

여기에는 몇가지 이유가 있다. 첫째는 청소년들에 대한 일반적인 이해가 여전히 기성세대의 가치관과 기준에 따른다는 점이다. 법적 판단의 기준에는 청소년에게 윤리적 금기를 가르쳐야하는 사명감, 청소년들은 그림에 대한 상징적, 신화적 해석의 능력이 부족할 거라는 선입관, 그리고 그림의 충격이 상징을 사실로 받아들이고 모방할 것이라는 공포감 등이 개입된다. 둘째는 문제가 된 장면이 설사 전체 맥락 속의 일부에 해당되고, 그에 따른 신화적인 해석력이 요구되는 것이라고 인정한다해도, 장면 자체의 묘사는 또다른 영역으로 읽혀질 수 있고, 그것이 또다른 맥락을 구성할 수 있다는 판단이다. 요컨대 또다른 맥락이란 음란한 것과는 다른 것을 내포한다. 즉 천국의 문이 열리는 과정에 묘사된 근친상간, 혼음, 수간은 음란한 것보다는 '혐오스러운 것', '불쾌한 것'으로 받아들여지게 된다. 그 묘사는 이제 영역이 전환되어서 성욕의 대상이 아니며, 자신들이 갖고 있는 보편적인 정서와 가치에 도전하는 불쾌하기 짝이 없는 것이 된다. 이 불쾌감은 논의를 조금 확대하자면 우리의 조상을 그리는 건국신화에 대한 불쾌하고 혐오스런 상상력을 거세하려는 부르주아 기성지배 질서의 반응이기도 한 것이다. 셋째, 청소년보호를 외치는 단체나 개인들이 주로 기독교인들이거나 기독교 단체에서 핵심적으로 활동하는 분들이라는 점을 감안해보면 <천국의 신화>가 제시하는 건국신화는 일종의 미신이며, 기독교의 창세신화를 욕되게 하는 상상력이다. <천국이 신화>를 신화와 우화의 2차적 허구 묘사가 아닌 그야말로 그려진 그대로의 사실로 받아들여지게 될 경우, <천국의 신화>는 청소년보호라는 명분을 떠나 반기독교적 우상숭배, 이교도적 행위에 해당된다.

4)는 청소년보호론자들이 늘 사후적으로 하는 말들이다. 이 논지의 가장 결정적인 문제는 사건의 원인과 결과를 구분하지 못하는, 논리적 모순을 드러낼 뿐더러, 그래서 속된말로 (X)와 (÷)도 구분 못하는(못가리는) 비꼼과 억지로 일관하는 데 있다. 음대협외의 권장회 총무는 올 1월 문화연대가 주최한 영화 <거짓말> 공청회 토론회에서 이번 사태를 영화 <거짓말> 제작진들이 상업적으로 이용하고 있다고 말했으며, 지난번 <천국의 신화> 사태가 터지고 난 후 MBC 100분토론에 나와 이현세씨가 이번 사건으로 <천국의 신화>가 많이 팔린 것(실제로 일선 만화가게를 서베이 한 결과 판매에 큰 영향이 없었다고 한다. 왜냐하면 <천국의 신화> 소년판은 이미 전량 수거되었거나 폐기처분되었으니까)에 대해 아마 속으로 쾌재를 불렀을 것이라고 말한 바 있다. 음대협외의 논리대로라면, 거짓말의 제작자인 '신씨네'나 이현세씨는 아마도 상업적인 성과를 올리기 위해 사건을 사전에 조작했거나, 철저한 시나리오에 음대협외와 사법부 관계자들을 매수하여 사건을 극적으로 몰고갔을 거다. 이 논리적인 모순을 왜 공개적으로 발언하는 이유가 무엇일까? 그것은 아마도 표현의 자유, 혹은 문화적 표현물이라는 명분을 공격하는 데 있어 상업적인 의도성을 말하는 것만큼 효과적인 것은 없기 때문일 것이다. 물론 영화 <거짓말>도 만화 <천국의 신화>도 상업적인 매체는 분명하며, 이윤을 추구해야하는 당연한 명분을 가지고 있다. 문제는 이 두 작품들이 과연 처음부터 돈을 벌기 위해 옷을 벗기고, 변태적 성행위를 강요하며, 신화적 상상력을 표현하기 위해 사회적 금기를 과감하게 표현했는지는 점이다. 그러나 <거짓말>은 예외지만, 이현세의 <천국의 신화> 소년판은 불행히도 상업적으로는 실패한 작품이다. 음란성을 상업성으로 동일시하는 과정은 모든 문화적 표현물에 동일하게 적용해서는 안된다. 요컨대 <천국의 신화>와 이른바 대학로의 '벗기기 연극'은 구별할 줄 알아야하며, 만일 그것이 구별될 필요가 없다거나, 실제로 구별이 안된다고 한다면, 할말이 없으며 아마도 이에 대한 대대적인 '문화전쟁'이 필요한 것일지도 모르겠다.

그런데 사법부의 판결대로 정말 <천국의 신화>는 객관적으로 음란물이라 할만한가? 결론적으로 작품 그 자체만 놓고 보더라도 <천국의 신화>는 음란물과는 거리가 아주 멀다. 음란물은 시종일관 음란한 것을 표현하는 맥락이 있어야 한다. 요컨대 비디오 가게의 '준포르노비디오들'은 음란한 것에 대한 일관된 맥락이 존재한다. 그리고 음란한 것을 소프트웨어/하드코어로 구분하는 것도 완전히 통일되진 않았지만 대체적인 기준이 있다. 그렇다면 <천국의 신화>를 음란물로 규정한 일관된 기준이란 무엇인가? 음란한 것의 지속성, 일부가 아니라 목적 자체가 음란한 것, 수용자에게 지속적인 성욕을 유발시키는 것 등등의 기준들. 이런 기준으로 보자면 <천국의 신화> 소년판은 음란한 것이 아니며, 인터넷 포르노 사이트를 설립하는

10대들에게 성욕을 불러일으키지는 않고, 대신 조금은 특이하고 희안한 표현 정도로 보일 것이다. 더욱이 <천국의 신화>는 하늘의 문이 열리고 환인이 세상을 지배하여 그 자손들이 문명을 배워나가는 4권 이후로는 도입부와 같은 묘사는 거의 그려지지 않고, 오히려 인간이 혼음과 근친상간과 같은 야만의 생활로부터 거리를 두려는 일정한 가치관이 형성된다. 문제는 앞서 계속 언급했듯이 청소년들의 문화적 표현물의 수용에 대한 기성세대들의 오인된 상상력과 앞선 판단, 자의적인 해석이며, 이것이 결국은 청소년보호를 넘어서 사회의 지배적 가치와 질서를 지키려는 기제로 확대된다는 점이다. 사범부나 청소년보호론자들 역시 그 장면이 상징적이고 신화적인 표현이라는 것을 잘 알고 있다. 그러나 자신들의 지배적 질서와 가치를 지키기 위해 <천국의 신화>는 외면할 수 없는 텍스트가 된다. 말하자면 일부 표현이라 할지라도 그 수위를 그냥 넘어갈 수 없는 내적인 조건과 구조를 가지고 있는 것이다. 그런 점에서 <천국의 신화>는 그 자체가 음란물이라기 보다는 역으로 지배적 가치와 질서가 음란하게 보려는 일종의 음란한 시선에 의해 포획된 대상이다.

## 2) 박진영의 앨범 <Game>과 섹슈얼리티의 문제

“기독교윤리실천운동”(기윤실)의 도발적이면서도 무모한, 혹은 포스트모던적 “분서(청)갱유”를 강행하려는 듯한 고집스런 종교적 사명감(문화소비자운동의 ‘본색’)으로 지난 한 주간 넘게 진행되어온 박진영 6집 앨범 <게임> 논쟁, 이른바 “섹스선동론/청소년보호론” 대 “성적자유론/표현의 자유론” 사이에서 벌어진 논쟁 아닌 논쟁을 지켜보면서 많은 생각을 하게 되었다. 치명적인 한계라고나 할까, 아니면 부질없는 기대라고나 할까 이번 논쟁에서 가장 아쉽게 느껴졌던 것은 문제의 발단이자 출발이 음반에서 비롯된 것임에도 수많은 논쟁 중에서 문화적인 이야기들이 대부분 실종되어 있었다는 점이다. 문화논쟁에 문화적 담론들이 실종되게 된 데에는 일차적으로 박진영의 노래말만 가지고 어설픈게(아니 역으로 치밀하고 집요하고 목표점이 뚜렷할 수도 있다) ‘적독직해’하여 불의에 탄죽을 건 ‘기윤실’의 책임이 크지만, 다른 한편으로는 이른바 박진영 사태를 연예특종이나, 화제거리로 변질시켜버리는 연예프로그램과 방송, 언론사의 책임도 크다고 할 수 있다. 여기에 내가 속한 문화연대 역시 기윤실이 주도하는 “대중가요 음란저질화를 우려하는 시민사회단체” 이름의 성명서 대해 반박성명서를 내면서 문화적 토론에 대한 중요성을 강조했지만, 정작 그 구체적인 토론내용에 대해서는 설득력있게 제시하지 못한 것 같다.

물론 대중음악이 시공간이 배제된 박제화된 음반 그 자체로 존재하지는 않고, 노래를 부르는 사람과 듣는 사람, 그것의 사회적 파급 속에서 자신의 유산을 축적하는 것이라면, 박진영의 문제적인 음반이 사회에 미치는 영향에 대한 토론에는 반드시 문화적/음악적 토론만이 있는 것은 아니다. 기윤실이 강력하게 주장하는 ‘청소년섹스선동론’, ‘상품화 전략론’도 자신들의 세계관과 종교관에서 볼 때, 충분히 가능한 시나리오로 볼 수 있다(측각을 곧두세우고 건수를 찾던 차 박진영의 <게임> 앨범이 기윤실의 레이다에 제대로 걸린 케이스가 아닐까 싶다). 방송과 언론의 속성 역시 서로 대립되고 대치되는 그림을 좋아하는 편인 바 논의를 자꾸 극단적 대립으로 이분화시키는 특유의 태생적 기질이 있는데, 이를 뭐라 할 수도 없는 상황이다. 그러나 이 모든 것들을 고려하더라도, 논쟁에서 문화적인 담론과 이야기는 박진영의 노래에 대한 비판과 옹호의 대립공간을 묶어주는 아교역할을 하는 바, 반드시 그것이 논쟁의 기본 바탕이 되어야함에도, 문화적 이야기는 온데간데 없이 사라져버린 느낌이다. 지난번 KBS <시사난타> 토론회가 끝나고 KBS와 ‘기윤실’ 게시판에서의 네티즌들의 반응에서 알 수 있듯이 문제는 이제 박진영의 앨범이 과연 청소년에게 유해한가에 대한 문화적, 사회적 토론에서 섹스를 둘러싼 험한 입담과 종교의 보편성에 대한 성토대회로 급격하게 이행하고 있다는 데 있다.

어떤 점에서는, 문제를 제기했던 기윤실의 입장이 문화생산과 소비에 대해 특정한 기독교윤리로 일관하고 있고, 청소년에게 유해하다는 자의적인 가설과 성을 노골적으로 상품화했다는 음모론을 박진영의 개인적인 의도와는 무관하게 언론을 상대로 무단 유포하는 상황에서 요지부동인 상대방을 상대하려면 결국 극단적인 정체성의 본색을 까발리는

공격밖에는 없어 보이지만, 결국 그것 역시 시간이 지나면 남는 게 없는 해묵은 이데올로기 싸움밖에는 되지 않는다. 기윤실 역시 문화적 토론과 대화를 전제로 하지 않고, 직설적이고 게릴라적인 대응을 하다보니, 자신이 성급하게 싸잡아서 선정적으로 비판한 내용 자체가 역설적으로 대중들의 호기심을 자극하여 자신들의 의도와는 다르게 박진영씨의 앨범판매를 위한 가장 훌륭한 홍보사절로 기능하는 손실을 입기도 했다(이것이 먼훗날 건전사회를 추구하기 위한 선교비용인지는 모르겠다).

현재 영상물등급위의 재심(언론에 보도된 대로 영상물등급위가 판매불가 작품을 재심의한 사례는 많았지만, 미성년자 판매가로 인정한 것을 판매불가로 재심 요청한 것은 이번이 처음이라고 한다)을 남겨놓은 상황에서 배부른 발언 일지는 모르지만, 나는 지금부터는 문화적 토론이 중요하며 이 토론이 제 2, 제 3의 박진영 사태를 막을 수 있는 단초를 마련할 것으로 생각한다. 기윤실 역시 자신들의 완고하고 설득력이 떨어지는 주장만 거듭할 경우, 변해가는 현실을 읽지 못하는 누를 범할 것이며, 결국 더 큰 한계와 비난에 봉착할 것임을 간과해서는 안된다.

문화적인 토론에 필요한 몇가지 토픽들에 앞서 나는 기윤실이 박진영 앨범의 청소년 판매중지를 요구하는 과정에서 드러난 외연과 함축 사이의 두가지 내재적 모순(좀더 직설적으로는 숨겨놓은 전략)에 대해서 언급하고자 한다. 먼저 기윤실의 목적은 일단 영상물등급위원회가 박진영의 앨범을 청소년판매금지로 고시하도록 하는 데 있다. 당사자들이 신문과 방송에서 수없이 언급하듯이 이 앨범이 청소년들에게 유해하니까 팔려서는 안된다는 것이 기윤실의 주장이자 요구사항이다. 그래서 기윤실은 청소년들이 이 앨범을 사지 못하도록 박진영의 앨범 자켓에 18짜리 딱지를 붙이라고 말한다. 이것을 포괄적으로 말해 “청소년보호론”이라 할 수 있다. 기윤실은 이런 자신들의 요구가 표현의 자유를 침해하는 것이 아니라고 말하며, 성교육상 필요하다면 어른들이 앨범을 사서 아이들에게 들려주면 된다고 말한다. 외연적인 측면에서 보면 기윤실은 “청소년보호”만큼은 절대양보할 수 없으며, 청소년에게만 판매금지를 요구하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 함축적으로 보면 이러한 요구는 청소년보호를 넘어 성인보호로 연장되는 이데올로기 싸움이며, 박진영의 앨범에 “18짜리 붙이기”를 요구하는 것도 결국 이 앨범에 대한 음란성을 보편적으로 관철시키겠다는 의지를 반영한다.

그동안 장선우 감독의 <나쁜영화>, <거짓말>, 이현세의 <천국의 신화>, 장정일의 <내게 거짓말을 해봐>, 싸이의 데뷔앨범, 박진영의 6집 앨범에 이르기까지 기윤실과 보수적인 종교단체들이 이 문화적 표현물들을 싸잡아 비판하면서 사안에 따라서 검찰고발과 등급위 재심요청 등의 공권력 개입을 촉구했는데, 그들은 그러한 요구의 정당한 근거를 “청소년유해성”과 “청소년보호론”을 들고 있다. 그러나 청소년에게 유해하고 청소년은 보호해야한다는 논지 안에는 자신들이 생각하고, 추구해나가는 “성인의 삶” 역시 건전하고, 도덕적으로 살아야한다는 나름의 연장된 철학이 들어가 있다. 청소년유해성과 청소년보호론은 따라서 특정한 세대에 대한 이데올로기가 아니며, 보편적 세대에 대한 이데올로기로 확대되는 내재성을 가지고 있다고 볼 수 있다(물론 이것은 겉으로 드러나지 않으며 무의식화되어 있거나, 의도적으로 공공연하게 감춰지고 있는 부분이다). 그러다보니 청소년유해성은 자신들의 특수한 이데올로기의 근거 하에 과장되게 부풀려지고, 급기야는 “박진영의 앨범은 (특정한) 청소년에게 유해할지도 모른다”라는 불안정한 가설이 “박진영의 앨범은 (보편적) 청소년에게 유해하다”는 객관적 사실로 뒤바뀌어 버린다(사실 이 부분은 엄밀한 확인이 필요하며 만일 기윤실이 이런 식으로 단정적으로 말했다면 이것은 개인의 명예훼손에 해당되는 부분이다). 청소년보호라는 명분 역시 청소년 안에서의 현실적 문제라기보다는 성과 성표현에 대한 보수적인 생각을 가진 기성세대가 청소년을 밖에서 단정하는 이데올로기로 기능한다. 사실 10대들 안에는 많은 정서적, 문화적, 감성적 차이들이 존재한다. 또한 그 안에는 계급적, 지역적, 성적 차별이 존재하기도 하다. 청소년보호라는 문제를 청소년밖이 아닌 안에서 찾고자 한다면, 그것은 차이를 존중하고 차별을 없애는 방식으로 나가야 한다. 예컨대 기윤실이 진정으로 청소년 보호를 소중히 여기고 생각한다면, 청소년들의 문화적 권리, 교육적, 복지적 권리를 포함한 청소년 인권 전반을 보

호하는 것이 올바르게 아닐까? 만일 이런 부분이 소홀해지면, 청소년보호는 문화적 권리를 주장하는 청소년들에게는 문화적 검열로 받아들여지게 되고, 이는 결국 “청소년보호”라는 명분을 전면에 내세워 문화생산자이권, 소비자이권 자신들이 생각하는 방식대로 문화적 표현물들을 조절 관리하겠다는 이데올로기에 다름아니라고 말할 수 있다.

