례의 고리에 걸 수 있는 포괄성이 있기 때문에 정부비판세력을 견제하는 수단으로 오용 내지는 남용의 소지를 안고 있다. 돌이켜 찬양·고무죄의 구성요건에 대하여 넓게 보았느냐, 좁게 보았느냐의 해석범위의 문제와 당시 처해 있던 시대적 상황과 밀접한 관련이 있었던 것은 부인될 수 없는 사실이며, 이것은 여기의 찬양·고무죄의 적용범위의 과도한 광범성과 그 다의성이 큰 요인이었다고 볼 것이다. 무릇 법운영에 있어서 객관적인 자의성을 주는 것은 법치주의 원리에 반하는 것이고 결국 법의 집행을 받는 자에 대한 헌법 제11조의 평등권 침해가 되는 것이다. 나아가 법규의 적용범위가 과도하게 광범해지면 어떠한 경우에 법을 적용하여야 합헌적인 것이 될 수 있는가 즉 법을 적용하여도 좋은 경우와 적용하여서는 안되는 경우가 법집행자에게도 불확실하고 애매해지는 사태가 온다. 이러한 의미에서 과도한 광범성은 잠재적인 명확성 결여의 경우로 볼 수 있기 때문에 형벌법규에 관한 명확성의 원칙에 위배되는 한가지 예에 해당될 수 있다. 이리하여 어떠한 것이 범죄인가를 법제정 기관인 입법자가 법률로 확정하는 것이 아니라 사실상 법운영 당국이 재량으로 정하는 결과가 되어 법치주의에 위배되고 죄형법정주의에 저촉될 소지가 생겨날 것이다.

셋째로 제7조 제1항의 찬양·고무죄를 문언 그대로 해석한다면 헌법전문의 "평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고"의 부분과 헌법 제4조의 평화적 통일지향의 규정에 양립하기 어려운 문제점이 생길 수도 있다. 물론 여기의 통일은 대한민국의 존립과 안전을 부정하는 것은 아니고 또 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 것도 아니며 오히려 그에 바탕을 둔 통일인 것이다. 그러나 제6

공화국 헌법이 지향하는 통일은 평화적 통일이기 때문에 마치 냉전시대처럼 빙탄불상용의 적대관계에서 접촉·대화를 무조건 피하는 것으로 일관할 수는 없는 것이고 자유민주적 기본질서에 입각한 통일을 위하여 때로는 북한을 정치적 실체로 인정함도 불가피하게 된다. 북한집단과 접촉·대화 및 타협하는 과정에서 자유민주적 기본질서에 위해를 주지 않는 범위내에서 때로는 그들의 주장을 일부 수용하여야 할 경우도 나타날 수 있다. 순수한 동포애의 발휘로서 서로 도와주는 일, 체제문제와 관계없이 협력하는 일은 단일민족으로서의 공감대형성이며, 이는 헌법 전문의 평화적 통일의 사명에 입각하여 민족의 단결을 공고히 하는 소위인 것으로서 헌법정신에 합치되는 것일 수도 있다. 그러나 앞서 본 바와 같은 찬양·고무죄의 처벌범위의 광범성 때문에 자유민주적 기본질서에 입각한 통일정책의 추구나 단순한 동포애의 발휘에 지나지 않을 경우라도 그 문언상으로는 북한의 활동에 동조하거나 북한을 이롭게 하는 것이 된다는 해석으로 연결되어 처벌될 위험이 있다.

이상 본 바 문제의 소재는 법문의 다의성과 그 적용범위의 광범성에 있으며 이 때문에 국가존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 해악을 줄 구체적인 위험이 없는 경우까지도 형사처벌이 확대될 위헌적 요소가 생기게 되어 있는 점이며, 이는 단순한 입법 정책의 문제를 떠난 것이다. 그러나 제7조 제1항의 그 다의성 때문에 위헌문제가 생길 수 있다고 해서 전면위헌으로 완전폐기되어야 할 규정으로는 보지 않으며 완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제지만, 남북간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는 마당에서는 완전폐기

함에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 이익형량상 더 클 것이다. 분명히 평화시대를 기조로 한 형법상의 내란죄나 외환죄는 고전적이어서 오늘날 우리가 처한 국가의 자기안전·방어에는 다소 미흡하다. 따라서 제7조 제1항은 이와 별도로 그 존재의의가 있다고 할 것이며 또 침략행위나 민주체제전복을 부추기는 내용의 언동까지도 표현의 자유라는 이름으로 보호하는 것이 헌법이 아닐진대 여기에 합헌적이고 긍정적인 면도 간과할 수 없을 것으로, 다만 위헌적 요소가 있어서 정비되어야 할 불완전한 것일 뿐이다. 어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리안에서 여러가지 해석이 가능할 때 헌법을 그 최고 법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌적인 해석을 택하여야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반 법리이다. 이러한 합헌적 제한해석과 주문에는 헌법재판제도가 정착된 여러나라에 있어서 널리 활용되는 통례인 것으로서 법률에 일부합헌적 요소가 있음에도 불구하고 위헌적 요소 때문에 전면위헌을 선언할 때 생길 수 있는 큰 충격을 완화하기 위한 방안이기도 하다. 국가보안법 제7조 제1항 소정의 찬양·고무·동조 그리고 이롭게 하는 행위 모두가 곧바로 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 또는 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 위험이 있는 것이 아니므로 그 행위일체를 어의대로 해석하여 모두 처벌한다면 합헌적인 행위까지도 처벌하게 되어 위헌이 되게 된다는 것은 앞서 본 바이다. 그렇다면 그 가운데서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고, 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이

있는 경우로 처벌을 축소 제한하는 것이 헌법 전문·제4조·제8조 제4항·제37조 제2항에 합치되는 해석일 것이다. 이러한 제한해석은 표현의 자유의 우월적 지위에 비추어 당연한 요청이라고 하겠다. 여기에 해당되는가의 여부는 제7조 제1항 소정의 행위와 위험과의 근접정도도 기준이 되겠지만 특히 해악이 크냐 적으냐의 정도에 따라 결정함이 합당할 것이다. 국가보안법 제1조는 "이 법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 한다"고 규정하고 있다. 결국 국가보안법은 국가의 안전을 보장하고 자유민주적 기본질서의 파괴에 대처하기 위한데 그 목적이 있는 것이므로 위에 밝힌 제한해석은 그 입법목적에도 부합하는 것이 될 것이다. 구 국가보안법(1958. 12. 26. 법률 제500호) 제2조에서도 "본 법은 헌법에 보장된 국민의 권리, 자유와 밀접한 관련이 있으므로 본 법을 적용하고 해석함에 있어서는 국민이 향유하는 모든 권리와 자유가 부당하게 제한되는 일이 없도록 특히 주의하여야 한다."고 규정된 것을 상기할 필요가 있다. 이처럼 입법목적 등 합리적 기준으로 위 다의적인 규정을 한정적 제한해석을 할 때 제7조 제1항의 보호법익을 살리면서도 전면 위헌의 문제를 피할 길이 열릴 것이며 이로써 언론·출판의 자유나 학문·예술 또는 양심의 자유의 위축문제나 이와 같은 기본권의 본질적 침해의 우려는 해소될 것이고, 허용될 행위와 금지되는 행위의 기준제시로 법운영 당국의 제도외적 오용 내지 남용으로 인한 기본권침해의 사태는 피해질 것이며, 이 정도의 기준제시로 처벌범위를 좁히면 외국의 입법례나 판례·학설에 비추어 법운영 당국의 해석권에 의하여 제도 본지를 충분히 살릴 수 있을 것으로 처벌범위의 불

명확성 때문에 생기는 죄형법정주의 위배의 소지는 없어지고, 나아가 국가의 존립·안전을 저해함이 없이 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책추진의 헌법적 과제는 이룩할 수 있을 것이다. 그러므로 제7조 제1항이 헌법의 규정에 전면위배된다는 주장은 받아 들이기 어렵다고 할 것이다. 다만 여기에서 국가의 존립·안전을 위태롭게 한다 함은 대한민국의 독립을 위협 침해하고 영토를 침략하며 헌법과 법률의 기능 및 헌법기관을 파괴 마비시키는 것으로 외형적인 적화공작 등일 것이며, 자유민주적 기본질서에 위해를 준다 함은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것이고, 이를 보다 구체적으로 말하면 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부 체제를 파괴·변혁시키려는 것으로 풀이할 수 있을 것이다.

나. 다음 국가보안법 제7조 제5항의 규정에 관하여 본다.

이는 제1항 내지 제4항의 행위를 할 목적으로 문서, 도화 기타의 표현물을 제작, 수입, 복사, 소지, 운반, 반포, 판매 또는 취득한 행위에 대한 처벌규정이다. 제5항은 제1항을 요건으로 하고 있는데, 제1항에 앞서 본 바와 같이 그 개념이 다의적이고 광범위한 문제점이 있는 이상 문리에 충실한 해석을 하면 제5항에도 같은 위헌적인 요소가 생길 수 있으며, 제2항은 제1항과의 관계에서 반국가단체 대신 국외 공산계열로 바뀌어졌다는 것 뿐이므로 결국 제2항 때문에도 제5항에 위헌적 요소가 있다 하겠고, 제3·4항은 제1·2항을 전제로 하고 있

으므로 제3·4항 때문에도 제5항에 앞서 본 바와 같은 문제가 생길 수 있을 것이다. 특히 프롤레타리아 독재의 기조위에서 언론·출판의 자유가 전혀 인정되지 않고 따라서 대정부 비판의 자유나 기본적 인권이 없는 북한이나 국외 공산계열의 국가라면 특단의 사정이 없는 한 자국에 불리한 서적이나 표현물을 간행할 자유 또한 없다 할 것이므로, 일응 이러한 곳의 발행서적이면 어느 서적이나 그들에게 이롭지 아니한 서적은 없다고 하여도 과언이 아닐 것이며, 제7조 제5항 문언대로라면 북한을 비롯한 공산국가 발행의 서적이라면 민주주의 체제를 전복하고 공산화를 획책하기 위한 수단이 아닌 것까지도 이적표현물이 되어 이에의 접근이 무제한하게 금기가 될 위험이 있다. 또 국내외 간행의 서적이라도 예컨대 북한이나 공산계열 국가의 문화·예술활동을 서술한 간행물까지도 쉬운 접근이 어려워질 것이다. 이로써 앞서 제7조 제1항에 대해서 본 바 같은 표현의 자유 등의 위축문제, 민주체제 전복으로부터의 방어의 차원에서 국가존립·안전에 무해한 서적의 제작·소지 등 까지 처벌되는 자의적 집행의 우려, 또 자유민주적 기본질서에 입각한 평화정착의 노력과 통일정책의 추진을 위한 남북간의 문화교류에 지장을 줄 가능성이 있다. 따라서 제7조 제5항도 제1항의 경우와 마찬가지로 국가보안법의 입법목적 등에 맞추어 그 소정행위에 의하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 적용되는 것으로 해석할 것이다. 이와 같이 해석되는 이상, 제7조 제5항 역시 전면위헌이라고 할 수 없다. 여기에서 국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우란 특단의 사정이 없는 한 그 표현물의 내용이 그와 같은 경

우일 때라고 볼 것이고 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악이 될 정도가 못되거나 해악이 되는지 여부가 불분명한 경우에는 배제된다고 할 것이다. 그밖에 문제의 표현물과 외부관련성의 정도도 또한 여기의 위험성의 유무를 판단하는 별도의 기준이라 할 것이다.

다. 결론을 본다.

국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 각 그 소정 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 적용된다고 할 것이므로 이와 같은 해석하에서는 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이다. 다만 재판관 변정수의 반대의견이 있는 외에는 그 나머지 관여 재판관의 의견일치를 보았으므로 주문과 같이 결정한다.

4. 재판관 변정수의 반대의견

가. 국가보안법 제7조 제1항은 형벌규정이므로 죄형법정주의에 의하여 그 구성요건은 명확해야 할 것이며, 더구나 위 규정은 민주주의의 제도적 토대라고 할 수 있는 표현의 자유에 대한 제한을 수반하는 법률이므로 다른 형벌규정에서 보다도 그 명확성이 더욱 강하게 요구되는 것이다. 그런데 위 법률조항은 그 구성요건이 너무 막연하고 불명확한 규정들로 이루어져 있다. "반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동"이라는 규정도 불명확하고 "찬양, 고무, 동조"라는 각각의 의미도 불명확하며, 찬양, 고무, 동조 등의 대상에 "반국가단체나 그 지령을 받은 자의 활동"만이 아니라 "반국가단체의 구성원의 활동"까지 포함하게 되면 처벌대상은 무한히 확대될 수 있으며 이러한 법리가 부당함은 일일이 예를 들 필요가 없는 것이다. 또한 찬양, 고무, 동조에 이어지는 "기타의 방법으로 반국가단체

를 이롭게 한 자"라는 규정 역시 불명확하다. "기타의 방법"의 의미를 반국가단체를 이롭게 한 모든 행위를 지칭하는 것으로 해석한다면 이는 구성요건의 설정을 사실상 포기하는 것이나 다름이 없고, 그 의미를 한정하여 찬양, 고무, 동조에 유사한 행위를 가리키는 것으로 해석한다면 죄형법정주의의 또 다른 내용인 형벌규정에서의 유추해석금지의 원칙에 반한다. 도대체 표현의 자유를 규율하는 형벌규정에 "기타의 방법"이라는 구성요건을 둔 것 자체가 이미 죄형법정주의의 본질을 훼손한 것이다. "이롭게 한"이라는 규정 또한 애매모호하기 짝이 없는 것이어서 과연 어떤행위가 반국가단체를 이롭게 한 것이냐는 오로지 수사기관이나 법관의 주관적 해석에 맡겨질 수 밖에 없어 자의적(恣意的) 해석의 여지도 있는 막연한 규정이다.

나. "국민에 의한 정치" 이자 "여론에 의한 정치"인 민주정치가 제대로 그 기능을 발휘하기 위하여서는 합리적이고 건설적인 사상 또는 의견의 형성이 필요하며 그러기 위해서는 국민이 국가나 사회로부터 그에 필요한 정보를 광범위하게 수집할 수 있어야 하는데 이는 언론·출판 등의 표현의 자유가 보장됨으로써만이 가능한 것이다. 이런 점에서 표현의 자유는 민주주의의 제도적 토대라고 할 수 있어 헌법에서 보장된 여러 기본권 가운데에서도 특히 중요한 기본권이며, 그러기에 의사표현에 대하여 형벌을 과하는 법률은 최고도의 명확성이 요구될 뿐더러 그 의사표현행위를 처벌하기 위해서는 그것이 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠었다는 것만으로는 부족하고, 법률에 의하여 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야 하는 것이다(명백하고도 현존하는 위험의 원칙). 그런데 국

가보안법 제 7 조 제 1 항의 "찬양, 고무, 동조" 등은 의사표현의 형태를 가리키고 있는 점에서 공통되고 따라서 위 법률조항은 의사표현의 자유를 제한하고 형벌을 과하는 규정이면서도 앞서 "가"항에서 지적한 것처럼 구성요건이 너무 애매하여 명확성이 결여되고 지나치게 광범위할 뿐더러 반국가단체에 이로운 것은 곧 대한민국에 해롭다는 논리 위에서 반국가단체에 이로울 수 있는 의사표현은 그것이 대한민국에 현실적으로 해악을 끼칠 위험성이 명백한 경우이건 아니건 간에 무조건 규제대상으로 삼는 것이어서 정부에 대한 비판이나 북한 등 공산계열에 관한 진실한 보도나 정당한 평가 또는 합리적인 언급조차도 권력의 선택에 따라 처벌할 수 있게 되어 있어 위 법률조항은 북한 등 공산계열이나 통일분야에 관한 국민의 알권리를 철저히 봉쇄하여 민주주의의 기초인 건전한 여론형성을 저해하는 기능으로 작용하고 있는 것이 분명하다.

다. 국민의 신체의 자유와 표현의 자유도 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위해서 필요한 경우에는 헌법 제37조 제 2 항에 의하여 법률로써 제한할 수 있으나 이 경우에도 그 법률은 신체의 자유와 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하여서는 아니된다.

그런데 국가보안법 제 7 조 제 1 항은 신체의 자유를 제한하는 형벌규정이면서도 그 구성요건의 명확성을 결여하여 죄형법정주의에 위배되므로 그 점에 있어 신체의 자유의 본질적 내용을 침해하는 법률이고, 또한 위 법률조항은 표현의 자유를 제한하는 법률이면서도 명확성의 결여뿐만 아니라 표현행위가 대한민국의 안전보장이나 질서유지 또는 공공복리에 명백한 현실적인 위험이 있거나 없거나를 가리지 아니하고 다만 반국가단체에 이

로울 수 있다는 이유만으로 무조건 표현행위를 제한하고 처벌대상으로 삼고 있다는 점에서 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 법률이다. 그리하여 아무리 우리의 특수한 안보상황을 감안하더라도 국가보안법 제 7 조 제 1 항은 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제 1 항, 표현의 자유를 규정한 헌법 제21조 제 1 항 및 기본권제한법률의 한계를 규정한 헌법 제37조 제 2 항에 위반된다고 아니할 수 없다. 무릇 표현행위에 대한 대응은 역시 표현행위에 의하는 것이 논리적이고 설득력이 있는 것이다.

특히 국가보안법 제 7 조와 같은 표현행위에 대한 형벌적 규제는 통제하기 어려운 잠복적 활동을 조장하고, 허위사실 유언비어 등을 유포하게 함으로써 북한 등 공산계열에 대한 환상을 마치 진실인 것처럼 품게하여 결과적으로 도리어 그들을 이롭게 할 수도 있다는 점을 간과하여서는 아니된다.

라. 국가보안법 제 7 조 제 5 항은 제 7 조 제 1 항 내지 제 4 항의 행위를 목적으로 하는 표현물의 제작 등을 처벌대상으로 하고 있는 바 제 1 항의 규정은 그 구성요건이 지나치게 불명확할 뿐더러 반국가단체에게 이로울 수 있는 행위는 그것이 대한민국에게 현실적인 위험을 끼칠 명백한 증거가 있건 없건 무조건 처벌하는 규정이어서 표현의 자유를 침해하는 위헌법률임은 앞에서 본 바와 같고, 제 2 항의 규정은 그 구성요건의 내용에 있어 찬양고무의 대상이 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동이 아니라 국외공산계열의 활동이라는 점만 다를 뿐 제 1 항과 동일하므로 그 위헌성도 제 1 항의 경우와 마찬가지이며, 제 3 항의 규정은 제 1 항 및 제 2 항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자를 처벌대상으로 하고 있는데 제 1 항 및 제 2 항의 구성요건이 불명확하거나 표현

의 자유를 지나치게 제한한 것이어서 위헌인 이상 제 3 항의 규정 또한 불명확하거나 표현의 자유를 지나치게 제한하는 규정이어서 위헌이라고 아니할 수 없을 것이며 제 4 항의 규정은 제 3 항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조, 유포 또는 사실을 왜곡하여 전파한 자를 처벌대상으로 하고 있는데 제 3 항이 위헌법률이라는 것과 같은 논리로 즉 제 1 항 내지 제 3 항이 위헌인 이상 제 4 항의 규정 또한 위헌이라고 아니할 수 없고 더구나 "사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항"이라는 규정은 애매모호하기 짝이 없는 불명확한 구성요건이어서 그 점만으로서도 제 4 항은 위헌규정이다.

