

헌법소원심판청구서

청 구 인 별지1 기재와 같습니다.

청구인의 대리인

별지2 기재와 같습니다.

피청구인 대통령

청 구 취 지

“대한민국 정부가 한미연합군사령부 주관 연합연습 및 훈련계획에 따라 2023. 3. 13.부터 2023. 3. 23.까지 대한민국 영토에서 실시하는 2023년 한미 연합 군사연습은 헌법에 위반된다.” 라는 결정을 구합니다.

침해된 권리

헌법 제10조, 헌법 제37조 제1항으로부터 인정되는 평화적 생존권

헌법 전문, 헌법 제4조, 헌법 제5조, 헌법 제66조 제2항, 헌법 제74조 제1항 위반

침해의 원인

국군통수권자인 피청구인 대통령의 국군통수권 행사 및 이러한 피청구인의 국군통수권 행사에 따라 국방부장관 및 합동참모의장, 각군 참모총장, 해병대사령관이 구체적, 개별적인 지휘·감독권을 행사함으로써 대한민국 정부가 실시하는 2023년 한미 연합 군사연습.

청 구 이 유

목 차

1. 사건의 개요

2. 평화적 생존권의 기본권성

가. 평화적 생존권의 개념과 의미

나. 기본권 인정과 번복

- (1) 헌법재판소의 기본권성 인정: 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2005헌마268 결정 (평택으로의 미군기지 이전협정 위헌확인소송)
- (2) 헌법재판소의 기본권성 부정: 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌마369 결정 (전시증원연습 등 위헌확인소송)
- (3) 기본권성 부정의 문제점

다. 한반도에서 가장 필요한 기본권, 평화적 생존권

- (1) 기본권으로 특별히 새로 인정할 필요-제3세대 인권과 인권 개념의 발전
- (2) 구체적 기본권으로서 실체
- (3) 재판규범성
- (4) 소결

라. 평화적 생존권의 내용

3. 2023년 한미 연합 군사연습의 위헌 및 위법성

가. 서설

나. 한미 연합 군사연습 및 작전계획 5015의 침략적 성격

- (1) 작전계획과 한미 연합 군사연습의 관계
- (2) 작전계획의 개요
 - (가) 작전계획 5015의 작전목적 및 내용
 - 1) 작전계획 5015의 작전목적 및 개요
 - 2) 작전계획 5015의 채택경과 및 내용
 - 가) 2013. 10. 한미가 북한의 핵과 대량살상무기를 대비하기 위한 맞춤형 억제전략과 4D 전략에 합의
 - 나) 2014. 10. ‘동맹의 포괄적 미사일 대응작전개념 및 원칙’ 정립 약속
 - 다) 2015. 6. 한미, 작계5015 서명
 - 라) 2016. 2. 한미억제전략위원회, ‘4D 작전개념 이행지침’ 서명
 - (3) 한미 연합 군사연습의 성격 및 내용
 - (4) 소결 : 작전계획 5015 및 한미 연합 군사연습의 침략적 성격과 위협성

다. 2023년 한미 연합 군사연습의 위헌성 및 위법성

- (1) 헌법상의 국제평화주의 및 평화통일 원칙 위반
 - (가) 헌법상의 국제평화주의와 침략전쟁 금지의 원칙 위반
 - (나) 헌법상의 평화통일 원칙 위반
- (2) 국제법 등 위반
 - (가) 국제법상의 무력위협 금지의 원칙 위반
 - (나) 국제법상의 침략전쟁 금지의 원칙 위반
 - (다) 한미상호방위조약의 방어의 원칙 위반
 - (라) 국제인도법 위반
 - (마) 비례의 원칙 위반
- (3) 평화적 생존권 침해
 - (가) 평화적 생존권의 제한
 - (나) 비례원칙 심사
 - 1) 목적의 정당성
 - 2) 수단의 적합성
 - 3) 침해의 최소성
 - 4) 법익의 균형성
- (4) 선제공격이 자위권의 일환이라는 주장에 관하여

4. 청구인 적격

가. 청구인 구성

나. 자기관련성

다. 직접성 및 현재성

라. 기존 결정에 대한 비판

- (1) 평화상태는 세계국가 모두가 노력해야 이룰 수 있다는 주장에 관하여
- (2) 침략적 성격을 규명하기 어렵다는 주장에 관하여
- (3) 일본의 경우 평화적 생존권이 인정되지 않기 때문에 우리의 경우도 그러하다는 주장에 관하여
- (4) 평화적 생존권은 대개 통치행위에 포섭될 수밖에 없다는 주장에 관하여

마. 소결

5. 결론

1. 사건의 개요

대한민국 정부가 한미연합사령부 주관 연합연습계획에 따라 2023. 3. 13.부터 2023. 3. 23.까지 대한민국 영토에서 실시하는 2023년 한미 연합 군사연습은 북한을 상대로 한 작전계획 5015에 따른 선제적 공격훈련이 명백하므로, 이는 헌법 전문(평화적 통일, 항구적인 세계평화), 헌법 제4조(평화적 통일정책), 헌법 제5조(국제평화의 유지, 침략적 전쟁 부인)에 위반됩니다.

결국, 헌법 제74조 제1항(대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 국군을 통수한다)에 따라 국군통수권자인 피청구인 대통령의 헌법 제66조 제2항의 헌법을 수호할 책무를 위반하는 국군통수권 행사 및 이러한 피청구인의 국군통수권 행사에 따라 국방부장관 및 합동참모의장, 각군 참모총장, 해

병대사령관이 구체적, 개별적인 지휘, 감독권을 행사함으로써 대한민국정부가 위헌적인 2023년 한미연합군사연습에 참여하게 되는 것은 휴전상태의 한반도에 예측불허의 전쟁 발발의 위험성을 고조시켜 한반도를 비롯한 동북아 지역, 나아가 항구적인 세계평화를 위협하고, 2022년 4.27 판문점 선언, 9.19 평양선언 및 군사분야 이행 합의서의 이행에 난관을 조성하여 평화공존을 위한 대화와 협상을 저해하며, 냉전적 남북대결을 조장하여 남북교류, 협력, 화해, 화합에 배치되는 권력적 행위로서 이로 인하여 한반도 평화, 나아가 동북아 평화 및 세계평화를 바라고 남북의 교류, 협력, 화해, 화합 및 조국의 평화적 통일을 바라는 대한민국의 국민들인 청구인들이 헌법 제10조(모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다), 헌법 제37조 제1항(국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다)으로부터 인정되는 “침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리”라 볼 수 있는 평화적 생존권이 심각히 침해되므로, 이에 청구인들은 이 사건 헌법소원 청구에 이르게 된 것입니다.

2. 평화적 생존권의 기본권성

가. 평화적 생존권의 개념과 의미

유엔 총회는 2016년 채택한 ‘평화권 선언’에서 평화적 생존권을 개인의 권리로 인정하였습니다.¹⁾ 평화적 생존권이란 ‘전쟁이나 분쟁에 휘말리

1) 평화권 선언 Declaration on the Right to Peace, A/RES/71/189, 2016. 12. 19.

지 않고 평화를 누리며 살 권리’입니다.²⁾ 헌법은 전문 “밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함”, 제4조 “평화적 통일정책”, 제5조 제1항 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다“ 등 곳곳에서 평화주의를 선언합니다. 평화주의가 모든 법령과 국가정책의 기준이 되는 헌법의 기본원리라면, 평화적 생존권은 이 원리의 이행을 국가에 요청할 수 있는 개인과 집단의 권리입니다.

지구상 유일한 분단 상황에서 벗어나지 못한 한반도에서 삶을 영위해 온 우리 국민들에게 있어 평화적 생존권은 중요하고 시급하게 보장되어야 할 기본권입니다. 일제 식민지배에서 독립하였으나 냉전으로 치달던 국제정세하에서 민족 구성원의 의사가 반영되지 않은 채 다른 나라들의 결정으로 야기된 남북 분단 상황이, 1990년대에 냉전이 이미 끝났는데도 30여년이 지난 지금까지 이어지고 있습니다. 멈춘 지 70여 년이 다 되는 한국전쟁은 형식상으로는 아직도 종결되지 않았습니다. 체제 대립으로 인한 갈등은 남북 각각의 체제 경직성을 심화시키고 민주적 발전을 가로막아 왔습니다. 대한민국의 통일 지향과 평화적 통일정책 수립 추진을 선언한 헌법 제4조에 비추

Resolution adopted by the General Assembly

1. 모든 사람은, 모든 인권이 증진, 보호되고 발전이 완전히 실현될 수 있도록 평화를 누릴 권리를 갖는다.

Everyone has the right to enjoy peace such that all human rights are promoted and protected and development is fully realized.

- 2) 넓게 보면 평화권 선언 성안의 기초가 된 2012년 유엔 인권위원회 자문위원회의 초안 제2조 제2항 ‘모든 개인은 어떤 형태의 폭력으로부터도 표적이 되지 않고, 능력, 신체, 지성, 도덕 및 정신을 전면적으로 발전시킬 수 있도록 평화 속에 살 권리를 갖는다’에서 말하듯 ‘모든 폭력으로부터 자유롭게, 자신을 발전시킬 수 있는 상태를 누릴 권리’라 할 수 있지만, 이 글에서는 우선 가장 좁은 개념을 취합니다.

Report of the Human Rights Council Advisory Committee on the right of peoples to peace, A/HRC/20/31, Draft declaration on the right to peace Article 2. Human security

2. All individuals have the right to live in peace so that they can develop fully all their capacities, physical, intellectual, moral and spiritual, without being the target of any kind of violence.

어도, 한반도에서 평화적 생존권은 남북 분단의 현실과 떼어놓고 생각할 수 없습니다.

나. 기본권 인정과 번복

(1) 헌법재판소의 기본권성 인정: 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2005헌마 268 결정 (평택으로의 미군기지 이전협정 위헌확인소송)

헌법재판소는 평화적 생존권을 헌법상 기본권으로 인정한 바 있습니다. “오늘날 전쟁과 테러·혹은 무력행위로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제가 되는 것이므로 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하며, 그 기본 내용은 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 볼 수 있다.”³⁾고 한 것입니다.

(2) 헌법재판소의 기본권성 부정: 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌마 369 결정 (전시증원연습 등 위헌확인소송)

그러나 헌법재판소는 2007년 전시증원연습 등 위헌확인사건에서 평화적 생존권이 헌법상 기본권이라는 판단을 번복하였습니다. “청구인들이 평화적 생존권이란 이름으로 주장하고 있는 평화란 헌법의 이념 내지 목적으로서 추상적인 개념에 지나지 아니하고, 평화적 생존권은 이를 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권

3) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2005헌마268 전원재판부 결정

리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어려워 헌법상 보장된 기본권이라고 할 수 없다.”, “종전에 헌법재판소가 이 결정과 견해를 달리하여 ‘평화적 생존권을 헌법 제10조와 제37조 제1항에 의하여 인정된 기본권으로서 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리’ 라고 판시한 2006. 2. 23. 2005헌마268 결정은 이 결정과 저촉되는 범위 내에서 이를 변경한다.”⁴⁾고 한 것입니다.

(3) 기본권성 부정의 문제점

위 결정은 “헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체 즉 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고, 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 할 것이다”라고 하였습니다. ① 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요, ② 구체적 기본권으로서 실체, ③ 재판규범성을 기본권 인정의 요건으로 요구한 것입니다.

하지만 이는 그간 여러 방면에서 주장·인정되어 왔으며 헌법재판소 자신도 기본권으로 시인하였던 평화적 생존권을 한미군사훈련 사안에 부딪혀 그 기본권으로서 존재 자체를 부인하는 데 치우친 결정입니다. 헌법 제37조 제1항에서 ‘열거되지 아니한 자유와 권리’도 헌법상 기본권으로 인정될 수 있다고 한 헌법의 확장력을 현저히 약화시키고 기본권 보장 범위를 부당하게 좁힌 판단입니다. 이 결정은 미래지향적 가치규범으로서 헌법의 위

4) 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌마369 결정

상을 높이고 그 실효성을 제고하며 다양한 분야에서 인권 보장을 확대하기 위한 국가의 적극적 역할을 요구하며 헌법조항을 재판규범으로 구체화해온 국제사회의 인권보장노력의 방향과 정반대로 후퇴한 것입니다.

헌법재판소 스스로 요구한 기준에 비추어도, 아래 내용을 모아보면, 다시 평화적 생존권을 헌법상 기본권으로 인정할 사유가 충분합니다.

다. 한반도에서 가장 필요한 기본권, 평화적 생존권

(1) 기본권으로 특별히 새로 인정할 필요 - 제3세대 인권과 인권 개념의 발전

국가 차원에서 평화적 생존권 인정은 1946년 개정된 일본 헌법 전문의 “전 세계의 국민이 모두 공포와 결핍에서 벗어나고 평화로운 가운데 생존할 권리를 지님을 확인한다” 등에서 이루어지기 시작하였습니다. 국제 사회에서 본격적인 시작은 1977년 유네스코의 ‘인권과 평화부회’ 회장 카를 바삭이 종래의 시민적·정치적 권리, 사회적·경제적 권리에 뒤이은 새로운 인권 범주로서 ‘제3세대 인권’을 제시하고 그 대표적 내용으로서 ‘평화에 대한 권리(right to peace)’를 제창⁵⁾한 것에서부터입니다.

