

判例研究

(一) 軍政法令의 違憲審査權은 法院에 있다는 判例

【事實】

公報室長은 檀紀四二九二年 四月三十日字로 軍政法令 第八八號에 依據하여 京鄉新聞의 發行許可를 取消하였고(1), 이에 대하여 原告 京鄉新聞發行人은 同新聞의 發行許可取消(廢刊)의 行政處分取消請求訴訟과 同行政處分の 執行停止假處分申請을 서울高等法院에 提起하였다. 同法院은 六月二十六日字로 被告 公報室長에 대하여 「京鄉新聞의 發行許可取消의 行政處分の 執行을 停止한다」는 決定을 내렸고, 이에 대하여 公報室長은 同日字로 다시 京鄉新聞의 發行許可取消處分(廢刊處分)을 撤回하는 同時에 同新聞의 無期停刊處分을 내렸다.

그러므로 原告 京鄉新聞의 發行人은 다시 公報室長을 被告로 하여 京鄉新聞의 無期停刊處分取消請求訴訟을 서울高等法院에 提起하는 同時에 그 裁判의 前提가 된다 하여 「軍政法令 第八八號 第一條와 第四條 및 憲法委員會法 第二〇條의 違憲與否提請申請」을 아울러 提起하였다.

1 公報室長이 京鄉新聞의 發行許可를 取消한 五個의 理由는, ① 去一月一日字 同新聞社說 「政府와 與黨의 支離滅裂相」의 內容에 虛偽事實을 報道하였고, ② 二月四日字 朝刊의 「餘滴」欄을 通하여 憲法에 規定된 選舉制度를 否定하는 同時에 暴動할 것을 宣傳하였으며, ③ 二月一六日字 三면에 洪川某師團의 油類不正事件을 虛偽報道하였고, ④ 四月三日字 朝刊三면에 閭閻河某逮捕의 記事를 掲載하여 閭閻의 逃避를 容易하게 하였으며, ⑤ 四月一五日字 夕刊의 李大統領의 記者會見記事에 「國家保安法改正도 反對」라는 題目으로 虛偽報道하였다는 등이며(同新聞發行許可取消通知書의 要旨), 이 五個의 理由가 다시 同新聞의 無期停刊處分의 理由가 되었다.

【違憲提請申請理由】

申請人(原告)의 違憲提請申請의 理由는 다음과 같다.

첫째 憲法 第三條는 「모든 國民은 法律에 依하지 아니하고는 言論, 出版, 集會, 結社의 自由를 制限받지 아니한다」 하여 國民에게 言論出版의 自由를 保障하고 있고, 또 憲法 第二八條 第二項은 「國民의 自由와 權利를 制限하는 法律

의 制定은 秩序維持와 公共福利를 爲하여 必要한 境遇에 「限한다」하여, 國民의 基本權을 制限하는 法律의 制定에 一定한 制約을 加하고 있다. 그런데 軍政法令 第八八號 第一條는 新聞, 其他의 定期刊行物의 出版에 關하여 許可制度를 採用함으로써 憲法 第一三條에 의하여 國民에게 保障된 出版의 自由를 剝奪하고, 例外的으로 官의 許可를 얻는 者만이 出版의 自由를 享有할 수 있도록 하여, 秩序維持와 公共福利를 위한 必要性이 없음에도 不拘하고 國民의 基本權을 制限하고 있다. 따라서 軍政法令 第八八號 第一條는 憲法 第一三條와 第二八條에 違反되는 法令이고, 憲法 第百條에 의하여 效力을 喪失하였다.

또 軍政法令 第八八號 第四條는 違憲인 同法令 第一條의 新聞發行의 許可制을 前提로 하여 制定된 法條이므로 亦是 違憲이라고 解釋될 뿐만 아니라, 同條 第一項 4號에 「法律에 違反이 有할 時」에는 新聞의 發行許可를 取消 또는 停止할 수 있는 趣旨을 規定하고 있으나, 그 「法律違反」이란 規定은 漠然하여 廣義의 罪刑法定主義의 理念에 違背되고, 罪刑法定主義를 規定한 憲法(第九條)에 違反된다.

