

大韓民国憲法上の国家緊急権制度

方 勝 柱*

I. はじめに

国家緊急権とは天災地変や内乱、又は外患などにより、国家が危機に瀕した際、通常の法的手続きによってはこのような危機を克服することが難しい場合、非常状況に備えた特別な憲法上の手続きを通じてそのような危機状況を克服するために設けた憲法保護制度である。

大韓民国憲法には、国家の緊急状況に備えるための制度として緊急財政・経済処分・命令制度および緊急命令制度、そして戒厳制度がある。

つまり、国家が内憂、外患、天災、地変又は重大な財政・経済上の危機に瀕した場合、大統領は緊急財政・経済命令を発することができる（緊急財政経済命令制度：憲法第76条第1項）。また、大統領は国家の安危にかかわる重大な交戦状態においては、国家を保衛するために緊急措置が必要となり、かつ、国会の召集が不可能なときに限り、法律の効力を有する命令を発することができる（緊急命令制度：第76条第1項、第2項）。

さらに大統領は戦時、事変、あるいはこれに準ずる国家非常事態において兵力をもってこれに対処する必要がある場合に戒厳を宣布することができる。戒厳には非常戒厳と警備戒厳があり、非常戒厳が宣布された場合には法律が定めるところにより、令状制度、言論・出版・集会・結社の自由、政府や法院（裁判所）の権限に関する特別措置を取ることができる（戒厳制度：第77条）。

戒厳に関しては戒厳法が別途設けられており、この戒厳法で戒厳について詳細に定めている。しかし、戒厳法は1949年11月24日に制定され、全斗煥（チョン・ドゥファン）氏が率いた新軍部によって1980年5月17日に非常戒厳措置が取られた後、1981年4月17日に全面改正されて以来、これまでこれといった内容上の変更なしに維持されていることから、その改正の必要性が提起されている¹⁾。

以下では、国家緊急権をめぐる憲法理論的な問題について述べた後、特に憲法上の戒厳制度と具体的な立法として戒厳法の内容、並びにその改善方向について考察してみる。その後、最近憲法裁判所に係留中である維新体制時代の緊急措置に対する憲法訴願事件に対して簡略に述べ、大

編集部注* 漢陽大学校法学専門大学院教授、法学博士 本稿は2011年10月18日に開催された関西大学漢陽大学第12回シンポジウムの報告原稿に、加筆修正したものである。

1) これに関しては、朴鍾普／李李仁皓／方勝柱、戒厳法改正方案研究、合同参謀本部研究用役報告書、2005.11。

韓民国憲法上の国家緊急権制度をめぐる最近の問題について簡単に紹介したい。

II. 国家緊急権と法

1. 国家緊急権の必要性又は正当化

戒厳は国家緊急権の一種である。戒厳が国家緊急権制度に占める位置を理解するためには、国家緊急権制度に対する理解が先行されなければならない。

国家緊急権は、「緊急事態 (Notstand)」を前提とする。このような緊急事態はまず、一般的な法秩序においても認められている。つまり、一定の緊急状況又は特定の法益に対する危険の状態が発生する場合にはこのような危険を除去するため、その自体を見る限りでは違法である行為がそれぞれ詳細に定められている前提では許容され、又はせいぜい免責されるといった規定がそれである(刑法上の様々な違法性阻却自由、又は正当化事由などをその例として挙げられる)。このような構成要件は原則として個人的行為と関わり、また個人の法益に対する危険の場合は正当性と関連する。このような構成要件は法秩序を特徴付けている法益衡量の表れだと言えるだろう。しかし、刑法においても司法においてもこのような構成要件が究極的な規定であると言えるのか、それとも実証法を超えるような緊急状況によってその構成要件に対する補充が認められるのかという問題が提起されている。これと同様に、国家緊急権と関連しては国家緊急権に関する実証法的規定にもかかわらず、超実証主義的な国家緊急権が認められるかどうかという問題が提起されるのである。ここで重要なのは、緊急状況においては国家の法秩序が一定の行為方式に対して正当化し、又は免責を許容する規定を必要とすることである。なぜならば、このような方法を通じてのみ、より優位の法益が保護されるためである²⁾。

ひいて、国内法秩序を超えて国際法も個別国家に対して正当化事由を認めている。UN 憲章第2条第4号の武力使用禁止規定にもかかわらず、国際法は武力侵攻の場合にすべての国に対して自衛権を保障しており、これを基本権又は自然権として認めている。国際法の理論と実務における概念に対する解釈は互いに異なるものであるが、決定的なのは国際法はその成立以来、個別国家に対して極端的な緊急状況、特に自己保存 (Selbsterhaltung) の必要性をその国の正当化事由や免責事由として認めているという点だ³⁾。国際司法裁判所は自己保存の事由を常に厳しく解釈してきた。しかし、自己保存、生存への脅威、そして継続的生存は、ある国がこのような法益を守るために綿密な価値衡量のうち現存する実証法的義務を満たしていない場合にも正当化事由や免責事由として適用された。

要するに、緊急事態に際しては、国内法秩序では個人に、そして国際法秩序では個別国家に対して原則的に認められた一つの「一般的な法原則」が適用されている⁴⁾。議論となっているのはこ

2) 以下は、主に、Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd II, München 1980, S. 1289 f. 参照。

3) Klaus Stern, aaO, S. 1290 f.

4) Klaus Stern, aaO, S. 1291 f.

のような原則ではなく、それから導出される具体的かつ個別的な結論である。

このような原則を考慮する際、緊急状況が国内における国家の行為にどれくらいの影響を与えることができるのか、特に国が緊急状況を克服するために正常な法規制からどれくらい外れることができるのかが問題となっている。このように緊急状況において非常的危機を克服するための国家の非常的権限（(das äußerste Recht)をいわゆる「国家緊急権（“ius extremae necessitatis”, “ius (imperium) eminens”: Staatsnotrecht)」という⁵⁾。

2. 国家緊急権の憲法化傾向

1848年以前のいくつかの憲法典はこのような国家緊急権を当然のものとし、王のこのような国家緊急権について明示的に言及する必要はないと考えていたが、このような傾向は1848年以来に変更した。つまり、この時から非常的権限は戦争や内乱の場合にのみ、1830年8月14日のフランス立憲主義憲法のモデルに従って、又はいわゆる「martial law」により行使することができるようになった。1850年プロイセン憲法第111条のように、ドイツ帝国も大同小異で、このような「martial law」の内容を採用した。1849年3月28日のドイツ帝国憲法案第197条⁶⁾はより多くの制限を設けていた。

国家緊急権はこのように、いわゆる「憲法化」され、国家緊急権の行使は一定の要件によって制限された。これを、「戦争事態」又は「非常事態」（1852. 8. 17. Waldeck 憲法第96条、1867. 12. 21. オーストリア憲法第20条）、もしくは「軍事的又は政治的包囲事態（(Belagerungszustand)）」と呼んだ⁷⁾。

このように、国家緊急権が憲法化されたにもかかわらず、緊急権を使用できる権限が憲法によって国に与えられるのではなく、国がこれを事実上 (ipso facto)、当然に持つものの、これを合憲的に行使することだけが問題になるという認識には何の変化もなかった。個人が自己保存権を持つことと同様に、すべての「組織的共同体」、そしてすべての国もこのような権利を持つ⁸⁾。

このような緊急事態に関する法理的発展からも分かるように、法秩序は早くもこのような現象に対して注目してきた。また、個人のためでも国のためでも緊急事態に関して特別な法律規定が

5) Klaus Stern, aaO, S. 1291 f.