유엔 총회는 1978년 ‘평화적 생존을 위한 사회적 준비에 관한 선언’⁶⁾에서 모든 나라와 개인이 평화롭게 살 권리를 갖는다고 선언했습니다.

5) K. Vasak, 「A 30-year struggle: The Sustained Effort to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights」, 『The Unesco Courier』, 1977, p.29

6) Declaration on the Preparation of Societies for Life in Peace, A/RES/33/73, 1978. 12. 15. adopted by the UN General Assembly
“Every nation and every human being, regardless of race, conscience, language or sex, has the inherent right to life in peace.”

1984년에는 ‘평화에 대한 인류의 권리선언’ 을 채택하여 제1조에서 “우리 지구 상의 인류는 평화에 대한 신성한 권리를 가짐을 엄숙히 선언한다”고 명시했습니다.⁷⁾ 집단으로서 인류의 평화권을 인정한 것입니다. 이 내용은 2002년 ‘인류의 평화권 촉진’ 결의 제1조에서도 재확인되었습니다.⁸⁾

국제 사회는 평화권에 관한 다양한 논의를 계속한 끝에 2016년 유엔 총회 ‘평화권 선언’에서는 ‘모든 사람은 평화를 누릴 권리를 갖는다’고 하여 집단뿐만 아니라 각 개인으로서 ‘모든 사람’이 평화를 누릴 권리를 가지고 있음을 인정하는 결실을 이루어냈습니다. 이러한 진전이 이루어지기 까지 비정부기구들도 2006년 ‘평화권에 관한 루아르카 선언’, 2010년 ‘평화권에 관한 산티아고 선언’ 등으로 공식 기구의 평화권 인정을 촉진하고 뒷받침하였습니다.

국제 사회가 평화적 생존권을 집단과 개인의 권리로서 인정한 것은, 제2차 세계대전 및 그 이후 제3세계의 내전과 무장갈등을 거치며 전쟁의 참상이 다시 생겨서는 안 된다는 폭넓은 공감에 기초해 있습니다. 또한 인권 개념이 발전하면서 생명권을 비롯한 기본권 보장 및 발전권 행사를 위해서는 평화보장이 필수적이라는 결론에 도달한 것과 관련되어 있습니다. 아울러 더 이상 전쟁이 선택가능한 수단이 되지 않도록 할 국가 및 국제사회의 의무에 대한 요구가 높아진 현실도 평화적 생존권 인정의 근거가 되었습니다.

7) Declaration on the Right of Peoples to Peace . A/RES/39/11, 1984, 11. 12. adopted by the UN General Assembly,

1. Solemnly proclaims that the peoples of our planet have a sacred right to peace

8) Promotion of the right of peoples to peace, A/RES/57/216, 2002. 12. 18, adopted by the UN General Assembly.

1. Reaffirms the solemn proclamation that the peoples of our planet have a sacred right to peace

이러한 현실적 필요에 근거하여 평화적 생존권이 일본 헌법에서 선언된 지 70여 년, 제3세대 인권으로서 국제사회에서 논의된 지 40여 년이라는 오랜 기간의 논의를 거쳐 유엔 총회에서 집단과 개인의 권리로 정립된 이상, 국제적 인권 발전 논의를 반영하여 해석하여야 하는 우리 헌법상으로도 평화적 생존권을 기본권으로서 특별히 새로이 인정할 필요가 있습니다.

헌법은 ‘평화적 통일의 권리’를 핵심으로 하는 평화적 생존권을 기본권으로 인정할 필요를 전문에서부터 내포하고 있습니다. 헌법 전문은 “우리 대한 국민은 (...) 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고”라고 합니다. 하나의 민족공동체가 분단되어 가족 관계조차 단절되는 비인도적인 상황이 초래되고 남북이 분열하여 대립·갈등하는 상태를 지적한 것입니다. 또 헌법 전문은 ‘평화적 통일’을 지상 목표로 내세워, 한반도에서 평화의 핵심은 통일이고 통일은 평화적인 것이어야만 함을 명확히 합니다.

나아가 헌법 전문은 평화적 통일을 ‘대한국민의 사명’으로까지 끌어올리고 있습니다. 이는 국민에게 국가의 평화통일정책 협력의무를 부과하는 근거로만 남는 것이 아닙니다. 국민주권주의 원리와 함께 보면, 국민 각자가 한반도에서 평화와 통일이 실현될 수 있도록 국가에 촉구하고 평화통일에 저해되는 국가 또는 타인의 행위를 억제하며 평화통일을 위한 다양한 시도에 나설 권리 및 의무를 갖고 있음을 확인한 것으로 이해해야 합니다. 이것이 헌법의 ‘통일촉진명령’이 내포한 국민 각자의 ‘평화적 통일의 권리 및 의무’입니다. ‘평화적 통일의 권리’를 핵심으로 하는 평화적 생존권을 헌법상 기본권으로 인정할 특별한 필요는 이처럼 전문에서부터 이끌어 낼 수 있습니다.

현실도 헌법 문언의 규범적 분석을 뒷받침합니다. 멈춘 지 70여 년이 다 된 전쟁이 아직도 끝나지 않은 곳, 냉전 시기 다른 나라에 의해 그어진 분단경계선이 여전히 공고한 유일한 곳, 어느 분쟁 지역 못지않게 평화가 절실히 필요한 곳이 한반도라는 현실이, 평화적 생존권을 헌법상 기본권으로 인정할 특별한 필요를 단적으로 드러냅니다.

(2) 구체적 기본권으로서 실체

다음, 권리내용이 명확한 구체적인 기본권으로서 실체가 있어야 헌법상 기본권으로 인정할 수 있다는 헌법재판소의 논지는, 헌법상 권리들을 자유권적 기본권과 사회권적 기본권, 그 밖의 기본권들로 분리하는 전통적 견해와 연결되어 있습니다. 이 견해는, 신체의 자유와 같은 자유권적 기본권은 구체적이고 즉시 이행가능하여 기본권으로 인정될 자격이 있는 반면, 주거의 권리와 같은 사회권적 기본권은 구체적이지 못하고 이행을 위한 별도의 입법이나 행정적 조치가 있어야만 한다는 이유로 프로그램적 권리로 취급해왔습니다.

그러나 권리내용의 구체성을 기준으로 자유권적 기본권과 그 밖의 기본권을 나누어 자유권적 기본권에만 기본권의 효력으로서 재판규범성을 인정하는 주장은 이미 인권 관련 연구의 최근 논의에서는 통용되지 않습니다. 우선 자유권적 기본권의 권리내용도 광범위한 용어와 보편적 어휘를 사용하기 때문에 항상 충분히 정확한 것이 아니어서, 성문법제정, 행정규제, 판례, 법이론 등을 통해 그 권리들의 내용과 한계를 명확하게 하기 위한 지속적인 노력을 필요로 합니다.⁹⁾ 자유권적 기본권도 아무런 입법 조치 없이 실현되기

어려운 경우가 있고, 이때는 그 실현을 위해 입법화와 서비스의 실행이 요구됩니다.¹⁰⁾ 따라서 자유권적 기본권이 아니라고 하여 권리 내용이 명확하지 않다면 기본권임을 부인하는 것은 합리적이지 않습니다.

나아가 한 기본권을 자유권적 기본권 또는 그 밖의 것으로 명확히 분리하는 것도 불가능합니다. 사회권적 기본권으로 분류되어온 생존권 보장 없는 자유권적 기본권으로 분류되어온 생명권도 온전히 보장될 수 없습니다. 생명권 보장을 위해 국가는 사형 폐지 등 침해를 배제하고 존중할 의무, 범죄예방 등 보호할 의무를 질 뿐만 아니라 최저생계 보장입법 등을 충족시킬 의무까지 부담합니다.¹¹⁾ 이처럼 모든 기본권들은 서로 불가분의 관계이며 상호의존적입니다. 이는 사회권규약의 해석 및 이행을 담당하는 사회권규약위원회가 이미 1998년 일반논평 9호¹²⁾를 통해 명확하게 선언한 원칙입니다. 유엔 총회 2006년 60/251 결의도 “모든 인권이 불가분적이고 상호의존적”이라고 하면서, 모든 인권이 “같은 방법으로 다루어져야 한다”¹³⁾고 한 바 있습니다.

9) 국제법률가위원회, 『경제적, 사회적 및 문화적 권리의 사법집행: 사법심사가가능성 비교 연구』, 박찬운 옮김, 국가인권위원회, 2009, p.20

10) 국제법률가위원회, 위의 책, p.4

11) "국제인권기구들은 전통적으로 자유권적 기본권으로 분류되지 않았던 다른 기본권들에 대해서도 그 권리내용을 명확하게 하고 국가에 실현의무를 부과하기 위하여 오랜 노력을 기울여왔고, 그 성과에 기초하여 기본권을 보장하기 위한 국가의 의무를 크게 존중할 의무, 보호할 의무, 충족시킬 의무로 다층적으로 구성하고 있다. 존중할 의무란 어떤 특별한 자유나 권리를 향유하는데 있어 부당하게 국가가 개입하지 말아야 할 의무다. 보호할 의무란 권리보유자들이 어떤 특정의 자유권을 향유하는 것을 제 3자에 의해 부당하게 방해받고 있을 때 이 방해를 제거할 국가의 의무다. 충족시킬 의무란 국가가 권리 실현을 촉진하고 필요한 자원을 제공하며 권리 수준을 증진할 의무다." 국제법률가위원회, 위의 책, p.52

12) CESCR, General Comment No 9, The domestic application of the Covenant (Nineteenth session, 1998), U.N.Doc. E/C.12/1998/24(2998), para, 10.

13) Human Rights Council, A/RES/60/251, 2006. 3. 15. Resolution adopted by the General Assembly 서문 중 "Reaffirming further that all human rights are universal, indivisible, interrelated, interdependent and mutually reinforcing, and that all human rights must be treated in a fair and equal manner, on the same footing and with the same emphasis."

아울러 기본권은 계속하여 형성되고 발전합니다. 유엔 총회는 위 2006년 60/251 결의 제5조 (c)항에서 인권기준이 향상되고 권리 내용이 점점 구체화될 수 있음을 전제로 유엔 인권위원회에 인권의 국제법 발전에 대한 권고안을 마련하도록 결정하였습니다.¹⁴⁾ 2016년 평화권선언 제2항은 위 2006년 60/251 결의 제5조 (c)항을 근거로 만들어졌음을 명시하면서 부속문서의 결의안 채택을 유엔 총회에 권고하는 내용을 담고 있습니다.¹⁵⁾

일본 나고야 고등재판소는 2008년 일본 국민인 원고들이 자위대의 이라크 파병 정지와 파병위헌확인 및 ‘전쟁과 무력 행사를 하지 않는 일본에 생존할 권리’로서 평화적 생존권 침해를 이유로 손해배상을 청구한 사건의 판결에서, 평화적 생존권이 구체적 권리라고 인정하였습니다. 추상적인 권리에 지나지 않는다고 하는 종래의 법원 입장을 변경한 것입니다. 위 판결은 아래와 같이 실시합니다.

“평화가 추상적 개념인 것이나 평화의 도달점이나 달성하는 수단·방법이 다양한 것 등을 근거로 평화적 생존권의 권리성이나 구체적 권리성의 가능성을 부정하는 견해가 있지만 헌법상의 개념은 대개 추상적인 것으로

14) Human Rights Council, A/RES/60/251, 2006, 3. 15 . Resolution adopted by the General Assembly

5. Decides that the Council shall, inter alia:

(c) Make recommendations to the General Assembly for the further development of international law in the field of human rights:

15) Declaration on the Right to Peace, A/HRC/32/L.18. 2016. 6. 24. adopted by Human Rights Council

2. Recommends that the General Assembly, in accordance with paragraph 5(c) of its resolution 60/251 of 15 March 2006, adopt the following draft resolution:

"The General Assembly,

Welcoming the adoption by the Human Rights Council, through its resolution of the Declaration on the Right to Peace.

1. Adopts the Declaration on the Right to Peace, as contained in the annex to the present resolution:

서 해석에 의해 채워져 나가는 것이라는 점, 예를 들어 ‘자유’ 나 ‘평등’ 조차 그 달성수단이나 방법은 다양하다는 점을 본다면 단지 평화적 생존권만 평화개념의 추상성 등으로 인해 그 법적 권리성과 구체적 권리성의 가능성이 부정되어야만 할 이유는 없다고 보아야 한다.“¹⁶⁾

이에 비추면, 종래의 자유권적 기본권에 대해 논하던 구체성을 다른 기본권들에 일률적으로 적용할 필연적 이유가 없습니다. 평화적 생존권을 부인한 헌법재판소 결정의 별개의견이 “국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하면서 행복을 추구하기 위하여 침략전쟁이나 테러 등의 위해를 받지 않고 평화롭게 살아갈 권리, 즉 평화적 생존권을 가지고”, 이는 “헌법상 기본권으로서 비록 헌법상 문언에 명시되어 있지 않다하더라도, 국가에 대하여 요청할 수 있는 구체적 권리“¹⁷⁾라고 한 것처럼, 평화적 생존권도 구체적 권리성을 가진다고 보아야 합니다.

