

제주해군기지건설의 헌법적 문제점 검토*

박주민** · 하주희***

장경욱**** · 윤석민*****

I. 들어가며

정부와 제주도는 해군 기지 건설을 대다수 마을 주민들이 반대하였음에도 불구하고 이를 무시한 채 소수 찬성 주민의 의견을 다수 여론으로 조작하여 강정마을의 해군기지 건설을 일방적으로 강행하고 있다. 이 과정에서 이에 저항하는 마을 주민 대부분이 피의자, 피고인 신분이 된 강정마을에서 ‘법’에 대한 신뢰는 땅에 떨어졌고, 법이 더 이상 무언가를 해줄 수 있다는 기대도 버린 지 오래이다.¹⁾

제주도 강정마을에서 일어나고 있는 일들은 마치 제주도가 행정구역상 특별자치도일 뿐만 아니라, 제주도에서만 적용되는 특별한 헌법이 존재하는가라는 의심마저 들게 만든다. 본고에서는 제주해군기지건설의 현재 소송상황을 간략히 점검하여 보고, 국가의 환경보전의무와 평화적 생존권을 중심으로 헌법적 문제점들은 무엇인지 조명해 보고자 한다.

II. 제주해군기지건설을 둘러싼 소송현황과 평가

* 투고일자 : 2011. 11. 19 심사일자 : 2011. 12. 9 게재확정일자 : 2011. 12. 23

** 법무법인 한결한울 변호사

*** 법무법인 정평 변호사

**** 민변 미군문제연구위원회 위원장

***** 영남법학전문대학원, 1기

1) 장경욱, 민변 미군문제연구위원장, 제주해군기지건설에 대한 소회.

제주해군기지건설을 둘러싸고 제기된 소송들을 검토하면, 우선 해당 건설의 전제가 되는 소송과 이 외의 주요한 소송으로 나뉘 볼 수 있다. 먼저 절대보전지역해제처분에 대한 무효확인소송이 제주해군기지건설의 전제가 되는 가장 중요한 소송이었다고 볼 수 있다. 이에 대한 광주고등법원의 판결을 요약하면 다음과 같다.

제주특별법과 조례에 의한 절대보전지역 지정으로 보호되는 이익은 인근주민의 주거 및 생활환경이 아니라 제주의 지하수·생태계경관 그 자체이고, 주거 및 생활환경상의 이익은 반사적으로 누리는 것에 불과하여 근거법령 또는 관계법규에 의하여 보호되는 개별적·직접적·구체적 이익이라 할 수 없다. 원고들이 주장하는 헌법상 생존권, 행복추구권, 환경권만으로는 그 권리의 주체·대상·내용·행사방법 등이 구체적으로 정립되어 있다고 볼 수 없으므로 그에 근거하여 절대보전지역 해제처분을 다들 원고적격을 인정할 수 없다.²⁾

위 판결은 경향신문사와 각 법학전문대학원 교수 및 변호사들이 선정³⁾한 2011년 올해의 판결 기획에서 최악의 판결 중 하나로 선정된 바도 있다. 그 주된 이유는 제주도 지사의 자의적 처분과 해군기지건설 사업의 위법성에 대하여 면죄부를 주었기 때문⁴⁾이다. 즉, 절대보전지역지역 지정과 해제에 관련한 강정마을을 비롯한 주민들의 원고적격을 매우 협소하게 인정하였고 결국 주민자치라는 헌법정신을 무색하게 만든 것이다. 이 밖에 공유수면매립승인처분⁵⁾과 국방·군사시설실시계획변경승인처분⁶⁾은 각주와 같다.

2) 광주고등법원 2011.5.18. 선고 2010뉴438.

3) 선정위원: 장주영 변호사 (선정위원장, 법무법인 상록), 강성태 교수 (한양대 법학전문대학원), 양현아 교수 (서울대 법학전문대학원), 임지봉 교수 (서강대 법학전문대학원), 안진걸 교수 (성공회대), 이호중 교수 (서강대 법학전문대학원), 윤석민 (영남대 법학전문대학원 학생), 유정인 기자 (경향신문), 정연순 변호사.

4) 주간경향 제954호 [특집] 올해의 판결 (2011. 12. 5.).

5) 공유수면매립 승인처분 취소소송(부산행정법원 2010구합1928).

