

헌법의 평화원리 실현에 관한 고찰

김민수 (서울교육대학교)

국문요약

전쟁은 국가의 욕심과 이기심으로 빚어진 인류의 재앙과도 같았다. 가장 큰 규모로 치러지면서 많은 인명이 희생되었던 세계대전이 끝이 난 후, 인간은 이와 같은 전쟁의 폭력으로 인한 공포를 다시는 겪지 않기 위해 많은 노력을 기울이게 된다. 이는 많은 국가에서 평화의 원리를 헌법에 수용하는 것으로 나타났다. 우리의 경우도 이러한 세계적인 추세에 부응하고, 민주평화국가로서의 모습을 국제사회에 보여주기 위해 헌법에 평화원리를 명시하게 되었다. 그러나 한반도가 속한 동아시아는 세계에서 가장 전쟁의 위험이 높은 곳이라는 현실적인 불안이 평화의 가치보다는 군사력의 증강을 추구하는 요인이 되었다. 그렇기 때문에 헌법의 평화원리를 실현하기 위한 현실적인 노력이 더욱 요구되는데, 이를 위해 먼저 헌법의 평화원리를 권리로 인정할 수 있는지에 대한 검토가 이루어져야 한다. 이와 함께 사회에서 평화의 원리가 실현되지 못하거나, 개인이 평화를 향유하는 것이 제한되고 있는 다양한 상황을 개선할 필요성이 있기 때문에 이에 대한 고찰 또한 이루어져야 한다. 그리고 평화국가를 위해 국제적으로 활발하게 논의되는 평화의 권리를 한국 사회에 적용하기 위한 방안으로 개헌으로 평화의 권리를 규정하고, 법률로 이를 구체화하는 것이 검토되어야 한다. 이것이 가능하게 되었을 때 우리는 헌법상의 평화의 가치를 향유하게 되어 실질적인 평화원리를 실현할 수 있게 된다.

주제어: 평화, 평화원리, 평화권, 평화적 생존권, 평화주의.

I. 서론

인권이 철저하게 유린되었던 지난날의 세계대전이 종결된 이후, 국제사회는 평화를 매우 중요한 가치로 여겼다. 이에 각 국가는 국제기구를 창설하는 것에 동의하였고, 많은 국가에서 헌법에 평화의 원리를 수용하게 되었다. 우리 헌법 역시 이를 받아들여, 침략적 전쟁을 부인하고, 국제평화의 유지를 위해 노력해야 하는 의무를 규정하는 등 국제적 경향과 보조를 맞추었다. 그러나 지금까지 대한민국은 직접적으로 전쟁을 치렀던 북한과 휴전선을 사이로 마주하고 있고, 주위에 일본, 러시아, 중국 등 강대국이 포진하고 있기 때문에 평화의 가치에 중점을 두기보다는 국가안보를 위해 군비를 증강하고, 군 현대화에 박차를 가하는 등의 모습을 주로 보여 왔다. 특히 전쟁 역지력을 위한다는 명분으로 한·미동맹을 발판으로 대규모의 연례적인 군사훈련을 지속적으로 시행해 오고 있다. 이러한 한반도의 지정학적·전쟁 역사적 상황의 존재는 한국 사회에 헌법의 평화원리를 구체적으로 실현하려는 것에 부정적인 장애요소였다. 즉 국가안보에 가려져 공격성향이 짙은 군사훈련의 규제문제, 대체복무 요구권의 문제, 군사영역에 관한 국민의 알권리 보장 등은 외면당했거나, 많은 제한을 받아왔던 것이다. 헌법의 평화사상은 최고의 이념이자, 핵심가치이다. 그래서 이와 같은 요구는 우리 헌법에서 규정하고 있는 평화원리를 통해 충분히 보장받을 수 있어야 한다. 다만 이를 누구에게 인정할 것이며, 어떠한 상황에서 어디까지 보장할 것인가에 대한 문제는 더 많은 고민을 해 보아야 한다. 그러나 기본적으로 평화의 원리는 국가안보 뒤에 숨어 있다가 안보상황이 좋아졌을 때 드러나는 것이 아니라, 국가안보와 항상 조화롭게 상생할 수 있어야 한다. 다만 국가비상사태 등 국가위기라고 판단이 되었을 때에는 남용 없이 필요최소한도

의 제한을 가할 수는 있다.

이를 위해 본 논문에서는 먼저, 헌법의 평화원리를 통해 구체적인 평화의 권리를 도출할 수 있다고 보고, 이를 논증해 보고자 한다. 다음으로, 평화를 향유하는 대상과 영역은 결국 개인·사회·국가이기 때문에, 이를 구체적으로 실현할 수 있는 영역을 국제적 관계, 국내적 관계(남북관계), 그리고 개인으로 구분하여 고찰해 보려고 한다. 그리고 마지막으로, 평화원리를 보다 확대할 수 있는 다양한 법·정책적 방안을 마련하여 평화원리를 보다 적극적으로 실현할 수 있도록 살펴보고자 한다.

II. 헌법상 평화원리의 수용과 평화권리의 보장

1. 평화의 개념과 평화관념의 형성

평화는 시대를 막론하고 존중되었고, 심지어는 전쟁을 개시하였을 때의 명분조차도 평화의 추구를 내세웠을 만큼 적어도 외형적이거나 이는 최고의 가치로 인식되었다. 이러한 평화의 의미에 대해 살펴본다.

기본적으로 평화는 소극적으로 전쟁이 없거나, 폭력이 행사되지 않는 상태로 좁게 보기도 하고, 이를 보다 적극적으로 넓게 해석하여 단순히 전쟁 및 갈등이 존재하지 않는 것이 아니라, 구조적인 폭력까지도 부재한 상태를 평화의 개념으로 정의하기도 한다.¹⁾ 평화를 논하면서 이를 향유하는 영역을 기준으로 협의로는 개인의 영역과 국내(남북관계)의 영역

¹⁾ Johan Galtung, *Peace by Peaceful Means: Peace and Conflicts, Development and Civilization* (London: Sage Publication, 1996), pp. 1~9.

을 거쳐, 광의로는 국제관계의 영역으로 설정하여 마음의 평온(개인의 평화), 사회질서의 화평(국내평화), 국제사회의 안정(국제평화)으로 나누어²⁾ 고찰할 수 있을 것으로 생각한다.

한편, 평화를 실현하기 위해서는 군사력을 증강해야 한다는 팩스(Fax)적 평화론과 군비를 축소하여 폭력과 전쟁의 가능성을 줄이고, 이해관계가 있는 주변 당사국과 상호 협력을 통해 함께 번영의 길로 나아가자고 하는 보다 근본적인 문제해결에 바탕을 둔 평화론이 대두되기도 하였다. 이와 같은 평화의 의미를 현대의 사회에 적용하여 보면, 평화는 전쟁과 갈등이 나타날 수 있는 가능성 등 보다 구조적인 폭력이 부재해야만 근본적으로 유지될 수 있기 때문에 넓고, 적극적인 평화론이 현 시대에 적합하고 또 필요하다고 할 수 있다. 왜냐하면 진정한 평화는 평화를 위협할 수 있는 다양한 것을 대상으로 삼아서 이러한 요소를 근절해야만 유지될 수 있기 때문이다.³⁾ 우리 헌법은 침략전쟁을 부인하도록 명령하고 있는데, 이를 위해 우리는 보다 세심하게 생각하고 이에 접근할 필요가 있다. 이를테면, 국제관계에서 우리가 무기를 들고 직접적으로 타국을 공격하는 것이 아니더라도, 우리가 생산한 무기가 유입되어 침공에 사용되는 일이 없도록 해야 하고, 나아가 우리가 직접 무력도발을 행하는 것은 아니지만, 특정 국가를 겨냥하여 지속적인 군사훈련을 반복하는 것으로 침략의 빌미를 제공하는 것을 규제할 필요성이 있는 것이다. 그리고 남북관계에서도 테러와 국지적 교전 등의 행위가 없는 상태인 소극적 평화에서 더 진전하여 상호비방과 적대적인 비난이 부재한 상태를 진정한 평화 상태로 규정하고, 이에 이를 수 있도록 해야 할 것이며, 또한 개인적인 영역에서도 언제든지 해외파병, 집단적 자위권 등의 이유로 동맹국

2) 정인성, “근대 한국의 평화관념: ‘동양평화’의 이상과 현실,” 『한일공동연구총서』 (서울: 고려대 아세아문제연구소, 2008), p. 63.

3) 서경석, “헌법상 평화주의와 그 실천적 의미,” 『민주법학』, 제25권 (2004), p. 59.

의 요구에 따라 정당하지 못할 수 있는 전쟁에 동원될 가능성이 있는 불안한 지위를 해소할 필요가 있는 것이다. 그래서 현 시대는 적극적이고, 넓은 의미의 평화론이 의미 있다고 생각하게 된다. 세계질서와 사회 안에서는 무엇이든 폭력적으로 변하기 전에 평화적인 방법으로 문제를 해결하려는 것이 중요하기 때문이다.⁴⁾

한편, 평화주의 사상의 시작은 중세 초에 국가 간의 분쟁을 법적으로 다스릴 수 있다고 믿었던 그로티우스(Hugo Grotius)가 선구자였다. 그리고 국내 정치체제의 민주화를 통해 평화를 실현하고자 하였던 루소(Jean-Jacques Rousseau)도 의미 있는 평화사상가였다. 그 중에서도 칸트(Immanuel Kant)는 주로 국가 공동체 안에서의 평화구축에 관심을 가졌던 이전의 전통적인 평화론에서 벗어나 국제관계 속에서의 평화구상에 주목하면서 평화연구의 이정표를 찍게 된다.⁵⁾ 이를 보면, 칸트는 후에 살펴 볼 현재의 ‘국제적 연대권’에 주목하는 제3세대의 인권의 개념으로서 평화를 바라본 것이 아닌가 하는 생각이 들기도 한다.

이러한 논의를 거치고, 시간이 흐르면서 평화에 대한 연구는 제2차 세계대전을 계기로 본격적으로 진행되었는데,⁶⁾ 이는 전쟁기간에 엄청난 파괴력을 지닌 무기가 등장하였고, 이로 인해 인간의 희생이 무척 컸기 때문이었다. 이는 그 이전의 전쟁을 방지하고자 했던 평화담론과 평화운

⁴⁾ Johan Galtung, “Human Rights: From the State System to Global Domestic Policy,” *Development and Society*, vol. 40, no. 1 (2011), p. 13.

⁵⁾ 채이병, “전쟁 방지와 공동체 사이의 갈등해소: 토마스 아퀴나스와 칸트를 중심으로,” 『칸트연구』, 제21권 (2008), p. 217. 그러나 칸트는 세계의 영구적인 평화를 위하여 국제사회의 조직화를 통해 세계국가를 건설하여 통일적인 세계 정부를 실현한다는 구상이었지만 당시 국제사회의 현실은 이들의 구상을 실현 시키기에는 많은 현실적인 한계가 있었기 때문에 이들의 이념은 숭고하였지만, 한갓 이념 또는 공상에 불과하다며 일부의 사람으로부터 냉대를 받기도 하였다. 이민효, 『무력분쟁과 국제법』 (서울: 연경문화사, 2008), p. 23.

⁶⁾ 그러나 역설적이게도 전쟁행위가 평화를 연구하는 큰 원인이 되기도 하였다.

동의 한계를 드러난 것이기도 했다.⁷⁾ 즉 국제연맹 체제에서 히로히토(裕仁) 천황(天皇)이 권력의 정점에 있던 일본은 만주를 침공하였고, 히틀러(Hitler)가 집권한 독일은 체코와 오스트리아 등을 공격하였으며, 무솔리니(Mussolini)의 이탈리아는 에티오피아에 무력을 행사함으로써 인류 역사상 가장 큰 전쟁을 촉발시켰던 것이다.⁸⁾

위에서 살펴 본 것처럼 인간은 평화에 대한 갈망이 있었지만 한편으로는 끊임없이 전쟁을 수행하면서 평화를 유린하는 모순을 보이기도 했다.⁹⁾ 이처럼 인간은 폭력을 수반하는 전쟁의 공포를 경험하면서 그들의 생명과 재산을 보장받기 위해 평화에 대한 관념을 인식하게 되었고, 그것이 확장되어 평화보장을 위한 공론의 장이 마련되는 것 또한 가능하였던 것이다.

