

참여연대 정책자료

2015. 02. 23

「국군의 해외파견활동 참여에 관한 법률안」의 헌법 합치 여부에 대한 의견

다수의 헌법학자 해당 법안의 위헌성 지적
법안의 합헌성 여부를 심사하는 법사위에서 해당 법안 부결시켜야

발행 | 참여연대 평화군축센터
담당 | 황수영 간사 02-723-4250 peace@pspd.org

차례

요약	3
I. 헌법에 명시된 국제평화주의 원칙 위반	4
1. 국제평화주의 원칙의 의미	4
2. 헌법과 해외파병	5
II. 제2조(정의)의 광범위한 위헌성	8
1. ‘다국적군에 소속되어 수행하는 평화유지 활동’의 위헌성	8
2. ‘교육훈련이나 재난구호 등 비분쟁지역 교류협력 활동’의 위헌성	9
3. ‘기타 국군이 국제평화유지를 위하여 해외에 파견되어 수행하는 활동’ 의 위헌성	11
III. 평화적 생존권 위협 가능성	13
IV. 결론	15
참고문헌	16

요약

- 송영근 의원이 대표 발의한 「국군의 해외파견활동 참여에 관한 법률안」 (이하 '국군해외파견 법안')이 국회 국방위원회를 통과하여 2015년 2월 현재, 법제사법위원회 법안심사소위에 계류되어 있으나 법안의 위헌가능성이 제기되고 있음. 본 의견서는 2015년 2월 23일 국회 법사위 소속 위원들에게 전달되는 입법의견서임.
- '국군해외파견 법안'에 대한 헌법학자들의 검토 의견을 취합한 결과, 학자들은 공통적으로 해당 법안이 대한민국 헌법에 합치하지 않는다고 지적함. 해당 법안은 제2조에서 헌법이 국군에 부여한 기능을 넘어서는 각종 해외파견활동(다국적군 소속 활동, 비분쟁지역 교류협력 활동, 기타 국제평화유지를 위한 활동)을 국군 해외파견의 '정의'에 포함시키고 있음. 이로 인해 국군의 활동 영역이 헌법에 명시된 국제평화주의 원칙을 벗어나는 범위까지 자의적이고 포괄적으로 확대되는 상황을 야기할 가능성이 있으며, 헌법학자들은 이 부분에 대해 심각한 우려를 표하고 있음. 해당 법안이 오히려 위헌적인 파병을 정당화하는 통로가 될 수 있다는 것임.
- 헌법학자들은 대한민국 헌법이 국가의 가장 강력한 물리적인 군대의 운용에 대하여 상세하고 엄격한 통제를 가하고 있으며, 국군의 해외파견 역시 헌법 규범에 따른 엄격한 심사가 뒤따라야 한다고 해석하고 있음. 헌법 총강인 제5조에 명시된 국제평화주의와 평화국가 원칙은 실제로 모든 국가작용과 국가행위를 구속하는 구체적인 규범이며, 이에 따라 '의심스러울 때는 평화에 유리하게'라는 원칙이 적용되어야 한다는 것임.
- 헌법학자들은 국군해외파견 법안이 비록 제6조 제1항에 '정부는 제5조의 절차를 거쳐서 국군 부대를 해외에 파견하려면 미리 국회의 동의를 받아야 한다'는 조문을 두어 해외파병에 대한 국회의 동의권을 명시한 헌법 제60조 제2항을 형식적으로 충족한다 할지라도, 해당 법안이 애초에 가지고 있는 위헌성이 제거되었다고 볼 수는 없다고 지적하고 있음. 헌법 제60조 제2항은 국회의 동의만 얻으면 어떤 종류의 파병도 가능하다는 의미가 아니기 때문임.
- 또한 헌법학자들은 지금까지 국군의 해외파견이 원칙 없이 남발되어온 선례에 비추어봤을 때 해당 법안처럼 국군의 해외파견활동을 광범위하게 해석하여 각종 파병을 합법화할 경우, 헌법의 기본원리에 녹아있는 평화적 생존권을 위협하는 결과를 초래할 수 있다고 지적함.
- 다수의 헌법학자가 해당 법안의 위헌성에 대해 우려하는 참여연대의 의견에 동의하며 공통적으로 문제를 지적하고 있는 바, 법률안의 합헌성 여부를 검토·심사하는 법사위에서 해당 법안을 통과시켜서는 안 될 것임. 국회는 이미 「국제연합 평화유지활동 참여에 관한 법률」을 제정·운용해 국제연합이 요청하는 국제평화유지 활동을 위해 부득이한 경우 국군을 해외에 파견할 수 있도록 하고 있음. 헌법학자들의 해석대로 헌법에 명시된 국군의 임무에 충실하고자 한다면, 기존 법률만으로도 충분하며 별도의 법을 새롭게 제정해야 할 이유가 없음.

I. 헌법에 명시된 국제평화주의 원칙 위반

1. 국제평화주의 원칙의 의미

1) 관련 헌법 조항

제5조 ① 대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.

② 국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성을 준수된다.

제60조 ② 국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역 안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다.

제74조 ① 대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 국군을 통수한다.

