

독일의 군인법제*

이 재 승**

목 차

I. 머리말	3. 명령과 복종
II. 군인의 인권	IV. 권리구제
1. 권리제한 법률주의	1. 군사법원
2. 기본권에 관한 법리들	2. 징계법원
III. 군인의 의무	3. 군사소원제도
1. 직무상 의무(군인법 제7조)	4. 국방감독관
2. 민주적 기본질서에 대한 충성의무(군인법 제8조)	5. 군인참가제
	V. 맺음말

I. 머리말

한국의 군대에서 만연한 인권 침해를 억제하고 억압적 병영문화를 개선하여 인권친화적인 조직으로 변화시키는 데에 독일의 군대와 군인 법제가 지난 10여년 사이에 주목을 받았다. 물론 제2차 세계대전 이전의 독일, 특히 나치군대는 끔찍한 것이었다. 세계대전 후 연합국은 나치군대를 해체하고, 독일의 정치적 사회적 문화적 영역에 만연해 있는 군사주의를 청산하였다. 그러나 나치청산 작업은 동서 양진영의 냉전구도의 고착과정에서 유야무야되었다. 1949년 독일이 분단되는 과정에서 나치

* 이 글은 국가인권위원회의 용역사업 <군대 내 인권상황 실태조사 및 개선방안 연구>(2005년도) 및 <외국 군 인사·복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사-독일의 법령과 제도를 중심으로>(2006년도) 보고서 중 필자가 연구하여 작성한 독일군인법제에 관한 부분을 요약 가필한 것이다.

** 건국대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

에 물든 법조·정치·관료 엘리트들은 서둘러 권력의 중심으로 복귀하였다.¹⁾ 동구의 공산주의체제에 대항하여 미국과 서유럽은 1949년에 북대서양조약기구라는 안보동맹을 출범시켰다.

나토의 출범직후 연합국 사령관들은 서독(BDR)의 탄생과 서독의 기본법(1949년 5월)을 승인하였다. 이 기본법은 과거 군사주의와 침략전쟁을 반성하고 국제평화주의를 천명하였다. 예컨대 독일은 이례적으로 헌법차원에서 양심적 병역거부권을 인정하였다(제4조 제3항). 패전국 독일은 근본적으로 평화주의에서 출발할 수밖에 없었다. 따라서 50년대 중반에 새롭게 군대를 창설하려는 것이나 징병제를 도입하려는 시도는 헌법의 초발심과는 크게 충돌하고 헌법체제를 근본적으로 변경하는 문제였기 때문에 격심한 정치적 논란을 불러 일으켰다.²⁾ 이러한 연유로 독일은 헌법 개정을 통해 군대에 관해서 무수한 규정을 두게 되었다.

서독(통일 이전)은 파리조약(1955년 5월 5일)에 의해 국제법적으로 주권국가의 지위를 잠정적으로 회복하였다. 서독은 1955년에 북대서양조약기구의 일원이 되었고, 연방군을 창설하였다. 국방장관 블랑크(Th. Blank)는 1955년에 101명의 지원병에게 임명장을 수여하였다. 1956년 3월에 헌법 제12조에 남성에게 병역의무를 부과할 수 있다는 규정을 도입하였다. 이어 1956년 병역법이 공포되었고, 수 천 명이 양심적 병역거부권(제4조 제3항)을 원용하며 병역을 거부하였다. 이에 1960년에 대체복무법도 제정되었다.

독일군인법제 중에서 주요한 것을 열거하면 군형법, 병역법, 군인지위법, 군인징계법, 군인소원법, 국방감독관법, 군내양성평등법, 병역거부법, 대체복무법, 대체복무자대표위원법, 군인참가법, 군인급여법, 부

1) Joachim Perels, *Das Juristische Erbe des "Dritten Reiches": Beschädigung der demokratischen Rechtsordnung*(Frankfurt/M., Campus Verlag, 1999), 62쪽 이하 및 75쪽 이하.

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

양보장법, 일자리보호법 등이 있다. 독일은 군대의 헌법적 정치적 중요성 혹은 위험성 때문에 설계도에 따라 군인법제도를 형성시켰다. 이에 비하면 우리의 군대법제는 광복직후에 민주적 개혁이나 인권보장과는 무관하게 형성되었으며, 최근에 군대 내의 인권침해에 대한 시민사회의 비판에 따라 약간의 개혁이 시도되고 있을 뿐이다.

따라서 군 개혁, 특히 군인인권보호의 방향을 설정하는 데에 우리는 국제적 수준의 인권규범, 시민사회에서의 인권규범, 비교적 제대로 운영되고 있는 외국의 규범들을 참조할 수 있다. 이러한 맥락에서 독일은 논의거리가 된다. 독일이 비교적 대규모의 군대를 유지하고 있다는 점, 징병제를 시행하고 있다는 점을 고려할 때 특히 그렇다. 제2차 세계대전 이후 군대를 폐지하였다가 민주적으로 혁신된 바탕 위에서 군대를 새로이 출범시키지 않을 수 없었기 때문에 군 전체에 입헌적 원리를 가동시키려는 독일의 군사법제는 우리 군사법제의 민주적 지향점으로 간주할 수 있다.

II. 군인의 인권

1. 권리제한 법률주의

군인의 지위와 관련해서는 과거에 특별권력관계론이 지배적이었다. 특별권력관계이론은 포괄적으로 법률적 근거나 요건 없이 기본적인 자유와 권리를 제한하고, 자유와 권리의 침해에 대하여 적법절차와 사법심사를 배제하는 권위주의적 철학의 소산이다. 오늘날에는 ‘특수한 군복무관계’라는 표현이 특별권력관계를 대신한다.³⁾ 군인의 권리는 시민과

3) Scherer/Alff, *Soldatengesetz*(Vahlen, 2008), § 1 이하.

달리 폭넓게 제한된다. 어느 나라에서든지 군인은 국가의 전쟁권력에 항시라도 응해야 하기 때문에 용어의 차이를 떠나서 군인은 국가권력의 포괄적 지배하에 있다. 문제는 군인의 인권을 제한하더라도 무엇을 위해, 어떠한 근거로, 어떻게 얼마만큼 제한할 수 있는가, 보다 소극적으로 말하면, 군인에게 허용된 것이 무엇이며, 군인에게 금지되는 것이 무엇인가, 지휘관이 부하에게 무엇을 명령할 수 없고, 무엇을 명령할 수 있는 지이다.

군인의 지위에 관한 법률(약칭: 군인법)⁴⁾은 독일군인법제에 있어서 통괄적이고 방향지시적인 역할을 하는 기본법이다. 군인법은 규정 내용으로 볼 때 우리나라의 군인사법과 대체로 유사하지만, 독일의 촘촘한 법적 장치들과 맞물려 매우 효과적인 군인 인권의 보장체계로서 작동한다. 군인법 제6조는 군인에게 시민과 동일한 권리를 인정함으로써 군인을 ‘제복 입은 시민(citizen in uniform)’으로 파악하고 있으며, 중요한 것은 권리제한의 목표와 방법을 엄격하게 제시하고 있다는 점이다.⁵⁾ 이러한 원칙을 통해 프로이센 관헌국가 시대부터 독일공법학을 사로잡았던 특별권력관계이론은 법학적 사고방식에서 온전하게 제거되었다.⁶⁾

군인인권의 제한방식은 시민권의 제한방식과 일반적으로 동일하다. 독일기본법은 군인의 경우에 특별히 추가적인 제한규정을 두고 있다.⁷⁾

4) Soldatengesetz: Gesetz über die Rechtsstellung des Soldaten 1956. 3. 19.

