서의 경찰수사권조정 문제가 사회적 의제로 대두되고 있는 실정이라 어떠한 변화를 주장하는 것이 상당히 어려운 것도 사실이다. 다만 군사법경찰의 수사과정에서 인권침해의 위험이 빈발하고 있는 실정을 감안할 때 군음부즈만제도와 같은 일정한 통제장치가 조속히 마련될 필요가 있기도 하다.

군검찰의 문제는 무엇보다 그것이 군 지휘체계에 종속되어 있는 현실에서부터 발생한다. 오늘날 심각한 사회문제로 대두되고 있는 군에서의 가혹·폭행행위 등의 사건이나 사고에 대해 축소수사나 군 내부적인 은폐·엄폐의 의혹이 일고 있는 가장 큰 제도적 원인이 바로 여기에서 발생한다. 군검찰사무를 관장하고 소속 감찰관을 지휘감독하는 권한을 가진 지휘관의 통제로부터 결코 자유로울 수 없는 군검찰로서는 사건·사고를 축소·은폐하고자 하는 상관들의 의사를 거역하기 어려운 것이 인지상정이기 때문이다.

이에 가장 바람직하기로는 군검찰 자체를 폐지하여 일반검찰의 소관으로 수사권을 이전하는 방안을 들 수 있다. 하지만, 이는 군사법원의 폐지와 맞물리는 것일 뿐 아니라, 수사의 효율성 등에서 군의 폐쇄성이나 군의 “특수성”을 고려하여야 할 필요 때문에 그리 바람직하지는 않아 보인다. 오히려 군검찰제도 자체는 유지하되 그 소속을 법무부소속으로 하여 국방부의 협조 하에 수사할 수 있도록 하거나 아니면 국방부에 직속된 기관으로 군검찰부를 설치하고 이 군검찰이 군으로부터 독립하여 그 업무를 수행할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 그리고 군검찰의 신분은 그 소속을 문민통치의 틀에 기반한 국방부로 하는 만큼, 군판사와 마찬가지로 민간인이 되어야 할 것이다.³⁰⁾ 다만 이렇게 군검찰제도를 존치시키는 경우에도 순정군형사범죄가 아닌 일반범죄에 대해서는 민간검찰의 관할을 인정하는 방안도 모색되어야 한다. 사법행정의 효율성과 피의자의 편의를 도모한다는 관점에서 관할관이

30) 사법제도개혁위원회의 논의 당시에 군검찰을 각군 단위로 설치하는 방안이 제시되었으나, 이는 논리적 필연성이 그리 있어 보이지 않는다. 수사 혹은 기소·공소유지의 업무가 각 군별 특수성과 연계되어야 할 이유가 없기 때문이다.

국방부장관을 경유하여 사건송치를 요청하지 않는 한 일반검사가 먼저 수사를 개시하였다면 그 수사권을 계속하여 행사할 수 있도록 하여야 한다는 것이다.

6. 기타

배심제는 국민-엄밀히 말하자면 주민이다-중에서 일정한 절차에 의하여 선출된 비법률전문가가 재판과정에 참여하여 사실인정, 기소여부 혹은 책임여하를 결정하는 제도를 의미한다. 이런 배심제는 국민에게 사법과정에서의 참여기회를 부여함으로써 재판의 민주성을 확보하고 재판에 대한 국민의 불신을 해소하는 한편, 국민의 법감정과 재판결과를 부합시킴으로써 법의 정당성·타당성 및 실효성을 확보하는 장점을 가진다고 한다. 또한 사법과정에 국민들이 직접 참여함으로써 법교육적 효과와 더불어 국민의 준법정신을 함양하고 법의식을 고취시키는 효과를 거둘 수 있다고도 한다.³¹⁾

군사법원체제에서의 배심제 역시 마찬가지로 기능을 할 수 있다. 무엇보다 군사법원처럼 그 법집행에 대한 불신이 전통적으로 강한 경우에는 이러한 배심제는 군사법원의 편의주의와 권위주의, 그 폐쇄성과 독단성을 극복하고 법과 현실의 괴리를 메꾸는 수단으로서 그 존재의미를 획득할 수도 있게 된다. 이에 군사법원에서도 적어도 국민참여재판제도와 같은 유형의 배심체제를 도입할 것을 고려할 것이 요청된다. 물론 이때 배심원은 미국의 예처럼 임기 6개월을 배심후보단을 구성하고 여기서 추천에 의해 선발하는 체제를 갖추어도 좋고 아니면 아예 처음부터 배심원을 무작위의 추천으로 선발하는 방식을 취해도 좋다. 중요한 것은 일반적인 군인-주로 사병이 해당될 것이다-이 재판과정에 참여함으로써 그 재판의 민주성과 신뢰성을 고양하는 장치를 확보하는 일이다.

또한 군사법원에서 이루어진 판결문은 가능한 한 전부 공개되어야 한다. 이는 헌법 제109조의 이념을 실천하는 출발점이자³²⁾ 동시에 법원의 책무성을 강화하는 수단이기도 하다. 판결에 대한 국민적 평가와 판단을 촉발할 수 있는 기회를 제공하는 것이기 때문이다. 이와 함께 합의부에서 이루어지는 판결의 경우 소수의견이나 보충의견, 반대의견이 있을 때 그것을 판결문에 기재하도록 할 필요도 의연히 존재한다. 합의제의 기본취지는 토론과 설득의 과정을 통하여 신중하고도 공정한 결정에 이르게 하는 것이나 동시에 논점을 명확하게 드러냄으로써 그 결정의 타당성과 정당성에 대

31) 이에 대하여는 김대성, 국민이 참여하는 형사재판제도의 도입과 발전방안에 관한 연구, 건국대박사학위청구논문, 2007, 203-208면 참조.

32) 이 점에서 판결문의 공개는 공공기관의 정보공개라는 요청보다 우선하며 또 선행한다.

한 외부적 통제가 가능하게 된다는 장점도 가진다.

셋째, 군사법원에서의 양형기준의 확립은 또 다른 법치의 수단이 된다. 실제 일반 법원의 경우에도 법관의 양형결정에 있어서의 지나친 재량을 축소하고 유·무죄의 판단과 마찬가지로 양형판단 또한 일정한 기준에 따라 논거를 갖추고 이루어져야 한다는 것, 그리고 이 과정에서 양형의 근거를 제시함으로써 국민들이 이 양형결정에 대한 나름의 평가를 할 수 있도록 하여야 한다는 고려에서 주요한 사법개혁 의제로 양형기준의 문제가 제기되었고 또 현재 실천되고 있는 상황이기도 하다. 양형기준의 강화라는 요청은 법관의 지배가 아닌 법의 지배를 확보하고 법관의 책무성을 강화하는 주요한 방식중의 하나이다. 그리고 이는 군사법원의 경우에도 여전히 타당한 제도적 개선과제가 된다.

넷째, 조금 주제가 달라지기는 하지만, 군인징벌제도의 개선도 시급하다. 무엇보다 군징벌의 수단으로 사용되고 있는 징계영창제도는 구속과 같은 인신구금은 법관이 발부한 영장이나 법원의 확정판결을 요구하고 있는 헌법상의 인신보호원칙에 위반되는 만큼 조속히 폐지하여야 한다.

IV. 마무리

최근 발생한 군 내부의 사건들은 우리 헌정체제에 대한 심각한 의문점을 던지고 있다. 민주화의 기치를 내세우며 지난 25년의 세월동안 수많은 개혁과 개선의 작업들을 수행해 온 우리 시민들로서는 과연 나아진 것이 무엇인지 혹은 우리가 거두었다고 생각하였던 헌정주의의 틀은 과연 어떤 모습인지를 다시 생각하게끔 만들었다. 물론 여전히 권위주의의 잔재는 남아 있고 우리속의 군사문화는 아직도 그 위력을 과시하고 있는 것은 사실이지만, 그럼에도 불구하고 인권과 민주와 평화의 요청이 저 군부대의 철조망 너머에서는 한 장의 종이보다도 가벼운 것이 되어 있다는 인식은 우리 모두를 경악하게 만들고 있는 것이다.

실제 군 내부의 폭력과 가혹행위들과 그에서 파생되는 각종의 사건·사고들은 하나같이 군사문화의 파행성에서 연유한다. 전근대적인 가부장적·권위주의적 군사문화가 여전히 잔존하면서 상명하복식 지휘권이라는 명분하에 군 내부를 장악해 왔던 것이다. 문제는 그런 군사문화를 제어할 수 있는 유효한 법제도가 아직도 제대로 구축되지 못했다는 점에서 더욱 가중된다. 현재의 군사법체계가 이런 군사문화를 통제하고 차단하기는커녕 오히려 그것을 더욱 강화하고 아예 불문율화 하면서 모든 군인들의 행동지침으로 내면화하는 양상까지 보이고 있는 실정이기도 하다. 이번 사건에서 드러나는 것처럼 사건의 축소·은폐와 미봉으로 일관하는 대응책들은 그 대표적인 사례이다.

이 글은 이런 실정에 직면하여 민주적이고 인권친화적인 군체계를 이루기 위한 한 쪽 끝의 대안을 모색해 보았다. 군사법원을 중심으로 한 군 사법체계를 보다 헌정주의에 가깝게 구성함으로써 군의 민주성, 법치성, 그리고 합리성을 강화할 수 있는 계기를 찾아보았던 것이다. 물론 이 글이 내세운 의견보다 더 많은, 그리고 더 효과적인 방안도 적지 않을 것이다. 하지만, 이 글은 그러한 방안들을 이끌어내기 위한 하나의 발판이 될 수 있을 것이라 믿는다. 그리고 이런 논의들이 하나의 일과성 사건에 그치지 않고 실제적인 군사법체계의 개혁작업으로 이어지기를 바란다. 많은 이들의 관심과 지지, 그리고 실천을 향한 의지가 지금까지 군이나 정치권이 보여왔던 ‘현실추수주의’³³⁾를 뚫고 더 이상의 윤일병사건과 같은 불행이 재발하지 않도록 하는 진정한 군개혁의 기치를 일구어낼 수 있을 것이라 믿는다.

33) 이계수, 2004, 323쪽

‘군사 옴부즈만’ 에 대한 아홉 가지 질문¹⁾

홍성수 / 숙명여자대학교 법학부 교수

아래에서는 이재승 교수의 발제문에 담긴 여러 가지 제안 중 인권고충처리체계의 확립을 위해 필요한 ‘군사옴부즈만’ 제도를 아홉 가지 질문에 답하는 형식으로 정리해보았다.

1. 옴부즈만이란 무엇인가?

군대에서 일어난 인권침해사건들을 보면, 왜 그런 일을 당하고도 피해자나 목격자가 신고하지 않았는가 하는 의구심을 갖게 된다. 사실 정도의 차이가 있을 분위계가 있는 조직에서는 공히 안고 있는 문제가 바로 피해자들이 피해사실을 제대로 상담하거나 신고하기가 어렵다는 것이다. 하물며 그 위계가 가장 강한 조직인 군대에서는 말할 것도 없다. 그래서 여기에 숨통을 틔워주기 위한 제도적 장치가 바로 ‘고충처리절차’²⁾이다. 문제가 생겼을 때 마음 편히 문을 두드릴 수 있고 그들의

1) 이 글은 홍성수, "군인권위원회 설립의 필요성에 대한 제언", <병영문화 개선과 군인권법 제정을 위한 토론회>, 민주당 인권위원회, 인권연대, 군인권센터 주최, 2011; 홍성수, "윤 일병에게 ‘군 옴부즈맨’이 있었다면...", 2014년 8월 6일 작성, <슬로우뉴스> (<http://slownews.kr/28899>); 홍성수, "군대 사고, 민주주의와 인권으로 풀자", 한국일보, 2014년 7월 2일자; 홍성수, "윤 일병이 ‘아니오’라고 말할 수 없었던 이유", 한국일보, 2014년 8월 13일자; 홍성수, "군사옴부즈만 도입의 필요성", <윤일병 사건, 군인권 긴급 토론회>, 심상정 의원실, 이상민 의원실 주최, 국회 의원회관, 2014년 8월 13일등에서 기술된 내용을 활용하여 재구성한 것임.

