



제418회국회(정기회)
제6차 국방위원회

계엄법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈계엄선포에 대한 72시간 이내 국회 동의 신설〉

■ 김병주 의원 대표발의(의안번호 제2204145호)

〈체포·구금된 현행범 국회의원의 계엄 관련 회의 참석 조치 신설〉

■ 김민석 의원 대표발의(의안번호 제2204148호)

2024. 11.

국 방 위 원 회

수석전문위원 오 명 호

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	3

I. 제안경위

의안번호	2204145	2204148
1.발의자	김병주의원 등 10인	김민석의원 등 10인
2.발의연월일	2024. 9. 20.	2024. 9. 20.
3. 회부연월일	2024. 9. 23.	2024. 9. 23.

II. 제안이유 및 주요내용

1. 김병주의원안

현행법은 대통령이 계엄을 선포하였을 때에는 지체 없이 국회에 통고하고, 제1항의 경우에 국회에 폐회 중일 때에는 대통령은 지체 없이 국회에 집회를 요구하여야 한다고 명시함.

그러나 집회의 요구시기가 있으면 언제까지 계엄령선포를 한다는 종료시점이 있어야 하는데 종료시점이 없음.

그래서 집회의 요구에 대한 72시간 내 선포가 법률에 적합하는지 판단할 필요가 있음(안 제4조제3항 신설).

2. 김민석의원안

헌법 제77조제5항에 따르면, 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄해제를 요구할 경우, 대통령은 반드시 이를 해제하여야 함.

그러나 2017년 반정부 활동에 참여한 국회의원들을 현행범으로 간주하여 체포하거나 구금하여 계엄해제를 방해하는 내용의 문건이 발견됨으로써 헌법에 따른 국회의 계엄 해제 권한을 무력화시킬 수 있다는 우려를 불러일으킴.

이에 계엄령이 선포된 상황에서 국회의원이 현행범으로 체포되거나 구금된 경우에도, 국회가 계엄 해제 등과 관련된 논의를 위해 회의를 소집할 경우 해당 국회의원이 즉시 회의에 참석할 수 있도록 행정기관이 필요한 조치를 취하도록 함으로써 헌법에서 규정한 국회의원의 권한을 보장하고자 함(안 제11조제4항).

1. 계엄선포에 대한 72시간 이내 국회 동의 신설(김병주의
원안 제4조제3항 신설)

[신·구조문대비표]

☐ 헌법 제77조제1항은 “대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가 비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여

계엄을 선포할 수 있다”고 규정하고 있고, 동조 제4항 및 제5항에서 대통령의 계엄선포에 대한 국회 통고 및 국회의 계엄에 대한 통제를 위한 국회의 계엄해제 요구권을 규정하고 있음.

[헌법 제77조 계엄 규정]

- 헌법 제77조 ①대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있다.
- ②계엄은 비상계엄과 경비계엄으로 한다.
- ③비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.
- ④계엄을 선포한 때에는 대통령은 지체없이 국회에 통고하여야 한다.
- ⑤국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다.

헌법 제77조에 따라 현행법 제4조제1항은 대통령이 계엄을 선포하였을 때에는 지체없이 국회에 통고하여야 한다고 규정하고, 동조 제2항은 국회가 폐회 중일 때에는 대통령은 지체없이 국회에 집회를 요구하여야 한다고 규정하고 있음.

- 개정안은 헌법 제77조 및 「계엄법」에 의하여 대통령이 선포한 계엄에 대하여 72시간 내에 국회 재적의원 과반수의 동의를 받도록

함으로써 대통령의 계엄 선포에 대한 국회 동의절차를 신설하려는 것임.

계엄은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력을 동원하는 긴급비상의 조치이고, 특히 비상계엄 하에서는 헌법 제77조 제3항 및 제27조제2항¹⁾에 따라 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있고, 일반 국민이 군사법원의 재판을 받을 수 있음.

이에 개정안은 계엄의 중대성 등을 고려하여 대통령의 계엄선포에 대하여 신속히 사후적으로 국회의 동의를 받도록 함으로써 국회의 계엄선포에 대한 통제권을 강화하려는 취지에서 발의된 것으로 보임.

