

法前 平等의 原則의 適用에 대한 考察

金 光 澤

I 序 言

1. 問題의 提起

우리 憲法 第10條에 「모든 國民은 法앞에 平等하다」고 宣言한 바 法前平等의 大原則이 있다. 이 大原則은 國家의 立法·司法·行政權의 行使를 制約하는 超實定法的 法原理가 內包되어 있는 것으로 解釋되고 있다. 그러기 때문에 國家의 立法權은 勿論이거니와 司法權을 行使할 때에도 역시 이 大原則을 適用됨으로서 制約을 받는다는 것은 當然한 일이다. 때문에 司法府에서 司法作用을 함에 있어서도 똑같이 이 原則은 適用되어야 할 것은 疑心의 余地가 없다.

그전에도 우리 나라의 特別刑法에 該當하는 軍刑法 및 軍法會議法 第525條 등은 이 原則의 法理念에 違背되는 條項이 있음을 알 수 있고 여기에 本稿의 焦點이 맞추어진 것이다.

2. 平等權의 憲法規定

우리 新憲法은 前文에 「第五民主共和國의 出發에 즈음하여…… 自主民主의 基本秩序를 더욱 확고히 하여 政治·經濟·社會·文化의 모든 領域에 있어서 各人의 機會를 均等히 하고 能力을 最高度로 발휘하게 하며 自由와 權利에 따르는 責任과 義務를 完수하게 하여」라고 宣言하고 憲法 第10條 1項에서 「모든 國民은 法앞에 平等하다. 누구든지 性別·宗教 또는 社會的 身分에 의하여 政治的·經濟的 生活의 모든 領域에 있어서 差別을 받지 아니한다」고 規定하고 있다.

法앞의 平等에 관한 이 規定은 自由民主主義 世界各國의 모든 憲法에 規定되고 있다.¹⁾ 그런데 이 條文이 人間의 平等權을 規定한 것인지 아니면 法앞의 平等이라는 客觀的 法規範을 規定

1) 現代憲法論, 김철수, 박영사, p.307, 1979.

한 것인지에 대하여는 學說이 對立되고 있다. 또 이를 平等權으로 그 權利性을 인정하는 경우에는 이를 自由權의 일종으로 보느냐, 아니면 尊嚴權의 內容으로 보느냐에 對해서도 學說이 對立되고 있다.

以下에서는 平等權의 法的 性格에 대하여 간단히 論하기로 한다.

3. 憲法 第10條의 法的 性格

第五共和國 憲法 第10條 第1項의 規定은 一般的 平等을 規定한 것으로 憲法 前文 憲法 第9條의 規定과 함께 우리 憲法의 根本規範의 하나라고 하였다. 이 一般的 平等權의 規定은 모든 平等權의 根源이 되는 것으로서 모든 基本權을 共通的으로 制約한다. 이 基本權은 各기 領域에 따라 政治的 平等權·經濟的 平等權·社會的 平等權·男女平等權 등으로 區分된다. 이밖에도 平等權 保障으로서 社會的 特殊階級制度의 禁止·榮典一代의 原則·選舉權의 原則 등이 인정되고 있다.

平等은 正義의 內包이기 때문에 民主國家·社會的 法治國家에 있어서 根本規範으로서 憲法改正의 對象이 되지 않는다.²⁾

II 平等原則의 意義

1. 憲法規定上의 意義

새 憲法 第10條 第1項에서 「모든 國民은 法앞에 平等하다. 누구든지 性別·宗教 또는 社會的身分에 의하여 政治的·社會的·經濟的·文化的 生活의 모든 領域에 있어서 差別을 받지 아니 한다」고 規定하고 있다. 이 平等의 原則은 世界 各國의 모든 憲法에 規定되어 있으며 民主政治의 基本原理를 이루는 것으로 平等權은 오늘날 天賦人權으로써 인정되어 憲法의 基本原理로서 國家權力을 拘束한다고 해야 할 것이다.

2. 立法拘束說과 立法非拘束說

平等은 法앞에서 平等이기 때문에 立法을 拘束하지 않는다는 것이 1925年以前의 바이마르憲法에 關한 理論이었다(Anschietz Thoma). 그것이 「法앞의 平等」이라는 같은 用語를 使用하면서도 制定시초부터 始終 變함없이 立法權에 대한 拘束의 意味까지를 포함하여 運營되어온

2) 前掲書, p.303.

