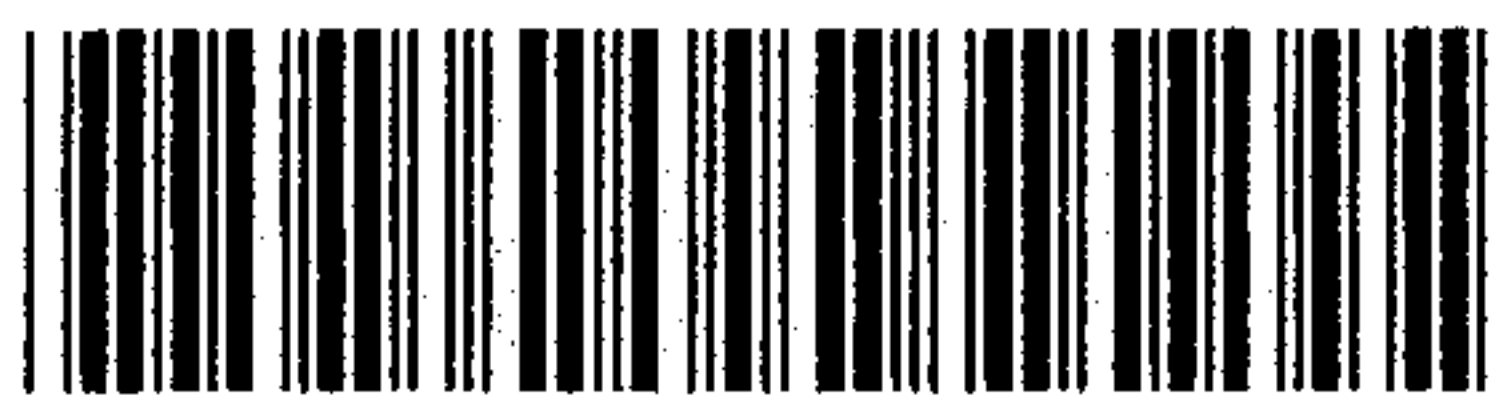


2006년도 인권상황실태조사
연구용역보고서

외국 군 인사 · 복무 관련 법령 및
제도 등 실태조사
- 독일의 법령과 제도를 중심으로 -

국가인권위원회



EM020742

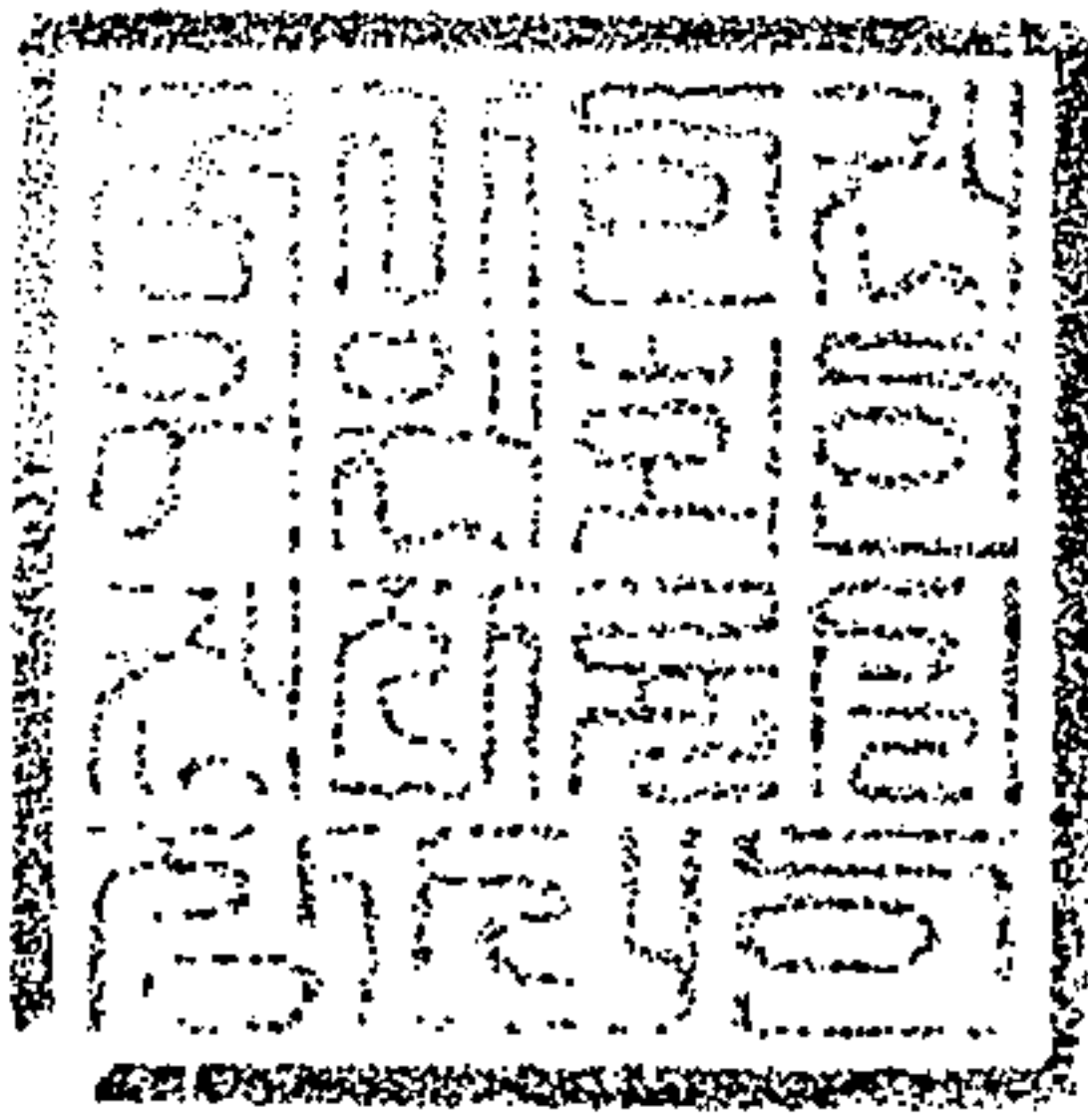


국가인권위원회

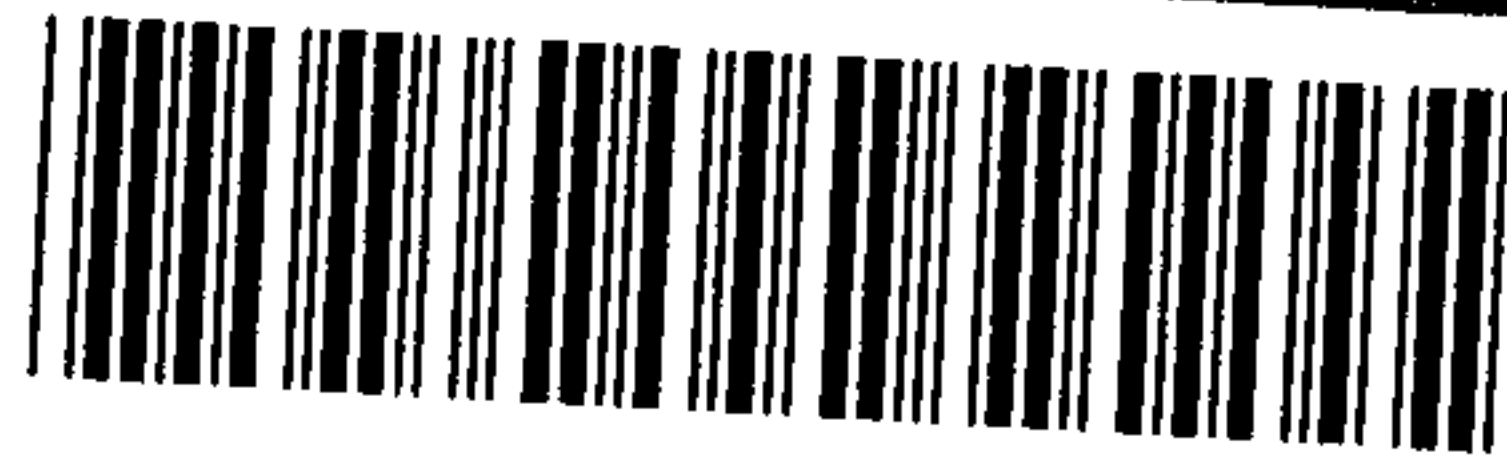
2006년도 인권상황실태조사
연구용역보고서

외국 군 인사 · 복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사

- 독일의 법령과 제도를 중심으로 -



국가인권위원회



EM020742



국가인권위원회

외국 군 인사·복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사

- 독일의 법령과 제도를 중심으로 -

2006년도 국가인권위원회 인권상황실태조사
연구용역보고서를 제출합니다

2006. 12.

연구수행기관	건국대학교
연구책임자	이계수 (건국대학교)
연구원	이재승 (전남대학교)
	오병두 (영산대학교)

이 보고서는 연구용역수행기관의 결과물로서,
국가인권위원회의 입장과 다를 수 있습니다

< 목 차 >

제1장 연구의 목적 및 범위	1
1. 연구의 목적	1
2. 연구의 범위	3
제2장 독일의 ‘국방감독관’ 제도	6
1. 서설-독일식 국방감독관의 도입논의	6
2. 국방감독관제도의 역사적 배경	10
3. 국방감독관 제도의 개관	18
4. 2005년 연례보고서 소개	53
5. 결어	61
제3장 독일에서의 군인의 인권보장	63
1. 서설	63
2. 군인의 기본권	63
3. 군인의 일반적 의무	84
4. 명령과 복종의 문제	88
5. 군인의 정치적 권리와 한계	95
6. 재판/징계/소원/진정과 군인의 인권	97
제4장 모범 군인 인권법안 연구	113
1. 현행 군인 인권 관련 법령의 현실	114
2. 국방부의 「군인복무기본법안」 비판	116
3. 군인 기본법 (예시)	133
< 참고 문 헌 >	143

< 세 부 목 차 >

제1장 연구의 목적 및 범위	1
1. 연구의 목적	1
(1) 군인 인권의 쟁점화	1
(2) 국방부의 대응	2
2. 연구의 범위	3
제2장 독일의 ‘국방감독관’ 제도	6
1. 서설-독일식 국방감독관의 도입논의	6
(1) 독일식 국방감독관 도입논의의 경과	6
(2) 고층처리위원회와 군사소위원회와 독일식 국방감독관	9
2. 국방감독관제도의 역사적 배경	10
(1) 독일의 근대적 군사법제와 군대에 대한 의회의 통제 원칙	10
(2) 전후 독일 군사헌법의 형성과정	12
3. 국방감독관 제도의 개관	18
(1) 국방감독관의 헌법적 임무	18
(2) 국방감독관의 직무관계	23
(3) 국방감독관의 관할	33
(4) 국방감독관의 직무권한	40
(5) 국방감독관의 특별보고와 연례보고서	47
4. 2005년 연례보고서 소개	53
(1) 작성과정	53
(2) 구성	54
(3) 연례보고서의 역할 - 지속적인 문제제기, 연방군에 대한 관심환기	60
(4) 연례보고서의 특징	61
5. 결어	61
제3장 독일에서의 군인의 인권보장	63
1. 서설	63
2. 군인의 기본권	63
(1) 권리제한 법률주의	63
(2) 군인법	64

(3) 기본권의 제한방식	65
(4) 기본권제한과 한계에 대한 독일사례들	68
3. 군인의 일반적 의무	84
(1) 직무와 관련한 의무(군인법 제7조)	84
(2) 민주적 기본질서에 대한 충성의무(군인법 제8조)	86
4. 명령과 복종의 문제	88
(1) 상관으로서 일반적인 의무	88
(2) 복종의 문제	92
(3) 불복종에 관한 하급자의 책임	93
5. 군인의 정치적 권리와 한계	95
6. 재판/징계/소원/진정과 군인의 인권	97
(1) 군사법원	97
(2) 상관의 범죄	98
(3) 징계조치	99
(4) 군인소원제도	100
(5) 국방감독관 제도	101
(6) 군인참가제	101
제4장 모범 군인 인권법안 연구	113
1. 현행 군인 인권 관련 법령의 현실	114
(1) 헌법이 외면한 군인의 권리	114
(2) 대강(大綱)법률에 의한 지배, 위임입법의 법률적 근거 결여	115
(3) 평등권에 반하여 위헌인 소지가 강한 법령들	116
(4) 군인 인권법령 정비에 무관심한 정당과 국회	116
2. 국방부의 「군인복무기본법안」 비판	116
(1) 군인복무기본법(안)의 골자	116
(2) 총평	118
(3) 법체계 및 개별 조문에 대한 몇 가지 코멘트	119
(4) 군인 인권보장을 위한 법률안에 포함되어야 할 내용	123
3. 군인 기본법 (예시)	133
< 참고 문헌 >	143

제1장 연구의 목적 및 범위

1. 연구의 목적

(1) 군인 인권의 쟁점화

“군인에게도 인권이 있다”는 말을 듣는 일이 어렵지 않은 시대가 되었다. 지휘관을 대상으로 한 인권감수성 교육도 실시되고 있다. 그러나 이 모든 것은 이제 시작일 뿐이다.

군대와 인권의 문제를 조금만 신경 써서 들여다 본 사람이라면 군대에서의 인권보장 문제가 그리 간단한 일이 아님을 쉽게 알 수 있다. 이는 2005년 이후 지금까지 있었던 굵직한 군대인권사건만 열거해 보아도 확인되는 일이다.

2005년에는 이른바 ‘인분사건’으로 불리는 논산훈련소 사건(1월)에 이어 김동민 일병의 총기난사사건(6월)이 일어났다. 2005년 11월 이후에는 노충국, 김웅민 병장 등 전역 직후 암으로 사망하는 병사들이 속출하면서 병사들의 건강권이 중요한 인권 문제로 등장하기도 했다. 그 와중에 국적법이 개정되면서 이른바 돈 있고 권세 있는 집안의 자식들이 군대에 가지 않겠다고 집단적으로 국적포기신청을 했다. 그런가하면 2005년 말에는 불교(조계종)와 천주교, 개신교에게만 군종장교파견 자격을 부여하는 국방부의 지침에 대한 소수종단의 문제제기가 있었다. 양심적 병역거부 문제는 여전히 해결의 가능성이 보이지 않는다. 매년 징집되는 25만 명의 징집대상자의 거의 절반이 이른바 대체복무로 빠져나가고 있지만 년 1,000명 수준의 양심적 병역거부자에게는 여전히 아무런 대체복무의 기회가 주어지지 않고 있다.

한편 2006년 12월에 국회를 전광석화처럼 통과한 ‘국방개혁기본법’은 앞으로도 군대에서의 인권보장문제가 그리 만만치 않을 것임을 시사하고 있다. 국방개혁기본법은 2020년을 기준으로 군 병력을 현재의 69만 명에서 50만 명으로 감축하는 안을 제시하고 있으나 이에 대해서는 보수진영 내부에서조차 비판의 목소리가 나오고 있다. 현재 대한민국은 1년 출산인구가 50만 명 이하인 나라이다. 전 세계적으로 볼 때, 전체 국민의 1%를 군 병력으로 유지하는 나라는 현재도 존재하지 않는다고 한다. 현재 매년 25만 명이 징집된다고 하는데, 이런 수치는 현재의 출산인구를 기준으로 하더라도 매년 출산되는 인구의 절반인 남자아이들이 모두 의무병으로 징집되어야 한다는 것을 뜻한다. 물론 69만 명 병력을 유지하기 위해 25만 명 징집하는 것이므로 총력 병력이 50만 명으로 줄어들면 징집병력수도 그만큼 줄어들 것이지만, 그럼에도 불구하고 앞으로 계

속될 출산을 감소를 고려하면 2020년에도 50만이라는 대병력을 유지하는 일이 쉽지 않을 것임을 쉽게 짐작할 수 있다.

대규모 병력을 유지하려다 보니, 징집이 되어서는 안 될 정신적·심리적 장애자들이 군에 징집되어오고 이로 인해 군 생활 부적응 등 여러 문제가 발생한다. 이런 문제를 사전에 예방하려면 병력을 50만 명보다 더 줄이는 방법밖에 없다. 예컨대 한나라당 송영선 의원 등은 50만 명이 아니라 35만 명으로 감군을 주장하고, 대략 30만선의 병력을 유지할 것을 제시하고 있다. 특히 현재 육군의 경우 54만 명인데 2020년에 35만 명으로 감군하겠다는 것이 ‘국방개혁 2020’의 기본안이다. 송 의원은 이를 16만 명까지 줄이라고 주장한다. 육해공 각 16, 7, 7만에 해병대와 특전사를 합친 특수군 5만을 합하면 정규군은 35만 명 선이 된다고 한다.¹⁾

국방개혁의 핵심이 전문적 직업군인들에 의해 운영되는 현대적 국방력 구축이라고 할 때, 더더욱 그런 요구가 커질 수밖에 없다.

(2) 국방부의 대응

자기자식도 군에 가서 맞아 고막이 터졌다고 공공연히 밝히고 다니던 윤광웅 국방장관 당시의 국방부는 그래도 다른 장관들 때보다는 군인인권 문제에 ‘조금’ 더 많은 관심을 보였다. 국방부는 장병기본권법제정과 군인복무기본법을 제정하겠다는니, 장병기본권 상담위원회를 설치하겠다는니, 인권상담관제도 도입을 연구해보겠다는니, 고충 상담센터와 복무부적응 병사 진료센터를 설치한다느니 하면서 ‘나름대로’ 바빴다. 병영문화개선위원회도 설치했고(2005년 7월), 그 위원회에서의 논의를 정리하여 대통령에게 보고도 했다(2005년 10월 말). 그 보고서의 제목은 “가고 싶은 군대, 보내고 싶은 군대”였다. 그리고 2005년 11월, 국방부는 병영문화개선 후속 대책의 일환으로 독일이 운영하는 ‘군 옴부즈만’ 제도의 도입을 연구해보겠다고 발표하였다.

우리 사회의 많은 부분들이 그렇듯이 군대에서의 인권침해사태가 공개 혹은 폭로되고 나면 한동안 시끄럽다가도, 그것이 이후 책임 있는 대책마련으로까지 연결되어 문제해결로 이르는 경우는 드물었다. 그런 면에서 국방부가 독일식 국방감독관의 도입을 거론하고 “군인복무기본법안”을 제안하여 제도적 차원에서 군인 인권 문제의 해결을 시도한다는 점은 평가할 만하다. 그러나 독일식 국방감독관의 도입은 2006년 11월 현재 국민고충처리위원회 내부의 ‘군사소위원회’가 국방감독관의 역할을 담당하도록 하는 방식으로 ‘이상하게’ 정리되어 버렸고, “군인복무기본법안”의 기본 내용도 기존 “군인복

1) 송영선 의원 인터뷰. “50만도 대군, 35만이면 충분”, 오마이뉴스, 2005. 9. 15자.

무규율”의 차원을 크게 넘어서지 못하는 것으로 알려지고 있다.

이왕 군인 기본권법 혹은 군인 인권법을 제정하고자 한다면 제대로 된 인권법안을 만들어야 할 것이다. 그렇지 않다면 우리는 군인 인권과 관련하여 또 하나의 ‘책임회피형’, ‘알리바이식’의 법률을 하나 더 갖게 될 뿐이다. ‘군 움부즈만’을 도입하겠다고 한다면 지위와 권한에서 실제로 군인 인권의 호민관으로서 군대에 대한 외부의 감시자로서 활동할 수 있는 움부즈만 제도를 창설해야 하는데, 실제로는 그렇게 하지 않으면서 무늬만 움부즈만을 두게 된다면 군인 인권에 관한 알리바이 기구만 하나 더 늘어나는 의미 이상은 없을 것이다.

물론 군인 기본권법 혹은 군인 인권법의 제정, 독일식 ‘군 움부즈만’의 도입에 대해서는 지휘관의 지휘권 침해를 우려한 반론이 있는 것으로 안다.

그러한 반론을 극복하고 우리 실정에 맞는 군인 인권법령 및 제도를 정착시키기 위해서는 다른 나라의 군인 인권법 시행실태를 정확하게 분석하여 군인 인권보장이 결국 지휘관의 지휘권 또한 강화시키는 방안임을 서로 확인할 수 있는 깊이 있는 연구가 필요하다.

2. 연구의 범위

군대에서의 장병의 인권보장은 하나의 단일한 법률에 의해서 완결적으로 달성될 수 있는 것은 아니다. 헌법을 위시하여 여러 관련 법령에서 군인 인권보장 방안을 검토하고 연구해야 한다. 그런 점에서 현재 국방부가 추진하는 “군인복무기본법안”은 그것이 제대로 제정된다고 가정한다고 하더라도 군인 인권개선의 한 부분 이상이 되기 어렵다.

그럼에도 불구하고 만약 그러한 법률이 제대로 제정된다면 마치 초·중등교육법과 고등교육법 등 교육관계법의 기본원리가 되는 교육기본법 혹은 각종 개별 환경법의 기본원리가 되는 환경정책기본법과 같은 역할을 할 수 있을 것으로 본다.

앞으로 단계적으로 군 인권관련 법령의 제·개정을 추진해야 나가야 한다고 했을 때 군인 기본법은 군 인권 관련 법령의 제·개정을 위한 로드맵의 역할도 할 수 있어야 한다.

따라서 군인 기본법의 제정 작업은 “제복 입은 시민”으로서 군인들은 자신의 기본권을 어떤 식으로 향유할 수 있으며, 경우에 따라서는 어떤 식으로 제약될 수 있는지 혹은 달리 말하면 어떠한 기본권들이 군대의 영역에서 어떤 식으로 구체화될 수 있는지를 규정하는 차원에서 마무리 될 수는 없다고 생각한다.

군인 기본법의 제정 작업은 병역법에서 출발하여 군형법, 군인사법, 군인복무규율 등

에 이르기까지 인권과는 무관하게 규율되어 있는 군 인사·복무 관계법령 전체의 문제점을 조망하면서 앞으로 군인 인권 개선을 위해 단기 및 중장기적으로 추진해야 할 법제 작업의 방향을 제시하는 데까지 나아가야 한다고 생각한다.

이번 연구에서는 이러한 점을 염두에 두면서 군인 기본(권)법의 기본적인 내용을 설계함과 동시에 군인 인권 보장을 위한 일련의 프로그램을 제시하고자 한다. 이를 위해 현재 국방부가 논의 중인 “군인복무기본법안” 외에 이미 시행단계에 들어간 국민고충처리위원회의 군사소위원회 제도를 독일의 법제에 비추어 비평해보고자 한다.

이번 연구의 범위를 확정하기 위해 비교점토의 대상이 되는 독일의 군 인권 관련 법제의 체계를 대략적으로 살펴보면 다음과 같다.

- (1) 국가 내에서 군대의 지위 및 군인의 지위 → 군사헌법(Wehrverfassung)
- (2) 군복무관계의 성립, 변경, 소멸(군복무의 범위, 조건 및 징병절차를 규정) → 의무복무법(Wehrpflichtgesetz, 병역법).
- (3) 군인의 권리와 의무 → 군인법(Soldatengesetz, 군인지위법)
- (4) 상관과 하급자의 관계, 명령권 → 군인법 및 군형법(Wehrstrafgesetz)
- (5) 군사법 질서위반에 대한 징계체제. 징계절차 및 집행 → 군인징계법(Wehrdisziplinarordnung, WDO)
- (6) 군인의 권리보호 → 군인소원법(軍人訴願法)(Wehrbeschwerdeordnung, WBO)
- (7) 의회의 보좌기관²⁾이자 군인인권의 수호자, 민주적·시민적 지휘이념의 보장자로서 국방감독관 → 독일 기본법 제45b조; 국방감독관법(Wehrbeauftragtergesetz (WBeauftrG): Gesetz über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages (Gesetz zu Artikel 45b des Grundgesetzes))
- (8) 국제인권법 및 국제인도법(전쟁법)
- (9) 기타 법률수준에서 군인양성평등법(Soldatinnen- und Soldatengleichstellungsgesetz), 군인참가법(Soldatenbeteiligungsgesetz), 병역거부법(Kriegsdienstver-

2) 보조기관과 보좌기관의 구별문제: 보조기관과 보좌기관을 명확하게 구별하는 것은 어려우나 전자는 주로 결정·명령·집행 등 업무를 보조하여 행정목적 달성에 직접적으로 공헌하는 기관이고 후자는 행정관청 또는 보조기관 구성자의 인격적 연장으로서 그를 지원·조성·촉진하여 행정목적 달성에 간접적으로 공헌하는 기관이라고 정의된다. 그리하여 보조기관은 “보조”라는 이름 아래 활동하기는 하지만 실질적으로는 그 자신이 업무를 결정하고 집행할 권한을 가지는데 비하여 보좌기관은 정책의 기획, 계획의 입안 및 연구, 조사를 통하여 그 장이 하여야 할 업무를 내부적으로 도울 뿐이다 (박윤훈, 최신 행정법 강의(하), 박영사, 2004, 25쪽). 이러한 원론적인 구분에 의할 때 국방감독관은 연방의회의 보좌기관으로 번역하는 것이 타당해 보인다.

weigerungsgesetz), 대체복무법(Zivildienstgesetz), 대체복무자 중개위원법(Zivildienstvertrauensmanngesetz), 군인급여법(Wehrsoldgesetz), 부양보장법(Unterhaltungssicherungsgesetz), 일자리보호법(Arbeitsplatzschutzgesetz) 등도 군사법령에 포함된다. **시행령 수준**의 군사법령으로 상관규정(Vorgesetztenverordnung)과 연방군강제집행법령(Bundesvervollzugsverordnung) 등이 있다.

이 중에서 이 번 연구의 중점 검토 대상이 된 것은 (3)과 (7)이다. 다른 부분도 필요에 따라 적절히 검토의 대상으로 삼겠다. 먼저 제2장에서는 독일의 국방감독관 제도를 살펴보겠다. 그런 연후에 제3장에서는 그러한 제도 하에서 발전해 온 독일 군인법의 법리가 한국의 군인 인권법에 어떤 식으로 적용될 수 있는지를 검토한다. 제4장에서는 제3장의 논의를 이어받아 현재 법안으로 성안 중인 국방부의 “군인복무기본법(안)”에 대해 평석하고 그 대안으로서 새로운 모델 군인인권법안을 제시하겠다.

제2장 독일의 ‘국방감독관’ 제도

1. 서설-독일식 국방감독관의 도입논의

(1) 독일식 국방감독관 도입논의의 경과

앞에서도 지적하였듯이 2005년 11월 국방부는 병영문화개선 후속 대책의 일환으로 독일이 운영하는 ‘군 옴부즈만’ 제도의 도입을 연구해보겠다고 발표하였다. 독일식 국방감독관(Wehrbeauftragter; Defense Commissioner) 도입의 필요성은 이미 몇 년 전부터 일부 시민단체와 학자에 의해 제기되고 있었다.³⁾ 그러나 국방부가 공개적으로 ‘독일식 군 옴부즈만’의 도입가능성을 천명한 것은 의외였다고 하겠다.

< Wehrbeauftragter의 번역에 관하여 >

독일의 Wehrbeauftragter는 통상 군 옴부즈만으로 번역되고 있다. 하지만, ‘옴부즈만’이라는 이름으로 인하여 여기에서의 논의가 일반적 옴부즈만 제도에 관한 것으로 해소되거나 오해될 소지가 있다.

최근 국방부, 국민고충처리위원회는 Wehrbeauftragter를 “군 특명관”이라고 번역하고 있으나 특명이라는 용어는 군 내부에서 ‘특별한 지시’ 내지 ‘특별명령’이라는 의미로 사용되는 것이다. 그래서 군 특명관이라는 명칭은 ‘군대 내부에서 특별한 명령을 받은 관헌’라는 인상을 주기 십상이므로 적절치 않다. 그밖에 국내에서는 “국방전권위원(國防全權委員)”이라는 번역어도 발견되나⁴⁾ 이 표현은 ‘전권위원’이라는 용어로 Wehrbeauftragter의 임무와 지위를 충분히 드러내주지 못하는 단점이 있다.

한편 일본의 군사법학자인 미즈시마 아사호 교수는 “방위감찰위원(防衛監察委員)”이라는 번역어를 제안하고 있다.⁵⁾ 우리나라의 경우 헌법 제5조에서 ‘국토방위’라는 표현을 쓰고 있으므로 “국방감찰위원”이라는 표현이 가능하겠다. 본래적 의미에서 감찰의 의미가 가장 근접한다. 그러나 우리의 역사적 경험에 비추어 “감찰”이라는 용어는 사찰을 연상시킬 여지가 있다. 또한 Wehrbeauftragter는 의회의 위임을 받아 군에 대한 외부적 통제를 행하는 기관이므로 감찰이라는 용어는 그 지위를 내부적 통제에 국한

3) 예컨대, 이계수, “군대 내 구타 가혹행위 및 그로 인한 사고를 방지하기 위한 법적 제도적 방안에 관한 연구”, 민주주의법학연구회, 민주법학, 제23호, 2003, 300쪽 이하. 또한 안정애, “민간인 국방감독관 필요”, 평화만들기, 제112호, 2004. 1. 5(http://peacemaking.co.kr/news_view.php?no=1345).

4) 콘라드 헤세/계희열 역, 통일 독일헌법원론[제20판], 박영사, 2001, 335쪽.

5) 水島朝穂, 現代軍事法制の研究-脫軍事化への道程-, 日本評論社, 2000, 115쪽에서는 Wehrbeauftragter를 직역하면 ‘방위수탁자(防衛受託者)’이지만, 그 실태에 비추어 ‘방위감찰위원(防衛監察委員)’으로 번역한다고 하고 있다.

된 것으로 오인시킬 우려도 있다.

한편, “유엔 헌장과 국제인권법과 국제인권조약상의 모든 권리의 향유와 실현을 촉진하고 보호하기 위한” 기구로서⁶⁾ 유엔 인권고등판무관(UN High Commissioner for Human Rights)이 있다. 이 기구와 유사하게 독일의 Wehrbeauftragter는 군인의 기본권의 보호와 의회에 의한 군에 대한 외부적 통제를 하는 기구이다. 그러한 취지를 잘 보여준다는 점에서 ‘국방관무관’이라는 용어도 생각해볼 수도 있다.⁷⁾ 하지만 이 용어도 Commissioner라는 말을 일본인들이 번역한 것이어서 우리의 언어관념과 다소 맞지 않는 측면이 있다.

따라서 본 연구보고서에서는 Wehrbeauftragter의 번역어로 군에 대한 외부적 감독이라는 특성을 잘 보여주는 “국방감독관”⁸⁾이라는 용어를 사용하기로 한다.

당시 국방부가 자신들의 일상생활을 속속들이 들여다 볼 의회 소속의 독립된 기구인 국방감독관 같은 제도를 ‘정말로’ 도입하려고 했을까 하는 점은 의문이다. 다만 이후 국방부가 보인 태도에서는 위 제도의 도입에 대한 확고한 의지를 발견하기는 어려운 게 사실이다. 당시 국방부는 국방부 차관보가 독일을 방문해서 국방감독관을 만나고 독일 병영의 실태를 조사한다고 발표했으나 이후 결론이 내려지는 것을 보면 기대에 한참 못 미쳤다.

나름대로 호기 있게 독일식 ‘군 옴부즈만’ 제도 도입을 연구하겠다고 발표했던 사람들이 며칠도 안 되어 ‘군 옴부즈만’을 국방부 내에 만들지 혹은 국민고충처리위원회 내에 특별기구로 설치할 것인지, 아니면 전혀 다른 방식의 ‘군 옴부즈만’을 둘 지는 논의 해 봐야 한다고 하였고, 곧이어 “군 장병들의 민원 사항을 처리할 군 옴부즈만 전담 창구를 국민고충처리위원회나 국가인권위원회에 설치하는 방안을 관계기관과 협의”하라는 대통령의 지시도 묵살하고 ‘군 옴부즈만’은 장병을 대상으로 활동하게 되는 만큼 업무의 연계성 등을 고려, 국방부 내에 설치하는 것이 타당하다고 재빠르게 상황정리를 해버렸다.

그러다가 그래도 대통령의 지시사항도 있고 해서였는지 국민고충처리위원회에 ‘군 옴부즈만’을 두는 쪽으로 입장을 바꿨다. 사실, 이러한 결론은 국방부의 양보라기보다는 국방부가 수용할 수 있는 마지노선이었을 것이다. 국방부 내에 ‘군 옴부즈만’을 둔다고 일단 주장해보고 여의치 않으면 양보하는 선에서 ‘고충위’에 일종의 ‘무늬만 군

6) 유엔 인권고등판무관 홈페이지(<http://www.ohchr.org/english/about/index.htm>) 참조.

7) Verteidigungsausschuss, *Aufgaben und Arbeitsweise*, 2005, 3쪽. 이 문서의 영문판은 국방감독관을 the Parliamentary Commissioner for the Armed Forces라고 표현한다.

http://www.bundestag.de/ausschuesse/archiv15/a11/Aufgaben_im_VA_und_UA/ 참조.

8) ‘국방감독관’이라는 용어를 쓰고 있는 문헌으로는 안정애, 앞의 글, 1쪽 이하가 있다.

옴부즈만'인 기구를 둔다면 국방부로서도 큰 불만은 없다고 생각했을 것이다. 일은 차질 없이 진행되어 2006년 11월 1일부로 '고충위' 내부에 위원 3명과 2개 조사팀(18명)으로 구성된 '군사소위원회'가 설치되기에 이르렀다.

안타까운 것은 이러한 논의과정에서, 중립적이어야 할 이른바 행정학 및 법학교수들이 국방부와 고충위의 의도를 그대로 추인해주는 듯한 '세미나' 발표문을 작성하여 제시한 점이다.⁹⁾

독일식 국방감독관 제도의 도입문제는 단순히 행정학적 관점에서 새로운 조직을 하나 만드는 차원에서 바라볼 성질의 것이 아니라고 생각한다. 이른 시기에 독일식 국방감독관 제도에 주목하면서 이 제도의 한국 내 도입을 주장한 이들은 하나같이 군 의문 사라든가, 군 내부에서의 인권침해 문제의 심각성을 일찌감치 깨닫고 세계 6위의 군사병력대국인 한국 군대가 안고 있는 인권 문제를 해결할 중요한 한 계기로 국방감독관에 주목했다고 하겠다. 이러한 역사적 맥락을 충분히 이해하지 못하고, 독일식 국방감독관을 일종의 행정학적 혹은 공법적 제도연구 차원에서 접근하여 국방감독관을 의회에 두느냐 행정부에 두느냐 하는 식의 접근을 한 것은 지극히 형식적이지 않느냐 하는 생각이다.

다소 오래된 기사이지만 1998년에 『한겨레21』에 실린 짧은 기사를 읽어보면 국방감독관이라는 것이 군에 대해 어떠한 의미를 갖고 있는지가 잘 드러난다. 기사의 일부를 인용해보기로 한다.

군대의 영향력이 강한 멕시코에서 군을 비판하는 것은 누구에게든 자신의 모든 것을 걸어야 하는 모험일 수밖에 없다. 멕시코군 기병대장을 역임한 호세 프란체스코 갈라르도(53) 준장의 경우도 그렇다. 그는 군의 내부비리를 고발했다 군법회의에 회부돼 14년형을 선고받고 복역 중이다.

갈라르도 장군은 지난 93년 '멕시코군 감시를 위한 옴부즈만의 필요'라는 글을 한 잡지에 기고했다. 그는 이 글을 보완해 그해 멕시코 국립자치대학에서 박사학위를 받았다. 군이 내부비리를 공개 비판한 그의 발언에 격분한 것은 당연했다. 군은 곧바로 그를 군법회의에 회부해 98년까지 4년 반 동안 군 형무소에 억류했다.¹⁰⁾

9) '군 옴부즈만'을 국민고충처리위원회에 두는 것으로 모든 것이 결정이 난 뒤인 2006년 11월 14일에야 '고충위'와 옴부즈만포럼이 공동주최한 '군사·경찰 옴부즈만의 제도화 방향'이라는 '세미나'가 열렸다. 그런데 사실 이 날의 세미나는 말이 세미나이지 고충위의 입장을 지지하는 '간담회'였다고 하겠다. 사실상 '군 옴부즈만' 제도의 도입에 대한 공청회 역할도 한 것으로 보이는 이 날의 세미나에 대해 보도한 언론이 하나도 없는 것으로 보아 '고충위'는 이 날의 세미나를 공개하고 싶지 않았던 것으로 보인다. 이 날의 세미나에서 발표된 문건은 다음과 같다. 박재창/이기우/김유환/권해수/하승수/윤태범, 경찰옴부즈만 및 군사옴부즈만 설치·운영 방안 연구, 국민고충처리위원회·옴부즈만포럼, 2006. 11. 14.

독일식의 국방감독관을 도입하자는 주장은 멕시코 같은 나라에서는 적어도 자신의 모든 것을 걸어야 할 정도로 위협할 수 있는 것이다. 한국에서야 그 정도는 아니겠지만, 적어도 군 수뇌부에 의해서는 절대로 받아들여질 수 없는 제도라고 생각한다. 그러므로 그것은 기성의 정치세력에 의해 선물로서 주어질 성질의 제도가 아니다.

이 장의 제2절에서부터 독일식 국방감독관에 대해 자세히 살펴보겠지만, 국방감독관 제도는 제2차 세계대전 이후의 독일이라는 특수한 상황 하에서 비로소 등장할 수 있었던 것이다. 독일만의 고유한 제도라고 하겠다. 그런 면에서 독일 사람들은 ‘옴부즈만’이라는 표현을 쓰지 않고 “국방에 관한 헌법적 임무를 맡은 자(Wehrbeauftragter)”라는 명칭을 쓰고 있는 것이다. 이에 대해서는 뒤에서 다시 살펴보겠지만, 어쨌건 그런 제도를 한국의 국방부가 아무런 유보 없이 도입할 리는 만무하다.

아무튼 고충처리위원회로서는 국가인권위원회로 갈 것인지 아닌지가 논란이 되다가 국방감독관이라는 제도를 하나 얻은 셈이니 만족스러울 것이다.¹¹⁾ 그러나 중요한 것은 국민들이 만족하는 일이다.

(2) 고충처리위원회의 군사소위원회와 독일식 국방감독관

국민고충처리위원회를 폄하할 마음은 전혀 없다. 그러나 국민고충처리위원회가 어떤 권한을 갖고, 무엇을 하는 기구인가 하는 정도는 간단히 짚고 넘어갈 필요가 있다. 이 위원회는 「국민고충처리위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」에 의거 대통령 소속 하에 설치되어 있는 기구이다 - 2005년에 이 법이 제정되기 전에는 「민원사무처리에 관한 법률」에 의거 국무총리 소속으로 되어 있었다. 고충이란 행정에 대한 불평, 불만, 의문, 의견, 희망사항을 한마디로 요약한 말이고 고충처리위원회란 그런 고충을 처리하기 위해 특별히 설치된 기관을 말한다.

고충처리제도가 장점이 있고, 국민의 요망에 부응하는 간편한 제도라는 것은 맞다. 그러나 이 제도는 권리구제 면에서 근본적인 한계가 있다. 고충처리는 알선과 권고에 의해 관계 행정기관의 자주적인 선처를 촉진하는 데 그친다. 관계 행정기관은 권고 등에 반드시 대처해야 할 법적 의무를 지지 않는다. 즉, “권고 또는 의견을 받은 관계 행

10) “이래도 멕시코 군을 비판할래?”, 한겨레21, 제208호, 1998. 5. 21.

11) 언론보도에 의하면 고충위 송철호 위원장은 일행은 2006년 10월 라인홀트 로베 독일 국방감독관을 방문하여, 고충처리위원회의 ‘군 옴부즈만’ 업무 개시에 따른 기관 간 협력 방안에 대해 논의했다고 한다. 2006년말까지 위원회에 설치될 ‘군 옴부즈만’도 도입 단계에서 독일 제도를 참고한 것이라고 하면서, 송 위원장은 위원회 ‘군 옴부즈만’ 설치 추진 과정에서 이루어진 독일 “군 특명관”의 협조에 감사를 표시하고 앞으로 상호 옴부즈만 프로그램을 교환하는 등 협력 강화를 모색키로 했다는 식의 보도가 있다.

정기관 등의 장은 이를 존중”(법 제39조 1항)하기만 하면 된다. 권한의 측면에서도, 신고를 받은 고충에 대하여 적절한 조치를 취하기 위하여 필요하고도 충분한 조사권한이 고충처리기관에 부여되어 있지 않다. 공정성·중립성의 보장 면에서 보더라도, 고충처리기관은 신고인과 관계행정기관 사이에서 해결을 도모하지만, 고충처리가 어디까지나 행정 내부적인 통제인 이상 국민으로서는 이 기관이 공평한 제3자적 역할을 할 수 있는가에 대해 의문을 갖게 된다.¹²⁾

반면 원래 옴부즈만은 직권에 의한 전문적 의견표명권, 강력한 조사권한, 제3자적 지위에 의한 직무독립성 등을 갖추어 고충처리의 한계를 극복하고자 도입되는 제도이다. 국방부가 독일식 국방감독관 제도를 도입하겠다고 했을 때 이런 것을 제대로 알고 얘기한 것인지 의심스럽다. 적어도 독일의 국방감독관이 단순한 고충처리기관은 아니며 그 이상의 권한과 사회적 기능을 담당하고 있기 때문이다.

2. 국방감독관제도의 역사적 배경

(1) 독일의 근대적 군사법제와 군대에 대한 의회의 통제 원칙

국가원수의 통수권(Oberkommando des Staatsoberhauptes)에 군을 복종시키고 가능한 한 의회의 통제권을 배제시키고 있던 것이 독일의 오랜 헌법적 전통이었다.¹³⁾ 전통적인 의미에서의 국가원수의 군통수권이란, 군대에 대한 모든 처분권한의 총체로 정의 되는데, 이 군통수권은 입법적 권한과 사법적 권한을 포괄한 것이었으며,¹⁴⁾ 일종의 군주의 대권에 해당하는 것이었다.

독일에서는 입헌주의가 관철되기 시작한 이래로 군사력을 의회의 통제아래 두려는 다양한 시도가 이루어져왔다. 1860년대의 프로이센 헌법분쟁도 결국은 프로이센 군대에 대한 의회의 예산통제가 문제가 되었던 것이다. 그러나 그 시도는 독일이 2차 대전

12) 다만 2005년에 ‘고충처리위원회법’을 ‘민원사무처리법’에서 분리하여 별도로 제정하면서 “권고를 받은 관계 행정기관 등의 장이 그 권고내용을 이행하지 아니하는 경우에는 그 이유를 고충처리위원회에 문서로 통보하여야 한다”는 규정을 신설한 점이나, 실질조사권을 강화한 점은 고충처리제도의 한계를 부분적으로 보완한 것으로 평가할 수 있다.

13) Günther Dürig/Hans H. Klein, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 4, München, 1999, Art. 45a Rn. 6; Karl Gleumes, *Stichwort: Der Wehrbeauftragte: Hilfsorgan des Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle*, 2005, 7쪽.

14) Christian Raap, *Deutsches Wehrrecht: Die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlagen des Wehrwesens*, Heidelberg, 1999, 6쪽. 다음에 보는 바와 같이, 이러한 의미에서의 군통수권 개념은 현재의 독일 기본법상으로는 인정되지 않는다.

에 패배하기까지 한 번도 성공하지 못했다.¹⁵⁾

입헌군주제 하에서 군대는 국왕의 직접적인 통제 아래 있었다. 1850년 프로이센 헌법 제46조는 “군주는 군에 대한 총사령권을 가진다(Der König führt den Oberbefehl über das Heer).”라고 규정하여 군주에게 군 통수권을 부여하였다. 그것을 근거로 국왕은 자신의 통수권(총사령권, Oberbefehl)을 의회주의적 영향력 밖에서 행사할 수 있었다. 국왕의 군 지휘권은 장관의 부서권으로부터도 벗어나 있었다. 프로이센 전쟁장관은 의회권력이 침투해 들어갈 수 있는 통로가 되었지만, 그의 임무는 군사행정에 한정되어 있었기 때문에 군사적 지휘권의 행사는 국왕에게 직접 귀속되었다. 국왕의 군대지휘권은 입헌주의적 구속에서 벗어나 있었다(군정·군령 이원주의).¹⁶⁾

이러한 상황은 바이마르 공화국의 헌법에 이르러서도 달라지지 않았다. 군사력은 국가원수와 특별한 관계를 맺고 있었다. 바이마르 헌법 제47조는 제국대통령에게 군대에 대한 군통수권(총사령권)을 부여하였다. 제국대통령은 국가원수로서 의회에 대해 책임을 지지 않았기 때문에, 제국군대에 대한 의회의 통제의 실효성은 결정적으로 제국국방장관의 지위 및 권한에 달려있었다. 제국국방장관은 어정쩡한 지위에 있었다. 그는 제국대통령의 휘하에 있으면서, 제국내각의 일원으로서 내각의 지침에 구속되는 존재였으며, 제국의회에 대해서는 책임을 지는 자이기도 했다. 그런데 군 총참모장은 제국군대의 사실상의 명령권자로서 제국국방장관을 거치지 않고 곧바로 국군통수권자인 대통령에게 독대·직소(獨對·直訴)할 수 있었다. 그 결과 제국국방장관은 제국의회와 제국내각에 대하여 제국군대를 대표하고 군사행정에 대해 관할권을 행사할 수 있었을 뿐 군사작전에 관한 지휘권은 그의 권한 밖에 놓여있었다. 이러다보니 프로이센 군대, 비

15) 그러나 군사영역에 대한 헌법상 의회유보의 원칙이 제2차 세계대전 이전에 전혀 작동하지 않았던 것은 아니었다. 1871년의 독일제국헌법 제11조는 선전포고와 평화조약의 권한을 군주에게 부여하면서도 연방에 대한 공격이 있는 경우를 제외하고는 연방참의원의 동의를 요건으로 하였다. 1918년 10월 28일 개정된 제국헌법은 제11조 제2항에서 “제국의 이름으로 하는 선전포고는 연방참의원과 제국회의의 동의를 요한다.”고 하여 선전포고와 평화조약에 대한 군주의 대권을 제한하였다. 그리고 바이마르 헌법 제45조 제2문은 선전포고와 평화조약은 입법부의 권한이라는 전제에서 서 있었다. 선전포고와 평화조약은 의회의 결의에 근거하여 그리고 그 집행으로서 할 수 있었다(현실적인 공격을 받은 경우에는 예외가 인정된다). 이러한 기본적인 의회유보의 원칙은 1956년의 기본법 개정에서 제56a조 제1항과 연결되었다(BVerfGE 90, 286 (383)-이 판결은 소위 AWACS 판결로 불리는 것으로, 보스니아, 헤르체고비나의 영공에 보낼 NATO의 AWACS기에 독일 군인의 파견을 금지해달라는 가처분 청구사건에 대하여 1993년 4월 8일 독일연방헌법재판소 제2재판부가 한 판결이다).

16) Eckart Busch, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, 1997, Art. 45b Rn. 2 이하. 한편 나폴레옹에 패배하면서 19세기 초반에 프로이센 개혁, 특히 샤른호르스트의 군제개혁이 단행되면서 프로이센 전쟁장관에게 전쟁사무에 관한 모든 권한을 부여하였지만, 의회로부터 자유로운 지휘권을 행사하려는 국왕의 노력을 제어하지는 못했다. 결국 군사력이 국왕의 군대인가 아니면 의회의 군대인가 하는 문제는 결국 국왕 쪽의 승리로 결론이 났다.

스마르크 제국 군대에서도 마찬가지로 또다시 군사적 지휘권은 장관을 제치고 대통령-군 총참모장 라인으로 행사되었다. 제국국방장관의 권한박탈이 의미하는 바는 심각하다. 군사적 영역은 일반 행정부서가 받는 정도의 의회 통제는 받지 않는다는 것이 된다.¹⁷⁾

(2) 전후 독일 군사헌법의 형성과정

가. 1949년 본 기본법의 태도

독일의 현대사는 침략전쟁과 억압적인 군대, 군사주의로 점철되어 있다. 제2차 세계 대전 후 연합국은 억압적인 군사주의의 해체를 점령의 목표로 삼았다. 연합국은 나치 청산을 주도하였고, 독일군대를 해체하였다. 1949년에 이르러 동서간의 대결구도가 강화되었고, 독일은 동서로 분단되었다. 동유럽에 주둔한 소련군에 대항하여 1949년에 북대서양조약기구(NATO)라는 미국과 서유럽의 안보동맹이 출범하였다. 나토의 출범직후 미국, 영국, 프랑스 연합국 사령관들의 승인을 받아 서독의 기본법(이하 “기본법”이라 함)이 1949년 5월에 제정되었다. 기본법은 과거 군사주의를 반성하고 국제평화주의를 천명하였다.¹⁸⁾

독일은 처음부터 군대를 보유하지는 않았다. 또한 독일은 헌법차원에서는 매우 이례적으로 양심적 병역거부권을 인정하였다(기본법 제4조 제3항). 패전국이었던 독일로서는 근본적으로 평화주의에서 출발할 수밖에 없었다.¹⁹⁾

그러나 냉전체계의 등장을 배경으로 하여, 독일(서독)은 파리조약(1955년 5월 5일)에 의해 국제법적으로 주권국가의 지위를 잠정적으로 회복하면서 급속한 재군비가 추진되었다. 1955년 독일은 북대서양조약기구의 일원이 되었고, 연방군(Bundeswehr)을 창설하였다. 국방장관 블랑크(Blank)는 1955년에 101명의 지원병에게 임명장을 수여하였다. 1956년 3월에 기본법 제12조에 남성에게 병역의무를 부과할 수 있다는 규정을 도입하였다. 이어 1956년 병역법이 공포되었고, 수천 명의 병역거부자들이 기본법의 양심적 병역거부권을 원용하였으며, 이들을 위해 1960년에 대체복무법이 제정되었다.²⁰⁾

17) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 6 이하.

18) Karl Gleumes, 앞의 책, 7쪽. 水島朝穂, 앞의 책, 50쪽에서 미즈시마 교수는 본 기본법이 1945년 8월 2일의 포츠담 협정에 따라 “독일의 완전한 무장해제와 비군사회”라는 요구를 반영하면서도 당시의 “냉전”상황 하에서 “공산주의국가”에 대항하기 위한 재군비의 여지를 남겨둔 것이어서, 본 기본법은 “전후 헌법”이면서도 일종의 “냉전기의 헌법”으로 평가한다.

19) 본 기본법의 제정과정에서 군 문제와 관련된 논의도 상대적으로 적었다. 제2차 세계대전 직후 나치스 독일의 무장력은 사실상 해체된 상태이었다는 점(水島朝穂, 앞의 책, 47쪽)과 독일 국민이 군에 대한 부정적인 인식을 갖고 있었다는 점(같은 책, 51쪽) 등이 그 원인이 되었다.

20) 독일의 재군비화의 진행과정에 관한 개관으로는 水島朝穂, 앞의 책, 47-51쪽.