두 번째 모순은 바로 이 지점에서 나온다. 기윤실은 자신들의 운동이 문화소비자운동이라고 말한다. 문화소비자들이 저질 음란한 대중매체에 심각하게 노출되어 있어 이를 막아야한다는 것이 기윤실의 기본적인 입장인 것이다. 그래서 기윤실은 적어도 청소년들이 이러한 저질 음란한 상품을 사보지 않도록 음반에 ‘㉞ 딱지’를 붙이라고 주장하고 있다. 겉으로 보기에 기윤실의 문화소비자운동은 청소년문화소비자운동으로 국한되는 것 같아 보이고, 적어도 이번 박진영 씨의 음반에 대해서는 그런 입장을 가지고 있어 보인다. 그러나 종교적인 원칙과 입장(기윤실에 생각하는 ‘기독교윤리’)에 근거해서 “문화소비자운동”과 “청소년보호”가 결합되었을 때 원하던 원치 않든 이 운동은 자신들의 주장을 관철시키는 과정에서 성표현물(더 폭넓게는 문화적 표현물)에 대해 정서적, 감성적, 이데올로기적 폭력성을 드러낼 소지가 많다. 이 문제는 박진영 씨의 노래와 무관하게 말할 수 있는 부분이 있고, 그것과 연관시켜서 말할 수 있는 부분이 있어 따로 분리해서 말하도록 하겠다.

기윤실은 왜 이토록 단어 자체도 대단히 “음란하고 좋지않은” ㉞ 딱지를 붙이는 데 진력하는 것일까? 아마도 ㉞ 딱지가 붙으면 문화소비자로서 청소년들이 음반을 구매하는 통로가 차단되어 아이들의 눈과 귀를 막을 수 있다고 판단해서일까? 물론 만일 ㉞ 딱지가 붙으면 청소년들이 음반을 구입하는 데 어려움이 있는 것은 사실이겠지만, 그 욕구와 구입루트를 원천적으로 막을 수 없다는 것은 청소년시절을 거친 어른들이면 다 아는 사실이다. 기윤실은 자신들의 ㉞ 딱지 붙이기 운동이 건전한 청소년 문화소비자들을 지켜주는 최소한의 대응이라고 말하지만, 사실 이 운동은 소비자보호운동을 명분으로 한 문화적 성표현물과 그 생산자에 대한 저지 및 검열운동을 숨기고 있다.

이러한 해석이 기윤실의 청소년보호론은 일종의 음모론이라고 말한 것처럼 똑같은 비판을 기윤실로부터 받을 것으로 예상되지만, 나는 이에 대한 몇가지 분명한 정황을 말하고자 한다. 작품에 ㉞ 딱지를 직접적으로 붙이지 않는 영화(물론 비디오나 케이블 TV의 영화는 다르다고 볼 수 있다)와는 다르게 만화나 음반은 앨범에 ㉞ 딱지를 붙이게 되어있다. 만화책이나 음반에 ㉞ 딱지가 붙여지는 순간, 텍스트는 물질적으로 그 자체로 청소년에게 유해한 작품으로 낙인찍히게 되고, “청소년유해매체”라는 꼬리표는 어느 순간엔가 보편적인 대중들에게 더럽고, 불결하고, 혐오스럽고 음란한 대상으로 인지되게 된다. 아시다시피 이러한 정서적 거리감은 청소년들에게만 해당되는 것이 아니고 일반 기성세대에게도 해당되는 문제이다. 만일 박진영의 앨범에 ㉞ 딱지가 붙여지게 되면 청소년만이 아닌 일반대중들은 그 때부터 청소년에게 유해한 매체로, 음란한 매체로 받아들여지게 되는 것이다. 그래서 박진영 스스로가 아무리 나의 노래는 성에 대한 자유와 쾌락의 아름다움을 나름대로 표현한 것이라 고백해도 대중의 반응은 일단 ㉞ 딱지가 주는 정서적 편견에 갇히게 된다. 예컨대 김인규 교사가 자신의 나체사진을 자신의 홈페이지에 실었고, 이에 대해 학부모와 검찰이 문제의 사진을 치우라고 요구했을 때, 거부했던 이유는 그 사진을 스스로 거두는 순간, 어떤 명분과 논리를 들이대더라도 음란물과는 거리가 먼 순수한 사진도 바로 음란물이 되어버리기 때문이다. 문화소비자의 성표현물 거부 권리를 명분으로 ㉞ 딱지를 요구하는 숨은 의도는 바로 이런 데 있는 것이다. 기실 기윤실이 내세우는 문화소비자운동에 부정적인 견해를 가진 소비자들도 많고, 특히 청소년들의 문화적 불권리와 자기결정권의 필요성이 부각되고 있는 시점에서 모든 청소년들에게 유해매체라는 낙인을 모두 강요해서도 안되는 것이다. 요는 일부 종교적 입장에 근거한 기윤실의 문화소비자운동이 소수 청소년의 영향 가능성을 무기로 음반과 소비행위 전체에 자신들의 주장을 관철시키려 하는 데 있다.

### 3) 김인규 교사와 표현의 자유

문화개혁을위한시민연대”(이하 문화연대)는 그 동안 문화예술 인의 창작 및 표현의 자유가 침해되는 사안들에 대해 끊임없이 깊은 관심을 갖고 활동해 오고 있습니다.

이에 화가인 서천 비인중학교 김인규 교사에 대한 최근의 긴급체포 사태는 헌법이 보장하는 창작 및 표현의 자유를 심각하고도 현저하게 침해하고 있다는 판단 아래 다음과 같이 문화연대의 의견과 입장을 전달하고자 합니다.

#### 1. 예술창작의 자유를 짓밟아서는 안됩니다

김인규 교사가 개인적으로 운영해 온 홈페이지는 무엇보다도 예술가의 창작공간이자 정보공간입니다. 따라서 이 창작 성과물에 대한 문화적, 교육적 판단과 사법적 처리가 결코 일부 학부모들의 선입견 및 편견에 근거를 두어서는 아니 된다고 생각합니다. 설부른 사법적 처리는 헌법이 보장한 예술 창작의 자유를 유린하는 것입니다.

#### 2. 화가 김인규씨는 훌륭한 선생님이기도 합니다

문화연대는 그 동안 김인규 교사가 작품 창작은 물론이고 학교에서의 문화예술교육에 대해 남다른 열정을 갖고 노력해 왔음을 알고 잘 있습니다. 김인규 교사는 문제 투성이의 공교육 체계 안에서 기존의 고식적 문화예술교육에 대해 나름의 대안을 개발하려고 시도해 왔고, 자신의 인터넷 홈페이지도 이러한 예술적, 교육적 맥락에서 운영해 온 것으로 알고 있습니다. 소수 학부모의 항의에 대해서는 이미 인터넷 홈페이지에서 그 악용의 소지를 사전에 경고한 바 있습니다. 이러한 사실을 놓고 볼 때, 김인규 교사야말로 교사로서의 의무 수행과 품위 유지를 위해 적극적으로도 성실하게 일해 왔다고 하겠습니다.

#### 3. 최초로 문제를 제기한 학부모님들은 극히 소수입니다

창작자인 미술 교사의 예술적 창작 행위와 교육 활동에 대해 이를 충분한 근거 없이 청소년 및 학생들에 대해서 성적으로 나쁜 영향을 끼치는 것으로 간주하는 것은 일부 학부모들의 자의적이고 일방적인 선입견이자 편견입니다. 설령 소수 학부모의 걱정과 우려에서 비롯된 민원에서 이번 사태가 출발했다고 하더라도, 예술가인 현직교사의 행위가 “① 누가 봐도 불순한 의도에서 행해졌거나, ② 명백히 현존하는 악영향을 즉각적으로 그리고 동시에 지속적으로 청소년에게 끼치고 있지” 않는 한, 현직교사를 긴급체포하는 근거가 될 수는 없다고 생각합니다. 소수의 지역 학부모들의 걱정과 우려를 고려하는 사법적 판단도 중요하지만, 전국 학부모의 보편적 정서와 문화적 표현물에 대한 사회 전반의 개방적인 수용 추세도 고려해야 합니다.

#### 4. 사법적 처리에 앞서 교육적, 문화적 여과과정이 선행되어야 합니다

학부모들의 걱정과 우려에 관해서는 그것을 이해하지 못하는 바는 아니지만, 그것이 곧바로 사법적 심판대로 올라가기보다는 사전에 우선 충분히 시간을 갖고 공개적으로 토론하고 상호 이해하는 과정이 선행되어야 한다는 것이 우리의 입장입니다. 김인규교사의 작품 창작 및 이 작품의 사이버공간에서의 유포가 과연 형법 및 기타 공법상의 각종 규정에 저촉되는가 하는 여부에 관한 사법적 판단은 일부 학부모의 흥분과 마스크의 선정적인 보도에만 근거하기보다는, 도리어 앞서 말한 대로 진지하고 깊이있는 선행 토론과정과 사회적 합의과정을 거친 다음에 이루어져야 할 것이라고 생각합니다. 이 선행의 여과 과정은 교육적, 문화적으로도 중대한 의미를 갖습니다. 이러한 선행과정 없이 거꾸로 일부 학부모의 편견에 바탕을 둔 민원만을 이유로 해서 현직교사를 긴급체포하고 더 나아가 구속하는 일이야말로 교육적으로 악영향을 끼치는 일입니다.

#### 5. 긴급체포는 공권력 남용입니다

무엇보다, 우리가 가장 납득할 수 없는 것은 개인전을 2회나 한 예술가인 현직 미술교사를 검찰 지휘 아래 경찰이 긴급체포했다는 사실입니다. 우리는 사회적 통념상 요건이 충족되지 않는 이러한 긴급체포가 공권력의 남용이며, 표현의 자유를 침해하는 것은 물론이고, 더 나아가서 교육법이 보장하는 교사의 권리를 유린하는 야만적 행위라고 생각하고 이러한 공권력 남용에 대해 강력히 항의하는 바입니다. 한편, 외국의 사례에 비추어

불 때, 아무런 문제가 되지 않는 창작 활동과 이의 유포 활동이, 통상의 상식으로는 파렴치한 포르노 제작자 및 상인에게나 적용되어야 할 법 조항의 위반 혐의로 현직교사의 긴급체포와 연결되었다는 것은 국제적인 망신이기도 합니다. 결과적으로, 선정적이고도 음란한 것을 범한 당사자와 청소년에게 성적 수치심을 불러일으킨 당사자는 김인규교사가 아니라 김교사의 긴급체포를 자행한 검찰과 경찰입니다.

#### 6. 전국의 교사들도 분노하고 있습니다

문화대통령을 표방하고 나선 김대중대통령의 소위 국민의 정부가 교육개혁을 결과적으로 그르침에 따라 지금 전국의 교사들은 환멸과 실망에 빠져 있습니다. 이러한 상황에서 현직교사를 검찰 지휘 아래 경찰이 긴급체포한 것은 분노의 불길에 기름을 퍼붓는 일이라고 생각합니다.

#### 7. 결국 정치적 음모가 개입되었다는 의심이 생겨나고 있습니다

따라서 우리는 이러한 어처구니없는 사태가 일어난 것은 결국 일종의 음모에서 비롯된 것이 아닌가 하는 의심을 갖고 있습니다. 즉, 정치적 위기에 몰린 국민의 정부가 소위 지역 정서와 지역 표를 의식하여 이번 사태를 일으킨 것이 아닌가 하는 의심입니다. 검찰에 민원을 제출한 학부모들이 극히 소수이며, 지역 학부모들 전체를 대변하고 있지는 않다는 사실에 대한 우리의 확인은 이러한 의심을 더욱 강화시킵니다. 어쨌거나, 예술가인 현직교사의 긴급체포는 최근 법무부장관 임명을 둘러싸고 궁지에 몰린 법무부와 검찰이 파잉 행위를 통해 국면을 정치적으로 전환시키려고 하는 것은 아닌가 하는 의심을 만들어내는 것입니다. 그러나 이러한 긴급체포 사태는 오히려 국민의 정부에 정치적으로도 불리하다는 사실을 엄중히 지적하고 경고하고자 합니다.

#### 8. 이번 사태가 교육적, 문화적으로 해결되기를 바랍니다

우리 문화연대와 많은 문화예술인 및 교사들은 지금 분노와 허탈감에 빠진 채 이 사태를 주시하고 있습니다. 이번 사태가 일부 학부모의 편견에만 일방적인 근거를 둔 사법처리의 방향으로 흘러가기보다는 교육적, 문화적 관점에 바탕을 두고 원만히 해결되어 바람직한 결과를 낳도록 판사님을 포함한 모든 관련된 분들께서 숙고해주시고 선처해 주시기를 간곡히 바라는 바입니다.

## 〈참고자료1〉

# 국가안보와 표현의 자유 및 정보접근에 관한 요하네스버그 원칙 (1995)

## THE JOHANNESBURG PRINCIPLES

### ON NATIONAL SECURITY FREEDOM OF EXPRESSION AND ACCESS TO INFORMATION

#### 서문(Introduction)

이 원칙들은 1995년 10월1일 ARTICLE 19이 요하네스버그 근방 Mabula 소재 Witwaterarand 대학 법학연구센터의 협조아래 회합을 마련한 국제법, 국가안보 및 인권에 관한 전문가그룹에 의해 채택되었다. 동 원칙은 국제법과 지역법 및 인권보장과 (특히 법원의 판결에 반영된) 국가관행에 관련한 기준, 그리고 국제사회에 승인된 일반법원칙들에 터잡고 있다. 동 원칙은 시민적 정치적 권리에 관한 국제협약상 조항의 규제와 침해에 관한 시라쿠사 원칙(Siracusa Principles) 및 비상사태에서의 인권규범에 대한 파리 최소기준(Paris Minimum Standards)의 영속적인 적용을 인정한다.1)

#### 전문(Preamble)

동 원칙을 기초한 참가자들은:

국제연합헌장에 선언된 원칙들에 따라 모든 인류의 고유한 존엄성과 평등하고 양도할 수 없는 권리들의 인정이 세계의 자유와 정의와 평화의 기초임을 깊이 생각하면서;

인민들의 독재와 억압에 대한 저항은 마지막 수단으로 불가피할 때 필수적이며, 인권은 법치주의에 의해 보장되어야 한다는 점을 확인하고;

표현의 자유와 정보의 자유는 민주사회에 본질적이며 사회발전과 복지 및 여타 인권과 기본적 자유의 향유에도 필수적이라는 인민들의 신념을 재차 확인하고;

세계인권선언, 시민적 정치적 권리에 관한 국제협약, 아동의 권리에 관한 유엔협약, 사법권독립에 관한 유엔기본원칙(UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary), 인권 및 민중의 권리에 관한 아프리카헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights), 미주인권협약(American Convention on Human Rights) 그리고 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)의 관련조항을 고려하면서;

국가안보를 구실삼은 표현의 자유와 정보의 자유에 대한 정부의 수많은 부당한 규제들에 주목하면서;

국가안보를 이유로 한 표현의 자유와 정보의 자유에 대한 규제범위가 명확히 확정되어, 정부로 하여금 국가안보를 구실로 표현과 정보의 자유실현에 부당한 규제를 가하지 못하도록 보장할 것을 바라면서;

법치주의의 핵심적 요구들을 충족하는 간명한 규정의 입법을 통한 표현과 정보의 자유에 대한 법적 보장의 필요성을 인식하고;

독립된 법원에 의한 표현과 정보의 자유에 대한 사법적 보장의 필요성을 다시 요청하면서;

다음과 같은 원칙들에 따라 국가적, 지역적, 국제적 수준에서의 적절한 기구가 동원칙들의 광범한 확산, 수용 내지 실현을 촉진하기 위해 나설 것을 요청한다:

#### I. 총칙(General Principles)

##### 원칙 1:

- (a) 모든 사람은 간섭받지 않고 의견을 가질 권리를 보유한다.
- (b) 모든 사람은 모든 종류의 정보와 생각을 각자의 선택에 따라 말, 문서, 인쇄물, 예술형식 또는 어떠한 매체의 형식으로써든 국경을 넘어 추구하고 수용하고 전달할 표현의 자유를 가진다.
- (c) (b)항에 제시된 권리의 실현은 국제법에 확립된 바와 같이 국가안전보장을 포함한 특별한 근거에 기해 규제될 수 있다.

(d) 국가안보를 이유로 하는 표현과 정보의 자유에 대한 어떠한 규제도 정부가 그 규제가 실정법에 명문화되어 있고 민주사회에서 정당한 국가안보이익을 보호하기 위해 필요하다는 점을 제시하지 못하는 한 과해질 수 없다. 2) 규제의 유효성에 대한 입증책임은 정부에 있다.

원칙 1-1: 법적 명문화(Prescribed by law)

- (a) 표현과 정보에 관한 모든 규제는 법에 명문화되어 있어야 한다.
- (b) 규제의 타당성에 대한 독립된 법원 또는 심판기관에 의한 신속하고 전면적이며 효과적인 사법적 심사를 포함하여 규제의 남용에 대한 충분한 법적 방지책이 마련되어야 한다.

원칙 1-2: 정당한 국가안보이익의 보장(Protection of Legitimate National Security Interest)

정부가 국가안보를 이유로 정당화하고자 하는 표현과 정보에 대한 모든 규제는 정당한 국가안보이익보장에의 순수한 의도와 명시적 효과가 있어야 한다.

원칙 1-3: 민주사회에서의 필요성(Necessary in a democratic society)

표현 또는 정보의 자유에 대해 정당한 국가안보이익보장에 필요한 규제를 하기 위해서는, 정부는 다음을 제시해야 한다:

- (a) 특정사안에 대한 표현이나 정보가 정당한 국가안보에 심각한 침해를 가져올 것;
- (b) 부과된 규제가 국가안보이익보장을 위해 가능한 최소한의 제한수단일 것; 그리고
- (c) 규제가 민주주의 원칙에 부합될 것,

원칙 2: 정당한 국가안보이익(Legitimate National Security Interest)

- (a) 국가안보를 이유로 정당화하려는 규제는 그 순수한 의도와 명시적 효과가 무력사용 또는 위협에 맞서 국가의 존립과 영역적 통합성을 보장하기 위함이거나, 외적으로는 군사적 위협이나 내부적으로는 폭력적 정부전복에의 선동과 같은 위협 또는 무력사용에 대처하는 국가의 대응능력을 보호하기 위한 경우외에는 정당화되지 아니한다.
- (b) 특히 국가안보를 이유로 정당화하려는 규제는 그 순수한 의도와 명시적 효과가, 예컨대 정치적 위기나 부정에 대한 폭로로부터 정부를 두둔하려거나 특정한 이데올로기를 옹호하려거나, 국가공공기관의 기능에 대한 정보를 은폐하려거나, 노동운동을 탄압하는 것과 같이 국가안보와 무관한 이익을 보장하기 위한 것일 경우에는 정당화되지 아니한다.

