

인권정보자료실  
NSL1.98

토 론 회

『국가보안법 어떻게 볼 것인가』

- 일시 : 2004. 10. 6. (수) 14:00
- 장소 : 변호사회관 지하1층 대회의실
- 주최 : 대한변호사협회

인권정보  
NSL 8

大韓辯護士協會

토 론 회

『국가보안법 어떻게 볼 것인가』

- 일시 : 2004. 10. 6. (수) 14:00
- 장소 : 변호사회관 지하1층 대회의실
- 주최 : 대한변호사협회

大韓辯護士協會

## 토론회 「국가보안법 어떻게 볼 것인가」

### 참석자 명단

【사 회】	김갑배	대한변호사협회 법제이사
【주제발표】	신동운	서울대학교 법과대학 교수
【지정토론】	김상겸	동국대학교 법과대학 교수
	박준선	헌법을생각하는변호사모임 회원·변호사
	손석민	SBS 사회부 법조팀 기자
	송호창	민주사회를위한변호사모임 회원·변호사
	이광수	서울지방변호사회 법제위원·변호사

### 자 료 목 차

#### 【주제발표문】

- ◆ 형법과 국가보안법의 관계에 관하여  
신동운 서울대학교 법과대학 교수 ..... 1

#### 【토 론 문】

- ◆ 국가보안법에 관한 토론문  
김상겸 동국대학교 법과대학 교수 ..... 44
- ◆ 자유민주주의 대한민국이 주체사상파, 공산주의자에게 왜  
그토록 관대하려고 하는가  
박준선 헌법을생각하는변호사모임 회원·변호사 ..... 49
- ◆ 국가보안법, 폐지돼야 할 또 하나의 정명론  
손석민 SBS 사회부 법조팀 기자 ..... 56
- ◆ 국보법 폐지로 인한 처벌공백은 없다  
송호창 민주사회를위한변호사모임 회원·변호사 ..... 63
- ◆ 국가보안법 개폐 논의에 대한 검토  
이광수 서울지방변호사회 법제위원·변호사 ..... 79

## 형법과 국가보안법의 관계에 관하여

- 형법전의 제정경위를 중심으로 -

신동운

서울대학교 법과대학 교수

### I. 서론

최근 국가보안법에 관한 논의가 치열하다. 국가보안법의 폐지 여부를 둘러싸고 벌어지는 논쟁에 대하여 일부에서는 “적전에서의 무장해제”라는 감성적인 표현을 사용하여 이를 극력 반대하고 있다. 이에 대하여 형사법학계를 대표하는 3개 학회는 전문가집단의 의견을 도외시킨 채 정략적 차원에서 전개되는 국가보안법의 존폐논쟁에 대하여 우려를 표시한 바 있다.<sup>1)</sup> 본고는 국가보안법에 대한 정치적 논쟁, 사상적 논쟁 등을 중심으로 진행되어 온 지금까지의 관점과는 달리 소위 전문가적 관점에서 형법과 국가보안법의 관계를 점검해 보고자 한다. 달리 말하면 본고의 목적은 “현행 형법으로 국가보안법을 충분히 대체할 수 있는가?” 하는 점을 화두로 놓고 이에 대한 검토를 해 보려는 것이다. 만일 “형법으로 국가보안법을 대체할 수 있다”는 명제가 긍정적으로 성립 가능하다면 국가보안법의 개폐에 관한 논의는 사실상 “국가보안법”이라는 명칭에 집착한 소모적 논쟁으로 그 의미가 크게 축소되어 버릴 것이다.

국가보안법의 폐지 여부에 관한 논쟁은 어디까지나 입법론적 논의이다. 국가인권위원회가 국가보안법 폐지를 권고하고,<sup>2)</sup> 이에 대하여 헌법재판소<sup>3)</sup>나 대법

1) 2004년 9월 20일자 한국형사법학회, 한국형사정책학회, 한국비교형사법학회의 성명서 “국가보안법에 대한 전국 형사법 전공교수의 입장” 참조.

2) 국가인권위원회, 2004년 8월 23일자 “국가보안법 폐지 권고”, 국가인권위원회 홈페이지 ‘회의일정·결정문 항목에 전문 수록되어 있음.

원<sup>4)</sup>이 국가보안법의 합헌성과 실효성을 확인하고 있는 상황에서 국보법 폐지는 의는 국민들에게 자칫 국가기관 사이의 기 싸움으로 비춰지기 쉽다. 그러나 국가보안법 존폐논쟁은 기본적으로 입법론의 차원에서 진행되는 것이다. 해석론의 차원에서 현행 국가보안법의 적용가능성을 논하는 것이 아니라 장래를 내다보고 올바른 형법체계를 모색하는 작업이다. 거듭 말하거니와 국가보안법의 존폐 논의는 입법론적 차원에서 진행되어야 한다. 입법론적 차원에서 논의를 진행하려면 당연히 당해 법령의 제정 당시와 개폐논의가 진행되는 오늘의 시점을 상호 비교해 보아야 한다. 그리고 이를 토대로 논란되는 법률의 존재 필요성을 점검해 들어가야 한다.

주지하는 바와 같이 국가보안법은 1948년 12월에 제정되었다.<sup>5)</sup> 이 시점은 여순반란사건이 일어난지 2개월 후로서 모처럼 탄생한 신생 대한민국의 존립 자체가 심각하게 우려되던 때이었다. 한편 우리 형법전은 1953년 7월에 국회 본회의를 통과하였고 동년 10월 3일 개천절을 기하여 실시되었다. 형법전이 임시수도 부산에서 국회 본회의를 통과한 시점은 3년간의 6.25 전쟁이 막바지에 이르고 있던 때로서 휴전협정을 앞두고 한 치의 땅이라도 더 차지하기 위하여 치열한 전투가 전개되던 상황이었다.

