

刑法의 解釋과 憲法の 效力

崔 大 權*

1.

上級審判決의 生命 특히 憲法裁判所決定의 生命은 그 結論을 合理的인 法的 根據 위에 세우는 것이라고 믿는다.⁽¹⁾ 소위 “感”으로 옳은 結論이더라도 그것이 合理的인 根據 위에 세운 것이 아니면 그것은 上級審判決이나 憲法裁判所決定에 값하지 못한다고 생각한다. 그것은 即決審 또는 略式 判決과 다름없기 때문이다. 그리고 그러한 判決이나 決定이라면 심지어는 法學教育과 訓練을 받지 아니한 사람도 할 수 있다. 憲法裁判所に 提起되어 있는 憲法事件의 結論이란 合憲 아니면 違憲이며, 어느 누구도 合憲 쪽이 아니면 違憲쪽에 설 줄 알고 있기 때문이다. 그러한 만큼 合憲決定이든 違憲決定이든 그것이 憲法裁判所의 마땅한 位相에 값하는 決定이라면 說得力을 가지는 것이어야 하며, 그 說得力은 國會와 같은 國民의 代表라고 하는 民主의 正當性에 바탕을 둘 수 있는 것도 대외 이미지 改善을 위한 弘報活動(소위 PR)에 들 수 있는 것도 아니고 오로지 合理的인 憲法的 根據의 제시위에서 하는 것이라고 믿는다. 그리하여 설사 結論에는 同意하지 못하면서도 事件의 分析和 法理論의 전개가 대단히 치밀하고 훌륭하여 스스로 감탄을 불러 일으킬만한 것이 되어야 한다고 생각하는 것이다. 결국 憲法裁判所의 決定은 이러한 것이어야 하지 않겠는가. 그러하지 못하다면 憲法裁判所의 합당한 位相을 어디에 세울 것인가.

다음에 分析하여 보고자 하는 최근의 國家保安法 제 7 조에 대한 憲法裁判所의 소위 限定 合憲決定(헌법재판소 1990년 4월 2일 결정, 89헌가 113)은 이러한 質問을 제기하기에 족한 決定이라고 생각한다. 그리하여 반드시 結論에 同調하지 못하여서가 아니고——실제로 結論을 같이하고 있다. 다만 結論에 不分明한 것이 있다는 것이 이곳에서 행하고자 하는 批判의 하나임은 후술하는 바와 같다——좀 더 우월한 說得力을 지니기에 충분할 만큼 事案의 分析和 理論의 展開가 치밀하지 못하였다는 것을 지적하려는 것이다.

* 서울大學校 法科大學 教授

(1) 崔大權, 制定法의 解釋, 서울大學校 法學, 30권 1·2호, 122—137면 중 123—124면 (1989); 崔大權, 憲法裁判所의 違憲決定과 그 根據의 提示, 서울大學校 法學, 30권 3·4호, 246—256면 중 247—248면 (1989).

2.

憲法裁判所決定文 (생략)

이 違憲決定(多數의 意見)이 가지는 가장 큰 어려움의 하나는 前半部에서 쪽 違憲 쪽으로 論議를 끌고 가다가 돌연 合憲 쪽으로 方向을 바꾸어 後半部를 끌고 간 論理展開의 說明되지 아니한 轉換에 있다고 생각한다. 이로 인하여 論理展開의 一貫性이 파괴되고 있는 것이다. 後半部の (限定)合憲論이 더 說得力을 가질 수 있도록 혹시 反語法的으로 前半部の 違憲論을 展開하였을런지는 몰라도 前半部の 違憲論이 어떻게 後半部の 合憲論으로 이어지는 것인지 論理의 이음쇠가 不實한 것이다. “...그러나 제 7조 제 1항의 그 다의성때문에 위헌문제가 생길 수 있다고 해서 전면 위헌으로 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 이익형량상 더 클 것이다. 분명히 평화시대를 기조로 한 형법상의 내란죄나 외환죄는 고전적이어서 오늘날 우리가 처한 국가의 자기안전·방어에는 다소 미흡하다. 따라서 제 7조 제 1항은 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”고 하면서 (限定的)合憲論으로 나아가고 있는 것이다. 지금 引用한 部分을 잘 살펴보면 國家保安法을 폐기하는 것이 利益이 되느냐 살리는 것이 利益이 되느냐 하는 利益較量을 전개하고 있는데 이러한 利益較量이란 國家安放上 國家保安法の 效力을 인정하고 또는 인정하지 아니할 必要性의 較量일까 立法政策的인 選擇의 問題이지 憲法(제37조 2항)이 要求하는 基本權(言論의 自由)과 國家安保管間의 比較較量의 問題는 아닌 것이다. 즉 國家保安法을 살려야 할 必要性을 이야기하고 있는 것이지 國家保安法이 合憲有效일 수 밖에 없는 合法性의 根據를 이야기하고 있는 것이 아니다. 다 알다시피 「必要性」은 緊急 또는 非常措置를 正當化시킬 수 있는 超法的인 有效性 根據일 수는 있어도 그것만으로 合法性의 根據는 될 수 없는 것이다. 그리고 우리는 違憲提請事件을 다룸에 있어서 合憲性여부 또는 合法性여부를 論證하여야 하는 것이지 超越的인 緊急事態나 非常事態의 正當性 根據나 제공하는 必要性의 理由를 주장하여서는 안된다는 점을 주의할 필요가 있다고 생각한다.

