

## 2. 국가보안법상 찬양·고무죄 사건

〈헌재 1990. 4. 2. 89헌가113 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판, 판례집 2, 49〉

### 가. 사건의 배경

이 사건은 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 반국가단체 찬양 고무, 이적표현물제작 등에 대한 처벌규정이 국가의 존립 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용되는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 한정합헌결정을 한 사안이다.

국가보안법은 남북한의 대치상황에서 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 자유를 확보하기 위한 목적에서 제정되었으나 그 규정 내용이 불명확하고 광범위하여 남용의 소지가 없지 않았던 것으로 지적되던 법률이었다. 특히 동법 제7조 제1항은 “반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.”고 하고, 동조 제5항은 “제1항 내지 제4항의 행위를 할 목적으로 문서도화 기타의 표현물을 제작수입 복사소지 운반반포판매 또는 취득한 자는 그 각 항에 정한 형에 처한다.”고 규정하여 다소 불명확한 개념을 사용하여 표현활동을 광범위하게 규율하고 있었다.

제청신청인들은 반국가단체를 이롭게 할 목적으로 도서 및 표현물을 소지하고 이를 반포하였다는 이유로 마산지방법원 총무지원에 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 죄로 기소되어 재판을 받으면서 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였고, 동법원이 이를 받아 들여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.

### 나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 다음과 같이 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 일부 개념이 불명확한 사실을 인정하면서 위 조항은 그 소정의 행위가 국가의 존립 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다.

국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 개념들, 즉 ‘구성원’, ‘활동’, ‘동조’, ‘기타의 방법’, ‘이롭게 한’ 등의 개념은 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. 이같은 불명확한 개념을 문리 그대로 해석 운용한다면, 국가의 존립 안전이라는 법익 수호의 목적도 달함이 없이 국민의 표현의 자유만 위협하고 위축시키게 되고 또한 법운영 당국에 의한 자의적 집행을 허용하게 될 것이기 때문에 언론출판의 자유와 학문예술의 자유를 침해하고 법치주의와 죄형법정주의에도 저촉된다. 또한 그 처벌범위가 지나치게 광범위하기 때문에 자유민주적 기본질서에 입각한 통일정책의 추구나 단순한 동포애의 발휘에 지나지 않을 경우라도 그 문언상으로는 북한의 활동에 동조하거나 북한을 이롭게 하는 것이 된다는 해석으로 처벌될 위험이 있는바, 이는 헌법전문에 ‘평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고’의 부분과 헌법 제4조의 평화적 통일지향

의 규정과도 양립하기 어렵다.

그러나 이들 조항은 다의성 때문에 위헌문제가 생길 수 있다고 하여 전면위헌으로 완전 폐기되어야 할 규정으로는 볼 수 없다. 즉 어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러 가지 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 법리인바, 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 각 그 소정행위가 국가의 존립 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우에만 축소적용되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 아니한다.

이 경우 국가의 존립 안전을 위태롭게 한다 함은 대한민국의 독립을 위협 침해하고 영토를 침략하여 헌법과 법률의 기능 및 헌법기관을 파괴 마비시키는 것으로 외형적인 적화 공작 등일 것이며, 자유민주적 기본질서에 위해를 준다 함은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치와 자유평등의 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 있다.

이에 대하여 변정수 재판관은 위 법률조항들처럼 그 위헌성이 명백한 법률을 아무리 주문과 같이 한정적으로 제한하여 합헌결정을 내린다 하더라도 그 위헌성이 치유되는 것이 아니기 때문에 단순위헌결정을 내려야 한다는 반대의견을 제시하였다.

#### 다. 사후경과

이 결정은 사회적으로 상당한 반향을 불러 일으켰다. 언론은 “그동안 국가보안법 제7조의 찬양 고무죄는 개념이 모호하고 처벌범위가 지나치게 넓어 악용소지가 많은 대표적 독소조항이라는 비판이 많았었다. 헌법재판소의 결정은 바로 이러한 비판을 상당부분 수용한 것이라고 할 수 있다.”(조선일보 1990. 4. 3.), “이 결정에는 순수하게 법률적 측면에서 보면 위헌이지만 아직도 계속되고 있는 남북대치상황 등 국가적 현실을 고려, 전면위헌으로 결정했을 때의 엄청난 국가적 불이익을 막아야 한다는 고려가 담겨 있다.”(한국일보 1990. 4. 3.), “구시대 악법의 전형으로 지목되고 있는 고무 찬양 등 이적행위를 아직도 방치하고 있는 입법부는 이번 결정을 통해 뼈아픈 반성이 있어야 한다.”(동아일보 1990. 4. 3.)는 등으로 큰 관심을 표명하고 법개정을 촉구하기도 하였다.

학계에서는 위헌결정을 하는 것이 가장 논리적인 귀결이라고 판단되지만, 정치적인 고려 때문에 그것이 어려웠다면 적어도 입법권자가 합헌적인 방향으로 개정할 때까지 헌법재판소가 제시하는 제한적인 해석의 범위내에서 한시적으로만 유효하다는 결정을 하는 것이 차선책이었다는 견해가 발표되기도 하였다(허영, 국가보안법 제7조의 위헌여부, 법률신문 1990. 4. 30.).

그런데 이러한 헌법재판소의 한정합헌 결정의 취지는 법원과 소추기관에게 제대로 전달되지 못한 측면이 있었다. 대법원은 이 결정 이후에도 여러 국가보안법위반 사건에 관한 판결에서 단순히 헌법재판소의 위 결정 주문상의 문구만을 삽입한 채 헌법재판소 결정 이전의 종래의 대법원 판례들을 변경함이 없이 원용한 예가 많았던 것이다(대법원 1990. 6. 8. 선고, 90도646; 1990. 7. 24. 선고, 90도1161 판결 등).

이 결정 이후 국회는 1991년 5월 31일 법률 제4373호로 문제된 국가보안법 제7조를 개정하였다. 즉 같은 조 제1항의 앞부분에 헌법재판소가 제시한 바대로 '국가의 존립 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서'라는 문구를 새로 삽입하고, 제1항 후단의 '기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자'라는 부분을 삭제하는 대신 '국가변란을 선전 선동한 자'라는 부분을 삽입하였다.

한편 이렇게 국가보안법이 개정된 이후에도 여전히 불명확성이 존재한다는 이유로 같은 조항에 대하여 위헌법률심판과 헌법소원이 제기되었는데 헌법재판소는 신법에도 구법 규정의 결함이었던 법문의 다의성과 적용범위의 광범성이 조금은 남아 있지만 '국가의 존립 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서'라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적에 일탈하는 확대해석의 위험은 거의 제거되었고, '구성원', '활동', '동조' 등 다의적이고 적용범위가 광범위한 일부 개념도 위와 같이 신설된 주관적 구성요건과 결합하여 하나의 구성요건을 이루고 있고 이 주관적 구성요건을 헌법재판소가 위 결정 등에서 판시한 견해와 같이 제한해석한다면 이들 개념의 다의성과 적용범위의 광범성은 제거되기 때문에 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하거나 죄형법정주의에 위배된다고 할 수 없다고 하면서 단순합헌결정을 하였다(헌재 1996. 10. 4. 95헌가2; 1997. 1. 16. 92헌바6 등).