

내면의 진정성에 대한 병무당국의 조사방법 제도화 과정 연구

백승덕 (징병문제연구소 '더 나은 헌신' 연구활동가)

1. 서론

2018년 헌법재판소의 병역법 헌법불합치 결정과 대법원의 양심적 병역거부자에 대한 무죄 선고는 양심적 병역거부권을 인정한 판결이다. 이 판결로 인해 양심적 병역거부자들은 죄의 유무를 판단하는 재판에 피고로 출석하지 않을 수 있게 되었다.

하지만 한국의 대체역 제도는 시행과정에서 양심적 병역거부권을 인정한 취지를 두 가지 면에서 훼손했다. 첫째, 대체역심사위원회 출범 이전에 병무청에서 고발한 병역거부자에 대한 재판이 대체역 제도 시행 이후에도 진행되었으며 그 과정에서 대법원에 의해 유죄 선고가 확정된 사례가 다수 있다. 둘째, 대체역심사위원회의 심사는 유무죄를 판단하는 사법 결정을 지양할 것으로 기대 받았지만 심사 진행 과정에서 대체역 편입 신청인의 양심에 대한 의심을 전제로 하는 사실조사와 심사의견이 주를 이뤘다.

후자의 경우 행정부에 의한 양심 심사의 근원적인 문제와 연관된다. 흔히 양심적 병역거부권에 대한 역사 서술은 자유권의 확산에 따라 개인의 권리를 확립해나가는 '진보적 발전사관'을 전제하는 경향이 있다. 행정부에 의한 양심적 병역거부자 지위인정 심사는 '선진적' 제도로 인식되는 편이다. 그러나 영미권에서도 행정권력이 사법적 심사를 우회하여 준사법 기능을 수행하는 것이 또다른 전체주의의 도래를 가져올 수 있다는 우려가 제기된 바 있다.

실제로 양차 세계대전 동안 양심적 병역거부자에 대한 행정부의 심사는 △입법 지침의 제약을 받지 않는 권한 행사, △비공식적 심사 절차, △제한된 사법적 검토 등 행정 거버넌스의 문제적 면모를 드러냈다.(Jeremy Kessler 2015, 456) 미국에서 합법적으로 인정된 양심적 병역거부자의 범위는 1960년대 민권운동 이전까지 "종교적 훈련과 믿음(by reason of religious training and belief)"을 가진 자로 제한되었으며, 심사위원회는 심사의견 비공개 원칙에 따라서 '종교적 훈련과 믿음의 유무'를 어떻게 판단했는지에 대한 '결정 취지'를 밝히지 않았다.(Martha Field 1972, 904~909) 사법 절차에 대한 행정 절차의 상대적 효율성이 양심적 병역거부자의 권익보호에 도움이 되는 면도 있지만 행정 절차의 효율성은 행정권력의 비대화로 이어지기 쉽기에 양면성이 있다.

한국의 대체역 심사 절차에서 활용하는 조사방법은 양심적 병역거부와 대체복무를 리스크 관리의 수준에서 다루려고 한다는 사실을 보여준다. 위험 관리를 중시하는 통치는 마치 코로나 19 감염율을 관리하듯이 출생·사망·질병처럼 인구를 위협하는 리스크를 적정 수준에서 관리하는 것을 목표로 삼는다. 병역거부자가 한 해에 600명 내외 정도 수준으로 발생한다는 통계적 사실은 병역의 의무를 해치지 않기에 용인 범위 안에 들어오는 변이로 취급할 수 있게 한다. 시민들이 부당한 무력행사에 대해 자신의 양심에 따라 거부할 수 있도록 요구했던 보편적 권리가 이 지점에서 생물학적 인종주의로 변모한다.

이 발표는 <대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률 시행규칙>(이하 '<대체역 법 시행규칙>')에 명시된 의무제출서류의 성격을 역사적으로 분석함으로써 병무당국의 개인 내면 심사의 목적과 성격을 구체적으로 규명하고자 한다. <대체역 법 시행규칙>의 성립과 시행 과정은 국방부가 헌법재판소와 입법부에서의 논의를 벗어나 대체역 편입 심사의 목적과 성격을 자의적으로 규정하여 틀지우는 '예외상태'를 창출하는 과정이었다. 현행 대체역 심사 제도는 행정 권력

이 헌법재판소에 의해 인정된 양심적 병역거부권을 제한하는 것을 넘어서 양심적 병역거부를 병리화하여 리스크 관리의 대상으로 삼는 초법적/생산적 권력으로 자리 잡는 과정을 보여준다.

