

한국의 계엄사에 관한 연구

白 允 喆*

1. 들어가는 말
2. 韓國의 戒嚴法과 戒嚴史
3. 6·25전쟁과 戒嚴의 宣布
4. 6·25전쟁과 戒嚴史
5. 결 어

1. 들어가는 말

(1) 연구의 목적과 범위

국가가 누란의 위기에 처하였을 때, 어떤 방법으로 그 위기를 극복하고 국가의 안전을 회복해야 하는지는 국가의 존망이 걸린 중요한 문제라고 할 수 있다. 국가가 위기에 처하였을 때 헌법은 이에 대처하기 위한 방법으로 국가긴급권 중 계엄에 대하여 규정하고 있다. 특히 전시나 준전시와 같은

국가적 위기상황에 대처하기 위하여 헌법은 국가긴급권 중에서도 계엄에 관한 조항을 두고 있다. 6·25전쟁에서도 국가는 계엄을 발동하여 전시에 법적으로 대응하였다. 전시에 계엄이 어떻게 운영되었는지 경험을 가지고 있다는 것은 향후 발생할 수 있는 국가적 위기에 대처하고 극복하는데 중요한 의미가 있다고 생각한다.

따라서 본 연구는 6·25전쟁과 이에 대한 관련된 계엄의 선포, 계엄법에 대한 연혁에 대하여 살펴보고자 한다.¹⁾

1948년 7월에 제정·공포·실시된 대한민국 헌법은 제64조에 대통령의 계엄선포권을 규정하였다. 동 조항에 의하면 “대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포한다”라고 하여 계엄의 종류, 선포, 요건과 효력 등을 전적으로 법률에 위임하고 있었다. 그러나 건국 초기의 상황에서 즉각적인 법률의 제정이 어려웠기 때문에, 여순 10·19사건의 경우처럼 단지 헌법에 근거하여 여순지구에서 계엄을 선포하는 일도 발생하였다.²⁾ 물론 이 경우 법령상으로는 일본강점기에 당시 일본에 의하여 적용되었던 계엄령을 그대로 원용하였기에 논란을 야기하기도 하였다. 이러한 법적인 쟁점이 현재 대두되고 있고, 최근에 과거사에 대한 국가적인 정리를 실시하고 있다. 특히 6·25전쟁시 민간인 피해에 대한 연구가 시민단체에서 이루어지고 있으나, 이는 특히 편찬된 연구자료에 의해서 이루어지고, 객관적인 사실에 의해서 이루어지고 있지 않고 있는 이러한 시점에서 본 연구는 의미 있고 필요한 것이라 생각한다.

본 연구는 우선 계엄 연혁에 대한 국내외의 동향을 살펴보고, 6·25전쟁을 중심으로 계엄에 대하여 살펴보기로 한다.

1) 문맥에 따라 계엄과 계엄사를 혼용하여 사용하기로 한다.

2) 동 계엄령은 1913년 9월 칙령 제283호 ‘조선에 시행하는 법률에 관한 건’에 의하여 한국에 시행 미군정법령 제11호에 의하여 미군정하에서도 그 효력이 지속되었고, 미군정하에서 동 계엄령에 의하여 2회의 계엄 선포가 있었다. 헌법이 발효된 후에도 헌법 제100조에 의하여 효력이 지속되었다.

* 대구사이버대학교 교수

본 연구에 있어서 핵심적 연구대상 중에 하나인 계엄법은 1949년 11월 24일에 제정된 후 지금까지 몇 차례의 개정이 있었다. 계엄법에 관한 연구는 우선 일본 강점시의 계엄령, 1948년 헌법이 제정된 후 1953년까지 계엄법 등에 관하여 기술한 문헌을 중심으로 하고, 그 외에 계엄이 발동된 시기의 사건이나 상황에 대하여 시민단체 발간자료 등을 검토하고, 이에 대한 실체적 분석을 끝내고 결론을 내기로 한다.

(2) 세계의 각국의 계엄사

1) 세계 각국의 계엄 입법례

「로마」의 고전적 독재를 그 원형으로 하는 행정적 입헌독재는 오늘날 입헌민주국가들의 계엄에서 그 현대적 표현을 발견하게 된다. 계엄은 불의의 폭력 특히 무력의 행사 또는 그 위협을 받는 위기를 위하여 정부에게 유보된 긴급권이다. 그 군사적인 유래와 성질은 계엄법(etat de siege, martial law)의 어원에서도 명백한 것이지만, 이러한 계엄의 궁극적인 의미는 무장반란을 일으킨 시민들에 대한 정부의 합법적 선전포고라는데 있다고 할 수 있다. 이 목적을 위하여 위기정부는 법 또는 관습을 통하여 국가를 방위하기 위한 긴급조치들을 할 수 있게 된다. 바로 이것이 국가긴급권이고, 이러한 국가긴급권 중에 하나가 계엄이다.

국가긴급권으로서의 계엄제도를 갖고 있는 대표적인 국가들로는 영국과 미국, 대륙법계의 국가로는 프랑스와 독일을 들 수 있다. 이 국가들은 자국이 갖고 있는 상황에 따라 계엄제도를 발전시켰다. 이 국가들의 계엄제도를 고찰하는 것은 비교법적 관점에서 의미가 있을 뿐 아니라, 우리나라의 계엄제도를 이해하는 데에도 필요하다. 각국의 계엄제도에 관하여 간단히 정리하면 다음과 같다.

2) 영 국

영국은 성문헌법전이 없는 불문헌법국가로 보통법(common law)에 의한 관례상의 긴급권과 의회제정법에 의한 긴급권이 존재할 뿐이다. 영국에서 국가긴급권은 영국헌정사의 2대 지주인 의회주권(Sovereignty of Parliament)과 법의 지배(rule of law)원칙에 의하여 그 발동요건과 내용이 결정되므로 대륙의 긴급권과는 차이가 있다. 이러한 원칙에 근거하여 의회는 국가비상조치에 대하여 책임면제법(Indemnity Act)을 제정하기도 하였으며, 1914년의 국토방위법(Defence of the Realm Act)과 1920년의 비상대권법(Emergency Power Act)을 비롯하여 1942년의 국민동원법(National Service Act), 1957년의 긴급법(Emergency Law <Repeal> Act) 등이 제정되는 등, 광범위하게 국가긴급권에 관한 수권법이 제정되어 있다.³⁾

3) 미 국

미국은 영국과 함께 영미법계의 대표적인 국가이며 성문헌법을 가지고 있음에도 전통적으로 불문법적 요소를 갖고 있다. 미국은 연방헌법에 비상사태와 관련된 조항을 가지고 있으나, 계엄법(martial law)에 대해서는 직접적인 규정이 없다. 따라서 수권법과 같은 제도에 의하기 보다는 대통령의 개성(Personality)에 의하여 그때 그때의 위기를 관리하여 왔다. 즉 남북전쟁을 필두로 하여 제1차 세계대전, 뉴딜정책(New Deal Policy), 제2차 세계대전, 6·25전쟁 등을 거치는 동안 링컨(Lincoln), 윌슨(W. Wilson), 루즈벨트(F. D. Roosevelt), 트루만(Truman), 닉슨(Nixon) 등에 의하여 대통령의 긴급권은 대체적으로 확대되면서 강화되는 방향으로 전개되었다. 그러나 국가긴급권의 확대·강화에도 불구하고 의회와 사법부의 유효적절한 개입으로 비교적 인권의 침해는 적었다.⁴⁾

3) 김기범, 「영국에 있어서의 국가긴급권」, 헌법연구 제2집, 1972, 69면 이하; 김도창, 「국가긴급권론」, 청운사, 1972, 46면 이하.

