

# 모든 군인의 인권과 상관의 명령권\*

— 기본권과 지휘권의 관계 —

남 중 권\*\*

## 목차

I. 들어가며: ‘지휘권과 인권’ 대 ‘인권과 지휘권’	IV. 상관의 명령권으로서 지휘권
II. 군인의 법적 지위	V. 군인의 인권과 지휘권의 관계
III. 군인의 기본권 보장과 제한	VI. 나오며: 인권 보장을 책임지는 지휘권 행사

## I 국문초록 I

군 조직이 군사적 직무를 일사분란하게 수행하기 위해서는 명령계통상의 명령이행의무자들이 그 명령을 한치의 오차 없이 그대로 이행하는 기계와 같은 수행능력을 갖고 있는 것이 이상적일 수 있다. 하지만 그러한 명령을 이행하는 행위자에 아직까지는 인간이 포함되어 있다. 특히 병영생활을 함께 하는 군인들에게는 군사적 직무의 효율적 수행을 위해 반드시 요구되는 것이 아닌 군사적 직무에 필요한 범위를 넘어서는 과도한 명령들이 관행처럼 발동된다. 상관의 명령을 이행해야 하는 의무를 법적으로 부담하는 것을 넘어서 상관의 지시나 명령에 대해서는 그 근거의 타당성이나 이유를 묻기 보다는 당연히 따라야 한다는 생활규범이 지배하는 위계조직의 구성원으로

\* 이 논문은 국방부와 국가인권위원회의 용역을 수행하기 위한 연구 과정에서 작성한 글을 수정·보완한 것임.

\*\* 고려대학교(교양교육원) 및 순천향대학교(인문사회과학대학 법학과) 강사, 법학박사.

논문접수일 : 2023. 2. 6., 심사개시일 : 2023. 2. 14., 게재확정일 : 2023. 2. 21.

#### 4 인권법평론 제30호(2023년)

서 개인이 인간으로서 가지는 기본적 권리를 주장하는 것은 실천적으로 매우 어려운 일이다. 이와 같은 법규범과 생활규범이 혼재되어 있는 상황 속에서는 군에서 인권교육이 강조되고 군인의 인권을 보장하기 위해 제정된 기본법의 준수를 생활화하려는 노력에도 불구하고 의식적으로 또는 실무적 관행에 따라 무의식적으로 지휘권을 인권에 앞세우는 사고가 군인의 인식 속에 깊이 자리잡기 쉽다. 이 논문은 과연 지휘권을 인권에 앞세우는 교육 방식이 규범논리적으로 타당한지, 그리고 군 인권교육의 효율성을 앞세우며 헌법에서 보장한 기본적 인권을 목록화하는 과정에서 해당 교육을 실시하는 교관이나 지휘관의 선입견으로 인해 군인의 기본적 인권을 협소하게 이해하고 있는 것은 아닌지 검토한다. 이를 위해 군인의 법적 지위에서부터 일반 국민과 다른 없는 군인의 기본적 인권 보장 및 제한 방식에 관한 점층적 논의를 진행한다. 그 토대 위에서 위계적 명령계통에서 상관이 행사하는 명령권이 결국에는 군인을 포함한 모든 국민으로부터 나온다는 점을 상기함으로써 모든 군인의 인권을 보장하는 것이 지휘권에 포함되어 있는 상관으로서 책임을 다하는 것이라는 점을 드러내 보고자 한다.

주제어 : 군 인권, 지휘권, 제복 입은 시민, 군통수권자, 위계조직, 평등대우

### I. 들어가며: ‘지휘권과 인권’ 대 ‘인권과 지휘권’

1980년에서 2000년 사이에 출생한 세대를 일컫는 ‘밀레니얼(millennial)’ 세대가 병으로 군 복무를 시작한 21세기 초, 대한민국 국군의 한 훈련소에서는 신병 교육을 담당한 간부가 화장실 청결 상태를 문제 삼아 훈련병 192명에게 인분을 찍어 입에 넣도록 강요한 사건이 발생했다. “정신교육을 그렇게 두세 차례 했는데도, 그대로 하지 않길래 훈련병들을 화장실에 일렬로 세워서 변을 찍게 했습니다. ... 입을 벌려라, 손가락을 넣어라, 빠라, 차마 먹으라는 말은 못

했습니다.” 이는 위 사건 발생 후 해당 간부가 응한 언론 인터뷰 내용의 일부이다.<sup>1)</sup> 화장실 청결 상태 유지라는 교육 목적이 달성되지 않자 그 목적 달성을 위해 훈련병들을 화장실 앞에 일렬로 세워 놓고 훈련병들로 하여금 변기에 묻어 있는 인분을 손으로 짚게 하고, 그 손을 입에 넣는 수단을 강구했지만, ‘차마’ 먹는 것까지 시키지는 못했다는 항변이다.<sup>2)</sup> 이후 조사를 통해 훈련병들의 절반이 해당 간부의 명령에 따라 인분을 먹기까지 한 것으로 확인됐지만, 적어도 이 항변은 당시에 만약 간부가 ‘인분을 짚게 하는’ 명령어의 뒤가 아니라 그 앞에 ‘차마’를 넣어 생각하기만 했으면 어땠을지 깊은 통탄을 남긴다. ‘화장실을 청결하게 하기 위해 차마 인분을 짚게 할 수 없었다.’거나 ‘화장실을 청결하게 하기 위해 차마 화장실 앞에 일렬로 세워 놓을 수 없었다.’ 또는 ‘화장실을 청결하게 하기 위해 정신교육을 차마 두세 차례 할 수 없었다.’와 같이 선행 단계의 명령어 앞에 ‘차마’를 넣어 판단했다면 어땠을까? 보다 근본적으로는 ‘화장실 청결 상태 유지’가 군사적 직무 수행과 어떤 관련성이 있으며 훈련병들에게 인분을 짚어 먹게 해서라도 달성해야 할 필수적 목적인지 생각해 볼 수도 있다.

위 사건이 발생했던 2005년에 실시된 ‘군대 내 인권상황 실태조사 및 개선방안 연구’<sup>3)</sup>에서 병사의 인권보장이 간부의 지휘권과 충

1) 백승규 기자, “[현장출동]논산 훈련소 중대장 훈련병에게 인분 먹여 파문”, MBC 뉴스데스크, 2005. 1. 20. <[https://imnews.imbc.com/replay/2005/nwdesk/article/1934968\\_30781.html](https://imnews.imbc.com/replay/2005/nwdesk/article/1934968_30781.html)> <최종 방문일: 2023. 1. 25.>

2) 위 취재 보도에 따르면 사건 이후 군 조사에 따르면 훈련병의 절반이 해당 간부의 명령에 따라 인분을 먹은 것으로 확인됐다.

3) 해당 연구는 당시 신병훈련소에서 발생한 인분사건을 비롯해 전방부대에서 발생한 총기난사 사건으로 대통령의 병영문화개선 지시 등 군대 내 인권개선 필요성이 절박한 상황에서, 국가인권위원회의 의뢰를 받아 성공회대 인권평화센터에서 수행되었다.

돌한다고 보는지 ‘간부의 인식 현황’을 조사한 결과 병사의 인권보장이 간부의 지휘권과 충돌하지 않는다고 본 경우는 34.9 퍼센트(이하 ‘%’로 표기)인 반면, 양자가 충돌한다고 본 경우는 37.3%로 그보다 높아서 인권보장과 지휘권이 충돌한다고 인식하는 경우가 많았다.<sup>4)</sup> 그 후 2014년 실시된 ‘군인 권리보호 및 구제체계에 대한 인권 상황실태 조사’<sup>5)</sup>에서는 반대로 병사들의 인권이 개선되어도 지휘권과 충돌하지 않는다고 본 경우는 48.8%인 반면 양자가 충돌한다고 본 경우는 36.6%여서 2005년 조사와 비교할 때 양자를 충돌하지 않는 것으로 보는 인식률이 더 높았다. 2019년 실시된 ‘군 인권 실태조사서’<sup>6)</sup>에서는 또 다시 반대로 병사의 인권보장과 간부의 지휘권이 충돌하지 않는다고 본 경우가 36.9%인 반면, 양자가 충돌한다고 본 경우가 44.4%로 조사됐다. 물론 표본은 각기 다르지만 2005년, 2014년, 2019년의 조사에서 병사의 인권 개선이 간부의 지휘권과 충돌관계에 놓인다고 본 간부의 인식률은 각각 37.3%, 36.6%, 44.4%여서 인권보장과 지휘권을 충돌관계로 보면서 병사의 인권 신장을 부정적으로 인식하는 비율이 일정 수준 아래로 떨어지기 보다는 오히려 증가한 것처럼 보이기도 한다.

지휘권을 행사할 때 인권을 고려한다는 것은 과연 ‘차마’를 어떤 명령 앞에 붙여야 할지를 고민한다는 것이다. 위 사건에서 보여준

4) 병사인권과 간부지휘권의 충돌여부 이외에도 병사인권개선을 위한 저항권 허용 여부에 대한 질문에서 대해서 응답한 간부의 33.9%가 ‘허용해야 한다’고 답했고, ‘허용해서는 안 된다’는 의견이 43.7%로 더 높았다. 이에 관한 자세한 내용은 한흥구·김성전·김정식·박원석·이재승·임태훈, <군대 내 인권상황 실태조사 및 개선방안 연구>, 국가인권위원회 연구보고서, 2005, 279-282면 참조.

5) 이종호·최장욱·황운상·윤형호(2014), 군인 권리보호 및 구제체계에 대한 인권 상황 실태조사, 국가인권위원회 연구보고서, 111면.

6) 나달숙·김상균·박균열·송병호·이월형·최명진, <군대 내 인권상황 실태조사>, 국가인권위원회 연구보고서, 2019, 132-133면.

간부의 항변에는 이 글에서 다루려는 군인의 인권과 지휘권에 관한 몇 가지 핵심적인 내용이 담겨 있다. 지휘권 행사의 작동 방식, 지휘권 행사의 인권 침해 가능성, 지휘권 행사의 한계, 인권과 지휘권의 조화로운 실현 등이다. 지휘권을 행사하기 위해 지휘관은 목적을 설정하고 그 목적을 관철할 수 있는 적절한 방법을 동원한다. 동원하는 방법이 지휘권에 복속된 다른 군인의 행위일 경우 명령에 따라야 하는 군인의 행위는 제한된다. 명령의 내용이 되는 다른 군인의 행위가 차마 인간으로서 시킬 수 없는 것이라고 판단되는 지점에서 인권은 침해되고 지휘권은 한계를 갖는다. 그런데 차마 인간으로서 시킬 수 없는 것이라고 판단되는 그 지점을 지휘관 일방이 임의로 정하게 해서는 안 된다. 누군가에게는 상식의 문제로 보일 수도 있겠지만 ‘차마’를 ‘인분을 짚게 하는 것’의 뒤가 아니라 그 앞에 넣어 생각하기 위해서는 교육과 훈련이 필요하다.

지휘권 ‘앞에’ 인권을 넣고 생각하는 것 역시 마찬가지이다. 2021년 12월 30일 이전까지 국방부훈령으로 시행되었던 「군 인권업무 훈령」에서는 ‘사이버 인권교육’의 한 과정으로서 ‘군대와 인권과정’의 중심 교육내용으로 ‘지휘권과 인권’을 규정했다.<sup>7)</sup> 이러한 규정을

7) 「군 인권업무 훈령」(국방부훈령 제2672호, 2022. 6. 29. 일부개정 후 2022. 7. 1. 시행)은 2011년 7월 1일 제정 및 시행되었고, 기존에 시행되었던 「군 인권교육 훈령」(국방부훈령 제1390호, 2012. 2. 8. 일부개정 및 시행)은 2014년 8월 14일에 전부개정 및 시행된 「군 인권업무 훈령」(국방부훈령 제1688호)에 통합되면서 폐지되었다. 이때 부대에서 인권교육을 실시하는 자가 이수하여야 하는 과정으로서 ‘사이버 인권교육’에 관한 사항이 규정되었고(같은 훈령 제17조 제4항 및 제31조부터 제33조 참고), 2021년 12월 30일에 전부개정 및 시행된 「군 인권업무 훈령」(국방부훈령 제2612호)에서 ‘사이버 인권교육’에 관한 규정 ‘교육내용’에 관한 부분을 삭제하였다(같은 훈령 제26조 및 제27조 참고). 이렇게 삭제되기 전 ‘사이버 인권교육’에 관한 ‘교육내용’의 규정은 다음과 같다: 「군 인권업무 훈령」(국방부훈령 제2505호, 2020. 12. 30. 일부개정 및 2021. 1. 1. 시행) 제36조 (교육 내용) ① 인권의 이해과정은 다음 각 호의 사항을 중심으로 교육을 실시한다. 1.