2. ‘꼬리가 몸통을 흔드는’ 의무제출서류의 제도화 과정

<대체역 법 시행규칙>은 대체역 편입 신청인에게 양심의 진정성을 판단할 수 있도록 다음의 서류를 의무 제출하도록 요구하고 있다. △본인 진술서, △신분증명서 사본, △3인 이상의 주변인 진술서, △주변인 각각의 신분증명서 사본, △범죄경력자료 및 수사경력조회 회보서, △중학교 및 고등학교의 학교생활 세부사항기록부 사본, △신도 증명서, △그 밖에 대체역 편입 신청의 이유를 확인할 수 있는 자료 등이 그것이다. 이러한 의무제출서류 목록은 사생활 비밀 침해, 종교의 자유 침해 등 다양한 측면에서 비판을 받았으나 여전히 활용되고 있다.

심사위원회가 구성되고 많은 심사위원들이 의무제출서류의 비현실성과 과잉침해 문제에 대해 비판하였고, 2022년 2월 시행규칙 개정을 통해서 부모진술서와 초등학교 학교생활기록부 정도를 의무제출서류 목록에서 삭제할 수 있었다. 그럼에도 대체역심사위원회에서 오랜 기간 논의하여 삭제하기로 합의했던 신도증명서의 경우 병무청이 삭제를 반대하여 이를 여전히 의무 제출서류로 유지하고 있다.¹⁾

1) 법령보다 먼저 만들어진 심사의 틀

대체역 편입 심사에서 신청인들에게 의무제출하도록 요구하는 서류들은 심사위원회가 구성되기 전부터 병무당국이 양심적 병역거부자인지 여부를 심사할 때 제출요구를 했던 기록들이다. <대체역 법 시행규칙>에 제시된 의무서류제출의 목록은 <대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률>(이하 ‘<대체역 법>’)이 제정되기 앞서 병무청이 만들어 시행한 연기처리 지침에서 비롯한 것이다. 2018년 7월 3일 병무청이 각 지방병무청에 하달한 ‘헌법재판소 결정에 따른 「입영 및 집총거부자」 연기처리 지침’(이하 ‘연기처리 지침’)은 양심적 병역거부자들을 고발하는 대신 헌법재판소의 결정에 따라서 대체역 제도 시행 전까지 입영을 연기할 수 있도록 했다. 병무청은 입영연기를 위해서 병역거부자들에게 ‘병역이행일 연기신청서’와 함께 다음의 서류를 제출하도록 요구했다.

1) 신도증명서를 의무제출서류로 유지하면 2018년 헌법재판소 결정 당시 소수의견이 우려했던 것처럼 대체역 제도를 특정종교에 대한 혜택이나 특정종교의 일로 오해하도록 만들 위험이 있다. 또한 대체역 심사 권한 중 일부를 종교단체에 위임하는 결과로 이어질 수 있다. 2022년 2월 <대체역 법 시행규칙> 신도증명서를 의무 제출 서류 목록에서 삭제하자는 합의를 도출할 수 있었던 것도 이러한 문제들에 대한 공감각이 있었기 때문이다. 그럼에도 병무청은 대체역심사위원회가 <대체역 법 시행규칙>의 별지를 통해 활용하고 있는 ‘신청서’ 양식에 ‘종교적 사유’와 ‘개인 신념’을 구분하는 항목이 있다는 이유로 이러한 구분을 유지하는 한 신도증명서가 필요하며 시행규칙 개정을 거부했다. 병무청의 거부는 심사의 성격을 규정한다는 점에서 대체역심사위원회의 독립성을 심각하게 침해한다. 또한 대체역심사위원회는 이러한 거부 이후 ‘신청서’ 양식을 변경하여 다시금 개정을 요구해야 하지만 <대체역 법 시행규칙> 개정 논의를 진행하지 못하고 있다. 대체역심사위원회가 병무청 산하에 설치되면서 심사의 합리성과 함께 위원회의 독립성 원칙이 훼손되고 있는 현실이다.

