

미군기지 이전 관련 공개토론회

# 미군기지 이전과 한반도의 평화·인권

□ 일 시 : 2006년 5월 25일 목요일 14:00~17:00

□ 장 소 : 정동 성프란체스코 교육회관 4층 강당

주 관 민주주의법학연구회  
평화군사법학회  
주 최 인권단체연석회의

미군기지  
이전과  
한반도의  
평화·인권

민주주의법학연구회 / 평화군사법학회



미군기지 이전 관련 공개토론회

## 미군기지 이전과 한반도의 평화·인권

□ 일 시 : 2006년 5월 25일 목요일 14:00~17:00

□ 장 소 : 정동 성프란체스코 교육회관 4층 강당

주 관 민주주의법학연구회  
평화군사법학회  
주 최 인권단체연석회의

미군기지 이전 관련 공개토론회

## 미군기지 이전과 한반도의 평화·인권

5월 4일 새벽에 시작된 평택 대추리 토지 강제접수와 관련하여 많은 문제가 제기되고 있습니다. 그럼에도 불구하고 인권운동진영에서는 아직 이렇다할 법·논리적 대응을 하지 못하고 있습니다. 다소 늦은 감이 없지 않지만 국익과 법률을 앞세워 국민의 평화적 생존권을 위협·박탈하고 있는 노무현 정권에 대해 법학자들이 더 이상 침묵할 수 없는 시점에 이르렀습니다.

이에 민주주의법학연구회·평화군사법학회 및 인권단체연석회의에 참가하고 있는 연구자들은 실제 없는 국익과 폭력에 다름없는 미군기지 이전 관련 법률, 군사기지 관련법에 대해 비판하고 토론하는 자리를 마련하고자 합니다. 평택에서의 저항은 단지 우리 국민들에게만 중요한 것이 아니라 보다 평화적인 세상을 가꾸어 나가하고자 하는 전 세계 민중 모두에게 중요한 싸움이 될 것입니다.

2006년 5월 25일

민주주의법학연구회 회장 이상수  
평화군사법학회 회장 박병섭  
인권단체연석회의

## 미군기지 이전과 한반도의 평화·인권

□ 일 시 : 2006년 5월 25일 목요일 14:00~17:00

□ 장 소 : 정동 성프란체스코 교육회관 4층 강당

---

14:00~14:10 **개 회**

인 사 이 상 수 (민주주의법학연구회 회장, 한남대 법대 교수)

**발 표**

사 회 서 경 석 (인하대 법대 교수)

14:10~14:40

제1주제 : 주한미군의 공세적 역할변화와 평화헌법

- '전략적 유연성' 합의에 대한 헌법적 문제제기

한 상 회 (건국대 법대 교수)

14:40~15:10

제2주제 : 미군기지 이전과 국제인권문제

조 시 현 (건국대 법대 교수)

15:10~15:30

**휴 식**

15:30~16:00

제3주제 : 평택미군기지이전과 관련한 군사시설보호구역지정의

위법성과 민간인에 대한 균형법 적용의 문제

송 기 춘 (전북대 법대 교수)

16:00~17:00

**종합토론**

이 경 주 (인하대 법대 교수)

정 욱 식 (평화네트워크 대표)

최 평 욱 (평화군사법연구회 회원·변호사)

박 래 군 (인권운동사랑방 상임활동가)

평택미군기지확장저지 범국민대책위원회 관계자

17:00~

**폐 회**

---



미군기지 이전과 한반도의 평화인권

제 1 주 제

# 주한미국의 공세적 역할변화와 평화헌법

한 상 희 (건국대학교)



\* 수문 정리.

# 주한미국의 공세적 역할변화와 평화헌법

- '전략적 유연성' 합의에 대한 헌법적 문제제기

한 상 회 (건국대 법대 교수)

## 1. 서론

이 글은 대한민국정부가 ①지난 2003. 11. 당시 김종환 합참의장을 대표로 미합중국과 주한미군의 군사임무전환에 관한 합의각서를 교환하고 연합군사능력증강에 관한 서신교환을 하면서 주한미군의 군사적 임무를 전환하는 소위 "전략적 유연성 (strategic flexibility)"에 관한 합의를 하고, ②이어 2006. 1. 19. 미국에서 미국 국무장관 콘돌리자 라이스와 '동맹 동반자 관계를 위한 전략 대화 출범에 관한 공동성명'(이하 「공동성명」이라 함)을 발표하면서 전략적 유연성을 합의한 행위를 탐구의 대상으로 삼아 그러한 합의행위 자체가 우리 헌법상의 평화국가원칙 및 국민의 평화권을 침해하는 위헌적인 것인 동시에, 국회 및 국회의원의 조약비준권을 침해한 무효의 것이라는 데에 초점을 맞춘다. 물론 엄밀히 보자면 위의 ①의 행위는 ②의 행위를 위한 준비행위라는 점에서 그리고 바로 그 때문에 ①의 행위는 ②의 행위에 포섭된다는 점에서 별도로 논의할 필요는 없다.

여기서 문제로 되는 ②의 행위의 핵심은 다음과 같은 공동성명부분이다.

피청구인 반기문과 라이스 장관은 주한미군의 전략적 유연성 문제에 관하여 양국정부의 양해사항을 아래와 같이 확인하였다.

한국은 동맹국으로서 미국의 세계전략 변화의 논리를 충분히 이해하고 주한미군의 전략적 유연성의 필요성을 존중한다. 전략적 유연성의 이행에 있어서 미국은 한국이 한국민의 의지와 관계없이 동북아 지역 분쟁에 개입되는 일이 없을 것이라는 한국의 입장을 존중한다.

또 이 부분 양해사항의 영문은 다음과 같다.

The ROK, as an ally, fully understands the rationale for the transformation of the U.S. global military strategy, and respects the necessity for strategic flexibility of the U.S. forces in the ROK. In the implementation of strategic



flexibility, the U.S. respects the ROK position that it shall not be involved in a regional conflict in Northeast Asia against the will of the Korean people.

실제 이 공동성명에서 피청구인들이 전략적 유연성을 합의한 행위(이하 '합의행위'라 함)는 대한민국과미국간의상호방위조약(조약 제34호: 이하 '한미상호방위조약'이라 함) 제4조에 의하여 대한민국의 영토내에 주둔하는 미국의 군대('주한미군')의 역할과 지위를 본질적으로 변환시키는 것이 된다. 즉, 그것은 주한미군의 역할을 한반도의 방위를 위한 전쟁억지적 성격에서부터 동북아시아지역내에서 발생하는 군사적 분쟁에 대한 전진기지의 성격으로 전환시킨 것이다. 그리고 바로 이러한 역할 및 지위의 변화는 헌법 제5조 제1항에서 선언되어 있는 침략전쟁부인을 중심으로 한 국제평화주의의 원칙을 실질적으로 변경하는 결과를 야기하였을 뿐 아니라, 궁극적으로는 국민들이 가지는 평화적 생존권 및 국가중요정책에 대한 의사참여권(또는 국민투표권) 등의 기본권을 침해하게 되며, 나아가 한미상호방위조약의 실질적인 내용조차 변경하는 효과를 야기함으로써 국회 및 국회의원이 가지는 조약비준권을 침해하는 결과를 야기한다.

즉 이 사건 행위는,

- ① 국민으로 하여금 그 의지와 관계없이 국제적인 분쟁에 휘말리게 함으로써 국민이 가지는 행복추구권 및 그 내용으로서의 평화적 생존권을 침해하였으며,
- ✓ ② 한반도의 안전을 위하여 사용되어야 할 국가재정을 미국의 동북아시아전략의 수행을 위하여 사용함으로써 국가의 재정권과 과세권의 범위를 일탈하여 국민의 재산권 및 납세자의 권리를 침해하였고,
- ③ 헌법 제5조 제1항의 침략전쟁부인조항을 실질적으로 변경하는 것임에도 불구하고 헌법개정의 절차를 따르지 아니 함으로써 헌법 제130조 소정의 국민투표권을 침해하였으며,
- ④ 헌법 제72조에서 규정한 국가안위에 관한 중요정책헌법상 안전보장에 관한 사항임이 분명함에도 같은 조에서 규정하고 있는 국민투표를 실시하지 않아 헌법 제72조 소정의 국민투표권을 침해하였다고 보는 것이다.

\* 행정소송이건 헌법재판소 사건을 인용

이 글은 이런 맥락에서 위 합의행위를 헌법재판소의 종래 결정례를 하나의 평가 기준으로 삼아 그 타당성 여부를 분석해보고 그것이 우리 헌법의 차원에서 어떻게 무가치판단을 받게 되는지를 규명해 보고자 한다.<sup>1)</sup>

1) 실제 이 글은 전략적 유연성 합의행위에 대하여 민주노동당에서 청구한 권한쟁의심판청구 및 인권단체가 제기한 헌법소원심판청구의 취지 및 이유를 재편집하면서 부분적으로 보완하는 방식으로 쓰여졌다. 다만, 그럼에도 불구하고 이 글의 내용과 관련한 정확성이나 그 타당성 등 모든 책임은 전적으로 필자에게 있다.

## 2. 전략적 유연성 합의행위의 군사적 성격

### (가) 개념과 그 맥락

이 공동성명에서 가장 핵심영역에 놓여져 있는 것은 바로 '전략적 유연성'이라는 부분이다. 이 개념은 자국의 전략적 이익을 보호하기 위해, 자국의 군사력 혹은 전력을 특정지역과 임무에 국한시켜 운용하지 않고, 필요시 원하는 장소에 융통성 있게 이동·투사하여 다양한 임무를 수행할 수 있도록 하는 주둔군의 기능과 성격을 의미한다.

이는 미국의 군구조변화와 미군재배치 계획에서 나온 것으로서, 주한미군의 경우에 그것이 종래 수행하던 방어적 역할 즉, 남한지역에 주둔하면서 북한의 남침을 억제하는 방어적 기능을 포기하거나 혹은 그것을 '보조적·하위의 개념으로 전환시킨 채, 동북아시아를 중심으로 하는 보다 넓은 지역에서 미군의 전략적·전술적 작전을 수행하게 하는 일종의 전진기지로서의 역할을 부여함을 의미하는 것이다.

이를 보다 자세히 설명하면 다음과 같다.

(1) 미국은 세계적 냉전구도가 해체되는 1990년대 이래 새로운 세계전략 및 동아시아전략을 구축하면서 군구조변환(Military Transformation)을 추진해 왔다. 즉, 미국은 대량파괴무기확산, 러시아·중국등의 새로운 강대국의 출범가능성, 9·11 테러 이후의 국제테러리즘의 추동, 석유등 에너지 자원을 확보를 중심으로 하는 경제안보 등을 중심으로 하는 위협요인들을 군사적 작전의 범주에 포섭하고 이를 대상으로 대량파괴무기확산방지구상(PSD)이나 미사일방어구성(MD), 국제협력에 기반한 안전보장체제의 구축, 선제공격과 예방전쟁을 포함하는 군사주의 노선의 재정비 등 다양한 전략적·전술적 변환을 강구하고 또 실행에 옮겨 왔던 것이다. 그리고 이러한 변환과 더불어 진행되었던 군구조변환의 작업은 미군의 장거리 투사능력을 높이고, 원거리 정밀타격능력을 향상하며, 육·해·공군·해병대 등의 통합운용능력을 강화하는 것에 그 핵심을 맞추고 있다.

(2) 그 중 부시 미국대통령이 2003. 11. 25 불량국가·국제테러·대량살상무기확산 등 새로운 위협에 대처한다는 명목으로 미군의 군사태세 재편필요성을 강조하며 발표한 해외미군재배치계획(Global Posture Review: GPR)은 이러한 세계전략의 변

도 불구하고 이 글의 내용과 관련한 정확성이나 그 타당성 등 모든 책임은 전적으로 필자에게 있다.



환이 보다 구체화된 예라 할 것이다. 이는, 중동아시아지역 및 동북아시아지역에서 이미 도출되어 있는 특정한 위협에 대응하여 그에 상응하는 미군병력을 그 특정 지역에 고정 주둔시키던 종래의 전략을 수정하여, 전세계 어느 곳에 주둔하고 있는 미군이라도 동북아시아, 동아시아연해, 중동·서남아시아, 서유럽 등에 신속하게 전개할 수 있는 환경을 갖추고 신속대응능력을 강화하도록 하는 것을 주요 골자로 하면서 해외의 미군기지와 우방국의 방어체계를 전면적으로 재구성하여 범세계적 재편을 도모하고자 하는 것이다.

(3) 하지만 이 GPR은 단순히 해외 미군기지의 배치·운용체계만을 조정하는 수준에 그치지 아니하고 해외에 배치되어 있는 미군의 활동이나 주둔에 관한 당사국(즉, 피주둔국)의 법제와 연합지휘구조 자체에 대한 변환도 포함하는, 전방위적 재편계획으로 이루어져 있다. 이에 최근 주한미군 기지를 평택지역으로 이전·확장하는 것(특히 휴전선 부근의 전방에 주둔하고 있던 제2군을 평택지역으로 이전·확장하는 것)은 그 계획의 일환으로 이루어지는 것이며 이 사건 공동성명에서 거론하고 있는 전략적 유연성 역시 이러한 맥락에서 주한미군의 활동이나 주둔에 대한 법적 체계의 변화를 도모하고자 하는 것이다. 즉, 주한미군의 역할을 방어용에서부터 전략적 성격의 기능으로까지 확장하는 한편 동북아시아에 주둔하고 있는 미군에 대한 일종의 통합사령부로서의 체계를 구축하고자 하는 일련의 계획을 반영하고 있는 것이다.

#### (나) 주한미군의 전략적 유연성 증대와 한반도내에서의 주한미군의 지위변화

이러한 GPR의 실행은 주한미군의 지위 자체를 변경시키는 동시에 그 결과로서 주한미군의 법적 지위까지 실질적으로 변질시키게 된다. 현재 주한미군의 근거가 되어 있는 한미상호방위조약은 제3조에서 “각 당사국은 타 당사국의 행정 지배하에 있는 영토와 각 당사국이 타 당사국의 행정지배하에 합법적으로 들어갔다고 인정하는 금후의 영토에 있어서 타 당사국에 대한 태평양 지역에 있어서의 무력공격을 자국의 평화와 안전을 위태롭게 하는 것이라고 인정하고 공통한 위협에 대처하기 위하여 각자의 헌법상의 수속에 따라 행동할 것을 선언한다.”고 선언함으로써, 이 조약은 한국과 미국간의 상호방위의 대상을 영토에 대한 무력공격으로 한정하고 있다. 이 점은 종래 한국뿐 아니라 미국정부에 의하여서도 거듭 확인된 바 있다. 즉, 한국과 미국은 한미상호방위조약에서 규정한 이러한 목적을 위하여 주한미군이 대한민국의 영토내에 주둔하고 있으며, 이 주한미군은 지금까지 공식적으로 북한의 위협에 대한 방어적 억제력으로서 대한민국을 방위하는 역할만을 담당한다고 거듭 선언하여 왔다. 환언하자면 주한미군은 한반도라고 하는 특정한 지역에 한정하여

대한민국 및 미국의 영토에 대한 무력공격을 방위하기 위한 한정된 목적을 가지고 존재하는 방위군으로서의 성격을 가진다는 것이다.

그러나 이 사건 공동성명에서 밝힌 바에 의하면, 주한미군에 대하여 대한민국정부는 공식적으로 주한미군에 대하여 전략적 유연성 개념이 적용됨을 상호 인용하고 그에 대한 합의를 함으로써 주한미군의 방위군으로서의 성격을 본질적으로 변환시키고 있다. 즉, 이 사건 공동성명은 주한미군으로 하여금 북한의 위협에 대한 방어적 억제력으로서 기능을 넘어, 한반도에서는 물론 동북아시아, 심지어 중동지역에서까지 선제공격을 수행할 수 있는 신속기동군화된 지역군으로 변환할 수 있도록 하였고, 이를 통하여 주한미군이 미국의 세계전략에 따른 일종의 전진기지로서의 역할을 수행할 것을 인정하고 있는 것이다.

여기서 주한미군의 전략적 유연성은 미국이 전세계 미군을 신속기동군으로 재편하고 효율성을 높여 첨단미래군으로 키운다는 목적으로 오래전부터 추진해온 해외 주둔미군재배치계획에 따라 주한미군을 아시아태평양 기동군으로 그 임무와 기능을 확대하는 것을 의미하는 만큼, 이 사건 공동성명이 주한미군에 대하여 이러한 전략적 유연성을 인정한다고 선언하고 있는 것은 곧 주한미군이 북한의 남침에만 대비한 불박이군이 아니라 신속기동군으로서 대한민국 영토를 기점으로 동북아 지역을 비롯한 다른 지역의 대테러전 등을 수행하는 것을 허용한다는 것을 의미하기 때문이다.

그리고 이러한 전략적 유연성의 틀 속에는 최소한 다음과 같은 세 가지의 변화가 내포되어 있다. 그 첫째는 병력의 이동 유연성으로 주한미군이 대한민국의 영토에 들어오거나 그로부터 빠져 나가는 것에 대한 포괄적 유연성을 미국에 인정하고 이를 대한민국은 양해하는 것이다. 이에 의하면 미국은 주한미군의 증원뿐 아니라 감축도 자유롭게 할 수 있으며, 주한미군을 전세계에 걸친 분쟁지역으로 투입하는 것도 자유롭게 할 수 있다.

그 둘째는 기지 사용의 유연성으로 주한미군의 기지가 동북아시아 신속 기동군의 목적에 부합되게 사용이 가능하도록 우리 측이 양해하는 것을 포함한다. 그러니까 주한미군의 존재목적이 대북한 전쟁억지력에 한정되지 아니하고 작게는 동북아시아 크게는 전세계에 걸친 미군의 군사전략의 효율화를 위한 전진기지로서의 의미를 부여하게 되는 것이다.

셋째는 장비의 유연성을 의미한다. 이는 미군의 장비의 배치운영에 대한 포괄적인 유연성을 양해하는 것으로, 주한미군이 MD(미군의 미사일 방어체제)를 구축하는 것뿐 아니라 심한 경우 한반도내에 핵무기를 배치하는 것에 이르기까지도 대한민국의 포괄적으로 양해하는 것까지 포괄할 수도 있다.



요컨대, 이 사건 행위는 주한미군의 전략적 유연성을 인정함으로써 대북 억지력 등 방어를 위해 주둔하는 주한미군이 동북아시아지역에서 기동군 역할 등 개입군으로서 활동할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 그리고 그 과정에서 국가안전보장과 국제평화주의를 선언하고 있는 우리 헌법의 정신은 물론 주한미군의 지위와 관련한 우리 국민의 부담까지도 변질시키는 결과를 야기하고 있는 것이다.

#### (다) 소 결

물론 이러한 주한미군의 전략적 유연성의 인정여부에 대하여 미국과 대한민국 정부는 1990년대 초부터 검토, 논의해 왔음은 부인할 수 없다. 특히 양국의 국방장관들은 한미연례안보협의회의 등의 기회를 이용하여 한반도가 통일되어 주한미군의 방어적 억제력으로서의 성격이 사라진 이후의 주한미군의 역할과 지위의 변화에 대하여 그 필요성과 당위성을 인정하는 의사를 수차 표명해 왔던 것이다. 그리고 이 과정에서 주한미군에 전략적 유연성을 부여하여 지역방어의 목적으로 변환하는 문제는 매번 거론되었고 또 권고되기도 하였다.

하지만, 이런 논의들은 언제나 미래형의 예상 내지는 그에 대비하는 대안의 모색이라는 수준에서 머물렀고 그것이 법적인 구속력을 가지는 어떠한 규범으로써 제시되었던 적은 없었다. 더구나 그것은 하나의 안으로서 전국민적 합의를 수렴하기 위하여 예비적으로 검토되어야 한다는 제안의 수준에서 제시되었을 뿐이며 이 사건 공동성명과 같이 국가적 의사로서 구속력을 가지는 것은 아니었다. 그러기에 그러한 의사가 표명될 때마다 시민사회는 그 지위변화에 대한 우려만을 제시했을 뿐 이에 대하여 적극적인 반대나 반발은 하지 않았던 것이다.

그러나 이번의 이 사건 공동성명은 이러한 제안 수준의 검토와는 그 맥을 달리한다. 그것은 양 정부가 주한미군의 지위변화를 공식적으로 합의하고 선언한 것으로 적어도 사실의 측면에서는 공식적인 구속력을 가지는 것이다. 환언하자면 우리 정부의 입장에서는 주한미군이 방위군으로서의 역할에 한정되지 않고 동북아시아를 비롯한 광역의 전략행위로 나아가는 것에 대하여 더 이상 항의하거나 그것을 저지할 수 있는 명분은 물론 그 규범적 근거조차도 상실해 버린 셈이 되는 것이다. 실제 이 사건 공동성명이 헌법적으로 문제되는 부분은 바로 이것이다. 즉, 조약이나 그에 상당하는-그것이 의회의 권한영역이든 아니면 국민투표 등의 영역이든- 어떠한 규범(설정)행위로서 처리하여야 하는 중차대한 문제를 두 국가의 장관 사이의 합의로써 그리고 그 합의에 대한 공동성명의 방식으로 처리해 버린 것이 중요한 헌법위반의 혐의를 발생시키는 것이다.