4) 프랑스

영미법계와 달리 대륙법계의 대표적 국가인 독일은 19세기 중반 프로이센시대 때부터 계엄법을 갖고 시행하였다. 20세기에 들어와서도 독일은 1919년 바이마르(Weimar)헌법 제48조 등에 국가긴급권을 규정하고 연방대통령에게 그 권한을 부여하였다. 그렇지만 바이마르헌법 하에서 대통령은 비상권한을 남용함으로써 내부적으로 위기를 자초하였다. 독일은 제1차 세계대전과 마찬가지로 제2차 세계대전을 일으킨 전범국가로서 스스로 패망의 길을 갔다. 이런 이유로 전후 독일은 바이마르헌법의 실패를 교훈삼아 1949년 본 기본법(헌법)을 제정할 때 국가긴급권에 관한 규정을 두지 않았다. 그러나 국가를 운영하면서 국가긴급권의 필요성을 인식하고 1968년 기본법(Das 17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetz)을 개정하여 비상사태를 세분화하여 긴급권을 다시 기본법에 도입하여 각각 그에 따른 구체적인 대처방법을 규정하였다. 독일 기본법상의 비상사태조항의 일반적 특색은 세계에 유래가 없을 정도로 그 유형을 세분하여 다양한 긴급사태에 대하여 필요·적절하게 대처하고, 또한 어떠한 사태가 발생하더라도 의회민주주의와 권력분립원칙을 관철하여 연방의회에 비상사태의 선포와 폐지에 필수적으로 관여하게 할 뿐만 아니라 기본권의 제약범위를 최소화하고 있는 점이다.⁵⁾

프랑스 국가긴급권은 헌법 자체가 드골(De Gaulle)장군에 의하여 「만들어진 헌법」이라고 일컬어지는 것처럼 제16조 대통령의 비상대권조항은 「권력의 인격화 (personnalisation du pouvoir)를 가능하게 해 주는 것이다. 특히 그 요건과 내용이 지나치게 막연하고 대통령의 긴급권행사에 대한 통제가 극히 미약함으로 인하여 해석하기에 따라서 입법·행정은 물론이고

4) 기타 상세한 설명은 김도창, 전게서, 72면 이하; 박일경, 「미국대통령의 국가긴급권」, 헌법연구 제2집, 1972, 46면 이하.

5) 배준상, 「Bonn기본법에 있어서의 비상사태에 관한 헌법적 규제」, 공법의 제문제(문헌주 박사학위논문), 1978, 345면 이하.

사법영역에 대해서도 「상황에 따른 필요한 조치 (les mesure exigees par ces circonstances)를 취할 수 있기 때문에 그 남용의 위험성은 항상 잠재하고 있다.⁶⁾

(3) 계엄과 정치사상

이상의 4개국과 마찬가지로 기타 대다수의 입헌국가들은 폭력의 행사에 대해서 폭력으로 대항할 것을 내용으로 하는 최후수단으로서 계엄제도를 가지고 있다. 다만 각국의 계엄제도 특히 영미의 그것과 대륙국가의 그것과의 사이에는 다른 제도의 경우에도 그러한 바와 같이 그 국민적 개성의 차이에 따라 일정한 거리가 있음을 보여 주고 있다(Reinach). 영미의 계엄법(martial law)과 대륙적인 국가긴급권(etat de siege)의 차이에 대하여 양 법계 사이의 정치적·법제사의 차이 자체로써 충분히 설명될 수 있다고 하는 학자가 있는가 하면(Watkins), 전자는 민주주의와 평등의 원칙에서 유래하고 후자는 자유주의와 개인자유에 유래하고 있다고 하는 학자도 있다(Muth). 그 이유는 프랑스국민이 영국국민보다도 더 정부를 무서워하기 때문에 프랑스국민은 계엄을 법제도화 하는데 동의한 것이라 한다. 또는 이와 정반대의 견해를 가진 학자도 있는데(Carl Friedrich), 그에 의하면 개인의 자유는 계엄의 제도화를 기피해온 영미에서 강조된 것이지 대륙에서 강조된 것이 아니라고 한다.⁷⁾

6) 김영수, 「프랑스 제5공화국헌법의 역사적 기초」, 공법의 제문제(해암문헌주박사회갑기념논문집), 1978, 101면. 그밖에 프랑스에 있어서의 긴급권제도에 관한 상세한 설명은 김도창, 전게서, 107면 이하; 김기범, 「불란서에 있어서의 국가긴급권」, 성곡논총 제1집, 1970, 27면 이하.

7) 김도창, 앞의 논문 참조.

2. 韓國의 戒嚴法과 戒嚴史

(1) 日帝의 戒嚴令

일본은 프랑스의 국가긴급권을 수입하여 계엄이라는 제도를 만들었다. 계엄(戒嚴)이라는 용어는 일본인이 만든 용어로 그 어원은 正字通의 “敵將至設備日戒嚴”(적이 바야흐로 쳐들어옴에 방비를 굳게 함을 일컬어 계엄이라 한다)에서 유래한다.⁸⁾ 일본은 프랑스의 국가긴급권을 모방하여 정도가 덜 심각한 긴급사태(전쟁상태)인 臨戰地境과 정도가 심각한 긴급사태(합위상태)인 合圍地境으로 하여 1882년 계엄령을 제정하였다. 臨戰地境戒嚴하에서는 지방행정사무 및 사법사무 중 군사에 관한 사건에 한하여 계엄사령관이 관장하고, 合圍地境戒嚴이 선포되었을 때에는 모든 지방행정사무와 사법사무를 관장하는 권한을 가졌다. 특히 군사에 관하여 민사사건과 공공의 안녕을 해치는 특정범죄에 대해서는 군법회의에서 재판을 하도록 하였고, 합위지경 내에 법원이 없거나 관할법원과의 통로가 단절되었을 때에는 민사나 형사의 구별 없이 군법회의에서 재판하도록 규정되어 있었다.⁹⁾

1882년 일본의 계엄령은 태정관 공고 제36호로 제정되어 1886년 칙령 제74호로 개정되었다. 당시 계엄법이 법률이 아닌 명령의 형태인 계엄령으로 제정된 것은 1889년 명치헌법 이전에는 입법부가 없었으므로 모든 법률적 사항은 행정명령의 형식으로 선포되었기 때문이다.¹⁰⁾ 따라서 1882년의 계엄령은 계엄법과 같은 의미를 가졌었고 당연히 법적 효력을 가진 규범이었

8) 오병현, 「계엄법의 기원과 문제점」, 사법행정, 1994. 1, 61면.

9) 이상철, 「계엄법에 관한 문제점 고찰」, 안암법학 제12호, 31면.

10) 일본의 계엄령은 1889년 명치헌법이 제정되기 전에 만들어진 규범이었기 때문에 법률의 형식을 띠고 있지 않았다. 명치헌법 제14조는 천황의 계엄선포권을 규정하였으며, 계엄의 요건과 효력은 법률로 정하도록 하였다.

었다.¹¹⁾

이 계엄령은 1910년 일본이 한국을 강점한 후 칙령 제283호 “조선에 시행하는 법률에 관한 건”에 의하여 우리나라에 적용되었다.¹²⁾ 1945년 해방 이후에도 일본의 계엄령은 미군정 법령 제11호에 의하여 미군정 하에서 의용되었고, 대한민국 정부수립 후 1948. 7. 17에 공포 시행된 제헌헌법 제64조의 규정으로 계엄권의 근거를 두고 동법 제100조에 의하여 잠정조치로서 적용되었다. 이 법령은 1949년 우리나라의 계엄법이 제정되면서 효력을 상실하였다.¹³⁾

일본의 계엄령은 合圍地境 내에서 군사에 관한 민사사건과 공공의 안녕 질서를 해치는 특정범죄에 관하여는 군법회의에서 재판을 하도록 되어 있었고, 합위지경 내에 법원이 없거나 관할법원과의 통로가 단절되었을 때에는 민사, 형사의 구별 없이 군법회의에서 재판하도록 되어 있었다.¹⁴⁾

(2) 건국 이후 制憲憲法下의 戒嚴法

1) 제헌헌법 제100조의 의미와 요건

1948년 제정된 헌법은 우리 민족의 역사적 굴곡을 수용하여 제10장 부칙

11) 계엄령은 명치헌법 제14조 제2항에 의하여 법률과 같은 규범으로 간주되어 제2차 세계대전이 끝날 때까지 적용되었다. 이에 대하여 자세히는 김도창, 「계엄」, 서울대학교 박사학위청구논문, 1968, 220면 이하 참조.

12) 칙령 제283호: “朕은 조선에 시행할 법률에 관한 것을 재가하여 이에 이를 공포한다. 아래의 법률은 이를 조선에 시행한다. … 九 戒嚴令.” 朝鮮總督府, 『朝鮮法令輯覽』 上卷, 1940, 第十三輯, 7면(김창록, 「4·3 계엄령을 통해 본 일제법령의 효력」, 부산대 법학연구소편, 법학연구 제39권 제1호, 478면에서 재인용).