	종교적 사유	개인 신념
1	본인진술서	본인진술서
2	종교단체 증명서	확인서
3	확인서	부모확인서
4		직장 상사·교수·동료 등 제3자의 사실확인 진술서(3명 이상)
5		기타 입증서류(고등학교 생활기록부, 사회단체 활동내역 등)

표 1 ‘헌법재판소 결정에 따른 「입영 및 집총거부자」 연기처리 지침’ 의무제출서류 목록

‘연기처리 지침’이 제시하고 있는 의무제출서류 목록은 양심의 종류를 법적·학술적 근거 없이 ‘종교적 사유’와 ‘개인 신념’으로 구분하고, 전자의 경우 정식 신도임을 증명하는 서류만을 제출하도록 요구하는 반면 후자의 경우 부모와 지인들의 진술서와 고등학교 학교생활기록부 등의 입증서류를 제출하도록 요구했다.

병무청의 ‘연기처리 지침’이 ‘종교적 사유’ 병역거부자에게 요구했던 의무제출서류는 신도임을 증명하는 것만을 목적으로 삼고 있어서 무교회주의자의 병역거부처럼 역사적으로 병역거부운동에 관계했던 여러 종교적 신념을 배제한다. 이처럼 현실적합성이 떨어지는 분류법은 여호와의 증인 신도임을 판별하기 위한 수단에 불과하다.

한편, ‘개인 신념’으로 분류되는 병역거부는 입영을 연기하기 위해서 상대적으로 복잡한 절차를 거쳐야 했다. ‘연기처리 지침’은 개인 신념에 해당하는 경우 부모확인서, 지인의 진술서, 학교생활기록부 등 상대적으로 많은 서류를 제출하도록 요구했다. 또한 처분 결정 과정에서도 “명확한 종교적 사유”의 경우 과장 전결만을 거쳐서 처분하도록 지시한 것에 비해 “개인신념 및 불명확한 종교적 사유”의 경우 연기업무 소관과장 등 3~5인의 심의위원회에서 참석위원의 2/3 동의를 있을 경우에만 입영연기가 인정되도록 했다. 부결자의 경우 입영 명령을 내리며 이에 불응할 시엔 병역법 위반으로 고발하여 재판에 넘기도록 했다. 심의위원회의 심의 내용은 공개되지 않고 결정 사유 역시 구체적으로 제공되지 않았다.

병무청의 ‘연기처리 지침’이 요구한 의무제출서류 목록은 대체역심사위원회가 출범하면서 국방부가 마련한 <대체역 법 시행규칙>에 그대로 반영되었다. 한 가지 큰 차이가 있다면 <대체역 법 시행규칙>에 따라 대체역에 편입 신청을 하는 사람들은 누구라도 부모와 주변인 진술서, 초·중·고 학교생활기록부 등을 제출하도록 요구하고 있다는 점이다.

2) 학교생활기록부, 정신병리학적 활용에서 내면을 심사하는 도구로

<대체역 법 시행규칙>의 의무제출서류는 법적으로 인정되는 양심의 범위를 제한하면서 헌법재판소의 양심적 병역거부권 인정 취지에 구애받지 않고 양심적 병역거부자에 대한 정의를 새롭게 내린다.²⁾ 병무당국은 의무제출서류를 활용하여 양심적 병역거부자에 대한 법적 정의를

2) “양심적 병역거부는 인류의 평화적 공존에 대한 간절한 희망과 결단을 기반으로 하고 있다. 사유를 불문하고 일체의 살상과 전쟁을 거부하는 사상은 역사상 꾸준히 나타났으며, 비폭력·불살생·평화주의 등으로 표현된 평화에 대한 이상은 그 실현가능성과 관계없이 인류가 오랫동안 추구하고 존중해온 것이다. 우리 헌법 역시 전문에서 ‘항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함’을 선언하여 이러한 이념의 일단을 표명하고 있다. 뒤에서 보듯이 세계의 많은 나라들이 양심적 병역거부를 인정해왔고 국제기구들에서도 끊임없이 각종 결의 등을 통해 그 보호 필요성을 확인해온 것은, 이 문제가 위와 같

초법적으로 ‘발명’하는 것이다. 여기에서는 의무제출서류 중 하나인 학생생활기록부를 사례로 분석하여 병무당국이 의무제출서류를 활용하여 양심적 병역거부자에 대한 정의를 어떻게 생산하는지 살펴보고자 한다.