나. 독일의 재무장과 군사헌법의 도입과정

군대창설이나 징병제시행에 대한 정치적 결정은 결국 헌법체제를 근본적으로 변경하는 문제였기 때문에 헌법 개정과 그에 따른 정치적 격론을 유발하였다.²¹⁾ 이 당시에 논의의 결과 군사헌법(Wehrverfassung)의 개념이 등장하게 되었다. 소위 군사헌법이란 민주적 헌법국가 체제속으로 무장력을 긴밀하게 결합시킨다는 취지에서, 1956년 3월 19일의 기본법 보충법률²²⁾에 의해 편입된 기본법규정들을 지칭하였다.²³⁾ 기본법상 군사헌법의 도입은 군대에 대한 국가원수의 총사령권(군통수권) 및 의회통제권의 제한이라는 독일의 헌법적 전통은 근본적으로 변화하게 되었다.²⁴⁾

1956년 당시 기본법 개정을 통해 군사헌법을 기본법 내로 수용하려던 이들은 헌정사적 배경을 자신의 논의를 위한 출발점으로 삼았다. 그들은 최대한 국가헌법과 군사헌법을 조화시키려고 했고, 군대를 권력분립적 법치국가의 헌정제도 속으로 체계적이고 기능적으로 적절하게 포섭시켜내려 했다.

당시의 논의 속에서 독일의 재무장을 위해 반드시 해명되어야 할 중요쟁점들 — 이에 대해서는 헌법적 규율이 반드시 이루어져야 하는 것으로 보았다 — 에는 총사령권(군통수권) 문제의 해결, 의회 통제의 강화, 군대에서의 기본권 효력 인정, 군사입법에서의 연방구조의 존중, 기본법에 근거를 둔 군사행정, 군대의 주둔 및 조직에서의 예산의 투명성, 방위사태의 확인 및 평화조약체결에서의 권한문제 등이 포함되어 있었다.²⁵⁾

이 중 앞의 두 개의 사안, 총사령권(군통수권) 개념의 해소와 의회 통제의 강화는 실질적으로는 서로 연관되어 있었다. 총사령권 및 그것에 포함된 권한을 헌법기관에 배정하는 것은 군대에 대한 의회통제의 개시 및 행사를 위한 중요한 지표이기 때문이다. 또한 군 병력이 국가원수에 대해 갖는 특별한 지위를 제거하고 그 병력을 정부의 영역으로 편입시키는 것은 군대에 대한 의회통제의 강화에서 결정적인 전제조건이기도 하였다.²⁶⁾

그와 관련된 정치적 의사결정은 기본권 규정을 통하여 제도화된다. 즉 군대를 행정

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

22) Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 19. 3. 1956, BGBl. I 111.

23) Günther Dürig/Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45a Rn. 5. 이 때 편입된 조항들은 기본법 제17a조(군인의 기본권 제한), 제36조(연방관청의 공무원) 제2항, 제45a조(외무위원회와 국방위원회), 제45b조(연방의회의 국방감독관), 제59a조(1968년 폐지됨), 제65a조(군대의 명령권과 지휘권), 제87a조(군대), 제87b조(연방의 국방행정) 및 제143조(1968년 폐지됨) 등이다.

24) Günther Dürig/Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45a Rn. 6.

25) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b 5쪽.

26) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 20.

권의 일부로 구성하면서 의회에 대하여 책임을 지는 국방장관의 소속으로 하게 하면서도 동시에 의회의 통제권의 강화를 위하여 특별한 조사권한을 가진 국방위원회를 설치하고 국방감독관 제도를 신설하게 된다.²⁷⁾

구체적으로 그 내용을 살펴본다면, 우선, “군 총사령권(군통수권) 개념의 탈신화”가 이루어지게 된다. 이를 위해 제도적으로는 군대(군사력)가 국가원수에 대해 갖는 특별한 지위를 제거하고 군대를 기본법상의 정부제도 내로 편입하기로 하여 총사령권 개념을 각각의 개별적 권한으로 분해하여 기본법상의 해당기관에게 귀속하도록 하는 것으로 가닥을 잡게 되었다. 특히 총사령권 중의 핵심적인 부분은 군대에 대한 명령권 및 지휘권(Befehls- und Kommandogewalt)은 명령권 및 지휘권은 기본법 제65a조에 의해 연방국방장관에게 귀속되었다.²⁸⁾

우선, 군대를 예외 없이 집행권력의 영역속으로 편입시켰다. 이는 “총사령권의 의회주의화”라고도 표현된다. 기본법 제65a조에 따라 연방의회가 연방군대에 대해서도 다른 일반 행정부서와 마찬가지로의 강도와 범위로 통제권한을 행사할 수 있게 되었다. 이 조항에 의하여 연방군대는 집행권의 구성부분으로 되므로, “의회에 책임을 지는 국방장관에게는 군대에 대한 명령권과 지휘권이 위임된다.” 즉, 군사부문이 의회통제의 시스템 속에 들어오게 된 것이다. 이제는 명령권 및 지휘권의 보유자는 연방정부의 구성원으로서 그 스스로 의회에 대하여 책임을 지게 되었다.

<기본법 제65a조 (군대의 명령권과 지휘권)>

국방장관은 군대에 대한 명령권과 지휘권을 가진다.

다음으로, 1956년의 군사헌법은 군대와 군사적 집행행위에 대한 의회의 통제권과 관련된 일련의 규정을 두게 되었다. 그 중에서 특히 강화된 의회의 통제권과 관련된 조항은 기본법 제45a조, 제45b조와 제87a조 제1항 제2문 등이다.²⁹⁾

기본법 제45a조는 국방위원회를 상임위원회³⁰⁾로 하면서 조사위원회³¹⁾로서의 권한을

27) Karl Gleumes, 앞의 책, 7쪽.

28) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 11 이하. 이 명령권 및 지휘권은 방위사태의 선포와 동시에 연방수상에게 이전된다(기본법 제115b조). 이 조항은 1968년 6월 24일의 제7차 기본법 보충법률(7. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes, BGBl. I 709)에 의하여 새로이 추가되었다.

29) 아래의 내용은 BVerfGE 90, 286 (384f)를 정리한 것이다. 또한 의회유보의 원칙에 따라서, 독일 연방의회는 무력사용과 관련된 구체적인 결정권도 보유하고 있다. 그러한 조항으로는 방위사태의 확정에 관한 기본법 제115a조 제1항, 일정한 상황에서 군의 출동을 허용하면서도 그 중지요구를 가능케 한 제87a조 제4항 제2문 등이 있다(BVerfGE 90, 286 (386)).

30) 위원회의 설치가 국회법에 규정되어 있는 우리와 달리 독일 기본법은 유럽연합사무위원회(제45조), 외무위원회와 국방위원회(제45a조)의 설치를 기본법 자체가 규정하고 있다.

부여하였다. 군사제도와 관련된 모든 사건들은 언제든지 그리고 오직 국방위원회의 발의에 의하여 조사에 착수할 수 있도록 하였다. 따라서 이 분야의 모든 집행행위는 예외 없이 의회의 통제를 받도록 예정되어 있다.

<기본법 제45a조 (외무위원회와 국방위원회)>

- ① 연방의회는 외무위원회와 국방위원회를 설치한다.
- ② 국방위원회는 조사위원회의 권한도 갖는다. 위원 4분의 1의 요구가 있으면 일정한 사항을 조사대상으로 하여야 할 의무를 진다.
- ③ 제44조 제1항은 국방의 영역에서는 적용하지 않는다.

기본법 제45b조는 기본권을 보호하기 위하여 그리고 연방의회의 통제권 행사의 보좌기관으로서 국방감독관을 임명할 의무를 연방의회에 부과하였다. 이 고유한 기관에 의하여 연방의회의 통제권이 보다 강화되고 상시적으로 활동이 가능하게 되었다.

<기본법 제45b조 (연방의회의 국방감독관)>

기본권을 보호하기 위하여 그리고 연방의회의 통제권 행사의 보좌기관으로서 연방의 국방감독관을 임명한다. 자세한 사항은 연방법률로 정한다.

군대에 대한 의회의 원칙적 책임은 특히 기본법 제87a조 제1항 제2문에 근거한다. 기본법 제87a조 제1항 제2문은 “군대에 관한 숫자상의 규모와 조직의 대강은 예산안에 나타나야 한다.”고 하여 군과 관련된 국가재정의 내용적 형성에 대하여 재정헌법(Haushaltsverfassungsrecht)상 필요한 요구조건을 일반적으로 높여놓았다. 그러므로써 예산안을 통하여서도 의회의 통제권이 보충될 수 있게 된다. 국방예산에 대한 특별한 요구조건은 인력변동과 조직을 포함한 군의 계획이 의회에서 미리 확정됨으로써 그러한 한도에서 군과 관련한 집행권에 대하여 의회의 통제를 위한 토대를 제공해주는 기능을 하게 된다.

<기본법 제87a조 (군대)>

- ① 연방은 방위를 위하여 군대를 설치한다. 군대에 관한 숫자상의 규모와 조직의 대강은 예산안에 나타나야 한다.

31) 독일의 조사위원회는 공개심의로 필요한 증거를 조사할 수 있는 권한을 갖고 있는 연방의회의 기구이며 나아가 증인 및 감정인도 소환할 수 있다. 이 조사위원회에 대하여도 기본법 직접 규율하고 있다(제44조).

보다 강력하게 군사력을 의회의 영역으로 끌어들이는 이러한 기본관점들이 연방의 회에서 군사헌법에 대한 논의가 이루어진 배경이 되었다. 이러한 역사적 맥락을 고려한다면 오늘날 독일의 국법학자들이 독일연방군대를 지칭할 때, 민주적 법치국가에서의 “의회의 군대(Parlamentsheer)”³²⁾라는 개념을 쓰면서 “정치적 우위(Primat der Politik)”³³⁾를 강조하는 이유를 이해할 수 있을 것이다.

기본법 제87a조 제1항 제2문에 따른, 예산을 통한 거시적이고 구조적인 통제방식과는 별도로, 기본법 제45a조와 제45b조는 구체적인 문제영역에서 군의 영역 내부로 연방군에 대한 의회의 통제를 관철시키기 위한 조항이다.³⁴⁾

군사력의 남용가능성을 사전에 차단하고 “정치적 우위”원칙을 유지하기 위하여 기본법 제45a조와 제45b조가 신설되었지만 그 헌법적 기능은 다소 상이하게 파악되었다. 즉, 제45a조에 따라 국방위원회가 군에 대한 의회의 통제권을 일반적이고 주로 정치적 관점에서 행사한다면, 국방감독관은 내부적 부대지휘의 영역에서 개별적 사례의 통제에 중점을 두는 것으로 생각되었다.³⁵⁾

이 두 조항을 새로이 두게 된 데에는 연방군의 창설로 인하여 권력이 강화된 행정부에 대하여 의회의 통제권과의 불균형을 시정한다는 점이 중요하게 작용하였다.³⁶⁾ 또한 군이라는 조직이 고유한 활동성과 권력성을 가지고 있어서 권력남용의 위험을 내재적으로 가지고 있다는 점도 그 근거의 하나였다.³⁷⁾ 특히 후자는 군에 대한 야당과 국민들의 불신과 관련이 있었다. 나치스 군대의 부정적인 기억들이 너무나도 생생하게 남아있었기 때문이었다.³⁸⁾

다. 국방감독관제도의 도입과정

국방감독관 제도는 군대 설치를 위한 헌법적 조건을 창설한 군사헌법의 한 구성요소이다. 따라서 1956년의 군사헌법을 통한 국방감독관 제도의 도입도 군사력에 대한 의

32) BVerfGE 90, 286 (382).

33) Christian Raap, 앞의 책, 9쪽; Karl Gleumes, 앞의 책, 7쪽.

34) Günther Dürig/Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45a Rn. 5; Hans H. Klein, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 4, München, 1999, Art. 45b Rn. 4.

35) Christian Raap, 앞의 책, 9쪽.

36) Günther Dürig/Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45a Rn. 5; Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45b Rn. 4.

37) Günther Dürig/Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45a Rn. 5.

38) Karl Gleumes, 앞의 책, 7쪽. 당시 독일 국민들이 가지고 있던 군에 대한 불신에 관하여는 水島朝穂, 앞의 책, 51쪽 이하 참조. 이에 의하면, 1949년과 1950년에 실시되었던 여론조사의 결과들은 당시 독일의 절대다수의 국민들이 독일 연방군의 창설은 물론이고 유럽군(Europa-Armee)에 독일 무장력을 편입시키는 방안에 대해서조차 반대하고 있음을 보여주고 있다.

회주의의 강화라는 관점에서 이해될 수 있다.

최초로 1953년, 1954년에 군사헌법을 기본법에 수용하는 것이 논의될 당시에는 아직 국방감독관제도의 도입이 거론되지 않았다. 군대의 영역을 위해 의회를 위한 특별한 통제기구를 새롭게 만들겠다는 생각 및 그것의 구체화는 스웨덴 제국의회 의 군옴부즈만 모델과 스칸디나비아 국가에서의 옴부즈만 제도로부터 영향을 받았다. 사회민주당(SPD) 의원인 파울(Ernst Paul)은 이러한 헌법제도를 자신이 스웨덴에 망명하던 시기에 알게 되었다. 1954년 1월 초 그의 주재 아래 스웨덴 제도에 대한 연구위원회가 가동되었다. 이 연구위원회의 보고에는 그 문제 외에 스웨덴 국가에서의 민주적·시민적 지휘(innere Führung) 원리에 관한 내용들도 포함되어 있었다.

스웨덴은 1809년 입헌군주국을 수립한 이래로 사법옴부즈만 제도(Justitie-Ombudsman)를 도입하였다. 이러한 옴부즈만은 군대의 법률준수여부를 감시하였다. 옴부즈만은 당시에 강력한 신분계급에 의하여 군주에 대한 견제장치로 활용되었다. 왕권의 몰락 후 집행권을 민주적으로 선출된 공직자에게 이양한 후에도 스웨덴은 옴부즈만 제도를 고수하였다. 옴부즈만이 관료기구의 자의적 행동 앞에서 이제 국민을 보호할 수 있었기 때문이다. 1915년에는 군대에 대한 감독업무가 특수한 옴부즈만, 즉 군대옴부즈만(Militie-Ombudsman)에게 이전되었다.³⁹⁾

연방의회 내의 상임위원회 중의 하나인 유럽안보위원회는 1955년 가을부터 본격적으로 국방감독관의 도입을 위한 논의를 시작했다. 그러나 각 정당들 사이의 의견은 일치하지 않았다. 사회민주당(SPD)과 자민당(FDP) 및 기민련-기사련(CDU/CSU)의 일부는 스웨덴 식의 국방감독관의 도입에 찬성했다. 반면 기민련의 다수 의원들은 그와 같은 새로운 제도의 도입에 반대했다. 현재의 제도만으로도 충분하고, 장병들이 자신의 상관들에 대해 갖는 신뢰가 줄어들 염려가 있다는 것이 반대의 이유였다. 결국 제도를 도입하는 단계에서는 정당간의 타협이 이루어진다. 사민당은 국방에 대한 의회의 통제를 강화하기 위하여 기본법에 국방장관에 대한 불신임결의를 규정하고자 하였으나 이를 포기하였고 기민련-기사련은 국방감독관 제도를 부정적으로 보고 반대하였으나 결국 이를 수용하였다. 군 조직에 대한 논쟁을 통해 사민당이 제안한 국방장관 불신임안이 가결될 우려가 커지자 기민련-기사련은 마침내 국방감찰위원을 도입하는 데에 동의하면서 국방감독관 제도는 헌법상 편입되기에 이른다. 정치적 절충의 결과로 탄생한 국

39) 1950년대 이후 20세기 후반에 옴부즈만 제도는 다른 나라들에도 널리 퍼져나갔다. 대표적으로 노르웨이는 1952년에 군대 옴부즈만제도(Stortingets Ombudsman for Forsvaret)를 도입하였고, 1954년 덴마크는 의회전권위원회제도(Folketingets Ombudsman)를 도입하였다. 자세한 비교법적 연구로는 Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b 195-215쪽 참조.

방감독관은 그 모델이 되었던 스웨덴의 군 옴부즈만과는 다른 형태로 제도화되었다.⁴⁰⁾

기본법 제45b조를 집행하기 위하여 1957년 6월 26일자로 연방의회의 국방감독관에 관한 법률(국방감독관법)이 기본법 제45b조의 집행법률로 제정되었다.⁴¹⁾

독일의 정치적, 사회적 상황에 맞물려 도입된 독일의 국방감독관 제도는 독일 헌정사에서 그 유래를 찾아볼 수 없으며 비교법적으로도 독특한 내용을 담아내게 되었다. 스웨덴식 모델의 단순한 모사는 아닌 독자적인 내용을 가지게 되면서,⁴²⁾ 오늘날 독일의 헌법실현을 위하여 더 이상 빼고는 생각할 수 없는 군대에 대한 의회의 통제제도로 자리매김하였다.⁴³⁾

3. 국방감독관 제도의 개관

(1) 국방감독관의 헌법적 임무

가. 의회의 국방 통제권 행사를 위한 보좌기관

국방감독관의 임무는 군인의 기본권을 보호하고 연방의회가 국방에 대한 의회의 통제권을 행사할 때 연방의회에 조력하는 것이다(기본법 제45b조 제1문). 국방감독관은 독일 연방의회의 보좌기관(Hilfsorgan)으로서의 임무를 수행한다. 기본법 제45b조의 문언에서 출발하면, “의회의 통제권” 실현과 관련되는 범위에서 독일 연방의회의 보좌기관으로서 활동한다. 여기에서 “보좌”기관이라는 그 명칭은 국방감독관이 자신의 조직상 지위에서 독일 연방의회를 돕는다는 위임의 표현이며 국방감독관을 연방의회의 보좌“기관”으로 한 것은 국방감독관이 의회에서 입법영역에 관여하고 의회의 통제권한 행사의 한 형태라는 점을 보여준다.⁴⁴⁾ 이는 국방감독관법(이하 “법”) 제1조 제1항에 반

40) Karl Gleumes, 앞의 책, 7쪽; Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45b Rn. 4. 그 자세한 내용은 Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b 8쪽 이하. Eckart Busch, 앞의 글, 197쪽에 의하면, 독일의 국방감독관은 스칸디나비아의 여러 나라들과 같이 의회에서 선발되지만, 군을 통제하고 진정을 처리만을 권한으로 한 국가는 노르웨이와 독일뿐이라고 한다. 예컨대 국방감독관법 제3조 제3호의 특수한 형태의 권고권은 고유한 소추권한이 인정되는 스웨덴의 군옴부즈만 제도가 변형된 것이다(Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 277).

41) Wehrbeauftragtergesetz(WBeauftrG): Gesetz über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages(Gesetz zu Artikel 45b des Grundgesetzes. 그 후 1982년 6월 16일 대폭 개정되었고(BGBl. I, 677쪽), 2001년 12월 20일자로 최종 개정되었다(BGBl. I, 4013쪽).

42) Nobert Achterberg/Martin Schulte, in: Mangolt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 2, 5. Aufl, München, 2005, Art. 45b Rn. 6; Karl Gleumes, 앞의 책, 8쪽.

43) Nobert Achterberg/Martin Schulte, 앞의 글, Art. 45b Rn. 4.

44) Nobert Achterberg/Martin Schulte, 앞의 글, Art. 45b Rn. 7-8; Ulrich Hufeld, "Der Bundesrechnungshof

영되어 있다.

<법 제1조 (헌법적 지위, 임무)>

① 국방감독관은 의회의 통제권을 행사함에 있어서 독일연방의회의 보좌기관으로서 자신의 임무를 수행한다.

연방의회의 보좌기관이라는 점은 문언상 분명하지만, 다른 한편으로 군인 기본권의 보호기능도 수행하기 때문에 국방감독관은 경우에 따라 연방의회와 대립적인 상황에 처할 수도 있다. 그 때문에 국방감독관은 이중적 지위를 갖는다는 주장도 있다.

국방감독관 제도는 독일 헌정사상 전례가 없는 것이어서 독일 헌법체계, 특히 의회 제도와의 관계에서 그 체계적 지위와 관련하여 논란이 되어 왔다.⁴⁵⁾ 그 대표적인 논의가 국방감독관이 헌법상 이중기능(Doppelfunktion) 내지 이중적 지위(Doppelstellung)를 갖는가에 대한 것이다.⁴⁶⁾

군인의 기본권 보호와 의회의 통제권 행사의 보좌라는 두 가지의 임무는 서로 독립적인 “이중기능”으로 병치되어 있는 것이 아니라, 오히려 상호 보충적이다. 기본권을 보호하고 그럼으로써 개별적인 군인을 보호하는 것은 의회 통제권의 중요한 한 부분이며, 이를 특히 국방감독관의 의무로 하고 있는 것이다. 따라서 국방감독관은 전체적으로 의회의 통제와 지시를 따르고 있기 때문에 기본권보장을 주 임무로 하는 연방하원의 보좌기구로 파악된다.⁴⁷⁾

und andere Hilfsorgane des Bundestages”, in: Isensee/Kirchhof (hrsg.) *Handbuch des Staats Rechts*, Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg, 2005, § 56 Rn. 64; Karl Gleumes, 앞의 책, 9쪽.

45) 1982년의 국방감독관법 개정되어 법 제1조 제2항과 제3항을 두게 됨으로써 대부분의 헌법적 의문은 해소되었다(Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 34a). 한편 Nobert Achterberg/Martin Schulte는 법 개정 이후에도 헌법적 의문이 완전히 해소된 것은 아니라고 보고 있다. 이점에 관한 자세한 학술상황으로는 Nobert Achterberg/Martin Schulte, 앞의 글, Art. 45b Rn. 5 이하 참조.

46) 한편, 국방감독관은 입법, 사법 및 행정으로 편입될 수 없는 “새로운 권력”, 즉 “통제권력(Kontrollgewalt)”의 한 예로서 이해되기도 한다. 기본법은 국방감독관을 독일 연방의회의 기관(Organ)으로서 편입시키고 있으므로 기본법 제20조 제2항상의 국가기능이 입법, 사법 및 집행으로 한정된 것은 아니지만, 그렇지만 국방감독관을 “제4의 국가기능”의 대표자로 보기는 어렵다는 입장이 우세하다(Nobert Achterberg/Martin Schulte, 앞의 글, Art. 45b Rn. 6 참조).

<기본법 제20조 (헌법상의 원칙, 저항권)>

② 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 국가권력은 국민에 의하여 선거와 투표에서 그리고 입법, 집행 및 사법의 특별기관을 통하여 행사된다.

47) 그러한 취지를 보이는 국방감독관법상의 조문들로는 제2조, 제5조 제1항, 제10조 제2항, 제13조, 제15조 제1항, 제4항, 제16조 등이 있다. 또한 기본법 제45b조가 연방의회의 절(Abschnitt)에 규정되어 있다는 점도 그 한 논거가 된다(Hans H. Klein, 앞의 글, Rn. 13ff; Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 27ff; Siegfried Magiera, 앞의 글, Rn. 3 이하).

기본권의 보호기능과 의회의 통제기능이 본질적으로 구분될 수 없다는 점에서 오히려 연방하원의 기구로서 통일적으로 이해하는 것이 다수설이다.⁴⁸⁾ 그러한 맥락에서 국방감독관은 “의회의 눈과 귀”, “연방의회의 연장된 팔” 또는 “국방위원회의 연장된 팔”라고 불리고 있다. 또한 이 기구가 “의회와 군대 사이에서 완충기능”을 수행한다고도 하며 나아가 “법률에 의해서 임명된 군인의 기본권 보호관”이라거나 “현대판 호민관”이라고도 하는 것이다.⁴⁹⁾

또한 국방감독관과 동일하게 의회의 보좌기관이면서 조사위원회의 기능을 가진 국방위원회⁵⁰⁾와의 조사권한의 중첩이 발생할 가능성이 있다. 실제로 그러한 문제점이 제도의 운영과정에서 노정되기도 하였으나 이 문제는 1982년의 국방감독관법의 개정으로 국방위원회가 직접 심의대상으로 삼은 경우 국방감독관의 활동권한을 제한하는 제1조 제2항 제3문이 마련되어 입법적인 해결을 보게 되었다.⁵¹⁾

나. 군인의 기본권보호 임무와 민주적·시민적 지휘이념

연방의회와 관련된 헌법적 지위 문제가 이론상 중요하지만, 국방감독관의 헌법적 임무와 관련하여 일차적인 중요성을 갖는 것은 군인의 기본권의 보호라는 임무이다. 이 기본법상의 위임은 국방감독관법 제1조 제3항 제1문을 통하여 군인의 기본권과 민주적·시민적 지휘원칙을 보호하여야 할 임무로 구체화된다.

<법 제1조 (헌법적 지위, 임무)>

③ 국방감독관은 고유한 판단에 기초한 의무합치적 재량에 따라, 제3조 제4호에서 유래하는 자신의 권리를 행사하면서, 독일연방의회 의원의 통보에 의하여, 제7조에 따른 진정들에 의하여 또는 기타의 방법으로 군인의 기본권 내지 민주적·시민적 지휘원칙의 침해가 추론케 하는 상황(Umstände)이 자신에게 알려진 경우에 활동을 개시한다. 제1문에 따른 국방감독관의 활동은 국방위원회가 국방위원회는 사건을 자신의 고

48) Siegfried Magiera, 앞의 글, Art. 45b Rn. 3; Karl Gleumes, 앞의 책, 9쪽. 자세한 학설상황에 대하여는 Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 27 이하 참조.

49) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 26.

50) Günther Dürig/Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45a Rn. 11.

51) BT-Druck. 9/419, 6쪽; Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 194a. 1967년 4월 13일의 회의에서 국방위원회는 의회의 통제권을 행사하기 위한 보좌기관으로서 국방감독관의 활동에 관하여 결의를 하였다. 이 결의는 ① 국방감독관은 원칙적으로 독일 연방의회 또는 국방위원회의 지시에 의하여 활동을 개시한다는 점과 ② 기본권의 보호와 민주적·시민적 지휘 원칙의 감시와 무관한, 국방감독관에 대한 모든 진정의 경우에 국방위원장에 대한 보고의무를 규정한다는 점 등이 그 중요한 내용이다. 이 결정의 핵심은 지시를 발하는 절차를 보다 용이하게 한다는 점에 있었다(BT-Druck. 5/1641. Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 184 이하에서 재인용).

유한 심의대상으로 한 경우에는 개시하지 않는다.

(가) 군인의 기본권보호 임무

여기에서 말하는 군인의 기본권이란 독일 기본법이 보장하고 있는 모든 기본권을 의미한다.⁵²⁾ 명령·복종관계로 드러나는 위계제 조직인 군대에서는 개별 군인의 기본권 기타 권리와 군의 임무상의 요청 사이에는 강력한 긴장관계가 존재하게 된다. 이러한 상황에 대하여 독일 기본법은 군인의 기본권은 다른 시민과 동등하게 보장된다는 입각하고 있다. 군인도 여전히 시민, 즉 “제복을 입은 시민(Staatsbürger in Uniform)”이라는 관점에서 출발한 것이다.⁵³⁾

군인의 기본권은 헌법질서 속에서 군의 임무수행을 위하여 불가결한 경우에 제한이 가능하다. 이 경우 법률에 명시적 근거가 있어야 함으로 물론이다.⁵⁴⁾

(나) 민주적·시민적 지휘이념

국방감독관법은 군인의 기본권 이외에 다시 민주적·시민적 지휘원칙의 보호를 언급하고 있다. 이것이 기본법 제45b조가 설정한 임무의 범위를 부당하게 확대하거나 새로이 추가한 것은 아니다. 오히려 의회의 통제권을 실현하기 위한 것으로 민주적·시민적 지휘원칙은 군사헌법의 제정과정에서 이미 충분한 논의를 거친 것이기 때문에 기본법 제45b조가 내포하고 있는 것이다.⁵⁵⁾ 즉, 국방감독관제도의 근거에는 이미 군을 정치적으로 통제하고, 군과 사회를 통합시키려는 목적의 여러 가지 헌법적 구상이 자리 잡고 있는데, 그러한 구상 중에 가장 대표적인 것이 바로 민주적·시민적 지휘의 이념이며 그것은 기본법 제45b조의 국방감독관의 임무를 구체화한 법 제1조에 의해 실정법상의 개념으로도 수용된 것이다.⁵⁶⁾

52) 독일 기본법상 군인의 기본권에 대하여는 제3장 2. 이하 참조.

53) Karl Gleumes, 앞의 책, 12쪽.

54) 자세한 내용은 보고서 제3장 2. 다. 참조.

55) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 72; Eckart Busch, "Der Wehrbeauftragte des Bundestages", in: Schneider/Zeh(hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1989, §51 (1393-1419쪽) Rn. 27; Hans H. Klein, 앞의 글, Rn. 26. 그 입법과정에서의 논의에 관하여는 Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 22 이하 참조.

56) 법 제1조 제3항이 민주적·시민적 지휘원칙을 법률상 언급한 유일한 조항이다(Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 73; Siegfried Magiera, 앞의 글, Rn. 5).

기본법 제45b조의 도입과정에서 법안제안자의 한 사람인 사민당의 파울 의원은 도입이 예정되어 있는 보편적 병역의무(징병제)를 고려할 때 국방감독관제도를 반드시 도입해야 한다고 하면서 독일청년들의 인권을 보호하고, 지휘권의 남용을 방지하고, 소원(訴願)을 검토하고, 그 소원의 대상이 된 잘못에 대해 적절히 교정하고, 이 모든 일들을 연방의회에 보고하는 일은 국방감독관의 핵심업무라는 것을 밝힌 뒤, 이렇게 함으로써 전체적으로 민주주의를 보호하고 군대가 “국가 속의 국가(Staat im Staate)”로 되지 않게 하는데 기여한다고 발언한 바 있다.⁵⁷⁾

민주적·시민적 지휘이념은 독일에서도 그 법적 정의가 존재하지 않으므로⁵⁸⁾ 그 의미를 두고 논란이 있으나 대체로, 군 내부적으로는 군대의 기능적합성 및 군 내부질서의 법치국가적 구성을 유지하고 대외적 관계에서는 군대, 민주주의와 사회를 합치시키는 것이라고 보고 있다. 다시 말해, 군 내부적으로는 기본법상의 가치관념이 군인의 실존적 삶의 기초가 된다는 것, 그리고 대외적으로는 시민과 군인의 이분법을 극복하고, 군대와 민주주의, 국가와 군대, 연방군대와 시민사회 간의 긴장을 해소함으로써 군대를 사회로 통합시키는 지속적인 과정이 민주적·시민적 지휘이념으로 표현되고 있다는 것이다.⁵⁹⁾

요컨대, 민주적·시민적 지휘원칙은 내부적으로는 “연방군의 내부적 질서를 형성하는 근본개념”이 되고 외부적으로는 “국가와 사회속에서 군대를 통합”시키는 역할을 한다는 것이다.⁶⁰⁾ 이를 상징적으로 표현하면 군대 내에서 군인은 “제복을 입은 시민(Staatsbürger in Uniform)”이고 국가와 사회 속에서 군대가 “국가 속의 국가(Staat im Staate)”로 되지 않아야 한다는 원칙이 된다.

< Innere Führung의 번역에 관하여 >

민주적·시민적 지휘란 독일어 innere Führung을 번역한 표현이다. 이를 직역하면 “내면지도”라는 것이 된다. 이 개념은 사실 우리말로 번역하는 것이 쉽지가 않다. 무엇보다도 이 개념이 불확정 법개념이자, 다의적으로 해석될 수 있기 때문에 그러하다.

Innere Führung은 군사사회학자 브레도프(W. v. Bredow)에 의하면 “군의 내부조직적인 자기이해 및 행동과, 군과 외부의 시민적 세계와의 관계를 정의하는 군의 모든 성문·불문의 제 규정 및 제 준칙의 총체”로 정의된다. 또한 발트(Detlef Bald)는 보다 구체적으로 “일반적으로 내면지도란 연방공화국에서 군이라는 권력세력의 내에 있는

57) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b 14쪽.

58) Karl Gleumes, 앞의 책, 13쪽; Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 77. 이에 관한 연방군의 규정으로는 “민주적·시민적 지휘원칙에 관한 규정(ZDv 10/1)”이 있다.

59) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 74 이하.

60) Karl Gleumes, 앞의 책, 13쪽.

군국주의적, 파시즘적, 반민주적인 역사적 제 경향의 부활과 대결하여, 민주적, 법치국가적 균제를 구상하고 관철하려는 1950년대 초 이래의 제반 노력이 포괄적으로 표출된 것”이라고 하고 있다.⁶¹⁾ 또한 연방의회는 “군의 임무수행이라는 요청 그리고 민주 국가의 시민으로서 가지는 군인의 존엄과 권리를 결합시키고자하는 것”⁶²⁾으로 설명하고 있다.

이러한 다양한 내포를 갖고 있기 때문에, innere Führung을 단순히 내면지도, 내면적 지도 혹은 내적 지도원리라고만 번역하면 부족한 느낌이 든다. 그래서 이 보고서에 서는 이를 풀어서 민주적·시민적 지휘이념이라고 번역하고자 한다.⁶³⁾

민주적·시민적 지휘원칙은 ‘내부적 관계에서’ 군인의 기본권 실현에 밀접한 관련이 있다. 다만 민주적·시민적 지휘원칙이 기본권과의 관련성은 있다고 하여 그로 인하여 모든 민주적·시민적 지휘원칙의 침해가 기본권침해로 환원되는 것은 아니다. 그렇지만 민주적·시민적 지휘이념에 반하는 군사작용이나 지휘는 군인의 기본권적 지위와 저촉되어 국방감독관의 예방적 기본권보호활동을 가능하게 한다.⁶⁴⁾ 여기에서 국방감독관은 ‘외부적 관계에서’ 군대와 사회를 연결시키는 매개적·중간적인 역할을 수행하게 된다.⁶⁵⁾ 그러한 의미에서 국방감독관은 군대와 시민사회에 민주적·시민적 지휘라는 개혁적 개념을 대표하는 자가 된다.⁶⁶⁾

(2) 국방감독관의 직무관계

가. 직무관계의 성립과 소멸

국방감독관은 연방의회에서 연방의회 의원 과반수 이상의 투표로 선출한다. 비밀투표로 이루어지며 토론을 행하지 않는다(법 제13조 제1항). 투표절차에 관하여는 연방의회의사규칙(이하 “의사규칙”⁶⁷⁾) 제113조 제118조 제1항에서 규정하고 있다.

61) 水島朝穂, 앞의 책, 57쪽.

62) Verteidigungsausschuss, 앞의 책, 3쪽 이하 참조.

63) 이와 유사한 것으로는 “도덕적(내면적) 지도력 원칙”라는 번역어가 있다(안정애, 앞의 글, 5쪽).

64) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 72; Eckart Busch, “Der Wehrbeauftragte des Bundestages”, §51 Rn. 27. 그러한 맥락에서 민주적·시민적 지휘이념은 국방감독관에 대해 일종의 권한개념으로 작동하게 된다(Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 73).

65) Ulrich Hufeld, 앞의 글, § 56 Rn. 65.

66) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 250.

67) 독일연방의회 의사규칙(Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages, GO-BT). 우리의 국회법에 해당한다.

<법 제13조 (국방감독관의 선출)>

독일연방의회는 비밀투표에서 의원의 과반수로 국방감독관을 선출한다. 국방위원회, 원내교섭단체 및 연방의회 의사규칙에 따른 원내교섭단체 구성에 필요한 수의 의원들은 국방감독관 후보를 추천할 자격이 있다. 토론(Aussprache)은 행하지 않는다.

<연방의회의사규칙 제113조 (국방감독관의 선출)>

국방감독관의 선출은 비밀투표용지(연방의회 의사규칙 제49조)에 의하여 행한다.

독일 연방의회의원에 대한 선거권을 보유하고 35세에 달한 자는 국방감독관으로서 피선거권이 있다(법 제14조 제1항). 1990년 개정 전의 법률 제14조 제1항 제2문에서는 여기에 더하여 추가적 요건으로 적어도 1년 이상의 군복무(Wehrdienst)를 요건으로 하였다. 그러나 1982년의 개정법률에 의하여 삭제되었다. 그 결과 독일 연방군에서 군복무를 하지 않은 사람도 국방감독관으로 선출될 수 있게 되었다. 1995년에 선출된 체슬라(Claire Marienfeld-Czesla) 국방감독관은 군 복무를 하지 않은 여성이었다.

원래 이 개정안을 발의하였던 사회민주당(SPD)안은 연방의회 선거권이 있는 사람이면 누구든지 국방감독관으로 선출될 수 있도록 하는 것이었으나,⁶⁸⁾ 기민련-기사련(CDU/CSU)과 자민당(FDP)은 만 35세 이상이라는 연령으로 두면서 여성과 군복무를 하지 않은 남성들을 국방감독관으로 선출할 수 있도록 하자는 안을 제출하였다.⁶⁹⁾ 국방위원회의 권고안에서는 1년 이상의 군복무기간 요건을 삭제하는 것에는 여당과 야당이 동의하였으므로 큰 문제가 없다고 보았고, 만 35세의 연령제한에 대하여는 국방감독관의 직무를 수행하기 위해서는 충분한 생활경험이나 직업적인 경험이 필요한 것이므로 그대로 유지하여야 한다는 입장을 취하여 결국 현행조문과 같은 형태로 되었다.⁷⁰⁾

국방감독관의 임기는 5년이며 연임할 수 있다(법 제14조 제2항). 그 임기는 5년으로 연방의회 의원의 임기인 4년보다 길다. 따라서 해당 국방감독관을 선출한 다수파가 소수파로 변화하는 경우 정부를 구성한 여당과 국방감독관이 대립적 지위에 서게 될 가능성이 있다.⁷¹⁾ 그럼에도 불구하고 이러한 규정을 둔 것은 국방감독관이 의회 내의 다

68) BT-Druck. 11/6317, 2쪽.

69) BT-Druck. 11/6367, 2쪽.

70) BT-Druck. 11/6394, 4쪽.

71) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 365에 따르면 지금까지 이러한 예로는 1964년 11월 12일부터 1970년 11월 3일까지 국방감독관을 역임한 호겐(Matthias Hoogen)의 경우와 1980년 국방감독관에 재선되었지만 1982년 10월 의회의 불신임결의로 사회민주연합이 해소된 상황에 처한 베르칸(Karl

수파만이 아닌 전체 연방의회를 대표한다는 취지와 함께 의회 다수파의 변화에도 불구하고 독립적으로 활동할 수 있도록 하기 위한 것이다.⁷²⁾

<법 제14조 (피선거격, 임기, 겸직금지, 선서, 군복무의 면제)>

- ① 독일 연방의회의원에 대한 선거권을 보유하고 35세에 달한 자는 국방감독관으로서 피선거권이 있다.
- ② 국방감독관의 임기는 5년으로 한다. 연임할 수 있다.

국방감독관의 직무관계는 연방의회의 의장의 임명장 교부 또는 그 이전에 선서가 행해진 경우, 선서와 함께 개시한다(법 제15조 제1항). 임기의 만료로 국방감독관의 직무관계는 즉시 그리고 당연히 종료한다(법 제15조 제3항). 5년의 경과로 국방감독관의 직무관계는 비록 후임자가 선출되지 않았거나 재선거가 없었더라도 종료하게 되는데, 이 규정은 1982년의 법 개정으로 변화된 조항이다. 개정 전의 구법 제15조 제3항 제1호는 사망 이외의 경우에는 후임자의 임명시까지 직무관계가 계속되도록 규정되어 있었다.⁷³⁾ 법 개정으로 후임자가 없음에도 당연히 직무관계가 종료하게 되어 의회의 통제권에 공백이 생길 수 있는 문제점이 발생할 우려가 있다.⁷⁴⁾

임기의 만료 또는 사망으로 인한 경우 외에 임기 중의 해임과 사임으로 인하여 직무관계가 종료될 수 있다(법 제15조 제3항). 해임의 경우 국방위원회가 해임건의안을 상정하여 연방의회 의원 과반수 이상의 투표로 해임을 결정한다. 해임결정의 의결정족수를 선임의 경우와 같게 한 것이 특징이다. 해임을 위한 의결정족수를 연방의회 의원 3분의 2 이상으로 하지 않고 단지 과반수 이상으로 한 것에 대하여는 비판적 입장이 존재한다. 우선 의회의 주도권이 사실상 야당에게 넘어갈 것을 염려하여 현재의 다수당인 여당이 자신의 입맛에 맞지 않는 국방감독관을 그 이전에 해임을 시켜버릴 가능성이 있어 국방감독관의 통제기능이 무력화할 우려가 있다고 지적된다. 다만 제도 도입 후 지금까지 국방감독관에 대한 해임절차가 진행된 적이 한 번도 없었다.⁷⁵⁾

또한 국방감독관은 언제든지 자신의 면직을 연방의회의 의장에게 청구할 수 있다. 이 경우 의장은 그의 면직을 본회의에서 고지한다(법 제15조 제5항).

Wilhelm Berkan)의 경우가 있었다고 한다.

72) Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45b Rn. 23; Karl Gleumes, 앞의 책, 10쪽.

73) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 358.

74) 이에 관하여는 “국방감독관의 대리”와 관련하여 후술한다.

75) Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 40 이하; Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45b Rn. 24.

<법 제15조 (국방감독관의 법적 지위, 직무관계의 개시와 종료)>

① 국방감독관은 이 법률에 따라 일종의 공법상의 직무관계가 있다. 독일연방의회의 의장은 선출된 자를 국방감독관으로 임명한다.

② 직무관계는 임명장의 교부 또는 그 이전에 선서가 행해진 경우(제14조 제4항), 선서와 함께 개시한다.

③ 직무관계는 제14조 제2항에 따른 임기의 만료 또는 사망으로 인한 경우 외에 다음의 경우에 종료한다.

1. 해임

2. 사임

④ 독일 연방의회는 국방위원회의 청구에 의하여 연방의회 의장에게 국방감독관을 해임하도록 할 수 있다. 이 결정은 연방의회 구성원의 과반수의 동의로 할 수 있다.

⑤ 국방감독관은 언제든지 자신의 면직을 청구할 수 있다. 독일 연방의회의 의장은 면직을 고지한다.

나. 연방장관에 근접한 공법상의 직무관계

연방장관 내지 정부위원(parlamentarischer Staatssekretär)과 유사한 공법상의 직무관계(öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis)에 선다(법 제15조 제1항 제1문). 따라서 국방감독관은 공무원법상의 규정의 적용을 받지 않는다. 국방감독관은 기간제의 또는 선출직의 공무원도 아니며 연방의회에도 행정부에도 속하지 않는다.⁷⁶⁾ 이러한 지위에 상응하여 국방감독관법은 일련의 규정들을 두고 있다.

첫째, 국방감독관은 행정관청, 연방의회 의원이 되거나 연방 내지 주의 입법기구에 속할 수 없다(법 제14조 제3항). 이러한 겸직금지의무는 연방정부의 수상이나 연방장관에 요구되는 것과 유사한데(기본법 제66조 참조)⁷⁷⁾, 이는 국방감독관이 행정관청이나 입법기구에 속하지 않는다는 직무관계의 특징을 잘 보여주고 있다.⁷⁸⁾ 군 복무중인 자가 국방감독관으로 선출된 경우 그 임기동안 군복무가 면제된다(법 제14조 제5항).⁷⁹⁾

76) Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45b Rn. 25; Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 12; Ulrich Hufeld, 앞의 글, § 56 Rn. 63; Karl Gleumes, 앞의 책, 10쪽.

77) 다만, 국방감독관이 연방의회의 동의를 얻더라도 영리를 목적으로 하는 기업의 감사회에 소속될 수 없다는 점과 연방 내지의 주의 입법기구까지 직업금지의 대상에 포함된다는 점에서 연방수상이나 연방장관과는 차이가 있다.

<기본법 제66조 (직업 및 영업금지)>

연방수상과 연방장관은 다른 유급의 공직, 영업 및 직업에 종사하거나 영리를 목적으로 하는 기업의 이사회 또는 그 감사회에 연방의회의 동의 없이 소속되어서는 아니 된다.

78) Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45b Rn. 25; Siegfried Magiera, 앞의 글, Rn. 3.

79) 이 경우 국방감독관은 의무복무법(Wehrpflichtgesetz) 제24조 제3항 제3호가 유추적용되어 병력소

둘째, 국방감독관은 독일연방의회에서 독일기본법 제56조⁸⁰⁾에 규정된 선서를 하여야 하는데(법 제14조 제4항), 이는 공법상의 직무관계를 반영한 것이다.⁸¹⁾ 연방대통령과 동일한 선서를 하게 한 것은 국방감독관이 독일 연방의회가 아닌 연방공화국에 대하여 공법상의 직무관계에 선다는 점을 보여준다.

<법 제14조 (피선거자, 임기, 겸직금지, 선서, 군복무의 면제)>

③ 국방감독관은 다른 유급의 공직, 영업 및 직업에 종사하거나 영리를 목적으로 하는 기업의 이사 또는 감사회에 소속되거나 정부 또는 연방 내지의 주의 입법기구에 소속되어서는 아니 된다.

④ 국방감독관은 취임시에 독일연방의회에서 독일기본법 제56조에 규정된 선서를 한다.

⑤ 국방감독관은 자신의 임기동안 군복무가 면제된다.

셋째, 국방감독관의 직무상 급여와 예우는 연방장관지위법에 연동되도록 규정되어 있다. 국방감독관법을 제정한 입법자들은 국방감독관의 지위를 정부위원의 그것과 상응하여 규정하였다.⁸²⁾

<법 제18조 (직무상 급여(Amtsbezüge), 급부(Versorgung))>

① 국방감독관은 직무관계가 개시된 달부터 직무관계가 종료된 달까지 직무상 급여를 받는다. 기본급(Amtsgehalt)과 연방장관의 기본급 및 근무지수당(Ortszuschlag)의 75%에 해당하는 액수를 근무지수당으로 하는 것을 전제로 연방장관지위법(Bundesministergesetz) 제11조 제1항 a목과 b목이 준용된다. 직무상 급여는 매달 선불로 지급한다.

② 그밖에 연방장관지위법 제11조 제2항 및 제4항 그리고 제13조 내지 제20조 및 제21a조는 2년의 재직기간(연방장관지위법 제15조 제1항)을 5년의 재직기간으로 대체

집대상관리(Wehrüberwachung)에서 제외된다(Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 14).

<의무복무법 제14조 (병력소집대상관리)>

① 병력소집대상관리에서 다음 각 호의 사람은 제외된다.

3. 군복무가 면제된 자(의무복무법 제11조).

80) <기본법 제56조 (취임선서)>

연방대통령은 취임 시에 연방의회와 연방참의원의 구성원 앞에서 다음과 같이 선서를 한다. “나는 독일 국민의 복지를 위하여 전력을 다하여 헌신하며, 독일 국민의 이익을 증진시키고 손실을 제거하며, 기본법과 연방의 법률을 보호하고 옹호하고, 나의 의무를 양심적으로 수행하며, 모든 사람에 대하여 정의를 행할 것을 선서합니다. 신이여 나를 도우소서.” 선서는 종교적 서약 없이도 할 수 있다.

81) Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45b Rn. 25.

82) Karl Gleumes, 앞의 책, 10쪽

하는 것을 전제로 하여 준용된다. 제1문은 국방감독관으로 임명된 직업군인 또는 기간제 군인에게도 - 기간제 군인의 경우 연방장관지위법 제18조 제2항을 적용함에 있어서 복무관계의 종료로 휴직기간(Ruhestand)의 개시에 갈음하여 - 적용한다.

③ 1973년 11월 13일 공포되고(BGBI. I 1621쪽), 1979년 5월 31일 최종 개정된(BGBI. I 618쪽) 연방여행비용법(Bundesreisekostengesetz)의 규정, 최상의 여행비용수준(Reisekostenstufe) 규정 그리고 1973년 11월 13일 공포되고(BGBI. I 1628쪽) 1974년 12월 20일의 법률 제7장에 의하여 최종 개정된(BGBI. I 3716쪽) 연방이사비용법(Bundesumzugskostengesetz)의 규정은 직무관계의 개시와 종료에 따라서 필요한 이사의 경우에도 준용된다.

1982년 개정 전의 국방감독관의 급여수준은 연방의회, 연방참의원 및 행정부의 국장(Direktor) 수준이었다.⁸³⁾ 이 정도의 급여로는 연방장관 내지 정부위원과 유사한 공법상의 직무관계를 형성하는 국방감독관의 의전상의 지위에 적절치 않다고 하여 그 수준을 높이게 되었다. 또한 법 제18조 제3항은 기존에 없던 규정을 추가한 것으로 공무상의 여행 및 이주비용을 보전하기 위하여 신설하였다.⁸⁴⁾ 이 개정조문은 단순히 봉급인상이라는 의미뿐만 아니라 “직무상 급여”로서의 법적 성질을 부여한 것이라는 의미도 가진다.⁸⁵⁾

넷째, 1982년 개정 전의 법(즉, 1957년의 국방감독관법) 제16조 제1항 제1문은 독일 연방의회 의장의 국방감독관에 대한 직무감독권(Dienstaufsicht)이 규정되어 있었으나, 1982년 법이 개정되면서 삭제되었다.⁸⁶⁾ 이는 공법상의 직무관계에 상응하도록 하기 위한 것이었다.⁸⁷⁾

공무원법상의 직무감독권의 개념은 상명하복관계를 전제로 하여 상관은 지시·명령권한을 가지고 부하는 이에 복종하여야 하는 것이다(연방공무원법 제55조). 직무감독권 때문에 상관은 자신이 한 명령의 준수를 통제할 수 있고 경우에 따라서 이를 관철시킬 수 있다. 개정 전에 있어서도 이와 같은 법적 관련성이 연방의회 의장과 국방감독관 사이에는 존재하지 않았다. 연방의회 의장은 국방감독관에 대한 구체적인 지시권한이 없었고 국방감독관이 자신의 임무를 완수하기 위하여 행하는 발언들은 연방의회 의장

83) 1982년 개정 전에 국방감독관의 급여수준은 연방급여규정 B의 연방급여그룹 10에 해당하는 것이었다. 이 급여수준에 해당한 직위로는 연방의회, 연방참의원 및 행정부의 국장, 그리고 육군과 해군의 준장 등이 있다(연방급여법(Bundesbesoldungsgesetz)) 별표 1 참조).

84) BT-Druck. 9/419, 10쪽.

85) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 371a.

86) 이에 관하여는 BT-Druck. 9/419, 9쪽 참조. 개정 전 조문에 있어서 연방의회 의장의 직무감독권의 관할, 내용 및 범위에 관하여는 Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 372 이하 참조.

87) Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45b Rn. 25.

