

# 주한미군의 역할변화와 평화헌법

## — ‘전략적 유연성’ 합의에 대한 헌법변론 —

한 상 희\*

### 목 차

|                                          |                                       |
|------------------------------------------|---------------------------------------|
| I. 서 론                                   | V. 이 사건 행위와 헌법 제72조의 국민투표권의 침해        |
| II. 전략적 유연성 합의행위의 군사적 성격                 | 1. 헌법 제72조의 의의와 내용                    |
| 1. 개념과 그 맥락                              | 2. 이 사건 행위에 대한 대통령의 국민투표 부의 의무의 존재 여부 |
| 2. 주한미군의 전략적 유연성 증대와 한반도 내에서의 주한미군의 지위변화 | 3. 이 사건 행위에 대한 국민의 국민투표권의 성립 여부       |
| 3. 소 결                                   | 4. 결 론                                |
| III. 전략적 유연성과 행복추구권 및 평화적 생존권의 침해        | VI. 헌법 제37조 제1항의 납세자로서의 권리 및 재산권 침해   |
| 1. 행복추구권 및 평화적 생존권                       | 1. 의 미                                |
| 2. 전략적 유연성: 평화적 생존권의 침해                  | 2. 이 사건 합의행위와 납세자의 권리                 |
| IV. 합의행위와 헌법 제130조의 국민투표권의 침해            | VII. 국회 및 국회의원의 조약 체결·비준에 대한 동의권      |
| 1. 주한미군의 지위변화와 헌법 제5조의 위반 여부             | 1. 의 의                                |
| 2. 이 사건 행위의 실질적 헌법변경 효과                  | 2. 한미상호방위조약의 실질적 개정 여부                |
| 3. 헌법개정절차에서의 국민투표권 침해 여부의 판단기준           | 3. 국회 또는 국회의원의 권한 침해                  |
| 4. 소 결                                   | VIII. 결 론                             |

## I. 서 론

우리 헌법은 제2차 세계대전 이후 국제정치의 지배이념으로 자리잡은 평화주의를 적극적으로 수용하고 있다. 헌법전문은 ‘항구적인 세계평

\* 건국대학교 법과대학 교수

화와 인류공영에 이바지'할 것을 강조하고 헌법 제5조 제1항은 '국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인'함을 선언함으로써 그 실정헌법적 근거를 마련하고 있다. 뿐만 아니라 국제법규를 국내법으로 수용하는 한편 외국인의 지위를 보장한다. 물론 이 평화주의는 남북한의 분단이라는 시대상황의 제약에 종속될 수도 있음에도 불구하고 그 분단현실은 "평화적 통일의 사명"에 따라 처리되어야 하며, 그 구체적 방법으로서의 통일 또한 '대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주주의적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.'(헌법 제4조)는 규정에 의하여 평화주의의 틀 속에서 진행되어야 함을 명령하고 있다.<sup>1)</sup>

그러나 최근 참여정부의 대미정책은 조약체결권 혹은 조약의 집행권 내지는 외교권이라는 명분하에 이러한 평화주의의 헌법원칙을 정면으로 위반하는 형태로 진행되고 있어 심각한 헌법문제를 야기하고 있다. 특히 21세기 들어와 꾸준히 진행되고 있는 미국의 해외미군재배치계획(Global Posture Review: GPR)이 그대로 참여정부의 국내적 군사정책으로 수용되면서 미국의 군사적 의지에 우리의 국방 및 군사적 지위가 종속되도록 하고 있을 뿐 아니라 이로 인하여 우리나라의 안보와 국민들의 평화적 생존에 위협요인이 발생하는 상황에 이르고 있다. 특히 최근 정부와 미국이 합의, 발표한 "전략적 유연성(strategic flexibility)"의 문제는 미국의 지구적 전략 수행과정에 자동적으로 우리 국가가 개입하도록 하고 있음으로 인하여 그 자체 우리 헌법상의 평화주의에 반할 뿐 아니라 국민들의 평화적 생존권의 최저한도의 수준까지 위태롭게 함으로써 더욱 문제적이라 하지 않을 수 없다.

이 글은 이런 맥락에서 최근 참여정부가 수행하고 있는 대미 외교전략 특히 대미 군사전략이 헌법적으로 어떠한 의미를 가지며 또 어떻게

1) 그 외에도 대통령에게 조국의 평화적 통일을 위하여 성실히 노력하여야 할 의무를 부과하고(제66조 제3항), 취임선서에도 이 평화주의를 선언하도록 하고(제69조), 동시에 민주평화통일자문회의를 둘 수 있도록 하고 있다(제92조 제1항).

평가하여야 할 것인가에 대한 실천이론적 조망을 하면서 그 헌법적 무가치성을 제시해 보고자 한다. 이를 위하여 이 글은 우리 정부의 대미 군사전략이 가장 극명하게 드러나고 있는 전략적 유연성의 개념을 분석의 대상으로 삼았다. 즉, 대한민국 정부가 ① 지난 2003년 11월 당시 김종환 합참의장을 대표로 미합중국과 주한미군의 군사임무전환에 관한 합의각서를 교환하고 연합군사능력 증강에 관한 서신교환을 하면서 주한미군의 군사적 임무를 전환하는 소위 전략적 유연성에 관한 합의를 하고, ② 이어 2006년 1월 19일 미국에서 미국 국무장관 콘돌리자 라이스와 ‘동맹 동반자 관계를 위한 전략 대화 출범에 관한 공동성명’(이하 ‘공동성명’이라 함)을 발표하면서 전략적 유연성을 합의한 행위를 탐구의 대상으로 삼고자 하는 것이다.<sup>2)</sup> 그리고 이러한 합의행위 자체가 우리 헌법상의 평화국가원칙 및 국민의 평화권을 침해하는 위헌적인 것인 동시에, 국회 및 국회의원의 조약비준권을 침해한 무효의 것이라는 데에 초점을 맞추고자 한다.<sup>3)</sup>

여기서 문제로 되는 ②의 행위의 핵심은 다음과 같은 공동성명 부분이다.

피청구인 반기문과 라이스 장관은 주한미군의 전략적 유연성 문제에 관하여 양국정부의 양해사항을 아래와 같이 확인하였다.

한국은 동맹국으로서 미국의 세계전략 변화의 논리를 충분히 이해하고 주한미군의 전략적 유연성의 필요성을 존중한다. 전략적 유연성의 이행에 있어서 미국은 한국이 한국민의 의지와 관계없이 동북아 지역 분쟁에 개입되는 일이 없을 것이라는 한국의 입장을 존중한다.<sup>4)</sup>

2) 물론 엄밀히 보자면 위의 ①의 행위는 ②의 행위를 위한 준비행위라는 점에서 그리고 바로 그 때문에 ①의 행위는 ②의 행위에 포섭된다는 점에서 별도로 논의할 필요는 없다.

3) 주한미군의 전략적 유연성 합의의 경과와 내용에 대한 간략한 소개로는 이상현, “주한미군 전략적 유연성 합의”, 『정세와 정책』, 2006년 2월 참조.

4) 또 이 부분 양해사항의 영문은 다음과 같다.

실제 이 공동성명에서 피청구인들이 전략적 유연성을 합의한 행위(이하 ‘합의행위’라 함)는 대한민국과 미국 간의 상호방위조약(조약 제34호: 이하 ‘한미상호방위조약’이라 함) 제4조에 의하여 대한민국의 영토 내에 주둔하는 미국의 군대(이하 ‘주한미군’)의 역할과 지위를 본질적으로 변환시키는 것이 된다. 즉, 그것은 주한미군의 역할을 한반도의 방위를 위한 전쟁 억지적 성격에서부터 동북아시아 지역내에서 발생하는 군사적 분쟁에 대한 전진기지의 성격으로 전환시킨 것이다. 그리고 바로 이러한 역할 및 지위의 변화는 헌법 제5조 제1항에서 선언되어 있는 침략전쟁 부인을 중심으로 한 국제평화주의의 원칙을 실질적으로 변경하는 결과를 야기하였을 뿐 아니라, 궁극적으로는 국민들이 가지는 평화적 생존권 및 국가 중요정책에 대한 의사참여권(또는 국민투표권) 등의 기본권을 침해하게 되며, 나아가 한미상호방위조약의 실질적인 내용조차 변경하는 효과를 야기함으로써 국회 및 국회의원이 가지는 조약비준권을 침해하는 결과를 야기한다.

즉 이 사건 행위는,

- ① 국민으로 하여금 그 의지와 관계없이 국제적인 분쟁에 휘말리게 함으로써 국민이 가지는 행복추구권 및 그 내용으로서의 평화적 생존권을 침해하였으며,
- ② 한반도의 안전을 위하여 사용되어야 할 국가재정을 미국의 동북아시아전략의 수행을 위하여 사용함으로써 국가의 재정권과 과세권의 범위를 일탈하여 국민의 재산권 및 납세자의 권리를 침해하였고,
- ③ 헌법 제5조 제1항의 침략전쟁 부인조항을 실질적으로 변경하는

The ROK, as an ally, fully understands the rationale for the transformation of the U.S. global military strategy, and respects the necessity for strategic flexibility of the U.S. forces in the ROK. In the implementation of strategic flexibility, the U.S. respects the ROK position that it shall not be involved in a regional conflict in Northeast Asia against the will of the Korean people.

것임에도 불구하고 헌법개정의 절차를 따르지 아니 함으로써 헌법 제130조 소정의 국민투표권을 침해하였으며,

- ④ 헌법 제72조에서 규정한 국가안위에 관한 중요정책헌법상 안전보장에 관한 사항임이 분명함에도 같은 조에서 규정하고 있는 국민투표를 실시하지 않아 헌법 제72조 소정의 국민투표권을 침해하였다고 보는 것이다.

이 글은 이런 맥락에서 위 합의행위를 헌법재판소의 종래 결정례를 하나의 평가기준으로 삼아 그 타당성 여부를 분석해 보고 그것이 우리 헌법의 차원에서 어떻게 무가치 판단을 받게 되는지를 규명해 보고자 한다.<sup>5)6)</sup>

## II. 전략적 유연성 합의행위의 군사적 성격

### 1. 개념과 그 맥락

이 공동성명에서 가장 핵심영역에 놓여 있는 것은 바로 ‘전략적 유연성’이라는 부분이다. 이 개념은 자국의 전략적 이익을 보호하기 위해,

- 5) 실제 이 글은 전략적 유연성 합의행위에 대하여 민주노동당에서 청구한 권한쟁위 심판청구 및 인권단체가 제기한 헌법소원심판청구의 취지 및 이유를 재편집하면서 부분적으로 보완하는 방식으로 쓰여졌다. 다만, 그럼에도 불구하고 이 글의 내용과 관련한 정확성이나 그 타당성 등 모든 책임은 전적으로 필자에게 있다.
- 6) 이 글의 토대가 되었던 한·미간 전략적 유연성 합의 위헌확인 헌법소원심판청구사건은 심판의 대상이 되는 공성성명이 “양국의 외교관계 당국자간의 동맹국에 대한 양해 내지 존중의 정치적 선언의 의미를 가지는 데 불과하다”는 판단에 의하여 헌법재판소의 각하결정이 내려졌다.[헌법재판소 2006.05.16. 선고 2006헌마500 참조] 하지만, 이러한 결정은 헌법소원심판의 대상이 되는 공권력의 의미를 너무 협소하게 파악하였다는 비판이 가능하다. 실제 이 사건 행위는 한미상호방위조약의 집행과 관련한 해석작용이며 그에 대한 한·미 당국 간의 합의는 단순한 사실행위로서의 성격을 넘어 유권적 해석에 의한 법정립행위로서의 성격을 가지기 때문이다.

자국의 군사력 혹은 전력을 특정지역과 임무에 국한시켜 운용하지 않고, 필요시 원하는 장소에 융통성 있게 이동·투사하여 다양한 임무를 수행할 수 있도록 하는 주둔군의 기능과 성격을 의미한다.

이는 미국의 군구조변화와 미군재배치 계획에서 나온 것으로서, 주한 미군의 경우에 그것이 종래 수행하던 방어적 역할 즉, 남한지역에 주둔하면서 북한의 남침을 억제하는 방어적 기능을 포기하거나 혹은 그것을 보조적·하위의 개념으로 전환시킨 채, 동북아시아를 중심으로 하는 보다 넓은 지역에서 미군의 전략적·전술적 작전을 수행하게 하는 일종의 전진기지로서의 역할을 부여함을 의미하는 것이다.<sup>7)</sup>

이를 보다 자세히 설명하면 다음과 같다.

