

## Exploring the Limitations of the System on Commander of the Workplace Reserve Forces in Korea

Young Bok Kwon<sup>1#</sup>, Cheol Ho Jeong<sup>2+</sup>

<sup>1</sup> Department of Fire Service Administration, Sehan University, 1113, Noksae-ro, Samho-eup, Yeongam-gun, Jeollanam-do, Korea

<sup>2</sup> Department of Law, Andong National University, 1375, Gyeongdong-ro, Andong-si, Gyeongsangbuk-do, Korea

### Abstract

The two major fundamental components of the current reserve force management system in Korea are the civilian officers working in military and the commanders of workforce reservists. However, the roles and the status of the commanders seem quite ambiguous and have not been clearly identified. Their roles and the status are specified only by one instruction from the general administration department. Furthermore, some terms and conditions of their positions, such as prohibition of labor union participations, could violate people's basic human rights against the principle of statutory reservation. Since the status of the commanders is basically 'civilian', it is inappropriate to delegate tasks from the government to the private sector, considering the importance of those tasks. Thus, there is an urgent need to legislate a new law specifying the status of the commanders and enhancing financial support for them.

**Key words:** workplace reservist commander, national defense work, delegation to private sector

### 1. 서론

예비군은 1968년에 발생한 청와대 무장공비 침투사건을 계기로 설립되어 제2의 국군으로 성장·발전해왔다. 예비군은 지역예비군과 직장예비군으로 편성되어 국방부장관이 예비군에 관한 사항을 관장하도록 있다. 직장예비군은 중대급 이상의 예비전력 자원을 보유하고 있는 직장을 대상으로 편성·운영되는데, 직장 소속의 예비군 자원으로 여단·연대·대대·중대·소대 또는 분대로 편성하도록 되어 있다. 대학에 재학 중인 예비군

을 대상으로 학업에 전념하도록 하면서 예비군 교육훈련을 내실화하기 위하여 대학 직장예비군도 편성·운영되고 있다. 현행법상 예비전력관리 업무담당자는 예비전력관리군무원과 직장예비군지휘관으로 구분된다.

최근 예비전력관리 업무담당자의 지위개선 필요성이 논의되어 왔는데, 군무원인사법이 개정됨으로써 일반직 공무원, 별정직공무원, 계약직공무원 등으로 제 각각이었던 예비전력관리군무원은 신분이 일반직공무원으로 일원화되었다. 그러나 동일하게 예비전력관리라는 국가적으로 중요한 업무를 수행하고 있는 직장예비군지휘관

<sup>#</sup> The 1st author: Young Bok Kwon, Tel. +82-41-359-6099, e-mail: [himmel8043@sehan.ac.kr](mailto:himmel8043@sehan.ac.kr)

<sup>+</sup> Corresponding author: Cheol Ho Jeong, Tel. +82-54-820-5402, e-mail: [jeong041@andong.ac.kr](mailto:jeong041@andong.ac.kr)

의 신분에는 변화가 없다. 즉, 국방사무 내지 병무행정 사무를 수행하고 있는 직장예비군지휘관의 신분은 아직 까지 직장의 사업주와 근로계약관계에 있는 민간인이다. 이로 인해 직장예비군지휘관은 동일한 임용절차를 거쳐서 국방부장관에 의하여 임명되고 있음에도 불구하고 사업장마다 신분과 처우가 천차만별인 상황이다. 예컨대, 근무여건과 급여를 기준으로 볼 때, 직장예비군 160여 명을 관리하는 한국은행 예비군지휘관의 연봉은 1억 2,000만 원인 반면 학생예비군 3,800여 명을 관리하는 사립대학의 예비군지휘관 연봉은 2,000만 원 내지 3,000만 원으로 동일한 업무를 수행하고 업무량은 훨씬 많음에도 불구하고 급여에 있어서 6배 가량의 차이를 보이고 있다.<sup>1)</sup> 그 신분에 있어서도 정규직 직장예비군지휘관이 있는가 하면, 계약직으로 매년 재계약을 반복해야 하는 경우도 많은 것으로 드러나고 있다.

문제는 직장예비군지휘관의 신분과 지위가 법률이나 이에 근거한 법규명령으로 규율되지 않고, 행정조직 내부규범으로 법규적 효력이 없는 행정규칙으로 규율되고 있다는 점이다. 더욱이 행정규칙 형식의 훈령으로 직장예비군지휘관을 민간인 신분으로 규정하면서도 노동조합가입을 금지함으로써 근로조건 개선을 위한 기본권인 근로3권 등 기본권 행사를 제한하고 있다. 물론 국방부는 훈령에서 직장예비군지휘관의 신분을 정규직으로 하고 직급은 직장의 장과 협의하도록 하고 있기는 하다. 그러나 직장예비군을 편성하고 있는 기업이나 대학이 법적으로 대외적 효력이 없는 훈령에 구속되거나 이에 따라야 할 의무가 없어 이를 위반한다고 해도 아무런 법적 제재를 가할 수도 없다는 점에서 한계가 있다. 여기서 직장예비군지휘관의 신분과 지위를 법적 효력이 없는 행정규칙으로 규정함으로써, 예비전력관리와 같은 국방사무를 담당하는 직장예비군지휘관이 동일한 업무를 수행함에도 불구하고 신분과 지위에 있어서 천차만별의 형태를 보이고 있는 현실을 단순한 사실상의

차이에 불과한 것으로 돌리고 이를 간과해도 되는가 하는 의문이 제기된다.

이에 본고에서는 예비전력관리업무를 담당하고 있는 직장예비군지휘관의 신분과 지위 및 이에 따른 처우를 개선하기 위한 방안에 대하여 고찰해보고자 한다. 본고는 직장예비군지휘관의 신분과 지위, 권리제한을 법률에서 직접적으로 규정하거나 법률적 차원에서 구체적이고 명확한 한계를 설정하여 위임을 받은 법규명령에서 규율하지 아니하고 법규성이 없는 행정규칙인 훈령에서 규정하는 것이 법치주의원리, 특히 기본권제한을 위한 원칙을 규정한 헌법 제37조의 법률유보원칙에 위배되는 것은 아닌지, 그리고 직장예비군지휘관이 담당하는 업무의 성질 내지 업무관계의 본질이 공무원관계에 해당하지 않는지를 고찰함으로써, 법률의 차원에서 직장예비군지휘관의 신분과 지위를 규정하고 이들이 안정된 환경에서 예비전력관리업무를 수행할 수 있도록 정부의 지원이 이루어져야 하는 입법정책적 당위성을 밝히는 데에 목적이 있다. 이하에서는 예비전력관리업무담당자로서 예비군지휘관제도의 법적 근거에 대하여 개관하고(II), 직장예비군지휘관의 신분과 지위를 규정한 국방부 훈령은 기본권제한의 일반원칙인 법률유보의 원칙에 위배된다는 점(III)과 직장예비군지휘관의 담당하는 업무관계의 본질은 국방사무의 민간위탁으로 이에 대하여 국가적인 지원이 필요하다는 점(IV)을 밝힌 후, 결론적으로 문제점을 개선하기 위한 입법정책적인 방안을 제시하고자 한다(V).

## II. 예비군지휘관제도의 법적 근거

예비군지휘관의 신분관계나 신분보장을 직접 규정하고 있는 법률은 없다. 국가공무원법, 군인사법, 군무원인사법, 향토예비군설치법 등에서는 예비군지휘관의 신분보장과 관련하여 직접적인 규정을 두고 있지 않다.

1) 국방부가 9일 민주당 안규백 의원실에 전달한 자료에 따르면 한국은행 외에도 예비군 지휘관에게 역대 연봉을 주는 곳은 당진화력(1억 2000만원), 현대자동차원료서비스(1억500만원), 현대중공업연대(1억원), 국민은행 전산중대(1억원), 삼성SDS대대(1억원), 현대자동차대대(1억원) 등으로 정규직 직장예비군지휘관 611명의 평균 연봉은 약 6000만원으로 조사됐다(ChosunIlbo, 2013.10.10. 적으면 2000만원 많으면 1억대... 직장예비군 지휘관 연봉 천차만별).

다만 향토예비군설치법 제3조의2와 제5조 제4항은 예비군을 ‘지역예비군’과 ‘직장예비군’으로 구분하면서 예비군부대의 ‘지휘관’이라는 용어를 사용하고 있는데, 예비군지휘관의 신분보장에 관하여는 직접적으로 규정하고 있지 않다. 동법 시행령 제5조 제10항도 ‘예비군부대 지휘관’의 선발·임면 및 자격 기준 등에 관한 사항을 국방부령으로 정하도록 하여 행정입법에 위임하고 있을 뿐, 예비군지휘관의 신분을 공무원으로 할 것인지 또는 민간인으로 할 것인지 그 신분이나 보수·승급·징계 등에 대해서는 규정하지 않고 있다. 예비군지휘관의 신분보장에 대해서는 행정조직의 내부규범으로서 법규적 효력이 없는 행정규칙에서 규정하고 있다. 즉, 예비군지휘관의 신분보장에 대해서는 국방부 훈령인 ‘예비전력관리 업무담당자 인사관리 훈령’에서 규율하고 있다.

따라서 예비군지휘관의 신분보장에 관한 법적 근거와 관련하여서는 행정규칙을 포함하여 그 내용을 살피고, 예비군지휘관 중 특히 직장예비군지휘관의 법적 지위를 검토하기로 한다.

