

노동정책연구
2024. 제24권 제3호 pp.59-91
한국노동연구원
<http://doi.org/10.22914/jlp.2024.24.3.003>

연구논문

사회복무제도는 ILO 제29호 협약에 따른 강제노동이다: 헌법재판소, 정부, 학설의 사회 복무제도 옹호 논거에 대한 반론

김승주*

2010년대 들어 한국이 아직 비준하지 않았던 ILO(국제노동기구) 기본협약에 대한 비준 당위성이 대두됨에 따라, 사회복무제도의 제29호 협약(강제노동협약) 위반 여부가 문제되었다. 정부는 병역법을 개정하여 사회복무와 현역 복무 간의 '선택권'을 규정한 뒤, 사회복무제도가 제29호 규정상의 예외사항인 '의무 병역'에 해당하므로 협약에 위반하지 않는다고 본다. 헌법재판소와 일부 학설 또한 동일하게 판단하고 있다. 기존의 논의는 협약에 대한 존중보다는 ILO 기본협약 비준이라는 업적을 달성하기 위한 "정책담론과정"이었고, 그 속에서 정부가 "도구적 권력"을 사용하여 이해관계자의 참여를 제한시켰다. 본고는 기존의 옹호 논거들이 공통적으로 i) "군사적 성격의 의무"와 "개인적 특권"이라는 용어를 둘러싼 맥락을 고려하지 않고, ii) 사회복무요원이 노출되는 복무현실의 사례를 전혀 반영하지 않고 있다는 문제의식에서 출발한다. 이를 바탕으로, 사회복무제도가 '의무 병역'에 포섭되지 않아 제29호 협약에 따른 강제노동에 해당한다는 점을 밝힌다.

핵심용어 : 전적으로 군사적 성격의 업무, ILO(국제노동기구), ILO 제29호 협약(강제노동협약), 사회복무제도, 사회복무요원, 강제노동, 인권

논문접수일 : 2024년 8월 6일, 심사의뢰일 : 2024년 8월 7일, 심사완료일 : 2024년 9월 3일

* 공인노무사(seungju6907@gmail.com)

I. 서론

2010년대 들어, 한국이 아직 비준하지 않았던 ILO(국제노동기구) 기본협약에 대한 비준의 당위성이 대두되었다. 그런데 ILO는 이미 2007년 사회복무제도의 전신인 공익근무제도에 대하여 “전적으로 군사적 성격의 노동’으로 보기 어렵기 때문에 협약 적용제외에 해당하지 않고, 제29호 협약(이하 ‘제29호’라 한다)의 위반 소지가 있으니 제29호 비준을 위해서는 대체복무제도를 폐지하거나 양심적 병역거부제도를 도입할 것을 권고한다”는 의견을 제시한 바 있었다(김근주, 2017). 이에 국내에서는 제29호를 비준하려면 사회복무제도를 어떻게 해야 하는 것이냐가 문제되었다. 사회복무제도는 본질적으로 제29호 규정에 따른 강제노동의 구성요소인 ‘i) 처벌의 위협, ii) 자발적 요청에 의한 것이 아님, iii) 노동이나 서비스’를 모두 갖추고 있어 강제노동으로서의 외관을 띠고 있으므로, 그럼에도 사회복무제도가 제29호를 위반하지 않으려면 제29호에 규정된 예외사항인 “전적으로 군사적 성격의 작업에 대해서 의무병역법에 따라 강요되는 노동 또는 서비스”에 포섭되어야 한다.¹⁾ 그러나 정부는 “ILO에서는 비군사적 복무라 하더라도 개인에게 선택권이 주어지고, 관련자의 수가 적은 것과 같이 “개인적 특혜(a privilege granted to individuals)”에 해당하는 경우 강제노동에 해당하지 않는 것으로 보고 있고 주장하면서, 병역법 개정을 통해 보충역 본인이 원하면 현역으로 복무할 수 있다는 선택권을 부여하면 사회복무제도가 제29호에 합치된다는 논리를 세웠다(고

1) 사회복무제도가 본질적으로 강제노동의 구성요소를 모두 갖추고 있다는 점, ‘전적으로 군사적 성격의 업무’ 외의 다른 예외사항에는 포섭될 수 없다는 점은 권오성(2024). 「ILO 제29호 협약 이행에 관한 쟁점」. 『사회법연구』 52 : 135~149 및 160~163. 참조. 이 논문은 본론에서 제29호의 예외사항과 최근 ILO의 직접요청서 내용을 번역·설명한 뒤, 결론에서 “사회복무제도가 본질상 비군사적 성격의 강제노동이라는 점은 부정하기 어렵다는 점에서 이를 폐지하는 것이 발본적 해결방안”이라고 주장하였다. 다만, i) 제29호에 대한 ILO의 입장을 개관하였을 뿐 그와 대비되는 다수의 사회복무제도 옹호 논리에 대해서는 아무런 반론을 제기하지 않은 점, ii) 사회복무제도뿐만 아니라 외국인근로자, 교도소 징역 등 제29호에 관한 기타 쟁점을 함께 다루어 논거가 다소 소략한 점 등으로 인해 설득력이 충분치 못하다. 이에 본고에서는 i) 사회복무제도 옹호 논리에 대한 반론을 적극적으로 제기하고, ii) 사회복무제도 관련 쟁점에만 집중함으로써, 사회복무제도가 제29호 규정상의 강제노동에 해당한다는 결론을 효과적으로 논증할 것이다.

용노동부, 2019). 이어서 2021. 2. 26. 국회에서 제29호 비준동의안을 의결(2022. 4. 20. 발효)한 뒤, 2021. 4. 13. 보충역이라도 자신이 원하면 현역으로 복무할 수 있다는 내용의 일부개정된 병역법 제65조를 시행(이하 ‘선택권 개정’이라 한다) 하면서 사회복무제도가 제29호에 위배되지 않는다고 주장한다.

2010년대 후반, 제29호의 내용이나 정부의 선택권 개정 움직임 등이 언론보도, 입법예고, 온라인 커뮤니티 등을 통해 보충역 판정자를 비롯한 국민들에게 알려져 왔다. 이후 실제로 제29호 비준과 선택권 개정이 완료되자, 사회복무 예정자, 사회복무요원 복무 중인 자, 사회복무요원으로 소집해제한 자 등을 중심으로 사회복무제도가 제29호에 위반한다는 목소리가 꾸준히 제기되어 왔으며, 권리구제형 헌법소원을 청구하여 사회복무제도의 제29호 저촉 여부를 확인하려는 시도도 발생하였다. 이에 헌법재판소에서는 사회복무제도가 제29호의 예외사항 중 하나인 ‘군사적 성격의 의무’²⁾에 해당되므로 제29호에 위반하지 않는다는 취지의 결정을 반복적으로 내리고 있다. 또한, 정부 검토보고서나 일부 학설에서도 사회복무제도를 해당 예외사항에 포섭시키려는 시도를 지속하고 있다. 이들의 공통점은 i) “군사적 성격의 의무”와 “개인적 특권”이라는 용어의 맥락을 고려하지 않은 채 곧바로 선택권 개정의 옹호 논리로서 인용하고 있다는 점, ii) 사회복무요원의 실제 건강 상태, 사회복무요원 업무 부과 및 복무의 실태 등 사회복무 현실의 사례를 전혀 고려하지 않고 병역법 등 현행 법규의 문언을 무비판적으로 수용하고 있다는 점 등이다.

기존의 논의는 학구적 관심에 의한 토론보다는 ILO 기본협약 비준이라는 업적을 달성하기 위한 “정책담론과정”이었고, 그 속에서 정부는 “도구적 권력”을 통해 이해관계자의 참여를 제한시켰다.³⁾ 이러한 판단의 근거는 다음과 같다. 첫째, 사회복무제도의 제29호 위반여부라는 쟁점은 학계의 독자적 연구보다는 ILO의 개선 권고와 그에 대한 대응이라는 정부의 정책적 행위에 의해 대두되었다. 둘째, 보충역 판정자는 대부분 20대 대학생 혹은 고졸 취업자이기에 정치적으로나 학문적으로나 논의의 장에 진입할 기회를 얻을 수 없으나, 정부는 그들의 이해관계를 반영할 아무런 장치를 마련하지 않았다. 셋째, 한국에서는 현역병 중심의 사회분

2) 그러나 헌법재판소가 반복적으로 사용하는 ‘군사적 성격의 의무’라는 용어는 잘못된 것이다. 이에 대해서는 II장에서 상세히 논한다.
 3) “정책담론과정”과 “도구적 권력”이라는 정책학적 분석틀은 문태현(2005)에서 제시된 것이며, 이를 ‘기존의 논의’에 적용하여 판단한 내용은 필자의 의견이다.

위기 속에서 “그래도 군대보다 낫지 않냐”는 뭉뚱그림과 “정상적인 몸이 아니”라는 조리돌림(하은성, 2023)이 당연시되며, 정부는 “군대라도 다녀와야 어디가서 당당하게 남자라고 얘기하고 다니지”(동아일보, 2021)라 말하는 영상물을 병무청 공식 채널에 게시하는 등 그러한 분위기를 전략적으로 이용·조장한다.

정책은 법령의 형태로 현실에 영향을 미친다. 따라서, 법률상의 문언뿐 아니라 사회복지의 실질 등을 함께 반영하여야 비로소 기존의 논의가 지닌 문제점을 드러낼 수 있다. 이에 본고는 i) ‘사회복무제도는 제29호 규정상 강제노동의 외관을 띠고 있으므로, 그럼에도 사회복지제도가 제29호를 위반하지 않으려면 열거된 예외 사항의 하나인 “전적으로 군사적 성격의 의무”에 포섭되어야 한다’는 전제하에서(II장), ii) 제29호 관련 문서의 맥락, 사회복지요원의 복무 현실 등을 반영한 비판적 관점을 바탕으로 기존의 사회복지제도 옹호 논거를 재검토함으로써 ‘그런데 사회복지제도는 “전적으로 군사적 성격의 의무”에 해당하지 않는다’는 점을 보여준다(II장, III장). 이를 통하여 iii) ‘그러므로 사회복지제도는 제29호가 규정한 강제노동에 해당한다’는 결론을 이끌어내고, 한국은 제29호 비준국임과 동시에 국제사회의 일원이자 ILO 가입국으로서 제29호를 지켜야 하므로 시급히 사회복지제도를 개선해야 한다는 점을 강조한다(IV장).

II. 대상결정 및 대상결정과 유사한 정부 주장, 학설의 사회복지제도 옹호 논거에 대한 반론

1. 반론 대상결정의 개관

헌법재판소 2024. 4. 25. 선고 2023헌마105 전원재판부 결정 중 사회복지제도와 제29호 간의 저촉 여부를 직접 판단한 부분(이하 ‘24년결정’이라 한다)은 선택권 개정 후의 판단이라는 점에서 의의를 지닌다. 그런데 24년결정은 역시 선택권 개정 이후에 선고되었던 헌법재판소 2023. 10. 26. 선고 2019헌마392, 2019헌마563(병합) 전원재판부 결정 중 사회복지제도와 제29호 간의 저촉 여부에 대한 판단 부분(이하 ‘대상결정’이라 한다)을 원용한 것이고, 대상결정은 다음

과 같다.

“한편, 이 사건 조약들은 우리나라에서 비준되어, 자유권규약은 1990. 7. 10., 강제노동협약은 2022. 4. 20. 발효되었는바, 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력을 가진다. 자유권규약 제8조 제3항 (a)는 “어느 누구도 강제노동을 하도록 요구되지 아니한다.”라고 하여 강제노동을 금지하고, 강제노동협약은 ‘처벌의 위협하에서 강요받았거나 자발적으로 제공하지 않은 모든 노동이나 서비스’를 강제 또는 의무 노동으로 정의하여(제2조 제1항), 모든 형태의 강제 또는 의무 노동의 사용을 금지한다(제1조 제1항). 이처럼 이 사건 조약들은 우리 헌법 제12조 제1항 후문의 강제노역 금지와 관련한 내용을 규정하고 있다.