5) 군인법 제6조: 군인은 다른 시민(Staatsbürger)과 동일한 시민적 권리를 보유한다. 군인의 권리는 군사적 업무의 필요 범위 안에서 법률적인 근거를 지닌 의무를 통해서 제한할 수 있다.

6) BVerwGE 46,1=NJW 1972, 1726 기타 정하중, “민주적 법치국가에서 특별권력관계”, 고시계 통권 제451호(고시계사, 1994. 9), 117쪽 이하.

7) (2)군인에 대한 특별한 제한규정(헌법 제17조의a)

① 군복무와 대체복무에 관한 법률은 군복무 및 대체복무기간 동안 군인과 대체복무자에게 다른 사람과 공동으로 이의신청이나 소원을 제기할 권리를 보장하는 한도 내에서 자신의 의견을 언어, 문자, 도화로 자유로이 표현하고 전파할 수 있는 권리(헌법 제5조 제1항 1문 전단), 집회의 자유권(제8조), 타인과 공동으로 제출하는 것을 허용하는

기타 군인의 권리를 제한하는 법률로 특히 군인법(제7조 이하)을 들 수 있다. 군인법은 군인법 또는 여타 법률에 근거하지 않는 권리제한을 허용하지 않는다.⁸⁾

2. 기본권에 관한 법리들

독일군인법제의 가장 우수한 점은 군인의 권리구제와 관련하여 판례들이 축적된다는 점이다. 그것은 권리침해를 방지하는 문제를 넘어서 권리침해가 현실적으로 발생하였을 때 사법적 통제가 이루어지면서 법의 지배가 확립되었다는 것을 의미한다. 이렇게 축적된 판례 중에서 군인의 인권과 관련하여 중요한 판례와 법리를 몇 가지 소개하고자 한다.

2.1. 인간존엄의 존중과 보호에 관한 권리(헌법 제1조 제1항)

군인법 제11조 제1항에 따르면 인간의 존엄을 침해하는 명령은 구속력이 없다. 군인은 단순한 객체나 수단으로 전락시킬 수 없고 군인의 내밀한 사적 영역을 무시해서도 안 되며, 군인의 명예를 모욕적으로 침해해서는 안 된다.⁹⁾ 따라서 시범을 위해 지령이를 먹으라는 명령은 부하의 인간존엄을 침해하고 구속력이 없다.¹⁰⁾

2.2. 자유로운 인격발현권(헌법 제2조 제1항)

자유로운 인격발현권은 전체로서 군인법의 규정에 의해서 제한될 수

한, 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.

8) 독일군대에서 특별권력관계의 전말에 대해서는 이재승, “불온서적 지정의 위헌성, 민주법학” 제40호(민주주의법학연구회, 2009), 45쪽 이하.

9) BverwGE 46,1= NJW 1972, 1726/BverwGE 103,99= NJW 1994, 2632.

10) BVerwGE 93, 108= NJW 1992, 587.

있다(BVerfGE 57, 29). 보안위험이 높은 외국(과거 공산국가)으로 직무 외적인 여행을 하는 경우에는 비밀보유자에게 군사보안을 이유로 기본법 제2조 제1항에서 보장된 자기결정권을 제한할 수 있다(BVerwGE 46, 190=DöV 1974, 178). 외모에 대한 독자적인 형성권도 위생, 사고예방, 규율을 이유로 두발의 길이와 관리방법을 규율하는 명령을 통해서 제한할 수 있다(BVerwGE 103, 99=NJW 1994, 2632). 턱수염이나 염소수염을 기르는 것을 금지하는 명령도 마찬가지이다. 표시를 달고 다닐 수 있는 권리도 연방군복장규정(ZDV 37/10)에 따라 계급장과 훈장은 제복에 부착할 수 있기 때문에 제한된다.

2.3. 신체의 불가침권(헌법 제2조 제2항)

신체의 불가침권은 전염병퇴치를 위한 의사의 치료를 수인할 의무(군인법 제17조 제4항 3문)에 기하여 제한된다. 물론 이러한 수인행위가 개별사례에서 치료받는 자의 양심적 결정에 비추어 기대가 불가능하지 않아야 한다. 고통유발이나 건강장애가 없는 수술의 경우에도 신체의 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).¹¹⁾

11) 군인의 수술거부에 대해 우리나라 대법원은 항명죄로 판단하였다. “국군병원장이 그 병원에 입원한 사병인 피고인에게 한 골종을 제거하는 수술을 받으라는 명령은, 피고인이 그 수술 없이도 군복무를 지장 없이 수행할 수 있다는 특단의 사정이 없는 한, 소속대 지휘관인 병원장이 질병이 있거나 부상당한 군인을 치료하여 원대로 복귀 시킴으로써 군의 전투력을 보호함을 임무로 하고 있는 자신의 권한 범위 내에서 발한 것으로서, 군의 사기, 군기 및 피지휘자의 유용성을 보호 내지 증진하기 위해 적합하고 필요하며 군의 질서를 유지하는데 직접적으로 연관된 행동, 즉 군사상의 의무를 부과하는 것을 내용으로 하고 있는 명령으로서, 그 명령이 군사상의 필요성을 넘어 지나치게 개인의 기본권을 침해하는 것이라고 볼 수 없으므로, 이는 군형법 제44조

2.4. 법 앞에서의 평등(헌법 제3조)

장군이나 제독에 대한 의전을 중시하는 것은 평등원칙을 침해하는 것이 아니다(BVerwGE 46, 361). 그러나 경례규정(ZDv 10/4)이 상이하직급의 군인들을 인간존엄성을 침해하는 가운데 서로 상이하게 호칭하도록 하는 것은 평등원칙에 반한다(BVerwGE 43, 88). 수염과 관련해서는 개별부대단위로 규정을 정할 수 있다(BVerwGE 76, 60). 직무상의 문서수발에 있어서 직명을 제외하고 고등교육기관이 부여한 학위를 자신의 이름과 계급에 덧붙이는 것을 허용하더라도 평등원칙에 위반하는 것이 아니다(BVerwGE 73, 296). 구군인법 58조의a가 여군에 관한 규정을 두었으나 2004년에 삭제되고, 포괄적인 군인양성평등법(Soldatinnen-und Soldatengleichstellungsgesetz 2005/1/1 시행)이 별도로 제정되었다.

2.5. 종교 양심 신조의 자유(헌법 제4조)

종교·양심·신조의 자유권은 군인에게도 인정된다. 양심상의 결정에

소정의 상관의 정당한 명령에 해당한다.”(대법원 1996. 10. 25. 선고 96도2233 판결) 반면 군인법 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 전염병 예방법(Infektionsschutzgesetzes BGBl. I, 1045쪽) 제26조 제2항 제3문의 규정은 제한받지 아니한다. 군인이 기대가능한 의사의 치료를 거부하여 그의 직무능력 또는 취업능력에 나쁜 결과가 야기되었다면, 치료를 거부하지 않았더라면 받게 될 원호연금(Versorgung)이 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 림프관절염에 의한 진찰과 같은 간단한 의사의 시술은 제6문이 의미하는 치료 또는 수술 및 신체의 완전성에 대한 침해로 간주되지 않는다.