### 1. 향토예비군설치법

향토예비군설치법<sup>2)</sup>은 예비군대원의 거주지나 직장을 단위로 하여 ‘지역예비군’이나 ‘직장예비군’을 편성하되 일정 규모 이상의 예비군자원이 있는 직장에 직장예비군을 편성·운영하도록 규정하고 있다.<sup>3)</sup> 지역예비군<sup>4)</sup>은 거주지를 단위로 하여 연대·대대·지역대·중대·소대·분대로 편성하고, 직장예비군<sup>5)</sup>은 직장을 단위로 그 소속 예비군지원으로 여단·연대·대대·중대·소대 또는 분대로 편성하도록 규정하고 있다.<sup>6)</sup>

- 2) 향토예비군설치법은 2016. 5. 29. 개정으로 ‘예비군법’으로 명칭이 변경되어 2016. 11. 30.부터 시행된다. 향토예비군설치법은 북한군의 무력침략정책에 대비하고 잇따른 무력도발의 역제를 위하여 1961년 제정되어 전시·사변 등 이에 준하는 국가비상사태에서 현역 군부대의 편성이나 작전에 필요한 동원을 위한 대비를 목적으로 하고 있는데, 향토라는 용어가 고향땅 또는 시골이라는 의미로서 변화한 시대상황에 적합하지 않으며 현대 예비군의 위상이나 임무를 고려할 때에 적절하지 않다는 의견이 제기됨에 따라 향토라는 표현을 삭제하고 법 제명을 ‘향토예비군설치법’에서 ‘예비군법’으로 변경하고 ‘향토예비군’을 ‘예비군’으로 변경한 것이다.
- 3) 향토예비군설치법 제3조의2 제1항, 동법 시행령 제5조 제1항은 중대 규모 이상의 예비군자원이 있는 직장, 통합방위법 제21조에 따라 국방부장관이 지정하는 국가중요시설 중 소대 규모 이하의 예비군자원이 있는 직장의 장으로 하여금 직장예비군을 편성·운영하도록 규정하고 있다. 예비군의 업무는 국방부장관이 관장하는데, 예비군대원은 지휘관의 명령 하에 연간 20일의 한도에서 훈련을 받는다.
- 4) 향토예비군설치법 제5조(예비군의 편성) ① 법 제3조의2제1항에서 “대통령령으로 정하는 규모 이상의 예비군자원이 있는 직장”이란 다음 각 호의 직장을 말한다. 1. 중대 규모 이상의 예비군자원이 있는 직장2. 「통합방위법」 제21조제4항에 따라 국방부장관이 지정하는 국가중요시설 중 분대 규모 이상의 예비군자원이 있는 직장. 다만, 법 제5조제1항 단서 또는 법 제6조제3항에 따라 동원 또는 훈련이 보류된 사람을 제외한 예비군자원이 9명 미만인 직장은 제외한다. ② 지역예비군은 거주지를 단위로 하여 연대·대대·지역대·중대·소대·분대로 편성하며, 다음 각 호의 기준에 따라 부대를 설치한다. 다만, 예비군자원과 작전지역의 여건을 고려하여 국방부장관이 정하는 기준에 따라 부대를 통합하거나 분리하여 설치할 수 있다. 1. 연대·대대·지역대: 특별자치시·시·군·자치구 단위. 다만, 국방부장관이 필요하다고 인정하는 경우에만 설치한다. 2. 중대: 동·읍·면 단위 3. 소대·분대: 통·리 단위 ④ 제2항에도 불구하고 국방부장관은 향토방위를 위하여 특별히 필요한 경우에는 지역예비군대원 중에서 선발된 사람을 다음 각 호의 구분에 따른 예비군부대로 편성할 수 있다. 1. 특전예비군지역대: 광역시·특별자치시·도 및 특별자치도 단위 2. 특전예비군중대·기동대: 특별자치시·시·군·자치구 단위 3. 타격대: 동·읍·면 단위
- 5) 향토예비군설치법 제5조(예비군의 편성) ⑤ 직장예비군은 직장을 단위로 그 소속 예비군지원으로 다음 각 호의 기준에 따라 여단·연대·대대·중대·소대 또는 분대로 편성한다. 1. 여단: 7천201명 이상 2. 연대: 1천601명 이상 7천200명 이하 3. 대대: 401명 이상 1천600명 이하 4. 중대: 81명 이상 400명 이하 5. 소대: 41명 이상 80명 이하 6. 분대: 9명 이상 40명 이하 ⑥ 제5항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 직장예비군을 통합하여 편성·운영할 수 있다. 다만, 제1호 및 제4호의 경우에는 국방부령으로 정하는 바에 따라 편성하여야 한다. 1. 같은 산업단지의 예비군자원을 단일 직장예비군으로 통합하여 편성할 필요가 있는 경우 2. 같은 건물이나 구내(構內)의 예비군자원을 단일 직장예비군으로 통합하여 편성할 필요가 있는 경우 3. 같은 직장 또는 같은 계열의 직장이 같은 지역 및 군을 말한다에 있는 경우에 직장 단위로 편성된 직장예비군을 수임군부대의 장이 관할하는 구역 단위로 통합하여 운영할 필요가 있는 경우 4. 직장예비군이 설치된 지역의 지리적 조건이나 예비군자원에 따라 특히 필요한 경우에 해당 지역의 지역예비군을 직장예비군에 편입하게 할 필요가 있는 경우 ⑦ 제5항에도 불구하고 국방부장관은 필요하다고 인정하는 경우에는 항구·포구의 지구별 수산업협동조합 또는 업종별 수산업협동조합을 단위로 하여 지구별 수산업협동조합 또는 업종별 수산업협동조합의 직원과 해당 항구·포구에 거주하는 어선의 선주와 승선원으로 직장예비군인 어민예비군을 편성할 수 있다. 이 경우 같은 항구·포구에 여러 개의 지구별 수산업협동조합 또는 업종별 수산업협동조합이 있을 때에는 이를 통합하여 편성하며, 편성 대상 인원이 많은 지구별 수산업협동조합 또는 업종별 수산업협동조합의 장을 직장의 장으로 한다.
- 6) 향토예비군설치법 제3조의2 제9항은 관할 지방병무청장은 직장예비군이 그 편성 기준을 위반하여 운영되는 등 대통령령으로 정하는 사유에 해당하는 경우에는 그 직장의 장에게 직장예비군을 해제하도록 명할 수 있도록 하고 있다.

동법 제14조의2 제2항은 국가공무원법 제33조의 공무원시험 응시결격사유에 해당하는 사람은 '예비군부대의 지휘관'이 될 수 없도록 하고, 동법 시행규칙 제12조 제1항 및 제2항은 국방부장관이 '예비전력관리 업무담당자 선발 규칙'에 따라 예비전력관리 업무담당자로 최종 선발된 사람을 예비군부대의 지휘관으로 임명하도록 하고 있다.<sup>7)</sup> 또한 동법 시행규칙 제13조 제1항 및 제2항에 따르면 임명된 예비군부대의 지휘관 중 ① 결격사유에 해당하는 사람(국가공무원법 제33조제5호에 해당하는 사람은 제외), ② 근무원인사법에 따른 직권면직 사유에 해당하는 사람, ③ 근무성적 종합평가 결과 예비군부대의 지휘관으로서 적당하지 않다고 인정된 사람이 있을 때에는, 지역 또는 직장 방위협회의 의장은 수입군부대의 장에게 그 사실을 통보하고 이를 통보받은 수입군부대의 장은 국방부장관에게 해임건의를 하며 해임건의를 받은 국방부장관은 해당 예비군부대 지휘관을 해임하여야 한다. 특히 직장예비군지휘관과 관련하여, 동법 시행령 제5조 제9호 및 제10호는 직장예비군을 편성한 직장의 장은 예비군부대의 지휘관이 예비군대원을 쉽게 지휘·통솔하고 예비군대원의 관리·운영에 전념할 수 있도록 예비군부대의 지휘관에게 적절한 직급과 적절한 직책을 부여하도록 하고, 예비군부대 지휘관의 선발·임면 및 자격 기준 등에 관한 사항은 국방부령으로 정하도록 하고 있다.