우리 형법은 대한민국의 존립 자체를 무력으로써 부정하려는 6.25 남침전쟁의 와중에서 제정된 법률이다. 또한 형법전은 국가의 기본법령인 육대 법전 가운데 헌법 다음으로 제정된 최초의 기본법령이기도 하다. 임시수도 부산에서 전시국회로 형법전의 제정에 임하였던 제2대 국회가 국가안보를 위하여 어떠한 노력을 기울였으며, 그 과정에서 국가보안법에 대한 평가를 어떻게 하였는가 하는 점은 국가보안법의 존폐 논쟁에 휘말려 있는 오늘의 우리들에게 실로 많은 시사점을 제공한다. 아래에서 진행해 보고자 하는 형법전의 성립에 대한 사적(史的) 고찰은 실제로 전선에서 총성과 포성이 그치지 않던 당시에 제정된 형법전

3) 2004. 8. 26. 2003헌바85-102(병합), 헌법재판소공보 2004년 871면.

4) 2004. 8. 30. 선고 2004도3212 판결, 법률신문 2004. 9. 9. 9면.

5) 국가보안법의 연혁에 관한 최근의 연구로는, 민주화실천가족운동협의회가 조사한 보고서, 국가인권위원회, 국가보안법 적용상에서 나타난 인권 실태, (2004), 497면 이하 참조.

이 휴전 50년을 넘긴 지금의 시점에 어떠한 의미를 가질 것인지, 그리고 그러한 과정에서 국가보안법의 존폐와 관련하여 형법전이 어떠한 역할을 담당할 수 있는 것인지 등을 둘러싸고 여러 가지 중요한 시사점을 제공해 줄 것이라고 생각한다.

## II. 형법초안의 성립경위

### 1. 형법전 제정 이전의 형사법령체계

논의의 이해를 돕기 위하여 먼저 우리 형법전의 제정과정을 간단히 소묘해 보기로 한다.<sup>6)</sup> 1945년 8월 15일 우리 민족은 일제의 압제로부터 해방되었다. 그러나 곧이어 미군정이 실시되었고, 미군정 당국은 별도의 조치가 없는 한 일제의 구법령체계를 그대로 유지하기로 하였다. 미군정 당국이 한국의 통치권을 일부씩 한국인들에게 넘겨주기 시작하는 과정에서 1947년 새로운 법령체계를 마련하기 위한 조치로 법제편찬위원회가 설치되었다. 그러나 별다른 진척은 없었고, 결국 1948년 8월 15일 신생 대한민국이 출범하면서도 헌법을 제외하고 여타의 기본법령은 아무 것도 정비되어 있지 않았다. 이러한 상황에서 일본어로 된 법전은 대한민국의 건국 이후에도 여전히 효력을 발휘하고 있었다.

일제의 법령체계 가운데 국가보안법과 관련을 맺고 있는 것은 치안유지법과 의용형법이다. 일제는 군국주의하에서 전쟁을 일로 확대해 나가는 과정에서 사상통제의 면에서는 치안유지법의 제정 및 강화로, 전시의 치안유지를 위해서는 형법전의 개정으로 전시상황에 대한 대처를 시도하였다.<sup>7)</sup> 치안유지법은 소위 천황제를 부정하는 일체의 사상을 가진 사람들을 처벌하기 위한 법률이었는데, 천황제를 부인하는 사상 자체를 처벌하는 특징을 가지고 있었다. 치안유지법은 천황제 국가조직을 반대하는 사상을 가진 단체에 가입하는 것 자체를 처벌하였

6) 자세한 내용은, 신동운, “제정형법의 성립경위”, 형사법연구, 제20호(2003년 겨울), 1면 이하 참조.

7) 일제하의 치안유지법에 관하여는, 한인섭, 한국형사법과 법의 지배, (1998), 37면 이하;鈴木敬夫, 법을 통한 조선식민지 지배, 고려대학교 박사학위논문, (1988), 201면 이하 각 참조.

으며, 8) 그러한 사상을 전파하는 행위를 선동죄 및 선전죄로 처벌하고 있었다. 9)

한편 이 땅에서 소위 의용형법(依用刑法)이라고 불리워진 전전(戰前)의 일본형법은 전시의 치안유지를 위하여 제7장의2를 신설하여 “안녕질서에 관한 죄”의 장을 두고 인심혹란죄(人心惑亂罪)와 전시폭리죄를 처벌하는 규정을 도입하였다. 10) 일본은 무조건 항복후 맥아더 사령부의 각종 개혁조치에 따라서 치안유지법을 폐지하고 일본형법 제7장의2 “안녕질서에 관한 죄”를 전부 삭제하였다. 그런데 이와 같은 일본에서의 변화는 우리의 경우에 전혀 다른 모습으로 나타나게 되었다.

우선 인심혹란죄와 전시폭리죄를 내용으로 하는 “안녕질서에 관한 죄”는 소위 의용(依用)이라는 형태로 이 땅에서 여전히 효력을 유지하고 있었다. 8.15 해방 후 미군정 당국이 사상통제법으로 악명이 높았던 치안유지법을 이 땅에서 서둘러 폐지하였음은 물론이다. 그러나 대한민국 출범 후 여순반란사건을 계기로 하여 제정된 국가보안법은 “국헌을 위배하여 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 목적으로 하는 단체”를 규제대상으로 설정하고 11) 이러한 단체를 구성하거나 가입하는 행위 자체를 처벌하기로 하였다. 그리고 그와 함께 선동, 선전죄를 아울러 처벌대상에 포함시켰다. 12)

8) 1941년 치안유지법 제1조 : 국체(國體)를 변혁할 것을 목적으로 결사를 조직한 자 또는 결사의 역원(役員) 기타 지휘자의 임무에 종사한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처하고, 정을 알고 결사에 가입한 자 또는 결사의 목적수행을 위하여 하는 행위를 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

9) 예컨대, 1941년 치안유지법 제5조 : 제1조 내지 제3조의 목적으로 그 목적된 사항의 실행에 관하여 협의 또는 선동을 하거나 기타 목적된 사항을 선전하고 기타 그 목적수행을 위한 행위를 한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

10) 제7장의2 안녕질서에 관한 죄 - 제105조의2 ① 인심을 혹란(惑亂)할 것을 목적으로 하여 허위사실을 유포한 자는 5년 이하의 징역 혹은 금고 또는 5천환 이하의 벌금에 처한다.

