

<기조발제>

## 6·25戰爭의 法的 照明

崔 大 權\*

### I. 머리말

금년(2000)에 꼭 50주년을 맞이하는, 우리에게 엄청난 파괴와 변화를 가져다 준 6·25戰爭(1950)이 法的인 視角에서는 우리에게 무엇인가? 그 동안 6·25전쟁의 起源이라든지 그 展開過程 등에 관한 역사학적, 정치학적 또는 군사학적 연구는 적지 아니하다고 생각한다. 그러나 6·25전쟁을 법적으로 조명한 연구는 많지 아니하다. 그나마도 그것이 국내전쟁(내란)이나 국제적 전쟁이나, UN군 참전의 법적 성격은 무엇이나, 휴전협정의 법적 성격이 무엇이나 등 국제법적인 측면의 연구였지 헌법 등 國內法的인 視角에서 연구한 것은 거의 없었다는 사실을 알게 되었다. 건국(1948)한지 채 2년도 안되어 아직 국가로서의 기틀도 잡히기 전에 밀어닥친 대규모 전면전을 맞이하여 非常憲法(緊急命令이나 措置 및 戒嚴令의 宣布 등)<sup>1)</sup>을 가동하고 대규모의 人力과 物資를 전쟁목적을 위하여 動員하고 物價를 統制하는 등의 조치를 취하였었는데 이러한 조치들이 전부 법적 조치임은 말할 필요도 없다.

전쟁목적을 위하여 과연 어떠한 법적 조치들이 당시에 취하여졌으며 어떠한 법적 변화과정을 거쳐 오늘(平時法)에 이르게 되었는지를 年代記的으로 살펴보는 일도 흥미로우리라 생각된다. 이러한 연구에는 그 이전의 법이 당시의 법에 어떠한 영향을 미쳤으며 당시의 법이 그 후의 법의 발달에 어떠한 영향을 주었을까 하는 문제를 살피는 일도 포함되리라 생각된다. 나아가 당시의 심각하였던 위기 상황에 대처하기 위하여 취하였던 비상조치들이 그 후에 경험하였던 순전히 국내정치적인 위기상황에서 취하였던 비상조치들과는 어떻게 같고 다른지를 살펴보는 일도 그에 못하지 아니하게 흥미롭다고 생각된다. 그러나 그 보다도 더욱 흥미로운 질문은 6·25戰爭이 法的인 視角에서 우리에게 어떠한 意味를 가지는 전쟁이나 하는 질문

\* 서울대학교 法科大學 教授

1) 崔大權, 憲法學講義(서울: 박영사, 1998), 341-346면; Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*(New York: Harcourt, Brace & World, 1963); 金道稔, 國家緊急權論(서울: 靑雲社, 1968) 참조.

이라고 생각한다. 가령 同族相爭라든지 左右翼 理念戰爭이라든지 당시의 전 세계적 冷戰構造의 產物이라든지 등등의 의미부여는 하도 들어서 귀에 못이 박힐 정도의 의미부여라고 생각한다. 그러나 우리나라 헌법 제헌의회의 의장이자 이 헌법하의 초대 대통령인 李承晩 대통령이 制憲議會 議長의 자격에서 「平等·自由의 共和的 福利」를 목표로 하여 제정·선포<sup>2)</sup>하노라고 한 우리나라 憲法の 視角에서 바라본 6·25戰爭의 意味는 무엇인가 하는 질문이야말로 때늦었지만 꼭 짚고 넘어가야 할 문제라고 생각한다. 솔직히 우리는 이러한 문제의 탐구에 소홀하였다는 생각을 떨칠 수 없다. 더욱이 헌법이 우리 나라 사회에서 차지하는 중요성이 대단히 커지고 있기 때문에 더욱 그러하다.

## II. 6·25戰爭의 法的 意味

우리 나라 憲法の 視角에서 바라보았을 때 6·25전쟁의 의미는 무엇인가, 도대체 6·25전쟁이란 우리에게 어떠한 積極的·肯定的 意味를 지닐 수 있을가의 문제를 고찰하여 보아야겠다는 생각은 필자가 연구교수로 1998년 전반기에 미국 워싱턴 D.C.에 머물면서 재차 방문하였던 그곳의 한국전 기념물과 링컨 대통령 기념관을 접하면서 더욱 강력하여졌다. 한국 정부도 돈을 대어 건설하였다고 알려진 한국전 기념물에는 피로에 지친 듯이 보이는 미군 병사 19명이 四周警戒을 펼치면서 행군하는 모습의 銅像群이 있고 그 앞의 碑文에 다음과 같은 문구가 쓰여져 있다.

“Our nation honors her sons and daughters who answered the call to defend

2) 이승만 의장의 헌법공포사는 다음과 같다.

「三千萬國民을 代表한 大韓民國 國會에서 憲法을 制定하여 三讀討議로 正式通過하여 오늘 이 자리에서 나 李承晩은 國會議長의 資格으로 이 簡單한 禮式으로 署名하고 이 憲法이 우리 國民의 完全한 國法임을 世界에 宣布합니다. 至今부터는 우리 全民族이 古代專制나 壓制政體를 다 打破하고 平等自由의 共和的福利를 누릴것을 이 憲法이 擔保하는 것이니 一般國民은 이 法律로써 自己個人身分上 自由와 生命財產의 保護와 또는 國權國土를 守護하는 것이 이 憲法을 尊重히 하며 服從하는데서 생길 것을 覺悟하는 것이 必要하니 一般男女가 各各 이 憲法에 對한 自己職責을 다함으로써 自己도 法을 違反하지 말enni와 남들도 法을 違反하는 사람이 없도록 努力할진대 우리 全民族 뿐 아니라 우리 後世子孫이 같은 自由福利를 누릴 것이니 이날 이때에 우리가 여기서 행하는 일이 永遠한 記念日이 될 것을 證明하며 모든 人民이 各各 마음으로 宣誓하여 잊지 말기를 付託합니다.

이때에 우리가 한번 더 以北同胞에게 눈물로써 告하고자 하는 바는 아모리 앞으로 쓰 라린 中이라도 좀더 忍耐해서 하루바삐 機會를 얻어서 南北이 同一한 工作으로 이 憲法의 保護를 同一히 받으며 이 憲法에 對한 職責을 우리 다 같이 分擔해서 自由活動에 富 強前進을 같이 누리도록 되기를 바라는 바입니다. 檀紀 四千二百八十一年 七月 十七日 大韓民國 國會議長 李承晩」

a country they never knew and a people they never met.” (우리 국민은 알지도 못하는 나라 만나본 적도 없는 국민의 방어 요청에 응한 우리의 아들과 딸들을 기린다. 필자의 번역).

이 비문을 접하자마자 필자는 당시의 38도선 바로 남쪽 춘천의 춘천중학교에 갓 들어간 1학년생으로서 6·25戰爭 개전 첫날부터 직접 목격하고 체험하였던 6·25 전쟁의 엄청난 충격과 비극과 파괴와 살상 및 피난과 피난민 수용소, 이산, 가난 등의 기억이 한꺼번에 밀려오면서, 그렇다면 우리에게 6·25戰爭은 무엇이란 말인가 하는 自意識이 걱정과 같이 솟구쳐 올랐다. 그리고 우리에게 상용구화한 冷戰構造의 産物이니 理念戰爭이니 하는 시각에서 문제를 한번 살펴 보자. 만약 그러하기만 하다면 우리는 미국·소련 등 거대 冷戰勢力의 “줄개” 내지 “앞잡이”로서 아무것도 모르고 시키는 대로 싸운 전쟁일 뿐이라는 말이나의 자조적인 자의식이 떠오르는 것이다. 그리하여 6·25戰爭은 우리에게 積極的·肯定的인 意味를 전혀 지닐 수 없는 것이냐의 질문도 동시에 떠올랐던 것이다. 그리고 이러한 적극적·긍정적 의미 부여는 우리가 하는 것이지 다른 나라 사람들이 해주는 것은 아닐 것이라는 생각에 이르렀다. 오늘 우리가 6·25戰爭을 法的인 視角에서 조명하려는 뜻이 여기에 있다. 6·25전쟁은 우리에게는 대한민국 憲法을 積極的으로 守護하기 위하여 싸운 戰爭이었다. 그러한 만큼 6·25전쟁을 치루기 위하여 취하였던 법적 조치들은 말할 것도 없이 大韓民國憲法을 守護하기 위한 措置였음은 물론이다.