(3) 재판규범성

재판규범성이 확보되어야 한다는 헌법재판소의 입장과 관련하여, 나고야 고등재판소가 위 판결에서 “평화적 생존권은 국면에 따라서 자유권적, 사회권적 또는 참정권적인 모습으로 나타나는 복합적인 권리” 라고 하면서, 법원에 그 보호와 구제를 구하고 법적 강제조치의 발동을 청구할 수 있다고 한 것을 검토할 필요가 있습니다. 예를 들어 일본 헌법 제9조에 위반하는 국가의 행위, 즉 전쟁의 수행, 무력의 행사 등과 전쟁의 준비행위 등에 의해 개인의 생명과 자유가 침해되거나 침해의 위기에 빠진 경우, 현실적인 전쟁

16) 평성18(ㄴ)499. 판결문 중 관련 부분 번역문은 이경주, 『평화권의 이해』, (주)사회평론, 2014, pp.477~478 이 판결은 쌍방이 상고하지 않아 확정되었습니다.

17) 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌마369 결정 중 조대현, 목영준, 송두환 재판관의 별개의견

에 의한 피해와 공포에 처해지는 경우, 헌법 제9조에 위반하는 전쟁수행 등에 가담 또는 협력을 강제당하는 경우에는 법원에 해당 위헌행위의 금지를 청구하거나 손해배상청구 등의 방법으로 구제를 요구할 수 있다고 할 수 있다¹⁸⁾는 판단입니다.

이 판시를 참고하면, 우리 헌법 하에서도 국가에 대하여 침략을 위한 군사적 목적의 기본권 제한(재산 수용 등)을 당할 경우, 타국에 대한 무력공격에 징병될 경우, 군사외교정책이 전쟁 위험을 유발할 경우 그 침해를 제거해줄 것을 사법부에 요구할 수 있다고 할 수 있습니다.¹⁹⁾

평화적 목적의 행위나 표현이 제한될 경우, 이를 위한 정보수집이 제한될 경우 그 구제를 구하는 것도 평화적 생존권이 재판규범으로 기능하는 예가 됩니다. 서울중앙지방법원은 “정부나 군에 대한 감시·통제 활동은 그에 관한 정보의 수집·분석을 필연적으로 수반할 수밖에 없으나 이 또한 우리 헌법에 의하여 당연히 보장되는 권리²⁰⁾라고 판시하였습니다.²¹⁾ 평화적 생존권의 일환으로 정보수집과 감시권을 인정한 것으로 평가할 수 있습니다.

18) 이경주, 위의 책, pp.339~340

19) 이경주, 위의 책, pp.158

20) 서울중앙지방법원 2008. 1. 31. 선고 2007고합558 판결.

21) 서울중앙지방법원 2008. 1. 31. 선고 2007고합558 판결. "국가보안법 제5조 제1항의 자진지원행위는 같은 법 제4조 제1항의 목적수행행위와 달리 반국가단체나 구성원 또는 그 지령을 받은 자와의 의사연락이 없는 국가기밀 침해행위를 처벌하는 규정으로서, 주관적 구성요건으로 '반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자를 지원할 목적'이 있을 것을 정하고 있는 바, 우리 헌법상의 국민주권주의와 자유민주주의 체제에서는 주권자인 국민이 국정에 적극 참여하여 이를 감시·비판할 수 있어야 하고 이를 위하여는 국가행위와 국가기관의 정보가 국민에게 최대한 공개되어야 하는데, 특히 언론이나 비정부기구 등 시민사회의 정부나 군에 대한 감시 통제활동은 그에 관한 정보의 수집·분석을 필연적으로 수반할 수밖에 없으나 이 또한 우리 헌법에 의하여 당연히 보장되는 권리라 할 것이므로, 공공의 이익을 목적으로 정부나 군에 관한 정보를 취득하여 공개하는 행위를 하여 결과적으로 반국가단체 등에 유리한 상황을 초래되었다 하더라도 그 행위자에게 반국가단체등을 지원할 목적이 있었다고 쉽게 추단하여서는 안 될 것이다."

(4) 소결

이상을 모아보면, 헌법재판소는 다시 평화적 생존권을 헌법상 기본권으로 인정하여야 합니다. 관련하여, 평화적 생존권을 행복추구권으로부터 나오는 헌법상 기본권으로 인정하는 견해도 제기되고 있습니다.²²⁾

라. 평화적 생존권의 내용

(1) 국가는 국민의 평화적 생존을 보장할 책무를 진다

프랭클린 D. 루스벨트는 미국 대통령 집권 당시 1941년 1월 6일에 발표한 연두교서 연설에서 네 가지 자유(Four Freedoms)를 제시하였습니다. 루스벨트가 연설에서 발표한 네 가지 자유는 첫 번째로 언론과 의사 표현의 자유(Freedom of speech and expression), 두 번째로 신앙의 자유(Freedom of worship), 세 번째로 결핍으로부터의 자유(Freedom from want), 네 번째로 공포로부터의 자유(Freedom from fear)입니다. 루스벨트는 그 중 공포로부터의 자유란, 세계적인 측면에서 세계 어느 곳에서도 어떠한 국가도 이웃 국가에 물리적인 공격 행위를 하지 못하게 하는 세계적 규모의 균축을 의미한다고 주장했습니다.

22) '헌법재판소가 평화적 생존권을 헌법상 독자적이고 개별적인 기본권이 아니라고 판단한 것이지 헌법적 가치가 아니라고 배척한 것은 아니다.' "헌법재판소가 개별적 사안에 대한 헌법재판에서 개인이 평화롭게 살 권리에 대해 행복을 추구할 권리에 포함되는 것으로 해석할 수 있고 이때에는 기본권으로 보장된다고 하겠다.", "행복추구권의 내용으로 안정되는 평화롭게 살 권리는 단순히 전쟁이 없는 상태에서 생존하는 것에 국한되지 않는다. 이는 국가에 대해 전쟁 등 평화를 파괴하는 행위를 하지 말 것을 소극적으로 요구할 수 있는 것에 그치지 않고, 전쟁과 폭력이 없는 평화로운 상태에서 살아갈 정책을 수립하고 실천할 것을 적극적으로 청구할 수 있는 권리이다. 평화롭게 살 권리의 구체적인 내용은 문제된 사안에 따라 국가가 처한 역사적인 조건과 국제관계 등을 종합적으로 고려하여 결정할 수 있다." 이효원, 『평화와 법』, 도서출판 모시는사람들, 2018, pp.161~164

이후 그가 발표한 ‘공포로부터의 자유’ 라는 개념은 2차 세계 대전 기간과 그 이후에 사상적 측면에서 세계적인 영향을 끼쳤고 대서양 헌장과 국제 연합 헌장에도 반영되었습니다. 특히 국제연합헌장은 전문에서 “전쟁의 불행에서 다음 세대를 구하”기 위해 1조에서 “국제적 분쟁이나 사태의 조정·해결을 평화적 수단에 의하여 또한 정의와 국제법의 원칙에 따라 실현“(1항) 하며 2조에서는 ” 모든 회원국은 그들의 국제분쟁을 국제평화와 안전 그리고 정의를 위태롭게 하지 아니하는 방식으로 평화적 수단에 의하여 해결한다.(3항), 모든 회원국은 그 국제관계에 있어서 다른 국가의 영토보전이나 정치적 독립에 대하여 또는 국제연합의 목적과 양립하지 아니하는 어떠한 기타 방식으로도 무력의 위협이나 무력행사를 삼간다(4항) “로 명시함으로써 평화적수단에 의한 해결을 강조하고 무력의 사용 및 무력 위협을 금지하고 있습니다. 뿐만 아니라 이러한 내용은 세계 인권 선언에도 반영되었는데, 세계 인권 선언의 전문에는 위 네 가지 자유의 하나인 공포로부터의 자유가 직접적으로 명시되어 있습니다.

또한 1984년 유엔 총회 ‘평화에 대한 인류의 권리선언’ 제2조는 “인류의 평화에 대한 권리를 보존하고 그 이행을 증진하는 것이 각 국가의 근본적인 의무임을 엄숙히 선언한다” 고 하였습니다. 또 제3조에서 인류의 평화적 생존을 보장하는 것은 “국제관계에서의 무력 사용의 포기과 유엔 헌장에 기초한 평화적 수단에 의한 국제분쟁의 해결을 요구한다는 점을 강조한다” 고 하여, 평화를 위해서는 국가의 평화주의 정책이 절실히 필요함을 확인하였습니다.

제3세대 인권은 소극적으로 국가권력의 간섭만을 배제하는 권리에 그치지 않습니다. 제3세대 인권의 특징은, 국가가 해당 인권보장을 도모할 정

책을 채택하고 국제관계를 수립하는 것이 인권보장의 핵심 요소라는 데 있습니다. 제3세대 인권으로서 평화적 생존권은 국가의 반평화주의적 정책의 결정 및 집행을 막을 권리이기도 하지만, 침략적 군사동맹에 가담하지 않는 평화외교 추진 및 평화정책의 수립과 실현²³⁾을 통해 갈등을 관용과 상호이해로 해결해 나가려는 꾸준한 외교적 실천을 요구하는 권리이기도 합니다. 평화적 생존권을 부인한 헌법재판소 결정의 별개의견도, 국민의 평화적 생존권에 대응하여 “국가는 국민들의 이러한 권리를 보장하기 위하여 침략전쟁·테러·범죄 등으로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 보호하여야 할 의무가 있을 뿐 아니라 불가피하거나 불가항력이지 않은 침략전쟁을 회피하거나 부인하여야 할 책무도 가지고 있다.”²⁴⁾고 하여, 평화적 생존권 보장을 위한 국가의 의무에 대해 언급하였습니다.

국가가 이와 같은 의무를 다하게 하기 위해서는 대외관계와 외교정책에 관한, 특히 우리나라의 경우 대북관계 및 통일정책에 관한 국민들의 적극적인 토론과 참여가 보장되어야 합니다. 다른 나라와 대결이나 협력이나, 전쟁이나 평화냐가 군주나 통치자 또는 정부담당자의 판단에 따라 결정되던 때는 이미 먼 과거가 되었습니다. 외교관계에 관하여는 통치자의 대권을 존중하고 따라야 한다는 통치행위론은 이미 구시대의 이론입니다. 민주국가라면, 다른 나라와 대립 또는 친선, 전쟁 또는 평화의 선택권은 국민에게 있습니다. 이는 현대 헌법의 기본원리 중 하나인 국민주권주의에 비추어도 분명합니다. 외교관계가 “고도의 정치적 결단에 해당하여 사법심사를 자제할 대상”²⁵⁾이라는 사법심사 자제론 역시 통치행위론의 다른 이름이거나 사법소극주의일 뿐입니다. 대북관계 및 통일정책에 대해 국민주권주의 원리가 실현되

23) 이경주, 위의 책, p56

24) 헌법재판소 2006 . 2. 23. 선고 2005헌마26 결정 중 조대현, 목영준, 송두환 재판관의 별개의견.

25) 헌재 2009. 5. 28. 선고 2007헌마369 결정.

고 있는지, 평화적 생존권을 침해하지 않는지 여부는 미뤄서는 안되는 사법 심사의 대상입니다.

3. 2023년 한미 연합 군사연습의 위헌 및 위법성

가. 서설

2023년 한미 연합 군사연습은 작전계획 5015에 따라 선제 핵공격, 북한군 격멸, 체제 전복, 무력통일을 목적으로 하는 침략적 대북 선제공격연습이므로, 대한민국 헌법 전문 ‘평화적 통일의 사명’, ‘세계평화에 이바지’, 제4조에서 ‘통일지향과 평화적 통일정책 수립 및 추진’, 제5조에서 ‘국제평화의 유지 노력’, ‘침략적 전쟁 부인’ 등을 명시하고 있는 만큼 헌법에 위반되고, 평화적 생존권을 침해하며, 국제법상의 무력사용 및 무력위협 금지의 원칙, 침략전쟁 금지의 원칙, 한미상호방위조약의 방어의 원칙 및 국제인도법의 전투원과 민간인의 구별의 원칙 및 과도한 상해 및 불필요한 고통의 금지 원칙 등에 또한 위반됩니다.

나. 한미 연합 군사연습 및 작전계획 5015의 침략적 성격

(1) 작전계획과 한미 연합 군사연습의 관계

한미 연합 군사연습은 작전계획 5015에 따른 미 증원전력의 한반도 전개절차를 익히는 연습입니다. 여기서 “연습(Exercise)”란 “작전기획, 준비, 시행을 포함 모의된 전시작전이나 군사기동, 즉 작전계획 시행훈련으로

서, 연습은 전투, 전투지원, 전투근무지원 절차와 교리를 적용하여 최대한 실제와 같도록 실시” 합니다.²⁶⁾ 그러므로 한미 연합 군사연습의 성격과 내용은 작전계획 5015의 작전목적과 작전내용에 의해 규정됩니다.

(2) 작전계획의 개요

작전계획 5027은 한반도 전면전에 대비한 한미연합사/유엔사 작전계획이고, 작전계획 5026은 대북정밀타격을 위한 한미연합사/유엔사의 작전계획이며, 작전계획 5029는 북한의 긴급사태에 대비한 한미연합사/유엔사의 작전계획입니다.

작전계획 5015는 북한과의 전면전에만 초점을 두고 있던 작전계획 5027를 개선한 후속 계획으로, 작전계획 5027를 수정하여 전시 작전통제권 반환 이후에도 전면전과 국지전, 북한의 대량살상무기에도 대응할 수 있도록 설계되었습니다.

