

비상사태와 헌법

우라베 노리호(浦部法穂)
호각칸(法学館)헌법연구소 고문

2011年5月5日

대지진 속에서 맞이한 64 번째 헌법기념일은 당연하지만 재해와 관련하여 헌법에 대해 언급하는 논설이나 발언이 신문 등과 각 당 담화에서 눈에 띄었다. 그 가운데에는 지진이나 원전사고에 충분히 대처하지 못하고 있는 커다란 요인이 이러한 대규모 재해 등의 비상사태에 대응하는 체계가 갖춰지지 않았기 때문이므로 비상·긴급사태에 신속하게 대응할 수 있도록 헌법을 개정할 필요가 있다는 주장 등도 볼 수 있었다. 현재진행중인 지진이나 원전사고를 ‘헌법개정’의 구실로 삼으려는 마치 ‘불난 집에 든 도둑’과 같은 발상이며 언론인이나 정치가로서의 성실함을 의심케 한다. 무수한 ‘상정 외’의 상황에 우왕좌왕하며 유효한 대책을 신속하고 기민하게 내놓지 못하는 정부의 대응자세를 보고 있으면, ‘비상시의 긴급조치나 사적 권리 제한을 허용하지 않는 헌법 때문이다. 따라서 헌법개정이 필요하다’는 주장도 그럴듯하게 들릴지도 모른다.

헌법은 국가권력의 근거인 동시에 그 발동·행사를 제한하여, 국민의 권리를 보장하기 위한 법이다. 따라서 권력자가 독단적으로 행동할 수 없으며, 국민의 권리를 빼앗거나 합리적인 이유 없이 제한할 수 없다. 권력을 발동하여 국민의 권리를 제한할 때는 제한의 필요성·합리성을 명시하여 헌법이 정한 절차에 따라야(즉, 법률을 제정하여) 하는 것이다. 그러나, 전쟁·내란이나 대규모 자연재해 등의 비상·긴급사태의 경우에는 그렇게 더딘 절차를 밟아서는 이미 늦기 때문에 헌법에 구속되지 않는 권력행사나 법률에 근거하지 않는 권리제한도 허용되어야 한다는 논의가 헌법학·법률학의 세계에서조차 없는 것은 아니다. 이른바 ‘국가긴급권’ 논의이다.

‘국가긴급권’이란 전쟁·내란이나 대규모 재해 등에 따라 국가의 존립 자체가 위협을 받는 비상·긴급사태가 발생하여 헌법에 정해진 통상의 방법에 따라서는 이를 극복할 수 없을 때에 일시적으로 헌법을 정지시켜 초헌법적인 긴급조치를 취하는 국가의 권능이라고 일컬어진다. 말하자면 비상·긴급사태에 헌법의 구속을 벗어나 권력자에게 권한을 집중시키려는 의도인데, 국가의 존립 자체가 위기이므로 그 국가의 기본법인 헌법 그 자체의 위기라고도 말할 수 있다. 따라서 ‘국가긴급권’은 헌법 자체의 붕괴를 피하기 위해서 헌법을 정지시키는 것으로 ‘헌법보장’을 위한 수단이라고도 여겨진다.

그러나 이것이 ‘권력에 대한 법적제한’을 기본요소로 하는 근대입헌주의의 중대한 예외

임은 틀림이 없으며, 이 ‘국가긴급권’을 문자 그대로 ‘초헌법적’인 것으로 여겨 헌법에 규정되어 있지 않더라도 비상·긴급 시에는 당연히 허용된다는 주장은 입헌주의 그 자체를 부정하는 것과 크게 다르지 않다. 따라서 ‘국가긴급권’을 허용한다고 하더라도 예를 들면 프랑스 헌법과 같이 비상시에 대통령에게 집중되는 권한을 헌법상 명문(明文)으로 정하고 있는 경우에 한해 그 한도에서 허용되는 것으로 생각해야만 한다. 일본국헌법에는 이와 같이 비상·긴급사태에 취하는 조치에 대한 규정이 없다. ‘그러니까 지진이나 원전사고에 대한 대응이 더딘 것이다. 헌법을 개정하는 수밖에 없다’라는 것이 ‘그럴 줄 알았다니까’식의 개헌파의 주장이다.

사실 이와 같은 주장은 16년 전의 한신·아와지 대지진(阪神・淡路大震災) 직후에도 많이 있었다. 그 때에도 나는 말했지만 재해에 대한 대응이 잘 되지 않는 것은 정치가, 관료들의 상상력과 책임감이 결여된 탓이지 헌법 때문이 아니다. 그러나 헌법이나 인권이라는 것을 덮어놓고 싫어하는 사람들은 사사건건 헌법의 구속을 없애 인권을 제한할 수 있도록 하자며 무엇이든 헌법의 탓으로 돌리려 한다. 그럴듯하게 들릴지라도 진실은 아니다. 그들의 진의는 자신들이 내키는대로 권력을 휘두를 수 있는 헌법으로 고치고 싶은 것일 뿐이다.

1925년에 한스 켈젠은 ‘국가긴급권’에 대하여 다음과 같이 말하였다.

“국가는 ‘생존’해야만 한다는 뛰어난 단언의 배후에는 많은 경우 다음과 같은 불손한 의지만이 숨겨져 있다. 그것은 ‘국가긴급권’이라는 것을 인정하게 하여, 이를 이용하는 사람들이 올바르다고 생각하게끔 생존해야만 한다는 의지이다. <한스 켈젠, 기요미야 시로(清宮四郎)역, 『일반국가학』>

또한 오다카 도모오(尾高朝雄)는 1943년의 논문에서 다음과 같이 말하였다.

“국가의 생명을 보전해야만 한다는, 누구나 긍정할 수밖에 없는 주장의 이면에는 국가긴급권의 깃발을 내걸고 국가의 운영을 자기가 꾸민 계획대로 진행(專行)하고자 하는 의도가 숨겨져 있기 쉽다” <오다카 도모오(尾高朝雄), “국가긴급권의 문제”, 法学協會雜誌 62권 9호>