(1) 미국은 세계적 냉전구도가 해체되는 1990년대 이래 새로운 세계전략 및 동아시아전략을 구축하면서 군구조변환(Military Transformation)을 추진해 왔다. 즉, 미국은 대량파괴무기 확산, 러시아·중국 등의 새로운 강대국의 출범 가능성, 9·11 테러 이후의 국제테러리즘의 추동, 석유 등 에너지 자원을 확보를 중심으로 하는 경제안보 등을 중심으로 하는 위협요인들을 군사적 작전의 범주에 포섭하고 이를 대상으로 대량파괴무기 확산방지 구상(PSI)이나 미사일방어 구성(MD), 국제협력에 기반한 안전보장체제의 구축, 선제공격과 예방전쟁을 포함하는 군사주의 노선의 재정비 등 다양한 전략적·전술적 변환을 강구하고 또 실행에 옮겨왔던 것이다. 그리고 이러한 변환과 더불어 진행되었던 군구조변환의 작업은 미군의 장거리 투사능력을 높이고, 원거리 정밀타격 능력을 향상하며, 육·해·공군·해병대 등의 통합운용 능력을 강화하는 것에 그 핵심을 맞추고 있다.

(2) 그 중 부시 미국 대통령이 2003년 11월 25일 불량국가·국제테러·

7) 전략적 유연성 및 군사구조 변화하에서의 해외미군재배치계획(DT-GPR)의 배경과 목적, 이론적 틀 등에 대하여는 최종철, “주한미군의 전략적 유연성과 한국의 전략적 대응 구상”, 『국가전략』 12권 1호, 2006, 63면 이하 참조.

대량살상무기 확산 등 새로운 위협에 대처한다는 명목으로 미군의 군사태세 재편 필요성을 강조하며 발표한 해외미군재배치계획(Global Posture Review: GPR)은 이러한 세계전략의 변화가 보다 구체화된 예라 할 것이다.<sup>8)</sup> 이는, 중동아시아 지역 및 동북아시아 지역에서 이미 도출되어 있는 특정한 위협에 대응하여 그에 상응하는 미군병력을 그 특정 지역에 고정 주둔시키던 종래의 전략을 수정하여, 전 세계 어느 곳에 주둔하고 있는 미군이라도 동북아시아, 동아시아 연해, 중동·서남아시아, 서유럽 등에 신속하게 전개할 수 있는 환경을 갖추고 신속대응 능력을 강화하도록 하는 것을 주요 골자로 하면서 해외의 미군기지와 우방국의 방어체계를 전면적으로 재구성하여 범세계적 재편을 도모하고자 하는 것이다.

(3) 하지만 이 GPR은 단순히 해외 미군기지의 배치·운용체계만을 조정하는 수준에 그치지 아니하고 해외에 배치되어 있는 미군의 활동이나 주둔에 관한 당사국(즉, 피주둔국)의 법제와 연합지휘구조 자체에 대한 변환도 포함하는, 전방위적 재편계획으로 이루어져 있다. 이에 최근 주한미군 기지를 평택지역으로 이전·확장하는 것(특히 휴전선 부근의 전방에 주둔하고 있던 제2군을 평택지역으로 이전·확장하는 것)은 그 계획의 일환으로 이루어지는 것이며 이 사건 공동성명에서 거론하고 있는 전략적 유연성 역시 이러한 맥락에서 주한미군의 활동이나 주둔에 대한 법적 체계의 변화를 도모하고자 하는 것이다. 즉, 주한미군의 역할을 방어용에서부터 전략적 성격의 기능으로까지 확장하는 한편 동북아시아에 주둔하고 있는 미군에 대한 일종의 통합사령부로서

8) 실제 이 GRP는 9·11 테러 이후 반테러·반확산을 전략기조로 채택하고 있는 미국의 변환전략의 가장 중요한 축을 이루는 군사적 변환 — 동맹네트워크, 군사역량 및 GRP — 의 한 부분이라고 한다. 즉, 그것은 미군으로 하여금 다양한 불확실성에 대처하고 변화하는 상황에 대하여 신속전개가 가능하도록 하여야 하며 숫자보다는 능력에 기반한 우위를 확보할 수 있도록 하여야 한다는 맥락에서 진행된다. 이상현, 앞의 논문, 10면 참조.

의 체제를 구축하고자 하는 일련의 계획을 반영하고 있는 것이다.

## 2. 주한미군의 전략적 유연성 증대와 한반도 내에서의 주한미군의 지위변화

이러한 GPR의 실행은 주한미군의 지위 자체를 변경시키는 동시에 그 결과로서 주한미군의 법적 지위까지 실효적으로 변질시키게 된다. 현재 주한미군의 근거가 되어 있는 한미상호방위조약은 제3조에서 “각 당사국은 타 당사국의 행정 지배하에 있는 영토와 각 당사국이 타 당사국의 행정지배하에 합법적으로 들어갔다고 인정하는 금후의 영토에 있어서 타 당사국에 대한 태평양 지역에 있어서의 무력공격을 자국의 평화와 안전을 위태롭게 하는 것이라고 인정하고 공통한 위협에 대처하기 위하여 각자의 헌법상의 수속에 따라 행동할 것을 선언한다.”고 선언함으로써, 이 조약은 한국과 미국 간의 상호방위의 대상을 영토에 대한 무력공격으로 한정하고 있다. 이 점은 종래 한국뿐 아니라 미국정부에 의하여서도 거듭 확인된 바 있다. 즉, 한국과 미국은 한미상호방위조약에서 규정한 이러한 목적을 위하여 주한미군이 대한민국의 영토 내에 주둔하고 있으며, 이 주한미군은 지금까지 공식적으로 북한의 위협에 대한 방어적 억제력으로서 대한민국을 방위하는 역할만을 담당한다고 거듭 선언하여 왔다. 환언하자면 주한미군은 한반도라고 하는 특정한 지역에 한정하여 대한민국 및 미국의 영토에 대한 무력공격을 방위하기 위한 한정된 목적을 가지고 존재하는 방위군으로서의 성격을 가진다는 것이다.

그러나 이 사건 공동성명에서 밝힌 바에 의하면, 주한미군에 대하여 대한민국 정부는 공식적으로 주한미군에 대하여 전략적 유연성 개념이 적용됨을 상호 인용하고 그에 대한 합의를 함으로써 주한미군의 방위군으로서의 성격을 본질적으로 변환시키고 있다. 즉, 이 사건 공동성명은 주한미군으로 하여금 북한의 위협에 대한 방어적 억제력으로서 기능을

넘어, 한반도에서는 물론 동북아시아, 심지어 중동지역에서까지 선제공격을 수행할 수 있는 신속기동군화된 지역군으로 변환할 수 있도록 하였고, 이를 통하여 주한미군이 미국의 세계전략에 따른 일종의 전진기지로서의 역할을 수행할 것을 인정하고 있는 것이다.

여기서 주한미군의 전략적 유연성은 미국이 전 세계 미군을 신속기동군으로 재편하고 효율성을 높여 첨단미래군으로 키운다는 목적으로 오래전부터 추진해온 해외주둔미군 재배치 계획에 따라 주한미군을 아시아태평양 기동군으로 그 임무와 기능을 확대하는 것을 의미하는 만큼, 이 사건 공동성명이 주한미군에 대하여 이러한 전략적 유연성을 인정한다고 선언하고 있는 것은 곧 주한미군이 북한의 남침에만 대비한 불박이군이 아니라 신속기동군으로서 대한민국 영토를 기점으로 동북아 지역을 비롯한 다른 지역의 대테러전 등을 수행하는 것을 허용한다는 것을 의미하기 때문이다.

그리고 이러한 전략적 유연성의 틀 속에는 최소한 다음과 같은 세 가지의 변화가 내포되어 있다. 그 첫째는 병력의 이동 유연성으로 주한미군이 대한민국의 영토에 들어오거나 그로부터<sup>9)</sup> 빠져 나가는 것에 대한 포괄적 유연성을 미국에 인정하고 이를 대한민국은 양해하는 것이다. 이에 의하면 미국은 주한미군의 증원뿐 아니라 감축도 자유롭게 할

9) 노회찬, 2006년 2월 22일 국회 정치분야 대정부질문에서는 전략적 유연성에는 이러한 병력의 이동유연성, 기지사용의 유연성 및 장비의 유연성이 포함되며 이렇게 될 경우 양안문제의 발생시 군산 소재 미군 항공기가 대중국 초계활동에 나설 수 있으며, 기지사용 유연성은 미국의 동북아 패권유지를 위하여 우리 국가가 미국에 군사기지를 제공하는 셈이 될 수도 있게 한다는 점, 그리고 장비 유연성은 미군의 MD 구축과 핵무기 배치 등에 대해 우리측이 포괄적 양해를 해주는 결과를 초래할 수도 있다는 점을 거론하고 있다. 한국일보, 2006년 2월 23자 참조. 이러한 주장은 최재천 의원도 “전략적 유연성은 넓게 볼 때 ▲전입(Flow-in)과 전출(Flow-out)을 포함한 병력의 이동 ▲기지(시설과 구역) 공동 사용 ▲장비의 사용 등 세 가지를 모두 포괄하는 개념”이라고 하면서 마찬가지로 맥락에서 제기하고 있다. 최재천, “‘전략적 유연성 합의’를 비판한다”, 오마이뉴스, 2006년 1월 23일; [http://www.ohmynews.com/articleview/article\\_view.asp?at\\_code=306441](http://www.ohmynews.com/articleview/article_view.asp?at_code=306441)(2006. 8. 19 조회) 참조.

수 있으며, 주한미군을 전세계에 걸친 분쟁지역으로 투입하는 것도 자유롭게 할 수 있다.

그 둘째는 기지 사용의 유연성으로 주한미군의 기지가 동북아시아 신속 기동군의 목적에 부합되게 사용이 가능하도록 우리 측이 양해하는 것을 포함한다. 그러니까 주한미군의 존재목적이 대북한 전쟁억지력에 한정되지 아니하고 작게는 동북아시아 크게는 전 세계에 걸친 미군의 군사전략의 효율화를 위한 전진기지로서의 의미를 부여하게 되는 것이다.

셋째는 장비의 유연성을 의미한다. 이는 미군의 장비의 배치운영에 대한 포괄적인 유연성을 양해하는 것으로, 주한미군이 MD(미군의 미사일 방어체제)를 구축하는 것뿐 아니라 심한 경우 한반도 내에 핵무기를 배치하는 것에 이르기까지도 대한민국이 포괄적으로 양해하는 것까지 포괄할 수도 있다.

요컨대, 이 사건 행위는 주한미군의 전략적 유연성을 인정함으로써 대북 억지력 등 방어를 위해 주둔하는 주한미군이 동북아시아 지역에서 기동군 역할 등 개입군으로서 활동할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 그리고 그 과정에서 국가안전보장과 국제평화주의를 선언하고 있는 우리 헌법의 정신은 물론 주한미군의 지위와 관련한 우리 국민의 부담까지도 변질시키는 결과를 야기하고 있는 것이다.

### 3. 소 결

물론 이러한 주한미군의 전략적 유연성의 인정여부에 대하여 미국과 대한민국 정부는 1990년대 초부터 검토, 논의해 왔음은 부인할 수 없다. 특히 양국의 국방장관들은 한미연례안보협의회 등의 기회를 이용하여 한반도가 통일되어 주한미군의 방어적 억제력으로서의 성격이 사라진 이후의 주한미군의 역할과 지위의 변화에 대하여 그 필요성과 당위성을

인정하는 의사를 수차 표명해 왔던 것이다. 그리고 이 과정에서 주한미군에 전략적 유연성을 부여하여 지역방어의 목적으로 변환하는 문제는 매번 거론되었고 또 권고되기조차 하였다.

하지만, 이런 논의들은 언제나 미래형의 예상 내지는 그에 대비하는 대안의 모색이라는 수준에서 머물렀고 그것이 법적인 구속력을 가지는 어떠한 규범으로써 제시되었던 적은 없었다. 더구나 그것은 하나의 안으로서 전 국민적 합의를 수렴하기 위하여 예비적으로 검토되어야 한다는 제안의 수준에서 제시되었을 뿐이며 이 사건 공동성명과 같이 국가적 의사로서 구속력을 가지는 것은 아니었다. 그러기에 그러한 의사가 표명될 때마다 시민사회는 그 지위변화에 대한 우려만을 제시했을 뿐 이에 대하여 적극적인 반대나 반발은 하지 않았던 것이다.