때늦은 감은 있으나 이러한 생각은 한국전 기념물에서 서쪽으로 약 200m 떨어진 곳에 우뚝 서 있는 링컨 대통령 기념관 안의 왼쪽 벽에 크게 새겨져 있는 링컨 대통령의 그 유명한 Gettysburg연설문에 의하여 촉발된 바 있다. 고등학교에 다닐 때 명문의 유명한 연설문이라 하여 맹목적으로 외웠던 이 연설문은 Gettysburg 전투의 전사자 묘지 봉헌을 위한 것이지만 그 진정한 뜻은 미국 헌법의 시각에서 미국의 남북전쟁의 의미를 링컨 대통령이 조명하였다는 점에 있다고 생각한다. 그러면 링컨 대통령의 Gettysburg연설문을 한번 인용하여 보자.

Fourscore and seven years ago our fathers brought forth on this continent a new nation, conceived in liberty, and dedicated to the proposition that all men are created equal.

Now we are engaged in a great civil war, testing whether that nation, or any nation so conceived and so dedicated, can long endure. We are met on a great battlefield of that war. We have come to dedicate a portion of that field as a final resting-place for those who here gave their lives that that nation might live. It is altogether fitting and proper that we should do this.

But, in a larger sense, we cannot dedicate—we cannot consecrate—we cannot

hallow-this ground. The brave men, living and dead, who struggled here, have consecrated it far above our poor power to add or detract. The world will little note nor long remember what we say here, but it can never forget what they did here. It is for us, the living, rather, to be dedicated here to the unfinished work which they who fought here have thus far so nobly advanced. It is rather for us to be here dedicated to the great task remaining before us—that from these honored dead we take increased devotion to that cause for which they gave the last full measure of devotion; that we here highly resolve that these dead shall not have died in vain; that this nation, under God, shall have a new birth of freedom; and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth.<sup>3)</sup>

Gettysburg 연설문의 첫 두 문장은 미국남북전쟁의 憲法的 性格을 극명하게 보여주고 있다. 즉, 미국은 自由와 平等 실현의 목표 달성을 위하여 세운 나라이며 바로 이 자유와 평등을 지키기 위하여 남북 전쟁을 하여 왔다는 것이다. 즉, 남북 전쟁은 이 자유와 평등의 실현을 목표로 하는 나라가 살아남을 수 있는지를 테스트하는 전쟁이라는 것이다. 이러한 미국 남북전쟁의 헌법적 성격규명은 그대로 우리 헌법의 시각에서 바라본 6·25전쟁의 성격 규명에 있어서도 타당하다고 생각한다. 大韓民國은 대한민국헌법의 채택과 함께 태어났으며 대한민국헌법은 大韓國民의 自由와 平等의 실현을 담보하기 위하여 제정·채택된 것이기 때문이다. 소위 “민족해방전쟁”의 명분 하에 공산주의체제로의 통일을 목표로 하여 북한정권이 감행한 6·25전쟁은 대한민국헌법의 파괴를, 그리고 이 헌법이 실현하고자 하는 자유

3) 87년 전 우리의 아버지들은 자유를 누리기 위하여 이룩한 그리고 모든 인간은 평등하게 태어났다는 명제에 이바지하는 새로운 나라를 이 대륙에 세웠다. 지금 우리는 그러한 나라가, 그렇게 이룩하고 그렇게 이바지하는 나라라면 어떠한 나라라도, 영속할 수 있을 것인가를 시험하는 대(남북)전쟁을 치르고 있다. 그러한 나라가 영속할 수 있도록 이곳에서 자신의 목숨을 바친 사람들에게 그 전쟁터의 한 부분을 그들의 영원한 안식처로 바치려고 이곳에 우리가 와 있다. 우리가 이렇게 하여야 하는 것은 너무나 당연하고 적절하다. 그러나 좀 더 큰 뜻으로 보면 우리는 이 땅을 바칠 수도, 봉헌할 수도, 거룩하게 할 수도 없다. 산 자이든 죽은 자이든 이 곳에서 싸운 그 용감한 이들이 보잘것없는 우리의 뼈거나 보탬 능력 이상으로 이 땅을 거룩하게 봉헌하였던 것이다. 세상은 우리가 이곳에서 말하는 바를 거의 주목하지도 기억하지도 못할 것이지만 그들이 이곳에서 행한 바는 결코 잊지 못할 것이다. 이곳에서 싸운 이들이 지금까지 그렇게 훌륭하게 진전시켜 왔으나 아직 미완으로 남아있는 사업에 헌신하여야 하는 것은 차라리 우리다. 우리들 앞에 남겨져있는 이 위대한 사업에 헌신하여야 하는 것은 차라리 우리인 것이다. 그리하여 이 영광스러운 死者로부터 그들이 자기들의 마지막 온 힘을 다하여 헌신하였던 그 목표 달성에 우리는 좀 더 헌신하여야 할 결의를 다지며, 이들 사자들의 죽음이 헛되지 아니하도록 우리는 이곳에서 강도 높게 결의하며, 하느님의 보살핌으로 이 나라는 자유로 새롭게 태어날 것이며, 나아가 국민의, 국민에 의한, 국민을 위한 정부는 지구상에서 영원히 사라지지 아니할 것이다. — 필자 역

와 평등의 파괴를 목표로 하는 것임에 다름없다. 그러므로 대한민국헌법의 시각에서 바라본 6·25전쟁은 大韓民國憲法의 守護를, 그 대한민국헌법이 실현하고자 하는 自由와 平等의 守護를 위한 전쟁이라는 점은 재삼 언급할 필요도 없다.

6·25전쟁의 이러한 성격규명의 타당성은 오늘날의 시점에서 바라보았을 때 역사적으로도 증명되고 있다. 링컨의 Gettysburg연설의 등식에 따르자면 6·25전쟁의 전몰장병은 자유와 평등을 실현하려는 헌법을 수호하기 위하여 산화한 것이며, 이들이 미처 못 다한 일 즉, 자유와 평등을 더욱 증진시키는 일은 살아남은 사람들의 몫이 되는 것이다. 이를테면 이 몫을 열심히 수행하여 오늘날 우리가 누리는 바를 이룩(성취)한 것이다. 대한민국헌법 하에서 대한민국이 그 간 성취한 것은 한편으로는 經濟成長을 바탕으로 하는 물질적 복리의 增進이며 다른 한편으로는 자유와 평등을 내용으로 하는 自由民主主義體制의 成長·確立이라 할 수 있다. 대한민국이 이룩한 이러한 성취물은 그간 진행되었던 소련체제의 붕괴와 아직도 남아있는 북한의 국가통제경제체제·일인독재체제 하에서 북한의 동포가 당하고 있는 경제적 및 자유·평등에 있어서의 비참한 처지와 극명하게 대조가 되고 있음은 누구나 다 잘 알고 있는 바이다. 대한민국이 이룩한 위의 성취물에 있어 그 성취를 가능케 한 憲法的 基礎의 守護, 즉, 自由와 平等의 守護를 위하여 6·25戰爭을 피흘려 치루었던 것이다. 한국전 기념물의 한 칸에는 자유는 공짜가 아니라는 문구(FREEDOM IS NOT FREE)도 새겨져 있다. 위에서 인용한 한국전 기념물 비문에 비추어 누구의 자유를 이야기하는 것인지는 반드시 명확치 아니하다. 6·25전쟁에서 누구의 도움을 받았느냐에 상관없이, 아니 UN군의 지원을 얻어, 우리(대한 국민)는 우리 스스로가 전쟁을 치루어 우리의 자유와 평등을 수호한 것이며, 이렇게 지켜낸 자유와 평등을 바탕으로 하여 더욱 진전시킴으로써 오늘날의 우리가 성취한 것을 이룩한 것임을 주의할 필요가 있다.