6) 同条の内容は以下の通りである。「戦争や内乱の場合に逮捕、家宅搜索、並びに集会権に関する基本権は帝国政府や個別連邦国家政府によって地域別に、そして一時的にその効力を停止することができる。しかし、次のような条件が必要である。1. この措置はすべての個別的な場合に帝国又は個別の連邦国家の全体内閣によって発される必要がある。2. 議会が現在集会中である場合、この議会を召集して取られた措置の同意を得ず、この措置を14日間持続してはいけぬ。Klaus Stern, aaO, S. 1292f. 参照。

7) Klaus Stern, aaO, S. 1293f.。軍事的包囲事態（軍事戒厳 état de siège réel）は、包囲された要塞の司令官に対して政府の全権を与える古来の慣行によるものである。一方、政治的包囲事態（政治戒厳 état de siège politique）は非武装の民間地域が敵の侵攻又は反乱の脅威を受けている時に法によってそれを包囲されたことにみなし、政府はその地域で包囲された要塞の司令官のような権限を持つことをいう（金道昶、国家緊急権論、青雲社、1968、108頁以下）。

8) Klaus Stern, aaO, S. 1293.

必要だと考えてきた。特に、国に対する緊急事態（Notstandsfall）は19世紀が経過する過程で初めて明確な形を持つようになり、その以前は緊急事態や最も緊迫な必要がある場合には非常的措施を許容することで満足していた。しかし、国が憲法国家になればなるほど、国家緊急権（Notstandsfall）も憲法により規律する必要性がさらに高まった。その中で、そのような極端な状態のうち最優先したいのは外部（戦争）や内部（内乱、暴動）による国家存立への脅威だった⁹⁾。

今日でも多く引用されている緊急事態又は非常事態は一般的に「憲法に定められている通常的手段ではなく、例外的な手段で克服できる、国の存立や公共の安寧・秩序に対する深刻な危険」と定義することができる。このような定義は過去の緊急事態に対する説明と比較する際、部分的ではより狭く、また部分的ではより広い¹⁰⁾。なぜならば、このような定義は一方では緊急事態を保護対象と関連して具体化しており、他方では緊急事態を戦争や内乱の場合に限ることをあきらめているからである。但し、非常の緊急権は正確に確定されていないものの、依然として認められている¹¹⁾。

Stern氏はこのような定義による緊急事態が国の緊急事態の事例を包括する究極の概念であるか、すなわち、このような緊急事態以外に「当然な」または「自然法的な」緊急権がもう認められる余地はないのか、そして緊急事態の場合に純粋な権利保護国家から産業社会における生存配慮国家もしくは社会国家に転換される過程で生じる要件も含むことができるかという問題を提起している¹²⁾。

今日、憲法的に正立された自由民主的、社会的法治国家においてこのような問題提起は重要である。そして、前述した緊急事態の定義は様々な緊急事態の現象をおおまかに述べることには十分であるかも知れないが、いつ非正常な状況が存在し、いかなる手段でこれに対処できるかについて確定する場合には不十分であることが分かる。すなわち、現代国家においても緊急事態は避けられず、また国と国民に対する危険の状態は常に伴うわけであるため、このような緊急状況は流動的な状態にあってはいけない。さらに、これに対して対処すべき機関の権限と手段を不明確なままにしてはいけない。国家権力を国民の自由と安全のために憲法的秩序に拘束するのがまさに憲法国家の証であり、これは緊急事態と例外的な緊急権限に対してもさらに強力に適用されるのである。結局、Stern氏がこの結論を下しているように、緊急事態はこの要件、そしてこれを克服できる手段によって把握することができると思う¹³⁾。

3. 国家緊急権に対する法的規律の必要性

欧米諸国では伝統的に「必要は法を知らない（Not kennt kein Gebot）」ということわざにより、不文法的に国家緊急権が認められてきた。しかし、「必要は法を知らない」ということわざを法的

9) Klaus Stern, aaO, S. 1294.

10) Klaus Stern, aaO, S. 1294; Konrad Hesse 著／桂禧悦 翻訳、統一独逸憲法原論、博英社、2001、428頁。

11) Klaus Stern, aaO, S. 1295.

12) Klaus Stern, aaO, S. 1295.

13) Klaus Stern, aaO, S. 1295.

な規律としてみなすことは緊急事態を法的に克服しようとするのと正反対の態度であろう。なぜならば、このような言葉には法に内在している規律機能と限界設定機能が欠けているからである。従って、緊急事態を法的に把握するとともに、規律する必要性はかなり初期から認められてきた。特にこの場合では、緊急状況を克服するために与えられる非常大権の乱用の危険を法的規律として制限しようとするのが鍵となったのである¹⁴⁾。

このような乱用の危険を防ぐための方法として、最初から国家緊急権を全く定めないという立法態度が挙げられる。しかし、この場合には正常な憲法状況においては国家緊急権が乱用される恐れがないものの、いざと緊急事態が発生した場合には緊急権限の主体が行使できる権限について何の法的根拠や基準がないため、超憲法的又は不文の緊急権を行使せざるを得ず、結局は緊急権をさらに乱用するようになるという問題がある¹⁵⁾。

国家緊急権に関する規定がない場合に、このような緊急事態を解決しなければならない不可避性により、次のような2つの状況が考えられる。

第1に、法規定の瑕疵を認める場合だ。法規定の瑕疵はある法的問題が提起されたものの、立法者が意図的にそれに対して答えない場合である。米国のように、大統領に司令官としての地位が与えられたとみなし、彼にいわゆる「内在的権限 (implied and inherent powers)」を根拠に緊急事態克服に向けた全権を与える場合がその例である¹⁶⁾。

