

# 국가위기상황에서의 권력분립\*

강 승 식

광주대 전임강사, 헌법

## < 目 次 >

- I. 서론
- II. 미국 헌정사에 나타난 국가위기상황과 권력분립
- III. 연방대법원의 견해
- IV. 近來의 動向
- V. 결론적 고찰

## I. 서론

입헌주의국가에서 제기되는 가장 어려운 헌법문제를 꼽으라면 아마도 국가 위기상황과 권력분립원칙과의 관계를 들 수 있을 것이다. 권력분립원칙의 궁극적 목적을 국가권력 제한을 통한 국민의 기본권 보장으로 본다면 당연히 국가위기상황에서도 권력분립원칙은 존중되어야 할 것이다. 그러나 “국가를 잃고 헌법을 수호한다는 것이 도대체 가능한가”라는 Abraham Lincoln의 견해<sup>1)</sup>에 따른다면 국가위기상황에서는 권력분립원칙이 어느 정도 양보되어야 할 것이다. 이 문제는 지난 2001년 9·11 테러 이후에 미국의 George W. Bush 행정부(이하 Bush 행정부로 약칭)가 그 유례를 찾아보기 어려울 정도로 강력한 행정권을 주장함에 따라 세계적으로 다시 주목되고 있다. 구체적으로

\* 심사위원 : 박인수, 서보건, 송기춘

1) Sidney M. Milkis / Michael Nelson, *The American Presidency: Origins and Development, 1776-2000*(4th ed.), CQ Press, 2003, p.58.

Bush 행정부는 미국헌법은 대통령에게 열거되지 않은 행정권을 부여하고 있으며, 여기에는 국가안보와 관계되는 사항이 포함된다고 주장해 왔다. 또한 이러한 대통령의 권한은 의회나 법원에 의해 통제될 수 없다는 점을 강조해 왔다. 이러한 Bush 행정부의 주장은 다음과 같은 두 가지 관점에 기초하고 있는 것으로 보인다. 첫째, 정치이론적 관점에서 본질적으로 집행에 속하는 일정한 사항들은 행정부의 특권(prerogative)에 속한다는 것이다. 여기에 따른다면 행정부에게 이러한 특권을 부여하는 것은 민주주의적 가치에 전혀 위배되지 않는다는 논리가 성립된다. 둘째, 정책적인 관점에서 전쟁·외교·국가안보와 관련한 영역에서 대통령에게 절대적 권한을 부여하는 것은 합리적이라는 것이다. 그렇다면 Bush 행정부의 이러한 주장은 헌법적으로 정당화되고 볼 수 있는가? 이러한 문제의식으로부터 출발하여 이 글에서는 미국의 경험을 토대로 국가위기상황과 권력분립과의 관계를 전반적으로 조명해보고자 한다.

## II. 미국 헌정사에 나타난 국가위기상황과 권력분립

알려진 대로 미국헌법제정자들은 대외적 위기상황에 효과적으로 대처할 수 있는 정부조직을 설계하기 위하여 노력하였다. 예컨대 연방주의자논집 제23호에서 Alexander Hamilton은 이러한 목적의 달성과 연방정부의 광범위한 권한을 논리적으로 연결하면서 다음과 같이 말하고 있다.

“국가의 존립을 위협하는 상황은 매우 다양하다. 따라서 이러한 상황으로부터 국가를 수호해야 할 권력은 어떠한 헌법적 통제로부터도 자유로울 수 있다. 이 권력의 범위는 위기상황에 따라 가변적이다. 그리고 이 권력은 공동방위를 담당하기 위해 창설된 위원회(council)들에게 집중되어야 한다.”<sup>2)</sup>

결국 Hamilton은 국가위기상황에서는 신속하고도 단호한 조치가 절대적으

2) Alexander Hamilton et al., Roy P. Fairfield ed., *The Federalist Papers*, The Johns Hopkins University Press, 1981, p.59.

로 필요하며, 이러한 상황에서의 권력집중은 어느 정도 불가피하다는 사고를 가지고 있었다. 이러한 Hamilton의 사고를 반영하듯 종래에 미국 연방의회는 전시에 광범위한 입법권을 행정부에게 위임해왔다. 예컨대 제1차 세계대전 기간 중에 연방의회는 Woodrow Wilson 대통령에게 경제·해외통신을 비롯한 여러 부문에 관하여 거의 절대적인 통제권을 위임하였으며, 제2차 세계대전 참전 직전에는 무기대여법(Lend Lease Act)을 통하여 대통령에게 무기 등의 제조·판매·대여·기타 처분에 관한 행정협정체결권을 부여하기도 하였다. 특히 무기대여법에 따르면 대통령은 특정 국가의 방어가 미국의 방어와 직결되는지 여부를 독자적으로 판단하며, 여기에 따라 무기를 공급받는 국가 및 무기의 공급조건을 결정할 수 있었다. 나아가 제2차 세계대전 기간 중에는 Franklin Roosevelt 대통령에게 군수물자 생산·물가조절·배급제 도입과 같은 국가경제 전반에 대한 통제권을 부여하기도 하였다.<sup>3)</sup>

여기서 한 가지 흥미로운 점은 그래도 위의 사례들은 의회의 입법권위임(delegation)이나 전쟁선포라는 절차를 밟아 대통령이 절대적 권력을 행사한 경우라는 것이다. 반면 일부 대통령들은 국가위기상황을 맞아 의회와는 관계없이 대통령의 독자적 권한에 의거하여 절대적 권력을 행사하기도 하였다. 예컨대 Lincoln 대통령의 경우가 여기에 해당되는 전형적인 사례일 것이다. 즉 Lincoln 대통령은 남북전쟁 초기에 육해군병력을 증강하고 주민병대를 소집하였으며, 심지어 의회로부터 세출의결되지 않은 자금을 사용하고 남부연합의 항구를 봉쇄하기도 하였다. 그러나 이러한 극단적 조치들은 모두 의회와는 관계없이 대통령 스스로의 독자적 판단에 따른 것이었다. 이후 그는 자신의 행동을 헌법적으로 정당화하는 차원에서 군통수권자조항<sup>4)</sup>과 법률집행권조항<sup>5)</sup>으로부터 대통령의 전쟁권이 도출된다고 주장하였다. 그리고 위의 조치들은 결국 의회가 소집된 직후에 승인되었음은 앞에서 살펴 본 바와 같다.

