

CPR

사상.양심.표현의 자유

국가보안법

NSL.1.51

### 국가보안법 관련 위헌심판

위헌이라고 해석되는 법률

위헌이라고 해석되는 이유

1. 국가보안법은 헌법의 평화통일이념에 반할 뿐 아니라, 인간의 존엄과 가치를 침해하여 추구를 할 수 있는 법률이다.

헌법은 헌법 제1조 제2항에 "대한민국은 평화적통일의 지향에 입각하여 자유민주주의를 실현하고 민족의 단결을 공고히 하고"라고 규정하였다. 이는 내란을

예방하여 통일을 기함과 그 평화적 통일은 평화인도와 자유민주주의의 실현을 위한 민족단결에 의하여만 달성할 수 있음은 명백한 사실이다. 그러나

# 위헌여부심판제청신청

사 건 98 고탐 952호 국가보안법위반

963

964

신 청 인 위 사건의 피고인 강 재 우, 박 창 균, 김 양 무, 문 재 용의  
변호인 변 호 사 변 정 수

## 위헌이라고 해석되는 법률

먼저 국가보안법 전체.

다음으로 동법 제7조 제1항, 제3항, 제5항 및 동법 제8조.

## 위헌이라고 해석되는 이유

1. 국가보안법은 헌법의 평화통일이념에 반할뿐더러 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 짓밟는 법률이다.

헌법은 전문에서 “대한민국은..... 평화적통일의 사명에 입각하여 정의.인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고”라고 규정하였다. 이는 대한민국은 평화적 통일을 지향하고 그 평화적 통일은 정의.인도와 동포애를 바탕으로 한 민족단결에 의하여 한다는 것 바꿔 말하면 민족단결에 의한 자주적인 평

화통일을 하여야 함을 선언한 것이다. 그리고 이는 72년에 남과 북의 정권이 공동으로 선언한 자주.평화.민족대단결등 조국통일 3대원칙과도 일치한다. 이러한 평화통일은 전쟁이 아니라 동포애를 바탕으로 한 대화와 협상을 통해서만 성취될 수 있음은 두말할 나위 없다. 그런데 국가보안법은 같은 동포이며 대화.협상의 상대방인 이북을 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 한 “반국가단체” 즉 “적”으로 규정하고 이북을 왕래하면 처벌한다. 이북정권 아래서 일하는 사람과는 말할 것도 없고 이북에 거주하는 주민하고도 만나거나 통신연락을 하면 처벌한다. 그들과 금품을 주고 받아도 처벌하고 그들에게 욕을 하는 것은 괜찮지만 그들이 아무리 훌륭한 일을 하더라도 칭찬하거나 그에 동조하면 처벌한다고 규정하는등 이북과의 대화.협상.교류.우호친선 그리고 마땅히 자유로워야 할 평화적 통일운동을 철저히 봉쇄하고 있다. 그러므로 국가보안법은 정의.인도와 동포애를 바탕으로 한 헌법의 평화통일이념에 반할뿐더러 민족의 영구분단과 이산(離散) 그리고 불행을 강요하는 반인륜적인 부도덕한 법이므로 이는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 보장한 헌법 제10조에도 위배된다. 국가보안법은 지각없이 북진통일을 외쳐대던 냉전시대 권위주의 정권하에서 만들어진 것으로서 72년 조국통일의 기본원칙으로서 자주.평화.민족대단결등 3대원칙을 선언한 “7. 4 공동선언”, 1991. 9. 17.에 실현된 남.북의 국제연합 동시가입, 1991. 12. 31. 남.북 총리사이에 서명되고 1992. 2. 19.에 발효된 “남.북간의 화해.불가침 및 교류협력에 관한 기본합의서”에도 정면으로 저촉되는 법률이다.

2. 국가보안법 전체에 대하여 위헌선언할 수 없다고 한다면 적어도 검사가 이 사건 피고인들에게 적용해 달라고 주장하고 있는 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제5항 및 제8조에 대하여는 아래와 같은 이유로 위헌선언 되어야

한다.

가. 국가보안법 제7조 제1항 및 제8조는 형벌규정이므로 죄형법정주의에 의하여 구성요건은 명확해야 한다. 그런데 위 법률조항들은 그 구성요건이 너무 막연하고 불명확한 규정들로 이루어져 있다. “국가의 존립.안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라고 하였는데 대한민국의 존립.안전을 위태롭게 하는 행위냐, 아니냐 또는 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 행위냐, 아니냐는 객관적으로 뚜렷한 기준 내지 그 한계를 정할 수 없는 애매모호한 것이어서 수사기관이나 법관의 주관적 해석에 맡길 수밖에 없는 불명확한 구성요건이다. “반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자”라는 규정도 불명확하고 특히 제7조 제1항은 “찬양.고무.선전.동조라는 각각의 의미도 불명확하고 찬양.고무.선전.동조등의 대상에 반국가단체나 그 지령을 받은자의 활동만이 아니라 그 구성원이나 구성원의 지령을 받은자의 활동까지 포함하게 되면 처벌대상은 무한히 확대될 수 있다.

따라서 국가보안법 제7조 제1항 및 제8조는 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항에 위반된다.

나. “국민에 의한 정치”이자 “여론에 의한 정치”인 민주정치가 제대로 그 기능을 발휘하기 위해서는 합리적이고 건설적인 사상 또는 의견의 형성이 필요하며 그러기 위해서는 국민이 국가나 사회로부터 그에 필요한 정보를 광범위하게 수집할 수 있어야 하는데 이는 언론.출판등의 표현의 자유가 “보장”됨으로써만이 가능하다. 이런점에서 표현의 자유는 민주주의의 제도적 토대라고 할 수 있어 헌법에서 보장된 여러 기본권 가운데서도 특히 중요한 기본권이다. 그러므로 의사표현에 대하여 형벌을 과하는 법률은 최고도의 명

확성이 요구될뿐더러 그 의사표현행위를 처벌하기 위해서는 그것이 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠었다는 것만으로는 부족하고, 법률에 의하여 금지된 해악을 초래할 명확하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야 하는 것이다(명백하고도 현존하는 위험의 원칙). 그런데 국가보안법 제7조 제1항의 "찬양.고무.선전.동조"등은 모두 의사표현의 형태를 가리키고 있는 점에서 공통되고 따라서 위 법률조항은 의사표현의 자유를 제한하고 형벌을 과하는 규정이며 앞서 "가"항에서 지적한 것처럼 구성요건이 너무 애매하여 명확성이 결여되고 지나치게 광범위 할뿐더러 북한에 이로운 것은 곧 대한민국에 해롭다는 논리위에 북한에 이로울 수 있는 의사표현은 그것이 대한민국에 현실적으로 해악을 끼칠 위험성이 명백한 경우이건 아니건 무조건 처벌대상으로 삼고 있다. 그리하여 정부에 대한 비판이나 북한에 대한 진실한 보도나 정당한 평가 또는 합리적인 언급조차도 권력의 선택에 따라 처벌할 수 있게 되어 있어 위 법률조항은 북한이나 통일분야에 관하여 국민의 "알 권리"를 철저히 봉쇄하고 민주주의의 기초인 건전한 여론형성을 저해하는 기능으로 작용하고 있다. 결국 국가보안법 제7조 제1항은 표현의 자유를 규정한 헌법 제21조 제1항에도 위반된다.

다. 국가보안법 제7조 제1항이 죄형법정주의에 위배되고 표현의 자유를 지나치게 침해하는 것이어서 위헌이라면 제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 처벌한다는 동조 제3항의 규정. 그리고 제1항의 행위를 목적으로 문서.도화 기타의 표현물을 제작.수입.복사.소지.운반.반포.판매 또는 취득한 자는 처벌한다는 동조 제5항의 규정 또한 "제1항의 행위를 목적으로"라는 부분의 가, 나항에서 지적한 바와 같은 불명확성과 표현

의 자유의 과도한 제한 때문에 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항 및 표현의 자유를 규정한 헌법 제21조 제1항에 위배되어 위헌이다.

3. 이상과 같은 이유로 먼저 국가보안법 전체에 대한 위헌여부심판의 제청을 신청하고 그것이 아니된다면 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제5항에 대한 위헌여부심판의 제청을 신청함.

1998. 10. 21

피고인들 변호인 변호사 변 정 수

서울지방법원 형사 제 22부

귀중.

이력 기록서	90
부기종	10-1
승인일	90 3/18

90헌마82

### 國家保安法 第19條에 대한 憲法訴願

(1992. 4. 14. 90헌마82)  
全 員 裁 判 部

#### [판시사항]

1. 法律에 대한 憲法訴願의 直接性과 具體的 執行行爲와의 관계
2. 憲法訴願의 對象인 侵害行爲의 終了와 審判請求의 利益 유무
3. 法律에 대한 憲法訴願의 請求期間과 “事由가 發生한 날”의 의미
4. 刑事訴訟法상의 拘束期間延長의 憲法上的 制約原理
5. 國家保安法 제19조의 違憲 여부

#### [결정요지]

1. 憲法訴願審判의 對象이 될 수 있는 法律은 그 法律에 기한 다른 執行行爲를 기다리지 않고 직접 국민의 基本權을 침해하는 法律이어야 하지만 具體的 執行行爲가 존재한다고 하여 언제나 반드시 法律 자체에 대한 憲法訴願審判請求의 適法性이 부정되는 것은 아니고, 例外的으로 執行行爲가 존재하는 경우에도 그 執行行爲를 대상으로 하는 救濟節次가 없거나 救濟節次가 있다고 하더라도 權利救濟의 期待可能性이 없고 다만 基本權 侵害를 당한 者에게 불필요한 迂迴節次를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우로서 당해 法律에 대한 前提關聯性이 확실하다고 인정되는 때에는 당해 法律을 憲法訴願의 直接對象으로 삼을 수 있다.

2. 憲法訴願의 本質은 主觀的 權利救濟 뿐만 아니라 客觀的인 憲法秩序의 보장도 겸하고 있으므로 侵害行爲가 이미 종료하여서 이를 取消할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 主觀的 權利救濟에는 별 도움이 안되는 경우라도 그러한 侵害行爲가 앞으로도 反復될 危險이 있거나

당해 분쟁의 해결이 憲法秩序의 守護·維持를 위하여 긴요한 사항이어서 그 解明이 憲法的으로 중대한 意味를 지니고 있는 경우에는 憲法訴願의 利益을 인정하여야 한다.

3. 가. 法律에 대한 憲法訴願은 法律의 公布施行과 동시에 基本權의 침해를 받은 者는 法律의 公布施行을 안 날로부터 60일 이내에, 法律의 공포시행일로부터 180일 이내에 청구하여야 하나, 法律의 공포시행 후 그 法律에 해당하는 事由가 發生하여 基本權侵害를 받게 된 者는 그 事由發生을 안 날로부터 60일 이내에, 그 事由가 發生한 날부터 180일 이내에 청구하여야 한다.

나. 事由가 發生한 날은 당해 法律이 청구인의 基本權을 구체적으로 現實侵害하였거나 그 침해가 확실히 豫想되는 등 實體的 諸要件이 성숙하여 憲法判斷에 適合하게 된 때를 말한다.

4. 刑事訴訟法상의 拘束期間은 憲法上的 無罪推定の 原則에서 파생되는 不拘束搜查原則에 대한 例外로서 설정된 기간으로 이 拘束期間을 더 延長하는 것은 例外에 대하여 또 다시 特別을 설정하는 것이 되므로 그 例外的 범위를 擴張하는 데에는 國家安全保障과 秩序維持라는 公益과 국민의 基本權保障이라는 상충되는 긴장관계의 比例性 衡量에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요구되며 따라서 그 例外的 擴張은 극히 최소한에 그쳐야 한다.

5. 國家保安法 제7조(讚揚·鼓舞) 및 제10조(不告知의 罪는 構成要件이 특별히 복잡한 것도 아니고 사건의 성질상 證據蒐集이 더욱 어려운 것도 아님에도 불구하고 國家保安法 제19조가 제7조 및 제10조의 犯罪에 대하여서까지 刑事訴訟法상의 수사기관에 의한 被疑者拘束期間 30일보다 20일이나 많은 50일을 인정한 것은 國家刑罰權과 국민의 基本權과의 相衡關係 衡量을 잘못하여 불필요한 長期拘束을 허용하는 것이어서 결국 憲法 제37조 제2항의 基本權 制限立法의 原理인 過剩禁止의 原則을 현저하게 위배하여 被疑者의 身體의 自由, 無罪推定の 原則 및 迅速한 裁判을 받을 權利를 침해한 것이다.

90헌마82

정구인 최 은 석 의 10인

정구인들 대리인 변호사 강 명 준 의 5인

[심판대상조문]

國家保安法 제19조(拘束期間의 延長) ① 地方法院判事は 제3조 내지 제10조의 罪로서 司法警察官이 檢事에게 申請하여 檢事の 請求가 있는 경우에 搜查를 繼續함에 상당한 理由가 있다고 인정한 때에는 刑事訴訟法 제202조의 拘束期間의 延長을 1次에 한하여 許可할 수 있다.

② 地方法院判事は 제1항의 罪로서 檢事の 請求에 의하여 搜查를 계속함에 상당한 理由가 있다고 인정한 때에는 刑事訴訟法 제203조의 拘束期間의 延長을 2次에 한하여 許可할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 期間의 延長은 각 10日 이내로 한다.

[참조조문]

憲法 제11조 제1항, 제12조 제1항, 제27조 제3항, 제4항, 제37조 제2항

憲法裁判所法 제68조 제2항

憲法裁判所法 제69조 請求期間 ① 제68조 제1항의 規定에 의한 憲法訴訟의 審判은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60日 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180日 이내에 請求하여야 한다. 다만, 다른 法律에 의한 救濟手段을 가진 憲法訴訟의 審判은 그 最終決定을 불기받은 날로부터 90日 이내에 請求하여야 한다.

② 생략

刑事訴訟法 제202조 司法警察官의 拘束期間 司法警察官이 被疑者를 拘束한 때에는 10日 以內에 被疑者를 檢事에게 送致하지 아니하면 釋放하여야 한다.

刑事訴訟法 제203조 檢事の 拘束期間 檢事が 被疑者를 拘束한 때 또는 司法警察官으로부터 被疑者의 引致를 받은 때에는 10日 以內에 送致를 提議하지 아니하면 釋放하여야 한다.

刑事訴訟法 제205조 拘束期間의 延長 ① 地方法院判事は 檢事の 申請에 의하여 搜查를 繼續함에 相當한 理由가 있다고 認定한 때에는 10日을 超過하지 아니하는 限度에서 제203조의 拘束期間의 延長을 1次에 限하여 許可할 수 있다.

② 생략

刑事訴訟法 제214조의2(拘束의 適否審査) ① 拘束令狀에 의하여 拘束된 被疑者 또는 그 辯護人, 法定代理人, 配偶者, 直系親族, 兄弟姊妹, 戶主, 家族이나 同居人 또는 雇傭主는 管轄法院에 拘束의 適否審査를 請求할 수 있다.

② 請求가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 法院은 제3항의 審問없이 決定으로 請求를 棄却할 수 있다.

1. 請求權者 아닌 者가 請求하거나 同一한 拘束令狀의 發付에 대하여 再請求한 때

2. 共犯 또는 共同被疑者의 順次請求가 搜查妨害의 目的임이 明白한 때

③ 제1항의 請求를 받은 法院은 遲延없이 拘束된 被疑者를 審問하고 搜查關係書類와 證據物을 調査하여 그 請求가 理由없다고 인정한 때에는 決定으로 이를 棄却하고, 理由있다고 인정한 때에는 決定으로 拘束된 被疑者의 釋放을 命하여야 한다.

④ 제2항과 제3항의 決定에 대하여는 抗告하지 못한다.

⑤ 檢事·辯護人·請求人은 제3항의 審問期日에 출석하여 의견을 陳述할 수 있다.

⑥ 拘束된 被疑者에게 辯護人이 없는 때에는 제33조의 規定은 準用한다.

⑦ 제3항의 審問을 함에 있어 法院은 共犯의 分離審問 기타 搜查上의 必要保護를 위한 適切한 措置를 取하여야 한다.

⑧ 拘束令狀을 發付한 法官은 제3항의 審問·調査·決定에 關與하지 못한다. 다만, 判事가 1人인 地方法院支院의 경우에는 그러하지 아니하다.

⑨ 法院이 搜查關係書類와 證據物을 收受한 날로부터 審問을 한 날까지의 期間은 제202조·제203조 및 제205조의 適用에 있어서는 그 拘束期間에 算入하지 아니한다.