(가) 그런데 이 사건 조약들 모두 ‘군사적 성격의 의무’를 강제노동의 예외로 인정하고 있다. (나) 이 사건 조약들의 ‘군사적 성격의 의무’라는 문언을 지나치게 엄격하게 해석하는 것은 국가안보 및 국방의 현대적 개념에 비추어볼 때 부적절한 결과를 낳을 수 있는바, (다) 사회복무요원으로 소집되는 보충역은 군사교육소집 등 이미 군사적 의무에 연계되어 있고, (라) 이들의 복무는 국가경제발전이나 사기업에 군대를 동원하는 등의 행위들과 구별되며, (마) 사회복무요원은 현역병에 비해 유리한 복무 내용을 수행하게 되고, (바) 2021. 4. 13. 병역법의 개정에 따라 현역으로의 선택권이 있다는 점 등을 감안할 때, (결론) 사회복무 업무조항이 이 사건 조약들이 금지하는 강제노역을 규정하고 있다고 보기는 어렵다.”⁴⁾

24년결정은 대상결정과 달리 i) 사회복무제도가 자유권규약에 저촉되는지 여부에 대한 판단을 하지 않고 있다는 점, ii) 대상결정에서 실시된 (나) 요건을 원용하고 있지 않다는 점에서 다르다. 이는 i) 24년결정의 청구인이 대상결정의 청구인과는 달리 사회복무제도가 제29호에 저촉된다고 주장했을 뿐 자유권규약에 저촉된다는 주장은 하지 않았고, ii) 24년결정의 청구인이 대상결정의 청구인과는 달리 사회복무제도가 “군사적 성격과 무관”하다고 주장했을 뿐 “국방의 의무와 무관한 업무를 부여”하였다고는 주장하지 않았기 때문으로 생각된다. 24년결정은 대상결정을 기초로 하는 것이고, 대상결정이 24년결정에 비해 보다 다수의 옹호 논거를 제시하고 있으므로, 본 장에서는 대상결정 및 그와 연관된 학설에 대하여 반론함으로써 대상결정과 24년결정을 함께 논박한다.

4) 기호 및 밑줄 표시는 필자.

2. 논거 (가)와 (나)에 대한 반론

가. 논거 (가)의 경우

대상결정에서 논거 (가)와 (나)는 뒤의 논거 (다), (라), (마), (바)와 (결론)을 도출하기 위한 기초가 된다. 논거 (가)와 (나)는 다시 둘로 나뉘는데, 논거 (가)는 “제29호와 자유권규약이 ‘군사적 성격의 의무’를 강제노동의 예외로 인정하고 있다”라고 당해 조약들의 문언 자체를 소개한 것이고, 논거 (나)는 ‘군사적 성격의 의무’에 대한 해석론을 제시한 것이다. 따라서, 논거 (나)가 정당하려면 논거 (나)의 내용 자체도 정당해야 하지만 그에 앞서 논거 (가)에 오류가 없어야 한다. 그런데 논거 (가)에는 명백한 오류가 있다. 제29호 영문 정본과 한국이 비준한 조약문에서 강제노동의 예외로 규정하는 것은 ‘군사적 성격의 의무’가 아니라 “전적으로 군사적 성격의 작업(work of a purely military character)에 대해 의무병역법에 따라 강요되는 노동 또는 서비스”⁵⁾이기 때문이다.

1930년 제29호의 채택을 위한 ILO 총회에서는 ‘의무 병역’은 강제노동에서 제외하여야 한다는 일반적 합의가 성립하였고, 군대에 실제로 편입되지 않은 사람을 공공사업에 동원하는 제도에 대한 논의도 진행되었다. 이때, 공공사업을 위한 의무노동에는 국방의 필요성이라는 정당성이 존재하지 않으므로, 의무 병역을 협약의 적용범위에서 단순히 제외하기만 한다면 공공사업을 위한 의무노동을 아무런 추가적 조건 없이 허용하는 셈이 되어 ‘모든 형태의 강제 또는 의무 노동의 철폐’라는 제29호의 목적에 반할 수 있다는 지적이 있었고, 이에 ‘의무 병역’의 의미를 “전적으로 군사적 성격의 작업에 대하여 의무병역법에 따라 강요되는 노동 또는 서비스”로 좁게 한정하게 된 것이라 한다.⁶⁾

이처럼 “전적으로(purely)”라는 표현은 별 뜻 없이 삽입된 수식어가 아니라 제29호의 취지를 함축하고 있는 핵심 문언이다. 그럼에도, 대상결정은 아무런 합리적 근거도 제시하지 않은 채 조약“들 모두”라고 뭉뚱그림으로써 제29호에 적시된 “전적으로”라는 표현을 누락하였다. 이는 조약에 대한 해석론을 제시하기 전에 조약 원문에 대한 이해 자체가 잘못된 것이거나 의도적으로 곡해한 것이다. 만일 의

5) 조약 제2503호 강제 또는 의무 노동에 관한 협약 제2조 2. 나.; C029-Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), Article 2, 2(a).

6) 이상 본 문단은 권오성(2024), 앞의 논문, 140면, 제1문단을 요약·인용한 것이다.

도적 곡해라면, 법해석의 영역에서 “의미를 완화시키는 용어를 사용하여 사건의 의미를 감추”는 방식의 ‘이름 바꾸기’가 발생한 것이다.⁷⁾ 대상결정은 “제29호는 ‘전적으로 군사적 성격의 의무’, 자유권규약은 ‘군사적 성격의 의무’를 강제노동의 예외로 인정하고 있다”라고 판시하고, 그 뒤에 ‘전적으로 군사적 성격의 의무’와 ‘군사적 성격의 의무’에 대한 해석론을 별개로 제시한 뒤, i) 사회복무제도와 제29호 간 저축 여부, ii) 사회복무제도와 자유권규약 간 저축 여부를 각각 판단하였어야 하는 것이다.⁸⁾

한편 24년결정에서는 제29호 저축 여부만이 쟁점이 되었음에도 “군사적 성격의 의무”라고 하여 대상결정의 잘못된 논거를 그대로 원용하였다. 따라서 24년결정의 해당 부분도 “전적으로 군사적 성격의 의무”로 수정되어야 한다.⁹⁾

나. 논거 (나)의 경우

논거 (나)는 협약에 대한 해석론인데, 논거 (가)가 잘못되었으므로 논거 (나)도 수정되어야 한다. 따라서 논거 (나) 중 제29호에 관한 부분을 “제29호의 ‘전적으로 군사적 성격의 의무’라는 문언을 지나치게 엄격하게 해석하는 것은 국가안보 및 국방의 현대적 개념에 비추어볼 때 부적절한 결과를 낳을 수 있는 바”로 수정하고

7) 사회학자 Cohen Stanley에 따르면, ‘이름 바꾸기’란 국가가 국민의 인권을 침해하거나 폭력을 행사한 혐의를 받고 있는 사건에 대하여 그 연관성을 부정하기 위해 사용하는 다양한 기법 중 하나이다(에릭 클라이넨버그, 2018).

8) 제29호와 자유권규약은 모두 국회의 동의를 얻어 비준된 조약이므로 기본적으로 국내법과 동일한 위상을 갖는 것인데, 각 조약이 제정된 시기와 맥락이 구별되고, 각 조약의 비준국과 조약을 관장하는 기관(ILO와 UN)도 다르므로, 둘 중 하나의 원문을 근거로 곧바로 다른 하나의 원문을 수정하여 해석하는 것은 부적절하다. 조약 간 충돌 문제에 관하여, 조약법협약 제30조에서는 동일한 주제를 가진 조약의 경우 새로운 조약이 우선한다는 원칙과 그 예외를 규정하고 있다. 조약 간 충돌의 범위에 관하여, ‘넓은 의미의 조약 충돌’은 “동일한 사항에 관하여 서로 다른 조약이 다르게 규정하고 있는 상황”(김현정, 2013) 등으로 정의된다. 이러한 ‘넓은 의미의 조약 충돌’의 관점에서 동일한 주제라는 개념을 ‘조약 전체가 가진 주제의 동일성’이 아닌 ‘조약 속에서 서로 대응되는 개별 조문들이 가진 주제의 동일성’으로 해석한다면 제29호와 자유권규약이 서로의 해석에 영향을 미칠 수도 있을 것이며, 그러한 해석하에서는 한국의 제29호 채택일이 자유권규약 채택일보다 나중이므로 자유권규약보다 제29호의 문언이 우선한다고 볼 수도 있다. 그러나 조약 간의 동일성을 판단하는 일은 이론적으로 매우 어려운 문제를 일으키므로 곧바로 단정하기에는 적절치 못하다. 이상 박배근(2023), pp.8~20 참조.

9) 표준국어대사전에 따르면 의무(役務)란 “노역을 하는 일”을 가리킨다. 따라서 “의무병역법에 따라 강요되는 노동 또는 서비스”라는 부분을 “역무”로 요약하는 것은 조약 원문에 크게 어긋나지 않아 허용할 수 있을 것이다. 본고에서도 “역무”로 요약하여 기술한다.

그 정당성을 검토해 보면, 논거 (나)는 부당하다.

‘군사적 성격의 의무’가 ‘전적으로 군사적 성격의 의무’로 수정되어야 하는 한 그 해석의 범위도 좁아져야 할 필요가 있고, 1930년 제29호 제정 당시의 역사적 맥락과 2023년 ILO 전문가위원회의 직접요청서 내용을 고려하면 “국가안보 및 국방의 현대적 개념” 등 제29호에 규정되지 않은 개념을 수단으로 하여 ‘전적으로 군사적 성격의 의무’를 광범위하게 해석하려는 태도는 허용되지 않는다.

먼저, 군사적 업무와 비군사적 업무 간의 구별 문제와 관련하여, 전술한 바와 같이 제29호에서는 ‘전적으로’ 군사적 성격의 작업만을 협약 예외 대상으로 적시하고 있다. 이미 1930년 제29호 채택을 위한 ILO 총회에서는 i) 비상사태 시 소집하여 비군사적 업무를 부과하는 경우, ii) 공병대 또는 유사한 부대에서 이미 복무하고 있는 징집병이 군사훈련의 부분으로써 도로나 교량 건설에 참여하는 경우를 협약 예외 대상으로 인정하기로 결정하였다(권오성, 2024. 밑줄은 필자). 특히 ii) 요건을 보면, ILO는 국가가 그 국민으로 하여금 도로나 교량을 건설하는 등 공공사업에 참여하도록 강제하는 것은 곧바로 협약의 적용 대상이 되어 강제노동에 해당하나, 이미 현역으로 징집된 ‘공병’ 등이 그 ‘고유한 군사적 업무’의 일환으로써 ‘도로 또는 교량을 건설’하는 특수한 경우에만 강제노동의 예외가 될 수 있다는 점을 분명히 알 수 있다. 공병은 본래 군사적 목적의 토목공사를 수행하기 위한 병과이므로, 건설이라는 행위 자체가 공병대 소속 군인의 고유한 군사적 업무에 해당한다. 그런데 토목건축물은 수십 년 이상 보수를 거치며 재사용될 수 있고, 그 시간 동안 군부대가 이전되거나 민간에 불하되는 등으로 군사적 목적을 벗어나 국가나 개인의 이익을 위하여 사용되는 등 그 성격이 변동될 여지가 크다. 그렇다고 하여 공병에게 군사적 목적의 토목공사를 금지시킨다면 곧바로 군부대가 수행할 수 있는 전략·전술의 범위가 급격히 제한되어 안보에 심각한 위해가 생길 것이다. 결국 ILO가 ‘공병의 도로, 교량 등 건설’을 특별히 지정하여 협약에서 제외시킨 것은 상기한 토목건축물의 특수성을 반영한 처사일 뿐, 타 분야에 확대 적용하여서는 안 된다.