“분명히 평화시대를 기조로 한 형법상의 내란죄나 외환죄는 고전적”이라 함은 도대체 무엇이 의미하는가? 憲法裁判에서 필요한 것은 有效하나 어떠한, 國家保安法の 構成要件과 刑法上的 內亂罪나 外患罪의 構成要件과의 關係가 어떠한가, (國家保安法이 전면폐기되거나 전면 無效라고 하는 경우에) 國家保安法이 포섭하는 行爲의 範圍와 內亂罪와 外患罪가

포섭하는 行爲의 範圍 사이에 差異가 있느냐(兩構成要件의 포섭범위가 일치한다면 國家保安法の 存在理由는 없을 것이다)와 같은 질문이 중요한 것이지 “古典的”이나 어쩌냐 하는 것은 문제가 안된다고 생각한다. 그리고 “오늘날 우리가 처한 국가의 자기 안전·방어에는 다소 미흡하다”는 것이 國家保安法の 有效여부를 따지는데 무슨 의미를 가지는 것인가? 國家安保에 必要하면 合憲有效이고 그나지 必要치 않다면 違憲無效임을 의미한다는 것인가? 즉 違憲無效인데도 必要性 때문에 合憲有效일 수도 있고 반대로 合憲有效인데도 必要性이 있으면 違憲無效일 수 있다는 말인가? 國家安保上의 必要性에 쫓아 合憲決定으로 나아간 것이라고 보게 만드는 다음과 같은 表現이 더욱 그러한 생각을 강하게 한다. 합헌적(제한)해석이 “큰 충격을 완화하기 위한 방안이기도 하다.”는 표현이 그것이다. 즉 큰 충격을 완화하기 위하여 合憲임을 主張하겠다는 이야기라는 것인가?

이 事件에서는 처음부터 憲法 제37조 2항상의 判斷의 問題로 一貫하였어야 한다고 믿는다. 國家保安法이 憲法 제37조 2항에 비추어 有效이면 有效이고 無效이면 無效이지, 無效이나 그럴만한 이유가 있을 때에는 有效인 경우가 있을 수 있다는 것은 우선 論理的으로 있을 수 없다. 결론적으로 이야기하면, 다른 法보다도 「刑法은 嚴格하게 解釋하여야 한다」는 命題는 法學을 專攻한 사람에게는 常識에 屬하는 命題이며, 이 命題를 따르는 한 이 事件決定文의 前半部의 “리버럴”한 解釋은 不必要할 뿐만 아니라 그러한 解釋展開의 眞意가 무엇인지에 관한 必要없는 誤解나 混亂만을 가중하고 있을 뿐이라고 생각한다. 즉 「刑法은 嚴格하게 解釋하여야 한다」는 命題를 따르는 한 그러한 리버럴한 解釋은 나올 수 없다. 그리고 「刑法은 嚴格하게 解釋하여야 한다」는 命題는 이를 正當化하는 罪刑法定主義와 함께 모두 憲法 제37조 2항으로부터 도출되는 것이라고 믿는다. 罪刑法定主義가 따로 存在하여서 우리로 하여금 이에 따르도록 하는 것이 아니라 憲法 제37조 2항·제12조 1항과 같은 憲法上의 要請에 의하여 罪刑法定主義가 存在한다. 마찬가지로 「刑法은 嚴格히 解釋하여야 한다」는 命題 또한 憲法上의 要請에서 나오는 것이라고 믿는다. 刑法이 다른 어느 法보다도 基本權을 制約하는 程度가 가장 심한 法임은 우리가 다 아는 바이며 그러한만큼 刑法이야말로 基本權을 最大限으로 保障하기 위하여 이를 가장 嚴格하게 解釋하여야 하는 것이다. 이것이 바로 憲法 제37조 2항이 要求하는 바인 것이다. 그리고 刑法에 관한 한 이것이 바로 憲法合致的解釋의 原則이 뜻하는 바이라고 믿는다.

이와 관련하여 憲法이 效力을 지닌다라든가 憲法이 立法·行政·司法을 拘束한다는 命題가 가지는 뜻을 살펴보자. 이것은 무엇보다도 立法府나 司法府 또는 憲法裁判所가 憲法이 要求하는 바에 따라 그 機能을 遂行하여야 함을 의미한다고 믿는다. 그러한만큼 立法을 행하는 立法府는 憲法의 뜻에 맞게 立法機能을 遂行하여야 하며 法律등의 違憲여부를 判斷하는 憲法裁判所도 憲法의 뜻에 맞게 그 機能을 遂行하여야 함은 물론이다. 그러므로 憲法의 뜻(제37조 2항의 뜻)에 따르는 한 이 事件決定文의 前半部에서 보여준 것과 같은 刑法에

관한 리버럴한 解釋을 행할 자유는 처음부터 없다고 믿는 것이다. 즉 憲法裁判所는 刑罰法 規則을 解釋함에 있어서 憲法의 뜻에 맞게 解釋하여야 할 憲法에의 拘束을 받는다고 믿는다. 이처럼 憲法(제37조 2항)의 뜻에 따라 嚴格하게 解釋할 때 憲法에 의하여 正當化될 수 있는 國家保安法上的 禁止事項은 이 事件의 決定文에서 보여주듯이 다음 두가지로 要約될 수 있다고 믿는다. 合法政府를 不法으로 顛覆하려고 하는 소위 政府顛覆과 그리고 民主的基本 秩序의 破壞가 그것이다. 그러한만큼 國家保安法의 效力을 어떻게 살려 보려는 國家保安法 第7조 1항 및 5항만의 「合憲의 制限解釋」만이 능사가 아니라 이 條項이 前提로 하고 있는 「反國家團體」의 定義條項(제2조)부터 문제삼아야 한다고 생각한다. 그리하여 우리나라의 合法政府의 顛覆을 피하거나 우리나라 憲法의 基本인 民主의 基本秩序의 破壞를 피하는 團體이면 그것이 反國家團體가 되는 것이며, 그러한 團體의 政府顛覆 내지 民主의 基本秩序 破壞活動의 一環으로서의 또는 이에 호응하는 讚揚・鼓舞 또는 同調등만이 제7조의 禁止對象이 되는 것이라고 보아야 마땅하게 된다. 그런데 이 事件 決定文의 多數意見은 反國家團體의 定義條項(제2조)에 관한 解釋을 缺한 채 北韓政府當局과 協議하거나 接觸하는 것 모두가 國家保安法違反이 아니다 라든지 平和統一에 관한 論議를 할 수 없게 된다는 식의 論議를 행하고 있다. 현 北韓政府當局이 國家保安法上的 反國家團體인 것은 그것이 北韓의 政府當局이기 때문이 아니고 아직도 「南朝鮮解放」을 포기하지 아니한 채 大韓民國 政府 및 體制(民主的 基本秩序)의 顛覆과 共產化를 피하여 갖가지 「工作」을 펴오고 있는 團體이기 때문에 反國家團體일 수 있는 것이며, 北韓政府當局과 協議 또는 接觸하는 行爲 모두가 제7조의 構成要件에 해당하는 것이 아니고 政府・體制顛覆活動의 一環으로서의 또는 이에 呼應하는 그것이 제7조의 禁止對象이 된다고 보아야 하는 것이다. 大韓民國政府의 顛覆이나 民主的 基本秩序의 破壞를 그 目的이나 活動의 內容으로 하고 있는 團體이라면 어떠한 國內外的 團體라도 反國家團體일 수 있으며 그러한 目的이나 活動內容을 지니지 아니하는 團體 라면 北韓政府라고 하여 곧바로 反國家團體라고 하여야 할 理由가 없는 것이다. 다만 北韓 政府當局이 불행하게도 그간 大韓民國政府 및 體制顛覆을 피하여 活動하여 왔다는 事實은 우리의 歷史的 體驗에 의하여 너무나 분명하게 確認할 수 있을 뿐만 아니라 北韓憲法 및 勞動黨規約이 宣言하고 있는 바에 의하여 아직도 그러한 目標와 活動方向을 가지고 있음을 알게 하고 있다.⁽²⁾ 또 6·25와 같은 戰爭의 方法이 아닌 平和的 統一이라고 하여 다 大韓民

