

BONN 基本法과 國家緊急權

裴 俊 相*

1. 序 論
2. BONN 基本法の 構造와 國家緊急權
 - ㄱ) 非常事態의 概念과 本質
 - ㄴ) 警察, 軍事權의 指揮
 - ㄷ) 行政權에 對의 權力集中
 - ㄹ) 基本權의 停止
 - ㅁ) 抵抗權의 問題
 - ㅂ) 國家緊急權과 核戰體制
 - ㅅ) 基本法과 治安國家
3. 結 語

1. 序 論

第二次大戰後 立憲獨裁制를 전혀 規定하지 않은 憲法은 西獨基本法, 日本憲法이고 佛蘭西 第4共和國 憲法은 第7條에(宣戰은 國民議會의 議決을 거치고 共和國參事院의 承認을 거치지 않으면 안 된다. 戒嚴은 法律에 定함에 의해서 이것을 宣布한다. 1954年 12月 7日 本項 追加) 等의 規定을 除外하고는 緊急事態에 대한 憲法 規制를 定하지 않았고 伊太利 憲法은 第78條를 除外하고는 매우 制限的인 授權立法規定을 定한데 不過하다.¹⁾ 戰後 各國의 憲法이 戰爭放棄를 規定하고 戰力不保持 交戰權의 否認에 의한 積極的인 平和主義를 原則規範으로 하고 西獨憲法 日本憲法 伊太利 憲法이 戰爭放棄를 定하고 如何한 立憲獨裁제도 制定하지 않고 또 制定한다 하더라도 限定的인 制度에 그친 事實은 第二次大戰中 獨逸과 日本이 極端的인 Fasism의 國家로서 緊急權의 行使로 侵略戰爭을 行하고 自國民과 諸國民에게 큰 犧牲을 끼쳤다는 理由에서 侵略戰爭의 合理化와 正當化의 有效한 手段이었던 緊急權은 이들의 憲法에 있어서 強力히 拒否되었던 것이다. 西獨의 立法緊急狀態 規定自體가 이러한 嚴한 反省과 評價를 推測케 하는 것이다.²⁾ 그

* 法經大學 法學科 副教授

1) Max-planck-Institut, Das staatsnotrecht, 1955, S. 79ff.

2) Maunz-Dürig-Herzog, Kommntar, 1964, Art 81, S. 4

리고 戰後 西獨의 公法學은 法治國家의 再建과 強化라는 面에서 法治國家概念의 實質의인 基礎를 構築하는데 重點을 두었으며³⁾ Weimar 時代의 首都 伯林보다는 首都 BONN 은 經濟的인 巨人을 낳았고 作家 “겟방”은 그 小說 “溫室”속에서 BONN 은 南西冷戰의 불꽃으로 말미암아 환해졌고 Rheinland 의 薔薇의 아름다운 庭園이다 라고 했지만 이 아름다운 庭園에도 언젠가는 暴風雨가 닥쳐오리라는 생각에서 그것에 對備해서 制定된 것이 1968年의 西獨의 非常事 態法인 것이다. 規範의 妥當性은 그 規範이 豫測한 平常的인 一般狀態를 前提로 하고 있는 것 이고 全혀 豫想도 못했던 非常事態는 規範의으로도 豫測할 수 없는 것이다.⁴⁾ (Die Geltung einer Norm setzt dem jenigen normalen Allgemeinzustand voraus, für den sie berechnet ist, und ein Völlig unberechenbarer Ausnahmezustand kann auch nicht normativ bewertet werden) 라는 Heller 의 말과 같이 基本的으로 normal 한 平和狀態 또는 平常狀態에서 機能하게끔 設計되어진 立 憲國家의 統治體系는 非常의 國家의 危機라는 緊急事態는 適當치 않고⁵⁾ 이 경우에 立憲民主 政治를 一時的으로 變更하는 것이 平和狀態의 回復에 必要하다면 그 變更은 不可缺한 것이 다. 國家가 滅亡하면 憲法도 거기에 따라서 없어지는 것이다. (Mit dem untergang des staates geht in gleicher weise die verfassung unter) 여기에 規範의인 것에 더 앞서는 憲法現實 問題 가 놓여 있는 것이다.⁶⁾ 現實은 一般으로 점점 強力한 것으로(mächtiger)되어졌고 더욱 더 그 意 思를 우리들에게 強制하고 있는 것이다⁷⁾. (Wirklichkeitits ganz allgemein immer “mächtigr” geworden, und in steigenden Masse ihern willen uns auferlegt.) 그래서 1968年 5月 30日 緊急事 態憲法(Notstandsverfassung)과 이것을 中心으로 한 個個의 單純緊急諸法이 聯邦議會를 通過하 고 6月 14日 聯邦參議院에서 全員一致로 通過되었다. 6月 24日 이 第17次 基本法補充法이 公 布되고 重大한 憲法改正이 完結된 것이다.⁸⁾ 이하 非常事態法の 性格과 特質을 살펴보기로 한다.

2. BONN 基本法の 構造와 國家緊急權

非常事態에 對處해서 發動되어지는 國家緊急權은 制定의初의 基本法上에서는 美英佛의 西 歐三國의 占領權力에 歸屬되고 있었음으로 西獨은 國家緊急權의 回復은 主權回復 即 占領終 結을 國家緊急權의 回復과 同一하게 取扱해서 그 回復을 爲해서 主權 回復의 過程을 設定했다.

3) H. Peters, Rechtsstaat und Rechtssicherheit, in: Recht-staat-wirtschaft, Bd III. 1951. S. 67

4) Heller, Hermann, staatslehre, 4, Aufl., 1970, S. 255

5) Zihlmann, R., Legitimität und Legalität des Notrechts, Bern, 1950, S. 68

6) Reber, Kurt, Das Notrecht des staates, 1938, S. 40

7) Leibholz, G., struktur probleme der Modernen Demokratie, 1958, S. 277

8) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 115a Rdn 1(115a 20)

