특별진급자 중 28.9% 차지(1997년). 98년 1월부터 9월 3일까지 경찰 특진자 204명 중 51명이 한총련 수배자 검거를 이유로 특진됨(25%). 공안합동수사본부의 지속적인 탄압(매년 새로운 한총련이 구성되기도 전부터 한총련 가입을 이유로 구속, 또는 처벌, 매년 기한을 두고 탈퇴를 강요함).

* 실형 선고율 10%!;

경찰청이 다룬 국가보안법 사건이 모두 제7조 위반사건이며, 이렇게 구속된 이의 90% 가량이 1심에서 집행유예로 풀려났다.

* 이처럼 현 정권 하에서도 과거처럼 7조의 남용이 관습처럼 이어지고 있을뿐더러 이미 해체된 조직이나, 활동을 정리하고 생업에 전념하는 이들을 이적단체 가입 등의 혐의로 구속해왔다.

(6) 국가보안법 7조는 완전히 삭제되어야 한다

먼저 7조는 헌법정신을 위배하고 있다. 양심의 자유를 보장한 헌법 제19조, 언론·출판의 자유를 보장한 헌법 제21조, 학문과 예술의 자유를 보장한 헌법 제22조 등과는 양립할 수 없다. 이는 결국 국가보안법이 초헌법적인 법률이라는 비판이 옳음을 보여주는 것이다.

또한, 7조는 시민·정치적 권리에 관한 국제인권조약 18조(양심·사상의 자유), 19조(의사표현의 자유)에 위배된다는 지적이 국제인권단체와 유엔인권위원회 등 국제사회의 비판은 오래도록 이어지고 있다.

개념의 모호성으로 자의적 해석이 가능하기 때문에 자연 광범하게 남용될 수밖에 없으며, 따라서 죄형법정주의 원칙에 어긋난다. 7조는 항상 독재정권의 '내부의 적'에 대한 탄압장치였으며, 우리 국민의 의식을 심층에까지 내려가 억압하고 자기검열을 강요하는 통제장치였다. 국가보안법의 핵심인 이 7조의 삭제 없이는 우리는 진정한 민주사회로 나라갈 수 없다.

[인권운동사랑방 제공]

국가안보를 위태롭게 하는 이적표현의 범위

국가보안법 제7조에 대한 유엔인권이사회·헌법재판소·대법원 판결의 비교 분석

장 호 순(순천향대 교수)

1. 머리말

1995년 4월 서울지방법원 형사항소1부는 한 집회에서 배포한 유인물들로 인해 국가보안법 제7조 찬양·고무 조항 위반혐의로 재판을 받던 한 재야단체 간부에게 무죄판결을 내렸다.[1] 국가보안법 제7조 제1항은 "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 자," 제5항은 이러한 행위를 할 목적으로 "문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자," 그리고 제4항은 반국가단체나 이적단체의 구성원으로서 "사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 자"를 처벌하고 있다. 서울지방법원은 재야단체가 배포한 유인물의 내용에서 국가안보에 "실질적인 해악을 미칠 구체적이고 가능한 위험성"을 발견하지 못했다고 판단했다. 비록 "일부의 표현내용이 북한정권의 주장과 유사"하기도 하고 "우리 정부에서 추진하고 있는 통일정책의 수행에 오히려 혼란을 초래할 우려"도 있긴 하지만 그러한 표현에 대해서도 관용이 필요하다고 재판부는 주장했다.

"국가보안법이 존재하는 이유가 자유민주적 기본질서를 수호하기 위함에 있고, 이러한 자유민주적 기본질서의 본질적 내용이 바로 개인이 정치적인 문제에 대한 견해를 포함한 자신의 의견을, 그 의사 표명으로 인한 예기치 못한 처벌 가능성에 대한 두려움 없이 자유롭게 표현하는 것을 보장함에 있으므로, 국가보안법이 수호하고자 하는 자유민주적 기본질서를 보장하기 위하여는 우리 사회에 당혹감을 주는 이러한 표현행위에 대하여도 관용할 것이 요구되는 것이며, 이러한 관용은 우리가 자유민주적 기본질서를 향유하기 위하여 치러야 할 대가라고도 할 수 있다. 또한, 이렇게 사상과 표현의 자유를 보장하여 자유로운 사상의 경쟁을 허용함으로써 건전한 사회의 발전을 도모할 수 있다는 점이, 우리 사회가 단일한 의사만을 강요받는 폐쇄된 북한 사회에 대하여 갖는 우월성이라고 할 것이다."

이 판결에 대해 95년 한국을 방문한 유엔인권이사회의 아비드 후세인 특별보고관은 "한국 정부가 표현의 자유를 보장할 의무를 인정한 귀중한 판결(a landmark decision as it recognized the obligation to safeguard the right to freedom of expression)"이라고 환영했다.[2]

그러나 이듬해 대법원은 서울지법의 판결을 "국가보안법의 법리를 오해한 나머지" 내린 잘못된 판결이라며 무효화시켰다. 대법원은 유인물의 내용이 "북한의 대남적화선전활동에 따른 연방제 통일방안의 추진, 평화협정의 체결, 국가보안법 및 국가안전기획부법 폐지, 재벌해체, 주한미군철수, 군비축소, 한미행정협정과 한미방위조약 등의 파기" 주장 등을 담고 있어 "국가의 존립, 안전과 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현"이라고 규정했다.[3]

1999년 초에도 국가보안법 제7조 찬양·고무 조항에 관해 상반된 하급법원의 판결이 나타났다. 지난 4월 6일 대전지방법원 형사합의4부는 국가보안법 위반혐의로 구속·기소된 한국대학총학생회연합(한총련) 대의원 2명의 국가보안법 제7조 위반혐의에 대해 무죄를 선고했다. 피고인들이 속한 제6기 한총련이 "일부 북한의 주장과 일치하는 강령을 갖고 있지만 국가존립·안전이나 자유

1) 서울지방법원 1995.4.6. 선고 95노8 판결

2) Commission on Human Rights, "Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment: Report on the Mission to the Republic of Korea of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Mr. Abid Hussain, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1993/45. E/CN.4/1996/39/Add.1

3) 대법원 1996.12.23. 선고 95도1035 판결.

민주주의 기본질서에 실질적인 해를 입힐 위험성이 있는 이적단체로 인정할만한 증거는 부족하다"는 이유에서 였다. 재판부는 98년 말부터 잇달은 유엔인권이사회의 한국 국가보안법 관련 결정을 고려했음을 밝혔다. "우리 나라 헌법이 국제법을 국내법에 수용하고 이를 존중하는 국제법 존중주의를 채택하고 있는 만큼 사법부를 포함한 국가기관은 국가보안법에 관한 유엔인권이사회의 견해를 최대한 수용하는 것이 바람직하다"고 재판부는 밝혔다.[4] 그러나 대전지법 판결이 내려진지 일주일 후 대구고법은 국가보안법 제7조 위반혐의로 기소된 제6기 한총련 대의원에 대해 유죄를 선고했다. 재판부는 "일부에서는 한총련을 이적단체로 인정하지 않고 있으나 다수 판례는 아직도 이적단체"라고 설명했다.[5] 국가보안법 제7조에 대한 하급법원의 사법적 판단 기준이 일관성 있게 적용되지 못하고 있음을 나타내는 것이다.

국가보안법 제7조에 대한 해석기준은 크게 세 가지가 있다. 첫 번째는 우리 나라 최고사법기관인 대법원의 판례이다. 대법원은 1948년 국가보안법 제정 이후 많은 판결을 통해 국가보안법 제7조에 저촉되는 찬양·고무 행위에 대해서 하급법원이 적용할 기준을 설정해 놓았다. 두 번째는 헌법재판소의 결정이다. 1988년 헌법개정과 함께 신설된 헌법재판소는 국가보안법 제7조가 헌법에 보장된 양심의 자유와 표현의 자유를 침해할 가능성이 있다고 인정했으나 위헌결정을 내리지는 않았다. 대신 표현의 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 국가보안법을 해석·적용하기 위한 법적 기준을 제시했다. 세 번째는 우리 나라가 93년 유엔인권규약에 가입하면서 준수할 의무를 갖게 된 유엔의 인권보호기준이다.[6] 지난해 말 유엔인권이사회는 우리 나라 대법원이 유죄확정판결을 내린 국가보안법 제7조 관련 사건에 대해 유엔인권규약위반이라는 결정을 내린바 있다.

현재 하급법원에서 엇갈린 판결이 내려지고 있는 주된 이유는 위에서 언급한 세 가지 기준이 서로 일치하지 않기 때문이며, 따라서 어느 기준을 법원이 선택하는가에 따라서 판결결과가 달라진다. 이 논문은 국가보안법 제7조 찬양·고무조항을 해석·적용함에 있어 유엔인권이사회, 헌법재판소, 그리고 대법원이 제시하고 있는 법적 기준을 비교, 분석하는 것이다. 특히 현재 법원의 판결에 가장 큰 영향을 미치고, 그 판례가 가장 방대한 1980년 이후 대법원의 결정을 중점적으로 분석해, 그 문제점을 지적하고자 한다. 이를 통해 표현의 자유와 국가안보라는 두가지 귀중한 가치를 양립시킬 수 있는 합리적인 사법적 판단기준을 제시하려고 한다.

2. 국가보안법 변천사

현행 국가보안법은 "국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보"하는 것을 그 목적으로 하고 있다. 국가보안법은 반국가단체를 구성·참여하거나 반국가행위를 하는 자를 지원하거나 찬양·동조하는 것을 금지하고 있다. 지금까지 대부분의 국가보안법 위반사건은 반국가단체의 구성이나 반국가적 행위보다는 소위 이적행위, 즉 반국가단체로 규정된 북한의 주장을 지지하는 표현으로 인해 발생한 사건들이다. 따라서 국가보안법에 의해 가장 많은 침해를 받은 기본적 인권은 표현의 자유이고, 표현의 자유와 가장 직접적으로 상충하는 국가보안법 조항이 바로 제7조이다.[7]

국가보안법 제7조는 헌법 제19조에서 보장한 '양심의 자유', 헌법 제21조의 '언론·출판의 자유', 그리고 헌법 제22조에 규정된 '학문과 예술의 자유' 등을 제한해 왔다. 물론 이러한 기본적 인권도 정당하게 제한을 받을 수 있다. 헌법 제37조는 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수" 있다고 선언하고 있다. 그러나 이러한 경우에도 "자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수는 없다"고 전제되어 있다. 따라서 본질적인 기본권을 침해하는 국가보안법은 헌법상 인정될 수 없는 것이다. 그래서 국가보안법 자체도 국가안보를 구실로 "헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일"을 예방하기 위해 그 해석·적용함에 있어 "목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야" 한다고 규정하고 있다. 국가보안법이 국민의 기본적 인권을 침해할 가능성이 있음을 법률자체가 인정하고 있는 셈이다. 실제 지난

4) 『한겨레』 99년 4월 7일.
5) 『경향신문』 99년 4월 14일.
6) 참조, 백진현, "UN의 인권보호 체제," 『국제인권법』 제2호, 1998년, pp. 1-18.
7) 1980년부터 1987년 까지 국가보안법 위반으로 입건된 2,232건 중, 제7조의 위반사건이 2072건으로 전체의 92.8퍼센트를 차지했다. 박원순, 『국가보안법 연구 2: 국가보안법 적용사』 역사비평사, 1997, pp. 36-37. 국가보안법 제3조의 반국가단체 구성조항, 제4조의 목적수행 조항, 제8조의 회합-통신조항도 표현의 자유를 침해하는 조항이지만 이 논문에서는 다루지 않는다.

50년 동안의 우리역사는 국가보안법을 동원한 기본권 침해의 사례로 점철되어 있다.

우리 나라 최초의 국가보안법은 정부수립 4개월 만인 1948년 12월 1일 공포 시행되었다.[8] 해방직후 좌우익의 대립 국면에서 소위 4·3사건과 여순사건이 일어난 후 좌익세력을 뿌리 뽑으려는 목적이었다. 당시 여당 의원들은 국가보안법의 유무에 따라 "남한이 인민공화국으로 변하느냐 그렇지 않으면 자손만대에 자유스런 국가를 만들어 줄 수 있느냐"가 결정된다고 주장했다.[9] 당시 국가보안법은 반국가단체를 결성하거나 이를 선동하는 것, 살인방화 등의 테러행위를 처벌했고, 1949년 한해 국가보안법 위반으로 검거·투옥된 사람만 118,621명에 달했다.[10]

한국전쟁 이후 이승만 정부는 기존의 국가보안법이 북한의 "위장평화통일공작을 주임무로 하는 간첩과 국가변란을 목적으로 하는 여러가지 범죄를 충분히 단속할 수 있는 법조항이 결여되어 국가변란행위와 같은 중대한 범죄"를 예방하기 힘들기 때문에 국가보안법의 강화가 필요하다고 주장했다.[11] 결국 종래의 반국가단체 구성, 살인·방화, 파괴 등의 처벌조항 외에 국가기밀탐지, 편의제공, 헌법기관에 대한 명예훼손 등에 대한 처벌이 추가되었고, 자유당 정권 말기에 접어들면서 국가보안법은 정치적 비판세력을 차단하는 용도로 변질되어갔다.

국가안보를 이유로 정치적 표현을 억압하는 것은 박정희 정권에서 본격적으로 시행되었다. 4·19 혁명이후 민주당 정권은 편의제공이나 헌법기관에 대한 명예훼손 조항 등은 국가보안법에서 삭제했으나 그 골격은 그대로 유지했었다.[12] 박정희 군사혁명정부는 쿠데타 직후 포고령 제18호를 통해 "공산주의 강령과 활동이 국헌을 문란케 하며 국가안전에 대한 명백하고도 계속적인 위험성이 있음을 확인하고 그 활동을 철저히 규제함으로써 국가의 안녕과 질서 및 국민의 자유를 확보"하겠다고 선언했다. 1961년 3월, 국가재건최고회의는 당시 국가보안법을 그대로 둔채 새로이 반공법을 공포했다. 박정희 정권은 반공법을 제정하면서 "반국가단체를 이롭게 하는 자나 이들에 대해서 협조하는 자 등을 일반법보다 무겁게 처벌하여 국가의 안전을 위태롭게 하는 공산계열의 활동을 봉쇄하고 국가의 안전과 국민의 자유를 확보"하겠다고 선언했다.[13]

박정희 정권이 제정한 반공법은 반국가단체에 대한 고무·찬양·동조 등, 용공적 행위를 처벌대상에 포함시킴으로써 현재의 국가보안법 제7조의 골격을 만들었다. 반공법 제4조는 "반국가 단체나 그 구성원 또는 국외의 공산계열의 활동을 찬양, 고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체(국외공산계열을 포함한다)를 이롭게 하는 행위를 한자는 7년 이하의 징역에 처한다"고 규정하고, 이러한 목적으로 "문서, 도서 기타의 표현물을 제작, 수입, 복사, 보관, 운반, 반포, 판매 또는 취득한 자도"동일한 처벌을 받도록 했다. 강력한 반공이데올로기가 지배한 1960년대에는 사소한 정치적 표현이 이적 표현으로 간주되어 처벌되는 사례가 빈발했다. 개인간의 사소한 농담이나 언쟁, 취중에 발생한 감정적 발언에 까지 국가보안법을 적용해 소위 "막걸리 국가보안법 사건"이라는 말조차 생겨났다.[14]

한편 1980년 집권한 신군부는 국가보위입법회의에 국가보안법 개정안을 제출하면서 국가보안법과 반공법을 통합하여 "국가의 안정과 국민의 생존 및 자유를 위태롭게 하는 반국가활동을 보다 공고히 규제"하겠다고 선언했다.[15] 이에 따라 반공법의 찬양·고무조항은 개정 국가보안법의 제7조로 편성되었고, 반국가단체구성이나 공산주의 선전선동 뿐만아니라 정부를 비판하는 각종 표현행위들이 이적행위로 간주되어, 종교·노동·교육·학문·예술의 영역에 까지 광범위하게 국가보안법이 적용되기 시작했다. 민주화운동, 노동운동, 전교조운동 및 빈민운동 종사자, 이념서적을 저술한 출판인, 작가, 심지어 화가까지 국가보안법 제7조의 처벌대상이 되었다. 주한미군 철수나 국가보안법 폐지를 주장하는 것도 국가보안법 위반으로 처벌되었다.[16] 제6공화국의 경우, 이적표현물 제작·반포와 찬양·고무·동조가 전체 국가보안법 사건의 약 80퍼센트를 차지했다.[17]

8) 1948년에 제정된 국가보안법은 박정희 정권에서 반공법과 국가보안법으로 이원화되었다가 1980년 국가보위입법회의에서 두 법이 국가보안법으로 통합되어 현재에 이르고 있다. 참조, 박원순, 『국가보안법 연구 1: 국가보안법 변천사』 역사비평사, 1997.
9) 박원순, 『국가보안법 연구 1』 p. 93.
10) 박원순, 『국가보안법 연구 2』 p. 103.
11) 박원순, 『국가보안법 연구 1』 p. 126.
12) 참조, 위의 책, pp.156-79.
13) 위의 책, 193.
14) 참조, 박원순, 『국가보안법 연구 2』 pp. 100-18.
15) 박원순, 『국가보안법 연구 1』 p.204.
16) 최병모, "국가보안법의 개폐방향," 국가보안법 대토론회 자료집, 민주사회를 위한 변호사 모임, 1991년 5월 3일.
17) 박원순, 『국가보안법 2』 pp.48-49.

1980년대에 접어들면서 국가보안법 판결이 크게 늘어났으나 국가보안법 제7조가 표현의 자유를 부당하게 침해한다는 주장을 법원이 받아들이는 경우는 극히 드물었다. 사법부 역시 군사정권과 마찬가지로 국민의 기본권보다 국가안보가 우선이라는 논리를 받아들였기 때문이었다. 1982년 대법원은 "종교나 학문 또는 예술을 내세워 자유권을 보장하는 바로 그 헌정질서를 파괴하여 국가의 안정과 사회질서를 위태롭게 할 수 없음은 당연한 일"이라면서 표현의 자유를 명분으로 "국가의 안전보장 및 공공의질서와 선량한 풍습 또는 공공의 복리를 위한 그 어떠한 법에 반하는 행위도 국민의 기본권이론에 의하여 정당화 될 수"없다고 선언했다.[18]

독재정권에 대한 비판을 국가보안법을 동원해 탄압하는 사례가 늘어나자, 국가보안법 철폐는 1980년대 후반들어 민주화 추진세력의 주요한 요구가 되었다.[19] 그러나 국가보안법에 대한 반대논의는 이미 1948년 최초의 국가보안법이 제정될 때부터 제기되었었다. 당시 한 야당의원은 좌익을 막으려면 "좌익에 지지 않는 민주주의적 입법을 해가지고 민족적 정기를 살려야만 우리 대한민국이 발전"할 것이라면서, 자유당이 제안한 국가보안법은 "히틀러의 유태인 학살을 위한 법률이나 진시황의 분서사건이나 일제의 치안유지법"과 다를 바가 없다고 강력히 반대했었다.[20] 1958년 12월 이승만 정권이 국가보안법상 처벌범위를 확대하려 하자 야당인 민주당은 "자유당은 자기들만이 반공인이고 여타는 모두가 용공자인 것 같은 망상과 형벌만능의 착각을 버려야 하며 진정한 반공은 공산당식 언론억압을 반대하고 언론자유를 보장하며 공산주의적 일당독재를 배격하고 복수정당정치를 발전시키는 데 있음을 알아야 한다"고 역설했었다.[21]

그러나 1961년 박정희 정권 집권 이후 1980년대 말까지의 군사독재 치하에서는 국가보안법에 대한 반대의견마저도 제시할 수 없이 철저히 억압된 상황이었다. 결국 국가보안법에 대한 반대논리는 1987년 6월 항쟁의 결과로 언로가 트인 후에야 비로소 활발히 제기될 수 있었다. 군사정권 치하에서 엄청난 숫자의 사람들이 국가보안법 위반으로 구속·투옥되고 더구나 수사 과정에서 부당한 인신구속, 고문, 사건조작 등의 사례가 밝혀지면서 국가보안법은 가장 먼저 폐지되어야 할 "악법"의 상징이 되었다. 국가보안법 폐지론자들은 국가보안법 제7조가 지나치게 광범위해 죄형법정주의에 반하며, 부당하게 표현의 자유를 위축한다고 주장했다.[22] 1987년 대통령선거에서는 국가보안법 폐지가 선거공약으로 등장하기도 했다. 헌법재판소도 90년의 판결에서 국가보안법 제7조가 비록 위헌법률은 아니지만 기본권 침해의 여지가 많은 법률임을 인정했다.[23] 그 주된 이유는 찬양·고무조항이 헌법에 보장된 표현의 자유를 침해한다는 것이었다.

헌법재판소의 결정이후 국가보안법 폐지 여론이 높아가자 정부와 여당은 1991년 5월 국가보안법 개정안을 통과시켰다. 야당과 재야인권단체의 반대에 부딪혔던 국가보안법 개정안의 핵심적 내용은 국가보안법의 금품수수, 잠입탈출, 찬양고무동조, 회합통신에 관한 조항에 "국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 전제조건을 삽입한 것 뿐이었다.[24] 국가보안법 반대론자들은 정부의 개정안이 인권침해를 예방하는데 크게 부족하다고 주장했다. 그들의 예상대로 개정된 국가보안법은 기본권 침해의 남용을 막는데 큰 기여를 하지 못했다. 김영삼 정부에서도 국가보안법 위반 구속사례는 줄어들지 않았고, 김대중 정부 집권이후 99년 초반까지도 그 양상은 크게 달라지지 않았다. 민주화실천가족운동협의회가 발표한 자료에 따르면 김영삼 정부 5년동안 구속된 정치범은 모두 4,237명이며 그중 국가보안법 위반 구속자는 1,961명이었다.[25] 김대중 정부 출범이후에도 98년 11월 말까지 국가보안법으로 구속된 사람은 311명에 이른 것으로 집계되었다.[26]

18) 대법원 1982.7.13 선고 82도1219 판결.
19) 참조, 민주장 정책위원회, 자료집, "안기부법, 국가보안법 개폐를 위한 대 토론회," 1993년 11월 24일, 자료집, "국가보안법 폐지를 위한 공청회," 민중운동탄압 분쇄와 민주기본권 쟁취를 위한 범국민대책회의, 1996년 8월 6일.
20) 박원순, 『국가보안법 연구 1』 p. 28
21) 앞의 책, p. 137.
22) 참조, 강경선, "국가보안법 폐지와 민주주의의 실현", 국가보안법 대토론회 자료집, 민주사회를 위한 변호사 모임, 1991년 5월 3일. 이밖에 폐지근거로는 국가보위 입법회의에서 종래의 반공법을 흡수 개정한 것으로 세정의 주체와 절차가 민주주의 원칙에 어긋나면, 형법상의 내란죄, 간첩죄등과 중복되어 불필요하다는 주장도 제기되었다. 참조, 최병모, "국가보안법의 개폐방향," 국가보안법 대토론회 자료집, 민주사회를 위한 변호사 모임, 1991년 5월 3일. 한편 극우 보수세력들이 국보법을 빌미로 반민주적, 반통일적, 반민중적 정치 풍토를 조성하면, 노동자 탄압과 권력과 재벌을 비호한다는 주장도 제기되었다. 김영규, "국가보안법이 한국사회에 미친 영향," 논문집 "국가보안법, 필요한가?" 남북한이 유엔에 동시가입하고 남북기본합의서도 채택되는 상황에서 북한을 국가보안법상의 반국가단체로 보는 것은 시대착오적이고 자기모순적이며, 행위의 가벌성 정도에 비하여 너무나 과중한 형량이 규정되어 죄와 형의 균형을 요구하는 적정성의 원칙에 위반된다는 주장도 제기되었다. 이창호, "자유민주주의와 국가보안법," 논문집 "국가보안법, 필요한가?"
23) 헌법재판소 1990.4.2. 선고 89헌가113판결.
24) 박원순, 『국가보안법 연구 1』 pp. 258-70.
25) 『한겨레』 1998년 11월 30일자.

3. 유엔인권이사회의 국가보안법 해석

1999년 초반에 접어들면서 국가보안법 개정의 움직임이 다시 활발해지기 시작했다. 그 배경 중에는 국가보안법 제7조가 표현의 자유를 침해하고 있다는 유엔인권이사회의 결정도 포함되어 있다. 국가보안법에 대한 국제사회의 반대와 비난의 목소리는 이미 오래전부터 제기되었었다. 국제사면위원회 등 해외의 인권단체들은 이미 오랫동안 국가보안법의 폐지를 한국정부에 요청해 왔으나 우리 정부는 한반도의 특수한 남북대치상황을 이유로 이러한 요구들을 일축해 왔다. 그러나 우리 나라도 1990년 4월 10일 두 개의 국제인권규약과 — 경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 규약(Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: 국제인권A규약)과 시민적, 정치적 권리에 관한 규약(Covenenat on Civil and Political Rights: 국제인권B규약) — 선택의정서(Optional Protocol)에 가입함으로써 국제적인 인권보호의 기준을 더이상 외면할 수 없는 처지가 되었다.[27]

국제인권규약 가입국의 규약준수여부를 감시하는 유엔인권이사회는 1998년 11월 우리나라 대법원에서 유죄판결이 확정된 두 건의 국가보안법 사건에 대해 국제인권규약에 보장된 표현의 자유가 침해되었다는 이유로 한국 정부에 패소결정을 내렸다.[28] 비록 강제집행력은 없는 결정이지만 국제적으로 인권침해국의 오명을 쓰는 것으로, 이제 우리나라 사법부도 국가보안법을 해석하는데 국제법을 무시할 수 없는 상황이 된 것이다. 세계인권선언과 국제인권규약을 존중하는 것은 국제사회에서 그 국가의 공정성(fair play)과 정의(justice)와 정직(honesty)의 수준을 측정하는 기준으로 인정되기 때문이다.[29]

유엔가입국에 적용되는 국제적 인권보호 기준은 유엔헌장 중의 인권조항, 세계인권선언, 두개의 국제인권규약, 그리고 국제인권규약 선택의정서 등이다. 유엔 산하 인권위원회(Commission on Human Rights)가 초안해 1948년 12월 유엔총회에서 채택된 세계인권선언은 국제기구가 선언한 최초의 종합적인 인권보호조항이다. 그러나 세계인권선언은 국제적인 조약은 아니고 유엔총회가 채택한 결의안에 불과하기 때문에 국제법적인 구속력을 갖는 것은 아니었다. 세계인권선언이 채택된지 18년 후인 1966년 후에야 비로소 국제 인권규약과 의정서가 채택되었고, 국제인권 규약은 1976년부터 국제법으로서 효력을 발생했다. 국제인권규약은 비준국에게 법적인 의무를 부여하는 국제협약으로 국제인권규약에 가입한 나라의 국민은 국제시민으로서 기본권의 보장을 받게된 것이다.[30]

세계인권선언이나 시민적, 정치적 권리에 관한 규약 모두 표현의 자유를 우선적인 기본권으로 취급하고 있다. 세계인권선언 제19조는 "사람은 누구나 자유롭게 의견을 가지고 이를 발표할 권리"를 갖고 있음을 천명하면서, 이러한 권리에는 "간섭없이 의견을 가질 권리와 어떤 방도를 통하여서나 국경의 제한을 받음이 없이 정보와 사상을 탐구, 입수, 전달하는 자유"가 포함된다고 선언했다.[31] 시민적 정치적 권리에 관한 규약(국제인권B규약)의 제19조도 인간은 누구나 "간섭을 받지 않고 의견을 가질 권리"와 "표현의 자유에 대한 권리"를 갖는다고 선언했다. 이러한 권리에는 "서면이나 인쇄물, 예술품의 형식 또는 기타 자기가 선택한 방법에 의하여 모든 종류의 정보와 사상을 구하고 수리하고 전달할 자유가 포함"되었다.[32]

국제인권규약 선택의정서에 따라 설치된 유엔인권이사회(Human Rights Committee)는 비준국으로 부터 인권상황에 대한 보고서를 받는다. 비록 유엔인권이사회는 비준국들이 제출한 인권보고서를 검증할 수 있는 권한은 없으나, 비준국들에게 유엔인권이사회의 권고사항 이행정도를 보고토록 요구할 수는 있다. 유엔인권이사회에는 인권침해를 주장하는 비준국 국민의 청원을 받아 심사할 수 있는 권한도 부여되었다.[33] 이때 유엔인권이사회의 개인청원은 자국 내에서 모든 법적 절차가 끝난 사건에 한해 허용된

26) 조용환, "인권, 민주주의, 국가 국제인권기준에 비추어 본 한국의 상황과 과제," 세계인권선언 50주년 기념 학술 심포지엄, 민교협, 1998년 11월 19일, 재인용, 민가협 자료, 김영삼정권 양심수 현황; "국민의 정부" 6개월 구속자 현황.
27) 참조, 정인섭, 『국제인권조약과 한국의 대응』, 세계인권선언 50주년 기념 학술 심포지엄, 민교협, 1998년 11월 19일.
28 Human Rights Committee, Communication No 628/1995, CCPR/C/64/D/628/1995.
29) Commission on Human Rights, E/Cn.4/1995/32; Human Rights Committee, Communication No 574/1994, CCPR/c/64/D/574/1994.
30) 참조, Thomas Buergenthal, International Human Rights in a Nutshell 『St. Paul, MN: West Publishing Co., 1995).
31) htttp://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_udhr.htm.
32) Ibid.
33) 이때 청원자가꼭 인권피해자일 필요는 없고 그 사안에 대해 직접적이고 믿을 만한 인지를 한 사람이면 가능하며 비정부기구도 가능하다. 참조, 김태천, "국제인권규약의 개인청원제도 — 그 실효성 확보를 위한 몇가지 제안," 〈국제인권법〉 제2호, 1998년, pp. 145-66.

다. 일단 청원에 대한 심의 결정이 내려지면 유엔인권이사회는 청원 내용을 당사국에 통보하고, 당사국은 6개월 내에 응답을 해야한다. 개인청원에 관한 유엔인권이사회의 결정은 경제사회이사회에 통보되고, 유엔총회에 제출하는 연례보고서에 요약이 된다. 물론 유엔인권이사회의 결정이 강제집행력을 갖는 것은 아니다.

유엔인권이사회는 총회에 제출한 각종 보고서를 통해 표현의 자유를 국제인권규약의 "핵심적인 권리 (a core right)"로 규정했다. 표현의 자유는 "가장 우선적인 자유이고 자유의 첫번째 요건(the primary freedom and the first condition of liberty)"이기 때문에, 여러가지 자유 중에서 우월적인 위치를 차지하고, 다른 자유를 지원하고 보호하는 역할을 하는 민주주의의 필수적 요건이라는 것이다. 유엔인권이사회는 표현의 자유가 또한 정치적인 권리로서 개인의 정치적 참여를 보장하는 것이기 때문에 필수적인 시험권 (essential test right)으로서, 표현의 자유의 보장에 따라 유엔 권리장전에서 보장하는 다른 인권이 보장되는 정도도 알 수 있다는 입장을 표명했다.[34]

그러나 세계인권선언은 표현의 자유가 부득이하게 침해될 경우도 있다고 인정했다. 세계인권선언 제29조는 개인의 권리와 자유도 "다른 사람의 권리와 자유를 인정하고 존중하고 민주사회에서 도덕과 공중질서와 공공복리의 요구를 충족시키기 위해 만들어진" 법률에 의해 제한받을 수 있다고 규정했다.[35] 국제인권B규약도 표현의 자유가 늘 완벽히 보장받는 권리가 아님을 분명히 했다. 즉 "타인의 권리 또는 신용의 존중, 국가의 안전 혹은 공공의 질서 또는 공중의 건강 혹은 도덕의 보호"를 위해서 표현의 자유가 제약을 받을 수도 있다는 것이다.[36] 또 국제인권B규약 제20조는 "전쟁을 위한 선전 (propaganda)"이나 "국가적, 인종적, 종교적 증오를 선동하는 것으로 차별과 호전성, 폭력 등을 선동하는 것"을 금지할 수 있도록 했다.[37]

유엔인권이사회도 표현의 자유에는 책임과 의무가 따르며, 따라서 적절한 규제를 받을 수도 있다고 인정했다. 그러나 표현의 자유에 대한 규제는 반드시 법적으로 이루어져야하고, 국제인권B규약 제19조의 예외조항에서 인정한 목적 중의 하나와 반드시 부합해야 하며, 그러한 목적을 달성하는데 필수적이라는 것이 입증되었을 경우에만 인정된다는 것이다. 유엔인권이사회는 표현의 자유의 보장은 예외가 아니라 일반적인 규칙이어야 한다면서 "표현의 자유는 우호적으로 수용되거나, 모욕적이지 않거나, 무관심한 정보나 사상에만 적용되는 것이 아니라," 사상의 자유시장 논리에 따라 "모욕적이고 충격적이고 국가나 사회일부의 평온을 해치는 것"에도 적용되어야 한다고 주장한다. "사상의 자유시장에서 경쟁을 통해 수용되는 것이 진리를 판별하는 가장 현명한 방법"이기 때문이라는 것이다.[38]
유엔인권이사회는 표현의 자유가 유보될 수 있는 다섯가지 예외항목을 설정했다. 즉 1) 타인의 권리나 명예, 2) 국가안보, 3) 공중질서, 4) 공중의 건강, 5) 공중의 도덕을 보호하기 위해서이다.[39] 유엔인권이사회는 국가안보를 보호하기 위해 표현의 자유를 침해하는 경우는 "국가전체에 직접적인 정치적 군사적 위협을 가져오는 가장 심각한 경우"로 국한시켰다. 국가안보를 내세워 불필요하고 부당한 표현의 자유 침해가 많다고 지적한 유엔인권이사회는 국가안보가 표현의 자유를 제약하는 정당한 근거로 인정을 받는 것은 "진정으로 (국가안보)가 위협받을 때"이고, 이때의 법적 규제는 명확히 규정되어 "누구나 무엇이 금지된 것인지 알고, 무엇이 제한을 받는지 알 수 있어야 한다"고 선언했다.

유엔인권이사회는 표현의 자유를 보장하는데 있어 독립된 사법부의 중요성을 강조했다. 유엔인권이사회에 따르면 행정부에 과도하고 자의적인 권력이 집중되는 것은 표현의 자유를 보장하는 환경을 저해하고 사법부의 독립성을 제한한다. 유엔인권이사회는 가입국 정부에 모든 법률제도를 표현의 자유에 관한 국제기준에 맞도록 고치라고 요구하면서, 특히 모든 국가의 사법부는 표현의 자유를 보장하는데에는 중립(impartiality)이 없다는 사실을 인지하고, 비폭력적인 의견을 표현한 것 때문에 구금되어 있는 모

34) Commission on Human Rights, E/Cn.4/1995/32
35 htttp://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_udhr.htm
36) Ibid.
37) Ibid.
38) Commission on Human Rights, "Question of the Human Rights of All Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment: Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression," Report of the Special Rapporteur, Mr. Abid Hussain, pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1993/45. E/Cn.4/1995/32.
39) Ibid.

든 사람들을 석방하라고 권고했다.[40]

유엔인권이사회는 한국의 국가보안법이 사상의 자유와 표현의 자유를 침해한다며 지속적인 우려를 표명해왔다. 유엔인권이사회는 1992년 9월 한국정부에 국가보안법의 점진적 폐지를 권고했다.[41] 국가보안법중 일부는 그 규정이 애매모호하여 국가안보와 무관한 표현행위까지도 규제한다고 본 것이다. 유엔인권이사회는 한국에서 국가안보를 위협하는 행위에 대한 처벌은 일반형법으로도 충분하다고 주장했다. 유엔인권이사회의 표현의 자유 특별보고관도 1995년 한국에 관한 보고서에서 국가보안법 폐지를 요구했다.[42] 1995년 6월 한국을 직접 방문해 표현의 자유 보장 상태를 조사했던 아비드 후세인 특별보고관은, 그해 11월 유엔인권위원회 (Commission on Human Rights)에 제출한 보고서에서 한국정부가 대체적으로 인권보호와 증진을 위해 많은 조치들을 취했다고 인정하면서도 여전히 인권문제에 있어서는 한국이 "우려의 대상(a subject of concern)" 이라고 밝혔다.[43] 그 주된 이유는 국가보안법 제7조의 남용 때문이었다. 후세인 특별보고관은 한국정부가 형법만으로도 충분히 국가안보를 저해하는 행위에 대처할 수 있다면서, 국제인권규약에 따라 국가보안법을 폐지하고 국가안보를 위한 다른 합법적 수단을 강구하라고 요구했다.
후세인 특별보고관은 개인의 표현이 국가의 안전을 직접적으로 위협하는 경우는 아주 예외적이라면서, 그러한 경우가 성립하려면 표현의 행위자가 국가안보를 직접적으로 위협하는 행동을 유발할 능력과 의도를 갖고 있다는 사실을 정부가 분명히 입증해야 한다고 주장했다. 단지 국가안보를 위협할 가능성이 있다는 이유만으로는 처벌할 수 없다는 것이다. 정부가 위험하다고 주장하는 표현이 허용될 경우 "어떤 결과가 생길지, 그리고 그러한 것들이 왜 국가안보에 직접적인 위협이 되는지"를 정부가 입증해야 한다는 것이다.