원칙3: 비상사태(States of Emergency)

국가의 존립을 위협하는 비상사태에, 국제법과 지역법에 따라 공식적으로 법적으로 비상사태가 선포된 경우, 국가는 엄격하게 상황의 긴급성이 요하는 정도까지, 정부의 여타 국제법상 의무와 충돌하지 않고, 또 않는 한에서 표현과 정보의 자유에 대해 규제를 가할 수 있다.

원칙4: 차별의 금지(Prohibition of Discrimination)

어떠한 경우에도 국가안보에 근거한 표현과 정보의 자유에 대한 제한이 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 견해, 태생, 국적, 재산, 출생 여타 지위에 근거한 차별과 관련되어서는 아니된다.

**II. 표현의 자유에 대한 제한(Restrictions on freedom of expression)**

원칙5: 의견의 보장(Protection of Opinion)

누구도 자신의 의견이나 신념으로 인해 어떠한 강제, 불이익이나 제재를 받아서는 아니된다.

원칙6: 폭력선동(Incitement to violence)



원칙 15와 16에 따라 다음의 경우임을 명시할 수 있을 때 정부는 표현을 국가안보에 대한 위협으로서 처벌할 수 있다. 즉

- (a) 표현이 급박한 폭력을 선동할 의도인 경우
- (b) 그와같은 폭력을 유발하리라 여겨지는 경우
- (c) 그와같은 폭력의 발생 또는 발생조짐과 표현사이에 직접적이고도 즉각적인 관련이 있는 경우

**원칙7: 보장되는 표현(Protected Expression)**

(a) 원칙 15와 16에 따라, 표현의 자유에 대한 권리의 평화적인 행사는 국가안보에 대한 위협으로 간주되어서는 아니되며, 어떠한 규제나 형벌도 과해져서는 아니된다. 국가안보에 대한 위협이 되지 아니하는 표현은 다음의 예를 포함하며 이에 한정되지 아니한다.

- (i) 정부정책 또는 정부자체의 비폭력적 교체를 옹호하는 표현
- (ii) 국가, 국가의 상징, 국민, 정부, 정부기관 내지 공무원(Public Officials)<sup>3</sup> 또는 외국, 외국의 상징, 국민, 정부, 정부기관 내지 공무원에 대한 비판 또는 모욕적 표현
- (iii) 종교, 양심 또는 신념에 따른 징병, 특정분쟁, 국제분쟁해결을 위한 무력사용 또는 무력위협에 대한 반대 표현 또는 반대에 대한 옹호적 표현
- (iv) 국제 인권기준 내지 국제인권법에 대한 침해주장사실의 통보(communicating information)에 관련된 표현

(b) 누구도 비판이나 모욕이 폭력을 선동하려는 의도가 아닌 한, 국민, 국가 내지 국가의 상징, 정부, 정부기관이나 공무원 또는 외국국민, 외국 또는 국가의 상징, 정부, 정부기관 내지 공무원을 비판하거나 모욕했다는 이유로 처벌되지 아니한다.

**원칙8: 국가안보를 위협할 수 있는 행동의 단순한 선전(Mere Publicity of Activities that may threaten National Security)**

단지 정부가 국가안보 기타 이익을 위협한 것으로 선언한 단체에 관해서 또는 그 단체에 의해 발표된 정보를 전달했다는 이유만으로 표현이 금지되거나 처벌되어서는 아니된다.

**원칙9: 소수언어 내지 기타언어의 사용(Use of Minority or Other Language)**

문서에 의한 표현 내지 말에 의한 표현이 결코 특정언어, 특히 소수민족언어라는 이유만으로 금지되어서는 아니된다.

**원칙10: 표현에 대한 제삼자의 부당한 침해(Unlawful Interference with Expression by third Parties)**

정부는 정부나 정부정책에 대한 비판적 표현일지라도 사적 단체나 개인이 표현의 자유의 평화적인 행사를 불법적으로 방해하지 못하도록 합리적인 조치를 취할 의무가 있다. 특히 정부는 표현의 자유를 부인하기 위한 불법적 행동을 규제하고 이에 책임있는 자를 수사하고 사법처리할 의무가 있다.

**III. 정보의 자유에 대한 제한(Restrictions on freedom of information)**

**\* 정보에 대한 접근(Access to Information)**

**원칙11:** 모든 사람은 국가안보에 관련된 정보를 포함해서 공공기관으로부터 정보를 획득할 권리를 가진다. 정부는 규제가 법에 규정되어 있고 민주사회에서 정당한 국가안보이익을 보장하기 위해 필요하다는 점을 명시하지 못하는 한, 국가안보를 이유로 정보의 자유에 대한 권리에 어떠한 규제도 가할 수 없다.

**원칙12:** 국가는 국가안보 전반에 관련된 정보에 대한 접근을 부인해서는 아니되지만, 정당한 국가안보이익보장을 위해 유보할 필요있는 정보영역만을 법에 세밀히 특정해야 한다.

**원칙13:** 정보획득의 권리에 관련한 모든 법과 결정은 정보공개에 따른 공익을 우선적으로 고려하여야 한다.

**원칙14:** 국가는 정보획득권을 실현할 수 있도록 적절한 조치를 취할 의무가 있다. 이러한 조치들은 국가기관으로 하여금 정보에 대한 요청을 거부하는 경우 가능한 한 즉시 문서로 거부사유를 밝힐 것을 요청하며, 거부의 이익과 유효성에 대해 독립된 기관의 재심사권이 주어질 것을 요청한다. 국가기관은 유보된 정보를 심사할 권리를 가져야 한다.4)

**\* 비밀정보의 공개(Disclosure of Secret Information)**

**원칙15:** 누구도 다음과 같은 경우 국가안보에 관련된 정보공개를 이유로 처벌되어서는 아니된다 :

- (1) 공개를 통해 정당한 국가안보이익에 실질적인 침해가 없거나 없다고 여겨지는 경우
- (2) 정보를 통한 공익이 공개를 통한 침해보다 우월한 경우

**원칙16:** 정보를 통한 공익이 공개를 통한 침해보다 우월한 경우, 누구도 그가 정부에 종사하면서 지득한 국가안보에 관련된 정보공개를 이유로 침해받아서는 아니된다.

**원칙17:** 비록 불법적 수단을 통해서라도 일단 정보가 널리 공개된 경우에는 더 이상의 공개를 막으려는 시도의 어떠한 정당화도 시민들의 알권리를 침해하는 것이 된다.

**원칙18: 취재원의 보호(Protection of Journalists' Sources)**

국가안전보장이 언론인들로 하여금 취재원의 비밀을 밝힐 것을 강요하는 근거로 사용되어서는 아니된다.

**원칙19: 제한된 영역에의 접근(Access to Restricted Areas) 정보의 자유로운 흐름에 대한 어떠한 제한도 인권과 국제인권법의 취지에 반해서는 아니된다.**

- (a) 정부는 국제적십자위원회와 같은 정부간기구 또는 비정부기구(NGO)의 인권과 인권기준준수를 감시하는 대표가 인권침해가 행해지고 있거나 행해져왔다고 믿을 만한 합당한 이유가 있는 지역에 들어가는 것을 방해해서는 아니된다.
- (b) 정부는 언론인의 존재가 다른 사람들의 안전을 명백히 위협에 처하게 하지 않는 한, 폭력과 무력분쟁이 일어나고 있는 지역에 언론인이 들어가는 것을 방해해서는 아니된다.

**IV. 적법절차와 기타 문제들(Due Process and other matters)**

**\* 적법절차의 보장(Due Process Protections)**

**원칙20:** 표현 및 정보와 관련하여 안보관련범죄(security-related crime)5)로 기소된 모든 사람은 국제법의 일부인 적법절차의 모든 보호를 누릴 수 있다. 적법절차의 보호는 다음의 권리를 포함하며 이에 한정되지 아니한다: (a) 무죄추정의 권리, (b) 자의적 구금을 당하지 않을 권리, (c) 즉시 기소내용과 자신에 불리한 증거를 이해할 수 있는 언어로 고지받을 권리, (d) 즉각적인 변호인선임 및 조력을 받을 권리, (e) 합리적 기간내에 재판을 받을 권리, (f) 변론을 준비할 충분한 시간을 가질 권리, (g) 독립적이고 중립적인 법원 내지 심판기관으로부터 공정하고 공개된 재판을 받을 권리, (h) 자신에 불리한 증인에 대해 반론할 권리, (i) 피고인에게 제시됨으로써 반론

할 기회를 갖지 못한 증거의 재판에서의 사용을 거부할 권리, (j) 법과 사실관계판단에 대해 재심사하고 파기할 수 있는 권한을 가진 독립된 법원 내지 심판기관에 항고할 권리. 매우 제한된 재심기준은 적법절차보장에 반한다.

원칙 21: 인신보호영장(habeas corpus) 내지 amparo와 같은 특별구제수단을 포함한 모든 구제수단은 원칙3에서 규정된바 국가존립을 위협하는 비상사태중에도 안보관련범죄로 기소된 사람에게 활용될 수 있어야 한다.

원칙22: 형사기소된 안보관련범죄는 피고인의 선택에 따라 배심제도가 존재하는 곳에서는 배심에 의해, 그밖에는 독립된 법원에 의해 재판받아야 한다. 신분이 보장되지 아니한 법원에 의한 안보관련범죄로 기소된 사람에 대한 재판은 독립된 심판기관에 의해 재판받을 권리에 대한 명백한 침해다.

원칙23: 어떠한 경우에도 민간인은 안보관련범죄에 대해 군사법원이나 심판기관에 의해 재판받지 아니한다. 어떠한 경우에도 민간인이나 군인은 특별조직된 국가법원 내지 심판기관에 의해 재판받지 아니한다.

원칙24:사전검열(Prior Censorship) 표현은 원칙3에서 제시된바 국가의 존립을 위협하는 비상사태의 경우외에는 국가안보보장을 이유로 사전검열되어서는 아니된다.

원칙25: 불균형적 형벌(Disproportionate Punishment) 개인, 언론매체, 정치단체 및 기타 단체는 표현과 정보의 자유와 관련한 안보관련범죄로 인해 실제범죄의 중대성과 균형이 맞지 아니하는 규제,강제 또는 형벌을 받아서는 아니된다.

\* 기타 원칙들과의 관계(Relation of these Principles to other Standards)

원칙26: 유보조항(Savings Clause) 등 원칙상의 어떠한 내용도 국제법,지역법,국내법 및 기준에 인정된 인권 내지 자유를 규제하거나 제한하도록 해석될 수 없다.

원칙27: 권리남용(Abuse of Rights) 등 원칙상의 어떠한 내용도 어떠한 개인,단체,국가에 대해서 국제법과 지역법에 인정된 타인의 인권 내지 자유에 대한 부인을 목적으로 하는 활동에 관계된 어떠한 권리로도 해석될 수 없다.

### Foot Note

- 1) 시라쿠사원칙은 1984년 5월 국제법률가위원회와 국제형사법협회, 국제법률가위원회 미국협회, Urban Morgan인권연구소 및 국제범죄과학고등연구소의 주최로 회합한 전문가 그룹에 의해 채택되었다. 파리 최소기준은 1984년 4월 국제법협회 후원으로 회합한 전문가그룹에 의해 채택되었다.
- 2) 이러한 원칙을 위해서, 민주사회란 그 자신과 구별되는 실체 또는 조직을 위해서만 책임지는 정부를 보유하며, 투표자의 자유로운 의사표현을 보장하는 비밀투표에 의한 정기적인 보통선거가 실시되며, 집권정부에 맞선 정치단체의 조직이 자유로워야하며, 독립된 사법기관에 의해 집행되는 기본권의 효과적인 법적 보장이 있어야 한다. 이러한 정형은 법치국가에 대한 정의(S.A.de Smith, The Commonwealth and its Constitution, London:Stevens & Sons, 1964)에 터잡고 있다.
- 3) 동 원칙의 취지에 따라 "공무원"에는 국가원수, 정부수반, 대사를 포함한 모든 정부공무원, 군장교, 비밀기관원, 경찰, 선출직 공무원을 포함한다.
- 4) 사생활의 권리와 같이 개인에 대한 기록된 정보의 획득 내지 정정에 대한 그밖의 근거들은 이 원칙들의 범위를 벗어난다.
- 5) 동 원칙의 취지에 비추어, "안보관련범죄"는 정부의 범죄주장이 국민 내지 국가안보를 위한 필요성에 의해 정당화되는 경우이다.

## 국가보안법의 적용논리 비판<sup>1)</sup>

### - 제7조를 중심으로 -

김종서(배재대학교 교수, 헌법)

\* 이 자료는 김종서교수가 작성한 논문 중 표현의 자유와 국가보안법의 연관성에 대한 부분을 발췌한 것입니다

..... 중간 생략 .....

### 3. 북한의 주장과 동일·유사한 표현은 모두 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 이적표현인가?

#### 1) 검찰의 입장

거의 모든 국가보안법 제7조 위반 사건에서 검찰이 작성한 공소장은 다음과 같은 구성을 취하고 있다.

첫째, 우선 피의자(피고인)의 인적 사항과 활동상황을 장황하게 나열하고 이런 상황에 비추어 피의자에 대해 일정한 예단을 한다.<sup>1)</sup>

둘째, 문제된 표현의 내용을 나열하고, 이것이 북한의 주장과 외형상으로 동일하거나 유사하며 따라서 북한의 주장을 찬양고무한 것이라고 한다.

셋째, 피의자(피고인)는 이런 표현 내용이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 국가보안법 제7조 소정의 행위를 한 것이라고 결론내린다.

검찰의 이같은 논리를 정리해 보자면 “같은 북한의 주장과 외형상 동일·유사한 표현을 하였으니 이는 이들 표현이 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 한 것”이라는 것이다.

#### 2) ‘이적표현’의 요건과 검찰논리의 문제점

그러나 이와 같은 논리는 국가보안법 제7조의 개정취지를 완전히 무시한 것이다. 주지하듯이 국가보안법 제7조는 1990년 헌법재판소의 한정합헌결정 이후 1991. 5. 31 법률 제4373호로 개정되었다. 개정법 제7조는 제1항에서 “국가·의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 주관적 구성요건을 새롭게 추가하고, 제1항 후단에서 “기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자”라는 부분을 삭제하고 대신 “국가변란을 선전·선동한 자”라는 새로운 구성요건을 추가하고 있다. 개정법에서 특히 중요한 부분은 주관적 구성요건인데, 설사 검찰의 논리대로 북한=반국가단체라는 근거 위에서 북한의 주장과 외형상 동일·유사한 표현으로 북한의 주장을 찬양고무한 것이라 인정할 수 있다손치더라도, 주관적 구성요건을 충족시키지 못하는 한 구성요건해당성이 없어 국가보안법 제7조 위반으로 처벌할 수 없게 되기 때문이다.

이 새로운 요건의 추가는 검찰에 대해 이중의 입증책임, 즉 특정 표현이 국가의 존립·안전 등을 위태롭게 한다는 점과 행위자가 그러한 사실을 알고 있었다는 점에 대한 입증책임을 부과하는 것이다. 즉 북한의 주장과 동일 유사함을 입증하면 곧 국가보안법 제7조 위반으로 처벌할 수 있었던 과거와는 달리 개정 국가보안법 제7조에 따라 처벌되는 이적표현이라고 하기 위해서는 적어도 다음 세 가지 요건을 충족하여야 한다.<sup>2)</sup>

첫째, 문제된 표현이 외형상 또는 전체적인 취지에 있어 북한의 주장과 동일, 유사해야 한다.<sup>3)</sup>

\* 이 논문은 1998년도 배재대학교 교내연구비 지원에 의한 것임.

1) 1997년 9월 4일 제2회 인권영화제에서 제주 43항쟁을 다룬 다큐멘터리 영화 『레드헌트』를 상영했다는 이유로 인권운동사랑방 대표 서준식씨를 구속, 기소하면서 검찰이 작성한 공소장(서울지방법원 형사단독 1부 97형제41037호 사건)에는 서준식씨를 “국법질서를 전면 부정하고 있는 자”로 표현하고 있다.

2) 여기서 제시하는 요건들은 주로 국가보안법 제7조 제1항과 관련된 것이다. 그러나 제7조 제3항, 제4항 및 제5항의 행위는 모두 제1항을 근거로 하고 있으므로 결국 이들 요건은 국가보안법 제7조 전체에 해당된다.

3) 제7조의 적용대상이 북한의 주장과 동일하거나 유사한 것에 국한되는 것은 아니다. 북한의 주장과 차이가 나타나거나 북한의 주장에 대한 비판을 담고 있다더라도 결과적으로 사회주의 체제를 건설해야 한다는 등 북한의 주장과 그 길을 갈

둘째, 그런 표현이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 것이어야 한다.

셋째, 행위자(표현자)가 이런 사실을 인식하고 있어야 한다.

특히 첫째와 둘째의 요건은 일체를 이루고 있는 하나의 구성요건으로서 국가보안법 제7조 위반을 문제삼기 위한 최소한의 객관적 구성요건이다. 즉 이 두 요건을 충족시켜야만 문제된 표현이 이적표현이라고 할 수 있게 되는 것이다.

그럼에도 불구하고 검찰의 공소장 기재는 법개정 이전이나 이후나 변한 것이 없으며, 첫째의 요건을 입증하면 둘째 셋째 요건은 자동적으로 입증되는 것으로 보는 것이 검찰의 일관된 태도이다. 다시 말해서 검찰은 둘째의 구성요건에 대한 독립적인 입증은 필요하지 않다고 보고 있다. 이는, 사법연수원교수인 부장검사 황교안의 저술에서 분명히 나타난다.

