

[24차 판결비평]

2010.11.23

# 광장에 나온 판결



## “헌법재판소가 군을 헌법의 통제도 뛰어넘는 ‘국가 속의 국가’ 로 만들어 버렸다”

- 군대 내에서 국방부장관이 정한 ‘불온서적’ 을 소지할 수 없도록 한  
군인복무규율 제16조의2를 합헌으로 판단한 헌법재판소의 결정

헌법재판소 2010.10.28. 결정, 2008헌마638 군인사법 제47조의2 위헌확인 등  
재판관 이강국(재판장), 이공현, 조대현, 김희옥,  
김종대, 민형기, 이동흡, 목영준, 송두환

사법 분야에 대한 시민감시활동과 사법개혁 운동을 하고 있는 참여연대 사법감시센터는 최근의 판결 중 사회변화의 흐름을 반영하지 못하거나 국민의 법감정과 괴리된 판결, 반인권적이고 반민주적인 판결 또는 그에 반대하여 인권수호기관으로서 위상을 정립하는데 기여한 판결을 고르고, 이 판결에 대한 비평 칼럼을 수록한 [판결비평 - 광장에 나온 판결] 을 발행하고 있습니다.

참여연대 사법감시센터는 [판결비평 - 광장에 나온 판결]의 24번째 비평대상으로, 지난 10월 28일 군대 내에서 국방부 장관이 정한 ‘불온서적’ 을 소지할 수 없도록 한 군인복무규율 제16조의2 등에 대해 6명의 재판관 다수의견으로 합헌이라고 판단한 헌법재판소의 결정(2008헌마638)을 다루었습니다.

헌법재판소는 이번 결정에서 23개의 서적들에 대해 내려진 불온서적 지정 및 반입금지조치가 장병들의 기본권을 직접적으로 침해하지 않는다면 당시 군법무관 7명이 낸 헌법소원을 각하하였고, 군인복무규율 조항의 근거법률인 군인사법 제47조의2에 대해서도 유사한 이유로 각하하였습니다.

지난 2010년 10월 28일, 헌법재판소(이하 ‘헌재’)는 군대 내에서 국방부 장관이 정한 ‘불온서적’을 소지할 수 없도록 한 군인복무규율 제16조의2를 합헌이라고 결정하였다. 헌재는 이 조항에 따라 23개의 서적들에 대해 내려진 불온서적 지정 및 반입금지조치가 장병들의 기본권을 직접적으로 침해하지 않는다면 당시 군법무관 7명이 낸 헌법소원을 각하하였고, 군인복무규율 조항의 근거법률인 군인사법 제47조의2에 대해서도 비슷한 이유로 각하하였다.

이 사건은 2008년 10월 22일, 군법무관 7인이 국방부의 자의적인 불온서적 지정이 장병의 알권리, 학문의 자유, 양심형성의 자유, 행복추구권 등을 침해하였다는 이유로 헌법소원을 제기하면서 헌법재판소로 공이 넘어간 사건이다.

헌재의 이같은 결정에 대해 참여연대는 이미 지난 10월 29일 “군인들의 사상의 자유를 무시한 결과이며 법적으로도 흠결을 가지고 있어 유감”이라는 내용의 논평을 내놓은 바 있다. 참여연대 사법감시센터는 오동석 아주대 교수(헌법), 오병두 홍익대 교수(형법)를 비롯해 2008년 헌법소원을 제기한 군법무관 가운데 한 명인 박지웅 변호사 등 세 명의 전문가에게 헌재의 이 결정에 대한 분석과 평가를 담은 비평을 요청하였으며 그 결과를 소개한다. < 편집자 주 >

## 헌법, 군대에서는 할 일이 없다?

오동석 교수 (아주대 법학·헌법)

### 1. 군대에서는 쓸모없는 헌법

한국의 헌법체제는 민주공화국헌법체제인가? 아니면 민주공화국 국가 안에 초헌법적 안보법체제가 독립적으로 형성된 ‘이중국가인가? 아무래도 후자인 듯하다. 헌법이 통제하지 못하는 안보법체제와 안보기구가 공공연히 존재하며, 그것들이 헌법기관보다 사실상의 우위를 점하고 있기 때문이다. 이렇게 되면 “공식국가가 비공식국가에 자리를 내주고, 양지의 국가가 음지의 국가에 밀리”게 되며, “헌법 하위법에 의하여 설치된 안보관련기구들이 초헌법적 주권기관으로 군림함으로써 공식 국가기관들은 박제된 명목상의 존재로 전락한다.” 헌법은 무늬만 최고법규범일 뿐 쓸모없는 장식용으로서 동원될 뿐이다.

국방부는 이른바 ‘불온서적’을 지정하여 영내 반입을 금지하였다. 헌법재판소는 이를 합헌으로 결정하였다(헌재 2010.10.28. 선고 2008헌마638 결정). 헌법소원심판에서 제출된 국방부의견서는 청소년 대다수를 대한민국 국군의 주역으로서 군복무 대상자로 이해하고, 입대 장정들이 “확고한 국가관과 대적관을 확립하고 투철한 군인정신으로 무장되어야” 한다고 주장한다. 그러나 비록 군복무 중에 한정된다고 하더라도 이러한 의식이 스스로의 자율적 판단이 아니라 상명하복의 위계체계 속에서 ‘명령’된다면, 이것이야말로 자유로운 토론과 균형 잡힌 사고를 배제하는 일방

통행의 세뇌일 것이며, 헌법이 보장하는 국제평화주의와 평화통일원칙 그리고 사상·양심의 자유에 대한 중대한 위협이 될 것이다.

더욱이 국방부는 이와 관련하여 헌법소원을 제기한 군법무관들을 파면하였으며, 파면 취소를 구하는 재판에서 1심 법원은 상급자를 통하지 않고 곧바로 헌법소원을 제기했다고 하여 그 파면이 정당하다는 판결을 내렸다. 불온서적 지정의 위헌성 그리고 헌법재판을 받을 권리가 군 내부질서와 등가적이거나 단순 형량사항이라고 보기 어려움에도 불구하고 그 헌법적 의미는 무시되었다.

그럼에도 불구하고 헌법에 따라 이를 재판하여 군의 월권을 바로잡아야 할 헌법재판소가 이를 합헌으로 결정한 것이다. 헌법재판소의 전향적 결정을 기대하던 목소리는 천안함 사건 이후 헌재의 태도 변화를 우려하는 목소리로 바뀌기 시작했다. 그리고 그것은 현실이 되었다. 사건 하나에 헌법의 근간이 흔들리는 것이야말로 한국에서 헌법이 실종상태임을 보여준다. 이렇게 보면 헌재는 헌법을 수호하는 기관이 아니라 오히려 헌법의 실종을 조장·확인하는 기관이다. 군은 헌법으로부터도 통제되지 않는 성역으로 남았으며, 인권과 민주주의의 사각지대가 되었다. 헌법에 의해 각종의 권력을 통제해야 할 헌법재판소는 정작 헌법을 재판하여 무능력한 존재로 만듦으로써 권력에게 면죄부

를 주었다.

## 2. 헌법재판소 결정에 대한 비판

첫째, 헌법재판소는 국가안보를 과장했을 뿐 아니라 한치의 허술함 없는 철통 보호를 강조한 반면에 '제복 입은 시민'인 군인의 기본권을 무시하였다. 헌법재판소는 "공산주의 체제인 북한과 군사적으로 대치하고 있는 우리의 국가안보상황은 매우 가변적이어서 이를 미리 예측하여 규율하기 어렵다"고 판단하였다.

그러나 헌법은 전시와 그에 준하는 상황을 염두에 두고 일정한 규정들을 두면서 평시와 다른 기본권 제한의 가능성을 명시적으로 허용하고 있다. 예를 들면, 헌법 제27조 제2항 비상계엄시 군사재판을 받는 경우, 제77조 제2항 비상계엄시 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유에 대한 특별한 조치, 비상계엄 아래 군사재판에서 단심의 경우 등이다. 사실 이런 헌법규정 자체가 군사적 권한의 민간영역 개입이라는 점에서는 문제가 있다.

미국의 홉스 대법관은 "전쟁이 바로 국가와 공동체에 대한 위협한 상황을 의미하는 것이라고 보지 않았"기 때문에 "법의 기준 그 자체는 평상시나 전쟁시나 동일하다"고 보았다. "다만 전쟁시에는 특유한 혼란상황이 있기 때문에, 그 결과로서 나타난 행위와 그 행위가 나타난 상황과의 관계에서 위협한 해악의 발생가능성이 높는데 지나지 않는다고 판단"하였던 것이다.

반면 한국의 판례는 분단체제에서 북한의 존재 자체로부터 거의 전시 상황에 준하는 정도로 강한 기본권 제한을 용납하는 논리를 확립하고 있다. 그 결과 전시적 상황은 예외적 상황으로서 매우 엄격하게 판단되어야 함에도 불구하고 그것을 향상화 또는 정상화함으로써 기본권을 권력의 지배 아래 두고 권력은 민주주의적 통제의 바깥에 둬으로써 민주공화국 헌법규범을 해체한다.