후세인 특별보고관은 대부분의 국가보안법 제7조 위반사건의 경우, 문제된 표현의 내용이 한국의 국가안보에 직접적이고 심각한 정치적 군사적 위협임을 입증되지 않았다고 지적했다. 특별보고관은 또 국가보안법 제7조의 "반국가단체의 행동을 찬양, 고무, 선동하는 것, 또는 적을 이롭게 하는 등"의 용어의 개념들이 불분명한 점도 지적했다. 그는 한국정부가 아주 일반적이고 사소한 발언도 반국가단체에 도움이 된다는 이유로 처벌하고, 일반적이고 학문적인 자료들을 소유한 것도 처벌하는 것에 대해 특히 깊은 유감을 표명했다. 또 반국가적이거나 이적 의도가 명백하지 않았음에도 처벌하는 것에 대해서도 우려를 표명했다. 특별보고관은 한국의 법률제도, 특히 표현의 자유와 관련한 법률에 있어, 국제적인 인권기준을 체계적으로 적용하는 조치를 취하라고 권고하면서, 정부에게 국제인권관련 자료를 사법부와 법조계에 보급하고, 현직판사와 변호사들을 위한 국제 인권법에 관한 세미나와 강좌를 개설하라고 구체적으로 요구했다.

한편 1998년 말 유엔인권이사회는 국가보안법 제7조 위반사건에 대한 우리 나라 대법원의 판결이 유엔인권규약에 위배된다는 결정을 잇달아 내렸다. 1998년 10월 20일 내려진 결정에서 유엔인권이사회는 국가보안법 제7조 1항과 3항 위반혐의로 대법원에서 확정판결을 받았던 박태훈씨의 청원을 받아들여, 그에 대한 부당한 인권침해에 대해 한국정부는 보상조치를 하라고 요구했다. 박태훈씨는 미국 유학시절 주한미군철수 시위 등에 참가한 것이 문제가 되어 귀국 후 국가보안법 위반혐의로 유죄판결을 받았었다.[44] 그는 국내 재판에서 그의 처벌이 국제인권규약에 위반된다고 주장했으나 받아들이지 않았었다.[45] 반면 유엔인권이사회는 한국 검찰이 박태훈의 행동 중 어떤 부분이 국가안보에 해를 입혔는지 입증하지 않았기 때문에 그의 처벌이 부당하다고 밝혔다. 유엔인권이사회는 한국정부가 박태훈씨에게 적절한 보상을 하고 장차 비슷한 유형의 침해가 발생하지 않도록 보장하라고 요구했다.

40) Ibid.
41) Human Rights Committee, "Comments of the Human Rights Committee: Republic of Korea," CCPR/C/79/Add.6, 25 September 1992.
42) Commission on Human Rights, "Question of the Human Rights of All Persons subjected to Any Farm of Detention or Imprisonment: Report on the Mission to the Republic of Korea of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom opinion and expression, Mr. Abid Hussain, submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1993/45. E/CN.4/1996/39/Add.1
43) Ibid.
44) Human Rights Committee, Communication No 628/1995, CCPR/C/64/D/628/1995.
45) 대법원1994.4.15 선고 94도126 판결.

박태훈씨 결정이 내려진지 2주 후, 유엔인권이사회는 역시 국가보안법 위반혐의로 대법원에서 유죄가 확정된 김근태씨에 대해서도 인권침해결정을 내렸다. 유엔인권이사회는 박태훈씨 결정과 마찬가지로 검찰이 김근태씨의 표현이 국가안보를 위태롭게 했다는 사실을 입증하지 못했다고 밝혔다. 김근태씨는 전민련 의장 당시 행한 연설과 배포한 자료로 인해, 국가보안법 제7조 1항과 5항의 위반혐의로 91년 4월 대법원 확정판결을 받았었다.[46] 정부는 유엔인권이사회에 제출한 자료를 통해 김근태씨의 발언이 북한의 통일정책과 상통했기 때문에 그의 연설이 북한의 남한전복행위를 돕는 표현이었다고 주장했다. 정부는 북한이 계속 남한의 안정을 위협하는 행위를 하고 있는 상황에서, 민주주의를 파괴하고 전복하려는 사람들에게 무조건적으로 표현의 자유를 보장할 수는 없다면서, 국가보안법은 북한의 상존하는 위협으로부터 민주사회를 지키는 "최소한의 법적인 수단(a minimal legal means)"이라고 주장했다.

그러나 유엔인권이사회는 김근태씨가 북한을 위해 반국가행위를 했다는 증거가 없고, 그의 연설이나 배포된 전단이 국가의 존립과 민주적 자유질서에 분명한 위험을 제기했다는 증거도 없다고 결론지었다. 북한과 비슷한 주장을 했다는 것이 어떻게 국가안보에 위협을 가하는 이적행위인지, 그러한 표현 자체가 국가안보를 위협하도록 청중이나 독자에게 어떤 효과를 가져왔는지를 대법원이 전혀 고려하지 않았음을 유엔인권이사회는 지적했다. 유엔인권이사회는 "광범위하고 불명확한 국가보안법의 처벌조항을 세심하게 검사할 필요"가 있다고 우리나라 대법원에 충고했다. 김근태씨의 표현 중 정확히 어느 부분이 위협이 되는지 분명히 지적하지 않았고, 그의 처벌이 국가안보를 위해 필수적이라는 사실을 입증할만한 구체적인 근거도 제시하지 못했기 때문에, 대법원이 내린 유죄판결은 국제인권규약에 위반된다는 것이 유엔인권위원회의 입장이었다. 따라서 한국정부는 그에게 적절한 보상을 하고 90일 내에 한국정부가 취한 조치에 대해서 보고하라고 유엔인권위원회는 요구했다.[47]

국가보안법 제7조에 관한 유엔인권이사회의 거듭된 인권침해 결정은 대한민국을 국제사회에 인권침해국으로 낙인찍는 동시에, 한국 사법부의 위신을 실추시키는 수치스러운 결정이다. 이를 막기 위해서는 유엔이 정한 기준에 맞게 국가보안법 제7조를 개정 혹은 폐지하거나, 우리 나라 사법부가 적용하는 국가보안법 제7조에 대한 법적 기준을 유엔인권규약에 맞게 바꿔야 할 것이다. 유엔인권이사회가 적용하는 사법적 판단기준에 따라 국가안보를 해치는 표현행위를 처벌하려면 1) 어떤 표현이 법적으로 금지된 표현인지 명확히 규정되어야 하고, 2) 해당 표현을 허용함으로써 국가안보에 위태로운 결과를 가져왔다는 사실을 정부가 입증해야 한다. 단순히 국가안보를 저해할 것이라는 개연성이나 가능성 만으로는 처벌할 수 없다는 것이 유엔인권위원회의 일관된 입장이다.

4. 헌법재판소의 국가보안법 해석

우리 나라에서 헌법에 보장된 기본권은 헌법재판소의 위헌법률심사제도나 헌법소원을 통해 국내에서 구제받을 수 있다. 위헌법률심사제도란 법률이 그 상위규범인 헌법과 위배되는 경우, 그 효력을 상실케 하거나 그 법률의 적용을 무효화시키는 것을 말한다.[48] 법원은 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되는 경우 헌법재판소에 위헌제청을 할 수 있다. 한편 국민 개인은 자신의 기본권을 침해한 공권력의 행사 또는 불행사를 대상으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그러나 현행 헌법재판소법은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외시키고 있어, 헌법재판소의 기본권보장 기능이 제대로 발휘되지 못하게 만들었다.[49]

우리나라 위헌법률심사제도의 역사를 보면 헌법위원회, 헌법재판소 등과 같은 독립적인 헌법기관이 관장하는 경우도 있었고, 제3공화국에서는 대법원이 위헌법률심사권을 행사했었다.[50] 그러나 제6공화국 이전에 위헌법률심사권이 행해진 경우는 실질적으로 극히 드물었다. 사법부의 독립이 실현되지 못한 것이 주된 이유였다. 1972년 대법원이 국가배상법에 대해 위헌판결을 내리자 박정희 정권이 법관들에게 보복을 가하는 소위 "사법파동"이 발생하기도 했다. 이후 유신정권은 대법원으로 부터 위헌법률심사권을 아예 박탈했다.[51] 제4공화국과 제5공화국 헌법에 규정된 헌법위원회는 단 한건의 위헌심판도 행하지 못했다.[52] 반면 제6공화

46) Human Rights Committee, Communication No 574/1994, CCPR/c/64/D/574/1994.
47) 99년 4월 현재 정부는 유엔인권위원회의 결정문을 번역, 배포하라는 명령만 이행했다.
48) 김철수, 『헌법학신론』 박영사, 1995, pp. 696-97.
49) 위의 책, P. 759.
50) 위의 책, pp. 702-703.
51 김종서, "헌법재판의 허와 실," 민주법학, 1996년 제10호, p. 224.

국 헌법에 의해 탄생된 헌법재판소의 위헌심사 기능은 양적으로는 크게 활성화되어 매년 수백건의 청원이 접수되고 있다. 그러나 헌법재판소의 전반적인 판결 경향은 "매우 보수적이며 일관성이 없이 상황논리에 의존하고 있다"는 비판을 받고 있다.[53] 1988년 9월부터 94년 1월까지 처리된 1,685건 중 기본권 침해로 인정된 판결은 50건에 불과했다.[54]

현재의 헌법재판소는 대통령이 임명한 9인의 재판관으로 구성된다. 이중 3인은 국회에서, 또 다른 3인은 대법원장이 지명한다. 재판관의 임기는 6년이며 연임할 수 있다. 헌법재판소장은 대법원장과 동일하게, 헌법재판소 재판관은 대법관과 동일하게 대우와 보수를 받는다. 헌법재판소는 재판관 9인중 6인 이상이 동의할 경우 위헌결정을 내릴 수 있다. 위헌으로 결정된 법률은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 그러나 헌법재판소는 "헌법불합치결정," "한정합헌결정," "한정위헌결정"등의 소위 변형결정을 내리기도 한다.[55] "헌법불합치결정"은 위헌결정의 효력을 즉시 발생시킬 때 제기될 법률의 공백을 막기위해 위헌선언을 하되 그 위헌법률의 효력을 일정기간 유지시키는 결정을 말한다. "한정합헌결정"이란 해당법률의 위헌성은 인정하면서도 일정한 조건으로 해석한다면 합헌으로 간주하는 것이다. 이러한 한정합헌에 대해 한 헌법학자는 "인권 특히 우월적 자유의 규제입법에 대하여 한정해석을 무원칙하게 적용하는 것은 헌법상의 의문을 은폐하고 헌법재판소가 헌법판단에서 도피하는 결과로 끝날 위험이 적지않다"고 지적했다.[56]

헌법재판소가 내린 "한정합헌"의 대표적인 사례가 국가보안법 제7조에 대한 결정이다. 9명의 재판관중 8명이 동의한 판결이었다. 1990년 4월과 6월에 각각 결정한 판결에서 헌법재판소는 국가보안법 제7조 제1항과 제5항이 표현의 자유를 침해할 여지가 많다는 사실을 인정했으나 위헌결정을 내리지는 않았다. 대신 표현의 자유를 침해하지 않도록 해석, 적용하는 한 위헌은 아니라는 궁색한 결정을 내렸다. 즉 국가보안법 제7조를 "국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우"로 한정해 해석한다면 "표현의 자유의 우월적인 지위"가 유지된다는 것이 헌법재판소의 판단이었다.[57]

위 사건에서 헌법재판소는 과거 국가보안법 제7조가 표현의 자유를 침해한 사례들을 구체적으로 나열하지는 않았지만, 표현의 자유를 침해할 가능성이 크다는 점은 분명히 인정했다. 그 이유로 헌법재판소는 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 규정이 지나치게 포괄적이고 막연하다는 점을 지적했다. "어느 북한 어린이를 두고 노래를 잘한다는 말"이나 "북한측이 남북문화교류 제의를 하였을 때나 국제경기에 남북단일팀 출전 제의를 하였을 때에도 이에 찬의만 표해도" 찬양·고무 조항에 저촉될 수 있고, 이로 인해 기본권이 침해될 여지가 있다고 보았다. 헌법재판소는 또 국가보안법 제7조가 "국가안전보장이나 자유민주적 기본질서의 수호에 관계없는 경우까지 확대적용될 만큼 불투명하고 구체성이 결여되어" 있기 때문에 헌법이 보장한 언론·출판의 자유, 학문·예술의 자유, 양심의 자유을 침해할 가능성이 있다고 인정했다.

따라서 국가보안법 제7조를 문자 그대로 엄격하게 해석·적용한다면 "북한문제에 관한 한 비난 빼고는 하고 싶은 말, 쓰고 싶은 글, 그리고 학술적 활동이나 예술활동이 일체 금지가 될 소지가 생길 것이며, 북한의 남침정책이나 대한민국의 체제전복과 관계가 없는 무해한 표현행위라 하더라도 안심하고 자기 의사의 창달이 힘들게 된다"고 헌법재판소는 인정했다. 결과적으로 "국가의 존립·안전의 법익 수호의 목적도 달함이 없이 국민의 표현의 자유만 위협하고 위축시킬 경우"가 생길 수 있다는 것이었다.

헌법재판소는 국가보안법 제7조의 "적용범위가 과도하게 광범위하고 다의적"이기 때문에 "법운영 당국에 의한 자의적 집행을 허용할 소지"도 있다고 보았다. 법운영 당국이 "사람에 따라서는 법규의 문언 그대로 적용하여 합헌적인 행위까지도 처벌하여 기본적 인권을 침해할 수 있는가 하면, 그 운영당국은 가능한 한의 축소해석을 통해 위헌성을 띠는 행위마저 처벌을 면제시킬 수" 있기 때문에 국가보안법 제7조는 "정부비판세력을 견제하는 수단으로 오용 내지는 남용의 소지"를 안고 있다는 것이었다. 이러

52) 김철수, p. 727.
53) 참조, 국순옥, "헌법재판의 본질과 기능," 『민주법학』 1996년 제 11호, pp. 9-50; 서경석, "헌법재판소의 기본권 해석론," 『민주법학』 1996년 제 11호, pp. 51-75.
54) 김종서, "통계로 본 헌법재판," 『민주법학』 1994년 제 7호, p.186.
55) 김철수, p. 745.
56_) 위의 책, p. 743.
57) 헌법재판소 1990.4.2. 선고 89헌가113 판결; 헌법재판소 1990.6.25. 선고90헌가11 판결.

한 자의적 법집행은 법치주의에 어긋나는 것으로 헌법 제11조의 평등권을 침해하는 것"이라고 헌법재판소는 설명했다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 국가보안법 제7조에 대해 위헌판정을 내리지는 않았다. 법률적으로는 위헌의 소지가 많은 법조항이지만, 정치적·군사적으로 필요한 조항이라는 이유를 제시했다. 국가보안법 제7조의 "완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제지만, 남북간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는 마당에서는 완전폐기함에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 이익형량상 더 클 것"이고, "형법상의 내란죄나 외환죄"는 "국가의 자기안전·방어에는 다소 미흡하다"는 것이 헌법재판소가 제시한 근거였다.

대신 헌법재판소는 국가보안법 제7조를 유지하면서 "표현의 자유의 우월적 지위"를 지켜줄 해석 기준을 제시했다. 즉 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고, 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소제한"하라는 것이었다. 그렇게 될 경우 "법운영 당국의 제도 외적 오용 내지 남용으로 인한 기본권침해의 사태"는 예방할 수 있고, "처벌범위의 불명확성 때문에 생기는 죄형법정주의 위배의 소지"도 없어질 것이라고 헌법재판소는 예상했다. 헌법재판소는 "국가의 존립·안전을 위태롭게 한다 함은 대한민국의 독립을 위협·침해하고 영토를 침략하여 헌법과 법률의 기능 및 헌법기관을 파괴 마비시키는 것으로 외형적인 적화공작 등일 것"이라고 해석했고, "자유민주적 기본질서에 위해를 준다 함은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치·자유·평등의 기본 원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것이고, 이를 보다 구체적으로 말하면 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부 체제를 파괴·변혁시키려는 것으로 풀이할 수 있을 것"으로 설명했다. 그러나 헌법재판소는 "실질적인 해악"이나 "명백한 위험성"은 어떻게 판별할 것인지에 대해서는 구체적으로 언급하지 않았다.

한편 유일하게 국가보안법이 위헌이라고 주장한 변정수 재판관은 반대의견을 통해 국가보안법 제7조가 기본권을 침해하고 있음을 강력히 주장했다. 그는 국가보안법이 죄형법정주의에 반하는 것이라면서 "국가보안법은 구성요건이 너무 애매하여 명확성이 결여되고 지나치게 광범위할 뿐더러, 반국가단체에 이로울 수 있는 의사표현은 그것이 대한민국에 현실적으로 해악을 끼칠 위험성이 명백한 경우이건 아니건 간에 무조건 규제대상으로 삼는 것이어서 정부에 대한 비판이나 북한 등 공산계열에 관한 진실한 보도나 정당한 평가 또는 합리적인 언급조차도 권력의 선택에 따라 처벌"할 수 있기 때문에 "민주주의의 기초인 건전한 여론형성을 저해"한다고 반박했다.

그는 표현의 자유가 "헌법에서 보장된 여러 기본권 가운데에서도 특히 중요한 기본권이며, 그러기에 의사표현에 대하여 형벌을 과하는 법률은 최고도의 명확성이 요구될 뿐더러 그 의사표현행위를 처벌하기 위해서는 그것이 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠었다는 것만으로는 부족하고, 법률에 의하여 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야"한다며 "명백하고도 현존하는 위험의 원칙"을 주장했다. 그는 국가보안법이 "대한민국의 안전보장이나 질서유지 또는 공공복리에 명백한 현실적인 위험이 있거나 없거나를 가리지 아니하고 다만 반국가단체에 이로울 수 있다는 이유만으로 무조건 표현행위를 제한하고 처벌대상으로 삼고 있다는 점에서" 국가보안법은 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 법률이라고 주장했다. 그는 국가보안법 제7조가 "위헌성이 너무나도 뚜렷한 법률"이라면서 "한정적으로 제한해석하여 합헌결정을 내린다 하더라도 그 위헌성이 치유되는 것이 아니"라고 주장했다.

헌법재판소의 1990년 한정합헌 결정 이후 국가보안법 폐지를 주장하는 요구가 높아지자 정부와 여당은 국가보안법 개정안을 1991년 5월 통과시켰다. 국가보안법의 금품수수, 잠입탈출, 찬양·고무·동조, 회합통신에 관한 조항에 "국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 전제조건을 삽입했다. 그러나 개정된 국가보안법 조항은 국가보안법의 인권침해문제를 해결하지는 못했다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 1997년 개정된 국가보안법 제7조에 대해 합헌판결을 내렸다.[58] 헌법재판소는 1990년의 국가보안법 한정합헌결정의 취지를 국회가 적극 수용하여 국가보안법을 개정했다고 만족했다. 국

58) 헌법재판소 1997.1.16. 선고 92헌바6판결: 한편 국가보안법 제9조 제2항 소정의 편의제공 행위에 대한 처벌에 있어서도 제7조와 마찬가지 기준으로 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 구체적이고 명백한 위험성이 있는 경우로 축소제한하여야 할 것이고, 그와 같은 위험성이 있다고 단정

가보안법 개정안은 제7조에 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 단서를 추가했기 때문에, 개정된 조항은 과거의 조항이 갖고 있던 "개념의 다의성과 적용범위의 광범성은 거의 제거되고 범죄의 구성요건이 훨씬 명확히 규정"되었다고 헌법재판소는 평가했다. 따라서 현행 국가보안법 제7조는 "표현의 자유의 본질적인 내용을 침해하거나, 이를 필요 이상으로 지나치게 제한할 위험성이 있다고 할 수 없고 또 죄형법정주의에 위배된다고도 할 수 없어, 헌법에 위반되지 아니한다"고 선언했다. 따라서 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우"에만 적용하는 한 표현의 자유를 침해하는 것이 아니라고 헌법재판소는 규정했다.

헌법재판소는 구 국가보안법에 대해 한정합헌판결을 내렸던 7년 전과 남북간의 상황이 크게 달라져 있지 않음을 지적하면서 국가보안법의 필요성을 재차 강조했다. 헌법재판소는 "남·북한의 정치, 군사적 대결이나 긴장관계가 조금도 해소되지 않고 있음이 엄연한 현실"이라면서 "현단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에, 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의 체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점"을 고려해야 한다고 주장했다. 헌법재판소는 현행 국가보안법 제7조에 대한 합헌판결을 내리면서도 7년전에 설정한 해석 기준 즉, "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성" 기준이 실제로 법원에서 어떻게 적용되어 왔는지는 전혀 언급하지 않았다.

비록 헌법재판소가 국가보안법 제7조에 대해 위헌결정을 내리진 않았으나, 한정합헌의 조건으로 제시한 해석기준 즉, "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성"은 실제로 유엔인권이사회가 표현의 자유를 보장하기 위해 제시한 기준과 큰 차이를 보이지 않는다. 유엔인권이사회는 1) 어떤 표현이 국가보안법 상 금지된 표현인지 명확히 지적하고, 2) 해당 표현을 허용함으로써 국가안보에 위태로운 결과를 가져왔다는 사실을 정부가 입증하도록 요구했다. 만약 헌법재판소가 제시한대로 "실질적인 해악"과 "명백한 위험성"을 정부가 입증해야 한다면 표현의 자유를 부당하게 침해하는 사례는 크게 줄어들 수 있을 것이다. 안타깝게도 대법원은 헌법재판소가 제시한 기준을 전혀 수용하지 않았다.

5 대법원의 국가보안법 해석

대법원은 대법원장을 포함하여 14인의 대법관으로 구성되어 있다. 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 대법관은 대법원장의 제청으로 역시 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다. 대법원장과 대법관 모두 임기는 6년이나,대법원장은 연임할 수 없다. 대법원의 심판은 대법관 전원의 3분의 2이상이 참여한 합의체에서 행해지거나 대법관 3인 상으로 구성된 부에서 이루어진다. 법원조직법 제8조는 "상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속한다"고 규정하고 있어, 최고사법기관인 대법원의 판결은 하급법원의 결정에 있어 가장 중요한 기준이 된다.[59] 현행 헌법재판소법은 법원의 재판에 대한 헌법소원을 불허하고 있어, 헌법재판소가 대법원의 재판에 관여할 수 없다. 따라서 기본권 보장과 관련 법원이 헌법재판소가 제시한 기준대로 해석하지 않는다 하더라도 헌법재판소에 제소할 수 없다.

1990년 헌법재판소가 국가보안법 제7조에 대해 한정합헌을 내리면서 그 조건으로 제시한 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성" 기준은 한정합헌 결정이 내려지기 이전의 대법원 판례에서는 물론이고, 헌재 결정 이후 지금까지의 대법원 판례에서도 전혀 발견되지 않고 있다. 대법원은 국가보안법 제7조를 적용함에 있어 "실질적 해악"이나 "명백한 위험성"을 유죄입증의 조건으로 제시한 적이 없었다. 따라서 대법원의 판례에 근거해 재판을 해야하는 하급법원의 결정에서도 헌법재판소가 제시한 국가보안법 제7조의 해석기준이 적용되는 사례는 극히 드물었다. 지금까지 대법원이 국가보안법 제7조 위반사건을 심판하면서 적용한 기준은 헌법재판소가 제시한 기준보다는 훨씬 기본권 침해의 여지가 많은 것으로, 유엔인권이사회가 요구한 엄격한 기준에도 크게 미달하는 것이었다.

가. 헌법재판소 판결 이전의 대법원 판결

하기 어려운 것은 처벌의 대상에서 배제시켜야 할 것이라고 헌법재판소는 판결했다. 헌법재판소 1992.4.14. 선고90헌바23 판결.

59) 참조, 김철수, pp. 623-82.

(1) 판결경향

국가보안법 제7조 위반사건에서 1990년 이전의 대법원은 거의 한결같이 표현의 자유 보다는 국가안보를 우선시 했다. 대법원은 그 표현내용이 북한의 주장과 동일하거나 상통한다는 이유만으로 국가보안법 위반으로 인정했다. 북한의 주장과 비슷한 주장을 하거나, 그러한 주장이 담긴 책자를 소지 했다는 것만으로 국가보안법 제7조 위반이 성립되었다. 표현의 자유의 "우월적 지위"는 전혀 고려의 대상이 아니었고, 학문의 자유도 "순수한 목적의 진리 추구"만 인정했다. 북한을 이롭게 할 만한 서적을 소지하거나, 읽거나, 교육에 사용한 것은 순수한 학문 목적이 아니라고 대법원은 못박았다.

대법원은 심지어 표현의 자유가 보장되는 상황을 예외적이라고 규정하기도 했다. 국가안보를 저해할 만한 표현행위가 보호를 받으려면 "그 (표현)행위의 동기나 목적이 정당하여야 하고 그 행위의 수단이나 방법이 그 행위에 의하여 보호되어야 할 법익의 유지를 통한 가치의 실현과 한편으로는 그 행위에 의하여 침해되는 다른 이익과를 비교 교량하여 두 법익 사이에 균형이 이루어지고, 따라서 사회 윤리적 관점에서 그 수단의 상당성이 인정되어야 하며 그 행위 당시의 정황에 비추어 그 행위가 긴급을 요하고 부득이 한 것이었을 뿐만 아니라 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없거나 또는 현저하게 곤란하여야 한다"고 대법원은 1986년 선언했다.[60] 유엔인권이사회가 요구한 것처럼 정부는 오직 긴급한 상황하에서만 표현의 자유를 규제할 수 있다는 것이 아니라, 그와 정반대로 긴급한 정당성이 있는 표현만 보호할 수 있다는 것이 대법원의 논리였다.

(2) 해악한 경향(bad tendency) 기준의 적용

1990년 이전 우리나라 대법원이 국가보안법 제7조 위반사건에 적용한 법적 논리는 시민사회 등장 이전 유럽의 전제왕조가 비판·반대 세력을 차단하기 위해 적용하기 시작한 "반국가적 명예훼손(seditious libel)"과 큰 차이가 없었다.[61] 미국 연방대법원도 1920년대 중반까지는 "반국가적 명예훼손"의 법적 논리를 동원해 좌익선동을 규제했다. "반국가적 명예훼손"의 핵심논리는 국가안보를 해쳤다는 증거나 국가안보를 해칠 적극적인 의도나 목적이 없다하더라도, 그런 결과를 가져올 수도 있다는 개연성만으로 처벌할 수 있다는 것이었다. 즉 실제 표현 내용이 어떤 해악이나 위험을 가져오는지 관계없이, 단지 해악을 끼칠 가능성(bad tendency)이 있다는 이유만으로 처벌이 가능하다는 논리였다. 1925년 미국 연방대법원은 Gitlow v. New York 판결을 통해 미국 공산주의자들이 공산당 창당을 위해 배포한 선동문건들을 국가안보를 위협하는 표현행위로 간주했다. 정부는 국가안보가 위급한 상황에 이르게 될 때까지 기다려서는 안되며, "혁명의 불꽃"이 불길로 번지기 전에 진화하는 것은 정부의 당연한 임무라고 연방대법원은 주장했다.[62] 그러나 "해악한 경향(bad tendency)" 기준은 표현의 자유를 부당하게 침해한다는 비난을 받았고, 미국연방대법원은 대신 "명백히 현존하는 위험(clear and present danger)"을 사법적 판단의 기준으로 채택하기 시작했다.[63]

그러나 1980년대 우리나라 대법원은 여전히 "반국가적 명예훼손"의 논리를 인정하면서 "해악한 경향" 기준에 철저히 입각해서 국가보안법 제7조를 해석했다. 즉 국가안보를 위협할 가능성이 있다는 이유만으로도 표현의 자유를 규제했다. 대법원은 국가보안법 제7조를 적용함에 있어 "그 행위의 내용이 객관적으로 반국가단체의 이익이 될 수 있어야 하고, 주관적으로는 반국가단체에 이롭다는 인식을 요한다"고 선언했다.[64] 그러나 이 경우 반국가단체에 이익이 된다는 것은 "구체적·객관적으로 이익이 될

60) 대법원 1986.10.28. 선고 86도1784 판결.
61) 참조, Leonard W. Levy, Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History (Cambridge: Belknap Press, 1960); James Morton Smith: The Alien and Sedition Laws and American Civil Liberties (Ithaca: Cornell University Press, 1956).
62) 268 U.S. 652 (1925).
63) 참조, Louis B. Boudin, "'Seditious Doctrines' and 'Clear and Present Danger' Rule." Virginia Law Review 38 (1952): 143-86; Fred D. Ragan, "Justice Oliver Wendekk Holmes, Jr., Zechariah Chafee, Jr., and the Clear and Present Danger Test for Free Speech: The First Year, 1919, Journal of American History 58 (1971): 24-45; Harry Kalven, Jr. A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America (New York: Harper & Row, 1988)", 118-236; 장호순, "미국 연방대법원의 반공법 판결에 나타난 사상과 표현의 자유," 한국언론학보, 1997년 봄호, 49-104. 한편 미국 연방대법원은 1964년 New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964) 판결을 통해 "반국가적 명예훼손"의 논리가 정부에 대한 자유로운 비판을 막기 때문에 표현의 자유를 보장한 수정헌법 1조에 위배되는 것이라고 분명히 밝혔다.
64) 대법원 1971.2.23 선고71도36 판결; 대법원 1972.6.27 선고72도999 판결; 대법원 1973.12.11. 73도2602 판결; 대법원 1976.9.28 선고 76도2671 판

수 있게 하였다는 명백한 증거를 필요로 하지 않고 추상적으로 이익이 될 수 있는 개연성만 있으면 된다"고 설명했다.[65] 따라서 북한의 주장과 동일한 주장을 하거나 그러한 내용이 담긴 표현물을 소지·반포한 것만으로 반국가단체에 이익이 되는 행위로 간주되었다. 설사 시중에서 합법적으로 판매되는 서적이라 하더라도 그 일부 내용이 "반국가단체의 활동을 찬양, 고무하거나 동조하는 부분"이 있다면 이적표현물로 인정하기도 했다.[66]

한편 "주관적으로는 반국가단체에 이롭다는 인식을 요한다"는 범죄구성요건도 사실상 무의미했다. 정부가 간주하는 이적표현을 하거나 이적표현물을 소지했다는 것 자체가 그러한 인식을 하고 있는 것으로 추정되었기 때문이었다. 즉 이적목적의 고의성이 입증되지 않았다 하더라도 이적행위가 될 수도 있다는 것을 알수 있었다는 "미필적 인식"만 추정되면 국가보안법 제7조의 위반으로 간주한 것이다. 이때 대법원이 이적성 인식정도를 파악하는데 적용한 기준은 "피고인들의 지식정도" 였다.[67] 대법원은 "정상적인 정신과 상당한 지능상식을 가진 사람이면 그 행위가 반국가단체를 이롭게 하는 것이라고 인식하거나 또는 이익이 될 수 있다는 미필적 인식"이 있는 것으로 간주했다.[68]

대법원은 거듭된 판결에서 "반국가단체 등의 활동을 찬양, 고무 또는 이에 동조하여, 반국가단체를 이롭게 하는 행위에는 그 행위자에게 목적의식 또는 의욕이 있음을 요하지 않고 다만 그와 같은 행위가 반국가단체를 찬양하는 행위가 된다는 인식만 있으면 족하다"고 선언했다.[69] 한편 대법원은 한 대학생이 취중에 사회주의제도 도입을 주장하고 미국을 비난한 취중 언동으로 인해 적용된 국가보안법 위반사건에 대해 "북괴에 이롭다고 인식한 점을 뒷받침할 자료"가 부족하다는 이유로 유죄판결을 파기환송하였다.[70]

"해악한 경향"의 기준에 입각해, 대법원은 남한의 대북정책, 국방정책, 외교정책과 배치된다는 이유만으로 이적표현물로 간주했다. 그러한 표현이 실제 국가안보에 미치는 "명백한 위험" 이나 "실질적 해악"은 전혀 고려하지 않았다. 대법원은 "반미투쟁의 상징으로 시위도중에 성조기를 소각하는" 것이나 "부산 미국문화원 방화사건을 찬양"하는 것, "한·미관계를 정치, 경제적 종속관계로 단정"한 내용이 담긴 유인물을 제작 배포한 것 등을 국가보안법 제7조 위반이라고 판결했다. 그 표현내용이 "주한미군철수를 주장하고 우리 사회경제체제를 미·일등 제국주의의 식민지 내지 매판체제 또는 종속적 지배관계로 허위 선전하여 반미활동을 책동하고 있는 북한공산집단을 이롭게"했기 때문이라고 대법원은 밝혔다.[71]

"8.15해방 후, 정부 당국의 좌익학생에 대한 단속을 민족에 대한 부당한 탄압으로 각색하면서 공산주의 활동을 하다가 죽어간 학생들을 예찬하고 조선인민공화국 만세를 외치는 등 공산주의 노선을 지지"한 시집도 이적표현으로 규정되었다. 대법원은 그 시집에서 사용한 용어들이 "인민, 동무, 공청, 붉은 동무, 붉은 시 등 북괴에서 사용하는 용어"라는 점을 들어 국가보안법상의 이적표현물로 간주했다. "극심한 부정부패와 극에 달한 사치풍조화와 불만을 조장하고, 하류계층으로 하여금 계급적 반항의식을 고취시킬 수 있는 요인을 조성할 뿐 아니라 상류계층으로 인하여 이 사회는 멸망하고 만다는 당위성을 강조"한 것은 "객관적으로 북괴의 대남선전 활동과 그 내용을 같이 하고"있는 것이기에 국가보안법 제7조에 저촉이 된다는 것이었다.[72]

대법원은 또한 우리나라 교육제도를 비판하는 내용을 담은 잡지의 발행도 국가보안법 제7조 위반으로 판결했다. 그 내용이 "단

결 등 참조.
65) 대법원 1984.11.27. 선고 84도2310 판결.
66) 대법원 1983.2.22. 선고 82도2915 판결; 대법원 1983.11.22. 선고 83도2528 판결.
67) 대법원 1983.2.8. 선고 82도2655 판결; 대법원 1983.11.22. 선고 83도2528 판결; 대법원 1986.4.8. 선고 86도333 판결; 대법원 1986.6.24. 선고 86도403 판결; 대법원 1986.7.22. 선고86도1169 판결; 대법원 1986.9.9. 선고86도1187 판결; 대법원 1986.9.23. 선고86도1429 판결.
68) 대법원 1983.3.22. 선고 83도185 판결; 대법원 1984.11.27 선고 84도2310 판결; 대법원 1983.3.22 선고, 83도185 판결; 대법원 1983.3.8. 선고 82도3248 판결; 대법원 1986.9.23. 선고 86도1499 판결; 대법원 1986.9.23. 선고 86도1547; 대법원 1987.4.14 선고 87도388 판결; 대법원 1987.5.26 선고 87도432 판결; 대법원 1987.9.22. 선고87도929 판결.
69) 대법원 1983.3.22. 선고 82도2797 판결; 대법원 1983.2.22. 선고 82도2658 판결; 대법원 1987.6.23 선고 87도706 판결; 대법원 1990.2.27. 선고 89도2571 판결. 대법원 1986.6.24. 선고 86도403 판결.
70) 대법원 1983.2.22. 선고 82도2658 판결.
71) 대법원 1983.2.8. 선고 82도2655 판결.
72) 대법원 1983.12.27. 선고 83도2378 판결.

지 우리나라의 현행 교육제도에 관한 모순점을 지적한데 불과한 것이 아니라, 나아가 계층간에 압력과 불화를 조장하며, 우리의 사회, 경제체제를 선진자본주의 국가의 신식민지 내지 종속관계로 선전하면서 반미사상을 고취, 선동하고, 자본주의 체제 자체를 비방하며, 반공교육 등을 비난하는 등의 내용이 포함"되어 있기 때문이었다.[73] 대법원은 "자본주의의 과거와 현재(Capitalism Yesterday and Today)"라는 책을 소지한 것도 국가보안법 제7조 위반으로 간주했다. 그 책은 "마르크스 유물사관에 입각하여 자본주의의 발전, 변화과정을 계급착취의 관점에서 보고, 레닌의 제국주의론에 기초하여 노동자에 대한 자본가 계급의 착취체제로서의 자본주의가 발전됨에 따라 필연적으로 독점자본주의로 진전될 수 밖에 없으며, 선진자본주의국이 저개발국가를 침탈, 식민지 지배를 필연적으로 행하게 되며, 자본주의를 생산의 무정부로 규정하여, 자본주의에서 사회주의에로의 이행이 필연적이라는 결론을 도출"했기 때문에 "북한 공산집단의 선전,선동활동을 이롭게하는 불온서적"이라고 판결했다.[74]

표현내용이 제기한 위험이나 해악 보다는 이념적으로 수용할 수 없기 때문에 국가보안법으로 처벌한다는 것을 대법원이 판결문을 통해 아예 직접 밝힌 적도 있었다. 1986년 소위 삼민투위 사건의 유죄를 확정하면서 대법원은 "노동자, 농민, 도시빈민을 핵심세력으로 하고 그 밖에 정치, 경제, 사회, 문화적으로 소외되고 있는 사람들, 즉 민중이 주체가 되어 군부독재정권을 타도하고 미제국주의 등 외세를 배격해야만 민족통일이 가능하다"는 피고인들의 주장은 "정당하다 할 수 없고 현재의 상황이 피고인들의 주장처럼 지배계급과 피지배계급의 대립이 극한 상황을 이루고 있다고는 인정되지 아니"하기 때문에 국가보안법 제7조의 적용대상이라고 판결했다.[75]

(3) 학문의 자유의 범위

대법원이 예외적으로 "학문의 자유"에 "우월적인 지위"를 부여하는 경우도 있었다. 1985년 대법원은 한 경제평론가가 쓴 "매판경제인"이라는 논문이 비록 "일부 과격한 용어를 쓰고 있기는 하나 현행 헌법에 수용될 수 있는 비판적, 학문적 고찰"이라고 판정, 국가보안법상 이적표현물 소지혐의에 대해 무죄판결을 내리기도 했다.[76] 대법원은 사회주의 경제이론 서적을 소지한 대학생에게 적용된 유죄판결을 파기환송하면서 단순히 "학문연구를 위하여 취득, 보관한 연구자료가 반국가단체 또는 국외공산계열의 사상, 가치체계에 관한 것이라는 사실만으로" 불법목적을 추정해서는 안된다고 설명했다. "원래 학문의 연구는 기존의 사상 및 가치에 대하여 의문을 제기하고 비판을 가함으로써 이를 개선하거나 새로운 것을 창출하려는 노력이므로 연구의 자료가 그 사회에서 현재 받아들여지고 있는 기존의 사상 및 가치체계와 상반되거나 저촉되는 것이라고 하여도 용인되어야 할 것"이라면서, 대법원은 국가보안법 판례에서 찾아보기 힘든 기본권 보호 입장을 취하기도 했다.[77]

그러나 대부분의 다른 판례에서 대법원은 학문의 자유를 매우 좁게 해석해 기본권으로서의 의미를 희석시켰다. 대법원은 "종교나 학문 또는 예술을 내세워 자유권을 보장하는 바로 그 헌정질서를 파괴하여 국가의 안정과 사회질서를 위태롭게 할 수 없음은 당연한 일이므로 비록 이들 자유권을 제한하는 유보규정이 없다고 하더라도 이들 자유를 표방하여 국가의 안전보장 및 공공의 질서와 선량한 풍습 또는 공공의 복리를 위한 그 어떠한 법에 반하는 행위도 국민의 기본권 이론에 의하여 정당화 될 수"없다고 선언했다.[78]

따라서 헌법상 보장된 학문의 자유도 진리의 탐구를 순수한 목적으로 하는 경우에 한하여 보호를 받는 것이므로, 반국가단체들을 이롭게 할 목적으로 공산주의관련 서적을 소지하고 있었다면 그것은 학문의 자유의 한계를 넘은 것이라고 대법원은 거듭 판결했다.[79] 대법원은 "객관적으로 북괴의 대남선전활동과 그 내용을 같이하는 내용이 담긴 서적을 반국가단체를 이롭게 한다는 인식 하에 소지하고 있었다면 그것은 학문의 자유에 대한 한계를 넘은 것"이라고 판결했다.[80] 대법원은 또 "북괴 또는 국외 공

73) 대법원 19986.9.23. 선고 86도1499 판결.
74) 대법원 1986.9.23. 선고 86도1547 판결.
75) 대법원 1986.10.28. 선고 86도1784 판결.
76) 대법원 1985.10.22. 선고 85도2083 판결.
77) 대법원 1982.5.25. 선고 82도716 판결.
78) 대법원 1982.7.13. 선고 82도1219 판결.
79) 대법원 1986.6.24. 선고 86도403 판결.

