

## “국가보안법 폐지” 를 위한 간담회

- ▣ 일시 : 2004년 7월 21일  
오전 10시 30분
- ▣ 장소 : 국회 귀빈식당
- ▣ 주관 : 임종석 의원실

## 〈 목 차 〉

1. 식 순	
2. 발표문 1 .....	1
『 국가보안법 왜 폐지해야 하는가? 』	
- 국가보안법 폐지 배경과 논거 -	
- 국회의원 임종석	
3. 발표문 2 .....	6
『 국가보안법 폐지에 따른 처벌공백 검토 』	
- 김승교 변호사	
4. 국가보안법 폐지를 위한 로드맵 .....	27

# 『 국가보안법 폐지를 위한 간담회 』

## < 식 순 >

- ▶ 사회 : 최재성 의원
- ▶ 2004. 7. 21. 10시 30분

1. 안내 방송, 행사장 정리
2. 개회
3. 내외귀빈소개
4. 격려사 : 신기남 (열린우리당 의장) / 임채정 (통의통위 위원장)
5. 발표 1) 임종석 의원 “국보법 폐지 배경과 논거”
6. 발표 2) 김승교 변호사 “국보법 폐지시 처벌공백에 대한 검토”
7. 지정토론 (각 3분)
  - 국보법 폐지 국민연대 1인
  - 의원
  - 민가협 1인
  - 의원
  - 민주화를 위한 변호사 모임 1인
  - 의원
  - 국보법 폐지 시민모임 1인
  - 의원
  - 학술단체협의회 소속 교수 1인
  - 의원
8. 자유토론 (20분)
9. 국보법 폐지 로드맵 제안
10. 폐회

## 국가보안법 왜 폐지해야 하는가?

- 국가보안법 폐지 배경과 논거 -

국회의원 임종석

### 1. 국가보안법 제정의 연혁과 적용을 통해 본 문제점

#### 1) 국가보안법 제정 당시 시대적 배경

- 1948년 12월 1일 제정
- 여순사건 직후 극단적인 좌우익간 갈등 구조 속에 탄생
- 탄생 당시에도 정치적 악용가능성, 반민주악법이란 논란이 있었음
- 일종의 한시법적, 형법에 우선하는 특별법적 성격을 기본으로 탄생

#### 2) 제정형법은 국가보안법 폐지를 전제로 만든 법

- 1953년 형법 제정 당시 국회에서 국가보안법 폐지를 논의.
- 제정형법 담당했던 형법기초위원회 방침 “단행법으로 규정된 형사법적 성질을 가지는 것은 형법에 통괄”. 따라서 형법입안자들은 국가보안법 폐지를 찬성
- 법사위원장 윤길중 의원이 제안한 국가보안법 폐지안에 대해 표결. 하지만 1953년 6.25 전쟁중이라는 심리적·환경적 사정으로 폐지안은 부결.
- 1953년 김형로 대법원장 “형법은 국가보안법 폐지를 염두해 두고 만들었다”

#### 3) 1980년 전면개정 당시 국가보안법 개악

- 5.16 쿠데타 직후 제정되었던 반공법을 국가보안법으로 흡수하면서 대표적인 악법조항인 7조 찬양고무죄, 10조 불고지죄 등이 국가보안법으로 편입

#### 4) 국가안보가 아닌 정권안보로 악용

- 국가보안법은 정권안보용으로 오남용되어왔고 인권탄압의 도구로 이용되었음.
- 대표적 사례 내란정권에 반대한 김대중 前 대통령에게 오히려 반국가단체 구성죄를 씌워 사형 선고.

## 2. 국가보안법의 위헌성<sup>1)</sup>

### 1) 反 기본권적, 反 민주주의적 특성

- 국가보안법은 헌법이 보장하는 기본권 ‘사상의 자유, 언론·출판·집회·결사의 자유, 학문·예술의 자유’ 등을 억압해왔음.
- 헌법은 국민의 기본권을 보장하고 있음. 또한 이를 침해할 때는 명확한 요건을 갖춰야 하고 그 본질적 권리는 침해할 수 없지만 (37조 2항) 국가보안법은 이에 정면으로 위배.

### 2) 평화통일 추구조향에 배치

- 헌법 4조, 66조는 “평화통일 추구”를 선언하고 있음.
- 북한은 유엔에 가입하여 국제사회에서 국가로 인정받고 있음. 북한은 “주권국가” 적어도 “사실상의 국가” 라는 것이 현실.
- 하지만 북한을 단순히 적으로만 규정하는 국가보안법은 평화통일 추구해야 하는 헌법정신에 위배됨.

### 3) 평등권 위반

- 헌법 11조 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”
- 하지만 일부 대북정책 추진자나 친정부적 인사들은 남북교류협력법에 의해 대북정책 추진이 가능하고 일부 인사들은 국가보안법 적용에 의해 처벌여부가 가려짐으로써 평등권 위반.

### 4) 죄형법정주의 위배 및 反 법치주의

- 헌법 제 12조 1항에서 천명하고 있는 죄형법정주의(근대 형법의 기본원칙)에 따라 유추해석 금지 원칙, 적정성, 명확성 원칙이 지켜져야 함.
- 또한 헌법은 자유민주주의적 가치 보호를 위한 법치주의 원리 (적법절차의 원칙, 과잉금지의 원칙 등) 를 천명하고 있음.
- 하지만 국가보안법은 불확정개념 (아적단체, 고무찬양 등의 용어) 을 사용하고 있어 유추해석이 불가피함.
- 또한 주관적 구성요건 (“---할 목적으로’ 등의 조문) 에 의하여 범죄성립이 좌우되게 되어 행위형법의 원칙이 무너지고 심정형법, 사상통제형법이 되어 왔음.

1) 1990년 헌법재판소는 국가보안법 7조에 대해 한정합헌 결정. 이후 1991년 정부여당 단독 개정으로 7조에 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서” 조항 추가.  
1992년 헌법재판소는 국가보안법 19조에 대해 과잉금지원칙 현저하게 위배하여 국민의 기본권 침해하므로 위헌결정

### 3. 국제규범 및 해외사례와의 비교법적 고찰

#### 1) 국제규범에 비취 본 국가보안법

- 1990년 세계인권 규약에 가입. 국내법적 효력을 지니고 있음.
- 1992년 유엔 인권이사회, 국가보안법의 반인권적 성격에 대해 지적하고 폐지 권고. 1995년 11월 재차 국가보안법 폐지 권고.
- 1998년 자유권규약위원회에서는 두 차례 걸쳐 국가보안법이 인권규약 위배한 것이고 국가보안법 위반으로 처벌받은 자에 대해 구제조치 취하라고 요구.

#### 2) 선진국과의 비교법적 고찰

##### ○ 미국

- 공산주의 규제법, 메케런법 : 체제수호를 위한 법. 공산주의단체의 활동을 통제·차별하고 불이익을 주는 것.
- 1950년 매카시즘 당시 제정된 이러한 반공법에 대해 1957년, 1967년 미 연방대법원 판결 등을 통해 사문화되거나 위헌선언이 내려짐.

##### ○ 독일

- 형법 제 3절 84조부터 86조까지 : 국가의 안전보장 내지 헌법수호를 위한 범죄구성요건에 대해
- 결사법 : 1964년 제정. 엄격한 요건 아래서 결사조직 금지
- 위와 같은 독일의 규정들은 나치 체재 경험한 독일적 상황에서 새로운 독재체제의 출현에 대한 방어장치 필요하다는 인식하에서 제정.
- 이러한 법률조차 1950, 60년대 제정되었고 이미 1968년부터는 독일공산당의 대체조직이 수많은 정치에 참여해왔음.  
또한 현재 독일 야당인 민주사회당은 동독 집권당의 후신일 정도로 사상과 결사의 자유가 허용되고 있음.

##### ○ 일본

- 파괴활동방지법 : 1952년 7월 21일 제정. 미군정 종료 후 치안기구 약체 현상 우려에 대비하여 반체제적 단체의 불법적인 폭력주의적 파괴활동을 규제한다는 취지로 제정.  
(‘폭력주의적 파괴활동을 하는 단체에 대해 시위·행진·집회를 금지할 수 있다.’ 등의 내용)
- 정치범죄의 규제법적 성질을 가지고 있으나 고작 8건이 기소될 정도로 거의 적용되지 않았고, 법원이 파괴활동방지법의 적용에 대해 제동을 걸어와 사실상 사문화 됨.

## [참고] 국가보안법 존치론자 주장 및 반론

1) “남북대치상황이라는 특수조건 때문에 국가보안법은 필요하다.” 는 주장에 대해

- ➔ 사회의 다원성과 개인의 자유를 보장하는 자유민주주의 사회에서 남북대치상황을 이유로 기본권을 침해하는 국가보안법의 존치를 적극 주장할 수 없다.
- ➔ 유엔인권위 권고문 중 “한국의 특수상황이 과대평가되어서는 아니된다. 일반 형법으로도 국가안보를 해치는 행위를 충분히 규율할 수 있다.”

2) “북한은 우리를 적으로 규정하고 있고, 북한의 변화 없이 우리만 변화하면 안보가 약화된다.” 는 주장에 대해

- ➔ 안보의식은 대북 적개심에서 유래하는 것이 아니라 자유민주주의 사회에 대한 우월감과 국방정책의 주도면밀함에서 오는 것.
- ➔ 체제가 다른 북한과 모든 면에서 동일할 수 없다. 예를 들어 북한이 내부 통제제도 있다고 해서 남한 사회에도 통제제도가 있어야 되는 것 아니다.

3) “국가보안법은 대북정책과 직결되어 있으므로 남북관계 현실을 적절히 반영하는 것이어야 한다.” 는 주장에 대해

- ➔ 국가보안법의 입법목적은 반국가단체의 활동을 규제하는 데 일차적 목적을 갖는 법률로서 남북관계의 진전여하와 직접적 관계가 없는 법률이다. 국가보안법이 남북관계 개선에 기여할 수 있다면 존치시킨 후 점차 개선해야겠지만 국가보안법은 전혀 그렇지 않다.

4) “남북관계 개선에도 불구하고 북한의 대남 정치적·군사적 위협에 대처 장치 필요하다.” 는 주장에 대해

- ➔ 국가보안법이 없더라도 형법상 내란죄, 외환죄, 간첩죄 조항으로 처벌 가능하다.
- ➔ 공산당이 활약할 것이라는 우려는 헌법(정당이 민주적 기본질서를 위배할 경우 해산하도록 규정)과 정당법에 의해 해결 가능하다.
- ➔ 형법은 최후수단성과 책임비례성의 원칙 하에 개입을 따져야 한다. 예를

들어 상습절도범의 절도방지에 가장 효과적인 수단은 손을 절단하는 것이  
겠지만 형법은 그런 수단을 쓰지 않는다.

5) “국가보안법의 악용은 잘못된 절차 탓이지 국가보안법 자체의 문제가  
아니므로 일부 독소조항 개정만으로 충분하다.” 는 주장에 대해

- 국가보안법 자체가 악용을 피할 수 없는 요소를 가지고 있다. 정부에 대해  
비판적인 세력이나 실정을 공격하는 세력에 대해 공안기관은 이들을 고립  
시키기 위하여 국가보안법을 사용할 수 있다.
- 국가보안법 7조의 경우, 1990년 한정합헌 판결 이후 “국가의 존립·안전이  
나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서” 조항을 추가하였  
으나 이 역시 추상적인 문구로 죄형법정주의를 위배한다는 점은 다름이 없  
었다.
- 실제 개정이후에도 국가보안법 적용에서 그 전과 후의 차이를 찾아보기 힘  
들었다.