둘째, 헌법재판소는 군대를 또 하나의 국가로 인정한 셈이며, 헌법의 문민통제원칙을 형해화함으로써 군대를 헌법의 사각지대로 만들었다. 헌법재판소는 '불온도서'가 "국가의 존립·안전이나 자유민주주의체제를 해하거나, 반국가단체를 이롭게 할 내용으로서, 군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 도서"라고 판단하였다.

이른바 '불온서적'으로 지정된 책들은 시중에서 판매되고

있는 것으로서 누구나 접근할 수 있으므로, 군 내의 모두에서 관련 책을 읽지 못하도록 금지하지 않는 이상 이 사건 책을 읽음으로써 초래되는 영향력을 배제하는 의미는 거의 없다. 이 사건 서적의 영내 반입금지를 통해 달성하고자 하는 목적의 유의미성은 현실적으로 제로에 가깝다. 따라서 군과 민간사회의 영역을 구별하여 달리 취급할 까닭이 없다.

헌법이 현역 군인을 국무총리나 국무위원으로 임명할 수 없게 함으로써 문민통제원칙을 수립하고 있는 것은 군의 특수성조차 헌법규범의 틀 안에 있어야 함을 의미하는 것이다. 알 권리의 내용으로서 '책을 읽을 권리' 그리고 책 저자들의 언론·출판의 자유를 고려할 때 군의 책에 대한 판단은 시민사회의 판단에 종속되어야 한다. 그것이 군에 대하여 문민통제를 받도록 한 헌법의 명령내용이다.

셋째, 헌법재판소는 군인의 정신전력을 강조함으로써 군대는 군인의 정신세계까지 지배할 수 있으며, 군인은 인격적 자율적 판단권 없는 존재로 격하되었다. 헌법재판소는 "정신전력의 영역은 고도의 전문적인 판단을 요하는 민감한 부분"이므로 "사전에 일의적으로 명확하게 규율하는 것은 그다지 쉽지 않고, 오히려 현실의 변화에 유연하게 대응할 수 있도록 불확정개념으로 규율할 필요성이 있다"고 판단하였다.

군인의 정신세계는 사상·양심의 자유에 의하여 보장받으므로, 민주공화국 군대의 정신전력은 군인 각자가 인권과 민주주의의 가치를 스스로 습득하는 데서 출발하여야 한다. 따라서 군대에서의 각종 '정신교육'도 일방적으로 주입하는 방식이 아니라 민주시민으로서 스스로의 인격적 판단에 의해 자각하는 과정이어야 한다. 군인은 주권자로서 스스로 국가방위 업무를 수행하는 것이다.

넷째, 헌법재판소는 헌법의 규범적 효력을 제한함으로써 군의 권력을 통제해야 하는 헌법을 재판하여 헌법의 보편성보다 군의 특수성을 우위에 놓았다. 헌법재판소가 하는 일이 권력의 편에 맞게 헌법을 재단하고 있는 것이 아닌가 하는 의구심이 드는 대목이다.

독일의 경우에도 동서독 체제경쟁 구도의 전투 모드에서 독일 연방헌법재판소가 약진하였다. 독일 연방헌법재판소는 헌법해석권을 사실상 독점함으로써 지배체제의 법적 헤게모니를 조직하는데 결정적인 역할을 맡고 있다. 이처럼 헌법충성의 조달자로서 또는 법적 헤게모니의 조직자로서 이중의 이데올로기적 기능을 수행하고 있는 독일 연방헌법

재판소는 집행부 및 그 외곽장치들과 함께 전투적 민주주의의 물질적 토대인 안보복합체를 구성하고 있다.

권력통제장치로서 헌법이 실종되고 국가권력이 집행권 중심으로 운용되면, 형식적 법치주의가 횡행하기 마련이다. 헌법 제37조 2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있음”을 규정하고 있다. 이 조항은 기본권을 제한할 수 있는 입법권의 근거로 이해되기도 한다. 그렇지만 이 조항이 법률을 제정하는 국회에 대하여 권한을 부여하는 수권(授權)조항이라면, 이 조항은 국회를 규정하고 있는 장에 자리를 잡아야 했다.

따라서 이 조항의 핵심적 의미는 단서인 ‘본질적 내용 침해 금지’에 있다. 즉 집행부 권력에 대비하여 의회민주주의의 결과물이자 민의의 형식으로서 “법률”을 강조하되 기본권규범이 국가권력을 구속하고 있음을 확인한 조항이다. 이 단서조항이 그야말로 단서로서 그저 수사적 표현이라면, 헌법 제37조 2항은 불법국가로 가는 문에 지나지 않기 때문이다. 외형상 법치는 그것만으로 국민의 자유와 권리를 보장하는 것은 아니다. 지배자가 그것을 ‘법률에 의하기만 한다면 무엇이랄도 할 수 있다’는 의미로 이용한다면, 그것은 나치스의 법치국가(Rechtsstaat)에서 볼 수 있듯이 곧바로 불법국가로 전화하기 때문이다.

### 3. 민주공화국헌법의 회복이 절실하다

한국에서 헌법체제가 민주공화국헌법체제가 아니라 병영헌법체제로 변질되기 시작한 것은 오랜 역사적 연원을 가지고 있다. 그것은 일본 군국주의 계엄령을 사실상 그리고 법적으로 복제하면서 시작되었다. 1948년 여순사건과 제주 4·3에서 반인권적 계엄령이 선포·시행되었고, 1949년 11월 24일 제정된 계엄법은 민주공화국헌법과 양립하기 어려운 일제 계엄령의 복제판이었다. “포스트콜로니얼”, 즉 식민지 체제가 끝난 후에도 식민주주의적인 지배나 심성, 문화적 상황이 의연히 존재하거나 형태를 바꾼 식민주의가 한층 강화되어 있는 현상으로 이어졌다.

다음으로 6·25전쟁의 여파도 무시할 수 없다. 전쟁의 트라우마(trauma)는 적과 동지의 흑백논리증후군을 낳았다. 적대적인 적의 형상화는 좌익빨갱이, 사회적 폭력분자, 노동조합원, 불평불만분자, 친북좌파, 전문적 “불법·폭력시위꾼” 등으로 전이·확장되며, 그들에 대한 고발·심판을 비롯하여 다양한 방식으로 자기정체성을 입증하도록 강요

당한다.

군사독재정권은 이를 최대한 활용하였다. 87년 민주화를 거쳐 문민정부·국민정부·참여정부를 지나오면서 ‘독재체제’를 벗어났을지는 모르지만, 아직 ‘군사체제’를 벗어났다고 할 수 없다. ‘한 치의 빈 틈 없는 국가안보의식’을 거역할 수 없는 ‘운명’이자 ‘사명’으로 강요하는 총력전 체제 속에서 시민헌법조차 정립하지 못하였기 때문이다.

국가권력이 생명권 같은 중대한 인권조차 경시할 수 있는 것은 1972년·1980년 헌법의 권위주의체제의 입법·집행·사법의 습성이 그대로 남아있기 때문이다. 정부수립 과정에서 사상을 빌미로 또는 정치적 경쟁자를 제거하기 위하여 정치권력이 자행했던 살인의 경험이 또는 한국전쟁 시 정식재판 없이 국민을 대량학살한 경험이 또는 독재정권의 하수인으로서 수사·기소·재판했던 사법살인의 경험이 그들의 의식을 지배하고 있기 때문이다. 권력자 몇몇은 처벌받았을지 모르지만, 권력은 단죄되지 않았다. 새로운 권력자로 교체되었을 뿐이다. 5·18학살의 과거를 가지고 있음에도 군대를 동원하는 것에 대하여 제대로 된 인권보호체제를 가지지 못한 것이 한국사회의 현실이다.

입헌민주주의 헌법체제에서는 군대도 군인의 인권을 보장함은 물론 전시 군의 작전활동에서도 인권규범을 준수해야 할 의무가 있다. “군의 기본가치와 질서는 군사전문가, 군사관료, 군사집단의 가치에 의해 만들어지는 것이 아니라” 헌법과 민주주의의 이념에 충실하여야 한다. 그렇기 때문에 민주주의의 군대는 늘 합법적이지 않으면 안 되고, 또 인간의 존엄성에 근거해 그것이 법치국가의 군대인 것을 자각하고 양심의 진실성을 존중하고, 국민 각자가 법 앞에 평등한 것을 인식하여야 한다. 또한 군인은 시민으로서의 기본적 권리를 향유할 수 있어야 하며, 평화를 지켜야 할 뿐 아니라 평화를 파괴하는 여하한 것에 대해서도 결연히 맞서야 한다. 시민의 한 사람으로서 군인에게 인권을 보장하는 ‘군대의 문민화’를 통하여 헌법체제를 ‘탈군대화’하는 것이야말로 헌법 근대화의 시작이다. □

### 1. 헌법재판소 결정의 두 가지 쟁점

헌법재판소는 2010년 10월 28일 국방부장관에 의한 ‘군내 불온서적 차단대책 강구 지시’(이하 ‘불온서적 차단지시’)에 관한 헌법소원 사건에 이 차단지시의 근거가 된 군인사법 제47조의2, 군인복무규율 제16조의 2가 합헌이라고 판시하였다.<sup>1)</sup> 불온서적 차단지시와 불온서적 영내반입 금지를 규정한 군인복무규율 제16조의2가 헌법에 합치하는가가 주된 법적 쟁점이었다. 전자에 대해서는 헌법재판소는 5대 4로 장병의 기본권이 직접 침해되는 것이 아니라고 하여 각하였고, 후자에 대해서는 재판관 6(합헌) 대 3(위헌)으로 판단하였다.

