

국가보안법상 이적표현물 소지죄에 대한 위헌성

여 경 수*

< 목 차 >

- I. 머리말
- II. 헌법상 국가보안법의 위헌성
- III. 국가보안법상 이적표현물소지죄의 위헌성
- IV. 맺음말

I. 머리글

이 글은 국가보안법상 제7조 제5항에 규정된 이적표현물소지죄에 대한 비판적인 분석을 하고자한다. 우리나라 국가보안법 제7조 제5항은 다음과 같이 규정하고 있다. 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·선동하는 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자를 7년 이하의 징역에 처한다.

헌법재판소는 1991년 5월 31일 개정 이전의 구 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제5항에 대하여 ‘국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 적용되는 것으로 축소해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다’는 한정합헌 결정을 한 바 있다.¹⁾

1991년 5월 31일 개정된 국가보안법 제7조 제1항에서는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건

* 충북대학교 법과대학 강사, 법학박사

1) 헌재 1990.4.2. 89헌가113 결정.

이 추가되었다. 헌법재판소는 위 주관적 구성요건이 추가됨으로써 범문의 다의성과 적용범위의 광범성이 대부분 제거되었다는 이유로, 개정된 국가보안법 제7조 제1항과 이를 전제로 한 같은 조 제3항, 제5항이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다.²⁾

이 글에서는 지난 2015년 4월 30일 결정된 「국가보안법 제7조 제1항 등 위헌소원」(2012헌바95) 사건을 중심으로 다루고자한다. 이 사건에서 헌법재판소는 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제5항 중 제청신청인들 및 청구인들과 관련되는 부분에 대하여 합헌 결정을 선고함으로써 95헌가2 결정의 선례를 유지하였다.³⁾ 다만 종전의 선례들이 주로 죄형법정주의의 명확성원칙 위반 여부를 중심으로 하여 다른 기본권들의 침해 여부를 함께 판단한 데 반하여, 이 사건에서 헌법재판소는 표현의 자유 및 양심의 자유의 침해 여부에 대하여 본격적으로 과잉금지원칙 위반여부를 심사하였다. 또한 헌법재판관 3인은 이적표현물 조항 중 ‘소지·취득한 자’에 관한 부분에 대한 위헌견해를 밝혔다.

국가보안법은 헌법 전문에 선언된 평화적 통일의 정신을 침해할 수 있다. 또한 국가보안법상 여러 조문들은 헌법상의 언론·출판·학문·예술 및 양심의 자유를 위축시킬 염려, 형벌과잉을 초래할 염려가 있다. 뿐만 아니라 그 법규정들이 불투명하고 구체성이 결여되어 헌법 제37조 제2항의 한계를 넘는 제한인 점, 법집행자의 자의적 집행을 허용할 소지가 있는 점, 죄형법정주의에 위배되는 소지가 있다.

국가보안법 자체가 위헌이라든가, 국가보안법상 제7조 제1항과 제3항이 모두 불명확성과 표현의 자유제한 한계를 벗어난 위헌법률이라면 제1항과 제3항의 행위를 목적으로 하는 표현물의 소지 행위를 처벌하는 제5항의 규정 또한 불명확성 및 표현의 자유제한 한계를 벗어난 위헌법률이다.

국가보안법상 이적표현물을 소지·취득한 자에 대한 처벌규정이 ① 헌법상 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부, ② 표현의 자유와 양심의 자유 침해 여부, ③ 형벌과 책임의 비례원칙 위배 여부, ④ 수사 과정에서의 인권침해 문제와 같은 헌법상의 문제를 다루고자한다.

2) 현재 1996.10.4. 95헌가2 결정; 현재 2004.8.26. 2003헌바85 결정.

3) 현재 2015.4.30. 2012헌바95 결정.

II. 헌법상 국가보안법의 위헌성

1. 국가보안법의 규범력

한반도의 평화정착의 길은 외부적인 환경조성과 내부적인 평화역량구축으로 나누어 볼 수 있다. 전자는 바로 평화조약의 체결에 있다. 후자는 내부적인 평화역량의 구축이며, 이는 바로 남북의 교류와 협력의 활성화에서 찾을 수 있다.⁴⁾ 우리는 한반도에 존재하는 전쟁의 긴장감을 완화시키기 위해서라도, 남북 간에 무너진 신뢰를 재구축하고 교류를 활성화하기 위한 조치들을 취해야 한다. 이를 위해서는 우선적으로 북의 실체를 인정해야 한다. 하지만 아직도 남쪽이 북을 대화의 상대로 그리고 실체로 인정하기에는 너무 많은 제도적 장애물이 존재한다.⁵⁾ 그 대표적인 것이 국가보안법이다.