위와 같이 제 7 조 제 1 항 내지 제 4 항의 규정이 모두 불명확성과 표현의 자유제한 한계를 벗어난 위헌법률이라면 제 1 항 내지 제 4 항의 행위를 목적으로 하는 표현물의 제작 등 행위를 처벌하는 제 5 항의 규정 또한 불명확성 및 표현의 자유제한 한계를 벗어난 위헌법률이라고 아니할 수 없는 것이다. 뿐만 아니라 국가보안법 제 7 조 제 5 항의 행위유형인 표현물의 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득은 그 자체로는 위법적 행위유형이 아니고 따라서 동 조항의 핵심적 요소는 제 1 항 내지 제 4 항의 행위를 할 목적의 존재라는 주관적 요소에 있다고 할 수 있는데 제 1 항 내지 제 4 항의 행위는 곧 반국가단체를 이롭게 하는 표현행위이므로 제 5 항은 위와 같은 표현행위를 할 목적 즉 내심차원의 사상을 처벌대상으로 하는 것과 다름없고(이는 동일한 서적을 누가 소지하고 있느냐에 따라 처벌되기도 하고 처벌되지 않기도 한 점을 보아도 알 수 있다) 그렇다면 위 법률조항은 법률로써도 제한할 수 없는 양심과 사상의 자유를 규정한

헌법 제19조 및 학문과 예술의 자유를 규정한 헌법 제22조에도 위반된다.

마. 헌법은 그 전문에서 "평화적통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고"라고 하였고 제 4 조에서 "대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다"라고 하여 평화통일을 헌법이념의 하나로 선언하고 있다. 그런데 평화적 통일은 남북한이 무력을 배제하고 서로 대등한 지위에서의 합의를 통하여 통일을 이루는 방법밖에 생각할 수 없고 그러자면 우선 남한과 북한이 적대관계를 청산하여 화해하고 협력하여야 하며 상대방을 무조건 헐뜯을 것이 아니라 잘한 일에는 칭찬도하고 옳은 일에는 동조도 하여야 하며 상호 교류도 하여야 한다. 그리하여 남·북한의 주민이 서로 상대방의 실정을 정확히 알고서 형성된 여론의 바탕에서 통일방안이 강구되어야 한다. 그리고 이러한 일은 어디까지나 북한이 불법집단 내지 반국가단체로서 처벌대상이 되지 않는다는 전제에서만 가능한 것이다. 그런데 국가보안법은 처벌규정의 핵심근거로서 "반국가단체"라는 개념을 설정하고 있으며, 그 동안의 국가보안법 운영실정에서 볼 때 북한이 으뜸가는 반국가단체에 해당되는 것은 분명한 사실이다. 따라서 북한을 반국가단체로 규정지음으로써 북한을 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 범죄단체임을 전제로 하는 국가보안법의 여러 규정은 헌법의 평화통일조항과 상충된다.

특히 국가보안법 제 7 조 제 1 항 및 제 5 항은 반국가단체인 북한에게 이로운 것은 곧 대한민국에 해롭다는 상호배타적인 적대관계의 논리를 강요하고 있어 더욱 평화통일조항에 위반된다.

국가보안법이 그대로 존속하는 한 북한을 대등한 당사자로 전제하고서 추진되고 있는 정부의 통일정책 내지 대북한 정책은 명백히 국가보안법에 위반한 범죄행위이다. 그럼에도 불구하고 최근 정부 또는 정부의 승인을 받은 일부 국민이 북한을 비롯한 공산계열 국가와의 일련의 접촉행위를 통치행위라는 이론으로 합리화 시키려는 견해가 있으나 이른바 통치행위란 국가행위 중에서도 고도의 정치적 성질을 띤 행위 등 일반법원의 사법적 심사의 대상으로 하기에는 부적당한 행위가 있을 수 있다는 관념아래 그러한 국가행위를 일컫는 개념으로 쓰이는 용어로서 그것은 어디까지나 일반법원의 사법적심사의 대상이 되기에 적당하지 않다는 것을 의미할 뿐이지 통치행위라 하여 무조건 면책행위가 된다거나 무제한의 자유를 의미한 것도 아니고 통치행위도 헌법상의 여러 원칙에 위배되어서는 아니되는 것이기 때문에 그것이 일반법원에 의한 사법심사의 대상에서 제외된다고 해서 헌법적 통제나 국회 또는 국민의 여론에 의한 비판까지 면할 수 있는 것이 아니다. 그러므로 정부의 대북한 접촉이나 정부의 승인아래 행하여 지는 특정인에 의한 북한 등 공산계열 국가와의 접촉 등이 비록 위와 같은 의미의 통치행위에 해당되어 일반법원의 사법심사의 대상에서 제외될 수 있을런지는 모르나 그렇다고 가정하더라도 국가보안법이 엄연히 살아있는 이상은 그것이 국가보안법 위반행위에 해당됨은 틀림 없고 그것을 이유로 하는 국회에서의 정치적 책임 추궁 또는 국민여론에 의한 비판까지도 당연히 면제되는 것이라고 할 수 없는 것이다.

바. 다수의견은, 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 불명확성, 광범위성과 표현의 자유의 과도한 침해 및 평화통일이념과의 모순 등 위헌성을 지적하면서도 위 법률조항들은 각 그

소정행위가 대한민국의 안전·존립을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 한하여 적용되는 것으로 해석할 수 있다고 보고 그러한 해석하에 합헌이라는 것이나 위 법률조항들이 그와 같이 한정적으로 적용되는 것으로 해석되지 아니할 뿐더러 설사 그와 같은 해석이 가능하다고 하더라도 대한민국의 안전·존립을 위태롭게 하는 행위냐 아니냐 또는 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 행위냐, 아니냐 역시 객관적으로 뚜렷한 기준 내지 그 한계를 정할 수 없는 매우 애매모호하고 불명확한 것이어서 결국 수사기관이나 법관의 주관적 해석에 맡길 수 밖에 없는 구성요건이므로 이것 또한 죄형법정주의에 반한다. 다수의견은 위 법률조항들의 구성요건이 불명확하고 광범위하므로 이것의 적용범위를 되도록 축소하여 보자는 취지로 이해되나 그렇지 않아도 불명확하고 광범위한 구성요건에다 또 다시 불명확한 구성요건을 보태는 것이 되어 과연 신체의 자유나 표현의 자유보장을 위하여 어느정도의 효과가 있을 것인지 의문이다. 위 법률조항들의 위헌성을 인정하였으면 헌법재판소로서는 마땅히 위헌을 선언하는 것이 국민에 대한 책무이다. 위 법률조항들처럼 그 위헌성이 너무도 뚜렷한 법률을 아무리 주문과 같이 한정적으로 제한해석하여 합헌결정을 내린다 하더라도 그 위헌성이 치유되는 것이 아니다.

주문과 같은 형태의 이른바 한정합헌결정 또는 변형결정이 우리 법제상 허용될 수 없는 것임은 이미 내가 1989년 7월 21일 선고 89헌마38 상속세법 제32조의 2의 위헌여부에 관한 헌법소원사건, 1989년 9월 8일 선고 88헌가6 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판사건 및 1990년 1월 15일 선고 89헌가103 노동쟁의조정법 제13조의 2 등에 대한 위헌심판사건에서 소

수의견으로 자세히 밝힌 바 있으므로 더 이상 언급하지 않는다.

1990. 4. 2.

재판장 재판관 조 규 광
재판관 이 성 렬
재판관 변 정 수
재판관 김 진 우
재판관 한 병 채
재판관 이 시 윤
재판관 최 광 률
재판관 김 양 균
재판관 김 문 희

檢事의 公訴權行使에 관한 憲法訴願

(1990. 4. 2. 88헌마 25
全 員 裁 判 部)

[판시사항]

1. 被疑者訊問 없이 한 不起訴處分이 告訴人의 基本權侵害與否

2. 公判調書 및 判決文의 交付가 辯護權의 濫用으로서 品位損傷이 되는지의 與否

[결정요지]

被疑者의 訊問은 事案의 眞相糾明을 위하여 필요하고, 그 必要性이 具體的 事實에 근거할 때에만 하도록 하는 것이 바람직하고, 더욱이 本件에서는 被疑者 등에 대한 訊問을 하지 아니하고도 告訴事實에 대하여 公訴를 제기할 수 없음이 나머지의 具體的인 證據로 보아 명백하므로 被疑者訊問 없이 한 不起訴處分이 현저히 正義와 衡平에 反하여 告訴人의 基本權을 侵害하였다고 볼 수 없다.

재판관 김진우, 한병채, 이시윤의 一部認容意見

公開審理되고 宣告된 刑事事件의 公判調書 및 判決文을 辯護士가 被告人 구제위원회 會員에게 交付한 것은 특단의 事情이 없는 한 辯護權의 濫用으로서 品位損傷行爲라고 단정할 수 없으므로, 위 특단의 事情에 關한 상세한 調査도 없이 搜査를 終

그러므로 본 특조법 제 7 조의 3 은 자의적이고도 명백하게 적법절차에 위배되는 법률이라고 볼 수 없고 헌법상의 비례원칙에도 위반된다고 할 수 없어 헌법에 합치되는 것으로 보아야 함에도 불구하고 다수의견이 헌법 제11조에 반하는 위헌이라고 단언하고 주문과 같이 선고하는 것은 부당하다고 생각되어 이에 반대의견을 개진한다.

인권 자료실 96 3/19 BD-1 98

1990. 6. 25.

재판장 재판관 조 규 광
재판관 이 성 렬
재판관 변 정 수
재판관 김 진 우
재판관 한 병 채
재판관 이 시 윤
재판관 최 광 률
재판관 김 양 균
재판관 김 문 희

國家保安法 第7條 第5項의 違憲審判

(1990. 6. 25. 90헌가11 全員裁判部)

[판시사항]

1. 國家保安法 第7條 第5項(1980. 12. 31. 法律 第3318號)의 違憲與否
2. 國家의 存立·安全이나 自由民主的 基本秩序에 實質的 害惡을 줄 明白한 危險性의 判斷基準
3. 合憲限定解釋을 해야 할 必要性
4. 合憲限定解釋이 提請法院을 기속하는지 與否

[결정요지]

1. 國家保安法 第7條 第5項은 각 그 所定行爲에 의하여 國家의 存立·安全이나 自由民主的 基本秩序에 實質的 害惡을 줄 明白한 危險性이 있는 경우에만 處罰되는 것으로 縮小解釋하는 限 憲法에 違背되지 아니한다.

2. 國家의 存立·安全이나 自由民主的 基本秩序에 實質的 害惡을 줄 明白한 危險性이 있는 경우란 일응 그 表現物의 內容이 그와 같이 된 경우를 말함이고, 問題의 表現物과 外部關聯性의 程度 또한 여기의 危險性 有無를 判斷하는 基準이 된다.

3. 合憲限定解釋은 憲法을 最高法規로 하는 統一的인 法秩序의 形成을 위해서나 立法府가 제정한 法律을 違憲이라고 하여 全面廢棄하기 보다는 그 效力을 되도록 維持하는 것이 權力分

立의 精神에 合致하고 民主主義的 立法機能을 最大限 尊重하는 것이 되며, 一部 違憲要素 때문에 全面違憲을 宣言하는데서 초래될 충격을 防止하고 法的 安定性을 갖추기 위하여서도 必要하다 할 것이다.

4. 合憲限定解釋에 대하여 提請法院은 적어도 이 사건 提請當事者로서 위 審判의 旣判力을 받을 것임은 물론, 憲法 第107條 第1項의 規定上 提請法院이 本案裁判을 함에 있어서 憲法裁判所의 審判에 의거하게 되어 있는 이상 위 憲法規定에 의하여서도 직접 提請法院은 이에 의하여 裁判하지 않으면 안될 구속을 받는다 할 것이다

재판관 변정수의 反對意見

1. 國家保安法 第7條 第5項은 그 規定內容이 不明確하여 罪刑法定主義에 反하고 表現의 自由를 지나치게 침해하고 있을 뿐만 아니라 良心과 思想의 自由 및 學問과 藝術의 自由도 침해하고 憲法의 平和統一理念과도 충돌되는 등 그 違憲性이 너무도 뚜렷하여 도저히 合憲解釋할 여지가 없는 違憲法律이다.

2. 法律의 合憲的 解釋은 그 法律이 違憲으로도 해석되고 合憲으로도 해석되는 경우에 가능한 것이지 法律의 違憲性이 분명한 경우에는 憲法裁判所로서는 반드시 違憲宣言을 하여야 하는 것이다.

3. 憲法裁判所가 이 사건 主文과 같은 限定合憲決定을 하고 合憲決定理由를 主文에 기재하더라도 이것은 國家保安法을 그와 같이 엄격하게 解釋·適用하여 달라는 憲法裁判所의 希望내지 勸告에 불과할 뿐이지 그러한 解釋에 기속력이 있는 것이

아니다.

제청법원 서울형사지방법원(1990. 1. 5. 89 초 4650 위헌제청신청)
제청신청인 최 훈
대리인 변호사 윤 종 현 외 3인

[참조조문]

憲法 前文, 第4條, 第8條 第4項, 第19條, 第22條, 第37條 第2項, 第107條 第1項

憲法裁判所法 第41條 (違憲與否審判의 提請) ①法律이 憲法에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 때에는 당해 事件을 담당하는 法院(軍事法院을 包含한다. 이하 같다)은 職權 또는 當事者의 申請에 의한 決定으로 憲法裁判所에 違憲與否의 審判을 提請한다.
②~⑤생략

憲法裁判所法 第47條 (違憲決定의 效力) ①法律의 違憲決定은 法院 기타 國家機關 및 地方自治團體를 羈束한다.
②~④생략

國家保安法 第7條 (讚揚·鼓舞等) ①反國家團體나 그 構成員 또는 그 指令을 받은 者의 活動을 讚揚·鼓舞 또는 이에 同調하거나 기타의 方法으로 反國家團體를 利롭게 한 者는 7年이하의 懲役에 處한다.
②國外共產系列의 活動을 讚揚·鼓舞 또는 이에 同調하거나 기타의 方法으로 反國家團體를 利롭게 한 者도 第1項의 刑과 같다.
③第1項 및 第2項의 行爲를 目的으로 하는 團體를 構成하거나 이에 加入한 者는 1年이상의 有期懲役에 處한다.
④第3項에 規定된 團體의 構成員으로서 社會秩序의 混亂을 造成할 우려가 있는 事項에 관하여 虛僞事實을 捏造·流布 또는 事實을 歪曲하여 傳播한 者는 2年이상의 有期懲役에 處한다.
⑤第1項 내지 第4項의 行爲를 할 目的으로 文書·圖書 기타의 表現物을 製作·輸入·複寫·所持·運搬·頒布·販賣 또는 取得한 者는 그 각 項에 정한 刑에 處한다.
⑥~⑦생략

[주 문]

국가보안법 제 7 조 제 5 항(1980. 12. 31. 법률 제3318호)은 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.

[이 유]

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

제청신청인은 이 사건 제청법원인 서울형사지방법원에 국가보안법위반죄로 기소되었는데 그 기소된 내용의 요지는 제청신청인이 반국가단체를 이롭게 할 목적으로 이적도서를 소지하였는 바 이는 국가보안법 제 7 조 제 5 항, 제 1 항의 죄에 해당한다는 것으로 제청법원은 위 제청신청인의 그 신청을 받아들여 위헌제청결정을 하고 1990. 1. 18. 헌법재판소에 국가보안법 제 7 조 제 5 항의 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 위헌법률심판의 대상이 되는 법률은 국가보안법 제 7 조 제 5 항으로서 그 내용은 다음과 같다.

동조 제 5 항 : 제 1 항 내지 제 4 항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각 항에 정한 형에 처한다.

동조 제 1 항 : 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7 년 이하의 징역에 처한다.

2. 위헌심판 제청이유와 관계인의 의견

가. 제청법원의 제청이유 요지는 이적표현물의 소지행위는 그 내용을 발표하는 등으로 외부에 표현하는 것이 아닌 사상의 형성을 위한 과정에 불과한 것으로서 사상의 자유에 포함된다고 볼 것이며, 소지 그 자체만으로는 아무런 사회적 위험이 없다고 할 것인데도 이를 처벌하는 것은 양심과 사상의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것으로써 헌법 제19조, 제37조 제 2 항에 위반되는 것으로 볼 여지가 있다는 것이다.

나. 당해사건의 당사자의 의견

당해사건의 당사자인 서울지방검찰청 검사의 의견은 표현물의 소지행위는 양심상 결정의 자유, 혹은 침묵의 자유에 포함되는 것이 아니므로 이는 표현의 자유의 한계문제로 논하여야 할 것이지 단순한 양심의 자유의 영역이 아니며, 타인과 더불어 토론하면서 동조하고 반국가단체 등을 찬양 고무할 목적으로 이적표현물을 소지하는 것을 처벌하는 것임에 비추어 양심의 자유의 침해가 될 수 없고 오히려 국가안전보장을 위한 제한이라고 보아야 할 것이고, 나아가 이적표현물의 소지는 순수한 내면의 정신활동이 아닌 하나의 행위유형으로서 다른 범법행위의 기초가 될 뿐 아니라 그 자체로도 표현물의 내용이 노출될 가능성 및 잠재성이 있어 사회적 위험성이 있다고 할 것으로 유형적인 가시적 위험성이 없다고 하여 사회적 위험성을 부정하는 것은 부당하다고 하겠으니 국가보안법 제 7 조 제 5 항의 규정이 양심의 자유의 본질 내용의 침해임을 전제로 한 이 사건 위헌법률심판제청은 그 이유 없다는 것이다.

3. 판 단

당 재판소는 일찍이 국가보안법 제 7 조 제 5 항에 대하여 그 소정행위에 의하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서

에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 처벌되는 것으로 축소제한 해석을 하는 것이 헌법전문, 제 4 조, 제 8 조 제 4 항, 제37조 제 2 항에 합치된다고 볼 것이로되, 여기의 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우란 일응 그 표현물의 내용이 그와 같이 된 경우일 때라 할 것이고, 따라서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악이 될 정도가 못된다거나 해악이 되는지 여부가 불분명한 때에는 그 적용이 배제된다고 할 것이며, 문제의 표현물과 외부관련성의 정도 또한 여기의 위험성 유무를 판단하는 기준이 된다고 부연하면서 이와 같은 해석하에서는 동법 제 7 조 제 5 항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시 하였는 바(당 재판소 1990. 4. 2. 선고, 89 헌가 113 결정 참조), 이제 이를 달리 판단하여야 할 별다른 사정의 변경이 있다고 인정되지 아니하므로 그 결정 그대로 유지하기로 한다.