## 2. 예비전력관리 업무담당자 선발 규칙

국방부령인 '예비전력관리 업무담당자 선발 규칙'은 예비군지휘관의 선발과 예비전력<sup>8)</sup> 관리기구 운영을 위한 지휘관 및 이를 보좌하는 인력 등 '예비전력관리 업무담당자'의 선발에 대해서 규정하고 있다. 동 규칙 제2조 제1항은 예비군부대 지휘관 및 예비전력관리기구의 운영을 위한 지휘관과 이를 보좌하는 인력(예비전력관리 업무담당자) 선발시험은 국방부장관이 실시하되 시험실시 업무의 일부를 각 군 참모총장에게 위임할 수 있도록 하고, 동 규칙 제3조 제1항은 예비전력관리 업무담당자 선발은 특별한 사정이 없는 한 전·후반기로 구분하여 연 2회 실시함을 원칙으로 하고 있다.<sup>9)</sup> 동 규칙 제5조에 의하면 예비전력관리 업무담당자는 직위별 응시가능한 병과에 따라 전역군인은 전역 후 3년 이내 인 자 중에서 선발하되 현역군인은 전역 또는 퇴역이 예정된 자에 한하여 반기에 실시하는 선발시험에 응시할 수 있는데, 예비전력관리 업무담당자의 각 직위에 응시할 수 있는 사람은 군인사법에 따른 장기복무 장교 또는 부사관으로서 의무복무 기간을 마친 사람과 준사관 의무복무 기간을 마친 사람으로 한다. 동 규칙 제9조는 예비전력관리 업무담당자 선발시험을 서류심사, 체력검정, 면접시험, 필기시험, 신체검사, 현역복무실적 등 평가로 구분하여 엄격하게 실시하도록 하고 있다.<sup>10)</sup>

7) 예비군부대의 지휘관이 임명되었을 때에는 수입군부대의 장은 5일 이내에 지방방무청장·경찰서장 및 지역 또는 직장방위협회의 의장에게 그 임명 사실을 각각 통보하고, 매 분기 말을 기준으로 해당 분기의 다음 달 20일까지 소속 각 군 참모총장에게 보고하여야 하며(동 규칙 제12조 제4항), 각 군 참모총장은 보고를 받았을 때에는 이를 종합하여 그 달 말일까지 국방부장관에게 보고하여야 한다(동 규칙 제12조 제5항).

8) 국방개혁에 관한 법률 제27조(① 국가는 예비군 조직을 정비하고 훈련체계를 개선하며, 무기·장비 및 전투 예비물자를 현대화하여 상비병력을 대체할 수 있는 정예화된 예비전력으로 발전시켜야 한다. ② 예비전력규모는 2020년까지 상비병력규모와 연동하여 개편·조정하여야 한다. ③ 연도별 예비전력의 규모 및 예비전력 발전에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다)는 예비군전력의 규모의 조정 및 정예화에 대하여 규정하고, 동법 시행령 제16조는 안보환경, 군구조 개편 정도, 상비병력의 연차적 조정 규모 및 향토방위 전력 소요 등을 고려하여 연도별 예비전력 규모는 국방개혁기본계획에 명시하여야 하도록 하고(제1항), 국방부장관은 예비군 전투력 향상에 필요한 무기·장비·전투예비물자를 2020년까지 확보하도록 필요한 조치를 강구하여야 하도록 하고 있으며(제2항), '향토예비군 설치법 시행령'에 따른 수입군부대의 장은 전·평시 동원자원의 관리·집행 및 예비군 훈련 기구 등(예비전력관리기구)의 운영 등에 필요한 협조를 당해 지방자치단체의 장에게 요청할 수 있도록 하고(제3항), 국방부장관으로 하여금 예비전력관리기구의 운영을 위하여 지휘관과 이를 보좌하는 인력을 관계 법령에 따라 일반계약군무원으로 충원하도록 필요한 조치를 강구하도록 규정하고 있다(제4항).

9) 동 규칙 제4조는 각 군 참모총장은 예비전력관리 업무담당자의 퇴직 또는 예비군 부대의 편성·조정 또는 해체 등을 고려하여 매년 6월 30일 및 12월 31일을 기준으로 예상되는 공석을 판단하여 해당 연도 2월 10일까지와 8월 10일까지 각각 국방부장관에게 보고하도록 하고, 예비전력관리 업무담당자 공석 중 상위 직급으로 승진하여 충원할 수 있는 공석 수는 국방부장관이 정하도록 하고 있는데, 이 경우 직장예비군 지휘관 공석은 제외하고 있다.

### 3. 예비전력관리 업무담당자 인사관리 훈령

행정규칙인 ‘예비전력관리 업무담당자 인사관리 훈령’은 예비전력관리 업무담당자의 인사관리에 관한 기준과 절차를 규정하고 있는데, 동 훈령에서 예비전력관리군무원과 직장예비군지휘관에 대하여 규정하고 있다. 동 훈령 제2조는 예비전력을 상비전력에 대응하는 개념으로 국가잠재력을 전력화함으로써 생성되는 군사력으로 전시 동원할 수 있는 인적·물적 자원과 전·평시 향토방위를 위한 인적·물적 능력을 포함하는 개념으로 규정하고, 예비전력관리기구를 전·평시 동원자원의 관리·집행 및 예비군훈련기구 등을 운영하는 동원지원단, 동원보충대대, 예비군훈련대, 지역대, 지역 및 직장예비군부대 등으로 정의하고 있다. 예비전력관리 업무담당자는 예비군 관련 업무를 수행하는 예비전력관리군무원 및 직장예비군지휘관으로 구분되는데, 예비전력관리군무원은 예비전력관리기구 운영 인원으로 일반군무원(중전의 별정·계약 군무원을 포함한다)을 말하고, 직장예비군지휘관은 대학 및 일반직장 예비군부대의 중대급 이상 예비군지휘관을 말한다.<sup>10)</sup> 동 훈령 제5조에 따르면 예비전력관리군무원 5급 이상은 각 군 참모총장의 임용건의에 의하여 국방부장관이 임용하고 군무원 6급 이하의 각 군 참모총장이 임용하도록 하고, 지역예비군지휘관 중 지역대장, 읍·면·동 대장(중대장), 기동대장은 수임군부대장이 임명하도록 하며, 직장예비군지휘관 중 대대장 이상은 국방부장관이 임명하고, 중대장, 독립소대장, 독립분대장은 수임

군부대장이 임명하도록 하고 있다.

## III. 직장예비군지휘관의 지위와 법률유보원칙 위반의 문제

### 1. 직장예비군지휘관의 지위

‘예비전력관리 업무담당자 인사관리 훈령’ 제6조는 예비전력관리 업무담당자 중 예비전력관리군무원의 신분은 일반군무원으로 규정한 반면,<sup>12)</sup> 직장예비군지휘관에 대해서는 해당 직장의 직원으로서 취업규칙 등의 적용을 받는 민간인 신분으로 규정하고 있다. 또한 동 훈령 제16조 제1항 및 제2항은 직장예비군지휘관이 근무 기간이 도달하여 퇴직한 후 해당 직장에서 사원 신분으로서 직장예비군지휘관 직위 이외의 직위에서 근무하는 경우에는 해당 직장의 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등을 적용받도록 규정하고 있다. 다만 동 훈령 제42조는 직장예비군지휘관의 신분은 정규직으로 하되 직급은 직장의 일반직급으로 부여하고 동일 직급의 일반직원과 동일하게 하며 군경력을 포함하도록 하고 있다.<sup>13)</sup> 그러나 행정규칙으로 법적 구속력이 없다는 점에 근본적인 문제가 있다. 동 훈령 제46조 제1항은 직장예비군지휘관의 근무상한연령을 중대장, 대대장, 연대장 이상으로 구분하고 있는데, i) 직장예비군중대장의 근무상한연령은 2011년부터 2012년까지 56세, 2013년부터 2015년까지 57세, 2016년부터 2018년까지 58세, 2019년부터 2021년까지 59세, 2022년 이후는 60세로,

10) 동 규칙 제10조 내지 제15조는 각 단계별 시험방법에 대하여 구체적으로 규정하고 있다. 또한 동 규칙 제16조는 예비전력관리업무담당자를 선발함에 있어 심의평가를 하고 최종합격자 결정에 필요한 심사를 하기 위하여 국방부장관 소속으로 예비전력관리 업무담당자 선발심의회를 설치하도록 하고, 제17조에서는 신원조사와 서류심사·체력검정·필기시험·신체검사에 합격한 자 중에서 필기시험 점수와 현역복무실적 등 평가점수를 합산한 성적의 순위에 따라 근무희망 직위·지역 순으로 합격자를 결정하도록 하고 있다.

11) 이 외에도 동 훈령 제2조 제6호는 예비군지휘자를 직장예비군부대의 분·소대장, 읍·면·동 향방소대장, 기동대 예하 지원소대장 및 타격소대장, 읍·면·동 타격소대장, 지역예비군 부중대장 등으로 규정하고 있다.

12) 2014. 5. 20. 군무원인사법이 개정되면서 예비전력관리군무원은 일반군무원으로 통일되었다. 다만 일반군무원의 정년이 현재 60세인 것과 달리 일반군무원으로 전환된 별정군무원의 정년은 2015년까지는 57세, 2016년부터 2017년까지는 58세, 2018년부터 2019년까지는 59세, 2020년부터는 60세로 정하고 있으며, 일반군무원으로 전환된 계약군무원의 정년은 경과조치가 따로 없어 일반군무원과 마찬가지로 2014. 8. 21.부터 60세의 정년이 인정되었다.

13) 동 훈령 제42조 제1항은 일반직장 예비군지휘관의 직급은 국가기관의 경우 여단장: 국장급이상, 연대장: 국장급, 대대장: 과장급이상, 중대장: 계장급이상, 독립소대장: 계장급으로, 일반직장의 경우 여단장: 이사급이상, 연대장: 부장급이상, 대대장: 차장급이상, 중대장: 과장급이상, 독립소대장: 계장급이상으로 하고(별표 11), 대학직장 예비군지휘관의 직급은 대령: 2급, 중령: 3급, 소령: 4급, 중위: 6급, 소위·준위·원사: 7급, 상사·중사: 8급, 하사: 9급으로 하되 직장의 장과 협의하도록 규정하고 있다(별표 12).

ii) 직장예비군대장의 근무상한연령은 2018년까지는 58세(근속 5년), 2019년부터 2021년까지는 59세(근속 6년), 2022년 이후는 60세(근속 7년)로, iii) 직장예비군연대장 이상의 근무상한연령은 60세(근속 5년)로 정하고 있다.