국가보안법은 헌법 전문에 선언된 “동포애와 민족의 단결”을 해침으로써 조국의 평화적 통일을 지향하는 헌법의 규정과 정신을 침해할 수 있다. 국가보안법은 헌법상의 언론·출판·학문·예술 및 양심의 자유를 위축시킬 염려, 형벌과잉을 초래할 염려, 국가안전보장이나 자유민주적 기본질서의 수호와 관계없는 경우까지 확대적용될 만큼 불투명하고 구체성이 결여되어 헌법 제37조 제2항의 한계를 넘는 제한이다. 또한 법집행자의 자의적 집행을 허용할 소지가 있는 점, 죄형법정주의에 위배된다는 점 등이 충분히 해소되지 않고 있다.⁶⁾

국가보안법은 헌법이 지향하고 선언한 평화적 통일 노력을 국민들에게 포기하도록 강요하는 법이기 때문에 당연히 위헌적인 법률이다.⁷⁾

2. 국가보안법에 대한 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자를 처벌하는 국가보안법과 관련해서 합헌 결정을 내렸다.⁸⁾ 헌법재판소는 국가보안법의 운영이

4) 정태욱, “국가보안법과 한반도의 평화”, 『민주법학』 제16호, 민주주의법학연구회, 1999, 45면.

5) 최관호, “한반도 평화와 국가보안법”, 『민주법학』 제25호, 민주주의법학연구회, 2004, 84면.

6) 헌재 1999.4.29. 98헌바66 결정(조승형 재판관의 견해).

7) 이창호, “자유민주주의와 국가보안법”, 『법학연구』 제6호, 경상대학교 법학연구소, 1997, 365면.

8) 헌재 2004.08.26. 2003헌바85 결정; 헌재 2015.4.30. 2012헌바95 결정.

그 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 해석하면서, 국가의 존립·안전을 위태롭게 한다 함은 대한민국의 독립을 위협 침해하고 영토를 침략하며 헌법과 법률의 기능 및 헌법기관을 파괴하고 마비시키는 것으로 외형적인 적화공작 등이 이에 해당하며, 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 것을 말하고, 이러한 경우를 해석하는 기준으로 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우를 제시하고 있다.

3. 국가보안법의 적용 사례

국가보안법의 사례와 관련해서는 이적성 판단기준이 중요한 쟁점이 되고 있다. 대법원은 “적극적이고 공격적인 표현” 기준과 병행하여 헌법재판소가 제시한 “실질적 해악을 끼칠 위험성” 기준을 함께 사용하고 있다.

대법원은 “국가보안법 제7조 제5항에서 정한 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득 등의 행위를 하였다는 사실만으로 그에게 이적행위를 할 목적이 있었다고 추정할 수는 없지만, 행위자에게 이적행위 목적이 있음을 증명할 직접증거가 없는 때에는 앞에서 본 표현물의 이적성의 징표가 되는 여러 사정들에 더하여 행위자의 경력과 지위, 행위자가 이적표현물과 관련하여 위 규정의 행위를 하게 된 경위, 행위자의 이적단체 가입 여부 및 이적표현물과 행위자가 소속한 이적단체의 실질적인 목표 및 활동과의 연관성 등 간접사실을 종합적으로 고려하여 행위자의 이적행위 목적 여부를 판단할 수 있다”고 밝혔다.⁹⁾

국가보안법을 적용한 대표적인 사례를 살펴보면 다음과 같다.

무죄가 선고된 사례를 보면, 블로그와 같은 사적 인터넷 게시공간의 운영자가 게시공간에 게시된 타인의 글을 삭제할 권한이 있는데도 삭제하지 아니하고 그대로 두었다가 기소된 사례가 있다. 이 사안에서는 무죄가 선고되었다.¹⁰⁾ 또한 마르크스주의 변증법적 유물론을 주장한 강의교재에 대해서도 국가보안법상

9) 대법원 2013.03.28. 선고 2010도12836 판결; 대법원 2013.9.12. 선고 2012도3529 판결.

10) 대법원 2012.1.27. 선고 2010도8336 판결.

