

이라크 파병과 헌법

이경주

파병은 헌법적으로 정당인가

한국군의 이라크 파병에 대한 국내외의 강한 반대에도 불구하고 지난 8월 3일 추가파병이 결국 이루어지고 말았다. 이라크에 대한 추가파병이 이라크전쟁에 대한 참여가 아니라 '전후 이라크의 재건지원과 평화정착'이라고 국회가 의결한 추가파병동의안은 명시하고 있으나, 이라크로부터 전해오는 매일 매일의 외신은 평화정착과 이를 위한 재건지원의 모습이 아닌 민중봉기의 소식이며, 제2전쟁 국면에 접어든 이라크 민중의 성난 표정이 었다. 추가파병이 이루어지던 날 성남공항 주변의 파병반대의 물결이 성난 파도가 되어 넘쳐나지 못한 것이 오히려 안타까울 따름이다.

더구나 대량살상무기의 제거라는 미국의 애초의 발표와 달리 이렇다 할 대량살상무기의 흔적조차 없는 이라크의 모습에서 우리는 국제법과 우리 헌법에서 금지하고 있는 침략전쟁의 상흔만을 발견할 뿐이다. 더군다나 대량살상무기가 존재한다는 정보가 조작되었다는 보도를 접하면서는 정보를 독점하고 조작하는 제국empire 미국의 일방주의 외교의 폭력적 본질을 느끼

며 절망할 뿐이다.

또한 절망의 끝에서 일어난 성남공항의 분노와 함성의 물결 속에서 우리는 30여 년 전 베트남전 파병반대의 함성을 상기한다. 자유세계의 수호라는 미국의 강변에도 불구하고 빛바랜 30여 년 전 신문들에는 평화보다는 만행이, 주권보다는 침략의 상처만이 보일 뿐이었다.

그러나 절망과 분노로부터 한 발짝 물러서서 보면 이라크파병 반대의 목소리는 베트남파병 반대의 목소리와 조금 다른 측면이 있다. 그것은 파병반대의 논거로 헌법이 언급되고 있다는 점이다. 사실 우리 헌정사를 돌이켜 보면, 1987년 6월 민주화 항쟁 이후에도 여전히 없는 지식 취급하던 조항이 하나 있었는데 그것은 다름 아닌 침략전쟁을 부인한다고 규정한 헌법 제5조이다. 이 조항의 내용은 1948년 헌법 제정 이래의 9차례에 걸친 헌법개정 의 우여곡절에도 불구하고 변함없이 자리를 지키고 있다.

일련의 파병반대의 목소리가 설득력을 얻고 지지기반을 넓힐 수 있었던 것은 바로 이라크파병의 헌법적 근거에 대한 의문의 확산이 큰 역할을 했다고 할 것이다.

평화주의의 헌법규범화

1. 평화주의와 국제법

일반적으로 평화란 폭력적 정쟁의 부재상태를 의미하기도 한다. 하지만, 규범학의 관점에서는 전쟁과 같은 폭력이 있어서는 안 된다는 당위, 즉 반폭력주의로 생각해야 할 것이다. 그래야만 단순히 폭력을 행사하지 않는다는 의미의 비폭력주의에 그치지 않고 전쟁을 방지하고 전쟁을 억지하기 위한 최고규범으로서의 헌법의 평화주의가 제자리를 찾을 수 있기 때문이다. 그것은 구조적 폭력의 적극적 제거라는 적극적 의미까지도 포함하는 것이다. 빈곤과 기아 그리고 억압하에서는 인권도 보장되지 않을 뿐 아니라 우리 헌법에서도 명시하고 있는 '평화와 인류공영'에의 근본적인 길이 열리

지 않기 때문이다.

이러한 다양한 의미의 평화개념에 기초한 헌법의 평화주의 원리는 인류 문명에 규범화한 지 오래이다. 특히 평화주의 원리를 규범화한 규범학의 선구자는 국제법이다. 국제법에서는 이미 제1차 세계대전을 거치면서 전쟁위법화라는 평화주의의 가장 핵심적인 원칙을 국제규범화한 바 있다. “조약 체결국은 국제분쟁 해결을 위해 전쟁에 호소하지 말 것이며, 또한 상호관계에서 국가정책의 수단으로서의 전쟁을 포기할 것을 각자 인민의 이름으로 엄숙히 선언한다(제1조)”고 시작되는 부전조약(不戰條約 Kellogg-Briand Pact, 1928)은 전쟁과 평화에 대한 역사적 전환점이 되는 것이었다.

나아가 제2차 세계대전 후에는 평화의 파괴를 평화적 수단에 해결한다는 대의명분하에 유엔을 설립하는 한편, 그 헌장을 통하여 평화주의를 구체화했다. 침략에 대한 유엔총회의 결의에 따르면 무력행사의 전형은 전쟁이며, 전쟁 이외에도 이른바 평화적 봉쇄도 무력에 포함시킬 수 있다. 나아가 타국 영토로 침입하기 위해 무장부대를 조직하거나 그에 참여하거나 선동하는 것은 금지된다.