물론 憲法 第八一條 第二項은 「法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 되는 때에는 法院은 憲法委員會에 提請하여 그 決定에 依하여 裁判한다」고 規定하고 있는데, 憲法委員會法 第二〇條 第一項은 「憲法委員會의 違憲決定은 將來에 向하여 效力을 發生한다」고 規定하고, 또 同法 第二二條는 「憲法委員會의 決定은 官報로써 公告하여야 한다」고 規定하고 있어서, 當事者가 違憲提請을 하여 비록 憲法委員會로부터 違憲決定을 받았다 할지라도, 그 法律이 溯及하여 無效가 되지 아니하면 當該法律의 適用으로 因하여 不利益을 받을 狀態에서 救濟를 받지 못할 것이므로, 憲法委員會法 第二〇條는 憲法 第八一條 第二項에 違反된다.

그러므로 申請人은 軍政法令 第八八號 第一條와 第四條 및 憲法委員會法 第二〇條의 違憲提請申請을 한 것이다.

〔法院의 却下決定要旨〕 서울高等法院 特別二部는 右違憲提請申請에 대하여, 「審按컨대 憲法 第百條에 依하면 憲法公布施行當時의 現行法令中 憲法에 牴觸되지 않는 것은 그 效力을 存續케 하는 同時에 同法令中 憲法에 牴觸되는 部分은 當然히 無效에 歸한다는 趣旨을 規定하였고, 憲法 第八一條 第二項에서 「法律」이라 함은 大韓民國 國會의 議決을 거쳐서 制定公布한 法律을 말하고 軍政法令은 그것이 假令立法事項을 規定한 것이라 할지라도 이에 包含되지 않는다고 볼

것이다. 따라서 軍政法令 第八八號 第一條 및 第四條가 憲法에 抵觸되는 與否는 法院에 그 審査權이 있는 것이고, 憲法委員會가 審査할 것이 아니다」.

「다음 憲法委員會法 第二〇條의 違憲與否는 右軍政法令이 憲法委員會의 審査對象이 아니라고 認定되는 以上 本件行政訴訟의 裁判의 前提가 되지 않는다」.

以上과 같은 理由로 서울高等法院은 「申請人의 本件違憲與否提請決定申請은 이를 却下한다」는 主文의 決定을 내린 것이다.

〔評釋〕

一 「憲法第八一條 第二項」에 의하여 憲法委員會가 違憲審査를 해야 하는 「法律」이라 함은 大韓民國의 國會議의 議決을 거쳐서 制定 公布된 「形式的 意義의 法律」을 말하므로, 비록 立法事項을 規定하였을지라도 法律이 아닌 「軍政法令」의 「違憲審査權」은 憲法委員會에 있는 것이 아니고 「法院에 있다」는 서울高等法院의 右決定의 判旨는 正當하다.

1 憲法第八一條에 規定된 法令審査制度에 의하면, 裁判의 前提가 되는 法令中 法院의 提請으로 「憲法委員會가 違憲審査를 해야 할 對象」은 大韓民國의 國會議의 議決을 거쳐서 制定 公布된 「法律」(形式的 意義의 法律)과 政府에서 公布하되 事後에 國會議의 議決을 거쳐서 有效하다고 承認된 「緊急命令」에 限定된다.

法令의 違憲審査制度가 元來 美國에서 判例法上 確立되어 諸國에 普及된 것인데, 美國式의 違憲審査制度는 모든 法令의 違憲審査權이 法院에 있고, 法院이 具體的인 訴訟事件을 裁判하는 前提로서 이에 適用되는 法令의 效力의 有無를 形式的 및 實質的으로 審査하는데 特徵이 있다. 大陸法系의 諸國에는 違憲立

法の司法的인 審査制度가 없었으나, 第一次大戰以後에는 憲法保障의 要請에 따라 憲法裁判制度를 採擇하고 違憲의 法律의 實質的 審査權을 憲法裁判所에 付與하는 實例(一九二〇年의 오스트리憲法の 憲法裁判所)가 增加되었는데, 大陸諸國의 憲法裁判制度는 特設된 憲法裁判所가 法律의 實質的 審査權을 가지고 있고 具體的인 訴訟事件과 關係없이 法律의 違憲與否自體를 裁判의 對象으로 하여 法律의 效力의 有無를 抽象的으로 審査하는 데 特徵이 있다. 그런데 韓國憲法 第八一條에 規定된 法令 審査制度는 法院이 違憲 法令의 實質的 審査權을 가지는 美國式的 制度를 基盤으로 하고, 法院으로부터 提請된 法律의 違憲 審査權만을 憲法委員會가 行使하게 하여 大陸式的 制度를 加味하고 있는데 特徵이 있다.

