



## 독일에서의 병역거부와 대체복무제

정보신청기관 : 병무청 선병지원과

### I. 병역거부권

독일헌법은 양심적 병역거부권(제4조 3항)을 독자적인 기본권으로 규정하고 있다. 양심적 병역거부권은 군복무와 관련하여 양심의 자유의 특수한 발현으로 이해된다. 병역거부권은 침략 전쟁을 체험한 헌법제정자들의 근본적 결단으로 이해되고, 헌법에 구체적 권리로 명문화되었기 때문에 권리자체에 대해서는 논란의 여지가 없다. 또한 헌법 자체로 보아도 양심적 병역거부권과 상충하는 헌법적 요소는 존재하지 않았다. 그러나 일반적인 병역의무와 병역거부자에 대한 대체복무의무가 헌법에 도입됨으로써 상황도 변하고 양심적 병역거부권은 격심한 해석논쟁을 야기하였다. 실제로 독일헌법은 반전평화주의를 기조로 출범하였기 때문에 국방에 관련해서는

상당히 시시콜콜한 부분까지 헌법에 둠으로써 정치적 법적 논란을 잠재우려는 측면도 강하다. 어쨌든 독일헌법은 가장 많은 국방관련규정을 둔 헌법으로 이해된다.

#### 1. 양심적 결정

독일헌법재판소에 의하면, 양심이란 관련된 사람에게 무조건적인 작위 또는 부작위의 명령을 부과하는 옳고 그름에 대한 인식 또는 의식을 의미하고, 헌법 제4조 제3항의 양심적 결정이란 특정한 상황에서 개인이 자신에 대하여 무조건적 의무로 체험하는 바, 선·악의 범주를 지향한, 즉 윤리적으로 진지한 결정을 의미한다(BVerfGE 12, 45쪽). 그러나 양심은 오로지 신과의 관계 속에서 또는 신의 명령 하에서 또는 특정한 세계관 안에서 상정되는 것이다. 양심적 병역거부권과

종교는 본질적인 관련성이 없다. 따라서 양심적 병역거부가 역사상 메노파, 퀘이커, 여호와의 증인, 형제단 등 평화교회를 중심으로 시작되고 파급되었다고 하더라도 특정교파의 소속여부는 병역거부권을 인정받기 위한 관문이 아니다. 특정교파의 소속은 하나의 방증에 그친다. 인간이면 누구나 양심적 병역거부자가 될 수 있다.

‘진짜양심’과 ‘가짜양심’을 구별할 기준은 존재하지 않는다. 법원은 양심적 결정을 ‘바른 것/그릇된 것’으로 분류하거나 평가하지 않는다(BVerfGE 12, 56쪽). 법원은 양심이나 양심적 결정을 실질적으로 심사할 수 없고, 양심적 병역거부 결정의 ‘진지함과 일관성’을 확인하는 수준에 그친다(BVerwGE 75, 188쪽).

## 2. 병역거부

### (1) 거부대상으로서의 병역

헌법은 양심적 병역거부권을 행사하는 데에 특별한 관문을 요구하지 않았다. 그러나 구병역법

이 독일과 외국 사이에서 발생하는 ‘온갖 무력행사’를 거부해야 한다고 규정하였다. 따라서 구병역법 제25조가 양심적 병역거부권을 과도하게 제한하는 것이기 때문에 위헌논쟁이 촉발되었다.<sup>1)</sup> 판례는 온갖 전쟁을 거부할 것을 요구하고 있다. 거부는 조건적 거부여서는 안되며 절대적인 거부여야 한다. 특정한 타입의 전쟁에는 참여할 수 없다는 태도는 병역거부의사로 충분하지 않다. 부정의한 전쟁뿐만 소위 ‘정당한’ 전쟁까지도 거부해야 한다.

연방행정재판소나 연방헌법재판소의 결정에도 불구하고 학자들은 절대적 거부만을 유효하다고 보는 것은 헌법의 취지에 부합하지 않는다는 입장을 취하고 있다.<sup>2)</sup> 구병역법 제25조와 헌법재판소의 입장은 오로지 ‘독단적 평화주의자’만을 보호한다고 꼬집는다.