선후의 특별한 관계적 의미 부여 없이 대등한 수준에서 ‘지휘권’과 ‘인권’을 병렬한 것이라고 볼 수도 있지만, 같은 규정을 의식 또는 무의식 속에서 순차적이거나 우열적으로 이해하게 될 경우 해당 훈령의 규정은 그 훈령에 따르는 지휘체계 속에 있는 군인으로서 인권 교육 교관과 그 교관의 교육을 받는 다른 군인 역시 ‘지휘권’을 ‘인권’보다 앞서거나 우위에 있는 것으로 인식하게 하는 단서이자 근거 규정으로 작용할 수 있다.

이러한 배경을 바탕으로 본 논문은 군 인권교육 일선 또는 군인의 인식 속에서 지속적인 논쟁의 대상이 되고 있는 인권과 지휘권의 관계를 해명해 보기 위해 군인의 법적 지위에서부터 일반 국민과 다름 없는 군인의 기본권 보장 및 제한 방식에 관한 점층적 논의를 진행한다. 그 과정에서 과연 지휘권을 인권에 앞세우는 교육 방식이 규범논리적으로 타당한지, 그리고 군 인권교육의 효율성을 앞세워 헌법에서 보장한 기본적 인권을 목록화하는 과정에서 해당 교육을 실시하는 교관이나 지휘관의 선입견으로 인해 군인의 기본권을 협소하게 이해하고 있는 것은 아닌지 검토한다. 아울러 위계적 명령계통에서 상관이 행사하는 명령권이 결국에는 군인을 포함한 모든 국민으로부터 나오는 점을 상기함으로써 모든 군인의 인권을 보장하는 것이 상관으로서 지휘권에 포함되어 있는 책임을 다하는 것이라는 점도 확인한다.

---

인권의 개념과 역사 2. 인권의 역할 3. 인권의 과제 4. 유엔인권선언 5. 자유권 및 시민권 6. 국가와 인권 7. 법과 인권 8. 사회복지와 인권 등 ② 군대와 인권 과정은 다음 각 호의 사항을 중심으로 교육을 실시한다. 1. 인권의 이해 2. 지휘권과 인권 3. 군인에게 보장되는 인권 4. 성폭력, 성희롱 예방 5. 인권침해시 징계 및 형사절차 6. 권리 및 구제 제도 등(강조는 필자가 표시).

## Ⅱ. 군인의 법적 지위

### 1. '국군'의 헌법상 지위

#### 가. 국가의 안전보장과 국토방위에 사명을 둔 국민의 군대

「대한민국헌법」(이하 특별한 언급이 없는 한 1987년에 개정된 현행 헌법을 말하며, '우리 헌법', '헌법'등으로 약칭)은 국군의 사명을 국가의 안전보장과 국토방위에 두고 있다. 대한민국은 국제평화 유지를 위해 노력하고 침략적 전쟁을 부인하기에 자국의 안전보장과 국토방위를 목적으로 한 군대의 보유와 무기의 사용은 허용되는 것에서 나아가 신성한 의무의 수행으로 보기까지 한다. 국가의 안전보장과 국토방위를 담당하는 만큼 국군은 정치적 중립성을 지켜야 한다.<sup>8)</sup> 1987년에 개정된 현행 헌법에서 도입되어 우리 헌법에 명시된 국군의 정치적 중립성 준수 의무에는 현역 군인이 병력을 동원하여 정권을 무너뜨리고 비민주적 절차를 통해 정권을 빼앗았던 뼈아픈 헌정사가 고스란히 담겨 있다. 국군이 '특정 정파나 정권의 군대'가 아닌 '국민의 군대'<sup>9)</sup>라는 점이 강조되는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

8) 「대한민국헌법」 제5조 ① 대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다. ② 국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수된다; 본 논문은 인권(법) 전문가 뿐만 아니라 군 인권교육 관련 당사자로서 병역에 복무하는 모든 군인을 이 글에 접근가능한 잠정적 독자로 상정하고 있으며, 군 인권교육 실무에서는「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」을 중심으로 교육이 이루어진다는 점을 고려해 현행 헌법 조문을 비롯한 법령의 내용을 비교적 상세하게 덧붙인다.

9) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 ① 국군은 국민의 군대로서 국가를 방위하고 자유 민주주의를 수호하며 조국의 통일에 이바지함을 그 이념으로 한다.

### 나. 국민의 기본권<sup>10)</sup>과 대통령의 국군 통수권

국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행하도록 사명이 부여된 국군을 통수하는 권한은 대통령에게 있다.<sup>11)</sup> 그런데 대통령의 국군 통수권은 직간접적으로 민주적 통제와 법적 제한을 받는다. 대통령은 모든 국민이 직접 비밀 상태에서 한 표씩 던지는 선거를 통해 선출되고,<sup>12)</sup> 이렇게 선출된 대통령의 국군 통수 권한은 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 행사되어야 하기 때문이다. 또한 우리 헌법은 국군을 조직하고 편성하는 내용을 법률로 정하도록 하고 있는데,<sup>13)</sup> 어떤 법률이 제정되기 위해서는 국회의 의결이 필요하다. 국회는 대통령과 마찬가지로 모든 국민이 직접 비밀 상태에서 한 표씩 던지는 선거를 통해 선출되는 국회의원으로 구성되고,<sup>14)</sup> 이러한 국회의 의결을 거쳐 시행되고 있는 것이 「국군조직법」이다.

국군을 통수하는 대통령에게는 전쟁 개시를 선포하거나 전쟁 중인 상대와 화해하고 평화를 선포할 수 있는 권한<sup>15)</sup>과 전시·사변 또

10) 인권은 인간의 자연적 권리에 기초한 개념으로서 인권이 한 국가의 실정헌법체계로 편입되어 일련의 자유와 권리로 규정된 기본권 개념과 구별되지만 실제 기본권과 인권이 혼용되고 있다는 방식의 서술례는 김용규·황정호, “군인의 기본권 향상을 위한 법적 고찰”, 『社會科學論文集』 제25권 제1호, 대전대학교 사회과학연구소, 2006, 9-10면 참조. 이 글에서도 기본권과 인권을 내용적인 측면에서 엄밀히 구분하지는 않으나 기본권 개념을 인권을 협소하게 이해하는 수단으로 사용하는 것을 방지하는 수준에서 용어에 대한 논의를 진행한다. 이에 관해서는 본 논문, ‘Ⅲ. 1. ‘국민’의 기본권 보장과 제한’ 참조.

11) 「대한민국헌법」 제74조 ① 대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 국군을 통수한다.

12) 「대한민국헌법」 제67조 ① 대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다.

13) 「대한민국헌법」 제74조 ② 국군의 조직과 편성은 법률로 정한다.

14) 「대한민국헌법」 제41조 ① 국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다. 제53조 ① 국회에서 의결된 법률안은 정부에 이송되어 15일 이내에 대통령이 공포한다. ⑦ 법률은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생한다.

는 이에 준하는 국가비상사태에서 병력을 동원하여 계엄을 선포할 수 있는 권한<sup>16)</sup>이 있지만, 선전 및 강화와 같은 중요한 대외정책이나 계엄의 선포와 해제 그 밖에 군사에 관한 중요사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.<sup>17)</sup> 국회는 대통령이 전쟁을 선포하거나 국군을 외국에 파견하는 결정을 할 때, 강화조약을 맺을 때 동의권을 가지므로 해당 결정을 위해서는 행정부 내부에서 국무회의의 심의를 거치는 것 이외에 국회의 동의를 받는 것도 필요하다.<sup>18)</sup> 또한 국회는 대통령이 선포한 계엄에 대한 해제 요구권을 가지므로 계엄 해제에 관한 국무회의 심의와 별개로 국회가 계엄의 해제를 요구한 때 대통령은 그 계엄을 해제해야 한다.<sup>19)</sup>

「대한민국헌법」은 대통령에게 국군 통수 권한을 부여하기도 하지만, 대통령이 직무를 집행할 때 헌법이나 법률을 위배한 경우에는 국회의 탄핵 소추 의결과 헌법재판소의 탄핵 심판을 통해 파면될 수

- 
- 15) 「대한민국헌법」 제73조 대통령은 조약을 체결·비준하고, 외교사절을 신임·접수 또는 파견하며, 선전포고와 강화를 한다.
- 16) 「대한민국헌법」 제77조 ① 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.
- 17) 「대한민국헌법」 제89조 다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다. … 2. 선전·강화 기타 중요한 대외정책 … 5. 대통령의 긴급명령·긴급재정경제처분 및 명령 또는 계엄과 그 해제 6. 군사에 관한 중요사항.
- 18) 「대한민국헌법」 제60조 ① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다. ② 국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다.
- 19) 「대한민국헌법」 제77조 ⑤ 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다; ‘평상시’와 ‘국가 위기상황’을 구분하여 대통령의 국군통수권에 대한 통제 방안을 제시하는 문헌으로 김민수, “대통령 국군통수권의 한계 및 통제”, 「유럽헌법연구」 제26호, 2018, 211-217면 참조.

있는 가능성을 열어 두고 있다.<sup>20)</sup> 현행 헌법 체제 아래에서 국회의 탄핵 소추 의결을 거쳐 헌법재판소에서 판단을 받은 대통령 탄핵 심판 사건은 두 차례 있었다. 이 두 사건에서 우리 헌법재판소는 대통령의 직무상 위헌적 또는 위법적 집행행위에 대해 곧바로 파면 결정을 하지 않고 그 직무 집행의 위헌성 또는 위법성이 중대한지 여부를 물어 중대한 경우에 파면결정이 정당화되는 것으로 보았다.<sup>21)</sup> 즉, 대통령이 자유민주적 기본질서를 수호하고 국정을 성실하게 수행하리라는 믿음이 상실되었기 때문에 더 이상 국정을 맡길 수 없을 정도에 이르렀다고 볼 수 있어야 대통령에 대해 파면결정을 내릴 수 있다는 것이다. 이때 헌법재판소는 대통령에 대해 파면결정을 내릴 수 있는 대표적인 예로 “대통령이 국가조직을 이용하여 국민을 탄압하는 등 국민의 기본권을 침해하는 경우”<sup>22)</sup>를 제시하고 있다. 만약 대통령이 국가조직인 군대를 동원해서 국민을 탄압하여 그 기본권을 침해한다면 소정의 탄핵 절차를 거쳐 파면될 수 있다는 뜻이다. 국민의 기본권 보장을 위해 국정 운영을 맡겼는데, 오히려 국정 운영의 담당자가 국민의 기본권을 침해하는 것은 직무 권한을 벗어난 것이다.

20) 「대한민국헌법」 제65조 ① 대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다. ② 제1항의 탄핵소추는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의가 있어야 하며, 그 의결은 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다. 다만, 대통령에 대한 탄핵소추는 국회재적의원 과반수의 발의와 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다. ③ 탄핵소추의 의결을 받은 자는 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다. ④ 탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다. 그러나, 이에 의하여 민사상이나 형사상의 책임이 면제되지는 아니한다; 「대한민국헌법」 제111조 ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다. 2. 탄핵의 심판.

21) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 654면; 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 21면 참조.

22) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 656면.

## 2. ‘군인’의 법적 지위

### 가. 제복 입은 시민이자 군 조직을 구성하는 공무원인 국민

통상 경찰관, 소방관 등을 일컬어 ‘제복 입은 시민’이라고 부른다. 직무 수행 중에 착용하는 ‘제복’으로 상징되는 ‘특수한 임무’를 수행한다는 점을 제외하면 이들도 기본적으로 전체 공동체의 일원이자 시민으로서 권리와 책임을 동일하게 갖고 다른 시민과 함께 생활하는 평등한 지위에 있으며 일반 시민과 달리 결코 특별한 우위에 있는 것이 아니라는 점을 강조하기 위한 호칭이다. 군인 역시 제복을 입고 국가의 안전보장과 국토방위의 임무를 수행하고 있으므로 ‘제복 입은 시민’으로 부를 수 있다. 현행 「군 인권업무 훈령」<sup>23)</sup>에서도 “군인으로 하여금 제복 입은 시민으로서의 권리와 책임을 인식하게 하고, 인권을 존중하는 병영문화를 확산하는”(같은 훈령 제12조) 것을 군 인권교육의 목표로 삼고 있다는 점을 덧붙인다면 군인 스스로가 자신을 ‘제복 입은 시민’으로 인식하는 것은 인권교육의 측면에서도 중요한 의의가 있다.