무력행사의 전형으로서의 침략전쟁은 그 개념의 폭이 넓다. 유엔총회의 결의(3314-XXIV)에 따르면 침략은 다른 나라의 주권, 영토보전 혹은 정치적 독립에 대하여 유엔헌장과 일치하지 않는 방법으로 무력을 사용하는 것을 의미한다. 예를 들어 미국이 다른 나라를 침략하기 위하여 제3국을 침략하는 데 자국영토를 이용하도록 허락하는 행위, 심지어 비정규군을 파견하는 것도 침략에 해당한다 할 것이다. 이에 기초하여 동 유엔총회의 결의에서는 ‘침략전쟁은 평화에 대한 범죄이며, 침략으로 확보되는 영토의 취득이나 이익도 합법적으로 승인되지 않는다’ (제5조)라고 강조했다.

전쟁의 수행방식에 대해서도 여러 가지 제약이 가해지고 있다. 현대전쟁의 잔혹성과 그 파괴력을 고려하면 대량살상무기, 가공할 파괴력을 동원한 정의의 전쟁이란 불가능하기 때문이다. 특히 핵을 사용한 전쟁은 예방적 전

쟁이든, 악의 축의 제거이든, 정권교체가든 어떠한 이유로도 정당화될 수 없다.

2. 전쟁위법화의 헌법규범화

나아가 제2차 세계대전 후에는 전쟁위법화의 정신이 국제법적 원칙에 그치는 것이 아니라 헌법규범화하기 시작했다. 독일과 일본의 경우 침략전쟁의 소재를 없애기 위해 무력마저 포기하는 헌법을 제정한 바 있다.

일본의 경우 현재에도 전쟁위법화를 규정한 헌법을 개정하지 않고 60여년 가까이 지속하고 있다. 일본국 헌법 전문에는 평화적 생존권을 규정하는 한편 제9조에서는 일체의 전쟁을 포기한다는 것, 이를 위한 전력도 보유하지 않을 것을 규정했으며 교전권을 부인하고 있다. 물론 현재 일본에는 19만여 명의 자위대가 존재하지만 적어도 헌법학의 압도적 다수설은 여전히 자위대가 헌법에 위반하는 존재라는 점이다.

전쟁위법화가 무력포기로까지 이어진 것은 여러 가지 요인이 있다. 결정적인 요인은 역시 전쟁을 일으킨 국가에 대한 징벌로서의 무장해제적인 성격이 강하다. 하지만, 사상사적으로는 메이지 시대 이후 가늘게나마 명맥을 유지해 오고 있던 군사소국주의 또는 평화주의 사상이 패전을 계기로 규범화에 소폭이나마 영향을 미쳤을 것이고, 시대사적으로는 1928년 부전조약 이후의 평화주의사상과 보편적인 흐름을 같이하고 있다고 할 것이다.

독일의 경우도 1949년 본기본법은 침략전쟁을 부인하는 규정을 명확히 했다. 본기본법 제26조 제1항에서는 '국가간 평화적인 공동생활을 교란할 우려가 있고 또한 그 의도로서 행하여지는 행위, 특히 침략전쟁의 수행을 준비하는 행위는 위헌으로 하며 그와 같은 행위는 처벌한다' 라고 규정했다. 또한 신앙과 양심의 자유를 규정한 제4조 3항에서 이른바 양심적 병역거부권을 명기하여 장래에 징병의 가능성을 시사하기는 했으나, 군대에 관한 일체의 규정을 두지 않았다. 그리고 그러한 상태는 1954년 파리협정을

통하여 나토 가맹이 결정되고 재군비를 위한 헌법개정이 있기 전까지는 계속되어 군대에 관한 직접적인 규정이 없었다.

한편 1954년의 헌법개정을 통한 징병제 규정과, 1956년의 비상사태에 관한 규정이 대폭 추가되었으나 그러한 경우에도 그 요건을 엄격히 하고 문민 통제를 가하는 등 평화주의의 원칙 자체는 포기하지 않았다. 전쟁무기와 관련하여서도 제26조 제2항에서는 '전쟁수행을 위한 무기는 연방정부의 허가가 있는 경우에 한하여 제조, 운반 또는 거래' 할 수 있으며, 그러한 경우에도 의회제정법인 법률로써 정할 수 있도록 했다.

침략전쟁부인의 헌법규범화는 침략국에만 한정된 것이 아니었다. 피침략국의 경우에도 침략전쟁을 부인하는 것은 물론 군대의 존재를 인정하더라도 그 활동을 강하게 제약했다.