### (2) 절대적 병역 거부

헌법 제4조 제3항이나 병역거부법 제1조는 거부대상인 병역을 ‘무기를 휴대한 병역(Kriegsdi-



1) 병역거부법(1983)은 구병역법의 규정을 그대로 이어받아 ‘온갖 무력행사’이라는 표현을 사용하였으나 2003년 개정법은 이를 삭제하였다.

#### 병역거부법(1983)

제1조(원칙) 양심상의 이유로 국가간의 온갖 무력행사에 참여를 거부하고, 그러한 연유로 기본권 제4조 제3항 1문을 원용하면서 징총을 거부하는 자는 기본권 제12의a조 제2항에 따라 병역 대신 대체복무로서 연방군 밖에서 시민적 대체복무를 이행해야 한다.

#### 병역거부법(2003년)

제1조(원칙) (1)양심상의 이유로 기본권 제4조 제3항 1문의 의미에서 병역거부권을 원용하면서 징총병역을 거부하는 자는 이 법에 따라 병역거부자(Kriegsdienstverweigerin/Kriegsdienstverweiger)로 인정받아야 한다.

(2) 병역거부자로 인정받은 자는 기본권 제12의a조 제2항에 따라 병역 대신 대체복무로서 연방군 밖에서 시민적 대체복무를 이행해야 한다.

2) Otto-Ernst Kempfen, “Art. 4 Abs. 3”, E. Denninger/H. Ridder/H. Simmon/E. Stein, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, Luchterhand, 1989, 주18 참조.



erst mit der Waffe)' 으로 규정하고 있다. 그러나 이 표현의 의미는 직접 살상무기를 휴대하는 것에 국한되지 않으며, 상명하복의 군대조직과 복잡한 현대무기체계의 특징을 감안하여 전체적으로 이해되어야 한다. 직접 살상무기를 휴대하지 않고, 직접 살상행위를 목표로 하지는 않지만 기술적 상태에 따라 살상을 야기하는 무기의 투입에 연결되어 있는 활동도 당연히 병역에 해당한다. 후방의 레이더부대에서의 복무가 여기에 해당한다. 나아가 통상적으로 무기를 사용하지 않는 부대, 즉 후송부대나 위생부대가 있다. 이것들도 살상행위를 목표로 하는 군대조직전체의 일부분에 해당하므로 그러한 부대에 근무하는 것도 당연히 병역에 해당한다. 헌법이나 병역거부법도 대체복무는 연방군대 바깥에서 이루어져야 한다고 규정함으로써 병역을 군대조직과 연결시키고 있다.<sup>3)</sup>

### (3) 완전거부자

독일헌법은 병역의무자에게 요건에 따라 군복무나 민간구조업무를 부과하고, 병역거부자로 인정된 때에는 대체복무를 이행하도록 요구하고 있다. 그러나 무정부평화주의자(Anarchopazifist)나 철저한 병역거부자들은 군복무이든 대체복무이든 대안적 대체복무이든 다 군대와 연관된 국가강제라고 규정하기 때문에 전면적으로

거부하려고 한다. 이들을 완전거부자(Totalverweigerer) 또는 이중거부자(Doppelverweigerer)라고 한다.

법원은 독일헌법 제4조 제3항과 병역거부법 제1조의 양심적 병역거부권은 대체복무의 거부권까지 포함하지 않는다고 한다. 물론 법원의 입장을 비판하는 학자들이 적지 않다. 이들은 대체복무를 거부하는 데에도 양심의 자유를 원용할 수 있다고 주장한다. 헌법재판소는 병역거부자에게 대체복무를 부과하는 것은 헌법 제4조 제1항의 양심의 자유를 침해하지 않는다고 보고 있다(BVerfGE 19, 135쪽). 어쨌든 판례는 완전거부권을 부정하고 있다.

완전거부자들은 처음부터 징병과정에 응하지 않음으로써 군복무를 거부하거나 병역거부자로 인정받은 후 대체복무를 거부하기도 한다. 그들은 각기 병역법이나 대체복무법에 따라 처벌받을 수 있다. 이들은 무죄로 석방되기도 하지만 간혹 2개월에서 6개월 사이의 실형이 선고되기도 한다.

### 3. 판정절차

병역거부자의 판정은 연방대체복무청(Bundesamt für den Zivildienst: BaZ)이 담당한다. 연방대체복무청은 1973년에 병역거부자문제를 처리하기 위하여 발족한 연방행정청으로서 연방가족부 산하기구이다. 대체복무업무는 처음에는



3) 헌법 제12조a ②(...) 이 대체복무는 군대 및 국경수비대소속의 기관과 관련이 없어야 한다.