(2) 大韓民國憲法은 제3조에 領土條項을 들으로써 主權이 北韓에까지 미치고 있음을 선언하고 있다. 政治的으로 이것은 大韓民國의 正統性主張이다. 이와 함께 제8조 4항에서 體制에 관한 「民主的 基本秩序」條項을 두고 있다. 그런데 北韓 憲法에 의하면 「조선민주주의인민공화국은 전체 조선인민의 이익을 대표하는 자주적인 사회주의국가」(제1조)이고 그 主權은 「노동자, 농민, 병사, 근로인텔리에 있다」(제7조)고 宣言하고 있다. 즉 領土條項에 의해서가 아니고 現在의 居住地에 상관없이 조선인민 「전체」의 이익을 대표하며, 主權의 擔當者인 人民이란, 현재의 거주에 상관없이 「노동자, 농민, 병사, 근로인텔리」에 의하여 구성되어 있다고 함으로써 그 正統性主張을 뒷받침하고 있다. 그러므로 이러한 基礎위에 서 있지 않다고 주장되고 있는 南韓政府란 北韓憲法의 視角에서는 「北半部에서 社會主義의 완전한 승리를 이룩하며 全國的 範圍에서 外

國의 憲法體制와 兩立할 수 있다는 命題도 있을 수 없다. 극단적인 예를 들자면 北韓政府에 合流하는 “平和” 統一도 있을 수 있는 까닭이다. 아무리 平和的 統一을 內容으로 하는 것이더라도 그것이 大韓民國政府나 體制의 顛覆으로 이어지는 것이면 國家保安法상의 禁止對象이 될 수 있는 까닭이다.

이러한 解釋은 刑法이란 原則의 內心의 意思가 아니고 밖으로 드러난 行爲를 禁止對象으로 삼고 있다는 命題에 의하여도 正當化된다고 생각한다. 이러한 命題는 國家保安法 제 7 조에서 부딪치고 있는 言論·出版의 自由와 國家保安法의 保護法益인 國家安保의 衝突의 문제를 解決할 수 있는 指針을 준다고 생각한다. 國家保安法 제 7 조에서 構成要件으로 하고 있는 讚揚·鼓舞 또는 同調 등의 일정한 생각의 表現은 反國家團體가 중심이 된 政府顛覆 또는 民主的 基本秩序 破壞活動의 一環으로서의 讚揚·鼓舞 또는 同調 등의 行爲 또는 이러한 行爲에 時間이나 場所 또는 程度에 있어서 대단히 近接하여 反國家團體의 政府 또는 基本秩序 顛覆活動에 呼應한다고 할 수 있는 表現行爲에 限定하는 것이지, 이러한 近接性을 지나지 못한, 決定文에서 例示한 바와 같이 北韓住民의 藝術活動 등을 단지 讚揚 내지 鼓舞함과 같은 表現行爲까지 禁止의 對象으로 할 수 있는 것이 아니다. 이 條項은 言論·出版의 自由를 侵害하려는 것이 아니라 政府顛覆 또는 民主的 基本秩序 破壞活動의 一環이 되는 表現行爲 또는 이에 대단히 接近한 呼應의인 表現行爲를 禁止하려는 것이다.

이처럼 國家保安法 제 7 조가 禁止의 對象으로하고 있는 것이 反國家團體의 政府顛覆 내지 民主的 基本秩序(體制) 破壞活動의 一環으로서의 또는 이에 대단히 近接한 呼應의인 具體的 表現行爲로서의 讚揚·鼓舞 또는 同調 등의 行爲라고 解釋하는 까닭에 이 事件 決定文의 前半部에서 우려하고 있는 바와 같이 “기타의 방법”의 法文이 특히 어려운 문제점을 제기하는 것은 없다고 생각한다. 첫째로는 反國家團體의 政府顛覆 또는 民主的 基本秩序(體制) 破壞活動의 一環으로서의 또는 이에 呼應하는 讚揚·鼓舞 또는 同調行爲나 기타 方法에 의하는 利롭게 하는 行爲를 문제삼는 까닭이며, 둘째로는 刑法은 嚴格히 해석하여야 한다는 命題에 의하여 기타의 方法이란 당연히 條文前段의 “...의 활동”에 연결시켜야 하며, 셋째로 類似한 事項의 나열에 이어 삽입된 “기타의 방법”과 같은 一般條項의 解釋은 앞에 나열된 具體的인 事項에 비추어 限定的으로 解釋하는 것이 合體的이라는 解釋의 原則(同類