필리핀은 헌법 제2조에서 '필리핀은 국가정책의 수단으로서 전쟁을 부인하며 일반적으로 승인된 국제법규와 원칙을 국법의 일부로 채택하며, 평화, 평등, 정의, 자유, 협력 및 모든 국가와의 우호정책을 고수' 할 것을 규정하고 있다.

헌정사와 평화주의

1. 1948년 헌법과 평화주의

1948년 대한민국 헌법의 경우도 제6조 1항에서 일체의 침략전쟁을 부인했다. 그리고 9차례의 크고 작은 헌법개정에도 불구하고 이 조항은 변함없이 현행 헌법의 제5조에 이르고 있다.

1948년 5월 10일 남한만의 단독선거를 통하여 구성된 제헌국회에서 헌법 초안 기초위원이었던 유진오는 평화주의에 관한 헌법규정과 관련하여 다음과 같이 설명하고 있다.

"(1948년 헌법 초안) 제6조에서 침략전쟁을 부인한다고 규정하고 있는데 그것은 다음과 같은 의미입니다. 현재 세계의 중요한 국가가 '전쟁포기에 관

한 조약에 가입하고 있습니다. 그리고 거기에는 전쟁포기에 관하여 규정하고 있습니다. 이 헌법 초안은 그기본정신을 승인하고 있는 것입니다.”¹ 더 나아가서 그는 “이번 전쟁(제2차 세계대전) 이후 새로이 제정된 헌법 가운데는 전쟁을 포기하는 조문이 들어 있어서 국방군을 두지 않기로 한 헌법도 있습니다”라고 설명했다.²

헌법제정과정에서의 이러한 설명이 시사하는 것은 대한민국 헌법의 평화주의 조항이 단순히 구색을 갖추기 위한 또는 보기 좋은 그림으로서 평화에 대한 선언에 그치는 것이 아니라 전쟁위법화의 보편적 정신에 기초하여 침략전쟁을 부인하고자 했다는 점일 것이다.

그러나 1948년 헌법은 군대를 포기하지는 않았다. 거기에는 여러 가지 요인이 작용했을 것이다. 우선 미국의 군사전략상 군대 없는 한반도를 상상하기 힘들었을 것이다. 1945년 미군정장관 아놀드 소장이 치안 총책임자인 시크 준장으로부터 받은 보고서인 ‘조선의 국방계획’에 의하면, 미군정청이 해야 할 우선적인 임무의 하나가 (조선의) 국방을 위한 준비작업을 해야 한다는 것이었다. 그리고 이 보고서는 경찰력을 지원하기 위한 군대를 발전시킬 것을 권고하면서 육군과 공군은 4만5천 명, 해군과 해안경비대는 5천 명으로 하자는 제안을 담고 있었다. 좀 더 구체적으로 이야기 하면 육군, 공군은 3개 보병사단으로 구성되는 1개의 군단으로 할 것, 1개의 항공수송대와 2개의 전투비행중대로 할 것을 제안하고 있다.

또한 식민지 침략을 당한 국가로서 군대라는 무력을 보유할 필요성이 절실했을 것이다. 좌우파를 막론하고 해방 직후 시설 군사단체를 조직하고 새로운 국가의 군대가 될 것임을 앞다투어 표방했던 것은 스스로를 지키는 방위군, 즉 자위의 군대가 필요했음을 시사하는 대목이라 할 것이다.

1 국회도서관입법자료국, 『헌법제정회의록(헌정사료 제1편)』, 국회도서관, 1967, 102쪽.

2 국회도서관입법자료국, 위의 회의록, 136쪽.

그러나 1948년 헌법은 군대의 임무에 대한 명확한 제한을 두고 있다. 그것은 해외로의 파병을 거부하고 오로지 국토방위에 전념할 것에 한정했다는 점이다. 이때의 국토란 대한민국의 영토를 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 그러므로 1948년 헌법은 개별적 자위권을 규정했을 뿐, 당시로서는 해외파병은 물론 한미상호방위조약에서와 같은 태평양지역을 수비범위로 하는 집단적 자위권을 상정하고 있다고는 할 수 없을 것이다.

그렇다면 1948년 헌법 제6조 2항이 국군의 존재를 임명하되 국토방위에 그 임무를 한정한 것은 앞서 살펴본 평화주의 정신의 규범화라는 보편성을 반영한 것이었다.

2. 9차례에 걸친 헌법 개정과 평화주의

평화주의의 최소한으로서의 침략전쟁을 부인하는 정신은 군사정변 후 개정된 1962년 헌법에서도 계속되었다. 1962년 헌법 제4조의 '대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다' 라는 규정이 그것이다.