국가위기상황을 맞아 대통령이 절대적 권력을 행사하는 관행은 20세기에 들어서도 계속되었다. 예컨대 의회의 전쟁선포도 없이 개시된 한국전쟁에서 Harry S. Truman 대통령은 군수물자의 원활한 보급을 위해 제철소를 강제인

3) David Schoenbrod, *Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation*, Yale University Press, 1995, pp.31-40.

4) 미국헌법 제2조 제2항 제1호.

5) 미국헌법 제2조 제3항.

수·경영하는 조치를 취하였으며, 월남전 기간 중에 Nixon 대통령은 미국의 월남전개입에 관한 국방성기밀문서의 공개를 거부하기도 하였다. 이 두 가지 사건은 결국 소송으로까지 확대되었으나 연방대법원은 행정부 측 주장을 모두 기각하였다.<sup>6)</sup> 그러나 여기서 한 가지 유의할 점은 두 사건에서 연방대법원이 국가위기사황을 극복하기 위해 연방정부에게 광범위한 권한이 부여되어야 한다는 논리를 근본적으로 부인한 것은 아니라는 것이다.

만일 종래의 정치현실과 연방대법원의 입장에 따라 대외적 위기사황을 극복하기 위하여 연방정부에게 광범위한 권한이 부여되는 것을 정당하다고 본다면, 이 과정에서 불가피하게 야기되는 일시적인 인권침해현상은 어떻게 설명될 수 있는가? 다른 입헌주의국가 헌법과는 다르게 미국헌법은 이 점에 대해 명시적인 언급을 하지 않고 있다. 다만 제1조 제9항에 인신보호영장에 관한 특권은 반란 또는 침략이 발생했을 때 공공의 안전상 필요한 경우가 아니면 정지될 수 없다고 규정되어 있을 뿐이다. 이 문제는 단지 이론적 흥밋거리에 그쳤던 것이 아니라 실제 미국의 헌법현실에서 여러 차례 문제된 바 있다. 예컨대 남북전쟁 기간 중에 Lincoln 대통령은 남부연합 지지자들을 대상으로 인신보호영장을 정지하였으며, 나아가 이들에 대한 재판을 군사법원과 특별군사재판소에서 담당하도록 하였다. 또한 제2차 세계대전 초반에 Franklin Roosevelt 대통령은 행정명령을 발하여 미국 서부연안에 거주하는 일본계 미국국민이나 거주자들을 강제수용하는 조치를 취하기도 하였다. 아울러 제1·2차 세계대전기간 중에는 전쟁수행에 지장을 주는 표현을 제한하였으며, 소련과의 냉전시기에는 표현 및 결사의 자유를 광범위하게 제한하였다. 최근에는 2001년 9·11 테러가 발생하자 Bush 행정부는 테러에 대처하기 위한 여러 가지 조치를 취하였다. 예컨대 행정명령을 통하여 테러혐의를 받고 있는 외국인들을 재판하기 위해 특별군사재판소를 설치하였고, 관타나모(Guantanamo) 기지의 수용시설에 적국전투원으로 지목된 내·외국인들을 무기한 구금하기도 하였다. 이 과정에서 이들에게는 공소제기·재판절차가 생략되고 변호인의 조력을 받을 권리가 부인되었다. 나아가 의회는 2001년에 소위 패트리엇법(USA Patriot Act)<sup>7)</sup>을 제정하여 테러를 방지하는 데에 필

6) *Youngstown Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952); *New York Times v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

요한 정보수집이나 조사에 있어서 연방정부의 권한을 크게 확대하였다. 이 법의 구체적인 내용은 다음과 같다. 첫째, 수사기관과 정보기관간의 협조체제를 강화하고 이들이 공유할 수 있는 정보의 범위를 확대하였다. 둘째, 합리적인 이유가 있는 경우에 이메일이나 다른 전자통신수단을 추적할 수 있도록 하였다. 셋째, 휴대폰 및 기타 통신수단에 이동도청을 할 수 있도록 하였다. 넷째, 테러용의자에 대하여는 사전통보없이 가택수색을 하고 나중에 수색이유를 통지할 수 있도록 하였다. 다섯째, 테러와 연계되었거나 미국의 복지·안전·안보를 위협할 것으로 의심이 가는 외국인에 대해서는 입국금지·구금·추방할 수 있도록 하였다. 아울러 Bush 대통령은 국가안전보장국(National Security Agency: NSA)에게 미국국민과 미국 내 거주자의 해외통신 및 이메일 교신을 도청할 수 있는 권한을 부여하였다. 이것은 잠재적 테러행위에 대한 정보를 수집하자는 것으로 풀이될 수 있다. 이러한 국가안전보장국의 도청은 해외정보감독법원(Foreign Intelligence Surveillance Court)의 영장도 없이 2005년 말까지 비밀리에 이루어졌다.