### 3. 전략적 유연성과 행복추구권 및 평화적 생존권의 침해

#### (가) 행복추구권 및 평화적 생존권

헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다"고 정하여 행복추구권을 선언하고 있다. 여기서 행복추구권은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니면서 자신의 삶을 온전하게 영위해 나갈 수 있는 권리를 포함한다.

평화적 생존권은 바로 이 행복추구권의 가장 핵심적 내용 중의 하나이다. 즉 그것은 모든 인간이 무력충돌이나 살상 등의 폭력이나 생명·인신에 대한 위협을 받지 아니하고 평화로운 삶을 누릴 권리를 말한다. 그리고 이러한 평화적 생존의 가능성이 보장될 때 비로소 인간은 자신의 삶을 자신의 의지와 예측에 의하여 영위할 수 있게 된다. 헌법 전문은 이러한 입장에서 우리 헌법을 제정하게 된 궁극적으로 "우리들과 우리들 후손들의 자유와 안전과 행복"의 실천을 제시하고 있다. 그것은 항시적이고도 확고한 안전의 보장 자체가 국가를 설립하고 그에 일정한 권력을 부여하는 우리 국민들의 의지이며 이 과정에서 평화적 생존이란 헌법이 존재하는 최우선적인 목표이자 목적이라는 점을 밝히고 있는 것이다. 대체로 평화적 생존권을 기본권중 가장 중요한 기본권이나 우선적 기본권의 지위를 가지는 것으로 자리매김할 수 있는 것도 바로 이런 맥락에서이다.

이러한 평화적 생존권은 두 가지의 측면을 가진다. 먼저 그것은 외부로부터 오는 생명과 인신에 대한 위협 즉 무력충돌이나 살상 등의 외부적 폭력으로부터 자유로울 수 있는 권리를 의미한다. 동시에 그것은 각 개인이 스스로 가해자가 되어 다른 사람의 평화를 위협하거나 침해함으로써 그 자신의 인간성과 존엄성을 상실하게 되지 아니할 권리를 의미하기도 한다.

물론 이러한 평화적 생존권은 그 실질은 개인의 권리라기보다는 집단의 권리 혹은 공동체의 권리(보다 정확히는 인민people의 권리)로서 일종의 연대권의 한 형태로 보아야 할 것이나, 그것이 개인의 생활과 연관되어질 때는 개인의 권리로 보아야 한다. 즉, 전쟁이나 집단적·구조적 폭력, 생활환경파괴 등 평화에 대한 위협이 구체화·개별화되는 정도에 따라 환언하자면 개인적 평화에 대한 위협이 구체화됨에 따라 그 평화적 생존권은 집단의 권리가자 동시에 폭력의 위협에 직면하게 되는 개



인의 권리로서의 성격을 가지게 된다. 이는 우리 헌법상의 행복추구권의 범리로부터도 얼마든지 설명될 수 있는 것이기도 하지만, 동시에 기본권에 대한 국가의무를 존중(respect), 보호(protect) 및 충족(fulfil)의무로 구분하는 경우 어떠한 이유에서든 국민의 기본적 권리가 침해되거나 그 위협에 처하게 되는 경우 그것으로부터 개인을 보호하여야 할 국가의 보호의무로부터도 도출되는 것이기도 하다.

#### (나) 전략적 유연성: 평화적 생존권의 침해

하지만 이 사건 공동성명은 국민의 의사와는 관계없이 우리 국민의 삶을 동북아시아의 긴장상태로 편입하는 위협을 야기하게 된다는 점에서 이러한 국민의 기본권으로서의 평화적 생존권을 침해하고 있다.

이는 전술한 바와 같이 주한미군이 기동군으로서 성격을 가지게 되면서 그 군사력이 전세계 각처의 분쟁지역 특히 동북아시아지역의 분쟁지역으로 전출될 수 있는 여지를 마련함으로써 주한미군이 국제분쟁에 개입하는 순간 곧장 대한민국이 자동적으로 전쟁당사국으로 되게 만든다. 뿐만 아니라, 그 당연한 결과로서 교전당사국은 대한민국을 자동적으로 적대국가로 규정하게 한다. 이는 우리나라의 안보나 주권과는 직접 관계없는 국제분쟁 특히 미국에 의하여 수행되는 미국의 전쟁이 처리되는 과정에서 모든 국민의 삶을 전쟁의 긴장과 외부적 폭력의 위협에 빠뜨리는 결과를 야기하며, 극단적인 경우에는 그 국가의 무력적 공격의 대상이 될 수도 있는 위협을 야기하게 된다는 점에서 그러하다.

실제 이 부분에서 이러한 위협의 야기가능성이 우리 국민의 주체적 결정에 달려 있다면 그나마 어느 정도의 정당화의 가능성이 있다는 자위도 가능할 것이다. 그러나 이 사건 공동성명은 미국에 주한미군의 운용에 관한 거의 전적인 결정권을 부여하고 있다. 이에 한국민의 평화적 생존권은 단지 “한국이 한국민의 의지와 관계없이 동북아 지역 분쟁에 개입되는 일이 없을 것이라는 한국의 입장을 존중한다”는 형식적 보장 하나만에 모든 것을 맡겨야 하는 반주권적 처지로 전락시키고 있는 실정이다.

뿐만 아니라 이러한 위협은 명백하고도 현재적인 위협에 해당한다. 이라크전쟁에서나 또는 이란사태 등 국제분쟁은 항존하며 동북아시아의 경우에도 중국-대만간의 양안분쟁은 언제나 발생가능한 위협요소로 남아 있다. 그리고 세계경찰을 자처하면서 동시에 동북아시아권역에서는 중국의 세력확장을 견제하고자 하는 미국의 전략체계는 이러한 위협이나 분쟁과정에 언제든지 개입할 개연성을 예정하고 있다. 실제 주한미군에 전략적 유연성을 부여하고자 하는 ‘최대의 목적도 바로 이렇게 동북

아시아에서의 분쟁발생가능성을 예정하고 그에 대한 즉각적이고 탄력적인 군사개입의 가능성을 확보해 두기 위한 것이라는 점을 감안한다면 상술한 위협-평화적 생존권의 침해가능성-은 예외적인 것이라기보다는 오히려 항시적이고 일반적인 것이라 하지 않을 수 없다.

더불어 이러한 주한미군의 지위변화는 그 ‘적대’국가인 중국으로 하여금 주한미군 자체를 ‘적대시’하게 만들며 이러한 주한미군의 주둔을 보장하고 그 활동을 양허하고 있는 대한민국까지도 ‘적대시’하게 만들 가능성도 형성하게 된다. 실제 이 부분의 위협은 공론화되지 못한 상태라 그 명백성은 (적어도 우리의 수준에서는) 미약하지만 최소한 현재성의 요건은 충족시킨다. 즉, 중국으로 하여금 우리나라에 주둔하고 있는 주한미군기지를 그 방어전략·전술 혹은 공격전략·전술의 한 타겟으로 규정하고 그에 상응하는 군사작전·계획을 수립하게 할 수도 있는 것이다. 그리고 이러한 작전·계획의 수립 그 자체만으로도 우리나라의 안보환경은 급격히 변화할 뿐 아니라, 그로부터 국민의 평화적 생존권은 무단히 침해될 가능성이 농후하게 되는 것이다.

요컨대 이 사건 공동성명은 대한민국을 미국의 군사력이 전세계적인 전략을 수행함에 필요한 전초기지로서 규정하고 나아가 대한민국이 언제든지 미국의 의지여하에 따라 전쟁 혹은 국제분쟁의 소용돌이에 휘말리게 할 명백하고도 현재적인 위협을 야기함으로써 헌법 제10조에 의하여 국민들이 가지는 행복추구권 및 그 핵심요수로서의 평화적 생존권을 침해하여 위헌이라 할 것이다.

## 4. 합의행위와 헌법 제130조의 국민투표권의 침해

### (가) 주한미군의 지위변화와 헌법 제5조의 위반여부

우리 헌법은 전문에서 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함을 선언하고 있고 제5조 제1항에서는 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다”고 함으로써 국제평화를 향한 헌법적 의지를 명문으로 선언하고 있다. 그리고 이 헌법규정에 의하여 대한민국은 대한민국의 영토를 방어하기 위한 자위전쟁과 국제연합헌장에 따라 허용되는 집단적 자위전쟁만을 수행할 수 있을 뿐이며, 이를 제외한 모든 전쟁은 침략전쟁으로서 헌법상 결코 허용될 수 없다고 보아야 할 것이다. 실제 주한미군이 대한민국의 영토에 주둔할 수 있음도 그 존재의 목적이 ‘북한의 침략’ 등 한반도의 평화와 안전의 방어를 위하여 놓여져 있기 때문이며 이러한 한도내



에서 그 주둔의 근거가 되고 있는 한미상호방위조약은 합헌이라 할 것이다.

그러나 이 사건 합의행위는 주한미군에 대하여 방어적 성격을 넘어 동북아시아 지역에서 기동군 역할 등 개입군으로서 활동할 수 있는 근거를 제공하고 있어 우리 헌법이 예정하고 있는 침략전쟁부인의 규범을 정면에서 위반하고 있다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 이 사건 행위로 인하여 주한미군에 전략적 유연성을 부여할 경우 대한민국과 무관한 국제분쟁에 주한미군에 소속된 병력이 투입될 수 있는 여지가 발생하게 된다. 특히 그 분쟁이 중국과 대만과 같이 동북아시아지역에서 발생할 경우 주한미군은 이 전략적 유연성에 따라 얼마든지 그 분쟁에 개입할 수 있게 되며 미국은 주한미군의 군사력을 이용하여 그 일방당사국을 적국으로 하여 전쟁을 수행하게 된다. 이 때 대한민국의 영토내에 소재하는 주한미군기지는 이 전쟁의 전초기지로서의 역할과 기능을 수행하게 되며 이 점에서 그 군사기지를 제공하고 있는 대한민국은 국제법상 자동적으로 전쟁당사국이 되어 버리고 마는 결과가 야기된다.

요컨대 대한민국은 대한민국의 영토보전이나 국가안전보장과 무관한 분쟁에 무력으로 개입하는 전쟁당사국이 되며, 이러한 전쟁에 대하여 국제연합 등에서 집단적 자위전쟁으로 인정하지 않는 한 그것은 헌법 제5조 제1항이 명문으로 금하고 있는 침략전쟁을 수행하는 결과가 야기되는 것이다.

물론 이에 대하여 이 사건 공동성명은 “미국은 한국이 한국민의 의지와 관계없이 동북아 지역 분쟁에 개입되는 일이 없을 것이라는 한국의 입장을 존중한다.”고 하고 있고 이를 두고 현 정부에서는 이 조항이 마치 대한민국이 자신의 의지와 무관하게 국제분쟁에 개입하게 되는 경우는 없도록 한 일종의 봉쇄조항인 것처럼 설명하고 있다. 하지만, 그럼에도 불구하고 이 사건 공동성명에서는 이러한 전쟁개입을 사전에 대한민국 국민이 동의하거나 양해할 수 있는 여지나 그 절차에 관한 규정을 마련하고 있지 않을 뿐 아니라, 그 문언조차도 대한민국 국민이 적극적으로 반대하지 않는 한 주한미군이 국제분쟁에 개입할 수 있도록 하고 이로써 대한민국이 국제분쟁의 한 당사국으로 개입하게 만들고 있다. 그 대표적인 예가 영문의 성명문인 바, “against the will of the Korean people.”라는 표현은 바로 이러한 우려를 재확인시키고 있다. 여기서 “against”라 함은 ‘적극적인 반대가 없는 한’이라는 소극적 의미로 이해되어야 하기 때문이다.

실제 이 사건 공동성명이 가지는 문제는 바로 이 부분에 있다 할 것이다. 그것은 첫째, 주한미군에 대하여 전략적 유연성을 인정하는 한편 주한미군이 국제분쟁에 개입함에 대한 어떠한 사전적 통제장치도 마련하지 않음으로써 국민의 의사 여하와

는 관계없이 미국의 결정만으로 대한민국이 자동적으로 그 국제분쟁의 당사국으로 규정되도록 하고 있다.(이 점에서 이 사건 행위는 국민주권의 원칙을 선언하고 있는 헌법 제1조의 규정에도 반한다)

(2) 이 사건 공동성명은 그 합의의 주체를 밝힐 때에는 “한국” 또는 “ROK”이라는 명칭을 사용하는 반면, “미국은 한국이 한국민의 의지와 관계없이 동북아 지역 분쟁에 개입되는 일이 없을 것”이라고 하여 지역분쟁에의 개입에 대한 소극적 거부권을 밝히는 부분에서는 “한국” 또는 “ROK”가 아니라 “한국민” 혹은 “the Korean people”이라는 용어를 사용하고 있다. 이는 한편으로는 한국민의 의미를 애매모호하게 하고 따라서 다른 한편으로는 지역분쟁에 개입하지 않겠다는 “한국민”의 의사를 어떻게 확인할 것인지와 관련한 해석의 문제를 야기할 수도 있는 상태를 만들어 놓고 있다. 즉, 이 부분에서 “한국민의 의사”를 정하는 것은 정부인가 아니면 국회의 의결을 구하여야 하는가 아니면 국민투표를 하여야 할 것인가 등등에 관하여 심한 논쟁의 여지를 남기고 있는 것이다.

뿐만 아니라 가장 심한 문제점 중의 하나는 이 “한국민의 의지와 관계없이”라는 조항 자체가 위헌이라는 점이다. 전술하였듯이 우리 헌법 제5조 제1항은 침략전쟁을 부인하고 있다. 이는 사실상 “한국민이 원하든 원치 아니하든” 그 전쟁이 침략전쟁인 한에서는 헌법적으로, 그러한 전쟁을 수행할 수 없음을 선언한 것이다. 즉, 헌법 제5조 제1항에서 허용되는 자위전쟁이 아닌 한, 특히 미국이 자국의 이익을 위하여 자국의 영토 이외에서 주한미군을 동원, 전쟁을 수행함으로써 대한민국이 자동적으로 그 전쟁의 당사국으로 개입하게 만드는 것은 이 사건 공동성명에서 말하는 “한국민의 의지”와는 전혀 관계없이 처음부터 우리 헌법에 의하여 금지되고 있는 것이다. 환언하자면 이 사건 공동성명처럼 한국인이 원하거나 혹은 적극적으로 반대하지 않는다고 하더라도 대한민국 정부는 침략전쟁으로 나아갈 수 없으며, 만일 그러한 전쟁을 하기를 원한다면 이 사건 공동성명에 의하여 별도로 “한국민의 의지”를 확인할 것이 아니라, 헌법 제5조 제1항을 먼저 개정하는 절차를 밟고-이 순간 한국민의 의지가 확인된다- 그 연후에 전쟁으로 나아가야 한다는 것이다.

이렇게 본다면 이 사건 행위는 침략전쟁을 부인하고 있는 헌법 제5조 제1항의 규정에도 불구하고 대한민국으로 하여금 미국이 수행하는 전쟁으로 자위전쟁이 아닌 전쟁 즉 침략전쟁에까지 개입하게 만들 여지를 충분히 담고 있는 것이라 할 것이다. 즉, 헌법 제5조 제1항에 반하는 위헌적 행위가 되는 것이다.



## (나) 이 사건 행위의 실질적 헌법변경 효과

이상에서 살펴본바와 같이 이 사건 행위는 헌법 제5조 제1항의 침략전쟁의 부인 조항에 위반되는 결과를 야기하는 것으로 당연히 위헌 무효가 되어야 한다. 하지만, 현행의 헌법제도에 의하면 이러한 위헌적 국가행위를 직접 교정할 수 있는 방법은 전혀 없다. 가장 근접한 지위에 있는 헌법소원심판제도라 하더라도 기본권침해의 현재성, 직접성의 요건을 충족시켜야만 청구인적격이 부여되며 따라서 이러한 일반적 효과를 야기하는 이 사건 행위와 같은 경우에는 그 자체 적절한 구제수단이 되지 못하는 것이 우리 법제의 현실이기도 하다.

그런데 이렇게 위헌적인 국가행위가 적절한 구제수단이 없다는 이유로 그대로 방치된다면 그것은 실질적으로는 헌법조항을 변경하는 것이 상당한 결과를 야기하게 된다. 즉, 침략전쟁을 부인하는 헌법명령의 존재에도 불구하고 침략전쟁을 허용하는 국가행위가 발생하고 이를 적절히 교정하지 못하는 현실은 결국 사실상의 헌법침해를 야기하게 되며 이러한 사실이 지속됨으로써 「기성사실(*fait accompli*)의 법리」에 의하여 그 자체가 명문의 헌법조항을 대체하는 효과를 야기하게 된다. 즉 그것은 헌법의 선례가 되어 일종의 “관습헌법”으로 고착됨으로써 현행헌법 제5조 제1항을 실질적으로 대체하게 된다. 요컨대, 헌법개정 절차에 의함이 없이 실질적인 헌법 개정이 이루어진다는 것이다.

실제 이러한 법리는 헌법재판소가 이미 행정수도이전과 관련하여 관습헌법의 개정에 대한 국민투표권의 문제로 판단한 바가 있다. 즉 헌법재판소는 현재 2004.10.21. 선고 2004헌마554등 결정에서 다음과 같이 선언한 바 있다.

이 사건 법률은 헌법개정사항인 수도의 이전을 위와 같은 헌법개정절차를 밟지 아니하고 단지 단순법률의 형태로 실현시킨 것으로서 결국 헌법 제130조에 따라 헌법개정에 있어서 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권의 행사를 배제한 것이므로 동 권리를 침해하고 있다.(판례집 16-2,1,50-51)

환언하자면, 헌법재판소는 “당해 법률이 반드시 헌법에 의하여 규율되고 개정되어야 할 사항을 단순법률의 형태로 규정하고자 한 경우에는 이는 국민이 주권자로서 헌법의 제·개정에 관하여 가지는 권한을 직접적으로 침해하는 것이 된다.”고 하고 있는 바, 이 사건의 경우에는 그 행위형식이 법률이 아니라 피청구인들의 이 사건 행위인 “합의”의 방식을 취하고 있다는 점만 다를 뿐 그것이 실질적으로 헌법을 개정함에 이룸에 있어서는 다를 바 없다 할 것이다.

원칙론적인 면에서만 보자면, 주한미군의 지위와 역할을 변환함으로써 자위전쟁

이 아닌 기타의 전쟁에 대하여도 대한민국이 개입하게 되는 결과를 유효하게 야기할 수 있도록 하기 위해서는 헌법 제5조 제1항의 개정이 반드시 필요하다. 뿐만 아니라, 더 나아가 그 침략적 전쟁에의 개입여부를 결정하는 실질적인 권력 자체를 미국의 의사에 맡기고 대한민국은 사후적으로 통제하는 방식을 취할 것인지 아니면, 사전적으로 대한민국의 자율적 의사에 의하여 결정할 수 있도록 할 것인지는 주권에 관한 사항으로 반드시 헌법에 의하여 결정되어야 할 것이기도 하다.

그렇다면 이러한 헌법개정의 절차를 거치지 아니하고 실질적인 침략전쟁의 가능성을 허용하는 한편 그 전쟁에의 개입여부를 결정하는 이니셔티브조차 미국의 전략적 판단에 위임하는 것을 내용으로 한 이 사건 합의행위는 헌법개정사항을 헌법보다 하위의 행위에 의하여 개정하는 것이 되며 따라서 “헌법 제130조에 따라 헌법개정에 있어서 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권의 행사를 배제한 것이므로 동 권리를 침해하고 있다” 할 것이다.

## (다) 헌법개정절차에서의 국민투표권 침해여부의 판단기준

그러나 이상의 서술과 같이 헌법에 위반되는 국가행위가 존재한다고 해서 그것을 헌법개정의 효과를 야기하는 것으로 보고 이에 대하여 헌법 제130조에 따른 국민투표권을 침해한 것으로 판단하는 것은 특단의 사정이 없는 한, 모든 헌법침해행위에 대하여 적용될 가능성을 열어두는 것인 만큼 자칫 추상적 규범통제의 제도를 도입하는 셈이 되어 버릴 수 있다. 이에 가능하다면 이러한 국민투표권의 법리를 적용할 수 있는 범위와 기준을 명확히 함으로써 구체적 규범통제의 방식을 예정하고 있는 우리 헌법재판체도의 기본적 틀을 유지할 필요는 있다 할 것이다. 이에 국가의 어떠한 헌법위반행위가 헌법 제130조상의 국민투표권을 침해한 것으로 되기 위하여는 다음과 같은 기준에 의한 심사를 통과하여야 할 것이라 생각된다.