반하는 경우 군인법 제17조 제4항 3문의 적용 수인의무는 기대가능하지 않다(BverwGE DokBer(B) 1971, 3915). 역외로(Out of Area) 투입되는 것에 대한 일반적인 거부는 양심상의 결정에 근거해서 옹호될 수 없다(BVerwGE 103, 361=NJW 1997, 536). 이라크 파병과 관련하여 소프트웨어 프로그램을 제작하라는 명령에 불복종한 소령을 대위로 강등시킨 사건에서 연방행정법원은 불복종행위가 양심의 자유에 속한다고 보았다.¹²⁾

종교 양심의 자유와 관련해서는 병역거부권이 중요하다. 입대예정자 뿐만 아니라 현역군인, 예비군도 이러한 병역거부권의 주체가 될 수 있다. 여성 역시도 병역거부권의 주체가 될 수 있다. 직업군인이 병역거부자로 인정받게 되면 면직된다. 2000년 이후 군대정원의 대폭감축에 따라 독일은 새로운 조치를 취했다. 우선 신체검사단계에서 군복무적합자의 신체조건을 강화함으로써 입대예정자수를 대폭 줄이고, 동시에 입대상한연령을 25살에서 23살로 낮추었다. 동시에 병역거부자 판정비율을 높은 수준으로 유지하고 있다. 이러한 정책에 힘입어 이리저리한 이유로 아예 징집되지 않는 청년의 비율도 대폭 증가하였다. 2005년 현재로 입대연령대 남자의 13% 정도가 군복무를 이행하고, 32% 정도는 대체복무와 기타 복무를 하고, 55% 정도는 이리저리한 이유로 복무를 하지 않는 것으로 나타난다. 의무복무자를 56,400명 정도로 유지하고, 나머지를 지원병이나 직업군인으로 충원하여 전체 독일군규모를 25만 정도로 유지하려는 정책 하에서는 이러한 인력배치비율은 앞으로도 지속될 것이다.¹³⁾

12) 이라크 전쟁이 국제법에 반하는 불법적인 전쟁이라는 것을 이유로 군사적인 소프트웨어 프로그램 개발에 협력을 거부한 소령에 대하여 군징계법원은 복종의무 위반(군인법 제11조)을 이유로 대위로 강등시켰다. 이에 피처분자는 그 명령이 헌법상 양심의 자유를 침해한다며 항소하였고 연방행정법원은 피처분자의 손을 들어주었다. 연방행정법원은 양심의 자유는 군대의 명령에 의해 제한받지 않는다는 점을 강조하였다. DVBL(2005), 1455쪽 이하. 이 판결에 대한 비판적 평석은 Stefan Sohm, "Vom Primat der Politik zum Primat des Gewissens?", *NZWehr*(2006), 1쪽 이하.

2.6. 표현의 자유(헌법 제5조)

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 의해 제한될 수 있다는 판례들이 축적되었다.

그러나 이러한 군인법 규정들이 군인의 헌법상의 기본권을 일방적으로 제한할 수 있는 것은 아니고 구체적으로 판단해야할 문제라는 해석이 지배적이다. 군인법의 규정을 통해 보호받는 법익(직무상의 비밀유지, 직무수행의 원활성, 상관의 권위보호, 규율의 유지, 직무영역 안에서 정치적 논쟁금지)과 표현의 자유권을 형량 해야 하며, 그 경우 기본권의 특수한 가치내용으로 인하여 모든 공적인 영역에서 표현의 자유에 우선적 지위가 원칙적으로 추정된다.¹⁴⁾

헌법 제5조 제1항 2문으로부터 도출되는 정보자유권은 공동막사에 거주하는 군인에게도 인정된다. 군인은 온갖 종류의 신분, 도서, 인쇄물을 수령할 수 있고, 라디오 청취나 텔레비전 시청이 허용된다. 검열금지 는 군인에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 국방부의 사적 출판물과 강연 자료에 관한 지침(1982. 7. 21)도 이를 고려하고 있다. 학문 활동의 자유 권은 학문 활동에 종사하는 모든 군인, 예컨대, 연방국방의 대학에 재학 중인 학생에게 인정된다. 그러나 군인법상의 지위가 학문 예술의 자유로 인해 해방되지 않는다.

13) 이에 대해서는 이재승, “독일 대체복무제의 최근동향”, 인권과 공익법 제1호(건국대학교 법학연구소, 2007), 43쪽 이하.

14) BVerwGE 73, 237=NJW 1982, 118; BVerwGE 76, 267=NJW 1985, 1658.

2.7. 명예와 가족의 보호(헌법 제6조 제1항)

헌법 제6조 제1항상의 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 위한 제정한 특별규정을 통해 촉진의무(Förderungspflicht)를 이행해야 한다. 군인의 기본권을 침해하는 경우가 아닐지라도 직무시간, 휴가에 있어서 가족적인 이익을 고려해야 한다. 모성보호(헌법 제6조 제4항)는 군인법 제30조 제5항에 따라 제정된 <여군모성보호규정>의 근거가 된다.

2.8. 집회의 자유(헌법 제8조 제1항)

집회의 자유는 개별적인 법률유보(제8조 제2항)에 의해 제한가능하다. 아울러 헌법 제17조의a에 의해서 제한될 수 있다. 그러나 입법자는 군인에 대한 집회의 자유권을 제한하는 입법을 하지 않았다. 군인법 제15조 제3항(군인은 정치집회에서 제복을 착용할 수 없다)도 집회의 자유권을 제한하지 않는다(BVerGE 57, 29=NJW 1981, 2112).

2.9. 결사의 자유(헌법 제9조)

결사의 자유는 군인에게도 보장된다. 군인은 사법상의 결사를 창설하거나 결사에 가입하거나 결사를 위해 활동할 자유가 인정된다. 장교클럽이나 부사관클럽에 강제로 가입시키는 행위는 헌법 제9조 제1항에 의해 보장된 사법상의 결사에 가입하지 않거나 탈퇴할 권리를 침해한다. 헌법 제9조 제2항상의 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.¹⁵⁾

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 제3항상의 목적을 추구하기 위한 결사권은 군인법 제35조의 a(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).

헌법 제9조 제3항이 결사권을 핵심영역에서만 보호하기 때문에 결사활동의 한계는 존재한다. 결사활동은 결사의 유지와 보존을 위해 불가피한 범위에서만 헌법적으로 보장된다(BVerfGE 57, 220). 헌법 제9조 제3항상의 기본권의 한계는 군대의 기능원활성이다. 따라서 군인의 파업권은 헌법적으로 배제된다. 파업, 파업유사행위, 파업준비행위는 허용되지 않는다. 파업 참여행위나 파업을 지원하는 행위는 군인법 제7조(충성의무)에 위반된다.

2.10. 서신 전화의 자유(헌법 제10조)

서신 전화의 자유는 군인에게도 인정된다. 형사소송법상 서신압수(제99조), 전화감청(제100조의a) 및 헌법 제10조 2항상의 법률에 의해 자유가 제한될 수 있다. 그러나 직무상의 서신이나 전화에 있어서는 군인은 직무상의 상급자에 대하여 이 권리를 원용할 수 없다. 직무감독과 관련해서도 마찬가지이다(헌법 제10조 제2항).