의 직무감독권의 행사가 배제되었기 때문이었다.⁸⁸⁾

본래 이 규정은 법 제정 당시 국방감독관을 선출직 공무원으로 구성하고자 하였던 기민련-기사련(CDU/CSU)의 안이 연방장관에 유사한 공법상의 직무관계에서 출발하였던 사회민주당(SPD)의 안과 결합하면서 만들어진 조항이다.⁸⁹⁾ 이 때문에 연방장관에 유사한 공법상의 직무관계와 연방의회 소속기관(Unterorgan)이라는 지위와 서로 조화되기 어렵다는 지적이 있었고 더 나아가 이러한 직무감독권을 현실적으로 관철시킬 수단이 법상으로는 존재하는 않는다는 문제점이 있었다.⁹⁰⁾

또한 국방감독관은 일반적으로 지시로부터 자유로울 뿐만 아니라(법 제5조 제2항) 일반적인 지침(allgemeine Richtlinie)에 국방감독관이 따라야 하는 경우(법 제5조 제1항)는 법 제1조 제2항에 의한 조사에 한하는데, 이것도 조사절차는 이미 지시의 대상이 될 수 없었다.⁹¹⁾ 결국 연방의회 의장의 직무감독권은 징계와 관련된 것이라기보다는 연방의회에서의 해임(법 제15조 제3항 제1호, 제4항)에 영향을 미칠 수 있다는 의미에서의 정치적인 것에 불과하였다.⁹²⁾

<법 제5조 (일반적인 지침, 지시로부터의 자유)>

① 독일연방의회와 국방위원회는 국방감독관의 업무를 위하여 일반적인 지침을 제정할 수 있다.

다섯째, 국방감독관은 자신이 직무상 알게 된 사항에 대한 묵비 의무(법 제10조)를 부담한다.

<법 제10조 (묵비 의무)>⁹³⁾

① 국방감독관은 직무관계가 종료한 이후에도 자신이 직무상 알게 된 사항들에 대

88) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 374.

89) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 372.

90) BT-Druck. 9/419, 9쪽.

91) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 375. 뿐만 아니라 현재까지 그러한 일반적인 지침이 제정된 적도 없었다.

92) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 379 이하. 개정 전 법률상 연방의회 의장의 직무감독권이란 직무수행의 내용이 아닌 업무수행의 형식에 대한 것에 불과하였다. 그러한 가능성이 있는 예로서 진정 및 조사절차의 줄속처리 여부, 연례보고서 보고기한 준수, 부대방문권의 행사 요청, 국방감독관의 소속직원에게 대한 적절한 감독 등을 생각해볼 수 있다(Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 378).

93) 1982년의 개정으로 법 제11조에 있던 내용이 법 제10조로 통합되면서 법 제11조가 삭제되었으나 내용상의 변화는 없다(BT-Druck. 9/419, 8쪽).

하여 묵비하여야 한다. 직무상의 의사소통과정에서(im dienstlichen Verkehr)의 통지의 경우 또는 공개되어 있거나 비밀유지의 중요성이 없는 사실의 경우에는 그러하지 아니 한다.

② 국방감독관은 임기만료 이후에도 그러한 사항들에 관하여 승인(Genehmigung) 없이 법정에서나 법정 밖에서도 진술하거나 언명하여서는 아니 된다. 승인은 독일 연방의회의 의장이 국방위원회와 협의(Einvernehmen)하여 한다.

③ 국방감독관이 증인으로서 진술하는 것에 대한 동의는 그 진술이 독일 연방이나 연방 소속의 주의 복리에 불리하게 작용하거나 또는 공적인 임무수행에 대한 진지한 위협 내지 현저한 곤란을 야기할 경우에 한해서만 거절될 수 있다.

④ 범죄행위를 고발할 그리고 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 야기되는 경우 자유민주적 기본질서의 유지를 옹호할 법적 의무들은 영향을 받지 않는다.

다. 국방감독관 사무소의 조직과 국방감독관의 대리

(가) 국방감독관 사무소의 조직

국방감독관은 독일 연방의회에 그 사무소(Sitz)를 둔다(법 제16조 제1항).⁹⁴⁾ 이 규정은 1982년 개정 이전에는 “직무장소(Dienststz)”이었는데, 이 표현이 국방감독관의 직무관계를 “복무관계(Dienstverhältnis)”로 오인시킬 수 있다는 점에서 현재와 같이 개정되었다.⁹⁵⁾

<법 제16조 (국방감독관의 사무소(Sitz), 사무국장, 담당관, 재정)>

① 국방감독관은 독일 연방의회에 그 사무소(Sitz)를 둔다.

② 사무국장(Leitende Beamte)은 국방감독관을 보조한다. 국방감독관이 그의 임무를 수행하기 위하여 담당관(weitere Beschäftigte)들을 둔다. 국방감독관에 소속된 공무원은, 1977년 1월 3일 공포되고(BGBI. I 1, 795, 842쪽) 1981년 6월 26일의 법률(BGBI. I 553쪽) 제27조에 의하여 최종 개정된 독일 연방공무원법 제176조에 따른 독일 연방공무원이다. 국방감독관은 자신에게 소속된 직원들에 대한 직무상의 상관이 된다.

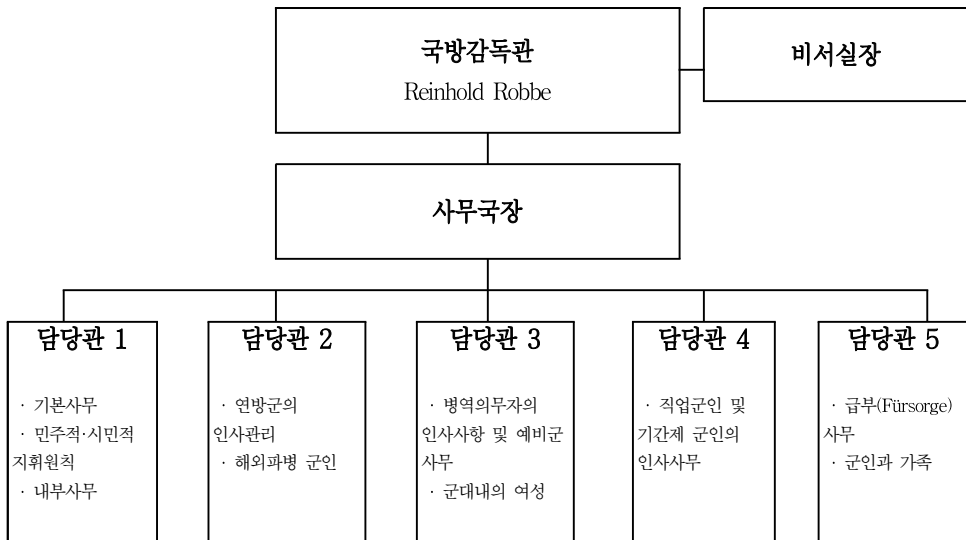
③ 국방감독관의 임무수행을 위하여 사용하여야 할 필수적인 인적·물적 시설(Personal- und Sachausstattung)은 독일 연방의회의 개별계획(Einzelplan)에서 독자적인 장(Kapitel)으로 제시되어야 한다.

94) 이것을 구체화한 규정은 1982년 6월 25일의 독일 연방의회 의장의 조직훈령(Organisationserlaß)이다.

95) BT-Druck. 9/419, 9쪽.

법 제16조 제2항에 따르면, 국방감독관은 “자신에게 소속된 직원들에 대한 직무상의 상관이 된다.” 또한 이때 소속된 공무원은 독일 연방공무원법 제176조에 따른 연방공무원에 해당한다.⁹⁶⁾ 이들은 “독일 연방의회의 국방감독관”이라는 국(局, Abteilung)에 소속된 연방의회의 행정공무원이다. 이 국(局)은 사무국장에 의하여 통솔된다. 사무국장 밑에는 5개의 담당과(課, Referat)를 두고 있으며 현재 전체적인 소속직원의 수는 대략 60인 정도이다.⁹⁷⁾

- 독일 연방 국방감독관 사무소의 조직과 인적 구성(2006년 현재)⁹⁸⁾



(나) 국방감독관의 대리

국방감독관의 직무관계는 상시적 대리(ständige Vertretung)가 허용되지 않는다. 사무국장은 내부적으로만 국방감독관을 “보조”할 뿐이다(법 제16조 제1항).⁹⁹⁾ “(국방감독관의 직무수행상) 장애가 있고 그리고 국방감독관의 직무관계가 종료한 후 후임자의 직무관계가 개시될 때까지” 사무국장의 국방감독관이 가진 대부분의 권한을 행사한다(법 제17조 제1항 제1문). 이 경우 법 제5조 제2항이 준용되어 지시로부터 자유롭게 활

96) Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 13.

97) Karl Gleumes, 앞의 책, 22쪽 이하.

98) *Jahresbericht 2005* BT-Druch. 16/850), 67쪽.

99) Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 16.

동할 수 있지만(법 제17조 제1항 제2문) 제1문의 유보사항인 - 그리고 국방감독관의 가장 강력한 권한인- 법 제3조 제4호의 부대방문권은 행사할 수 없다.¹⁰⁰⁾ 3개월 이상 국방감독관이 권한을 행사할 수 없거나 공석인 경우에는 국방위원회가 사무국장으로 하여금 부대방문권을 행사하게 할 수 있다(법 제17조 제2항).

이 규정은 부대방문권의 강한 일신전속성을 규정한 것이다.¹⁰¹⁾ 1982년의 국방감독관법 개정은 사무국장의 지위를 강화하여 어느 정도 공석으로 인한 문제를 축소시켰지만,¹⁰²⁾ 3개월의 기간 내에 있어서 통제기관으로서 제 기능을 발휘하기 어렵게 되는 공석상태가 발생한 위험성이 있다.¹⁰³⁾

실제로 제도의 운영초기, 첫 번째와 두 번째 국방감독관의 의원면직(antragungsgemäße Entlassung)으로 인하여 2번에 걸쳐 국방감독관의 공석상태가 발생하였다. 첫 번째는 1961년 7월부터 11월까지, 두 번째는 1964년 10월부터 12월까지의 기간에 국방감독관이 공석이었다. 이때에는 사무국장이 국방감독관을 대리하였는데, 특히 첫 번째의 경우는 연방의회 의장의 명시적 위임에 의한 것이었다.¹⁰⁴⁾

개정법률의 제안이유서에서는 이를 삭제한 이유에 관하여 이렇게 하여야만 임기를 명확히 할 수 있고 적기에 후임자의 선거가 필요하다는 것을 강조할 수 있게 되기 때문이라고 하였다.¹⁰⁵⁾ 이 경우 발생하게 되는 직위의 공백상태를 제거하기 위해서 개정법률은 제17조 제1항을 개정하여 사무국장에게 “국방감독관의 직무관계가 종료한 후 후임자의 직무관계가 개시될 때까지” 직무대리를 할 수 있도록 하였다.¹⁰⁶⁾

그러나 이와 같은 개정은 학설의 강력한 비판을 받고 있다. 우선, 직무관계의 종료에 따른 임기만료의 의미를 너무 형식적으로 파악한 것이고¹⁰⁷⁾ 의회 통제권의 약화를 초래할 수 있다는 점¹⁰⁸⁾이 지적된다. 다음으로, 독일 연방의회가 국방감독관을 선출하여야 할 헌법적 의무를 진다고는 하여도 직무공백상태의 발생가능성을 막을 수는 없다는 비판도 받고 있다.¹⁰⁹⁾

100) 후술하는 바와 같이, 여기에서의 부대방문권은 사전에 통보하지 않고서 할 수 있는 경우만을 말한다.

101) 이에 관하여는 후술하는 부대방문권 부분 참조.

102) Eckart Busch, "Der Wehrbeauftragte des Bundestages", §51 Rn. 20.

103) Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 16.

104) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 390.

105) BT-Druck. 9/419, 8쪽.

106) BT-Druck. 9/419, 9쪽.

107) Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 15.

108) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 358a.

<법 제17조 (국방감독관의 대리)>

① 사무국장은, 제3조 제4호에 따른 권리를 제외하고, (국방감독관의 직무수행상) 장애가 있고 그리고 국방감독관의 직무관계가 종료한 후 후임자의 직무관계가 개시될 때까지 국방감독관의 권리를 대리한다. 제5조 제2항을 준용한다.

② 국방감독관이 3개월 이상 직무의 수행에 장애가 있거나 또는 국방감독관의 직무관계가 종료한 후 후임자의 직무관계가 개시됨이 없이 3개월 이상의 기간이 경과한 경우, 국방위원회는 사무국장에게 제3조 제4호의 권리를 행사하게 할 수 있다.

(3) 국방감독관의 관할

가. 의회의 통제권 행사와 국방감독관

의회의 통제권과 관련된 국방감독관의 관할 내지 임무에 대해서는 국방감독관법 제1조 제2항과 제3항이 규정하고 있다. 즉, 국방감독관은 연방의회나 국방위원회의 지시에 따라 활동을 개시하거나(법 제1조 제2항), 의무합치적 재량에 의하여 독자적인 이니셔티브를 가지고 임무를 수행할 수 있다(법 제1조 제3항). 전자가 “지시에 따른 통제영역”이라면, 후자는 “독자적인 통제영역”에 해당된다.¹¹⁰⁾ 이 두 가지 형태로 관할을 구성한 것은 “일종의 고유한 제도에 의하여 의회의 통제권을 강화하고 상시적으로 활동을 보장하기 위한 것”이다.¹¹¹⁾ 국방감독관법은 지시에 따른 통제영역을 원칙적 형태로 규정하고 있지만 실무는 그와 반대로 독자적인 통제영역이 중심을 이룬다.

(가) 연방의회 또는 국방위원회의 지시에 따른 통제영역

독일 연방의회 또는 국방위원회는 “일정한 사건들의 조사를 위하여” 국방감독관에게 지시를 발할 수 있다(법 제1조 제2항). 이는 국방에 관한 독일 연방의회와 국방위원회의 통제권을 현실화하기 위한 것이다.¹¹²⁾

109) Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 15; Hans H. Klein, 앞의 글, Rn. 23. 이 경우 기본법 제 93조 제1항 제1호에 따른 기관쟁송(Organstreit)에 의하게 된다. 다만, 이때 연방의회에 강제할 수 있는 의무의 내용이 무엇인가에 대하여 논란이 있다. 예컨대, Klein은 국방감독관의 선출 자체가 강제된다고 하지만, Hernekamp는 선출 자체가 아닌 선출을 위한 회의개최만을 강제할 수 있다고 한다.

110) Karl Gleumes, 앞의 책, 11쪽.

111) BVerfGE 90, 286 (385).

112) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 169.

<법 제1조 (헌법적 지위, 임무)>

② 국방감독관은 독일 연방의회 또는 국방위원회의 지시를 받아 일정한 사건들의 조사를 위하여 활동을 개시한다. 국방위원회는 사건을 자신의 고유한 심의대상으로 하지 않는 경우에 한하여 지시를 발할 수 있다. 국방감독관은 국방위원회에서 일정한 사건들의 조사지시를 요청할 수 있다.

지시에 따른 통제영역의 범위는 군대에 대한 의회의 통제권이 미치는 모든 영역이 여기에 해당한다.¹¹³⁾ 따라서 국방감독관은 “군인”이 아닌 “국방(Wehr)”에 대한 의회의 통제권 행사를 보좌하게 된다. 즉, 국방감독관은 “군인에 관한 사항”뿐만 아니라 연방군의 군사적 영역뿐만 아니라 국방부의 업무영역까지를 포함하는 국방과 관련된 모든 집행기관과 행정기관을 그 관할로 한다. 그래서 국방감독관은 연방군에 소속되지 않는 예비군들뿐만 아니라 국방위원회와 관련되지 않는 주나 지방자치단체 차원의 군사제도에 대하여도 의회적 통제권을 행사한다. 한편 민방위(Zivilverteidigung), 민간대체복무(Zivildienst)나 병무행정분야(Erfassungswesen) 등에 대한 통제는 국방감독관의 관할이 아니다.¹¹⁴⁾ 그렇지만 가장 주된 통제영역이 국방장관과 그 소속 업무임은 물론이다.¹¹⁵⁾

또한 국방감독관이 지시에 따라서 사건을 조사하는 경우, 그것은 군인의 기본권 침해나 민주적·시민적 지휘원칙 위반과 관련이 없어도 가능하다.¹¹⁶⁾ 이점에서 독자적인 통제영역과 구별된다.

의회 통제권의 한계는 곧 지시권의 한계 동시에 국방감독관의 관할상의 한계가 된다. 따라서 집행권의 영역에 개입하거나 장애에 발생할 가능성이 있는 사건에 대하여 조사하도록 국방감독관에게 지시할 수는 없다. 그렇게 된다면 국방감독관은 일종의 상임조사위원회와 유사한 기능을 수행하게 될 것이기 때문이다. 또한 “일정한 사건의 조사”라는 법 제3조 제2항의 문언에게 반한다.¹¹⁷⁾

또한 지시권은 국방감독관이 조사활동을 개시하도록 할 뿐이다. 따라서 그 어떠한 절차에 의하여 조사를 할 것인가는 국방감독관의 재량에 속한다.¹¹⁸⁾ 국방감독관의 조사절차와 조사결과의 확정은 의회와는 독립적으로 그리고 지시와 무관하게 이루어진다

113) Karl Gleumes, 앞의 책, 11쪽.

114) Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 10; Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 167.

115) Karl Gleumes, 앞의 책, 12쪽; Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 168.

116) 이에 관하여는 “국방감독관의 활동지원”에 관한 국방부 훈령(Erlass “Truppe und Wehrbeauftragter”) 제1호 참조. “국방감독관의 활동지원”에 관한 국방부 훈령은 국방감독관의 조사활동이나 부대방문, 진정 등에 관하여 부대가 취해야 할 지원 내지 조치 등을 규정한 독일 국방부의 내부훈령이다.

117) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 171.

118) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 170.

(법 제5조 제2항).

<법 제5조 (일반적인 지침, 지시로부터의 자유)>

② 국방감독관은 제1조 제2항에도 불구하고 지시(Weisung)로부터 자유롭다.

연방의회의 지시권은 국방감독관이 독일 연방의회 전체의 보좌기관이라는 생각의 표현이다. 이 지시권은 국방위원회의 독점적 조사통제권(기본법 제45a조) 때문에 국방과 관련된 영역 내에서만 행사할 수 있다.¹¹⁹⁾ 연방의회의 지시권 행사는 본회의의 의결로 하며, 이때 필요한 의결정족수는 투표수의 과반수로 족하다(기본법 제42조 제2항 제1문).¹²⁰⁾ 본회의의 지시권은 국방감독관 제도가 생긴 이래 아직 한 번도 행사된 적이 없다.¹²¹⁾

국방위원회는 사건을 자신의 고유한 심의대상으로 하지 않는 경우에 한하여 지시권을 행사할 수 있다(법 제1조 제2항 제2문). 국방위원회의 지시권도 실무상 큰 역할을 하고 있지 않다. 국방위원회의 지시권이 행사된 경우는 2005년까지 모두 합하여 겨우 25건에 불과하다.¹²²⁾ 그 모든 경우가 군인의 기본권 내지 민주적·시민적 지휘의 원칙과 관련된 것인데, 이러한 운용상황은 국방위원회의 지시권이 특히 사회적 관심이 집중되는 사안에 한하여 예외적으로 발해지고 있음을 보여준다.¹²³⁾

국방감독관은 경우에 따라서 국방위원회에 대하여 일정한 사건에 대한 조사지시를 요청할 수 있다(법 제1조 제2항 제3문).

(나) 독자적인 통제영역

국방감독관이 활동하는 영역은 실무상 주로 의무합치적 재량(pflichtgemäßes Ermessen)에 의한 경우(법 제1조 제3항)이다.

<법 제1조 (헌법적 지위, 임무)>

119) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 172. 본회의의 지시권과 국방위원회의 지시권과의 관계에 관해서는 이론적인 논쟁이 있다. 국방감독관이 독일 연방의회의 보좌기관이기는 하지만, 국방영역에서 국방위원회의 “배타적, 독점적 지위”가 인정되기 때문이다. 이에 관한 독일 내의 논쟁에 관하여는 Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 173 이하 참조.

120) Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 15.

121) Karl Gleumes, 앞의 책, 11쪽; Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 22; Eckart Busch, “Der Wehrbeauftragte des Bundestages”, §51 Rn. 33.

122) Karl Gleumes, 앞의 책, 11쪽.

123) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 177.

③ 국방감독관은 고유한 판단에 기초한 의무합치적 재량에 따라, 제3조 제4호에서 유래하는 자신의 권리를 행사하면서, 독일연방의회 의원의 통보에 의하여, 제7조에 따른 진정들에 의하여 또는 기타의 방법으로 군인의 기본권 내지 민주적·시민적 지휘원칙의 침해가 추론케 하는 상황(Umstände)이 자신에게 알려진 경우에 활동을 개시한다. 제1문에 따른 국방감독관의 활동은 국방위원회가 국방위원회는 사건을 자신의 고유한 심의대상으로 한 경우에는 개시하지 않는다.

여기에서의 “의무합치적” 재량이란 국방감독관에게 부여한 헌법적 임무를 실현하기 위하여 요구되는 일정한 활동을 하여야 할 의무를 의미한다. 따라서 “군인의 기본권 내지 민주적·시민적 지휘원칙의 침해가 추론케 하는 상황”이 존재함에도 국방감독관이 조사활동을 개시하지 않는다면 이는 의무를 위반한 부작위가 된다.¹²⁴⁾

국방감독관이 조사활동을 개시하도록 하는 “군인의 기본권 내지 민주적·시민적 지휘원칙의 침해가 추론케 하는 상황”은 국방감독관이 스스로 부대를 방문하는 기회에 알게 되었거나, 연방의회 의원이 통보해주거나 군인이 개별적으로 진정하여 알게 된 경우 등이 여기에 해당한다. 그밖에 신문, TV나 라디오 등의 보도를 통하여 또는 각급 부대가 국방장관에게 어떤 사건에 관하여 보고하는 내용을 평가하는 과정에서 또는 국방장관의 조사요청 등에 의하여 알게 된 경우 등도 그러한 상황에 속한다.¹²⁵⁾

이 경우 기본권 또는 민주적·시민적 지휘 원칙의 침해라는 주장이 조사를 개시하게 하는데, 그 침해를 인정할 수 있는 요건이 실제로 충족되었는가 여부는 문제되지 않는다. 진정이 소위 “주장 자체의 정당성(schlüssig)”, 즉 진정내용상의 주장만으로 외견상 설득력이 있는가 여부만이 검토된다. 실제 요건의 충족 여부는 조사활동의 결과로서만 파악될 수 있기 때문이다. 또한 주장 자체로 정당성이 인정된다고 하여도 그 효과는 사건에 국방감독관의 개입 “여부”와 “방법”만을 결정지을 뿐이다. 또한 국방감독관이 조사활동을 하지 않는 것이 의무를 위반하기 위해서는, 주장 자체로 정당성이 있다고 하여도 그 주장 내용에 따른 침해가 중대하여야 한다. 사안이 경미한 경우 조사활동을 개시하지 않아도 국방감독관이 의무를 이행하지 않았다고 할 수 없다.¹²⁶⁾

의무합치적 “재량”이란 국방감독관의 활동이 사실상 아무런 제한이 없고 원칙적으로 지시로부터 자유롭다는 것을 의미한다. 국방감독관이 활용할 수 있는 수단이 어떤 것이 있는가는 법 제3조의 직무권한 규정에서 광범하게 규정되어 있다. 가용한 수단들 중에서 어떠한 수단을 선택할 것인가는 국방감독관의 자유에 속한다. 또한 조사절차에

124) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 181.

125) Karl Gleumes, 앞의 책, 11쪽; Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 269.

126) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 179 이하.

서 절차적으로 어떠한 조치를 취할 것인가도 국방감독관의 재량에 속한다.¹²⁷⁾

그렇지만 국방감독관의 활동이 전적으로 무제한한 것은 아니다. 우선 기본권 또는 민주적·시민적 지휘 원칙의 침해와 관련된 범위 내에서의 재량만이 인정된다. 또한 의회의 통제권한을 넘는 경우도 재량이 인정될 수 없다. 다음으로, 국방감독관의 활동은 헌법, 법률 그리고 판결에 종속된다. 특히 독일 연방헌법재판소의 헌법해석과 관련된 판결에 종속된다(기본법 제1조 제3항, 제20조 제2항).¹²⁸⁾

국방에 대한 의회의 통제기구로서 국방감독관과 국방위원회라는 2개의 기구가 제도화됨에 따라 동일한 사건에 대하여 양자가 가지는 조사권한 사이의 관계에 관한 의문이 제기되어 왔으나¹²⁹⁾ 1982년의 개정 국방감독관법 제1조 제3항 제2문이 국방감독관은 의무합치적 재량에 의하여 활동을 개시할 수 있지만, 국방위원회에서 직접 다루기로 한 사건에 관하여는 국방감독관이 조사절차를 개시할 수 없도록 함으로써 이에 관하여 입법적인 해결을 보았다.¹³⁰⁾

나. 특별한 청원기관으로서의 국방감독관

국방감독관의 임무는 여기에 제한되지 않는다. 국방감독관법은 국방감독관에게 특별한 청원기관으로서의 지위를 부여하였다. 즉, “모든 군인은 지휘계통을 거칠 필요가 없이 직접 국방감독관에게 단독으로 진정할 권리를 가진다.”고 규정하여 군인의 진정사건을 국방감독관의 관할로 하고 있다.

<법 제7조 (군인의 진정권)>

모든 군인은 지휘계통을 거칠 필요가 없이 직접 국방감독관에게 단독으로 진정할 권리를 가진다. 모든 군인은 국방감독관에게 탄원하였다는 이유로 직무상 문책을 당하거나 불이익한 처우를 받지 아니한다.

국방감독관은 내부적인 부대지휘의 영역에서 그리고 개별적 사례의 통제에 중점을 두는 제도이므로¹³¹⁾ 국방감독관의 가장 중요한 역할은 군인의 진정사건을 처리하는 것이다. 그것은 장병의 권리를 옹호한다는 헌법적 위임의 중요한 요소이며 주된 대상이

127) 이는 “결정재량(Entschließungsermessen)”이라는 말에 대응하는 “형성재량(Gestaltungsermessen)”에 해당한다(Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 183).

128) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 181.

129) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 195 이하 참조.

130) BT-Druck. 9/419, 6쪽.

131) Christian Raap, 앞의 책, 9쪽.

된다.¹³²⁾ 국방감독관이 도입된 이후 매년 대략 5-6,000건 정도의 진정이 이루어졌으며 2005년에는 5,601건의 진정이 이루어졌다.¹³³⁾

개별 군인의 입장에서 보면, 국방감독관은 일차적으로 청원기관에 해당한다. 국방감독관이 청원기관으로서의 지위를 가짐으로써 여기에서의 진정권은 “일반적인 청원권의 특수한 형태”로 이해된다.¹³⁴⁾ 기본법상 국방감독관 규정이 국방위원회(제45a조)와 청원위원회(제45c조)의 사이에 위치하고 있는 점도 청원기관으로서의 지위에 대한 간접적인 근거가 된다.¹³⁵⁾ 특별한 청원기관으로서 국방감독관의 기능을 보다 실효성 있게 하는 것은 다음에 설명하게 되는 부대방문권(군부대에 대한 방문 및 조사활동)이다.

진정의 범위나 대상, 기간에는 아무런 제한이 없다. 부당하거나 불법하다는 주관적 평가에 기초한 진정도 가능하다. 또 군인소원법상의 소원과 같이 일정한 불복(Beschwer)을 전제로 하지도 않는다. 그러므로 진정은 일상적인 군복무의 직무상 문제나 개인적, 사회적 문제들에 대하여도 할 수 있다. 소원은 사유를 안 날로부터 2주 이내에 제기해야 하도록 한 군인소원법과 달리(제6조) 진정의 경우에는 그 기간에 제한이 없다. 또한 신청의 방식에도 제한이 없다. 군인 자신이 직접 해도 되고 동료군인이나 대표위원¹³⁶⁾ 또는 가족이 할 수도 있다. 물론 이 경우는 해당 군인의 승인하에 조사절차를 진행한다.¹³⁷⁾

진정서가 접수되면, 우선 진정내용이 “군인의 기본권 내지 민주적·시민적 지휘원칙의 침해가 추론케 하는 상황”에 관한 ‘주장 자체의 정당성’이 있는가를 확인한다. 그러나 단독으로 진정하여야 하며(법 제7조) 익명의 진정은 처리하지 않는다(법 제8조). 다음으로 ‘주장 자체의 정당성’이 확인된 경우, 주무부서에 사안에 대한 입장과 사실조사를 요청하거나 경우에 따라서는 구제조치를 요구한다. 상급자와 하급자간의 관계가 진정의 원인이 된 경우는 주로 대대급 수준에서 사안이 중대하거나 중요한 경우는 사단급 차원에서 처리한다. 그 다음에는 요청한 입장표명과 사실조사 내용을 받으면 적절한 조사가 이루어졌는가, 증거는 정당하게 평가되었는가 그리고 비행은 적절히 처벌되었는가 등을 검토한다. 끝으로 적절하게 주무부서에서 처리된 경우 그 결정서를 진정인에게 통보한다. 주무부서에도 그 결정서 사본을 송부한다.¹³⁸⁾ 진정이 사실에 반하거

132) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 280.

133) 국방감독관이 설치된 1959년부터 2005년까지의 진정건수에 대하여는 *Jahresbericht 2005* BT-Druch. 16/850), 61-62쪽 참조.

134) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 283.

135) Ulrich Hufeld, 앞의 글, § 56 Rn. 64.

136) 대표위원에 대하여는 제3장 6. 참조.

137) Karl Gleumes, 앞의 책, 17쪽.

138) Karl Gleumes, 앞의 책, 18쪽.

나 타인에 대한 모욕 또는 중상을 내용으로 하는 경우 진정인은 징계책임 또는 형사책임을 진다.¹³⁹⁾

<법 제8조 (익명의 진정)>

익명의 진정은 처리되지 않는다.

독일에서 일반적인 청원권에 관한 규정으로는 기본법 제17조가 있다.¹⁴⁰⁾ 다만 제17a조 제1항에 의하여 군인이 공동으로 청원 또는 소원을 하는 경우(집단청원) 이를 제한하는 법률을 제정할 수 있도록 되어 있다.

국방감독관에 대한 특별한 청원절차의 가능성과는 별도로 군사기밀에 누설하는 것이 아닌 한, 기본법 제17조상의 일반적 청원기관의 관할에 배제되는 것은 아니다.¹⁴¹⁾ 법 제7조에 따른 진정권은 군인소원법 제1조에 의한 소원권과는 독립적으로 행사할 수 있으며, 양자간에 법적 또는 시간적 우위는 존재하지 않는다.¹⁴²⁾ 이 경우에는 기본법 제45c조의 청원위원회가 관련되는데, 이때 양자간의 관할이 경합하는 경우 청원의 처리는 연방의회의사규칙 제118조 제1항¹⁴³⁾과 “청원위원회와 국방감독관의 협력에 관한 절차지침”¹⁴⁴⁾에 의한다.

<기본법 제17조 (청원권)>

누구든지 단독으로 또는 다른 사람과 **공동으로** 문서로써 주무부서와 의회에 청원(Bitte) 또는 소원(Beschwerde)을 할 수 있다.

139) Karl Gleumes, 앞의 책, 17쪽.

140) 독일법상 군인의 청원권에 대하여는 제3장 6. 참조.

141) Karl Gleumes, 앞의 책, 19쪽; Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 37.

142) Karl-Andreas Hernekamp, 앞의 글, Rn. 38.

143) <연방의회의사규칙 제118조 (청원위원회의 관할)>

① 기본법 제45c조에 따라 독일 연방의회가 설치하는 청원위원회는 기본법 제17조에 따라 독일 연방의회에 한 청원과 소원(訴願)을 처리한다. 독일 연방의회 국방감독관의 임무와 권한에는 영향을 미치지 않는다.

144) “Verfahrensgrundsätze für die Zusammenarbeit zwischen dem Petitionsausschuss und dem Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages.” 이 절차지침의 내용은 다음과 같다. “① 군인이 관련된 청원이 있으면 청원위원회는 국방감독관에게 통보를 한다. 국방감독관은 자신에게 동일한 용무에 관하여 서류가 접수되었는지 여부와 자신이 활동을 개시하였는지 여부를 통보한다. ② 국방감독관은 자신에게 동일한 용무에 관하여 청원위원회에 청원이 제출되었음을 알게 된 때, 청원위원회에 통보한다. 그리고 ③ 동일한 사건에 대하여 청원위원회와 국방감독관이 다루게 된 경우라면 사건은 원칙적으로 국방감독관이 먼저 처리한다. 청원위원회가 활동을 개시한 경우 청원위원회는 이를 국방감독관에게 통보한다. 국방감독관과 청원위원회는 규칙적으로 문서로써 처리의 진행 및 결과를 서로 통보한다.”

<기본법 제17a조 (군인의 기본권 제한)>

① 군복무와 대체복무에 관한 법률은 군복무 및 대체복무기간 동안 군인과 대체복무자에게 자신의 의견을 언어, 문자 및 도화로 자유로이 표현하고 전파할 수 있는 권리(기본법 제5조 제1항 제1문 전단), 집회의 자유에 관한 기본권(제8조) 그리고 - 다른 사람과 **공동으로** 청원 또는 소원을 할 권리를 부여한 경우에 - 청원권(제17조)을 제한하는 규정을 둘 수 있다.

모든 군인은 국방감독관에게 탄원하였다는 이유로 직무상 문책을 당하거나 불이익한 처우를 받지 아니한다(법 제7조 제2문). 또한 진정인이 희망에 따라서 진정사실 및 진정인 성명을 공표하지 않을 수 있도록 하고 있다(법 제9조). 이러한 법적 장치 때문에 국방감독관은 군인인권을 보호하는 기구로서 군인뿐만 아니라 시민들의 신뢰도 얻고 있다. 나아가 국방감독관에게 진정하는 것을 방해한 상관은 군형법상 소원방해죄로 처벌될 수 있다(군형법 제35조).¹⁴⁵⁾

장병의 직접적인 진정권이 군의 입장에서 보면 언제나 거침없이 찬성할만한 것은 아니어서 국방감독관에게 직접 진정을 허용한 것이 상관에 대한 불신의 표현이라는 주장도 있었다. 그러나 실무상으로는 오래 끌고 번거로운 지휘계통(Dienstweg)이라는 장애요소를 피하면서 부대에서 개개의 장병이 국방감독관의 책상까지 직접 보낼 수 있는 법적으로 보장된 간소화된 청원절차임이 입증되었다. 그래서 국방감독관에 대한 진정권은 “극히 중요한 긴장극복의 통로”라고 표현된다.¹⁴⁶⁾

<법 제9조 (진정의 비공개(Vertraulichkeit))>

국방감독관이 진정에 따른 활동을 개시하는 경우, 진정사실 및 진정인 성명의 공표여부는 국방감독관의 재량에 속한다. 국방감독관은 진정인이 비공개를 희망하고 또한 그것이 어떠한 법적 의무와도 배치되지 않는 경우 공표하여서는 아니 된다.

(4) 국방감독관의 직무권한

국방감독관에게 부과된 헌법적 위임을 실현하기 위하여 국방감독관법은 제3조 제1호 내지 제6호에서 그 직무권한을 규정하고 있다. 국방감독관의 직무권한은 크게 정보에 관한 권리(정보권, Informationsrecht)와 권고에 관한 권리(권고권, Anregungsrecht)로 나누어 볼 수 있다.

145) “국방감독관의 활동지원”에 관한 국방부 훈령 제10호 참조. 또한 소원방해죄에 관하여는 제3장 6. 참조.

146) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 281.

연방의회의 보좌기관이라는 국방감독관의 헌법적 지위로 인하여, 국방감독관의 통제 권한은 연방의회 자체보다 더 많은 권한을 가질 수 없다. 그것이 그에게 인정되는 유일한 권한상의 한계이다. 그렇지만 권력분립의 원칙에서 유래하는 한계 때문에 연방의회 소속기관으로서 국방감독관은 군대나 국방부서에 대하여 지시권이나 개입권(Eingriffsrecht)을 행사할 수는 없다. 또한 형사소송법, 군인징계법 및 군인소원법 등의 절차에서 형식적인(formell) 법적 지위를 보유하지 않는다. 여기에서 말하는 직무권한은 법 제1조상의 구체적인 조사절차에서만 아니라 국방감독관의 모든 업무영역에서 일반적으로 인정된다.¹⁴⁷⁾

가. 국방감독관의 정보권

(가) 정보요구권(Auskunftsrecht)과 문서열람권(Aktieneinsichtsrecht)

국방감독관은 업무수행을 위하여 국방장관 및 그 하위관청이나 직원에 대하여 정보요구권과 문서열람요구권을 가진다. 이러한 권리는 불가피한 비밀유지사유가 존재하는 때에만 거부될 수 있다. 거부에 대한 결정은 국방장관이나 그의 상임 대리인이 한다(법 제3조 제1호).

법 제3조 제1호 제2문에서는 “불가피한 비밀유지사유가 있는 경우”로 인한 정보요구의 거부권이 규정되어 있지만, 아직껏 실무상 활용된 적은 없다. 여기에서 “직무상 상임 대리인”이 되는 자는 국방부의 “정부위원”으로 그는 연방의회에 대하여 국방장관을 대리한다. 군인의 기본권 내지 민주적·시민적 지휘 원칙의 문제는 일반적으로 비밀유지의 필요성이 없다.¹⁴⁸⁾

<법 제3조 (직무권한)>

국방감독관은 자신에게 위임된 임무를 실현함에 있어서 다음과 같은 권한을 가진다.

1. 국방감독관은 국방장관 및 그 관할에 속하는 관청들 및 소속직원들에게 정보제공과 문서열람을 청구할 수 있다. 이 권리는 불가피한 비밀유지사유가 있는 경우에 한하여만 거부될 수 있다. 거부결정은 국방장관이 스스로 또는 그의 직무상 상임 대리인이 행한다; 그는 국방위원회에서 이 결정에 대하여 소명하여야 한다. 제1조 제2항에 따른 지시를 근거로 하여 그리고 진정인의 불복에 기초한 진정이 있는 때, 국방감독관

147) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 250 이하; Karl Gleumes, 앞의 책, 15쪽; Hans H. Klein, 앞의 글, Art. 45b Rn. 28; Eckart Busch, "Der Wehrbeauftragte des Bundestages", §51 Rn. 21ff; Siegfried Magiera, 앞의 글, Rn. 5.

148) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 255.

은 진정한 및 증인 그리고 감정인을 심문할 권한이 있다. 이들은 사법보상 및 배상법 (Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz)에 따라 배상 또는 보상을 받는다.

공식적인 조사절차가 가능한 국방위원회와는 달리 국방감독관에게는 정보요구를 관철시킬 수 있는 법적인 강제수단이 존재하지 않는다. 그러나 정보요구권과 문서열람요구권을 활용함으로써 진정을 처리하면서 당해 부대나 관할 관청에 대하여 특정한 사건의 사실관계를 조사하도록 하거나 그 조사결과에 대하여 부대나 관청의 입장을 표명하도록 하거나 해당 자료를 제출하도록 할 수 있다. 나아가 정보요구권을 통하여 국방감독관 및 그 소속직원(Mitarbeiter) 등은 국방부의 업무영역에 관한 정보수집용 대화 및 일상적 대화(Informations- und Kontaktgespräch)를 할 수도 있다.¹⁴⁹⁾

정보요구권과 문서열람요구권을 활용함으로써 국방감독관은 조사절차를 진행하는데 필수불가결한 정보 및 의견의 수집을 할 수 있을 뿐만 아니라 군대 내의 민주적·시민적 지휘의 상태 및 전개에 관한 포괄적인 인상과 지식을 얻을 수 있게 된다. 이는 후술하는 바와 같이 특별보고 또는 연례보고 등의 형태로 표출된다.¹⁵⁰⁾

법 제3조 제1호의 정보요구는 국방장관과 그 업무영역에 대하여 하는 것이다. 그러나 법 제4조에 따른 행정응원의무는 모든 국가 및 지방의 관청에 미친다. 이 경우 행정응원의 일반적 규율에 따른다. 무엇보다도 행정응원의 요청을 받은 관청이 그 관할과 권한에 비추어 그러한 정보요구가 가능해야 한다.¹⁵¹⁾

<법 제4조 (행정응원)>

법원들 그리고 연방, 주 및 기초지방자치단체의 행정관청들은 국방감독관이 필요한 조사를 행할 때 이를 직무상 원조할 의무를 진다

연방의회 또는 국방위원회의 지시에 따라서 진정한의 불복(Beschwer)에 기초한 진정(Eingabe)이 있을 때, 국방감독관은 진정한 및 증인 그리고 감정인을 직접 심문할 수 있다(법 제3조 제1호 제4문).

(나) 부대방문권

국방감독관의 또 다른 중요한 정보원(情報源)은 부대방문권(Truppenbesuchsrecht)이

149) Karl Gleumes, 앞의 책, 15쪽; Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 254.

150) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 253.

151) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 256.

다. 국방감독관은 언제든지 연방군의 모든 단위부대, 참모부, 각종 관청 및 시설을 예고 없이 방문할 수 있다(법 제3조 제4호). 2005년도의 경우, 국방감독관은 모두 59번에 걸쳐서 독일 내의 부대와 해외파병부대에 대한 방문을 하였다.¹⁵²⁾

사전통보 없이 하는 부대방문권은 원칙적으로 국방감독관에게만 인정되는 배타적이고 일신전속적 권리이다. 따라서 그에 관한 대리가 제한된다. 즉, 법 제17조 제1항에서는 이에 관한 사무국장의 대리권이 일반적으로 제한되는 것으로 하면서 동조 제2항에서 예외적으로 국방위원회의 권한으로 그에게 부대방문권을 행사할 수 있도록 할 수 있는 경우도 아울러 규정하고 있다. 또한 법 제3조 제4호 제2문은 제1호의 제2문과 제3문을 준용하여 “불가피한 비밀유지사유”로 인한 제한을 예정하고 있다.

<법 제3조 (직무권한)>

4. 국방감독관은 언제든지 독일 연방군 소속의 모든 단위부대(Truppenteil), 참모부(Stab), 부서(Dienststelle) 및 관청(Behörde) 그리고 그 소속기구(Einrichtung)를 사전통보 없이 방문할 수 있다. 이 권리는 국방감독관에게 배타적이고 일신전속적으로 귀속된다. 제1호의 제2문과 제3문을 준용한다.

<법 제17조 (국방감독관의 대리)>

① 사무국장은, 제3조 제4호에 따른 권리를 제외하고, (국방감독관의 직무수행상) 장애가 있고 그리고 국방감독관의 직무관계가 종료한 후 후임자의 직무관계가 개시될 때까지 국방감독관의 권리를 대리한다. 제5조 제2항을 준용한다.

② 국방감독관이 3개월 이상 직무의 수행에 장애가 있거나 또는 국방감독관의 직무관계가 종료한 후 후임자의 직무관계가 개시됨이 없이 3개월 이상의 기간이 경과한 경우, 국방위원회는 사무국장에게 제3조 제4호의 권리를 행사하게 할 수 있다.

국방감독관의 부대방문권은 사전통보 없이도 이루어질 수 있지만, 그 소속직원의 경우는 법상 명문의 규정은 없다. 그렇지만 “국방감독관의 활동지원”에 관한 국방부 훈령 제3호에서는 예외적으로 사전의 통보가 있는 경우 소속직원의 정보수집을 위한 부대방문을 허용하고 있다.

부대방문권은 실무상 차지하는 가치가 매우 크다. 국방감독관은 부대를 방문하여 직접 모든 계급의 군인들과 면담하고 수집된 자료를 종합함으로써 군 내부의 상황에 대한 가장 실효성 있는 분석과 평가를 할 수 있다. 부대방문권을 통하여 국방감독관은 군의 내부문제에 대하여 개인적인 인상을 갖게 되고 부대의 일상적 업무수행에서 벗어

152) 2005년도에 이루어진 부대방문의 현황에 대하여는 *Jahresbericht 2005*(BT-Druch. 16/850), 64쪽 참조

지는 어려움, 군인들의 요구사항이나 걱정거리 등에 관한 전문적인 지식을 축적하게 된다. 이러한 인상과 지식은 진정사건의 처리만으로는 얻기 어려운 것이다. 경우에 따라서 부대방문으로 통하여 확인된 결과를 지체 없이 국방장관에게 통보함으로써 예방적인 조치를 가능하게 하기도 한다.¹⁵³⁾

부대방문권을 통하여 얻어진 국방감독관의 인식은 연례보고서와 공중(公衆)과 접촉으로 드러난다. 국방감독관의 발언이 가지는 신뢰성은 정보수집의 직접성과 부대와의 밀착성으로 인하여 강화된다.¹⁵⁴⁾

(다) 징계절차 또는 형사사법절차와 관련된 정보요구권과 참관권

국방감독관은 국방장관으로부터 연방군의 징계권 행사에 관한 종합적인 보고서 및 연방 및 주의 주무관청으로부터 통계자료를 요구할 수 있다(법 제3조 제5호).

<법 제3조 (직무권한)>

5. 국방감독관은 군대 내지 그 소속 군인들이 관련되는 한도에서, 국방장관에게 군대 내의 징계권 행사에 관한 종합적인 보고를 요청할 수 있고 연방 및 주의 주무관청에게 형사사법권의 행사에 관한 통계적 보고를 요청할 수 있다.

또한 국방감독관은 비공개외의 재판절차나 징계절차에도 참관이 가능하다. 즉, 국방감독관은 비공개로 진행되는 형사절차와 징계절차(독일 법원조직법 제172조, 군인징계법 제101조)에서의 참관권(Einwohnungsrecht)을 보유하고 이때 국방감독관에게는 검사나 징계청구관청의 대리인과 동등한 서류열람권이 있다(법 제3조 제6호). 이 권한은 통상 국방감독관 사무국의 담당과(課, Referat)에서 행사한다.

<법 제3조 (직무권한)>

6. 국방감독관은 형사절차와 법원에 의한 징계절차에서, 공개가 제한되는 때 법원의 공판절차에 참관할 수 있다. 국방감독관은 검사와 징계청구관청의 대리인과 동등한 서류열람권을 가진다. 제1문에 의한 권한은 군인징계법과 군인소원법에 따른 군인직무법원¹⁵⁵⁾에서의 신청절차 및 소원절차(Antrags- und Beschwerdeverfahren)에서 그리고 자신의 임무영역과 관련 있는 행정재판절차에서도 국방감독관은 동일한 권한이 있다; 이들 절차에서 국방감독관은 절차참여자(Verfahrensbeteiligter)와 동등한 서류열람권을

153) Karl Gleumes, 같은 책, 15쪽.

154) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 262.

155) 군인직무법원에 관하여는 제3장 6. 참조.

가진다.¹⁵⁶⁾

이 권한이 군인을 대상으로 하는 판결에 대한 의회의 통제를 의미하는 것은 아니다. 특히 형사절차와 징계절차를 참관할 수 있는 직무권한은, 국방감독관의 보고의무의 이행을 위하여 필수적인 정보수집을 위하여 활용될 뿐이며 이 법률상의 참관권이 있다고 해서 계속(繫屬)된 절차에서 국방감독관에게 어떠한 독자적인 소송법적인 지위가 인정되는 것은 아니다.¹⁵⁷⁾ 또한 군인에 대한 판결이 국방감독관의 통제권에 복종하는 것도 아니다. 그럼에도 불구하고 국방감독관의 사건과 관련한 지적(Hinweis)은 소송절차 등에서 정당한 판결을 찾아내는 데 전제가 되는 사건 해명에 유용한 자료로서 받아들여진다.¹⁵⁸⁾

(라) 기타의 정보원천

그 밖의 법률적인 정보원(情報源)으로는 법 제1조 제3항 제1문에 의한 경우 즉, “독일연방의회 의원의 통보에 의하여, 법 제7조에 따른 진정들에 의하여 또는 기타의 방법으로 군인의 기본권 내지 민주적·시민적 지휘원칙의 침해가 추론케 하는 상황이 자신에게 알려진 경우”가 있다.

국방감독관이 스스로 부대를 방문하는 기회에 알게 되었거나, 연방의회 의원이 통보 해주거나 군인이 개별적으로 진정하여 알게 된 경우 등이 여기에 해당한다. 물론 이들 중 군인의 진정에 의한 경우에 가장 많다. 여기에서 기타의 방법에는 특히 신문 등 언론보도에 의한 경우 그리고 특별한 군대 내부의 사건에 관하여 국방장관이 통보한 경우 등이 있다.¹⁵⁹⁾

나. 국방감독관의 권고권

국방감독관은 입법부에 소속된 보좌기관이므로 권력분립의 원칙상 집행권에 대하여 지시권과 개입권을 행사할 수 없다. 국방감독관은 “주무부서(zuständige Stelle)”에 권고권만을 가질 뿐이다.¹⁶⁰⁾

156) 동항 제3문은 1982년에 신설되었는데, 군인징계법과 군인소원법에 따른 군인신청절차 및 소원절차 그리고 행정재판절차에서도 동등한 권리가 인정된다는 점을 추가한 것이다(BT-Druck. 9/419, 6 쪽 이하).

157) 이 때 국방감독관은 “절차참여자”의 지위에 선다(Ulrich Hufeld, 앞의 글, § 56 Rn. 66).

158) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 264 이하.

159) Karl Gleumes, 앞의 책, 11쪽; Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 269.

국방감독관의 권고권은 법 제3조 제2호에 따라 “주무부서에 사무(Angelegenheit)를 처리할 기회를 부여”하는 방식으로 행사하는 것이 일반적이다. 국방감독관은 국방부나 소속 관청에 대하여 수시로 권고를 하거나 시정조치를 요청한다.¹⁶¹⁾

<법 제3조 (직무권한)>

2. 국방감독관은 주무부서에 사무(Angelegenheit)를 처리할 기회를 부여할 수 있다.

국방감독관은 자신이 사건에 대하여 사실적, 법적인 평가하고 경우에 따라서 그 “사무의 처리”를 위한 권고를 하기도 한다.¹⁶²⁾ 또한 조사절차의 종결 후, 국방감독관은 이 권한을 행사하여 잘못된 행태나 결함사항이 있는 경우 주무부서에 재발을 방지하기 위한 제도개선이나 규정개정 등을 권고할 수 있게 된다.¹⁶³⁾

권고권은 원칙적으로 제재수단으로서의 성격은 없다. 왜냐하면 수신자에게 법적인 구속력이 없고 이를 강제할 법률상의 수단이 없기 때문이다.¹⁶⁴⁾ 그러나 군에 대하여는 일정한 영향력이 있다고 할 수 있다. 국방감독관이 주무관청이 제안의 이행을 거절할 경우 사건을 직근상급기관에 송부할 수 있기 때문이다. 군대와 같은 위계제 조직에서 -경우에 따라서 국방장관 또는 국방위원회에 이르기까지의- “지휘계통”에 호소하는 방법이 실무상 제재수단으로서의 성격을 사실상 갖게 되는 일이 있다.¹⁶⁵⁾

또한 국방감독관은 법 제3조 제3호에 따라 “형사절차 또는 징계절차의 개시를 위한 주무부서에 사건을 회부”함으로써 권고권을 개별적으로 행사할 수도 있다. 이 경우 사건이 회부된 관청은 법 제12조에 따른 보고의무를 부담한다.

<법 제3조 (직무권한)>

3. 국방감독관은 형사절차 또는 징계절차의 개시를 위한 주무부서에 사건을 회부할 수 있다.