그러나 1962년 헌법은 평화주의의 공고화라는 측면에서는 후퇴한 헌법이 었다. 첫째, 군대의 사명을 국토방위에 한정한다는 규정을 삭제함으로써 침략전쟁을 부인한다는 평화주의 원리의 적용범위에 대한 제한을 약화시켰다. 그것은 한미상호방위조약의 체결과도 직결되는 것이라 할 것이다. 1953년 10월 1일 체결된 한미상호방위조약은 조약의 적용범위를 한반도가 아닌 '타당사국에 대한 태평양지역에 있어서의 무력공격'을 자국에 대한 무력공격으로 인정하고 이에 대하여 공동대처할 것을 규정하고 있다. 결국 1962년 헌법의 설계자들이 의도하였든 의도하지 않았든 국토방위 규정의 삭제는 한미상호방위조약의 방위범위를 추인하는 기능을 했다 할 것이다.

둘째, 대통령의 자문기관으로서의 국가안전보장회의를 신설하여 군사정책 및 대외정책에서의 대통령의 독단적 판단에 대한 정당성의 외피를 강화하고자 했다. 이는 나아가 국가안전보장이라는 개념이 헌법에 등장하는 계

기를 만들었다고도 할 수 있을 것이다. 국가안보 또는 국가안전보장이라는 추상적이고 다의적 개념이 국가보안법에 등장하여 인권을 제한하는 역기능을 담당하여 왔다는 헌정사적 사실에 비추어 본다면, 비록 대통령의 자문기관의 이름을 빌어 등장하였다고는 하나 이 개념은 각종 안보법 체계의 헌법적 정당화의 첨병이었다고도 할 것이다. 다만, 기본권 제한의 목적으로서 국가의 안전보장이 아직 추가되지 않은 것이 오히려 위안이었을 뿐이다.

1972년 헌법은 1962년 헌법보다도 더욱 후퇴했다. 1962년 헌법과 마찬가지로 침략전쟁을 부인하였으되 군대의 임무를 명확히 하지 않았다는 점이다. 나아가 기본권 제한의 목적으로서의 질서유지를 대내적인 것과 대외적인 것으로 나누어 대외적인 것을 국가안전보장이라는 규정으로 표시했다.

이는 국가의 안전보장을 이유로 한 기본권의 제약이 가능한 시대를 헌법적으로 정당화시킨 것이라 할 것이다. 이를 현실화시킨 것은 개별 입법뿐만 아니라 긴급조치권 조항의 헌법에의 신설 그리고 9차례에 걸친 긴급조치권의 발동 등이다. 대통령의 판단으로 '국가 안전보장 등의 위협을 받거나 받을 우려만 있으면' 언제든지 긴급조치권을 발동하고 국민의 인권을 안전보장을 위하여 제한할 수 있도록 했다. 이러한 의미에서 1972년 헌법은 대외적인 방위개념으로서의 국가안보를 대내적인 정권안보로 환치시키고 이를 헌법전환한 것이기도 했다.

1980년 헌법은 침략전쟁의 부인을 확인하고 국군의 사명을 국토방위에 한정했다는 점에서는 1948년 제헌헌법의 평화주의로 회귀하고 있다. 그러나 국가의 안전보장이라는 새로운 규정을 추가하여 국군의 사명을 국토방위 이외의 영역으로 확장할 수 있는 여지를 남겨 두었다. 또한 긴급조치를 비상조치로 이름을 변경했을 뿐 그 본질에 있어서는 변화가 없었다.

1987년 헌법은 1980년 헌법과 마찬가지로 침략전쟁을 부인하고 국군의 사명을 국토방위에 한정했음은 물론이다. 다만, 군의 정치적 관여를 막기 위하여 군의 정치적 중립성에 관한 조항을 규정하고 비상조치권의 남용을 방

지하기 위하여 긴급명령과 처분권으로 이를 분리하여 그 요건을 강화했다.

이상과 같이 평화주의 원리는 9차례에 걸친 개정에도 불구하고 침략전쟁을 부인한다는 공통된 분모를 변함없이 유지하여 왔으며 비록 진퇴의 우여곡절은 있었을지언정 여전히 살아 있음을 확인할 수 있다 할 것이다.

현행 헌법과 평화주의의 규범구조

1. 침략전쟁의 부인

앞에서도 간략하게 언급했듯이, 1987년에 제정된 현행 헌법 제5조 제1항은 대한민국은 일체의 침략전쟁을 부인한다고 규정했다. 이는 침략주의를 포기하고 평화주의를 선언한 것으로서 헌법 전문의 '세계평화와 인류공영에 이바지하며' 라는 문구와 동일한 정신이라 할 수 있다.³ 침략적 전쟁에 대하여서는 여러 가지 의미규정이 있을 수 있겠으나 유엔헌장 제2조 제4항에 의하면 다른 국가의 영토적 안전과 정치적 독립에 대한 위협 또는 무력행사를 의미한다고 하겠다. 그러나 좁은 의미에서의 무력행사라고 할 때는 영토의 확장·국가정책의 관철·국제분쟁해결을 위한 수단으로 행하는 무력행사를 의미한다. 이는 “국방군은 국토방위의 신성한 의무를 수행할 것을 사명으로 합니다. 즉 국방군은 다른 나라를 침략하지 않을 것을 미리 정하고 있는 것입니다”라는 헌법제정과정에서의 헌법기초위원들의 설명을 통해서도 확인할 수 있다 할 것이다.⁴