2. 평화원리의 헌법적 수용

1) 제2차 세계대전 이후 각 국 헌법의 평화원리 명시

평화에 대한 큰 관심으로 인해 평화관념이 공유되었고, 이로 인해 평화가치와 평화사상이 보다 널리 전파되면서, 이것이 헌법에 평화주의를 밝히는 것으로 나타나게 된다.

평화의 이념을 헌법에 명시하여 법적인 보장을 강구하려고 노력한 선구적인 나라는 1791년의 프랑스 헌법이었다.¹⁰⁾ 그리고 제1차 세계대전 이후에는 유럽을 중심으로 반전과 평화의 사상이 퍼지게 되어, 이행강제

7) 홍기준, “평화학 및 평화운동의 국제적 동향: 시사점과 과제,” 『국제기구저널』, 제4권 1호 (2009), p. 72.

8) 유종열, “평화학: 전쟁억지와 분쟁해결이 초점,” 『2000년』, 제22권 (1985), p. 92.

9) 엄정식, “칸트와 현대의 평화사상,” 『철학』, 제37권 (1992), p. 173.

10) 구병삭, 『신헌법개론』 (서울: 박영사, 1996), p. 385.

의 수단으로 일삼는 전쟁은 1907년 헤이그(Hague) 평화회의에서 금지되기에 이른다.¹¹⁾ 또 1945년의 국제연합헌장에서도 국제평화를 위한다는 명목으로 전쟁을 일으키는 행위를 금지하면서, 전 후, 보다 많은 국가의 헌법에 국제평화주의가 채택된다.¹²⁾ 구체적으로 일본헌법은 제9조, 독일기본법 제26조,¹³⁾ 이탈리아헌법 제11조는¹⁴⁾ 평화교란행위의 금지 및 처벌과 같은 국제평화주의를 규정한 조항이다.

이처럼 현대 대부분 국가에서 헌법에 평화조항을 명문으로 규정한 것은 전쟁의 폭력으로부터 평화를 보장하겠다는 의지를 반영하기 위함이었다.¹⁵⁾

2) 우리나라 헌법의 평화원리

위에서 살펴본 평화주의는 우리나라에도 영향을 미쳐 헌법에 반영되었다. 구체적으로 살펴보면, 헌법 제4조는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.”고 규정하고 있다. 이는 과거 북한에 의해 무력공격을 당했던 경험을 바탕으로 대한민국은 북한과 달리 무력으로 북한을 공격하여 통일을

11) 김철수, 『헌법학신론』 (서울: 박영사, 2001), p. 161.

12) 권영성, 『헌법학원론』 (서울: 박영사, 2002), p. 127.

13) 독일기본법 제26조 제2항은 “전쟁수행용으로 지정된 무기는 연방정부의 허가를 얻어야만 제조·수송·거래될 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 군비축소는 평화정신을 보다 이상적으로 실현하는 제도가 될 수 있다는 점에서 의미가 있다고 할 수 있다. 정극원, “헌법상 평화조항에 관한 일고찰,” 『세계헌법연구』, 제18권 3호 (2012), p. 130.

14) 이탈리아 헌법 제11조도 “이탈리아는 타국과 대등한 조건으로 국가 간에 평화와 정의를 확보하는 국제질서의 유지를 위하여 필요한 경우에는 통치권의 제한에 동의한다.”고 규정하고 있다. 권영성, 『헌법학원론』 (서울: 박영사, 2002), p. 173.

15) 정극원, 위의 글, p. 133.

이루려고 하지 않고, 어디까지나 평화적인 방법에 의한 통일을 이루려고 노력하겠다는 의미로 이해되는 조항이다. 이러한 평화통일의 원칙은 공산주의적인 적화에 의한 통일방식이 아니라 자유적이면서 다원적인 방법에 의한 평화통일의 노력을 하라고 국가에 명령하는 규정이기도 하다.¹⁶⁾

그리고 헌법 제5조 제1항은 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다”고 명시되어 있다. 이는 대한민국이 국제사회를 향해서 평화주의를 천명한 것이고, 평화보장의 의지를 선언한 것으로 볼 수 있다.¹⁷⁾ 여기서 침략전쟁을 부인한다는 의미는 적의 직접적 공격을 받았을 경우에만 이를 격퇴한다는 것으로, 영토의 확장이나 국가이익의 실현, 그리고 국제분쟁의 해결수단으로 행해지는 무력행사를 수행하지 않겠다는 뜻이다.¹⁸⁾ 한편, 이 조항의 내용을 반대로 해석하면 자위전쟁은 가능하다는 의미가 된다. 즉 타국의 무력공격을 받을 경우에는 국민의 안전을 지키고, 국가를 보위하기 위한 목적의 반격은 허용된다는 것이다. 물론 자위권에는 개별적 자위권과 집단적 자위권이 있지만 우리의 경우, 헌법에 타 국가의 영토적 안전 등을 위해 무력을 행사할 수 없기 때문에 우리가 직접 공격 받지 않은 상황에서 동맹국의 안전을 위해 반격을 가할 수 있는 집단적 자위권은 인정되지 않는다고 볼 수 있다.¹⁹⁾

이러한 평화원리는 헌법 본문 뿐 아니라 헌법 전문에도 나타나 있다. “... 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써...”라는 내용이 바로 그것이다. 이는 대한민국이 세계시민의 하나라는 위치에서 세계평화와 공생을 위한 지구공동체의 구성원이라는 점을 명시한 것

16) 정재황, 『신헌법입문』 (서울: 박영사, 2014), p. 181.

17) 이준일, 『헌법학강의』 (서울: 홍문사, 2008), p. 209.

18) 성낙인, 『대한민국헌법사』 (파주: 법문사, 2012), p. 74.

19) 이경주, 『평화권의 이해』 (서울: 사회평론, 2014), p. 185.

으로 볼 수 있다.²⁰⁾ 즉 이 규정의 의미는 대한민국이 세계적으로 평화를 사랑하는 국가라는 것을 공표한 것이고, 또 국가의 이익을 위한다거나, 분쟁을 종결하기 위해 전쟁에 호소하지 않겠다는 것을 선언한 것으로, 이는 결국, 평화적인 세계질서 형성에 적극 동참하겠다는 결의라고 할 수 있다.²¹⁾

3. 평화의 권리보장

1) 평화의 권리 도출

앞서 평화의 가치가 요구되고 또 공유되어서 평화의 관념이 생겨났고, 보다 적극적으로 평화를 보장하려고 각국의 헌법에서 평화주의를 천명하기에 이르렀음을 앞서 살펴보았다. 그리고 우리의 헌법 역시 이를 받아들여서 평화의 원리를 명시하였다는 점 또한 확인하였다.

그러나 이처럼 평화주의의 고귀한 가치에도 불구하고 이것이 권리로서 인정할 수 없다는 부정적인 시각도 있다. 즉 평화주의를 헌정질서로 삼거나, 시민적 의무로 부과하기에는 여러 어려움이 있다는 것이다.²²⁾ 포사이스(Forsyth) 역시 평화에 대한 권리는 전적으로 정치적 수사의 영역에 머물 뿐이며, 실정법상의 권리는 아니라고 주장하며 역시 권리로서의 인정에 회의적인 입장을 보이기도 했다.²³⁾

20) 이준일, 『헌법학강의』, p. 209.

21) 권영성, 『헌법학원론』, p. 131.

22) 정태욱, “위기의 한반도와 전쟁과의 단절,” 『민주법학』, 제25권 (2004), p. 26.

23) David P. forsyth, *Human Rights and Peace: International and National Dimensions* (Lincoln and London: University of Nebraska Press, 1993), p. 4; 이근관, “국제적 인권으로서 평화권에 대한 고찰,” 『인권평론』, 제1권 (2006), p. 199. 재인용.

평화의 원리는 분쟁이 빈번해지는 등 점점 위험해져가는 국내·외 정세에서 국가와 사회에서 반드시 필요한 가치로서 평화체제가 구축되지 않아, 전쟁에 노출되면 물리적 폭력이 가해질 수밖에 없기 때문에 무척 중요하다. 즉 평화가 침해되어 전쟁상태가 되면, 모든 기본권을 보장할 수 없다는 점에서 평화를 요구할 수 있는 권리로서의 성격을 긍정해야 한다. 이를 부정하는 입장에서는 평화라는 추상적인 가치에 기반 하는 평화는 구체적 권리로서의 실체가 모호하다고 비판하기도 하나,²⁴⁾ 평화는 특정 국가를 겨냥한 공격중심의 군사훈련, 집단적 자위권 등의 움직임으로 인해 전쟁의 가능성이 높아지게 되면, 이것을 규제해 달라고 요구할 수 있는 명확한 상태가 될 수 있다는 점에서 이와 같은 비판은 설득력이 떨어진다고 생각한다.

그렇다면 다음으로, 구체적으로 평화의 권리를 헌법으로 도출할 수 있는지에 대해 살펴본다.

헌법은 그 전문과 본문에 핵심적인 사항을 주로 담고 있기 때문에 열거되지 아니하여 경시될 수 없는 기본권이 존재함을 인정하고, 이를 보장하기 위해 헌법 제37조 제1항을 기본권과 별도로 규정하고 있다. 즉 헌법 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”로 정하고 있다. 평화의 가치는 분쟁의 위험이 높아가는 현 사회에 매우 중요하기 때문에 이를 헌법에 열거하지 아니한 권리로 인정하는 것은 가능하다고 본다. 열거하지 아니한 권리로 인정할 수 있으려면, 인간의 존엄성을 증진시키고, 국제적으로 인정되는 것이어야 하는데,²⁵⁾ 평화의 권리는 이러한 기본권의 표지로 볼 수 있는 조건을 충족하고 있기 때문이다. 즉 평화의 권리는 전쟁으로 인간의 존엄과 가

²⁴⁾ 헌법재판소 2009.5.28. 2007헌마369.

²⁵⁾ 김문현, “기본권의 법적근거와 판단기준에 관한 소고,” 『세계헌법연구』, 제18권 2호 (2012), p. 188.

치를 실현될 수 없는 것을 방지하는 권리라는 점에서 인간존엄성의 확보에 기여하고, 국제사회에서 다양한 결의를 통해 인정되고 있다는 점에서 국제적으로 보편적인 보장추세에 있는 권리로 여길 수 있다.²⁶⁾ 그래서 기본권으로 인정할 수 있게 된다.

한편, 헌법의 평화원리에서도 기본권을 도출하는 것을 고려해 볼 수 있다. 물론 모든 헌법의 원리에서 곧바로 권리가 도출되는 것은 아니다. 그러나 헌법의 원리와 기본이념에서도 국민의 기본권을 구체화할 수 있다면, 즉 헌법의 표현이나 원리에서도 헌법적 권리나 자유가 도출될 수 있다면 기본권으로 인정하는 것은 가능할 수 있다.²⁷⁾ 이에 관해서 헌법재판소도 ‘대한민국과 일본 간의 어업에 관한 협정비준 위헌사건’에서 “국민의 개별적 기본권이 아니라 할지라도 기본권 보장의 실질화를 위해서는 영토조항만을 근거로 하여 독자적으로 헌법소원을 청구할 수 없다 할지라도 모든 국가권능의 정당성의 근원인 국민의 기본권 침해에 대한 권리구제를 위하여 그 전제조건으로서 영토에 관한 권리, 이를테면 영토권이라 구성하여 이를 헌법소원의 대상인 기본권의 하나로 간주하는 것은 가능하다”고 판시하기도 했다.²⁸⁾ 이는 헌법의 구체적 기본권은 아니지만, 기본권을 실질적으로 보장하기 위해 필요하다면 기본권으로 구성할 수 있다는 의미이다.