### III. 연방대법원의 견해

종래에 연방대법원은 여러 가지 사건을 통하여 국가위기상황에서 개인의 헌법상 권리가 침해되었는지 여부를 판단해왔다. 이에 관한 대표적인 예로는 1866년 *Milligan* 판결<sup>7)</sup>과 1944년 *Korematsu* 판결<sup>9)</sup>을 들 수 있을 것이다. 이들은 위에 언급한 사례에서 남부연합 지지자들과 일본계 미국국민 및 거주자들이 대통령의 위와 같은 조치로부터 헌법상 권리를 침해당했다는 것을 주장한 사건이었다. 여기에서 연방대법원은 문제된 대통령의 조치에 대해 각각 위헌결정과 합헌결정을 내렸다. 그러나 이러한 판결주문보다 더 주목되는 것은 전시상황에서의 국가권력의 범위와 한계에 대한 여러 대법관들의 견해이

7) 115 Stat. 272 (2001). 이 법의 정식명칭은 Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act이다.

8) Ex parte Milligan, 71 U.S. 2 (1866).

9) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

다. 이들은 대체적으로 다음과 같은 네 가지로 요약될 수 있을 것이다.

첫째, 국가위기상황에서 국가권력의 범위는 매우 광범위하다는 견해이다. 이것은 *Milligan* 판결에서의 4인 대법관의 동조의견과 *Korematsu* 판결에서의 다수의견이 취하고 있는 견해이다. 이 견해는 연방정부의 전쟁권에는 전쟁을 성공적으로 수행하는 데에 필요한 모든 권한이 포함된다는 논리에 기초하고 있다. 그 결과 평상시에 허용되지 않는 위헌적 조치들이 전시에는 가능하며, 전시에 취해진 군사적 조치가 공공의 안전을 확보하기 위한 것이라면 헌법적으로 얼마든지 용납될 수 있다고 본다. 그 근거로는 연방헌법 제1조 제8항 제18호의 필요적절합법조항(Necessary and Proper Clause)이 제시되었다.<sup>10)</sup> 여기에 따른다면 전시상황에서 나타나는 인권침해는 공공의 목적을 위해 어느 정도 감수할 수밖에 없다는 논리가 성립한다.

둘째, 국가권력을 제한하기 위한 헌법적 원리는 평상시와 마찬가지로 전시에에도 동일하게 적용되어야 한다는 견해이다. 이것은 *Milligan* 판결에서의 다수의견이 취하고 있는 견해이다. 이 견해는 개인의 헌법상 권리를 제한함에 있어서 평시와 전시를 구별해야 한다는 논리는 헌법제정자들의 의도에 부합하지 않는다는 점을 지적한다. 즉 독립전쟁이라는 전시체제를 경험하였음에도 불구하고 헌법제정자들은 권리장전(Bill of Rights)에 국가위기상황에서 개인의 헌법상 권리를 특별히 제한하는 규정을 전혀 두지 않았다는 것이다. 이것은 헌법제정자들이 스스로의 경험으로부터 국가위기상황에 개인의 헌법상 권리를 특별히 제한할 필요성을 느끼지 못했다는 점에 기인하는 것이라고 한다. 따라서 이러한 헌법제정자들의 의도는 후대에도 여전히 존중되어야 한다고 본다.<sup>11)</sup> 이 견해에 따른다면 전시에에도 개인의 헌법상 권리는 평시와 같은 수준으로 보장된다는 결론이 도출된다.

셋째, 국가위기상황에서 일단 연방정부의 광범위한 권한 행사를 허용하되 사후에 여기에 대한 법원의 통제를 강화해야 한다는 견해이다. 이 견해는 *Korematsu* 판결에서 반대의견을 제출한 Frank Murphy 대법관에 의해 주장되었다. Murphy 대법관에 따르면 전시의 군사적 필요성으로 인해 개인의 헌법상 권리가 제한되는 것은 불가피하지만, 그렇다고 하여 법원까지 이러한 인

10) Ex parte Milligan, 71 U.S. at 132-42; *Korematsu v. United States*, 323 U.S. at 216-24.

11) Ex parte Milligan, 71 U.S. at 119-24.

권침해를 무감각하게 받아들여서는 안된다고 한다. 따라서 정부가 전시상황에서 개인의 인권을 침해하는 조치를 취했을 경우, 법원은 이 조치의 근거 및 필요성에 대해 엄격한 심사를 해야 한다고 한다. 이러한 관점으로부터 Murphy 대법관은 위와 같은 조치의 정당성요건으로 국가적 위기가 임박하여 통상적인 헌법절차에 따를 만한 시간적 여유가 없어야 한다는 것을 제시하고 있다.<sup>12)</sup> 결국 Murphy 대법관의 견해에 따르면 사법부의 판단에 따라 전시상황에서 이루어지는 인권침해의 범위가 결정되게 될 것이다.