첫째, 국가의 행위가 헌법사항을 다루고 있어야 한다. 국가의 존립이나 구성에 관한 기본적 사항 및 그 구성원리, 국민과 국가의 관계에 관한 기본적 사항들, 국가의 조직과 국가기관의 설치·운영 및 그 상호관계에 관한 기본사항 등 헌법사항에 관하여 국가가 입법이나 집행 등의 행위로 나아갈 필요가 있다.

둘째, 이러한 국가행위가 기존의 헌법규정을 중대하게 위반하여 그 정도가 기존의 헌법규정을 개폐할 정도에 이르러야 한다. 즉, 위헌적인 국가행위로 인하여 헌법 규정 자체가 실질적으로 개정되었다고 판단할 수 있을 정도에 이르러야 한다는 것이다. 이를 위해서는 우선 위헌적인 국가행위가 일시적이거나 잠정적인 것이어서는



아니되며 향후 계속하여 반복적으로 그러한 국가행위가 발생하거나 혹은 향후 계속하여 그 국가행위의 효과가 지속될 것으로 예상할 수 있을 때, 그리고 이러한 예상은 명백하여 사회 평균인의 관점에서 기존의 헌법규정보다는 이 국가행위가 실질적인 헌법으로 기능할 것이라는 인식이 가능하여야 한다.

셋째, 이러한 위헌적 국가행위에 대하여 달리 구제할 방법이 없어야 할 것이다. 만일 그 국가행위 자체에 대하여 헌법소원심판이나 위헌법률심판과 같은 구제절차를 개시할 수 있다면 그 방법에 의하여 구제 혹은 교정되도록 하는 것이 바람직할 것이다.

넷째, 이러한 위헌적 국가행위를 방치함으로써 발생하는 헌법적 가치 혹은 법익의 침해가 국가 전체의 입장에서 바라보았을 때 중대한 것이어야 한다. 즉, 우리 헌정질서라 참을 수 없을 정도로 중대한 헌법위반이어서 그것을 계속하여 방치할 경우 헌법의 틀이 훼손되거나 혹은 헌법질서의 교란이 야기될 수 있을 정도에 이르거나 그것이 예측가능하여야 한다.

이런 관점에서 본다면 이 사건 행위는 위의 네 가지의 요건을 모두 충족하고도 남음이 있을 정도이다.

첫째, 주한미군의 지위변화는 국제평화주의 및 침략전쟁을 부인하고 있는 우리 헌법의 정신을 훼손하고 있을 뿐 아니라 전쟁과 같은 주권적 행위에 대한 결정권마저도 우리 대한민국이 장악하는 것이 아니라 미국의 의사에 달려 있다는 점에서 그것은 헌법사항을 다루고 있는 것인 동시에 기존의 헌법조항을 실질적으로 위반, 변경하고 있는 것이다.

둘째, 이 사건 행위는 주한미군의 지위와 기능, 역할에 관한 대한민국과 미국간의 합의를 형성하는 행위로서 그것은 향후 별도의 조치가 이루어지기까지 무한한 세월 동안 우리 정부와 국가의 의사를 구속하는 것이 된다. 즉, 이 사건 합의행위로 인하여 실질적으로 기존의 헌법 제5조 제1항은 무의미해지며 오히려 이 사건 공동성명에서 거론한 합의가 이 헌법조항을 대체하여 국가의사를 지배하게 될 것이다. 그리고 이러한 인식은 누가 보아도 명백한 것으로 어떠한 이튼의 여지가 없는 것이기도 한다.

셋째, 이 사건 합의행위에 대한 불복의 방법은 우리 헌법체제내에서는 존재하지 않는다. 따라서 보충성을 의미하는 이 세 번째의 요건은 충족되었다고 할 수 있으며,

넷째, 법익침해의 중대성의 요건 또한 명약관화한다. 이 사건 행위는 대한민국의

주권을 현저하게 제약하는 것이자 동시에 동북아시아를 중심으로 하는 지역분쟁에 대한민국을 자동적으로 개입시킴으로써 대한민국의 평화와 안정은 물론 그 국가안보에 대하여도 심각한 침해를 야기할 가능성이 너무도 명백하게 존재한다.

#### (라) 소결

이에 이 사건 합의행위는 헌법 제130조에 따라 헌법개정에 있어서 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권의 행사를 배제함으로써 동 권리를 침해하여 위헌 무효라 할 것이다.

### 5. 이 사건 행위와 헌법 제72조의 국민투표권의 침해

#### (가) 헌법 제72조의 의의와 내용

헌법 제72조는 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”고 하여 국가의 안위에 관한 중요정책은 국민투표의 대상이 됨을 규정하고 있다. 하지만 이 사건 행위는 국가의 안위에 관한 중요사항을 결정하고 있음에도 불구하고 헌법 제72조에 의한 국민투표를 실시하지 않음으로써 국민들의 국민투표권을 침해하고 있다.

헌법 제72조에서 말하는 국가안위란 “국가의 존립과 관련되는 개념”으로서 국가의 존재와 폐지 그 자체만이 아니라 존재와 폐지에 관련되는 것을 포함하여 국가존재 그 자체를 좌우하는 것은 물론 국가존재의 의미에 영향을 미치는 것을 포함하여 (헌재 2004.10.21. 선고 2004헌마554등 김영일 재판관의 소수의견) 국가의 성격이나 운명, 국가영역의 변경 등도 이 개념범주에 포함된다고 보아야 할 것이다.

또한 “중요정책”이라 함은 국가안위에 관한 정책 중 실질적·객관적으로 중대한 사항을 결정하는 정책만을 의미하는 것이 아니라, 비록 그 정도에 이르지 아니하더라도 국민들이 그 정책의 결정에 대하여 상당한 이해·관심을 가지고 있어 국민적인 의견의 수렴이 필요하거나 혹은 국회 등 대의체제에 의한 국민대표기관의 의사결정과정만으로는 국민적 합의를 이룸에 미흡하다고 판단될 만큼 가치 있는 국가정책이라면 이 “중요정책”에 해당한다고 보아야 할 것이다.

여기서 대의제 민주주의를 근간으로 하는 우리 헌법이 이러한 국민투표제를 두어 대통령이 국민의 의사를 직접 확인할 수 있도록 한 것은 대의제가 가지는 의사결정



체계의 한계를 보완하면서 보다 다양한 방법으로 국민적 의사를 수렴하고 이를 바탕으로 국민적 합의를 도출하여 그에 따라 모든 국민의 합일된 의사를 바탕으로 국가안위에 관한 정책을 추진하도록 하기 위함이다. 그리고 이러한 과정을 거침으로써 그 정책은 국민적·민주적 정당성을 획득하고 그 정당한 만큼 그 집행의 실효성과 효율성을 확보해 낼 수 있다고 보았기 때문일 것이다.

#### (나) 이 사건 행위에 대한 대통령의 국민투표 부의 의무의 존재여부

##### (1) 이 사건 행위가 국가안위에 관한 중요정책인지의 여부

앞서 살펴 보았듯이 이 사건 합의행위는 헌법 제72조가 정한 “국가안위에 관한 중요정책”의 전형적인 예를 이룬다. 그것은 주한미군의 전략적 유연성에 대한 양해를 바탕으로 하고 있는 만큼, 전세계 특히 동북아시아에서 어떠한 지역적 분쟁이 발생하고 이에 대하여 미국이 주한미군을 투입하기로 결정하는 순간 대한민국은 자동적으로 전쟁당사국으로 규정될 수밖에 없으며 이 과정에서 국가안위는 현저하게 영향을 받게 될 것임은 더 이상의 설명을 요하지 않을 것이다. 뿐만 아니라 이러한 주한미군의 지위 및 역할변화에 관한 사항은 주한미군이 수행하고 있던 기존의 방어적 전쟁억지력에도 심각한 영향을 미치게 되어 국가안보의 측면에서도 적지 않은 변화를 가져 오게 될 것이다.

여기에서 이러한 주한미군의 지위 및 역할의 변화에 대하여는 아직 우리 사회에서 합치된 의사가 존재하지 않을 뿐더러 오히려 극심한 의견의 대립으로 시민사회가 양분될 지경에까지 이르고 있다. 이에 이 사건 합의행위는 그 내용이 야기하는 실질적 중대성에 더하여, 일반국민의 합일된 의사의 결집이 특히 필요하며, 그를 위하여는 기존의 대의제도가 그리 효율적이지 못 하였다는 지금까지의 정치적 경험과 세간의 인식까지 반영한다면 그 무엇보다도 헌법 제72조의 국민투표에 의하여 국민적 의사를 재확인할 필요가 절실한 중요정책에 해당한다 할 것이다.

##### (2) 대통령의 국민투표부의행위가 재량행위인지 여부

이렇게 볼 때 이 사건 합의행위에 담긴 주한미군의 전략적 유연성 양해조항은 헌법 제72조가 정한 '외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책'에 해당하여 국민투표의 대상이 된다고 할 것이다. 그러나 문제는 이러한 행위에 대하여 대통령이 국민투표에 부의할 수 있도록 한 것이 대통령에게 그에 관한 무제한한 재량권을 부여한 것인지 아니면 경우에 따라서는 그러한 국민투표 부의가 필수적으로 요구되는 것인지에 달려 있다.

실제 “대통령이 필요하다고 인정하는 때에”라고 한 우리 헌법 제72조의 문언만으로 판단할 때에는 대통령의 국민투표 부의행위는 순수하게 대통령의 재량적 판단에 달려 있다고 해석할 여지가 있다. 더구나 그것이 정치적 고려가 선행되는 정책문제라는 점에서 이런 판단은 크게 잘못된 것이라 보여지지 않는다.

하지만, 아무리 재량행위라 하더라도 그에는 상당한 한계가 존재하기 마련이어서 외적으로는 법이 허용한 재량권의 범위를 한계로 하여 행사되어야 하며, 또한 내적으로는 법이 재량권을 부여한 목적에 적합하여야 하며 헌법원칙과 법의 일반원칙을 준수하여야 한다. 만일 이러한 한계를 넘어서면 그것은 재량권의 남용 내지는 일탈에 해당하여 위법한 것이 되고 만다는 것은 행정법상의 기본원칙이자 동시에 모든 공권력작용에 작용하는 기본법리이기도 하다.

뿐만 아니라 대통령의 국민투표부의권은 대의제의 한계를 보완하면서 국민주권의 원리 및 민주적 기본질서의 요청을 보다 구체적으로 실시하기 위하여 도입한 일종의 직접민주제적 제도라 할 것이다. 물론 이러한 제도를 규정함에 있어 우리 헌법은 국민투표가 과도하게 실시되어 국민간의 갈등과 대립이 심화되거나 혹은 국민투표의 대상이 되는 정책이 경중의 가림이 없이 무차별적으로 국민투표에 부의되거나 혹은 국민투표가 그때 그때의 정치적 목적을 위하여 정파적 이해에 봉사하기 위한 방식으로 사용되는 것을 방지하기 위하여 그것을 국민의 구체적 권리의 형태로 규정하지 아니하고 대통령의 권한으로서, 그것도 자유재량의 형태로 규정하고 있음은 부인할 수 없다.

그러나 그럼에도 불구하고 국민투표부의권은 전체국민의 이익에 봉사하여야 하는 대통령에 있어서는 스스로 자의적 판단에 의하여 부의여부를 결정할 수 있는 일종의 권리가 아니라, 국민전체의 이익을 위하여 경우에 따라서는 그 행사가 의무화되기도 하는 일종의 대통령의 의무화된 권한에 해당한다는 점에 주목할 필요가 있다. 즉, 비록 자유재량의 형식으로 규정되어 있기는 하지만, 그 정책의 실시로 인하여 혹은 그 정책의 실시여부와 관련하여 국가 전체의 이익에 대한 실질적 위협이 존재하거나 혹은 발생의 개연성이 존재할수록, 그리고 그 위협의 중대성이 클수록 이 재량권은 축소되어 어떠한 순간에는 반드시 국민투표를 실시하는 것이 대통령의 직무에 충실한 것이 되며 만약 실시하지 않는다면 그 자체가 위법으로 되기도 하는 것이라 이해되어야 한다. 그렇지 않다면 이러한 국민투표부의권은 대통령에 대한 신임투표 회부권으로 변질될 가능성이 농후하며 결국에는 대통령이 의회의 견제를 우회하여 자신의 뜻에 부합하는 정책을 국민투표의 방식으로 정당화할 가능성이 열려 있게 될 것이다.(실제 위 김영일 재판관의 소수의견을 비롯한 헌법재판소의 결정들에서 이 제도를 우리 헌법상 통치구조의 제도적 근간을 규정한 조문이라고 이해



하고 있음은 바로 이 때문이기도 하다)

### · (3) 소 결

이렇게 본다면 이 사건 행위는 의당히 국민투표의 대상이 되어야 하며 대통령은 이 사건 행위와 관련하여 국민적인 합의를 도출하기 위하여 국민투표 부의권을 행사하여야 할 의무가 있다 할 것이다.

실제 이 사건 행위는 전술한 것처럼 주한미군의 전략적 유연성 양해로 인하여 국민의 사전적 동의여부와는 관계없이 대한민국으로 하여금 전쟁상태 혹은 전쟁당사국의 지위에 빠지게 만든다. 즉 국가의 안위나 안보, 나아가 국민의 평화적 생존에 치명적인 위협을 야기하는 결과를 야기할 수도 있는 것이 이 사건 행위인 것이다. 그리고 북한핵문제나 위조지폐의 문제, 중국과 대만간의 긴장 등 동북아시아지역에 관한 한 그 위협은 예측할 수 없는 상태에 있다.

요컨대 현재의 국제정세 및 미국의 세계전략, 그리고 동북아시아에서의 긴장의 정도 등을 감안할 때 이 사건 행위로 인하여 발생하게 될 위협의 정도와 긴박성은 대통령이 가지는 자유재량권을 기속행위로 축소시킴에 충분할 정도로 무르익었다고 할 것이다. 즉, 적어도 이 사건 행위에 관한 한 대통령의 국민투표부의권은 자유재량행위가 아니라 기속행위로서 반드시 그 행사가 의무지워진 것이라고 보아야 할 것이다.

#### (다) 이 사건 행위에 대한 국민의 국민투표권의 성립여부

##### (1) 헌법 제72조의 국민투표제도의 기본권적 의미

일반적으로 대의제 민주주의에서 국민들은 그 대의기관인 국회를 통하여 자신의 의사를 국정에 반영하게 된다. 그러나 국민의 의사가 상향식으로 수렴되는 과정을 오로지 이러한 대의제 민주주의의 틀에만 맞추고 그 실질적인 참여의 가능성을 감안하지 않는 것은 국민주권주의의 실질화 요청에도 반하는 것이 되고 만다.(헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 49) 헌법 제72조에서 규정되어 있는 국민투표제도는 이러한 대의제의 결함을 보완하고 국민주권의 원리를 보다 실질화하기 위한 우리 헌법상의 장치라고 보아야 할 것이며 이 점에서 헌법 제72조는 참정권을 규정하고 있는 헌법 제24조 및 국민주권을 선언하고 있는 헌법 제1조 등과 결합하여 국민에게 국가안위에 관한 중요정책에 대한 국민투표권을 부여하고 있다고 보아야 할 것이다.

물론 이러한 국민투표권은 보통의 경우 추상적 권리로만 존재하다가 대통령이 어

떤 국가정책을 국민투표에 부의하게 됨으로써 비로소 구체화되는 것이라고 보아야 할 것이다. 하지만, 앞서 살펴 본 바와 같이 대통령이 국민투표에 부의할 것이 의무지워져 있음에도 불구하고 대통령이 이를 해태할 경우 즉, 국민들이 가지는 국민투표권이 전체적으로 부인되고 있는 경우에는 대통령에 대하여 국민투표를 부의할 것을 청구하는 청구권으로서 구체화될 수 있는 권리라고 이해함이 우리 헌법의 전체 구조에 부합하는 해석일 것이다. 즉, 이 국민투표권은 추상적 권리로써 정지조건부의 기본권이 되어 있음이 통상의 상태일 것이나, 어떠한 국가적 위협이 고조되어 대통령의 재량범위가 축소될 경우 이 국민투표권은 대통령에 대한 국민투표 요구권으로 변형되어 구체적으로 행사할 수 있는 권리가 된다고 이해함이 타당하다는 것이다.

##### (2) 이 사건 행위의 국민투표권 침해여부

헌법 제72조에서 파생되는 기본권으로서의 국민투표권을 이렇게 해석한다면 당연히 이 사건 행위에 대하여는 대통령은 국민투표에 부의하여야 할 의무를 지게 되며, 그 대응적 권리로써 국민들은 국민투표 요구권을 가진다고 보아야 할 것이다.

하지만, 이렇게 형성되는 국민투표 요구권을 행사하기 위한 그 어떠한 절차도 우리 법제에서 형성된 바가 없다는 것이 우리 법제의 한계이기도 한다. 즉, 의무이행소송 내지는 의무이행심판의 가능성이 그리 열려 있지 못한 우리 법제의 특성상 단순히 국민투표요구권이 있음을 확인하는 것만으로는 국민의 국민투표권을 현실화하고 이를 통하여 국민주권의 원리를 실질적으로 실천할 수 없다는 한계에 부딪히게 되는 것이다.

그러나 여기서 주목하여야 할 것은 이 국민투표 요구권은 국민투표권을 실질화하기 위한 보조적 권리로써의 성격을 가진다는 점이다. 즉, 대통령이 재량권의 축소로 인하여 발생하는 국민투표부의의무를 해태하는 즉시 국민들에게는 국민투표요구권이 발생하며 그럼에도 불구하고 여전히 대통령이 그 국민투표 요구권을 충족시키지 아니하는 경우에는 궁극적으로 국민투표권을 침해하는 결과를 야기하게 되는 것이다.

따라서 순수한 법리상으로는 국민은 이 사건 행위에 대하여 대통령에게 국민투표 요구권을 행사하고 귀 헌법재판소는 국민투표를 실시하라는 취지의 의무이행결정을 내리는 것이 타당하나 현재의 우리 법제상으로는 이러한 심판의 과정이 그리 유효하지 않은 것이 사실인 만큼 그에 의하기는 힘들다 할 것이다. 그래서 헌법재판소는 보조적인 권리에 불과한 국민투표 요구권의 문제를 다루기보다는 오히려 대통령의 부작위에 의하여 추상적 권리로써의 국민투표권이 구체적 권리로 전환되지 못하



고 따라서 국민들은 그 부전환에 따른 기본권침해를 당하게 되는 것으로 보아 그 부작위에 대한 위헌선언을 함이 타당할 것이라 판단된다.

(라) 결론

결론적으로 이 사건 행위는 국가안위에 관한 중요정책을 다루고 있으며 그로 인하여 국가안위 및 국민의 안전이 즉각적으로 위협에 처하게 된 만큼 대통령은 이 사건 행위를 헌법 제72조의 규정에 의한 국민투표에 부의할 의무가 있다 할 것이나, 그럼에도 불구하고 대통령은 그 국민투표 부의의무를 이행하지 않음으로써 청구인의 국민투표권을 침해하고 있다 할 것이며 이 점에서 이 사건 행위는 위헌이라 할 것이다.

6. 헌법 제37조 제1항의 납세자로서의 권리 및 재산권 침해

(가) 의미

헌법 제38조에 의하면 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 지게 되어 있다. 하지만, 이러한 헌법조항의 규정방식이 의무를 부과하는 형식으로 되어 있다고 해서 모든 국민은 국가에 대하여 그 재정부담의 의무만을 질 뿐 그로 인하여 형성되는 국가재정의 운영이나 관리에 어떠한 헌법적 권리도 인정될 수 없음을 의미하는 것은 결코 아니라 할 것이다.

실제 조세는 국가운영의 근간을 이루면서 국가정책형성과 그 집행을 위한 물적 토대를 형성한다는 점에서 그에 대한 국민적 참여와 감시·견제는 국가작용의 민주화라는 점에서뿐 아니라 과도한 재정지출로부터 국민의 재산권을 지켜내는 주요한 장치가 된다는 점에서 우리 헌법체계에서는 기본적으로 보장되어야 하는 것이기도 한다. 즉, 납세의무자인 국민들이 자신에게 부과되는 세금이 적절한 것이며 이로부터 형성되는 국가재정의 규모나 그 집행의 과정이 제대로 이루어지며 자신이 낸 세금이 적재적소에서 올바르게 사용되는가를 감시하고 견제하는 것 나아가 혹여 이런 부분에서 하자가 있을 경우에는 그에 대하여 이의를 제기하고 그 시정을 구하는 것은 국민의 당연한 권리이자 납세자의 당연한 권리라고 보아야 할 것이다.