2) 제헌헌법에 명시된 국제평화주의

- 제헌헌법인 1948년 헌법은 전문에서 ‘밖으로는 항구적인 국제 평화의 유지에 노력’할 것을 선언하고, 제6조에서 ‘대한민국은 모든 침략적인 전쟁을 부인한다. 국군은 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 한다’고 규정한 바 있음.
- 제헌헌법 제6조에 대해 헌법 초안의 기초위원이었던 유진오 교수는 “제6조에서 침략전쟁을 부인한다고 규정하고 있는데 그것은 다음과 같은 의미입니다. 현재 세계의 중요한 국가가 ‘전쟁포기에 관한 조약’에 가입하고 있습니다. 그리고 거기에는 전쟁포기에 관하여 규정하고 있습니다. 이 헌법초안은 그 기본정신을 승인하고 있는 것입니다” … “군대는 침략전쟁을 행하는 군대가 아니고 국토방위의 수행을 사명으로 하는 방위적인 군대입니다.”¹ 라고 해석한 바 있음.
- 대한민국 헌법은 몇 차례의 개헌을 거쳤으나, 제헌헌법에 명시된 국제평화주의 원칙과 평화국가 원리, 국군의 의무를 국가안전보장 및 국토방위의 의무에 한정한 것은 그대로 계승하고 있음.

3) 헌법 제5조의 의미

- 헌법학자들은 헌법에 명시된 국제평화주의 및 평화국가 조항은 모든 국가작용과 국가행위를 구속하는 구체적인 규범이라고 언급하며, 이에 따라 국군에 부여된 헌법적 의무를 엄격하게 해석해야 한다고 주장하고 있음.

“일제강점기와 제2차 세계대전, 한국전쟁이라는 비극을 경험하고 남북 갈등을 거치면서 대한민국은 평화주의를 헌법적 이념으로 포섭하게 되었다. 전 세계적으로 보기 드물게 헌법 도

1 『헌법제정회의록』(헌정사료 제1편), 국회도서관, 1967, 102p

처에서 이런 국제평화의 원칙을 선언하고 있다. 국제평화주의 및 평화국가 조항은 단순한 슬로건이 아니라 일종의 국가목적규정, 모든 국가작용과 국가행위를 구속하는 구체적 법규 범이다. 국제평화주의와 평화국가 원리에 입각하고 있는 대한민국 헌법은 ‘국가의 안전보장과 국토방위’가 아닌 그 어떠한 전쟁에 대하여도 부정적 태도를 취하고 있으며, 평화국가라는 국가목적규정의 최우선적 수범자인 국군은 바로 그 목적을 위하여 그리고 그 목적만을 위하여 존재하여야 함을 명확히 선언하고 있다.”

한상희(건국대학교 법학전문대학원 교수)

“국군에 부여된 헌법적 의무의 핵심은 국제평화를 지향하고 침략적 전쟁을 부인하는 헌법 원칙 아래에서 ‘국토를 방위하는 것’이다. 이를 엄격하게 적용하면 외국에 군대를 파견하는 것 자체가 이미 헌법 위반이라고 볼 수 있다.”²

오동석(아주대학교 법학전문대학원 교수)

2. 헌법과 해외파병

1) 해외파병 여부는 헌법에 따라 엄격하게 판단되어야

- 헌법학자들은 국군부대의 해외파견 여부에 대한 판단 기준은 오직 헌법에 있다고 공통적으로 언급하고 있음. 해외파병이 국제평화, 국가안전보장, 국토방위와 무관하다면 그 어떤 이유라도 헌법에 반하게 되는 것임. 따라서 국가의 가장 강력한 물리력인 군대를 운용할 때, 즉 해외파병 여부를 판단할 때는 엄격하고 신중하게, ‘의심스러운 때는 평화에 유리하게’라는 헌법 원칙이 적용되어야 한다고 주장함.

“평화헌법으로서 우리 헌법의 두 가지 대원칙은 첫째, 방어의 원칙(침략 부인 원칙)이고 둘째, 군의 문민통제의 원칙(민주적 통제의 원칙)이다. 이에 따라 국군의 해외파병은 목적에 있어 아주 제한적이어야 하고 신중해야 된다. 설사 동맹국의 요청이라고 하여도, 설사 국익에 도움이 된다고 하여도 그것이 국제평화, 국가안전보장, 국토방위와 무관하다면 파병은 헌법에 반하게 된다.”

정태욱(인하대학교 법학전문대학원 교수)

“헌법은 국가의 가장 강력한 물리력인 군대의 운용에 대하여 상세하고 엄격한 통제를 가하고 있으며, 국군의 해외파견 역시 헌법규범에 따른 엄격한 심사가 뒤따라야 한다. 국가의 물리력인 군대를 외국의 영토에 파견하는 일은 다른 국가의 주권을 침해할 수 있는 가능성이 있으며, 군대의 활동은 다른 국가의 국민에게 실제적인 내용과 무관하게 위압적일 수 있으므로 매우 신중하게 접근해야 한다. 국군의 해외파병이 헌법적으로 허용될 수 있는지는 국토방위와 국가안전보장 요건에 따라 판단되어야 하며, 이때 ‘의심스러운 때는 평화에 유리하

2 민주법학 32호, 「국방에 대한 민주주의적 통제」, 이계수, 2006

게'라는 헌법 원칙이 적용되어야 한다. 국제정치의 현실을 감안하는 경우 설령 국제연합의 결정에 따른 국제평화유지활동이라고 하더라도 무력분쟁의 소지가 있다면 그것은 그 활동에 참여하는 군인의 생명과 신체에 중대한 침해를 초래할 수 있기 때문이다."