그는 대법원의 판례를 인용하면서 “어떤 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 가능성이 있는지 여부는 구체적·객관적으로 명확한 증거를 필요로 하는 것은 아니고 추상적으로 이익이 될 수 있는 개연성만 있으면 충분”하고(대법원 1984. 11. 27, 84도2310 판결), “구체적으로 문제되는 행위내용의 어느 부분이 어떻게 이에 해당하는지 여부를 세밀하게 비교·판단하여야 한다거나”(대법원 1986. 9. 23, 86도1547 판결), “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 내용이 구체적으로 무엇인지 명시해야만 범죄사실의 특징이 있다고 할 것도 아니다”(대법원 1990. 9. 25, 90도1613 판결)고 하고 있다.<sup>4)</sup>

그러나 개정 국가보안법 제7조의 규정형식상 제7조 위반의 이적표현이라고 하기 위해서는 표현내용이 자유민주적 기본질서 등을 위태롭게 함을 독립적으로 입증하여야 함은 명백하다. 즉 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서’라는 부분 중 ‘정을 알면서’ 부분은 주관적 구성요건에 해당하는 것이지만 ‘국가의 . . . . . 위태롭게 한다’는 부분은 객관적 구성요건에 해당하는 부분인 것이다. 이는 헌법재판소의 다음과 같은 실시에서 명백히 나타나고 있다.<sup>5)</sup>

“신법 제7조 제1항은 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에만 적용되어야 하며 . . . . .”

“새로이 신설된 ‘국가변란을 선전·선동한 자’라는 구성요건 중 ‘변란’이라는 개념과 신법 제7조 제1항에서도 ‘구성원’, ‘활동’, ‘동조’ 등 다의적이고 적용범위가 넓은 개념이 그대로 사용되고 있으나, 이들 구성요건은 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서’라는 부분과 연결되어 하나의 구성요건을 이루고 있다고 보여지므로 그 개념의 불명확성은 제거되었다고 볼 수 있으므로 . . . . .”

이에 따르면 개정 국가보안법 제7조에는 여전히 불명확한 점이 있지만 이는 ‘국가의 존립·안전이나 . . . . . 알면서’라는 부분과 연결되어 하나의 구성요건을 이루고 있으므로 비로소 불명확성이 제거되었다고 하였다. 이는 ‘정을 알면서’라는 주관적 구성요건을 강조한 것이 아니라 ‘자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다’는 객관적 구성요건을 강조한 부분으로 이해되어야 한다. 즉 북한의 주장에 대한 모든 형태의 찬양·고무·동조가 이적표현이 되는 것이 아니라, ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게’ 하는 찬양·고무·동조만이 이적표현이라고 해야 하며 이는 “이 법을 해석적용함에 있어서는 제1항의 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 이를 확대해석하거나 헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니된다”는 국가보안법 제1조 제2항의 규정에 비추어 보더라도 명백하다.

결국 검찰의 논리는 위와 같은 헌법재판소의 결정과 국가보안법 제1조를 정면으로 위배하고 있는 셈이다. 이 주관적 구성요건을 굳이 목적범을 의미하는 규정<sup>6)</sup>이라고 볼 필요도 없이 검찰의 논리는 범죄의 객관적 구성요건해당성에 대한 입증조차 결여된 지극히 자의적인 것임을 부정할 수 없다.

더구나 이와 같은 검찰의 논리는 법원에 의해서 더욱 강화되고 있는 형편이다.

“피고인은 판사와 같이 북한의 대남적화선전활동에 따른 연방제 통일방안의 추진, 평화협정의 체결, 국가보안법 및 국가안전기획부법

이 한다고 판단되면 제7조의 적용이 이루어지고 있다. 대법원 1993. 2. 9, 92도1711 판결 등.

4) 황교안, 『국가보안법 해설』, 집영출판사, 1998, 334-335쪽.

5) 헌법재판소 1996. 10. 4, 95헌가2 결정.

6) 조승형 재판관은 국가보안법 제7조에 ‘반국가단체를 위하여’라는 주관적 요건과 ‘반국가단체에 실질적인 이득을 제공한 때’라는 객관적인 요건을 추가하지 않는 한 위헌성을 모면하기는 어렵다고 한다. 헌법재판소 1996. 10. 4, 95헌가2 결정 중 조승형의 반대의견.

폐지, 재벌해체, 주한미군 철수, 군비축소, 한미행정협정과 한미방위조약 등의 파기 등을 주장하고 . . . . . 더 나아가 피고인 등이 추진하였던 '범민족대회'는 . . . . . 북한공산집단에 의해 우리의 국론분열 및 내부교란책 또는 통일전선전술 등의 적화통일전략에 악용되어 왔고, 피고인도 그러한 사정을 인식하면서도 . . . . . 판시와 같은 자료집을 제작, 반포한 사실을 알 수 있는바, 피고인이 이 사건 각 자료집을 제작, 반포하게 된 동기 및 목적과 그 경위 등 제반 사정을 종합하여 보면 위와 같은 표현물의 내용은 국가보안법의 보호법익인 국가의 존립, 안전과 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현이라고 보지 않을 수 없고,"<sup>7)</sup>

우선 법원은 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 내용이라고 규정짓는 근거로서 "자료집을 제작, 반포하게 된 동기 및 목적과 그 경위 등 제반 사정"을 들고 있다. 즉 표현물의 내용이 왜 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는지에 대해서는 아무런 판단도 하지 않은 채 논리비약을 행하고 있는 것이다. 더 나아가 법원은 북한이 이러한 표현을 "우리의 국론분열 및 내부교란책 또는 통일전선전술 등의 적화통일전략에 악용"해 왔다는 점을 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 또다른 근거로 제시하고 있다.<sup>8)</sup> 즉 표현의 위험성 판단이 북한의 의도에 좌우된다는 것이다. 어떤 주장이건 마음먹기에 따라서는 악용될 수 있는 것이므로,<sup>9)</sup> 이는 사실상 범죄 구성요건에 대한 판단을 포기하는 것이나 다름없다. 여기서 우리는 한편으로는 누구든 마음에 들지 않으면 집어 넣을 수 있다는 오만을, 다른 한편으로는 특정인이나 특정단체의 주장이라면 그 내용과 관계없이 그 것은 이적표현이라고 하는 편견을 볼 수 있다.

또한 위 판결에서 법원은 "반국가단체인 북한을 이롭게 한 것"이면 곧 "대한민국의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게" 한다고 보았다. 즉 '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 인식'을 '반국가단체나 그 활동을 이롭게 하거나 그 이익이 될 수 있다는 인식'으로 바꿔놓고 있는 것이다. 여기서 나는 개정 국가보안법 제7조가 폐기했던 "반국가단체를 이롭게 한다"는 부분이 화려하게 부활하고 있음을, 즉 법원이 국가보안법을 해석·적용한 것이 아니라 새로운 구성요건을 창설하는 입법행위를 했음을 발견하게 된다.<sup>10)</sup> 이로부터 알 수 있는 것은 검찰이든 법원이든 그 권한을 명백히 넘어서는 사실상의 입법까지 해 가면서 이들 표현을 처벌하고자 말겠다는 강력한 의지를 표명하고 있다는 점이다. 이쯤 되면 형벌법규의 명확성의 원칙을 주요 내용으로 하는 죄형법정주의는 그 흔적조차도 찾을 길이 없게 된다.

### 3) 과연 이적표현인가?

검찰이 북한의 주장과 동일, 유사하여 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다고 보는 대표적인 표현으로 연방제 통일, 주한미군 철수, 국가보안법 철폐를 들 수 있다. 과연 이러한 표현들이 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 것인지, 검찰의 논리대로 입증이 필요 없을 정도로 자명한지 하나하나 따져 보자.

우선 연방제 통일의 경우를 보자. 1995년 11월 29일 검찰이 범민련 남측본부 의장단을 구속기소하면서 제출한 공소장에서 핵심적 사실로 지목하고 있는 부분은 "남한과 북한을 서로 인정하고 존중하는 기초위에서 두 정부가 공존하는 연방국가, 모든 민족성원들의 의사와 염원을 대표할 수 있는 범민족 통일국가를 건설함"을 지향하고 있음을 밝히고 있는 범민련 강령 2였다.

검찰은 이에 대하여 ". . . . . 등으로 된 강령과 규약을 읽어보고 참가자 전원의 찬성으로 승인, 채택하였는 바, 이는 연방제 방안으로만이 민족통일을 이룰 수 있음을 더욱 명확히 하고 연방제 통일국가 실현을 위한 투쟁에 떨쳐나서라는 내용으로 우리나라 역대정권을 반통일 매국 세력 등으로 규정하여 반정부 적개심 투쟁의식을 고취시키고 . . . . ." 라는 논리로 추론, 발전시키고, 급기야는 "항상 남한의 적화 의도를 버리지 아니하고 . . . . . 합법·비합법·반합법, 폭력·비폭력 등 모든 수단을 동원하는 투쟁을 선동하는" 북한의 통일전략이나 원칙을 찬양·고무 또는 동조하고 있다는 결론을 내리고 있다.

그러나 범민련 강령의 전문과 강령 1은 "은 거래의 슬기와 힘을 모아 민족의 분단을 극복하고 1990년대에 기필코 조국의 자주적 평화통일을 이루기 위한" 목적으로 "7.4공동성명서에서 천명된 자주, 평화통일, 민족대단결의 조국통일 3대 원칙"을 확인하고 있다. 더 나아가 강령 7에서는 '평화통일을 위한 세계 평화옹호세력과

7) 대법원 1996. 12. 23, 95도1035 판결.

8) 황교안도 같은 의견을 제시하고 있다. 앞의 책, 334쪽.

9) 예컨대 남북한 통일방안에 관해서 남한체제의 우월성을 강조하는 입장에서 독일식의 흡수통일을 주장한다고 하더라도 북한이 전쟁을 일으킬 명분으로 작용할 수도 있는 것이다.

10) 대법원 1993. 9. 28, 93도1730 판결 역시 동일한 취지로 판단하고 있으나 이 사건의 적용법조는 개정 전의 국가보안법 제7조였다는 점에서 차이가 있다.

의 연대의 강화와 발전'을 천명하고 있다.

이와 같은 범민련 강령의 전체 내용을 종합적으로 고려해 볼 때 이것이 외형상으로는 북한의 주장과 동일한 연방제 통일을 지향하고 있음에도 불구하고 거기에서 '적화통일의 기도하에 이루어진' 북한의 통일전략이나 원칙에 대한 찬양·고무·동조를 발견할 수는 없다. 오히려 위 강령에 나타난 바는 "평화적 통일의 사명에 입각하여 정의와 인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고" 라는 현행 헌법 전문의 정신에 완전히 부합되는 것이다.

이처럼 검찰은 표현의 전체적 맥락이나 실질적 의미에 대한 고려는 완전히 배제한 채 오로지 표현의 외관만을 문제삼아 이적성 유무를 판단하고 있다. 다시 말해서 검찰은 표현물의 이적성을 판단함에 있어서 표현물의 내용에 대한 실질적 평가를 하지 아니하고 있음은 물론, 더 나아가 그것들의 본래의 선의적 의미는 제쳐둔 채 거기에 사용된 문언을 형식적으로 아니 도식적으로 북한의 주장 또는 북한에 이롭게 될 가능성을 갖는 주장과 직결시키고 있는 것이다.<sup>11)</sup> 이는 결국 어떤 행위 또는 어떤 집단이든 검찰의 표적이 되기만 하면 국가보안법 위반으로 될 수 있다는, 죄형법정주의를 위반한 극단적인 자의성과 형식논리가 지배하는 법 적용 실태를 보여주는 것이라고 하지 않을 수 없다.<sup>12)</sup>

물론 범민련의 강령과 규약만으로는 범민련이 주장하는 연방국가 통일이 북한이 주장하는 연방제 통일과 동일한 것인지는 알 수 없다. 그러나 설사 북한과 범민련의 '연방국가' 통일방안이 같은 것이라 하더라도 그것만으로 곧바로 반국가단체인 북한을 찬양·고무한 것으로 단정할 수는 없다.

독일, 미국 등 현대 민주적 복지국가들이 채택하고 있는 연방제도는 그 역사문화적 전통과 현재의 운용이 매우 다양하고 동적인 모습으로 존재하기 때문에 우리나라의 통일 후의 모습과 관련하여 여러 수준에서 논의할 수 있을 것이다. 비록 평화통일이라는 대원칙에는 모두 찬성한다고 하더라도 통일의 방안과 그 이후의 국가 모습은 다각도로 전망할 수 있으며, 이러한 다양한 전망 속에서 헌법이 선언한 "정의와 인도와 동포애로써 민족의 대단결"을 공고히 할 수 있다고 보기 때문이다.

현행 헌법 제1조 제2항에서는 국민주권을 확인하고 있다. 이는 주권은 국민에게 있다는 사실명제이기도 하지만 동시에 '주권은 국민에게 있어야 한다'는 당위명제이기도 하다. 통일논의와 관련하여 이것이 가지는 의미는 평화통일의 원칙 하에 우리나라의 통일의 방식과 그 후의 국가형태 그리고 모든 통치권력이 국민으로부터 나오는 민주공화국의 모습을 전망함에 있어 국민이 주권자로서 대접받아야 한다는 원칙이 모든 논의의 바탕이 되어야 한다는 것일 터이다. 보다 진지하고, 소리없는 부분에 소홀하지 않고, 그리고 다양한 소수가 보호되는 통일 논의야말로 국민주권의 확인을 위한 과정이라고 볼 수 있고, 범민련 강령에서 나타난 통일방안 역시 그러한 예일 따름이다.

결국 연방제 통일방안은 평화통일이라는 대원칙하에서 통일 후의 국가형태 등에 관해서 상정할 수 있는 다양한 방안들 중의 하나에 불과하다. 적어도 우리 헌법이 국민주권주의를 포기하지 않는 한 우리 국민은 민족 최대의 과제인 통일을 논의함에 있어서 어떠한 방안이라도 제시할 수가 있고 연방제 통일방안 역시 그 중 하나의 가능성에 불과하며, 그러한 통일논의는 국민주권주의를 기초로 하는 우리 헌법의 정신을 적극적으로 실현하는 행위라 할 수 있다. 그런데도 이를 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다고 보는 것은 어불성설이다. 연방제 통일 방안에 관한 범민련 강령의 내용 역시 이러한 관점에서 이해되어야 하고 이러한 입장에 서게 되면 이적성 운운하는 자체가 오히려 국민주권주의에 대한 도전이거나 그것의 포기가 아닌가 하는 생각까지 들 정도이다.

둘째, 미군 철수 주장이다. 사실 주한 미군의 전면적이고 즉각적인 철수는 북한의 남침에 결정적인 동기를 부여할 수 있는 사안인 만큼 대한민국의 존립·안전에 위협을 줄 만한 사안이다. 그러나 여기에는 결코 오해해서는 안 될 것이 있다. 즉 대한민국의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 것은 미군의

11) 이 점은 국가보안법이 체제 안보라는 목적에 머무르는 것이 아니라 정권 안보의 목적을 위하여 남용될 가능성을 원천적으로 내포하고 있음을 잘 보여주는 부분이다.

12) 또 하나 지적해야 할 것은 검찰은 공소장에서 혼동을 야기할 수 있는 문장을 의도적으로 많이 사용한다는 점이다. 검찰의 공소장에서는 북한을 비판하는 취지의 많은 수식어들이 등장한다. 앞에서 언급했던 "항상 남한의 적화 의도를 버리지 아니하고 …… 합법·비합법·반합법, 폭력·비폭력 등 모든 수단을 동원하는 투쟁을 선동하는"은 좋은 예이다. 그런데 문제는 이러한 수식 어구들이 특정한 표현에 대한 서술과 복잡하게 뒤섞여 있어 마치 북한이 아니라 당해 표현이 "적화 의도를 버리지 아니하고 투쟁을 선동하는" 것인양 기술되고 있다는 점이다. 통상 검찰의 공소장이 수심쪽에 달하면서도 단 하나의 문장으로 되어 있는 경우가 많다는 점을 고려할 때 이러한 전술은 법관으로 하여금 특정 표현의 이적성 유무에 대한 예단을 갖게 할 의도를 가진 것으로 볼 수 있을 것이다. 그래서 그런지 대부분의 국가보안법 제7조 위반사건에서 검찰의 이러한 표현은 법원의 판결에서도 그대로 반복되고 있다.

철수라는 '사실'이지 미군이 철수해야 한다는 '주장'은 아니라는 것이다. 어떤 사실과 그 사실의 주장·표현은 분명히 구별되어야 한다. 어떤 표현이 정부가 달성하고자 하는 목적에 직접적이고 명백한 위협을 가할 구체적인 사실이나 행동을 유발할 정도에 이르지 않는 한 표현의 내용을 이유로 한 규제는 허용되지 않는다는 것이 이른바 '명백하고 현존하는 위협의 원칙'이 아니던가.<sup>13)</sup>

이와 같은 이론에 기초해 볼 때 미군철수 주장이 대한민국의 안전 등을 위협할 직접적이고 명백한 해악을 유발하는 것이라고 보기는 어렵다. 이 주장이 국가보안법이 적용될 수 있을 만큼 국가의 존립과 안전을 위협한다고 하기 위해서는 그 주장으로 인해서 미군이 철수할 현실적 가능성이 있다거나 미군 철수를 현실화시킬 정도의 행위(예컨대 미군에 대한 테러행위 등)를 유발할 가능성이 목전에 다다를 정도로 절박한 것이어야 하는데 그럴 가능성은 사실상 없기 때문이다. 미군의 한국 주둔은, 미국이 소위 우리와 혈맹을 맺고 있는 우방이기 때문이 아니라 미국의 국익을 위한 것임이 공지의 사실이 되었고, 불평등조약의 대명사인 한미행정협정에 따라 미군의 주둔비용 일체를 한국 정부가 부담하고 미군의 범죄에 대해 사실상의 치외법권이 인정되는 마당에, "주한미군은 물러가라"는 주장 한마디에 어떻게 미군이 썰물처럼 물러가리라고 믿을 수 있단 말인가?