② 은행예금의 거래 기타 경제상의 혼란을 유발할 것을 목적으로 하여 허위의 사실을 유포한 자는 7년 이하의 징역 혹은 금고 또는 5천환 이하의 벌금에 처한다.

제105조의3 : 전시, 천재, 기타의 사변을 당하여 인심의 혹란 또는 경제상의 혼란을 유발할 허위의 사실을 유포한 자는 3년 이하의 징역 혹은 금고 또는 3천환 이하의 벌금에 처한다.

제105조의4 : ① 전시, 천재, 기타 사변을 당하여 폭리를 취할 것을 목적으로 하여 금융계의 교란, 중요 물자의 생산 또는 배급의 저해 기타의 방법에 의하여 국민경제의 운영을 현저히 저해할 우려 있는 행위를 한 자는 무기 또는 1년 이상의 징역에 처한다.

② 전항의 죄를 범한 자에는 정상에 의하여 1만환 이하의 벌금을 병과할 수 있다.

11) 1948년 국가보안법 제1조 : 국헌을 위배하여 정부를 참칭하거나 그에 부수하여 국가를 변란할 목적으로 결사 또는 집단을 구성한 자는 죄에 의하여 처벌한다. (이하 생략)

## 2. 형법전 정부초안의 성립경위

우리 형법전의 초안작성은 1948년부터 본격적으로 시작되었다. 법전편찬은 다대한 시간과 노력을 요하는, 결코 쉽지 않은 작업이다. 그렇지만 우선 일본어로 된 법령체계로부터 벗어나야 한다는 시대적 요청 때문에 법전편찬위원회는 일정한 입법례를 모델로 채택하고 여기에 우리의 사회실정을 반영하여 약간의 수정을 가하는 방식으로 법전편찬작업을 진행하기로 방침을 정하였다. 13) 형법전의 경우에는 의용형법(일본형법)에 대한 개정안으로 일본에서 검토의 출발점으로 제안되었던 일본개정형법가안을 형법초안의 토대로 설정하였다. 일본의 개정형법가안은 총칙부분이 1930년에, 각칙부분이 1941년에 각각 공표된 것으로서, 특히 각칙부분은 일본이 대륙침략을 위하여 본격적으로 전쟁을 확대해 가던 시점에서 전시상황을 염두에 두고 만들어졌다는 특징을 가지고 있다. 14)

법전편찬위원회는 1949년 11월 형법초안을 성안하여 이유설명서와 함께 이를 정부에 제출하였다. 그러나 1950년 6.25 전쟁이 발발하면서 정부안의 성안작업은 거의 진척되지 못하였다. 1951년 4월 마침내 정부는 법전편찬위원회의 형법초안에 간통죄를 쌍벌죄로 처벌하기로 하는 1개 조문만을 추가한 형태로 형법안의 정부초안을 확정된 다음 이를 국회에 제출하였다. 따라서 법전편찬위원회의 형법초안은 사실상 거의 그대로 정부초안이 되었다.

형법초안과 관련하여 법전편찬위원회가 활동한 시기는 대한민국의 출범으로부터 6.25 전쟁이 발발하기 직전까지의 시점이라고 할 수 있다. 이 시기의 특징은 좌우익의 대립으로 인한 각종 테러의 빈발과 이에 대처할 강력한 질서유지

12) 1948년 국가보안법 제3조 : 전2조의 목적 또는 그 결사, 집단의 지령으로서 그 목적된 사항의 실행을 협의, 선동 또는 선전을 한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

13) 효당학인, (엄상섭의 필명), 법전편찬에 대하여, 법정 제3권 제6호, 통권 제20호, (1948. 6), 10~11면 참조.

14) 일본의 개정형법가안이 미친 영향에 대해서는, 오영근, “일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점”, 형사법연구, 제20호(2003년 겨울), 109면 이하; 신동운, “공법론 조문체계의 성립에 관한 연혁적 고찰”, 우범 이수성 선생 화갑기념 논문집 인도주의적 형사법과 형사정책, (2000), 69면 이하 각 참조.

의 요청으로 요약할 수 있다. 법전편찬위원회는 신생 대한민국의 취약한 존립기반을 의식하여 형법초안에 여러 가지로 강력한 대처수단을 강구하였다. 그에 대한 예로 특기할 수 있는 것으로는 소위 의제공동정범, 공안을 해하는 죄 및 선동·선전죄를 들 수 있다. 의제공동정범이란 일정한 단체의 말단에 위치한 자가 특정한 범죄행위를 하는 경우 그 단체의 상층부 및 수뇌부에 있는 자는 의사연락의 점이 증명되지 않더라도 의사연락이 있는 것으로 간주하여 당해 범죄의 공동정범으로 처벌하게 하는 장치이었다.<sup>15)</sup> 새롭게 마련된 “공안을 해하는 죄”의 장에는 의용형법과 일본개정형법가안의 영향을 받아 범죄단체조직죄, 소요죄, 다중불해산죄, 인심혹란죄, 전시폭리죄, 전시공수계약불이행죄 등의 범죄유형이 규정되었다. 또한 내란죄, 외환죄 및 공안을 해하는 죄에 대해서는 선동, 선전죄가 규정되었다.<sup>16)</sup>

법전편찬위원회가 형법초안을 성안하여 정부에 제출하는 시점과 거의 같은 시기에 국가보안법이 개정되었다. 1949년 12월에 법률 제85호로 개정된 국가보안법은 국가보안법 위반자에 대한 형을 사형 또는 무기징역형으로 상향조정하는 한편 사상전향을 유도하기 위하여 좌익사상을 가진 자들에 대하여 보도구금을 실시할 수 있도록 하였다. 그러나 무엇보다 주목할 점은 국가보안법 위반자들에 대하여 단심제로 재판을 행할 수 있도록 한 것이었다.<sup>17)</sup>

### 3. 6.25사변의 발발과 제2대 국회의 성격

이와 같은 상황 하에서 1950년 6월 25일 전쟁이 발발하였다. 정부는 수도 서

15) 정부제출 형법안 제30조 ① 2인 이상 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

② 범죄를 목적으로 한 단체의 조직자, 가입자 및 지도의 임무에 있는 자는 전항과 같다.