이 결정에 대해서는 다양한 관점에서 그리고 헌법적·법률적 쟁점에 관하여 평가가 가능할 것이다. 필자는 특히 ‘특별권력관계론’과 ‘정신전력론’ 두 가지의 점에 대하여 지적하고 싶다. 헌법재판소, 특히 다수의견이 군대에 관한 ‘고전적’ 혹은 ‘복고적’ 인식을 보여준다고 생각되기 때문이다.

### 2. 헌법재판소의 ‘복고주의’(1) - ‘특별권력관계론’의 부활

헌법재판소는 군인의 기본권 제한에 있어서 법률유보원칙의 완화가능성을 천명하였다. 이는 국방부의 의견을 통해 언급한 ‘특별권력관계에 있어서의 기본권 제한의 특례’가 인정될 수 있다는 주장과 연결된다. 헌법재판소의 다수의견은 “국방의 목적을 달성하기 위하여 상명하복의 체계적인 구조를 가지고 있는 군조직의 특수성을 감안할 때, 군인의 복무 기타 병영생활 및 정신전력 등과 밀접하게 관련되어 있는 부분은 행정부에 널리 독자적 재량을 인정할 수 있는 영역”이고 이 영역에는 “법률유보원칙을 철저히 준수할 것을 요구하고, 그와 같은 요구를 따르지 못한 경우 헌법에 위반된다고 판단하는 것은 합리적인 것으로 보기 어렵다”고 하여 군인의 기본권 제한에 있어 법률유보의 원칙이 민간인에 비하여 완화될 수 있음을 선언하였다. 여기에서 한 발 더 나아가 조대현 재판관의 기각의견은 “국

군의 사명을 수행하기 위하여 군인의 기본권을 제한하는 법규가 필요한 경우에 법률로 직접 규율하지 아니하고 국군통수권에게 개괄적이고 광범위하게 위임하거나 군사지휘권에게 재위임하는 것도 허용된다고 봄이 상당하다”고까지 한다.

헌법재판소의 논지는 기본적으로 법치주의의 원칙이 군대에서는 약화될 수 있다는 사고로서 학계에서 이미 폐기된 ‘특별권력관계론’을 원용한 것이다. ‘특별권력관계’<sup>2)</sup>란 “특별한 법적 원인(법률의 규정이나 당사자의 동의)에 의하여 성립되며 특정의 목적을 달성하기 위하여(예컨대 학생, 군인, 공무원, 수형자) 시민이 국가권력에 대하여 특히 강한 법적 구속(포괄적 지배·복종)하에 있는 법률관계”<sup>3)</sup>라고 정의된다. ‘전제국가의 유물’<sup>4)</sup>인 ‘특별권력관계론’은 특별권력관계 내부에서는 법률의 수권 없이도 기본권을 제한할 수 있다는 점을 정당화하기 위한 이론이었다.

오늘날에는 이와 같은 ‘특별권력관계론’은 더 이상 유지될 수 없다고 본다. 우선, 특수한 관계에 있어서도 “기본권은 제한되지 않고 원칙적으로 효력을 가진다는 데 대하여 전혀 이견이 없다.”<sup>5)</sup> 다음으로, 종래의 ‘특별권력관계’에서의 기본권 제한은 “법률에 의하거나 법률을 근거로 해서만” 가능하다는 점에도 특별한 이설이 없다.<sup>6)</sup>

헌법재판소의 ‘특별권력관계론’의 문제점은 단순히 소멸한 옛 이론을 되살려냈다는 점에 그치지 않는다.

첫째, 헌법재판소의 논리는 군대가 사실상 통제받지 않는 ‘국가 속의 국가’라는 것을 보장하는 것이다. 군을 ‘국가

2) 특별권력관계라는 용어 대신 ‘특별행정법관계’(박근성, 행정법강의, 제5판, 박영사, 2008, 108쪽), ‘특수신분관계’(성낙인, 헌법학, 제10판, 법문사, 2010, 368쪽) 등의 용어가 사용되고 있다. 여기에는 논의를 단순하게 하기 위해 잠정적으로 ‘특별권력관계’라는 종래의 용어례를 사용하기로 한다.

3) 홍성방, 헌법학, 개정4판, 현암사, 2007, 348쪽.

4) 한태연, 헌법학, 법문사, 1985, 967쪽.

5) 홍성방, 앞의 책, 351쪽.

6) 홍성방, 앞의 책, 351-352쪽; 성낙인, 앞의 책, 369쪽.

1) 2008헌마638 군인사법 제47조의2 위헌확인 등.

속의 국가'가 된다는 것은 군이 입헌주의적 통제가 미치지 못하는 영역이 된다는 의미이다. 현대 입헌주의의 원리는 사회로부터 멀어지려고 하는 군대를 사회와 통합시켜서 동일한 헌법적 원리로 통제할 것을 요구하고 있다.<sup>7)</sup> '국가 속의 국가'로서 군이 의회의 통제를 벗어나 폭주한 예로는 제정시대 독일이나 군국주의의 일본의 군대를 들 수 있다.

둘째, 군인의 기본권 보장에 관한 헌법적 요청과 군인 인권의 현실에 역행한다. 군인, 특히 사병은 영내생활 등으로 인하여 기본권 침해의 가능성에 심각하게 노출되어 있으며 한국의 군인의 전반적 인권수준도 높지 않다.<sup>8)</sup> 따라서 군인의 기본권에 관한 특별한 배려는 국가의 기본권 보장 의무의 내용이 된다. 예컨대, 독일에서는 군인을 '제복을 입은 시민'이라고 표현한다. 이는 군인의 기본권은 다른 시민과 동등하게 보장된다는 관점에서 군인의 인권보장을 헌법적 차원에서 고려한다는 의미이다.<sup>9)</sup>

셋째, 대통령의 군통수권과 문민통제의 원칙을 약화시킬 수 있다. 포괄적인 위임과 재위임, 사실상의 무제한 위임을 허용하는 헌법재판소의 논리는 대통령의 군통수권에서 그 정당성의 원천을 찾고 있다. 이는 대통령의 군통수권이 국방부장관을 통하여 군 내부로 원활히 관철되는 것은 전제로 한다. 그러나 현실은 그와 반대로 나아갈 수 있다. 대통령이나 국방부장관의 군에 대한 장악력이 약화되는 경우, 이 논리는 무제한의 수권을 허용한 결과, 군 수뇌부의 무소불위의 권력행사로 이어질 수 있다. 이를 방지하기 위한 헌법적 장치로서 대통령의 국군통수권은 법치행정의 원리에 기반한 '법적인' 것이며 또는 그래야 한다. 통수권자로서의 대통령은 "헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 국군을 통수"(제74조 제1항)하도록 하고 "국군의 조직과 편성은 법률로 정"(제2항)하도록 특별히 명시한 헌법의 정신을 헌법재판소는 망각한 것이다. 더구나 정치군인에 의한 군사 쿠데타와 군사정권을 수십 년씩 경험한 나라의 헌법재판소가 말이다.

### 3. 헌법재판소의 '복고주의'(2) - '복종적 정신전력'을 위한 기본권 제한

7) 이계수/이재승/오병두, 외국 군 인사·복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사-독일의 법령과 제도를 중심으로-, 2006년도 인권상황실태조사 연구용역보고서, 2007, 22쪽.

8) 이에 관하여는 이계수, 군사안보법 연구, 울산대학교 출판부, 2007, 171쪽 이하 참조.

9) 이계수/이재승/오병두, 앞의 보고서, 21쪽.