勢를 물리치고 民主主義의 基礎 위에서 祖國을 平和的으로 統一하며 완전한 民族의 獨立을 달성하기 위하여 투쟁」(제 5 조) 합을 目標로 하고 있는 조선민주주의인민공화국의 鬭爭對象인 反社會主義的, 親外勢的, 反民主主義的 勢力일 수밖에 없다. 이에 더하여 朝鮮勞動黨 規約은 「朝鮮勞動黨은 祖國의 自主 平和統一路線을 貫徹하며, 祖國의 統一을 위하여 朝鮮人民의 철천지 怨讐인 美帝國主義者들을 南朝鮮에서 몰아내며, 日本軍國主義를 反對하며 地主, 買辦資本家, 反動 官僚輩들의 傀儡政權을 打倒하고 政權을 爭取하려는 南朝鮮 人民들의 反美, 反傀儡鬭爭을 적극 支持 聲援하며, 南朝鮮 革命의 完成을 위하여 鬭爭한다」고 宣言하고 있다. 南韓住民의 政府顛覆운동 등을 적극 지지 성원하겠다고 하는 점과 「南朝鮮 革命」이란 南韓의 民主的 基本秩序를 破壞하고 그 위에 北韓式 社會主義體制를 수립하겠다고 하는 宣言 이외에 아무것도 아니다. 崔大權, 統一의 法的問題(서울: 法文社, 1990), 45-54면 및 122-124면 참조.

律 : *eiusdem generis*)⁽³⁾에 비추어서도 그러하다. 그러한 의미에서 이 事件 決定文은 不必要한 우려의 表現을 장황하게 행하고 있다.

이와 전혀 平行되는 限定的인 解釋을 法文의 “그 구성원”과 관련하여서도 견지하여야 한다고 믿는다. 刑法條文은 嚴格하게 解釋하여야 한다는 命題를 一貫시켜야 한다는 점에서도 그렇지만 “反國家團體나 …그 지령을 받은 자”라는 함께 나열된 用語에 비추어 “그 구성원”의 의미를 밝혀야지 이 法文의 끝 세번째에 나오는 “그 지령을 받은 자”와 같은 限定的인 用語보다 더 넓게 바로 이에 앞서 두번째로 나오는 “그 구성원”의 의미를 풀이하는 것은 결코 合理的인 解釋이라 할 수 없다. 類似한 단어나 사례가 法文에 나열되었을 때에는 나열된 각 단어나 사례는 서로 관련되어 있는 것으로 解釋하는 것이 合理的이기 때문이다 (同類로부터 안다 : *noscitur a sociis*).⁽⁴⁾ “그 구성원”이란 反國家團體의 政府顛覆·體制破壞에 관한 지령을 받을 만큼 중요한 위치에 있는 “그 지령을 받은 자”의 바로 앞에 나오는 “구성원”이란 首腦는 물론 상당히 중요한 지위에 있는 指導級人士를 의미하는 것임에 틀림 없다. 그러한 만큼 北韓의 단순한 住民과 反國家團體로서의 北韓政府當局의 首腦나 指導級人士 또는 “그 지령을 받은 자”와는 國家保安法上 區別될 수 있으며 또 區別되어야 한다. 즉 法文의 끝에 나오는 “그 지령을 받은 자”에 의하여 限定的으로 解釋하는 한 北韓의 一般住民을 “그 구성원”속에 포함시켜야 할 이유가 없는 까닭에 이 事件 決定文은 不必要한 걱정을 전개하고 있다.

그러한 의미에서 이를테면 “개인적으로는 자기가 행한 행위가 헌법상 보장된다고 생각되어도 그것이 법률의 문언상 규제대상에 포함될 수 있기 때문에 북한문제에 관한 한 비난 빼고는 하고 싶은 말, 쓰고 싶은 글, 그리고 학술적 활동이나 예술활동이 일체 금기가 될 소지가 생길 것이며 북한의 남침정책이나 대한민국의 체제전복과 관계가 없는 무해한 표현 행위라 하더라도 안심하고 자기 의사의 창달이 힘들게 된다.”고 서술한 것은 다분히 新聞論調式的 國家保安法 解說이지 憲法專門 法律家の, 특히 憲法裁判所의 機能에 값하는 法文 解釋이라 할 수 없다고 評하여도 무방하다. 이같은 新聞論調式的 國家保安法 解釋에 따른다면 그것은 “적용범위가 과도하게 광범위하고 다의적인 것이 되”어 “법운영 당국에 의한 자의적(恣意的) 집행을 허용할 소지가 생길 것이”며, “헌법상의 언론출판, 학문·예술의 자유를 위축시킬 염려가 있”게 될 것임에 틀림없을 것이다. 그러나 심각한 基本權의 制約을 동반하는 刑法規範의 解釋은 嚴格히 하여야 한다는 原則이라든지 憲法 제37조 2항의 뜻에 맞는 憲法合致的 解釋의 原則에 따르는 한 이러한 結果를 낳을 수도 없으며 또 낳아서도 안된다. 말할 것도 없이 憲法解釋者도, 특히 有權的인 憲法解釋者는 憲法에 拘束되는

(3) 崔大權, 英美法(서울:東星社, 1986), 70면 및 91면; 前掲 崔大權, 制定法の 解釋, 130면 참조.

(4) 前掲 崔大權, 英美法, 71면 및 91면 참조.

것이다. 그리고 憲法 제37조 2항의 뜻은 基本權을 制約하여야 할 國家安保상의 必要性이 인정되더라도 부득이한 최소한의 基本權制約 조치를 法律에 의하여 취할 수 있을 뿐이라는 原則을 밝힌 것이다. 이러한 原則은 憲法解釋者도 따라야 하는 것이다. 그리하여 이러한 原則에 맞지 아니하게 넓게 解釋하여 法執行者의 恣意的 適用도 가능케 할 만큼 多의적인 또는 광범위한 의미를 刑法條文에 許容할 수는 없다.