스위스憲法の 傳統과 美國憲法の 判例에 근거하는 Equal(Protection of Law)의 思想의 영향에 따라서 立法拘束說의 우위를 占한 것은 形式的인 議會萬能主義에 對한 不信에서 나온 것으로서 따라서 이 說은 平等原理의 立法權에 對한 拘束의 手段으로서 法院에 의한 法令審査權을 강력히 요청한다. 오늘날 世界的인 判例·通說의 立場이다.³⁾

西獨 基本法下에서는 平等條項(第3條 第1項)은 그것이 立法權을 포함한 모든 國家權力을 拘束한다고 하는 것이 通說이다(V. mangolat-Klein, Hamanmavnz, Pen·Nawirski zippelivs, H. J. Rinek). 日本에 있어서는 아직도 立法者非拘束說을 主張하는 사람이 있으나(佐佐木阿部, 大石, 神谷) 그러면서도 多數者가 立法者拘束說을 따르고 있다.(官澤田上, 清宮佐隣, 橋本 稻田, 金鉢 和田, 渡邊) 우리 나라에 있어서는 立法者拘束說이 通說이다.(문홍주 p.192. 한태연 p.278. 김기범 p.146. 한상범 p.134.)

3. 絶對的 平等說과 相對的 平等說

立法者拘束說의 立場에서 平等이란 絶對的 平等이나 하는 問題가 더욱 중시되고 平等의 原則에 反한 違憲立法에 對한 違憲審査의 要請이 점차 강해지고 있다.

1) 絶對的 平等說은 平等原理의 立法權에 對한 拘束을 人的 平等의 範圍에 있어서만 이를 認定한다는 것이고 이 範圍에 있어서는 어떠한 이유에 따라서도 絶對적으로 差別立法을 許容하지 않는다고 한다(柳賴). Nawisky는 平等原理의 歷史的 發展에서 보아 人的 關係에 있어서의 平等과 事物的 關係에 있어서의 平等과를 區別하고 憲法全體의 體系의 解釋에서 판단하여 立法權에 對한 拘束의 意味에서 중요한 것은 人的 平等 即 人的 身分인 理由에 의한 差別의 禁止라고 주장한다. 그리하여 이 人的 平等이란 身分·性別·宗教의 信條 階級 및 其他의 社會的 階層에 속하는 것을 理由로 하여 立法權의 差別을 하는 것을 禁止하는 의미이며 나아가 그것을 立法에 의한 明白한 直接的 差別을 絶對적으로 禁止하는 것으로써 이점에 絶對적인 平等을 要求하는 것이라고 한다.

2) 相對的 平等說은 平等原理의 立法權에 대한 拘束을 널리 認定하는 것으로 人的 物的으로도 일체의 差別立法을 禁止하는 것이나 여기서 말하는 平等이란 一切의 絶對적인 禁止 즉 絶對的 無差別 平等을 뜻하는 것이 아니고 그것은 당연히 相對적으로 理解되는 것이며 正當한 理由가 있고 合理的인 근거에 基한 差別立法은 허용되는 것이라고 본다(Ipsen). 즉 Aristoteles의 配分的 正義의 觀念에 따라서 應分の 差別을 許用하자는 것이다.

3) 小林直樹·憲法講義, p.302. 官澤俊義憲法Ⅱ, p.26. 橋本公巨憲法, p.156.

日本判例, 立法者拘束說, 憲法 第14條는 단순히 法을 不平等하게 적용하는 것을 금지할 뿐만 아니라 불명동한 취급을 내용으로 하는 法的 制定까지 금지하는 취지라고 해석하여야 할 것이다.
(大阪高判 昭31. 2. 27. 判例時報 6-28)

오늘날 平等原則의 絕對的 保障은 불가결하기 때문에 相對的 平等說에 따르고 있는 것이 현재의 경향이며 우리 나라의 大法院判例와 通說의 立場도 그러하다. 다만 相對的 平等說을 따르는 경우에도 平等의 基準을 어디에서 發見하여야 할 것인가가 문제된다.

3) 相對的 平等의 基準

이점에 關하여 獨逸에서는 恣意의 禁止(willkürverbot)를 그 基準으로 들고 있다. 西獨判例의 立場에 의하면 「本質적으로 不平等한 것을 禁止」하고 이 恣意의 禁止를 二重의인 意味로 客觀化시키고 있다. 첫째로는 문제된 處分의 主觀的인 動機에서 해소되어 規制된 상황과의 關係에서 客觀的으로 不適正性을 판단하게 되고, 둘째로는 恣意의 실제적 내포로서는 憲法의 근거하고 있는 價値秩序에 결부됨으로써 主觀的인 恣意概念에서 解放되고 있다. 美國에서도 「法の 平等한 保障이란 平等한 法の 保障(Equal protection of Laws means the protection of equal Laws)」이란 判例가 있고 平等保護條項을 개별적인 差別은 禁止하나 어떠한 경우에도 差別을 인정하지 아니하고 모든 사람을 동일하게 취급하는 것을 요청하는 것이 아니며 合理的인 差別은 가능하다고 한다.⁴⁾ 여기서 말하는 合理的이란 무엇을 의미하는 가는 立法·判例·學說에 근거할 수 밖에 없을 것 같다.