산계열의 활동을 찬양, 고무하거나 이에 동조할 목적으로 표현물을 제작, 반포, 취득하는 행위는 이미 학문활동이라고 할 수 없는 것"이라고 판결했다.[81] 좌경의식화 교육은 결코 순수한 학문연구가 아니기 때문에 그러한 목적으로 이적표현물을 소지한 것은 마땅히 국가보안법 제7조에 따라 처벌되어야 한다고 판결하기도 했다.[82]

전반적으로 볼 때, 1990년 헌법재판소 결정 이전의 대법원 판결은 철저히 "반국가적 명예훼손"의 논리에 입각해 "해악한 경향(bad tendency)" 기준을 적용했다. 따라서 유엔인권위원회가 요구한 것처럼 국가보안법의 규제범위가 불명확하고 실제로 국가안보를 위태롭게 했는지 입증되지 않았어도 대부분 유죄판결을 내렸다. 헌법재판소가 제시한 국가안보에 "명백한 위험"이나 "실질적 해악"의 존재여부도 고려사항이 아니었다. 대법원은 표현 내용이 실제로 어떤 해악이나 위험을 가져오는지 관계없이, 단지 해악을 끼칠 가능성이 있다는 이유만으로 처벌했고, 이적성 표현을 하거나 그러한 서적을 소지했다는 것만으로 "미필적 인식"을 추정하여 유죄를 인정했다. 따라서 그 표현내용이 북한의 주장과 동일하거나 상통한다는 이유만으로 유죄가 입증되곤 했다. 대법원은 헌법상 명문화된 학문의 자유도 "순수한 진리탐구" 만을 인정해 기본권으로서의 의미를 희석시켰다.

나. 헌법재판소 판결 이후의 대법원 판결

(1) 판결경향

헌법재판소가 국가보안법 제7조에 대해 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우"에만 적용하는 한 합헌이라는 결정을 내린 이후에도, 그리고 국회가 국가보안법을 개정해 "국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 전제조건을 달아 범죄구성요건을 엄격히 했음에도 불구하고 대법원의 국가보안법 해석 기준은 종전과 크게 달라지지 않았다. 대법원은 전과 다름없이 북한이 반국가단체라는 입장을 계속 유지함으로써 국가보안법의 당위성을 옹호했다. "아직도 북한이 막강한 군사력으로 우리와 대치하면서 우리사회의 자유민주적 기본체제를 전복할 것을 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있어 우리의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황"을 강조한 대법원은 "국가보안법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하는 법률"로 그 목적에 비추어 "합리적으로 해석하는 한" 본질적으로 죄형법정주의를 침해하는 것이 아니라고 거듭 밝혔다.[83] 1990년의 헌법재판소 판결 이후에도 대법원은 북한의 주장과 동일하다는 이유만으로 국가보안법상 금지된 이적표현으로 간주했다. 대법원은 국가보안법 제7조 위반사건을 다루면서 헌법재판소의 한정합헌 결정 사실을 언급하거나 "실질적 해악을 줄 명백한 위험성"을 고려한 적은 없었다.

1992년부터 대법원은 "적극적이고 공격적인 표현"이라는 새로운 기준을 일부 판결에서 적용하기 시작했지만 명확하고 구체적으로 그 기준을 설명한 적은 없었다. 대법원은 "어떤 표현물에 이적성이 있는가의 여부는 법원이 경험법칙과 논리법칙에 따라 자유심증에 의하여 판단할 성질의 문제"라고만 언급할 뿐이었다.[84] 대법원은 "표현물의 전체적인 내용뿐만 아니라 그 작성의 동기는 물론 표현행위 자체의 태양 및 외부와의 관련사항, 표현행위 당시의 정황 등 제반 사정을 종합하여" 표현물의 이적성 여부를 결정해야한다고 판결하기도 했다.[85] 그러나 실제로는 북한의 주장과 동일하다는 것만으로 국가보안법 제7조 위반으로 간주되는 경우가 대부분이었다. 결국 헌법재판소가 정한 해석기준이나 유엔인권이사회에서 요구한 범죄입증기준은 철저히 배제된 채, 1990년 헌법재판소 판결 이전과 다름없이 "해악한 경향(bad tendency)" 기준에 입각해 대부분 대법원 판결이 내려졌다.

80) 대법원 1986.10.28. 선고 86도1784 판결.
81) 대법원 1982.9.14 선고 82도1847 판결; 대법원 1986.9 9. 선고 86도1187 판결; 대법원 1986.9.23. 선고 86도1499 판결; 대법원 1986.11.11 선고 86도1786 판결; 대법원 1987.5.26 선고 87도432 판결.
82) 대법원 1983.2.8. 선고 82도2894 판결.
83) 대법원 1990.6.8. 선고 90도646 판결;대법원 1991.4.23. 선고 91도212 판결; 대법원 1991.11.22. 선고 91도2341 판결; 대법원 1991.12.24. 선고 91도2419 판결; 대법원 1992.8.14. 선고 92도1211 판결; 대법원 1994.5.24. 선고 94도930 판결; 대법원 1990.9.25. 선고 90도1415 판결; 대법원 1990.9.25. 선고 90도1415 판결
84) 대법원 1993.2.9. 선고 92도1711 판결.
85) 대법원 1996.12.23. 선고 95도1035 판결.

헌법재판소 판결 이후 대법원 판결에 나타난 변화라면 어떤 부분의 표현이 금지된 이적표현인지 비교적 상세히 지적하는 경향이었다. 1990년 이전의 판결에서는 찬양, 고무, 동조의 구분이나 근거가 거의 제시되지 않은 채 무조건 이적표현이라고 결정한 사례가 많았다. 그러나 1990년 이후로는 구체적인 내용이 북한의 입장과 "궤를 같이 한다," "상통한다"는 등 이적성 성립 근거가 제시되곤 했다. 그러나 모든 판결에서 이러한 현상이 나타난 것은 아니고 정확한 법적 기준이나 판결근거를 제시하지 않고 유죄판결을 확정하는 판결관행은 헌법재판소 결정 이후에도 여전히 계속되었다. 대법원은 5월 민중항쟁과 민족미술운동에 대해 강연하고 "민족해방운동사" 라는 제목의 그림을 제작, 그 슬라이드를 평양축전미술전람회에 전시케 한 것이 국가보안법 제 7조 제5항을 위반한다고 판결했지만, 어떻게 국가안보를 위태롭게 했는지는 전혀 설명하지 않았다.[86]

(2) 해악의 경향(bad tendency) 기준

대법원은 표현내용에서 이적성이 발견되면, 미필적 인식으로 이적성을 추정해 유죄를 인정하는 "해악의 경향(bad tendency)" 원칙을 대체로 고수했다. 대법원은 1991년 개정되기 이전의 구 국가보안법 제7조 제1항의 "반국가단체의 활동에 동조하여 이를 이롭게 하는 행위"라는 범죄요건이 성립하기 위해서는 " 정상적인 정신과 상당한 지능상식을 가진 사람이 그 행위가 반국가단체를 이롭게 한다는 것을 인식하거나 또는 이익이 될 수 있다는 미필적인 인식이 있으면 충분하며 그 행위자에게 반국가단체를 이롭게 하려는 목적의식(의욕)을 필요로 하는 것이 아니"라고 거듭 밝혔다.[87] 헌법재판소 판결 이전의 논리와 전혀 달라지지 않은 것이다.

"국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 단서조항이 붙은 개정된 국가보안법 조항도 대법원의 이적성 추정원칙에는 전혀 영향을 미치지 않았다. 대법원은 여전히 미필적 인식만으로 이적의도가 성립된다고 보았기 때문이다. "객관적으로 반국가단체인 북한의 대남선전, 선동 등의 활동에 동조하여 반국가단체나 그 활동을 이롭게 하거나 그 이익이 될 수 있는 내용이 담겨 있는 이적표현물을 그와 같은 인식을 하면서도 이를 취득·소지 또는 제작, 반포하였다면 그 행위자에게는 위 표현물의 내용과 같은 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식은 있는 것으로 추정"한다는 것이 구 국가보안법 위반사건이나 개정된 국가보안법 위반사건에 관계없이 일률적으로 적용한 기준이었다.[88] 대법원은 "적극적 의욕이나 확정적 인식"은 필요 없고 "미필적 인식"만 있으면 국가보안법 제7조 제5항의 범죄구성요건은 충족되는 것이라면서 이적성 추정원칙을 거듭 확인했다.[89]

그러나 이적성 인식에 대해서 그 기준을 보다 엄격히 규정하여 이적목적의 입증을 요구하는 사례도 있었다. 놀랍게도 이러한 판결은 모두 개정 이전의 국가보안법 위반 판결에서 발견되었다. 대법원은 학교 도서실에 보관된 한국민중사, 아리랑, 레닌의 유물론과 경험비판론 등의 이적표현물을 탐독했다는 이유로 국가보안법 위반혐의가 적용된 교사에 대해 "설사 각 책자의 이적성을 인식하였다고 하여도 이것만으로 이적행위목적이 있었다고 볼 수 없으며, 달리 이적행위목적이 있었음을 인정할 만한 증거가 없다"는 이유로 유죄를 선언한 원심을 파기환송하였다.[90] 대법원 판례상 드물게 "이적성 인식 추정 원칙"의 적용을 거부한 사례였다. 대법원은 또한 "미필적 인식" 추정의 범위를 축소하기도 했다. 즉 단순한 인식 만으로는 부족하고 판매 등 적극적 행위를 했을 때 미필적 인식을 추정할 수 있다는 논리였다. 이에 따라 "피고인의 신분, 직책, 위 책자들을 소지하게 된 경위를 종합하면, 피고인이 설사 그 책자 자체의 이적성을 인식하였다고 하더라도 이것만으로는 피고인에게 이적행위 목적이 있었다고 볼 수 없다"면서, 미필적 인식이 추정되는 경우는 표현물의 내용이 이적성을 담고 있는 것임을 인식하면서도 이를 제작 판매"한 경우로 제한했다.[91]

86) 대법원 1990.9.25. 선고 90도1586 판결
87) 대법원 1990.7.24. 선고 90도1161 판결; 대법원 1990.11.13. 선고 90도2088 판결; 대법원 1991.3.27. 선고 91도139 판결; 대법원 1991.4.23. 선고 91도212 판결; 대법원 1991.4.26. 선고 91도353 판결; 대법원 1991.7.9. 선고 91도1090 판결; 대법원 1992.3.31. 선고 91도3279 판결
88) 대법원 1992.3.31. 선고 90도2033 판결; 대법원 1992.7.14. 선고 91도41 판결; 대법원 1992.10.27. 선고 92도2068 판결; 대법원 1995.9.26. 선고 95도1624 판결; 대법원 1996.12.23. 선고 95도1035 판결.
89) 대법원 1997.7.25 선고 97도1386 판결.
90) 대법원 1992.4.14 선고 90도3001 판결.
91) 대법원 1995.5.23. 선고 93도599 판결.

한편 대법원은 이적성이 담긴 서적이지만 피고인이 이를 인식했다는 증거가 없다는 이유로 무죄를 선언하기도 했다. 문제가 된 책의 내용이 "북한의 주체사상과 사회적 애국주의로 무장한 바람직한 인간상의 전형을 제시하고 있으며 김일성을 "위대한 수령"으로 표현하면서 김일성을 개인을 찬양, 미화"하고 있기 때문에 "대한민국의 안전과 자유민주주의 체제를 위태롭게 하는 적극적인 내용을 담고 있다고 보아야" 하지만, 개정된 국가보안법의 조항대로 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서" 또는 그러한 목적으로 범행을 저질렀다고 인정할 증거가 없기 때문에 무죄라고 선언했다.[92] 기존의 판례와 달리 이적성 추정의 원칙을 버리고 "적극적 의욕이나 확정적 인식"을 요구한 판결이었다.

(3) 학문의 자유의 범위

대법원에서 "이적성 인식 추정원칙"이 배제되는 예외적인 경우는 "오로지 학문적인 연구나 영리추구 및 호기심에 의한 것이라는 등의 그 이적목적이 없었다고 보여지는 자료가 나타"날 때나, "정책개발이나 학문연구 등 순수한 목적 등으로 이를 제작·반포·소지"한 경우로 한정되었다.[93] 즉 학문의 자유가 보장되는 것은 예외적인 경우로, 더욱이 이를 피고인이 입증해야 한다는 것이 대법원의 입장이었다. 대법원은 "기록상 피고인의 행위가 학문연구의 목적 등으로 한 것이었지 이적의 목적이 없었다는 자료를 찾아 볼 수" 없다는 이유로 이적표현물 소지죄를 적용하기도 했다.[94] 피고인이 "학문적인 연구나 오로지 영리추구 또는 호기심에 의한 것이라고 볼만한 자료"를 제시하지 못했기 때문에 이적표현물 소지죄를 적용한다고 판결하기도 했다.[95]

대법원은 학문의 자유를 주장할 수 있는 사람을 "학문을 하거나 지식습득을 필요로 하는 사람"이라고 규정하고 그들에게는 보다 관대한 기준을 제시하기도 했다. "일반적으로는 이적표현물을 그 이적성을 인식하면서 소지한 경우에는 이적목적이 있었다고 추정하는 것이 원칙이라고 하겠으나, 학문을 하거나 지식습득을 필요로 하는 사람이 그 전공분야에 관련한 서적이나 자료를 소지한 경우에는 거기에 이적성을 담고 있는 내용이 포함되어 있었다고 하더라도 이는 학문적 연구나 지식습득을 위하여 소지하였다고 추정"하는 것이 타당하다고 보았다. 그러나 그런 경우에도 "오로지 그가 전공하는 학문에만 관련이 있다거나 그 분야에 관한 연구를 위하여 필요한 것이라고 인정되는 경우에만 이적목적이 없었다고 인정되거나 추정받을 수 있다"고 매우 제한적으로 해석했다.[96]

한편 대법원은 "공산주의나 사회학에 대한 일반이론서로서 정치외교학 또는 사회학을 전공하는 피고인들의 학문연구에 결코 무관하지 아니한 내용"이 담긴 서적이라면 비록 "용공성향의 표현물"이라 하더라도 이를 "단기간 동안 소지, 독서, 토론한 것"을 북괴의 활동에 동조하였다거나 지적 표현물을 소지한 것으로 보기 어렵다면서 원심대로 무죄를 확정하기도 했다.[97]

(4) "적극적이고 공격적인 표현" 기준

1992년의 한 판결에서 대법원은 순수한 학문연구를 벗어난 "헌법상의 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현"은 학문의 자유로 인정할 수 없다는 새로운 법적기준을 제시했다.[98] 그러나 이 기준은 모든 판결에서 일관되게 적용된 것도 아니고, 어떤 표현이 "적극적이고 공격적인 표현"에 해당하는지도 분명하지 않았다. 따라서 유엔인권이사회가 요구한 처벌기준의 명확성이나, 헌법재판소가 국가보안법 합헌의 전제조건으로 제시한 "명백한 위험"과 "실질적인 해악"에 부합하지 않았다. 대법원은 대체로 북한의 주장과 일치하는 표현이나 주장을 "적극적이고 공격적인 표현"으로 간주했기 때문에 종전의 판결과 커다란 차이는 없었다. 해당 표현으로 인한 폭력 혹은 불법행위의 개연성이나 직접적인 연관성 여부는 과거와 마찬가지로 전혀 고려되지

92) 대법원 1998.5.22 선고 95도1152 판결.
93) 대법원 1996.12.23. 선고 95도1035 판결; 대법원 1997.10.10. 선고 97도1720 판결.
94) 대법원 1997.8.22. 선고 97도1516 판결.
95) 대법원 1993.2.9. 선고 92도1711 판결
96) 대법원 1993.2.9. 선고 92도1711 판결.
97) 대법원 1994.9.9. 선고 94135 판결.
98) 대법원 1992.3.31. 선고 90도2033 판결.

않았다.

대법원은 자본주의 체제를 붕괴시키기위해 임금인상투쟁을 선동하는 내용이 담긴 책자, "미국을 매도하고 제주폭동을 미제국주의에 대한 민중의 궐기"라고 표현한 게시물, 노동자계급이 중심이 되어 "반미자주화투쟁과 반독재민주화투쟁 및 조국통일운동"을 주창한 서적등은 "대한민국의 안전과 자유민주주의체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현으로서 표현의 자유의 한계를 벗어난 것"이라고 판결했다.[99] "노동자계급의 주도에 의한 민중정부를 수립하기 위하여 다른 계급과도 연합하여 통일전선을 구축하여야 하고 필요한 경우에는 반합법, 비합법적인 수단을 동원하여서라도 현정부를 타도하여야 한다"는 주장을 편 유인물도 "대한민국의 안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현"이라고 대법원은 판결했다.[100] 대법원은 또한 "노동자계급이 주도권(헤게모니)을 장악하는 민중연합정부를 수립하고 독점자본 등을 국유화하여야 하며, 이는 사회주의에 이르는 이행기로서 궁극적으로는 사유재산의 폐지와 프롤레타리아 독재를 내용으로 하는 사회주의 체제를 이룩하여야 한다는 것"은 헌법상의 자유민주적 기본질서를 위협하는 "적극적이고 공격적인 표현"이라고 판결했다.[101]

대법원은 소설가 황석영의 북한 방문기가 "북한의 실상을 바로 알리려는 한계를 넘어 이를 미화하여 북한을 찬양, 고무하는 내용을 담고" 있다면서, 그의 글이 "대한민국의 안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 내용을 담고 있다"고 선언했다.[102] 한편 대법원은 그 표현 내용에 대해서는 언급 없이 "남한프롤레타리아 계급투쟁동맹 준비위원회"의 유인물에 대해서도 "대한민국의 안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 내용"이 담긴 이적표현물이라고 규정했다.[103]

재야단체인 범민련이 "범민족대회"를 추진하기 위하여 제작, 반포한 자료집도 "국가의 존립, 안전과 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현"이라 대법원은 판결했다.[104] 대법원은 범민련 남측본부 대구경북연합의 유인물에 대해서도 "그 전체적인 내용이 북한과 연계를 갖고 있는 범민련을 중심으로 추진되고 있던 제6차 범민족대회의 성공적인 개최를 선전·선동하고, 연방제 통일방안, 주한미군철수, 국가보안법철폐, 평화협정체결 등을 주장하는 것이므로 반국가단체인 북한 공산집단의 활동에 동조하는 적극적이고 공격적인 표현물임이 명백"하다고 규정했다.[105]

화가가 그린 그림조차도 국가안보를 위협했다는 판결이 나오기도 했다. 대법원은 "모내기"라는 민중화가 "적극적이고 공격적인 표현"이라고 판정했다.[106] 대법원의 설명에 의하면 그 그림의 상반부는 북한을 "전체적으로 평화롭고 풍요로운 광경을 그림으로써 결과적으로 북한을 찬양하는 내용으로 되어 있고," 하반부인 남한은 "미·일 제국주의와 독재권력, 매판자본 등 통일에 저해되는 세력들이 득하여 농민으로 상징되는 민중 등 피지배계급이 이들을 강제로 써래질 하듯이 몰아내면 38선을 삽으로 걷듯이 자연스럽게 통일이 된다는 내용을 그린 것"이라고 해석했다. 대법원은 이 그림이 "파쇼독재정권과 매판자본가 등 지배계급을 타도하는 민중민주주의 혁명을 일으켜 연방제 통일을 실현한다는 북한공산집단의 주장과 궤를 같이하는 것"이기 때문에 "반국가단체인 북한공산집단의 활동에 동조하는 적극적이고 공격적인 표현물"이라고 판결, 무죄를 선언한 하급심 결정을 파기환송했다.

한편 "적극적이고 공격적인 표현"의 기준에 따라 표현의 자유가 인정되는 경우도 있었다. 대법원은 그 내용의 일부가 김일성 개인을 찬양미화한 "용해공들" 및 "불을 다루는 사람들"이라는 북한 서적이 이적표현물이 아니라고 판단했다. 대법원은 그 "줄거리나 주요 내용이 사회주의 사상이나 주체사상의 내용을 그대로 선전·선동하는 데에 그 핵심이 있는 것이라고 보기는" 어렵기 때문에 "대한민국의 자유민주주의 체제를 구체적, 실질적으로 위협할 만한 적극적이고 공격적인 표현은 들어있지 않다"는 하급심의 결정을 확정했다.[107] 대법원은 또한 쌀수입개방문제를 토론한 것이나 반정부 집회 장소에서 살포된 표현물을 읽고 버린것은

99) 대법원 1992.3.31. 선고 90도2033 판결.
100) 대법원 1992.6.9. 선고 91도2513 판결.
101) 대법원 1993.2.9. 선고 92도1711 판결.
102) 대법원 1994.5.24. 선고 94도930 판결.
103) 대법원 1996.5.14. 선고 96도561 판결.
104) 대법원 1996.12.23. 선고 95도1035 판결.
105) 대법원 1997.2.28. 선고 96도1817 판결.
106) 대법원 1998.3.13. 선고 95도117 판결.
107) 대법원 1998.5.22 선고 95도1152 판결.

적극적이고 공격적인 표현이라고 볼 수 없어 국가보안법 위반이 아니라는 판결을 내렸다.[108]

(5) 북한의 주장과 일치 여부

1990년의 헌법재판소 판결이후 대법원이 국가보안법 제7조 위반사건에 대해 가장 보편적으로 적용한 기준은 북한의 대남선전선동 내용과 일치여부였다. 대법원은 다수의 국가보안법 제7조 위반사건에서 표현내용이 "공지된 북한공산집단의 대남혁명전략이나 그에 따른 통일노선과 상통"한다는 이유로, "객관적으로 모두 북괴가 대남적화통일을 위한 선전활동의 일환으로 내세우고 있는 반미선전책동과 그 궤를 같이"한다는 이유로, 혹은 "전체적, 객관적으로 볼 때 반국가단체인 북한의 대남선전, 선동등의 활동에 동조"하는 표현이라는 이유로 유죄판결을 내렸다.[109] 북한의 선전선동내용에 대한 대법관들의 혐오감이 판결에 많은 영향을 미친 것이다.

대법원은 북한 서적인 "꽃파는 처녀"를 남한에서 출판한 것이 "반국가단체인 북한공산집단의 활동에 동조"하는 것이라고 판결했다.[110] 대법원은 한 노동자 단체의 "현실인식, 통일이념, 목적, 사업 및 조직"이 "폭력 비폭력, 합법 비합법 등 각종 투쟁형태를 적절히 배합한 반제, 반파쇼, 민주화 투쟁을 전개하여 민족해방인민민주주의 혁명을 완수하여 남한 단독으로 사회주의국가를 건설한 다음 북한과 통일을 이룬다는 북한의 선전선동활동과 그 궤를 같이하고"있기 때문에 "대한민국의 존립과 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를" 준다고 결정했다.[111] 대법원은 "우리 민족은 분단 이후 지금까지 미국의 신식민주의적 간섭과 군사적 독재정권의 가혹한 탄압을 받고 있고, 군사독재정권과 독점재벌, 미국과 일본 등 외세는 한반도 분단의 고착화를 바라고 있으므로 이에 대항하여 주한 미군의 조속한 철수, 핵무기 철거, 팀스피리트 훈련 폐지, 범민족대회의 추진등을 위하여 투쟁하여야 한다는" 범민련의 주장이 북한의 선전책동과 유사하기 때문에 국가보안법상의 동조하는 행위에 해당한다고 판결했다.[112]

미국에서 주한미군 철수 등을 요구하는 반미시위에 참가한 것도 "반국가단체인 북한공산집단의 주장에 동조한 것"이라고 대법원은 판결했다.[113] 대법원은 "북한이 대남선전활동의 일환으로 내세우는 국가보안법의 폐지, 평화협정체결, 상호불가침선언 등의 주장에 동조하여 대한민국의 대북정책이나 통일정책등을 적극적으로 비난하는 내용을 담고 있는" 논문도 이적표현물로 간주했다.[114] 대법원은 "학생들 또는 재야인사들의 무분별한 북한과의 접촉을 통한 통일논의 및 이를 위한 활동은 현단계에서 통일을 촉진한다기보다는 반국가단체인 북한에 동조함으로써 오히려 대한민국의 존립, 안전이나 자유민주주의적 기본질서를 위태롭게 한다고" 규정하면서, "일부 북한의 주장과 같은 한반도의 평화보장을 위해 외국군 철수, 핵무기 철거, 휴전협정의 평화협정으로의 대체, 국가보안법을 비롯한 제반 악법의 철폐"를 주장하는 범민련해외본부와 범민련남측본부는 이적단체라고 판결했다.[115] 대법원은 범민련 남측본부 결성식에서 배포된 한 재야인사의 추모전단에 대해서도 그 내용이 그의 "생전투쟁을 본받아 북한공산집단의 주장과 궤를 같이 하는 연방제통일 및 이적단체인 범민련의 강화를 위하여 더욱 투쟁하자는 내용"이기 때문에 이적표현물이라고 판결했다.[116]

대법원은 "대한민국의 현실을 파쇼정권과 독점재벌이 함께 노동자 계급을 탄압·착취하는 신식민지 국가독점자본주의 체제의 사회로 인식하고 자본주의 경제이념을 근본적으로 부정하며 노동자계급의 입장에서 파쇼정권과 독점재벌을 타도하고 노동자계급

108) 대법원 1997.10.24. 선고 96도1327 판결. 대법원은 북한영화를 녹화한 비디오 테이프를 내용을 보지도 않고 이적표현물로 규정할 수 없다며 원심을 파기환송하기도 했다. 대법원 1997.11.25 선고 97도2084 판결.
109) 대법원 1990.8.28. 선고 90도1217 판결; 대법원 1990.11.13. 선고 90도2088 판결; 대법원 1991.4.23. 선고 91도212 판결; 대법원 1991.4.26. 선고 91도353 판결.
110) 대법원 1990.12.11. 선고 90도2328 판결.
111) 대법원 1991.2.8. 선고 90도2607 판결.
112) 대법원 1993.2.9. 선고 92도1815 판결.
113) 대법원 1994.4.15 선고 94도126 판결.
114) 대법원 1998.10.8. 선고 93도1951 판결.
115) 대법원 1996.12.23. 선고 96도2673 판결; 대법원 1997.5.16. 선고 96도2696 판결.
116) 대법원 1997.6.13. 선고 96도2606 판결.

이 주인이 되는 사회를 이루는 것이 진정한 노동해방이라는 것 등 우리사회에서 사회주의혁명을 정당화하는" 내용이 담긴 유인물을 소지한 것도 "북한공산집단의 활동에 동조할 목적"으로 소지한 것이라고 판결했다.[117] 대법원은 "노동자가 지도하는 민중권력을 수립하고, 독점자본을 몰수, 국유화하여 계획경제를 실시하고, 북한과 연방제통일을 실현하여 사회주의 국가를 건설"과 "그 목적달성을 위한 수단으로서의 폭력혁명 포기 내지 배제하는 것이 아니라 유보하고 있을 뿐인 사실등을 인정"했다면 반국가단체인 북한공산집단의 활동에 동조하거나 국가변란을 선전·선동하는 행위라고 판결했다.[118]

대법원은 한총련에 대해서도 "북한이 대한민국을 와해시키기 위해 선전·선동활동의 일환으로 내세우고 있는 대남적화통일노선의 주장과 궤를 같이 하는 내용"을 주장하고 있기 때문에 이적단체로 규정했다. 대법원은 한총련이 우리 사회를 "미제국주의 강점에서 비롯된 식민지 반자본주의 사회"로 규정하고 반미·반파쇼 투쟁이라며 "미제와 그 식민지대리 정권인 김영삼 정권의 타도"를 구호로 삼고, 자주·민족·평화의 원칙이라며 "주한미군철수와 국가보안법 철폐 및 북미평화협정체결을 통한 연방제통일방안"을 찬양·동조하며 강령으로 삼고, 남·북·해외의 민족대단결을 실천적으로 구현한다는 명목으로 조국통일범민족연합이 추구하는 범민족대회를 지지하는 등의 노선을 취하고" 있는 것은 "반국가단체인 북한의 대남적화통일노선에 부합하는 폭력혁명 노선을 채택함으로써 그 활동을 찬양·고무·선전하며 이에 동조하는 행위를 목적으로 하는 단체"라고 판결했다.[119]

설사 이적의도가 없었음이 인정된다 하더라도 결과적으로 북한의 주장과 동일하다면 이적표현에 해당한다고 대법원은 거듭 밝혔다. 대법원은 "한미관계를 정치적, 경제적 예속관계로, 현정권을 분열주의자로 단정짓고 반미와 정권타도를 주창하여 미군철수, 국가보안법철폐, 팀스피리트훈련의 영구폐기, 평화협정체결, 연방제통일방안 합의 등을 위하여 투쟁하여야 한다는 내용을" 담은 유인물을 배포한 것은 설사 그 의도가 "남한의 진정한 민주적 발전, 한반도 내에서 고조되는 군사적 긴장과 대결의 해소, 평화구조의 정착, 한미간 불평등 협정의 개정과 수입개방반대, 외세의 배격, 현실적이고 합리적인 통일방안의 제시 등"이라 하더라도 "그 내용이 객관적으로 북한이 그들의 대남적화통일 전략을 위하여 우리의 정치, 경제, 사회체제를 미제국주의의 식민지 내지 매판체제 또는 종속적 지배관계라고 허위선전하면서 반미반정부활동을 책동하고 위장평화공세를 하고 있는 선전선동활동과 그 궤도를 같이하고 있는 것"이기 때문에 이적표현에 해당한다고 판결했다.[120]

대법원은 또 "북한의 인공기를 게양"하는 것이, 설사 "그 의도가 남과 북이 동반관계에 있음을 상징적으로 표현하기 위한 목적"이라 하더라도 "객관적으로 반국가단체인 북한의 실체와 권위를 인정하여 그 존재와 활동에 호응 가세한다는 의견을 상징적으로 표현하고 있는 것으로서 북한의 대남선전선동활동에도 동조하는 것"라고 판결했고, "연방제통일방안 확정을 위하여 투쟁하자는 등의 통화내용이 녹취된 테이프를 방송"한 것도 "객관적으로 반국가단체인 북한이 대남적화통일전략을 위하여 전개하고 있는 선전책동과 그궤를 같이하는" 이적행위라고 판결했다.[121]

국가보안법상 동조죄가 성립되기 위해 반드시 북한의 주장과 일치할 필요는 없다는 것이 대법원의 일관된 견해였다. 비록 "북한의 주장과는 다소 차이가 있다 하여도 결과에 있어서는 사회주의 체제를 건설하여야 한다는 점에서 반국가단체인 북한의 주장과 그 길을 같이하는 것"이라면 국가보안법 제7조 위반이라고 주장했다.[122] 대법원은 심지어, 북한에 동조하지 않았지만, 우리 역사의 부정적인 면만을 강조했다는 이유를 들어 이적표현물로 규정하기도 했다. 대법원은 "일제하의 3·1운동을 노동자, 농민, 애국시민 등이 중심이 된 기층민중의 반부르죠아, 반제민중봉기라고 하고, 해방 직후에 들어선 조선인민공화국은 공산주의 세력이 아니라 민주주의 조선을 건설하는데 헌신한 단체라고 하며 당시에 활약한 조선노동조합전국평의회 산하 근로자들의 남한 단독선거 반대투쟁을 정당시하고, 4·3 제주폭동을 미국과 독재정권에 항거한 민중의 의거"라는 등의 주장은 "노동자들을 상대로 우리 나라의 긍정적 측면은 제외하고 부정적 측면만을 강조하여 또는 왜곡된 역사인식에 기하여 교육을 한 것으로써, 노동자들의 정당한 권익을 신장시키고 그들의 정치, 경제적 지위를 향상시키기 위한 정당행위"가 아니기 때문에 국가보안법 제7조 위반으로 처벌하는 것이 정당하다고 판결했다.[123]

117) 대법원 1997.6.27 선고 96도1369 판결.
118) 대법원 1997.7.25. 선고 97도1386 판결
119) 대법원 1998.5.15 선고 98도495 판결; 대법원 1998.7.28 선고 98도1395 판결.
120) 대법원 1993.9.28. 선고 93도1730 판결.
121) 대법원 1993.9.28. 선고 93도1730 판결.
122) 대법원 1993.2.9. 선고 92도1711 판결.

대법원은 "사회민주주의 청년연맹"이라는 단체가 "우리 사회를 계급간 적대가 존재하는 계급사회로, 우리 나라를 외세에 예속된 식민지로 규정하고 있으며, 노동대중의 의식화·조직화사업을 통한 사회적 예방을 완수하고, 일제의 제국주의 침략을 배제하고 군부파시즘을 종식시키며, 자본의 국유화 등으로 사유재산제도를 변혁시키고, 외세의 영향력 하에 있는 정권을 청산하기 위하여 그 변혁을 불가능하게 하는 모든 세력에 대하여는 대중정치 투쟁과 민중항쟁 등을 포함한 모든 방법을 동원하여 제거, 타파시키는 것을 목적으로 하는 단체"이기 때문에 국가보안법 제7조 위반으로 처벌한 것은 정당하다고 판결했다.[124] 대법원은 그러나 이러한 주장이 북한의 주장과 일치하는 지 여부는 언급하지 않았다.

결국 1990년 헌법재판소 결정이후의 대법원의 국가보안법 제7조에 대한 해석기준은 크게 달라지지 않았다. 헌법재판소가 제시한 "명백하고 실질적인 위험" 기준은 전혀 적용되지 않았다. 대법원은 "이적성 추정원칙"에 입각해 판결했고, 학문의 자유의 범위도 매우 좁게 한정해 기본권으로서의 의미를 퇴색시켰다. 한편 대법원은 "적극적이고 공격적인 표현"이라는 새로운 기준을 제시했으나 이는 그 전에 사용했던 기준, 즉 "북한의 주장과 일치하는 표현"여부를 판별하는 것과 큰 차이가 없었다. 일부 판결에서 "이적성 추정원칙"을 거부하거나 학문의 자유의 범위를 보다 넓게 인정하는 판결도 있었으나 개인의 표현의 자유보다 국가안보를 우선시하는 보수적인 판결경향에 큰 변화를 가져오지는 않았다.

(6) 소수 대법관들의 반대의견

1990년 이후의 대법원 판결에서 나타난 가장 큰 변화는 표현의 자유를 주장하는 소수의견의 등장이었다. 1992년 이회창, 이재성, 배만운 등 세명의 대법관들은 다수 대법관들이 채택한 이적표현물의 판정기준이 "추상적이고 애매모호"하다고 비난하면서 보다 적극적으로 표현의 자유를 보장하자고 주장했다. 대법원의 국가보안법 판례상 그 전례가 없었던 표현의 자유를 위한 소수반대의견이 제시된 것이다. 소수 대법관들은 "국가보안법이 존속하는 한 법원은 그 해석과 적용의 원칙을 밝힐 의무"가 있기 때문에 대법원은 "국가보안법상의 표현범죄에 관한 규제기준을 명확히 제시"해야한다고 주장했다. 그들은 1990년의 헌법재판관들처럼 국가보안법의 인권침해 가능성을 솔직히 인정하면서, 대법원이 지금까지는 표현의 자유가 아니라 국가안보에 "우월적 지위"를 부여해왔음을 시인했다. "그 동안 국가안전보장이 강조될 수밖에 없었던 국내외적인 사정과 정세 하에서 개인의 표현의 자유보다는 국가안전보장의 보호에 더 치중하여 해석·적용되어 온 것이 사실"이었다고 이들은 고백했다.