마지막으로 전시에 이루어지는 인권침해에 대해 사법부는 선부른 판단을 자제해야 한다는 견해이다. 이 견해는 *Korematsu* 판결에서 반대의견을 제출한 Robert Jackson 대법관에 의해 주장되었다. Jackson 대법관에 따르면 전시에 행해지는 특별조치는 군사적 측면에서 정당화 될 수 있지만 헌법적 측면에서는 그렇지 못하다는 점에 주목하고, 바로 여기서 연방대법원의 딜레마가 발생한다고 한다. 이것은 다음과 같은 두 가지 측면에서 풀이될 수 있을 것이다. 먼저 행정부나 의회의 입장에서는 스스로의 판단에 따라 공공의 안전에 불가피한 조치를 결단코 취할 것이다. 이것은 법원이 이러한 조치를 위헌으로 판단한 경우에도 마찬가지이다. 다음으로 법원의 입장에서는 아무리 군사적 필요성이 인정된다 하더라도 명백히 헌법에 위반되는 조치를 정당화해서는 안될 것이다. 왜냐하면 법원이 잘못된 선례를 확립하게 되면, 이후 행정부나 의회는 이와 유사한 상황에서 군사적 필요성을 이유로 인권침해행위를 마구 자행할 가능성이 있기 때문이다. 이러한 관점으로부터 Jackson 대법관은 위와 같은 딜레마로 인해 법원은 전시상황에서의 특별조치에 대해 명확한 헌법적 판단을 해서는 안된다고 주장한다.<sup>13)</sup> 그러나 여기에 따르면 사법부는 전시상황에서 이루어지는 인권침해에 대해 아무런 역할도 하지 못한다는 결론에 이르게 된다.

#### IV. 近來의 動向

국가위기상황에서의 인권과 관련하여 근래에 이슈가 되고 있는 문제로는

12) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. at 234-42.

13) *Ibid.*, at 243-48.

단연 2001년 9·11 테러 이후 미국정부가 취한 여러가지 조치들을 들 수 있을 것이다. 이들은 크게 다음과 같은 네 가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 의회의 패트리엇법 제정이다. 먼저 여러 민권단체들은 앞에서 소개한 위 법의 주요 내용을 비판해왔다. 반면 위 법을 옹호하는 입장에서는 위 법은 테러로부터 국가안보와 국민들의 권리를 수호하기 위해 불가피하다는 점을 강조해왔다.<sup>14)</sup> 현재까지 연방대법원이 위 법의 특정 조항에 대해 위헌 여부를 심사한 예는 발견되지 않는다. 그러나 의회는 위 법의 일부 조항을 일몰조항(sunset provision)으로 규정하여, 2005년 말까지 그 효력이 연장되지 않으면 자동적으로 폐기되도록 하였다. 이것은 위 법의 효율성 및 위 법이 국민의 자유에 미치는 영향을 평가하는 기회를 제공하지는 것으로 풀이될 수 있다. 하지만 2005년에 의회는 위 조항들의 폐기 여부에 대한 판단을 유보한 채, 그 효력을 잠정적으로 연장시켰다.

둘째, Bush 행정부의 특별군사재판소 설치이다. Bush 행정부가 행정명령을 통하여 특별군사재판소를 설치한 것은 외국인 테러용의자들을 재판하기 위함이었다. 그렇다면 Bush 행정부의 특별군사재판소 설치의 헌법에 위반된다고 볼 수 있는가? 이 문제에 대해서는 일단 1942년 *Quirin* 판결<sup>15)</sup>을 살펴볼 필요가 있다. 이 사건의 발단은 다음과 같다. 제2차 세계대전 기간 중, 적대행위를 목적으로 여러 명의 독일군이 미국영토에 잠입하였다. 그러나 이들은 곧 체포되었고, 그 후 Franklin Roosevelt 대통령이 행정명령을 통해 설치한 특별군사재판소에서 유죄판결을 받았다. 하지만 이들은 체포된 주의 일반법원에서 재판을 받아야 했다는 점을 지적하며 특별군사재판소가 유죄판결을 한 것은 명백히 수정헌법 제5조와 제6조에 위반된다고 주장하였다. 결론부터 살펴보면 연방대법원은 Franklin Roosevelt 대통령의 군사법원 설치 및 그 유죄판결을 모두 합헌으로 결정하였다. 여기서 한 가지 흥미로운 사실은 사건의 성격이 유사했던 이 사건과 앞의 *Milligan* 사건에서 연방대법원이 다른 결론을 내리고 있다는 것이다. 반복하자면 *Milligan* 판결에서 연방대법원은 Lincoln 대통령의 특별군사재판소 설치를 위헌으로 결정하였다. 여기에 대해

14) 패트리엇법에 대한 논쟁을 자세하게 다루고 있는 문헌으로는 Howard Ball, *The USA Patriot Act of 2001: Balancing Civil Liberties and National Security*, ABC Clio, 2004.

15) *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).



*Quirin* 판결의 다수의견은 양자간의 구별의 근거를 특별군사재판소에서 재판을 받는 주체의 국적과 신분에서 찾고 있다. 즉 *Milligan* 사건에서는 미국국민이자 민간인이 문제되었던 반면 이 사건에서는 적대국의 군인이 문제되었다는 것이다. 구체적으로 다수의견은 이 사건에서 문제된 독일군의 신분을 전쟁법을 위반한 적대국의 군인으로 규정하고, 그 근거로 적대행위를 목적으로 사복을 착용한 채 군사분계선을 넘어 비밀리에 미국영토에 잠입하였다는 점을 제시하였다.<sup>16)</sup>

Bush 행정부의 특별군사재판소 설치에 2006년 *Hamdan* 판결<sup>17)</sup>에서 다루어졌다. 결론부터 살펴보면 연방대법원은 Bush 행정부의 특별군사재판소 설치에 뚜렷한 법적 근거를 결여하고 있다고 판시하였다.<sup>18)</sup> 특히 이 판결의 각주 23번에서 다수의견은 다음과 같은 견해를 제시하고 있다.

