

국가의 존립과 공공의 안녕질서를 유지하기 위한 헌법적 대응

- 국가긴급권의 사상과 규정체계의 변화를 중심으로 -

차수봉

본 연구에서는 국가의 존립과 공공의 안녕질서에 대한 심각한 위험에 직면했을 때 헌법적으로 문제시 되는 국가긴급권에 대해 역사적 발전과정과 비교법적인 고찰, 그리고 우리나라의 규정내용을 살펴보고자 하였다. 국가긴급권제도를 헌법에 실정화함으로써 비상시에 있어서 합법적인 독재적 권력을 인정하는 대신 그의 발동요건, 기간 및 한계 등을 규정함으로써 무제약적인 국가긴급권의 남용을 최대한 방지할 수 있다. 현행 헌법상의 대통령의 긴급재정경제처분, 명령권과 긴급명령권은 제4, 5공화국헌법상의 비상조치권에 비해 현격한 차이가 있는 것으로 이는 제정헌법과 제3공화국헌법상의 규정을 부활시키는 축소, 제한된 긴급권이라 볼 수 있다. 국가긴급권은 국가비상사태가 발생한 상황에서, 통상적 수단으로는 극복할 수 없는 예외적인 경우에 한해, 국가존립을 보전하거나 국가안전을 신속히 회복시킬 목적으로, 헌법에 규정된 긴급권 발동권자가 필요한 최소한도 내에서 발동해야 한다. 이처럼 국가긴급권에 관한 헌법규정은 엄격하게 해석해야 하며, 함부로 그 해석을 넓히거나 예외를 인정하는 것은 헌법이 국가긴급권을 인정한 취지에 반한다.

주제어: 국가긴급권, 국가존립과 공공의 안녕질서, 국가보호, 비상상황, 위험

1. 들어가며

헌법은 법 현실 속에서 사회규범의 실천을 목적으로 하는 최고법이다. 헌법은 국가공동체 내에서 바람직한 국가질서를 모색하고 그 기본방향에 대한 최소한의 법적 합의를 바탕으로 한다. 우리 사회 공동체는 헌법규범을 통해 다양한 헌법적 과제를 수행한다. 이러한 수행과정은 다원화 가치판단의 기준을 마련하기에 민주적인 의사형성과정을 통해서 이루어지고 이 과정을 통해 헌법규범은 구체화 된다. 구체화된 헌법 규범은 일차적으로는 헌법현실 속에서 헌법규범의 실현을 지향하는 적극적인 측면으로 작용한다. 적극적인 측면으로 작용하는 헌법규범의 내용과 그 한계는 헌법이념의 체계적인 이해를 통해 그 실체가 확인된다.¹⁾ 이 과정을 통해 헌법 속에 규율하고 있는 기본권이 구체화 되고, 국가

1) 김철수(2013: 137-143)는 한국헌법의 기본원리로서 다음을 열거한다. 국민주권주의, 자유민주주의와 권력분립주의, 평화통일주의, 문화국가주의, 국제평화주의, 군의 정치적 중립성 보장, 기본권존중주의, 복지국가주의, 사회적 시장경제주의. 계획열(2005: 214)은 한국헌법의 기본원리를 다음과 같이 열거한다. 국제평화주의, 민주주

권력의 형성과 통제가 제도적으로 완비된다.

한편, 헌법의 규범은 헌법 스스로 외부의 공격으로부터 헌법을 지키려는 소극적인 측면으로도 작동하게 된다. 헌법은 국가질서의 형성 뿐 만 아니라 형성된 국가질서를 올바르게 유지하는 것에도 관여함으로써 국가질서를 유지해나간다. 국가질서를 유지하기 위해 헌법파괴세력으로부터 국가질서(Staatsschutz)를 수호하는 것 뿐 만 아니라 헌법이념과 헌법의 가치질서의 보호(Verfassungsschutz)도 요구된다.²⁾ 이러한 과정은 국가의 존립과 안정에 필수적이며, 반드시 법치국가 내에서 체계화 되어야 한다. 본 연구에서는 국가의 존립과 공공의 안녕질서에 대한 심각한 위협에 직면했을 때 국가위기관리규제시스템의 규범적 전제가 되는 국가긴급권의 역사적 발전과정과 비교법적인 고찰, 그리고 우리나라의 규정내용을 살펴봄으로서 국가위기관리에 대비한 헌법적 대응을 구체화 하고자 한다.

II. 국가긴급권의 역사적 변화와 비교법적인 검토

1. 국가긴급권의 역사적 의미

1) 논의의 전개방향

평상시의 체제를 위기상황에서 비상체제로 전환하는 국가긴급권은 로마공화국의 입헌적 독재에서 기원한 것으로 알려지고 있다. 로마는 공화국 초기부터 끊임없는 전쟁과 계급투쟁에 시달렸고, 또 그 정치구조가 위기에 대해 취약했기 때문에 위기극복의 유일한 수단으로써 기한과 목적을 엄격히 한정 한 완전한 독재를 채택했었다. 즉 공화국이 중대한 위기에 처하여 통상의 행정체제로는 안전을 지키기 어렵다고 원로원이 확신했을 때, 그 제안에 의해 집정관 등이 한 사람의 독재권력자를 지명하여 신성한 절대권을 부여하였던 것이다. 지명 받은 독재자는 공화국체제를 개편 또는 파괴해서는 안 된

의, 법치주의, 사회국가의 원리, 문화국가의 원리. 허영(2013: 137-181) 한국헌법의 이념과 기본원리를 다음과 같이 열거한다. 국민주권의 이념과 자유민주주의원리 및 법치주의원리 등, 정의사회의 이념과 사회국가원리· 수정자본주의원리 등, 문화민족의 이념과 문화국가원리 등, 평화추구의 이념과 평화통일원리· 국제법준중원칙.

2) 국가긴급권에 대한 헌법재판소 결정은 憲裁 1994. 6. 30. 선고, 92헌가18 결정. “국가긴급권의 인정은 국가권력에 대한 헌법상의 제약을 해제하여 주는 것이 되므로 국가긴급권의 인정은 일면 국가의 위기를 극복하여야 한다는 필요성 때문이기는 하지만 그것은 동시에 권력의 집중과 입헌주의의 일시적 정지로 말미암아 입헌주의 그 자체를 파괴할 위험을 초래하게 된다. 따라서 헌법에서 국가긴급권의 발동기준과 내용 그리고 그 한계에 관해서 상세히 규정함으로써 그 남용 또는 악용의 소지를 줄이고 심지어는 국가긴급권의 과잉행사 때는 저항권을 인정하는 등 필요한 제동장치도 함께 마련해 두는 것이 현대의 민주적인 헌법국가의 일반적인 태도이다. 우리 헌법도 국가긴급권을 대통령의 권한으로 규정하면서도 국가긴급권의 내용과 효력 통제와 한계를 분명히 함으로써 그 남용과 악용을 막아 국가긴급권이 헌법보호의 비상수단으로서 제기능을 나타내도록 하고 있다.”