의 이적표현물죄로 기소된 사례가 있다. 이 사안도 무죄가 선고 되었다.¹¹⁾

유죄가 선고된 사례를 보면, 남북공동선언실천연대가 이적단체에 해당하는지 여부와 남북공동선언실천연대의 ‘2008년 정기 대의원대회’ 자료집, ‘우리민족끼리’ 책자 등이 이적표현물에 해당하는지에 대한 법적판단에서 대법원은 유죄를 선고했다. 다만, 소수 견해에서는 국가보안법의 해석에서는 “명백·현존하는 위험을 구체적으로 유발시킬 목적이나 의도”가 있어야한다고 판시했다.¹²⁾ 더 나아가서 “이적표현물 소지죄에서 이적행위 목적이 지니는 특수한 성질에 비추어 이적표현물 소지자에게 이적행위를 할 목적이 있었다는 점은 향후 그 표현물을 가지고 어떠한 이적행위를 할 계획이나 의사를 가지고 있는지가 구체적으로 드러나고 증명이 되는 경우에만 인정”¹³⁾된다고 보았다.

국가보안법의 해석 적용에서 표현의 자유의 규제기준에 대해서는 감정보다는 이성에 기초한 차별한 논의가 전개되어야 할 것이다¹⁴⁾

4. 국가보안법 자체 폐기론

국가보안법 자체가 헌법에 위반되는 소지가 있다. 이미 2004년 국회에서는 국회의원 150명이 발의해서 국가보안법 폐지법안을 제출한 사례가 있다. 하지만 아직도 국가보안법은 존재하며, 국가보안법상 대표적으로 문제가 되는 찬양·고무죄, 불고지죄, 이적물소지죄와 같은 조항조차 개정하지 못하고 있다. 당시 국회에 제출된 국가보안법 폐지안을 살펴보면 다음과 같다.

“오늘날 한반도의 국제적 현실은 탈냉전시대를 맞이하여 평화적 공존체제의 구축을 위해 다각적으로 노력해야 하는 상황이다. 그동안 남·북한은 1991년 유엔 동시가입과 남북화해와 불가침 및 교류협정에 관한 합의서 채택, 6·15 정상회담, 인적·물적 교류 등 양국간 긴장완화 및 관계개선 노력을 경주해 온 것이 사실이다. 이러한 국제적 환경변화와 남·북한 관계개선 노력의 현실에도 불구하고 1948년 일제의 치안유지법을 모태로 탄생하여 56년간 우리 사회의 인권과

11) 대법원 2007.5.31. 선고 2004도254 판결.

12) 대법원 2010.7.23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결(대법관 박시환, 김지형, 이홍훈, 전수안의 반대이견).

13) 대법원 2010.7.23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결(대법관 김영란의 반대이견).

14) 조국, “1991년 개정 국가보안법상 이적성 판단기준의 변화와 그 함의”, 『법학』 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011, 86면.

민주주의를 유린해 온 비민주적인 국가보안법이 존재하고 있는 것도 현실이다. 또한 이 법의 규정에는 위헌적·비민주적·반통일적 요소가 산재해 있다는 법률적 판단과 과거 권위주의 정권들이 이러한 규정들을 악용·남용하여 국민의 기본권을 침탈하는 행위를 자행했던 역사적 현실도 부인할 수 없는 사실이다. 이에 건전한 자유민주주의 질서를 확립하고, 비민주적·위헌적 법률을 정비하며 평화통일을 수행하는데 있어서의 장애요소를 제거하기 위해 이 법을 폐지하고자 한다.”¹⁵⁾

Ⅲ. 국가보안법상 이적물소지죄의 위헌성

국가보안법상 이적표현물을 소지·취득한 자에 대한 처벌규정은 ① 헌법상 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부, ② 표현의 자유와 양심의 자유 침해 여부, ③ 형벌과 책임의 비례원칙 위배 여부, ④ 수사 과정에서의 인권침해 문제가 있다.

1. 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부

1) 표현의 자유를 규제하는 입법에서 명확성의 원칙

현대국가가 법치국가로 존재하는 것은 국민의 자유와 권리의 보장 및 강화를 위한 이유이다. 국가가 법치국가로 존재하는 한 법규는 그것이 자유와 권리를 보장하는 것이던 또는 자유와 권리를 제한하는 것이던 그 의미와 내용을 명확하게 하여 그 적용대상자에게 예측가능한 행동지침을 제공하고 법집행자에게는 객관적인 판단지침으로 작용하게 하여 자의적이고 차별적인 법해석과 집행을 예방하여 국민의 법규에 대한 신뢰를 확보하고 공동체생활에서의 법적 안정성을 확보하게 된다.¹⁶⁾

명확성의 원칙은 첫째, 법률조항에서 사용된 언어와 용어의 의미내용이 객관

15) 제17대 국회 의안번호 601호(발의연월일: 2004.10.20.).

16) 정극원, “헌법재판과 명확성의 원칙”, 『공법학연구』 제15권 제1호, 한국비교공법학회, 2014, 25면.