자유와 평등을 수호하기 위하여 6·25전쟁에서 산화한 전몰장병들이 미처 못 다하고 살아남은 우리에게 그 완성을 남겨 놓은 일 가운데에는 나라를 통일하여 우리가 이룩한 것 즉, 경제적 부와 자유 및 평등을 북녘의 동포들에게도 나누어주며 이를 실현시켜주는 일이 포함되고 있음은 물론이다. 이것이 바로 우리 나라 헌법 제3조와 제4조가 우리에게 명하는 바이라고 생각한다. 즉, 헌법 제3조는 북한지역에 대하여는 대한민국의 顯在的 主權을 규정한 것이 아니고 潛在的 主權을 규정한 것이며, 제4조는 통일의 自由民主的 節次나 方法만의 문제를 규정한 것이 아니고 제3조와 함께 自由民主主義 (및 우리가 이룩한 경제적 부의 기초인 시장경제질서)가 남북한 전체에 걸쳐 實現되도록 할 것 (즉, 潛在的 主權이 顯在化되도록 할 것)을 命하는 조항이기도 하다고 생각한다.<sup>4)</sup> 우리 나라 헌법학계의 일각에서 헌법 제3조(영토조항)과 제4조(통일조항)가 서로 충돌하는 조항이라는 견해가 피력된 적이 있

었으나, 헌법의 조화적·체계적 해석의 원칙을 거론할 것도 없이 이 양 조항은 相衡하는 것이 아니고 서로 補完的인 關係에 있음은 물론이다. 이 양 조항은 韓半島全體에 걸쳐 자유와 평등을 내용으로 하는 自由民主主義 (및 市場經濟秩序)를 處方하고 있는 것이다.

바로 이러한 점은 필자가 1970년대 말 미국 캘리포니아 대학(Berkeley)에 방문교수로 갔었을 때 만난 한 동구권 학자의 “너희는 남쪽이나마 자유가 있으니 좋겠다”는 취지의 부러워하는 말을 듣고 처음에는 그래도 통일이 좋지 무엇이 그러할까 의아해하다가 진정으로 그럴 수 있겠다는 생각을 하게된 경험을 상기케 한다. 사실 남쪽에 그만한 자유나마 있었으니까 이만큼 자유민주주의 및 시장경제질서를 일구어 낼 수 있었고 이제는 한반도 전체에 걸친 자유민주주의 및 시장경제질서의 실현(즉, 통일)을 이야기할 수 있게 된 것이다.

### III. 6·25戰爭과 非常憲法の 發動

신생 대한민국의 存亡을 가늠하는 6·25의 全面戰을 맞이하여 大韓民國을 守護하기 위하여 행한 全面的인 非常憲法の 發動을 예상하고 지나간 소위 군사독재 시대의 경험에 비추어 당시의 非常戒嚴宣布의 歷史를 살펴보았더니, 그 발동 및 종료의 시점이나 지역적 범위의 점에서 소극적이라고 하리만큼 대단히 限定的임을 발견하게 되었다. 즉, 정치불안·쿠데타 등 對內的인 要因에 의한 위기를 위하여도 전면적·전국적인 비상계엄의 선포가 상식이 되고 있는 것이 5·16군사쿠데타(1961), 한일협정반대시위시(1964), 소위 유신선포시(1972), 박대통령 시해사건시(1979) 및 광주민주화사건시(1980)의 경험인데 비해, 정작 對外的인 要因에 의한 6·25의 전면전을 치루면서 오직 필요한 지역에만 限定的으로 宣布하고 있으며 또 상황이 끝난 지역에서는 그 해제조치를 그때그때 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 법 운영의 未熟일 것이라는 설명이고, 다른 하나는 그것이 6·25전쟁을 치루면서도 나타난 「制限된 權力」(limited government)이라는 입헌주의 발현의 표현일 수 있다는 설명이다. 그러면 어떠한 설명이 타당할 것인가의 문제를 살펴보자.

당시의 대한민국 헌법(1948)에는 위기시의 긴급명령이나 긴급조치에 관한 조항이

4) 전계 崔大權, 憲法學講義, 98-101면; 崔大權, 事例中心 憲法學(서울: 박영사, 1997), 384-406면 참조.

오늘날의 그것과 거의 유사하게 규정되어 있었으나(제57조)<sup>5)</sup>, 계엄의 경우에는 그 선포의 근거조항(제64조)<sup>6)</sup> 만이 규정되어 있었을 뿐, 그 종류 등 구체적인 내용이나 선포·해제 절차 등에 관하여는 법률에 전적으로 위임하고 있어서, 이에 의거하여 구체화 입법인 戒嚴法(1949.11.24.)이 제정되어 있었다. 긴급명령(또는 처분) 및 계엄령 선포가 비상헌법 발동의 중요한 표현형태임은 물론이다. 그리고 긴급명령이 立法的인 조치라면 계엄령의 선포는 執行的인 조치라고 할 수 있다.

아무튼 非常憲法 發動의 문제들을 官報와 日刊紙 등을 중심으로 추적하여 보기로 하자. 우선 6월 26일자 일간지를 보면 6월 25일자의 호외에 38선 전역에 걸친 북한군의 남침사실과 국군이 이를 용감하게 그리고 적절히 긴급대처하고 있으니 국민은 동요치 말고 생업에 종사할 것이며 군 작전에 협조하여 달라는 취지의 국방부 정훈국장의 담화가 실려 시내 곳곳에 뿌려졌음을 보여주고 있다.<sup>7)</sup> 아무튼 戰局이 불리하게 전개되면서 정부는 6월 27일에 이르러 大田으로 옮겨졌는데 이 때까지도 비상헌법상의 조치가 발동된 것은 없었다. 그리하여 6월 28일이 되어서야 비상사태에 대응하여 법령의 공포를 신문 또는 라디오 기타 적절한 방법으로 할 것이라는 公布式令상의 특례를 대통령령으로 발표하면서<sup>8)</sup> 동시에 비상사태하의 범죄 처벌에 관한 특별조치령 및 금융기관예금 등 지불에 관한 특별조치령을 각기 긴급명령 제1호 및 제2호로 발표하고 있다.<sup>9)</sup> 그리고 전라남북도를 제외한 전국의 非常戒嚴을, 戰局이 훨씬 불리하게 전개되고 있던 7월 8일에야 비로소 宣布하고 있다.<sup>10)</sup> 여기서 전라남북도를 비상계엄실시지역으로부터 제외시키고 있음이 주목된다. 그리고 7월 16일에는 정부를 다시 大邱로 옮기고 있으며 비상계엄실시지역을 전라남북도에까지 확대하는 계엄선포의 改正을, 戰局이 그 지역으로까지 확산되던 7월 20일에야 행하고 있다.<sup>11)</sup> 그리고 동 일자에 두 개의 긴급명령 즉, 철도수송화물 특별조치령(제3호)과 금융기관예금 대불에 관한 특별조치령(제4호)이 발령되고 있

5) 헌법 제57조는 다음과 같이 규정하고 있다. 「內憂, 外患, 天災, 地變 또는 重大한 財政, 經濟上의 危機에 際하여 公共의 安寧秩序를 維持하기 爲하여 緊急한 措置를 할 必要가 있는 때에는 大統領은 國會의 集會를 기다릴 餘裕가 없는 境遇에 限하여 法律의 效力을 가진 命令을 發하거나 또는 財政上 必要한 處分을 할 수 있다.