52年 5月 26日 獨逸條約 5條 2項에 의해서 戰爭 內亂 및 災害 等の 非常事態에 對한 權限은 西歐三國에 留保되어져 있었다.⁹⁾ Paris 協定은 西獨 再軍備의 出發點이 되었고 再軍備는 國家緊急權의 實體的인 基礎가 된 것이다. 西獨은 Paris 協定後 一貫해서 形式的 主權回復을 再軍備에 의해서 代替하고 새로운 裝置와 制度를 基本法의 構造內部에 마련하게 된 것이다. 이 再軍備政策은 主權回復과 國家緊急權과를 媒介하는 核心이 된 것이다. 그 理由는 軍隊가 存在하지 않은 國家緊急權의 裝置는 있을 수 없기 때문이다. 非常事態法 成立 以前에도 基本法에 있어서 部分的으로 國家緊急權의 制度가 存在하고 있었다. 例를 들면 第91條의 警察力에 의한 措置이다. 第91條에 의하면 (一) 聯邦 또는 州의 存立 또는 自由民主的 基本秩序에 對한 切迫한 危險의 防衛를 위해서 當該州는 他諸州의 警察力을 要請할 수 있다. (二) 危險이 切迫하고 있는 州가 自己自身 危險防止의 準備를 하지 않든가 또는 그러한 狀態에 있는 경우에는 聯邦政府는 當該州에 있어서의 警察力 및 他州의 警察力을 聯邦政府의 指令下에 두게 할 수 있다. 라는 警察緊急上의 制度가 認定되어 있으나 軍事力은 이 規定을 가지고는 行使할 수 없다 이밖에 緊急措置로서 聯邦強制(37條)와 第84條 5項에 의해서 認定되어지는 聯邦政府에 依한 緊急의 個別的 命令權이 있다.¹⁰⁾ 그러나 이것들은 Weimar 憲法 第48條 2項의 規定과 같이 法律의 效力을 가진 執行權의 命令 또는 基本權의 停止 같은 措置와는 다르고¹¹⁾ 本來의 意味에 있어서의 非常事態措置는 아니다. 基本法 制定者는 Weimar 의 經驗으로부터 非常事態에 관한 一般條項을 規定하지 않았었다. 西獨에 있어서의 再軍備의 過程은 첫째 54年의 基本法 改正까지의 時期이고 이 段階는 西歐三國과 기타의 NATO 諸國의 軍事 bloc 에 의한 獨逸再軍備의 國際的準備의 時期이다. 54年의 基本法 改正은 從屬의 再軍備의 合憲性을 決定하고 憲法上의 根據規定(142條 a)을 創設하는 것이었다. 第二의 段階는 56年의 基本法 改正까지의 時期이고 獨逸聯邦軍設置 NATO加盟 및 志願兵法에 의한 軍事力의 本格的인 創設段階이다. 56年의 改正은 大規模였고 이 때에 비로소 防衛事態와 그 手續에 관한 補充(59條 a 65條 a)이 行하여지고 再軍備의 憲法上의 裝置가 成立된 것이다. 그리고 憲法改正條項을 改正하는 規定에 의해서 個個의 基本權(17條 a)을 軍事上의 目的과 必要에 의해서 制限하는 權限이 廣範圍하게 立法府와 行政府에 賦與되었다(87條a). 基本法은 再軍備에 의해서 軍事高權의 裝置를 具備하고 徵兵法을 制定하고 國家緊急權을 國內法으로 處理하는 基礎가 마련되었다. 第三의 時期는 65년까지의 段階인데 이 時期는 個個의 軍事立法 또는 單純緊急法이 多數 制定되고 第4의 時期는 그後 非常事態法의 成立까지의 段階이고 非常事態規制를 創設하기 爲한 準備의 段階였다. 그리고 再軍備와 더불어 基本法이 內容上 治安國家의 性格을 띠게 되고 그

9) Maunz, Theodor, Deutsches staatsrecht, 19. Aufl, S. 210

10) Maunz, T., a. a. o., 263

11) Anschütz/Thomn, Handbuch des Deutschen staats-recht, S. 274f.

러한 治安國家를 確立할 수 있었던 法制上的 規定은 基本法自體 속에 있었다고 볼 수가 있다. 그것은 基本法에서 세 가지의 規定으로 表現되고 있다. 첫째는 第9條 2項의 結社禁止條項(目的 또는 活動이 刑罰法規에 違反하고 또는 憲法秩序 또는 國際的協調의 思想에 對向하는 團體는 禁止되어진다) 이고 둘째는 第21條 2項의 政黨條項(그 目的 또는 黨員의 行動에 依해서 自由民主의 基本秩序를 侵害하고 또는 獨逸聯邦共和國의 存立을 위태롭게 하는 政黨은 反憲法的이다. 違憲法의 問題에 關해서는 聯邦憲法裁判所가 決定한다)이고 셋째는 第18條의 基本權 喪失條項(自由民主의 根本秩序에 對해서 攻擊하기 爲해서 言論의 自由 特히 出版의 自由, 敎說의 自由, 集會의 自由, 結社의 自由, 信書 郵便 및 電信의 認密 所有權 또는 亡命者保護權을 濫用하는 者는 이러한 基本權을 喪失한다. 喪失과 그 程度는 聯邦憲法裁判所에 依해서 宣告된다)이다. 이 세 가지의 條項에 表現되어지고 있는 憲法制度는 西獨憲法의 全構造와 基本權保障의 形式을 特徵지우고 있다. 即 이것은 支配의 秩序를 積極的으로 憲法에 依해서 保護하는 制度라고 볼 수 있다. 憲法保護와 國家의 保護와를 概念上 區別해 보더라도 憲法保護에 있어서 保護法益이 實質的 意味의 憲法이고 憲法保護를 政治的 敵對者와 그 攻擊 및 努力에 對해서 憲法秩序의 維持와 保護에 도움이 되는 法的諸制度의 總和라고 보고 그 核心을 不確定한 自由民主의 秩序에 두는 以上 憲法保障은 하여간 國家의 政治的 支配의 保護가 되는 것이다. 여기서 自由民主의 基本秩序의 內容은 聯邦憲法裁判所의 判例에 明示되어 있다.¹²⁾ 그래서 自由民主의 基本秩序는 憲法解釋權者와 立法執行機關 即 國家權力의 機關만이 그 內容을 有權的으로 決定할 수 있는 不確定한 價值概念으로 되기 쉽다.

非常事態法은 單一한 立法으로 成立되어 있는 것이 아니라 複合的인 하나의 體系를 이룬 立法을 말하는 것이다. 個個의 領域 또는 個個의 緊急事態를 規制하는 立法은 單純緊急法이라고 하고 憲法上的 非常事態規制의 施行法이라고도 말할 수 있다. 非常事態法의 中心은 緊急事態憲法(Notstaudsverfassung)이라고 一般的으로 말하는 基本法補充法이고 非常事態措置의 基礎法이다. 이 補充法은 58年 聯邦內務相에 依해서 「基本法 第115條a 補充法」으로 提出되었고 이것은 基本法 第91條의 措置로는 對處할 수 없는 危險을 除去하기 爲해서 聯邦議會가 「例外狀態」를 決定한다는 式으로 規定하고 있다. 그러나 이미 緊急事態憲法과 不可分の 關係가 있는 個別法으로서 憲法改正을 必要로 하지 않고 基本法의 範圍內에서 制定 實施된 것들이 있다.¹³⁾ 이러한 緊急法施行에 必要한 法規命令이 多數制定되었고 非常事態法은 이것들을 總括的으로 表現한 것이다.

7) 非常事態의 概念과 本質

現代 憲法國家에 있어서의 緊急權은 立憲國家自體의 體制的 危機에 對處하기 爲한 하나의

12) Kriele, Martin, ESJ staats-und Verfassungsrecht, 1972, S. 25ff.

13) 食糧保全法(1965. 8. 24) 經濟安全法(1965. 8. 24) 交通保全法(1965. 8. 24) 물保全法(1965. 11. 3) 民間防衛國法(1965. 8. 12) 自衛法(1965. 9. 9) 防護建築法(1965. 9. 9) 等이다.