6) “국가보안법 폐지 이후 대체입법 필요하다.” 는 주장에 대해

- 1989년 13대 국회, 1993년 14대 국회에서 국가보안법 폐지 이후 대체입  
법으로 <민주질서보호법안>이 제안된 바 있음.
- 그러나 동법률안 5, 6, 7조에서 국가보안법상의 7조, 4조, 5조 등의 내용  
을 죄형법정주의의 요건을 보다 강화하여 담고 있음.
- 국가보안법 폐지 후 대체입법은 국가보안법의 변형된 존속을 의미하므로  
옳지 않다.



# 국가보안법 폐지에 따른 처벌공백 검토

김승교 변호사

(민주화를 위한 변호사 모임)

## I. 서론

일각에서는 국가보안법을 완전 폐지하는 경우 처벌하지 못하는 부분이 있고, 이로 인해 안보상의 공백이 생긴다고 우려하고 있다. 예컨대, “찬양고무죄를 처벌하지 말자는 것은 광화문 네거리에서 ‘김정일 만세’를 외치거나 인공기를 흔드는 행위를 방치하자는 말이 아니냐”, 또 나아가 “그럼 간첩을 처벌하지 말자는 말이냐” 등의 우려이다. 이러한 우려는 정당한가. 이는 결국 폐지시 처벌공백 부분이 생기는지, 만약 처벌공백 부분이 있다면 이를 어떻게 이해해야 하고 대안을 마련해야 하는지의 문제라고 할 것이다.

현행 국가보안법은 총 4장, 25개 조문과 부칙으로 구성되어 있고, 그 중 처벌규정은 제3조부터 제12조까지 모두 10개 조문이다. 즉, 국가보안법상의 처벌규정은 ‘반국가단체구성등죄’(제3조), ‘목적수행죄’(제4조), ‘자진지원·금품수수죄’(제5조), ‘잠입·탈출죄’(제6조), ‘찬양고무등죄’(제7조), ‘회합·통신죄’(제8조), ‘편의제공죄’(제9조), ‘불고지죄’(제10조), ‘특수직무유기죄’(제11조), ‘무고·날조죄’(제12조)이다<sup>2)</sup>. 먼저 국가보안법상의 처벌규정 및 그에 대비될 수 있는 유사한 다른 법률상의 처벌규정을 개괄적으로 살펴보고, 이어 국가보안법 폐지시 처벌공백 부분이 생기지 않을지를 검토하면서 그에 대한 입장과 대안을 제시하고자 한다.

## II. 처벌규정 개관 및 비교

국가보안법상의 처벌규정을 대체할 수 있거나 그와 유사·대비된다고 보여지는 현행 법률규정은 아래와 같다. 국가보안법상 처벌규정의 순서대로 이를 살펴보면서 이에 대비되거나 대체가능하다고 보여지는 타 법률규정을 함께 개관·비교한다.

### 1. 제3조(반국가단체구성등)

#### 제3조(반국가단체의 구성등)

- ① 반국가단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 다음의 구별에 따라 처벌한다.
  1. 수괴의 임무에 종사한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.
  2. 간부 기타 지도적 임무에 종사한 자는 사형·무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
  3. 그 이외의 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

2) 국가보안법 제13조(특수기중) 또한 처벌규정이라고 할 것이나, 이는 단지 ‘처벌받은 후 5년 이내에 다시 국가보안법 등( 내란, 외환, 국가보안법, 군형법상 일부 범죄)을 위반하는 누범자’에 대해 ‘사형’을 법정형으로 추가하는 규정일 뿐으로, 단순한 가중처벌에 불과하다는 점에서, 이를 검토대상에서 제외기로 한다.

- ②타인에게 반국가단체에 가입할 것을 권유한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.
  - ③제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.
  - ④제1항 제1호 및 제2호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.
  - ⑤제1항 제3호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.
- 제2조(정의)
- ①이 법에서 '반국가단체'라 함은 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체를 말한다.
  - ②삭제<1991.5.31>

가. 국가보안법

국가보안법은 '반국가단체'라는 개념을 뼈대로 해서 구성되어 있는데, 먼저 제2조에서 "정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체"를 반국가단체라고 정의한 다음, 첫 처벌조항으로 제3조 제1항에서 그 구성죄와 가입죄를 그 지위 정도에 따라 처벌하고 있으며, 제2항에서 가입권유죄를 처벌하고 있다. 그리고 위 구성죄와 가입죄 및 가입권유죄의 미수를 처벌하고(제3항), 구성죄와 가입죄의 예비·음모 행위까지 처벌하고 있다(제4,5항).

나. 형법등 처벌조항과의 비교

(1) 형법상 '내란의 죄' → 반국가단체보다 포괄적 죄

제87조(내란) 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 자는 다음의 구별에 의하여 처단한다.

1. 수괴는 사형, 무기징역 또는 무기금고에 처한다.
2. 모의에 참여하거나 지휘하거나 기타 중요한 임무에 종사한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역이나 금고에 처한다. 살상, 파괴 또는 약탈의 행위를 실행한 자도 같다.
3. 부화수행하거나 단순히 폭동에만 관여한 자는 5년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

제88조(내란목적의 살인) 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 사람을 살해한 자는 사형, 무기징역 또는 무기금고에 처한다.

제89조(미수범) 전2조의 미수범은 처벌한다.

제90조(예비, 음모, 선동, 선전)

- ①제87조 또는 제88조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년 이상의 유기징역이나 유기금고에 처한다. 단, 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.
- ②제87조 또는 제88조의 죄를 범할 것을 선동 또는 선전한 자도 전항의 형과 같다.

제91조(국헌문란의 정의) 본장에서 국헌을 문란할 목적이라 함은 다음 각호의 1에 해당함을 말한다.

1. 헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것.
2. 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것.

국가보안법의 반국가단체 '구성죄'와 '가입죄' 및 '가입권유죄'에 대비될 수 있는 것은, 먼저 형법 각칙편 제1장 '내란의 죄'에 규정된 처벌조항에서 찾을 수 있겠다. 즉, 형법상 '내란의 죄'에서는 내란죄(제87조)와 내란목적살인죄(제88조)를 규정한 후 그 미수를 처벌하고(제89조), 그 예비와 음모를 처벌하며(제90조 제1항), 그 선동·선전행위까지 처벌하고 있는바(제90조 제2항), 국가보안법상의 반국가단체를 구성하거나 그에 가입하는 것 또는 가입을 권유하는 행위는 '내란의 예비 또는 음모'에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

다만, 형법상 내란죄의 구성요건은 행위로서 '폭동'을 요하고 목적으로서 '국토침탈 또는 국헌문란'을 요구하고 있는데, 여기서의 '폭동'이란 다수인이 결합하여 폭행·협박함으로써 1지방의 평온을 해할 정도에 이르는 경우를 말하므로, 그러한 정도의 폭동을 의도하지 않는 단체에 대해서는 위 내란예비음모죄를 적용하기 어려운 점은 있을 것이다. 반면에 또 한편으로, '국헌문란'에 대해 "헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것"과 "헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것"이라고 정의(제91조)하고 있고, 이는 국가의 기본적 정치조직을 파괴하지 아니하는 경우까지 포함하며 헌법기관 중 일부를 파괴·변혁하려는 경우까지 포함하는 것이어서 국가의 기본적 정치조직을 파괴하는 것을 기본으로 한다고 볼 수 있는 국가보안법상의 '국가변란' 보다 더 넓은 개념이라고 해석함이 일반적이므로<sup>3)</sup> 부분적으로는 국가보안법 제3조로 처벌하지 못하는 부분까지 형법상 내란예비음모죄로는 처벌할 수 있어 그 처벌범위가 확대되는 측면도 있을 것이다.

법정형의 측면에서 보면, 형법상 '내란의 예비음모죄'는 '3년 이상의 징역 또는 금고'이어서, 국가보안법 제2조의 '반국가단체구성죄'와 '가입죄' 중 제1항 제3호(기타의 자)와 '가입권유죄'(제2항)에 비하여는 다소 높지만 제1항 제1,2호(수괴, 간부 기타 지도적 임무종사자)의 경우에 비해서는 낮은 편이다.

형법 제91조 제1항 제3호는 국가보안법 제3조 제1항 제1,2호와 비교하여 낮은 편이다.

## (2) 형법상 '외환의 죄'

제92조(외환유치) 외국과 통모하여 대한민국에 대하여 전단을 열게 하거나 외국인과 통모하여 대한민국에 항적한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.
제93조(여적) 적국과 합세하여 대한민국에 항적한 자는 사형에 처한다.
제94조(모병이적)
① 적국을 위하여 모병한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.
② 전조의 모병에 응한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
제95조(시설제공이적)
① 군대, 요새, 진영 또는 군용에 공하는 선박이나 항공기 기타 장소, 설비 또는 건조물을 적국에 제공한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.
② 병기 또는 탄약 기타 군용에 공하는 물건을 적국에 제공한 자도 전항의 형과 같다.
제96조(시설파괴이적) 적국을 위하여 전조에 기재한 군용시설 기타 물건을 파괴하거나 사용할 수 없게 한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.
제97조(물건제공이적) 군용에 공하지 아니하는 병기, 탄약 또는 전투용에 공할 수 있는 물건을 적국에 제공한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
제98조(간첩)
① 적국을 위하여 간첩하거나 적국의 간첩을 방조한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.
② 군사상의 기밀을 적국에 누설한 자도 전항의 형과 같다.
제99조(일반이적) 전7조에 기재한 이외에 대한민국의 군사상 이익을 해하거나 적국에 군사상 이익을 공여하는 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.
제100조(미수범) 전8조의 미수범은 처벌한다.
제101조(예비, 음모, 선동, 선전)
① 제92조 내지 제99조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다. 단, 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.

3) 황교안, 『국가보안법 해설』 제49쪽, 집영출판사(1998) 참조. 이 책자는 판례 또한 "단순히 정부의 시책에 불만을 품고 정치적 내부질서를 파괴하려 한 경우 형법상의 내란음모죄를 적용함은 모르되 국가보안법을 적용할 수는 없다" (서울고법 66노21호)고 하여 같은 취지임을 소개하고 있다.

② 제92조 내지 제99조의 죄를 선동 또는 선진한 자도 전항의 형과 같다.  
 제102조(준적국) 제93조 내지 전조의 죄에 있어서는 대한민국에 적대하는 외국 또는 외국인의 단체는 적국으로 간주한다.

형법상 '내란의 죄'가 내부적으로 국가존립을 위태롭게 하는 범죄라면, 형법 각칙편 제2장 '외환의 죄'는 '외국' 또는 '외국인의 단체'의 존재를 전제로 국가존립을 대외적으로 침해하는 것이라는 점에서, 양자는 구별된다.