前項의 命令 또는 處分은 遲滯없이 國會에 報告하여 承認을 얻어야 한다.

萬一 國會의 承認을 얻지 못한 때에는 그 때부터 效力을 喪失하며 大統領은 遲滯없이 此를 公告하여야 한다.」

6) 헌법 제70조는 다음과 같다. 「대통령은 법률의 정하는 바에 의하여 계엄을 선포한다.」.

7) 1950년 6월 25일자 朝鮮日報 1면.

8) 1950년 6월 28일자 官報 382호.

9) 전계 1950년 6월 28일자 官報 382호.

10) 1950년 7월 8일자 官報 383호.

11) 1950년 7월 20일자 官報 384호.

며,<sup>12)</sup> 7월 27일에 네 개의 비상명령 즉, 계엄하 군사재판에 관한 특별조치령(제5호), 징발에 관한 특별조치령(제6호), 비상시 향토방위령(제7호) 및 비상시 경찰관 특별징계령(제8호)을 발하고 있고,<sup>13)</sup> 8월 4일에 긴급명령 제9호로 비상시 향토방위령을 발하고 있다.<sup>14)</sup> 그리고 8월 18일에는 정부를 다시 釜山으로 옮긴다.

그러나 戰勢의 역전과 함께 9월 28일에는 서울이 수복되고 국군과 UN군이 38도선 이북 북한지역으로 진격하여 올라감에 따라 정부는 38도선 이북 전지역에 걸쳐 비상계엄령을 선포하면서 한편 濟州道지역의 계엄은 解除하고 있다.<sup>15)</sup> 그리고 10월 27일에는 정부를 釜山에서 서울로 옮겼으며, 11월 7일에 이르러서는 全國의 非常戒嚴을 解除하고 제주도와 경상남북도의 안전이 확보된 부산·마산 등 여러 지역(의령군·함안군·창녕군·밀양군·양산군·울산군·동래군·김해군·창원군·통영군·고성군·대구시·김천시·포항시·달성군·영일군·경주군·영천군·경산군·청도군·칠곡군·금릉군·선산군) 및 울릉도를 제외한 全國에 걸친 警備戒嚴으로 대체하고 있다.<sup>16)</sup> 그러나 중공군의 개입과 함께 전세의 역전으로 정부는 12월 7일에 기왕의 警備戒嚴을 개정하여 또 다시 全國에 걸친 非常戒嚴을 선포하고 있다.<sup>17)</sup> 1951년에 들어서서 정부는 2월17일에 비상시하의 電話休止에 관한 대통령령을 발하고 있으며, 3월 20일에는 다시 충청남도 전지역 및 전라남북도·경상남북도의 일부지역(전주시·군산시·이리시·완주군·부안군·옥구군·익산군·여주시·순천시·여천군·승주군·완도군·진도군·김천시·포항시·달성군·군위군·영일군·경주군·영천군·경산군·청도군·칠곡군·금릉군·울릉군·마산시·함안군·창녕군·밀양군·양산군·울산군·동래군·김해군·창원군·통영군·고성군)을 지정하여 戒嚴 일부 解除를 단행하고 있다.<sup>18)</sup> 이후 정부는, 1952년의 소위 釜山 政治波動<sup>19)</sup> 시 국내 정치적 이유에 연유한다고 판단되는, 부산을 중심으로 하는 23개 시군(전라북도 진안군·장수군·임실군·남원군·순창군·정읍군·전라남도 순천시·담양군·곡성군·구례군·광양군·승주군·화순군·보성군·경상남도 부산시·동래군·밀양군·양산군·울산군·하동군·산청군·함양군·거창군)에 대한 非常戒

12) 1950년 7월 20일자 官報 384호.

13) 1950년 7월 27일자 官報 385호.

14) 1950년 8월 4일자 官報 387호.

15) 1950년 10월 10일자 官報 396호 참조.

16) 1950년 11월 7일자 官報 406호.

17) 호외로 발행한 1950년 12월 7일자 官報.

18) 호외로 발행한 1950년 12월 7일자 官報.

19) 송우 편저, 韓國憲法改正史(서울: 集文堂, 1980), 99-119면; 徐丙珪, 改憲是非(서울: 現代文藝社, 1986), 53-93면; 金哲洙, 憲法改正: 回顧와 展望(서울: 대학출판사, 1986), 76-78면 참조.



嚴 宣布(5월 24일)와 解除(7월 27일)의 경우<sup>20)</sup>를 제외한다면, 아직도 치열한 대규모의 전투가 한창 벌어지고 있는 전쟁 중이었던 1952년과 1953년 7월의 휴전시까지 및 그 이후 1954년 공비소탕의 완료에 이르기까지에 걸쳐 國家危機時의 必要性에 따른 限定된 非常憲法的 措置의 發動이라고 판단하기에 충분하리만큼 상황과 지역적 필요에 따라 非常戒嚴을 警備戒嚴으로 바꾸고 혹은 限定된 지역을 지정하여 非常戒嚴을 宣布하며 혹은 解除하는 작업을 계속하고 있음을 살필 수 있다.

정부는 1952년 1월 28일에 대통령령인 계엄법시행령과 계엄사령부직제를 발표하고 있으며,<sup>21)</sup> 2월 1일에는 전라북도 김제군 및 전라남도 구례군·담양군의 非常戒嚴을 解除하였으며,<sup>22)</sup> 2월 3일에는 경상북도 경산군·청도군·영천군·경주군·경상남도 울산군·밀양군·양산군·김해군·창녕군에 非常戒嚴을 宣布하였고,<sup>23)</sup> 2월 6일에는 전라북도 김제군·전라남도 구례군·암양군에 非常戒嚴을 宣布하는가 하면 경기도 수원시·광주군·여주군·이천군·용인군·안성군·평택군·화성군·시흥군·강원도 원주군의 非常戒嚴은 解除하면서 그 대신 그 곳에 警備戒嚴을 宣布하였다.<sup>24)</sup> 그리고 3월 5일에는 대구에 계엄사령부를 두고 지방계엄사무소 설치의 조치를 취하면서, 한편 경상북도 경산군·청도군·영천군·경주군·경상남도 울산군·밀양군·양산군·김해군·창녕군의 非常戒嚴을 解除하였으며,<sup>25)</sup> 4월 6일에는 전라북도 전주시·군산시·이리시·정주군·완주군·금산군·무주군·고창군·부안군·김제군·옥구군·익산군·전라남도 광주시·목포시·여수시·광산군·여천군·보성군·장흥군·강진군·해남군·영암군·무안군(도서지역 제외)·나주군·함평군·영광군(도서지역 제외)·장성군·경상북도 고령군·금릉군·경상남도 진양군·합천군·충청북도 영동군의 非常戒嚴을 解除하고 전라남도 고흥군·무안군 도서지역·영광군의 도서지역·경상북도 성주군·경상남도 의령군·사천군·남해군의 警備戒嚴을 解除하였고,<sup>26)</sup> 4월 20일에는 4월 25일과 5월 10일에 실시되는 지방선거에 임하여 최대한의 자유분위기를 보장하기 위하여 강원도 홍천군·횡성군·평창군·정선군·강릉군·삼척군·울진군·전라북도 진안군·장수군·임실군·암원군·순창군·정읍군·전라남도 순천시·암양군·곡성군·구례군·광양군·승주군·화순군·경상남도 하동군·산청군·함양군·거창군의 非常戒嚴을, 그리고 경기도 수원시·광주군·여주군·이천군·용인군·안성군·평택군·화성군·시흥군·강원도 원주

20) 1952년 5월 24일자 官報 661호 및 1952년 7월 27일자 官報 704호.

21) 1950년 1월 28일자 官報 590호.

22) 1952년 2월 1일자 官報 호외.

23) 1952년 2월 3일자 官報 593호.