합헌해석 또는 합헌한정해석이라함은 법률의 규정을 넓게 해석하면 위헌의 의심이 생길 경우에, 이를 좁게 한정하여 해석하는 것이 당해 규정의 입법목적에 부합하여 합리적 해석이 되고 그와 같이 해석하여야 비로소 헌법에 합치하게 될 때 행하는 헌법재판의 한가지 형태인 바, 이것은 헌법재판소가 위헌심사권을 행사할 때 해석여하에 따라서는 위헌이 될 부분을 포함하고 있는 광범위한 규정의 의미를 한정하여, 위헌이 될 가능성을 제거하는 해석기술이기도 하다. 이와 같은 합헌해석은 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여서 필요할 뿐 아니라, 입법부가 제청한 법률을 위헌이라고 하여 전면 폐기하기 보다는 그 효력을 되도록 유지하는 것이 권력분립의 정신에 합치하고 민주주의적 입법기능을 최대한 존중하는 것이

어서 헌법재판의 당연한 요청이기도 하다. 합헌적 제한해석과 주문에는 비단 독일연방공화국에만 국한된 것이 아니며 헌법재판제도가 정착된 다른 여러나라에서 이미 활용되어 오고 있는 것은 구태여 매거할 필요가 없으며, 만일 법률에 일부 위헌요소가 있을 때에 합헌적 해석으로 문제를 수습하는 길이 없다면 일부 위헌요소 때문에 전면위헌을 선언하는 길 밖에 없을 것이며, 그렇게 되면 합헌성이 있는 부분마저 폐기되는 충격일 것으로 이는 헌법재판의 한계를 벗어날 뿐더러 법적 안정성의 견지에서 도저히 감내할 수 없는 것이 될 것이다. 국가보안법은 헌법의 하위규범이므로 헌법에 합치되게 해석운영하여야 할 것이기 때문에 위와 같이 판시한 바이며, 이와 같은 심판이 그 한도내에서 헌법재판소법 제47조 제 1 항에 따라 당해사건인 이 사건을 떠나 널리 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하느냐의 여부는 별론으로 하고 제청법원은 적어도 이 사건 제청당사자로서 위 심판의 기판력을 받을 것은 물론 더 나아가 살필 때 헌법 제107조 제 1 항의 규정상 제청법원이 본안재판을 함에 있어서 헌법재판소의 심판에 의거하게 되어 있는 이상 위 헌법규정에 의하여서도 직접 제청법원은 이에 의하여 재판하지 않으면 안될 구속을 받는다고 할 것이므로 이 점에서 단순합헌아닌 합헌해석 내지는 합헌적 제한해석의 이익 내지 필요가 충분하다고 할 것이다.

다만 재판관 변정수의 반대의견이 있는 외에는 그 나머지 관여 재판관의 의견일치를 보았으므로 주문과 같이 결정한다.

4. 재판관 변정수의 반대의견

가. 국가보안법 제 7 조 제 5 항은 제 7 조 제 1 항 내지 제 4 항의 행위를 할 목적으로 하는 표현물의 제작 등을 처벌대상으

로 하고 있는데 제 7 조 제 1 항 내지 제 4 항의 규정이 모두 불명확하여 죄형법정주의에 반하고 표현의 자유를 지나치게 침해한 것이어서 위헌법률이므로 제 5 항의 규정 또한 불명확하여 죄형법정주의에 반하고 표현의 자유를 지나치게 침해한 위헌법률이며 더구나 위 법률조항은 법률로써도 제한할 수 없는 양심과 사상의 자유를 규정한 헌법 제19조 및 학문과 예술의 자유를 규정한 헌법 제22조에도 위반되고, 북한을 반국가단체로 규정지음으로써 북한을 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 범죄단체임을 전제로 하는 국가보안법의 여러 규정은 헌법의 평화통일이념에 저촉되는 위헌법률이라는 것은 1990. 4. 2. 에 선고한 89 헌가 113 국가보안법 제 7 조에 대한 위헌심판사건에서 내가 소수의견으로 밝힌 바 있으므로 그것을 이 사건에서 원용하기로 하고 여기서는 이유설명을 생략한다(1990. 5. 1. 자 관보 제11514호 21정 내지 30정 참조).

나. 다수의견은 국가보안법 제 7 조 제 5 항의 불명확성, 광범위성, 표현의 자유의 과도한 침해 및 헌법의 평화통일이념과의 모순 등 위헌성을 지적하면서도 위헌결정을 아니하고 위 법률조항은 각 그 소정행위가 대한민국의 안전존립을 위태롭게하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 그러한 해석하에 합헌이라는 것이다. 그러나 다수의견은 다음과 같은 이유로 매우 부당하다.

첫째 헌법재판소는 제청된 법률이 위헌이면 위헌, 합헌이면 합헌이라고 분명히 하여야지 그 법률이 어떠하게 해석되는 것을 조건으로 하여 그 한도에서 합헌이라는 형식의 이른바 한정합헌결정은 우리 법제상 허용되지 아니한다(이 사건 주문은 다수의견이 주장하는 바의 일부위헌의 뜻이 내포된 의미에서의 한정합헌결정

도 아니고 다만 합헌결정의 이유 일부를 주문에 기재한 것에 불과한 단순합헌결정이다. 그러나 다수의견은 이러한 주문도 한정합헌결정이라고 주장하므로 한정합헌결정임을 전제로 하여 의견을 진술한다). 법률조항에 위헌적인 요소가 있으면 헌법재판소로서는 반드시 위헌결정을 하여야 하며, 위헌적 요소의 제거는 입법권이 법률을 개정함으로써만 가능하다. 헌법 제107조 제 1 항은 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다"라고 규정하고 있고 이 헌법규정을 받아서 헌법재판소법 제41조 제 1 항은 "법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다."라고 규정하고 나아가서 같은 법 제45조는 헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다라고 규정하여 어떤 법률의 위헌여부가 구체적 사건의 재판의 전제가 되었을 경우 당해 사건을 담당하는 법원은 위헌여부의 심판을 제청하고 헌법재판소 또한 제청된 법률의 위헌여부만을 결정하도록 하였고 같은 법 제47조 제 1 항은 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다라고 규정하여 위헌결정에만 기속력을 인정하고 합헌결정이나 한정합헌결정 등 이른바 변형결정에는 기속력을 인정하고 있지 아니하기 때문이다. 따라서 헌법재판소가 주문과 같은 형식의 한정합헌결정을 하고 "국가보안법 제 7 조 제 5 항은 그 소정행위가 대한민국의 안전존립을 위태롭게하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로…"라는 합헌결정이유를 주문에 기재하더라도 이것은 국가보안법을 그와 같이 엄격

하게 해석·적용하여 달라는 헌법재판소의 희망 내지는 권고에 불과할 뿐이지 그러한 해석에 법원 기타 국가기관이 따라야 할 기속력이 있는 것이 아니다.

다수의견이 즐겨쓰는 한정합헌결정 등 이른바 변형결정형식은 서독연방헌법재판을 본뜬 것으로 아나 서독연방헌법재판소는 우리 헌법재판소와는 제도에 있어 큰 차이가 있으므로 서독연방헌법재판소의 재판형식을 함부로 본떠서는 아니될 것이다. 서독연방헌법재판소는 우리의 경우와는 달리 위헌법률심사에 있어 구체적 규범통제기능만 가지는 것이 아니라 추상적 규범통제기능도 가지며(연방헌법재판소법 제13조 제6호, 제11호), 또한 서독연방헌법재판소는 다른 연방재판소와 함께 사법권을 행사하고(연방기본법 제92조), 연방헌법재판소의 판결이나 결정 등 모든 재판(Entscheidungen)은 연방 및 주의 모든 헌법기관과 모든 법원 및 행정기관을 구속하며, 헌법소원이나 위헌법률심사에서 내린 결정은 그것이 합헌결정이건 위헌결정이건 또는 한정합헌결정이건을 막론하고 법률적 효력이 있고(연방헌법재판소법 제31조 제1,2항), 더 나아가 연방헌법재판소법은 연방헌법재판소가 법률을 위헌이라고 인정한 경우 법률을 무효로 선언하는 것이 원칙이지만 무효선언을 아니하고 헌법불합치 결정을 할 수 있는 근거규정을 두고 있으며(제78조, 제31조 제2항), 법원의 재판도 헌법소원의 대상으로 하고 있고(제90조 제1항), 연방헌법재판소에 재판에 대한 집행력까지 부여하는 등(제35조) 우리의 헌법재판소와는 그 지위 및 기능에 있어 현저한 차이가 있다. 위와 같은 제도적 보장이 있음으로해서 서독연방헌법재판소는 법률의 위헌무효선언, 헌법불합치선언, 합헌선언, 한정합헌선언, 국회에 대한 입법촉구결정 등 상황에 따라 다양한 재판을 할 수 있

는 것이고 그러한 재판에 모든 국가기관이나 법원이 복종하지 않을 수 없는 것이다. 다수의견이 이와 같은 두 나라 헌법재판소의 지위와 기능에 대한 제도적인 차이점을 무시하고 왜 서독연방헌법재판소의 재판이라고 하면 이를 무조건 모방하려고 하는지 이해할 수 없다. 헌법재판소가 한정합헌결정 등 이른바 변형결정을 하려면 먼저 현행 헌법재판소법에 대한 전반적인 개정이 이루어져 이에 대한 근거규정이 마련되어야 할 것이며, 그렇지 아니하는 한 지금의 법제하에서는 헌법재판소가 한정합헌결정 등 이른바 변형결정을 할 권한도 없고 그러한 결정을 내린다 하더라도 그러한 결정에 법원이나 기타 국가기관이 기속될 리도 없는 것이다. 이처럼 한정합헌결정이 제도적으로 불가능한 것은 말할 것 없고, 특히 이를 삼가해야 하는 것은 이러한 재판형식이 자칫 이 사건과 같이 명백한 위헌법률에 대하여 위헌결정을 회피하는 수단으로 이용되기 십상이기 때문이다.

둘째 법률은 될 수 있으면 합헌적으로 해석하여야 하는 것이지만 법률의 합헌적 해석은 그 법률이 위헌으로도 해석되고 합헌으로도 해석되는 경우에 가능한 것이지 법률의 위헌성이 분명한 경우에 할 수 있는 것이 아니다. 그 경우에는 헌법재판소로서는 반드시 위헌선언을 하여야 하는 것이며 그렇지 아니하고 억지로 합헌해석을 하는 것은 합헌해석을 빙자하여 위헌결정을 회피하고자 하는 것에 불과하다. 국가보안법 제7조 제1항이나 제5항은 불명확하고 지나치게 광범위하며 표현의 자유 제한한계를 지나치게 벗어나고 헌법의 평화통일이념과 충돌되는 등 그 위헌성이 너무도 뚜렷하여 도저히 합헌해석할 여지가 없는 법률이다. 다수의견은 위 법률의 적용한계를 그 소정행위가 대한민국의 안전존립을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질

서에 위해를 줄 경우에 한하여 적용되는 것으로 제한하면 위헌성이 없어진다는 견해이나 위 법률은 그와 같이 한정하여 적용될 수 있는 법률이 아니며, 그와 같이 적용범위를 제한하여 해석한다고 해서 불명확성, 표현의 자유의 과도한 침해 및 헌법의 평화통일이념과의 충돌 등 위헌성이 치유될 수 있는 것이 아니다.

셋째 다수의견이 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 적용기준으로 내세운 "대한민국의 안전·존립을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우"라는 것도 불명확하기 짝이 없는 표현이다. 대한민국의 안전·존립을 위태롭게 하는 행위냐 아니냐 또는 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 행위냐 아니냐 역시 객관적으로 뚜렷한 기준 내지 그 한계를 정할 수 없는 매우 애매모호한 것이어서 결국 수사기관이나 법관의 주관적 해석에 맡길 수 밖에 없는 구성요건이므로 이것 또한 죄형법정주의에 반한다. 다수의견은 위 법률조항의 구성요건이 불명확하고 광범위하므로 그 적용범위를 되도록 축소하여 보자는 취지일 것이나 그렇지 않아도 불명확하고 광범위한 구성요건에 다 또다시 불명확한 구성요건을 보태는 것이 되어 과연 위 법률조항의 남용을 어느 정도 억제할 수 있을 것인지 의문이며 국가보안법 남용에 그다지 제동역할을 하지 못할 것이다. 헌법재판소가 지난번 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항에 관하여 주문과 같이 한정합헌결정을 내렸음에도 불구하고(1990.4.2. 선고, 89 헌가 113 결정) 그후 수사기관이나 법원에서의 위 법률조항의 운용실태가 종전과 별로 달라지지 아니한 것을 보아서도 알 수 있다.

그동안 국가보안법, 그 중에서도 특히 제7조 제1항이나 제

5항이 국가의 안전·존립이나 자유민주적 기본질서의 수호라는 이름아래 얼마나 남용되어 왔는지 모른다. 이러한 반민주적 법률이 헌법재판소의 탄생으로 모처럼 위헌여부의 심판대에 올려졌는데도 불구하고 헌법재판소가 위헌성을 충분히 지적하면서도 단호하게 위헌결정을 내리지 못하고 지켜지기도 어려운 막연한 적용기준을 제시하면서 한정합헌이라는 납득할 수 없는 결정을 하는 것은 매우 잘못한 일이다.

1990. 6. 25.

재판장 재판관 조 규 광
재판관 이 성 렬
재판관 변 정 수
재판관 김 진 우
재판관 한 병 채
재판관 이 시 윤
재판관 최 광 률
재판관 김 양 균
재판관 김 문 희

89헌가8

國家保安法 第7條 등에 관한 憲法訴願

(1992. 1. 28. 89헌가8 全員裁判部)

[판시사항]

1. 1991. 5. 31. 改正 前 國家保安法 제7조 제5항, 제1항의 違憲 여부
2. 1989. 3. 29. 全文改正 前 集會및示威에관한法律 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항의 違憲 여부

[결정요지]

1. 當 裁判所는 이미 2회에 걸쳐 改正 前 國家保安法 제7조 제5항, 제1항에 대하여 그 소정행위에 의하여 國家의 存立·安全이나 自由民主的 基本秩序에 實質的 害惡을 줄 명백한 危險性이 있는 경우에 처벌되는 것으로 縮小制限解釋하는 한 憲法에 위반되지 아니한다고 판시하였는바, 이제 이와 달리 판단하여야 할 필요가 있다고 인정되지 아니하므로 그 決定을 그대로 유지하기로 한다.

2. 가. "현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 集會 또는 示威"를 主管하거나 開催한 자를 처벌하고 있는 改正 前 集會및示威에관한法律 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항은 문언해석상 그 適用範圍가 과도하게 廣範圍하고 不明確하므로, 憲法상 보장된 集會의 自由를 위축시킬 수 있고 법운영 당국에 의한 便宜的·恣意的 法運營執行을 가능하게 함으로써 法治主義와 權力分立主義 및 罪刑法定主義에 위배될 수 있으며 법집행을 받는 자에 대한 平等權 침해가 될 수 있어 基本權 制限의 限界를 넘어서게 되어 違憲의 소지가 있다.

나. 그러나 民主體制 전복을 시도하는 集會·示威나 公共의 秩序에 관한 法益侵害의 명백한 危險있는 集會·示威까지 集會의 自由라는 이름으로 보호하는 것이 憲法이 아닌 것이며, 大衆的 集會에는 뜻밖의

자극에 의하여 군중의 흥분을 야기시켜 불특정 다수인의 생명·신체 재산 등에 위해를 줄 危險性이 내재되어 있는 것으로 이를 막자는데 위 條文의 趣意가 있다고 할 것인즉 위 條文의 合憲的이고 肯定的인 면도 간과해서는 안될 것이므로, 憲法과의 조화, 다른 보호해야 할 법익과의 조정하에 해석상 肯定的인 면을 살리는 것이 마땅하다.

다. 따라서 위 條文은 각 그 소정행위가 公共의 安寧과 秩序에 직접的인 威脅을 가할 것이 명백한 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 解釋하에 憲法에 위반되지 아니한다.

재판관 변정수의 反對意見

1. 改正 前 國家安保法 제7조 제5항, 제1항은 罪刑法定主義에 반하고 國民의 알 權利를 철저히 봉쇄하고 있으며 憲法의 平和統一理念에 반하는 違憲法律로서 限定合憲決定은 우리 법제상 허용될 수 없어 위 條文은 合憲解釋을 할 여지가 없는 명백한 違憲法律일 뿐만 아니라, 多數意見이 2년전에 내린 國家保安法에 관한 憲法的 判斷을 변경하여야 할 事情變更이 없다고 하여 그 決定을 그대로 유지하기로 한 것은 時代的 轉換期에 憲法裁判所에 부여된 막중한 의무를 제대로 수행하였다고 할 수 있을지 의문이다.

2. 가. 改正 前 集會및示威에관한法律 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항에 규정된 "현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 集會 또는 示威"라는 표현은 그 전체가 처벌대상으로서의 禁止되는 集會 또는 示威의 構成要件으로서는 극히 애매모호하고 광범위하여 明確性이 결여되어 罪刑法定主義를 선언한 憲法 제12조 제1항에 반할 뿐만 아니라 법집행기관의 편의적·자의적 법집행을 가능하게 함으로써 集會 및 示威의 自由를 보장한 憲法 제21조 제1항에

위반되고 기본권 제한의 限界를 벗어나 身體의 自由와 集會 및 示威의 自由의 本質的인 內容을 침해하는 違憲法律이다.

나. 위 條文은 罪刑法定主義에 위배되어 처음부터 違憲·無效인 刑罰法規이고 憲法合致的 解釋에 의하여 合憲 또는 有效한 法律로 전환시킬 수 없고, 多數意見이 그 적용기준으로 내세운 "각 그 소정행위가 公共의 安寧과 秩序에 直接的인 威脅을 가할 것이 明白한 경우"라는 表現 역시 애매모호하고 광범위한 표현이어서 법집행기관의 주관적 해석에 맡길 수밖에 없는 構成要件을 하나 더 추가한 것에 다름없다.

재판관 김진우의 反對意見

2. 가. 改正 前 集會및示威에관한法律 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항은 그 표현이 애매모호하고 지나치게 광범위하여 明確性의 原則에 반하여 基本權制限의 한계를 넘었으므로 憲法 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제37조 제2항에 반하여 違憲이다.

나. 비록 改正 前 國家保安法 제7조 제5항, 제1항에 관하여는 限定合憲決定을 할 수 밖에 없는 절박한 필요성이 있으나, 改正 前 集會및示威에관한法律 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항에 관하여는 동 조문이 민주주의의 실현을 위해 필수적인 集會 및 示威의 自由의 本質的인 內容을 침해할 수 있는 규정이고 또 이미 法이 개정되어 이에 대한 違憲宣言을 하여도 법의 空白狀態에서 오는 피해도 없을 뿐만 아니라 公共의 安寧秩序가 더 위협받을 상황도 아니어서 限定合憲決定을 하여야 할 절박한 心要性이 없으므로 마땅히 違憲決定하여야 한다.

재청법원 서울형사지방법원(1989. 1. 23. 89초73 위헌제청신청)
재청신청인 김 중 기
대리인 변호사 장 기 욱

[심판대상조문]

舊 國家保安法(1991. 5. 31. 法律 제4373호로 改正되기 前의 것) 제7조(讚揚鼓舞 등) ① 反國家團體나 그 構成員 또는 그 指令을 받은 者의 活動을 讚揚·鼓舞 또는 이에 同調하거나 기타의 方法으로 反國家團體를 利롭게 한 는 7年 이하의 懲役에 處한다.

②~④ 생략

⑤ 제1항 내지 제4항의 行爲를 할 目的으로 文書·圖畫 기타의 表現物을 作·輸入·複寫·所持·運搬·頒布·販賣 또는 取得한 者는 그 각 항에 정 刑에 處한다.

⑥~⑦ 생략

舊 集會및示威에관한法律(1989. 3. 29. 法律 제4095호로 全文改正되기 前의 것) 제3조(集會 및 示威禁止) ① 누구든지 다음 각호의 1에 該當하는 集會 또는 示威를 主管하거나 開催하여서는 아니된다.

1. ~3. 생략

4. 顯著히 社會的 不安을 惹起시킬 우려가 있는 集會 또는 示威

5. 생략

② 생략

舊 集會및示威에관한法律(1989. 3. 29. 法律 제4095호로 全文改正되기 前의 것) 제14조(罰則) ① 제2조 제1항 및 제2항, 제3조 제1항 또는 제4조 제1항의 規定에 違反하거나 제4조의2 또는 제5조 제2항의 規定에 의하여 금지를 통고한 集會 또는 示威를 主催한 자는 7年 이하의 懲役 또는 300萬원 이하의 罰金에 處한다. 다만, 軍人·檢事 또는 警察官이 集會나 示威를 방해할 目的으로 제2조 제1항 또는 제2항의 規定에 違反한 때에는 10年 이하의 懲役에 處한다.