비록 소수의견에 그쳤지만 종전의 대법원의 국가보안법 판결에서는 찾아볼 수 없었던 표현의 자유의 중요성이 대법원 판결문에서 발견되었다. 그들은 "개인이 집단 또는 반대자의 의사와 상반되는 자신의 의사를 표명할 수 있는 자유는 자유민주주의의 필수적 요건의 하나일 뿐 아니라 그 대표적 징표"라고 하면서 "사상의 자유시장" 개념을 역설했다. 그들은 국가보안법과 같은 규제가 "사상의 경쟁시장에 상장되면 그 허구성과 무가치한 실체가 드러나서 저절로 스러져 버릴 표현물이라고 할지라도 이를 금기시함으로써 상징적 위험성을 지니게" 만든다면서" 기존의 이념과 가치를 부정하고 공격하는 내용이어서 당장은 당혹스럽고 불쾌한 것이라고 하더라도, 이를 과감하게 허용하여 사상의 경쟁을 거치게 함으로써 그 상징적 위험성을 제거하는 것이 자유민주주의 체제의 정도"라고 주장했다. 소수대법관들은 "기존의 사상·이념에 반한다 하여 무조건 배척하거나 억제할 것이 아니라, 무가치하고 유해한 사상과 이념이라고 할지라도 가급적 자유경쟁의 시장에서 비판되고 도태되는 과정을 거치게 함으로써 건전한 국가와 사회체제의 기초가 형성될 수 있는 것"이라고 주장했다.

물론 소수대법관들도 표현의 자유의 한계는 인정했다. 그들은 "자유민주주의의 질서와 체제 자체를 파괴하려는 행위"를 규제하는 것은 "자유민주주의 자체의 방어를 위하여 당연하다"고 주장했다. 소수대법관들이 표현의 자유와 국가안보의 균형을 유지하기 위해 선택한 법적 기준은 "대한민국의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 파괴할 '구체적이고 가능한 위험'이 있는 표현행위"만을 처벌하는 것이었다. 그들은 단순히 북한의 주장과 일치한다는 이유만으로 이적표현으로 간주하는 것에 반대했다. "어떤

123) 대법원 1991.4.23. 선고 91도212 판결.
124) 대법원 1996.9.10. 선고 95도939 판결.

표현이 대한민국의 자유민주적 기본질서의 이념과 가치에 동조하지 아니하고 이를 비판하거나 심지어 이와 반대되는 사상·의견을 표명한 것이라고 하여도, 이러한 정도의 의사표현만으로는 해악의 내용은 구체적이라고 할 수 있을지언정 해악발생의 가능성이 있다고" 보기 어렵다면서 "적극적으로 폭력 기타 비합법적 방법에 의하여 국가의 존립과 자유민주적 기본질서를 전복·폐지할 것을 유도 또는 선동하는 경우에만 해악발생의 가능성이" 있는 표현만 처벌하자고 주장했다. 그들은 "종전에 북한정권이 펴온 선전에 부합하는 내용이라는 점에 얽매여 위와 같은 구체적이고 가능한 위험성 유무를 가려봄이 없이 단지 금기된 표현물이 지니는 상징적 위험성만으로 불법표현행위로 단정하여서는 안될 것"이라고 주장했다.
소수 대법관들은 그때까지 대법원이 고수해온 "이적성 인식 추정원칙"에 대해서도 문제를 제기했다. 그들은 "이적성 인식 추정원칙"이 "형사소송에 있어서 국가(검사)가 부담하는 입증책임을 합리적 근거도 없이 일률적으로 피고인에게 떠맡기는 것"이라고 주장하면서, "피고인 자신이 이적행위의 목적이 없었다는 소극적 사실을 입증하기란 어려운 일이어서 사실상 처벌을 면할 수 없게 될 것"이라고 주장했다. 이적성 추정원칙을 극복하기 위해서 피고인들이 "학문적인 연구나 오로지 영리추구 및 호기심에 의한 것이라는 등의 그 이적목적이 없었다"는 것을 입증하는 것은 "학자나 교수 또는 예술가 등과 같은 지위를 갖지 않은 일반인이 그와 같은 목적이 있음을 인정받기란" 매우 어렵다고 주장했다.[125]

소수대법관들이 제시한 "구체적이고 가능한 위험" 기준은 헌법재판소가 요구한 기준이나 유엔인권이사회가 요구한 기준에는 미흡한 것이었지만, 다수 대법관들이 선택한 기준보다는 훨씬 표현의 자유의 범위를 넓힐 수 있는 기준이었다.[126] 그러나 소수대법관들의 표현의 자유 옹호는 단 한차례에 그쳤을 뿐이다. 이후의 국가보안법 판결에서 다수 대법관들은 물론이고, 표현의 자유를 주장했던 소수대법관들 마저 더 이상 문제삼지 않았고, 따라서 국가보안법 판결에 큰 변화를 가져오지도 못했다. 한편 일부 하급심 판결은 헌법재판소가 제시한 "실질적 해악을 줄 명백한 위험성"기준뿐만 아니라 소수대법관들이 제시한 "구체적이고 가능한 위험" 기준을 적용해 무죄판결을 내리기도 했다.[127] 그러나 대법원은 이러한 판결을 모두 무효화시켰다.

4. 맺음말

해방이후 남북의 군사적 대치상황이 지속된 우리의 환경에서 국가보안법은 국가를 방어하는 주요한 수단으로 여겨져 왔다. 그러나 국가보안법 제7조로 인해 국가안보와는 무관하게 양심과 사상과 표현의 자유가 침해된다는 주장이 끊임없이 제기되어 왔다. 국가보안법은 "헌법이 보장하고 있는 양심과 사상의 자유, 그리고 학문과 표현의 자유를 침해하는 위헌적인 법률이고, 세계인권선언에 반하는 반인권적인 법률"로 지난 50년간 정치적 반대자를 탄압하는 수단으로 악용되어 왔다는 것이다.[128]

현행 국가보안법 제7조, 소위 "찬양·고무" 조항은 양심의 자유를 보장한 헌법 제19조, 언론·출판의 자유를 보장한 헌법 제21조, 학문과 예술의 자유를 보장한 헌법 제22조 등과 상충된다. 물론 헌법 제37조에 따라 국가의 안전보장을 위해 이러한 표현의 자유도 본질적인 내용이 침해되지 않는 범위 내에서 제약을 받을 수 있다. 국제인권B규약 제19조도 인간은 누구나 "간섭을 받지 않고 의견을 가질 권리"와 "표현의 자유에 대한 권리"를 갖는다고 선언했지만 이러한 권리가 늘 완벽하게 보장받을 수는 없다. 국제인권규약도 "타인의 권리 또는 신용의 존중, 국가의 안전 혹은 공공의 질서 또는 공중의 건강 혹은 도덕의 보호"를 위해서 표현의 자유가 제약을 받을 수도 있다고 인정했다.

표현의 자유를 국제인권규약의 "핵심적인 권리(a core right)"로 규정한 유엔인권이사회는 국가안보를 유지하기 위해 표현의 자유를 침해하는 경우는 "국가전체에 직접적인 정치적 군사적 위협을 가져오는 가장 심각한 경우"로 국한시켰다. 국가안보가 표현의 자유를 제약하는 정당한 근거로 인정을 받는 것은 "진정으로 (국가안보)가 위협받을 때"이고, 이러한 상황에서 그러한 규제는 명확히 규정되어 "누구나 무엇이 금지된 것인지 알고, 무엇이 제한을 받는지 알 수 있어야 한다"고 선언했다. 따라서 국제인권규약

125) 대법원 1992.3.31. 선고 90도2033 판결.
126) 1951년 미국 연방대법원은 미국공산당 간부에 대한 국가보안법 위반 사건에서 "명백하고 가능한 위험(clear and probable danger)" 판결기준을 선택했다. 그러나 6년후 미국 연방대법원은 이 기준이 표현의 자유를 보장하지 못한다며 "명백히 급박한 위험(clear and imminent danger) 판결기준으로 바꾸었다. 참조, 장호순 『미국헌법과 인권의 역사』, 개마고원, 1997년, pp. 83-128.
127) 참조, 1995.5.7. 선고 94노3827 판결; 1995.4.6. 선고 95노8 판결; 96.1.10 선고 95고단7295; 96.7.12 선고 96고단36 판결.
128) 『민주사회를 위한 변론』, 1998년 11-12월호, p.17.

의 범위 내에서 국가안보를 위해 표현의 자유를 제약하려면 정부는 첫째, 어떤 표현이 국가보안법 상 금지된 표현인지 명확히 지적하고, 둘째, 해당 표현을 허용함으로써 국가안보에 위태로운 결과를 가져왔다는 사실을 입증해야 한다. 단순히 국가안보를 저해할 것이라는 개연성이나 가능성 만으로는 정치적 표현행위를 처벌할 수 없는 것이다.

위헌법률심판권한을 가진 우리 나라의 헌법재판소는 국가보안법 제7조가 헌법에 보장된 표현의 자유를 침해할 여지가 많다는 사실을 인정하면서, 위헌결정을 내리지 않았다. 국가보안법 제7조의 "완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제지만, 남북간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는 마당에서는 완전폐기함에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 이익형량상 더 클 것"이고, "형법상의 내란죄나 외환죄"는 "국가의 자기안전·방어에는 다소 미흡하다"는 것이 헌법재판소가 적용한 논리였다. 헌법재판소는 국가보안법 제7조가 정치적, 군사적으로 필요한 조항이라고 덧붙이면서, 대신 표현의 자유가 부당히 침해되지 않도록 이 조항을 "국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우"로 제한해 적용하라고 주문했다.

그러나 헌법재판소는 "실질적인 해악"이나 "명백한 위험성"을 어떻게 판별할 것인지에 대해서는 구체적이고 명확한 기준을 제시하지 않았다. 더욱이 헌법재판소가 제시한 기준은 대법원으로부터 철저히 배격을 당했고 결국 사법적 판단기준으로서 활용되지 못했다. 현행 헌법재판소법 상 법원의 판결은 헌법소원의 대상이 아니기 때문이다. 결국 국내재판의 최고심판기관으로서, 그래서 국가보안법 사건의 심판에 있어 가장 결정적인 영향을 미치는 대법원은 국제인권B규약이나 헌법재판소가 제시한 기준을 무시한 채 그 표현내용이 북한의 주장과 동일하거나 상통한다는 사실만으로 국가보안법 제7조가 위반되었다고 판결해왔다. 대법원 판결에서는 표현의 자유의 "우월적 지위"는 전혀 고려대상이 아니었고, 학문의 자유도 "순수한 목적의 진리 추구"만 인정되었다. 1990년 헌법재판소판결 이전의 경우, 대법원이 국가보안법 제7조 위반사건에 적용한 법적 기준은 소위 "해악한 경향(bad tendency)"이라는 전근대적인 법적 기준을 적용했다. 즉 실제 표현 내용이 국가안보에 어떤 해악이나 위험을 가져오는지 관계없이, 단지 해악을 끼칠 가능성이 있다는 이유만으로 처벌하는 것이었다. 이적성 표현을 하거나 그러한 표현물을 소지했다는 것만으로 "미필적 인식"을 추정하여 유죄를 인정했다.

헌법재판소가 국가보안법 제7조에 대해 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우"에만 적용하는 한 합헌이라는 판정이 내려진 이후에도, 대법원의 국가보안법 제7조의 해석 기준은 크게 달라지지 않았다. 대법원은 종전과 마찬가지로 북한을 반국가단체로 규정하고, 북한의 주장과 동일하다는 이유만으로 국가보안법상 금지된 이적표현이라고 간주했으며, "미필적 인식"을 추정할 수 있다면 이적의도가 있는 것으로 받아들였다. 1992년 부터는 학문상의 표현과 구별하기 위해 "적극적이고 공격적인 표현"이라는 기준을 일부 적용했지만, 이 기준은 사실상 북한의 주장과 동일성 여부를 판정하는 것에 불과했다. 결국 지금까지 대법원이 국가보안법 제7조를 해석해온 기준은 유엔인권이사회가 요구하는 것 처럼 범죄구성요건이 명확하지도 않았고, 문제된 표현이 국가안보에 위태로운 결과를 가져올 의도가 있는 것인지, 그리고 실제로 위태로운 결과를 가져왔는지 묻지도 않았다. 국가안보를 저해할 것이라는 개연성이나 가능성조차도 따지지 않는 경우가 대부분이었다. 단지 북한공산집단이 주장하는 내용과 유사하거나 일치하다는 이유만으로 국가보안법 제7조의 위반으로 인정되었다.

국가보안법 제7조 위반 판결이 끊이지 않고, 설사 하급심에서 무죄판결을 받은 결정이라고 하더라도 대법원에서 파기환송되곤 하는 주된 이유는 대법원의 판결기준이 표현의 자유보다는 국가안보에 지나치게 치중하는 전근대적인 것이기 때문이다. 이제부터라도 대법원이 유엔인권위원회가 정한 보다 구체적인 기준을 적용하거나, 헌법재판소가 제시한 대로 "국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험이 있는 경우"에 한해 국가보안법 제7조를 해석한다면 국가보안법으로 인한 부당한 표현의 자유 침해는 상당히 예방할 수 있을 것이다. 물론 가장 바람직한 해결책은 국가보안법 제7조를 삭제함으로써 표현의 자유를 제약하는 근원을 제거하는 것이다. 그렇지 못할 경우 대법원은 유엔인권이사회로부터 판결번복 권고를 받는 수모를 면할 수 없게 될 것이다.

국가보안법 폐지론

-제7조를 중심으로-

김종서(배재대 교수, 법학)

1. 서론

최근 국가보안법의 개폐논쟁이 치열하게 전개되고 있다. 각종의 토론회는 물론이고 방송에서도 찬반토론을 내보내고 있다. 이같은 국가보안법 개폐논쟁에 불을 붙인 것은 김대중 대통령의 8.15경축사였다.

김대통령은 8.15경축사에서 "변화하는 남북관계를 제대로 반영하지 못하고 있는 국가보안법도 개정할 것입니다. 인권침해의 소지가 있는 부분도 고치겠습니다."고 하여 국가보안법 개정 의사를 표명하였고 이에 따라 국민회의에서 본격적으로 국가보안법 개정 작업에 착수한 것이다. 한편 오래전부터 국가보안법 폐지운동을 전개해 왔던 많은 사회단체들은 최근 '국가보안법 반대 국민연대'의 결성을 선언하고 국가보안법 개폐운동을 보다 조직적으로 전개하기로 하였다.

그런데 이와 같은 국가보안법 개폐논의의 한가운데에는 국가보안법 제7조가 놓여 있다. 이미 국민회의 박상천의원이 "불고지죄는 존폐를 논의해야 하고, 고무찬양죄는 보완 개정해야 한다"고 밝힌 바 있고, 국가보안법 반대 국민연대의 경우에도 각 단체들 사이의 이견에도 불구하고 국가보안법 제7조의 폐지를 단체들간의 최소한의 공통분모로 확인하고 있기 때문이다. 또한 국가보안법 적용례의 90% 이상이 제7조 위반사건이고, 유엔인권위원회를 비롯한 국제사회가 한결같이 독소조항으로 지적하고 있는 것도 제7조라는 점도 이를 국가보안법 개폐논의의 중심에 놓이게 한 원인이 되고 있다.

이처럼 제7조의 문제가 개폐논의의 핵심이라는 점을 어렵지 않게 인정할 수 있음에도 불구하고 개폐의 방향에 대해서는 엄청난 차이가 존재하고 있다. 국가보안법 존치론을 주장하는 한나라당과 자민련의 견해는 말할 것도 없고, 개폐를 주장하는 입장들 사이에서도 부분적 개정을 주장하는 국민회의의 의견과 완전 폐지를 요구하는 국민연대의 대립이 존재하고 있는 것이다.

이와 같은 상황에서 국민연대의 입장에서 필자가 주장하고자 하는 것은 물론 제7조의 완전폐지이다. 제7조를 포함한 국가보안법의 폐지에 대한 주장 방식은 다양하다. 인권침해적 요소를 강조하거나 남북관계의 변화를 내세우거나 또는 형법 등 다른 법률과의 중복을 강조하는 등 다양한 방법이 이용되어 왔다. 여기서 이와 같은 논의를 되풀이한다는 것은 매우 진부한 일이 될 것이다. 따라서 나는 좀더 새롭다면 새롭고 근본적이라면 근본적인 방법으로 이 문제에 접근해 보려고 한다. 이것은 통상 국가보안법 제7조와 관련하여 제기되는 문제와 직접적으로 관련되어 있는 것이다.

국가보안법에 대한 대표적인 비판 중의 하나가 국가보안법이 국가안보를 위한 법이 아니라 정권안보를 위한 법이라는 것이다. 이는 곧 국가보안법의 입법목적의 정당성에 관한 것으로서 국가보안법의 개폐문제와 관련하여 가장 본질적인 문제이다. 다음으로 제기되는 문제는 국가보안법의 적용과정에서 발생하는 인권침해이다. 이와 관련해서는 도대체 국가보안법은 인권침해를 야기하지 않고서는 적용될 수 없는 것인가 하는 점이 문제로 대두되며, 이

는 부분 개정론의 논거로 사용되기도 한다. 셋째는 국가보안법이 처벌대상으로 하고 있는 행위의 문제이다. 특히 제7조는 그 처벌대상으로 상정하고 있는 것이 사람이 표현행위이기 때문에 특히 문제된다. 즉 이와 같은 행위를 반드시 형사처벌의 대상으로 삼아야 하는가 하는 것이 핵심적 문제이다. 마지막으로 문제되는 것은 국가보안법이 폐지되었을 때 나타날 수 있는 상황에 대한 우려이다. 이는 국가보안법 존치론자들이 가장 강력하게 내세우는 것으로서 "그래도 광화문에서 '김일성 장군 만세'를 외치는 따위 명백한 이적행위는 처벌할 수 있어야 하지 않겠느냐?"라고 한 김대통령의 표현도 바로 이와 같은 우려를 나타내고 있다. 즉 이는 국가보안법의 폐지 후에 국가의 안전이나 존립에 대한 위험이 과연 야기되는가의 문제이다.

이 글에서는 바로 이와 같은 네가지 점들을 중심으로 그 타당 여부를 밝혀 궁극적으로 국가보안법 제7조 폐지의 논거로 제시하고자 한다.

2. 국가보안법 제7조와 국가안보 : 국가보안법 제7조는 국가안보에 기여하지 못한다.

국가보안법 제1조는 "이 법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 한다"고 그 목적을 밝히고 있다. 즉 국가보안법의 목적은 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유의 확보에 있다.

이 목적은 국가보안법 전체의 존립근거이다. 따라서 이와 같은 국가보안법의 목적 자체가 정당성을 갖지 못한다면 국가보안법 전체는 존립할 가치가 없고 폐지되어야 함은 분명하다. 또한 목적의 정당성이 인정된다 하더라도 국가보안법의 개별 규정이 이와 같은 목적에 기여할 수 없는 것이라면, 당해 규정은 폐지되어야 한다.

그런데 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유의 확보라는 입법 목적 자체에 대해서 그 정당성을 의심할 여지는 없다. 따라서 문제는 구체적인 국가보안법의 규정들이 이와 같은 입법목적의 달성에 기여하는가 하는 것이다. 제7조를 중심으로 이를 검토해본다.

제7조가 이와 같은 입법목적에 기여한다고 하기 위해서는 그것이 처벌하려는 행위가 국가의 안전을 위협하고 국민의 생존과 자유를 확보하는 데 장애가 되는 것이어야 한다. 여기서 제7조가 규정하고 있는 각각의 행위태양에 대한 분석이 요구된다.

제7조는 여러 종류의 행위를 처벌대상으로 규정하고 있다. 제1항은 "반국가단체나 그 구성원 또는 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동"하는 행위를 처벌대상으로 규정하고 있다. 소위 '찬양·고무'이다. 제3항은 "1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입"하는 행위가 그 대상이며 보통 '이적단체 구성·가입'이라 부른다. 그리고 제4항은 "이적단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포"하는 행위가 처벌대상이다. 마지막으로 제5항은 "제1항 제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득"하는 행위를 처벌대상으로 규정하고 있다. 이른바 "이적표현물 제작 등"의 죄이다.

이들 각항의 구조를 보면 제1항이 기본적 구성요건이고 제3항과 제4항은 가중적 구성요건이며, 제5항은 행위수단의 특징(말이 아닌 체화된 표현물)을 반영한 특별구성요건이라고 한다.[1)]

1) 황교안, 『국가보안법 해설』, 집영출판사, 1998, 311쪽.

나는 여기서 논의를 명확하게 하기 위하여 반국가단체는 북한, 그 구성원은 김일성 또는 김정일, 그 지령을 받은 자는 간첩으로 상정하려고 한다. 그 이유는 이런 극단적인 경우에조차 제7조가 국가의 안전이나 국민의 생존 및 자유의 확보에 기여하지 못한다면 제7조는 어떤 경우에도 존립할 가치가 없는 것이 되기 때문이다. 이런 전제하에서 제7조 각항에 규정된 행위를 구체화시켜 보자.

제1항의 행위는 바로 김대중 대통령이 말했던 사례이다. "광화문에서 '김일성 장군 만세'를 외치는 행위"(찬양)를 포함하여 "연방제 통일을 주장하고 주한미군 철수를 외쳐대며 국가보안법의 철폐를 요구하는 행위"(고무), "남한의 현 정권은 반민주적, 반민중적, 반민족적 정권이므로 이 체제를 폭력혁명으로 전복하고 새로운 사회주의 또는 공산주의 체제를 수립하자고 주장하는 행위"(국가변란 선전선동)가 전형적인 예가 될 수 있을 것이다.

제3항의 행위는 "북한의 정치경제체제나 김일성 부자의 통치업적을 찬양하는 것을 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입하는 행위"로서, 바로 위에 열거한 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하고 가입하는 행위이다.

제4항은 "현 정권이 영구집권을 획책하고 있다"는 등의 허위사실을 날조, 유포하는 행위이다. 그러나 이 규정은 제3항의 단체를 전제로 하는 것이므로 따로 논하지는 않는다.

제5항은 제1,3,4항의 행위를 할 목적으로 표현물을 제작 등 하는 행위이다.

이상의 행위태양에 비추어 보면 결국 국가보안법 제7조의 핵심은 제1항에 있다. 즉 제1항은 다른 항의 행위태양의 전제가 되는 기본적 구성요건이기 때문이다. 따라서 앞에서 예시적으로 열거한 제1항 해당 행위들이 국가의 안전 등에 위협이 되는지, 나아가 그 행위를 처벌함으로써 국가의 안전 등이 확보되는지가 제7조 존립 여부의 열쇠이다.

대통령이 이야기했다는 예부터 살펴 보자. "광화문에서 '김일성 장군 만세'를 외치는 행위"가 과연 국가의 안전에 위협이 되는가? 북한의 전 주민이 굶주림에 시달리고 아이들이 영양실조로 죽어가며 탈북자가 속출하고 있는 현재의 상황을 고려하지 않더라도 광화문에서 그런 '짓'을 하는 사람이 있다면 누구라도 그를 보고 '미쳤다'고 할 것이다. "그거 참 국가안보에 위협이 되니 반드시 형벌로 다스려야 한다"고 생각하는 사람은 없다는 이야기다. 이런 행위를 보는 국민이 국가의 안전에 대한 위협을 느끼는 사회라면 그 사회는 온전한 사회라고 할 수 없다. 그것은 이런 주장을 하고 있는 사람만큼이나 광기어린 사회이고, 전 국민과 사회를 그렇게 되도록 내버려둔, 또는 그렇게 만든 국가와 정부야말로 전 사회와 전 국민에 대한 범죄를 저지른 셈이 되며 그것이야말로 국가의 존립과 안전에 치명적 위험을 발생시킨 것이라고 해야 한다. 그런 주장에 대해 의연히 대처하여 그것이 잘못되었음을 설득하는 것, 그것이 바로 국가의 안전에 기여하는 길이다.

그 다음으로 현재 국가보안법 제7조 제1항 위반 사건에서 소위 이적표현의 전형으로 취급되는 세가지 표현, 즉 '연방제 통일, 주한미군 철수, 국가보안법 철폐'를 보자.

우선 연방제 통일의 경우. 정부당국이 이적단체라고 규정한 여러 단체에서 주장해 온 연방국가 통일이 북한이 주장하는 연방제 통일과 동일한 것인지는 알 수 없다. 그러나 설사 그것이 북한의 '연방국가' 통일방안과 같은 것이라 하더라도 그것만으로 반국가단체를 찬양·고무했다거나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다고 할 수는 없다. 우리 헌법이 국민주권주의를 포기하지 않는 한 국민은 민족 최대의 과제인 통일을 논의함에 있어서 어떠한 방안이라도 제시할 수가 있고 연방제 통일방안 역시 그 중 하나의 가능성에 불과하며, 그러한 통일논의는 오히려 국민주권주의를 기초로 하는 우리 헌법의 정신을 적극적으로 실현하는 행위라 할 수 있다. 국민주권국가에서 주권국민이 통일의 방식과 그 후의 국가형태 그리고 모든 통치권력이 국민으로부터 나오는 민주공화국의 모습을 전망함에 있어 다양한 의견을 자유롭게 개진하는 것은 지극히 당연한 것이다. 그런데도 이를 국가의 존립·안전이나 자유

민주적 기본질서를 위태롭게 한다고 보는 것은 국민주권주의를 포기하거나 부정하는 것이나 다름없다.

연방제 통일방안이 북한에서 주장하는 것과 동일하다고 하자. 그래서 어떻다는 말인가? 당장 국가의 존립이 흔들리고 자유민주적 기본질서가 무너지기라도 한단 말인가?

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 대한민국의 존립·안전을 위태롭게 하는 것은 미군의 '철수'이지 미군이 철수해야 한다는 '주장'은 아니다. 어떤 사실과 그 사실의 주장·표현은 분명히 구별되어야 한다. 몇몇 사람이나 몇몇 단체가 미군철수를 주장한다고 해서 미군이 철수할 것인가? 설마 정부당국이 그렇게 믿고 있다는 말인가?

셋째, 마지막으로 국가보안법을 철폐하자는 주장이 있다. 물론 이것 역시 북한이 줄기차게 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.[2] 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.[3] 설사 국가보안법의 폐지가 국가의 존립·안전에 위협이 될 수 있다는 국가보안법 존치론자들의 견해를 전면적으로 수용하더라도 그것은 법의 폐지에서 오는 위험이지 폐지를 주장하는 데서 오는 위험이 아니다. 폐지 주장이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다면 48년 이후로 북한은 줄곧 국가보안법(또는 반공법) 폐지를 주장해 왔으니 이미 국가의 존립·안전은 온데간데 없을 것이다. 얼마나 한심한 논리인가?

마지막으로 "남한의 현 체제를 폭력혁명으로 무너뜨리고 사회주의 또는 공산주의 체제를 수립하자"는 주장인데 이는 아마도 제1항의 규정 중 "국가변란의 선전·선동"쯤에 해당할 것이다. 그리고 이는 듣는 이에 따라서는 어떤 위기의식을 느낄 수 있을만한 표현이다. 그러나 어떤 주장이 국가변란의 선전·선동으로서 처벌의 대상이 되기 위해서는 그 말에 접한 사람이 그 주장이 이끌어내고자 하는 행동, 즉 국가변란에 돌입할 개연성이 매우 커서 국가의 안전에 대한 위험이 명백하고 현존하는 경우라야 한다.[4]

이 부분은 1991년 개정 때 논란이 많았던 "기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자" 부분을 삭제하고 대신 삽입된 구절이지만 국가보안법이 국가의 안전보장을 위하여 특별히 마련된 형법의 특별법임을 생각할 때 그 존재이유를 찾기 어렵다. 이런 정도의 위험성을 가

2) 표현의 자유를 떠나서라도 우리는 헌법 제26조에서 보장하고 있는 청원권의 행사를 통하여 스스로 문제있다고 생각하는 것이면 어떤 법령에 대해서든 개정이나 폐지를 요구하는 입법청원을 할 수 있다. 검찰의 논리에 따르자면 누군가 국가보안법을 폐지하자는 내용의 입법청원을 하면 이 역시 국가보안법 제7조에 위반된다고 해야 하는데 이것이 말도 안된다는 것은 삼척동자도 알 일이다.

3) 긴급조치로 유지해 가던 유신정권이 어떤 최후를 맞이했는지는 국가보안법의 오남용 현실에 시사하는 바가 매우 크다.

4) 그것이 7조 1항에서 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라고 규정하고 있는 의미이다. 권영성 교수는 선전·선동이라 함은 타인에 대하여 실행의 결의를 하게 하거나 결의를 조장하는 것을 말하며 선동된 행위가 실행되는가의 여부는 상관이 없다고 하면서도 선동에는 구체적 가벌성의 기준으로서 명백·현존위험의 원칙이 적용되어야 한다고 밝히고 있다. 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 1998, 454쪽.

진 행위는 이미 형법에 의하여 처벌되고 있기 때문이다. 즉 형법 제90조 제2항은 내란의 선전·선동을 처벌하고 있는데, 내란의 구성요건을 이루는 국헌문란은 국가변란보다 넓은 개념이어서 국가변란을 별도의 구성요건으로 정할 필요가 없는데다가, 그 형량(3년이상의 유기징역이나 유기금고)도 국가보안법 제7조(7년 이하의 징역)보다 훨씬 무거운 것이다. 이로 미루어볼 때 굳이 존재이유가 있다고 하려면 형법상 내란죄가 폭동을 구성요건으로 하고 있는 점에 비추어 제7조의 국가변란에는 폭동에 의하지 않는 정부전복까지 포함하는 개념이 되는 것으로 해석할 수밖에 없는데 이는 납득할 수가 없다. 비폭력적인 정부전복이란 결국 "평화적 정권교체"라는 말이 되는데 이를 선전·선동하는 것이 범죄라면 민주주의 원리 자체를 부정하는 것이나 다름없기 때문이다. 이렇게 보면 국가변란의 선전·선동이란 구절은 독립적으로 존재할 이유는 없으며, 찬양·고무·동조만을 구성요건으로 삼기에는 문제가 많다고 느껴서 궁여지책으로 삽입해 넣은 것일 가능성이 높다. 결국 "국가변론의 선전·선동" 부분도 국가안전보장에 직접적으로 기여하는 바는 없다.

자, 그렇다면 위에서 상정한 제1항에 해당할 수 있는 극단적인 사례, 즉 제7조하에서 예외없이 처벌될만한 행위조차 국가의 안전에 어떤 위협도 될 수 없음이 밝혀졌다. 즉 제7조의 존재가 국가의 안전 확보(국가안보)에 어떠한 도움도 주지 못한다는 사실이다. 그리하여 제7조는 결국 국가의 안전 확보에는 어떠한 기여도 못하면서 반대로 국가보안법의 또다른 목적인 국민의 생존과 자유의 확보에는 실패하고 있는, 아니 이를 적극적으로 침해하고 있는 법이 아닌 인권침해장전이 되고 있다. 이쯤 되면 국가보안법 제7조가 폐지되어야 함은 당연한 일 아닌가?

3. 국가보안법 제7조와 인권보장 : 국가보안법 제7조는 본질적으로 인권침해법이다.

국가보안법, 특히 제7조와 관련한 문제 가운데 가장 일반적으로 제기되는 문제가 법적용 과정에서의 인권침해 문제이다. 그 사례는 헤아릴 수 없이 많고 너무나 많은 글과 문헌에서 제시된 것이기 때문에 여기서 새삼 그 사례를 열거할 필요는 없을 것이다.[5]

그러나 국가보안법 제7조가 적용과정에서 인권침해를 낳고 있다고 해서 그것이 곧 제7조의 폐지 근거가 되지는 못한다(이것은 존치론자와 개정론자의 일반적 견해이다). 모든 법은 그 적용과정에서 부작용이 발생할 수 있고 그 부작용 가운데에는 인권침해가 포함될 수 있는 것이다. 그러나 부작용이 있다고 해서, 인권침해가 발생한다고 해서 그 법을 폐지해야 한다고 단정할 수는 없다. 문제는 그러한 부작용과 인권침해가 단순히 운영상의 잘못에 불과한 것이가, 아니면 법규정으로부터 당연히 나오는 필연적 결과인가 하는 것이다. 전자의 경우라면 법적용을 엄격히 하고 인권침해를 최소화할 수 있는 방안이 마련된다면 반드시 법을 폐지해야 한다고까지 말할 수는 없을 것이다. 그러나 반대로 인권침해의 위험성이 법규정 자체에 이미 내재해 있고, 법규정이 어떤 형식의 개정으로도 피할 수 없는 인권침해적 요소를 내포하고 있는 경우라면 문제의 해결책은 오로지 당해 법규정의 폐지밖에 없게 된다. 국가보안법 제7조는 이 중 어떤 경우에 해당하는가?

존치론자들은 국가보안법과 관련하여 발생하는 인권침해는 모두가 법운영상의 잘못에서 비롯되는 것이고, 이것이 국가보안법 폐지의 근거가 될 수는 없다고 주장한다.[6] 즉 법규정

5) 국가보안법 적용과 관련한 인권침해 사례를 잘 정리해 놓은 문헌으로는 박원순, 『국가보안법연구 2. 국가보안법적용사』, 역사비평사, 1992 참조.

6) 『헌법을 생각하는 변호사 모임』 홈페이지에 수록되어 있는 이진우 변호사의 주장을 한 예로 들

을 보다 명확히 하고 법운영기관의 법집행절차를 엄격히 하면 인권침해는 예방될 수 있다는 말이다. 이런 주장에 따르면 제7조가 반드시 폐지되어야 하는 규정이라고 말할 수는 없게 된다. 국가보안법과 관련되어 일어나는 인권침해의 일반적 유형은 "불법연행, 장기구금, 고문과 조작"이다.[7] 이 중 가장 심각한 형태의 인권침해는 고문이다. 그런데 제7조 위반 사건의 경우 '이적단체'와 관련된 제3항 및 제4항의 경우를 제외하고는 고문이 일어날 가능성은 이론적으로는 거의 없다. 고문이 자행되는 것은 증거로 채택될 수 있는 자백의 확보를 위한 것인데 제7조 위반사건의 경우 문제되는 표현 자체가 확고한 증거여서 굳이 자백을 받아내기 위해 불법적인 고문 등을 할 필요가 없기 때문이다. 물론 제7조 위반과 더불어 다른 규정을 문제삼아 그 위반혐의를 입증하기 위해 고문을 하는 경우가 있을 수 있지만 제7조 위반 자체를 입증하기 위하여 인권침해가 이루어지는 경우는 드물 것이다. 제7조의 경우 고문이 행해졌다는 주장이 나온다면 그것은 거의가 제3항, 즉 이적단체 구성·가입과 관련해서일 것이다. 그것은 주로 문제되는 표현과 특정한 단체와의 연계를 내세움으로서 유력한 단체를 약화 또는 와해할 수 있기 때문이다.[8] 이렇게 본다면 인권침해를 이유로 제7조(적어도 제1항과 제5항)를 폐지하라는 것이 오히려 이상하게 들릴 수도 있다.

그러나 국가보안법의 인권침해성을 이야기할 때 본질적인 문제는 법을 적용하는 과정, 특히 수사절차상의 인권침해가 아니라 법이 처벌대상으로 삼고 있는 행위 자체가 헌법이 보장하는 중요한 기본권이라는 점이다. 특히 의견의 표현과 주장 자체를 처벌대상으로 삼고 있는 제7조의 경우 이 점은 매우 중요하다. 그 범죄행위로 설정된 대상 자체가 가장 중요한 인권의 하나이면서 정치적 민주주의의 필수불가결한 조건이 되는 표현의 자유의 영역에 속하는 행위이기 때문이다. 그리고 특정한 의견이나 주장의 표현은 곧 한 사람의 신념체계나 사상·양심의 실현행위라는 점에서 간접적으로는 사상·양심의 자유라는 소위 절대적 기본권에 대한 침해의 문제를 제기한다.

물론 모든 종류의 의사표현이 법의 보호를 받는 것은 아니며 일정한 유형의 표현은 헌법의 보호영역 바깥에 있다고 보는 견해가 지배적이다. 문제는 국가보안법 제7조가 상정하고 있는 표현이 과연 헌법의 보호영역밖에 있는 표현이냐 하는 것이다. "반국가단체나 그 구성원 또는 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동"하는 것이 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 표현"으로서 헌법의 보호영역밖에 있는가?

우리가 앞에서 살펴보았던 소위 이적표현의 전형적인 사례들은 그 어느 것도 국가의 안전에 위협을 제기하지 못하는 것이었다. 그러나 이와 관련하여 보다 본질적인 검토를 요하는 문제는 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 '표현'이 도대체 존재할 수 있느냐 하는 것이다. 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 '행동'은 얼마든지 존재할 수 있다. 그것은 국헌문란 목적의 내란일 수도 있고, 폭발물에 의한 테러일 수도 있으며, 국가기관의 기능마비를 가져오는 여러 가지 형태의 폭력행사일 수도 있다. 그러나 국가보안법 제7조가 문제삼고 있는 것은 그런 행동이 아니라 표현이고 주장인 것이다.

물론 "문은 무보다 강하다"는 격언이 보여 주듯이 한 마디의 말이나 한 줄의 글이 어떠한 무력보다 더 강력한 무기가 될 수 있다. 그러나 그것은 그러한 말이나 글이 그것에 접하는

수 있을 것이다. "물론 보안법의 적용에 있어 인권침해가 전무했던 것은 아니다. 그러나 침해된 인권은 개별적 절차를 거쳐서 구제되어야 할 것이지 법 자체를 폐지해야 한다는 논지는 될 수 없다." 이진우, 「국가보안법 개정론 진상」, 1999. 6. 8, http://www.law717.org/data/library2-02.htm.