26) 김형성·김민수, “평화적 생존권의 헌법적 권리성에 관한 고찰,” 『성균관법학』, 제26권 4호 (2014), p. 199.

27) 정중섭, “우리 헌법의 원리, 원칙, 제도, 규정으로부터 기본권의 도출: 독일의 이론적 논의를 고려한 재조명,” 『변호사』, 제29호 (1999), p. 56. 예컨대, 헌법 제8조의 정당조항이나, 제41조의 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙, 그리고 헌법상 결사의 자유, 선거권 등의 규정과 관련하여 정당의 자유, 보통선거·평등선거 등에 관한 권리를 인정할 수 있을 것이다. 김문현, “기본권의 법적근거와 판단기준에 관한 소고,” p. 182.

28) 헌법재판소 2001.3.21. 99헌마139.

평화의 권리도 이와 마찬가지로 헌법전문에 평화의 원리와, 제5조 등의 조항을 토대로 국민의 기본권 보장의 실질화를 위해서 평화의 권리를 인정하는 것에 국민적 공감대가 형성되어 있다면, 이를 권리로서 도출하는 것에 큰 이론적 문제가 있어 보이지 않는다.

평화롭게 살아야 하는 원리적 선언과, 평화롭게 살 수 있는 권리를 요구할 수 있는 규정 사이에는 엄연한 차이가 존재하기 때문에 평화권을 지향할 수 있도록 이처럼 노력해야만 한다.²⁹⁾

한편, 이러한 평화의 권리에 대해 평화적 생존권이라는 용어로 연구가 진행되기도 한다. 평화적 생존권이란 평화 상태를 향유할 수 있는 자유권으로 구체적으로는 전쟁을 부인하거나,³⁰⁾ 회피할 수 있는 권리이다. 헌법재판소는 이에 대해 “침략전쟁에 강제되지 않고, 평화적으로 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리”로 정의한 바 있다.³¹⁾ 이러한 평화적 생존권을 헌법재판소는 헌법상의 권리로 인정하였다가³²⁾ 이내 다시 부정하였다.³³⁾

29) 이근관, “국제적 인권으로서 평화권에 관한 고찰,” 『인권평론』, 제1권 (2006), p. 197.

30) 김철수, 『헌법학신문』, p. 257.

31) 헌법재판소 2006.2.23. 2005헌마26. 헌법재판소는 재판관 조대현, 목영준, 송두환의 별개의견에서 평화적 생존권을 다음과 같이 정의하기도 하였다. “국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하면서, 행복을 추구하기 위하여 침략전쟁이나 테러 등의 위해를 받지 않고 평화롭게 살아갈 권리, 즉 평화적 생존권을 가지고 있고, 국가는 국민들의 이러한 권리를 보장하기 위하여 침략전쟁·테러·범죄 등으로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 보호해야 할 의무가 있을 뿐 아니라 불가피하거나 불가항력적이지 않은 침략전쟁을 회피하거나 부인하여야 할 책무도 가지고 있다”고 했다.

32) 헌법재판소 2006.2.23. 2005헌마26.

33) 헌법재판소 2009.5.28. 2007헌마369.

2) 평화의 권리의 특성과 국제사회에서의 논의

평화의 권리를 제3세대 인권으로 보기도 한다.³⁴⁾ 제3세대 인권이 논의된 계기는 전쟁의 위기 등으로 인간 존엄성의 위협이 거론되면서 인권을 새롭게 이해할 것이 요구되었기 때문이다.³⁵⁾ 여기서의 핵심은 ‘평화’이다. 국경을 초월한 연대를 위한 인권으로서의 의미를 가지고 있는³⁶⁾ 이러한 제3세대 인권은 국제사회와 비교헌법학계에서 1970년대 이후 논의되었다.³⁷⁾ 제3세대 인권은 이처럼 국가를 초월하는 국제관계에서 요구되는 권리인데, 평화의 권리 역시 특정 국가 내에서만 중요한 것이 아니라, 국제적으로 협의하고 연대하여 보장될 필요가 있다는 점에서 제3세대 인권으로 정의할 수 있을 것이다.³⁸⁾ 보통 전쟁은 내전도 있지만, 보다 많은 인명이 희생되는 것은 대개 국가 간에 이루어지는 전쟁이기 때문이다. 이처럼 제3세대 인권은 특정한 행위유형에 대한 보호가 아니라, 포괄적 보호에 주목한다.³⁹⁾

이상 살펴 본 것처럼, 제3세대의 인권과 평화의 권리는 내포하고 있는 가치와, 추구하는 방향 및 목표에서 많은 공통점을 지니고 있다. 그래서 평화의 권리는 제3세대 인권에서 중요한 지위를 점하고 있다고 할 수 있다.

34) 강경자, “국제적 평화권 논의와 일본의 평화적 생존권,” 『일어일문학연구』, 제86권 2호 (2013), p. 140.

35) 홍성방, “인권과 기본권의 역사적 발전,” 『한림법학』, 제7권 (1998), p. 90.

36) 박병도, “국제인권조약의 적용을 통한 환경권의 실행가능성,” 『국제법논집』, 제9권 (2000), p. 30.

37) John H.E. Fried, *The UN's Effort to Establish a Right of the Peoples to Peace*, Pace Y.B. Int'l L. 21, (1990), p. 23; 이경주, “동북아시아 지역공동체와 평화권,” 『법학연구』, 제18권 3호 (2015), p. 40 재인용.

38) 포괄적 인권을 일컫는 평화권을 역시 제3세대 인권으로 보는 견해로, 강경자, “국제적 평화권 논의와 일본의 평화적 생존권,” 『일어일문학연구』, 제86권 2호 (2013), p. 139 (각주6과 동일).

39) 장영수, 『헌법학Ⅱ 기본권론』 (서울: 홍문사, 2003), p. 199.

한편, 국제사회에서의 평화의 권리에 대해 살펴본다. UN차원에서 본격적으로 평화의 권리가 논의된 결의는 1976년 유엔인권위원회의 “모든 사람은 국제평화와 안전이 유지되는 가운데...”⁴⁰⁾의 결의였다. 그리고 1978년 UN총회에서의 “평화적 생존을 위한 사회적 준비에 관한 선언”으로 이에 관한 논의가 이어졌다.⁴¹⁾ 또한 1984년에 11월 12일에는 UN총회에서 “평화에 대한 인류의 권리선언(the Declaration on the Right of Peoples to Peace)”⁴²⁾을 채택하기도 했는데, 여기서는 모든 인류가 평화의 권리를 가진다는 것을 밝혔고, 이를 각 국의 기본적 의무로 규정했다.⁴³⁾ 2003년에는 “평화권 촉진 결의”(Promotion of the right of peoples to peace)⁴⁴⁾를 통해 이는 지구에서 살고 있는 사람들에게 신성한 평화권이 있다는 것을 재확인하기도 했다.

일본에서는 평화의 권리를 앞서 살펴 본 평화적 생존권으로 전개되어 왔다. 일본은 태평양 전쟁이 종결된 후, 헌법에서⁴⁵⁾ 전쟁의 개시와, 전력의 보유를 금하고 있는데도 불구하고, 군대와 같은 모습의 자위대가 창설되고, 미군의 지원으로 무장을 강화해 나가고 있는 상황에서 이것으로 전쟁의 위험이 증가하게 되자, 시민사회를 주축으로 평화의 권리가 주장되었다. 일본에서는 여러 학자들이 이 권리를 인정하고 있고,⁴⁶⁾ 비록 하

40) UN Doc, E/CN.4/RES/7.

41) UN Doc, A/RES/33/73.

42) UN Doc, A/RES/39/11.

43) 강경자, “국제적 평화권 논의와 일본의 평화적 생존권,” pp. 140~141.

44) UN Doc, A/RES/57/216

45) 전후 일본헌법은 크게 국민주권, 인권보장, 평화주의를 담고 있었다. 浦田一郎, “日米同盟 論の矛盾-韓半島の平和体制の観点から,” Inha Law Review, vol. 14, no. 1 (2011), p. 37.

46) 이를 인정하는 대표적인 헌법학자로 호시노 야스사부로(星野安三郎)가 있다. 그러나 우라타 이치로(浦田一郎), 이토 마사미(伊瀬正己) 등은 이를 권리로서 인정하는 것에 부정적이다. 左藤幸治, 『憲法』(青林書院, 1992), p. 646; 伊瀬正

급심에 불과하였지만 이를 권리로써 받아들이기도 하는 등 비교적 활발하게 논의되고 있는 상황이다.

이 하에서는 일본에서 헌법의 평화조항을 토대로 평화롭게 사는 것에 방해가 되는 자위대의 위헌여부와, 주거지 근처의 군사기지 등으로 평화적 생존권⁴⁷⁾이 침해된다고 논의되었던 사례에 대해 살펴보기로 한다.

먼저 에니와(惠庭) 사건이 있었다. 에니와로 불리는 곳에서 목장을 하는 노자키(野崎) 형제가 있었는데, 목장 인근에 있는 육상자위대의 포탄 연습장에서 나오는 소음으로 인해 소에서 젓이 잘 나오지 않게 되자, 해당 부대에 문제를 제기하기에 이른다. 그럼에도 불구하고 이것이 개선되지 않으면서 이들 형제는 육상자위대의 훈련을 방해할 목적으로 포탄연습장의 철조망을 끊어 버린다.⁴⁸⁾ 이에 충감은 이들을 경찰서에 고발하였고,⁴⁹⁾ 샷포로 검찰은 방위용 공유기물 손괴죄를 노자키 형제의 죄목으로 적용한다. 재판이 진행되면서 많은 사람들은 자위대의 존재가 헌법에 배치되는 것이기 때문에 자위대의 위헌판결을 기대하기도 하였다. 그러나 재판부는 이들 형제가 훼손한 통신선은 방위용 기물에 해당하지 않느냐며 무죄를 선고하면서 사건은 일단락되고 만다.

다음으로 나가누마(長沼) 사건이 있었는데, 이를 살펴본다.

미국과 일본은 냉전시대에 소련의 태평양 진출을 저지하기 위한 방안을 고심하며, 그 대책을 마련하려고 하였다. 이에 산림의 일부에 소련 전 투기가 출몰할 경우 이를 격퇴하기 위한 목적으로 방공기지를 건설할 계획을 세운다. 즉 일본 정부는 공공의 이익을 위한다는 명목으로 기지 건

근, 『憲法』(弘文堂, 1995), pp. 165~166; 이경주, “평화적 생존권의 헌법 실천적 의미,” 『민주법학』, 제41권 (2009), pp. 186~187 재인용.

47) 일본의 경우, ‘평화롭게 생존할 권리’가 있음을 헌법전문에서 밝히고 있다.

48) 하세가와 마사야스, 『일본의 헌법』, 최은봉 옮김, (서울: 소화, 2000), p. 92~93.

49) 現代憲法研究會 編, 『日本憲法一資料と判例』(東京: 法律文化史社, 1990), p. 112.

설을 위해 보안림으로 지정되었던 지역을 해제하고자 했던 것이다. 이에 나가누마 주민은 헌법에 위반하는 항공자위대가 보안림 지정을 해제하는 것은 공공의 이익이 될 수 없다고 주장하며 맞섰다.⁵⁰⁾ 제1심에서는 기지건설을 위한 일련의 과정은 해당 지역 주민들의 평화적 생존권을 침해하는 것이라고 판단하였지만, 제2심에서는 자위대의 운용은 고도의 정치적 색채를 띠는 통치행위로서 사법심사의 대상이 되지 않는다고 판단하였다. 이후 나가누마에는 결국 미사일 기지가 건설되고 만다.