最後 手段이라고 볼 수 있다. 이러한 危機狀態를 첫째 戰爭, 둘째 叛亂, 셋째 經濟的 不況¹⁴⁾으로 보고 憲法國家의 危機의 普遍的 類型으로 보고 있다. 補充法은 非常事態를 두 가지로 識別하고 있다. 첫째는 「對內的 危險狀態」이고 聯邦 또는 州의 存立 또는 自由民主的 基本秩序에 對한 急迫한 危險과 自然災害, 特別한 重大한 事件 및 武器를 가진 叛亂의 네 가지의 狀態이고 基本的 第91條 改正規定에 表現되고 있다.¹⁵⁾ 이 對內的 危機狀態는 緊急事態憲法의 重要한 部分을 차지하고 있다. 둘째는 對外的 危機狀態이고 聯邦領土가 武力으로 攻擊되어진 狀態(戰爭狀態) 및 이러한 攻擊이 目前에 다른 狀態(臨時狀態)의 二種의 狀態를 意味하고 이것은 基本法 第115條a 規定으로 表示되어 있다. 이러한 對內的 危機狀態는 그 基本的 內容面에서 刑法의 內亂罪에 對應하는 平行된 措置를 豫定하게 되는 것이다. 1950年 西獨 政府는 憲法保護를 目的으로 民主團體 또는 政黨에 對한 情報活動을 警察에 授權한 憲法保護法을 制定하고 51年 刑法改正을 實現하고 이 改正憲法에서 「國家를 危險하게 하는 罪」가 새로 刑法上的 犯罪로 되고 犯過刑法은 一定한 行爲類型 또는 意圖를 가진 行爲를 政治的 觀點에서 犯罪로서 處罰하는 政治刑法을 規定¹⁶⁾하고 現行 刑法의 內亂, 國家危殆, 外患 등을 統合的으로 再編成하고 非常事態法에 있어서의 對內的 危機狀態에 對한 刑法上的 擔保를 確保하게 되었다고도 볼 수 있다. 權力의 分立과 人權의 保障을 二大支柱로 하는 今日的 憲法秩序 또는 立憲民主制國家는 弱한 政府(Weak government) 또는 Montesquieu의 穩健한 政府(gouvernement modéré)를 理想的인 政治的 形態로서 構想하고 있었다. 安定된 秩序와 均衡있는 進歩가 그것으로서 充分히 保障된 正常時 또는 平和時에는 問題가 없었다. 그러나 不合理와 暴力의 世紀라고도 評價할 수 있는 現代에는 그러한 條件 또는 期待를 希望할 수 없게 되었다. 적어도 第一次大戰 勃發以後 世界는 恒久的인 革命 속에 살아왔고 큰 危機의 連續 속에서 危機政府는 例外라기 보다는 오히려 原則으로 되어져 왔다.¹⁷⁾ 緊急權의 發想을 誘引하고 緊急權의 發動을 必要的인 것이라고 意識시키는 論理的인 根據는 어떠한 事態 속에서 發見되어질 수 있을 것인가? 美國, 英國, 佛蘭西, 獨逸 등 現代의 四大民主制國家의 緊急事態政府(Krise Regierung)의 經驗을 詳細히 檢討한 Rossiter는 그가 말하는 立憲的獨裁(constitutional dictatorship)의 原則이 承認될 수 있는 事態와 論理를 다음과 같이 要約하고 있다.¹⁸⁾

첫째는 民主的인 立憲國家의 複雜한 政治組織은 本質的으로 平常的인 平和的狀態에서 機能하게끔 設計되어져 있기 때문에 그그러로 큰 國家의 危機라는 緊急한 事態에는 對處할 수가 없는 것이다. 市民的 自由 또는 自由企業과 討論과 妥協에 依한 立憲民主政治는 호화스러운

14) Rossiter, C.L., Constitutional Dictatorship, 1948 S. 6

15) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 115a Rndn. 13(115 a 28)

16) Alternativ-Entwurf eines strafgesetzbuches Besonderer Teil politisches strafrecht, 1968. J.C.B Mohr.

17) Loeweustein, K., Verfassungslehre, 1959, S.

18) Rossiter, C., Constitutional Dictatorship 1962, S. 5, 8, Kägi, W., Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des staates, 1945, S. 118

生産品(luxury products)인 것이다. 民主政治는 平和의 産品이고 이 平和라는 母體를 떠나서는 存在할 수가 없는 것이다.¹⁹⁾ 둘째는 危機狀態에 對해서는 民主的인 立憲政治는 程度의 差異는 있지만 一時的으로 그 危險을 克服하고 正常的인 狀態를 回復시키기 爲해서는 必要하다면 變更되어지지 않을 수가 없고 그러한 政治의 變更은 「보다 강한 政府」即 政府는 큰 權力을 가져야만 하고 國民은 보다 작은 權力을 가져야 한다는 것으로 歸着되는 것이다. 戰爭, 反亂, 經濟的 不況이라는 民主制國家의 3가지의 危機狀態를 克服하기 爲해서는 이러한 政治의 變更이라는 것은 할 수 없는 것이다.

셋째로는 強大한 政府는 경우에 따라서는 獨裁制가 될 可能性도 있겠지만 그러한 政府의 任務는 國家獨立의 保存, 現存 憲法秩序의 維持, 國民의 政治的 社會的 諸自由의 防衛 以外에는 아무런 目的을 가지는 것은 아니다. 이 뜻은 危機를 克服하기 爲한 強大한 政府의 重要任務는 이 危機를 終了시키고 可能的 限 빨리 平常的인 狀態로 回復하는 것을 말하는 것이다. 그러면 立憲主義憲法의 테두리 안에서 이 緊急權은 어떻게 規制되어야 할 것이냐 라는 것이 問題가 된다. (1) 緊急權은 말하자면 「緊急」이라는 點에서 最弱·最少인 경우에는 充分히 平常의 立憲主義體制의 範圍內에서 應急의 臨時的 暫定的 措置를 取할 수가 있다.²⁰⁾ 그러므로 이러한 경우는 本來의 意味의 緊急權의 範疇에 屬하지 않는다고도 볼 수 있다. 여기서 問題가 되는 緊急權은 (2) 憲法 自身이 強度의 緊迫한 緊急 또는 非常事態를 豫想하고 그것에 對處하기 爲해서 一定한 條件下에 立憲主義體制의 部分的 一時的 停止를 認定한 憲法의 獨裁(constitutional dictatorship)내지 委任의 獨裁(Kommissarische Diktator)와 最強度로 緊迫한 緊急非常事態의 發生에 對處하기 爲해서 立憲主義의 憲法體制가 全面的 永續的으로 崩壞하는 主權의 獨裁(Souveräne Diktator) 또는 憲法을 超越한 國家緊急權(Verfassungs überschreitendes Staatsnotrecht) 即 超憲法的 獨裁(super constitutional dictatorship)의 경우 등이 있다.¹⁹⁾ 위에 말한 (2)의 경우를 內容的으로 보아 미리 憲法이 執行部에 獨裁的인 權力을 부여한 執行部〔歐州大陸과 南美諸國들의 戒嚴(Belagerungszustand)〕과 立法部로부터 執行部에 大幅的인 立法權을 移讓 또는 授權하는 委任立法型〔例컨대 1933年 3月 24日의 獨逸의 授權法(Ermächtigungsgesetz)〕 또는 英國의 1939年, 1940年의 緊急權〔防衛法(Emergency Powers [Defence] Act)〕 또는 美國의 1933年의 國家産業復興法(National Industrial Act) 등으로 나누어서 檢討할 수가 있다. 그러나 (2)의 委任의 獨裁와 (3)의 主權의 獨裁와는 過去의 Weimar 憲法 48條 2項(大統領의 緊急命令權)의 經驗으로 보아 專制支配로 인도하는 架橋의 役割을 했고 이것을 넘어서 Hitler는 權力의 길을 行進하게 된 것이다.²²⁾ 여기서 極限狀態로서의 (3)의 超憲法的 獨裁는 法的으로는 그

19) Rappard, The of Democracy, 1938. S. 265

20) 日本憲法의 參議院의 緊急集會 또는 日本帝國憲法의 財政緊急處分(第70條)은 여기에 屬한다.