A 첫째 「命令, 規則, 또는 處分」이 憲法과 法律에 違反되는 與否를 實質的으로 審査하는 權限은 法院에 있고, 憲法委員會에는 命令, 規則, 또는 處分の 實質的 審査權이 全然 없음은 憲法 第八一條 第一項에 明文으로 規定되고 있다. 同條 第一項에 의하여 法院에 付與된 命令, 規則, 또는 處分の 審査權이 實質的 審査權이 아니고 形式的 審査權이라는 說(八月九日字의 東亞日報社說 및 九月一日字 同紙二面에서 表示된 李鍾極氏의 說)은 憲法이 命令, 規則, 또는 處分の 違憲 審査權을 法院에 주고 法律의 違憲 審査權을 法院의 提請으로 憲法委員會가 行使하게 한 趣旨을 誤解함으로써, 法院의 違憲 審査權을 剝奪하고 憲法 第八一條 第一項의 明文의 規定을 抹殺하려는 臆說이다.

B 둘째 「法律」의 違憲 審査權에 관하여는, (가) 具體的인 訴訟事件을 裁判하는 前提가 되는 法律의 違憲與否의 提請申請이 法院에 提起되고, 「法院이 合議部의 決定으로써 그 法律이 違憲이라는 第一次의인 判斷을 한 後에, 憲法委員會에 그 法律의 違憲與否의 提請을 하였을 때에 限하여,」 憲法委員會는 그 法律의

違憲與否를 實質的으로 審査할 수 있고, (나) 萬若에 法院이 그 法律은 違憲이 아니라고 判斷하여 憲法委員會에 그 法律의 違憲與否에 대한 提請을 하지 아니하면 憲法委員會는 그 法律의 違憲審査를 할 수 없게 하였다(憲法第八一條第二項)。(憲法委員會法第九條)。이리하여 法律의 違憲審査에 있어서는 法院에 提請權을 주되, 法院이 第一次의 으로 特定한 法律의 違憲審査를 하고 그 法律이 違憲이라고 認定한 때에 限하여, 憲法委員會가 決定的으로 그 法律의 違憲與否를 審査決定하게 함으로써, 法院의 違憲審査權을 基盤으로 하여 憲法委員會의 違憲審査權이 作用할 수 있도록 하였다.

C 셋째 憲法委員會는 副統領을 委員長으로 하고 大法官 五人과 國會議員 五人(民議院議員 三人 參議院議員 二人)으로 構成된다고 規定한 憲法 第八一條 第三項의 趣旨을 생각컨대, 「法律」은 國會의 議決을 거쳐서 制定 公布되고 法院이 具體的訴訟事件에 解釋適用하는 法이기 때문에, 法律이 裁判의 前提가 되고, 法院이 그 法律은 違憲이 된다고 判斷할 때에는, 法院이 獨自的으로 그 法律의 違憲審査를 하지 말고, 法院의 提請에 의하여 憲法委員會가 그 違憲審査를 하게 함으로써, 그 法律을 議決한 國會側의 意見과 그 法律을 解釋適用하는 法院側의 意見을 調節하여, 그 法律의 違憲與否를 審査決定하자는 趣旨이라고 解釋된다. 그러므로 憲法 第八一條 第二項과 第三項의 趣旨로 보아서, 國會의 議決을 거치지 아니한 法(軍政法令, 委任命令等)의 違憲審査權은 憲法委員會가 行使할 수 없다는 것이 分明하다.

D 넷째 「緊急命令」은 政府에서 發布하는 「命令」이고 「法律」이 아니지만, 國會의 事後承認을 얻지 못하는 때에는 그때부터 效力이 喪失되는 點으로 보아 「國會의 議決을 거쳐야 할 法」이고, 「法律과 同一한 效力」을 가지는 命令이므로(憲法第五七條), 委任命令이나 軍政法令과는 法의 形式과 性格 및 效力이 相異