<법 제12조 (독일 연방 및 주의 관청들의 보고의무)>

독일 연방과 주의 사법관청 및 행정관청(Justiz- und Verwaltungsbehörde)은, 국방감독관이 이 관청들 중의 하나에 사건을 회부한 경우, 절차의 개시, 공소의 제기, 징계

160) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 270.

161) Ulrich Hufeld, 앞의 글, § 56 Rn. 66.

162) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 272.

163) Karl Gleumes, 같은 책, 16쪽.

164) Karl Gleumes, 같은 책, 16쪽; Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 274; Ulrich Hufeld, 앞의 글, § 56 Rn. 66.

165) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 274.

절차에서의 조사명령 그리고 절차의 종결 등에 관하여 보고할 의무를 진다.

권고권의 행사를 통하여 국방감독관은 부대 내에서 민주적·시민적 지휘원칙의 구체화에 기여하게 된다. 국방감독관의 직무권한을 정보권과 권고권으로 제한된 것에 대하여 지나치게 권한이 적은 것이 아닌가하는 우려도 있지만 독립한 국방감독관의 존재는 그 자체로 많은 지휘관들의 지휘행태에 긍정적인 영향을 미치고 있다. 여기에 더하여 국방장관뿐만 아니라 연방의회에 대하여 연례보고와 특별보고를 통하여 자신의 인상과 지식을 전달할 수 있다. 법적 구속력 있는 강제수단이 아닌 그에게 부여된 도덕적인 무게감으로 인하여 국방감독관은 군인의 기본권을 보호하고 군에 대한 의회의 통제권 행사를 보좌하고 있다.¹⁶⁶⁾

(5) 국방감독관의 특별보고와 연례보고서

국방감독관은 연방의회와 국방위원회에 대하여 보고의무를 진다. 국방감독관법은 국방감독관이 하는 보고의 유형을 3가지로 유형화하고 있다. ① 국방감독관이 국방위원회의 지시에 의하여 활동을 개시하는 경우에 하는 요청에 의한 특별보고(Einzelbericht)(법 제2조 제3항), ② 국방감독관이 독자적으로 조사개시한 경우에 하는 독일연방의회 또는 국방위원회에 대한 특별보고(법 제2조 제2항), 그리고 ③ 국방감독관은 매년 독일연방의회에 문서로 하는 종합보고(연례보고서)(법 제2조 제1항) 등이 그것이다. 법 제2조 제2항에 의하여 국방감독관은 언제든지 연방의회이나 국방위원회에 개별보고를 제출할 수 있다(보고권).

<법 제2조 (보고의무)>

- ① 국방감독관은 매년 독일연방의회에 문서로 종합보고를 한다(연례보고서).
- ② 국방감독관은 언제든지 독일연방의회 또는 국방위원회에 특별보고서를 제출할 수 있다.
- ③ 국방감독관이 지시에 의하여 활동을 개시하는 때에는 국방감독관은 자신의 조사 결과에 관하여 요청이 있는 경우 특별보고서를 제출하여야 한다.

가. 특별보고

특별보고 중에서 지시에 따른 조사의 결과를 보고하는 경우, 국방감독관의 보고는

166) Karl Gleumes, 같은 책, 16쪽; Ulrich Hufeld, 앞의 글, § 56 Rn. 66.

개별적인 사건과 관련하게 되고 그 내용은 사실관계, 평가 그리고 - 경우에 따라서 - 제안 및 권고 등으로 구성된다. 국방감독관이 독자적으로 사건의 조사에 착수하여 그 내용을 보고하는 경우는 실무상 개별적인 사례들을 다루기보다는 진정이 계기가 되어 그 진정을 평가함으로써 특별보고는 보고연도에 있어 군대 내부의 특별한 문제를 다루는 것이 일반적이다. 이 특별보고는 의회에 대한 보고하는 기회로 활용되는데, 그러한 한도에서 특별보고는 연례보고서에 대한 필수불가결하고 귀중한 보완수단이 된다. 후자의 특별보고는 연례보고서와 달리 공표되지 않는다. 다만 특별보고에 관한 내용들 중의 상당수가 연례보고서에 수록된다.¹⁶⁷⁾

나. 연례보고서

(가) 연례보고서의 임무

국방감독관의 연례보고서는 그의 직무상 작성하는 문서 중 가장 중요한 것이다. 그 중요성을 강조하여 “군사에 대한 의회의 통제를 보여주는 핵심적 문서”¹⁶⁸⁾라고 표현되기도 한다.

연례보고서를 통하여 국방감독관은 당해연도에 자신이 행한 활동에 대하여 그 다음 해 3월 연방의회에 보고한다. 연례보고서는 국방감독관이 헌법적으로 위임한 임무를 이행한 결과 군대의 내부사정에 관하여 알게 된 전문적 지식을 담고 있다. 법률적으로 연례보고서 제출을 의무화함으로써 군대에 대한 관찰과 통제의 연속성을 보장한다. 그럼으로써 연례보고서는 국방영역에 대하여 의회가 통제권을 행사하도록 하는 중요한 토대가 된다.¹⁶⁹⁾

(나) 연례보고서의 내용과 수신자

연례보고서의 작성방식에 관하여는 아무런 규정이 없다. 그 내용은 국방감독관이 그 헌법적 임무를 수행한 결과를 나타내기만 하면 족하다. 연례보고서는 군대와 관련된 부정적인 현상을 집중적으로 다루게 된다. 그래서 “결함사항에 관한 보고서 (Mängelbericht)”라고 묘사되기도 한다.¹⁷⁰⁾

167) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 208 이하.

168) Ulrich Hufeld, 앞의 글, § 56 Rn. 67.

169) Karl Gleumes, 앞의 책, 20쪽; Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 211.

170) Karl Gleumes, 앞의 책, 19쪽.

연례보고서의 작성을 위한 주된 자료는 진정과 그와 관련한 조사를 통하여 얻어진 지식이 된다. 이 진정과 지식은 보다 상위의 관점에 따라서 평가되고 그 중요도가 부여된다. 진정을 요구사항과 결합사항의 중요도에 따라 정리하는 것은 설명력이 없는 개별사례들을 차별 없이 나열하는 서술을 거부하여 의회의 통제를 위하여 의미가 있는 사실의 확정이 되도록 한다는 것을 의미한다. 동시에 이러한 피이드백 절차를 통하여 민주적·시민적 지휘의 구체화에 관한 지식을 얻어진다. 이는 국방감독관에 대한 헌법적 위임으로 간주된다. 국방감독관에 대한 헌법적 위임은 진정에 대한 개별적 만족뿐만 아니라 민주적·시민적 지휘의 측면에서 그 진정에 대한 평가를 하여야 할 의무를 국방감독관에게 부과하고 있다.¹⁷¹⁾

진정과 관련된 사항들 이외에, 연례보고서는 민주적·시민적 지휘의 구체화를 위한 결정적인 진술을 담고 있다. 국방감독관은 특히 자신의 연례보고서를 통하여 민주적·시민적 지휘에 관한 논의를 구체화하는데 큰 기여를 하고 있다. 그러한 범위에서 연례보고서에서의 상세한 설명은 - 이 연례보고서의 수신자(Adressat)가 독일 연방의회라는 사실과 무관하게 - 대중들도 또한 그 수신자로 하게 된다. 여기에서 연례보고서는 연방군과 사회 사이의 대화에 필요한 결정적인 지식을 제공하는 데에 불가결한 역할을 수행하고 있다.¹⁷²⁾

여기에서 군과 사회를 연결시키는 매개자로서의 역할을 수행함으로써 국방감독관은 문제될 사건이나 사태를 사전에 찾아내어 그 원인을 제거하도록 한다는 점에서 일종의 “조기경보체계”로서 기능하게 된다.¹⁷³⁾

국방감독관은 연례보고서에서 기술·평가되는 개별사례의 충분한 대표성이 있음을 담보하기 위한 확실한 수단을 가지고 있지는 않다. 즉, 연례보고서는 연방군의 전체적 상황에 대한 보고서는 아니다. 이러한 개별사례들이 가지는 설명력은 그것이 발생하였고, 국방감독관이 그것을 인지하였고 그리고 그에 관하여 평가와 해결책이 제시되었다는 것뿐이다. 전개경향에 대한 최종적인 전체수치, 추세의 관찰 그리고 사정(査定)에 대한 경험적인 자료는 결여되어 있다. 국방감독관은 자신에게 알려진 사례들에 대해서만 확실한 말을 할 수 있을 뿐이고, 그 사례들이 연방군 전체에서의 총수에서 상응한 것인지 여부에 대한 결론을 내릴 수는 없다.¹⁷⁴⁾

연례보고서에서는 국방장관과의 관할 구분, 국방감독관의 법적 지위 그리고 국방감독관법의 개정 등의 문제와 같은, 보다 넓은 분야에 대한 결정적인 설명이 들어 있다.

171) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 212.

172) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 215 이하.

173) Karl Gleumes, 앞의 책, 15쪽.

174) Karl Gleumes, 앞의 책, 19쪽; Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 214.

또한 연례보고서를 보면 국방감독관이 어떻게 자신의 헌법적 위임을 실현하는가 뿐만 아니라 국방감독관이 그 헌법적 위임을 어떻게 파악했는지도 알 수 있다. 연례보고서는 각각의 국방감독관이 자신의 직무관계를 어떻게 이해하였는가를 해석하는 중요한 원천이 된다.¹⁷⁵⁾

제도의 도입초기에는 연례보고서의 내용을 둘러싸고 국방감독관이 일반적인 의견표명과 사실확정을 할 수 있는 것인가에 관한 정치권의 및 언론의 논쟁이 있었다.¹⁷⁶⁾ 국방감독관이 민주적·시민적 지휘의 문제와 관련하여 일반적인 의견표명을 할 권리가 있다는 점에 대하여는 큰 의문이 없었다. 만일 군대 내부의 결함이 정치적인 원인 때문이라면 국방감독관은 헌법적 위임의 틀 안에서 그것을 지적하여야 하기 때문이다.¹⁷⁷⁾

그러나 정치적 평가의 영역에서는 이를 허용할 것인가에 관한 논쟁이 있었다. 민주적·시민적 지휘에 관한 진술 - 장래의 경향을 포함한다 - 과 정치적 평가사이의 경계를 나누기는 어렵고 연례보고서는 “군 내부에서 무슨 일이 벌어지고 있는가?”를 보고하는 것이므로 구체적으로 발생한 결함사항과 그 원인뿐만 아니라 군 내부에서 잠재적으로 존재하거나 장래 일반화될 우려가 있는 결함사항까지도 보고하여야 한다는 입장이 우세하였다. 물론 연례보고서가 “의회와 행정부의 군에 대한 정책결정에 관한 주석을 담아야” 하는 것은 아니며 국방감독관이 “자신의 독자적인 정책을 추진하여야”하는 것도 아니다. 그렇지만 국방감독관이 헌법적 위임의 틀 안에서 의회 또는 행정부가 계획하였거나 시행한 조치들이 어떠한 효과를 가지는가에 대한 자신의 견해를 제시하지 못하는 것도 아니다.¹⁷⁸⁾

연례보고서의 수신자는 법 제2조 제1항에 따라 독일 연방의회가 되고 보고년도 다음 해 3월에 연방의회에 제출된다.¹⁷⁹⁾ 동 규정의 규율목적은 의회의 통제 수단의 전제조건으로서 군대 내부의 상태에 관하여 의회에 보고하는 것에 있다. 의회에 대한 보고의무를 규정한 것은, 비록 국방감독관이 의회가 자신의 보고를 전혀 들어주지 않거나 충분히 들어주지 않았다고 생각할지라도, 그가 군대의 상태와 전개상황을 공개하지 못하게 하기 위한 취지였다. 연례보고서 안에서만 국방감독관이 자신이 활동한 결과를 표현하여야 한다는 것이다.¹⁸⁰⁾

175) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 216.

176) 이에 관한 학설의 논의상황에 관하여는 Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 218 이하 참조.

177) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 224.

178) 이에 관한 학설의 논의상황에 관하여는 Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 223.

179) 1959년부터 2005년까지의 국방감독관이 독일 연방의회에 한 연례보고서의 개관에 관하여는 *Jahresbericht 2005*(BT-Druch. 16/850), 65-66쪽 참조.

180) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 225 이하. 하이에 사태는 국방감독관이 자신이 제출한 연례보고서에 대하여 본회의에서 심의하는 때 발언권(Rederecht)을 도입하는 간접적인 계기가 되었다.

이에 위반하여 연례보고서에 표현된 것과는 다른 평가를 언론을 통하여 공표한 일이 있었다. 당연히 그에 대한 비난은 당시(1963년)의 국방감독관이었던 하이에(Hellmuth Guido Heye)에게 돌아갔다. 이를 ‘하이에 사태(Heye-Krise)’라고 부른다. 이에 대하여 국방위원회는 일치된 의견으로 “국방감독관이 공중(公衆)과 구두로 또는 문서로 접촉하지 못하게 할 수는 없다”고 결정하였다. 당시 하이에 사태는 언론의 적지 않은 주목을 받게 되었다. 국방감독관의 이러한 조치에 대하여 다수가 찬동하였다. 이들은 정부와 정부 내 다수파의 반격 속에는, 국방감독관에게 심한 부담을 주어 그의 다른 활동에 영향을 미치게 될 국방감독관 제도에 대한 거부가 들어 있는 것으로 보았다.¹⁸¹⁾

하이에 사태는 국방감독관이라는 직책이 오직 의회의 영역에서만 자리잡고 있어야 하는 것은 아니며, 그 개념 자체로부터 의회, 군대 그리고 대중의 사이에서 중개자로서의 기능을 수행한다는 점을 분명히 보여주었다. 국방감독관의 대중과의 관련성은 의회민주주의적 법치국가를 구성하는 요소의 하나로 평가된다.¹⁸²⁾

대중과의 관련성은 무엇보다도 연례보고서를 통하여 실현된다. 국방감독관은 연례보고서를 통하여 단지 사실들만을 묶어내는 것이 아니라, 또한 “권위 있는 정보”를 공개하게 된다. 공표가 가지는 높은 가치는 대중들이 반응할 수 있는 가능성을 제공하고 의회가 개선작업을 할 수 있도록 하는 데에 있다.¹⁸³⁾

연례보고서는 그것이 가지는 가치가 크고 내용적으로 광범한 범위를 다루고 있기 때문에 초기부터 관심 있는 대중들과 관심과 존중을 받아왔다. 연례보고서는 법률상 의회에 대하여 작성하는 것이지만, 법상 허용되는 방식으로 공중(公衆)과 군대로 전달됨으로써 후자도 수신자로 되기에 이르렀다. 그리하여 연례보고서가 의회만을 그 내용의 수신인으로 한정하지 않게 되어, 일면에서는 공중(公衆)도 의식하여 작성되고 있다.¹⁸⁴⁾

특히 군대와 관련하여 연례보고서는 교육적 기능을 가진다. 또한 군대 내부에서는 연례보고서가 교보재(Lehr- und Lernhilfe)로서 널리 배포되고 있다. 연례보고서에서 군인의 기본권 및 민주적·시민적 지휘 원칙에 대한 침해요건에 대한 국방감독관의 심사척도가 기술됨으로써, 연례보고서는 부대장병들에게 행위가 옳은가 그른가를 판단할 필수불가결한 척도를 손에 쥐어주게 된다.¹⁸⁵⁾

181) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 226.

182) 자세한 학설상황에 관하여는 Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 228 참조.

183) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 229.

184) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 230 이하. 그 결과 연례보고서의 내용에 대한 국회 밖에서의 관심과 존중 때문에 그 출판에 있어서 지원이 늘어나게 되었다. 현재는 연방의회의 공식간행물(Drucksache)로 출판되고 공개된다.

185) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 233 이하.

연례보고서가 국방감독관이 공중(公衆)과의 관련을 맺는 중요한 수단이라는 하지는 그것이 유일한 것은 아니다. 그 밖의 분야에서의 활동, 예컨대 국방감독관 및 그 소속 직원 등의 인터뷰, 강연, 발언, 논문, 정보수집용 대화 및 일상적 대화 그리고 일정한 관점에서 행하는 대중접촉활동(Öffentlichkeitsarbeit) 등을 통해서도 이루어진다.¹⁸⁶⁾

특히 국방감독관은 늘 언론의 주목의 대상이 된다. 언론의 선정적인 보도로 인하여 군의 부정적인 측면만이 일방적으로 부각시키게 될 여지도 있다고 하나 이것이 국방감독관이 포괄적인 진실을 보고할 의무를 포기하여야 할 사유가 되지는 아니다. 자유민주적 기본질서 하에서 언론의 자유라는 관점에서 보면 이는 당연히 허용되는 범위 내의 문제이다.¹⁸⁷⁾

(다) 연례보고서에 대한 공식적인 후속조치

연례보고서는 국방감독관 소속부서에서 국방감독관의 생각과 지시에 따라서 매년 말 작성하고 통상 다음 해의 세 번째 달에 연방의회 의장에게 송부된다. 송부된 연례보고서는 연방의회의 공식간행물로 출판되어 각급 부대로 배포된다.

연례보고서는 연방정부의 입장에서 행하는 보고와 비슷하게 취급된다. 실무상으로는 두 가지의 방법이 가능하다. 즉, 연례보고서는 연방의회 의장에 의하여 직접 국방위원회에 회부될 수도 있고 본회의의 의사일정에 넣어서 위원회의 심의에 앞서서 본회의에서 첫 번째 토의를 할 수도 있다. 전자의 경우 위원회의 보고와 권고안(Empfehlung)이 그 다음에 이루어지는 본회의 심의의 기초가 되는데, 통상 위원회 제안에 대한 승인으로 종결된다.¹⁸⁸⁾ 후자의 경우에는 위원회의 심의가 종결된 후 그 심의결과를 기초로 하여 본회의에서 새로운 심의를 한다. 국회내의 후속조치에 관해서는 의사규칙 제114조와 제115조에서 규율하고 있다.

<연방의회의사규칙 제114조 (국방감독관의 보고)>

① 국방감독관의 보고는 연방의회 의장이 원내교섭단체 또는 100분의 5 이상의 연방의회 구성원이 보고를 의사일정에 넣을 것을 요구하지 않는 한, 국방위원회에 회부

186) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 237.

187) Karl Gleumes, 같은 책, 20쪽.

188) 즉, 연방의회 의장이 연례보고서를 국방위원회에 송부하면, 국방위원회는 국방장관에게 입장표명을 요청한다. 국방장관의 입장표명을 받아 국방위원회는 보고서의 심의에 착수한다. 심의가 종료하면 국방위원회는 결정권고안을 작성하여 본회의의 공개심의에 회부한다(Karl Gleumes, 같은 책, 21쪽).

한다.

② 국방위원회는 연방의회에 보고를 하여야 한다.

<연방의회의사규칙 제115조 (국방감독관의 보고에 대한 심의)>

① 의장은 자신에게 제출된 보고에 관한 토의에서, 원내교섭단체 또는 100분의 5 이상의 출석한 연방의회 구성원이 요구하는 경우, 국방감독관에게 발언권을 준다.

② 원내교섭단체 또는 100분의 5 이상의 출석한 연방의회 구성원이 요구하는 경우, 국방감독관을 연방의회의 회의에 소환할 수 있다. 제1항을 준용한다.

국방감독관에게 토의에서 자신의 보고에 관한 발언을 요구할 수 있는 의회의 권리는 소수파의 권리(Minderheitsrecht)로 구성되어 있다. 의결정족수를 “원내교섭단체 또는 100분의 5 이상의 출석한 연방의회 구성원”으로 한 것은 연방장관과 달리 연방의회의 고유한 기관인 국방감독관을 소수파가 소환할 수 있어야 한다는 주장을 반영하였기 때문이다.¹⁸⁹⁾

의사규칙 제115조 제2항은 - 국방감독관이 자신의 보고에 관한 토의 이외에 - 회의에 소환할 수 있도록 하고 있다. 소수파의 권리의 일종이다. 이 소환권(Zitierrecht)은 의사규칙 제42조에 규정된 연방장관에 대한 소환권과 의결정족수가 동일하다.¹⁹⁰⁾ 이점도 국방감독관의 직무관계를 연방장관에 근접하게 규정하고자 하였던 입법자의 입장에 따른 것이다.

4. 2005년 연례보고서 소개

(1) 작성과정

1. 국방감독관은 매년 의회에 자신의 활동에 관한 상세한 보고서를 제출한다. 이 보고서는 주로 소원(Beschwerde)과 그에 대한 해결책을 담고 있지만, 여전히 해결되지 못한 문제(offene Frage)에 대해서도 언급하고, 향후 문제해결의 방향을 제시하기도 한다. 국방감독관이 연례보고서에서 다루는 내용들은 대개가 군인들이 진정(Eingabe)의 형태로 국방감독관에게 제공한 사례들이다. 진정내용들은 국방부에서 이관(移管)되어 오기도 한다. 실제로 2005년 연례보고서에는 군대내 성범죄 혹은 성적 비행과 관련한

189) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 244.

190) Eckart Busch, 앞의 글, Art. 45b Rn. 247 이하에 따르면 이와 같은 국방감독관의 발언기회를 의사규칙에서 규정하게 된 데에는 하이에 사태의 영향이 컸다고 한다.

여 100건의 사례가 국방부에서 이첩되어 왔다고 보고하고 있다.¹⁹¹⁾

2. 연례보고서는 독일군의 내부생활에 대한 매우 깊이 있는 인식, 정보를 제공한다. 보고서에서 중요하게 등장하는 키워드는 “민주적·시민적 지휘”, “체복을 입은 시민” 그리고 “부대 내의 분위기(Stimmung in der Truppe)” 등이다. 특히 분위기를 제대로 파악해내기 위해 국방감독관은 국내 및 파병지의 독일군 부대를 수시로 방문한다. 국방감독관에게 부대방문은 중요한 임무라는 점은 앞서서도 살펴보았다.

3. 국방감독관은 연례보고서의 작성과정에서 군 내외의 여러 사람들을 만난다. 그는 연방군대 내의 모든 계급의 군인들을 - 군 지휘부(Führung), 교관, 그리고 신병에 이르기까지 - 만나며 연방군대의 모든 기관들을 방문한다.

국방감독관이 만나는 사람은 군대 내 인사에 한정되지 않는다. 그는 군대 외의 국가 기관들, (시민)단체들 및 경제계 인사들과도 정기적으로 만나 정식으로 의견과 생각을 교환한다.

4. 연방의회와 공중(公衆)은 국방감독관이 연방군대의 내부 사정을 왜곡 없이 제시해 줄 것을 기대하고 있다. 실제로 연례보고서를 읽어보면, 국방감독관은 자신에게 주어진 권한을 최대한 활용하여 군의 현실에 대한 객관적인 묘사와 평가에 가장 많이 신경을 쓰고 있음을 곳곳에서 확인할 수 있다.

(2) 구성

2005년은 독일연방군 창설 50주년이 되는 해였다. 그래서 더더욱 의미가 있는 연례 보고서 작성이 시도되었다. 로베씨는 자신의 취임 후 처음으로 연례보고서를 작성하면서 기존의 체제를 개편한 보고서를 작성하였다. 개편의 중점은 보고서가 일목요연하면서도 동시에 풍부한 정보를 담을 수 있도록 하는 데 있음을 밝히고 있다. 2005년 보고서의 체제와 내용은 기존의 것과 본질적으로 달라진 것은 없다고 밝히고 있으나, 읽어 보니 보고서 서술 및 체제 자체도 국방감독관의 철학을 어느 정도 반영하고 있는 것이 아닌가 하는 인상을 받았다.

보고서는 인사문제, 해외파병 문제 등 현재 군인들이 가장 관심 있어 하는 쟁점, 주제들을 전면에 배치하는 한편, 현재는 물론이고 향후에도 연방군이 노력해야 할 과제

191) *Jahresbericht 2005*BT-Druch. 16/850), 32쪽.

들인 의식주 문제, 의료 문제, 복지문제, 연방군이 보유한 언론매체의 혁신 등을 뒤에 배치하는 형식을 취하고 있다. 전체 19장으로 구성되어 있는 보고서의 내용을 그 구성 순서대로 간략하게 소개하면 다음과 같다.

1. 우선 전체목차는 다음과 같다.

(1) 보고년도 개요 (2) 병력·인사 (3) 해외파병 (4) 군사적 지휘 (5) 장병의 비행 (6) 군인 사목(軍人司牧) (7) 직업 및 가족생활의 병행 문제 (8) 성적 자기결정권에 대한 침해(=성범죄 및 성적 비행사례) (9) 병역의무 (10) 예비군(Reservisten) (11) 기본 의식주(Dienstliche Rahmenbedingungen) (12) 위생업무(Sanitätsdienstliche Versorgung) (13) 급여 및 제 수당(Besoldung und Nebengebühren) (14) 취업알선 및 지원 등(Berufsförderung) (15) 부양 및 급부(Versorgung und Fürsorge) (16) 연방군의 언론매체(Bundeswehrmedien) (17) 결론 (18) 부록 (19) 사항색인

2. ‘보고년도 개요’에서는 2005년도 보고서에서 특히 주목하는 부분을 서술하고 있다. 2004년 12월 인도네시아 등지에서의 ‘쓰나미’로 인한 재앙에 연방군대가 인도적 지원활동을 펼친 사실, 인도적 지원 및 분쟁예방을 위한 해외파병은 연방군의 주요한 임무가 되고 있다는 사실, 그러나 그러한 활동들로 인해 군의 부담이 늘어가고 있다는 사실을 먼저 지적한다. 또한 나토의 신속 대응군으로서의 활동이 확대되면서 장비부족 등으로 군의 임무수행에 지장이 초래되고 있다는 점도 빠뜨리지 않는다. 병력감축과 기지폐쇄(최소 1/3이상) 등 연방군의 재구조화 작업이라는 연방군 역사상 가장 극적인 개혁으로 인해 군인들이 느끼는 불안감에 대해서도 언급한다. “재원은 줄어드는 반면 임무는 늘어나는 상황”에 대한 군인들의 불만도 소개한다.

2005년 보고연도에서 주목할 만한 사건으로는 상급자의 명령에 대해 불복종한 장교에 대한 징계처분을 취소한 연방행정법원의 판결을 들 수 있다. 이 판결에 대한 찬반양론은 접어두고라도 국방감독관의 입장에서는 이 판결이 당해 사안을 넘어 어디까지 효력을 미칠 것인가 관심이 밝히고 있다. 즉, 연방행정법원의 판시내용을 양심의 자유와 복종의무라는 측면에서 보다 명확하게 풀어놓아야 상급자든 하급자든 그 판결의 내용을 이해하고, 또한 앞으로도 적절히 대처할 수 있을 것이다. 그런데, 마침 “민주적·시민적 지휘 연구 센터”가 이에 대한 권고안을 만들었으므로 이제 이 문제에 대한 대처에서 첫발은 뎀 셴이라고 평가한다.

개요에서는 그 밖에 2005년에도 여성의 군대 내 통합 문제가 여전히 중요한 쟁점이라는 사실, 이 쟁점과 관련해 예년과 다른 특별한 쟁점은 없으며, 오히려 여성들이 이제 연방군대 내에서 확고한 지위를 차지해가고 있다는 사실을 지적하고 있다.

2004년도 보고서에서 중요하게 다루어졌던 Coesfeld 사건¹⁹²⁾에 대해서도 언급한다. 2005년 보고서 작성시점에서도 이 사건과 관련한 징계 및 형사절차가 아직 종결되지 않았다는 사실, 이런 사건은 ‘정말로’ 연방군 내에서는 전례가 없는 일이라는 사실, 그리고 ‘민주적·시민적 지휘’의 정신과 내용에 반하는 이런 행위들이 발생한 것은 신병교육자와 신병 모두에게서 명확한 법의식 및 인권의식이 결여되었기 때문이라고 지적하면서 향후 군대 내 교육을 강화해야 한다고 지적한다.

그밖에도 개요에서는 극우주의, 반유대주의, 외국인혐오가 여전히 부대 내에 존재하고 있다는 사실, 그러한 행위들을 제거하기 위한 교육의 필요성을 지적하고, 그런 행동을 하는 자들은 절대로 연방군에서 근무할 수 없음을 분명히 하고 있다.

3. 개요에 이어 본론에서는 인력·인사문제(Personal)가 제일 먼저 다루어진다.

가. 2005년도 연방군의 총병력 수는 251,722명이다. 병력 수는 계속 감축되고 있다. 최종 감축의 목표는 25만 명 선이므로 그 목표에 거의 도달하고 있는 셈이다.

나. 인사문제의 핵심은 진급문제이다. 진급에 대한 스트레스, 진급누락에 대한 좌절감, 불만은 부사관, 장교 할 것 없이 전 계급의 군인에게서 목격된다. 국방감독관은 평정대상 군인별로 세분화 되고 결과적으로 보다 설득력 있는 새로운 근무평정 시스템이 시급히 도입되어야 한다고 밝히고 있다. 부대 내의 이의제기절차가 ‘비전문적인’ 방식으로 처리되고 있다고 국방감독관에게 호소하는 사례도 늘어나고 있다고 한다.

다. 인사문제가 제일 먼저 연례보고서에서 다루어지는 이유에 대해서는 별도로 서술되지 않았으나, 사실상 전문 직업군으로 운영되는 독일 연방군의 현주소를 잘 보여주는 보고서 구성이 아닌가 생각된다. 병력에 대한 자세한 소개는 제9장, 제10장의 병역의무, 예비군 부분에서도 다루어지고 있다.

4. 다음은 해외파병문제이다. 독일에서 파병문제는 아주 중요한 사안이다. 파병에 대한 의회의 관여라는 헌법적 문제도 있거니와, 파병은 직접적으로 연방군의 인명피해를 초래할 수 있는 중대한 사안이기도 하다. 따라서 국방감독관 자신도 이 문제에 매우 깊은 관심사를 보이고 있다. 이미 서문에서 국방감독관은 자신의 취임 첫 해에 경험한 사례 — 아프가니스탄에 파병된 중령이 사망하고 그의 동료 두 명이 부상한 사건 — 에 대해서 언급하면서 해외파병으로 인해 장병들이 직면하는 위험에 대해 환기시키고 있다. 그의 지적에서 특히 주목을 끄는 것은 “부상소식이 전해지자 부상한 장병의 원대(原隊) 소속 동료들은 규정대로 (가족)지원부서(Betreuungsdienst)를 조직하여”, “즉

192) Coesfeld에 있는 부대에서 있었던, 인질범대처훈련을 빙자한 가혹행위 사건을 말함.

시 부상자들의 가족들을 집중적으로 돌보았다”는 부분이다. 그는 또 한명의 부상군인의 사례를 들면서 부상 장병에 대한 사회적 안전망(soziales Sicherungssystem)에 대해 언급하고 있다. 그는 그와 관련하여 신속하고 실용적인 지원이 필요할 때 어떠한 관료 주의적인 장애물들은 없는지를 조사하는 것이 중요하다는 점을 새삼 지적하고 있다. 매우 타당한 관심이 아닐 수 없다.

5. 이어지는 제4장 “군사적 지휘”, 제5장 “장병의 비행”은 하나로 묶는다면 상급자와 하급자의 행위, 특히 일탈적, 범죄적 행위들에 대해 고찰하는 부분이다.

먼저 제4장 “군사적 지휘” 부분에서는 지휘관들의 지휘행동과 관련하여 공과 사에 대한 엄격한 구분이 강조되는 사례¹⁹³⁾가 예시되고 있는가 하면 “의무에 합당한” 직무수행에 대해 자신의 신분을 앞세우는 지휘관을 타하는 사례¹⁹⁴⁾도 있다.

또한 비속어나 모욕적인 언어를 사용하는 상급자의 언어폭력 사례, 불충분한 법 지식으로 인한 잘못된 행동들, 명령권한의 남용 사례들이 소개되고 있다. 특히 이 명령권한의 남용에서는 하급자의 “인간으로서의 존엄”을 훼손하는 모욕적인 명령의 사례가 많이 눈에 띈다. 모욕적인 명령(직무와 관련 없는 ‘뽕뽕이’ 돌리기식의 명령)을 발한 지휘관들에게 18개월, 혹은 30개월의 진급금지 판정이 내려진 사례가 소개되기도 한다.

제5장 “장병의 비행”에서는 우선 폭행, 가혹행위에 대해 언급한다. 국방감독관은 독일 병영에서 그런 일은 일상적이지 않지만 언제나 각별한 주의가 필요하다고 지적한다. 특

193) 한 대대장이 자기 가족의 귀가를 위해 관용차를 기차역에 보내는 행동을 했고, 같은 이가 계속해서 자기부인을 무료로 군부대 내에서 숙박하게 했다. 대대장은 그렇게 하는 것이 별 문제가 없는 것이라고 생각하고 있었고, 이에 대해 조사를 요청받은 상급부대는 관용차량 및 부대숙소의 무상이용을 가능케 하는 전제조건이 충족되지 않았음을 이유로 이 대대장에 대하여 비용상환청구를 하였다. *Jahresbericht 2005*BT-Druch. 16/850), 24쪽.

194) 부대장인 대령이 야간에 부대 앞에서 부대 문을 열 것을 요구하자 야간위병 하사가 ‘자기직무에 충실하게’ 야간이라 식별이 곤란함을 이유로 부대장에게 신분증을 요구하였다. 이에 화가 난 부대장은 소리를 지르면서 신분증을 제시하지 않은 채 입장하겠다고 주장하였다. 아무튼 부대에 들어온 부대장은 곧장 하사를 불러 “초병의 임무”를 주제로 나흘 동안 연구해서 보고하라고 명령했다. 이러한 ‘교육적 조치’의 부당함에 대하여 하사는 소원을 제기했고, 이 문제에 대해 관할권이 있는 교육사령관은 그의 손을 들어주었다. 야음(夜陰)을 고려할 때 위병으로서 그렇게 할 수 밖에 없는 것이고, 게다가 지휘관이 소리 지르면서 흥분하는 것은 옳지 않다고 보았다. 그러나 그 대령은 교육사령관이 요청한 사실관계 해명에서 똑같은 일이 발생해도 자기는 동일하게 행동할 것이라고 말했다. 국방감독관은 이 사안에 대해 평가하면서 위 대령이 자기반성적 태도가 없음을 비판하고 있다. 지휘책임이라는 관점에서 이 사안을 평가할 때 그 장교의 행동은 사고 깊지 못했고 또한 하급자에게도 모범이 되지 못하는 것이라고 비판한다. 이 일이 주변의 하급자들에게 알려지면서 그 지휘관에 대한 신뢰가 손상되었을 뿐 아니라, 그 지휘관의 상급자들의 신뢰도 지속적으로 손상되었다는 평가도 덧붙인다.

히 그러한 일들이 왕왕 ‘음주’로 인해 촉발된다고 적고 있다. 또한 하급자들, 의무 복무 병에게서 많이 나타는 극우주의, 인종주의에도 주목하고 있다. 물론 인종주의는 장교나 부사관들에게서도 나타난다. 향정신성 약품을 남용하는 사례들도 보고되고 있다.

6. 군인 사목 문제는 간단하게 언급하고 있지만 부대 내 유대교도, 이슬람교도들에 대한 국방감독관의 관심이 표명되고 있다. 이른바 소수 종파에 대한 보호 문제가 되겠다.

7. 제7장 “직업 및 가족생활의 병행”, 제8장 “성적 자기결정권에 대한 침해” 문제는 합쳐서 군대와 여성문제라고 해도 좋을 것이다. 여성(여군)을 군대내로 통합하는 문제는 1990년대 중반 이래 진행되어 왔으며 지금은 거의 자리를 잡은 셈이다. 현재 연방군 내에는 11,500명의 여군이 복무하는데, 이는 기간제 군인(Soldat auf Zeit) 및 직업 군인의 6.2%에 해당한다. 전년도 5.49%에 비하면 그만큼 또 증가한 것이다. 그러다 보니 오히려 이제는 남성 군인들 측에서 ‘역차별’의 문제를 제기하고 있는 실정이다. 남성 군인들은 자격이 부족한 여성이 우대될 뿐만 아니라, 동등한 자격의 경우에도 할당제 때문에 남성이 불이익한 대우를 받는다고 비판한다. 그러나 국방감독관이 볼 때 그러한 비판은 정당하지 않다. 2005년 1월 1일자로 시행된 “군인양성평등법”은 자격, 능력, 업적에 따른 최선의 선발이라는 원칙에 훼손을 가하는 것은 아니다. 여성을 우선 선발하는 것은 동등한 자격이 있는 경우에만 고려의 대상이 되는 것이다. 이런 류의 규정은 공직에서는 이미 보편적이고 독일 내의 최고법원과 유럽법원에 의해서도 그 합헌성을 확인받은 바 있다.

한편, 군인이라는 직업과 가족생활의 병행과 관련하여 특히 문제가 되는 것은 육아이다. 이 문제에 대해서도 보고서는 특별한 관심을 기울이고 있다. 육아문제는 여성들에게 특히 중요하다.

그밖에 남자군인들에게만 머리를 짧게 깎도록 한 “두발 및 수염 규정”(ZDv 10/5, Anlage 1/1)에 대해 남자 군인들이 평등권위반, 일반적 인격권 침해가 아니냐고 항변한다. 이와 관련하여 부대직무법원(남부지역)의 2005년 판결례 중에 의무복무병에게 머리를 깎으라고 한 명령은 기본법에 반하며, 따라서 위법한 명령이라고 판시한 것이 있어 흥미롭다. 이 판결이 내려지자 다른 의무복무병들도 이발명령에 대한 복종을 거부하였다. 이들에 대해서는 명령불복종을 이유로 부대직무법원(남부지역)에 4일간의 징계구금이 청구되었으나, 동 법원은 “두발 및 수염 규정”이 법적으로 문제가 있다고 보아 그 청구를 기각하였다. 그런데 또 다른 부대직무법원(북부지역)은 동일한 사안에서 징계구금을 진정을 인용하였다. 징계구금결정을 받은 이는 이에 대해 곧장 불복하였다. 사건은 연방행정법원으로 넘어갔고, 부대직무법원은 위 사건과 함께 심리 중이던 다른

사안에 대해서는 심리를 중단하고 연방행정법원의 판단을 기다리기로 했다. “두발 및 수염 규정”에 대한 다툼에 관한 한 먼저 연방행정법원의 판단이 필요하다고 보았기 때문이다. 이렇게 되자 하급자, 상급자 할 것 없이 도대체 어떤 판단에 따라야 할 것인지 혼란스러워졌다. 이에 국방부는 “두발 및 수염에 관한 규정”의 개정 작업에 들어갔다. 이참에 화장 및 장신구 착용문제도 다룰 것이라고 한다. 국방감독관은 현재와 같은 혼란을 생각하면 하루속히 결론이 내려져야 할 것이라고 덧붙인다.

제8장의 “성적 자기결정권 침해” 문제는 주로 성범죄 및 성적 비행과 관련되어 있다. 특히 독일 내에서 문제가 많이 되는 ‘아동 포르노그래피’(열람, 제작, 유포)가 독일 병영 내에서도 골칫거리임을 알 수 있다.¹⁹⁵⁾

8. 제9장과 제10장은 병역의무와 예비군에 대해 다룬다. 2005년도 연방군의 총병력 수가 251,722명이라는 사실은 이미 지적하였다. 이 중에서 병역의무자는 63,674명이다. 이 중에서도 의무복무병은 39,785명이고, 자의에 의해 병역의무 이행을 연장한 자는 23,889명이다. 139,536명이 양심적 병역거부 인정신청을 제기했다. 2004년에 비해 14,627건이 줄어든 것이다. 비율로는 전년대비 9.5% 감소한 것이다.

병역의무 및 병역의무 영역에서의 형평성(Wehrgerechtigkeit) 문제는 여전히 논쟁 중이다. 징집된 자가 헌법상의 형평성 위반을 이유로 소송을 제기하는 경우도 있었다. 징병규정이 헌법위반이 아니냐는 것인데 연방헌법재판소까지 올라갔다. 2005년에 연방행정법원은 새로운 징병기준이 아직은 법적으로 문제되지 않는다고 판단했다. 기민련-기사련과 사민당 모두 아직은 징병제를 유지해야 한다는 데 합의하고 있다. 양 당이 보이고 있는 이런 태도에 대해 군인들은 긍정적으로 평가한다. 그러나 이러한 긍정적인 평가는 징병절차에서의 정의, 형평성이 유지되고, 징병된 자들이 적재적소에 배치된다는 것을 전제로 내려진 것이라고 할 수 있다.

독일에서도 병역의무자들의 신체적 업무수행능력 감소가 문제로 되고 있다. 향후 같은 해 태어난 병역의무자들의 1/3은 징집 부적합자가 될 것이라는 실증연구도 있다. 그런데 그 수자는 이미 2005년도에 거의 도달하였다. 2005년에는 371,402건의 징병절차가 개시되어 345,839건이 종결되었다. 그런데 종결된 절차 중 31.4%가 “군복무 부적합”

195) 위법한 방법으로 나체사진의 제출을 요구받은 여군의 경우, 그 사진이 동료들 사이에 유포되게 되자, 그의 의지에 반해서 전보발령을 받게 된다. 징계권을 가진 상급자는 그 사진이 부대 전체에서 애깃거리가 되었고, 이로 인해 “부대의 내적 단결이 현저히 위협받게”되었다는 점을 그러한 조치의 근거로 제시했다. 또한 그 여군이 사진유포 사실을 경찰에 신고한 것은 “부대 내에 대단한 불안”을 초래했다고도 말했다. 희생자를 가해자로 만드는 이런 말도 안 되는 이유들이 사단 차원에서 제시되었다. 국방부는 전보절차에 대한 심사과정에서 위의 전보요청을 기각하였다.

판정이 내려졌다. 2005년에 입대한 자들 중에서도 8.6%가 건강상의 문제로 조기에 전역되거나 “일시적 군복무 부적합” 판정을 받았다.

연방군은 향후 80,000에서 100,000 정도의 예비군에서 예비 병력을 동원할 예정이라고 한다. 이는 병력동원 대상 가능자 수를 예전에 비해 1/3 내지 1/4 수준으로 줄이는 것을 의미한다.

9. 제11장부터 제15장까지는 군인의 권리로 치면 사회적 권리에 해당하는 부분이다. 기본 의식주를 위시하여, 위생업무(=의료적 처우), 급여 및 제 수당, 취업알선 및 지원, 부양 및 급부 문제가 다루어진다. 군의관의 경우 편제정원의 95% 이상이 채워져 있음에도 불구하고 의료전문가의 부족을 호소하는 군인들이 있다고 한다. 구동독 인민군 시절의 군인들의 방사선 노출 문제, 예방접종수인의무, 동의 없는 HIV 검사 문제 등도 다루어지고 있다.

10. 부록에는 관련 법령과 통계 등이 수록되어 있다. 특히 국방감독관과 관련된 국방부훈령의 내용 중에는 국방감독관에게 열심히 협력하는 조항이 눈에 띈다.

(3) 연례보고서의 역할 - 지속적인 문제제기, 연방군에 대한 관심환기

1. 2005년도에 취임한 국방감독관 라인홀트 로베씨는 연례보고서가 “결함사항에 관한 보고서(Mängelbericht)”라고 말한 자신의 전임자들의 평가를 적절히 인용하면서 실제로 연례보고서는 그럴 수밖에 없음을 인정한다. 2005년 연례보고서의 내용 중 다수는 이미 이전에도 다루어졌던 것이다. 그런 것들이 재차 문제로 제기된다는 것은 그 쟁점들이 군인들의 여전한 그리고 아주 특별한 관심사라는 것을 보여준다.

2. 2006년 3월에 실제로 보고되고 공간된 이 보고서에는 2005년에 발생한 사건만이 아니라 그 이전에 발생한 사건에 대해서도 그 사건들이 이후 어떻게 처리되었는가를 계속 추적관찰하고 있다. 대표적인 사례가 바로 Coesfeld 사건이다. 이러한 접근은 필요하며, 또한 타당해 보인다.

3. 결함사항에 대한 보고서라고 해서 이 연례보고서가 온통 군대에 대한 부정적 평가만으로 점철되어 있다고 생각한다면 오해이다. 연례보고서는 연방군에 대한 사회적 관심 환기라는 중요한 역할을 수행하기도 한다. 연방대통령인 호르스트 쾰러(Prof. Dr. Horst Köhler)가 2005년 10월 10일 본에서 연방군 지휘관들에게 한 연설에서도 지적했

듯이 “독일인들은 연방군대를 신뢰하지만 그 군대에 대한 실제적인 관심은 드물다.” 2005년 연례보고서의 후반부는 연방군 소속 군인의 복지·의료, 급여, 직업재교육, 기타 사회부조에 맞추고 있다. 이러한 태도는 매우 적절해 보인다.

연례보고서 서문에서 로베씨는 다음과 같이 지적한다. “생명과 신체의 위험과 결부된 군인들의 복무에 대하여 사회적 관심을 이전보다 더 강화하는 것이 중요하다.” 국방감독관은 스스로를 “군인들의 대변자”라고 부르며 군인들에 대해 특별한 책임을 느낀다고 밝히기도 한다.¹⁹⁶⁾

연례보고서는 연방군이 직면하고 있는 계속되는 재원부족(Unterfinanzierung)에 대해 관심을 환기시키기도 한다. 또한 군인들을 위해서는 군사행정에서의 계획의 안정성(Planungssicherheit)을 확보하는 것이 필요한 일임을 강조한다. 로베씨는 “어제 정치적 및 군사적 지휘의 차원에서 결정되었던 것이 역시 내일에도 유효하여야 한다. 군인들이 신뢰성과 영속성을 기대하는 것은 당연하다”고 지적한다.

(4) 연례보고서의 특징

연례보고서는 추상적인 논의들 보다는 구체적인 사례와 그 사례에 대한 해결을 제시하고 있고, 또한 국방부가 취한 해결책에 대한 비평을 포함하고 있다. 따라서 이 보고서를 읽는 것만으로도 사람들은 독일군 내외부에서 벌어지고 있는 일들에 대해 상당한 정보를 얻을 수 있다.

연례보고서에서 다루어지고 있는 내용 중에는 우리에게서도 나타나는 사례들(지휘관의 권한남용, 상급자의 욕설 및 비속어 사용, 음주후의 비행들)이 있는가 하면 그렇지 않은 사례들(마약 및 약물복용의 문제)도 있다. 또한 우리의 경우에도 문제로 제기되는 사례들(대표적으로 진급과 관련한 스트레스 및 불만들)이 있는가 하면 그렇지 않은 사례들(예방접종강제에 대한 문제제기, 강제적인 HIV 검사에 대한 문제제기 등)도 눈에 띈다. 연례보고서는 이처럼 독일군 내부에서 일어나는 사건, 사례들을 비교적 충실히 접할 수 있다는 점에서 다른 나라 병영문화와의 비교의 관점도 제공하고 있다.

5. 결어

군에 대한 부정적 인식을 없애자고 군과 관련된 정보를 봉쇄하는 것은 문제의 해결 방안이 아니다. 군과 관련된 여러 가지 문제들에 대한 투명한 해결을 위해서, 군을 사

196) *Jahresbericht 2005*BT-Druch. 16/850), 3쪽.

회와 분리된 성역으로 인식하는 군 내부의 인식을 지양하기 위해서 그리고 ‘제복 입은 시민’인 군인에게도 기본권이 보장되어야 한다는 생각을 군 내부에서도 관철하기 위해서 독일 사람들은 현재와 같은 국방감독관 제도의 도입을 생각해냈고, 또한 이를 관철 시켰다.

우리나라의 현재 논의상황 속에서 국방감독관 제도가 가지는 시사점은 분명하다. 독일의 국방감독관은 궁극적으로 의회에 대하여 책임을 지는 군대를 만드는 데에 도움을 줄 수 있는 기구이며, 군을 사회에 통합시키는 기능을 하고 있다. 현재 대한민국 군대에서 필요한 것은 민주적인 외부적 통제수단을 실효적으로 확보하여야 한다는 점이다. 근본적인 문제해결의 길은 다양한 항변에도 불구하고 단순하고 명백하다. 국민고충처리위원회에서의 소위 “군 특명관” 제도를 도입하는 방안만으로는 문제해결은 요원하다. 전반적인 군 관련법령과 제도를 정비하는 노력이 필요하며 그러한 맥락 속에서 독일식의 국방감독관 제도의 전면적 도입을 전향적으로 검토할 필요가 있다고 할 것이다.

제3장 독일에서의 군인의 인권보장¹⁹⁷⁾

1. 서설

독일은 나치군사주의체제와 나치군대를 철저하게 비판하고, 민주적이고 개혁된 군대를 출범시켰다. 패전국 헌법의 평화주의적 지향 때문에 군대는 헌법에 예정된 사항이 아니었다. 독일은 군대가 정치적 쟁점이 될 때마다 헌법에 새로운 규정을 두지 않을 수 없었고, 그리하여 군대에 대한 헌법조항이 가장 많은 나라가 되었다.

독일은 프로이센군대로 대표되듯이 권위주의적이고 억압적인 군사주의 문화를 유지해온 나라이다. 특히 나치제국에서 그 정도는 극에 이르렀다. 우리는 식민지 군대제도, 억압적인 군대문화의 전통 위에 해방직후 미군의 전시군사법제를 추가하였다. 따라서 군사법체계가 군정기에 미군으로부터 많은 영향을 받았지만 군사법체제는 민주적으로 개혁될 수 없었다. 우리에게 군대는 억압적 권위주의를 사회에 다시 전파하는 창구였다.

그런 점에서 제2차 대전 이후 군대를 폐지하였다가 민주주의적으로 혁신된 분위기에 서 군대를 새로이 창설하고, 군 전체에 입헌적 원리를 가동시키려 했던 독일의 군사법제는 우리 군사법제에 큰 자극을 준다. 또한 독일은 징병제에 기초하여 비교적 규모가 큰 군사조직을 유지하고 있다는 점에서 우리나라의 제도 개선에 좋은 시사점을 줄 것이다. 이하에서는 독일의 주목할 만한 제도나 법 규정의 주요내용을 소개해 보겠다.¹⁹⁸⁾

2. 군인의 기본권

(1) 권리제한 법률주의

군인의 지위와 관련해서는 과거에 특별권력관계론이 지배적이었나, 오늘날에는 낡은 이론으로 배척되고 있다. 특별권력관계이론은 포괄적으로 기본적 자유와 권리를 제한하고, 자유와 권리의 침해에 대하여 적법절차와 사법적 심사를 배제하는 것을 위주로 하는 매우 권위주의적인 국가철학의 소산이다. 오늘날 특별권력관계는 존재하지 않는다고 하나, 특수한 군복무관계(Wehrdienstverhältnis)라는 용어는 여전히 쓰이고 있다.

197) 이 부분은 한홍구/김성전/김정식/박원석/이재승/임태훈, 군대 내 인권상황 실태조사 및 개선방안 연구, 국가인권위원회, 2005에 보고된 내용을 일부 발전시키고, 독일군인법중 제1장 제2절 (군인의 권리와 의무)에 대한 전반적 개요와 설명을 추가하였다.

198) 독일 군사법제의 개관에 관하여는 제1장 2. 참조.