이상과 같이 相對的 平等의 基準으로 혹은 正義를 혹은 恣意의 금지를 혹은 民主主義理念, 社會의 法意識을, 社會通念을, 道義·正義·合目的性을 혹은 合理性을 들고 있으나 그 理論의 적용결과는 비슷하다고 하겠다. 다만 合理性이라는 것이 恣意의 主觀的으로 決定되어 差別이 合理性 있다는 理由로 無限大하게 擴大된다고 한다면 平等은 實質的 意義를 상실하기 때문에 憲法解釋에 있어서는 慎重을 期해야 할 것이다.

Ⅲ 特殊身分關係에 있는 國民의 平等權

法上 特殊身分關係에 있는 者로는 公務員, 軍人, 軍務員, 戰鬥警察官, 學生, 受刑者 등을 들 수 있다. 이러한 特殊身分 關係에 있는 사람들도 基本權의 享有者임에는 틀림없다. 다만 身分의 特殊性으로 말미암아 憲法과 法律에 의한 特別的 制限이 可能하다. 우리 헌법은 이들 特殊身分關係에 있는 사람들의 基本權을 特別히 制限하고 있다. 公務員의 政治活動權, 軍人, 務員의 裁判請求權·國家賠償請求權·公務員과 準公務의 勞動三權 등이 상당한 制限을 하고 있다. 公務員은 國民全体에 對한 奉仕者이므로 憲法 第31條는 法律로 인정된 者를 제외하

4) 경제 및 사회복지에 관한 영역에서 어떠한 주법(州法)이 규정하는 분류나 등급화가 어느정도 「합리적 근거」를 갖고 있으면 그것이 (수량적 정확성이 없거나 또는 실례상 불평등으로 했다)고 해서 이를 위헌이라 할 수 없다. 김철수, 신헌법론, p.303.

고는 勞動三權을 가질 수 없으며 勞動三權이 인정된 公務員이라도 그 團體行動權은 法律로 制限할 수 있도록 하고 있다. 軍人, 軍務員은 軍法會議의 裁判을 받아가 하며 國家賠償에 있어서의 二重賠償을 받을 수 없게 하고 있다. 受刑者의 경우에는 通信의 自由, 居住移轉의 自由, 集會結社의 制限등이 인정되어 있다. 그러나 特殊身分關係에 있는 者에 對해서는 그 身分關係의 本質上 필요한 制限以外的 制限은 認定되지 않으며 本質的 內容도 侵蝕할 수 없다.⁵⁾

IV 平等原則의 根本規範性

憲法 第10條 第1項은 一般의 平等原則을 規定한 것으로 憲法前文 憲法 第9條의 規定 등과 함께 우리 憲法의 根本規範이라고 하겠다. 이 一般의 平等原則의 規定은 모든 平等權의 根源이 되는 것으로서 모든 基本權을 共通的으로 制約한다.

이러한 平等原則은 우리 憲法의 基本原理의 하나로서 民主國家의 根本構成原理에 해당한다고 보아야 할 것이다. 따라서 이는 憲法改正으로도 改正할 수 없다고 하겠다.⁶⁾

1. 法 앞의 平等의 意味

가) 法適用平等說

平等은 「法律 앞의(Vor dem Gesetz)」平等을 規定하고 있기 때문에 해석상 法의 適用만을 拘束한다고 생각되어 왔다. 法適用平等 즉 立法非拘束說은 法實證主義의 立場에서 主張된 것으로 「平等條項은 法의 平等내지는 모든 者에 대한 平等한 法을 定한 것이 아니고 그것은 法律이 어떠한 사람에 대하여서도 적용되어 질 것을 정한 것으로서 法律 앞의 平等을 요구하는 것은 아니다. 따라서 平等條項은 立法者의 準則으로 되는 것이 아니며 法을 執行하는 者의 基準으로 해석되어져야 할 것이므로 行政과 司法만을 拘束하는 것이지 法律定立作用인 立法을 拘束한다는 것은 아니다.」⁷⁾라고 한다.

나) 法平等說(立法拘束說)

平等은 모든 法現象形態에 있어서 法을 통한 同等取扱을 의미하며 制定法도 또 實質的 意味의 法의 支配下에 있는 關係로 立法者는 法律의 制定에 있어서 이미 그러한 超實定法的인 法原

5) 김천수, 新憲法學概論, pp.21-9-220, 박영사.

6) 前掲書, p.300-301. 同旨, 김기범, p.133. 한태연, p.335. 권영성, p.304.

7) 佐佐木惣一改訂 日本國憲法, p.425.