13) 여기서 일제하의 계엄령이 우리나라의 계엄법의 제정으로 효력이 상실하였다는 것은 계엄법 제정 이전에 1948년 여순 10·19사건에서 의용되었다는 점을 염두에 둔 것이고, 법리적으로 볼 때 그 효력의 유무에 관한 논란과는 별개의 문제이다.

14) 당시 일본 계엄의 효력은 거의 절대적인 것으로 계엄령 제14조에 의하면 계엄이 선포된 구역에서는 군사령관이 국민의 기본권 보장에 관한 헌법의 규정을 정지시킬 수 있었다.

제100조에 일종의 경과조치를 규정하였다. 동 법 제100조는 “현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다”라고 규정하였다.

제헌헌법 제100조에 의하여 일제법령이 효력을 지속하기 위해서는 두 가지 요건을 충족시키지 않으면 안 된다. 하나는 그것이 ‘현행법령’, 즉 1948년 헌법 시행 당시에 효력이 있는 법령이어야 한다는 것이고, 다른 하나는 ‘이 헌법에 저촉되지 아니’하여야 한다는 것이다. 이러한 요건들은 조문의 해석상 당연히 요청되는 것이기는 하나, 경우에 따라서는 무시되기도 하였다. 그렇지만 이 요건은 분명히 법규로부터 나오는 것이기 때문에 충족시키지 못한다면 그 효력이 부인될 수밖에 없으며, 이에 대하여 헌법학자들과 판례는 인정하고 있다.¹⁵⁾

2) 제헌헌법 하에서 일제법령 자체의 효력

제헌헌법 시행 당시에 효력이 있는 현행 법령이어야 하는지 여부는 일제법령이 처음부터 효력이 있었는지 여부가 관건이다. 일제법령의 효력의 근거는 말할 것도 없이 1910년의 합병늑약으로 늑약(勸約)은 강제로 맺은 조약을 말한다.¹⁶⁾ 그런데 이미 알려진 바와 같이 1905년의 「을사늑약」은 조약체결자인 대한제국의 황제를 강박하여 체결된 것이기 때문에 국제법상 무효이고, 1910년의 합병늑약도 「을사늑약」이 유효하다는 바탕 위에서 체결되었기 때문에 역시 무효이다. 따라서 법리적으로 일제법령은 처음부터 적법한 근거를 가지지 못한 법령이었다.

그렇지만 당시 일제법령이 효력을 가지고 적용되었기 때문에 이미 법령

15) 예를 들면 유진오의 경우 기존법령 중에서 헌법에 저촉되지 않는 것에 한하여 효력이 지속된다고 주장하였으며(유진오, 「신고 헌법해의」, 1953, 289면), 판례는 명시적으로 표현하고 있지는 않으나 현행법령인지 여부와 헌법에의 저촉 여부를 요건으로 하였다(대판 1955. 3. 4. 1954형상101; 1960. 9. 15. 1958민상492; 1956. 3. 30. 4288형상21 등).

16) 과거에는 한일합방조약이란 표현을 썼으나, 현재는 일본의 강압에 의하여 원하지 않은 불평등조약을 맺었기 때문에 늑약이란 표현을 쓰며, 이는 1910년 일본과 맺은 어떤 협정도 인정하지 않는다는 것을 의미한다.

의 적용으로 효력이 발생하여 효과가 나타난 사항에 대하여 현실적으로 되돌릴 방법은 거의 없다. 또한 당시 일제법령이 일제의 기관에 의해 실제로 집행되었고, 한국인들도 그들의 강제력에 복종하고 법령을 준수하였기 때문에 효력을 부인할 수 없다고 주장할 수 있다. 그러나 이 경우에도 일제법령의 효력은 오로지 무력 등에 의한 실력에만 근거하였기 때문에 그 사실상의 지배력이 없어진 시점부터, 즉 구체적으로는 1945년 8월 15일 일제가 항복을 선언하고 건국준비위원회에 치안유지를 일임한 시점에, 또는 늦어도 9월 7일 미군정이 선포된 시점에 그 효력은 원칙적으로 소멸되었다고 보아야 한다.

이런 관점에서 법질서를 본다면 그 시점부터 한국에는 성문의 법령이 없었다고 할 수 있고, 그 또한 오늘의 관점에서 볼 때 성립될 수 없는 논리라고 반박할 수도 있다. 그렇지만 그 시점의 한국에 법이 없었다는 것은 아니기 때문에 터무니없는 주장이라 볼 수 없다. 왜냐하면 법이란 성문법뿐만 아니라 불문법도 있기 때문에, 성문의 법령이 없었다고 하여도 관습법과 조리 등의 불문법은 당연히 존재하고 있었다고 보아야 할 것이다. 물론 미군정법령에 의하여 일제법령의 효력을 인정한 경우는 별개의 문제이다.

(3) 건국 전·후 계엄령 의용에 대한 평가

일본에서 명치헌법 제정 전에 일본왕의 명령으로 제정되었고, 한국 강점기에 적용되었던 일제법령으로서 미군정기를 거쳐 1948년 헌법이 제정된 이후도 1949년 계엄법이 제정될 때까지 적용되었던 일제의 계엄령은 그 효력의 유무에 대하여 많은 논란을 일으키고 있다. 일본의 강압에 의하여 맺었던 과거의 조약들이 무효로 선언된 현재, 미군정 법령에 의하여 효력을 인정받고, 그 후 정부수립 후 제헌헌법에 의하여 효력을 인정받을 수 있는 근거를 확보하였어도 일제의 법령들의 효력을 인정하기가 어렵다. 더구나

제한헌법질서에 저촉을 가져오는 일체의 계엄령의 경우 그 내용에 있어서 정당성을 인정하기는 어렵다고 할 것이다.

일제와 미군정을 거치면서 일체의 계엄령이 효력을 인정받았는지 여부에 있어서 법적 관점에서 그 정당성여부와 그 법적 근거를 명확히 하는 것은 중요한 작업이다. 왜냐하면 계엄은 국가비상시의 비상수단이고 이는 국민의 권리와 자유에 제한을 가져오고, 국가작용을 통제하는 수단이기 때문에 그 정당성과 합법성의 검토는 너무도 중요하기 때문이다.

일체의 계엄령의 법적 성격과 그 효력의 유무에 대해서는 이미 살펴본 바와 같이 제한헌법의 질서에 저촉되는 문제를 가지고 있다는 것을 알 수 있다. 문제는 그럼에도 불구하고 1948년 한반도 남쪽에 합법정부가 수립되면서 민주적 헌법이 제정되고 제정된 헌법 제64조에 대통령에게 계엄선포권이 주어져 있다는 것이다. 그 경우 비록 계엄법이 제정되지 않았어도 계엄이 선포되었을 때 위헌이라고 할 수 있는지 문제가 있다. 이런 문제는 바로 4·3계엄령의 경우에 해당하는 것인데, 이미 헌법에 명문으로 계엄규정이 있는 경우 계엄선포는 바로 계엄규정부터 도출될 수 있다는 것이다. 비록 계엄법이 제정되어 있지 않았다 하여도 계엄을 선포해야만 할 일반적 요건에 충족되어 선포하고 시행한다면 이를 위헌이라고 할 수 없다.¹⁷⁾ 즉 계엄제도의 본래 취지에 비추어 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 등 국가의 위급상황을 해결하기 위하여 계엄을 선포해야 하는 경우, 헌법규정에 의하여 필요한 절차만 계엄령으로부터 의용한다면 헌법질서 속에서 충분히 수용할 수 있다고 보는 것이다.

17) 계엄은 극히 중대한 위기의 경우에만 선포될 수 있는 긴급제도로서 일반적으로 그 요건은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태와 병력으로서 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있는 경우이다(권영성, 「헌법학원론」, 2005, 989면 이하).