이러한 사정은 독일이나 한국이나 별반 차이가 없다. 문제는 군인의 권리가 제한되었을 때 어느 범위까지 제한할 수 있는가에 대한 명료한 기준이 필요하다. 관행이나 지휘권과 같은 개념에 기초하여 군인의 생활 전체를 지속적으로 지배할 수는 없다.

군인의 인권은 시민의 그것과 달리 제한의 범위와 폭이 커질 수 있다. 문제는 어떤 방식으로 어느 정도 제한될 수 있는가이다. 독일법제는 이에 관해서 비교적 명료한 원칙을 갖고 있다. 유감스럽게도 한국의 군인은 입대한 날부터 제대하는 날까지 청춘을 문자 그대로 저당 잡힌다고 얘기될 정도로, 한국에서 군인의 인권은 막연하고 포괄적인 제한상태에 있다. 그리고 그것이 법적인 상태인지 사실상의 상태인지도 알 수 없다. 허용과 금지의 영역이 불명확하거나 금지의 영역이 지나치게 광범위하기 때문이다. 이에 비해 독일은 군인의 사생활을 비교적 넓게 보장하고 있다. 독일의 군인은 사생활의 시공간에서 타인의 권리를 침해하지 않는 범위 안에서 정치활동도 할 수 있다.

어느 나라에서든지 군인은 국가의 전쟁권력에 하시(何時)라도 응해야 하기 때문에 용어의 차이를 떠나서 군인은 국가의 포괄적 지배하에 있다. 문제는 군인의 인권을 제한하더라도 어떻게 얼마만큼 제한할 수 있는가, 보다 소극적으로 말하면, 군인에게 허용된 것이 무엇이고, 금지되는 것이 무엇인가, 지휘관은 부하에게 무엇을 명령할 수 있고, 무엇을 명령할 수 없는지이다. 이에 대한 명료한 기준을 갖는 법제가 우수한 법제이다. 그런 점에서 독일의 법제는 우리의 법제보다는 몇 단계 앞서있는 것이 사실이다. 그러한 독일의 법제는 권리제한 법률주의라고 명명될 수 있겠다.

(2) 군인법

군인의 지위에 대한 포괄적인 법률로서 군인법(Soldatengesetz: Gesetz über die Rechtsstellung des Soldaten 1956/3/19)이 존재한다. 군인법은 규정내용으로 볼 때 우리나라의 군인사법 및 군인복무규율과 대체로 유사하다.¹⁹⁹⁾ 군인법은 본질적으로 군인의 권리 의무를 규정하고 있으며, 군인의 권리 의무와 관련된 여러 법령에 대하여 방향지시적인 역할을 한다. 일종의 기본법이다.

<군인법 제6조>

군인은 다른 시민(Staatsbürger)과 동일한 시민권을 보유한다. 군인의 권리는 군사적 업무의 요구사항 안에서 법률상의 의무를 통해 제한한다.

199) 그러나 군인지위법은 우리나라의 군인사법 및 군인복무규율과 달리 군인의 권리와 의무에 대하여 매우 명료한 규정을 두고 있다는 점이 특색이다.

군인법 제6조는 군인에게 시민과 동일한 권리를 부여한다. 제2문은 이러한 권리가 법률상의 의무를 통해 제한됨을 밝혀준다. 군인법 제6조는 근본적으로 군인을 ‘제복을 입은 시민(Staatsbürger in Uniform)’으로 이해한다. 이는 군인법의 근본적 사상이자 원칙이다. 이리하여 프로이센 관헌국가 시대부터 독일공법학을 사로잡았던 특별권력관계이론은 법학적 사고방식에서 제거되었다.²⁰⁰⁾

군인법 제6조는 민주국가에서 군인의 지위를 정의한다.²⁰¹⁾ 제1문은 공민권(staatsbürgerliche Rechte)을 언급하고 있지만 실제로 민주적-정치권 권리에 국한하려는 것은 아니라, 기본법상의 모든 권리, 즉 제 기본권을 군인에게 인정한 규정이다. 독일에서 기본권은 ‘직접적으로 적용 가능한 법’으로서 입법·사법·행정을 구속한다(기본법 제1조 제3항). 연방군대는 행정에 속하기 때문에 기본권이 직접 적용된다는 데에는 의문이 없다.

제2문은 군인에게 인정된 기본권이 군사적 직무의 필요 범위 내에서 법률로 규정된 의무에 의해 제한될 수 있음을 규정하고 있다. 어떤 조건 하에서 어느 정도로 그러한 기본권이 제한될 수 있는지는 기본법을 통해 밝혀진다.

(3) 기본권의 제한방식

독일법제에서 기본권이 제한되는 방식은 크게 세 가지이다. 헌법에 의한 제한, 개별적인 법률유보, 내재적 제한이다. 특히 주목되는 것은 군인의 경우에 제한되는 기본권을 헌법에 특별히 규정하고 있다는 점이다.²⁰²⁾ 군인의 권리제한에 있어 대표적인 법이 또한 군인법이기도 하다.

가. 헌법 직접적인 제한

<기본법 제2조 제1항>

인간은 누구나 타인의 권리를 침해하지 않고, 헌법질서와 도덕법칙에 위반하지 않는 한에서 자유로운 인격발현권을 보유한다.

여기서 타인의 권리 등은 기본권의 내재적 제약사항으로 설명하기도 한다. 프랑스 인권선언 제4조에서 자유를 ‘타인을 해치지 않으면 무엇이든 할 수 있다’고 규정한 것

200) BVerwGE 46,1=NJW 1972, 1726.

201) Werner Scherer/Richard Alff, *Soldatengesetz*, 7. Aufl, München, 2003, § 6 Rn. 1 이하.

202) 우리 헌법은 국가배상과 관련해서 이러한 규정을 두고 있을 뿐이다.

과 마찬가지로 해석할 수 있다.

나. 일반적인 법률유보

독일헌법에는 우리식의 일반적 법률유보조항이 없다.

<한국헌법 제37조 제2항>

국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

기본법은 원칙적으로 개별적인 기본권규정에서 법률로 기본권을 제한할 수 있는지를 규정하고 있다.

독일기본법 조항:

<기본법 제19조 (기본권의 제한)>

① 기본법에 따라 기본권이 법률에 의해 또는 법률에 근거하여 제한되는 때에도 법률은 일반적이어야 하고, 개별사례에만 적용되어서는 안 된다. 제한하는 경우에도 법률은 제한하는 기본권을 명시해야 한다.

② 어떠한 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해해서는 안 된다.

위의 기본법조항은 포괄적인 기본권 제한근거를 설정한 것이 아니라 기본권을 제한하는 법률의 규정방식을 언급하고 있을 뿐이다(제19조 1항).

다. 개별적인 법률유보

(가) 헌법상의 유보조항들

대부분의 기본권을 법률로 제한할 수 있다고 규정하고 있지만 그러한 제한가능성을 열어두지 않는 기본권도 있다. 그러한 기본권을 절대적 기본권이라고 한다. 아래의 기본권들은 이른바 상대적 기본권이라고 한다.

<기본법 제2조 제2항>

인간은 누구나 생명과 신체의 불가침에 대한 권리를 보유한다. 신체의 자유는 불가침이다. 이러한 권리는 법률에 근거해서만 제한될 수 있다.

<기본법 제5조 제2항>

이러한 권리(표현의 자유권)는 일반적인 법률의 규정, 청소년 보호를 위한 개별적인 법률조항, 개인적 명예권에서 한계를 갖는다.

<기본법 제8조 제2항>

집회의 권리는 노천집회에 대해서는 법률을 통해서 또는 법률의 근거해서 제한할 수 있다.

<기본법 제10조 제2항(서신 통신비밀)>

(생략)

<기본법 제12조 제1항 제2문>

모든 독일인은 직업, 일자리, 직업훈련소를 자유로이 선택할 권리를 보유한다. 직업 수행은 법률을 통해서 또는 법률의 근거에서만 규율될 수 있다.

<기본법 제14조 제1항 제2문>

소유권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

(나) 군인에 대한 특별한 제한규정(기본법 제17a조)

<기본법 제17a조 (군인의 기본권 제한)>

① 군복무와 대체복무에 관한 법률은 군복무 및 대체복무기간 동안 군인과 대체복무자에게 자신의 의견을 언어, 문자 및 도화로 자유로이 표현하고 전파할 수 있는 권리(기본법 제5조 제1항 제1문 전단), 집회의 자유에 관한 기본권(제8조) 그리고 - 다른 사람과 공동으로 청원 또는 소원을 할 권리를 부여한 경우에 - 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.

기본법 제17a조에 열거된 기본권은 개별적인 법률유보 뿐만 아니라 군인의 기본권제한 규정(제17a조)에 따라 이중적으로 제한받을 수 있다.

(다) 기본권제한의 포괄적인 근거법으로서 군인법

법률에 의한 기본권제한으로서 가장 중요한 것은 여전히 군인법이다. 군인법은 군인의 권리를 선언함과 동시에 의무도 선언하고 있기 때문이다. 기본권제한수단으로서 법률에 규정된 의무는 군인법 제7조 이하에 규정된 직무상의 의무를 뜻한다. 이러한 의무를 넘어가는 기본권의 제한은 허용되지 않는다. 군인의 기본권은 법률을 통해서만 또는 법률에 근거해서만 제한될 수 있기 때문이다. 이른바 특별권력관계론 속에서 법률적 근거가 없는 경우에도 기본권이 제한될 수 있다는 견해는 독일에서 극복된 것으로

로 이해된다.

라. 내재적 한계에 의한 제한

법률에 의한 제한가능성을 예정하지 않는 기본권을 절대적 기본권이라고 하는데, 절대적 기본권도 내재적 한계가 존재한다. 서로 다른 군인들 간의 기본권이 대립할 때, 군인의 기본권이 헌법적 지위를 갖는 공익인 군의 기능수행력(Funktionsfähigkeit)과 충돌할 때(BVerfGE 28, 243=NJW 1970, 1729; BVerwGE 63,99=NJW 1979,1261) 그러한 한계가 존재한다고 이해되고 있다.

(4) 기본권제한과 한계에 대한 독일사례들

가. 인간존엄의 존중과 보호에 관한 권리(기본법 제1조 제1항)

기본법 제1조 제1항상의 인간존엄의 존중과 보호에 관한 권리는 제한되지 않는다. 인간의 존엄을 침해하는 명령은 구속력이 없다는 군인법 제11조 제1항의 규정을 통해서 존엄권의 특수한 의미가 재확인된다.

위생상 이유로 군인에게 일정한 길이로 두발을 제한하는 것은 군인의 존엄을 침해하는 것이 아니다. 그러나 군인을 단순한 객체나 수단으로 전락시킬 수 없고 군인의 내밀한 사적 영역을 무시해서도 안 되며, 군인의 명예를 모욕적으로 침해해서도 안 된다(BverwGE 46,1=NJW 1972, 1726/BverwGE 103,99=NJW 1994, 2632).

시범연습을 위해서 지령이를 먹으라는 명령은 부하의 인간존엄을 침해하는 것이고 따라서 구속력이 없다(BVerwGE 93, 108=NJW 1992, 587). 칫솔로 마룻바닥을 닦으라는 명령은 인간의 존엄을 침해하는 것이라는 결정도 있다. 여군의 권리영역의 침해를 보호하기 위한 장치를 마련하는 것도 인간존엄권에 부합하는 것으로 설명된다.

나. 자유로운 인격발현권(기본법 제2조 제1항)

자유로운 인격발현권은 전체로서 군인법의 규정에 의해서 제한된다(BVerfGE 57, 29=DöV 1981, 671). 군인의 일반적인 행동의 자유에 대한 한계는 충성의무(군인법 제7조)이며, 이에 따라 군인은 군사단체로서 연방군의 기능수행에 이바지해야 하고, 공익에 반하는 행위를 하지 말아야 한다.

보안위험이 높은 외국(과거 공산국가)으로 직무외적인 여행을 하는 경우에는 비밀취

급자에게 군사보안을 이유로 기본법 제2조 제1항에서 보장된 자기결정권 — 외국으로의 여행권을 포함하여 — 을 제한할 수 있다(BVerwGE 46, 190=DöV 1974, 178).

외모에 대한 독자적인 형성권도 제2조 1항으로부터 나오지만, 위생, 사고예방, 규율을 이유로 두발의 길이와 관리방법을 규율하는 명령을 통해 제한할 수 있다(BVerwGE 103, 99=NJW 1994, 2632). 턱수염이나 염소수염을 금지하는 명령도 마찬가지이다.

계급장이나 표시를 달고 다닐 수 있는 권리도 연방군복장규정(ZDv 37/10)에 따라 제한될 수 있다.

기본법 제1조 제1항과 제2조 제1항으로부터 도출되는 일반적인 인격권은 군인에게도 인정된다. 군인법 제15조 제3항은 “군인은 정치적 집회에서 제복을 착용할 수 없다”고 규정하고 있는데, 이 규정이 군인의 인격권을 침해하는지가 문제되었다. 그러나 헌법재판소는 제복착용금지규정은 군인의 인격권의 주변부를 제한하는 정도로 이해하였다(BVerfGE 57, 29=DöV 1981, 1051/Anm. NJW 1981, 2112).

군인이 비밀취급담당자이고 신고의무가 보안필요에 근거하고 있는 한에서 해당군인의 재무상황에 대하여 징계권자에게 군행정청이 통보하는 행위는 군인의 인격권을 침해하는 것이 아니다(BVerwGE 43, 227).

타인에 대한 자기고발의 장요금지는 일반적인 인격권으로부터 나오지만 군인법 제13조 제2항(진실의무)에 의해 제한될 수 있다. 언론에 보도되는 경우에도 군인은 인격권에 기하여 명예권을 보유하지만, 명예권은 모든 비판에 대해 보호되지는 않으며, 오히려 부당하고 부적절한 비판에 대해서 보호된다(BVerfGE 73, 4).

일반적인 인격권은 군인에게 개인적인 정보의 양도나 처리에 대하여 자주적인 결정권을 부여한다(BVerfGE 65, 1=NJW 1984, 419). 독일군인법 제29조는 개인정보에 관한 군인의 권리를 매우 포괄적으로 규정하고 있다.

<군인법 제29조 (개인정보)>

① 모든 군인에 관하여 개인기록이 작성되어야 한다; 개인기록은 비밀로 취급되어야 하고 권한 없이 열람하는 것으로부터 보호되어야 한다. 컴퓨터 데이터로 저장된 것을 포함하여 군인과 관련된 모든 자료는 그것이 직무관계와 관련되어 있는 한 개인기록에 해당한다. 신상 및 직무관계와 관련이 없는 특정 목적에 사용되는 자료, 특히 시험기록, 보안기록, 자녀수당금 등에 관한 자료는 개인기록의 구성부분이 아니다. 군인의 동의가 없으면 개인기록데이터는 인사관리 목적으로만 사용될 수 있다; 자동화된 데이터의 처리(저장, 변경, 전송, 차단, 삭제)와 이용에도 동일한 내용이 적용된다.

② 직무기관은 개인관련기록이 직무관계의 창설, 수행, 종료, 청산을 위하여 필요하거나 조직적, 인적, 사회적 조치와 특히 인원계획, 인원과병의 목적을 위해 필요하거나 법규가 허용할 때에만 지원자, 군인, 전직 군인에 관한 개인관련기록을 조사할 수 있다.

③ 오직 인사에 관할권을 갖는 사람만이 인사관리의 목적에 필요한 한도에서만 개인기록에 접근할 수 있다. 직무관계의 목적설정의 범위 내에서 필요할 경우, 개인기록은 국방부의 업무범위 내에 있는 다른 기관이나 의사에게 군인의 동의 없이 전달될 수 있다. 개인기록에서 연유하는 정보에도 동일한 내용이 적용된다. 정보가 충분하다면, 개인기록이 전달되어서는 안 된다. 국방부의 업무범위 밖에 있는 기관에는 군인의 국방상의 불가피한 이유, 공공복지에 대한 현저한 침해의 방지 또는 제3자의 정당하고, 더 높은 순위에서 이익의 보호가 필요로 하지 않는 한, 군인의 동의가 있어야만 정보가 제공될 수 있다.

④ 의학적 검사와 심리학적 조사와 테스트에 관한 데이터는 그 데이터가 군인의 직무능력과 사용능력 평가에 필요한 경우에만 독일연방군 개별 직무상의 자료로 처리될 수 있다. 인사관리에 필요한 한도에서 그와 같은 진단과 테스트의 결과만 인사 문제에 관할권 있는 연방군 기관에 전달되어 그 기관에서 처리 및 이용될 수 있다. 심리학적 적성확인절차의 판단력을 개선시키기 위하여 필요한 한, 심리조사와 테스트에 관한 데이터는 일반적으로 표본조사의 형식으로 처리될 수 있고, 심리학적 용역을 통하여 자동화된 데이터로 처리될 수도 있다; 이러한 목적을 위해, 데이터가 조사와 테스트의 결과와 관련을 맺는 한, 요청에 따라 처리에 필요한 데이터가 용역에 전달될 수 있다. 연방정보보호법 제40조 제2항이 준용된다. 직무능력과 사용능력을 결정하는 의사의 정보는 문서작성의무 이행과 증거보존 목적을 위하여 중앙기관에 송부되어 저장될 수 있다.

⑤ 군인은 그에게 불리하거나 불리하게 될 수 있는 소원, 주장, 평가가 개인기록에 기재되기 전에 고지를 받아야 한다. 그의 의견이 개인기록에 수용되어야 한다. 제1문과 제2문에 의한 일의 경과를 그것이 직무상의 평가로 수용되었거나 더 장기의 말소기간을 갖고 있는 다른 법률규정과 관련되어 있지 않는 한, 군인의 동의로 늦어도 3년 이후에는 개인기록에서 제거될 수 있다. 기록제거를 위한 기간은 통상 형사소송 또는 징계소송의 개시에 의하여 중단된다.

⑥ 군인의 개인기록은 그것이 특히 병역의무의 이행을 위하여, 급여법 또는 연금법적 근거에 의하여 필요한 한, 병역관계가 종료한 이후에 보존될 수 있다. 데이터로 저장된 정보도 마찬가지이다. 징집불대상자의 징집 관련 개인자료는 지방병무청에 전달될 수 있다; 저장된 데이터는 그것이 새로운 지원이나 병역법에 의한 징병을 위하여 의미가 없는 한 삭제되어야 한다.

⑦ 군인은 복무할 때에는 물론 퇴역이후에도 자신의 개인기록 전부에 대한 열람권을 갖는다. 직무상의 이유에 반하지 않는 한 대리인에게 열람이 허용되어야 한다. 신뢰할 만한 정당한 이익이 있으면 유족에게도 직무상의 이유에 반하지 않는 한 열람이 허용되어야 한다. 제2문과 제3문은 개인기록으로부터 연유한 정보에 준용된다.

⑧ 군인은 법률에 달리 정하여져 있지 않는 한, 그의 신상관련정보를 포함하는 그의 복무관계를 위하여 처리되거나 이용되는 다른 기록에 대하여도 열람권을 갖는다. 이는 보안기록에는 적용되지 않는다. 관련 당사자의 데이터가 제3자의 데이터나 비밀로 유

지할 필요가 있는 비개인관련 데이터와 분리가 불가능하거나 지나치게 많은 비용을 투자하여야만 분리할 수 있을 정도로 결부되어 있을 때에는 그것에 대한 열람이 허용되지 않는다. 이러한 경우에는 군인에게 해당정보를 간접적으로 알려줄 수 있다.

⑨ 다음 각 호의 사항에 관하여 상세한 것은 시행령으로 정한다.

1. 군인의 복무관계에 있을 때 및 퇴역이후의 개인기록의 보관과 관리
2. 개인기록의 전달, 보존, 파기에 관한 사항 또는 개인기록의 송부, 삭제나 자동화된 데이터로 저장된 정보의 소재를 포함한 개인기록의 소재 및 이와 관련되는 기관
3. 저장된 기록에 대한 삭제가능성을 포함하는 자동화된 데이터의 설치운영
4. 열람허용의 종류와 방식의 세부적인 사항 및 개인기록이나 자동화된 데이터에서 도출되는 정보의 통지
5. 군의관의 무료진료 범위 내에서 활동하는, 직무기관에 의하여 군인의 진단 또는 감정을 위임받은 형법 제203조 제1항 제1호와 제2호 해당하는 사람이 의사의 비밀 유지의무와 관련되는 개인관련정보를 밝힐 권한

다. 신체의 불가침권(기본법 제2조 제2항)

신체의 불가침권은 전염병퇴치를 위한 의사의 치료를 수인할 의무(군인법 제17조 제4항 제3문)에 기하여 제한된다. 물론 이러한 수인행위가 개별사례에서 치료받는 자의 양심적 결정에 비추어 기대가 불가능하지 않아야 한다(BVerwG DokBer (B) 1971, 3915).

고통이나 건강장애를 유발하지 않는 수술이라 하더라도 신체에 대한 침해가 상당히 심각한 의미를 지닌 부적절한 조치라면 신체의 불가침권이 침해된 것이다(BVerwGE 46,1= NJW 1972, 1726). 의사의 수술이 신체의 완전성에 대한 침해를 야기하지 않았기 때문에 신체의 불가침권을 침해하지 않았을지라도 자유로운 인격발현권이 침해될 수도 있다(BVerwGE 63, 278)

군인은 군인법 제7조상의 조국에 대한 충성의무로 인해 이미 신체와 생명에 대한 위험을 감수해야 할 의무가 있기 때문에 기본법 제2조 2항 3문에 따라 생명과 신체의 불가침에 대한 권리는 제한된다. 그러나 비례성이나 기대가능성과 같은 헌법적 원칙이 그러한 제한의 한계가 된다. 명령이 군인의 생명이나 신체의 불가침성을 기대불가능한 방식으로 침해하는 때에는 그러한 명령은 불법적인 것이고, 또한 구속력이 없다. 상황에 어울리지 않는 방식으로 명령을 관철시키려는 상관의 의무는 신체의 불가침성에 대한 침해를 정당화하지 않는다.²⁰³⁾

203) 군인의 수술거부에 대해 우리 대법원은 항명죄로 판단하였다. 이에 대하여 독일의 군인법은 범죄의 문제로 접근하지 않고, 악화시에 야기되는 장애를 이유로 보훈혜택을 받을 수 없도록 하였다.

<독일군인법 제17조 제4항>

군인은 건강을 유지 또는 회복시키기 위하여 최선을 다해야 한다. 군인이 고의나 중대한 과실로 자신의 건강을 해쳐서는 안 된다. 군인은 의사의 처치가 전염병의 예방이나 퇴치, 직무수행능력의 확립에 기여하는 때에는 군인은 신체의 완전성에 대한 의사의 침해를 본인의 의사에도 불구하고 수인하여야 한다. 이 범위 내에서 기본법 제2조 제2항 1문은 제한된다. 2000년 6월 20일자 전염병예방법(Infektionsschutzgesetzes BGBl. I S. 1045) 제26조 제2항 제3문의 규정은 제한받지 아니한다. 군인이 기대가능한 의사의 치료를 거부하여 그의 직무능력 또는 취업능력에 나쁜 결과가 야기되었다면, 치료를 거부하지 않았더라면 받게 될 급부(Versorgung)가 거부될 수 있다. 군인의 생명이나 건강의 중대한 위험이 결부된 의사의 치료와 신체의 불가침성에 대한 중대한 침해를 야기하는 수술은 기대가능하지 않다. 제6문의 치료나 수술에 준하는 의사의 진단조치는 군인의 동의 없이 이루어져서는 안 된다. 귓불이나 손가락 또는 혈관에서 혈액을 채취하거나 림프관촬영에 의한 진찰 같은 간단한 의사의 조치는 제6문이 의미하는 치료 또는 수술 및 신체의 불가침성에 대한 침해로 간주되지 않는다.

라. 법 앞에 평등(기본법 제3조)

기본법 제3조의 평등조항은 군복무관계에 있어서도 무제한적으로 적용된다. 그러나 연방헌법재판소는 무제한적 평등원칙을 추구하지는 않는다. 본질적으로 자의적 차별금지 선에서 평등규범에 접근하고 있다. 따라서 불평등한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 중요한 차이가 존재하지 않음에도 불구하고 한 집단을 다른 집단과 다르게 취급하는 것은 평등원칙의 위반이 된다(BVerwGE 57, 107, 115).

연방국방장관은 평등취급의 관점에서 연방국방 대학에서 공부하는 군인에 대한 복장규정을 연방전문학교의 군인에게 확장시켜야 할 의무가 없다(BVerwGE 46, 361). 장군이나 제독의 직급에 대한 의전 의무의 강조는 평등원칙을 침해하는 것이 아니다(BVerwGE 46, 361). 그러나 경례규정(ZDv 10/4)이 상이한 직급의 군인들의 인간존엄성을 침해하는 가운데 서로 상이하게 호칭하도록 하는 것은 평등원칙에 반한다고 결정하였다(BVerwGE 43, 88).

수업과 관련해서는 개별부대단위로 규정을 정할 수 있다(BVerwGE 76, 60). 직무상의 문서수발에 있어서 고등교육기관이 부여한 학위를 자신의 이름과 계급에 덧붙이는 것을 허용하더라도 평등원칙에 위반하는 것이 아니다(BVerwGE 73, 296).

경력승진시험에서 부대 간의 차이를 두거나 새로운 지식에 기초하여 동일한 교과과정의 교수내용을 변경하는 것은 평등원칙에 반하지 않는다(BVerwGE 63, 15; BVerwGE 53, 314).

<군인양성평등법>

개정 전 군인법 제58a조가 여군에 관한 규정을 두었으나 2004년에 삭제되고, 포괄적인 군인양성평등법(Soldatinnen-und Soldatengleichstellungsgesetz 2005/1/1 시행)이 별도로 제정되었다. 총24개 조문으로 되어 있다. 우리나라는 군인사법에 약간의 규정을 두고 있는데, 적극적인 우대조치를 포함하고 있지는 않다. 군인양성평등법의 대강은 다음과 같다.

제1절 통칙

법률의 목적(제1조)

성을 이유로 한 현재의 차별을 철폐하고, 장래의 차별을 시정하기 위하여 제정하고, 현재의 불이익상태를 개선하기 위하여 여성을 이 법률에 따라 지원하고, 남녀군인 모두에게 가족과 직무의 양립가능성을 개선시키는 것이 이 법의 목적이다.

원칙(제2조)

남녀불문하고 지위고하를 막론하고 모든 군인은 자신의 업무범위 내에서 여성과 남성의 평등한 지위를 달성시킬 의무가 있다. 군대바깥에서 복무하는 군인에게도 적용되며, 민간인 상관도 동일한 의무를 진다.

개념정의(제4조)

보건의료 업무영역에서 여군이 50%이하이면 저대표된 것이고, 다른 영역에서 15%이하이면 저대표된 것으로 간주한다. 국방장관은 2년 이내에 이 비율에 따른 촉진조치의 실태에 관한 보고서를 연방하원에 제출해야 하고, 5년 이내에 연방하원은 양성평등을 촉진시키기 위한 이 비율을 변경할 필요가 있는지 결정한다.

제2절 조치(제5조-제11조)

저대표성의 시정을 위한 조치를 규정하고 있다. 취직, 공고, 교육, 자격에 있어서 여성에 대한 배려를 중심으로 규정하고 있다. 특정한 성이 특정업무영역에서 포기할 수 없는 전제인 경우를 제외하고 이 원칙들은 적용된다. 평등고용계획의 수립과 시행을 의무화시키고 있다.

제3절 가족과 직장

해당근무처는 군인에게 가정과 직장생활의 양립가능성을 수월하게 하기 위하여 중요한 직무상 이유가 없는 한에서 근무시간과 대강의 근무여건을 고지해 주어야 한다(제12조).

군인에게는 파트타임근무와 가족관계로 인한 휴직이 허용되고, 이러한 근무와 휴직을 신청했을 때 근무처는 근무와 휴직에 관한 직무관계법상 그리고 연금법상의 효과를 신청인에게 고지해 주어야 한다(제13조). 파트타임근무나 휴직을 하였던 군인이 정상근무나 복직을 신청한 때에는 그의 자격을 고려하여 우선적으로 복귀시켜야 한다

(제14조).

파트타임근무를 했다고 해서 승진이나 직무평가에서 불이익을 받지 아니한다. 중요한 직무상의 이유가 존재하는 때에는 파트타임근무자와 정상근무자간의 차별적 평가가 허용된다. 가족관계로 인한 휴직자의 경우에도 앞의 원칙이 준용된다. 가족관계로 인한 휴직에서 생긴 지연은 승진시에 적절하게 고려될 수 있다. 휴직 전에 보다 높은 직급에 대한 자격이 증명되고, 경력상의 요건이 구비된 때에는 휴직중에도 군인은 승진할 수 있다(제15조).

제4절 평등고용담당관

평등고용업무를 담당하기 위해 군인은 부서별, 근무처별로 평등고용담당관(Gleichstellungsbeauftragter)을 선출한다. 평등고용담당관은 맨 아래 단위에서 시작하여 상급부대, 최종적으로는 연방국방부의 평등고용담당관까지 선출한다(제16조). 평등고용담당관의 선거에 관련한 분쟁은 연방행정법원(병무사건부)이 담당한다(제16조).

독일에는 군인들이 자신들의 입장을 대변하기 위하여 대표위원(Vertrauensmann)을 선출할 수 있도록 하는 군인참가법(Soldatenbeteiligungsgesetz)도 있다. 가장 적극적인 고충처리방식이기도 하다.

평등고용업무담당관은 직접 근무처의 지휘부에 소속한다. 그러나 근무처의 지시를 받지 않는다. 평등고용담당관은 평등법, 군인법, 군인참가법, 인사대표법, 조직법, 예산법과 관련하여 계속적인 교육의 기회를 제공받는다. 평등고용담당관은 군인평등법의 집행을 추진하고 평등고용을 촉진하는 역할을 담당한다.

마. 종교·양심·신조의 자유(기본법 제4조)

(가) 원칙

종교·양심·신조의 자유권은 군인에게도 인정된다. 기본법 제4조는 군인법 제3조 제1항, 제9조 제1항 제2문과 제3문, 제36조, 제46조 제2항 제7호, 제55조 제1항의 근거가 된다.

<군인법 제3조 (임용원칙)>

① 군인은 성별, 가문, 인종, 신앙, 종교적 또는 정치적 견해, 출생지나 혈통을 고려하지 않고 재능, 능력 및 업적에 임명하고 활용해야 한다.

<군인법 제9조 (선서)>

① 직업군인과 기간제군인은 다음의 직무선서를 하여야 한다: “나는 독일연방공화국

에 충실히 봉사하고 독일 국민의 권리와 자유를 용감히 수호할 것을 맹세하오니, 신이 시여 굽어 살피소서”. “신이시여 굽어살피소서”라는 표현 없이 선서할 수 있다. 연방법률이 일정한 종교단체의 일원에게 “나는 맹세한다(schwören)”라는 표현 대신 다른 선서문구를 사용할 것을 허가할 경우에는 그러한 종교단체의 일원은 그 종교단체의 해당 선서문구를 사용할 수 있다.

<군인법 제36조 (목회)>

군인은 목회에 대한 요구와 방해받지 않고 종교활동을 요구할 수 있는 권리를 갖는다. 미사나 예배에 참가하는 것은 자유이다.

<군인법 제46조 (면직)>

② 다음의 경우 직업군인은 면직되어야 한다.

7. 직업군인이 병역거부자로 인정된 경우; 이에 의한 면직은 자신의 청구에 의한 면직으로 간주된다.

<군인법 제55조 (면직)>

① 기간제 군인에게 제46조 제1항, 동조 제2항 제1호 내지 제5호, 제7호, 제8호가 준용된다.

(나) 종교, 양심, 신조의 자유(기본법 제4조 제1항)

기본법 제4조 제1항은 기본법의 다른 규정과 마찬가지로 국가의 종교적 세계관적 중립성을 표현한다. 양심상의 결정에 반하는 경우 군인법 제17조 제4항 제3문의 집중 수인의무는 기대가능하지 않다(BverwGE DokBer(B) 1971, 3915).

어떤 지역 밖으로(Out of Area) 투입되는 것에 대한 일반적인 거부는 양심상의 결정에 근거해서 옹호될 수 없다(BVerwGE 103, 361=NJW 1997, 536). 이른바 조건부거부는 허용되지 않는다.

이라크 파병과 관련하여 소프트웨어 프로그램을 제작하라는 명령에 불복종한 소령을 대위로 강등시킨 사건에서 연방행정법원(BVerwG 2 WD 12.04 — 2005/6/21)의 판결은 주목할 만하다. 소령이 이라크 전쟁이 국제법에 반하는 불법적인 전쟁이라는 것을 이유로 군사적인 소프트웨어 프로그램 개발에 협력을 거부하자 군부대심판소는 복종의무 위반(군인법 제11조)을 이유로 그를 대위로 강등시켰다. 이에 피처분자는 그러한 명령이 헌법상 양심의 자유를 침해한다며 항소하였고 독일연방행정법원은 피처분자의 손을 들어주었다. 독일행정법원은 양심의 자유는 군대의 명령에 의해 제한받지 않는다는 점

을 강조하였다.

(다) 방해받지 않는 종교적 행사의 권리

(라) 병역거부권²⁰⁴⁾

독일에서는 병역거부사유는 매우 포괄적으로 인정되고, 심사절차도 매우 느슨하다. 또한 입대예정자뿐만 아니라 현역군인, 예비군도 이러한 병역거부권의 주체가 될 수 있다. 여성 역시도 병역거부권의 주체가 될 수 있다. 직업군인이 병역거부자로 인정받게 되면 면직된다.

독일은 창군 이후 1960년대부터 1990년대까지 40만에서 49만에 이르는 대규모 군대를 유지하였다. 그러나 통일과 동구권붕괴 이후 안보환경의 급격한 변화로 인하여 군대를 대규모로 감축하였으며, 통일 이후 인구증가에 따른 징병대상자의 증가로 인하여 입대자원을 확보하는데 융통성을 갖게 되었다.

독일 역시 안보환경이 좋지 않았던 시기에는 병역거부의 신청건수나 인정비율도 상대적으로 낮았다. 그러나 안보환경이 변화함에 따라 병역거부자의 신청비율이 크게 증가하였고, 병역거부자의 인정비율도 매우 높아졌다. 1990년대 후반에는 병역거부자의 인정비율이 거의 90%에 이르렀고, 군복무자 대 대체복무자의 비율이 각기 50%에 이르렀다. 2000년 이후에는 독일은 군대정원을 대폭으로 감축하여 대략 20만 정도의 군대를 유지하고 있다. 따라서 대체복무제나 병역거부권의 운용현실에 상당한 변화가 발생하였다.

2000년 이후 군대정원의 대폭감축에 따라 독일은 새로운 조치를 취했다. 우선 신체검사단계에서 군복무적합자의 신체조건을 강화하고, 입대상한연령을 25살에서 23살로 낮춤으로써 입대예정자의 규모를 줄였다. 동시에 병역거부자 판정비율을 높은 수준으로 유지하고 있다. 이러한 정책에 힘입어 아예 징집되지 않는 청년의 비율도 대폭 증가하였다. 2005년 현재 입대연령대 남자의 13%정도가 군복무를 이행하고, 32% 정도는 대체복무와 기타 복무를 하고, 55% 정도는 이러저러한 이유로 복무를 하지 않는 것으로 나타난다. 의무복무자를 56,400명 정도로 유지하고, 나머지를 지원병이나 직업군인으로 충원하여 전체 독일군규모를 20만 정도로 유지하려는 정책 하에서는 <가동인력의 배치계획>에서 나타나는 바와 같이 이러한 인력배치비율은 앞으로도 지속될 것이다.

204) 독일의 병역거부권의 논리와 판례에 대한 자세한 것은 이재승, “독일의 병역거부와 민간봉사제도”, 민주주의법학연구회, 민주법학, 제20호, 2000, 153쪽 이하 참고.

- 가동인력의 배치현황

출생년도	인력총수	의무복무자	%	기타복무자*	%	복무면제자	%
1979	416,034	132,889	31.94	139,883	33.62	143,262	34.44
1980	440,158	127,821	29.04	145,053	32.95	167,284	38.01
1981	439,725	114,866	26.12	137,887	31.36	186,972	42.52
1982	444,468	94,047	21.16	125,455	28.23	224,966	50.61
1983	434,181	66,798	15.38	101,326	23.34	266,057	61.28

Peter Tobiassen, Wehrgerechtigkeit 2005, Tabelle 15

- 가동인력의 배치계획

계획년도	인력총수	의무복무자	%	기타복무자*	%	복무면제자	%
2005	447,325	69,500	15.54	140,305	31.37	237,520	53.10
2006	455,358	59,300	13.02	142,403	31.27	253,655	55.70
2007	440,753	56,400	12.80	138,589	31.44	245,764	55.76
2008	447,690	56,400	12.60	140,401	31.36	250,890	56.04
2009	402,902	56,400	14.00	128,705	31.94	217,797	54.06
2010	384,811	56,400	14.66	123,982	32.22	204,429	53.12

Peter Tobiassen, Wehrgerechtigkeit 2005, Tabelle 22

* 기타복무자는 대체복무, 재해복무, 개발봉사, 경찰, 단기지원군복무자, 여타 대안적 대체복무 등을 포함한다.

바. 표현의 자유(기본법 제5조)

(가) 표현의 자유권(제5조 제1항 제1문)

표현의 자유권은 기본법 제17a조 제1항, 제5조 제2항에 근거하여 군인법의 여러 규정에 의해 제한되고 있다.

표현의 자유는 군인법 제7조(충성의무), 제8조(민주적 기본질서 수호), 제10조 제3항(부하에 대한 배려의무), 제10조 제4항(상관의 적법한 명령), 제10조 제6항(상관으로서의 신뢰유지의무), 제12조(동료에 대한 상호존중), 제14조 제1항(비밀유지의무), 제15조(정치활동의 제한), 제17조(직무 안팎에서 품위유지의무), 제23조(직무위반), 제33조 제1항(지휘관의 법교육 정치교육에 있어서 제한규정) 등에 제한될 수 있다는 판례들이 축적되었다.

그러나 이러한 군인법 규정들이 군인의 기본권을 일방적으로 제한할 수 있는 것은 아니고 구체적으로 판단해야할 문제라는 해석이 지배적이다. 군인법의 규정을 통해 보

호받는 법익(직무상의 비밀유지, 직무수행의 원활성, 상관의 권위보호, 규율의 유지, 직무영역 안에서 정치적 논쟁금지)과 표현의 자유권을 상호교량해야 하며, 그 경우 기본권의 특수한 가치내용으로 인하여 모든 공적인 영역에서 표현의 자유가 원칙적으로 우선적 지위를 점하는 것으로 추정된다(BVerwGE 73, 237=NJW 1982, 118; BVerwGE 76, 267=NJW 1985, 1658).

(나) 정보자유

기본법 제5조 제1항 제2문으로부터 도출되는 정보자유권은 공동막사에 거주하는 군인에게도 인정된다. 군인은 온갖 종류의 신문, 도서, 인쇄물을 수령할 수 있고, 라디오 청취나 텔레비전 시청이 허용된다.

(다) 검열금지(기본법 제5조 제1항 제3문)

검열금지에는 군인에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 국방부의 지침“사적 출판물과 강연자료”에 관한 지침(1982. 7. 21.)도 이를 고려하고 있다.

(마) 학문활동의 자유, 예술의 자유(기본법 제5조 제3항)

학문활동의 자유권은 학문 활동에 종사하는 모든 군인, 예컨대, 연방국방대학에 재학 중인 학생에게 인정된다. 그러나 군인법상의 지위가 학문 예술의 자유로 인해 해방되지 않는다. 군인의 활동이 학문활동과 직결되지 않는 때에는 군인법상의 직무를 이행해야 한다. 스케치라도 예술의 자유가 인정된다(BVerwGE 111, 45=NJW 2001, 530).

사. 명예와 가족의 보호(기본법 제6조 제1항)

기본법 제6조 제1항의 권리는 군인에게도 인정된다. 가족과 명예의 보호는 입법과 사법에 대한 척도와 한계를 정하는 가치결단적 근본규범이다. 실질적이고 경제적인 영역에서 고용주로서 연방은 군인법 제30조 제1항, 제2항 및 제31조에 근거하여 기혼군인과 가족을 위해 제정한 특수한 규정을 통해 촉진의무(Förderungspflicht)를 이행해야 한다. 군인에게 기본권 침해의 경우가 아닐지라도 직무시간, 휴가에 있어서 가족적인 이익을 고려해야 한다.

모성보호(기본법 제6조 4항)는 군인법 제30조 제5항에 따라 제정된 <여군모성보호규

정>의 근거가 된다.

<군인법 제30조 (급여와 원호연금)>

① 군인은 특별한 법률에 따라 현금급여와 현물급여, 원호연금, 여비지급 및 이사비용 지급을 요청할 권리를 갖는다. 군의관의 무료진료도 현물급여에 속한다. 군인의 가족에 대한 사회적 의료보험의 확장, 실업보험, 법정 연금보험상의 보험은 법률로 규정한다.

② 학업을 위해 무급 휴가를 받은 위생장교 후보자는 군의관의 무료진료 및 교육비(기본급, 가족수당)를 받는다. 교육비의 액수는 연구과정과 후보생 과정을 이수했을 때 받게 될 직급의 봉급을 고려하여 시행령에 의하여 결정된다. 나아가 교육비의 승인 및 교육과 관련한 활동으로부터의 수입의 계산에 관한 상세한 사항을 시행령으로 규정한다.

③ 연방공무원법 제73조 제2항, 제84조, 제86조, 제87조, 제87a조, 제183조 제1항이 준용된다.

④ 근속기념연차에 해당하는 군인은 근속기념수당을 받을 수 있다. 보다 상세한 사항은 시행령으로 정한다.

⑤ 여성군인은 모성보호법의 상응한 적용에 따라 모성보호에 관한 권리를 갖는다. 상세한 사항은 군 직무의 특징을 고려하는 시행령으로 정한다.

독일은 군인의 대우와 관련하여 군인급여법(Wehrsoldgesetz), 군인원호법(Soldaten-versorgungsgesetz)²⁰⁵⁾을 제정하였다. 또한 우리와는 다른 특수한 법제가 있다. 부양보장법이 그 예이다.

<부양보장법(Unterhaltungssicherungsgesetz)>

군복무로 인하여 가족부양을 하지 못하게 되는 경우 우리나라는 군대를 면제시키지만 독일에서는 가족의 생활비를 지급해주는 제도를 운영하고 있다. 군대가 사회생활에서 갖는 의미를 되새겨볼 필요가 있다. 하층민의 경우는 군대는 사회적 관문 역할을 하기 때문이다.²⁰⁶⁾

부양보장법에 따르면 가족원으로서 청구권을 가진 자는 부양급여청구권을 갖는다. 급여는 여러 종류가 있다. 일반급여(Allgemeine Leistungen), 가교급여(Überbrückungsgeld), 특별지출(Besondere Zuwendung), 출산지원비(Beihilfe), 개별급여(Einzelleistung), 특별수당(Sonderleistung), 임대료지원(Mietbeihilfe), 사업지원(Wirtschaftsbeihilfe) 등 다양한 명목으로 지급한다.

205) 군인원호법은 우리나라의 군인연금법과 국가유공자법을 겸하고 있는 법이다. 어느 경우에도 국고로 운영되기 때문에 군인 개인이 기여금을 내지 않는다.

206) 실제로 우리나라의 사례에서처럼 빈곤층이라는 저평가 속에서 군대를 가지 못하는 것은 사회통합을 저해하는 측면이 있다.

일반급여의 경우는 병역의무자의 순소득의 평균치를 기준으로 하여 산정한다. 부인 또는 동반자는 월수입산정액의 60%를 지급받으며, 그 경우 1,067유로를 상한으로 한다. 자녀당 12%가 지급되고, 213, 72유로를 한도로 한다. 부인이나 동반자에게 일반급여가 제공되지 않는 때에는 자녀당 20%가 지급되고, 355,86 유로를 한도로 한다.

최저급부(Mindestleistung)로서 배우자와 동반자는 367.11유로, 첫아이는 118.62유로, 둘째아이는 101.75유로, 그 다음 아이들은 각기 84.87유로를 받는다.

아. 집회의 자유(기본법 제8조 1항)

집회의 자유는 개별적인 법률유보(기본법 제8조 제2항)에 의해 제한가능하다. 아울러 기본법 제17a조(군인의 기본권제한)에 의해서 제한될 수 있다. 그러나 입법자는 군인에 대한 집회의 자유권을 제한하는 법률을 제정하지 않았다. 군인법 제15조 제3항(군인은 정치집회에서 제복을 착용할 수 없다)도 집회의 자유권을 제한하는 규정이 아니다(BVerGE 57, 29=NJW 1981, 2112).

자. 결사의 자유(기본법 제9조)

결사의 자유는 군인에게도 보장된다. 군인은 사법상의 결사를 창설하거나 결사에 가입하거나 결사를 위해 활동할 자유가 인정된다. 기본법 제9조 제1항에 의해 보장된 사법상의 결사에 가입하지 않거나 탈퇴할 권리로부터 장교클럽이나 부서관클럽의 강제가입은 헌법위반이라는 결론이 도출된다. 기본법 제9조 2항의 상의 단체활동의 한계(형법 헌법질서 국제친선에 반하는 단체의 금지) 이외에도 군인은 직무상의 의무를 존중해야 한다. 군인법 제15조 제3항(정치집회시 제복착용 금지)은 결사의 자유를 제한하지 않는다(BVerGE 57, 29=NJW 1981, 2112).

기본법 제9조 제3항에 규정된 직업의 경제적, 사회적 및 문화적 필요의 보존과 촉진을 위하여 노동조합과 직업단체를 결성하고 가입하고 활동할 수 있는 권리와 가입하지 않거나 탈퇴할 수 있는 권리도 군인에게 인정된다. 특수한 결사활동을 통하여 제9조 제3항 상의 목적을 추구하기 위한 결사권은 군인법 제35a조(직무대표법)에 의해 고려되고 있다. 국방부와 군인의 노동조합, 직업단체는 공적인 의견형성과정에 있어서 동등한 지위를 갖는다. 군인단체의 회원의 법적 지위는 이 단체에 대한 국방부의 설명서에 의해 제한받지 않는다(BVerwGE 63,343).

기본법 제9조 제3항이 결사권을 핵심영역에서만 보호하기 때문에 결사활동의 한계는 존재한다. 결사활동은 결사의 존재 유지와 보존을 위해 불가피한 범위에서만 헌법적으로 보장된다(BVerfGE 57, 220). 기본법 제9조 제3항 상의 무제한적인 기본권의 한계는

군대의 기능원활성이다. 따라서 군인의 파업권은 헌법적으로 배제된다. 파업, 파업유사 행위, 파업준비행위는 허용되지 않는다. 파업에 대한 참여행위, 파업을 지원하는 행위는 군인법 제7조(충성의무)에 위반된다.

차. 서신 전화의 자유(기본법 제10조)

서신 전화의 자유는 군인에게도 인정된다. 형사소송법상 서신압수(제99조), 전화감청(제100a조) 및 기본법 제10조 제2항 상의 법률에 의해 자유가 제한될 수 있다. 그러나 직무상의 서신이나 전화에 있어서는 군인은 직무상의 상급자에 대하여 이 권리를 원용할 수 없다. 직무감독과 관련해서도 마찬가지이다(기본법 제10조 제2항).

카. 거주이전의 자유(기본법 제11조)

거주이전의 자유는 군인법 제18조에 의해 제한된다. 독일군은 민병대로 구성되지 않았기 때문에 군인의 공동막사거주는 이미 예정된 사항이다.

<군인법 제18조 (병영과 단체급식)>

군인은 직무상 명령에 따라 공동으로 생활하는 병영에서 거주하고 단체 급식에 참여할 의무를 진다. 이를 시행하기 위하여 필요한 행정규칙은 국방부와 내무부가 합의하여 정한다.

타. 직업의 자유(기본법 제12조)

기본법 제12조(직업의 자유)는 병역의무에 기하여 병역을 이행하는 군인에게에는 적용되지 않고, 직업군인이나 장기지원 군인에게 적용된다. 군인법 제20조와 제20a조에서 직업군인의 겸직문제, 퇴역군인의 겸직문제를 다루고 있다. 겸직활동제한법(1997)도 두고 있다. 이에 의해서 군인의 직업활동의 자유는 광범위하게 제한된다. 군인법 규정은 다음과 같다.

<군인법 제20조 (겸직활동)>

① 직업군인과 기간제군인이 제6항에 열거된 항목이외의 부수적인 활동을 맡기 위해서는 사전 허가가 필요하다. 명예직인 공직 및 친척에 대한 무급의 후견, 보호, 재산 관리는 겸직활동으로 간주하지 않는다: 이러한 활동을 맡을 때에는 사전에 서면으로 통지하여야 한다.

② 겸직활동으로 인하여 직무에 지장이 생길 것이 우려되는 경우에는 허가를 발할 수 없다. 특히 겸직활동이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우는 제1항의 불허사유가 있는 것이다.

1. 겸직활동의 종류와 범위가 군인이 자신의 직무상 의무를 적절히 수행하는 것을 방해하는 정도에 이르는 경우

2. 겸직활동이 군인의 직무상 의무와 충돌되거나 독일연방군의 위신에 해가 될 수 있을 때, 또는 겸직활동이 수행업무와 관련하여 해당 군인이 소속된 기관이나 부대에 향후에 활동할 것이거나 또는 활동할 수 있을 때

3. 군인의 공평무사함에 영향을 미칠 수 있을 때

4. 군인의 장래 직무상 임용가능성에 현저한 제한을 가져올 수 있을 때

겸직활동이 직무·직업적 속성에 비추어 보거나 종류, 범위, 기간, 빈도를 고려할 때 제2의 직업을 수행하는 것으로 해석될 때에는 일반적으로 불허사유가 존재한다. 하나 혹은 복수의 겸직활동에 1주당 8시간 이상이 요구될 때에는 제2문 제1호의 요건이 충족된 것으로 간주한다. 허가기간은 최장 5년까지 정하여 질 수 있다; 허가는 그의 결부된 의무나 조건을 포함할 수 있다. 허가를 내린 이후 직무상 지장이 발생할 경우에는 허가가 취소될 수 있다.

(이하 생략)

⑥ 다음 각 호의 1은 허가의무사항이 아니다.