다만, 침략전쟁을 부인한다는 의미는 각국의 헌법에 따라 다른 모습으로 나타난다. 침략전쟁을 부인한다고 하더라도 자위권을 인정하는 나라가 있는가 하면, 자위권마저 부인하는 나라도 있다. 그리고 자위권을 인정한다고 하더라도 군사력에 의한 자위권을 인정하는 경우와 그렇지 않은 경우로 나

3 유진오, 『新稿 憲法解義』, 탐구당, 1953년, 52쪽.

4 국회도서관입법자료국, 앞의 회의록, 148쪽.

누어 볼 수 있다.⁵

2. 개별적 자위권의 인정과 군사력에 의한 자위권

① 헌법상의 자위권과 국제법상의 자위권

현행 헌법 제5조 2항은 국군은 국토방위의 신성한 의무를 수행할 것을 사명으로 한다고 규정하여 침략전쟁의 부인이 자위를 위한 전쟁을 부인하고 있지 않음을 명확히 하고 있다. 그리고 국토방위를 위한 국군을 승인하고 있다는 점에서 무력에 의한 자위권을 규정하고 있음을 알 수 있다.

하지만, 이때의 국토방위권은 국제법에서의 자연법상의 권리로서의 자위권을 의미하지 않으며, 어디까지나 헌법상의 국토방위권을 의미한다고 할 것이다.

국제법상의 자위권으로서의 국토방위권에 대하여서는 이론이 없지 않으나 공통된 점은 다음과 같다고 할 것이다. 첫째, 자위권은 무력공격에 대한 권리이다. 둘째, 자위권은 무력행사의 권리라는 것이다. 그렇지만 무력공격에 대한 무력행사의 권리는 자연법상의 권리라고 하기보다는 실정국제법상의 권리로 보아야 할 것이다. 즉 제1차 세계대전 이후 무력행사가 원칙적으로 위법화되어 이는 대표적으로는 1928년의 부전조약 제2조와 유엔헌장 2조 3~4항에도 나타난 바 있다. 자위권은 무력행사금지의 원칙에 대한 예외로서의 위법성 조각사유이며, 일정한 무력행사를 예외적으로 합법화했을 뿐이다.⁶ 무력행사위법의 원칙이 성립하기 전인 19세기까지는 '자기를 보존하기 위해 필요한 모든 것을 할 수 있는 권리'로서의 자기보존권(right of self-preservation)이 주장되었던 것도 사실이다. 그렇지만 제1차 세계대전 후

5 深瀬忠一, 『戰爭抛棄と平和的生存權』, 岩波書店, 1987, 150쪽.

6 위법성 조각사유란 형사법에서 일반적으로 사용하는 용어로서 범죄는 법을 위반할 것을 요건으로 하는데 자위권 행사로서의 정당방위라든지 긴급피난과 같은 경우는 위법성에도 불구하고 이를 처벌할 수 없는 사유로 하고 있다.

자기보존권이 부정됨으로써 자위권 관념이 명확히 되었다. 물론 현재에도 자기보존권과 결부된 자위권이 주장되는 경우가 없지 않으나 적어도 현재의 국제법의 일반적인 조류에 비추어 본다면 자위권은 자연법상의 권리가 아니라 국제관습법과 유엔헌장에 기초한 실정국제법상의 권리인 것이다.⁷

그러나 이러한 국제법상의 자위권 개념조차도 헌법상의 자위권 개념과는 엄격히 구별되어야 한다. 왜냐하면 국제법은 원칙적으로 국가 상호간의 관계를 규율하고, 헌법은 국가기관 상호간의 관계와 국가권력과 국민과의 관계를 규율하는 것이 원칙이고 따라서 양자는 차원을 달리하기 때문이다.

헌법상의 자위권으로서의 국토방위권은 그 내용에 있어서는 타국과의 관계에서 행사되는 것으로 보기보다는 다른 국가기관 그리고 국민과의 관계에서 국가기관이 갖는 권리문제로 보아야 할 것이다. 즉 국토방위를 위해 국회와 대통령이 어떠한 권한을 갖고, 표현의 자유와 신체의 자유 등의 인권을 어떻게 제약할 수 있는가에 대한 헌법상의 근거를 제공하고 있는 것으로 파악해야 할 것이다. 현행 헌법의 제60조에서 선전포고 및 외국군대의 주둔 등에 대하여 국회가 동의권을 행사하도록 한 것이나, 제89조에서 군사에 관한 주요사항을 국무회의의 심의를 받도록 규정한 것, 제37조 2항에서 국가안보를 목적으로 국민의 인권을 제한할 수 있다고 규정한 것 등이 그것이다.