따라서, 해외에서 외국인들에 의해 구성된 반국가적 단체<sup>4)</sup>에 대해서는 대부분 '외환의 죄'에 규정된 여러 처벌조항으로 규율할 수 있을 것이고 최소한 제101조 제1항의 '예비음모죄'에 의한 처벌이 가능할 것이다. 다만, 조선민주주의인민공화국(이하 북한)에 대해서는 '외국' 또는 '외국인의 단체'로 볼 수 있는지에 대해 논란이 있고 현행 국가보안법 체계하에서는 '대한민국 내부에서 불법구성된 반국가단체'로 보고 있어 형법상 '외환의 죄'가 적용되기 어려운 측면이 있다. 그러나, 북한에 대해 '대한민국의 영토 일부를 강점한 채 정부를 참칭하고 있는 국내의 불법단체'라고 보는 현실을 외면한 것일 뿐만 아니라 민족화해와 평화통일의 흐름에도 역행하는 시대착오적인 것이며 국제법질서에도 맞지 않는 잘못된 것이라는 점에서 오히려 '외환의 죄'에 의한 규율이 바람직하다고 할 것이고, 법원도 형법상 간첩죄(제98조)를 적용함에 있어 '준적국'으로 본바가 있어(대법원 71도1498호, 82도3036호 등)<sup>5)</sup>, '외환의 죄'에 의한 규율이 불가능하지는 않아 보인다.

### (3) 형법의 범죄단체조직죄

#### 제114조(범죄단체의 조직)

- ① 범죄를 목적으로 하는 단체를 조직하거나 이에 가입한 자는 그 목적인 죄에 정한 형으로 처단한다. 단, 형을 감경할 수 있다.
- ② 병역 또는 납세의 의무를 거부할 목적으로 단체를 조직하거나 이에 가입한 자는 10년이하의 징역이나 금고 또는 1천500만원이하의 벌금에 처한다.
- ③ 전2항의 죄를 범하여 유기의 징역이나 금고 또는 벌금에 처한 자에 대하여는 10년이하의 자격정지를 병과할 수 있다.

형법은 범죄를 목적으로 하는 단체를 조직하거나 이에 가입하는 행위를 '범죄단체조직죄'(제114조)로 처벌하고 있는바, 예컨대 내란을 목적으로 하는 단체를 조직하는 경우에는 '내란의 예비음모죄' 뿐만 아니라 '범죄단체조직죄'로도 처벌할 수 있을 것이고, '외환의 죄'에 규정된 각종 행위를 목적으로 하는 단체를 조직하는 경우에도 '그 예비음모죄' 뿐만 아니라 이 '범죄단체조직죄'로도 처벌할 수 있을 것이다.

따라서 국가보안법 제2조 소정의 '반국가단체구성등죄'는 대부분 이 '범죄단체조직죄'에 의해서도 처벌되는 범죄라고 할 수 있고, 그 법정형의 측면에서는 오히려 형법상 '내란의 죄'와 '외환의 죄'의 경우 대부분 '사형 또는 무기징역'을 정하고 있으므로 이 범죄단체조직죄에 의한 처벌

4) 해외에서 조직된 단체 중 법원에 의해 국가보안법상 반국가단체로 판단된 것으로는 '재일조선인총연맹'(약칭 조총련, 대법원 67도14호), '재일 한국민주회북통일촉진국민회의'(약칭 한민통, 대법원 90도646호), '재일 한국민주통일연맹'(약칭 한통련, 대법원 90도1333호) 등이 있는바, 만약 이러한 단체들이 대한민국의 존립을 위태롭게하는 활동을 한다면 형법상 '외환의 죄'로도 규율될 수 있을 것이다.

5) 이재상, 『형법각론』 제605쪽, 박영사(1996) 참조. 이 교수도 "여기서 적국이란 국제법상 국가로 취급받는 단체일 것을 요하지 않고, 사실상 국가에 준하는 단체를 포함한다고 해야 하므로, 북한도 여기에 해당한다"며 같은 취지임을 서술하고 있다.

이 국가보안법에 비해 다소 높다고까지 할 것이다.

(4) 기타

- 폭력행위등처벌에관한법률 제4조(단체등의 조직): 형법 제114조의 범죄단체조직죄 외에도 범죄단체의 구성과 가입을 처벌하는 특별법이 있는데, 폭력행위등처벌에관한법률 제4조(단체등의 조직), 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의8(단체등의 조직) 등이 그것이다. 그 중 폭처법 제4조 제1항은 "폭처법에 규정된 범죄를 목적으로 한 단체 또는 집단을 구성하거나 그에 가입한 자에 대해 수괴는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에, 간부는 무기 또는 7년 이상의 징역에, 그 외의 자는 2년 이상의 징역에 처"하도록 규정하고 있고 제3항은 "제1항의 단체 또는 집단에 가입할 것을 강요하거나 권유한 자에 대해 2년 이상의 징역에 처"하도록 규정하고 있는바, 폭처법이 적용대상으로 예정하는 행위유형이 상해·폭행·협박·체포·감금·주거침입·손괴 등으로서 이는 형법상 내란(국토침절이나 국헌문란 목적의 폭동)이나 국가보안법상 국가변란의 개념에 포섭될 행위유형보다 오히려 광범하다고 할 것이며, 국가보안법 제2조 소정의 '반국가단체구성등죄'는 대부분 폭처법 제4조로도 처벌가능하다고 볼 수 있다.
- 군형법 제8조(반란의 예비음모): 인적 적용범위가 '군인'으로 한정되어 있는 군형법상에도 국가보안법의 반국가단체구성등죄에 대비되는 처벌조항이 있는데, 예컨대 군형법 제8조에 규정된 '반란의 예비음모죄' 등이다. 군형법 제5조(반란)는 "작당하여 병기를 휴대하고 반란한 자"를 그 지위에 따라 구별하여 처벌하고 있는데 그 구분은 형법상 내란죄에서와 거의 같고 다만 법정형이 형법보다 높게 규정되어 있을 뿐이라고 할 수 있다. 이 군형법상 반란죄에 대하여도 제8조에서 '예비·음모·선동·선전' 행위를 처벌토록 하고 있고, 여기서의 반란은 국가보안법상 국가변란의 정도에 달하지 아니하더라도 폭행·협박으로 병력 또는 관헌에 대항하는 것으로 족하다고 해석된다는 점에서, 국가보안법 제3조 소정의 구성·가입·가입권유 등 행위에 대해서는 군인의 경우 군형법 제8조 '반란의 예비음모죄'로도 처벌가능하다고 할 것이다.

100919 리변경하기 320번이 가장 처벌한 죄라 같은 형끼리 오는 죄형

2. 제4조(목적수행)

형법의 대법원 430이 간거있네

320번이 2는 인도주 대공이 정한

제4조(목적수행)

- ① 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위한 행위를 한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.
1. 형법 제92조 내지 제97조·제99조·제250조 제2항·제338조 또는 제340조 제3항에 규정된 행위를 한 때에는 그 각조에 정한 형에 처한다. ←
  2. 형법 제98조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지·수집·누설·전달하거나 공개한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다. 간첩 형법리 222 조 1항 2호
    - 가. 군사상 기밀 또는 국가기밀이 국가안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실·물건 또는 지식인 경우에는 사형 또는 무기징역에 처한다.
    - 나. 가목외의 군사상 기밀 또는 국가기밀의 경우에는 사형·무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.
  3. 형법 제115조·제119조 제1항·제147조·제148조·제164조 내지 제169조·제177조 내지 제180조·제192조 내지 제195조·제207조·제208조·제210조·제250조 제1항·제252조·제253조·제333조 내지 제337조·제339조 또는 제340조 제1항 및 제2항에 규정된 행위를 한 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.
  4. 교통·통신, 국가 또는 공공단체가 사용하는 건조물 기타 중요시설을 파괴하거나 사람을 략

- 취·유인하거나 함선·항공기·자동차·무기 기타 물건을 이동·취거한 때에는 사형·무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
5. 형법 제214조 내지 제217조·제257조 내지 제259조 또는 제262조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴·은닉·위조·변조한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
  6. 제1호 내지 제5호의 행위를 선동·선전하거나 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때에는 2년 이상의 유기징역에 처한다.
- ② 제1항의 미수범은 처벌한다.  
 ③ 제1항 제1호 내지 제4호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.  
 ④ 제1항 제5호 및 제6호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

형법  
 43은 100여개 조항은 관공어 2보행기나 4층 리빌딩 3-2

가. 국가보안법

국가보안법 제4조(목적수행)는 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 단체의 목적수행을 위하여 행하는 간첩·인명살상·시설파괴 등 형법상 일부 범죄를 특별히 중하게 처벌하기 위한 규정일 뿐으로, 국가보안법이 있어야만 처벌되는 범죄가 아니다. 그 행위태양은 내용상 1)외환·간첩 등 국가안전 침해행위, 2)방화·일수 등 사회안녕 침해행위, 3)살인·상해 등 인명·신체 침해행위, 4)강도 등 재산침해행위 등으로 대별할 수 있다. 제1항은 내용기준이 아니라 법정형을 기준으로 중한 죄부터 순서대로 나열하고 있다. 즉, 제4조 제1항 제1호는 '사형 또는 무기징역', 제2호는 '사형 또는 무기징역' 내지 '사형·무기 또는 7년이상 징역', 제3호는 '사형·무기 또는 10년이상 징역', 제4호는 '사형·무기 또는 5년이상 징역', 제5호는 '3년이상 유기징역'에 처할 범죄를 각 정하고 있는 것이다. 제2항은 그 미수를 처벌하는 규정이고, 제3·4항은 그 예비·음모행위를 처벌하는 규정이다.

나. 타 법률과의 비교

- 제4조 제1항 제1호는, 형법 처벌조항 중 대부분 '사형 또는 무기징역'에 처하는 경우를 모아 놓은 것이라고 할 수 있다. 즉, 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위해, 형법 제92조(외환유치죄: 외국과 통모하여 대한민국에 대하여 전단을 열게하거나 외국인과 통모하여 대한민국에 항적한 경우), 제93조(여적죄: 적국과 합세하여 대한민국에 항적한 경우), 제94조(모병이적죄: 적국을 위하여 모병하거나 그 모병에 용한 경우), 제95조(시설제공이적죄: 군대·요새·진영 또는 군용에 공하는 선박·항공기 기타 장소·설비 또는 건조물이나 병기·탄약 기타 군용에 공하는 물건을 적국에 제공한 경우), 제96조(시설파괴이적죄: 적국을 위하여 전초에 기재된 군용시설 기타 물건을 파괴하거나 사용할 수 없게한 경우), 제97조(물건제공이적죄: 군용에 공하지 아니하는 병기·탄약 또는 전투용에 공할 수 있는 물건을 적국에 제공한 경우), 제99조(일반이적죄: 전7조 이외에 대한민국의 군사상이익을 해하거나 적국에 군사상이익을 공여한 경우), 제250조 제2항(존속살해죄: 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 경우), 제338조(강도살인·치사죄: 강도가 사람을 살해하거나 사망에 이르게 한 경우), 제340조 제3항(해상강도치사죄: 다중의 위력으로 해상에서 선박을 강취하거나 선박내에 침입하여 타인의 재물을 강취한 자가 사람을 살해 또는 사망에 이르게 하거나 부녀를 강간한 경우)에 규정된 행위를 한 때 적용된다. 다만, 그 법정형은 "그 각조에 정한 형에 처한다"고 하여, 국가보

6) 다만, 형법 제250조 제2항(존속살해죄)의 경우 1995.12.29. 형법개정으로 '사형 또는 무기징역'이던 것을 '사형·무기 또는 7년이상'으로 낮춤으로써, 형법상 법정형의 높낮이를 기준으로 구분해둔 국가보안법 제4조 제1항의 체계에 맞게 되어 버렸다.