③ 전항을 적용할 죄는 각 본조에 정한다.

16) 정부제출 형법안 조문에 대해서는, 형사정책연구원, (신동운 편), 형사법령개정자료집 (1) 형법, (1990), 17면 이하 참조.

17) 1949년 국가보안법 제11조 : 제1장에서 규정한 죄에 관한 사건의 심판은 단심으로 하고 지방법원 또는 동 지원의 합의부에서 행한다.

울을 포기하고 후퇴를 계속하다가 결국 부산에 임시수도를 정하였다. 6.25사변 발발 직전인 1950년 5월 30일의 총선거에 의하여 구성된 제2대 국회도 부산에서 비로소 본격적인 활동을 시작하였다. 제2대 국회는 1954년 5월 20일 총선거에 의하여 제3대 국회가 구성될 때까지 활동하였는데 특히 전시국회로서 중요한 임무를 수행하였다.

6.25 사변이 발발하자 이승만 정부는 1950년 6월 25일자의 긴급명령으로 “비상사태하의 범죄처벌에 관한 특별조치령”(이하 ‘비상조치령’으로 약칭함)을 공포하였다.<sup>18)</sup> 이 비상조치령은 전시하에서 벌어지는 각종 범죄들을 엄벌에 처함을 목적으로 하는 것이었는데, 가중처벌의 대상을 두 가지 유형으로 나누어 제1유형의 범죄는 사형으로, 제2유형의 범죄는 사형, 무기 또는 10년 이상의 유기징역으로 처벌하였다. 그런데 이 비상조치령에서 무엇보다도 주목되는 점은 비상조치령 위반사범에 대하여 단심제로, 그것도 단독판사에 의하여 재판한다는 것이었다.<sup>19)20)</sup> 이렇게 하여 6.25사변이 발발하여 그해 말이 되기까지 사형이 선고된 사건은 거의 2천 건에 육박하였다.<sup>21)</sup>

형법전의 제정을 담당하였던 국회는 제2대 국회이다. 제2대 국회는 당연히 전시국회로서 극도로 혼란하였던 당시의 상황에 대처하기 위하여 여러 가지로 많은 노력을 하였다. 그런데 이 제2대 국회의 성격을 이해하려면 그 정치적 구성을 이해하지 않으면 안 된다. 6.25 발발 직전에 실시된 5.30 총선거에서 다수의

18) 비상조치령에 관한 상세한 분석은, 한인섭, “한국전쟁과 형사법”, 서울대학교 법학, 제41권 2호 (2000. 9), 139면 이하 참조.

19) 비상사태하의 범죄처벌에 관한 특별조치령 제9조 : 본령에 규정한 죄의 심판은 단심으로 하고 지방법원 또는 동 지원의 단독판사가 행한다.

20) 이 당시 단심제의 재판을 담당하였던 법관의 고뇌를 생생하게 기술한 문헌으로, 유병진, 재판관의 고뇌, (1957)이 있다. 한편 1951년 1월 30일 비상조치령 제9조가 개정되어 사형·무기 또는 10년 이상의 형의 언도를 받은 피고인 등은 지방법원 및 지방법원지원 합의부에 재심판을 청구할 수 있도록 다소 완화되었다. 이를 위하여 제2대 국회가 기울인 각고의 노력에 대하여는, 한인섭, “한국전쟁과 형사법”, 143면 이하 참조.

21) 한인섭 교수는 육군본부, 법무50년사를 인용하여 다음과 같은 군법회의 처리현황을 보고하고 있다.  
1950년 : 사형 1902, 무기 408, 1년 이상 1672, 1년 미만 238, 기타 33, 무죄 591.  
1951년 : 사형 925, 무기, 291, 1년 이상 2988, 1년 미만 1559, 기타 184, 무죄 1403.  
1952년 : 사형 559, 무기 136, 1년 이상 3718, 1년 미만 2976, 기타 255, 무죄 1268.  
1953년 : 사형 180, 무기 62, 1년 이상 1604, 1년 미만 4954, 기타 424, 무죄 237.  
한인섭, “한국전쟁과 형사법”, 서울대학교 법학, 제41권 2호(2000. 9), 142면 각주 14번 참조.

사람들이 무소속으로 출마하여 당선되었다. 이것은 찬탁·반탁의 와중 속에서 남한만의 5.10 총선거에 회의를 품던 진보적인 인사들이 제헌의회에 참여를 거부하였다가 이제 본격적으로 정치무대에 참여해 보려는 의지를 표현한 결과라고 할 수 있다.<sup>22)</sup>

에당초 제2대 국회는 간선제를 규정한 제헌헌법에 따라서 대통령선출권을 가지고 있었다. 그런데 이승만 대통령을 지지하는 인사들은 제2대 국회에서 극소수를 차지할 뿐이었고 대다수의 국회의원들은 무소속 출신이었다. 여기에 6.25 전쟁의 발발, 수도 서울의 포기, 한강인도교 폭파, 국민방위군 사건, 거창양민학살사건 등등 일련의 실정(失政)과 비정(秕政)이 겹치면서 이승만 대통령이 국회에서 재선될 가능성은 극히 희박하게 되었다. 이와 같은 상황을 타개하기 위하여 이승만 대통령은 1952년 소위 부산정치파동을 일으켜서 발췌개헌안을 통과시켰고, 개정헌법에 기초한 직접선거를 통하여 중임에 성공하였다.<sup>23)</sup> 그러나 제2대 국회의 입장에서 보면 국회는 그의 가장 중요한 권한인 대통령 선출권을 박탈당하였던 것이며, 재집권에 성공한 이승만 정권이 독재권력화하는 것에 의심의 눈초리를 보내지 않을 수 없었다.