따라서 국토방위권을 아무리 폭넓게 해석하더라도 해외에 군대를 파견하는 것을 정당화시켜 주지 못한다. 다시 말해, 그것이 평화와 재건을 위한 것이든 대량살상무기의 제거를 위한 것이든 정당화될 수 없다.

② 개별적 자위권과 집단적 자위권

군사력에 의해 뒷받침되는 자위권을 헌법이 인정하고 있다고 할지라도

7 浦田一郎, 『現代の平和主義と立憲主義』, 日本評論社, 1995, 142쪽.

거기에는 몇 가지 개념상의 구별이 따라야 할 것이다. 즉 개별적 자위권을 의미하는 것인가, 아니면 집단적 자위권까지를 포함하는 것으로 이해하여야 할 것인가 하는 점이다.

개별적 자위권이 외부로부터의 자국에 대한 무력공격에 대하여 방위적 무력을 행사하기 위하여 국가에 의한 국민의 자유와 인권에 대한 제약을 의미하는 것이라고 한다면, 집단적 자위권은 자국에 대한 직접적인 무력공격이 아닌 동맹국의 무력공격에 대하여 무력을 행사하기 위하여 국가가 자국민의 자유와 인권을 제약하는 것이다.

그렇다면 국군의 사명을 국토방위에 한정하는 것은 우리 헌법이 개별적 자위권을 규정하고 있는 것으로 파악하여야 할 것이다. 이에 관하여 건국 헌법 제6조의 제정과정은 많은 시사점을 제공하여 준다. 건국 헌법 제6조의 무력에 의한 자위권의 규범적 의미가 개별적 자위권에 한정되는 것임은 건국 헌법의 제정과정에서도 엿볼 수 있기 때문이다. 헌법 초안자 중의 한 사람인 유진오는 “세계의 중요한 국가가 ‘전쟁포기에 관한 조약’에 가입하고 있습니다. 그리고 거기에는 전쟁포기에 관하여 규정하고 있습니다. 이 헌법 초안은 그 기본정신을 승인하고 있는 것입니다. 전쟁을 포기한다고 하는 것은 국가를 방위할 권리와 의무마저도 포기한다는 의미는 아닙니다”라고 밝힌 바 있다.⁸

이는 국가를 방위할 권리와 의무는 포기하지 않고 있으나, 타국을 방위할 권리와 의무까지 보유하고 있는 것으로 해석하여서는 안 된다는 뜻 또한 내포되어 있는 것으로 보아야 할 것이다. 즉 타국과의 군사동맹을 체결하고 이를 통하여 자국의 방위와 거리가 있는 전쟁에까지 참여할 것인지는 염두에 두지 않았다는 것이다.

물론 현행 헌법 제60조에 의하면 국회가 국군의 외국에의 파견 또는 외국

8 국회도서관입법자료국, 앞의 회의록, 136쪽.

군대의 대한민국 영역 안에서의 주류에 대한 동의권을 규정하고 있다. 그러나 이 조항은 해외파견과 외국군주둔의 합법성의 근거는 될 수 있더라도 집단적 자위권의 근거가 될 수는 없을 것이다. 왜냐하면 이 조항은 어디까지나 국민의 대표기관인 국회가 외국에의 군대 파견 및 외국군대의 국내 주류에 대한 동의여부에 대한 권한을 갖는 것을 의미할 뿐이며, 국회의원들이 반드시 파견 및 주둔에 동의하여야 하는 것은 아니다. 동의하는 경우에도 헌법원리의 하나인 평화주의 원리와 이의 최소한의 표현인 헌법 제5조에 적합한지의 여부에 대한 판단에 기초하여야 할 것이다. 설령 국회의 다수결로 여당이 일방적으로 이를 결정하더라도 그것은 합법적이기는 하되 헌법적 정당성을 갖는 것이라고 판단하기는 힘들다. 그러한 의미에서 보면, 지난 2004년 5월 일부의 국회의원들이 '국군부대의 이라크 추가파견 중단 및 재검토 결의안'을 국회에 제출한 것은 평화주의 원리에 입각한 헌법적 정당성에 대한 재검토의 필요성을 제기하였다는 점에서 헌법적 평가를 받아야 할 것이다.

아무튼, 두 번에 걸친 세계대전이 모두 자위를 위한 전쟁을 명분으로 선포되었고, 군사동맹을 통한 집단적 자위권의 행사라는 실체를 갖추고 있었다는 점을 고려하여 본다면, 양차 세계대전의 반성으로 1948년 헌법이 제정된 이래 진퇴를 거듭하며 현재에 이르고 있는 자위권 규정은 집단적 자위권이 아니라 개별적 자위권으로 이해하는 것이 평화주의 원리에 적합하다 할 것이다.