第2に、超憲法的権限 (extrakonstitutionelle Befugnisse) を援用する場合である。緊急事態を克服するための権限は実質的権限が最も大きい者、又はこのような緊急事態を最もよく克服できる者に与えられる。状況に対する支配者としての彼は権限に対する支配者になる場合もあるが、彼は自分の権力に対して自ら限界を決めなければならない独裁者に他ならない。その結果は法治国家の解体をもたらし、国民の自由に対して極度の危害を与えるという点は火を見るよりも明らかである。従って、憲法に緊急事態に関する規定が「排除」された場合には無制約的な非常的権力を他にどうやって制限するかという問題が存在する。結局、このように国家緊急権を憲法から排除する場合は乱用の危険がさらに大きくなるため、不文の緊急権を援用するのは乱用を防止するための解決策になり得ない¹⁷⁾。

従って、緊急事態の克服はこのような規定の瑕疵や超憲法的な国家緊急権の領域から脱し、法制度として憲法に編入すれば、最も効率よく解決できると思う。

大韓民国憲法も国家緊急事態に対する規律の必要性を認識し、制憲憲法以来に国家緊急権に関する規定を設けており、戒厳制度は伝統的に戦争や内乱による国家緊急事態に対処するための制度として国家緊急権の中核となる制度だと言える。

但し、この戒厳はフランスの戒厳制度から由来し、過去の立憲主義の初期に戦争法として伝統的な戦争状態や包囲状態を前提とした国家緊急権制度だったという点から、戦争の様相や形態が

14) Klaus Stern, aaO, S. 1296.

15) これに関する詳細は、桂禧悦、「西獨의 国家緊急事態法」、高麗大学校法学研究所、法学論集第23集(1985)、313頁。

16) Klaus Stern, aaO, S. 1299.

17) Klaus Stern, aaO, S. 1301.

過去に比べてかなり異なる今日にもそのまま適用できるかどうかという問題が提起されている。これと関連し、ドイツが明示的に過去の包囲事態（Belagerungszustand）制度をあきらめ、様々な国家緊急事態の段階を区分し、それによる緊急事態の確認と宣布、並びに法的効果による詳細な規律を行っているのは、緊急権の乱用を多く強いられてきた韓国の憲政史を考慮する際、示唆するところが非常に大きい。

Ⅲ. 戒厳の意義と本質

1. 戒厳の憲法的根拠

大韓民国憲法第77条第1項で、「大統領は戦時・事変又はこれに準ずる国家非常事態において兵力をもって軍事上の必要に応じ、又は公共の安寧秩序を維持する必要がある時には法律が定めるところにより、戒厳を宣布することができる」と定めている。第2項では、「戒厳は非常戒厳と警備戒厳とに分ける」とし、第3項では「非常戒厳が宣布されたときには法律が定めるところにより、令状制度、言論・出版・結社の自由、政府や法院の権限に関して特別な措置を行うことができる」と定めている。第4項では「戒厳を宣布したときには大統領は遅滞なく国会に通報しなければならない」とし、最後に第5項では「国会が在籍議員の過半数の賛成により、戒厳の解除を要求したときは、大統領はこれを解除しなければならない」と定めている。

従って、大韓民国憲法は戒厳の要件とその種類に対して概略的に定めているだけで、戒厳が何で、その具体的な法的効果が何であるかについては法律に委任している。

2. 戒厳の意義

従って、大韓民国憲法が規定している戒厳が何であるかを知るためには一応戒厳法を考慮せざるを得ない。

戒厳法は第2条第1項で、「戒厳は非常戒厳と警備戒厳とする」と定めており、第2項で「非常戒厳は大統領が戦時・事変又はこれに準ずる国家非常事態において敵と交戦状態にあり、又は社会秩序が極度に攪乱され、行政および司法機能の遂行が著しく困難な場合に軍事上の必要に応じ、又は公共の安寧秩序を維持するために宣布する」と規定している。また、第3項では「警備戒厳は大統領が戦時・事変又はこれに準ずる国家非常事態において社会秩序が攪乱され、一般の行政機関だけでは治安を確保できない場合に公共の安寧秩序を維持するために宣布する」と定めている。

大韓民国憲法と戒厳法におけるこのような規定を考慮する際、大韓民国憲法上の戒厳とは一応「戦時・事変、又はこれに準ずる国家非常事態において敵と交戦状態にあり、又は社会秩序が極度に攪乱され、行政および司法機能の遂行が著しく困難な場合に軍事上の必要に応じ、又は公共の安寧秩序を維持するために宣布する非常措置」と言えるだろう。

3. 戒厳の本質

一国が国家非常事態に瀕した際、それに対応するためには様々な方法がある。しかし、戦時や事変、その他それに準ずる国家非常事態に瀕して兵力をもって軍事上の必要に応じ、又は公共の安寧秩序を維持する必要がある時に行う非常措置が戒厳だと言える。

大韓民国憲法第77条は、「兵力として軍事上の必要に応じ、又は公共の安寧秩序を維持する必要がある時」という必要性の原則を明確にしている。従って、このような必要がないにもかかわらず、兵力を政治的目的を追求するための手段として使おうとするか、又は兵力の力ではとても克服できない事案に対し、むやみに兵力で対処しようとするのは最初から戒厳の本質に反する違憲だろう。

大韓民国憲法は様々な国家緊急権制度を設けている。一方、兵力による国家非常事態の解決可能性に関する規定を置いてあるのは非常事態を早期に收拾するとともに、正常な憲法状態に回復させるためである。従って、正常な憲法秩序下において通常の状態によって非常事態が十分解決できる場合にはまだ戒厳を発動する要件を満たしていないと言える。

いかなる国でも国家的非常事態に対して憲法的であれ、それとも超憲法的措置であれ、それを克服しようとする国家緊急権制度を発展させてきており、大韓民国憲法もその例外ではない。

戒厳も国家的非常事態を克服するための最後の手段であるにもかかわらず、これが持ついわゆる「立憲的独裁」の特性から、政治的目的のための手段として乱用されてきた歴史的事例が外国ではもちろん、韓国の憲政史にも数多く存在している。この点を考慮し、各国の憲法は国家的非常事態を克服できる非常事態憲法をまず定めた後、そのような例外的権力の乱用を防止するとともに、緊急権限の使用に対して統制できる様々な制度的装置を設けている。また、非常事態下でも決して法治国家原理はあきらめられない原理であることを明確に示している。

そのため、戒厳制度はそれが決してその自体のためのものではなく、国家緊急事態に瀕して正常な憲法秩序を回復するための最後手段としての性格を持つことを正確に認識し、憲法上の戒厳制度を具体化する法律は非常事態を克服するための様々な手続きと内容を定めるものの、緊急権の乱用を防止できる徹底した法的対応策を講じなければならない。その意味で、緊急権の乱用可能性を内包しているすべての規定は憲法が定めている必要性の原則又は過剰禁止の原則上、違憲であることを考慮してすべて改正する必要がある。