적으로 확정된 것이어야 하며, 둘째, 처벌의 경우에 있어서 그 형량을 확정하고 있어야 하며, 셋째, 이에 대한 적용에 있어서 객관적인 판단을 내릴 수 있어야 한다. 법의 구속력 혹은 준수의 명령은 그 법에 담고 있는 의사·생각을 국민이 준수하도록 요구하는 것이므로 법은 특히 그 법을 준수하여야 할 국민의 입장에서 내용이 명확하게 알 수 있도록 분명하여야 한다.¹⁷⁾

표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 야기하고, 그로 인하여 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 함으로써 그러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.¹⁸⁾

명확성의 원칙은 죄형법정주의의 원칙에서도 요청된다. 즉 헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하여야 하는 것을 의미한다.¹⁹⁾

모든 범규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고, 다소 광범위하여 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이

17) 김경제, “의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙”, 『공법학연구』 제13권 제1호, 한국비교공법학회, 2012, 288면.

18) 헌재 1998.4.30. 95헌가16 결정; 헌재 2002.6.27. 99헌마480 결정.

19) 헌재 1989.12.22. 88헌가13 결정; 헌재 2000.6.29. 98헌가10 결정.

요구하는 명확성의 원칙에 반한다고 할 수는 없다 할 것이다.²⁰⁾

2) 명확성의 원칙상 이적물소지죄에 대한 합헌견해

이적표현물 조항에 대한 헌법재판소의 범정견해는 이들 조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다고 결정했다. 범정견해가 밝힌 이유는 다음과 같다. “이적표현물 조항 중 ‘문서·도화 기타의 표현물’은 개인적인 사상, 의견, 신념이나 이념 등을 글, 그림 또는 언어 등의 형상으로 나타낸 일체의 물건을 뜻하고, 이적표현물을 소지한다는 것은 이적표현물을 자기의 사실상의 지배하에 두는 것을 의미하므로, 그 의미가 불명확하다거나 다의적으로 해석될 여지가 있다고 보기 어렵다”고 밝혔다.²¹⁾

헌법재판소는 법률조항이 불명확해 인권 침해의 여지가 있음을 인정하면서도 위헌결정을 내리지 않고, “제한적 축소 해석”을 통해 기본권 침해 부작용을 줄이는 방법을 선택했다. 표현의자유 침해 여지가 있지만 “제한적 축소 해석”으로 합헌성을 인정함으로써, 헌법재판소는 기본권을 침해하는 입법권 남용을 적극 통제하기 보다는, 입법자의 의도를 존중하는 경향을 보였다.²²⁾

3) 명확성의 원칙상 이적물소지죄에 대한 위헌견해

헌법재판관 3인은 이적표현물의 소지·취득행위는 그 자체로는 대외적 전파가능성을 수반하지 아니하므로, 국가의 존립과 안전에 어떠한 위해를 가할 가능성이 있다고 보기 어렵다고 밝혔다. 이들은 “이적표현물을 소지·취득한 자가 이를 유포·전파할 수도 있다는 가능성은 막연하고 잠재적인 가능성에 불과하고, 유포·전파행위 자체를 처벌함으로써 이적표현물의 유통 및 전파를 충분히 차단할 수 있으므로, 그 단계에 이르지 않은 소지·취득행위를 미리 처벌하는 것은 과도한 규제”²³⁾라고 밝혔다.

헌법재판소의 범정견해는 국가안보와 같이 보호해야 할 이익이 더 크다면 불

20) 헌재 1989.12.22. 88헌가13 결정; 헌재 2000.6.29. 98헌가10 결정.

21) 헌재 2015.4.30. 2012헌바95 결정.

22) 장호순, “표현의 자유와 ‘명확성의 원칙’”, 『한국언론정보학회』 통권 제55호, 한국언론정보학회, 2011, 28면.

23) 헌재 2015.4.30. 2012헌바95 결정(재판관 김이수, 이진성, 강일원의 의견).

명확한 법률이라도 수용해야 한다면서, 입법 목적과 입법배경 등에 따라 요구되는 명확성의 정도가 달라질 수 있다고 보고 있다. 입법상황의 특수성을 고려하는 경향을 보였다.

표현의 자유영역에서는 헌법재판소의 명확성 원칙 심사기준이 보다 세밀하고 엄격해져야 할 것이다. 입법부의 불명확한 조항을 제한적 해석이라는 전제로 합헌판결을 내리기 보다는, 혹은 국가안보의 공익성의 우월성을 이유로 불명확한 법률규제를 용인하면 안된다.