또한, 2023년 발표된 ILO 전문가위원회의 직접요청서¹⁰⁾에서는 “우리 위원회는

10) 직접요청(direct request)이란 ILO 전문가위원회가 비준된 협약의 이행과 관련된 기술적인 질문이나 추가적인 정보를 요청하기 위하여 비준 당사국의 정부에 직접 전달하는 문서다(ILO. “Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations(CEACR).” 검색일: 2024. 7. 3). 이하 본고의 직접요청서 내용은 온라인에

긴급한 상황이 아닌 때에 부과되는 국가적인 서비스 의무와 관련하여, 의무 병역이란 오직 협약 제2조 2. (a)의 ‘전적으로 군사적 성격의 업무’라는 조건일 때만 적용의 예외 대상이 되며, 특히 해당 조건은 공공사업 또는 개발 목적의 징용을 방지하기 위한 취지임을 상기한다. (협약 비준국의) 법령을 협약에 합치시키기 위해서는 그러한 비군사적 업무가 긴급한 상황으로 한정되거나 자원봉사자에 의해서만 배타적으로 수행된다는 점이 법령에 명확히 반영되어야 한다.”라는 입장을 다시 한번 밝혔다.

상기한 내용을 통해, ‘전적으로’라는 문언을 둘러싼 역사적 맥락과 채택자의 의도를 파악할 수 있다. 이를 고려하면, ‘전적으로 군사적 성격의 의무’의 범위는 최소한도로 좁게 해석되어야 한다. 따라서 사회복무제도와 같이 병역의무자를 공공사업에 종사하도록 하는 제도는 곧 병역의무자의 노동력을 비군사적 업무에 활용하여 사회 및 경제의 발전을 도모하는 것으로서 강제노동에 해당한다. 이러한 해석론이야말로 제29호 본연의 취지에 진정으로 합치되는 것일 뿐 “지나치게 엄격하게 해석하는 것”이 아니고, 오히려 대상결정이 조약의 목적을 형해화시킬 정도로 느슨하게 해석한 것이다.

3. 논거 (다)에 대한 반론

논거 (다), (라), (마), (바)는 대상결정이 사회복무제도가 제29호에 저촉되지 않는다는 구체적 근거로 제시한 요소들이다. 이를 차례로 검토한다. 논거 (다): “사회복무요원으로 소집되는 보충역은 군사교육소집 등 이미 군사적 의무에 연계되어 있고”는 논거 (가)·(나)를 기초로 하는 것이므로, (다)에 포함된 ‘군사적 의무’ 또한 (가)·(나)와 마찬가지로 ‘전적으로 군사적 의무’로 수정되는 것이 타당하다. 그런데, 군사교육소집 등은 그 자체가 사격 등 군사적 성격의 훈련‘만’으로 구성되어 있으므로 ‘전적으로’ 군사적 의무라는 점이 명확하고, 사회복무요원은 때로 군사교육소집, 예비군 훈련, 민방위 훈련 등의 군사적 의무를 부담하므로, 수정된 논거 (다), 즉 사회복무요원이 전적으로 군사적인 업무에 연계되어 있다는 사실의 진

공개된 원문(ILO. “Direct Request(CEACR)-adopted 2023, published 112nd ILC session(2024) Forced Labour Convention, 1930(No. 29)-Republic of Korea (Ratification: 2021).” 검색일: 2024. 6. 28)을 바탕으로 하되 번역문(권오성(2024). 위의 논문. pp.155~158)을 참조하였음을 밝힌다.

술 자체는 타당하다고 볼 수 있을 것이다.

그러나 논거 (다)가 타당할지라도, 사회복지제도가 제29호에 위배되지 않는다는 판단의 근거로 쓰일 수 있는 것은 아니다. 군사교육소집 등은 전적으로 군사적 성격의 의무에 해당하여 강제노동의 예외가 되지만, 평시에 공공사업에 종사하는 것은 “넓은 의미의 국방”이라는 더 넓은 개념에만 포섭될 뿐 ‘전적으로 군사적 성격의 의무’에는 포섭될 수 없으므로 여전히 제29호에 위반된다. 어떠한 의무적 노동이 제29호와 저촉되지 않는다고 판단하기 위해서는 군사적 의무에 ‘연계’된 것만으로는 부족하고, 순수하게 군사적 의무로 ‘만’ 구성되어야 하는 것이다.

4. 논거 (라) 및 이와 유사한 학설에 대한 반론

논거 (라): “이들의 복무는 국가경제발전이나 사기업에 군대를 동원하는 등의 행위들과 구별되며”에서는 “국가경제발전”과 “사기업에 군대를 동원”하는 행위만 언급되어 있다. 다만 비준 이후 학계에서는, ILO 전문가위원회가 강제근로 여부를 판단할 때 “경제발전 및 사회발전의 수단으로 보기 힘들다는 점”을 고려해야 하므로 사회복지제도 자체는 제29호에 저촉되지 않는다는 주장(‘학설 1’)도 제기된 바 있다.¹¹⁾ 이에 본 장에서는 논거 (라)와 학설 1을 함께 반론한다.

사회복무요원은 평시에 현역에 편제되어 있지 않고, 군복을 입거나 무기를 휴대하지도 않으므로, 사회복지제도는 논거 (라) 중 “사기업에 군대를 동원하는 행위”와는 구별된다고 볼 수 있겠다. 그러나 “국가경제발전” 혹은 “경제발전 및 사회발전의 수단”과 구별된다고 볼 수는 없다. 사회복지요원은 일반 국민의 생활에 필수적인 업무를 수행하고 있기 때문이다.

정부는 2007년 공익근무제도를 사회복지제도로 개편하면서, 당시 사회서비스 분야의 인력부족은 노동강도에 비해 보상이 낮았기 때문임에도, 사회서비스 분야의 근로조건을 개선하는 대신 “병역의무자에게 군복무가 아니면 적극적인 사회봉

11) 황주원 · 이승길(2023). 「ILO 제29호(강제근로) 협약 비준과 국내법의 정합성」. 『아주법학』16(4): 211; ILO(1979). *Abolition of Forced Labour*. paragraph 32. 이하 본고에서는 독자의 편의를 위해 당해 문헌을 인용할 경우 ‘1979-인용항’으로 칭한다. General Survey란 ILO 전문가위원회가 개별 국가가 협약을 비준했는지 여부와 관계없이 특정 협약에 관련된 모든 회원국의 국내법 및 관행을 심층적으로 조사함으로써 협약 작용에 있어 장애가 되는 부분과 그 장애를 극복할 방법을 알아내는 작업이다(ILO. “General Surveys”. 검색일: 2024. 5. 24).

사를 이행하도록”한다면 “저예산으로 사회복지시설의 인력난을 해소”함으로써 “사회복지서비스 공급 인프라 구축을 통한 선진 복지국가를 실현할 수 있다”고 주장하였다(김신숙, 2017; 공익인권법재단 공감, 2023). 이러한 정책적 의도하에서, 사회복지무원이란 “국가기관, 지방자치단체, 공공단체, 사회복지시설 등의 공익목적 수행에 필요한 사회복지, 보건의료, 교육·문화, 환경·안전 등의 사회서비스업무 및 행정업무 등의 지원을 위하여 소집되어 공익 분야에 복무하는 사람”으로 규정되었다(병역법 제2조 제1항 제10호 및 각 목). 사회복지무원의 복무분야는 크게 사회복지업무, 보건·의료업무, 교육·문화업무, 환경·안전업무, 행정업무의 5가지로 구분되는데, 사회복지업무란 “사회복지시설 운영 지원, 지방자치단체 사회복지 업무 지원 등”, 보건·의료업무란 “방역·식품위생 등 국민건강 보호·증진 업무 지원, 응급구조·환자이동 등 환자구호 업무 지원 등”, 교육·문화업무란 “교과·특기적성 지도 등 학습 지원, 유치원 장애유아 및 초등학교·중학교·고등학교 장애학생 활동 지원, 궁(宮)·능(陵) 등 국가유산 관리 지원 등”, 환경·안전업무란 “환경 보호·감시 지원, 재난 안전관리 지원, 행정기관 경비 지원 등”, 행정업무란 “일반행정 지원 등”으로 정의된다(병역법 시행령 제47조의3 제1항). 각 분야의 하위업무는 사회복지무원 소집업무 규정 별표 1에 세세히 규정되어 있다. 사회복지 분야에서는 사회복지시설 이용자에 대한 “이동”, “목욕”, “치료”, “병원동행”, “상담” 등과 “저소득층 물품전달”, “물건수령 및 배분보조” 등을 수행해야 한다. 보건 의료 분야에서는 “방역, 소독, 식품위생”, “진료업무 및 재료관리”, “원내 환자 검사”, “의료물품 및 환자 이송”, “재활치료”, “약품 관리” 등을 수행해야 한다. 교육 문화 분야에서는 “교과, 특기적성 지도”, “학습활동”, “일상생활 지원”, “보행 및 이동지원”, “운동 및 재활지원”, “승하차 지도, 식사” 등을 수행해야 한다. 환경안전 분야에서는 “산불진화 및 예방활동”, “출입자 통제”, “상수원 감시”, “사회질서(재래시장 등) 유지”, “화재예방활동, 소방출동, 소방훈련, 응급구조”, “안전위험지역 순찰, 승강장 안전관리, 청사 방호, 경비 안내” 등을 수행해야 한다. 행정 분야에서는 “우편물, 문서 수발”, “물품조달 및 관리”, “사무환경 관리”, “도서정리” 등의 업무를 수행해야 한다. 물론 병역법 제2조의 사회복지무원 정의규정에 “지원을 위하여 소집되어”라는 문언이 기재되어 있으므로, 상기된 세부업무를 모두 사회복지무원이 단독으로 또는 주도적으로 수행한다고 단정할 수는 없다. 하지만 실제 증언이나 언론보도를 통해 밝혀진 사회복지무원의 업무수행 현실을 관찰해 보면,

사회복무요원은 해당 기관의 직원이 수행하여야 할 본연의 임무와 사회의 안전 및 인프라를 유지하는 데 필수적인 업무를 수행하고 있으며, 이는 사회 및 경제의 발전이라는 거시적 목적과 분리될 수 없다. 일례로 지하철에서는 사회복무요원이 첫막차 시간의 게이트 개폐와 진상 승객 응대는 물론, 달리는 열차에서 고장으로 열린 문 앞을 맨몸으로 막고 서 있기(아주경제, 2022) 등 역무원과 다를 바 없는 안전관리 업무를 수행한다. 이뿐인가? 특수학교에서는 사회복무요원이 장애학생의 돌발행동을 통제한다(경향신문, 2023). 병원에서는 사회복무요원이 관절 재활 치료기기를 조작한다(KBS, 2021). 소방서에서는 사회복무요원이 구급차에 탄다(연합뉴스, 2021). 구청에서는 사회복무요원이 노점단속을 한다(연합뉴스, 2023). 이외에도 일일이 다 나열할 수 없을 만큼 다양한 종류의 공공기관과 복지기관에서 사회복무요원이 해당 기관의 주업무를 직원과 함께 또는 직원보다 주도적으로 수행하고 있다.¹²⁾ 어디까지가 ‘지원’이고 어디까지가 ‘대체’인지 명확한 구분은 불가능하다. 사회복무요원 사이에서 “나 없으면 기관이 안 돌아간다”라는 우스갯소리가 괜히 나오는 게 아니다. 대중교통을 안전하게 관리하는 일, 학교 급식을 보조하는 일 등의 사회 인프라 유지활동이 경제 및 사회발전에 기여하지 않는다고 해석한다면 대체 인간의 어떠한 행위가 경제 및 사회발전에 기여하는가? 직접적으로 공장의 생산라인이나 회사의 컴퓨터 앞에서 재화와 서비스를 생산해야만 경제 및 사회발전에 기여하는 것인가. 사회 인프라의 유지는 그러한 재화 및 서비스의 생산에 간접적으로 기여하는 행위이므로, 이를 경제·사회의 발전이라는 결과와 완벽히 분리하는 것은 불가능하다. 사회복무요원이 경찰서, 소방서, 대중교통, 주민센터, 시구청, 병원 등 각자의 복무지에서 묵묵히 우리 사회의 인프라를 책임져주지 않는다면, 지금 이 순간 당신이 평소처럼 안전하게 연구실에 출근해 이 논문을 읽을 수 있을까?