2) 고충처리절차란 당사자들의 여러 가지 고충을 접수받아 신속하고 효과적인 해결을 모색하는 절차를 통칭한다. 영어로는 보통 grievance settlement procedure, complaint process 등으로 불리며, 기본적으로 ‘비사법적 구제’(non-judicial remedies)의 방법을 채택하기 때문에, conciliation procedure라고 불리기도 한다.

편에서 문제를 처리해줄 거라고 신뢰할 수 있는 버팀목이 있어야 한다는 것이다. 기업에 있는 명예고용평등감독관이나 대학에 있는 성희롱상담소, 그리고 학생인권조례에 의해 도입된 학생인권옹호관제도, 몇몇 지자체에 설치된 시민인권보호관, 인권옴부즈만 등이 도입된 이유가 바로 여기에 있다.

이러한 고충처리절차를 어떻게 운영할 것인가에 대한 정답은 미리 정해져 있지 않다. 고충처리절차는 조직 내에 있을 수도 있고 조직 외에 있을 수도 있다. 앞서 언급한 명예고용평등감독관제도나 (대학)성희롱상담소가 일종의 내부 고충처리절차라면, 국가인권위원회나 국민권익위원회가 제공하는 절차는 외부의 고충처리절차다. 몇몇 교육청에 설치된 학생인권옹호관이나 몇몇 지방자치단체에 설치된 시민인권보호관(서울), 인권옴부즈만(광주)은 내부에 있으면서도 독립성을 보장한 형태의 절충형이라고 할 수 있다.³⁾

어느 쪽이 더 바람직한지에 대해서는 정답이 없으며 사정에 따라 적절한 방법을 찾아야 하고, 중복해서 설치하는 것도 전혀 문제될 것이 없다. 명칭을 무엇으로 할 것인지에 대해서도 미리 정해진 규칙은 없다. 흔히 이러한 고충처리기구를 ‘옴부즈만’⁴⁾이다. 옴부즈만의 원형은 북유럽에서 의회에 설치되어 시민들의 권리 보호를 옹호하며 행정부를 감시·견제·통제하는 것이다. 하지만 이러한 전형적인 옴부즈만 외에도 다양한 형태의 유사 옴부즈만이 존재하여 시민들의 진정(고충)을 받아서 처리하는 기구라는 정도의 공통점 정도가 있을 뿐이다. 실제로, 옴부즈만이라는 이름을 부여받고도 단순한 의견수렴기능 정도를 수행하기도 하고, 기구 명칭이 옴부즈만이 아니면서도 실제로는 전형적인 옴부즈만의 기능을 수행하는 기구도 있다.⁵⁾

옴부즈만이 수행하는 역할을 사법제도와 대비하여 ‘비사법적 권리구제’(non-judicial remedies)라고 부르기도 한다. 이것은 옴부즈만이 기존의 사법적 권리구제제도의 한계를 극복하기 위해서 제안된 것이기 때문이다. 일반적으로 옴부즈만이 제공하는 권리구제는 사법적 권리구제에 비해, 빠르고, 저렴하고, 인권 침해자친화적이고, 독립적이고 공정하며, 법적 논리에 매몰되지 않으며, 근본적인 문제해결방법까지 함께 모색한다는 점에서 장점이 있다고 할 수 있다.⁶⁾ 예컨대 군대에서의 인권침해사건 중 상당수는 ‘범죄’에 해당할 것이고 헌병대의 수사대상이 될 것

3) 지자체에서도 소속 없는 기구를 설치하여 강한 독립성을 보장할 수 있는지에 대해서는 논란의 여지가 있으며, 이들 기관은 원칙적으로 시 소속 기구나 조직체계상 어느 부서에 소속되어 있지 않다.

4) Ombudsman은 보통 옴부즈만, 옴부즈맨 등으로 부르며 호민관 등으로 번역되기도 한다. 성중립적 용어를 쓰기 위해 Ombudsperson이라는 명칭이 사용되기도 한다.

5) 대표적으로 과거 국민고충처리위원회의 공식 영문 명칭은 Ombudsman of Korea였다.

6) 옴부즈만식 비사법적 권리구제의 특징에 대해서는, 홍성수, “국가인권위원회 조사·구제기능에 대한 평가와 과제 : 출범 이후 10년간의 통계를 중심으로”, 법학연구, 34집, 전북대학교 법학연구소, 2011 참조.

이다. 따라서 군 형사절차에 의해서 처리 될 것을 기대할 수 있다. 하지만 형사절차는 시간이 오래 걸리고, 수사과정에서 피해자가 제대로 보호받지 못하며,⁷⁾ 독립성/공정성 시비가 걸리기 십상이며,⁸⁾ 근본적인 문제해결을 제시하기보다는 정해진 법리와 법적절차에 따라 가해자 개인을 형사처벌하는 것에 제한된다. 반면 만약 군사옴부즈만이 설치된다면, 피해자의 편에서 독립적으로 업무를 수행하며 법리에 매몰되지 않고 적극적인 판단을 하며 근본적인 문제해결을 위하여 건설적인 해법까지 제시할 수 있다는 점에서 큰 장점이 있다.

2. 군사옴부즈만은 무엇인가?

군사옴부즈만(military ombudsman)⁹⁾은 기본적으로 군대 내에서 옴부즈만의 업무를 수행한다. 즉, 군대 내의 인권침해나 기타 불법행위에 대해 진정을 받아 처리하거나 기타 군대 내 문제에 대하여 권고를 하는 기관이다.¹⁰⁾ 군사옴부즈만이 이러한 역할을 수행하기 위해서는 두 가지 핵심적인 요소가 전제되어야 한다.¹¹⁾ 첫 번째는 ‘독립성’이다. 고충처리기능의 핵심은 독립적인 절차다. 독립성이 없다면 굳이 이런 절차를 둘 필요도 없다고 해도 과언이 아니다. 고충처리절차를 마련하는 이유는 기존의 지휘명령체계를 통해 해결될 수 없는 문제를 다루는 것인데, 그 절차가 지휘권자의 영향력 하에 있다면 그런 절차를 둘 이유 자체가 없어지기 때문이다. 따라서 군사옴부즈만은 군 외부에 특히 국방부장관 등 군 수뇌부의 영향력 범위 내에 있지 않은 독립조직이어야 하고, 재정적 독립성을 가져야 하며, 자체 사무국을 가짐으로서 자기 완결성을 가진 조직이어야 한다.¹²⁾ 두 번째는 적절한 조사권한이다. 군부대에 예고

7) 수사에 착수되었으나 피해자가 여전히 해당 부대에서 괴롭힘을 당하고 있거나 피해자를 폭력행위 유발자로 몰아가는 경우가 있을 수 있다. 그리고 가해자의 처벌에 초점이 맞춰져 있는 형사절차에서 ‘피해자 입장에서의 문제해결을 기대하기에는 여러 가지 구조적 제약이 있다. 비단 군대만의 문제는 아니다.

8) 헌병대는 물론 심지어 군검찰과 군사법원까지 부대장의 지휘통솔을 받고 있는 현실을 고려해야 한다.

9) 안규백 의원이 대표발의한 군인지위 향상에 관한 기본법안에서는 ‘군사옴부즈만’이라는 용어가 사용되어 있어서 일단 이렇게 통일했으나, 군옴부즈만, 군인권보호관, 군인권옹호관, 국방감독관, 군인권위원회 등도 대안으로 검토될 수 있을 것이다.

10) DCAF Security Sector Reform Working Group, “Backgrounder: Military Ombudsman”, in UNDP/DCAF, Monitoring and Investigating the Security Sector: Recommendations for Ombudsman Institutions to Promote and Protect and Protect Human Rights for Public Security, United Nations Development Programme, 2007, 37쪽.

11) 이하는 UNDP/DCAF, “Improving Democratic Oversight of the Security Sector: Recommendations to Ombudsman Institutions”, UNDP/DCAF, 앞의 책, 42-60쪽; OSCE/ODIHR, Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel, OSCE/ODIHR, 2008, 230-244쪽; 김종서, 앞의 글, 42-48쪽 참조.

없이 방문할 수 있는 부대방문권, 필요한 자료에 접근할 수 있도록 하는 정보접근권이 필수적이다. 조사 결과 인권침해사실이 확인되면 해당 부대나 기관의 장에게 시정/개선 권고를 할 수 있어야 하고, 군 인권관련 규정 제정에 대한 제안/권고권도 있어야 적극적인 역할을 기대할 수 있다.

이와 같은 형태의 옴부즈만이라고 한다면, 독일의 국방감독관(Wehrbeauftragter, defense commissioner)¹³⁾이 가장 대표적인 사례라고 할 수 있다. 독일식 국방감독관은 행정권의 오남용을 사후적, 소극적으로 구제하는 형태의 옴부즈만이라기보다는 의회에 의한 군대 통제를 위해 포괄적인 권한과 적극적인 역할을 수행하는 의회 소속 특별기구의 성격에 가깝다고 할 수도 있을 것이다. 다만 군인의 진정을 받아 처리하는 기능이 주가 된다는 점에서 여전히 옴부즈만의 일종으로도 분류가 가능할 것이다.¹⁴⁾ 이러한 독일식 군사옴부즈만 제도는 한국에서도 2000년대 초반부터 유력한 대안으로 제안되어 왔다.

그 명칭은 꼭 군사옴부즈만이 아니어도 좋다. 군옴부즈만, 군인인권보호관, 군인권옹호관, 국방감독관 등도 좋고, 어차피 위원회 형태로 운영될 거라면 군인권위원회도 후보가 될 수 있다. 중요한 것은 그 이름에서도 실제 권고를 받게 될 각종 부대장, 기관장은 물론 국방부장관에게도 대등한 지위에서 권고하고 견제한다는 뉘앙스가 들어가는 것이 좋을 것이다. 진정/고충처리뿐만 아니라 법령 정책에 관한 권고까지 수행하는 포괄적인 권한을 가진 기구라면 옴부즈만/옹호관 같은 이름보다는 (그 구성을 위원회식으로 한다는 전제 하에) ‘군인권위원회’가 더 나을 수도 있을 것이다. 단순한 행정통제제도가 아니라 적극적인 인권옹호자로서의 위상이 부여되어 있다고 한다면, 군인인권보호관이나 군인권위원회처럼 ‘인권’이라는 말이 명칭에 들어가는 것도 좋을 것이라고 생각된다.

3. 군사옴부즈만의 조직위상과 구성은 어떻게 되어야 하는가?

12) 이미 군대에서는 방위사업청 옴부즈만(3명, 방위사업법 제6조, 50, 60조 방위사업법 시행령 5-7조)을 운영 중이나, 상임위원도 없고 자체 사무기능을 갖지 못하고 있기 때문에 적극적인 기능을 수행하는데 한계가 있다.