24) 1952년 2월 6일자 官報 595호.

25) 1952년 3월 5일 官報 호외.

26) 1952년 4월 6일자 官報 호외.

군·충청북도의 영동군을 제외한 전역·경상북도 대구시·의성군·안동군·청송군·영양군·영덕군·선산군·상주군·문경군·예천군·양주군·봉화군·경상남도 부산시의 警備戒嚴을 解除하였다.<sup>27)</sup> 그러나 공비소탕의 軍작전상 필요에 따라 7월 17일에는 전라북도 무주군에 대하여서는 다시 非常戒嚴을 宣布하였다.<sup>28)</sup>

정부는 그 해 7월 28일에 대통령령인 비상계엄해제 후의 군법회의재판권 연기에 관한 건을 공포하였고,<sup>29)</sup> 8월 27일에는 병역법에 따른 壯丁(제2국민역)의 召集을 공고하였으며,<sup>30)</sup> 9월 27일에는 예비역이나 제2국민역 가운데 의사·치과의사·약제사·자동차기술자·선박기술자 등의 소집을 공고하였고,<sup>31)</sup> 한편 1953년 1월 26일에는 청주·대전·전주·광주·대구·부산의 지방계엄사무소의 폐지를 공고하고 있다.<sup>32)</sup> 그런가하면 2월 9일에는 비상계엄 하의 공연물검열 사무도 비상계엄지구내의 일반 행정의 경우에서와 같이 계엄사령관의 지휘감독 하에 해당 행정기관이 처리하여야 할 것이므로 계엄사령관 (그리하여 국방부의 정훈국장이나 그 분실장을 통하여)이 직접 이를 처리하지 말 것을 알리는 국무총리(서리)의 통첩이 관보에 실린 것<sup>33)</sup>이 흥미롭고, 그리고 그 해 12월 1일에는 경상북도 청도군·경상남도 밀양군·울산군·양산군·동래군·하동군·산청군·함양군·거창군·전라북도 진안군·장수군·임실군·남원군·순창군·정읍군·무주군·전라남도 순천시·담양군·곡성군·구례군·광양군·승주군·화순군·보성군에 대한 非常戒嚴을 宣布하였으며,<sup>34)</sup> 1954년 1월 4일에는 전주·광주·대구·부산지방계엄사무소를 설치하였고 다시 예비역이나 제2국민병 가운데에서 의사·자동차기술자 등의 특수기술자의 소집을 공고하고 있으며,<sup>35)</sup> 4월 10일에는 5월 20일 실시되는 민의원선거의 분위기를 자유롭게 하기 위한다는 명분으로 서울시·경기도 인천시·부천군·김포군·고양군·양평군·양주군·포천군·가평군·파주군·강원도 춘천시·춘성군 지역과 함께 1953년 12월 1일에 비상계엄을 선포하였던 전라남북도·경상남북도 전 지역에 걸친 非常戒嚴의 解除를 공고하고 있다.<sup>36)</sup> 사실 그동안 전개되어 왔던 공비 토벌도 1954년 1월경을 전후하여 사실상 끝났던 것이다.<sup>37)</sup> 그리고 4월 11일에는 비상계엄 해제 후의 군법

27) 1952년 4월 20일자 官報 호외.

28) 1952년 7월 17일자 官報 696호.

29) 1952년 7월 28일자 官報 705호.

30) 1952년 8월 27일자 官報 723호.

31) 1952년 9월 27일자 官報 747호.

32) 1953년 1월 26일자 官報 822호.

33) 1953년 2월 10일자 官報 831호.

34) 1952년 12월 1일자 官報 1018호.

35) 1954년 1월 4일자 官報 1411호.

36) 1954년 4월 10일자 官報 1089호.

37) 李泰, 남부군 하(서울: 두레, 1988), 240-250면, 특히 250면 참조.

회의재판권 연기에 관한 대통령령을 공포하고 있다.<sup>38)</sup>

이상에서 열거한 바에 비추어 보면 6·25戰爭 시작으로부터 休戰 및 共匪討伐이 완료되기까지의 기간 동안, 특히 6·25전쟁 기간동안은 그것이 大規模 全面戰이었음에도 불구하고, 戰線의 移動과 함께 軍작전 및 치안유지의 필요성 등에 따라 일정한 지역을 한정하여 비상계엄이나 경비계엄을 선포하고 혹은 해제하고 있으며, 選舉가 계엄해제의 이유 내지 명분으로 작용하고 있음도 살펴볼 수 있다. 그리고 물리적인 이유로 국회가 열릴 수 없었던 경우를 제외하고는 전시중임에도 불구하고 국회도 정부와 함께 옮겨 다니면서 국회가 국사를 논하기 위하여 열린다는 사실은 常識化되어 있었음을 또한 관찰할 수 있다.<sup>39)</sup> 이러한 경험은 그 후의 국내 정치적인 요인에 따른 여러 차례의 非常戒嚴이 全國을 그 대상으로 하고 있었을 뿐만 아니라 國會解散조치를 취하고 혹은 政治活動 禁止조치를 취하며 혹은 소위 유신국회의 경우에서 보는 바와 같이 나라의 기본법에 손을 대어 행정부에 정치적으로 순종하는 국회를 조직·유지하였던 경험과 확실히 差別化되는 것이다. 우선 1961년 5월 16일의 군사 쿠데타 당시 군사혁명위원회는 초헌법적인 軍事革命委員會令 제1호로 전국에 걸친 非常戒嚴을 宣布하면서 아울러 군사혁명위원회 布告令 제1호로 옥내외 집회금지, 언론·출판·보도 등의 검열, 해외여행금지, 금융동결, 공항·항만 봉쇄, 國會解散, 정당·사회단체의 정치활동 금지 등등의 조치를 취하였다.<sup>40)</sup> 이 非常戒嚴은 정권의 인수 등 권력 장악이 끝난 5월 27일에 解除하면서 警備戒嚴으로 대체되었고,<sup>41)</sup> 개정의 형식을 빌린, 소위 제3공화국 헌법안이 공고되고 그 공고기간(30일)이 끝나고 12월 6일 국가재건최고회의가 전원일치로 이를 통과시켜 국민투표(1962년 12월 17일)에 의한 그 채택 등이 모두 예정되어 있던<sup>42)</sup> 1962년 12월 5일이 되어서야 이 警備戒嚴은 解除되었다.<sup>43)</sup> 한편 1964년 한일협정체결 당시 소위 “굴욕한일외교 절대 반대” 데모가 격렬하여 지자 정부는 “교란된 질서를 회복하고 공공의 안녕을 유지하기 위”한다는 명분으로 6월 3일 서울시 일원에 非常戒嚴을 宣布하였다가<sup>44)</sup> 그것이 잠잠하여진 다음달 7월 28일에야 解除하였다.<sup>45)</sup>

38) 1954년 4월 11일자 官報 호외.

39) 第2代國會經過報告書報(서울: 국회사무처), 특히 3-5면 및 이하; 國會史: 制憲議會 — 第6代國會 資料편, 1305면 이하 國會史年表 참조.

40) 1961년 5월 16일자 官報 2856호.

41) 1961년 5월 27일자 官報 2867호.

42) 전계 송우 편저, 韓國憲法改正史, 197-241면; 전계 徐丙珪, 改憲是非, 221-264면; 전계 金哲洙, 憲法改正: 回顧와 展望, 83-90면 참조.

43) 1962년 12월 5일자 官報 3313호.

44) 1964년 6월 3일자 官報 3755호.

45) 1964년 7월 28일자 官報 3801호.