물론 사회복무요원 중에는 해당 기관의 고유업무가 아니라 어느 기관에서든 이

12) 혹자는 언론에서 소개된 사례들이 사회복무요원 담당자의 ‘개인적 일탈’이라고 생각할 수 있겠다. 그러나 그렇지 않다. 본문에서 상술하였듯 정부는 사회서비스분야의 근로조건 개선에 필요한 예산을 아끼기 위해 사회복무제도를 도입하였고, 이러한 의도하에서 병역법은 사회복무요원을 공익 분야에 소집되어 복무하는 사람이라고 명시하고 있다. 이에 따라 사회복무요원 소집업무 규정은 사회복무요원에게 부과할 수 있는 구체적인 업무를 나열하고 있고, 위의 사례들은 대부분 나열된 업무에 위배되지 않는다. 즉, 위의 사례들은 사회복무제도라는 법규 자체가 담당자의 무분별한 업무 부과라는 현실에서의 행태를 방임 또는 방조하고 있는 ‘시스템적 문제’다.

루어질 수 있는 우편 수발, 방문자 안내, 서류 파쇄 등의 '잡무'만을 담당하는 경우도 많다. 그러나 잡무라고 해서 완전히 필요 없는 업무는 아니다. 사회복무요원이 그 일을 처리해주지 않는다면 기존의 직원이 그 일을 분담하여 수행하거나 그 일을 담당할 새로운 직원을 뽑아야 한다. 즉, 사회복무요원이 없다면 사회복무요원의 노동력을 근로자의 노동력으로 대체하여야 하는데, 그 과정에서 최저임금 이상의 봉급, 법정수당, 사회보험료 등 추가적인 비용이 투자된다. 실령 사람 대신 정보시스템이나 기계로 대체한다 해도 개발비와 유지비가 소모된다. 결국 사회복무요원을 배치받는다면 그 기관의 생산성은 사회복무요원의 노동력에 일정 부분 의존하게 되는 것이고, 그 의존의 정도가 기관마다 다를 뿐이다. 이러한 현실을 고려하면, 사회복무제도는 명백히 병역의무자에게 비군사적 업무를 부과하여 경제 및 사회발전에 이용하는 제도에 해당한다.

5. 논거 (마) 및 이와 유사한 학설에 대한 반론

논거 (마): “사회복무요원은 현역병에 비해 유리한 복무 내용을 수행”에는 단순히 사회복무요원의 복무 내용이 현역병에 비해 유리한지 여부만 언급되어 있다. 다만 비준 이후 학계에서는, ILO 전문가위원회가 강제근로 여부를 판단할 때 “선택된 대체복무의 근무조건과 내용이 현역 복무와 비교해 당사자에게 유리하고 당사자의 전문적 자격·적성, 기능을 연마하는 데 유용하여 당사자에게 부여되는(일종의) 특권이라는 점”을 고려해야 하므로 사회복무제도 자체는 제29호에 저촉되지 않는다는 주장(‘학설 2’. 황주원·이승길, 2023)도 제기된 바 있다. 이에 본 절에서는 논거 (마)와 학설 2를 함께 반론한다.

학설 2는 문언상 전단 “선택된 대체복무의 근무조건과 내용이 현역 복무와 비교해 당사자에게 유리하고”와 후단 “당사자의 전문적 자격·적성, 기능을 연마하는 데 유용하여 당사자에게 부여되는(일종의) 특권”으로 구분할 수 있고, 논거 (마)는 학설 2 전단과 거의 완전히 일치한다. 그런데 학설 2 전단은 양심적 병역거부의 제29호 위반여부에 적용될 수 있을 뿐 사회복무제도의 제29호 위반여부에는 적용될 수 없는 요건이다. 학설 2 전단은 2007년 ILO General Survey의 45항¹³⁾을

13) ILO(2007). *Eradication of Forced Labour*. paragraph 45. 이하 본고에서는 독자의 편의를 위해 해당 문헌을 인용할 경우 ‘2007-인용항’으로 칭한다.

인용하였으나, 당해 General Survey의 원문을 살펴보면 2007-45항은 1979-31항을 바탕으로 할 뿐 ‘선택된 대체복무의 근무조건’ 등 1979-30항의 내용은 전혀 담고 있지 않기 때문이다. 그런데 사회복무제도는 정부가 개인의 신체상태를 검사한 뒤 그 결과에 의거해 비군사적 업무를 부과하는 것이므로, 신체상태와 무관하게 개인의 사상에 의해 스스로 병역을 거부하는 양심적 병역거부와는 명백히 구별된다. 따라서 논거 (마)와 학설 2 전단은 사회복무제도의 제29호 위반여부 판단에 고려할 수 없는 요건이다. 학설 2 후단만이 1979-31항에 제시된 것이어서 판단에 고려할 수 있다.

그렇다면 학설 2 후단을 검토해 본다. 현재 관련 법령상 사회복무요원의 복무기관과 업무범위는 상당히 광범위하게 규정되어 있고,¹⁴⁾ 개인이 복무기관과 수행업무를 선택하여 지원하는 데 상당한 제한이 있다. 현재 모든 사회복무요원 소집대상자에게 무조건 보장되어 있는 소집신청 기회는 연 1회 “본인선택”이 유일하며, 대학(원) 재학생인 경우에 한하여 연 1회 “재학생입영원”이 추가로 부여된다. 각 신청은 신청자가 미리 공고된 TO를(예 : 2024년 0월 00일-00복지관) 조회한 뒤 원하는 곳을 최대 2지망까지 선택하여 신청하는 방식이다. 이때 소집의 우선순위는 “특수학교”의 경우 전공이 최우선순위로 반영되지만, 복지시설, 보건소, 병원 등 모든 나머지 “사회서비스기관”은 “탈락횟수” → “전공” → “추첨”으로 규정되어 있다.¹⁵⁾ 이는 실무상 실효성이 떨어진다. 실제 TO는 각 소집일자별로 1~2명에 불과한 경우가 대부분이므로, 해당 전공을 가진 신청자보다 탈락횟수가 더 많은 사람이 1~2명만 있다면 무조건 탈락하게 되기 때문이다.

한편, 법령상으로는 자신의 대학전공이나 자격증에 따라 관련성이 높은 복무기관에 우선적으로 소집될 수 있는 제도(정식 명칭은 없으나, 본고에서는 이를 ‘전공우선배치제도’라 칭하도록 하겠다)가 시행되고 있으며,¹⁶⁾ 이를 통해 사회복무요원이 당사자의 전문적 자격·적성, 기능을 연마하는 데 유용한 경험을 얻을 수 있는 가능성 자체는 존재한다. 그러나 온전히 당사자의 전문적 자격·적성, 기능을 연마하는 데 유용하다고 보기는 어렵다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 전공우선배치 제도는 자신의 전공에 관련성이 높은 기관에 배치될 가능성을 부여해 주는 것일

14) 병역법 제26조, 사회복무요원 소집업무 규정 제9조, 본고 II장 4절 참조.

15) 법령상 근거는 찾기 어렵고, 병무청에서 자체적으로 실시하는 규정인 것으로 보인다. 병무청(2023). 『2023년 소집일자 복무기관 본인선택 접수 안내』 문서 참조.

16) 사회복무요원 소집업무 규정 별표 4 “특정 자격·전공자 등 소집순위” 참조.

뿐, 반드시 배치되도록 보장해 주지는 않는다. 해당 제도는 의무가 아니라 “할 수 있다”라고 규정되어 있을 뿐이어서, 해당 제도를 이용하지 않더라도 아무런 문제가 없다. 또한, 해당 제도는 지방병무청장의 소집통지, 즉 실무상 ‘직권소집’의 경우에 적용되는 규정이어서 복무대상자가 스스로 본인선택이나 재학생입영원을 신청하여 소집되는 경우와는 아무런 관계가 없다. 예술체육요원, 공익법무관, 공중보건요원, 공중방역수의사, 전문연구요원 등의 여타 대체복무제도가 의무자 자신의 특기를 살릴 수 있는 기관에 반드시 배치되도록 보장되는 것과는 분명히 구별된다. 둘째, 전공우선배치제도에 따라 관련 복무기관에 배치되더라도, 관련된 직무까지 보장되지는 않는다. 사회복무요원 소집업무 규정 별표 4에는 “지방병무청”의 경우 “안경사 면허취득자 → 시력측정”과 같이 복무분야가 구체적으로 규정되어 있는데, 안경사, 간호사 등의 경우는 지방병무청에서 병역판정검사를 원활히 수행하기 위해 규정한 특수한 경우이므로 일반화할 수 없다. 그 외 사회복지시설, 의료관련기관, 법원 등 여타 기관은 관련 전공자나 자격증 취득자를 우선 선발하더라도 “사회복지시설 운영지원”, “환자구호 업무지원”, “행정지원” 등으로 복무분야가 광범위하게 규정되어 있다. 또한, 이는 문언상으로 복무분야만 규정한 것일 뿐, 매일매일의 복무현장에서 복무기관 담당자가 그 복무분야의 허용업무 중 구체적으로 어떠한 하위업무를 부여하는가에 대해서는 현실적으로 통제할 방법이 없다. 예를 들어, 사회복지학과 학생이 법령에 따라 복지시설에 배치되더라도 해당 복무기관에서 실질적으로 요양보호 등의 실무경험을 익히지 못하고 행정, 안내, 청소, 취사 등의 비관련 업무만 부여받을 가능성이 얼마든지 존재한다.

여타 대체복무제도는 소집인원의 ‘전부’가 자신의 자격을 살릴 수 있는 특정 업무로 ‘반드시’ 배치되지만, 사회복무요원의 경우 ‘극히 일부’만 배치 ‘될 수 있다’는 결정적 차이가 있는 것이다. 결국 학설 2 후단은 사회복무제도와 여타 대체복무제도 간의 차이점이나 사회복무요원 소집 및 업무부여의 현실에 대한 구체적 검토 없이 사회복무제도가 당사자의 숙련에 유용하다고 단정한 것이므로 수용할 수 없다.

6. 논거 (바) 및 이와 유사한 학설과 정부 주장에 대한 반론

대상결정의 논지전개 순서에 맞추느라 부득이 본고의 중반부에 논하게 되었지

만, 사실 논거 (바): “2021. 4. 13. 병역법의 개정에 따라 현역으로의 선택권이 있다는 점”은 본고의 논제에서 가장 중요한 쟁점이다. 선택권 개정은 제29호 비준을 위해 정부의 주도하에 이루어졌으며, 이 ‘선택권’은 이후 헌법재판소, 정부, 학설을 가리지 않고 사회복무제도를 옹호하는 *Deus ex machina*로서 즐겨 사용되고 있기 때문이다.

그렇다. 논거 (바), 학설 3(황주원·이승길, 2023), 정부 주장(국방위원회 전문위원(정부제출), 2020)의 내용대로, 보충역 판정자에게 현역 복무의 ‘선택권’이 부여된 것은 사실이다. 현재 병무청 홈페이지에는 보충역의 현역 자원입대에 관한 페이지가 개설되어 있으며, 보충역은 인터넷 버튼을 몇 번 누르고 일정 절차를 거치기만 하면 현역으로 입대할 수 있다. 선택권과 관련된 제29호 예외 규정이 제29호 협약문 자체에 명시되어 있지는 않으나, 1979년 및 2007년 ILO General Survey의 내용이 근거가 된다.