#### 4. 법사위수정안의 성립배경

1951년 4월에 정부가 국회에 제출한 형법초안은 일단 법제사법위원회에 회부되었다. 법제사법위원회는 1년여의 심의를 거친 후 1952년 8월 법사위수정안과 함께 심의결과를 국회의장에게 제출하였다. 한편 법사위수정안과는 별도로 개별 국회의원들의 수정안이 제출되었고, 마침내 1953년 4월부터 형법안 심의가 임시수도 부산에서 개시되었다. 형법전은 헌법을 제외한 기본법령 가운데 처음으로 제정되는 것이라는 점에서, 그리고 일제압제의 상징인 의용형법으로부터 벗어난다는 상징성에서 제2대 국회는 형법전의 심의에 각별한 의미를 부여하였다. 형

22) 제2대 국회의 성격에 관한 당대 인물의 분석으로, 임상섭, “해방10년 정치사”, 사상계, 1955년 9월호, 197면 이하 참조 바람.

23) 부산정치파동의 전말에 대해서는, 부산일보사, 임시수도 천일, (1985), 189면 이하 참조.

법안에 대한 심의는 축조심의를 규정한 당시의 국회법에 따라서 개별 조문을 일일이 낭독하고 그에 대하여 의견을 물은 다음 표결을 행하는 방식으로 진행되었다. 그 결과 형법전의 성립에 관한 귀중한 사료들이 국회속기록 등을 통하여 지금까지 전해지고 있으며, 현재 진행되고 있는 국가보안법 폐지논쟁에 있어서도 소중한 자료를 제공하고 있다.

국가보안법과 관련하여 논의를 좁혀 보면, 1949년의 법전편찬위원회 초안이나 1951년에 제출된 형법전 정부초안에는 국가보안법 폐지에 관한 언급이 없었다. 이것은 에당초 형법전 이외에 국가보안법이 그대로 병존, 유지될 것을 예정하고 있었음을 의미한다. 이에 대하여 1952년 국회 법제사법위원회가 본회의에 제출한 형법초안 수정안에는 국가보안법이 폐지대상법률의 하나로 명시되어 있었다. 법제사법위원회는 정부초안이 규정하였던 소위 의제공동정범의 규정을 삭제하고, 내란죄의 적용과 관련하여 “국헌문란”에 관한 정의조항을 마련하며, 인심혹란죄의 규정을 삭제하는 등의 내용을 담은 수정안을 마련하였다.

그런데 정부초안과 법사위 수정안의 입장차이를 이해하려면 무엇보다도 당시 국가보안법 이 규정한 단심제의 폐해에 주목하지 않으면 안 된다. 국가보안법과 비상조치령이 6.25 전쟁 발발 직후 수많은 사형선고를 양산하였음은 앞에서 언급한 바와 같다. 한편 1952년 부산정치파동에서 정부는 비상계엄을 선포하였고, 소위 국제공산당사건이라는 것을 만들어서 다수의 야당 국회의원들을 검거하고 고문하였다. 또한 서민호 의원사건을 위시한 계엄하의 재판은 군법회의에서 단심제로 이루어졌다.<sup>24)</sup> 이 군법회의의 재판은 관할관 확인이 가능한 것이었으며, 단심제의 가혹함과 함께 관할관 확인을 통한 재판결과의 조작은 중대한 문제점으로 비판되고 있었다.<sup>25)</sup>

단심제의 가혹함과 군법회의 재판의 자의성이 초래하는 극심한 문제점에 직

24) 서민호 사건은 지방선거 독려차 순천에 들렀던 국회의원 서민호가 육군대위 서창선을 총격하여 사망케 한 사건이다. 이 사건으로 구속수감된 서민호 의원은 자신의 행위를 정당방위라고 주장하였고, 국회 또한 석방결의안을 가결하여 석방시켰다. 그러나 이승만 정권은 이 사건을 구실로 비상계엄령을 발하고 이어서 직선제 개헌을 위한 일련의 수순을 밟아나갔는데 이 일련의 과정을 부산정치파동이라고 한다. 서민호 사건에 대한 서민호 본인의 술회는, 서민호, 나의 옥중기, (1962), 86면 이하 참조.

25) 당시 군법회의의 문제점에 대해서는, 한인섭, “한국전쟁과 형사법”, 160면 이하 참조.



면하여 제2대 국회는 형법안 심의에 앞서서 우선 비상조치령의 폐지를 결의하였다. 그러나 이승만 대통령은 국회가 통과시킨 비상조치령 폐지법률에 대하여 거부권을 행사하였고, 환부된 비상조치령 폐지법안은 형법안에 대한 심의가 개시될 당시에 여전히 국회에 계류 중에 있었다. 이와 같은 맥락 속에서 보면 법제사법위원회가 국가보안법을 전면 폐지하고 해당 범죄유형을 형법전으로 흡수하려고 하였던 저변에는 단순히 특별법을 기본법에 흡수시킨다는 법령정비의 차원을 넘어서서 단심제 재판의 가혹함을 극복하고 민간법원에 의한 삼심제 재판을 부활시키려는 깊은 뜻이 깔려 있었다고 할 수 있다. 그리고 그러한 만큼 국가보안법의 폐지에 대한 열의가 강렬하였음을 알 수 있다.