刑事訴訟法 제402조 抗告할 수 있는 裁判 法院의 決定에 對하여 不服이 있으면 抗告를 할 수 있다. 但 이 法律에 特別한 規定이 있는 場合에는 例외로 한다.

刑事訴訟法 제403조 判決前의 審判에 對한 抗告 1 法院의 管轄 또는 判決前의 訴訟節次에 關한 決定에 對하여는 特別 即時抗告를 할 수 있는 境遇外에는 抗告를 하지 못한다.

② 前항의 規定은 拘禁, 保釋, 押次나 押收令의 發付에 關한 決定 또는 査定하기 위한 被告人的 留置에 關한 決定에 適用하지 아니한다.



刑事訴訟法 제416조(準抗告) ① 裁判長 또는 受命法官이 다음 각호의 1에 該當한 裁判을 告知한 境遇에 不服이 있으면 그 法官 所屬의 法院에 裁判의 取消 또는 變更을 請求할 수 있다.

- 1. 忌避申請을 棄却한 裁判
- 2. 拘禁, 保釋, 押收 또는 押收物還付에 關한 裁判
- 3. 鑑定하기 爲하여 被告人의 留置를 命한 裁判
- 4. 證人, 鑑定人, 通譯人 또는 翻譯人에 對하여 過怠料 또는 費用의 賠償을 命한 裁判

- ② 地方法院이 전항의 請求를 받은 때에는 合議部에서 決定을 하여야 한다.
- ③ 제1항의 請求는 裁判의 告知있는 날로부터 3日 以內에 하여야 한다.
- ④ 제1항 제4호의 裁判은 전항 請求期間內와 請求가 있는 때에는 그 裁判의 執行은 停止된다.

國家保安法 제7조(讚揚·鼓舞 등) ① 國家의 存立·安全이나 自由民主的 基本秩序를 危殆롭게 한다는 情을 알면서 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·宣傳 또는 이에 同調하거나 國家變亂을 宣傳·煽動한 者는 7年 이하의 懲役に 處한다.

- ② 削除
- ③ 제1항의 行爲를 目的으로 하는 團體를 構成하거나 이에 加入한 者는 1年 이상의 有期懲役に 處한다.
- ④ 제3항에 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 關하여 허위사실을 捏造하거나 流布한 者는 2年 이상의 有期懲役に 處한다.
- ⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 行爲를 할 目的으로 文書·圖畫 기타의 表現物을 製作·輸入·複寫·持·運搬·頒布·販賣 또는 取得한 者는 그 各 항에 定한 刑에 處한다.
- ⑥ 제1항 또는 제3항 내지 제5항의 未遂犯은 處罰한다.
- ⑦ 제3항의 罪를 犯할 目的으로 豫備 또는 陰謀한 者는 5年 이하의 懲役に 處한다.

國家保安法 제10조(不告知) 제3조, 제4조, 제5조 제1항·제3항(제1항의 未遂犯에 한한다)·제4항의 罪를 범한 者라는 情을 알면서 搜查機關 또는 情報 機關에 告知하지 아니한 者는 5年 이하의 懲役 또는 200萬원 이하의 罰金에 處한다. 다만, 本犯과 親族關係가 있는 때에는 그 刑을 減輕 또는 免除한다.

[참조판례]

- 1. 1989. 9. 4. 선고, 88헌마22 결정(판례집 1, 176)  
1991. 7. 8. 선고, 89헌마161 결정(판례집 3, 356)
- 2. 1992. 1.28. 선고, 91헌마111 결정(판례집 4, 51)
- 3. 1990. 6.25. 선고, 89헌마220 결정(판례집 2, 200)  
1990.10. 8. 선고, 89헌마89 결정(판례집 2, 332)  
1990.10. 8. 선고, 90헌마18 결정(판례집 2, 357)  
1990.10.26. 고지, 90헌마165 결정(판례집 2, 390)  
1991. 3.11. 선고, 91헌마21 결정(판례집 3, 91)  
1992. 4.14. 선고, 89헌마136 결정(판례집 4, 179)  
1992. 6. 9. 고지, 92헌마105 결정(판례집 4, 290)  
1992. 6.26. 선고, 89헌마132 결정(판례집 4, 387)  
1992. 6.26. 선고, 91헌마25 결정(판례집 4, 444)  
1992. 6.30. 고지, 92헌마112 결정(판례집 4, 490)  
1992. 7.23. 선고, 91헌마211 결정(판례집 4, 549)  
1992.11.12. 선고, 89헌마88(판례집 4, 739)

[주 문]

국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호, 개정 1991.5.31. 법률 제4373 호) 제19조 중 제7조 및 제10조의 죄에 관한 구속기간연장부분은 헌법에 위반된다.

[이 유]

1. 소원심판기록에 의하면 청구인들 중 청구인 박문재를 제외한 나머지 청구인들은 1990.2.16. 국가보안법위반 등 혐의로 구속되어 치안본부(지금의 경찰청) 대공분실에서 수사를 받으면서 국가보안법 제19조 제1항에 의하여 같은 달 26.부터 구속기간이 1차 연장되었고 청구인 박문재는 역시 국가보안법위반혐의로 1990.2.21. 구속되

어 치안본부 대공분실에서 수사를 받으면서 같은 법률조항에 의하여 1990. 3. 2. 부터 구속기간이 1차 연장되었으며, 청구인들 전원은 1990. 3. 6. 서울지방검찰청에 송치되어 수사를 받던 중 1990. 3. 16. 부터 구속기간이 1차 연장되고 국가보안법 제19조 제2항에 의하여 같은 달 26. 부터 다시 구속기간이 2차 연장되었다가 1990. 4. 4. 전원이 국가보안법 제7조 위반으로 서울형사지방법원에 공소제기되었는데 청구인들은 법원에 사건이 계속 중 서울 구치소에 수감되어 있으면서 1990. 5. 3. 이 사건 헌법소원의 심판청구를 하였음을 알 수 있다.

2. 심판청구 대상법률은 국가보안법 제19조 구속기간의 연장 인데 동조 제1항은 "지방법원판사는 제3조 내지 제10조의 죄로서 사법경찰관이 검사에게 신청하여 검사의 청구가 있는 경우에 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 형사소송법 제202조의 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다."라고 되어 있고 동조 제2항은 "지방법원판사는 제1항의 죄로서 검사의 청구에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 형사소송법 제203조의 구속기간의 연장을 2차에 한하여 허가할 수 있다."라고 되어 있으며 동조 제3항은 "제1항 및 제2항의 기간의 연장은 각 10일 이내로 한다."라고 되어 있다.

3. 청구인들이 주장하는 심판청구이유의 요지는 형사소송법 제202조는 "사법경찰관이 피의자를 구속할 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 석방하여야 한다."라고 규정하고 있고 같은 법 제203조는 "검사가 피의자를 구속할 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제

기하지 아니하면 석방하여야 한다."라고 규정하고 있으며 같은 법 제205조 제1항은 "지방법원 판사는 검사의 청구에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정할 때에는 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 제203조의 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있다."라고 규정하고 있어 이 규정들에 의하면 사법경찰관은 구속기간연장을 할 수 없고 검사는 1차에 한하여 10일을 초과하지 아니하는 한도에서 구속기간을 연장할 수 있게 되어 있어 결국 경찰수단단계에서는 10일 이내의 한도에서, 검찰수단단계에서는 20일 이내의 한도에서 피의자를 구속할 수 있도록 되어 있는데 국가보안법 제19조가 위와 같은 원칙에 대한 예외를 설정하여 국가보안법 제3조 내지 제10조 위반 피의자에 대한 구속기간을 사법경찰관과 검사에 대하여 각 10일씩을 더 연장할 수 있도록 허용한 것은 국가보안법위반 피의자를 일반 형사피의자와 합리적 이유없이 차별하여 수사기간에 대하여 과도한 장기구속을 허용하는 것이어서 이는 헌법 제11조 제1항의 평등권, 제12조 제1항의 신체의 자유 및 제27조 제4항의 신속한 재판받을 권리를 침해하는 위헌법률이고 청구인들은 이러한 위헌법률에 의하여 수사기관에서 부당하게 장기구속을 당하여 기본권을 침해당하였으므로 헌법소원심판을 청구한다는 것이다.

4. 먼저 이 사건 헌법소원심판청구가 적법한 것인가에 대하여 본다.

(가) 헌법소원심판의 대상인 될 수 있는 법률은 그 법률에 기한 다른 집행행위를 기다리지 않고 직접 국민의 기본권을 침해하는 법률이라야 한다(직접성은 것은 헌법재판소가 일찍이 확립한 원칙

90헌마82

이다. 그런데 국가보안법 제19조는 그 규정자체에 의하여 직접 구속기간이 연장되는 것이 아니라 수사기관의 연장허가신청에 의한 지방법원판사의 연장허가라는 별도의 구체적 처분이 있어야 하기 때문에 법률자체에 대한 헌법소원심판청구요건으로서의 직접성이 결여된 것임에는 틀림없다. 그러나 구체적 집행행위가 존재한 경우라고 하여 언제나 반드시 법률자체에 대한 헌법소원심판청구의 적법성이 부정되는 것은 아니다. 구체적 집행행위가 존재한다면 대체로 그 집행행위를 대상으로 하여 구체적 절차를 밟을 수 있는 것이기 때문에 그 과정에서 문제된 해당 법률의 적용 여부에 관련하여 전제된 사안의 사실적·법률적 관계를 심사하고 심판청구인의 권리보호이익, 해당 법률의 위헌여부심판의 필요성 등을 판단토록 하기 위하여, 집행행위의 근거가 되는 법률을 직접 헌법소원의 대상으로 삼아서는 안된다는 이유에서 구체적 집행행위가 존재하는 경우에는 직접성이 부정되고 적법한 헌법소원의 요건을 갖추지 못한 것이 되어 각하되어야 하는 것이다. 그러나 예외적으로 집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구체적 절차가 없거나 구체적 절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우 등으로서 당해 법률에 대한 전체관련성이 확실하다고 인정되는 때에는 당해 법률을 헌법소원의 직접 대상으로 삼을 수 있다 할 것이다. 이 사건의 경우를 보건대, 국가보안법 제19조에 따른 수사기관의 구속기간연장허가신청에 대한 지방법원판사의 허가결정에 대하여는 형사소송법상 항고, 준항고, 즉시항고 등의 불복방법이 마련되어 있지 아니하다. 즉 구속기간연장을 허가하

는 지방법원판사는 “독립된 재판기관”(강학상 수임판사)으로서 “수소법원”에 해당되지 아니하여 형사소송법 제402조에 의한 항고의 대상도 되지 아니하고, “재판장 또는 수명법관”에도 해당되지 아니하여 형사소송법 제416조에 의한 준항고의 대상도 되지 아니하며, 또한 구속기간의 연장허가는 형사소송법 제403조 제2항이 정하는 “판결전의 소송절차”에 있어서의 구급에 관한 결정에도 해당되지 아니하여 위 규정에 의한 항고도 할 수 없다. 나아가서 형사소송법 제214조의2가 규정하고 있는 구속적부심사의 경우를 보더라도 구속적부심사의 대상에 여기에서 문제로 되고 있는 “수사를 계속함에 상당한 이유가 있는지의 여부”도 포함되는 것인데, 이론과 실무상의 관행이 확립되어 있지 아니한 상황아래서 사전적인 권리구제절차로서 구속적부심사를 반드시 거쳐 오는 것을 기대할 수 없으며, 더욱이 구속기간의 연장은 10일 이내라고 하는 단기간에 걸쳐서 행해지는 것인데, 그럼에도 불구하고 국가보안법 제19조의 규정의 위헌성을 다투기 위하여는 먼저 구속적부심사의 청구를 하고 그 과정에서 위 법률조항의 위헌성 여부를 다투어 위헌여부심판의 제청신청을 하고 그 제청신청이 기각된 경우에는 다시 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따라 헌법소원심판을 청구하도록 하는 것은, 이러한 절차가 10일이라고 하는 단기간내에 모두 이루어지리라고 예상하기 어려운 상황에서 청구인들로 하여금 이러한 절차를 거친 후에 헌법소원심판을 청구하도록 하는 것은 권리구제의 기대가능성이 없는 불필요한 우회절차를 요구하는 것밖에 되지 아니한다. 따라서 국가보안법 제19조는 다른 구체적 절차를 거칠 것 없이 직접 헌법소원심판청구의 대상으로 삼을 수 있는 법률이라 할 것이다.

(나) 사법경찰관이나 검사가 국가보안법 제19조에 의하여 지방 법원판사로부터 연장허가를 받은 청구인들에 대한 구속기간은 이미 끝났고 청구인들은 모두 1990.4.4. 법원에 공소제기되어 수사기관의 손을 이미 떠났는데, 그럼에도 불구하고 이 사건 헌법소원의 심판청구를 유지할 만한 이익이 있는 것인가에 대하여 본다.

헌법소원의 본질은 주관적 권리구제 뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있으므로 침해행위가 이미 종료하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 안되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 그 해명이 헌법적으로 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 헌법소원의 이익을 인정하여야 할 것이다(당 재판소 1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정 참조). 이 사건의 경우 국가보안법 제19조에 의한 구속기간연장은 앞으로도 계속 반복될 것이고 수사기관에서의 구속기간연장은 피의자의 신체자유에 대한 중대한 제약으로서 그에 대한 위헌 여부의 해명은 비록 청구인들의 권리구제에는 직접 도움을 주지 못한다 할지라도 인권보장을 최고이념으로 하고 있는 우리 헌법질서의 수호를 위하여 매우 중요한 의미를 지니고 있는 일이므로 국가보안법 제19조에 대한 이 사건 헌법소원은 심판청구의 이익이 있는 것이다. 더구나 수사단계에서의 인신구속이라는 것은 형사소송에서의 절차적 중간적인 처분이며 피의자가 장차 기소되었을 때 그 형사책임유무를 가리는 본안에서는 판단될 수 없는 사항이고 만약 이미 피구속자가 공소제기되었다는 이유로 헌법소원심판청구의 이익이 없다고 한다면 인신구속에 관한 중요한 사항

에 대하여 적용될 법률의 위헌 여부를 판단받을 기회는 상실되고 만다는 점도 유의해야 할 필요가 있다.

(다) 법률에 대한 헌법소원은 법률의 공포시행과 동시에 기본권의 침해 받은 자는 법률의 공포시행을 안 날로부터 60일 이내에, 법률의 공포시행일로부터 180일 이내에 청구하여야 하나, 법률의 공포시행후 그 법률에 해당되는 사유가 발생하여 기본권침해를 받게 된 자는 그 사유발생을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다. 그리고 사유가 발생한 날은 당해 법률이 청구인의 기본권을 명백히 구체적으로 현실 침해하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 실체적 제요건이 성숙하여 헌법판단에 적합하게 된 때를 말한다. 그런데 청구인들은 국가보안법 제19조에 의하여 사법경찰의 수사단계에서 한 번 구속기간 10일이 연장허가되었고 검사수사단계에서 두 번에 걸쳐 구속기간 10일씩 도합 20일의 구속기간연장이 허가되었다. 그리하여 보통사건의 경우 사법경찰에서 10일, 검찰에서 20일 도합 30일 이상 구속될 수 없는 것인데, 청구인들은 피의사실이 국가보안법위반이라는 이유때문에 사법경찰에서 10일이 더 연장허가되고 검찰에서 다시 10일이 더 연장허가된 것인바 국가보안법 제19조에 의하여 청구인들에 대한 구속기간이 마지막으로 연장된 날은 검사에 의하여 2차로 연장된 1990.3.26. 이고 청구인들은 늦어도 이 때에는 위 법률조항에 의한 기본권침해를 알았다고 보아야 하므로 그 날부터 60일 이내인 1990.5.3. 제기된 이 사건 헌법소원은 적법한 기간내에 제기된 것이다.

5. 그러므로 심판청구의 내용에 대하여 판단한다.

90헌마82

가. 신체의 자유는 정신적 자유와 더불어 헌법이념의 핵심인 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 자유로서 모든 기본권 보장의 전제조건이다. 그러기에 헌법은 제12조에서 모든 국민의 신체자유보장을 선언하고 그 보장원리로서 적법절차·죄형법정주의·고문금지·사전영장의 원칙·변호인의 조력을 받을 권리 등을 규정하였고 제13조에서는 거듭처벌금지, 연좌제의 금지 등을 규정하였으며 나아가서 제27조에서는 신속한 재판을 받을 권리와 함께 무죄추정의 원칙(헌법은 형사피고인에 대하여서만 규정하였으나 공소가 제기된 형사피고인에게 무죄추정이 적용되는 이상 아직 공소제기조차 되지 아니한 형사피의자에게 무죄추정이 적용되는 것은 당연하다)을 규정함으로써 신체의 자유보장을 위하여 세심한 배려를 하고 있다.