3. 자의적 자위권 행사의 금지

현행 헌법이 국군의 사명으로 국토방위를 규정하였다고는 하지만, 여기에는 위에서 말한 규범내용상의 제약 이외에도 별도의 제약을 덧붙이고 있다. 즉 군대의 실체를 인정하되 그것은 입헌적 통제에 의하도록 했다는 점이다. 즉 국군통수권자인 대통령이라 할지라도 자의적 판단에 의한 자위권

행사를 하여서는 아니 되며 평화주의 조항과 같은 헌법 및 국민의 대표기관에서 정한 법률에 따라야 한다고 규정했다.(제74조 1항) 또한 국토방위를 위한 자위군으로서의 군대의 조직과 편성도 국민의 대표기관에서 정한 법률로 통제한다(제74조 제2항)라고 하여 집행권에 의한 자의적인 자위권 행사를 금지하고 있다. 이 점은 1948년 헌법의 제정과정에서도 비교적 자각적으로 논의되었다. 헌법 초안자 중의 한사람인 유진오는 다음과 같이 입헌적 통제의 필요성과 그 의의에 대하여 역설하고 있다. “국방군의 조직과 편성은 법률로 정한다고 규정하고 있습니다. 따라서 국방군에 관한 문제는 여기서 해결됩니다.”⁹

국군에 대한 입헌적 통제는 그 밖에도 현행 헌법의 제60조에서 선전포고 및 외국군대의 주둔 등에 대하여 국회가 동의권을 행사하도록 한 것이나, 제89조에서 군사에 관한 주요사항을 국무회의의 심의를 받도록 규정한 것에도 잘 나타난다. 나아가 제37조 2항에서는 국가안보를 목적으로 국민의 인권을 제한하더라도 의회제정법인 법률에 의할 것임을 명시하고 있다.

따라서 국군의 무력행사는 자위권의 행사에 한정되어야 하며, 자의적인 자위권의 행사가 이루어지지 않아야 된다는 것이 현행 헌법의 의미내용이라 할 것이다.

4. 안전보장

현행 헌법은 국군의 역할을 ‘국토방위’에 한정하지 않고 ‘국가의 안전보장’에도 있다는 문구를 추가하고 있다. 그러나 1980년 헌법 이래 규정되어 온 국군의 사명으로서의 안전보장의 의미내용은 그다지 명확하지 않다. 그것이 국토방위를 넘어서는 집단적 자위권의 행사를 통한 포괄적 국토방위까지를 포함하는 것인지에 대하여서는 그 의미가 불분명하다. 대부분의 헌

9 국회도서관입법자료국, 앞의 회의록, 148쪽.

법교과서가 현행 헌법 제5조 2항의 해석과 관련하여, ‘국가의 안전보장’ 과 ‘국토방위’ 를 동어반복으로 해석하는 경향이 있는 것이 그것이다.

물론 ‘국가의 안전보장’ 은 ‘국토방위’ 보다는 넓은 뜻으로도 볼 수 있을 것이다. 예를 들어, 이라크에 파병을 않거나 추가파병을 미룸으로써 한미동맹에 균열이 생기고 국가의 안전보장이 위협받는다는 논리가 대표적인 것이다. 그러나 파병거부가 과연 국가의 안전보장에 어떠한 형태로 영향을 미치는지는 근거가 박약한 논리이다. 스페인, 온두라스, 도미니카공화국 등이 2004년에 이미 철군을 결정하거나 발표하거나 완료했으며 미국의 이른바 전통적 동맹국 중의 하나인 필리핀도 철군했다.

또한 파병이 국가안보에 기여할 수 있을지도 의문이다. 잘 알려져 있듯이, 이라크에 파병하는 군대는 재건지원에 어울리지 않는 전투병 일색의 부대이다. 나아가 특정지역을 전담하는 부대인데 특정지역을 전담하기 위해서는 강한 무장과 화력이 요구되며, 그렇지 않을 경우 매우 위험하다는 지적이 추가파병을 검토하는 한미협의회 미군 측에 의해 제기되었고 중무장이 요구되었다고 알려지고 있다. 더구나 이라크 현지의 사정이 재건지원과 평화유지군으로서 국군을 파견하기 위한 전제조건을 갖추지 못하고 오히려 제2의 전쟁 또는 민중봉기의 양상을 띠고 있다는 것은 국가의 안전보장을 오히려 해하고 테러의 위협에 직면하게 하는 역효과를 낼 것이 분명하다.

아무튼 국가의 안전보장이란 문구는 평화주의 원리에 비추어 보다 명확하고 구체성 있는 개념으로 해석하거나 그것이 힘들다면 헌법개정시에 오히려 삭제하는 것이 적절하다.