7) 박원순, 『국가보안법연구 2. 국가보안법적용사』, 550-562쪽.

8) 이 점은 인권침해 문제와 관련하여 가장 본질적인 조항이 제7조 제3항임을 보여준다. '이적단체'의 문제에 대해서는 별도로 기술한다.

사람의 마음을 움직여 궁극적으로 그 말이나 글이 원하는 행동을 유발시킬 수도 있음을 가리키는 것이다. 위에서 언급한 주장들이 국민의 마음을 움직여 장래에 체제전복 활동으로 나아가게끔 할 수도 있을 것이다. 그러나 체제전복활동으로 나아가게 되는 경우에조차 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서에 위협을 가져다 주는 것은 그러한 행동이지 그 행동의 먼 원인이 된 표현이나 주장 자체는 아니다.

국가보안법 제7조는 "자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라고 하여 소정 범죄행위의 성립요건으로서 자유민주적 기본질서에 대한 위험의 존재를 요구하고 있다. 즉 법조 소정의 찬양·고무·동조 등의 행위가 국가가 보호하고자 하는 어떤 목적이나 이익(여기서는 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서)에 대한 위험을 야기하는 것, 다시 말해서 원인이 되는 행위(표현)와 위험성 사이에 직접적 연관성이 있을 것을 요구하고 있다. 그런데 특정한 표현이나 주장이 그러한 국가목적이나 이익에 대하여 직접적 위험성을 야기한다고 볼 수는 없다. 어떤 표현이 사람들의 마음을 움직이고 그 사람들이 어떤 행동에 돌입하여 그 행동이 국가목적에 위협을 가져다 줄 수도 있는 경우 그런 표현을 처벌하겠다는 것은 마치 어린 시절 편부모 밑에서 자란 탓에 정서가 왜곡되고 왜곡된 정서가 살인이나 절도 등의 범죄행위로 발현될 위험성이 있으므로 편부모의 아동양육행위를 처벌하겠다는 논리와 하등 다를 바가 없다.

이 점에서 여러 형태의 표현행위 중 국가보안법이 처벌대상으로 삼고 있는 표현은 형법 등에 의하여 처벌대상이 되고 있는 기타 유형의 표현과는 다르다. 예컨대 특정한 표현행위를 처벌대상으로 삼고 있는 규정의 대표적인 예로는 형법 제243조와 제244조에서 규정하는 음란물 관련 범죄와 형법 제307조 이하의 명예훼손에 관한 죄가 있다. 음란물 관련 범죄에 있어서 보호법익은 결국 일반인이 성에 대해 가지고 있는 도덕감이라 할 수 있고, 명예훼손죄의 경우 개인의 명예가 보호법익이 된다. 이들 범죄의 경우에도 특정한 표현으로 인하여 도덕감정이나 외적 명예가 현실적으로 침해될 것을 요구하지는 않으나 적어도 그러한 표현을 접함으로써 이들 법익이 침해될 위험성은 현실적으로 존재하는 것이다. 그리고 그러한 위험성은 표현 그 자체에서 직접 나온다. 반면 국가보안법 제7조에 규정된 표현의 경우 그것이 보호법익인 자유민주적 기본질서 등에 어떤 위험을 발생하기 위해서는 반드시 표현에 의해 촉발되거나 조장된(또는 그렇게 될 개연성이 있는) 어떤 행위가 매개되어야 한다. 즉 국가보안법 제7조가 암묵적으로 그 구성요건으로 상정하고 있는 것은 "위험성을 촉발할 위험성"이다. 이것이 국가보안법 제7조가 남용될 수밖에 없고 인권침해를 야기할 수밖에 없는 본질적 이유이다. 국가보안법은 자유민주적 기본질서에 위험을 야기하는 표현을 처벌하는 것이 아니라 자유민주적 기본질서에 위험을 야기할 수 있는 어떤 행위를 촉발시킬 위험성 있는 표현이라는, 국가안전이나 자유민주적 기본질서와는 멀리 떨어져 있는 표현을 처벌대상으로 삼고 있는 것이다. 그 결과 그것이 적용될 수 있는 폭은 법적용자의 관점에 따라 한없이 넓어질 수 있고 동일한 표현이라도 주관적 판단에 따라 자의적으로 적용될 수 있게 되는 것이다. 설사 순수한 학문적 동기에서 이루어진 표현이라 하더라도 국가보안법 제7조의 적용을 받을 수 있게 되는 것은 이와 같이 위험성의 범위를 무제한적으로 확장하는데서 오는 필연적 결과이다. 그 결과 현행 국가보안법 제7조가 구법과는 달리 "국가의 존립·안전..... 정을 알면서"라는 주관적 구성요건을 추가했음에도 불구하고 본질적으로 적용상의 차이가 없게 되는 것이다.

이것이 바로 국가보안법 제7조의 본질이다. 즉 국가보안법 제7조는 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서 등 국가안보와 관련되어 있는 불확정개념과 특정 유형의 표현을 연결시켜 처벌하는 것을 그 본질로 삼고 있고, 바로 이러한 본질은 역설적으로 국가보안법 제7조의 존립근거를 무너뜨리고 있다. 다시 말해서 법 제7조가 내세우는 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서의 수호라는 것은 명목상의 요건으로 작용할 뿐이며 처벌의 대상으로 삼고 있는 본질적 대상은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 대한 위험과는 상관없이 "반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동"하는 행위인 것이다. 즉 제7조가 처벌하려고 하는 것은 특정한 유형의 표현 자체이지 '위험한' 표현이 아니라는 것이다.

결국 제7조는 국가안보를 명목으로 내세워 처벌할 수도 없고, 처벌되어서도 안될 표현을 처벌대상으로 삼을 수밖에 없으며, 따라서 그로부터 비롯되는 인권침해의 문제는 법적용상의 문제가 아니라 법규정 자체로부터 비롯되는 것이다. 결국 국가보안법 제7조는 폐지됨으로써만 인권침해의 오명으로부터 벗어날 수 있게 된다.[9]

4. 국가보안법 제7조의 폐지와 국가안보 : 국가보안법 제7조의 폐지가 국가안보에 대한 위험을 가져오지는 않는다.

위에서 나는 국가보안법 제7조 폐지의 당위성을 제시하였다. 그런데 국가보안법 제7조 존치론자들이나 부분 개정론자들(대체입법론자를 포함함)의 견해에 따르면 제7조는 국가보안법의 전체계에 있어서 실질적 근간이라고 할 수 있을 정도로 매우 중요한 규정이다. 이를 단적으로 보여주는 것이 과거 국가보안법 대체입법안을 주도적으로 만들었던 박상천 의원이 법무장관 시절 했던 언급이다.

> "국가보안법이 완전 폐지되면 직접 폭력을 동원하지 않는 한 체제전복을 위한 선전선동을 처벌할 수 없게 된다."[10]

이 말을 액면 그대로 받아들인다면 국가보안법의 근본적 존립목적은 바로 "직접 폭력을 동원하지 않는 체제전복을 위한 선전선동"의 처벌에 있는데, 이러한 행위유형을 규정하고 있는 조항은 바로 국가보안법 제7조이다. 또한 국가보안법 제7조는 일반 형법 등에는 찾아볼 수 없는, 말하자면 국가보안법의 상징이라고 할 수 있는 조항이다.[11]

그렇다면 이토록 중요한 규정을 폐지했을 때 발생할 것이라고 존치론자들이 예상하는 위험 역시 매우 클 것이다. 그런데 과연 그런 위험은 존재하는 것인가? 위에서 제시한 언급들이 대체로 국가보안법의 폐지를 적극적으로 뒷받침하기 위한 것이었다면 이런 위험의 존재가 허구임을 밝혀낼 수 있다면 그것은 국가보안법의 폐지를 소극적으로 정당화할 수 있는 구실을 하게 될 것이다.

그런데 이러한 해답은 이미 위의 논의에서 제시되었다. 즉 국가보안법 제7조의 처벌대상이 되는 표현은 처음부터 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 위협이 될 수 없는 것이었다. 아무런 위협도 제기하지 않는 표현을 처벌하려는 조항을 폐지한다고 해서 국가의 존립 등이 위태롭게 될 수는 없지 않은가? 즉 존치론자들이 내세우는 국가안보에 대한 위험은 국가보안법 제7조의 폐지와는 전혀 무관하게, 그들의 주장대로라면 반국가단체인 북한의 존재가 계속되는 한 영속적으로 존재하는 것이다. 오히려 제7조의 존재는 북한의 주장을 찬

9) 이렇게 본다면 구 평화민주당에서 주장했던 대체법안에서 "민주질서위해의 죄"라고 했던 규정 역시 본질적 차이는 없다. 즉 국가보안법 제7조가 어떻게 개정되든 그것이 국가안보를 위하여 표현을 처벌하는 것인 한 이와 같은 문제는 치유될 수 없는 것이다.

10) 이 말은 1999년 3월 25일 당시 박상천 법무부장관이 국정개혁보고회의에서 대체입법의 연구계획을 보고하면서 한 말이다. 한겨레신문, 1999. 3. 25.

11) 박원순, 『국가보안법연구 3. 국가보안법폐지론』, 역사비평사, 1992, 83쪽.

양·고무·동조하는 표현을 처벌함으로써 북한의 적개심을 자극할 수 있고 이는 북한이 야기하는 위험을 훨씬 더 증폭시키는 구실을 하게 될 수도 있다. 그렇다면 역설적으로 제7조의 폐지가 오히려 국가의 존립에 대한 위험을 감소시키는 데 기여하지 않겠는가?

오히려 존치론자들이 우려하는 위험은 다른 데 있는 듯하다. 국가보안법 위반사범의 90% 이상을 차지하는 제7조 위반 행위를 끝없이 추적하고 조사하여 처벌함으로서 생존할 수 있는 각종의 공안기관들과 이들의 힘을 바탕으로 권력과 부를 향유해 왔던 세력들은 바로 제7조의 폐지에 의해서 심각한 존립위기에 처하게 될 것이다. 이것이야말로 애꿎은 색깔시비까지 불러일으키면서 국가보안법 개폐움직임에 제동을 거는 속셈이 아닌가?

5. 이적단체의 문제 : 제7조 3항 존치론의 문제

위에서 나는 국가보안법 제7조의 폐지를 주장하면서 그 기본적 구성요건을 이루고 있는 제1항을 중심으로 논거를 제시하였다. 이는 법문의 형식상 제1항이 다른 모든 항의 전제를 이루고 있어 제1항이 제7조의 근간이라고 보았기 때문이다. 그러나 들리는 말에 의하면 국가보안법 개정에 관한 당정협의과정에서 법무부측이 어떤 경우에도 양보할 수 없는 부분으로 제7조 제3항을 내세웠다고 한다. 이른바 이적단체 구성·가입죄다.

이러한 소문이 사실이라면 법무부에서는 설사 제1항을 폐지하는 한이 있더라도 제3항만은 어떤 형태로라도 존립시켜야 한다는 견해를 가지고 있는 것으로 보이는데 이는 매우 중요한 논점을 제공해 준다. 제7조 제3항 위반의 행위는 이른바 '조직사건'에 해당하는 것이기 때문이다.

상식적으로 생각할 때, 또 국가보안법 제7조 각 항의 구조를 고려할 때 제1항이 전제되지 않는 제3항은 생각하기 어렵다. 이로 미루어볼 때 법무부의 생각은 논란이 많은 제7조 제1항과 제5항을 폐지하는 대신 제1항의 요건을 제3항에 포섭하여 독립된 범죄유형으로 설정하는 방식으로 제7조를 개정하려는 것 같다. 그리고 그 규정방식은 두가지 방향으로 나타날 수 있을 것이다.

하나는 제1항의 요건을 목적규정으로 그대로 포섭하여 단체의 구성·가입 자체를 처벌대상 행위로 정하는 방식이다(제1항 포섭론이라 하자). 그러나 이는 현행 제7조 제3항과 본질적으로 차이가 없다. 뿐만 아니라 반국가단체가 아닌 단체의 구성·가입 자체가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다고 보기는 어렵기 때문에 이런 식으로의 개정은 눈가리고 아웅하는 격으로, 채택될 가능성이 낮아 보인다.

다른 하나는 행위 주체를 단체 또는 단체의 구성원으로서 제1항에 열거한 소정 행위를 하는 것을 처벌하는 방식이다. 즉 행위의 태양은 현행 제1항과 동일하되 그 주체만이 달라지는 경우이다(이를 제3항 개정론이라 하자). 이는 채택될 가능성이 매우 커 보인다. 우선 이런 식으로 개정될 경우 당해 조항의 처벌대상이 표현행위라는 문제가 남기는 하지만 처벌대상이 단체의 구성·가입 자체가 아닌 단체의 활동이 되므로 전자의 경우보다 훨씬 논리성을 갖추게 된다. 뿐만 아니라 표현행위의 주체가 개인이 아닌 단체(집단)가 되므로 그 위험성이 훨씬 크다는 논리가 성립할 가능성이 높아져 제1항에 대해 가해지고 있는 비판의 예봉을 피할 수 있는 이점도 있다. 거기에 더하여 이런 방식이 가지는 무엇보다도 큰 효과는 현행 제3항에서 처벌하는 이적단체 처벌의 효과를 고스란히 살릴 수 있다는 것이다. 혹은 이러한 생각이 국민회의의 대체입법 구상과 결합하여 행위태양이 반국가단체를 찬양·고무하는 것이 아니라 '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 표현'이라는 형식으로 나타날지도 모르겠다.

이렇게 될 경우 김대중 대통령이 언급했던 사례는 다음과 같이 될 것이다. 즉 어떤 한 사람이 아니라 "광화문에서 1000명 또는 수만명의 군중들이 '자본주의 타도와 사회주의 혁명'을 외치는" 상황으로 바뀌게 된다. 이렇게 될 경우 이를 지켜 보는 국민들로서는 더 이상 "미쳤다"고 하기는 어렵게 될 것이고, 오히려 어떤 위협을 느끼게 될 수 있다. 그러면 국민들이 커다란 위협을 느끼는 이와 같은 상황을 처벌하지 않고 내버려 둔다면 국가안전보장에 중대한 위협이 야기된다는 논리로 이들의 처벌을 정당화할 수 있을 뿐만 아니라 나아가 이적단체의 구성·가입에 대한 처벌까지 손쉽게 이루어낼 수 있다는 놀라운 시나리오가 성립하게 된다.

이것이 대체로 내가 떠올릴 수 있는 법무부의 시나리오다. 그런데 이러한 시나리오에는 커다란 맹점과 더불어 엄청난 위험이 도사리고 있다.

우선 제1항 포섭론의 경우에는 아무런 활동이 전제되지 않은 상태에서 단체의 목적만을 이유로 그 구성·가입을 처벌하는 것이 된다는 점에서 치명적 결함을 안고 있다. 이런 식의 구성요건을 규정하고 있는 대표적인 예는 헌법 제8조 제4항에서 규정하고 있는 위헌정당해산제도인데 이는 정당의 (활동과 관계없이) 목적이 민주적 기본질서에 위배된다는 이유만으로도 정당을 해산할 수 있는 구조를 가지고 있다. 그러나 헌법의 이 조항은 유감스럽게도 형사처벌을 규정한 조항이 아니며 정당해산의 효과는 조직상으로 나타날 뿐이다. 물론 해산되는 정당이 "정부를 참칭하거나 국가변란을 목적으로 하는" 정당이라면 국가보안법의 적용을 받아 처벌될 수도 있겠지만 그것은 전혀 다른 차원의 문제이고, 정당의 결성·가입 그 자체가 범죄로 되는 것은 아니다. 반면 제1항 포섭론의 입장은 단체의 구성·가입 자체를 형사처벌의 대상으로 삼고 있다는 점에서 치유할 수 없는 결함을 가진 것이다.

다음으로 제3항 개정론을 보자. 이것은 기본적 구조가 제1항과 동일하므로 제1항이 안고 있는 본질적 문제, 즉 처벌대상으로 삼고 있는 행위가 바로 표현이라는 치명적 결함을 그대로 안고 있다. 개인이 했든 단체가 했든 그것은 어디까지나 표현행위이며, 이는 형사처벌의 대상이 될 수 있는 행위가 아니다. 물론 집단의 힘을 이용하여 표현하는 것과 개인이 표현하는 것 사이에는 그 효과의 면에서 현저한 차이가 있다. 그러나 그러한 효과의 차이가 표현의 처벌을 정당화할 수 있는 것은 아니다. 표현의 처벌이 정당화될 수 있는 것은 그 표현 자체가 국가가 보호하고자 하는 정당한 목적이나 이익에 대한 위협이 되는 경우에 국한된다. 이런 류의 표현은 그 효과가 아무리 크다 하더라도 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 직접적인 위협을 가져다 주지는 못하는 것이며, 그 효과란 어디가지나 별도의 매개행위를 통해서만 나타나는 간접적인 것에 불과하다.

또한 제3항 개정론에서 행위주체를 단체 또는 그 구성원으로 하고 있고 그 표현행위를 처벌하는 것은 표현의 내용이 현실화할 위험성을 예방하는 차원의 것이다. 여기서 상정되는 위험성은 두가지 형태로 나타날 것이다. 하나는 문제되는 표현행위를 한 단체가 그 표현된 내용의 실행에 들어가는 경우이며, 다른 하나는 그러한 표현에 영향을 받은 다른 사람이나 단체가 표현내용의 실행에 들어가는 경우이다. 그런데 전자의 경우 이미 표현을 통해 목적을 표출한 단체의 행동은 쉽게 포착할 수 있는 것이므로(또 이것이 진짜 위험하다면 이를 포착하는 것이 법집행당국의 직무이다), 설사 문제되는 표현이 어떤 위험을 가지고 있다 하더라도 굳이 표현단계에서 처벌할 필요성이 인정되지 않는다. 표현의 단계를 넘어서서 단체가 범죄가 될 수 있는 어떤 행동에 돌입하는 단계에서 처벌하더라도 위험성은 충분히 억제 가능하기 때문이다. 반면 당해 표현에 영향을 받은 타인이 행동에 들어가는 위험성의 문제는 적절한 고려사항이 될 수 없다. 사람이 어떤 행동을 하기까지에는 복잡한 내면의 과정이 전개된다. 더구나 문제된 표현의 내용을 실현하는 행위는 항상 형사처벌의 대상이 되는 행위일진대 단순히 다수의 구성원을 가진 단체가 주장하였다고 해서 사람을 움직여 행동에 돌입하게 한다고 보기는 어렵다. 이는 결국 그런 행동의 원인제공행위를 처벌한다는 논리인데

어떤 행동의 원인이라는 것이 그처럼 단순한 것은 아니다. 어떤 사람이 표현내용의 실행에 들어갔다고 하더라도 그것이 당해 표현의 영향을 받아서 일어났는지 여부를 입증할 수 있는 방법은 사실상 존재하지 않는다.

마지막으로 제1항 포섭론이나 제3항 개정론은 위와 같은 치명적 결함 이외에 엄청난 위험성을 내포하고 있다. 그것은 인권유린의 위험성이다. 독립된 구성요건으로서 제1항과 제5항의 폐지가 전제되는 경우에 법집행당국은 제1항 또는 제5항에 해당하는 행위를 모두 개정된 제3항 소정의 행위로 다룰 위험성이 너무나도 크다. 앞에서 나는 제7조 위반범죄의 경우 행위 자체가 증거가 되기 때문에 입증을 위한 자백강요나 고문 등의 가능성이 높지 않다고 말했다. 그것은 행위 자체만으로도 처벌할 수 있는 제1항과 제5항이 존재하고 있기 때문이다. 그런데 제1항과 제5항이 폐지된다면 아무리 공안당국의 기준으로 '이적표현'에 해당하는 것이라 하더라도 그것을 단체와 결부시키지 않는 한 처벌할 수 없게 된다. 그 결과 문제되는 모든 표현행위를 단체와 결부시키려는 경향이 강화될 것이며, 이는 결국 수사과정에서의 엄청난 인권유린으로 이어지게 될 것이다. 개인의 사소한 표현 하나라도 이적단체 또는 그 구성원의 표현으로 몰아가기 위한 조직사건의 홍수, 이것은 너무나 뻔한 결과이다.

이와 같은 치유할 수 없는 결함과 엄청난 인권유린의 위험성을 안고 있는 '이적단체' 조항을 법무부가 어떤 경우에도 폐지되어서는 안되는 조항으로 여기는 의도는 무엇인가? 그것은 법무부를 비롯한 공안당국의 주요 타겟이 되고 있는 단체의 사회적 영향력을 약화시키고 더 나아가서는 와해시키겠다는 의지의 표현이다. 나는 그 예를 한총련에서 본다. 한총련의 와해 또는 조직력의 엄청난 약화는 결국 한국사회에서 민주화운동의 주요 역량이 되었던 학생운동의 현저한 약화를 가져왔다. 그리고 이것은 국가권력과 정부에 대한 자유로운 비판의 한 축을 파괴함으로서 민주사회의 필수적 전제를 무너뜨리는 결과를 가져왔다. 그 결과는 어떤가? 국가권력이 적대시하는, 아니 단순히 싫어하는 견해나 주장이 허용되지 않는 닫힌 사회가 아닌가? 사회의 모든 영역이 다원화되고 개방되고 있음에도 불구하고 정치적 영역에서만큼은 닫혀 있는 기형화가 아닌가? 국가안전보장이란 것이 기형화된 사회, 닫힌 국가의 안전을 확보하는 일인가?

6. 결론 - 7조를 넘어서 전면폐지로!

이제 마무리를 짓기로 하자. 국가보안법 반대 국민연대가 각 회원단체들 사이의 최소한의 공통분모로 제시하고 있는 것이 국가보안법 제7조의 완전폐지이다. 따라서 나는 앞에서 국민연대의 이러한 입장을 고려하여 논의를 의식적으로 국가보안법 제7조의 폐지에 국한시켰다. 제7조는 국가보안법의 여러 규정 중 가장 많이 적용되는 조항이고 다른 법률과 중복되지 않는 핵심적 규정이다. 따라서 7조의 폐지가 인권보장과 민주주의의 실현에 있어서 실로 엄청난 진전을 가져오는 것임은 부인할 수 없다. 그럼에도 불구하고 제7조의 문제를 들여다보면 제7조의 폐지에 머물 수만은 없다는 결론에 이르게 된다. 그것은 제7조가 국가보안법의 다른 모든 규정과 공유하고 있고 국가보안법의 본질을 이루고 있는 요소, 즉 반국가단체의 문제 때문이다.

반국가단체의 전형은 북한으로 상정된다.[12] 국가보안법의 모든 범죄는 반국가단체=북한의 존재를 전제로 하고 있고, 특히 반국가단체가 전제되지 않으면 처벌될 수 없는 범죄, 오로지 반국가단체와의 관련성 때문에 처벌되는 범죄유형만 해도 잠입·탈출, 찬양·고무, 회합·통신 등 수다하다. 이와 관련하여 가장 많이 제기되는 비판은 남북관계의 변화나 국제정세의 변화에 비추어 북한을 반국가단체로 규정하는 것이 더 이상 타당성을 가질 수 없다는 것이다. 이 주장은 그 자체로 충분한 타당성을 가지고 있지만 여기서는 논외로 한다.

여기서 내가 문제삼고자 하는 것은 반국가단체의 존재를 전제로 하는 국가보안법상의 수많은 범죄들이 과연 필요한가 하는 것이다. 국가보안법의 실질적 존재 이유가 "폭력을 수반하지 않는 체제전복의 선전·선동을 처벌"하는 데 있다면 필요한 조항은 단 하나 국가보안법 제7조뿐이다. 그런데 제7조는 위에서 본 바와 같이 존립할 근거도 없고 존립해서도 안되는 조항이다.

나머지 조항은 모두가 형법이나 군형법, 군사기밀보호법 등에 의하여 처벌되는 것들이다. 반국가단체의 구성은 그 자체로 내란죄의 예비·음모가 될 것이고, 목적수행은 형법 등 관련법률의 조항에 의하여 처벌될 것이다. 자진지원, 금품수수, 잠입탈출, 찬양고무, 회합통신, 편의제공 등은 모두 그 요건으로서 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라는 주관적 요건이 붙어 있다. 그런데 이처럼 국가의 존립 등을 위태롭게 하는 행위라면 당연히 형법상 처벌이 예정되어 있는 행위와 연관되어 있는 것이고 그것은 형법상의 간첩방조 등의 죄로 모두 처벌이 가능한 것이다. 그렇지 않고 간첩방조 등의 죄에 의하여 처벌할 수 없는 행위라면 그것은 이미 국가의 존립 등을 위태롭게 하는 행위도 될 수 없는 것이다. 불고지죄? 참으로 한심한 조항이 아닐 수 없다(더구나 폐지되었던 이 조항을 날치기까지 감행하며 부활시켜 놓았다). 양심의 자유에 대한 논의를 떠나서 어떤 범죄가 저질러지고 이것이 진실로 국가의 존립을 위태롭게 한다고 느낀다면 누구나 신고할 것이다. 그것은 인간의 내면적 결정이며, 형사처벌로 강제할 수는 없다. 형법이 최고형으로 다스리는 범죄인 국헌문란 목적의 폭동, 즉 내란에 대해서조차 어떤 신고의무도 규정하지 않고 있는 것은 형법의 결함이 아니라 그것이 법으로 강제할 수 없는 사항이기 때문이다.

이처럼 국민의 자유를 제약하는 형사처벌을 부과함에 있어 형법과는 별도로 존재해야 할 정당한 이유를 갖고 있는 조항이 국가보안법에는 단 하나도 없다. 이런 법률을 둔다는 것, 그리고 그 집행을 위하여 수많은 인력과 예산과 시설이 동원된다는 것, 그 집행과정에서 발생하는 인권침해, 이 모든 일이 국가적 낭비요, 쓸데 없는 국력의 소모이며, 결국 그것은 국가의 존립·안전을 위태롭게 하는 결과를 낳고 마는 것이다. 결국 역설적으로 국가보안법은 스스로 목적으로 내세우고 있는 국가의 존립·안전과 국민의 생존 및 자유의 확보에 장애물이 될 뿐이다. 국가보안법은 오로지 폐지됨으로써만 자유민주적 기본질서에 기여할 수 있다.

12) 대법원은 북한이 반국가단체라는 사실은 입증이 필요없는 공지의 사실이라고 하였다. 대판 1993. 9. 29, 93도1730.

국가보안법과 죄형법정주의

변호사 안영도

1. 죄형법정주의의 현대적 의의

가. 헌법적 근거

죄형법정주의는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측할 수 있도록 정하며 개인의 법적 안정성을 보호하고 성문형벌법규에 의한 실정법질서의 확립을 통하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가 형법의 기본원칙이다.[1]

죄형법정주의는 보통 법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다 (nullum crimen nulla poena, sine lege)라는 표어로 요약되고 있다.[2]

우리 헌법 제12조 제1항 후문은 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다."라고 규정하고 있는데 이는 죄형법정주의의 근거규정으로 이해되고 있다.

죄형법정주의의 내용에 관하여 종래에는 ① 법률주의(관습형법의 부인), ② 형벌불소급의 원칙[3], ③ 유추해석 금지의 원칙[4], ④ 절대적 부정기형 금지의 원칙 등을 드는 것이 일반적이었다.

그런데 우선 법률주의와 관련하여 만일 "악법도 법"이라는 법실증주의적 입장에 따라 형벌법규는 법률의 형식을 갖추면 충분하고 그 내용을 논외로 한다면 법률에 의한 국민의 기본적 자유와 권리를 침해하는 것을 막을 수 없게 될 우려가 있는 것이다.

실제로 법실증주의가 지배하는 체제 아래서는 법률의 형식을 빌려 국가의 형벌권이 남용되었는데, 법률을 만들어 가지고 처벌하는 한 그를 법률주의에 반하고 죄형법정주의에 어긋나는 것이라고 할 수도 없었던 것이다.[5]

그러나 근자에 이르러서는 법실증주의에 대한 반성으로부터 죄형법정주의의 현대적의미가 모색되고 있는데, 위와 같은 죄형법정주의의 네 개의 원칙에 추가하여 형벌법규의 내용이 국민의 자유와 권리를 침해되지 아니하도록 보장하는 일정한 조건들을 도입하고있다.

나. 자연법 이론의 도입

먼저 국가형벌권의 남용을 막기 위해서는 "악법도 법"이라는 법실증주의의 명제를 버리고 "선법만 법이다"라는 자연법적 명제를 도입하여 법의 내용이 정당할 것 즉 정법일 것이 요구되고 형법은 최소한의 필요 불가결한 것만을 금지시

---

1) 헌법재판소 1991. 7. 8. 91헌가4 결정

2) A. Feurbach가 1802년 출간한 형법교과서에서 처음으로 사용한 표어라고 한다. 김종원, 죄형법정주의(상), 고시계 17권 4호.

3) 헌법 제13조 참조

4) 죄형법정주의를 기본원리로 삼는 형법에 있어서는, 법문의 문언의 보통의 의미보다는 넓지만 그 문언의 가능한 의미 안의 사실에 대하여 법률을 적용하는 확장해석은 허용되지만, 법문의 문언의 가능한 의미를 넘어서 법문에 규정이 없는 사실에 대하여 법률을 유추하여 적용하는 유추해석은 금지되어야 한다. 김종원, "죄형법정주의(하)", 『고시계』 17권 5호(183호), 65면

5) 1935년 나치스 독일형법 제2조는 "법률이 가벌적이라고 선언한 행위 또는 형벌법규의 기본 사상과 건전한 국민감정에 비추어 처벌할 만한 행위를 한 자는 처벌된다. 그 행위에 직접 적용될 일정한 형벌법규가 없는 경우에는, 그 기본사상이 가장 적합한 법규에 의하여 그 행위는 처벌된다" 라고 규정하여 죄형 법정주의를 부정하였다. 1924년 및 1926년의 쏘비에트 러시아의 형법도 그와 같다.

키고 처벌해야 한다는 이론이 있다.

그에 의하면 원래 형법은 인간의 실존조건인 기본적 법익과 그것을 지켜주는 국가의 존립, 기능 등의 법익보호를 목적으로 하는 법규범 질서인데. 여기에서 법익은 목적이며 형법은 그 법익을 보호하기 위한 수단이라는 관계가 성립된다. 그런데 이 수단인 법률이 본래의 목적인 법익보호의 목적을 떠나서 다른 목적 특히 정치적 목적이나 이데올로기적인 목적을 위한 수단으로 악용되는 경우에는 형법은 본래의 목적인 법익보호질서로서의 역할을 떠나서 그와는 반대되는 법익침해질서로 전락되어 정치의 시녀로 전락하게 되는 것이다.

그러므로 이와 같이 형법이 정치화 또는 이데올로기화되어 형벌권을 남용하는 것을 막을 수 있는 유일한 길은 형법의 구성요건을 자연법적으로 확정할 수 있는 실질적 불법개념으로 채우는 수 밖에 없다는 것이다. 즉 불법 아닌 행위는 형법의 구성요건이 될 수 없다는 것인데 이러한 구성요건 개념을 불법구성요건 이라고 한다. 이 불법구성요건은 실정법적 구성요건을 그 내용에 있어서 구속하는 자연법적 구성요건 개념이라는 것이다.[6]

다만 국가형벌권 남용을 억제하는 도구로서 죄형법정주의사상에 자연법을 도입하려는 시도에 대하여는, 우리나라의 권위주의적 정치체제에 대한 저항으로서의 시대적 사명을 다하였다는 점을 높이 평가하면서도, 현대사회에서 형법의 사회공학화로 인하여 날로 팽창하여 가고 불명확성이 증가되어 가는 형법구조를 상대적으로 협소한 자연법이론에 맞추어 넣기는 사실상 불가능하다는 비판이 제기되고 있다.[7]

다. 형벌법규 명확성의 원칙

헌법 제12조 1항 후문의 법률주의는 단순한 법률주의가 아니라 명확한 법률주의를 요청하고 있다. 이와 같은 형벌법규의 명확성의 원칙이 죄형법정주의의 내용으로 규정되게된 것은 미국 헌법에 있어서의 법의 적법절차(due process of law)의 원칙에서 비롯된 것으로서 우리 헌법은 적법절차라는 표현을 헌법에 도입함으로써 이를 수용한 것이다.

형벌법규의 규정의 모습이 추상적이고 불명확하다면 어떠한 행위가 처벌되고 어떠한 행위가 처벌되지 않는가를 인식하는 것은 국민으로서는 대단히 어려워 지게되고 이른바 예측가능성이 침해될 뿐만 아니라 다른 한편 범죄의 성립여부에 공무원의 자의가 개입될 수 있는 범위가 확대되어 인권침해의 위험이 증대되게 될 것이다.

형벌법규의 명확성의 원칙은 입법자에게 가능한 한 구체적으로 범죄구성요건을 규정할 것을 요구하고 있다. 그렇지만 법률이 미리 복잡 다기하기 짝이 없는 사회현상을 예상하고 그것을 완전히 정밀하게 규정하는 것은 입법기술로서는 곤란한 경우도 있으므로 형벌법규에 어느 정도 추상적인 언어나 가치개념을 포함하는 언어를 사용하거나 또는 어느 정도 포괄적 내지는 평가적으로 규정하는 것도 불가피한 것이다(예컨대 구성요건의 규범적 요소).

그러므로 죄형법정주의의 한계와 관련하여 형벌법규의 명확성을 가리는 기준의 설정이 요구된다 하겠다. 미국 판례에 의해 형성된 명확성의 이론 또는 불명확에 의한 무효의 이론(void for vagueness doctorine)에 의하면 "보통의 지성을 가진 자가 사회통념에 따라 그 의미를 판단할 수 없을 정도로 불명확하거나, 그 적용에 관하여 견해를 달리할 정도로 애매한 것은 적법절차위반으로써 무효"라는 것이다.

요컨대 국가 형벌법규는 통상인이 그 한계를 예측가능할 수 있을 정도로 명확한 표현으로 이루어 져야한다. 따라서 불명확한 개념만으로 구성요건이 규정되어 있다든가 불확정한 개념이 중첩으로 사용되어 있어서 구성요건상 금지된 행위의 윤곽을 일반국민이 파악하기 어려운 경우가 되면 명확성의 원칙에 위배되어 "불명확에 의한 무효의 이론"에 의하여 위헌무효가 된다는 것이다.[8]

---

6) 심재우, "죄형법정주의의 현대적 의의", 『고시계』 23권 1호 (251호), 12면

7) 이상돈, "죄형법정주의의 현대적의의 1, 2", 『고시계』 제42권 7호, 9호

8) 강구진, "죄형법정주의와 적정절차의 원칙(상)", 『고시연구』 10권 5호. 임웅, "국가보안법과 죄형법정주의", 『판례월보』 246호, 8면. 손해목, "죄형법정주의", 『고시연구』 14권1호, 105면

라. 형벌법규의 적정성의 원칙

죄형법정주의의 기능은 국가형벌권의 남용을 억제함으로써 국민의 기본권을 보호하는 데 있는 것이다. 따라서 형벌법규의 내용이 적정하지 않다면 죄형법정주의의 중요한 기능인 인권보장기능을 다할 수 없게되기 때문에, 형벌법규의 내용이 적정하여야 한다는 원칙이 등장하게 되었다.

그에 의하면 형벌법규의 내용이 헌법의 기본적 인권에 관한 개별적 규정에 위배되는 때는 물론이고, 개개의 인권보장규정에 직접 위반되지 않는 경우라 하더라도 처벌할 가치가 없는 행위를 담고 있을 때에는 그 내용은 적정한 것이라 할 수 없고 죄형법정주의 위반으로서 헌법 제12조 1항 후문에 위반하는 것으로써 위헌 무효라는 것이다.

더 나아가 형벌법규의 내용이 적정하기 위하여서는 범죄의 구성요건이 명확하고 적정하여야 할뿐만 아니라 그와 같은 구성요건에 상응하는 형벌의 정도도 적정하여야 한다. 따라서 범죄에 대하여 균형되지 아니한 형벌을 규정한 형벌법규는 죄형법정주의의 요청에 반하는 것으로서 헌법 제12조 제1항 후문의 위반으로 위헌 무효가 되는 것이다.

요컨대 적정성의 원리는 형벌법규의 내용이 기본적 인권을 실질적으로 보장하는데 적정하지 않거나 범죄와 형벌이 균형을 이루지 않거나 또는 잔혹한 형벌을 규정할 때에는 그 형벌법규는 위헌 무효라는 원칙인 것이다.[9]

2. 명확성·적정성의 원칙과 국가보안법

가. 국가보안법

국가보안법은 해방 후 좌익세력의 무장폭동에 대처하는 한시법의 성격을 띠고 제정되었다. (1948. 12. 1) 국가보안법의 근원을 보다 더 소급해 올라가면 일제시대 때 "치안유지법"을 거의 그대로 답습한 것이다.

원래 국가보안법은 해방공간에서 특정한 이데올로기 또는 정치관을 보호할 목적으로 제정되었으나, 그후 장기간 계속된 비민주적 정치체제 아래서 주로 정치적 반대세력을 억압하여온 대표적인 반민주 악법으로 일컬어져 왔다.

우선 국가보안법은 반국가단체, 이적단체, 국가기밀, 비밀, 고무·찬양·동조, 잠입·탈출, 편의제공, 혼란을 조성할 우려등 불확정개념들이 광범하게 사용되고 있는데 그 개념들의 애매모호성으로 인하여 거의 무한한 유추해석의 온상이 되어왔다.

또한 국가보안법은 뚜렷한 객관적 구성요건을 수반하지 아니하고 "국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서" "정을 알면서" "목적으로"등과 같은 주관적 구성요건에 의하여 정치범죄의 성립이 좌우되도록 함으로써 행위형법의 원칙이 무너지고 심정형법에 지배되고 있다는 비판이 가하여 지고있다. [10]

이 글은 국가보안법 규정이 죄형법정주의 특히 명확성과 적정성의 원리에 어긋나지 않는가 하는 점을 고찰하는데 그 목적이 있다.