나. 신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법정신, 특히 무죄추정의 원칙으로 인하여 불구속수사·불구속재판을 원칙으로 하고 예외적으로 피의자 또는 피고인이 도피할 우려가 있거나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속수사 또는 구속재판이 인정될 따름이며 구속수사 또는 구속재판이 허용될 경우라도 인신의 구속은 신체의 자유에 대한 본질적인 제약임에 비추어 그 구속기간은 가능한 한 최소한에 그쳐야 하고 특히 수사기관에 의한 신체구속은 신체적·정신적 고통외에도 자백강요, 사술(詐術), 유도(誘導), 고문 등의 사전예방을 위하여서도 최소한에 그쳐야 할 뿐더러 구속기간의 제한은 수사를 촉진시켜 형사피의자의 신체구속이라는 고통을 감경시켜 주고 신속한 공소제기 및 그에 따른 신속한 재판을 가능케 한다는 점에서 헌법 제27조 제3항에서 보장된 신속한 재판을 받을 권리의 실현을 위하여서도 불가결한 조건이다. 또한 수사 단

계에서의 장기구속은 상당한 증거도 없이 구속하고 나서야 증거를 찾아내려고 하는 폐단을 야기할 우려도 있다(구속하려면 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다고 인정될 만한 증거가 있어야 하고 그러한 증거를 조사한 끝에 발부된 법관의 영장이 있어야 하므로 구속당시 이미 상당한 증거가 수집된 상태에 있어야 한다. 그러한 증거도 없이 앞으로 구속할 만한 증거를 찾아내기 위한 구속은 허용될 수 없다). 그리하여 수사단계에서의 구속기간을 최소한에 그치게 하려는 헌법정신에 따라 형사소송법은 사법경찰관이 피의자를 구속한 때에는 10일 이내에 피의자를 검사에게 인치하지 아니하면 반드시 석방하여야 하고 더 이상 구속기간의 연장이 허용되지 아니하며(형사소송법 제202조) 검사가 피의자를 구속한 때 또는 사법경찰관으로부터 피의자의 인치를 받은 때에는 10일 이내에 공소를 제기하지 아니하면 석방하여야 하나(형사소송법 제203조) 다만 지방법원판사는 검사의 신청에 의하여 수사를 계속함에 상당한 이유가 있다고 인정한 때에는 10일을 초과하지 아니한 한도에서 구속기간의 연장을 1차에 한하여 허가할 수 있도록 하고 있다(형사소송법 제205조 제1항). 즉 수사단계에서의 구속기간은 사법경찰관이 10일, 검사가 20일, 도합 30일을 초과할 수 없게 되어 있다. 그리고 위와 같은 구속기간은 오랜 수사경험에 비추어 그 정도의 기간이면 공소제기 여부의 판단에 지장이 없을 것으로 보아 책정된 것이라고 말할 수 있으며, 이 구속기간은 헌법상의 무죄추정의 원칙에서 파생되는 불구속수사원칙에 대한 예외로서 설정된 기간이다. 그러므로 이 구속기간을 더 연장하는 것은 예외에 대하여 또 다시 특례를 설정하여 주는 것이 되고 이처럼 기본권제한에 관한 사항에 대하여 그 예외의 범위를

확장하는 데에는 국가안전보장과 질서유지라는 공익과 국민의 기본권보장이라는 상충되는 긴장관계의 비례성 형량에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요구되며 따라서 그 예외의 확장은 극히 최소한에 그쳐야 할 것이다. 그런데 국가보안법 제19조는 같은 법 제3조 내지 제10조 위반의 피의자에 대하여 구속기간의 한도를 넓혀서(예외를 확장하여) 지방법원판사로 하여금 사법경찰관에 대하여 10일간의 구속기간을 1차 연장허가할 수 있게 하고 검사에 대하여는 2차에 걸쳐 연장허가할 수 있게 함으로써 결국 국가보안법 제3조 내지 제10조 위반으로 구속된 피의자는 사법경찰관에 의하여 20일, 검사에 의하여 30일, 도합 50일을 구속당할 수 있게 되어 다른 범죄피의자에 대한 최대한의 구속기간 30일보다 20일을 더 구속당할 수 있게 되어 그만큼 수사기관에 의하여 신체의 자유, 그 보장원리로서의 무죄추정의 원칙과 신속한 재판을 받을 권리를 더 많이 제한당하게 되는 것이므로 이것이 과연 신체의 자유를 최대한으로 보장하려는 헌법이념에 합당한 것인지 문제되지 않을 수 없다.

다. 법무부장관은 당 재판소에 제출한 의견서에서 국가보안법 위반 범죄는 대부분 지능적이고 그 형태가 조직적이어서 단기간의 수사로는 배후관계의 규명이나 증거포착이 어려우므로 충분한 수사기간을 보장해 주어 그 기간동안 철저히 조사하여 반국가사범을 처벌토록 하는 것이 국가의 안전과 국민의 생명 및 자유확보라는 국가보안법의 입법목적 달성에 필요한 일이고 따라서 국가보안법 위반 피의자에 대한 차별적 대우는 불가피한 일이며 국가보안법 제19조는 헌법 제37조 제2항의 기본권제한 한계에도 부합되는 합리적이고 정당한 법률이라고 주장한다. 그러나 국가보안법 제3조 내지

제10조 위반의 죄라고 해서 모두가 반드시 다른 범죄보다 지능적이거나 조직적이라고는 말할 수 없고 형사소송법상의 최장구속기간 30일 이내에 공소제기 여부를 결정하기가 어려우리만큼 사건이 복잡하거나 증거수집이 어려운 죄라고는 일률적으로 인정할 수 없으며 국가보안법과 같이 국가안전보장 내지 국가존립의 기초를 그 보호법칙으로 하는 형법상의 내란죄·외환죄의 경우에도 수사기관에서의 구속기간은 30일을 초과할 수 없고 또 어느 면에서는 국가보안법위반범죄보다도 오히려 조직적이고 지능적이라 할 수 있는 마약사범이나 조직폭력사범의 경우에도 수사기관에서의 구속기간이 30일을 초과 할 수 없게 되어 있는 점을 감안한다면 법무부장관의 의견은 국가보안법 제19조가 적용될 수 있게 되어 있는 동법 제3조 내지 제10조의 모든 범죄에 다 해당될 수 있는 견해는 될 수 없다. 위 법률조항 등을 자세히 검토해 보면, 수사에 착수하여 공소 제기 여부를 결정할 때까지 소요되는 시간과 노력의 정도는 구체적인 사건에서의 사안의 경중 및 수사의 난이도 등에 따라 다르겠지만 위 법률조항 등에 나타난 구성요건의 내용으로 볼 때 일용 국가보안법 제3조 반국가단체의 구성 등, 제4조 목격수행, 제5조 지원·공공수수, 제6조 가입·탈출, 제8조 회합·통신 등, 제9조 권의 제공의 각 죄에 있어서는 모든 사건이 다 그런 것은 아니지만 사건에 따라서는 수사에 착수하여 공소제기 여부를 결정할 때까지는 일반 형사사건에서보다는 비교적 시간과 노력이 더 필요할 수도 있다고 보여진다. 이 경우에도 30일을 넘지 않도록 노력해야 한다. 그러나 동법 제7조 찬양·고무 등) 및 제10조 불고지의 죄는 구성요건이 특별히 복잡한 것도 아니고 사건의 성질상 증거수집이 더욱 어려운

재판관	이 시 윤
재판관	최 광 물
재판관	김 양 균
재판관	김 문 희
재판관	황 도 연

90헌마82

것도 아니어서 굳이 수사기관에서 일반형사사건의 최장구속기간 30일보다 더 오래 피의자를 구속할 필요가 있다고 인정되지 아니한다. 그럼에도 불구하고, 국가보안법 제19조가 제7조 및 제10조의 범죄에 대하여서까지 형사소송법상의 수사기관에 의한 피의자 구속기간 30일보다 20일이나 많은 50일을 인정한 것은 국가형벌권과 국민의 기본권과의 상충관계 형량을 잘못하여 불필요한 장기구속을 허용하는 것이어서 입법목적의 정당성만을 강조한 나머지 방법의 적정성 및 피해의 최소성의 원칙 등을 무시한 것이라고 아니할 수 없고 결국 헌법 제37조 제2항의 기본권제한입법의 원리로서 요구되는 과잉금지의 원칙을 현저하게 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 명백하다.

6. 그렇다면 국가보안법 제19조(구속기간의 연장) 중 동 규정에 의한 구속기간연장을 동법 제7조 및 제10조 소정의 각 범죄에 대하여도 적용하도록 한 부분은 헌법에 위반된다 할 것이므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 전원의 찬성에 의한 것이다.

1992. 4. 14.

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

90헌바23

### 國家保安法 第9條 第2項에 대한 憲法訴願

(1992. 4. 14. 90헌바23)  
全 員 裁 判 部

[판시사항]

- 어떤 法律이 國家保衛立法會議에서 제정되었다는 이유만으로 違憲인지 여부
1991. 5. 31. 改正前 國家保安法 제9조 제2항의 違憲 여부

[결정요지]

1. 舊 憲法 附則 제6조 제1항, 제3항, 現行 憲法 附則 제5조에 의하면 國家保衛立法會議에서 제정된 法律의 내용은 별론으로 하되 現行 憲法하에서도 制定節次에 違憲의 瑕疵가 있음을 다룰 수는 없다고 보아야 할 것이므로, 改正前 國家保安法 제9조 제2항이 國家保衛立法會議에서 제정되었다는 이유만으로 憲法에 위반된다고 할 수 없다.

2. 가. 改正前 國家保安法 제9조 제2항에서 규제대상이 되는 便宜提供은 그 문언해석상 그 적용범위가 넓고 불명확하므로 憲法 제10조 소정의 幸福追求權에서 파생하는 一般의 行動自由權은 물론, 도움은 말로도 줄 수 있는 것이라면 제21조 소정의 表現의 自由마저 위축시킬 수 있고, 법운영당국에 의한 편의적·자의적 집행의 소지도 생길 수 있어 法治主義·罪刑法定主義에 위배될 소지가 있으며, 위 法律條項은 國家의 安全과는 무관한 南北간의 경제·사회·문화·체육 등 영역에 있어서의 큰 걸림돌이 될 수밖에 없어 憲法 제4조에서 천명한 平和統一政策의 추구에 큰 지장을 줄 수 있다.

나. 그러나 大韓民國의 체제전복이나 自由民主的 基本秩序의 파괴를 시도하는 자에 대한 협조적 便宜提供의 행위까지 基本權이라는 이름으로 保護하는 것이 憲法이 아니다.

다. 따라서 위 條項에서 처벌대상으로 되어야 할 것은 便宜提供行爲 가운데서 國家의 存立이나 自由民主的 基本秩序에 實質的 害惡을 미칠 具體적이고 명백한 危險性이 있는 경우로 縮小制限하여야 할 것이고 이와 같은 解釋하에서 위 條項은 憲法에 위반되지 아니한다.

재판관 변정수의 反對意見

國家保安法의 모든 규정들은 憲法의 平和統一理念에 저촉되는 違憲法律인바, 특히 改正前 國家保安法 제9조 제2항은 便宜提供 상대방에 “이 法의 罪를 犯하려는 者”를 포함시킴으로써 豫備·陰謀 이전 단계까지 處罰하여 “누구든지 생각(思索)만으로는 處罰받지 않는다.”는 근대형법의 대원칙에 반하고, 확일적으로 10年 이하의 懲役에 처하도록 하여 便宜提供行爲가 從犯의인 성질의 것임에도 불구하고 罪에 따라서는 오히려 便宜提供行爲의 대상자 즉 正犯보다도 더 무겁게 처벌할 수 있도록 함으로써 犯罪와 刑罰 사이에 정당한 비례관계가 유지되었다고 보기 어려우며, 구태여 위와 같은 형태의 條文이 없더라도 경우에 따라 從犯(刑法 제32조)으로 처벌이 가능하다는 점에서 처벌가치가 없는 일체의 便宜提供行爲까지 포괄하여 刑罰必要性的의 요구를 벗어남으로써 過剩禁止의 原則에 위배된 違憲法律이다.

청구인 김진엽  
대리인 변호사 하경철 외 2인  
관련소송사건 서울형사지방법원 90노2503 국가보안법위반 피고사건

[심판대상조문]

舊 國家保安法(1991. 5. 31. 法律 제4373호로 改正되기 前의 것) 제9조 便宜提供) ① 생략



90헌마23

② 이 법의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 金品 기타 財産上の 利益을 提供하거나 潛伏·會合·通信·連絡을 위한 場所를 提供하거나 기타의 方法으로 便宜를 提供한 者는 10年 이하의 懲役に 處한다. 다만, 本犯과 親族 關係가 있는 때에는 그 刑을 減輕 또는 免除할 수 있다.

③~⑤ 생략

[참조조문]

舊 憲法(1980.10.27. 공포) 附則 제6조(國家保衛立法會議) ① 國家保衛立法會議는 이 憲法에 의한 國會의 最初의 集會日 前日까지 存續하며, 이 憲法 施行日로부터 이 憲法에 의한 國會의 最初의 集會日 前日까지 國會의 權限을 代行한다.

② 생략

③ 國家保衛立法會議가 制定한 法律과 이에 따라 행하여진 裁判 및 豫算 기타 處分 등은 그 效力을 持續하며, 이 憲法 기타의 이유로 提訴하거나 異議를 할 수 없다.

憲法 제4조, 제10조, 제21조, 제37조 제2항, 附則 제5조

[참조판례]

2. 1992.1.28. 선고, 89헌가8 결정(판례집 4, 4)

[주 문]

개정전 국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호) 제9조 제2항은 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에 한하여 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.

[이 유]

1. 사건의 개요 및 심판의 대상
  - 가. 사건의 개요

청구인은 개정전 국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호) 제9조 제2항 위반을 이유로 서울형사지방법원에 기소되어(위 법원 89고단7813 사건) 위 법원에서 1990.2.20. 징역 2년 및 자격정지 2년의 형을 선고받고 항소하여 항소심인 서울형사지방법원에 위 사건 재판의 전제가 된 위 개정전 국가보안법 제9조 제2항이 헌법에 위반된다는 이유로 헌법재판소법 제41조 제2항에 의한 위헌제청의 신청을 하였으나(위 법원 90초2036 사건) 위 법원은 1990.6.15. 위 신청을 기각하였다. 이에 청구인은 같은 달 28. 헌법재판소에 위 개정전 국가보안법 제9조 제2항에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

한편 위 항소심 법원은 위 위헌제청신청을 기각하면서 같은 날 청구인에 대한 제1심판결을 파기하고 청구인에 대하여 징역 1년 6월 및 자격정지 1년 6월을 선고하였으며(위 법원 1990.6.15. 선고, 90노2503 판결), 이에 대하여 청구인이 제기한 상고가 기각되어(대법원 1990.9.14. 선고, 90도1518 판결) 위 항소심판결은 그대로 확정되었다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 위 개정전 국가보안법 제9조 제2항이 헌법에 위반되는지의 여부이고 위 개정전 국가보안법 제9조는 다음과 같다.

개정전 국가보안법 제9조(권의제공)

① 이 법의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 총포·탄약·화약 기타 무기를 제공한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.

② 이 법의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 금품 기

타 재산상의 이익을 제공하거나 잠복·회합·통신·연락을 위한 장소를 제공하거나 기타의 방법으로 편의를 제공한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. 다만 본범과 친족관계에 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.

④ 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

⑤ 제2항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

한편 위 국가보안법은 1991. 5. 31. 법률 제4373호에 의하여 일부 개정되어 위 제9조 제1항 및 제2항 중 “이 법의 죄”가 “이 법 제3조 내지 제8조의 죄”로 바뀌었고, 동조 제5항은 삭제되었으나 위 개정 법률 부칙 제2조는 위 개정 법률 공포시행전의 행위에 대한 벌칙의 적용에 있어서는 종전의 규정에 의한다고 규정하고 있으므로 이 사건 심판의 대상은 여전히 위 개정전 국가보안법 제9조 제2항이다.