헌법재판소의 다수의견은 과잉금지원칙을 판단하는 주된 잣대로 '군인의 정신전력'을 강조한다. 헌법재판소는 불온도서의 영내반입금지를 규정한 군인복무규율 제16조의2이 과잉금지의 원칙에 반하지 않는다고 판시하였다. 즉 ① "국가의 존립·안전이나 자유민주주의체제를 해하거나, 반국가단체를 이롭게 할 내용으로서, 군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 한정된 범위내의 불온도서를 취득하는 등 행위를 금지"하는 것으로 목적의 정당성이 인정되고 ② "이적표현물 등 국가의 존립·안전이나 자유민주주의체제를 해하는 도서로서 군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 불온도서에 대한 군인의 접근을 차단할 필요가 있고, 이를 위하여 해당 도서의 소지 및 취득 등을 금지하는 것은 목적을 달성하기 위하여 적절한 수단이 된다"고 보아 수단의 적절성이 있다고 보았다. 나아가 ③ "군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 한정된 범위내의 불온도서를 취득하는 등 행위를 금지하고, 그 인적인 범위 또한 군인들로 한정하고 있다"는 점, "국가의 존립·안전이나 자유민주주의 체제를 해하거나, 반국가단체를 이롭게 하는 등 군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 내용의 도서가 군인들의 정신전력에 나쁜 영향을 미칠 가능성이 있다"는 점, "군인은 국가의 존립과 안전을 보장함을 직접적인 존재의 목적으로 하는 군 조직의 구성원이므로, 그 존립 목적을 위하여 불가피한 경우에는 일반인 또는 일반 공무원에 비하여 상대적으로 기본권 제한이 가중될 수 있는 것이다."는 점 그리고 "집체생활을 하는 군인들에게는 구체적인 사회적 위협성의 결과를 가져올 가능성이 있고, 또한 군의 정신전력을 해할 목적으로 도서를 소지, 취득하는 행위가 발생할 가능성이 있다"는 점 등에서 침해의 최소성이 인정되고 ④ "복무규율조항으로 달성되는 군의 정신전력 보존과 이를 통한 군의 국가안전보장 및 국토방위 의무의 효과적인 수행이라는 공익은 이 사건 복무규율조항으로 인하여 제한되는 군인의 알 권리라는 사익보다 결코 작다 할 수 없"어 법익균형성이 인정된다고 한다.

이 결정문에서는 '정신전력'에 대하여 특별히 정의하고 있지는 않다. '정신전력'의 개념은 국방부의 주장을 그대로 차용하였기 때문이다. 한편 군에서는 "정신전력이란 모든 장병이 지휘관을 중심으로 투철한 군인정신, 엄정한 동기, 충천된 사기, 공고화된 단결로 부여된 임무를 능동적으로 완수할 수 있는 조직화된 전투의지력"<sup>10)</sup>이라고 정의한다. '지휘관을 중심으로' 일사분란하게 조직적으로 움직일 수 있는 능력으로 기본적으로 지휘권의 한 내용이 된다.

결국 헌법재판소의 다수의견이 '정신전력'을 강조하는 것

10) 국방부, 정신전력 지도지침서, 1998, 31쪽.

은 국방부의 '지휘권 보장'의 논리를 또 다른 '정신전력'이라는 용어로 치환한 것에 지나지 않는다. '지휘권 보장'을 전면에 내세우지 않은 것은 구태의연한 '지휘권 보장'의 논리를 그대로 헌법이론으로 들여오기는 부담스러웠기 때문이라 생각된다. 김종대 재판관의 별개의견은 이를 더 솔직하고 직설적으로 표현하고 있다. 즉 김종대 재판관은 "군 지휘관이 할 수 있는 정훈교육의 일종으로서 그 지휘권의 당부 판단은 전력극대화를 위하여 군지휘관이 갖는 지휘명령권의 특수한 내용이라는 관점에서 접근해야지, 일반 국민의 알 권리, 표현의 자유, 정신적 기본권을 갖고 접근할 수만은 없는 일"이라고까지 주장한다.

김종대 재판관이 지적하는 바와 같이 -그리고 다수의견이 전제하는 바와 같이-, 군에서는 정신전력의 향상을 위해 정훈교육이 실시되고 있다. 그런데 이 정훈교육의 개념이 나라마다 다르다. 예컨대, 미국의 경우 정훈교육의 임무가 '잘 알게 하는(well-informed)' 차원에서 이루어진다면, 한국에서는 '잘 교육하는'(well-educated) 쪽에 비중으로 두어 이루어진다고 한다.<sup>11)</sup> 한국의 정훈교육이 말 잘 듣는 군인의 양성에 비중을 둔다면 미국의 정훈교육은 '자유로운 정보의 유통'을 보장하면서 제대로 된 인식을 확보하는데에 비중을 둔다는 말이다. 또한 한국의 정훈에 대응하는 독일의 용어는 '민주적·시민적 지휘'(innere Führung)이다. 독일 연방의회는 이 용어를 "군의 임무수행이라는 요청 그리고 민주국가의 시민으로서 가지는 군인의 존엄과 권리를 결합시키고자 하는 것"으로 이해하고 있다. 이 용어는 "군 내부적으로는 군대의 기능적합성 및 군 내부질서의 법치국가적 구성을 유지하고 대외적 관계에서는 군대, 민주주의와 사회를 합치시키는 것"을 의미하는데, 독일에서 이 개념을 발전시키고 있는 이유는 군대 내에서의 시민은 '제복을 입은 시민'으로 간주되어야 하고 국가와 사회와의 관계에 있어서 군대가 '국가 속의 국가'가 되지 않아야 한다는 점을 강조하기 위해서이다.<sup>12)</sup>

요컨대, 한국에서는, 적어도 한국의 국방부와 헌법재판소는 이 '정신전력'을 '지휘권'의 내용과 대상과 관련시켜 이해한다. 즉 지휘권이 결정하면 이의 없이 잘 따를 수 있는 정신적 상태를 의미한다. '군의 특수성'에 비추어 법적 절차에 따른 집행이나 합리적 이의제기보다는 '지휘관'의 상황판단이 우선되어야 한다는 것이다. 그러나 헌법재판소와 그 배경이 된 국방부의 낡은 사고방식은 정당하지도 현실

적이지도 않다.

첫째, 이와 같은 '군의 특수성'이나 '절대적 지휘권 보장론' 그리고 그에 기초한 '복종적 정신전력론'은 국민의 기본권과 국가의 기본권보장의무가 강조되는 헌법질서에 부합하기 힘들다. 특히 '복종적 정신전력'을 기본권 제한을 위한 방편으로 원용하는 것은, 지휘권에 대한 절대적 복종이 필요하기 때문에 기본권을 제한한다는 것으로, 하급자에 대한 전속적 지배를 전제로 하는 봉건적 군대를 전제로 하지 않고서는 상상하기 어려운 논리이다. 결국 이와 같은 논리들은 국가로부터 분리된 군이라는 작은 사회가 국가의 기본권 질서로부터 분리된다는 사실을 정당화하기 위한 논거에 불과하다.

둘째, '복종적 정신전력론'은 국가 차원에서 그리고 개인 차원에서 비극적 결과를 초래할 수 있다. 1980년 광주에서 시민들을 향해 총부리를 겨누었던 비극적인 사건이 일부 군수뇌부만으로 가능한 것은 아니었다. 권력욕에 불타는 소수의 정치군인들과 폭압적 군사문화에 길들여진 장병이 함께한 결과였다. 지휘관의 위법한 판단과 그에 맹목적으로 복종하는 부하들만이 존재하는 조직에서 발생할 수 있는 참극의 전형이라고 할 것이다.

셋째, '복종적 정신전력론'은 '진정한 의미'의 지휘권의 실효성을 떨어뜨릴 수도 있다. 국방부는 봉건적·신분제적 지휘권 개념과 국가 속의 국가라는 낡은 고정관점에서 벗어나지 못한 채, '복고적으로' 기존의 경험적 지휘권에 매달리고 있다. 아쉽게도 이를 또한 헌법재판소가 공식적으로 승인해 주었다. 그러나 봉건적, 억압적 군사문화가 지휘권과 군기를 지켜줄 수 있으리라는 믿음은 그다지 근거가 없다. 엄혹한 군기를 강조했던 일제말기 일본 군 내에도 군기위반, 탈영은 문제는 날이 갈수록 심각해져만 갔다는 사실을 상기해보라. 또한 시대에 역행하는 '복고적 지휘권'이 현실적으로 그 내용을 유지할 것으로 기대하기도 어렵다. 19세기적 사고에 고착된 군수뇌부와는 달리, 21세기적 사고와 인권의식을 가진 장병들이 군을 앞으로 채워갈 것이기 때문이다.

넷째, '복종적 정신전력론'과 그 기반인 '절대적 지휘권 보장론'은 법치주의적이며 합리적인 지휘권 행사에 대한 고민이나 대안을 차단하는 폐단이 있다. 국방부의 '절대적 지휘권 보장론'은 시대에 맞는 지휘권 개념을 고민하기 보다는 '좋았던 옛날'을 향수하는 것에 지나지 않는다. '법치주의'에 기반한 지휘권의 행사가 필요하며 이에 대한 고민을 전제로 한 입법적·정책적 노력만이 국방부가 그토록 원

11) 김성욱, "한미군의 정훈교육체계 비교연구," 시대상황의 변화와 군 정신전력, 국방대학교 안보문제연구소, 2005, 267쪽.

12) 이계수/이재승/오병두, 앞의 보고서, 22쪽.