従って、戒厳法の改正に関する議論は、第1に戦争又は内乱などの国家緊急事態が存在する場合、これを最も効率的に克服し、正常な憲法状況を回復するための合理的な方策の模索、第2にこのような目的に反し、又は必要以上の緊急権行使の可能性があることから、法治国家原理による過剰禁止の原則上、違憲と判断される戒厳法規定の除去、第3に真の意味の国家緊急事態ではないにもかかわらず、国家緊急事態が宣布されることを防止するための、つまり、戒厳宣布の乱用を防止できる制度的方策の模索、第4に追加的に他の非常事態に備える法律との調和といういくつかの観点に焦点を合わせて行わなければならない。

IV. 現行の戒厳法の問題点と改正方策

1. 戒厳の要件

(1) 憲法上の要件

大韓民国憲法第77条第1項は、「大統領は、戦時・事変又はこれに準ずる国家非常事態において兵力をもって軍事上の必要に応じ、又は公共の安寧秩序を維持する必要がある時には、法律が定めるところにより、戒厳を宣布することができる」とし、非常戒厳と警備戒厳を区分せず、その要件を定めている。

これに反し、戒厳法は戒厳宣布の要件を非常戒厳と警備戒厳に分け、非常戒厳は大統領が戦時・事変又はこれに準ずる国家非常事態において敵と交戦状態にあり、もしくは社会秩序が極度に攪乱され、行政および司法機能の遂行が著しく困難な場合に、軍事上の必要に応じ、又は公共の安寧秩序を維持するために宣布すると規定されている。一方、警備戒厳は、大統領が戦時・事変又はこれに準ずる国家非常事態において社会秩序が攪乱され、一般行政機関だけでは治安を確保できない場合に公共の安寧秩序を維持するために宣布すると規定されている。

まず、戦時・事変又はこれに準ずる国家非常事態において、「兵力をもって軍事上の必要に応じ、又は公共の安寧秩序を維持する必要がある時に」という要件はその意味が曖昧であるため、戒厳宣布の目的を考慮してその意味を明確にする必要がある。

つまり、「兵力をもって軍事上の必要に応じ」という要件では、軍事上の必要が何か明確ではない。従って、「国家の存立と国民の生命・身体および財産を保護し」という明確な目的規定を挿入する必要があると思う。なぜならば、戒厳が宣布されると、軍事上の必要によっては国民の生命・身体および財産が軍事的目的のための手段になってもかまわないかという部分が明確ではないためであり、過去に戒厳の乱用事例に照らしてみても、このような目的規定の必要性はさらに明らかになるだろう。

また、「公共の安寧秩序を維持する必要があるとき」という要件においても、「一般行政機関や警察力だけでは公共の安寧秩序を維持できないとき」という要件に変え、兵力の投入は最後の手段であることを明示するだけでなく¹⁸⁾、このような緊急事態の程度と必要に応じて比例の原則に基づき、段階的に兵力を投入しなければならないという点をより一層明確に言及する必要があると思う。

以下では、非常戒厳と警備戒厳の要件をそれぞれ考察してみたい。

(イ) 非常戒厳の要件

非常戒厳の宣布要件として、戒厳法は憲法が挙げている戒厳の要件である「戦時・事変又はこれに準ずる国家非常事態」、「兵力をもって軍事上の必要に応じ」又は「(兵力をもって) 公共の安寧秩序を維持する必要があるとき」という要件以外に、「敵と交戦状態にあり、又は社会秩序が極度に攪乱され、行政および司法機能の遂行が著しく困難な場合」を追加している。

18) 同じような趣旨の解釈としては、許營、韓国憲法論、博英社、2010、984-985頁。

まず、戦時とはいわゆる戦争時で、戦争が開始してから終了するまでの全期間を指す¹⁹⁾。戦争は敵軍による武力攻撃が現実化された場合をいう。

事変とは、国土を僭窃し、又は国憲を乱すことを目的とした武装反乱集団の暴動行為をいう²⁰⁾。

これに準ずる国家非常事態とは、戦時又は事変に該当しない場合であって、武装又は非武装の集団や群集による社会秩序攪乱事態と、自然災難による社会秩序攪乱状態をいう²¹⁾。このような状態まで戒厳を発動する要件とみなすべきかどうかは疑問の余地がある。なぜならば、非武装集団や群集による社会秩序攪乱状態および自然災難による社会秩序攪乱状態は兵力を動員しなければならぬほど、国家存立に脅威を及ぼす緊急事態と評価しにくいからである。むしろ、要件を明確にし、いわゆる自然災害事態を別途規定してその克服のために必要な措置を詳細に定めるとともに、軍の兵力をできる限り投入しないようにすること²²⁾が戒厳の乱用を減らすことに役に立つと思う。そして、非武装集団による社会秩序攪乱状態の場合は通常、警察力だけでも十分に防御できるため、この場合にも兵力を投入する必要はないだろう。従って、戒厳の要件と関連しては伝統的に戦争と内乱による国家緊急事態の克服のための非常措置が戒厳である点を考え、これに準ずる非常事態という要件は削除し、又はその他の可能な非常事態をより一層具体的に規定する方向で改正することが望ましいと思う。

非常戒厳の要件と関連し、戒厳法がより厳しい要件を追加しているのは幸いだと思う。すなわち、敵と交戦状態にあり、又は社会秩序が極度に攪乱され、行政および司法機能の遂行が著しく困難な場合を追加しているが、そのような意味で行政機能、特に警察力だけでその防御が十分な場合はまだ戒厳の要件が満たされていないものと厳しく解釈しなければならないだろう。

そして、1949年に制定された戒厳法では、非常戒厳の場合に「戦争又は戦争に準ずる事変において」、「敵の包囲攻撃により」、「社会秩序が極度に攪乱された地域」に対して宣布するようにするなど、より一層厳しい要件が設けられていた。これは、警備戒厳と区分するためにはこのようにより一層厳しい要件を定めることが必要だったのではないかと思う。

(ロ) 警備戒厳の要件

戒厳法第2条第3項は、「警備戒厳は大統領が戦時・事変又はこれに準ずる国家非常事態において、社会秩序が攪乱されて一般行政機関だけでは治安を確保できない場合に公共の安寧秩序を維持するために宣布する」と定めている。

この警備戒厳の要件は非常戒厳の要件とは違って、「敵と交戦状態にあり、又は社会秩序が極度に攪乱され」という条件の代わりに、「社会秩序が攪乱され」という条件を設けているだけだ。また、「行政および司法機能の遂行が著しく困難な場合」の代わりに、「一般行政機関だけでは治安を確保できない場合に」という条件を設けている。そして非常戒厳に比べ、「軍事上の必要に応じ」という条件がない。この条件は憲法第77条に定めている条件であるため、戒厳法が警備戒厳