## 2. 당사자 및 이해관계인들의 주장

### 가. 청구인의 주장

위 개정전 국가보안법은 1980. 12. 31. 국가보위입법회의에서 만들어진 것인데 위 국가보위입법회의는 대통령령에 의하여 설치되었던 국가보위비상대책위원회가 1980. 9. 29. 국가보위비상대책위원회 설치령중개정령에 의하여 국가보위입법회의로 바뀐 후 같은 해 10. 27. 스스로 제정한 국가보위입법회의법에 의하여 구성된 것으로서 위 국가보위입법회의법은 정당한 입법기관에 의하여 제정된 것이 아니고, 따라서 위 법에 의하여 구성된 위 국가보위입법회의도 정

당한 입법기관이 아니어서 위 국가보위입법회의에서 제정한 위 개정전 국가보안법은 입법권은 국회에 속하도록 규정하고 있는 헌법 제40조, 국민주권의 원리를 천명한 헌법 제1조 제2항 등에 위배되어 법률로서의 효력을 가질 수 없을 뿐만 아니라, 위 개정전 국가보안법 제9조 제2항 적용의 전제가 되는 국가보안법 소정의 각 죄는 그 구성요건들이 너무나 애매하고 막연한 개념으로 가득 차 있고 위 조항의 구성요건 가운데 “기타의 방법으로 편의를 제공”이라는 부분도 그 자체로서는 도저히 내용을 특정할 수 없는 불명확한 개념이므로 위 조항은 범죄처벌의 구성요건이 명확할 것을 요구하는 헌법 제12조 제1항 소정의 죄형법정주의의 원칙에도 어긋나는 것으로서 헌법에 위반된다.

### 나. 서울형사지방법원의 위헌제청신청 기각이유

구 헌법(1980. 10. 27. 공포) 부칙 제6조 제1항은 국가보위입법회의가 위 헌법 시행일부부터 위 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일 전일까지 국회의 권한을 대행하도록 규정하고 있었고, 현행 헌법 부칙 제5조는 위 헌법 시행 당시의 법령은 위 헌법에 위배되지 아니하는 한 효력을 지속한다고 규정하고 있으므로 위 개정전 국가보안법이 국가보위입법회의에 의하여 전문개정되었다는 이유만으로는 헌법에 위반된다고 할 수 없고, 국가보안법 제9조 제2항의 규정이나 위 법의 기타 규정을 국가보안법의 목적에 비추어 합리적으로 해석하는 한 위 규정들이 사회과학적으로 개념을 규정하는 것이 불가능할 정도로 애매모호하고 광범위하여 헌법 제12조 제1항이 규정하는 죄형법정주의의 본질적 내용을 침해하는 것이라거나 기본권 제한의 한계를 규정한 헌법 제37조 제2항과 인간의 존엄성을 규정한 헌법

90헌바23

제10조에 위반되어 위헌이라고는 할 수 없다.

다. 법무부장관 및 검찰총장의 각 의견

위 서울형사지방법원의 위헌제청신청 기각이유와 대체로 같다.

### 3. 판 단

가. 먼저 개정전 국가보안법은 정당한 입법기관이라 할 수 없는 국가보위입법회의에서 제정된 법이므로 헌법 제1조 제2항, 제40조의 각 규정에 위배되는 무효인 법률이라는 주장에 관하여 본다.

1980. 10. 27. 공포된 구 헌법 부칙 제6조 제1항은 국가보위입법회의는 구 헌법시행일로부터 구 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일 전일까지 국회의 권한을 대행한다고 규정함으로써 국가보위입법회의에 입법권을 부여하는 합헌적 근거규정을 마련하였고, 동 제3항은 국가보위입법회의가 제정한 법률에 대하여 지속효를 가지며 제소나 이의할 수 없도록 하여 구 헌법하에서 그 제정절차를 다룰 수 없는 유효한 법률임을 명백히 하였으며, 한편 1987. 10. 29. 공포된 현행 헌법 부칙 제5조는 현행 헌법 시행당시의 법령은 현행 헌법에 위배되지 아니하는 한 효력을 지속한다고 하여 법령의 지속효에 관한 규정을 두고 있는바, 그렇다면 국가보위입법회의에서 제정된 법률의 내용이 현행 헌법에 저촉된다고 하여 다투는 것은 별론으로 하되 현행 헌법하에서도 제정절차에 위헌적 하자가 있음을 다룰 수는 없다고 보아야 할 것이므로 청구인의 위 주장은 그 이유없다(특히 여기에서 문제되는 편의제공죄는 일찍이 반공법 제7조에 규정하였던 바를 1980. 12. 31. 국가보위입법회의에 의하여 전문개정하는 체계에 그대로 계승한 것임을 논의할 필요가 있다).

나. 나아가 본안 문제인 개정전 국가보안법(이하 구법이라 한다

제9조 제2항의 위헌성 여부에 관하여 살핀다. 구법 제9조 제2항에서는 “이 법의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 금품 기타 재산상의 이익을 제공하거나 잠복·회합·통신·연락을 위한 장소를 제공하거나 기타의 방법으로 편의를 제공한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하고 있다. 이 규정의 문제점을 본다.

첫째로 편의제공죄의 본범이라고 할 편의제공 대상자를 “이 법의 죄를 범하거나 범하려는 자”라고 한 것이다. 여기의 전단의 “죄를 범하는 자”는 이 법 소정의 기수·미수죄를 뜻하고, 후단의 “죄를 범하려는 자”는 이 법 소정의 예비·음모죄를 범하는 자를 뜻하는 것으로 좁게 해석한다 하더라도, “이 법의 죄”라고 하고 있으므로 국가보안법 제3조 내지 제8조 소정의 국가의 안전에 직접 관계있는 죄를 범한 자에 대한 편의제공만이 아니라 국가보안법 소정의 범죄 일체를 망라하여 이에 해당하는 범죄를 범한 자에 대한 편의제공 전부를 포함하게 된다고 할 것이므로, 동법 제10조의 불고지죄를 범한 자에 대한 편의제공, 나아가 제11조의 특수직무유기죄, 제12조의 무고·날조죄와 같은 국가의 안전에 직접 관계없는 죄를 범한 자에 대한 편의제공의 경우에 대해서까지 편의제공죄가 성립될 수 있도록 확장시켜 놓고 있다. 이 점을 감안하였음인지 개정된 국가보안법 제9조 제2항은 “이 법 제3조 내지 제8조의 죄를 범하거나 범하려는 자”로 편의제공 대상자의 범위를 축소시켰음을 유의할 필요가 있다.

둘째로 편의제공을 받는 본범의 범죄가 제3조 내지 제8조 소정의 범죄만 가리킨다고 하여도 본범의 구성요건 자체도 매우 다의적이고 그 적용범위가 매우 광범위하다. 특히 구법 제5조 제2항의 금품

수수죄, 제6조 제1항의 잠입·탈출죄, 제7조의 찬양고무죄, 제8조의 회합·통신죄 등의 경우가 그러하다. 본법의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 구체적이고 명백한 위험성이 있는 경우가 아니라도 본법의 구성요건에 해당하게 되어 있으므로 그러한 본법에게 편의를 제공한 자라면 제9조의 편의제공죄가 성립될 수 있게 하였다. 따라서 예를 들면 조총련계 재일동포로부터 고국의 부모가 생계비를 수수받는 과정에서 편의제공, 관광 입북이나 부모형제 방문차 입북하는 자에게 편의제공, 나아가 북한의 운동실력을 높이 칭송하는 자에게 관련자료의 제공행위까지도 이에 의하여 형사처벌을 받을 소지가 있다.

셋째로 여기에서 열거한 세 가지 편의제공 행위의 유형 즉 금품 기타 재산상의 이익제공행위, 잠복·회합·통신·연락을 위한 장소제공행위, 기타의 방법으로 편의를 제공한 행위 가운데, 특히 뒤의 “기타의 방법으로 편의를 제공한” 것이야 말로 가장 포괄적이고 광범위하다. 이는 쉽사리 그 내포와 외연을 가늠하기 어려운 개념으로서, 국가보안법위반 범인에 대한 편의제공이라면 말이든 행동이든, 유형이든 무형이든, 명시적이든 묵시적이든, 적극적이든 소극적이든 그 행위의 태양을 가리지 않는 것이고, 행위의 동기·목적 등을 고려외에 두는 것이다. 더 나아가 보면 이는 이익제공, 장소제공 또는 이에 버금가는 방법이라기 보다는 위 두 가지 방법이 아닌 다른 방법으로의 편의제공 일체를 뜻하는 광범위한 개념이다. 따라서 문언해석상으로는 공산계열의 목적수행과는 무관한 학문적 연구나 영리추구 과정에서 도움을 준다 하여도 여기의 편의제공에 해당되지 않는가 하는 의문을 야기시킬 수 있다.

이렇듯 구법 제9조 제2항에서 규제대상이 되는 편의제공은 그 문언해석상 그 적용범위가 넓고 불명확하므로 헌법 제10조 소정의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동자유권은 물론, 도움은 말로도 줄 수 있는 것이라면 제21조 소정의 표현의 자유마저 위축시킬 수 있다. 비록 대한민국의 체제전복이나 자유민주적 기본질서에 위해를 초래할 염려가 없는 무해의 편의제공이라 하여도 편의제공죄로 의율될 수 있는데 문제가 있다. 원래 사회생활이란 사회구성원간에서 서로 편의를 제공하고 제공받는 협동생활일진대, 국가보안법위반 범인에 대한 편의제공이 무차별하게 여기의 구성요건에 해당된다면 안심하고 사회생활을 영위해 나가는 데 커다란 장애요인이 아닐 수 없다. 특히 국가의 안전과는 무관한 남북간의 경제·사회·문화·체육 등의 영역에 있어서의 교류에 큰 걸림돌이 될 수밖에 없으며, 또 헌법 제1조에서 천명한바 평화적 통일정책의 추구에도 지대한 지장을 줄 소지가 있다. 뿐만 아니라 적용범위가 이처럼 과도하게 광범위하다면 법운영당국에 의한 자의적 집행의 가능성도 배제할 수 없다. 당 재판소 1992.1.28. 선고, 89헌가8 결정 참조. 법규의 문언대로 적용하느냐 한정적으로 축소적용하느냐에 대하여 법운영당국의 재량의 여지가 있으므로 편의제공자가 누구인가에 따라 법규문언 그대로 적용하여 합헌행위까지도 처벌하여 국민의 일반적 행동자유권을 침해할 수 있는가 하면, 반대로 가능한 한의 축소해석을 하여 위헌성을 피는 행위마저도 처벌대상에서 면제시킬 수 있다. 다시 말하면 법운영당국으로서 가장 경계하여야 할 편의적·자의적 법운영을 가능할 수 있게 한다. 무릇 법운영에 있어서 주관적인 자의성을 주는 것은 법치주의의 원리에 반하는 것이고, 결국 법

집행을 받는 자에 대한 헌법 제11조의 평등권의 침해가 될 것이다. 나아가 어떠한 것이 허용되며 어떠한 것이 범죄의 구성요건이 되는가를 법제정기관인 입법자가 법률로 정하는 것이 아니라 사실상 법운영당국의 재량으로 결정하는 결과가 되어 법치주의에 위배되고 죄형법정주의에도 저촉될 소지가 생겨날 것이다.

이상 본 바로 구법 제9조 제2항을 문리 그대로 해석적용하면 광범위성과 불명확성 때문에 그 적용범위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 구체적이고 명백한 위험성이 있는 편의제공을 넘어설 수 있게 될 것이므로 만일 그대로 처벌하게 된다면 합헌적인 편의제공마저 처벌하게 되어 기본권침해의 결과에 이를 수 밖에 없고, 따라서 위헌을 면키 어려울 것이다. 그러나 한편 대한민국의 체제전복이나 자유민주적 기본질서의 파괴를 시도하는 자에 대한 협조적 편의제공의 행위까지 기본권이라는 이름으로 보호하는 것이 헌법이 아닌 것도 유의할 필요가 있다. 그렇다면 처벌의 대상으로 되어야 할 것은 제9조 제2항 소정의 편의제공행위 가운데서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 구체적이고 명백한 위험성이 있는 경우로 축소제한하여야 할 것이고, 그와 같은 위험성이 있다고 단정하기 어려운 것은 처벌의 대상에서 배제시켜야 할 것이다. 생각건대 이와 같은 해석이 곧 헌법 전문, 제4조, 제10조, 제11조, 제21조의 규정을 존중하는 것이고, 제37조 제2항의 규정에 합치되는 해석일 것이다. 다만 그와 같은 위험성의 존부는 법운영자의 주관적 자의적 심증에 맡길 문제가 아니고 구체적 사안을 놓고 모든 정황을 고려하여 객관적으로 판단되어야 할 사항일 것이다. 당 재판소 1992.

1.28. 선고, 89헌가8 결정 참조). 구법 제1조는 “이 법은 국가의 을 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 위한 데 그 목적이 있는 것이므로 위에서 밝힌 합헌적 제한해석은 그 입법목적에도 부합하는 것이 될 것이다. 이처럼 입법목적 등을 고려하여 위 다의적인 규정을 한정적 제한해석할 때에는 구법 제9조 제2항의 보호법익을 살리면서도 전면위헌의 문제를 피할 길이 열릴 것이며, 이로써 국민의 일반적 행동자유나 표현의 자유의 위축문제 또는 이와 같은 기본권의 본질적 침해의 우려는 해소될 수 있을 것이고, 허용될 행위와 금지되는 행위의 기준 제시로 법운영당국의 자의적이고 제도외적 오용 내지 남용으로 인한 기본권침해의 사태는 피해질 것이며, 이 정도의 기준제시로 처벌 범위를 좁히면 법운영당국의 해석권에 의하여 제도 분지를 충분히 살릴 수 있을 것으로 처벌 범위의 불명확성 때문에 생기는 죄형법정주의 위배의 소지는 없어지고, 나아가 국가의 존립·안전을 저해함이 없이 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책 추진의 헌법적 과제는 이룩할 수 있을 것이다.

#### 4. 결 론

그러므로 구 국가보안법 제9조 제2항은 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 한하여 적용된다고 할 것이므로 이와 같은 해석하에서는 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이다. 다만 재판관 변정수의 반대의견이 있는 외에는 나머지 관여재판관의 의

견일치에 의하여 주문과 같이 결정한다.

#### 5. 재판관 변정수의 반대 의견

(1) 나는 일찍이 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항에 대한 위헌심판사건의 소수의견에서 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항뿐 아니라 국가보안법의 모든 규정들이 위헌이라고 주장하고 그 이유로써 우리 헌법이념의 하나인 평화적 통일은 남·북한이 무력을 배제하고 서로 대등한 지위에서의 합의를 통하여 통일을 이루는 방법 밖에 생각할 수 없고, 그러기 위해서는 우선 남·북이 적대관계를 청산하여 화해하고 협력하며 교류하여야 하는데 이러한 일은 어디까지나 북한이 불법집단 내지 반국가단체로서 처벌대상이 되지 않는다는 전제에서만 가능한 것인데도 불구하고, 국가보안법은 처벌 규정의 핵심적 근거로서 “반국가단체”라는 개념을 설정하고, 북한을 반국가단체로 규정지음으로써 북한을 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 범죄단체임을 전제로 하여 여러가지 처벌규정을 설정하고 있는데, 이러한 처벌규정이 있는 한, 적대관계의 청산이나 상호화해·협력·교류 등 평화통일사업은 불가능하기 때문에 국가보안법은 결국 헌법의 평화통일이념에 저촉되는 위헌법률이라고 설명한 바 있다. 그리고 그 소신에는 지금도 변함이 없다 당 재판소 1990.4.2. 선고, 89헌가113 결정; 동 1990.6.25. 선고, 90헌가11 결정 참조. 더욱이 남·북한이 유엔에 동시에 가입하였고 우리 정부가 북한을 평화통일협상의 상대방으로 인정하여 “남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서”라는 외교문서까지 교환하면서 남·북대화를 진행하고 있는 오늘의 상황에서 상호교류·협력의 걸림돌이 되는 국가보안법의 위헌성은 더욱 뚜렷해졌다 할

것이다.

(2) 국가보안법은 대부분 미수범은 물론 예비, 음모범까지 처벌하고 있으므로 개정전 국가보안법(1980.12.31. 법률 제3318호) 제9조 제2항이 규정한 편의제공의 상대방인 “이 법의 죄를 범하려는 자”는 결국 예비, 음모행위에도 이르지 않는 행위를 한 자 즉 단순히 범죄실행의 의사만 지녔을 뿐 아직 그 의사가 외부로 표출되지 않은 상태에 있는 자를 가리키는 것으로 밖에 볼 수 없다. 따라서 위 법률조항에서 편의제공 상대방에 “이 법의 죄를 범하려는 자”까지 포함시킨 것은 예비, 음모 이전 단계까지 처벌하겠다는 것으로서 이는 의사형법(意思刑法) 내지 심정형법(心情刑法)을 인정하는 것이 되어 “누구든지 생각(사색)만으로는 처벌받지 않는다.”는 근대형법의 대원칙에 반한다.