2. 표현의 자유와 양심의 자유 침해 여부

1) 이적물이 언론·출판의 자유의 보호영역인정 여부

이적물의 표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다고 해석할 경우 이적물표현에 대하여는 언론·출판의 자유의 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 명확성의 원칙, 검열 금지의 원칙 등에 입각한 합헌성 심사를 하지 못하게 된다. 인권 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 법률에 의한 제한, 본질적 내용의 침해금지 원칙 등도 적용하기 어렵게 되는 결과가 발생한다. 이적물의 표현도 언론·출판의 자유의 보호영역에 포함되며, 이적물에 대한 표현의 자유를 제하는 경우에도 헌법상의 기본원칙을 준수해야한다.

2) 이적물소지죄가 표현의 자유와 양심의 자유의 침해를 부인하는 견해

헌법재판소는 법정견해는 “이적표현물 조항은 표현물의 제작, 유통, 전파 등으로 인한 사회의 혼란을 방지하고 이를 통해 국가의 안전과 존립, 국민의 생존과 자유를 확보하고자 함에 그 입법목적이 있는바, 이러한 목적에는 정당성이 인정되며, 이적표현물의 제작·소지·반포·취득행위를 형사 처벌하는 것은 이러한 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다.”고 밝혔다. 헌법재판소는 “이적표현물 조항은 표현물의 제작·소지·반포·취득행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 한하여 적용되므로 그로 인한 기본권의 제한이 결코 지나치다고 볼 수 없다. 이적표현물의 소지·취득행위만으로도 그 표현물의 이적내용이 전파될 가능성을 배제하

기 어렵고, 특히 최근 늘어나고 있는 전자매체 형식의 표현물들은 실시간으로 다수에게 반포가 가능하고 소지·취득한 사람의 의사와 무관하게 전파, 유통될 가능성도 배제할 수 없으므로, 이적표현물을 소지·취득하는 행위가 지니는 위험성이 이를 제작·반포하는 행위에 비해 결코 적다고 보기 어렵다. 따라서 이적표현물 조항은 표현의 자유 및 양심의 자유를 침해하지 아니한다.”고 밝혔다.

3) 이적물소지죄가 표현의 자유와 양심의 자유의 침해를 인정하는 견해

국가보안법 제7조 제5항의 행위유형인 표현물의 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득은 그 자체로는 위법적 행위유형이 아니고 따라서 동 조항의 핵심적 요소는 제1항 내지 제4항의 행위를 할 목적의 존재하는 주관적 요소에 있다고 할 수 있는데 제1항 내지 제4항의 행위는 곧 반국가단체를 이롭게 하는 표현행위이므로 제5항은 위와 같은 표현행위를 할 목적 즉 내심차원의 사상을 처벌대상으로 하는 것과 다르없다. 이는 동일한 서적을 누가 소지하고 있는냐에 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 제22조에서도 위반된다.²⁴⁾

국가보안법 제7조 제5항은 인간의 내심의 의사를 처벌하는 사상형법의 전형이다. 헌법상 보장된 기본권 중에서 사상과 양심의 자유는 그 자체가 자유의 본질적 내용을 이루고 있기 때문에 어떠한 법률로서도 제한할 수 없음은 상식에 속한다. 이것은 죄형법정주의 이전의 문제이다. 그럼에도 우리는 인간의 사상 내지 내심을 처벌하고 있는 사례의 전형적인 경우를 국가보안법 제7조 제5항에서 확인할 수 있다.²⁵⁾ 이적물소지죄는 정치형법으로서 비민주성을 공공연히 표현하고 있다. 이적물소지죄는 존재이유가 없다. 이 죄가 존재함으로써 가지는 역할은 국민들의 자기검열 조장이다. 자기검열에 의한 표현의 자유의 위축효과를 원하는 것이다.²⁶⁾

국가보안법상 북한이 선전하는 내용과 동일한 표현이라고 하더라도, 그 표현

24) 헌재 1990.4.2. 89헌가113 결정(변정수 재판관의 견해).

25) 허일태, “국가보안법 폐지의 정당위성”, 『형사정책』 제16권 제1호, 한국형사정책학회, 2004, 252면.

26) 최관호, “이적동조죄의 불법성과 불복종”, 『민주법학』 제56호, 민주주의법학연구회, 2014, 199면.

모두가 우리 사회에 해악을 끼치는 것이라고 단정할 수 없다. 나아가 그러한 표현이 해롭다거나 혹은 해로운 것으로 보인다고 하더라도, 곧바로 그러한 표현을 금지하고 처벌하는 것보다는 유익한 표현들과의 경쟁을 통하여 그러한 해로운 표현이 사상의 자유시장에서 스스로 도태되도록 하는 것이 바람직하다.²⁷⁾ 형법과 국가보안법은 반국가단체 등의 활동에 대한 표현행위 중 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있는 표현행위에 대한 처벌규정을 이미 충분히 갖추고 있다. 그런데도 그에 더하여 굳이 이적물을 단순 소지하는 행위까지 처벌할 필요성이 있는지 의문이다.