그러나 전시국회로서 활동하였던 제2대 국회는 국가보안법을 폐지하는 경우에 발생하게 될 안보 및 치안공백에 대한 대처를 결코 소홀히 하지 아니하였다. 그렇기 때문에 국회 법제사법위원회는 법전편찬위원장과 연석회의를 열어서 법사위가 마련한 형법안 수정안이 국가보안법을 폐지하는 경우에도 국가안보에 아무런 지장을 초래하지 않을 만큼 국가의 보안에 치밀한 배려를 하고 있음을 확인하였던 것이다.<sup>26)</sup>

## 5. 국회 법사위수정안의 입법취지

앞에서도 언급한 바와 같이 미군정기와 대한민국 건국 초기의 좌우대립을 목도하면서 작성되었던 법전편찬위원회초안은 치안유지에 치중하는 입장을 취하고 있었다. 그러나 6.25 전쟁이 발발한 이후에 작성된 법제사법위원회수정안은 전시 형사재판의 가혹함을 목견하면서 형법전에 대하여 새로운 의미를 부여하고자 하였다.

형법안에 대한 국회 본회의의 심의가 시작되면서 제1독회에서 대체토론의 일환으로 정부측 형법안과 법사위수정안에 대한 일종의 제안설명이 진행되었다. 이 자리에서 정부측 형법안에 대한 설명은 법전편찬위원장 자격으로 김병로 대

26) 후술하는 법제사법위원장 윤길중의 발언 참조.

법원장이, 법사위수정안에 대한 제안설명은 법제사법위원장을 대리하여 엄상섭 의원이 각각 담당하였다. 효당(曉堂) 엄상섭은 검사 및 변호사의 실무경력을 가졌으며 또한 대학에서 형법학을 강의하였던 학자이기도 하였는데, 제2대 국회에 진출하여 법사위원장 및 법사위원으로서 법제사법위원회가 마련한 형법안의 수정안 작성에 핵심적 역할을 수행하였다.<sup>27)</sup> 법사위수정안에 대한 제안설명을 하는 자리에서 엄상섭은 법사위수정안이 지향하는 바를 다음과 같이 밝혔다. 형법과 국가보안법의 관계를 보다 분명하게 이해하기 위하여 다소 내용이 길더라도 이를 그대로 인용하기로 한다.<sup>28)</sup>

그런데 물론 우리는 민주주의를 헌법정신으로 하고 또 그것을 우리나라 국시(國是)로 하고, 그렇게 나오는 나라인 만큼 될 수 있는 대로 민주주의적 형법을 만들자, 이러는 데에 노력을 한 것입니다. 그래서 그 방면에 상당한 노력을 했지만, 우리 형법이 법전편찬위원회에서 기초되고 있는데, 마침 여[순]반란사건 같은 것이 나서 좌익세력이 굉장히 팽창하고 있던 때입니다. 그래서 모처럼 발족한 신생국가가 그런 반국가적, 반민족적 세력 때문에 혹은 무너지지 않을까, 이런 의심이 있는 나머지에 민주주의적인 정신을 살리는 점이 조금 소홀히 된 점이 상당히 들어 있습니다.

그래서 주로 그 뒤에, 이 초안이 법제사법위원회에서 심의될 때에는 벌써 6.25사변이 돌발이 돼서 이제는 무력전이 시작되어서 단순히 형법 정도를 가지고 그 좌익세력을 막는다는 것은 벌써 시기도 지나갔고, 우리가 6.25사변을 계기로 해서 소련세력과의 투쟁의 결과는 어떻게 되겠느냐는 데 대해서, 우리가 먹혀버리지 않으면 우리가 반드시 그것을 제압하고 일어서야 될 것입니다, 우리가 소련의 세력을 제압하고 일어설 때에는 민주주의 국가로서의 기반이 튼튼히 될 것입니다, 이런 입장에서 이 법전편찬위원회에서 이

27) 효당 엄상섭은 형법전의 제정과 관련하여 많은 글을 남겼다. 이 글들의 상당부분은, 신동운·허일태 편, 효당 엄상섭 형법논집, (2003)에 수록되어 있다.

28) 한국형사정책연구원, (신동운 편), 형사법령제정자료집 (1) 형법, 176~178면. 이하에 소개하는 국회 발언문은 필자가 현대 맞춤법에 맞추어 고쳐 적었고 의미의 이해를 돕기 위하여 임의로 쉼표나 단어를 추가하였다.

형법이 심의되고 있을 때에 조금 민주주의정신이 소홀히 된 점을 많이 수정하기로, 이렇게 되었던 것입니다.

여기서 아까 법제사법위원장이 언명한 바와 같은 현행 형법에 있는 제105조의2와 같은, 그런 언론을 국가적으로 제한하는 것이라든지, 혹은 어떤 불법단체가 나온다는지, 즉 다시 말하면 남로당과 같은 그런 단체에서 반국가적인 행위를 하는 것은 다소간 개인의 자유가 조금 저해되는 경우가 있다고 하더라도 눈을 감고 뿌리를 빼자, 이런 입장에서 즉 공범 중에서도 연좌공범(緣坐共犯)이라고 할까, [의]제공범(擬制共犯)이라고 할까, 그런 가혹한 현실이 있는 것은 근대형법에 있어서는 형사책임 개별화의 원칙에 따라서 고친다는지, 그런 점이 여기 저기 들어있는 것입니다.

그래서 다시 말하면, 형법이라는 것은 그 국민의 자유를 제한하는 중대한 법률입니다. 그래서 인권을 옹호하고 국민의 자유를 존중한다는 입장에서 보아서는 형법은 될 수 있는 대로 관대히 만들어야 될 것이고, 또 우리가 지금 당면하고 있는 우리들 면전에 나타나 있는 좌익세력이라든지 반국가적 행위라든지 그 외에 여러 가지 우리의 평화로운 국민생활을 방해하는 부정도배들의 반사회적, 반국가적 행위를 근절시키는 공익적인 요청에서 본다면 이것을 엄격하고 중하게 정하는 것이 나올 것입니다.

그러면 여기에서 개인의 자유를 존중해야겠다는 요청과 또는 국가목적 달성과 나아가야 되겠다고 하는 공익적인 요청과의 충돌이 가장 첨예하게 대립되는 것은 법률 중에서도 이 형법이라고 하겠습니다. 근대형법상의 초점이 어디 있느냐 하면 이 두 가지의 지도원리를 어떻게, 어떤 점에다가 조화시키느냐에 있는 것입니다. 여기에 견해의 차이가 여러 가지로 나타나서 혹은 더 엄하게 하는 것이 좋지 않을까, 혹은 경하게 하는 것이 좋지 않을까, 이런 견해가 나올 것입니다.