또한 위 법률조항은 범죄의 경중을 구분하지 아니하고 국가보안법상의 모든 범죄 예컨대 죄질이 경미한 불고지죄나 찬양·고무·동조 등의 죄, 심지어 제11조의 특수직무유기죄, 제12조의 무고, 날조죄와 같은 국가의 안전과 직접 관계없는 죄를 범하거나 또는 이와 같은 죄를 범하려는 자에 대하여 편의를 제공하는 경우까지를 확일적으로 10년 이하의 징역에 처하도록 하여 편의제공행위가 중범적인 성질의 것임에도 불구하고 죄에 따라서는 오히려 편의제공행위의 대상자 즉 정범보다도 더 무겁게 처벌할 수 있도록 함으로써 범죄와 형벌사이에 정당한 비례관계가 유지되었다고 보기 어렵다 할 것이다. 뿐만 아니라 입법형식에 있어서도 위 법률조항이 본범 종속적으로 규정되어 있으므로 구태여 위와 같은 형태의 조문이 없더라도 편의제공행위는 경우에 따라 중범(형법 제32조)으로 처벌

90헌바23

이 가능하다는 점에서 처벌 가치가 없는 일체의 편의제공행위까지 포괄하는 위 법률규정은 형벌필요성의 요구를 벗어남으로써 기본권제한입법의 한계로서 요구되는 과잉금지의 원칙에 위배된 법률이라 할 것이다.

(3) 다수의견은, 국가보안법 제9조 제2항의 규제대상인 편의제공은 그 적용범위가 너무 넓고 불명확하므로 헌법 제10조 소정의 행복추구권에서 파생하는 일반행동자유권은 물론, 헌법 제21조의 표현의 자유마저 위축시킬 수 있고, 법운영당국에 의한 편의적·자의적 집행의 소지도 생길 수 있어 법치주의, 죄형법정주의에 위배될 소지도 있으며, 특히 위 법률조항은 국가의 안전과는 무관한 남북간의 경제·사회·문화·체육 등 영역에 있어서의 큰 걸림돌이 될 수밖에 없으며 헌법 제4조에서 천명한바 평화통일정책의 추구에 큰 지장을 줄 수 있다고 지적한 다음 위 법률조항을 문리 그대로 해석적용하면 광범위성과 불명확성 때문에 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 구체적이고 명백한 위험성이 있는 편의제공을 넘어설 수 있게 될 것으로 만일 그대로 처벌하게 된다면 합헌적인 편의제공마저 처벌하게 되어 기본권침해의 결과에 이를 수밖에 없고 따라서 위헌을 면하기 어려울 것이므로 위헌을 면하려면 그 소정의 편의제공행위 가운데서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 구체적이고 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소제한하여야 할 것이며 이 정도의 기준제시로 처벌범위를 좁히면 법운영당국의 해석권에 의하여 위 법률조항의 보호법익을 살리면서 위헌의 소지도 없앨 수 있다고 설명하고 있다.

그러나 위 법률조항은 그와 같은 한정적 적용해석이 가능한 법률도 아닐 뿐더러 죄형법정주의가 적용되는 형벌법규의 경우에는 명확성의 원칙은 철저히 지켜져야 하는 것인만큼 헌법합치적 해석을 병자하여 불명확한 법률을 적당히 호도하는 방법으로 합헌이라고 감싸주면서 위헌결정을 회피하는 것은 잘못이라는 것, 광범위하고 불명확한 형벌법규에 대하여 헌법재판소가 “어떠어떠하게 해석되므로” 또는 “어떠어떠하게 해석하는 한”이라는 적용기준을 창설하면 그 위헌성이 치유되어 합헌으로 된다고 한다면 죄형법정주의에 있어서의 명확성의 원칙은 아무 필요가 없게 된다는 것, 그 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하는 행위냐, 아니냐 또는 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 행위냐, 아니냐 역시 객관적으로 뚜렷한 기준 내지 그 한계를 정할 수 없는 매우 애매모호하고 불명확한 것이어서 결국 수사기관이나 법관의 주관적 해석에 맡길 수밖에 없는 구성요건이므로, 그러한 적용기준이야말로 죄형법정주의에 반한다는 것, 그리고 이러한 형태의 한정합헌결정이 남용되기 쉬운 형벌법규의 운용에 제동을 걸기는커녕 불명확하고 광범위하여 위헌무효인 형벌법규에 오히려 면죄부(免罪符)를 쥐어주는 역할밖에 할 수 없다는 것 등에 대하여는 이미 내가 1990. 4. 2. 에 선고한 89헌가113 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판사건, 1990. 6. 25. 에 선고한 90헌가11 국가보안법 제7조 제5항의 위헌심판사건 및 1992. 1. 28. 에 선고한 89헌가8 국가보안법 제7조 등에 관한 위헌심판사건에서 소수의견으로 자세히 밝힌 바 있으므로 그것을 이 사건에서 원용하기로 하고 여기서는 더 이상의 이유설명을 생략한다.

이상의 이유로 다수의견에 반대한다.

1992. 4. 14.

재판장	재판관	조 규 광
	재판관	변 정 수
	재판관	김 진 우
	재판관	한 병 채
	재판관	이 시 윤
	재판관	최 광 루
	재판관	김 양 균
	재판관	김 문 희
	재판관	황 도 언

國家有功者禮遇등에 관한法律에 대한  
憲法訴願

(1992. 4. 14. 89헌마136)  
(全 員 裁 判 部)

[관시사항]

1. 法令에 대한 憲法訴願審判의 請求期間
2. 憲法裁判所 發足 이전의 公權力에 의한 基本權 侵害에 대한 憲法訴願審判請求期間의 起算點

[결정요지]

1. 가. 法令에 대한 憲法訴願의 審判請求期間은 원칙적으로 그 法令의 시행과 동시에 基本權의 侵害를 받게 된다고 할 것이므로 그 法令이 시행된 사실을 안 날로부터 60일 이내에, 法令이 시행된 날로부터 180일 이내에 憲法訴願을 청구하여야 할 것이나 法令이 시행된 뒤에 비로소 그 法令에 해당되는 사유가 발생하여 基本權의 侵害를 받게 된 자는 그 事由가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 事由가 발생한 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다.

나. 위 “事由가 발생한 날”이라는 것은 당해 법령이 청구인의 基本權을 명백히 具體的으로 現實侵害하였거나 그 침해가 확실히 예상되는 등 實體的 要件이 성숙하여 憲法判斷에 適合하게 된 때를 말한다.

2. 憲法裁判所가 發足하기 전에 있었던 公權力에 의한 基本權侵害에 대한 憲法訴願審判請求期間은 憲法裁判所가 構成된 1988. 9. 19. 부터 起算하여야 한다.



우리는 이러한 이유로 다수의견에 반대하는 것이다.

1996. 10. 4.

재판장	재판관	김 용 준
주 심	재판관	김 진 우
	재판관	김 문 희
	재판관	황 도 연
	재판관	이 재 화
	재판관	조 승 형
	재판관	정 경 식
	재판관	고 중 석
	재판관	신 창 언

國家保安法 제7조 제1항 등 違憲提請

(1996.10.4. 95헌가2)  
(全 員 裁 判 部)

[판시사항]

國家保安法(1991.5.31. 법률 제4373호로 개정된 것, 이하 "법"이라고 한다) 제7조 제1항, 제3항, 제5항의 위헌 여부

[결정요지]

법 제7조 제1항은 憲法裁判所 1990.4.2. 선고, 89헌가113 결정 등의 취지를 받아들인 것으로서 舊法 規定보다는 그 構成要件이 훨씬 명확히 규정되어 있지만 아직도 구법 규정의 결함있었던 법문의 다의성과 적용범위의 광범성이 조금은 남아 있다. 그러나 법 제7조 제1항에서는 "國家의 存立·安全이나 自由民主的 基本秩序를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적을 일탈하는 확대해석의 위험은 거의 제거되었고, "構成員", "活動", "同調" 등 多義的이고 適用範圍가 廣範圍한 일부 개념도 위와 같이 신설된 主觀的 構成要件과 결합하여 하나의 구성요건을 이루고 있고 이 주관적 구성요건을 헌법재판소가 위 결정 등에서 판시한 견해와 같이 제한해석한다면 이들 개념의 다의성과 적용범위의 광범성은 제거된다. 따라서 위 조항 및 이를 전제로 하는 같은 조 제3항, 제5항은 表現의 自由의 本質的 內容을 侵害하거나 이를 지나치게 制限할 위험성이 있다고 할 수 없고 罪刑法定主義에 위배된다고도 할 수 없다.

재판관 조승형의 反對意見

이 사건 審判對象 條項들은 그 改正에 불구하고 憲法裁判所

이권 자료실	이권번호	88
	B7-1	
96 3/19		

1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 결정 등이 지적한 헌법상의 언론·출판·학문·예술 및 양심의 자유를 위축시킬 염려, 刑罰過剩을 초래할 염려, 國家安全保障이나 自由民主의 基本秩序의 守護와 관계없는 경우까지 擴大適用될 만큼 不透明하고 具體性이 결여되어 憲法 제37조 제2항의 限界를 넘는 制限인 점, 法執行者의 恣意的 執行을 허용할 소지가 있는 점, 罪刑法定主義에 위배된다는 점 등이 충분히 해소되지 않고 있으므로 헌법에 위배된다.

제청법원 부산지방법원(1995. 1. 17. 94고합1325 위헌제청)  
당해소송사건 부산지방법원 94고합1325 국가보안법위반

[심판대상조문]

國家保安法(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것) 제7조(讚揚·鼓舞 등) ① 國家의 存立·安全이나 自由民主의 基本秩序를 危殆롭게 한다는 情을 알면서 反國家團體나 그 構成員 또는 그 指令을 받은 자의 活動을 讚揚·鼓舞·宣傳 또는 이에 同調하거나 國家變亂을 宣傳·煽動한 자는 7년 이하의 懲役に 처한다.

② 생략

③ 제1항의 行爲를 目的으로 하는 團體를 構成하거나 이에 加入한 자는 1년 이상의 有期懲役に 처한다.

④ 생략

⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 行爲를 할 目的으로 文書·圖畫 기타의 表現物을 製作·輸入·複寫·所持·運搬·頒布·販賣 또는 取得한 자는 그 각 항에 정한 刑에 처한다.

[참조조문]

憲法 前文, 제4조, 제8조 제4항, 제11조, 제12조 제1항, 제19조, 제21조 제1항, 제22조 제1항, 제37조 제2항

[참조판례]

1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 결정

1990. 6. 25. 선고, 90헌가11 결정

1992. 1. 28. 선고, 89헌가8 결정

[주 문]

국가보안법(1991.5.31. 법률 제4373호로 개정된 것) 제7조 제1항, 제3항 및 제5항은 헌법에 위반되지 아니한다.

[이 유]

1. 사건의 개요와 심판의 대상 등

가. 사건의 개요

(1) 위 당해 사건의 피고인 정은경은 1994. 11. 12. 제청법원에 국가보안법위반죄로 기소되어 현재 재판계속중에 있다. 그 공소사실의 요지는, 피고인은 (가) 1994. 7. 일자불상경 부산에서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 국가변란을 선전·선동하는 행위를 목적으로 하는 단체인 소위 국제사회주의자들그룹(International Socialists, 약칭 IS)에 가입하고, (나) 1991. 1. 초순경부터 1994. 10. 9. 경까지 사이에 경남 양산, 부산 등지에서 6회에 걸쳐 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한공산집단의 활동에 동조하거나 국가변란을 선전·선동할 목적으로 “혁명적 신문” 1부 등 책자나 유인물 형태의 표현물 9점을 취득·소지하였는바, 위 (가)항의 소위는 국가보안법 제7조 제3항 제1항에, (나)항의 소위는 같은 법 제7조 제5항 제1항에 각 해당한다는 것이다.

95헌가2

(2) 이에 제정법원은 1995. 1. 17. 직권으로 위 당해 사건의 재판의 전제가 되는 국가보안법 제7조 제1항, 제3항 및 제5항에 대한 위헌제정결정을 하였고, 그 결정은 같은 해 2. 14. 당재판소에 접수되었다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 위헌여부심판의 대상은 1991. 5. 31. 법률 제 4373호로 개정된 국가보안법(이하 "신법"이라 한다) 제7조 제1항, 제3항 및 제5항이 헌법에 위반되는지의 여부인바, 그 규정내용은 다음과 같다.

국가보안법 제7조(찬양·고무 등) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

③ 제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.

다. 구 국가보안법 제7조의 규정내용

설명의 편의를 위하여, 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정되기 전의 국가보안법(이하 "구법"이라 한다) 제7조의 규정내용을 보면 다음과 같다.

① 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬

양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

② 국외공산계열의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자도 제1항의 형과 같다.

③ 제1항 및 제2항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

④ 제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조·유포 또는 사실을 왜곡하여 전파한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

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

⑥ 제1항 내지 제5항의 미수범은 처벌한다.

⑦ 제1항 내지 제5항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

2. 제정법원의 제청이유와 관계기관의 의견

가. 제정법원의 제청이유

별지와 같다.

나. 법무부장관 및 부산지방법검찰청 검사장의 의견

(1) 기본권제한법률의 내용이 외견상 추상적인 것으로 보이더라도 합리적 해석에 의하여 그 내용을 충분히 알 수 있다면 이를 두고 죄형법정주의에 반한다고 할 수 없는 것인바, 이 사건 심판대상 법률조항들의 의미는 이미 판례, 학설 등에 의하여 명확히 정립되어 있으므로 이를 지나치게 다의적이라거나 포괄적이라고 할 수 없

어, 위헌법정주의에 위배되지 아니한다.

(2) 남북이 분단된 채 군사적으로 대치하고 있는 우리나라의 현실 및 표현과 행동을 2분적으로 명확히 나눌 수 없다는 점에 비추어 보면, 자신의 생각을 실현시키기 위하여 구체적인 활동을 준비하거나 폭력 등을 행사하지 않더라도 표현만으로도 충분히 국가안보에 실질적 해악을 초래할 수 있는 명백하고도 현존하는 위험이 있다고 할 것이므로, 국가안보를 위하여 이를 규제하는 것을 두고 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수 없다.

3. 관 단

가. 구법 제7조와 신법 제7조의 대비

구법 제7조와 신법 제7조를 대비하여 보면 다음과 같은 규정내용의 변경이 있었음을 알 수 있다.

(1) 제1항에 관하여,

신법 제1항에서는 구법 제1항에는 없던 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건이 추가되어 있고, 또 구법 제1항 후단에 규정되어 있던 “기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자”라는 부분이 삭제된 대신 “국가변란을 선전·선동한 자”라는 부분이 새로이 들어가 있으며, 또 구법 전단의 “(활동을) 찬양·고무 또는 이에 동조하거나”라는 부분이 신법에서는 “(활동을) 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나”로 개정되었다.

(2) 제2항, 제3항에 관하여,

구법 제2항(국외공산계열의 활동에 대한 찬양·고무 등)이 삭제되었고, 제3항의 규정 그 자체에는 실질적인 변경이 없었다.

(3) 제4항, 제5항에 관하여

구법 제4항 후단의(사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여) “사실을 왜곡하여 진과”하는 행위가 삭제되었고, 제5항의 규정 그 자체에는 실질적인 변경이 없었다.

(4) 제6항, 제7항에 관하여

제6항의 규정 그 자체에는 실질적인 변경이 없었고, 다만 구법 제7항은 “제1항 내지 제5항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자”를 처벌대상으로 하였으나, 신법 제7항은 그 중 “제3항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자”만을 처벌대상으로 규정함으로써 예비·음모죄의 처벌범위를 축소하였다.

이상으로 보건대, 구법 제7조와 신법 제7조의 가장 큰 상이점은 신법 제1항에 있어서 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건이 추가된 점과 그 제1항 후단에 있어서 “기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자”라는 부분이 삭제된 대신 “국가변란을 선전·선동한 자”라는 새로운 구성요건이 추가된 점 및 구법 제2항이 삭제된 점이라 할 수 있다.

나. 구법 제7조 제1항 및 제5항의 위헌성에 관한 헌법재판소의 결정요지

(1) 우리 재판소는 1990.4.2. 선고, 89헌가113 결정, 같은 해 6.25. 선고, 90헌가11 결정 및 1992.1.28. 선고, 89헌가8 결정에서 구법 제7조 제1항 및 제5항의 위헌성에 관하여 그 견해를 밝힌 바 있는데, 그 요지는 다음과 같다.