법적인 관점에서 볼 때 군인은 기본적으로 국민이다. 법률로 정한 요건에 따라 국적을 취득한 대한민국 국민<sup>24)</sup>은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 부담한다.<sup>25)</sup> 대한민국 국민의 병역의무에 관하여 규정한 「병역법」에서는 병역을 현역, 예비역, 보충역, 병역준비역, 전시근로역, 대체역의 6개 종류로 구분하고(같은 법 제5조 제1항), 대한민국 국민인 남성에게 「대한민국헌법」과 「병역법」에서 정

23) 2022. 7. 1. 시행, 국방부훈령 제2672호, 2022. 6. 29. 일부개정.

24) 「대한민국헌법」 제2조 ① 대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다; 「국적법」 제1조(목적) 이 법은 대한민국의 국민이 되는 요건을 정함을 목적으로 한다.

25) 「대한민국헌법」 제29조 ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.

하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하도록 하면서 여성은 지원에 의해 현역 및 예비역으로만 복무할 수 있도록 하고 있다.<sup>26)</sup>

또한 군인은 공무원이기도 하다. 헌법은 공무원을 국민전체에 대한 봉사자로 규정하고, 국민에 대하여 책임을 지도록 하고 있다.<sup>27)</sup> 모든 국가공무원에게 적용할 인사행정의 근본 기준을 정하고 있는 「국가공무원법」에 따르면 군인은 경력직공무원, 그 중에서도 특수분야 업무를 담당하는 특정직공무원에 해당한다. 다른 특정직공무원으로는 법관, 검사, 외무공무원, 경찰공무원, 소방공무원, 교육공무원, 군무원, 헌법재판소 헌법연구관, 국가정보원의 직원, 경호공무원 등이 있다.<sup>28)</sup>

그리고 군인은 특수한 업무를 담당하는 군에 복무하는 사람으로

26) 「병역법」 제3조(병역의무) ① 대한민국 국민인 남성은 대한민국헌법과 이 법에서 정하는 바에 따라 병역의무를 성실히 수행하여야 한다. 여성은 지원에 의하여 현역 및 예비역으로만 복무할 수 있다.

27) 「대한민국헌법」 제7조 ① 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. ② 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

28) 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분) ① 국가공무원(이하 “공무원”이라 한다)은 경력직공무원과 특수경력직공무원으로 구분한다. ② “경력직공무원”이란 실적과 자격에 따라 임용되고 그 신분이 보장되며 평생 동안(근무기간을 정하여 임용하는 공무원의 경우에는 그 기간 동안을 말한다) 공무원으로 근무할 것이 예정되는 공무원을 말하며, 그 종류는 다음 각 호와 같다. 1. 일반직공무원: 기술·연구 또는 행정 일반에 대한 업무를 담당하는 공무원 2. 특정직공무원: 법관, 검사, 외무공무원, 경찰공무원, 소방공무원, 교육공무원, 군인, 군무원, 헌법재판소 헌법연구관, 국가정보원의 직원, 경호공무원과 특수 분야의 업무를 담당하는 공무원으로서 다른 법률에서 특정직공무원으로 지정하는 공무원 ③ “특수경력직공무원”이란 경력직공무원 외의 공무원을 말하며, 그 종류는 다음 각 호와 같다. 1. 정무직공무원 가. 선거로 취임하거나 임명할 때 국회의 동의가 필요한 공무원 나. 고도의 정책결정 업무를 담당하거나 이러한 업무를 보조하는 공무원으로서 법률이나 대통령령(대통령비서실 및 국가안보실의 조직에 관한 대통령령만 해당한다)에서 정무직으로 지정하는 공무원 2. 별정직공무원: 비서관·비서 등 보좌업무 등을 수행하거나 특정한 업무 수행을 위하여 법령에서 별정직으로 지정하는 공무원.

서 ‘군 조직의 구성원’이다. 국군의 조직과 편성을 정한 법률인 「국군조직법」에서는 ‘군인’을 “전시와 평시를 막론하고 군에 복무하는 사람”이라고 정의하고, 군인의 인사, 병역 복무 및 신분에 관한 사항은 별도의 법률에서 규정하도록 하고 있다.<sup>29)</sup>

#### 나. 평등하게 대우 받아야 하는 위계질서 속의 군인

「국군조직법」에 따르면 군인의 인사, 병역 복무 및 신분에 관한 사항을 별도의 법률로 규정하도록 하고 있는데, 「군인사법」은 군인의 임용, 복무, 교육훈련, 사기 및 신분보장 등에 관하여 「국가공무원법」에 대한 특례를 규정하고 있다.<sup>30)</sup> 다른 공무원법과 달리 군인의 특수성이 반영된 「군인사법」의 내용으로는 군인에게 지적 능력 뿐만 아니라 건강과 체력을 특별히 요구한다는 점, 계급 및 별도의 복제를 두는 점, 계급에 따른 정년을 달리 정하는 점, 현역 복무 부적합 전역제도를 두는 점, 별도의 연금제도를 두는 점, 국립묘지에 안장될 수 있는 자격을 두는 점, 국가유공자 또는 보훈보상자로 예우를 받는 점 등을 꼽을 수 있다.<sup>31)</sup>

「군인사법」은 현역에 복무하는 장교, 준사관(準士官), 부사관(副士官) 및 병(兵), 또는 사관생도(士官生徒), 사관후보생, 준사관후보생 및 부사관후보생, 그리고 소집되어 군에 복무하는 예비역 및 보충역에게 적용된다.<sup>32)</sup> 이 법률이 적용되는 군인의 계급은 크게 장

29) 「국군조직법」 제4조(군인의 신분 등) ① “군인”이란 전시와 평시를 막론하고 군에 복무하는 사람을 말한다. ② 군인의 인사, 병역 복무 및 신분에 관한 사항은 따로 법률로 정한다.

30) 「군인사법」 제1조(목적) 이 법은 군인의 책임 및 직무의 중요성과 신분 및 근무조건의 특수성을 고려하여 그 임용, 복무, 교육훈련, 사기 및 신분보장 등에 관하여 「국가공무원법」에 대한 특례를 규정함을 목적으로 한다.

31) 홍창식, 군대와 법: 헌법을 준수하는 국군, 헌법을 수호하는 국군, 지식과감성#, 2020, 103면.

교, 준사관, 부사관, 병으로 구분된다. 그리고 장교는 또 다시 장성(원수, 대장, 중장, 소장 및 준장), 영관(대령, 중령 및 소령), 위관(대위, 중위 및 소위)으로 구분되고, 준사관은 준위로 하며, 부사관은 원사, 상사, 중사 및 하사로 구분되고, 병은 병장, 상등병, 일등병 및 이등병으로 구분된다. 이러한 구분의 순서로 「군인사법」은 계급의 순위를 정하고, 군인의 서열을 그 순위에 따르도록 한다.<sup>33)</sup> 계급의 순위에 따라 서열의 순위가 정해지므로 흔히 군대를 ‘위계질서가 있는 조직’이라고 부른다.

그런데 현행 「군인사법」은 군인의 위계를 정하는 것에 앞서 군인은 평등하게 대우받아야 하며 합리적인 사유 없이 차별받지 않도록 하는 것을 법적용의 기본원칙으로 삼고 있다.<sup>34)</sup> 「대한민국헌법」에서 이미 모든 국민은 법 앞에 평등하며 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 않도록 규정하고 있기 때문에<sup>35)</sup> 이러한 기본원칙을 규정한 것은 헌법상 원칙이 「군인사법」을 적용할 때 예외가

32) 「군인사법」 제2조(적용 범위) 이 법은 다음 각 호의 사람에게 적용한다. 1. 현역에 복무하는 장교, 준사관(準士官), 부사관(副士官) 및 병(兵) 2. 사관생도(士官生徒), 사관후보생, 준사관후보생 및 부사관후보생 3. 소집되어 군에 복무하는 예비역 및 보충역.

33) 「군인사법」 제3조(계급) ① 장교는 다음 각 호와 같이 구분한다. 1. 장성(將星): 원수(元帥), 대장, 중장, 소장 및 준장 2. 영관(領官): 대령, 중령 및 소령 3. 위관(尉官): 대위, 중위 및 소위 ② 준사관은 준위(准尉)로 한다. ③ 부사관은 원사(元士), 상사, 중사 및 하사로 한다. ④ 병은 병장, 상등병, 일등병 및 이등병으로 한다; 제4조(서열) ① 군인의 서열은 제3조에 규정된 계급의 순위에 따른다. ② 제1항의 사항 외에 서열에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

34) 「군인사법」 제2조의2(기본원칙) 군인은 이 법을 적용할 때에 평등하게 대우받아야 하며 합리적인 사유 없이 차별받지 아니한다.

35) 「대한민국헌법」 제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

될 수 없다는 점을 다시 확인하는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 「군인사법」에서 군인의 계급과 그에 따른 서열을 규정한 것은 군인이 국가의 안전보장과 국토방위의 목적을 달성하기 위한 군 복무 수행과 합리적으로 관련된 범위 안에서 계급과 서열을 법률로써 인정한다는 것이지, 헌법이 금지하는 사회적 특수계급<sup>36)</sup>이 군 조직 내부에서 인정된다거나 군 조직 외부에서 군인이 사회적 특수계급으로 인정받을 수 있다는 것을 의미하지 않는다.

#### 다. 군사 지휘 권한에 대해 시민(문민)의 통제를 받는 군인

「국군조직법」은 헌법으로부터 국군 통수권, 즉 국군 전체를 통할하는 지휘권을 부여받은 대통령을 정점으로 해서 군사에 관한 지휘 권한을 국방부장관, 합동참모의장, 육군·해군·공군 참모총장, 육군·해군·공군 부대 또는 기관의 장에게 부여한다. 대통령은 헌법, 국군조직법 및 그 밖의 법률에서 정하는 바에 따라 국군을 통수하고, 국방부장관은 대통령의 명을 받아 군사에 관한 사항을 관장하고 합동참모의장과 각군 참모총장을 지휘·감독한다. 각군 참모총장은 국방부장관의 명을 받아 각각 해당 군을 지휘·감독하고, 각군의 부대 또는 기관의 장은 편제 또는 작전지휘·감독 계통상의 상급부대 또는 상급기관의 장의 명을 받아 그 소속 부대 또는 소관 기관을 지휘·감독한다.<sup>37)</sup>

36) 「대한민국헌법」 제11조 ② 사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다.

37) 「국군조직법」 제6조(대통령의 지위와 권한) 대통령은 헌법, 이 법 및 그 밖의 법률에서 정하는 바에 따라 국군을 통수한다; 같은 법 제8조(국방부장관의 권한) 국방부장관은 대통령의 명을 받아 군사에 관한 사항을 관장하고 합동참모의장과 각군 참모총장을 지휘·감독한다; 같은 법 제9조(합동참모의장의 권한) ② 합동참모의장은 군령(軍令)에 관하여 국방부장관을 보좌하며, 국방부장관의 명을 받아 전투를 주임무로 하는 각군의 작전부대를 작전지휘·감독하고, 합동작전 수

「대한민국헌법」에 따르면 전쟁의 선포나 화해 같은 대외정책이나 계엄의 선포와 그 해제, 군사에 관한 사항 등 정부의 권한에 속하는 중요한 정책의 심의를 담당하는 국무회의는 대통령·국무총리·국무위원으로 구성된다.<sup>38)</sup> 그런데 우리 헌법은 대통령이 임명하는 국무총리 또는 국무위원의 자격에서 현역 군인을 직접적으로 제외함으로써<sup>39)</sup> 국군에 대한 시민(문민)<sup>40)</sup> 통제의 원칙과 함께 국군의 정치적 중립성을 다시 한번 확인하고 있다.<sup>41)</sup> 「공직선거법」에 따르면 국가공무원은 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하려면 선거일 이전에 그 직을 그만두어야 하므로<sup>42)</sup> 국가공무원으로서 현역 군인은 대통령, 국회의원 등 선거

행을 위하여 설치된 합동부대를 지휘·감독한다. 다만, 평시 독립전투여단급(獨立戰鬥旅團級) 이상의 부대이동 등 주요 군사사항은 국방부장관의 사전승인을 받아야 한다; 같은 법 제10조(각군 참모총장의 권한 등) ① 육군에 육군참모총장, 해군에 해군참모총장, 공군에 공군참모총장을 둔다. ② 각군 참모총장은 국방부장관의 명을 받아 각각 해당 군을 지휘·감독한다. 다만, 전투를 주임무로 하는 작전부대에 대한 작전지휘·감독은 제외한다. ③ 해병대에 해병대사령관을 두며, 해병대사령관은 해군참모총장의 명을 받아 해병대를 지휘·감독한다; 같은 법 제11조(소속 부서의 장의 권한) 각군의 부대 또는 기관의 장은 편제(編制) 또는 작전지휘·감독 계통상의 상급부대 또는 상급기관의 장의 명을 받아 그 소속 부대 또는 소관 기관을 지휘·감독한다.