“30. 많은 국가들이 양심적 병역거부자들(*conscientious objectors*)의 병역면제를 규정하고 있지만, 그들에게 대체복무를 하도록 요구할 수도 있다. 특정한 후속 국제 문서들과는 달리, 1930년 협약¹⁷⁾은 이 문제를 특별히 언급하고 있지는 않지만, 위원회는 그러한 경우의 양심적 병역거부자들은 그들의 지위가 인정되지 않고 병역거부가 징역형으로 처벌될 수 있는 경우보다는 유리한 위치에 있다고 생각해 왔다.

31. 전항은 특정 개인들에게 부여되는 배려(*a special concession granted to certain individuals*)를 다룬다. 병역법에 따라 소집 의무가 있는 자들의 일부가 비군사적 성격의 업무에 사용될 수 있는 국가에서, 적절한 병역 업무(*military service proper*)와 비군사적 업무 사이에 선택이 주어진다는 사실이 협약의 적용에 영향을 미치는지에 대한 문제가 제기되어 왔다. 선택의 존재가 유용한 안전장치를 제공할 수 있음에도 불구하고, 위원회는 그러한 선택이 의무복무의 틀 내에 기초하여 이루어진다면 그 자체로 협약의 적용을 배제하지 않는다고 본다. 개인의 요청에 따라 부여되는 특권(*a privilege granted to individuals on request*)인지, 반대로 의무 노동의 사용을 통해 경제 및 사회 발전을 촉진하는 수단으로 국가 서비스가 사용되고 있는지를 결정할 때, 관련된 사람들의 수와 그들이 선택을 하는 조건도 고려해야 한다. 이 점에 대해, 협약에는 자격증이 있는(*qualified*) 청년들이 징집되기 전에도 기술 협력 체계에 따라 이곳저곳에서(*abroad*) 교사, 엔지니어, 의사, 전문가, 기술적 전문

17) 제29호를 말한다(필자 주).

가로서 그들의 적극적인 국가적 서비스를 수행하도록 요구되는 상황을 방지하기 위한 어떠한 장치도 존재하지 않는다는 견해가 제기되어 왔다.”¹⁸⁾

과연, 현역 복무와 사회복무 간 선택권이 있다는 점만으로 제29호가 배제된다고 볼 수 있을까? 그렇지 않다. 1979-31항의 첫 번째 문장에 따르면, 대체복무제도가 존재한다는 사실만으로 보다 유리한 위치에 있다고 인정되는 경우는 30항 즉 양심적 병역거부의 경우에 한정된다. 따라서 31항의 두 번째 문장부터는 징병제 국가에서 (양심적 병역거부와는 무관한 다른 이유로) 군사적 업무와 비군사적 업무 간의 선택권이 있는 경우에 대한 의견으로 보아야 하며, 2007-45항도 동일한 맥락으로 읽힌다. 그러므로, 현재 한국에서 양심적 병역거부 대상자에게 부과하고 있는 대체역(대체복무요원)에 대해서는 1979-30항의 내용이 무리 없이 적용되어 그 정당성을 인정할 수 있겠으나, 사회복무제도에는 1979-31항의 내용이 적용되어야 하므로, 선택권의 존재 자체만으로 협약에서 자유로워지는 것이 아니라 그 실질에 대한 추가적인 검토가 필요하다.

직접요청서를 다시 살펴보자. 해당 요청서에서, 전문가위원회는 한국 정부로 하여금 법과 관행의 모든 측면에서 의무 병역의 맥락에서 수행되는 업무(work carried out in the context of mandatory military service)가 제29호 협약 제2조 제2항 (a)¹⁹⁾에 따라 전적으로 군사적 성격의 업무(a purely military nature)로 한정되도록 필수적인 조치를 행할 것을 요청하였다. 이에 더하여, 위원회는 한국 정부에 i) 군복무 의무가 있는 남성 국민의 수, ii) 현역병의 총인원수, iii) 현역으로 복무할 수 있지만 입대하지 않은 사람들의 수, iv) 사회복무를 수행하는 총인원수에 대한 정보 제공을 요청하였으며, 사회복무의 틀 내에서 수행되는 업무의 성격과 유형에 대한 정보를 제공할 것을 요청하였다. 이 직접요청서의 내용은 ILO 전문가위원회가 현역 복무와 사회복무 간 선택권의 실질에 대하여 추가적으로 검토하겠다는 의사를 분명히 하는 것이라 볼 수 있다. 그렇다면 우리는 ILO 전문가위원회가 제시한 요건, 즉 i) 관련된 사람들의 수, ii) 그들이 놓인 선택의 조건들을 검토해 보아야 한다.

검토에 앞서 반드시 짚고 넘어가야 할 문제가 있다. 바로 선택권 개정을 옹호하

18) 1979-31, 32항.

19) 제29호 협약에 열거된 예외사항 중 하나인 “전적으로 군사적 성격의 작업에 대하여 의무 병역법에 따라 강요되는 노동 또는 서비스”를 말한다(필자 주).

는 국내 문헌이 반복적으로 사용하는 “개인적 특권(a privilege granted to individuals)”, 혹은 “개인에게 선택권이 부여되는 경우”, “현역으로의 선택권”이라는 용어는 잘못되었다는 점이다. 1979년 및 2007년 General Survey의 원문을 살펴보면 분명히 “on (their) request”도 “a privilege”를 수식하고 있다. 이는 군사적 의무와 비군사적 의무 간의 선택이 처벌의 위협이나 정부의 회유가 아니라 진정으로 병역의무자 본인의 자발적인 요청에 따라 이루어져야만 제29호의 예외 대상이 된다는 점을 함의한 것으로서, 선택권의 실질을 파악하는 데 있어 핵심이 되는 수식어구다. General Survey의 취지를 온전히 반영하려면 “(그들의) 요청에 따라 개인들에게 부여되는 특권(a privilege granted to individuals on(their) request)”, 혹은 “개인에게 (그들의) 요청에 따라 선택권이 부여되는 경우”라는 용어를 사용해야 하는 것이다. 이 용어가 “개인적 특권”으로 변용된 예시는 국내 문헌에서만 발견되고 있으며, 변용의 법리적 혹은 학문적 근거 또한 최소한 국내에서는 어디에서도 찾기 어렵다. (각주 20번을 다음 문장으로 이동) 국내에서 제29호와 사회복무제도 간 저축여부라는 쟁점을 처음으로 대두시킨 문헌인 2006년 국가인권위원회 결정문에서는 변용이 없었는데(국가인권위원회, 2007), 대체 어떠한 국내 문헌에서 최초로 변용이 발생하고 이후 이를 무비판적으로 인용해 온 것인지 의문스럽다.²⁰⁾ 오히려 ILO 전문가위원회는 최근에도 해외의 대체복무제도에 대한 직접요청서에서 “a privilege granted to individuals on their request”라는 용어를 기재한 바 있다.²¹⁾ 이러한 상황에서는 그 변용의 정당성을 인정하기 어려운 ‘이름 바꾸기’로 생각된다. 이를 주지하면서, 다음 조건을 검토한다.

i) 관련된 사람들의 수: 이 조건에 대한 해석은 주관적일 수밖에 없다. ILO가 관련된 사람들의 수가 적어야 한다, 또는 많아야 한다, 또는 몇 명 정도 되어야 한다고 명확히 제시한 기준을 찾아볼 수 없기 때문이다. 다만, “개인적 요청”이라는 맥락에 비추어 볼 때 그 수가 적은 경우를 뜻한다고 보는 것이 타당하다. 한편 정부는 직접요청서에 대한 답변서에서 “신체등급 4급 판정을 받은 징집병 중 현역

20) 만일 해외에서 변용의 사례나 근거가 있다면 기존의 국내 문헌에서는 연구윤리에 따라 마땅히 이를 인용했어야 한다. 그러나 여러 국내 문헌 중 어디에서도 그러한 인용은 발견되지 않았다. 이와 별도로 필자가 해외 문헌에서 조사한 결과에서도 변용의 사례나 근거가 발견되지 않았다.

21) “Direct Request(CEACR)-adopted 2023, published 112nd ILC session(2024) Forced Labour Convention, 1930(No. 29)-Kyrgyzstan(Ratification : 1992).”(검색일 : 2024. 7. 16) 등 참조.

복무자가 적은 것은 사회복무요원 우대 취급으로 인해 4급 판정자가 사회복무제도를 선택한 결과”라고 주장하였다. 그런데 관련된 사람들의 수라 함은 원문의 맥락에 비추어 볼 때 ‘선택에’ 관련된 사람들의 수를 뜻하는 것이므로, ‘보충역 중 현역 희망자’의 수(즉, 선택의 기로에서 특정한 선택을 한 사람의 수)가 얼마나 되는지를 말하는 것이 아니라 전체 병역의무자 중 ‘보충역 판정자’의 수(즉, 선택의 기로에 놓이는 사람의 수)가 얼마나 되는지를 말하는 것이라고 봄이 타당하다. 만일 이 수가 많다면 그만큼 많은 수의 병역의무자를 비군사적 업무에 동원할 수 있다는 의미이므로, ‘개인적 요청’이라는 맥락에 어긋날 것이기 때문이다. 결국 본고에서 i) 조건에 대한 판단을 내리기는 어렵고, 향후 정부가 제출한 자료에 대한 전문가위원회의 판단이 있기를 기다려 본다.

ii) 선택의 조건 : 사회복무제도의 선택권은 진정으로 자유로운 조건하의 선택권이라고 볼 수 없다. 신체등급 4급 판정자는 1~3급 판정자에 비해 신체적으로 현역 복무에 대한 적합도가 낮기 때문이다. 이에 대해, 혹자는 ‘병역법에 따르면 보충역이란 병역판정검사 결과 현역 복무를 할 수 있다고 판정된 사람 중에서 병력수급 사정에 의하여 현역병입영 대상자로 결정되지 아니한 사람일 뿐이다! 원래는 다 현역으로 복무할 수 있는 사람들이다!’²²⁾ 라고 주장할 것이다. 그들은 ‘보충역은 원래 현역 복무를 할 수 있다’는 정부의 논리(국방위원회 전문위원(정부제출), 2020 등)를 아무런 비판 없이 재생산하는 셈이다. 현재 신체등급 4급, 즉 법문언상으로 현역 복무가 가능하다고 분류되는 기준을 살펴보면, 6개월 이상의 지속적·적극적 약물치료에도 불과하고 혈압이 수축기 160 이상이며 이완기 100 이상인 자(병역판정 신체검사 등 검사규칙, 48호 라목), 일상생활이나 야외활동 중 회피 불가능한 원인에 의한 아나필락시스의 재발성 병력이 확인된 자(79호 가목 1), 2)), 피부 악성종양 중 전구증이나 기저세포암을 가진 자(133호 가목), 척추측만증

22) 병역법 제5조 제1항. 병역은 다음 각 호와 같이 구분한다. (중략)

3호. 보충역: 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람

가목. 병역판정검사 결과 현역 복무를 할 수 있다고 판정된 사람 중에서 병력수급(兵力需給) 사정에 의하여 현역병입영 대상자로 결정되지 아니한 사람 (하략)

병역법 제12조 제1항. 신체검사(현역병지원 신체검사를 포함한다)를 한 병역판정검사전문담의사, 병역판정검사전문지사 또는 제12조2에 따른 군의관은 다음 각 호와 같이 신체등급을 판정한다.

1호. 신체 및 심리상태가 건강하여 현역 또는 보충역 복무를 할 수 있는 사람: 신체 및 심리상태의 정도에 따라 1급·2급·3급 또는 4급 (하략) (밑줄은 필자)

또한, 병무청에서는 1~3급이 아니라 1~4급을 ‘신체검사 합격’으로 분류한다.