(가) 구법 제7조 제1항에 관하여,

이 조항은 “구성원”, “활동”, “동조”, “기타의 방법”, “이롭게 한” 등의 용어가 지나치게 다의적(多義的)이고 그 적용범위가 광범하여 이를 문언 그대로 해석·운용한 경우에는, 첫째로 헌법상의 언론·출판, 학문·예술의 자유를 침해한 개인성이 있고 나아가 그와 같은 자유의 전제가 되는 양심의 자유도 침해할 가능성이 있으며, 둘째로 법운영 당국의 자의적(恣意的) 집행을 허용할 소지가 있어 법치주의에 위배되고 결국 법의 집행을 받는 자에 대한 평등권의 침해가 되며 최형법정주의에 위배될 소지가 생기고, 셋째로 헌법전문과 헌법 제4조가 천명한 평화적 통일시향의 규정과 양립하기 어려운 문제점 등이 생길 수 있다.

그렇다고 해서 이 조항을 완전폐기하는 경우에는 완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제이지만 남북간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 군사력으로 대치하고 있으며 긴장상태가 계속되고 있는 상황하에서는 이 조항의 완전 폐기에서 오는 국가적 불이익이 폐기함에서 오는 이익보다 이익형량상 더 클 것이고, 또 평화시대를 기조로 한 형법상의 내란죄나 외환죄만으로는 오늘날 우리가 처한 현실에서 국가의 안전보장에 미흡하여 이와 별도로 이 조항의 존재의의가 있다고 할 것이며 국가의 존립·안전에 대한 침해나 민주체제전복을 부추기는 내용의 언동까지도 표현의 자유라는 이름으로 보호하는 것이 헌법이 아닐진대 여기에 합헌적이고 긍정적인 면도 간과할 수 없고, 문제의 소재가 범문의 다의성과 그 적용범위의 광범성에 있는 만큼 이를 헌법합치적으로 축소·제한하면 앞서 본 이 조항의 위헌성은 제거될 수 있다.

그렇다면 문리해석상으로는 일용 이 조항에 해당하는 행위라 할

지라도 그 가운데서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해(無害)한 행위는 처벌에서 제외하고 이에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우에만 이를 적용하도록 처벌범위를 축소제한하는 경우에는 앞서 본 헌법전문이나 헌법규정들에 합치되는 합헌적 해석이 되고, 그 위헌성이 제거된다.

(나) 구법 제7조 제5항에 관하여,

이 조항은 제1항을 그 요건으로 하고 있는데 앞서 본 바와 같이 제1항의 개념들이 다의적이고 광범위한 데에 문제점이 있는 이상 문리에 충실한 해석을 하면 제5항에도 같은 위헌적인 요소가 생길 수 있다. 따라서 이 조항도 제1항의 경우와 마찬가지로 국가보안법의 입법목적 등에 비추어 그 소정의 행위에 의하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 한하여 적용되는 것으로 해석하여야 할 것이다. 여기서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우란 일용 그 표현물의 내용이 그와 같이 된 경우를 말한다고 할 것이고 따라서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악이 될 정도가 못된다거나 해악이 되는지의 여부가 불분명한 때에는 그 적용이 배제된다고 할 것이며, 문제의 표현물과 외부관련성의 정도 또한 여기의 위험성 유무를 판단하는 기준이 된다고 부연하면서 이와 같은 해석하에서는 구법 제7조 제5항이 헌법에 위반되지 아니한다는 요지로 판시하였다.

(2) 우리 재판소의 위 1990.4.2. 선고, 89헌가113 결정 및 같은 해 6.25. 선고, 90헌가11 결정 후에 남·북한이 1991.9.17. 동시에 유엔에 가입하고 또 남·북한의 정부 당국자가 같은 해 12.13. 소

위 남북합의서에 서명하여 이것이 발효되었는바 이러한 사실들이 위의 결정내용에 어떠한 영향을 미치는가에 관하여 보건대, 남·북한의 유엔동시가입이 곧 남·북한 상호간에 국가승인의 효력을 발생시켰다고는 볼 수 없고 또 남북합의서의 서명과 그 발효로써 바로 북한이 내란 식화혁명노선을 명백히 포기하였다고 볼 수도 없으며 지금도 이 노선에 따른 각종 도발이 여전히 계속되고 있으므로, 위와 같은 사정변경만으로는 우리 재판소가 위와 같이 한정합헌결정을 한 후에 그 결정의 논리적 내지 현실적 근거가 된 사실에 근본적인 변화가 있었다고 할 수 없고, 지금에 이르러 위와 달리 판단하여야 할 다른 사정변경이 있다고도 인정되지 아니한다.

#### 다. 신법 제7조 제1항, 제3항 및 제5항의 합헌성

우선, 신법 제7조 제1항에 관하여 보건대, 이 조항은 구법 제7조 제1항과 대비하여 보면 두 가지 점에서 뚜렷한 변경이 있었는데, 그 하나는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”라는 주관적 구성요건을 추가한 점이고 다른 하나는 구법 제7조 제1항 후단의 “기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자”라는 부분을 삭제한 대신 “국가변란을 선전·선동한 자”라는 부분을 삽입한 점이다.

신법 제7조 제1항에 위와 같은 주관적 구성요건이 추가된 것은 우리 재판소의 위 한정합헌결정의 취지를 받아들이는 것으로 보이며 구법규정보다는 그 구성요건이 훨씬 명확히 규정되었다고 보여지나 아직도 구법규정의 결함이었던 법문의 다의성(多義性)과 적용범위의 광범성이 조금은 남아 있다.

그래서 문제는, 이 정도의 결함 때문에 신법 제7조 제1항에 대하

여기도 다시 그 구법규정에 대한 것처럼 한정합헌의 결정을 할 것인가, 아니면 이 정도의 규정내용으로 구법규정에 있던 위헌적 요소는 제거되었다고 보고 그래도 남은 용어의 추상성은 법 적용·집행자의 합헌적·합리적 해석에 맡기기로 하여 단순합헌의 결정을 할 것인가에 있다.

이 문제에 관하여 우리 재판소는 우선 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본적 인권 특히 이른바 “표현의 자유”는 그 어떤 경우에도 부당하게 제한되거나 침해되어서는 아니된다는 기본적 입장에서 있지만, 아래와 같은 이유로 신법 제7조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다고 판단하게 되었다.

첫째로, 구법 제7조 제1항의 가장 큰 위헌적 요소는 법문의 다의성과 적용범위의 광범성 때문에 이를 법문의 문리대로 해석하는 경우 행위자의 행위의 동기나 그 행위가 국가의 존립·안전이나 그 헌법적 기반인 자유민주적 기본질서에 미치는 영향 등을 불문하고 객관적으로 나타난 언행(言行)만을 형식논리의 잣대로 재어서 이 조항을 함부로 적용할 위험성이 있었기 때문인데, 신법 제7조 제1항에서는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적(신·구법 제1조)을 일탈하는 확대해석의 위험은 거의 제거되었다고 볼 수 있다.

더구나 신법은 제2조 “반국가단체”의 정의규정에서 이 법의 적용대상이 되는 반국가단체의 범위를 축소하였고(신·구법 제2조 참조), 또 제1조 제2항에서 “이 법을 해석적용함에 있어서는 제1항의 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 이를 확대해석하거

나 헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니된다.”고 규정함으로써 이 법의 해석·적용에 관한 기준준칙을 신실한 길에 유의할 필요가 있다. 이러한 규정내용은 비단 국가보안법뿐만 아니라 모든 형법법규의 해석·적용에 있어서 법집행자가 의당 지켜야 할 준칙이라 할 것인데도, 신법이 특히 그 제1조에서 이를 천명한 것은 비록 이를 위반한 경우의 벌칙규정은 없다고 하더라도 법집행자의 합헌적인 법해석·적용을 이끌어 내는데 중대한 역할을 할 수 있다고 본다(이와 비슷한 규정이 1958. 12. 26. 법률 제500호로 제정된 구 국가보안법 제2조에 “주의규정”이라는 표제로 규정되어 있다가 1960. 6. 10. 법률 제549호로 국가보안법이 전문개정되면서 삭제되어 그 이후에는 출몰 없던 규정인데, 신법 제1조 제2항에서 다시 신설된 것이다).

둘째로, 신법 제7조 제1항의 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 구성요건도 그 내용이 다소 추상적이어서 불명확하다는 느낌이 들 수도 있다. 그러나 “자유민주적 기본질서”란 무엇을 말하는가에 관하여는 앞서 본 우리 재판소의 결정내용이나 학설, 판례에 의하여 그 개념정립이 되어 있고, “위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 부분도 우리 재판소의 위 결정들의 판시취지에 따라 이를 합법적(특히 이 법의 입법목적)을 규정한 신법 제1조 제1항과 그 해석준칙을 규정한 같은 조 제2항의 규정취지에 따라, 합리적으로 해석한다면 개념의 불명확성은 제거될 수 있다고 본다. 이러한 관점에서 풀이하면, 신법 제7조 제1항은 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악(害惡)을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에만 적용되어야 한

나(이러한 견해는 우리 재판소의 종전 결정들의 주문내용과는 표현상 약간의 차이가 있으나, 그 기본적 견해에 변경이 있는 것은 아니므로 종전의 견해를 변경하는 것은 아니다).

셋째로, 신법 제7조 제1항 후단에 새로이 신설된 “국가변란을 선전·선동한 자”라는 구성요건 중 “변란(變亂)”이라는 개념은 1948. 12. 1. 법률 제10호로 공포, 시행되었던 구 국가보안법에서부터 계속 사용되어 온 용어이고 신법 제2조의 “반국가단체”의 정의규정에서도 사용되고 있는 용어로서 이미 판례에 의하여 그 개념이 상당한 정도로 정립되어 있다. 더구나 이 부분 즉 “국가변란을 선전·선동한 자”라는 구성요건은 같은 항 전단의 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 부분과 연결되어 하나의 구성요건을 이루고 있다고 보여지므로 그 개념의 불명확성은 제거되었다고 볼 수 있다.

넷째로, 신법 제7조 제1항에서도 “구성원”, “활동”, “동조” 등 다의적이고 적용범위가 넓은 개념이 그대로 사용되고 있으나, 구법 규정과는 달리 이들 개념은 모두 같은 항 앞머리의 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건과 결합하여 하나의 구성요건을 이루고 있고 이 주관적 구성요건을 우리 재판소의 위 견해와 같이 제한해석한다면 이들 개념의 다의성과 적용범위의 광범성은 제거된다. 그리고 신법 제7조는 형법상의 내란죄 등 규정의 존재와는 별도로 그 독자적 존재의의가 있는 것이어서 표현의 자유의 필요최소한도의 제한원칙에 반하는 것이 아님은, 앞서 본 우리 재판소의 결정내용에서 이미 밝힌 바 있다.

다음으로, 신법 제7조 제3항 및 제5항에 관하여 보건대, 이 조항들은 모두 같은 조 제1항을 전제로 하는 조항들로서 위에서 본 바와 같이 제1항에서 그 위헌성이 제기된 이상 이들 조항도 그 구법규정이 띠고 있던 위헌성은 제기된 것으로 보여지고 달리 이 조항들 그 자체에 따로 어떤 독립적인 위헌적 요소가 있다고도 볼 수 없다.

그렇다면, 신법 제7조 제1항, 제3항 및 제5항은 재청법원이 주장하는 바와 같이 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하거나 이를 필요 이상으로 지나치게 제한할 위험성이 있다고 할 수 없고 또 최형법정주의에 위배된다고도 할 수 없다.

#### 4. 결 론

따라서 신법 제7조 제1항, 제3항 및 제5항은 모두 헌법에 위반되지 아니한다고 할 것이므로 이에 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 조승형의 아래와 같은 반대의견이 있는 외에는 그 나머지 관여 재판관 전원의 의견일치에 따른 것이다.

#### 5. 재판관 조승형의 반대의견

나는 이 사건 심판대상의 법조항들이 헌법에 위반되지 아니한다는 다수의견에 대하여 다음과 같은 의견으로 이를 반대한다.

가. 이 사건 심판대상 법조항들은 다수의견에서 보는 바와 같이 우리 재판소가 89헌가113 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판사건을 1990. 4. 2. 에 한정합헌임을 선고한 이후에 개정된 바는 있으나, 우리 재판소가 문언해석상 법률명확성의 원칙에 위배된다고 판시한 구 국가보안법 제7조 제1항상의 문언 중 “기타의 방법”, “이롭게 한”에 대하여서만 다수의견이 지적한 바와 같이 개정하였을 뿐 “구

성원”, “활동”, “동조” 등의 문언을 여전히 존치시키고 있는바, 지적한 문언 중 과반수가 넘는 문언에 대하여 입법자가 우리 재판소의 위 결정취지에 따르지 아니하였음을 확인할 수 있다. 비록 변형간섭이지만 단순위헌결정이 아니라는 이유로 입법자가 우리 재판소의 결정취지에 따르지 아니하였다고 가정하더라도 이미 위헌이라고 지적하였던 “구성원”, “활동”, “동조”의 각 문언은 여전히 존치되고 있으므로 우리 재판소로서는 이 3개 문언 부분에 대하여서만은 여전히 그 위헌성을 지적하여야 할 것이다.

그러나 다수의견은 위 3개 문언 부분에 대한 종전 판시내용을 변경하지 않음을 분명히 하면서 종전 판시취지에 반하여 단순합헌이라고 주장하고 있는바, 이 논리는 그 선후가 모순되어 설득력이 없다(변경하지 아니하는 이유로 들고 있는 바는 그 결정의 논리적 내지 현실적 근거가 된 사실에 근본적인 변화가 있었다고 할 수 없다는 데 있으나, 위의 논리상의 모순을 탈피할 수는 없다).

나. 또한 다수의견은 신법 제7조 제1항은 구법 같은 조항과 대비하여 뚜렷한 두가지의 변경이 있었다고 주장하나, 앞에서 본 바와 같이 5개의 문언 중 2개만을 개정했을 뿐인데 이를 두고 어찌 뚜렷한 변경이 있었다고 할 것이며, 새롭게 도입한 “변란”이란 문언마저 문언해석상 법률명확성의 원칙에 위배되고 있는데 즉 위헌성이 새롭게 추가되었는데 어찌 이를 두고 합헌적으로 뚜렷한 변경이 있었다고 할 수 있을 것인가. 이 논리마저 모순됨은 불문가지의 일이다. 또한 다수의견이 아직도 구법 규정이었던 문언의 다의성과 적용범위의 광범성이 남아 있음을 자인하고 있으면서도 입법자가 헌법재판소의 결정에 충분하게 따라오지 아니하는 큰 잘못을 탓하기



는 커녕 이를 두둔하고 나서는 이유가 나뉘어 있는지 이해할 수가 없다. 다만 헌법 규정에 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본 질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 확대해석의 위험이 거의 제거되었다고도 주장하나, 알고 있는 위태성이 명백하지도 않으며, 그 행위가 실질적으로 해악을 끼치지 아니하는 경우나, 반국가단체에 아무런 이득을 주지 못하는 경우에도, 위태롭게 할 수도 있다는 막연한 생각을 가지고, 찬양·고무·선전 또는 동조하거나 국가변란을 선전 선동만 하면, 처벌위험은 여전히 상존한다고 할 것이므로, 위 주관적 요건 이외에 “반국가단체를 위하여”라는 주관적 요건과 “반국가단체에 실질적인 이득을 제공한 때”라는 객관적인 요건을 추가하지 않는 한 위 결정이 지적하는 위헌성을 모면하기는 어렵다고 할 것이다. 따라서 이 부분의 위 다수의견도 부당하다.

다. 따라서 이 사건 심판대상 신법조항들이 여전히 위헌성을 모면할 수 없고 위 종전결정 중 그 결정이 지적하고 있는, 헌법상의 언론·출판·학문·예술 및 양심의 자유를 위축시킬 염려, 형벌과 잉을 초래할 염려, 국가안전보장이나 자유민주적 기본 질서의 수호와는 관계가 없는 경우까지 확대 적용될 만큼 불투명하고 구체성이 결여되어 헌법 제37조 제2항의 한계를 넘은 제한인 점, 법집행자에 의한 자의적 집행을 허용할 소지가 있는 점, 죄형법정주의에 위배된다는 취지의 판시내용은 여전히 이 사건의 경우에도 타당하며 제청법원의 위헌여부에 관한 심판제청 결정이유도 같은 취지이므로 제청법원의 이 사건 제청은 받아들여야 할 것으로 보인다.

라. 따라서, 나는 이 사건 심판대상 법조항들은 모두 헌법에 위

반된다는 의견이므로 다수의견을 반대하는 것이다.

1996. 10. 4.