21) Rossiter, c., a. a. O., S. 9 Schmitt, c., Diktatur, I Aufl., 1928, S. 136f. Thoma, R., Der Vorbehalt der Legislative, Handbuch des deutschen staatsrecht, I, Bd. 1932, S. 231 f.

22) Rossiter, a. a. O., S. 60

正當性的 根據를 찾기는 힘들지만 그러나 政治的으로는 事情에 依해서 確實히 그 理由와 根據를 發見할 수 있는 것이다.²³⁾ 그럼으로 이러한 緊急權은 그 本質上 立憲主義의 獨裁인 경우라 할지라도 憲法의 테두리를 파괴하고 無制約인 亂用을 招來하기 쉽고 結果에는 超憲法的 獨裁와의 境界를 지울 수가 없게 되는 危險을 內包하고 있기 때문에 憲法에 依한 規制를 嚴格히 規定하여야 함으로 그 制限과 條件은 다음과 같이 要約的으로 提示할 수가 있을 것이다. 첫째 緊急權은 그 目的을 國家와 憲法의 存立維持와 그 防衛回復에만 具體的으로 嚴格히 限定시켜야 하고 權力者의 姿意의 判斷에 依해서 이것을 適用 또는 擴張解釋을 해서는 안될 것이다. 이러한 內在的 限界를 넘을 때에는 緊急權은 그 自身의 本質과 使命과 任務를 그 自身에 依해서 파괴하는 結果가 되는 것이다. 둘째로는 緊急權이 上記한 理由에 依해서 發動되었다 하더라도 그 發動과 條件은 다른 方法으로는 不可能한 참으로 例外的인 絶對必要的인 狀態에 直面했을 때에만 發動하여야 하고 그리고 當面한 處理는 必要한 最少限度로 嚴格하게 限定시켜야 할 것이다. 셋째로는 緊急權은 그 性格 또는 效果라는 點에서 볼 때 결코 恒久的인 이어서는 안되는 것이다.²⁴⁾ 그 必要가 消滅하고 그 目的이 達成된 경우에는 即時로 正常狀態로 回復하여야 한다는 點에서 時間的 限界를 갖는다고도 말할 수 있다.²⁵⁾ 넷째로는 緊急權의 事後處理問題로서는 議會에 依한 免責手續을 不可缺한 要件으로 하고 緊急權의 行使狀況에 對해서 嚴한 監視와 責任追求가 行하여져야 할 것이다. 그러나 結局에 가서는 憲法的으로 嚴重히 規制된 緊急權이라 할지라도 참으로의 憲法定制權力者인 개인 國民이 嚴重히 繼續的으로 監視하지 않는다면 그 緊急權의 前途는 豫側할 수가 없게 되는 것이다.²⁶⁾ 그러나 높은 憲法的 德性에 祝福받고 良識과 善意의 사람들에 依해서 指導되어지는 自由스러운 國家에서는 危機에 處해서 自由의 大義를 保持하고 前進시키기 爲해서 專制政治의 形態도 잘 活用할 수가 있는 것이다.²⁷⁾

ㄴ) 警察軍事權의 指揮

對內的 危機狀態에 對處하기 爲해서 첫째 警察力이 統合的으로 使用된다. 危險狀態가 地域的 範圍에 머무르는 경우에는 州政府가 他州의 警察力 行政施設 또는 聯邦國境守備隊의 助力

23) Bruckhardt, Die organisation der Rechtsgemeinschaft, 1927, S. 193. 여기서 政治用 事情을 Carl Schmitt는 規範이 아닌 狀況決定的인 正當性(Nicht norm, Sondern Situations bestimmte Rechtsfertigung)이라는 말을 쓰고 있다. Schmitl, C., Legalität und Legitimität 2 Anfl. 1968, S. 13.

24) Rossiter, a. a. O., S. 303.

25) 本來 臨時的 應急의 이어야 하는 緊急權이 次次로 發動되어 恒常的인 永續화된 경우를 Weimar 共和國에 있어서 大統領의 緊急命令權(憲法48條)의 濫發에서 볼 수 있다. 1931年 4月 부터 12月까지 一件의 法律을 制定하지 않고 40 件의 緊急命令이 發布되었고 1932年 5件의 法律이 制定된데 代해서 59件의 緊急命令이 發布되어 갔다. Fromme, Von der Weimar Verfassung Zum Bonner Grundgesetz, 1962, S. 119.

26) Friedrich, Constitutional Government and Democracy, 1950, S. 596.

27) Friedrich, a. a. O., S. 28.

을 求해서 統一的으로 運用할 수 있다. 그러나 危險狀態를 州 自體가 克服할 수 없는 경우와 程度에 達하면 州警察을 直接 聯邦政府가 指揮한다. 둘째 軍事力이 警察機能을 함으로써 內亂 災害 等に 對處하게 하였다. 地域的 危險狀態의 경우 警察力의 措置로써는 不足한 경우에 聯邦政府는 聯邦參議院의 同意를 얻어 州政府로 하여금 軍隊를 警察力으로서 使用하게 하였다. 州政府의 軍隊使用으로도 危險狀態 克服에 不足한 경우에는 聯邦政府가 直接 軍隊를 警察力으로서 動員하고 指揮한다. 對內的危機狀態에서는 경찰과 군대가 一體로 警察力으로서 使用되고 그 指揮管轄은 事態에 應해서 州로부터 聯邦으로 集中한다. 對外的 危險狀態의 경우에는 警察은 軍隊의 一部로 統合되어 모든 國家的危機에 使用되는 것은 勿論이다.²⁸⁾

二) 行政權에 權力集中

非常事態 即 危機狀態를 克服하는 方法으로는 Löwenstein 은 세 가지를 들고 있다. 첫째 어떤 緊急事態에 대비해서 미리 設置되어진 憲法規定 또는 法律規定에 依해서 政府에게 例外的 全權을 賦與하는 方法(Verfassungsbestimmungen oder gesetzliche vorschriInen, die im voraus für den Fall eines Notstandes geschaffen sind, verleihen der Regierung auBerordentliche vollmachten) 과 둘째는 議會가 政府에 隨時 委任하는 全權에 依해서 危機政府가 樹立되는 경우(Die Krieseurregierung beruht auf vollmachten, Welche das Parlament ad hoe der Regierung delegiert)와 셋째는 明文의 憲法上的 授權規定이 없는 경우에 政府가 超憲法的 緊急權을 要求하고 事後에 議會에 依한 免責을 받는 方法(Bie Fehleu einer ausdrücklichen Verfassungsermächtigung nimmt die Regierung ausserkonstitutionelle Notstandsrechte für sich in Auspruch und sucht gegebenenfall später um parlamentarische Indemnität nach) 等이다.²⁹⁾ 國家緊急權의 發動形式에 對해서는 여러가지 形態가 있으나 行政府에 그 權力이 集中하고 議會制度의 本質的 機能이 停止 또는 變更되는 것이 基本的인 標識으로 認定되지만 補充法上 例外는 아니다. 補充法은 새로운 形態를 가지고 있는데 그것이 바로 議會兩院의 特別한 合同委員會이다. 合同委員會는 그 構成員의 3分の 2를 聯邦議會 議員으로 構成하고 나머지 3分の 1은 聯邦參議院 議員으로 構成된다. 獨立된 權限과 地位를 가진 機關이며 行政府에 依한 國家緊急權의 行使를 干涉하는 制度이지만 잘못하면 그 本質로 보아서 執行部獨裁의 一種의 방패 같은 役割을 할 可能性도 있다. 萬一 그렇게 되는 경우에는 議會 그 自體도 國家權力의 軍事的 統合의 한 構成要素로서 轉換될 可能性도 있는 것이다. 그러나 合同委員會는 獨立의 機關으로서 行政府와 一體가 되지 않는 경우에는 相對的으로 獨自的인 役割을 할 수가 있다. 이러한 制度를 設置한 理由는 過去의 “나치스” 獨裁가 行政府獨裁型이었다는 歷史的經驗으로부터 좀 더 執行部 獨裁를 다른 모양

28) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art 35 Abs 2, 3, Rndn, 17. 20.

29) Löwenstein, K., Verfassungslehre, 1959, S. 224.

으로 正當化하고 執行部 單獨의 例外狀態를 決定하는 것 보다는 委員會型的 또는 構成이 議員으로 되어 있는 第三者的 機關에 依해서 決定짓는 것이 더 民主的이라는 配慮에서 나온 것 이라고 볼 수 있다. 行政權에로의 權力集中은 첫째 對內的 危機狀態에 있어서 이미 말한 바 와 같이 警察과 軍隊를 統合해서 指揮할 權限이 부여되며 그것이 典型的으로 나타나고 있는 경우가 對外的 危機狀態이다. 이 危機狀態의 確認은 우선 聯邦議會가 聯邦參議院의 同意를 얻어서 行하지만 그 宣言의 提案權은 聯邦政府만이 가지고 있다. 그러나 即時의 行動이 必要 할 만큼 事態가 切迫해 있고 議會 召集이 困難하든가 議會가 議決能力을 가질 수 없는 경우에는 合同委員會가 이 確認을 하게 되어있다. 宣言은 大統領이 行하고 그後 大統領은 聯邦議會 또는 合同委員會의 同意를 얻어 國際法上的 戰爭宣言을 한다. 對外的 危機狀態가 公布되면 軍隊의 統帥權을 聯邦首相에게 移讓된다.³⁰⁾ 이 危機狀態의 存續 中에는 外觀上 合同委員會의 獨裁制가 成立한다. 立法權은 合同委員會로 移讓되며 合同委員會는 議會에 依해서 法律 制定 權이 一般的으로 授權되지만 그 限界는 基本法의 改正을 할 수 없고 國家主權을 國際機構에 委託하는 權限(基本法 24條 1項 29條)이 없다는 點이다. 合同委員會는 議會가 開會하지 못하는 경우에는 聯邦議會와 聯邦參議院의 地位를 代位한다. 議會는 全面的으로 停止되고 聯邦政府는 合同委員會의 法律에 依해서 法規命令을 制定할 수 있다. 이러한 危機狀態는 西獨의 聯邦 制를 事實上 消滅시키게 된다. 對內的 危機狀態에서는 州政府의 管轄에 屬하고 있는 警察權이 聯邦政府에 移讓되고 聯邦政府는 軍隊를 州에 出動시킬 수 있고 對外的 危機狀態에 있어서는 聯邦政府는 軍隊를 警察力으로 使用할 수 있을 뿐만 아니라 州政府에 直接 指示를 한다 든가 또 指示權限을 州政府의 特定한 member 에게 委託할 수도 있다. 또 州에만 屬하는 立法 事項을 聯邦은 州와 競合해서 獨自의 立法權을 行使할 수 있다. 이러한 聯邦에로의 權力 集中은 聯邦制의 原則을 喪失시킬 수도 있는 것이다. “나치스” 政府가 授權法을 制定한 直後 第一均制化法(1933年 3月 31日)을 制定하고 州政府에 立法權을 移讓시키고 다음 第二均制化法(代官法)은 州를 Reich 政府下에 隸屬시키고 最後에 Reich 改造法에 依해서 明文으로 州의 主權을 否定하고 그러므로 聯邦制自體가 消滅하고 말았다. 이와 같이 基本法補充法에 依한 聯邦 에로의 權力集中은 이러한 聯邦制의 機能을 마비시킬 可能性도 있을 수 있다. 그리고 對外的 危機狀態의 경우에는 基本法 第8章과 第106條 및 第115條에 規定되어 있는 財政制度가 聯邦 法律에 依해 停止되고 또 州의 財政權은 聯邦의 規制에 屬하게 되고 聯邦法律은 合同委員會가 制定하는 경우에 있어서의 法律도 包含하고 있으므로 現實의 聯邦政府가 西獨의 全體의 財政權을 거의 獨占하게 되는 것이다. 다음에 憲法을 지키는 聯邦憲法裁判所法도 合同委 員會의 法律에 依해서 一定한 範圍內에서 改正할 수 있으므로 聯邦憲法裁判所法의 改正은 경 우에 따라서는 憲法改正과 비슷한 結果를 가져올 수도 있는 것이다.

30) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art, 115b, Rndn 7, 9

ㄹ) 基本權의 停止

非常事態法의 特質을 나타내는 重要한 標識은 基本權의 停止 또는 制限이라고 볼 수 있다. 基本權의 停止를 수반하지 않은 非常事態法은 存在할 수가 없다. 非常事態法은 基本權의 停止制度에 依해서 直接的인 影響을 國民에게 주는 것이다. 補充法은 세 가지 段階로 나누어서 基本權의 制限 내지 停止를 明文으로 規定하고 있다. 첫째 防衛準備의 狀態이다. 即 平時의 狀態에 있어서도 이미 法律 또는 命令에 依해서 防衛의 目的을 爲해서 職業選擇 勞動의 場所의 選擇의 自由(基本法 12條)가 制限될 수가 있다. 그러므로 防衛準備를 爲해서 不可缺하다고 聯邦政府가 確認을 하면 合同委員會의 同意를 얻어서 防衛目的이라는 理由와 條件만으로서 行政部 主導下에 第12條의 基本權이 制限될 수 있다는 것은 危險狀態가 存在하지 않는 平時에 있어서도 戰爭目的을 爲한다는 條件에서 勞動力의 國家的支配가 可能하게 되는 것이다. 即 戰爭目的의 遂行을 爲해서 國民을 總動員할 수 있는 權力行使가 平時에도 可能하다는 것이다. 이러한 基本權의 制限은 當然히 女子들에게도 適用되어진다. 本來 勞動力의 配分과 統制를 自由스럽게 하지 못하는 경우에는 戰爭準備가 거의 不可能하기 때문이다. 그리고 18歲 以上の 男子에게는 防衛勤務에 임할 義務를 課할 수가 있고 女子들은 代替勤務에 임한다. 둘째는 對內的 危險狀態의 경우에는 居住移轉의 自由(基本法 11條)가 制限된다. 그러나 補充法은 이 危險狀態에 있어서의 그 制限을 基本法 第9條 3項의 結社(勞動組合)의 勞動爭議에는 適用하지 않는다고 定하고 있다. 이 規定은 그 當時 與黨이었던 CDU(基民黨)가 野黨(現在는 與黨)에 對한 政策의 判斷과 勞動者들의 非常事態法 反對運動에 對한 하나의 政策의인 것이라고도 볼 수 있다. 그러나 이러한 適用除外規定은 現實的으로는 별로 意味가 없는 것이다. 그 理由는 刑法上 또는 結社法上 結社一般이 內亂罪 等으로서 處罰을 받을 수 있기 때문이다. 셋째로는 對外的 危險狀態의 경우 財產權 保障(基本法 14條 3項 2段)의 停止, 모든 自由의 剝奪의 裁判統制에 關한 基本法上的 確認(104條 2項 3項)의 否定이 豫定되어져 있다. 財產權은 補償없이 收用되고 軍事的으로 徵發되게 되는 것이다. 다음은 1950年の 歐羅巴 人權協約(佛, 瑞西를 除外하고 16個國 參加) 第15條의 緊急事態規制와의 關係가 問題가 된다. 第15條는 戰爭 또는 條約當事國의 生活을 위협하는. 其他의 公의 緊急狀態의 경우 當事國은 人權協約에서 保障하는 人權을 一定한 範圍內에서 無效로 하는 權限을 가지고 있다. 西獨은 52年에 人權協約을 國內法의 構成部分으로 하였다. 人權協約上的 非常事態規制는 國際的인 水準에서 參加國에 人權停止의 權限을 付與하고 있다. 「基本法 補充法」에 있어서의 人權의 停止 等の 措置는 人權協約 第15條를 國內的으로 具體化하고 그리고 한층 더 擴大하는 措置라고 볼 수 있다. 人權協約 第15條는 北大西洋條約體制에 對應하는 措置이기도 하다. 補充法은 以上과 같은 基本權 制限과 停止를 定하고 있지만 防衛準備狀態로부터 戰爭狀態까지 段階的인 相違는 多少 있지만 基

本權의 制限 또는 停止는 위에서指摘한 範圍에 限하는 것이 아니라 言論 出版 集會의 自由, 信書 電信의 秘密 等 緊急法에 依해서 制限될 수가 있다. 그리고 補充法이 職業選擇의 自由, 居住移轉의 自由를 制限하는 것은 總動員體制를 準備하고 確立하는데 必要不可缺하기 때문이다. 攻擊兵器에 依해서 市民을 위태롭게 하는 危險 및 損害를 克服하기 爲해서(防護法 1條) 또는 市民의 配慮 또는 防護하기 爲해서(물保全法 1條), 防衛目的을 爲해서(交通法 1條), 必要한 防衛準備 또는 市民 防護를 爲해서(防衛準備狀態) 이러한 基本權은 制限되기 때문에 西獨의 非常事態法은 平時로부터 總動員體制를 準備 確立하기 爲한 立法制度라고 볼 수 있고 基本權制限은 이것을 證明해 주는 것이다.

ㄱ) 抵抗權의 問題

補充法에 依해서 國家緊急權의 體系가 創設되었을 뿐만 아니라 基本法 第20條 4項에 依해서 「이 秩序(憲法的秩序)를 排除하려고 하는 누구에 對해서도 모든 獨逸人은 다른 手段이 可能하지 않는限 抵抗權을 가진다」라는 抵抗權 條項이 規定되어 있다. 二次大戰後 獨逸國民은 第3帝國으로 解放되어 몇 개의 州憲法에 抵抗權을 規範으로써 表現하게 되었다. Hessen 州 憲法(1946. 12. 1) 第147條, Bremen 憲法(1947. 10. 21) 第19條 等은 Fasisum 支配의 體驗로부터 出發해서 基本權과 人權을 위협하게 하는 違憲의 國家權力과 그 行使에 對해서 國民에게 抵抗權을 부여하고 있는 것이다. 그러나 聯邦의 憲法인 基本法의 制定過程에서는 抵抗權 條項을 設置할 것인가 아니할 것인가가 論議되었지만 結果는 基本法 制定者들은 抵抗權 條項을 두지 않았다. 緊急事態憲法 制定過程에서 抵抗權의 規範化的 構想이 SPD(社會民主黨)로부터 發案되어졌다. 1968年 1月 若干의 SPD 議員들은 緊急事態憲法 67年草案 修正案에 있어서 基本法 第18條 1項에 抵抗權 條項을 넣도록 豫定되어져 있었다. 또 CDU=CSU 와 SPD 와의 聯立會談 때 68年 3月 6日 基本法 第19條a로서 抵抗權 條項을 定할 것에 對한 意見이 一致하였다. (聯邦 또는 州의 自由民主的 基本秩序에 對해서 急迫한 危險이 생긴 경우에 特히 違憲의 公權力이 行使되어진 公權力이 있는 경우 個人 또는 他人과 共同해서 이러한 危險에 대해서 抵抗한다는 것은 各人の 權利이고 義務이다.) 前者의 抵抗權 條項案은 하여간 「違憲의 公權力」이라는 抵抗權의 標識을 具備하고 있었지만 後者는 內亂條項 即 市民에 對한 市民의 抵抗이라는 標識을 包含하고 있었다. 前者의 修正案 提出者인 SPD 議員들은 5月 2日 「違憲의 公權力에 對한 防禦權」으로서 把握한 案(權限의 濫用 또는 州의 憲法機關이 그 法律上的 任務의 履行을 阻止하려고 한 경우, 또는 自由·民主的 基本秩序가 排除된 경우 모든 獨逸人은 法을 파괴한 者에 對해서 抵抗權이 있다.)을 聯邦議會法務委員會에 提出했지만 이것은 否決되고 結局 現在의 基本法 第20條 4項의 抵抗權 條項이 制定된 것이다. Kempen 은 直接 倫理的 正當性의 思想에 根源을 둔 個人의 法的 確信에 立脚한 抵抗權과 國民主權原理에 由來하는 民主的으로 正當化