2.11. 청원권(헌법 제17조)

헌법 제17조의a는 군인의 청원권을 제한하는 법률을 예정하고 있으나 국회는 그러한 법률을 제정하지 않았다. 공무원법(BBG 제171조 제1

15) BVerfGE 57, 29=NJW 1981, 2112.

항)과는 달리 군인의 직무상 청원의 경우에 지휘계통을 따를 것을 요구하지도 않고 있다. 그러나 지휘계통을 따르는 것은 일반적으로 요구되고 있다. 군인소원법(WBO) 제1조 제4항상의 집단소원의 금지, 국방감독관법 제7조의 집단진정의 금지가 규정되어 있다. 군인이 소원이나 진정을 통해서 청원권을 행사하는 경우에 자유롭게 공개적인 비판의 형식 속에서 극적이고 반어적인 의미에서 자신의 관심사를 표현할 수 있지만 타인에 대한 명예훼손이나 기관에 대한 비방을 통해 허용범위를 넘어가서는 안 된다(BVerwGE 103, 81).

2.12. 정치적 권리(제33조 및 제38조 2항 등)

한국의 군대와 마찬가지로¹⁶⁾ 독일은 전통적으로 군대에 대하여 중립성을 요구하였다. 그러나 군대의 중립성이 사실상 은폐된 파당성에 지나지 않고, 정치적 보수주의로 기울어진다는 점을 반성하고, 오히려 군인개개인의 정치적 견해의 자유나 정치적 활동의 자유를 허용하는 쪽으로 방향을 잡았다. 여기에서 군인의 정치활동에 관한 골격 규정은 군인의 정치활동의 허용(군인법 제15조),¹⁷⁾ 공직출마의 허용(제25조)¹⁸⁾, 국가에

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

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

17) 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 자유 시간에 직무시설이나 병영 안에서 자유롭게 의사를 표현할 권리는 전우애의 기본원칙에 따른 제한을 받는다. 군인은 직무상의 공통성이 중대하게 어지럽혀지지 않도록 행동해야 한다. 특히 군인이 연설을 하거나 문서를 배포하거나 정치단체의

대한 충성의무(제8조)이다.

군인법 제15조에 따르면 근무시간 중에 군인은 정치활동을 할 수 없고, 이때에도 동료와 개인적인 정치적 견해를 나눌 수 있다. 자유 시간에 정치활동을 할 수 있다. 그러나 자유 시간에 부대막사나 시설 안에서 자유로운 표현권이 동료의 기본권을 침해해서는 안된다. 군인은 또한 정치적 집회나 행사에 제복을 입고 참가해서는 안된다. 나아가 상관은 하급자에게 정치적 견해에 영향력을 행사해서는 안된다. 군인이 정당이나 시민단체에 가입하는 것은 당연히 허용된다. 군인법 제25조에 따르면 군인은 연방하원의원, 주의원, 지방자치단체의원, 유럽의회위원에 일정

대표자로 활동하는 등 일정한 정치집단의 선전자의 역할을 하여서는 안 된다. 상호 존중이 위태롭게 되어서는 안된다.

③ 군인이 정치적 행사에서 군복을 착용해서는 안된다.

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

18) 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 장기복무군인에게 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 장기복무군인에게도 적용되며 장기복무군인에게 연방내각의구성에관한법률 제18조 제2항의 퇴역을 복무관계의 종료로 바꾸어 적용한다.

한 절차에 따라 출마할 수 있다.

군인법 제8조는 민주적 기본질서에 충성할 의무를 군인에게 부과시키고 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.¹⁹⁾ 따라서 이러한 정당에서 적극적으로 활동한 군인은 징계조치를 당할 수 있다. 통일 이후에 극우정당인 공화당(Die Republikaner)이 논란의 초점이 되고 있다. 연방행정법원은 공화당에서 적극적인 당원으로 활동한 예비군 중위를 예비군에서 배제하는 징계조치를 지지하였다.²⁰⁾

Ⅲ. 군인의 의무

1. 직무상 의무(군인법 제7조)

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 군의 헌법적 사명을 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

19) 각각 BVerwGE 73, 263; 83, 136.

20) BVerwG 2003. 9. 17. 판결.

스스로 나치사상의 보유자라고 선언하거나 인도와 법치국가에 반한 나치의 범죄를 부인함으로써 인간존엄과 자유에 구속받는 독일연방공화국의 기관으로서 연방군의 위신에 해를 가하고, 다른 군인, 특히 부하들의 충성심을 혼란에 빠뜨리는 행위는 직무의무 위반이다.²¹⁾

군인이 강의시간에 제2차 세계대전의 원인과 경과에 대하여 일방적인 역사관을 드러내는 것도 직무의무 위반이며, 나치이데올로기의 취지로 외국인에 대하여 적대적인 주장이나 폭력행동을 선동하거나 나치에 의한 유대인의 대량학살을 진지하게 의문시하거나 히틀러를 연상시키는 호칭을 사용하거나 히틀러식 인사법을 구사하는 경우도 직무위반이다.²²⁾ 나치체제에 대한 동조를 유발하는 표현을 부하에게 사용하거나 연방군대안에서 위험적인 단체(NSDAP)에 지원하거나 또는 1944년 7월 모의가담자를 반역자로 호칭하는 경우에도 직무의무에 위반된다.²³⁾ 그러나 군인이 직무시간 이외에 직무숙소나 시설 바깥에서 공개적인 발언과 글로써 정치적인 문제, 안보정책 또는 국방정책을 비판적으로 논쟁하고, 군사적 방어나 군사전략의 합목적성에 대한 공개토론에 참여하는 것은 제7조 직무의무에 대한 위반이 아니다.²⁴⁾

2. 민주적 기본질서에 대한 충성의무(군인법 제8조)

충성의무는 기본적으로 군인에게 국가의 이념과 자신을 일치시키려

21) BVerwGE 86, 321=NJW 1991, 997; BVerwGE 86, 321=NJW 1991, 997.

22) BVerwGE 113, 13=NJW 1997, 1383; BVerwGE 113, 48=NJW 1997, 2332; BVerwGE 111, 25=NJW 2000, 1433; BVerwGE 111, 45.

23) BVerwGE 113, 13=NJW 1997, 1383. 1944년 7월 모의사건은 나치체제 말기의 유명한 저항사건이다. 본회페, 카나리스, 도나니 등이 차에 치인 사람들을 돌보는 것보다 차를 모는 미치광이를 제거하는 것이 급하다는 논리에 따라 히틀러의 살해를 모의하였는데 발각되어 SS즉결재판소에 의하여 처형되었다.

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

는 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. 정치적 충성의무는 군인에게 정부의 특정목표나 특정정책에 동조할 것을 요구하지 않는다. 또한 정치적 충성의무는 군인이 국가의 현상황에 대해 비판을 퍼붓고, 헌법적 틀 안에서 현존질서를 변경하기 위하여 합헌적 수단을 가지고 활동하는 것을 배제하지 않는다.²⁵⁾

군인이 반유대인적 발언을 유포하고, 나치체제동안에 유대인대량학살을 부인하는 행위, 진지하게 의심하는 행위, 여타 반유대인적 표현을 하는 행위는 모두 정치적 충성의무의 침해이다.²⁶⁾ 군인이 정치적 충성의무를 침해했는지를 판단하는 문제에 있어서 헌법에 적대적인 목표를 추구하는 정당에 가입하는 것도 중요한 사정이 될 수 있다. 물론 해당정당이 위헌정당으로 평가받았는지와는 관계없다. 직무의무 위반은 위헌정당의 판단에 이르지 않는 정도에서 확인할 수 있다. 따라서 연방의원이나 주의원의 후보로서 군인이 수 년 동안 지도적 위치에서 그러한 정당 활동에 적극적이었다면 충성의무 위반이다.²⁷⁾

3. 명령과 복종

3.1. 상관의 명령권

상관은 부하의 존엄, 명예, 여타 권리를 존중해야 한다. 상관이 직접적으로 부하에 대립해서 행동하지 않더라도 상관의 의무를 위반할 수 있

25) BVerwGE 39, 334= NJW 1975, 1641.