안법에서 따로 정하지 아니하고 형법에 규정된 법정형에 의하도록 하고 있다. 따라서 이 조항은 굳이 국가보안법에 따로들 필요가 전혀 없다. 형법과 처벌범위가 완전 중복되고 법정형도 동일하기 때문이다.

- 제4조 제1항 제2호는, 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위해, 형법 제98조(간첩)에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지·수집·누설·전달·중개한 경우에 대한 것으로, 가)군사상 기밀 또는 국가기밀이 국가안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식인 경우에는 사형 또는 무기징역에, 나)가목외의 군사상 기밀 또는 국가기밀의 경우에는 사형·무기 또는 7년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다.

-형법상의 간첩죄가 '적국' 또는 '준적국'(외국이나 외국인의 단체)을 위해 간첩하는 경우에 적용되는 것이라는 점에서, '반국가단체'를 위해 간첩하는 경우인 국가보안법의 적용범위가 더 넓다고 할 수 있다. 다만, 북한에 대해서는 형법상의 간첩죄를 적용할 수 있다는 것이 판례이고 통설이므로, 굳이 국가보안법이 있어야만 처벌할 수 있는 것은 아니다.

-또한, 간첩행위를 처벌하는 규정은 형법 외에도, 군형법 제13조(간첩), 군사기밀보호법 제11조(탐지·수집), 제12조(누설), 제13조(업무상누설), 제14조(업무상과실누설) 등에도 있다.

-간첩행위의 객체는 국가기밀인바, 형법 제98조의 간첩죄에 있어서나 국가보안법 제4조 제1항 제2호에 있어서나, 그 국가기밀의 개념을 동일하게 해석함이 판례이고 통설이므로, 이 점에서는 적용범위가 같다고 할 수 있다.

-법정형은, 형법 제98조의 경우 "사형·무기 또는 7년 이상의 징역"이고, 국가보안법의 경우 가목은 "사형 또는 무기징역"이고 나목은 "사형·무기 또는 7년 이상의 징역"이라는 점에서, 국가보안법이 제4조 제1항 제2호 가목의 경우에만 다소 높다고 할 수 있다. 어느 경우나 집행유예가 법률상 불가하다는 점은 같다. 한편, 종범(방조범)의 경우에는 반대로 형법의 법정형이 더 높다고 할 수 있는데, 형법에서는 '적국을 위하여 간첩한 경우'와 '적국의 간첩을 방조한 경우'를 동일한 법정형으로 처벌하고 있으나, 국가보안법에서는 '방조범'에 대해 특별한 언급을 하지 않고 있어 종범(방조범)의 경우 형법총칙 제32조 제2항에 따라 '필요적 감경'사유가 되기 때문이다. 이에 따라, 국가보안법 가목의 경우에는 "무기 또는 7년 이상의 징역"이 되고, 나목의 경우에는 "무기 또는 3년6개월 이상의 징역"이 된다는 점에서, 오히려 형법이 더 중하게 처벌하는 결과가 되는 것이다.

- 제4조 제1항 제3호는, 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위해, 형법 제115조(소요죄: 다중이 집합하여 폭행·협박 또는 손괴한 경우), 제119조 제1항(폭발물 사용죄: 폭발물을 사용하여 사람의 생명·신체 또는 재산을 해하거나 기타 공안을 문란한 경우), 제147조(도주원조죄: 법률에 의해 구금된자를 탈취하거나 도주하게 한 경우), 제148조(간수자의 도주원조죄: 법률에 의해 구금된자를 간수 또는 호송하는 자가 이를 도주하게 한 경우), 제164조(현주건조물등방화죄: 불을 놓아 사람이 주거로 사용하거나 사람이 현존하는 건조물·

7) 집행유예는 '3년이하의 징역·금고'를 선고할 수 있는 경우여야 가능하다. 또, 재판부는 법정형을 기준으로 1회 작량 감경할 수 있는데 그 경우 법정형의 상·하한이 절반으로 감소하게 된다. 따라서 '법정형 7년이상'인 경우는 설사 법원이 작량감경해주더라도 '3년6개월이상'이 되어, 집행유예가 불가능하다는 것임.

기차·전차·자동차·선박·항공기 또는 광갱을 소훼한 경우, 이로 인해 사람을 상해에 이르게 한 경우), 제165조(공용건조물등방화죄: 불을 놓아 공용 또는 공익에 공하는 건조물·기차·전차·자동차·선박·항공기 또는 광갱을 소훼한 경우), 제166조(일반건조물등방화죄: 불을 놓아 전2조에 기재된 이외의 건조물·기차·전차·자동차·선박·항공기 또는 광갱을 소훼한 경우, 자기소유에 속하는 위 물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게한 경우), 제167조(일반물건방화죄: 불을 놓아 전3조에 기재된 이외의 물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게한 경우), 제168조(연소죄), 제169조(진화방해죄: 화재에 있어서 진화용의 시설 또는 물건을 은닉·손괴하거나 기타 방법으로 진화를 방해한 경우), 제177조(현주건조물등일수죄: 물을 넘겨 사람이 주거로 사용하거나 사람이 현존하는 건조물·기차·전차·자동차·선박·항공기 또는 광갱을 침해한 경우, 이로 인해 사람을 상해에 이르게 한 경우), 제178조(공용건조물등일수죄: 물을 넘겨 공용 또는 공익에 공하는 건조물·기차·전차·자동차·선박·항공기 또는 광갱을 침해한 경우), 제179조(일반건조물등일수죄: 물을 넘겨 전2조에 기재된 이외의 건조물·기차·전차·자동차·선박·항공기 또는 광갱을 침해한 경우, 자기소유에 속하는 위 물건을 침해하여 공공의 위험을 발생하게한 경우), 제180조(방수방해죄: 수재에 있어서 방수용의 시설 또는 물건을 손괴·은닉하거나 기타 방법으로 방수를 방해한 경우), 제192조(음용수의 사용방해죄: 일상음용에 공하는 정수에 오물을 혼입하여 음용하지 못하게한 경우, 위 음용수에 독물 기타 건강을 해할 물건을 혼입한 경우), 제193조(수도음용수의 사용방해죄: 수도에 의하여 공중의 음용에 공하는 정수 또는 그 수원에 오물을 혼입하여 음용하지 못하게한 경우, 위 음용수 또는 수원에 독물 기타 건강을 해할 물건을 혼입한 경우), 제194조(음용수혼독치사상: 제192조제2항 또는 제193조제2항의 죄를 범하여 사람을 상해 또는 사망에 이르게한 경우), 제195조(수도불통죄: 공중의 음용수를 공급하는 수도 기타 시설을 손괴 기타 방법으로 불통케한 경우), 제207조(통화위조죄: 행사할 목적으로 통용하는 대한민국의 화폐·지폐 또는 은행권이나, 내국에서 유통되는 외국의 화폐 등이나, 외국에서 통용하는 외국의 화폐 등을 위조·변조한 경우, 위와 같이 위조·변조한 통화를 행사할 목적으로 수입·수출한 경우), 제208조(위조통화취득죄: 행사할 목적으로 위조·변조한 제207조 기재 통화를 취득한 경우), 제210조(위조통화취득후지정행사죄: 제207조 기재 통화를 취득한 후 그 정을 알고 행사한 경우), 제205조 제1항(살인죄: 사람을 살해한 경우), 제252조(촉탁·승낙에의한 살인죄: 사람의 촉탁·승낙을 받아 그를 살해한 경우, 사람을 교사·방조하여 자살하게한 경우), 제253조(위계등에의한 촉탁살인죄: 전조의 경우에 위계 또는 위력으로써 촉탁 또는 승낙하게 하거나 자살을 결의하게한 경우), 제333조(강도죄: 폭행·협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게한 경우), 제334조(특수강도죄: 야간에 사람의 주거, 관리하는 건조물·선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입하여 강도한 경우), 제335조(준강도죄: 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행·협박한 경우), 제336조(인질강도죄: 사람을 체포·감금·약취 또는 유인하여 이를 인질로 삼아 재물 또는 재산상이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게한 경우), 제337조(강도상해·치상죄: 강도가 사람을 상해하거나 상해에 이르게한 경우), 제339조(강도강간죄: 강도가 부녀를 강간한 경우), 제340조 제1항(해상강도죄: 다중의 위력으로 해상에서 선박을 강취하거나 선박 내에 침입하여 타인의 재물을 강취한 경우), 제2항(위 해상강도가 사람을 상해하거나 상해에 이르게한 경우)에 규정된 행위를 한 때 적용된다. 다만, 그 법정형은 제1호와 달리 국가보안법에서 “사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다”고 따로 정하고 있는데, 형법보다 상당히 중한 편이다. 따라서, 이 제4조 제1항 제3호는 형법상 해당범죄에 대한 단순 가중처벌조항이라고 할 수 있다.

- 제4조 제1항 제4호는, 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위해,



“교통·통신, 국가 또는 공공단체가 사용하는 건조물 기타 중요시설을 파괴”하거나 “사람을 약취·유인”하거나 “합선·항공기·자동차·무기 기타 물건을 이동·취거”한 때 적용되는 것으로, 1)중요시설의 파괴, 2)약취·유인, 3)물건의 이동·취거 등 3가지 행위태양으로 대별할 수 있다. 법정형은 “사형·무기 또는 5년 이상의 징역”이다.

-먼저, 1)'중요시설의 파괴'와 관련해서는, 형법 제96조(시설파괴이적죄: 적국을 위하여 전조에 기재된 군용시설 기타 물건을 파괴하거나 사용할 수 없게한 경우)의 경우에는 제1호가 적용되고, 다중이 함께 파괴하는 경우에는 제3호(형법 제115조의 소요죄)가 적용되고, 불과 물에 의한 파괴의 경우에도 제3호(불에 의한 경우는 형법 제164조 내지 제168조, 물에 의한 경우는 형법 제177조 내지 제179조)가 적용될 뿐이므로, 그 외의 경우에만 제4호가 문제될 것이다. 그 외의 경우에도 형법 제141조 제1항(공용서류등무효죄: 공무소에 사용하는 서류 기타 물건 또는 전자기록 등 특수매체기록을 손상·은닉하거나 기타 방법으로 그 효용을 해한 경우), 제2항(공용물파괴죄: 공무소에서 사용하는 건조물·선박·기차 또는 항공기를 파괴한 경우), 제185조(일반교통방해죄: 육로·수로 또는 교량을 손괴 또는 불통하게하거나 기타 방법으로 교통을 방해한 경우), 제186조(기차등교통방해죄: 궤도·등대 또는 표지를 손괴하거나 기타 방법으로 기차·전차·자동차·선박 또는 항공기의 교통을 방해한 경우), 제187조(기차등전복죄: 사람이 현존하는 기차·전차·자동차·선박 또는 항공기를 전복·매몰·추락 또는 파괴한 경우), 제367조(공익건조물파괴죄: 공익에 공하는 건조물을 파괴한 경우) 등 형법이나 특별형법에 의해 대부분 처벌될 것이다. 따라서, 국가보안법은 법정형만 상당히 높인 것으로 이를 가중처벌하고 있을 뿐이라고 할 수 있다.