그리고 스나가와(砂川) 사건이 있었다. 이는 군국주의 시절부터 일본 군대의 존재로 몸살을 앓았던 스나가와 라는 마을에 또다시 미군이 사용할 군사기지를 설치하려는 계획이 나오면서 이 지역 마을 사람들이 투쟁에 나선 사건이었다.⁵¹⁾ 즉 이 지역에 미군을 위한 군대 시설이 들어서려고 하자 지역 주민들이 미군만이 출입할 수 있는 비행장의 철조망을 부수고 들어갔던 것이다. 이것으로 주민들은 기소되었지만 주민들은 미·일 안전보장조약에 따라 일본에 주둔하는 미군도 헌법이 금지하는 전력의 보유라며 항변하였다. 제1심에서는 일본정부가 미군의 주둔을 허용하는 것은 헌법이 금지하는 전력의 보유라고 판단하여 주민들의 입장에 입각한 판결이 나왔다. 그러나 비약상고를 통해 파기·환송되었던 이 사건은 결국 주민들에게 벌금을 선고하면서 제1심과는 반대의 판결로 사건이 종결되고 만다.⁵²⁾

50) 現代憲法研究會 編1, 『日本憲法—資料と判例』, p. 259; 하세가와 마사야스, 『일본의 헌법』, p. 94.

51) 이경주, 『평화권의 이해』, pp. 330~331.

52) 이경주, 『평화권의 이해』, pp. 330~331. 이 판결에서 다수 의견의 논거에 대해 살펴보면, 안보조약은 일본의 존립에 아주 중요한 고도의 정치성을 가지고 있기 때문에 사법적 기능만을 수행하는 사법재판소에서 이를 심사하는 것은 적합하지 않고, 우선적으로는 안보조약을 체결할 권한을 지닌 내각과, 의회 주권을 보유한 국민의 정치적 판단에 맡길 수밖에 없다고 판단하였던 것이다.

現代憲法研究會 編1, 『日本憲法—資料と判例』, p. 261.

이상의 사건을 정리해 보면 일본국민은 정부와 군에서 시행하고 있는 일련의 군사정책이 일본헌법에서 보장하는 평화주의와 평화적 생존권을 침해한다고 지속적으로 주장하였다. 그러나 일본 재판부는 기본적으로 일본국민의 안전과 국가의 보전을 위하여 취할 수 있는 조치로 자위권을 인정하였고, 이를 토대로 진행되는 군사정책은 고도의 통치행위에 해당한다고 보았다. 이처럼 대부분의 소송에서 사건의 핵심이라고 할 수 있는 자위대의 위헌문제와 같은 민감한 헌법적 판단은 대부분 피해가며 소송은 종결되고 말았다.

Ⅲ. 평화원리의 실현영역

헌법의 평화원리는 법령의 해석기준과 국가목적의 기본방향이 되고, 국가기관을 구속한다.

현대 국제평화주의의 헌법적 보장의 유형을 살펴보면, 침략전쟁의 금지, 군비의 포기과 제한, 영세중립의 선언, 통치권의 제한 또는 국제기구에의 이양 등이 열거되고 있다.⁵³⁾ 그리고 우리 헌법상 평화주의의 규범적 내용으로는 기본적으로 무력에 의한 위협의 금지, 긴장을 완화하고 지역의 평화를 위해 노력할 의무, 분쟁의 평화적인 해결과, 국제평화를 선언한 의무의 이행 등을 열거할 수 있을 것이다.

평화를 구체적으로 실현할 수 있는 영역은 위에서 살펴 본 내용을 기본으로 하면서 이것과 밀접한 연관을 맺을 수 있는 것까지 확장할 필요가 있다. 이를 위해 앞서 평화의 개념에서 살펴보았던 것처럼, 평화원리의 실현영역을 국제적 관계, 국내적 관계(남북관계), 그리고 개인적인 부

53) 김상겸·백운철, 『헌법학』 (서울: 한국학술정보), 2011, p. 92.

분으로 범위를 설정하여 구체적으로 고찰해 보고자 한다.

평화를 위해서는 기본적으로 개인의 평화를 위한 선택권의 폭을 넓힐 필요가 있고, 간접적으로 인간에 대한 폭력으로 귀결되거나, 현재 유지되고 있는 평온의 상태에 위해가 될 수 있는 군사적 행위 및 군사정책에 대해 규제를 가하는 등 적절히 통제할 수 있어야 한다. 즉 현재 향유되어 왔던 평화적인 삶에 방해가 되는 우리 사회의 많은 부정적 요소를 제거하고, 여기에 평화원리를 실현할 수 있도록 검토하는 것은 의미 있는 일이 될 것으로 본다.

1. 국제관계 영역에서의 평화원리 실현

1) 살상용 무기의 수출 제한

우리헌법은 명시적으로 침략의 목적으로 수행하는 전쟁을 부인한다고 천명하고 있다. 침략은 침략전쟁의 수행, 침략 준비행위에 의해 개인의 생명과 자유가 침해되거나, 침해될 수 있는 상태, 침략 전쟁수행의 가담 등이 여기에 해당할 수 있다. 여기서 침략 전쟁수행의 가담이 될 수 있는 무기 수출에 대해 살펴볼 필요가 있다.

우리나라는 북한보다 군사력에서 우위를 점하기 위해 다양한 무기를 개발하여 실전 배치하고 있다. 이러한 무기 중 일부는 특별한 규제 없이 해외에 수출되기도 한다. 다만 “화학무기·생물무기의 금지와 특정 화학물질·생물작용제 등의 제조·수출입 규제 등에 관한 법률”이 제정되어 있어 화학무기와 생물무기의 제조에 이용될 수 있는 특정 화학물질과 생물작용제 또는 독소의 제조와 수출을 규제하고 있을 뿐이다.

이처럼 대량살상이 가능한 다양한 공격무기를 수출하는 것이 자유로운 상황이고, 이와 같은 방위산업의 해외 진출을 정부가 적극 지원하기도 한다. 여기서 우리 정부가 수출한 무기가 어떠한 목적과 용도로 사용

되고 있는가를 투명하게 공개되어야 하는 이유가 발생한다. 왜냐하면 무기를 수입해서 사용하는 국가나 집단에서는 이 무기를 침략과 내전을 위해 활용하거나 인종을 탄압하기 위한 도구로 활용될 수 있기 때문이다. 이렇게 되면 우리는 결과적으로 침략 등의 행위에 간접적으로 영향을 미친 것이 되고, 의도하지는 않았지만 평화를 교란시키는 자를 도운 것이 되고 만다. 그래서 인권이 제대로 보장되지 않거나, 평화가 정착되지 못한 국가 또는 인권유린에 악용할 수 있는 집단으로 인명을 살상할 수 있는 무기가 수출되는 것은 제한될 필요가 있는 것이다.⁵⁴⁾ 이것이 헌법에서 말하는 침략전쟁을 부인하는 것에 실질적으로 부합하는 것이라고 생각한다.

2) 동맹국을 위한 전투수행과 공격성향 군사훈련의 신중

우리는 한·미동맹을 발판으로 미군과 합동으로 대규모 군사훈련을 연례적으로 실시하는 경우가 많다. 우리에게 미치는 영향력이 무척 큰 미군이 우리나라에 주둔하게 된 배경과 한·미동맹에 관해 살펴본다.

미군은 제2차 세계대전이 끝나고 소련과의 합의에 의해 일본군의 무장해제와 우리나라 38도선 이남에서의 군정실시를 위해 1945년 9월 8일 인천항으로 미 육군이 들어온 것이 그 출발점이었다. 이후 한국과 미국은 1953년 10월 1일 한·미 상호방위조약을 맺고, 1954년 11월 18일부터 발효되는 협정을 체결하였다. 1966년 7월 9일에는 한미상호방위조약 제4조에 의해 “시설과 구역 및 한국에서의 미군지위에 관한 협정(SOFA)을 조인하기도 하였다. 그러나 대한민국 내에만 머물 것으로 예상되었던 미군이 2000년대 이후 그 역할에 변화가 생기면서 한반도와 주변에 새로운

⁵⁴⁾ 긴장완화를 위한 의무로서, 위와 비슷한 맥락에서 전쟁 당사국으로의 무기판매와 분쟁의 심화를 야기하는 무기거래에 규제를 가해야 한다는 견해로, 서경석, “헌법상 평화주의와 그 실천적 의미,” p. 65.

변동이 초래된다. 즉 ‘전략적 유연성’의 적용과⁵⁵⁾ ‘신속기동군 체제’의 도입으로 주한미군은 한반도 이외의 지역까지 활동범위를 확대하여 더욱 더 광범위한 지역에서 역할과 기능을 할 수 있게 된 것이다.⁵⁶⁾ 이는 우리 군이 미군과 함께 한반도 이외의 지역에서 전투를 수행하는 것을 가능하게 한다. 즉 동맹국의 전투수행을 돕기 위해 국군이 해외파병과 집단적 자위권이라는 명목으로 자국과 무관한 분쟁에 개입할 수 있는 상황이 연출될 수 있다. 앞서 집단적 자위권에 대해 잠시 살펴보기도 했지만, 대한민국은 헌법전문의 ‘평화문구’와 헌법본문 제5조 제1항에 비추어 대한민국의 영토를 방위하기 위한 임무수행을 국군의 사명으로 명시한 점에서 자위권으로서 개별적 자위권만을 인정하고 있다고 보아야 한다.⁵⁷⁾ 그렇기 때문에 우리나라 역시 개별적 자위권을⁵⁸⁾ 넘어서는 확대해석은 신중할 필요가 있다고 하겠다.

그러나 미국과의 동맹관계는 대한민국 근해에서 국군과 미군이 함께 군사훈련을 지속적으로 실시하는 요인을 만들기도 한다. 세계 최강의 군사력을 지니고 있는 미군과의 군사훈련은 그 자체만으로도 공포가 될 수 있다.

55) 이는 기존 주한미군의 방어적이고, 수동적인 성격에서 벗어나 동북아 등 보다 넓은 지역에서 미군이 전략적·전술적 작전을 수행하게 되었음을 의미한다. 한상희, “주한미군의 역할변화와 평화헌법: ‘전략적 유연성’ 합의에 대한 헌법 변론,” 『일감법학』, 제11호 (2007), p. 336.

56) 문장렬, “주한미군의 전략적 유연성과 한·미 군사협력 관계의 미래,” 『전략연구』, 제12권 2호 (2005), p. 183.

57) 대한민국은 헌법전문의 ‘평화’문구와 헌법본문 제5조 제1항에 비추어 대한민국의 영토를 방위하기 위한 자위전쟁만을 할 수 있기 때문에 개별적 자위권만을 인정하고 있다고 보아야 한다는 견해로, 한상희, “주한미군의 역할변화와 평화헌법: ‘전략적 유연성’ 합의에 대한 헌법변론,” p. 348.

58) 자위권의 발동에 대해 국제사법재판소는 무력공격이 행해지는 것과 비례해야 하고, 또 침공에 대응하는 필요한 군사적 조치만을 취할 수 있다고 본다.

Nicaragua v. USA, International Court of Justice Reports, 1986.

우리의 입장과 달리 이해관계가 있는 주변국가에서는 이러한 군사훈련을 특정 국가를 겨냥한 것으로 간주하여 노골적으로 불만을 표시하기도 한다.⁵⁹⁾ 그리고 연례적인 수세적 군사훈련이 상대국의 관점에서는 공격훈련이라고⁶⁰⁾ 규정하기도 한다. 이처럼 군사훈련의 실시가 정세의 안정에 도움이 되지 못하는 상황이라면 군사훈련은 신중할 필요가 있다. 즉 한반도 전면전을 가정하고 실시되는 대규모 군사훈련은 이성적인 체제로 볼 수 없는 북한을 오히려 자극하여 도발의 빌미를 제공할 수 있다. 군사훈련은 적의 침공이 예상되어 현재 누리는 평온이 유지될 수 없거나, 군사훈련의 실시로 타국의 무력도발을 확실히 억제할 수 있을 때 이루어져야 한다. 공격 성향이 짙은 과도한 군사훈련은 앞서 보았던 헌법상 평화원리의 규범적 내용인 지역의 평화를 위해 노력할 의무에 역행하는 것이라고 할 수 있겠다.