하는 지휘권의 '실현'을 보장할 수 있다.

#### 4. 헌법재판소 결정 - 동전의 양면

헌법재판소는 이번 결정을 통해, 종래 국방부가 되풀이 해오던 '군의 특수성론', '절대적 지휘권 보장론' 그리고 그에 기초한 '복종적 정신전력론' 등을 여과 없이 승인해 주었다. 이와 같은 낡은 논리를 정당화하기 위해 이제는 폐기된 '특별권력관계론'을 다시금 등장시켜야 했다. 이 양자의 논리는 동전의 양면과도 같은 것이다. 군대에 대한 헌법재판소의 '복고적' 시각을 현재의 기본권이론으로는 정당화시키기 어렵기 때문이다. '특별권력관계론'은 '복고적 시각'을 정당화시켜주는 '복고적 기본권 제한이론'인 셈이다.

'복고'라는 것이 언제나 나쁜 것은 아니다. 그러나 '복고'가 '퇴영'(退嬰)과 등치될 수 있을 때는 문제가 된다. 그 '복고'='퇴영'의 등식이 법치주의를 수호하고 기본권을 보장함으로써 그 역사적·사회적 소명을 다해야 할 헌법재판소에 적용된다면 더 문제가 된다. 더욱이 군부독재의 폐해를 경험한 대한민국의 헌법재판소가 군사(軍事)와 관련된 사안에서 '퇴영적' 판단을 하였다면 더 무엇을 말할 필요가 있을까? □



# ‘불온’이란 말은 결국 21세기 한반도에서 종식되지 못했다

박지웅 변호사 13)

## 1. 들어가며

결국 한반도에서 ‘불온’이라는 말은 다시 확대 재생산의 기로에 접어들었다. 헌법재판소는 2010. 10. 28. 6 : 3으로 국방부의 불온서적 지정사건에 대하여 합헌을 선언했다. 이로써, 대한민국의 장병들은 국방부가 불온서적이라고 지정한 23권의 ‘불온서적’은 물론이고, 추가로 국방부가 불온서적이라고 지정하는 도서는 읽을 수 없게 되었다. 논리를 크게 나누어 정리하면, 다음 쪽의 <표1>과 같다.

<b>반정부 · 반미</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 미군 범죄와 한미 SOFA</li> <li>2. 소금 꽃나무</li> <li>3. 꽃 속에 피가 흐른다</li> <li>4. 507년, 정복은 계속된다</li> <li>5. 우리역사 이야기</li> <li>6. 나쁜 사마리아인들</li> <li>7. 김남주 평전</li> <li>8. 21세기 철학 이야기</li> <li>9. 대한민국사</li> <li>10. 우리들의 하느님</li> </ol>
<b>반자본 주의</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 세계화의 덫</li> <li>2. 삼성공화국의 게릴라들</li> </ol>

## 2. 불온서적 사건의 발단과 사회적 반응 그리고 경과

### 가. 불온서적 사건의 발단

우선, 이 사건이 빚어진 계기는 다음과 같다. 2008. 7. 22. 대한민국 국방부는 한총련의 ‘군 도서보내기 운동’(한총련이 다음 <표2>와 같은 북한찬양, 반미·반정부, 반자본주의 도서를 군에 보내기하려 하였다)는 것)정황을 포착하였기에, <표2>와 같이 23권의 도서들을 소위 불온서적으로 지정함과 동시에 해당 도서의 영내반입 및 열독금지, 장병 및 독신간부 숙소 단속을 통한 일제 수거 등의 조치를 하였다.

<표2> 국방부가 지정한 불온서적 23권의 명단

구분	도 서 명
<b>북한 찬양</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 북한의 미사일 전략</li> <li>2. 북한의 우리식 문화</li> <li>3. 지상에 손가락 하나</li> <li>4. 역사는 한반도 나를 비껴가지 않았다</li> <li>5. 왜 80이 20에 지배당하는가?</li> <li>6. 북한의 경제발전 전략</li> <li>7. 통일 우리민족의 마지막 블루오션</li> <li>8. 벗</li> <li>9. 미국이 진정으로 원하는 것은</li> <li>10. 대학시절</li> <li>11. 핵과 한반도</li> </ol>

13) 2008년 10월 22일, 본 헌법소원을 제기한 군법무관 중 1인으로 2009년 3월 국방부로부터 파면조치됨. 현재 참여연대 민생희망본부 실행위원으로 활동 중이며, 법무법인 정평에서 근무하고 있음.

### 나. 불온서적 지정에 따른 사회적 반응

이에 대한 사회적인 반응은 다음과 같이 전개되었다. ① 우선, 출판사와 해당 저자들은 일제히 2008. 8.경 공동 기자회견으로 국방부의 위와 같은 조치를 비난함과 함께, 국방부를 상대로 명예훼손을 이유로 한 손해배상 소송을 제기하였다. ② 국가인권위원회는 2008. 8. 28. 군인권전문위원회의 논의와 상임위원회 의결을 통하여 이 조치를 헌법 정신에 맞게 근본적으로 재검토해야 한다는 의견을 국방부장관에게 전달하였다. ③ 불온서적으로 지정된 이후 시민들은 위 <표2>의 해당도서들에 대한 관심을 가지고, 책을 구입하기 시작하였고(도서들 중에서는 이미 절판된 도서들도 있었다), 그 결과 위 도서들은 많게는 10배에서 적게는 2-3배까지 팔리기 시작했다. ④ 시민들 중 일부는(예, 불놀이) 불온서적 읽기 운동 캠페인을 벌이기 시작했고, 불온서적 저자인 노엄츠포스키 교수에게 대한민국의 우스꽝스러운 상황을 담은 내용의 메일을 보냈고, 그는 ‘대한민국 시민들의 위대한 저항에 찬사를 보낸다’는 메시지를 대한민국 국민에게 보냈다. ⑤ 또 다른 불온서적 저자 중 하나인 장하준 교수는 집권 여당인 한나라당, 야당인 민주당 등의 초빙강연 자리에서 자신의 책이 불온서적이 아님을 역설하고 있다. ⑥ 문화관광부장관인 유인촌은 한 강연회에서 청중들에게 불온서적 저자 고(故) 권정생 선생의 책에 대한 독서를 권하며 그의 삶을 칭송하였다. ⑦ 국가인권위원회는 2009. 10. 재차 국방부의 불온서적 지정이 위헌성을 가지고 있으며, 장병의 알권리등 기본권을 침해하였다는 의견을 헌법재판소에 전달했다.

<표1> 2010. 10. 25. 선고 2008헌마638 사건의 각 쟁점별 의견

쟁점	다수의견	반대의견
<b>군인사법 제47조의2 기본권침해의 직접성 여부</b>	<b>부적법</b> 이 법조항은 기본권침해에 관하여 아무런 규율을 하지 않은 채 대통령령에 위임하고 있으므로 그 내용이 국민의 권리관계를 직접 규율하는 것으로 보기 어려움.	<b>위헌</b> 이 법조항은 ‘군인의 복무’ 라는 광범위하고 기본권제한의 문제가 제기될 수 있는 분야에 관하여 아무런 한정도 하지 않은 채 대통령령에 위임하고 있어 포괄위임법금지원칙에 위반되어 위헌임(이강국).
	<b>기각</b> 이 사건 복무규율조항은 국군의 이념 및 사명을 해할 우려가 있는 도서로 인하여 군인들의 정신전력이 저해되는 것을 방지하기 위한 조항으로서 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되고 무엇이 허용되는 행위인지를 예측할 수 있으므로 명확성원칙에 위배되지 않음. 또한 그 위임규정인 군인사법 제47조의2가 헌법이 대통령에게 부여한 군통수권을 실질적으로 존중한다는 차원에서 군인의 복무에 관한 사항을 규율할 권한을 대통령령에 다소 광범위하게 위임하였다 하더라도 포괄위임금지원칙에 위배된다고 볼 수 없으므로 법률유보원칙을 준수한 것임.	<b>위헌</b> 위헌적인 위임규정인 군인사법 제47조의2에 근거하고 있으므로 그 자체로 위헌임(이강국).  이 사건 복무규율은 수범자인 군 장병들로 하여금 어떠한 도서가 금지되는 도서인지 예측할 수 있는 기준을 제공하지 않으며 집행기관의 자의적인 적용 가능성을 널리 열어두고 있는 조항으로서 명확성의 원칙에 위반됨(이공현, 송두환).
<b>군인복무규율 제16조의2 과잉금지원칙 위배 여부</b>	<b>기각</b> 군의 정신전력은 국가안전보장을 확보하는 군사력의 중요한 일부분으로서 그 보전을 위하여 불온도서의 소지·전파 등을 금지하는 규율조항은 목적의 정당성이 인정되며, 군의 정신전력에 심각한 저해를 초래할 수 있는 범위의 도서로 한정함으로써 침해의 최소성 요건을 지키고 있고, 이 사건 복무규율조항으로 달성되는 군의 정신전력 보존과 이를 통한 군의 국가안전보장 및 국토방위의무의 효과적인 수행이라는 공익은 이 사건 복무규율조항으로 인하여 제한되는 군인의 알 권리라는 사익보다 결코 작다 할 수 없으므로 법익균형성 원칙에도 위배되지 아니함.	<b>위헌</b> 위헌적인 위임규정인 군인사법 제47조의2에 근거하고 있으므로 과잉금지원칙 위배 여부를 살필 필요 없이 위헌임(이강국).  핵심적 정신적 자유인 ‘책 읽을 자유’ 를 제한하면서 금지대상이 되는 도서의 범위를 엄격하게 한정하거나 지정권자 및 객관적 사전 심사절차를 규정하는 등 공익의 달성을 추구하면서도 기본권을 덜 제한하는 수단을 채택하지 아니한 채 자의적인 제한이 가능하도록 규정한 것으로서, 헌법상 비례의 원칙을 위반한 것임(이공현, 송두환).
	<b>부적법</b> 이 사건 지시를 받은 하급 부대장이 일반 장병을 대상으로 하여 구체적인 집행행위를 함으로써 비로소 청구인들의 기본권 제한의 효과가 발생하므로 직접 적인 공권력 행사라고 볼 수 없음.	<b>적법</b> 이 사건 지시는 군인복무규율의 규범력과 결합하여 기본권침해의 직접성을 가지나 군복무관계의 특수성 및 군인의 지위에 대한 헌법의 특별한 취급에 비추어 보면, 청구인들의 알권리 등 기본권을 과도하게 침해하는 것으로 볼 수 없음(조대현).  <b>위헌</b> 위헌적인 위임규정인 군인사법 제47조의2에 근거하고 있으므로 위헌임(이강국).  위헌적인 복무규율조항에 근거한 ‘불온도서 차단’ 지시 역시 위헌이며, 국방부장관 등이 일정도서를 불온도서로 지정하여 군내에서 금지함으로써 군장병들의 기본권을 직접 침해한 위헌적 공권력 행사임(이공현, 송두환).