리에 의하여 拘束되어 있다 할 것이므로 行政 司法뿐만 아니라 立法도 拘束한다」라고 본다. 이것은 形式的인 議會萬能主義에 對한 不信에서 오는 것이므로 平等原理의 立法權에 對한 拘束의 手段으로 法院에 의한 法令審査權을 強力히 要請한다는 것이 오늘날 世界的인 判例·通說의 立場이다.⁸⁾

생각컨대 法適用平等說에 依하여서는 形式的인 法律萬能主義에 의한 立法權 自体에 根據한 平等原理의 侵犯의 弊害를 防止할 수 없으며 法律의 違憲審査權이 憲法上으로 明白히 規定된 우리 憲法(第112條 第1項 第1號)으로는 法拘束說 平等說이 妥當하다고 하겠으며 게아무리 特殊 身分關係에 있는 國民이라 할지라도 國民으로써 享有할 權利·平等權 自体의 本質의 內容을 해 소하는 정도까지의 制約은 있을 수 없는 것이라고 생각된다. 이러한 理論에 對해서는 우리 大 法院判例도 지지하고 있는 것이며 現代의 世界的인 通說이라 할 것이다.⁹⁾

다) 特殊身分關係에 있는 國民에 對한 平等權의 制限

公務員의 服務의 特殊性과 國民全體에 對한 奉仕者의 地位에서 平等權에 대한 상당한 制限이 인정되고 있다

① 公務員의 勤勞三權의 制限(憲法 第31條 2項)

公務員인 勤勞者는 法律에 인정된 경우를 제외하고는 團結權·團體立法權·團體行動權을 가 질 수 없으며 團體行動權을 法律이 定하는 바에 따라 제한 내지 인정되지 않을 수 있다.(憲法 第31條 第3項)

軍人, 軍務員, 警察公務員 기타 法律이 정하는 者의 二重國家賠償의 請求가 금지된다는 明文의 規定이 있다.(第28條 第2項)

② 國會議員의 兼職禁止

국회의원은 法律이 定하는 職을 兼할 수 없다.(第79條)

③ 軍人, 軍務員에 對한 制限

二重賠償請求의 금지(憲法 第28條 第2項)외에 軍法會議 관할과 軍人의 경우 現役을 면한 後가 아니면 國務總理 國務委員으로 任命될 수 없게 되어 있다.(憲法 第62條 第3項, 第63條 第3項)

1) 法律에 依한 制限

平等權을 法律로 制限하는 경우 合理的인 制限만이 가능하며 不合理하거나 자의적인 制限은 금지된다. 憲法 35條 2項의 「自由와 權利」에 平等權이 포함되는가는 學說의 對立에 있으나 「모 든 自由와 權利」라고 하고 있어 基本權 全般으로 보아 포함된다고 본다. 따라서 法律에 의한

8) 前掲書, pp.301-302.

9) 필자사견, 동지 김철수 전제서, p.302. 문흥주, 한국헌법, p.218. 박일경 p.177.

제한은 國家安全保障·秩序維持·公共福利를 위하여 필요한 경우에 한한다.

法律에 의한 制限으로 合理性이 인정되는 것은 다음과 같은 것들이 있다.

公務員에 對한 制限으로 公務員法은 公務員의 服務義務를 규정하고 政黨加入制限·政治活動制限을 규정하고 있다. 또 居住地를 制限하는 規定도 있다. 別定職公務員도 이에 準한다. 軍人, 軍務員에 對해서는 營內居住勤務를 命할 수 있고 特別한 服務가 부과되며 政治活動制限을 하고 있다.

行刑法은 所在者등에 대하여 書信의 檢閱 教化등 身分의 自由에 對한 制限을 규정하고 있다. 國家公務員法, 선거법 등에서는 前科者에 대한 제한을 규정하고 있다. 外國人에 대하여는 出入國管理法에 의해 체류와 出國의 제한이 加하여지고 있으며 外國人土地法등에 의해 土地所有과 일정한 株式의 所有등이 제한된다. 教育法등은 被教育者에 對하여 一定한 平等權을 制限하고 있다. 民法은 戶主制度·夫婦財產制度·財產相續關係등에 있어서 子女의 不平等을 규정하고 있는데 이는 合理性이 없는 것으로 인정되어 違憲성이 논의되고 있다.