이러한 군사훈련의 시행으로 타국의 무력도발이 예상되는 상황에서는 분쟁을 방지하기 위해 헌법의 평화원리를 통해 견제할 수 있어야 할 것이다.

59) 이를테면 중국은 서해상에 예정되어 있는 훈련에 참가하려 했던 미 항공모함이 진입하는 것에 불만을 표시했기 때문에 미군은 중국을 자극하지 않기 위해 훈련장소를 동해로 옮겨 진행하기도 했다.

60) 얼마 전의 연평도 포격사건에서 알 수 있듯이 북은 대한민국 서해에서의 군사훈련을 북침전쟁으로 규정하고, 그것에 대한 응징으로 연평도를 공격했다고 밝히기도 하였다. 물론 이러한 북의 주장에 동의하지는 않지만 언제든지 연례적인 군사훈련이 우발적인 국지적 충돌로 이어질 수 있다는 것을 보여주는 사례로 볼 수는 있다. 훈련의 성격에 따라 전쟁으로 확대될 가능성이 있는 만큼 군사훈련을 실시하는 것에 보다 신중함을 기할 필요가 있다고 생각한다.

2. 남북관계 영역에서의 평화원리 실현으로 대북전단 살포 규제

지역의 평화와 안정에 위협이 되었던 대표적인 사건으로 대북전단 살포를 들 수 있다. 이것을 행하는 주체는 ‘자유북한운동연합’ 등의 탈북자 단체인데, 이 단체는 북한의 주민들에게 정확한 남북의 정세와 실상을 알리는 등 북한을 변화시키려는 목적에서 이를 시행되고 있다. 즉 이 단체는 대북전단지를 통해 북한의 인권을 개선하고, 북한체제의 부도덕성을 알리려고 하는 것이다. 그러나 이러한 행위는 그 목적의 정당성과 무관하게 방법으로서는 매우 위험하다는 것이 문제이다.

대북 전단지를 날리는 장소는 휴전선에 인접한 도시들이다. 이곳에 살고 있는 주민들은 몇 해 전 전단지를 향한 북의 고사포 사건에서 알 수 있듯이, 북한의 공격으로 다시 위해를 입을 수 있다. 즉 지역 주민들은 북한이 이와 같은 행위를 이유로 언제 또 공격을 감행할지 알 수 없어 불안한 상황에 놓여있다. 대한민국과 북은 2004년 군사분계선 주변에서 행해지는 상호비방을 금지하자는 것에 합의를 하였지만 이것이 민간인들에 의해 이루어지는 전단지 살포를 막지는 못하고 있다.

해당 단체는 전단지가 살포되는 지역주민들의 안전을 위해 좀 더 신중할 필요가 있다고 생각한다. 물론 대북전단지 살포는 국가에 의해서 행해지는 것이 아니라, 민간단체에 의해 이루어지고 있다는 점에서 국가에 대한 요구였던 앞서 열거한 문제들과는 약간 차원을 달리하고 있다. 이를 사인에 의한 기본권의 침해로 볼 수 있는데, 전단지를 살포하는 지역에 거주하는 사람들은 국가가 아닌 사인에 의해⁶¹⁾ 생명권을 침해받는 자

⁶¹⁾ 기본권이 국가 이외에 사인 간에도 확대·적용되어야 한다는 이론이 등장한 계기는, 자본주의 사회의 고도화가 진행되면서 국가유사의 기능을 하는 사회적 제 세력이 나타나 이들에 의해서 기본권이 침해당할 가능성이 매우 높아졌기 때문이다. 김철수, 『헌법학신론』, p. 210.

로 규정할 수 있다. 그래서 이들을 보호해야만 한다. 즉 전단지를 살포하는 행위에 대해 북한의 발포가 이미 있었고, 앞으로도 발포에 대한 협박이 지속되는 상황에서 해당 지역주민들의 안전을 외면하고, 전단지 살포를 감행하는 것은 지역주민들의 생명권과 평화, 인간으로서의 존엄을 해치는 것이 된다. 이처럼 사인 간에도 기본권의 충돌이 발생할 수 있는데, 기본권의 충돌이라는⁶²⁾ 것은 복수의 기본권 주체가 서로 대립되는 권리를 실현하기 위하여 국가에 대해 각각 충돌하는 기본권의 적용을 주장하는 것을 말한다.⁶³⁾ 여기서 충돌하는 권리는 기본권의 범주에 포섭될 수 있는 권리여야 하며, 기본권으로 보호받을 수 없는 권리를 요구하면서 기본권의 보호를 주장할 수는 없다. 궁극적으로 이와 같은 기본권의 충돌은 대립하는 기본권의 어느 하나의 입장에서 보면, 기본권 제한의 영역으로 볼 수 있다.⁶⁴⁾

이 사안을 보면 대북 전단지를 살포하는 단체는 북한에 특정한 메시지를 보내는 것으로 어떤 변화를 유도하려 한다는 점에서 헌법상의 표현의 자유를 주장할 수 있고, 반면 지역 주민은 생명권과, 평화의 향유를 주장할 수 있을 것이다.

기본권의 충돌 시의 해결책으로 법익형량의 원칙이 있다. 이 경우 법익형량을 위해 충돌하는 기본권 효력의 우열을 우선 결정하여야 한다.⁶⁵⁾ 기본권의 충돌은 어느 기본권을 전적으로 배제하는 것이 아니고, 각각의

62) 현재는 기본권 충돌에 대해 “서로 다른 기본권의 주체가 각각의 권익을 실현하기 위하여 동일한 사건에서 국가에 상충하는 기본권의 적용을 주장하는 경우”라고 하였다. 헌재 2002헌바95.

63) 권영성, 『헌법학원론』, p. 322.

64) 양건, 『헌법강의』, 법문사, 2012, p. 266. 역시 기본권의 충돌은 기본권의 제한에 해당할 수 있다는 견해로, 이준일, “공생발전과 헌법,” 『공법학연구』, 제13권 3호 (2012), p. 6.

65) 권영성, 『헌법학원론』, p. 327.

기본권 주체의 양보를 통해 기본권 보호의 최적화를 실현하는 것으로서, 이를 위해서는 어떤 기본권이 어느 정도 충돌하는지를 파악하여 그 우선 순위와 희생의 정도를 가늠해야 하기 때문이다.⁶⁶⁾ 이때에 기본권 상호간의 우열을 가리기 위해서 제시될 수 있는 기준은 생명권과 인격권 우선의 원칙과, 생존권 우선의 원칙, 자유권 우선의 원칙 등을 제시할 수 있다.⁶⁷⁾ 이를 사안에 적용하여 보면, 대북전단을 살포하려는 표현의 자유는 지역주민의 생명권에 우선할 수 없게 된다.

그러나 이와 별개로 헌법의 평화원리를 실질적으로 실현하기 위해서는 사인에 의한 행위로 군사적 긴장이 고조되어 민간인의 생명에 위협이 초래되는 상황을 방지할 수 있어야 한다고 생각한다. 즉 지역 주민들이 나름 평화를 향유하며 살고 있는 상황에서, 전단 살포가 북의 공격을 가능하게 하는 요소로 작용한다는 것이 경험에 의해 체득된 이상, 그 행위의 합법성 또는 정당성과 무관하게 이는 위험한 행위로서 방지할 필요가 있다는 것이다. 이러한 통제는 휴전선을 사이에 두고 항상 군사적 긴장이 만연되어 있는 한국 사회에서 국민의 생명보호와 평화의 정착을 위해 매우 유용하게 작용할 것이고, 이는 결국 긴장을 완화하고, 평화적인 분쟁 해결을 의미하는 헌법의 평화원리를 실현하는 것이 될 것이다. 다만 앞서의 기본권 보호의 최적화를 위해 전단 살포의 자유를 일부 감안하여, 북한의 기념일 등에 체제 붕괴를 기대하는 내용을 담아 대량으로 살포하는 것이 아닌, 북한을 규탄할 일이 발생할 경우, 이에 대한 내용에 국한하여 제한적으로 전단지 살포하는 방향으로 간다면 어느 정도 절충선이 될 수 있을 것으로 생각한다.

66) 정재황, 『신헌법입문』, p. 251.

67) 권영성, 『헌법학원론』, p. 327.

3. 개인의 영역에서의 평화원리 실현

1) 대체복무의 허용

다음으로, 개인이 평화를 누리기 위한 영역을 살펴볼 필요가 있는데, 여기서는 성인 남자에게 대부분 부과되고 있는 병역의무의 이행이 아닌, 다양한 분야에서 대체복무를 허용할 수 있는지를 고찰해 보려고 한다. 이는 국가안보의 최우선 가치성에 의해 이루어지는 군사력의 형성에 대항하는 평화 향유의 성격이 짙기 때문이다. 이는 보통 양심적 병역거부로 논의되고 있다.

국제적으로는 1966년 UN의 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)에서 양심적 병역거부의 권리를 규정하였다. 그리고 2006년 11월 3일 UN 시민적·정치적 권리위원회(Human Rights Committee)는 양심적 병역거부와 관련하여 우리 정부에 적절한 조치를 권고하기도 했다. 비교법적으로 독일은 기본법에서, 즉 헌법으로 양심적 병역거부권을 보장한다. 영국도 이 권리를 인정하고 있으며, 병역의무가 없는 미국은 군 복무 중에 이를 긍정하고 있다.⁶⁸⁾

우리 헌법에서 보호하는 양심은 종교적인 것뿐만 아니라 도덕적 판단, 그리고 도덕적 윤리까지 포함된다. 양심적 병역거부란 병역과 관련한 것으로 자신의 신앙 등에 따른 양심의 결정으로 인해 무기를 휴대하는 병역을 거부하거나, 전쟁에 참여하는 행위를 거부하는 것을 말한다. 병역은 무력을 사용하는 것이라서 양심 또는 종교적 교리나 평화관념에 반하기 때문이다. 헌법 제39조 제1항을 보면 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다”고 명시하고 있는데,⁶⁹⁾ 이는 외국의 무력

⁶⁸⁾ 나달숙, “양심적 병역거부 해결방안,” 『법학연구』, 제24권 (2006), p. 5.

⁶⁹⁾ 헌법에 따라 국민의 기본의무로서 병역의무가 부과된다는 사실이 곧바로 양심적 병역거부에 대한 헌법적 부인으로 귀결될 수는 없는데, 군대의 설치나 병역

공격으로부터 국가의 독립을 유지하고 영토를 보전하기 위한 국토방위의 의무를 규정한 것이다. 양심적 병역거부는 이러한 국방의 의무를 규정한 헌법 조항과 충돌한다. 이에 대해 헌법재판소는 “국가의 안전보장은 국가의 존립과 영토의 보존, 국민의 생명·안전의 수호를 위한 불가결한 전제조건으로서 모든 국민이 자유를 행사하기 위한 기본적인 전제조건이기 때문에 헌법에서 이에 대하여 명문으로 규정하고 있는 것과 무관하게 헌법상 인정되고 있는 중요한 법익이며, 국방의 의무는 국가의 안전보장을 도모하기 위하여 헌법이 선택한 하나의 중요한 수단이다”⁷⁰⁾고 판시한 바 있다. 그리고 헌법재판소는 독일 기본법의 경우, 양심적 병역거부가 명문으로 인정되고 있는 것과 달리, 우리 헌법상의 아무런 규정이 없고, 또 헌법 제37조 제2항에 기초하여 종교의 자유도 법률유보에 의해 제한이 가능하며, 병역의 의무도 헌법상 인정되고 있는 이상, 이를 인정할 경우 기본권 남용의 위험성이 크다면 양심적 병역거부를 부정하였다. 다만 헌법재판소는 이와 관련하여 대체복무를 요구할 권리가 헌법상의 양심의 자유로부터 직접 도출되지 않는다고 하면서도 입법자에 대하여 대체복무 내지 양심보호조치의 도입을 권고하기는 했다.⁷¹⁾

의무의 부과와 같은 국토방위라고 하는 헌법적 가치는 양심의 자유라는 또 다른 헌법적 가치와 형량을 거쳐서만 확정적인 효력으로 결정될 수 있기 때문이다. 이준일, 『헌법학강의』, p. 211.