다는 한계와 약간의 기구상의 제약이 있는 것 이외에는 일체의 절대적 권력을 인정받았다. 그러나 중세나 근대에 와서야 비로소 서구의 여러 나라에서 다양한 국가긴급이론이 주창되었고, 또 각 나라마다 특색 있는 국가긴급권제도가 존재하게 되었다. 그러나 헌법의 차원에서 국가긴급권제도가 제도화된 것은 제1차 세계대전 이후의 현상이다. 이하에서는 국가긴급권 제도가 정착되기 헌법적으로 의미 있게 논의되기 시작한 전제군주제와 입헌주의를 구분해서 논의해보고자 한다.

2) 전제군주제 국가에서의 국가긴급권의 의미

국가긴급권은 전쟁·내란·경제공황 등과 같이 국가의 존립과 안전을 위태롭게 하는 비상사태³⁾가 발생한 경우에, 국가원수(집행부수반)가 헌법에 규정된 통상적인 절차와 제한을 무시하고, 국가의 존립과 안전을 확보하기 위하여 필요한 긴급적 조치를 강구할 수 있는 비상적 권한을 말한다⁴⁾. 평상의 헌정질서상태와는 그 전제조건을 달리하는 비상사태에 국가가 직면하면 자유민주주의적 헌법에 있어서의 그 법치국가적 구조는 그 위기의 극복을 위한 수단으로서는 이미 무용지물이 되지 않을 수 없다. 따라서 그 위기의 극복을 위한 어떠한 비상수단이 강구되지 않을 수 없는데, 이러한 비상수단이 국가긴급권이다. 국가긴급권은 고전적 의미에서의 국가긴급권 이른바 긴급명령·계엄 등의 입헌적 독재와 현대에 와서 문제가 되는 예방적조치가 가능한 새로운 형태의 국가긴급권⁵⁾이 있다. 전제주의국가에 있어서는 그 국가긴급권이 아무런 의미도 가지지 않는다. 왜냐하면 전제주의국가에 있어서는 입헌주의국가에 있어서와 달리 권력자가 권력을 행사함에 있어서 아무런 제한이나 타율적 제약을 받지 아니하기 때문이다. 즉 전제국가에 있어서는 권력자의 의사가 바로 법이기 때문이다. 또한 일당독제를 원칙으로 하는 공산주의국가에 있어서도 그것은 특별히 문제되지 아니한다. 공산주의국가에 있어서도 그 국가적 질서의 보위를 위한 국가긴급권이 문제되지 않을 수 없다. 그러나 프로레타리아의 독재를 위한 국가권력의 집중과 국가에 우선하는 하나밖에 없는 공산당에 의한 그 독점적 지배, 그리고 국가적 권력이 선행되는 개인의 부정, 그 결과로서의 그 기본권의 권리성의 부정 등을 그 헌법의 본질적 구조로 하고 있기 때문에 공산국가에서는 그것이 특별한 문제로 취급되지 아니한다. 국가긴급권의 목적은 ‘평화와 사회주의적 조국과 그 성과의 수호’ 등과 같은 슬로건에 의한 그 계급독재의 항구화에 있으며, 또한 그 국가긴급권의 내용도 시민의 권리며 명예로운 의무와 같은 미사어구로 모든 국민을 무자비한 국가권력에 의하여 언제나 마음대로 총동원할 수 있기 때문에 특별히 문제되지 않는다.

3) 국가긴급권 발동의 전제가 되는 비상사태 또는 국가긴급사태에 대해 헤세(K. Hesse)는 비상사태 또는 국가긴급사태는 국가의 존립 또는 공공의 안녕과 질서에 대한 위협이 헌법에 정상적으로 규정되어 있는 방법으로서 제거될 수 없고 다만 예외적 수단(exzeptionellen Mitteln)에 의해서만 방어 제거될 수 있는 경우에 성립한다고 하였다(Hesse, 1975).

4) 국가긴급권에 대한 논의로서는 한태연(1997), 조한상(2007) 참고

5) 고도의 문명과 기술이 발달한 오늘날의 산업사회에 있어서는 정상사태와 비상사태의 구분이 어려운 것이 특징이며 이러한 비상사태에 대처하기 위해서는 사전적 예방조치가 가능하여야 한다는 특징이 있다(이강혁, 1989: 56).

국가긴급권은 입헌주의가 표방하는 국민의 혁명권에 대한 대유개념으로 발생하였다는 사실과 입헌주의를 부정하는 나치스독일에 있어서 전면적으로 긍정되었다는 사실은 국가긴급권이 법에 의한 지배를 배제하여 사람에게 의한 지배를 유지하고 또한 수립하기 위한 이론적 무기임을 보여준다. 입헌주의를 수호하고 비상사태를 극복하기 위한 비상수단으로 생각되고 또한 그와 같은 명분을 가진 국가긴급권이 실제에 있어서는 군주에 의한 지배의 체제를 온존하기 위하여, 혹은 밑으로부터의 혁신을 억압하고 절대적 지배체제를 온존하기 위한 초석으로 역할을 하였던 것이다.

3) 19세기 이후의 입헌주의에서의 국가긴급권의 의미

국가긴급권은 근대헌법에 있어서 그 헌법질서의 보위를 위한 19세기 유럽에 있어서의 자유주의의 산물을 의미하는 것이란 전제하에서 논의를 한다. 또한 현대의 국가와 사회의 자유성에 기초하여 형성되고 있는 자유민주주의국가에 있어서도 근대헌법에 있어서의 이른바 국가긴급권의 문제는 자유주의국가에 있어서만 가능한 헌법적 문제가 아닐 수 없다. 사실 자유민주주의 국가에 있어서의 모든 헌법은 국민의 기본권보장을 그 이념으로 하고 권력분립주의를 그 수단으로 하고 있어, 그 모든 헌법적 구조는 본질적으로 평상사태를 그 대상으로 설계되었다. 실제로 국가와 민족의 존립을 유지하기 위한 것이라고 하더라도 헌법의 규정에 위반한 비상수단에 의지한다는 것은 헌법을 파괴하는 것으로서 결코 그것을 실정법의 입장에서 시인할 수는 없다. 즉, 비상사태라 하여 권력자에게 그와 같은 초법적인 비상권한을 허용하게 되면 법치주의내지 입헌주의는 본질적으로 독재주의와 다를 것이 없게 된다. 왜냐하면 권력자가 긴급의 존재의 유무를 판단하고 그 비상권한을 행사함에 있어 아무런 통제도 받지 않는 것이 보통이기 때문이다. 따라서 입헌주의헌법에 있어서는 헌법상의 수권의 근거를 무시하는 국가긴급권을 법률상 인정할 수 없었으며, 입헌주의하에서 참다운 '권리'로서의 국가긴급권이 존재할 수 있다면 헌법에서 직접 규정하고 있는 국가긴급권 그 자체만 가능한 것이다.⁶⁾ 한편 과연 오늘날과 같

6) 현행 헌법에서도 제76,77조에서 실정법으로서 규정하고 있다.

第76條 ①大統領은 內憂·外患·天災·地變 또는 중대한 財政·經濟上의 危機에 있어서 國家의 安全保障 또는 公共의 安寧秩序를 유지하기 위하여 긴급한 措置가 필요하고 國會의 集會를 기다릴 餘유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 財政·經濟上의 處分을 하거나 이에 관하여 法律의 效力을 가지는 命令을 발할 수 있다.

②大統領은 國家의 安危에 관계되는 중대한 交戰狀態에 있어서 國家를 保衛하기 위하여 긴급한 措置가 필요하고 國會의 集會가 불가능한 때에 한하여 法律의 效力을 가지는 命令을 발할 수 있다.