이미 앞부분에서 밝혔듯이 元來 平等權 自体가 自然法的 權利性을 지니고 있는 것이니 만큼 그러한 平等權이 特殊한 原因으로 因해서 모든 國民間에 차별대우를 받을 때에는 本來의 平等權을 憲法上으로 보장할 眞意를 상실했다. 우리 憲法 第26條에서 「① 모든 國民은 憲法과 法律에 정한 法官에 의하여 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다」고 하며 헌법과 법률에 의한 公正한 裁判을 받을 權利가 있음을 保障하고 있다. 나아가서 法院組織法 第3條에서는 法院의 種類를 大法院·高等法院·地方法院·家庭法院등 4종으로 하고 이른바 3심제도의 大原則을 裁判制度로서 채택하고 있는 바이다. 반면 軍法會議法 第5條는 「軍法會議의 種類」라 해서 다음 2종으로 한다 ① 高等軍法會議 ② 普通軍法會議라고 하며 一般法院의 三심제 원칙에 對比해서 二審制를 原則으로 하고 있음을 알 수 있다. 또한 헌법 第111條에서는 ① 軍事裁判을 관할하기 위하여 特別法院으로서 軍法會議를 둘 수 있다. 同條 第4項에서는 非常戒嚴下의 軍事裁判은 軍人, 軍務員의 犯罪나 군사에 관한 間諜罪의 경우와 哨兵 哨所 유해음식물공급, 포로에 관한 罪중 법률이 정한 경우에 한하여 單審으로 할 수 있다」고 규정되어 있다. 아울러 이것에 관련하여 軍法會議法 第385條에서는 大法院에 上訴할 수 있는 길이 保障되어 있다. 결국 軍法會議일지라도 最終審은 大法院에 依據하고 있는 것이라고 해야 할 것이다. 그전에 軍法會議法 第52條에서는 特別規定을 두어 「非常戒嚴이 선포된 地域에 있어서는 軍刑法 第1條 第1項내지 第4項에 규정된 者에 대하여는 第2編 第3章의 규정을 적용하지 아니한다」고 規定하여 즉 현역에 복무하고 大韓民國 軍人全部에 대해서는 軍法會議法 第2編 第3章(上訴權規定)을 적용하지 않는다는 것이다. 환언하면 非常戒嚴이 선포된 地域에 있어서는 現役軍人은 上訴權이 인정되지 않으므로 普通軍法會議의 判決이 최종심이 된다는 것이고 大法院의 決審을 받을 수 없게 되어 있다. 이것은 말은 現役軍人일지라도 非常戒嚴宣布地域外의 現役軍人에게는 三審制度가 적용되고 비상계엄선포지역내의 現役軍人에게만은 單審으로 確定裁判을 終結한다는 것이 된다. 그렇게 된

으로 우선 같은 現役軍人이면서도 非常戒嚴宣布地域의 内外에 따라서 결국 國民으로서 응당 받아야 할 三審制度의 혜택을 받지 못하는 不平等한 結果가 發生한다는 것이 된다.

즉 非常戒嚴이 宣布된 地域內의 軍人에게는 軍法會議法 第525條의 規定에 따라서 上訴權이 없다 할 것이므로 非常戒嚴宣布地域外의 같은 現役軍人에게 주어진 上訴權이 制約된다는 것인데 憲法 第26條에서 「모든 國民은 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다」고 하는 權利가 制約된다는 것인데 여기에서 前記 第26條에서 國民 個個人에게 保障하고 있는 權利란 모든 國民이 憲法과 法律에 의한 公正하고 신속한 裁判(三審制度를 原則으로 하는 裁判을 가리킴)을 받을 權利이며, 모든 國民은 裁判을 받는데 平等한 權利가 保障되어 있음을 말한다. 그리고 이러한 平等한 裁判을 받을 權利는 現代民主國家의 根本構成原理이기 때문에 이것은 이른바 憲法의 근본규범에 해당되며 憲法改正의 한계밖에 있다고 할 것이다.

그렇다면 이러한 觀點에서 입각하여 불시에 軍法會議法 第525條에서 規定하고 있는 차등 적용의 內容을 살펴보기로 하겠다. 同 第525條에서는 「非常戒嚴이 선포된」이라고 전제하고 있다. 이것은 戒嚴法 第4條에 의해서 宣布된 경우를 말함인데 즉 戰爭 또는 戰爭에 준한 事變에 있어서 敵의 포위공격으로 因하여 社會秩序가 극도로 혼란된 地域에 선포한다」고 規定되어 있으므로 社會秩序가 극도로 혼란되어 있음을 필수요건으로 한다. 환언해서 위에서 말하는 社會秩序란 적의 포위공격으로 因하여 法律秩序 내지는 命令秩序등을 포함한 개념이라고 해석함이 타당할 것이다. 다음에 「敵의 포위공격이라 함은 兵力에 의한 전투방식으로부터 國家總力戰으로 그 양상이 變환 오늘날에 와서는 高度의 政治性과 軍事上 科學上의 개념을 내포하고 있음이 그特徵이라 할 것이다.¹⁰⁾ 이러한 高度의 政治的 軍事的 개념을 내포한 적이 有形無形의 方法에 의한 直接 또는 간접의 포위공격 상황下에 兵力으로써 公共의 安寧질서를 유지할 必要가 있을 정도로 社會秩序가 극도로 혼란되어 있느냐의 여부는 大統領이 그 裁量으로 이를 정하여야 할 것이다. 그러나 이러한 것들은 大統領이 선포한 非常戒嚴地域을 決定하는데 있어서의 大統領自身이 판단기준이 되는 것에 불과한 것이라고 하겠다. 그러므로 이것은 大統領自身이 主觀的인 裁量에 의해서 비상계엄지역을 宣布할 수 밖에 없다. 이러한 大統領의 權限은 제5공화국 憲法에서도 第52條 第1項의 規定에 의해서 戒嚴을 선포할 수 있는 權限이 부여되어 있다.