“의회는 자신의 전쟁권을 합리적으로 행사하는 차원에서 대통령의 권한을 제한할 수 있다. 대통령은 이러한 제한을 존중하여야 한다. 이것은 대통령이 그 독자적 권한에 의거하여 의회의 수권없이 군사재판소를 설치할 수 있는지 여부와 별개의 문제이다……”<sup>19)</sup>

위와 같은 관점으로부터 다수의견은 대통령의 임의적 군사재판소 설치를 제한하는 법적 근거로 통일군사재판법(the Uniform Code of Military Justice) 제21조<sup>20)</sup>와 제36조(b)<sup>21)</sup>를 제시하였다. 먼저 제21조에 따라 대통령은 네 가지 제네바협약을 포함한 전쟁법(law of war)을 준수하는 범위 내에서 군사재판소를 설치할 수 있다고 하였다.<sup>22)</sup> 다음으로 제36조(b)에 따라 대통령의 군사재판에 관한 규칙제정권은 일정한 방향으로 제한되며, 군사재판소에 관한

16) *Ibid.*, at 45-47.

17) *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749, 2774-75 (2006).

18) *Ibid.*, at 2759-60.

19) *Ibid.*, at 2774 n.23.

20) 10 U.S.C. § 821(The provisions of this chapter conferring jurisdiction upon courts-martial do not deprive military commissions, provost courts, or other military tribunals of concurrent jurisdiction with respect to offenders or offenses that by statute or by the law of war may be tried by military commissions, provost courts, or other military tribunals).

21) 10 U.S.C. § 836(b)(All rules and regulations made under this article shall be uniform insofar as practicable and shall be reported to Congress).

22) *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. at 2779-80.

규칙과 일반군사법원(court-martial)의 그것은 동일해야 한다고 하였다.<sup>23)</sup> 그 밖에 이 사건에서 행정부 측은 대통령이 행정명령을 통하여 군사위원회를 설치한 것은 병력사용수권결의(Authorization for Use of Military Force: AUM F)<sup>24)</sup>에 근거를 두고 있다고 주장하였다. 하지만 다수의견은 이러한 행정부 측의 주장을 기각하였다. 그 논거로 병력사용수권결의의 문언과 제정경위(legislative history)에 비추어 볼 때, 의회가 이 결의를 통해 통일군사재판법 제21조상의 수권의 범위를 확대·변경하려했다는 의도는 발견되지 않는다는 점을 제시하였다.<sup>25)</sup>

셋째, Bush 행정부의 적국전투원 구금행위이다. 구금된 적국전투원은 아프가니스탄과 미국에서의 군사작전 중에 체포되어 적국전투원으로 지목된 내·외국인들이었다. 이러한 Bush 행정부의 조치는 2004년에 연방대법원에서 계속적으로 문제되었다. 먼저 *Padilla* 판결<sup>26)</sup>을 살펴본다. 이 사건에서는 미국에서 체포된 미국국민이 적국전투원으로 지목되어 공소제기없이 무기한 구금될 수 있는지 여부가 문제되었다. 그러나 다수의견은 소송절차적 관점에서 피청구인 *Padilla*의 인신보호영장 신청은 관할권없는 법원에 제기되었다고 판시하였다. 그에 따라 이 사건의 본안판단은 이루어지지 않았다. 다음으로 *Hamdi* 판결<sup>27)</sup>에서 상대적 다수의견은 적국전투원으로 지목된 미국국민은 적법절차조항에 의거하여 다음과 같은 두 가지 권리를 갖는다고 판시하였다. 첫째, 적국전투원으로 지목된 이유를 통지받을 권리. 둘째, 중립적 기관에서 정부의 주장에 이의를 제기할 수 있는 권리.<sup>28)</sup> 그러나 헌법적인 관점에서 어떠한 절차가 요구되는지에 대해서는 대법관들간에 견해차이를 보였다. 먼저 O'Connor 대법관을 비롯한 4인 대법관은 개인의 자유와 정부가 주장하는 공익간의 조화를 강조하였다. 그리고 여기서의 공익은 적대행위자를 구금함으로써 이들이 전쟁에

23) *Ibid.*, at 2790-91.

24) 구체적으로 병력사용수권결의는 대통령은 미국에 대한 국제적 테러행위를 예방하는 차원에서 9·11 테러를 계획·조종·실행·지원하였다고 판단되는 국가·단체·개인에 대하여 필요하고도 적절한 일체의 병력을 사용할 수 있다는 것을 골자로 하고 있다. Authorization for Use of Military Force, Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001).

25) *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. at 2775.

26) *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004).

27) *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

28) *Ibid.*, at 509.