3. 형벌과 책임의 비례원칙 위배 여부

1) 책임과 형벌간의 비례 원칙

우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 범치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있다. 헌법재판소에 따르면 “범치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 범치국가의 이념을 포함하고 있다.”²⁸⁾

헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 법정형을 설정해야 한다. 형벌은 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 갖추어야 한다. 형벌은 범행의 경중과 행위자의 책임 즉 형벌 사이에 비례성을 갖추어야 함을 의미한다. 헌법재판소는 형사특별법에 대한 한계로 “특별한 이유로 형을 가중하는 경우에도 형벌의 양은 행위자의 책임의 정도를 초과해서는 안된다.”²⁹⁾ 그리고 “입법자가 형벌이라는 수단을 선택함에 있어서는 그 형벌이 불법과 책임의 경중에 일치하도록 하여야 하고, 만약 선택한 형벌이 구성요건에 기술된 불법의 내용과 행위자의 책임에 일치되지 않는 과도한 것이라면 이는 비례의 원칙을 일탈한 것으로 헌법상 용인될 수 없다.”³⁰⁾고 밝혔다.

27) 헌재 2015.4.30. 2012헌바95 결정(재판관 김이수의 의견).

28) 헌재 1992.4.8. 90헌바24 결정.

29) 헌재 2004.12.16. 2003헌가12 결정.

30) 헌재 2002.11.28. 2002헌가5 결정.

2) 형벌과 책임의 비례원칙상 이적물소지죄 합헌견해

헌법재판소의 법정견해는 이적표현물 조항이 소지·취득행위를 제작·반포 등의 행위와 함께 같은 법정형으로 처벌하는 것으로 규정하였다고 하더라도 형벌과 책임 간의 비례원칙에 위배되지 않는다고 결정했다. 그 이유를 살펴보면 “이적표현물의 소지나 취득행위의 위법성이 다른 유형의 행위에 비해 결코 경미하다고 단언할 수 없고 법정형으로 징역형만을 정하고 있는 입법자의 선택이 현저히 불합리하다고 볼 수도 없다”³¹⁾고 밝혔다.

3) 형벌과 책임의 비례원칙상 이적물소지죄 위헌견해

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·선동하는 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 행위를 7년 이하의 징역에 처한다는 규정은 그 법정형이 형벌체계상의 균형성을 현저히 상실하여 정당성을 잃은 것으로 볼 수 있다. 형벌의 불균형은 반국가적 범죄로부터 국가 및 국민을 보호한다는 입법목적으로도 극복할 수는 없다. 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 인간의 존엄과 가치를 존중하고, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 정하여야 한다는 실질적 법치국가의 이념에 맞게 정해야 한다.

물론 이 법률조항에 7년 이하의 선고할 것인지의 여부는 법관의 양형재량권 범위 내에 속하는 문제이므로 법정형을 7년 이하로 하더라도 큰 문제는 없을 것이라는 논리도 가능하다. 그러나 법정형의 문제에 있어 상한과 하한은 모두 결정적으로 중요한 것이고, 양형재량권은 법정형의 상한과 하한이 어느 정도 합리적으로 정해져 있을 때 의미가 있는 것이다. 또한 이 사건 법률조항이 법정형의 상한을 7년으로 정함으로써 단순히 이적물을 소지한 행위만으로 7년의 선고를 가능하게 하고 있다는 것 자체가 위험성을 내포하고 있다.

31) 헌재 2015.4.30. 2012헌바95 결정.

4. 이적물소지죄의 수사 과정에서 인권침해 소지

이적표현물의 ‘소지’행위를 처벌하는 규정은 정권에 비판적이거나 소수의견을 가진 자들에 대한 탄압의 도구로 이용되거나, 무리하고 강압적인 수사나 수사 과정에서의 인권침해 등의 빌미를 제공할 수 있다. 소지행위는 계속범에 해당하므로, 이적표현물을 취득한 후에 계속 소장하고 있으면 취득시점으로부터 수십 년이 지난 후에도 처벌될 수 있어 사실상 공소시효가 의미가 없게 되고, 자신이 그러한 표현물을 소지하고 있었는지조차 인식하지 못한 상태에서 처벌되는 경우도 발생할 수 있다. 수사 실무에서 이적표현물 조항 중 ‘소지·취득한 자’ 부분은 내사단계에서 통신제한조치, 압수수색 등을 하거나 국가보안법 위반 혐의자를 체포하여 다른 국가보안법 위반죄를 수사하기 위한 방편으로 활용되어 왔다.³²⁾