5. 소결론

이상을 종합하여 보면, 현행 헌법 제5조는 다음과 같은 규범적 의미를 갖는다 할 것이다. 첫째, 다른 국가의 영토적 안전과 정치적 독립에 대한 위협 또는 무력행사를 해서는 안 된다. 둘째, 군대라는 무력을 인정하지만 군대

의 임무는 국토방위, 즉 자위에 한정하고 있다. 또한, 이때의 자위권은 자기 보존권(right of self-preservation)으로서의 자위권이 아니라 국제관습법과 유엔 헌장에 기초한 실정 국제법상의 권리이다. 셋째, 국토방위라는 자위권의 경우에도 그것은 동맹국의 무력공격에 대하여 더불어 무력을 행사하는 집단적 자위권을 의미하는 것이 아니며, 동맹국의 무력공격에 가담하여 타국을 침략할 수 있다는 것은 더더욱 아니라 할 것이다. 국토방위는 글자 그대로 외부로부터의 자국의 국토에 대한 무력 공격에 대한 방위권, 즉 개별적 자위권을 의미하는 것으로 한정해서 해석해야 할 것이다.

이라크 파병은 헌법에 반한다

현재 미국 및 영국과 이라크 간에는 이라크를 전장으로 하는 전쟁상태가 지속되고 있다. 미군 사망자의 수는 계속 늘어나고 있으며 '전쟁 중' 이라던 작년 3월보다 더 많은 미군이 이라크에 주둔하고 있는 현실이다. 또한 이라크 국민의 80% 정도가 이라크 내 미군 및 외국군의 주둔에 반대하고 있다는 여론은 더욱더 새겨들어야 할 대목이다.

미국과 우리 외교통상부 등이 유엔결의 1438호와 1511호를 언급하며 국제법적으로는 종전이 선언되었다고 하고 있으나 그 내용을 자세히 보면 이는 전쟁 종식을 선언하기는커녕 전쟁종식에 관한 언급조차 보이지 않는다. 지난 2004년 6월의 유엔결의 제1546호도 1511호에 이어 이라크 내 다국적군의 주둔을 현실로 인정하기는 했지만, 다국적군의 점령 시한과 주둔 조건을 엄격하게 제한하는 측면이 오히려 강조되고 있다. 사실 국제법적으로 전쟁이 종식되기 위해서는 평화조약 등의 조약 체결이 필요하며 '전후 이라크' 재건을 지원하기 위해서는 우선 미국-이라크간 평화조약이 체결되어야 한다. 게다가 정부의 파병동의안은 그나마 앞에서 언급한 유엔 결의안조차 언급하고 있지 않다.

이상과 같은 현실을 고려하면 정부의 이라크 파병은 미국의 일방외교에

의해 이루어지고 있는 이라크의 영토적 안전과 정치적 독립에 대한 무력행사에 가담하는 것이 되며, 평화주의 원리 및 그 최소한의 표현인 헌법 제5조, 즉 침략전쟁을 반대하고, 군대의 임무를 국토방위에 한정하고 있는 것에 반한다 할 것이다. 나아가 파병의 전제가 바뀌었는데도 국민의 대표기관인 국회에서 재검토를 하지 않는 것은 헌법 60조의 국회동의권에 대한 왜곡이라 할 것이다.

나아가 정치적 결단에 기초하여 동맹국의 요청에 일단 부응하는 취함으로써 앞으로 있을지도 모르는 한반도에서의 전쟁을 저지하기 위한 발언권을 확보하고 이를 통하여 국가의 안전보장에 기여한다는 논리가 있다고 하더라도 그것은 논리적으로도, 현실적으로도 타당하지 아니하며 우리 헌법의 평화주의가 갖는 보편성에 반하는 것이다. 미군에 의해 자행되고 있는 파괴행위와 이라크인 포로에 대한 세기말적 인권침해에 가담하여 한반도의 평화적 생존을 확보한다는 것은 헌법의 평화주의 원리에 대한 모독이며 근대적 의미의 헌법에 대한 몰지각이라 할 것이다.

역설적이게도 이라크 파병은 국군이 국토가 아닌 이역만리 이라크 땅에 파견되는 것이 헌법적으로 정당한지에 대한 의문을 온 국민에게 던졌으며, 국군의 국토방위 임무를 태평양지역으로 확대하고 있는 한미상호방위조약이 과연 우리 헌법의 평화주의 원리에 적합한지에 대한 근본적인 물음에 접근할 수 있는 계기를 마련하고 있다고 할 것이다. ■

이경주 kempo@inha.ac.kr | 고려대학교 법과대학(헌법전공) 졸업, 일본 히토쓰바시 대학 법학박사, 인하대학교 부교수.