• 인정된 사실관계

“국방·군사시설사업실시계획승인처분 무효확인 소송”에서와 동일

• 주요 쟁점

- 공유수면매립법 제11조, 제12조, 제15조 제3항, 제20조 등의 규정에 비추어 보면, 매립예정지 및 매립으로 인한 피해가 예상되는 인근의 구역 안의 공유수면에 관하여 권리를 가진 자 등을 보호하기 위한 것인바, 공유수면매립면허승인처분 등의 당사자가 아닌 원고들로서는 이 사건 공유수면매립면허승인처분과 관련하여 법률상 이익을 가진 자들인지¹⁾
- 이 사건 변경승인처분의 전제가 되는 절대보전지역해제처분에 실체적, 절차적 하자가 존재하는지, 존재한다면 그 하자로 인해 이 사건 공유수면매립면허승인처분도 하자가 존재하는 것은 아닌지

6) 국방·군사시설사업실시계획승인처분 무효확인 소송(대법원 2011두19239호).

그밖에 소송들로는 해군측이 주민들과 시민단체 구성원들의 제주해군기지의 건설반대활동을 막으려고 신청한 공사방해금지가처분과 서귀포시가 이 사건 지역으로 통하는 주민들의 유일한 통로인 농로에 대해 용도폐지한 것에 대한 주민들이 신청한 농로용도폐지처분효력정지신청이 있다.

법원이 국민의 기본권을 보호하는 최후의 보루로서의 기능을 제대로 실현하기 위해서는 국책사업이나 국방이라는 무게감을 벗어 던지고 사건에 대한 사실을 제대로 파악하기

• 인정된 사실관계

- 서귀포시 대천동 강정마을 주민들로 구성된 강정마을회장은 2007. 4. 24. 제주도지사에게 해군기지 유치를 건의
- 제주도지사는 이를 받아들여 2007. 5. 14. 최종적으로 강정마을¹⁾을 제주 해군기지 건설사업지로 발표
- 국방부는 2007. 6. 8. 제주도지사에게 강정마을 일대 48만㎡(매립 201,231㎡, 매입 282,842㎡)를 사업부지(이하 ‘이 사건 사업부지’라 한다)로 하여 항만시설을 건설하는 내용의 사업계획을 통보
- 사업시행자인 해군참모총장(해군본부)은 2007. 8.부터 2008. 3.까지 4차에 걸쳐 사전환경성검토(환경질, 육상동물상, 식생 및 해양동식물상)에 착수하였으며, 2008. 4.경 사전환경성검토 초안에 대하여 주민공람을, 같은 해 4. 18. 주민설명회를 각 개최한 후 사전환경성검토서를 국방부장관에게 제출
- 국방부장관은 2008. 6.경 환경부장관에게 사전환경성검토서에 대한 협의요청을 하였고, 그 협의결과를 반영한 후 2008. 12. 26. 항만공사 설계에 대한 입찰공고를 하고 2009. 1. 21. 국방·군사시설사업에 관한 법률(이하 ‘국방사업법’이라 한다) 제4조에 따라 국방·군사시설 실시계획 승인(이하 ‘이 사건 승인처분’이라 한다)을 하였음.
- 해군본부는 2008. 11.부터 2009. 3.까지 이 사건 사업시행을 반대하는 주민측과 해군측에서 각각 선정한 환경영향평가업체들로 하여금 공동으로 생태계 조사를 시행하도록 하였고, 이와는 별도로 2009년 상반기 이 사건 사업부지에 대하여 환경영향평가법에 따른 환경영향평가를 실시하고 2009. 4. 7. 국방부장관, 제주도지사, 서귀포시장에게 환경영향평가서 초안을 각 제출하고 2009. 4. 24. 환경영향평가서 초안에 대한 주민공람과 주민설명회를 개최하였으며, 2009. 6. 24. 주민 공청회를 개최하였음.
- 해군본부는 환경영향평가서 초안 의견수렴과정에서 제시된 현황조사 관련 의견(해양생태계 추가 조사, 흑비둘기 서식지(범섬)조사, 부지기상조사, 토양환경질조사, 해수유동특성과악 등)을 반영하여 보완 작성한 환경영향평가서를 2009. 7. 7. 국방부장관에게 제출하였고, 국방부장관은 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법 제299조에 따라 2009. 7. 8. 제주도지사에게 제주해군기지사업에 대한환경영향평가 협의요청을 하였음.
- 제주도지사는 국방부장관의 협의요청에 대하여 2009. 12. 21. 대기질, 수질, 해양환경, 토양, 지형·지질, 동·식물상, 친환경적 자원순환, 경관, 산업 등 9개 항목의 미비점에 대한 보완 요청을 하였고, 국방부장관은 제주도지사와의 협의내용을 반영하여 환경영향평가서를 보완·작성한 후, 시공사인 국방부장관보조참가인들로 하여금 실시설계에 환경영향평가서의 내용을 반영하도록 하였음.
- 해군참모총장은 2009. 12.말경 환경영향평가 협의절차가 종료되자 ① 환경영향평가결과와 환경영향평가를 반영한 항만공사설계관련사항을 실시계획의 내용으로 추가하고, ② 사업시행 만료시점을 연장하며, ③ 보상대상 권리를 변경, 추가하는 내용으로 2010. 1. 27. 국방부장관에게 이 사건 실시계획의 변경승인을 신청하였고, 국방부장관은 2010. 3. 15. 이 사건 실시계획에 대한 변경승인(이하 ‘이 사건 변경승인 처분’이라 한다)을 하였음.