그런데 동 훈령 제16조의2 제1항은 예비전력관리군 무원과 동일하게 직장예비군지휘관의 경우에도 i) 향토예비군설치법 시행규칙 제13조 제1항의 어느 하나에 해당하는 경우, ii) 공무원임용 결격사유에 해당하는 경우, 근무원인사법에 따른 직권면직 사유에 해당하는 경우, iii) 근무성적 종합평가 결과 예비군부대의 지휘관으로서 적당하지 않다고 인정된 경우에는 각 군 본부에 설치된 예비전력관리업무담당자 인사위원회의 심의를 거쳐 직권면직 또는 해임하도록 강제하고 있다. 동 훈령 제46조의2 및 제47조는 특히 중대장 이상의 직장예비군지휘관의 노동조합가입을 금지하고 이를 위반하는 경우에는 적부심사를 거쳐서 직장방위협의회 의장이 수임군부대장에게 해임 등을 건의하여 예비전력관리 업무담당자 인사위원회의 심의를 거쳐 필요한 조치를 취하도록 하고 있다.

## 2. 훈령에 의한 직장예비군지휘관의 기본권제한 문제 및 법률유보의 원칙 위반

### 1) 직장예비군지휘관의 신분 규율과 법률유보의 원칙

이와 같이 예비전력관리업무담당자 중 직장예비군지휘관은 민간인 신분으로 하고 있다. 이에 따라 국방사무 내지 병무행정사무의 일부를 담당하고 있는 직장

예비군지휘관은 향토예비군설치법과 민법 및 근로기준법의 적용을 받도록 되어 있다. ‘예비전력관리 업무담당자 인사관리 훈령’이 제정되기 전에도 법원은 직장예비군 부대의 지휘관은 기본적으로 당해 직장의 사원 신분을 가진 예비군대원으로서 당해 직장의 장과 근로계약관계를 맺고 그에 따라 근로의 대가로 임금을 지급받는 민간인 신분임을 밝힌 바 있다.<sup>14)</sup> 문제는 예비군대원을 지휘·통솔하고 예비군대원의 관리·운영과 같은 국가적으로 중요한 업무를 수행하는 직장예비군지휘관의 신분을 민간인으로 규정하면서도 신분보장과 권리 제한에 대해서는 법률에 근거를 두지 않고 행정규칙인 훈령으로 규정하고 있다는 점이다. 특히, 직장예비군지휘관의 신분을 민간인으로 규정하면서도 노동조합가입 등 단체활동과 노동3권을 제한하고 이에 위반하는 경우에는 적부심사를 거쳐서 해임 등의 조치를 취하도록 하고 있는데, 그 근거를 법률이나 법률의 구체적 위임에 근거한 법규명령으로 규율하지 않고 행정조직 내부규범인 행정규칙의 일종인 훈령으로 규율하고 있다.

이에 따라 직장예비군지휘관의 지위와 신분 및 기본권제한 등을 법률 또는 법률의 구체적인 위임받은 법규명령으로 규율하지 않고 행정규칙 형식으로 규율한 것이 헌법 제37조 제2항의 기본권제한에 관한 일반원칙인 법률유보의 원칙에 위반되는지가 문제될 수 있다. 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하여, 국민의 기본권을 제한하고자 하는 경우에

14) 대법원 1990. 11. 27. 선고 90누1847 판결: “원고가 직장예비군 중대장직에서 해임되던 당시 시행되던 향토예비군설치법(1975.7.26. 법률 제2782호로 개정된 것) 제3조 제1항, 제2항, 같은법 시행령(1978.9.13. 대통령령 제9158호로 개정된 것) 제5조 제2항, 제6항, 같은법 시행규칙(1978.9.14. 국방부령 제303호로 개정된 것) 제10조 제1항, 제2항, 제4항, 제12조 제1항의 각 규정들을 종합하여, 원고가 1980.8.10. 직장예비군 중대장직에서 해임될 당시의 직장예비군 부대의 지휘관은 기본적으로 당해 직장의 사원 신분을 가진 예비군대원으로서 당해 직장의 장과 근로계약을 맺고 그로부터 근로의 대가로 임금을 지급받는 자이므로 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법에 정한 해직공무원이라고 볼 수는 없고, 원고가 위 회사에 입사할 당시 위 회사의 직장예비군대장 요원으로 입사하고 위 각 법령에 의하여 수임군부대의 장에 의하여 직장예비군 중대장으로 임명되어 소속 예비군대원을 지휘·통솔하고 관계법령에 규정된 임무를 수행하며 근무하던 중 수임군부대장으로부터 예비군 중대장직에서 해임당하고 이로 말미암아 위 회사를 퇴사하였다 할지라도 그와 같은 사정만으로 원고가 위 특별조치법 소정의 보상대상자인 해직공무원에 해당하게 된 것으로 볼 수는 없다 할 것이므로 같은 취지의 원심의 판단은 정당하고 원심의 판단에 소론과 같은 법리오해의 위법이 없다.”; 같은 취지로는 대법원 1998. 9. 18. 선고 97다52141 판결; 서울지방법원 남부지원 1995. 7. 27. 선고 94가합17247 판결(확정)이 있다.

는 국회의 입법(법률)에 의할 것을 요구하고 있다. 여기서 법률유보란 국민의 기본권을 침해하는 행정부의 집행행위는 의회의 법률에 기초하여야 하며 행정부의 독자적인 집행행위는 법률에 의하지 않고는 정당성을 가지지 못한다는 사상이다(Myung, 2012: 75). 법률유보의 원칙은 행정권의 발동은 반드시 법률의 수권이 있어야 한다는 원칙으로 국민의 자유와 권리를 보장하기 위하여 행정권의 활동을 국민의 의사를 대표하는 의회가 제정한 법률에 구속되게 하여 법의 지배를 실현시키기 위한 원리이다(Song, 2006: 102; Han, 2003: 581).<sup>15)</sup> 이처럼 수권 법률의 존재는 기본권제한의 필수요건으로 행정청의 기본권제한은 법률의 수권에 근거해야 하며, 법률의 수권이 없는 기본권제한은 정당화될 수 없고 그 자체만으로 위헌적인 기본권침해에 해당한다(Han, 2016: 447).<sup>16)</sup> 아래에서 살펴듯이, ‘예비전력관리 업무담당자 인사관리 훈령’은 대외적 효력을 가지는 법규가 아닌 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐인 행정규칙의 형식으로는 국민의 권리·의무를 규율할 수 없다는 점과 헌법상 국민의 기본권에 중대한 영향을 미치거나 국가적으로 중요한 의미를 가지는 내용은 법률이나 법률의 구체적인 위임에 근거한 법규명령에 의한

것을 요구하는 법치주의의 관점에서 문제가 있다.

## 2) 직장예비군지휘관의 기본권제한 및 법률유보의 원칙 위반

행정규칙인 ‘예비전력관리 업무담당자 인사관리 훈령’은 대외적 효력을 가지는 법규가 아니라는 점에서 국민의 권리·의무를 규율하는 것은 법치주의원리 내지 법치행정의 원리에 위배된다. 특히 기본권을 제한하는 내용을 행정규칙으로 규정하는 것은 법률유보의 원칙에 반한다. 직장예비군지휘관의 법적 지위와 관련하여 자신이 원하는 직업을 자유로이 선택하고 이에 종사하는 등 직업에 관한 종합적이고 포괄적인 자유를 규정한 헌법 제15조의 직업의 자유<sup>17)</sup>와 근로의 권리는 근로기회청구권과 국가의 고용증진의 의무, 해고의 자유의 제한, 적정임금의 보장(동일노동에 대한 동일임금의 원칙 포함)과 근로조건기준의 법정주의 등을 내용으로 하는 헌법 제32조의 근로의 권리<sup>18)</sup>를 침해하는 것이 아닌지, 특히 중대장 이상 직장예비군지휘관의 노동조합 가입을 금지한 것이 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 내용으로 하는 헌법 제33조의 근로3권<sup>19)</sup>을 침해하는 것은 아닌지가 문제될 수 있다. 또한, 직장예

15) 법률유보는 19세기 독일에서 군주로 대표되는 집행부와 시민을 대표하는 의회와의 대립관계를 전제로 하여 행정에 의한 기본권의 침해는 법률에 근거해야 한다는 원칙으로 출발하였으나, 국가공동체의 중요하고도 본질적인 사항은 의회에서 제정한 법률에 유보되어야 한다는 사상으로 발전하였다. 이는 국민주권원리의 요청에 따른 것으로 기본권을 제한하는 경우에도 국가권력은 정당함을 달성하기 위해 필요한 범위 내에서만 행사될 것을 요구하는 것이다.

16) 헌법 제37조 제2항의 법률유보의 요청을 충족시키기 위하여 국가의 과제나 관할에 관한 헌법규범을 행정청에게 기본권제한의 권한을 부여하는 헌법적 수권규범으로 해석하는 것도 고려할 수 있으나, 헌법에 의하여 부여된 국가의 과제나 관할은 입법자의 수권을 대체할 수 없고 단지 입법자가 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서 법익형량의 과정에서 고려할 수 있는 법익(공익)을 제시하는 헌법규정이라 할 것이며, 헌법에 규정된 국가의 과제조항이나 목표조항을 행정청에게 기본권을 제한하는 권한을 부여하는 수권규범으로 볼 수는 없다(Han, 2016: 448).