이러한 권리는 두 가지 측면에서 정당화된다. 첫째, 이미 납부한 세금은 국민이 가지는 재산권의 한 부분이었던 점에서 그에 대한 최소한의 통제권은 인정되어야

하기 때문이다. 자신이 출연한 재산은 비록 자신의 지배권역을 떠나 국가재정으로 편입되었다 하더라도 그것이 제대로 사용되는가를 감시하고 견제함으로써 그 세금으로 이루어진 국가재정의 정당성을 인정할 수 있게 되는 것이다. 둘째, 국가재정의 잘못된 운영은 다시 과세의 형태로 국민에게 부담이 되어 돌아오게 되어 있기 때문이다. 만일 국가재정이 잘 못 되어 부실한 상태에 빠짐에도 불구하고 국민들은 아무런 권리를 행사하지 못 한 채 그것을 방치하여야 한다면 그 피해는 나중에 조세부담의 형태로 그 국민에게 가중되기 십상이다. 이에 납세자로서의 국민들이 국가재정의 운영에 대하여 관여할 수 있는 권리는 장차의 재산권에 대한 국가적 침해를 예방하는 가장 중요한 수단이 되는 것이다.

요컨대, 비록 헌법에 명문규정은 없지만 이러한 납세자의 권리는 재산권을 보장하고 있는 헌법 제23조 제1항의 규정이 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리를 보장하고자 하는 헌법 제37조 제1항과 결합함으로써 파생되는 헌법상의 권리로서 존중되어야 하는 것으로 보아야 할 것이다.

(나) 이 사건 합의행위와 납세자의 권리

이와 관련, 한미상호방위조약에 따라 체결된 한미주둔군지위협정(이하 '한미SOFA 협정'이라 함) 제5조는 한국이, 주한미군이 사용하는 공항이나 항만 등의 시설, 구역 및 통행권과 관련된 경비를 제외하고는 주한미군 주둔경비를 부담하지 않는다고 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 1980년대 미국의 요구에 의하여 주한미군의 주둔비용의 일부를 부담하기 시작하였고 1991년 이래 한시적 성격의 방위비분담협정이 맺어지면서 우리 정부는 국가재정으로부터 상당한 금액의 주둔비용을 부담해 왔다. 아래의 표는 최근 14년간 우리 정부가 부담한 주둔비용의 금액과 그 증액경향을 잘 보여주고 있다.

<연도별 방위비 분담금>

| 구분         | '91                 | '92   | '93   | '94   | '95   | '96              | '97   | '98   | '99           | '00   | '01                | '02   | '03   | '04   |
|------------|---------------------|-------|-------|-------|-------|------------------|-------|-------|---------------|-------|--------------------|-------|-------|-------|
| 분담금 결정방식   | 제1·2차 특별협정          |       |       |       |       | 제3차 특별협정         |       |       | 제4차 특별협정      |       | 제5차 특별협정           |       |       |       |
|            | 주둔비용 1/3 분담목표, 점진증액 |       |       |       |       | 달러화 기준 매년 10% 증액 |       |       | 경제성장률 + 물가상승률 |       | 8.8% + GDP디플레이터변동률 |       |       |       |
|            | 매년 협상방식             |       |       |       |       | 최초로 3개년 분담금일괄결정  |       |       | 원화지급 시작       |       | 원화지급비율 확대          |       |       |       |
| 분담금 1      | 1,073               | 1,305 | 1,694 | 2,080 | 2,400 | 2,657            | 3,449 | 4,345 | 4,254         | 4,577 | 5,201              | 6,104 | 6,686 | 7,469 |
| 분담금 2      | 835                 |       | 1,694 |       | 2,400 |                  | 2,904 | 3,591 | 4,004         | 4,244 | 4,934              | 5,689 | 6,559 | 6,983 |
| 국방예산점유율(%) | 1.12                |       | 1.84  |       | 2.17  |                  | 2.17  | 2.6   | 2.91          | 2.94  | 3.21               | 3.48  | 3.74  | 3.69  |

출처: 국회 통일외교통상위원회 전문위원 검토보고서(2005) <단위: 금액 억원>



실체 이런 규모는 GDP대비로 볼 때 0.16%(2000년 기준)에서 0.17%(2001년 기준)에 이르러 동기간의 일본(0.11%)이나 독일(0.05-0.06%)에 비하여 현저하게 높은 수준을 보이고 있다. 심지어 50억 달러 내지 55억 달러에 이르는 용산미군기지 이전비용까지도 부담하게 되어 있다.

그럼에도 불구하고 우리 국민들은 남북분단의 현실과 동북아시아지역의 군사적 긴장으로 인한 국토방위의 필요성을 절감하고 주한미군이 그 방어적 전쟁역지력을 가진다는 점에서 묵묵히 이 막대한 재정부담을 감내해 왔다.

하지만 이 사건 합의행위는 국민들이 그동안 암묵적인 합의에 의하여 재정부담을 해 왔던 그 본래의 목적으로부터 실질적으로 이탈하는 것이 된다. 즉, 그 정당성이 박탈되어야 할 것이다. 국민들이 자신의 재산으로부터 세금을 납부하고 그 중의 일부를 주한미군의 주둔분담금으로 지급하게 한 것은 이 주한미군으로 하여금 전쟁역지적 기능을 수행하도록 하기 위함이었으나, 이 사건 행위는 주한미군이 전쟁역지적 기능을 수행하는 것이 아니라 미국의 세계전략을 수행하는 기동군으로서의 역할을 수행하도록 양해하는 것이기 때문이다. 요컨대, 이 사건 합의행위는 그동안 재정부담을 감내해 왔던 우리 국민의 본래의 의도에 정면으로 반하는 결과가 되어 버리고 만다.

더구나 이러한 재정부담이 전술한 바와 같이 우리 헌법의 국제평화주의의 원칙에 규정에 반하는 용도로 사용되게 되는 것은 더욱 감내하기 힘든 일이다. 이에 이 사건 행위는 국민들이 가지는 납세자로서의 권리를 침해하면서 동시에 그 전제가 되는 재산권을 침해하는 위헌적인 행위라 보아야 할 것이다.<sup>2)</sup>

## 7. 국회 및 국회의원의 조약 체결·비준에 대한 동의권

### (1) 의의

헌법 제60조는 제1항에서 “국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, <중략> 주권의 제약에 관한 조약, <중략> 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약, 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.”고 규정하고, 제2항에

2) 이와 관련하여 Flast v. Cohen, 392 U.S. 83(1968)은 초·중등학교가 정교분리의 원칙에 반하여 종교적 목적을 위하여 학교계정을 지출하는 등 헌법이 재정지출을 금지하고 있는 영역에 재정을 사용하는 것에 대하여는 납세자로서의 권리에 입각하여 소송을 제기할 수 있다고 하여 그 원고적격을 인정한 바 있음을 참조하기 바람.

서 “국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다.”라고 규정하고 있다.

이때 이 사건 합의행위는 전술한 바와 같이 그 성격이 주한미군의 지위변화를 본질적 내용으로 하는 것인 만큼 그것은 외국군대의 대한민국 영역안에서의 주류에 관한 사항일 뿐 아니라 국가의 안전보장과 직접적인 관련을 가진다. 또한 그것은 우리나라가 국제적인 분쟁에 개입할 것인지의 여부가 우리 국가의 자율적인 판단에 의거하는 것이 아니라 미국의 전략적·전술적 결정에 의하여 자동적으로 결정되게 되어 있다는 점에서 실질적인 “주권의 제약”에 해당하는 것이기도 하다. 따라서 이 사건 합의행위는 그 본질에 있어 헌법 제60조 제1항 또는 제2항에 의하여 국회의 동의를 있어야 하는 국가행위라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이 사건 합의행위는 조약의 형태로 체결하고 또 그에 대한 국회의 동의를 구하는 절차를 생략하고 공동성명의 방식을 취함으로써 국회 및 국회의원의 조약의 체결·비준에 관한 동의권 및 국회법 제93조, 제109조 내지 제112조의 심의·표결권을 침해한 것이 된다.

### (2) 한미상호방위조약의 실질적 개정여부

실체 이 사건 공동성명이 합의한 바는 한미상호방위조약의 내용과는 일단 상이한 것을 다루고 있다. 한미상호방위조약은 전문에서 “本條約의 當事國은, 모든 國民과 모든 政府가 平和的으로 生活하고자 하는 希望을 再確認하며” “外部로부터의 武力攻擊에 對하여 自身을 防衛하고자 하는 共通의 決意를 公公然히 또한 正式으로 宣言”하기 위하여 체결된 것임을 명확히 하고 있다. 그리고 제1조에서는 “어떠한 國際的 紛爭이라도 國際的 平和와 安全과 正義를 危殆롭게 하지 않는 方法으로 平和的 手段에 依하여 解決”할 것임을 천명하는 한편, 제2조에서는 “當事國中 어느 1國의 政治的 獨立 또는 安全이 外部로부터의 武力攻擊에 依하여 威脅을 받고 있다고 어느 當事國이든지 認定할 때에는 언제든지 當事國은 서로 協議”하도록 규정하고 있다. 즉, 이 한미상호방위조약은 문자 그대로 대한민국과 미국이 자국에 대한 침략을 배제하고 당사국의 방어적 목적을 위하여서만 상호간의 협력, 협의할 것을 규정하고 있음에 불과한 일종의 방어조약이다. 즉, 그것은 어떻게 보아도 그 조약에 의하여 체류가 허용된 주한미군에게 한반도 방어 외에 동북아시아 등지의 개입 등 지역적 역할을 부여한 것으로 해석하기는 어렵다고 할 것이다.



그러나 이 사건 합의행위는 전술한 바와 같이 이러한 방어적 목적의 주한미군을 공세적 목적의 군사력으로 전환함에 대한 국가간의 합의를 바탕으로 이루어졌다. 즉, 그 행위는 어떤 면에서 보더라도 한미상호방위조약의 집행행위이거나 혹은 그 구체화행위라고 할 수 없는 것이다. 방어적 목적의 조약으로부터 공세적 목적의 역할이나 지위변경(이 양자는 서로 모순적인 개념이다)이 나올 수 없음은 논리상 당연한 것이기 때문이다. 그리고 바로 이 점에서 이 사건 합의행위는 한미상호방위조약에 위반한 위법한 것이거나 혹은 한미상호방위조약을 대체하는 새로운 조약의 하나로서 이해될 수 있다.

물론 후자의 명제와 관련하여 이 사건 합의행위는 "공동성명"이라는 편법을 사용하고 있으나, 조약법에관한비엔나협약 제2조에 의하면 "조약이라 함은 단일의 문서 또는 2 또는 그 이상의 관련문서에 구현되고 있는가에 관계없이 또한 그 특징의 명칭에 관계없이, 서면형식으로 국가간에 체결되며 또한 국제법에 의하여 규율되는 국제적인 합의를 의미한다."라고 정의하고 있는 만큼, 그것은 그 자체 한미상호방위 조약을 대체하는 새로운 조약으로서의 실질을 완전하게 갖추었다고 보아 잘 못됨은 없을 것이다.

③ 국회 또는 국회의원의 권한 침해

실제 이상과 같은 점에서 이 사건 합의행위는 한반도 방어를 주목적으로 하여야 할 주한미군에게 동북아 지역에서 지역적 전진기지로서의 역할을 할 수 있도록 하고 그에 대하여 공세적인 역할을 부여함으로써 그 목적범위를 확대하고 있는 바, 이는 법률적 효력을 갖는 한미상호방위조약의 실질적 효력을 변경하고 있다고 할 것이다. 즉, 이 사건 합의행위는 실질적인 조약체결행위 혹은 기존의 한미상호방위 조약의 개정행위에 해당하는 것이며, 동시에 그것은 국가의 안전보장 또는 외국군대의 주류에 관한 사항 및 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 사항을 담고 있는 것이 된다. 그렇다면 이는 조약의 법적 절차에 따라 국회의 동의를 받아야 하는 것이며, 그럼에도 불구하고 이러한 절차를 생략한 채 양국의 장관의 합의에만 의존하여 이루어진 것은 국회 및 독립된 국가기관으로서의 국회의원<sup>3)</sup>의 동의권, 그리고

3) 이 점과 관련하여 국회의원은 권한쟁의심판청구권을 가지는가에 대한 논란-청와대측과 민주노동당측이 있었으나 그 논란은 헌법재판소의 결정을 청와대가 잘 못 이해함으로써 야기된 것이라고 할 것이다. 실제 헌법재판소는 헌법재판소법 제62조의 제1항 제1호의 규정을 예시적 규정으로 보면서 헌법 제111조 제1항 제4호에

국회법상 국회와 국회의원에 부여되어 있는 심의·의결권을 침해한 것이 된다.

8. 결론

헌법재판은 대통령이나 국회의원 등 선출직 공무원에게 일정한 임기를 보장하면서 그에 국가중요정책의 결정권까지 자유위임의 방식으로 일임하는 현재의 대의제 민주주의체제하에서는 국민들의 자유와 권리 나아가 헌법의 규범력을 보장하는 가장 굳건한 장치이자 최후의 선택지이기도 한다. 그것은 정치과정에서 다수자의 위력을 확보하지 못한 소수자들로 하여금 다수의 폭력과 억압으로부터 벗어날 수 있는 탈출구를 마련하는, 그래서 헌법이 만들어놓은 가장 효율적인 소수자보호장치의 역할을 담당한다.

이 사건 합의행위는 5년의 임기를 절대적으로 보장받고 있는 피청구인인 대통령과 그의 권한을 위임받은 외교통상부장관에 의하여 이루어진 행위로서 우리 헌법의 기본이념을 훼손하며 국민의 기본권을 침해하는 위헌적인 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 국민들이 그 시정과 교정을 구할 수 있는 그 어떤 장치도 제대로 구비되어 있지 못한 것이 현실이다. 국가의 안위에 관한 중차대한 결정을 함에도 불구하고 국민적 합의를 도출하기는 커녕 밀실에서 비밀리에 그 행위를 진행시키고 이를 공동선언의 형식으로 기정사실화하고자 한다. 그러면서도 그에 대한 어떠한 시정요구도 받아들이지 않으면서 이 사건 행위를 유지하는 데에만 급급하고 있다.

이 글은 이렇게 헌법적 부정의가 국가수반의 이름으로 그리고 국가안보의 이름으로 이루어지고 있음을 가슴 아파 한다. 이러한 부정의, 위헌적 불법이 하루빨리 시정되기를 바란다.

서명 ( \* 무연중립 제의 - 침략 목적의 영토 공여는 침략에 해당 )

서정하는 국가기관에 해당하는지를 여부를 판단하는 요소로 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 국가기관의 범위를 헌법해석을 통하여 개별적으로 판단하여야 한다고 판시하고 있다.(96헌라2 결정 참조)



미군기지 이전과 한반도의 평화·인권  
제2주제

# 미군기지 이전과 국제인권 문제

조시현 (건국대학교)



# 미군기지 이전과 국제인권문제

조시현 (건국대 법대 부교수)

## I.

한국정부는 2006년 5월 4일 평택 대추리, 도두리 일대에서 미군기지의 이전에 반대하는 주민들과 활동가들에 대해 경찰은 물론 군대까지 1만5천여 명의 병력을 동원하여 대치하게 하고 끝내 물리적 충돌을 빚었다. 한국정부는 미군기지부지로 예정된 이 지역 285만평 가운데 토지소유자가 동의하지 않은 74만평은 강제로 수용했으나 주민 100여명은 강제수용을 거부하며 계속 살 것을 요구하고 있다. 행정대집행을 명분으로 이루어진 정부의 강경한 대응으로 대규모의 국가폭력이 행사되었을 뿐만 아니라 미군기지 이전예정지는 군사시설보호구역으로 지정되고 군사력에 의해 강제수용되어 이 지역은 사실상 군대에 의해 '점수'되게 되었다. 이에 따라 주민들은 이 지역에서 더 이상 농사를 짓지 못하게 되었고 국방부의 출입통제 조치 등으로 일상적인 삶과 생존이 억압되고 있다.

이러한 사태는 '9.11 테러' 이후 미국이 테러리스트를 지원한다고 지목한 아프가니스탄을 침공하고 대량살상무기의 보유를 내세워 이라크에서 전쟁을 벌이고 있는 점과 연결된다. 이러한 전쟁들은 그 동안 국가와 국가 사이의 전쟁 개념에 입각한 미국의 안보 정책의 수정으로 이어지는 한편 세계 곳곳에서 전쟁들과 테러를 막겠다는 목적으로 인권억압적인 법률들의 제정과 국가안보기구들의 확대강화 경향과 맞닿아있다. 동북아시아에서의 미국 주도의 안전보장체제는 일본과 한국과의 안보협상들을 통하여 이른바 '전략적 유연성'이라는 개념 아래 재편성되고 있으며 이 과정에서 새로운 군사전략에 입각한 미군기지의 이전문제가 제기되었다. 한국은 미국과 용산기지이전을 둘러싼 협정<sup>1)</sup>을 마무리 짓고 평택 일원의 지역을 대체기지로 지정하고 군사력의 행사를 통한 기지의 확보에 나서게 되었다.

이 글은 평택 대추리 사태가 단순히 기존기지의 반환과 대체기지의 제공이라는 차원을 뛰어넘어 전략적 유연성에 입각한 미군의 범세계적 재편성과정 속에 한반도

1) 대한민국과 미합중국간의 미합중국군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정, 조약 제1701호, (2004.12.17 발효)(이하 '용산기지이전협정').



주둔 미군의 새로운 역할과 한반도 평화에 미치는 영향에 대한 논쟁이 이루어지는 가운데 일어났다는 인식에 입각한다. 이 글은 새로운 미군기지의 확보를 위하여 한국정부가 군대를 동원하여 해당지역 주민들의 삶의 터전을 빼앗고 군사적 통제 아래 두었다는 점을 주목하고자 한다. 미군주둔기지를 확보하기 위한 군사력의 사용이 국제인권규범의 틀에서는 어떤 문제를 던지고 있는지 또한 어떻게 풀어가야 하는지를 시론적으로 모색하고자 한다.

## II. 포고없는 계엄 - 사실상의 비상사태

평택에서의 인권침해사태는 헌법상 계엄이나 긴급명령이 내려지지 않은 상황에서 군대에 의해 자행되고 있다는 점에 특색이 있다. “전시·사변 또는 이에 준하는 국가 비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때” 대통령은 계엄을 선포할 수 있다(헌법 제77조 1항). 계엄이 선포되면 기본권에 대한 일정한 제한을 합법적으로 할 수 있게되고 대통령은 지체없이 국회에 통고하여야한다(같은 조 3항, 4항). 다시 말해서 헌법은 군병력이 행정과 사법영역에 개입하여 “군사상의 필요에 응하거나 “공공의 안녕질서를 유지”할 수 있도록 한다(계엄법 제2조). 헌법은 또한 “내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때”에 대통령은 재정·경제에 관한 긴급명령권과 처분권을 가지고(제76조 1항), “국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때”에 긴급명령권을 가진다(같은 조 2항).

다시 말해 정부는 미군기지 이전문제에 빚어진 상황은 계엄이나 긴급명령을 발동할 수 있는 것으로 판단하지 않은 채 계엄 때나 볼 수 있는 군대를 수단으로 대응하려고 한 것이다. 이러한 국가긴급권이 행사되지 않은 경우에 헌법은 일반적으로 “국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여” 법률로 국민의 자유와 권리를 제한할 수 있다고 규정한다(제37조 2항). 따라서 통상적인 법 해석에 따르면 평택 대추리에서의 공권력의 행사는 헌법 제37조 2항에 따라 평가될 것이다.

이렇게 볼 경우 미군기지 이전문제가 과연 헌법상 국가안보, 국가질서나 공공복리를 위해 기본권을 제한할 수 있는 상황인지가 법적 쟁점이 된다. 그러나 현재 외부로부터의 군사적 도발이 없는 평화의 상황에서 군사기지를 어느 한 곳에서 다른

곳으로 옮기기 위해 국가안보 등의 개념을 동원하는 것은 궁색하기만 하다. 물론 미국과 기지이전에 관한 협정을 체결한 바에야 국제적으로 이러한 약속을 지키는 것은 중요하다. 그렇지만 미군에게 새로운 기지를 제공해야한다고 해서 평시에 군대를 동원하여 강제로 확보하는 것은 목적에 비해 수단이 과도하다고 할 수밖에 없다(비례의 원칙, 과잉금지의 원칙). 또한 어느 권리를 어느 정도로 제한할 수 있는지는 헌법의 규정은 명백하지 않다.