1. 보수를 받지 않는 겸직활동, 다음은 예외로 한다.

a) 직업활동, 자영업의 수행 또는 이와 같은 활동에 대한 협력

b) 협동조합을 예외로 하는 기업기관으로 취업 및 신탁업무인수

2. 군인의 자기재산이나 군인의 수익에 관련된 재산의 관리

3. 문학, 학문, 예술 또는 강연활동

4. 공립 단과대학, 연방방위군 대학의 선생으로서의 군인 및 학술기관과 연구소에 있는 군인의 교육·연구목적과 관련 있는 독립적 감정활동

5. 노동조합이나 업종별협회 또는 군인상조회 내에서의 직업적 이해관계 유지를 위한 활동

제1문 제3호와 제4호에 의한 활동 및 제1문 제5호에 의한 군인상조회 내에서의 활동에 보상금이나 금전가치 있는 이익이 제공된다면, 군인은 개별사안마다 그 활동을 맡기 전에 특히 겸직활동의 종류와 범위 및 예상되는 보상금과 금전가치 있는 이익의 정도를 표시하여 관할 징계권자에게 서면으로 보고해야 한다; 군인은 변경사항이 발생하면 지체 없이 서면으로 보고해야 한다. 관할 징계권자는 근거 있는 이유가 있을 경우 군인에게 그가 수행하는 허가가 의무사항이 아닌 겸직활동에 관한, 특히 그 활동의 종류와 범위에 관한 정보를 서면으로 제공할 것을 요청할 수 있다. 군인이 허가가 의무사항이 아닌 겸직활동 수행 중에 직무상 의무에 위반하였을 경우에는 겸직활동이

전면적 혹은 부분적으로 금지될 수 있다.

<군인법 제20a조 (퇴역 이후의 활동)>

① 퇴역 후 5년 이내에 공무와 관련 없이 그가 퇴역 직전의 마지막 5년간 수행한 직무 활동과 관련을 맺으며 직무상 이해관계에 위해를 가할 수 있는 업무 또는 영리 행위를 시작하는 퇴역한 직업군인이나 복무기간에 따른 대한 권리를 갖는 전직 군인은 국방부에 그 업무 또는 영리행위를 보고해야 한다.

② 업무 또는 영리행위에 의하여 직무상 이해관계에 위해가 발생할 것이 우려된다면 그 업무 또는 영리행위는 금지된다.

③ 활동의 금지는 국방부가 발한다; 활동금지는 늦어도 퇴역후 5년이 도과하면 종료된다. 국방부는 다른 기관에 권한을 양도할 수 있다.

파. 병역의무(기본법 제12a조)

여성은 어느 경우에도 병역의무를 부과할 수 없다. 기본법상의 의무는 병역법, 대체복무법에 자세하게 규정되어 있다. 병역은 군복무, 민방위, 국경수비근무로 이행할 수 있으며, 병역거부자로 인정되는 경우에는 대체복무법에서 정한 대체복무와 대안적 복무를 이행할 수 있다.

하. 재산권(기본법 제14조 제1항)

군인의 재산법상 청구권은 기본법 제14조 제1항을 통해 보호된다. 상관은 법적으로 규정된 경우를 제외하고 부하의 재산관계에 개입할 수 없다. 상관은 특히 군인에게 금전적 지출을 강제하는 명령을 원칙적으로 발할 수 없다. 훈련중 자비로 마련한 음식물을 타인에게 제공하라는 명령도 허용될 수 없다.

거. 청원권(기본법 제17조)

기본법 제17a조는 군인의 청원권을 제한하는 법률을 예정하고 있으나 국회는 그러한 법률을 제정하지 않았다. 공무원법(BBG 제171조 제1항)과는 달리 군인의 직무상 청원의 경우에 지휘계통을 따를 것을 요구하지도 않고 있다. 그러나 지휘계통을 따르는 것은 일반적으로 요구되고 있다. 군인소원법(WBO) 제1조 제4항의 집단소원의 금지, 국방감독관법 제7조의 집단진정의 금지가 규정되어 있다.

군인이 소원이나 진정을 통해서 청원권을 행사하는 경우에 자유롭고 공개적인 비판의 형식 속에서 극적이고 반어적인 의미에서 자신의 관심사를 표현할 수 있지만 타인

에 대한 명예훼손이나 기관에 대한 비방을 통해 허용범위를 넘어가서는 안 된다 (BVerwGE 103, 81).

너. 권리보호에 관한 기본권(기본법 제19조)

권리보호에 관한 기본권은 군인법 제34조(소원권)를 통해서 구현된다. 이에 입각하여 군인소원법(Wehrbeschwerdeordnung)이 제정되었다. 부대직무법원, 연방행정재판소 등을 통한 인사소청이나 징계조치에 대한 구제절차가 잘 짜여져 있다.

3. 군인의 일반적 의무

(1) 직무와 관련한 의무(군인법 제7조)

<군인법 제7조 (군인의 기본의무)>

군인은 독일연방공화국에 충실히 봉사하고 독일 국민의 권리와 자유를 용감히 수호할 의무를 진다.

가. 항상 직무를 이행할 의무

군인은 항상 직무를 이행해야 할 의무를 진다(BVerwGE 60, 118=NJW 1979, 1261). 군인에게서는 법정근로시간이 따로 없고 군인은 그러한 법정근로시간의 확정요구권을 갖고 있지 않기 때문에(BVerwGE 86, 159=NJW 1990, 201), 매일 매주 근무의 양은 군사적 직무의 필요에 따라 결정되고 상관의 직무상의 이유에서 그에게 근무를 명하는 때에는 자신의 육체적 정신적 한계 안에서 직무를 수행할 의무를 진다(BVerwGE 86, 18).

상관은 직무시간을 정할 수 있고, 군인과 그 가족에 대한 배려의무상 적절한 자유시간도 허용해야 한다. 군인은 전체 운영규정의 범위 안에서 시간상으로 특별히 과중한 업무에 대한 근무시간의 조정요구권을 갖는다.

자유 시간 동안에 군인은 구체화된 의무, 예컨대, 특정시간에 부과된 직무상 과업의 수행의무로부터 면제되지만, 상관의 명령에 따라 항상 다시 직무를 수행해야하는 일반적인 의무로부터는 면제되지 않는다(BVerwG ZBR 1999, 71).

군인이 명령을 받은 직무를 승인받지 않고 유책하게 방기한 때에는 구체화된 직무수행의무가 침해된 것이다. 군인이 질병으로 인하여 직무를 수행할 수 없거나 직무상 상관에 의해 소급적으로 직무로부터 면제되는 때에는 직무수행의 의무가 소멸한다.

나. 집총의무

모든 군인은 병역거부자로 인정받기 전에는 집총의무를 진다.

다. 모든 군인은 군인이 아닌 민간인 상관의 명령에 복종해야 할 의무를 진다.

라. 고용주(국가)의 재산을 보호할 의무

최선의 판단으로 고용주(국가)의 재산에 손해가 되지 않도록 해야 할 의무가 군인에게 있다(NVerwGE 103, 12).

마. 국가 또는 법질서에 충성해야 할 의무

고급장교는 직무상 발언시에 연방정부와 국방부의 안보 및 국방정책상의 제약사항을 따라야 한다. 그와 같은 직무상의 발언과 출판물을 사전에 국방부와 조율하라는 명령은 적법하다(NJW 1992, 1249).

군인은 정치적 의사표현에 있어서 연방군의 기본법적 과업을 지지해야 한다. 따라서 군인이 민간에서 또는 직무범위 바깥에서 동료에게 불복종을 촉구하는 유인물을 배포함으로써 군대의 존속과 기능원활성을 해치는 행위에 가담하는 것은 허용되지 않는다(BVerwGE 28, 51).

특히 장교나 부사관이 스스로 나치사상의 보유자라고 선언하거나 인도에 반한 나치의 범죄를 부인함으로써 인간존엄과 자유에 구속받는 독일연방공화국의 기관으로서 연방군의 위신에 해를 가하고, 다른 군인, 특히 부하들의 충성심을 혼란에 빠뜨리는 행위는 직무의무에 대한 위반이다(BVerwGE 86, 321=NJW 1991, 997).

또한 군인이 강의시간에 제2차 세계대전의 원인과 경과에 대하여 일방적인 역사관을 드러내는 것도 직무의무 위반이다(BVerwGE 113, 13=NJW 1997, 1383). 또는 군인이 나치이데올로기의 취지로 외국인에 대하여 적대적인 주장이나 폭력행동을 선동하는 때에도 마찬가지이다(BVerwGE 113, 48=NJW 1997, 2332). 나치에 의한 유대인의 대량학살을 진지하게 의문시하는 경우에도 마찬가지이다(BVerwGE 111, 25=NJW 2000, 1433). 히틀러를 연상시키는 호칭을 사용하거나 히틀러식 인사법을 구사하는 경우(BVerwGE 111, 45), 나치체제에 대한 동조를 유발하는 표현을 부하에게 사용하는 경우, 연방군대 안에서 위험적인 단체(NSDAP: 나치당)에 지원하거나 또는 1944년 7월 모의가담자(본회퍼, 카나리스, 도나니 등 히틀러 암살모의로 인하여 처형된 인물들)를 반역자로 호칭하

는 경우(BVerwGE 113, 13=NJW 1997, 1383)에도 직무의무에 위반된다.

그러나 군인이 직무시간 이외에 직무숙소나 시설 바깥에서 공개적인 발언과 글로써 정치적인 문제, 안보정책적 또는 국방정책적 문제를 비판적으로 논쟁하고, 공개리에 열린 군사적 방어의 토대 또는 군사전략의 합목적성에 대한 토론에 참여하는 것은 제7조 직무의무에 대한 위반이 아니다(BVerwGE 76, 267=NJW 1985, 1658).

(2) 민주적 기본질서에 대한 충성의무(군인법 제8조)

<군인법 제8조 (민주적 기본질서에 대한 충성)>

군인은 독일 기본법상의 자유민주적 기본질서를 승인하고 그의 모든 행위를 통하여 거기에 충성하여야 한다.

가. 민주적 기본질서

민주적 기본질서는 자유롭고 민주적인 기본질서(freiheitliche demokratische Grundordnung)를 의미한다. 이 질서는 독일 기본법 제1조와 제20조에 내포된 원칙으로 이해되고, 헌법개정의 한계를 이룬다.

자유롭고 민주적인 기본질서의 기본내용에는 기본법상 구체화된 인권의 존중, 특히 생명권과 자유로운 인격발현권, 국민주권, 권력분립, 정부의 책임, 행정의 합법률성, 법원의 독립, 다당제, 정치적 반대의 합헌적 형성권을 포함한 정당간의 기회균등이 포함된다(BVerfGE 2,1,13).

나. 일반적 충성의무

충성의무는 기본적으로 군인에게 국가의 이념과 자신을 일치시키려는 태도를 요구한다. 군인은 문제가 있더라도 국가와 헌법질서를 긍정하고 이를 보호할 만한 것으로 인정해야 하고, 그러한 의미에서 그 질서에 헌신할 것을 고백하고 적극적으로 지지해야 한다. 군인은 국가, 국가의 헌법적 기관, 헌법질서를 공격하고 투쟁하고 비방하는 세력들과 분명하게 거리를 두어야 한다(BVerfGE 39, 934=NJW 1975, 1641).

정치적 충성의무는 군인에게 정부의 특정목표나 특정정책에 동조할 것을 요구하지 않는다. 또한 정치적 충성의무는 군인이 국가의 현상에 대해 비판을 펴붓고, 헌법적 틀 안에서 현존질서를 변경하기 위하여 합헌적 수단을 가지고 활동하는 것을 배제하지 않는다(BVerwGE 39, 334=NJW 1975, 1641).

다. 개별적인 의무

군인이 반 유태인적 발언을 유포하고, 나치체제동안에 유대인대량학살을 부인하는 행위, 진지하게 의심하는 행위, 여타 반 유태인적 표현을 하는 행위는 모두 정치적 충성의무의 침해이다(BVerwGE 111, 25=NJW 2000, 1433).

기타 제8조 위반행위는 대체로 제7조 위반행위 사례와 동일하다. 외국인을 증오하는 내용의 주장이나 폭력행동을 선동하거나, 독일에 거주하는 터키인의 생활권을 부정하는 발언은 충성의무 위반이다.

군인이 정치적 충성의무를 침해했는지를 판단하는 문제에 있어서 헌법에 적대적인 목표를 추구하는 정당에 가입하는 것도 중요한 사정이 될 수 있다. 물론 해당정당이 위헌정당으로 평가받았는 지와는 관계없다. 직무의무 위반은 위헌정당의 판단에 이르지 않는 정도에서 확인할 수 있다. 따라서 연방의원이나 주의원의 후보로서 군인이 수년 동안 지도적 위치에서 그러한 정당활동에 적극적이었다면 충성의무 위반이다(BVerwGE 83, 136=NJW 1984, 813).

헌법에 대한 충성의무가 군인에게 민주적 기본질서에 대한 적극적인 헌신을 명령하기 때문에 군인은 이러한 질서의 중요한 요소들을 승인하지 않거나 그 질서를 다른 질서로 대체하려고 노력하는 정당에 가입하였다면 헌법에 대한 충성의무를 위반한 것이다(BVerwGE 114, 258=NJW 2002, 980).

군인이 헌법적대적인 정당 안에서 헌법합치적인 목적을 추구했다거나 자신의 정치적 확신을 직무수행에 영향을 미치도록 하지 않았다는 사정은 중요하지 않다.

라. 선서의무(군인법 제9조)

<군인법 제9조 (선서와 맹세)>

① 직업군인과 기간제지원군인은 다음의 직무선서를 하여야 한다: “나는 독일연방공화국에 충실히 봉사하고 독일 국민의 권리와 자유를 용감히 수호할 것을 맹세하오니, 신이시여 굽어 살피소서”. “신이시여 굽어 살피소서”라는 표현 없이 선서할 수 있다. 연방법률이 일정한 종교단체의 일원에게 “나는 맹세한다(schwören)”라는 표현 대신 다른 선서문구를 사용할 것을 허가할 경우에는 그러한 종교단체의 일원은 그 종교단체의 해당 선서문구를 사용할 수 있다.

② 병역법에 따라 병역을 수행하는 군인은 다음의 엄숙한 다짐을 통하여 자신의 의무를 인정한다: “나는 독일연방공화국에 충실히 봉사하고 독일 국민의 권리와 자유를 용감히 수호할 것을 굳게 다짐한다.”

직무선서는 군인의 의무이다. 공직취임의 경우 대체로 선서의무를 부과한다. 연방수상, 국회의원, 법관이 되는 경우에도 선서를 한다. 군인법에서 특별히 선서나 맹세가 종교적 암시를 주거나 특정종교와의 연관성을 나타낼 수 있기 때문에 제한을 둔 것이며 어느 경우에도 헌신적인 직무수행 의지를 나타내는 문구를 요구한다. 선서의무는 직무상의 의무라는 점은 변함이 없다.

따라서 엄숙한 선서를 유보없이 이행하기를 거부하는 군인은 유책하게 직무상의 의무를 위반한 것이다. 따라서 직무상의 제재가 가해진다. 나아가 상급기관이 선서를 하지 않았다는 것을 이유로 승진시키지 않는 것은 재량을 일탈한 것이 아니다(OVG Münster NJW 1976, 2226). 이미 선서한 것을 철회하는 것은 효력이 없다(DÖV 1989, 780).

4. 명령과 복종의 문제

(1) 상관으로서 일반적인 의무

<군인법 제10조 (상관의 의무)>

- ① 상관은 태도와 의무수행에서 모범을 보여야 한다.
- ② 상관은 직무를 감독할 의무를 갖고 그의 부하의 규율에 대하여 책임을 진다.
- ③ 상관은 자신의 부하에 대한 배려의무를 진다.
- ④ 상관은 오로지 직무상 목적을 위해서 그리고 오로지 국제법규, 법률 및 직무규정의 준수하에 명령을 내릴 수 있다.
- ⑤ 상관은 자신의 명령에 책임을 진다. 그는 상황에 합당하게 명령을 관철시켜야 한다.
- ⑥ 장교와 부사관은 직무범위 안팎의 발언에서 상관으로서의 신뢰를 유지하기 위하여 필요한 신중한 태도를 유지하여야 한다.

가. 개별적인 의무

군인법 제10조로부터 개별적인 의무들이 도출된다. 상관은 부하의 존엄, 명예, 여타 권리를 존중해야 한다. 상관이 직접적으로 부하에 맞서 행동하지 않더라도 상관의 의무를 위반할 수 있다. 어떠한 경우에도 상관은 부하를 신체적으로 학대해서는 안 된다(BVerwGE 83, 210). 예컨대 훈련을 위해서 지령이를 먹어라는 명령을 내려 부하의 건강을 침해하는 행위(BVerwGE 93, 108=NJW 1992, 587). 훈련목적상 포로가 된 군인을 포로대우에 관한 제네바 제3협약에 위반하는 방식으로 취급하는 경우(BVerwGE 93, 140)도 의무위반이다. 모든 독일인은 날 때부터 나치라는 주장을 통해 부하를 모욕하

는 경우(BVerwGE 113, 48=NJW 1997, 2338), 무기로 경솔하게 위협하는 행위(BVerwGE 113, 63), 교육이나 처벌의 취지에서 참회의식을 갖게 하는 행위(BVerwGE 113, 272), 인간존엄성이나 신체의 완전성을 침해하는 부사관단의 입회식을 감수하게 하는 것(NJW 2001, 2343)도 직무위반이다. 직무영역에서 부하와 성적인 접촉을 하는 행위(BVerwGE 103, 257=NJW 1996, 526)도 직무위반이며, 이 경우 이성애적 접촉이든 동성애적 접촉이든 언어적 또는 신체적 성희롱이든 관계없다(BVerwGE 113, 279).

나. 배려의무의 위반결과

상관의 배려의무는 부하에게 주관적인 공권을 발생시킨다. 유책한 불이행인 때에는 금전적인 손해보전청구권이 부하에게 귀속된다(BVerwGE 53, 12=DÖV 1975, 791). 직무위반에 공동의 원인이 되었던 배려의무의 불완전한 이행은 징계조치의 양정에 있어서 감경사유로 고려될 수 있다.

다. 명령(제4항)

상관은 직무상의 목적을 위해서만, 오로지 국제법, 법률 그리고 직무규정을 준수하는 조건 하에서만 명령을 발할 수 있다(군인법 제10조 제4항).

(가) 명령의 의미

군인사법에서 명령의 개념은 명료하게 정의되지 않았다. 균형법상의 명령과 동일한 개념으로 간주된다.(BVerwGE 86, 349=NJW 1990, 1317).

<균형법 제2조 제2호>

“명령은 군사적 상관(군인법 제1조 제5항)이 부하에게 서면, 구두 기타의 방법으로 복종을 요구하는 가운데 발부한 일반적 또는 개별사례에 해당하는 일정한 행동의 지시”

지시는 행동의 요구이다. 부탁, 조언, 의무에 대한 고지, 추천, 지급독촉 등은 비록 명령의 형식을 취하고 있더라도 결코 지시가 아니다.

지시는 특정한 행위(작위/부작위)를 명령해야 한다. 그 경우 부하의 행위는 업무수행의 시간, 장소, 양태에 있어서 특정되어야 하고, 부하에게 이니시어티브가 없어야 한다. 지시는 구두, 서면, 기타 방법(호각, 표시, 신호)으로 전달될 수 있어야 한다. 지시는 수령이 필요한 의사표시이기 때문에 부하에게 전달되어야 한다. 명령은 직무규정이나 계

속적 명령처럼 일반적일 수 있고 또는 개별사례에 대해서 발부될 수 있다. 명령이 계속해서 새로운 법적 효과를 발생시킬 때 계속적 명령이고, 어떤 명령을 단순하게 연장하는 것은 계속적 명령이 아니다. 직무규정이라도 구속적인 지시를 포함하고 있는 경우에만 명령이다. 그러나 연방국방부의 통일업무처리규정을 보충하는 국방부업무처리규정이 구속적인 지시를 포함하고 있더라도, 이는 조직핸드북이지 명령은 아니다(BVerwGE 103, 12).

복종의 요구는 명백하게 이해 가능해야 한다. 동료 간의 암시가 명령으로 파악되는 것에 대한 단순한 기대는 구체적인 상황에서 복종요구의 명확성을 대신할 수 없다. 비록 희망이나 부탁의 방식에 의한 지시라 하더라도 명령이 될 수 있다.

(나) 명령권의 한계

a) 직무상의 목적

부하가 수행해야 할 행동이 연방군의 헌법적 사명의 범위 안에 속하고, 군사적 필요에 봉사하는 경우에는 직무상의 목적이 존재한다.

어떤 행사가 직무상의 행사인지 사적인 성격을 갖는지가 다투어지는 때에는 결정은 원칙적으로 행사의 목적과 조직을 통해 판단한다. 그 경우 주최자가 누구인지는 부수적인 의미를 가진다(BVerwGE 76, 110).

카니발 행렬에 음악대의 투입, 퇴임하는 학교장의 송별식에 즈음한 사교적 성격을 지닌 직무상의 모임에 참석하라는 명령, 독일제헌절에 나토 참모들에 대한 독일측의 영접을 도우라는 명령, 부대구성원에 대한 사진촬영에 참여하라는 명령, 직무상의 목적에 기여하는 것이다.

b) 국제법규

명령을 발부할 경우에 준수해야할 국제법규는 기본법 제25조에 따라 독일법의 구성 부분이 국제법의 일반규범과 국제조약에 근거하여 효력을 가진 개별적인 국제법규범을 의미한다.

c) 법률

법률(Gesetze)은 전체국가법질서를 의미한다. 여기에는 헌법, 특히 기본권이 속하고, 비례성, 과잉금지, 신뢰보호와 같은 일반적인 법원칙도 이에 해당한다. 법률중에서 특히 군인법, 군인소원법, 군인징계법,²⁰⁷⁾ 군인참가법, 직접강제적용법, 군형법과 법규명령(시행령), 관습법 등이 중요하다.

d) 직무규정

직무규정(Dienstvorschriften)은 그 자체로 연방국방장관의 일반적인 명령(Anordnung)을 의미한다. 국방장관의 명령은 상관의 명령권을 관할이나 내용에 있어서 제한할 수 있다. 이는 국방장관이 하나의 구체적인 명령(Befehl)을 발하는 경우에도 타당하다. 국방장관이 직무규정을 개폐할 수는 있지만 구체적인 사건에서 직무규정의 개별조항으로부터 벗어나는 것은 특수한 사정, 국방목적상의 필요성, 비례원칙이나 신뢰보호와 같은 법적 관점과 조화되는 경우에만 허용된다.

(다) 불법적인 명령

명령이 이러한 한계를 벗어나는 경우에는 그 명령은 불법적이다. 상관은 그러한 명령을 발부해서는 안 된다. 정당방위나 긴급피난과 같은 정당화사유가 존재하는 때에는 예외적으로 허용된다. 따라서 직무규정의 목적보다 본질적으로 우월한 법익에 대하여 달리 피할 수 없는 위험을 피하기 위한 상당한 수단인 때에는 직무규정에 위반한 명령도 적법한 것이 된다.²⁰⁷⁾

독일군형법은 명령과 관련하여 상관의 책임에 대해서 명확한 규정을 두고 있다. 명령권 징계권을 남용하여 범죄행위, 불법행위, 직무이외의 행위를 요구 사주하는 행위는 범죄에 해당한다. 명령권남용죄(제32조, 제38조), 범죄행위교사죄(제33조, 제34조), 징계권남용죄(제39조) 등이다.

우리나라 군형법은 상관이나 초병에 대한 범죄규정을 엄청나게 많이 두고 있지만, 지휘관이 범할 수 있는 전형적인 범죄에 대해서는 입을 닫고 있다. 물론 우리 형법이나 군형법의 해석을 통해서 이러한 결론이 가능하지만, 상관의 책임에 대한 명료한 법규정은 명령계통 안에서 법치주의를 가능하게 할뿐만 아니라, 지휘관이든 하급자이든 자신들의 책임을 명료하게 인식시키는 작용을 한다. 불법적인 명령을 내리는 상관은 당연히 직무위반으로 징계책임을 질뿐만 아니라 군형법상의 형사책임을 질 수 있다.

<군형법 제32조 (명령권 남용)>

명령권한이나 직위를 남용하여 직무와 관련이 없거나 직무상의 목적에 위배되는 명

207) 군인징계법은 148개 조문으로 이루어진 법률로, 우리의 경우에는 이에 상응하는 법률은 없다. 다만, 군인사법 제10장에 징계에 관한 규정이 있을 뿐이다. 독일 군인지위법 제23조상의 직무위반행위(Dienstvergehen)에 대하여 징계조치가 가해지며, 징계조치는 단순징계조치와 법원에 의한 징계조치(중징계)로 구분된다. 징계구금(영창처분)은 법관의 동의를 요한다.

208) Werner Scherer/Richard Alff, 앞의 책, §10 Rn. 51.

령, 청구, 요구를 한 자는 다른 법 규정에 중한 형으로 처벌하는 경우를 제외하고는 2년 이하의 자유형에 처한다.

<군형법 제33조 (범죄행위의 교사)>

명령권이나 지위를 남용하여 하급자에게 형법상의 범죄를 구성하는 위법한 행위를 교사한 자는 그 범죄의 처벌규정c에 따라 처벌된다. 형벌은 2배까지 가중할 수 있으나 법정형의 최고한도를 넘어가서는 안 된다.

<군형법 제34조 (범죄행위의 효과 없는 교사)>

① 명령권이나 지위를 남용하여 하급자에게 형법상의 범죄를 구성하는 위법한 행위를 범하는 결정을 시도하거나 이의 교사를 시도한 자는 그 범죄의 처벌규정에 따라 처벌된다. 형벌은 형법 제49조 제1항에 따라 감경될 수 있다.

② 이하 생략

<군형법 제38조 (명령권의 참칭)>

명령권이나 징계권을 참칭하거나 명령권이나 징계권의 범위를 유월하는 자는 2년 이하의 자유형에 처한다. 단, 그 행위가 군형법 제39조(징계권의 남용-필자 주)의 형으로 처할 경우에는 그러하지 아니한다.

(2) 복종의 문제

독일 기본법 제20조는 헌법질서를 폐지하려는 세력에 대한 국민의 저항권을 인정하고 있다. 독일 기본법은 과거의 맹목적 복종이론을 전파하는 권위주의적인 국가철학을 청산하고 자유주의적이고 평화주의적인 정신을 도입하였다.

군인도 명령을 따랐다는 이유만으로 책임을 면할 수 없다. 사악한 법률을 집행해 놓고 법률에 따랐다는 것으로 책임을 면할 수 없었다. 이것은 독일의 과거청산과정에서 확립된 명제이다. 따라서 독일 군인법은 부하의 복종의무와 책임에 대하여 명료한 규정을 두고 있다.

<군인법 제11조 (복종)>

① 군인은 상관에게 복종해야 한다. 군인은 상관의 명령을 최선을 다해 완전하게, 양심적으로 그리고 지체 없이 이행하여야 한다. 인간존엄을 침해하는 명령이나 직무상의 목적에 부합하지 않는 명령을 이행하지 않는 것은 불복종이 아니다. 상관의 명령이 제2문상의 명령에 해당한다고 오인한 군인은 그 착오를 회피할 수 없었고, 명령에 대해 적법하게 불복하는 것이 정황상 기대할 수 없을 때에는 책임을 면한다.

② 명령이 범죄를 명하는 때에는 명령에 복종해서는 안 된다. 그럼에도 불구하고 하급자가 명령을 따른 때에는 명령의 준수가 범죄를 성립시킨다는 점을 알았거나 정황상 그 점이 명백한 경우에만 부하는 책임을 진다.

제1항에서 말하는 복종의무는 적법한 명령에 대해서만 인정된다. 나아가 불법적인 명령도 하자있는 행정행위와 마찬가지로 추정적 구속력을 지니므로 원칙적으로 준수해야 한다(BDHE 4, 181=NJW 1958, 1463). 그러나 제1항 제3문과 제2항에서 규정된 사유들에 해당한 경우에는 그러한 추정적 구속력이 소멸한다. 따라서 인간존엄을 침해하는 명령은 기본법 제1조 제1항의 기본적 명령에 반한다. 그러한 명령은 하자가 너무나 심각해서 명령의 불구속성이 추론된다. 예컨대, 훈련을 위해 지령이를 삼키라는 명령은 하급자의 존엄을 침해하는 것이어서 구속력이 없다(BVerwGE 93, 108=NJW 1992, 587).

직무상 목적에 부합하지 않는 명령은 월권행위에 해당하기 때문에 복종의무를 발생시킬 수 없다. 따라서 군의 목적에 속하지 않는 명령, 사적인 목적을 위한 명령, 직무와 관련이 먼 명령, 허위보고의 명령도 구속력이 없다. 객관적으로 불가능한 것을 명령한 경우에도 구속력이 없다(BVerwGE 86, 18). 이러한 구속력이 없는 명령에 대해서 하급자는 거부할 권리를 보유한다. 만일에 군인이 모든 인식능력과 윤리적 판단능력을 사용했음에도 불구하고 구속력이 있는 명령이 구속력이 없다고 판단하였다면 그러한 착오는 피할 수 없었던 것으로 평가된다.

제2항의 경우는 구속성의 엄격한 예외가 된다. 명령이 범죄를 명하는 경우에는 그러한 명령은 구속력이 없다. 하급자가 그러한 명령을 이행하였다면 원칙적으로 범죄의 책임을 면할 수 없다. 명령을 발부하는 상관 역시 책임을 면할 수 없다. 하급자는 그러한 명령이 불법적이라는 점을 알거나 정황상 평균적인 군인의 시각에서도 범죄라고 인정할 정도로 불법성이 명백한 때에는 책임을 면할 수 없다. 따라서 범죄의 의혹이 있는 정도인 경우에는 하급자의 책임을 추궁할 수 없다. 따라서 이 규정은 군형법 제5조 제2항과 더불어 명령과 복종의 영역에서 책임을 추궁하는 과정에서 상관에게 불리하게, 하급자에게 유리하게 작용한다.²⁰⁹⁾

(3) 불복종에 관한 하급자의 책임

독일군형법은 좁은 의미의 항명죄와 관련한 하급자의 범죄는 불복종죄(제19조), 항명죄(제20조), 명령위반죄(제21조)이다. 불복종죄(제19조)와 명령위반죄(제21조)의 경우는

209) Joachim Schölz/Eric Lingens, *Wehrstrafgesetz*, München, 2000, § 5 Rn. 1 이하.

명령의 위반뿐만 아니라 고의나 과실에 의한 중한 결과(schwerwiegende Folge)의 발생을 요구하고 있다. 우리의 균형법은 간단히 불복종이나 명령의 위반만을 규정하고 있기 때문에 하급자에게 보다 엄격한 규정임을 알 수 있다. 형량을 보더라도 불복종죄(제19조)나 항명죄(제20조)의 법정형이 3년 이하의 자유형에 그친 점을 우리의 균형법이 극단적으로 가혹하다는 사정을 알 수 있다.²¹⁰⁾

하급자가 상관의 명령을 이행했다고 하더라도 하급자의 책임을 명료하게 규정하고 있다. 우리 균형법은 이러한 문제에 있어서 명료성을 결여하고 있다. 실제 판결이나 해결기준을 어느 정도 이해할 수 있게 조목조목 규정되어야 할 필요가 있다.

<균형법 제5조 (명령에 따른 행위)>

① 하급자가 명령에 따라 형법상 구성요건에 해당하고 위법한 행위를 한 때에는 그 행위가 위법함을 알았거나 정황상 위법함이 명백한 경우에만 하급자는 책임을 진다.

② 명령을 이행하게 된 특수한 사정을 고려하여 하급자의 책임이 경미하다고 판단된 때에는 법원은 형법 제49조 제1항에 따라 형을 감경하거나 경죄의 경우에는 형을 면제할 수 있다.

하급자가 명령에 따르는 행위가 형법상 구성요건에 해당하고 위법한 행위(중죄 또는 경죄)임을 아는 때에는 책임이 조각되지 않는다(BGHSt 19, 231). 그러나 하급자가 구성요건에 해당하는 상황을 알지 못하는 때에는 명백성이 존재하지 않는 한 책임이 조각된다. 하급자가 자신이 범죄를 범할 가능성이나 개연성이 있다는 정도의 인식을 한 경우에도 책임이 조각된다. 상관이 진상을 알았다더라면 문제의 명령을 내리지 않았을 것이 명백한 경우에는 하급자는 그러한 명령을 교정해주어야 할 의무가 있다. 하급자가 상관의 판단을 용이하게 교정할 수 있는데도 그러한 노력을 하지 않았다면 하급자는 미필적 고의나 중과실에 따른 책임을 면할 수 없다. 하급자의 항명죄(제19조 내지 제21조)와 관련하여 하급자가 명령의 구속성에 대하여 오인한 경우에는 상세하게 규정하고 있다.

<균형법 제22조 (명령의 구속성; 착오)>

① 균형법 제19조 내지 제21조(제19조 항명죄, 제20조 복종의 거부죄, 제21조 명령의 중과실 불이행죄-필자 주)의 경우 명령이 구속적이지 않거나 명령이 직무상 목적에 부합하지 않거나 인간의 존엄을 침해하거나 범죄를 성립시키는 때에는 하급자의

210) 우리나라 균형법 제44조(항명죄)는 전시, 사변, 평시를 나누어 전시에는 사형까지, 사변 시에는 1년 이상 7년 이하 징역형, 평시에는 3년 이하의 징역형에 처하도록 규정하고 있다

행위는 위법하지 않다. 하급자가 명령이 구속적이라고 오인한 때에도 그 행위는 위법하지 않다.

② 하급자가 명령의 이행이 범죄를 성립시킨다고 오인하여 명령을 이행하지 않는 때에는 그 착오를 회피할 수 없었다면 하급자는 제19조 내지 제21조의 죄로 처벌하지 않는다.

③ 하급자가 명령이 다른 이유로 구속력이 없다고 오인하여 명령을 이행하지 않는 때에는 하급자가 착오를 회피할 수 없었고, 소위 구속력이 없는 명령 앞에 불복수단으로 자신을 방어하는 것을 정황상 기대할 수 없는 경우에는 때에는 균형법 제19조 내지 제21조의 죄로 처벌하지 않는다.

기타 독일은 <국제형사재판소에 관한 로마규정>을 이행하려는 목적에서 국제형법전(Völkerstrafgesetzbuch)을 제정하였다. 국제형법전은 범죄종류를 규정하고 있고, 국제형법전에서 정하고 있지 않는 것은 일반형법전의 적용한다고 규정하고 있다. 따라서 국제법상의 군인이 저지를 수 있는 범죄 전반에 대하여 법교육을 부과하고, 범죄에 대해서는 처벌을 규정하고 있다.

5. 군인의 정치적 권리와 한계

군인의 정치활동과 관련해서 우리 헌법이나 법령은 매우 엄격하다. 정치활동관련규정은 군의 정치적 중립성, 또는 비정치성을 지향하고 있다. 실제로 선거권이나 투표권을 행사하는 경우를 제외하고 원칙적으로 직무안팎으로 정당 활동이나 정치 지향적 행위가 엄격하게 금지되고 있다. 군인복무규율 제17조가 이 점을 분명히 하고 있다.²¹¹⁾ 군사 쿠데타, 조직적인 군권선거 등의 체험으로 인하여 1987년 헌법은 군의 정치적 중립성을 거의 절대적으로 요구하고 있다. 그러나 이러한 절대적 중립성의 원칙을 향후에도 고수하는 것이 좋은지는 정책적으로 재고할 때에 이르지 않았나 생각된다.

독일은 전통적으로 군대에 대하여 중립성을 요구하였다. 그러나 군대의 중립성이 사실상 은폐된 파당성에 지나지 않고, 정치적 보수주의로 기울어진다는 점을 반성하고, 오히려 군인 개개인의 정치적 견해의 자유나 정치적 활동의 자유를 허용하는 쪽으로

211) <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

방향을 잡았다. 여기에서 군인의 정치활동에 관한 골격 규정은 군인의 정치활동의 허용(군인법 제15조), 공직출마의 허용(군인법 제25조), 국가에 대한 충성의무(군인법 제8조)이다.

<군인법 제15조 (정치활동)>

① 군인은 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 전우에의 기본원칙에 따른 제한을 받는다. 군인은 직무상의 공통성이 중대하게 어지럽혀지지 않도록 행동해야 한다. 특히 군인이 연설을 하거나 문서를 배포하거나 정치단체의 대표자로 활동하는 등 일정한 정치집단의 선전자의 역할을 하여서는 안 된다. 상호 존중이 위태롭게 되어서는 안 된다.

③ 군인이 정치적 행사에서 군복을 착용해서는 안 된다.

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

<군인법 제25조 (선거권과 공직관계)>

① 군인이 독일연방국회의원선거, 주의회의원선거, 자치단체대표선거의 후보로서의 지명을 받아들였을 때에는 지체 없이 그 사실을 직속 징계권자에게 알려야 한다.

② 1978년 6월 1일 이후에 주의회의원으로 선출된 직업군인과 기간제군인의 법적지위에 관해서는 독일연방국회의원으로 선출된 직업군인과 기간제군인에게 적용되는 국회의원법 제5조 내지 제7조, 제8조 제2항, 제23조 제5항, 제36조 제1항의 규정이 준용된다.

③ 자치단체대표, 지방자치법에 의하여 설치된 위원회, 혹은 이에 견줄 수 있는 자치구역내의 조직의 일원으로서의 활동을 위해 필요한 휴가는 유급으로 군인에게 허용된다. 제1문의 내용은 자치단체대표에 의하여 선출된 법률에 의하여 설치된 위원회의 명예위원에게도 적용된다. 제1문 또는 제2문에 의한 휴가는 직무기관과 자치단체의 이해관계를 비교하였을 때 예외적인 우선순위가 인정될 수 있을 때에만 거부될 수 있다; 그와 같은 경우에는 국방부가 결정을 내린다.

④ 직업군인이 내각의 일원이나 내각의 정무차관으로 임명이 되면 연방내각의구성에 관한 법률 제18조 제1항, 제2항, 제20조가 준용된다. 동일한 조항이 주정부의 일원이나 정무차관의 법적지위에 관한 법률의 정무차관에 상응하는 공직에 임명된 경우에도 적용된다. 제1문과 제2문의 내용은 기간제군인에게도 적용되며 기간제군인에게는 연방내각의구성에 관한 법률 제18조 제2항의 퇴역을 복무관계의 종료로 바꾸어 적용한다.

군인법 제15조에 따르면 근무시간 중에 군인은 정치활동을 할 수 없고, 이때에도 동료와 개인적인 정치적 견해를 나눌 수 있다. 자유시간에 정치활동을 할 수 있다. 그러나 자유시간에 부대막사나 시설 안에서 자유로운 표현권이 동료의 기본권을 침해해서는 안 된다. 군인은 또한 정치적 집회나 행사에 제복을 입고 참가해서는 안 된다. 나아가 상관은 하급자에게 정치적 견해에 영향력을 행사해서는 안 된다.

군인이 정당이나 시민단체에 가입하는 것은 당연히 허용된다. 군인법 제25조에 따르면 군인은 연방하원의원, 주의원, 지방자치단체의원, 유럽의회의원에 일정한 절차에 따라 출마할 수 있다. 오로지 선거권이나 투표권을 인정하는 우리와 매우 다른 차원을 갖고 있다.

군인법 제8조는 민주적 기본질서에 충성할 의무를 군인에게 부과하고 있다. 그런데 이 규정은 군인의 정치활동의 한계규정으로 작용하고 있다. 군인이 가입한 정당이 민주적 기본질서를 부정하고, 헌법적대적인 목표를 가지고 있다면, 그러한 정당에 가입하여 활동하는 행위는 군인법 제8조를 위배한 것이고, 따라서 징계사유에 해당한다. 연방행정법원은 1982년에 독일공산당(DKP)의 목적이 자유민주적 기본질서와 양립하지 않는다고 판결하였고, 또한 독일민족민주당(NPD)이 같은 판단을 받았다(각각 BVerwGE 73, 263;83, 136). 따라서 이러한 정당에서 적극적으로 활동한 군인은 징계조치를 당할 수 있다. 통일이후에 극우정당인 공화주의자당(Die Republikaner)이 논란의 초점이 되고 있다. 연방행정법원은 공화주의자당에서 적극적인 당원으로 활동한 예비군 중위를 예비군에서 배제하는 연방군의 징계조치를 지지하였다(BVerwG 2003.9.17판결).

6. 재판/징계/소원/진정과 군인의 인권

(1) 군사법원

독일 기본법 제96조 2항은 군형사법원의 설치를 예정하고 있다. 그러나 현재까지 군형사법원이 설치되지 않았다. 규정에 따르면 군사법원은 계엄상태나 해외 또는 전함에 있는 군인을 관할한다. 평시에 독일영토에서 저질러진 범죄를 처벌하기 위하여 군사법원을 설치하는 것은 위헌적이다.

군사법원은 민간인을 재판할 수 없다. 다른 한편 군사법원의 관할은 복무중에 저질러진 범죄에 대해서 미친다. 기본법은 또한 군사법원의 판사는 법률가일 것을 규정하고 있다. 군사법원에 대한 이러한 엄격한 제한은 제2차세계대전중 독일의 체험으로부터 비롯된 것이다. 나치의 군사법원은 3만 건 정도의 사형을 선고하였고, 2만여 명의 군인을 처형한 바 있었다. 현재 특별한 군사법원이 존재하지 않기 때문에 일반형사법

원이 균형법을 적용한다.

(2) 상관의 범죄

독일균형법과 한국의 균형법간의 가장 큰 차이점은 상관의 범죄에 대하여 독일균형법이 엄정하다는 점이다. 특히 권리구제절차에 대한 상관의 간섭을 범죄로 규정하고 있다. 하급자의 소원을 방해하거나 재판에 영향을 미치는 행위 역시 상관의 범죄로 규정하고 있다. 소원방해죄(균형법 제35조), 재판방해죄(균형법 제37조) 등이다. 권리구제의 철저함을 엿볼 수 있는 대목이다. 우리사회에서 상관의 이러한 행위들이 과연 범죄로 평가받을 수 있을지 의문스럽다. 2005년 멀치사건에서 보듯이 사건을 인터넷에 유포하는 행위나 이를 방임하는 것이 징계사유가 되는 현실에서 매우 주목할 만한 규정들이다. 소원방해죄는 권리구제절차의 침해와 하급자의 개별적 권리를 침해하는 경우이고, 재판방해죄는 전형적으로 공무집행방해죄의 유형이다.

<균형법 제35조 (소원방해죄)>

- ① 명령, 협박, 약속, 선물 또는 기타의 의무에 반하는 방법으로 하급자가 독일연방 또는 주의 의회, 연방의회의 국방감독관, 부서(Dienststelle) 또는 상관에게 진정, 신고 또는 소원을 제출하거나 고발을 하거나 법적 구제수단(Rechtsbehelf)을 이용하는 것을 방해한 자는 3년 이하의 자유형에 처한다.
- ② 자신이 직무상 심사하거나 제출하여야 할 의무가 있는 진술을 억압한 자도 같은 형에 처한다.
- ③ 미수는 처벌한다.

<균형법 제37조 (사법방해죄)>

명령권이나 직위를 남용하여 사법기관으로서 활동하는 군인에게 부당한 영향력을 행사하려고 기도한 자는 5년 이하의 자유형에 처한다. 단 그 행위가 다른 법 규정에 중한 형으로 처할 경우에는 그에 따른다.

<균형법 제39조 (징계권의 남용)>

징계권을 보유한 상관이 고의로 또는 정을 알면서 다음의 행위를 하는 때에는 5년 이하의 자유형에 처한다.

1. 법률상 징계처분의 대상이 되지 않는 하급자에게 징계조치를 취하거나 징계조치를 취하도록 영향을 미치는 행위
2. 종류나 한도에 있어서 법률에 규정되지 않거나 상관의 취할 수 없는 징계조치

를 하급자에게 불리하게 취하는 행위

3. 직무위반행위에 대해 허용되지 않는 조치로 벌하는 행위

(3) 징계조치

<군인법 제23조 (직무위반)>

① 군인이 유책하게 자신의 의무에 위반하면 직무위반에 해당한다.

② 다음 각 호의 1은 직무위반으로 간주한다.

1. 군인이 퇴역이후에 자신의 비밀엄수의무를 어기거나 보수나 답례 수령의 금지를 위반하였을 때, 혹은 제20a조에 해당하는 행위를 보고하지 않거나 금지에 반하게 수행한 경우

2. 장교 또는 부사관이 퇴역이후에 기본법의 자유민주적 기본질서에 반하게 활동하거나 불미상관으로 제임용되는 데에 필요한 존중과 신뢰를 얻지 못하게 불미스러운 행동을 한 경우

3. 퇴역후의 직업군인이 새로운 복무임용에 응하지 않은 경우

③ 직무위반의 책임추궁에 관한 상세한 사항은 군인징계법이 규정한다.

군인은 직무상의 의무를 위반하면 징계의 대상이 된다. 또한 퇴역군인의 경우에도 각종 징계조치가 가해질 수 있다. 군인법 제23조 제3항은 군인징계법을 예정하고 있다. 징계절차에 대해서는 군인징계법(Wehrdisziplinarordnung)이 적용된다. 군인징계법은 148개 조문으로 이루어졌다. 군인징계법은 유럽인권협약에 부합하는 것으로 간주된다.

가. 경징계와 중징계

징계는 두 가지 종류로 되어 있다. 경징계와 중징계이다. 경징계는 지휘관이 직접 부과한다. 경징계는 의무복무군인이든 직업군인이든 기간제 군인이든 구별하지 않는다. 경징계는 견책(Verweis), 엄중견책(Strenger Verweis), 징계범칙금(Disziplinarbuße), 외출제한(Ausgangsbeschränkung), 징계구금(Disziplinararrest) 다섯 종류이다. 경고는 군인의 직무위반행위에 대한 형식을 갖춘 비난이다(군인징계법 제23조 제1항). 엄중경고는 부대에 공시되는 비난이다(제2항). 징계범칙금은 1개월 급여를 초과하지 않는다(제24조). 외출제한은 허락없이 직무상의 숙소를 떠나는 것을 금지하는 조치이고, 중한 경우에는 금지기간 동안 또는 특정 날짜에 공유공간의 출입과 면회접수를 금지시킬 수 있다. 외출제한은 1일 이상 3주 이하의 기간동안 가능하다(제25조). 징계구금은 자유의 박탈이다. 징계구금은 우리의 영창처분과 동일하다. 징계구금은 3일 이상 3주 이하의

기간동안 가능하다(제26조). 경징계 중에서 가장 무거운 징계는 징계구금이다. 징계구금조치를 취하는 경우에는 관할부대직무법원의 판사의 동의를 얻어야 한다(군인징계법 제40조).

중징계는 징계법원에 의해서 내려지는 징계조치이다. 중징계조치는 직업군인과 기간제군인에 대해서만 가해진다. 중징계의 종류는 감봉조치, 승진금지, 호봉강등, 계급강등, 해임이다(군인징계법 제58조). 퇴역군인에 대한 중징계수단은 연금감액, 계급강등, 연금박탈이다.

나. 군인직무법원

중징계는 법원에 의해서만 내려지는데, 군인직무법원(Wehrdienstgerichte)은 부대직무법원(Truppendienstgerichte)과 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht)으로 구성된다. 이 법원은 군인의 소원사건과 법원에 의한 징계조치(중징계)사건을 담당한다.

기본적으로 부대직무법원은 연방국방장관의 권한범위에 속한다. 제1심법원으로서 2개의 부대직무법원(남부/북부)이 존재한다. 부대직무법원은 19개의 부를 가지고 있다. 각부는 1인의 법관(재판장)과 2인의 명예법관으로 구성되며 변론절차에서 법원에 의한 징계조치(중징계)를 결정한다. 명예법관은 징계조치대상자와 계급이 같은 군인 1인, 징계조치대상자보다 계급이 높은 참모장교 1인으로 한다(군인징계법 제75조).

연방행정법원은 부대직무법원의 상급법원이다. 연방행정법원의 병무사건부(Wehrdienstsenate)는 법원에 의한 징계절차(중징계절차)에서 제2심의 군인직무법원이다. 사실심으로서 부대직무법원의 판결을 파기할 수 있다. 또한 군인징계법 제114조상의 소원에 대하여 연방행정법원은 항소법원이다.

(4) 군인소원제도

군인소원제도는 군 내부의 고충처리제도이다. 그러나 그 고충대상이 권리침해와 연결되어 있는 경우에 소원인은 여러 가지 불복수단을 가지며 최종적으로 법원의 판결을 구할 수 있다. 국방감독관제도가 군대바깥의 제도라는 점에서 상당한 차이가 있다.

건의제도(Gegenvorstellung)와도 상당한 차이가 있다. 건의제도는 기본적으로 상관의 명령의 적법성에 대하여 의문을 가진 부하가 상관에게 이견을 표현할 수 있는 권리이다. 전통적으로 인정되는 권리로 설명되고 있으나 때로는 부하의 심사권, 책임과 관련해서 특정한 사항하에서는 전혀 이견을 제출하지 아니한 부하는 군인법상의 직무위반의 책임을 추궁당할 수도 있다.

군인소원제도(Wehrbeschwerde)는 기한과 형식의 제안을 받고 서면결정을 요구하는 권리구제수단이다. 상관이나 군대의 관청에 의해 부당하게 취급당했다거나 동료의 의무위반행위에 의하여 권리를 침해받았다고 생각하는 군인은 관할 징계상관에게 군인소원을 제기할 수 있다(군인소원법 제1조).

대표위원의 소원권은 군인참가법이 규율한다. 군인은 진정에 대하여 1개월 이내에 결정을 통보받지 못했다는 사정을 소원의 이유로 삼을 수 있다. 직무상의 판단에 대해서는 소원이 인정되지 않는다. 집단소원은 부적법하다. 이 제명에서는 기본법 제17조상의 청원권이 제한된다.

소원을 법이 정하는 방식으로 제기하지 않았다거나 기한을 지키지 못했다거나 근거 없는 소원을 제기했다는 것을 이유로 어느 누구도 불이익한 처우를 받지 아니한다(군인소원법 제2조).

소원은 사유를 안 날로부터 2주 이내에 제기해야 한다. 소원은 서면 또는 구두로 제기할 수 있다. 소원이 구두로 수리된 경우에는 수리한 자의 서명을 받아야 한다(군인소원법 제6조). 소원은 징계상관이 결정하고, 징계상관의 소원결정(Beschwerdebescheid)에 대하여 재소원(Weitere Beschwerde)을 제기할 수 있으며, 재소원은 소원결정이 있는 후 2주 이내에 한다. 재소원은 차상급 징계상관이 관할한다(군인소원법 제16조)

재소원에서 소기의 목적을 달성하지 못한 소원인은 부대직무법원(Truppendienstgericht)의 결정을 요구할 수 있다(군인소원법 제17조). 이 결정을 다투는 수단은 연방행정법원에 항고하는 것이다.

또한 소원 또는 재소원을 포함해서 연방국방장관의 결정이나 조치에 대해서는 소원인은 직접 연방행정법원의 결정을 구할 수 있다(군인소원법 제21조).

(5) 국방감독관 제도

앞의 제2장을 참조.

(6) 군인참가제

가. 연혁

군인참가제도는 사회민주주의 전통의 경영참여제나 인사참여제가 군 조직에 투영된 것이다. 참여제도는 조직 내의 약자들의 고충을 원활하게 처리하도록 하며, 조직의 중

요문제를 결정하는 데에 있어서 민주성을 제고하는 강점을 가진다.

참여제도는 일반적으로 기업의 경영협의회에서 노동자의 참여를 보장하는 공동결정법(Mitbestimmungsgesetz)과 공무원영역에서 공무원의 참여를 보장하는 연방인사대표법(Bundespersonalvertretungsgesetz)에도 존재한다.