학교생활기록부를 병무행정에 활용하기 시작한 것은 비교적 최근의 일이다. 2006년 10월 4일 개정된 <병역법>은 제11조의2(자료의 제출 요구 등)를 신설하여 병역판정검사 시에 학교장 등에게 학교생활기록부 제출을 요구할 수 있도록 했다.³⁾ 당시 병역법 개정은 2005년 GP 총기난사 사건으로 인해 병영문화혁신에 대한 요구가 커졌던 상황에서 이루어졌다. 총기난사 사건이 발생하자 국회에서 여야를 가리지 않고 복무부적합자를 가려내는 스크리닝을 강화해야 한다는 목소리가 커졌다. 학교생활기록부 제출을 의무화하는 병역법 개정안은 병영사고를 예방하기 위해서 인성 및 심리검사를 강화하는 방법 중 하나로 병역판정검사 단계에서 “군복무에 부적합한 자를 가려내 군 내의 각종 사고를 사전에 예방할 수 있도록” 하기 위해서 제안되었다.⁴⁾

법안 심의 과정에서 학교생활기록부 제출 의무화에 대한 우려도 제기되었다. 법사위원 이원영 의원은 학교생활기록부의 작성 목적이 질병 기록이 아니기에 신체검사에서 반드시 필요한 자료라고 보기 어렵다는 점을 지적했다. 국방위원 임종인 의원도 학교생활기록부 제출 의무화가 병영사고의 원인을 총기난사 가해병사의 ‘특이성격’에서 찾는다는 점에서 전제가 잘못되었다고 비판했다. 병영사고의 원인이 군의 기강헤이나 병사의 이상성격에서 발생한 것이 아니라 비민주적 군대구조가 문제라면 학교생활기록부 제출 의무화는 오히려 사생활을 과도하게 침해할 위험이 있다는 것이다.⁵⁾

이처럼 여러 우려에도 불구하고 학교생활기록부 제출 의무화는 정신과 질환을 지닌 병사들을 징집 단계에서부터 걸러내야 한다는 요구가 힘을 받으면서 법령에 명시되었다. 정신의학계에서 진단을 위해서 학교생활기록부를 활용하고 있기에, 병영사고를 정신병리의 문제로 보는 관점이 지배적인 상황에서 병역판정검사를 신속하게 진행하려면 학교생활기록부를 의무적으로 제출하도록 요구할 수 있는 법적 근거가 필요했던 것이다.

학교생활기록부 제출 의무화는 ‘특이성격’을 지닌 개인이 병영 안전을 위협하는 리스크라고 보고 이들을 적정 수준에서 관리하는 것을 목표로 한다. 이러한 접근법은 병영사고의 원인을 정신병리화/개인화한다는 점에서 그 자체로도 타당성 등의 문제가 있다. 2006년 이후에도 잇따른 병영사고를 두고도 여전히 정신병리적 접근법은 의심받지 않고 오히려 더욱 힘을 받고

은 인류 보편의 이상과 연계되어 있음을 시사한다.

한편, 양심적 병역거부를 인정하는 것이 여호와의 증인 등을 비롯한 특정 종교나 교리에 대한 특별취급을 하는 것이 아니냐는 의문이 제기되기도 한다. 그러나 이는 앞서 본 것처럼 인류 공통의 염원인 평화를 수호하기 위하여 무기를 들 수 없다는 양심을 보호하고자 하는 것일 뿐, 특정 종교나 교리를 보호하고자 하는 것은 아니다.” 2011헌바379, 2018. 6. 28.

3) 병역법 [법률 제8024호, 2006. 10. 4. 일부개정]

제11조의2 (자료의 제출 요구 등) ①지방병무청장은 징병검사와 관련하여 징병전담의사·징병검사전문 의사 또는 제12조의2의 규정에 따라 신체검사를 위하여 파견된 군의관 등이 질병 또는 심신장애의 확인을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 「의료법」에 따른 의료기관의 장, 「국민건강보험법」에 따른 국민건강보험공단의 장, 「초·중등교육법」에 따른 학교의 장 등에 대하여 징병검사대상자의 진료기록·치료 관련 기록내역·학교생활기록부 등의 제출을 요구할 수 있다. 이 경우 자료의 제출을 요구받은 사람은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

②누구든지 제1항의 규정에 따라 취득한 징병검사대상자에 대한 정보·자료를 공개 또는 누설하거나 타인에게 제공하는 등 징병검사 외의 목적으로 사용하여서는 아니 된다.