③大統領은 第1項과 第2項의 處分 또는 命令을 한 때에는 지체없이 國會에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다.

④第3項의 승인을 얻지 못한 때에는 그 處分 또는 命令은 그때부터 效力을 喪失한다. 이 경우 그 命令에 의하여 改正 또는 廢止되었던 法律은 그 命令이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 效力을 회복한다.

⑤大統領은 第3項과 第4項의 사유를 지체없이 公布하여야 한다.

第77條 ①大統領은 戰時·事變 또는 이에 準하는 國家非常事態에 있어서 兵力으로써 軍事上의 필요에 응하거나 公共의 安寧秩序를 유지할 需要가 있을 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 戒嚴을 宣布할 수 있다.

②戒嚴은 非常戒嚴과 警備戒嚴으로 한다.

③非常戒嚴이 宣布된 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 令狀制度, 言論·出版·集會·結社의 自由, 政府나 法院

이 위기상황이 상시화 된 시점에서 헌법상의 국가긴급권만으로 올바른 위기상황의 대처가 곤란하여 초헌법적 국가긴급권을 긍정하는 것이 타당하다는 논의가 있다. 그러므로 이하에서는 국가긴급권을 입헌적인 것과 초헌법적인 것으로 나누어서 그 근거를 살펴본다. 오늘날 대부분의 국가가 국가긴급권 제도를 헌법제도로서 실정화하고 있는 이상 그것을 넘는 긴급권 발동을 부인하는 것이 당연하겠으나 실제로 헌법의 기본원칙 내지 국가존립 자체를 위태하게 하는 극한적 위기상황에 대처하기 위해서는 초헌법적인 긴급권이 정당화 될 수 있어야 할 것이 아닌가 하는 어려운 문제가 제기되고 이에 대한 근거들이 고대 이래 계속하여 제기되고 있기 때문이다.

2. 비교법적인 국가긴급권의 검토

1) 영국

영국은 원래 성문헌법이 없는 나라이긴 하지만 국방이나 공공의 안녕질서의 유지를 위한 국가긴급권이 관습법적으로 정부에게 인정되고 있는데, 그와 같은 국가긴급권의 이론적 근거로서 이른바 ‘제왕 특권’ 내지는 보통법 또는 의회의 수권이 지적되고 있다. 특히 1차 대전과 2차대전을 전후해서 1914년의 국토방위법(Defence of the Realm Act)과 1920년의 비상대권법(Emergency Power Act)을 비롯하여 1942년의 국민동원법(National Service Act), 1957년의 긴급법(Emergency Law Act) 등이 제정되는 등, 광범위한 부분에 걸쳐 긴급권에 관한 수권법이 증대되고 있다. 또 정부가 국가긴급권을 과잉 행사한 경우를 위해서 이른바 ‘면책법’이라는 제도가 있어서, 면책법이 의회에 통과되지 아니하면 국가긴급에 의한 조치는 소급해서 효력을 상실하고 정부책임자가 형사적 책임을 진다. 영국에서는 국가긴급권에 대한 이와 같은 의회적 통제 이외에도 사법적 통제가 하나의 중요한 구실을 하는데 이와 같은 의회적, 사법적 통제를 종합해 볼 때, 영국에서는 심지어 국가비상사태하에서도 권력상호간의 견제와 통제가 이루어진다고 할 수 있다. 즉, 법적 질서가 힘에 바탕을 둔 권력에 의해 대치되지 않기 때문에 국가긴급권이 발동된 상황에서도 국가적 위기 상황 극복을 위한 전제권력은 민주적인 행사를 하게 된다. 특히 20세기에 들어서 경제공황에 대한 대처는 전제권력의 민주적인 행사의 대표적인 예라 할 수 있다.

2) 미국

미국은 다른 민주국가들에 비하여 국가비상사태에서도 그 통치가 평상시의 헌법형태에 상당히 가깝

의 權限에 관하여 특별한 措置를 할 수 있다.

④戒嚴을 宣布한 때에는 大統領은 지체없이 國會에 통고하여야 한다.

⑤國會가 在籍議員 過半數의 贊成으로 戒嚴의 解除를 요구한 때에는 大統領은 이를 解除하여야 한다.

계 기능을 하였는데 그 이유는 미국이 남북전쟁, 제 1, 2차 세계대전, 경제공황등의 위기상황을 경험 하였지만, 정작 미국 본토에서의 전쟁은 독립전쟁과 남북전쟁뿐이기 때문에 다른 대륙국가들과는 다른 특징을 가지고 있다고 할 수 있다. 미국연방헌법에 비상사태와 관련 있는 조항이 없지는 않으나 martial law에 대해서는 직접적인 규정이 없으며, 따라서 수권법과 같은 제도에 의하기 보다는 대통령의 개성에 의하여 그때그때의 위기를 관리하여 왔다. 즉 남북전쟁을 필두로 하여 1차 세계대전, New Deal Policy, 2차 세계대전, 한국동란, 우편파업 등을 거치는 동안 링컨(Lincoln), 윌슨(Wilson), 루즈벨트(Roosevelt), 트루만(Truman), 닉슨(Nixon) 등에 의하여 대통령의 긴급권이 대체적으로 확대, 강화의 길을 걸어 왔다고 할 것이나, 의회와 사법부의 유효적절한 개입으로 비교적 인권의 침해는 적었다고 평가 된다⁷⁾.

3) 프랑스

프랑스는 1789년 시민혁명을 성취한 이래 신성동맹에 의한 간섭, 보불전쟁, 1차대전, 2차대전 등 외침을 받았고, 헌법의 전면재편이 무려 15회에 달할 정도로 혼란이 극심하였다. 이러한 비상사태를 극복하기 위한 국가긴급권제도가 타국에서 예를 찾아볼 수 없을 만큼 발전하였고, 프랑스에서 발전한 국가긴급권제도는 타국에 많은 영향을 주었다. 프랑스의 계엄은 특징적으로 언제나 국회의 법률에 의하여 치밀하게 예견되고 절차화 되어 있다는 점에서 영, 미에 있어서의 긴급권제도와 기본적으로 차이가 있다. 이러한 배경 하에 1841년 헌법 제14조와 1848년 제2공화국헌법의 제106조에서 계엄을 선포할 수 있는 경우를 법률로 정할 수 있고, 동법은 이 조치의 형식과 실시를 규정할 수 있도록 한 근대적 국가긴급권이 도입되었다. 1958년 제정된 제5공화국헌법에서 국가긴급권제도로는 이제까지의 긴급권의 총결산이라 할 수 있는 헌법 제16조⁸⁾⁹⁾에 의한 대통령의 비상조치권의 행사를 규정하였고, 이 밖에 제36조에 의한 계엄사태의 선포, 제35조에 의거한 전쟁사태와 긴급사태의 선포 등을 들 수 있다. 이 헌법규정에 의해서 프랑스 대통령은 국가 비상사태에 있어서 확실한 국가긴급권의 행사자로 군림하게 되었다. 물론 대통령의 국가긴급권 행사는 헌법임원회와 협의해야 된다는 규정에 의해서 다소 제한을 받긴 하나 프랑스 의회에게는 공식적인 통제권이 부여되어 있지 않기 때문에 프랑스 대통령의

7) 미국의 국가긴급권에 관한 상세한 설명은 박일경(1972: 46) 이하 참조

8) 프랑스 제5공화국 헌법규정 제16조 ① 공화국의 체제도, 국가의 독립, 영토의 보전 또는 국제약정의 이행이 중대하고 또 직접적으로 위협되는 경우로서 헌법상의 공권력의 정당한 운영이 중단되는 경우에 공화국대통령은 국무총리, 양원의장, 헌법평의회회장에게 공식으로 자문을 후, 그러한 상황에 따른 필요한 조치를 취한다. ② 공화국대통령은 교서로써 국민에게 발표한다. ③ 이러한 조치는 헌법상의 공권력에 대하여, 그 사명을 달성하는 수단을 최단기간내에 확보시키려는 의사를 그 동기로 하여야 한다. ④ 국회는 당연히 집회한다. ⑤ 국회는 이러한 예외적인 권한이 행사되는 기간 중에는 해산되지 않는다.