그러나 이번의 이 사건 공동성명은 이러한 제안 수준의 검토와는 그 맥을 달리한다. 그것은 양 정부가 주한미군의 지위변화를 공식적으로 합의하고 선언한 것으로 적어도 사실의 측면에서는 공식적인 구속력을 가지는 것이다. 환언하자면 우리 정부의 입장에서는 주한미군이 방위군으로서의 역할에 한정되지 않고 동북아시아를 비롯한 광역의 전략행위로 나아가는 것에 대하여 더 이상 항의하거나 그것을 저지할 수 있는 명분은 물론 그 규범적 근거조차도 상실해 버린 셈이 되는 것이다. 실제 이 사건 공동성명이 헌법적으로 문제되는 부분은 바로 이것이다. 즉, 조약이나 그에 상응하는 — 그것이 의회의 권한영역이든 아니면 국민투표 등의 영역이든 — 어떠한 규범(설정)행위으로써 처리하여야 하는 중차대한 문제를 두 국가의 장관 사이의 합의로써 그리고 그 합의에 대한 공동성명의 방식으로 처리해 버린 것이 중요한 헌법위반의 혐의를 발생시키는 것이다.

### Ⅲ. 전략적 유연성과 행복추구권 및 평화적 생존권의 침해

#### 1. 행복추구권 및 평화적 생존권

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 정하여 행복추구권을 선언하고 있다. 여기서 행복추구권은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니면서 자신의 삶을 온전하게 영위해 나갈 수 있는 권리를 포함한다.

평화적 생존권은 바로 이 행복추구권의 가장 핵심적 내용 중의 하나이다. 즉 그것은 모든 인간이 무력충돌이나 살상 등의 폭력이나 생명·인신에 대한 위협을 받지 아니하고 평화로운 삶을 누릴 권리를 말한다.<sup>10)</sup> 그리고 이러한 평화적 생존의 가능성이 보장될 때 비로소 인간은 자신의 삶을 자신의 의지와 예측에 의하여 영위할 수 있게 된다.<sup>11)</sup> 헌법 전문은 이러한 입장에서 우리 헌법을 제정하게 된 궁극목적으로 “우리들과 우리들 후손들의 자유와 안전과 행복”의 실현을 제시하고 있다. 그것은 항시적이고도 확고한 안전의 보장 자체가 국가를 설립하고 그에 일정한 권력을 부여하는 우리 국민들의 의지이며 이 과정에서 평화적 생존이란 헌법이 존재하는 최우선적인 목표이자 목적이라는 점을 밝히고 있는 것이다. 대체로 평화적 생존권을 기본권 중 가장 중요한 기본권이나

10) 정종섭은 평화롭게 살 권리(평화권)와 안전하게 살 권리(안전권)를 구분하고 있으나 (『헌법학원론』, 박영사, 2006, 200면), 폭력이나 전쟁뿐 아니라 위협으로부터의 자유도 평화의 개념에 포함되는 만큼 굳이 양자를 구분할 필요는 없을 것이다.

11) 헌법재판소도 “전쟁과 테러 혹은 무력행위로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제가 되는 것이므로, 달리 이를 보호하는 명시적 기본권이 없다면 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하다”고 하면서 그 기본적인 내용은 “침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리”로 선언하고 있다. 헌법재판소 2006.02.23. 선고 2005헌마268.

우선적 기본권의 지위를 가지는 것으로 자리매김할 수 있는 것도 바로 이런 맥락에서이다.

이러한 평화적 생존권은 두 가지의 측면을 가진다. 먼저 그것은 외부로부터 오는 생명과 인신에 대한 위협 즉 무력충돌이나 살상 등의 외부적 폭력으로부터 자유로울 수 있는 권리를 의미한다. 동시에 그것은 각 개인이 스스로 가해자가 되어 다른 사람의 평화를 위협하거나 침해함으로써 그 자신의 인간성과 존엄성을 상실하게 되지 아니할 권리를 의미하기도 한다.

물론 이러한 평화적 생존권의 그 실질은 개인의 권리라기보다는 집단의 권리 혹은 공동체의 권리(보다 정확히는 인민<sup>people</sup>의 권리)로서 일종의 연대권의 한 형태로 보아야 할 것이나, 그것이 개인의 생활과 연관되어질 때는 개인의 권리로 보아야 한다. 즉, 전쟁이나 집단적·구조적 폭력, 생활환경파괴 등 평화에 대한 위협이 구체화·개별화되는 정도에 따라 — 환언하자면 개인적 평화에 대한 위협이 구체화됨에 따라 — 그 평화적 생존권은 집단의 권리가 되고 동시에 폭력의 위협에 직면하게 되는 개인의 권리로서의 성격을 가지게 된다. 이는 우리 헌법상의 행복추구권의 법리로부터도 얼마든지 설명될 수 있는 것이기도 하지만, 동시에 기본권에 대한 국가의무를 존중(respect), 보호(protect) 및 충족(fulfil)의무로 구분하는 경우 어떠한 이유에서는 국민의 기본적 권리가 침해되거나 그 위협에 처하게 되는 경우 그것으로부터 개인을 보호하여야 할 국가의 보호의무로부터도 도출되는 것이기도 하다.

## 2. 전략적 유연성: 평화적 생존권의 침해

하지만 이 사건 공동성명은 국민의 의사와는 관계없이 우리 국민의 삶을 동북아시아의 긴장상태로 편입하는 위험<sup>12)</sup>을 야기하게 된다는 점에서 이러한 국민의 기본권으로서의 평화적 생존권을 침해하고 있다.

실제 평화적 생존권의 문제는 국제인권법의 맥락에서는 평화에 대한 권리(right to peace)라는 개념으로 형성되어 왔다. 특히 1978년 ‘평화적 생존을 위한 사회의 준비에 관한 선언(Declaration on the Preparation of Societies for Life in Peace)’으로 이루어진 UN총회의 결의<sup>13)</sup>는 모든 국민과 모든 인간에게 평화 속에서 생존할 수 있는 고유한 권리를 가짐을 선언하고 이러한 태도는 1984년 11월 12일의 ‘민족/인민의 평화권에 관한 선언’으로 채택되기도 하였다.<sup>14)</sup> 또한 1998년 광주에서 채택된 아시아인권선언에서도 평화롭게 살 권리(right to live in peace)를 선언<sup>15)</sup>하고 있으며, 그에 이은 아시아인권헌장은 모든 개인은 평화롭게 살 권리를 가지며 이에 개인은 어떠한 종류의 폭력의 대상이 되어서도 안 되며(제4-1조), 외세의 강점 위협에 대항하여 주권을 보전하고 보호해야 할 필요 때문에 개인의 안전과 평화로운 생활의 권리를 박탈당하여서도 아니됨(제4-4조)을 규정하고 있다. 하지만 그 핵심에 해당하는 최저한의 권리요소는 다음의 규정에서 읽어낼 수 있다.

전쟁과 내전은 문명의 혜택을 누리는 삶 혹은 평화적 생활을 갈구하는

12) 동북아시아에서의 긴장 및 그에 의한 분쟁위기는 북핵문제논쟁, 중국위협·위험론, 일본의 내셔널리즘 국가전략 및 안보국가론, 에너지위기와 동북아 특유의 역사논쟁, 그리고 영토문제 등 복합적으로 형성되고 이에 대한 미국의 인식 또한 경제적 기회론과 정치군사적 위험론으로 대별되면서 미국의 적극적 관여정책(engagement)을 야기하고 있다. 자세한 것은 송주명, “동아시아 신질서의 형성과 한반도의 장래”, 민주화를 위한 전국교수협의회, 정세토론회: 요동치는 한반도, 어디로 가나?, 2005. 9. 30 참조.

13) 1978. 12. 15, A/RES/33/73.

14) Res. 39/11. 이 선언은 전문에서 “인류의 삶으로부터 전쟁을 제거하고 무엇보다도 전지구적 차원의 핵재앙을 회피하려는 …… 의자의 염원” “전쟁 없는 삶이 물질적 복지, 국가의 발전과 진보, 유엔이 선포한 권리와 기본적인 인간 자유의 완전한 이행을 위한 국제적인 차원의 일차적인 전제조건을 형성”한다고 선언하고 있다. 이근관, “국제적 인권으로서의 평화권에 대한 고찰”, 『인권평론』, 창간호, 2006년 12월, 196면에서 전제.

15) 아시아인권헌장 선언대회 자료집, 1998, 120면 이하, 특히 126면.

그 어떤 희망도 거부하고 있다. 많은 나라에서 국가와 시민사회가 심하게 군사화되어 모든 문제가 폭력에 의해 결정되고 정부나 군부가 가하는 그 어떠한 위협이나 공포로부터 시민들은 보호받지 못하고 있다.(아시아 인권헌장, 제4-1조)

국민들은 그들이 살아가는 자연 환경과의 관계에 있어서도 안전을 보장받아야 한다. 억압과 착취 그리고 폭력에 기대지 않고 사회 속에 내재하는 모든 가치 있는 요소들을 훼손하지 않으면서 자신의 욕구와 희망을 충족시킬 수 있는 정치, 경제, 사회적 환경을 보장받아야 한다.(아시아인권헌장, 제4-3조)

즉, 평화적 생존의 권리는 전쟁과 내전뿐 아니라 사회구조적인 모순이나 질곡으로 인하여 개인의 생활과 생명, 자유에 가해지는 위협이나 공포로부터 자유로울 수 있는 권리를 가장 본질적 요소로 하고 있다고 보는 것이다. 이러한 관점은 일본 헌법학계에서 이해하는 평화적 생존권의 개념과 유사한 것으로 보인다. 그에 의하면 평화적 생존권은 일본헌법 전문에서 말하는 ‘공포와 결핍으로부터 벗어나는 것’과 “평화조항”으로 불리는 제9조로부터 도출된다고 하며, 협의로는 ‘평화 속에서 문자 그대로 생존하는 권리 혹은 생명을 빼앗기지 않을 권리’로, 광의로는 ‘전쟁의 위협과 군대의 강제로부터 벗어나 평화 속에서 모든 인권을 향유할 수 있는 권리’로 구분하는 견해가 유력하다고 한다. 즉, 보다 “긴 호흡으로 주시해야 하는 것은 광의의 평화적 생존권을 넘어서는 권리, 즉 구조적 폭력에 대항하여 ‘평화 속에서 살아갈 권리’”라는 것이다.<sup>16)</sup>

이렇게 보면 이 사건 행위는 잠재적 전쟁의 위협을 야기함으로써 생활의 안전과 평화를 위태롭게 하고 있을 뿐 아니라, 보다 거시적으로는 미국의 패권주의를 바탕으로 하는 구조적 폭력이 상시적으로 행사될 수 있는 가능성을 열어둔다는 점에서 평화적 생존권의 가장 본질적

16) 서경석, 앞의 논문 참조.

부분을 침해하게 된다.

이는 전술한 바와 같이 주한미군이 기동군으로서 성격을 가지게 되면서 그 군사력이 전 세계 각처의 분쟁지역 특히 동북아시아 지역의 분쟁지역으로 진출될 수 있는 여지를 마련함으로써 주한미군이 국제분쟁에 개입하는 순간 곧장 대한민국이 자동적으로 전쟁 당사국으로 되게 만든다는 점에서 더욱 그러하다. 뿐만 아니라, 그 당연한 결과로서 교전 당사국은 대한민국을 자동적으로 적대국가로 규정하게 한다. 이는 우리나라의 안보나 주권과는 직접 관계없는 국제분쟁 특히 미국에 의하여 수행되는 미국의 전쟁이 처리되는 과정에서 모든 국민의 삶을 전쟁의 긴장과 외부적 폭력의 위협에 빠뜨리는 결과를 야기하며, 극단적인 경우에는 그 국가의 무력적 공격의 대상이 될 수도 있는 위협을 야기하게 된다는 점에서 그러한다. 군사적 혹은 군사전략적 분쟁이 항존하는 세계정세를 감안하고 또 이러한 위협이 보다 가중되어 있는 동북아시아의 정세를 감안하면 대한민국이 전쟁 당사국으로 전이할 가능성은 그 확률이 높은지 낮은지의 문제이지 존부의 문제는 결코 아니게 된다.

실제 이 부분에서 이러한 위협의 야기 가능성이 우리 국민의 주체적 결정에 달려 있다면 그나마 어느 정도의 정당화의 가능성이 있다는 자위도 가능할 것이다. 그러나 이 사건 공동성명은 미국에 주한미군의 운용에 관한 거의 전적인 결정권을 부여하고 있다. 이에 한국민의 평화적 생존권은 단지 “한국이 한국민의 의지와 관계없이 동북아 지역 분쟁에 개입되는 일이 없을 것이라는 한국의 입장을 존중한다.”는 형식적 보장 하나만에 모든 것을 맡겨야 하는 반주권적 처지로 전락시키고 있는 실정이다.