사회노동부에 속하였다. 종전에는 병역거부문제  
의 처리절차가 이중적으로 진행되었지만, 2003  
년 병역거부법의 개정을 통해 연방대체복무청이  
모든 병역거부신청사건을 통일적으로 처리하게  
되었다.<sup>4)</sup>

### (1) 신청서류

연방대체복무청은 병역거부자의 판정절차를  
서면심사 위주로 진행한다. 연방대체복무청은  
완비된 신청에 대해서만 결정한다. 신청인은 연  
방대체복무청에 병역거부신청서, 이유서, 이력  
서를 제출해야 한다. 신청서류와 서식내용에 대  
한 요구사항들은 2003년 법개정을 통해 완화되  
었다.

병역거부자로 판정받기 위해서는 신청서를 우  
선 지방병무청에 제출해야 한다. 지방병무청은  
접수창구역할을 하며, 신청서를 연방대체복무청  
에 송부한다. 신청서는 헌법의 양심적 병역거부  
권을 원용하는 문구를 담고 있어야 한다.

양심적 결정의 동기에 대한 해명은 인격적이고  
상세한 것이어야 한다. 이유서의 어휘선택, 제목,  
형식 등은 정해져 있지 않다. '인격적'이라는 표  
현을 통해서 법률은 불변적인 인격체로서 신청  
인을 염두에 두고 해명을 요구하고 있으므로 신  
청인은 스스로 양심적 결정과정을 분명하게 밝  
혀야 한다. '상세한'이라는 표현도 사실 불확정

적이다. 헌법재판소는 상세함을 평가하는 데에  
신청인의 교육수준을 고려하고 있다.

개별신청인들의 동기가 종교적, 윤리적, 정치  
적, 평화주의적, 인도적 이유들로 다양하게 허용  
된다. 양심적 결정의 이유들을 별도로 심사하지  
는 않는다. 병역거부사유로서 학교교육, 가정교  
육, 폭력체험, 친척이나 친구의 사망, 전쟁체험에  
대한 가족의 이야기, 유태인강제수용소방문, 영  
화도 자주 원용된다.<sup>5)</sup>

신청인은 완전한 이력서를 제출해야 한다. 이  
력서는 표로 만들어 제출할 것을 요구하고 있다.  
그러나 매우 상세하게 작성할 필요는 이제 없다.  
대신 공백이 없도록 기재해야 한다. 병역거부와  
관련있는 사항들을 반드시 이력서에 포함해야  
한다. 나아가 신청인은 자신에 대한 제3자의 평  
가서를 첨부할 수 있으며, 신청인에 대하여 정보  
를 제공할 수 있는 제3자도 지정할 수 있다.

### (2) 판정절차

병역거부 신청은 신청인이 만18세 되기 6개월  
전부터 할 수 있다. 신청은 징병검사의무를 면제  
시키지 않는다. 그러나 신청일부터 신청이 기각  
되거나 철회될 때까지 기본군복무의 소집은 유  
예된다(병역거부법 제3조). 한편 군복무소집통  
지를 받은 다음에 병역거부 신청을 한 때에는 신  
청은 군복무개시를 저지하지 않는다.



4) Hans-Theo Brecht, *Kriegsdienstverweigerung und Zivildienst*: Kommentar 5. Aufl., 2004, 6쪽.

5) 상세한 것은 Harald Elbert/Klaus Fröbe, *Kriegsdienstverweigerung und Zivildienst*, 7. Aufl., Beck, 1995, 10쪽 이하.



현역군인이 신청하는 경우에는 보다 신속하게 결정해야 한다. 군복무 소집영장을 받은 입영대 기자나 결원보충을 지원하여 입영대기 중인 자, 군사훈련의 소집을 통보받는 예비군의 경우도 신속하게 결정해야 한다(동법 제4조).

병역거부신청에 대해서는 연방대체복무청이 결정한다. 연방대체복무청은 서면절차에서 신청서가 완비되고, 제시된 동기가 병역거부권의 근거로 합당하고, 신청인의 전체상황이나 연방청에 알려진 여타 사실을 고려할 때 신청인의 기재사항의 진실성에 의문이 없는 경우 또는 청문을 거친 결과 의문이 존재하지 않는 경우에는 신청인을 병역거부자로 인정한다(동법 제5조). 따라서 서면심사만으로 병역거부자로 인정할 수 있다.