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

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

다. 어떠한 경우에도 상관은 부하를 신체적으로 학대해서는 안 된다(BVerwGE 83, 210). 예컨대 훈련을 위해서 지령이를 섭취하라는 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 모욕하는 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), 직무영역에서 부하와 성적인 접촉을 하는 행위(BVerwGE 103, 257=NJW 1996, 526)도 의무위반이다. 이 경우 이성애적 접촉이든 동성애적 접촉이든 언어적 또는 신체적 성희롱이든 관계없다(BVerwGE 113, 279).

상관은 직무상의 목적을 위해서만, 오로지 국제법, 법률 그리고 직무규정을 준수하는 조건 하에서만 명령을 발할 수 있다(군인법 제10조 4항). 명령이 이러한 한계를 벗어나는 경우에는 그 명령은 불법적이다. 정당방위나 긴급피난과 같은 정당화사유가 존재하는 때에는 그러한 명령이 예외적으로 허용될 수 있다. 따라서 직무규정의 목적보다 본질적으로 우월한 법익에 대하여 달리 피할 수 없는 위험을 피하기 위한 상당한 수단인 때에는 직무규정에 위반한 명령도 적법한 것이 된다.²⁸⁾ 독일군 형법은 명령과 관련하여 상관의 책임에 대해서 명확한 규정을 두고 있다. 명령권 징계권을 남용하여 범죄행위, 불법행위, 직무이외의 행위를 요구하거나 사주하는 행위는 범죄에 해당한다. 명령권남용죄(제32조, 제38조)²⁹⁾, 범죄행위사주죄(제33조, 제34조)³⁰⁾, 징계권남용죄(제39조)

28) Scherer/Alff, 앞의 책, § 10 문단번호 51.

29) 군형법 제32조(명령권 남용)

명령 권한이나 직위를 남용하여 직무와 관련이 없거나 직무상의 목적에 위배되는

등이다.

우리나라 균형법은 상관이나 초병에 대한 범죄규정을 과다하게 두고 있지만, 전형적 군지휘관이 범할 수 있는 범죄에 대해서는 입을 닫고 있다. 물론 우리 형법이나 균형법의 해석을 통해서 독일균형법상의 결론과 동일한 결과를 달성할 수 없는 것은 아니지만, 상관의 책임에 대한 명료한 법 규정은 명령계통 안에서 법치주의를 가능하게 할뿐만 아니라, 지휘관이든 하급자이든 자신들의 책임을 명료하게 인식시킨다. 불법적인 명령을 내리는 상관은 당연히 직무위반으로 징계책임을 질뿐만 아니라 균형법상의 형사책임을 지게 된다.

3.2. 복종의 문제

독일헌법 제20조는 헌법질서를 폐지하려는 세력에 대한 국민의 저항권을 인정하고 있다. 독일헌법은 과거의 맹목적 복종이론을 전파하는 권위주의적인 국가철학을 청산하였다. 군인도 명령을 따랐다는 이유만으로 책임을 면할 수 없다. 법률가가 사악한 법률을 집행해 놓고 법률에

명령, 청구, 요구를 발한 자는 다른 법 규정에 중한 벌로 처벌하는 경우를 제외하고는 2년 이하의 자유형에 처한다.

균형법 제38조(명령권의 참칭)

명령권이나 징계권을 참칭하거나 명령권이나 징계권의 범위를 유월하는 자는 2년 이하의 자유형에 처한다. 단, 그 행위가 균형법 제39조의 형으로 위하되는 때에는 그러하지 아니한다.

30) 균형법 제33조(범죄행위의 사주)

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

균형법 제34조(범죄행위의 효과 없는 사주)

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

따랐다는 것으로 책임을 면할 수 없는 것과 같다. 이것은 독일의 과거청산과정에서 확립된 명제이다. 독일군인법은 부하의 복종의무와 책임에 대하여 명료한 규정을 두고 있다.³¹⁾ 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 3문과 제2항에서 규정된 사유들에 해당한 경우에는 그러한 추정적 구속력이 소멸한다. 따라서 인간존엄을 침해하는 명령은 헌법 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.

직무상 목적에 부합하지 않는 명령은 월권행위에 해당하기 때문에 복종의무를 발생시킬 수 없다. 따라서 군의 목적에 속하지 않는 명령, 사적인 목적을 위한 명령, 직무와 관련성이 없는 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

31) 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.

경우에는 그러한 명령은 구속력이 없다. 하급자가 그러한 명령을 이행하였다면 원칙적으로 범죄의 책임을 면할 수 없다. 명령을 발부하는 상관 역시 책임을 면할 수 없다. 그러나 하급자가 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 2항과 더불어 명령과 복종의 영역에서 책임을 추궁하는 과정에서 상관에게 불리하게, 하급자에게 유리하게 작용한다.³²⁾

3.3. 불복종에 관한 하급자의 책임

독일군형법은 좁은 의미의 항명죄와 관련한 하급자의 범죄는 불복종죄(제19조), 항명죄(제20조), 명령위반죄(제21조)이다. 불복종죄(제19조)와 명령위반죄(제21조)는 명령의 위반뿐만 아니라 고의나 과실에 의한 중한 결과(schwerwiegende Folge)의 발생을 요구하고 있다. 우리의 군형법은 간단히 불복종이나 명령의 위반만을 규정하고 있기 때문에 하급자에게 엄격한 규정임을 알 수 있다. 형량을 보더라도 불복종죄(제19조)나 항명죄(제20조)의 법정형이 3년 이하의 자유형에 그친 점을 우리의 군형법이 극단적으로 가혹하다는 사정을 알 수 있다.³³⁾

하급자가 상관의 명령을 이행했다고 하더라도 하급자의 책임을 명료하게 규정하고 있다. 우리 군형법은 이러한 문제에 있어서 명료성을 결여하고 있다.³⁴⁾

32) Schölz/Lingens, *Wehrstrafgesetz*(Beck, 2000), 52쪽.

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

34) 군형법 제5조(명령에 따른 행위) ① 하급자가 명령에 따라 형법상 구성요건에 해당하는 위법한 행위를 한 때에는 그 행위가 위법함을 알았거나 정황상 위법함이 명백한

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 알았더라면 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 구속성을 오인한 경우를 상세하게 규정하고 있다.³⁵⁾

기타 독일은 국제형사재판소에 관한 로마규정의 이행입법으로서 국제형법전(Völkerstrafgesetzbuch)을 제정하였다. 이 국제형법전은 범죄의 구성요건과 종류를 규정하고 있고, 국제형법전에서 정하고 있지 않는 것은 일반형법전의 적용한다고 규정하고 있다.