위해 노력해야 한다. 하지만 제주해군기지건설에 관한 법원의 판단을 살펴보면 이러한 의무를 방기한 채 과거에 유지한 법리에만 얽매어 있다는 평가를 아니 내릴 수 없다.⁷⁾

7)	쟁점	법원의 판단
	(본안전 항변으로서)이 사건 변경승인처분이 아닌 이 사건 승인처분을 대상으로 한 소송은 법률상 이익이 있는지	이 사건 승인처분을 한 후 이 사건 변경승인처분을 하였지만 이 사건 변경승인처분은 이 사건 승인처분을 유효한 것으로 전제한 후 이 사건 승인처분에 존재하는 하자를 제거하려는 것이고, 일반적으로 과거의 법률관계는 확인의 소의 대상이 될 수 없으나, 행정처분과 같은 행정관계에서 보듯이 그것을 전제로 하여 수많은 법률관계가 발생하고 그에 관하여 일일이 개별적으로 확인을 구하는 번잡한 절차를 반복하는 것보다 과거의 법률관계 그 자체의 확인을 구하는 편이 관련된 분쟁을 일거에 해결하는 유효·적절한 수단일 수 있는 경우에는 예외적으로 확인의 이익이 인정되는 점(대법원 1995. 3. 28. 선고 94므1447 판결 참조), 국방부장관이 국방사업법 및 시행령에 근거하여 행하는 실시계획의 승인 처분은 사업시행자로 하여금 실시계획의 고시구역 안에서 국방·군사시설사업에 필요한 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는 권한을 갖는 행정주체로서의 지위를 부여하는 일종의 설권적 처분의 성격을 갖고(국방사업법 제3조, 제6조), 위 처분 자체로 그 처분의 목적이 종료되는 것이 아니고 위 처분이 유효하게 존재하는 것을 전제로 하여 당해 국방·군사시설사업에 따른 일련의 절차 및 처분이 행해지기 때문에 위 처분이 취소되거나 무효로 확인된다면 그것이 유효하게 존재하는 것을 전제로 하여 이루어진 각종의 처분에 관한 법적 효력은 영향을 받게 될 것인 점(대법원 2005. 9. 9. 선고 2003두5402, 5419 판결 등 참조) 등을 이유로 본안전 항변은 이유 없다.
	사전환경성검토서만 제출되었을 뿐 환경영향평가서가 제출되지 않았고 제주도지사와 협의가 이루어지지 않은 상태에서 이 사건 승인처분이 있었는데, 하자가 아닌지	환경영향평가를 거쳐야 할 대상사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 불구하고 승인 등 처분이 이루어진다면, 사전에 환경영향평가를 함에 있어 평가대상지역 주민들의 의견을 수렴하고 그 결과를 토대로 하여 환경부장관과의 협의내용을 사업계획에 미리 반영시키는 것 자체가 원천적으로 봉쇄되는바, 이렇게 되면 환경파괴를 미연에 방지하고 쾌적한 환경을 유지·조성하기 위하여 환경영향평가제도를 둔 입법 취지를 달성할 수 없게 되는 결과를 초래할 뿐만 아니라 환경영향평가 대상지역 안의 주민들의 직접적이고 개별적인 이익을 근본적으로 침해하게 되므로, 이러한 행정처분의 하자는 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것이고 객관적으로도 명백한 것이므로 당연무효이다
	이 사건 변경승인처분은 이 사건 승인처분의 하자를 승계하는 것으로서 역시 무효가 아닌지	이 사건 승인처분 전에 환경영향평가서를 제출하지 않았기에 위법하고, 그 하자가 중대명백하므로 무효이다. 그러나 이 사건 변경승인처분은 이 사건 승인 처분에 존재하는 하자를 보완하고, 피고가 행한 기존의 일련의 절차를 유효하게 존속시킨다는 전제 아래 이 사건 승인 처분의 내용을 일부 변경하여 새롭게 행하여진 처분으로써 이 사건 승인처분과는 별개의 독립된 처분이므로, 이 사건 승인처분의 하자가 이 사건 변경승인처분에 승계된다고 볼 수는 없다. (별개의 처분임을 전제로 하여)피고가 이후 환경영향평가서를 제출받아 그 내용을 반영하여 다시 이 사건 변경승인처분을 하였기에 유효하다.
	강정마을은 제주특별자치도특별법 제292조에 의하여 절대보전지역으로 지정되어 있기 때문에 같은 조 제3항 각호의 예외사유에 해당하지 않는 한 위 지역에서의 건축물의 건축 등의 행위가 제한되어 있음에도 불구하고, 피고는 이 사건 강정마을 해역에 대한 절대보전지역 지정 해제가 이루어지기도 전에 이 사건 승인처분을 하였는데, 하자인지	해군참모총장은 이 사건 사업 시행을 위하여 제주도지사에게 절대보전지역의 해제를 요청하였고, 제주도지사는 제주도의회의 동의를 얻어 이 사건 사업부지에 포함되어 있던 위 105,295㎡를 절대보전지역에서 해제하는 것으로 절대보전지역변경결정을 하였고 2009. 12. 23. 제주특별자치도 고시 제2009-157호로 이를 고시한 사실, 그 후 피고는 이 사건 변경승인 처분을 하기에 이른 사실을 인정할 수 있는바, 사실관계가 이와 같다면 이 사건 변경승인처분에는 절대보전지역 지정과 관련한 하자가 존재한다고 볼 수 없다.
	이 사건 변경승인처분의 전제가 되는 절대보전지역해제처분에 실체적, 절차적 하자가 존재하는지, 존재한다면 그 하자로 인해 이 사건 변경승인처분도 하자가 존재하는지	절대보전지역변경처분은 재량행위에 속하며, 이 사건 절대보전지역변경처분에는 재량권을 일탈한 사정이 보이지 않고, 이 사건 절대보전지역변경처분을 위한 제주도의회의 동의절차나 주민의견수렴절차에 문제가 없으므로 하자가 존재하지 않고, 이에 따라 이 사건 변경승인처분에도 관련된 하자가 없다.