신청서의 사실에 대한 기재사항에 의문이 있는 경우에는 연방대체복무청은 1개월 이내에 신청인에게 이를 보완하게 하거나 자료제출의 기회를 부여한다. 이른바 서면청문이다. 서면청문을 거친 후에도 의문이 남아 있는 때에는 구두청문의 기회를 부여할 수 있다. 구두청문은 비공개로 하며, 연방대체복무청은 구두청문의 조서를 작성해야 한다. 신청서의 기재사항에 의문이 있는 때에는 연방대체복무청은 연방전과기록소에 신원조회서를 요구할 수 있고, 신청인은 신원조회서에 대하여 의견을 진술할 수 있다(동법 제6조). 청문절차에서 교회나 종교공동체로부터 위임받은 자는 신청인을 무료로 대리할 수 있다(동법 제8조).

연방 대체복무청은 신청인이 신청서를 완비하

지 못하고, 1개월 이내에도 신청인이 보완하지 않는 경우, 청문을 거친 후에도 신청서에 제시된 동기가 병역거부를 밀받침하지 못하는 경우나 기재사항의 진실성에 대한 의문이 해소되지 않는 경우에는 신청을 기각한다. 신청인이 구두청문소환에 응하지 않는 때에도 연방대체복무청은 제출서류에 따라 결정한다(동법 제7조). 연방대체복무청의 기각결정에 대해서는 행정소송을 제기할 수 있다.

## II. 대체복무현황

### 1. 인정실태

독일은 창군 이후 60년대부터 90년대까지 40만에서 49만에 이르는 대규모 군대를 유지하였다. 그러나 통일과 동구권 붕괴 이후 안보환경의 급격한 변화로 현재 군대를 감축하였다. 나아가 통일 이후 구동독 지역의 징집대상자의 산업에 따라 입대자원의 확보와 운용에 융통성을 갖게 되었다.

독일의 역사를 보면 전쟁과 국제적인 위기 등 안보환경과 그에 대한 반발정도에 따라 병역거부자도 증감하였다. 그러나 90년대 이후 안보환경이 전반적으로 안정화되었고, 병역거부권의 행사도 일상화됨으로써 병역거부의 신청비율과 인정비율이 매우 높아졌다. 90년대 후반에는 병역거부자의 인정비율이 거의 90%에 이르렀고, 군복무자 대 대체복무자 비율이 1 대 1에 이를 정도였다. 또한 2000년 이후 독일은 군대정원을 40만명에서

20만명 규모로 감축하였다. 따라서 대체복무제나 병역거부권의 운용현실이 크게 변하였다.<sup>6)</sup>

2000년 이후 군대정원의 대폭감축에 따라 독일은 새로운 조치를 취했다. 우선 신체검사단계에서 군복무적합자의 신체조건을 상향조정하고, 동시에 입대상한연령을 25살에서 23살로 낮추어 입대예정자수를 줄였다. 동시에 병역거부자 인정비율은 높은 수준으로 유지하였다. 이러한 정원정책에 따라 군면제자(대체복무면제자) 비율

도 대폭 증가하였다. 2005년 현재 대략 입대연령대 남성 중에서 13% 정도가 군복무를 이행하고, 32% 정도는 대체복무와 기타 대안적 대체복무를 하고, 55% 정도는 면제되는 것으로 나타난다. 현재 독일군 정원은 56,400명 정도 규모의 의무복무자에 대하여 15만 정도의 장기지원자와 직업군인으로 구성되었다. 전체 독일군 규모는 20만명 정도이다. <가동인력의 배치계획>에서 보는 바와 같이 인력배치비율은 앞으로도 계속될 것이다.