9) 이 규정은 그 요건과 내용이 지나치게 막연하고 대통령의 긴급권행사에 대한 통제가 극히 미약함으로 인하여 해석여하에 따라서 입법, 행정은 물론이고 사법영역에 대해서도 '상황에 따른 필요한 조치'를 취할 수 있기 때문에 그 남용의 위험성이 항상 잠재하고 있다고 한다.

국가긴급권은 매우 방대하다고 할 수 있다.

4) 독일

헌법에 국가긴급권을 규정하는 것은 대륙법계인 독일에서 발전된 것이 대표적이다. 이러한 독일적인 긴급권 체계는 외견상 입헌주의를 표방하며, 법의 제약에서 해방된 군권영역을 유보하려는 구체제적 운동과 밀접한 관련을 가지고 출발하였다는 점에서 영, 미 계통의 긴급권과 대립적 측면을 보이고 있다. 독일의 입헌적 독재는 프랑스의 전래물로써 프랑스의 1814년 6월의 헌장 제14조를 남독일 각부 헌법이 계수한데서 시작되었다. 이에 프랑스에서의 국가긴급권 발달이 계엄법에서 시작된 것과 마찬가지로, 독일에서의 국가긴급권의 발달도 계엄제도와 밀접한 관계가 있다할 수 있다. 그러나 독일에 잔재하던 보다 더 강한 군권의 절대주의적 성격을 반영하여, 프랑스의 긴급권 형태를 계수하였으면서도 보다 더 강권화된 19세기 중엽에 긴급권의 형태를 제도화 되었던 것이다. 즉, 독일에서 국가긴급권을 성문화한 것은 프로이센 헌법이 효시이다. 동헌법 제63조와 제111조는 각각 긴급명령권과 계엄제도를 규정하였고, 1851년에는 계엄법이 제정된 바 있다. 1919년 8월 11일에 제정된 독일 바이마르헌법은 제48조 제2항에서 계엄에 관한 확대된 경찰권한과 긴급명령권을 동시에 제정하고 있다. 이에 의하면 연방대통령은 독일연방제국내에 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받고 있는 경우에 적절한 조치를 취하고 또 필요하다고 인정되는 경우에는 무장병력을 동원해서 다스릴 수 있는 광범위한 국가긴급권을 보유하고 있었다. 결국 대통령에게 하나의 위임적 독재권이 부여되었다고 볼 수 있다. 다만 대통령은 그가 취한 조치에 대해서는 즉시 의회에 신고해야 했고 의회의 요구가 있는 때에는 그 조치를 즉시 무효화시켜야 했다. 이렇게 볼 때 바이마르 공화국 대통령의 국가긴급권 행사도 그것이 결국은 의회의 통제를 받는 것인데, 이 점이 프랑스 제5공화국헌법과 다른 점이다. 그러나 바이마르헌법 제48조¹⁰⁾의 국가긴급권은 그 발동요건과 내용이 지나치게 포괄적이고 광범하였다는 점, 군소정당의 난립으로 말미암아 의회에 통제가 불가능하였다는 점, 헌법상의 국가긴급권을 구체화하는데 필요한 시행법률의 미비 등으로 그것은 결국 독재로 통하는 다리의 역할을 하고 말았다. 독일기본법에서는 바이마르헌법의 전철을 교훈으로 삼아 당초에는 국가긴급권에 관한 규정을 두지 않았으나 그의 필요성을 인식하여 1968년 제17차 기본법보충법률을 제정하여 세분화한 비상사태를 기본법에 편입하고, 각기 그에 따른 구체적인 대처방법을 규정하고 있다. 기본법상의 긴급사태규정은 우선 위해의 원인에 따라

10) 바이마르 헌법규정 제48조 ① 독일국 안에서 공공의 안녕질서에 중대한 장해가 생기거나 생길 우려가 있을 때에는 대통령은 공공의 안녕질서를 회복하기 위하여 필요한 조치를 하고, 필요한 때에는 병력을 사용할 수 있다. ② 이 목적을 위하여 대통령은 제114조, 제115조, 제117조, 제118조, 제123조, 제124조, 제153조에 규정된 기본권의 전부 또는 일부를 일시적으로 정지할 수 있다. ③ 본조 제①항 또는 제②항에 의하여 행한 모든 조치에 관하여 대통령은 지체없이 이를 의회에 보고하여야 한다. 의회의 요구에 따라 그 조치는 효력을 상실한다. ④ 긴급한 사정이 있는 때에는 각 주정부는 그 영역 안에서 제②항에 정한 조치를 임시로 행할 수 있다. 이 조치는 대통령 또는 국의회가 요구할 때에는 그 효력을 상실한다. ⑤ 상세한 것은 국가의 법률로 정한다.

① 대외적 긴급사태와 ② 대내적 긴급사태로 나뉘는 바, 전자는 다시 1) 무력으로 공격을 받거나 받을 직접적인 위협이 있는 경우인 방위사태(제115조a 이하), 2) 방위사태의 전단계로서 고도의 국제적 긴장이 있는 경우인 긴장사태(제80조a ①항), 3) 국제기구가 연방정부의 동의를 얻어 동맹조약의 범위내에서 하는 의결을 근거로 하여 연방의회의 사전동의없이 긴장사태를 확정할 수 있는 경우인 동맹조항사태(제80조a ③항) 등으로 3분되며, 후자는 다시 1) 자연적 재해나 특히 중대한 사고가 있는 경우인 재해사태(제35조 ②·③항), 2) 연방 또는 주의 존립 및 자유민주적 기본질서에 대하여 급박한 위협이 있는 경우인 협의의 내적 긴급사태(제87조a ④항, 제91조) 등으로 2분된다. 요컨대 기본법상의 비상사태의 일반적 특색은 세계에 유래가 없을 정도로 그 유형을 세분하여 다양한 긴급사태에 필요적절하게 대처하고, 또한, 어떠한 사태에 빠지더라도 의회민주주의와 권력분립주의를 관철하여 연방의회에 비상사태의 선포와 폐지에 필수적으로 관여하게 할 뿐만 아니라 기본권의 제약범위를 최소화하고 있는 점이다.