3. 6·25전쟁과 戒嚴의 宣布

(1) 6·25전쟁과 헌법상 계엄

국가는 신생 대한민국의 존망을 가늠하는 6·25의 전면전을 맞이하여 대한민국을 수호하기 위하여 전면적인 비상헌법을 발동하였다. 그런데 6·25 전쟁 중에는 전국적인 계엄선포는 하지 않고, 정작 대외적인 요인에 의한 6·25의 전면전을 치루면서 오직 필요한 지역에만 한정적으로 선포하고 있으며, 또 상황이 끝난 지역에는 그 해제조치를 그때 그때 취하고 있음을 발견하게 되는 것이다. 그리고 이러한 차이의 발견은 그것을 어떻게 설명해 낼 수 있을 것인가 하는 질문을 당연히 제기케 한다. 아마도 다음의 두 가지 설명이 가능하리라 생각된다. 그 하나는 6·25전쟁 당시의 신생국다운 법운영의 미숙일 것이라는 설명이고, 다른 하나는 그것이 6·25전쟁을 치루면서 나타난 '제한된 권력'(limited government)이라는 입헌주의 발현의 표현일 수 있다는 설명이다.¹⁸⁾

당시의 대한민국 헌법(1948)에 6·25는 위기시의 긴급명령이나 긴급조치에 관한 조항이 오늘날의 그것과 거의 유사하게 규정되어 있었으나(제57조), 계엄의 경우에는 그 선포의 근거조항(제64조)만이 규정되어 있었을 뿐 그 종류 등 구체적인 내용이나 선포·해제 절차 등에 관하여는 법률에 전적으로 위임하고 있어서 이에 의거하여 구체화 입법인 계엄법(1949. 11. 24)이 제정되어 있었다. 긴급명령(또는 처분) 및 계엄령 선포가 비상헌법 발동의 중요한 표현형태임은 물론이다. 그리고 긴급명령이 입법적인 조치라면 계엄령의 선포는 집행적인 조치라고 할 수 있다.

18) 최대권, 앞의 논문, 6면.

(2) 6·25전쟁과 계엄

우리는 과거 6·25 한국전쟁과 같은 동족상잔의 전쟁을 겪었으며, 여러 번의 국가적 비상사태를 맞이한 바 있지만, 그 때마다 국가긴급권의 하나인 계엄을 선포하여 질서를 회복하고 국가위기를 극복한 경험을 가지고 있다.¹⁹⁾ 제1차 세계대전 이후 대다수 세계 입헌민주국가들도 위기정부를 하나의 지속적 현상으로 보고 긴급사태의 타개를 위하여 권력을 특정 정부부문에 집중하는 이른바 입헌적 독재의 행정적 기본제도인 계엄제도를 활용하였는바, 이 계엄제도란 적의 침공이나 국내적 반란과 같은 국가위기 시에 사용되도록 설계된 긴급장치라고 정의할 수 있다.²⁰⁾

역사적으로 볼 때 각 국의 위기정부들이 국가적 위기를 극복하기 위해 계엄을 선포하고 위기정부를 구성한다고 하였지만 내재적 위험은 항상 포함하고 있었다. 이기적인 인간이 이기적인 목적을 위해 권력을 휘두르거나, 최고권력을 부여받은 자가 그 권력을 내놓으려 하지 않고 항구적인 독재 또는 전제정치를 실시하고, 자유를 부정하기 위해 자유를 표방하는 경우가 있었던 것이 사실이다. 우리의 계엄사를 볼 때에도 위기를 극복하기 위한 필요성에 따라 계엄이 선포되었던 긍정적인 면이 있었는가 하면, 체제 및 권력유지를 위한 방편으로 사용했던 부정적인 경우도 있었다.²¹⁾

19) 이상철, 「戒嚴法에 關한 問題點 考察」, 安岩法學 제12호, 세창출판사.

20) 김도창, 「계엄에 관한 약간의 고찰」, 서울대학교 법학 제6권 2호, 1964. 1. 38면. 고전적 의미의 계엄제도에 의하면, 적의 공격이 있는 경우 헌법에 의거 정부는 위협지역에 계엄을 선포할 수 있고, 계엄이 선포되면 정부의 모든 권한이 군으로 이전되며, 정규정부의 기능이 마비된 때에는 군이 그 권한을 취득·행사할 수 있고, 반란의 경우에는 계엄선포 그 자체가 바로 반군들에 대한 정부의 선전포고가 되어 진압을 할 수 있었다. 이때의 계엄은 군사적 독재를 의미하였다.

21) 이상철, 앞의 논문.

1) 6·25전쟁과 계엄의 선포

1949년 계엄법이 제정된 이후 1950년 6월 25일 한국전쟁이 발발하자 7월 8일을 기하여 전국에 비상계엄이 선포되어 1953년 7월 23일까지 무려 3년 16일간이나 계엄 하에 생활을 해야 했다.²²⁾

2) 계엄 관련 법령내용

① 헌법규정상의 계엄내용

1948년 7월 17일 제헌헌법에서는 제5조에서 긴급명령과 함께 제64조에서 “대통령은 법률의 정하는 바에 의하여 계엄을 선포한다”라고 규정하였다. 1949년 11월 24일 계엄법이 제정되기 전까지는 일본의 계엄령(1882.8.5 제정)을 적용하였다.²³⁾ 이러한 계엄법이 선포되고, 선포에 따른 국가기관들의 통제 상황을 정리하면 다음과 같다.

② 계엄과 국가기관

한국사회에서 군대의 창설과정이나 국가기구 내에 국가요원들을 충원하는 과정에서 최고권력자와 그를 지지하는 집단들의 이해관계에 적합한 국가요원의 수는 충분하지 않았다. 최고권력층이 이용했던 정보수집수단은, 식민지 시기부터 비대하게 발달해 있던 경찰과 헌법, 미군의 영향을 받으면서 형성된 정보기관, 그리고 군창설시 편제상 등장한 군대 내 정보기관들이 있었다. 6·25전쟁을 통해 군대가 급격하게 성장하기 전까지 경찰은 정권과 체제를 지지하는 가장 중요한 기관이었다.²⁴⁾ 하지만, 근대국가에서 경찰이 점차 군대와 정부직속기관보다 권력 위계상 하위에 속하게 되는 것처럼 한국에서도 점차 정부직속, 군 내부의 정보기관이 생기면서, 이들간의

22) 이상철, 앞의 논문.

23) 이상철, 앞의 논문.

24) 일제시기에 경찰은 최고의 권력기관이었고, 해방 후에도 그 권력은 막강하였다.

충돌과 우위가 엇갈렸다. 숙군과 6·25전쟁기간 중의 민간인피해, 정치공작을 이용한 국가기관에 대한 사찰활동 등이 군부의 정보기관, 대통령 직속 정보기관에 의해 이루어지게 되었던 것이다. 숙군과정에서의 군대 내 '좌익 세력들에 대한 정보'는 경찰, 헌병, 육본정보국 등이 각각 제출한 명단을 고려하여 나왔던 것이었다.²⁵⁾

③ 계엄과 국회의 통제

계엄에 대한 통제는 계엄제도 자체의 본질적 요소이다. 계엄이 입헌적 독재를 의미한다면, 그것은 입헌주의에의 복원이 전제되지 않고서는 오히려 입헌체제를 말살시키는 도구로 전락할 것이다. 계엄은 이에 대한 적절한 이성적인 통제가 가능한 경우에만 비로소 헌법상 정당성이 승인될 수 있는 헌법상 제도이다. 계엄에 대한 의회의 통제는 종래에는 계엄 자체의 선포를 의회가 그 결의 또는 법률로 행하는 국가도 있고, 사후적으로만 통제를 가하는 국가도 있었으나, 오늘날에는 긴급사태에 있어서의 의회중심주의가 확립되어 긴급상태의 확인 내지는 긴급사태의 선포를 의회가 행하는 것이 일반적인 경향으로 되었으나, 우리나라에 있어서는 제헌 당시의 헌법은 계엄에 대한 국회의 통제에 관하여 아무런 규정도 두고 있지 않아서 여러 가지 문제점들이 발생하였다. 그러나 1949년 11월 24일에 공포되고 시행된 계엄법 제5조에서 "대통령이 비상계엄을 선포 또는 추인하였을 때에는 지체 없이 국회에 통고하여야 한다. 전항의 경우에 있어서 국회가 폐회중일 때에는 대통령은 지체 없이 국회의 집회를 요구하여야 한다"고 규정하였고, 동법 제21조는 "국회가 계엄의 해제를 요구할 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다"고 규정하고 있으므로, 계엄은 제헌헌법의 규정에도 불구하고

25) 1949년 6월 1일 설치된 군경합동 정보국에는 군의 사단 정보처, 헌병대, 방첩대, 연대정보과 및 각 경찰서 각 기관에서 2명씩 차출되어 조직되었다(영남일보 1949년 6월 15일자 참조). 또한 이들의 개입 여부는 국방부에서 11월 29일 소위 '숙군공로자'들인 헌병대, 군정보처, 수도경찰청 관계자를 표창한 것에서도 확인이 가능하다(독립신문, 1948년 12월 1일자).