이 40도 이상인 자(220호 나목), 기흉으로 양측 흉부에 폐쇄기 절제술을 한 자(255호 라목), 50 프리즘 이상의 수평사시를 가진 자(303호 나목 4), 폐쇄성 수면 무호흡증으로 진단되어 기도에 대하여 구개수구개인두성형술이나 이보다 중대한 수술을 한 경우로서 수술 6개월 경과 후 수면다원검사상 무호흡-저호흡지수(AHI)가 30 이상이 지속되는 자(348호 나목 3) 등이 포함된다.²³⁾ 상술한 내용은 2024. 6. 1. 기준 현행 신체검사규칙에 4급 판정대상으로 언급된 병명들 중 극히 일부를 소개한 것뿐이다. 2010년대 이후 현역 판정률이 90%에 달하는 병역판정검사는, 1994년 이전 현역 판정률 50~70% 시절의 징병검사와는 완전히 다르다.²⁴⁾

이처럼 ‘현역 복무를 할 수 있다’, ‘건강하다’는 병역법 문언상의 정의가 현재 4급 판정의 현실과 부합하지 않는 상황임에도 불구하고, 정부는 4급 판정자에게 병역을 면제하지 않고 현역 복무와 사회복무 중 선택하도록 강요한다. 이는 자유로운 선택이 아니라 국가의 주도로 국민들의 헌법상 건강권을 박탈하는 것에 불과하다. 첫째, 4급 판정자에게 주 40시간의 출퇴근 근로를 강제함으로써 각자가 질환의 경증과 건강상태의 변화에 따라 각자의 시간과 비용을 투자하여 치료할 자유를 제한하고 있는데,²⁵⁾ 이는 자유권적 기본권의 측면으로서 ‘국가로부터 건강을 침해당하지 않을 권리’(김주경, 2011)를 침해하는 것이라고 본다. 둘째, 사회복무요원에게는 4급 판정사유와 무관하게 누구에게나 위협한 업무,²⁶⁾ 혹은 각자의 4

23) AHI가 30이라는 것은 10초 이상 무호흡 또는 저호흡이 지속된 횟수가 수면 1시간당 30번이라는 의미다.

24) 1986년 현역 판정률은 51%였던 반면, 2013년엔 90%에 달하였다(김신숙, 2017).

25) 사회복무요원이 하루의 복무시간(통상 오전 9시~오후 6시) 내에 통원치료를 하려면 병가를 써야 한다. 그런데 사회복무요원의 병가는 복무기간(21개월) 중 최대 30일이며, 그 이상으로 병가를 쓸 경우 초과병가라 하여 그만큼 복무기간이 연장된다. 1개월 이상 장기 입원치료가 필요한 경우에는 분할복무를 신청하여 치료 후 다시 복무하여야 한다. 이때 치료기간은 복무기간에 산입되지 않아, 분할복무할 경우 그만큼 소집해제일이 늦춰지게 되므로 복학·취직·복직 등에 비가시적인 불이익이 수반될 수밖에 없다. 사회복무요원 소집대상자 중 특히 건강상태가 심각하여 사회복무를 감당할 수 없다고 인정되는 경우 전시근로역(5급) 또는 병역면제(6급)로 변경시키는 제도가 운영되고 있기는 하나, 국가통계포털에 따르면 이를 통해 신체등급이 변경된 인원의 수는 2022년 기준 1,059명에 불과하여 연간 사회복무요원 소집대상자 수(2022년 기준 97,763명) 및 소집되어 복무 중인 자의 수(2022년 기준 53,214명)에 비해 현저히 낮은 수치여서 실효성에 의문이 든다.

26) 산업안전보건법상 근로자에게는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있는 경우에는 작업을 중지하고 대피할 수 있는 권리가 보장된다(산업안전보건법 제52조 제1항). 이는 근로자가 산업재해 발생의 급박한 위험이 있다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있는 때에는 작업을 중지하고 긴급 대피할 수 있도록 함으로써 산업재해를 예방하고, 안전하고 건강하게

급 판정사유에 따라 해당 질환을 악화시킬 위험성이 명백히 존재하는 업무²⁷⁾를 지시받더라도 그에 대한 아무런 거부 권한이 없는데, 이는 자유권적 기본권의 측면으로서 ‘국가나 지방자치단체 등의 행위로 인하여 국민의 건강이 침해받을 가능성이 있는 경우에 그 행위의 효력을 제거하거나 진행을 중단시킬 것을 요구할 권리’와 사회권적 기본권의 측면으로서 ‘국가에 대하여 국민의 건강증진을 위해 적극적인 배려를 요구할 수 있는 권리’(김주경, 2011)를 침해하는 것이라고 생각된다.

사회복무의 경우 주로 출퇴근 근무를 한다는 점, 육체적 업무강도가 비교적 낮다는 점 등의 일반적 특성에 비추어 볼 때 현역 복무에 비해 건강권을 침해당하는 정도는 덜한 것 아니냐는 의견이 있을 수 있다. 그러나 그러한 비교의 전제에는 현역 또는 사회복무라는 ‘부과되는 업무의 특성’뿐 아니라 그 의무를 부과받는 ‘대상자의 특성’도 포함되어야 마땅하다. 즉, 건강한 자가 사회복무와 같은 비군사적 업무를 수행하는 상황과 비교하는 과정보도 필요한 것이다. 그렇다면, 사회복무제도는 본질적으로 일정한 질환 또는 장애자에게 의무근로를 강요하는 것이므로, 건강권을 침해당하는 정도가 덜하다고 확신할 수 없다. 실제 각주 26의 실태조사에서는 44.3%가 “사회복무로 인해 기존 질병이 악화됐다”, 45.1%가 “일상생활에 지장이 있을 정도의 정신적·신체적 고통을 겪는다”고 응답하였다(하은성, 2023).

결국 사회복무제도는 기본적으로 국민의 건강권을 침해하며, 이러한 제도 내에서 현역 복무와의 ‘선택권’을 부여한다고 하여 자유로운 선택의 조건이 갖추어지

일할 수 있는 여건을 조성하여 근로자의 생명과 건강을 보호하기 위한 규정이다(대법원 2023. 11. 9. 선고 2018다288662 판결). 그런데 사회복무요원은 다른 근로자들과 같은 시간에 같은 장소에서 노무를 제공함에도 작업중지권이 없다. 산업안전보건법상 근로자와 사회복무요원은 똑같은 인간인데도 말이다.

27) 척추측만증 환자에게 상하차를 시키거나, 공황장애 환자에게 대민업무를 시키는 등의 경우를 말한다. 물론 지하철, 소방서, 경찰서 등 일부 기관에는 기관지 질환자, 정신 질환자 등의 배치가 금지되어 있기는 하나, 이는 해당 기관의 일반적인 특성에 비추어 최소한의 배치 금지 기관을 지정한 것일 뿐(예: 지하철은 공기가 좋지 않으므로 기관지 질환자를 배치해서는 안 된다) 구체적인 업무에 있어서는 아무런 금지 조항이 없다. 일례로 천식 환자가 일반행정기관에 배치되더라도 얼마든지 지속적인 육체노동이 요구되는 물류 운송, 행사지원, 주차관리 등의 업무를 부과받을 수 있다. 그러나 사회복무요원은 자신의 질환에 악영향이 있을 것이라 예상되는 업무를 지시받는다 하더라도 자신의 징계·복무 상황·겸직허가·휴가 등을 전적으로 관리하는 복무담당자와의 관계유지 필요성, 최근 신설된 성실의무 조항(병역법 제31조의4)의 존재 등으로 인하여 쉽사리 업무를 거부할 수 없다. 실제로 사회복무노동조합(법외노조)이 사회복무요원 대상으로 실시한 사회복무 실태조사에서는 응답자의 46%가 “4급 판정 사유와 배치(背馳)되는 노동에 투입되었다”고 답한 바 있다(하은성, 2023).

는 것은 아니다. 4급 판정자 개인이 현역 복무에 비해 사회복무가 건강상태 유지에 유리하다고 판단하여 사회복무를 선택한다 하더라도, 이는 일단 강제적인 제도에 의해 건강권이 침해당할 것이 명백한 상황에 놓인 뒤에 차악을 택하는 것일 뿐이다. 진정으로 자유로운 조건에서의 선택이라 하려면 ‘완치 후 또는 치료의 기회를 충분히 보장받으면서 자발적으로 현역에 복무하여 전적으로 군사적 성격의 업무를 수행함으로써 국방에 기여하는 것’과 ‘병역면제를 받아 온전한 치료에 힘쓰는 것’ 간의 선택권을 주어야 하는 것이지, 건강에 하자가 있는 남성을 억지로 “건강하다”라고 간주하고 처벌의 위협을 가하며 “비군사적 성격의 의무근로에 종사할래? 아니면 현역에 갈래?”라 강요한다면 자유로운 선택이 아니다.

더불어 아래의 2012 ILO General Survey에 따르면, ILO 전문가위원회는 잉여 병력자원을 공공사업에 복무하도록 강제하는 것은 제29호에 명백히 위반되므로 각국 정부는 그러한 법령을 개정하여야 한다고 본다.

“288. 위원회는 이 주제²⁸⁾에 대한 지난 General Survey에서 의무적인 시민 의무(*compulsory civic service) 또는 기타 비군사적 성격의(non-military) 국가 서비스 활동에 관한 입법 조항에 주목하였다. 위원회는 비상사태가 아닐 때 부과되는 국가 서비스 의무와 관련하여 "전적으로 군사적 성격의 업무(for work of a purely military character)"에 사용된다는 조건(제29호 제2조 2항 (a))에 따른 의무 병역만 제29호의 범위에서 제외되며, 이 조건은 특히 공공사업 또는 개발 목적을 위한 징집을 방지하기 위한 것이라고 상기하였다. (중략) 정부들은 긴급 상황이나 직업 훈련과 관련하여 의무적인 국가 서비스의 일환으로 경제 개발 활동에 참여하는 청년들은 실제로는 항상 자원봉사자라고 밝혔다. 이와 관련하여 위원회는 법령 해석의 모호함을 피하고 법령을 제29호 및 명시적인 관행에 부합하도록 하기 위해서는 그러한 비군사적 업무들은 긴급한 상황에 한정되거나 자원봉사자들에 의해 독점적으로 수행된다고 법령에 명확하게 반영되어야 한다는 원칙을 강조하였다.

289. 그러나 위원회는 특정 국가에서는 징집병을 비군사적 목적으로 사용하는 것을 승인하는 법률이 여전히 시행되고 있음을 지적한다. 몇몇 경우, 병역의무가 있지만 실제로 징집되지 않은 사람들(예를 들어, 군의 수요량에 비해 잉여인 사람들)²⁹⁾은 공

28) 제29호를 말한다(필자 주).

29) 원문: persons liable to military service but not in fact called up for such service(for example, persons surplus to military requirements).

이 문구는 건강상태에 따라 잉여자원으로 분류된다는 서술이 없다는 점만 제외하면 한국

공사업 혹은 공장 생산 단위에서 개발 목적으로 일하는 것과 같은 비군사적 형태의 국가적 서비스 제공 의무를 충족해야 할 필요가 있을 수 있다. 또한 의무적인 시민 복무에 관한 법률이 여전히 시행되고 있는 국가도 있다; 때때로 해당국의 정부는 이 법률이 공식적으로 폐지되지는 않았지만 더 이상 실제로 적용되지 않는다고 밝혀왔다. 따라서 위원회는 그러한 정부에 제29호를 준수할 수 있는 법률을 제정하는 데 필요한 조치를 취할 것을 요청하였다. 지난 General Survey 이후, 위원회는 카메룬이 개발에 참여하도록 하는 국가 서비스 의무를 규정하는 법령을 폐지함으로써 개발 참여를 자발적으로 변화시켰다는 점을 만족스럽게 강조해 왔다.”³⁰⁾

이처럼, 2012년 General Survey는 289항을 통해 “군의 수요량에 비해 잉여인 사람들”을 “공공사업 또는 개발목적의 업무”에 종사하도록 하는 의무를 부과해서는 안 되며, 그러한 법령은 공식적으로 폐지되어야 한다는 입장을 명백히 한다. 또한 비군사적 업무에 대한 복무의무 규정을 완전 폐지한 카메룬의 사례를 모범으로 언급하고 있다. 이를 통해 우리는 한국의 사회복무제도에 적용하기에 매우 적합한 견해를 얻을 수 있다.³¹⁾ 하지만 국내 문헌에서 이 견해에 대한 논의는 찾아볼 수 없었다.