-2)'약취·유인'과 관련해서는, 형법 각칙편 제31장에서 '약취와 유인의 죄'를 처벌하고 있어 대부분 위 형법 제31장의 제287조 내지 제294조에 의해서 처벌되는 경우이므로, 국가보안법이 가중처벌하고 있을 뿐이라고 할 수 있다.

-3)'물건의 이동·취거'와 관련해서는, 이동·취거는 형법상 손괴죄로 처벌되는 행위태양에 대부분 포함된다고 할 것이므로 기본적으로 형법 제366조(손괴죄: 타인의 재물·문서 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해한 경우)에 해당한다고 할 수 있고, 그 외에도 제369조(특수손괴죄: 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 제366조의 죄를 범한 경우), 제185조(일반교통방해죄), 제186조(기차등교통방해죄) 등에 의해서도 처벌되는 경우라고 할 수 있다. 따라서 이 부분 또한 국가보안법이 단지 가중처벌하는 것일 뿐이다.

- 제4조 제1항 제5호는, 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위해, 형법 제214조(유가증권등위조죄: 행사할 목적으로 대한민국 또는 외국의 공채증서 기타 유가증권을 위조·변조한 경우, 행사할 목적으로 유가증권의 권리의무에 관한 기재를 위조·변조한 경우), 제215조(자격모용에의한유가증권작성죄: 행사할 목적으로 타인의 자격을 모용하여 유가증권을 작성하거나 유가증권의 권리의무에 관한 사항을 기재한 경우), 제216조(허위유가증권작성죄: 행사할 목적으로 허위의 유가증권을 작성하거나 유가증권에 허위사항을 기재한 경우), 제217조(위조유가증권등행사죄: 위조·변조·작성 또는 허위기재한 전3조 기재의 유가증권을 행사하거나 행사할 목적으로 수입·수출한 경우), 제257조 제1항(상해죄: 사람의 신체를 상해한 경우), 제2항(존속상해죄: 자기 또는 배우자의 직계존속에 대해 제1항의 죄를 범한 경우), 제258조(중상해죄·존속상해죄), 제259조(상해치사죄), 제262조(폭행치사상죄)에 규정된

행위를 하거나, “국가기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴·은닉·위조·변조한 때”에 적용된다. 법정형은 “3년이상의 유기징역”이다. 이 제4조 제1항 제5호 전단은 형법상 해당범죄에 대한 단순 가중처벌조항이라고 할 수 있다. 후단의 경우 또한 형법 제141조 제1항(공용서류등무효죄), 제225조 내지 제237조외2(문서에 관한 죄), 제366조(재물·문서등 손괴죄) 등에 대한 특별 규정으로, 이를 가중처벌하려는 것일 뿐이다.

- 제4조 제1항 제6호는, 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위해, “제1호 내지 제5호의 행위를 선동·선전”하거나 “사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때”에 적용되는 것으로, 법정형은 “2년이상의 유기징역”이다. 이는 국가보안법 제3조에 관해 앞서 본바와 같이, 대부분 형법 제90조 제1항(내란의 예비음모), 제2항(내란의 선동·선전) 또는 제101조 제1항(외환의 예비음모), 제2항(외환의 선동·선전)에 해당하는 경우라 할 것이다.
- 한편, 폭력행위등처벌에관한법률 제4조(단체등의 구성·활동) 제2항은, “제1항의 단체·집단을 구성하거나 그러한 단체·집단에 가입한 자가 단체·집단의 위력을 과시하거나 단체·집단의 존속·유지를 위하여, 형법 제8장 공무방해에 관한 죄 중 제136조(공무집행방해), 제141조(공용서류등무효·공용물파괴)의 죄, 제24장 살인의 죄 중 제250조 제1항(살인), 제252조(축락·승낙에 의한 살인등), 제253조(위계등에 의한 축락살인등), 제255조(예비음모)의 죄, 제34장 신용·업무와 경매에 관한 죄 중 제314조(업무방해), 제315조(경매·입찰의 방해)의 죄, 제38장 절도·강도의 죄 중 제333조(강도), 제334조(특수강도), 제335조(준강도), 제336조(약취강도), 제337조(강도상해·치상), 제339조(강도강간), 제340조 제1항(해상강도), 제2항(해상강도상해·치상), 제341조(상습범), 제343조(예비음모)의 죄를 범한 자 및 폭처범 제2조와 제3조의 죄를 범한 자”에 대해 가중처벌하고 있는바, 이는 국가보안법 제4조와 그 처벌범위가 상당부분 중복되어 있다.

### 3. 제5조(자진지원·금품수수)

#### 제5조 (자진지원·금품수수)

- ① 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자를 지원할 목적으로 자진하여 제4조 제1항 각호에 규정된 행위를 한 자는 제4조 제1항의 예에 의하여 처벌한다.
- ② 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자로부터 금품을 수수한 자는 7년이하의 징역에 처한다.
- ③ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.
- ④ 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년이하의 징역에 처한다.

○ 국가보안법 제5조 제1항(자진지원)은, 제4조(목적수행)의 공범(공동정범 또는 방조범)을 특별히 가중처벌하려는 것이라고 할 수 있다. 따라서, 이는 위 제4조에서 본바와 같이, 관련 형법 등 규정으로 대부분 처벌되는 경우이다.

○ 제5조 제2항(금품수수)은, “반국가단체의 구성원이나 그 지령을 받은 자로부터 금품을 받은 경우”에 성립하는데, 객체인 ‘금품’에 대해 금전이나 물품은 물론이고 향응제공·이성간 정교·취직알선 등 유형·무형을 불문하고, 더 나아가 금품수수의 목적·동기를 불문하며 그 명목·용도도 묻지 않는다는 점에서, 처벌범위가 지나치게 광범하다. 어쨌든, 금품을 받는 행

8) 판례도 “국가보안법 제5조 제2항 소정의 금품수수죄는 그 금품의 가액이나 가치는 물론 그 목적도 가리지 아니하고

위 자체를 처벌하는 경우는 형법과 공직선거법 등의 '뇌물에 관한 죄'가 거의 전부라고 할 것이고 이 또한 적용범위가 대단히 한정되어 있다는 점에서, 국가보안법 제5조 제2항을 대체할 수 있는 다른 처벌조항은 딱히 없다고 할 수 있다.

별다른 헌법 심판이 관계

이치적 측면

2번항목이 양심주의에 관한 것으로 조항이 있는 것임

4. 제6조(잠입, 탈출)

나 양심주의 공백이 생긴다

<p>제6조(잠입, 탈출)</p> <p>① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터 잠입하거나 그 지역으로 탈출한 자는 10년이하의 징역에 처한다.</p> <p>② 반국가단체나 그 구성원의 지령을 받거나 받기 위하여 또는 그 목적수행을 협의하거나 협의하기 위하여 잠입하거나 탈출한 자는 사형·무기 또는 5년이상의 징역에 처한다.</p> <p>③ 삭제&lt;1991-531&gt;</p> <p>④ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.</p> <p>⑤ 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 7년이하의 징역에 처한다.</p> <p>⑥ 제2항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다.</p>
---

가. 국가보안법

국가보안법 제6조(잠입·탈출)는, 반국가단체가 지배하는 지역으로부터 대한민국으로 들어오는 행위를 '잠입'이라 하고, 그 지역으로 들어가는 행위를 '탈출'이라 하여, 이를 처벌하고 있는데, "반국가단체나 그 구성원의 지령을 받거나 받기 위하여 또는 그 목적수행을 협의하거나 협의하기 위하여 잠입·탈출"(제2항)하는 경우를 '특수잠입·탈출'이라 하여 '사형·무기 또는 5년이상의 징역'으로 중하게 처벌하고, "그 외의 잠입·탈출"(제1항)을 '10년이하의 징역'으로 처벌하고 있다.

나. 타 법률과의 비교

(1) 형법: 국가보안법 제6조 제2항(특수잠입탈출)은 국가보안법 제4조(목적수행)의 '미수'에 해당하거나 최소한 그 '예비·음모'에 해당한다고 할 것이므로, 그 관련한 형법 등 규정의 규율로 충분하다. 또한 이는 형법상 '외환의 죄' 또는 '간첩죄'의 예비·음모로도 처벌이 가능하며, 특히 간첩을 위하여 국내에 잠입 또는 입국하였을 때 실행의 착수를 인정함이 판례이고 통설이므로 북한을 위한 간첩행위를 규제하는 데에는 형법상 간첩죄로도 족하다고 할 것이다.

리뷰본의 2234

(2) 남북교류협력에 관한 법률: 남북교류협력에 관한 법률 제9조 제1항은 "남한과 북한의 주민이 남한과 북한을 왕래하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 통일원장관이 발급한 증명서를 소지하여야 한다"고 규정하여, 북한에 들어가거나 북한에서 남한으로 들어오려는 때에는 통일원장관으로부터 증명서를 발급받아 소지토록하고 있는데, 이를 위반하는 경우에는 법 제27조 제1항에 따라 '3년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금'에 처해지게 된다.

(3) 기타: 입국하거나 출국할 때에는 출국심사·입국심사 등 출입국관리법 소정의 절차를 거쳐야 하는데, 이를 위반한 때에는 출입국관리법 제94조(3년이하의 징역·금고 또는 1천만원이하의 벌금), 제95조(1년이하의 징역·금고 또는 500만원이하의 벌금)에 의해 처벌된다. 그 외에도,

금품을 수수한 일체의 경우에 성립되는 범죄이며, 그 금품수수가 반국가단체의 목적수행을 위한 것이라는 요건을 별도로 요하지 않는다"(대법원 84도2323호, 95도1624호 등 일관됨)고 봄.

대한민국의 출입국에 관한 사항을 규정하는 법률로는 여권법, 밀항단속법 등이 있는바, 국가보안법 제6조는 이러한 법률과도 중복된다고 할 수 있다.

5. 제7조(찬양고무등)

<p>제7조 (찬양고무등)</p> <p>① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년이하의 징역에 처한다.</p> <p>② 삭제&lt;1991.5.31&gt;</p> <p>③ 제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년이상 유기징역에 처한다.</p> <p>④ 제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 자는 2년이상 유기징역에 처한다.</p> <p>⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.</p> <p>⑥ 제1항 또는 제3항 내지 제5항의 미수범은 처벌한다.</p> <p>⑦ 제3항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년이하의 징역에 처한다.</p>
--

가. 국가보안법

국가보안법 제7조(찬양고무등)는 그 제정 당시에는 없던 조항으로 5.16 군사쿠데타 직후 1961. 7. 3. 제정된 반공법에 처음 규정된 것인데, 1980년 전두환등 신군부가 쿠데타로 집권한 후 1980. 12. 3. 반공법의 규정을 국가보안법으로 통폐합 함에 따라 그 내용이 일부 개정되어 국가보안법에 편입된 것이다. 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 각종 이적행위를 처벌하는 것으로서, 1)반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동하는 행위(제1항 -찬양·고무등죄), 2)제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 그에 가입하는 행위(제3항 -이적단체구성·가입죄), 3)이적단체구성원이 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포하는 행위(제4항 -허위사실날조·유포죄), 4)위 3가지 유형의 행위를 할 목적으로 하는 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득하는 행위(제5항 -이적표현물소지등죄)에 대한 것이다. 법정형은, 제1항의 경우 '7년이하의 징역'이고, 제3항은 '1년이상 유기징역'이며, 제4항은 '2년이상 유기징역'이고, 제5항은 그 목적에 따라 '제1,3,4항에 정한 형'이다.