제헌헌법 아래에서도 국회의 통제를 받아 왔으며, 6·25전쟁 중에도 국회의 통제를 받아왔다. 국회는 계엄이 선포된 때에는 통고의 유무와 관계없이 계엄의 해제를 요구할 수 있는 바, 이 요구가 있는 경우에는 정부는 이에 구속되어 계엄을 해제하여야 하는 것이다. 실제로 국회의 해제요구에 의하여 정부가 계엄을 해제한 선례도 있다.²⁶⁾

④ 계엄의 해제

대통령은 긴급사태가 평상사태로 회복된 때에는 계엄을 해제한다. 물론 계엄을 해제할 때에는 국무회의의 심의를 거쳐야 한다(계엄법 제20조, 헌법 제86조 제5항, 제80조). 1878년의 프랑스의 계엄법은 계엄선포는 반드시 민선국회가 제정한 법률에 의해서만 행하고, 계엄선포를 하는 법률은 반드시 계엄기간을 명시하도록 하고, 그 기간이 종료되면 국회의 새로운 법률에 의해서 연장되지 않는 한, 자동적으로 해제되도록 하고 있는데(동법 제1조 제2항 제3항), 대통령의 계엄선포에 민선국회의 사전 동의를 필요로 하지 않는 점으로 보아 계엄해제권도 원칙적으로 대통령에게만 부여하고 있는 것은 무리도 아니다. 그러나 계엄해제권은 전적으로 대통령의 재량에만 맡기면 계엄에 대한 입헌적 견제는 크게 손상될 수밖에 없기 때문에 국회가 계엄의 해제를 요구할 때에는 대통령은 반드시 계엄을 해제하도록 하였다(계엄법 제21조, 헌법 제75조 제5항).

국회의 해제요구가 있으면 대통령은 반드시 계엄을 해제하여야 하지만 1952년 5월, 즉 부산의 정치파동기에 이승만 대통령은 국회의 해제요구를 받고도 해제하지 않은 선례가 있었는데 이것은 위헌이다. 그러나 계엄의 해제권자는 대통령이기에 때문에 국회의 해제요구가 있었다하여도 계엄해제의 효력이 발생할 수 없다(1954. 형사 113). 계엄이 해제된 날로부터 모든 행정사무 또는 사법사무는 평상사태로 복구되고(동법 제22조), 비상계엄 시행 중에 군법회의에 계속 중인 재판사건의 관할은 비상계엄해제와 동시에

26) 비상계엄해제에 관한 건(1951. 4. 4. 국무원공고 제12호).

일반법원에 귀속한다. 그러나 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 대통령이 정하는 바에 의하여 군법회의의 관할을 1개월 이내에 한하여 연기할 수 있다(동법 제23조). 군법회의의 재판권을 계엄해제 후에도 최고 1개월 연기할 수 있게 한 것은 잔무처리상 부득이한 일이라고 볼 수도 있고, 프랑스에서 1955년 알제리아문제와 관련해서 만들어진 위험사태(état d'urgence)에 관한 법률에서도 위험사태가 해제된 후에도 군법회의가 동사태 하에서 발생한 범죄사건에 대하여 일정기간재판을 계속할 수 있도록 하고 있지만, 민간인에 대한 군법회의의 재판권은 특정범죄와 비상계엄 하에서만 허용하고 있는 우리 헌법 제24조 제2항의 규정으로 보아서 타당치 않다고 볼 가능성은 많다.

4. 6·25전쟁과 戒嚴史

1948년 정부 수립을 전후해 한국사회에서 실시된 국가통치체제의 수립은 무엇보다도 다양한 국가기구의 설치에서 찾아볼 수 있다. 이 당시 설치된 대표적인 국가기구로는 군대와 경찰 등을 들 수 있다. 먼저 군대의 경우 미군정 하에서 지원군으로서의 성격을 가진 조선경비대가 1945년 10월 21일에 창설되었다. 이후 조선 경비대는 '트루만 독트린' 이후 남한 단독정부 수립 안이 본격화되면서 주한 미군의 철수에 대비해 국방군으로 육성되어 현재 국군의 기초가 되었다. 경찰은 군대와 마찬가지로 미군정 하에서 친일 경찰을 그대로 존속시켜 군정경찰로 만들었으며, 정규군이 창설되기 이전인 1948년까지 군대를 대체하는 통제기구로 운영되었다.²⁷⁾

27) 이러한 특수한 상황에서 국가보안법이 제정되었고, 국가보안법은 일제의 치안유지법을 모태로 1948년 8월 정부 수립 후 3개월만인 11월에 제정되었다. 국가보안법이 제정된 이유는 무엇보다도 미군정의 강력한 반공주의 노선을 이어받은 이승만 정부의 의지이다.

그러나 건국한지 채 2년도 안되어 아직 국가로서의 기틀도 잡히기 전에 밀어닥친 대규모 전면전을 맞이하여 비상헌법을 가동하고 대규모의 인력과 물자를 전쟁목적을 위하여 동원하고 물가를 통제하는 등의 조치를 취하였는데 이러한 조치들이 전부 법적 조치임을 말할 필요도 없다. 헌법의 시각에서 바라보았을 때 6·25전쟁은 무엇이고, 도대체 6·25전쟁이란 우리에게 어떠한 의미를 주는지 이에 대한 답이 제시되어야 한다.²⁸⁾

(1) 해방 이후부터 6·25전쟁 초기의 계엄령 선포와 전시 법령

미군정부부터 정부수립 이후까지, 계엄법 제정 이전에도 수차례 계엄이 실시되었고, 전라남북도에서는 수개월이상 통신제한에서 검열과 야간통행금지, 국기계양 등의 '조치'가 '위반시 총살'이라는 극단적 물리력 행사까지 취해졌다. 물론 전쟁발발 이후에는 한달 만에 전영토가 계엄령 하에 있게 되었다.

<표 1> 6·25전쟁 초기의 계엄실시 현황

계엄실시기간	선포주체	지역	내용 및 출처
1950년 6월 25일	8사단장	강원도	전쟁발발 당일 10:00시부터 계엄령 선포(『6·25전쟁사』 1권)
1950년 7월 8일	대통령	전라남북도 제외한 전국	
1950년 7월 21일		전국으로 확대	

28) 최대권, "6·25전쟁의 법적 조명", 6·25 50주년 학술심포지움 논문집, 서울대학교 법학연구소, 2000, 4면.

기술한 바와 같이 6·25전쟁 초기에는 제한적으로 계엄령이 선포되었고, 1950년 7월 21일에 가서야 전국으로 확대되었다. 이것은 아마도 미국에서 유학한 이승만 대통령의 입헌민주주의 정치사상에서 제한적인 국가긴급권을 발포한 것이라는 추측이 간다.

1950년 6월 25일의 첫 조치는 살인, 방화, 군사시설 파괴훼손뿐만 아니라 절도, 타인의 건조물 훼손까지도 사형, 무기, 10년 이상의 유기징역에 처하는 것이었다. 또한 '관헌참칭, 이적을 목적으로 체포, 상해한 행위', '관권을 도용하거나 적에게 정보제공, 안내한 행위', '적에게 무기, 식량, 유류, 연료 기타의 물품을 제공하여 적을 자진방조한 행위', '정보제공, 안내 또는 기타의 방법으로 앞의 범행에 가담한 자' 등을 모두 사형이 가능한 처벌대상으로 하여 앞서 국가보안법, 계엄법에서 규정한 반공국가적 속성을 여지없이 발휘하고 있다. 심지어 단심으로 지방법원과 지원의 단독판사가 증거 설명을 생략하고도 '교수 또는 총살'의 사형에 처할 수 있게 하였다.