하지만 이렇게 헌법상의 일반제한조항을 통하여 사태를 바라볼 경우 여전히 평화시 군대의 사용이라는 근본적인 문제는 남는다. 국가안보를 들어 인권을 제한하고 있는 국가보안법 문제는 이 경우 많은 시사점을 준다. 국제사회는 그 동안 국가안보를 이유로 한 인권침해상황은 “사실상의 비상사태”에 해당한다고 하여 엄격한 인권기준을 제시하고 있다. 1998년 ‘박태훈’사건에서 유엔인권이사회(Human Rights Committee, 또는 자유권위원회)는 비상사태의 선포가 없었음에도 ‘한국의 안보상황’을 이유로 국가보안법 제7조를 적용하여 규약 제19조의 의견과 표현의 자유를 제한한 조치를 인권규약위반으로 판단한 바 있다.<sup>2)</sup>

특히 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(이하 ‘자유권규약’)은 “국민의 생존을 위협하는 공공의 비상사태의 경우에 있어서 그러한 비상사태의 존재가 공식적으로 선포되어 있을 때에는 이 규약의 당사국은 당해 사태의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는 한도 내에서 이 규약상의 의무를 위반하는 조치를 취할 수 있다.”<sup>3)</sup> 그러나, 이 규정은 국가비상사태를 구실로 한 인권침해의 모든 경우에 면죄부를 주는 것은 아니며 평상시의 인권을 제한할 수 있는 정부의 권한은 한시적이고 예외적일 따름으로 일정한 법적, 제도적 제한이 따른다.<sup>4)</sup>

비상사태를 이유로 국가에 의한 인권의 정지 또는 제한이 정당할 것이 되기 위해서는 무엇보다 위기가 예외적이고 급박하며 실제적이어야 한다는 실질적 요건뿐만 아니라 선포와 통지라는 절차적 요건을 충족하여야 한다. 또한 비상사태를 이유로 아무 권리나 침해할 수 있는 게 아니고 비상사태가 선포되었다고 하더라도 침해될 수 없는 ‘절대적’ 인권들이 있다. 자유권규약은 비상사태를 이유로 취한 조치가 “인종, 피부색, 성, 언어, 종교 또는 사회적 출신만을 이유로 하는 차별”을 해서는 안된

2) Communication No. 628/1995, CCPR/C/64/D/628/1995 (1998), 10.4항; 조용환, ‘국가보안법 제7조가 국제인권규약에 위반한다는 유엔인권이사회의 결정문’, 민주법학 제15호 (1999), 389쪽.

3) 제4조 1항, 조약 제1007호(1976.3.23 효력발생; 1990.7.10 한국에 대하여 발효). 이에 대하여는 예컨대 글쓴이, 국가비상사태와 인권, “21세기의 인권 I”, 한길사, 2000, 119쪽 참고.

4) 비상사태에 관한 국제인권법에 비추어 한국헌법의 계엄과 긴급명령제도를 비교하면 허다한 문제점이 드러나는데, 자유권규약에 따라 설치된 인권이사회는 특히 한국법제에서의 비상사태 개념이 지나치게 넓게 해석되고 있고 특히 ‘공공복리’를 위한 기본권제한에 문제가 있음을 지적하였다. 천정배, ‘국제적 비판에 직면한 한국의 인권상황: 유엔인권이사회 제45차 회의 참관기’, 민주사회를 위한 변호 (1993, 창간호), 24쪽, 47쪽(안도 위원). 또한 이 개념이 매우 모호하여 “남북통일에 이르기까지 비상조치를 취할 수 있다고 해석하는 것까지도 가능한 듯하다”는 우려도 표명되었다. 같은 글, 36쪽(아길라 위원).



다고 규정하고 생명권(제6조), 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 않을 권리와 동의 없는 의학 또는 과학실험을 받지 않을 권리(제7조), 노예제도·노예매매의 금지와 강제노동을 하지 않을 권리(제8조), 계약불이행으로 구금되지 않을 권리(제11조), 죄형법정주의(제15조), 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리(제16조)와 사상·양심·종교의 자유(제18조)에 대한 위반을 허용하지 않는다(제4조).

자유권규약은 선포와 통지를 요구하여 비상사태에 대한 민주적 통제가 가능하도록 하면서 자유권위원회로 하여금 비상사태를 이유로 취한 정부의 조치들에 대한 실질적인 심사를 하도록 한다.<sup>5)</sup> 또한 유엔 인권소위원회(Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights)는 1985년부터 1997년까지 이 문제에 관한 특별보고관을 임명하여 비상사태를 선포, 연장 또는 종료한 국가의 명단을 매년 작성하고, 비상사태의 적법성을 확보하려는 국내 및 국제규칙을 따르는지를 검토하여 보고하고, 비상조치가 인권에 미치는 영향을 연구하며 비상사태 상황에서의 인권존중을 보장하기 위한 구체적인 조치를 권고하기도 하였다.<sup>6)</sup>

실제에 있어서 국가들은 비상사태를 선포하면 국제여론이 나빠지고 국제적 관심이 집중될 것을 우려하여 정식으로 선포하지 않은 채 인권탄압에 나서는 경우가 많다. 이러한 “사실상의 비상사태”(de facto emergency)는 법치주의에 따른 인권보장원칙에 대한 심각한 도전으로 그 동안 많은 우려의 대상이 되었다.<sup>7)</sup> 비상사태를 선포함이 없이 국가안보를 빌미로 인권을 제한하는 통상적인 법규가 발동될 경우 역시 사실상의 비상사태에 해당될 수 있다.<sup>8)</sup>

이러한 국제인권법의 검토에 비추어보면 평택에서 군부대의 투입으로 빚어진 상황은 헌법이 요구하는 계엄과 긴급명령에 필요한 절차를 밟지않음은 물론 국제인권규약이 확립하고 있는 비상사태에 대한 통제를 벗어난 사실상의 비상사태를 구성하

5) 자유권위원회는 2001년 비상사태에 대한 일반논평을 채택하였다. General comment No. 29: Article 4: Derogations during a state of emergency, "Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies", UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12 May 2004 참조.

6) 이 특별보고관은 1997년 최종보고서를 마지막으로 활동을 종료하고 비상사태 선포국가의 명단은 유엔인권고등판무관실에서 인권소위원회에 보고하게 되었다. Tenth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur appointed pursuant to Economic and Social Council resolution 1985/37, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 June 1997(이하 'Despouy 보고서'). 최근의 보고서는 List of States which have proclaimed or continued a state of emergency: Report of the Office of the High Commissioner for Human Rights submitted in accordance with Commission on Human Rights decision 1998/108, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/6, 7 July 2005 참조.

7) The International Commission of Jurists, State of Emergency - Their Impact on Human Rights, Geneva (1983), 413쪽.

8) Despouy 보고서, 26-27쪽. 한국인권단체협의회, "탈냉전 신국제질서와 인권: 국가안보와 인간안보", 해방분단 50주년 기념 국가보안법 국제심포지엄 자료집(1995.11.22) 참조.

\* "against the will of Korean people"

36년이상 64인자 3인을 기록한 개년

는 것으로 판단할 수 있다. 그 동안 인권탄압의 빌미를 주던 국가안보와 반(反)테러리즘 말고도 미국의 세계적 군사전략의 재편이라는 맥락에서 미군기지 이전이 새로운 인권침해의 소지를 던지고 있다는데 문제의 심각성이 있다.

### III. 용산기지이전협정의 이행과 인권

평택 대추리에서 한국정부가 군대를 사용하여 미군기지 부지를 강제로 확보하려 한 것은 또한 용산기지이전협정을 이행하기 위하여 불가피하고 적법한 것이었는가 하는 질문을 낳는다.

이 협정은 2004년 한미상호방위조약<sup>9)</sup>과 한미 주둔군지위(SOFA)협정<sup>10)</sup> 등에 기초하여 미군을 '핵심권역'으로 통합하고 유엔군사령부, 한·미연합군사령부와 주한미군사령부를 서울에서 이전할 목적으로 체결되었다(협정 전문). 상호방위조약 제4조는 "상호적 합의에 의하여 미합중국의 육군·해군과 공군을 대한민국의 영토내와 그 부근에 배비(配備)하는 권리를 대한민국은 이를 허용하고 미합중국은 이를 수락한다"고 규정하여 한국에 미군기지 제공의무를 부과한다. 미군지위협정 제2조는 이에 따라 미국이 "대한민국안의 시설과 구역의 사용을 공여받는다"고 규정한다.

해방 직후 시작된 미군의 남한 주둔은 미군정의 종료로 일단락되지만 1950년 한국전쟁을 계기로 다시 주둔하게 되고 휴전협정<sup>11)</sup> 후 상호방위조약에 따라 법적 근거를 얻게 되었다.<sup>12)</sup>

용산기지이전협정 전문은 미군기지를 제 때에 옮기는 것이 무엇보다 "상호방위를 위한 주한미군의 지속적인 체제에 기여하면서, 대한민국 국토의 균형 발전과 효율적인 사용, 그리고 서울지역의 지속적인 성장과 발전에 필수적"이라고 한다. 이에 따라 이 협정은 이전 지역, 시기, 토지와 시설의 제공, 비용, 방법, 협의 문제 등을 정하고 있다.

구체적으로 미군기지가 이전되는 지역이 어디인가에 대하여 협정은 "평택지역"으로만 하고 있지 더 이상 특정하고 있지 않다. 협정 제2조는 용산의 기지가 "평택지역으로 이전되며, 필요한 경우에는 양당사국의 상호합의에 의하여 다른 지역으로

9) 대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약, 조약 제34호 (1954.11.18 발효).  
10) 대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정, 조약 제232호 (1967.2.9 발효), 개정 조약 제1038호(1991.2.8 발효), 조약 제1553호 (2001.3.29 발효).  
11) 국제연합군 총사령관을 일방으로 하고 조선인민군최고사령관 및 중국인민지원군 사령관을 다른 일방으로 하는 한국군사정전에 관한 협정, UN Document. S/3079와 A/2431.  
12) 예컨대 글쓴이, 한국전쟁의 국제법적 성격, "법학", 제41권 2호 (서울대학교, 2000) 참조.



이전된다”고 규정한다. 제4조 3항은 “용산기지이전계획의 시행을 위한 산출부지소요는 520,000 평/425 에이커 범위내”여야 하고 “합중국에 공여되는 토지의 정확한 규모와 경계는 주한미군지위협정 합동위원회가 결정한다”고 한다. 또한 협정은 “양당사국은 이전의 시행과정에서 주한미군의 시설과 구역의 소요에 현저한 변화가 발생한 경우에는 상호협의를 하고 이전계획에 필요한 조정을 가할 수 있다”고 하고, “긴밀한 협조와 효율적인 기획을 통하여 이러한 소요를 최소화하기로 합의한다”고 한다. 나아가 협정은 “이전을 원활하게 수행하기 위하여 주한미군지위협정 합동위원회를 통하여 절차적·기술적 세부사항에 관한 이행약정을 체결할 수 있다”(제6조)고 하여 후속협상의 여지를 두고 있다.

이러한 협정 규정에 비추어보면 미군기지 이전부지를 확보하기 위해 군대를 동원하여 강제수용에 나선 정부의 조치는 용산기지이전협정에서 근거를 찾을 수 없으며 협정 이행을 위한 것이라는 주장은 명백히 받아들일 수 없다. 정부는 오히려 협정 규정에 따라 기지이전에 수반된 문제를 미군과 협의하여 해결책을 모색하여야 한다. 또한 한국이 지켜야할 국제적인 약속은 이전협정만 있는 것이 아니며 이전협정 역시 관련 국제법규와의 관계 속에서 이해되어야 한다. 조약 규정은 관련 국제법규를 종합적으로 고려하여 해석되어야 한다는 것은 확립된 국제법의 원칙이다.<sup>13)</sup> 한국이 지켜야할 국제법은 이전과정에서 침해될 수 있는 인권을 보장할 것을 또한 요구하고 있다.

#### IV. 군사력의 사용과 인권문제

평택 대추리 등지에서 한국군은 미군기지이전을 위한 토지의 강제수용에 항의하는 주민들의 땅에 철조망을 치고 초병을 배치하고 군사용 막사를 설치하였다. 주민들과 인권활동가들의 출입을 금지하는 지역을 설정하고 이를 어길 경우 균형법을 적용하겠다고 발표하여 이 일대 지역에 소재한 사람들의 이동의 자유를 심각하게 훼손하였다. 이러한 사태는 사실상 계엄 또는 비상사태가 될 수 있음은 앞에서 살펴본 바와 같지만 전쟁이 없는 상태에서 토지수용을 집행하기 위해 군대를 동원하고 물리력을 행사한 점은 군사력의 사용에 대한 인권문제를 제기한다.

이 문제에 대하여 국제법은 그 동안 전쟁이나 내전(국내무력충돌)이 있을 경우 지

13) 예컨대 'Other treaties' subject to the Consultative Jurisdiction of the Court, IACHR, Advisory Opinion, OC-1/82, para. 52, 22 ILM 51 (1983); Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 225, para. 25; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, para. 106.

\* 전쟁법 - 인권 및 민간인 보호를 위한 규범, but 전쟁법 '인권'이 아니다.

켜야할 인도주의규범과 인권규범을 발전시키고 있을 뿐이고 평화시 군사력의 사용에 대하여는 일반적인 국가공권력의 행사라는 포괄적인 범주에서 접근하고 있을 따름이다.<sup>14)</sup> 경찰이든 군대이든 국가폭력이긴 마찬가지라는 무차별적인 접근은 인권보장의 관점에서 너무 두루뭉실하다는 비판이 있을 수 있다.

평화시 군사력의 사용에 대한 일반적인 범규이외에 구체적이고 특정적인 규범은 없는 것인가? 군사점령에 관한 국제법규의 발전은 이 문제에 적절하다.

1907년 헤이그 만국평화회의에서 체결된 육전의 법규 및 관례에 관한 협약은 전쟁하는 두 나라 사이의 권리의무에 관하여 규율하면서 군사점령에 대하여 “사실상 적군의 권력내에 들어간 지역은 점령된 것으로 한다”고 규정한다.<sup>15)</sup> 헤이그협약은 군사점령의 경우 점령국과 피점령주민과의 관계에 대하여 몇몇 규정을 두고 있는데 이러한 규정은 외국에 의한 군사점령의 경우 인권규범의 발전에 중요한 원천이 되었다.

군사점령시의 인권문제는 국제사법재판소에 의해 다루어졌다.<sup>16)</sup> 2003년 유엔총회는 이스라엘정부가 팔레스타인 점령지에서 국가방위를 위해 건설하는 분리장벽이 국제법 위반인지 국제사법재판소에 권고적 의견을 요청하였다. 이에 대하여 국제사법재판소는 특히 군사점령중에도 자유권 규약과 사회권규약과 같은 국제인권법이 적용되며,<sup>17)</sup> 장벽건설을 위해 지정된 지역과 경로가 이스라엘의 안보확립에 필요하다는 주장을 물리치고 해당 점령지역에 거주하는 팔레스타인 사람들의 권리를 심각하게 침해하였다고 판단하였다.<sup>18)</sup> 재판소는 또한 장벽의 건설로 인한 침해는 “군사적인 급박성이나 국가안보 또는 공공질서의 요청에 의해 정당화될 수 없다”고 하였다.<sup>19)</sup> 국제사법재판소는 장벽건설이 국제법위반이며 이스라엘의 국가책임을 인정하였다. 이에 따라 재판소는 이스라엘이 국제법 위반을 중단할 의무와 구체적으로 장벽건설 작업을 중단할 의무, 팔레스타인점령지역내 구조물을 철거할 의무, 장벽건설과 관한 모든 입법과 행정규제를 폐지하고 팔레스타인 주민들에게 금전배상 또는 다른 형태의 배상을 제공할 의무를 진다고 하였다.<sup>20)</sup> 재판소는 또한 다른 국가들은 이스라엘의 장벽건설로 야기된 불법적인 상황을 승인하지 않을 의무를 지며 유엔

14) 예컨대 글쓴이, 국제인도법과 인권법의 관계, “인도법논총” 제20호(대한적십자사 인도법연구소, 1999) 참조.

15) 제42조; 김경진 외, 국제조약집, 1986, 872쪽. 대한제국은 1903년 3월 17일 1899년의 헤이그(제2)협약에 가입하였으나 1907년 헤이그 제4협약은 일제의 강점으로 가입되지 못하였다. 1899년 협약은 남한에 의해 조약 제886호(1986.8.8 발효)로 승계되었다.

16) Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004 (이하 ‘팔레스타인 장벽사건’); <http://www.icj-cij.org/iccjwww/idoocket/imwp/imwpframe.htm>.

17) 같은 판결, paras. 102-113.

18) 같은 판결, para. 137.

19) 같은 곳. 그러다 미국출신의 Thomas Burgenthal 판사는 증거불충분으로 이 문제에 대한 판단을 할 수 없다는 반대의견을 내었다. 같은 판결, Declaration of Judge Buergenthal 참조.

20) 같은 판결, paras. 150-151.



총회와 안전보장이사회는 불법상황을 종식시키기 위해 필요한 행동을 고려하여야 한다고 하였다.<sup>21)</sup>

팔레스타인 장벽사건 판결을 전시 군사점령의 경우 국제규범에 대하여 다른 판결이고 평화시 자기나라의 군대에 의해 사실상 점령된 것과 같은 상황의 범문제에 대하여는 직접 다루고 있지 않다. 그러나 전쟁중에 다른 나라의 주민들에게 보장되는 인권은 평화시 자기 나라의 주민들에게 적용되는 것이 당연하다는 것은 상식일 뿐 아니라 국제사법재판소가 인정하는 '최소한의 인도기준'(minimum humanitarian standards)에 해당한다.<sup>22)</sup> 국제사회가 어떤 상황에서도 보장되는 최소한의 권리를 당해 정부에 요구하고 보장하도록 하기 위하여 지속적인 노력을 펼치고 있다.<sup>23)</sup>

전쟁이나 내전이 벌어지지 않는 상황에서 주민들에 대한 군사력의 사용을 정당화하기 위해서는 국내법에서는 물론 국제적으로 엄격하게 통제되고 있다. 국제인권법은 이러한 경우 비상사태의 요건에 따르거나 국가안보 또는 공공질서의 유지를 위해 필요하다는 엄격한 요건을 부과한다.<sup>24)</sup> 이러한 국제인권법의 일반규정들은 오늘날 군사력의 사용에 관하여 전쟁과 무력충돌 중에 적용되는 보다 발전된 국제인도법의 규범에 의해 보완되어야 한다.

이러한 국제법의 발전과 새로운 움직임에 비추어 평택 대추리 사태를 군사점령에 관한 국제법의 잣대로 평가할 수 있다.

## V.

한반도의 평화를 위해 미군의 주둔이 필요한지, 전략적 유연성에 입각한 미군기지이전이 한반도 평화의 전망에 어떠한 영향을 주고 있는지를 논하는 문제를 별도로 하고 앞에서는 평택대추리 사태가 미군기지이전협정의 이행을 추진하는 과정에서 협정의 목적과 정신에 비추어봐서도 도저히 정당화될 수 없는 군대를 동원한 국가

21) 같은 판결, paras. 160, 163.

22) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, 14, 113-4쪽, para. 218.

23) 예컨대 투르크(Turku) 최소한의 인도적 기준에 관한 선언, T. Meron and A. Rosas, "A Declaration of Minimum Humanitarian Standards", 85 AJIL 375 (1991); A. Eide, A. Rosas and T. Meron, "Combating Lawlessness in Grey Zone Conflicts through Minimum Humanitarian Standards", 89 ibid. 215 (1995) 참조. 또한 Hans-Peter Gasser, "Code of Conduct in the event of internal disturbances and tensions", IRR, No. 262 (Jan.-Feb. 1988), p. 51; T. Meron, "Draft Model Declaration on Internal Strife", ibid., p. 59. 유엔 인권위원회 결의 제1997/21호에 따라 사무총장이 기본적 인도기준문제에 관한 분석보고서를 작성하여 이 문제에 관한 정부, 국제기구와 비정부기구의 의견을 수렴하고 있는 중이다. 예컨대 Analytical report of the Secretary-General submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1997/21, UN Doc. E/CN.4/1998/87 (5 January 1998) 참조.

24) 자유권규약, 제4조 1항.