군대의 헌법상의 과업, 군복무의 특수성으로 인해 지휘책임은 원래 분할할 수 있는 것이 아니다. 그런 점에서 상관의 결정에 대한 군인의 참가는 다른 공무원영역보다 처음부터 제한적일 수밖에 없다. 그러나 군대의 유동적인 부분을 제외하면 군인도 공무원이나 근로자와 유사한 기능을 수행하고, 군대업무를 행정기관의 사무처리방식과 마찬가지로 사무를 집행하는 근무처나 영조물 등이 있기 때문에 군인의 이익대표도 다양하게 규율된다. 군인참가법(Soldatenbeteiligungsgesetz) 제1조 제2항은 대표위원(Vertrauenspersonen), 대표위원회(Gremien der Vertrauenspersonen), 인사대표(Personalvertretung)를 통해 군인을 대표하도록 규정하고 있다.

연방군에는 상이한 계급에 따라 대표위원제도를 두고 있다. 상이한 계급에 의해 선출된 대표위원들은 분쟁과 여타 중요한 사항에 있어서 상관과 하급자사이에 조정을 도모한다. 병사들에게 대표위원이 당연히 존재하며, 병사들 간의 문제가 발생하거나 상관과 견해차가 발생하는 때에는 대표위원은 최초의 지원자가 된다.

나. 대표위원

대표위원과 관련해서 보자면, 장교, 부사관, 사병은 직접비밀선거로 각각 1인의 대표위원과 2인의 대리인을 선출한다. 이때 유권자집단은 최소한 5인 이상이어야 한다(군인참가법 제2조 제1항). 대표위원은 선출된 영역에서 상관과 하급자 간의 책임 있는 협력 및 동지애적 신뢰의 강화에 기여해야 한다.(군인참가법 제18조 제1항). 징계권을 가진 상관은 대표위원이 과업을 수행할 수 있도록 지원해야 한다(군인참가법 제18조 제3항). 대표위원은 취임 후에 포괄적으로 자신의 과업에 대해 고지 받아야 하고, 필요한 문서에 대하여 열람의 기회가 제공되어야 한다.

대표위원이 업무로 삼는 것은 인사사항(군인참가법 제23조), 근무사항(군인참가법 제24조), 급부배려사항(군인참가법 제25조), 직업교육 및 계발조치(군인참가법 제26조), 징계조치시에 의견개진 및 청문(군인참가법 제27조, 제28조) 등이다.

대표위원의 참가의 형식은 세 가지로 규정되어 있다. 청문(군인참가법 제20조), 제안권(군인참가법 제21조), 공동결정(군인참가법 제22조)이다. 또한 군인의 직무법의 형성에 대한 참가에 대해서는 연방공무원법 제94조²¹²⁾가 준용된다(군인법 제35a조).

212) <연방공무원법(Bundesbeamten-gesetz) 제94조>

<군인참가법 제24조 (제안권)>

① 대표위원에게 제안권이 있는 경우에는 상관은 제안들을 대표위원과 함께 토의해야 한다. (생략)

② 관할 상관이 제안을 따르지 않거나 전체적으로 따르지 않는 때에는 징계권자는 대표위원에게 이유를 부기하여 자신의 결정을 고지해야 한다.

③ 제안이 거부된 경우에는 대표위원은 차상급 상관에게 그 사항에 대해 의견을 개진할 수 있다. 차상급 상관은 직무상의 이유가 있는 경우를 제외하고는 명령이나 여타 조치의 시행을 자신이 결정할 때까지 유보시킬 수 있다.

④ 대표위원의 제안이 그가 대표하는 영역을 넘어가는 때에는 상관은 차상급 상관에게 해당 제안에 자신의 의견을 부쳐 제출해야 한다.

⑤ 제안이 성질상 지체없이 이행해야 할 조치와 관련이 있는 때에는 차상급 상관은 최종적인 결정을 내리기 전까지 임시적인 결정을 취할 수 있다. 그는 자신의 차상급 상관과 대표위원에게 이유를 부기하여 임시적인 결정을 통지하여야 한다.

<군인참가법 제22조 (공동결정)>

① 조치나 결정이 공동결정의 대상인 때에는 조치나 결정을 관할하는 상관은 대표위원에게 즉시 통지하고, 의견표명의 기회를 제공해야 한다. 조치나 결정은 대표위원과 토의해야 한다. 대표위원은 이 경우 조치도 제안할 수 있다.

② 합의가 이루어지지 않는 때에는 조치나 결정은 유예되고, 차상급 상관의 의견을 구해야 한다. 합의가 다시 이루어지지 않는 때에는 관할부대직무법원의 재판장에 의하여 소집된 중재위원회는 다수결로 결정한다. 중재위원회는 관할부대직무법원의 재판장이외에 상관, 차상급 상관, 대표위원, 대리인 1인으로 구성된다. 대리인이 참여할 수 없는 때에는 대표위원은 단체의 다른 대표위원을 중재위원회의 구성원으로 지정한다. 제24조 제5항의 예에서 합의가 성립하지 않는 때에는 중재위원회는 권고의견을 제시한다. (생략)

③ 성질상 지체없이 이행해야 할 조치가 문제된 경우에는 차상급 상관은 최종적인 결정을 내리기 전까지 임시적인 결정을 취할 수 있다. 그는 대표위원에게 이유를 부기하여 임시적인 결정을 통지하여야 하며, 제2항의 절차를 지체없이 개시해야 한다.

다. 전체대표위원회

대표위원은 군 전체 차원에서 조직화되고, 국방부 내에 전체대표위원회(Gesamt-vertrauenspersonenausschuss; GVPA)가 설치된다. 육해공군 군위생부대, 중앙군부대의

관할노동조합들의 최상부조직들은 공무원의 복무관계에 대한 일반적인 규율체계를 준비하는 경우에 참가할 수 있다.

군인들은 경력별로, 지위별로 전체대표위원회에 대표를 보낸다. 대표위원(Vertrauensperson)은 전체대표위원회의 구성원을 직접 비밀투표로 선출한다(군인참가법 제35조). 전체대표위원회의 선거는 4년마다 실시한다. 국방장관은 전체대표위원회의 대변인을 <민주적·시민적 지휘문제 자문위원회>의 상임게스트로 초청해야 한다.

전체대표위원회는 인사, 사회, 조직 영역에서의 국방부의 원칙수립과정에서 그러한 원칙이 군인에 영향을 미치는 한에서 의견을 진술할 수 있다. 전체대표위원회는 청문 이전에도 이러한 영역에서 의견을 제시할 수 있다. 군인참가법이 대표위원에게 제안권과 공동결정권을 인정하는 한에서 대표위원회는 원칙결정시에 제안권과 공동결정권을 보유한다. 국방장관과 전체위원회간의 공동결정사항에 있어서 합의가 이루어지지 않는 때에는 협의를 통해 중재위원회(Schlichtungsausschuss)를 구성한다. 중재위원회는 장관과 전체대표위원회에 의해 지명한 중재위원 각 3인 그리고 공정한 중재위원장 총 7인으로 구성된다(군인참가법 제37조).

입장, 이견, 제안은 전체대표위원위원회의 결의 사항이다. 위원회의 구성원들은 2개월마다 정기적으로 회합한다. 국방장관은 전체위원회에 참여가 필요한 조치가 있는 때에는 이를 즉시 통지해야 한다. 장관은 4주 또는 긴급한 경우 2주간의 의견표명의 기회를 전체위원회에 주어야 한다. 국방장관은 전체위원회의 결의를 고려해야 할 의무를 진다. 고려하지 않는 때에는 그 이유를 서면으로 밝혀야 한다. 전체위원회가 서면으로 이견을 제출하지 않는 때에는 동의한 것으로 간주한다(군인참가법 제38조 제1항).

전체대표위원회는 개별적인 사건을 처리하는 소원접수처나 청원수리처가 아니다. 전체위원회는 원칙적인 규정들이 문제되는 경우에 국방장관에 맞서 군의 관심사를 대변한다. 당연히 전체대표위원회는 모든 대표위원과 대표위원회를 지지한다. 전체대표위원회의 실무는 군인참가법 제46조에 따라 소위원회의 실무그룹에 처리한다.

상관과 부하/명령과 복종

ZDv 1/50, ZDv 14/2, ZDv 14/5

군인 개인뿐만 아니라 군내부질서에 대해서도 “명령과 복종”의 각별한 중요성 때문에 상관과 부하의 의무와 권리를 요약하고, 예를 들어 설명한다. 모든 군인은 진급, 특수한 과업의 담당, 특별한 명령에 기하여 상관이 될 수 있다.

I. 상관

상관은 군인에게 명령할 권한을 가진 자이다(군인법 제1조). 군의 최고상관은 평화 시에는 국방장관이고, 방어사태에서는 연방수상이다. 그 나머지 상관의 명령권은 상관 규정이 개별적으로 정한다.

1. 지위에 기한 상관
(이하생략)
2. 계급에 기한 상관
(이하생략)
3. 특별한 명령에 기한 상관
(이하생략)
4. 독자적인 상황판단에 기한 상관
(이하생략)

II. 상관의 의무

상관은 명령을 발할 권리만을 갖는 것이 아니다. 상관이 준수하지 않으면 직무범죄나 군형법상의 범죄가 될 수 있는 의무가 군인법에 규정되어 있다.

1. 상관은 태도와 의무이행을 통해 모범을 보여야 한다(제10조).
다음의 경우에는 모범적인 태도로 본다
 - 상관이 직무수행시에 항상 규율있는 자세로 나타나고, 자신의 직무에 용의주도하고 정확하고 질서정연하고, 복장도 정확하게 갖추고, 개인적으로 단호하고, 정의를 시해하고, 용기를 보여주고, 부하를 대변하는 경우
 - 상관이 직무 바깥에서 겸손하고,
(이하 생략)

II. 상관의 의무 위반에 따른 범죄

1. 학대죄(군형법 제30조)

부하에게 고의로 신체상의 침해, 예컨대, 신체상의 학대 또는 건강상의 침해를 가하는 행위. 학대를 교사하거나 묵인하는 행위도 범죄다.

2. 모욕적 처우(군형법 제31조)

모욕적 처우와 정을 알면서 직무상 곤란을 초래하는 행위, 상관이 그러한 행위를 교사하거나 묵인하는 행위도 범죄다.

3. 명령권의 남용

상관이 명령권과 지위를 직무와 관련이 없거나 직무상의 목적에 배치되는 명령이나 기대를 위해 남용하는 행위

4. 불법적인 행동의 사주

상관이 부하에게 범죄를 사주하는 경우. 상관은 상관이 죄를 범하는 것과 동일하게 처벌받는다.

(이하 생략)

무력충돌상황에서 국제인도법

법적 근거(ZDv 15/1; ZDv 15/2; ZDv 15/3)

1. 국제인도법은 무력충돌상황에서 인간의 보호에 기여하는 법규범의 전체를 포괄한다. 국제인도법은 전통적인 국제전쟁법의 확인이자 계속적 발전이고, 당사국에 의해 전쟁으로 간주되지 아니한 무력충돌 상황에서도 적용된다. 특정한 법규는 국가와 그 국가의 시민 사이에서도 적용된다.

2. 국제인도법은 적을 패퇴시키기 위한 폭력행사에 일정한 한계를 설정하고 폭력행사를 규칙 아래 둔다. 중요한 법적 기초는 1907년 일련의 헤이그협약과 1949년의 제네바 4개 협약 그리고 1977년 추가의정서이다. 이하에서는 법적인 근거들과 개별군인에게 중요한 규정들을 제시할 수 있다.

3. 적의 패퇴에 필요한 폭력행사만이 허용된다. 전투행위는 오로지 군사적인 목표만을 겨냥해야 하고, 불필요한 고통을 야기해서는 안 되며, 비열한 방식으로 이루어져서는 안 된다.

따라서 군사적 필요성과 인도성의 요구를 동시에 고려해야 한다.

4. 일반적인 국제법규는 기본법에 따라 연방법의 구성부분이고, 법률보다 우선하며, 독일연방공화국의 전주민에 대하여 직접적으로 권리와 의무를 발생시킨다. 일반적인 국제법규는 인도성과 양심의 명령에 따른 행동을 요구한다. 나아가 연방군의 구성원은 우리 국가를 구속하는 조약들을 준수하고 관철시킬 의무가 있다.

5. 연방군의 군인은 국제법규를 존중하고 준수하고 자신의 행위기초로 삼아야 할 의무를 진다. 법적 상황에 관해 의문이 발생하는 경우에는 군인은 경우에 따라 상관의 결정을 얻어야 한다. 가능하지 않는 때에는 군인은 인도성의 원칙에 따라 행위하고, 자신의 양심에 복종해야 한다.

군인은 전투의 경우에도 비인도적 행위를 회피해야 하고, 무장하지 않는 자와 요보호자에 대한 폭력행사, 비열한 행위, 잔학행위를 하지 말아야 한다. 상관은 국제법에 위반된 명령을 발하지 말아야 하며, 부하는 국제법에 반하는 명령에 복종하지 말아야 한다(<상관과 부하/명령과 복종> 참조). 국제인도법의 중대한 위반은 범죄행위이고 자국이나 외국에 의해 형사소추될 수 있다.

전투요원, 비전투요원, 포로의 지위

충돌당사국의 군대는 직접 적대행위에 가담할 수 있는 전투요원, 전투임무를 지지않는 비전투요원으로 구성된다.

1. 충돌에 관여한 당사국의 무장세력은 어느 정도 편제를 갖춘 민병대, 의용군을 포

합하여 조직된 무장단체, 집단, 부대로 구성된다. 이들은 책임있는 지휘부에 복종해야 하고, 국제법의 준수를 보증하는 규율체제에 복종해야 한다.

여성의 지위는 남성과 동일한 원칙에 따라 규율된다. 충돌당사국은 15세미만의 아동이 전투행위에 직접 참가하는 것을 방지하는 수단을 강구해야 하고, 그러한 아동을 군대에 편입시켜서는 안 된다.

2. 정규군의 구성원은 제복을 착용한다. 제복을 착용하지 않는 군대의 전투요원은 먼곳에서도 식별가능한 인식표를 착용해야 하고 무기를 공개적으로 휴대해야 한다.

(이하 생략)

국제형법전

국제형법전은 국제형사재판소에 관한 로마규정의 기준을 통해 독일이 부담하는 국제법적인 의무를 이행하기 위해 제정한 형법전이다. 형법전 이외에 독자적인 법전으로서 국제형법전은 일반적인 형법으로 처벌할 수 없거나 처벌하기 곤란한 국제법위반 범죄의 특수한 불법을 처벌한다. 예컨대, 포로를 만들지 말라는 상관의 명령과 협박, 소년병사의 강제징집 또는 점령지역에서 점령군이 국제법을 위반하여 민간인을 이송하는 행위. 국제형법의 주된 규율내용은 집단살해죄, 인도에 반한 범죄, 전쟁범죄다. 연방군의 군인도 국제형법의 범죄자에 해당할 수 있다.

집단살해(제6조)와 인도에 반한 범죄(제7조)는 국제적인 무력충돌, 비국제적인 무력충돌 나아가 평화시에도 저질러질 수 있다. 인도에 반한 범죄는 게다가 민간인에 대하여 확대된 또는 체계적인 공격의 범위 내에서 저질러져야 한다는 점을 전제한다. 전쟁범죄는 개념적으로 무력충돌과 연결되어 있다. 전쟁범죄는 사람에 대한 전쟁범죄(제8조), 재산과 여타 권리에 대한 전쟁범죄(제9조), 금지된 전쟁수단을 이용한 전쟁범죄(제12조)로 체계적으로 구분된다. 전쟁범죄는 국제적인 충돌 뿐만 아니라 비국제적인 충돌에서도 처벌될 수 있으며, 사람(제8조 3항), 재산과 여타 권리(제9조 2항), 사용이 금지된 무기의 투입(제11조 3항)에 대한 전쟁범죄의 개별적인 구성요건은 국제적인 무력충돌에서 형벌이 부과된다.

나아가 국제형법전은 상관이 부하의 범죄의 임박성을 알고 있고 사전에 방지할 수 있었는데 부하가 범죄를 범했을 때(국제형법전 제13조)에는 군사적 상관의 감독의무 위반을 국제법에 반하는 범죄로 다루고, 부하의 국제형법전상의 범죄행위에 대한 신고의 부작위(제14조)를 국제법에 반하는 범죄로 다루고 있다.

국제형법전도 병역법 제5조에 유사한 행위를 포함하고 있다. 군사적 명령의 수행에 있어서 국제법에 반한 범죄를 범한 자는 그 명령이 위법하다는 것을 알지 못하거나 그 위법성이 명백하지 아니한 때에는 책임이 없다(국제형법전 제3조). 현재까지 독일에는 없는 부하의 범죄에 대한 상관의 책임규정을 국제형법전 제4조가 두고 있다. 제4

조는 부하와 동일하게 상관을 처벌하고 있다. 상관의 특수한 책임으로 인하여 감경사유는 배제된다.

국제형법전상의 범죄의 소추와 선고된 형의 집행은 시효가 없다.

심각한 국제법상의 범죄를 처벌하기 위해 로마규정에 근거하여 헤이그에 국제형사재판소가 설치되었다. 국제형사재판소는 개별국가가 형사소추를 할 수 없거나 할 의사가 없는 때에만 관할권을 행사한다(보충성의 원칙). 독일은 로마규정에 입각한 국제법상의 의무를 국제형법전으로 이행하고 있기 때문에 독일형사재판권이 국제형사재판권에 우선한다. 국제형법상의 범죄를 관할하는 형사법원은 란트고등법원(OLG)이 제1심으로 관할한다.

교육조치(Erzieherische Maßnahme)²¹³⁾

ZDv 14/3

1. 교육조치는 좋은 성과를 인정하고 군인의 의무수행에 있어서 잘못을 제거하기 위하여 상관의 수준에 있는 중요한 수단이다. 교육조치는 선의를 확인하고, 성취욕을 촉진하고, 무관심에 박차를 가하고, 반감에 의무를 상기시키고, 이를 통해 의무에 부합하는 행동, 성과, 자기교양의 열의를 강화시켜야 한다.

교육조치는 군인징계법에 따른 정식의 인정이나 징계조치의 대용물이 아니다. 교육조치는 그 이유와 적절하고, 내적이고, 시기적으로 밀접한 관계를 유지해야 하며, 추구한 결과를 도달할 수 있을 정도로 적합해야 한다. 교육조치가 직무의 자의적인 곤란을 초래해서는 안 된다.

2. 과오가 있는 경우 교육조치는 다음과 같은 한계를 지니며,

- 인간존엄과 개인적 명예의 유지
- 법률, 직무규정, 훈령의 준수
- 군인의 건강
- 안전규정의 준수

그리고 다음과 같은 조건하에서만 허용된다.

- 잘못이 구체적으로 확인되어야 한다
- 무관심이나 반감이 인식되어야 한다
- 징계조치가 필요한 직무위반에 해당하지 않아야 한다.
- 잘못이 있었던 때로부터 6월이 경과하지 않아야 한다.
- 상관은 지시에 앞서서 군인에게 입장을 표명할 기회를 부여해야 한다.
- 상관은 교육조치의 이유를 구두로 간결하게 설명한다.

무관심이나 반감을 인식할 수 없는 때에는 선의로부터 출발해야 한다. 군인이 최선을 다했음에도 불구하고 능력의 부족으로 그에 기대된 바를 이행하지 못했다면 교육조치는 허용되지 않는다. 그러한 잘못은 추가적인 교육을 통해서만 시정되어야 한다.

전체의 공동작업을 통해서만 추구한 성과를 달성할 수 있는 때에는 교육조치는 다수의 군인에게 전체로서 허용된다. 개인의 교육이 가능하고 충분하다면, 전체에게 함께 피해를 주어서는 안 된다.

교시, 질정, 경고 및 과오를 시정하는 것만을 목적으로 삼는 여타 조치들은 6개월이

213) 우리식으로 하면 일차려규칙에 해당한다.

도과한 후에 또는 징계조치와 병행하여 허용된다.

3. 폐지

교육조치가 부당하거나 관할 상관이 아닌 자가 교육조치를 취한 것이 확정된 경우에는 교육조치는 폐지된다. 교육조치가 현재 다른 군인들에게도 명령된 때에는 폐지는 가능한 한 동일한 사람들에게 공공되어야 한다. 조치가 이미 집행된 경우에는 그가 교육조치를 받지 않았어야 했다는 사정을 공표해야 한다. 교육조치가 군인의 자유시간을 제한하였다면, 자유시간에 대한 적절한 보충을 해주어야 한다.

폐지는 좋은 성과를 사정하는 경우에도 가능하다. 직무위반으로 인해 징계상관이 명령된 조치는 제외한다.

교육조치를 명령한 상관 및 그의 직근상관은 교육조치를 폐지할 권한과 의무가 있다.

징계사정의 결과로서 징계상관이 명령한 교육조치의 폐지는 보다 고위의 상관이 관할한다.

4. 일반적인 교육조치

모든 상관은 일반적인 교육조치를 취할 권한이 있다.

좋은 성과의 경우: 특별히 좋은 성과 또는 타인 앞에서 모범적인 행동의 칭찬, 표시; 보다 높은 책임이 요구되는 과업의 부과; 직무휴식; 직근 상관이나 징계상관에 대하여 특별히 좋은 성과 또는 모범적인 행동의 보고 및 그 공고

과오의 경우: 교지, 질정, 경과, 직무나 교육 일부의 연장; 직근 상관이나 징계상관에 대하여 과오의 신고 및 그 공고

5. 추가적인 교육조치

다음에 해당하는 자는 부하에 대하여 추가적인 교육조치를 취할 권한이 있다.

- 중대특무상사 또는 유사한 지위에 있는 상관(참모는 배제)
- 준사관 및 장교
- 부사관(징계상관이 소대나 유사한 단위의 지휘를 위임한 경우)

좋은 성과의 경우: 일정시간 지휘책임의 위탁 또는 확대; 개별적인 사례에서 일정한 직무수행 또는 교육일부의 면제; 상관이 지휘관이고, 교육목적이 달성된 경우에 교육 및 직무일부의 조기 종료.

과오가 있는 경우: 자유시간의 한 시간 이상을 소요하지 않는 범위 내에서 서면 작

업. 결과는 해당군인과 상의해야 한다.

징계상관만이 원칙적으로 온갖 유형의 조치를 명령할 수 있지만, 지휘관은 긴급한 예외적인 상황에서는 한 시간 범위내에서 **반복훈련**을 명령할 수 있다. 그 전제는 다음과 같다. 징계상관이 접근할 수 없고, 조치를 지체할 수 없고, 같은 날에 군인에게 추가적인 교육조치를 명령하지 않았고, 상관이 지휘자체를 인수하였고, 가능한 한 빨리 징계상관에 보고한 경우

6. 특수한 교육조치

징계상관만이 특수한 교육조치를 취할 수 있다. 징계상관은 교육조치와 해당군인의 이름, 날짜, 명령근거를 적절한 문서에 확인해야 한다. 표시는 1년 후에 삭제해야 하며, 그 보다 일찍 제대하는 경우에는 제대시점에 삭제해야 한다.

좋은 성과의 경우: 직무의 조기종료, 책임범위의 확장 또는 지속적인 교육조치를 통한 촉진, 교육조치의 폐지

과오가 있는 경우: 교육목적을 달성할 때까지 반복훈련으로서 추가근무; 추가근무는 정당한 근거가 있는 예외적인 경우에만 24시간을 초과할 수 있다. 근무의 성격상 필요한 때에는 징계상관이 직접 직무감독을 이행해야 한다.

경계근무의 투입은 경계근무시 경계근무규정을 위반한 군인에 대해서만 교육조치로서 허용된다.

해당군인의 근무가 있는 날 야간외출의 거부

개별적 교육조치의 독자적인 적용에 대한 상관의 권한의 제한

제4장 모범 군인 인권법안 연구

사회가 민주화되어 각 개인의 권리의식과 인권의식이 전반적으로 깊어지면서 군인 인권을 얘기할 수 있는 사회적 환경은 우리사회에서도 어느 정도 갖추어지기 시작했다. 군인을 제복을 입은 시민으로 이해하는 독일식 이해에 우리사회도 한 발 다가서고 있는 셈이다.

그러나 아직까지 군사행정은 특별권력관계론이 여전히 위력을 발휘하는 거의 유일한 영역으로 통한다. 과거 교도소, 학교, 일반 공무원 복무관계 등이 특별권력관계론에 의해 정당화되었으나 현재는 대부분 법률에 의해 규율되고 있는 실정이다. 다만, 아직까지 법적 규율이 부족한 부분이 일반 공무원의 복무관계와 군인의 권리·의무관계이다. 특히 현행 군인사법 제47조의2는 군인의 복무에 관한 것을 대통령령에 위임하고 있고, 대통령령인 군인복무규율은 군인의 내부생활에 관한 규율을 국방부장관·각 군 참모총장이 정하도록 하고 있다. 군인의 기본권을 법률의 근거 없이도 얼마든지 제한할 수 있게 되어 있는 구조라 하겠다. 그 점에서 2006년 12월에 국방부가 ‘군인복무기본법’을 입법예고한 것은 군인 인권보장체계에서 하나의 진전이라고 평가할 수 있다. 그러나 여전히 남는 문제는 그 법안이 담고 있는 내용, 그 법안이 상정하고 있는 군인인권보장 방법이 진정으로 군인인권 보장에 기여할 것인가 하는 점이다.

“군의 특수성을 감안할 때 국민의 기본적 권리에 대한 부분적 제한이 불가피하다는 입장”(군)에 대해서는 어느 정도 동의할 수 있다. 문제는 다시 ‘군의 특수성’이 무엇이며, ‘부분적 제한’이라고 할 때 그것의 범위와 방법은 어떠한가 하는 것이다. ‘제복을 입은 시민’으로서 군인을 바라본다는 것은 군인을 다른 모든 시민과 똑같이 기본권의 주체로 인정하되, 군인의 권리는 군 임무 수행의 필요성의 범위 내에서(비례원칙) 법률적으로 근거 지워진 그의 의무를 통하여 제한한다(법률의 유보원리)는 뜻이 되겠다. 앞에서 살펴보았듯이 그렇게 실무를 운영하는 나라가 독일이다.²¹⁴⁾

그런데 국방부가 제안한 군인복무기본법안을 검토해 본 결과, 위 법안과 독일의 군인인권보장법제 사이에는 여전히 큰 간극이 존재함을 알 수 있었다. 그러한 판단의 구체적 근거는 이 장의 제2절에서 밝혀놓았다.

어떤 법이든 그것이 ‘무늬만의 법’에 불과하다면 만들지 않는 편이 낫다고 생각한다. 이왕 국방부가 군인기본법의 제정에 나선만큼 보다 전향적인 법률안 작성을 위해 여러 의견에 귀 기울일 필요가 있다고 생각한다. 그런 관점에서 이 장의 제3절에서는 우리 연구팀 내부의 토론과 연구를 거친 군인기본법안을 제시하였다. 그리고 제2절과 제3절

214) 독일 군인법 제6조 참조. 이에 대하여는 제3장 2.에서 다루고 있다.

의 논의에 기초가 될 만한 내용들은 제1절에서 따로 정리하였다.

1. 현행 군인 인권 관련 법령의 현실

(1) 헌법이 외면한 군인의 권리

“군인에게 무슨 인권인가”라는 사고가 군대의 내외를 막론하고 지배해 온 데에는 군인 인권 보장에 소홀했던 헌법의 잘못도 크다 하겠다. 그 대표적인 예가 헌법 제29조 제2항이다. 군인 등의 국가배상청구권을 제한하는 등 조항은 군인 인권의 헌법적 보장의 현주소를 보여주고 있다.

군은 이른바 ‘산업화’ 시대 이후 한국 사회의 산업화를 위한 배후기지로서, 그리고 군인은 산업화에 필요한 값싼 노동력 정도로 치부되어 왔다. 그런 맥락에서 보면 현행 헌법 제29조 제2항의 등장 자체가 베트남 전쟁에서의 전투 중 사상자에 대한 국가배상을 배제하려는 의도를 그 배경으로 하고 있다는 점은 그리 놀랄 일은 아니다. 군인은 ‘국가’를 위해서라면 ‘값없이’에 죽거나 다쳐주어야 하는 존재가 되어야 했던 뼈아픈 과거가 있었다. 군사독재, 개발독재 시대도 모두 통과한 지금, 군인 등의 국가배상청구권을 제한하는 내용이 국가배상법에 규정되어 있다면 이 법은 벌써 위헌판단을 받아 폐기되고 말았을 것이다.

국가배상법은 한국전쟁 시기인 1951년 9월 8일 제정되었다. 이후 1967년 3월 3일 구법을 폐지하고 사실상 국가배상을 새로 제정하는 이른바 ‘폐지제정’이 이루어지는데, 이 때 만들어진 법체계가 큰 틀의 변화 없이 오늘에 이르고 있다. 1967년 당시의 ‘폐지제정’에서 핵심은 군인, 군속의 국가배상청구를 제한하는 제2조 제1항 단서의 신설이었다. 그 배경으로 흔히 거론되는 것이 베트남 전쟁이다. 당시 대한민국 정부는 베트남에 한국군을 파병하고 있었고 1960년대 중반에 이르면 베트남 전쟁에서 대량의 전사자, 전상자가 발생하게 된다. 당연히 국가배상소송이 늘어날 수밖에 없었다. 이에 대한민국 정부는 국가배상으로 인한 과중한 재정적 부담을 해소하기 위해 군인의 국가배상을 제한하는 방향으로 국가배상법을 새롭게 ‘폐지제정’ 하였다.

이에 대해 학계와 실무계는 위헌의견을 제시하였고, 당시의 헌법 하에서 위헌법률심판권을 갖고 있던 대법원은 국가배상법의 동 조항에 대해 위헌판결을 내리게 된다.²¹⁵⁾ 이 판결에서 대법원은 재해보상금 등은 사회보장적 목적이고 손해배상제도는 불법행위로 인한 손해를 전보하는 것이므로 양자는 그 목적이 다르므로 이중배상이 아니라 고 했다. 이 판결은 1988년 이전 시기의 유일한 위헌판결이었다. 이렇게 되자 위헌시

215) 대법원 1971. 6. 22. 선고, 70다1010전원합의체판결.

비에서 벗어나기 위해 당시의 박정희 정권은 위헌판단을 받은 국가배상법과 동일한 규정을 유신헌법 제26조 2항에 규정하게 된다. 그리고 이 조항이 현행 헌법에까지 유지되고 있는 것이다.²¹⁶⁾

군인의 재판청구권 행사도 헌법 제110조의 군사재판 제도에 의해 현격하게 제한되고 있다. 군사법원의 재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다고 하지만, 관할관제도, 관할관의 심판관 임명, 법무참모를 통한 개입도 공공연히 이뤄지고 있다. 이로써 공정한 재판을 받을 권리가 제대로 보장되고 있지 않다.²¹⁷⁾ 다만, 군사재판제도의 공정성에 의문을 제시하면서 현재 군사사법제도 전반을 개혁하는 법안이 국회에 계류 중이나, 법안이 아직 통과되지는 않고 있다.

(2) 대강(大綱)법률(Rahmengesetz)에 의한 지배, 위임입법의 법률적 근거 결어

군인의 인권에 관한 주요한 내용은 법적 근거가 거의 없다.²¹⁸⁾ 대부분이 군인복무규율 등 대통령령이거나 그밖에 하위의 규정들에서 이를 정하고 있다. 특히 군인사법에서는 “군인의 복무에 관해서는 이 법에 규정된 것을 제외하고는 따로 대통령령으로 정한다”고 하고 있다. 이는 구체적으로 범위를 정하지 않은 채 주요한 법률사항을 위임한 것으로서 국회의 입법권을 거의 포기한 것이나 다름없다. 위임입법의 한계를 벗어난 입법으로 볼 것이다. 이런 식으로 위임을 받아 제정된 대통령령이 군인복무규율이니 이 군인복무규율이 과연 군인의 기본권을 제한하는 정당한 법적 근거가 될 수 있는가 하는 점에 대해 당연히 논란이 제기되지 않을 수 없다. 또한 매우 광범위하게 군인 인권을 제한하고 있는 국군병영생활규정 및 관련규정 및 각 군의 복무규정 및 관련규정, 군사보안업무시행규칙, 군사시설보호구역관리규정, 육군규정 등은 국방부 혹은 각 군 내부의 훈령에 불과하다. 훈령과 같은 행정규칙에 의해 군인의 기본적 인권이 제한된다는 것은 포괄적 위임입법에 의한 군인 인권 제한 보다 더욱 심각한 규범적 문제를

216) 박정희 정권은 다수의견으로 위헌의견을 냈던 9명의 대법원판사 전원을 재임용 탈락시켰다. 그러자 당시 판사의 36%인 151명이 사법권독립을 외치며 사표를 제출하기에 이른다. 이를 두고 이른바 제1차 사법파동이라고 부른다.

217) 자세한 내용은 이계수/오동석/오병두, 군 사법제도 운영 및 인권침해현황 실태조사, 국가인권위원회, 2004 참고.

218) 국립묘지에 관한 규정도 2005년 7월 29일 「국립묘지의 설치 및 운영에 관한 법률」이 제정되기 전까지는 국립묘지령으로 되어 있었다. 동령 제9조(국립현충원)는 다음과 같이 규정되어 있었다.“묘지를 관리하게 하기 위하여 국립현충원을 두되, 그 조직과 정원은 따로 대통령령으로 정한다.”

제기하고 있다.

(3) 평등권에 반하여 위헌인 소지가 강한 법령들

대한민국 군대를 경험한 사람들은 누구나가 같은 군인이라도 육군병장과 육군대장 사이에는 하늘과 땅 만큼의 차이가 있다는 사실에 동의할 것이다. 물론 수행해야 할 직무의 중요도 등에 따라 같은 군인이라고 하더라도 계급별로 다른 취급을 하는 것은 정당화 될 수 있다. 문제는 그러한 다른 취급이 합리적인 차별이 될 수 있는가 하는 점이다. 군의 기능적 적합성을 유지하는 데 필요한 최소한의 차별이 아니라 관행과 잘못된 전통을 고수하는 차별은 헌법적으로 정당화되기 어렵다. 예컨대 「국립묘지의 설치 및 운영에 관한 법률」은 사망자에 대한 묘역 조성에 있어 그 기준을 생존 시의 국가와 사회에 대한 공헌도가 아니라 생존 시의 직위에서 찾고 있다. 이는 “사회적 신분에 의하여 …차별을 받지 아니 한다”고 한 헌법 제11조 제1항에 반할 뿐 아니라 일종의 “사회적 특수계급”(헌법 제11조 제2항)을 창설하는 효과를 초래하므로 위헌의 가능성이 높다. 위 법은 한국사회의 계급성을 드러내는 공간으로서 국립묘지를 법률적 차원에서 정당화하고 있다는 점에서 근본적인 재검토가 필요하다고 본다.

(4) 군인 인권법령 정비에 무관심한 정당과 국회

2005년 논산 훈련소 인분사건과 동년 6월의 연천총기사건이 발생하자 각 정당은 군인인권 개선방안 도출을 위한 공청회 등을 개최했고, 또한 군인인권법안 제정 작업에도 돌입했던 것으로 알려져 있다. 그러나 전문적 역량, 법제정 의지가 특별하지 않았던 각 정당들이 마련했던 법안 초안은 현행의 군인복무규율 수준을 넘지 못했다. 사정이 이렇다보니 법안들은 준비단계에서 사실상 폐기되고, 법제정 작업의 주도권은 이번에도 국방부로 넘어갔다. 다만, 민주노동당은 비교적 충실한 내용의 법안을 만들어 놓은 것으로 알려져 있다. 한편 여야정당을 초월한 범 국회 차원에서 군인인권법안을 마련해보려는 노력은 전무 하였다.

2. 국방부의 「군인복무기본법안」 비판

(1) 군인복무기본법(안)의 골자

국방부는 2006년 12월 26일자로 「군인복무기본법(안)」(이하에서는 ‘법안’이라고 한다)

을 입법예고하면서, 다음과 같이 그 제정이유를 밝히고 있다.

군인의 법적지위와 권리 및 의무사항을 포괄적으로 규정함으로써, 인간으로서의 존엄성과 권리를 보장함과 동시에 군인으로서의 신성한 의무를 이행하도록 하는 법적·제도적 근거를 마련하는 한편, 사회적 요구와 변화에 부합하는 새로운 병영문화를 정착 시킴으로써 무형의 전투력 향상과 국민의 신뢰 확보로 선진 정예장군을 육성하려는 것(이다.)

위와 같은 제정목적을 달성하기 위해 국방부가 이 법안에 담은 주요한 내용은 다음과 같다.

가. 군인복무기본정책을 심의하기 위하여 ‘군인복무정책심의위원회’를 두도록 규정(안 제6조, 제7조, 제8조, 제9조)

1) 군인 복무와 관련된 제반정책의 체계적 수립과 강력한 추진을 위한 제도적 장치 마련

2) ‘군인복무정책심의위원회’를 편성하고 위원회의 구성과 기능을 명시
나. 군인은 어떠한 경우에도 구타·가혹행위 및 언어폭력 등 사적 제재를 하지 못하도록 규정(안 제14조)

다. 법령이나 지휘관으로부터 권한을 부여받은 자를 제외한 병 상호간명령이나 지시 및 간섭을 하지 못하도록 규정(안 제15조)

라. 군인들의 적절한 휴식을 위한 휴가, 건강 유지를 위한 진료 보장 등 권리 보장과 동시에 기본권을 침해받지 않도록 제재에 대한 명시적 한계 규정(안 제20조, 21조 내지 제22조)

1) 군인의 기본적 권리 보장 및 기본적 권리의 한계, 침해 행위에 대한 금지 근거 규정

2) 휴가·진료보장, 휴가 제한 경우, 영내대기 금지 등 기본권 보장 및 권리의 제한, 침해방지 근거 마련

마. 군인은 정당한 의견이 있는 경우, 상관에게 건의할 수 있도록 하였으며, 정당한 의견건의를 이유로 불이익을 받지 않도록 규정(안 제23조)

바. 근무여건·인사관리·건강관리·신상관리 등에 관하여 부당한 대우를 받거나, 업무수행이 곤란할 경우에는 고충심사를 청구할 수 있으며 이를 이유로 불이익을 받지 않도록 규정(안 제24조)

사. 장병 기본적 권리와 관련한 상담과 교육을 위하여 전문상담관을 둘 수 있도록 규정(안 제26조)

아. 국가 공무원의 신분과 군 본연의 임무수행을 위한 최소한의 기본적 권리에 대한 제한 범위를 규정하여 군의 정치적 중립성과 지휘권이 보장되도록 규

정(안 제5장 내지 31조)

국방부가 제시한 입법이유, 법안의 골자, 그리고 이 법안의 입법예고 이후 인터넷 등에서의 논란 등을 종합해보면 이 법률만 제정되면 군에서의 인권보장에는 획기적인 변화가 있을 것 같은 느낌을 준다.²¹⁹⁾ 그러나 과연 그런가?

(2) 총평

국방부에서 입안한 군인복무기본법안을 바라보는 시민사회, 시민인권단체의 마음은 착잡하다. 좀 심하게 말하자면, 동 법률안은 현재 대통령령으로 되어 있는 군인복무규율의 내용을 거의 그대로 법률로 끌어올린 것에 불과하다. 그럼에도 불구하고 이러한 법안이 법률로 성립된다면 그것이 마치 군인 인권에 대한 하나의 진전으로 평가되고, 나아가 낙후된 군인인권 현실을 법률로 승인하는 효과도 거둘 수 있으니²²⁰⁾ 국방부 측으로서는 매우 좋은 선택이 될 수 있다. 그러나 군대와 인권의 문제를 고민하는 시민사회단체의 입장에서 보면 위 법안은 한마디로 함량미달이다.²²¹⁾ 이 정도 수준의 법률을 만들 것 같으면 아예 만들지 않는 것이 낫다고 본다. 준비가 부족해서 이런 결과가 나왔다면 지금부터라도 시간을 갖고 제대로 된 법안을 제출하는 것이 바람직하다고 본다. 법안의 준비단계에서는 널리 시민사회의 의견을 들어야 한다. 군에 자식들을 보내고 있는 보통의 부모들로부터도 의견을 청취해야 한다. 반면, 충분히 준비하고도 이런 결과가 나왔다면 왜 이런 결과가 나왔는지 내부토론을 해보아야한다고 생각한다.

이러한 총평에 기초하면서 이하에서는 군인복무기본법안에 대해 몇 가지 코멘트를 했는데, 이 법안의 문제점을 지적하자면 끝도 없어서 중요한 몇 가지만 거론하였음을 덧붙여 둔다.

219) 임종인, “언제까지 군국주의 군인관만 고수할 건가: 위계적 내무반 문화도 일본군문화에서 비롯. 기본권과 전투력은 무관”, 오마이뉴스, 2007. 1. 5자 참고.

220) 이런 현상을 법철학적으로 표현하자면 모순적 법제화(paradoxe Verrechtlichung)쯤 될 것이다.

221) 보수언론들은 병 상호간의 관계를 규율한 법안 제15조를 집중 공격하면서 이 법안이 한국군의 군기를 흔들어 놓을 것이라고 비판한다. 병은 원칙적으로 “다른 병에게 어떠한 명령이나 지시 등을 할 수 없고 간섭 할 수 없다”는 내용인데, 현행 군인복무규율 하에서도 이러한 일은 금지된다고 보아야 한다. 병은 다른 병에 대하여 이른바 ‘상관’이라 할 수 없고, 따라서 다른 병에게 명령이나 지시 등을 내릴 수 없는 게 당연하다. 이것을 이 법안에서 분명하게 밝힌 것뿐인데, 이를 두고 보수언론과 이른바 ‘군 원로’라는 사람들이 비판하는 것은 이치에 맞지 않는다.

(3) 법체계 및 개별 조문에 대한 몇 가지 코멘트

가. 법안의 체계 및 법의 논리적 구성에 대한 지적 - 의무의 선행성 등

군인복무기본법안은 군인복무규율을 법률로 승격시키는 양상을 취하고 있다. 우선 군인복무규율에서와 마찬가지로 그 편제에 있어 군인의 의무와 권리 중 의무를 권리보다 앞세우고 있다.

입법예고문에 첨부된 제정이유에는 “군인의(…) 인간으로서의 존엄성과 권리를 보장함과 동시에 군인으로서의 신성한 의무를 이행하도록 하는 법적·제도적 근거를 마련”한다고 제시되어 있는데, 군인의 의무보다는 군인의 권리를 앞세우는 듯 한 태도를 취하고 있다. 그러나 실제로 제안된 법안 제1조를 보면 “복무기간 중 군인이 준수해야 할 의무사항과 보장해야 할 군인의 권리사항을 규정함으로써 국군의 사명을 완수할 수 있는 강한 군대 육성에 기여”한다고 되어 있어 권리보다는 의무에 대한 강조가 앞에 놓이고 있다.

그러므로 이 법안은 군인의 의무에 관한 법률이지 군인의 인권에 관한 법률이라고 보기는 어렵다. 군인의 권리들은 군인의 의무수행에 지장을 주지 않는 선에서 추상적이고도 모호한 형태로, 시혜적인 방식으로 보장되고 있다.

한편, 군인복무기본법의 성격이 기본법인 이상, 이 법이 구체적인 이행수단 및 제재수단을 명시하지 않은 점은 ‘어느 정도’ 이해할 수 있다. 그렇다고 하더라도 군인복무기본법의 본문에서 열거한 권리들이 어떤 식으로 관철될 수 있을 것인지에 대한 논의가 전혀 없는 것 — 대표적으로 인권보장기구에 대한 논의가 전혀 없다 — 은 이 법을 이른바 ‘상징적 입법’(symbolic legislation)으로 만들기에 족하다고 하겠다. 군인복무정책심의위원회와 장병고충처리심사위원회를 두도록 되어 있으나 이러한 기구들이 인권보장기구로 기능할 수 있을 것으로 보기는 어렵다.

나. 법안의 내용에 대한 코멘트

(가) 법안의 목적 조항에 대하여

이 법안 제1조는 “군인이 준수하여야 할 의무사항”과 함께 “보장해야 할 군인의 권리사항을 규정”하는 일을 이 법의 목적으로 설정하면서도 후단부분에서 “국군의 사명을 완수할 수 있는 강한 군대 육성에 기여”한다는 결과론적 지향을 제시하고 있다. 그러나 군인이 인권을 보장하겠다는 법이 사명완수에 정향된 강한 군대 육성이라는 목적

과 잘 부합될 수 있을 것인지는 의문이다. 두 개의 상충하는 목적을 동시에 규정한 것은 아닌가 하는 의문이 있다. 어느 법에서나 제1조의 목적조항은 이후의 개별 조항의 해석을 둘러싸고 분쟁이 발생할 때 최종적으로 해석의 지침이 되는 조항이다. 이 조항을 어떻게 구성할 것인가 하는 점에 대해서 깊이 있는 검토가 필요하다.

(나) 법안의 적용대상에 대하여

군에 입대하여 전환 복무하는 전투경찰과 경비교도대원 또는 군복무에 대신하여 복무하는 의무전투경찰 등도 적용범위에 포함시켜야 할 것이다. 이들 또한 군대식의 명령과 복종체계에 따라 복무하기 때문이다.

(다) 법안의 체제 및 용어에 대하여

이 법안은 그 체제(조문배치) 및 용어를 모두 군인복무규율에서 따왔다. 몇몇 부분에서 수정과 추가가 행해지고 있지만 전체적으로 볼 때 대통령령인 군인복무규율의 법률화에서 벗어나지 못하고 있다.

예컨대 ‘복무’라는 개념은 의무라는 개념과 같은 것인데, 다만 공무원법에서 이 개념을 쓰는 것은 ‘복종’하면서 ‘의무’를 이행한다는 의미가 강하기 때문이다. 복무는 다른 말로 표현해 일반 국민의 ‘의무’보다 강화된, 특별권력관계에서의 의무라는 의미가 강하다. 그러므로 이런 개념을 사용할 경우에는 신중해야 한다. 그 점에서 군인의 복무보다는 군인의 의무라는 표현이 타당하다고 하겠다. 현행 국가공무원법이 여전히 복무라는 표현을 쓰고 있기는 하나, 군인기본법에서부터 이런 전근대적 표현을 삭제해나가야 한다. 군(인) 관련 법령의 정비시 용어사용에서 유의를 해야 할 사항은 이외에도 많이 있을 것으로 본다. 예컨대 ‘예하부대’라는 표현이 그러하다. ‘예하’라는 말에서 예는 노예(隸), 예속의 의미의 예를 말한다. 부하나 하급자는 상급자의 예속물은 아니다. 예하부대라는 표현보다는 소속부대라는 표현이 훨씬 민주적이라고 하겠다.

또한 군인 ‘기본법’이라면 제2장의 제목을 군인의 권리와 의무로 달고, 그 내용에서도 권리항목에 대한 구체적인 조문화를 행한 다음에 의무에 대해서 규율하는 순서로 나가야 하는데, 의무를 전면에서 내세우는 군인복무규율의 문제점을 바로 잡지 못했다.

전체적으로 볼 때 법문(法文)은 법률 전문가들의 입장에서 볼 때 논리성이 현격히 떨어지며, 문장 자체의 명확성도 대단히 부족하다는 느낌을 준다.

(라) 법안의 시각(視覺)에 대하여

지휘관 중심의 시각에서 법안을 작성한 부분이 많다. 예컨대 “부하는 상관의 적법한 명령에 복종 하여야 하며 명령받은 사항을 신속·정확하게 실행하여야 한다”(안 제12조)고 하여 명령복종의 문제를 지휘관 시점에서 규율하고 있다든지, “국방부장관은 군인 등을 대상으로 군인의 기본적 권리에 대한 내용, 침해시 구제절차 등이 포함된 교육을 실시하여야 한다”(안 제25조 1항)고 하여 인권교육을 지휘관의 의무 차원에서 접근하고 있는 것이 그 좋은 예이다. 인권교육은 지휘관의 의무이기도 하지만, 반면에 장병의 권리이기도 하다. 이러한 점은 비교법적으로 볼 때, 다른 나라에서도 일반적으로 인정되고 있다. 따라서 “모든 군인은 헌법이 보장하고 이 법에 의해 구체화된 기본적 인권의 내용, 그 침해시의 구제절차 등을 교육받을 권리가 있다”는 식으로 규율하는 것이 바람직하다.

이처럼 법안이 지휘관의 시각에서 규율되다 보니 법문은 거의 대개가 지휘관의 입장에서 무언가를 금지하는 부정문(否定文)의 형태를 취하고 있다. 법안을 한 번 읽어보면 그 문장들이 온통 “할 수 없다”, “아니 된다”로 끝맺고 있음을 쉽사리 확인할 수 있다.

(마) 고충처리에 대하여

이전의 군인복무규율의 규정을 개정하는 내용이 포함되어 있으나 법률안 제24조 제6항에서 “군인은 이 법 및 다른 법령에 의하여 허용된 고충심사기관 이외에는 고충심사청구를 하여서는 아니 된다”고 하고 있는 부분은 문제가 있다. 이 조항은 “군인은 복무와 관련된 고충사항을 진정, 집단서명 기타 법령이 정하지 아니한 방법을 통하여 군 외부에 그 해결을 요청하여서는 아니 된다”라고 한 군인복무규율 제25조 제4항 보다는 다소 진전된 안이지만 여전히 문제가 있다. 대통령령인 현행 군인복무규율 제25조 4항의 밑줄 친 부분으로 인해 국가인권위원회법에 의거한 국가인권위원회 진정 조차 제대로 제기할 수 없었던 상황이 이 조항에 의해 해소될 것 같지는 않다. 국방부는 이 조항을 만들면서 국민고충처리위원회에 이른바 ‘군 ombudsman’을 두는 상황을 예정하였을 것이다. 그 점에서 위 조항은 국민고충처리위원회의 소위원회로 설치되는 ‘군 ombudsman’에게 고충심사를 청구하는 외에 국회에 청원하거나 국가인권위원회에 진정하는 일은 하지마라는 강력한 메시지를 던지고 있다. 또한 이런 조항을 군인복무기본법에 둔다는 것은 향후로도 국방감독관 제도 같은 것은 도입하지 않겠다는 의미가 되며, 국가인권위원회와 같은 국가인권보호기관의 역할을 인정하지 않겠다는 뜻이 된다. 이런 조항이야 말로 전형적으로 군 지휘관 중심주의, 군 중심주의, 외부통제 차단주의를 표현

하는 것이 아닐까 한다.