13) 이하에서 언급한 독일 군사옴부즈만(또는 국방감독관) 제도에 대해서는 이계수/오병두, 군에 대한 의회통제의 가능성과 한계, - 독일의 ‘국방감독관’ 제도를 중심으로, 민주법학, 제33호, 2007; 이계수/이재승/오병두, 외국 군 인사 복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사: 독일의 법령과 제도를 중심으로, 국가인권위원회 연구보고서, 2006, 6쪽 이하; 이계수, 군대 내 구타 가혹행위 및 그로 인한 사고를 방지하기 위한 법적 제도적 방안에 관한 연구, 민주법학, 제23호, 2003, 300쪽 이하 참조.

14) 이 때 옴부즈만은 인권과 민주주의를 위해 매우 적극적인 역할을 수행하는 기구로서의 위상을 부여받는다 할 수 있다. 옴부즈만을 이렇게 이해하는 시도로는, 이계수, 인권, 자유민주주의와 옴부즈만, 헌법학연구, 제14권 제2호, 2008 참조.

군사옴부즈만의 소속으로는 국방부¹⁵⁾, 대통령 직속¹⁶⁾, 국무총리 소속, 무소속 독립기구,¹⁷⁾ 국회 등을 생각해볼 수 있을 것이다.¹⁸⁾ 군사옴부즈만이 실질적인 역할을 하기 위해서는 강한 독립성이 필요하며, 그렇기 위해서는 무소속 독립기구로 하거나 국회 소속이어야만 한다. 이 둘은 각각의 장단점이 있다. 무소속 독립기구일 경우 과연 제대로 된 힘을 가질 수 있을지 의문이다. 군사옴부즈만은 방문/조사에 있어서는 강력한 권한을 갖도록 법에 규정하면 되지만, 실제 군에 대한 개입은 ‘권고’에 그칠 수밖에 없다. 그런데 과연 독립기구로서 외딴 섬처럼 존재하는 군사옴부즈만이 실질적으로 군에 영향력 있는 권고를 할 수 있을지는 의문이다. 200명 가까운 인력을 보유하고 장관급 위원장과 차관급 상임위원 3명을 거느리고 있는 인권위조차도 정부기관에 대한 권고가 안 먹히고 있는 상황을 고려하면 50명 이하의 소규모로 꾸려질 가능성이 높은 군사옴부즈만이 제 기능을 할 수 있을지는 의문이다. 독자적인 사무기구 설치에 있어서의 비효율도 문제가 된다. 군 인권침해 조사인력에 비해 행정지원인력의 숫자가 클 수밖에 없는 소규모 조직이기 때문이다. 반면, 의회에 설치할 경우 의회의 힘에 기반하여 비교적 안정적인 역할을 수행할 수 있을 것으로 기대된다. 현실적으로 폐쇄성이 강한 군대문제에 적극 개입하기 위해서는 의회 소속으로 두는 것이 가장 효과적일 수 있을 것이다. 다만, 의회 소속기관이되 의회로부터도 어느 정도 독립적이어야 할 옴부즈만의 의회 내의 정파적 대립구도 속에서 자유롭지 못할 경우 제 기능을 수행하기 어려울 수도 있을 것이다.

또 한 가지 쟁점 중 하나로 조직 형태를 독임제로 할 것인가, 위원회 형태로 할 것인가의 문제가 있다. 강력한 권한을 행사하기 위해서는 독임제가 더욱 적합하다는 견해¹⁹⁾가 있고, 옴부즈만의 원형은 독임제이며 독일 국방감독관제도 독임제인 것이 사실이다. 하지만 한국에서 독임제 독립기구를 제대로 운영해본 경험이 없고, 실제로 위원회 형태의 기구들도 위원장의 독주가 문제가 되었던 점을 고려해보면, 독임제가 원래 취지대로 잘 운영될지는 의문이다. 오히려 독임 옴부즈만의 독단과 전횡을 막을 수 없게 된다는 문제도 생길 수 있다는 점을 고려해야 할 것이다.

조직은 자체에 사무국을 뒤야 하며, 충분한 숫자의 전문 조사인력을 확보하고 있어야 할 것이다. 조직규모 면에서는 군인 숫자가 25만 명인 독일의 국방감독관 사무

15) 앞서 소개한 군인고충심사위원회가 대표적임.

16) 국민고충처리위원회의 경우가 대표적임.

17) 국가인권위원회의 경우이다.

18) 김종서, 앞의 글, 32쪽 이하에서는 1) 군대 내 지휘계통의 일부로 두는 방법, 2) 민간감독기구로 설치하는 방법, 3) 독립기구로 두는 방법 등으로 분류하고 있다. 1)에는 미국, 이스라엘, 네덜란드, 2)에는 호주와 스웨덴, 3)에는 독일, 노르웨이, 캐나다의 경우가 해당한다고 한다.

19) 김종서, 앞의 글, 49쪽 이하 참조

국이 5개과 60명의 직원을 두고 있는 점을 참고할 수 있을 것이다.²⁰⁾

4. 군사옴부즈만이 설치되면 군 인권침해가 확실히 근절될 수 있나?

어떤 하나의 제도의 도입으로 군대 내 인권침해를 일거에 해결할 수는 없다. 단 시간 내에 해결 가능한 것도 아니다. 이재승 교수의 발제문에서 잘 지적되어 있듯이, 위로부터의 통제, 아래로부터의 민주적 견제, 인권고충처리체계 확립, 의회 통제, 아래로부터의 참여와 통제, 군사법제도 개혁, 인권교육 실질화 등 총체적인 변화 없이는 인권침해 문제가 해결될 수 없다.²¹⁾ 독일에서 1950년대에 실시된 국방 관련 법제의 개혁 역시 십 수개의 법률이 개정되었을 정도로 총체적인 개혁을 추진했기에 가능했던 것이다. 그럼에도 불구하고 인권침해 문제에 가장 직접적인 효과를 거둘 수 있는 제도를 하나만 고르자면 군사옴부즈만이다. 그동안 제대로 시행된 바 없는 군대에 대한 강력한 외부통제기제라는 점, 그리고 인권침해 문제를 직접적으로 다룬 점에서 그러하다.

참고가 될 만한 예가 있다면, 바로 ‘교도소’다. 교도소는 군대와 마찬가지로 폐쇄적이고 권력관계가 분명한 조직으로서, 재소자들에 대한 인권침해가 심각한 수준이었으나, 2001년 출범한 국가인권위원회가 적극적인 개입을 시도하면서 인권보호 수준이 획기적으로 향상된 곳이다. 실제로 인권위는 수시로 교도소에 드나들며 인권침해를 감시하고 면전 진정을 접수하는 등 적극적인 활동을 벌여왔다. 실제로 인권위는 전체 진정의 약 40%를 구금시설 수용자로부터 접수하고 있고, 그 건수는 연간 2천 건을 넘나든다. 한국 교도소의 재소자 숫자가 5만 명이 채 안된다는 점을 고려하면 산술적으로도 엄청나다. 교도소가 인권침해의 온상이라는 오명에서 조금씩 벗어날 수 있었던 것에는 인권위의 적극적인 개입이 있었다고 해도 과언이 아닐 것이다. 실제로 인권위 출범 이후 가장 큰 성과를 거둔 분야가 재소자 인권분야라는 평가를 하기도 한다.

5. 고충처리제도는 이미 군대에도 있지 않은가?

물론 군대에도 내부 고충처리절차가 있다. 일단 군 내부에서는 국방부의 군인고충심사위원회(인사문제), 국방신고센터(구타, 가혹행위), 공익신고센터(부조리,

20) 이계수/이재승/오병두, 앞의 보고서, 31쪽 참조.

21) 또한 송기춘, 군인인권보장을 위한 기본원칙과 방향, 민주법학, 제42호, 2010 참조.

부패 등), 그리고 각 군 사단에 내부공익신고센터와 소원수리함 제도가 운영 중이다. 내부인권감시 시스템은 중요하지만, 그 자체로 한계가 있을 수밖에 없다. 실제로 국방신고센터의 경우, 매년 1,000건 안팎의 이용 실적이 있으나, 대부분 전역 후에 신고되는 것이고, 사단 급 내부공익신고센터는 연간 10건 미만 정도의 실적이라고 알려져 있다.²²⁾ 이것은 내부 신고시스템에 대한 신뢰가 절대적으로 부족하다는 것을 보여준다. 이용 실적이 미미한 이유는 장병들의 신뢰를 받고 있지 못하고 있기 때문이다. 비밀보장이 안된다는 불신과 함께 피해자의 편에서 문제가 해결될거라는 점에 신뢰를 보내지 못하고 있기 때문이다. 국가인권위원회가 2012년 발표한 ‘군복무 부적응자 인권상황 및 관리에 대한 실태조사’에 따르면, 마음의 편지 등 소원수리제도에 대해서는 부적응 병사 69.3%가 부정적인 평가를 했다. 최근 언론보도에서도 군대 내 고충처리절차가 유명무실하다는 것이 수차례 보도된 바 있다. 대부분 비밀보장 등에 있어서 고충처리절차를 신뢰할 수 없다는 지적이다.

그동안 문제가 터질 때마다 군은 소원수리제도를 잘 보완해서 운영하겠다고 약속하곤 했지만 효과를 거둘 수 없었다. 더 이상 군대 내 고충처리체제로는 문제를 해결할 수 없다는 이야기다. 몇몇 법안에 제시되어 있는 ‘군인고충심사위원회’²³⁾ 역시 군대 내부에 설치하는 한 문제를 해결할 수 없다고 생각된다. 강한 ‘독립성’을 가진 ‘외부’ 고충처리기구만이 대안이라는 것이다.

6. 국가인권위원회와 국민권익위원회에도 군 인권침해 진정이 가능한데 굳이 또 다른 기관을 만들 필요가 있는가?

고충처리절차는 독립성이 핵심이지만 조직 내에 있을 수도 있고 조직 외에 있을 수도 있다. 기업에서의 명예고용평등감독관이나 대학에서의 성희롱상담소가 내부적 고충처리절차라면, 국가인권위원회나 국민권익위원회가 제공하는 절차는 외부의 고충처리절차다. 어느 쪽이 더 바람직한지에 대해서는 정답이 없으며 사정에 따라 적절한 방법을 찾아야 하고, 중복해서 설치하는 것도 전혀 문제될 것이 없다. 세계의 군사옴부즈만도 나라 사정에 따라 다양한 형태로 설치되어 있다.²⁴⁾ 실제로 미

22) (노무현) 대통령실, “군 고충처리제도 개선방안”, 2006 참조

23) 고충심사위원회는 국방부, 각 군 본부 및 장관급장교가 지휘하는 부대에 설치하는 것으로서 다음의 법안에 규정되어 있는 대안이다. 군인복무기본법안 (2007.7.31 정부 발의), 군인복무기본법안 (김성곤의원 대표발의, 2011.8.1.), 군인복무기본법안 (한기호의원 대표발의, 2011.9.15.), 군인복무기본법안 (한기호의원 대표발의, 2012.8.2.) 등 참조

24) 이하는 김종서, 앞의 글, 32쪽 이하 참조

국, 이스라엘, 네덜란드는 군대 내 지휘체통의 일부로, 호주와 스웨덴은 민간감독기구로, 독일, 노르웨이, 캐나다는 독립기구로 두고 있다.