17) 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”고 하여 직업의 자유를 규정하고 있다. 직업의 자유는 이다. 직업의 자유의 내용에는 직업결정의 자유, 직업수행의 자유, 직업이탈의 자유, 경쟁의 자유가 포함된다.

18) 근로의 권리는 근로자가 자신의 의사능력취미에 따라 근로의 종류·내용·장소 등을 선택하여 근로관계를 형성하고, 타인의 방해받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말한다. 헌법 제32조 제1항은 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.”고 하고, 제2항은 “모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.”고 하며, 제3항은 “근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”로 규정하여 있다.

19) 헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 하여 근로자의 근로3권을 보장하면서, 제2항과 제3항에서는 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.”고 하여 공무원의 근로3권 제한의 근거를 두고 방위산업체 근로자에 대해서는 근로3권 중 단체행동권을 제한할 수 있도록 하고 있다.

비군지휘관의 신분을 사법상 근로계약관계의 적용을 받는 민간인으로 하면서도 이들의 근로3권 등의 기본권을 제한하는 것은 법 앞에 평등과 사회적 신분 등에 의한 불합리한 차별금지 등을 내용으로 하는 헌법 제11조의 평등원칙 및 평등권<sup>20)</sup>을 침해하는 것이 아닌지도 문제될 수 있다(Kwon, 2013: 19-25).<sup>21)</sup>

그런데 대법원은 예비군지휘관의 근무기간에 관한 규정이 상위 법령의 위임이 없는 무효의 규정인지 여부와 관련하여 예비군지휘관의 근무기간에 관한 규정과

종전에 연령정년만 적용되던 직장예비군 대대장에 대하여 근무기간 상한 규정을 신설한 조항이 예비군의 편성에 관한 규정인 향토예비군설치법과 동법 시행령에 근거한 것으로서 상위법령의 위임이 없는 규정이라고 할 수 없고 불합리하게 차별대우에 해당하지 않는다고 판시하고 있다.<sup>22)</sup> 헌법재판소 역시 같은 견해를 취하고 있는 것으로 보인다.<sup>23)</sup> 그러나 예비군지휘관의 신분과 기본권제한에 대한 위임의 법적 근거를 향토예비군설치법 등 조직규범에서 찾고 있는 대법원과 헌법재

20) 헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 하여 법 앞에 평등과 불합리한 차별을 금지하고, 제2항에서 “사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다.”고 하여 사회적 특수계급의 창설을 금지하고 있으며, 제3항에서는 “훈장 등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다.”고 하여 영전일대의 원칙과 특권부여 금지를 규정하고 있다.

21) 대대장 이상 직장예비군지휘관은 근무상한연령과 근무기간을 동시에 적용하여 먼저 도래하는 기간에 퇴직하도록 규정함으로써 다른 예비군지휘관과 달리 근무상한 연령 내지 정년이 보장되지 못하고 있는 것에 대해서도 평등권 침해여부가 문제될 수 있다. 참고로 헌법재판소는 근무상한연령만을 정하고 있는 직장예비군중대장과 달리 직장예비군대대장에 대하여 근무상한연령과 함께 근무기간을 정하여 그 중 먼저 도래하는 기간에 퇴직하도록 규정하고 있는 ‘예비전력관리 업무담당자 인사관리 훈령(2010. 12. 30. 국방부훈령 제1298호로 개정된 것)’ 제46조 제1항 제2호, 제2항이 직장예비군대대장의 평등권을 침해하는지 여부에 대한 ‘예비전력관리 업무담당자 인사관리훈령 제46조 제1항 제2호 등 위헌확인’을 구하는 헌법소원에서 합헌으로 결정하였다. 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌마340 결정; 같은 취지로 대법원 1997. 9. 5. 선고 96누655 판결 참조.

22) 대법원 1997. 9. 5. 선고 96누655 판결: “국방부 예비군 실무편람 중 예비군 인사업무편 예비군지휘관인사관리규정(1993. 12. 30. 개정된 것) 중의 예비군지휘관의 근무기간에 관한 규정은 예비군의 편성에 관한 규정인 향토예비군설치법 제3조 제2항, 제4조 및 같은법 시행령 제5조 제7항, 제8항 등의 규정에 근거한 것으로서 상위법령의 위임이 없는 무효의 규정이라고 할 수 없다. 같은법 시행령 제5조 제8항이 위 인사관리규정이 개정된 후인 1994. 5. 20. 신설된 것이라고 하여 같은 날 위 시행령 규정이 시행된 이후에도 위 인사관리규정의 근거 법령으로 될 수 없다고 볼 수는 없다. 당해인이 개정 전의 예비군지휘관인사관리규정에 의하여 직장예비군 대대장으로 임명되었고, 임명 당시 위 인사관리규정에 의하면 직장예비군 대대장에 대하여는 53세의 연령정년만이 적용되었는데, 그 후 위 규정의 개정으로 직장예비군 대대장에 대하여 근무기간 상한이 5년으로 제한되고, 위 규정이 재개정되어 근무기간 상한이 6년으로 연장되었으며, 그 후 위 규정 부칙에 규정된 경과조치에 의하여 6년의 근무기간 상한을 초과하여 근무하고 원래의 연령정년에 도달하기 전에 해임된 경우, 직장예비군 지휘관은 일반 직장인과는 담당하는 임무가 다르고, 지역예비군 지휘관과는 신분과 적용법규 등에 관한 차이가 있어 위 부칙 규정이 직장예비군 대대장에 대하여 특별히 단기간의 근무기간 상한을 규정하였다고 하여 이들을 불합리하게 차별대우하여 헌법상의 평등권을 침해하였거나 직업선택의 자유에 관한 헌법 제15조, 근로의 권리에 관한 헌법 제32조의 규정에 위반된다고 할 수 없고, 또 직장예비군 대대장에 대하여 근무기간 상한을 규정한 것은 지휘관의 정예화 및 지휘조직의 활성화를 통한 예비군 전력강화와 새로운 전역장교들의 취업기회를 확대하기 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되고, 개정 전 인사관리규정에 의하여 임명된 직장예비군 대대장에 대하여는 경과조치로서 개정된 근무기간 상한보다 장기간의 근무기간을 보장하고 있으므로 위 부칙 규정이 개정 전 인사관리규정에 의하여 임명된 직장예비군 대대장들의 신뢰를 과도하게 해치는 것이어서 신뢰보호의 원칙이나 신의성실의 원칙에 위배된다고 보기도 어렵다.”

23) 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌마340 결정: “직장예비군지휘 업무는 지휘 대상이 되는 직장예비군 부대의 인적·물적인 규모 등에 따라 다양한 특성을 가지게 되므로, 이와 같은 직장예비군지휘 업무의 특성에 기초하여 그 직장예비군지휘관이 갖추어야 할 자격기준 등을 달리 정할 필요가 있고, 따라서 예비군 중대, 대대 등과 같은 지휘 부대의 규모에 따른 중대장, 대대장 등의 직장예비군지휘관의 계급별로 그 근무상한연령을 달리 정할 수 있다. 나아가 ‘예비전력관리 업무담당자 선발규칙’ 제5조 제1항 제2호 및 별표 2 등은 직장예비군대대장의 경우에는 대대장을 역임한 예비역 또는 퇴역 중령을, 직장예비군중대장의 경우에는 중대장을 역임한 예비역 또는 퇴역 소령을 각각 원칙적인 응시자격으로 규정하고 있고, 군인사법 제8조 제1항에 의하면 소령 및 중령의 현역정년에는 8년 정도의 차이가 있어서 ‘소령’ 출신을 대상으로 선발하는 직장예비군중대장에 비하여 ‘중령’ 출신을 대상으로 선발하는 직장예비군대대장의 나이가 많을 수밖에 없는데, 여기에 더하여 직장예비군대대장의 근무상한연령을 직장예비군중대장의 경우처럼 근무기간의 제한이 없이 규정할 경우 직장예비군중대장에 비하여 직장예비군대대장으로 근무하는 지휘관의 노령화 문제는 심각하게 될 것이고, 이러한 결과는 이 사건 훈령조항이 입법목적의 하나로 삼고 있는 지휘관의 노령화를 방지하고 이를 통하여 예비군 전력을 강화한다는 취지에도 반하게 된다. 따라서 이러한 사정을 고려하여 이 사건 훈령조항이 직장예비군중대장과 달리 직장예비군대대장에 대하여는 근무기간을 규정한 데는 합리적인 이유가 있다.”

판소의 견해에는 동의하기 어렵다.