Ⅲ. 국가의 환경보전의무와 그 위배

1. 종합적 기본권으로서의 환경권

환경권은 건강하고 쾌적한 생활을 유지하는 조건으로서 양호한 환경을 향유할 권리이고, 생명과 신체의 자유를 보호하는 토대를 이루며, 궁극적으로 ‘삶의 질’ 확보를 목표로 하는 권리이다. 따라서 환경권은 그 자체가 종합적 기본권으로서의 성격을 가진다.

가. 헌법재판소의 입장

이러한 환경권에 대하여 과거의 입장과 다르게,⁸⁾ 가장 최근의 헌법재판소 2008.7.31. 2006헌마711 판결은 환경권의 내용과 행사는 법률에 의해 구체적으로 정해지는 것이기는 하나(헌법 제35조 제2항), 환경권이 무의미하게 되는 데에도 그에 대한 입법을 전혀 하지 아니하거나 어떠한 내용이든 법률로써 정하기만 하면 된다는 것은 아님을 명시하고 있다.

나. 학설의 대립

환경권의 대상으로서의 환경은 자연환경에 한정하는 협의설, 인공적 환경까지 포함하는 광의설, 사회적 환경까지 포함하는 최광의설이 있으나 대법원은 광의설에 입각하여 종교적 환경,⁹⁾ 교육환경¹⁰⁾까지도 법적 보호의 대상으로 보고 있다.¹¹⁾ 이러한 환경권의 구체적 내용으로는 공해배제청구권과 생활환경조성청구권 뿐 아니라 쾌적한 주거생활권(헌법 제35조 제3항)과 국가의 환경침해에 대한 방어권까지 포함된다.