②~③ 생략

[참조조문]

憲法 前文, 제4조, 제8조 제4항, 제11조, 제12조 제1항, 제19조, 제21조 제

1항, 제22조 제1항, 제37조 제2항

[참조판례]

1. 1990.4.2. 선고, 89헌가113 결정(판례집 2, 49)
   1990.6.25. 선고, 90헌가11 결정(판례집 2, 165)

[주 문]

1. 1991.5.31.개정 전의 국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호) 제7조 제5항, 제1항은 각 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 1989.3.29. 전문개정 전의 집회및시위에관한법률(1980.12.18. 법률 제3278호) 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항은 각 그 소정행위가 공공의 안녕과 질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.

[이 유]

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 제청신청인(당해 소송사건의 피고인) 김중기는 1988.10.4. 이 사건 제청법원인 서울형사지방법원에 국가보안법위반, 집회및시위에관한법률위반 등의 죄로 기소되어 위 법원 88고단6932호로 재판 계속 중에 있다. 위 기소내용 중 국가보안법위반의 점의 요지는 피고인이 반국가단체인 북한 공산집단의 선전활동에 동조하여 이를 이롭게 할 목적으로 1988.3.27. 부터 같은 해 7.19. 까지 모두 3

회에 걸쳐 "조통특연발족선언문"(祖統特聯發足宣言文) 등 이적 표현물을 제작 반포하였는 바, 이는 개정 전 국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호) 제7조 제5항, 제1항의 죄에 해당한다는 것이고, 집회및시위에관한법률위반의 점의 요지는 1988.4.15. 부터 같은 해 8.15. 까지 모두 8회에 걸쳐 서울대학교 대운동장 등지에서 학생다수가 모인 가운데 "학살원흉 미국놈들 몰아내자."는 등 구호를 선창하고 참석 학생들로 하여금 따라 외치게 한 후 정문으로 이동, 대치 중인 경찰을 향하여 화염병과 돌 등을 던지게 하는 등 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 및 시위를 개최하였는바, 이는 전문개정 전의 집회및시위에관한법률(1980.12.18. 법률 제3278호) 제14조 제1항, 제3조 제1항 제4호에 위반한다는 것이다.

제청법원은 제청신청인의 제청신청에 따라 1989.1.23. 당 재판소에 위 88고단6932호사건 재판의 전제가 되는 개정 전 국가보안법 제7조 제1항, 제5항, 개정 전 집회및시위에관한법률 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항의 위헌여부의 심판을 제청하였다. 그리고 제청법원은 1989.10.14.에 위 집회및시위에관한법률의 개정에도 불구하고 개정전의 법률 조항들에 대한 위헌여부심판이 필요하다는 위헌제청 보충이유서를 제출하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 위헌법률심판의 대상이 되는 법률은 1991.5.31. 개정 전 국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호) 제7조 제5항 및 제1항과 1989.3.29. 전문개정 전의 집회및시위에관한법률(1980.12.18. 법률 제3278호) 제3조 제1항 제4호 및 제14조 제1항이다.

(1) 개정 전 국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호)

제7조(찬양·고무 등) ① 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

⑤ 제1항 내지 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각 항에 정한 형에 처한다.

(2) 개정 전 집회및시위에관한법률(1980.12.18. 법률 제3278호)

제3조(집회 및 시위금지) ① 누구든지 다음 각호의 1에 해당하는 집회 또는 시위를 주관하거나 개최하여서는 아니된다.

4. 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위

제14조(벌칙) ① 제2조 제1항 및 제2항, 제3조 제1항 또는 제4조 제1항의 규정에 위반하거나 제4조의2 또는 제5조 제2항의 규정에 의하여 금지를 통고한 집회 또는 시위를 주최한 자는 7년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 군인·검사 또는 경찰관이 집회나 시위를 방해할 목적으로 제2조 제1항 또는 제2항의 규정에 위반한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

(3) 한편 위 개정 전 국가보안법 제7조는 1991.5.31. 법률 제4373호에 의하여 개정되었으나, 위 개정법률 부칙 제2항은 위 개정법률 시행 전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의하도록 하고 있다. 반면 1989.3.29. 법률 제4095호로 전문개정된 집회및시위에관한법률 제5조 제1항은 금지되는 집회 또는 시위로서 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위(제1호)와, 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회

또는 시위(제2호)만을 들고 있을 뿐 구 집회및시위에관한법률 제1항 제4호와 같은 규정은 두고 있지 않으며, 그 위반에 대한 벌칙도 개정 전보다 완화되었으나(제19조 제2항) 위 개정 전의 행위에 관하여는 아무런 경과규정도 두고 있지 않다.

2. 위헌심판 제청이유와 관계인의 의견

가. 제청법원의 제청이유 요지

(1) 개정 전 국가보안법에 관하여

국민의 자유와 권리를 제한하는 법률은 구체성과 명확성을 가져야 할 것인 바, 개정 전 국가보안법 제7조 제1항, 제5항의 법문 중 "활동", "동조", "기타의 방법", "이롭게 한" 등의 문구는 구체성과 명확성을 갖추지 못한 막연한 규정으로서 헌법상 보장되는 기본권인 양심의 자유, 언론·출판·집회·결사의 자유, 학문·예술의 자유 등의 본질적인 내용을 침해할 수 있고, 또한 헌법 전문에 선언된 "동포애와 민족의 단결"을 해침으로써 조국의 평화적 통일을 지향하는 헌법의 규정과 정신을 침해할 수 있다.

(2) 개정 전 집회및시위에관한법률에 관하여

국민의 집회 및 시위의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리에 명백하고 현존하는 위험이 있을 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다 할 것이고, 또한 이를 제한하는 법률은 구체성과 명확성을 가져야 할 것인바, 개정전 집회및시위에관한법률(1980.12.18. 법률 제3278호) 제3조 제1항 제4호("누구든지 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위를 주관하거나 개최하여서는 아니된다."), 같은 법 제14조 제1항("위 제3조 제1항을 위반한 자는 7년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.")은 현저히 사

회적 불안을 야기시킬 "우려"가 있는 집회 또는 시위를 금지함으로써 그 적용범위에 있어 과도하게 광범하고, 또한 "현저히", "사회적 불안", "우려" 등 구체성과 명확성을 결여한 막연한 문구를 사용함으로써 국민의 집회 및 시위의 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 있다고 할 것이므로 위 법률조항은 헌법에 위반되는 것으로 볼 여지가 있다.

(3) 개정 전 집회및시위에관한법률에 대한 위헌여부심판의 필요성

위 개정 전 집회및시위에관한법률 제3조 제1항 각호의 금지된 집회 및 시위는 개정 후의 위 법률 제5조 제1항 각호로, 그 주최자에 대한 처벌규정인 개정 전의 위 법률 제14조 제1항은 개정 후의 위 법률 제19조 제2항으로 각 구성요건 및 형이 변경된 것으로도 볼 여지가 있고, 검사는 1989. 10. 10. 개정 후의 위 법률에 따라 공소장을 변경하였으므로 개정 전 위 법률의 조항들은 이 사건 재판의 전제가 되고 따라서 위 개정 전의 조항들에 대한 위헌여부의 심판이 필요하다.

나. 제청신청인의 의견

개정 전 집회및시위에관한법률 1980. 12. 18. 법률 제3278호[1]은 국가보위입법회의에서 제정된 것인 바, 위 국가보위입법회의는 합헌적 입법기관이 아니었으므로 동 기관에 의하여 제정된 법률은 당연히 헌법에 위반된다는 의견 외에는 제청법원의 의견과 같다.

다. 법무부장관의 의견

(1) 개정 전 국가보안법에 관하여

(가) 개정 전 국가보안법 제7조 제1항, 제5항의 규정이 지나치

게 포괄적이고 구체성과 명확성을 결여했다는 주장에 대하여 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률이 구체성과 명확성을 갖추어야 한다는 점에 관하여는 별다른 이론이 없으나, 그 의미는 형사처벌법규에 있어서 법관이나 법률학자들의 법해석이 필요없을 정도로 구성요건이 구체적이어야 한다는 것이 아니며, 사회 평균인의 입장에서 합리적으로 판단할 때 그 구성요건이 무엇을 금지하고 있는지를 알 수 있을 정도로 특정되어 있으면 족할 것으로 외견상 용어가 다소 추상적인 것처럼 보이더라도 헌법정신에 맞도록 해석되는 경우에 그것을 가지고 구체성과 명확성을 결여하였다고 할 수는 없는 것인바, 개정 전 국가보안법 제7조 제1항과 제5항의 규정이 지나치게 포괄적이고 구체성과 명확성을 결여하였다고는 할 수 없다.

(나) 국민의 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 우려가 있다는 주장에 대하여

개정 전 국가보안법 제7조 제1항, 제5항은 구체성과 명확성을 갖추었다고 볼 것이므로 위 조항 자체로서 기본권의 본질적 내용을 침해할 우려가 있다고는 할 수 없을 뿐만 아니라 반국가단체의 활동을 찬양·고무·동조하거나 이를 목적으로 이적표현물을 제작·반포하는 등의 행위는 국가안보에 실질적 해악을 초래할 수 있는 명백하고도 현존하는 위험이 있으므로 위와 같은 행위를 처벌하는 것이 표현의 자유의 본질적 내용의 침해라고는 할 수 없다.

(2) 개정 전 집회및시위에관한법률에 관하여

집회 및 시위의 자유는 민주정치에 있어서 필수의 전제가 되는 것이므로 그 보장이 절실히 요구된다고 하겠으나 동 자유를 행사함에 있어서는 그 본질상 집단적 성격을 띠고 일정한 개최 장소를 필

요로 하며 이로 인한 교통의 혼잡과 일반시민의 불편 등 타인의 자유와 권리를 침해할 가능성이 높은 내재적 한계를 지니고 있으므로 이를 합리적으로 제한할 필요가 있다. 즉 구체적 상황하에서 특정의 집회 및 시위가 사회질서에 실질적 해악을 발생케 할 위험이 명백하고 현존할 때에는 질서유지를 위하여 합리적 범위내에서 제한하는 것은 합당하다 할 것이다.

개정 전 집회및시위에관한법률(이하 구 집시법이라 한다) 제3조 제1항 제4호에 규정된 "현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위"는 그 표현 형식에 있어서 다소 불명확하고 구체성을 구비하지 못하였다고 해석될 여지는 있다 하겠으나, 전술한 바와 같이 입법기술상 법률용어가 어느정도 불명확하여 해석이 필요함은 불가피한 것으로서 당해 집회 또는 시위의 목적, 개최장소, 참가인원, 주최자 또는 참가자의 신분, 화염병·돌 등 위험한 물건의 소지 또는 사용 여부, 주위도로 및 건물의 상황, 행사일정 및 내용 등 제반사정과 입법취지를 종합하여 전술한 해석 원칙에 따라 해석함으로써 이는 해소될 수 있다 할 것이다. 또한 그동안 동법을 적용한 법원의 판례로써 그 개념과 범위가 명백히 정립되어 왔으므로 동 규정으로 말미암아 집회 및 시위의 자유의 본질적 내용이 침해될 수 있다고는 볼 수 없다 할 것이다.

3. 판 단

가. 먼저 1991.5.31. 개정 전 국가보안법 제7조 제5항, 제1항의 위헌성 여부에 관하여 살핀다.

당 재판소는 개정 전 국가보안법 제7조 제5항, 제1항에 대하여 그 소정행위에 의하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질

서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 처벌되는 것으로 축소 제한해석하는 것이 헌법 전문, 제4조, 제8조 제4항, 제37조 제2항에 합치된다고 볼 것이므로, 여기의 국가의 존립·안전이나 자유 민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우란 그 표현물이 그와 같은 내용을 담고 있는 경우일 것이고, 따라서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악이 될 정도가 못되거나 해악이 되는지 여부가 불분명한 때에는 그 적용이 배제된다고 할 것이며, 문제의 표현물과 외부 관련성의 정도 또한 여기의 위험성 유무를 판단하는 기준이 된다고 부연하면서 이와 같은 해석하에서는 동법 제7조 제5항, 제1항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였는 바(당 재판소 1990.4.2. 선고, 89헌가113 결정; 동 1990.6.25. 선고, 90헌가11 결정 참조), 이제 이와 달리 판단하여야 할 필요가 있다고 인정되지 아니하므로 그 결정을 그대로 유지하기로 한다.

나. 다음 1989.3.29. 개정 전의 구 집시법 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항의 위헌성여부에 관하여 본다.

(1) 위 법 제3조 제1항 제4호에서는 누구든지 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려있는 집회 또는 시위를 주관하거나 개최하여서는 안된다고 규정하여 헌법 제21조 제1항에서 국민의 기본권의 하나로 정한 집회의 자유를 제한하였으며, 한편 위 법 제14조 제1항에 의하면 위 법 제3조 제1항의 규정에 위반한 자는 7년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하였다. 이에 위 규정의 문제점을 본다.

여기에서 금지하고 있는 행위의 태양으로 현저히 "사회적 불안"

을 야기시킬 우려있는 집회 또는 시위로 규정하였는 바, 여기의 사회적 불안이란 헌법 제37조 제2항에서 제시한 기본권 규제기준인 국가의 안전보장이나 질서유지에 위해가 될 경우보다는 넓고 더 추상적인 개념으로 보여진다. 때문에 공공의 안녕과 질서파괴의 법익침해까지 이르지 않을 평화적 집회·시위라도, 오락·체육·친목·학술·종교 등을 위한 집회이거나 시위가 아닌 한, 사회적, 정치적 불안이 된다는 이유로 규제의 대상으로 될 여지가 있으며, 따라서 그 규제대상이 광범위해질 소지가 있는 개념인 것이다. 왜냐하면 원래 집회 또는 이동하는 집회를 뜻하는 시위란 그것이 불특정 다수인의 결합이요, 단체적·집단적 행동을 수반하는 만큼 어느 집회·시위라도 직접적인 법익침해까지에는 이르지 아니하여도 어느정도는 사회적 불안이나 사회적 혼란의 우려는 불가피한 것이기 때문이다. 그러므로 집회나 시위의 목적·성격을 고려하여 특히 정부시책 비판의 집회·시위가 될 때에는 법운영 당국이 능히 공공의 안녕과 질서에 관한 명백하고도 직접적인 법익침해의 위험이 없는데도 사회적 불안을 내세워 규제가 가능할 수 있다. 그러므로 이것만으로는 가두 오락·체육·친목·학술·종교 등을 위한 집회를 허용하는 이유가 되는 정도에 그칠 뿐 문제의 법익침해가 명백하지 않은 평화적이고 합법적인 집회·시위의 전부를 규제에서 배제시키는 데 부족하다. 비록 여기에서 "현저히" 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위를 규제한다고 규정하고 있지만 이 또한 그 개념이 불명료하고 구체성이 없다.

여기에다 규제대상은 사회적 불안을 "야기시킬 우려"있는 집회 또는 시위라고 하였다. 이것이 곧 사회적 불안이 생길 고도의 개연

성 내지 상당한 이유있는 집회·시위를 뜻하는 것은 아니며 그보다는 더 넓고 막연한 개념으로 보여진다. 따라서 사회적 불안이 생길 것이 명백한 경우가 아닌 어느 정도의 가능성 내지는 객관적 증거없는 막연한 우려나 단순한 의심정도로도 이 조문을 적용시켜 단속하며 형사제재를 과할 소지를 남기고 있다. 나아가 단순히 사회적 불안을 야기시킬 우려라고 하였으므로 불안 발생이 목전에 절박한 경우가 아니고 장차 불안 발생의 가능성 내지 간접적 우려의 경우에도 규제의 대상이 되는 집회·시위가 될 수 있다. 따라서 위 규정에 의한 기본권의 제한은 비례상 과다하고 제한의 폭이 넓다.

(2) 이렇듯 구 집시법 제3조 제1항 제4호에서 규제대상이 되는 집회·시위는 문언 해석상 그 적용범위가 넓고 불명확하므로 헌법상 보장된 집회의 자유를 위축시킬 수 있다. 대한민국의 체제전복이나 공공질서의 파괴 등 법익 침해와는 무관한 무해·무폭력의 집회·시위라도 오락·체육·친목·학술·종교 등의 비정치적 집회·시위가 아닌 한 안심하고 집회의 자유를 향유할 수 없다. 다시 말해서 공공의 안녕과 질서의 법익수호의 목적도 달함이 없이 국민의 집회의 자유만 위협하고 위축시키는 결과를 빚을 것이다. 집회·시위의 규제에는 집회에 있어서의 의사표현 자체의 제한의 경우와 그러한 의사표현에 수반하는 행동자체의 제한 두가지가 있을 수 있다. 전자의 경우에는 제한되는 기본권의 핵심은 집회에 있어서의 표현의 자유라고 볼 것이다. 그런데 구 집시법에서는 사회적 불안의 요인이 전자에 기인한 것이든 후자에 기인한 것이든 가리지 않기 때문에 이 규정에 의하여 비단 집단적 행동인 집회의 자유만이 아니라 집단적 의사표시인 표현의 자유마저 위축시키는 결과를

가져올 것이다. 뿐만 아니라 적용범위가 과도하게 광범위하고 불명확하기 때문에 법운영 당국에 의한 자의적 집행의 소지도 생길 수 있다. 법규의 문언대로 적용하느냐 한정적으로 축소적용 하느냐는 법운영 당국의 재량의 여지가 있으므로 집회시위의 주최자에 따라서는 법규문언 그대로 적용하여 합헌적 행위까지도 단속·처벌하여 집회의 자유, 표현의 자유를 침해할 수 있는가 하면, 역으로 경우에 따라서는 가능한 한의 축소해석을 하여 위헌성을 띠는 행위마저 단속·처벌에서 면제시킬 수 있다. 다시 말하면 법운영 당국으로서 가장 경계하여야 할 견의적·자의적 법운영이 가능할 수 있도록 하였다. 무릇 법운영에 있어서 주관적인 자의성을 주는 것은 법치주의의 원리에 반하는 것이고, 결국 법집행을 받는 자에 대한 헌법 제11조의 평등권 침해가 될 것이다. 나아가 어떠한 것이 금지되며 어떠한 것이 범죄의 구성요건이 되는가를 법 제정기관인 입법자가 법률로 정하는 것이 아니라 사실상 법 운영당국의 재량으로 결정하는 결과가 되어 권력분립주의 내지 법치주의에 위배되고 죄형법정주의에도 저촉될 소지가 생겨날 것이다.

이상 본 바로 구 집시법 제3조 제1항 제4호를 그 문리대로 해석하면 그 적용범위의 광범성 때문에 헌법 제37조 제2항 소정의 기본권제한의 한계를 넘게 되며, 제한의 준칙을 어겨 국민의 기본권을 침해하는 결과를 피할 수 없는 것이다. 다시 말하면 동 규정 소정의 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려 있는 집회 또는 시위를 그 어의 그대로 해석하면 공공의 안녕과 질서유지에 명백하게 직접적으로 혼란 내지 위협을 줄 위험성이 있는 집회·시위만이 아니라 이를 넘어서는 것이 될 것이므로 만일 그대로 규제하고 처벌하게

된다면 합헌적인 집회마저 단속처벌하게 되어 기본권 침해의 결과에 이를 수 밖에 없고, 위헌을 면키 어렵게 된다고 할 것이다.