예비전력관리 업무를 담당하도록 하기 위한 제도의 일환으로써 예비군지휘관제도 내지 직장예비군지휘관 제도는 향토예비군설치법과 국방부령인 '예비전력관리 업무담당자 선발 규칙'에서 근거를 찾을 수 있는데 이러한 제도 그 자체는 위헌이라고 보기는 어렵다. 그러나 일반 근로자에 비하여 예비전력관리업무를 담당하는 직장예비군지휘관의 근로조건을 차별화하고, 특히 노동조합 가입을 금지함으로써 근로조건 개선을 목적으로 하는 근로3권의 행사를 금지하는 내용까지도 행정규칙 형식의 '예비전력관리 업무담당자 인사관리 훈령'에서 규정한 것은 법률유보의 원칙에 부합하지 않는다. 향토예비군설치법과 국방부령인 '예비전력관리 업무담당자 선발 규칙'에서 예비군지휘관의 기본권을 제한하는 권한을 '예비전력관리 업무담당자 인사관리 훈령'에 위임하고 있다고 볼만한 명확한 근거도 찾아볼 수 없다. 특히 직장예비군지휘관을 민간인 신분으로 분류하면서도 노동조합 가입을 금지하는 것은, 헌법 제33조가 근로자의 근로조건 향상을 위한 기본권으로 근로3권을 보장하면서 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자에 한하여 단체행동권만 법률로써 제한하도록 것이나 6급 이하의 일반직공무원을 중심으로 노동조합 결성권이 인정되고 있는 현실과도 부합하지 않는다. 물론, 예비군지휘관이 담당하는 업무가 일반 직장인과는 담당하는 그것과는 다르다는 업무의 특수성, 예비군지휘관의 정예화 및 지휘조직의 활성화를 통한 예비군의 전력강화, 예비군지휘관의 수급조절이나 노후화의 방지 및 새로운 전역 장교들의 취업기회 확대 등 목적에 있어서는 그 정당성을 인정할 수 있다. 그러나 기본권 행사를 제한하고 차별화하거나 금지하는 내용을 법률이나 법률의 구체적인 수권이 없이 행정규칙으로 규율한 것은 헌법 제37조 제2항의 기본권제한을 위한 법률유보의 원칙에 위배된다. 아울러, 직장예비군지휘관은

민간인 신분으로 소속 직장의 장과 개별적으로 근로계약을 체결하도록 하면서도 그 임면권은 국방부장관(수입군부대장)이 갖도록 하고 있어 근로계약의 상대방과 임면권자가 이원화되어 있는데, 군무원 신분의 예비군지휘관은 업무수행 중 재해를 입은 경우 '공무원연금법'에 의한 급여는 물론 '국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률' 또는 '보훈보상대상자 지원에 관한 법률'에 의하여 보상과 예우를 받고 있고, 심지어 민간인 신분으로 직장예비군지휘관의 지휘를 받는 예비군 대원도 업무수행 중 재해를 입은 경우에는 '국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률' 또는 '보훈보상대상자 지원에 관한 법률'에 따라 보상과 예우를 받는 것과는 달리, 정작 예비군전력 관리업무를 담당하고 있는 직장예비군지휘관 본인은 산업재해보상보험법에 의한 급여를 받는 데에 그친다는 현실적인 문제점 역시 평등원칙 내지 평등권의 차원에서 문제 될 수 있다.<sup>24)</sup> 따라서 법률에서 직장예비군지휘관의 기본권제한에 관한 명확한 근거를 두고 제한 범위를 설정하는 것이 타당하다.<sup>25)</sup>

#### IV. 직장예비군지휘관의 업무수행관계 및 국방사무의 민간위탁의 문제

##### 1. 직장예비군지휘관의 업무수행관계

직장예비군지휘관은 민간인 신분이지만 국가사무에 해당하는 예비전력관리업무를 담당하고 있다. 향토예비군설치법 제14조의2 제1항은 예비군부대의 지휘관의 임무를 지휘계통에 따라 동원되거나 소집된 대원을 지휘·통솔하고, 예비군대원·장비의 관리 및 비상대비 자원 관리법 제10조 제1항·제3항에 따른 자원조사 참여,<sup>26)</sup> 그밖에 국방부령으로 정하는 임무로 규정하고 있다. 동법 시행규칙 제14조 제1항은 예비군부대의 지휘관은 관할 군부대의 장 및 위탁받은 경찰서장의 지휘를 받아 소속 예비군대원을 지휘·통솔하고 ① 해당 지

24) 군무원 신분의 예비군지휘관은 업무 중 재해를 입은 경우 공무원연금법상의 급여 외에 '국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률'과 '보훈보상대상자 지원에 관한 법률'에 의하여 보상과 예우를 받는다.

25) 이에 대하여는 Kwon, 2013: 19-25; Lee, 2013: 43-44 참조.

26) 비상대비자원 관리법 제10조(자원조사 등) ① 비상대비업무를 수행하는 행정기관의 장은 인력·물자 등 자원의 활용에 관한 계획의

역 또는 직장의 방위와 그 대비, ② 동원된 소속 예비군 대원의 지휘·통솔, ③ 소속 예비군자원의 유지와 관리, ④ 시설 및 장비와 그 밖의 비품의 유지와 관리, ⑤ 동원명령의 통지 및 훈련 소집통지서의 전달, ⑥ 훈련 참가자의 확인과 감독, ⑦ 예비군대원의 훈련의 실시(위임받은 경우로 한정한다), ⑧ 예하 지휘관의 임명 또는 임명 추천, ⑨ 파견 상근예비역의 지휘와 감독, ⑩ 소속 예비군대원의 포상 추천, ⑪ 그밖에 부대 운영에 필요한 사항에 관한 임무를 수행한다고 규정하고 있다.

이처럼 직장예비군지휘관은 병역자원관리제도의 운영 등 국가사무에 해당하는 국방사무 내지 병무행정업무<sup>27)</sup>라는 중요한 임무를 수행하고 있는데, 국가사무에 해당하는 공적업무를 수행하고 있는 직장예비군지휘관의 업무수행관계의 법적 성격 내지 직장예비군지휘관의 공적업무수행의 법적 근거를 살펴볼 필요가 있다. 직장예비군지휘관은 국가와 공무수탁관계를 맺고 국방사무 내지 병무행정업무의 일부를 수행하는 것으로 볼 수 있다. 법원의 판례 역시 민간인 신분으로 공적업무를 수행하는 직장예비군지휘관의 업무수행관계의 법적 성격을 국가와의 공법상 위임계약의 일종인 공무수탁관계로 파악하고 있다. 즉, 대법원은 “향토예비군설치법의 입법 취지 및 관계 규정에 의하면 향토예비군의 민간인 지역중대장은 공무를 위탁받아 그 임무에 종사하는 자이기는 하나 그 임명 및 해임에 관하여는 국가공무원법이나 지방공무원법상의 신분보장에 관한 규정이 적용되지 아니하고 …”라고 판시하고 있으며,<sup>28)</sup> 하급심 역시 “직장예비군 중대장은 비록 민간인 신분이기 는 하지만 회사의 예비군 중대장으로서 … 그가 위 예비군 교

육훈련 중 지휘관의 초소근무지시에 반하여 초소를 이탈하고 이를 지적하는 지휘관의 명령에 불복종하는 근로자를 훈계하는 행위는 공무를 위탁 또는 지시받아 실질적으로 공무를 수행하는 행위라고 보아야 할 것이므로 …”라고 판시하여 직장예비군지휘관의 업무수행관계를 공무수탁관계로 보고 있다.<sup>29)</sup>

## 2. 국방사무의 민간위탁의 문제

현행 직장예비군지휘관제도는 직장예비군지휘관에게 업무수행을 위탁하면서 그에 대한 비용은 국가가 부담하지 않고 직장예비군지휘관이 소속된 직장에서 비용을 부담하도록 하고 있는 점이 특징이다. 비용부담 문제 외에 국가의 안위와 국민의 권리에 중대한 영향을 미치는 국가사무에 해당하는 국방사무를 사인에게 위탁하는 것이 적법·타당한 것인지를 살펴볼 필요가 있다.

원칙적으로 행정권한은 행정기관이나 지방자치단체에 위임하여 처리할 수 있다. 그러나 최근에는 국가나 지방자치단체의 공공사무가 민간사무로 전환되기도 하고 공공사무를 민간이 수행하도록 하거나 사법의 형식으로 수행하는 등 공공사무의 수행이 민영화되고 있다. 특히 공공사무의 위탁은 위탁자와 수탁자 사이의 신임관계를 기초하여 법률행위 또는 사실행위를 타인에게 의뢰하는 것을 말하는데, 공공부문의 책임을 전제로 필요한 감독권을 유보하면서 공공사무를 민간기업 등 주민단체나 개인, 즉 민간에 위임하여 수행하도록 하는 것을 민간위탁이라고 한다(Hong, 2014: 1041). 민간위탁은 행정비용의 절감, 행정서비스의 향상, 행정의 민주화 및 전문화에 기여하는 것으로 설명되고 있다

수립과 준비 및 시행을 위하여 필요하다고 인정하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 구분에 따른 자에게 해당 업무를 하게 할 수 있다. 1. 소속 공무원: 인력자원 또는 물적 자원의 실태를 파악하기 위한 조사 2. 인력자원대상자, 관리대상물자의 소유자[소유자를 알 수 없는 경우에는 권원에 의하여 점유하는 자를 포함한다. 이하 같다] 및 업체의 장: 필요한 사항의 신고 ③ 비상대비업무를 수행하는 행정기관의 장은 관계 기관의 장이 요청하였을 때에는 제1항에 따른 조사에 그 소속 공무원을 참여하게 할 수 있다.

27) 병무행정은 군에서 필요로 하는 인력을 충원하기 위하여 법률이 정하는 바에 따라 국민에게 병역의무를 부과하는 국가목적 행정작용이라 할 수 있다.