이처럼 미군 철수 주장은 대한민국의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 어떠한 위협도 줄 수 없는 것임이 명백하므로 이를 두고 이적표현 운운 할 수는 없다. 설령 거기에 어떤 위협성이 있다고 하더라도 이는 검찰이 객관적 증거에 의하여 입증해야 할 사항이다. 그러나 검찰은 여지껏 단 한번도 이를 입증한 바도 없고, 입증하려는 시도조차 한 적이 없다. 그것은 앞서 본 바와 같이 굳이 그런 수고를 하지 않아도 법원이 검찰의 공소사실을 그대로 인정해 주었기 때문이다.

셋째, 마지막으로 국가보안법을 철폐하자는 주장이 있다. 물론 이것 역시 북한이 즐기차게 주장해 온 것임은 분명하다. 그러나 일반적으로 법령의 개정이나 폐지의 주장은 국민의 당연한 권리이고 국가보안법이라고 해서 예외가 될 수는 없다. 법은 정의의 실현을 지향한다. 그렇다면 현재의 법이 정의 실현에 장애가 되거나 미흡하다고 생각하는 사람은 누구나 그 개정이나 폐지를 주장할 수 있음은 지극히 당연하고, 이는 법 이전의 상식이다.<sup>14)</sup> 그런데 특정한 법률을 한정해서 그 폐지를 주장하는 것이 위법이라고 한다면 참으로 한심한 일이 아닐 수 없다. 더구나 그러한 법령개폐 주장이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 발상은 헌법개정논의 자체를 금지시키고 헌법에 대한 비판마저도 금지하고 처벌했던 유신치하 긴급조치의 논리와 하등 다를 바 없다.<sup>15)</sup>

결국 이들 주장에 대해서 국가보안법 제7조를 적용해서 처벌하는 것은 어떤 측면에서 보더라도 정당화되기 어렵다. 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에 따른 인권위원회(Human Rights Committee)<sup>16)</sup>의 최근의 결정은 이를 잘 보여주고 있다.

1993년 대법원은 재미 한국청년연합(한청련)에서 활동한 박태훈씨에 대한 국가보안법 제7조 위반사건 상고심에서, 한청련은 연방제통일을 강령으로 하는 등 이적단체이며, 박태훈씨는 한청련에 가입하여 활동하면서 '주한미군 철수' 등을 주장하여 반국가단체인 북한공산집단에 동조한 것이라고 판시하여 유죄판결을 확정 한 바 있다.<sup>17)</sup> 그런데 이 판결로 유죄가 확정되었던 박태훈씨는 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서에 따라 1994년 8월 11일 규약인권위원회에 제소(통보)하였다. 이에 대해 규약인권위원회는 1998년 10월 20일 다음과 같이 결정하였다.<sup>18)</sup>

"10.3 (생략) 위원회는 당사국이 나라의 일반적인 상황과 "북한 공산주의자들"이 제기하는 위협을 언급하면서 국가안보문제를 제기하고 있다는 점을 주목한다. 위원회는 통보자에 의한 표현의 자유 행사로 인하여 일어났다는 위협의 정확한 성격을 당사국이 구체적으로 제시하는 데 실패했으며 당사국이 내세운 어떠한 주장도 제19조 제3항에 따라서 통보자가 표현의 자유를 누릴 권리를 제한하는

- 13) 명백하고 현존하는 위협의 원칙에 대해서는 권영성, 앞의 책, 458-460쪽 참조.
- 14) 표현의 자유를 떠나서라도 우리는 헌법 제26조에서 보장하고 있는 청원권의 행사를 통하여 스스로 문제있다고 생각하는 것이면 어떤 법령에 대해서는 개정이나 폐지를 요구하는 입법청원을 할 수 있다. 검찰의 논리에 따르면 누군가 국가보안법을 폐지하자는 내용의 입법청원을 하면 이 역시 국가보안법 제7조에 위반된다고 해야 하는데 이것이 말도 안된다는 것은 삼척동자도 알 일이다.
- 15) 긴급조치로 유지해 가던 유신정권이 어떤 최후를 맞이했는지는 국가보안법의 오남용 현실에 시사하는 바가 매우 크다.
- 16) 이는 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제28조에 근거하여 설치된 기관으로, 유엔경제사회이사회가 기능위원회의 하나로 1946년에 설치한 인권위원회(Commission on Human Rights)와는 구별된다. 통상 인권이사회로 번역되고 있으나 이 글에서는 '규약 인권위원회'라고 한다.
- 17) 대법원 1993. 12. 24, 93도1711 판결.
- 18) 조용환, 「국가보안법 제7조가 국제인권규약에 위반한다는 유엔인권이사회 결정문」, 『민주법학』 제15호, 관악사, 1999, 쪽.



데 충분하지 않다고 판단한다. 위원회는 통보자에게 유죄를 선고한 법원의 판결문들을 세밀히 검토하였으나, 이들 판결문 및 당사국의 주장 어느 것도 통보자에 대한 유죄판결이 제19조 제3항에서 말하는 정당한 목적들 가운데 하나를 보호하기 위해 필요한 것이었음을 증명하지 못했음을 확인한다. 따라서 표현행위와 관련된 통보자에 대한 유죄판결은 규약 제19조에 따라 통보자의 권리에 대한 침해로 간주해야 한다.

10.4 이런 맥락에서 위원회는 “통보자는 재판부가 의도적으로 규약의 적용을 배제했기 때문에 유죄 판결을 받은 것이 아니라, 한국의 안보상황을 고려할 때 규약에서 인정한 개인의 특정한 권리보다 국가보안법 조항이 우선적으로 적용되어야 할 필요가 있었기 때문”이라는 당사국의 주장을 검토한다. (중략) 위원회는 당사국이 규약에 따른 의무보다 국내법의 적용을 우선하는 것은 규약과 합치하지 않음을 확인한다. 이런 맥락에서 위원회는 당사국이 규약 제4조 (3)항에 따라 비상사태가 존재하며 그에 따라 규약의 일부 권리를 이행하지 않는다고 선언한 일이 없음을 지적한다.

11. 인권위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서 제5조 4항에 따라 위원회에 제출된 사실관계가 규약 제19조에 위반한 사실을 인정한다.

12. 규약 제2조 제3(b)항에 따라 당사국은 박태훈씨에게 표현의 자유를 행사한 이유로 유죄판결을 선고한 데 대한 적절한 배상을 포함하여, 효과적인 구제를 제공할 의무가 있다.

13. (생략) 위원회는 당사국으로부터 90일 이내에 위원회의 견해를 실현하기 위하여 어떠한 조치를 하였는지에 관한 정보를 제공받으자 한다. 또한 당사국이 위원회의 견해를 번역하여 공개하고, 특히 사법부에 위원회의 견해를 통보할 것을 요구한다.”(강조는 필자)

이와 같은 규약인권위원회의 결정은 결국 연방제 통일, 주한미군 철수, 국가보안법 철폐 등의 주장이 어떤 위협도 제기하지 못한다는 사실, 적어도 검찰은 물론 법원조차 이런 위협을 입증하는 데 실패했다는 사실을 명백히 보여주는 것이다. 위 대법원 판결에는 다른 국가보안법 제7조 위반사건과 마찬가지로 지금까지 보았던 검찰의 공소 논리가 모두 포함되어 있기 때문이다.<sup>19)</sup> 그렇다면 규약인권위원회의 이 결정은 국가보안법 제7조의 운용논리에 대하여 사실상 국제적 파산선고를 한 셈이다.<sup>20)</sup>

이처럼 연방제 통일이든, 주한미군 철수든, 국가보안법 철폐든 주장을 국가보안법 제7조로 처벌하는 것은 어떤 이유로도 정당화될 수 없는 것이다. 오히려 그러한 처벌이야말로 말 그대로 자유와 민주주의에 대한 위협이 되는 것이다. 물론 정부가 국가보안법 제7조에 의해 처벌하려는 주장들에는 으레 정부나 체제에 비판적인 표현이 다소 포함되기 마련이다. 그러나 이러한 비판적 견해들은 국가의 형벌권개입에 의해 물리적으로 처벌되고 강압적으로 배제될 것이 아니라 사상의 자유시장에서 경쟁하고 논박될 수 있도록 국가형벌권은 자제되어야 하고, 그것이 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하는 이유이다.<sup>21)</sup>

나아가 위와 같은 표현들이 한 국가의 존립·안전을 위협하고 자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 수 있다고 한다면, 그 정도의 국가와 질서밖에 되지 않는다면, 아무리 국가보안법에 의해 지켜보려고 애쓰더라도 스스로 붕괴되어 버릴 정도로 허약한 것이어서 굳이 수호할 만한 가치조차 없다는 것을 스스로 인정하는 것밖에 되지 않는다. 그러나 목이 터져라 대한민국의 정통성을 부르짖고 자유민주적 기본질서의 우월성을 누구보다 강력하게 주장했던 것은 검찰과 법원 자신이 아니었던가? 그 정도의 주장에 위협을 느낄 정도의 국가와 질서를 그토록 오매불망했던 것인가? 결코 그렇지 않을 것이다.<sup>22)</sup> 그들 스스로 이런 류의 표현 때문에 국가와

19) 특히 이 사건에 적용된 것은 현재보다 훨씬 광범위한 행위를 처벌하도록 되어 있던 구 국가보안법 제7조였는데도 이런 결정이 내려졌으니 개정 이후에도 개정 전이나 똑같은 행태를 반복하고 있는 검찰이나 법원에 대해 규약인권위원회가 뭐라고 할지 궁금할 지경이다.

20) 그럼에도 불구하고 법무부는 규약인권위원회가 밝힌 시한을 1주일 넘긴 1999년 1월 27일 위원회의 시정조치 요구에 대해 공식적으로 거부 의사를 밝혔다. 이와 같은 거부조치는 사실상 국제규약을 위반하는 처사이고, 나아가 국제사회에서 대한민국의 신용도를 크게 저하시키는 시대착오적인 처사라 할 수밖에 없다. 『국가보안법 보고서』, 150-154쪽 참조.

21) “위 게재물의 내용이 기존의 이념과 가치를 부정하고 공격하는 내용이어서 당장은 당혹스럽고 불쾌한 것이라고 하더라도, 이를 과감하게 허용하여 사상의 경쟁을 거치게 함으로써 그 상징적 위협성을 제거하는 것이 자유민주주의 체제의 정도라고 생각한다”는 이회창 등의 견해는 다시 한 번 음미되어야 할 것이다. 대법원 1992. 3. 31, 90도2033 판결 중 이재성, 이회창, 배만운의 반대이견.

22) 이런 입장은 일부 하급심 판결에서도 지지된 바 있다. 부산지방법원 형사1단독 정희상 판사는 “위 공소사실의 표현물들과 서신들의 각 내용 중 일부의 표현이 현 김영삼 대통령 정권의 성격을 친미·사대·반통일 정권으로 보면서 . . . 국가보안법 철폐, 평화협정 체결, 주한미군 철수, 연방제 통일 등을 주장하는 부분이 북한의 주장과 맥락을 같이 하고 있는 것이 사실이나, 그것이 . . . 반국가활동성 즉 국가의 안전·존립이나 민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위협이 있다고까지 단정할 수 없다. 위 표현물이나 서신들의 위 주장부분이 오늘날 지구상 유일한 분단국가로 남아 있는 우리 민족의 지상과제인 자주·민주·평화 통일의 실현에 관하여 여러 주장들이 있는 상황에서 국민이 자신의 정치적 견해에 따라 현 김영삼 정권의 성격에 대한 여러 평가나 민족의 통일방안·절차에 관한 여러

질서가 위협받을 가능성은 전혀 없다는 것을 너무나 잘 알고 있다. 단지 그런 표현들이 웬지 듣기 거북하고 받아들이기 싫을 뿐이다. 그렇다면 국가의 안전과 자유민주적 기본질서에 대한 위협성을 이유로 내세우며 이런 표현들을 처벌하는 것은 자기기만일 수밖에 없다.

#### 4. 표현자가 표현의 위협성을 인식하고 있음은 입증되는가?

한편 검찰의 입증책임은 표현이 자유민주적 기본질서에 끼칠 위협성에 국한되지 않는다. 표현의 내용이 객관적으로 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 경우에도 그 사실을 표현자가 알고 있어야 함을 검찰이 입증하지 못하는 한 국가보안법 제7조에 의한 처벌은 불가능하다. 이는 법 제7조의 규정형식으로 보나 개정취지로 보나 당연한 것이다. 물론 표현의 위협성에 대한 입증조차 하려 하지 않는 검찰이 표현자의 인식 여부를 입증하려 할 리가 없음은 말할 필요조차 없다. 법원 역시 마찬가지다. 아니 법원은 오히려 한 걸음 더 나아가고 있다.

“피고인의 지식 정도로 보아 피고인은 판시행위가 반국가단체인 북한을 이롭게 하고 대한민국의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 내용이라는 것쯤은 인식하고 있었다고 볼 수 있으므로”<sup>23)</sup>

여기서 대법원은 자유민주적 기본질서에 대한 위협성의 인식 여부를 판단하는 데 표현자의 지식 정도<sup>24)</sup>를 기준으로 제시하고 있다. 그리고 이것은 자유민주적 기본질서에 대한 위협성 인식 여부를 판단하는 데 있어서 법원이 제시하고 있는 유일한 근거이기도 하다. 그러나 특정한 표현이나 표현물의 제작 배포행위가 자유민주적 기본질서에 위협이 된다는 인식이 지식의 정도에 따라 좌우될 성질의 것은 아니지 않는가? 종래 검찰과 법원의 논리대로 주한미군 철수 등의 표현이 자유민주적 기본질서에 미칠 위협성이 자명한 것이라면 지식의 정도가 낮다고 해서 위협성에 대한 인식을 부정할 수는 없는 일이나 대법원의 이런 논리는 자가당착이 아니고 무엇인가? 그렇다고 해서 언제 법원이 지식 정도가 낮다고 해서 위협성에 대한 인식이 없었다고 한 적이 있었는가?<sup>25)</sup>

사실 ‘자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서’라는 주관적 구성요건은 입증하기가 매우 어려울 수밖에 없다. 아니 불가능하다고 해야 할 것이다. 그런 점에서 이 요건을 목적범으로 개정하지 않는 한 국가보안법 제7조는 위헌이라고 하는 헌법재판관 조승형의 주장은 설득력을 가진다. 즉 법 제7조의 주관적 구성요건은 목적범으로 해석할 때 가장 명확해짐은 분명하다. 그러나 일반적인 목적범의 규정형식이나 목적범으로 규정하고 있는 국가보안법 제7조 제5항에 비추어 볼 때 법 제7조 제1항을 목적범으로 해석하는 것은 무리이다.<sup>26)</sup> 따라서 제7조 제1항의 주관적 구성요건에 대해서는 목적범과 다른 해석이 필요하게 된다.

생각건대, 국가보안법 제7조의 주관적 구성요건은 헌법재판소가 밝힌 바 있듯이 자유민주적 기본질서에 대한 위협성이라는 객관적 구성요건과 일체를 이루는 것으로 보는 것이 가장 합당하다고 보인다. 법 제7조에서 요구하는 인식은 일반 범죄에서 요구하는 주관적 구성요건처럼 어떤 객관적 사실을 알았느냐 몰랐느냐가 아니라 위협성이 있느냐 없느냐 하는 데 대한 인식을 의미하는 것이므로 스스로 인식이 있었음을 고백하지 않는 한 이를 객관적으로 추론해낼 수 있는 방법은 존재하지 않기 때문이다. 따라서 이 때의 주관적 구성요건은 자유민주적 기본질서에 대한 객관적 위협성이 입증되었음을 전제로 하여 표현을 하게 된 동기나 배경, 목적, 경위 등을 종합적으로 고찰하여 판단하는 방법밖에 없을 것이다. 이처럼 여러 사정을 ‘종합적으로 고찰하여 판단’한다는 것이 사실상 이 부분에 대해서는 판단을 하지 않는다는 것과 차이가 없게 되는 문제점이 있음은 분명하지만 달리 방법이 존재하는 것도 아니므로 이는 받아들이는 수 밖에 없을 듯하다.<sup>27)</sup>

정책 중 하나로서 주장할 수 있는 것이다”고 하여 국가보안법 제7조 위반 부분을 범죄의 증거가 없다 하여 무죄라고 판시하였다. 부산지법 1996. 1. 10, 95고단7295 판결. 그러나 이 판결은 검찰의 항소에 따라 같은 부산지방법원합의부의 항소심에서 파기되었다. 부산지법 1996. 6. 7, 96노278 판결.

23) 대법원 1993. 9. 28, 93도1730 판결.

24) 법원은 이 사건에서 피고인이 대학교의 고등교육을 받았음을 구체적으로 실시하고 있다.

25) 노동쟁의과정에서 한 표현 때문에 노동쟁의조정법 위반 이외에 국가보안법 제7조 위반으로 유죄판결을 받았던 수많은 노동자들을 생각해 본다면 법원의 이러한 태도가 얼마나 이율배반적인지를 잘 알 수 있다.

26) 국가보안법 제7조 제5항은 “제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로”라고 분명히 규정하고 있는데 반하여 1항은 “정을 알면서”라고 하고 있어 그 규정형식이 명백히 다르다.

27) 그러나 법원은 이러한 ‘종합적’ 고려마저도 하지 않고 표현자의 ‘지식 정도’로, 또는 아무런 언급없이 넘어가고 있다.