뿐만 아니라 이러한 위협은 명백하고도 현재적인 위협에 해당한다. 이라크전쟁에서나 또는 이란사태 등 국제분쟁은 항존하며 동북아시아의 경우에도 중국-대만 간의 양안분쟁은 언제나 발생가능한 위협요소로 남아 있다. 그리고 세계경찰을 자처하면서 동시에 동북아시아 권역에

서는 중국의 세력확장을 견제하고자 하는 미국의 전략체계는 이러한 위험이나 분쟁과정에 언제든지 개입할 개연성을 예정하고 있다. 실제 주한미군에 전략적 유연성을 부여하고자 하는 최대의 목적도 바로 이렇게 동북아시아에서의 분쟁발생 가능성을 예정하고 그에 대한 즉각적이고 탄력적인 군사개입의 가능성을 확보해 두기 위한 것이라는 점을 감안한다면 상술한 위험 — 평화적 생존권의 침해가능성 — 은 예외적인 것이라기보다는 오히려 항시적이고 일반적인 것이라 하지 않을 수 없다.

더불어 이러한 주한미군의 지위변화는 그 ‘적대’국가인 중국으로 하여금 주한미군 자체를 ‘적대시’하게 만들며 이러한 주한미군의 주둔을 보장하고 그 활동을 양허하고 있는 대한민국까지도 ‘적대시’하게 만들 가능성도 형성하게 된다. 실제 이 부분의 위험은 공론화되지 못한 상태라 그 명백성은 (적어도 우리의 수준에서는) 미약하지만 최소한 현재성의 요건은 충족시킨다. 즉, 중국으로 하여금 우리나라에 주둔하고 있는 주한미군 기지를 그 방어전략·전술 혹은 공격전략·전술의 한 타겟으로 규정하고 그에 상응하는 군사작전·계획을 수립하게 할 수도 있는 것이다. 그리고 이러한 작전·계획의 수립 그 자체만으로도 우리나라의 안보환경은 급격히 변화할 뿐 아니라, 그로부터 국민의 평화적 생존권은 부단히 침해될 가능성이 농후하게 되는 것이다.

요컨대 이 사건 공동성명은 대한민국을 미국의 군사력이 전 세계적인 전략을 수행함에 필요한 전초기지로서 규정하고 나아가 대한민국이 언제든지 미국의 의지여하에 따라 전쟁 혹은 국제분쟁의 소용돌이에 휘말리게 할 명백하고도 현재적인 위험을 야기함으로써 헌법 제10조에 의하여 국민들이 가지는 행복추구권 및 그 핵심요소로서의 평화적 생존권을 침해하여 위헌이라 할 것이다.

#### Ⅳ. 합의행위와 헌법 제130조의 국민투표권의 침해

##### 1. 주한미군의 지위변화와 헌법 제5조의 위반 여부

우리 헌법은 전문에서 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함을 선언하고 있고 제5조 제1항에서는 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.”고 함으로써 국제평화를 향한 헌법적 의지를 명문으로 선언하고 있다.<sup>17)</sup> 그리고 이 헌법규정에 의하여 대한민국은 대한민국의 영토를 방어하기 위한 자위전쟁과 국제연합헌장에 따라 허용되는 평화유지행위 혹은 조치들만을 수행할 수 있을 뿐이며, 이를 제외한 모든 전쟁은 침략전쟁으로서 헌법상 결코 허용될 수 없다고 보아야 할 것이다.<sup>18)</sup>

실제 주한미군이 대한민국의 영토에 주둔할 수 있음도 그 존재의 목적이 ‘북한의 침략’ 등 한반도의 평화와 안전의 방어에 놓여 있기 때문이며 이러한 한도내에서 그 주둔의 근거가 되고 있는 한미상호방위조약은 합헌이라 할 것이다. 그러나 이 사건 합의행위는 주한미군에 대하여 방어적 성격을 넘어 동북아시아 지역에서 기동군 역할 등 개입군

17) 우리 헌법을 기초한 유진오는 건국헌법 제6조의 침략전쟁 부인 조항의 도입배경으로 “세계의 중요국가가 지금 다 가입되어 있는 ‘전쟁포기에 관한 조약’[의] 기본정신을 우리나라에서도 그것을 시인한다고 하는 것”을 설명한 것이라고 밝힌 바 있다. (유진오, “대한민국 헌법의 제안이유”, 한인섭 편, 『정의의 법 양심의 법 인권의 법』, 박영사, 2004, 4-5면). 그리고 이 부전조약의 체결 이후 국제법상 인정되는 전쟁 혹은 적대행위는 ① 국내 문제에 통치권을 행사하는 경우, ② 단독 또는 집단적 자위의 필요에 의한 경우, ③ UN의 결정에 따른 명시적인 위임에 의한 경우, ④ 타국 정부로부터 명시적인 원조요청이 있는 경우 등이다. 이렇게 본다면 적어도 우리 헌법상 평화조항의 입법사적 의미는 개별적 자위권만 인정하고 동맹국의 무력공격에 대한 공격 즉 집단적 자위권까지 포함하는 것은 아니라고 보는 이경주의 설명은 나름의 타당성을 가진다.

18) 이 점과 관련하여 이경주는 제헌헌법 제6조(현행헌법 제5조 제1항)의 침략전쟁 부인 조항에 대하여는 제헌 당시의 유진오의 의견을 소개하고 있다. 이경주, “한·일 헌법의 평화주의에 대한 비교연구”, 『세계헌법연구』 제4호, 1999, 168-170면 참조.

으로서 활동할 수 있는 근거를 제공하고 있어 우리 헌법이 예정하고 있는 침략전쟁 부인의 규범을 정면에서 위반하고 있다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 이 사건 행위로 인하여 주한미군에 전략적 유연성을 부여할 경우 대한민국과 무관한 국제분쟁에 주한미군에 소속된 병력이 투입될 수 있는 여지가 발생하게 된다. 특히 그 분쟁이 중국과 대만과 같이 동북아시아지역에서 발생할 경우 주한미군은 이 전략적 유연성에 따라 얼마든지 그 분쟁에 개입할 수 있게 되며 미국은 주한미군의 군사력을 이용하여 그 일방 당사국을 적국으로 하여 전쟁을 수행하게 된다. 이 때 대한민국의 영토 내에 소재하는 주한미군기지는 이 전쟁의 전초기지로서의 역할과 기능을 수행하게 되며 이 점에서 그 군사기지를 제공하고 있는 대한민국은 국제법상 자동적으로 전쟁 당사국이 되어 버리고 마는 결과가 야기된다.

요컨대 대한민국은 대한민국의 영토보전이나 국가안전보장과 무관한 분쟁에 무력으로 개입하는 전쟁 당사국이 되며, 이러한 전쟁에 대하여 국제연합 등에서 승인하는 집단적 자위전쟁으로 인정하지 않는 한 그것은 헌법 제5조 제1항이 명문으로 금하고 있는 침략전쟁을 수행하는 결과가 야기되는 것이다.

물론 이에 대하여 이 사건 공동성명은 “미국은 한국이 한국민의 의지와 관계없이 동북아 지역 분쟁에 개입되는 일이 없을 것이라는 한국의 입장을 존중한다.”고 하고 있고 이를 두고 현 정부에서는 이 조항이 마치 대한민국이 자신의 의지와 무관하게 국제분쟁에 개입하게 되는 경우는 없도록 한 일종의 봉쇄조항인 것처럼 설명하고 있다. 하지만, 그럼에도 불구하고 이 사건 공동성명에서는 이러한 전쟁개입을 사전에 대한민국 국민이 동의하거나 양해할 수 있는 여지나 그 절차에 관한 규정을 마련하고 있지 않을 뿐 아니라, 그 문언조차도 대한민국 국민이

적극적으로 반대하지 않는 한 주한미군이 국제분쟁에 개입할 수 있도록 하고 이로써 대한민국이 국제분쟁의 한 당사국으로 개입하게 만들고 있다. 그 대표적인 예가 영문의 성명문인바, “*against the will of the Korean people.*”라는 표현은 바로 이러한 우려를 재확인시키고 있다. 여기서 “*against*”라 함은 ‘적극적인 반대가 없는 한’이라는 소극적 의미로 이해될 소지를 충분히 안고 있기 때문이다.

실제 이 사건 공동성명이 가지는 문제는 바로 이 부분에 있다 할 것이다. 그것은 첫째, 주한미군에 대하여 전략적 유연성을 인정하는 한편 주한미군이 국제분쟁에 개입함에 대한 어떠한 사전적 통제장치도 마련하지 않음으로써 국민의 의사 여하와는 관계없이 미국의 결정만으로 대한민국이 자동적으로 그 국제분쟁의 당사국으로 규정되도록 하고 있다.(이 점에서 이 사건 행위는 국민주권의 원칙을 선언하고 있는 헌법 제1조의 규정에도 반한다.)<sup>19)</sup>

(2) 이 사건 공동성명은 그 합의의 주체를 밝힐 때에는 “한국” 또는 “ROK”이라는 명칭을 사용하는 반면, “미국은 한국이 한국민의 의지와 관계없이 동북아 지역 분쟁에 개입되는 일이 없을 것”이라고 하여 지역 분쟁에의 개입에 대한 소극적 거부권을 밝히는 부분에서는 “한국” 또는 “ROK”가 아니라 “한국민” 혹은 “the Korean people”이라는 용어를 사용하고 있다. 이는 한편으로는 한국민의 의미를 애매모호하게 하고 따라서

19) 정태욱은 Brian Orend, *Michael Walzer on War and Justice*, McGill-Queen's University Press, 2000를 인용하면서 정당한 전쟁의 개념을 정당한 근거(just cause), 정당한 의도(right intention), 합법적인 권위와 공개적 선언(proper authority and public declaration), 최후의 수단(last resort), 성공의 개연성(probability of success), 비례성(proportionality) 등의 요건으로 설명한다. 정태욱, “위기의 한반도와 전쟁과의 단절,” 『민주법학』, 제25호, 2004. 이런 관점에 의하자면 전략적 유연성의 전략화에 자동적으로 전쟁에 편입되는 경우 이러한 정당한 전쟁의 요건을 충족하지 못하게 되어 규범적으로 무가치판단이 내려지지 않을 수 없게 된다. 무엇보다도 우리 국가가 그 어떠한 요건에 대하여도 스스로 판단하고 평가하지 못하기 때문이다.

다른 한편으로는 지역분쟁에 개입하지 않겠다는 “한국민”의 의사를 어떻게 확인할 것인지와 관련한 해석의 문제를 야기할 수도 있는 상태를 만들어 놓고 있다. 즉, 이 부분에서 “한국민의 의사”를 정하는 것은 정부인가 아니면 국회의 의결을 구하여야 하는가 아니면 국민투표를 하여야 할 것인가 등등에 관하여 심한 논쟁의 여지를 남기고 있는 것이다.

뿐만 아니라 가장 심한 문제점 중의 하나는 이 “한국민의 의지와 관계없이”라는 조항 자체가 위헌이라는 점이다. 전술하였듯이 우리 헌법 제5조 제1항은 침략전쟁을 부인하고 있다. 이는 사실상 “한국민”이 원하든 원치 아니하든 그 전쟁이 침략전쟁인 한에서는 헌법적으로 그러한 전쟁을 수행할 수 없음을 선언한 것이다. 즉, 헌법 제5조 제1항에서 허용되는 자위전쟁이 아닌 한, 특히 미국이 자국의 이익을 위하여 자국의 영토 이외에서 주한미군을 동원, 전쟁을 수행함으로써 대한민국이 자동적으로 그 전쟁의 당사국으로 개입하게 만드는 것은 이 사건 공동성명에서 말하는 “한국민의 의지”와는 전혀 관계없이 처음부터 우리 헌법에 의하여 금지되고 있는 것이다. 환언하자면 이 사건 공동성명처럼 한국인이 원하거나 혹은 적극적으로 반대하지 않는다고 하더라도 대한민국 정부는 침략전쟁으로 나아갈 수 없으며, 만일 그러한 전쟁을 하기를 원한다면 이 사건 공동성명에 의하여 별도로 “한국민의 의지”를 확인할 것이 아니라, 헌법 제5조 제1항을 먼저 개정하는 절차를 밟고 — 이 순간 한국민의 의지가 확인된다 — 그 연후에 전쟁으로 나아가야 한다는 것이다.

이렇게 본다면 이 사건 행위는 침략전쟁을 부인하고 있는 헌법 제5조 제1항의 규정에도 불구하고 대한민국으로 하여금 미국이 수행하는 전쟁으로 자위전쟁이 아닌 전쟁 즉 침략전쟁에까지 개입하게 만들 여지를 충분히 담고 있는 것이라 할 것이다. 즉, 헌법 제5조 제1항에 반하는 위헌적 행위가 되는 것이다.