28) 대법원 1998. 9. 18. 선고 97다52141 판결 참조.

29) 서울지방법원 남부지원 1995. 7. 27. 선고 94가합17247 판결. 동 판결에서는 직장 안에서 실시된 예비군훈련 도중에 발생한 직장예비군 중대장의 불법행위에 대한 손해배상책임의 주체가 직장예비군 중대장의 고용주인 회사가 아니라 공무를 위탁한 국가라는 점을 밝히고 있다.

(Park, 2007: 21).<sup>30)</sup> 대통령령인 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제2조 제3호는 민간위탁을 법률에 규정된 행정기관의 사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 맡겨 그의 명의로 그의 책임 아래 행사하도록 하는 것으로 정의하고 있다. 학계에서는 주로 공무수탁이라는 용어를 사용하는데, 공무수탁은 국가 또는 공공단체의 공적 권한 또는 임무를 다른 공공단체 또는 사인에게 위탁하는 것을 말하며, 공무를 위탁받아 권한을 행사하는 범위에서 행정주체와 동일한 법적 지위를 가지는 자를 공무수탁사인이라고 한다.<sup>31)</sup> 행정사무의 민간위탁은 행정사무를 민간에게 완전히 이양하지 아니하고 행정기관이 그에 관한 권한을 여전히 유보하면서 민간으로 하여금 자기의 명의로 책임으로 해당 행정사무를 처리케 함으로써 행정사무의 처리에 관하여 행정과 민간이 공동으로 책임지고 협조하게 하는 제도이다(Choi, 2013: 22).

행정사무의 민간위탁은 임부수행의 주체가 변경되어 행정사무를 위탁받은 사인이 수탁사무를 자기의 이름과 책임으로 처리하는 것이라는 점에서 법적 근거를 요한다. 정부조직법 제6조 제3항은 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다고 규정하고 있다. 특히 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제11조 제1항은 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관

사무 중 조사·검사·검정·관리 사무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무로서 i) 단순 사실행위인 행정작용, ii) 공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무, iii) 특수한 전문지식 및 기술이 필요한 사무, iv) 그 밖에 국민 생활과 직결된 단순 행정사무를 민간위탁할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 민간위탁에서 위탁기관은 수탁사인을 지휘·감독하며 사무처리가 위법·부당하다고 인정될 때에는 이를 취소·정지시킬 수 있고 필요하다고 인정되는 때에는 필요한 조치를 명령할 수 있음이 원칙인데, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제12조 내지 제16조는 민간위탁 대상기관의 선정기준, 계약의 체결, 위탁기관의 민간수탁기관에 대한 지휘·감독, 민간수탁기관의 수탁사무 편람, 민간위탁사무 처리결과에 대한 위탁기관의 감사 등에 대한 규정을 두고 있다.

그런데 현행 직장예비군지휘관제도와 관련하여서는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다. 먼저, 직장예비군지휘관과 국가와의 관계를 공법상 위임계약인 공무수탁관계로 보고 예비전력관리 등 국가적으로 중요업무인 국방사무 내지 병무행정사무를 민간인 신분의 직장예비군지휘관에게 민간위탁하는 것은 근본적으로 문제가 있다. 정부조직법과 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정에 따르면, 민간위탁은 조사·검사·검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 업무에 한정되며 공권력작용은 민간위탁 대상에서 제외된다고 보아야 하기 때문이다.<sup>32)</sup> 직장예비군지

30) 민간위탁을 조직법적 관점에서 이해하면 행정이 독점적으로 시행하여 왔던 공공성의 달성이 이제는 더 이상 행정의 독점물이 아니라는 인식하에 국가에서 지방으로, 관(국가자치단체)에서 민으로라고 하는 행정조직의 간소화·효율화를 통해서 행정을 개혁하는 차원에서 행정권한의 민간위탁을 논의할 수 있고, 작용법적 관점에서 접근하여 논의하면 행정에 의한 통치가 아니라 행정과 민의 협치 내지는 민간의 활용을 통한 행정목적의 달성을 의미한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010추11 판결).

31) 이와 달리 행정보조 즉 보조위탁은 위탁에 의해 행정기관의 권한이 행정보조자 즉 보조수탁자에게 이전되지 않고 행정보조자(보조수탁자)는 행정주체를 위해 단순히 도구로서 비독립적으로 활동하는 것을 말한다. 학설은 소득세원천징수의무자를 공무수탁사인으로 분류하고 있으나, 판례는 소득세원천징수의무자를 공무수탁사인이 아닌 행정의 보조인으로 보고 있다. 즉, 대법원은 “원천징수하는 소득세에 있어서는 납세의무자의 신고나 과세관청의 부과결정이 없이 법령이 정하는 바에 따라 그 세액이 자동적으로 확정되고, 원천징수의무자는 소득세법 제142조 및 제143조의 규정에 의하여 이와 같이 자동적으로 확정되는 세액을 수급자로부터 징수하여 과세관청에 납부하여야 할 의무를 부담하고 있으므로, 원천징수의무자가 비록 과세관청과 같은 행정청이더라도 그의 원천징수행위는 법령에서 규정된 징수 및 납부의무를 이행하기 위한 것에 불과한 것이지, 공권력의 행사로서의 행정처분을 한 경우에 해당되지 아니한다.”고 판시한바 있다(대법원 1990. 3. 23. 선고 89누4789 판결).

32) 민간에 위탁할 수 있는 업무의 범위는 법령에 구애되지 않고 공공성의 정도에 따라 다양하게 이루어지고 있다. 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률, 민영교도소 등의 설치운영에 관한 법률 등의 개별 법령에서는 종래 행정만이 할

휘관의 담당업무는 일반군무원 신분의 예비전력관리 군무원이 담당하는 업무와 본질적으로 다르지 않고 업무의 내용은 국가 안위와 밀접한 관련이 있는 국가사무로서 국방사무라고 할 수 있다. 국민의 생명·재산과 밀접한 관련을 가지며 국민의 권리·의무에 영향을 미치는 국방사무의 일종에 해당하는 예비군의 지휘·통솔 및 예비군의 편성자원을 유지·관리하는 국가사무를 민간에 위탁하는 것은 민간위탁의 법리에 위배된다. 또한, 민간위탁관계에 있어서는 일반적으로 위탁계약이 체결되고 공무수탁사인은 공무수행과 관련하여 법령준수의무를 부담하고 주무관청의 감독을 받는 동시에 수탁사무의 수행에 따른 비용청구권도 갖는데, 현행 직장예비군지휘관제도는 국방사무의 일부를 직장예비군지휘관에게 맡기면서 그에 수반하는 제반 비용은 직장예비군지휘관이 소속된 직장이 부담하도록 하여 민간에 전가하고 있는 것도 문제이다. 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제13조은 민간위탁의 목적, 위탁수수료 또는 비용, 위탁기간, 민간수탁기관의 의무, 계약위반 시의 책임 등이 포함된 위탁계약을 체결하도록 하고 있는데, 국방부와 직장예비군지휘관 사이에 이러한 위탁계약이 체결되는 경우는 찾아볼 수 없고 국방부장관의 직장예비군지휘관 임명을 국사사무인 국방사무를 위탁한 것으로 볼 수 있는지도 의문이다. 직장예비군지휘관은 국방사무를 처리하는 과정에서 국가 비밀사항을 다루는 경우도 있을 것인데, 사무처리 공간 등 최소한의 물적 시설을 제공하지 않는 것도 문제이다.

결국 행정기관은 민간위탁의 당사자인 국가는 직장예비군지휘관의 지위와 관련하여 법적 기준을 정하여 임면권을 행사하고 직장예비군지휘관의 권리를 제한하고 의무를 부과하면서도 직장예비군지휘관의 업무수행관계의 성질 내지 본질이 실질적으로 국방사무를 수행하는 민간위탁관계 내지 공무수탁관계에 있다는 사실을 제대로 인식하고 있지 못하고 있다고 할 수 있다. 물론, 직장예비군지휘관과의 관계를 민간위탁관계 또는 공무수탁관계에 있다고 할 경우에도 국가배상책임

과 같이 수탁사무의 수행과 관련하여 국가의 대외적 책임이 문제 되는 경우는 직장예비군지휘관의 지위를 광의의 공무원으로 파악하여 국가의 책임을 인정하는 것은 가능하다. 그러나 법률관계의 당사자인 국가와 직장예비군지휘관의 관계에서 직장예비군지휘관의 지위를 공무원 관계로 파악함으로써 법률로써 그에 대한 상응하는 권리를 부여하고 의무를 부과하지 않고 있다는 점에서 문제이다.