19) 金道昶、前掲書、227頁；李相哲、「戒厳法예관 問題点의 考察」、安岩法学 第12号、2000、39頁。

20) 金道昶、前掲書、228頁；同、前掲論文、39頁。

21) 金道昶、前掲書、229頁；同、前掲論文、39頁。

22) 前述のように、ドイツでは自然災害事態又は給養緊急事態の場合には聯邦軍隊の動員が禁止されている。

の場合のみにこれを排除したとは思えない²³⁾。従って、警備戒厳の場合にもこれを挿入するか、又は反対に非常戒厳の場合にもこれを排除するなど、一元的に規定する必要があるだろう²⁴⁾。

一応、非常戒厳における「社会秩序が極度に攪乱され」という条件と、警備戒厳における「社会秩序が攪乱され」という条件を比較してみると、「極度に」という言葉があるかどうかという点で違いがあるだけで、社会秩序が攪乱されなければならないという条件においては大きな違いはない。攪乱の程度をこのように「極度に」という修飾語で区分できるかどうかは曖昧である。さらに、社会秩序が攪乱された場合、このような安寧秩序を維持する責任のある機関は警察や行政機関であることを考慮すれば、「行政および司法機能の遂行が著しく困難な場合」と「一般行政機関だけでは治安を確保できない場合に」という条件の違いも相対化するしかない。結論的にいえば、非常戒厳と警備戒厳の区分が曖昧という問題は依然として残る。

非常戒厳と警備戒厳に分けていれば、その構成要件を明確に区分するだけでなく、法的効果も明確に区分する必要があると思う。

2. 戒厳の種類

戒厳には非常戒厳と警備戒厳の2種類がある。

これは義勇戒厳令における臨戦地境と合囲地境（義勇戒厳令第2条）に対応したものである。

非常戒厳と警備戒厳はその宣布の要件と効力はそれぞれ違うものの、宣布権者と宣布手続き、国会の統制などに関しては大して変わらない。

そして、軍事上の目的によるものであるか、それとも公共の安寧秩序を維持する目的によるものであるかによって「軍事戒厳」と「行政戒厳」に分けている²⁵⁾。

但し、非常戒厳と警備戒厳の場合、その要件区分がかなり曖昧である点を考慮し、より明確な構成要件を法律的に定める必要がある。

韓国の戒厳法が区分している非常戒厳と警備戒厳の源は一応、日本の戒厳制度に遡る。前述したように、日本の1882年「戒厳令」は1791年に制定されたフランスの戒厳法を参照したものであった。当時、フランスの戒厳法は深刻な緊急状態を「包囲状態（état de siège）」で、それほど深刻でない緊急事態を「戦闘事態（état de guerre）」に分類していたが²⁶⁾、それをほとんどそのまま模倣して「état de siège」を「合囲地境」に、「état de guerre」を「臨戦地境」に翻訳したのである。従って、このような状態を区分しようとしたとすれば、その歴史的な性格を明確に考慮し、今日でもこのような区分が必要であるかどうかを検討しなければならなかつたらう。

戒厳の種類を区分するにあたって、ドイツ基本法が国際的緊張状態の段階によって緊張状態、同意状態、同盟状態、防衛状態の段階に区分して備えていることは示唆するところが大きい²⁷⁾。

23) 同旨、李相哲、前掲論文、40頁。

24) 同旨、李相哲、前掲論文、39-40頁。

25) このような区分は、金道昶、前掲書、233頁。

26) 同旨、吳炳憲、「戒厳法の起源問題点」、司法行政、1994、1、58頁以下（61頁）。

27) これに関しては、方勝柱、「独逸基本法上国家緊急権制度」、東亜法学 第40号（2007.8）、59頁以下。

国際的な外交摩擦によって発生する緊張は徐々に高まっていき、そして結局は武力衝突まで発展することが多い。従って、国家緊急事態をより効率的に克服し、正常な憲法状況を回復するためには、このような緊急事態の程度によって異なる防備体制を構築しなければならないと思う。これが法治国家原理から導出される比例の原則に従うことであるからだ。また、このような比例の原則は国家緊急事態においても依然として効力を発揮するからである。

3. 戒厳の宣布権者と宣布手続き

(1) 戒厳の宣布権者

まず、戒厳の宣布権者は大統領としている(憲法第77条)。しかし、国家緊急権の行使者と確認者、又は宣布者を分離して置くのが、国家緊急権宣布の乱用防止に効果的だろう。

この点を考慮する際、仮に戦時・事変又はこれに準ずる国家非常事態が存在するかどうかについて、在籍国会議員の過半数又は在籍議員の過半数が含まれた投票者の3分の2によって国家非常事態を確認する方法を導入することができる。国会が非常事態を確認する場合、大統領がこれを宣布し、必要な国家緊急措置を行使することができるようになるだろう。

このような場合、国家非常事態が存在すると大統領が判断した場合は直ちに国会に国家非常事態の確認を要請するようにすることができる。

但し、敵の武力攻撃によって国会の召集が不可能な場合を備え、ドイツ基本法上の共同委員会に関する規定のように、一定の条件下で与野党の院内交渉団体の比率による少数国会議員で構成される「非常立法部」を発足し、この非常立法部に戒厳の要件が存在するかどうかの確認を行わせることができると思う。

一方、国家非常事態が生じたにもかかわらず、宣布権者が戒厳を宣布できない場合を備えて宣布擬定制度を置くかどうかについても考慮する必要がある。つまり、ドイツ基本法第115a条第4項が定めているように、韓国の領土が敵の武力攻撃を受け、武装した敵が国境を越えて侵入したことが明白である場合に、そして大統領や国会がこれを確認して宣布できない場合に大統領の戒厳がすでに宣布されたものとみなす制度がそれである。

(2) 宣布手続き

韓国の現行憲法と戒厳法は、宣布手続きと関連して特別な規定を置いていない。しかし、戒厳を宣布した場合に大統領は遅滞なく、これを国会に通報しなければならないとしている。

現行憲法上の戒厳は、大統領のみ宣布することができる。但し、国防部長官又は内務部長官(行政自治部長官)は戒厳宣布要件に該当する事由が生じた場合には、国務総理を経て大統領に戒厳の宣布を建議することができる(戒厳法第2条第6項)。大統領が戒厳を宣布した場合には国務委員の審議を経て、国務総理と関係国務委員が副署しなければならない(憲法第89条第5号、戒厳法第2条第5項、憲法第82条)。

大統領が戒厳を宣布するときには、その理由・種類・施行日時・施行地域および戒厳司令官を公告しなければならない(戒厳法第3条)。大統領は国務会議の審議を経て戒厳の種類を変更することができるとともに、その施行地域を拡大又は縮小することができる。また、戒厳司令官を変