오동석(아주대학교 법학전문대학원 교수)

2) 헌법 제60조 제2항에 명시된 국회의 동의권은 헌법 제5조를 바탕으로 해석되어야

- 해외파병에 대한 국회의 동의권을 명시한 헌법 제60조 제2항은 군에 대한 문민통제의 원칙을 반영함. 그러나 헌법학자들은 이 조항이 국회의 동의만 얻으면 어떤 종류의 파병도 가능하다는 의미는 아니라고 공통적으로 언급하고 있음. 헌법 제60조는 총장인 제5조의 구속을 받으면서, 특정 해외파병 사안에 대해 헌법에 합치하는지 여부를 판단하는 권능을 대통령뿐만 아니라 또 하나의 헌법해석기관인 국회에 부여하여 더욱 신중하고자 하는 의미임.
- 따라서 국군해외파견 법안이 제6조 제1항에 '정부는 제5조의 절차를 거쳐서 국군부대를 해외에 파견하려면 미리 국회의 동의를 받아야 한다'는 조문을 두어 헌법 제60조 제2항에 따른 형식적 절차를 충족한다고 해서, 해당 법안이 애초에 가지고 있는 위헌성이 제거되었다고 볼 수는 없다는 것이 헌법학자들의 의견임.

"헌법 제60조 제2항은 국군의 외국 파견 등과 관련한 절차적 제한 규정으로, 국민의 대표기관인 국회의 동의를 받는 경우에만 국군을 해외에 파견할 수 있다는 입법부에 의한 국정통제 절차를 명문화한 것이다. 그렇다고 하여 국회의 동의를 받기만 한다면 헌법의 기본원리, 예를 들어 평화주의 원리에 반하는 입법이 용인된다는 뜻은 아니다. 헌법의 기본원리는 여러 가지 규범적 의미를 갖는데 헌법의 각 조항을 비롯하여 모든 법령의 해석 기준이 되고, 입법권의 범위와 함께 그리고 국가정책 결정의 방향을 제시하며, 국가기관과 국민이 함께 존중하고 준수하여야 할 최고의 가치규범이 될 뿐만 아니라 헌법 개정에서 금지 대상이 된다. 따라서 국가의 국방 외교 정책에 관한 정부의 정책결정, 국회의 입법권 행사는 평화주의라는 헌법상의 기본원리를 벗어나는 것일 수 없다."

이경주(인하대학교 법학전문대학원 교수)

"국군의 해외파병도 엄연히 헌법 제5조 제2항의 규범적 명령에 복종하여야 되는 것임에도 불구하고 국군해외파견 법안은 헌법 제60조 제2항에 따라 국회의 동의만 얻으면 어떠한 파병도 가능한 것인 것처럼 그 내용을 구성하고 있다. 실제 헌법 제60조 제2항은 '국군의 외국에의 파견'에 대하여 국회의 동의를 구할 것을 의무지우고 있는 바, 그것은 국군의 해외파견 행위가 정치적으로 적절한 것인지를 국회가 판단하도록 한 권리분립적 견제장치로서의 의미뿐 아니라, 국회는 제1차적 헌법해석기관이라는 점에서 그 행위가 헌법 제5조에 의거한 평화국가 원리라는 국가목적규정에 합치하는지의 여부에 대한 국회의 규범적 판단까지도 요청하는 의미를 가진다. 헌법 제60조 제2항은 헌법 총강에 규정되어 있는 제5조의 구속을 받으면서, 특정한 사안에서 특정한 국가에 국군이 파견되는 것이 '침략전쟁'인지 아닌지의 여부를 판단하는 권능을 대통령뿐 아니라 국회에도 부여하고 있는 조항에 불과할 따름이다."

한상희(건국대학교 법학전문대학원 교수)

“국군해외파견 법안이 법률로 성립된다고 해도 결국 국회의 동의를 받지 않으면 국군 해외 파견을 할 수 없으며, 법률에 따라 국회의 동의를 받는다고 해도 그것만으로 국군 해외파견이 헌법에 합치하는 것이라고 단정하기 어렵다.”

송기춘(전북대학교 법학전문대학원)

“국민의 대표인 대통령에게 군 통수권을 주고, 또 그 통수권이 헌법과 법률에 의하여 행사되도록 한 헌법 제74조, 그리고 다시 국민의 대표인 국회에게 선전포고, 국군 해외파견 등에 대한 동의권을 부여한 헌법 제60조는 그와 같은 군에 대한 문민통제, 즉 민주적 통제의 반영이다. 대통령에게 군 통수권을 부여한 것은 군사 권력을 대통령에게 전권 위임한 것이 아니라 군대를 헌법 상의 평화와 민주주의 원칙에 맞게 운영하라는 책임을 지우는 것이다.”