### 다. 불온서적 지정사건에 따른 헌법소원제기와 군법무관 파면

2008. 10. 22. 군법무관 7인은 국방부의 자의적인 불온서적 지정이 장병의 알권리, 학문의 자유, 양심형성의 자유, 행복추구권 등을 침해하였다는 이유로 헌법소원을 제기하였다. 국방부는 이에 대하여, 2009. 3. 17. 헌법소원을 제기한 군법무관 7인에 대하여 징계 조치를 취하였다. 그 중 2명의 법무관을 파면하였고, 다른 5명에 대해서는 모두 감봉, 근신 등의 경징계를 감행하였다. 14) 이에 대하여, 군법무관들은 반발하여 2009. 4. 서울행정법원에 징계처분의 취소를 소송을 제기하였으나, 2010. 4. 동 법원은 파면처분 및 각 징계처분은 정당하다는 판결을 선고했다. 이 사건 역시 현재 서울고등법원에 사건 계속 중 이다.

### 3. 불온서적 사건의 쟁점

이 사건은 헌법재판소가 공개 변론으로 심리를 진행할 만큼 중요한 사회적인 의미를 갖는 사건이었다. 군 인권 침해의 법리상 문제점이 종합적으로, 낱낱이 드러난 사례라 할 수 있다. 또한, 사실관계와 법리적 쟁점도 모두 명확하다. 하지만, 놀라울 정도로 헌법재판소의 다수의견은 이에 대한 판단을 모두 회피하였다. 이를 하나씩 분설하여 보기로 한다.

#### 가. 군인사법 제47조의2의 위헌성

##### (1) 군인사법 제47조의2의 구조와 포괄위임입법금지원칙

군인사법 제47조의2(복무규율) 군인의 복무에 관하여는 이 법에 규정한 것을 제외하고는 따로 대통령령이 정하는 바에 의한다.

14) 징계사유의 구체적인 내용인즉, ①국방부장관의 적법/정당한 명령을 따르지 않을 의사로 지휘계통을 통한 건의절차를 경유하지 않은 채 헌법소원을 제기한 것이 군의 지휘계통문란, 군기단결을 저해한 법령준수의무(군인사법 제56조 제3호, 군인복무규율 제4조, 제24조 위반)이며, ②헌법소원을 제기한 행위가 군무외의 일을 집단적으로 한 군기강 문란행위로 복종의무 위반(군인사법 제56조 제3호, 군인복무규율 제13조 제1항)이며, ③ 국방부 장관의 허가를 받지 아니하고, 직접 또는 대리인을 통하여 언론매체에 국방부 조치를 폄하하는 의견을 발표하여 군 수뇌부를 비방, 모욕했으며 자신의 의견, 주장내용을 군 외부에 공표한 점에 법령준수의무(군인사법 제56조 제3호, 군인복무규율 제17조, 국방홍보훈령 제22조)위반 및 품위유지의무위반(군인사법 제56조 제2호, 제3호, 군인복무규율)을 하였다는 것이다. 이외에도 2가지 징계사유가 더 있다.

우선, 군인사법에는 군인의 복무에 관하여 이 법에 규정한 것을 제외하고는 따로 대통령령이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있다. 즉, 군인의 복무에 관한 사항으로 신분보장(제44조), 평등취급의 원칙(제45조), 휴가(제46조), 직업보도교육(제46조의2), 복지 및 체육시설(제46조의3), 직무수행의 의무(제47조), 복제 및 예식(제47조의3), 휴직(제48조)을 규율하고 있다. 따라서, 군인의 직무수행에 관한 일반적인 사항을 열거적으로 나열하는 외에 추가되는 복무수칙에 관한 사항은 모두 대통령령으로 포괄위임하고 있다. 그리고, 군인복무규율은 군인의 복무와 병영생활에서의 기본사항을 규율하고 있는 바, 군인에게 부과되는 여러 의무와 금지행위, 명령과 복종사항, 고충처리사항, 비상소집, 병영생활, 휴가 등에 대하여 규율하고 있다.

다시 말해, 군인의 복무에 관한 사항 중 핵심적인 권리의 제한과 의무부과사항에 대해서는 법에 어떠한 규율도 하고 있지 아니하고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 이러한 규율태도는 소위 독일 19세기 외견적 입헌군주제 하 '특별권력관계'이론에서 비롯된 것이다. 특별권력관계이론이란, 군인, 수형자, 공무원과 국가와의 관계 같이 포괄적으로 기본권의 제한을 가져오는 관계 내부에서의 기본권이 나 법률유보가 적용되지 않고 직무명령이 적용될 수 있다는 이론을 말하는 것이다. 이러한 이론은 독일 연방헌법재판소가 수형자 판결을 통하여, 수형자의 기본권도 '오로지 법률을 통해서 또는 법률에 근거해서 제한될 수 있다'고 판시함으로써 사망선고를 맞게 된다.

이 사건의 경우 군인사법 제47조의 2에서 군인의 복무에 관한 사항을 전혀 규율하지 아니하고, 대통령령인 군인복무규율 제16조의 2에 포괄위임을 하고 있다. 이는 헌법 제75조에서 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다"고 규정함으로써, 위임입법의 범위와 한계를 설정하고 있는 것에 정면으로 위배된다. 이는 '법률로 대통령령에 규정될 내용의 대강이라도 예측을 할 수 있어야 한다'는 포괄위임입법금지의 원칙에 위배되는 것이다. (헌재 2004. 11. 25. 2004헌가15)

비록 국방을 위한 상명하복의 체계적 구조를 갖고 있는 군조직의 특수성을 감안하여, 군인의 복무 기타 병영생활 및 정신전력등과 밀접한 영역은 넓은 재량과 전문성을 인정할 수 있더라도, 어떠한 내용도 규율하고 있지 아니한 것은 명백히 위헌이다.

그러나 다수의견은 "이 사건 법조항이 군인의 복무에

관하여는 이 법에 규정한 것을 제외하고는 따로 대통령령이 정하는 바에 의한다고 규정하여 기본권 침해에 관하여 아무런 규율도 하지 아니한 채 이를 대통령령에 위임하고 있으므로, 그 내용이 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 법적 특히 지위를 결정적으로 정하여 국민의 권리관계를 확정하는 것이라고 보기 어려워 심판청구의 요건을 충족하지 못하였다” 고 판시하였다.