하다. 따라서 緊急命令은 처음에 政府가 發布하고 國會의 議決에 의한 事後承認을 받기 前에는 「命令」이고 法律이 아니므로, 그 違憲與否가 裁判의 前提가 되는 때에는 그 違憲審查權이 法院에 있다. 그러나 緊急命令이 國會의 議決에 의하여 事後承認을 받은 後에는, 國會의 議決을 거쳤으므로 法의 形式이 單純한 命令이 아니고 法律의 範疇에 屬하게 되고, 法의 性格도 他律的인 法이 아니고 自律的인 法으로서의 性格을 가지게 되며, 또 그 效力이 法律과 同一하고 命令보다는 優越한 것이 明白하므로, 國會의 議決을 거쳐서 事後承認을 얻은 緊急命令은 憲法 第八一條 第二項에서 말하는 「法律」에 包含되고 同條 第一項에서 말하는 「命令」에 包含되지 아니한다. 따라서 國會의 議決을 거쳐서 事後承認을 얻은 緊急命令의 違憲審查權은 法院에 있는 것이 아니고 憲法委員會에 있다.

E 다섯째 「條約」은 國際法規로서 法律도 아니고 命令도 아닌 別個의 法形式에 屬한다. 그러나 政府가 締結하고 批准하며 그 批准에는 國會의 同意를 要하는 點에서 「國會의 議決을 거쳐야 할 法」이고, 또 批准公布된 條約은 國內法과 同一한 效力을 가지되(憲法 第七條) 憲法에 優越하는 條約의 效力을 否認하는 韓國憲法에 있어서는 條約이 憲法에 優越하는 效力을 가질 수 없으므로, 批准公布된 條約이 國內法과 同一한 效力을 가진다 함은 「法律과 同一한 效力」을 가진다는 意味로 解釋된다. 그러므로 國會의 議決을 거쳐서 批准되고 法律과 同一한 效力을 가지는 條約이 裁判의 前提가 되고 그 條約이 憲法에 違反된다고 法院이 認定하는 경우에는 法院은 그 條約의 違憲與否를 憲法委員會에 提請하여 그 決定에 따라 裁判할 수 있을 것 같이 생각된다. 그러나 (가) 憲法 第八一條는 「法律, 命令, 規則, 處分」에 관한 違憲審查制度를 規定하고 있을 뿐이고, 「條約」의 違憲審查를 할 수 있다는 明文의 規定이 없다. (나) 條約은 相對方인 當事國과의

合意에 의하여締結되고國會의 同意를 얻어 政府가 批准하여 成立된 國際法規인데, 우리나라의 法院이나 憲法委員會가 相對方인 當事國과의 合意를 無視하고 一方的인 意思表示로써 이를 廢棄할 수 없다. (다) 條約의 內容은 高度의 政治問題를 包含한 統治行爲이므로, 條約이 憲法에 違反될 때에는 그 條約을 締結하고 批准에 同意한 國會가 그 條約을 改正함으로써 違憲性を 除去하는 것이 妥當하고, 憲法이 認定하지도 아니한 條約의 違憲審查權을 憲法委員會에 付與하여 憲法委員會가 一方的으로 條約의 廢棄를 決定할 수 없다 (다만 法院이 具體의 事件의 裁判에 있어서 違憲의 條約을 適用하지 아니하는 것은 可能하다). 그러므로 「條約」은 國會의 議決을 거쳐서 그 批准에 同意하고, 法律과 同一한 效力을 가지는 法이지만, 憲法委員會가 條約의 違憲審查權을 가질 수 없는 것이 分明하다.

그러므로 法院의 提請에 의하여 憲法委員會가 違憲審查權을 가져야 하는 對象은 「法律」과 「緊急命令」에 限定되고, 法律도 緊急命令도 아닌 軍政法令은 憲法委員會에서 違憲審查를 할 對象이 될 수 없다는 것은 憲法 第八一條의 第一項乃至第三項의 規定을 綜合考察하면 疑心할 餘地가 없다.

2 「軍政法令」은 비록 立法事項을 規定하고 있을지라도 大韓民國의 國會의 議決을 거쳐서 制定 公布된 法律이 아니고, 「命令」 또는 「命令의 範疇에 屬하는 法」이므로, 「軍政法令의 違憲審查權은 法院에 있다.」

A 軍政法令은 命令이거나 또는 命令의 範疇에 屬하는 法이다.