#### 〈가동인력의 배치현황〉

출생년도	인력총수	군의무복무자	%	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	군의무복무자	%	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

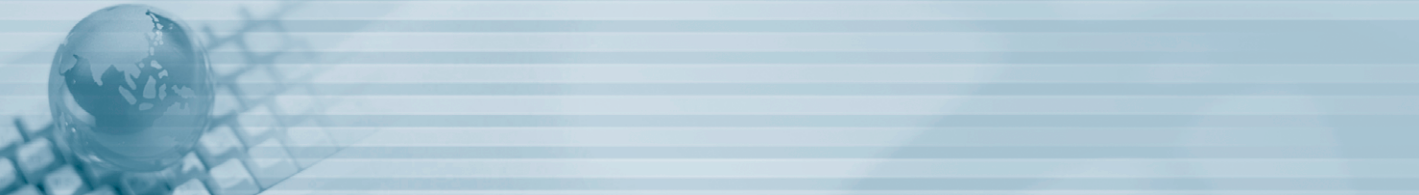
Peter Tobiassen, Wehrgerechtigkeit 2005, Tabelle 22

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

\* 장기지원군복무자(준직업군인)는 지원병제도이기 때문에 유사대체복무라고 보기 어렵다.



6) 이러한 상황에서 징병제의 위헌성논란이 촉발되었으나 헌법재판소는 2002년 합헌으로 결정하였다.



## 2. 복무영역

헌법 제12조는 병역의무자에게 군복무, 대체복무, 재난구호 업무 중 하나를 이행하도록 규정하고 있다. 병역법은 군복무 이외에도 재난구호(병역법 제13조의a), 개발봉사(제13조의b), 경찰근무(제42조, 제42조의a)를 군복무의 대체수단으로 인정하고 있다. 물론 노동강도나 구속성에서 차이가 나기 때문에 복무형태별로 복무기간이 상이하다. 따라서 군복무는 9개월이지만, 군복무의무자가 재난구호 업무로 군복무를 대신하려는 경우에는 무보수 명예직으로 관청과 협력관계를 6년 이상 유지해야 하고, 개발봉사는 2년 이상을 근무해야 한다. 경찰이나 국경수비대원으로 복무하는 자는 복무기간 동안에 군복무에 소집되지 않는다.

대체복무법은 병역거부자를 위해 이른바 대체복무(Zivildienst)이다. 대체복무법 제1조는 “대체복무에 있어서 인정된 병역거부자는 우선적으로 사회적 영역에서 공익에 기여하는 업무를 이행한다”고 규정한다. 대체복무 영역은 포괄적으로 공익관련 분야이다. 사회적 영역은 도움이 필요한 사람에게 도움, 배려, 보호, 간호 그리고 위급상황의 배제 또는 예방을 내용으로 하는 인간의 활동영역을 의미한다. 우선적으로 사회적인 영역에서 봉사한다는 규정 때문에 전통적으로 병원이나 요양원에서의 대체복무비율이 압도적으로 높았다. 따라서 대체복무자고용시설(Zivildienststelle)로 인정받기 위해서는 사회적이고 공익적 성격을 가져야 한다. 따라서 주목적이 정치적 의견형성에 관여하는 시설(예컨대 정당의

### 〈병역거부자들의 복무실태〉

출생년도	대체복무	재난구호 (제14조)	개발봉사 (제14조a)	해외봉사 (제14조b)	자원봉사 (제14조c)	경찰(제15조)	자발근로 (제15조a)	계
1979	113,138	1,530	-	680	13	100	13	115,474
1980	118,053	1,452	-	824	66	113	4	120,512
1981	112,757	1,235	-	852	225	134	-	114,203
1982	100,384	979	-	873	713	128	5	103,082
1983	76,932	713	-	809	1,708	142	3	80,307
1984	47,285	355	-	646	2,278	83	-	50,647

Peter Tobiansen, Wehrgerechtigkeit 2005, Tabelle 13

### 〈복무기간〉

유형	군/대체복무	재난구호	개발봉사	해외봉사	자원봉사	경찰집행 공무원	자발근로
기간	9개월	6년	2년	9+2개월	12개월	소집면제	9개월+1년

시설)이거나 주로 노조나 노동단체가 그 회원에게 봉사하려는 의도에서 운영하는 시설, 종교적 또는 세계관적 사고를 공고히 하려는 목적의 시설은 대체복무고용시설로서 인정받지 못한다.<sup>7)</sup> 대체복무법은 대체복무 이외에 제3의 복무형태도 규정하고 있다. 제3의 복무형태는 대체로 병역법과 동일하지만 특수한 규정도 존재한다. 민방위/재난구호(제14조), 개발봉사(14조의a), 해외봉사(제14조의b), 자원봉사(제14조의c), 경찰근무(제15조), 자발근로제(제15조의a) 등이 대안적 대체복무다. 현재 대체복무와 군복무가 똑같이 9개월인데 비하여 제3의 복무는 군복무나 대체복무기간보다 비교적 길다.