(바) 군인복무규율과 비교할 때 추가된 새로운 내용들에 대한 평가

이 법안은 몇몇 부분에서 군인복무규율에 담겨있지 않는 새로운 내용을 추가하고 있다. 그러나 그 새로운 내용을 최대한 구체화하지는 못하고 있다. 또한 대통령령으로 정해야 할 사항에 대해서는 모법에서 그 위임의 범위와 한계를 개별·구체적으로 명확하게 정해야 하는 데, 그러지 못하고 있다. 의회입법자가 반드시 정해야 할 본질적인 내용을 법률에 담아야 하는데, 거의 모든 내용을 대통령령에 위임하고 있다고 해도 과언이 아니다. 비록 그러한 내용의 구체화가 쉽지 않다고 하더라도, 적어도 법률에서는 그 가이드라인 정도는 제시해야 한다고 본다. 그것이 오늘날의 헌법원리(특히 ‘의회유보’ 이론)에 부합하는 길이다.

그런데 심지어 영내대기의 경우에는 “영내거주자의 범위와 업무상 필요시 영내대기를 시킬 수 있는 경우는 국방부장관이 별도로 정한다”(안 제22조 2항)고 규정하고 있는데, 여기서 말하는 국방부장관이 별도로 정한다는 것이 국방부령으로 정한다는 것인지 국방부장관의 훈령으로 정한다는 것인지 조차 명확하지 않다. 통상의 입법실무로 볼 때, “장관이 정한다”고 하는 것은 훈령으로 이를 규율한다는 뜻이라고 할 때, 군인의 거주이전의 자유와 관련한 본질적인 침해의 한 형태인 영내대기의 구성요건을 사실상 백지상태로 국방부장관의 훈령에 맡기고 있어 위헌의 소지도 있다.

(사) 명령복종 조항 등

명령복종 및 실행 의무에 관한 조항(안 제12조)도 재검토가 필요하다. “부하는 상관의 적법한 명령에 복종 하여야 하며 명령받은 사항을 신속·정확하게 실행하여야 한다”고 규정한 것은 군인복무규율 제23조 제1항이 “부하는 상관의 명령에 복종하여야 하며”라고 규율하고 있는 부분을 수정한 것이어서 그 점에서는 진일보한 것이나, 적법, 위법여부를 부하가 실질적으로 판단하기는 어려울 뿐 아니라(물론 형식적 판단은 다르게 볼 수 있다) 우리 학설에서는 위법한 명령이라도 그 위법이 중대하고 명백한 경우가 아니면 복종해야 한다는 견해가 다수임을 고려할 필요가 있다. 따라서 독일 군인법 제11조의 예와 같이 “인간의 존엄에 반하거나 직무상의 목적과 관련 없는 명령”에 대해서는 불복할 수 있다는 식으로 고치는 것이 바람직하다. 위법, 적법 여부를 떠나 인간의 존엄에 반하는 명령(예컨대 가혹한 일차려를 주라는 명령 등)인지 아닌지는 비교적 판단하기 쉽다. 또한 교육을 통해 인간의 존엄에 반하는 명령의 예들을 주지시킨다

면, 부하로서는 그만큼 용이하게 상관의 부당 혹은 위법한 명령에 불복할 수 있다고 본다.

(아) 소결

논평을 할 내용은 여전히 많이 남아 있다. 예컨대 총칙부분에서 담아야 할 내용으로 군인 기본권 제한 시 준수해 할 원칙으로서 ‘비례원칙’, ‘본질적 내용 침해 금지’를 명기하는 문제, 공무와 사적 생활을 분리하여야 한다는 원칙의 명문화 등 지적하고 싶은 내용은 한두 가지가 아니다. 다만 군인기본법을 제정하는 일이 쉽지만은 않은 일이라는 점에는 동의한다. 따라서 보다 깊이 있는 비교법 연구와 현실 연구, 전문적 의견검토, 시민사회의 여론수렴을 거쳐 법안을 작성하는 것이 필요해 보인다.

(4) 군인 인권보장을 위한 법률안에 포함되어야 할 내용

군인의 인권보장을 위하여 법률을 만든다면 그것은 복무기본법이 아니라 군인 인권법 또는 군인의 인권보장에 관한 법률로 만들어져야 한다.

군인의 권리를 규정하는 방법으로 다음과 같이 크게 세 가지를 생각해 볼 수 있다.

① 군인도 제복을 입고 있을 뿐 시민과 동등한 권리를 가지며, 다만 직무수행의 목적상 좀 더 강한 제한이 정당화될 뿐이라는 점과 제한의 수단은 법률이며, 제한의 정도는 그 필요성에 비례하는 것임을 확인하는 것이다. 이 경우 법률에서 언급하지 않은 것은 모두 일반적인 기본권규정이 적용될 것이므로 의무에 관한 규정이 중심을 이루게 된다.

② 군인에게 필요한 기본권의 목록을 특별히 명시하는 방법이다. 이 경우 의무에 관한 규정보다는 권리에 관한 규정이 중심을 이루게 된다.

③ 위의 양 방식을 절충하는 방법이다. 일반적인 군인의 기본권제한의 법리를 명시하고 아울러 한국에서 특히 문제가 되는 기본권의 목록을 구체화하여 규정하는 방식이다.

이 세 번째 방안이 현재로서는 가장 바람직해 보인다. 사실, 원론적으로 보면 ①의 방법이 가장 올바른 것이겠으나, ‘군인의 인권’이라는 게 도대체 존재할 수도 없는 상황을 오랫동안 유지해온 한국의 현실을 감안하자면, 상관이나 하급자 모두에게 명확한 규범적 내용을 제시할 수 있는 기본권의 목록을 구체화하는 작업이 필요하다고 본다. 이러한 작업이 성공적으로 수행될 수 있다면 명칭이야 어떠하던 ‘군인인권 보장 법률’은 군인 인권에 관한 한 교육적 입법으로서도 기능할 수 있을 것으로 본다. ‘군인인권 보장 법률’은 그 자체로 실효성 있는 법률이 되어야 하지만, 실효성 못지않게 군인인권 상황의 개혁을 위한 일정한 교육적 목적도 추구해야 한다고 생각한다.

이하에서는 ③의 방안을 염두에 두면서 법안에 담은 내용을 간단하게 개괄해보기로 한다.

(가) 목적

이 법률의 목적은 “헌법상 보장된 군인의 기본적 인권을 확인하고 구체화하여 법치 국가적 기본질서에 부합하는 군인 인권보장체계의 확립”임이 명시되어야 한다. 이러한 법률의 존재만으로도 군인이 인권의 주체이며 군에서도 인권이 최대한 보장되어야 함을 확인하고 그 내용이 교육될 수 있기 때문이다.

(나) 군인의 지위 등

군인은 기본적 인권이 재제되는 것이 아니라 제복을 입은 시민으로서 헌법이 보장한 기본적 인권을 향유하는 존재, 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 존재임이 확인되어야 한다. 또한 모든 군인은 다른 군인의 자유와 권리를 존중하고, 아울러 인권을 보장하는 부대환경을 적극적으로 실현해야 함을 명시하여야 한다. 한편 이 법에서 말하는 군인에는 현역병 외에도 전환복무 또는 대체복무 중인 전·의경 등이 포함된다고 명시하여 전·의경 등의 인권보장 방안도 강구할 수 있게 해야 한다.

(다) 군에 대한 헌법적 통제

군은 국방을 위한 무력을 가지는 집단으로서 헌법적 원리에 의해 통제되어야 한다. 군의 존재이유는 외적의 침입으로부터 국민의 기본적 인권과 법에 의한 지배가 보장되는 정치적 공동체를 수호하는 데 있다. 이것을 다른 말로는 민주적 기본질서의 수호라고 한다. 군대가 수호해야 하는 것이 민주적 기본질서라면, 군대 자신도 민주적 기본질서에 부합되게 조직·운영되어야 하는 것은 당연하다고 하겠다. 자신들이 수호해야 할 ‘질서’에 대해 정작 자신들은 체험하지도 향유하지도 못한다면 이것은 모순이라고 하겠다.

따라서 이제는 군대 내에서도 “민주적·시민적 지휘이념”이 관철되어야 함이 군인기본법에 반드시 포함되어야 한다. 민주적·시민적 지휘이념이란 자유, 인권, 평화의 존중이 군인정신과 민주적 군대의 바탕임을 인식하고, 군인으로 하여금 제복을 입은 시민으로서 문명국가의 법원칙을 준수하고 민주적 국가와 사회에 충성하도록 지도하는 군사헌법의 기본원칙을 말한다.

(라) 권리의 목록

군인의 자유와 권리를 규정함에는 그것이 법률로 창설되는 것이 아니라 법률에 의하여 확인되는 것이며, 군인도 인권의 주체임을 명시하여야 한다. 또한 우회적 또는 간접적으로 자유와 권리를 표현하지 말고 직접적으로 자유와 권리를 규정하여야 한다.

인간의 존엄과 가치, 인격발현권, 인격권 등의 규정과 함께 군에서 문제가 되는 모욕적, 비하적 표현의 금지와 언어사용에 관한 문제가 지적되어야 한다.

평등권을 규정하면서 특히 군에서 출신학교나 지역 또는 성에 따라 불평등한 차별대우를 명시하여 규제하도록 하여야 한다. 신체와 정신의 완전성을 규정하고 폭행, 가혹행위 및 굴욕적·비인간적인 대우를 금지하여야 한다.

통신의 비밀과 알권리가 규정되어야 하며, 특히 그 동안 서적·신문의 열람조차 통제되던 문제에 대해 그것이 기본적 권리임을 확인할 필요가 있다.

사적생활을 누릴 권리가 있음을 규정하고, 특히 공과 사가 불분명한 상황에서 사적 영역에 대해 부당한 간섭, 지시 또는 통제를 받지 않음을 확인하여야 한다.

자기정보통제권, 양심의 자유, 종교의 자유, 언론·출판, 집회·결사의 자유 등 모든 기본적 권리에 관하여 군에서 특히 필요한 사항을 확인하거나 과잉제한을 통제하기 위한 규정을 마련하여야 한다.

처우, 급여, 의료 등에서도 인간의 존엄에 어울리는 의식주, 급여, 휴가를 받으며, 적절하고 효과적인 의료처우를 받을 권리가 있음을 명시할 필요가 있다.

군대가 사회로부터 격리되어 적절한 통제 또는 접근이 어려우므로 일정한 관련성을 가진 사람들에게 부대에 대한 접근의 권리도 보장되어야 한다. 업무수행에 방해가 되지 않는 한 외부 관련자와의 접견교통권에 상응하는 접견권 또는 접근권이 보장되어야 한다.

(마) 의무의 목록

충성의무, 선서의무 등 모든 공직자들이 지는 의무를 군인들 또한 지고 있음을 확인할 필요가 있다.

군인의 의무 중에서 강조되어야 할 것은 동료에 대한 의무이다. 군대는 전우애로 단결할 때 제대로 된 전투력을 발휘할 수 있다. 따라서 “모든 군인은 동료의 존엄과 명예, 권리를 존중하고 동료가 곤경과 위협에 처하였을 때 도와야 할 의무를 갖으며, 동료에 대한 의무는 상호존중의무와 타인의 가치관에 대한 존중과 배려를 포함한다”는 점을 명시할 필요가 있다.

상관의 의무도 자세히 규율하며, “명령과 복종” 부분에서는 복종의무의 내용과 한계를 분명히 해 둘 필요가 있다. 또한 상관의 의무가 제대로 이행되는가는 특별히 군인기본법의 실효성과도 연결될 것이므로, “권리침해 및 의무위반에 대한 효과” 부분에서 적어도 이 법이 정한 의무를 위반한 자나, 직무상 위법행위를 한 자에 대한 적절한 제재를 원론적인 차원에서 규정해 두는 것도 필요해 보인다.

인권교육의 경우에는 의무의 차원에서 접근할 수도, 권리의 차원에서 접근할 수도 있을 것으로 본다. 지휘관의 경우에는 인권교육을 실시해야 할 의무가 강할 것이고, 반면 하급자, 병의 경우에는 인권교육을 받는 것이 하나의 권리라는 측면이 강할 것이다. 양 측면을 적절히 고려한 입법을 하되, 인권교육을 받는 것은 기본적으로 군인의 권리라는 측면에서 접근하는 것이 원칙적으로 바람직해 보인다.

(바) 국방감독관 제도의 도입 등 군인인권보장기구의 정비

한국군대를 ‘인권 친화적’ 군대로 만들기 위해서 군인기본법을 만들려고 한다. 쉽지는 않아 보이지만 이런 법이 만들어진다면, 이 법이 그냥 사장되게 해서 안 된다. 그러자면 반드시 이 법의 실효성을 담보하는 장치들이 마련되어 있어야 한다. 이를 위해 가장 시급한 것이 군인인권보장기구의 정비이다. 그러한 기구의 핵심에 국방감독관이 위치해 있어야 한다는 것이 우리 연구진의 결론이다. 국방감독관에 대해서는 앞에서 자세히 소개했으므로 여기서 더 이상 부연하지는 않겠다.

국방감독관이 군 외부 통제기관이라면 군 내부적으로는 고충처리기구, 소청절차·징계절차를 정비할 필요가 있다. 이를 위해 소청심사위원회에 군인기본법에서는 ‘국세심판원’에 지위와 권한을 벤치마킹한 ‘군징계심판원’을 두는 것으로 상정해 보았다.

<첨부> 국방부안

법률 제 호

군인복무기본법(안)

제1장 총칙

제1조 (목적) 이 법은 복무기간 중 군인이 준수해야 할 의무사항과 보장해야 할 군인의 권리사항을 규정함으로써 국군의 사명을 완수할 수 있는 강한 군대 육성에 기여함을 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의) 이 법에서 사용하는 각 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “지휘관”이라 함은 중대급 이상의 단위 부대의 장과 합정 또는 항공기를 지휘하는 자를 말한다.
2. “상관”이라 함은 명령복종관계에 있는 자 사이에서 명령권을 가진 자를 말한다.
3. “명령”이라 함은 상관인 직무상 발하는 구체적, 개별적인 지시를 말한다.

제3조 (적용범위) ① 이 법은 대한민국의 영역 내·외를 불문하고 대한민국 군인에게 적용한다.

② 전항에서 군인이라 함은 현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관 및 병을 말한다

③ 다음 각 호의 1에 해당하는 자에게는 군인에 준하여 이 법을 준용한다

1. 군적을 가진 사관생도·사관후보생·부사관후보생
2. 소집되어 실역에 복무중인 예비역 및 보충역

④ 이 법의 적용대상자들은 이 법의 적용에 있어서 평등하게 취급되어야 하며 차별되지 아니한다.

제4조 (국가의 기본책무) 국가는 군인의 복무여건 개선을 위한 제반 환경과 군인으로서의 임무를 충실히 수행할 수 있도록 기본적 권리 보장의 수준을 향상시킨다.

제5조 (다른 법률과의 관계) 군인의 복무에 관하여는 이 법을 다른 법률에 우선하여 적용한다.

제2장 군인복무기본정책

제6조 (군인복무기본정책) ① 국방부장관은 군인의 의무사항, 기본적 권리 보장 및 권리 제한 등에 관한 군인복무기본정책을 수립하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 군인복무기본정책에는 다음 각호의 사항이 포함 되어야 한다.

1. 군인복무정책의 기본목표
2. 군인복무정책의 연도별, 과제별 추진계획
3. 군인복무정책과 관련된 재원확보계획
4. 그 밖에 군인복무정책에 필요한 주요사항

③ 국방부장관은 제1항의 규정에 의한 군인복무기본정책의 시행계획을 매 5년 단위로 수립하고 시행하여야 한다.

④ 제1항의 규정에 의한 군인복무기본정책 및 제3항의 규정에 의한 시행 계획의 수립에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제7조 (군인복무정책심의위원회) 군인의 의무사항, 기본적 권리 보장 및 권리 제한 등에 관

련된 중요 정책사항을 심의하기 위하여 국방부장관 소속하에 군인복무정책심의위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

제8조 (위원회의 구성) ① 위원회는 위원장 1인을 포함한 10인 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원장은 국방부장관이 되고, 위원은 군인복무정책에 관한 학식과 경험이 풍부한 자와 국방부 소속 공무원 및 장관급 장교 중에서 위원장이 임명한다.

③ 위원회를 지원하기 위하여 국방부 소속 국장급 공무원을 단장으로 하는 실무지원단을 구성하며, 실무지원단의 단장은 위원회의 간사를 겸한다

④ 위원회와 실무지원단의 구성 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제9조 (위원회의 기능) 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.

1. 군인의 의무에 관한 사항
2. 군인의 기본적 권리 보장 및 권리 제한에 관한 사항
3. 군인복무기본정책의 수립에 관한 사항
4. 군인의 기본적 권리 보장 실태 조사에 관한 사항
5. 군인복무정책과 관련한 법령 및 제도의 개선에 관한 사항
6. 그 밖에 군인복무정책과 관련하여 위원장이 제안하는 사항

제3장 군인의 의무

제10조 (충성의 의무) 군인은 정치적 중립을 지키며, 말은바 임무를 완수하여 국가와 국민에게 충성을 다하여야 한다.

제11조 (성실의 의무) 군인은 성실히 그 직무를 수행해야 하며 직무수행중 요구되는 위험과 책임을 고의로 회피하거나 상관의 허가 없이 직무를 이탈할 수 없다.

제12조 (명령복종 및 실행 의무) 부하는 상관의 적법한 명령에 복종 하여야 하며 명령받은 사항을 신속·정확하게 실행하여야 한다.

제13조 (비밀엄수) ① 군인은 직무수행 중 알게 된 비밀을 직무와 관련된 공무 외의 목적으로 사용할 수 없으며, 공무의 목적이라도 대외공개 또는 일반인에게 제공 시에는 국방부장관의 승인을 득하여야 한다.

② 군복무중 취득한 비밀은 현역을 면한 후에도 누설하여서는 아니 된다.

제14조 (사적 제재의 금지) 군인은 어떠한 경우에도 구타·가혹행위 및 언어폭력 등 기타 사적 제재를 하여서는 아니 된다.

제15조 (병 상호간의 관계) 병은 다음 각호에 해당하는 경우를 제외 하고는 다른 병에게 어떠한 명령이나 지시 등을 할 수 없고 간섭 할 수 없다.

1. 지휘계통상 상관으로부터 권한을 위임받은 경우
2. 사수, 조장, 조교 등과 같이 편제상 직책을 수행할 경우
3. 기타 법령이나 내규에 의하여 병 상호간에 명령이나 지시를 할 권한이 부여된 경우

제16조 (기타 금지 행위) 군인은 다음 각호의 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 언어적·신체적 성희롱, 성추행, 성폭력 등 성 군기 위반행위
2. 병영 내 도박 및 사행성 오락행위
3. 근거 없는 인신공격 혹은 무기명예 의한 인터넷 게시 등을 통한 무고행위

제4장 군인의 기본적 권리 보장과 한계

제17조 (기본적 권리의 보장) 군인은 헌법상 권리의 주체이며, 헌법과 법률, 기타 정당한 사유에 의하지 아니하고는 권리를 제한받지 아니한다.

제18조 (서신 등의 자유) 모든 군인은 서신, 인터넷 및 통신의 비밀을 침해받지 아니한다. 다만 군인은 부대의 소재·이동·편성 및 군 인사 등 군사보안에 저촉되는 사항을 인터넷, 통신수단을 이용하여 게재 또는 교신 하거나 우편물에 기재하여서는 아니 된다.

제19조 (종교 활동) ① 모든 군인은 종교의 자유를 가진다.

② 지휘관은 부대의 임무수행에 지장이 없는 범위 안에서 개인의 종교생활을 보장하여야 한다.

③ 군인은 자신의 종교상의 이유로 임무수행을 거부할 수 없으며, 지휘관이 지정하는 종교시설에서 종교의식을 하는 것을 원칙으로 한다.

④ 지휘관이 지정하는 종교시설 이외의 장소에서 종교의식을 요구 시에는 부대 운영을 고려 지휘관이 승인여부를 결정한다.

제20조(진료) ① 모든 군인은 전투력을 보존하고, 건강한 심신을 유지하기 위하여 적시에 적절한 진료를 받을 수 있다.

② 군은 의무체계를 선진화하여 장병들의 진료를 적극적으로 보장한다.

제21조 (휴가) ① 군인은 매년 휴가를 받을 수 있다. 다만 다음 각호의 경우에는 지휘관은 이를 제한할 수 있다.

1. 국가비상사태가 발생한 경우
2. 작전상황이 발생한 경우

3. 천재지변 기타 재난이 발생한 경우
 4. 소속대의 야외훈련, 평가, 검열 등이 실시중이거나 임박한 경우
 5. 피의자, 피고인, 징계혐의자 또는 환자로서 휴가를 받기에 적절하지 않은 경우
- ② 휴가의 종류와 휴가권자, 기간, 시행방법 등은 대통령령으로 정한다.

제22조 (영내대기의 금지) ① 지휘관은 법령에 의하지 아니하고 처벌, 훈계 등을 목적으로 영내거주자가 아닌 군인을 영내에 대기시킬 수 없다.

② 영내거주자의 범위와 업무상 필요시 영내대기를 시킬 수 있는 경우는 국방부장관이 별도로 정한다.

제23조 (의견 건의) ① 군인은 규정과 제도 개선 등 군에 유익하거나 임무수행을 위해 더 좋은 방법이 있는 경우 지휘계통에 따라 상관에게 건의할 수 있으며, 의견 건의를 이유로 어떠한 불이익을 받지 아니한다.

② 건의를 접수한 상관은 건의내용을 검토 후 그 결과를 30일 이내에 건의한 당사자에게 서면, 게시, 구두 등의 방법으로 통보하여야한다.

제24조 (고충처리) ① 군인은 근무여건·인사관리·건강관리·신상관리 등에 관하여 부당한 대우를 받거나, 업무 수행이 곤란할 경우에는 문서·전자문서 또는 구술로 고충의 심사를 청구할 수 있으며 이를 이유로 불이익한 처분이나 대우를 받지 아니한다.

② 제1항의 규정에 의하여 청구된 고충을 심사, 처리하기 위하여 국방부, 각군본부 및 장관급장교가 지휘하는 부대에 군인 고충심사위원회를 둔다.

③ 군인 고충심사위원회는 다음 사항을 심의 한다

1. 휴가·진료 등 기본적 권리에 관한 고충사항
2. 구타·가혹행위·언어폭력·성희롱 등 인권 침해사항
3. 복무부적응 병 보직 및 근무지 조정여부
4. 그 밖에 장관급 지휘관이 해소할 필요가 있다고 인정하는 장병 고충사항

④ 군인 고충심사위원회의 심사에 대해 장교·준사관·부사관이 제기한 재심청구는 군인사법 제51조에 의한 중앙 군인사소청심사위원회에서 심사하며, 병이 제기한 재심청구는 차 상급 부대의 군인 고충심사위원회에서 심사한다.

⑤ 군인 고충심사위원회의 구성·운영과 심사절차에 관하여 세부 사항은 대통령령으로 정한다.

⑥ 군인은 이 법 및 다른 법령에 의하여 허용된 고충심사기관 이외에는 고충심사 청구를 하여서는 아니 된다.

제25조 (기본권 교육) ① 국방부장관은 군인 등을 대상으로 군인의 기본적 권리에 대한 내용, 침해시 구제절차 등이 포함된 교육을 실시하여야 한다.

② 국방부장관은 제1항에 규정된 교육을 각 군 참모총장에게 위임하여 실시 할 수 있다.

제26조 (전문상담관) ① 국방부장관은 군인의 기본적 권리와 관련된 상담, 교육 등을 위하여 전문상담관을 운영할 수 있다.

② 전문상담관의 신분, 자격요건, 임무, 보수 등 구체적인 사항은 대통령령으로 정한다.

제27조 (복무규정) 군인의 복무에 관하여는 이 법에 규정한 것을 제외하고는 따로 대통령령으로 정한다.

제5장 기본적 권리의 제한

제28조 (집단행위의 금지) ① 군인은 다음 각호에 해당하는 집단행위를 하여서는 아니 된다.

1. 노동단체의 결성, 단체교섭 및 단체행동
2. 군무에 영향을 줄 목적의 결사 및 단체행동
3. 집단을 형성하여 상급자에게 건의 또는 항의하는 행위
4. 집단으로 훈련을 거부하거나 지시사항을 위반하는 행위
5. 기타 지휘권을 침해하거나 군의 기강을 문란 시키고, 군의 단결을 저해하는 행위

② 군인은 국방부장관이 허가하는 경우를 제외하고는 일체의 사회단체에 가입하여서는 아니 된다. 단, 순수한 학술, 문화, 체육, 친목, 종교활동 등을 목적으로 하는 단체는 허가를 받지 않고 가입할 수 있으나 그와 같은 단체가 군인의 의무와 충돌할 염려가 있을 때에는 탈퇴를 명할 수 있다.

③ 국방부장관은 제2항의 규정에 의한 허가범위를 별도로 정하며, 허가권을 각 군 참모총장에게 위임할 수 있다.

제29조 (이동지역 제한) 군인은 비상소집이 발령된 때에는 지체 없이 소속부대에 집결하여야 하며, 이를 위하여 장관급 지휘관은 대통령령이 정하는 바에 따라 소속 부대원의 이동지역을 제한할 수 있다.

제30조 (대의발표 및 그 활동의 제한) ① 군인이 국방 및 군사에 관한 사항을 군 외부에 발표하거나, 군을 대표하여 또는 군인의 신분으로 대외 활동을 하고자 할 때에는 국방부장관의 허가를 받아야 한다.

② 그러나 순수한 학술·문화·체육·친목활동 등의 분야에서 개인적으로 대외 활동을 하는 경우로서 군무에 지장이 없는 때에는 예외로 하며, 구체적인 사항은 국방부장관이 별도로 정한다.

③ 국방부장관은 제1항의 규정에 의한 허가권을 각 군 참모총장에게 위임할 수 있다.

제31조 (정치적 행위 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 후보를 당선하게 하거나 낙선하게 하기 위한 행위
4. 각종 투표에 있어서 어느 한쪽에 찬성하거나, 반대하도록 영향을 주는 행위
5. 정치적 시위나, 정치적 의견을 언론이나 인터넷 등에 공표하는 행위

제32조 (영리행위 및 겸직 금지) ① 군인은 군무 외 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하거나 다른 직무를 겸할 수 없다.

② 영리 목적이 아닌 업무에 종사하거나, 다른 직무를 겸할 경우에는 국방부 장관의 허가를 받아야 한다.

③ 영리를 목적으로 하는 업무의 범위 및 겸직 허용 기준은 대통령령으로 정 한다.

부 칙

제1조 (시행일) 이 법은 공포후 6월이 경과한 날부터 시행한다.

제2조 (다른 법률의 개정) 군인사법중 다음과 같이 개정한다.

1. 제46조 (휴가)를 삭제한다.
2. 제47조 (직무수행의 의무)를 삭제한다.
3. 제47조의2 (복무규율)를 삭제한다.
4. 제51조의3 (고충처리)을 삭제한다.

3. 군인 기본법 (예시)

군인의 인권이 보장되는 내용으로 군인의 인권보장에 관한 법률(안)을 다음과 같이 구상해 보았다.

군인 기본법(안)

제1장 총 칙

제1조 (목적) 이 법은 헌법상 보장된 군인의 기본적 인권을 확인하고 구체화하여 민주적 기본질서에 부합하는 군인 권리의무체계의 확립을 그 목적으로 한다.

제2조 (제복을 입은 시민, 민주적·시민적 지휘이념) ① 모든 군인은 제복을 입은 시민으로서 헌법이 보장한 기본적 인권을 향유한다.

② 모든 군인은 다른 군인의 자유와 권리를 존중하고, 인권을 보장하는 부대환경을 적극적으로 실현해야 한다.

③ 국가는 모든 군인의 민주시민으로서의 능력을 향상시키고, 국토방위와 헌법상 평화주의의 실현이 군대의 사명임을 확인한다.

④ 군대는 민주적·시민적 지휘이념에 따라 구성되고 운영되어야 한다.

제3조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “군인”이라 함은 제4조의 각호에 해당하는 자를 말한다.

2. “기본적 인권”이라 함은 헌법상 보장된 자유와 권리를 말한다.

3. “민주적·시민적 지휘이념”라 함은 자유, 인권, 평화의 존중이 군인정신과 민주적 군대의 바탕임을 인식하고, 군인으로 하여금 제복을 입은 시민으로서 문명국가의 법 원칙을 준수하고 민주적 국가와 사회에 충성하도록 지도하는 군사헌법의 기본원칙이다.

4. “상관”이라 함은 명령복종관계에 있는 자 사이에서 명령권 혹은 지휘권을 가진 자를 말한다.

5. “명령”이라 함은 상관이 부하에게 발하는 일반적 지시나 구체적·개별적인 지시를 말한다.

6. “영내거주”라 함은 부대 안에 있는 독신자숙소·관사 등의 곳에서 거주하는 것을 말한다.

7. “내무생활”이라 함은 부대 안에 위치하는 공동생활숙소 등에서 공동생활을 하는

것을 말한다.

8. “사적 제재”라 함은 법령과 적법한 절차에 의하지 아니하고 행해지는 군인의 정신적·신체적 완전성을 해하는 모든 행위를 말한다.

제4조 (적용범위) 이 법은 다음 각호의 자에게 적용한다.

1. 현역에 복무하는 장교·준사관·부사관 및 병
2. 사관생도·사관후보생·부사관후보생
3. 전환복무 또는 대체복무 중인 전·의경 및 경비교도대원
4. 소집되어 군에 복무하는 예비역 및 보충역
5. 기타 병역법 제57조에 의거 학생군사교육을 이수 중인 자

제2장 군인의 기본적 권리와 의무

제5조 (군인의 인권) ① 군인은 일반시민과 동일한 자유와 권리를 가지며, 어떠한 경우에도 이를 포기할 수 없고 부인 또는 박탈당하지 아니한다.

② 군인의 자유와 권리는 군사임무상 필요한 범위 내에서 법률로써 제한할 수 있다.

제6조 (국가의 역할과 책임) ① 국가는 군인이 가지는 기본적 인권을 최대한 보장할 의무를 진다.

② 국가는 군인의 인권을 보장하기 위하여 필요한 제도를 조성해야 하며, 이를 위한 시책을 적극적으로 추진하여야 한다.

③ 군인의 기본적 인권이 침해된 때에는 국가는 효과적으로 구제하여야 할 의무를 진다.

제7조 (인간의 존엄과 가치, 인격권) 모든 군인은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 자유로운 인격발현권을 가진다.

제8조 (법 앞의 평등) ① 모든 군인은 법 앞에 평등하며, 성별, 가문, 인종, 민족, 신앙, 종교적 또는 정치적 견해, 출신학교, 출생지나 혈통 등에 의해 임면, 보직, 진급 등에서 차별받지 아니한다.

② 국가는 특정한 성이 업무의 필수적인 전제가 되는 경우를 제외하고는 임면, 보직, 진급 등에 있어서 저대표된 여성에 대하여 적극적 조치를 취해야 한다. 적극적 조치는 차별로 보지 아니한다.

제9조 (신체와 정신의 완전성) ① 모든 군인은 신체와 정신을 훼손당하지 않을 권리를 가진다.

② 모든 군인은 안전하게 복무를 할 권리를 가지며, 신체 및 건강상의 위해를 초래할 복무환경의 개선을 요구할 수 있다.

③ 모든 군인은 어떠한 경우에도 폭언·폭행·가혹행위 기타 굴욕적이거나 비인간적 처우를 당하지 아니한다.

제10조 (거주이전의 자유) ① 모든 군인은 거주·이전의 자유가 있다. 다음의 제1호, 제2호, 제3호, 제8호의 경우에는 원칙적으로 대통령령이 정하는 바에 의해 영내 거주·내무생활을 한다. 장관급 이상 장교가 지휘하는 부대 및 기관의 장(이하 '부대장'이라 한다)은 다음의 제4호 내지 제8호의 경우에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 휴가, 외출, 외박 제한 명령을 내릴 수 있다.

1. 현역병으로 군 복무를 하는 경우
2. 예비역 및 보충역 중 소집되어 군에 복무하는 경우
3. 대통령령이 정하는 부사관으로 군 복무를 하는 경우
4. 대통령령이 정하는 교육기관에서 군인이 교육을 받는 경우
5. 대통령령이 정하는 교육훈련을 하는 경우
6. 전시·사변 기타 국가비상사태가 발생하는 경우
7. 천재지변, 기타 재난사태가 발생하는 경우
8. 해외에 군인을 파병하는 경우

② 제1항의 영내 거주 및 내무생활을 하여야 하는 군인 이외의 군인은 영외 거주를 원칙으로 하고, 제1항의 제5호, 제6호, 제7호, 제8호의 경우를 제외하고는 교육, 처벌, 훈계 기타 어떠한 목적으로도 영내에 거주하여 부대 출입을 통제 당하지 아니한다.

③ 군인은 해외여행의 자유가 있다. 국가는 군사기밀유지나 국가안전보장상 필요한 경우를 제외하고는 군인의 해외여행을 제한할 수 없다.

제11조 (근무시간 외 근로금지, 자기계발의 권리) ① 모든 군인은 근무시간외에는 근로 혹은 작업에 동원되지 아니한다.

② 모든 군인은 자기계발의 권리가 있으며, 국가는 적절한 자유시간의 보장을 통해 자기계발을 위한 학습과 훈련의 기회를 충분하게 제공해야 한다.

③ 국가는 전역한 군인에 대해 일정기간 사회정착을 위한 교육과 지원을 제공해야 한다.

제12조 (사생활의 비밀과 자유) ① 모든 군인은 사생활의 비밀과 자유가 보장된다. 다만 군인의 용모, 두발, 계급표시, 복장착용 기타 외모에 대하여는 대통령령으로 제한할 수 있다.

② 내무생활에서는 군인의 사적 생활이 최대한 보장되도록 하여야 한다.

제13조 (자기정보통제권) ① 개인기록은 부대운영, 인사관리의 목적에 필요한 한도에서 열람 및 이용될 수 있으며, 군인은 자신의 개인기록을 열람할 수 있다.

② 개인기록에 자기에게 불리한 주장이나 평가 및 사유들이 기재되는 때에는 해당군인은 이를 사전에 고지 받을 권리가 있으며, 기록자는 해당군인의 의견을 개인기록에 수용하거나 별도로 표시해야 한다.

③ 개인기록의 열람 및 이용의 범위·대상·한계 기타 자세한 사항 및 고지절차는 대통령령으로 정한다.

제14조 (통신의 자유) ① 모든 군인은 정치 경제 사회 문화 등 다양한 영역에서 다양한 정치적 견해를 지닌 매체에 접근할 수 있는 기회를 보장받아야 하며, 신문, 잡지, 도서의 열람, 방송청취, 기타 정보통신매체에 접근함에 있어 검열이나 사전제한을 받지 아니 한다.

② 군인은 통신의 자유를 가진다. 다만 부대의 소재, 부대이동, 편성 및 군인사 등 군사보안에 저촉되는 사항을 전기통신수단을 이용하여 교신하거나 우편물·정보통신망에 기재하여서는 아니 된다. 군인의 통신 방법과 시간 등 제한의 세부적 사항에 관하여는 신분, 수행업무 기타 제반사항을 고려하여 대통령령으로 정한다.

제15조 (양심의 자유) ① 모든 군인은 양심의 자유를 가진다.

② 모든 군인은 자신의 양심에 반하는 직무수행을 강요당하지 아니한다.

제16조 (종교의 자유) ① 군인은 종교의 자유를 가지며, 종교적 강연, 교리학습, 종교의식에 참여를 강요당하지 아니한다.

② 군인은 자신이 믿는 종교의 군종장교가 소속부대에 보직되지 아니하였을 때에는 대통령령이 정하는 기준에 따라 민간 성직자를 영내에 초청하거나, 민간의 종교의식에 참여할 수 있다.

제17조 (언론·출판의 자유 등) ① 모든 군인은 언론·출판의 자유를 가진다. 직무

시간 이외의 공개적인 토론의 자유는 인정된다.

② 군인은 국방 및 군사에 관한 대통령령이 정하는 중요한 사항을 군 외부에 발표하거나 출판하는 경우에는 국방부장관에게 발표 또는 출판물을 사전에 신고하거나 사후에 제출하여야 한다.

제18조 (집회·결사의 자유) ① 모든 군인은 집회·결사의 자유를 가진다. 다만, 다음 각호에 해당하는 행위를 하여서 아니 된다.

1. 노동단체의 결성·단체교섭 및 단체행동. 단 직장협회의 결성 및 가입은 허용된다.
2. 군무에 영향을 줄 목적의 단체결성 및 단체행동
3. 종적으로 계열화된 임관구분 단체결성

② 모든 군인은 군무에 영향을 주지 아니하는 순수한 학술·문화·예술·체육·친목 단체에 가입하여 활동할 수 있다.

제19조 (처우, 급여, 의료 등의 권리) ① 모든 군인은 인간의 존엄에 어울리는 의식주, 급여, 휴가에 대한 권리가 있다. 국가는 가용자원의 범위 안에서 군복무에 대한 정당한 대가가 지급되도록 최선의 노력을 다해야 한다.

② 근무시간이나 자유시간의 확정에 있어서 모든 군인의 군복무와 가정생활이 양립할 수 있도록 배려해야 한다.

③ 군인은 적절하고 효과적인 의료처우를 받을 권리가 있다. 군인은 민간병원의 진료와 치료를 요구할 수 있으며, 국가는 적정한 범위 내에서 그 비용을 부담한다.

④ 군인이 업무상의 재해를 입은 경우에 본인의 퇴직이후 생활 또는 유족의 생활이 인간다운 생활에 부합하도록 국가는 연금 및 보훈체제를 확립한다.

제20조 (군인 가족 및 관련자의 부대접근권) ① 모든 군인은 업무수행에 방해가 되지 않는 한 외부 관련자와 접견할 권리를 가진다.

② 군인의 가족 및 군과 관련 있는 당사자는 군부대에 대한 접근권이 보장된다.

③ 앞항의 군과 관련 있는 당사자에는 군인 또는 군인가족의 대리인, 법률상 군에 대한 감찰권을 가지는 자 및 군에서 인권을 침해하였다고 합리적 의심을 제기하는 자가 포함된다.

④ 복무 중 사망한 군인의 유가족과 그 대리인에 대해서는 사건현장과 부대에 대한 접근권을 적절하게 보장해야 한다.

제21조 (충성의무, 선서의무) ① 군인은 대한민국에 충성하고 대한민국 민주적 기

본질서와 국민의 자유와 권리를 용감히 수호할 의무를 진다.

② 군인은 다음과 같이 선서하여야 한다: “나는 대한민국의 군인으로서 국가에 충성을 다하고, 헌법과 국제법을 준수하며 국민의 자유와 권리를 수호할 것을 엄숙히 선서합니다.”²²²⁾

제22조 (동료에 대한 의무) ① 대한민국군대는 전우애로 단결한다. 모든 군인은 동료의 존엄과 명예, 권리를 존중하고 동료가 곤경과 위협에 처하였을 때 도와야 할 의무를 갖는다. 동료에 대한 의무는 상호존중의무와 타인의 가치관에 대한 존중과 배려를 포함한다.

② 군인 상호간에는 계급과 상관없이 존대어의 사용을 원칙으로 한다. 욕설·모욕적 취급 및 비하적 표현은 금지된다.

제23조 (진실의무와 비밀유지의무) ① 군인은 직무상의 사안에서 진실을 보고해야 한다.

② 군인은 직무상 알게 된 사실에 관하여 철저히 비밀을 지켜야 한다. 비밀유지의무는 전역한 이후에도 적용된다. 업무과정에서 보고를 한 경우나 공지의 사실이거나 비밀로 할 필요가 없을 경우에는 비밀엄수의무가 적용되지 않는다.

제24조 (상관의 의무) ① 상관은 태도와 의무수행에서 모범을 보여야 한다.

② 상관은 직무를 감독할 의무를 갖고 그의 부하의 규율에 대하여 책임을 진다.

③ 상관은 자신의 부하를 배려할 의무가 있다.

④ 상관은 오로지 직무상 목적을 위해서만 그리고 국제법과 법률 및 직무규정을 준수하는 가운데 명령을 발할 수 있다.

⑤ 장교와 부사관은 직무범위 안팎의 발언에서 상관으로서의 신뢰를 유지하기 위하여 필요한 신중한 태도를 유지하여야 한다.

제25조 (명령과 복종) ① 모든 군인은 직무를 수행함에 있어 상관의 직무상의 정당한 명령에 복종하여야 한다. 다만, 이에 대한 의견을 진술할 수 있다.

② 모든 군인은 불법적인 명령을 내리거나 이를 준수하여서는 아니 된다. 인간존엄을 침해하는 명령이나 국제법에 반하는 명령, 직무상의 목적에 부합하지 않는 명령을

222) 군인복무규율에서 장교와 병이 다른데 하나로 통합했으며, 선서문구중에서 ‘민족’이라는 말을 뺐습니다. 그리고 군인이면 누구나 선서하는 것으로 함이 마땅할 듯합니다.

이행하지 말아야 한다. 상관의 명령이 제2문의 명령에 해당한다고 오인한 군인은 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에는 벌하지 아니한다.²²³⁾

③ 하급자가 명령에 따라 형법상 구성요건에 해당하는 위법한 행위를 한 때에는 그 행위가 위법함을 알았거나 국제형사재판소에 관한 로마규정 제33조 2항에 따라 위법함이 명백한 경우 책임을 진다.²²⁴⁾ 다만 명령을 이행하게 된 특수한 사정을 고려하여 하급자의 책임이 경미하다고 판단된 때에는 법원은 형을 감경 또는 면제할 수 있다. 불법적인 명령이라는 이유로 복종을 거부할 경우 명령을 발한 상관은 그 사실을 지체 없이 서면으로 자신의 직근 상관에게 보고하여야 한다.

④ 불법적인 명령을 발한 상관은 국제형사재판소에 관한 로마규정,²²⁵⁾ 군형법, 형법 또는 군인사법 등에 따라 법적 책임을 진다.

제26조 (영리행위금지) ① 군인은 군무 이외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며 국방부 장관의 허가 없이 다른 직무를 겸할 수 없다.

② 군인은 현역에 있을 때는 물론 전역한 이후에도 그의 직무상 활동과 관련하여 보수나 사례를 받아서는 안 된다. 예외적으로 보수를 받을 경우에는 국방부장관의 허가를 필요로 한다.

③ 제1항 규정에 의한 영리를 목적으로 하는 업무의 한계는 수행업무의 성격 및 기타사항을 고려하여 대통령령으로 정한다.

제27조 (권리침해 및 의무위반에 대한 효과) ① 군인의 자유와 권리를 법적으로 허용되지 않는 방식으로 침해하거나 이 법에 정한 의무를 위반한 것은 직무상 위법행위에 해당한다.

② 직무상 위법행위는 경중에 따라 군인사법, 형법이나 군형법상에 따라 제재를 받게 된다.

③ 타인의 직무상 위법행위로 인해 손해를 입은 자는 위법행위를 한 자에 대하여 민

223) 현행 형법 제16조를 고려하여 조문의 내용을 구성하였다. 독일 군인법 제11조의 경우 “상관의 명령이 제2문상의 명령에 해당한다고 오인한 군인은 그 착오를 회피할 수 없었고, 명령에 대해 적법하게 불복하는 것이 정황상 기대할 수 없을 때에는 책임을 면한다.”고 하여 독일 형법 제17조와 같은 표현을 사용하고 있다.

224) 로마규정에서는 “부작위범/과실범 처벌근거”와 “위법성착오배제규정”이 있다. 그리고 과실범의 경우에도 단순한 징계가 아니라 형사처벌을 한다.

225) 현재 우리나라에는 로마규정을 국내법적으로 집행하기 위한 법률이 제정되지 않았다. OECD 국가들은 대부분 이러한 법률을 제정하였다. 장차 “국제형사재판소관할범치처벌에 관한 특별법”과 같은 만들어 지는 경우 이 부분은 그에 따른 자구수정이 필요할 것으로 본다.

사상 보전조치를 청구할 수 있다.

제28조 (인권교육 시민교육 국제인도법교육) ① 모든 군인은 헌법이 보장하고 이 법에 의해 구체화된 기본적 인권의 내용, 그 침해시의 구제절차 등을 교육받을 권리가 있다. 교육을 담당하는 자나 지휘관은 편파적인 정치적 견해나 역사관을 주입해서는 아니 된다.

② 모든 군인은 제네바협정과 로마규정에 따라 무력충돌 행위에 관련되는 국제인도법을 준수하기 위하여 국제인도법을 숙지해야 하며, 지휘관은 이에 관한 사항을 교육시킬 의무가 있다.

③ 대대급 이상 부대, 부서, 기타 조직의 지휘관 또는 책임자로 취임하는 자는 그 직에 취임하기 전에 대통령령이 정하는 바에 따라 국방부의 국가인권위원회 등 군 외부기관이 공동으로 주관하는 군인인권교육을 받아야 한다.

④ 사관생도·사관후보생·부사관후보생, 기타 병역법 제57조에 의거 학생군사교육을 이수 중인 자에 대한 교육내용에는 대통령령이 정하는 필수 인권교육이 포함되어야 한다.

⑤ 전향 중 병역법 제57조에 따른 학생 및 학군무관후보생에 대해서는 교육인적자원부장관이 국방부장관과 협의하여 인권교육을 주관하고, 대학(교육대학, 사범대학, 전문대학을 포함)의 장이 학칙이 정하는 바에 의하여 이를 실시한다.

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 군내부의 고충처리기구의 구성, 권한, 절차 및 불복수단에 대해서는 별도의 법률로 정한다.

제31조 (소청절차와 인권) ① 계급이나 지위의 고하를 막론하고 위법·부당한 전역·제적 및 휴직등 그 의사에 반한 불리한 처분(징계처분은 제외)에 대하여 불복이 있는

때에는 소청심사를 청구할 수 있다.

② 소청심사위원회의 구성, 절차 및 불복수단 등에 대해서는 별도의 법률로 정한다.

제32조 (징계절차와 인권) ① 군인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 때에는 징계처분을 받는다.

1. 군인법상의 권리를 침해하고, 의무를 위반한 때
2. 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 태만히 한 때
3. 직무의 내외를 불문하고 품위를 손상하는 행위를 한 때

② 징계권자, 징계종류, 징계절차 및 징계항고 등에 대해서는 별도의 법률로 정한다.

제33조 (군징계심판원) ① 군징계사건에 대한 행정소송의 전심절차로서 군징계심판원을 국방부장관소속하에 둔다.

② 군징계심판원은 이 법과 군인사법상의 징계항고사건을 관할한다.²²⁶⁾

③ 군징계심판원에 원장과 심판관을 두되, 원장과 원장이 아닌 상임심판관은 고위공무원단에 속하는 일반직 또는 별정직공무원으로 보하고, 비상임심판관은 군인권 또는 군인사법 분야에 관하여 전문지식과 경험을 갖춘 자 중에서 위촉한다.

④ 군징계심판원의 조직, 권한, 운영 및 심판관의 자격요건 등에 관해서는 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.

226) 군인사법상 제10장 징계는 군인기본법이 제정됨으로써 삭제되는 것이 합당하다. 징계사건은 군인기본법에 완전히 흡수된다. 군인기본법이 제정되면 군인징계심판원의 설치, 군징계절차, 군징계권자를 규정한 군인징계법도 제정되어야 한다.

⑤ 지휘관이나 여타의 자가 권리를 침해당한 군인이 진정, 소원, 소송 등을 통해 불복하는 것을 방해하거나 무마하려는 하는 때에는 중대한 범죄를 구성한다.²²⁷⁾

제4장 경과규정

제35조 (군인사법의 개정) 군인사법 제10장(징계)과 군인복무규율은 폐지하고, 군인법의 대강에 따라 군인징계에 관한 법률을 새로이 제정한다.

227) 형법에 소원방해죄, 사법방해죄를 신설하는 것이 필요하다. 이에 관하여는 제3장 6. 참조.

< 참 고 문 헌 >

- 박윤훈, 최신 행정법 강의(하), 박영사, 2004
- 이계수/오동석/오병두, 군 사법제도 운영 및 인권침해현황 실태조사, 국가인권위원회, 2004
- 콘라드 헤세/계희열 역, 통일 독일헌법원론[제20판], 박영사, 2001
- 한홍구/김성전/김정식/박원석/이재승/임태훈, 군대 내 인권상황 실태조사 및 개선방안 연구, 국가인권위원회, 2005
- 박재창/이기우/김유환/권해수/하승수/윤태범, 경찰옴부즈만 및 군사옴부즈만 설치·운영 방안 연구, 국민고충처리위원회·옴부즈만포럼, 2006. 11. 14.
- 안정애, “민간인 국방감독관 필요”, 평화만들기, 제112호, 2004. 1. 5.
(http://peacemaking.co.kr/news_view.php?no=1345)
- 이계수, “군대 내 구타 가혹행위 및 그로 인한 사고를 방지하기 위한 법적 제도적 방안에 관한 연구”, 민주주의법학연구회, 민주법학, 제23호, 2003
- 이재승, “독일의 병역거부와 민간봉사제도”, 민주주의법학연구회, 민주법학, 제20호, 2000
- 水島朝穂, 現代軍事法制の研究-脱軍事化への道程-, 日本評論社, 2000
- Christian Raap, *Deutsches Wehrrecht: Die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlagen des Wehrwesens*, Heidelberg, 1999
- Detlef Bald, *Die Bundeswehr: Eine kritische Geschichte 1955-2005*, München, 2005
- Joachim Schölz/Eric Lingens, *Wehrstrafgesetz*, München, 2000
- Karl Gleumes, *Stichwort: Der Wehrbeauftragte: Hilfsorgan des Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle*, 2005
- Verteidigungsausschuss, *Aufgaben und Arbeitsweise*, 2005
(http://www.bundestag.de/ausschuesse/archiv15/a11/Aufgaben_im_VA_und_UA)
- Werner Scherer/Richard Alff, *Soldatengesetz*, 7. Aufl, München, 2003
- Eckart Busch, in: Dolzer/Vogel/Graßhof, *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, 1997, Art. 45b

Eckart Busch, "Der Wehrbeauftragte des Bundestages", in: Schneider/Zeh(hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1989

Günther Dürig/Hans H. Klein, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 4, München, 1999, Art. 45a

Hans H. Klein, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 4, München, 1999, Art. 45b

Nobert Achterberg/Martin Schulte, in: Mangolt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 2, 5. Aufl, München, 2005, Art. 45b

Ulrich Hufeld, "Der Bundesrechnungshof und andere Hilfsorgane des Bundestages", in: Isensee/Kirchhof(hrsg.), *Handbuch des Staats Rechts*, Bd. 3, 3. Aufl, Heidelberg, 2005

BT-Druck. 9/419, 11/6317, 11/6367, 11/6394

Jahresbericht 2005 (BT-Druch. 16/850)

"이래도 멕시코 군을 비판할래?", 한겨레21, 제208호, 1998. 5. 21.

송영선 의원 인터뷰, "50만도 대군, 35만이면 충분", 오마이뉴스, 2005. 9. 15자.

임종인, "언제까지 군국주의 군인관만 고수할 건가: 위계적 내무반 문화도 일본군문화에서 비롯. 기본권과 전투력은 무관", 오마이뉴스, 2007. 1. 5자

유엔 인권고등판무관 홈페이지(<http://www.ohchr.org/english/about/index.htm>)