한국의 경우 군대 외부에도 국민권익위원회와 국가인권위원회에서 군 관련 민원 문제를 다루고 있다. 권익위 고충처리국 산하 국방보훈민원과에서 매년 수백 건의 군사 관련 진정을 접수하고 있고,²⁵⁾ 이를 담당하는 인력은 2명 정도로 추정된다.²⁶⁾ 권익위에서는 나름대로 병영고충처리 핫라인도 2006년 개통한 바 있지만 홍보 부족으로 인해, 이용실적은 한 해에 10건이 채 안될 정도로 미미하다.²⁷⁾ 또한 권익위는 기본적인 소명 자체가 적극적인 인권옹호자라던가 정부에 대한 독립적인 외부감시체제라기보다는 위법적인 행정권 행사에 대한 국민고충을 신속하고 공정하게 처리하기 위한 행정부 내 고충처리기구라고 할 수 있다. 우리 법에서 국민권위원회는 기본적으로 “행정기관 등의 위법/부당하거나 소극적인 처분 및 불합리한 행정제도로 인하여 국민의 권리를 침해하거나 국민에게 불편 또는 부담을 주는 사항에 관한 민원”을 처리하는 기관이다 (부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률, 제2조 제5호). 즉, 국민권익위원회는 철저하게 ‘현행법’에 위반되는 문제들을 처리하는 기관일 뿐 (예컨대 불법적 구타, 가혹행위), 보다 넓은 범위의 인권문제를 포괄적으로 다루거나 (예컨대 불법에 이르지 않는 부당한 처우나 가혹행위), 보다 적극적으로 군인권 정책을 수립하여 제안하는 기구라고 보기 어렵다.²⁸⁾

게다가 부대방문권도 없고 약한 수준의 자료제출요구만을 할 수 있는 정도여서 실질적인 역할을 기대하기 어렵다. 2000년대 중반 노무현 정부의 군대 인권정책의 일환으로 군사옴부즈만이 검토되었으나 국민권익위원회에 군사소위원회를 설치하는 것으로 어설픈 정리된 것이 지금에 이르고 있는데,²⁹⁾ 이것은 형식적으로나 실질적으로나 군사옴부즈만이라고 할 수 없고,³⁰⁾ 효과적인 외부감시체제로 작동하는

25) 2012년 432건, 2013년 228건, 2014년 6월 현재 104건(6월 말 기준)

26) 업무분장이 명확하지는 않아서 정확한 통계를 내긴 어렵지만, 다음과 같이 추정했다. 국방, 군사, 보훈 등의 업무를 맡고 있는 국방보훈민원과의 인력은 총 14명인데, 여기서 2010년 한 해 동안 국방 439건, 군사 268건, 보훈 1,378건을 접수했다. 그렇다면 국방보훈민원과 업무 중 군사사건이 약 13%를 차지하고 있는 셈이고, 국방보훈민원과 직원 14명 중 군사 관련 사건을 맡고 있는 인력은 (한 사람이 1년 동안 군사 사건만 전담한다고 가정할 때) 2명이 채 안된다고 추정할 수 있다.

27) 권익위 병영고충 전화 유명무실, 문화일보, 2014년 8월 8일자
<http://m.news.naver.com/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&roid=021&aid=0002207507>

28) 이점 에 대한 지적은 김종서, 군사옴부즈만제도 연구, 공법연구, 제37집 제1-2호, 2008, 37쪽 이하 참조

29) 2006년 당시 군사옴부즈만 도입 논의과정에서 고충위, 인권위, 국방부, 행정부/경찰청에 설치되는 것이 각각 대안으로 논의되다가 결국 고충위에 군사소위원회를 설치하는 것으로 결론이 났었다. 이렇게 된 사정에 대해서는 송창석, 군사·경찰 옴부즈만 도입과정, kapa@포럼, 117권, 한국행정학회 발간, 2007, 18-23쪽 참조

30) 실제로 한 연구에서는 국민권익위원회의 군 관련 고충처리제도는 독일의 군사옴부즈만제도와 “전혀 다른 제

것 역시 사실상 불가능하다고 하겠다.

이에 비해 국가인권위원회는 독립성의 수준이나 인권옹호자로서의 기능을 고려해 볼 때 군대 인권침해 문제를 효과적으로 다루기 위한 조직적인 위상을 갖고 있는 하다. 실제로 몇 차례에 걸친 군 인권 관련 권고와 해병대 성폭력 사건 등 구체적인 사건 처리에서 권익위와는 다른 인권옹호자로서의 역량을 보여주시기도 했다. 하지만, 인권위는 군 관련 사건을 연평균 83건 정도 접수하고 있고, 담당 인력은 실제로 1명이 채 안된다.³¹⁾

장병 60만 명이 상시적으로 군복무를 하고 있다는 점을 고려하면 사건 건수가 너무 적다. 군은 올해 실시한 자체 조사 결과 한 달 동안 가혹행위 가담자 3,900명을 적발했다고 한다. 임태훈 군인권센터 소장이 수행한 군 인권실태 조사(2013)에 따르면, 군 장병의 8.5%가 구타를 당한 적이 있다고 응답했고, 남이 구타당한 것을 본 적이 있다는 병사도 17.7%에 달한다고 한다.³²⁾ 이런 현실을 고려해보면, 인권위, 권익위의 조직역량상 이 사건들을 감당하기에 턱없이 부족하다는 것을 잘 알 수 있다. 게다가 인권침해 사건은 현장조사가 필수적인데, 오지에 위치한 군의 특성상 현장 조사 한 건에도 하루가 꼬박 소요된다. 이래 가지고는 서둘러 조사를 마치고 간신히 관계기관에 권고만 할 수 있는 정도지, (시간은 오래 걸리지만 효과는 더 좋은) 조정이나 화해는 물론이고, 재발방지를 위한 거시적인 대책의 권고, 수시 방문조사, 인권종합대책 마련 등은 언감생심일 수밖에 없다. 결국 지금 있는 고충처리기관에 진정이 쏟아져도 감당해낼 수 없다는 얘기다. 우리보다 군장병 숫자가 훨씬 적은 독일의 국방감독관이 약 60명의 직원으로 매년 6천 여 건의 사건을 처리한다는 점과 비교해보면 한국의 현실이 더욱 극명하게 드러난다.³³⁾ 이런 상황에서 매년 고충처리기관에 접수되는 총 건수가 몇 백건에 불과하다면, '숨은 범죄' 또는 '신고되지 않는 가혹행위'가 매우 많다는 것을 뜻한다. 이렇게 실적이 저조한 이유는 이들 기관에 진정을 제기할 수 있다는 사실이 군대 내에서 잘 알려져 있지 않기 때문인 것으로 보인다.

도"라고 지적하고 있다. 이계수/오병두, 앞의 글 참조

- 31) 인권위는 2001년부터 2010년까지 9년 동안 군사 관련 진정사건을 754건 접수하였다 (연평균 83건). 이 중, 조사 중, 조사중지, 이송, 각하 등을 제외하면, 실제로 처리한 건수는 147건에 불과하다. 1년에 17건 정도라는 얘기고, 그나마도 67%는 기각되었다. 인권위에서 검찰, 경찰, 군대 사건을 다루는 조사관이 총 3명인데, 검찰/경찰 사건은 매년 1,200건 정도 접수되고, 군사사건이 매년 83건 정도 접수된다. 인권위에서 경찰, 검찰, 군사 업무를 맡고 있는 조사관이 3명이지만, 군사 업무의 비중은 극도로 낮을 것으로 추정된다.
- 32) 이하 통계는 임태훈, 군 인권실태조사 연구보고서, 2013 참조
- 33) 국민고충처리위원회, "독일 군사 옴부즈만 기관 정보", 국민고충처리위원회, 2006 참조; 이계수/이재승/오병두, 앞의 보고서, 31쪽 참조. 한국의 군인 숫자는 약 60만 명, 독일은 약 25만 명이며, 의무 군복무기간은 한국은 21-24개월, 독일은 9개월이다.

즉, 인권위 정원의 획기적인 증원을 기대하기 어려운 상황에서 인권위에 진정이 몰려도 문제라고 할 수 있다. 게다가 부대방문권이나 충분한 조사권한도 부재하다는 문제는 권익위나 인권위나 마찬가지다. 무엇보다 인권감시에서 필수적인 ‘방문조사권’이 부재하다. 인권위의 경우에는 교도소, 유치장, 군교도소 등 인권침해가 상시적으로 일어나는 지역에 방문조사를 할 수 있는 권한이 있지만 (국가인권위원회법 제24조), 방문이 제외되어 있다. 또한 2009년부터는 인권위의 독립성에 시비가 걸리고 적극적인 인권옹호자로서의 위상이 부족하다는 지적이 지속적으로 제기되고 있으며, 실제로 군대 내 인권침해 사건에 대해서도 적극적인 의지가 부족하다는 지적도 잇따르고 있다.³⁴⁾

그렇다면 결국 군대에서의 인권침해만을 전담하는 독립기구인 군사옴부즈만이 필요하다는 결론에 이를 수밖에 없다. 군대의 특수성과 60만이나 되는 많은 병사들이 집단수용되어 있다는 현실을 고려하면 독자적인 군사옴부즈만의 설치가 기능중복으로 인한 행정효율성을 저해한다고 할 수는 없다.³⁵⁾ 인권선진국의 인권감시기구들이 좀 심하다 싶을 정도로 많은 예산과 조직을 가지고 있고, 심지어 서로 그 기능이 중첩되어 있는 기구들이 다수 존재하는 이유를 생각해볼 필요가 있다. 게다가 현재 한국의 군인권의 현실상 비효율이나 기능중복을 걱정할만한 여유가 있는 것은 아닌 것으로 보인다.

다만, 군내부 고충처리절차, 군외부 고충처리절차, 헌병대 수사 등과의 중복 문제를 효과적으로 해결할 수 있는 대안은 고민할 필요가 있다. 국가인권위원회법에 따르면, 인권위는 수사나 재판 중인 사건의 경우 각하 처리하도록 되어 있다. 이 조항은 실제로 인권위가 많은 진정사건에서 손을 떼게 하는 구실이 되기도 하고, 인권위가 적극적인 인권옹호자로서의 역할을 하기 어렵게 되는 이유가 되기도 하고 있다. 군사옴부즈만은 다른 기관이 조사를 하고 있다고 해서 무조건 사건에서 배제되도록 진정처리기준을 만들면 곤란하다. 오히려 사망사건 같은 경우에는 다른 기관에 우선적으로 배타적으로 사건 조사를 담당하게 할 필요도 있다.³⁶⁾

34) “군 인권침해 인권위 진정사건 4건 중 3건은 조사도 안했다”, 한겨레신문, 2014년 8월 12일자, www.hani.co.kr/arti/society/society_general/650781.html

35) 영국은 우리 나라로 치면 국가인권위원회에 해당하는 기구(Equality and Human Rights Commission)의 직원이 500명이 넘는데, 일종의 경찰옴부즈만(Independent Police Complaint Committee) 직원이 400명에 달한다. 그 외에도 교도소·보호관찰(Prisons and Probation Ombudsman), 의회·보건서비스(Parliamentary and Health Service Ombudsman), 지방정부(Local Government Ombudsman), 재정(Financial Ombudsman Service), 법률 서비스(Legal Services Ombudsman), 아동(Ombudsman for Children) 등 각 분야의 60여 개가 넘는 옴부즈만이 별도로 설치되어 있다.