정태욱(인하대학교 법학전문대학원 교수)

II. 제2조(정의)의 광범위한 위현성

1. '다국적군에 소속되어 수행하는 평화유지 활동'의 위현성

- 국군해외파견 법안은 제2조 제1항에서 해외파견활동을 '국군이 국제연합 안전보장이사회의 지지와 결의에 따라 다국적군에 소속되어 수행하는 평화유지 활동'으로 정의하고 있음.
- 국군의 해외파견에 관해서는 「국제연합 평화유지활동 참여에 관한 법률」(이하 'PKO법')이 이미 존재함. 국군해외파견 법안 제2조에서 규정하는 '다국적군에 소속되어 수행하는 평화유지 활동'은 PKO법에 해당하지 않는 평화유지 활동을 지칭하는 것으로 볼 수 있음. 헌법학자들은 PKO법에 해당하지 않는 평화유지 활동의 경우, 그 활동이 우리 헌법에 합치하는지는 별도의 판단절차가 필요하다고 보고 있음. 단지 국제연합의 지지와 결의를 받았다고 해서 그것이 평화유지를 위한 활동이라고 볼 수 없기 때문에 이 법안만으로 헌법 합치여부를 판단하기 어렵고 따라서 명확성의 원칙에 위배된다고 지적하고 있음.
- 헌법학자들은 베트남 파병, 아프가니스탄 파병과 같은 한국군 해외파병 선례에 비추어봤을 때 다국적군에 소속되었을 경우 명분은 평화유지라고 하지만 실제는 정반대일 가능성이 높 후하다고 심각하게 우려하고 있음. 더불어 지금까지 미국의 요청에 의해 이루어진 다국적군 파병은 한미상호방위조약의 목적, 오직 방어를 위한 동맹이라는 목적에도 어긋나왔다고 지적하고 있음.
- 헌법학자들은 특히 '지지'는 '결의'와 달리 개념이 불명확하기 때문에 법안이 입맛대로 해석될 수 있다고 우려하고 있음. 국군해외파견 법안이 통과되어 해당 조항에 따라 합법적인 다국적군 파병이 이루어질 경우, 부당한 침략전쟁에 가담했던 전례가 되풀이될 수 있다고 예상하고 있음.

"유엔의 수권에 의하여 다국적군이 구성되어 '평화유지 활동'을 수행할 경우, 명분은 평화유지라고 할지 모르지만 실제는 평화유지와 거리가 멀게 될 가능성이 농후하다. 즉, 강대국들이 유엔 수권 결의의 모호성을 이용하여 혹은 유엔의 수권을 넘어 편의적인 군사작전을 전개하는 경우를 배제할 수 없다. 우리는 제1차 걸프전이나 아프가니스탄 전쟁처럼 '평화'를 말하면서 사실은 평화의 파괴, 무력 침략과 무력 간섭을 행하는 사례들을 많이 보아왔다. 유엔의 수권이 없이 임의의 다국적군이 구성되어 '평화유지 활동'을 수행하는 경우도 동맹국이 '평화의 회복'을 위한다는 명목으로 파병을 요청할 때 그 요청을 뿌리치기 어려운 구조로 되어 있다. 대표적인 사례가 바로 베트남 전쟁이다."

정태욱(인하대학교 법학전문대학원 교수)

"국제연합 안보리의 지지와 결의에 따라 다국적군에 소속되어 수행하는 평화유지활동이라는 것은 기존의 PKO법에 해당하는 것임을 무의미한 법률의 중복이며, 해당하지 않는 별도의

평화유지활동이라면 단지 국제연합의 결의나 지지에 의하여 당연히 평화유지활동이라고 해서는 안 되고 별도의 판단이 따라야하는 것이어서 법률안의 규정만으로 헌법에 위반되지 않는 군의 해외 파견의 요건이 명확하게 규정되었다고 보기는 어렵다. 이 법률안만으로 헌법 합치 여부를 판단하기 어렵다는 점에서 명확성의 원칙 위반의 문제가 지적된다.”

송기준(전북대학교 법학전문대학원 교수)

“다국적군 파병의 경우, 한미동맹을 이야기하지 않을 수 없다. 많은 사람들이 우리가 미국으로부터 큰 은혜를 입었으므로 미국의 파병 요청에 응할 필요가 있다고 말한다. 그러나 한미 상호방위조약은 기본적으로 유엔의 원칙을 준수하는 것이며, 유엔의 목적에 반하는 무력행사 및 무력 위협을 금지하고 있다. 한미상호방위조약은 방어 이외의 다른 목적을 가질 수 없다. 그리고 그것도 다른 지역이 아니라, 당사국의 행정지배 영역에 대한 공격, 특히 태평양 지역에서의 공격에 대하여만 대응하도록 되어 있다. 태평양 지역에서의 공통의 위협이 아닌 경우 양국은 행동에 나설 의무가 없는 것이다.”

정태욱(인하대학교 법학전문대학원 교수)

“이 정의에는 이질적인 두 가지 활동이 혼재되어 있다. ‘국제연합 안전보장이사회가 채택한 결의에 따라 수행하는 다국적군 소속 활동’과 ‘국제연합 안보리의 지지에 따라 수행하는 다국적군 소속 활동’이다. 지지는 결의와 달리 개념이 불명확하다. 결의와 구별되는 지지를 어떻게 확인할 수 있을지 의문이다. 명시적 반대가 없는 경우 이를 둑시적 지지로 해석할 여지가 있다.”