폭력이 행사된 것임을 살펴보았다. 이러한 군사력의 사용은 또한 대추리 일대에 사실상 계엄내지 비상사태를 선포한 것으로 볼 수 있다. 국가안보의 위협이 존재하지 않고 용산의 미군기지를 당장 대추리 일대로 옮기지 않으면 안되는 아무런 긴박성, 필요성, 합리성도 보이지 않는 상황에서 군대의 동원과 진압은 명백히 헌법을 비롯한 국내법과 국제법을 위반한 것이다. 현재 군사기지 이전과 관련된 인권침해문제를 제대로 다룰 수 있는 국제인권기준과 기구는 없는 실정이고 오히려 점령국의 통치를 받는 피점령지 주민들의 인권과 관련된 국제인도법규는 존재하는 상황에서 새로운 유형의 인권침해에 대한 관심과 해결노력이 절실하다.

오늘날 한국의 인권상황은 이른바 자유권시대를 졸업하고 사회권으로 넘어가는 과정이라고 흔히 얘기하고 있지만<sup>25)</sup> 한국사회의 한쪽에서 자유권이 송두리채 무너지고 생존권마저 파괴되는 경험을 하고 있다. 평택 대추리 사태는 한국의 인권이 진열장에 놓은 박제가 아니라 새로운 도전에 대하여 절망과 분노, 체념을 넘어 온몸으로 끊임없이 지켜내야 함을 가르쳐주고 있다. 경제발전을 어느 정도 이루었다고 자부하는 한국의 국가와 사회는 판자촌을 "밀어붙이고 쓸어버리는" 개발독재의 망령에 사로잡혀있다. 과거 개발독재시기에 볼 수 있었던 폭력적인 빈민촌 철거와 오늘날에도 횡횡하는 대규모 간척사업을 추진하는 과정에서 빚어지는 마찰을 생각해 보면 국가안보, 경제개발에 이어 미군기지이전이 새로운 인권침해의 명분으로 대두하고 있음이 확연하다. 이러한 측면에서 최근 유엔을 중심으로 전개되고 있는 개발과 인권에 관한 논의 또한 주목할 필요가 있다.<sup>26)</sup> 이러한 측면에서 평화권, 자유권, 사회권, 개발권을 아우르는 포괄적 접근방법이 모색되어야 한다. 평택 대추리 사태는 또한 주일미군의 재배치계획<sup>27)</sup>과 연관지워 보면 미국의 전략적 유연성의 실현을 위한 시험장이 되고 있음을 알 수 있다. 제2, 제3의 대추리의 확대재생산을 막기 위한 국제연대가 시급하다.

25) 유엔총회는 올해 유엔인권위원회(Commission on Human Rights)를 대체하여 인권이사회(Human Rights Council)를 창설하였고 한국정부는 첫 번째 인권이사국의 하나가 되었다. 한국유엔인권정책센터 주최, 한국인권재단 주관, '유엔인권이사회 신설과 국제인권체질의 변화' 간담회 자료집 (2006. 4. 26) 참조.

26) 예컨대 Philip Alston and Mary Robinson (eds.), "Human Rights and Development - Towards Mutual Reinforcement", Oxford, University Press, 2005 참조.

27) United States-Japan Security Consultative Committee Document, Joint Statement May 1, 2006 by Secretary of State Rice, Secretary of Defense Rumsfeld, Minister of Foreign Affairs Aso, Minister of State for Defense Nukaga, <http://www.mofa.go.jp/region/n-america/us/security/scc/index.html> 참조.



**평택 미군기지 이전과 관련한  
군사시설 보호구역 지정의 위법성과  
민간인에 대한 군형법적용의 문제**

송 기 춘 (전북대학교)



# 평택미군기지이전과 관련한 군사시설보호구역지정의 위법성과 민간인에 대한 군형법 적용의 문제

송기춘 (전북대 법대 교수)

## I. 시작하며

미군기지 이전작업과 관련하여 국방부는 기지이전대상지역을 군사시설보호구역으로 지정하고 행정대집행을 병자하여 경찰과 군을 투입하는 작전을 감행하였다. 또한 군이 설정한 군사시설보호구역을 침범하지 못하도록 초병을 배치하고 초병을 폭행할 경우 군형법을 적용하여 군사재판으로 처벌할 것이라는 경고도 하였다. 이러한 일련의 과정에 대해서는 비판<sup>1)</sup>이 제기되었으며 민변에서는 국방부의 군사시설보호구역설정행위의 위법성을 다투는 소송도 제기되었다<sup>2)</sup>고 한다.

그 동안 군사시설보호법에 대해서는 문제제기도 많았던 반면 민간인에 대한 군형법 적용문제에 대해서는 그다지 많은 관심이 기울여지지 않은 듯하다. 여기서는 미군기지 이전과정에서 문제되고 있는 군사시설보호구역 지정의 위법성을 다시 확인하고 나아가 시민을 지나치게 넓게 군사재판의 관할대상을 삼고 있는 군형법의 문제점을 지적하고자 한다. 나아가 군에 대한 법규범이 군을 신비화하고 지나치게 보호함으로써 군사에 관한 법규범이 위헌적인 과잉·남용상황에 있음을 지적하고자 한다.

## II. 군사시설보호구역 지정의 문제

### 1. 군사시설보호구역

국방부의 군사시설보호구역 설정은 군사시설보호법에 근거를 두고 있다. 군사시설보호법(2003. 5. 15. 일부개정. 법률 제6870호)에 의하면 군사시설은 “진지·장애물 기타 군사목적에 직접 공용되는 시설”(법 제2조 1호)을 말하며, 같은 법 시행령

1) 김승환, 헌법도 보호하지 못하는 평택, 경향신문 2006. 5. 1. 자.  
2) 오마이뉴스 기사 참조.



에서는 “기타 군사목적에 직접 공용되는 시설”을 “군의 주요 지휘시설 및 통신시설, 대공방호시설, 전쟁물자 및 물자의 연구·생산 또는 저장시설, 군용비행장 및 비상활주로, 군항 및 군용부두, 군용사격장 및 훈련장”(시행령 제2조)을 말한다고 규정하고 있다.

군사시설보호구역은 이러한 군사시설을 보호하고 군작전의 원활한 수행을 위하여 국방부장관이 합동참모의장의 건의에 따라 설정하는 구역(법 제2조 제호)이며, 통제보호구역과 제한보호구역으로 나뉜다. 통제보호구역이란 고도의 군사활동보장이 요구되는 군사분계선에 인접한 지역과 기타 중요한 군사시설의 기능보전이 요구되는 구역이며, 제한보호구역이란 군작전의 원활한 수행을 위하여 필요한 지역과 기타 군사시설의 보호 또는 지역주민의 안전이 요구되는 구역을 말한다(법 제3조).

이러한 군사보호구역의 설정범위는 군사분계선 인접지역에서는 군사분계선의 남방 25킬로미터 범위안에서 민통선이북지역은 통제보호구역으로 민통선 이남지역은 제한보호구역으로 할 수 있으며, 군사분계선 인접지역 이외의 지역에서는 군사시설의 최외곽경계선으로부터 1킬로미터 이내에서 보호구역을 설정할 수 있고, 이 경우 통제보호구역은 당해 군사시설의 최외곽경계선으로부터 500미터를 초과할 수 없다고 규정(법 제4조 제4항)하고 있다. 이러한 보호구역 및 민통선의 설정은 군사시설 보호와 군사목적달성을 위하여 필요한 최소한의 범위내에서 하여야 한다(법 제4조 제5항).

## 2. 군사시설의 건설을 위한 예정지를 군사시설보호구역으로 지정할 수 있는가?

국방부는 미군기지건설예정지에 대하여 군사시설보호구역으로 설정하는 한편, 민간인의 출입을 통제한다는 명분하에 군인들을 동원하여 철조망주변을 경비하면서 이에 항의하는 국민들과 충돌하였다. 과연 이러한 국방부의 군사시설보호구역지정 행위는 적법한 것인가?

### 가. 적법하다는 논리의 근거

군에서 미군기지건설예정지인 팽택 팽성읍 대추리 일대 285만평을 군사시설보호구역으로 지정한 것은 다음과 같은 법률적 근거를 가진 것으로 추측된다.

첫째, 군사시설보호구역은 진지·장애물 기타 군사목적에 직접 공용되는 시설을 보호하기 위해서뿐만 아니라 군작전의 원활한 수행을 위하여 필요한 지역에 대해서도 설정되는 것이므로 중대한 국가안보상의 필요가 있는 군사기지의 건설이라는 군작전의 원활한 수행을 위하여 필요(법 제3조 제2호)하며, 나아가 ‘지역주민의 안전이

요구’(같은 조)되기 때문이다.

둘째, 군사시설이란 진지, 장애물 등 군사목적의 시설이 현존하는 경우에 한정되는 것이 아니라 ‘군사목적에 직접 공용되는’ 시설까지 포함하고 있으므로 군사목적에 공용되는 시설을 건설하기 위하여 보호구역의 설정이 가능하다.

그러나 이와 같은 논리는 군사시설보호법을 잘못 해석한 것이다.

### 나. 팽택 대추리 일대 군사시설보호구역 지정이 위법한 이유

국방부가 미군기지이전예정지 일대를 군사시설보호구역으로 설정하였지만 이러한 설정행위는 군사시설보호법을 있는 그대로 받아들여 해석한다 해도 도저히 적법한 것이라고 볼 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 팽택지역에서 군사시설보호구역을 설정하려면 군사시설을 필요로 하기 때문이다.

군사시설보호구역의 설정범위는 군사분계선 인접지역과 그 외의 지역으로 나뉜다. 팽택의 경우 군사분계선 남방 25km 범위 안에 있지 아니하므로 법 제4조 제4항의 2호에서 정하는 군사분계선 인접지역 이외의 지역이며, 이 경우는 “군사시설의 최외곽경계선으로부터 1km 이내에서 보호구역을 설정할 수 있으며 통제보호구역은 당해 군사시설의 최외곽경계선으로부터 500m를 초과할 수 없다”고 규정하고 있다. 이 조항에서 보면 군사분계선 인접 지역에서는 중요한 군사시설을 보호하기 위해서뿐 아니라 군작전의 원활한 수행을 위하여 필요한 지역을 보호구역으로 지정할 수 있음에 반하여 군사분계선 인접지역 이외의 지역에서는 군사시설보호구역을 설정할 경우 ‘군사시설’의 존재를 요구하고 있다.

군사시설은 진지, 장애물 등 군사목적에 직접 공용되는 것이어야 하며, 군사목적에 공용된다는 것은 ‘진지 또는 장애물’에 준하는 정도의 중요한 군사목적에 가지는 것으로 매우 엄격하게 해석되어야 한다.<sup>3)</sup> 시행령에서도 “군의 주요지휘시설, 및 통신시설, 대공방호시설, 전쟁장비 및 물자의 연구·생산 또는 저장시설, 군용비행장 및 비상활주로, 군항 및 군용부두, 군용사격장 및 훈련장”(제2조)으로 구체화되어 있다. 이는 보호의 대상이 되는 군사시설이 현존할 것을 요구한다는 것은 명백하다. 그 이유는 첫째, 문언에서 그러한 지금 존재하여 ‘지칭될 수 있는’ 시설물을 열거하고 있다는 점, 둘째, 군사시설을 군사목적에 직접 공용되는 것으로 한정하고 있는 점, 셋째, 법 제4조 제4항에서 군사시설보호구역에 해당하는 지역이라도 ‘중요한 군사시설이 없’는 경우는 제한보호구역으로부터 제외할 수도 있다고 하고 있음을 보

3) 김승환, 앞의 글도 같은 취지.



면 군사시설은 '있어야' 한다고 반대해석할 수 있다는 점, 그리고 넷째, 군사시설을 손괴하거나 기타의 방법으로 효용을 해한 자에 대해서는 2년 이하의 유기징역에 처해지기 때문에 죄형법정주의의 원칙상 그 개념이 명확하게 해석될 수 있어야 하기 때문이다.

따라서 군사분계선 인접지역이 아닌 평택 지역에서의 군사시설보호구역의 지정은 단순한 군작전의 수행을 위한 목적만으로는 부족하고 반드시 보호의 대상이 되는 중요한 '군사시설'이 존재하지 않으면 안된다. 그러나 평택 대추리 일대를 군사시설 보호구역으로 지정한 것은 '중요한 군사시설'을 건설하기 위한 것이지 군사시설이 있어서가 아니기 때문에 법률규정에 위반된다.

(2) 설사 군작전의 원활한 수행을 위한 경우라 해도 기지의 건설은 군작전이 아니다.

국방부의 보호구역 지정을 정당화할 근거의 하나는 이전에정지사 '군작전의 원활한 수행을 위하여 필요한 지역'(법 제3조 제2호)이라는 점이다. 군사용어로서 군작전이란 "전략, 작전술, 전술, 군수 또는 훈련을 포함하는 군의 행동 또는 군임무의 수행을 말함. 즉 어떤 전투나 전력의 목표를 달성하는 데 필요한 군전투의 수행과정, 지원과정 또는 훈련과정을 말함."4)이라고 정의된다. 이러한 정의를 바탕으로 군의 관점에서 보면, 중대한 군사기지의 건설이라는 군의 임무는 '군전투의 지원과정'으로서 쉽게 '군작전'의 개념에 포함될 수 있을 것이다. 그러나 '군작전'의 개념은 앞의 군이 행하는 모든 활동을 말하는 것으로 지나치게 확대해석되어서는 안된다.

군의 모든 활동을 군작전이라는 차원에서 이해하는 것은 군으로서는 이해되지만 군 역시 헌법적 통제 안에 있는 조직으로서 헌법과 법률에 의한 통제를 받아야 한다. 군 작전에 대해 특별한 법적 보호를 하는 것은 군작전이 가지는 특수한 기능과 그것을 보호할 필요성이 인정되기 때문이다. 단지 군이 수행하는 활동이라는 점이 다를 뿐 그 활동이 다른 국가기관이나 사회적 실체의 그것과 실질이 다를 바가 없는 경우 군에 대해 특별한 보호를 하는 것은 군은 신비화하고 과도하게 보호하는 것은 헌법상 평등원칙에 반한다. 특히 평시에는 군은 주로 전투를 대비하는 훈련과정에 있으므로 이를 지원하는 기능은 전시에 전투를 지원하는 과정에 비하여 군사적인 성격이 매우 약하게 나타날 수밖에 없다. 따라서 군작전의 개념을 지나치게 확장하여 단지 군작전이라는 이유만으로 법적 통제에서 벗어나기 쉽게 만드는 것은 군사에 대한 지나친 특권을 부여하는 것으로서 군에 대한 헌법적 통제를 규정하고

4) 합동참모본부 사이트에서 해군작전에 관한 정의를 변형한 것임. (http://www.jcs.mil.kr/library/language02.jsp?page=1&part=&searchcho=word&search=%B1%BA%C0%DB%C0%FC) 검색(2006. 5. 24.)

있는 헌법원리에 반하게 된다. 특히 군사시설보호구역과 관련한 군작전의 개념은 군사시설보호법이 규정하고 있듯이 '군사시설보호와 군사목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위내에서 하여야'하기 때문에 특히 엄격하게 해석되어야 한다.

이러한 관점에서 군사기지의 건설이 군작전의 범위 안에 들어가는가를 살펴보면, 그것이 장차 군사목적에 사용될 것이라는 점은 분명하지만 군사적 성격이 분명하게 나타나기 전에는 그것은 단순한 국가의 시설물 건설작업과 다를 게 없다. 물론 전 시라면 진지의 구축을 위한 기초작업만으로도 그러한 군작전의 성격을 명확하게 알 수 있겠지만 평시에는 단지 군에서 하고 있다는 것 이상 특별한 군작전 또는 군사적 성격을 발견하기 어려운 것이 사실이다. 물론 기지건설과정에서 시설의 배치 등 군사기밀적인 사항이 포함될 수 있는 것도 사실이다. 그러나 이러한 기밀보호는 군사기밀보호법에 의하여 대처할 문제이지 군작전의 개념을 지나치게 확장하여 군사시설보호구역을 설정할 대상은 아니라고 생각된다.

(3) 군사시설보호구역의 설정은 군사목적 달성을 위하여 필요한 최소한에 그쳐야 한다.

이 내용은 법 제4조 제4항에 규정된 것이며, 보호구역 지정을 남용하지 못하도록 한 규정이다. 군사보호구역의 지정이 남용될 경우 국민의 재산권과 신체활동의 자유를 제한할 수 있기 때문에 군사시설보호구역을 지정한다 해도 다른 기본권과 조화를 이룰 수 있도록 해석되어야 한다. 따라서 군사시설보호구역 설정을 남용하지 못하도록 한 것은 기본권보장의 차원에서도 당연한 것이다. 특히 군사시설보호구역을 합동참모의장의 건의와 군사시설보호구역심의위원회의 심의를 거쳐 설정하도록 되어 있어 설정과정에 민간의 통제가 거의 불가능하게 되어 있다는 점, 설정된 이후에는 민간의 부대출입이 거의 불가능하고 군사시설 또는 군사기밀에 관한 사항이라는 이유로 공개를 거부하면 달리 사실관계조차 파악할 길이 거의 없다는 점에서 그 위법성을 다투는 것 자체가 어렵다. 따라서 법률 자체가 군을 지나치게 보호하고 남용될 가능성을 안고 있기 때문에 이 법의 해석은 더욱 엄격하지 않으면 안된다.

(4) 미군기지건설은 헌법의 평화주의에 반한다.

특히 주둔부대가 미군으로서 최근의 미군의 전략적 유연성에 관한 합의를 통하여 주한미군의 역할과 기능이 달라졌으며 국제적 분쟁에 우리 나라가 휘말릴 가능성이 높아졌다는 점에서 국민의 평화적 생존권에 대한 위협이 더욱 가중될 수 있다는 점에서 기지건설은 헌법정신에 위배되는 것으로서 인정될 수 없다. 이 부분은 여기

\* 관련 신비화



서는 생략한다.

### III. 민간인에 대한 군사재판의 문제

평택 미군기지이전과 관련하여 제기되는 또 하나의 문제는 군인을 배치하여 국민에 대하여 경찰권을 행사하고 군인에 대하여 폭력을 행사한 사람을 초병에 대한 죄를 규정한 군형법을 적용하여 군사재판을 하여 처벌하겠다는 것이다.

#### 1. 일반국민에 대한 군사법원의 관할권

현재 군사법원법에 의하면 군사법원은 대한민국 군인(장교, 준사관, 부사관, 병)과 군무원, 군적을 가진 군의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관후보생 및 군적을 가지는 재영중인 학생, 소집되어 실역에 복무중인 예비역·보충역 및 제2국민역인 군인과 국군부대의 간수하에 있는 포로 및 특정한 군형법상의 범죄를 범한 국민에 대해서도 적용된다(제2조).

군형법에 의하면 일반국민이 처벌을 받는 범죄로는 군사상의 기밀을 적에게 누설, 유독성 있는 음식을 군에 공급, 초병에 대한 폭행·협박, 집단폭행·협박, 특수폭행·협박 또는 집단특수폭행·협박, 초병에 대한 폭행치사상 및 상해, 군용시설에 대한 방화, 손괴, 총포·탄약 또는 폭발물인 군용물에 관하여 절도·강도·사기·공갈·횡령·배임·장물에 관한 죄(국군과 공동작전에 종사하고 있는 외국군의 군용시설 또는 군용물에 대하여야의 재산범죄를 범한 자에게 준용), 초소침범, 간수자의 포로도주원조, 포로도주원조, 포로탈취, 도주포로비호 등이다. 일정한 범죄의 경우는 미수범에도 적용된다(군형법 제1조 제4항).

이러한 군형법규정을 보면 형식적으로는 국방부에서 설정한 군사시설보호구역을 경비하는 초병에 대하여 폭행 등 범죄를 범한 일반국민에 대해서도 군형법을 적용하고 그 관할권은 군사법원에 있다는 주장은 일리가 있다. 그러나 이러한 군형법은 상당 부분 위헌성을 가지고 있으며, 따라서 적용단계에서부터 매우 한정적으로만 적용되어야 하는 것은 당연하다.

#### 2. 일반국민에 대한 군형법과 군사재판의 위헌성

헌법 제27조 제2항 및 제110조 제4항에서 군사재판권을 규정하고 있어 일반국민

에 대한 군사재판 자체가 바로 위헌이라는 주장은 쉽지 않다고 생각된다. 이러한 헌법조항에 대한 문제는 뒤로 미루고 헌법규정을 전제로 군형법과 군사법원법에서 규정하고 있는 일반국민에 대한 군사재판의 위헌성을 살펴본다.

가. 헌법 제27조 제2항이 정하는 군사재판의 범위

“군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상의 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정하는 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.”(헌법 제27조 제2항)

이 헌법조항은 우선 일반국민이 군사재판을 받는 경우를 ‘군사상의 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정하는 경우’로서 ‘중대한’ 것과 ‘비상계엄이 선포된 경우’로 한정하고 있다. 따라서 비상계엄이 선포된 경우가 아니면 일반국민은 ‘중대한’ 군사상의 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 이외에는 일반법원의 재판을 받게 되며, 이러한 범죄도 법률에서 군사재판의 관할에 속함을 정하여야 한다.