- 38) 「대한민국헌법」 제88조 ① 국무회의는 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의한다. ② 국무회의는 대통령·국무총리와 15인 이상 30인 이하의 국무위원으로 구성한다.
- 39) 「대한민국헌법」 제86조 ① 국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다. ③ 군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무총리로 임명될 수 없다; 「대한민국헌법」 제87조 ① 국무위원은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다. ④ 군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무위원으로 임명될 수 없다.
- 40) 기존의 군사정부와 대비하기 위해 1990년대에 들어선 정부가 ‘문민’정부임을 강조했다. ‘문민(文民)’은 ‘무기(武器)를 들지 않은 국민’을 표현하는 것으로도 볼 수 있다. 이와 같은 맥락에서 “문민의 시대에 군인의 인권” 문제를 다룬 글로는 이준일, 인권법(제9판), 2021, 873-894면 참조.
- 41) 국군의 정치적 중립성에 대해서는 본 논문 ‘II. 1. 가. 국가의 안전보장과 국토방위에 사명을 둔 국민의 군대’ 참조.

로 취임하는 공무원이 될 수 없다.

### Ⅲ. 군인의 기본권 보장과 제한

#### 1. ‘국민’의 기본권 보장과 제한

세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights: UDHR) 제1조는 “모든 인간은 태어날 때부터 자유롭고 존엄성과 권리에서 평등하다. 모든 인간은 이성과 양심을 선천적으로 부여받았으며 서로 형제애의 정신으로 행동해야만 한다.”<sup>43)</sup>고 하여 인권, 즉 인간의 자유와 평등한 존엄성과 권리를 보편적으로 선언하고 있다. 「대한민국헌법」은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”고 하는 제10조에서부터 제36조까지 국민의 자유와 권리의 목록을 열거한 다음, 제37조 제1항을 통해 이러한 국민의 자유와 권리가 헌법에 열거되지 아니하였다는 이유로 경시되지 않는다고 하여 국민의 자유와 권리가 한정적으로 열거된 것이 아니라 예시적으로 열거된 것이라는 점까지 밝히고 있다.<sup>44)</sup> 그리고 “경

42) 공직선거법 제53조(공무원 등의 입후보) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 후보자가 되려는 사람은 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방자치단체의 의회선거와 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방자치단체의 의회의원이나 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격) 제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.

43) 원문은 다음과 같다: All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.

시되지 아니한다”는 표현은 열거되지 않은 국민의 자유와 권리라고 할지라도 결코 가볍지 않은 비중으로, 즉 같은 비중 이상으로 중시될 수 있다는 의미로 해석될 수 있다.<sup>45)</sup>

헌법에는 ‘기본권’이라는 표현이 직접적으로 언급되어 있지는 않고, 헌법 제10조 제2문에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 하여 ‘기본적 인권’이라는 표현이 사용되고 있어서 ‘기본권’을 ‘개인이 가지는 불가침의 기본적 인권’을 지칭하기 위한 학술상 또는 강학상 표현으로 이해할 여지가 있다. 이 경우 기본권은 인권과 동일시되거나 역사성과 확장성을 갖는 인권의 일부로 이해될 수 있다. 물론 기본권을 ‘헌법상 권리’를 지칭하는 표현으로 사용하여 헌법에 규정된 권리만을 의미한다고 이해하는 것도 가능할 수 있지만, ‘헌법상 보장된 권리’ 즉, 우리 헌법에서 보장하는 국민의 자유와 권리가 예시적으로 규정되어 있고 그 주요 내용이 인권이라는 점에 대한 해석이 달라지지는 않는다.<sup>46)</sup>

이와 함께 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있지만, 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있고, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인

44) 「대한민국헌법」 제37조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

45) 「국가인권위원회법」은 인권을 “「대한민국헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리”로 정의한다(같은 법 제2조 제1호).

46) 이와 같은 서술이 필요한 이유는 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」에서 별도의 정의를 하지 않고 ‘기본권’이라는 용어를 사용하기 때문이다. 다만, 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제10조에서 부제를 ‘군인의 기본권과 제한’이라고 하면서 ‘헌법상 보장된 권리’라는 표현을 규정 내용으로 언급하고 있어서 ‘기본권=헌법상 보장된 권리’라는 도식을 바탕으로 하여 해석상 ‘헌법상 보장된 권리는 무엇인가?’라는 추가 질문을 산출하기 때문이다.

내용을 침해할 수 없도록 하여 국민의 자유와 권리에 대한 제한 가능성과 함께 제한의 목적, 형식 및 내용상의 한계도 규정하고 있다.<sup>47)</sup> 즉, 목적은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위한 것이어야 하고, 국회의 의결을 거친 형식적 의미의 법률에 근거를 두어야 하며, 그 내용은 그 목적 달성을 위해 반드시 요구되는 것이어야 한다. 자유와 권리를 침해하지 않을 수 있는 다른 제한 방법이 있다면 목적 달성을 위해 동원한 그 방법은 ‘필요한’ 것, 즉 ‘반드시 요구되는’ 것이라고 볼 수 없으므로 덜 침해적인 다른 제한 방법을 강구해야 한다는 뜻이다.<sup>48)</sup>

## 2. 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」의 제정

기준에 법률의 구체적인 위임 없이 「군인복무규율」과 같은 대통령령에서 규정하고 있던 군인의 기본권 제한, 의무 등에 관한 사항을 법률에서 직접 규율함으로써 군인의 기본권이 보장될 수 있도록 하기 위해 2016년에 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」이 제정됐다.<sup>49)</sup> 군 내 기본권 침해가 근절되지 못하고 있어 군의 사기 및

47) 「대한민국헌법」 제37조 ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

48) 국민의 기본권을 예외적으로 공공복리 등을 위하여 법률로써 제한하는 경우에 그 본질적인 내용을 침해하지 않는 경우라고 해도 비례의 원칙(또는 과잉금지의 원칙)에 위배되어서는 안된다는 점을 확실하게 하는 것이 헌법 제37조 제2항의 규정취지라는 헌법재판소의 입장은 현재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 253면 참조.

49) 군인에게 불온도서의 소지·전파 등을 금지시키는 「군인복무규율」(대통령령 제 5954호, 1998. 12. 31. 일부개정 및 시행) 제16조의2에 대한 헌법소원심판에서 재판관 6인의 다수의견(법정의견)은 해당 조항이 청구인인 군인들의 ‘알 권리’를 제한하지만 명확성원칙, 과잉금지원칙 및 법률유보원칙을 위반하여 기본권을 침해한 것은 아니라고 본 반면, 재판관 1인은 헌법 제75조 포괄위임금지의 원칙

전투력 저하와 군에 대한 국민의 신뢰 상실이 우려되고 있다는 상황 인식 속에서 주기적인 기본권 교육을 통해 군인의 기본권 의식을 함양하고, 군인에게 다른 군인의 가혹행위에 대한 신고의무를 부과하며, 국방부장관이 가혹행위를 신고한 군인을 보호하도록 함으로써 병영 내에 잔존한 구타·가혹행위 등의 병폐를 근절하려는 것이 법제정의 주된 이유이다. 현역에 복무하는 군인(장교·준사관·부사관 및 병)을 비롯해 사관생도·사관후보생·준사관후보생 및 부사관후보생, 소집되어 군에 복무하는 예비역 및 보충역, 그리고 군무원에게도 적용되는 이 법은 국가에게 군인의 기본권을 보장하기 위하여 필요한 제도를 마련하고, 군인의 복무여건 개선과 삶의 질 향상을 위해 노력해야 할 책무를 부과한다.

2019년의 ‘군대 내 인권상황 실태조사’<sup>50)</sup>에 따르면 조사 당시가 군인의 인권 보장과 밀접하게 관련된 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」이 제정되고 3년이 지난 시점이었음에도 이 법률의 시행 자체에 대해 ‘전혀 모른다’고 답한 병사들은 39.3%, ‘법률제목만 아는 수준’이라고 답한 병사는 28.1%에 이른다고 하여 거의 3분의 2에 해당하는 병사(67.4%)가 법률의 내용을 알지 못하는 것으로 나타났다. 그리고 응답한 간부 중 ‘법 전체를 이해하고 설명할 수 있다’는 비율

---

위반을 이유로, 또 다른 재판관 2인은 헌법상 명확성의 원칙 위반과 ‘책 읽을 자유’에 대한 과도한 제한으로 헌법상 비례의 원칙 위반을 이유로 해당 조항이 헌법에 위반된다고 판단했다. 해당 조항에 대해 “군의 자율성과 전문성을 폭넓게 인정한다고 하더라도 군인들의 기본권제한에 관하여 입법자가 포괄적으로 하위규범에 위임하는 것은 헌법이 명령하고 있는 포괄위임금지원칙을 정면으로 부정하는 위임형식이다.”라고 한 재판관 1인의 포괄위임금지의 원칙 위반에 관한 판단 근거는 「군인복무규율」에 규정된 내용을 법률로써 규정하려는 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제정이유에도 반영되어 있다(헌재 2010. 10. 28. 2008헌마638, 판례집 22-2하, 216, 277-233면 및 242-256면, 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제정이유 참고).

50) 나달숙 외 5인, 앞의 보고서, 255면 참조.

(7.0%)과 ‘권리와 의무의 종류를 아는 수준’이라는 비율(33.0%)을 합치면 40% 정도가 이 법률을 숙지하고 있고, 나머지는 법률을 한번 정도 읽어봤거나(35.7%) 법률의 내용을 알지 못하는 것(24.3%)으로 나타났다. 법은 제정 그 자체보다 해당 법에 대한 인식 및 활용이 더 중요하지만 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」<sup>51)</sup>에 대한 인식 수준은 여전히 낮다. 이 법에 대한 교육이 끊임없이 지속되어야 하는 이유가 여기에 있다.

### 3. ‘군인’의 기본권 보장과 제한

국방부는 훈령을 통해 각급 부대와 부서에서 전 장병이 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 준수를 생활화할 수 있도록 주기적인 교육을 실시할 것을 명령하고 있다.<sup>52)</sup> 군인의 기본권과 의무가 그 교육의 내용이 되는 만큼 이에 관한 구체적인 설명은 전 장병의 기본권 이해와 직결된다고도 볼 수 있다.

- 
- 51) 법제처에서 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」을 ‘군인복무기본법’이라고 약칭하기 때문에 군 인권교육 관련 교재 및 강의에서도 마찬가지로 법제처가 제시한 약어를 그대로 사용하기도 한다. 그러나 대통령으로 규정되던 ‘군인복무규율’이 법률로 규정된 배경을 통해 알 수 있듯이 ‘군인복무기본법’이라는 약어를 사용할 경우 군인의 기본권 등 ‘군인의 법적 지위’에 대한 강조를 생략한 채 군인이 ‘직무나 임무에 힘쓰는 것’과 관련된 ‘복무’만을 강조하게 될 수 있다. 법제처가 제시한 약어는 ‘군인의 지위’에 관한 기본법이라는 점이 누락되지 않도록 변경될 필요가 있고(예를 들면 ‘군인의 지위복무기본법’, ‘군인지위복무기본법’, ‘군인지위복무법’ 등), 군 인권교육 교재 및 실무 교육 자료 또는 강학상 문헌 등에서도 지칭의 편의 또는 지면의 효율성 등을 이유로 법률명을 법제처가 제시한 약어를 그대로 따르기 보다는 전체 법률명인 ‘군인의 지위 및 복무에 관한 기본법’을 그대로 사용하거나 ‘군인의 지위’가 포함될 수 있는 약어를 사용할 필요가 있다.
- 52) 부대관리훈령(국방부훈령 제2655호, 2022. 5. 20. 일부개정 및 시행) 제129조(교육방법) 각급 부대(서)는 전 장병의 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 준수 생활화를 위해 가능한 시간을 활용하여 주기적으로 교육을 실시하며, 세부 교육 방법은 장성급 부대장이 정한다.

## 가. '군인'의 기본권 보장

「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」은 제3장에서 군인의 기본권에 대해 규정하면서 “군인은 대한민국 국민으로서 일반 국민과 동일하게 헌법상 보장된 권리를 가진다.”(같은 법 제10조 제1항)고 규정한다. ‘군인인 국민’도 ‘군인이 아닌 일반 국민’과 마찬가지로 대한민국 국민으로서 헌법상 보장된 권리를 동일하게 향유하는 주체이고, 헌법상 보장된 권리의 종류나 내용이 군인이라고 해서 일반 국민과 달라지는 것이 아니라는 점을 확인하고 있는 것이다. 그리고 이어서 제11조부터 제18조까지 평등대우의 원칙(같은 법 제11조),<sup>53)</sup> 영내대기의 금지(같은 법 제12조),<sup>54)</sup> 사생활의 비밀과 자유(같은 법 제13조),<sup>55)</sup> 통신의 비밀보장(같은 법 제14조),<sup>56)</sup> 종교생활의 보장(같은 법 제15조),<sup>57)</sup> 대외발표 및 활동(같은 법 제16조),<sup>58)</sup> 의료권의 보

53) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제11조(평등대우의 원칙) 군인은 이 법의 적용에 있어 평등하게 대우받아야 하며 차별을 받지 아니한다.

54) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제12조(영내대기의 금지) ① 지휘관은 영내 거주 의무가 없는 군인을 근무시간 외에 영내에 대기하도록 하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태가 발생한 경우 2. 침투 및 국지도발(局地挑發) 상황 등 작전상황이 발생한 경우 3. 경계태세의 강화가 필요한 경우 4. 천재지변이나 그 밖의 재난이 발생한 경우 5. 소속 부대의 교육훈련·평가·검열이 실시 중인 경우 ② 제1항 단서에 따라 영내대기를 시킬 수 있는 세부기준 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

55) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제13조(사생활의 비밀과 자유) 국가는 병영생활에서 군인의 사생활의 비밀과 자유가 최대한 보장되도록 하여야 한다.

56) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제14조(통신의 비밀보장) ① 군인은 서신 및 통신의 비밀을 침해받지 아니한다. ② 군인은 작전 등 주요임무수행과 관련된 부대편성·이동·배치와 주요직위자에 관한 사항 등 군사보안에 저촉되는 사항을 통신수단 및 우편물 등을 이용하여 누설하여서는 아니 된다.

57) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제15조(종교생활의 보장) ① 지휘관은 부대의 임무 수행에 지장이 없는 범위에서 군인의 종교생활을 보장하여야 한다. ② 영내 거주 의무가 있는 군인은 지휘관이 지정하는 종교시설 및 그 밖의 장소(이하 “종교시설등”이라 한다)에서 행하는 종교의식에 참여할 수 있으며, 종교시

장(같은 법 제17조),<sup>59)</sup> 미세먼지에 따른 외부활동 제한 및 개인보호장구 지급(같은 법 제17조의2),<sup>60)</sup> 휴가·외출·외박의 보장(같은 법 제18조)<sup>61)</sup>에 대해 규정하고 있다.

이미 「대한민국헌법」에도 평등원칙과 차별 받지 않을 권리(헌법 제11조 제1항), 거주·이전의 자유(헌법 제14조), 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조), 통신의 비밀(헌법 제18조), 종교의 자유(헌법 제20

설등 외에서 행하는 종교의식에 참여하고자 할 때에는 지휘관의 허가를 받아야 한다. ③ 모든 군인은 자기의 의사에 반하여 종교의식에 참여하도록 강요받거나 참여를 제한받지 아니한다.

- 58) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제16조(대외발표 및 활동) 군인이 국방 및 군사에 관한 사항을 군 외부에 발표하거나, 군을 대표하여 또는 군인의 신분으로 대외활동을 하고자 할 때에는 국방부장관의 허가를 받아야 한다. 다만, 순수한 학술·문화·체육 등의 분야에서 개인적으로 대외활동을 하는 경우로서 직무수행에 지장이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 59) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제17조(의료권의 보장) 군인은 건강을 유지하고 복무 중에 발생한 질병이나 부상을 치료하기 위하여 적절하고 효과적인 의료처우를 받을 권리가 있다.
- 60) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제17조의2(미세먼지에 따른 외부활동 제한 등) ① 지휘관은 그 부대가 활동하는 지역의 「미세먼지 저감 및 관리에 관한 특별법」 제2조 제1호에 따른 미세먼지 농도가 「대기환경보전법」 제8조에 따른 대기오염경보 발령 기준 이상일 경우 작전임무수행을 제외한 외부활동을 제한하고 개인보호장구를 지급하는 등 필요한 조치를 취하도록 노력하여야 한다. ② 국방부장관은 병영생활에 필요한 시설의 실내공기질 실태를 파악하고 이를 관리하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 필요한 조치를 취하도록 노력하여야 한다. ③ 국방부장관은 관계 중앙행정기관의 장에게 제1항에 따른 미세먼지에 관한 정보를 제공하여 줄 것을 요청할 수 있다.
- 61) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제18조(휴가 등의 보장) ① 군인은 대통령령으로 정하는 바에 따라 휴가·외출·외박을 보장받는다. ② 지휘관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 군인의 휴가·외출·외박을 제한하거나 보류할 수 있다. 1. 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태가 발생한 경우 2. 침투 및 국지도발 상황 등 작전상황이 발생한 경우 3. 천재지변이나 그 밖의 재난이 발생한 경우 4. 소속부대의 교육훈련·평가·검열이 실시 중이거나 실시되기 직전인 경우 5. 형사피의자·피고인 또는 징계심의대상자인 경우 6. 환자로서 휴가를 받기에 적절하지 아니한 경우 7. 전투준비 등 부대임무수행을 위해 부대병력유지가 필요한 경우.

조), 언론·출판의 자유 및 허가과 검열 금지 원칙(헌법 제21조 제1항 및 제2항), 보건권(헌법 제36조 제3항), 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리(헌법 제35조 제1항), 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건에 관한 권리(헌법 제32조 제3항) 등이 규정되어 있기 때문에, 얼핏 보면 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」이 군인의 기본권을 「대한민국헌법」에서 보장한 국민의 자유와 권리 중에 위에서 열거한 몇 가지 자유와 권리로 한정짓는 것처럼 오해될 수도 있다. 하지만 앞서 “군인은 대한민국 국민으로서 일반 국민과 동일하게 헌법상 보장된 권리를 가진다.”(같은 법 제10조 제1항)는 규정을 다시 가져오면 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제11조 이하에서 구체적으로 열거된 기본권 규정은 국민과 동일하게 가지는 헌법상 보장된 권리로서 기본적 인권의 일부를 예시한 것일 뿐이다.<sup>62)</sup> 그럼에

62) 「군인복무규율」(대통령령 제5954호, 1998. 12. 31. 일부개정 및 시행) 제16조의2에 대한 헌법소원심판본 논문, 앞의 ‘각주 49’ 참조)에서 재판관 6인의 다수의견(법정의견)은 해당 복무규율조항이 군인에게 “불온도서 등을 소지·운반·전파하거나 취득하여서는 아니 되고, 이를 취득한 때에는 즉시 신고하도록 의무를 부과함으로써 알 권리 등 기본권을 제한”한다고 하면서 “기본권의 예외 없는 보장을 핵심으로 하는 오늘날의 법치주의 헌법 아래에서 군인이라고 하여 기본권보장의 예외가 될 수는 없으나, 기본권의 보장도 국가의 존립과 안전을 그 기반으로 하는 것이고, 군인은 국가의 존립과 안전을 보장함을 직접적인 존재의 목적으로 하는 군 조직의 구성원이므로, 그 존립 목적을 위하여 불가피한 경우에는 일반인 또는 일반 공무원에 비하여 상대적으로 기본권제한이 가중될 수 있는 것”이라고 실시하고 있다. 그런데 여기서 “국가 존립과 안전을 보장함을 직접적인 존재의 목적으로 하는 군 조직의 구성원”으로서 군인에게는 “일반인 또는 일반 공무원에 비하여 상대적으로 기본권제한이 가중될 수 있는 것”이라고 한 것은 군인의 기본권 제한에 대한 사법부(헌법재판소)의 위헌심사기준으로서 재판규범을 제시하는 것이므로 군 인권교육 실무에서 ‘군인은 일반 국민에 비해 기본권제한이 가중되어야 한다’거나 ‘군인에게서는 일반 국민보다 기본권제한이 가중되어도 법적으로 문제될 것이 없다’는 식으로 오용되는 것에 대해서는 경계할 필요가 있다. 헌법재판소의 위 결정에 대한 평석으로서 평시와 전시를 구별하지 않고 군인의 기본권 제한을 심사할 경우 군인의 기본권제한이 대부분 정당화될 수 있다는 지적으로 이광원, “군인의 기본권제한과 사법심사”, 『법학논고』

도 불구하고 군 인권교육 현장에서 교육의 효율성을 높이기 위해 ‘장병의 10대 기본권’으로 목록화하여 교재를 구성하거나 교육내용을 전파하는 관행이 있기에 항을 달리하여 부연하도록 한다.

#### 나. 장병의 10대 기본권 목록에 한정되지 않는 기본권

##### (1) 이른바 ‘장병 10대 기본권’

군내에서 장병 10대 기본권(인권)으로 일컬어지는 권리는 ① 평등권(차별 받지 않을 권리), ② 근무시간에 관한 권리, ③ 휴식시간에 관한 권리, ④ 사생활의 자유, ⑤ 통신의 자유, ⑥ 종교 활동의 자유, ⑦ 진료권(적절하고 효과적인 의료처우를 받을 권리), ⑧ 휴가·외출·외박에 관한 권리, ⑨ 구타·폭언·가혹행위 및 집단 따돌림 등 사적 제재를 받지 않을 권리, ⑩ 사적 지시를 받지 않을 권리이다. 이러한 권리들의 법적 근거를 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」을 중심으로 찾아보면 ‘① 평등권’은 평등대우의 원칙(같은 법 제11조), ‘② 근무시간에 관한 권리’와 ‘③ 휴식시간에 관한 권리’는 영내대기의 금지(같은 법 제12조)와 행복추구권(같은 법 제10조 및 헌법 제10조), ‘④ 사생활의 자유’는 사생활의 비밀과 자유(같은 법 제13조), ‘⑤ 통신의 자유’는 통신의 비밀보장(같은 법 제14조), ‘⑥ 종교 활동의 자유’는 종교생활의 보장(같은 법 제15조), ‘⑦ 진료권’은 의료권의 보장(같은 법 제17조), ‘⑧ 휴가·외출·외박에 관한 권리’는 휴가·외출·외박의 보장(같은 법 제18조)에서 각각 근거를 찾을 수 있다.

‘⑨ 구타·폭언·가혹행위 및 집단 따돌림 등 사적 제재를 받지 않을 권리’는 “군인은 어떠한 경우에도 구타, 폭언, 가혹행위 및 집단

따돌림 등 사적 제재를 하거나 직권을 남용하여서는 아니 된다.”(같은 법 제26조)는 군인의 의무 규정을 통해 보장되고, ‘⑩ 사적 지시를 받지 않을 권리’는 “병 상호간에는 직무에 관한 권한이 부여된 경우 이외에는 명령, 지시 등을 하여서는 아니 된다.”(같은 법 제35조 제3항)는 군인 상호간의 관계에 관한 규정과 “상관은 직무와 관계가 없거나 법규 및 상관의 직무상 명령에 반하는 사항 또는 자신의 권한 밖의 사항 등을 명령하여서는 아니 된다.”(같은 법 제36조 제4항)는 상관의 책무에 관한 규정을 통해 보장된다고 할 수 있다.

## (2) 장병의 플러스알파(+a) 기본권과 열거되지 않은 기본권

여기에 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」상 기본권 목록에는 들어 있으나 장병 10대 기본권 목록에 포함되어 있지 않은 2개의 기본권으로서 ‘표현의 자유’와 ‘근무(복무)환경에 관한 권리’를 덧붙일 수 있고, 그러면 장병의 기본권 목록의 숫자는 더 늘어날 수 있다. ‘표현의 자유’는 대외 발표 및 활동(같은 법 제16조)과 언론·출판의 자유(같은 법 제10조 및 헌법 제21조 제1항 및 제2항)에서 법적 근거를 찾을 수 있고, 2019년에 신설된 미세먼지에 따른 외부활동 제한 및 개인보호장구 지급에 관한 규정(같은 법 제17조의2)은 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건에 관한 권리(같은 법 제10조 및 헌법 제32조 제3항) 또는 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리(같은 법 제10조 및 헌법 제35조 제1항)와 결합하여 ‘근무(복무)환경에 관한 권리’의 법적 근거가 될 수 있다.

앞에서 ‘군인이 아닌 일반 국민’의 기본권 보장에 관해 살펴봤듯이<sup>63)</sup> 「대한민국헌법」은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”고 하는 제10조에서 시작하

63) 이에 관해서 본 논문 “Ⅲ. 1. ‘국민’의 기본권 보장과 제한” 참조.