대체복무가 병역거부자의 의무라는 점 그리고 병역거부자로 인정된 자는 국가가 지정한 곳에서 근무해야 한다는 점은 대체복무제의 강제적 성격이 드러난다. 그래서 드물지만 병역거부자로 인정된 자 중에서 대체복무를 거부하는 경우가 있다. 대체복무법은 이러한 완전거부자를 위하여 1969년에 ‘자발적 근로제’를 도입하여 스스로 적절한 봉사활동을 선택하여 수행하도록 하였다. 이 경우 자발적 근로제는 병원이나 요양원 같은 곳에서 대체복무보다 최소한 1년 이상 추가로 근무할 것을 요구한다.

90년대 들어와 매년 15만 명 정도가 대체복무를 이행하였고, 18만 개 정도의 대체복무 일자리가 제공되고 있다. 최근에도 10만명 이상이 매년 대체복무를 수행하고 있다. 대체복무는 사회적 영역에서 상대적으로 저임금의 노동력을 제공하고 있다. 또한 사회적 협력, 봉사, 연대에 매우 긍정적인 역할을 하고 있다. 아울러 대체복무 효율성을 제고하고자 전국 각지에 대체복무학교(Zivildienstschule)도 설치·운영되고 있다.

대체복무제의 도입초기에는 군복무와 대체복무를 동일하게 하였다.<sup>8)</sup>

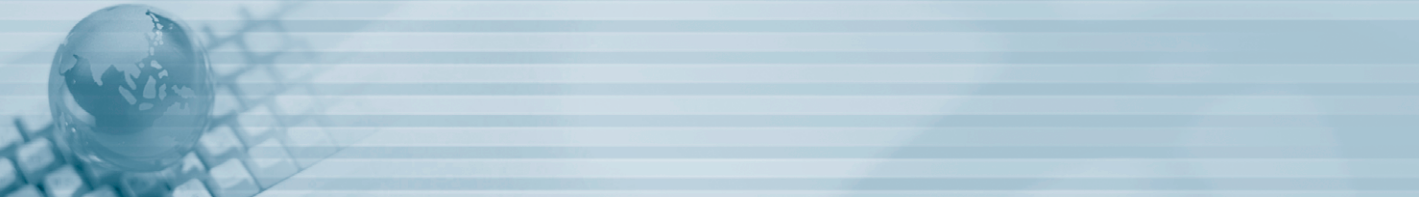
그러나 점차 대체복무기간을 장기간으로 설정하였다가 위헌소송에 휘말리기도 하였다. 헌법재판소는 군복무기간보다 대체복무기간을 길게 한 것은 헌법위반이 아니라고 결정하였다. 그러나 최근 법개정을 통해 군복무와 동일하게 9개월로 단축하였다. 대체복무를 대체하는 다른 대안적 복무들은 복무형태에 따라 차이가 난다. 재해구호는 6년, 개발봉사는 2년, 해외봉사는 대체복무(9개월)+2개월, 자원봉사는 12개월, 자발근로는 대체복무(9개월)+1년에 이르러야 한다. 재해구호는 우리나라의 의용소방대원과 유사한 것이어서 복무기간이 매우 길다. 병역거부자가 경찰인 때에는 만 25세까지 경찰근무를 계속함으



7) 대체복무법 제4조 시행지침 3항

8) 헌법 제12조a ②(....) 대체복무기간은 군복무기간을 초과할 수 없다.





로써 대체복무에 소집되지 않는다.

지금도 대체복무자의 추가복무를 예비군훈련 기간과 관련지어 자주 거론하고 있다. 그러나 독일에서는 원칙적으로 예비군제도는 있지만 대체복무자를 예비군에 준하여 (대체복무에) 소집하거나 훈련을 부과하고 있지는 않다. 다만 전시나 비상사태(Verteidigungsfall)에서는 일정연령대

의 예비군이 무제한의 방어의무를 지듯이 업무를 지듯이 대체복무자들도 무제한의 대체복무의무를 진다(병역법 제4조/대체복무법 제79조).<sup>9)</sup>

**강 현 철**

(한국법제연구원 연구위원)



9) Hans-Theo Brecht, 앞의 책, 230쪽 이하.