나. 타 법률과의 비교 여기서로 중복됨

- 국가보안법 제7조 제1항과 관련하여, 그러한 찬양·고무·선전·선동·동조행위가 내란이나 외환을 위한 경우에는 형법 제90조 제1항(내란의 예비음모), 제2항(내란의 선동선전), 제101조 제1항(외환의 예비음모), 제2항(외환의 선동선전)으로 규율될 것이다.
- 제7조 제3항은, 대부분 형법 제114조(범죄단체조직죄)나 폭력행위등처벌에관한법률 제4조(단체등의 조직죄)로 규율할 수 있는 것이고, 그 외 그러한 단체의 결성이나 가입이 내란이나 외환을 위한 경우에는 형법 제90조 제1항(내란의 예비음모), 제101조 제1항(외환의 예비음모)으로도 규율될 것이다.

- 제7조 제4항은, 이 또한 그러한 유언비어의 날조나 유포행위가 내란이나 외환을 위한 경우에는 형법 제90조 제1항(내란의 예비음모), 제2항(내란의 선동선전), 제101조 제1항(외환의 예비음모), 제2항(외환의 선동선전)으로 규율될 것이다. 그리고 타인의 명예를 훼손하게되는 경우에는 형법 제307조 제2항(허위사실에 의한 명예훼손), 제308조(사자의 명예훼손), 제309조 제2항(출판물등에의 허위사실에 의한 명예훼손)으로도 규율될 것이다.
- 제7조 제5항은, 이 또한 그러한 표현물의 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득행위가 내란이나 외환을 위한 경우에는 형법 제90조 제1항(내란의 예비음모), 제2항(내란의 선동선전), 제101조 제1항(외환의 예비음모), 제2항(외환의 선동선전)으로 규율될 것이다.

## 6. 제8조(회합·통신등)

### 제8조(회합·통신등)

- ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합·통신 기타의 방법으로 연락을 한 자는 10년이하의 징역에 처한다.
- ② 삭제<1991.5.31>
- ③ 제1항의 미수범은 처벌한다.

#### 가. 국가보안법

국가보안법 제8조(회합·통신등) 제1항은, 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합·통신 기타의 방법으로 연락함으로써 성립하며, 법정형은 '10년이하의 징역'이다. 다른 조항(제3 내지 7조 및 제9조)와 달리, 예비음모죄가 없고 미수행위까지만 규율하고 있다(제3항).

#### 나. 타 법률과의 비교

- (1) 형법: 위 행위가, 형법상 내란죄나 외환의 죄, 범죄단체조직죄 또는 특정한 범죄의 예비·음모 또는 교사·방조 등에 해당하는 경우에는 그에 관한 형법상의 규율로 족하다고 할 것이다. 즉, 이 경우에도 처벌이 필요한 대부분은 형법 제90조 제1항(내란의 예비음모), 제101조 제1항(외환의 예비음모) 등으로 충분히 규율되는 것이다.
- (2) 남북교류협력에관한법률: 남북교류협력에관한법률 제9조 제3항은 "남한의 주민이 북한의 주민등과 회합·통신 기타의 방법으로 접촉하고자 할 때에는 통일원장관의 승인을 얻어야 한다"고, 제13조는 "교역당사자가 물품의 반출·반입을 하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 당해 물품 또는 거래형태·대금결제방법에 관하여 통일원장관의 승인을 얻어야 한다"고, 제20조 제1항은 "남한과 북한간에 선박·항공기·철도차량 또는 자동차등을 운행하고자 하는 자는 통일원장관의 승인을 얻어야 한다"고 규정하고 있으며, 이 승인을 얻지 아니하고 접촉 또는 반출입하거나 수송장비를 운행한 경우에는 이 법 제27조 제1항에 따라 '3년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금'에 처하도록 하고 있다. 또한 이 법 제30조(북한주민의제)는 "이 법(제9조 제1항 및 제11조는 제외한다)의 적용에 있어서 북한의 노선에 따라 활동하는 국외단체의 구성원은 이를 북한의 주민으로 본다"고 하여 북한주민만이

아니라 친북적 단체의 구성원과 접촉하려는 경우에도 정부의 승인을 요구하고 있어, 국가보안법 제8조가 예정하는 회합·통신의 대부분은 이 남북교류협력에 관한 법률로도 충분히 규율되는 셈이다.

7. 제9조(편의제공)

나 공범의 안상건

<p>제9조(편의제공)</p> <p>①이 법 제3조 내지 제8조의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 총포·탄약·화약 기타 무기를 제공한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>②이 법 제3조 내지 제8조의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 금품 기타 재산상의 이익을 제공하거나 잠복·회합·통신·연락을 위한 장소를 제공하거나 기타의 방법으로 편의를 제공한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.</p> <p>③제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.</p> <p>④제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.</p>
--

가. 국가보안법

국가보안법 제9조(편의제공)는, “제3조(반국가단체구성·가입), 제4조(목적수행), 제5조(자진지원·금품수수), 제6조(잠입·탈출), 제7조(찬양·고무등), 제8조(회합·통신)위반의 죄를 범하거나 범하려고 하는 자에게 유형·무형의 편의를 제공”하는 행위를 처벌하기 위한 조항으로, 제1항은 “총포·탄약·화약 기타 무기를 제공”하는 경우이고 제2항은 “금품 기타 재산상의 이익을 제공하거나 잠복·회합·통신·연락을 위한 장소를 제공하거나 기타의 방법으로 편의를 제공”하는 경우이다. 법정형은 제1항의 경우 ‘5년 이상의 유기징역’이고, 제2항은 ‘10년 이하의 징역’이다. 그리고 제3항은 미수행위를, 제4항은 예비음모행위를 규율하고 있다.

나. 타 법률과의 비교

- 위 제9조(편의제공)의 죄는, 국가보안법 제3조 내지 제8조의 공범(공동정범 또는 방조범)을 특별히 가중처벌하려는 것일 뿐이다. 따라서 그러한 편의제공이 내란이나 외환을 위한 경우에는 형법 제90조 제1항(내란의 예비음모), 제2항(내란의 선동선전), 제101조 제1항(외환의 예비음모), 제2항(외환의 선동선전)으로 규율될 것인 등, 그 대부분은 앞서 비교·검토한 형법 등 여타 처벌조항의 공범으로 능히 처벌할 수 있는 경우이다.
- 예컨대, 그러한 편의제공이 간첩활동을 방조할 의사로 그를 원조하는 경우일 때는 형법 제98조 간첩죄의 방조범으로서 간첩죄와 동일한 형(사형, 무기 또는 7년 이상의 징역)으로 처벌될 것이고, 구금된 자를 탈취하거나 도주하도록 원조하는 경우일 때는 형법 제147조 도주원조죄나 제151조 범인은닉죄(· 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게한 경우)에 해당할 것이며, 회합·통신·연락을 위한 장소를 제공하는 경우에는 그에 해당하는 형법이나 특별법 처벌규정의 공동정범 또는 방조범으로 처벌될 것이다.

8. 제10조(불고지)

처벌  
판서 공백 생김

제10조(불고지) 제3조, 제4조, 제5조 제1항·제3항(제1항의 미수범에 한한다)·제4항의 죄를 범한 자라는 것을 알면서 수사기관 또는 정보기관에 고지하지 아니한 자는 5년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.

국가보안법 제10조(불고지)는, “국가보안법 제3조(반국가단체구성·가입), 제4조(목적수행), 제5조 제1항(자진지원), 제3항(자진지원의 미수), 제4항(자진지원의 예비음모)의 죄를 범한 자라는 것을 알면서도 수사기관에 신고하지 아니한 경우”를 처벌하는 것으로, 이 또한 국가보안법 제7조(찬양고무등)와 마찬가지로 그 제정 당시에는 없던 조항이고 5.16 군사쿠데타 직후 1960. 6. 10. 국가보안법개정으로 처음 규정된 것이다.

우리 형사법 체계에서 불고지 또는 미신고를 처벌하는 경우는 드문데, 군형법 제9조 반란불보고죄(제1항은 반란을 알고도 이를 상관 또는 기타 관계관에게 지체없이 보고하지 아니한 경우로서 2년이하의 징역에, 제2항은 위 제1항의 경우 적을 이롭게할 목적으로 보고하지 아니한 경우로서 7년이하의 징역·금고에 처하도록 하고 있음), 개정전 구 도로교통법(1984.8.4. 법률 제3744호) 제111조 제3호( 도로교통법 제50조 제2항 위반에 대한 벌칙조항이었음, 제50조 제2항은 교통사고를 낸 경우 그 차의 운전자나 승무원은 경찰공무원이나 경찰관서에 지체없이 사고신고를 해야한다는 규정임)<sup>9)</sup> 등 극히 예외적인 경우이다.

어쨌든, 국가보안법 제10조의 불고지죄를 대체할 만한 현행 처벌조항은 없어 보인다. 관련하여 고려대 김일수 교수는, “제10조(불고지)는 불고지 행위가 반국가적 범죄의 비호에 해당하는 한 형법상의 범인은닉죄나 범인도주원조 또는 증거인멸죄로서 규율이 가능하다, 그 정도에 이르지 아니한 경우까지 불고지로 규율하는 것은 시민의 원칙적인 자유로부터 출발하는 자유민주주의적 법질서와 상용할 수 없는 시민의 자유에 대한 지나친 속박이 된다”고 하여 폐지해야한다는 입장을 강력히 주장한바 있고<sup>10)</sup>, 대부분의 법학자들과 인권단체들로부터도 폐지해야할 대표적인 악법조항으로 지적되어 왔다.

9. 제11조(특수직무유기)

제11조(특수직무유기) 범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원이 이 법의 죄를 범한 자라는 것을 알면서 그 직무를 유기한 때에는 10년이하의 징역에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

국가보안법 제11조(특수직무유기)는, 범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원이 국가보안법에 규정된 죄를 범한 자라는 것을 알면서도 그 직무를 유기하여 수사 등 필요한 조치를 취하지 아니하는 경우를 가장처벌하기 위한 것으로서, 형법 제122조의 직무유기죄에 대한 단순한 가

9) 헌법재판소는 1990.8.27. 이 조항에 대해 한정합헌결정(89헌가118호)을 내림으로써 사실상 위헌선언을 하였고, 이에 1999.1.29. 도로교통법의 개정으로 이 처벌조항이 삭제되었음. 위 사건에서 도로교통법 제50조 제2항, 제111조 제3호가 헌법 제12조 제2항의 진술거부권을 침해하는지 여부에 대하여, 헌법재판소의 다수의견은 “교통사고를 일으킨 운전자에게 신고의무를 부담시키고 있는 도로교통법 제50조 제2항, 제111조 제3호는, 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 범위내에서 교통사고의 객관적 내용만을 신고하도록 한 것으로 해석하고, 형사책임과 관련된 사항은 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다”고 하여 한정합헌 입장이었고, 변경수 재판관은 “이 규정은 결국 형벌을 수단으로 하여 형사상 자기에 불리한 진술을 강요함으로써 인간의 존엄과 가치를 훼손하는 것이므로 진술거부권의 본질적 내용을 침해하는 법률이다.”라고 하여 단순위헌의 소수의견을 밝혔음.