36) 이와 관련해서는 영국의 교도소·보호관찰 옴부즈만(Prisons and Probation Ombudsman)의 경우 교도소 내 사망사건이 발생하면 1차적인 조사 권한을 가지고 있다는 점을 참고할 필요가 있다.

7. 옴부즈만 활동으로 인한 군사 보안 유출 우려는 없나?

군사옴부즈만은 임의적인 기구가 아니다. 법률에 의해 설치되고 국가예산으로 운영되며 공무원이 일하는 국가기구다. 이러한 국방옴부즈만이 부대를 방문해서 조사를 할 경우 군사기밀이 유출될지도 모른다는 우려는 지나친 것이다. 실제로 군사옴부즈만이 조사할 대부분의 영역은 군사 기밀과 큰 관계가 없는 병사들의 내무생활과 관련된 것이다. 중요한 군사보안문제가 제기되는 영역을 조사하게 될 가능성은 많지 않다는 것이다.

게다가 당연히 군사옴부즈만에게는 직무상 알게 된 비밀을 누설하지 않을 의무가 부과되는 것이고 이를 어겼을 경우에는 엄격히 처벌해야 할 것이다. 여하튼 이러한 직무상 의무를 가지고 있는 군사옴부즈만이 군사보안을 유출할 수도 있다고 가정하여 군사보안유출 우려를 제기하는 것은 전혀 합리적이지 않다. 그렇다면 어차피 비밀이 지켜질 것이 노정되어 있는데 의회대표 또는 국민대표인 군사옴부즈만이 (군에 대한 민주적 통제의 관점에서) 들여다봐서는 안되는 보안문제가 존재할 수 있는지 의문이다. 그럼에도 불구하고 문제의 소지가 있다면 독일 국방감독관제도처럼 불가피한 경우 옴부즈만의 접근을 거부할 수 있도록 예외를 둘 수도 있을 것이다. 물론 국방장관(이나 그의 상임대리인)이 직접 결정하고 국회 국방위원회에서 그 이유를 소명하는 식으로 해서 남용되지 않도록 해야겠지만 말이다. 여하튼 군사 보안 때문에 군사옴부즈만 설치가 안된다는 것은 핑계에 불과하며, 군사보안문제와 군사옴부즈만의 활동은 얼마든지 조화를 이룰 수 있다.

8. 군사옴부즈만이 군 고유의 활동을 방해할 우려는 없나?

군에서는 이런 외부 기관의 통제에 대해 강한 거부감을 가질지 모른다. 하지만 민주적 통제를 받고 있는 국가의 군대, 외부감치체제가 잘 작동하고 있는 국가의 군대가 군대의 고유한 기능을 제대로 수행하고 있지 못하다는 얘기는 들어본 바 없다.

옴부즈만과 같은 외부감시통제체제의 경우 문제가 많은 조직에만 이러한 제도를 두는 것이 결코 아니다. 실제로 소위 '선진국'에서는 인권침해가 예상되는 영역에는 예외 없이 이 고충처리절차를 마련함으로써 조직 내 피해자들의 인권침해가 효과적으로 구제받을 수 있게 해놓고 있다. 오히려 좋은 조직일수록 이런 절차는 더 완벽하다. 그럼에도 불구하고 발생하는 문제까지도 최대한 물샷틈없이 해결책

을 마련하려고 노력하기 때문이다. 따라서 앞으로 자구노력을 열심히 하겠다는 것은 핑계가 되지 못한다. 공정하고 독립적인 고충처리절차는 아주 훌륭하게 조직운명을 하는 조직이 잘하고 있음에도 불구하고 더 잘하려고 운영하는 제도이기 때문이다. 그런 점에서 군사옴부즈만은 군대가 이른바 “좋은 지배구조”(good governance)를 갖추도록 하는데 기여하는 기구라고 할 수 있다.³⁷⁾

그리고 이번에 군사옴부즈만을 설치하려고 한다면, 2000년대 중반 국민권익위원회 군사소위원회 설치처럼 어설피게 타협하지 말고 ‘제대로’ 하는 것이 중요하다. 강력한 조직을 만들어서 군대를 더 괴롭히려는 것이 아니라 오히려 반대다. 부실한 조직과 예산을 가진 기구야말로 군의 현실에 대한 이해 없이 ‘인권’만 이상적으로 강조하는 ‘얼치기’ 통제기관이 될 가능성이 높다. 충분한 인력과 예산을 갖춘 안정된 군사전문조직이 안정적으로 자리잡고 있을 때, 군에서 수용가능한 양질의 외부통제가 가능해진다.

군사옴부즈만은 엉뚱한 문제에 시비를 걸어서 군대의 고유한 업무수행을 방해하거나 인권침해사건을 폭로하여 군의 위상을 추락시키는 기구가 결코 아니다. 오히려 군을 인권친화적, 민주적 군대로 나아가도록 자극하는 고마운 조언자이자, 자구노력으로 할 수 없는 부분을 대신해줌으로써 군이 시대적 소명에 맞는 역할을 수행하도록 그 위상을 향상시켜주는 고마운 조력자이다. 군이 이러한 고마운 기구를 거부할 하등의 이유가 없다고 생각된다.

9. 군사옴부즈만 입법은 어떻게 추진해야 하나?

군사옴부즈만 법제의 입법방식은 1) 군인권법³⁸⁾에 그 내용을 포함시키는 방법, 2) 군인권법에 기본적인 사항만 규율하고 나머지는 독립적인 법률을 만드는 방법을 생각해볼 수 있다. 1)은 안규백 의원이 대표발의한 ‘군인지위향상에 관한 기본법안’에 담긴 것이고, 2)는 한 연구보고서의 제안이다.³⁹⁾ 일단 법률을 어설피게 만들고 세부 사항을 하위법령에 위임하는 방식을 취하면 절대 안된다. 군사옴부즈만의 여러 권한

37) DCAF Security Sector Reform Working Group, “Backgrounder: Military Ombudsman”, in UNDP/DCAF, Monitoring and Investigating the Security Sector: Recommendations for Ombudsman Institutions to Promote and Protect and Protect Human Rights for Public Security, United Nations Development Programme, 2007, 37쪽.

38) 이와 관련해서는 군인지위향상에 관한 기본법안, 군인복무기본법안, 군인권법안 등 다양한 형태의 법안이 제안되어 왔다.

39) 이계수/이재승/오병두, 외국 군 인사 복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사: 독일의 법령과 제도를 중심으로, 국가인권위원회 연구보고서, 2006 참조.

들이 시행령 제정 과정에서 왜곡될 가능성을 저지하려면 가능한 한 법률에서 그 위상과 권한을 자세히 규정하는 것이 바람직하다. 입법기술적으로 볼 때 군인권법에 군사옴부즈만에 관한 조항을 상세하게 두는 것은 쉽지 않다면, 군인권법에는 간단한 규정을 두고 독자적인 군사옴부즈만 설치법률(예: 군사옴부즈만 설치에 관한 법률)을 제정하는 것이 바람직하지 않을까 생각해 본다. 이 때 기존의 조사기구 관련 법령들(국가인권위원회법, 각종 과거사위원회법 등)을 면밀히 분석해서 조직의 위상과 조사 권한에 관련하여 미비한 점이 없는 입법안이 마련되도록 만전을 기해야 할 것이다.

※ **참고자료:**

군인지위향상에 관한 기본법안 (안규백의원 대표발의, 2012.6.25.)⁴⁰⁾

제3장 군인의 인권 보장

제1절 군사옴부즈만

제39조(군사옴부즈만의 설치 등)

- ① 군인의 지위를 향상하고 이 법에 규정된 군인의 기본적 인권을 보호하기 위하여 국회에 군사옴부즈만(이하 “군사옴부즈만”이라 한다)을 둔다.
- ② 군사옴부즈만은 그 권한에 관한 업무를 독립적으로 수행한다.
- ③ 군사옴부즈만은 국회의원 선거권이 있는 사람 중 선출일 현재 35세에 달한 사람으로서 국회에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 선출한다.
- ④ 군사옴부즈만의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제40조(사무처)

- ① 군사옴부즈만의 업무를 지원하기 위하여 군사옴부즈만 소속으로 사무처를 둔다.

40) 기존에 발의되었던 동일한 내용의 법안(군인지위향상에 관한 기본법안, 안규백의원 대표발의, 2011.8.16.)이 다시 발의된 것임.

- ② 사무처에는 사무처장 1명과 필요한 직원을 두되, 사무처장은 군사옴부즈만의 지휘를 받아 소관 업무를 관장하며, 소속 직원을 지휘·감독한다.
- ③ 사무처장은 정무직으로 하고, 국회의장이 국회운영위원회의 동의를 얻어 임면한다.
- ④ 사무처 직원 중 5급 이상 공무원의 임면은 군사옴부즈만의 제청으로 국회의장이 행하고, 6급 이하 공무원의 임면은 군사옴부즈만이 행한다.
- ⑤ 이 법에 규정된 사항 외에 사무처의 조직 및 운영에 필요한 사항은 국회규칙으로 정한다.

제41조(군사옴부즈만의 업무 등)

- ① 군사옴부즈만은 다음 각 호의 업무를 수행한다.
 - 1. 군인이 이 법에 정한 권리를 침해당한 경우에 제기한 진정의 조사
 - 2. 국회국방위원회가 조사를 요청한 사항
 - 3. 군사옴부즈만이 조사가 필요하다고 인정한 사항
- ② 군사옴부즈만은 업무 수행에 관한 종합보고서를 작성하여 매년 정기국회 개회 전까지 국회에 제출하여야 한다.
- ③ 군사옴부즈만은 제41조제1항제2호에 따라 조사를 한 경우에는 조사결과에 대한 특별보고서를 작성하여 국회 국방위원회에 제출하여야 한다.
- ④ 국회 국방위원회는 군사옴부즈만의 활동과 관련하여 필요할 때에는 군사옴부즈만의 출석을 요구할 수 있다.

제42조(군인의 진정)

- ① 군인은 이 법에서 정한 권리를 침해당하거나 그 밖에 불편·부당한 처우를 받은 경우에 대통령령으로 정하는 바에 따라 직접 군사옴부즈만에게 진정할 수 있다.
- ② 군사옴부즈만은 제1항에 따른 진정이 없는 경우에도 군인에 대한 인권침해 행위 또는 그 밖에 불편·부당한 대우가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고, 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 직권으로 조사할 수 있다.
- ③ 제1항에 따른 진정에 관하여는 「청원법」 제5조·제8조 및 제12조를 준용한다.

제43조(부대방문권 및 정보접근권 등)

- ① 군사옴부즈만은 제41조제1항에 따른 업무를 수행하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우 사전 통지 없이 부대 또는 기관을 방문하여 조사할 수 있다.
- ② 부대 또는 기관의 장은 제1항에 따라 군사옴부즈만이 방문·조사하는 경우 군사작전, 보안, 그 밖에 어떠한 사유로도 이를 제한하지 못한다.
- ③ 군사옴부즈만은 진정의 조사를 위하여 대통령령으로 정하는 정보 및 기록을 제외하고 국방부와 그 소속 기관 등에서 작성한 모든 정보 및 기록에 대한 접근권을 가진다.
- ④ 군사옴부즈만은 업무를 수행하기 위하여 필요한 경우 국가, 지방자치단체, 그 밖의 공공단체 등에 대하여 필요한 자료의 제출 등을 요청할 수 있으며, 요청받은 국가, 지방자치단체, 그 밖의 공공단체 등은 특별한 사유가 없으면 이에 응하여야 한다.