UN의 참전결정 이후 이승만 대통령²⁹⁾은 "공산악마의 죄악이 가득해서 심판의 날이 온 고로 49개국 연합군은 우리 한국에 육·해·공 각 방면으로 모여듭니다"라고 하며 이미 기대하고 있던 미국의 구원과 UN 연합군을 환영하며 전세가 낙관적인 것처럼 언급하였다. 그러나 계속해서 부산까지 내려가는 상황에서 계엄은 7월 21일부로 전국으로 확대되었고, 7월 26일 계엄지역 내에서 군사재판을 '신속하게 하기 위해', '계엄 하 군사재판에 관한 특별조치령'을 선포하였다. 이에 따르면 장교 3인 이상의 심판관으로 고등군법회의를 구성할 수 있고, 판·검사가 변호인 역할도 할 수 있으며, 예심 조사는 생략할 수 있었다. 결국 장교 둘과 판·검사 한명만으로 군사재판 실시가 가능했다.

8월 4일을 기점으로 남북 160km, 동서 80km에 이르는 국군과 유엔군의 완강한 방어진지인 낙동강 방어선이 형성되었다. 곧 이어 8월 10일, 대통령

29) 이승만 대통령은 6·25전쟁시 남한의 국가와 외교 그 자체였다. 박명림, 「한국 1950 전쟁과 평화」, 나남출판, 2005, 160-161면 참조.

령 380호로 내무부직제를 개정하여 내무부의 조사과, 수사과를 정보수사과로 개정하여 민정 사찰, 범죄, 수사의 지도 및 내무부장관의 명령에 의한 사찰과 범죄의 수사에 관한 사항을 담당하게 했다. 1950년 7월 15일 내무부가 대구로 이동하면서 내무부장관으로 조병욱이 임명(7. 16)되었는데, 그는 사상검사인 선우종원을 불러들여, 치안국 부국장자리를 제의했으나 선우종원이 거절하면서 '멸공부서'를 제안하여 정보수사과가 설치되었다.

9·28 수복 후인 10월 4일 군·검·경 합동수사본부가 부역자 처벌을 위해 설치되었다. 정부의 공식 기록에 따르면 6·25전쟁 전 시기를 통틀어 부역자는 55만 915명에 달했고 그중 검거가 15만명, 자수가 39만여 명이었다. 서울에서만 6만여 명의 부역자를 심사해야 했는데, 서울지검 검사장 장재갑이 사형구형이 너무 많다고 하자 강서룡은 최하가 10년이니 사형구형이 많은 것이 아니라며 "법대로 준엄하게 처리하겠다"고 하였다. 그렇게 부역자들은 검사들에 의해 갑·을·병으로 분류되어 군법회의로, 사법기관으로 넘겨졌다. 12월 1일 공포된 부역행위 특별처리법은 오히려 공식적으로 부역행위 특별심사중앙위원회를 설치하고 동시에 사형금지법(1950. 12. 1 법률 제156호)을 제정함으로써 억울한 경우를 없애려 하고, 세계적 여론 등을 고려한 흔적이 보이지만 군대, 검·경찰, 우익단체 등의 조치는 가혹하게 이루어졌다. 이러한 사형금지법 제정자체는 현재의 헌법적 이상과 이념에서 볼 때, 상당한 부분에 있어서 자의적인 법률이었다.

계엄을 통한 지역의 격리와 극단적 통제는 비용과 반발을 감당할 수 있는 한에서만 이루어질 수 있는 것이었다. 전쟁상황의 역전과 재역전 과정에서 계엄이 해제되기도 하고, 비상계엄은 경비계엄으로 전환되기도 했다. 11월 10일 이전의 비상계엄을 해제하고 제주도, 경상남도 중 부산시, 마산시와 주요군, 경상북도 중 대구, 김천, 포항 및 주요 군을 제외한 남한 전역을 대상으로 경비계엄을 선포³⁰⁾하였지만, 비상계엄 해제 후에도 1950년 12월 9일까지 계속 중인 재판사건을 군법회의 관할로 하는 법령을 공포하였다.

30) 국방부정훈국 전사편찬회, 1951, 24-25면 참조.

<표 2> 1950년에 제정된 주요 법령

공포일자	법의 명칭	구 분
1950. 6. 25	비상사태하의범죄처벌에관한특별조치령	대통령 긴급명령 제1호
1950. 7. 22	비상시향토방위령(폐지 '51. 5. 12)	대통령 긴급명령 제7호
1950. 7. 22	비상시경찰관특별징계령	대통령 긴급명령 제8호
1950. 7. 26	징발에관한특별조치령	국방부령 제1호
	징발에관한특별조치령시행규칙	대통령 긴급명령 제5호
	계엄하군사재판에관한특별조치령	대통령 긴급명령 제6호
1950. 8. 4	비상시향토방위령	대통령 긴급명령 제9호
	피난민수용에관한임시조치령	법률 제145호
1950. 8. 21	징발보상령	대통령령 제381호
1950. 8. 25	피징용자보수규정	국방부령 제3호
1950. 10. 14	6·25전쟁중군기장령	대통령령 제390호
1950. 11. 25	포로심사위원회규정	대통령령 제406호
1950. 12. 1	사형금지법	법률 제156호
	부역행위특별처리법(폐지 '52. 4. 3)	법률 제157호
1950. 12. 21	국민방위군설치법(폐지 '51. 5. 12)	법률 제172호

이처럼 전쟁발발 직후 국가는 '비상사태' 하의 범죄처벌대상에 대한 위협을 시작으로, 각종 법률의 공포는 라디오로 전파하겠다는 일방적인 통보를 하며 도피를 시작했다. 곧이어 국가기구 작동의 '효율성'을 위한 일련의 조치들이 취해지면서 긴급한 금융관련 조치를 한 후에는, 비상시 향토방위령을 통하여 14세 이상의 국민들에게 병역의 의무를 부과하고, 각 지역 내에 존재하던 대한청년단이나 청년방위단 등으로 자위대를 조직했다. 한편으로 '비겁한 행동을 하거나 상관의 명령에 불복종할' 경찰들을 특별히 징계할 것을 경고하면서, 한편으로 군대가 필요로 하는 모든 물자와 그 주인마저 징발 가능하게 하는 법령을 발표하였다. 피난민수용 임시조치, 징발보상, 피징용자 보수규정을 통해 최소한의 주민보호·보상을 시도하면서, 다급하게 '자중하고 있던 일반군, 만주군 출신들'로 장교충원을 했다. 국가는 참전

군인들에게 무공훈장을 주는 것을 잊지 않았지만, 다른 한편에서는 부역행위에 대한 처벌이었다. 국가는 형벌권을 가지고 있었기 때문에 이런 권한을 전쟁에서 행사하는 경우, 평시의 규율 수준을 훨씬 넘어서는 기준으로 행사되었다. 전쟁발발 첫해동안 제정된 법률들을 보면, 전쟁상황 속에서 일상의 규율과 전쟁동원의 목적과 수준, 그리고 국민을 대상으로 한 감시가 어떤 식으로 이루어졌는지 짐작해 볼 수 있다.

전시체제로의 이동 이전에 오히려 군대와 국가기구의 생존을 위협하는 요소들을 체계적으로 제거해나가는 조치가 우선이었던 셈이다. 정부는 한편으로는 '무공훈장'과 함께 '공비토벌에 대한 상'을 수여하면서, 주민들에게는 '이적행위 금품발견자에 대한 상금'을 내걸어 감시와 고발을 장려했다. 동시에 미비되어 있던 병역법을 제정하고 학생들을 '군인'으로 동원하기 위한 '자원'으로 대상화하면서 항시적 전쟁준비태세를 위해 사회를 구조화했다. 전쟁이전 '신생활운동'은 전쟁동안 지속되면서 훨씬 더 가혹한 '운동'이 이루어졌고, 군인이나 경찰 등 국가요원이 아닌 경우, 일반 국민들은 일방적이고 가혹한 전시규율의 감시대상, 처벌대상이 될 수밖에 없었던 것이다.