정리하면, 헌법재판소, 정부, 일부 학설 등의 국내 문헌은 i) ILO General Survey 원문의 “(그들의) 요청에 따라 개인들에게 부여되는 특권”을 자의적으로 “개인적 특권”으로 변용하여 왔고, ii) 1979년 및 2007년 General Survey의 내용만 반복적으로 인용할 뿐 2012년 General Survey의 발전된 의견은 전혀 언급하지 않고 있다. 이번에는 “부정적인 부분은 제거”하는 방식의 ‘이름 바꾸기’(에릭 클라이넨버그, 2018)가 발생한 것이다. 결국 선택권 개정은 처벌의 위협이나 건강권 침해 등의 방해요소가 없이 “요청에 따라 개인들에게 부여되는” 자발적이고 자유로운 선택권을 보장한 것이 아니어서 정당성이 없다.

의 사회복무요원과 매우 유사하다고 생각된다.

30) ILO(2012). *Giving Globalization a Human Face*, paragraph 288-289.

31) 288항은 2007년 General Survey 등 기존의 조사를 그대로 인용한 부분인 반면, 289항은 이를 바탕으로 보다 구체적인 새로운 견해를 제시한 부분이다.

Ⅲ. 대상결정과 구별되는 정부 및 학설의 사회복무제도 옹호 논거에 대한 반론

1. 학설 4에 대한 반론

학설 4는 비준 이후 제기된 것으로, ILO 전문가위원회가 강제근로 여부를 판단할 때 “모든 실제적인 목적을 고려할 때 병역면제제도와 유사하다는 점”을 고려해야 하므로 사회복무제도 자체는 제29호에 저촉되지 않는다는 주장이다(황주원·이승길, 2023). 그러나 이는 사회복무제도의 제29호 위반여부에 고려될 수 없다. 학설 4가 인용한 1979-32항은 ‘공무원인 교원’이라는 매우 특수한 개인에 관한 설명이기 때문이다. 1979-32항의 원문은 아래와 같다.

“32. 개인의 요청(individual request)이 없는 경우라도, 교육부에 고용된 교원이 공무원의 지위와 급여를 유지한 채로 정부가 지정한 마을에서 교원으로서의 그들의 국가적 서비스를 수행하는 경우라면, 그들에게 특별히 군인으로서의 국가적 서비스의 수행이 요청되지 않는 한, 그들의 상황은 모든 실제적인 목적을 고려할 때(for all practical purposes) 직업의 중요성을 이유로 특정인에게 인정되는 병역면제(to exemptions from military service which are sometimes granted to certain people on account of the importance of their occupation) 흡수될 수 있다.”

원문의 맥락을 살펴보면, 첫머리의 individual request라 함은 1979-31항의 내용, 즉 군사적 업무와 비군사적 업무에 대한 선택이 개인적 요청에 해당하는 경우를 뜻하는 것이다. 이어서 32항 전체를 살펴보면, 32항은 31항의 ‘일정한 자격을 갖춘 자’ 중 한 부류인 ‘공무원인 교원’이 그러한 individual request 없이(즉 정부의 지시에 의하여 강제적으로) 병사 대신 교원의 업무를 수행하게 된 경우라면, ‘직업의 중요성을 이유로 특정인에게 인정되는 병역면제’, 즉 일정한 자격을 갖춘 자가 개인의 선택에 따라 해당 자격에 관련된 비군사적 업무에 종사하는 경우와 유사하게 볼 수 있다는 의미다. 이러한 견해를 여타 다양한 형태의 비군사적

강제노동의 경우에도 확장할 수 있는지의 여부는 원문에 전혀 제시된 바가 없다. 그런데 한국의 사회복무요원이 공무원인 교원으로서 학생을 가르치는 경우는 존재하지 않는다. 결국 학설 4는 “직업의 중요성”, “특정인에게” 등 원문의 앞뒤 맥락을 무시하고 “모든 실제적인 목적”과 “병역면제”라는 단어만 인용한 것이므로, ‘모든 실제적인 목적을 고려할 때 병역면제제도와 유사한지의 여부’는 사회복무제도의 제29호 위반여부 판단 시 반영될 수 없다.

2. 학설 5에 대한 반론

학설 5는 비준 이후 제기된 것으로, “강제근로 저축 여부를 판단할 경우에 개별 국가가 처한 상황들을 고려하여야 한다. 국내적으로 남북분단 현실, (중략) 최근 가파른 인구 감소에 따른 병력 자원의 감소로 전문연구요원, 산업기능요원, 승선 예비역 등과 같이 인원이 줄어드는 상황 등을 종합적으로 고려”하면, 사회복무제도 자체는 물론 질병 및 심신장애로 인해 사회복무요원으로 분류되더라도 제29호에 저축되지 않는다는 주장이다(황주원·이승길, 2023). 그러나 그 어떤 특수한 상황이라 할지라도 자유와 생명이라는 보편적 가치를 최소한도를 초과하여 침해할 수는 없다. 대한민국헌법 제37조 제2항의 취지에 따라, 법률로써 기본권을 제한하고자 하는 입법자는 기본권을 지키기 위한 최대한의 노력을 하고 그래도 안 되면 최소한도로 기본권을 제한해야 한다. 특히, 피해의 최소성 측면에서 국방이라는 목적을 달성하면서도 현행 징병제보다 기본권을 덜 제약할 수 있는 방법이 있다면 그것을 따라야 할 것이다.³²⁾

그런데 한국의 사회복무제도 관련 논의에서 그러한 최대한의 노력이 이루어져 왔는지 의문이다. 그보다는 ‘현행 징병제와 병력자원의 법적 정의에는 문제가 없다’는 무비판적 인식하에서, 그 한정된 자원을 어떻게 하면 더 밑바닥까지 짜낼 수 있을까만을 생각해 온 것은 아닐까. 지금 한국은 “가파른 인구 감소에 따른 병력 자원의 감소”를 마주하고 있고, 그 감소의 속도는 - 학설 5도 이미 인지하고 있는 바와 같이 - “현역 입대자 수가 2020년 33만 4천 명, 2025년 23만 6천 명,

32) 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권 제한을 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 한다(헌법재판연구원, 2020).

2045년 12만 7천 명”으로 예상될 정도로 급격하다(황주원 · 이승길, 2023). 인구 절벽은 구조적이므로, 현역 판정률 상향과 같은 미봉책으로는 병력자원의 부족 문제를 해결할 수 없다. 이미 말라가는 우물에 더 큰 두레박을 쓴다고 우물이 차오르는가? 오히려 고갈을 앞당길 뿐이다.

인구절벽은 현행 징병제의 지속불가능성을 의미한다. 그렇다면 우리는 현재의 ‘징병제’, ‘병력자원’, ‘병역의 형평성’이라는 개념이 반드시 정당하다는 전제를 버리고, 백지상태에서 국제정세의 변화 양상, 방위기술의 발전 현황 등을 고려하여 적절한 현역병 규모를 산정하여야 한다. 특히, 더 이상 ‘병역의 형평성’이라는 개념을 정부와 헌법재판소의 논리대로 ‘일단 병역을 부과받은 남성들 중 건강한 남성과 건강하지 못한 남성이 수행하여야 하는 의무 간의 경중’이라고 좁게 해석할 것이 아니라, ‘병역 부과와 형평성’, 즉 ‘현재의 병역제도나 병력자원의 정의가 초저출산 시대에도 여전히 정당성을 가질 수 있을지’로 폭넓게 바라보고, 건강에 하자가 있는 남성을 포함하여 모든 국민의 기본권을 최소한으로 제한하면서도 적절한 현역병 규모를 유지할 수 있도록 하는 모병제, 징모혼합제, 양성징병제 등 모든 종류의 새로운 병역제도에 대해 논의해 보아야 할 것이다.³³⁾ 이처럼, 북한의 존재나 병역자원 감소 등의 특수한 상황은 우리에게 병역제도 자체에 대한 시사점을 던져줄 수 있을 뿐이지, 곧바로 비군사적 복무의무를 정당화할 수는 없다.

종합하면, 학설 5는 적정 현역병 규모, 징병제의 당위성, 병력자원과 병역의 형평성이라는 개념의 정당성 등에 대한 본질적 고민 없이 ‘병력자원이 감소하고 있다’는 사실을 단편적으로 가져온 것이어서 수용할 수 없다.

33) 이와 관련하여, 최근 남성에게만 병역의무를 부과하는 병역법 조항을 합헌이라고 판단한 헌법재판소 전원재판부 2019헌마423, 2023. 9. 26. 결정을 주목할 필요가 있다. 결론은 여전히 합헌이지만, 판단과정에서 “국방의 의무를 부담하는 국민 중 병역의무의 범위를 정하는 문제는, 국가의 안보상황·재정능력을 고려하여 급변하는 국내외 정세에 탄력적으로 대응하면서 국군이 최적의 전투력을 유지할 수 있도록 합목적으로 정해야 할 사항이므로, 헌법재판소로서는 제반사정을 고려하여 법률로 국방의 의무를 구체적으로 형성해야 하는 국회의 광범위한 입법재량을 존중할 필요성이 크다. (중략) 장기적으로는 출산율의 변화에 따른 병역 자원 수급 등 사정을 고려해 양성징병제의 도입 또는 모병제로의 전환에 관한 입법 논의가 사회적 합의 과정을 통해 진지하게 검토돼야 할 것으로 예상된다.”는 전향적 의견을 제시하였기 때문이다.

3. 정부 주장: “보충역의 수요를 고려하면 현실적으로 폐지가 어렵다”에 대한 반론

정부의 말처럼, 사회복무요원의 수요가 존재한다는 점은 부정할 수 없는 사실이다(국방위원회 전문위원(정부제출), 2020 등). 그러나 수요를 근거로 어떠한 제도를 유지하여야 한다고 주장하려면 먼저 그 수요의 실질이 무엇인지에 대한 검토가 선행되어야 마땅하다. 사회정책의 기초가 되는 무언가에 대하여 아무런 비판적 사고를 하지 않는다면, 사회발전과 인권보호에 아무런 도움을 주지 못하는 空約만 도출되기 때문이다. 이 수요라는 것의 실질을 살펴보면, 사회서비스분야의 근로조건 개선을 위한 정책을 개발하기보다는 근로자로서 보호받지 못하는 보충역 판정자를 동원하는 것이 효율적이라는 정부의 발상에서 시작되어, 사회복무제도가 복무기관 입장에서 ‘저렴’(최저임금 미만의 급여 외에는 아무런 부대비용이 발생되지 않음)하고 ‘안전’(부당하고, 부당노동행위 등 일체의 노동법적 리스크를 부담하지 않음)하기에 유지되는 것일 뿐, 사회복무요원의 급여가 조금 오르지만 해도 감소하는 착취적 수요에 불과하다.³⁴⁾ 따라서, 사회복무요원의 수요를 이유로 사회복무제도의 유지를 주장하는 정부의 논리는 착취가 다시 착취를 정당화하는 不義의 순환고리인 것이다.

어떠한 정책을 시행하고 나서 현실에서 작용하는 과정에서 문제점이 나타나 개선 또는 폐지가 필요할 수는 있으나, 시행 전부터 그 정책이 어떤 부작용을 어느 정도로 일으킬지를 정확히 예측할 수는 없다. 사회복무제도를 폐지하는 것은 강제노동의 철폐라는 보편적 인권을 위한 것인 반면, 사회서비스의 질 저하 등 사회복무제도 폐지로 인한 부작용은 예산 확대 등 정부의 노력을 통해 해소 가능하므로, 부작용을 이유로 사회복무제도를 유지하는 것은 소를 취하느라 대를 잃는 것이다. 징병제에 대한 거시적 논의를 병행하면서 사회복무제도를 단계적으로 폐지한다면, 노동인권을 실현하면서도 일반 국민이 겪는 부작용을 최소화할 수 있을 것이다. 부작용을 줄일 논의조차 시작하지 않고 지레 개혁 자체를 포기해 버리는 정부의 태도는 무책임하다.