여기서 「軍政法令」이라 함은 憲法 第百條에 의하여 現行法令으로서의 效力을 가지는 軍政時代의 法令을 말한다. 憲法 第百條에 「現行法令」이라 함은 大韓民國 憲法이 公布 施行되던 當時(四二一年, 一九四八年

七月一七日)、換言하면 軍政終了時에 施行되고 있던 法令을 말하는데、現行法令中에는 八、一五解放後에 美國의 統治權에 基하여 美軍政長官이 定立 公布한 軍政時代의 法令(狹義의 軍政法令)이 있고、八、一五解放前에 日本帝國의 統治權에 基하여 朝鮮總督의 權限下에 命令의 形式으로 定立 公布되고 軍政時代에 軍政法令 第二一號에 의하여 그 效力이 認定된 日政時代의 法令(日政法令)이 있으며、舊韓國時代에 舊韓國王의 統治權에 基하여 國王의 權限下에 定立 公布되고 日政時代와 軍政時代에 그 效力이 認定되었던(制令 第一號、軍政法令 第二一號) 舊韓國時代의 法令(舊韓國法令)도 있다。그러므로 軍政法令은 廣義에 있어서 軍政終了當時에 美軍政廳에 의하여 有效한 法令으로서 施行되어 憲法 第百條에 의하여 現行法令으로서의 效力을 가지는 諸法令(狹義의 軍政法令、日政法令、舊韓國法令)을 말한다。

廣義의 軍政法令은 外國의 統治權에 基하여 定立 公布되고 美軍政長官의 專斷으로 그 效力이 認定된 法令이고、大韓民國의 國會의 議決을 거치지 아니한 法이므로、그 法의 形式은 「命令」 또는 「命令의 範疇에 屬하는 法」이다。첫째 「舊韓國法令」은 舊韓國王의 專制的인 統治權의 行使에 의하여 定立 公布된 法令이고 大韓民國의 國會의 議決을 거치지 아니한 法令(舊韓國의 命令)이고、둘째 「日政法令」中에는 日本議會의 議決을 거친 法律(日本の 法律)을 朝鮮總督이 所謂 「制令」이라는 形式의 「命令」으로 公布하여 施行한 法과 日本議會의 議決없이 朝鮮總督의 專斷으로 「命令」의 形式으로 定立 公布된 法이 있는데(明治四四年 法律第三〇號、朝鮮에 施行할 法令에 關한 件)、兩者는 모두 外國의 統治權에 基하여 大韓民國의 國會의 議決없이 公布 施行된 法令(日政의 命令)이며、셋째 「狹義의 軍政法令」은 美國의 統治權에 基하여 美軍政長官의 專斷으로 定立 公布된 法令(美軍政의 命令)과 當時의 立法議院의 議決을 거처서 美軍政長官이 公布

한法令(美軍政의法律)으로區別되지만,兩者는 모두大韓民國의統治權에基하여韓國의國會의議決을거치지 아니하고公布施行되고 있는法令이므로韓國의立場에서 볼 때에는「命令」이거나「命令의範疇에屬하는法」이다. 그러므로廣義의軍政法令은大韓民國에있어서는韓國의國會의議決을거쳐서公布施行되는「法律」이 아니고,國會의議決없이 그效力만이認定되고 있다는點에서「命令」이거나「命令의範疇에屬하는法」으로서의法形式을가지고 있다.

廣義의軍政法令은國民 또는國民代表機關인國會의承認(議決)을얻어서制定公布된「自律的인法」이 아니고,憲法第百條에의하여憲法에牴觸되지 아니하는限度內에서過渡的暫定的으로效力이認定되고 있는「他律的인法」이다. 廣義의軍政法令은大韓民國의國會의議決을거치지 아니하고公布된法이고外國의統治權에基하여專斷的으로制定公布되거나 그效力이認定되거나 또는美軍政時代의立法議院의議決을거쳐서公布된法令이므로,美軍政의被治者가아닌大韓民國의國民에게는自律的인法이 아니고他律的인法으로서의性格을가지고 있다. 誤解하기 쉬운 것은美軍政의立法議院의議決을거쳐서公布된軍政法令인데,當時의立法議院은美軍政의議會이고大韓民國의國會가아니므로,美軍政의立法議院의議決을거쳐서公布施行되고韓國에있어서는 그效力만이暫定的으로認定된法을大韓民國의國會의議決을거쳐서制定公布된自律的인法이라할수 없다. 同一한法理로日政時나美軍政時의自治法規도大韓民國에있어서는自律的인法이될수 없다. 그러므로廣義의軍政法令은韓國의國民 또는國民代表機關의承認을얻어서制定公布된自律的인法이아니라는點에서「法律」이될수 없고,「命令」 또는「命令의範疇에屬하는法」이라고解釋된다.