나아가 역시 憲法에 拘束되는 立法府가 憲法(제37조 2항)의 뜻에 어긋나게 多의적인 의미를 가지는 혹은 적용범위가 광범위한 刑罰法規를 制定하였다고 보는 것 보다는 立法府도 역시 憲法(제37조 2항)의 뜻에 맞게 限定的인 의미를 가지는 刑罰法規를 制定하였다고 보는 것이 別段의 反對的인 解釋을 하여야 할 強力한 理由가 없는 한 오히려 合理的인 解釋이며 또 權力分立의 原理에 비추어 憲法上의 各權力은 다른 權力의 機能을 서로 尊重하여 주어야 한다는 原理에도 맞는 것이 아닐까? 이것이 실은 法律의 合憲推定의 原理인 것이다. 立法府도 有權的인 憲法解釋機關임을 주의할 필요가 있다. 특히 다른 뜻으로 解釋하여야 할 強力한 理由가 없는 한 立法機關의 憲法解釋作用이라 할 수 있는 立法(法律)은 合憲이라고 推定받아 마땅하다.

이러한 合憲推定의 原理에 걸맞게 立法府는 立法에 있어서 憲法(제37조 2항)의 뜻에 맞게 行動하였다, 굳이 憲法에 違背되는 立法을 行하려고 한 것이 아닐 것이다 라고 推定하는 것이 合理的이다. 그렇다면 國家保安法을 制定함에 있어서도 굳이 憲法(제37조 2항)의 뜻에 違背되는 의미(立法意思)를 法文에 부여하려고 한 것이 아닐 것이다, 즉 우리가 행한 바와 같은 限定的인 憲法合致的 의미를 國家保安法의 法文에 부여하려고 하였을 것이라고 보는 것이 타당하다. 그렇다면 이같은 限定的인 의미를 가지는 國家保安法 제7조 1항 및 5항을 違憲無效라고 判斷할 理由는 없게 된다.

이러한 점에서 우리나라 제1공화국 시절의 憲法委員會의 戒嚴法 제13조에 관한 合憲決定⁽⁵⁾을 다른 나라의 어떠한 先例보다도 주의·존중하여야 한다고 믿는다. 이 決定에서 憲法委員會는 憲法에 反하여 法官이 발부하는 令狀없는 逮捕拘禁 등을 굳이 許容한다는 뜻을 戒嚴法에 부여하기를 거부함으로써 當時 戒嚴法이 合憲임을 宣言하고 있는 것이다. 國家保安法에 관한 憲法裁判所의 合憲決定에 있어서 憲法裁判所는 이 憲法委員會의 決定先例를 引用하여야 한다고 믿고 있다. 法理的인 論理構造에 있어서 兩決定은 전혀 同一한 패턴을 따르고 있기 때문이다. 즉 憲法合致的인 限定解釋에 따라 合憲決定을 내리고 있는 까닭이다. 위에서 본 바와 마찬가지로 立法府가 굳이 憲法違背的인 意味(立法意思)를 法律條文에 부여하려고 하였을 리가 없다고 보는 것이 合理的이지 않을까? 이 事件 決定文의 反對意見에 가할 수 있는 가장 심각한 批判은 合憲推定을 깨트릴 만큼 強力한 違憲論據를 제시하지 못한 점이라고 생각한다.

(5) 주석 한국판례집 공법 I : 1955~1960(서울 : 서울大學校 法學研究所, 1970), 8—11면.

한편 國家保安法 合憲決定의 多數意見이 지니는 다른 하나의 큰 어려움은 限定的인 解釋에도 불구하고 다의적인 또는 광범위한 解釋을 가능케 하는 “명백한 위험성”과 같은 또 하나의 不明確한 概念을 使用하여 문제를 해결한 것이 아니라 여전히 문제를 남기고 있으며 결과적으로 우리 憲法下의 憲法裁判所의 機能을 저버린 것이라는 批判도 가능하다는 점이라고 생각한다. “...그 소정행위에 의하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우”라든지 결론부분에서 “그 소정 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험성이 있는 경우”라고 하고 있는 것이 그것이다. 도대체 명백한 위험성이란 무엇을 말하는 것인가? 憲法裁判所는 國家保安法이 反國家的인 「行爲」때문이 아니고 「危險性」때문에 處罰한다는 것인가? 즉 危險性을 國家保安法의 構成要件으로 한다는 것인가? 그렇다면 危險性이 恣意的인 解釋도 가능케 하는 不明確한 概念이라는 점 말고도 刑法은 「行爲」를 處罰의 對象으로 함이 原則이라는 原理에도 反하는 것이 아닌가? 우리의 主張은 反國家團體의 政府顛覆이나 民主的 基本秩序 破壞活動의 一環으로서의 또는 이에 呼應하는 讚揚등의 具體的 行爲만이 國家保安法 제 7조 1항의 禁止對象이 된다는 것이다. 이렇게 하는 것이 國家安保의 必要性을 긍정하면서도 言論·出版 등의 自由를 최대한으로 보장하는 가장 좋은 方法이라고 생각한다.