[본조신설 2006.10.4]

4) 국회의회의록, 제262회 제2차 국방위원회.

5) 국회의회의록, 제258회 제2차 국방위원회.

있다.

학교생활기록부 제출 의무화는 자료의 성격 문제와 사생활 침해에 대한 비판이 있었지만 일단 법령에 명시되자 병무행정의 자연스러운 관행으로 의심 없이 자리를 잡게 되었다. 대체역 편입 심사뿐만 아니라 트랜스젠더의 병역판정검사에서도 학교생활기록부 제출은 의무로 요구되고 있다.⁶⁾ 내면을 다루는 심사와 검사에서 정신병리학적 접근이 지배적인 위치를 점하는 가운데 학교생활기록부는 진단을 위한 의무제출서류로 선호되고 있는 것이다.

정신병리학적 접근법의 헤게모니는 병무당국이 병역거부자에 대한 심사에서 학교생활기록부 제출 의무를 별다른 언급 없이 요구하는 데에서 살펴볼 수 있다. 국방부는 <대체역 법 시행규칙> 제정령안 조문별 제정이유서를 작성하면서 의무제출서류 목록에 대한 입법추진과정 논의 주요내용에 대해 “특기할 사항 없음”이라고 기재했다. 실제로 <대체역 법> 제정 과정에서 심사위원 자격 조건과 관련하여 정신과 전문의를 명시한 것을 두고 법안 심의 과정에서 비판이 제기되지 않았다. 양심적 병역거부는 헌법이 보장하는 양심의 자유와 관련된 사안이지 정신과 질환이 아닌데도 심사위원 자격으로 정신과 전문의를 특정한 것은 타당하지 않다.(강태경 2021, 97~98) 그럼에도 병무당국에서는 심사위원 자격에서 정신과 전문의가 ‘반드시 포함되어야 한다’는 입장을 재확인하고 있다.⁷⁾

병무당국은 이전까지 병역판정검사 시에 “필요한 경우” 학교생활기록부 제출의무를 부과할 권한을 확보했다면, <대체역 법 시행규칙> 시행 이후 병무당국은 대체역 편입 신청자 모두에게 일괄적으로 학교생활기록부를 제출하도록 요구하고 있다. 이는 병무청이 대체역 심사제도 시행 이전에 마련했던 ‘연기처리 지침’에서 부과했던 의무보다 훨씬 확대된 것이기도 하다. ‘연기처리 지침’은 ‘개인 신념’ 신청인에 한해서 고등학교 학교생활기록부를 제출하도록 요구했지만 <대체역 법 시행규칙>은 모든 신청인에게 초·중·고 학교생활기록부를 모두 제출하도록 의무화했다.⁸⁾

6) 병역판정 신체검사 등 검사규칙 본문에서 트랜스젠더와 관련하여 언급된 조항은 제8조(검사의 방법 등) 제2항 6의 “정신건강의학과 및 신경과의 검사는 심리검사를 실시한 결과 이상이 있는 사람이나 관련 질환을 호소하는 사람에 대하여 실시하고, 성별불일치를 보이는 사람에 대하여는 개인별로 칸막이를 하고 검사할 수 있다.”이다. 2021년 2월 21일 국방부는 검사규칙을 개정하여 ‘성주체성 장애’라는 용어를 ‘성별불일치’로 개정했다. 성별불일치라는 개념은 세계보건기구가 2018년 국제질병분류를 개정하면서 트랜스젠더 정체성을 정신장애로 분류하지 않기 위해서 도입한 것이었다. 그러나 국방부의 개정 검사규칙은 여전히 성별불일치를 정신병리학적 진단 대상으로 규정하고 있다. 학교생활기록부는 정밀심리검사와 정신의학 전문가의 진단을 위해 요구되는 기록으로서 요구되고 있다. 트랜스젠더에 대한 병역판정검사 문제와 관련하여 박한희, “트랜스젠더는 당신의 곁에 있다”, 경향신문 2021년 3월 21일; “화장실·군대·직장…20대 청년 트랜스젠더에겐 일상이 ‘시험대’”, 한겨레 2021년 3월 31일 참조.

7) ○설훈 위원 그런 사례에 대해서…… 개인들이 갖고 있는 것은 존중해야 되지만 그것을 또 법망을 피하는 방법으로 쓸 수도, 악용될 수 있는 소지가 있기 때문에 그 사례가 구체적으로 어떤 게 있는지 궁금하니까 기록들을 넘겨 주시기를 부탁드립니다.