제44조(시정 또는 개선 권고)

- ① 군사옴부즈만은 제41조제1항에 따라 조사한 결과 군인의 기본적 인권에 대한 침해행위가 일어났거나 군인이 불편·부당한 처우를 받았을 때에는 부대 또는 기관의 장에게 다음 각 호의 사항을 권고 할 수 있다.
 1. 군인의 기본적 인권 침해행위 재발 방지 제도 마련
 2. 처우의 시정 또는 개선
- ② 제1항에 따라 권고를 받은 부대 또는 기관의 장은 그 권고사항을 존중하고 이행하기 위하여 노력하여야 한다.
- ③ 제1항에 따라 권고를 받은 부대 또는 기관의 장이 그 권고내용을 이행하지 아니할 경우 그 이유를 군사옴부즈만에게 문서로 설명하여야 한다.
- ④ 군사옴부즈만은 필요하다고 인정하는 경우 제1항에 따른 군사옴부즈만의 권고 내용과 제3항에 따른 부대 또는 기관의 장이 설명한 내용을 공표할 수 있다.

제2절 고충처리제도

제45조(고충처리) 군인의 근무여건, 인사관리 및 신상문제 등에 대한 인사상담

이나 고충심사에 관하여는 「군인사법」 제51조의3에 따른다.

제46조(전문상담관)

- ① 국방부장관은 제45조에 따른 인사상담이나 고충심사의 청구와는 별도로 군인의 고충, 신상 또는 다문화적 차이로 인한 차별 등에 관한 상담을 위하여 대통령령으로 정하는 규모 이상의 부대에 전문상담관을 두어야 한다.
- ② 전문상담관은 상담내용에 관하여 재직 시는 물론 퇴직 후에도 누설하여서는 아니 되며, 상담자에 불이익하게 활용되지 아니하게 하여야 한다.
- ③ 전문상담관의 신분·자격요건·임무·보수 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제49조(권리구제)

- ① 지휘관은 소속 군인들에게 권리구제 방법이나 불이익 처분에 대한 불복방법을 고지하여야 할 의무가 있다.
- ② 군인은 본인의 권리구제를 위한 행위를 하거나 불이익 처분에 불복하는 행위를 하였다는 이유로 어떠한 불이익도 받지 아니 한다.
- ③ 군인은 누구든지 다른 군인이 이 법에 따른 권리구제 청구나 처분에 대한 불복행위를 하였다는 이유로 불이익 조치나 보복조치를 하여서는 아니 된다.
- ④ 국방부장관, 합동참모의장, 각군 참모총장, 그 밖의 부대 또는 기관의 장은 제3항에 따른 불이익 조치나 보복조치가 발생하지 아니하도록 감독하여야 한다.
- ⑤ 「군인사법」 제58조에 따른 징계권자는 제3항을 위반하여 불이익 조치나 보복조치를 한 자에 대하여 같은 법 제56조에 따라 징계의결을 요구하여야 한다.

군인의 인권보장에 관한 법률(안)⁴¹⁾

제3장 군인인권보장기구 및 절차

제29조 (국방감독관)

- ① 이 법에 규정된 군인의 기본적 인권을 옹호하고, 군인의 인권상황을 감독하기 위하여 국회 및 국회 국방위원회의 보좌기관으로서 국방감독관을 둔다.
- ② 국방감독관의 지위와 권한에 대한 자세한 사항은 별도의 법률로 정한다.

제30조 (고충처리기구)

- ① 직위와 계급의 고하를 막론하고 군인은 근무여건, 인사관리 및 신상문제 등에 관하여 군내부에서 인사상담이나 고충의 심사를 청구할 수 있다.
- ② 군대내의 고충처리기구의 구성, 권한, 절차 및 불복수단에 대해서는 별도의 법률로 정한다.

제34조 (구제절차와 권리)

- ① 지휘관은 그 소속 군인들에게 권리구제방법이나 불이익처분에 대한 불복수단에 대해 고지해야 할 의무가 있다.
- ② 군인은 권리구제를 청구하거나 불복수단을 활용하였다는 이유로 어떠한 불이익도 받지 아니한다. 이 장의 절차와 기구를 이용하거나 권리침해 등을 이유로 인권사회단체 등과 접촉한 경우에 동일하다.
- ③ 국방부장관은 이 장의 절차와 기구를 이용하거나 여타의 방법으로 군대의 문제를 외부에 제기했다는 이유로 불이익조치나 보복조치가 가해지지 않도록 감독해야 하며, 불이익조치나 보복조치를 가한 지휘관에 대하여 엄중하게 책임을 추궁해야 한다.
- ④ 국방부장관은 전 2항의 업무를 처리하기 위해서 고충처리와 권리구제에 전문적인 식견을 가진 대리인을 임명해야 한다. 이 공직자는 국회국방위원회와 국방고등판무관에게 이에 관한 실태자료를 정례적으로 보고해야 한다.

41) 이계수/이재승/오병두, 외국 군 인사 복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사: 독일의 법령과 제도를 중심으로, 국가인권위원회 연구보고서, 2006 참조

- ⑤ 지휘관이나 여타의 자가 권리를 침해당한 군인이 진정, 소원, 소송 등을 통해 불복하는 것을 방해하거나 무마하려는 하는 때에는 중대한 범죄를 구성한다.

토론 2

이태호 / 참여연대 사무처장

대한민국 군대, 무엇이 문제이고 어떻게 바꿀 것인가

송기춘 / 전북대학교 법학전문대학원 교수

1. 진정으로 군 개혁을 원하는가

그리 길지 않은 시간 사이에 군대에서 많은 사건과 사고가 발생했다. 전방에서의 총기난사와 탈영, 후임병사에 대한 가혹행위와 살인, 이른바 관심병사들의 자살(?), 어느 정치인 아들의 군대 안에서의 폭행과 아버지의 사과 등 군대의 문제가 일거에 터져 나온 듯하다. 아울러 병영문화개선을 위한 각종의 방안이 제시되고 있다. 군대와 관련된 진정의 75%를 각하했고 진정사건의 인용률이 불과 6.4%에 불과하다는 국가인권위원회도 군대 인권문제 개선에 관한 세미나를 연다고 호들갑을 떨고 있다.

그러나 화려한 개선방안에도 불구하고 과연 이러한 방안이 효과를 발휘할까 의문이 있다. 실제 지금 펼쳐지는 일련의 개선 프로그램들은 이미 2005년에 발생한 내무반 총기난사 사건 이후에도 거의 비슷하게 제시된 바 있고 이게 다시 반복되고 있는 것이다. 토론자도 2004년 논산훈련소 인분사건과 2005년 연천 26사단에서의 내무반 총기난사 사고 이후 군대의 개혁과 군인 인권보장을 위한 여러 가지 활동과 노력을 해 왔으나 그 성과가 사라졌고 군대는 20년 전으로 다시 후퇴해 버렸다는 생각에 허망함을 금할 수 없다. 또한 다시금 제시되는 수많은 방안의 효과에 대해서도 회의적이다. 2005-7년 동안 국가인권위원회의 군 인권강사로 활동하면서 매우 조심스럽게 군인의 인권에 대해 얘기했지만 이때마다 군 지휘관들은 지금 군대 옛날과 달라졌다고 말했었다. 그리고 적어도 겉으로는 많은

변화를 시도하였었다. 이명박 정부가 들어서기 전까지는.

과연 이 나라의 군대는 바뀔 수 있을 것인가? 이런 물음을 던지는 이유는 어느 경우나 문제해결을 위해서는 진심으로 이것을 원해야 하는데 과연 군대가 진심으로 바뀌길 원하고 또 군대를 진심으로 바꾸려고 하고 있는가 하는 부분에서 군과 정부의 진심을 믿지 못하기 때문이다. 정말 절실하게 군이 바뀌기를 바라는 시민 특히 군에 자식을 보낸 부모들의 심정으로 방안을 제시하고 실천하려 하고 있는가? 국방부장관은 인권보장, 안전한 병영, 군기 확립 등을 모두 달성하는 병영문화 혁신을 위하여 군인복무기본법 제정과 국방통합인권시스템 구축, 국방 인권모니터단 운영, 고충처리제도 개선, 국방인권협의회 신설을 통한 국가인권위원회·국가권익위원회와의 협업 강화 등을 제시하고 있다. 인권교관을 250명에서 2천명으로 증원하고 인권침해 행위에 대한 처벌기준 강화, 독서프로그램 운영 등도 그 구체적 내용이다. 그러나 군인들의 인권교육을 강화한다고 하면서도 효과도 없고 인권적이지도 않은 집단교육을 하고 이것을 홍보에만 열을 올린다. 심지어 인권교육을 하는 자리에서 가혹행위나 폭행을 두둔하는 발언을 하기도 하였다. 인권교관을 갑자기 8배 증원하는 게 현실적인지도 의문이며 지금의 군대에서 과연 적절한 사람들로 충원을 할 것인지도 지켜봐야 한다. 자칫 퇴직자 예우로 전략할 여지도 있다.

당장 급한 불부터 끄고보자는 심정이 아니라 이제 군을 근본적으로 바꾸지 않으면 안 되는 시점에 와 있다. 또 그런 기회이다. 더 이상 이런 군대로는 명예로울 수 없으며 전력강화에도 도움이 되지 않는다는 점을 절실하게 인식하고 문제해결에 나서야 한다. 그러지 않고서는 이번에도 탁상공론이 될 가능성이 크다. 물론 군의 폭력 등 문제가 사회의 폭력성 등의 반영이라는 점에서 모든 나쁜 혐의를 군에 씌울 수만은 없는 법이다. 그렇지만 군의 문제해결의 출발점은 군이 되어야 하고 군을 중심으로 개혁의 방향을 잡지 않을 수 없다.

2. 대한민국 군대, 무엇이 문제인가?

군대개혁에 관한 의제는 지금처럼 엄청난 사건들이 터져야 제시된다. 그만큼 군대의 문제는 총기사고나 구타와 가혹행위를 중심으로 인식되고 있는 것으로 보인다. 분명 이것은 큰 문제이다. 그러나 더욱 중요하고 근본적인 문제는 무조건적인 복종이 강한 군대를 만든다는 오해와 함께 군대가 이성적 비판이 통하지 않고 합리성을 상실하거나 이것이 매우 약한 조직이라는 점, 군대 외부에서의 감시나 통

제가 어려운 폐쇄적 조직 또는 국가 안의 국가라는 점, 복무 기간 중에 자기계발을 위한 기회가 거의 보장되지 않는다는 점 등이라고 생각한다.

1) 강한 군대와 군기에 대한 오해

흔히 군대에서는 까라면 까야 한다거나 상관의 명령에 절대적으로 복종해야 한다는 식의 얘기가 횡행한다. 특히 사병들끼리 하는 내무생활에서도 이런 사고는 다르지 않다. 입대 전부터 이런 말에 익숙해져 있고, 이런 얘기는 허구가 결코 아니다. 실제 상관의 부당한 명령에 따르지 않았을 경우 부하는 이에 대해 다룰 기회가 보장되지도 않으며 심지어 징계와 처벌 등 불이익을 받기도 한다. 군에서의 불합리와 부조리를 시정하기 위하여 내부에서의 기대를 접고 외부에 문제제기를 하면 군인복무규율 위반으로 당연히 징계를 받는다.