경우에만 하급자는 책임을 진다. ② 명령을 이행하게 된 특수한 사정을 고려하여 하급자의 책임이 경미하다고 판단된 때에는 법원은 형법 제49조 제1항상의 형을 감경하거나 경죄의 경우에는 형을 면제할 수 있다.

35) 군형법 제22조(명령의 구속성; 착오) ① 군형법 제19조 내지 제21조의 예(항명죄)에서 명령이 구속적이지 않거나 명령이 직무상 목적에 부합하지 않거나 인간의 존엄을 침해하거나 범죄를 성립시키는 때에는 하급자의 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 벌하지 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 군형법 제19조 내지 제20조의 죄로 벌하지 않는다.

IV. 권리구제

1. 군사법원

독일헌법 제96조 제2항은 군형사법원의 설치를 예정하고 있다. 그러나 현재까지 군형사법원이 설치되지 않았다. 규정에 따르면 군사법정은 계엄 상태나 해외 또는 전함에 있는 군인을 관할한다. 평시에 독일영토에서 저질러진 범죄를 처벌하기 위하여 군사법정을 설치하는 것은 위헌적이다. 독일의 군사법원은 민간인을 재판할 수 없다. 다른 한편 군사법원의 관할은 복무 중에 저질러진 범죄에 대해서만 미친다. 헌법의 규정에 따르면, 군사법정의 전문적인 판사는 법률가이어야 한다. 군사법정에 대한 이러한 엄격한 제한은 제2차 세계대전 중 독일의 체험으로부터 비롯된 것이다. 나치의 군사법원은 3만 건 정도의 사형을 선고하였고, 2만 여명의 군인을 처형하였다. 현재 군사법원이 존재하지 않기 때문에 일반형사법원이 군형법을 적용한다.

2. 징계법원

군인은 직무상의 의무를 위반하면 징계의 대상이 된다. 또한 퇴역군인의 경우에도 각종 징계조치가 가해질 수 있다. 징계절차에 대해서는 군징계법(Wehrdisziplinarordnung)이 적용된다. 군징계법은 148개의 조문으로 이루어졌다. 징계는 두 가지 종류로 되어 있다. 경징계와 중징계이다.³⁶⁾ 경징계는 지휘관이 직접 부과한다. 경징계는 의무복무군인이든

36) 경고는 군인의 직무위반행위에 대한 형식을 갖춘 비난이다(징계법 제23조 1항). 엄중 경고는 부대에 공시되는 비난이다(2항). 징계법칙금은 1개월 급여를 초과하지 않는다(제24조). 외출제한은 허락 없이 직무상의 숙소를 떠나는 것을 금지하는 조치이고, 보다는 중한 경우에는 금지기간 동안 또는 특정 날짜에 공유공간의 출입과 면회접수를 금지시킬 수 있다. 외출제한은 1일 이상 3주 이하의 기간 동안 가능하다(제25조).

직업군인이든 장기복무군인이든 구별하지 않는다. 징계제는 견책, 엄중 견책, 징계벌칙금, 외출제한, 징계구금 다섯 종류이다. 징계구금은 우리의 영창처분과 유사하다. 징계구금은 3일 이상 3주 이하의 기간 동안 가능하다(제26조). 징계구금조치를 취하는 경우에는 관할부대징계법원의 판사의 동의를 얻어야 한다(징계법 제40조).

중징계는 징계법원에 의해서 내려지는 징계조치이다. 중징계조치는 직업군인과 기간제군인에 대해서만 가해진다. 중징계의 종류는 감봉조치, 승진금지, 호봉강등, 계급강등, 해임이다(징계법 제58조). 퇴역군인에 대한 중징계수단은 연금감액, 계급강등, 연금박탈이다. 중징계는 법원에 의해서만 내려지는데, 병무법원(Wehrdienstgerichte)은 부대징계법원(TDG)³⁷⁾과 연방행정법원(BverwG)으로 구성된다. 징계법원은 군인의 소원사건과 법정징계조치사건을 담당한다. 연방행정법원은 부대징계법원의 상급법원이다. 연방행정법원의 병무사건부(Wehrdienstsenate)는 법정징계절차에서 제2심의 병무법원이다. 사실심으로서 부대징계법원의 판결을 파기할 수 있다. 또한 군인징계법 제114조상의 소원에 대하여 연방행정법원은 항소법원이다.

3. 군사소원제도

군사소원제도는 군내부의 고충처리제도이다. 그러나 그 고충대상이 권리침해와 연결되어 있는 경우에 소원인은 여러 가지 불복수단을 가지며 최종적으로 법원의 판결을 구할 수 있다. 군사소원제도는 기한과 형식의 제한을 받고 서면결정을 요구하는 권리구제수단이다. 상관이나

37) 기본적으로 부대직무법원은 연방국방부장관의 권한범위에 속한다. 제1심법원으로서 2개의 부대직무법원(남부/북부)이 존재한다. 부대직무법원은 19개의 부를 가지고 있다. 각부는 1인의 법관(재판장)과 2인의 명예 법관으로 구성되며 변론절차에서 법정징계를 결정한다. 명예법관은 징계조치대상자와 계급이 같은 군인 1인, 징계조치대상자보다 계급이 높은 참모장교 1인으로 한다(징계법 제75조).

군대의 관청에 의해 부당하게 취급당했다거나 동료의 의무위반행위로 인해 권리를 침해받았다고 생각하는 군인은 관할 징계상관에게 군사소원을 제기할 수 있다(소원법 제1조).

신뢰위원의 소원권은 군인참가법이 규율한다. 군인은 신청에 대하여 1개월 이내에 결정을 통보받지 못했다는 사정을 소원의 이유로 삼을 수 있다. 직무상의 판단에 대해서는 소원이 인정되지 않는다. 집단소원은 부적법하다. 이 제에서는 헌법 제17조상의 청원권이 제한된다. 소원을 법이 정하는 방식으로 제기하지 않았거나 기한을 지키지 못했거나 근거 없는 소원을 제기했다는 것을 이유로 어느 누구도 불이익한 처우를 받지 아니한다(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(제6조). 소원은 징계상관이 결정하고, 징계상관의 소원결정에 대하여 재소원을 제기할 수 있으며, 재소원은 소원결정이 있는 후 2주 이내에 한다. 재소원은 차상급 징계상관이 관할한다(제16조). 재소원에서 소기의 목적을 달성하지 못한 소원인은 부대징계법원의 결정을 요구할 수 있다(제17조). 이 결정을 다투는 수단은 연방행정법원에 항고하는 것이다. 또한 소원 또는 재소원을 포함해서 연방국방장관의 결정이나 조치에 대해서는 소원인은 직접 연방행정법원의 결정을 구할 수 있다(21조).