## 2. 이 사건 행위의 실질적 헌법변경 효과

이상에서 살펴보았듯이 이 사건 행위는 헌법 제5조 제1항의 침략전쟁의 부인 조항에 위반되는 결과를 야기하는 것으로 당연히 위헌 무효가 되어야 한다. 하지만, 현행의 헌법제도에 의하면 이러한 위헌적 국가행위를 직접 교정할 수 있는 방법은 전혀 없다. 가장 근접한 지위에 있는 헌법소원심판제도라 하더라도 기본권침해의 현재성, 직접성의 요건을 충족시켜야만 청구인적격이 부여되며 따라서 이러한 일반적 효과를 야기하는 이 사건 행위와 같은 경우에는 그 자체 적절한 구제수단이 되지 못하는 것이 우리 법제의 현실이기도 한다.

그런데 이렇게 위헌적인 국가행위가 적절한 구제수단이 없다는 이유로 그대로 방치된다면 그것은 실질적으로는 헌법조항을 변경하는 것이 상당한 결과를 야기하게 된다. 즉, 침략전쟁을 부인하는 헌법명령의 존재에도 불구하고 침략전쟁을 허용하는 국가행위가 발생하고 이를 적절히 교정하지 못하는 현실은 결국 사실상의 헌법침해를 야기하게 되며 이러한 사실이 지속됨으로써 「기성사실(*fait accompli*)의 법리」에 의하여 그 자체가 명문의 헌법조항을 대체하는 효과를 야기하게 된다. 즉 그것은 헌법의 선례가 되어 일종의 “관습헌법”으로 고착됨으로써 현행헌법 제5조 제1항을 실질적으로 대체하게 된다. 요컨대, 헌법개정 절차에 의함이 없이 실질적인 헌법개정이 이루어진다는 것이다.<sup>20)</sup>

실제 이러한 법리는 헌법재판소가 이미 행정수도 이전과 관련하여

20) 실제 전쟁과 군사의 문제는 근대입헌주의헌법이 들어서면서 헌법문제로 인식되고 또 그렇게 헌법에서 규율해 왔다. 杉原泰雄, 이경주 역, 『헌법의 역사』, 이론과실천, 1999, 56면 이하. 그리고 제2차 세계대전 이후에는 평화의 문제 또한 헌법의 이념으로 적극 수용되게 된다. 이에 관하여 자세한 설명은 서경석, “헌법상 평화주의와 그 실천적 의미”, 『민주법학』, 제25호, 2004 참조. 이런 경향을 감안한다면 전쟁과 군사에 관한 중요하고도 기본적인 사항을 헌법적 규율 밖에서 처리하고자 하는 이 사건 행위는 그 내용의 문제는 별론으로 하더라도 그 존재 자체로서 위헌 내지는 탈헌법적인 것이라 할 수 있다.

관습헌법의 개정에 대한 국민투표권의 문제로 판단한 바가 있다.<sup>21)</sup>

이 사건 법률은 헌법개정사항인 수도의 이전을 위와 같은 헌법개정절차를 밟지 아니하고 단지 단순법률의 형태로 실현시킨 것으로서 결국 헌법 제130조에 따라 헌법개정에 있어서 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권의 행사를 배제한 것이므로 동 권리를 침해하고 있다.(판례집 16-2,1,50-51)

환언하자면, 헌법재판소는 “당해 법률이 반드시 헌법에 의하여 규율되고 개정되어야 할 사항을 단순법률의 형태로 규정하고자 한 경우에는 이는 국민이 주권자로서 헌법의 제·개정에 관하여 가지는 권한을 직접적으로 침해하는 것이 된다.”고 하고 있는 바, 이 사건의 경우에는 그 행위형식이 법률이 아니라 피청구인 등의 이 사건 행위인 “합의”의 방식들 취하고 있다는 점만 다를 뿐 그것이 실질적으로 헌법을 개정함에 이름에 있어서는 다를 바 없다 할 것이다.

원칙론적인 면에서만 보자면, 주한미군의 지위와 역할을 변환함으로써 자위전쟁이 아닌 기타의 전쟁에 대하여도 대한민국이 개입하게 되는 결과를 유효하게 야기할 수 있도록 하기 위해서는 헌법 제5조 제1항의 개정이 반드시 필요하다. 뿐만 아니라, 더 나아가 그 침략적 전쟁에의 개입여부를 결정하는 실질적인 권력 자체를 미국의 의사에 맡기고 대한민국은 사후적으로 통제하는 방식을 취할 것인지 아니면, 사전적으로 대한민국의 자율적 의사에 의하여 결정할 수 있도록 할 것인지는 주권에 관한 사항으로 반드시 헌법에 의하여 결정되어야 할 것이기도 하다.

그렇다면 이러한 헌법개정의 절차를 거치지 아니하고 실질적인 침략전쟁의 가능성을 허용하는 한편 그 전쟁에의 개입여부를 결정하는 이니셔티브조차 미국의 전략적 판단에 위임하는 것을 내용으로 한 이

21) 헌법재판소 2004.10.21. 선고 2004헌마554등 결정.

사건 합의행위는 헌법개정사항을 헌법보다 하위의 행위에 의하여 개정하는 것이 되며 따라서 “헌법 제130조에 따라 헌법개정에 있어서 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권의 행사를 배제한 것이므로 동 권리를 침해하고 있다.” 할 것이다.

### 3. 헌법개정절차에서의 국민투표권 침해 여부의 판단기준

그러나 이상의 서술과 같이 헌법에 위반되는 국가행위가 존재한다고 해서 그것을 헌법개정의 효과를 야기하는 것으로 보고 이에 대하여 헌법 제130조에 따른 국민투표권을 침해한 것으로 판단하는 것은 특단의 사정이 없는 한, 모든 헌법침해행위에 대하여 적용될 가능성을 열어두는 것인 만큼 자칫 추상적 규범통제의 제도를 도입하는 셈이 되어 버릴 수 있다. 이에 가능하다면 이러한 국민투표권의 범리를 적용할 수 있는 범위와 기준을 명확히 함으로써 구체적 규범통제의 방식을 예정하고 있는 우리 헌법재판제도의 기본적 틀을 유지할 필요는 있다 할 것이다. 이에 국가의 어떠한 헌법위반행위가 헌법 제130조상의 국민투표권을 침해한 것으로 되기 위하여는 다음과 같은 기준에 의한 심사를 통과하여야 할 것이라 생각된다.<sup>22)</sup>

첫째, 국가의 행위가 헌법사항을 다루고 있어야 한다. 국가의 존립이

22) 실제 국민투표권(그것이 헌법개정절차에서의 국민투표권이든 국가중요정책에 대한 국민투표권이든 관계없이)이 기본권 — 참정권적 기본권 — 인가의 문제에 대하여는 별다른 논의의 필요는 없을 것이다. 조재현, “헌법소원의 청구요건으로서의 국민투표권”, 『인권과정의』, 제346호, 2005년 6월에서는 우리 헌법 특유의 기본권인 듯 설명하고 있으나, 이는 기본권의 개념범위와 관련한 것이라 우리 헌법의 문제에서는 크게 논의될 여지가 없다. 하지만, 그것이 헌법소원의 근거가 되는 기본권인가의 문제는 판단하기가 그리 쉬운 문제는 아니다. 조재현도 논의하고 있듯이 국민투표권이라는 기본권이 침해되는 구조는 다른 기본권이 침해되는 구조와 전혀 상이한 양상을 가지기 때문이다.

나 구성에 관한 기본적 사항 및 그 구성원리, 국민과 국가의 관계에 관한 기본적 사항들, 국가의 조직과 국가기관의 설치·운영 및 그 상호관계에 관한 기본사항 등 헌법사항에 관하여 국가가 입법이나 집행 등의 행위로 나아갈 필요가 있다.

둘째, 이러한 국가행위가 기존의 헌법규정을 중대하게 위반하여 그 정도가 기존의 헌법규정을 개폐할 정도에 이르러야 한다. 즉, 위헌적인 국가행위로 인하여 헌법규정 자체가 실질적으로 개정되었다고 판단할 수 있을 정도에 이르러야 한다는 것이다. 이를 위해서는 우선 위헌적인 국가행위가 일시적이거나 잠정적인 것이어서는 아니되며 향후 계속하여 반복적으로 그러한 국가행위가 발생하거나 혹은 향후 계속하여 그 국가행위의 효과가 지속될 것으로 예상할 수 있을 때, 그리고 이러한 예상은 명백하여 사회 평균인의 관점에서 기존의 헌법규정보다는 이 국가행위가 실질적인 헌법으로 기능할 것이라는 인식이 가능하여야 한다.

셋째, 이러한 위헌적 국가행위에 대하여 달리 구제할 방법이 없어야 할 것이다. 만일 그 국가행위 자체에 대하여 헌법소원심판이나 위헌법률심판과 같은 구제절차를 개시할 수 있다면 그 방법에 의하여 구제 혹은 교정되도록 하는 것이 바람직할 것이다.

넷째, 이러한 위헌적 국가행위를 방치함으로써 발생하는 헌법적 가치 혹은 법익의 침해가 국가 전체의 입장에서 바라보았을 때 중대한 것이어야 한다.<sup>23)</sup> 즉, 우리 헌정질서라 참을 수 없을 정도로 중대한 헌법위반이

23) 이렇게 볼 경우 주관적 권리구제수단으로서의 헌법소원의 존재의의가 희석될 가능성이 있다. 즉 그것은 일종의 객관소송화되면서 사적 이익의 구제보다는 공익의 실현을 위한 수단으로 전이될 수도 있는 것이다. 하지만, 우리 헌법재판소는 주관적인 권리보호이익이 소멸된 경우라 하더라도 권리침해가 반복될 위험이 있고, 그 교정이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 경우에는 예외적으로 헌법소원을 인정하고 있기도 하다. 그리고 이 점에서 헌법소원의 제2차적 기능 — 헌법질서의 회복 — 은 의미를 가지게 된다. 헌법재판소 1999.5.27 선고 97헌마137등 결정 참조.

어서 그것을 계속하여 방치할 경우 헌법의 틀이 훼손되거나 혹은 헌법질서의 교란이 야기될 수 있을 정도에 이르거나 그것이 예측가능하여야 한다.

이런 관점에서 본다면 이 사건 행위는 위의 네 가지의 요건을 모두 충족하고도 남음이 있을 정도이다.

첫째, 주한미군의 지위변화는 국제평화주의 및 침략전쟁을 부인하고 있는 우리 헌법의 정신을 훼손하고 있을 뿐 아니라 전쟁과 같은 주권적 행위에 대한 결정권마저도 우리 대한민국이 장악하는 것이 아니라 미국의 의사에 달리게 한다는 점에서 그것은 헌법사항을 다루고 있는 것인 동시에 기존의 헌법조항을 실질적으로 위반, 변경하고 있는 것이다.

둘째, 이 사건 행위는 주한미군의 지위와 기능, 역할에 관한 대한민국과 미국 간의 합의를 형성하는 행위로서 그것은 향후 별도의 조치가 이루어지기까지 무한한 세월 동안 우리 정부와 국가의 의사를 구속하는 것이 된다. 즉, 이 사건 합의행위로 인하여 실질적으로 기존의 헌법 제5조 제1항은 무의미해지며 오히려 이 사건 공동성명에서 거론한 합의가 이 헌법조항을 대체하여 국가의사를 지배하게 될 것이다. 그리고 이러한 인식은 누가 보아도 명백한 것으로 어떠한 이론의 여지가 없는 것이기도 한다.

셋째, 이 사건 합의행위에 대한 불복의 방법은 우리 헌법체제 내에서는 존재하지 않는다. 따라서 보충성을 의미하는 이 세 번째의 요건은 충족되었다고 할 수 있으며,

넷째, 법익침해의 중대성의 요건 또한 명약관화한다. 이 사건 행위는 대한민국의 주권을 현저하게 제약하는 것이자 동시에 동북아시아를 중심으로 하는 지역분쟁에 대한민국을 자동적으로 개입시킴으로써 대한민국의 평화와 안정은 물론 그 국가안보에 대하여도 심각한 침해

아기할 가능성이 너무도 명백하게 존재한다.

#### 4. 소 결

이에 이 사건 합의행위는 헌법 제130조에 따라 헌법개정에 있어서 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권의 행사를 배제함으로써 동 권리를 침해하여 위헌 무효라 할 것이다.

### V. 이 사건 행위와 헌법 제72조의 국민투표권의 침해

#### 1. 헌법 제72조의 의의와 내용

헌법 제72조는 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”고 하여 국가의 안위에 관한 중요정책은 국민투표의 대상이 됨을 규정하고 있다. 하지만 이 사건 행위는 국가의 안위에 관한 중요사항을 결정하고 있음에도 불구하고 헌법 제72조에 의한 국민투표를 실시하지 않음으로써 국민들의 국민투표권을 침해하고 있다.