○병무청차장 김종호 예, 별도 보고서 제출하겠습니다.

○임병헌 위원 그것과 관련해서 하나 물어보겠습니다.

방금 설훈 위원님 말씀하시는 것을 잘 파악하려면 심리전문가가 많이 필요할 것 같은데 그전에 정신과 의사가 심리전문 역할을 했습니까? 29명 중에서……

○병무청차장 김종호 지금 신경정신과 의사가 1명 있습니다.

○임병헌 위원 그분이 주로 심리 관계 이런 부분을 묻고 질의하고 판단했습니까?

○병무청차장 김종호 예, 관련해서 그분이 전담해서……

○임병헌 위원 그러면 인원이 줄게 돼도 정신과 의사는 그대로 있게 되지요?

○병무청차장 김종호 이것은 포함해야 됩니다.

제405회 국회 국방위원회회의록(법률안심사소위원회), 2023년 4월 4일, 4쪽.

8) 2022년 2월 9일 개정된 <대체역 법 시행규칙>은 학교생활기록부 중 초등학교 시절의 기록은 의무제

하지만 대체역 편입 심사 과정에서 학교생활기록부가 정신병리학적 진단을 위해서 활용되기 어렵다. 심사위원으로 활동하는 정신과 전문의가 진료실이 아닌 곳에서 진단을 하는 것은 권한을 넘어서 의료행위를 한다는 점에서 의료윤리를 훼손할 위험이 크다.⁹⁾ 진단을 할 수 없는 자리에서 진단을 하는 전문가를 심사위원으로 위촉하고 진단에 필요한 서류를 의무제출서류로 요구하고 있는 법령의 모순인 것이다. 법령이 이처럼 현실적합성이 부족하기에, 학교생활기록부는 앞서 정신의학 진단을 위해 요구되었던 활용 방식과 동떨어진 상태에서 주로 여호와증인 신도인 신청인들을 대상으로 교리에 어긋날 수 있다고 보이는 문제들, 이를테면 학생임을 맡았는지, 희망 진로로 프로그래머나 경찰 같은 직군을 언급했는지 여부를 찾아내는 기록으로만 활용되고 있을 따름이다.

2007년 당시 병역법에 의무제출서류로 명시되었을 때만 하더라도 ‘필요한 경우’로 한정하면서 정신의학 진단을 위한 것임을 상대적으로 분명하게 제시했던 반면 대체역 편입 심사에서 학교생활기록부는 모든 대체역 편입 신청인에게 일괄 적용되는 의무제출서류로 규정되어서 제출요구의 근거를 찾기가 더욱 어려워졌다. 그저 양심을 파악할 기록은 ‘많으면 많을수록 좋다’는 식으로 방치되어 양심의 자유를 과도하게 침해하는 초법적 규정으로 남아있다.

3. 결론

국가기관이 개인의 양심을 심사하는 것은 유럽의 종교전쟁 이후 자유권의 핵심으로 인정되어 온 양심의 자유를 침해할 위험이 있다. 2018년 헌법재판소의 병역법 헌법불합치 결정에서 일부 재판관은 소수의견을 통해 이러한 문제를 우려했다.

“양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 도입한 후, 양심적 병역거부의 심사과정에서 판단 자료가 부족하다거나 그 판단이 쉽지 아니하다는 이유로 또는 양심의 형성이 상당기간에 걸쳐 형성된 것이 아니라는 이유로 양심적 병역거부를 인정하지 않게 된다면, 양심적 병역거부자에

출서류 목록에서 삭제했다. 부모진술서와 신도증명서 등 여러 의무제출서류 목록과 함께 학교생활기록부를 요구하는 것이 침해 최소성 원칙과 적합성 등의 문제가 있다는 지적이 꾸준히 제기되었던 결과였다. 2020년 6월 대체역심사위원회 출범 이후 1년 가까이 동안 대체역심사위원회 안팎에서 문제 제기가 있었지만 양심을 심사하는 자료가 사라진다는 반론 역시 꾸준히 제기되었다. 그 결과 2021년 5월 7일 대체역심사위원회 전원회의에서 부모진술서와 신도증명서, 초등학교 학교생활기록부 등을 의무제출서류에서 삭제하자는 시행규칙 개정안을 마련했다. 비판과 반론이 평행성을 그리는 가운데 도출한 일종의 타협안이었다. 그러나 종교교의 학교생활기록부가 필요한 근거를 여전히 찾기는 어려우며, 신도증명서의 경우 병무청이 강력하게 반대하여 여전히 의무로 요구하고 있다는 점에서 침해 최소성 원칙과 타당성 결여라는 문제는 해소되지 않고 있다. 대체역 심사위원회 내부의 의무제출서류 삭제 논의와 관련하여 대체역심사위원회, 제1차 대체역 심사위원회 연간보고서, 111~112쪽 참조.