IV. 맺음말

국가보안법은 헌법상 보장된 양심의 자유, 학문의 자유, 언론·출판·집회·결사의 자유를 과도하게 제한하여 국민의 기본권의 본질적 내용을 침해한다. 뿐만 아니라 그 요건이 불명확하여 죄형법정주의에 반한다. 역대 정부에서는 수사기관이 국가보안법의 불명확한 요건을 이용하여 건전한 비판세력에 대한 처벌수단으로 악용한 사례가 있었다. 국가보안법의 적용으로 선의의 피해자가 양산되고, 건전한 토론과 비판문화가 형성되지 못하는 역기능도 있었다. 민주주의 발전과 시민의 인권을 보장하기 위해서는 국가보안법을 개정하거나 폐지하는 방안을 찾아야한다.

국가보안법의 전면적인 폐지 이전이라도 국가보안법상 반국가단체에 대한 찬양·고무죄, 동조죄, 이적물소지죄, 불고지죄와 같은 조항들은 시급히 삭제해야 한다. 그리고 이들 죄에 대한 적용도 중지해야한다. 특히 국가보안법 제7조 위반 사건의 경우에는 어김없이 영장 청구 시에는 즉시 구속영장을 기각하여야 할 것이며, 공소가 제기되는 경우에는 즉각적으로 공소기각 판결을 통해 검찰

32) 현재 2015.4.30. 2012헌바95 결정(재판관 김이수, 이진성, 장일원의 의견).

의 횡포를 차단해야 한다. 이는 바로 사법 정의의 실현인 동시에 국가적·사회적 낭비를 줄이는 애국적 결단이라는 주장이 있다.³³⁾

이 글에서는 국가보안법상 이적물소지죄의 위헌성을 고찰하였다. 이적물소지죄가 위헌이라는 밝힌 3명의 헌법재판소 재판관의 의견과 형사재판에서 이적물소지죄의 적용에 대한 엄격성을 밝힌 대법관의 소수의견을 정리하면 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 이적물소지죄는 헌법상 명확성의 원칙에 위배된다. 이적표현물을 소지·취득한 자가 이를 유포·전파할 수도 있다는 가능성은 막연하고 잠재적인 가능성에 불과하다. 유포·전파행위 자체를 처벌함으로써 이적표현물의 유통과 전파를 충분히 차단할 수 있다. 그 단계에 이르지 않은 소지·취득행위를 미리 처벌하는 것은 과도한 규제이다. 헌법재판소는 표현의 자유를 규제하는 법률조항에 대해서는 보다 엄격한 명확성 기준을 충족시킬 것을 요구해야 한다.

둘째, 이적물소지죄는 표현의 자유와 양심의 자유를 침해한다. 이적표현물죄는 내심차원의 사상을 그 처벌대상으로 한다. 이적물소지죄가 존재함으로써 가지는 역할은 시민들에게 자기검열을 조장이다. 이적물소지죄의 존재로 자기검열에 의한 표현의 자유의 위축된다.

셋째, 이적물소지죄는 형벌과 책임의 비례원칙에 위배된다. 이적물소지죄의 법정형은 7년 이하의 징역이다. 단순히 이적물을 소지한다고 7년의 징역에 처할 수 있다고 규정한 그 법정형이 형벌체계상의 균형성을 현저히 상실하여 정당성을 잃은 것으로 볼 수 있다. 형벌의 불균형은 반국가적 범죄로부터 국가와 국민을 보호한다는 입법목적으로도 극복할 수는 없다.

넷째, 이적물소지죄는 수사 과정에서 인권침해의 요소를 가지고 있다. 이적물소지행위는 계속범에 해당하므로, 이적표현물을 취득한 후에 계속 소장하고 있으면 취득시점으로부터 수십 년이 지난 후에도 처벌될 수 있다. 이는 사실상 공소시효가 의미가 없게 된다. 자신이 그러한 표현물을 소지하고 있었는지조차 인식하지 못한 상태에서 처벌되는 경우도 발생할 수 있다. 실제로 수사 실무에서 이적표현물 조항 중 ‘소지·취득한 자’ 부분은 내사단계에서 통신제한조치, 압수수색 등을 하거나 국가보안법 위반 혐의자를 체포하여 다른 국가보안법 위반죄를 수사하기 위한 방편으로 활용되기도 했다.

33) 이창호, “최근 국가보안법 남용사례와 형사법적 대응”, 『민주법학』 제43호, 민주주의법학연구회, 2010, 530면.