헌법 제72조에서 말하는 국가안위란 “국가의 존립과 관련되는 개념”으로서 국가의 존재와 폐지 그 자체만이 아니라 존재와 폐지에 관련되는 것을 포함하여 국가존재 그 자체를 좌우하는 것은 물론 국가존재의 의미에 영향을 미치는 것을 포함하여<sup>24)</sup> 국가의 성격이나 운명, 국가영역의 변경 등도 이 개념범주에 포함된다고 보아야 할 것이다.

또한 “중요정책”이라 함은 국가안위에 관한 정책 중 실질적·객관적

24) 헌법재판소 2004.10.21. 선고 2004헌마554등 김영일 재판관의 소수의견.

으로 중대한 사항을 결정하는 정책만을 의미하는 것이 아니라, 비록 그 정도에 이르지 아니하더라도 국민들이 그 정책의 결정에 대하여 상당한 이해·관심을 가지고 있어 국민적인 의견의 수렴이 필요하거나 혹은 국회 등 대의체제에 의한 국민대표기관의 의사결정과정만으로는 국민적 합의를 이룩에 미흡하다고 판단될 만큼 가치 있는 국가정책이라면 이 “중요정책”에 해당한다고 보아야 할 것이다.

여기서 대의제 민주주의를 근간으로 하는 우리 헌법이 이러한 국민투표제를 두어 대통령이 국민의 의사를 직접 확인할 수 있도록 한 것은 대의제가 가지는 의사결정체계의 한계를 보완하면서 보다 다양한 방법으로 국민적 의사를 수렴하고 이를 바탕으로 국민적 합의를 도출하여 그에 따라 모든 국민의 합일된 의사를 바탕으로 국가안위에 관한 정책을 추진하도록 하기 위함이다. 그리고 이러한 과정을 거침으로써 그 정책은 국민적·민주적 정당성을 획득하고 그 정당한 만큼 그 집행의 실효성과 효율성을 확보해 낼 수 있다고 보았기 때문일 것이다.

## 2. 이 사건 행위에 대한 대통령의 국민투표 부의 의무의 존재 여부

### 가. 이 사건 행위가 국가안위에 관한 중요정책인지의 여부

앞서 살펴보았듯이 이 사건 합의행위는 헌법 제72조가 정한 “국가안위에 관한 중요정책”의 전형적인 예를 이룬다. 그것은 주한미군의 전략적 유연성에 대한 양해를 바탕으로 하고 있는 만큼, 전 세계 특히 동북아시아에서 어떠한 지역적 분쟁이 발생하고 이에 대하여 미국이 주한미군을 투입하기로 결정하는 순간 대한민국은 자동적으로 전쟁 당사국으로 규정될 수밖에 없으며 이 과정에서 국가안위는 현저하게 영향을 받게 될 것임은 더 이상의 설명을 요하지 않을 것이다. 뿐만 아니라 이러한 주한미군의 지위 및 역할변화에 관한 사항은 주한미군이 수행하고 있던 기존의 방어적 전쟁 억지력에도 심각한 영향을 미치게 되어 국가안보의

측면에서도 적지 않은 변화를 가져 오게 될 것이다.

여기에도 이러한 주한미군의 지위 및 역할의 변화에 대하여는 아직 우리 사회에서 합치된 의사도 존재하지 않을 뿐더러 오히려 극심한 의견의 대립으로 시민사회가 양분될 지경에까지 이르고 있다. 이에 이 사건 합의행위는 그 내용이 야기하는 실질적 중대성에 더하여, 일반국민의 합일된 의사의 결집이 특히 필요하며, 그를 위하여서는 기존의 대의제도가 그리 효율적이지 못 하였다는 지금까지의 정치적 경험과 세간의 인식까지 반영한다면 그 무엇보다도 헌법 제72조의 국민투표에 의하여 국민적 의사를 재확인할 필요가 절실한 중요정책에 해당한다 할 것이다.

#### 나. 대통령의 국민투표 부의행위가 재량행위인지 여부

이렇게 볼 때 이 사건 합의행위에 담긴 주한미군의 전략적 유연성 양해조항은 헌법 제72조가 정한 ‘외교 · 국방 · 통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’에 해당하여 국민투표의 대상이 된다고 할 것이다. 그러나 문제는 이러한 행위에 대하여 대통령이 국민투표에 부의할 수 있도록 한 것이 대통령에게 그에 관한 무제한한 재량권을 부여한 것인지 아니면 경우에 따라서는 그러한 국민투표 부의가 필수적으로 요구되는 것인지에 달려 있다.

실제 “대통령이 필요하다고 인정하는 때에”라고 한 우리 헌법 제72조의 문언만으로도 판단할 때에는 대통령의 국민투표 부의행위는 순수하게 대통령의 재량적 판단에 달려 있다고 해석할 여지가 있다. 더구나 그것이 정치적 고려가 선행되는 정책문제라는 점에서 이런 판단은 크게 잘 못된 것이라 보여지지 않는다.<sup>25)</sup>

하지만, 아무리 재량행위라 하더라도 그에는 상당한 한계가 존재하기 마련이어서 외적으로는 법이 허용한 재량권의 범위를 한계로 하여 행사

25) 우리 헌법학에서는 이 점에 대하여 이의를 제기하고 있지는 한다. 다만 재량권 행사에 관한 법리의 적용에서 보다 엄격한 해석이 요구되고 있을 뿐이다.

되어야 하며, 또한 내적으로는 법이 재량권을 부여한 목적에 적합하여야 하며 헌법원칙과 법의 일반원칙을 준수하여야 한다. 만일 이러한 한계를 넘어서면 그것은 재량권의 남용 내지는 일탈에 해당하여 위법한 것이 되고 만다는 것은 행정법상의 기본원칙이자 동시에 모든 공권력작용에 작용하는 기본법리이기도 하다.

뿐만 아니라 대통령의 국민투표부의권은 대의제의 한계를 보완하면서 국민주권의 원리 및 민주적 기본질서의 요청을 보다 구체적으로 실시하기 위하여 도입한 일종의 직접민주제적 제도라 할 것이다. 물론 이러한 제도를 규정함에 있어 우리 헌법은 국민투표가 과도하게 실시되어 국민간의 갈등과 대립이 심화되거나 혹은 국민투표의 대상이 되는 정책이 경중의 가림이 없이 무차별적으로 국민투표에 부의되거나 혹은 국민투표가 그때그때의 정치적 목적을 위하여 정파적 이해에 봉사하기 위한 방식으로 사용되는 것을 방지하기 위하여 그것을 국민의 구체적 권리의 형태로 규정하지 아니하고 대통령의 권한으로서, 그것도 자유재량의 형태로 규정하고 있음은 부인할 수 없다.

그러나 그럼에도 불구하고 국민투표부의권은 전체국민의 이익에 봉사하여야 하는 대통령에 있어서는 스스로 자의적 판단에 의하여 부의여부를 결정할 수 있는 일종의 권리가 아니라, 국민전체의 이익을 위하여 경우에 따라서는 그 행사가 의무화되기도 하는 일종의 대통령의 의무화된 권한에 해당한다는 점에 주목할 필요가 있다. 즉, 비록 자유재량의 형식으로 규정되어 있기는 하지만, 그 정책의 실시로 인하여 혹은 그 정책의 실시여부와 관련하여 국가 전체의 이익에 대한 실질적 위험이 존재하거나 혹은 발생의 개연성이 존재할수록, 그리고 그 위험의 중대성이 클수록 이 재량권은 축소되어 어떠한 순간에는 반드시 국민투표를 실시하는 것이 대통령의 직무에 충실한 것이 되며 만약 실시하지 않는다면 그 자체가 위법으로 되기도 하는 것이라 이해되어야 한다. 그렇지 않다면 이러한 국민투표부의권은 대통령에 대한 신임투표 회부권으로

변질될 가능성이 농후하며 결국에는 대통령이 의회의 견제를 우회하여 자신의 뜻에 부합하는 정책을 국민투표의 방식으로 정당화할 가능성이 열려 있게 될 것이다.<sup>26)</sup>

#### 다. 소 결

이렇게 본다면 이 사건 행위는 의당히 국민투표의 대상이 되어야 하며 대통령은 이 사건 행위와 관련하여 국민적인 합의를 도출하기 위하여 국민투표 부의권을 행사하여야 할 의무가 있다 할 것이다.

실제 이 사건 행위는 전술한 것처럼 주한미군의 전략적 유연성 양해로 인하여 국민의 사전적 동의 여부와는 관계없이 대한민국으로 하여금 전쟁상태 혹은 전쟁 당사국의 지위에 빠지게 만든다. 즉 국가의 안위나 안보, 나아가 국민의 평화적 생존에 치명적인 위협을 야기하는 결과를 야기할 수도 있는 것이 이 사건 행위인 것이다. 그리고 북한핵문제나 위조지폐의 문제, 중국과 대만간의 긴장 등 동북아시아 지역에 관한 한 그 위협은 예측할 수 없는 상태에 있다.

요컨대 현재의 국제정세 및 미국의 세계전략, 그리고 동북아시아에서의 긴장의 정도 등을 감안할 때 이 사건 행위로 인하여 발생하게 될 위협의 정도와 긴박성은 대통령이 가지는 자유재량권을 기속행위로 축소시킴에 충분할 정도로 무르익었다고 할 것이다. 즉, 적어도 이 사건 행위에 관한 한 대통령의 국민투표부의권은 자유재량행위가 아니라 기속행위로서 반드시 그 행사가 의무지워진 것이라고 보아야 할 것이다.

26) 실제 위 김영일 재판관의 소수의견을 비롯한 헌법재판소의 결정들에서 이 제도를 우리 헌법상 통치구조의 제도적 근간을 규정한 조문이라고 이해하고 있음은 바로 이 때문이기도 하다.

### 3. 이 사건 행위에 대한 국민의 국민투표권의 성립 여부

#### 가. 헌법 제72조의 국민투표제도의 기본권적 의미

일반적으로 대의제 민주주의에서 국민들은 그 대의기관인 국회를 통하여 자신의 의사를 국정에 반영하게 된다. 그러나 국민의 의사가 상향식으로 수렴되는 과정을 오로지 이러한 대의제 민주주의의 틀에만 맞추고 그 실질적인 참여의 가능성을 감안하지 않는 것은 국민주권주의의 실질화 요청에도 반하는 것이 되고 만다.<sup>27)</sup> 헌법 제72조에서 규정되어 있는 국민투표제도는 이러한 대의제의 결함을 보완하고 국민주권의 원리를 보다 실질화하기 위한 우리 헌법상의 장치라고 보아야 할 것이며 이 점에서 헌법 제72조는 참정권을 규정하고 있는 헌법 제24조 및 국민주권을 선언하고 있는 헌법 제1조 등과 결합하여 국민에게 국가안위에 관한 중요정책에 대한 국민투표권을 부여하고 있다고 보아야 할 것이다.<sup>28)</sup>

물론 이러한 국민투표권은 보통의 경우 추상적 권리로만 존재하다가 대통령이 어떤 국가정책을 국민투표에 부의하게 됨으로써 비로소 구체화되는 것이라고 보아야 할 것이다. 하지만, 앞서 살펴 본 바와 같이 대통령이 국민투표에 부의할 것이 의무지워져 있음에도 불구하고 대통

27) 헌법재판소 1995. 4. 20 선고 92헌바29 결정.

28) 이 점과 관련하여 헌법재판소는 “국민투표의 가능성은 국민주권주의나 민주주의 원칙과 같은 일반적인 헌법원칙에 근거하여 인정될 수 없”다고 판시하고 있어 약간 소극적인 듯하나, “국민투표는 직접민주주의를 실현하기 위한 수단”으로서의 성격을 가짐을 명확히 선언함으로써, 그것이 명문으로 규정되어 있는 현행헌법의 틀에서는 국민주권주의 혹은 민주주의의 구체화수단으로서의 의미는 명확하다. 헌법재판소, 2004.5.14선고 2004헌나1 참조. 더불어 헌법재판소는 같은 사건에 국민투표제가 신임투표의 성격으로 운영되는 것은 탄핵사유에 해당할 만큼 위헌적인 것이며 오로지 중요정책에 대한 국민의사의 수렴이라는 헌법적 의미만을 부여하고 있다. 이렇게 본다면 일반적인 헌법원칙이 헌법 제76조와 더불어 참정권적 기본권과 결합하면서 국가중요정책에 관한 국민투표권이라는 기본권을 파생한다고 보는 것은 크게 무리하지 않게 된다.