오동석(아주대학교 법학전문대학원 교수)

2. ‘교육훈련이나 재난구호 등 비분쟁지역 교류협력 활동’의 위헌성

- 국군해외파견 법안은 제2조 제1항에서 해외파견활동을 ‘당해 국가의 요청에 따라 비분쟁지역에 교육훈련이나 재난구호 등 교류협력 활동’으로 정의하고 있음.
- 헌법학자들은 이 조항이 헌법 제5조 제2항에 명시된 국군의 역할 범위를 명백하게 벗어난 것으로 위헌적인 조항이며 헌법적 정당성을 얻을 수 없다고 공통적으로 주장하고 있음. 헌법 제5조 제2항은 수권규범인 동시에 국군의 역할과 기능을 제한한 권리제한규범이기 때문임. 만약 헌법에 명시된 국군의 역할을 벗어난 활동까지 할 정도로 군사력이 충분하다면, 이는 불필요한 군사력으로 오히려 감축해야 할 대상이라고 언급하고 있음.
- 특히 아랍에미리트(UAE) 파병의 명분으로 계속 언급되었던 ‘국익의 증진’을 위한 파병은 우리 헌법에 근거가 없다고 단언하고 있음.
- 또한 특정 국가와의 교류협력, 예컨대 해외에서의 교육훈련 활동은 국제평화를 넘어서는 군사 관계에 연루될 수 있으며, 해당 국가의 이웃 국가와 의도하지 않은 갈등을 빚을 가능성이 크다고 우려함.

- 마찬가지로 재난구호를 위한 파병도 헌법적으로는 맞지 않으며, 선한 의도의 해외파병도 헌법을 위반해서는 안 된다고 주장하고 있음. 재난구호 명분의 파병은 강대국의 이해관계에 따른 ‘인도적 개입’을 위한 파병이 될 가능성이 높고, 인도적인 목적의 재난구호는 기존에 다른 법안으로 민간 영역을 활용해 충분히 수행할 수 있다는 점 역시 지적하고 있음.
- 헌법학자들은 본래 민간의 업무인 재난구호 활동에 군대를 파견하는 것은 극히 예외적인 상황이라고 보고 있음. 이처럼 예외적인 상황에 적용될 수 있는 내용을 담은 법안은 오히려 그러한 목적의 파병을 정당화하는 기능을 하기 쉽다고 우려함.

“이 조항은 ‘국토방위’라는 군대 본연의 헌법 임무로부터 벗어난 것이기 때문에 국회의 동의가 있거나 법률로 근거를 마련하는 경우에도 헌법적 정당성을 얻을 수 없다. 군의 해외에서의 교육훈련 활동은 군사주의의 수출이라는 비판을 받을 수도 있으며, 상황 여하에 따라서는 해당 국가의 이웃국가와 의도하지 않은 갈등을 빚을 수도 있다.”

오동석(아주대학교 법학전문대학원 교수)

“헌법 제5조 제2항은 국군이 수행하는 여러 기능이나 임무 중 하나를 제시한 예시적 규정이 아니라, 국군의 역할과 기능이 국가의 안전보장과 국토방위에 한정된다고 하는 권력제한적 규정으로 이해해야 한다. 국군해외파견 법안에 명시된 파병의 정의 중 ‘교류협력 활동’ 부분은 권력제한적 헌법 규정과는 무관한 활동까지 국군을 파견할 수 있도록 함으로써 수권규범 이자 동시에 권력제한규범인 헌법의 본래적 의미를 불식시키고 있다.”

한상희(건국대학교 법학전문대학원 교수)

“법률안에서 교육, 교류 또는 협력이라는 용어를 사용하고 있긴 하지만 이는 사실상 ‘군사기술의 수출’, ‘군사서비스의 제공을 통한 교역’ 등의 실질을 가진 것이라고 할 수 있다. 이미 UAE에 파견한 경우에서도 드러나듯이 군사력을 수출 또는 교역의 조건으로 제공하는 것이며 이러한 것이 국가 간 교역과 국익에 당장 도움이 되는 면이 있다고 해도 이러한 파견은 국가의 방위라는 군대의 본질과 부합하지 않는다. 아무리 현대의 군사적 환경이 변화하고 안보 개념이 확장되었다고 해도 이를 국가안보와 관련하여 포섭할 수는 없으며 이러한 활동 까지 할 정도로 군사력이 충분하다면 이는 불필요한 군사력으로서 감축하여야 할 대상이다.”

송기준(전북대학교 법학전문대학원 교수)

“소위 ‘국익의 증진’을 위한 파병은 우리 헌법에 없다. 특정 국가와의 군사적 교류협력은 국제평화를 넘어서는 군사 관계에 연루될 수 있다.”

정태욱(인하대학교 법학전문대학원 교수)

“비분쟁지역 파병의 경우 국군의 사명을 국토방위로 명시한 헌법 제5조에 위배되는 것은 물론, 아랍에미리트(UAE) 파병처럼 원전 수주에 따른 보상이라 여겨지는 상업적 목적의 파병을 합리화하는 법안이라는 비난을 피하기도 어려울 것이다.”