B 軍政法令은 過渡的 暫定的으로 國民의 基本權을 制限할 수 있는 效力을 가질 수 있으나, 憲法 또는 法律에 牴觸될 때에는 效力을 喪失하므로, 軍政法令은 비록 立法事項을 規定할지라도 大韓民國의 法律라 할 수 없고, 또 緊急命令처럼 法律과 同一한 效力을 가지는 것도 아니며, 「命令」 또는 「命令의 範疇에 屬하는 法」으로서의 效力을 가질 뿐이다.

憲法에 保障된 國民의 基本權은 國民 또는 國民代表機關의 承認을 얻어야만 制限할 수 있으므로, 國會의 議決을 거쳐서 制定 公布된 法律으로써만 國民의 基本權을 制限할 수 있는 것이 原則이다. 憲法이 「法律」으로써 國民의 基本權을 制限할 수 있게 한 것은 國會의 議決을 거쳐서 制定된 法律을 信賴하고, 法律은 國民代表機關인 國會의 承認을 얻어서 制定된 自律的인 法이기 때문에, 法律으로써 國民의 基本權을 制限하는 것은 國民代表機關의 同意를 얻어서 이를 制限하는 것으로 認定된다는 原理에 立脚하고 있다. 그러므로 國民의 基本權은 「秩序維持와 公共福利를 爲하여 必要한 境遇에 限하여」形式的意義의 法律으로써 制限할 수 있는 것이 原則이고(憲法第二八條第一三條), 形式的意義의 法律이 아닌 命令이나 「命令」의 範疇에 屬하는 「法」으로써 國民의 基本權을 制限하는 것은 憲法이 認定한 例外의 境遇에 限定되고 있다. 예를 들면 憲法이 國民에게 言論出版의 自由를 保障하고 法律에 의하지 아니하고는 이 自由를 制限받지 아니한다 하였을 때(憲法第一三條 自體가 「命令」이나 「命令의 範疇에 屬하는 法」으로써 言論出版의 自由를 制限하는 것을 許容하고 있는 것도 아니다.

憲法이 「命令」 또는 「命令의 範疇에 屬하는 法」으로써 國民의 基本權을 制限할 수 있는 例外를 規定하

고 있는 境遇는 셋인데, 첫째는 緊急命令이고(憲法 第五七條, 둘째는 委任命令이며(憲法 第五八條, 셋째는 現行法令, 즉 廣義의 軍政法令이다(憲法 第百條). 緊急命令이나 委任命令으로써 國民의 基本權을 制限할 수 있는 것은 法律常識에 屬하므로 說明할 必要가 없다. 廣義의 軍政法令(現行法令)은 憲法 第百條에 의하여 憲法에 牴觸되지 아니하는 限度內에서 效力을 가진다 함은, 國民의 基本權을 制限하는 廣義의 軍政法令(現行法令)도 同一한 事項에 관하여 大韓民國의 新法律 또는 新命令(緊急命令, 委任命令)이 施行될 때까지는 憲法에 牴觸되는 것을 除外하고 過渡的 暫定的으로 有效하다는 意味이다. 그러므로 軍政法令 第八八號가 國民의 言論出版의 自由를 制限할 수 있다면 그 根據는 憲法 第百條가 現行法令으로서의 效力을 認定한데 있어야 하고 憲法 第一三條에서 말하는 法律이 命令 또는 現行法令을 意味한다는 解釋에 根據를 두는 것은 아니다. 이 點에 관하여 두개의 異論이 있을 수 있다. 첫째는 憲法 第一三條의 法律이 形式的意義의 法律을 말하는 것이 아니고 命令도 包含한다는 說이다. 이 說과 같이 解釋한다면 言論出版의 自由는 命令으로써 얼마든지 制限할 수 있게 되고 따라서 法律의 委任이 없는 命令으로써 國民의 基本權을 얼마든지 制限할 수 있다는 解釋이 可能하게 되어, 憲法이 「法律의 留保」를 規定한 趣旨을 無視하는 怪常한 理論이 된다. 둘째는 憲法이 現行法令의 效力을 認定한다 할지라도 法律으로써만 制限할 수 있다고 한 言論出版의 自由를 法律이 아닌 軍政法令으로써 制限할 수 없다는 說이다. 이 說과 같이 解釋한다면 憲法 第百條가 憲法에 牴觸되지 아니하는 限度內에서 現行法令의 效力을 認定하여 憲法施行當時의 法的인 空白狀態로 인한 混亂을 回避하려는 趣旨을 沒却하게 되고, 또 新刑法, 新刑事訴訟法, 新民法, 新商法, 新民事訴訟法等의 大韓民國의 法律이 施行될 때까지 現行法令으로서의 效力을 가지는 舊刑法, 舊刑事訴訟法, 舊民法, 舊商法, 舊民事訴訟