되어 限定되어진 國民의 抵抗權과를 識別한 後에 第20條 4項의 抵抗權을 하나의 政治的 基本權으로서 後者의 類型에 包含시키고 있다.³¹⁾

h) 國家緊急權과 核戰爭體制

非常事態法은 總動員體制와 이것을 可能하게 하고 여기에 對處하는 하나의 裝置를 創設하는 法體系라고 볼 수가 있다. 그러므로 憲法上의 人權保障, 民主的 統治構造上 非上事態에 對備하기 爲해서는 止揚되어지고 그 結果 憲法停止가 行하여진다. 平時로부터 準備되어지는 總動員體制는 例를 들면 이미 指摘한 바와 같이 7個의 緊急法이다. 其中的 하나인 「自主防護法」 第1條 1項은 住居 또는 財産을 所有하는 者 또는 法人에 對해서 「攻擊兵器」의 影響으로부터 自主防護를 하여야 하는 義務를 負擔시키고 있다. 여기서 말하는 攻擊兵器라는 것은 「市民의 自主防護는 原子兵器의 使用의 경우에 市民保護의 中核이라고 보아야만 한다」(市民防衛法)라고 한다면 當然한 之事로서 攻擊兵器의 概念에는 核兵器 等の 現代型兵器도 包含되고 오히려 이러한 兵器가 重點이 되어 있다고 볼 수 있다. 事實, 自主防護法 第6條는 「自主防護義務者는 放射性的 降水의 影響 및 化學的 戰鬪物質 및 生物兵器에 對한 防禦裝置를 所有한다……」라는 것을 認定하고 있다. 放射能 化學 生物兵器가 使用되는 경우가 豫想되어져 있고 여기에 對處하기 爲해서 自主防護法은 거의 모든 獨逸人에게 防護義務를 負擔시키고 있고 그리고 防護對象은 人間의 身體뿐만 아니라 住居 企業 運輸 警察 其他 官廳 等に 波及되어 있다. 自主防護를 하기 爲해서 聯邦과 州는 그 管轄下에서 「市民防護團」을 設置한다. 特히 內務大臣의 命令에 依해서 人身의 自由(基本法 2條 2項後段)과 住居의 不可侵權(基本法 13條)은 制限된다. 自主防護法은 市民의 모든 防衛目的을 爲한 勤務와 體制를 創設하는 基本立法이고 防護建築法 물保全法 防護團法 等은 그것에 對한 補充의 立法이다. 自主防護法에서 보는 바와 같이 이러한 緊急法은 모두 基本法 補充法에 先行해서 核戰爭에 對處하기 爲한 總動員 立法이다. 그리고 이러한 緊急法은 危險狀態에서의 機能을 豫定하고 있는 것은 勿論이지만 이미 現實로 實施되고 있는 것이다. 防護團法은 一種의 民兵部隊設置法의 意味를 가지고 있고 防護團은 軍隊의 階級과 比較할 수 있는 等級을 가지고 있다. 危險狀態에서는 警察과 軍隊의 補助의 役割을 하게 되는 것이다. 故로 總動員體制는 核戰爭用의 動員體制라고도 볼 수 있다.

人) 基本法과 治安國家

西獨의 基本法은 本來的으로 治安國家의 plan 을 內包하고 있었다. 治安國家를 確立해 은 法制上의 出發點은 基本法上 主로 3개의 規定으로 表現되고 있다. 첫째는 第9條 2項의 「結社禁止條項」(目的 또는 活動이 刑罰法規에 違反하고 憲法秩序 또는 國際的 協調의 思想에 對向하는 回體는

31) Kempen, O.E., Widerstandsrecht, in: Kritik der Notstandsgesetz., S. 65.

禁止되어진다), 둘째는 第21條 2項의 「政黨條項」(그 目的 또는 그 黨員의 行動에 依해서 自由民主의 基本秩序를 侵害 또는 廢除하고 獨逸聯邦共和國의 存立을 위태롭게 하려고 하는 政黨은 反憲의 이다. 違憲法의 問題에 關해서는 聯邦憲法裁判所가 決定한다)이고 셋째로는 第18條의 「基本權 喪失條項」(自由民主의 基本秩序에 對해서 攻擊하기 爲해서 言論의 自由, 集合의 自由, 活動의 自由, 信書 郵便 및 電信의 秘密 所有權 또는 亡命者 保護權을 濫用하는 者는 이러한 基本權을 喪失한다. 喪失과 그 程度는 聯邦憲法裁判所에 依해서 宣告된다)이다. 이러한 3條項에 表現되어진 憲法制度는 西獨에 있어서의 憲法의 全構造 特히 基本權 保障에 關한 것으로 特徵지워질 수 있는 重要한 要素이다. 그러므로 支配의 秩序를 積極的으로 憲法에 依해서 保護하는 制度라고 볼 수 있다. 憲法 保護와 國家의 保護와를 概念上 區別해 본다 하더라도 憲法 保護에 있어서의 保護法益이 實質的 意味의 憲法이고 憲法保護를 「政治的 敵對者와 그 攻擊과 努力에 對해서 憲法秩序의 維持와 保護를 爲해서 約割하는 法的 諸制度의 總和이다」라고 보고 그 核心을 不確定 「自由民主의 秩序」에 두고 있으므로 憲法保障은 國家의 政治的 支配의 保護가 될 수 있는 것이다. 이러한 條項은 그러나 國家의 保護라는 表現을 하는 것이 아니라 「憲法的 秩序」(9條) 「自由·民主의 基本秩序」라는 概念으로 保護되어지는 對象 即 憲法上的 保護의 客體를 表示하고 있다. 第9條의 憲法的 秩序를 Hesse 는 「憲法에 適合한 法秩序가 아니라 一般的으로 憲法的 秩序를 意味한다」고 말하고 있다.³²⁾ 그리고 「自由·民主의 基本秩序」는 聯邦憲法裁判所의 判例에 明示되어 있다.³³⁾ 그것에 依하면 ① 基本法에서 具體化되어져 있는 人權의 尊重, 人格權 ② 國民主權 ③ 權力分立 ④ 政府의 議會에 對한 責任 ⑤ 法律에 依한 行政 ⑥ 裁判所의 獨立 ⑦ 多數政黨制의 原理 ⑧ 모든 政黨의 機會均等이다. 이러한 3個의 憲法規定은 現實의 西獨에 있어서의 憲法過程을 歷史的으로 보면 모든 治安國家의 立法의 不可缺한 基礎 — 正當性과 合法性의 根據가 되어있는 것이다. Adenauer 政府는 憲法保護를 目的으로 해서 民主 團體 또는 政黨에 對해서 情報活動을 警察에 授權하였다. 憲法保護法(1950年)을 制定하고 1951年 刑法改正을 實現시켰다. 이 改正刑法에 第2篇 第2章 「國家를 위태롭게 하는 罪」(88條—99條)가 새로 刑法上的 犯罪로 되어 國家機密을 中心으로 하는 憲法秩序의 變更 등을 意圖하는 內亂에 對해서도 새로운 編成이 行하여졌다. 이 改正에 依해서 獨逸刑法은 一定한 行爲類型 또는 意圖를 가진 行爲를 政治的 觀點으로부터 犯罪으로서 處罰하는 規定을 刑法에 두었다. 그 後 西獨은 徵兵法를 制定하였다. 그러나 結社禁止條項을 基礎로 해서 1964年에 西獨은 結社法을 制定하게 되었다. 結社法은 刑法이 結社의 活動을 事後的으로 刑罰으로써 處理하는데 對해서 裁判을 거치지 않고 行政上으로 結社의 活動統制, 禁止 등을 可能케 하는 立法인 것이다. 結社法에 依하면 「結社」란 定義規定에 依하면 議會 內閣 등의 最高의 國家諸機關을 除外한

32) Hesse, K., Grundzüge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 157.

33) Entscheidungen des Bundes Verfassungsgerichts, Bd 1. 1953, S. 12ff. Leibholz, G., Rinck, H.J., Grund-gesetz für die Bundesrepublik Deutschland-Komm, 1968, S. 273ff.

모든 團體이고, 株式會社이건 組合이건 間に 모든 團體를 意味한다. 聯邦州의 內務省 管轄의 警察 檢察 및 情報機關은 계속적인 情報活動을 合法的으로 行하고 內務大臣의 判斷으로 結社의 行政上의 裁制가 結社法에 依해서 可能하게 되는 것이다. 그러나 1967년에는 基本法 第21條의 「黨條項」 3項에 依해서 政黨法이 制定되고 政黨은 一般 結社와 다른 規制를 하고 政黨은 一種의 國家機關으로서 法の 範圍 속에 두어졌고 體制政黨은 國家로부터 補助金을 支出받고 完全히 政黨의 內部秩序도 規律되게 되었다.