이경주(인하대학교 법학전문대학원 교수)

“2013년 필리핀 파병은 ‘재난구호’를 위한 파병에 해당할 수 있다. 필리핀 파병은 유엔이 아닌 해당 국가의 직접 요청으로 재난구호를 위한 파병을 했다는 새로운 기록을 세웠고 많은 사람들이 이를 국격의 고도화, 인도주의의 실천으로 칭찬하기도 하였지만, 헌법적으로 이는 의심스러운 파병이었다. 재난에는 자연재해만 있는 것이 아니다. 인도적 재난은 자연재해에 의하여 발생하기보다 오히려 분쟁에 의하여 더 많이 발생한다. 물론 법안에서는 ‘비분쟁지역’이라고 규정하고 있어 그 점을 방비하는 규정을 두고는 있지만, 예컨대 분쟁 국가의 이웃 나라에서 발생한 인도적 재난의 경우 그것이 분쟁지역인지 아닌지는 불분명하게 된다. 마찬가지로 재난구호를 위한 파병도 얼마든지 국제분쟁에 연루되고 심지어 강대국의 이해관계에 따른 ‘인도적 개입’을 위한 해외파병이 될 수 있다. 인도적인 목적의 재난구호를 위해서는 기준에 다른 법률이 있다. 군대의 파병은 위험한 관행을 만들 수도 있다.”

정태욱(인하대학교 법학전문대학원 교수)

“선한 의도의 해외파병도 헌법을 위반하여서는 안 된다. 공병부대나 의료부대가 인도지원 업무를 수행할 수 없는 것은 아니나 같은 비용을 들일 경우 민간구급대와 전문업체가 더 전문적이고 효과적으로 재난 구호 등의 업무를 수행할 수 있으므로 선한 목적을 위해서는 더욱 더 전문민간단체를 통하여 목적을 달성해야 한다. 오늘날 전 세계 각지에서 일어나고 있는 분쟁 양상을 보았을 때 군에 의한 재난 구호, 인도적 지원은 분쟁에 휩쓸릴 가능성이 높다.

이경주(인하대학교 법학전문대학원 교수)

“본래 재난구호 등의 업무는 군보다는 경찰의 업무이며 민간 부분에서도 이에 관한 서비스를 제공하고 있는 부문이다. 따라서 국제적인 교류와 협력을 위하여 재난구호 업무를 하는 것은 경찰이나 구급인력을 파견하여야 할 문제이며 군대를 파견하는 것은 극히 예외적이어야 할 것이다. 극히 예외적인 상황에서나 적용될 수 있는 내용을 담은 법률안은 오히려 이러한 목적의 해외파병을 정당화하는 기능을 하기 쉽다.”

송기춘(전북대학교 법학전문대학원 교수)

3. ‘기타 국군이 국제평화유지를 위하여 해외에 파견되어 수행하는 활동’의 위헌성

- 국군해외파견 법안은 제2조 제1항에서 해외파견활동을 ‘기타 국군이 국제평화유지를 위하여 해외에 파견되어 수행하는 활동’으로 정의하고 있음.
- 헌법학자들은 경우에 따라 모든 종류의 파병을 포함할 수 있는 ‘기타 조항’을 대표적인 독소 조항으로 지칭하며 큰 우려를 전하고 있음. ‘국제평화유지’라는 개념 자체가 불명확하며 자의적으로 해석될 여지가 높기 때문임.
- 헌법학자들에 따르면 헌법 제5조에 의해 군의 해외파병은 아주 제약적으로 해석되어야 하

는데, 이러한 포괄적 위임의 조항은 법치주의의 근본인 명확성의 원칙에 반하며 해외파병에 대한 헌법적 제한을 무너뜨리게 됨. 따라서 헌법학자들은 해당 조항이 국군해외파견 법안의 위헌성을 단적으로 증명하는 조항이라고 공통적으로 지적함.

- 국제연합의 결의에 의한 것도 아닌 해외파견활동을 정의하고 있는 해당 조항은 조문만으로 그것이 무엇인지 예측하기 어렵기 때문에 그만큼 남용의 위험이 큼. 군사에 관한 문제는 입법부나 사법부보다 행정부의 판단 권한이 매우 광범위하게 인정되는 부분인데, 행정부가 판단의 재량을 남용할 수 있는 이러한 조항을 두는 것은 자칫 위헌적 활동을 정당화할 가능성이 높다고 우려함.

“‘이현령비현령’ 식으로 해석될 수 있는 ‘국제평화유지’라는 불확정개념을 국군 해외파견의 근거로 삼는 것 자체가 평화국가 원리라는 국가목적규정의 취지와는 정면으로 충돌하는 것이다.”

한상희(건국대학교 법학전문대학원 교수)

“알다시피 법치주의의 근본은 국가작용이 법률에 근거하는 것은 물론 ‘명확성의 원칙’에 근거하여야 한다. 이 법안에서처럼 해외파병된 국군의 활동 일체를 ‘기타’라는 문구에 감추어 ‘해외파견활동’이라고 한다면 국군의 활동을 국회가 정하는 법률에 의해서 통제하는 것이 아니라, 합법화해주는 들러리 입법이 되는 것에 불과하다. 기타 조항을 두는 것은 입법권행사의 한계로서의 명확성의 원칙에 반한다.”