國家保安法事件決定의 多數意見의 解釋이 刑罰法規의 「具體的 行爲」의 要件을 缺하고 있다는 점은 우리 憲法下의 違憲律法審判制度가 가지는 「具體的 規範統制」機能과의 관련 속에서 특히 窺明되어야 한다고 믿는다. 우리 憲法下에서는 具體的 事件의 裁判의 前提가 되었다거나 現在 直接 具體的으로 基本權이 侵害되었다고 하는 경우(憲法訴願의 경우)가 아니면 法律의 違憲性여부를 憲法裁判所에서 다룰 수 있는 길은 없다. 문제의 法律이 具體的 事件에 適用되었을 때의 그 事件에 관련되는 文脈안에서의 그 法律의 違憲性여부를 審查할 수 있을 뿐이지 具體的 事件의 裁判의 前提가 된다는 핑계로 그 事件의 裁判과 관련없는 部分까지 포함한 그 法律 또는 條項 전체의 違憲性여부를 審查할 수 있는 權限을 憲法裁判所가 가지고 있는 것이라고 믿지 않는다. 즉 具體的 事件의 裁判의 前提되는 部分의 法律 또는 條項의 違憲性여부를 심사할 權限을 가질 뿐이라고 믿는다. 이러한 생각은 「具體的 規範統制」制度下의 不告不理의 原理에 맞는 解釋이라고 생각한다. 즉 이 事件에서 提請人들이 憲法裁判所의 判斷을 求한 것은(그리고 求할 수 있는 것은) 國家保安法 제 7조 1항 및 5항 전체의 違憲性이 아니고 자기네의 行爲에 適用된 國家保安法 제 7조 1항 및 5항의 違憲性의 문제인 것이다. 그러므로 묻지 아니한 部分의 判斷은 傍論(obiter dictum)일 수는 있어도 소위 決定理由(ratio decidendi)는 될 수 없다. 그런데 이 國家保安法事件決定에서 多數意見이나 反對意見이나 모두 國家保安法 제 7조 1항 및 5항 全體(全體)의 違憲性여부를 論議하고 있다. 그렇다면 違憲審查提請을 빙자하여 抽象的 規範統制를 행하고 있는 결

과를 초래하였다고 말할 수 있다고 생각한다. 이러한 의미의 抽象的 規範統制 機能은 우리 憲法裁判所의 權限事項밖이라고 믿으며, 동시에 이러한 의미의 抽象的 規範統制에 몰두하는 과정에서 정작 문제된 主人公들인 提請申請人들의 所行에 國家保安法 제 7조 1항 및 5항이 適用된다고 할 때의 違憲性여부에 관한 判斷을 缺하고 있다. 즉 抽象的으로 國家保安法 제 7조 1항 및 5항이 違憲이나 어떠한의 論議를 행하였지 提請人들이 행한 行爲의 事例가 國家保安法 제 7조 1항 및 5항의 合憲的인 適用事例이나 아니냐의 判斷을 缺하고 있는 것이다. 이점과 관련하여 一般法院과 憲法裁判所의 機能의 差異를 分明히 하여 둘 必要가 있다고 생각한다. 말할 것도 없이 憲法裁判所는 문제의 事件에 문제된 法律을 適用한다고 하는 경우에 그 法律 또는 條項이 合憲이다 또는 違憲이다 하는 그야말로 違憲性 여부만을 判斷하는 것이며 法院은 憲法裁判所의 違憲性여부의 判斷에 拘束되되 國家保安法을 실제로 그 事件에 適用하여 無罪나 有罪냐를 判斷하는 것은 法院의 機能이라고 보는 것이다.

이 國家保安法事件의 合憲決定에서 多數意見이 「明白한 危險性」이라는 모호한 概念을 도입하여 문제를 解決한 것이 아니라 混亂만을 가져왔다고 批判할 수 있는 理由의 하나는 提請人들의 所行에 國家保安法 제 7조 1항 및 5항을 適用한다고 할 때 그것이 憲法裁判所가 合憲으로 判斷한 構成要件의 範圍에 들어가느냐 아니냐의 判斷을 行하지 아니하였다는 점이다. 즉 多數意見의 見解에 따른다고 하는 경우에 문제된 提請人들의 行爲事例가 國家保安法 제 7조 1항 및 5항상 重要하다고 하는 「明白한 危險」의 한 事例이나 아니냐의 判斷이 있어야 옳았다고 보는 것이다. 이러한 점에서 憲法裁判所는 이 事件과 관련하여 憲法上的 자기 所任을 다하지 못하였다고 할 수 있다. 具體的 事例에 適用되는 法律(또는 條項)의 違憲性判斷의 決定例가 쌓여서 그 法律(또는 條項)(이 경우에는 國家保安法 제 7조 1항 및 5항)의 전체적인 憲法的 意味랄까 憲法的 限界가 밝혀지는 것이 아닐까? 그리고 이것이 具體的 規範統制가 의미하는 바라고 생각한다.

다른 法院의 機能과 관련하여 憲法裁判所의 決定이 가지는 拘束力 내지 執行力을 다시 한번 고찰하여 볼 필요가 있다고 생각한다. 언필칭 憲法裁判所의 決定은 모든 國家機關, 地方自治團體, 當事者를 拘束하는 效力을 가진다고 하고 있다. 그러한만큼 憲法裁判所의 決定은 一般法院도 拘束한다고 할 수 있다. 그러나 만약 一般法院이, 특히 大法院이 憲法裁判所의 決定에 따르지 않는다고 하는 경우에 이를 따르게 하는 方法이 없다. 憲法裁判所法 제 68조 1항에 의하여 憲法裁判所의 決定에 따르지 아니하는 法院의 判決에 대하여 憲法 訴願의 길도 막혀있는 것이다. 만약 이 國家保安法事件에 있어서 法院이 憲法裁判所의 決定의 본 뜻을 저버리고 國家保安法을 適用하였다(또는 適用하지 않았다)고 하는 경우에 어떻게 할 것인가? 이곳에서 제시하는 것처럼 문제된 事件의 事例에 適用되는 경우의 國家保安法 제 7조 1항 및 5항의 違憲性여부를 判斷하지 아니하고 「明白한 危險性」이라는 不明確한 概念을 도입함으로써 문제를 호도한 잘못이 憲法裁判所의 拘束力 내지 執行力에 가장

극명하게 나타난다고 생각한다. 문제된 事件의 事例에 適用되는 경우의 國家保安法の 關係條項이 合憲이다 違憲이다 라고 決定한 경우에 法院이 달리 判斷할 여지는 거의 없을 것이다. 그러나 「明白한 危險性」의 判斷을 法院에 맡겼을 때 明白한 危險性 判斷을 하지 아니하면 어떠한 것이며 실사 明白한 危險性 判斷을 한다고 하더라도 그것이 뉘설비스에 그치고 憲法裁判所의 본래의 뜻인 限定的인 解釋에 구애되지 않거나 잘못된 경우에는 어찌할 것인가의 문제가 생기는 것이다. 立法論으로 憲法裁判所法 제68조 1항의 裁判을 憲法訴願對象으로부터 除外한 條項을 삭제하여야 할 뿐만 아니라 憲法裁判所는 진정한 의미의 具體的 規範統制의 機能에 충실하여야 한다고 믿는다.