군의 지휘관이 가지는 권한도 궁극적으로는 국민으로부터 오는 것이고, 더 직접적으로는 법적 근거를 가지고 행사되는 것이므로 이들의 권한은 당연히 법적 한계 안에 있어야 하며 이 한계를 벗어난 권한의 행사는 위법한 것이다. 그럼에도 이에 대한 불복종은 법의 준수가 아니라 항명으로 취급되어 조직에서 도태되고 징계와 처벌 또는 다른 불이익을 감수해야만 한다. 이런 철저한(?) 명령과 복종에 의하여 군기가 확립되고 이게 강한 군대를 만든다는 믿음이 우리 군대에 강하게 살아 있다.

과거에 비하여 많이 없어졌다고는 해도 아직도 공적 업무와 사적 영역의 분리가 명확한 것도 아니다. 사적 동원을 공식적으로 금지하고 있긴 해도 공과 사를 엄격하게 구별하는 의식의 전환에까지 이르지 못했다. 흔히 ‘중대장은 어머니’라고 하는 식의 말을 한다. 이것은 한편으로는 어려운 환경에서의 생활을 보살핀다는 뜻이기도 하지만 다른 한편으로는 사적 영역에 대한 간섭을 정당화하는 구실이 되기도 한다. ‘우리 애들’이라는 표현도 심각한 폭력성을 담고 있다. 법적 권한 범위 안에서가 아니라 모든 부분에서 사람을 지배한다는 뜻이 되지 않는가.

상대의 모든 부분을 자신에게 굴복시키는 것이 자신을 강하게 하는 것은 아니다. 상대를 존중하되 자신의 권한에 관하여 상대가 자발적으로 복종할 수 있을 때 강한 것이다. 자발적 복종이야말로 강한 군대를 만드는 힘의 원천이다. 이성적 사고와 비판능력이 업무의 효율적 수행이나 기율에 방해가 되는 것이 아니다. 오히려 더 강한 군대를 만드는 데 절실하게 필요하다. 메이지 유신 이후 군에서 훈련받고 싸워야 할 동기도 없고 시간 관념도 약했던 군인들을 동원하기 위하여 사용되었던 것과 다를 바 없는 ‘혼을 빼 놓는’ 훈련방식과 복무태도는 아닌지 돌아봐야

한다. 지금 입대하는 청년들은 대부분 상당히 강한 애국심을 가지고 있고 자발적으로 입대한 사람들이다.

2) 외부적 감시나 통제가 어렵다

군 내부적으로 이성적 비판이 잘 허용되지 않으며 합리성이 매우 약한 조직이라는 점은 군이 외부적 감시와 통제를 거의 대부분 받지 않는다는 점과 관련되어 있다. 외부의 감시를 받지 않으니 내부의 문제는 그대로 덮이기 마련이고 문제 개선을 위한 기회도 가지기 어렵다. 최근에 군대에서 발생한 사건과 사고도 그것이 드러나서 여론의 중심에 서게 되었을 뿐 이와 비슷한 사고가 이례적인 것만도 아니다. 군대는 지금도 여전히 국가 안의 또 다른 국가처럼 법치주의의 사각지대에 있다.

군사보안을 내세운 군대의 모든 것의 비밀주의 또는 폐쇄성은 대한민국 건국 이후 군사정권을 거치면서 당연한 군대의 체질처럼 자리 잡았고 군대개혁을 위한 프로그램을 거부하는 중요한 원인의 하나가 되었다. 지휘관은 자신의 영역 안에서 ‘봉건 영주’와 같은 지위에 있다. 군 사법체계도 이러한 특성을 반영하고 있다. 부대의 장은 대체로 범죄수사와 관련하여 헌병대와 군검찰을 지휘하며 군사법원의 구성, 판결에 대한 확인권을 가지는 관할관이 된다. 가히 ‘영주 사법’ 또는 ‘지휘관 사법’이라 할 수 있다. 군 지휘관이 사법권까지 가지는 것이 군에서 필연적인 전통처럼 여겨지고 있으나 그런 것은 아니다.

3) 자기계발의 정체 또는 후퇴기?

군대에서 폭력행위는 과거에 비하여 현저하게 감소하였다는 것은 여러 사건과 사고가 발생하였지만 사실이다. 그리고 병영문화혁신대책이 효과가 조금이라도 있다면 폭력행위를 없앨 수도 있을 것이다. 군대 가서 한 대도 맞지 않고 제대했다는 사람들을 2-30년 전에도 볼 수 있었다. 군대생활이 꽃을 피웠다고 할 수 있는 경우일 것이다.

그러나 문제는 겉으로 드러나는 폭력 또는 가혹행위가 사라진다고 하여 군대에 널리 퍼져 있는 폭력성이 사라지는 것은 아니라는 점이다. 실제 구타금지 조치 이후 욕설이 증가하고 특히 많은 사람들이 있는 곳에서의 욕설이 늘었다는 것은 구타와 다르지만 결코 다르지 않은 문제를 내포하고 있다. ‘총탄에 의한 상처는 시간이 흐르면 낫지만 말로 입은 상처는 세월이 흘러도 낫지 않는다’는 말처럼 말에 의한 폭력이 구타 등 신체에 의한 폭력보다 결코 약하다고 볼 수 없기 때문

이다. 따라서 구타 금지 정도가 아니라 근본적으로 군인 상호간의 인격적 존중에 기초하여 폭력적 언행을 바로잡아 나가야 할 필요가 있다.

또한 군대가 가진 문제는 군 복무기간 동안 자기계발의 기회가 제한되어 입대를 하지 않았을 경우에 비하여 뒤쳐질 가능성이 커진다는 것이다. 도서관 시설 등을 이용할 수 있다고는 하여도 군 복무의 강도를 고려하면 그리 쉬운 일은 아니다. 과거에 비하여 급여가 대폭 인상되었다고는 해도 지금의 사병 급여로 자기계발을 위한 기회를 가지기에 턱없이 부족하다. 복무중 도서구입과 여가활용을 하고 나아가 전역 후 일정 기간 정도는 사회복귀를 위한 준비비용을 마련할 수 있어야 한다. 어쩌면 대한민국 군대의 문제는 아주 저렴한 비용으로 많은 인원을 동원할 수 있는 시스템 때문에 발생한다고도 할 수 있다. 비용을 생각할 필요가 없으니 효율적인 인사배치도 고려되지 않고 업무효율을 위한 내부적 혁신도 생기지 않는다. 국방의 의무 이행이 강제노동은 아니라고 해도 그것은 적절한 노동에 대한 보수가 지급될 때나 가능한 주장이지 먹여주고 재워주는 것 이외에 보수랄 것도 없는 경우에까지 타당한 것은 아니다.

군에서 자기계발이 문제되는 원인의 하나는 집단 내무생활이다. 비용의 절감과 상호 통제를 위하여 마련된 집단내무반은 내무반 안에 질서유지를 위한 명분으로 병 상호간의 명령과 통제를 낳았고 사생활은 물론 자기계발의 기회를 원천적으로 부정하게 되었다. 지금도 생생하게 기억하는 것은 1990년대 초반에 국방부 대통령 업무보고에서 병 내무반을 ‘대기’ 개념에서 ‘주거’ 개념으로 바꾸겠다고 한 것이다. 사실 군복무가 국방이라는 공적역할을 수행하기 위한 것이고 전인격적인 헌신이나 복종을 의미하는 것은 아니다. 의무복무하는 병에게도 사생활과 휴식이 필요하고 이것을 위해서는 근무와 휴식의 공간이 분리되고 사적 생활은 가능한 최대한 보장되도록 하여야 한다. 내무반의 현대화 사업으로 침상에서 침대로, 2-30명 군집생활에서 2-4인 기숙사로 바꾸는 것도 바람직하다. 그러나 이것이 사생활의 보장까지 이르지 못한다면 이것도 군의 문제를 해결하는 방안으로서는 효과가 제한적이라고 할 수밖에 없다.

3. 군대 - 어떻게 바꿀 것인가?

1) 자발적 복종이 강한 군사력과 엄정한 군기의 원천이다.

공식적인 관계에서의 지배-피지배 또는 명령-복종관계가 사적 관계에까지 미치는 것은 피할 수 없는 부분이 있다고는 해도 군대에서는 의도적으로 공적 영역과

사적 영역을 구분하려는 시도를 해야 한다. 사적 영역이 잘 보장되지 않고 공적 권한을 빌미로 사적인 지배까지 하는 예가 많기 때문이다. 그리고 이러한 공적인 권한은 법령에 의한 것임을 각별히 강조하고 법적 권한 범위를 벗어나 권한을 행사해서는 안 되며, 그 상대방도 상관의 법령에 위반되는 명령에 복종해서는 안 되며 복종할 경우 그에 따른 법적 제재가 따름을 인식하도록 하여야 한다. 상관과 부하 사이에 정당한 명령인지에 대해 다툼이 있을 경우 이 사실을 기록해 두고 추후 이에 대한 평가를 통하여 상관 또는 부하에 대한 제재가 결정될 수 있을 것이다.

이러한 법적 권한 범위 안에서 정당한 명령이 이뤄지고 상대방도 자신의 판단에 따라 복종할 때 그 복종이 자발적이며 이러한 자발성에 기초한 군대의 기강이야말로 엄정한 것이 된다. 불복하면 불이익을 받을 것을 두려워하여 속으로는 거부감을 가지지만 마지못해 복종하는 사람은 언제라도 상관에게 보복할 기회를 찾는다. 그 기회가 전시가 아니라고 장담할 수도 없다. 과연 군인 또는 군에서 전역한 사람 가운데 진심으로 자신의 지휘관이나 상관을 또는 지휘관이나 상관이었던 사람을 존경하는가? 존경까지는 아니어도 일을 잘 하는 사람으로 평가하는가? ‘똥별’이라는 비하적 표현은 단적인 예이다.

군대 개혁은 군의 특수성만 내세우지 말고 군대도 법이 지배하는 영역이라는 사실을 인정하는 데서 출발하여야 한다. 그것이 군의 훈련이나 작전을 방해하는 것도 아니다. 군의 활동을 법적으로 한정하는 한편으로 정당한 권한행사를 보다 법적으로 정당화함으로써 더욱 강한 군기를 형성하고 강한 군대를 만들 것이다. 군기는 까라면 까는 것이 아니라 헌법과 법률에 기초한 것이어야 한다. 이를 ‘입헌적 군기’라고 할 수 있다.

2) 군인도 사람이다.

너무나도 당연한 말이고 이런 말을 꺼내는 것이 이상할 지경이지만, 실제 군에서 군인을 사람이라기보다는 하나의 부품처럼 취급하는 것은 아닌지 돌아봐야 한다. 전투 목적에 사용하기 위하여 혼을 빼고 명령에 일사분란하게 움직이는 거대한 도구를 만드는 것은 아닌지, 자발성에 기초하여 행동하는 생각하는 군인을 만드는 것인지도 생각해 봐야 한다.