□ 헌법 및 「계엄법」 등에 따른 계엄에 대한 사전적·사후적 통제 절차를 살펴보면,

① 헌법 제89조제5호²⁾는 계엄과 그 해제를 국무회의의 심의 사항으로 명시함으로써 계엄에 대한 사전적(사후적)³⁾·내부적 통제를 규정하고 있음.

1) 헌법 제27조 ②군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.

2) 헌법 제89조 다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

1.~4. (생략)

5. 대통령의 긴급명령·긴급재정경제처분 및 명령 또는 계엄과 그 해제
(이하 생략)

3) 계엄 해제에 대한 국무회의 심의는 사후적 통제임.

② 헌법 제77조제5항은 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다고 규정함으로써 계엄에 대한 국회의 사후적 통제를 규정하고 있음.

삼권분립 및 입법부의 자율적인 권한 행사 등을 실질적으로 보장하기 위하여 헌법 제44조는 국회의원의 불체포특권을 규정하고 있고⁴⁾, 「계엄법」 제13조(국회의원의 불체포특권)는 계엄 시행 중 국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 체포 또는 구금되지 아니한다고 규정하고 있음.

③ 「계엄법」 제11조(계엄의 해제)는 대통령이 제2조제2항 또는 제3항에 따른 계엄 상황이 평상상태로 회복된 경우 지체 없이 계엄을 해제하고 이를 공고하여야 하고, 국방부장관 또는 행정안전부장관이 제2조제2항 또는 제3항에 따른 계엄 상황이 평상상태로 회복된 경우에는 국무총리를 거쳐 대통령에게 계엄의 해제를 건의할 수 있도록 사후적·내부적 통제를 규정하고 있음.

□ 이와 같은 헌법 및 「계엄법」 등에 따른 계엄에 대한 사전적·사후적 통제절차 이외에 개정안에 따른 국회의 사후적 동의절차를 보완할 필요성 등이 있는지에 대한 검토도 필요하다고 봄.

4) 헌법 제44조 ① 국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기 중 국회의 동의없이 체포 또는 구금되지 아니한다.

② 국회의원이 회기 전에 체포 또는 구금된 때에는 현행범인이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기 중 석방된다.

- 국방부는 개정안에 대하여, 계엄은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태 시 대통령이 선포할 수 있는 국가긴급권 제도로써, 국회의 경우 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제만을 요구할 수 있는 헌법 제77조 제4항 및 제5항 등의 취지에 비추어 볼 때, 개정안은 헌법에서 부여한 대통령의 계엄선포권을 법률로써 제한하는 것으로 헌법에 반할 우려가 있다는 입장임.
- 따라서 개정안에 대하여는 계엄의 중대성 등을 고려하여 계엄에 대한 국회의 사후적 동의절차를 신설하려는 입법취지와 함께 헌법 및 현행법의 계엄에 대한 사전적·사후적 통제절차를 보완할 필요성이 있는지 여부, 관계부처 의견 등을 종합적으로 고려하여 면밀히 검토할 필요가 있음.

2. 체포·구금된 현행범 국회의원의 계엄 관련 회의 참석

조치 신설(김민석의원안 제11조제4항 신설)

개정안은 현행범인 국회의원을 체포, 구금하고 있는 행정기관이 국회가 계엄 등과 관련된 논의 등을 위하여 회의를 소집할 경우 즉시 회의에 참석할 수 있도록 조치토록 하려는 것임(안 제11조제4항 신설)

[신·구조문대비표]

현행	개정안
제11조(계엄의 해제) 제11조(계엄의 해제) ① 대통령은 제2조 제2항 또는 제3항에 따른 계엄 상황이 평상상태로 회복되거나 국회가 계엄의 해제를 요구한 경우에는 지체 없이 계엄을 해제하고 이를 공고하여야 한다. ②~③ (생략) <u><신설></u>	제11조(계엄의 해제) ① ~ ③ (현행과 같음) ④ <u>현행범인 국회의원을 체포, 구금하고 있는 행정기관은 제1항에 따라 국회가 계엄 등과 관련된 논의 등을 위하여 회의를 소집할 경우 즉시 회의에 참석할 수 있도록 조치하여야 한다.</u>

□ 헌법 제77조제5항은 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다고 규정함으로써 계엄에 대한 국회의 사후적 통제를 규정하고 있음.