10) 김일수, 「형법과 국가보안법은 하나로 봐야 한다」, 「법·인간·인권」 제132쪽, 박영사(1999) 참조

중처벌규정일 뿐이고, 1963. 10. 8. 반공법 개정으로 신설되었다.

형법 제122조는 “공무원이 정당한 이유없이 그 직무수행을 거부하거나 그 직무를 유기한 때에는 1년이하의 징역·금고 또는 3년이하의 자격정지에 처한다”고 규정하고 있다.

### 10. 제12조(무고, 날조)

#### 제12조(무고, 날조)

- ① 타인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 이 법의 죄에 대하여 무고 또는 위증을 하거나 증거를 날조·인멸·은닉한 자는 그 각조에 정한 형에 처한다.
- ② 범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원이나 이를 보조하는 자 또는 이를 지휘하는 자가 직권을 남용하여 제1항의 행위를 한 때에도 제1항의 형과 같다. 다만, 그 법정형의 최저가 2년 미만일 때에는 이를 2년으로 한다.

국가보안법 제12조(무고, 날조)는, 타인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 국가보안법에 규정된 죄에 대하여 무고·위증하거나 증거를 날조·인멸·은닉하는 행위를 가중처벌하기 위한 규정이다. 이 규정 또한, 형법상 무고죄(제156조), 모해위증죄(제152조 제2항), 증거인멸죄(제155조 제1항), 증인은닉죄(제155조 제2항) 및 모해증거인멸죄(제155조 제3항), 직권남용죄(제123조) 등에 대한 단순 가중처벌규정일 뿐이다.

형법 제156조(무고죄)는 “타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자는 10년이하의 징역 또는 1,500만원이하의 벌금에 처한다”고, 제152조 제2항(모해위증죄)은 “법률에 의하여 선서한 증인이 형사사건 또는 징계사건에 관하여 피고인·피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로 허위의 진술한 때에는 10년이하의 징역에 처한다”고, 제155조 제1항(증거인멸죄)은 “타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸·은닉·위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자는 5년이하의 징역 또는 700만원이하의 벌금에 처한다”고, 그 제2항(증인은닉죄)은 “타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증인을 은닉 또는 도피하게한 자도 제1항과 같다”고, 그 제3항은 “피고인·피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로 전2항의 죄를 범한 자는 10년이하의 징역에 처한다”고, 제123조(직권남용죄)는 “공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 권리행사를 방해한 때에는 5년이하의 징역, 10년이하의 자격정지 또는 1,000만원이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있다.

### III. 처벌공백 여부와 그에 대한 검토·평가

#### 1. 처벌공백이 거의 안생기는 부분

아래 국가보안법상의 처벌조항은, 대체로 형법상의 일정한 범죄를 가중처벌하는 것일 뿐으로 형법 등 다른 법률의 처벌조항과 거의 중복되므로, 이를 폐지하더라도 처벌공백이 거의 생기는 않는 경우이다.

#### 가. 제4조(목적수행)



제4조 제1항 제1호는 형법의 처벌조항 중 '사형 또는 무기징역'에 처하는 경우를 따로 모아 놓은 것일 뿐으로 형법과 처벌범위가 완전중복되고 형법의 해당 각 조문에 의해 처벌하도록 하고 있어 법정형이 형법과 동일하다.

제2호는 형법 제98조 간첩죄를 특별히 따로 처벌하려는 것일 뿐으로 대부분 형법 제98조 등으로 충분히 규율된다. 제2호 가목의 경우는 형법보다 법정형이 다소 높다고 할 수 있지만, 나목의 경우는 형법과 법정형이 동일하고, 방조범의 경우에는 오히려 형법의 법정형이 더 높다고 할 수 있어, 결국 법정형에서도 별반 차이가 없는 셈이다.

제3호와 제5호는 형법상 일부 범죄를 특별히 가중처벌하려는 것일 뿐으로 법정형에서만 형법보다 상당히 중한 편이다. 따라서 이는 형법상 해당범죄에 대한 단순 가중처벌조항일 뿐이다.

제4호도 형법이나 특별형법에 의해 대부분 처벌되는 경우라고 할 수 있다. 따라서 이 또한 법정형만 상당히 높은 것으로 형법 등의 죄를 가중처벌하고 있을 뿐이다.

제6호는, 그 전부는 아닐지라도 대부분 형법 제90조 제1항(내란의 예비음모), 제2항(내란의 선동선전) 또는 제101조 제1항(외환의 예비음모), 제2항(외환의 선동선전)에 해당하는 경우라고 할 것이다.

한편, 위 제1항 각호의 행위는, 상당부분 폭력행위등처벌에관한법을 제4조 제2항에 의해서도 규율되는 것들로서, 위 폭처법에 비해 가중처벌하고 있을 뿐이라고 할 수 있다.

제2항은 제1항 각호의 미수행위를 처벌하는 것인데, 원칙적으로 형법이나 특별형법등에서 미수범을 처벌하고 있다는 점에서 위 제1항 각호에 해당하는 형법 등 범죄의 미수죄로 충분히 규율될 것이다.

#### 나. 제5조 제1항(자진지원)

제5조 제1항(자진지원)은, 제4조(목적수행)의 공동정범 또는 방조범을 별도로 가중처벌하려는 것일 뿐이므로, 위 제4조와 같이 대부분 형법 등으로 능히 규율된다고 할 수 있다.

#### 다. 제9조(편의제공)

제9조(편의제공)는, 국가보안법 제3조(반국가단체구성등), 제4조(목적수행), 제5조(자진지원·금품수수), 제6조(잠입·탈출), 제7조(찬양·고무등), 제8조(회합·통신)의 죄를 범한자의 공범(공동정범 또는 방조범)을 특별히 가중처벌하려는 것일 뿐이어서, 그 대부분은 앞서 비교·검토한 여타의 형법 등 처벌조항으로 충분히 규율될 것이다.

#### 라. 제11조(특수직무유기), 제12조(무고·날조)

제11조(특수직무유기)는 형법 제122조 직무유기죄에 대한 단순 가중처벌규정이고, 제12조(무고·날조) 또한 형법 제156조 무고죄, 제152조 제2항 모해위증죄, 제155조 제1항 증거인멸죄, 제155조 제2항 증인은닉죄, 제155조 제3항 모해증거인멸죄, 제123조 직권남용죄 등에 대한 단순 가중처벌규정일 뿐이다.

## 2. 처벌공백이 약간 생기는 부분

### 가. 제3조(반국가단체구성등) -

제1항(구성죄와 가입죄)과 제2항(가입권유죄)의 대부분은, 형법 제90조 제1항(내란의 예비음모), 제101조 제1항(외환의 예비음모), 제114조(범죄단체조직죄), 폭력행위등처벌에관한법률 제4조 제1항(단체등조직죄) 등에 의한 규율이 가능하다<sup>11)</sup>. 그리고 군인의 경우에는 군형법 제8조(반란의 예비음모죄)로도 규율될 것이다. 이러한 형법과 군형법상의 법정형은 국가보안법에 비해 그리 낮은 편이 아니다.

### 나. 제6조(잠입·탈출)

제6조(잠입탈출)는 남북교류협력에관한법률, 출입국관리법, 여권법과 밀항단속법 등과 상당부분 중복된다고 할 수 있다. 특히 제6조 제2항(특수잠입탈출)은 국가보안법 제4조(목적수행)의 '미수'에 해당하거나 그 '예비음모'에 해당한다고 할 것이므로 상당부분이 그 관련한 형법규정으로 규율될 것이고 일정한 경우 형법상 간첩죄(미수)로도 처벌가능할 것이다. 다만, 법정형에서는 국가보안법이 현저히 높은 편이다.

### 다. 제7조(찬양고무등)

제7조(찬양고무등) 각호의 경우, 그에 해당하는 행위가 내란이나 외환을 위한 경우에는 형법 제90조 제1항(내란의 예비음모), 제2항(내란의 선동선전), 제101조 제1항(외환의 예비음모), 제2항(외환의 선동선전)으로 규율될 것이다. 그리고 제7조 제3항의 경우에는 상당부분 형법 제114조 범죄단체조직죄나 폭력행위등처벌에관한법률 제4조(단체등의 조직)로도 규율될 것이고, 제4항의 경우에는 일정부분 형법 제307조 제2항(허위사실에 의한 명예훼손), 제308조(사자의 명예훼손), 제309조 제2항(출판물등에의 허위사실에 의한 명예훼손)으로도 규율될 것이다. 따라서 제7조 각호는, 그 전부는 아닐지라도 상당부분이 형법 등으로 규율된다고 할 수 있다.

그러면 국가보안법을 폐지하는 경우, 이 글의 서두에서 언급한 바와 같이 "광화문 네거리에서 '김정일 만세'를 외치거나 인공기를 흔드는 행위"를 처벌할 수 있는가? 답은 어렵다이다. 그럼에도 우리는, 위와 같은 행위에 대해 굳이 국가형벌권을 발동해 처벌해야만 할 것인지를 진지하게 생각해보아야 한다. 이것은 국가안보의 논리에 의해 민주주의의 초보적 권리가 어디까지 후퇴해야 하는가의 문제일 뿐만 아니라, 우리 사회의 건강성과 다양성에 대한 포용력을 가늠할 척도라고 할 것이기 때문이다. 생각이 다르다고 이를 모두 처벌할 수 없는 노릇이고, 오히려 이를 반드시 처벌해야만 한다는 생각은 국가권위적 이데올로기를 강화할 뿐으로 사회의 건강성을 해하고 국민의 자유를 해할 뿐이다. 특히 사상의 문제는 형벌로가 아니라 사상으로 대응해야 하는 것으로 '사상의 바다' 속에 풀어놓아 건강한 상호비판·상호침투·검증을 통할 수 있도록 보장해야 하며, 국가형벌권은 최후수단으로만 작동해야 한다. 그리고 국가형벌권 발동의 기준은 그 행위로 인한 '실질적 위험성'과 '자유로운 소통구조의 존재여하'일 것이다. 다시금 근본적 의문을

11) 김일수, 전계서 제130쪽 참조. 김 교수는 이 글에서, "실제 내란목적 외에 반국가단체를 구성하는 일은 상상하기 곤란하므로 내란예비음모 외의 반국가단체의 구성·활동이란 반정부적 정치단체의 구성이거나 활동에 해당할 것이다"라며 그러한 단체가 우리 헌법질서를 파괴할 목적이 아니고 폭력적 소요에 나가지 않는 한 오히려 그러한 단체를 광범위하게 인정하는 것이 민주발전에 좋다는 의견을 내고 있다.