(가) 작전계획 5015의 작전목적 및 내용

1) 작전계획 5015의 작전목적 및 개요

작전계획 5015의 작전목적에는 참수작전을 포함한 북한 지도부 제거 작전과 북한군 격멸 작전, 무력 통일이 포함되며, 이는 맞춤형 억제전략과 4D 전략의 개념과 원칙에 의거해 수립되었습니다.

맞춤형 억제전략은 북한의 핵·미사일 사용 단계를 위협단계, 사용임

26) 합동연합작전 군사용어 사전, 합동참모본부, 2004

박단계, 사용단계 3단계로 구분하고, 북한이 핵·미사일을 사용할 징후만 보이면 사용임박 단계에서부터 선제 타격하고 그래도 여전히 살아남아 남한을 공격하는 북한의 핵·미사일은 미사일방어망을 통해 요격한다는 전략입니다.

4D 전략에서 4D는 탐지(Detect), 교란(Disrupt), 파괴(Destroy), 방어(Defense)를 의미하며, 4D 전략의 내용은 유사시 북한 땅에 있는 핵·미사일 고정발사대와 이동발사대를 탐지해 전자전 등을 통해 발사되지 못하도록 교란하고, 그럼에도 발사준비가 이루어지면 공대지 미사일 등을 통해 선제공격으로 파괴하며, 그래도 살아남아 발사에 성공하면 탄도 미사일 방어망으로 요격한다는 전략입니다. 탐지와 교란·파괴의 과정이 바로 선제공격 작전에 해당하며 이 과정에서 이루어지는 미사일 방어 역시 넓은 의미에서는 선제공격의 일환이라고 할 수 있습니다.

한편 한국군은 북핵·미사일 위협에 대하여 독자적인 억제 및 대응능력을 확보하기 위해서 대북 선제공격을 위한 한국형 3축 체계를 구축하고 있습니다. 3축체계란 북한의 핵과 대량살상무기 위협에 대응하는 총체적인 대응체계를 가리키는 개념인데, 국방부 관계자는 “한미의 4D 작전과 우리군의 킬체인 및 KAMD는 상호 보완적인 관계”라고 밝히고 있습니다. 국방부의 설명에 따르면 3축 체계란 북한이 발사한 탄도미사일을 요격하는 한국형 미사일방어체계(KAMD), 선제 타격하는 ‘킬 체인’(Kill Chain), 탄도미사일을 대량으로 발사해 북한을 응징하는 ‘대량응징보복’(KMPPR) 체계를 일컫습니다. 문재인 정부는 2019년 남북관계의 변화 등을 반영하여 ‘한국형 3축 체계’라는 용어는 폐기했지만 ‘핵·WMD(대량살상무기) 대응 체계’ 이름으로 여전히 한국형 3축 체계를 유지하고 있으며, 이를 위한 고성능의 무기체계 도입도 계속 추진하여 왔습니다. 이를 두고 남북 관계를 고려해 불필요

하게 상대를 자극하지 않으려는 취지라는 분석이 제기되어 왔습니다.

그런데 현 정부는 또다시 용어 변경 사실을 밝혔습니다. 국방부 관계자는 기자들과 만난 자리에서 “어제(2022.05.18.)부로 3축체계 관련 명칭을 변경하기로 했다”며 앞으로 국방백서나 공식 발표에서 해당 용어를 사용하게 될 거라는 입장을 밝혔는데, 이는 사실상 대북 선제공격을 위한 한국군의 3축체계를 강화하겠다는 것을 의미합니다.²⁷⁾

충무계획은 전시 대비 국가비상대비계획으로 전시 인력 및 자원 동원과 군의 작전계획 수행을 지원합니다. 충무계획은 군사적 위협에 대응하는 전시 대비훈련을 포함하는 비상대비훈련의 일환인 충무훈련을 통해 검증되는 만큼, 작전계획 5015와 매우 밀접한 관련이 있습니다. 충무계획의 일환으로 ‘충무 3300’ 과 ‘충무 9000’ 이 있는데, 충무 3300은 유사시 북한의 난민을 수용, 관리하는 계획이며, 충무 9000은 북한 정권이 붕괴할 경우 북한에 자유화행정본부를 설치해 남한의 통일부장관이 본부장을 맡아 북한을 임시 통치하는 계획입니다. 북한에 남한의 행정기구가 설치되어 운용된다는 것은 북한군이 격멸되고 북한 주민이 평정되었다는 것을 의미하는 것으로, 이는 작전계획 5015나 작전계획 5029에 따라 한미연합군 또는 남한군이 북한을 점령했다는 것을 전제로 하는 것입니다.

2) 작전계획 5015의 채택경과 및 내용

작전계획 5015는 그 내용이 민간에 정확하게 공개되어 있지 않습니다. 그러므로 한미안보협의회의(ROK-US Security Consultative Meeting, 이하 SCM) 및 언론보도에 의해 공개된 작전계획 5015의 채택경과 및 내용에 대해

27) "윤석열 정부서 부활하는 '한국형 3축체계' 용어…단순 명칭 변경?" (MBC, 2022. 5. 19.)

여 살펴보면 다음과 같습니다.

가) 2013. 10. 한미가 북한의 핵과 대량살상무기를 대비하기 위한 맞춤형 억제전략과 4D 전략에 합의

2013년 45차 SCM 공동성명 6항은 “양 장관은 북한 핵·WMD(대량살상무기) 위협에 대한 억제방안을 향상시키기 위해 양국의 ‘북한 핵·WMD 위협에 대비한 맞춤형 억제전략’을 공식적으로 승인하였다.” 라고 규정하였고,

2013년 45차 SCM 공동성명 7항은 “양 장관은 미사일 위협에 대한 탄지, 방어, 교란 및 파괴의 포괄적인 동맹의 미사일 대응전략(4D 전략)을 지속 발전시켜 나가기로 하였으며, 한반도 방어에 대한 동맹의 억제능력을 발전시켜 나갈 것을 재확인하였다. 김관진 장관은 대한민국이 신뢰성과 상호운용성이 있는 대응능력을 지속 구축할 것과 한국형 미사일 방어체계(KAMD)를 발전시켜 나갈 것임을 재확인하였다. 이를 위해 양 장관은 동맹 지휘·통제체계의 상호운용성을 증진시켜 나가기로 하였다. 양국은 북한의 핵·WMD 및 탄도미사일 위협에 대한 포괄적인 동맹능력을 발전시키기 위해 지속적으로 긴밀히 협의해 나가기로 하였다.” 고 규정하였습니다.

위 SCM 공동성명에서 합의한 ‘맞춤형 억제전략’ 과 4D 전략의 선제 공격 방안은 한반도 전쟁을 억제시키려는 전략이 아니라 오히려 선제공격과 전쟁을 유발하는 매우 위험한 도발 전략인바, 선제공격과 전쟁을 불법으로 규정하고 있는 국제법에 대한 명백한 위반입니다.

나) 2014. 10. ‘동맹의 포괄적 미사일 대응작전개념 및 원칙’ 정립

약속

2014년 46차 SCM 공동성명 7항은 “양 장관은 핵·화생탄두를 포함한 북한 미사일 위협을 탐지, 방어, 교란, 파괴하기 위한 ‘동맹의 포괄적 미사일 대응작전개념 및 원칙’의 정립을 통해 북한 미사일 위협을 억제 및 대응하는 동맹의 능력을 강화시켜 나가자는 약속을 재확인하였다. 한민구 장관은 대한민국이 독자적이면서 북한의 핵·미사일 위협에 대응하는 데 있어 핵심군사능력이며 동맹의 체계와 상호 운용 가능한 Kill-Chain과 한국형 미사일 방어체계(KAMD)를 2020년대 중반까지 발전시켜 나갈 것임을 재확인하였다. 이를 위해 양 장관은 북한 미사일 위협에 대한 정보공유를 강화시켜 나가기로 하였다.”고 규정하였습니다.

다) 2015. 6. 한미, 작계5015 서명

군 관계자는 2015년 6월 한미 양국군이 작계 5027을 대체하는 새로운 '작계 5015'를 만들어 양국 합참의장 간에 서명을 마쳤다고 밝혔습니다.²⁸⁾

한편 2015년 47차 SCM 공동성명 7항은 “양 장관은 핵·화생탄두를 포함한 북한 미사일 위협을 탐지, 교란, 파괴, 방어하기 위한 '동맹의 포괄적 미사일 대응작전개념 및 원칙(4D 작전개념)'의 이행지침을 승인”, “한민구 장관은 대한민국이 북한의 핵·미사일 위협에 대응하는 독자적 핵심군사능력이며 동맹의 체계와 상호 운용 가능한 킬 체인(Kill-Chain)과 한국형 미사일 방어체계(KAMD)를 2020년대 중반까지 지속적으로 발전시켜 나갈 것임을 재확인” 한다고 규정하였습니다.

한편, 2015. 11. 국방부 관계자는 “한미는 2013년 북한의 핵과 대량

28) "한미, 지난 6월 '작계5015' 서명... '북한 WMD' 공격적 제거 비중" (연합뉴스, 2015. 8. 27.)

살상무기를 대비하기 위한 맞춤형 억제전략을 만들었고, 이듬해 이를 4D 작전개념에 담았다” 며 “오늘은 이를 어떻게 이행할 것이냐에 대해 한미 공동의 지침을 만든 것” 이라고 설명했다. 이 관계자는 “4D 작전개념에는 ‘교란과 파괴’ 라는 것이 선제타격의 의미를 포함하고 있다. 적의 핵미사일 사용이 임박했다는 판단이 서면 선제타격도 한다는 것” ²⁹⁾이라고 설명했습니다.

윤석열 대통령도 이미 대선후보 시절 북한의 발사체 발사에 선제타격 능력 확보를 공약으로 내걸었으며, 2022. 1. 11. 신년 기자회견에서 “마하 5 이상의 미사일은 (발사) 조짐이 보일 때 3축 체계의 가장 제일 앞에 있는 킬체인 선제타격밖에는 막을 방법이 없다” 고 주장하기도 하였습니다.³⁰⁾

라) 2016. 2. 한미억제전략위원회, ‘4D 작전개념 이행지침’ 서명

2016년 48차 SCM 공동성명 6항은 “한민구 장관은 북한의 핵실험과 장거리 미사일 도발 후 美 전략자산의 수차례 한반도 전개, 올해 초 캘리포니아 반덴버그 공군기지에서 미측의 B-52, 지상기반요격체(GBI) 발사시설, 미니트맨Ⅲ 대륙간탄도미사일 발사 시현 등이 미국의 확장억제에 대한 이해와 신뢰를 제고하였다고 평가” , “양 장관은 또한 점증하는 북한의 탄도미사일 위협에 대한 동맹의 미사일 대응능력과 태세를 강화시킬 4D 작전개념 이행지침(CPIG, Concepts and Principals Implementation Guidelines)을 서명한 한미억제전략위원회(DSC)의 성과를 높이 평가하였다. 양 장관은 맞춤형 억제전략(TDS)과 4D 작전개념 이행지침의 실행력을 제고하기 위한 정책과 절차를 지속 발전시키기로 합의” 한다고 규정하였고,

29) "한미, 북핵·미사일 '선제 타격' 방침 공식화"(노컷뉴스, 2015.11.2)

30) "윤석열 “선제타격능력 확보해야”...북한 발사체에 선제타격론 재점화"(경향신문, 2022. 1. 17)

2016년 48차 SCM 공동성명 8항은 “양국은 북한의 핵·WMD 및 탄도미사일 위협에 대한 포괄적인 동맹능력을 발전시키기 위해 지속적으로 긴밀히 협의해 나가기로 하였다. 한민구 장관은, 대한민국이 북한의 핵·미사일 위협에 대응하는 독자적 핵심군사능력으로서 동맹의 체계(THAAD, 패트리엇 포함)와 상호 운용 가능한 Kill-Chain(킬체인)과 한국형 미사일 방어체계(KAMD)를 2020년대 중반까지 지속적으로 발전시켜 나갈 것임을 재확인“한다고 규정하였으며,

2017년 49차 SCM 공동성명 5항은 “양 장관은 맞춤형 억제전략(TDS)과 4D 작전개념 이행지침의 실행력을 제고하기 위해 한미 확장억제전략위원회(DSC) 및 확장억제전략협의체(EDSCG) 계기에 확장억제 관련 정책·절차와 협력 메커니즘을 지속 발전시켜 나가기로 하였다.“고 규정하였고,

2017년 49차 SCM 공동성명 7항은 “송 장관은 대한민국이 북한의 핵·미사일 위협에 대응하는 독자적 핵심군사능력으로서 동맹의 체계(THAAD, 패트리엇 포함)와 상호 운용 가능한 Kill-Chain, 한국형 미사일 방어체계(KAMD) 및 여타 동맹 시스템을 조속히 발전시켜 한미 연합방위태세를 향상시켜 나갈 것임을 표명하였다. 이에 따라 대한민국 군은 북한의 핵·미사일 위협에 대한 탐지·교란·파괴·방어 능력을 위한 투자를 지속해 나갈 것”라고 규정하였습니다.

이처럼 맞춤형억제전략과 4D작전개념은 선제공격을 전면적으로 반영한 초공세적 전략과 개념으로서 이에 따라 수립된 작전계획 5015는 선제공격을 위한 작전계획이며, 이 계획에 따라 진행되는 이번 2023년 한미연합연습은 선제공격을 위한 연습임이 분명합니다.