앞으로, 권리를 침해하거나 의무를 부과하는 내용을 규율하는 데 있어서 법률조항의 위헌시비를 피해가려면, 국민의 권리침해에 관한 사항은 대통령령이 정한다라고 규율하면 될 것이다. 국회가 일할 필요가 없다. 군이 마음대로 모든 것을 제정하면 된다. 결국, 국가안의 소국가를 만들어 준 격이다. 이는 독일 나치시대의 수권법(전권위임법)과 하나도 다를 바가 없다.<sup>15)</sup>

**나. 군인복무규율 제16조의2와 불온도서 차단 지시(이하 '이 사건 지시')<sup>16)</sup>의 위헌성**

제16조의2 (불온표현물 소지·전파 등의 금지)  
 군인은 불온유인물·도서·도화 기타 표현물을 제작·복사·소지·운반·전파 또는 취득하여서는 아니되며, 이를 취득한 때에는 즉시 신고하여야 한다. [본조신설 1998.12.31]

불온서적 차단 지시

가. 군인복무규율(대통령 제20282호) 제16조의2  
 나. 국군병영생활규정(국방부 훈령 600호) 제47조(물품반입 및 소지의 제한)  
 다. 공규3-200 제216조(공군보안규정)  
 라. 정훈·문화활동규정(국방부 훈령 제790호) 제28조(정훈·문화자료 심의위원회)  
 마. 군내 불온서적 차단대책 강구(장관, '08.7.19)

3. 대책

가. 장병 정신교육 실시  
 1) 불온서적 취득 즉시 지휘계통 보고 및 지원 기무부대 보고

15) 전권 위임법(全權委任法, Ermächtigungsgesetz) 제1조 독일의 법률은 헌법에서 규정되고 있는 수속 외에 독일 정부에 의해서도 제정될 수 있다. 본조는 바이마르 헌법 제85조 제2항 및 제87조에 대하여도 적용된다.

16) 원래, 법령의 형식적 분류상 군인복무규율과 불온도서 차단 지시는 별항으로 분류하여 설명하는 것이 타당할 것이나, 이 사건 대통령령과 이 사건 지시는 밀접한 관계를 가지고 결합되어 효력을 발휘하여 기본권을 침해하였던 것이므로 함께 논하기로 한다.

나. 개인별 부대 반입 통제(연중 지속)  
 1) 휴가 및 외출·외박 복귀자 반입 물품확인  
 2) 우편물 반입 시 간부 입회 하 본인 개봉/확인 등  
 3) 불온서적 목록

다. 불온서적 반입여부 일제 점검(사무실, 분임실, 휴게실, 독신자 숙소 포함)  
 1) 기간: '08.7.28 ~ 8. 4  
 2) 점검 결과 다음 서식에 의거 보고(보고 기일(수거문서 없을 시 유선 보고) : '08. 8. 5)  
 \*보안의 날 행사 또는 부대계획에 의거 지속 점검 실시

라. 불온서적 목록(위 표2)

**(1) 군인복무규율과 이 사건 지시의 법적 성격에 대한 판단 위법**

우선, 군인복무규율 제16조의2는 군인들로 하여금 '불온 표현물'에 대해서는 소지와 취득을 불가능하게 하고 있으며, 이를 취득하는 경우 신고의 의무까지 부과하고 있다. 또한, 이 사건 지시는 구체적인 불온서적내용의 지정과 함께, 불온서적으로 지정된 도서에 대한 영내의 반입금지, 영내 반입자의 물품에 대한 통제, 사무실을 비롯한 독신자 숙소에 대한 불온서적 반입여부의 일제점검을 규율하고 있다.<sup>17)</sup> 또한, 이 사건 지시는 친절하게도 그 법적 근거를 군인복무규율 제16조의 2에서 찾고 있다.

따라서, 군인복무규율 제16조의2와, 이 사건 지시는 결합하여(비록 법령에서 구체적인 위임은 없지만) 불온서적으로 지정된 도서들의 소지 및 취득, 영내반입을 모두 금지하는 공권력으로 작용하고 있는 것이다. 물론 구체적인 소지 및 취득에 대한 제한을 가져오는 집행행위가 전제되어야 하는 것이 아니냐는 반대의견이 있을 수 있다. 하지만, 구체적인 소지 및 취득에 대하여 행정소송이나 헌법소원을 제기하는 것은 현실적으로 상상하기 어렵다. 반대의견도 이러한 현실적인 상황을 고려한 헌법재판소의 결정을(헌재 1997. 8. 21. 96헌마48등) 원용하여 적법성의 근거를 찾고 있다.<sup>18)</sup>

17) 실제로, 2008. 10. 이 사건 지시 발령일로부터 현재까지 위 도서목록에 포함된 도서들에 대해서는 장병들이 열독이 불가능한 것으로 알려지고 있다.

18) “그 지시의 직접 상대방인 해당 부대장들에게 그 규율내용의 즉시 집행을 명하고 있어서, 엄격한 상명하복의 군조직원리에 따라 그대로 실시될 것이 확정적으로 예정되어 있을 뿐만 아니라, 그 지시내용이 그 즉시 군 장병들에게도 전달, 공지되어 구속적 효력을 발휘한 것이므로,

이에 대해서 다수의견은 “이 사건 지시 중 국방부장관이 각 군에 내린 것은 그 직접적인 상대방이 각 군의 참모총장 및 직할 부대장이고, 육군참모총장의 것은 그 직접적인 상대방이 육군 예하부대의 장으로, 청구인들을 비롯한 일반 장병은 이 사건 지시의 직접적인 상대방이 아니므로, 이 사건 지시를 받은 하급 부대장이 일반 장병을 대상으로 하여 이 사건 지시에 따른 구체적인 집행행위를 함으로써 비로소 청구인들을 비롯한 일반 장병의 기본권 제한의 효과가 발생하므로, 기본권 침해의 직접성 요건을 흠결하였다”고 하고 있다.

이것은 완벽한 논리적 모순이다. ① ‘군 지휘조직 내부의 행위’로서 육군 예하부대의 장에게만 그 지시가 하달되었고 구체적인 이후의 집행행위가 없는 이상, 병사들을 비롯한 하급 장교는 불온서적을 반입하고 열독하여도 무방하지만, 장성들은 지침의 수범자인 이상 불온서적을 읽을 수 없다는 뜻인가? 그러면 계급이 올라갈수록, 훨씬 더 불온서적에 노출되어 국가안보를 저해할 가능성이 높아 차단의 필요성이 제한적으로 그들에 대해서만 인정된다는 뜻인가? ② 23권의 도서를 지시로 정하여, 불온서적으로 규정한 이상 그 책은 ‘불온서적’이 된 것이므로 군인복무규율 제16조의2에 의하여 소지 및 취득, 열독이 불가능하게 된다. 즉, 이 사건 지시는 별도의 구체적인 집행행위를 예정하지 않고 있는 이상, 법령자체로 종국적인 처분성을 갖는다는 뜻이다. 그렇다면 헌법재판소 다수의견은 ‘불온서적목록’을 영내에 게시하는 경우 행정소송을 제기하라는 뜻인가?

기존의 헌법재판소의 판사까지 거슬러 가면서, 아무런 구체적인 실시 없이 단 몇 줄로 각하시킨 의도의 저의를 알 수 없다.

## (2) 군인복무규율상 ‘불온표현물’에 대한 판단 위법

위 지시에 기한 별도의 하위 지시를 기다릴 필요 없이 이미 직접적인 효력을 발휘하고 있으며, 이 사건 지시에 기한 소지품 조사, 내무검사 등 후속조치로서의 집행작이 예상될 수 있어서, 이 사건 지시에 대한 구제방법으로 위와 같은 집행작용에 대해 다투는 방법이 가능한 지 의문을 가질 수 있으나, 상명하복의 명령체계하에 있는 개별 군인으로서 위와 같은 구체적인 집행작용에 대하여 행정소송 또는 헌법소원등 소송을 통하여 다투기 어려운 것이며, 위와 같은 집행행위는 성질상 즉시 집행이 완료되는 것이어서 그 집행행위가 있기를 기다려 다투는 것으로는 권리구제의 실효성을 기대할 수 없으며, 따라서 기본권 침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는다. 따라서 이 사건 지시에 대한 헌법소원은 청구적격을 갖추었다 할 것이다.”

우선, 불온표현물의 소지와 취득이 금지되는 이상, 열독은 당연히 불가능하다. 이는, 군인이 된 자들의 행복추구권, 양심과 사상의 자유, 정보 수령권(알 권리)을 침해하게 된다.<sup>19)</sup> 모두 정신적 기본권에 해당하는 영역이라 할 수 있다. 따라서, 정신적 기본권을 제한하는 경우 필요한 원리인 명확성의 원칙이 적용되어야 한다. 그렇다면, 불온 표현물을 언제, 어디서, 어떻게, 왜 규율해야 하는지 조밀하게 규정하지 않고서는 위헌성을 면할 수 없다.

그렇다면 ① 누가 불온표현물이라고 선언 내지는 지정을 할 수 있는 것인지(지정권자), ② ‘불온’한 표현물은 무엇인지 문제가 될 수 있을 것이다.