更することができる（戒厳法第2条第4項、第5項）。大統領が戒厳を宣布したときには遅滞なく、国会に通報しなければならず（憲法第77条第4項、戒厳法第4条第1項）、この場合に国会が閉会中であるときには遅滞なく、国会の臨時会議集會を求める必要がある。

大統領が戒厳を宣布し、国会に通報したものの、国会がそれを承認しない場合には直ちに解除を要求することができるため、このような事後通報と国会の解除要求権は大統領の戒厳宣布権を統制する重要な道具になる。

戒厳宣布の手續きと関連し、国防部長官と内務部長官の建議を認めることが妥当であるかどうかという問題を提起する見方もある²⁸⁾。「実質的な国政統制権を行使できない状況に瀕している大統領に対して強圧的に戒厳宣布建議を行い、大統領がそれによって戒厳を宣布する場合を見逃すことができない」とし、このような点を考慮して国防部長官と内務部長官に対して認めている戒厳宣布建議権は削除することが望ましいと主張する。このような過去の憲政史において、軍事クーデター勢力によって戒厳が乱用されていた時代を念頭に置いている主張だと見られるが、建議権は建議権に過ぎず、それが法的に拘束力を持つわけでもないため、今日のように民主化された時代には過去のような問題を引き起こす余地はあまり多くない。むしろ、軍事的目的の戒厳は国防部長官が、そして警察的な目的の戒厳は行政自治部長官が事前に判断する必要がある。また、國務総理を経て大統領に建議するようになっているため、それなりに規定目的が存在するのではないかと思う。

さらに、戒厳宣布後に国会に通報する制度に対し、単に通報するだけでなく、国会の承認を得るようにしなければならないとしている²⁹⁾が、耳を傾けるに値する指摘だと思う。しかし、現行の規定によるときも、国会が過半数の賛成で戒厳解除を要求すれば、戒厳を解除しなければならないため、大統領に対する統制の結果は大して変わらないと思う。

4. 戒厳の効力

非常戒厳が宣布されたときには、法律が定めるところにより、令状制度、言論・出版・集會・結社の自由、政府や法院の権限について特別な措置を取ることができる（憲法第77条第3項）。上記のような憲法の法律への委任により、現行の戒厳法は次のような内容でそれを具体化している。

大統領が戒厳を宣布した場合には、戒厳司令官を任命しなければならない。戒厳司令官は現役長官級の将校のうち、国防部長官が推薦した人を國務會議の審議を経て大統領が任命する（戒厳法第5条第1項）。戒厳司令官の戒厳業務を施行するために戒厳司令部を置かなければならず（法第5条第2項）、また戒厳司令官は戒厳地域が2つ以上の道にわたる場合にはその職務を補助する地区戒厳司令部と、それを補助する地域戒厳司令部を置くことができる（同条第3項）。

戒厳司令官は戒厳の施行に関し、国防部長官の指揮・監督を受けるものの、全国を戒厳地域とする場合と大統領が直接指揮・監督を行う必要がある場合には大統領の指揮・監督を受ける（法

28) 李相哲、前掲論文、41頁。

29) 李相哲、前掲論文、39-40頁。

第6条第1項)。

戒厳司令官が戒厳地域の行政機関および司法機関を指揮・監督するとき、その地域が1つの行政区域に限られるときにはその区域の最高責任者を通じるものとし、2つ以上の行政区域に該当するときには該当区域の最高責任者又は主務部処の長(法院の場合には法院行政庁長)を通じるものとする。

戒厳が宣布された場合に行われる特別措置の対象は国民の基本権、そして行政事務および司法事務である。

(1) 基本権制限措置

憲法第77条第3項によると、非常戒厳が宣布されたときは法律が定めるところにより、令状制度、言論・出版・集会・結社の自由、政府や法院の権限について特別措置を行うことができる。戒厳法第9条によると、非常戒厳地域内で戒厳司令官は軍事上必要なときには逮捕・拘禁・押収・搜索・居住・移転・言論・出版・集会・結社又は団体行動に対して特別措置を行うことができる。

ここで戒厳法は、憲法第77条第3項の基本権に居住・移転の自由と団体行動権に対する特別措置を追加していると言えるだろう。従って、果たしてこのような追加的基本権制限措置が可能であるのか、それとも違憲であるのかが問題となる。

これに対しては、憲法第77条第3項の基本権は例示的規定として、非常戒厳下では戒厳の目的を達成するために避けられない場合に居住・移転の自由に対する制限も可能であるという見方³⁰⁾と、戒厳制度が国民の基本権保障に対する重大な例外になるため、憲法上の基本権制限規定は厳しく解釈し、これ以上の追加的制限は認められないという見方³¹⁾が対立している。

憲法第77条第3項は、「非常戒厳が宣布された場合、法律が定めるところにより、基本権に対して特別な措置を取ることができる」と包括的に規定しているのではなく、制限できる基本権をいくつか抽出して列挙している。従って、非常戒厳であるとしても、このような基本権制限以外はできないと捉えるべきだ。

但し、追加的な基本権制限のためには憲法第37条第2項により、国家安全保障・秩序維持・公共福利のために必要な場合に法律で制限できると捉えているため、このような範囲内で居住・移転の自由に対する制限は可能であると見るべきだ。なぜならば、軍事的目的のために必要な場合には敵軍により包囲された地域の住民を場合によっては哨戒することができる可能性が必要であるからである。

しかし、団体行動権に対する制限可能性を置いている戒厳法の規定は問題があると思う。ドイツ基本法が国家緊急権を行使している間にも労働法上の争議行為はいかなる理由によっても制限できないように規定しているのは、労働争議がむしろ、国家緊急事態を宣布する原因として利用されることを禁止するためであると思う。国際法律家委員会が提案している37項に達する国家非

30) 金哲洙、憲法学新論、博英社、2009、1236頁。

31) 許營、韓国憲法論、博英社、2010、986頁。權寧星、憲法学原論、法文社、2010、990頁。やや留保的なものとしては、成樂寅、憲法学、法文社、2011、1104頁。洪性邦、憲法学(下)、博英社、2010、208頁。

常事態に関する必須的規律対象の一つとして、「非常措置を取ることで、言論、労働組合、専門職、組織体および民衆運動機関の自由な活動を阻止することがあってはならない」という項目を提示することは示唆するところが大きい。

ドイツの国家緊急権制度が導入される過程においても、緊急事態法の草案に多くの基本権を制限しようとしたものの、議論を繰り返す過程でその数が徐々に減った。その中でも政治的自由権と労働者の団体行動権を制限しないようにしたのは非常に示唆するところが大きい³²⁾。そして、ドイツの緊急事態法もこのようなドイツ基本法が規定している以上に基本権を制限していない。また、正常憲法によって許容される程度を超える基本権制限のための授權を盛り込んでいない点も指摘したい。