法等(그形式은制令이라는命令)의效力을一切히否認하는結果가되어서憲法第百條를無意味하게하는怪奇한理論이된다.

그러므로廣義의軍政法令은形式的意義의法律이 아니고自律的인法이 아니지만憲法第百條가憲法에抵觸되지 아니하는限度內에서現行法令으로서의效力을認定하였기 때문에現行法令은違憲이아닌限同一한事項을規定하는韓國의新法令이制定될 때까지過渡的暫定的으로國民의基本權을制限할수있는效力을가지고있다.

그러나廣義의軍政法令은法律과同一한效力을가지는것이아니고法律과抵觸되는軍政法令은效力을喪失한다. 첫째法律의效力이命令의效力보다優越하는것은周知의法律常識이고,軍政法令은法律이아니고『命令』, 또는『命令의範疇에屬하는法』이므로,軍政法令은비록立法事項을規定할지라도그效力이法律의效力과同一할수없고法律에抵觸되는軍政法令의效力은喪失되어야한다.軍政法令中에는立法事項을規定한「法律에該當하는軍政法令」과立法事項을規定하지아니한「命令에該當하는軍政法令」이있고,後者の效力은法律보다低劣하지만,前者의效力은法律과同一하다고誤解하기쉬운데立法事項을規定한「命令」또는「命令의範疇에屬하는法」은全部가法律과同一한效力을가지는것이아니고,그中에서法律과同一한效力을가지는것은緊急命令에限定되고있고,委任命令이나軍政法令은立法事項을規定할지라도法律과同一한效力을가질수없다. 둘째百步를讓하여「法律」과「立法事項을規定한軍政法令」이同一한效力을가진다고假定할지라도모든軍政法令은先法이되고모든法律은後法이되므로,後法の效力이先法の效力에優越한다는法理로보아서도軍政法令이法律과抵觸될때에

는效力을喪失한다。

그러므로軍政法令은비록立法事項을規定할지라도大韓民國의法律이되는것도아니고,法律또는緊急命令과同一한效力(法律로서의效力)을가지는것도아니며,法律과牴觸되는軍政法令의效力은喪失되므로,憲法第百條에의하여軍政命令이立法事項을規定하는效力을가진다는理由로그違憲審査權이憲法委員會에있다고斷定하는것은너무나甚한論理의飛躍이고,憲法第百條와第百一條의趣旨를曲解한理論이라고생각된다。

C 軍政法令은그形式과性格에있어서大韓民國의國會의議決을거치지아니한「命令」또는「命令」의範疇에屬하는法이고,「他律的인法」이며,그效力에있어서憲法第百條에의하여違憲이아닌限度內에서는有效하지만法律과同一한效力을가지는것이아니므로,「軍政法令이憲法과法律에違反되는與否의審査權」은憲法第百一條第一項에의하여「法院에있고」、同條第二項에의하여法院의提請으로憲法委員會가그違憲審査權을가질수없다。

그런데憲法第百一條第二項의「法律」은「實質的意義의法律」을말하고,立法事項을規定한法の違憲審査權은憲法委員會에있어야하므로,「立法事項을規定한軍政法令의違憲審査權은憲法委員會에있고」、法院에는그違憲審査權이없다는說(前示의李鍾樞氏說)이있다。이說은憲法第百一條第二項과第二項이「命令의違憲審査權」을法院에주고「法律의違憲審査權」을法院의提請으로憲法委員會가審査하게한趣旨에違背되고,둘째同條第二項과第三項이國會의議決을거쳐서公布施行된法律(國會의議決을거쳐서事後承認된緊急命令을包含)의違憲審査權만을憲法委員會에付與하려는趣旨에違背된뿐만아니라,

셋째 萬若에 立法事項을 規定한 모든 法の 違憲審査를 憲法委員會가 하여야 한다면 憲法 第八一條 第一項의 規定은 形式的 審査權을 意味하게 되어, 憲法이 法院에 付與한 命令, 規則, 處分의 違憲審査權을 理由없이 剝奪하는 結果가 되고 法院이 行政訴訟事件을 裁判할 때에는 一一히 憲法委員會에 問議하여 裁判해야 하는 矛盾이 發生하게 된다. 그러므로 立法事項을 規定한 軍政法令의 違憲審査權은 法院에 없고 憲法委員會에 있다는 說은 誤謬이다.