(3) 그러나 한편 민주체제 전복을 시도하는 집회·시위나 공공의 질서에 관한 법익 침해의 명백한 위험 있는 집회·시위까지 집회의 자유라는 이름으로 보호하는 것이 헌법이 아닌 것이며, 대중적 집회에는 뜻밖의 자극에 의하여 군중의 흥분을 야기시켜 불특정 다수인의 생명·신체·재산 등에 위해를 줄 위험성이 내재되어 있는 것으로 이를 막자는데도 위 조문의 취의가 있다고 할 것인즉 위 조문의 합헌적이고 긍정적인 면도 간과해서는 안될 것이므로, 생각건대 헌법과의 조화, 다른 보호해야 할 법익과의 조정하에 해석상 긍정적인 면을 살리는 것이 마땅할 것이다. 이러한 견지에서 합헌적 규제의 대상으로서의 집회·시위는 어디까지나 동 규정 소정의 집회·시위 가운데서 공공의 안녕과 질서유지에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우에 한정할 것이고, 이에 직접적 위협이 될 것이 명백하지 아니한 것은 배제시켜야 할 것이다. 다만 그와 같은 위협을 가할 것이 명백한가의 여부는 법 운영자의 주관적 자의적 심증에 맡길 문제가 아니고 구체적 사안을 놓고 집회 또는 시위의 장소, 목적, 태양, 내용 등 모든 정황을 종합하여 그 위험이 객관적으로 예측 판단될 경우라야 할 것이다. 이처럼 적용범위를 국한시키면 위 조문이 평화적이고 비폭력적인 집회·시위의 장애요인이 될 수 없으며 무엇보다도 헌법 제37조 제2항에 합치되는 해석이 될 수 있다. 구 집시법 제1조를 보면 본 법은 집회 및 시위를 보호하고 공공의 안녕과 질서를 유지함을 목적으로 한다고 규정하여 평화적인 집회·시위는 헌법상의 기본권으로 보호할 것이나 공

공의 안녕과 질서를 위협하는 대한민국 전복시도의 집회·시위나 질서파괴의 집회·시위는 규제하겠다는 취지이므로, 이러한 한정적 제한해석은 구 집시법의 전취지에도 부합하는 것이 될 것이다. 또 이와 같은 제약을 붙여 제한 해석을 한다면 구 집시법 제3조 제1항 제4호 및 제14조 제1항의 보호법익을 살리면서도 전면위헌의 문제는 피할 길이 열릴 것이며, 이로써 규제의 기준의 불명확 또는 광범성 때문에 생기는 집회·시위의 자유의 부당한 제한이나 그 본질적 내용의 침해의 문제는 없어질 것이고, 국민이 그 규정의 적용을 두려워하여 본래 자유롭게 행사할 수 있는 집회·시위마저 위축시키는 효과는 해소될 것이다. 대의민주주의 체제에 있어서 집회의 자유는 불만과 비판 등을 공개적으로 표출케 함으로써 오히려 정치적 안정에 기여하는 긍정적 기능을 수행하며, 이와 같은 자유의 향유는 민주정치의 바탕이 되는 건전한 여론표현과 여론 형성의 수단인 동시에 대의기능이 약화되었을 때에 소수의견의 국정반영의 창구로서의 의미를 지님을 간과해서는 안될 것이다. 그러한 의미에서 사회불안만 우려해서 무조건 집회·시위를 "타부"시 할 것이 아니라 비폭력적이고 질서파괴의 것이 아니면 민주주의의 신장을 위해 위축시켜서는 안될 기본권으로 보호하여야 할 것이다. 한편 여기에서 제시한 기준이면 허용될 집회·시위와 금제될 집회·시위가 구분되므로 처벌 범위의 불명확성과 광범성 때문에 생기는 죄형법정주의의 위배 기타 위헌적인 소지는 없어질 것이다. 그러므로 구 집시법 제3조 제1항 제4호 및 제14조 제1항이 반드시 전부위헌이며 전면무효라고 까지 볼 필요는 없을 것이다.

4. 결 론

그렇다면 1991. 5. 31. 개정 전 국가보안법 제7조 제5항, 제1항은 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 적용된다고 할 것이고, 1989. 3. 29. 전문개정 전의 집회및시위에관한법률 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항은 여기에서 규정된 바 집회 또는 시위가 공공의 안녕과 질서에 직접적 위협을 가할 것이 명백한 경우에 적용된다고 할 것이므로, 각 이러한 해석하에서는 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이어서, 이에 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 변정수의 반대의견, 개정 전 집회및시위에관한 법률에 대한 재판관 김진우의 반대의견 이외에는 관여재판관 전원의 일치된 의견에 의한 것이다.

5. 재판관 변정수의 반대의견

가. 국가보안법 제7조 제1항, 제5항의 위헌여부에 관하여

(1) 국가보안법 제7조 제1항, 제5항은 그 구성요건이 너무 막연하고 광범위하여 죄형법정주의에 위반된다는 것, 위 법률조항은 북한에 이로운 것은 곧 남한에 해롭다는 논리위에서 북한에 이로울 수 있는 의사표현은 그것이 남한에 현실적으로 해악을 끼칠 위험성이 명백한 경우이건 아니건 간에 무조건 규제대상으로 삼는 것이어서 정부에 대한 비판이나 북한 등 공산계열에 관한 진실한 보도나 정당한 평가 또는 합리적인 언급조차도 권력의 선택에 따라 처벌할 수 있게 되어 있어 북한 등 공산계열이나 통일 분야에 관한 국민의 알 권리를 철저히 봉쇄하여 민주주의의 기초인 건전한 여론형성을 저해하는 기능으로 작용하고 있다는 것, 헌법의 평화통일 이념은 남·북한이 무력을 배제하고 서로 대등한 지위에서 협의하

는 방법에 의하여서만 이룩될 수 있고 그러자면 우선 남·북한이 적대관계를 청산하여 화해하고 협력하여야 하며, 칭찬도 하고 격려도 하며 동조도 하고 상호 교류도 하여야 하며, 이러한 일은 어디까지나 북한이 불법집단 내지 반국가단체로서 처벌대상이 되지 않는다는 전제에서만 가능한 것인데 국가보안법은 처벌규정의 핵심 근거로서 "반국가단체"라는 개념을 설정하고 북한을 반국가단체로 규정지음으로써 북한을 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 범죄단체임을 전제로 하여 여러가지 처벌규정 등을 두고 있으니 이는 헌법의 평화통일 이념에 반한다는 것, 한정합헌 판결은 우리 법제상 허용될 수 없을 뿐더러 국가보안법 제7조 제1항, 제5항은 합헌해석을 할 여지도 없는 명백한 위헌법률이므로 주문과 같은 애매모호한 한정합헌 선언을 할 것이 아니라 단순위헌 선언을 하여야 옳다는 점 등에 관하여 나는 1990.4.2. 선고, 89헌가113 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판사건과, 1990.6.25. 선고, 90헌가11 국가보안법 제7조 제5항의 위헌심판사건에서 소수의견으로 밝힌 바 있으므로 그것을 여기에 원용하기로 하고 거기에다 다음을 추가한다.

(2) (가) 다수의견은 국가보안법 제7조 제1항의 찬양·고무 죄는 구성요건 규정이 지나치게 불명확하고 광범위하여 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서는 행위 유형을 정형화할 합리적 기준을 찾기 어려운 개념으로 이루어져 있어 언론·출판의 자유, 학문·예술의 자유, 양심의 자유를 침해할 가능성이 있고, 권력에 의한 자의적 해석과 선별적 적용으로 법치주의와 죄형법정주의에 저촉될 소지가 있는 위헌적인 법률이라고 적절

하게 지적하면서도 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하고 있는 현실에서는 국가안보를 위하여 필요한 법률이므로 위헌선언하여 이를 폐지할 것이 아니라 주문과 같이 헌법 합치적으로 해석하여 이를 존속시켜야 한다는 것이나, 이는 법률에 대한 헌법 합치적 해석의 한계를 벗어난 월권행위이며, 국가안보를 위해서는 죄형법정주의를 희생시켜도 어쩔 수 없다는 논리인데 이는 민주주의·법치주의를 위협하는 매우 위험한 생각이다. 법률은 될 수 있으면 헌법에 합치되는 것으로 해석해야 하는 것이지만 헌법합치적 해석은 법률의 문언이 다의적(多義的)이어서 이렇게 해석하면 합헌이 되나 저렇게 해석하면 위헌이 되는 경우에 합헌이 되는 쪽의 해석을 따르라는 뜻이므로 법률의 다의적인 해석의 가능여부를 떠나서 아예 추상적이고 광범위하며 애매모호한 것일 때에는 이미 헌법합치적 해석의 영역을 벗어난 것이어서 이러한 법률의 위헌성 해소는 당해 법률의 개폐에 의하여서만 가능한 것이다. 더구나 죄형법정주의가 적용되는 형벌법규의 경우에는 명확성의 원칙은 철저히 지켜져야 하는 것인 만큼 헌법합치적 해석을 빙자하여 불명확하여 위헌무효인 법률을 적당히 호도하는 방법으로 합헌이라고 감싸주면서 위헌결정을 회피하는 것은 결코 잘한 일이 아니다. 불명확하고 광범위하기 때문에 당연무효이며, 위헌인 형벌법규에 대하여 헌법재판소(또는 법원)가 "어떠 어떠하게 해석되므로" 또는 "어떠 어떠하게 해석하는 한"이라는 일응의 적용기준을 제시(창설)하면 그 위헌성이 치유되어 합헌으로 된다고 한다면 "불명확"하여 위헌·무효가 될 형벌법규가 어디에 있을 것이며, 죄형법정주의에 있어서의 명확성의 원칙이 무슨 필요가 있을 것인가. 죄형법정

주의에 있어서의 명확성의 원칙은 법관에 의한 자의적인 법률해석을 방지하여 인권을 보장하기 위한 것인데, 이 사건 다수의견은 위헌결정을 회피하기 위하여, 바로 죄형법정주의가 목적하고 있는 "자의적 해석 금지"의 계율을 함부로 어긴 것이라고 아니할 수 없다.

(나) 그 동안 국가보안법, 그 중에서도 특히 제7조 제1항이나 제5항이 국가의 안전존립이나 자유민주적 기본질서의 수호라는 이름하에 남용되어 온 숱한 사례를 일일이 거론할 필요도 없이 이제 다수의견이 국가보안법 합헌논리의 전제조건으로 적시한 남북간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는 것으로 본 상황인식은 남한과 북한이 동시에 유엔에 가입하고, "남북한 사이의 화해와 불가침 및 교류, 협력을 위한 합의서"가 양측 총리에 의해서 합의 서명되고, 양측의 정상회담까지 추진되고 있는 오늘의 상황에서는 이제는 더 이상 유지될 수 없는 것임은 명백하다(선린관계를 맺었거나 맺고자 하는 이웃에 왕래하거나 그 이웃을 찬양·고무·동조한다고 해서 처벌한다는 것은 이치에 맞지 않는 일이다). 그럼에도 불구하고 다수의견이 2년 전에 내린 국가보안법에 대한 헌법적 판단을, 변경하여야 할 사정변경이 없다고 하여 그 결정을 그대로 유지하기로 한 것은 시대적 전환기에 헌법재판소에 부여된 막중한 임무를 제대로 수행하였다고 할 수 있을지 의문이다.

북한을 반국가단체로 규정짓고 남북사이의 교류·협력을 범죄시하고 있는 국가보안법은 이제 더 이상 그 헌법적 근거를 상실하였다 할 것이므로 헌법재판소로서는 국가보안법 그 중에서도 우선 제

7조 제1항, 제5항에 대하여서만이라도 마땅히 위헌선언을 하여야 할 것이다.

나. 구 집시법 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항의 위헌여부에 관하여

(1) 집회 및 시위의 자유는 사회의 다양한 구성원들이 그들의 의사와 주장을 집단적으로 표명함으로써 국민전체의 여론을 형성한다는 점에서 언론·출판의 자유와 더불어 민주정치의 불가결한 조건이 된다. 오늘날 우리 사회처럼 언론·출판의 수단인 신문·방송 등의 매스미디어가 국가권력과 소수의 대자본에 독점됨으로써 사회의 여러 이해관계 집단이 자신들의 의사를 충분히 표출할 수 없는 상황에서 집회 및 시위의 자유가 가지는 역할과 기능은 더욱 중요하지 않을 수 없다. 즉 집회 및 시위의 자유는 집권정치세력에 대한 정치적 반대의사를 집단적으로 표명하는 효과적인 수단으로서 또한 현대사회에서 소외되고 있는 소수집단이 자신들의 권익과 주장을 옹호하기 위한 적절한 수단을 제공한다는 점에서 그 중요성을 더해 가고 있다.

특히 기존지배체제 내지 집권 정치세력에 대하여 비판적인 입장을 취하는 소수자의 표현행위가 국가공권력의 부당한 간섭이나 제약으로부터 벗어나 보호받기 위하여는 집회 및 시위의 자유의 충분한 보장이 전제되어야 한다는 점에서 집회 및 시위의 자유는 소수자의 보호를 목적으로 하는 민주정치의 기본원리에 부합하는 것이다.

(2) 이와 같이 집회 및 시위의 자유는 표현의 자유의 새로운 역할을 대행하는 기본권으로서 민주주의의 제도적 보대를 형성하

고 있으므로 헌법상 보장된 기본권 중에서도 극히 중요한 기본권이다. 따라서 집회 및 시위를 금지하고 그 위반행위에 대하여 형벌을 과하는 법률은 최고도의 명확성이 요구될 뿐더러 그 위반행위를 처벌하기 위하여는 그것이 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠고 있다는 것만으로는 부족하고 법률에 의하여 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야 하는 것이다(명백하고도 현존하는 위험의 원칙).

그런데 집회및시위에관한법률(1989. 3. 29. 법률 제4095호로 개정되기 이전의 것을 말함. 이하 구 집시법이라 한다) 제14조 제1항에서 처벌하기로 된 같은 법 제3조 제1항 제 4호에 규정된 "현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위"라는 표현은 그 전체가 처벌대상으로서의 금지되는 집회 또는 시위의 구성요건으로서는 극히 애매모호하고 광범위하여 명확성이 결여되어 죄형법정주의를 선언한 헌법 제12조 제1항에 반할 뿐만 아니라 "현저히", "사회적 불안", "야기할 우려" 등 불명확하고 광범위한 구성요건들을 설정하여 처벌대상으로서의 금지되는 집회 및 시위의 기준을 법집행기관의 자의적 해석에 내맡김으로써 결국 정부의 정책을 비판하거나 특정집권세력을 비난하는 집회나 시위는 그것이 국가나 사회에 명백하고 현존하는 위험을 초래할 경우이건 아니건을 막론하고 모두 "현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위"로 판단(해석)하여 무조건 규제대상으로 삼을 수 있도록 되어 있어 민주주의 자양분인 건전한 여론형성을 저해하여 집회 및 시위의 자유를 보장한 헌법 제21조 제1항에 위반된다. 그리고 실제로도 반정부

적 성격의 집회나 시위는 다만 몇 사람이 모여서 회의를 하거나 평화롭게 거리를 행진해도 모두 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회나 시위로 몰아 이를 금지하고 처벌의 대상으로 삼아온 것이 그간의 위 법률조항의 운용에 대한 법집행기관의 태도임은 익히 보아온 바와 같다.

(3) 국민의 신체의 자유와 집회 및 시위의 자유도 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 헌법 제37조 제2항에 의하여 법률로써 제한할 수 있으나 이 경우에도 그 법률은 신체의 자유와 집회 및 시위의 자유의 본질적 내용을 침해하여서는 아니된다.

그런데 구 집시법 제14조 제1항, 제3조 제1항 제4호는 신체의 자유를 제한하는 형벌규정이면서도 그 구성요건의 명확성을 결여하여 죄형법정주의에 위배되므로 그 점에 있어 신체의 자유의 본질적 내용을 침해하는 법률이고 또한 위 법률조항은 집회 및 시위를 통한 표현행위를 제한하는 법률이면서도 명확성의 결여 뿐만 아니라 당해 집회 및 시위가 국가의 안전보장이나 질서유지 또는 공공복리에 명백한 현실적인 위험을 초래할 수 있는가에 대한 구체적인 기준의 제시없이 다만 막연히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위라는 자의적인 판단만으로 무조건 집회 또는 시위를 통한 표현행위를 금지하고 처벌대상으로 삼고 있다는 점에서 집회 및 시위의 자유의 본질적 내용을 침해하는 위헌법률이다.

(4) (가) 다수의견은 구 집시법 제3조 제1항 제4호에서 규제대상이 되는 집회·시위는 문언 해석상 그 적용범위가 넓고 불명확하므로 헌법상 보장된 집회·시위의 자유를 위축시킬 수 있고, 어

떠한 것이 금지되며 어떠한 것이 범죄의 구성요건이 되는가를 법 제정기관인 입법자가 법률로 정하는 것이 아니라 사실상 법 운영당국의 재량으로 결정하는 결과가 되어 법치주의에 위배되고, 죄형법정주의에 저촉될 소지가 있어 위헌을 면할 수 없다고 적절하게 지적하면서도, 다른 한편 민주체제 전복을 시도하는 집회·시위나 공공의 질서에 관한 법익침해의 명백한 위험이 있는 집회·시위까지 집회·시위의 자유라는 이름으로 보호하는 것이 헌법이 아닌 것이며, 대중적 집회에는 뜻밖의 자극에 의하여 군중의 흥분을 야기시켜 불특정 다수인의 생명·신체·재산 등에 위해를 줄 위험성이 내포되어 있는 것으로 이를 막자는데도 위 조문의 취의가 있다고 할 것인즉 위 조문의 합헌적이고 긍정적인 면도 간과하여서는 아니되고, 따라서 구 집시법 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항을 전면 위헌선언하여 이를 폐지할 것이 아니라 헌법합치적 해석에 의하여, 위 법률조항은 각 그 소정행위가 공공의 안녕과 질서에 직접적인 위험을 가할 것이 명백한 경우에 적용되는 것으로 한정적인 제한해석 아래 합헌선언하여 이를 유지시키는 것이 옳고, 그렇게 하면 위 법률조항의 보호법익을 살리면서도 불명확 또는 광범위성 때문에 생기는 죄형법정주의 위배 기타 위헌적인 소지는 없어질 것이라고 설명하고 있다.