령이 이를 해태할 경우 즉, 국민들이 가지는 국민투표권이 전체적으로 부인되고 있는 경우에는 대통령에 대하여 국민투표를 부의할 것을 청구하는 청구권으로서 구체화될 수 있는 권리라고 이해함이 우리 헌법의 전체구조에 부합하는 해석일 것이다. 즉, 이 국민투표권은 추상적 권리로써 정지조건부의 기본권이 되어 있음이 통상의 상태일 것이나, 어떠한 국가적 위험이 고조되어 대통령의 재량범위가 축소될 경우 이 국민투표권은 대통령에 대한 국민투표 요구권으로 변형되어 구체적으로 행사할 수 있는 권리가 된다고 이해함이 타당하다는 것이다.

#### 나. 이 사건 행위의 국민투표권 침해 여부

헌법 제72조에서 파생되는 기본권으로서의 국민투표권을 이렇게 해석한다면 당연히 이 사건 행위에 대하여는 대통령은 국민투표에 부의하여야 할 의무를 지게 되며, 그 대응적 권리로서 국민들은 국민투표 요구권을 가진다고 보아야 할 것이다.

하지만, 이렇게 형성되는 국민투표 요구권을 행사하기 위한 그 어떠한 절차도 우리 법제에서 형성된 바가 없다는 것이 우리 법제의 한계이기도 한다. 즉, 의무이행소송 내지는 의무이행심판의 가능성이 그리 열려 있지 못한 우리 법제의 특성상 단순히 국민투표 요구권이 있음을 확인하는 것만으로는 국민의 국민투표권을 현실화하고 이를 통하여 국민주권의 원리를 실질적으로 실천할 수 없다는 한계에 부딪히게 되는 것이다.

그러나 여기서 주목하여야 할 것은 이 국민투표 요구권은 국민투표권을 실질화하기 위한 보조적 권리로서의 성격을 가진다는 점이다. 즉, 대통령이 재량권의 축소로 인하여 발생하는 국민투표 부의의무를 해태하는 즉시 국민들에게는 국민투표 요구권이 발생하며 그럼에도 불구하고 여전히 여전히 대통령이 그 국민투표 요구권을 충족시키지 아니하는 경우에는 궁극적으로 국민투표권을 침해하는 결과를 야기하게 되는 것이다.

따라서 순수한 법리상으로는 국민은 이 사건 행위에 대하여 대통령에게 국민투표 요구권을 행사하고 귀 헌법재판소는 국민투표를 실시하라는 취지의 의무이행결정을 내리는 것이 타당하나 현재의 우리 법제상으로는 이러한 심판의 과정이 그리 유효하지 않은 것이 사실인 만큼 그에 의하기는 힘들다 할 것이다. 그래서 헌법재판소는 보조적인 권리에 불과한 국민투표 요구권의 문제를 다루기보다는 오히려 대통령의 부작위에 의하여 추상적 권리로서의 국민투표권이 구체적 권리로 전환되지 못하고 따라서 국민들은 그 부전환에 따른 기본권침해를 당하게 되는 것으로 보아 그 부작위에 대한 위헌선언을 함이 타당할 것이라 판단된다.

#### 4. 결 론

결론적으로 이 사건 행위는 국가안위에 관한 중요정책을 다루고 있으며 그로 인하여 국가안위 및 국민의 안전이 즉각적으로 위협에 처하게 된 만큼 대통령은 이 사건 행위를 헌법 제72조의 규정에 의한 국민투표에 부의할 의무가 있다 할 것이나, 그럼에도 불구하고 대통령은 그 국민투표 부의의무를 이행하지 않음으로써 청구인의 국민투표권을 침해하고 있다 할 것이며 이 점에서 이 사건 행위는 위헌이라 할 것이다.

### Ⅵ. 헌법 제37조 제1항의 납세자로서의 권리 및 재산권 침해

#### 1. 의 미

헌법 제38조에 의하면 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 지게 되어 있다. 하지만, 이러한 헌법조항의 규정방식이 의무를 부과하는 형식으로 되어 있다고 해서 모든 국민은 국가에 대하여 그

재정부담의 의무만을 질 뿐 그로 인하여 형성되는 국가재정의 운영이나 관리에 어떠한 헌법적 권리도 인정될 수 없음을 의미하는 것은 결코 아니라 할 것이다.

실제 조세는 국가운영의 근간을 이루면서 국가정책형성과 그 집행을 위한 물적 토대를 형성한다는 점에서 그에 대한 국민적 참여와 감시·견제는 국가작용의 민주화라는 점에서뿐 아니라 과도한 재정지출로부터 국민의 재산권을 지켜내는 주요한 장치가 된다는 점에서 우리 헌법체계에서는 기본적으로 보장되어야 하는 것이기도 한다. 즉, 납세의무자인 국민들이 자신에게 부과되는 세금이 적절한 것이며 이로부터 형성되는 국가재정의 규모나 그 집행의 과정이 제대로 이루어지며 자신이 낸 세금이 적재적소에서 올바르게 사용되는가를 감시하고 견제하는 것이 나아가 혹여 이런 부분에서 하자가 있을 경우에는 그에 대하여 이의를 제기하고 그 시정을 구하는 것은 국민의 당연한 권리이자 납세자의 당연한 권리라고 보아야 할 것이다.

이러한 권리는 두 가지 측면에서 정당화된다. 첫째, 이미 납부한 세금은 국민이 가지는 재산권의 한 부분이었다는 점에서 그에 대한 최소한의 통제권은 인정되어야 하기 때문이다. 자신이 출연한 재산은 비록 자신의 지배권역을 떠나 국가재정으로 편입되었다 하더라도 그것이 제대로 사용되는가를 감시하고 견제함으로써 그 세금으로 이루어진 국가재정의 정당성을 인정할 수 있게 되는 것이다. 둘째, 국가재정의 잘못된 운영은 다시 과세의 형태로 국민에게 부담이 되어 돌아오게 되어 있기 때문이다. 만일 국가재정이 잘 못 되어 부실한 상태에 빠짐에도 불구하고 국민들은 아무런 권리를 행사하지 못 한 채 그것을 방치하여야 한다면 그 폐해는 나중에 조세부담의 형태로 그 국민에게 가중되기 십상이다. 이에 납세자로서의 국민들이 국가재정의 운영에 대하여 관여할 수 있는 권리는 장차의 재산권에 대한 국가적 침해를 예방하는 가장 중요한 수단이 되는 것이다.

요컨대, 비록 헌법에 명문규정은 없지만 이러한 납세자의 권리는 재산권을 보장하고 있는 헌법 제23조 제1항의 규정이 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리를 보장하고자 하는 헌법 제37조 제1항과 결합함으로써 파생되는 헌법상의 권리로서 존중되어야 하는 것으로 보아야 할 것이다.

## 2. 이 사건 합의행위와 납세자의 권리

이와 관련, 한미상호방위조약에 따라 체결된 한미주둔군지위협정(이하 ‘한미SOFA협정’이라 함) 제5조는 한국이 주한미군이 사용하는 공항이나 항만 등의 시설, 구역 및 통행권과 관련된 경비를 제외하고는 주한미군 주둔경비를 부담하지 않는다고 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 1980년대 미국의 요구에 의하여 주한미군의 주둔비용의 일부를 부담하기 시작하였고 1991년 이래 한시적 성격의 방위비분담협정이 맺어지면서 우리 정부는 국가재정으로부터 상당한 금액의 주둔비용을 부담해 왔다. 아래의 표는 최근 14년간 우리 정부가 부담한 주둔비용의 금액과 그 증액 경향을 잘 보여주고 있다.

〈연도별 방위비 분담금〉

단위: 금액 억원

| 구분         | 1991                               | 1992  | 1993  | 1994  | 1995  | 1996                                      | 1997  | 1998  | 1999                         | 2000  | 2001  | 2002                              | 2003  | 2004  |
|------------|------------------------------------|-------|-------|-------|-------|-------------------------------------------|-------|-------|------------------------------|-------|-------|-----------------------------------|-------|-------|
| 분담금 결정 방식  | 제1·2차 특별협정                         |       |       |       |       | 제3차 특별협정                                  |       |       | 제4차 특별협정                     |       |       | 제5차 특별협정                          |       |       |
|            | - 주둔비용 1/3 분담목표, 점진증액<br>- 매년 협상방식 |       |       |       |       | - 달러화 기준 매년 10% 증액<br>- 최초로 3개년 분담금 일괄 결정 |       |       | - 경제성장률 + 물가상승률<br>- 원화지급 시작 |       |       | - 8.8%+GDP디플레이터변동률<br>- 원화지급비율 확대 |       |       |
| 분담금1       | 1,073                              | 1,305 | 1,694 | 2,080 | 2,400 | 2,657                                     | 3,449 | 4,345 | 4,254                        | 4,577 | 5,201 | 6,104                             | 6,686 | 7,469 |
| 분담금2       | 835                                |       | 1,694 |       | 2,400 |                                           | 2,904 | 3,591 | 4,004                        | 4,244 | 4,934 | 5,689                             | 6,559 | 6,983 |
| 국방예산점유율(%) | 1.12                               |       | 1.84  |       | 2.17  |                                           | 2.17  | 2.6   | 2.91                         | 2.94  | 3.21  | 3.48                              | 3.74  | 3.69  |

국회 통일외교통상위원회 전문위원 검토보고서(2005)를 정리한 것임.

실제 이런 규모는 GDP 대비로 볼 때 0.16%(2000년 기준)에서 0.17%(2001년 기준)에 이르러 동기간의 일본(0.11%)이나 독일(0.05~0.06%)에 비하여 현저하게 높은 수준을 보이고 있다. 심지어 50억 달러 내지 55억 달러에 이르는 용산미군기지 이전비용까지도 부담하게 되어 있다.

그럼에도 불구하고 우리 국민들은 남북분단의 현실과 동북아시아지역의 군사적 긴장으로 인한 국토방위의 필요성을 절감하고 주한미군이 그 방어적 전쟁역지력을 가진다는 점에서 묵묵히 이 막대한 재정부담을 감내해 왔다.

하지만 이 사건 합의행위는 국민들이 그동안 암묵적인 합의에 의하여 재정부담을 해 왔던 그 본래의 목적으로부터 실질적으로 이탈하는 것이 된다. 즉, 그 정당성이 박탈되어야 할 것이다. 국민들이 자신의 재산으로부터 세금을 납부하고 그 중의 일부를 주한미군의 주둔분담금으로 지급하게 한 것은 이 주한미군으로 하여금 전쟁역지적 기능을 수행하도록 하기 위함이었으나, 이 사건 행위는 주한미군이 전쟁역지적 기능을 수행하는 것이 아니라 미국의 세계전략을 수행하는 기동군으로서의 역할을 수행하도록 양해하는 것이기 때문이다. 요컨대, 이 사건 합의행위는 그동안 재정부담을 감내해 왔던 우리 국민의 본래의 의도에 정면으로 반하는 결과가 되어 버리고 만다.

더구나 이러한 재정부담이 전술한 바와 같이 우리 헌법의 국제평화주의의 원칙에 규정에 반하는 용도로 사용되게 되는 것은 더욱 감내하기 힘든 일이다. 이에 이 사건 행위는 국민들이 가지는 납세자로서의 권리를 침해하면서 동시에 그 전제가 되는 재산권을 침해하는 위헌적인 행위라 보아야 할 것이다.<sup>29)</sup>

29) 이와 관련하여 미국 연방대법원은 초·중등학교가 정교분리의 원칙에 반하여 종교적 목적을 위하여 학교재정을 지출하는 등 헌법이 재정지출을 금지하고 있는 영역에 재정을 사용하는 것에 대하여는 납세자로서의 권리에 입각하여 소송을 제기할 수 있다고 하여 그 원고적격을 인정한 바 있음을 참조할 필요가 있을 것이다. *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83(1968).

## Ⅶ. 국회 및 국회의원의 조약 체결·비준에 대한 동의권

### 1. 의 의

헌법 제60조는 제1항에서 “국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, [중략] 주권의 제약에 관한 조약, [중략] 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약, 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.”고 규정하고, 제2항에서 “국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역 안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다.”라고 규정하고 있다.

이때 이 사건 합의행위는 전술한 바와 같이 그 성격이 주한미군의 지위변화를 본질적 내용으로 하는 것인 만큼 그것은 외국군대의 대한민국 영역 안에서의 주류에 관한 사항일 뿐 아니라 국가의 안전보장과 직접적인 관련을 가진다. 또한 그것은 우리나라가 국제적인 분쟁에 개입할 것인지의 여부가 우리 국가의 자율적인 판단에 의거하는 것이 아니라 미국의 전략적·전술적 결정에 의하여 자동적으로 결정되게 되어 있다는 점에서 실질적인 “주권의 제약”에 해당하는 것이기도 하다. 따라서 이 사건 합의행위는 그 본질에 있어 헌법 제60조 제1항 또는 제2항에 의하여 국회의 동의가 있어야 하는 국가행위라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이 사건 합의행위는 조약의 형태로 체결하고 또 그에 대한 국회의 동의를 구하는 절차를 생략하고 공동성명의 방식을 취함으로써 국회 및 국회의원의 조약의 체결·비준에 관한 동의권 및 국회법 제93조 제109조 내지 제112조의 심의·표결권을 침해한 것이 된다.