군 복무기간을 단축하는 데 반대하는 쪽은 입대하고 1년은 지나야 일을 제대로 하게 되니 복무기간을 단축해서는 안 된다고 한다. 그렇지만 군대에서 맡기는 일이 그렇게 복잡할 것도 없다면 1년이나 지나야 일을 제대로 하게 되는 진정한

이유를 찾아야 할 것이다. 토론자는 그것이 정신을 빼놓는 훈련과정과 호된 내무생활 때문이라고 생각한다. 직장에 들어가서 한 달이면 그 직장에서 수행할 기본적인 내용은 충분히 배우고 일도 그렇게 할 수 있다. 군대라고 다를 것인가. 군인의 능력이 천차만별이라고 하지만 나름 합리적 기준에 의하여 업무에 배치하고 있으므로 기본적 업무수행을 배우는 데 왜 1년이나 걸린다는 말인가?

군인도 생각하는 사람이다. 인권을 가지는 주체이다. 제복을 입었을 뿐 시민이라는 점도 다르지 않다. 따라서 군인이 기계적으로 또는 반사적으로 움직이기보다는 사고하면서 행동하고 업무를 수행할 수 있도록 하여야 하고 또 그렇게 대우해야 한다. 당연한 말인 것 같지만 군에서 놓치고 있는 부분이기도 하다. 특히 명령과 복종 관계에서 부당한 명령을 따르지 않는 것은 이것에서 비롯되는 것이다. 부당한 명령에 대한 불복과 이에 따른 의식의 근본적 변화가 필요하다. 이것이 자발적 복종의 출발점이기도 하다.

인간관계의 기본인 상대방에 대한 존중과 서로 다름의 인정도 강조되어야 한다. 내무생활을 하더라도 인간다움이 구현될 수 있는 공간을 만들어야 한다. 사람이 사람답게 사는 데 필요한 최소한의 공간이 확보될 수 있어야 한다. 사적 생활을 할 수 있는 구조가 되어야 한다.

3) 불필요한 인원은 줄여야 하고 복무의 대가를 지불하여야 한다.

군사력에서 병력의 규모도 중요하지만 우리 군대에서 불필요한 인력도 적지 않다. 당번, 운전, 장교휴게시설의 관리에 쓰이는 사람이 과연 얼마나 필요한가. 어찌면 당연히 입대하는 남아도는 인력과 거의 드는 비용이 없다는 이유 때문에 ‘삼질’이라는 자조적인 말도 존재한다고 생각한다. 군대생활 가운데 보람을 느낀 유일한 때가 모내기 갔던 일이라고 하는 푸념도 귀담아 들어야 한다. 불필요한 인원을 줄이고 복무기간도 단축해야 한다. 과거보다 많이 준 것은 사실이지만 더 줄일 수 있다고 생각한다. 복무기간을 12개월까지도 단축할 수 있을 것이다.

병영문화혁신위원회에서 보고된 바에 의하면 1986년도에 징병대상 44.5만명 중 51%인 22.7만명이 현역판정을 받았지만, 2013년에는 징병대상 35.4만명 중 91%에 달하는 32.2만명이 현역판정을 받아 20여 년 만에 두 배 가까이 늘었다고 한다. 군복무의 형평성 제고를 위하여 현역중심으로 병역제도를 개편한 데 따른 결과로 보이지만, 무기의 현대화에도 불구하고 복무하는 인원은 거의 변함이 없는 것으로 보이고 그만큼 군복무 부적합자의 군복무도 증가할 수밖에 없게 되지 않았을까 추측한다. 군이 분류하는 것처럼 2013년도에 심리이상자 2만6,000

여명, 범법자 524명도 복무한 것으로 나타난다. 군 조직에서 불필요한 인력을 줄이고 효율성을 높이지 않으면 어떤 사람들에게는 군복무의 강도는 상상 이상으로 높고 기피하고 싶은 욕구를 부채질하게 될 수 있으며 이들이 군에 입대한다 해도 군복무에 적합하지 않을 뿐 아니라 오히려 관리에 상당한 비용과 노력을 필요로 하게 될 것이다.

또한 군복무에 대한 대가를 지불하여야 한다. 2014년에 상병 기준으로 월 급여가 134,600원이라고 한다. 작년도에 비하여 6.9% 인상된 것이다. 과거에 비하여 엄청나게 인상된 액수지만 그 기준을 어디에 두느냐에 따라 평가는 달라진다. 군인도 업무 외에 자기계발을 위한 노력을 하고 자기생활을 하여야 한다면 이 돈으로는 이들 활동을 하는 데 어림도 없다. 필요한 책도 사고 외출하여 문화생활도 한다면 따로 돈을 충당하지 않으면 안 된다. 2014년 1인 가구 최저생계비인 603,403원에서 주거와 식비를 제한하고 해도 월 30만원 이상은 되어야 하고 특히 군복무 이후 사회복귀를 위한 준비까지 포함한다면 이 액수는 상당한 정도로 증액되어야 한다. 전역시에 일정 금액을 한꺼번에 지급하는 것도 가능할 것이다. 과거 이런 방안들도 화려하게 논의되었으나 지금은 자취를 감추고 말았다. 적지 않은 돈이 필요해서였을 것이다. 그러나 적절한 대가를 지급하지 않는 군 복무는 그것이 아무리 국방의 의무 이행을 위한 것이라고 해도 강제노동의 성격을 떨 수 밖에 없고 그만큼 보람도 느끼지 못하고 군을 기피하게 한다. 군 복무가 어떻게 봐도 손해인데 군대를 누가 가려 하겠는가. 어쩌면 지금처럼 군 기피자가 적은 것은 군대를 안 가면 더 큰 손해가 미치기 때문은 아닐까.

적절한 비용을 지급하면 복무관계에서 효율성과 책임성이 강조되게 된다. 사적으로 동원될 여지도 점차 사라진다. 내무생활도 서로 간섭하지 않게 될 것이다. 또 업무효율성을 위해서라면 내무생활도 점차 편안한 휴식과 주거의 개념으로 변화해 갈 수 있을 것이다. 영외 거주도 장교에게만 국한할 것은 아니다. 이것이 인권의 보장이다.

4) 군에 대한 외부적 통제와 감시 강화가 필요하다.

지금도 국민권익위원회나 국가인권위원회를 통하여 군에 대한 외부적 통제가 제한적으로 이뤄지고 있다. 그러나 앞에서 지적한 것처럼 국가인권위원회나 국민권익위원회의 활동은 높이 평가할 수 없다. 특히 국가인권위원회의 타락상은 말로 할 수 없을 정도로 참혹하다. 국가인권위원회의 도덕적 지도력은 군의 자발적 혁신을 촉구하였고 군도 상당히 협조적이었다. 하지만 이명박 정부 이후 군은 김대

중 정부 이전의 모습으로 후퇴에 후퇴를 거듭하고 있다. 우선은 이들 기관이 적극적으로 군의 인권문제 해결을 위하여 권한을 행사하여야 한다. 있는 기구도 제대로 작동하지 않는데 새로운 기구를 구상한들 얼마나 효과가 있겠는가.

한편으로 새로운 기구를 구성하는 것도 고려하여야 한다. 발표자의 제안처럼 국방감독관이나 병사호민관 제도도 좋고, 복무중인 부모의 부대방문제도도 긍정적으로 고려할 수 있을 것이다. 나아가 군 입대 전에 입대자 인권교육을 실시하고 군인의 부모나 친구들이 결합하여 군복무를 지속적으로 감시하고 문제를 주기적으로 공표하는 것도 가능할 것이다. 현재 악명을 날리고 있는 단체와 또 다른 의미의 군입대자 ‘어버이연합’이 시민의 감시주체가 될 수도 있을 것이다.

하지만 국방감독관이나 호민관 등 제도에 앞서 국방부장관의 실질적 문민화는 제도의 변화 없이도 가능한 방안이다. 지금까지 국방부장관은 군인은 아니지만 군장성출신이 임명되었다. 이것은 군의 특수성 때문이라고 하지만 이것 때문에 군의 개혁도 지지부진하고 군수 등 부문에서 발생하는 비리로부터 자유롭지 못하다. 대통령도 시민 가운데서 선출되고 군의 통수권자가 되는 것처럼 국방부장관이 시민 가운데서 임명되는 것이 문제될 것은 없고 또 가능하다. 독일의 경우처럼 국방부장관을 회계전문가 또는 인권과 군에 정통한 시민 가운데서 임명한다면 제한적이기는 하지만 군의 개혁에 긍정적인 결과를 가져올 수도 있을 것이다. 물론 사람이 바뀌면 끝이고 제한적 성과마저도 이후에 부정될 수 있는 한계가 분명한 것도 사실이지만.

5) 장교와 사병의 이원적 체계의 개혁

어느 조직이나 중요한 직무를 수행하는 사람과 이를 보조하는 사람이 있는 것은 사실이다. 군도 마찬가지이다. 그러나 군의 경우 다른 조직과 달리 계급제도가 특이하다. 경찰 등이 순경부터 치안총감까지 일원적 직계를 가지고 있는 반면 군은 장교와 사병의 경계가 뚜렷하다. 부사관이 소위로 진급하지 못한다. 부사관과 병은 장교와 신분상의 격차가 뚜렷하다. 이는 신분제에 기초한 귀족사회의 유풍이라고 생각된다. 원하면 군인의 신분을 벗어날 수 있다고는 하여도 한시적인 신분제도라고 평가할 수 있다.

국민주권주의와 국민군 원칙에 입각하여 구성된 대한민국 군대는 철저한 신분상의 격차가 존재하는 현재의 제도를 바꿔나가야 한다. 그렇다고 지휘체계가 혼란스러워지는 것도 아니고 군기가 약화되는 것도 아니다.

4. 군 사법제도의 개혁

발표자가 지적하는 바와 같이 군사법원, 군검찰, 징계영창 등 제도의 개선방안에 동의한다. 현재의 군 사법제도는 앞에서 언급한 것처럼 ‘봉건 영주 사법’ 또는 ‘지휘관 사법’이라고 할 수 있는 실정이기 때문이다. 군사법원도 사법기관으로서 전문성, 독립성, 민주성을 가져야 하고 이를 강화하기 위하여 전시 이외의 시기에는 군사법원을 폐지하는 방안이 타당하다. 군인에 대한 재판을 일반법원에 의하게 한다 해도 현재 법관의 상당수가 군 복무의 경험이 있으므로 군의 특수성을 고려하지 못하게 된다는 식의 비판은 타당하지 않다. 오히려 군대와 가까이 있는 상설법원을 이용하게 됨으로써 군인이 신속한 재판을 받게 된다. 관할관의 확인권은 사실상의 사면권으로서 헌법적 근거를 가지기 어려우며 종래 남용되어 왔다는 점에서 제한의 필요성도 충분하다. 군사법원을 둔다고 하더라도 관할권을 군인의 모든 범죄가 아니라 군의 직무수행과 관련한 문제에 한정해야 할 것이다. 군판사를 반드시 군인으로 임명하여야 할 필요도 없다.

나아가 헌법 제27조 제2항에서 일반국민에 대한 군사재판권을 광범위하게 인정하고 있는 규정도 헌법 개정의 과제의 하나이다. 세계의 어느 나라도 군사재판의 범위를 이렇게까지 넓게 인정한 예는 찾을 수 없다. 우리나라 다음으로 넓게 인정하는 나라는 아프리카에 있는 우간다이다.

군 인권 보장을 위한 법제도적 방안

발행일 2014. 08. 19

발행처 국회의원 진성준 의원실, 참여연대 사법감시센터·평화군축센터

담당 김승환 간사 02-723-4250 peace@pspd.org

※본 자료는 참여연대 웹사이트에서 다시 볼 수 있습니다. www.peoplepower21.org

국회특별위원회
간인권보장을 위한
법제도적
방안