이렇게 본다면 결국 주관적 구성요건의 문제는 다시 자유민주적 기본질서에 대한 위협성이라는 객관적 구성요건의 입증 문제로 돌아가게 된다. 사실 현행 국가보안법 제7조 제1항에 규정된 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 침해한다는 정을 알면서”라는 부분은 헌법재판소의 한정합헌결정의 소산이다. 그런데 헌법재판소의 한정합헌결정에서 국가보안법 제7조의 합헌적 적용을 위한 전제가 되었던 것은 주관적 요소가 아니라 객관적 위협성의 존재였다. 그럼에도 불구하고 국가보안법 개정 이후 검찰과 법원의 태도는 객관적 위협성의 입증은 무시하고 주관적 구성요건은 일렁뚱뚱 넘어가는 방식으로 일관하고 있다는 데 문제가 있다.<sup>28)</sup>

## 5. 맺는 말 : 국가보안법 철폐의 당위성

나는 앞에서 어떤 표현이 북한의 주장과 동일하다고 하여 그것만으로 이적표현이라고 할 수 없고, 표현의 위협성과 위협성에 대한 표현자의 인식 여부를 검찰이 입증해야 한다고 했다. 이처럼 검찰의 자의적 공소논리에 제동을 걸으로써 검찰의 책임을 강제하는 것은 사법부에 부과된 의무이다. 그러나 검찰이 이미 그 존립 근거 자체가 흔들리고 있는 북한=반국가단체라는 명제를 끌어안고 북한과 동일한 주장은 무조건 이적표현이라고 하면서, 표현내용의 위협성이나 표현자의 위협에 대한 인식에 대한 입증은 하지 않는 것은 오히려 법원에 의해 정당화되어 왔으며 심지어 법원이 이를 부추긴 측면도 있다. 이런 상황에서 검찰의 태도가 바뀌기를 기대하는 것은 나무 위에서 물고기를 구하는 격이다. 사법부의 적극적인 판단이 요구되는 대목이다.

그럼에도 불구하고 이와 같은 검찰의 논리를 모두 사법부의 탓으로만 돌릴 수는 없다. 그것은 이미 국가보안법의 존재 자체가 그와 같은 검찰의 논리를 뒷받침하는 것이기 때문이다. 나는 앞에서 국가보안법 제7조의 적용에 있어서 기준이 되어야 할 점들을 제시했지만, 사실 그것을 요구하는 순간 국가보안법의 존립근거는 사라지게 된다.<sup>29)</sup> 국가보안법의 합헌적 운용 방안을 모색한다는 이 글의 목적과는 달리 어쩔 수 없이 나는 국가보안법은 폐지되어야 한다는 결론에 이르고 있는 것이다. 애초부터 국가보안법이 문제삼고 있는 표현은 이적표현이 아니었고, 자유민주적 기본질서에 위협이 되지도 않고 위협을 초래할 수도 없는 것이었으며, 표현자 역시 그것이 어떤 위협을 야기하리라고는 꿈에도 생각해 보지 않은 것이다. 그런데 검찰더러 이를 입증하라고 하였으니 그것은 국가보안법 적용을 포기하라는 말이나 다름없는 것이다.

그렇다. 내가 하고 싶은 이야기는 바로 그것이다. 국가보안법의 적용을 포기하라. 아니 적용할 수도 없는 법을 놔두는 것은 국가적 낭비이니 국가보안법을 폐지해 버리라는 말을 하고 싶은 것이다. 더구나 국가보안법은 폐지되어야 할 충분한 이유를 가지고 있다.<sup>30)</sup>

우선 조국의 평화적 통일에 관한 주권국민의 자유로운 논의(연방제 통일을 포함하여)에 족쇄를 채운다는 점에서 국가보안법은 헌법 전문에 위배되는 물론 국민주권주의에 대한 도전이거나 그것의 포기 선언이다. 국민주권국가에서 그 자체를 포기하거나 부정하는 법률이 존립할 수 없음은 지극히 당연하다. 국가보안법이 폐지되어야 할 첫번째 이유이다.

다음으로 국가보안법의 적용은 헌법적 한계내에서 이루어져야 한다. 헌법재판소도 밝힌 바 있듯이 국가보안

28) 국가보안법 제7조는 구성요건의 중요한 변경이 있었던 경우에 해당되므로 특정한 표현을 이유로 신법을 적용하기 위해서는 과거와는 다른 범죄사실의 입증이 필요함은 말할 필요도 없다. 그러나 국가보안법 개정 전과 개정 후 검찰의 공소장에서 나타나는 유일한 차이는 공소장 말미에 대해 표현이 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서” 한 것이라는 구절을 덧붙이고 있다는 것뿐이다. 이는 실정법의 규정조차도 무시하는 검찰의 독선을 보여준과 동시에, 제7조가 어떤 식으로 변경되더라도(국민회의가 대체입법의 내용으로 가지고 있던 “민주질서위해죄”를 포함하여) 그 운용방식에는 아무런 변화가 없을 것임을 예고하는 것으로, 역설적으로 국가보안법 제7조가 폐지되어야 할 이유를 제공하고 있다.

29) 물론 이 글은 국가보안법 제7조만을 대상으로 한 것이므로 국가보안법 전체의 존립을 논하기는 곤란하지 않느냐는 지적이 있을 수 있겠다. 그러나 형법 기타의 법률과 중복되지 않는 유일한 조항이 제7조라는 점에서 제7조를 떠나서는 국가보안법의 존립의의를 찾기 힘든 것이고 보면, 제7조의 폐지는 곧 국가보안법 자체의 폐지를 의미한다고 보아도 좋을 것이다. 이 점은 1999년 3월 25일 법무부장관 박상천이 국정개혁보고회에서 “국가보안법이 완전 폐지되면 직접 폭력을 동원하지 않는 한 체제전복을 위한 선전선동을 처벌할 수 없게 된다”고 하면서 대체입법의 연구계획을 보고한 데서도 알 수 있다. 한겨레신문, 1999. 3. 25. “직접 폭력을 동원하지 않는 한 체제전복을 위한 선전선동”을 처벌하는 조항이야말로 국가보안법의 존립근거이자 핵심이며, 그것은 바로 제7조이기 때문이다.

30) 박원순은 국가보안법 폐지론의 근거를 다양하게 또 설득력있게 제시하고 있다. 박원순, 『국가보안법 3. 국가보안법 폐지론』, 15-62쪽 및 217-219쪽 참조. 여기서 박원순은 국가보안법이 헌법과의 관계에서 위헌적이고, 형법법규와의 관계에서 중복적이며, 남북교류협력법 등과의 관계에서 상충적이라고 분석한 후에, 국가보안법이 폐지되어야 할 여덟 가지의 이유를 명확히 밝히고 있다.

법은 '어떤 표현이나 행위가 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험성이 존재하는 경우'에만 적용되어야 하고 이 한계를 넘어서서 적용될 경우에는 위헌이라는 것이다. 이렇게 본다면 국가의 존립과 안전 등에 위해를 줄 직접적인 행동을 유발하는 것이 아닌 한 어떤 표현을 금지·처벌할 수 없고, 마찬가지로 국가의 존립 등에 위해를 줄 행동에 돌입하거나 그 돌입이 임박해 있지 않는 한 특정 단체의 구성이나 이에 대한 가입을 처벌할 수도 없게 된다. 이 점은 특히 이적표현물이나 이적단체에 대한 국가보안법 적용에서 매우 중요한 의미를 가진다. 국가보안법의 적용을 이처럼 제한할 경우에 결국 그것이 적용될 수 있는 표현이나 행위는 형법만으로도 충분히 처벌할 수 있는 반면에, 형법으로 처벌할 수 없는 그 밖의 표현이나 행위에 대해서는 국가보안법을 적용하는 것 역시 헌법의 한계를 벗어나기 때문이다. 따라서 국가보안법은, 이러한 행위들을 형법의 규율에 맡기든가(특별법으로서 아무런 의미가 없으므로) 아니면 스스로 적용되지 않는 법률로 남든가 둘 중에 하나를 택해야 한다. 국가보안법이 폐지되어야 할 두 번째 이유이다.

마지막으로 "북한=반국가단체"라는 단선적 논리가 비판을 받고 있는 마당에, 이를 근간으로 삼고 있는 국가보안법의 적용은 매우 엄격하게 이루어져야 함을 말해 주는데, 이에 따를 때 북한의 주장과 일치되는 모든 주장에 대해 국가보안법 위반이라고 하는 현재의 적용논리 자체가 설 자리가 없어지게 된다. 국가보안법이 폐지되어야 할 세 번째 이유이다.

이상의 논의를 종합해 보면 국가보안법의 운명은 두 가지 가운데 하나로 귀착될 수밖에 없다. 국가보안법의 적용대상인 표현이나 행위는 모두가 형법에 의하여 규율될 수 있는 것이어서 국가보안법이 따로 존립해야 할 근거가 없고, 형법의 적용대상이 되지 않는 행위에까지 국가보안법을 적용하게 되면 그 자체가 헌법 위반이 된다. 즉 헌법재판소의 의도대로 국가보안법이 합헌적으로 운용되는 경우는 오로지 그것이 적용되지 않는 경우밖에 없게 되는 것이다.

그 자체로서 존립할 가치도 없고 존립할 수도 없는, 법의 탈을 쓴 폭력장전에 불과하다.

## 집회의 자유<sup>31)</sup>

김승환(전북대 법대 교수)

..... 중간 생략 .....

### 4. 현행 집회및시위에 관한 법률의 문제점

#### (1) 개 관

집시법은 그 목적이 국민의 집회의 자유가 실효적으로 보장되도록 하는 데 필요한 조항들을 두는 것이어야 한다. 집회의 자유는 집단적 기본권의 성격상 제3자의 이익과 공공의 이익과의 충돌가능성이 높기 때문에, 그러한 이익들이 적절하게 조화되도록 하는 것이어야 한다. 집회의 자유는 헌법에서 높은 비중을 차지하는 기본권이다. 집회의 자유는 개인 상호간의 의사소통을 통하여 인격을 자유롭게 발현시킬 수 있는 권리라는 점, 민주적 헌법국가에서 국민의 여론을 형성하고 국가권력을 비판·감시하며, 소수의 이익을 보호할 수 있는 권리라는 점에서 그렇다. 이 때문에 집회의 자유의 제한에는 과잉금지의 원칙 내지는 비례의 원칙이 엄격하게 적용된다.

집회의 자유에서 특히 중요한 것은 협력의무이다. 1) 집회개최자, 집회지도부, 집회참여자, 2) 경찰관청 내지는 행정관청 사이에는 집회의 자유가 제3자의 이익이나 공공의 이익과 조화를 이루면서 행사될 수 있도록 서로 적절한 협력을 해야 한다.

집회의 자유에 대한 사전적 허가는 있을 수 없다. 그것은 방해받지 않고 자유롭게 집회한다는 집회의 본질에 반하기 때문이다. 집회에 대한 사전신고는 경찰관청 내지는 행정관청으로 하여금 집회와 공공의 안전의 보호를 위하여 필요한 조치를 취할 수 있는 시간적 여유를 준다는 점에서 그 의의를 갖는다. 이 때문에 신고를 하지 않은 집회에 대하여는 그에 따른 비례의 원칙에 맞는 제재를 가하는 것은 별론으로 하고, 미신고 또는 신고의 해태를 이유로 하는 집회의 해산은 허용될 수 없다.

아래에서는 현행 집시법이 안고 있는 문제점들이 무엇인지를 살펴보기로 한다. 특히 1999년 5월 24일 공포된 집시법 개정조항들이 어떤 문제점을 제기하고 있는지도 함께 살펴보기로 한다.

#### (2) 집회의 자유의 제한과 명확성의 원칙

법률은 일반적으로 이해가능한 것이어야 한다. 즉, 법률은 모든 국민이 그 의미와 의의를 곧 바로 파악할 수 있을 정도로 단순하고 명확한 것이어야 한다. 어찌 보면 지극히 당연한 이러한 원칙이 여전히 강조되고 있는 이유는 입법자가 아직까지도 명확성의 원칙을 간과하거나 무시하고 있는 사례가 적지 않게 발생하고 있기 때문이다. 법률이 명확성을 가지고 있을 때 비로소 기본권주체는 자신의 행위를 그 법률에 맞추어 나갈 수 있다. 이와 관련하여 독일연방헌법재판소는 “법률에 의한 금지는 그 요건과 내용에 있어서 그에 관계하는 사람들이 법적 상태를 인식할 수 있고, 그 행위를 그에 따라 결정할 수 있을 정도로 명확하게 형성되어야 한다. 물론 입법에 있어서 처음부터 모든 불명확성과 의문을 피할 수는 없다. 그러나 입법자는 적어도 그 기본사상 즉 입법자가 의욕하는 목적을 완전히 명확하게 하여야 한다. 이것은 비교적 단순하고 개관하기 쉬운 생활사안을 대상으로 하고 그 때문에 구성요성의 형성이 별다른 문제점을 제기하지 않는 경우에 특히 그러하다.” 라고 말하고 있다.<sup>32)</sup>

31) 이 자료는 지난 2000년 6월 8일 사회진보연대, 인권운동사랑방 등 4단체가 주관하고 민중대회위원회가 주최한 ‘집시 시위의 자유에 관한 토론회’의 내용을 발췌한 것입니다

32) BVerfGE 17, 314.

집시법 제8조 제3항은 집회 및 시위의 금지통고와 관련하여 “제6조 제1항의 신고서에 기재된 장소가 타인의 주거지역이나 이와 유사한 장소인 경우 그 거주자 또는 관리자가 재산·시설이나 사생활의 평온에 심각한 피해가 발생할 수 있음을 이유로 시설이나 장소의 보호를 요청하는 때에는 집회 또는 시위의 금지·제한을 통고할 수 있다.” 라고 규정하고 있다.

그러나 집시법 제8조 제3항은 몇 가지 문제점을 안고 있다. 첫째, ‘이와 유사한 장소’에서의 집회 또는 시위를 금지·제한할 수 있다는 점이다. 이 문언은 그것이 의미하는 바를 기본권주체에게 충분히 전달하지 못하고 있다. 그 때문에 자의적인 해석·집행·적용의 여지가 매우 넓다. 기본권제한법률에 필수적으로 요청되는 명확성의 원칙을 침해하고 있기 때문에, 위헌판단을 받을 수 밖에 없는 조항이다. 둘째, 타인의 주거지역이라는 이유로 집회를 금지·제한할 수 있는나라는 것이다. 집회 중에는 제3자의 재산·시설이나 사생활의 평온에 심각한 피해를 주지 않는 침묵시위도 있고, 특정 주거지역의 대다수 주민이 동의하는 집회도 있을 수 있기 때문이다. 셋째, 법문의 표현을 보면 마치 재산·시설이나 사생활의 평온에 심각한 피해가 발생할 수 있다는 판단의 주체가 그 거주자 또는 관리자인 것처럼 되어 있다. 왜냐하면 이 조항에 최소한 ‘그 보호요청이 객관적으로 타당하고 다른 적절한 방법이 없는 경우에 한하여’ 라는 문구가 있어야 할텐데, 그것이 없기 때문이다. 이는 소수 또는 극소수의 거주자 또는 관리자의 보호요청이 있다는 형식적 이유로 집회를 금지·제한할 수 있는 통로를 열어 놓고 있는 규정으로서 그 남용의 여지가 매우 높다.

### (3) 미신고집회 또는 신고해태집회의 해산

위에서 언급한 것처럼 신고의무는 집시법에서의 협력의 원리를 구현하는 것 중의 하나이다. 신고는 관할경찰관청에게 집회에 관한 구체적 정보를 제공하고, 공공의 안전을 유지하기 위하여 협력과 부담을 가능하게 하는 데 그 의의가 있기 때문이다. 신고는 결코 집회허가의 신청이 아니다. 이는 집회의 개최자가 집회신고를 했지만 경찰관청이 신고서를 수리하지 않거나, 신고서의 보완명령을 내렸음에도 불구하고 신고서를 보완하지 않았다는가 또는 처음부터 아예 신고를 하지 않은 상태에서 집회를 개최한 경우, 그 집회가 당연히 해산대상이 되는 집회는 아니라는 뜻이다. 이러한 행위에 대하여 형사벌을 과하는 것은 별개이다. 그러나 이 경우에도 그 형사벌은 집시법의 목적을 달성하는 데 적합하고 필요하며 비례적인 것이어야 한다.

집시법 제18조 제3항은 미신고집회 또는 신고해태집회에 대하여 관할경찰서장이 해산명령을 내릴 수 있는 것으로 규정하고 있고, 같은 법 제19조 제2항은 이 경우 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처할 수 있음을 규정하고 있다.

그러나 미신고집회 또는 신고해태의 집회에 대하여 해산명령을 내릴 수 있도록 규정하고 있는 집시법의 조항은 명백히 헌법에 반한다. 이 경우의 해산명령은 신고의무와 양립할 수 없는 것이기 때문이다. 미신고집회 또는 신고해태집회에 대하여 2년 이하의 징역형이나 200만원 이하의 벌금형을 선고할 수 있도록 하는 규정에 관하여도 그것이 비례의 원칙에 적합한 것인지는 의문이다(참고로 독일의 집회및시위에관한법률 제26조 제2호는 미신고집회의 개최자 또는 지도부에 대하여 1년 이하의 징역이나 벌금형에 처할 수 있도록 규정하고 있다.). 형사제재와 관련하여 또 하나 문제되는 것은 형사제재의 대상이 누구인지가 명확하지 않다는 점이다. 이는 제6조 제1항의 해석상 집회개최자에 한정되어야 마땅하지만, 법집행이나 법적용의 현실에서는 집회참여자까지도 이에 포함시키고 있기 때문에 문제가 되고 있다. 그러한 법해석은 명백히 헌법에 반한다.

### (3) 질서유지선의 설정에 의한 집회의 자유의 제한

집시법 제12조의 2는 “① 제6조 제1항의 규정에 의한 신고를 받은 관할경찰서장은 집회·시위의 보호와 공공의 질서유지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 최소한의 범위를 정하여 질서유지선을 설정할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의하여 경찰관서장이 질서유지선을 설정할 때에는 주취자 또는 연락책임자에게 이를 고지하여야 한다.” 라고 규정하고 있다. 또한 같은 법 제21조 제4호는 질서유지선을 경찰관의 경고에도 불구하고 정당한 이유없이 상당시간 침범하거나 손괴·은닉·이동 또는 제거하거나 기타의 방법으로 그 효용을 해한 자에 대하여 최고 6월까지의 징역형을 과할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 이는 개정 집시법에서 신설된 조항들이다.