3. 結 語

緊急權의 制度化의 要請은 여러가지로 說明할 수 있지만 規範의인 것이 現實的인 問題를 解決해주지 못하는데 있다. 緊急權은 國家가 存亡의 危機에 直面해 있다는 것에 依해서 正當化되어졌다. 憲法은 貧富의 懸隔을 메울 수는 없다. 憲法은 衣食住 教育 等の 必要한 最低限度의 生活必需品을 供給할 수는 없다. 西歐諸國家에 있어서의 福祉國家에로의 轉換은 福祉國家에 對立的인 自由主義를 基礎로 한 憲法을 通해서가 아니라 오히려 憲法에 反해서 또는 憲法外에서 行하여져 왔던 것이다.³⁴⁾ 國家理由의 優位를 表現하는 緊急權의 現代的 展開가 現代憲法의 歷史的 客觀的 認識으로부터 본다면 資本主義國家의 慢性的 危機에 依해서 規定되어지는 現代立憲國家의 不可避한 傾向이라고 볼 수 있고 緊急權規制가 憲法體系에 廣範하게 取扱되게 된 原因은 資本主義의 全般的 危機의 深化, 國內의 政治的 社會 經濟的 不安定 속에 政治權力 自體의 恒常的 危機에 直面하고 있다. 이러한 危機에 對處하기 爲해서 憲法의 規範的 安全性和 價値를 脆弱하게 하고 경우에 따라서는 廢棄까지 하는 典型的 要素인 非常事態措置가 憲法의 構成部分이 되고 이 現代 立憲主義憲法의 病理現象은 「常態」로 되어 있는 것이다. Weimar 共和國은 初期의 混亂期에는 第48條는 危機狀況에 대해서 國內不穩의 鎮壓을 爲해서 帝國憲法에 있어서의 戒嚴이 適用된 것과 같이 使用되었다. 第48條의 緊急權은 憲法의 意圖에 反해서 政府에 依해서 다가온 社會經濟的 諸問題(財政, 失業, 勞動)를 解決하기 위한 手段으로 轉換되었다.³⁵⁾ 特히 現在의 緊急權의 展開方向을 暗示하는 것은 첫째 1958年의 佛蘭西 第5共和國 憲法, 다음으로 Bonn 基本法의 方向이라고 볼 수 있다. 佛蘭西 第4共和國 憲法은 “알제리아” 問題로부터 일어난 國家의 危機에 對한 對策으로 54年 12月 7日의 憲法律 第7條 2項의 合圍狀態(état de Siége Politique), 55年 처음으로 設置된 危險狀態(état d’urgence)의 制度에 依해서 이미 脆弱되어져 있었지만 “드골” 憲法은 第16條(共和國의 制度, 國家의 獨立, 領土의 安全 또는 國際條約의 執行이 重大하고 直接的인 위협에 直面한 경우 憲法을 定한 公權力의 正常한 運營이 阻害되는 경우에는 大統領은 狀況에 따라서 必要한 措置를 取한다.)에 大統領에게 廣範

34) Löwenstein, K., Verfassungslehre, S, 164.

35) Löwenstein, K., a. a. O., S. 164.

圍한 授權을 許容하고 있다. 主權的 獨裁權인 第16條를 適用해야 할 狀況의 宣言이 일단 行하여지면 憲法委員會도 議會도 如何한 法的 統制手段을 갖지 않은 獨裁權이다. 이 獨裁權은 憲法制度라는 意味에서 憲法內部에 그 機能에 있어서 憲法外的으로 存在하는 緊急權이다. 이 制度는 佛蘭西에 있어서 強力한 革新勢力을 反映하는 강한 議會로부터 執行部가 獨立하는 要請을 “카리스마”的 大統領制의 依해서 實現하고 있고 62年の 大統領 直接選舉制에 依해서 더욱 더 이 傾向을 促進시켰다. 이러한 緊急權의 展開方向을 “드골”型이라고 規定할 수가 있을 것이다.³⁶⁾ 西獨은 EDC 條約에 依한 再軍備로 基本法の 改正을 하고 55年부터 緊急權의 要請이 提示되고 60年, 62年에 組織的인 緊急事態法の 試圖가 行하여졌다. 西獨型의 措置는 佛蘭西型과는 달리 議會에 強力한 關與를 認定하고 말하자면 緊急權을 議會와 執行部가 共同해서 行하는 形態를 取하고 있다.

이상 보아온 바와 같이 西獨의 緊急權 規制와 같이 보다 더 廣範하고 用意周到하게 意圖된 緊急權의 憲法的 規制는 憲法史上 그 由來를 볼 수가 없을 것이다.

36) 5共和國憲法の 特徵은 Sattler, A., Die Verfassung des 5. Republik und das Parlamentarische Regierungssystem, in: Archiv des öffentlichen Rechts, B. 87. S. 335f.

Das Bonner Grundgesetz und das staatsrecht

Bae, Jun-sang

Zusammenfassung

Die sog. Notstandsverfassung verdankt ihre Entstehung der Tatsache, daß das GG nach der Überzeugung der CDU/CSU und von einem bestimmten Zeitpunkt an auch der SPD keine ausreichenden Verkehrungen getroffen hatte, um echten politischen Katastrophen wie einem Angriffskrieg von außen, Aufständen im staatsinnern, aber auch nur großen Naturkatastrophen in verfassungsrechtliche unbedenklicher Weise Herr werden zu kommen. In der Tat hatte der parlamentarische Rat aus naheliegenden Gründen auf die Übernahme einer Notstandsvorschrift von der Art des Art 48 Weim. Verf. verzichtet, sich gleichzeitig aber auch nicht der schwierigen Aufgabe der Formulierung eines differenzierten und damit gegenüber missbräuchen weniger anfälligen Notstandsrechtes unterzogen. Das GG enthielt damit, jedenfalls nach Auffassung weiterer Kreise und insbesondere der Parteien der großen Koalition, eine empfindliche Lucke, die durch die Novelle vom 24.6. 1968 nach jahrelanger Diskussion und unter krisenartigen Begleiterscheinungen geschlossen wurde. Umstritten war zunächst, ob eine Notstandsverfassung überhaupt erforderlich war oder ob man diejenigen Gefahren und Probleme, die man mit ihr bewältigen wollte, inneren Notstandes, als deren Schutzgut sich in zunehmender Masse die freiheitlich-demokratische Grundordnung heranstellte. Deshalb eine Einseitigkeit der gegenwertigen, als spätkapitalistisch bezeichneten Gesellschafts- und Wirtschaftsverfassung verfolgt um das Ergebnis zusammenzufassen: Die Krisenregierung, auf welcher rechtlichen Grundlage auch immer beruhend, ist eine schwere Beeinträchtigung des Normalablaufs des politischen Prozesses und setzt, je nach ihrer Ausgestaltung, das Funktionieren der normalen Interorgan-Kontrollen zugunsten des exekutiven und zu Lasten des legislativen Machtträgers außer Kraft. Da aber die Krisensituation in der Welt aller Voraussicht nach von Dauer sein wird, wird die konstitutionelle Demokratie sich mit der Krisenregierung abfinden müssen.