그런데 여기에서 우리가 먼저 하나 생각해 둘 것은, 이 형법이라는 것은, 여러분도 이미 여러 가지 법률을 제정할 때에 잘 아시다시피, 형법이라고 하는 것도 법률의 하나로서, 이 법률을 가지고 모든 것을 다 해결하려고 하

는 것....., 즉 다시 말하면 사회도 개조하고, 혹은 도의관념도 확립시키고, 사회악을 모두 제거하고, 그런 여러 가지 무거운 짐을 이 형법에다가 지워 가지고는 도저히 그 목적을 달성할 수 없을 것입니다. 형법에다가 지나친 부담을 가했다가는 혹은 뽕을 고치다가 소를 잡는다는 것과 같은 결과에 돌아갈 것입니다.

여기에서 최근에 들어서지만 우리는 극도로 녹화를 위해가지고 산림벌채허가를 대단히 엄중히 하고 있습니다. 제 선거구<sup>29)</sup> 중에는 남한에서 제일 울창한 산림이 있어요. 지리산과 백운산이 연해 있는 곳인데, 거기에서 어떤 일이 일어나느냐 하면, 군민[에게] 소요되는 산림벌채허가를 너무나 심하게 하지 않기 때문에 군민들은 산에다가 불을 지릅니다. 불을 질러 가지고 산화(山火)가 일어나서 수천 정보를 태우고 있습니다.

이것은 비근한 예입니다마는, 우리가 형법에다가 너무 무거운 짐을 지우면 이런 결과가 날 뿐이지 소기의 목적을 달성치 못한다고 하는 것입니다. 그래서 <sup>이중의 목적을</sup> 형법학자들이 말하기를 형법의 제이의성(第二義性)이라고도 하고 형법의 보충성(補充性)이라고도 합니다. 형법의 보충성이라고 하는 것을 무시하고 형법만 잘 만들어 놓으면 여기에서 좌익세력도 막아지고 모든 사회문제도 해결된다고 할 때에 형법은 엄하게만 만들자고 하는 것입니다. 그러나 형법이라는 것은 그때그때에 일어나는 일을 절대적으로 해결 짓는 것은 아니지만 사회의 질서를 유지하기 위해서 만들자, 이 정도로 보면 국회의원 동지 여러분의 건전한 양식을 가미할 때에는 아까 말씀드린 두 가지 원칙의 조화점이 저절로 발견될 줄 압니다.

요컨대 법제사법위원회는 “형법만 잘 만들어 놓으면 여기에서 좌익세력도 막아지고 모든 사회문제도 해결된다”는 지극히 피상적이며 비전문가적인 견해를 버리고, 가능한 한 형사처벌을 적게 하면서도 국가안보를 튼튼히 지키려고 하는 대단히 과학적이고 진보적인 입장을 견지하였던 것이다.

29) 전라남도 광양군.

### III. 형법안 심의과정에 나타난 국가보안법 논의

#### 1. 국가보안법 폐지안에 대한 제안설명

앞에서도 언급한 바와 같이 애당초 법전편찬위원회가 형법초안을 작성하고 이후 이 초안이 정부초안으로 국회에 제출되기까지 국가보안법은 형법초안에 폐지대상법률로 규정되어 있지 않았다. 그러나 이후 국회 법제사법위원회가 수정안을 작성하는 과정에서 국가보안법의 폐지문제는 새롭게 중요한 쟁점으로 부각되었다. 법제사법위원회는 이 문제와 관련하여 법전편찬위원장인 김병로 대법원장과 연석회의를 통하여 여러 가지로 의견교환을 하였고 마침내 국가보안법을 폐지하는 방향으로 의견을 모았다. 이러한 사정은 법전편찬위원장 자격으로 국회 본회의에 출석하여 행한 김병로 대법원장의 발언과 형법안 제2독회의 말미에서 법제사법위원장 자격으로 윤길중 의원이 행한바, 형법제정과 함께 폐지되어야 할 법령의 하나로 국가보안법이 들어 있음을 설명한 발언 가운데에서 분명하게 확인할 수 있다.

여기에서 먼저 김병로 대법원장의 발언을 통하여 국가보안법의 존폐에 관한 구상을 살펴본다. 그는 국회 본회의의 형법안 대체토론 석상에 법전편찬위원장 자격으로 출석하여 형법초안의 성립경위와 입법취지를 설명하였다. 국가보안법 부분과 관련하여 그는 국가보안법과 비상조치령이 국가의 위기상황에서 임시조치로 제정된 까닭에 국가존립을 위한 형벌법령들이 통일적인 체계를 갖추지 못하였음을 지적하였다. 그리고 형법전이 바로 이들 임시법의 정비를 담당하는 입법이라는 점을 강조하였다.<sup>30)</sup>

그 외에는 여기서 말씀할 것은 우리나라에 지금 6·25사변을 당해가지고 공산도배의 비상한 모략, 그러한 것과 또 여러 가지 거기에 부수되는 범죄

30) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 171~172면.