나. 북한의 법적지위

1) 국가보안법상의 반국가 단체

국가보안법 제2조1항은 "이 법에서 반국가단체라 함은 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘 통솔체제를 갖춘 것을 말한다"라고 규정하고 있는 데, 대법원은 북한을 국가보안법상의 반국가단체로 규정한다.

대법원은 북한이 우리의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황에서 우리 정부가 북한당국자의 명칭을 쓰면서 남북동포간의 화해와 협력, 그리고 통일을 논의하기 위한 정상회담을 제의하고 7.4남북공동성명과 7.7선언

9) 강구진, "죄형법정주의와 적정절차의 원칙(상)", 『고시연구』 10권 5호. 임웅, "국가보안법과 죄형법정주의", 『판례월보』 246호, 8면. 손해목, "죄형법정주의", 『고시연구』 14권1호, 105면

10) 임웅, "국가보안법과 죄형법정주의", 『판례월보』 241호, 191면 이하

등 정부의 대북관련 개방정책 선언이 있었으며 남북한이 유엔에 동시에 가입하였고 이로써 북한이 국제사회에서 하나의 주권국가로 승인 받았거나 남북한 총리들이 남북사이의 화해, 불가침 및 교류 협력에 관한 합의서에 서명하고 위 합의서가 발효되었다고 하더라도 북한이 같은 법상의 반국가단체가 아니라고 할 수는 없으며, 국가보안법이 북한을 반국가단체로 본다고 하여 헌법상 평화통일의 원칙에 배치된다거나 또는 국가보안법이 죄형법정주의에 배치되는 무효의 법률이라고 할 수 없다고 판시하고 있다.[11]

그러나 대법원은 "형법상 간첩죄의 적용에 있어서는 북한괴뢰집단은 우리 헌법상 반국가적인 불법단체로서 국가로 볼 수 없으나 간첩죄의 적용에 있어서는 이를 국가에 준하여 취급하여야 한다."라는 것으로 국가보안법과는 다른 해석을 하고있음을 유의하여야 한다.[12]

따라서 북한은 법해석상 국제사회에서 승인된 주권국가(헌법6조)이고, 국가보안법상 반국가단체이고, 형법상은 준국가(그 뜻은 애매하지만)라는 것인데, 이와 같이 북한은 통상인이 이해하기 어려운 실체인 셈이다.

2) 반국가단체의 구성 (국가보안법 제 3조)

형법상 내란죄는 행위형법의 원칙에 입각하여 국토를 참절하거나, 국헌을 문란할 목적으로 폭동행위를 한 경우에 그 수괴에 대하여 사형, 무기징역 또는 무기금고에 처하도록 규정하고 있다(형법87조). 내란죄의 실행행위는 폭동으로 되어 있다.

형법상 내란목적의 반국가단체를 구성하는 행위는 내란의 예비 음모 단계에 불과한 행위로서 법정형이 3년 이상의 유기징역이나 유기금고에 해당한다.(형법제90조 제1항)

그런데 형법이론상 내란죄의 예비음모 단계에 불과한 반국가단체의 구성행위에 만으로도 국가보안법은 그 수괴에 대하여 사형 또는 무기징역을 부과하고 있다.(국가보안법 제3조 제1항)

내란죄의 실행행위인 폭동이 없는 단순한 내란 예비 음모 단계의 단체구성행위에 대하여 국가보안법은 내란의 실행행위가 있는 경우와 동일한 법정형을 부과하고 있는 것이다.

더구나 국가보안법 제3조 제4항, 제5항에서는 반국가단체 구성의 예비 음모를 별도로 처벌하고 있는 바, 이는 형법상의 내란죄의 예비 음모에 대한 예비 음모를 처벌하는 것이 된다.

이러한 국가보안법의 규정은 심정형법 배제의 원칙에도 반하고 범죄와 형벌 사이의 균형성의 원칙에도 반하여 죄형법정주의에도 위반되는 것으로써 위헌 무효인 규정이다.

3) 예비음모의 광범한 처벌

그 밖에 국가보안법상 예비 음모 단계를 처벌하는 것으로는 국가기밀 누설행위, 허위사실유포행위, 금품수수행위, 잠입 탈출 찬양 고무행위, 회합 통신행위, 편의제공행위 등 광범하다.

그런데 국가보안법이 범죄의 실행행위의 전 단계에 불과한 예비·음모행위에 대하여 범죄의 실행행위와 같은 법적평가를 하고, 그에 대하여 광범위하고도 과도한 형벌이 부과되고 있는 점들은 적정성의 원칙과 관련하여 행위형법의 원칙(심정형법 배제의 원칙)에 반하는 것으로서 죄형법정주의에 위반되는 것이라 하겠다.[13]

다. 국가기밀

국가보안법 제4조 제1항 제2호에서 "국가기밀을 탐지 수집 누설 전달 중개" 한 때에는 처벌하도록 되어 있는데, 이는 형법상의 간첩죄(형법 제98조)의 요건을 완화하고 형벌을 가중한 것임을 알 수 있다.[14]

11) 대법원90. 9. 25. 선고 90도1451, 대법원 92. 8. 14 .선고 92도1211, 대법원93. 9. 28. 선고 93도 1730, 대법원 93. 10. 8. 선고 93도1951 대법원94. 5. 24. 선고 94도930, 대법원96. 12. 23. 선고 96도2673, 대법원97. 5. 16. 선고 96도9696 각 판결

12) 대법원 83. 3. 22 선고 82도3036 판결 참조

13) 임웅, 국가보안법과 죄형법정주의, 『판례월보』 241호, 191면이하

국가보안법상의 "국가기밀"에 관하여 대법원은 종전에는 "상식에 속하는 공지의 사실이라고 하더라도 그것이 반국가단체에 유리한 자료가 되고 우리 나라에게는 불이익을 초래할 수 있는 것이면 국가기밀에 속한다"라고 판시하였는데 그로 인하여 간첩 아닌 사이비 간첩(?)을 양산하였다는 비난을 받아왔다. .

대법원은 97. 7. 16. 87도985 전원합의체 판결에 이르러, "현행 국가보안법 제4조 제1항 제2호 (나)목에 정한 기밀을 해석함에 있어서 그 기밀은 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관하여 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익이 되는 모든 사실, 물건 또는 지식으로서, 그것들이 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실, 물건 또는 지식에 속하지 아니한 것이어야 하고, 또 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위험을 초래할 우려가 있어 기밀로 보호할 실질가치를 갖춘 것이어야 한다". 라고 전제한 다음 "누설할 경우 실질적 위험성이 있는지 여부는 그 기밀을 수집할 당시의 대한민국과 북한 또는 기타 반국가단체와의 대치현황과 안보사항 등이 고려되는 건전한 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 할 것이며, 그 기밀이 사소한 것이라 하더라도 누설될 경우 반국가단체에는 이익이 되고 대한민국에는 불이익을 초래할 위험성이 명백하다면 이에 해당한다 할 것이다." 라고 판시하였다.

이와 같은 입장은 일면 종전의 대법원 판례에 비추어 볼 때 진일보한 것이라고 볼 수 있으나 , 그럼에도 불구하고 대법원은 국가기밀을 그 사항의 객관적 성질에 따라 정의하는 데 그치지 아니하고, 사족으로 그 기밀이 사소한 것이라고 해도 사후적으로 초래할 결과의 이(利) 또는 불리(不利)에 따라 기밀이 될 수도 있다는 지극히 안이한 판단을 하고 있다는 비판을 면키 어렵다.

대법원 판결의 맹점은 근본적으로 이·불리의 판단자체가 지극히 상대적이고 주관적이라는 데 있는 것이다. 즉 이와 불리의 판단은 상대적인 것으로서 어느 관점에서 보느냐에 따라 그 결론을 달리 하는 수가 많은 것이다.

예컨대 전체와 부분, 국가와 개인, 질서와 인권, 자유와 평등, 국내와 국외 등 관점의 차이에 따라 이·불리의 판단이 달라질 수밖에 없기 때문에 그 해석에 있어서 공무원의 자의가 개입할 여지가 크기 때문이다.[15]

더 나아가 그 기밀이 사소한 것이라도 행위당시에는 알기 어려운 사후적 결과의 이·불리에 따라 기밀이 될 수 있다면 법적 안정성과 예측가능성을 침해하고, 모처럼 공지의 사실을 비밀에서 제외하기로 한 대법원 판결의 본래의 취지마저 대부분 퇴색되어 버리는 결과가 되는 것이다.

사소한 기밀이라도 "반국가단체에 이익"이 된다는 애매한 판단을 매개로 하여, 그 누설행위자가 형법상 간첩죄의 법정형으로 처벌되게 된다면 이는 형벌법규의 적정성의 원칙에도 어긋나는 것이 되는 것이다.

이와 같은 위헌 상황을 예방하기 위하여는 국가기밀을 주관적 요소로부터 독립시켜 사항 자체의 객관적 성격에 의하여 정의함으로서 예측가능성을 높이는 것도 중요하겠지만, 형법에 간첩죄(제98조)가 존재하는 한 간첩 아닌 자가 처벌되는 위험을 배제하기 어려운 국가보안법 제4조 제1항을 폐지하는 것만이 문제의 근본적인 해결책이라는 점을 잊어서는 아니 된다.

라. 국가보안법 제7조

1) 헌법 재판소의 한정합헌 결정의 문제점

국가보안법 제7조는 그 구성요건을 이루는 개념들이 다의적이고 광범하여 헌법상의 표현의 자유, 학문·예술의 자유,

14) 국가보안법 제4조 제1항 제2호는,

가. 군사상 기밀, 또는 국가기밀이 국가안전에 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식일 경우에는 사형 또는 무기징역에 처한다.

나. 가목 외의 군사상 기밀 또는 국가기밀의 경우에는 사형·무기 또는 7년 이상의 징역형에 처한다 (1991. 5. 31. 본호 개정).

15) 임웅, 국가보안법과 죄형법정주의, 『판례월보』 241호, 191면 이하

양심과 사상의 자유와 국민의 알 권리를 위축시키고, 과잉 제한 금지의 원칙에 반하고, 특히 죄형법정주의에 반하고 자의적 해석의 여지가 많다는 등 거의 헌법 기본권 조항 전반에 걸친 다양한 측면에서 위헌론이 제기되어 왔다.

헌법재판소는 1990. 4. 2. 고지 1989헌가113 결정에서 구 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 법문의 내용이 다의적이고 그 적용범위에 있어서 과도한 광범성이 인정되므로 법치주의와 죄형법정주의에 위배되어 위헌의 소지가 있다는 점은 인정하였다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 "구 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 규정은 각 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 축소적용되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 아니한다"라는 소위 한정합헌 결정을 하였고, 이어서 그 후 1997. 1. 16 고지 92헌바6 결정으로 구 국가보안법 제7조 제3항[16] 의 위헌여부에 관하여도 1989헌마113호 결정을 그대로 원용하여 한정합헌 결정을 하였다.

그러나 헌법재판소는 국가보안법 제7조의 법문의 내용이 애매하고 불명확한 점을 인정하였으면 "불명확에 의한 무효"의 죄형법정주의의 원칙에 따라 마땅히 위헌 무효의 결정을 하였어야 옳았던 것이다.

죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙이 제기하는 문제는 형벌법규가 통상인이 예측가능할 수 있을 정도로 명확한 표현으로 이루어 졌느냐 여부에 있는 것이지 , 형벌법규의 해석을 어떻게 하는 것이 합헌적인가 하는 문제는 아닌 것이기 때문이다.

구성요건의 명확성은 개개의 처벌규정 그 자체로부터 판단되어야 하는 것이다. 어떤 법률이 죄형법정주의에 합치하느냐의 여부는 법관이 형벌법규의 법문을 어떻게 해석 적용하느냐에 의하여 좌우되는 것이 아니라 그 법률의 법문이 자의적인 해석의 여지를 허용하고 있느냐의 여부에 달려있는 것이다.

이런 점에서 헌법재판소가 구 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 규정은 각 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 축소적용되는 것으로 해석한다면 죄형법정주의의 원칙에 위반되지 아니한다는 헌법재판소의 결정은 죄형법정주의의 근본정신을 오인하고 있는 것이라 아니할 수 없는 것이다.[17]

죄형법정주의는 형벌법규의 자의적 해석을 통하여 국가형벌권이 남용되었던 역사적 경험을 교훈으로 삼아서 국가형벌권의 자의적 행사와 남용으로부터 국민의 자유와 권리를 보장하고자 하는 법치주의 사상을 내포하고 있다.

따라서 죄형법정주의는 사법부가 법률을 합헌적으로 해석할 것이라는 신뢰에서 출발하였던 것이 아니라 법관의 자의적 해석을 철저히 봉쇄해야할 현실적인 필요성에서 출발하였던 것이다.

헌법재판소는 위헌법률에 대하여 직접적으로 위헌 결정을 하는 것보다는 한정합헌 결정을 하는 것이 권력분립의 원칙에 비추어 오히려 타당하다는 견해를 가진 듯하나, 이는 헌법재판소가 헌법재판의 본질적 기능인 위헌법률에 대한 규범

16) 대법원 판례의 이적단체 정의

국가보안법상 이적단체는 별개의 반국가단체의 존재를 전제로 하여 반국가단체나 그 구성원 또는 지령받은 자의 활동을 찬양, 고무, 선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동하는 행위를 목적으로 하는 단체로서 그 궁극적인 목적은 반국가단체가 지향하는 목적에 동조하여 국가를 변란하고 새로운 정부를 수립하는 것에 두고 있다 할 것이므로, 결국 반국가단체나 이적단체 모두 그 궁극적인 목적은 동일한 것에 귀결된고 한다. 그러나 이·불리의 판단은 주관적이고 상대적인 판단에 불과한 것임은 앞에서 본 바와 같다

대법원95. 7. 28. 선고 98도495 대법원97. 5. 16. 선고 96도2696 대법원98. 5. 15. 선고 98도495 각 판결 참조

17) 국가보안법의 규제대상을 국가의 존립 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 위험성 있는 행위로 제한해석한다면 죄형의 불명확성을 피할 수 있다는 의견이 있으나, 위와 같은 위험성은 이미 앞에서 본 바와 같이 행위의 불법요소로서 구성요건에 화체된 규범적 가치를 의미할 뿐이므로, 이로서 본래 정형성이 결여된 구성요건이 정형화될 수 없는 것이다 (대법원 1992. 3. 21. 선고 90도2033 전원합의체판결의 대법관 이회창, 이재성, 배만운의 반대의견)

통제기능을 스스로 포기하는 것을 뜻하는 것이고, 헌법재판을 통한 법질서의 통일은 요원한 과제로 남겨지게 되었음을 뜻하는 것이다.[18]

더 나아가 헌법재판소의 한정합헌 결정에 의하여 위헌성이 너무도 뚜렷한 법률을 축소해석 조건부로 한정합헌 결정을 한다하여 그 위헌 법률의 위헌성이 치유되어 무효인 법률이 유효로 될 리도 없는 것이다.[19]

위와 같이 헌법재판소가 우리법제상 그 근거가 의문시되는 한정합헌 결정이라는 궁색한 방편으로 위헌결정을 회피하였던 점에 관하여는 법 이론적인 측면에서는 이해가 되지 않았던 것이 사실이다.

그런데 위 헌법재판소 결정이 있은 후 헌법재판소 1992. 1. 28자 89헌가8 결정문의 재판관 김진우의 반대의견을 보면 " 개정 전 국가보안법 제7조 제5항, 제1항에 관하여는 한정합헌결정을 할 수밖에 없는 절박한 필요성이 있었다"는 견해를 개진하고 있는바, 위 재판관이 말하는 그 "절박한 필요성"은 결국 법률외적인 것이라고 밖에 달리 해석될 수 없으리라고 사료된다.

2) "국가의 존립 · 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"

헌법재판소 1989헌가113호 국가보안법 제7조에 대한 한정합헌 결정취지를 반영하여 개정된 국가보안법 제7조는 그 구성요건으로 "국가의 존립 · 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서" 라는 문언을 삽입하였다.

개정전의 구 국가보안법상 "반국가단체를 이롭게 한" 또는 "반국가단체나 그 구성원의 이익이 된다는 정을 알면서" 등의 주관적 구성요건을 범죄의 성립요건으로 규정한 조항은 "잠입 · 탈출"(제5조), "자진지원 · 금품수수"(제6조), "찬양 · 고무"(제7조), "회합 · 통신"(제8조)등 인데 , 개정된 국가보안법은 위 조항들의 주관적 구성요건을 "국가의 존립 · 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라고 일률적으로 고쳐서 삽입해 넣은 것이다.

그렇다면 개정된 국가보안법이 그 주관적 구성요건을 강화한 점이 수사기관이나 법원의 국가보안법 사건처리 실무에 얼마만큼 제약요인으로 작용하고 있는가 하는 의문이 생길 수 있으나, 관련통계자료에 의하면 위와 같은 국가보안법 개정은 수사기관이나 법원의 사건처리 관행에 거의 영향을 미치지 못하고 있음을 알 수 있다.

그 이유는, 헌법재판소 스스로 인정하듯이 법문의 내용이 다의적이고 그 적용범위에 있어서 광범성이 인정되어 죄형법정주의에 위배되는 국가보안법의 애매모호하고 불명확한 개념들은 그대로 두면서, 다만 거기에다가 역시 애매모호하고 불명확한 개념을 주관적 구성요건으로 추가하였다고 하여 그 구성요건의 의미가 명확해질 이유는 없기 때문에 여전히 그 해석에 자의가 개입될 여지가 넓기 때문이다.[20]

개정된 국가보안법도 기본적으로는 객관적 구성요건을 수반하지 아니하는 주관적 구성요건을 범죄성립요건으로 규정하는 점에서는 구 국가보안법과 전혀 다를 바가 없는 것이다.

3) 찬양 · 고무 · 동조

찬양 고무 동조는 반국가단체등의 활동을 대상으로 하여 이에 수동적)으로 부응하거나 이를 수용하는 행위로서 부수적 성질을 지니고 있다.

위와 같은 찬양 고무 동조 등은 표현행위로 인하여 성립되는 범죄인데, 그렇다면 그 표현행위의 불법성판단기준은 헌법상 표현의 자유의 제한 원리인 명백하고 현존하는 위험의 원칙이 적용되어야 하는 것이다

한편 앞에서 본 헌법재판소 한정합헌 결정의 취지에 따른다면, 그 표현행위의 불법성의 판단기준은 최소한 대한민국의 존립 안전과 자유민주주의체제를 파괴할 구체적이고 가능한 위험성이 있는 경우로 축소 해석 되어야 헌법에 합치되는 해석이 되는 것이다.

대법원 1992. 3. 31 선고 90도2033호 전원합의체판결에서 대법관 이회창, 이재성, 배만운의 반대의견을 보면, 위와 같은 맥락에서 "예컨대 북한정권이 이른바 대남간접침략정책의 일환으로 사용해온 선전내용을 찬양 고무 동조하는 행위라

18) 헌법재판소 1990. 6. 25.자 90헌가11 결정참조

19) 재판관 변정수의 반대의견

20) 89헌가113 사건의 재판관 변정수의 반대의견 참조

고 할지라도, 그것이 현재에 있어서 대한민국의 존립 안전과 자유민주주의체제를 파괴할 구체적이고 가능한 위험이 있는 행위라고 보기 어려울 때에는 불법성을 부인할 수밖에 없으며, 그것이 종전에 북한정권이 펴온 선전에 부합하는 내용이라는 점에 얽매어 위와 같은 구체적이고 가능한 위험성유무를 가려봄이 없이 단지 금기된 표현물이 지니는 상징적 위험성만으로 불법표현행위로 단정하여서는 안될 것이다."라는 견해를 개진한 바 있다.

그렇게되면 고무 · 찬양 · 동조 등 수동적 표현행위만으로는 대한민국의 존립과 안전과 자유민주체제를 파괴할 구체적이고 가능한 위험성이 생기는 경우는 사실상 예상할 수 없는 것이므로 앞에서 본 바와 같이 국가보안법 제7조에 관한 헌법재판소의 결정이 위헌 판단에 이르지 못하였던 오류의 상당부분을 시정할 수도 있게되는 것이다.

그럼에도 불구하고 대법원 전원합의체는 표현행위의 불법성을 판단함에 있어서 명백하고 현존하는 위험의 원칙 내지는 구체적이고 객관적으로 가능한 위험의 원칙과 결부시키기를 거부하고 표현행위 자체의 경향성만을 기준으로 "대한민국의 안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현"은 표현의 자유의 한계를 벗어나는 것이라고 판시하였다[21]

위 대법원판결의 입장은 헌법재판소 한정합헌 결정이 지적한 "국가의 존립 · 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서" 라는 요건을 구체적이고 가능한 객관적 위험으로 파악하지 아니하고 오로지 행위자의 행위당시의 주관적 정신상태만을 근거로 하여 비록 외부적으로 표현된 부분의 위험성은 없거나 사소하더라도 행위자의 내심의 의사 여하에 따라서는 범죄를 구성할 수도 있다는 국가보안법 본래의 해석론으로 되돌아 가버린 결과가 되었고, 아울러 그로써 헌법재판소의 국가보안법 제7조에 대한 한정합헌 결정은 그 의도한 본래의 목적을 달성하기 어렵게 된 것이다.

4) 국가보안법 제7조 제5항의 목적

대법원1992. 3. 31 선고 90도2033 전원합의체 판결에 따르면,

"국가보안법 제7조 제5항 위반의 죄는, 그 법문이 표현하고 있는 바와 같이 제1항 내지 제4항의 행위를 할 목적으로 문서 등 이적표현물을 취득 · 제작 · 반포 등의 행위를 하는 것으로서 이른바 목적범임이 명백하므로 고의 외에 별도로 초과주관적 위법요소인 목적이 요구되는 것이다." 라고 판시하였다. 다만 대법원은 국가보안법 제7조의 표현행위 또는 표현물의 이적성의 인식은 미필적 인식이 있으면 충분한 것이고, 이적성을 인식하면서도 표현행위를 하거나 표현물을 취급하는 것은 그 내용과 같은 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식(이적행위의 목적)은 있는 것으로 추정되는 것이고, 따라서 학문적인 연구나 오로지 영리추구 및 호기심에 의한 것이라는 등의 그 이적 목적이 없었다고 보여지는 자료가 나타나지 않는 한 초과주관적 위법 요건인 목적의 요건은 충족되는 것이 충족하는 것이라고 판시 하였다.

그러나 국가보안법 제7조 제5항의 표현물의 이적성은 구성요건의 규범적 요소이므로 그 인식은 고의의 내용이 될 뿐 초과 주관적 요건인 목적의 대상이 될 수 없는 것이며, 따라서 본조 제5항의 목적의 인식대상은 제1항 내지 제4항 소정의 이적행위라고 보아야 하는 것이다. 따라서 본조 제5항의 표현물의 이적성에 대한 인식이 제1항 내지 제4항 소정의 이적행위에 대한 미필적 인식까지 포함한다고 보는 견해는 고의와 목적의 각 인식대상을 혼동한 것이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

만일 대법원 판례의 견해대로 표현물의 내용이 불법임을 인식한 이상 이적행위의 목적이 있는 것으로 볼 수 있다고 한다면, 국가보안법상의 목적범규정은 사실상 무의미한 것이 되고 말뿐 아니라 단순한 표현행위 또는 표현물 취득행위에 있어서도 이적행위의 목적이 추정되고 이러한 목적이 없음을 피고인이 적극적으로 입증하여야만 처벌을 면할 수 있게 되는데, 이것은 형사소송에 있어서 국가(검사)가 부담하는 입증책임을 합리적 근거도 없이 일률적으로 피고인에게 떠맡기는 것일 뿐 아니라, 피고인 자신이 이적행위의 목적이 없었다는 소극적 사실을 입증하기란 어려운 일이어서 사실상 처벌을 면할 수 없게 될 것이다.[22]

21) 대법원 1992. 3. 31. 선고 90도 2033 전원합의체판결

22) 대법관 이회창, 이재성, 배만운의 반대의견

5) 사회질서의 혼란을 조성할 우려

국가보안법 제4조 제1항 제6호 및 제7조 제4항에서는 "사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조 유포 또는 사실을 왜곡하여 전파한 때" 처벌하도록 되어 있으나 여기서 "사회질서의 혼란을 조성할 우려"라는 부분은 명확성의 원칙에 반하는 대표적인 표현례이다[23]

마. 남북교류협력에관한법률(1990. 8. 1.법률 제4239호)과 국가보안법

남북교류협력에관한법률 제3조는 "남한과 북한과의 왕래·교역·협력사업 및 통신역무의 제공등 남북 교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 정당하다고 인정되는 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다" 라고 규정하고, 남한과 북한의 주민이 서로 왕래하고(동법 제 9조 제1항), 회합·통신하고(동법 제9조 제2항), 반입·반출 및 협력사업(동법 제13조, 제16조)을 얻도록 하였다. 동법에 의하면 통일원 장관의 승인을 얻지 아니하고 위와 같은 행위를 하였을 경우에는 동법 제27조 규정에 따라 3년 이하의 징역 또는 1000만원 이하의 벌금에 처한다 라고 규정하고 있다.

따라서 통일원장관의 승인을 얻으면 북한에 들어갔다가 나오든, 북한 주민들과 회합 통신 기타의 방법으로 접촉하든, 물건을 반입·반출하고 협력사업을 하여 북한에 편의를 제공하든 처벌할 수 없는 합법적인 행위가 되는 것이다.

그런데 문제는 통일원장관의 승인을 얻지 아니하고 그러한 행위를 하였을 경우에 국가보안법과 남북교류협력에관한법률 중 어느 법률에 의하여 처벌하여야 하는 것이다.

그에 관하여 헌법재판소 1993. 7. 29.자 92헌바48 남북교류협력에관한법률 제3조 위헌소원에 대한 결정에서, 국가보안법과 남북교류협력에관한법률은 상호 그 입법목적과 규제대상을 달리하고 있는 관계로 구 국가보안법 제6조 제1항 소정의 잠입·탈출죄에서의 "잠입·탈출" 과 남북교류협력에관한법률 제27조 제2항 제1호 소정의 죄에서의 "왕래" 는 그 각 행위의 목적이 다르다고 해석되고, 따라서 두 죄는 각기 그 구성 요건을 달리하고 있다고 보아야 할 것이므로, 위 두 법률조항에 관하여 형법 제1조 제2항의 신법 우선의 원칙이 적용될 수 없다"라고 판시하면서 그 근거로서 동법 제3조가 "남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 정당하다고 인정되는 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다" 라는 규정을 든다.[24]

즉, 헌법재판소의 결정에 따른다면 어떤 행위에 대하여 국가보안법을 적용할 것인가, 아니면 남북교류 협력에 관한 법률을 적용할 것인가의 여부는 행위 자체의 개관적 평가에 따라서 결정되는 것이 아니라 오로지 행위의 정당성 여부에 대한 행정당국의 주관적인 판단에 따라 결정되어야 한다는 것이다.

그러나 위 헌법재판소 결정은 남북교류법 제3조 소정의 "정당하다고 인정되는 범위 안에서" 라는 말은 그 의미를 구체적으로 한정할 수 있는 아무런 기준도 없는 매우 애매모호하고 추상적 개념이어서 결국 법집행당국이 추단하는 행위자의 내심의 의사에 따라 사람을 구별하고 그 사람이 정부당국 내지는 법집행당국의 이해관계에 순응하는 사람인가 아닌가를 기준으로 적용 여부를 달리하게 하는 결과를 가져오게 되어 있어 이러한 결과는 범죄구성요건을 명확히 정해야 한다는 죄형법정주의에 반할뿐더러 똑같은 행위일지라도 사람에 따라 차별대우할 수 있게 하는 것이어서 평등의 원칙에 위반되는 것이다.[25] [26]

3. 결론

가. 국가보안법의 위헌성

국가보안법은 행위 자체의 객관적 위험성에 의하여 처벌된다기 보다는 정부당국이나 법집행당국이 추단하는 행위자의 내심의 의사의 위험성에 따라 범죄의 성립이 좌우되는 것으로서 죄형법정주의에 위배되는 법률이다.

견해에 따라서는 개정 국가보안법이 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"

23) 임웅, "국가보안법과 죄형법정주의", 『판례월보』 241호, 191면 이하

24) 대법원 90. 9. 25. 선고 90도1613 판결 요지도 헌법재판소 93. 7. 29.자 92헌바48호 결정과 같은 취지이다.

25) 재판관 변정수의 반대의견 참조

26) 대법원 93. 10. 8. 선고 93도1951 판결을 보면 피고인의 성향에 따라서는 통일원에 방북신청하는 행위 자체가 국가보안법상의 탈출예비죄를 구성할 수 있다고 판시하였다.

라는 구성요건을 추가하여 구성요건을 강화하였으므로 국민의 기본권 침해의 우려가 감소되었다고 생각하는 견해도 있을 수 있다고 본다.

그러나 추가된 구성요건은 행위의 외적 객관적 위험성을 뜻하는 것이 아니라 정부당국이나 법집행당국이 추단하는 행위자의 내심의 의사의 위험성을 뜻하는 것임을 유의하여야 한다. 국가보안법 위반사건의 공소장을 보면 대체로 100여 쪽을 넘는 방대한 양의 행위자의 소행이나 표현물의 내용을 기재한 부분과 그 앞뒤로 접두어 내지는 접미어처럼 따라붙는 "국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"라든가 "반국가 단체의 이익이 된다는 정을 알면서"또는 "정을 알면서"등의 표현이 결합되는 형식을 취하는데, 이때 범죄의 성립을 좌우하는 요소는 방대한 양의 행위자의 표현행위나 표현물의 내용이 아니라 단 한 두 줄로 표현되는 접두어 내지는 접미어 부분에 있는 것이다.

그렇다면 그 접두어 또는 접미어 부분에 대하여 충분한 심리를 하여 그 유무를 가리는 것이 국가보안법 위반사건 재판의 심리의 중심이 되어야 하는 것인데, 실무에 있어서 그 부분에 대한 검찰이나 법원의 입장은 "법률적 판단의 영역" 이라든가 공소장에 쓰여진 다른 부분에 의해 "미필적 고의나 목적이 추단된다"라는 순환논리를 내세워 공소장의 논리를 추인하기에 급급하는 실정이고, 그로 인하여 형사소송에서 국가(검사)가 부담하여야 하는 거증책임이 합리적 근거 없이 피고인에게 전환되는 결과가 되어 피고인은 자신에게 고의나 목적이 없었다는 소극적 사실을 입증하여야 하는 어려운 처지에 놓이게 되어 사실상 처벌을 면할 수 없게 되는 것이다.

남북교류 및 협력에 관한 법률이 시행됨에 따라 통일원장관의 승인을 얻으면 국가보안법에 저촉되지 아니하고 왕래(잠입·탈출), 회합·통신 또는 반입·반출 및 협력사업(편의제공)등이 가능하게 되는데, 이는 국가보안법이 법률의 속성인 쌍방적 구속성을 가지는 법규범이 아니라 수명자 만을 구속하고 정부나 법집행 당국은 구속하지 아니하는 행정명령 성격의 법규범에 지나지 않는 것임을 뜻한다.

남북교류 및 협력에 관한 법률 시행이전에도 당국은 신고하지 아니하고 방북한 전 통일원차관 동훈, 언론사 사장 박보희, 통일교주 문선명의 잠입·탈출행위 및 위 박보희와 현대그룹회장 정주영의 북한에서의 언행(고무·찬양)에 대하여 입건하지 아니한 사례가 있었다. 일반국민의 경우에는 그 예비·음모행위 까지도 광범위하게 처벌하는 국가보안법일지라도 사람에 따라서는 그 적용을 달리하고 있었던 것이다.[27]

요컨대 국가보안법은 무엇이 법인가 하는 합법적 판단보다도, 무엇이 정책이나 행정목적에 적합한가 라는 합목적적인 판단이 우선되는 행정명령의 영역에 속하는 법분야 라고 할 수 있는 것이다.

국가보안법위반죄의 본질이 행정명령 위반에 있음에도 불구하고 동법 소정의 법정형이 중한 점은 행위와 형벌의 균형을 상실한 것으로서 죄형법정주의의 원칙에 반하는 위헌법률인 것이다 (적정성의 원칙).

국가보안법의 구성요건이 앞에서 본 바와 같이 불명확하고 부적정한 까닭에 일반국민은 그 법문으로부터는 어떠한 의사결정규범이나 행위규범을 이끌어낼 수도 없고, 기껏해야 극히 일반적이고 추상적인 행위규범 즉 국가시책에 반대하거나 비판해서는 위험하다는 전체주의적 행동양식을 터득하게 되는 것이 고작이라는 것이다.[28]

나. 유엔 인권이사회의 권고

유엔 인권이사회는 국가보안법 위반죄의 유죄확정판결을 받은 박태훈(통보자)이 제소한 사건에서 1998. 10. 20 심의를 거쳐 제소한 사건의 사실관계가 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 위반된다고 판정하였다.

1) 사건의 개요

박태훈(통보자)은 1983년부터 1989년까지 미국 시카고 소재 일리노이 주립대학에서 유학중 재미한국청년연합(한청련, YKU)에 가입하였다. YKU는 미국 단체로 미국에 거주하는 한국청년들로 구성되어 있으며, 남한과 북한의 평화와 통일에 관한 문제들을 논의하는 것을 목적으로 하는 단체이다. 이 단체는 당시 대한민국의 군사정부와 그 정부를 지지하는 미국에 대하여 매우 비판적이었다.

27) 동아일보 1981. 12. 21 사전신고 않고 귀로에 당국에 신고, 동아일보 1991. 12. 10 두 문씨와 검찰의 잣대, 동아일보 1994. 7. 14 박보희씨 조문파동, 언론사 사장이 신고 없이 평양행, 김일성칭송 등 관련기사 참조

28) 임웅, "국가보안법과 죄형법정주의", 『판례월보』 241호, 191면 이하

재판부는 YKU가 북한정부의 활동에 동조하고 고무하는 범죄를 저지를 목적을 가진 "이적단체"라고 인정하였다. 따라서 이 단체에 가입한 통보자의 행위는 국가보안법 제7조 제3항 위반죄에 해당된다는 것이고, 나아가 통보자가 미국 내에서 벌어진 시위에 참석하여 미국의 내정간섭 중단을 주장한 사실은 북한에 동조한 것으로 국가보안법 제7조 제1항 위반죄에 해당된다는 것이다.

대법원은 그 사건에서 "시민적 및 정치적 권리에 관한 규약에 따라 설치된 인권이사회에서 소론과 같이 국가보안법의 문제점을 지적한 바 있다고 하더라도 그것만으로 국가보안법의 효력이 당연히 상실되는 것은 아니다"라고 판시하였다.[29]

2) 쌍방의 쟁점

통보자는 자신의 정치적 견해와 사상을 평화적으로 표현하였으므로 그 활동은 표현의 자유의 범주에 속하는 것이므로 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 따라 보호되어야 한다는 것이다.

정부의 입장은, "재판부가 의도적으로 규약의 적용을 배제했기 때문에 박태훈이 유죄판결을 받은 것이 아니라, 한국의 안보상황을 고려할 때 규약에서 인정한 개인의 특정한 권리보다 국가보안법 조항이 우선적으로 적용되어야 할 필요가 있었기 때문"에 그 재판은 정당하고 규약에 위배되지 아니한다 라는 것이었다.

3) 유엔 인권이사회의 결의요지

이사회는 당사국(대한민국)이 규약의 당사자가 됨으로써 규약 제2조에 따라 규약이 인정하는 모든 권리를 존중하고 보장하는 조치를 취해야 함을 지적한다. 이사회는 당사국이 규약에 따른 의무보다 국내법의 적용을 우선하는 것은 규약과 합치하지 않음을 확인한다.

이사회는 당사국이 규약 제4조 3항에 따라 비상사태가 존재하며 그에 따라 규약의 일부 권리를 이행하지 않는다고 선언한 일이 없음을 지적한다.

이사회는 통보자에 의한 표현의 자유 행사로 인하여 일어났다는 위협의 정확한 성격을 당사국이 구체적으로 제시하는데 실패하였으며 당사국이 내세운 어떠한 주장도 규약 제19조 제3항에 따라서 통보자가 표현의 자유를 누릴 권리를 제한하는데 충분하지 않다고 판단한다.

인권이사회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서 제5조 4항에 따라 이사회에 제출된 사실관계가 규약 제19조에 위반한 사실을 인정한다. 따라서 당사국(대한민국)은 규약 제2조3 (b)항에 따라 당사국은 박태훈씨에게 표현의 자유를 행사한 이유로 유죄판결을 선고한 데 대한 적절한 배상을 포함하여 효과적인 구제할 의무가 있다는 것이다.

위 인권이사회의 권고는 국가보안법의 위헌성의 당연한 귀결인 것이다.

29) 대법원 1993. 12. 24 선고 93도1711판결

국가보안법에 있어 국가기밀의 의미

박성호 변호사

1. 머리말

종래의 대법원 판결은 국가보안법상의 국가기밀과 관련하여 공지의 사실까지 국가기밀에 포함된다고 하여 그 범위를 매우 폭넓게 인정함으로써 헌법상 보장된 표현의 자유와 알 권리를 침해해왔다. 본 평석의 대상판결인 서울고등법원 1997.2.20. 선고 96노2721 판결과 서울지방법원 1997.5.20. 선고 96고합1246, 97고합149 병합판결은 국가기밀의 요건 중 특히 비공지성(非公知性) 여부에 대하여 종래의 대법원 판결과는 다른 입장을 취한 것이다. 위 대상판결들이 나오기 직전 헌법재판소는 국가보안법상 국가기밀 관련 처벌조항에 대해 한정합헌 결정을 선고한 바 있고, 대상판결들의 선고 직후에는 대상판결들과 취지를 같이 하는 대법원 전원합의체 판결이 선고되기도 하였다.