그 후 1972년 친위 쿠데타라 할 소위 維新體制 도입 당시 10월 17일에 “大統領 特別宣言”의 형식으로 國會 解散, 정치활동의 중지, 국무회의가 비상국무회의의 이름으로 국회의 기능을 수행케 하며 10월 27일까지 헌법개정안을 공고하고 공고한 날로부터 1개월 내에 국민투표에 붙여 확정하겠다는 초헌법적 조치를 취하면서<sup>46)</sup> 전국에 “대한민국이 직면하고 있는 역사적 시련을 극복하고 국토와 민족의 평화적 통일을 달성키 위한 체제의 개혁을 단행함에 있어 이에 수반되는 사회 질서의 동요와 혼란을 미연에 방지하는 동시 국민의 생명과 재산을 보호하기 위”한다는 명분으로 非常戒嚴을 宣布하였다.<sup>47)</sup> 그리고 계엄포고 제1호로 정치활동 목적의 모든 옥내외 집회 및 시위 등이 금지되고 언론·출판·보도·방송의 검열, 대학의 휴교 등의 조치 등이 취하여진다.<sup>48)</sup> 대통령특별선언에서 발표한 스케줄에 따라 10월 26일 비상국무회의에 의하여 의결되고 다음날 27일에 공고된 헌법개정안(즉, 유신헌법)을 11월 21일에 국민투표에 붙여 새 헌법으로 확정함에 따라<sup>49)</sup> 12월 13일에 非常戒嚴이 解除된다.<sup>50)</sup> 새 헌법은 그 해 12월 27일부터 발효되기에 이른다.

유신시대의 말기에 특히 부산지역의 소요사태라 불리던 그 곳의 민주화운동이 격화되자 1979년 10월 18일에는 부산시 일원을 대상으로 하는 非常戒嚴이 宣布되었으며,<sup>51)</sup> 이어 박정희 대통령이 시해되면서 10월 27일에는 제주도를 제외하는 전국을 대상으로 하여 非常戒嚴을 宣布하였고,<sup>52)</sup> 소위 신군부의 등장과 함께 1980년 5월 17일에는 “최근 북괴의 동태와 전국적으로 확대된 소요사태 등으로 전국일원이 비상사태하에 있으므로 국가안전보장과 사회질서를 유지하기 위하여”라는 명분으로 비상계엄을 전국일원으로 확대·변경하는 非常戒嚴의 宣布가 있었다.<sup>53)</sup> 이 무렵에 광주사태로 불리는 민주화운동이 계엄군에 의하여 무자비하게 진압되었음은 역사적 사실로 되어 있다. 한편 같은 해 9월 29일에는 국가보위비상회의가 결의하여 공정한 헌법개정안이 10월 22일에 국민투표로 확정되어 10월 27일에 헌법으로 발효하게 됨에 따라<sup>54)</sup> 1981년 1월 24일에는 非常戒嚴이 解除되기에 이르렀다<sup>55)</sup>.

46) 1972년 10월 17일자 官報 6280호.

47) 상계 1972년 10월 17일자 官報 6280호.

48) 상계 1972년 10월 17일자 官報 6280호.

49) 전계 송우 편저, 韓國憲法改正史, 285면 이하; 전계 徐丙珪, 改憲是非, 305-354면; 전계 金哲洙, 憲法改正: 回顧와 展望, 90-95면 참조.

50) 1972년 12월 13일자 官報 6327호.

51) 1979년 10월 18일자 官報 8374호.

52) 1979년 10월 27일자 官報 8382호.

53) 1980년 5월 17일자 官報 8547호.

54) 전계 徐丙珪, 改憲是非, 355면 이하; 전계 金哲洙, 憲法改正: 回顧와 展望, 96-100면 참조.

55) 1981년 1월 24일자 官報 8749호. 이보다 앞서 헌법개정안의 공고기간 중인 1980년 10

이상에서 비상헌법이 발동된 양상을 비교하여 보면 확실히 大韓民國 存亡의 危機를 맞이한 6·25戰爭 당시의 그것과 對內的 要因에 의한 危機狀況 하의 그것 사이에는 위에서 지적한 바 있는 차이점이 발견된다. 첫째로는, 비상헌법을 발동시킨 위기상황이 대외적인 요인에 의한 것인지 대내적 요인에 의한 것인지를 점에서 살펴 볼 필요가 있다. 사실 외적의 침입으로 인한 전쟁의 경우와 같은 대외적인 요인에 의한 위기상황의 경우에는 과연 비상헌법의 발동이 요구되는 상황인지의 판단이 비교적 분명하여 그것이 남용되는 예는 상대적으로 드물다고 할 수 있다. 그러나 대내적 요인에 따르는 위기상황의 경우에는 과연 비상헌법의 동원을 정당화하는 상황인지의 판단이 모호하고 따라서 그만큼 濫用의 여지가 많다<sup>56)</sup>는 것을 우리의 위기정부 헌정사도 보여주고 있는 것이라고 생각된다. 그 대표적인 예가 소위 6·3事態라고 알려진 한일협정반대시위로 야기된 위기의 경우라고 생각된다. 이러한 점은 1964년 6월 3일 선포된 비상계엄의 헌법적 정당성에 의문을 제기하여 군법회의의 관할권을 다룬 재정신청사건에서 피고인에 의하여 극명하게 보여지고 있다.<sup>57)</sup> 설득과 타협 등 平時的·民主的 政治過程에 의하여 해결하여야 할 위기를 비상헌법적 장치를 동원하여 극복하려고 한 것이다. 그렇다면 그것은 非常憲法의 濫用이라고 하여야 할 것이다. 가령 釜山 政治波動의 경우에는 대내적인 정치적 요인(즉, 남용의 여지)이 존재하였지만 다른 한편 아직도 대규모 전쟁이 진행 중이었다는 대외적인 상황도 비상헌법의 동원을 그나마 정당화하는 요인으로 고려될 수 있을 것이다. 그러나 쿠데타나 권력의 증대를 위한 경우(1961년, 1972년 및 1980년의 경우)에는 대내외적인 위기 때문이 아니라 비상헌법의 발동에 의하여 憲政秩序에 대한 危機를 오히려 惹起한 경우라고 할 수 있다. 즉, 비상헌법은 權力掌握의 手段으로 동원된 것이다. 권력의 남용이라든지 (정당화되기 힘든 비상헌법의 동원이라는 의미에서) 불법적인 방법의 동원 등은 바로 쿠데타 등 權力篡奪의 한 모습일 뿐이다.

둘째로, 「權力制限」이라는 입헌주의의 이상이나 목표에 비추어 좋은 선례 못지 아니하게 나쁜 선례도 본 받고 배우며 傳承된다는 사실을 우리나라 非常憲法의 歷史는 보여주는 것이라고 생각한다. 부산 정치과동에서 보여준 권력 목적의 비상헌법 동원의 선례를 5·16쿠데타에서, 유신체제 도입과정에서, 그리고 신군부 등장과정에서 답습하고 있다. 그 뿐만 아니라 비상헌법 동원의 종류나 대상지역 또는 그 기간의 점에서 그리고 그 밖의 비상조치(긴급조치나 긴급명령 등) 활용의 점에서 더 增幅하여 더 徹底하게 비상헌법의 수단을 활용하고 있음을 보여주었던 것으로

월 17일에 제주도를 비상계엄지역으로부터 제외시키는 비상계엄 변경의 선포가 있었다. 1980년 10월 16일자 官報 8668호.

56) 전계 崔大權, 憲法學講義, 345면 참조.

57) 대법원 1964. 7. 21. 판결 64초3 재판권쟁의에 대한 재정신청 사건.