D 軍政法令은 憲法 第百條에 의하여 憲法에 違反되지 아니하는 것에 限하여 有效하므로 軍政法令으로서 憲法에 抵觸되는 것은 이미 憲法施行當時에 效力을 喪失하였고, 違憲이라는 法院의 決定을 받은 때부터 效力을 喪失하는 것이 아니므로(憲法第百條、憲法、委員會法第二〇條) 法院이 軍政法令의 違憲與否를 決定하는 것은 特定한 軍政法令이 有效인가 無效인가를 確認하는데 不過하다. 따라서 軍政法令이 裁判의 前提가 되고 法院이 그 軍政法令의 違憲임을 確認하였을 때에는, 그 軍政法令은 憲法委員會에서 違憲이라고 決定된 法律처럼 刑罰條項을 除外하고 그 때부터 將來에 向하여 效力을 喪失하는 것이 아니다. 그러므로 立法事項을 規定한 軍政法令의 違憲審査權이 憲法委員會에 있다는 說을 主張한다면, 憲法委員會에서 違憲이라고 決定된 軍政法令은 刑罰條項을 除外하고 違憲이라고 決定된 때까지는 有效하다는 結果가 되어, 憲法 第百條가 違憲의 軍政法令의 效力은 이미 憲法施行當時에 喪失되었다고 한 規定에 正面으로 違反되는 解釋이 되어, 이 點으로 보아도 그 說이 不當함을 알 수 있다.

二 (1) 다음에 軍政法令 第八八號는 憲法委員會의 審査對象이 되지 아니한다고 認定되므로, 憲法委員會 法 第二〇條의 違憲與否는 本件 行政訴訟의 裁判의 前提가 되지 않는다는 決定도 正當하다. 왜냐 하면 憲

法委員會法第二〇條는 本件 行政訴訟의 裁判의 前提가 되지 아니하므로 그 違憲與否에 관한 實質的인 判斷은 本件 行政訴訟에 있어서는 不必要하기 때문이다.

(2) 서울高等法院은 本件 違憲提請申請의 決定에 있어서는 軍政法令 第八八號의 第一條와 第四條가 憲法 第一三條에 違反되는 與否에 대한 實質的인 審査는 하지 아니하였으나, 八月二九日字로 同新聞에 대한 無期停刊處分의 效力停止假處分申請을 棄却하는 決定을 내리고, 同決定文의 理由에서 軍政法令 第八八號의 第一條와 第四條가 違憲이 아니라는 決定을 내렸으며, 九月八日字의 同新聞에 대한 無期停刊處分取消請求訴訟의 本案訴訟의 判決文 理由에서도 軍政法令 第八八號가 違憲이 아니라고 斷定하였는데, 이에 대한 判例批判은 別途로 해야 할 것이고 여기서는 言及할 必要가 없다.

(3) 이 違憲提請申請의 却下決定에 있어서는 서울高等法院이 「軍政法令의 違憲審査權은 法院에 있다」고 判示한 것은 軍政法令의 違憲審査權이 憲法委員會에 있다고 한 過去의 先例(南朝鮮過渡政府行政命令 第九號에 대하여 淸州地方法院이 違憲이라고 提請을 하고 憲法委員會가 檀紀四二八七年二月二七일에 同軍政法令이 合憲이라고 決定한 先例)의 理論的誤謬를 是正한 것으로서 注目해야 할 判例의 하나라고 생각한다(2).

2 筆者의 論說, 「法律과 軍政法令의 差異」, 法曹誌 第八卷 第五號 所載. 「現行法令의 效力」, 법제월보誌 第一卷 第九號 所載. 筆者著, 憲法講義, 四二三—四三四面 參照.

李 炯 鎬

〈筆者——本大學講師〉