국가보안법상 이적물소지죄는 위헌이다. 부득이하게 이적물소지죄를 적용하는 경우에도 아래와 같은 조건에서 적용되어야한다. 이적물을 소지한 자가 대한민국의 안보에 대한 명백·현존하는 위협을 구체적으로 유발시킬 목적이나 의도가 있어야한다. 또한 이적물 소지자가 향후 그 표현물을 가지고 어떠한 이적 행위를 할 계획이나 의사를 가지고 있는지가 구체적으로 드러나고 증명되어야한다. 이러한 경우에만 국가보안법상 이적물소지죄를 적용할 수 있다.

투고일 : 2015.5.15. / 심사완료일 : 2015.6.10. / 게재확정일 : 2015.6.20.

[참고문헌]

- 김경제, “의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙”, 「공법학연구」 제13권 제1호, 한국비교공법학회, 2012.
- 이창호, “자유민주주의와 국가보안법”, 「법학연구」 제6호, 경상대학교 법학연구소, 1997.
- , “최근 국가보안법 남용사례와 형사법적 대응”, 「민주법학」 제43호, 민주주의법학연구회, 2010.
- 장호순, “표현의 자유와 ‘명확성의 원칙’”, 「한국언론정보학보」 통권 제55호, 한국언론정보학회, 2011.
- 정극원, “헌법재판과 명확성의 원칙”, 「공법학연구」 제15권 제1호, 한국비교공법학회, 2014.
- 정태욱, “국가보안법과 한반도의 평화”, 「민주법학」 제16호, 민주주의법학연구회, 1999.
- 조 국, “1991년 개정 국가보안법상 이적성 판단기준의 변화와 그 함의”, 「법학」 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011.
- 최관호, “한반도 평화와 국가보안법”, 「민주법학」 제25호, 민주주의법학연구회, 2004.

[국문초록]

국가보안법상 이적표현물 소지죄에 대한 위헌성

여 경 수*

국가보안법은 위헌적 소지가 많은 법률이다. 이 글은 국가보안법상 제7조 제5항에 규정된 이적물소지죄에 대한 비판적인 분석을 하고자한다. 국가보안법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 한다. 국가보안법을 해석적용함에 있어서는 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보할 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 이를 확대해석하거나 헌법상 보장된 국민의 기본적인 권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 안된다. 국가보안법 제7조에 따르면 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. 이적물 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다. 국가보안법 제7조는 인간의 가장 중요한 권리인 표현의 자유를 침해하는 위헌적인 소지가 있다. 이 논문에서는 이적물소지죄 자체로도 위헌적인 요소가 더욱 강하므로 이 글에서는 이적물소지죄의 위헌성을 부각하고자 한다. 국가보안법상 이적표현물을 소지·취득한 자에 대한 처벌규정이 ① 헌법상 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부, ② 표현의 자유와 양심의 자유 침해 여부, ③ 형벌과 책임의 비례원칙 위배 여부, ④ 수사과정에서의 인권침해 문제와 같은 헌법상의 문제를 다루고자 한다.

주제어 : 국가보안법, 표현의 자유, 양심의 자유, 명확성의 원칙, 형벌과 책임의 비례원칙

* 충북대학교 법과대학 강사, 법학박사

[Abstract]

A Study on the Interpretation of National Security Act

Yeo, Gyeong-Su*

The National Security Act is an unjust law which should rightfully be abolished. The purpose of this Act is to secure the security of the State and the subsistence and freedom of nationals, by regulating any anticipated activities compromising the safety of the State. In the construction and application of this Act, it shall be limited at a minimum of construction and application for attaining the purpose, and shall not be permitted to construe extensively this Act, or to restrict unreasonably the fundamental human rights of citizens guaranteed by the Constitution. As Article 7, Any person who praises, incites or propagates the activities of an antigovernment organization, a member thereof or of the person who has received an order from it, or who acts in concert with it, or propagates or instigates a rebellion against the State, with the knowledge of the fact that it may endanger the existence and security of the State or democratic fundamental order, shall be punished by imprisonment for not more than seven years. Any person who manufactures, imports, reproduces, holds, carries, distributes, sells or acquires any documents, drawings or other expression materials, with the intention of committing the act as referred to in paragraph (1), (3) or (4), shall be punished by the penalty as referred to in the respective paragraph. Article 7 of the National Security Act of South Korea has created much controversy as it relates to freedom of expression—one of the most precious rights that human beings have.

Key words : National Security Act, Freedom of Speech, Freedom of Conscience,
Doctrine of Vagueness, Proportionality between Liability and Punishment

* A lecturer, Department of Law, Chungbuk National University