III. 우리나라의 국가긴급권의 제도의 변천

헌법규정 내에 국가위기 대응 사태를 대비하여야 한다는 것에 대한 논의 즉, 국가긴급권을 입헌화 하는 데는 찬반론이 있으나, 오늘날과 같은 위기적 상황하에서는 그것을 제도화하여 헌법의 테두리 안에서의 이를 인정하는 경향이 있다. 입헌적 위기상태를 극복하기 위한 제도로서 국가긴급권을 제도적으로 마련하는 경우에 그것을 정당화하는 근거에 대해서 살펴본다.

첫째, 평상시의 법치주의적 구조는 국가적 위기에 대처해서 기능하기 어렵다.¹¹⁾ Rossister에 의하면 민주적인 입헌국가의 복잡한 정치조직은 본질에 있어 정상적인 평화적 상태하에서 기능하도록 설계되어 있으니 중대한 국가적 위기가 존재할 때는 이에 대해 적당치 않는 경우가 많다. 이 말은 긴급권의 제도화에 대해 정책상으로 반대하는 사람들도 부정할 수 없는 사실이라 하겠다. 그러므로 위기에 즈음하여 민주적 입헌정부는 그 위기를 극복하고 정상상태를 회복하기 위하여 어느 정도 필요한 만큼 잠정적으로 개편되지 않으면 안된다. 둘째, 평상시의 법치주의적 기구가 위기에 대처하기에 어려운 것이 사실인 이상 그에 대한 예외조치를 처음부터 헌법체계에 합법적인 제도로서 마련하여 놓는 것이 위기시의 비상조치를 비합법적인 것으로 되지 않도록 하기 위해서 필요하고도 적절하다는 점이다. 셋째, 헌법은 평상시뿐만 아니라, 비상시 및 위기적 상황하에서도 실효적이어야 한다는 점이다. 만약 헌법이 국가의 비상사태를 극복하기 위하여 어떠한 배려도 하지 않고 있다면 책임있는 기관이 결정적인 순간에 초헌법적으로 어떤 조치를 취하는 방법 이외에는 어떠한 가능성도 남지 않게 된다. 그렇게 되면 초헌법적 혹은 헌법외적인 불문의 긴급권을 승인하지 않을 수 없게 된다. 넷째, 국가긴급권제도를

11) 이는 국가긴급권의 제도화를 반대하는 측에서도 인정하는 것이다. 오히려 반대하는 쪽에서는 그렇게 제도화 하는 것이 상이한 상황에 대처할 수 없다고 보기 때문에 필요는 있으나 효용이 없기 때문이라 보는 것이다.

헌법에 실정화함으로써 비상시에 있어서 합법적인 독재적 권력을 인정하는 대신 그의 발동요건, 기간 및 한계 등을 규정함으로써 무제약적인 국가긴급권의 남용을 최대한 방지할 수 있다.¹²⁾ 이러한 필요성에 따라 우리나라는 제헌당시로부터 국가긴급권에 관한 제규정을 두어 위기를 관리하였던 바¹³⁾, 정치상황의 변화에 따라 그 내용도 다양하게 변천되어 왔다. 즉, 제1공화국의 제헌헌법(1948)은 대통령의 긴급명령권·긴급재정처분권(제57조)¹⁴⁾와 계엄선포권(제64조)¹⁵⁾을 규정하고 있었으며, 제2공화국 헌법(1960)에서는 내각책임제의 정부형태를 취했던 만큼, 제1공화국 말기의 국가긴급권이 남용된 폐단을 막기 위해 긴급명령권을 삭제하고 긴급재정처분권과 긴급재정명령권 및 계엄선포권만을 규정하였다. 5·16 혁명으로 성립된 제3공화국헌법(1962)에서는 긴급권을 강화하여 제1공화국 시대의 대통령의 긴급명령권을 부활(제73조 ②항)시켰으며, 긴급재정처분·명령권은 긴급재정·경제처분권과 긴급재정·경제명령권(제73조 ①항)으로 확대되었다¹⁶⁾. 또한 1971년에는 국내외 정세의 변화를 이유로 국가비상사태의 선언을 함과 아울러 이른바 헌법적 법률인 ‘국가보위에 관한 특별조치법’이 제정되기도 하였다¹⁷⁾.

일종의 초헌법적인 헌법침해로서 규정에도 없었던 국회해산과 국민의 기본권을 일시적으로 정지한 상황에서 탄생한 제4공화국헌법(1972)에서는 계엄제도를 대체로 그대로 유지하면서 프랑스 제5공화국헌법 제16조와 바이마르공화국헌법 제48조를 참작하여 국정전반에 걸쳐 20세기의 위기개념에 부합되는 사전적·예방적인 긴급조치권(제53조)으로 확대·강화되었다. 동조항에 근거하여 1974년 1월부터 1975년 3월에 걸쳐 대통령 긴급조치가 9호까지 발동되었던 바, 특히 세칭 강신호 변호사 사건에서는 그 해제의 효력을 둘러싸고 첨예한 헌법이론이 전개된 바 있다. 18) 이하에서는 제헌헌법 이후 우리 헌

-
- 12) 김도창(1973: 22)은 확실히 국가긴급권은 악의의 집권자에 의해 당파적 야심을 실현하거나 반대세력을 억제하기 위해 편리한 도구로 악용될 공산이 크다는 점을 감안할 때 헌법이 침묵을 지키는 것보다 적극적으로 긴급권의 제도적 한계를 확정해 놓는다는 것은 충분한 현실적 이유가 있다고 한다.
- 13) 엄밀한 연혁적인 의미에서 본다면 우리나라의 긴급권제도의 시원은 한일합방 후 1913년 9월 훈령 제283호 ‘조선에 시행하는 법률에 관한 건’에 의하여 의용된 일본의 계엄령(1882) 내지 미군정하의 계엄령에까지 소급할 수 있다.
- 14) 제헌 헌법 제57조 ① 내우, 외환, 전재, 지변 또는 중대한 재정, 경제상의 위기에 제하여 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치를 할 필요가 있는 때에는 대통령은 국회의 집회를 기다릴 여유가 없는 경우에 한하여 법률의 효력을 가진 명령을 발하거나 또는 재정상 필요한 처분을 할 수 있다. ② 전항의 명령 또는 처분은 국회에 보고하여 승인을 얻어야 한다. 만일 국회의 승인을 얻지 못한 때에는 그때부터 효력을 상실하며 대통령은 지체없이 이를 공포하여야 한다.
- 15) 제헌 헌법 제64조 대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포한다.
- 16) 1962년 헌법 제73조 ① 내우·외환·전재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여, 대통령은 최소한으로 필요한 재정·경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다. ② 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여, 대통령은 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.
- 17) 동법은 유산잔재청산의 일환으로서 1981.12.17 법률 3472로 폐지되었다. 동법의 내용과 문제점에 관해서는 김철수, 헌법과 국정을 생각한다(조선일보, 1982. 11. 17. 참조).
- 18) 대통령긴급조치 제1호·2호 및 4호의 존재여부에 관하여 대법원의 다수의견은 유신헌법 제53조의 긴급조치권과 1980년 헌법 제51조의 비상조치권을 서로 비교한 후, 양자는 그 발동요건이나 통제기능에 있어서 현저한

법상의 국가긴급권을 간략하게 살펴보고자 한다.