복귀하는 것을 방지하는 것을 뜻한다고 하였다.<sup>29)</sup> 또한 설치와 권한의 측면에서 정당성을 갖춘 특별군사재판소가 적대행위자의 구금 여부를 결정한다면 적법절차에 부합될 수 있다는 견해를 제시하기도 하였다.<sup>30)</sup> 이에 반해 일부 동조·반대의견을 제출한 Souter·Ginsberg 대법관은 의회는 대통령에게 미국 국민을 적국전투원으로서 구금할 권한을 부여하지 않았다고 주장하였다.<sup>31)</sup> 또한 반대의견을 제출한 Scalia-Stevens 대법관은 상대적 다수의견의 적용범위는 적국전투원으로 지목되어 연방법원의 영토관할에 구금되어 있는 미국국민으로 제한되어야 한다고 주장하였다. 그러나 이러한 자들에 대해 정부는 헌법에 의거하여 다음과 같은 두 가지 조치 중 어느 하나를 선택할 수 있다고 하였다. 첫째, 인신보호영장을 정지하는 것이다. 둘째, 형사소송절차를 개시하는 것이다.<sup>32)</sup> 그 밖에 반대의견을 제출한 Thomas 대법관은 전시에 대통령은 적국전투원으로 지목된 미국인들을 청문절차를 생략한 채 무기한 구금할 수 있다고 주장하였다.<sup>33)</sup> 마지막으로 *Rasul* 판결<sup>34)</sup>에서는 적국전투원으로 지목된 외국인이 미국의 연방인신보호법을 근거로 미국의 연방법원에 인신보호영장을 신청할 수 있는지 여부가 문제되었다. 이들은 아프가니스탄에서 군사작전 중에 체포되어 판타나모 미해군기지에 무기한 구금된 자들이었다. 다수의견은 이를 긍정하였다. 그 주요 논거로 이 사건은 1950년 *Eisentrager* 사건<sup>35)</sup>과 구별된다는 점을 제시하였다. 먼저 *Eisentrager* 사건에서 연방대법원은 외국에 구금 중인 외국적군은 미국법원에 인신보호영장을 신청할 수 없다고 판시하였다. 그러나 *Rasul* 사건에서 다수의견은 판타나모만의 경우, 비록 해외에 위치하고 있으나 사실상 미국의 관할에 속하는 지역이라는 견해를 제시하였다.<sup>36)</sup> 나아가 동조의견을 제출한 Kennedy 대법관은 *Eisentrager* 사건에서의 청구인들과 이 사건에서의 청구인들간에는 본질적 차이점이 있다는 견해를 제시하였다. 즉 전자는 군사위원회에서 정식재판을 받았음에 반해, 후자는 공

29) *Ibid.*, at 531.

30) *Ibid.*, at 538.

31) *Ibid.*, at 553.

32) *Ibid.*, at 577.

33) *Ibid.*, at 579.

34) *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

35) *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

36) *Rasul v. Bush*, 542 U.S. at 471.

소제기·재판·변호인의 조력을 받을 권리 등이 부인된 채 무기한 구금되어 있다는 점을 지적하였다.<sup>37)</sup> 그러나 반대의견을 제출한 Scalia 대법관은 내국인의 권리와 외국인의 권리, 그리고 국내에서의 권리와 해외에서의 권리는 뚜렷하게 구별되어야 한다고 주장하였다.<sup>38)</sup> *Rasul* 판결이 선고되자 국방부는 판타나모기지에 전투원지위심사위원회(Combatant Status Review Tribunal)를 설치하였다. 이것은 구금자들에게 구금이유를 설명하고, 이들이 적국전투원으로 지목된 것에 대해 이의를 제기할 수 있는 절차를 마련하기 위한 것이었다.<sup>39)</sup>

*Rasul* 판결은 사실 헌법해석보다는 법률해석에 기초하여 선고된 판결이었다. 따라서 앞으로 얼마든지 의회의 법률개정만으로 폐기될 수 있는 가능성을 남기고 있다. 그럼에도 불구하고 이 판결에 대해서는 사법권의 범위를 크게 확대했다는 평가가 가능하다고 생각한다. 즉 이 판결은 헌정사상 처음으로 연방대법원이 행정부가 해외에서 외국인을 상대로 취한 조치에 대해 사법권을 행사한 판결이었다. 이 판결을 지지하는 입장에서는 사법부가 헌법상의 의무를 충실하게 수행하여 범죄의 혐의를 받고 있는 모든 자에게 적법절차가 적용되어야 한다는 원칙을 확립했다고 본다. 반면 반대론자들은 사법부가 그 권한을 남용하여 대통령의 헌법상 권한 및 군통수권자로서의 권한을 침해하였다고 본다.<sup>40)</sup>

마지막으로 국가안전보장국의 무단도청이다. 2005년 말에 이러한 무단도청이 폭로되자 Bush 대통령은 이것은 테러를 예방하기 위한 불가피한 조치였다는 입장을 밝혔다. 아울러 이에 대한 법적 근거로 대통령의 군통수권자로서의 권한과 병력사용수권결의를 제시하였다. 특히 병력사용수권결의에 주목하여 Bush 대통령은 국가안전보장국의 무단도청은 알 카에다와 이와 연계된 단체의 테러계획을 사전에 감지하기 위한 조치였다고 주장하였다.

37) *Ibid.*, at 487-88.

38) *Ibid.*, at 506.

39) *Rasul* 판결에 대한 연방정부의 대응방안에 대해 자세한 것은 Louis Fisher, *Military Tribunals and Presidential Power: American Revolution to the War on Terrorism*, University Press of Kansas, 2005, pp.249-52.

40) *Rasul* 판결에 대한 여러가지 평가를 소개하고 있는 문헌으로는 John S. Baker, Jr., "Competing Paradigms of Constitutional Power in 'the War on Terrorism'" *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy* 19 (2005), pp.5-31.

그러나 무단도청을 비판하는 입장에서는 해외정보감독법(Foreign Intelligence Surveillance Act)에 따라 대통령은 국내에서 위와 같은 도청 전에 해외정보감독법원으로부터 영장을 얻어야 한다는 점을 지적한다. 나아가 이들은 위와 같은 무단도청을 대통령의 광범위한 헌법상 권한으로 연결시키려는 논리 자체에 문제를 제기한다. 구체적으로 군통수권은 병력사용을 지휘하는 권한에 불과하므로, 전장으로부터 멀리 떨어진 장소에서 이루어지는 일체의 적대행위는 군통수권의 적용범위에 해당되지 않는다고 주장한다. 이와 같은 견해의 대립에서 알 수 있듯이, 국가위기상황에서 미국정부가 행사할 수 있는 권한의 범위는 여전히 불분명하고도 논쟁적인 이슈로 남아있는 것으로 보인다.