또한, 삼권분립 및 입법부의 자율적인 권한 행사 등을 실질적으로 보장하기 위하여 헌법 제44조는 국회의원이 현행범인인 경우를 제외하고는 회기 중 국회의 동의없이 체포 또는 구금되지 아니한다는 불체포특권과 회기 전 체포·구금된 국회의원에 대한 국회의 석방요구를 규정하고 있고,⁵⁾ 「계엄법」 제13조(국회의원의 불체포특권)는 계엄 시행 중 국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기 여부와 상관없이 체포 또는 구금되지 아니한다고 규정하고 있음.

그러나 일각에서는 계엄 시에 반정부 활동에 참여한 국회의원들을 현행범으로 간주하여 체포하거나 구금하여 국회의원들의 국회 회의 참석을 원천적으로 못하게 함으로써 국회의 계엄해제 요구권을 무력화시킬 수 있다는 우려를 제기하고 있음.

□ 이에 개정안은 현행범인 국회의원을 체포·구금하고 있는 행정기관이 국회가 계엄 등과 관련된 논의 등을 위하여 회의를 소집할 경우 즉시 회의에 참석할 수 있도록 조치토록 함으로써 국회의원의 계엄해제 요구 관련 안전에 대한 국회 심의 참여를 보장하고 국회가

5) 헌법 제44조 ①국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기 중 국회의 동의없이 체포 또는 구금되지 아니한다.

②국회의원이 회기 전에 체포 또는 구금된 때에는 현행범인이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기 중 석방된다.

계엄해제 요구권을 자율적으로 행사할 수 있도록 하려는 입법취지에서 발의된 것으로 보임.

- 현행범이라 함은 범죄의 실행중에 있거나 실행의 직후인 자를 말하고,⁶⁾ 현행범의 가장 중요한 개념적 징표는 ‘시간적 근접성(접촉성)’이며, 범죄가 행해진 후 상당한 시간이 지나서 체포한 경우에는 현행범 체포로서 적법하다고 할 수 없음.

개정안은 국회의원들의 범죄사실이 객관적으로 명백하지 않은 경우에도 계엄선포와 동시에 현행범의 요건에 해당하지 않는 국회의원들이 부당하게 대거 현행범으로 체포·구금될 수 있다는 일각의 우려를 반영하여 체포·구금된 국회의원의 회의 참석 조치를 신설하려는 것임.

- 참고로, 헌법 제44조에서 현행범인 국회의원을 불체포특권의 보호대상에서 제외한 것은 범죄사실이 객관적으로 명백하여 부당한 체포·구금이 될 위험이 없기 때문이라는 헌법학적 논의가 있음.⁷⁾
- 국방부는 개정안에 대하여 헌법 제44조에 의하면 국회의원이라 하더라도 현행범인일 경우에는 불체포특권의 대상이 되지 않음을 명시적으로 규정하고 있는바, 헌법에서 불체포특권 대상의 예외로 규정하고 있는 ‘현행범’까지도 법률로써 불체포특권 대상에 포함시

6) 「형사소송법」 제211조제1항. 준현행범도 현행범에 포함되는지 여부에 대하여는 긍정설과 부정설 모두 있음.

7) 김선택, 국회의원의 면책특권·불체포특권 제한입법의 헌법적 한계, 헌법학연구 제10권 제3호(2004), 13-45(36이하)쪽 등.

키는 것으로 헌법에 반할 우려가 있다는 입장임.

- 따라서 개정안에 대하여는 국회의원들이 체포·구금 시에 계엄해제 요구 안건에 대한 회의 참석 조치를 통해 국회의 자율적인 심의를 보장하려는 입법취지와 함께 헌법상 불체포특권의 취지 및 관계부처 의견 등을 종합적으로 고려하여 면밀히 검토할 필요가 있음.

문 의 처
02)6788-5304

※ 참고자료. 해외 입법례

① 의원내각제를 채택하고 있는 독일은 헌법에 해당하는 독일기본법에서 규정한 계엄과 유사한 긴급방위사태에 관한 절차를 살펴보면,

연방정부는 긴급방위사태의 확인을 위한 청구를 하고, 연방의회가 연방참사원의 동의를 얻어 연방의회 투표수 3분의 2의 다수, 적어도 연방의회 재적의원 과반수의 찬성을 요건으로 하여 긴급방위사태 청구에 대한 확인을 함.