여 제36조까지 국민의 자유와 권리의 목록을 예시적으로 열거하면서 제37조 제1항을 통해 그렇게 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리까지 마찬가지로 보장한다. 그리고 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」에서 군인은 대한민국 국민으로서 일반 국민과 동일하게 헌법상 보장된 권리를 가지는 것으로 규정하고 있기 때문에 군 인권교육 실무에서 같은 법에 예시적으로 열거된 기본권 규정을 근거로 그 중에 또 일부만을 선별해서 목록화하여 전 장병에게 교육을 할 경우 자칫 목록화된 ‘군인의 ○○대 기본권’만이 군인에게 보장된다거나 해당 기본권만이 우선 보장되는 것 같은 오해를 불러일으키지 않도록 각별히 주의할 필요가 있다.<sup>64)</sup>

#### 다. ‘군인’의 기본권 제한

「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」은 군인이 일반 국민과 마찬가지로 헌법상 보장된 권리(기본권)를 보유한다는 점과 함께 헌법상 보장된 권리가 제한될 수 있는 근거를 마련하여 법률에서 정한 군인의 의무에 따라 군사적 직무의 필요성 범위에서 제한될 수 있도록 하고 있다.<sup>65)</sup> 이는 군인의 기본권을 제한하기 위해서는 먼저 ‘군인의 의무’가 법률에 규정되어 있어야 하고 군인의 의무를 근거로 헌법상 보장된 권리를 제한하는 경우에도 다른 직위가 아닌 ‘군사적’ 직무

64) 물론 이론적으로 인권과 기본권의 개념을 엄밀히 구분하면서 헌법 제37조 제1항이 모든 인권을 기본권과 동일시하는 근거가 될 수 없다는 논의를 전개할 수는 있다. 그러나 군 인권교육 실무에서는 인권이지만 기본권은 아닌 것의 종류를 선별해서 부각하지 못하는 것이 문제가 아니라, 헌법에 열거되어 있는 기본적인 권리마저도 모두 소개하지 못하는 것이 문제이다.

65) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제10조(군인의 기본권과 제한) ① 군인은 대한민국 국민으로서 일반 국민과 동일하게 헌법상 보장된 권리를 가진다. ② 제1항에 따른 권리는 법률에서 정한 군인의 의무에 따라 군사적 직무의 필요성 범위에서 제한될 수 있다.

수행에 필요한 범위 안에서 제한할 수 있다는 것을 의미한다. 그리고 이때 군사적 직무 수행에 ‘필요한 범위 안’에서 제한할 수 있다는 것은 제한 대상이 되는 헌법상 보장된 권리를 군사적 직무의 범위에 속하는 것이라고 하더라도 헌법상 보장된 권리를 침해하지 않을 수 있는 다른 제한 방법이 있을 경우 직무 수행을 위해 강구한 해당 제한 방법이 반드시 요구되는 ‘필요성’ 요건을 충족시켰다고 볼 수 없으므로 다른 덜 침해적인 제한 방법을 강구해야 한다는 것이다. 「대한민국헌법」이 국민의 자유와 권리를 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용을 침해할 수 없도록 하고 있다는 점을 고려하면 일반 국민의 기본권을 제한하는 경우와 마찬가지로 군인의 기본권을 제한하는 경우에도 헌법상 보장된 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.<sup>66)</sup> 그런데 이른바 ‘상명하복’의 위계질서로 구성된 군 조직의 구성원으로서 군인은 지휘관 또는 상관이 발한 명령을 이행(복종)<sup>67)</sup>하는 과정에서 자신의 인권을 주장하거나 보장받기 어려운 지위에 놓인 것처럼 보이기도 한다. 따라서 인권(기본권)과 지휘권의 규범적 관계에 대해서는 보다 상세한 논의가 필요하다. 이를 위해 먼저 상관의 명령권으로서 지휘권 개념에 대해 살펴보도록 한다.

66) 기본권을 예외적으로 제한할 때 본질적인 내용을 침해하지 않는 경우라고 해도 비례의 원칙(또는 과잉금지 원칙)에 위배되어서는 안된다는 것이 헌법 제37조 제2항의 규정취지라는 헌법재판소의 입장은 본 논문, 앞의 ‘각주 48’ 참조.

67) 관행적으로 사용되는 ‘상명하복(上命下服)’의 관계적 용어에 함축되어 있는 ‘복종(服從)’이란 용어가 대등한 인간의 관계를 전제로 한 인권교육의 용어로 부적절하다는 지적도 가능하다. 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」에서는 “명령복종관계”(같은 법 제2조 제3호), “명령복종의 의무”(같은 법 제25조)라는 용어와 함께 “명령의 이행”(제24조 제4항)이란 표현도 사용되고 있어서 향후 법률 개정을 통해 용어를 통일할 필요가 있어 보인다. 본 논문에서는 법률에 사용된 용어를 인용할 경우 ‘이행’을 병기하되 의미론을 전개하기 위해 필요한 경우 ‘복종’을 그대로 사용한다.

## IV. 상관의 명령권으로서 지휘권

### 1. 명령을 내리는 권위에 대한 존경과 신뢰를 기반으로 한 권한

군 지휘관에게 지휘계통에 따라 명령을 내릴 권한이 부여되어 있을 경우 그 명령은 지휘계통에 따라 하달되고 최종적으로 명령에 따를 의무가 있는 사람은 해당 명령을 이행해야 한다. 이처럼 지휘계통에 따라 명령을 내릴 수 있는 권한을 지휘권(command authority)이라고 한다. 지휘한다(command)는 것은 우선적으로 권한 있는 명령을 내린다는 의미로 명령·이행(복종) 관계를 전제한다. ‘명령’과 그에 대응하는 ‘명령에 따라야 할 의무(명령이행의무)’가 결합되어 있는 상태에서 명령할 권위(authority)를 가진 자가 이행(복종)의무가 있는 자에게 명령을 내려 지휘할 수 있는 것이다. 이와 같은 맥락에서 ‘커맨더(commander)’는 ‘어떤 단체의 행동을 통솔하고 지휘하는 자’라는 의미에서 ‘지휘관(指揮官)’으로 표현되기도 하지만, 보다 직접적으로 ‘명령하는 직무를 맡은 자’라는 의미에서 ‘사령관(司令官)’으로 표현되기도 한다. ‘지휘관’ 또는 ‘사령관’에게 권한(competence)으로서 지휘권이 부여된다는 것은 상대에게 영향을 미칠 수 있는 권력(power)은 물론 그 결과에 대한 책임(accountability)도 부여된다는 뜻이다. 여기에 “모든 권력은 국민으로부터 나온다.”고 한 헌법 제1조 제2항의 규범적 의미까지 덧붙이면 권력으로서 지휘권의 원천은 국민에게 있다고 볼 수 있다.

엄밀한 의미에서 ‘명령권으로서 지휘권(command authority)’이란 그 권위(authority)에 대한 존경과 신뢰에 기반을 둔 개념이다.<sup>68)</sup> 명

68) ‘command’가 주로 군에서 사용되는 용어로서 어떤 해악에 대한 위협(threat)에 기초한 명령 보다는 존경하고 신뢰하는 스승의 말에 무조건적으로 따르는 제자와

령의 권위가 존경과 신뢰의 대상일 경우 강제적이지 않은 자발적 명령 이행도 가능하게 된다. 이를테면 종교 지도자를 믿고 따르는 제자가 지도자의 말(명령)을 믿고 그에 따라 행동하는 상황과 유사하다고 볼 수 있다. 따라서 권위에 대한 존경의 의미를 강조하는 지휘권 개념에 충실히 따른다면 하급자를 상대로 명령을 이행시키기 위해 명령 불이행 시 뒤따라올 징계나 형벌로 위협하면서 명령을 내리는 것은 지휘권을 제대로 행사한 것이라고 보기 어렵다. 결국 지휘를 한다는 것은 무엇보다 상호 존중과 신뢰를 기반으로 한 권위 있는 명령을 내린다는 의미이며, 따라서 명령을 받은 상대가 그 명령의 내용을 그대로 이행(실행)할 것이라는 기대를 전제한다. 명령이 행관계를 통해 ‘명령’과 함께 그에 대응하는 ‘명령에 따라야 할 의무’가 결합된 상태라면 주어진 권한에 따라 적절한 명령을 내리는 것만으로도 명령은 적절히 이행될 수 있다.

## 2. 법을 구체화하는 재량이 있는 권한

「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」에서는 ‘지휘관’과 ‘상관’을 구분한다. “중대급 이상의 단위부대의 장, 함선부대의 장 또는 함정, 항공기를 지휘하는 자”를 ‘지휘관’으로, “명령복종관계에 있는 사람 사이에서 명령권을 가진 사람으로서 국군통수권자부터 당사자의 바로 위 상급자까지”를 ‘상관’으로 규정하고 있다(같은 법 제2조 제2호 및 제3호). 그리고 ‘명령’은 “상관이 직무상 내리는 지시”로 정의한다

---

같이 어떤 권위(authority)에 바탕을 둔 명령을 가리킬 때 사용된다는 점은 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*(3rd ed.), 2012, pp. 18-20 참조. 컴퓨터과학에서 컴퓨터(machine)로 하여금 어떤 동작(action)을 수행하게 할 때 내리는 명령을 ‘커맨드(command)’로 표현하는 것 역시 무조건적 이행(복종) 관계를 바탕으로 한 용어 사용이라고 볼 수 있다.

(같은 법 같은 조 제4호). 이러한 법률상 정의를 고려하면 지휘권은 ‘지휘관의 권한’으로서 ‘법에 따라 지휘관에게 부여된 권한’으로 이해될 수 있고, ‘상관의 명령권’으로서 ‘법에 따른 복종의무 있는 사람에 대한 상관의 명령 발동 권한’ 또는 ‘법에 따라 상관이 복종의무 있는 사람에게 내릴 수 있는 직무상 지시 권한’ 등으로 이해될 수 있다. 이를 종합하면 법적 의미에서 지휘권은 ‘법으로 정한 지휘계통에 따라 직무상 명령복종관계에 있는 사람에게 명령을 내릴 수 있는 법적 권한’으로 정의할 수 있다.

여기서 ‘법적 권한’은 ‘헌법과 법률 또는 그 위임을 받아 발하는 대통령령·총리령·부령 등을 통해 부여된 권한’이라고 이해할 수 있다. 「대한민국헌법」은 “대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 국군을 통수한다.”(헌법 제74조)고 하면서, “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”(헌법 제75조)고 하여 대통령에게 국군통수 권한과 대통령령 발령 권한을 부여하고 있다. 또한 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.”(헌법 제95조)고 하여 국무총리와 행정각부의 장, 이를테면 국방부장관에게 각각 총리령과 부령의 발령 권한을 부여하고 있다. 그러므로 여기서 명령은 헌법과 법률을 구체화하는 행정입법의 기능을 담당하기 때문에 헌법과 상위 법령을 위반해서는 안 된다. 지휘관 또는 상관으로서 직무상 내리는 명령 역시 수명자(受命者) 즉 그 명령을 받아 그 내용을 이행해야 하는 사람에게는 가장 구체적으로 적용되는 최종 법규범으로 작용한다는 점을 명령의 발동권자는 항상 염두에 두어야 한다.

### 3. 군인에 대해 합법적으로 행사되어야 하는 권한

국방부장관이 정하는 행정규칙인 「부대관리 훈령」에서는 직접 ‘지휘’와 ‘지휘권’에 대해 각각 정의하면서 ‘지휘권’을 “지휘관이 계급과 직책에 의해서 예하부대에 대하여 합법적으로 행사하는 권한”으로 규정한다(같은 훈령 제2조 제4호). 그런데 ‘지휘’에 대해서는 “지휘관이 부여된 임무를 수행하기 위하여 계급 또는 직책을 통해서 예하부대에 합법적으로 행하는 일체의 권한행사”로 정의하면서 “지휘 시에는 이에 따른 책임이 수반되며 가용한 자원의 효과적인 사용과 할당된 인원 에 대한 건강, 복지, 사기 및 훈련에 대한 책임도 이에 포함된다.”(같은 훈령 제2조 제2호)는 내용을 함께 규정하고 있다.<sup>69)</sup> 이러한 ‘지휘’에 대한 정의를 토대로 ‘지휘권’의 개념을 세분화해서 보완하면 지휘권은 지휘관이 행사하는 ‘권한’이지만 ‘합법적으로’ 행사되어야 하는 것이고, ‘부여된 임무 수행을 위해’ 행사되어야 하지만 ‘계급 또는 직책’을 통해야 하고, ‘예하부대에 대하여’ 행사되어야 하지만 그 결과에 대한 ‘책임까지 부담’해야 하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 지휘권 개념은 권한 행사의 주체와 내용, 목적과 방법, 대상과 책임에 관한 요소를 모두 담고 있다. 즉, 지휘권은 ‘지휘관이 본인에게 부여된 임무수행을 위해 계급 또는 직책을 통해서 예하부대에 대하여 합법적으로 행사되어야 하는 책임을 수반한 권한’인 것이다.