나) 그러나 죄형법정주의는 민주주의 형법의 기본원칙으로서 국가형벌권의 남용과 자의적 행사로부터 국민의 자유와 권리를 보장하려는데 그 목적이 있는 것이므로 이는 어떠한 국가안보 논리보다도 우위에 있는 양보할 수 없는 기본권 헌장이고, 만약 형벌법규가 불명확하다면 이는 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항

에 위배되어 위헌임은 말할 것도 없지만, 그러한 형벌법규는 처음부터 무효여서 헌법합치적 해석에 의하여 합헌 또는 유효한 법률로 전환시킬 수 없다는 것, 법률은 될 수 있는 대로 헌법에 합치되는 것으로 해석해야 하는 것이지만 헌법합치적 해석은 법률의 문언이 다의적이어서 이렇게 해석하면 합헌이 되고, 저렇게 해석하면 위헌이 되는 경우에 합헌이 되는 쪽의 해석을 따르라는 뜻이므로 법률이 다의적인 해석의 가능 여부를 떠나서 아예 추상적이고 광범위하며 애매모호한 것일 때에는 이미 헌법합치적 해석의 영역을 벗어난 것이어서 이러한 법률의 위헌성 해소는 당해 법률의 개폐에 의하여서만 가능하다는 것, 더구나 죄형법정주의가 적용되는 형벌법규의 경우에는 명확성의 원칙은 철저히 지켜져야 하는 것으로서, 헌법합치적 해석을 빙자하여 불명확하기 때문에 위헌무효인 법률을 적당히 호도하는 방법으로 합헌이라고 감싸주면서 위헌결정을 회피하는 것은 결코 잘한 일이 아니라는 것 등은 앞서 국가보안법 제7조 제1항, 제5항에 관한 소수의견 (2)의 (가)에서 개진한 이론이 구 집시법 제3조 제1항 제1호, 제11조 제1항에 관하여서도 그대로 적용될 수 있을 것이다. 그리고 다수의견이 구 집시법 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항의 적용기준이라고 내세운 "각 그 소정행위가 공공의 안녕과 질서에 직접적인 위험을 가할 것이 명백한 경우"라는 표현은 법조문의 "현저히 사회적 불안을 야기할 우려가 있는"이라는 표현과 다름없는 애매모호하고 광범위한 표현이어서 수사기관이나 법관의 주관적 해석에 맡길 수 밖에 없는 구성요건을 하나 더 추가한 것에 다름없으므로 위와 같은 적용기준을 제시하더라도 집회·시위의 자유보장에 아무런 보탬이 될 수 없을 것이다.

6. 1989.3.29. 전문개정 전의 집회및시위에관한법률 제3조 제1항 제4호 및 제14조 제1항에 대한 재판관 김진우의 반대의견

가. 민주사회에 있어서의 집회 및 시위의 자유는 표현의 자유의 일종으로서 헌법의 민주적 기본질서의 본질적 요소를 이루고 있는 매우 중요한 기본권이다.

이러한 집회 및 시위의 자유는 같은 의사를 가진 사람들과의 집회 및 시위를 통하여 자신들의 의사를 결집하여 집단적으로 표현함으로써 국정을 공개적으로 강력히 비판하여 민주정치의 바탕이 되는 여론을 형성하게 한다. 때로는 다수로부터 소외된 소수의 의사가 국정에 반영될 소지를 넓혀줌으로써 소수자의 정책결정 참여를 가능케 하며 다수자의 독주를 예방하고 정치적 안정에 기여하는 등 그 민주적 기능이 지대하다. 그러므로 민주주의를 실현하기 위한 매우 중요한 기본권으로서 헌법 제21조가 보장하고 있는 것이다. 특히 오늘날과 같은 대중매체의 독과점 현상 아래서는 집회 및 시위의 자유는 민주국가에 필수적인 공개성과 다원성을 확보하여 주고 소수자 보호에 기여하는 민주주의의 불가결한 조건으로서 그 의의가 더욱 크다고 할 것이다.

이렇게 중요한 기본권으로서 헌법이 보장한 집회 및 시위의 자유는 그것이 현대민주국가에서 갖는 기능에 비추어 헌법 제37조 제2항에 의하여 부득이 제한하는 경우에도 필요 최소한도에 그쳐야 한다. 그 규제 법조문의 표현은 지나치게 광범하지 않아야 하고 명확하며 구체적이어야 하고 그 해석도 입법목적에 따라 택한 규제수단이 필요최소한의 것인지를 엄격히 심사·해석하여야 한다. 더욱이 집회 및 시위에 관련하여 형벌이 부과되는 법률의 경우에는 헌법

제12조 제1항, 제13조 제1항의 죄형법정주의에 따른 구성요건의 명확성의 원칙이 보다 엄격하게 적용되어야 한다.

나. 이러한 점에 비추어 1989.3.29. 전문개정 전의 집회및시위에관한법률(1980.12.16. 법률 제3278호 이하 '구 집시법'이라고 약칭한다) 제3조 제1항 제4호의 "누구든지 현저히 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회 또는 시위를 주관하거나 개최하여서는 아니된다."라는 규정을 보면 "현저히", "사회적 불안", "야기시킬 우려"와 같은 지극히 애매모호하고 지나치게 광범한 표현으로써 집회 및 시위의 자유를 제한하고 있다. 이러한 표현은 표현의 자유를 제한함에 있어 필요한 명확성을 결한 애매모호성과 지나친 광범성으로 인하여 위헌을 면하지 못한다고 생각된다. 첫째, "현저히" 라는 표현을 보면 과연 어느 정도가 현저한 것인지 통상인으로서는 쉽게 알 수가 없다. 따라서 그 정도를 판단함에 있어 법운영 당국의 자의가 개입될 소지가 다분하다. 둘째, "사회적 불안"이라는 표현도 막연하고 추상적이며 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 질서유지를 위해 기본권의 제한이 필요한 상황보다 훨씬 넓은 표현이다. 헌법 규정에는 헌법의 특성상 추상적인 개념들이 사용되고 있다. 그러나 헌법 규정을 구체화하는 법률은 헌법상의 그러한 추상적인 개념들을 보다 상세히 규정함으로써 통상인이 쉽게 파악할 수 있도록 규정되어야 한다. 그러함에도 불구하고 구 집시법의 위 규정이 오히려 헌법상의 규정보다 더욱 막연하고 추상적이며 그 범위도 훨씬 넓은 개념을 사용한다는 것은 헌법정신에 반하는 것이다. "사회적 불안"을 초래할 집회·시위인지 여부의 판단에 있어서도 법운영 당국의 자의가 개입될 여지가 넓다. 그런 까닭에 정부 비판적 집회·

시위의 탄압이 쉽게 행해질 수 있을 것이다. 셋째, "야기시킬 우려"라는 표현을 보면, 이는 집회·시위가 현실적으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우에만 규제하는 것이 아니라 단순히 사회적 불안이 발생할 수 있는 가능성 내지 의구심만이 있는 경우에도 집회 및 시위를 규제할 수 있도록 허용하고 있다. 그에 따라 모든 정부 비판적인 집회·시위는 쉽게 규제대상으로 될 것이다. 결국 이와 같은 애매모호하고 지나치게 광범한 표현들로 인하여 민주사회에서 보장되는 비판의 자유가 현저히 침해될 수 있고 집회 및 시위의 자유가 가능케 하는 국민의 정치적 의사형성에의 참여, 공개성과 다원성의 보장 그리고 소수자 보호라는 중대한 기능이 침해될 수 있는 것이다.

요컨대 구 집시법 제3조 제1항 제4호는 그 표현이 애매모호하고 지나치게 광범하여 명확성의 원칙에 반하고 기본권 제한의 한계를 넘었으므로 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항 및 제37조 제2항에 반하여 위헌임을 면할 수 없다(법무부장관의 의견에도 구 집시법 제3조 제1항 제4호가 그 표현형식에 있어 불명확하고 구체성을 구비하지 못한 점을 자인하고 있다). 또한 동법 제14조 제1항도 이러한 위헌적인 규정에 반한 행위를 처벌하는 규정이므로 역시 위헌임을 면할 수 없다.

다. 나는 이미 1989.7.21. 선고, 89헌마38 상속세법 제32조의2의 위헌여부에 관한 헌법소원사건에서 주문과 같은 한정합헌결정에 대하여 소수의견을 제시한 바 있다. 그러나 위 주문형식은 이미 당 재판소의 판례로서 확립되었으므로 판례로서 확립된 이상 판례변경을 하는 경우가 아닌 한, 소수의견자도 그 판례에 따르는 것이 마땅하다고 생각한다. 그러므로 이에 대하여는 더 이상 언급하지

않으려 한다. 그러나 구 집시법 제3조 제1항 제4호 및 제14조 제1항은 주문과 같은 한정합헌 해석을 할 여지도 없는 명백한 위헌이기에 다수의 의견에 따를 수 없는 것이다.

1991.5.31. 개정 전의 국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호) 제7조 제5항과 제1항의 규정에 명확성이 결여된 것은 사실이다. 그러나 국가의 존립과 안전 및 민주적 기본질서의 수호보다 중요한 것은 없다. 당 재판소가 1990.4.2. 동 법조에 관한 위헌여부를 결정할 당시의 상황은 동법이 언제 개정될지도 막연하였고, 비록 남북대화의 실마리는 잡혔다 하여도 국가의 존립과 안전 및 민주적 기본질서의 수호를 보호법익으로 삼는 위 법률의 규정은 단 하루도 공백상태로 둘 수 없었다. 이러한 중대한 국가의 존립과 안전 및 민주적 기본질서의 수호를 위하여 필요최소한 범위의 규제는 불가피한 상황이었다. 그러므로 그 필요최소한의 규제로서 동 법조 등의 각 소정행위가 국가의 존립과 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 한하여 적용하는 것으로 축소해석하여 한정합헌결정을 한 당 재판소의 다수의견에 참여하게 되었던 것이며, 동 재판례는 그 후 당 재판소의 판례로서 확립되었다(1990.6.25. 선고, 90헌가11 결정 등).

위에서도 언급한 바와 같이 집회 및 시위의 자유는 민주주의의 실현을 위해 필수적인 중요한 기본권이다. 그러므로 질서유지를 위해 이를 규제하는 법조문은 명확하여야 하고 그 해석과 심사는 엄격하게 하여야 한다. 그런데 동 법조의 규정은 이러한 중요한 집회 및 시위의 자유를 규제함에 있어 애매모호하고 지나치게 광범한 표현을 사용함으로써 그 규제의 한계를 넘었다. 그리하여 국민의 집

회 및 시위의 자유의 본질적 내용을 침해할 수 있는 규정이라고 보지 않을 수 없어 그 위헌성이 명백하다. 또 이미 법이 개정되어 이에 대한 위헌선언을 하여도 법의 공백상태에서 오는 피해도 없다.

뿐만 아니라 공공의 안녕질서가 더 위협받을 상황도 아니다. 그러므로 한정합헌결정을 하여야 할 절박한 필요성도 없으므로 다수의견의 한정합헌결정에 따를 수 없다고 생각한다.

라. 다수의견도 위 구 집시법 제3조 제1항 제4호의 실질적 위헌성을 다각도에서 명백히 설명하고 있다. 더구나 구 집시법의 위 법조를 그 문리대로 해석하면 그 적용범위의 광범성 때문에 헌법 제37조 제2항 소정의 기본권 제한의 한계를 넘게 되며, 제한의 준칙을 어겨 국민의 기본권을 침해하는 결과를 피할 수 없는 것이라고 인정하였다. 그렇다면 민주주의의 초석으로서 기본권인 집회 및 시위의 자유에 대한 제한규정은 명확하여야 하고 엄격히 해석하여야 한다는 원칙에서 주문과 같은 한정합헌결정을 함은 타당치 않으며 마땅히 위헌결정을 해야 한다고 생각한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대하는 바이다.

1992. 1. 28.

재판장 재판관 조 규 광
재판관 변 정 수
재판관 김 진 우
재판관 한 병 채
재판관 이 시 윤

1992. 1. 28.

재판관 최 광 률
재판관 김 양 균
재판관 김 문 희
재판관 황 도 연

29

11-4

인권 자료실
등록일 | 분류코드 | 자료번호
98 3/19 | B01-1 | 02

제 2 주제 : 최근의 헌법재판소 결정에 대한 분석과 평가

—국가보안법 제 7 조 제 1 항, 제 5 항 및 노동쟁의조정법의 "제 3 자 개입금지" 조항에 대한 결정을 중심으로

천 정 배 변호사
(민주사회를 위한 변호사 모임)

-- 목 차 --

1. 머 리 말
2. 평가의 기준
3. 국가보안법 제 7 조 제 1 항, 제 5 항에 대한 결정의 평석
   가. 결정요지
      (1) 헌법재판소의 90. 4. 2. 결정
      (2) 다수의견 요지
      (3) 반대의견 요지
   나. 결정에 대한 비판
      (1) 국가보안법의 위상과 기능
      (2) 제한해석의 당부
      (3) 결정의 실효성
      (4) 결 론
4. 노동쟁의 조정법의 제 3 자 개입금지 조항에 대한 결정의 평석
   가. 결정요지
      (1) 헌법재판소의 90. 1. 15. 결정
      (2) 합헌론의 요지
      (3) 김진우.이시윤 재판관의 한정합헌론 요지
      (4) 김양균재판관의 한정합헌론 요지
      (5) 변정수재판관의 위헌론 요지
   나. 결정에 대한 비판
      (1) 성질상의 한계론
      (2) 단순한 조력과 왜곡.저해 행위
      (3) 평등의 문제
      (4) 한정합헌론
      (5) 결 론
5. 맺 음 말

제 2 주제 : 최근의 헌법재판소 결정에 대한 분석과 평가

- 국가보안법 제 7 조 제 1 항, 제 5 항 및 노동쟁의조정법의 "제 3 자 개입금지" 조항에 대한 결정을 중심으로

천 정 배 변호사

1. 머리말

"헌법의 수호자"라는 헌법재판소가 헌법재판소법(1988. 9. 1 시행)에 의해 문을 연지 2 년 가까이 지났다. 그동안 헌법재판소는 다음에 보듯이 약 500 건이나 되는 사건을 처리했다고 한다. 제 4, 제 5 공화국 시절에도 헌법위원회라는 기관이 있었지만 단 1 건의 사건도 없었던 것과 견주어 보면, 헌법재판소는 적어도 양적으로는 눈부신 활동을 해오고 있다고 할 수 있다.

헌법재판소의 자료에 따르면, 헌법재판소 출범 이후 올해 5 월 31 일까지 접수된 사건은 모두 749 건이며 그 중 위헌법률심판 사건이 223 건, 헌법소원 사건이 526 건이다.

사건 접수. 처리 유형별 분류 현황

유형별	접수	처 리						계속
		계	인용	기각	각하	취하	기타	
위헌법률심판	223	110	8	4	15	83		113
헌법소원심판	526	383	7	31	224	18	103	143
합 계	749	493	15	35	239	101	103	256

자료 : 헌법재판소 1990.5.31 현재

위헌법률심판 223 건 중 97 건은 법원의 직권으로, 126 건은 당사자의 신청을 법원이 받아들여 제청이 이루어졌다. 이 가운데 위헌결정이 내려진 것은 사회보호법 제 5 조(보호감호) 2 건, 국회의원선거법 제 33 조 및 34 조(국회의원 후보의 기탁금 국고귀속) 1 건, 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제 5 조의 2(금융기관의 연체대출금에 관한 경매절차에서 금융기관의 우월적 지위 인정) 2 건, 소송촉진 등에 관한 특례법 제 6 조(국가를 상대로 하는 청구에 관한 가집행 선고불가) 1 건, 변호사법 제 10 조 제 2 항(변호사 개업장소 제한) 등이다.

헌법소원은 526 건 가운데 491 건이 공권력의 행사 또는 불행사로 기본권을 침해받은 자가 제기한 권리구제형 헌법소원이며 35 건은 법률의 위헌여부심판제청 신청이 법원에 의해 기각된 당사자가 낸 위헌법률심판형 헌법소원이다. 청구 내용별로는, 검사의 불기소 처분에 대한 소원 203 건, 법령에 관한 소원(사형제도, 사회보호법, 정부조직법 등) 97 건, 전문직의 자격 및 업무에 관한 소원 (변호사, 서법서사, 행정서사 등) 16 건, 공권력에 의한 재산권 침해에 대한 소원 37 건, 수사기관(사법기관)에 의한 기본권 침해에 대한 소원 22 건, 호소 진정 탄원 등 103 건, 기타 48 건 등이다.

헌법소원의 경우 지금까지 신청인의 요구가 받아들여진 인용결정은 총접수 건수 526 건 가운데 7 건에 불과하고 요건불비로 각하된 것이 무려 224 건이나 된다. 사유별로는 대리인 선임이 없는 경우 98 건, 청구기간이 경과된 경우 43 건, 다른 구제절차를 모두 거치지 않은 경우 23 건, 법원의 재판에 대해 청구한 경우 12 건 등이다.

우리 역사를 돌이켜 볼 때 헌법이 제대로 구실을 하지 못하고 민주주의가 실현되지 않은 이유는 헌법재판소와 같은 제도가 완비되지 못했기 때문은 아니다. 그동안 대법원을 최고법원으로 한 사법부 또는 헌법위원회에 위헌법률심사권 등이 부여돼 있었음에도 헌법 문제에 관한한 그들은 독재권력의 충실한 시녀에 불과했다. 헌법재판소가 설치되면서 "헌법의 수호자" 노릇을 하리라는 국민적 기대를 받게 된

것은 그것이 과거의 것보다 훌륭한 제도이기 때문이라기 보다는, 우리 사회에 민주화를 지향하는 정치권력이 들어서면서 사법부 등에 대해 강압적인 간섭을 하지 못하게 되고 전문지식과 양식을 두루 갖춘 재판관들이 헌법재판소법 제 4 조가 명시하고 있듯이 "헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다"면 올바른 헌법판단에 이를 수 있다고 믿는 국민이 많았기 때문이다.

그렇다면 과연 헌법재판소는 이러한 기대에 어느 정도 부응해 왔는가 ? 양적인 면에서 뿐 아니라 질적으로도 충실한 "헌법의 수호자" 로서 제 구실을 다해 왔는가, 아니면 헌법재판제도의 허구성, 나아가서는 제 6 공화국이 진전시켜 오고 있다는 민주화의 허구성만을 드러내 보였을 뿐인가 ? 이에 대한 답변은 무엇보다도 그동안 헌법재판소가 내린 결정을 객관적으로 분석해서 내려야 할 것이다.

2. 평가의 기준

헌법재판소는 6 월 항쟁 이후 고조된 국민의 민주화 열망을 헌법의 틀 안에서 실현하는 임무를 부여 받고 태어났다. 그러므로 헌법재판소에 의한 헌법 해석은 이 시대의 민주적 과제와 발 맞추어 다음과 같이 내용을 지녀야 할 것이다.

첫째, 6 월 항쟁은 제 5 공화국에 들어서서 최고조에 이른 군부독재정권의 폭압 아래에서 기본적 인권을 유린당하고 있던 국민이 4.13 호헌조치에 의해 장기집권을 꾀하던 독재세력에 맞서 민주적 제 권리를 쟁취하고 문민정부를 세우기 위해 궐기한 운동이다. 이 항쟁을 통해 확인된 국민의 의사를 실현하기 위해서는, 고문 등 가혹행위가 금지되고 죄형법정주의의 원칙이 엄격하게 지켜지는 등 신체의 자유가 보장되는 것을 비롯해서 표현의 자유, 집회 및 시위의 자유, 사상 및 양심의 자유, 학문 및 예술의 자유 등 민주적 제 권리가 보장되도록 하는 헌법 해석이 이루어져야 한다. 특히 과거 독재권력이 모호하게 규정된 법률을 확대해석하는 남용을 통해 인권유린을 일삼아 온 쓰라린 역사적 경험을 생각할 때 법률이 권력남용의 소지를

제공하지 못하도록 철저한 심사가 이루어져야 한다.

둘째, 그동안 우리 경제가 성장해 오는 과정에서 노동자, 농민 등 근로대중은 노동법 등 반민주적인 법에 의해 생존권적 기본권을 제한 당해 왔다. 그 결과, 총량에 있어서는 우리 경제가 비약적으로 성장했음에도 근로대중은 세계 최장의 노동시간에 시달리며 최저생계비에 훨씬 못 미치는 저임금을 감수해야 하는 등 인간다운 생활을 누려오지 못했다. 또한 국민경제는 부동산투기와 같은 비정상적인 방법까지 동원해서 세력확장에 혈안이 된 극소수의 재벌이 좌지우지하는 등 경제적 불평등과 불의가 만연되었다. 6월 항쟁과 그것에 이은 7, 8월 노동자 대투쟁은 이같은 조건에 처한 근로대중의 생존권적 요구의 표현이기도 했으며, 이 요구를 실현하기 위해서는 생존권적 기본권을 우선적으로 보장하도록 헌법이 해석돼야 한다.