보인다. 부산 정치파동시의 비상헌법 동원의 대상지역이나 기간의 점에서 5·16쿠데타, 유신쿠데타, 신군부 등장시의 그것과 비교하면 꽤 한정적이었다고 판단된다. 그러나 5·16쿠데타, 유신쿠데타 및 신군부 등장시에는 전국을 대상으로 하여 더 장기간을 가동하였던 것이다. 다만 5·16쿠데타의 경우에는 권력의 장악이 끝난 후 비상계엄을 곧 경비계엄으로 전환하였다는 점도 유신 및 신군부 등장시의 그것과 비교되는 점이라고 생각한다. 유신 및 신군부 등장시의 계엄이외의 긴급명령 내지 조치의 활용도가 높았던 점도 눈에 띈다. 아무튼 계엄기간 중에 권력을 정당화하고 혹은 강화하기 위하여 헌법개정을 단행한 선례를 세워 이를 따르고 있다는 점도 주목된다고 생각한다. 즉, 우리나라의 개헌은 주로 계엄기간 중에 이루어졌던 것이다.<sup>58)</sup>

셋째로, 6·25전쟁을 겪으며 보여준, 지역적으로나 기간적으로나 종류의 점에서 그 후의 그것과 비교되는 대단히 限定된 非常憲法體制의 動員은 당시 대통령이었던 李承晩 박사가 지녔다고 판단되는 立憲主義的 價値觀에 의하여 상당히 설명된다고 생각한다. 비상헌법적 조치의 동원은 국가적 위기에 직면하여 이를 극복하기 위한 필요성의 범위에 한정되어야 하는, 극히 예외적으로 헌법 스스로가 허용하는 立憲的 獨裁 조치라는 생각은 「제한된 정부」라는 입헌주의의 이상 내지 목표와 合致하고 있다. 이 박사가 젊은 시절부터 신생 대한민국의 초대대통령이 되기까지 미국에서 박사학위까지 받은 지성인으로서 독립운동을 위하여 그의 인생의 거의 전부를 그곳에서 보냈다는 사실은 이 박사의 가치관·헌법관이 영미의 법치주의·입헌주의 및 민주주의 사상의 영향을 받아 상당한 정도로 이에 의하여 형성되었다고 추정하기에 부족함이 없다고 생각된다. 이러한 점은 일본군대의 그것을 포함하여 소위 군대에서 잔뼈가 굵은 박정희 대통령이나 전두환 대통령의 가치관, 특히 그들의 헌법관과 대조가 되리라 추정하더라도 무리가 없으리라 생각된다.<sup>59)</sup> 이러한 차이점이 비상헌법체제의 동원에 있어서의 차이점을 가져온 것이라 생각되는 것이다. 이 같은 차이를 가져왔다고 판단되는 이 대통령의 미국식 법치주의·입헌주의·민주주의 觀은 군대를 동원하라는 배석한 장군의 진언을 “군대를 동원할 수 없다”면서 물리

58) 崔大權, 憲法學: 法社會學的 接近(서울: 朴英社, 1989), 90-95면; 전계 崔大權, 憲法學講義, 62-64 및 67면 참조.

59) 4·19당시 “국민이 원한다면 물러나야 한다”는 유명한 말을 남기고 李 大統領이 下野하였을 때 이를 놀라워한 학생들에게 韓泰淵 교수가 헌법연습시간이라고 기억하는 강의시간에 “이 박사가 미국에서 살아서 미국식 입헌주의·민주주의에 물들어서 그럴 것이다. 만약 대륙에서 활약하였던 이범석씨가 대통령이 었다면 사정은 달랐을 것이다. 끝가는 줄 모르는 권력의 행사가 이어졌을 것이다.”라는 취지의 논평을 하였던 것을 들은 기억이 늘 떠나지 않는다. 그러면서 당시 맹위를 떨치고 있던 소련 및 중국의 전체주의 독재에 대한 언급에 이르렀었다. 필자는 저학년 시절 휴학을 하였었기 때문에 4·19당시 아직도 4학년은 다니고 있었다.

치고 “국민이 원한다면 물러나겠다”는 유명한 말을 남기고 下野한 그의 최후의 태도에서 분명하게 살펴 볼 수 있다고 생각한다.<sup>60)</sup> 이 점은 박 대통령의 최후 및 전 대통령이 물러나야 하였던 당시의 상황과를 비교하면 설명력을 가지는 대조점이 된다고 생각한다.

넷째로, 6·25戰爭 당시에는 戰時인 非常戒嚴 下임에도 불구하고 국회가 열려 전쟁 수행 상황의 문제를 포함하여 나라의 모든 정치사항이 국회의 토의의 대상이 되었었다는 사실도 주목을 요한다. 논리적으로 국회의 상시화가 당시에 입헌주의체제를 가능케 한 것인지 당시의 정치체제가 기본적으로 입헌주의체제이기 때문에 국회의 상시화가 가능하였던 것인지를 딱 잘라 이야기하기는 힘들다고 생각한다. 아마도 양 이야기가 다 가능할 것이다. 말할 것도 없이, 필요하면 언제나 열릴 수 있는 국회가 거기 있었다는 사실은 많은 문제점에도 불구하고 당시의 체제가 기본적으로 입헌주의체제였었다는 사실을 보여주는 것임에는 의문의 여지가 없다고 생각된다.

이와 아울러 法 運營의 未熟으로 설명하려는 시도가 適當치 아니다는 점도 보여준다고 생각한다. 실제로 대한민국 정부는 6·25전쟁 이전에 이미 여수·순천반란사건 및 제주도사건과 관련하여 계엄선포 및 해제의 경험을 가지고 있으며,<sup>61)</sup> 지리산지역에서는 비상헌법체제의 동원에 의존하지 아니하고도 공비토벌에 임하고 있었던 것이다.<sup>62)</sup> 나아가 대한민국의 운명을 결정지우는 대규모 전면전 6·25전쟁 기간 동안에도 존재하였던 「制限된 政府」의 立憲主義가 당시에 존재하였던 憲法委員會에 의한 違憲法律審査制度를 통하여서도 表現되고 있었다는 점도 아울러 주의할 필요가 있다고 생각한다. 법률의 효력을 가지는 긴급명령인 「비상사태하의 범죄처벌에 관한 특별조치령」 제9조에 의하여 동령에 규정된 죄의 심판은 원칙적으로 지방법원 또는 지원의 단독판사가 행하게 되어 있고, 사형·무기 또는 10년 이상의 형의 언도를 받은 피고인에 한하여 지방법원 또는 지원의 합의부에 재심을 청구할 수 있게 되어 있는데 그 경우에 심판절차는 형사소송법상의 공소(오늘날의 항소)에 관한 규정을 준용하게 한 조치가 헌법 제22조·제76조(현행 헌법 제27조제1항·제101조)에 반하여 국민이 가지는 최고법원인 대법원의 심판을 받을 헌법상의 기본권을 침해하는 것이라고 한 헌법위원회의 違憲決定<sup>63)</sup>이 라든지, 계엄법 제13조에서 비상계

60) 李翰雨, “「국민이 원한다면 물러나야지...軍政은 안돼!」: 李承晩 대통령과 하야 권고 담판한 4·19 시위대 대표 兪一羅씨의 시간대별 증언”, 月刊 朝鮮, 1995년 4월호, 197-201면 참조.

61) 1948년 10월 25일자 官報 10호; 1948년 11월 17일자 官報 14호; 1948년 12월 31일자 官報 26호; 1949년 2월 5일자 官報 호외 참조.

62) 내무부훈령11호, 1949년 6월 16일자 官報 112호; 경상남도훈령7호, 1949년 9월 8일자 官報 171호; 경상남도훈령15호, 1949년 10월 10일자 官報 192호 참조.

엄지구 내에서 군사상 필요한 경우에는 체포·구금·수색·거주이전·언론·출판·집회 또는 단체행동에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다고 한 규정을 법관의 영장 없이 검사가 발부한 영장에 의하여서도 체포·구금·수색을 할 수 있다는 뜻으로 해석할 수 없다는 이유에 의거하여 합헌이라고 한 헌법위원회의 決定<sup>64)</sup>이 그것이다. 이 후자의 결정은 오늘날의 소위 變形決定이라 할 수 있는 결정이며, 실제에 있어서는 계엄 하에서도 법관의 영장 없는 체포 등은 헌법에 반한다는 결정이 되는 것이다.