재판장	재판관	김 용 준
	재판관	김 진 우
	재판관	김 문 희
	재판관	황 도 연
주 심	재판관	이 재 화
	재판관	조 승 형
	재판관	정 경 식
	재판관	고 중 석
	재판관	신 창 언

[별 지]

이 사건 피고인의 공소사실 행위는 위와 같이 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제5항으로 공소제기되었으나 그 해석과 관련하여 직권으로 위 조항들에 대하여 살피건대 위 조항들은 헌법 제12조 제1항 후문의 죄형법정주의와 제37조 제2항 후문의 기본권의 본질적 내용 침해금지 규정 등 헌법규정과 합치하지 아니한다는 의심이 있다.

먼저 우리 헌법은 사상의 자유와 집회·결사의 자유 등 여러가지 표현의 자유를 규정 하고 있는바, 우리의 국가기본질서의 기초인 자유민주주의의 이념은 새삼스럽게 설명할 필요도 없이 자유와 평

등이고, 그것은 개인의 인권과 인격의 존중에 밑바탕을 둔 것으로서 집단보다도 개인에게서 더 높은 인간의 가치를 인정하는 것이다. 그러므로 개인이 집단 또는 반대자의 의사와 상반되는 자신의 의사를 표명할 수 있는 자유는 자유민주주의의 필요적 요건의 하나일 뿐 아니라 그 대표적 징표이기도 하다. 이러한 의사표현의 자유는 개인의 가치표현이라는 측면만이 아니라, 적극적으로 정치적 사결정에 참가할 수 있는 민주적 정치참여의 권리화보라는 측면에서도 필요불가결한 것이다.

그런데 이러한 표현의 자유는 사상의 경쟁이 자유롭게 허용되는 사회에서만 건전하고 실질적으로 보장될 수 있다. 한 시대 또는 한 사회에서의 기존의 진리와 가치는 사상의 자유경쟁과 도전을 거쳐 새로운 진리와 가치로 발전 또는 창조되어 나아가는 것이고, 우리는 이것을 역사의 발전과정으로 인식한다. 이러한 새로운 진리와 가치의 발전과 창조는 때로는 기존의 진리와 가치를 부정하고 극복함으로써 이루어지는 것이므로 기존의 사상·이념에 반한다 하여 무조건 배척하거나 억제할 것이 아니라 무가치하고 유해한 사상과 이념이라고 할지라도 가급적 자유경쟁의 시장에서 비판되고 도태되는 과정을 거치게 함으로써 건전한 국가와 사회체제의 기초가 형성될 수 있는 것이다. 오늘날과 같이 대중매체가 고도로 발달되고 조직화되어 사상의 전달과 형성이 인위적으로 조작가능한 시대에 있어서는 자유방임에 의한 경쟁원리가 그대로 통용되지 않는다는 반론이 없는 것은 아니나, 사상의 경쟁이 자유민주주의 사회의 유지와 발전에 있어서 필요불가결한 요소임은 부정할 수 없다.

그런데 위와 같이 자유민주주의 이념이 표현의 자유를 그 대표적

징표로 삼고 심지어 기존의 사상과 가치체계를 부정하는 사상의 표현에 대해서조차도 관용을 베푸는 것은 사상의 경쟁을 통하여 민주주의 사회의 건전한 보전과 발전을 도모하려는 데에 있는 것이지, 자유민주주의의 결서와 체제 자체를 파괴하려는 행위까지도 관용하려는 것은 물론 아니며, 이러한 행위는 표현의 자유의 한계 밖에 있고 그 한계를 벗어나는 행위의 규제는 자유민주주의 자체의 방어를 위하여 당연하다고 할 것이나 기존 질서의 이념과 가치를 부정하거나 이와 상반되는 사상·의견을 표명한다는 것은 기존질서측에서 볼 때에는 매우 불쾌한 공격임에는 틀림없으나, 그것이 자유민주주의 체제의 폐지·전복을 유도·선동하는 행위의 일환으로 즉 대한민국의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 파괴할 "구체적이고 가능한 위협"이 있는 표현행위라는 등의 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 사상·의견에 대해서도 표현의 자유를 허용하는 것이 바로 자유민주주의의 존재이유인 것이다.

민주주의 사회는 그 구성원들의 다양한 사상, 다양한 생활방식 즉 다원성이 보장되는 사회로서 우리 헌법 또한 국민들의 사상의 자유, 양심의 자유 등을 규정하고 있고 민주주의의 제도적 보장이 라고 할 수 있는 표현의 자유의 우월적 지위는 널리 인식되고 있는 바이며 표현의 자유는 민주정치의 필수불가결하고도 전제가 되는 것으로 표현의 자유가 보장되지 않는 국가는 민주정치국가라 할 수 없으며 이와 같은 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 의사표현 행위를 처벌하기 위해

서는 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 한다는 명백하고도 현존하는 위험의 원칙 외에도 사전억제규제의 이론, 표현의 자유를 제약하는 입법의 합헌성추정의 배제원칙, 막연하기 때문에 무효의 이론, 필요최소한도의 규제수단의 선택에 관한 원칙, 비교형량의 원칙과 이중기준의 원칙 등이 발견되어 오고 있는 것이므로 국민의 사상과 신념의 자유, 이를 표현하는 자유는 그 제한에 있어서 위 여러 원칙에 합당하게 이루어져야 한다고 보인다. 이에 따라 헌법 제37조 제2항 후문에서 규정하고 있는 기본권의 본질적 내용의 침해금지 규정의 적용에 있어서도 그 대상이 표현의 자유라면 보다 엄격하게 그 제한법률을 규정하고 해석하여야 할 것이다.

그런데 국가보안법 제7조 제1항에서는 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 정을 알면서도 국가변란을 선전·선동하는 자를 처벌하고, 제3항에서는 제1항의 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자에 대한 처벌규정을 두고 또한 제5항에서는 그러한 행위를 할 목적으로 문서 등 표현물을 제작하거나 소지하는 등의 행위를 처벌할 것을 규정하고 있는바, 이는 이른바 표현범죄에 대한 반국가활동성을 처벌하는 것으로서 위에서 살펴본 바와 같은 엄격한 기준에 이르러야 표현의 자유의 본질적 내용을 침해할 위험성이 없다고 할 것이나, 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알고 국가변란을 선전하는 자를 처벌하도록 규정되어 있어 그 해석이나 적용에 있어서

표현의 자유의 본질적 내용을 침해할 위험성이 내포되어 있다고 보인다. 즉 기존의 체제를 비판하거나 반대하는 사상을 인식하고 이를 표현하는 행위라면 위 조항을 문리적으로 해석할 때 처벌하도록 되어 있어 국민의 사상의 다양성을 사전에 봉쇄할 수도 있는 것이다.

이 사건을 살펴보면 피고인은 대우정밀의 한 노동자로서 우리 사회 현실의 문제점을 나름대로 인식하고 보다 나은 사회가 되려면 어떻게 하여야 할 것인가에 관해 고민하고 비슷한 생각을 가진 다른 사람들과 정기적이며 조직적인 모임을 가지며 토론하고 '노동자연대'라는 같은 성향의 정치신문을 읽어 본 것으로서 비록 그 목표로 주장하는 바가 기존의 체제와는 상반되는 노동자당을 건설하고 노동자들이 지배계급이 되는 사회를 이상으로 보고 있으나, 피고인은 현재의 북한사회도 노동자들의 혁명이 필요한 왜곡된 사회라고 비판하고 있으며 비록 목표달성을 위한 현재 가능한 수단으로서 과격한 방법을 내세우고 있으나 피고인이 자신의 생각을 실현시키기 위해서 혁명의 구체적 실현을 준비하거나 그를 위하여 폭력 등을 행사한 사실이 없고, 자신들이 가지는 생각들에 관하여 서로 토론을 거듭한 순수이념단체적인 성격도 가진다고 할 것이므로 위와 같은 표현내용이 우리에게 당혹스러운 느낌을 주는 것은 사실이나 그것은 이러한 종류의 표현이 북한이 종전에 퍼온 간접침략정책에 의한 선전내용과 흡사하여 그 동안 국가안전보장을 이유로 철저히 금지되어 온 것이어서, 그 내용의 실제적 위험성보다도 금지된 표현물이 갖는 상징적 위험성이 더 강하게 느껴지기 때문이라고 보이나 피고인이 참여한 모임은 북한도 비판하고 있는 점에서 위와

같은 상징적 위험성도 약하다고 할 것이다. 피고인의 위와 같은 사상과 표현물도 사상의 경쟁시장에 상장되면 그 허구성과 무가치한 실체가 드러나서 저절로 스러져 버릴 표현물이라고 할지라도 이를 급기시함으로써 상징적 위험성을 지나치게 만드는 것이므로, 이 사건 표현물의 내용이 기존의 이념과 가치를 부정하고 공격하는 내용이어서 당장은 당혹스럽고 불쾌한 것이라고 하더라도, 이를 과감하게 허용, 피고인이 주장하는 노동자당의 결성 등도 허용하여 현실에서의 사상의 경쟁을 거쳐 현실정치의 상황에 순응하게 함으로써 그 상징적 위험성을 제거하는 것이 자유민주주의 체제의 정도라고 보인다.

국민의 지지와 정당성을 갖추고 문민정부가 출범한 이래 대한민국의 자유민주적 기본질서에 기초한 현재의 체제에 대한 우월성을 바탕으로 과거와 달리 북한과의 교류와 협력을 넓히면서 사상의 다양성을 폭넓게 수용, 세계화를 향하여 나아가고 있는 현재의 시대의 변화에 비추어서도 지금은 과거와 달리 사상의 포용성을 한층 더 높여도 대한민국의 존립이나 안전이 위협받지 않으리라고 보이며, 서구의 여러 선진 민주주의 국가들의 경우를 보더라도 사회당이나 공산당이 합법적으로 활동하고 있음을 알 수 있으므로 세계화를 향한 현 시점에서 이러한 사정 또한 참작되어야 할 것이다.

그러므로 위와 같이 피고인이 국가체제에 비판적 사상을 가졌다는 행위를 국가존립 등을 위태롭게 한다는 정을 알면서 국가변란을 선전하는 것으로 보아 처벌하는 국가보안법 제7조 제1항은 표현의 자유의 제한의 엄격성의 기준에 철저히 못하며 다음에서 보는 바와 같이 죄형법정주의에도 철저히 못한 점이 있어 헌법 제37조

제2항 후문의 본질적 내용의 침해가능성의 소지가 있다고 보인다.

헌법 제12조 제1항 후문은 이른바 죄형법정주의를 규정한 것으로서 죄형법정주의에서 말하는 법률은 국민이 처벌가능성을 예측할 수 있을 정도로 구체적이고 명확하게 규정되어야 하고 지나치게 포괄적이고 애매하거나 막연하고 불명확한 처벌법규는 자의적인 행정권의 행사에 의한 국민의 기본권 침해의 여지를 가지게 되기 때문에 삼권분립 내지 법치주의 이념과 죄형법정주의 원칙에 어긋나는 위헌의 법률이라고 할 것인데, 구 국가보안법 제7조 제1항, 제5항에 대하여는 이미 헌법재판소에서 제1항의 '구성원', '활동', '동조' 등의 용어가 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 광범위하여 문언을 그대로 해석적용한다면 헌법상의 언론·출판·학문·예술의 자유 및 양심의 자유를 침해할 가능성이 있고 법운영 당국에 의한 자의적 집행이 가능하여 법치주의원리에 반하고 법의 집행을 받는 자에 대한 평등권 침해가 되며 헌법 전문 및 헌법 제4조의 평화적 통일지향의 규정에 양립하기 어려운 문제가 생길 수 있으나 그 소정행위에 의하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 '실질적 해악을 줄 명백한 위험성'이 있는 경우에 적용되는 것으로 해석하여야 한다고 위 조항의 위헌의 소지가 있음을 밝힌 바 있고 이에 따라 국가보안법의 위 규정이 현행과 같이 개정되어 제7조 제1항에는 '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서'란 모두의 요건이 추가되었고, "기타의 방법으로", "이롭게 한"이라는 부분은 삭제되면서 구법 같은 조 제2항의 국외공산계열에 관한 조항이 삭제되고 대신 제1항에 "국가변란을 선전·선동하는"을 추가하는 것으로 바뀐 바 있다. 그런데

개정조항들이 헌법제관소의 결성취지를 어느정도 수용한 번은 있으나 여전히 “구성원”, “활동”, “동조” 등의 용어가 남아 있어 기왕에 논의되었던 위헌의 시비를 아직까지도 불식하지 못하고 있고, ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서’란 모두의 주관적 구성요건으로 기왕의 위헌의 소지를 줄이려고 하고 있으나 이는 행위자의 내심에 관한 사항을 규정하는 것으로서 이를 인정하는 기준이 불명확할 뿐 아니라 어떠한 행위가 행위자의 내심의 의사를 어떻게 평가하는가에 따라 범위가 되기도 하고 안되기도 하며 무엇이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 것인지 아무런 내용이 규정되어 있지 않아 여전히 그 해석의 기준이 불명확함에 따르는 해석기관의 자의에 따른 적용이 가능하다는 우려를 가지고 있다.

또한 ‘국가변란’이라는 개념도 그 의미나 내용이 명확하지 아니할 뿐 아니라 단순히 ‘국가변란’이라고만 정의하고 있는데 형법상의 내란죄의 경우 ‘폭동할 것’이라는 보다 명확한 개념을 구성요건으로 두고 있음에도 같은 법 제91조에 국헌문란에 대한 자세한 정의규정을 별도로 두고 있는 것과 비교하여 보아도 ‘국가변란’이 형법상 규정된 국헌문란과 어떠한 차이가 있는지 불분명하다고 할 것이고, 국가변란을 목적으로 폭동하는 등의 행위는 그 행위가 가지는 구체적이고 가능한 위험성을 가려내어 형법에 규정된 내란죄의 각 구성요건에 맞추어 처벌하는 것이 가능할 뿐 아니라 타당하다고 보이며 그 처벌도 가법지 아니하여 국가보안법의 위 제규정들은 형법규정과 중복되는 점도 있다고 보이므로 표현의 자유의 필요최소한도의 제한원칙과도 부합되지 아니하는 점이 있어 그 필요성에서

도 어느 정도 의문이 있다고 할 것이다.

위에서 살펴본 바와 같이 이 사건 재판의 전제가 되는 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제5항은 헌법상의 죄형법정주의와 표현의 자유의 우월적 보장, 기본권의 본질적 침해금지 규정 등에 합치하지 아니하는 의심이 있다.

인원	자	89
	로	1
	시	3/19

재판장    재판관    변 정 수  
           재판관    김 진 우  
           재판관    김 양 균

### 國家保安法 第 7 條에 대한 違憲審判

(1990. 4. 2. 89 헌가 113)  
(全 員 裁 判 部)

#### 【판시사항】

1. 多義的이고 廣範性이 인정되는 法律과 罪刑法定主義
2. 合憲的 解釋의 要件
3. 國家保安法 第 7 條 第 1 項 및 第 5 項(1980. 12. 31. 法律 第 3318號)의 違憲與否
4. 國家의 存立·安全을 위태롭게 한다는 것의 意味
5. 自由民主的 基本秩序에 危害를 준다는 것의 意味

#### 【결정요지】

1. 違憲法律審判의 對象이 된 法律에 있어서 法文의 內容이 多義的이고 그 適用範圍에 있어서 과도한 廣範性이 인정된다면 法治主義와 罪刑法定主義에 違背되어 違憲의 素地가 있다.

2. 어떤 法律의 概念이 多義的이고 그 語意의 테두리 안에서 여러가지 解釋이 가능할 때, 憲法을 最高法規로 하는 統一的인 法秩序의 形成을 위하여 憲法에 合致되는 解釋 즉 合憲的인 解釋을 택하여야 하며, 이에 의하여 違憲的인 結果가 될 解釋을 배제하면서 合憲的이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 憲法의 一般法理이다.

3. 國家保安法 第 7 條 第 1 項 및 第 5 項의 規定은 각 그 所定의 行爲가 國家의 存立·安全을 위태롭게 하거나 自由民主的

基本秩序에 危害를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 縮小適用 되는 것으로 解釋한다면 憲法에 違反되지 아니한다.

4. 國家의 存立·安全을 위태롭게 한다 함은 大韓民國의 獨立을 위협·침해하고 領土를 침략하며 憲法과 法律의 機能 및 憲法機關을 파괴·마비시키는 것으로 外形的인 赤化工作 등을 일컫는다.