이경주(인하대학교 법학전문대학원 교수)

“이 백지위임 조항은 이 법안의 위헌성을 단적으로 증명하는 부분이다. 입법 관계자는 이 부분에 대하여 ‘대통령의 군 통수권’을 해치지 않기 위하여 광범위한 파병 권한을 규정하였다 고 한다. 그러나 이는 군 통수권에 대한 몫이해를 드러낼 따름이다. 대통령의 군 통수권은 대통령의 자의적 권한이 아니며 문민 군대의 원리, 즉 군대에 대한 민주주의적 통제를 의미 한다. 군대의 조직과 군사의 활동이 헌법과 법률을 넘어서지 않게 하기 위해 존재하는 것이다.”

정태욱(인하대학교 법학전문대학원 교수)

“국가안전보장과 국토방위를 사명으로 하는 우리 군, 또 국제평화를 옹호하고 침략전쟁을 부인하는 우리 군의 해외파병은 헌법 상 아주 제약적으로 해석되지 않으면 안 된다. ‘기타 평화유지의 활동’이라는 포괄적 위임은 해외파병에 대한 헌법적 제한을 무너뜨리는 독소조항이 될 것이다.”

정태욱(인하대학교 법학전문대학원 교수)

“기타 국군이 국제평화유지를 위하여 해외에 파견되어 수행하는 활동’은 그것이 무엇인지를 조문을 보고 알기 어려울 뿐 아니라 그만큼 남용의 위험이 크다. 또한 자칫 침략적 성격의

전쟁 참여를 국제평화유지활동이라는 명분으로 치장하여 위헌적 활동을 정당화할 가능성이 크다. 우선 일반적으로 대한민국이 독자적으로 국제평화유지 활동에 참여를 결정할 수 있는 사항은 없다고 할 수 있으며, 결국 국제연합의 결의 등에 의하지 않으면 안 될 것이다. 파병이 필요할 정도의 상황이라면 이에 대해 국제연합의 지지와 결의가 없을 수도 없을 것이다.”

송기준(전북대학교 법학전문대학원 교수)

“군사에 관한 문제는 고도의 정치적 성격을 가진 것으로 규정되어 매우 광범위한 판단의 권한이 인정되고 있고 시법부의 통제를 받지 않을 뿐 아니라 의회도 행정부의 결정에 쉽게 반대하기 어려운 면도 있다. 따라서 이 부분은 침략적 성격을 가지는 국제적 분쟁 등에 관하여 판단의 재량을 남용하여 자칫 국제평화주의에 반하는 파견을 법적으로 정당화할 수 있다. 달리 말하면, 이 구절의 해석과 관련하여 행정부의 해석상 남용이 이뤄지기 쉽고 이러한 남용을 막을 수 있는 다른 규정이 없으며, 그 판단에 관하여 국회의 통제도 적절하게 이뤄지지 않을 수 있어 헌법상 명확성의 원칙에 위반되는 것으로 보아야 할 것이다. 또한 국제 평화주의에 반하는 파병을 정당화하여 헌법위반의 현실을 초래할 수 있다. 이 구절은 명확성의 원칙과 국제평화주의에 위반될 수 있다.”

송기준(전북대학교 법학전문대학원 교수)

III. 평화적 생존권 위협 가능성

- 평화적 생존권은 침략전쟁을 부인하고 평화적으로 생존할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리임. 이는 헌법의 명문 규정에는 없지만 헌법의 기본원리에 녹아 있는 권리이며, 국제인권체제뿐 아니라 헌법학계와 헌법재판소에서 인정하고 있는 권리임.
- 헌법학자들은 국군해외파견 법안이 국민의 평화적 생존권을 위협할 것이라고 예상하고 있음. 최소한의 국가 권한의 수준을 넘어서는 국군의 활동을 법제화한다는 점에서 평화적 생존권을 침해한다고 해석하는 것임.
- 해당 법안처럼 국군의 해외파견활동을 광범위하게 해석하여 각종 파병을 합법화할 경우, 선례에 비추어 봤을 때 불필요한 분쟁과 갈등을 초래할 가능성이 큼. 이는 국제평화에 영향을 미칠 뿐만 아니라 국민 개개인의 삶에도 큰 영향을 미치는 바, 국민의 평화적 생존권을 위협하는 결과로 이어질 수 있음.