⁷⁰⁾ 헌법재판소 공보, 2004, 805면. 그리고 헌법재판소는 양심적 예비군훈련 거부 사건에 대해서도 판시한 적이 있었다. 즉 훈련병으로 전역하여 여호와의 증인 신도가 되었는데, 자신의 종교적 양심에 따라 예비군 훈련을 거부하였고, 이에 법원은 향토예비군설치법 제15조 제8항이(정당한 사유 없이 예비군 훈련을 받지 아니하는 경우의 처벌 조항) 종교적 양심에 따른 예비군 훈련 거부자의 양심의 자유 등을 침해한다는 이유로 직권으로 이 사건 위헌여부심판을 제정한 것에 대한 판결이었는데, 이에 대해서 헌법재판소는 합헌결정을 하였다. 2011.8.30, 2007헌가12등.

⁷¹⁾ 헌법재판소 2004.8.26. 2002헌가1.

생각건대, 헌법에 의해 병역의무의 이행이 다르더라도 개별적인 사유를 전혀 고려함이 없이 일률적으로 병역과 관련한 의무를 부과하는 것은 다양성을 존중하는 헌법의 정신에 배치될 수 있다고 본다. 그러면서 헌법의 평화원리를 실현하기 위해 병역법상의 복무가 아닌 다양한 대체 제도가 허용되어야 한다고 생각한다. 사람이 군인으로 입대하게 될 경우, 전쟁이 발발하면, 전투병의 신분으로 전쟁터에 동원되어 전투행위에 의해 인명을 살상할 가능성이 높다. 때로는 상대 군인 뿐 아니라 민간인을 살상할 수도 있다. 앞서 본 것처럼, 우리의 경우는 동맹국의 요구에 따라 파병과 집단적 자위권 같은 형태로 한반도 이외의 지역으로 참전하는 것도 가능한데, 이것이 평화를 유지하기 위한 목적에 벗어나기도 한다는 것을 우리는 경험으로 잘 알고 있다. 아직까지 미국의 이라크전쟁의 명분이었던 대량살상무기의 흔적을 발견하지 못하고 있는 것만 봐도 그렇다.⁷²⁾

여기서 말하고자 하는 대체복무의 요구는 양심 뿐 아니라, 여타의 사유를 불문하고 징병을 거부하면서 다른 영역에서의 의무이행을 요구하는 권리라고 할 수 있다. 즉 전투병으로 입대하여 전쟁이 발생하면 인명을 살상하는 것이 불가피하기 때문에 이를 거부할 수 있다는 것은 무력에 의한 위협을 금지해야 한다는 헌법적 평화의 원리로부터 도출하는 것이 가능하다는 것이다.

헌법에 의해 국민은 국방의 의무가 있어서 국방의 의무 자체를 거부할 수는 없기 때문에 어떤 방식으로든 국방의 의무에 준하는 임무를 수행해야 한다. 이를 위해 도서지역에서 사회적 약자를 위해 봉사할 수 있는 기회를 주는 등 국방의 의무에 대한 범위를 보다 확대할 필요가 있는데,

72) 베트남 전쟁의 명분이었던 ‘통킹 만(Gulf of Tongking)사건’ 역시 처음에 미군에 의한 조작이 있었음을 공개한 문서가 발견되기도 했다.

이는 군이 실제로 대민지원 등 민간에 영향을 미치는 많은 일을 하고 있다는 점에서 큰 어려움이 있어 보이지 않는다. 이는 궁극적으로 사회의 안정으로 이어지고, 결과적으로 국방의 안정에도 기여하게 된다는 점에서 넓게 보아 국방을 위한 다른 형태의 복무라고 할 수 있다.

역사적으로 평화를 훼손하는 전쟁에 반대하는 것이었던 병역거부 및 대체복무의 요구는 헌법의 ‘평화원리’를 실현하기 위해 존중되어야 할 것으로 생각한다.

2) 군사기밀 및 정보에 대한 알권리 확대

평화의 가치를 실현하기 위해서는 군사에 대한 기밀과 정보 역시 국민이 ‘알권리’를 통해 접근하는 것을 용이하게 할 필요가 있다. 즉 국가와 군이 군사정보를 독점하기 때문에 국민이 이를 알지 못해, 국가의 안보를 위한 명분으로 국민의 기본권 행사를 제약하는 것이 자유로워서 아니 되고, 국민의 알권리의 행사로 이와 같은 오·남용을 통제할 수 있어야 한다는 것이다.

알권리는 표현된 의사나 정보에 접근할 수 있는 자유나, 필요한 정보에 접근하여 정보를 선택 및 수집할 수 있는 정보의 자유를 말한다.⁷³⁾ 알권리의 헌법적 근거는 헌법 제1조의 국민주권의 원리, 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유 등에서 찾을 수 있다.⁷⁴⁾

그리고 군사기밀이란 “일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가안전보장에 명백한 위협을 초래할 우려가 있는 군 관련 문서·도화·전자기록 등 특수매체기록 또는 물건으로서 군사기밀이라는 뜻이 표시 또는 고지되거나 보호에 필요한 조치가 행하여진 것과

73) 이준일, 『헌법학강의』, p. 638.

74) 권영성, 『헌법학원론』, p. 469.

그 내용을 말한다.⁷⁵⁾

이러한 군사기밀은 그 내용의 누설로 국가안전보장에 영향을 끼치는 정도에 따라 1, 2, 3급 비밀로 구분되는데, 군사기밀의 등급구분에 관한 세부사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있다.⁷⁶⁾ 이에 대해 헌법재판소는 “군사기밀이라 함은 비공지의 사실로서 관계기관에 의하여 적법절차에 따라 군사기밀로 분류표시 또는 고지된 군사관련 사항이어야 할 뿐만 아니라 아울러 그 내용이 누설될 경우 국가의 안전보장에 명백한 위험이 초래된다고 할 수 있을 정도로 그 내용자체가 실질적인 비밀가치를 지닌 비공지의 사실에 한하는 것이라고 한정 해석되어야 할 것이다”라고 하였다.⁷⁷⁾ 또한 헌법재판소는 “기밀이라는 용어 자체가 한정된 사람에게만 알려진 사항을 의미하며 통상의 지식·경험을 갖추고 있는 보통의 사람이 상식으로 알고 있는 사실이라면 더 이상 기밀이 될 수 없을 것이며, 따라서 공지의 사실을 누설하였다면 군사기밀보호법위반으로 의율해서 안 될 것이다”⁷⁸⁾고 판시하기도 하였다.

2010년 3월 26일 백령도 인근해역에서 발생한 천안함 사건은 군사기밀과 알권리에 대한 논란을 일으키기도 했다. 천안함과 해군 제2함대 사령부 등이 교신한 내용을 군 당국은 군사기밀로 보아 공개를 거부하였기 때문이다. 군은 교신일지를 공개하면 당시 우리 해군이 현장에 배치되어 경계활동과 초계활동을 했던 전력상황과 대응태세, 지휘 및 보고체계 등

75) 군사기밀보호법 제2조. 그러나 군사기밀의 개념은 절대적인 것이 아니고, 상대적이라고 할 수 있다. 특히 한반도의 군사적 상황에 따라 다르게 평가되기도 하고, 군사적 대치의 모습이 다르게 전개됨에 따라 기밀의 범위도 유연하게 변화될 수 있다. 김종규, “언론자유와 군사작전 기밀의 보호: 북한 잠수함 침투사건을 중심으로,” 『군사논단』, 제9권 (1997), p. 144.

76) 군사기밀보호법 제3조.

77) 헌재 1992.2.25. 89헌가104.

78) 헌재 1992.2.25. 89헌가104.

이 노출되고, 이는 암호체계가 드러날 가능성이 크다는 이유를 들었다.

알권리에 있어서 비공개 정보의 범위는 “공공기관의 정보공개에 관한 법률”에서 규정하고 있는데, 즉 국가안전보장, 국방, 통일, 외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보로 명시하고 있다.⁷⁹⁾

알권리에 있어서도 헌법 제37조 제2항과의 관계에 비추어 제한이 가능할 수 있지만, 본질적인 부분에 있어서는 제한이 불가능하고,⁸⁰⁾ 그 제한에 있어서도 알권리가 지니고 있는 국민주권주의의 실현 및 인간존엄성의 실현이라는 부분에 비추어서 그 제한은 엄격해야 한다.⁸¹⁾ 지금까지 군사기밀은 앞서 천안함 사건에서 보았듯이, 그 공익적인 특성으로 인해 보안의 필요성이 크다는 이유로 알권리로도 접근이 용이하지 않았고, 그 접근이 제한되어 왔던 것이 사실이다. 그러나 이것이 국민 생활에 큰 영향을 미칠 수 있거나, 국민의 생명과 신체에 위협이 될 수 있는 사안에서는 이를 좀 더 투명화 할 필요가 있다고 생각한다. 이를테면 군대 내에서의 사건과 사고 등이 발생할 경우에 무슨 목적으로, 어떤 장비를 휴대한 채, 작전을 수행 중이었던지를 적극 공개하는 것을 고려해야 한다. 천안함 사건의 유족들 역시 가족이 어떻게 희생되었는지 군사정보를 알 권리가 충분히 있다고 본다. 헌법재판소도 군사기밀보호법 제6조 등에 대한 위헌심판 사건⁸²⁾에서 “군사기밀의 범위는 국민의 표현의 자유와 알권리

79) 공공기관의 개인정보에 관한 법률 제9조 제1항 2호.

80) 성낙인, 『헌법학』 (파주: 법문사, 2012), p. 601.

81) 성낙인, 위의 책, p. 601.

82) 헌법재판소 89헌가104. 이 판례에서는 한정합헌으로 결정이 났지만 재판관 변정수는 전부위헌 의견을 내놓았는데, 즉, 민주국가의 군대는 국민의 군대이고 국민에 의한 군대이며, 국민을 위한 군대이지 국민 위에 군림하는 군대일 수는 없다. 따라서 군대에 관한 사항에 대하여서도 주권자인 국민의 알권리는 보장되어야 하고…….’ 실시하고 있어, 군사에 관한 정보에 있어 알권리의 보장을 보다 더 확대하여 인정하고 있다.

의 영역을 최대한으로 넓힐 수 있도록 가능한 한, 최소한도로 한정하여야 한다.”고 판시하고 있어, 군사정보에 대한 알권리로서 그 폭의 확대를 인정하고 있다. 앞으로 군사정보나 군사기밀이 국민과 밀접한 관련이 있고, 그것의 공개가 국가안보의 위해로 직접적으로 연관되는 경우가 아니라면 군사정보의 제한을 최소화 하여야 할 것이다. 이것이 기존의 알권리로도 접근이 용이하지 않았다면, 평화원리를 통해 이것이 보다 투명할 수 있도록 정보공개를 압박할 수 있어야 한다. 즉 국가가 특정 목적을 위해 분쟁을 조장하고 있는 것은 아닌지, 일부러 상대를 도발하여 전쟁의 명분을 삼으려는 것은 아닌지를 국민이 의심하지 않도록 군사정보와 기밀 등을 합리적인 범위 내에서 공개해야만 한다.