(3) 한미 연합 군사연습의 성격 및 내용

한미 연합 군사연습에서 연습하고자 하는 작전계획의 핵심은 미군이 본토에서 보내는 증원전력을 수용-대기-전방이동-통합하는 연습입니다. 즉, 한미 연합 군사연습에서는 한반도에서 전쟁이 발발했을 경우에 대규모 미군 전력을 받아서 전방에 투입시키기 전에 대기시키고, 준비가 되면 전선으로 이동시키며, 기존에 싸우고 있던 전력과 통합시켜 전투를 실시하는 상황을 연습하는 것입니다. 그러나 올 훈련에는 최근 몇 년간 이루어진 한미연합 훈련보다도 더욱더 한반도의 군사적 긴장을 고조시키는 몇 가지 차별점들이 존재합니다.

이번 훈련은 한국과 미국의 전략자산 전개, 대북 선제타격 계획, 미국의 핵우산 제공 등의 큰 틀 속에서 계획된 훈련입니다. 한미 국방장관은 지난 2022. 7. 29. 후반기 한미연합연습을 통합·확대하고 가까운 시일 내 고위급 확장억제전략협의체(EDSCG)를 개최하고, 이후 연내 한미 확장억제수단운용연습(TTX)도 진행하기로 하였습니다.³¹⁾ EDSCG가 정책적 차원이라면 TTX는 군사적 차원의 북핵 대응이라 할 수 있는데, TTX란 북한의 핵·대량살상무기(WMD)·미사일 등 위협에 따른 한미 양국의 억제·대응 연습을 말합니다. 여기엔 미국의 핵우산 제공과 유사시 대북 선제타격 등에 대한 내용도 포함되어 있는 것으로 알려져 있습니다. 실제 한미 국방장관은 같은 회담에서 북한의 7차 핵실험 때 전개되는 미군 전략자산에도 한국군의 관여를 확대하는 방안을 논의했습니다. 2023년의 한미연합연습은 이러한 한국과 미국의 전략자산 전개, 대북 선제타격 계획, 미국의 핵우산 제공 등을 포함한 큰 계획 안에서 진행되는 것으로, 국방부가 한미연합훈련이 방어적 훈련이라는

31) “한미, 연합연습 통합·확대…9월중 EDSCG 개최 합의”(연합뉴스, 2022. 7. 30.)

통상적 설명과 달리 최첨단 무기 등을 사용한 북한 선제타격을 포함한 공격적 훈련임을 알 수 있습니다.

이번 훈련은 어느 때보다 큰 규모로 이루어지는 훈련입니다. 한미 군당국은 앞선 1954년부터 주한유엔군사령부 주관의 군사연습 '포커스렌즈'(FL)를 실시해왔고, 1976년부터 FL과 을지연습을 통합한 '을지포커스렌즈'(UFL)를 진행, 2008년부터 '을지프리덤가디언'(UFG)으로 그 명칭을 바꿨습니다. 2023년의 한미연합연습은 지휘소 훈련인 '자유의 방패'(Freedom Shield · FS)와 야외 실기동 연합훈련 '전사의 방패'(Warrior Shield · WS)훈련이라는 이름으로 진행됩니다. 이번 훈련은 1·2부로 나눠 진행되던 이전의 훈련과 달리 최초로 11일 연속으로 진행되며 실제 전쟁 상황을 가정하여 진행됩니다. 또한 대규모 야외 실기동훈련(독수리 훈련)이 5년만에 부활되어 진행됩니다. 그리고 이후 사단급 쌍룡 연합상륙훈련이 실시될 예정입니다.³²⁾

2019년 이후 우리 군과 정부의 전시 대응훈련은 기존 을지연습과 한국군 단독의 '태극연습'을 연계한 '을지태극연습', 그리고 매년 전·후반기 2차례에 걸쳐 컴퓨터 시뮬레이션 방식으로 실시된 '한미 연합지휘소훈련'(CCPT)로 나뉘어 진행됐습니다. 한미 양국 군의 연합 FTX가 2018년 이후 대대급 이하 소규모로만 진행돼왔고 미 전략자산의 한반도 전개도 이때부터 사실상 중단됐던 상황이었던 것에 비하면 이번 훈련은 그 규모와 내용면에서도 큰 차이를 두고 있음을 알 수 있습니다.

이번 훈련에서는 한국과 미국의 전략자산이 투입되어 군사적 긴장을 높일 가능성이 큼니다. 군 안팎에선 연대급 이상 한미 연합 FTX가 재개되면

32) “文때 중단한 실기동 훈련, 5년 만에 '전사의 방패'로 부활”(TV조선, 2023. 3. 3.)

미군 전략폭격기나 원자력추진 항공모함 등 전략자산이 한반도에 전개될 것으로 보고 있는바, 한반도의 군사적 긴장을 더욱 더 고조시킬 수 밖에 없는 현황입니다.³³⁾ 예를들어, 지난 7월 11일부터 14일에는 한미 양국의 스텔스 전투기 F-35A 연합 비행훈련이 실시되었는데, 이는 F-35A가 국내에 도입된 지 4년 만에 최초였습니다. 그런데 미 국방부의 2018년 '핵 태세 검토 보고서'(NPR)는 2020년-2022년 사이 F-35A가 B-61 전술 핵폭탄 투하 임무를 맡게 될 것임을 언급한 바 있습니다. F-35A는 한국형 3축 체계의 한 축인 킬체인인 핵심전력중 하나라는 점, 킬체인은 북한 미사일을 탐지해 요격하는 일련의 작전 개념을 가리키는 것으로 여기에는 선제 타격이 포함되는 점을 고려하면 미국의 전략자산이 동원되는 이와 같은 훈련에 왜 북한 정부가 그토록 예민하게 반응하고, 그 때마다 남북관계가 악화되고 실질적인 한반도의 군사적 긴장이 높아졌는지 알 수 있습니다.

또한 이번 연합연습에서 군은 '공격적'인 대북작전을 다룬다는 점을 공식적으로 공개하였습니다. 한미 군 당국은 그동안엔 북한이 연례 한미 훈련 때마다 "북침 전쟁연습"이라고 주장하며 강하게 반발해온 점 등을 감안, 연례 한미훈련이 "방어적 성격"임을 강조하며 그 시나리오에 '반격'이 포함된 사실을 공개적으로 언급하는 걸 자제해온 측면이 있습니다. 이미 국방부는 2022년 을지프리덤실드(UFS) 연합연습에서부터 그 훈련을 1:2부로 나누어 '2부 연습' 때 일부 정부 부처의 자체 연습과 더불어 수도권 안전 확보를 위한 역공격 및 반격작전에 관한 군사연습이 실시될 예정이라고 밝힌바 있습니다.³⁴⁾ 나아가 이번 2023년 한미 연합연습에서는 기존에 실시한 '격퇴·방어' 단계를 생략하고, 바로 한미 연합군의 '반격 및 북한 안정화 작전' 부터 실시하는 것으로 확인되었습니다. 군 관계자는 "이번 훈련은 북한의

33) "한미 국방장관, 29일 워싱턴서 '확장억제' '연합훈련' 논의"(뉴스1, 2022. 7. 25.)

34) "후반기 한미훈련... 1부 '격퇴·방어' 2부 '반격' 등 13일간 실시"(뉴스1, 2022. 8. 1.)

선제 도발에 수동적으로 대응하는 차원의 방어보다는 대북 전면전이 발생했을 때 연합 반격 작전의 수행 역량과 동계 기간 전술적 시나리오를 점검하는 데 초점이 맞춰졌다” 고 밝혔습니다.³⁵⁾ 군이 연합연습에서 대북 반격 작전을 다룬다는 점을 공식적으로 공개한 것은 이례적이었습니다. 2023년 프리덤실드(Freedom Shield·자유의 방패) 한미연합훈련은 국방부의 방어적 훈련이라는 설명과 달리 선제타격을 포함한 공격적인 훈련이라는 점을 공식적으로 밝힌 것입니다. 또한 작년 8월 실시된 을지프리덤실드(UFS)’ 한미연합연습에 대하여 군 관계자는 “국가 총력전 개념의 전구급 연합연습이 될 것”이라고 밝히며, 국가 총력전으로서 한반도 전체를 배경으로 하는 가장 큰 규모의 훈련으로 실시되었습니다.³⁶⁾ 그런데 이번 2023년 한미연합훈련은 2022년의 을지프리덤실드(UFS)훈련보다도 더 큰 규모, 미국의 전략자산 실제 전개를 전제로 한다는 점에서 한반도의 군사적 긴장을 고조시킬 위험성과 선제적 공격훈련으로서의 성격이 더욱 더 크다고 할 것입니다. 실제 군 소식통에 따르면 이번 훈련 기간 대규모 야외기동훈련(FTX)도 병행될 것으로 보입니다. 한미 해군과 해병대의 사단급 연합 상륙훈련인 ‘쌍룡훈련’을 비롯해 20여 개 실기동훈련이 진행됩니다. 문재인 정부 때 중단된 전구급 연합 야외기동훈련인 독수리훈련(FE)이 5년 만에 부활되고, 특히 쌍룡훈련은 2018년을 끝으로 중단됐다가 5년 만에 여단급에서 사단급으로 규모를 키워 재개됩니다. 훈련 막바지에는 미 핵추진 항모 강습단도 참가해 연합 항모강습단 훈련과 한미일 미사일 경보훈련도 진행될 것으로 예상됩니다.³⁷⁾

또한 국방부는 킬 체인의 하나인 ‘레프트 오브 런치’(Left of Launch) 개념을 강화하겠다고 밝혔는데, 이는 유사시 북한을 선제 타격하는 킬 체인

35) “한미, 13~23일 ‘北지도부 축출-주민 지원’ 훈련” (동아일보 2023. 3. 4)

36) “이달 한미연합훈련 文정부와 달리 '국가총력전'으로”(TV조선, 2022. 8. 1.)

37) “한미, 13~23일 ‘北지도부 축출-주민 지원’ 훈련”(동아일보, 2023. 3. 4.)

(Kill Chain), 핵·미사일을 방어하는 한국형 미사일방어체계(KAMD), 공격 받은 이후 압도적 전력으로 대규모 보복에 나서는 대량응징보복(KMPR) 등 3축 체계 가운데 킬 체인의 하나입니다. 국방부 관계자는 레프트 오브 런치'(Left of Launch)란 “미사일 발사 전 이를 교란하고 파괴하는 개념을 발전시킬 것” 이라고 설명했습니다. 이는 발사 후 요격 방어를 뜻하는 '라이트 오브 런치'(Right of Launch)와 대비되는 용어입니다.³⁸⁾

(4) 소결 : 작전계획 5015 및 한미 연합군사연습의 침략적 성격과 위험성

이상 설명한 바와 같이 작전계획 5015와 이에 따른 한미 연합군사연습은 북한 지도부 제거 작전과 북한군 격멸 작전, 무력 통일을 목적으로 하는 등 침략적 성격을 가지고 있으며, 선제공격을 예정하는 것을 통해 전쟁위기를 해소하는 것이 아니라 오히려 전쟁을 촉발하고 확대합니다.

군은 이미 2023년 프리덤실드(Freedom Shield·자유의 방패) 연합훈련에 대해 기존에 실시한 ‘격퇴·방어’ 단계를 생략하고, 바로 한미 연합군의 ‘반격 및 북한 안정화 작전’ 부터 실시한다고 밝혔습니다, 그리고 이번 연습은 위기관리연습(CMX) 단계에서 전쟁을 선포한 뒤 방어·격퇴 단계의 1부 훈련을 건너뛰고 반격·수복·북한정권 축출·북한 안정화 등을 점검하는 2부 훈련을 집중적으로 시행하도록 계획된 것입니다.³⁹⁾⁴⁰⁾ 그런데 한반도에 전쟁위기가 조성되었다고 해서 선제공격을 하게 되면 설령 제한적인 핀포인트 공격이라고 해도, 전쟁위기를 평시 상태로 되돌릴 수 있는 길은 아예 봉쇄되고 필연적으로 전면전으로 비화됩니다. 더욱이 군은 핵 미사일 뿐만

38) “北 미사일 쏘기 전에 초토화’ 軍,24시간 논스톱 한·미 훈련”(중앙일보, 2023. 1. 11.)

39) “한미, 13~23일 ‘北지도부 축출-주민 지원’ 훈련”(동아일보, 2023. 3. 4.)

40) “북한,한·미 연합군사훈련 발표에 ‘같은 방식으로 얼마든지 대응’”(경향신문, 2023. 3. 5.)

아니라 생물학 무기를 비롯하여 장사정포에 대해서도 선제공격을 하겠다는 의지를 표명하고 있습니다. 이는 국지전을 전면전으로, 재래식전쟁을 핵전쟁으로 확대할 위험성이 있어 대북 선제공격은 남북한의 모든 생명과 재산을 담보로 하는 무모하기 짝이 없는 행위입니다.

다. 2023년 한미 연합 군사연습의 위헌성 및 위법성

(1) 헌법상의 국제평화주의 및 평화통일 원칙 위반

(가) 헌법상의 국제평화주의와 침략전쟁 금지의 원칙 위반

우리 헌법 제5조 제1항은 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.”고 규정하고 있습니다. 2023년 한미 연합 군사연습은 북한지역에 대한 군사적 점령과 북한정권의 붕괴를 목표로 하고 있고 또한 북한에 대한 선제공격을 예정하고 있어, 침략행위를 목적으로 하고 있는 전쟁연습이라고 할 수 있으므로, 침략전쟁을 금지한 국제법과 침략전쟁 금지를 규정하고 있는 헌법 제5조 제1항에 위반됩니다.