4. 국방감독관

4.1. 국방감독관의 목적

독일 헌법은 재무장의 과정에서 50년대에 국방관련 조항을 대폭적으로 추가하였다.³⁸⁾ 국방감독관³⁹⁾제도도 이때에 헌법에 등장하였다.⁴⁰⁾

38) 헌법 제45조의b(연방하원의 국방감독관)

인권을 보호하기 위하여 그리고 의회의 통제권을 행사하는 데에 있어서 연방하원의

국방감독관의 목적은 독일군대의 병사의 기본권의 보호에 있다. 국방감독관법에 따르면, 개별 군인은 지휘계통을 거치지 않고 직접 국방감독관에게 의견을 제출할 권리가 있다(제7조). 국방감독관의 지위는 본질적으로 연방의회의 보조기관이다(헌법 제45조의b; 국방감독관법 제1조 제1항). 따라서 국방감독관은 전체적으로 의회의 통제와 지시를 따르고 있다. 특히 국방감독관은 다른 연방기구의 관여 없이 연방하원이 독자적으로 선출하고 해임하며(제13조, 제15조 제4항), 하원의장이 국방감독관을 임명하고(제15조 제1항), 하원의장이 국방감독관의 진술여부에 대한 승인권을 보유하고(제10조 제2항), 연방하원이 국방감독관의 활동과 관련하여 일반적인 지침을 제정하고(제5조 제1항), 국방감독관이 매년 자신의 활동전체에 대하여 연방하원에 보고해야할 의무를 지고 있으며(제2조), 국방감독관의 사무소를 연방하원에 두고 있다(제16조).

보조기관으로 연방하원에 국방감독관을 설치한다. 상세한 것은 법률로 정한다.

- 39) 이에 관한 국내의 소상한 연구로는 이계수/오병두, “군에 대한 의회통제의 가능성과 한계 - 독일의 ‘국방감독관’ 제도를 중심으로”, 민주법학 제33호(민주주의법학연구회, 2007), 387쪽 이하.
- 40) 사민당 의원 파울(Paul)이 스웨덴에 망명 중에 사법감찰관과 국방감독관의 긍정적인 활동을 건문하고 이 제도의 도입을 제안하였다. 스웨덴은 1809년 입헌군주국을 수립한 이래로 사법 분야에서 감찰관 제도를 도입하였다. 이러한 감찰관은 군대의 법률준수여부를 감시하였다. 감찰관은 당시에 강력한 신분계급에 의하여 군주에 대한 견제 장치로 활용되었다. 왕권의 몰락 후 집행권을 민주적으로 선출된 공직자에게 이양한 후에도 스웨덴은 감찰관 제도를 고수하였다. 감찰관이 관료기구의 자의적 행동 앞에서 이제 국민을 보호할 수 있었기 때문이다. 1915년에는 군대에 대한 감독업무가 특수한 감찰관, 즉 국방감독관(militie ombudsman)에게 이전되었다. 1950년대에 감찰관은 국제적으로 널리 영향력을 행사하였다. 노르웨이는 1952년에 국방감독관제도를 도입하였고, 덴마크는 의회전권위원제도를 도입하였다. 1954년 독일이 국방감독관을 도입한 이후에도 자유민주국가에서는 이러한 제도를 도입하였다. 국방감독관은 50년대의 유행에 가까운 것으로 보인다. 이에 대한 상세한 설명은 Eckart Busch, *Der Wehrbeauftragte*(Decker & Müller, 1989), 16쪽 이하.

4.2. 권한과 책무

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

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

연방하원과 국방위원회는 국방감독관의 활동에 대하여 일반적인 지침을 발할 수 있으며(제5조 제1항), 구체적인 사건에 있어서 지시를 발할 수 있다(제1조 제2항). 그러나 국방감독관은 구체적인 지시에 구애받지 않고 자유롭게 활동할 수 있다(제5조 제2항). 국방감독관은 국방장관의 지시를 받지 않으며, 오히려 국방장관을 통제한다. 연방하원과 국방위원회는 국방감독관의 출석을 요구할 수 있다(제6조). 국방위원회가 사건을 위원회의 심의사항으로 결정한 때에는 국방감독관은 관여하지 못한다.

국방감독관의 가장 중요한 역할은 군인의 청원 또는 진정사건을 처리하는 것이다. 군인은 지휘계통에 상관없이 직접 개별적으로 국방감독관에게 진정할 권리를 갖는다.⁴¹⁾ 국방감독관에게 진정했다는 이유로 군인은 직무상 불이익을 당하지 않는다(제7조). 이러한 법적 장치 때문에 국방감독관은 군인인권을 보호해주는 기구로서 신뢰를 누리고 있다. 나아가 국방감독관에게 진정하는 것을 방해하는 상관은 균형법상 소원 방해죄로 처벌될 수 있다(균형법 제35조). 연방, 주, 자치단체의 법원과 행정관청은 국방감독관의 필요한 조사활동을 응원하여야 한다(국방감독관법 제4조). 국방감독관에 대한 진정 사건을 담당하고 있는 연방이나 주의 사법관청 또는 행정관청은 절차의 개시, 공소의 제기, 징계절차에서의 조사명령, 절차의 종결에 대하여 국방감독관에게 통지해야 할 의무를 진다(제12조).

5. 군인참가제

군인참가제도는 사회민주주의 전통의 경영참가제나 인사참가제가 군 조직에 투영된 것이다. 참가제도는 조직 내의 약자들의 고충을 원활하게 처리하도록 하며, 조직의 중요문제를 결정하는 데에 있어서 민주성을 제고하는 강점을 가진다. 참가제도는 일반적으로 기업의 경영협의회에서 노동자의 참여를 보장하는 공동결정법(Mitbestimmungsgesetz)과 공무원영역에서 공무원의 참여를 보장하는 연방인사대표법에도 존재한다.

군대의 헌법상의 사명과 군복무의 특수성에 비추어 지휘책임은 원래 분할할 수 있는 것이 아니다. 그런 점에서 상관의 결정에 대한 군인의 참가는 다른 공무원영역보다 처음부터 제한적일 수밖에 없다. 그러나 군대

41) 국방감독관이 설치된 이래로 매년 4~5천 건의 진정사건을 접수 처리해 왔다. 2008년도 의 정기보고서에도 5천 건을 상회하고 있다. 2008년 보고서는 <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612200> 참조.

의 특수한 부분을 제외하면 군인도 공무원이나 근로자와 유사한 기능을 수행하고, 군대업무를 행정기관의 사무처리방식과 마찬가지로 사무를 집행하는 근무처나 영조물 등이 있기 때문에 군인의 참가제도가 불필요한 것이 아니다. 군인참가법(Soldatenbeteiligungsgesetz)은 대표위원, 대표위원회, 인사대표를 통해 군인을 대표하도록 규정하고 있다.

장교, 부사관, 사병은 직접비밀선거로 각각 1인의 대표위원과 2인의 대리인을 선출한다. 이때 유권자집단은 최소한 5인 이상이어야 한다(제2조 제1항). 대표위원은 선출된 영역에서 상관과 하급자 간의 책임 있는 협력 및 동지애적 신뢰의 강화에 기여해야 한다(제18조 제1항). 징계권을 가진 상관은 대표위원이 과업을 수행할 수 있도록 지원해야 한다(18조 제3항). 대표위원은 취임 후에 포괄적으로 자신의 과업에 대해 고지 받아야 하고, 필요한 문서에 대하여 열람의 기회가 제공되어야 한다. 대표위원이 업무로 삼는 것은 인사사항(제23조), 근무사항(제24조), 급부배려사항(제25조), 직업교육 및 계발조치(제26조), 징계조치시에 의견 개진 및 청문(제27조, 제28조) 등이다.