평화의 향유는 유동적이어서 국가의 안보에 따라 그 제한의 폭이 다를 수 있지만 우리의 경우는 역사적으로 안보를 부풀리고 왜곡하기도 했고, 또한 평화를 주장하기라도 하면 안보위해세력으로 폄하되었던 경험을 가지고 있다. 그렇기 때문에 군대의 정보와 기밀을 해제하여 최대한 공개하면 일반국민이 현재 안보의 상황을 정확하게 인식할 수 있게 되어 국가안보를 위해 기본권 제한을 정당화 하였던 지난날의 기본권 제한 남용의 규제가 가능할 수 있어서 보다 평화의 향유를 도모할 수 있게 될 것이다. 이와 같은 권리는 남북의 극한 대치 속에 군과 관련한 정보는 베일에 가려져 있어서 많은 부분이 진실과 합치되지 못하고 왜곡되기도 하였던 우리나라의 고질적인 행태를 개선하는 것에도 적지 않게 기여할 것으로 생각한다.

IV. 평화원리의 확대 실현을 위한 법적 과제와 한계

1. 헌법상 평화의 권리 명시

헌법은 변화하는 시대적, 사회적 요구에 대답하고 또 부흥할 수 있어야 한다. 헌법의 평화원리의 규정만으로 현실에서 발생하는 다양한 영역에서 이를 구체적으로 실현하는 것이 효과적이지 못하다면 개헌을 적극 고려할 필요도 있다고 생각한다. 왜냐하면 평화의 원리가 국민에게 실질적으로 반영되어야 하는 것은 국가적 사명인데, 헌법이론상, 국가정책상 논의하는 경우보다 개헌으로 이를 권리로서 규정하게 된다면 제기되는 다양한 문제를 일거에 해결할 수 있기 때문이다. 물론 사회의 변화가 언제나 직접적인 개헌으로 이어질 수는 없지만, 현실과 규범의 괴리가 지속되는 것은 현대 헌법국가에서 바람직한 현상일 수는 없다.⁸³⁾ 이는 현실이 이상을 실현하지 못하는 것을 극복하는 방안인데,⁸⁴⁾ 즉 국민의 기본권을 최대한 보장하는 것이 국가의 목표라면, 이를 위해 헌법규범과 헌법현실이 일치되도록 노력하는 모습을 보이는 것도 하나의 방법이 될 수 있다는 것이다.⁸⁵⁾

개헌에 의해, 평화의 권리를 헌법 제5조의 2항에 이어 제3항으로 신설하여 이를 명시하고, 이에 관한 개별적 입법을 마련하여 구체화하는 방안으로 이를 가능하게 할 수 있다.

83) 김형성, “헌법 개정의 과제와 전망,” 『헌법학연구』, 제12집 1호 (2006), p. 17.

84) 정재황, “현행 헌법의 쟁점과 전망,” 『법제연구』, 제34권 (2008), p. 20.

85) 김상겸, “법치국가실현을 위한 국가의 적극적 의무,” 『공법연구』, 제38권 1호 (2009), p. 321.

2. 평화권리에 관한 개별 입법과 재판의 특수성 고려

개헌으로 평화의 권리가 보장되었다면 이와 관련한 개별적인 법제가 후속적으로 마련되어야 한다. 헌법의 권리를 구체적으로 실현하는 것은 법률이라서 사회의 변화에 법률의 제정으로 신속하게 적응할 수 있어야 하기 때문이다.⁸⁶⁾ 후속적 입법이 없어 법의 공백이 생긴다는 것은 실정법이 행위의 기준으로, 행위주체에게 무엇이 명령, 금지, 허용되는지에 대해서 제대로 답변할 수 없다는 것을 의미하고,⁸⁷⁾ 이처럼 ‘알려진 영역’⁸⁸⁾에서의 ‘불확실한 사안’이 발생하게 되면 국민은 법을 불신하게 된다.⁸⁹⁾

헌법의 규정에 의해 구체적인 내용을 담을 이 법제의 기본적인 체계에 관해서 살펴본다.

제1장의 총칙에서는 이 법의 목적을 밝히고, 이와 관련되는 용어를 정의하게 된다. 즉 한국사회에서 평화는 무엇이고, 평화의 권리는 어떤 영역에서 어디까지 인정할 수 있는지를 밝혀두는 것이다. 그리고 제2장의 본문에서는 평화권리의 구체적인 모습으로서, 무엇을 평화의 침해로 규정할 수 있어서, 어떤 대상에게 권리로서 인정할 수 있는지와, 평화를 위해 국민은 어떠한 권리를 주장할 수 있는지에 대해서 다루는 것과 함께 평화를 유지하는 것에 위해가 되는 다양한 상황에 대해서도 규정한다. 그리고 제3장에서는 평화의 권리가 침해되었을 때, 이를 해결할 수 있는

86) 정재황, “사회변화와 헌법변화: 그 시론적 연구,” 『성균관법학』, 제24권 44호 (2012), p. 35.

87) 이준일, 『법학입문』 (서울: 박영사, 2004), p. 42.

88) 알려진 영역에 관해서는, Herbert L. A. Hart, *Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1994), 오병선 역, 『법의 개념』 (파주: 아카넷, 2002), p. 166.

89) Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg im Breisgau: Verlag Karl Alber, 2005), 이준일 역, 『법의 개념과 효력』, (서울: 고려대학교 출판부, 2007), p. 104.

사법적 구제방안을 명시한다.

평화의 향유는 사람마다 다르게 느낄 수 있기 때문에 다양성에 보다 신경을 써야 하는데, 특히 우리나라처럼 이념의 대립이 심각하게 전개되는 사회에서는 사법구제 과정을 보다 특수한 형태로 운영할 필요성이 있다.

이에 대하여 살펴보면, 먼저, 평화의 권리를 구제받기 위해 재판을 진행할 때, 특정한 정파와 편향된 이념에 의해 소송이 왜곡되는 것을 막기 위해 다양한 입장을 대변할 수 있는 위원회를 구성하여 재판을 보완할 수 있는 방안을 검토하는 것이 효과적일 수 있다. 이를테면 형사재판의 ‘국민참여재판’에서 일반인을 배심원으로 선정하여 재판을 보완하는 것처럼, 위원회의 위원을 재판에 참여하게 하는 방안이다.

그리고 소송을 위해 평화를 전담하는 법원을 별도로 두게 된다면 가급적 재판의 모순을 피할 수 있고, 또 신속히 재판을 진행할 수 있을 것이다.

이러한 재판의 심급은 고등법원 급으로 하고, 여기서 중대한 오류나, 증거의 발견 등 법적 판단을 반복할 만한 특별한 사유가 발견되었을 경우에 한하여 대법원에 상고를 제기할 수 있는 구조를 취하게 할 필요가 있다. 그렇게 해야만 앞서 설명한 재판의 일관성과 신속성을 유지할 수 있기 때문이다. 또한 이 소송에서는 당사자적격을 보다 확대하여 이를 갖추지 못해 소송에서 배제되는 상황을 가급적 줄일 수 있도록 해야 할 것이다. 마지막으로 이 법원의 소재지를 휴전선을 마주하고 있는 북부의 도시 중 한 곳에 두게 된다면 보다 평화통일에 대한 의지가 반영되는 등 평화통일의 상징성까지 더할 수 있을 것으로 본다.

3. 평화원리 실현의 한계

현재의 동아시아의 안보환경은 점점 악화되고 있다. 주변의 강대국들은 저마다 국가이익을 위해 해군력 증강에 혈안이 되어 있는데, 이는 마

치 구 한 말 한반도를 중심으로 전개되었던 지난날의 시대적 상황과 동일하게 느껴져 우려했다. 이들 강대국 뿐 아니라 북한 역시 1990년대 경제가 좋지 않아 식량수급이 원활하지 않은 국가의 위기 속에서 이를 돌파하기 위해 오히려 ‘선군정치’를 내세우기도 했다. 이와 함께 ‘핵 발전 병진노선’을 국가목표로 공식적으로 추진하면서 더욱 더 한반도를 위기 상황으로 몰아가고 있다.⁹⁰⁾ 북한은 한국전쟁 이후 무장공비를 지속적으로 남파하여 테러를 자행하고 있다. 북한의 이러한 행동은 일본에 재무장의 명분을 제공하는 주요 요소라고 할 수 있다. 최근에는 일본 내각에서 집단적 자위권에 대해 헌법해석을 변경하는 방식으로 이를 도입하는 결정까지 했다. 이것에 자극을 받아 중국은 군 현대화를 더욱 추진하고 있고, 러시아는 ‘신 동방정책’으로 다시 아시아에서 영향력을 강화하려고 하는데, 최근에는 해마다 군사비를 많이 늘려가고 있으며, 최신형 잠수함을 건조하여 한반도에 근접한 극동함대에 배치하기도 하였다. 이처럼 군사력 증강의 도미노 현상이 동북아시아에서 벌어지고 있기 때문에 국제상황을 잘 주시하면서 평화원리의 실현을 이루어내는 것이 중요하다고 할 수 있다. 여기서 국가안보와 평화의 가치에 대해 형량의 과정을 잘 거쳐야 하고, 비례의 원칙 또한 고려되어야 한다. 여기서 비례의 원칙은 달성하고자 하는 목적이 정당하고, 제한해야 할 가치 역시 정당하다는 전제에서 서로 대립하는 가치를 주어진 현실조건에서 가능한 한 동시에 최대한 실현하라는 최적실현의 요청을 의미한다.⁹¹⁾

분쟁의 잠재적 가능성이 매우 높은 한반도의 상황은 평화의 가치를 제한하는 요인인 것은 분명한 사실이나, 앞서도 잠시 언급한 것처럼, 국가

⁹⁰⁾ 김병로, “한반도 통일과 평화구축의 과제,” 『평화학연구』, 제15권 1호 (2014), p. 17.

⁹¹⁾ 이준일, “기본권제한에 관한 결정에서 헌법재판소 논증도구,” 『헌법학연구』, 제4권 3호 (1998), p. 264.

안보와 평화의 가치는 서로 상생할 수 있다. 왜냐하면 적절한 수준의 군사력을 기반으로 국가의 안보가 유지되고 있는 상황에서만 진정한 평화를 누릴 수 있고, 이러한 평화를 국민이 누리게 하기 위한 목적으로 국가가 존재하며, 국가안보가 요구되는 것이기 때문이다. 그래서 이 두 개의 가치는 서로 대척점에 있는 것이 아니라 서로 상생하는 관계로 생각한다.⁹²⁾

지금까지 한국사회에서 평화의 가치는 국가안보를 위해 다소 소홀하게 다루어졌고, 평화를 주장하는 사람은 북을 추종하는 세력으로 규정하는 등 안보를 위태롭게 하는 대상으로 다루어지기도 했다.⁹³⁾ 앞으로 헌법의 요구인 평화의 가치를 보다 많은 사람들이 향유할 수 있도록 하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 의해서 국가안전보장 등을 위해 필요한 경우에 한하여 남용 없이 예외적으로 이를 제한할 수 있는 것으로 나아가야 할 것이다.

V. 결론

일본의 식민지배로 인한 나라를 잃은 설움이 가시기도 전에 한국전쟁이라는 동존상잔의 비극까지 경험하면서 헌법의 평화원리에도 불구하고, 한국사회에서는 국가안보가 최고의 가치로 인식되어 오랫동안 한국사회를 지배해 왔다. 이를 위해 대통령은 위기 시에 긴급명령과, 계엄권 등의 비상대권을 발할 수 있도록 했고, 헌법은 국민의 자유와 권리는 국

⁹²⁾ 다만 한국사회가 지금까지 국가안보에 많이 치중하였기 때문에 이제는 보다 평화를 중심에 놓고 생각해 봐야 할 것이다.

⁹³⁾ 조봉암도 이승만의 '북진통일론'이 주장되던 시기에 '평화통일론'을 주장하였는데, 이로 인해 사형이 선고되고 만다.