그전에 여기에서 憲法 第52條와 軍法會議法 第525條 및 軍刑法 第1條 또는 法院組織法 第3條의 各조항을 서로 맞대어 전주어 불시에 어딘가가 석연치 않은 問題가 있음을 발견할 수 있다.

즉 憲法 第10條에서 保障하고 있는 法 앞의 平等한 國民의 權利에 非常戒嚴이 선포라는 現實下에서 法前平等의 原則에 對하여 本質的인 內容까지도 침해되어 버리는 結果가 초래되는 것이다. 이렇게 된다는 것은 憲法 第35條 2項의 基本정신과 위배되는 것이다.

환언하면 憲法 第10條에서 모든 國民은 法 앞에 平等하다고 規定하고 있는데 憲法 第26條에서는

10) 대법원 判例, 1964. 7. 21.

「모든 國民은 헌법과 法律에 정한 法官에 의하여 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다」고 하였고 同條 第2項에서는 軍人 또는 軍務員이 아닌 國民은 大韓民國의 영역안에서는 重大한 軍事上 機密·哨兵·哨所·유해음식물공급·포로·군용물 軍事施設에 관한 罪中 법률에 정한 경우와 비상계엄이 선포되거나 大統領이 법원이 권한에 관하여 비상조치를 한 경우를 제외하고는 軍法會議의 재판을 받지 아니한다」고 규정하여 軍인과 軍務員외의 一般國民은 軍法會議의 재판을 받지 아니한다」는 原則을 규정하고 있다. 그러므로 위의 軍法會議法 第525條 軍刑法 第1條와 법원조직법 第3條사이에는 法體系로서 일관성이 결여된 점이 있음을 발견할 수 있다고 할 것이다. 즉 위의 三者中 어느하나가 헌법 第10條의 근본정신에 위배된 것임을 찾아 볼 수 있다.

2) 違憲立法性 如否

우선 여기서 헌법 第10條의 규정 및 근본정신을 개관해 둬야 必要的인 것 같다. 그것은 憲法 第10條 第1項에서 「모든 國民은 法앞에 平等하다. 누구든지 性別·宗教 또는 社會的 身分에 의하여 政治的·經濟的·社會的·文化的·生活的 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다」고 한 同條의 기본정신은 모든 國民은 社會的 身分에 의하여 모든 생활영역에서 차별을 받지 아니한다고 하는 大原則을 선언한 것이라고 하겠다. 이어서 헌법 第26條에서는 「모든 國民은 헌법과 法律에 정한 法官에 의하여 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다」고 규정한 것은 모든 國民은 訴訟節次法(刑事訴訟法, 民事訴訟法등 包含)에 따라서 법원조직법에 의한 3심제의 혜택을 받을 權利를 가진다고 하는 原則이 밝혀진 것이라고 하겠으며 만일 어느 特定國民에게 이러한 權利가 제한된 때에는 그것을 제한하고 있는 法律이 있을 때에는 헌법위원회에서는 그러한 法律이 違憲無效임을 결정시켜야 할 것은 당연하다고 해야 할 것이다. 이렇게 생각할때 軍法會議法 第525條의 규정을 개관해 볼때 과연 이 條文이 전술한 憲法 第10條와 同 第26條 第1項에서 선언하고 基本精神에 대조해 볼때에 相互間에 위배된 점이 없는가 하는 問題에 봉착하게 된다. 환언하면 軍法會議法 第525條에서 「非常戒嚴이 宣布된 地域에 있어서는 軍刑法 第1條 第1項 내지 第4項에 규정된 者에 대하여는 第二編 第3章의 규정을 적용하지 아니한다」고 규정되어 있기 때문이다. 즉 이러한 것은 「軍刑法 第1條 第4項 내지 第9項에 規定된 者」라 함은 大韓民國의 영역 內外를 불문하고 이 法에 규정된 罪를 범한 大韓民國 軍人에게 적용한다는 것이다. 그러나 비상계엄이 宣布된 地域에 있어서는 大韓民國 軍人에 대해서는 軍법회의법 제2편 제3장의 규정(第1節, 第2節, 第3節, 第4節)을 적용하지 아니한다는 것으로서 非常戒嚴宣布下에서는 軍人에게는 단심제로써 裁判을 확정시킬 수 있고 헌법 제26조에서 保障하고 있는 삼심제도의 보장이 아니된다는 결과를 낳게 하는 것이다. 그 實例를 들어보면 지난 1979年 10月 26日 故 朴正熙 大統領의 시해사건에 관련된 피고인들의 刑事處罰結果에 對해서 개관해 볼때 K被告(一