大韓民国憲法は言論・出版・集会・結社の自由のように、民主主義においてなくてはならない政治的自由を制限できるとしているが、この点においては憲法も改正する必要があると思う。なぜならば、国家緊急事態においても政治的自由権が保障されてこそ、緊急権の乱用について国民が知り、これに対して批判することで統制できるからである。

憲法や戒厳法が基本権制限可能性を設けているとしても、それは徹底して過剰禁止の原則を適用したときに限って可能であることを肝に銘ずるべきだ。従って、非常戒厳状態であるとしても、不要な基本権制限措置は過剰禁止の原則に違反されるために違憲だと言えるだろう。また、事後に司法的審査の対象になると思う。

次に、戒厳法第9条第2項は非常戒厳地域内で戒厳司令官は法律が定めるところにより、動員又は徴発することができ、必要な場合には軍需に供する物品の調査・登録と搬出禁止を命ずることができるとしている。動員又は徴発は身体的自由や居住・移転の自由、又は職業選択の自由などに対する制限をもたらす。また、軍需品のための調査登録と搬出禁止、場合によっては国民財産に対する破壊又は焼毀措置は国民の財産権に対する制限をもたらすものである。

このような規定もやはり、憲法第77条に列挙されていない基本権を制限する措置だと言えるものの、憲法第37条第2項に基づいて正常的憲法状況下でも国家安全保障・秩序維持のために必要な場合に法律として基本権を制限できるものであるため、過剰禁止の原則に基づいて必要最小限の基本権制限は可能だと見るべきだ。

但し、国会議員の不逮捕特権は現行犯の場合を除き、非常戒厳によっても制限できない（戒厳法第13条）。

（2）行政事務と司法事務の管掌に関する特別措置

非常戒厳が宣布されれば、戒厳司令官は戒厳地域のすべての行政事務と司法事務を管掌する（戒厳法第7条第1項）。そして、警備戒厳が宣布されれば、戒厳司令官は戒厳地域の軍事に関する行政事務と司法事務を管掌する（同条第2項）。

戒厳地域の行政機関（情報および保安業務を管掌する機関を含む）および司法機関は遅滞なく、戒厳司令官の指揮・監督を受けなければならない（戒厳法第8条第1項）。戒厳司令官が戒厳地域

32) 方勝柱、前掲論文、83頁。

の行政機関および司法機関を指揮・監督するとき、その地域が1つの行政区域に限られるときはその区域の最高責任者を通じるものとし、2つ以上の行政区域に該当するときは該当区域の最高責任者又は主務部処の長（法院の場合には法院行政処長）を通じなければならない（同条第2項）。

非常戒厳が宣布された場合に、戒厳地域のすべての行政事務と司法事務に対する戒厳司令官の管掌と、警備戒厳が宣布された場合に戒厳地域の軍事に関する行政事務と司法事務に対する管掌が国家機能に対する特別措置に該当する。

しかし、このような管掌権限は外患や内乱のような国家非常事態を克服して回復するための措置としてやむを得ずに必要な場合のみに極めて例外的に、そして補充的に行われるべきだ。すなわち、外敵の侵入又は内乱発生などの国家非常事態が生じた場合、軍の固有業務は国家と国民の存立および安全を保護し、維持することになるだろう。ここに加え、他の国家機関や地方自治体の固有権限又は機能に該当する行政事務と司法事務まで管掌することになると、外患と内乱を効果的に制圧し、国家の存立および憲法的秩序を守ることにむしろ負担になる余地もある。従って、非常戒厳が宣布される場合に、戒厳司令官が行政事務と司法事務をすべて自動で管掌のようにすることはまず、それが国家非常事態の克服のために必ず必要であることなのか（必要性の観点）、そしてそれがある程度効果的なのかという（効率性の観点）側面から問題が提起される。従って、このような行政事務と司法事務の管掌の問題はいかなる場合に軍が行政事務と司法事務に直接介入し、それを管掌する必要があるかどうかについてより現実的に把握し、それに対応するというより具体的な規定を設ける方向で改善する必要があると思う。

特に、司法事務において司法事務の本質は裁判であるが、果たして国家非常事態が発生したとしても司法部の固有任務と権限である裁判業務を管掌できるかという問題が提起される。

そのため、軍事裁判を行わなければならないという非常に例外的な場合を除いては、司法部をはじめとするすべての国家機能ができる限り正常に機能できるように補助する役割にとどめるべきである。

（3）軍事裁判に対する特別措置

特に、憲法第77条第3項は非常戒厳が宣布されたときには法院の権限に関して特別な措置を取ることができるとし、また憲法第110条第4項は非常戒厳下では平常時と異なり、軍事裁判が行われることができることを暗示している。

このような憲法的委任により、戒厳法は一定の事項に対して軍事裁判管轄事項について列挙している。

つまり、非常戒厳地域で第14条（戒厳司令官の措置に対する不応又は違反罪など）、又は次の各号のいずれかに該当する罪を犯した人に対する裁判は軍事法院が行う。但し、戒厳司令官は必要な場合には当該管轄法院に裁判を行わせることができる。1. 内乱の罪、2. 外患の罪、3. 国交に関する罪、4. 公安を害する罪、5. 爆発物に関する罪、6. 公務妨害に関する罪、7. 防火の罪、8. 通貨に関する罪、9. 殺人の罪、10. 強盗の罪、11. 「国家保安法」に定められた罪、12. 「銃砲・刀剣・火薬類など取締法」に定められた罪、13. 軍事上の必要により制定された法令に定められた罪がそれである（法第10条第1項）。そして非常戒厳地域に法院がない場合、又は当該管轄法院との交通

が遮断された場合にはすべての刑事事件に対する裁判は軍事法院が行うようになっている（同条第2項）。

このような罪はほとんど、国の存立・安全に対する法益を侵害する罪に該当すると言える。そのため、このような罪は国家非常事態下では軍事裁判で行うようにする必要がある。但し、非常戒厳地域に管轄法院がない場合にはすべての刑事事件に対する裁判を軍事法院が管轄するようにするのは必要性の側面から、又は補充性の観点から見ると、国民の基本権侵害が問題となる。

5. 戒厳の解除

戒厳を宣布したときには、大統領は遅滞なく国会に通報しなければならない。そして国会が在籍議員過半数の賛成で戒厳の解除を要求したときは、大統領は戒厳を解除しなければならない（憲法第77条第4項、第5項）。