34) 최근 현역병과 함께 사회복무요원의 봉급이 인상되자 지자체가 급여 전액을 부담하는 일반행정 분야에서 앞다투어 사회복무요원 소집 인원을 줄이고 있는 현실이 이를 방증한다(KBS(2023. 5. 10). 「병사 월급 200만 원의 여파... 사라지는 '구청 공익」. <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=7671686>. 검색일: 2024. 6. 3).

IV. 결 론

사회복무제도는 제29호에 따른 강제노동에 해당한다. 구체적으로, i) 제29호에서 금지하고 있는 것은 ‘군사적 성격의 의무’가 아니라 ‘전적으로 군사적 성격의 의무’라는 점, ii) 제29호 채택 당시의 역사적 맥락과 채택자들의 입법의도를 고려하면 “국가안보 및 국방의 현대적 개념” 등 제29호에 규정되지 않은 개념을 수단으로 하여 ‘전적으로 군사적 성격의 의무’를 광범위하게 해석하려는 태도는 허용되지 않는다는 점, iii) 사회복무요원의 업무조항과 복무현실을 고려하면 사회복무제도는 병역의무자를 비군사적 업무에 동원하여 경제 및 사회의 발전을 도모하는 제도라는 점, iv) ILO 전문가위원회는 양심적 병역거부의 경우가 아닌 한 단순히 군사적 복무와 비군사적 복무 간 선택권이 존재한다는 사실만으로는 제29호의 예외가 될 수 없고 그 실질에 따라 달라진다고 보는데, 현역 복무와 사회복무 간 선택권은 일단 건강권이 침해당할 수밖에 없는 상황에서 차악을 선택하도록 강요하는 것이므로 실질적으로 자유로운 선택권이 아니라는 점, v) “모든 실제적인 목적을 고려할 때 병역면제제도와 유사하다는 점”이나 “국내적으로 남북분단 현실, 최근 가파른 인구 감소에 따른 병력자원의 감소” 등을 곧바로 판단요소로 활용해서는 안된다는 점, vi) 보충역의 수요 자체가 착취적이므로, 수요를 근거로 사회복무제도의 유지를 주장하는 것은 불공평의 순환논리에 불과하다는 점에서 그렇다.

앞으로 사회복무제도가 어떠한 형태로 나아가야 할지를 지금 당장 구체적으로 규정하기는 어렵다. 그보다 중요한 것은 정부가 국제사회의 일원으로서 ILO 기본협약에 속한 제29호를 최대한으로 존중하려는 자세를 갖추는 일이다. 물론 비준된 조약이 통설에 따라 최소한 국내법과 동등한 효력을 가진다 할지라도, 헌법이 국내법과 조약의 우위에 있다는 점은 명확하므로, 제29호에 따른 강제노동이라고 하여 곧바로 헌법에 따른 강제노동이 되는 것은 아니다. 정부가 이를 이용하여 사회복무제도를 유지하려 할지도 모를 일이다. 그러나 제29호 등 10개의 기본협약은 근로현장에서의 기본 권리이자 ILO의 원칙과 직결되므로, ILO 회원국은 해당 기본협약을 비준하지 않았더라도 ILO의 회원이라는 그 사실 자체만으로도 기본협약

을 존중, 촉진, 실현할 의무를 진다(이철수, 2023). 또한, 제29호를 비준하는 순간 비준국은 자동적으로 “가능한 한 조속히 모든 형태의 강제 또는 의무 노동의 사용을 금지할 것을 약속”하게 된다. 헌법재판소는 “국제노동기구(ILO)의 제105호 협약을 우리나라가 비준하지 않았기 때문에 심판대상의 위헌성 심사의 척도로 삼기 어렵다”라고 밝힌 바 있는데,³⁵⁾ 이를 반대해석하면 비준된 ILO 협약은 위헌성 심사의 척도가 될 수 있다는 함의를 도출할 수 있기도 하다. 이를 종합하면, 정부는 국내법이 제29호에 진실로 정합될 수 있도록 최선의 노력을 다하여야 마땅하다.

그런데 비준 이전까지 사회복무제도에 대한 논의는 제29호를 존중하기보다는 어떻게 기존의 법제를 제29호에 위반하지 않는 것으로 “포장”할 수 있겠는가의 관점에서 이루어져 왔다(권오성, 2024). 비준 이후에도 정부와 헌법재판소는 사회복무의 실질에 대한 고민 없이 책상 앞에서의 문언해석에 치중하며 포장의 논리를 재생산하여 왔고, 학계는 그에 대한 비판적 검토를 충실히 수행하지 못하고 있다. 법은 가치체계의 변화에 따라 발전하여야 한다. 1930년 채택된 제29호는 모든 형태의 강제노동을 철폐하여야 한다는 현대적 가치관을 반영하였다. 2024년 현재, 그 어떤 ILO 회원국도 누군가의 강제노동을 통해 다른 누군가에게 사회서비스를 제공하는 나라를 진정한 ‘선진 복지국가’로 바라보지 않을 것이다. 의무 병역이라는 가림막 뒤에 인권 침해라는 현실이 있다.

참고문헌

- 고용노동부(2019. 5. 23). 「ILO 핵심협약 비준, 보충역 제도 폐지 아니다」. 『대한민국 정책브리핑』(검색일 : 2024. 3. 2).
- _____ (2019. 5. 28). 「보충역 제도, ‘ILO 협약에 전면 배치 아냐’ 판단」. 『대한민국 정책브리핑』(검색일 : 2024. 6. 28).
- 공익인권법재단 공감(2023). 「우리는 사회복무요원제도에 대하여 이야기 할 필요가 있다」. https://www.kpil.org/board_activity/20230530/(검색일 : 2024. 7. 3).

35) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바23 결정.

- 국가인권위원회(2007). 「ILO 강제근로 관련 제29호, 제105호 협약 가입 권고」.
『국가인권위원회 결정례집 : 인권정책분야』 제2집(2005~2006) : 680~691.
- 권오성(2024). 「ILO 제29호 협약 이행에 관한 쟁점」. 『사회법연구』 52 : 131~173.
- 김근주(2017). 「강제노동에 관한 핵심협약 비준 논의의 쟁점」. 『월간 노동리뷰』 2017 (11) : 27~43.
- 김신숙(2017). 「한국 병역제도의 변화 연구 : 대체복무정책 변동요인 분석을 중심으로」. 성균관대학교 국정전문대학원 행정학과 박사학위논문.
- 김주경(2011). 「헌법상 건강권의 개념 및 그 내용」. 『헌법판례연구』 12 : 137~180.
- 김현정(2013). 「WTO 분쟁해결절차에서의 규범 충돌의 해결」. 『통상법률』 2013 (2) : 88~124.
- 국방위원회 전문위원(정부제출)(2020). 『병역법 일부개정법률안 검토보고서(의안 번호 2024229)』.
- 박배근(2023). 「조약 간 충돌의 해소 원리에 관한 일고-1969년 조약법협약 제 30조 규정을 중심으로」. 『국제법평론』 64 : 1~24.
- 병무청(2023). 『2023년 소집일자 복무기관 본인선택 접수 안내』.
- 문태현(2005). 「정책담론과정에서 권력불균형의 통제방안」. 『한국정책학회보』 14 (3) : 81~102.
- 에릭 클라이넨버그(홍경탁 역)(2018). 『폭염 사회』. 글항아리.
- 이철수(2023). 『노동법』. 현암사.
- 하은성(2023). 「사회복무 제도에 대한 공공연한 비밀」. 『비정규 노동(격월간)』 161 : 72~75.
- 황주원 · 이승길(2023). 「ILO 제29호(강제근로) 협약 비준과 국내법의 정합성」. 『아주법학』 16 (4) : 195~227.
- 헌법재판연구원(2020). 『기본권제한입법의 목적정당성 심사』.
- 경향신문(2023. 10. 9). 「특수교육지원인력 3명 중 1명은 사회복무요원 ... 장애 이해 없는 '강제복무'에 곳곳 갈등」. <https://www.khan.co.kr/national/education/article/202310091601001>(검색일 : 2024. 5. 20).
- 동아일보(2021. 11. 13). 「“군대라도 가야 남자라 얘기” ... 병무청 영상에 ‘발끈’ [e글e글]」. <https://www.donga.com/news/Society/article/all/20211113/>

110228794/2(검색일 : 2024. 7. 12).

아주경제(2022. 11. 24). 「지하철 7호선 출근길 문 열고 달려… “공사 직원 위협했다”」. <https://www.ajunews.com/view/20221124081418557>(검색일 : 2024. 5. 14).

연합뉴스(2021. 12. 28). 「술 취한 30대 몰던 승용차, 119 구급차와 ‘뺑」. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20220830018851064>(검색일 : 2024. 5. 9).

_____ (2023. 3. 14). 「“구청 단속원이 내동맹이, 친구 모친 중상” 울산 노점단속 논란」. <https://www.yna.co.kr/view/AKR20230314128800057>(검색일 : 2024. 5. 21).

KBS(2023. 5. 10). 「‘병사 월급 200만 원’의 여파… 사라지는 ‘구청 공익」. <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=7671686>(검색일 : 2024. 6. 3).

_____ (2021. 12. 28). 「“중앙보훈병원에서 간병인·사회복무요원이 석션 등 의료행위”」. <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5358453>(검색일 : 2024. 5. 14).

ILO(1979). Abolition of Forced Labour.

_____ “Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations(CEACR)”, <https://www.ilo.org/international-labour-standards/ilo-supervisory-system-regular-supervision/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-experts-application-conventions-and-recommendations-ceacr>(검색일 : 2024. 7. 3).

_____ “Direct Request(CEACR)-adopted 2023, published 112nd ILC session (2024) Forced Labour Convention, 1930(No. 29)-Kyrgyzstan (Ratification : 1992).” https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4357229,103529(검색일 : 2024. 7. 16).

_____ “Direct Request(CEACR)-adopted 2023, published 112nd ILC session(2024) Forced Labour Convention, 1930 (No. 29) - Republic

of Korea(Ratification: 2021).” https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:4376658,103123:NO(검색일 : 2024. 6. 28).

_____(2007). Eradication of Forced Labour.

_____"General Surveys”, <https://www.ilo.org/international-labour-standards/ilo-supervisory-system-regular-supervision/applying-and-promoting-international-labour-standards/general-surveys>(검색일 : 2024. 5. 24).

_____(2012). Giving Globalization a Human Face.

Abstract

Social Service System is “Forced Labour”
in ILO Convention No. 29

Kim, Seungju

In the 2010s, the imperativeness for ratification of the ILO fundamental conventions, which South Korea has not yet ratified, emerged. In this context, it was questioned whether the Social Service System violated the ILO Convention No. 29(Forced Labour Convention). Government of Korea revised the Military Service Act to stipulate “option” between social service and active service, and believes that the Social Service System does not violate No. 29 because of the ‘compulsory military service’ among the exceptions of No. 29. The Constitutional Court and some theories also judges the same as the government's opinion. The discussions on the Social Service System was a policy discourse process for the achievement of ‘ratifying the ILO fundamental conventions’, and in it, the government used instrumental power to limit the participation of persons concerned. The paper begins with the awareness that the existing advocacy arguments do not take into account the context surrounding the terms “work of military character” and “a privilege granted to individuals” in common, and ii) do not reflect the case of reality in which Social Service Worker is exposed at all. Through this, I states the Social Service System is not included in the ‘compulsory military service.’

Keywords : work of purely military character, ILO, ILO Convention No. 29, Social Service System, Social Service Worker, forced labour, human rights