## V. 결론적 고찰

지금까지의 논의에서 단연 주목되는 것은 현 Bush 행정부의 여러 가지 반테러조치들이다. Bush 행정부가 이러한 조치들을 취한 데에는 외교·국방 등과 관련한 국가위기상황에서 행정부는 절대적 권한을 행사할 수 있으며, 여기에 대해 의회나 법원은 관여할 수 없다는 사고가 자리잡고 있었다. 단적으로 이것은 “반테러정책을 수행하는 과정에서 대통령은 고문을 승인할 수 있으며, 여기에는 고문을 형사처벌하는 연방법률이 적용되지 않는다”<sup>41)</sup>는 Bush 행정부의 고문비망록(Torture Memo)에서 확인되고 있다. 그러나 이러한 Bush 행정부의 사고는 다음과 같은 두 가지 측면에서 타당하다고 할 수 없다.

첫째, 미국헌법이 지향하는 권력분립원리에 배치된다. 구체적으로 미국헌법은 대부분의 국가작용에 최소한 두 개의 府(branch)를 관여시키고 있다. 예컨대 법률을 제정하는 과정에는 의회와 대통령이 관여하며, 법률을 집행하는 과정에는 행정부와 사법부가 관여한다. 연방법관·대사·행정각부장관 등 주요공직자를 임명하는 과정에는 대통령의 지명과 상원의 임명동의를 요한다.

41) Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney Gen., to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President (Aug. 1, 2002). 이 비망록은 다음 사이트에서 채록한 것임. <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/dojinterrogationmemo20020801.pdf> (2006. 11.24 검색).

조약을 체결하는 과정에는 대통령의 조약교섭과 상원의 조약체결동의를 요한다. 전쟁을 수행하는 과정에는 의회의 전쟁선포와 군통수권자(Commander in Chief)인 대통령의 병력지휘를 요한다. 물론 미국헌법이 견제와 균형의 원리를 모든 국가작용에 걸쳐 철저하게 관철하고 있는 것은 아니다. 예컨대 사면권은 대통령의 독점적 권한이며, 여기에는 나머지 府의 통제가 따르지 않는다.<sup>42)</sup> 반면 대통령·부통령·연방법관 등에 대한 탄핵소추심판권<sup>43)</sup>과 헌법개정안발의권<sup>44)</sup>은 의회의 독점적 권한이며, 여기에도 나머지 府의 통제는 따르지 않는다. 하지만 전체적인 관점에서 본다면 이러한 각 府의 독점적 권한 역시 견제와 균형원리를 실현하는 수단으로 이해되어야 한다. 예컨대 대통령의 사면권은 사법권에 대한 최종적인 통제수단이다. 의회의 탄핵소추심판권도 나머지 府의 권한남용에 대한 통제수단이다. 이와 같이 미국헌법은 견제와 균형원리에 입각하여 각 府에게 권한을 배분하고 있다.<sup>45)</sup> 이러한 관점에서 본다면 체포·구속·수색에 있어서 법원의 영장을 요구하고 있는 수정헌법 제4조·제5조·제6조 역시 권력분립원리를 구체화하고 있는 조항들이라고 볼 수 있다. 그러나 이들 조항은 Bush 행정부의 반테러조치에서 철저하게 무시되었다.

둘째, 비교헌법적으로 주요 입헌주의국가들 중, 어느 국가도 국가위기상황에서 행정부에게 절대적인 권한을 부여하고 있는 국가는 없다. 예컨대 독일의 경우, 독일기본법 제115a조 제1항은 방위사태를 국가가 무력으로 공격을 받거나 이러한 공격이 직접적으로 위협되고 있는 경우로 제한하고 있다. 제115a조 제2항은 의회에게 방위상태 선포권을 부여하고 있으며, 제115f조는 의회에게 방위상태의 종료를 선포할 권한을 부여하고 있다. 제115f조는 방위상태에서 연방정부는 연방행정청 뿐만 아니라 지방정부에 대해서도 훈령을 발

42) 미국헌법 제2조 제2항 제1호. 연방대법원도 사면권을 대통령의 독점적 권한으로 인정한다. 구체적으로 1871년 *Klein* 판결에서 연방대법원은 대통령의 사면권을 제한하는 입법은 헌법에 위반된다고 판시하였다. *United States v. Klein*, 80 U.S. 128, 141 (1871).

43) 미국헌법 제1조 제2항 제5호·제1조 제3항 제6호·제2항 제4호. 연방대법원 역시 의회의 탄핵결사를 사법적으로 판단할 수 없는 정치문제(political question)로 보고 있다. *United States v. Nixon*, 506 U.S. 224, 235 (1993).

44) 미국헌법 제5조.

45) 연방대법원 역시 대통령의 헌법상 권한과 관련한 판례에서 대체적으로 견제와 균형 원리를 수용해왔다. 대표적인 판례로는 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