집회의 자유의 주체는 제3자의 권리를 존중하고, 공공의 질서유지에 협력하면서 그 권리를 행사해야 한다는 것은 지극히 당연한 명제이다. 이 경우 제3자는 자신에게 가해지는 불이익이 집회의 자유의 행사에 사물논리적으로 필요한 정도의 것이라면 공동체의 구성원으로서 이를 수인하여야 한다. 공공의 질서유지도 마찬가지이다. 그렇게 본다면 굳이 질서유지선을 설정하고 그것을 침범하는 자를 형사처벌하는 조항을 두는 것은 국가형벌권 행사의 남용으로 보아도 지나지치 않다. 이는 필요한 경우 형법 등 해당 법률에 의하여 개별적으로 해결할 수 있는 문제를 일반적 형사제계의 방법으로 해결하려는 방식을 취하고 있고, 이는 결국 집회의 자유의 위축을 초래할 것이기 때문이다.

#### (4) 경찰관의 정보취득활동의 법적 근거와 정당성 문제

위에서 언급한 것처럼 집회의 자유는 집회 그 자체와 함께 집회의 사전단계와 사후단계도 보호한다. 이와 관련하여 문제되는 것이 경찰관의 정보취득활동이다. 도청, 비디오 녹화, 사진촬영, 녹음, 출입차량 번호판 기록 등이 이에 해당한다. 이러한 정보취득활동을 통하여 경찰관들이 얻는 것은 모두 개인정보들이다. 그런 점에서 이는 개인의 자기정보결정권을 침해한다. 또한 이러한 행위들을 통해서 집회관계자들은 집회를 준비하고 실행하는 데 심리적 위축을 당하게 되고, 집회참여자들 상호간 또는 일반과의 사이에서 방해받지 않고 자유롭게 의사소통하는 권리를 침해당하게 된다.

여기에서 참고가 되는 것이 독일 집시법이다. 그 제12조 a 제1항은 “경찰은, 사실적 증거점이 그 집회로부터 공공의 안전에 대한 심각한 위험이 발생할 것이라는 가정을 정당화하는 경우에만 집회참여자에 대한 사진촬영 또는 녹음을 할 수 있다.” 라고 규정함으로써, 집회와 관련한 경찰의 정보취득활동을 엄격하게 제한하고 있다.

이에 반하여 우리의 경우 집회현장에서의 경찰의 정보취득활동이 일상적이고 당연한 것으로 여겨지고 있어서 문제이다. 이에 관하여 집시법에 아무런 제한규정도 없는 것은 입법자의 입법의 불비이다(경찰관들의 이러한 자의적인 정보취득활동을 이유로 집회의 자유의 주체가 국가배상청구권을 행사할 수 있는가는 별개의 문제이다). 이 때문에 우리의 경우 집회의 자유의 행사는 항상적으로 침해를 당하고 있다.

#### (5) 신고제의 남용

집회의 신고는 집회허가의 신청이 아니다. 따라서 집회의 신고제가 허가제처럼 운영되어서는 안된다. 그럼에도 불구하고 현행 집시법은 신고와 관련하여 지나치게 많은 규제조항을 두고 있다. 신고서의 기재사항이 방대하다. 신고서의 보완제도를 두고 있어 경찰관청이 신고서에 대하여 형식적 심사의 범위를 넘어서는 실질적 심사를 할 수 있도록 하고 있다. 제14조 제4항에 규정한 주최자의 준수사항(이 중 제3호는 ‘신고한 목적·일시·장소·방법 등 그 범위를 현저히 이탈하는 행위’를 들고 있다)을 위반한 집회 또는 시위로 인하여 질서를 유지할 수 없게 되었을 때 자진해산을 유도한 후 해산명령을 내릴 수 있도록 하고 있다. 이에 따라 해산명령을 내릴 수 있는 집회 및 시위의 범위가 확대되었다. 물론 해산명령의 요건에 대한 판단은 전적으로 경찰관청의 재량에 맡겨져 있다.

이러한 신고제는 경찰관청에게 구체적 정보를 제공하고, 공공의 안전을 유지하기 위하여 협력과 부담을 가능하게 한다는 신고제의 본질을 훼손하고 있는 것이다. 이 때문에 현행 집시법의 신고제는 그 명칭 여하에 불구하고 그 실질에 따라 허가제라고 불려야 마땅하다. 따라서 집시법상의 신고제는 헌법에 위반한다.

### 주요도시의 주요도로(제8조제1항관련)

#### 1. 일반도로

주요 도시명	주요도로명	시 점	경 유 지	종 점
서울	①세종로-태평로-한강로	서대문구 부암동 260(자하문앞)	효자동-광화문-남대문-서울역-삼각지-한강대교	한강대교남단
	②경인로-마포로-종로-왕산로-망우로	구로구 오류동 산 17-29 (오류동시계)	오류동-영등포역-여의도-광화문4거리-종로-청량리-상봉동 망우리	중랑구 망우동 52-4(망우시계)
	③공항로-성산로-울곡로-흥인문로	강서구 과해동 316	양화교-성산대교-연세대앞-금화터널-광화문-동대문	중구 광희동2가 319
	④청계로-천호대교	종로구 세종로 139-7	청계로1~7가-군자교-천호대교-길동	강동구 상일동 458
	⑤경인고속도로-양화로-을지로-광나루길	양천구 원종동 246	경인고속도로 입구-양화대교-동교동-을지로1~6가-성동교-광장동	광진구 광장동 233-4
	⑥퇴계로	중구 남대문로5가 84-1	퇴계로 1~6가	중구 을지로6가 13-6
	⑦통일로-의주로-청파로-원주로-대방로-시흥대로	은평구 구파발동 1-1	홍은동-독립문-청파동-원호대교-대림동-시흥동	금천구 시흥동 979-2
	⑧남대문로	중구 봉래동1가	남대문4-1가-화신앞	종로구 견지동



		207-33		13
별   시	⑨삼일로	중로구 운니동 114-8	낙원동-삼일빌딩	중구 필동2가 산1-2
	⑩돈화문로	중로구 와룡동122	중로3가-을지3가- 퇴계로3가.	중구 필동1가 51-9
	⑪창경궁로-동소 문길-미아로- 도봉로	중구 충무로1가55	동국대입구-을지로 4가-종로4가-성대입 구-한성대입구-미아 5동-수유동-도봉동	도봉구 도봉동 377
	⑫대학로-장충단 길-한남로-경부 고속도로입구	중로구 혜화동132	이화동-장충동-타워 호텔-단국대 입구- 한남대교	강남구 신사동 527
	⑬서초로·반포로	중구 회현동2가 72-5	남산3호터널-용산2 가동-반포대교-예술 의전당앞 삼거리	서초구 서초동 산700
	⑭안암로 종암로	동대문구 신설동 131-50	용두동-고려대앞	성북구 하월곡 동 196
	⑮북악산길-세검 정길-연희로	성북구 정릉동 16-486	국민대앞-상명대앞- 명지대입구	서대문구 연희 동194
부   산	①구덕로	서구 서대신동3가 200(구덕운동장)	중구 남포동 6가 112 (부영극장앞)	중구 중앙동7가 20 (시청앞)
	②중앙로	중구 중앙동 7가 20 (시청앞)	부산진구 범천동 850 (범7호 광장)- 부전동114 (서면로 타리)-양정동333 (양정로타리)	동래구 구서동 70(태광산업앞)
		동래구 거제1동 253 (교육대앞)	동래구 수안동 1581 -1 (동래경찰서앞)	동래구 은천동 169-3 (은천 교 차로)
	③금정로	동래구 거제1동 253 (교육대앞)	동래구 은천1동 169 -3 (은천교차로)	금정구 구서동 90(태광산업앞)
④가야로	부산진구 부전동	주례삼거리-낙동대	강서구 대저2동	



구 광 역 시	④대동로, 대서로	서구 내당동 871-15(반고개네거리)	반월당네거리	수성구 범어동 563-6(범어로타리)
	⑤동대구로	동구 신암동550(파티마삼거리)	동신네거리	수성구 범어동 533-6(범어로타리)
	⑥명동로, 명서로	서구 내당동 1198(내당네거리)	명덕로타리	중구 대봉동 121(대봉교)
	⑦달구로, 대봉로	중구 교동9-1(태평1가 네거리)	봉산오거리(미8군 정문앞)	남구 봉덕동 883-3(중등교)
	⑧달성로, 현충로	중구 달성동 3(달성네거리)	신남네거리, 삼각로 타리	남구 대명동477(앞산삼거리)
	⑨신암로, 동덕로	동구 신암동550(파티마삼거리)	공고네거리, 동인네거리	중구 삼덕동271(삼덕네거리)
인 천 광 역 시	①중앙로	인현동 1번지(동인천역앞)	경동 231번지(경동네거리)	답동 25번지(답동사거리)
	②경인국도	항동6가 1번지(인천우체국앞)	주안동 301(석암네거리)	간석동 205(간석오거리)
	③승인로	전동 7번지(화평철교)	경동77(배다리)	승의동 134(승의시장앞)
	④부평로	부평1동 534(부평역)	부평동 451(백마장입구)	갈산동 320(부평롤게이트)
	⑤신기로	구월동 80(시청앞광장)	주안4동 352(인고네거리)	주안7동 1475(신기네거리)
	⑥석천로	간석동 205(간석오거리)	구월동8(석천네거리)	구월동 80(시청)
	⑦도화, 간석간로	도화동 96번지(도화네거리)	주안동 140(주안역앞)	간석1동 431(주원교개)
	⑧청천로	효성동 302(효성네거리)	산곡동 180(한양아파트네거리)	부평동 451(백마장입구)

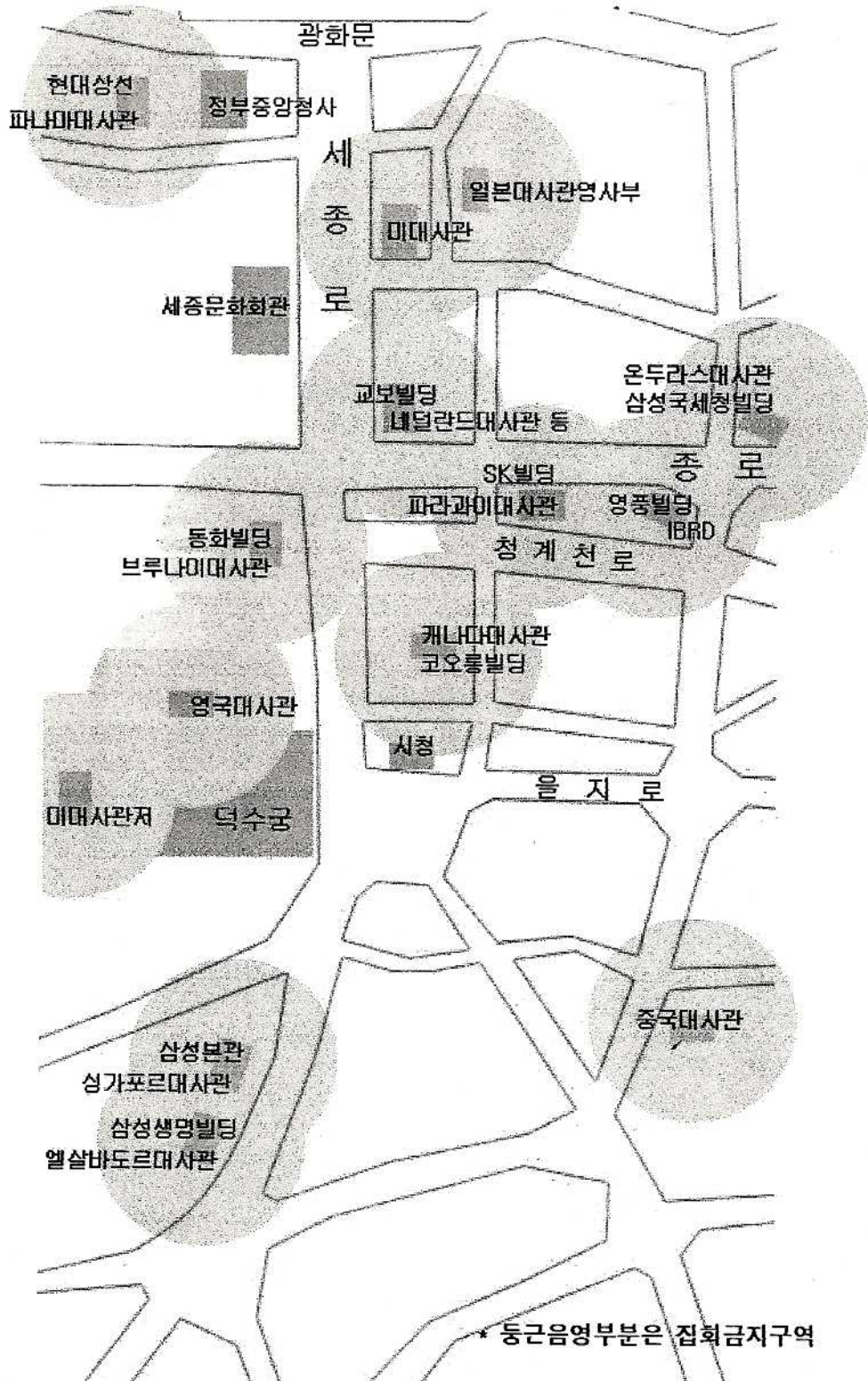
	⑨강화읍중앙로	강화읍 갑곶리 203-19 (인삼센타앞)	강화읍 관청리 437 (강화군청앞)	강화읍 국화리 239 (문예회관입구)
광 주 시	①금남로	동구 광산동 13 (도청앞)	한국은행네거리, 유 등삼거리	임동 100번지 (무등경기장앞)
	②충장로	학동1구 62 (남광주철도건널 목)	전대의대 오거리, 충장로 입구	유동 72 (유동네거리)
	③광주천변도로	구동21 (구동실내 체육관앞)	광주천, 서석교	광산동 13 (도청앞)
	④제봉로	광산동13(도청앞)	광산동 10(지방노동 청앞)	대인동 324-2 (소방서앞)
	⑤중앙로	계림동 239 (광고앞)	계림로타리, 중앙 대교	월산동 9-1 (월산네거리)
	⑥광남로	중흥동 611 (광주역)	공용정류장, 광남네 거리	월산2동 70-5 (대성네거리)
	⑦제봉로 일부	학동8 (전대의대 오거리)	공고네거리	광산동 1 (지방노동청)
	⑧무등로 일부	북구 중흥동 611 (광주역)	광주시청앞	동구 계림85 (산장입구사거 리)
대 전 시	①중앙로	정동 1(대전역앞)	선화동 30-31(도청)	용두동 18-19 (서대전삼거리)
	②인호로	인동 113-3 (인동로타리)	정동1 (대전역앞)	삼성동 291-13 (삼성로타리)
	③명정로	대흥동 322-1 (대전고교앞)	선화동 30-31(도청 앞)	선화동 132-18 (대전지법앞)
		선화동 132-18 (지방법원앞)	목동15 (목동4가)	중촌동 4가 (현대아파트)
	④대중로	대흥동 165	은행동3 (은행4가)	선화동 152

시		(대흥4가)		(주정4가)
	⑤한밭대로	월평동 1498 (만년교)	둔산동 920 (정부 대전청사)	둔산동 909 (수정아파트앞)
	⑥목련길	둔산동 1130 (계룡로)	둔산동 1420 (대전시청)	삼천동 1260 (삼천교 4가)
울산광역시	①태화로	무거2동 1062 (무거검문소)	무거동 320-1 (신복검문소)	우정동 286-16 (태화사거리)
	②중앙로	신정2동 1127-14 (공업로타리)	신정646-4(시청앞)	우정동 286-16 (태화사거리)
	③강변로	성남동 249-1 (주리원백화점)	성남동 311-2 (우정삼거리)	우정동 286-16 (태화사거리)
수원시	①매산로	고등동 268(육교)	고등 128(수원극장 앞)	영화문 313 (북문)
	②도청로	매산로3가 123 (도청입구)		매산로 산1 (도청)
	③경수산업도로	권선동 883 (권선네거리)	우만동 154(수원네 거리)	파장동산 155 (공무원연수원 앞)
	④원천로	중동 19 (중동파출소앞)	우만동 154(수원네 거리)	원천동 293-1 (삼성전자입구)
성남시	①성남로	북정동 260 (서울시계)	수진동3000(대봉로)	여수동 89(경춘 산업도로입구)
	②대봉로	수진동 3000 (수진네거리)	태평동3309(시청앞)	태평동 184 (성남국교앞)
	③중앙로	수진동 4700 (남부파출소앞)	신흥동 10(신흥네거 리)	단대동 297 (단대오거리)
안양시	①중앙로	석수2동 296 (석수신안양대교)	안양유원지	석수1동 4217 (석수파출소앞)
	②비산로	안양5동 451 (안양우체국앞)	수도군단	관양동 168 (관양파출소앞)