3.

大法院 判決이나 憲法裁判所 決定에서 多數意見 이외에 少數意見이나 反對意見を 쓰게 하는 制度的 理由는 무엇일까? 여러가지 制度的 理由가 있겠지만 무엇보다도 多數意見과 論據나 結論이 다르다는 것만이 아니고 그것이 다르지 않으면 안될만큼 充分하고 重要的 論據와 理由를 提示할 수 있어서 장차의 判例나 決定例를 指導할 수 있고 이를 통하여 法理論의 發達에 기여할 수 있다는 데에 그 制度的 意義가 있다고 생각한다. 비록 少數意見이지만 法理論에 있어서는 多數意見에 필적하거나 이를 압도할만한 것이어야 한다고 믿는다. 그렇지 않다면 그 存在意義가 무엇인가를 되묻게 되는 것이다. 이러한 基準에서 이야기할 때 이 國家保安法事件의 反對意見은 문제의 條項이 違憲無效이라는 結論의 提示 이외에 우리 憲法學徒들에게 많은 失望만을 안겨주었다고 믿는다. 위에서 이미 지적한 바와 같이 憲法事件에 있어서의 結論이란 合憲 아니면 違憲이며, 合憲이나 違憲의 結論은 法學공부를 하지 아니한 사람도 내릴 수 있는 것이다. 그러나 法官이나 法學徒는 그것이 合憲이나 違憲의 結論에 이끌 수 밖에 없는 合理的인 憲法的 論據를 提示하여야 한다. 이 事件에서의 反對意見의 주요 論旨는 문제의 條項이 막연하고 不明確하게 規定되어 있어서 違憲의 소지가 있다는 것인데 이 점은 이미 多數意見에서 다루어 이를 극복하고 있다. 그러한만큼 多數意見を 논박할 수 있는 法理論의 根據를 제시하여 反對意見を 개진하였어야 한다고 믿는다. 反對意見은 무엇보다도 刑罰法規는 嚴格히 解釋하여야 한다는 命題와 法律의 合憲推定の 原理를 극복할 수 있는 法論理를 제시하였어야 한다고 믿는다.

그런데 反對意見은 이러한 法論理를 제시하지 못한 채 문제의 國家保安法條項이 違憲이라고 假定하였을 때 관련이 있다고 생각되는 憲法條文을 모조리 動員하고 있다. 그리하여 身體의 自由, 言論·出版等 表現의 自由, 良心과 思想의 自由, 學問과 藝術의 自由를 들어 이러한 基本權을 侵害하기 때문에 違憲이라고 하고 있다. 관련이 있다고 생각되는 憲法條文을 앞뒤 가리지 아니하고 摘示하는 方法이 違憲判斷과 어떻게 특유하게 關聯되는지에 관한 해명이 없는 것이다. 身體의 自由가 관련이 된다면 그것은 刑法規範 〔일반에 공통되는

것이지 國家保安法에서만 문제되는 것은 아니다. 또 良心과 思想의 自由, 學問과 藝術의 自由가 특별히 이 事件의 違憲性判斷에 어떻게 작용한다는데 대한 法理的 해명도 없다. 이 事件에서 특유하게 문제되는 것은 表現의 自由인 것이다. 그러면서 憲法 제37조 2항의 要請에 따른 國家安全保障·秩序維持 또는 公共福利라고 하는 公益(이 事件의 경우에는 國家安保安保라는 公益)과 基本權의 保護라고 하는 또 다른 法益과의 比較衡量——이것을 행하여하는 것이 立法機關이나 憲法裁判所의 機能이다——을 망각하고 있다. 國家安保安保라고 하는 公益保護의 문제는 저버려도 무방하다는 것인가? 적어도 문제의 條項이 違憲無效인 경우에 國家安保安保의 法益은 國家保安法의 다른 條項이나 아니면 刑法上的의 內亂·外患罪條項만으로 충분히 保護될 수 있다는 理論을 展開하였어야 論理的으로 이가 맞게 된다고 생각한다. 그러한 점에서 反對意見은 憲法 제37조 2항에 따른 判斷을 缺하고 있다. 反對意見은 “죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 표현의 자유를 규정한 헌법 제21조 제1항 및 기본권제한법률의 한계를 규정한 헌법 제37조 제2항”을 나란히 나열하고 있으나 憲法理論으로 이야기할 때 憲法 제37조 2항과 憲法 제12조 1항·제21조 1항과의 관계가 밝혀져야 한다. 이 세 條項은 나란히 병열시킬 條項이 아니라 제12조 1항 및 제21조 1항은 제37조 2항에 따라 解釋하여야 하는 條項인 것이다.⁶⁾

國家保安法 제7조 1항의 “기타의 방법”을 論議함에 있어서 “...그 의미를 한정하여 찬양, 고무, 동조에 유사한 행위를 가르키는 것으로 해석한다면 죄형법정주의의 또 다른 내용인 형벌규정에서의 유추해석금지의 원칙에 반한다.”고 한 것은 「유추해석」의 의미를 잘못 이해한 데서 나온 것이지 위에서 지적한 바 있는, 法文의 合理的 解釋을 위한——그리고 이곳에서는 嚴格解釋을 위한——「同類律」이라는 解釋原則 適用의 문제이지 類推解釋의 문제가 아님을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 類推解釋은 “기타의 방법”과 같은 一般條項 조차 없는 경우에 제기되는 문제인 것이다.