- 9) 미국정신의학회(APA)는 “정신학과 의사가 직접 대면하여 검사를 수행하지 않았고 진단을 내릴 허가를 받지 않았다면 공인의 정신건강에 관해 전문적 의견을 제시하지 말아야 한다”는 소위 ‘골드워터 룰’을 윤리강령에 포함시키고 있다. 대한신경정신의학회는 골드워터 룰을 명문화하지 않지만 이러한 규칙을 따른다고 알려졌다. 골드워터 룰은 1964년 미국 대선에서 정신의학과 전문의들이 공화당 후보 베리 골드워터의 정신상태가 대통령직 수행에 적합하지 않다는 의견을 냈다가 소송으로 이어진 사건에서 유래한다. 대체역 편입 신청인의 심사에 골드워터 룰을 직접 적용하는 것은 어렵지만 대선후보보다 사인에 가까운 신청인에게 의료 윤리를 더욱 엄격하게 적용해야 할 것이다. 골드워터 룰과 관련하여 송승연, 트럼프도 당하고, 트럼프도 이용하는 정신질환이라는 정치적 무기, 가톨릭뉴스 지금여기 2018년 3월 20일; 김준혁, 의사는 대통령의 정신건강에 관해 의견을 밝혀야 할까?, 사이언스 온 2017년 6월 16일; '이재명 소시오 패스' 발언..."윤리 위반" VS "경고 의무", 중앙일보 2021년 10월 26일 참조.

대한 대체복무제를 도입한 의미가 없어지며, 실질적으로는 특정 종교의 신도만을 보호하는 방편으로 전락할 수 있다. 또 양심적 병역거부의 심사가 지나치게 엄격하게 진행된다면, 이는 또 다른 양심의 자유 침해라는 논란을 야기할 수 있다.”¹⁰⁾

이들 재판관은 양심에 대한 심사가 특정 종교의 신도들에게만 유리한 제도가 되거나 또 다른 양심의 자유를 침해하는 문제로 이어질 수 있다는 점을 우려했다. 양심에 대한 심사가 이러한 곤란함을 피해서 운영될 수 없다면 대체복무제 도입이 ‘제도를 악용한 대규모 병역기피’로 이어질 수 있기에 양심적 병역거부권을 인정할 수 없다는 것이 이들 재판관의 결론이다.

양심적 병역거부권 인정 이후 대체역 편입 신청이 급증하거나 ‘제도를 악용한 병역기피’로 이어졌다고 보기는 어렵다. 대체역 심사를 엄격하게 운영한 덕분일까? 헌법재판소 소수의견이 우려했던 ‘제도를 악용한 병역기피’가 무엇인지 판단하기도 어렵지만 심사를 통해서 그러한 악용 시도를 걸러냈다고 보기도 어렵다. 편입 신청이 기각되는 비율도 적지만 기각 사유 또한 병역을 기피하려는 의도보다는 범죄사실 등에 의해 양심의 일관성을 유지하지 못했다는 ‘자격’ 문제를 지적하는 수준에 머물고 있기 때문이다.¹¹⁾ 병역을 거부하고 대체역 복무를 하려는 의지를 밝힌 신청인의 편입 신청을 기각하는 것은 소수의견이 우려했듯 양심적 병역거부권을 인정한 취지를 훼손한다. 양심적 병역거부권을 제한하려는 입장에 선 사람들이 양심에 대한 심사를 사실상 불가능한 것으로 만들고 있다.

양심에 대한 심사는 헌법재판소의 소수의견이 우려했듯 곤란한 문제다. 대체역 편입 심사는 근대 국가권력의 자유주의 원칙의 구조와 한계를 성찰하게 만든다는 점에서 민군관계를 넘어서 시민권의 사상의 핵심에 놓인 문제를 다룰 수밖에 없다. 헌법재판소는 양심의 자유를 보장하기 위해서 인정한 양심적 병역거부권을 인정했는데, 일선 심사기구에선 행정 권력의 재량권을 확대해서 오히려 양심의 자유를 침해하는 모순이 발생하고 있는 것이 현실이다.