이와 같이 확인된 긴급방위사태는 연방수상 또는 관계장관의 부서와 함께 연방대통령에 의해 연방법률 공포에 공포됨.⁸⁾

② 프랑스의 헌법 제36조는 제1항은 “계엄령은 국무회의에서 법령으로 제정 발표하며, 그 연장은 국회(하원, 상원)의 승인을 받아야 한다”와 제2항에서 “계엄기간이 12일을 초과하는 경우 의회만이 그 연장을 승인할 수 있다”고 규정하고 있음.⁹⁾

③ 미국은 연방헌법에 국가비상사태에 관련된 조항¹⁰⁾을 가지고 있으나 계엄(martial law)에 대해서는 직접적인 규정이 없다는 법학 연구가 있음.¹¹⁾

8) 김도협. (2010). 계엄제도와 그 개선방안에 관한 고찰. 세계헌법연구, 16(2), 15-38.

9) 고문현, & 고문철. (2020). 계엄에 관한 연구. 법학논총, 47, 517-558.

10) 미국 헌법 제1조제9항(입법권의 제한) 인신보호영장에 관한 특권은 반란이 또는 침략의 경우에 공공의 안전상 요구되는 때를 제외하고 이를 정지시킬 수 없다.

참고로, 미국은 긴급사태에 대비하기 위해 국가 긴급사태 선언의 절차를 정한 국가 긴급사태법을 1976년에 제정하였음. 국가 긴급사태법은 “대통령의 국가 긴급사태 선언 및 세부에 걸친 그 운용을 분명한 의회의 수권에 의하여 행할 것”을 주요 골격으로 함.¹²⁾

④ 의원내각제에 기반한 군주제를 채택하고 있는 영국은 성문헌법 전이 없는 불문헌법국가¹³⁾로 ㉠ 보통법(common law)에 의한 관례상의 긴급권과 ㉡ 의회제정법에 의한 국가긴급법이 존재함.¹⁴⁾

구체적으로 살펴보면, ㉠ 영국 정부는 긴급 시의 급박한 필요가 있을 때에는 법률의 수권이 없더라도 관습법에 입각하여 긴급조치를 할 수 있고, 이는 사후 의회와 법원의 통제를 받음.

다음으로, ㉡ 정부가 비상적 상황에서 비상조치를 한 경우에 의회가 그것을 불가피한 것이라고 인정하면 「책임면제법」(Indemnity Act)을 통과시켜 추인하는 제도가 대표적임.

11) 고문현, & 고문철. (2020). 계엄에 관한 연구. 법학논총, 47, 517-558. 또한, 다른 연구에서도 “미합중국 헌법에는 전시를 포함한 국가 긴급사태에 있어서 집행부에 일시적인 권력의 집중을 인정하는 명문규정은 없다.”고 기술하고 있음. ※ 백윤철. (2014). 미국의 국가긴급권에 관한 연구. 세계헌법연구, 20(2), 185-210.

12) 의회의 수권과 관련 주요 내용으로는 ① 국가 긴급사태의 선언에 관해서는 의회의 양원 일치 결의나, 대통령의 국가긴급사태 종료 선언의 어느 하나가 빠른 일자로 종료하고, 해당 긴급사태를 이유로 행사된 권한은 동 선언의 종료일 이후에는 행사할 수 없다. ② 의회는 국가 긴급사태의 선언 후 6개월 이내, 및 동 선언의 계속 중에는 6개월 마다 기간 만료 전에 긴급사태의 종료에 관한 양원 일치 결의의 심의를 행해야 한다. ※ 백윤철. (2014). 미국의 국가긴급권에 관한 연구. 세계헌법연구, 20(2), 185-210.

13) 불문헌법(不文憲法)은 헌법적 사항이 형식적 헌법전의 존재 없이 일반법이나 그 밖의 규범에 따라 규정되는 것임. 이러한 헌법을 가진 나라는 영국이 대표적임. 불문헌법에는 관습헌법도 포함됨. 관습헌법과 헌법적 관습을 구별하기도 하지만 헌법재판소는 관습헌법과 헌법적 관습을 구별하지 않는 것으로 해석하고 있음. 헌법재판소는 수도를 헌법에 규정한 나라들의 예를 들어 수도를 헌법 사항으로 보고 '서울이 수도'라는 점이 관습헌법에 해당한다고 봄.

14) 고문현, & 고문철. (2020). 계엄에 관한 연구. 법학논총, 47, 517-558.