## V. 결론

직장예비군지휘관이 수행하는 예비전력관리 업무는 국가의 안위와 국민의 생명과 안전 및 재산 등의 보호와 밀접한 관련을 가지는 국가사무로서 국방사무의 일종이다. 현행법은 예비전력관리업무 담당자로서 직장예비군지휘관의 신분과 지위, 기본권제한 등에 대하여는 법률이나 법률의 구체적 위임에 근거한 법규명령에서 규율하지 않고 행정규칙의 일종인 훈령으로 규율하고 있다. 행정규칙으로 규정하면서도, 직장예비군지휘관의 자격요건을 엄격히 하고 기본권행사를 제한하는 동시에 의무위반에 대한 신분상 불이익처분 등을 둔 것은 직장예비군지휘관이 수행하는 업무가 가지는 중요성 때문일 것이다. 그럼에도 국가사무인 국방사무를 민간위탁하면서 직장예비군지휘관의 지위, 권리와 의무에 관한 내용을 법규성이 없는 행정규칙에 규정한 것은 법률유보의 원칙에 반한다. 또한 직장예비군지휘관의 업무수행관계의 성질을 명확히 하지 않을 뿐만 아니라 국방사무를 민간위탁하면서 재정적 지원을 하지 않는 것은 행정사무의 민간위탁의 법리에도 부합된다고 보기 어렵다. 위에서 지적한 직장예비군지휘관제도의 문제점을 토대로 개선방안을 제시하면 다음과 같다.

현행법은 행정규칙인 훈령으로 예비전력관리업무 담당자로서 직장예비군지휘관의 신분을 민간인 신분으로 규정함으로써 직장예비군지휘관이 소속된 직장의 사업주와 근로종속관계에 있는 것으로 하고 있다. 그러

수 있다고 여겨져 온 국민의 권리, 의무와 직접 관계있는 공권력의 작용까지 민간위탁의 대상으로 하고 있는 예도 있다.

면서도 근로의 권리와 직업의 자유에 대한 불합리한 차별과 처우에 대해 어떠한 법적 규제도 할 수 없게 하고, 노동조합 가입을 금지함으로써 근로3권 행사를 제한하고 이를 위반한 경우 해임 등 불이익처분을 하도록 함은 물론, 수탁업무 수행과정에서 재해가 발생한 경우에도 국가보훈의 혜택을 받지 못하는 결과를 초래하고 있다. 이는 법치주의원리 내지 법치행정의 원리 특히 법률유보의 원칙에 위배된다. 따라서 직장예비군지휘관의 신분과 법적 지위, 권리제한 및 의무위반에 따른 처분에 대하여 향토예비군설치법 등 관련 법률을 개정하여 직접 규정을 두거나 적어도 법률에 구체적이고 명확한 근거를 두고 하위 법규명령에 위임함으로써 대외적 구속력이 있는 법규로서 규율하는 것이 타당하다.

또한 직장예비군지휘관의 업무수행관계의 성격 내지 본질은 국가사무의 민간위탁이라고 할 수 있음에도, 현행법은 수탁업무의 수행과 관련한 위탁계약과 비용 부담 등에 대해서 아무런 규정도 두지 않고 있다. 직장예비군지휘관은 국가적으로 중요한 국방사무의 일부를 수행하고 있으며, 그 과정에서 경우에 따라 국가비밀을 취급하는 경우도 있다. 그럼에도 불구하고 최소한의 독립적인 공간마저 제공되지 못한 채 소속 직장의 일반사무를 수행하면서 수탁사무를 함께 수행하고 있다. 따라서 민간위탁의 방식을 취하고자 한다면 법률 차원에서 직장예비군지휘관의 업무수행관계의 성격을 명확히 하되 수행하는 수탁사무에 비례하여 비용을 보존하는 등 재정적 지원을 함으로써 형평성을 제고하고, 수탁사무의 내용 및 그 중요성을 고려하여 소속 직장에 예속되지 않은 신분적 지위와 독립된 공간에서 업무를 수행할 수 있도록 하여야 할 것이다.<sup>33)</sup> 근본적으로는 국가의 안위와 국민의 권리와 밀접한 관련이 있는 국방사무를 민간위탁을 하는 것은 민간위탁의 법리에 부합하지 않는다는 점에서, 직장예비군지휘관이 수행하는 업무의 중

요성이나 동질성 등에 비추어 예비전력관리군무원과 같이 이들에게도 공무원 신분의 지위를 부여하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

## 감사의 글

이 논문은 2015학년도 안동대학교 연구비에 의하여 연구되었음.

## References

- Choi, Cheol Ho. 2013. A Study on the Contracting Out & Commission Legislation of National Services. *Legislation*. Korea Ministry of Government Legislation. 4-33.
- Han, Su Wung. 2003. Essentials Theory & Principles of Clarity of Delegated Legislation. *Collection of Constitutional Treatises*. Constitutional Court of Korea. 14: 567-636.
- Han, Su Wung. 2016. *Constitutional Law*. Seoul: Bobmunsa.
- Hong, Jeong Sun. 2014. *Administration Law*. Seoul: Pakyoungsa.
- Kwon, Young Bok. 2013. *Problems & Improvement Plan of Workplace Reservist Commander Discrimination*. National Human Rights Commission of Korea. 19-25.
- Lee, Yung Ho. 2013. *Real Problems of Workplace Reservist Commander Discrimination System*. National Human Rights Commission of Korea. 43-44.
- Myung, Jae Jin. 2012. Principle of Statutory Reservation. *Journal of Constitutional Justice*. Constitutional Research Institute. 75-105.
- Park, Se Jin. 2007. *A Study on the Permitted Limit & Management Plan of Entrusting Administrative Authority to Private Sector*. Korea Legislation Research Institute.
- Song, Dong Su. 2006. Verhältnis Zwischen Wesentlichkeitstheorie und Parlamentsvorbehalt. *Public Land Law Research*. 34: 99-119.

33) 참고로 복지사무를 위탁받아 업무를 수행하는 사회복지시설의 경우 인건비와 운영비는 전액 정부가 부담하고 있다는 점을 고려하면, 국가의 안위와 국민의 생명 및 재산 보호와 밀접한 관련이 있는 국가사무에 대한 민간위탁에 있어서도 직장예비군지휘관의 수탁업무 수행과 관련하여 인건비와 운영비 등을 국가재정에서 지원하는 것을 적극적으로 고려할 수 있다.

*Korean References Translated from the English*

- 권영복. 2013. 현행 예비군 지휘관 고용 관련 차별의 문제점과 개선방안. 예비군 지휘관 고용관련 차별개선 방안 마련을 위한 토론회 자료집. 국가인권위원회. 19-25.
- 명재진. 2012. 법률유보원칙. 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70 한국방송공사법 제35조 등 위헌소원. 헌법재판연구. 헌법재판연구원. 75-105.
- 박세진. 2007. 행정권한의 민간위탁 범위와 사후 관리 방안에 관한 연구. 한국법제연구원.
- 송동수. 2006. 중요사항유보성과 의회유보와의 관계. 토지공법연구. 한국토지공법학회. 34: 99-119.
- 이용호. 2013. 현행 예비군지휘관 고용관련제도의 법적 문제점과 개선방안. 비군 지휘관 고용관련 차별개선 방안 마련을 위한 토론회 자료집. 국가인권위원회. 43-44.
- 최철호. 2013. 국가사무 위임·위탁법제에 관한 고찰. 법제. 법제처. 4-33.
- 한수웅. 2003. 본질성이론과 입법위임의 명확성원칙. 헌법논총. 헌법재판소. 14: 567-636.
- 한수웅. 2016. 헌법학. 서울: 법문사.
- 홍정선. 2014. 행정법특강. 서울: 박영사.

---

Received: Sep. 19, 2016 / Revised: Oct. 11, 2016 / Accepted: Oct. 17, 2016

## 현행 직장예비군지휘관제도의 문제점에 관한 고찰

국문초록 직장예비군지휘관은 예비전력관리 등의 업무를 수행하고 있는데, 이는 국가사무에 해당한다. 그런데 중요한 국가사무를 담당하고 있는 직장예비군지휘관의 신분과 지위에 대해서는 법률에서 구체적으로 규정하고 있지 않고 행정규칙의 일종인 훈령에서 규율하고 있다. 이는 법률유보원칙에 위배되는 위험적인 규정에 해당한다. 또한 직장예비군지휘관은 민간인 신분의 지위에서 병무행정업무 내지 국방사무를 담당하고 있는데, 이들이 담당하는 업무관계의 형식은 국가사무에 대한 민간위탁에 해당한다. 그런데 국가의 안위와 관련된 사무 또는 국민의 권리·의무와 직접 관련된 사무는 민간위탁의 대상 국가사무로써 적합하지 않을 뿐더러 현행법에도 위배된다. 직장예비군지휘관의 신분과 지위, 민간위탁관계 및 그에 따른 비용부담 등의 내용은 향토예비군 설치법과 같은 법률 차원에서 직접 규정하거나 최소한 법률에서 구체적으로 위임을 받은 법규명령에서 규정하는 것이 타당하다. 또한 직장예비군지휘관을 군무원으로 신분을 전환하여 국가 스스로 국가사무를 수행하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

주제어 : 직장예비군지휘관, 국방사무, 민간위탁

Profiles **Young Bok Kwon** : He gained a doctorate degree in law from Dongguk University in South Korea. He is a professor of Fire Administration at Sehan University. His main article is "Protective Measures for Safety Rights of Patients in Cosmetic Surgery Accidents(2015)". He is particularly interested in the medical accidents, Disaster Management Act, National Veterans (himmel8043@sehan.ac.kr).

**Cheol Ho Jeong** : He gained a doctor degree in law from Freiburg University in Germany. He is a Professor of Department of law at Andong National University. His main article is "Strafzumessungsrelevanz in bezug auf vor- und Nachtatverhalten". He is particularly in child sex offense, sentencing theory(jeong041@andong.ac.kr).