般社會人)와 同 B被告(現役軍人) 同 V被告(現役軍人) 同 J被告 同 K被告(社會人) 등으로 被告人別로 집행된 형벌을 대조해 볼때 거기에는 상당한 차등이 있었음을 發見할 수 있다. 이러한 차등이 不合理的이고 자의에 의한 차등이 아니었으나 하는 의문을 남게 하는 것이다. 그 좋은 例로서 被告 K被告(一般社會人)와 B被告와의 관계를 먼저 살펴보기로 한다. 우선 同一事件에 관련된 同被告人들은 社會的 身分의 차이때문에 K被告는 進술한 대로 正當한 혜택을 받았음에도 불구하고 B被告는 現役軍人이라는 社會的 신분때문에 軍法會議法 第525條규정에 따라서 軍형법 제1조 제1항 내지 제4항에 규정된 者에 대해서는 軍法會議法 제2편 제3장의 規定을 적용하지 아니한다고 규정되어 있기 때문에 B被告는 보통군법회의의 單심으로 재판이 확정되어 버리고 抗告 上告의 혜택을 박탈되어 버리는 結果를 남게 하고 있는 것이다. 그것은 물론 軍法會議法에 근거하여 행하여지는 당연한 結果라 할 것이다. 그러나 그 근거법인 軍法會議法 自体가 위헌성이 농후하다고 할 때에는 (軍法會議法 第525條가 위헌성이 있다고 할 때에는) 本條에 의거한 처사는 무효임을 면치 못 할 것이다. 또한 本事件을 총괄적으로 개관해 볼 때 本事件에서 내란목적살인과 내란미수죄의 수괴(79. 11. 26 육군 보통군법회의의 검찰부에 의해서 기소사유)인 K被告外 7名은 육군고등군법회의에 抗訴하고 B被告를 제외한 K被告등 관련被告人 全員이 大法院에 上告(80. 2. 5) 하였다. 그런데 B被告만은 軍法會議法 第525條에 의거하여 1980. 3. 6 死刑이 집행되었다. 여기에서 再考되어야 할 것은 前記 K被告등 관련피고인들의 上告審에서 만일 상고이유가 있다는 判示가 있었다고 가상할 때에 이미 死刑이 집행되어 버린 B被告의 生命은 어떻게 보상할 것인가 하는 문제가 남게 되는 것이다. 그러므로 여기에서 우리 憲法 第26條에서 保障하고 있는 소위 「裁判을 받을 權利에 對해서 再吟味해 보고져 한다. 즉 第26條 第1項에서 「모든 國民은 憲法과 法律」에 定한 法官에 의하여 法律에 依한 裁判을 받을 權利를 가진다」고 하며 一次的으로 모든 國民은 法官에 의하여 法律에 依한(三審制)의 裁判을 받을 權利가 保障되어 있는 것으로 보아야 할 것이다. 이는 國民의 基本權 中에서도 이른바 核을 이루는 部分으로서 不可缺의 權利라고 할 것이다.

V 軍法會議法 第525條의 合憲性 與否

軍法會議法 第525條는 特別規定이라고 題하여서 「非常戒嚴」이 宣布된 地域에 있어서는 「軍刑法 第1條 第1項 내지 第4項에 規定된 者에 대하여는 第2編 第3章의 規定을 適用하지 아니한다」고 되어 있다. 勿論 이 規定은 「戰時 事變時의 特例」이기 때문에 「特別規定」으로 되어 있는 것이기는 하나 既述한 바와 같이 軍法會議法 第525條에 따라서 10. 26事態의 結果처럼 現役軍人이라는 身分때문에 首魁인 被告人 K被告는 上告審이 進行中인데도 그 上告審이 끝나기

도 前에 B被告는 死刑執行되어버린 結果를 남겨 한 것이다. 이때에 萬一 上告審에서 上告理由가 있다고 判定이 내려졌다고 假定하여 幸여나 K被告에게 死刑이 아닌 無期懲役이라도 宣告되었다고 假想을 한다면 그러한 結果를 남겨한 第525條는 宜當 違憲立法임을 駁치 못할 것이다.