본 평석에서는 국가보안법상 국가기밀의 해석에 대한 이러한 일련의 움직임과 관련하여, 먼저 종래의 대법원 판결들을 살펴본 다음 평석 대상판결을 중심으로 대법원 전원합의체 판결이 제시한 국가기밀의 개념요소를 검토하고자 한다.[1]

2. 국가보안법 제4조 제1항의 내용과 그 입법의 변천과정

가. 규정

1991.5.31. 법률 제4373호로 국가보안법 제4조 [목적수행] 제① 항 제2호가 개정되어 현재에 이르고 있는데, 이를 살펴보면 다음과 같다.

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 각 조에 정한 형에 처한다.
2. 형법 제98조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지, 수집, 누설, 전달하거나 중개한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.
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. 가목 외의 군사상 기밀 또는 국가기밀의 경우에는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다. (1991. 5. 31. 본호 개정)
5. …국가기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴, 은닉, 위조, 변조한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

제4조의 목적수행죄는 이른바 신분범으로서 "반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자"가 그 행위주체가 된다. 따라서 위와 같은 지위가 인정되지 않는 경우에는 구성요건 해당성이 결여된다. 여기서 문제가 되는 것은 '반국가단체'의 의미와 그 '구성원'의 범위 및 '지령'의 개념이 자의적으로 해석되어 무제한적으로 확장될 가능성이 있다는 점이다. 현재 대법원 판례는 '반국가단체'를 단순히 북한에 한하는 것으로 보지 않고 국내의 일반 결사체에 대하여도 반국가단체성을 인정하고 있다. 그리고 대법원은 '지령'에 대해서 "반국가단체의 지령을 받은 자라 함은 반국가단체로부터 직접 지령을 받은 자뿐만 아니라 위 지령을 받은 자로부터 지령을 다시 받은 자도 포함된다"[2]고 하여 이른바 '복지령'까지 인정하고 있다.[3] 또한 지령은 "지시와 명령을 포함하는 개념으로 반드시 상명하복의 지배관계가 있을 것을 요하지 아니하고 그 지령의 형식에도 아무런 제한이 없다"[4]고 한다. 따라서 국내의 결사체 구성원 상호간의 의사전달 과정에서도 얼마든지 국가기밀 누설죄가 적용될 수 있는 것이 현실이다.[5]

한편 목적수행죄에 대해 "반국가단체에 가입하거나 또는 그 지령을 받은 자라고 하는 신분범의 행위주체는 이미 대한민국에 대한 배반을 결의하여 반국가활동 조직에 자신을 편입시키거나, 그에 적극적으로 협조할 태세를 갖춘 자만을 의미하는 것이므로 그 불법성과 가벌성은 보다 명백해진다. 이 점이 일반 국민 모두를 규범수명자로 하여 형벌을 가하는 형법상의 간첩죄와 판이한 점이며, 이 점에서 그 불법성과 가벌성은 가중된다고 할 수 있다"[6]는 적극적 의미를 부여하는 견해

1) 이 글에서는 국가기밀에 관한 외국의 입법례와 사례의 검토는 생략하였다.

2) 대법원 1972.5.23. 선고 72도687 판결 ; 대법원 1986. 9.23. 선고 86도1429 판결 ; 대법원 1987.9.8. 선고 87도1446 판결 ; 대법원 1990.8.24. 선고 90도1285 판결 ; 대법원 1996.11.12. 선고 96도2518 판결 ; 대법원 1997. 11.25. 선고 97도2084 판결.

3) 박원순, 「국가보안법연구3」, 역사비평사, 1992, 74쪽, 81-82쪽 각 참조.

4) 대법원 1990.8.24. 선고 90도1285 판결 ; 대법원 1996.11.12. 선고 96도2518 판결 ; 대법원 1997.11.25. 선고 97도2084 판결.

5) 이석태, 「'국가기밀'에 관한 최근 판례의 흐름과 평석」, 『이달의 민변』, 민주사회를 위한 변호사모임, 1997. 8., 24쪽.

6) 서울고등법원 1993.6.30.자 93초107결정(재판장 박용상).

도 있다.

나. 입법의 변천과정

(1) 국가보안법이 1948.12.1. 법률 제10호로 최초 제정되었을 때에는 전부 6개 조문으로 이루어져 있었고 국가기밀에 관한 처벌조항은 없었다. 그후 이승만 정권은 국보법 사건이 폭주함에 따라 발생한 여러 가지 문제점들을 법의 개정으로 해결하고자 1949. 12. 19. 법률 제85호로 전문 개정(18개 조문)하였는데, 법정최고형을 사형으로 상향조정(제1조)하고, 3심제를 폐지하고 단심제(제11조)로 하는 등의 문제로 국내외 여론의 질책을 받아 실제 그 시행이 이루어지기도 전에, 재차 1950. 4. 21. 법률 제128호로 부분 개정하였으나 역시 이때에도 국가기밀에 관한 처벌조항은 없었다.[7]

(2) 이승만 정권은 일인 장기집권을 도모하고 정권에 대한 비판을 원천적으로 봉쇄하고자 1958. 8. 11. 국가보안법 개정안을 국회에 제출하였고, 같은해 12. 24. 300여명의 무술경관을 동원하여 국가보안법 개정안 반대농성을 하던 야당 국회의원 80여명을 강제로 끌어낸 후 자유당 의원들만으로 보안법을 날치기 통과시켰다(이른바 2·4 파동). 이와 같은 경위로 같은 달 26. 법률 제500호로 공포되어 1959. 1. 15.부터 시행된 국가보안법에 처음으로 국가기밀에 관한 처벌조항이 마련되었다. 우선 제4조(용어례)는 "본법에서 국가기밀이라 함은 정치, 경제, 사회, 문화, 군사 등 국가방위상의 이익을 위하여 외국정부와 적에게 기밀로 保持할 것을 요하는 문서, 도화 기타의 물건, 사실 또는 정보를 말한다."고 규정하였다. 그 의의에 대해서는 형법 제98조에 의하여 종래 군사상의 기밀탐지만을 의미하던 간첩의 개념을 확대하여 명확히함으로써 적을 이롭게 할 목적으로 국가의 이익이 되는 모든 정보의 수집을 처벌하는 규정을 두어 현대의 총력전에 대비한 것이라고 한다.[8] 제11조(국가기밀의 탐지, 수집, 누설 등)는 "① 적을 이롭게 할 목적으로 국가기밀을 탐지 또는 수집하거나 이를 방조한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다. ② 적을 이롭게 할 목적으로 국가기밀을 누설한 자도 전항의 형과 같다."고, 제12조(정보수집)는 "① 전조의 경우를 제외하고 적을 이롭게 할 목적으로 국가의 정치, 경제, 사회, 문화, 군사에 관한 정보를 수집한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. ② 적을 이롭게 할 목적으로 관공서, 정당, 단체 또는 개인에 관한 정보를 수집한 자도 전항의 형과 같다. ③ 전2항의 정보가 공표되지 아니한 것일 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다."고 각 규정하였다. 이에 대해서는 國家機密에 속하는 情報와, 국가기밀이 아닌 一般에게 周知된 情報를 구별하여 前者를 제11조에서 규정하고, 後者를 제12조에서 규정한 것이라고 한다.[9] 또 제13조(국가기밀, 정보의 교부, 전달, 중개)는 "전2조에 의하여 취득한 국가기밀 또는 정보라는 정을 알면서 이를 적에게 교부, 전달 또는 중개한 자는 각 죄에 정하는 형과 동일한 형으로 처벌한다"고 규정하였다.

(3) 그후 1960. 6. 10. 법률 제549호로 전문 개정되면서, 그 제2조(군사목적수행)는 "반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위하여 형법 제92조 내지 제99조에 규정된 행위를 한 때에는 그 각조에 규정된 형에 처한다."고, 제3조(일반목적수행)는 "반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위한 행위를 한 때에는 다음의 구별에 따라서 처벌한다. 1. 국가기밀의 탐지, 수집이나 누설 또는 폭발물 사용의 행위를 한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다. (…) 4. …국가기밀에 속하는 서류나 물품의 손괴, 은닉, 위조, 변경, 국가기밀의 전달이나 중개, …의 행위를 한 때에는 2년 이상의 유기징역에 처한다."고 각 규정하게 되었다. 위와 같이 전문 개정한 취지는 1958년 국보법 제4조(용어례)는 국가기밀에 관한 범위를 대단히 넓혀서 정치, 경제, 사회, 문화, 군사에 관한 모든 범위에 걸쳐서 이것을 국가기밀이라고 보고 거기에 관련된 죄를 처벌한다는 것이 되기 때문에 위와 같이 모든 범위를 포함하게 되면 우리 국민의 모든 공적 생활의 전영역이 국보법의 처벌대상이 되기 때문에 선량한 국민도 처벌될 우려가 있다고 해서 독소조항으로 지적되어 왔기 때문에 삭제하였고, 同法 제11조, 제12조, 제13조도 마찬가지의 이유로 역시 독소조항이라고 보아 삭제를 하였다고 한다.[10]

(4) 다시 1980. 12. 31. 법률 제3318호로 전문 개정되면서, 제4조(목적수행)는 "① 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위한 행위를 한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다. (…) 2. 형법 제98조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지, 수집, 누설, 전달, 중개하거나 폭발물을 사용한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다. (…) 5. …국가기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴, 은닉, 위조, 변조한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다."고 규정하게 되었고, 그 뒤 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 현행 조문과 같이 개정되기에 이르렀다.

다. 소결

1958년 국보법은 국가기밀 등에 관한 처벌조항에 "적을 이롭게 할 목적으로"라고 규정함으로써 목적범으로 하고 있었고, 또한 국가기밀이 아닌 일반에 주지된 정보까지 처벌대상으로 하고 있었다. 이에 반하여 1960년 국보법 이래 1991년 국보법에 이르기까지의 국가기밀에 관한 처벌조항들은 "목적수행을 수행을 위하여"라는 목적범 요건에 더하여 "반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자"라는 신분범으로서의 요건을 추가하는 입법형식을 띠고 있고, 또한 1958년 국보법 제12조를 삭제함으로써 국가기밀에 속하지 않는 일반에게 공지된 정보는 처벌대상에서 제외하고 있다.
한편 1960년 국보법은 군사적 목적수행죄(제2조)의 대상인 형법 제98조의 군사상 기밀과 일반목적수행죄(제3조)의 대상인 국가기밀로 나누어 규정하였는데, 1980년 국보법은 양자를 통합하여 하나의 목적수행죄(제4조 제1항 제2호)로 규정하여 그 대상을 "형법 제98조의 군사상 기밀 또는 국가기밀"로 하였다. 1991년 국보법은 이와 같이 하나로 통합된 목적수행죄(제4조 제1항 제2호)의 대상인 "군사상 기밀 또는 국가기밀"을 가중처벌되는 것(同号 가목)과 그렇지 않는 것(同号 나목)으로 나누어서 규정하고 있다.
그런데 여기서 중요한 것은, 국가기밀의 개념에 일반에게 공지된 정보까지 포함하는 1958년 국보법 제12조의 입법취지와 그 제정을 전후해서 나왔던 대법원 판례들이 그 이후 국보법 규정의 변천과는 상관없이—즉, 1958년 국보법 제12조가 삭제되었음에도 불구하고—최근까지 계속해서 국가보안법의 해석론에 막강한 영향을 끼쳐왔다는 점이다.

3. 대법원 판례 등의 동향 및 헌법재판소의 결정

가. 종전 대법원 판례의 입장

(1) 1958년 국보법 제정 이전

● 대법원 1957.9.20. 선고 4290刑上228 판결[11]

"형법 제98조 제1항의 간첩은 그 범위가 광범하여 전시의 군사상 기밀에 국한한 바 없고 특히 근세의 국제 동향이 자유진영 대 공산진영의 투쟁으로 대립되어 비록 무력전은 아니라 할지라도 공산진영은 항시 모략, 허위선전 등으로 간단없이 상대국을 사상전으로써 공략 제압하여 적화를 기도하고 있어 이 계획을 수행하려면 남한의 복구상태, 정치, 문화, 경제면의 동태, 사찰경찰의 동향, 괴뢰집단의 공작상 효과적인 기업체 운영에 필요한 기업의 종류 등을 탐지 수집함은 절대 필요사항이라 할 것이요, 괴뢰집단을 위하여 이를 수집함은 즉 형법 제98조 제1항의 간첩죄를 구성한다 해석함이 타당하다 할 것이다. 그렇지 않다 하더라도 현재와 같은 대공정세하에 있어서는 군사상의 기밀과 국가 일반 정책하의 기밀의 한계는 이를 확연히 구별할 수 없다. 즉 양자가 불가분의 관계에 있어 간첩의 의의에 관하여 종래의 관념과는 그 양상에 변언이 있다."

● 대법원 1958.9.26. 선고 4291刑上351 판결
[원심]
피고인이 간첩할 목적으로 휴전선을 월경한 행위를 형법 제101조, 형법 제98조 제1항에 따라 간첩예비죄로 인정
[검사의 상고이유]
"아국 세력 권내에 있는 모든 사물은 다 군사상 기밀에 관한 사항 또는 물건이라고 할 수 있다. 왜냐하면 현대는 과학전 정보전 시대로서 모든 사물이 과학과 정보에 관계되지 않는 것이 없고 따라서 군사에 관련되지 않는 것이 없다. 그러므로 우리가 별로 관심을 두지 않는 일간신문의 사소한 3면 기사나 광고 같은 것까지도 이것이 적측에 입수되면 과학적 또는 정보전상으로 여하히 유효하게 이용될지 모르고 따라서 여하한 사물이라 할지라도 적측에서 알아서 아니된다. …그리고 탐지라 함은… 첩자가 그 소속 본부에 보고하였는지 아니하였는지는 불문하다. 왜냐하면 첩자는 적의 일원이요 그 촉수이다. …그러므로 국내의 사물이 촉수에 걸려 탐지되면 이미 적측에 탐지된 것이 된다."
[판시이유]
"검사의 본건에 관한 간첩 기수론은 간첩의 개념과 그 범위가 종전의 세태와 정세의 변천과 발달에 따라 군사상 기밀에만 국한한 것이 아니고 군사상은 물론 정치, 경제, 문화, 사회 등 각 방면에 관한 국가적 기밀에 확대하여 해석할 것임은 소론과 같다 할 것이다. …(그러나) 거점구축 정도만으로는 아직 착수행위의 정도를 일탈하지 못한 행위로서 기수가 아니라고 해석함이 타당하다."

그러나 대법원 판례에 따르면 형법 제98조 제2항의 행위자도 일종의 신분범이다. 대법원 1971.2.25. 선고 70도2417 판결은 "형법 제98조 제2항 소정의 군사상의 기밀을 적국에 누설한 자라 함은 이른바 신분범으로서 그 행위자는 직무에 관하여 군사상의 비밀을 지득한 자가 이를 적국에 누설한 경우를 지칭한다고 할 것"이라고 판시하고 있다.

7) 박원순, 「국가보안법연구1」, 역사비평사, 1989, 106쪽 이하; 민변 편집부, 「시기별 국가보안법 적용 통계」, 「민주사회를 위한 변론」, 역사비평사, 1993. 창간호, 341쪽 각 참조.

8) 문인구 편저, 「신국가보안법개론」, 경찰도서출판협회, 1959, 3쪽, 69-70쪽.

9) 위의 책, 91쪽.

10) 국회회의록 제35회-제22호 참조; 김병운, 「국가보안법 제4조 제1항 제2호 나목 소정의 국가기밀」, 「형사재판의 제문제」(제2권), 박영사, 1999, 212쪽 (주8)에서 재인용.

11) 김기두·이수성, 「판례교재 형법(각론)」, 법문사, 1979, 68쪽; 박원순, 「국가보안법연구2」, 역사비평사, 1992, 392쪽.

요컨대 형법 제98조 제1항과 관련하여 이미 대법원은 간첩의 개념을 넓게 인정하여 군사관련 이외의 일반적 기밀사항도 포함하고 있었다. 따라서 1958년 국보법에 국가기밀 처벌조항을 마련한 이유가 종래 군사상의 기밀탐지만을 의미하던 간첩의 개념을 확대하여 명확히하고자 한 것이었다는 입법취지[12]는 이승만 정권이 내세운 한낱 겉치레였다는 것을 확인할 수 있다.

(2) 1958년 국보법 시대

● 대법원 1959.5.22. 선고 4292刑上62 판결
"형법 제98조의 간첩죄에 있어서 군사기밀의 범위는 순전한 군사기밀에만 국한할 것이 아니요, 정치, 경제, 문화, 사회 각 방면에 긍하여 국방정책상 북한괴뢰집단에게 알리지 아니하거나 확인되지 아니함을 대한민국의 이익으로 하는 모든 기밀사항을 포함한다고 해석함이 타당하다."

● 대법원 1959.12.15. 선고 4292刑上689 판결
"국내에 있어서 公知의 事實에 속한 사항이라 할지라도 괴뢰침범지역에 있어서 공지의 사실에 속하지 않은 사항은 그가 군사상 이익에 속하는 사항인 한 군사상 기밀에 속한다 해석할 것이다."

비록 위 판결들은 1958년 국보법상의 국가기밀 등과 관련된 사건이 아니고 모두 형법 제98조에 관한 사건이지만, 위 판결들을 통하여 군사기밀에는 순전한 군사기밀 이외에 정치, 경제, 문화, 사회 각 방면의 국가기밀이 포함되며 여기에는 일반에게 공지된 사실도 포함된다는 국가기밀에 관한 주류적 판례의 단초를 발견할 수 있다. 국가기밀이 아닌 일반에 주지된 정보까지 처벌대상으로 한다는 1958년 국보법 제12조의 입법취지와, 전술한 형법 제98조의 해석에 관한 1958년 국보법 제정 이전의 대법원 판례 등이 서로 영향을 미치고 상승작용을 일으켜 국가기밀에 관한 이른바 '주류적 해석론'의 방향을 형성하게 되었던 것으로 생각된다.[13]

(3) 1960년 국보법 시대 이후

일반에 공지된 사실도 국가기밀이라는 주류적 판례의 입장은 한 번 그 방향을 잡게 되자 自己增殖을 계속하면서 확산되었다. 물론 사회적 이목이 집중된 사건에서는 이러한 판례의 내용이 비판받기도 하였으나 법원 태도는 요지부동이었다. 대표적 사건을 소개하면 다음과 같다.

● 대법원 1966.4.26. 선고 66도284 판결
"국가보안법(1960년 국보법-필자 주) 제3조 제1호에서 가리키는 국가기밀이라 함은 그것이 북한괴뢰에 대하여 비밀로 하는 것이 대한민국의 이익을 위하여 필요하다고 생각되는 모든 정보를 말한다고 보는 것이 상당하다 할 것이요, 따라서 그것이 비록 일반 통행인이 쉽게 외부에서 목견할 수 있는 정보에 속한다고 하여 곧 그것이 위에서 말하는 국가기밀의 범주에 속하지 않는 것이라고는 말할 수 없다 할 것이다."

● 대법원 1967.8.29. 선고 67도918 판결
"피고인이 북한에 가서 『남한에서는 쌀값은 시시로 변하고 농촌에서도 돈만 있으며 물건을 얼마든지 살 수 있고, 돈 있는 사람은 잘 살고 돈 없는 사람은 못 산다』라고 말한 것은 비록 그것이 논지가 말하는 것처럼 자유경제체제를 취하는 대한민국에서는 자명하고도 당연한 경제질서의 기본원칙을 말한 것에 불과하다 할 지라도 이것이 북괴를 위하여 유리한 것이 되고 우리에게는 유리한 것이 되지 못할 때에는 역시 위와 같은 사실도 죄가 된다 할 것이다."

● 대법원 1972.9.12. 선고 72도1514 판결
"국내에서는 신문, 라디오 등에 보도되어 공지의 사실이라 하여도 북한을 위하여는 유리한 자료가 될 경우에는 국가보안법상의 국가기밀이 된다고 해석한 것은 정당하다."

● 대법원 1984.10.23. 선고 84도1846 판결
"피고인이 탐지·수집하였다는 사항들 가운데 신문광고를 통하여 또는 국내에서 적법하게 간행된 책자 등을 통하여 국내에 널리 알려진 사항들이 포함되어 있어도 그 사항들이 모두 우리의 국방상 북괴집단에게 알리지 아니하거나 북괴집단에 의하여 확인되지 아니함이 우리의 정치·사회분야에 있어서 이익이 된다면 국가보안법상의 국가기밀에 속한다고 볼 수 있다."

● 대법원 1986.9.23. 선고 86도1429 판결 - 이른바 구미유학생간첩단 사건
"일반 시중의 서점에서 구입할 수 있는 책자라 하더라도 그 기재내용이 군사기밀이나 국가기밀에 관련된 사항을 포함하고 있다면 그와 같은 책자를 수집하여 반국가단체의 구성원이나 그 지령을 받은 자에게 제공하는 행위는 국가보안법 소정의 간첩방조죄에 해당한다고 할 것인바, 원심이 같은 취지에서 피고인이 국내의 각종 운동권 동향이 수록된 『84 민중언론 총목록』과 반정부적 입장에서 광주사태 발발과 사건일지를 수록한 『아! 광주여 민족의 십자가여』 등 책자를 구입하여 피고인 양동화에게 제공한 소위를 국가보안법(1980년 국보법-필자 주) 제4조 제1항 제2호의 간첩방조죄로 처단한 조치는 정당하다."

● 대법원 1990.6.8. 선고 90도646 판결 - 문익환목사 방북사건
[사실관계]
문익환목사를 수행하여 북한을 다녀온 유원호씨는 1989년 1월에 결성된 전국민족민주운동연합(전민련)에 관하여 일본에서 만난 정경모씨에게 일간신문에 보도된 내용대로 "전민련은 분열된 재야가 하나의 단일기구로 조직된 것이고 40대가 주축이 되었으므로 앞으로 정당으로 확대발전될 가능성이 있다"는 등의 말을 하였는데 법원은 이러한 내용의 말이 국가기밀의 누설에 해당한다고 하였다.[14]
[판시내용]
"국가보안법 제5조 제1항, 제4조 제1항 제2호 中段 소정의 국가기밀이라고 하는 것은 그것이 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익을 위하여 필요하다고 생각되는 모든 정보자료를 말한다고 할 것이므로, 순전한 의미에서의 국가기밀에 한하지 아니하고 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관한 기밀사항이 모두 포함되며, 나아가 그 내용사실이 대한민국에서는 자명하고도 당연하여 상식에 속하는 공지의 사실이라고 하더라도 그것이 반국가단체에는 유리한 자료가 되고 우리나라에게는 불이익을 초래할 수 있는 것이면 국가기밀에 속한다고 할 것이다"고 하여 자진지원 국가기밀 누설죄의 유죄를 인정하였다.

나. 1991년 국보법 시대의 "微動"—헌법재판소 결정과 대법원 전원합의체 판결

(1) 서막--서울고등법원 판결들

전술한 바와 같이 국가보안법상 국가기밀의 개념에 대한 대법원 판례는 확고하였지만, 이러한 주류적 입장에 이의를 제기한 하급심 판결들이 소수나마 존재하였다. 이와 같은 또 다른 흐름들이 국가기밀의 의미내용을 변화시키는데 물꼬를 트는 계기가 되었다.

● 서울고등법원 1993.12.10. 선고 93노3007 판결
[사안의 개요]
피고인이 탐지한 정보는 『대전엑스포 93』의 개최일시, 장소, 준비위원장, 기본성격, 참가예정국수, 개최로 얻게될 효과 등에 관한 기초적이고 일반적인 것이었다.
[판시 및 경과]
이에 대해 법원은 국가기밀이란 특정인이나 특정집단만이 알고 있는 은밀한 사항만을 의미한다[15]고 하여 피고인의 국가기밀탐지 부분에 무죄를 선고하였다. 그런데 대법원 1994.4.15. 선고 94도126 판결은 이러한 정보는 "정부에서 국내외에 적극적으로 홍보에 힘써 온 것임을 알 수 있으므로, 이러한 정보가 새삼스레 북한에게는 유리한 자료가 되고, 대한민국에는 불이익을 초래할 수 있는 것이라고 볼 수 없다 할 것인바, 원심이 그 이유설시를 달리하나 결국 무죄를 선고한 조치는 정당하다"고 판시하였다.

● 서울고등법원 1994. 2. 21. 선고 93노3764 판결 - 황석영씨 방북 사건
"국가보안법상의 국가기밀이란 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익을 위하여 필요하다고 생각되는 각종의 정보로서 기밀로서의 실질적 가치가 있는 정보자료를 의미한다고 해석함이 타당하고, 위 기밀로서의 실질적 가치가 있는지의 여부를 판단함에 있어서는 물론 그 정보의 내용이 가장 중요한 역할을 할 것이지만 그뿐만 아니라 정보를 누설한 자와 그 정보와의 관계, 정보를 취득하는 과정의 난이정도, 그 정보가 반국가단체에 대하여 가지는 유용성 내지는 중요성의 정도 등 제반사정을 종합적으로 고

12) 문인구 편저, 앞의 책, 3쪽, 69-70쪽 참조.

13) 1958년 국보법 案은 그해 12. 11. 법사위에 상정되어 예비심사에 들어갔으나 민주당 소속의원들의 필사적인 저지투쟁으로 말미암아 제안설명조차 제대로 할 수 없었다. 몇차례 법사위 회의가 공전되자 여야간에 공청회 개최를 합의하여 극한적 대립상황을 타개하고자 했다. 원래 민주당은 새로운 국가보안법에 반대하는 대다수 국민여론을 결집하여 반대투쟁을 전개하고자 그해 11. 8. 이미 공청회 개최를 주장하고 있던 터였다. 이렇게 하여 타결된 공청회는 그해 12. 17. 국회의사당에서 전국에 중계방송이 되는 가운데 개최되었다.
공청회 석상에는 새로운 개정안에 찬성하는 연사로 조연현(문학평론가), 문인구(서울지검 검사), 심도성(서울대 교수) 등이 나섰고 반대측에는 이병린(변호사), 이관구(편집인협회장), 신상초(성균관대 교수) 등이 나섰다. 특히 국가기밀에 관련하여 문인구 검사는 국가기밀의 확대의 근거로서 현대의 총력전하에서는 군사상의 기밀보호만으로는 국가의 안전을 보호하기에 충분하지 못하며 독일 형법 제99조에서도 "외국 정부에 대하여 비밀로 하는 것이 독일연방공화국의 복리를 위하여 필요한 사항"을 국가기밀로 규정하고 있는 점 등을 들었다. 이에 대하여 이병린 변호사는 국가기밀의 범위가 너무 광범하고 막연할 뿐만 아니라 독일 형법에 있어서도 정치, 경제, 사회, 문화 모두 망라한다는 문구는 없다는 반론을 제기했다(박원순, 『국가보안법연구1』, 역사비평사, 1989, 144-146쪽, 154-155쪽).

14) 민주사회를 위한 변호사모임·한국기독교교회협의회, 『한국인권의 실상』, 역사비평사, 1992, 74쪽.

15) 위 서울고등법원 판결은 미공간이므로 자세한 판결이유를 알 수 없으나, 황교안, 『국가보안법 해설』, 집영출판사, 1998, 126쪽에 그 요지가 간략하나마 소개되어 있다.

려하여 이를 엄격하고 신중하게 판단하여야 할 것이다"(파기환송-대법원 1994. 5. 24. 선고 94 도 930 판결).

(2) 결정적 동력 — 헌법재판소 결정

헌법재판소는 1997. 1. 16. 선고 92헌바6 · 26, 93헌바34 · 35 · 36(병합) 결정에서, 현행 국가보안법 제4조 제1항 제2호 나목은, 그 소정의 "군사상 기밀 또는 국가기밀"을 일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 사실, 물건 또는 지식이라고 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였고, 또 헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 89헌마240 결정에서, 구 국가보안법(1980년 국보법) 제4조 제1항 제2호 中段 소정의 국가기밀에 대하여도 위와 마찬가지로 판시하였다.

위와 같은 헌법재판소의 결정은 종래의 대법원이 취하여 오던 국가기밀의 범위를 축소하여 해석하고 있는 것이므로 대법원의 종래 견해의 변경 문제가 발생하게 되었고, 이에 따라 후술하는 대법원 전원합의체 판결에서 종전의 견해를 변경하게 된 것이다.[16]

(3) 대법원 1997. 7. 16. 선고 97도985 전원합의체판결 - 범민련 강순정씨 사건

[사실관계]

피고인이 반국가단체로부터 지령을 받은 공소외인의 지령에 따라 동아일보, 한겨레신문 등 국내일간지와 월간 '말'지 등 잡지, 방송 등을 통하거나 범민련 등 재야 운동단체 사무실 등지를 출입하면서 입수한 자료를 탐지, 수집한 후 이를 종합하여 국내정세와 재야 운동단체들의 활동, 범민련 남측본부 인사들의 구속 및 재판과정 등에 관한 내용을 편지 또는 녹음테이프에 정리하여 공소외인에게 전달하였다. 제1심 법원 및 항소심 법원은 모두 1991년 국보법 제1항 제2호 나목의 국가기밀 수집, 전달에 해당한다고 하여 유죄로 인정하였다. 이에 대해 대법원은 다음과 같은 이유로 국가기밀의 수집, 전달에 관한 부분을 파기하고, 그 부분을 항소심인 서울고등법원에 환송하였다.

[판결요지]

"국가보안법 제1조 제1항은 이 법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 한다고 규정하고, 그 제2항에서 이 법을 해석 적용함에 있어서는 제1항의 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 이를 확대 해석하거나 헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니된다고 규정하고 있을 뿐 아니라, 유추해석이나 확대해석을 금지하는 죄형법정주의의 기본정신에 비추어서도 그 구성요건을 엄격히 제한 해석하여야 할 것이다.

따라서 현행 국가보안법 제4조 제1항 제2호 나목에 정한 기밀을 해석함에 있어서 그 기밀은 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관하여 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익이 되는 모든 사실, 물건 또는 지식으로서, 그것들이 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실, 물건 또는 지식에 속하지 아니한 것이어야 하고, 또 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위험을 초래할 우려가 있어 기밀로 보호할 실질가치를 갖춘 것이어야 할 것이다.

다만 국가보안법 제4조(목적수행)가 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 목적수행행위를 처벌하는 규정이므로 그것들이 공지된 것인지 여부는 신문, 방송 등 대중매체나 통신수단 등의 발달정도, 독자 및 청취의 범위, 공표의 주체 등 여러 사정에 비추어 보아 반국가단체 또는 그 지령을 받은 자가 더 이상 탐지 · 수집이나 확인 · 확증의 필요가 없는 것이라고 판단되는 경우 등이라 할 것이고, 누설할 경우 실질적 위험성이 있는지 여부는 그 기밀을 수집할 당시의 대한민국과 북한 또는 기타 반국가단체와의 대치현황과 안보사항 등이 고려되는 건전한 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 할 것이며, 그 기밀이 사소한 것이라 하더라도 누설되는 경우 반국가단체에는 이익이 되고 대한민국에는 불이익을 초래할 위험성이 명백하다면 이에 해당한다 할 것이다."(다수의견)

다. 평석 대상판결

평석 대상판결들은 시기적으로 모두 전술한 헌법재판소 결정과 대법원 전원합의체 판결의 사이에 선고되었다. 위 대상판결들은, 헌법재판소가 국가기밀의 해석을 종래의 대법원 판결들과는 달리 엄격하게 해석한 것에 영향을 받아 선고된 것으로 생각된다.

● 서울고등법원 1997. 2. 20. 선고 96노2721 판결 - 이른바 구국전위 사건[17]

[사실관계]

피고인이 공소외인에게 순창농민회 활동상황과 그 전망에 관한 질문을 받고, 1) 동 농민회는 현재 쌀개방 반대를 이슈로 투쟁중이고 향후에도 범국민적 집회를 통해 운동단체로서의 세력화를 계획하고 있다, 2) 李모, 崔모 등이 농민회를 잘 지도해 나가고 있고 UR반대, 쌀수입개방 반대를 현안문제로 1993년 2월에도 서울에 올라가 쌀수입 반대시위를 한 바 있다, 3) 앞으로도 각 대학 및 서울 여의도 등지에서 대규모 집회를 계획 중에 있다, 4) 순창농민회는 다른 지역에 비해 단결력이 높고 군민수가 적으며 오지이지만 청년회원들의 수가 비교적 많은 편이다, 5) 이모, 최모가 초창기부터 열심히 해와서 다른 군단위 농민회보다 운영이 잘 되는 편이다, 는 내용의 보고를 하였다.

[판결요지]

"피고인이 … 위 공소외인을 만나 그에게 순창농민회의 활동사항을 이야기하였다 하더라도, 피고인이 반국가단체의 구성원이거나 그 지령을 받은 자로서의 지위가 인정되지 않음은 위에서 본 바와 같아, 결국 피고인에게는 국가보안법 제4조 제1항 제2호 나목 소정의 국가기밀누설죄의 구성요건 해당성이 결여된다 할 것이다. … 더 나아가 피고인에게 위 법 소정의 국가기밀누설죄의 주체의 지위가 인정된다 하더라도 위 순창농민회의 활동상황과 같은 내용이 과연 국가기밀이 되는지 여부에 관하여 본다. … 종래 대법원은, 국가보안법 제4조 제1항 제2호 소정의 국가기밀이라 함은 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익을 위하여 필요한 모든 정보자료로서, 순전한 의미에서의 국가기밀에 한하지 아니하고, 정치, 경제, 문화, 사회 등 각 방면에 관한 국가의 모든 기밀사항이 포함되며, 그것이 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 널리 알려진 공지의 사항이라도 반국가단체인 북한에게는 유리한 자료가 되고 대한민국에게 불이익을 초래할 수 있는 것이면 국가기밀에 속한다 … 는 취지로 폭넓게 국가기밀의 개념을 정의해 오고 있다. 그러나 이러한 해석론은 국가기밀이라는 문언의 내재적 한계 내지 문의적 한계를 훨씬 벗어나고 기밀의 실질적 요건을 헐어버리는 것으로서 그 적용범위가 지나치게 광범위하고 모호하여 일반 국민에게 무엇이 금지되고 처벌되는 행위인가에 대하여 명확한 예측가능성을 제공하는 기능을 하지 못할 뿐만 아니라, 법적용 당국의 자의적인 법해석 · 적용을 초래할 우려가 있어, 결국 죄형법정주의에 위배되므로 이를 헌법에 합치되도록 축소 · 제한하여 해석할 필요가 있다. 따라서 이러한 관점에서 위 나목 소정의 국가기밀은 '일반인에게 알려지지 아니한 것으로서 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만한 실질가치를 지닌 사실, 물건 또는 지식'이라고 한정적으로 해석되어야 마땅하다(헌법재판소 1997. 1. 16. 선고 92헌바6, 26, 93헌바34, 35, 36 결정 참조)고 당원은 판단한다. 이와 같은 견지에서 보면, 위에서 본 이 사건 순창농민회의 활동사항은 도저히 국가기밀에 해당된다고 볼 수 없다 하겠다. 결국 이 부분 공소사실은 어느 모로 보나 죄가 되지 않거나 범죄의 증명이 없는 경우에 해당된다."(상고기각 확정)

● 서울지방법원 1997. 5. 20. 선고 96고합1246, 97고합149 병합판결 - 진관스님 사건[18]

[사실관계]

피고인은 수십차례에 걸쳐 팩시밀리 등을 통해 북한의 조선불교도연맹 등과 비전향 장기수 함세환, 김영태, 김인서씨 등의 북송을 추진하면서 국내 정치상황 및 재야운동의 동향 등에 대하여 피고인이 국내 재야단체에서 활동하면서 얻은 내용과 신문, 잡지의 보도내용을 토대로 알게된 국내상황을 설명해 주었다고 하여 국가기밀 누설죄 등의 혐의로 기소되었다.

[판결요지]

재판부는 "장기수와 양심수의 동향 등 국가기밀을 친북인사에게 수집, 제공하고 북한인사를 접촉한 사실은 인정된다"고 전제한 뒤, 그러나 "언론에 보도된 그밖의 정치권 및 재야단체의 동향 등에 대한 자료전달은 국가기밀 유출로 볼 수 없다"고 하여 무죄를 선고하고, '불교인권위원회의 활동 보고서' 등을 전달해주었다는 부분에 대하여는 유죄를 선고(징역 3년 6월, 자격정지 3년 6월)하였다.

[그후의 경과]

서울고등법원 형사3부는 1997. 9. 11. 선고97노 1187 판결에서 검찰이 주장한 55개의 국가기밀누설 사항과 관련해 48개 항목에 대해서는 "국내정치상황 및 재야운동의 동향 등에 대한 주관적 분석과, 언론 등을 통해 보도된 공지의 사실은 국가기밀로 볼 수 없다"고 판시하였다. 그러나 한국통신 노조간부 명단, 장기수 명단, 양심수 명단, 불교인권위 활동내용 등 7개 항에 대해서는 "북한이 대남적화전략에 악용할 수 있는 것으로서 국가안전에 위험을 초래할 우려가 있는 국가기밀로 보아야 한다"고 하였다.[19] 대법원은 1997. 12. 26. 선고 97도2470 판결에서 피고인과 검찰의 상고를 모두 기각하여 고등법원에서 선고받은 징역 3년 6월, 자격정지 3년의 형으로 확정되었다.[20]

4. 대상판결의 평가—대법원 전원합의체판결과 관련하여

16) 김병운, 「국가보안법 제4조 제1항 제2호 나목 소정의 국가기밀」, 「형사재판의 제문제」, (제2권), 박영사, 1999, 210쪽.