### 2. 한미상호방위조약의 실질적 개정 여부

실제 이 사건 공동성명이 합의한 바는 한미상호방위조약의 내용과는

일단 상이한 것을 다루고 있다.<sup>30)</sup> 한미상호방위조약은 전문에서 “본 조약의 당사국은, 모든 국민과 모든 정부가 평화적으로 생활하고자 하는 희망을 재확인하며” “외부로부터의 무력공격에 대하여 자신을 방위하고자 하는 공통의 결의를 공공연히 또한 정식으로 선언”하기 위하여 체결된 것임을 명확히 하고 있다. 그리고 제1조에서는 “어떠한 국제적 분쟁이라도 국제적 평화와 안전과 정의를 위태롭게 하지 않는 방법으로 평화적 수단에 의하여 해결”할 것임을 천명하는 한편, 제2조에서는 “당사국 중 어느 1국의 정치적 독립 또는 안전이 외부로부터의 무력공격에 의하여 위협을 받고 있다고 어느 당사국이든지 인정할 때에는 언제든지 당사국은 서로 협의”하도록 규정하고 있다. 즉, 이 한미상호방위조약은 문자 그대로 대한민국과 미국이 자국에 대한 침략을 배제하고 당사국의 방어적 목적을 위하여서만 상호간의 협력, 협의를 할 것을 규정하고 있음에 불과한 일종의 방어조약이다. 즉, 그것은 어떻게 보아도 그 조약에 의하여 체류가 허용된 주한미군에게 한반도 방어 외에 동북아지역 등에서의 개입 등 지역적 역할을 부여한 것으로 해석하기는 어렵다고 할 것이다.<sup>31)</sup>

30) 하지만 이 부분에도 있어서도 한미상호방위조약의 기능이 점차 변화하게 됨에 따라 그 존재의 정당성 문제까지도 제기될 수 있기도 하다. 최철영은 한미상호방위조약이 최근에 와서는 “미국의 세계전략상 필요에 따라 한국군을 동원하기 위한 압박수단으로 작용”하기도 함을 지적하면서였다. 이러한 방법은 한국의 국가안보를 보장하기 위한 조약의 부재로 인한 부정적 후방효과를 최소화하면서 “보편적 국제기구에 의해 정의에 입각한 실천이 담보되는 집단적 안전보장체제가 마련되기까지의 이행기”를 규율하는 한시적 조약으로서 “한반도평화를 지향하는 우리 민족의 의지에 부응하는” 새로운 한미우호관계조약이 체결되어 이를 대체하여야 할 것을 주장한다. 최철영, “한미상호방위조약의 수평화”, 『민주법학』, 제25호, 2004년.

31) 이런 해석에 대하여 주한미군의 활동 범위가 한반도 지역을 넘어 태평양 지역으로 넓혀져 있다고 보는 견해도 있고 또 미국이 제5차 미태평양동맹정책구상회의(2003. 10.)를 앞두고 한미상호방위조약 제3조의 ‘태평양 지역에서의 무력공격’을 근거로 주한미군의 역할 확대에 대한 한국의 양해를 요구하기도 했다는 보도도 있다(중앙일보, 2004년. 1월 27일 자). 그러나 조약의 내용이 “당사국 중 어느 1국이 태평양 지역에 있어서 고립하여 있다는 환상을 어떠한 잠재적 침략자도 가지지 않도록 외부로부터의 무력공격에 대하여 자신을 방위하고자 하는 공통의 결의를 공공연히 또한 정식으로 선언할 것을 희망하고”라고 되어 있어 태평양 지역에 대한 방위의

그러나 이 사건 합의행위는 전술한 바와 같이 이러한 방어적 목적의 주한미군을 공세적 목적의 군사력으로 전환함에 대한 국가 간의 합의를 바탕으로 이루어졌다. 즉, 그 행위는 어떤 면에서 보더라도 한미상호방위조약의 집행행위이거나 혹은 그 구체화행위라고 할 수 없는 것이다. 방어적 목적의 조약으로부터 공세적 목적의 역할이나 지위변경(이 양자는 서로 모순적인 개념이다)이 나올 수 없음은 논리상 당연한 것이기 때문이다. 그리고 바로 이 점에서 이 사건 합의행위는 한미상호방위조약에 위반한 위법한 것이거나 혹은 한미상호방위조약을 대체하는 새로운 조약의 하나로서 이해될 수 있다.

물론 후자의 명제와 관련하여 이 사건 합의행위는 “공동성명”이라는 편법을 사용하고 있으나, ‘조약법에 관한 비엔나협약’ 제2조에 의하면 “조약이라 함은 단일의 문서 또는 그 이상의 관련문서에 구현되고 있는 가에 관계없이 또한 그 특징의 명칭에 관계없이, 서면형식으로 국가 간에 체결되며 또한 국제법에 의하여 규율되는 국제적인 합의를 의미한다.”라고 정의하고 있는 만큼, 그것은 그 자체 한미상호방위조약을 대체하는 새로운 조약으로서의 실질을 완전하게 갖추었다고 보아 잘못됨은 없을 것이다.

### 3. 국회 또는 국회의원의 권한 침해

실제 이상과 같은 점에서 이 사건 합의행위는 한반도 방어를 주목적으로 하여야 할 주한미군에게 동북아 지역에서 지역적 전진기지로서의 역할을 할 수 있도록 하고 그에 대하여 공세적인 역할을 부여함으로써

의미가 아니라 태평양 지역에서의 동맹을 통하여 외부로부터의 무력공격에 대한 방위의 개념에 초점이 맞추어져 있다는 점에서 그 논의는 타당하지 않다. 이러한 해석의 예로는 이정희, “한미상호방위조약에 비추어 본 주한미군 아·태기동군화의 문제점”, 평화통일연구소 등 공동주최, 주한미군 아태기동군화 기도와 대응방안 긴급토론회, 2005. 4. 15 참조.

그 목적범위를 확대하고 있는바, 이는 법률적 효력을 갖는 한미상호방위 조약의 실질적 효력을 변경하고 있다고 할 것이다. 즉, 이 사건 합의행위는 실질적인 조약체결행위 혹은 기존의 한미상호방위조약의 개정행위에 해당하는 것이며, 동시에 그것은 국가의 안전보장 또는 외국군대의 주류에 관한 사항 및 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 사항을 담고 있는 것이 된다. 그렇다면 이는 조약의 법적 절차에 따라 국회의 동의를 받아야 하는 것이며, 그럼에도 불구하고 이러한 절차를 생략한 채 양국의 장관의 합의에만 의존하여 이루어진 것은 국회 및 독립된 국가기관으로서의 국회의원<sup>32)</sup>의 동의권, 그리고 국회법상 국회와 국회의원에 부여되어 있는 심의·의결권을 침해한 것이 된다.

## VIII. 결 론

헌법재판은 대통령이나 국회의원 등 선출직 공무원에게 일정한 임기를 보장하면서 그에 국가 중요정책의 결정권까지 자유위임의 방식으로 일임하는 현재의 대의제 민주주의 체제하에서는 국민들의 자유와 권리 나아가 헌법의 규범력을 보장하는 가장 굳건한 장치이자 최후의 선택지이기도 한다. 그것은 정치과정에서 다수자의 위력을 확보하지 못한 소수자들로 하여금 다수의 폭력과 억압으로부터 벗어날 수 있는 탈출구를

32) 이 점과 관련하여 국회의원은 권한쟁의심판청구권을 가지는가에 대한 논란·청와대 측과 민주노동당측이 있었으나 그 논란은 헌법재판소의 결정을 청와대가 잘 못 이해함으로써 야기된 것이라고 할 것이다. 실제 헌법재판소는 헌법재판소법 제62조의 제1항 제1호의 규정을 예시적 규정으로 보면서 헌법 제111조 제1항 제4호에서 정하는 국가기관에 해당하는지를 여부를 판단하는 요소로 그 국가기관이 헌법에 의하여 설치되고 헌법과 법률에 의하여 독자적인 권한을 부여받고 있는지 여부, 헌법에 의하여 설치된 국가기관 상호간의 권한쟁의를 해결할 수 있는 적당한 기관이나 방법이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 국가기관의 범위를 헌법해석을 통하여 개별적으로 판단하여야 한다고 판시하고 있다.(96헌라2 결정 참조)

마련하는, 그래서 헌법이 만들어놓은 가장 효율적인 소수자보호장치의 역할을 담당한다.

이 사건 합의행위는 5년의 임기를 절대적으로 보장받고 있는 피청구인인 대통령과 그의 권한을 위임받은 외교통상부 장관에 의하여 이루어진 행위로서 우리 헌법의 기본이념을 훼손하며 국민의 기본권을 침해하는 위헌적인 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 국민들이 그 시정과 교정을 구할 수 있는 그 어떤 장치도 제대로 구비되어 있지 못한 것이 현실이다. 국가의 안위에 관한 중차대한 결정을 함에도 불구하고 국민적 합의를 도출하기는커녕 밀실에서 비밀리에 그 행위를 진행시키고 이를 공동선언의 형식으로 기정사실화하고자 한다. 그러면서도 그에 대한 어떠한 시정요구도 받아들이지 않으면서 이 사건 행위를 유지하는 데에만 급급하고 있다.

이 글은 이렇게 헌법적 부정의가 국가수반의 이름으로 그리고 국가안보의 이름으로 이루어지고 있음을 가슴 아파 한다. 이러한 부정의, 위헌적 불법이 하루빨리 시정되기를 바란다.

(투고일 2006년 12월 29일, 심사일 2007년 1월 6일, 게재확정일 2007년 1월 8일)

주제어 : 전략적 유연성, 평화권, 국민투표권, 주한미군의 지위, 평화조항

[Abstract]

## On Constitutionality of the Agreement on the Concept of Strategic Flexibility for the USFK

Sang-Hie Han\*

Korea and the United States have issued a joint statement that they have agreed on the concept of “strategic flexibility,” under which the United States Forces Korea (USFK) could be mobilized for operations outside the Korean peninsula when it deems necessary to the United States beyond its original role to defend South Korea from the possible attacks of the North Korea.

This paper focuses on this affair, i.e. on whether such change of USFK’s role from defending forces to keep peace in Korean Peninsula as agreed in the U. S. – Korea Mutual Defense Treaty, to advanced troops under U.S.’s global troop realignment scheme. That agreement positively accepts the aggressive foreign policy of the Bush Administration and, in result, can be interpreted to allow Korean people to be unintendedly involved in world wide military disputes caused by that Administration. But such It shall be held unconstitutional from several reasons.

Firstly, the Korean Constitution has so called “the Peace Clause” that prohibits the Korean armed forces from committing any aggressive war, from which a fundamental rights to peaceful life shall be deduced in combination with the right to pursuit happiness(§10). Such involvement is obviously contradict to these constitutional obligation with result that peoples right to peaceful

\* Professor, College of Law, Konkuk University

life shall be seriously infringed.

Secondly, if such agreement come to effectively executed, the peace clause will be substantively damaged so as to be same as revised from “the Peace Clause” to “the War Clause”. At this point, people shall be deprived of his/her right to participate to revision procedure of the Constitution, which has been recognised by decision of the Constitutional Court.

Thirdly, the Constitution provides some meaningful ways for ordinary people to participate to national policy-making processes. Peoples’s right to referendum according to §72 of the Constitution is one of the most democratic ways, which shall, eventually, be denied in this case, because the agreement changes the role not only of the USFK but also of the Korean Armed Forces.

Fourthly, taxpayer shall have constitutional right to check and keep his/her money being used for legal and consitutional purposes. The Korean people has paid all the stationing costs of the USFK, in order to get deterring forces against the “invasion” of the North Korea. But, the agreement tries to change unconstitutionally such role of the USFK to that of extraterritorial aggressive forces, which has no direct connection with Korean National Security, which shall seriously infringe the rights of the taxpayers.

There are so many reasons that the agreement shall be held unconstitutional, such as infringement of the legislative body’s approval power. Besides, there is no reason that we the people of Korea should be involved such aggressive wars committed by and for the Bush Administration. The best way of resolving international disputes and conflicts is just reconciliation and collaboration based on the spirit of tolerance, not the “anti-terrorism war”.

**Key words** : Strategic Flexibility, Right to peace, Right to Referendum, Status of the United States Forces Korea, Peace Clause