이처럼 지휘권은 법에 의해 비로소 창출된 권한으로서 법에 따른 제한을 받는다. 인권 보호를 위한 헌법원칙으로서 법치주의는 국가작용으로서의 모든 공권력의 행사는 법에 근거할 것을 요구하며, 형식적으로 국회의 입법절차를 거쳐 제정된 법률에 의할 것과 실질적

69) 「부대관리 훈령」이 제정된 2009년 이래 ‘지휘’에 관한 정의 규정은 최근 개정(국방부훈령 제2655호, 2022. 5. 20. 개정 및 시행)에서도 그대로 유지되고 있다.

으로는 그 내용이 국민의 기본적 인권 보장에 부합할 것까지 요구하는 것으로 이해된다. 이를 지휘권에 적용하게 되면 지휘권의 행사는 헌법 또는 법률에 근거가 있어야 하고, 그 내용은 국민의 기본적 인권 보장에 부합해야 한다. 즉 지휘권을 갖는다고 해서 그 휘하에 있는 부대원들을 포괄적으로 지배할 수 있는 것이 아니다.<sup>70)</sup> 군 조직 내부에서 명령이 내려질 경우 명령을 내리는 상관이나 최종적으로 그 명령을 수행하는 부하 모두 국민이라는 점에서 헌법상 보장된 기본적 인권을 일반 국민과 동일하게 갖는다. 상관의 명령을 구체적으로 이행하는 중간 간부나 병사 등은 해당 명령이 그 목적 및 수단 한계인 '군사적 직무에 필요한 범위'에 속하는 경우 명령의 이행으로 인해 권리를 침해받지 않지만, 그 범위를 벗어난 경우 의무 없는 일을 강요하는 것이 되어 자유와 권리를 침해받을 수 있다.

이러한 내부적인 상하 위계적 관계에도 불구하고 대외적으로는 지휘권을 행사하는 지휘관을 비롯해 상관의 명령을 내려 받아 이행하는 중간 간부나 병사 등은 계급과 직책이 다를 뿐 군에 복무함으로써 일체의 군사 권력을 행사하는 지위에 있다. 그러므로 국민을 보호하기 위해 존재한다는 군대의 목적에도 불구하고 군인은 군인이 아닌 일반 국민과의 관계에서 국민의 기본권을 제한하거나 침해할 수 있는 공권력을 행사하는 지위에 있기도 한 것이다. 따라서 지휘권은 지휘계통 속에서 그에 따를 의무 있는 자를 상대로만 행사될 수 있을 뿐이지 군에 복무하지 않는 일반 국민, 이른바 민간인에게서 군사적 직무에 관한 명령을 내릴 수 없다.

70) 지휘관의 지휘권은 헌법과 법률에 의하여 그 정당성이 인정될 수 있는 경우에 한정되는 것이며, 부하의 사적 영역까지를 포괄적으로 지배하는 무소불위의 권한이 아니라는 견해로 김광식, “인권·지휘권 관계의 현상 진단과 조화 방향”, 『국방정책연구』 제24권 제4호, 2008, 184면 참조.

## V. 군인의 인권과 지휘권의 관계

### 1. 법률에 따른 군인에 대한 의무 부과와 '모든 군인'의 인권 (기본권) 제한

「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」은 국가안보, 국토방위와 국민의 보호를 사명으로 하는 군인의 기본권을 보장하는 것과 함께 선진 정예 강군 육성에 이바지하는 것을 목적으로 한다. 이에 따라 같은 법 제4장(군인의 의무 등)에서는 제19조에서부터 제34조까지 군인으로서 부담해야 하는 여러 가지 의무도 규정하고 있으며, 주로 군인의 직무 수행과 명령 이행에 관한 사항을 의무의 내용으로 삼고 있다. 구체적으로 열거된 내용을 보면 입영 또는 임관시 선서의무(같은 법 제19조), 국가와 국민에 대한 충성의무(같은 법 제20조), 직무 수행에서 성실의무(같은 법 제21조), 명령 하달 등에서 정직의무(같은 법 제22조), 직무 관련 청렴의무(같은 법 제23조), 직무와 무관한 명령, 권한 밖의 명령 등의 발동 금지의무, 명령의 지휘계통에 따른 하달의무 등(같은 법 제24조), 상관의 직무상 명령에 대한 복종의무(같은 법 제25조), 사적 제재 및 직권남용 금지의무(같은 법 제26조), 성희롱·성추행·상급자·하급자·동료에 대한 음해나 유언비어 유포 등 군기문란 행위 금지의무(같은 법 제27조), 복무 중 알게 된 비밀엄수의무(같은 법 제28조), 직무이탈금지(같은 법 제29조), 군무 외 영리행위 및 겸직 금지의무(같은 법 제30조), 노동단체 결성, 상관에 대한 집단적 항의 등 집단행위금지(같은 법 제31조), 불온표현물 소지·전파 등의 금지의무(같은 법 제32조), 정당의 결성 및 가입, 선거에서 특정 정당 또는 특정인의 지지 또는 반대를 위한 권유 등의 정치운동금지(같은 법 제33조), 전쟁법 준수(같은 법 제34조),

은 법 제34조)를 규정하고 있다.

이상에서 열거된 군인의 의무 규정들은 군인이 대한민국 국민으로써 일반 국민과 동일하게 갖는 헌법상 보장된 권리(같은 법 제10조 제1항 참고)가 “법률에서 정한 군인의 의무에 따라 군사적 직무의 필요성 범위에서 제한될 수 있다.”(같은 조 제2항)는 규정 및 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”(헌법 제37조 제2항)는 규정에 비추어볼 때, 군인에 대한 의무 부과를 통해 ‘군인인 국민’의 기본권 제한을 위한 근거 법률 규정들이라고 볼 수 있다.

「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」이 선진 정예 강군 육성을 위해 군인의 의무와 병영생활에 대한 기본사항을 정하고 있다는 점은 헌법적 차원에서 중요한 의미를 갖는다. 우선 군인의 기본권 제한이 ‘법률’에 입각해 이뤄진다는 점에서 강군 육성에 필요한 의무를 부과하기 위해 일반 국민과 동일하게 군인의 기본권에도 제한을 가할 형식적 정당성을 갖추게 되었다. 동시에 이 법률의 목적으로서 “선진 정예 강군 육성”이 기본권 제한의 목적적 한계로서 “국가안전보장·질서유지 또는 공공복리”와 어떤 직접적 관련이 있는지, 그리고 그 목적을 달성하기 위한 수단으로 군인에게 부담시킨 “의무”의 내용이 기본권 제한의 수단적(방법적) 한계로서 반드시 요구되는(필요한) 것인지 검토할 수 있다. 특히 이 법률에서는 “군사적 직무의 필요성 범위”라고 하여 그 필요성 범위를 군사적 직무와 연계된 것으로 보다 엄격하게 규정하고 있다.<sup>71)</sup> 결국 이 법률에서 군인의 기

71) 이러한 내용은 앞서 군인의 기본권에 대한 제한의 한계를 살펴보면서 다루었다. 이에 관해서 본 논문, “Ⅲ. 3. 다. ‘군인’의 기본권 제한” 참조.

본권 제한의 수단이 되는 의무 부과 규정은 ‘한정적’으로 열거된 것으로 보는 것이 타당해 보인다.

## 2. 명령 발동권자에 대한 의무 부과와 ‘상관(지휘관)’의 명령권 (지휘권) 제한

지휘권에 대한 개념적 이해를 토대로 할 경우 명령 발동권자로서 지휘관 또는 상관은 지휘권 또는 명령권을 행사할 때 해당 지시 또는 명령이 법률로써 군인에게 부과된 의무에 따르는 것인지 그리고 해당 명령이 군사적 직무의 필요성 범위에 있는 것인지 항상 고려하는 것은 권한으로서 지휘권 또는 명령권에 포함된 지휘관 또는 상관의 책임이라고 할 수 있다. 법률에 따른 군인에 대한 의무 부과 규정이 군인의 기본권을 직접 침해하지 않는 경우에도 발령권자의 군인의 의무에 따른 기본권 제한 명령이 군사적 직무 수행의 필요성 범위를 넘어서는 경우라면 위법·부당한 명령에 의한 기본권 침해가 발생할 수 있다. 그래서 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」은 군인에게 직무와 관계가 없거나 법규 및 상관의 직무상 명령에 반하는 사항 또는 자신의 권한 밖의 사항에 관하여 명령을 발하지 않을 의무, 그리고 자신이 내린 명령의 이행 결과에 대해 책임질 의무를 함께 부과하고 있다(같은 법 제24조 제1항 및 제4항).<sup>72)</sup> 이러한 의무는 특히 명령을 발할 수 있는 권한이 있는 상관에게 강조된다(같은 법

72) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제24조(명령 발령자의 의무) ① 군인은 직무와 관계가 없거나 법규 및 상관의 직무상 명령에 반하는 사항 또는 자신의 권한 밖의 사항에 관하여 명령을 발하여서는 아니 된다. ② 명령은 지휘계통에 따라 하달하여야 한다. 다만, 부득이한 경우에는 지휘계통에 따르지 아니하고 하달할 수 있고, 이 경우 명령자와 수명자는 이를 지체 없이 지휘계통의 중간지휘관에게 알려야 한다. ③ 명령의 하달은 신속·정확하게 이루어져야 한다. ④ 군인은 자신이 내린 명령의 이행 결과에 대하여 책임을 진다.

제36조 제4항).<sup>73)</sup> 이와 같이 발령권자의 책임과 의무를 규정함으로써 지휘권에 일정한 제한을 가하는 것은 발령권자가 하달한 지시나 명령에 따라 그 명령을 직접 이행해야 하는 명령계통 상의 하위 계급에 있는 군인의 인권(기본권)을 간접적으로 보장하는 수단이 될 수 있다.<sup>74)</sup>

### 3. 명령에 대한 이행(복종)의무와 동료 군인의 인권 존중의무

군인의 인권 침해와 밀접하게 연관을 맺고 있는 군인의 의무 중 대표적인 것이 군인의 ‘명령이행(복종)의무’라고 할 수 있다. 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」에 따르면 직무를 수행할 때 상관으로부터 직무상 명령을 받은 군인은 그 명령에 “복종”할 의무가 있다(같은 법 제25조). 직무를 수행할 때 명령을 받은 군인이 명령을 이행하지 않는다면 명령을 발하는 권한은 무용지물이 될 수밖에 없기 때문이다. 그런데 명령을 내릴 수 있는 권한과 명령에 따라야 하는 의무가 계급과 서열에 따라 다르게 배분되면서 명령권(지휘권)의 발동과 명령의 이행 측면에서 군인은 명령을 발하는 지위에 있는 군인, 명령을 발하기도 하면서 명령에 복종하기도 해야 하는 지위에 있는 군인, 명령에 복종하기만 해야 하는 지위에 있는 군인으로 구분된다.

앞서 지휘권 개념을 다루면서 살펴봤듯이 ‘상관’은 “명령복종관계

73) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제36조(상관의 책무) ① 상관은 직무수행 시는 물론 직무 외에서도 부하에게 모범을 보여야 한다. ② 상관은 직무에 관하여 부하를 지휘·감독하여야 한다. ③ 상관은 부하의 인격을 존중하고 배려하여야 한다. ④ 상관은 직무와 관계가 없거나 법규 및 상관의 직무상 명령에 반하는 사항 또는 자신의 권한 밖의 사항 등을 명령하여서는 아니 된다.

74) 군대와 인권보장을 불가분의 관계로 보면서 인권보장이 지휘권을 강화한다는 견해로 송기춘, “군인의 인권보장을 위한 기본원칙과 방향”, 「민주법학」 제42호, 민주주의법학연구회, 2010, 241-244면 참조.

에 있는 사람 사이에서 명령권을 가진 사람으로서 국군통수권자부터 당사자의 바로 위 상급자까지”(같은 법 제2조 제3호)를 말하므로, 「군인사법」상 장교, 준사관, 부사관, 병으로 계급과 서열이 구분되어 상급자와 하급자로 이루어진 지휘계통에서 더 이상의 하급자가 없는 병(장병)은 일방적으로 명령에 복종(이행)할 의무만을 부담하게 된다.<sup>75)</sup> 모든 군인은 일반 국민과 동일하게 헌법상 보장된 권리(기본권)를 가지므로 기본권을 향유하는 주체로서 상급자인 군인과 하급자인 군인 사이에는 아무런 차이가 없다. 그렇기 때문에 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」에서 군인은 동료의 인격과 명예, 권리를 존중하며, 전우애에 기초하여 동료를 곤경과 위협으로부터 보호해야 하고, 동료의 가치관을 존중하고 배려해야 한다(같은 법 제35조 제1항 및 제2항)고 규정하고 있다. 나아가 계급과 서열이 구분되어 있는 병 상호간이라고 할지라도 직무에 관한 권한이 부여된 경우 이외에는 명령, 지시 등을 하지 못하도록 하고 있다(같은 법 같은 조 제3항). 상관 역시 부하의 인격을 존중하고 배려하여야 한다(같은 법 제36조 제3항).