던지건대, 위와 같은 행위를 굳이 처벌해야만 할까. 사실은 현행 국가보안법 제7조 하에서도 위와 같은 행위가 처벌된다고 장담할 수는 없다. 왜냐면, 우리 법원은 국가보안법 제7조의 적용한 계로 '실질적 위험성의 원칙'을 제시하고 있으며 헌법재판소는 더 나아가 '명백하고 현존하는 위험의 원칙'을 요구하고 있는바, 위와 같은 행위로 인해 국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서가 위태롭게 될 '실질적 위험' 또는 '명백하고도 현존하는 위험'이 있다고 봄은 우리 사회의 건강성과 다양성에 대한 포용력을 지나치게 무시하는 엄살이거나 하찮은 일에 겁을 집어먹는 소심공포증의 반영일 뿐이기 때문이다.

#### 라. 제8조(회합·통신)

제8조(회합·통신)의 경우, 북한이나 북한의 노선에 따라 활동하는 국외단체에 대하여는 기본적으로 남북교류협력에 관한 법률로 전부 규율된다고 할 수 있다. 물론 이 경우 법정형에서는 국가보안법이 현저히 높은 편이다.

그 외, 그러한 회합·통신등 연락행위가 형법상 범죄단체조직죄 또는 특정한 범죄(특히 내란의 죄나 외환의 죄)의 예비·음모 또는 교사·방조에 해당하는 경우에는 그에 관한 처벌조항에 의해서도 규율될 것이다. 이 경우에는 법정형에서도 별반 차이가 없다.

### 3. 처벌공백이 많이 생기는 부분

#### 가. 제5조 제2항(금품수수)

제5조 제2항(금품수수)을 대체할 수 있는 다른 처벌조항은 딱히 없어 보인다. 한편, 이 조항의 규정내용과 그에 관한 법원의 해석태도에 비추어 보건대, 이 금품수수죄는 객체인 금품에 대해 무형적 이익을 포함하고 더 나아가 그 금품수수가 반국가단체의 목적수행과 관련있는지 여부를 묻지 않는 등 금품수수의 목적·동기를 불문하며 그 명목·용도도 불문한다는 점에서, 어느 누구라도 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자로부터 금품을 받기만 하면 성립되어 버린다. 이에 공작금이나 공작활동 또는 그 지원의 대가로 받는 금품에 국한하지 않고 가족간의 정의나 거래상의 대가관계로 받을 수 있는 금품까지 포괄하고 있어 처벌범위가 애매하고 광범위하다고 하지 않을 수 없다<sup>12)</sup>. 따라서, 금품수수 자체를 문제삼는 것이 아니라, 어떠한 목적으로 금품수수했고 이를 받아 어떻게 반국가적 활동을 했는지에 초점을 맞추어 규율하는 것으로, 처벌범위를 대폭 축소함이 합리적이라고 하겠다. 이렇게 처벌범위를 대폭 축소하는 경우에는 기존의 형법 등 규정으로도 충분히 규율될 것이다.

#### 나. 제10조(불고지죄)

그것이 균형법상의 반란불고죄에 해당하지 않는한, 제10조(불고지죄)를 대체할 수 있는 다른 처벌조항은 없는 듯하다. 그럼에도 현재 이 조항을 폐지하자는 것은 국민들과 사회단체들 압도적 다수의 의견이고, 국회에서도 다수인 듯하다. 그것은 제10조 불고지죄가 무엇보다 우리의 전통 윤리와 맞지 않고 비인간적 법조문이라는 이유때문일 것이다. 사건과 연루된 사람이 가족·친척·친구이든지, 성직자·취재기자이든지 불문하고 고발할 것을 강요하고 침묵할 때에는 처벌하는 조항이기 때문이다. 따라서 이 조항은 법보다는 정과 사랑을 우선시해온 우리의 전통윤리와

12) 김일수, 전게서 제131쪽 참조

맞지 않는다는 것이고, 부모형제간에도 고발을 강제하는 것이어 반인륜적이며 성직자 등의 직업 윤리마저 무시하는 것이어 반직업윤리적인 것이므로, 이를 폐지함이 오히려 바람직하다고 할 것이다<sup>13)</sup>.

#### 다. 각 죄의 '예비음모' 행위

무릇 범죄는 예비음모·미수·기수의 단계를 거쳐 진척된다고 할 수 있는데, 형사법은 원칙적으로 미수단계부터 처벌하며, 형사입법정책적 필요로 일정한 범죄에 대해서는 그 순차적 단계 중 예비음모단계부터 처벌하기도 한다. 국가보안법은 제3조(반국가단체구성등), 제4조(목적수행), 제5조(자진지원·금품수수), 제6조(잠입·탈출), 제7조 제3항(이적단체구성·가입), 제9조(편의제공)의 죄에 대해서는 각 예비음모죄를 규정하고 있는데, 이 경우에는 그에 해당한다고 할 형법이나 특별형법상의 처벌조항이 예비음모죄를 별도로 처벌하지 않는한, 이를 대체할 수 있는 다른 처벌조항이 없다고 할 수 있다. 이것은 기본적으로 국가보안법이 형법상 '내란의 죄'나 '외환의 죄'로 규율되는 것의 전단계행위 또는 전전단계행위를 처벌하려는데서 비롯되는 문제이다. 예컨대, 국가보안법 제3조(반국가단체구성등)는 형법상 '내란의 죄'나 '외환의 죄'의 예비음모행위를 규율하는 것이라고 볼 수 있는데, 국가보안법 제3조 제4.5항(구성죄와 가입죄의 예비음모)은 '내란의 예비음모'나 '외환의 예비음모' 이전 단계까지 확대처벌하려는 것일 따름이다. 한편으로, 국가보안법상 처벌조항의 구성요건 대부분이 불명확하고 추상적이며 그 처벌범위가 지나치게 애매모호하고 광범위한 문제도, 위와 같은 이유에서 연유한 것이기도 하다. 어쨌든 이처럼 '내란이나 외환의 예비음모'의 '예비음모'행위까지 처벌하는 것이 꼭 필요할까. 입법정책의 문제이고 결단의 문제일 뿐이다.

#### IV. 결론

이상, 국가보안법상 개개 처벌규정에 대해 기존 형법 등 다른 법률로의 대체가능성을 중심으로 비교·검토하였다. 국가보안법을 완전폐지하는 경우 처벌공백이 생기는가. 결론은, 국가보안법 제3조부터 제12조까지의 처벌규정은 대부분 형법 등 다른 법률의 처벌조항과 중복되거나 가중처벌하는 것일 뿐이고, 특히 형법 각칙편 제1장 '내란의 죄'와 제2장 '외환의 죄'의 적용·해석을 통해 충분히 규율가능하므로 처벌공백이 생기는 부분은 매우 적다는 것이다. 다만, 국가보안법 제5조 제2항(금품수수)과 제10조(불고지)의 경우에는 대부분 처벌공백이 생긴다고 할 수 있으나, 그 규정은 지나치게 처벌범위가 광범위하여 대단히 문제이거나 반인륜적·반직업윤리적이며 반드시 폐제되어야 할 것이라는 점에서, 완전폐지의 경우 이 조항들의 처벌공백이 크게 문제되지는 아닐 것이다. 오히려, 약간의 처벌공백이 생긴다고 할 수 있는 국가보안법 제3조(반국가단체구성등), 제6조(잠입·탈출), 제7조(찬양·고무등), 제8조(회합·통신)의 경우가 문제될 것으로 보인다. 그러나, 앞서도 자세히 보았듯이 국가보안법은 국가안보를 위한 전체 법체계의 일부일 뿐이고, 형법 각칙편 제1장 '내란의 죄'와 제2장 '외환의 죄'가 국가안보를 위태롭게하는 범죄 대부분을 예정하고 있으며 그 외 여러 특별형법에도 국가안보를 위해 작동하는 처벌조항이 다수 있고, 오히려 국가보안법은 형법 각칙편 제1장과 제2장에 규정된 죄의 전단계 또는 전전단계를 처벌하려다보니 그 구성요건의 불명

13) 김일수, 「국가보안법과 불고지죄의 악법구조」, 전게서 제123-124쪽 참조. 김교수는 이 글에서, "국가보안법 중에서도 가장 심각하게 양심의 저항에 부딪히는 조항이 불고지죄이다"면서, "고등학교의 반공도덕 교과서에는 '아버지를 고발하여 영웅이 된 소년상'을 공산주의의 비인간성에 대한 실증자료로 제시한 적이 있다. 체제의 우월성을 강조하는 자유민주사회의 법 속에 아버지를 고발하지 않을 때 범죄자로 낙인찍을 수 있다는 비인간적인 법조문이 들어있다는 것은 부끄러운 자가당착이다 ... 사회질서의 밑바닥에 깔린 선량한 시민의 법감정을 황폐시키고 사회를 공격적·가학적 구조로 변질시킬 위험을 안고 있다"며 이 불고지죄에 대해 신랄히 비판하고 있다.

확성과 추상성을 심히 내재하게되어 자의적 적용과 남용의 위험을 항상 노정하고 있다는 점에서, 국가보안법의 폐지는 '국가안보법'의 무장해제가 결코 아니라 '국가안보법체계 전체'의 합리적 개정에 불과한 것이다. 그러한 '합리적 개정'(국가보안법의 완전폐지)이야 말로, 국가보안법으로 인해 사문화되어 벽장 속에 처박혀 있던 형법 각칙편 제1장과 제2장을 국가안보의 기본법규로서 살려 내는 길이고 형법 제정자의 의도대로 국가안보와 기본권보장간의 조화에 더 가까워지는 길이라고 하겠다. (끝)

↓  
국가안보의 합리적 개정

# 국가보안법 폐지를 위한 로드맵

## 1. 방향과 접근

법이 남북관계의 현재와 미래를 충실히 반영하고 뒷받침하도록 하기 위해 대체입법이 아닌 형법에 의해 흡수되는 완전한 폐지를 목표로 함.

다만 2조, 7조, 10조, 18조, 19조를 포함하는 전면개정을 지향하는 당내 흐름이나 개폐에 동의하는 야당과 적극 협력하고 연대해 나감으로써 국가보안법 개폐를 17대 국회의 역점과제로 승화.

## 2. 주체

[열린우리당 국가보안법 폐지 입법추진위원회]를 구성하고 조속한 시일 내에 야당과의 협력을 통해 남북관계발전을 위한 포괄적인 <입법연대>를 구축.

## 3. 관련성

남북화해협력시대를 법적, 제도적으로 뒷받침하기 위한 3대 개혁입법과제인 남북교류협력법 전면개정, 남북관계발전기본법 제정, 국가보안법 폐지를 동시병행의 원칙하에 추진.

## 4. 일정 및 프로세스

- ▶ 국가보안법 폐지를 위한 간담회 (7/21)
- ▶ 국보법 폐지 관련 당내 의견 종합·조정 (7/31까지)
- ▶ 국보법 폐지 T/F 구성 (8/3 1차 회의)  
(가칭) "열린우리당 국가보안법 폐지 입법추진위원회"
- ▶ 공론 형성 및 입법 조사 (8/3~8/20)
- ▶ 국가보안법 폐지법안 제출 및 당정협의(법무부, 통일부, 국정원) 착수 (8/25)
- ▶ 열린우리당 당론 추진 및 야당과의 협력, 연대 (8/20~30)
- ▶ 정기국회 - 국보법 폐지 입법 추진 (9월~12월)

2004. 7. 21

「(가칭) 열린우리당 국가보안법 폐지 입법 추진위원회」 준비모임