세째, 헌법은 겨레의 비원인 조국통일을 이룩하기 위한 여건을 조성해 나가는 데에 이바지하는 방향으로 해석돼야 한다. 분단의 상황을 극복할 수 있는 외적인 조건이 긍정적으로 변하고 있기 때문에 통일을 위한 민족적 노력이 어느 때보다도 더욱 절실히 요청되고 있는 현시점에서 통일의 길로 나아가기 위해서는 자유롭고 개방된 통일논의와 남북한 사이의 자주적 교류를 보장하도록 헌법 해석이 이루어져야 한다.

3. 국가보안법 제 7 조 제 1 항, 제 5 항에 대한 결정의 평석

가. 결정요지

(1) 헌법재판소는 1990. 4. 2 국가보안법 제 7 조 제 1 항 및 제 5 항은 각 그 행위가 국가의 존립, 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 않는다고 결정했으며 이 결정에 있어 변정수 재판관을 뺀 나머지 8 명의 재판관이 의견일치를 보았고 변정수재판관은 위 각 항이 전면위헌이라는 반대의견을 제시했다.

(2) 헌법재판소의 공식의견이 된 다수의견의 요지는 다음과 같다.

국가보안법 제 7 조 제 1 항은 "반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양, 고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7 년 이하의 징역에 처한다"고 규정하고 있다. 이 조항의 찬양, 고무죄는 "구성원", "활동", "동조", "기타의 방법", "이롭게 한" 등 무려 다섯 군데의 용어가 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 광범위하다. 이와같은 문언을 그대로 해석, 운영하면 여러 문제가 생긴다.

첫째, 헌법상의 언론, 출판, 학문, 예술의 자유를 위축시킬 염려가 있다. 그 내용이 국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서에 명백한 위해를 줄 정도의 것이든 아니든 막론하고 금지되고 이를 어기면 형사처벌 받게 되는 형벌과잉을 초래할 염려가 있다. 국가보안법 제 7 조 제 1 항이 국가안전보장이나 자유민주적 기본질서의 수호에 관계없는 경우까지 확대적용될 만큼 불투명하고 구체성이 결여되어 있다는 것은 분명히 헌법 제 37 조 제 2 항(법률유보조항)을 어겨 헌법 제 21 조 제 1 항의 언론, 출판의 자유와 제 22 조 제 1 항의 학문, 예술의 자유를 침해할 개연성, 나아가 그와 같은 자유의 전제가 되는 헌법 제 19 조의 양심의 자유의 침해가능성을 남기는 것이다.

둘째, 법운영당국에 의한 자의적 집행을 허용할 소지가 생길 것이다. 특히 정부비판세력을 견제하는 수단으로 오용 내지는 남용의 소지를 안고 있다. 객관적인 자의성 부여는 법치주의 원리와 헌법 제 11 조의 평등권 침해가 된다. 법규의 적용범위가 과도하게 광범해지면 형벌법규에 관한 명확성의 원칙에 위배되어 죄형법정주의에 저촉될 소지가 생긴다.

세째, 헌법 전문의 "평화적 통일의 사명에 입각하여 정의인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고"의 부문과 헌법 제 4 조의 평화적 통일지향의 규정에 양립하기 어려운 문제점이 생길 수도 있다.

그러나 이상과 같은 문제가 생길 수 있다고 해서 위 조항을 전면위헌으로

완전폐기되어야 할 규정으로는 보지 않으며 완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제지만, 남북간에 일찌기 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하여 긴장상태가 계속되고 있는 마당에서는 완전폐기함에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 이익형량상 더 클 것이다. 평화시대를 기조로 한 형법상의 내란죄나 외환죄는 고전적이어서 오늘날 우리가 처한 국가의 자기안전.방어에는 다소 미흡하므로 위 조항은 별도의 존재의의가 있을 것이며, 또 침략행위나 민주체제전복을 부추기는 내용의 언동까지도 표현의 자유라는 이름으로 보호하는 것이 헌법이 아닐진대 여기에 합헌적이고 긍정적인 면도 간과할 수 없을 것으로, 다만 위헌적 요소가 있어서 정비되어야 할 불완전한 것일 뿐이다. 어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러가지 해석이 가능할 때 헌법을 그 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌적인 해석을 택하여야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반 법리이다. 국가의 존립.안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소 제한하는 것이 헌법 전문, 제 4 조, 제 8 조 제 4 항, 제 37 조 제 2 항에 합치되는 해석일 것이다.

제한해석에 의하여 구성요건 해당 여부를 판단하는 기준은 국가의 존립, 안전을 위태롭게 하였는가와 자유민주적 기본질서에 위해를 주었는가이다.

동조 제 5 항은 "제 1 항 내지 제 4 항의 행위를 할 목적으로 문서, 도화 기타의 표현물을 제작, 수입, 복사, 소지, 운반, 반포, 판매 또는 취득한 자는 그 각 항에 정한 형에 처한다"고 규정하고 있다. 이 조항은 제 1 항과 마찬가지로 문리에 충실한 해석을 하면 위헌적 요소가 있으나 국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 적용되는 것으로 해석하면 문제가 해결된다. 그러한 위험성이 있는 경우란 특단의 사정이 없는 한 그 표현물의 내용이 그와 같은 경우일 때라고 볼 것이고 표현물과 외부관련성의 정도도

또한 여기의 위험성의 유무를 판단하는 별도의 기준이라 할 것이다.

(3) 변정수 재판관의 반대의견의 요지는 다음과 같다.

제 7 조 제 1 항은 형벌규정이므로 죄형법정주의에 의해 그 구성요건이 명확해야 하며, 더구나 이 규정은 민주주의의 제도적 토대라고 할 수 있는 표현의 자유에 대한 제한을 수반하는 법률이므로 다른 형벌규정에서보다도 그 명확성이 더욱 강하게 요구된다. 그런데 위 조항은 너무 막연하고 불명확한 규정들로 이루어져 죄형법정주의에 반한다. 또한 위 조항은 명백하고 현존하는 위험의 원칙에 반하여 표현행위를 무조건 규제대상으로 삼는 것이어서 민주주의의 기초인 건전한 여론형성을 저해하는 기능으로 작용하고 있다. 이와 같이 위 조항은 죄형법정주의에 위배되고 표현행위에 명백한 현실적인 위험이 있는지를 묻지않고 무조건 제한하고 있다는 점에서 헌법 제 37 조 제 2 항의 제한법률의 한계를 넘어 신체의 자유, 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하고 있다.

제 7 조 제 5 항도 같은 이유로 위헌법률이며, 더우기 제 5 항의 행위유형인 표현물의 제작, 수입, 복사, 소지, 운반, 반포, 판매 또는 취득은 그 자체로는 위법적 행위유형이 아니고 따라서 위 조항의 핵심적 요소는 제 1 항 내지 제 4 항의 행위를 할 목적의 존재라는 주관적 요소에 있는데 이는 표현행위를 할 목적 즉 내심차원의 사상을 처벌대상으로 하는 것과 다름 없어서 헌법 제 19 조, 제 22 조의 양심과 사상의 자유, 학문과 예술의 자유에 반한다.

헌법 전문과 제 4 조는 평화통일을 헌법이념의 하나로 선언하고 있는데 평화적 통일은 남북한이 무력을 배제하고 서로 대등한 지위에서의 합의를 통하여 통일을 이루는 방법 밖에 생각할 수 없다. 남북한의 주민이 서로 상대방의 실정을 정확히 알고서 형성된 여론의 바탕에서 통일방안이 강구되어야 한다. 그리고 이러한 일은 북한이 불법집단 내지 반국가단체로서 처벌대상이 되지 않는다는 전제에서만 가능하다. 따라서 국가보안법은 헌법의 평화통일조항과 상충된다. 특히 제 7 조 제

1 항, 제 5 항은 북한에서 이로운 것은 대한민국에 해롭다는 상호배타적인 적대관계의 논리를 강요하고 있어 더욱 평화통일조항에 위반된다.

위 법률조항들은 다수의견과 같이 한정적으로 적용되는 것으로 해석되지 않을 뿐더러 그것이 가능하다 하더라도 다수의견이 드는 기준 자체가 객관적으로 뚜렷한 기준. 한계를 정할 수 없는 매우 모호하고 불명확한 것이어서 결국 수사기관이나 법관의 주관적 해석에 맡길 수 밖에 없는 구성요건이므로 이것 또한 죄형법정주의에 반한다. 법률조항들의 위헌성을 인정하였으면 마땅히 위헌을 선언하는 것이 국민에 대한 책무이다. 위헌성이 너무나 뚜렷한 법률을 한정적으로 제한해석하여 합헌결정을 내린다 해도 그 위헌성이 치유되는 것이 아니다.

나. 결정에 대한 비판

국가보안법 제 7 조 제 1 항, 제 5 항이 지니고 있는 위헌적 성격에 대해서는 위 결정 자체에 비교적 잘 정리돼 있는 것으로 보인다. 그러나 위 결정은 국가보안법의 현실적 위상과 기능을 제대로 인식하지 못해 위 각 규정의 합헌적 측면을 인정하는 오류에 빠지고 말았으며, 기본권의 제한에 관한 헌법의 규정도 잘못 해석해서 공허한 "한정" 합헌결정에 이르렀다.

(1) 국가보안법의 위상과 기능

위 결정에서 헌법재판소가 인정하고 있듯이 위 각 조항은 사상.양심의 자유와 언론.출판 등 표현의 자유를 침해하고 있다. 그런데 이러한 자유는 개인에게 부여된 기본권이기도 하지만 그보다도 민주주의의 전제를 이루는 것으로서 그 침해는 단순히 기본권의 침해라는 면을 훨씬 넘어서서 민주주의 자체의 부정에 이른다. 민주주의는 국민주권주의를 첫째 가는 요소로 하고 있는데, 국민주권주의란 주권자인 모든 국민이 자유롭게 체제를 선택하는 것이며 자유로운 체제선택을 위해서는 사상 및 표현의 자유가 전면적으로 보장되지 않으면 안 된다. 위 결정에서 변정수 재판관이 "민주주의의 제도적 토대라고 할 수 있는 표현의 자유" 라고 한

것과 다수의견이 "표현의 자유의 우월적 지위" 를 언급하고 있는 것도 이와 같은 맥락에 있는 것으로 생각된다.

그런데 국가보안법은 우리 사회 내부의 극우세력이 주권자 일반에게 부여돼야 할 체제선택의 자유와 사상 및 표현의 자유를 부인하고 자신들의 기득권을 유지하는 수단으로 제정되고 기능해 왔다. 해방 후 미군정 당시 반공을 내걸고 남한만의 단독정부수립도 불사해 극우체제를 만들겠다는 극소수 사회세력은 이승만을 대표로 한 남한단독의 반공 친미정권의 수립에 성공했다. 국가보안법은 이승만 정권의 등장 직후 1948. 12. 1 법률 제 10 호로 제정되었다. 이 법은 태어나자 마자 자유 또는 반공이라는 미명 아래 소수 독점자본가에 의한 사회경제의 농단과 남한 단독정부 수립을 적극 지지하는 맹목적 극우세력에 합법성과 정통성을 부여하는 임무를 훌륭하게 수행했다. 남한 단독정부수립을 반대하는 활동은 이 법에 의해서 제압되었으며, 친일 잔재의 청산과 전면적 토지개혁, 평화적 민족통일 등을 부르짖던 사람들도 이 법의 서슬퍼런 칼날 앞에 서리를 맞았다. 이후 5.16 군사쿠데타에 성공한 자들이 국가보안법 이외에 반공법이라는 새로운 법률을 제정하여 시행하는 등 몇 차례의 변화가 있었으나 국가보안법은 근본적으로 독점자본가가 생산수단을 무제한적으로 소유하여 국가경제를 전면적으로 지배하는 것을 보장하는 체제만이 유일하게 올바르고 민주적인 체제라는 인식을 강요하면서 국민이 자유롭게 사고하는 것 자체를 방해하고 위 인식과 조금이라도 다른 생각이나 신념을 표현하는 자가 있으면 용공이적행위자로 몰아 탄압하는 역할을 수행해 오고 있다.

위 결정에서 헌법재판소는 문제된 규정이 전면위헌으로 완전폐기되어야 할 규정으로는 보지 않으며 완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제지만, 남북간에 일찌기 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는 마당에서는 완전폐기함에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 이익형량 상 더 클 것이다고 판시하고 있다. 헌법재판소가 완전폐기의 경우 "법의 공백과 혼란" 이 빚어질 것이고 "국가적 불이익이 더 크다"

고 단정하면서도 그것이 자명한 진리인 양 그 검증을 위한 논의를 생략하고 있는 것은 유감스럽다.

위 규정을 폐기하는 데에서 오는 "불이익"이 구체적으로 어떤 것인지 분명치 않으나 폐기로 인한 "이익"보다 큰 경우를 생각하기 어렵다. 위에서 본 바와 같이 국가보안법의 폐기로 인해 민주주의가 회복되는 것인데 그로 말미암아 얻는 이익보다 잃는 이익이 크다고 하는 것은 민주주의보다도 더 큰 이익이 있음을 전제로 하는 것이다. 이러한 생각은 국민주권주의 원리를 망각하고 이 법의 현실적 기능에 대해 과학적인 인식을 결여한 채 실은 이 법에 의해 강요된 그릇된 냉전적 사고에 사로잡혀 최고법규인 헌법을 바라보는 전도된 시각에서 생성된 것이다. 특히 여기에서 문제되고 있는 국가보안법 제 7 조 제 1 항과 제 5 항은 표현행위를 규제하고 있는 것이지 전쟁 기타 폭력적 활동을 규제하고 있는 것이 아님에도 위 각 항이 폐기된다고 해서 무슨 큰 일이라도 있을 것처럼 "국가적 불이익"을 말하는 것은 비과학적 사고의 표현이다.

"법의 공백과 혼란"이란 위헌선언이 내려져 헌법재판소법 제 47 조 제 2 항 단서에 따라 위 규정이 소급해서 효력을 잃게 되는 것을 상정하고 있는 것으로 보인다. 그 경우 이미 유죄판결을 받은 사람들에 대해 같은조 제 3 항에 따라 재심절차가 진행돼야 할 것이다. 이때 법원 등 국가기관은 어느 정도 혼란을 느끼게 될 것이지만 그동안 위 규정이 정치적 비판세력을 탄압하고자 남용돼 왔음을 고려할 때, 국민의 입장에서 그것은 혼란이라기 보다는 기본적 인권의 회복을 위한 적법절차로 인정돼야 한다. 또한 찬양, 고무에 해당하는 언동을 규제할 수 없는 "공백"이 생기고 이로 인해 "혼란"이 빚어질 우려가 있을 것이다. 그러나 이러한 우려가 우리 사회에서 다름 아닌 국가보안법에 의해 수십년간 지탱돼 온 냉전적 사고에서 생겨나는 것은 아니지 냉철하게 분석해 볼 필요가 있다. 표현행위의 자유가 전면적으로 보장된 사회는 혼란에 빠지는 것인가?

(2) 제한해석의 당부

위 각 규정에 합헌적인 면이 있다는 헌법재판소의 다수의견에 찬성할 수 없지만, 가사 위 각 규정이 위헌적인 면과 합헌적인 면을 아울러 가지고 있다고 해서 그것이 위 각 규정에 대한 전면위헌선언을 회피할 사유가 될 것인가? 헌법재판소 스스로 인정하듯이, 위 각 규정의 용어들은 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 넓어서 형벌법규에 관한 명확성의 원칙에 위배되어 죄형법정주의에 저촉되고, 그 결과 법운영 당국에 의한 자의적 집행을 허용하게 된다. 그런데 형벌법규의 용어가 다의적이고 그 적용범위가 넓을 때 그것에 포함될 수 있는 여러 사안들을 생각해 보면 그것들이 반드시 처벌해서는 안 된다고 판단되는 것만으로 이루어지는 것은 아니다. 예컨대, "나쁜 일을 한 사람은 처벌한다"는 막연한 형벌법규가 있고 법운영기관으로 하여금 나름대로 이 법규에 해당하는 사람을 처벌하도록 한다면, 그 처벌받는 사람 중에는 살인자 등 일반적으로 처벌돼야 한다고 판단되는 자도 포함될 수 있고, 처벌되는 것이 억울하다고 판단되는 자도 포함될 수 있다. 그럼에도 이 막연한 법규를 위헌.무효라고 하지 않을 수 없는 이유는 그것을 방치하면 "법운영 당국에 의한 자의적 집행"을 막을 도리가 없고 일반 국민도 자기의 행위가 처벌될 행위인지의 여부를 알지 못해 항상 불안에 떨게 될 수 밖에 없기 때문이다. 그러므로 어떤 형벌법규가 "지나치게 다의적이고 그 적용범위가 넓어" 위헌적인 면과 합헌적인 면을 아울러 가지고 있다면 바로 그 때문에 그 법규에 대해 위헌.무효가 선언돼야지 전면위헌선언 아닌 다른 방도를 취할 근거는 없다. 합헌적인 면도 있으므로 일부 위헌이라는 논리는 성립하지 않는다. 전면위헌선언 후 합헌적인 면을 살리는 것은 입법자에게 맡겨진 일일 뿐이며 미리 헌법재판소가 걱정해야 할 사항은 아니다.

나아가, 헌법재판소가 "제한해석"의 기준으로 들고 있는 "국가의 존립.안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우"라는 것이 법리상 합당한 것인가? 변정수 재판관이 지적한 바와 같이 이 기준 자체가 모호하기 때문에 그것을

적용한다고 해서 위 각 규정이 죄형법정주의에 반하지 않게 적용될 가능성이 없기도 하지만, 이 기준을 들어 제한해석하는 것 자체가 논리에 맞지 않는다.

헌법에 따른면 모든 국민은 신체의 자유를 비롯한 여러 자유를 가진다. 이러한 자유는 국가안전보장.질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 "법률"로써 제한할 수 있을 뿐이다 (헌법 제 37 조 제 2 항). 여기의 "법률" 이란 국회가 제정하는 법률을 말함은 물론이다. 국가보안법 제 7 조 제 1 항 및 제 5 항은 신체의 자유를 제한하는 형벌법규이고 표현의 자유 등을 제한하고 있기도 하므로 형식상 헌법 제 37 조 제 2 항이 언급하고 있는 "법률"이다. 즉, 국가안전보장 등을 이유로 국민의 자유를 제한할 필요가 있다고 해서 위 각 규정이 "법률"로 만들어진 것이다. 그러므로 이 각 규정은 그것에 해당하는 행위는 "국가안전보장. 질서유지 또는 공공복리" 에 어긋난다고 보고 있다고 할 수 있다.

그런데 헌법재판소가 내세우는 "국가의 존립 운운" 의 기준은 실제상 헌법 제 37 조 제 2 항이 내세우고 있는 기본권 제한의 기준과 같은 것으로 보인다. 즉, "국가의 존립.안전을 위태롭게" 한다는 것은 "국가안전보장" 과 같고, "자유민주적 기본질서에 위해를 준다" 는 것은 "질서유지"에 포함되는 말이다. 그렇다면 위 결정에서 헌법재판소는 국가보안법의 위 각 규정이 "국가안전보장 또는 질서유지 등" 에 어긋나는 행위라고 보아 처벌하겠다는 행위에 대해 "국가안전보장 또는 질서유지" 에 어긋나는 경우에만 처벌하라고 동어반복을 하고 있을 뿐인 것이다.