'국민생활을 혁신 간소화하여 전시에 상응하는 국민정신의 양양'을 목적으로 하는 전시생활 개선법³¹⁾에 의하면 오후 5시 이후가 아니면 음식점에서 '탁주'를 제외한 주류를 판매, 음용할 수 없었다. 또한 음식점에서는 가무음곡을 할 수 없었고, '접객만을 주로 하는 부녀자를 사용'할 수 없었다. 심지어 '정부가 필요하다고 인정할 경우' '전시에 상응하지 아니하는' 복장의 착용을 제한, 금지할 수 있었고, 사치품의 수입, 제조, 판매가 금지되었으며 위반시 몰수할 것을 규정했다. 복장과 사치품의 기준을 정할 사회부내의 '전시생활개선위원회'는 '학식과 덕망이 있는 인사'로 구성하려 했다. 이로써 국가는 군사적 목적이 아니더라도 주민의 일상의 세세한 부분까지 규정하고 내뿜을 강요하려 했다. 전쟁을 통해 대한민국은 이른바 '냉전의 전방초소 국가'로 형성되었다는 것은, 이처럼 억압기구의 행동반경이 전쟁

31) 제정 1951. 11. 18 법률 제225호.

상황에서 급속도로 확대된다는 것과 전쟁이 추구하는 효율성이 제도화되고, 사회전반을 구조화하는 측면을 지적하는 것에 다름 아니다.

전시 규율들은 핵심정보망에서 흘러나와 관변기구와 언론매체를 통해 확산되었다. 전쟁이라는 상황은 정보의 흐름이 일방적이 되는 과정이고, 무엇보다도 군사기관이 가장 효율적으로 정보망에 대한 지배력을 확보하려고 하는 과정이다. 중요한 정보는 군부에 집중되고, 결정사항이 군부에게서 흘러나오며, 각종 비밀이 생겨나고 주민들은 일방적으로 통보받고, 심지어 자발적으로 감시 받아야 하는 상황이기도 했다.

<표 3> 1951년부터 휴전까지 제정된 주요 법령

공포일자	법의 명칭	구 분
1951. 3. 27	국민사상지도원직제	대통령령 제465호
1951. 4. 12	방공법시행령	대통령령 제477호
1951. 4. 28	공비도발기장령	대통령령 제488호
1951. 5. 16	이적행위금품을발견한자에대한상금교부규칙	대통령령 제500호
1951. 5. 22	애국복권발행법	법률 제197호
1951. 5. 25	병역법(개정)	법률 제203호
1951. 10. 25	대검찰청중앙수사국사무규정	법무부령 제6호
1951. 10. 26	국가를당사자로하는소송에관한법률	법률 제223호
1951. 11. 18	전시생활개선법	법률 제225호
1951. 11. 18	수형자등호송규칙	대통령령 제568호
1951. 12. 1	학생군사훈련실시령	대통령령 제577호
1952. 8. 16	해병대령	대통령령 제672호
1953. 4. 14	문화인등록령	대통령령 제773호
1953. 4. 18	서남지구전투경찰대설치법	법률 제282호
1953. 6. 3	전시근로동원법	법률 제292호
1953. 7. 23	민병대령	대통령령 제813호
1953. 9. 18	우량한수형자석방령(폐지)	법률 제293호
1953. 9. 18	형법	법률 제293호

예를 들어, 전쟁기간 동안 정부의 법령의 포고나 선전·심리전을 수행했던 국방부 정훈국에서는 ‘총진군의 노래’를 제정 발표하는 한편, 군내·외의 지도층 인사들을 동원하여 신문, 방송, 강연회 등을 통해 선전활동을 했고, 전쟁전에 조직되어 있던 국민회 청년들로 구성된 특수공작대와 한국노총의 경전악대를 동원하여 가두와 집회장에서 선전활동을 했다. 또한 군기관지인 정훈주보, 국방지 등을 속간하기도 했다.

1950년 11월 24일 정훈 제1, 2대대가 창설된 이래 1951년 6월 7일까지 수많은 전단지과 팜플렛이 살포되었다. 북한군을 상대로 전단지 99종 13,598,000매, 주민들을 대상으로는 175종 28,932,620매, 군내부용은 19종 575,000매가 살포되어 무려 4천만부 이상의 전단이 전쟁초기에 전국에 뿌려졌던 셈이다. 한편, 팜플렛은 48종 554,885매가 배포되었는데, 그 제목을 보면 ‘당신들은 아십니까 공산주의란 무엇인가’ ‘UN이란 무엇인가’ ‘건국도(建國道)’ ‘우리는 북한에서 무엇을 할 것인가’ ‘일민주의란 무엇인가’ 등으로 반공계몽적인 것이었다. 한편, 포스터는 좀 더 원색적인데, 21종 106,305매에 이르는 포스터의 제목은 ‘전쟁은 이제부터 무찌르자 오랑캐’ ‘오랑캐를 겁낼소냐 3천만은 쫓겼다’ ‘구국의 용사 제2국민병’ ‘무적 UN군은 전진한다’ 등이었다.

6·25전쟁 당시 보다 체계적으로 ‘심리전’을 수행한 것은 한국인들을 고용했던 미국의 G-2 심리전 부서였던 것으로 보인다. 6·25전쟁 초기에 6명으로 창설된 심리전 부서는 1950년 12월에 35명으로 구성되어 있었고, 끊임없는 전달살포와 라디오, 스피커 방송을 통해 심리전에 개입했다. 당시 이 부서는 ‘1. 북한군대의 저항과 효율성을 약화시킨다. 2. 북한 인민들에게 전쟁에 관한 진실을 알린다. 3. 남한 병사와 주민들의 도덕을 보강해준다’는 것을 기본 방향으로 삼고 있었다. 이들은 ‘소련과 중공을 위해서 죽음을 택할 필요가 있는가?’라는 글귀가 쓰여진 전단과 ‘살라면 지금 넘어오시오’라고 쓰여진 ‘안전보장 증명서’를 살포하기도 했다.

한편 전시규율의 핵심중 하나는 군사훈련인데, 이 시기의 국가는 전쟁

이전의 인적 구성과 군사교육, 훈련 기간과 정도는 전쟁기간을 통해 순식간에 확대되었고 전후 이를 재정비하여 보다 완성된 '군인양성' 체제를 갖추었던 것이다. 전쟁의 제도화는 전쟁선전과 전쟁규율을 넘어 전쟁교육으로 완성되어갔던 것이다. 물론 이미 전쟁 이전부터 도별로 공무원을 대상으로 '정신무장'과 '군사훈련'이 매주 1회 실시되고 있었다.

이 군사훈련은 무엇보다도 미국식 표준을 받아들인 형태였다. 미국은 해방이후 계속되어 온 일본식 훈련을 미국식으로 통일하고자 하였는데, 한국군 창설 초기의 교육훈련은 일본식 훈련개념에 입각하여 과거 일본군이 사용하던 99식, 38식 소총으로 도수 및 집총훈련이 주요 내용을 이루고 있었다. 이를 미국식으로 전파시키려는 노력이 군사학교의 설립과 한국군 장교의 미국 군사학교 유학 주선이었다.

이처럼 평시에는 특정한 시기를 설정하여 유숙계를 실시하고, 귀순공작을 수행하면서 계엄령선포지역에서 감시를 강화했다면, 영토의 거의 전 지역이 전장이 되는 상황에서 일상은 훨씬 가혹하고 엄격한 감시와 규율인 군율의 통제에 놓이게 되는 상황이었다. 6·25전쟁 발발 당시는 정부수립 후 2년이 지난 시점으로, 국가사업들을 체계적으로 수행하기에 각 사업을 담당할 영역들이 체계화·분화되기 이전이며, 전쟁 발발이라는 극단적이며 돌발적인 현상이 대두하여 등장한 '필요들'에 국가권력이 다급하게 대응해 나가는 양상으로 나타났다.

5. 결 어

우리는 선진 여러 나라의 위기정부의 제도와 경험 및 우리의 국가긴급권 제도를 보고, 현재의 시점에서 6·25전쟁과 계엄에 관하여 살펴보았다. 뢰벤슈타인(Löwenstein)의 말처럼 현대헌법으로서 흠결을 내포하지 않은 헌

법이 되려면 위기사태의 가능성과 필요성을 무시해서는 아니 된다. 그렇지만 위기정부는 그 법적근거가 어떠한 정치과정의 통상적인 운영을 몹시 침해하는 것이 되고 그 형태 여하에 따라서는 통상적인 기관간의 통제의 기능을 마비시켜, 집행권담당자에게는 유리하고 입법권담당자에게는 불리한 결과를 초래할 수 있다. 여기에 계엄에 대한 제도가 중요한 문제로 등장하며, 계엄과 법치주의의 조화, 타협이 요청된다.