8) 가령, 1995. 5. 23. 94마2218 “사법상의 권리로서 환경권이 인정되려면 그에 대한 명문의 규정이 있거나 관계 법령의 규정취지나 조리에 비추어 권리의 주체, 내용, 행사방법 등이 구체적으로 정립될 수 있어야 한다”.

9) 대법원 1997.2.2. 선고 96다56153.

10) 대법원 1995.9.15. 선고 95다23378.

11) 협의설은 생활환경 보호에 미흡하고, 최광의설은 다른 기본과의 관계 설정이 모호해지며, 환경정책기본법이 자연환경뿐만 아니라 생활환경에 포함되는 것을 볼 때, 광의설을 취하는 대법원의 입장이 타당하다.

2. 국가의 환경보전의무

국가의 환경보전의무는 헌법 제35조 제1항과 제3항의 주관적 공권으로서 환경권과 쾌적한 주거에서의 생활권을 보장한 조항이면서, 동시에 그에 대응하는 국가적 노력의 의무를 규정한 조항이다. 아울러, 환경권의 제한에 있어서는 헌법 제37조 제2항의 본질적 내용의 침해금지와 과잉금지의 원칙이 적용되어야 함은 물론이다.

3. 제주해군기지건설에서 국가의 의무위배

그러나 이러한 일반론이 강정마을에서 제주해군기지 건설에 있어서는 예외론이 되고 있다. 먼저, 대법원이 종교적 환경,¹²⁾ 교육환경까지도 환경권의 법적 보호의 대상으로 보았음에도 불구하고, 강정마을의 주민 개개인이 향유주체가 될 때는 그것이 훼손되는 피리가 발생한다. 강정마을에 해군기지가 들어선다는 것은 어촌공동체를 둘러싼 환경에 지각변동이 일어난다는 것이며, 이는 더욱 적극적으로 환경권의 법적 보호 대상이 된다. 또한, 최근 제주도가 소위 7대 자연경관으로 지정된 점 그리고 서귀포 앞바다가 유네스코 생물권보전지역 등 5개의 각종 보호구역으로 지정되어 있는 점들을 상기할 때, 국가는 환경보전의무를 위배하고 있다.

IV. 평화적 생존권과 강정마을 주민의 기본권 침해 문제

1. 평화적 생존권의 의의와 내용

‘평화’와 ‘평화적 생존권’을 어떻게 정의할 것인지, 우리 헌법체계 속에서 평화적 생존권을 구체적 권리로 인정할 수 있을 것인지와 관련하여서는 아직 정리되지 않은 다양한 의견이 존재한다.

가. 일본헌법과의 비교법적 검토

일본헌법이 전문에서 “우리는 전세계의 국민이 평등하게 공포와 결핍으로부터 벗어

12) 위 96다56153 판결.

나 평화롭게 생존할 권리를 갖고 있음을 확인한다”고 명시하고 있는 것과 달리 우리 헌법은 명문의 규정은 가지고 있지 않다. 그러나 우리 헌법 역시 전문과 본문의 제5조에서 평화주의를 표현하고 있으며, 헌법 제37조 제1항이 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”라고 규정하고 있으므로 그 헌법적 근거는 존재한다고 보아야 할 것이다.

나. 헌법재판소의 입장

헌법재판소 역시 2006. 2. 23. 평택주민들이 낸 용산기지 이전협상 관련 헌법소원사건에서 이를 각하하면서도 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권을 이끌어낼 수 있으며, “그 기본 내용은 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리”라고 하여 평화적 생존권의 권리성을 인정한 바 있다.¹³⁾ 그러나 2009. 5. 28. 2007년 전시증원연습 등 위헌확인¹⁴⁾에서는 “평화적 생존권은 이를 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요가 있다거나 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어려워 헌법상 보장된 기본권이라고 할 수 없다”고 판시하였다.¹⁴⁾

다. 제3세대 인권으로서의 평화적 생존권

게다가 평화적 생존권은 새로운 인권 또는 제3세대의 인권의 대표주자로 국제적으로 알려진지 오래이다. 1997년 유네스코의 인권전문가들이 제3세대의 인권이라는 새로운 카테고리를 제시하고 그러한 카테고리에 들어가는 대표적인 인권으로서 ‘평화에 대한 권리’를 주창한 바 있고, 유엔총회는 1984. 11. 12.에 ‘인권과 평화에 대한 권리선언’을 채택하고 그 속에서 ‘지구상의 인민은 평화에 대한 신성한 권리를 갖는다는 것을 엄숙히 선언한다’고 하였다.¹⁵⁾ 따라서 평화적 생존권은 충분히 헌법에 근거를 둔 구체적 권리라고 볼 수 있는 것이다.