75) “상관의 정당한 명령에 반항하거나 복종하지 아니”하는 것은 균형법상 항명죄의 구성요건을 이루며, 집단을 이루어 같은 죄를 범할 경우에는 가장치벌의 대상이 되기도 한다(균형법 제44조 및 제45조). 따라서 하급자인 군인이 상관의 명령에 대해 일방적으로 복종(이행)할 의무만을 부담하는 것이 아니라 상관의 ‘부당한’ 명령에 대해서는 복종할 의무가 없다거나 저항권이 있다는 식의 논변을 구성하는 것도 가능하다. 하지만 상관의 명령에 대해 그 부당성을 전제로 명령의 정당성을 상관에게 입증하게 할 것이 아니고, 그 반대로 하급자인 군인이 상관의 명령에 대한 부당성을 입증해야 하는 상황이라면 사실상 ‘상관의 명령에 대해 일방적으로 복종할 의무만을 부담하는 군인’도 한 유형으로 구분될 수 있다. 그 밖에도 「균형법」 제8장 ‘항명의 죄’에는 ‘상관의 제지 불복종’(같은 법 제47조)과 ‘명령 위반’(같은 법 제48)까지 있다. 명령위반죄 및 항명죄의 적용 실태 분석과 그에 대한 명확성원칙과 포괄위임이법금지원칙 위반을 문제 삼는 경우로 정승환·김현주, “균형법에서 명령위반행위에 대한 구성요건의 개정방안”, 『刑事政策』 제29권 제3호, 2017, 187면 이하 참조.

## Ⅶ. 나오며: 인권 보장을 책임지는 지휘권 행사

모든 군인이 인권(기본권)의 주체라는 점에서 차이가 없음에도 불구하고 명령을 내리는 권한과 그 명령을 이행해야(명령에 복종해야) 하는 의무 사이에는 서열이 매겨진 계급에 따라 상대적인 차이를 갖는다. 이러한 까닭에 명령을 발한 자에게 그러한 권한이 있는지 그리고 그 명령의 내용이 무엇인지에 따라 지시대로 이행해야 하는 하급자의 인권을 적법·정당하게 제한하거나 위법·부당하게 침해할 소지를 잠재적으로 갖게 된다. 그래서 군인의 인권을 보장하라는 요구에는 위법·부당함에도 불구하고 일종의 관행처럼 행사되던 기존의 지휘권 행사 범위를 군사적 직무상 필요한 범위로 제한하여 적법·정당하게 행사하라는 요구가 담겨 있다.<sup>76)</sup> 또한 그렇기 때문에 종종 군인, 특히 지휘계통상 하급자인 병(兵)이나 초급 간부의 인권 보장은 지휘권과 충돌하거나 지휘권을 약화시킨다고 인식되기도 한다.<sup>77)</sup>

그러나 적법·정당하게 행사된 지휘권은 기본권을 침해하지 않으며, 나아가 기본권을 침해하지 않는 지휘권의 행사가 오히려 지휘권을 더욱 강화시킨다고 볼 수 있다. 군인의 인권 보장이 군인의 명령 이행(복종)의무를 면제하는 것이 아닐 뿐만 아니라 군인의 인권을 보장하는 방식으로 지휘권이 행사될 경우 적법·정당한 군사적 직무 명령은 군인에게 법률로써 부과된 ‘명령복종의무’의 이행 수준을 넘

76) 상관 또는 상급자인 군인의 부당한 명령의 예로는 휴식 시간에 작업 지시, 상급자의 전투화 손질 등 사적 지시 등 다양한 예가 있다. 그 밖에 위법성과 구속성이 교차하는 명령으로서 ‘사회생활상 용인해 줄 수 있는 경우’ 또는 ‘경미범죄’로 표현되는 ‘위법하지만 구속력 있는 명령’에 대한 비판적 접근은 최관호, “‘위법하지만 구속력 있는 명령’에 복종한 행위의 위법성 판단”, 『일감법학』 제38호, 2017, 235-248면 참조.

77) 초급 간부의 인권 문제를 다룬 문헌으로 정재극, “초급간부 인권과 군대 폭력 근절방안에 대한 연구”, 『융합보안 논문지』 제16권 제3호, 2016, 99-106면 참조.

어 자발적 이행을 이끌어내는 수준으로 향상될 수 있기 때문이다.

다른 한편 군인의 인권 보장은 군인 개인의 신체적·정신적 자유를 제한하지 않는 방식으로 실현될 수도 있지만 군인이 처한 물질적·환경적 조건을 개선하는 방식으로도 실현될 수 있다. 앞의 도입부에서 언급했던 신병훈련소 인분사건을 다시 살펴보면, 만약 해당 명령권자인 상관이 당시 상황에서 화장실 청결 상태를 유지하기 위한 방법으로 훈련병들에게 인분을 손으로 찍거나 먹으라고 명령하지 않았다고 할 경우 그렇게 명령하지 않은 것만으로도 훈련병인 군인의 인권을 충분히 보장한 것이라고 주장할 수도 있다. 하지만 우리 헌법이 자유권만을 보장하는 것이 아니라 적극적인 급부를 요청하는 사회권 역시 중요한 인권으로 보장하고 있다는 점을 고려하면, 애초에 신병훈련소의 화장실 변기가 인분이 남아 있을 수 없는 종류의 변기로 교체되도록 직접 명령하거나 본인에게 그러한 권한이 없을 경우 해당 권한이 있는 상급의 명령권자에게 명령을 요청함으로써 화장실 청결 상태가 쉽게 유지될 수 있는 물리적 환경을 조성하는 것이 보다 근본적으로 훈련병인 군인의 인권을 보장하는 것이 될 수 있다.

나아가 군인의 인권 보장은 군인의 인권을 직접 침해하지 않는 것 외에도 인권침해 상황에 제3자로서 개입하는 방식으로도 실현될 수 있다. 동료 군인에 대한 폭행 사건이나 괴롭힘 사건에서 피해 군인을 직접 때리거나 괴롭히지 않았던 다른 동료 군인을 비롯해 상급자나 지휘관 등은 피해 군인의 인권을 직접 침해하지는 않은 것으로 볼 수 있다. 하지만 그것만으로 안위하는 것은 매우 소극적인 태도이고, 적극적인 인권 보장은 군인 상호 간 인권침해 상황에 직접 개입할 것까지 요청한다. 즉 인권침해 상황에 놓인 동료 군인에게 아무 것도 하지 않음으로써 인권침해를 방관하지 않도록 해야 한다는

것이다. 따라서 평소 인권침해 상황을 신고하도록 독려하고,<sup>78)</sup> 특히 권한이 있는 상관이나 지휘관 등은 인지된 인권침해 상황에 적극 개입하여 상황을 종료시켜야 한다.

이상의 논의를 종합하면 인권과 지휘권의 관계를 반드시 양립 불가능한 관계로 이해할 필요는 없다. 지휘권이 인권과 어느 정도 긴장 관계에 있음은 분명하지만 그 권한을 어떻게 행사하느냐에 따라 지휘권은 인권을 신장시키는 힘이 될 수도 있다고 이해하는 게 적절하다. 심지어 지휘권과 인권은 상호증진 관계로까지 발전할 수도 있다. 권위에 대한 존경과 신뢰를 전제로 하는 개념적 차원에서 이해되는 지휘권 역시 그 자체로 인권을 보장하는 힘이 될 수 있기 때문이다.

---

78) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제43조 제1항은 “군인은 병영생활에서 다른 군인이 구타, 폭언, 가혹행위 및 집단 따돌림 등 사적 제재를 하거나, 성추행 및 성폭력 행위를 한 사실을 알게 된 경우에는 즉시 상관에게 보고하거나 제42조제1항에 따른 군인권보호관 또는 군 수사기관 등에 신고하여야 한다.”고 하여 군인에게 다른 군인의 인권 침해 상황에 대한 보고의무나 신고의무를 부과하고 있다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

김희수·송문호, 병사들을 위한 군 인권법, 진원사, 2009.

이준일, 인권법(제9판), 홍문사, 2021.

조효제, 인권의 문법, 후마니타스, 2007.

홍창식, 군대와 법: 헌법을 준수하는 국군, 헌법을 수호하는 국군, 지식과감성#, 2020.

Hart, H. L. A., *The Concept of Law*(3rd ed.), Oxford University Press, 2012.

### 2. 논문

김광식, “인권·지휘권 관계의 현상 진단과 조화 방향”, 「국방정책연구」 제24권 제4호, 한국국방연구원, 2008, 177-205면.

김민수, “대통령 국군통수권의 한계 및 통제”, 「유럽헌법연구」 제26호, 유럽헌법학회, 2018, 193-220면.

김응규·황정호, “군인의 기본권 향상을 위한 법적 고찰”, 「社會科學論文集」 제25권 제1호, 대전대학교 사회과학연구소, 2006, 1-44면.

송기춘, “군인의 인권보장을 위한 기본원칙과 방향”, 「민주법학」 제42호, 민주주의법학연구회, 2010, 233-269면.

이광원, “군인의 기본권제한과 사법심사 - 판례평석: 헌법재판소 2010.10.28. 선고2008헌마638결정-”, 「법학논고」 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011, 273-302면.

정승환·김현주, “군형법에서 명령위반행위에 대한 구성요건의 개정방안”, 「刑事政策」 제29권 제3호, 한국형사정책학회, 2017, 185-215 참조.

정재극, “초급간부 인권과 군대 폭력 근절방안에 대한 연구”, 「융합보안 논문지」 제16권 제3호, 한국융합보안학회, 2016, 99-106면.

최관호, “‘위법하지만 구속력 있는 명령’에 복종한 행위의 위법성 판단”, 「일감법학」 제38호, 건국대학교 법학연구소, 2017, 229-253면.

### 3. 보고서 및 기타 자료

#### (1) 보고서

나달숙·김상균·박균열·송병호·이월형·최명진, <군대 내 인권상황 실태조사>, 국가인권위원회 연구보고서, 2019.

이종호·최장옥·황윤상·윤형호, <군인 권리보호 및 구제체계에 대한 인권상황 실태조사>, 국가인권위원회 연구보고서, 2014.

한홍구·김성전·김정식·박원석·이재승·임태훈, <군대 내 인권상황 실태조사 및 개선방안 연구>, 국가인권위원회 연구보고서, 2005.

#### (2) 언론기사

백승규, “[현장출동]논산 훈련소 중대장 훈련병에게 인분 먹여 파문”, MBC 뉴스데스크, 2005. 1. 20.

<[https://imnews.imbc.com/replay/2005/nwdesk/article/1934968\\_30781.html](https://imnews.imbc.com/replay/2005/nwdesk/article/1934968_30781.html)>

<Abstract>

## **All Soldiers' Human Rights and Some Superior Officers' Command Authority**

### **- On the Relation Between Basic Rights and Command Authority -**

Joong-Kweon Nam\*

In order for a military organization to perform its military duties efficiently, it would be ideal for duty-bearers to have the same capability as machines to carry out the commands without any error. However, agents who(or what) fulfill such ability still include human-beings. In particular, excessive commands or directives beyond the scope necessary for military duties are issued as a matter of practice for soldiers living in barracks. As members of a hierarchical organization, soldiers must follow the commands or directives issued by the superior officers rather than question the validity or reason of the basis of commands. Claiming their individual human rights is very difficult in practice. In a situation where legal norms and living standards, which regulate soldiers to obey the commands issued by the superior, are mixed, the conception that puts the command authority prior to the human rights is deeply rooted in the soldier's perception. This article examines whether the educational method that puts command authority prior to human rights is normatively and logically valid, and the prejudice of instructors or commanders who educate soldiers on military human rights leads to understand the fundamental rights of soldiers narrowly

---

\* Lecturer at Institute for General Education, Korea University & at the Department of Law, College of Humanities and Social Sciences, Soonchunhyang University; Ph. D. in Law

in the process of cataloging the basic human rights guaranteed by the Constitution. For solving these problems, it explores the legal status of soldiers and the guarantee and restriction of the basic rights of soldiers who are equal to the other ordinary, namely non-soldier citizens. On this basis, it reminds that the command authority of superior officer's comes from all citizens, including soldiers. Furthermore it articulates that guaranteeing the human rights of all soldiers is fulfilling their responsibilities or accountabilitys as superiors included in command authority.

**Key Words** : Military Human Rights, Command Authority, Citizens in Uniform, Commander-in-Chief of the Armed Forces, Hierarchical Organization, Treatment as Equal