헌법의 위 조항이 국가안전보장 등의 필요에서 국민의 자유를 제한하는 경우 "법률"로써 하도록 하고 있는 것은 입법기관이 국가안전보장 등에 어긋나는 사항을 구체적으로 정해서 제한할 수 있다는 뜻을 내포한다. 특히 형벌법규의 경우 그 구체성은 더욱 강조돼야 한다. 단지 "국가안전보장에 어긋나는 행위는 처벌한다" 는 식의 규정은 죄형법정주의의 원칙 뿐만 아니라 헌법의 위 조항에도 위반되는 것이다. 그런데 위 결정은 입법기관도 아닌 헌법재판소가 형벌법규의 적용한계를, 아무런 구체적 기준도 제시하지 않은 채 헌법의 문언과 실제상 동일한 "국가의 존립.안전

운운" 이라는 기준을 가지고 정하고 있는 것에 다름 아니다. 결국, 헌법재판소는 국가보안법의 위 규정이 "국가안전보장.질서유지 등의 필요상 만들어진 기본권 제한규정으로서 정당한 것인가" 하는 질문(위헌제청)에 대해 "국가안전보장.질서유지 등을 위협하는 경우에만 적용한다면 정당하다" 는 공허한 답변을 내린 것이다.

(3) 결정의 실효성

과연 한정합헌결정이라는 형식에 의해 그 결정에서 헌법재판소 스스로가 표방하고 있는 의도가 실현될 전망이 있는 것인가 ? 요컨대 다수의견은 문제된 조항을 그 문언대로 해석하면 표현의 자유 등 기본권을 침해하고 법운영당국에 의한 자의적 집행을 허용하게 되며 평화통일 조항과 양립할 수 없어 위헌이지만 결정 주문과 같이 제한적으로 해석하면 위헌의 소지를 막게 된다는 것이다.

우리 법제상 한정합헌결정과 같은 변형결정이 가능하겠는가 하는 논난을 차치하더라도, 한정합헌결정에 의해 위헌의 소지를 막는다는 헌법재판소의 소망이 이루어질 가능성은 거의 없다. 헌법재판소법 제 47 조에 의해 위헌결정은 법원에 대한 기속력 등 효력을 지니지만 한정합헌 결정은 그 "한정" 에도 불구하고 합헌결정이라고 할 도리 밖에 없으므로 기껏해야 법원 등에 대한 권고에 불과할 뿐 성문화된 구속력이 전혀 없음은 물론이고 재판에 대한 헌법소원이 봉쇄돼 있는 현행 법 아래에서는 법원이 헌법재판소의 결정에 따르지 않더라도 속수무책일 수 밖에 없다. 그런데 무슨 수로 한정합헌결정에 의해 위헌의 소지가 있는 법률 적용, 특히 법원 등 법운영당국에 의한 자의적 집행을 막는다는 말인가 ?

가령 법원 등이 스스로 헌법재판소의 결정을 어느 정도 존중한다고 하더라도 변정수재판관이 적절히 지적했듯이 "국가의 존립, 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우" 라는 제한기준 자체가 객관적인 한계를 정할 수 없는 불명확한 것이어서 결국 법관 등의 자의적 해석을 막는 구실을 할 수 없게 된다. 이는 헌법재판소의 결정 후에도 검찰이 "언제 우리가 그와 같은 위해가 없는

경우에도 국가보안법을 적용한 일이 있었으냐"는 식의 구태의연한 태도를 보이고 있고 법원 역시 과거와 다름 없는 판결을 되풀이하고 있는 것으로부터 실증되고 있다.

(4) 결론적으로 위 결정은 헌법현실에 대한 불철저한 인식과 실효성 없는 형식의 채택으로 말미암아, 재판관들의 의도와 무관하게, 국민의 거센 저항을 받아오고 있는 법규의 위헌성이 헌법재판소라는 새로운 민주적 제도가 활성화함에 따라 제거된 양 국민을 기만하는 역할을 할 뿐 헌법을 수호하는 데에는 전혀 기여하지 못하고 있다.

4. 노동쟁의조정법의 제 3 자개입금지 조항에 대한 결정의 평석

가. 결정요지

(1) 헌법재판소는 1990. 1. 15 노동쟁의조정법의 제 3 자개입금지 조항 및 그 처벌규정인 제 13 조의 2 및 제 45 조의 2 가 헌법에 위반되지 않는다고 결정했다. 이 각 규정은 다음과 같다.

제 13 조의 2 (제 3 자개입금지) : 직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 사용자 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 누구든지 쟁의행위에 관하여 관계당사자를 조종.선동.방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 총연합단체인 노동조합 또는 당해 노동조합이 가입한 산업별 연합단체인 노동조합의 경우에는 제 3 자 개입으로 보지 아니한다.

제 45 조의 2 (벌칙) : 제 12 조 제 2 항. 제 3 항 또는 제 13 조의 2 의 규정에 위반한 자는 5 년이하의 징역 또는 1,000 만원이하의 벌금에 처한다.

이 결정에 있어 조규광 재판관 등 5 명이 합헌의견, 김진우, 이시윤, 김양균 재판관이 한정합헌의견, 변정수 재판관이 위헌의견을 제시했다.

(2) 헌법재판소의 공식의견이 된 합헌론의 요지는 다음과 같다.

첫째, 이 조항이 노동 3 권의 본질적인 내용을 침해한다는 주장에 대하여, 쟁의행위는 주로 단체협약의 대상이 될 수 있는 사항을 목적으로 하는 경우에만 허용되고 단체협약의 당사자가 될 수 있는 자에 의하여서만 이루어져야 하므로 제 3 자가 개입하여서는 안된다는 성질상의 한계가 있고, 노동관계 당사자가 자주적으로 의사를 결정할 수 있으려면 국가, 특정 정당, 사회단체나 경쟁기업 등 제 3 자의 개입이나 지시로부터 독립되어야만 한다는 전제 하에 제 3 자개입금지조항은 노동자가 단순한 상담이나 조력을 받는 것을 금지하는 것은 아니고 노동자들을 단순히 조력한다는 범위를 넘어서서 노동관계당사자의 자주적인 의사결정에 의한 노동쟁의의 발의, 계획, 수행 및 해결을 왜곡, 저해하고 단체행동권의 목적에서 도출되는 허용의 한계를 벗어난 조종.선동.방해.개입행위만을 금지하므로 노동 3 권을 제한한다고 볼 수 없다.

둘째, 이 조항이 평등의 원칙에 위배된다는 주장에 대하여는, 이 조항은 노동자측에 대한 개입뿐만 아니라 사용자측에 대한 개입에 대하여도 마찬가지로 규정하고 있으므로 쟁의행위를 차등하여 규제하는 것이 아님이 명백하다.

세째, 이 조항이 죄형법정주의에 위배된다는 주장에 대하여는, 이 조항에 규정된 "기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위"란 노동쟁의에 개입한 제 3 자의 행위를 전체적으로 평가하여 노동관계당사자의 자유롭고 자주적인 의사결정에 대하여 영향을 미칠 목적 아래 이루어진 쟁의행위의 강요, 유도, 조장, 억압 등의 간섭행위를 포괄하는 것으로 보아야 할 것이므로 어떠한 행위가 이에 해당하는지의 여부는 누구나 예견할 수 있어 명확성을 충족한다.

(3) 김진우, 이시윤 재판관의 한정합헌론의 요지는, 제 3 자의 적법한 쟁의에 영향을 미칠 목적의 개입행위에 형사제재를 가하게 된다면 헌법 제 33 조 제 1 항 후문의 국가의 단체행동권 보장의무에 위배되고, 또 헌법 제 10 조 전문의 행복추구권의 파생인 일반적인 행동자유권 특히 표현의 자유의 침해이며, 나아가 우리의 정의관과 형평에 어긋나고 실질적으로 죄형법정주의에 위배되어 결국 위헌이 되나, 위 조항이 우리 헌법에 합치되어 합헌성이 유지되도록 그 적용범위를 좁혀 적법한 쟁의과정에 제 3 자가 개입한 경우에는 위 조항의 적용이 배제된다는 조건 하에서 합헌이라는 것이다.

(4) 김양균 재판관의 한정합헌론의 요지는, 제 3 자라고 하더라도 쟁의행위에 개입할 만한 정당한 이유가 있을 때에는 허용되어야 한고 또 정당한 이유없는 제 3 자개입이라 할지라도 그 개입행위에 의하여 쟁의행위가 발생하였느냐의 여부에 따라 처벌이 달라져야 함에도 불구하고, 이 조항은 정당한 이유의 유무나 쟁의행위발생 여부를 가리지 않고 무조건 처벌대상으로 삼고 있다는 점에서 위헌이므로, 그와 같은 위헌적 요소를 제거하여 "누구든지 정당한 이유 없이 개입하는 행위를 하여 쟁의행위를 발생케 한 경우"에 한하여 적용되는 것으로 해석하는 조건 하에서 합헌이라는 것이다.

(5) 변정수 재판관의 위헌론의 요지는, 이 조항이 노동자의 쟁의행위에 관하여 타인의 조언, 조력이나 지원을 받는 길을 완전히 봉쇄하고 쟁의행위를 부당하게 제한하는 기능을 할 수 있게 되어 있어 쟁의행위를 그 핵심적 내용으로 하는 헌법 제 33 조 제 1 항의 노동자의 단체행동권을 침해하고 있고, 헌법이념과 정의에 합당한 쟁의행위를 배후에서 도와주거나 부추겼다고 해서 무조건 조종.선동이라는 이름을 붙여 처벌의 대상으로 삼는 것은 자연적 정의와 법의 일반원리에 반하고 인간의 존엄과 가치수호를 선언한 헌법 제 10 조에 위배되며, 실제에 있어

사용자측은 이 조항과는 아무 상관없이 전문가를 고용하거나 자문을 얻고 또 막강한 자금력에 의하여 유리한 전략지원을 총동원하여 노동자의 단체행동에 대응하고 있는데 반하여 노동자는 이 조항으로 말미암아 노동자 상호간의 연대는 말할 것도 없고 타인의 조언은 물론 전문가의 조력이나 지원마저도 받을 수 없게 되어 모든 국민의 평등권을 규정한 헌법 제 11 조 제 1 항에도 위반되며, 이 조항의 표현이 극히 애매모호하고 광범위하여 명확성이 결여되어 있으므로 죄형법정주의와 적법절차를 규정한 헌법 제 12 조 제 1 항에도 위반되며, 국민의 정당한 의견표명조차도 무조건 제 3 자 개입행위로 보아 제재를 가할 수 있게 되어 있어 언론출판 자유의 본질적 내용을 침해할 우려가 있으므로 헌법 제 21 조 제 1 항에도 위반되며, 수권성이 결여된 1980 년의 이른바 국가보위입법회의에서 노동관계법을 제정 또는 개정하면서 마련된 조항일뿐더러 그 내용에 있어서도 헌법이념과 정의감정에도 반하고 국민의 기본권을 크게 침해하는 법률이어서 국민적 합의를 바탕으로 한 법률이라고 할 수 없으므로 위헌이라는 것이다.

나. 결정에 대한 비판

제 3 자개입금지조항이 지니고 있는 위헌성은 위 결정 자체에서 일부 재판관들이 제시한 위헌의견 및 한정합헌의견에 자세히 논급되어 있으며, 특히 변정수재판관의 위헌의견은 기본권 보장의 헌법 원리에 충실한 탁견이라고 할 수 있다. 여기에서는 합헌론이 내세우는 몇가지 논거에 대해 논박하는 것에 그치고자 한다.

(1) 성질상의 한계론

다수의견은 쟁의행위가 단체협의 당사자가 될 수 있는 자에 의해서만 이루어져야 하므로 제 3 자가 개입해서는 안된다는 "성질상의 한계"가 있다고 주장하고 있다. 노동쟁의는 우리 사회에 특유한 현상이 아니라 전 세계의 많은

나라에 보편적인 현상이다. 그럼에도 제 3 자 개입금지규정은 세계사 상 그 유례를 찾기 어려운 규정이다. 그렇다면 우리 헌법재판소 재판관들이 손쉽게 발견한 "성질상의 한계"를 어리석게도 다른 나라의 수많은 입법자나 법률전문가들은 아직 인식하지 못하고 있다는 말인가 ? 단체협약의 당사자가 될 수 있는 자만이 쟁의행위를 할 수 있다는 명제가 옳다고 치자. 이로부터 도출되는 명제는 당사자가 될 수 없는 제 3 자는 쟁의행위를 할 수 없다는 것일 뿐 그것에 조력하는 등의 개입행위를 해서는 안된다는 것도 포함된다고 볼 근거는 전혀 없다.

또한 다수의견은 쟁의행위를 할 것인지의 여부와 그 방법. 정도의 선택은 노동관계 당사자의 책임 아래 자주적으로 이루어져야 하므로 제 3 자의 개입이나 지시로부터 독립돼야 한다고 주장한다. 그러나 자주성과 제 3 자개입은 서로 배타적인 개념인가 ? 헌법재판소의 결정은 재판관들에 의해 자주적으로 이루어져야 하므로 제 3 자인 연구관이나 이해관계인 또는 일반 국민의 의견 제시나 선동 등 개입이 있어서는 안 되는 것인가 ? 우리는 헌법재판소가 제 3 자 개입금지조항에 대해 합헌결정을 내린 것을 강력히 비난하면서 한시바삐 위헌결정으로 바꾸기를 선동하고자 한다. 이제 우리의 선동에 의해 헌법재판소의 자주성이 손상됐는가 ? 아니면 헌법재판소의 재판관은 선동에도 불구하고 자주성이 손상될 염려가 없지만 노동자, 그리고 사용자는 그렇지 못해 제 3 자의 선동이 있으면 쟁의행위가 왜곡될 수 있다는 말인가 ?

(2) 단순한 조력과 왜곡. 저해행위

노동쟁의에 있어서 노동자들에게 제 3 자의 조력은 필수적이다. 조력에는 전문지식과 경험을 보충하는 것 뿐 아니라 물적, 심정적 지원도 포함된다. 예컨대, 파업 시 플래카드 하나라도 내거려면 천이나 물감이 있어야 할 것이며 하루를 지루하지 않게 보내려면 풍물놀이라도 하는 것이 필요하다. 그렇다면 중공업노동자가 스스로 천과 물감을 제조하고 풍물놀이를 창작하는 것이 가능한가 ?

다수의견은 단순한 상담이나 조력은 금지되지 않고 노동관계 당사자의 자주적 의사결정에 의한 노동쟁의의 수행 등을 왜곡. 저해하는 조종. 선동 등만이 금지된다고 한다. 무슨 수로 두가지를 구별해 낼 수 있을 것인가 ? 쟁의현장에 찾아가 라면과 돈을 전달하는 것은 어느 쪽에 해당하는가 ? 금품의 수액에 따라 달리 판단되어야 하는 것인가 ? 제 3 자의 신분, 예컨대 노동자의 가족인지의 여부 등에 따라 정해지는가 ?

(3) 평등의 문제

사용자 측에 대해서도 제 3 자 개입이 발생할 수 있으며 실제 발생한 일이 있는가 ? 사용자는 계약자유의 원칙에 따라 누구든지 자신의 기업활동을 보조하는 자로 채용할 수 있고 그렇게 채용된 자는 그 순간 제 3 자가 아닌 기업의 임직원이 된다. 최근 제임스리라는 노동문제 전문가가 인천지역에 있는 다수의 기업에 채용되어 사용자의 노무관리를 돕고 있다는 보도가 있었다. 노동자도 유능한 제 3 자를 자신이 일하는 기업에 채용되도록 해서 제 3 자 아닌 당사자로 만들어 도움을 받을 수 있는가 ? 사용자를 속이지 않는 한 불가능하고 속인 뒤라도 그 사실이 들어나면 위장취업자로 각종 불이익을 받게 되는 것이 현실이 아닌가 ?

(4) 한정합헌론

위에서 보았듯이 한정합헌론은 전혀 실효성이 없어서 이론으로서의 가치를 지니는 것은 별론으로 하고 헌법재판소 결정으로서는 무조건적인 합헌론과 차이가 없다고 할 수 있다.

(5) 결론적으로, 다수의견은, 반대의견 등에서 제시된 행동의 자유, 언론출판의 자유 등의 문제에 대해서는 언급조차 하지 않은 채, 또한 노동 3 권의 보장, 평등권 및 죄형법정주의 등에 관해서는 제 3 자개입금지조항의 적용 또는 남용가능성

및 현실 등을 인식하려는 진지한 노력을 기울이지 않은 채, 이치에 닫지 않는 성질른과 형식논리에 터잡아 민중의 생존권을 비롯한 국민의 제반 기본권을 부당하게 제한하는 결론을 억지로 이끌어 내고 있다. 또한 다수의견은 노동쟁의의 원인을 객관적으로 존재하는 노사 간의 이해대립으로 보지 않는 안이한 시각과 노동자를 자주적 사고 및 행동능력을 지닌 인격체로 보지 않는 반노동자적 편견에 바탕을 두고 "불순세력"인 제 3 자의 개입을 금지하기만 하면 노동쟁의로 인한 "사회의 혼란"을 막을 수 있다고 하는, 시대착오적 발상을 내보인 것이 아닌가 하는 의구심마저 든다.

5. 맺음말

국가보안법과 제 3 자개입금지조항은 6 월 민중항쟁 이후 민주세력이 폐지를 요구하고 있는 대표적인 악법들이다. 이것들은 표현의 자유를 비롯한 민주적 제 권리와 민중의 생존권적 기본권을 박탈하거나 제한하고 평화통일의 길을 봉쇄해 오고 있다. 또한 독재권력은 이것들의 확대해석에 의한 남용으로 인권유린을 일삼으며 민주화와 진보를 향한 국민의 전진을 가로막고 있다. 그럼에도 정권 측은 완강하게 그 폐지를 거부하고 있으며 그 때문에 이에 대한 헌법재판소의 결정에 더욱 기대가 모아졌으나 헌법재판소는 그것에 부응하지 못했다.

헌법재판소가 정치적 파장이 크지 않은 사안에 관해 과감한 위헌결정이나 헌법소원을 인용하는 결정을 해 온 것에 견주어 보면 대표적인 악법의 해석 문제와 같이 정권의 이해 관계가 첨예하게 걸려 있는 사안에 관한 한 정권에 불리한 결정을 내릴 수 있는 지위에 있지 못한 것으로 판단된다. 이는 우리 사회의 민주화 수준을 그대로 반영하는 것이며 아직도 소수독재세력이 국가권력을 수중에 장악하고 있으면서 민주화를 향한 민중의 진출을 허구적인 개량에 의해 순치시키려 하고 있음을 뜻한다.

애당초 국가권력의 문제가 해결되지 않은 상황에서 기술적으로 완벽해 보이는 헌법재판제도가 도입된다고 해서 민주화가 실제로 진전되리라고 기대했던 것 자체가

잘못이었는지 모른다. 도리어 그것은 민주화에 대한 환상을 일으켜 진정한 민주화의 발걸음을 늦추고 있다고 할 수 있다. 현행 헌법을 제정할 당시 국민은 민주정부의 수립으로 이어진다고 믿은 직선제 개헌에만 주의를 기울이면서, 법원에 위헌법률 심사권을 줄 것인가, 아니면 헌법재판소를 따로 둘 것인가 하는 문제에 별다른 관심을 보이지 않았다. 헌법재판소 문제에 관한 한 이와 같은 국민의 태도가 옳았음이 지난 2 년간에 걸친 헌법재판소 활동으로부터 뒷받침된 셈이다.