할 수 있지만, 이것은 연방의회·연방참사원·공동위원회에게 지체없이 통지 되도록 하고 있다. 또한 제115h조는 연방의회의 의회기가 방위사태기간에 종료하는 경우, 이를 방위사태의 종료 6개월 후로 연장하고 있다. 아울러 제 115k조는 방위사태기간에 제정된 법령은 방위상태의 종료로부터 일정한 기간 이 지나면 자동적으로 효력을 상실한다는 것을 규정하고 있다. 나아가 제 115g조는 방위사태기간에도 연방헌법재판소의 헌법상 기능은 정지될 수 없다는 것을 규정하고 있다. 다음으로 프랑스의 경우, 프랑스헌법 제16조는 공화국대통령으로 하여금 수상·양원의장 및 헌법평의회(Constitutional Council)의 장과의 공식적인 협의를 거쳐 국가비상사태를 극복하는 데에 필요한 조치를 취하도록 하고 있으나, 이와 동시에 대통령의 이러한 조치는 최단기간 내에 헌법상 공권력을 회복하기 위한 것이어야 한다고 규정하고 있다. 제16조는 국가긴급권이 행사된 경우에 국회는 당연 소집되며, 국민의회는 해산되지 않는다는 것을 규정하고 있다. 또한 대통령의 긴급조치는 헌법평의회와 협의를 거칠 것을 요구하고 있다. 그 밖에 제36조는 내각(Council of Ministers)에게 계엄선포권을 부여하고 있으나, 계엄이 12일을 초과하는 경우에는 반드시 국회의 승인을 얻도록 하고 있다. 불문헌법국가인 영국의 경우에도 국가긴급권은 의회와 법원의 통제하에 행사되고 있다. 특히 수상의 국가긴급권 발동에 대한 의회의 적극주의가 주목된다. 예컨대 2005년 11월, 하원은 Blair내각이 제출한 반테러(anti-terror)법안을 부결시켰다. 당시 이 법안은 테러용의자가 공소제기없이 구금될 수 있는 시한을 90일로 연장하는 것을 골자로 하였다.<sup>46)</sup> 수상의 국가긴급권 행사는 의회와 더불어 법원에 의해서도 통제되어왔다. 예컨대 최근 상원은 외국인 테러리스트를 무기한 구금하는 것과 이민소송(immigration proceedings)에서 타국에서 고문으로 수집된 증거를 채택하는 것은 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)에 위반된다고 판시하였다. 이 과정에서 상원은 유럽인권협약 제15조의 “전쟁 또는 국가의 존립을 위협하는 기타 국가비상사태”에 해당되지 않는다고 보았다. 이러한 관점으로부터 테러리스트의 폭력은 매우 위험한 것이기는 하지만 최소한 영국의 정부기관이나 시민사회의 존립을 위협하는 것은 아니라고 하였다.<sup>47)</sup> 아

46) Ed Johnson, “Great Britain: Parliament Rejects Crucial Blair Antiterrorism Bill,” *Miami Herald*, Nov.10, 2005, p.A15.

올리 상원은 수상의 국가긴급권에는 고문금지에 관한 법률을 폐기할 권한이 포함되지 않는다고 보았다.<sup>47)</sup> 요컨대 영국의 경우, 수상의 국가긴급권을 제한하는 헌법적 근거는 존재하지 않지만, 의회와 법원이 수상의 국가긴급권 행사를 실제적·절차적 측면에서 통제해오고 있다.

결론적으로 Bush 행정부가 현재 취하고 있는 여러 가지 반테러조치들은 미국헌법상 권력분립원리에 위배될 뿐만 아니라 비교헌법적인 측면에서도 설득력이 없다고 생각한다.

주제어 : 권력분립, 국가위기상황, 행정부, 의회, 반테러조치

---

47) A (FC) & Others (FC) v. Sec'y of State for the Home Dep't [2004] UKHL 56, [96].

48) A (FC) & Others (FC) v. Sec'y of State for the Home Dep't [2005] UKHL 71, [12].



## 참 고 문 헌

- Baker, John S. Jr., "Competing Paradigms of Constitutional Power in 'the War on Terrorism'" *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy* 19 (2005).
- Ball, Howard, *The USA Patriot Act of 2001: Balancing Civil Liberties and National Security*, ABC Clio, 2004.
- Fisher, Louis, *Constitutional Conflicts between Congress and the President*, University Press of Kansas, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Military Tribunals and Presidential Power: American Revolution to the War on Terrorism*, University Press of Kansas, 2005.
- Hamilton, Alexander et al., Roy P. Fairfield ed., *The Federalist Papers*, The Johns Hopkins University Press, 1981.
- Johnson, Ed, "Great Britain: Parliament Rejects Crucial Blair Antiterrorism Bill," *Miami Herald*, Nov.10, 2005.
- Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Attorney Gen., to Alberto R. Gonzales, Counsel to the President (Aug. 1, 2002). <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/dojinterrogationmemo20020801.pdf> <2006. 11.24 검색> .
- Milkis, Sidney M. / Michael Nelson, *The American Presidency: Origins and Development, 1776-2000*(4th ed.), CQ Press, 2003.
- Schoenbrod, David, *Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation*, Yale University Press, 1995.

[Abstract]

## The Separation of Powers in Time of National Crisis.

Kang, Seung-Sik

Professor, Gwangju Univ.

During the twentieth century, advocates of presidential power in the U.S. have argued strongly for executive independence in time of national crisis. With great force they claim that the U. S. Constitution assigns questions of foreign affairs, the use of military force, and diplomacy primarily, if not exclusively, to the chief executive. After the 9.11 incident, the Bush administration has made unprecedented claims of unchecked executive power.

According to this, the Bush administration has claimed the ability to detain individuals, to engage in electronic eavesdropping, and to authorize torture even in violation of federal statutes. However, the U.S. Constitution does not allocate foreign policy to a single branch. It assigns portions to Congress, to the president, and to the president working jointly with the Senate. The framers deliberately dispersed political functions, including foreign affairs, to avoid concentrating too much power in a single branch. Also, in most other democracies of the world, none of them deem it rational to give the chief executive broad, unchecked power in the areas of foreign and defence. In the concrete, they all divide powers in these areas between the chief executive, the legislature, and the courts.

Key Words : Separation of Powers, National Crisis, Executive, Congress, anti-terror action