1. 제헌헌법

우리나라의 국가긴급권은 1948년 7월 17일 공포, 시행된 제헌헌법 제57조에 규정한 긴급명령, 긴급재정처분제도와 동 헌법 제64조의 계엄제도를 들 수 있다. 제헌헌법 제57조에 따르면, “내우, 외환, 천재, 지변 또는 중대한 재정, 경제상의 위기에 제하여 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치를 할 필요가 있는 때”에 “국회의 집회를 기다릴 여유가 없는 경우에 한하여 법률의 효력을 가진 명령을 발하거나 또는 재정상 필요한 처분”을 할 수 있다. 이렇게 발해진 명령이나 처분은 “지체없이” 국회에 보고되어야 하고 국회가 이를 승인하지 않으면, 그 때부터 그 명령 및 처분은 효력이 없어진다. 제헌헌법은 긴급명령권, 긴급재정처분권, 계엄선포권 등을 규정하고 있었기 때문에 긴급권은 6·25 전쟁으로 말미암아 빈번하게 발동하였다. 이 긴급권이 요긴하게 사용되었으나, 휴전 이후에도 계속 그 효력을 인정하여 남용하는 폐단이 많았다.

2. 제2공화국

제헌헌법상의 긴급권에 대한 폐단을 시정하기 위해 1960년 제2공화국 헌법은 긴급명령제도를 없애고 내각의 계엄선포권과 긴급재정처분, 긴급재정명령만을 인정하였으며 긴급권의 무분별한 발동과 남용을 막기 위해 이에 대한 견제장치를 강화하였다. 제2공화국 헌법에서는 제57조 규정에서 “국무회의의 의결에 따라 대통령은 내우, 외환, 천재, 지변 또는 중대한 재정, 경제상의 위기에 대하여 긴급한 조치를 할 필요가 있을 때, 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 긴급재정처분을 할 수 있다”고 규정하였다. 하지만 제2공화국 헌법 하에서는 국가긴급권이 행사된 일이 없었다.

3. 제3공화국

1962년 제3공화국 헌법은 제2공화국의 긴급재정처분, 긴급재정명령권을 계수하고, 이에 대한 명령이

차이가 있으므로 이 사건 긴급조치는 현행의 헌법정신에 위배되므로 동긴급조치는 1980년 10월 27일 제5공화국헌법의 제정·공포와 더불어 일단 실효되었다고 하고 있으나, 일부 보충의견(이회창대법원판사)은 먼저 통치행위일지라도 이 사건 긴급조치와 같이 국민의 기본권제한과 관련된 조치인 경우에는 기본권보장과 헌법보장의 책무를 진 법원으로서 당연히 그 효력의 존속여부를 심사·판단할 권한이 있다고 전제한 후, 긴급조치의 헌법적 효력과 국가긴급권의 본질(일시성·잠정성)에 비추어 당해 구현법이 폐지됨에 따라 이 사건 긴급조치는 당연히 실효되었다고 하면서, 현행의 위헌법률심사제도하에서 다수의견과 같이 긴급조치가 현행헌법(1980년헌법)에 위배된다는 판단을 법원이 할 수 있을 것인가 하는 문제를 아울러 제기하고 있다(자세한 것은 대판 1985. 1. 29, 74도 3501 판결문 참조).

나 처분에 대한 규정을 보다 상세히 보완하였으며 제1공화국 헌법의 긴급명령제도를 부활하였으며, 계엄선포권까지 규정하였다. 이들 모두 국회에 즉시 보고되어야 하고, 승인을 얻지 못하면 그때로부터 바로 효력이 없게 규정되었다. 1964년의 “6.3사태” 당시 비상 계엄령이 선포하였다. 또한 헌법상의 국가긴급권만으로는 부족하여 1971년 12월 6일에는 헌법상에 근거가 없는 초헌법적인 비상사태를 선포하였고, 동년 12월 27일 초헌법적인 긴급조치의 행사를 규정한 국가보위에 관한 특별조치법이 제정되었다. 1972년 10월 17일 초헌법적인 비상조치가 발동되어 국회가 해산되고 국민의 기본권이 일시 정지되는 10월 유신이 단행되었다.

4. 제4공화국

1972년 제4공화국은 국가긴급권을 보다 강화하여 대통령에게 한국헌법사상 전례가 없는 방대한 긴급조치권과 계엄선포권을 부여하였다. 긴급조치는 헌법적 효력을 가진 특별조치로 원래 학문상으로 보면 비상조치, 비상명령은 헌법적 효력을 가지고, 긴급조치, 긴급명령은 법률적 효력을 가지는 개념이지만, 제4공화국 헌법은 용어를 긴급조치라 하면서 그 내용은 비상조치, 비상명령을 규정하였다. 이 유신헌법 제53조에 따르면 대통령은 사후진압적 비상조치뿐만 아니라 사전예방적 비상조치까지 단행할 수 있고, 헌법에 규정된 국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지할 수 있으며, 긴급조치를 취한 때에 대통령은 지체 없이 국회에 통고하는 것으로 족하고 국회의 승인을 구할 필요가 없었을 뿐만 아니라 국회는 그 해제를 건의할 수 있을 뿐 해제를 요구할 수 없었고, 긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 않는다는 것을 명문으로 규정하였다. 이와 같은 강력한 긴급권을 대통령에게 부여한 것은 분단된 한국의 평화통일을 위해서 극히 필요한 것이라고 설명되었고, 따라서 제4공화국에서는 9차의 긴급조치가 발동되었다. 이 긴급조치는 당시 유신체제에 저항하던 국민들을 탄압하는 데 활용되었다.

5. 제5공화국

유신헌법상 대통령의 긴급조치권은 제8차개정헌법에서는 비상조치권으로 변경된다. 긴급조치권의 발동요건이 사전적·예방적인 조치까지 허용할 정도로 광범위했다면, 비상조치권은 구체적으로 “천재·지변”, “중대한 재정·경제상의 위기”, “국가의 안전을 위협하는 교전상태” 또는 “그에 준하는 중대한 비상사태”에 처했을 때로 제한하여 비교적 그 요건이 엄격해 졌다고 볼 수 있다(제51조 제1항). 비상조치에 대해 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 그 해제를 요구할 때 대통령은 이를 해제해야 한다고 하여 사후적 통제수단을 보강하였다(제51조 제5항). 1980년 제5공화국 헌법에서는 제4공화국 헌법의 긴급조치권이 너무 강력하여 논란의 대상이 되었기 때문에 이에 대한 완화조치로서 비상대권을 인정하되, 그 권한을 축소하고 남용의 폐단을 없앴다. 즉 발동요건을 더욱 강화하고, 사전예방적 긴급권을 인정하지 않았으며, 제한기간을 인정했고 국회승인에 의한 국회의 사후통제를 규정하였다.

또 국회의 해제유무 규정, 사법적 심사대상에서 제외하는 규정을 삭제하였다.

IV. 현행헌법의 국가긴급권 내용과 그 한계

제6공화국 헌법에서는 제77조에 대통령의 계엄선포권을 인정하였고, 비상조치권을 삭제하고 대신 헌법 제76조에 대통령의 긴급재정경제처분, 명령권 조항을 설정하였다.