反對意見에서 「統治行爲」를 擧論하고 있는 部分에 관하여도 論評이 필요하다고 생각한다. “...최근 정부 또는 정부의 승인을 받은 일부 국민의 북한을 비롯한 공산계열 국가와의 일련의 접촉행위를 통치행위라는 이론으로 합리화시키려는 견해가 있”다고 한 指摘이 사실 그대로이며, 國家의 承認이 있다고 하여 國家保安法上的의 構成要件 해당성이 달라지지 아니한다는 指摘도 옳다고 생각한다. 사실 “政府의 대북한 접촉이나 정부의 승인 아래 행하여지는 특정인에 의한 북한 등 공산계열 국가와의 접촉등이 「統治行爲」의 理論下에 正當化하는 것은 「統治行爲」概念의 잘못된 使用例라고 믿는다. 「統治行爲」의 概念은 政府의 訪北承認과 같은 國家의 政治性 질은 行爲 자체가 司法審査의 對象이 되었을 때에 司法府가 이를 審査하는 것이 마땅하나 어떠한 경우에 動員되는 論據이지 國家保安法上的의 構成要件

(6) 崔大權, 憲法學—法社會學的 接近(서울: 博英社, 1989), 189—213면, 특히 195—196면 및 205면 이하 참조.

該當性여부 判斷에는 아무런 相關도 없는 概念인 것이다. 물론 政府의 承認을 받아 對北接觸을 하였다고 하는 경우에 法理論上으로 政府의 承認을 받았다고 하는 것이 혹시 犯罪構成이나 起訴上 免責事由로 作用할 수는 있을 것이다. 그러나 그것이 統治行爲이기에 그러한 것은 아니다. 더 根本的으로는 그러한 對北接觸등은 反國家團體의 政府顛覆이나 體制(民主的 基本秩序)破壞活動의 一環으로서의 또는 이에 呼應하는 行爲로 概念規定한 國家保安法上的 構成要件에 該當되지 아니하기 때문에 犯罪가 안되는 것이다. 즉 우리가 定義한 바대로 國家保安法 제 7조 1항등의 構成要件에 該當되지 아니하기 때문에 그것이 처음부터 犯罪가 안되는 것이라고 보는 것이다. 문제는 이러한 見解를 첫째로는 憲法裁判所가, 둘째로는 法院이, 그리고 셋째로는 法執行機關이 따르도록 할 수 있기 위하여 무엇을 어떻게 하여야 하느냐가 진정으로 문제가 된다고 생각한다.

마지막으로 充分한 法理的 論據 없이 反對意見을 開陳한 것이 만에 하나라도 反對意見을 作成한 裁判官의 政治的 考慮 때문에 影響받은 것이 아닌가 하는 우리의 憲法裁判所를 위한 우리의 심정을 皮력하지 않을 수 없다고 생각한다. 우리 憲法裁判所의 構成에 있어서 國會에서 薦거하는 세사람은 특히 國會를 構成하고 있는 特定政黨의 事實상의 추천에 의하여 憲法裁判官이 되었다. 그리고 大統領 및 大法院長이 각기 세사람을 薦거하는 경우에도 出身地域의 安配에 各별한 관심을 가지고 행하고 있음을 觀察할 수 있다. 그러나 한편 血緣·地緣·學緣등으로 代辯되는 우리나라 社會의 緣故主義的 思考와 行動 樣態의 特徵을 감안하면 緣故主義로부터 오는 判決이나 決定에 미치는 影響을 가볍게만 볼 수 없는 것이 우리의 實情이다. 法理的으로만 이야기하면 法官은 法的 論據에만 充實하여야지 人脈이나 人情에 左右되어서 안되는 것임은 물론이다. 그럼에도 불구하고 자기를 밀어준 “뺨”이 特定の 政黨이라 할 때 자기를 밀어준 그 政黨의 立場을 고려에 넣지 않을 수 밖에 없다는 경우도 있을 수 있다. 法官도 한국사람이기 때문이다. 다만 몇 번의 反對意見을 보면⁽⁷⁾ 우연히도 反對意見을 쓴 裁判官을 실제로 薦거한 特定 政黨의 문제된 法律條項에 대한 立場과 같아 그 反對意見이 당해 裁判官의 法的 確信의 所産이라기 보다 자기를 薦거해준 政黨의 見解의 反映이 아니었나 하는 의구심을 제기케 하는 까닭에 그러한 意見의 一致가 우연의 소산일 것을 바라고, 그리고 判決이나 決定이 政治的 判斷의 所産이 아니기를 바라는 마음을 表現해 두려는 것이다.

4.

(自由)民主主義와 立憲主義는 同義語는 아니지만 오늘날 立憲主義가 없는 民主主義란 있

(7) 예컨대 政治的으로 민감하기 짝이 없는 勞動爭議에 있어서의 소위 第三者介入禁止條項에 관한 憲法裁判所의 決定(89 헌가 103 1990.1.15. 선고) 및 이번의 國家保安法에 관한 決定등에서의 反對意見 등.

을 수 없다. 즉 立憲主義란 (自由)民主主義의 必須不可缺한 要素이다.⁽⁸⁾ 그러한 만큼 우리나라에서 憲法을 지키고 立憲主義를 확립하는 일은 우리나라에 民主主義를 세우고 지키는 일에 지나지 않는다. 말할 것도 없이 憲法裁判所는 憲法守護를 任務로 하는 기관이다. 憲法裁判所가 우리나라의 民主主義를 이끌어간다고 말할 수는 없을지라도 立憲主義의 확립에 기여함으로써 그것이 잘못된 길로 갈 때 막아주는 기능은 수행할 수 있다고 생각한다. 그러한 만큼 憲法裁判所가 확실하게 살아서 기능할 수 있도록 支持와 聲援을 보내는 일은 바로 우리나라의 民主主義를 위하여 중요한 일일 수 밖에 없다. 위에서 행한 論評이 이러한 신념의 발로임을 천언하고자 한다.

(8) 前掲 崔大權, 憲法學, 72-105면 참조.