헌법 규정에 표현된 ‘중대한’이라는 수식어는 군사상 기밀 등의 내용이 ‘로 연결되어 있음에 비추어 대등한 관계로 열거된 것이며 따라서 군사상 기밀, 초병, 초소, 유독음식물공급, 포로, 군용물에 관한 죄 모두를 수식한 것으로 해석하여야 한다고 생각된다.

나. 군사법원법 제2조 제1항 1호의 위헌성

#### (1) 중대성 요건 결여

이러한 관점에서 군형법과 군사법원법을 보면 ‘모든’ 군사상의 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄를 군사재판의 대상으로 하고 있으며, 헌법에서 특히 명시한 ‘중대한’이라는 요건은 고려하지 않은 것으로 보인다. 이는 입법권을 행사할 때 헌법적 한계를 지키지 않은 것으로서 입법재량을 남용한 것이며 위헌이라고 할 수 있다. 따라서 군사법원의 일반국민에 대한 관할권은 ‘중대한’ 군사상의 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄에 한정되는 것으로 하여야 하며 단순한 초병·초소에 대한 범죄만으로는 군사재판을 받지 아니한다고 엄격하게 해석되어야 할 것이다.

특히 군형법 제1조 제4항 1호에서는 “1. 부대·기지·군항지역 기타 군사시설보호를 위한 법령에 의하여 고시 또는 공고된 지역, 2. 「방위사업법」에 의하여 지정 또는 위촉된 방위산업체와 연구기관, 3. 부대이동지역·부대훈련지역·대간첩작전지역

1962년  
헌법개정  
받은 문헌



기타 군의 특수작전을 수행하는 지역"에서 간첩 또는 간첩방조, 군사상 기밀을 적에게 누설한 내외국인을 처벌하고 군사법원법에 의하여 군사재판을 받게 될 수 있으며, 적어도 법률을 합헌적으로 해석하려면 일반국민의 간첩죄에 대해서는 군사재판의 관할에서 배제된다고 하여야 할 것이다.

### (2) 군사재판에 의하여 재판을 받을 권리의 침해가능성

또한 군사법원은 그 구성과 재판과정에서 관할관이 개입하여 절차와 판결을 왜곡할 가능성이 강하게 존재하여 독립성이나 전문성이 극히 의심스러운 상황이므로 일반국민이 군사재판을 받는 것은 극히 예외적인 상황에서만 가능한 것으로 축소해석되어야 할 것이다. 그것이 국민의 재판을 받을 권리, 평등권을 보장하는 길이라고 생각된다.

### 3. 헌법 제27조 제2항 - 군사재판의 근거 또는 한계의 문제

군형법 제54조에서는 "초병에 대하여 폭행 또는 협박을 한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다. 1. 적전인 경우에는 7년 이하의 징역에 처한다. 2. 기타의 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다."고 규정하고, 이러한 범죄를 범하는 내외국인에 대해서는 군인에 준하여 군형법이 적용된다(군형법 제1조 제4항 3호). 이 규정은 최근 미군기지의 이전과 관련하여 평택 대추리에서 발생한 일련의 과정에서 현실적인 의미를 가지고 대두되고 있다. 그리고 이 조항을 헌법적으로 뒷받침해주고 있는 것이 헌법 제27조 제2항이다. 그 동안 군인 등의 국가배상청구권제한을 규정한 제29조 제2항에 대해서는 많은 논의가 있었던 데 비하여 전혀 없다고 말할 정도로 이 조항에 대해서는 관심을 가지고 있지 않은 것으로 보인다.

#### 가. 제27조 제2항의 연혁

1954년 제2차개헌에서는 제83조의 2에 "군사재판을 관할하기 위하여 군법회의를 둘 수 있다. 단 법률이 정하는 재판사항의 상고심은 대법원에서 관할한다. 군법회의의 조직, 권한과 심판관의 자격은 법률로써 정한다."는 규정을 두었다. 그 이유는 "현행헌법은 군법회의에 관하여 하등 규정한 바 없기 때문에 군법회의의 위헌문제까지 논의됨에 비추어 본 개정안은 제83조의 2를 신설하여 그 헌법적 근거를 명시"5)하고자 한 것이라 한다.

현재의 조문과 유사한 내용이 삽입된 것은 1962년 제5차개정헌법에서 제24조 제

5) 헌정사자료 제3집- 헌법개정회의록(제3대국회), 국회도서관, 1968, 9면.

2항에 "군인 또는 군속이 아닌 국민은 재한민국의 영역 안에서 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우 및 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다."고 규정한 것이 최초이다. 같은 헌법에서는 제106조 제3항에서도 같은 취지를 반영하고 있다.

이 조항은 1972년 헌법에서는 "... 비상계엄이 선포되거나 대통령이 법원의 권한에 관하여 긴급조치를 한 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다."(제24조 제2항)로 개정되었다가 1980년 헌법에서는 "긴급조치"가 "비상조치"로 바뀌었을 뿐(제26조 제2항)이며, 1987년 헌법에서 "군인 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유해음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다."(제27조 제2항)는 내용으로 개정되었다.

#### 나. 민간인에 대한 군사재판을 둘러싼 역사

##### (1) 미군의 군정재판

해방 후 38도선 이남 지역에 미군이 진주하면서 군정이 실시되었다. 미군정청은 군정의 실시와 함께 군정재판을 실시한다. 재조선 미군사령부하의 군정청 사법부 산하에 육군점령재판소를 두며, 군사위원회와 군정재판소 그리고 한국인 법원을 두는 것이다.6) 군정기 한국인법원은 점령군사령관의 권한에 의존하여 설치된 재판기관이며, 군정청 법무국장의 지시와 감독을 받는다.7) 사법부가 한국인 법원만 관할하는 것8)은 아니다. 뒤에서 보듯이 사법부에 속한 법무관들이 점령재판소에 대한 감독권을 행사하고 있기 때문이다. 점령재판소는 군사위원회(military Commission)와 군정재판소(Provost Court)로 구성되며 미군이 점령한 한국영토 내의 모든 사람에 대한 관할권을 가진다. 다만, 연합국의 육해군법에 복종하는 자, 외교특권을 가진 자, 전쟁포로는 제외된다. 연합국 육해군법에 복종하는 자와 전쟁포로는 군사법원(court-martial)의 재판을 받는다.

##### (2) 국방경비법에 의한 군사재판

헌법재판소에서도 논란이 있었던9) 구 국방경비법 제32조와 제33조는 그 기원을

6) 한국인재판소가 군정재판소를 구성하게 되어 미군정은 1945년 11월 19일 인사명령 제36호로 한국인재판소와 형무소의 모든 판사, 검사 및 직원은 군정재판소와 군정형무소 직원으로 징발한다고 하였고, 같은 날 우들 군정청 법무국장은 판사에 대한 훈령 제1호에서 대법관을 비롯한 모든 판사는 통상의 직무 이외에 육군점령사건과 관련된 특별직무를 추가하여 처리할 것을 지시하였다.

7) 군정법령 제21호. 법무국검사에 대한 훈령 제5호(1946. 3. 13.) 훈령 제5호 제5항은 "조선재판소는 법무국장이 감독, 지시하는 국가기관으로 함. 법무국의 미국군인은 필요할 시 재판소직원에게 조언하고 그 사무를 감시함."이라 규정한다.

8) 안진, 미군정기 억압기구연구, 새길, 1996, 186면.



재조선미국육군사령부군정청 법령 제86호(1946. 6. 15.) 제23조와 제24조에 두고 있다. 구 '국방경비법 제32조와 제33조의 내용은 다음과 같다.

제32조(적에 대한 구원, 통신연락 또는 방조) 직접, 간접으로 무기, 탄약, 양식, 금전 기타 물자로서 적을 구원 혹은 구원을 기도하거나 또는 고의로 적을 은닉 혹은 보호하거나 또는 적과 통신연락 혹은 적에게 정보를 제공하는 여하한 자든지 군법회의판결에 의하여 사형 또는 타 형벌에 처함.

제33조(간첩)조선경비대의 여하한 요새지, 주둔지, 숙소 혹은 진영 내에서 간첩으로서 잠복 또는 행동하는 여하한 자든지 고등군법회의에서 차를 재판하며 유죄시에는 사형에 처함.

이 조항에 근거를 두고 정부수립 이후 민간인에 대한 군사재판이 시행된다. (여기에서는 논의의 편의를 위하여 구 국방경비법이 공포되었다는 명확한 증거가 없다는 점에서 이 조항을 근거로 한 처벌의 합법성에 관하여 논란이 있는 것은 별론으로 한다.)

그러나 한국전쟁 발발 후 발생한 부역행위를 처리하기 위하여 1950년 12월 1일 제정된 부역행위특별처리법 제15조에서는 “본법에 의한 범죄처리는 전투행위에 직접관련이 있는 것을 제한 외에 군기관은 이에 관여할 수 없다.”고 규정하여 군법회의에 의한 민간인의 군사재판을 제한하고자 하였다. 그럼에도 국방경비법 제32조 또는 제33조를 적용하여 민간인을 처벌하는 일은 많았던 것으로 보인다. 이 점은 부역행위처리를 둘러싼 국회의 논의에서도 드러난다. 1950년 12월 25일 본회의에서 엄상섭의원은 다음과 같이 질문하고 있다.

“이 법문의 정신은 부역행위에 있어서 직접 전투에 관련이 없는 것은 될 수 있는 대로 보통검찰청과 재판소로 하여금 그 사건 처리를 시키려고 하는 데에 그 입법취지가 있다고 그렇게 보아서 틀림이 없을 줄 압니다. 그런데 실제 사건을 처리하는 것을 보며는 부역행위로서 어떤 인민위원장을 했다거나 파괴정권하에서 관리하는 산업기관에서 어떠한 일을 했다거나 그것을 전부 국방경비법 제32조를 적용해서 비상군법회의에서 처리를 하고 있습니다. 이 점에 있어서 이 직접관련이라는 점에 있어서 아까 제가 말씀드린 바와 같이 될 수 있는 대로는 이 직접 관련을 좁게 해석해가지고 재판에 능숙지 못한 군기관으로 하여금 그런 것을 처리치 아니하리라고 보겠는데 실지운영하는 것을 보며는 . . . 전부 군법회의에서 처리를 하고 있던 말씀예요. 그래 이 점에 관해서 정부당국에서는 어떻게끔 생각하고 있는가 좁게 해석을 하는가 또는 의견 국방경비법 제32조에 의해서 군법회의에서 하려는가 그 점을 밝혀 주시기 바랍니다.”<sup>10)</sup>

9) 현재 2001. 4. 26. 선고, 98헌바79 결정(보안관찰법 부칙 제2조 제2호 등 위헌소원, 구 국방경비법 위헌소원)

이에 대해 김윤근 법무차관은 다음과 같이 답변하고 있다.

“부역행위특별처리법 제15조는 국방경비법 제15조를 민간인에 대해서 배제하는 것이 아니라 민간인일지라도 국방경비법 제32조에 해당이 되어서 그 조문에 의해서 처단을 받게 되는 경우에는 군에 의해서 처단을 받을 수 있다고 해석해서 현재에도 그와 같이 취급을 하고 있습니다. 즉 말하자면 국방경비법 제32조는 15조에 의하여 배제가 되는 것이 아니라고 보겠습니다. 처단을 하되 여기서 한 가지 더 말씀드릴 것은 민간인에 대해서는 부역행위자라도 특별조치령에 의해서 전부 종래에나 현재나 보통검찰청과 재판소에서 전부 처단을 하고 있습니다. 단지 경비법 32조의 해당만은 군기관에 의해서 처단하고 있습니다. 이와 같이 되니까 본법에 대해서 제15조가 있는데 그것을 무시해서 되는 일은 현재에는 없다고 생각합니다.”<sup>11)</sup>

이러한 논의에서 보듯이 미군정의 점령상태에서 만들어진 국방경비법의 규정을 근거로 특별법이 있음에도 불구하고 군법회의의 재판이 일반적으로 이뤄졌으며, 그 결과는 불공정하고 과중한 형벌이었다고 평가된다.

이러한 군사재판에 대해서는 국회에서도 지속적으로 문제가 제기되었다. 군법회의재판권의한계에관한증언요구의건에서도 윤길중의원은 “우리는 이런 구체적 사건에 터치하려고 하는 것이 아니라 지금 군법회의가 그렇게 일반적인 문제 재판권이 없는 무제까지를 타치하고 있는 마당에 있어서 우리가 그 아주 혹독한 ..군국주의시대에 보더라도 나는 민간인이 군법회의에 가서 일반적 사건을 군법회의에 가서 붙었다는 이야기는 한 번도 들어본 일이 없습니다.”<sup>12)</sup>고 지적하고 있다. 또한 군관계 이외의 사건은 일반재판소에서 하는 것이 옳다는 백남식 의원의 동의<sup>13)</sup>에 대해 제석 105, 가 83으로 의결하였다.<sup>14)</sup>

이러한 논란에도 불구하고 군법회의의 관할을 넓게 인정하였던 것은 한국전쟁과 군사정권을 배후에 둔 정권의 요구에 맞는 재판결과를 도출하기 위한 목적에서 편의적인 재판을 할 수 있었기 때문이 아닌가 생각된다. 아직도 군사재판에 대해서는 그 본질적 성격을 지휘관 사법 또는 봉건사법이라고 평할 수 있다.<sup>15)</sup>

1954년 헌법개정에서는 군법회의의 헌법적 근거를 두게 되었고, 오랫동안 군법회의에 의한 민간인 재판에 대해 국민들의 우려가 있어 왔음에도 1962년 헌법개정

10) 제10회 국회정기회의속기록 제5호(1950. 12. 25.), 5-6면.

11) 같은 회의록, 6면.

12) 제10회 국회정기회의속기록 제87호(1951. 5. 21.), 6면.

13) 제10회 국회정기회의속기록 제88호(1951. 5. 22.), 제1면.

14) 같은 회의록, 2면.

15) 송기춘, 군사재판에 관한 헌법학적 연구, 공법연구 제33집 제3호, 2005. 5. 참조.



서는 심지어 민간인에 대한 군사재판의 관할권을 명문으로 인정하기에 이르렀다. 좋게 보자면 “군법회의의 재판을 받지 아니할 권리를 추가로 규정”한 것<sup>16)</sup>이라거나 “재판청구권에 관하여 민간인은 원칙으로 군사재판을 받지 않도록 규정한 것은 군통솔상 일반재판보다 가혹한 경우가 있는 것이 예상되기 때문에 일반 민간인이 군사재판을 받게 되면 불필요하게 기본권이 침해당하기 때문”<sup>17)</sup>이라는 설명도 가능하다. 생각할 수 있겠지만, 규정이 상당히 포괄적으로 해석할 수 있는 내용으로 이뤄지고 있으며 심지어 군사활동과 무관한 초병과 초소에 관한 범죄까지도 군사재판을 가능하게 할 정도의 내용으로 되어 있다는 점을 생각하면 옳은 지적이 아니라고 생각된다. 실제 어떤 시설이건 초병을 폭행 또는 협박한 경우에는 군사재판을 받게 되는 규정이 만들어졌고, 최근에도 민간인을 그렇게 처벌하겠다는 국방부의 발표가 있는 걸 보면 앞의 주장은 안이한 판단이라고 생각된다. 특히 그 동안 민간인에 대한 군사재판이 문제가 된 것이 “적에 대한 구원, 통신연락 또는 방조” 및 “간첩” 행위였던 것을 생각하면 이러한 행위에 대한 관할권을 명시한 것을 넘어서 관할범위를 상당히 확장한 것으로 보아야 할 것이다.

이러한 조항이었음에도 불구하고 1962년 헌법개정논의과정에서는 군사재판권 문제가 거의 논의되지 않았다. 법원의 관할문제와 관련하여 ‘일반법원과 특별법원의 관할명령’이 잠시 논의된다. 관할명령을 명문으로 규정하는 문제에 대해 혼란을 우려하는 견해(문흥주 위원)<sup>18)</sup>와 인적 사항으로 처벌할 수 있다는 견해(이경호 위원)<sup>19)</sup>가 대립된다. 문흥주 위원은 ‘그런 제도가 가령 옳다고 해서 역시 사형제도같은 것이 군법회의에 있으면 몰라도 헌법에 있다고 하면 곤란하지 않습니까?’ 이에 대해 이경호 위원은 “우리 나라 현실은 군법에 의해서 사형을 하게 되어 있지 않습니까? 군법회의재판에서 민간인에 대해서도 사형을 하고 있는데요.”라는 반응을 보인다.

“일반법원에 관한 권한을 헌법에 명시할 필요가 있습니다. 특별법원에 관한 범위도 마찬가지로입니다.(이종극)”

“이런 방향으로 나갈 수 있지요. 군법회의는 일반국민에 대해서는 이러이러한 경우를 제외하고는 할 수 있다.(박일경)”

“군법회의에 넘어가는 것을 막자 이것입니다.(강병두)”

“일반법원은 재판을 받을 권리에 의해서 다하게 되어 있습니다.(유진오)”<sup>20)</sup>

이러한 몇 마디 논의를 끝으로 군법회의의 관할에 관한 논의는 흐지부지 실종되

16) 한태연·구병식·이강혁·갈봉근, 한국헌법사(하), 한국정신문화연구원, 1991, 114면.

17) 김영수, 한국헌법사, 학문사, 2001, 516면.

18) 헌법개정심의회 제1집, 1967, 87면.

19) 같은 면.

20) 이상 같은 책 87-89면.

고 말았으며 결과는 제24조 제2항에 “군인 또는 군속이 아닌 국민은 재한민국의 영역 안에서 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유해음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률에 정한 경우 및 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군법회의의 재판을 받지 아니한다.”는 규정 신설로 나타났으며 현재까지도 원형을 보존하여 존속하고 있다. 개정의 이유는 명확하게 나타나지 않으나 민간인에 대한 군사재판권을 헌법에 명확히 규정함으로써 그 동안 논란이 있어온 군법회의의 관할권문제에 관하여 더 이상의 위헌논란을 불식하려 했던 것으로 보인다.

#### 다. 조항의 문제점

이 조항(현행 헌법 제27조 제2항)은 민간인에 대한 군사재판의 정당화의 근거가 되어 왔다. 유신헌법 이후 약간의 변화를 제외하고는 1962년 헌법의 틀을 그대로 유지하고 있으며, 이에 근거하여 군형법에서 민간인의 행위를 처벌하는 규정이 마련되어 있다. 최근 평택 대추리의 시위와 관련하여 군에서 군형법을 적용하여 군사재판으로 대응하겠다고 말한 것도 이러한 군형법 규정 때문이다. 그러나 이 헌법조항은 우리 헌법에서 삭제되지 않으면 안된다고 생각된다.

##### (1) 전시에 적용될 것을 예정한 구 국방경비법 제32조 및 제33조

이 조항의 원형이라 할 수 있는 조항은 구 국방경비법 제32조 및 제33조이다. 이 조항은 미군이 점령한 상태에서 모든 재판이 군정청의 관할 하에 이뤄지던 당시에 만들어진 국방경비대의 활동과 관련하여 군정청이 군사재판의 시각에서 만든 규정이다. 군정하에서 미군정청은 한국인재판소의 재판결과가 마음에 들지 않는 경우 사건을 군사위원회로 이송하도록 하여 자기의 의도대로 재판을 하기도 하였다.

미군이 점령한 지역에 거주하는 모든 한국인은 전쟁법규와 관습(Usages), 미 육군 태평양군사령관 또는 그의 위임을 받은 자의 포고, 법령, 규칙, 명령 등과 한국의 민사, 형사법규를 위반한 경우 점령재판소의 재판을 받았으며, 1945. 9. 7. 포고령 2호에서 군사점령재판소의 재판을 받게 될 것을 포고하였고 한국인 범죄자들 대부분이 포고령 2호 위반으로 재판을 받았다. 군정청의 ‘법무국검사에 대한 훈령 제4호(1946. 3. 13.)’에서는 군정재판소(Provost Court)가 보통 담당하는 사건은 미군인이 증인으로서 출석하는 사건 혹은 미국재산이 관련된 사건이지만 경우에 따라서는 그밖에도 특히 미국군의 위엄 또는 안전에 관한 사건에 대한 관할권을 가진다고 명시하고 있다. 당초 군정재판소를 미군재산과 관련된 사건 또는 미군이 증인으로 증언할 필요가 있는 사건 등을 전담케 할 계획이었으나 한국인재판소에서 처리



가 곤란한 사건을 처리하는 수단으로, 때로는 군정재판을 신속하게 처리하는 수단으로 이용하였다고 한다.<sup>21)</sup>

이와 같이 군정하에서 민간인에 대한 군사재판이 널리 이뤄졌으며 그러한 시각은 전시에 적용되는 내용인 구 국방경비법 제32조, 제33조의 규정을 “전시”라는 제한 없이 규정하게 된 것으로 생각된다. 그 결과 해방공간에서의 좌익에 대한 탄압, 한국전쟁중의 부역행위에 대해서 이 조항을 이용한 중한 처벌이 횡행하기 되었다고 생각된다. 따라서 미군정 점령시기에 구상된 조항에 근거하여 헌법에까지 편입된 조항은 비판적으로 고찰되어야 한다고 생각된다.