한편 우리 헌법 제5조 제2항은 “국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수된다.”라고 규정하고 있습니다. 2023년 한미 연합 군사연습은 국군의 국토방위 의무를 벗어나 침략행위를 목적으로 하고 있는 전쟁연습이므로 이는 헌법 제5조 제2항에도 위반됩니다.

(나) 헌법상의 평화통일 원칙 위반

우리 헌법 제4조는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본 질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정하고 있습니다.

따라서 대북 무력의 사용과 위협은 평화통일의 원칙에 비추어 평가되어야 할 것이며, 이렇게 볼 때 작전계획 5015에 따른 2023년 한미 연합 군사연습은 작전계획 5015의 작전목적에서 본 바와 같이 ‘북한 지도부 제거, 북한군 격멸 작전’ 인바, 이는 무력통일을 상정하고 있어 헌법 전문 ‘평화적 통일의 사명’, 헌법 제4조 등 헌법이 규정하고 있는 평화통일에 정면으로 위배됩니다. 나아가 우리 헌법이 추구하는 평화통일원칙을 지속적으로 천명해 온 7.4 남북공동성명, 남북기본합의서, 6.15 남북공동선언, 2018. 4. 27. 판문점선언, 2018. 9. 19. 평양공동선언 등 남북 사이의 중요한 합의에도 위배되는 것입니다.

(2) 국제법 등 위반

(가) 국제법상의 무력사용 및 무력위협 금지의 원칙 위반

유엔헌장 제2조 제4항은 “그 어떤 국가의 영토보전 혹은 정치적 독립”을 해하거나 기타 “유엔의 목적에 위배되는 방식의 무력사용이나 무력위협(threat or use of force)”을 금지하고 있습니다. 즉 현실적인 무력 침공 혹은 공격만이 아니라 무력의 위협도 원칙적으로 금지하고 있는 것입니다. 북한에 대한 선제공격을 위한 작전계획에 따라 최대한 실전과 같이 진행되는 한미연합 군사연습의 성격상, 동원되는 한미연합군의 규모가 세계 최대

규모로 예상되는 점, 항모강습훈련, 상륙훈련 등 실제 진행되는 훈련이 대표적인 공격훈련이라는 점, 미사일과 스텔스 전투기 등 동원되는 무기가 공격 무기라는 점 등을 종합적으로 고려할 때 UFS 한미연합훈련은 북한에 대한 무력의 위협입니다. 따라서 무력의 위협에 해당한다고 볼 수 있는 한미 연합 군사연습은 유엔헌장 제2조 제4항에 위반됩니다.

(나) 국제법상의 침략전쟁 금지의 원칙 위반

오늘날 관습적 국제법의 구성요소로 받아들여지는 뉘른베르크 헌장은 침략의 범죄에 대해 “침략전쟁, 혹은 국제조약·합의 또는 보장 또는 공동계획의 참여에 위반하는 전쟁을 계획·준비·착수하는 행위, 혹은 앞에서 열거한 여하의 사항을 성취하기 위한 음모”라고 정의하였습니다. 따라서 대북 선제공격과 침략을 위한 작전계획 5015 및 이에 따른 한미연합 군사연습을 실시하는 전쟁범죄 행위입니다. 뉘른베르크 재판부는 판결문에서 “침략전쟁은 단지 하나의 국제범죄가 아니라 그 안에 집적된 악의 총체를 포함한다는 점에서 다른 전쟁범죄와는 구분되는 최고의 국제범죄”라고 밝히기도 하였습니다. 뉘른베르크 헌장의 ‘침략범죄’는 국제형사재판소에 관한 로마규정 8조의 개정안(2010.6.11)으로도 반영되어 있습니다.⁴¹⁾

또한 1974. 12. 14. 유엔총회가 채택한 “침략의 정의” 결의 제3조는 다음과 같은 행위를 침략행위로 간주하고 있는 바,

41) Article 8 bis Crime of aggression

1. For the purpose of this Statute, “crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.

<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

- (a) 어떤 국가의 군대에 의한 다른 국가의 영역에의 침입이나 공격, 일시적 일지라도 어떠한 침입 혹은 공격의 결과로서 생기는 군사적 점령, 무력 행사에 의한 다른 국가의 영토의 전부 또는 일부의 병합.
- (b) 어떤 국가에 의한 타국 영역에 대한 포격 또는 타국에 대한 병기의 사용.
- (c) 국가의 군대에 의한 타국의 항만 및 연안의 폐쇄,
- (d) 국가의 군대에 의한 타국의 육·해·공 또는 선대(船隊)나 비행기에 대한 공격.
- (e) 접수국과의 합의에 따라 그 영역 내에 주둔하는 어떤 국가의 군대가 당해 합의규정의 조건에 반하는 사용 또는 당해 합의가 종료된 후에도 당해 군대가 계속 주둔하는 것.
- (f) 타국의 사용에 제공되는 국가영역을 당해 국가가 제3국에 대한 침략행위를 행하기 위하여 사용하는 것을 허용하는 국가의 행위.
- (g) 전기의 행위에 상당하는 중대성을 갖는 무력행위를 타국에서 실행하는 무장집단, 비정규군 혹은 용병의 국가에 의한 국가를 위한 파견, 어떠한 행위에 대한 국가의 실질적 관여.

작전계획 5015에 따른 2023년 한미 연합 군사연습은 위 결의 (a), (b), (c), (d) 에 각 위반하는 침략행위를 목적으로 하고 있는 전쟁연습이므로 침략행위를 반대하는 유엔정신에 어긋납니다.

국제법이 허용하는 무력사용은 자국에 대한 타국의 ‘무력공격이 발생한’ 경우에 자위권으로서만 가능한데, 이 경우도 다른 국가의 무력공격을 무력화하기 위한 최소한도의 무력행사에 그쳐야 함에도, 작전계획 5015에 따른 2023년 한미 연합 군사연습은 자위권의 범위를 현저히 넘어 침략을 목적

으로 하는 침략적 전쟁연습으로서 국제법의 정신에 어긋납니다.

(다) 한미상호방위조약의 방어의 원칙 위반

한미상호방위조약은 제1조에서 ‘국제분쟁의 평화적 수단에 의한 해결’, ‘무력 위협이나 무력 행사 삼가’, 제2조에서 ‘외부로부터의 무력공격에 의하여 위협을 받을 시 상호협의를, 한미상호방위조약은 ‘외부로부터의 무력공격에 대한 방어’ 로 조약의 범위를 한정하고 있다고 할 것입니다. 그런데 작전계획 5015에 따른 2023년 한미 연합 군사연습은 작전계획 5015의 작전목적에서 본 바와 같이 방어적 성격이 아니라 공격적이고, 이는 설사 북의 남침을 가정한다 하더라도 북한군에 대한 격퇴와 무력화의 수준을 현저히 넘어서는 침략적 성격의 한미연합연습으로 한미상호방위조약에도 위배됩니다.

(라) 국제인도법 위반

전시국제법의 효시를 이루는 상트페테르부르크 선언(1864년)은 “한 국가가 전쟁 중 달성하기 위해 노력해야 하는 유일하고 합법적인 목적은 적의 군사력을 약화시키는 것” 이라고 천명하고 있으며, “이러한 목적 — 적의 군사력을 약화시키는 — 을 위해서는 병력(부대)의 주력을 무력화시키는 것으로 충분하다” 고 밝히고 있습니다.. 적의 주력을 무력화해 승기를 잡은 조건에서는 적을 격멸시키기 위해서 추가적인 살상을 하지 말라는 의미입니다.

이는 이후 전시 불필요한 과잉 살상을 막기 위한 전시국제법 원칙 중

에서도 기본 원칙으로 자리 잡았습니다. 따라서 북한군을 격멸하겠다는 한미 연합군의 군사전략과 작전계획은 국지전이든 전면전이든 북한군에 대한 불필요한 과잉 살상으로 이어져 전시국제법 위반입니다.

또한 대북 선제공격전략과 작전은 민간인을 무차별적으로 공격함으로써 전시국제법을 위반할 수도 있습니다. 2021. 9. 15. 시험발사에 성공한 현무 탄도미사일은 탄두 중량이 무려 6톤에 달해 1kt의 전술핵무기의 위력을 발휘할 수 있다고 하며, 나아가 국방부는 7~8톤 탄두 중량의 탄도미사일도 개발하고 있는 것으로 알려지고 있습니다.⁴²⁾ 군은 7~8톤에 달하는 탄도미사일을 북한 주석궁 등 김정은 국무위원장의 은신처를 공격해 제거하는 데 사용하겠다고 공공연히 밝히고 있습니다. 이에 개전과 함께 그 위력이 전술핵무기에 버금간다는 탄두 중량 4톤 이상의 현무 탄도미사일로 평양 주석궁을 타격한다면 주석궁 주변에 거주하는 평양시민들도 필히 피해를 입게 됩니다. 이는 민간인에 대한 무차별 공격을 금지한 헤이그 4협약과 부속 육전법과 관습에 관한 규칙과 제네바 협약 추가의정서 등의 전시국제법을 위반하게 됩니다.

(마) 비례의 원칙 위반

전시 국제법의 기본 원칙이란 전시에 따라야 할 사항을 규정한 여러 조약과 국제 관습법들이 공통적으로 추구하는 전쟁의 목표와 수행방법을 기본 원리화한 것으로, 그 중 ‘비례의 원칙’은 이러한 원칙 중 가장 중요한 내용을 이룹니다. 이러한 비례의 원칙은 국내법과 국제법을 막론한 모든 법체계에서 강조되고 있는데, 이는 목적과 수단의 관계에 작용합니다. 비례의

42) “軍, 세계 최대 ‘7~8 t 탄두’ 탄도미사일 개발 눈앞” (동아일보, 2021. 9. 28)

원칙에 따르면 군사적 목적을 달성하기 위해 필요 이상의 전투력은 사용할 수 없습니다. 전투력 사용 과정에서 달성하는 성과와 그 과정에서 발생하는 피해를 비례 계산하여 균형 시험(balancing test)을 시행했을 때, 부수적 피해가 과도하다고 판단되면 전시 국제법에 위반됩니다.

어떤 경우가 공격으로 인해 부수적으로 발생한 인명 손실이나 물적 손해가 비례성을 초과했는지 정확히 말하는 것은 어렵고, 이는 당시의 전반적인 상황을 어떻게 해석하는가에 따라 달라질 수 있습니다. 그러나 작전계획 5015에 따른 2023년 한미 연합 군사연습은 작전계획 5015의 작전목적에서 본 바와 같이 방어적 성격이 아니라 공격적 성격을 띄고 있으며, 북의 남침을 가정한다 하더라도 북한군에 대한 격퇴와 무력화라는 군사적 목적을 달성하기 위한 필요 전투력을 훨씬 초과하여 사용하는 것으로 비례의 원칙에도 위반됩니다.

(3) 평화적 생존권 침해

(가) 평화적 생존권의 제한

한미 연합 군사연습의 대북 무력 위협으로 인해 한반도의 전쟁위기가 심화되어, 청구인들의 평화적 생존권을 제한합니다.

(나) 비례원칙 심사

1) 목적의 정당성

한미 연합 군사연습은 전쟁 억제와 한반도 평화 유지를 위한 목적을

내세우고 있으나, 실제로는 무력통일을 목적으로 하는 연습이며, 무력통일은 우리 헌법 제4조 평화통일의 원칙에 정면으로 위배되기 때문에 목적의 정당성이 부정됩니다.

2) 수단의 적합성

한미 연합 군사연습은 선제 핵공격연습 및 무력통일 등 침략적 전쟁으로 평가될 수 있는 훈련에 대한 연습을 수단으로 하고 있다는 점에서 헌법 제4조, 제5조를 위반하고, 오히려 전쟁위기를 심화시키거나 전쟁을 유발할 수 있다는 점에서 평화 유지에 적합한 수단이 아닙니다.

3) 침해의 최소성

설령 연합훈련을 하더라도 선제 핵공격, 체제전복, 무력통일 등 전쟁위기를 심화시키거나 전쟁을 유발할 수 있는 훈련을 내용으로 하지 않고 보다 평화적인 방법(방어훈련 중심)으로 연습을 할 수 있다는 점에서 침해의 최소성이 부정됩니다.

4) 법익의 균형성

한미 연합 군사연습은 달성하려는 법익이 평화라고 하나 전술한 바와 같이 오히려 전쟁위기를 심화시키거나 전쟁을 유발할 수 있다는 점에서 그 목적으로 하는 법익 달성이 되지 않으며, 오히려 평화적 생존권을 심대하게 침해한다는 점에서 법익의 균형성 요건도 충족하지 않습니다.

(4) 선제공격이 자위권의 일환이라는 주장에 관하여

2023년 한미 연합 군사연습의 위헌성 및 위법성을 검토함에 있어 아

래에서는 가장 많이 제기되는 비판 즉, 이와 같은 훈련이 헌법 및 국제법에 위반될 소지가 있다고 하더라도 침략을 막기 위한 자위권으로서 그 같은 훈련을 할 수 있다는 주장에 관하여 답변하고자 합니다.