기안전보장 등을 위해 법률로서 제한할 수 있게 하였다. 이처럼 위기상황을 가정하여 이와 같은 규정을 두었지만 한국의 지정학적 조건은 관점에 따라 위기가 아닌 상황은 없다고 볼 수 있고, 이를 정권에 따라서는 이해관계를 위해 남용하기도 하였다. 물론 국가안보가 중요하지 않다는 것은 아니다. 다만 안보를 유지하면서도 최대한의 평화를 추구할 수 있도록 국가는 이를 보장하여야 한다는 것이 헌법적 요청이라는 것이다. 그러나 현실에서는 다양한 영역에서 국가안보 또는 국가의 이익을 위해 평화를 향유할 수 있는 개인의 자유가 침해되기도 한다. 때로는 국가안보와 상관이 없음에도 개인의 자유와 평화가 훼손되기도 하고, 안보위기를 조장하여 이것이 무시되기도 하였다. 이를 해결하기 위해서는 헌법의 평화원리에서 평화의 권리를 도출할 수 있어야 하는데, 우리 헌법의 평화원리와, 제37조 제1항의 열거하지 아니한 권리와 하나로 평화의 권리를 인정할 수 있을 것으로 생각한다.

한편, 개헌을 통해 헌법에 명확히 평화의 권리를 명시하고, 이와 관련한 개별 입법을 마련하는 방안도 검토할 수 있다. 이렇게 되면 보다 확실하게 평화의 가치를 전파하고 실현할 수 있게 된다. 이와 함께 평화의 권리를 다루는 재판과정에서는 당사자적격을 보다 확대하여 참여의 폭을 넓힐 필요가 있고, 재판부의 구성에서도 다양한 가치를 수렴할 수 있는 위원회의 참여방안과, 평화전담법원을 별도로 구성하는 등 평화의 특성을 반영한 구조를 취해야 한다. 이렇게 되면 평화의 가치를 이해관계에 따라 다르게 인식하였던 것에서 보편적 가치로 승화되어 사회통합에도 큰 기여를 하게 될 것이다.

우리와 달리, UN 등 국제사회에서는 평화의 권리가 심도 있게 전개되어 이를 구체화 한 다양한 결의가 선언되기도 했고, 일본에서는 일부의 재판과정에서 이를 인정하여 적용하기도 했다. 물론 한반도가 속한 동북아시아가 세계의 '화약고'로 불리며 위기가 고조되고 있는 것은 사실이지

만, 오히려 진정성 있게 평화의 가치를 전파하고, 구현하는 것에서 이러한 갈등을 수반한 위기구조를 타파될 수도 있다.

구체적으로 헌법의 평화원리를 실현하기 위해서 먼저, 국제관계에서 강대국을 중심으로 군축조약 등을 통해 국방예산을 줄이려는 노력을 해야 하고, 투명하지 못한 곳으로의 무기의 거래를 제한해야 한다. 그리고 한반도 근해에서 동맹국과의 공격성향이 짙은 군사훈련을 실시하는 것과, 한반도 외에서의 동맹국과의 전투수행에 참여하는 것도 신중해야 할 것이다. 이처럼 국제관계에서 분쟁의 원인으로 지목되는 문제에 대해 협의의 통해 근본적으로 갈등을 해결하려는 자세가 필요하다.

그리고 남북관계에서는 상호 모략과 비방을 중지할 수 있는 노력을 기울여야 한다.

마지막으로 한반도의 정전상황을 이유로 안보와 관련된 정보를 독점하고 있는 군사기밀 및 정보를 안보와 국가이익에 해가 되지 않는다면, 국민들이 가능한 한 큰 제한 없이 접근할 수 있게 하여야 한다. 이와 함께 국민 개개인이 우리 헌법질서와 명백히 위배되는 것이 아닌 한, 보다 평화와 자유를 누릴 수 있도록 보다 유연하고, 관용적인 자세로 국방의 의무를 대신하여 이를 수행할 수 있도록 대처해 주는 것 또한 필요해 보인다.

이상, 헌법의 평화원리가 널리 실현되어야 하는 영역과 그 내용에 대해 살펴보았다.

앞으로 한국 사회에서 보다 많은 국민이 헌법에 규정되어 있는 평화의 가치를 실질적으로 향유할 수 있도록 더욱 지혜를 모아야 할 것으로 생각한다.

【참고문헌】

국문 단행본

- 구병삭. 『신헌법개론』. 서울: 박영사, 1996.
- 권영성. 『헌법학원론』. 서울: 박영사, 2002.
- 김상겸·백윤철. 『헌법학』. 서울: 한국학술정보, 2011.
- 김철수. 『헌법학신론』. 서울: 박영사, 2001.
- 김형성. 『헌법학』. 서울: 일진사, 2005.
- 성낙인. 『대한민국헌법사』. 파주: 법문사, 2012.
- 성낙인. 『헌법학』. 파주: 법문사, 2012.
- 양 건. 『헌법강의』. 파주: 법문사, 2012.
- 이경주. 『평화권의 이해』. 서울: 사회평론, 2014.
- 이민효. 『무력분쟁과 국제법』. 서울: 연경문화사, 2008.
- 이준일. 『법학입문』. 서울: 박영사, 2004.
- 이준일. 『헌법학강의』. 서울: 홍문사, 2008.
- 장영수. 『헌법학Ⅱ 기본권론』. 서울: 홍문사, 2003.
- 정재황. 『신헌법입문』. 서울: 박영사, 2014.
- 하세가와 마사야스. 『일본의 헌법』. 최은봉 옮김, 서울: 소화, 2000.

국문 논문

- 강경자. “국제적 평화권 논의와 일본의 평화적 생존권.” 『일어일문학연구』, 제86권 2호, 2013.
- 구갑우. “평화개념의 비판적 구성: 한반도적 맥락.” 『기억과 전망』, 제5권, 2003.
- 김문현. “기본권의 법적근거와 판단기준에 관한 소고.” 『세계헌법연구』, 제18권 2호, 2012.
- 김병로. “한반도 통일과 평화구축의 과제.” 『평화학연구』, 제15권 1호, 2014.
- 김상겸. “법치국가실현을 위한 국가의 적극적 의무.” 『공법연구』, 제38권 1호, 2009.
- 김종규. “언론자유와 군사작전 기밀의 보호: 북한 잠수함 침투사건을 중심으로.” 『군사논단』, 제9권, 1997.
- 김형성. “헌법 개정의 과제와 전망.” 『헌법학연구』, 제12권 1호, 2006.

- 김형성·김민수. “평화적 생존권의 헌법적 권리성에 관한 고찰.” 『성균관법학』, 제26권 4호, 2014.
- 나달숙. “양심적 병역거부 해결방안.” 『법학연구』, 제24권, 2006.
- 문장렬. “주한미군의 전략적 유연성과 한·미 군사협력 관계의 미래.” 『전략연구』, 제12권 2호, 2005.
- 박병도. “국제인권조약의 적용을 통한 환경권의 실행가능성.” 『국제법논집』, 제9권, 2000.
- 서경석. “헌법상 평화주의와 그 실천적 의미.” 『민주법학』, 제25권, 2004.
- 서보혁. “국제 평화권 논의의 추세와 함의.” 『21세기정치학회보』, 제22권 1호, 2012.
- 엄정식. “칸트와 현대의 평화사상.” 『철학』, 제37권, 1992.
- 유종열. “평화화: 전쟁억지와 분쟁해결이 초점.” 『2000년』, 제22권, 1985.
- 이경주. “동북아시아 지역공동체와 평화권.” 『법학연구』, 제18권 3호, 2015.
- 이경주. “평화적 생존권의 헌법실천적 의미.” 『민주법학』, 제41권, 2009.
- 이계수. “국방에 대한 민주주의적 통제.” 『민주법학』, 제32권, 2006.
- 이근관. “국제적 인권으로서 평화권에 관한 고찰.” 『인권평론』, 제1권, 2006.
- 이준일. “공생발전과 헌법.” 『공법학연구』, 제13권 3호, 2012.
- 이준일. “기본권제한에 관한 결정에서 헌법재판소 논증도구.” 『헌법학연구』, 제4권 3호, 1998.
- 이태호. “평화국가 만들기와 시민사회운동.” 『시민과 세계』, 제10권, 2007.
- 정극원. “헌법상 평화조항에 관한 일고찰.” 『세계헌법연구』, 제18권 3호, 2012.
- 정인성. “근대 한국의 평화관념: ‘동양평화’의 이상과 현실.” 『한일공동연구총서』, 2008.
- 정재황. “사회변화와 헌법변화: 그 시론적 연구.” 『성균관법학』, 제24권 44호, 2012.
- 정재황. “현행 헌법의 쟁점과 전망.” 『법제연구』, 제34권, 2008.
- 정종섭. “우리 헌법의 원리, 원칙, 제도, 규정으로부터 기본권의 도출: 독일의 이론적 논의를 고려한 재조명.” 『변호사』, 제29권, 1999.
- 정태욱. “위기의 한반도와 전쟁과의 단절.” 『민주법학』, 제25권, 2004.
- 채이병. “전쟁 방지와 공동체 사이의 갈등해소: 토마스 아퀴나스와 칸트를 중심으로.” 『칸트연구』, 제21권, 2008.
- 한상희. “주한미군의 역할변화와 평화헌법: ‘전략적 유연성’ 합의에 대한 헌법변론.” 『일감법학』, 제11권, 2007.
- 홍기준. “평화화 및 평화운동의 국제적 동향: 시사점과 과제.” 『국제기구저널』, 제4권

1호, 2009.

홍성방, “인권과 기본권의 역사적 발전.” 『한림법학』, 제7권, 1998.

영문 단행본

Forsyth, David P. *Human Rights and Peace: Interantional and National Dimensions*.
Lincoln: University of Nebraska Press, 1993.

Galtung, Johan. *Peace by Peaceful Means: Peace and Conflicts, Development and
Civilization*. London: Sage Publication, 1996.

Hart, Herbert L. A. *Concept of Law* (second edition). Oxford: Oxford University Press,
1994.

H.E. Fried, John. *The UN's Effort to Establish a Right of the Peoples to Peace*, Pace
Y.B. Int'l L, 21, 1990.

Nicaragua v. USA, International Court of Justice Reports, 1986.

영문 논문

Galtung, Johan. “Human Rights: From the State System to Global Domestic Policy.”
DEVELOPMENT AND SOCIETY, vol. 40, no. 1, 2011.

기타

Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg im Breisgau: Verlag Karl
Alber, 2005.

伊瀬正己. 『憲法』. 弘文堂, 1995.

左藤幸治. 『憲法』. 青林書院, 1992.

浦田一郎. “日米同盟 論の矛盾-韓半島の平和体制の観点から.” *Inha Law Review*,
vol. 14, no. 1, 2011.

現代憲法研究會 編1. 『日本憲法一資料と判例』. 法律文化史社, 1990.

Consideration about the Realization of Peace Principle of the Constitution

Kim, Minsoo (Lecturer, University of Seoul/Ph.D. in Law)

Abstract

Human beings experience disaster in war and countless lives were sacrificed during the World War I and II. Thus, global community have tried to build enduring peace after those most tragic incidents in human history. As a result, many nations accepted the principle of Peace in the Constitution. Being a democratic and peaceful country, Korea has also followed on the stream that apply peace principles to the Constitution.

Nevertheless, it is true that East Asia is still in the middle of high risk and of acceleration in the arms race. Therefore, there should be an endless effort to realize the principle of peace via the Constitutions of the nations in the region. To do so, it is also necessary to acknowledge the voices of Pacifist of the Constitution.

To improve current circumstances, the Constitution should contain the rightn of peace and be enacted as a law to guarantee our peace.

Key words: Peace, Principles of peace, Right of peace, The right to live in peace, Pacifism.

김민수(Kim, Minsoo)

성균관대학교에서 법학(헌법학) 박사학위를 받았다. 현재 서울교육대학교 사회교육과에 출강하고 있다. 논문으로는 “평화적 생존권의 헌법적 권리성에 관한 고찰”(성균관 법학, 2014), “고령화 사회에서 노인보호를 위한 법적 과제”(서강대 법률논총, 2016), “일본 재무장의 헌법적 검토”(동국대 비교법문화연구원, 2016)이 있다.