“오늘날 전쟁과 테러 혹은 무력 행위로부터 자유로워야하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제가 되는 것이므로, 달리 이를 보호하는 명시적 기본 권리 없다면 헌법 제10조 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다’와 제37조 1항 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다’로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하다. 그 기본 내용은 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 볼 수 있을 것이다.“

헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268

“평화적 생존권이라는 헌법적 기본권의 구체적 실현태는 ‘침략 전쟁의 부인’이라는 최소한의 수준과 더불어 논의되어야 할 것이다. 즉, 국민의 기본권인 평화적 생존권을 보장하는 것은 국가가 침략 전쟁에 연루되지 않는 것이 최소한이며 이는 다시 자위전쟁과 국제적으로 승인된 집단적 평화유지활동을 제외하고는 그 어떠한 전쟁이나 군사 활동에 연루되지 아니함으로써 보장되는 것이라고 해야 할 것이다. 그리고 국군의 기능이라는 점에서 이 기본권을 정리하자면 국민은 국군이 국가의 안전보장을 위한 활동이거나 외국의 공격으로부터 국민과 영토를 보전하기 위하여 하는 활동 및 그에 부수된 활동을 제외한 영역에는 개입하지 아니할 것을 요구할 수 있는 권리로 이해될 수 있다. 사정이 이러하다면 법률안은 이러한 최소한의 국가권한의 수준을 넘어서는 국군의 활동을 허용하고 이를 법제화한다는 점에서 국민의 평화적 생존권을 침해하는 위헌적인 법률안이 되어버린다.“

한상희(건국대학교 법학전문대학원 교수)

“국군해외파견 법안처럼 파병을 광범위하게 정의하고, 해당 법안에 따라 파병을 할 경우 분

쟁에 관련되는 국가와 불필요한 분쟁과 갈등을 초래하게 되어 오히려 대한민국의 안전보장에 위협이 될 수 있다. 그것은 단지 국제적으로 위협이 되는데 그치지 않고 국민 개개인의 삶의 평화에도 큰 영향을 미치게 된다.”

송기춘(전북대학교 법학전문대학원 교수)

IV. 결론

- 「국군의 해외파견활동 참여에 관한 법률안」에 대한 헌법학자들의 검토 의견을 취합한 결과, 학자들은 공통적으로 해당 법안이 대한민국 헌법에 합치하지 않는다고 지적하고 있음.
- 국회 법제사법위원회는 법률안의 체계·형식·자구 심사를 하면서 법률안의 합헌성에 대해서 검토하고 심사하는 위원회임. 또한 국가의 가장 강력한 물리적인 군대의 운용은 그것이 미치는 영향을 고려했을 때 국회가 그 어떤 영역보다 엄격하고 상세하게 통제해야 하는 영역임. 더욱이 군대의 운용에 관한 문제는 입법부나 사법부보다 행정부의 판단 권한이 매우 광범위하게 작동하기 때문에 입법에 있어 신중해야 하며 무엇보다 명확성의 원칙에 따라야 함.
- 다수의 헌법학자가 해당 법안의 광범위한 위헌성에 대해 우려하고 있고, 특히 해당 법안이 제2조 제1항에서 헌법이 국군에 부여한 기능을 넘어서는 각종 해외파견활동을 포괄적으로 정의함으로써 헌법에 명시된 국제평화주의 원칙을 벗어나는 위헌적인 파병을 정당화하는 근거가 될 가능성에 대해 지적하고 있는 바, 법제사법위원회는 이 부분을 엄중하게 판단해야 할 것임.
- 국회는 이미 「국제연합 평화유지활동 참여에 관한 법률」을 제정·운용해 국제연합이 요청하는 국제평화유지 활동을 위해 부득이한 경우 국군을 해외에 파견할 수 있도록 하고 있음. 헌법학자들의 해석대로 헌법에 명시된 국군의 임무 범주를 준용한다면, 기존의 법률만으로도 충분하며 중복되는 별도의 법을 제정해야 할 이유가 없음. 기존의 법률로 포괄할 수 없는 해외파견활동을 위해 해당 법안을 제정하는 것이라면, 이는 헌법에 합치되지 않는 것이기 때문에 해당 법안은 부결시켜야 함. **챕**

참고문헌

- 이경주(2015). 「국군의 해외파견활동 참여에 관한 법률안」에 대한 헌법적 검토
- 정태욱(2015). 「국군의 해외파견활동 참여에 관한 법률안」에 대한 헌법적 검토
- 한상희(2015). 「국군의 해외파견활동 참여에 관한 법률안」에 대한 헌법적 검토
- 오동석(2015). 「국군의 해외파견활동 참여에 관한 법률안」에 대한 헌법적 검토
- 송기준(2015). 「국군의 해외파견활동 참여에 관한 법률안」에 대한 헌법적 검토
- 이계수(2006). 「국방에 대한 민주주의적 통제」, 민주법학 32호
- 이태호(2014). 「한국군의 해외파견 결정, 추진, 평가 체계 진단」, 국회 토론회 『해외파병 이대로 좋은가』 자료집
- 참여연대(2014). 「국군의 해외파견활동 참여에 관한 법률안」에 대한 의견서Ⅱ

참여연대 정책자료

「국군 해외파견활동 참여에 관한 법률안」의 헌법 합치 여부에 대한 의견

발행일 2015. 02. 23

발행처 참여연대 평화군축센터

담당 황수영 간사 02-723-4250 peace@pspd.org

Copyright ©참여연대, 2015 ※본 자료는 참여연대 웹사이트에서 다시 볼 수 있습니다.



정부보조금 0%, 회원의 회비로 운영됩니다.

대표전화 02-723-5300 회원가입 02-723-4251

주소 110-043 서울 종로구 자하문로9길16 (통인동)

홈페이지 www.peoplepower21.org