위와 같은 주장은 평화가 전쟁 없이 적국에 예측되는 것을 감수하는 것을 의미하지 않으므로 평화가 전쟁에 대비한 군사훈련을 하지 말아야 한다는 명분이 되어서는 안된다든지, 전쟁은 국가비상사태로서 실제 어느 전쟁이 침략적 전쟁인지 방어적 전쟁인지 그 구별이 명백하지도 않으므로 전시 상황에 대비한 준비행위를 막을 수 있는 권리를 인정하는 것은 전쟁발발의 예측불가능성 전쟁의 참혹성을 간과한 것이라는 것이 그 주된 논지를 이룹니다.

그러나 이러한 주장은 첫째, 대한민국이 선제적인 군사 공격을 받은 상황과 이 사건 훈련이 주장하는 ‘선제적 자위권’의 개념이 근거하는 상황을 혼동한 것이거나, 둘째, 이 사건 훈련이 포함하고 있는 작전내용과 목표 등을 충분히 감안하지 않은 주장이라 할 것임이다. 전술한바와 같이 이미 한미 연합 군사연습 및 작전계획 5015의 침략적 성격에 대해서는 충분히 설명하였으므로, 아래에서는 선제적 자위권 개념이 ‘급박성’이라는 모호하고 국제관계에 큰 위협을 초래할 수 있는 개념에 기초한 것으로 헌법 및 국제법에 위반됨을 논증하고자 합니다.

우리 헌법과 국제법이 허용하고 있는 무력행사란 유엔헌장 51조의 “이 헌장의 어떠한 규정도 국제연합회원국에 대하여 무력공격이 발생한 경우, 안전보장이사회가 국제평화와 안전을 유지하기 위하여 필요한 조치를 취할 때까지 개별적 또는 집단적 자위의 고유한 권리를 침해하지 아니한다. “의 경우이며 다른 국가로부터 먼저 선제공격을 받았을 경우 이를 격퇴하

기 위한 무력행사에 한정됩니다. 즉, 방어적 목적의 전쟁에 대해서만 유일하게 합법적 무력행사, 정당한 전쟁행위로 허용하고 있는 것입니다. 따라서 북한이 대남 선제공격을 해오지 않는 한 대북 선제공격은 그 어떤 경우와 방식에도 불구하고 유엔헌장에 따라 불법적·부당한 무력 행사가 된다고 할 것입니다.

그러나 금번 한미연합훈련을 진행하고자 하는 현 정부의 가장 주요한 논리는 이와 같은 것으로 ‘선제적 자위권’이란 개념을 그 뼈대로 하고 있습니다. 선제적 자위권(anticipatory self-defence)은 미국 등의 특징적인 주장으로서 “관습법상 주권국가의 고유 권리“로 상대방의 무력 공격(선제)이 명백히 예상되는 ‘급박성(imminence)’의 요건이 충족될 경우에는 관습법상 자위권에 의거해 선제적 자위권을 행사할 수 있으며, 그 일환으로 선제공격을 할 수 있다는 주장입니다.⁴³⁾

이러한 현 정부의 입장은 정부 고위관료들의 발언들에서도 확인되는 바, 군의 최고위급 장성인 원인철 합동참모본부 의장은 “북한이 핵 발사에 이르지 못하도록 미리 공격할 수 있다”고 말하였었습니다.⁴⁴⁾ 또한 실제 현 정부의 국방부장관인 이종섭 장관은 장관후보자 시절 국회 국방위원회 인사 청문회에서 ‘선제타격론에 대한 입장’에 대한 설훈 더불어민주당 의원의 질의에 “우리에게 위협이 되는, 예를 들어 핵탄재 미사일 발사 직전이란 상황이 판단될 때 조치를 취할 수 있다“, “선제타격은 판단이 굉장히 어렵지만 군사적으로 그런 개념을 갖고 계속 발전시켜 나가고 있다“고 입장을 밝히기도 했습니다.⁴⁵⁾

43) 국방부, 전쟁법 해설서(Law of Armed Conflict), 2013.

44) “합참의장 “北 핵무기 사용 전 선제 타격…전술핵은 검토 안 해””(국민일보, 2021. 10. 6.)

45) “이종섭 “선제타격, 군사적 시각서 이해해야… 개념 발전 중””(뉴스1, 2022. 5. 4)

그러나 유엔은 침략행위(act of aggression)에 대해 “일국에 의한 타국의 주권, 영토보전 혹은 정치적 독립에 대한 또는 유엔헌장과 양립하지 않는 기타의 방법에 의한 무력의 행사“로 규정하고 있습니다(유엔헌장 1조 1항, 39조). “유엔헌장 2조 4항의 무력 행사 금지 원칙은 오늘날 강행규범 또는 대세적(erga omnes, 예외 없는) 의무에 해당하는 일반 국제관습법의 원칙으로서 인식되고 있으며 그 중대한 위반은 침략을 구성“합니다.⁴⁶⁾ 이에 따라 북한을 포함한 타국에 대한 선제공격은 상대 국가의 선제공격이 발생하지 않는 한 유엔헌장 2조 4항과 51조, 헌법 4조, 5조 1, 2항을 위반한 침략행위라고 할 것입니다.

유엔의 '침략의 정의' 2조도 “특정 국가가 유엔헌장을 위반하고 무력을 선제 행사하는 것은 침략행위의 주된 증거가 된다“고 규정하고 있습니다. 따라서 설령 대북 선제공격이 한미 국방부가 주장하는 이른바 '급박성'이라는 이는 명백한 침략행위에 해당합니다. 앞서 살펴본 것처럼 '급박성'을 이유로 선제공격을 하게되면 유엔헌장 2조 4항과 51조, 헌법 4조, 5조 1항 등에 위배되기 때문입니다.

상대방이 선제공격한 후 방어하는 것보다 선제공격하는 것이 더 현실적이고 설득력도 있다는 일각의 주장도 있습니다. 이는 그럴 듯하게 들리지만 근시안적이고 무책임한 주장입니다. 왜냐하면 '급박성(imminence)'이란 도 대체 무엇을 의미하는 것인지 매우 모호한 개념이기 때문입니다. 키신저 전 미국 국무장관의 표현대로 “그것은 한 시간인지, 하루인지, 또는 한 세기를

46) 金奭賢. 「UN憲章 第2條 4項의 危機」, 2003, 『국제법학회논총』 48(1) p.71-102.

의미하는 것인지 알 수 없는” 것으로 매우 모호하고 또 주관적인 개념입니다.⁴⁷⁾

그러한 고전적인 선제적 자위의 논리에 비추어 윤석열 대통령을 비롯하여 군 관계자들이 제기하는 대북 선제공격의 논리는 대체로 정당방위의 범주에 들기보다 오히려 예방전쟁의 범주에 해당된다고 보아야 할 것입니다. 이는 현재 국제법학계의 통설이라고 판단됩니다.⁴⁸⁾ 진정한 의미의 선제적 자위권이 인정되기 위하여는 적어도 상대국의 실제적인 전쟁기동이 수행되고 있으며, 그것을 차단하기 위하여 무력적 대응이 불가피한 상황이 되지 않으면 안될 것입니다. 이를 Dinstein은 소위 차단적 방어(interceptive self-defense)라고 표현하고 있습니다.⁴⁹⁾ 그렇게 볼 때, 단순히 위협을 제거(preemption)하는 차원의 선제적 공격은 방어전쟁의 범주가 아니라 예방전쟁의 범주로서 명백한 침략행위로 불법입니다.

대남 선제공격을 감행한 인민군에 대해 국군은 인민군이 남한의 영토, 영해, 영공을 침공한 시점에 이를 격퇴할 수 있습니다. 그러한 방어를 위한 군사훈련까지도 평화적생존권을 침해하는 행위라고 주장하는 것이 아닙니다. 군사분계선 이북에 가상으로 설정한 전술조치선(Tactical Action Line) 또한 하나의 예가 될 수 있습니다. 인민군 전투기가 궤도상 남한을 향해 날아온다면 전술조치선을 넘어설 때 남한 요격기를 출동시켜 요격에 대비하다가 군사분계선을 넘어 남한 영공을 침공하면 그때 요격하면 됩니다. 그러나 그 인민군 전투기가 남한을 향해 날아온다고 하여 북한 영공에서 이를 격추

47) E Henry Kissinger, Beyond Baghdad, New York Post, Aug, 11, 2002, p.24 : also in Washington Post, Aug, 12, 2002

48) 김대순, 앞의 책, 902쪽 이하.

49) Yoram Dinstein, War, Aggression and Self-Defense(제4판, Cambridge University Press, 2005), 187쪽 이하 참조.

시키거나, ‘남한을 향한 것이 분명하므로’ 이륙하지 않은 북한 전투기를 요격한다면 이는 ‘급박성’ 등의 미사여구를 동원하더라도 당연히 침략행위에 해당할 수 밖에 없다고 보는 것이 상식에 부합한다 할 것입니다.

대한민국의 주변 국가와 대한민국이 외교적·군사적 갈등 상태에 있었고 만약 대한민국이 그 국가를 먼저 공격하지도 않았는데 그 국가가 선제적 자위권을 이유로 먼저 대한민국을 공격을 해왔다고 가정한다면, 그 국가는 명백하게 대한민국에 대한 침략행위를 한 것으로 국제사회가 금지하는 선제공격을 한 것에 해당합니다. 따라서 ‘선제적 자위권’ 과 같은 자신의 논리를 주장한다고 한들 그 침략행위에 대해 대한민국은 물론 국제사회의 구성원들의 비판에서 결코 자유로울 수 없을 것입니다.

니카라과 사건에서 국제사법재판소(ICJ)는 1986년 6월 27일 미국의 군사적, 준군사적 활동 사건이 국제법상 위법하다고 판결하였습니다. 이 사건에서, 국제사법재판소는 미국이 주장한 집단적 자위권 중 예방적 정당방위 즉, 무력공격이 지금 현재 없으나 무력공격이 임박하여 위협에 처했을 때, 이에 대해 선제적으로 정당방위를 발동하는 행위라는 개념을 부정하였습니다. 국제사법재판소는 자위권 행사의 전제가 되는 무력공격 요건에 일정한 임계점을 설정함으로써, 규모와 효과 면에서 일정한 중대성을 충족하지 못하는 소규모 적대행위에 대해서는 UN헌장 제51조의 자위권 행사가 허용되지 않는다고 실시하였습니다.

남북간의 군사적 대치 국면에서 자주 발생하는 비무장지대나 북방한계선에서 이루어지는 소규모 국경충돌도 유엔 헌장 제51조에 따른 무력공격의 중대성 요건을 충족하지 못하므로, 위와 같은 예방적 정당방위 혹은 선제적 자위권과 같은 주장은 설자리가 없습니다.

국제사회가 오늘날까지 그토록 전쟁과 무력사용을 막고 이를 불법화하기 위해 노력해 온 것은 선제공격을 불법화함으로써 전쟁과 무력 사용을 가능한 한 최소화하는 쪽이 선제공격을 합법화함으로써 전쟁과 무력 행사를 전면화하고 남용하는 쪽보다 인류의 생명과 자산을 지키는 데 훨씬 더 크게 복무해왔기 때문입니다.

특히나 지금의 시대는 핵무기 사용이 가능한 시대이기 때문에 우리는 더 더욱 선제공격을 합법화하고 허용해선 안됩니다. 상대방의 핵무기 사용에 대한 위협만으로 핵을 선제 사용하게 되면 핵 선제 불사용에 비해 핵무기의 남용의 결과를 가져올 것이 분명하며, 이는 비핵국가의 핵국가에 대한 선제 공격은 핵국가의 핵사용을 촉진함으로써 국가와 민족의 존립 자체를 근원적으로 위협할 뿐 아니라 인류의 파멸까지 초래할 수 있기 때문입니다.

따라서 선제공격이 자위권 사용의 일환이 될 수 있다는 주장 및 이 사건 훈련이 그와 같은 자위권 사용의 일환일뿐이라는 주장은 타당하지 않으며, 이 사건 훈련은 평화통일을 천명한 헌법 4조와 대통령에게 평화통일의 의무를 부여하고 있는 헌법 69조, 침략전쟁을 부정한 헌법 5조 1항, 국군의 의무를 방어로 한정된 헌법 5조 2항에 및 국제법 등에도 위배됩니다.

4. 청구인 적격

헌법재판소가 본안판단을 하기 위해서는 청구인 적격이 인정되어야 하며, 청구인 적격의 요소로는 기본권 침해의 자기관련성, 직접성, 현재성이 있습니다.

가. 청구인 구성

① 청구인1. 000 내지 청구인12. 000 총 12인은 주한미군의 사드기지 주변인 경북 성주군에 거주하는 주민들이고, ② 청구인13. 000 내지 청구인18. 000 총 6인은 주한미군의 사드기지 주변 김천시에 거주하는 주민들이고, ③ 청구인19. 000 내지 청구인24. 000 총 6인은 광주 공군공항 주변에 거주하는 주민들이고, ④ 청구인25. 000 내지 청구인28. 000, 총 4인은 평택 미군기지 주변에 거주하는 주민들이고, ⑤ 청구인29. 000 내지 청구인31. 000 총 3인은 경기북부 미군기지 주변에 거주하는 주민들이고, ⑥ 청구인32. 000 내지 청구인41. 000는 군산미군기지 주변에 거주하는 주민들이고, ⑦ 청구인42. 000 내지 청구인117. 000 총 76명은 한반도의 평화를 위한 시민단체에서 활동하는 자들이고, ⑧ 청구인118. 000 내지 청구인153. 000 총 36명은 전국에 거주하는 평화를 사랑하는 대한민국 국민입니다.