대표위원의 참가의 형식은 세 가지로 규정되어 있다. 청문(제20조), 제안권(제21조), 공동결정(제22조)이다. 또한 군인의 직무법의 형성에 대한 참가에 대해서는 연방공무원법 제94조⁴²⁾가 준용된다. 대표위원은 군 전체 차원에서 조직화되고, 국방부 내에 전체대표위원회(GVPA)가 설치된다. 육해공군 군위생부대, 중앙군부대의 군인들은 경력별로, 지위별로 전체대표위원회에 대표를 보낸다. 대표위원(Vertrauensperson)은 전체대표위원회의 구성원을 직접 비밀투표로 선출한다(제35조). 전체대표위원회의 선거는 4년마다 실시한다. 국방장관은 전체대표위원회의 대변인을 <내적지휘문제자문위원회>의 상임게스트로 초청해야 한다. 전체대표위원회는 인사, 사회, 조직 영역에서의 국방부의 원칙수립과정에서

42) 연방공무원법(Bundesbeamtenengesetz) 제94조 관할노동조합들의 최상부조직들은 공무원의 복무관계에 대한 일반적인 규율체계를 기초하는 과정에 참가할 수 있다.

그러한 원칙이 군인에 영향을 미치는 한에서 의견을 진술할 수 있다. 전체대표위원회는 청문 이전에도 이러한 영역에서 의견을 제시할 수 있다. 군인참여법이 대표위원에게 제안권과 공동결정권을 인정하는 한에서 대표위원회는 원칙결정시에 제안권과 공동결정권을 보유한다. 국방장관과 전체위원회간의 공동결정사항에 있어서 합의가 이루어지지 않는 때에는 협의를 통해 중재위원회를 구성한다. 중재위원회는 장관과 전체대표위원회에 의해 지명한 중재위원 각3인 그리고 공정한 중재위원 장 총7인으로 구성된다(제37조).

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

V. 맺음말

독일은 군사주의와 나치군대를 철저히 비판하고, 민주적이고 개혁된 군대를 출범시켰다. 패전국의 헌법의 평화주의적 지향 때문에 군대는 헌법에 예정된 사항이 아니었다. 따라서 독일은 재무장이나 징병제 등 군대가 정치적 쟁점이 될 때마다 헌법에 새로운 규정을 두지 않을 수 없었고, 그리하여 군대에 대한 헌법조항이 가장 많은 나라가 되었다. 제2차 세계대전 이후 군대를 폐지하였다가 민주적으로 혁신된 분위기에서 군대를 새로이 창설하고, 군 전체에 입헌적 원리를 가동시키려는 독일의 군사법제는 우리 군사법제가 나아가야할 지향점으로 평가된다.

1987년 이후 민주화 20년은 사회의 다양한 영역으로 권위주의와 군사 문화를 타파하고, 민주주의를 확산시켰다. 이 과정에서 군대는 여전히 군사용어로 표현하면 인권의 ‘사각지대’로 머물렀다. 군대에 대한 시민 사회의 관심과 문제제기는 물론 계속되었다. 군의문사, 가혹행위, 총기 사고, 병역비리로 얼룩진 한국의 군대를 인권과 법치주의의 원칙 위에 수립하라는 요구는 매우 높았지만, 정작 개혁의 방향과 일정표는 확립되어 있지 않다. 국가인권위와 외부전문가들이 군인인권교육에 참여하고, 다양한 형태의 군내부의 자율적인 인권교육프로그램을 시행하도록 촉구하고 있지만 군대 내에서 인권옹호장치가 확립되었다고 할 수 없다. 군은 시민사회의 비판의 예봉을 피하기 위해 불충분한 대책을 얼기설기 수립하고 급조하면서 시간을 보내다 마침내 보수정권이 등장하자 그간의 성과마저 부정하는 행태를 보이고 있다.

우리는 식민지 군대제도, 억압적인 군대문화의 전통 위에 해방직후 미군의 전시군사법제를 추가하였다. 따라서 군사법체계가 민주적으로 개혁될 기회가 없었다. 우리에게 군대는 억압적 권위주의 문화를 사회에 전파하는 창구였다. 한국현대사에서 억압적인 인권침해의 현장에 어김 없이 대한민국의 군대가 있었고, 군대야말로 인권침해의 장본인이었다.

따라서 개혁되고 민주적 시민으로서 각성된 군대와 군인을 양성하는 것은 민주공화국의 초석이자 민주적 시민사회를 구축하는 데에 긴요한 일이다. 군인 스스로 자신의 인권을 존중하고, 동료의 인권을 존중하고, 적과 포로를 국제인도법에 따라 처우할 줄 아는 군대야말로 시민의 군대가 될 수 있다. 그렇지 않다면 군대는 결국 명령이면 무엇이든 복종하는 기계에 그칠 것이다.

(투고일 2009년 5월 19일, 심사일 2009년 5월 25일, 게재확정일 2009년 7월 14일)

주제어: 국방감독관, 군사법원, 군인인권, 군인인권교육, 독일군, 독일군인법

참고문헌

1. 단행본

- Detlef Bald, *Die Bundeswehr: Eine kritische Geschichte 1955-2005*, Beck, 2005.
- Eckart Busch, *Der Wehrbeauftragte*, Decker & Müller, 1989.
- Joachim Perels, *Das Juristische Erbe des "Dritten Reiches": Beschädigung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt/M., Campus Verlag, 1999.
- Scherer/Alff, *Soldatengesetz*, Vahlen, 2008.
- Schölz/Lingens, *Wehrstrafgesetz*, Beck, 2000.

2. 논문

- 이계수/오병두, “군에 대한 의회통제의 가능성과 한계 - 독일의 ‘국방감독관’ 제도를 중심으로”, 민주법학 제33호, 민주주의법학연구회, 2007.
- 이재승, “독일 대체복무제의 최근동향, 인권과 공익법 제1호, 건국대학교 법학연구소, 2007.
- 이재승, “불온서적 지정의 위헌성”, 민주법학 제40호, 민주주의법학연구회, 2009.
- 정하중, “민주적 법치국가에서 특별권력관계”, 고시계 통권 제451호, 고시계사, 1994. 9.
- Stefan Sohm, “Vom Primat der Politik zum Primat des Gewissens?”, *NZWehrr*, 2006.

[Abstract]

German Acts for Protecting Soldiers' Human Rights

Jae-Seung Lee*

The military has been regarded as an epicenter of human rights violations or oppressive militarism since Korea army was founded. Over 13,000 soldiers have been driven to the suspicious deaths in peacetime and a large part of deaths were officially manipulated as suicide or neglected by the military authority. The bereaved families of victims of human rights violations and human rights movement group have continuously demanded that the army should establish the mechanism suitable for protecting soldiers' human rights. The previous reform governments have tried to improve the quality of soldiers' life in the military with regard to the claim of civil society.

In this context German soldier act and other legal institutions have been mentioned as a framework of reference for reform of the Korean military legal system for the past decade. This essay tries to present a general overview of the German legal institutions which are scheduled for protecting and promoting the soldiers' human rights. This paper explains foremost the complexity of the modern history of German federal army and German military law after the World War II. It gives an introduction to the major principles of soldier act, leading cases on the soldier's rights

* Professor, Law School. Konkuk University.

or duties, system of democratic control by the parliament, uniquely, defence commissioner, and competence of military criminal court, military discipline chamber and federal administrative court. In conclusion, contemporary German soldier Acts are regarded as one of the most human rights-friendly legal systems which are to be taken as a good model for reform of the military.

Key Words : defence commissioner, German army, German soldier act, military court, soldiers' human rights, soldiers' human rights education