2. 평화적 생존권의 내용

13) 헌법재판소 2006. 2. 23. 선고 2005헌마268 결정.

14) 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌마369 결정.

15) 이경주, 평화적 생존권의 헌법실천적 의의, 민주법학 제41호, 2009. 11., p.206.

구체적 권리로서 평화적 생존권을 인정한다고 하더라도 그 내용을 무엇으로 할 것인가에 대해서는 또 여러 가지 의견이 대립한다. 그러나 적어도 헌법재판소가 인정한 정도의 권리, 즉 “침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리” 정도는 그 내용에 포함시키는 데는 이견이 없어 보인다. 결국 대한민국 국민은 우리 헌법에 근거하여 “침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는” 권리를 가지고 있다는 것이다.

3. 강정마을의 해군기지가 평화적 생존권을 위협 혹은 침해 하는지

그렇다면 과연 강정마을의 해군기지가 평화적 생존권을 위협 혹은 침해 하는지가 검토되어야 할 것이다. 해군은 강정마을의 해군기지가 ① 남방 해양수송로 안전 보장, ② 중일 해양 갈등시 신속한 전개를 위한 해군력 전진배치, ③ 북한의 해상위협 대비를 위해 필수적이라고 주장하고 있다¹⁶⁾. 또한 이를 위해 미래 국가 생존권과 국민의 생명과 재산을 보호하기 위해 민·군복합항으로 추진하고 있다고 주장한다. 그러나 아래에서 검토하는 바와 같이 강정마을의 해군기지는 국민의 생명과 재산을 보호하기 보다는 오히려 이를 불안하게 한다.

우선 해군이 든 이유 중 위 ①, ③ 주장은 그 자체로 매우 비현실적이다. 남방 해양수송로 안전 보장 임무는 이미 정부간 외교협력(예: The Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery against Ships in Asia, ReCAAP 한국은 국토해양부 참여) 혹은 해안경비대 간 협력과제이고, 민간상선을 군사적으로 공격하는 행위나 민간상선을 군함으로 호위하는 것 모두 현실을 고려하지 않은 막연하고 비현실적인 발상이다. 북한의 해상위협에 대한 대비 역시 위협이 있는 서해도 아닌 제주도에 해군기지를 건설함으로써 대비되리라는 것 역시 비현실적이고 실익도 없다.

결국 제주 강정마을의 해군기지 건설로 강정마을 주민들은 미·중 패권 사이에서 의도하지 않게 전쟁에 휩쓸릴 가능성이 농후하기 때문에 침략전쟁에 강제되지 않을 우리 국민의 평화적 생존권을 ‘위협’ 또는 ‘침해’ 받게 되는 것이다.

16) 참여연대 이슈리포트 제2011-10호, 미군의 해양전략과 제주해군기지 건설의 위험성.

4. 환경권과의 관계

환경권은 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경을 조성, 유지해달라고 요구할 수 있는 청구권적 측면과 그러한 환경에 대한 침해가 있을 때 그 배제를 직접 청구할 수 있는 방어권적 측면을 가진다고 할 것이다. 평화적 생존권 역시 헌법 전문, 제4조, 제5조 제1항, 제10조, 제37조 제1항에 비추어 볼 때, 국민은 국가에 대하여 침략전쟁에 강제되지 않고 테러 등의 위해를 받지 않으면서 평화적 생존을 할 수 있도록 요청할 수 있는 권리를 가지고 있고, 이는 헌법상 기본권으로서 비록 헌법상 문언에 명시되어 있지 않다 하더라도, 국가에 대하여 요청할 수 있는 구체적 권리라고 할 것이다(판례집 21-1 하, 769, 779-781). 이러한 청구권적 기본권이라는 측면에서 강정마을에 대한 법적 대응을 고찰하는 데에 있어서 평화적 생존권과 환경권은 병렬적으로 연관되어 있다.