1. 계엄선포권

헌법 제77조 제1항에 근거해서 “전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다”고 규정하고 있다.¹⁹⁾ 이는 계엄선포의 요건을 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때로 한정하고 있음을 알 수 있다. 이 경우 계엄선포권자는 오로지 대통령이다. 계엄 선포를 위해서는 국무회의의 심의를 거쳐야 하고, 계엄선포시 이유, 종류, 집행일시, 시행지방 등을 공고하여야 한다. 계엄의 종류에는 대통령이 전시, 사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 적과 교전상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법기능의 수행이 현저히 곤란한 경우에 군사상 필요에 응하거나 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 선포되는 비상계엄과 일반 행정기관만으로도 치안을 확보할 수 없는 경우에 공공의 안녕과 질서 유지를 위해 선포되는 경비계엄이 있다.

우리 헌정사에서는 계엄을 선포하여 정치적 혼란을 극복한 적도 있지만, 다른 한편으로는 국민의 기본권보장에 크나큰 문제를 초래하기도 하였다. 따라서 계엄은 엄격하게 제한된 상황에서만 선포되어야 하면 이 경우에도 국민의 기본권을 최대한 보장할 수 있는 방안이 모색되어야 한다. 또한 비상계엄시에 군사법원의 관할권이 확장될 위험이 존재하기 때문에 국가 및 사회적 법익의 침해 및 군사 관련 범죄로 한정시켜 관할권 축소가 요청된다. 또한 비상계엄이 해제되었을 때에도 계엄법 제12조 제2항에 근거하여 대통령이 필요하다고 인정한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의해 군사법원의 재판권을 1개월 이내에 한하여 연기할 수 있다고 규정하고 있는바 이 경우 이를 자의적으로 적용하게 되면 군법회의를 받지 아니할 권리를 침해할 수 있다. 그렇기 때문에 최소한 한도내에서 일시적이고 잠정적으로 행사되어야 할 것이다. 또한 헌법 제77조 제5항에 의하면 국가비상사태가 해소되거나 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 국무회의의 심의를 거쳐 계엄을 해제하여야 한다. 비상상태에서 헌법적 정상회복상태로의 판단여부는 일차적으로 대통령의 권한이나 대통령의 자의적 판단에 의해 계엄상태가 지속되는 것에 대해서도 통제할 필요가 있다. 그래서 계

19) 계엄에 대한 연구로서는 김상겸(2005), 박종보 외(2005), 성낙인(1996), 이계수(2003).

엄법 제11조 제3항에서의 국방부장관 또는 행정안전부장관은 비상사태가 평상상태로 회복된 때에는 국무총리를 거쳐 대통령에게 계엄의 해제를 건의함에 그치지 않고 이를 반드시 수용하여야만 한다고 생각된다.

2. 긴급재정·경제처분권과 그에 관한 명령권

헌법 제76조에서 제1항에서 “대통령은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안위보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 수 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정, 경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.” 이는 법률적 효력을 갖는 긴급재정·경제처분을 인정함으로써 행정부의 신속하고 효율적인 대응을 가능하게 하였다. 우리헌법재판소는 다음과 같이 이를 인정하고 있다. “대통령의 긴급재정·경제명령은 중대한 재정 경제상의 위기에 처하여 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 필요한 경우에 발동되는 일종의 국가긴급권으로서 대통령이 고도의 정치적 결단을 요하고 가급적 그 결단이 존중되어야 할 것”이지만, “이른바 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있는 것일 뿐만 아니라, 긴급재정·경제명령은 법률의 효력을 갖는 것이므로 마땅히 헌법에 기속되어야 할 것”이라는 입장²⁰⁾을 펼친 바 있다.

“대통령의 긴급재정·경제명령은 평상시의 헌법 질서에 따른 권력행사방법으로서서는 대처할 수 없는 재정·경제상의 국가위기 상황에 처하여 이를 극복하기 위하여 발동되는 비상입법조치라는 속성으로부터 일시적이긴 하나 다소간 권력분립의 원칙과 개인의 기본권에 대한 침해를 가져오는 것은 어쩔 수 없는 것이다. 그렇기 때문에 헌법은 긴급재정·경제명령의 발동에 따른 기본권침해를 위기상황의 극복을 위하여 필요한 최소한에 그치도록 그 발동요건과 내용, 한계를 엄격히 규정함으로써 그 남용 또는 악용의 소지를 줄임과 동시에 긴급재정·경제명령이 헌법에 합치하는 경우라면 이에 따라 기본권을 침해받는 국민으로서도 특별한 사정이 없는 한 이를 수인할 것을 요구하고 있는 것이다.”²¹⁾

문리적 해석에 의하면 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때'라는 요건을 규정하고 있기에 만약 국회의 집회가 가능하다면 원칙대로 국회의 입법을 거쳐 법률을 제정 또는 개정하여야 할 것이다. 또한 긴급재정경제처분 및 명령은 헌법상의 위기를 사후적으로 수습함으로써 기존질서를 유지·회복하기 위하여 위기의 직접적 원인을 제거하고자 하는 목적을 가지므로 공공복리의 증진과 같은 적극적 목적을

20) 憲裁 1996.02.29, 93헌마186.

21) 憲裁 1996. 2.29, 93헌마186.

위하여는 발할 수 없다.²²⁾ 또한 대통령이 긴급재정·경제명령을 발하려면 국무회의가 이를 사전에 심의하여야 하며(제89조 제5호), 국회의 승인절차에 의하여 통제된다. 국회는 긴급재정·경제명령을 승인한 뒤에도 이를 폐지 또는 개정하는 내용의 법률을 제정 또는 개정할 수 있으며, 긴급재정·경제명령과 관련한 대통령의 헌법 또는 법률 위반의 경우 탄핵소추를 의결할 수 있다.

긴급명령권에 관하여는 헌법 제76조 제2항에 의해서 “대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보호하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다”고 규정하였다. 이러한 규정은 국가안위에 관계되는 중요한 교전상태, 국회의 집회가 불가능한 경우로 한정함으로써 긴급재정·경제처분 및 명령에 비해 보다 엄격하게 규정하고 있다. 이러한 명령을 한 경우에 대통령은 지체 없이 국회에 통고하여 그 승인을 얻어야 하며 승인을 얻지 못한 때에는 그 처분 또는 명령은 그때부터 효력을 상실한다(동조 제3, 4항). 현행 헌법상의 대통령의 긴급재정경제처분, 명령권과 긴급명령권은 제4, 5공화국헌법상의 비상조치권에 비해 현격한 차이가 있는 것으로 이는 제정헌법과 제3공화국헌법상의 규정을 부활시키는 축소, 제한된 긴급권이라 볼 수 있다.