이러한 점에서 우리는 위기정부의 필요성과 위험성을 동시에 고려하는 헌법규정을 마련하기 위해서 노력해야 함과 아울러 다음의 두 가지 점을 특히 간과해서는 안 된다.

첫째로 위기정부 내지 계엄은 헌법의 규정만으로 해결되는 문제는 아니라는 점이다. 권력시거나 인권존중의 수준이 각별히 높고 사법권의 권위가 극히 고도로 확립되어 있는 영미와 같은 사회에서는 헌법의 규정유무를 막론하고 위기정부를 성공적으로 운영하고 이에 대해 국민의 통제력에의 복원력을 과시하는데 대하여 독일, 프랑스 등의 역사에서 보는 바와 같이 국민의 통제력과 복원력이 미약할 때에는 긴급권의 남용으로 말미암아 인권 보호조항은 휴지화될 운명에 놓일 것이다. 그러므로 계엄에 대한 통제수단이 제도상 체결되었다는 것만으로 입법문제 수호의 목적이 달성되는 것이 아니라 그 나라 사회의 이에 대한 충분한 통제력과 복원력의 보유야말로 그 기반이 되어야 한다.

둘째로 위기정부와 Personality의 관계를 염두에 두어야 한다는 점이다. 위기정부는 권력의 확대, 강화, 집중을 가져오고 이러한 권력은 단일기관 또는 단일인에게 부여되므로 인간의 개성과 관련되지 않을 수 없다. 정치심리상으로 볼 때에도 위기에는 카리스마적 지도자 내지 비상한 인물을 요청하고 있다. 역사를 돌이켜 볼 때 국가의 운명을 좌우할 위기가 닥쳐올 때마다 우리는 우유부단하고 허약한 지도자를 맞이하였으며, 그 위기가 중대할수록 강력한 지도자, 영웅, 구세주에 대한 갈망과 욕구는 강했던 것이다. 이에 따라 오늘날 위기지도자, 영웅지도자, 카리스마적 지도자에 대한

연구가 많이 이루어지고 있다. 또한 미국에서의 위기정부는 제도(institutions)의 문제라기보다 개인성(Personalities) 내지 인간의 문제라든가 맞춤형 헌법이라 불리는 프랑스 제5공화국헌법의 운영은 드골(De Gaulle)과 히틀러(Hitler)라는 인간의 차이에서 성공 여부가 결정되었다는 점, 영국이 의원내각제에서 수상정부제(Prime Ministerial Government)로 변모하고 있다는 점 등은 모두 위기정부가 이러한 측면을 보여주는 것이다. 여기에 위기정부 내지 계엄의 연구는 법적·제도적 문제로서 뿐만 아니라 정치학적·역사적 접근이 아울러 고려되어야 함을 알 수 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 우리 헌법의 계엄은 자유민주주의 국가의 긴급권 중 가장 강력한 것 중의 하나로서 간주되고 있다. 이것은 위기의 양상과 정도가 날로 복잡, 심화되어가는 세계적 추세 속에서 다른 나라에 대해 방향제시적이며 또 시대에 앞선 제도라 할 수 있다. 그러나 위의 두 가지 점을 고려하여 볼 때 우리의 제도가 스스로 남이 「모방할 가치 있는 새로운 통치유형」을 창조하기 위해서는 위기정부의 담당자와 국민 모두의 부단한 노력이 있어야만 할 것이다.

물론 계엄의 남용의 원인이 제도적 통제장치의 미흡에 있기 보다는 집권자의 독재적 운용에 있음을 상기할 때, 국민의 강인한 호헌의식과 집권자의 건전한 헌법관 내지 인격성도 선행적으로 전제되어야 함은 말할 것도 없다. 요컨대 진정한 헌법보장수단으로서 계엄이 국가보전과 국민의 기본권 보장을 위한 유용한 구급약으로 사용되기 위해서는 넓은 시야로서 문제를 종합적으로 파악하고, 장기적 안목에서 민주적으로 사고하려는 집권자의 정치적 혜안과, 민주적 헌법질서가 파괴 내지 공동화되는 것을 방지하려는 국민의 호헌의식이 함께 도모되어야 하며, 나아가 국민의 대표기관인 의회의 능동적 감시와 함께 국민 개개인의 구체적이며 본질적인 기본권을 적극적으로 보호하려는 사법권의 기능이 아울러 강조되어야 할 것이다.

우리 국법상 계엄이 지난날의 정치적 현실에서 어떻게 이용되었던 간에, 적어도 국법체계 안에서 그것이 가져야 할 이념과 본질은 명백하다. 자유

민주주의를 기본이념으로 하는 대한민국헌법 아래에서는 계엄은 자유민주주의를 수호하고, 최후에 국민의 기본권을 보장하는 보루이어야 한다. 헌법이 이른바 자유의 기술이라고 한다면, 계엄은 바로 자유의 극한의 기술이라고 할 수 있다. 계엄은 다른 모든 국가긴급권과 더불어, 진정한 護憲의 무기로서 자유민주적 기본질서를 수호하기 위한 입헌적 제도이며, 헌법수호의 수단이다. 즉 계엄이 정권의 보장이라는 미명하에 대통령의 비상대권이 아니라 헌법을 최후에 보장 내지 수호하는 수단으로 이해해야 된다고 생각한다. 21세기 자유국가들이 계엄제도가 지닌바 본래적 의의를 인식하면서, 그 남용을 방지하기 위하여 의회중심주의를 주축으로 하는 효과적인 통제방식을 모색하는데 우리는 다시 한 번 생각을 해 보아야 하는데, 그것은 바로 사전적인 국회의 통제인 것이다.

전쟁은 인간의 마음속에서 시작된다. 때문에 평화의 방벽이 구축되어야 할 곳은 바로 우리들 마음속인 것이다. 전쟁은 인간에 대한 인간의 모든 악행과 비극의 표출을 요구한다. 지금까지 우리는 우리 동족으로, 인간으로 말해왔던 수많은 사람들이 민족에 대해, 인간에 대해 얼마나 어리석고 얼마나 잔인했는지를 보았다.³²⁾ 그러나 우리의 마음속에는 우리가 하나이며, 화해와 통일, 생명과 평화의 세기를 건설하기 위해 무엇보다 인간은 인간에 대해 인간적이어야 한다.

(원고투고일 : 2008. 2. 1, 심사완료일 : 2008. 3. 24)

주제어 : 계엄, 기본권, 헌법, 국가의 위기, 국가의 안전, 질서유지, 경비계엄, 비상계엄, 대통령, 6·25전쟁

32) 박명림, 앞의 책, 789-790면 참조.

<ABSTRACT>

A Study on Martial Law History in Korea

Baek, Yun-chul

The focus of this thesis is the Material Law History in Korea. Material Law a nation's emergency competence has worked out as a means in history to maintain national peace and social order. Such function and values are still valid nowadays, and the basic aim of the law is not defaced. However, there is also a problem that the material law in force now does not reflect the current times. It has been more than 20 years since the law was revised. Since the realistic situation has changed so much all the while, it is necessary to revise the law reflecting the real world, wether the system is used frequently or not. Further, articles concerning the material law have many problems within, in the relationship with basic human rights. Constitution in Force now states the material law in article 77. Material law is stated with two categories of extraordinary and precautionary material law. The material law in force now is stated based on constitution. It has been revised 4 times. But the law in force now still has many problems. First, the condition to proclaim the material law is not certain. Second, the president must get consent from the assembly after the proclamation of material law, but it's more effective to get prior consent to control material law. Lastly, the law has possibility to impose excessive restriction on people's fundamental rights. Therefore, the law has to be revised to resolve those problems.

Key Words : Material Law, Fundamental Rights, Constitution, Nation's Emergency, National Peace, Social Order, Extraordinary Material Law, Precautionary Material Law, President, The 6 · 25 war