춘천시	①중앙로	봉의동 15 (도청앞)	중앙로2가1(중앙로 타리)	근화동 3구 401 (종합주차장)
	②소양로	중앙로2가 1 (중앙로타리)	소양로3가 93-5 (춘천우체국)	소양로3가106-3 (소양파출소앞)
	③남부로	중앙로2가 1 (중앙로타리)	운교동(육림극장)	운교동 96-2 (운교파출소앞)
청주시	①상당로	내덕동 172-20 (내덕7거리)	문화동 89(도청앞)	수곡동 135 (청주교육대학)
	②사직로	송정동 292-3 (송정생산조합)	사직동 580 (공설운동장)	북문로2가 40 (상당공원앞)
	③서문로	사직동 100 (분수대)	북문로1가 173 (청주서앞)	북문로1가 17 (도청서문)
	④중앙로	내덕동 191-2 (내덕7거리)	북문로1가 90-1 (충북은행중앙지점)	석교동 121 (석교꽃다리)
전주시	①팔달로	서서학동 942 (서서학동파출소)	팔복동1가 301-26 (도 교육위원회)	덕진동2가 90-5 (전주대교)
	②충경로	남노송동 519-12 (지방병무청앞오 거리)	중앙동2가 26-1 (전주백화점)	다가동3가 81-1 (다가교)
	③도청앞 대로	다가동2가 122 (신탁은행 전주남 지점앞, 완산교앞)	중앙도4가1(도청앞)	전동2가 24 (신탁은행앞)
목포시	①중앙로	호남동 1-27 (목포역앞)	1·2·3호 광장	상동 220 (공용정류장앞)
포항시	①형산로, 중흥로	해도동 171-18 (형산로타리)	고속버스터미널, 포 항5거리 포항6거리, 포항시청	덕수동 33-12 (십자당한약방)
	②청용로	죽도2동 48-1 (세명약국5거리)	청룡회관, 역전파출 소 제일은행	대흥동 659 (포항역광장)

창원시	①창원대로	소계동 6 (창원검문소)	내동 456 (내동상가)	성주동 5 (7호광장)
	②중앙로·대방로	외동 851-1 (산업단지공단)	창원광장 - 도청앞교차로	사파동 1 (창원 지방법원앞)
	③반송로	반송동 501-1 (창원종합운동장 앞)	응호동 70 (응지아파트)	응호동 500-6 (시청 사거리)
마산시	①마진간 도로	서성동 81 (3.15의거탑), 서성동 81 (3.15의거탑)	중앙동2가8(마산경 찰서앞), 동성동 146(남성파 출소앞)	해운동5(월영뎃 거리), 성남동 102-6(북마산파 출소앞)
	②마구간 도로	서성동81 (3.15 의거탑)	오동동 154(오동동 다리)	산호동442(수출 자유지역입구)
	③양덕로	양덕동 222 (한일합섬로타리)	양덕동 70(역전파출 소앞)	석전동 238(마 산역앞)
	④중앙로	상남1동 162-2 (6호광장)	석전1동 37-8(석전 삼거리)	합성동267(마산 시외버스터미 널)
진주시	①중앙로	평안동 47 (금성로타리)	대안동 16-4 (광미사거리)	가좌동 368-2 (정촌초소)
	②은열로	신안동 28-1 (신안로타리)	남성동 3-18 (인사로타리)	장대동 67-3 (사거리)
제주시	①남문로 및 중앙 로	이도2동 950-1 (지방법원앞)	이도1동 (광양,남문 중앙로타리)	삼도2동1192-21 (탐동해상호텔 앞)
	②관덕로 및 서문 로	건입동 1337 (산지교)	삼도2동 43-2 (구제주경찰서앞)	용담2동 625 (구서문파출소 앞)

### 서울시내 대사관 위치 및 집회금지구역





2001. 6. 16. 제2차 민중대회시 동대문경찰서장의  
'김대중 얼굴이 그려진 상징물' 철거행위의 불법성 검토<sup>1)</sup>

· 민주노총 법규차장 권두섭

가. 사실관계

2001. 6. 16. 제2차 민중대회 집회가 끝나고 행진이 시작되어 16:50경 선두가 종로5가 4거리에 도달하였을 때, 하늘색 방송차가 행진대오 선두 10여미터 앞까지 왔고 방송차 위에서 정복을 입은 경찰관(나중에 TV방송을 통해 정선모 동대문 경찰서장으로 밝혀짐)이 "시위대 여러분, 특정인을 지칭하는 조형물은 집회에 사용해서는 안됩니다. 즉각 조형물을 제거하지 않으면 제가 공권력으로 제거하겠습니다"라는 요지의 방송을 하였습니다.

위 방송과 동시에 행진대오의 양쪽 인도로 전경 300-400명이 김대중 대통령의 캐리커처가 그려져 있는 상징물(이하 이 사건 상징물이라고 함)이 있는 곳으로 이동하였고, 방송이 끝나자마자 전경들이 상징물을 들고 있는 행진대열의 사방에서 달려들어 행진대열을 이수라장이 되었고 전경들에 의해 상징물은 부수어졌습니다. 그리고 약간의 시간이 흐른 뒤에 다시 행진이 시작되었고 행진대오 앞쪽에는 여러 사람이 좀 전 정복을 입은 경찰관에게 평화적인 행진을 하고 있는데 왜 상징물을 문제삼아 시위대를 폭행하고 자극하느냐며 항의를 하는 상황이 벌어지게 되었습니다.

나. '상징물 철거행위'가 정당한 공무집행이었는지 여부에 관한 검토

정선모 서장은 특정인(대통령)을 지칭하는 모형물은 집회에 사용해서 안된다는 이유로 이 사건 상징물을 강제로 철거하였습니다. 이후 현장에서 제시한 이유와 달리 미신고 물품이었다라는 등의 이유를 제시하고 있습니다. 아래에서는 먼저 이 사건 상징물이 미신고 물품이었던가, 그리고 미신고 물품이라고 하여 모두 강제철거하는 것이 적절한 공무집행인가를 살펴보고자 합니다.

(1) 집회및시위에관한법률(이하 집시법이라 함) 제6조 제1항에서는 옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자로 하여금 관할 경찰서장에게 그에 관한 소정의 신고서를 제출하도록 하고 있습니다. 집시법 제6조 제1항은 신고서에 목적, 일시(소요시간 포함), 장소, 참가예정인원, 시위방법 등을 기재하도록 규정하고 같은 법 시행령 제2조에서 신고할 시위방법의 구체적 내용을 제시하고 있습니다(매우 상세하게 시위방법을 신고하도록 규정하고 있어 경찰의 자의적 운영의 여지를 주게 되는 점에서 비판이 있습니다. 예를 들어 장의물품은 '민주주의의 중

1) 박하순 민주노총 대외협력국장에게 대한 형사재판시 제출한 의견서의 일부입니다.

언 등을 상징적으로 표현하는 대표적인 시위방법-물품-인데 신고서에 기재할 경우 경찰관서에서는 합법적 집회공간을 확보하고 원만히 집회를 개최해야 하는 주최자의 처지를 악용하여 법적인 근거도 없이 이는 금지된 물품이므로 사용불가하며 고집할 경우에 금지통고를 할 수밖에 없다며 보완을 요구하고 있습니다).

또 집시법 시행령 제2조 (시위방법)는

“법 제6조제1항에서 "시위방법"이라 함은 다음 각호의 사항을 말한다.

1. 시위의 대형
2. 차량·확성기·입간판 기타 주장을 표시한 시설물의 이용여부와 그 수
3. 구호제창의 여부
4. 진로(출발지·경유지·중간행사지·도착지 등)
5. 약도(시위행진의 진행방향을 도면으로 표시한 것)
6. 차도·보도·교차로의 통행방법
7. 연좌시위 등 중간행사의 방법
8. 기타 시위의 방법과 관련되는 사항”고 규정하고 있습니다.

이 사건의 발단이 되었던 이 사건 상징물은 바로 시행령 제2조 제2호와 관련된 사항입니다.

그러나 이 사건 당시 제2차 민중대회의 옥외집회신고서를 보면 이미 만장 50여개가 신고되어 있습니다. 이 사건 상징물도 중간에 대통령 캐리커처가 걸려 있을 뿐 양쪽에 ‘노동탄압’, ‘민주압살’이라는 글이 새겨진 만장이 있는 것이므로 위 신고된 만장에 포함되는 물품으로 볼 수 있습니다.

(2) 그러나 이하에서는 이 사건 상징물이 미신고 집회물품이라는 전제하에서 과연 강제철거가 적법한 공무집행이었는지를 살펴보고자 합니다.

집회에 미신고 물품을 사용하였다고 해서 처벌하는 규정은 현재 집시법에서 찾을 수 없습니다.

다만 집시법은 제14조 제4항에서,

“집회 또는 시위의 주최자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다

1. 총포, 폭발물, 도검, 철봉, 곤봉, 석괴 기타 타인의 생명·신체에 위해를 가할 수 있는 기구를 휴대 또는 사용하거나 휴대 또는 사용하게 하는 행위
2. 폭행·협박·손괴·방화 등으로 질서를 문란하게 하는 행위
3. 신고한 목적·일시·장소·방법 등 그 범위를 현저히 이탈하는 행위”

집시법 제18조 제1항

“관할경찰서장은 다음 각호의 1에 해당하는 집회 또는 시위에 대하여는 상당한 시간내에 자

진 해산할 것을 요청하고 이에 응하지 아니할 때에는 해산을 명할 수 있다.

5. 제14조 제4항 각호의 1에 해당하는 행위로 인하여 질서를 유지할 수 없는 집회나 시위”

집시법 제19조 제3항

“제5조 제2항 또는 제14조 제4항의 규정에 위반한 자는 1년이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다”

이와 같이 집시법은 총포, 폭발물, 쇠파이프 등 생명, 신체에 위해를 가할 수 있는 물품의 휴대 및 사용을 금지하고 있으며, 신고한 방법에서 현저히 일탈하는 방법으로 집회나 시위를 개최하는 것을 금지하고 해산명령을 발할 수 있음을 규정하고 있습니다.

그러나, 이 사건 상징물이 생명, 신체에 위해를 가할 수 있는 물품은 아니며, 상징물 하나의 사용이 신고한 방법에서 현저히 일탈하는 방법으로 집회를 개최하는 행위로 보기도 어렵습니다. 그렇다면 위 규정들은 이 사건 철거행위의 법적 근거가 될 수 없다고 할 것입니다.

(3) 또 집시법은 제21조에서,

“다음 각호의 1에 해당하는 자는 6월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류·과료에 처한다

2. 제6조 제1항의 규정에 의한 신고를 허위로 하고 집회 또는 시위를 개최한 자”

라고 하여 신고를 허위로 하고 집회 또는 시위를 개최한 자를 처벌하는 규정을 두고 있는데, 이 사건과 같이 미신고 집회물품의 사용이 위 조항에 해당하는가를 본다면,

여기서 말하는 ‘허위 신고’란 신고된 집회와 실제 행해진 집회를 비교할 때 전체적으로 허위신고(전체적으로 전혀 다른 집회로 볼 수 있는 경우-예를 들어 다른 단체의 이름을 빌려 집회신고를 하고 규모나 내용이 다른 집회를 개최하는 경우 등)로 보이는 경우만을 의미하는 것이고 집회물품이나 참가인원에 약간의 차이가 있다고 하여 ‘허위신고’로 볼 수는 없다고 할 것이므로 이 조항 역시 적용되지 않습니다.

(4) 결국 일부 신고사항에서 빠진 부분이 있다고 하더라도 바로 그것이 위험물이나 현저히 일탈한 행위, 허위신고에 해당되지 않는 한 집시법상 처벌대상이 되지 않는다고 할 것입니다.

이는 집시법상 신고제도의 취지가 신고를 받은 관할 경찰서장이 그 신고에 의하여 옥외집회 또는 시위의 성격과 규모를 미리 파악함으로써 적법한 옥외집회 또는 시위를 보호하는 한편 그로 인한 공공의 안녕질서를 유지하기 위한 사전조치를 마련하고자 함에 있는 것이고(대법원 1990. 8. 14. 선고 90도870판결) 또한 제8조 제1항은 금지통고를 규정하고 있는데, 이러한 금지통고가 헌법에서 금하고 있는 사건 허가가 되지 않기 위하여는 경찰서장이 집회의 실질적 내용에까지 들어가 그 위법여부를 판단하여 허부를 결정하여서는 안되는 것(서울고등법원

98누11290 판결)이기 때문입니다.

즉 신고서 기재사항을 통해 관할 경찰서장은 집회의 대체적인 윤곽만 파악하면 되는 것이고 집회신고 이후에 여러 가지 집회프로그램의 세부적 내용이 변할 수도 있기 때문에 세세한 경우까지 동일할 것을 요구하는 것은 아니라고 보아야 하기 때문입니다. 일부 미신고 물품을 사용하거나 휴대하고 있다하여 바로 강제철거하거나 그 자체를 처벌하는 규정을 두고 있지 않은 것은 신고사항중의 하나로 '집회방법'을 규정한 취지가 위와 같기 때문이며, 다소 차이가 있다하더라도 그것이 현저히 일탈한 행위가 아닌 경우에는 별도로 처벌하지 않겠다는 것이 집시법 전체의 취지라고 할 것입니다.

(5) 또한 경찰관직무집행법상 근거가 있는가 여부를 본다면,

#### 제5조 (위험발생의 방지)

①경찰관은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마류등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 다음의 조치를 할 수 있다.

1. 그 장소에 집합한 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 필요한 경고를 발하는 것
2. 특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 필요한 한도내에서 억류하거나 피난시키는 것
3. 그 장소에 있는 자, 사물의 관리자 기타 관계인에게 위해방지상 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 스스로 그 조치를 하는 것

②경찰관서의 장은 대간첩작전수행 또는 소요사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩작전지역 또는 경찰관서·무기고등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.

③경찰관이 제1항의 조치를 한 때에는 지체없이 이를 소속경찰관서의 장에게 보고하여야 한다.

④제2항의 조치를 하거나 제3항의 보고를 받은 경찰관서의 장은 관계기관의 협조를 구하는 등 적당한 조치를 하여야 한다.

#### 제6조 (범죄의 예방과 제지)

①경찰관은 범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고, 그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다.

②삭제<1988.12.31>

그러나, 이 사건 상징물이 같은 법 제5조 제1항에 해당되는 내용이 아니라는 점은 법문상 명백하고, 같은 법 제6조도 '범죄행위가 목전에 행하여지려고 하고 있다'는 사정이 있고 '그 행위로 인하여 인명·신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려'가 있어 '긴급

을 요하는 경우'에만 그 행위를 제지할 수 있는 것이므로 이 사건 상징물 자체나 이후 소각 행위가 예상된다해도 이 조항에 해당하는 사항이 아님은 법문상 명백하다고 할 것입니다.

'화형식'의 우려가 있다하여 철거하였다고 그 경위를 말하고 있으나, 대로상에서 행하는 집회 퍼포먼스로서 화형식 자체를 금지하고 있는 규정은 어디에도 찾을 수 없으며, 이 사건 당시에는 피해자 서장의 주관적 판단일 뿐 화형식이 목전에 행해지려 하는 상황도 아니므로 역시 강제철거의 이유가 될 수는 없습니다.

(6) 한편 정선모 서장은 자술서에서 '조형물 압수의 법적 근거'를 밝히고 있는데, 먼저 집시법 제6조 제1항에 따른 미신고 물품이고, 집시법 제14조 제4항 제3호의 현저히 일탈한 행위에 해당하여 형사소송법 제216조 제3항에 따라 범행중 긴급압수 규정에 따라 압수한 것이며 또한 경찰관직무집행법 제6조 소정의 범죄의 예방과 제지차원에서 압수한 것이라고 합니다.

그러나 미신고 물품이라고 하여 바로 압수할 수 있는 것은 아니라는 점과 이 사건 상징물의 사용이 집회방법상 현저히 일탈한 행위에 해당한다고 볼 수 없다는 것, 경찰관직무집행법 제6조 해당사항이 아님은 이미 살펴본 바와 같습니다. 형사소송법 제216조 제3항에 따른 어떤 범죄행위가 진행중이었는지 알기 어려우며 사후 즉시 압수영장을 발부받지도 않았으므로 이 역시 법적 근거가 될 수 없다 할 것입니다.

(7) 이 사건 철거행위가 법적 근거없이 행해진 공무집행이었다면, 집시법 제3조의 집회방해죄에 해당할 수도 있습니다.

#### 제3조 (집회 및 시위의 방해금지)

①누구든지 폭행·협박 기타의 방법으로 평화적인 집회 또는 시위를 방해하거나 질서를 문란하게 하여서는 아니된다

②누구든지 폭행·협박 기타의 방법으로 집회 또는 시위의 주최자 및 질서유지인의 이 법의 규정에 의한 임무의 수행을 방해하여서는 아니된다

제19조 제1항 "경찰관이 제3조 제1항 또는 제2항의 규정을 위반한 때에는 5년이하의 징역에 처한다"

#### 다. 결 론

헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 89헌가8 결정에 따르면 집회와 시위의 자유는 "대의민주주의 체제에 있어서 집회의 자유는 불만과 비판 등을 공개적으로 표출케 함으로써 오히려 정치적 안정에 기여하는 긍정적 기능을 수행하며, 이와 같은 자유의 향유는 민주정치의 바탕이 되는 건전한 여론표현과 여론 형성의 수단인 동시에 대의기능이 약화되었을 때에 소수의견의 국정반영의 창구로서의 의미를 지님을 간과해서는 안될 것이다. 그러한 의미에서 사회불안만 우려해서 무조건 집회·시위를 "타부" 시 할 것이 아니라 비폭력적이고 질서파괴의 것이

아니면 민주주의의 신장을 위해 위축시켜서는 안될 기본권으로 보호하여야 하며”

또, “집회 및 시위의 자유는 표현의 자유의 집단적인 형태로서 집단적인 의사표현을 통하여 공동의 이익을 추구하고 자유민주국가에 있어서 국민의 정치적·사회적 의사형성과정에 효과적인 역할을 하는 것이므로 민주정치 실현에 매우 중요한 기본권이며,

다만, 언론의 자유와는 달리 다수인의 집단행동에 관한 것이기 때문에 집단행동의 속성상 의사표현의 수단으로서 개인적인 행동의 경우보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성이 있어 집시법에서 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 제한이 가능할 뿐이다 (헌법재판소 1994. 4. 28. 선고 91헌바14 결정)”라고 합니다.

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