V. 맺은말

국가적 위기를 극복하기 위한 각국의 긴급권제도의 운영 및 경험을 살펴보고, 우리나라 국가긴급권 제도의 변천도 고찰해 보았다. 국가긴급권이란 국가비상사태에 국가의 존립을 유지하고 입헌민주질서를 지키기 위하여 일시적으로 권력을 집중시키는 등 필요한 조치를 강구할 수 있는 권한으로 각국은 언제 어떻게 당면할지 모르는 국가적 위기를 극복하기 위하여 각기 상이한 형태로 긴급권을 제도화하고 있다. 그러나 국가긴급권이라는 위협한 제도는 엄격한 감시와 통제 하에서 행사될 때에만 위기에서 국가를 구출할 수 있을 것이고, 그 제도를 운영하는 자가 그것을 자신의 이익을 위해 사용하거나 그것이 남용될 때에는 오히려 입헌민주질서 전체를 파괴하는 결과를 초래할 수 있다. 가깝게는 우리나라 근현대사를 통해 그것을 확인할 수 있고, 독일 바이마르 헌법상의 긴급권을 남용한 히틀러에 의하여 전 세계가 전쟁터로 변한 사실은 그 극단적인 예라 할 수 있다. 이는 입헌적 민주주의체제의 역사가 상대적으로 짧은 나라일수록 그 제도화 과정에서 긴급권이 특정 세력의 독재에 사용될 수 있고, 또한 헌법규정이 얼마나 그 규정을 운용하는 사람의 정신에 의해서 좌우될 수 있는 것인가를 확실하게 증명해 주는 것이다. 국가긴급권에 관한 헌법규정은 결국 다수당에 민주적법치국가의 정신이 결핍되는 경우에 언제나 오용 내지는 남용되기 마련이다.

결국 국가긴급권은 그것이 항상 위험성을 간직하고 있는 것이기 때문에 국가긴급권행사의 적절한 운용과 그에 대한 효과적인 통제가 절실히 요청된다. 즉 문제의 핵심은 긴급권에 관한 제도의 여하가

22) 憲裁 1996 2.29, 93헌마186.

아니며, 그 제도를 운용하는 권력과 그 권력을 감시하는 정치사회력과의 상관관계에 있는 것이다. 이를 위해서는 국가긴급권을 그 발동요건에 맞도록 조건, 기한, 형식을 제도적으로 완비해야 함은 물론이고, 위기 극복을 위해 부여된 강력한 권한을 행사하는 권력담당자는 사심을 버리고 숭고한 조국애를 바탕으로 긴급권 제도를 운영해야 한다. 또한 의회로 대표되는 감시세력 또한 긴급권의 적절한 운영을 위해 책임을 다해야 한다. 그러나 현대 정당의회주의의 특징으로 되어 있는 의회다수당과 정부의 동질성 때문에, 국가긴급권에 대한 의회의 통제라는 것도 스스로 한계가 드러나고 말았다. 이렇게 볼 때, 국가긴급권의 오용 내지는 남용에 대한 가장 효과적인 통제는 결국 국민 여론에 의한 감시와 지탄이라고 보아야 하겠고, 이러한 뜻에서 오늘날 민주적 헌법질서는 민주시민에 의해서 긍정되고, 이끌어지고, 또 보호되는 경우에만 그 명맥을 유지할 수 있다. 이러한 요건들이 잘 조화를 이룰 때 국가 긴급권은 그 기능을 다하게 될 것이고, 그 기능이 제대로 발휘되어야 국가적 위기에서 슬기롭게 그 위기를 극복할 수 있을 것이다.

참고문헌

- 강승식. 2006. 외교 국방영역에서의 행정부의 권한. 헌법학연구 12(5): 215-242.
- 김남진. 2001. 경찰상의 위험과 위협의 혐의 등. 고시연구. 28(9): 87-96.
- 김문현. 1995. 초헌법적 국가긴급권과 저항권. 고시계. 507: 5-23.
- 김명재. 1999. 독일 헌법상 보호청구권. 전남대학교 법률행정연구소.
- 김상겸. 2005. 계엄법에 관한 연구. 헌법학연구.11(4): 87-109.
- 김영수. 2000. 한국헌법사. 서울: 홍문사.
- 김철수. 2013. 헌법학개론. 경기: 법문사.
- 김철수 편 1985. 입법자료교재 헌법. 서울: 박영사.
- 계희열. 2005. 헌법학(상). 서울: 박영사.
- 남승길. 1997. 경찰관직무집행법. 공법연구. 25(3): 89-108.
- 박종보, 방승주, 이인호. 2005. 계엄법 개정방안 연구. 합동참모본부.
- 문현철. 2002. 국가인명구조행정작용에 대한 방재행정법학적 검토. 금촌육중수 박사 정년기념논문집.
- 성낙인. 2006. 프랑스 제5공화국헌법과 유신헌법상 대통령의 국가긴급권에 관한 비교 연구. 공법연구. 28(4): 151-171.
- 성낙인. 1996. 헌법보장과 대통령의 국가긴급권. 고시계. 41(11): 150-164.
- 이강혁. 1989. 국가긴급권제도. 고시계. 394: 54-66.
- 이기춘. 2003. 경찰질서법상 위험개념 및 표현위험과 위협의 의심. 공법연구. 31(4): 363-392.
- 이계수. 2003. 한국의 군사법과 치안법: 군사와 치안의 착종과 민군관계의 전도. 공법연구. 31(4):

283-306.

이승우. 1994. 국가의 기본권보호의무. 양승두교수 화갑기념논문집.

이승우. 1993. 기본권보호의무와 공권이론. 고시연구. 234: 71-88.

이재은. 2006. 포괄적 안보개념하에서의 국가위관리 법제화 방안에 관한 연구. 한국위기관리논집. 2(2): 1-17.

오준수. 1993. 국방법령상의 용어의 정의. 대한민국 공군.

유지태. 2004. 행정법에서의 위협관리. 공법연구. 32(3): 457-491.

정하중. 1997. 경찰법상 책임. 공법연구. 25(3): 109-142.

조한상. 2007. 현행 헌법상 국가긴급권의 개선방향에 관한 고찰. 헌법학연구. 13(2): 477-510.

한태연. 1987. 헌법과 정치체제. 서울: 법문사.

허영. 2013. 한국헌법론. 서울: 박영사.

헌법재판소 1994. 6. 30. 선고. 92헌가18결정.

車秀奉: 전남대학교에서 박사학위를 취득하고, 현재 동신대학교 경찰행정학과 초빙교수로 재직 중이다. 주요 논문으로는 “교육헌법의 기본원리(2006)”, “헌법질서하에서 토지재산권 행사의 제한문제(2007)”, “유럽인권협약상 기본권 보장체계와 개인청원에 관한 연구(2007)”, “민주화운동의 규범적 체계에 대한 고찰(2013)” 등이 있으며, 관심분야는 국가철학, 기본권분야 등이다(csb008@daum.net).

투 고 일: 2013년 09월 30일

수 정 일: 2013년 10월 23일

게재확정일: 2013년 10월 26일

**The Constitutional Response for the Maintenance of the Existence of the Nation
and the Public Peace Study for Securing the Safety Right**

– Focused on the Idea of the Emergency Power of a Nation and the Change of the Rules –

Su Bong Cha

I will examine the history and comparative legal study about the emergency power. This power will take place in case the existence of a nation and the public peace is in great danger ,and it can cause constitutional problems. By stipulating the condition, period and boundary of the power in the Constitution, we can both admit the tyrannic power and limit the abuse of the power. The emergency dealing and ordinance of national finance and emergency ordinance in the Constitution of this republic are considerably different from the emergency measures in the fourth and fifth republic and similar to those of the first republic and the third republic. The president should exercise the emergency power to the necessary minimum. And this power is only admitted when there is an exceptional case which cannot be solved in general ways ,and there is necessity of the urgent restoration of national security. The rule of the emergency power in the Constitution should be strictly interpreted. And Allowing the broad interpretation and the exception cannot be admitted.

Key words: the emergency power, the existence of a nation and the public peace, the protection of nation, emergency, danger