그렇다면 憲法 第10條의 法律앞의 平等한 權利保障은 立法作用까지도 制約한다고 하는 現今의 世界的 추세와 判例와도 違背된다고 생각이 간다.

그렇다면 軍法會議法 第525條를 削除 또는 改正해야 되지 않느냐 하는 問題에 到達하게 된다. 즉 現役軍人이라고 할지라도 國民임에는 틀림이 없고 國民이 享有하는 憲法 第10條에 의한 「法律앞의 平等한 權利」를 剝奪할 수 없는 權利이기 때문에 비록 現役軍人이라는 特殊身分으로 因해서 憲法の 根本規範에 違背되는 法規는 效力을 갖지 못한다는 것은 當然한 結果기이기 때문이다.

VI 結 論

以上에서 論述한 바와 같이 軍法會議法 第525條가 憲法 26條 第2項에 根據하여 制定된 法律이기는 하나 그 法律의 制定上의 形式的 問題가 아니라 그 實質的 面에서 볼 때 憲法 第26條에서 보장하고 있는 國民이 裁判을 받을 權利(三審制)가 本質的 內容까지 侵害당하는, 憲法 第35條 第2項에도 違背되는 結果라고 하겠다. 즉 憲法 第35條 第2項에서는 「國民의 自由와 權利는 國家安全保障 秩序維持 또는 公共福利를 위하여 필요할 경우에 한하여 法律로서 제한할 수 있으며 제한하는 경우에도 自由와 權利의 本質的인 內容을 侵害할 수 없다」고 規定되어 있듯이 이는 國民의 自由와 權利를 制限하는 國家의 立法作用까지도 拘束하는 條文으로 解釋함이 妥當한 것이다. 따라서 本條項에서 指適하듯이 國家安全保障 秩序維持 公共福利를 위하여 필요한 경우에 國民의 自由와 權利를 制限하는 法律을 制定한 경우에도 國民의 自由와 權利의 本質的 內容을 侵害하지 못하도록 憲法은 宣言하고 있는 것이다.

그렇다면 軍法會議法 第525條를 概觀해 볼 때 國家安全保障 秩序維持 公共福利를 위한 경우에 限해서 適用되리라고는 豫測이 가기는 하지만 前述한 바와같이 國民이 享有하고 있는 憲法 第26條의 裁判(三審制)을 받을 權利가 송두리체 制限내지는 剝奪되어 버리는 結果가 됨으로 前記 軍法會議法 525條는 憲法 第26條 및 第35條 2項에도 抵觸되는 것이라고 해야 할 것이므로 軍法會議法 第525條는 削除내지는 改正되어야 한다는 것이다.

그렇게 됨으로서 「現役軍人」이라는 社會的 身分을 가진. 行政法上으로는 特別權力關係를 가지고 있다 하더라도 國民으로서 享有하고 있는 憲法上의 基本權만은 保障되어야 할 것이

다. 特히나 이러한 基本權(裁判을 받을 權利)은 國民의 生命을 保持하는 權利로 直結된다고 생각할 때에는 이러한 權利의 本質的인 內容을 侵害하는 어떠한 立法도 許容되어서는 아니된다고 본다. 그래서 이러한 論理는 極히 消極的인 見解에 不過한 것이지만 이것을 좀더 積極的인 側面에서 볼 때에는 軍法會議法 第525條에 의해서 上訴權 및 抗告權이 完全히 剝奪되어 버림으로서 軍人의 士氣에도 미치는 영향이 甚大하다고 할 것이다. 이러한 것은 國防의 聖스러운 義務를 지닌 現役軍人에게 期待하는 國民의 意思와도 違背된다고 해야 할 것이다. 現役軍人의 士氣가 委縮될때 國防에 虛點을 남겨 하므로서 國家의 存亡에 直接的으로 關聯된다는 事實을 생각할 때 이러한 違憲立法은 早速히 削除내지는 改正되어야 할 것이다.

— Summary —

A Study on the principle of Equality Before the Law

Kwang-taek Kim

From the viewpoint of a system of law, the laws which disobey the fundamental spirit of the law contained in the constitutional law can not be in existence. The Constitutional Law of the Republic of Korea declares "equality before the law" the basic principle. Therefore, even special laws must not transgress this basic principle, and that is the legal trend of today. Nevertheless, this principle is violated in the Republic of Korea by the Military Criminal Law and the Article 525 of the Court Martial Law.

Now that "equality before the law" is declared the fundamental principle of Constitutional Law, the exercise of all legal rights that are contrary to this principle should be restricted by it. Accordingly, legislation which promotes "inequality before the law" is unconstitutional and invalid in itself. In this respect, I believe that this unconstitutional Article or the law should be rescinded or revised.