## (2) 군에 대한 헌법적 통제

군인 외적의 침입으로부터 국토를 수호하고 민주적 기본질서를 지키는 조직으로서 헌법에 의하여 창설·운영되고 헌법에 의하여 통제된다. 특히 군사정권 시기에 나타나는 군의 우위를 극복하고 문민통제를 실현하기 위해서는 군에 대한 헌법적 원리에 따른 통제가 관철되어야 한다.

헌법 제77조에서는 “대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.”고 규정하고 있어, 군이 국민에 대해 경찰권을 행사하는 것을 매우 제한적으로 규정하고 있다. 또한 ‘전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태’시에 ‘병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때’에만 ‘계엄을 선포’할 수 있고, 이 때만 제한적으로 군이 국민에 대해 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서유지를 위한 활동을 할 수 있다고 하고 있다. 그 이유로는 첫째, 군의 존재근거가 일차적으로 외적의 침입을 방어하기 위한 것에 있고, 둘째, 군의 조직원리가 매우 엄격한 명령과 복종에 기초하고 있어 속성상 민주적인 운영과 근본적으로 거리가 멀다는 것이고, 셋째, 군은 전투승리와 작전의 성공을 위해 매우 포괄적인 재량이 인정될 수 있으므로 그러한 업무수행방식에 익숙한 조직은 국민에 대한 공권력의 행사과정에서 기본적 인권의 침해가능성이 매우 높을 수밖에 없다는 점 등 때문이라고 생각된다.

따라서 군이 민간에 대하여 경찰권 또는 사법권을 행사하는 것은 군사상의 필요로 하는 제한된 상황에서만 정당화될 수 있다는 것이 헌법의 기본적 관점이라고 할 수 있고 따라서 이러한 관점에서 보면, 군사법원의 군사와 관련된 군인 이외에 광범위하게 재판권을 확장할 가능성을 열어주는 조항은, 국민의 기본권을 보장하기 위한 군에 대한 헌법적 통제의 취지에 결코 부합하지 않는다고 생각된다. 이러한 군

21) 법원사, 173면.

의 월권적 모습은 군사와 치안의 영역이 구분되지 못하고 혼동된 상태에 있다<sup>22)</sup>는 점에서도 드러난다. 군이 민간인을 검문하는 것이나, 군과 경찰이 합동검문소를 설치하는 것도 당연히 여겨지고,<sup>23)</sup> 대간첩작전도 경찰과 군대가 합동으로 수행하는 것도 당연히 여겨진다. 그 결과 치안활동도 군사작전과 거의 다를 바 없이 수행되는 것을 관찰할 수 있다.<sup>24)</sup> 아무리 군의 대민봉사활동이 가능하고 또 이로 인하여 군의 국민에 대한 이미지와 높아진다고 하더라도 군의 임무는 국방이며, 치안업무를 담당할 경찰과는 당연히 구별되는 것이다. 국내치안유지활동에 군이 동원되는 것이 쉽게 정당화된다면 군이 군과 경찰의 조직을 나뉘어야 할 이유도 없지 않는가? 계엄이나 전시가 아닌 평시에 군대가 민간인을 상대로 경찰권을 행사하려면 이에 대해서는 헌법개정을 해야만 가능한 일<sup>25)</sup>이라고 보아야 할 것이고, 비록 제27조 제2항의 규정이 있다 하더라도 민간인에 대한 군사재판은 삭제하여 민간인에 대한 군의 사법권 행사를 부정하지 않으면 안될 것이라 생각한다. 군에 대한 헌법적 통제의 관철을 위해서는 군과 국가를 이원적으로 이해하는 제도는 폐지하여야 한다.

## (3) 일반법원에 의한 재판의 원칙

군법회의에 의하여 민간인에 대한 재판이 최소한 정당화될 수 있는 기반을 군이 찾으려면 그것이 모든 법원이 군정청의 감독 아래 있는 군정시기에 만들어졌다는 점, 일반법원이 아직 제대로 정비되고 능력을 갖춘 법관이 많지 않았다는 현실을 들 수 있을 것이다. 즉, 일반법원이 제대로 정비되지 않은 상황이라면 혹시 군사법원에 의한 재판이 정당화될 가능성이 있을 수는 있다 하더라도 지금과 같이 법원조직이 잘 갖춰지고 자격 있는 법관이 충원된 법원제도에서라면 더 이상 정당화할 수 없다고 생각된다. 따라서 군사법원에 의한 재판은 명령과 복종에 기초한 지휘권이 중시되고, 신속하고 정확한 작전과 훈련이 요청된다는 군의 특수성에 관련되는 것을 제외하고는 원칙적으로 일반법원에 의한 재판을 받아야 할 것이다. 현재 군사법

22) 이계수, 「한국의 군사법과 치안법:군사와 치안의 착종과 민군관계의 전도」, 공법연구 제31집 제4호, 2003.

23) 물론 통합방위법 제13조 제4항에서는 “통합방위작전의 임무를 수행하는 자는 그 작전지역 안에서 대통령령이 정하는 바에 의하여 임무의 수행에 필요한 검문을 할 수 있다.”고 하고 있고, 같은 법 제17조의 2 제1항에서는 “지방경찰청장·지역 군사령관은 관할지역 중에서 적의 침투가 예상되는 곳 등에 검문소를 설치할 수 있다.”고 규정하고 있긴 하다. 그러나 같은 법에 명확한 정의규정은 없지만 ‘작전지역’이라 함은 통합방위작전을 위한 일정한 공간적 범위를 말하는 것이라 볼 수 있고, 통합방위작전은 ‘통합방위사태가 선포된 지역에서 그 사태의 구분에 따라 통합방위본부장·지역군사령관·합대사령관 또는 지방경찰청장이 국가방위요소를 통합하여 지휘·통제하는 방위작전’(제2조 제4호)을 말한다고 하므로, 이러한 통합방위사태에 직면하지 않은 평시에 군이 민간인에 대한 검문을 실시하는 것은 법률의 해석으로도 불가능하다.

24) 이계수 앞의 글도 같은 취지.

25) 이계수, 앞의 글. “대간첩작전과 같은 대외적 안전과 관련한 임무수행부대를 아무런 제한장치 없이 대내적 안전과 관련된 임무에 투입해도 좋다고 믿고, 또한 그런 방향으로 법률을 해석·집행할 수 있다고 믿는다면, 평시 군과 경찰의 조직 및 임무의 구분이라는 헌법상의 국가구성원리는 사실상 파괴되고 만다. ‘대간첩작전시’에만 출동할 수 있도록 되어 있는 병력을 모든 시일상적 시위현장에 투입시키는 관행과 그러한 관행을 헌법에 의해 정당화하는 해석은 헌법위반이다.”



원법에서 사물관할을 군사와 무관한 것에까지 넓히고 있는 것도 재판을 받을 권리나 평등권을 침해할 소지가 많다.

또한 국민이 재판을 받을 권리가 있고 일반법원의 조직과 인원이 제대로 정비된 상황에서 군과 직접관련한 사람과 사항 이외에 민간인에 대한 관할권을 확장하는 것은 군사정권에서나 있을 법한 내용이다. 군에 대한 민간의 우위, 민간에 의한 군의 통제를 우리 헌법이 규정하고 있으므로 군법회의의 관할권에 관한 논란을 불식시키기 위해 삽입된 이 조항의 범위와 적용대상은 엄격히 한정되어야 할 것이다.

#### (4) 군사법원 구성의 문제

군사법원의 재판관의 임명과 활동, 공판절차 등이 일반법원과 다를 바 없다면 그 래도 군사법원에 의한 재판이 기본권을 침해할 가능성은 줄어들 수 있을 것이다. 그러나 현재 비록 사법개혁의 과제로서 군사법원 개혁문제가 논의되고 있기는 하지만, 일반법우너과 달리 군사법원의 전문성, 독립성, 민주성은 당당한 문제점을 드러 내고 있다. 심판관의 임명과정, 지휘계통을 통하여 법무참모가 재판에 개입하기도 하고, 확인조치권을 남용하여 재판결과를 왜곡시키기도 한다.<sup>26)</sup>

#### (5) 남용 가능성

앞에서 설명하였듯이 현재의 군사재판권은 미군정 시기보다도 넓어졌으며, 그 결과 “초병, 초소, 유독음식물공급” 등에까지 군사법원의 관할권이 미칠 수 있기 때문에 그 보호대상이 무엇이냐를 묻지 않고 오직 군이 점유하는 시설이고 초병이나 초소에 대한 범죄라는 이유로 처벌을 받게 됨으로써 군 자체를 신비화할 가능성도 존재한다. 군부대가 경계를 짓고 초병을 세워놓은 경우 그 안의 군사적 중요성과 무관하게 군에 대한 도발이라는 이유만으로 군사재판을 받아야 할 초병에 관한 죄라 할 수 있는가? 본래 군사재판의 목적은 군 고유의 기능보호를 위한 것이어야 함에도 불구하고 침해되는 이익이 무엇인지를 묻지 않고 군에 대한 침해이면 그 자체로서 인권침해가 될 수 있을 것이다. 평택 대추리의 시위참여자들의 행위가 군이 경계하는 시설(정확하게는 시설예정지)에 대한 침범이라는 점을 들어 군사재판을 하여 처벌하겠다고 하는 것은 이 조항의 남용가능성을 웅변하고 있다고 생각된다.

#### (6) 축소해석의 한계

물론 이러한 헌법규정에도 불구하고 그 의미는 매우 축소하여 해석할 수 있을 것이다. 국민의 재판을 받을 권리의 보장, 군사법원은 자격을 갖춘 법관으로만 구성되

26) 이 점에 대해서는 송기춘, 군사재판에 관한 헌법학적 연구 참조.

지 않는다는 점, 일반법원의 기능이 제대로 작동하고 있음에도 굳이 민간인을 군사법원에서 재판할 필요가 없다는 점, 군과 민간의 분리, 계엄시 이외에 군이 국민에 대해 공권력을 행사하는 경우는 없다는 점을 고려한다면, 그러한 규정의 취지가 군의 고유한 존재목적과 관련되는 것일 때에 한하는 것으로 축소해석하여 문제발생 소지를 줄일 수 있을 것이다.

그러나 축소해석을 할 수 있다 해도 여전히 문제는 남는다. 입법권이 헌법의 해석을 넓게 하여 군사재판의 범위를 넓게 하는 경우 그 법률을 위헌이라고 단정하기는 어려운 것이다.

#### (7) 외국의 예 : 미군의 군사법원의 관할

미군의 경우 군사법원의 사물관할은 UCMJ(Uniform Code of Military Justice) Article 2에서 규정하고 있다. “군복무 관련사항(service-connected)”에 한정된다.<sup>27)</sup> 또한 인적 관할은 12개의 범주로 나누어져 있다. 군인, 군무원(현역, 예비역, 퇴역을 불문), 준군사적 조직의 구성원(군대에 복무하는 공공의료기관 등), 군교도 소 수감자, 전쟁포로, 아주 예외적이지만 민간인 등이 포함된다. 복무중인 장교와 사병, 사관생도, 소집된 예비군, 예비역으로서 군의 정식구성원으로 보수를 받는 경우도 해당된다. 결국 대개는 현역의 군인, 군무원에 대해서만 적용된다고 할 수 있다.

#### 라. 소결

헌법 제27조 제2항은 이러한 많은 문제점을 안고 있으며, 우리의 경우와 같이 일반국민에 대한 군사재판권을 폭넓게 인정한 예는 찾을 수 없다. 따라서 군사법원의 관할권을 군사 고유의 기능 이외에 확장하는 근거로 작용해 온 제27조 제2항은 삭제되는 것이 타당하며, 이러한 문제를 안고 있기 때문에 군형법이나 군사법원법의 해석과 적용과정에서도 매우 제한적이어야 함은 당연한 것이라고 생각된다.<sup>28)</sup>

27) Solorio v. United States, 483 U.S. 435(1987)

28) 이와 함께 나아가 국민의 재판을 받을 권리의 강한 보장을 위하여 평시 군사법원도 폐지하여야 할 것이다. 이에 대해서는 첫째, 평시 민간법원에 의한 재판으로 인하여 장거리 민간법원 출입부담으로 작전 및 교육훈련에 지장을 초래하는 등 신속한 심리진행을 방해하고 군에 대한 이해부족으로 재판결과가 잘못될 가능성이 있다는 점, 둘째, 군사법절차가 오히려 군인의 인권보장에 유리하다는 점, 셋째, 평시에 운용하지 않는다면 전시에 제대로 운영될 수 없다는 점 등을 들어 폐지에 반대하는 견해가 있다. 그러나 민간법원의 재판부를 적어도 군에 대해 잘 아는 법관으로 구성하도록 한다면 군의 특수성도 고려될 수 있을 것이며, 남자법관은 대부분 군에서 병 또는 법무장교로 군복무를 마친 경험을 가지고 있으므로 민간법원이 군을 이해하지 못할 것이라는 것은 기우에 불과하다. 더 전문적인 것은 감정 의견을 통하여 보충하면 족할 것이다. 더구나 우리나라의 법원은 군부대와 지근거리에 있어서 심리를 받는 데 큰 문제가 없으며, 오히려 군사법원이 비상설적으로 운영되어 신속한 재판이 이뤄지지 않은 것이 현실이고 보면 민간법원에 의한 재판이 신속한 재판을 저해하는 것도 아니다. 처벌을 약하게 하는 것만이 인권보장에 유리한 것이 아니라는 점에서 주장도 옳지 않으며, 평시에 군사



### IV. 맺으며

앞에서 본 바와 같이 국방부의 군사시설보호구역의 설정은 위법한 것이며 군사기지의 건설공사를 군 작전이라 볼 수 없기 때문에 전시 또는 군을 동원한 치안유지의 필요성이 있는 계엄시가 아닌 평시에 군이 국민에 대하여 경찰권을 행사하는 것은 위헌이다. 헌법상 군과 치안의 분리원칙이 보장된 것으로 이해되기 때문이다. 특히 위법한 군사시설보호구역을 경비하기 위하여 배치한 군인들에 대해 폭력을 행사한 일반국민을 군형법과 군사법원법을 적용하여 처벌하겠다는 것은 어불성설이다. 군형법이 헌법에 위반되는 부분이 있으며, 또한 헌법규정 자체도 많은 문제점을 가지고 있기 때문이다.

앞에서 지적한 것과 같이 현재 군에 대해서는 과거에 비하여 헌법적, 법적 통제가 강화되어 가고 있는 형편이지만, 아직도 군과 관련한 규범을 합헌적으로 정비하는 작업은 미진하기 그지없으며 군의 일반국민 검문 등 군의 활동과 관련해서는 위법적 상태가 방치되고 있다. 군사기밀, 군사시설 등 군과 관련한 내용은 지나치게 신비화되어 국민의 기본권보장에 많은 침해로 받으면서도 제대로 구제의 길이 마련되지 않은 경우도 많다. 평택 미군기지 이전과 관련해서 이러한 군과 관련한 규범의 정비작업에 대해서도 많은 관심이 기울여져야 한다고 생각된다.

적성통제제도 알아다야.

재판제도를 운영하지 않는다 하여도 군사 2급 비밀로 전시군사법원의 구성을 하고 전군훈련시 연습을 한다면 이 또한 큰 문제가 없을 것이다. 현재의 제도는 군사법원으로서의 전문성도 적절하게 확보하지 못할 뿐 아니라 독립성, 민주성에 중대한 결함을 가지고 있으므로 평시, 국내의 군사법원은 폐지하고 전시 또는 해외파병 등의 경우에 한정하여 제한적으로만 인정하여야 할 것이다. 현재 미국 등 일부 국가를 제외하면 군사법정 차에 민간법원의 주도권을 인정하거나 그 협력과 개입을 인정하는 개혁이 보편화되고 있다는 점, 제국주의 군대의 전통을 상실한 영국이나 프랑스는 군사법제도를 전시와 평시, 국내와 해외로 나뉘어 이원적으로 운영하고 있다는 점, 이러한 이원적 운영은 비례의 원칙에 비추어도 타당하다는 점 등이 근거로 제시될 수 있다. 특히 민간법원에 의한 재판에 의하여 적법절차가 더욱 잘 보장될 수 있을 것이다.

## Memo

<문>

이제까지 여러 협의는 헌법 52 조항 침해는 아닌지 검토하기 있었지만

- 독일, 미국에서 법외자 성이 많았지만 배려 재입은 못함.

- 평택시 생활권을 행복권으로 보지 못한 것은 아쉽. 경찰과 권리 충돌 있으므로 등차적 처리로 부당하다는 것이 문제.

- 최법소원이 가장 중요한 사건으로 생각되고 볼 수 있다.

일부 주민들의 저항행위는 심에서 심. 유권현상을 알아본. 각종 대책 가서 개정. 일련된 유권심사는 법률에서 - 무관함을 현재 볼 수 있음.

⇒ 생활권을 재산권보다 권리(행위)로 구분하는 것이 필요. 형사적 유연성이 행정적 생활권 침해'라는 점 부당성이 수 있는 방안 고민.

○ 정무사 : '전략적 유연성'의 다른 국은 한반도 밖 이유로 신속하게 한반도를 들어온 것을 포함하기도 함. '전략적 502'타 전략적 유연성이 명확해 있는 것. 이 부분은 행정적인 유권이나 배척되지 않음.

- 2004년 3월 기준 시 <sup>1</sup> 전략적 유연성과의 연립성 애기하기 어렵고 (비준동의의 사유 변경 아님)

② 2차원 이의 비용을 한쪽 정부의 부담이 불균형으로 생길 가능성도 매우 높음 ③ 헌법비용을 이의가 부정하는 바 아니나 헌법비용이 부정할

가능성이 높은 상황. → 당시 세준동의시 사유나 헌법 비용과 같은 대배급 요구할 수 있는지. 3월 임명권 침해 여부.

○ 최정우 변호사 : 군형법과 군사법원법 폐기해야. '생활권'은 군을 동원한 처우로 생각하는 것. 헌법-행위적 기술에 동의하지 않음. '군사시설보호구역'은 같이 가진 가장 강력한 권력. 이 행정처리에 대한 민간인 참여. 손해 가능성도 높음. 현재 기준은 '작전성'이라는 모호한 기준. - 최정우 앞에서 이가 '헌법'인가. 제정추진 시는 일부만을 침해이라 볼 수 있음. 그래서 헌법권이 아니라 군사시설보호법을 적용하는 것은 헌법내에서 처리되는 분위기.

○ 박재근 : 군사기지가 확립 2차행. 군사시설에 대한 법적 상충권 추정 확대. 군인이 민간인을 폭행하고 진압한 부분을 합치므로 처벌할 수 없음. 군사시설보호법 개정하는 게 아님. 군사시설보호구역 설정 절차의 문제점 & 용역에 대한 무한 경쟁과 파산에 대한 법적 대응 가능성.

○ 윤영배 : 행정 부패가 많으면 해결되든 거나 생각 안함. 국가의 '행위수용' 한계 어디까지냐. <sup>안</sup> 형사적 퇴거명령 내야 있는 상태. 권한은 행정적인 사건이 아닌 이들을 어떻게 다루는 것이. 거주이전의 자유와 동행권 문제는 어떻게 접근해야.

↓  
행위: 행정상의 조치가 지방행위를 포함하는 부분을 제외할 수 있는 방법 아님. → 사유지에 대한 권력 수준 문제도 따지는 것 고민해야. 2차원: 태준 자체가 무권력 주장 / 행정권 소송 행정 배척할 수 있음 등 / 명예훼손 소송 (언론에 대한 대응) 검토 가능.

각종이 있는, 총의 2차원이나 <sup>일련적</sup> 남아있는 총의에 군이 주동하는 것은 문제.



정당사상권리

유언 상속 재산에 대하여 (목적의 부다)

종교의 인간인 종교 뿐 아니라

이들 권은 상대적 한 행동 행위에

제한 사해는 불이 존재.

\* 권의 불행은 지고 이를 법이 구속한

것도 종교에 불법.

행위행위 행위 행위를 구속한 행위.

"종교의 유일한 행위 행위는 종교 행위의

종교" 행위