우선, 불온 표현물을 지정하는 것 그 자체만으로도 위헌이겠지만, 불온 표현물이라고 선언 내지 지정할 수 있는 주체가 누구인지를 알 수 없다는 것은 더더욱 이 법령이 위헌임을 확신케 한다. 단지, 군 고위관계자가 어떤 서적이 ‘불온’하다고 하면 그것이 ‘불온’이 된다는 논리다. 실제로, 국방부는 불온서적을 누가, 언제, 어떠한 절차를 통해 진행하였는지 제대로 된 설명을 하지 못하였다. 밝혀진 바로는, 국군 기무사가 이적단체인 한총련이 군에 교양도서 23종을 보내는 운동을 추진한다는 내용의 정보를 경찰청 보안과로부터 보고받았고, 이에 따라 기무사로부터 이러한 정보를 전달받은 국방부 정훈문화공보과에서는 23종의 도서가 부대 안에 반입되지 않도록 차단조치를 하였다. 그리하여, 국방부 정훈문화공보과는 정훈문화공보심의회를 열어 이에 참여한 심의위원들이 23권의 도서에 대한 불온서적 지정조치를 내렸다는 것이다. 하지만, 이것이 실제로 이루어졌는지도 의문이다. 우선, 심의위원의 수, 심의날짜, 심의된 책의 불온성 여부의 내용이 소송에서 대응하는 내내 바뀌었다. 예를 들어, 장하준 교수의 「나쁜 사마리아인들」은 원래 반자본주의서적으로 분류되었다가 나중에는 반미서적으로 바뀌었으며, 심의일자에 관하여서도 처음에는 2008. 7월 말부터 8월 초였다고 하다가, 이후에는 8월 초에서 말까지 심의를 하였다고 하고, 더 황당한 것은 10명의 심의위원이 책을 2권씩 나누어서 읽고 ‘불온성’을 판단하였다는 것이다. 이 정도 되면, 불온서적의 지정이 얼마나 자의적인 기준에 의하여 이루어졌는지를 알 수 있다. 반대의견의 표현을 빌리자면 ‘자의적인 집행가능성을 보여주는 생생한 사례(實例)’라 하겠다.

다른 한편으로, ‘불온’한 표현물이란 무엇인가? 국방부는 명백히 군의 정신전력을 훼손하는 ① 북한찬양 ② 반정부·반미 ③ 반자본주의의 내용을 담은 서적이라 하고 있

19) 그 중 핵심적인 것은 당연 ‘알 권리’라 할 것이다.

다. 하지만, 「지상에 순가락 하나」, 「왜 80이 20에게 지배당하는가」는 북한에 대한 내용을 전혀 담고 있지 않다. 「나쁜 사마리아인들」은 저자의 표현대로 '1970년 대한민국의 국가주도형 중상주의 경제개발모델'에 대하여 긍정적인 것으로 반정부적인 요소를 가지고 있다고 볼 근거가 전혀 없다. 즉 '불온성'은 구체적인 사안과 개별적인 사람마다의 가치관, 윤리관 및 시대적 상황에 따라 얼마든지 변할 수 있다는 것을 아주 잘 보여준다. 정권의 이념적 가치관 또는 특정 집단의 가치관에 따라 언제든지 달라질 수 있는 개념적 징표에 불과한 것이다.

즉, '불온함'이라는 말 자체에 명확성이 없다. 그리고 이러한 추상적이고 명확성이 없는 개념을 가지고 군인이 된 자의 알권리 등을 제한하는 것은 명백히 과잉금지원칙에 반한다.

하지만, 다수의견은 ① “군인복무규율 제16조의2는 국가의 존립·안전이나 자유민주주의체제를 저해하고, 반국가단체를 이롭게 할 내용으로서, 군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 것을 막기 위한 목적의 정당성이 있다”고 한다. ② 또한, “이적 표현물 등 국가의 존립·안전이나 자유민주주의체제를 해하는 도서로서 군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 불온도서에 대한 군인의 접근을 차단할 필요가 있고, 이를 위해 해당 도서의 소지 및 취득을 금지하는 것이 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이며”, “군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 한정된 범위 내의 불온도서를 취득하는 행위를 금지하고, 그 인적인 범위 또한 군인들로 한정하고 있고”, “국가의 존립·안전이나 자유민주주의 체제를 해하거나, 반국가단체를 이롭게 하는 등 군인의 정신전력을 심각하게 저해하는 내용의 도서가 군인들의 정신전력에 나쁜 영향을 미칠 가능성이 있다고 하면서”, ③ 군인의 경우 국가의 존립과 안전을 보장하는 집단인 군에 속해 있기 때문에, 일반인이나 일반공무원에 비하여 상대적 기본권 제한이 가중되어 “군인은 국가의 존립과 안전을 보장함을 직접적인 존재의 목적으로 하는 군 조직의 구성원이므로, 그 존립 목적을 위하여 불가피한 경우에는 일반인 또는 일반 공무원에 비하여 상대적으로 기본권 제한이 가중될 수 있는 것이다.”는 점 그리고 “집체생활을 하는 군인들에게는 구체적인 사회적 위험성의 결과를 가져올 가능성이 있고, 또한 군의 정신전력을 해할 목적으로 도서를 소지, 취득하는 행위가 발생할 가능성이 있다”는 점 등에서 침해의 최소성이 인정되고 ④ “복무규율조항으로 달성되는 군의 정신전력 보존과 이를 통한 군의 국가안보장 및 국토방위임무의 효과적인 수행이라는 공익은 이 사건 복무규율조항으로 인하여 제한되는 군인의 알 권리라는

사익보다 결코 작다 할 수 없어” 법익의 균형성이 인정된다고 한다.

결국, 헌법재판소의 다수의견은 ‘군인은 일반인과 달라, 기본권 제한이 가중된다’는 특별권력관계이론을 무비판적으로 받아 들었다. 변론에 참여하여 해괴한 이론을 편 강경군 교수의 말처럼 ‘기절해 있다’ 헌법재판소에 의하여 다시 살아났다. 달리 말하면, ‘지휘권이 결정하면 합리적인 의제 없이 무조건 따라라’고 이야기를 한 것과 다름없다. 군의 ‘문민통제’를 부정했다.

이번 헌법재판소의 결정은 도저히 납득할 수 없는 논리적 모순으로 가득하다. 다음과 같이 간단한 질문에 초차 답변할 수 없는 이상 어떻게 그것을 한 국가의 사법적 결정이라 할 수 있겠는가?

무조건 ‘불온서적’이라고 지정한 책을 읽지 못하게 하면 정신전력이 되살아 날 수 있는가? 휴가를 얻어 나가는 병사는 얼마든지 그 책을 읽을 수 있는 것이 아닌가? 마지막으로, 여당 모 의원의 국회발언처럼, 한총련이 군 장병들에게 ‘도서보내기 운동’을 전개하면, 양서도 불온서적이 된다는 말인가, 한총련이 애국가를 부르면 애국가도 불온가요가 되는 것인가?

#### 4. 불온서적 사건의 결론과 교훈

결국 헌법재판소의 이번 결정은 국방부의 특별권력관계이론을 무비판적으로 수용한 것에 불과하다. 군의 합리적인 지휘권 행사는 지휘권에 대한 무비판적인 복종만으로 유지될 수가 없다. 우리 사회는 더 이상 군이 자신의 특수성을 고집하여 민간과의 차별성을 확보하려함으로 자신의 기득권적, 고립적 질서를 지키려 하는 것을 방지하여서는 안된다. 그 위험성은 너무나 크다.

군의 특수성을 지나치게 강조하게 되면, 사회적인 관점에서 상당한 사회적 갈등과 소요비용을 가져온다. 군에 어떠한 사건이 발생할 경우, 언제든지 민간은 군에 대해서 그 사건을 조사하고, 진상에 대하여 규명하여 사회적인 동요와 갈등을 관리할 수 있어야 한다. 이러한 민간과 군의 역할관계에서 민간이 군을 통제할 수 없는 상황이 될 때, 민간과 군의 갈등관계는 고조된다. 민간이 군의 특수한 상황에 대한 정보에 접근할 수 없어 정보의 접근을 요구하지만, 군은 자신의 실수 등을 인정하여 처벌에 대한 두려움 때문에 정보를 은폐하기 쉽다. 더 나아가 왜곡 또는 조작

의 가능성도 상존한다. 결국 사회는 군을 불신하고, 군은 사회로부터 더더욱 고립된다. 올 3월에 발생한 '천안함 침몰'과 관련된 일련의 조작 및 은폐의혹 등의 사건전개양상은 우리 사회의 이러한 단면을 적나라하게 보여준다.

아직도 우리 사회에는 계속되는 많은 군의문사, 폭력, 인권침해 등을 너무나 당연히 생각하는 흐름이 있다. '군대이기 때문에 그럴 수밖에 없다'는 사고방식 때문이다. 언제까지 이러한 후진적인 군사문화의 잔재를 청산함 없이 연구도 미진한 '군의 특수성'이라는 거대담론의 영역에 기대어 의무를 방기할 것인가? 군에 입대한 우리의 아이들을 사회에서 누구나 읽는 베스트셀러들을 읽지도 못하는 '바보'들로, 휴가 나와서는 서점가에서 그 책들을 뒤적이며 불안해하는 그런 '비접쟁이'들로 만들 것인가? □