나. 자기관련성

헌법재판소는 2005헌마268 전원재판부 결정으로, “오늘날 전쟁과 테러 혹은 무력행위로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제가 되는 것이므로 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하며, 그 기본 내용은 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 볼 수 있다” 라고 선언하였습니다.

오늘날 전쟁은 국가의 판단에 따라 국가단위로 벌어지고 평화상태로 가기 위해서는 국가간 전쟁과 적대행위를 종료시키는 국가의 행동이 있어야

만 하므로, 국가의 행위를 규제하는 것이 평화적 생존권 보장의 핵심이라는 점은 분명합니다. 개인이 국가에 요청할 권리라는 차원에서 평화적 생존권을 이해한다는 것은, 헌법재판소가 평화적 생존권 침해를 주장하는 개인의 주장에 근거하여 국가의 행위를 규제할 수 있다는 것으로 이어집니다. 위 판시에 따르면, 헌법재판소는 벌어지고 있는 상황이 침략전쟁 또는 침략적 전쟁연습인지, 청구인이 침략전쟁에 강제되는 상황인지, 청구인의 평화적 생존이 침해되는 상황인지 등에 대하여 응당 판단할 수 있어야 합니다. 이라크 파병 헌법소원 사건에서 침략전쟁인지 여부를 판단하는 것은 대의기관인 대통령과 국회의 몫이지 헌법재판소의 몫이 아니라고 한 것과 정반대되는 상황입니다. 따라서 평화적 생존권이라는 권리를 인정하는 것은 국가의 행위에 대한 통제가 가능하다는 것을 전제로 한다고 할 것입니다.

위와 같은 평화적 생존권의 중요성에도 불구하고 이라크파병 사건과 용산기지이전협정 사건에서 공통되게 나타나는 헌법재판소의 입장은 청구인들에게 자기관련성을 인정하지 않았습니다. 그러나 평화적 생존권을 침해되는 기본권으로 할 경우, 그 기본권 침해의 자기관련성은 다른 기본권 보다 더 폭넓게 인정되어야 마땅합니다. 그 이유는, 평화롭게 살 권리는 그 권리의 성질상 경제적 기본권이나 정치적 기본권과 같은 잣대로 자기관련성을 판단할 수 없기 때문입니다. 경제적, 정치적 기본권들은 국가라는 한 집단 내에서 침해되는 자와 그렇지 않은 자가 뚜렷이 구별됩니다. 국가는 국민들에게 다른 경제적, 정치적 기본권 보장정책을 쓰는 경우가 매우 많습니다. 어떤 사람에게는 경제적, 정치적 기본권의 보장자이지만 동시에 어떤 사람에게는 침해자가 되기도 합니다. 그리고 그 침해 시점도 뚜렷하여 기본권 침해가 현재 일어나고 있는 것인지 여부가 분명히 식별됩니다. 하지만 평화국가원리를 실현시키는 개인의 권리인 평화적 생존권은 개인의 사회 경제적

또는 정치적 위치나 선택에 따라 온전히 보장될 수 있는 것이 아니고 국가의 결정과 행동이 있어야만 온전히 보장되는 것입니다.

국가는 국민 모두에 대해 평화적 생존권의 보장자로 기능할 것이 기대되고, 어느 시점에 대외관계에서 평화나 침략이나 가운데 하나의 정책을 선택하고 행동합니다. 국가가 침략적 성격의 전쟁에 참여하거나 침략적 성격의 연습을 실시하게 되면 각 국민들의 평화적 생존권을 온전히 유지하게 하던 국가의 보장이 전체적으로 깨집니다. 전쟁이라는 국가의 생존을 좌우할 수 있는 극단적인 상황에서 국가는 승리를 위해 모든 힘을 집중할 수밖에 없고, 국가는 이를 위해 전시동원과 징발 등 비상사태에 대비한 여러 법제를 마련해두고 있습니다. 이 시점에서 국가는 어느 국민에게도 완전한 평화적 생존을 유지하게 보장할 수 있는 가능성이 없습니다. 직접 전쟁터에서 죽는 사람이나 전쟁에 나가는 사람, 군에 갈 가능성이 있거나 직 · 간접적으로 전쟁수행과 관련된 일을 하지 않으면 안 되는 처지에 있는 사람, 전시동원의 대상인 사람, 징집이나 전시통원의 대상이 아닌 사람 사이에 정도의 차이는 있어도, 그 누구도 엄밀하게 온전한 평화적 생존을 유지할 수는 없는 것입니다.

다. 직접성 및 현재성

헌법재판의 형식적 요건인 자기관련성 개념은 기본권이 침해되면 모두 인정되는 것이지, 기본권침해의 정도가 일정 수준 이상으로 심각해야만 인정되는 것은 아닙니다. 국가가 침략전쟁의 일원으로 참여하거나 침략적 성격의 전쟁연습을 실시하기로 결정하면 그 즉시 개인이 파병되어 사망하거나

전시동원 되지도 않은 상태라고 하여도, 개인이 전쟁연습에 참여하지 않더라도, 국민 누구에게나 정도를 불문하고 예측불허의 침략적 전쟁에 휩싸일 수 있는 위협성이 직접적으로 확실하게 발생할 수밖에 없는 것이며, 이로 인해 기본권침해의 직접성과 현재성 요건이 충족된다고 보아야 합니다.

따라서 한반도 평화, 나아가 동북아 평화 및 세계평화를 바라고 남북의 교류, 협력, 화해, 화합 및 조국의 평화적 통일을 바라는 대한민국의 국민들인 청구인들은 이 사건 2023년 한미 연합 군사연습이 예측불허의 침략적 전쟁에 휩싸일 수 있게 하는 위협성이 있고, 이러한 청구인들이 처한 현재상황은 “침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리”라 볼 수 있는 평화적 생존권이 심각히 침해되는 상황이라 할 것입니다.

헌법 제5조의 침략전쟁을 부인한다는 조항은, “적국”으로 상정한 북한에 대해서는 적용되지 않아 왔고 매년 대북 공격전략에 따라 벌이는 전쟁연습을 합리화해 왔으나 이 사건 2023년 한미 연합 군사연습은 침략적 성격의 연습으로서 무력통일을 예정하고 있는 바, 이를 실시하는 것 자체가 평화통일을 추구하고 침략전쟁을 반대하는 헌법조항에 위배되어 청구인들의 평화적 생존권을 심각히 침해하는 위헌적 전쟁연습이라 할 것이므로 연습이 종료되고 나면 그 취소를 구할 방법이 없어 구제방법이 없고 기본권침해가 반복될 가능성이 높으니 헌법소원이 허용되어야 마땅합니다.

라. 기존 결정에 대한 비판

헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌마369 전원재판부 결정은 평화적

생존권은 헌법상 보장되는 기본권이라고 할 수는 없다고 보아 그 심판 청구를 각하하였습니다.

헌법재판소는 크게 네 가지 주장을 하여 평화적 생존권의 기본권성을 부정하고 그 청구를 각하하였으나, 현재의 주장들은 아래와 같은 이유로 부당합니다.

(1) 평화상태는 세계국가 모두가 노력해야 이룰 수 있다는 주장에 관하여

헌법재판소는 전쟁이 없는 평화 상태라고 하는 것은 당사국의 노력만으로 달성할 수 있는 것이 아니고 세계 국가 모두가 노력해야 이룩할 수 있는 것이라는 이유를 그 논거로 제시하였습니다.

그러나 모든 국가가 세계평화를 위하여 노력을 경주하는 것은 현실적으로 어려울 수 있으나 평화적 생존권을 인정함으로써 되도록 많은 국가들이 평화 상태를 위해 노력할 수 있는 환경의 조성에 기여할 수 있을 것이고, 이를 통해 대다수의 노력에 의한 어느 정도의 평화 상태의 실현이 가능한 것이라 할 것입니다. 권리성이라고 하는 것이 반드시 모두에게 통일적이고 획일적으로 행동되어야만 인정되거나 긍정될 수 있는 것은 아니기에 위와 같은 주장은 근거가 없습니다.⁵⁰⁾

(2) 침략적 성격을 규명하기 어렵다는 주장에 관하여

헌법재판소는 ‘침략적 성격’, ‘중대한 공포’, ‘군사연습’ 등의

50) 김형성·김민수, 「평화적 생존권의 헌법적 권리성에 관한 고찰」, 『성균관법학』, vol.26, no.4 pp.183-204.

규명이 어렵다고 판단하였는데, 이와 같은 의미는 규명에서 고려해야 할 부분이 많은 것이지, 결코 규명이 불가능한 것을 의미하는 것이 아닙니다. 따라서 개별적 사안에서 현재가 그 침략적 성격 등의 규명하면 되는 것이지 그것이 사안별로 판단하기 어렵다는 이유로 기본권 자체를 부정하는 사유가 될 수는 없다고 할 것입니다. 뿐만 아니라 작전계획 5015는 한·미 군 당국의 최고 책임자들이 공식·공개적으로 밝힌 선제공격 작전계획임으로 이에 따라 전개되는 한미연합 군사연습은 침략적 성격이 명확합니다. 그럼에도 국민의 생명과 관련한 침해로 이어질 수 있는 의미에 대해서 그 규명이 어렵다고 외면한다면 국민의 기본권 보장을 위해 존재하는 헌법재판소의 존재의 미가 반감될 수 있습니다. 따라서 이와 같은 규명에 헌법재판소는 보다 적극적으로 해야 합니다.

(3) 일본의 경우 평화적 생존권이 인정되지 않기 때문에 우리의 경우도 그러하다는 주장에 관하여

헌법재판소는 일본의 경우 평화적 생존권이 인정되지 않기 때문에 우리의 경우도 인정될 수 없다고 판단하고 있습니다. 그러나 이는 일본 헌법 제정에 있어서의 역사적 특수성을 전체적으로 파악하지 못한 것에 그 원인이 있는 것으로 보입니다. 일본은 태평양 전쟁의 패전국으로 그 헌법의 제정에 있어 미군의 영향이 상당부분 반영될 수밖에 없었던 상황이라는 점을 충분히 고려해야만 할 것으로 보입니다.

(4) 평화적 생존권은 대개 통치행위에 포섭될 수밖에 없다는 주장에 관하여

헌법재판소는 평화적 생존권은 대개 통치행위에 포섭될 수밖에 없다고 하였습니다. 그러나 평화적 생존권을 기본권으로 인정할지의 문제와 국가의 군사적 행위가 통치행위로서 사법심사의 대상이 되는지는 전혀 별개의 문제입니다.⁵¹⁾ 즉, 기본권으로 인정되고 나서도 권리는 통치행위를 통해 당해 사안에서 제한되거나 부정될 수 있는 것으로, 통치행위에 해당이 될 수 있다고 하여 그 권리성조차 인정하지 못하는 것은 아니기 때문입니다.

마. 소결

따라서 한반도 평화, 나아가 동북아 평화 및 세계평화를 바라고 남북의 교류, 협력, 화해, 화합 및 조국의 평화적 통일을 바라는 대한민국의 국민들인 청구인들은 이 사건 작전계획 5015에 따른 2023년 한미 연합 군사연습으로 인하여 예측불허의 침략적 전쟁에 휩싸일 수 있는 위험성이 있고, 이러한 청구인들이 처한 현재 상황은 “침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요구할 수 있는 권리”라 볼 수 있는 평화적 생존권이 심각히 침해되는 상황이라 할 것입니다.

5. 결론

대한민국 정부가 한미연합사령부 주관 연합연습계획에 따라 2023. 3. 13.부터 2023. 3. 23.까지 대한민국 영토에서 실시하는 2023년 한미 연합 군사연습은 청구인들의 평화적 생존권을 심각히 침해하므로 이의 위헌확인을 구하기 위하여 청구인들은 이 사건 헌법소원 심판청구에 이르게 된 것입니다.

51) 헌법재판소 2009. 5. 28. 2007헌마369. 재판관 조대현, 목영준, 송두환의 별개의견.

다.

입 증 방 법

1. 갑 제1호증 K. Vasak, A 30-year struggle The Sustained Effort to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights, The Unesco Courier, 1977.
1. 갑 제2호증 한미, 북핵·미사일 '선제 타격' 방침 공식화(노컷뉴스, 2015. 11. 2.).
1. 갑 제3호증 文때 중단한 실기동 훈련, 5년 만에 '전사의 방패'로 부활(TV 조선, 2023. 3. 3.)
1. 갑 제4호증 한미, 13~23일 '北지도부 축출-주민 지원' 훈련 (동아일보, 2023. 3. 4.)
1. 갑 제5호증 '北 미사일 쏘기 전에 초토화' 軍,24시간 논스톱 한·미 훈련(중앙일보, 2023. 1. 11.)
1. 갑 제6호증 軍, 세계 최대 '7~8 t 탄두' 탄도미사일 개발 눈앞 (동아일보, 2021. 9. 28)
1. 갑 제7호증 김형성·김민수, 평화적 생존권의 헌법적 권리성에 관한 고찰

2023. 3. .

청구인의 대리인

범무법인 향법

담당변호사 권 정 호

담당변호사 임 대 환

범무법인 중용

담당변호사 김 종 귀

범무법인 율립

담당변호사 오 민 애

담당변호사 함 승 룡

변호사 박 삼 성

변호사 김 인 숙

헌법재판소

귀중