그러므로 이것은 民間 法院이 활동하고 있는 한 民間人에 대한 軍事裁判은 違憲이라고 한 미국 南北戰爭 당시의 미국 聯邦大法院의 Milligan판결<sup>65)</sup>에 비견되는 것이라 할 수 있다. 위 헌법위원회 결정 및 미국 연방대법원 판결은 1964년의 6·3事態 당시 군사재판에 회부된 민간인이 비상계엄령의 법적 효력을 다툰 사건에 대한 大法院의 判決<sup>66)</sup>과 참으로 대조가 된다고 생각한다. 이 1964년 사건에서 대법원은 당연 무효라고 판단할 수 없는 계엄에 대하여는 그 계엄의 옳고 그름은 국회에서 판단하여야지 법원에서 판단할 수 없다는 책임 회피적인 消極的 判決을 내리고 있다. 비상계엄이 문제되고 있는 국내 정치적 상황에서 어떠한 경우가 당연히 무효인지의 판단 기준을 보여주고 있지 아니하여 오로지 말장난으로만 생각되는 까닭이다. 더구나 계엄해제 여부의 권한을 국회에 맡긴 것이지 계엄선포 요건 충족 여부의 옳고 그름의 판단을 국회에 맡긴 것은 아닌 까닭이다. 결국 사법권이 독립된 모습을 보여주고 있지 못한 점을 보여주고 있는 것이다.

이처럼 6·25와 같은 戰時에도 立憲主義的인 制限的 權力行使의 틀을 견지하고 있는데 현재 전투가 전개되고 있지 아니하고(휴전 하이니까, 법기술적으로는 전시이기는 하나) 실질적으로 평화가 지배하고 있는 상황에서는 오히려 그러하지 아니하는 대조되는 두 모습을 어떻게 설명해 낼 수 있을 것인가? 입헌주의의 시각에서

63) 헌법위원회 1952년 9월 9일 결정 1952 헌심 2.

64) 헌법위원회 1953년 10월 8일 결정 1953 헌심 2.

65) Ex parte Milligan, 4 Wallace 2, 18 L. Ed. 281(1866).

66) 대법원 1964년 7월 21일 판결 64 초 3 재판권쟁의에 대한 재정신청. 이 사건에서 한일 회담 반대 시위를 주도하였던 문제의 민간인 피고가 군사법원의 재판관할권을 다투면서 적의 포위 공격 하에 있지 아니한 서울 지역에 선포된 비상계엄은 비상계엄선포의 요건을 갖추지 못한 무효이고 계엄선포 이전의 행위에 대하여는 군사법원이 재판관할권을 가질 수 없으며 또 내란죄를 범한 사실도 없다는 주장을 폈던 것이다. 그러나 대법원은 비상계엄의 법적 근거인 당시의 헌법 제75조나 계엄법 제4조 및 그 시행령 제4조가 규정한 법적 요건을 명백히 갖추지 못하여 비상계엄선포가 당연 무효라 볼 수 없고 당연 무효라고 판단할 수 없는 계엄에 대하여는 그 계엄의 옳고 그름은 국회에서 판단하여야지 법원에서 판단할 수 없다고 판결하고 있다. 계엄과 관련하여 국회가 가지는 권한은 그 해제 여부의 문제에 대하여서이지 법적 요건의 구비 및 법적 효력의 여부의 문제가 아님은 분명하다.



수많은 문제점을 노출하였음에도 불구하고 1950년대의 우리나라는 기본적으로 立憲主義의 國家였었던 것에 비해 1960년대, 1970년대, 민주화 이전의 1980년대의 우리나라는 외형적 민주헌법에도 불구하고 소위 군사독재로 표현될 수 있는, 기본적으로 權威主義體制의 나라였음을 보여주는 것이라고 생각한다. 즉, 기본적으로 이러한 體制의 差異가 위의 대조되는 모습을 설명해 준다고 생각한다. 그리고 李承晩 대통령 및 위 헌법위원회 결정에 기여한 金炳魯 대법원장과 같은 6·25 전쟁기간을 포함하는 1950년대 우리나라의 입헌주의에 기여한 人物의 변수를 또한 들 수 있다고 생각한다. 그리고 1960년대 이래 朴正熙 대통령과 같은 권위주의적 인물의 존재와 함께 1964년의 대법원 판결 당시에는 金炳魯 대법원장과 같은 인물이 司法界에 부재하였던 것이다.

#### IV. 결론: 6·26戰爭의 敎訓과 未來에 대한 設計

이상의 6·25전쟁의 법적 조명으로부터 6·25전쟁은 우리에게 大韓民國의 立憲主義 體制를 守護하기 위한 戰爭이었으며, 대규모의 전쟁이 진행중인 비상사태의 상황이었음에도 불구하고 이를 지켜나가려고 한 입헌주의체제의 모습을, 비상헌법의 발동과 사법심사를 통하여 살펴 볼 수 있었다. 이렇게 지켜낸 입헌주의 체제가 그 후 후퇴와 시련의 역사(1961-1987)를 거쳐 오늘날의 훨씬 더 進展된 立憲主義의 現實을 보고 있다. 그렇다면 링컨 대통령의 Gettysburg연설문의 마지막 문장을 다시 한 번 음미하게 된다. 즉, government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth (국민의, 국민에 의한, 국민을 위한 정부는 지구상에서 영원히 사라지지 아니할 것이다)의 부분이 그것인데, 이 부분은 민주주의와 관련된 憲法的·當爲的 命題의 敍述이지만 동시에 歷史的·事實的 命題의 陳述이라는 점을 우리 나라 헌정사가 증명해 보여주고 있는 것이라고 생각한다. 입헌주의는 민주주의와 동의어라고 할 수 있으리만큼 민주주의의 핵심적 요소임은 물론이다.<sup>67)</sup>

우리 나라는 대한민국헌법 질서 하에서 經濟의 成長과 自由의 伸張을 이룩할 수 있었으며, 이 같은 경제의 성장과 자유의 신장은 말할 것도 없이 6·25전쟁에서 죽은 사람들이 못 다한 업무를 살아남은 사람들이 이어 받아 이룩한 業績임에 틀림없다. 더구나 지금까지 이룩하여 온 경제적 성장과 자유의 신장이 이것으로 끝날 것이 아니라 더 진전되어야 하며, 이러한 진전 작업이 지금 현재를 사는 우리들 大韓國民들의 몫이라는 점도 분명하다. 이 점은 우리나라 헌법 前文에서 적절히 보여

67) 전개 崔大權, 憲法學: 法社會學的 接近, 74-81면 참조.

주고 있는 바와 같이 우리 국민들에 대한 헌법적 당위 명제이기도 하다. 우리들이 더욱 진진 시켜 나아가야 할 일에 남북을 통일하여 우리가 그간 이룩한 것을 북녘의 동포에게도 이를 누릴 수 있도록 나누어주어야 할 뿐만 아니라 통일된 우리나라가 世界平和와 人類共榮에 이바지할 수 있는 그러한 나라를 建設하는 일이 포함되는 것임은 물론이다. 이러한 점을 링컨 대통령의 Gettysburg 연설의 다음 구절을 재인용함으로써 강조하여 보자. It is for us, the living, rather, to be dedicated here to the unfinished work which they who fought here have thus far so nobly advanced. It is rather for us to be here dedicated to the great task remaining before us—that from these honored dead we take increased devotion to that cause for which they gave the last full measure of devotion; that we here highly resolve that these dead shall not have died in vain. (이곳에서 싸운 이들이 지금까지 그렇게 훌륭하게 진진시켜 왔으나 아직 미완으로 남아있는 사업에 헌신하여야 하는 것은 차라리 우리다. 우리들 앞에 남겨져있는 이 위대한 사업에 헌신하여야 하는 것은 차라리 우리인 것이다)