憲法は国会の戒厳解除要求権のみを規定しているものの、大統領の戒厳宣布要件を定めることで、もう戒厳を維持する必要がなくなった場合にはそれを解除しなければならないことを黙示的に明示していると言える。すなわち、戦時・事変又はこれに準ずる国家非常事態において兵力をもって軍事上の必要に応じ、又は公共の安寧秩序を維持する必要がもうなくなった場合には宣布した戒厳を直ちに解除しなければならないということは憲法第77条第1項の戒厳宣布要件に対する反対解釈によって当然に導出されると言える。

そこで、戒厳法も戒厳解除と関連し、大統領が直接解除する場合と国会が要求する場合をすべて規定している。つまり、大統領は戒厳状況が平時状態に回復され、又は国会が戒厳の解除を要求した場合には遅滞なく戒厳を解除し、これを公告しなければならない。そして大統領が戒厳を解除しようとする場合には国务会議の審議を経なければならない。一方、国防部長官又は行政安全部長官は戒厳状況が平常状態に回復された場合には国务総理を経て大統領に戒厳の解除を建議することができる（法第11条）。

但し、これと関連して国会の戒厳解除要求があるときにも、大統領が戒厳解除をするためには国务会議を経なければならないとしているが、国会が戒厳解除を求めた場合には国务会議を経なくても直ちに戒厳を解除できるようにするため、これと関連した部分（憲法第89条第5項、戒厳法第11条）は改正する必要があると思う³³⁾。

6. 戒厳に対する統制

(1) 国会による統制

戒厳に対する統制と関連し、大韓民国憲法は戒厳宣布時に大統領の国会に対する通報義務を設けており（憲法第77条第4項）、戒厳の宣布と解除は国务会議の審議事項を必要とする。また、国会が戒厳解除を要求した場合には大統領が戒厳を解除するように定めている。このような規定は、大統領の国家緊急権を議会の要求によって解除することで、国家緊急権の乱用を防止するた

33) 同旨、朴鍾普／李仁皓／方勝柱、前掲 研究報告書、145頁。

めの統制制度である。

(2) 国務会議による統制

戒厳の宣布と解除に対し、国務会議の審議を経るよう定めているのはやはり、大統領が戒厳宣布を独断的に行うことを防止するための一種の牽制装置に該当すると言える。

戒厳法では、国防部長官と行政安全部長官は国務総理を通じて戒厳解除を建議することができると定めている（法第11条第3項）。

戒厳が解除されると、そのときからすべての行政事務と司法事務は平常状態に復帰する（法第12条第1項）。

(3) 司法府による統制

大統領の戒厳宣布と戒厳宣布期間中に行われたすべての非常措置が果たして戒厳が解除された後も司法部による審査対象になるかどうか議論となり得る。

しかし、戒厳宣布と解除は高度の統治行為的性格を持つもので、司法審査の対象とならないという見方がある。逆に高度の統治行為的性格が認められるとしても、違憲法律審判と憲法訴願審判など国家行為全般が違憲であるかどうかについて判断できる憲法裁判所が大統領の国家緊急権の行使によって下されたすべての措置についてその違憲可否を判断できると見る見方もあり得る。

筆者は後者の立場が正しいと思う。つまり、大統領の国家緊急権は国家の非常事態を克服し、通常の憲法秩序を回復するために不可避かつ必要最小限に、そして補充的に行使できる権限に過ぎない。従って、依然として法治国家原理から派生される過剰禁止の原則を遵守しなければならない。

従って、このような原則を遵守したかどうかについては憲法裁判所が事後統制機関として審査できるものとみなすべきだ。

憲法裁判所は、大統領の緊急財政経済命令に対する憲法訴願審判事件³⁴⁾においてこれを明確にした。

V. 終わりに

維新憲法下で発動された緊急措置の違憲可否に対する憲法訴願審判事件について

以上、大韓民国憲法における国家緊急権制度についておおまかに述べてみた。10月13日に憲法裁判所では重要な憲法裁判事件³⁵⁾に対して公開弁論が行われる予定だ。つまり、維新時代に下された緊急措置と、ときにその緊急措置の根拠となった維新憲法第53条が違憲であるかどうかについて憲法裁判所が現行の憲法を基準に審判できるかどうかが主な争点になる見通しだ。

特に、この問題に関しては既に大法院が昨年末に維新憲法下で行われた緊急措置は憲法に違反

34) 憲法裁判所 1996.02.29 93헌마186、判例集 第8冊1集、111。

35) 2010헌마70、132、170旧憲法第53条など違憲訴願。この事件の概要と審判対象および争点に対する報道資料は、憲法裁判所のホームページを参照。http://www.ccourt.go.kr/home/storybook/storybook.jsp?eventNo=2010헌마132号&list_type=01

されるとし、独自に司法審査を行ったことがあるため、果たして維新憲法下で行われた緊急措置の違憲可否に対する裁判管轄権が大法院にあるのか、それとも憲法裁判所にあるのかについても議論が行われると思う。

大韓民国が1987年の現行憲法を設ける前には大統領が国家緊急権を乱用し、執権期間を延長しようとするか、又は国会を解散して超憲法的措置によって新しい独裁憲法を制定し、憲法改正に関するすべての議論を中断させるためにほぼ憲法的効力を持つ緊急措置を下した。従って、民主化する前の韓国の憲政史は大統領の国家緊急権の乱用時代だったと言っても過言ではない。

過去、大統領が国家緊急権を乱用し、宣布した緊急措置が違憲であるかどうかは今年度内に憲法裁判所によって判決される可能性が高い。もちろん、大法院は既に1回、その違憲性を宣告した³⁶⁾ため、その破壊力は半減されるかも知れない。しかし、この問題は民主的正当性なしに制定された憲法に基づいて下された国家緊急権乱用の違憲可否、そしてその根拠となった憲法規定自体の違憲可否を憲法裁判所が判断できるかどうか、そしてこれを判断できるとすれば、果たして違憲であるかどうかをめぐるもう一度韓国社会を沸騰させる重要なイシューとなっている。

過去の国家緊急権の乱用事例が再び繰り返さないように、憲法裁判所は維新憲法下で下された緊急措置とその維新憲法第53条自体の違憲可否に対する審査権限を認める必要がある。それだけでなく、審判対象となった緊急措置と維新憲法第53条は当事者の人権尊厳権および言論・出版の自由、集会・結社の自由、裁判を受ける権利などの基本権を過剰禁止の原則に違反して侵害したために違憲と判断すべきだと思う。

そして、いかなる国でも国家自体の存立を脅威する勢力に対して効果的に闘争し、正常な憲法秩序を回復するためには国家緊急権を制度化してそれを認めざるを得ない。しかし、この国家緊急権の行使が乱用されることを防ぐためにはこれを具体化する憲法条項と下位法律条項をより一層具体的に整備する必要があると思う。

36) 大法院 2010.12.16 宣告 2010도5986、全員合意体判決「大統領緊急措置違反反攻法違反」[공2011상259]。