V. 나오며

앞서 검토한 것처럼, 해군기지건설에 있어서 국가가 환경보전의무의 위배를 정당화할 명분도, 강정마을 주민들의 중대한 기본권을 제한할 실체적 근거도 없다. 설사, 국가안전보장이라는 측면에서 보아도 해군기지 건설은 군사적 편의일 뿐이며, 그로 인한 공익이 주민들의 공동체를 파괴¹⁷⁾하면서까지 지켜내야 할 사익 보다 중대한 것이라는 볼 수 없다. 강정마을에 해군기지를 건설한다는 것은 중국을 상대로 한 한미합동 해양전력을 형성하여 필연적으로 중국과 군사적 갈등을 휘말리게 할 것이기 때문이다.¹⁸⁾

한편으로 평화적 생존권을 인권론적 표현으로 보며, 주권자인 국민의 평화적 생존을 저해하는 관련 공권력 행사를 중지시키려는 것을 실효적으로 보호받기 위한 권리라는

17) 박주민 변호사, 한국인권보고(2011), 628p, 서귀포신문이 2009년 9월 2일부터 11일까지 강정마을 주민들을 대상으로 실시한 ‘정신건강 실태조사’ 결과, 적대감·우울·불안·강박 등 정신적인 이상 소견이 있는 사람이 전체 주민 중 75.5%를 차지하는 것으로 나타났고, 자살 충동을 느끼는 사람이 전체 주민의 43.9%나 되어 제주도민의 자살 충동 평균치인 8.1%에 비해 5.4배나 높은 것으로 나타났다. 마을은 황폐화되는 정도를 넘어 붕괴되고 있는 것이다. 과연 이러한 고통을 안겨 주면서도 제주해군기지는 추진되어야 하는 것인지 의문이다.

18) 참여연대, 미군의 해양전략과 제주해군기지 건설의 위험성, 이슈리포트(2011-10호).

측면도 있다.¹⁹⁾ 이는 일종의 항의적 개념으로서, 현실에서의 권리보장의 필요성이 증대되고 있는 헌법실천적 개념이라는 측면이다. 즉, 재판규범과 동시에 정치규범으로 그 실천성을 부각하는 입장이다.

19) 이경주 교수, 평화적 생존권의 헌법실천적 의의 (2008).

참 고 문 헌

- 이영기 변호사 外, 환경소송사례집, 민변 환경위원회, 2006.
- 이경주, 평화적 생존권의 헌법실천적 의의, 민주법학 제41호, 2008.
- 인권단체연석회의, 한국인권보고, 民主社會를 위한 辯護士모임, 2011.
- 참여연대, 미군의 해양전략과 제주해군기지 건설의 위험성, 이슈리포트(2011).

<국문초록>

제주해군기지건설의 헌법적 문제점 검토

박주민 · 하주희

장경욱 · 윤석민

법무법인 한결한울 변호사 · 법무법인 정평 변호사

민변 미군문제연구위원회 위원장 · 영남법학전문대학원, 1기

제주도 강정마을에 해군기지를 건설하려는 해군의 계획은, 국가의 환경보전의무에 위배되고 주민들의 평화적생존권을 침해한다. 본고에서 위에 관한 소송과 판결들을 정리하고, 헌법적 문제점들을 검토하겠다. 아울러 헌법실천적 개념으로서의 제언도 덧붙이고자 한다.

주제어 : 강정마을, 해군기지, 평화적 생존권, 헌법실천적 개념, 제주도지사

<Abstract>

Constitutional Analysis of Navy Base Camp In Jeju

Park, Joo-Min · Ha Ju-Hee

Jang, Gyung-Wook · Yoon, Suk-Min

Attorney-at-Law · Attorney-at-Law

Attorney-at-Law · J.D., The Yeungnam Law Review

In Jeju Island, Korea Navy planned to establish the base camp (so called Navy's beauty port in Ganjung town). It violates the duty of protecting environment and the fundamental right to live in peace. In this paper, look up the litigation and judgement about the administrative decisions and also analyze on the constitutional background about those problematic controversies. All in all, practical concept of constitution is needed in this research.

Key words : Gangjung, Navy Base Camp, Fundamental Right to Live in Peace, Practical Concept of Constitution(al Right), Jeju Island Governor