17) 『이달의 민변』, 민주사회를 위한 변호사모임, 1997. 3., 143쪽; 「하급심 판결집 1997 (I)」, 법원도서관, 1998, 627쪽.

18) 판결문을 입수하지 못하여 「인권하루소식」, 인권운동사랑방, 1997. 5. 21.자, 1쪽; 이석태, 앞의 논문, 9-10쪽을 각 참고하였다.

19) 「인권하루소식」, 인권운동사랑방, 1997. 9. 12.자, 1쪽.

20) 「인권하루소식」, 인권운동사랑방, 1998. 1. 6.자, 2쪽.

가. 국가기밀의 요건

(1) 전술한 대법원 전원합의체판결은 국가기밀이 인정되려면 "국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려진 공지의 사실, 물건 또는 지식에 속하지 아니한 것이어야 하고, 또 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위험을 초래할 우려가 있어 기밀로 보호할 실질가치를 갖춘 것이어야 할 것이다"고 하였다. 요컨대 국가보안법상 국가기밀의 요건으로 '非公知性' 및 '實質秘性'이 요구된다고 판시한 것이다. 이것은 종래의 대법원 판결들이 공지된 사실도 국가기밀로 인정하였고, 또한 기밀성 여부를 판단함에 있어서 기밀로서의 실질적 가치를 문제삼지 않았던 것과 대조되는 점이다. 즉, 종래의 대법원 판결들은 오로지 '이적성' 여부만을 국가기밀 성립의 잣대로 삼았다고 할 수 있다.[21]

(2) '공지(公知)의 사실' 여부

전원합의체 판결에 따르면 '공지의 사실'이란 '이미 일반인에게 널리 알려진 사항'을 뜻하는 것이다. 그런데 여기서 공지 여부의 판단기준이 되는 자는 '반국가단체의 구성원이나 그 지령을 받은 자'가 되므로 "공지된 것인지의 여부는 신문 방송 등 대중매체나 통신수단 등의 발달 정도, 독자 및 청취의 범위, 공표의 주체 등 여러 사정에 비추어 보아 반국가단체 또는 그 지령을 받은 자가 더 이상 탐지·수집이나 확인·확증의 필요가 없는 것이라고 판단되는 경우"라고 하였다.

생각건대 전원합의체 판결의 취지는 '공지의 사실'을 다시 세분하여 '간첩'이거나 '반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자'라는 특수한 신분을 지닌 자의 경우에는 그밖의 사람들보다 '공지의 사실'의 인정 범위를 축소시키고자 하는 의도로 보인다.[22] 따라서 '더 이상 탐지·수집이나 확인·확증의 필요'라는 말을 적당히 주물러서 뜯어맞추기만 하면 전국적인 배포망을 갖는 중앙일간지나 일부 잡지를 제외하고는 모두 '공지의 사실'에서 배제될 가능성이 있는 것이다.[23] 예컨대 대법원 1998. 4. 10. 선고 98도82 판결[24]의 판시이유에 따르면, 가령 교보문고나 영풍문고에까지 가야만 입수 가능한 서적이나 자료는 국가기밀에 속하게 되고 동네서점에서도 구입 가능한 서적 등은 국가기밀에 속하지 않는다는 굉장히 우스꽝스런 결론에 도달하게 된다.

(3) '실질적 가치' 여부

전술한 헌법재판소 결정들은 "實質秘性이란 기밀이 누설될 경우 국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질적 가치가 있는 것을 의미하는 바, 여기의 '국가의 안전에 명백한 위험을 초래한다'라고 함은 어떤 비밀내용이 누설되는 경우 그것이 국가안전보장에 미치는 영향의 내용 내지 정도가 객관적으로 보아 애매모호하다거나 사소한 것이라거나 구체성을 현저히 결여하고 있는 것 등은 제외되어야 한다는 것을 뜻한다"고 하고 있다. 이에 비하여 대법원 전원합의체판결은 "그 기밀이 사소한 것이라 하더라도 누설되는 경우 반국가단체에는 이익이 되고 대한민국에는 불이익을 초래할 위험성이 명백하다면" 실질적 가치가 있다고 판시하였다. 그리고 실질적 가치의 여부는 "그 기밀을 수집할 당시의 대한민국과 북한 또는 기타 반국가단체와의 대치현황과 안보사항 등이 고려되는 건전한 상식과 사회통념에 따라 판단하여야 할 것"이라고 하였다.

나. 대상판결의 검토

(1) 서울고등법원 1997. 2. 20. 선고 96노2721 판결은 전술한 헌법재판소의 결정에 영향을 받은 판결로서 그 판결이유에도 헌법재판소 결정 내용이 인용되고 있어서 공지사실 여부 및 실질적 가치 여부는 위 결정에서 설시한 기준에 따르고 있음을 알 수 있다. 위 대상판결은 상고기각되어 확정되었는데 상고심 판결이 공간되지 않아 자세한 판결이유는 알 수가 없다. 생각컨대 대법원 1997. 7. 16. 선고 97도985 전원합의체 판결의 논리에 따른다면 순창농민회 활동사항이 과연 '공지의 사실'에 해당한다고 할 수 있을지 의문시된다.[25]

(2) 서울지방법원 1997. 5. 20. 선고 96 고합 1246, 97고합149 병합판결은 검찰이 주장한 55개의 국가기밀누설 사항 중 34개 항목에 대하여 국가기밀이 아니라고 판시하였으나, 항소심인 서울고등법원 1997. 9. 11. 선고 97노1187 판결은 제1심이 국가기밀이라고 한 14개 항목에 대해서도 국가기밀이 아니라고 판시하였다. 다만 나머지 7개 항목에 대해서는 국가기밀이라고 인정하였다. 즉, 항소심 판결은 한국통신 노조간부 명단, 장기수 명단, 양심수 명단, 불교인권위 활동내용 등 7개 항목에 대해서 "북한이 대남적화전략에 악용할 수 있는 것으로서 국가안전에 위험을 초래할 우려가 있는 국가기밀로 보아야 한다"고 하였다.

이에 대하여 대법원 1997. 12. 26. 선고 97 도 2470 판결[26]은 항소심 판단을 그대로 수용하여 피고인과 검사 쌍방의 상고를 모두 기각하였다. 특히 항소심이 국가기밀에 해당한다고 판단한 7개 항목에 대하여 대법원은 "제1심 판시 (8)(불교인권위원회 활동보고서), (9)(한국통신 노조간부 명단), (38)(39)(40)('8·15 민족공동행사 남측준비위'와 '범민련 제6차 범민족대회 추진본부' 사이의 갈등 이유), (46)(장기복역 양심수 명단), (47)(현재 양심수 명단) 등은 기본적으로 국내에서의 적법한 절차 등을 거쳐 이미 일반인에게 널리 알려지지는 아니하여서 일반인이 쉽게 수집하거나 지득할 수 없는 것이고, 또 반국단체에 대하여 비밀로 하거나 적어도 이러한 것들이 확인되지 아니하는 것 자체가 대한민국의 이익이 되는 것으로 그 내용이 누설되는 경우 국가의 안전에 위험을 초래할 우려도 있어 기밀로 보호할 실질가치를 갖춘 것으로서 국가기밀에 해당한다고 볼 것이며, 이와 같은 문건이나 사실이 가사 특정계층의 몇몇 사람들에게 이미 알려진 바가 있다고 하더라도 아직 반국가단체 또는 그 지령을 받은 자가 추가의 탐지·수집이나 확인·확증을 거칠 필요는 남아 있다고 할 것일 뿐만 아니라, 이러한 문건이나 사실이 북한에 누설됨에 따라 그들이 이를 이른바 통일전선전술을 통한 대남적화전략에 악용하거나 선전·선동의 자료로 삼을 수 있는 것으로 보이는 만큼 누설되는 경우 반국가단체에는 이익이 되고 대한민국에는 불이익을 초래할 위험성이 명백한 것으로 보아야 할 것이니, 이는 국가기밀로 보호할 만한 가치가 있는 것으로 판단한 것은 정당하"다고 판시하였다.

결국 위 서울고등법원 판결은, 대법원 전원합의체 판결이 공지사실의 여부와 실질가치의 여부를 판단하는 기준으로 제시한 것을 그대로 따른 것으로서 생각된다.

---

21) 이에 반하여 이미 대법원은 형법 제113조의 외교상기밀누설죄(대법원 1995. 12. 5. 선고 94도2379 판결), 형법 제127조의 공무상비밀누설죄(대법원 1996. 5. 10. 선고 95도780 판결), 국가공무원법 제60조의 직무상 비밀(대법원 1996. 10. 11. 선고 94누7171 판결), 군사기밀보호법상의 군사기밀에 관한 죄(대법원 1994. 4. 26. 선고 94도348 판결) 등에서 '기밀'이나 '비밀'의 개념에 대하여 '非公知性'과 '實質秘性'을 요구하고 있었다(김병운, 앞의 논문, 219-220쪽 참조).

22) 실제로 위 전원합의체 판결 이후 나온 대법원 1998. 4. 10. 선고 98 도82 판결은 "한정된 범위의 사람만이 참관할 수 있는 학술세미나, 국방산업박람회 또는 일반인이 쉽게 구할 수 없는 대학가 유인물이나 주변 인물들로부터 탐지·수집한 것이고, 피고인이 국방관계 내용을 수집하였다는 국방과 기술, 군사평론, 국방저널, 군사세계 등의 군사관련 잡지는 일반인에게 배포가 되지 않거나 서점에서 입수가 가능하다고 하더라도 일부 한정된 대형서점에서만 구입이 가능하고, 일부가 해외에도 배포가 되기는 하나 이는 해외대사관 등 제한된 범위 내에서만 배포되는 것으로 입수에 한계가 있어 공지의 사실이라 할 수 없다"고 판시하였다.

23) '공지의 사실'까지도 국가보안법상의 국가비밀로 보아야 한다는 근거로 자주 거론되는 것이 바로 '모자이크이론'(Mosaiktheorie)이다(독일 서울고등법원 1993. 6. 30.자 93 초 107 결정). 이에 따르면 "이미 알려졌거나 또는 적어도 일반인이 접근할 수 있는 개별사실"의 구성을 통해 비밀로서 보호할 필요성이 있는 새로운 전체형상(Gesamtbild)이 도출될 때에는 그러한 개별사실에 의해 얻어진 지식도 국가기밀이 될 수 있다는 것이다. 모자이크이론은 폭넓게 국가기밀을 보호한다는 이유 때문에 독일연방헌법재판소는 모자이크이론을 받아들이지 않고 있다(BVerfGE 20, 180 f.)고 한다(박달현, 「독일형법상 국가기밀보호」, 「이달의 민변」, 민주사회를 위한 변호사모임, 1997. 8., 33-34쪽). 그런데 대법원 전원합의체 판결에 원칙적으로 찬성하면서도 모자이크이론에 따라 "개별적인 공지의 사실들을 조합, 정리한 결과 새로운 정보가 도출된다면 그것은 국가기밀에 해당된다"고 해석하는 견해가 있다(신동운, 「간첩죄와 국가기밀」, 「고시연구」, 1998. 1., 222쪽).

24) (주22) 참조.

25) 다만 위 사건의 하급심인 서울고등법원 1997. 2. 20. 선고 96 노 2721 판결에 변호인으로 참여하였던 임종인 변호사로부터 확인한 바에 의하면, 대법원 상고기각 판결의 요지는, 피고인이 국가보안법 제4조 제1항 제2호 나목 소정의 국가기밀누설죄에서 요구하는 반국가단체의 구성원이거나 그 지령을 받은 자로서의 지위에 해당되지 않는다고 하여 원심의 무죄판결을 인용하고 검찰의 상고기각을 하였다는 것이다.

26) 이 대법원 판결은 미공간된 것이나, 변호인으로 관여하였던 윤기원 변호사의 도움으로 판결문 전문을 입수할 수 있었다.

보안수사기관의 각종 활동과 그 통제방안

변호사 장 주 영

1. 국민의 정부와 보안수사기관의 변화여부

가. 검찰

검찰은 국민의 정부 들어 과거 공안부 검사들을 물갈이하고 공안부에 근무한 경력이 없는 검사들로 공안부를 구성하여 이른바 '신공안' 진용을 만들었다. 그리고 국가보안법을 신중하고 탄력적으로 적용하며 적법절차를 준수해 인권침해소지를 없애겠다고 한 바 있다. 대검은 1998년의 국보법 위반사범의 기소율은 58.6%로 1997년의 76%에 비해 낮아지고 기소유예처분은 1997년의 6.8%에서 29.2%로 늘어나는 등 전체적으로 국가보안법 적용이 신중해지고 있다고 밝히고 있다.[1] 그러나 경찰청 보안국과 국정원이 1997년부터 1998년 8월말까지 수사하여 기소한 국가보안법위반사건에 대한 실형률이 10%안팎에 머물고 있는데[2] 낮은 실형율은 그만큼 무리한 수사와 기소가 이루어지고 있다는 반증이다. 특히 경찰청에서는 해체되거나 유명무실해진 단체의 과거활동을 문제삼아 조직사건을 만드는 경우가 많은데 검찰이 경찰과 국정원의 국가보안법 수사에 대해서도 적절한 수사지휘를 하여 신중한 수사를 유도하고 있는 지는 의문이다. 검찰에서 1997. 1. 1.부터 1998. 8. 24.까지 안기부나 경찰청이 올린 구속영장을 기각한 예는 한 건도 없다는 사실[3]이 이러한 의문을 뒷받침하고 있다.

나. 국가정보원[4]

50여 년 만에 이루어진 여야간의 정권교체와 정보기관의 공작정치 피해자인 김대중대통령의 당선은 국가안전기획부에 대한 실질적인 개혁이 이루어지는 계기가 될 것으로 기대를 하게 되었다. 안기부는 정권교체 후 3차장과 3명의 특보제를 폐지하고 국내담당이던 1차장이 2차장으로, 해외담당 2차장이 1차장으로 자리를 바꾸었다. 그리고 정치공작·사찰전담으로 지목됐던 정치처와 지역처가 한 단계밑인 과로 통폐합되면서 인원이 절반으로 줄었으며 북풍 등 정치공작 관련자와 특정 인맥으로 분류되는 직원들을 정리하는 등의 조치를 취하였다. 그러나 정보기관의 직권남용과 인권침해를 방지할 근본적인 개혁은 거의 이루어지지 않았다. 남용되었던 수사권을 폐지하고 국내와 국외 정보수집 기능을 분리하여 독립된 기관이 맡게 하며 국회 정보위를 통한 통제를 강화하는 방안을 마련하는 등의 개혁이 이루어졌어야 함에도 기존 안기부의 구조와 권한을 실질적으로 바꾸지 못했다. 김대중정부 초기의 일정한 조직개편작업도 언제든지 정권의 필요에 의해서 원상회복될 수 있다는 점에서 큰 의미를 부여하기 힘든 것이다. 특히 김영삼 정부 초기에 박탈되었던 국가보안법 제7조,제10조에 대한 수사권을 회복시키는 내용으로 지난 1996년 말에 날치기 처리된 안기부법이 국회의원의 법률안 심의·표결권한을 침해한 것이라는 헌법재판소로부터 결정(헌법재판소 1997.7.16. 96헌라2 결정)을 받았음에도 날치기 안기부법을 그대로 두고 있어 국민의 정부가 가지고 있는 안기부개혁의지는 실종된 것이나 다름없게 되었다. [5]

다. 경찰

경찰도 과거와 별 다름없이 경찰청 보안국의 남영동, 홍제동 대공분실과 서울경찰청의 장안동, 옥인동 대공분실을 통해 국가보안법수사를 계속하고 있다. 이들 공안수사기관들은 정권교체와 민주화분위기, 남북관계 개선 등으로 변화된 상황속에서 입지가 줄어들까봐 무리한 실적쌓기를 하고 있다는 비판을 받고 있다. 그것은 문민정부초기와 비교해 볼 때 국민의 정부들어 오히려 국보법 구속자가 늘어났으며[6] 조직사건의 경우에는 이미 해체되었거나 유명무실한 조직의 과거 활동을 문제삼아 구속한 예가 많은 것을 보면 알 수 있다. 경찰청 보안국의 보안수사체제와 조직을 축소개편하고 수사인력을 줄이지 않는 한 기관보존의 차원에서도 국가보안법 사건을 계속 터트릴 것으로 우려된다.[7]

2. 보안수사기관의 각종 활동

가. 불법감청과 통화내역조회

검찰과 경찰, 국정원 등 수사기관들은 수사상명목으로 휴대전화 통화내역을 조회하고 PC통신 및 인터넷업체를 통해 가입회원들의 통화내역과 개인 인적 정보 수집, 전자우편(e-mail) 열람 등을 해온 것으로 밝혀졌다. 이동통신 5개사에 대한 통화내역조회건수는 1998년 상반기 2만여건에서 1999년 상반기에는 4만8천여건으로 2배 이상 늘어났다. 통화내역조회를 의뢰한 기관은 경찰이 32320건, 검찰 8430건, 국가정보원 3650건, 군수사기관 2655건, 기타 1160건이었다.[8] 통화내역조회는 실제 통화내용을 듣는 감청과는 다르지만 특정가입자가 특정시간대에 누구와 얼마 동안 통화를 했는지를 알 수 있다. 휴대전화의 경우 가입자가 요금문제로 항의할 경우를 대비해 한달 단위로 사용자가 건 통화날짜와 시간, 상대방전화번호, 통화한 시간 등을 보통 6개월간 보관한다고 한다. 한편 4곳의 PC통신업체(천리안, 하이텔, 유니텔, 나우누리)의 감청자료에 의하면 1998년에는 906건의 개인정보를 제공하였고 1999년 상반기에는 562건의 개인정보를 수사기관에 제공하였다. 심지어 이용자의 ID와 비밀번호가 그대로 수사기관에 넘겨져 특정인의 모든 정

---

1) 인터넷한겨레 1999.3.22.자 기사

2) 법무부가 1998년 9월 국정감사에서 국회 법제사법위원회에 제출한 자료를 보면 기소율과 재판결과는 다음과 같다.

기소된 사건에 대한 기소율 및 재판결과 (97.1.1-98.8.24.)

구분	1997 안기부	1997 경찰청 보안국	'98(1-8) 안기부	'98(1-8) 경찰청 보안국
송치된 인원	44	98	14	59
기소인원	35	83		50
기소율(%)	79.5	84.6		84. 7
집행유예	20	70		4
실형	9	3		
기타		3		
재판중	6	7		46

법제사법위원회 위원 요구자료 II. (한나라당 정형근 위원) 40쪽

3) 주 2)의 국감자료 42쪽 참조

4) 국가안전기획부는 1999.1.22. 국가정보원(국정원, National Intelligence Service)으로 이름이 바뀌었다.

5) 안기부는 국가보안법 가운데 찬양고무, 불고지죄는 단서포착에 필요한 경우에만 직접 수사하고 경미한 사안은 경찰에 이첩하겠다고 밝힌바 있다. 인터넷 한겨레신문 1998.5.12.자 기사

6) 문민정부가 출범한 93년과 국민의 정부가 출범한 1998년 8개월동안 국가보안법 구속자수는 각각 67명과 310명이라고 한다. 인터넷한겨레 1998.11.29. 자 기사

7) 경찰청 홍제동 대공분실에서는 검거실적이 부진하다는 등의 이유로 고사를 지내기까지 하였다. 인터넷한겨레 1999.4.13.자 기사

8) 인터넷한겨레 1999.9.4.자 기사, 동아일보 1999.9.4. 자 기사

보를 가로채는 ID 감청도 1999년 상반기동안 86건이 발생하였다.[9] 그런데 이들 수사기관에서는 대부분 '보안수사상 필요하니 협조해주시기 바랍니다'는 내용의 협조공문이나 전화를 통해 개인정보를 입수하고 있으며 심지어 공문도 없이 구두로 협조요청을 하기도 한다고 한다. 과거와는 달리 수사기관들이 고문이나 가혹행위와 같은 강압적인 방법에 의해 증거를 수집하기보다는 과학적인 방법에 의한 증거수집에 주력할 것으로 보이고 그렇다면 감청이나 검열, 사진촬영 등이 유력한 수사방법이 될 것인데 앞으로는 수사기관의 불법감청과 검열, 조회 등을 어떻게 규제할 것인가가 중요한 문제점으로 떠오를 것으로 예상된다.

나. 프락치공작

국정원 수사관 이양수는 1999.5.10. 부터 6.14. 까지 6차례에 걸쳐 서울대학교 체육교육과에 재학중인 강성석을 만나 프락치활동을 집요하게 강요하였다.[10] 이양수가 강성석에게 요구한 구체적인 내용은 「서울대에서 재학중이거나 졸업한 이들 중 총학생회 및 단대 학생회 간부 출신의 이름을 대며 이들을 어떻게 알고 이들은 어떻게 연결이 되어 있는지를 말해달라. '구국의 길' 문서를 보여주며 자료의 출처와 학교 내에서 누가 제작하고 있는지, 그리고 한총련과 어떻게 관련되어 있는지를 묻고 98년 한총련 대의원 대회 및 출범식, 범민족대회가 서울대에서 열렸는데 누가 주도를 했는지를 말해달라. 구국의 길과 관련해서 경영대 학생회장을 찾아가서 누가 이 문건을 만들고 있는지 물어봐 달라.」는 것이었다. 이양수는 국가정보원법상 금지된 직권남용행위를 한 것이다.[11] 위와 같은 프락치공작은 국가보안법이 존속하고 국정원이 국가보안법에 대한 수사권을 가지고 있는 한 수사에 필요한 정보를 수집한다는 명목으로 어떤 형태로든 지 혹은 더욱 교묘한 형태로 계속될 것으로 예상된다.

다. 민간인 사찰

(1) 대검공안부는 1999.4.1. 에 1987년부터 국가보안법을 비롯해 집시법, 노동관련법위반 등으로 구속됐다 출소한 인사들을 4등급으로 분류해 동향파악을 하는 등 별도로 관리해 왔다고 밝혔다. 동향파악의 근거는 '공안사범 사후관리지침'인데 이는 1987년 폐지된 사회안전법에 따른 하위지침이기 때문에 검찰에서는 아무 법적인 근거없이 동향파악을 해온 것으로 드러났다. 검찰은 관리대상인사의 재범가능성을 기준으로 A급(순화불능), B급(개전의 정 상당), C급(개전의 정 현저), D급(완전 순화)등 4가지 등급으로 나누어 관리했다. 대검은 지검·지청별로 시국사범 전력이 있는 인사들의 '관리카드'를 작성해 동향을 파악하라고 지시했고 각 지검·지청은 이 지시에 따라 관련인사들의 주소지 관할 경찰서 보안과를 통해 두 달에 한번씩 동향을 파악해 왔다. 검찰에서는 공안수사활동의 하나로 공안사범을 사후관리해왔으며 사회안전법이 보안관찰법으로 대체입법될 당시 공안사범관리지침을 그대로 둔 것이 지금에 이르렀다고 한다. 보안관찰법은 국가보안법위반사범이 3년이상 실형을 선고받고 출소한 후 경찰서에 행적을 신고하도록 규정하고 있는데 검찰에서는 폐지된 법을 근거로 보안관찰대상도 아닌 경미한 국가보안법위반사범과 집시법, 노동관계법위반 등으로 구속된 인사들에 대해서까지 동향파악을 해온 것이다.

(2) 경찰은 국민의 정부에서도 '인물자료'와 '단체자료'를 만들어 주요인사와 사회단체에 대한 사찰활동을 계속 해왔다. 정·관·재계를 비롯해 노동·종교·언론계 주요인사들의 인물자료를 만들어 성격과 취미부터 정치적 배후관계,성향까지 파악하는 등 민간인사찰활동을 해왔다. 경찰이 동향파악을 해온 사회단체는 230여개이며 이들 단체의 주

9) 동아일보 1999.9.9.자 기사

10) 한겨레 21. 제264호(1999.7.1.) 10쪽 이하 참조

11) 강성석은 이양수를 국가정보원법상 직권남용혐의로 고소하여 조사가 진행중이고 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다.

요인물에 대해서도 △성격 및 사고방식△정책선호도 △배경인물 △교제인물 등을 파악해왔다.[12] 1994년 경찰청에 대한 국정감사에서 경찰이 민간인사찰카드를 관리하고 있다는 사실이 확인되면서 사찰카드를 폐지하고 민간인사찰을 하지 않겠다고 약속하였으나 사찰금지약속은 지켜지지 않고 있다. 그리고 국정원은 경찰청을 비롯해 국방부(기무사), 법무부 등 정부부처의 정보활동비 등 정보예산의 편성과 집행, 이에 대한 감사권한을 갖고 있어 정보감사를 통해 자료미비 등을 지적하여 사실상 사찰활동을 지시한 것으로 밝혀졌다.

(3) 국정원은 김대중정부 들어서도 정치권[13]뿐만 아니라 정부부처와 기업, 시민·종교단체에 이르기까지 전담요원을 두고 광범위한 정보를 수집하고 있다. 국정원은 정부부처에 대해서는 책임자의 일정과 행사, 기업에 대해서는 기업동향과 노사관계, 시민·종교단체에 대해서도 시국관련성명과 각종 자료 등을 수집하고 있다. 이러한 광범위한 국정원의 정보수집행위 중에는 국정원법에 규정한 국내보안정보 수집업무에 해당되지 않는 것이 상당수 포함되어 있어 국정원이 권한을 남용하고 있다는 비판을 받고 있다.

라. 특진제도와 국가보안유공자 수당지급을 통한 수사독려

경찰 특진제도 등이 시국치안쪽에 편중운용돼 국가보안법 위반사범에 대한 무리한 수사와 구속을 낳고 있다. 1998년 1월부터 9월까지 경찰특진자 가운데 31.3%가 한총련수배자를 포함해 각종 시국사범을 붙잡은 공로로 특진하였고 1997년에는 국가보안법위반 혐의자 등 각종 시국사범검거에 따른 특진자가 전체의 32%를 차지했다.[14] 또한 보안분야 경찰관들은 국가보안법위반 혐의자를 붙잡아 구속할 때마다 법무부로부터 1명당 20만-40만원의 '국가보안유공자 수당'을 받는다. 법무부는 국가보안법 제21조[15] 규정에 따라 1981년부터 수당을 지급해왔다. 그러나 이러한 특진제도와 수당지급은 실제 활동이 중단되어 유명무실해진 조직사건을 만들어 내거나 구속자를 양산하게 되어 무리한 수사를 부추기는 결과를 낳고 있다.

3. 통제방안

가. 불법감청, 조회에 대한 규제

(1) 현행법상 합법적인 감청은 통신비밀보호법에 의해 법원으로부터 범죄수사나 국가안보를 위한 통신제한조치(우편물의 검열과 전기통신의 감청)허가를 받아 이루어질 수 있다. 그런데 전자우편내용을 열람하는 것은 전자우편으로 전송하는 방식이 유선·무선 또는 전자적 방식에 의해 송수신되는 음향·문언·부호 또는 영상에 해당하는 전기통신의 일종이므로 통신비밀보호법에 의한 통신제한조치허가를 받아야 할 것이다.[16] 따라서 현재 수사기관이 법원의 통

12) 인터넷한겨레 1998.12.15. 12.16.자 기사

13) 1999.3.19. 국정원의 정치사찰의혹을 불러일으켰던 국회 529호실은 결국 폐쇄되었다. 김영삼정부 들어 당시 정형근 차장 등 안기부수뇌부의 강력한 반대속에 국회 정보위와 국회내 정보위 사무실이 설치되었으나 529호실의 폐쇄는 결국 국회 정보위의 국정원에 대한 통제력을 약화시키는 결과를 의미한다는 견해가 있다. 김당, 이회창·정형근의 국정원 흔들기, 신동아 1999.8.호

14) 한겨레신문 1999.4.13.자

15) 국가보안법 제21조

① 이 법의 죄를 범한 자를 수사기관 또는 정보기관에 통보하거나 체포한 자에게는 대통령령이 정하는 바에 따라 상금을 지급한다.

② 이 법의 죄를 범한 자를 인지하여 체포한 수사기관 또는 정보기관에 종사하는 자에 대하여도 제1항과 같다.

신제한조치허가를 받지 않고 전자우편내용을 열람하는 것은 통신비밀보호법위반이다.

(2) 휴대전화나 PC통신, 인터넷의 통화내역이나 사용내역은 '송수신되는 음향·문언·부호 또는 영상'에 해당되지 않으므로 통화내역이나 사용내역조회는 현행 통신비밀보호법의 적용대상으로 보기 어렵다. 수사기관에서는 전기통신사업법의 규정에 의해 통화내역 등을 조회해 온 것으로 보인다. 전기통신사업법에는 '전기통신사업자는 수사상 필요에 의하여 관계기관으로부터 전기통신업무에 관한 서류의 열람이나 제출을 서면으로 요구받을 때에는 이에 응할 수 있다.'(제54조 제3항) 고 규정하고 있어서 서면으로 요구할 때에 한해서 정보를 제공할 수 있도록 되어 있다. 그런데 위 규정은 '수사상 필요'라는 매우 포괄적이고 모호한 규정 외에는 정보제공요구의 목적과 절차, 정보제공의 종류와 범위, 기간 등에 대한 규정이 전혀 없어 수사기관에서는 거의 무제한으로 통신내역을 요구하고 있고 통신업체에서는 대부분 이에 응하고 있는 실정이다. 수사기관에서는 비밀번호가 없어도 전자우편을 볼 수 있도록 해달라거나 △사용자가 주로 방문하는 사이트 △어떤 서비스를 주로 이용하는 지 △인터넷에 접속한 이용자가 있는 위치 등 기술적으로 불가능한 내용까지도 요청하고 있다고 한다. 통화내역은 통화내용 그 자체는 아니지만 이용자들이 공개를 원치 않고 있는 상황에서 수사기관에 의한 통화내역의 무제한입수가 사실상 자유로운 통신활동을 제한할 수 있으므로 통화내역조회에 대한 엄격한 규제가 필요하다 할 것이다. 따라서 통화내역조회에 대해서도 통신비밀보호법에 통합하여 규정하되 통신제한조치허가에 준하여 조회의 목적과 방법, 절차, 범위, 기간 등에 대해 법원의 허가를 받도록 하는 것이 바람직하다.[17]

나. 사찰에 대한 통제

(1) 국정원은 정보 및 보안업무의 기획·조정권한을 가지고 있으며(국정원법 제3조 제1항 5호) 기획업무에는 정보예산의 편성이 포함되어 있다.(정보 및 보안업무기획·조정 규정 제4조) 그리고 국정원장이 통일원,외무부,내무부,법무부,국방부,문화체육부,체신부,과학기술처,공보처의 일정한 업무에 대해 필요한 합리적인 범위내에서 각 정보수사기관의 업무와 행정기관의 정보 및 보안업무를 조정하도록 규정되어 있다.(위 규정 제3조) 위 조정업무에는 내무부와 국방부의 경우 정보사범의 내사·수사 및 시찰에 관한 사항이 들어 있으며 법무부에 대한 조정업무에도 정보사범 등에 대한 검찰정보의 처리에 관한 사항이 들어 있다.(위 규정 제5조) 여기서 '정보사범 등'은 국정원에서 수사권을 행사하고 있는 범죄를 범한 자와 그 혐의를 받는 자로 되어 있는데 '혐의를 받는 자'라는 말은 매우 주관적인 개념일 뿐만 아니라 국가보안법이 광범위하게 남용되는 현실에서 볼 때 경우에 따라서는 사찰의 범위가 무한정 확대될 수 있게 되어 있다. 국정원은 위 조정대상기관과 업무에 대해 연 1회 이상 정보사업 및 그에 따른 예산감사를 실시하며 국정원장은 감사결과를 대통령에게 보고하고 피감사기관에 통보하여 피감사기관은 감사결과에 대하여 필요한 조치를 강구하도록 규정하고 있다.(위 규정 제11조) 위 규정에 따른 정보예산편성과 업무조정, 그리고 감사권한을 통해 국정원이 경찰의 사찰활동에 개입해 온 것으로 보인다. 경찰의 사찰활동이 전적으로 국정원의 지시에 따른 것이라고 볼 수는 없겠으나 국정원은 위 규정에 따라 경찰의 사찰활동을 지시 내지 조장해온 것은 분명해 보인다. 국정원이 보안사범에 대한 수사권을 계속 보유하고 정보예산편성권과 정보사범 등의 내사·수사 및 시찰에 관한 조정권한, 정보사업

16) 심희기, 과학적 수사방법과 그 한계-미국법과 한국법의 비교-, 한국형사정책연구원 1994.6. 59쪽. 권영세, 현행 통신비밀보호법상의 '도청행위'의 의의 및 범위, 저스티스, 제30권 제4호 (통권 제46호), 1997.12. 122쪽. 통신비밀보호법의 "전기통신"에 관한 정의를 보면 '—송신하거나 수신하는 것'을 말하는데 이는 송수신중인 것을 의미하는 것으로 해석될 수 있어 이미 송수신되어 저장되어 있는 전자우편이 전기통신에 포함되는 지 불분명하다는 내용은 강인철, 미국통신비밀보호법연구, 해외연수검사연구논문집(II)[제13집], 91쪽 참조

17) 권영세, 앞의 글, 129쪽. 통신회사의 영업기록은 통신비밀보호법의 보호대상인 통신보다 보호가치가 약한 것이므로 통신비밀보호법상의 감청영장발부절차보다 덜 엄격한 형사소송법상의 수색영장발부절차를 밟아 집행할 수 있다는 견해로는 심희기 앞의 책, 70,71쪽 참조

및 예산감사권을 행사하는 한 국정원과 경찰의 사찰활동은 언제든지 혹은 은밀하게 수행될 수 있을 것이다. 따라서 국정원과 경찰의 불법적인 사찰활동을 없애기 위해서는 국정원의 수사권을 폐지하는 동시에 정보사범 등의 내사·수사 및 시찰에 관한 조정권한, 정보예산편성과 정보사업 및 예산 감사권을 없애는 것이 근본적인 방법이 될 것이다. 또한 국정원 자체의 정보수집활동과 관련해서는 국정원법 제3조 제1항 제1호에 규정된 국내보안정보업무 즉 대공·대정부전복·방첩·대테러 및 국제범죄조직에 관한 정보수집에 한정되어야 할 것이다. 그 외 경찰 스스로도 폭력조직이나 밀수조직, 마약조직 등에 관련된 범법자나 범죄단체에 한해 동향파악을 할 수 있도록 사찰활동대상을 엄격히 제한할 필요가 있다.

(2) 국정원의 프락치공작은 국정원이 국가보안법에 대한 수사권을 보유하고 있는 한 언제든지 발생할 수 있는 일이므로 국정원의 수사권자체를 폐지해야 근원적으로 없어질 것이다.

다. 특진제와 국가보안법유공자수당지급은 보안수사요원에게 2중의 혜택을 주는 것이며 보안수사요원들이 자신의 직무에 따라 수사를 하는 것뿐인데 일반형사사건을 수사하는 경찰관들과 달리 유공자수당까지 지급할 필요는 없다고 할 것이다. 따라서 보안경찰관들의 마구잡이 수사와 구속을 막기 위해서는 특진제를 합리적으로 운용하는 대신 국가보안법 유공자수당지급제도는 폐지되어야 할 것이다.

라. 법원에 의한 통제

(1) 보안수사기관의 권한남용을 가장 효과적으로 통제할 수 있는 기관은 결국 법원인데 법원은 국민의 정부 들어서도 1998.8.24.까지 국가보안법에 관한 구속영장에 대해서는 단 한건도 기각하지 않았다. 경찰청이 수사한 사건중에는 상당수가 해체되거나 유명무실해진 조직의 과거 활동을 문제삼은 것인데 경찰이 청구한 영장이 모두 구속사유에 해당하였는 지는 의문이 아닐 수 없다. 또한 통신제한조치허가청구에 대해서도 1997년의 경우 3,306건의 청구중 기각건수는 35건이고 1998년의 경우에는 8.24.까지 청구건수는 2,289건에 기각건수는 24건이어서 기각율은 1%에 불과하다. 통신제한조치기간연장청구에 대해서도 1997년에는 522건의 청구건수중 기각건수는 2건, 1998년에 8.24.까지 청구건수는 332건인데 기각건수는 3건에 불과하여 기각율은 1%에도 미치지 못하고 있다.[18] 불법감청과 관련하여 입법적인 보완과 동시에 법원에서 통신제한조치허가서나 기간연장허가서를 발부할 때 통신비밀보호법규정을 엄격하게 적용하여 수사기관의 불법감청을 통제해야 한다는 것은 두말할 필요가 없다.

(2) 한편 국군보안사령부의 민간인 불법사찰과 관련하여 대법원은 「헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가진다 "고 규정하고 헌법 제17조는 "모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다."라고 규정하고 있는 바, 이들 헌법 규정은 개인의 사생활 활동이 타인으로부터 침해되거나 사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리까지도 보장하려는 데에 그 취지가 있는 것으로 해석되는 바, — 국군보안사령부가 군과 관련된 첩보 수집 특정한 군사법원 관할 범죄의 수사 등 법령에 규정된 직무범위를 벗어나 민간인을 대상으로 평소의 동향을 감시, 파악할 목적으로 지속적으로 개인의 집회·결사에 관한 활동이나 사생활에 관한 정보를 미행, 망원 활용, 탐문채집 등의 방법으로 비밀리에 수집하였다면 이는 헌법에 의하여 보장된 기본권을 침해한 것으로서 불법행위를 구성한다.」 (대법원 1998.7.24. 선고 96다42789 사건)고 판시하였다. 비록 위 판결은 보안사령부의 민간인에 대한 사찰행위가 위법이라는 것이나 검찰이나 경찰, 국정원이 하고 있는 근거없는 혹은 광범위한 사찰활동도 인간으로서의 존엄과 가

18) 대법원, 1998년도 국정감사서류(자료)제출 1권, 1998.10. 338, 339쪽 참조