양심적 병역거부자 지위심사는 사법부 재판/행정부 심사위원회나 신청주의/심사주의와 같은 양자택일의 문제가 아니다. 일부에서는 별다른 근거 없이 ‘인권단체들이 신청주의를 주장한다’고 말한다.¹²⁾ 침해를 최소화하고 양심의 자유를 보장하기 위해서 양심에 대한 심사의 기준을 구체적으로 세워야 한다는 비판을 ‘신청주의를 주장한다’로 단순화하는 것이다.

대체역 편입 심사에서 활용하는 의무제출서류 목록은 양심에 대한 심사가 침해의 최소성 원칙을 훼손하는 문제를 여실히 보여준다. 대체역심사위원회가 구성되기 전에 국방부와 병무청이 마련한 심사기준에 따라 의무제출서류 목록을 규정하였고, 대체역심사위원회의 심사위원들이 전원회의를 통해서 양심의 자유와 사생활을 과도하게 침해하는 서류들을 삭제하기로 합의했지만 병무청의 반대에 부딪혀서 개선하지 못하고 있는 실정이다. 또한 학교생활기록부에서 살펴볼 수 있듯 이들 기록은 국방부와 병무청이 다른 목적으로 ‘예외적으로’ 활용했던 기록을 ‘일괄적으로’ 제출하도록 의무화했다는 점에서 과도한 침해를 피하기 어렵다. 게다가 시행규칙에 제시되지 않은 SNS 및 온라인 활동 조사까지 일괄적으로 하고 있다는 점에서 병무당국의 행정재량권이 과도하게 확대된 것을 우려할 수밖에 없다.

행정부의 심사가 사법부의 재판처럼 양심적 병역거부자의 양심을 의심하고 주장을 탄핵하기 위해서만 진행된다면 양심에 대한 심사는 시민권 사상의 근간을 흔들 위험을 피하기 어렵다.

10) 2011헌바379, 2018. 6. 28., 헌법불합치, 재판관 안창호, 재판관 조용호의 병역종류조항에 대한 반대의견 및 처벌조항에 대한 합헌의견.

11) 양심에 따른 병역거부자, 대체복무 ‘기각’에 소송 제기, 한겨레 2021년 9월 6일.

12) 대체역 편입 심사의 쟁점을 심사주의/신청주의로 제시하여 심사의 쟁점을 단순화한 대표적인 연구로 대진대학교 산학협력단, 대체역 제도 발전 방안 연구, 2021.을 들 수 있다.

양심에 대한 심사는 그렇다면 애초부터 불가능한 것인가.

행정부의 심사가 사법부 재판과 달리 양심적 병역거부자의 양심을 존중하는 방식으로 진행된다면 양심에 대한 심사가 반드시 불가능하거나 위험하다고 말할 수는 없을 것이다. 심사에서 살펴보는 기록들 역시 조사 목적이 달라진다면 침해 최소성 원칙이나 사생활을 보장하면서도 더 다른 방식으로 활용할 수 있다. 학교생활기록부의 경우 꼬투리를 잡기 위해서 일괄적으로 제출하라는 것이 아니라 더 적합한 대체역 업무를 주선하기 위해서 활용된다면 참고할 수 있는 기록이 될 수 있다. 심사의 목적과 방향성에 대한 인식을 전환하지 못한다면 양심에 대한 심사는 불가능한 것으로만 남을 수밖에 없다.

참고문헌

강태경, 대체복무제도 및 대체역 복무관리의 인권 쟁점, 교정연구 31(1), 2021.

대진대학교 산학협력단, 대체역 제도 발전 방안 연구, 2021.

대체역심사위원회, 제1차 대체역 심사위원회 연간보고서, 2021.

Martha Field, Problems of Proof in Conscientious Objector Cases , University of Pennsylvania Law Review 120, 1972.

Jeremy Kessler, A War for Liberty: On the Law of Conscientious Objection, The Cambridge History of the Second World War, Vol. 3: Total War: Economy, Society and Culture, Michael Geyer & Adam Tooze, Eds., Cambridge University Press, 2015 (2015).