5. 自由民主的 基本秩序에 危害를 준다 함은 모든 暴力的 支配와 恣意的 支配 즉 反國家團體의 一人獨裁 내지 一黨獨裁를 배제하고 多數의 意思에 의한 國民의 自治, 自由·平等의 基本原則에 의한 法治主義的 統治秩序의 유지를 어렵게 만드는 것으로서 구체적으로는 基本的人權의 尊重, 權力分立, 議會制度, 複數政黨制度, 選舉制度, 私有財產과 市場經濟를 골간으로 한 經濟秩序 및 司法權의 獨立等 우리의 內部體裁를 파괴·변혁시키려는 것이다.

재판관 변경수의 反對意見

1. 國家保安法 第7條 第1項 및 第5項은 너무 막연하고 불명확하여 罪刑法定主義에 위반되고 또한 表現行爲가 大韓民國에 명백한 현실적인 위험이 있거나 없거나를 가리지 아니하고 다만 反國家團體에 이रो울 수 있다는 이유만으로 무조건 表現行爲를 제한하고 處罰對象으로 삼고 있다는 점에서 表現의 自由의 本質的 內容을 침해하는 명백한 違憲法律이다.

2. 國家保安法은 北韓을 反國家團體로 규정짓고 있을 뿐만 아니라 특히 第7條 第1項 및 第5項은 反國家團體인 北韓에게 이로운 것은 곧 大韓民國에 해롭다는 相互排他的인 敵對關係의 論理를 강요하고 있어 憲法의 平和統一條項에 정면으로 위반

된다.

1990. 4. 2.

3. 決定主文의 “大韓民國의 安全存立을 危殆롭게 하거나 自由民主的 基本秩序에 危害를 줄 경우”라는 表現 역시 매우 애매 모호한 것이어서, 그렇지 않아도 不明確하고 廣範圍한 構成要件에다 또다시 불명확한 構成要件을 보태는 것이 되어 과연 身體의 自由나 表現의 自由保障을 위하여 어느 정도의 효과가 있을 것인지 의문이다. 위 法律條項들의 違憲性을 인정하였으면 憲法裁判所로서는 마땅히 違憲을 宣言하여야 한다.

4. 主文과 같은 형태의 이른바 限定合憲決定 또는 變形決定이 우리 法制上 허용되지도 않을 뿐더러 위 法律條項들처럼 그 違憲性이 너무도 뚜렷한 法律을 아무리 主文과 같이 한정적으로 制限解釋하여 合憲決定을 내린다 하여 그 違憲性이 治癒되는 것도 아니다.

제청법원 마산지방법원 충무지원(1989. 11. 10. 89 초 308 위헌제청신청)  
제청신청인 장 대 현 외 2인  
대리인 변호사 이 흥 록

[참조조문]

憲法 前文, 第4條, 第8條 第4項, 第11條, 第12條 第1項, 第19條, 第21條 第1項, 第22條 第1項, 第37條 第2項  
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이상 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 關하여 虛偽事實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 各項에 정한 刑에 處한다.

⑥~⑦ 생략.

舊 國家保安法(1960.6.10. 法律 第549號로 全文改正되기 前의 것) 第2條 (注意規定) 本法은 憲法이 保障한 國民의 權利, 自由와 密接한 關聯이 있으므로 本法을 適用하고 解釋함에 있어서는 國民이 享有하는 모든 權利와 自由가 不當하게 制限되는 일이 없도록 特히 注意하여야 한다.

[주 문]

국가보안법 제 7조 제 1항 및 제 5항(1980.12.31. 법률 제3318호)은 각 그 소정 행위가 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

제청신청인들은 1989.10.10. 이 사건 제청법원인 마산지방법원 충무지원에 국가보안법 위반 등의 죄로 기소되었는데(위 지원 89고단 625 사건) 그 기소된 내용중 국가보안법 위반의 점의 요지는 제청신청인들이 반국가단체를 이롭게 할 목적으로 도서 및 표현물을 소지하고 이를 반포하였는 바 이는 국가보안법 제 7조 제 5항, 제 1항의 죄에 해당한다는 것이다.

제청법원은 제청신청인들의 제청신청에 따라 1989.11.10. 헌

법재판소에 위 89고단 625사건 재판의 전제가 되는 국가보안법 제 7조 제 1항 및 제 5항의 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 위헌법률심판의 대상이 되는 법률은 국가보안법 제 7조 제 1항 및 제 5항으로서 그 내용은 다음과 같다.

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

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

2. 위헌심판 제청이유와 관계인의 의견

가. 제청법원의 제청이유 요지는 헌법 제12조 제 1항 후문 후단은 이른바 죄형법정주의를 규정한 것으로서 죄형법정주의에서 말하는 법률은 국민이 처벌가능성을 예측할 수 있을 정도로 구체적이고 명확하게 규정되어야 하고 지나치게 포괄적이고 애매하거나 막연하고 불명확한 처벌법규는 자의적인 행정권의 행사에 의한 국민의 기본권 침해의 여지를 가지게 되기 때문에 삼권분립 내지 법치주의의 이념과 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 위헌의 법률이고, 헌법 제37조 제 2항 소정의 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률도 제한되는 국민의 행위 내지 기본권의 내용을 구체적으로 적시할 것을 요하며 기본권 일반을 제한한다는 형식의 입법은 위헌이라고 할 것인데 국가보안법 제 7조 제 1항 및 제 5항은 반국가단체를 어떠한 방법으로든지 이롭게 한 자를 모두 처벌할 수 있다는 지나치게 포괄적이고 막



연한 규정이므로 헌법 제12조 제1항과 제37조 제2항 전문의 규정에 위반되고 그 결과 국민의 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 우려가 있어 위와 같은 본질적 내용의 침해금지규정 헌법 제37조 제2항 후문의 규정에도 위반된다는 의문이 있다는 취지이다.

나. 제청신청인의 의견은 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항 소정 범죄의 구성요건인 “반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자”, “찬양”, “고무”, “동조”, “기타의 방법”, “이롭게” 등의 개념은 포괄적이고 애매하여 불명확하므로 위 각 법 조항은 헌법상의 죄형법정주의에 위반하여 무효이다라는 것이다.

#### 다. 법무부장관의 의견

(1) 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 규정이 지나치게 포괄적이고 막연하다는 제청이유에 대하여는 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률이 구체성과 명확성을 갖추어야 한다는 점에 관하여는 별다른 이론이 없으나 이는 형사처벌법규에 있어서 법관이나 법률학자들의 법해석이 필요없을 정도로 구성요건이 구체적이어야 한다는 의미는 아니며 사회평균인의 입장에서 합리적으로 판단할 때 그 구성요건이 무엇을 금지하고 있는지를 알 수 있을 정도로 특정되어 있으면 족할 것으로 의견상 용어가 추상적인 것처럼 보이더라도 헌법정신에 맞도록 해석되는 경우에는 그것을 가지고 구체성과 명확성을 결여하였다고 할 수는 없는 것인 바, 국가보안법 제7조 제1항과 제5항의 규정은 이러한 견지에서 특정되어 있다고 할 수 있으며, 더욱이 판례와 학설에 의하여 국가보안법 제7조에서 사용된 개념들의 구체적인 의미와 내용이 명확히 정립되어 있으므로 국

가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 규정이 지나치게 포괄적이고 막연한 것이라고는 할 수 없다는 취지이다.

(2) 국민의 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 우려가 있다는 제청이유에 대하여는 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 구체성과 명확성을 갖추었으므로 위 각 조항이 지나치게 포괄적이고 막연하여 기본권의 본질적 내용을 침해할 우려가 있다고는 할 수 없을 뿐만 아니라 반국가단체의 활동을 찬양·고무·동조하거나 이를 목적으로 이적 표현물을 제작·반포하는 등의 행위는 국가안보에 실질적 해악을 초래할 수 있는 명백하고도 현존하는 위험이 있으므로 위와 같은 행위를 처벌하는 것이 표현의 자유의 본질적 내용 침해라고는 할 수 없고 대부분의 국가도 이와 같이 국가안보를 위하여 표현의 자유를 제한하는 법률을 가지고 있으며, 한편 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 내면적인 자유로서의 학문연구나 순수한 예술창작 자체를 제한하는 법률이 아니므로 학문·예술의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것도 아니라는 것이다.

#### 3. 판 단

가. 먼저 국가보안법 제7조 제1항에 관하여 본다.

여기에서 “반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다”고 규정하고 있다.

우선 위 조문의 문제점들을 차례로 살펴보기로 한다.

먼저 문제될 것은 단순히 반국가단체의 “구성원”의 활동에 대하여 찬양·고무 또는 이에 동조하였으면 동조 제1항 소정의 범죄구성요건에 해당되도록 규정한 것인데 문자 그대로 보면

반국가단체의 간부나 지도적 임무에 종사하는 자나 반국가단체의 통치이념의 추종자가 아닌 단순한 구성원 즉 북한집단의 주민이면 모두 포함되게 되어 있는 점이다. 따라서 어느 북한 어린이를 두고 노래를 잘한다는 말을 하는 경우까지도 동 조항의 찬양·고무죄의 구성요건에 해당될 여지가 있다. 여기에다가 “활동” 역시 어떠한 제한도 가하고 있지 아니하다. 문리해석을 하면 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 정치·군사·경제·사회·문화·체육 등 모든 분야의 활동을 포괄하는 것일 수 밖에 없으며 대한민국의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 수 있는 활동이 아닌 것까지도 미치게 될 광범위한 개념이다. 예를 들면 어느 북한학자의 학문적 업적에 대한 높은 평가진술, 체육인의 기량이나 예술인의 예술활동을 찬양하는 경우라도 문언대로라면 당연히 본 찬양·고무 등 죄(이하 찬양·고무죄라 한다)가 성립될 여지가 있다.

다음 “동조” 부분에 관하여 보면 문리대로 한다면 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동에 동조하는 것만으로 범죄가 성립되게 되어 있으므로 북한집단의 주장과 일치하기만 하면 그 내용에 관계없이 그 의사발표의 동기를 불문하고 모두 처벌받을 위험이 있는 포괄성을 띠고 있다. 예를 들면 북한축이 남북문화교류 제의를 하였을 때나 국제경기에 남북단일팀 출전 제의를 하였을 때에도 이에 찬의만 표해도 구성요건에 해당될 만큼 광범위하다. 나아가 “기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게”하는 부분 또한 문제가 있는 것이라 하겠다. 국가보안법 제 7조의 조문표제가 “이적”으로가 아니라 “찬양·고무 등”으로 되어 있고, 또 “기타의 방법” 이하가 조문전단의 “...의 활동”에 직접 연결되기 어려우며 그 자체로서 독립

절을 구성하고 있는 점으로 미루어(이 점이 다른 법조의 “기타” 운운과 차이라고 할 것이다) 찬양죄, 고무죄, 동조죄 그리고 이적죄 등 네가지로 분화되어 있는 데다가 지금까지의 판례의 경향을 함께 종합하면, 반국가단체의 활동의 찬양·고무 또는 이에 버금가는 방법이라기 보다는, 반국가단체의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하는 방법이 아닌 다른 모든 방법으로 반국가단체를 이롭게 하는 행위를 가리키는 것으로 보여진다. 따라서 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서는 행위유형을 정형화할 해석의 합리적 기준을 찾기 어려운 개념이며 구성요건의 내포와 외연이 미치는 한계를 가리기 어려운 광범성을 지닌 것임에 틀림없다.

기타의 방법이하의 부분인 반국가단체를 “이롭게 한” 행위는 군사·정치·경제·사회·문화·체육 등 어떠한 영역에서든 이롭게 하는 행위라면 모두 포함된다. 대한민국과 반국가단체인 북한집단과는 적대관계가 지속되어 왔음에 비추어 대한민국정부에 해가 되는 경우라면 반사적으로 북한집단을 이롭게 하는 행위가 될 수 밖에 없다. 제 7조 제 1항의 찬양·고무죄가 목적범이나 의욕범이 아니고 고의범으로서 반국가단체를 이롭게 한다는 것을 인식하거나 또는 이익이 될 수 있다는 미필적 인식만 있으면 그 구성요건에 해당하도록 되어 있으므로, 그 의도가 어디에 있건 정부에 신랄한 비판이면 결국 여기의 “기타의 방법으로 이롭게 한” 경우에 건강부회를 시킬 여지가 있다. 이렇듯 제 7조 제 1항의 찬양·고무죄는 “구성원”, “활동”, “동조”, “기타의 방법”, “이롭게 한” 등 무려 다섯 군데의 용어가 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 광범위하다.

그러나 이와 같은 문언해석 그대로의 내용이 국가보안법 제 7

조 제 1항의 제도 본지일 것으로는 결코 보여지지 않으며, 문언을 그대로 해석·운영한다면 다음과 같은 문제가 생긴다.

첫째로 만일 문리 그대로 해석·운영한다면 헌법상의 언론·출판, 학문·예술의 자유를 위축시킬 염려가 있다. 북한을 반국가단체로 보는 한 북한집단 자체 뿐 아니라 그 구성원인 주민의 모든 분야의 활동도 찬양·고무해서는 아니되며, 북한집단이나 그 주민의 주장과 일치되는 언동을 하여서는 아니되고 그밖의 북한집단에 이롭게 된다는 인식하에 북한집단에 대해 일체 긍정적인 평가활동을 하여서는 안된다. 그 언동의 동기나 의도 혹은 그 내용은 묻지 않으며, 그 내용이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 명백한 위협을 줄 정도의 것이든 아니든 막론하고 금지되고 이를 어기면 형사처벌 받게 되는 형벌과잉을 초래할 염려가 있다. 개인적으로는 자기가 행한 행위가 헌법상 보장된다고 생각되어도 그것이 법률의 문언상 규제 대상에 포함될 수 있기 때문에 북한문제에 관한 한 비난 빼고는 하고 싶은말, 쓰고 싶은 글, 그리고 학술적 활동이나 예술 활동이 일체 금기가 될 소지가 생길 것이며 북한의 남침정책이나 대한민국의 체제전복과 관계가 없는 무해한 표현행위라 하더라도 안심하고 자기 의사의 창달이 힘들게 된다. 다시 말하면 국가의 존립·안전의 법익 수호의 목적도 달함이 없이 국민의 표현의 자유만 위협하고 위축시킬 경우가 나타날 것이다. 헌법 제37조 제 2항은 국민의 모든 자유와 권리는 질서유지 또는 공공복리 이외 국가안전보장을 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하였다. 따라서 국가의 안전보장의 희생위에 언론·출판의 자유, 학문·예술의 자유가 보장될 수는 없지만, 국가안전보장과 관계없는 경우에는 그것이 북한

집단이나 그 구성원인 주민에 관한 것이라 하여도 그와 같은 자유를 보장하는 것이 헌법이다. 국가는 헌법이 수호하려는 최고의 가치인 자유민주적 기본질서(헌법 전문, 제4조, 제8조 제4항)를 전복하려는 언동 등에 대하여는 단호히 대처를 할 수 밖에 없지만, 그와 무관한 경우에는 개인이 갖는 기본적 인권을 최대한 보장할 의무를 지는 것이다. 따라서 국가보안법 제7조 제 1항이 국가안전보장이거나 자유민주적 기본질서의 수호에 관계 없는 경우까지 확대적용될 만큼 불투명하고 구체성이 결여되어 있다는 것은 분명히 헌법 제37조 제 2항을 어겨 헌법 제21조 제 1항의 언론·출판의 자유와 헌법 제22조 제 1항의 학문·예술의 자유를 침해할 개연성 나아가 그와 같은 자유의 전제가 되는 헌법 제19조의 양심의 자유의 침해가능성을 남기는 것이다.

둘째로 문리 그대로 적용범위가 과도하게 광범위하고 다의적인 것이 되면 법운영 당국에 의한 자의적(恣意的) 집행이 허용할 소지가 생길 것이다. 차별적으로 법을 집행하는 이른바 선별집행이 가능할 수 있다. 법규의 문언대로 확대적용하느냐 한정적으로 축소적용하느냐는 법운영 당국의 재량의 여지가 있으므로 사람에게 따라서는 법규의 문언 그대로 적용하여 합헌적인 행위까지도 처벌하여 기본적 인권을 침해할 수 있는가 하면, 그 운영당국은 가능한 한의 축소해석을 통해 위헌성을 떠는 행위마저 처벌을 면제시킬 수 있다. 다시 말하면 법운영 당국으로서 가장 경계하여야 할 편의적·자의적 법운영이 가능할 수 있다. 특히 국가권력과 통치자에 대한 비판이 우연히 북한집단의 주장과 맥을 같이 하는 바가 있으면 여기의 찬양·고무죄의 적용범위에 포함될 수 있으며 정부의 정책 비판이라도 북한측이 원용하여 선전수단으로 삼을 수 있다는 인식만 있었다면 이적