사실이 많이 있어서 거기에 대한 특수한 법률로 국가보안법 혹은 비상조치 [령], 이러한 것이 아마 국회에서 임시조치로서 제정해 놓고, 인정하신 줄로 압니다. 그래서 지금 와서는 여러 가지 그러한 다기다난(多岐多難)한, 그러한 것을 다 없애버리고 이 형법 개정된 것만 가지고 오늘날 우리나라 현실 또는 장래를 전망하면서 능히 우리 형벌법의 목적을 달할 수가 있겠다 하는, 이러한 것으로서 많이 고려를 해 보았습니다. 해 보았는데 원칙적으로 될 수 있으면 법이 다기다난해서, 거기에 각 조항 법이 서로 교[착](交錯)되어서 다기다난한 것을 없이 하는 것이 원칙적으로 본래에 법전편찬실에서 규정을 내린 것입니다.<sup>31)</sup>

다음으로 김병로 대법원장은 전시상황에서 국가보안법이나 비상조치령을 폐지할 경우 국가안보에 허점이 생기지는 않겠는가 하는 의문과 불안감에 대하여 새로이 제정되는 형법전이 이들 임시법의 기능을 충분히 다 수행해 낼 수 있다는 점을 확인하였다.<sup>32)</sup>

그러면 과연 그렇다고 해서 우리 목적하는 데에 지장이 있어서는 아니될 것도 다 예상합니다. 그러면 그 점에 있어서 이 법전을 편찬하지마는 내란죄라는 죄에 대해서 여러 가지 형태가 그 전 일본 내란죄와는 좀 형태를 달리했고, 또 공안에 관한 장이 설치가 되어서 거기에도 여러 가지 함축성 있는 조문을 설치하게 되어 [있습니다.] 그래서, 지금 국가보안법이 제일 중요한 대상인데, 국가보안법 조문을 가지고, 이 형법을 가지고 대조해서 검토해 볼 때에 국가보안법에 대한 범죄사실을 혹 형에 가서 다소의 경중의 차이가 있을지는 모르나 이 형법전을 가지고 국가보안법의 가능한, 국가보안법에 의해서 처벌할 대상을 처벌하지 못할 조문은 없지 않는가 하는, 그 정도가

31) 1948년 7월에 공표된 법전편찬위원회의 형법요강은 각칙요강의 (을) 제9호로 “현행 단행법으로 실시되고 있는 형벌법규 중 자연법(형사법)적 성질을 가지는 것은 형법에 통괄할 것”을 규정하였다. 형법요강 및 입법취지 집필한 형법요강해설에 관하여는, 신동운·허일태 편, 효당 입법취지 형법논집, 211면 이하 및 45면 이하 각 참조.

32) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 172면.



국회의 형법안 심의는 실제로 전쟁의 와중에서 진행되었으므로 국회 본회의의 심의과정에서도 국가의 존립에 관련된 조문에 대하여 논의가 활발하였다. 그것은 한편으로는 국가보안법으로 처단되던 범죄유형이 형법전으로 처벌될 수 있겠는가 하는 의구심으로 나타났고, 다른 한편으로는 국가보안을 이유로 민주주의 사회의 기본가치인 언론의 자유 등이 침해될 우려는 없는가 하는 문제의식으로 나타났다. 이와 관련된 구체적인 쟁점을 보면, 전자는 내란죄의 '폭동' 개념과 관련한 것이었고 후자는 '선동·선전죄'와 관련한 것이었다.

우선 내란죄의 '폭동' 개념에 관하여 신광균 의원의 질문이 있었다.<sup>37)</sup>

이 내란죄에 있어가지고 시방 임 의원께서 읽으신 바와 같이 "국토를 침철하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 자"는 다음의 구별에 의해서 처단될 수 있다 합니다. 그래서 여기에 폭동이라고 하는 의미는, 내가 해석하기에는, 여러 군중이 폭동하는 행동을 폭동이라고, 나는 이렇게 해석합니다. 그런데 그 해석이 옳다고 보면, 그러면 군중이 국토를 침철하거나 국헌을 문란할 목적으로 군중적 폭동을 한 것은 이 법에 의해서, 이 조문에 의해서 처단하겠지만 이러한 군중적 폭동이 아니고 한 개인 또는 수 개인이 이런 목적을 위해서 폭행을 하거나 또는 폭행이 아니라도 여론, 문서로써 비밀공작, 기타 행위를 했다면 그것은 어떻게 처단할 것인가 하는 것을 대답해 주시기 바랍니다.

요컨대 신광균 의원의 질문은 국가보안법이 소위 좌익단체의 구성 내지 가입 자체를 처벌하고 있는 것에 비하여 볼 때 국가보안법을 폐지하면 '폭동'이라는 행위표지를 요하는 형법상의 내란죄로 처벌영역을 충분히 확보하지 못하는 것이 아닌가 하는 의구심을 나타낸 것이라고 할 수 있다. 신광균 의원이 제기한 질문은 최근의 논의상황에서도 동일한 내용으로 되풀이되고 있다는 점에서 현

37) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 263면.

재에도 높은 시사성을 가지고 있다. 내란죄의 '폭동'개념과 관련한 문제점에 대하여 엄상섭은 다음과 같이 답변하였다.<sup>38)</sup>

이것은 내란죄가 수행되는 단계까지 나가게 되었을 때를 원칙으로 하고, 지금 말씀하신 것은 제93조에 제90조 또는 제91조의 죄를 목적으로 예비 또는 음모한 자가 있습니다. [그리고] 제93조 제2항에 "제90조 또는 제91조의 죄를 범할 것을 선동 또는 선전한 자도 또한 같다", 이렇게 되어 있는데, 지금 신광균 의원께서 말씀하신 바와 같이 아직 그것을 신문지상에 선전하고 또한 연설로 선동하고, 그런 정도는 제93조 제2항으로 처단할 수 있고, 우선 예비행위로써 하나, 둘 모아서 음모를 계획한 사람은, 그런 것은 예비 혹은 음모로 내란을 음모한 자니까 그런 것으로 처단할 것입니다. 암만해도 내란이라고 하는 명칭을 해가지고 제90조의 적용을 받게 하려고 하면 적어도 복수의 인물의 폭동이라고 그렇게 되어 있는 것입니다.

요컨대 엄상섭은 내란죄의 예비·음모죄 및 선동·선전죄에 의하여 국가보안법이 규정하는 범죄유형의 대부분을 처벌할 수 있다고 답변하고 있다. 그런데 형법안이 규정하고 있는 선동·선전죄는 일제치하의 사상통제법이었던 치안유지법이 채용하고 있던 입법형식으로서, 이에 대한 당시 국회의원들의 불안감과 거부감은 대단하였다. 국가보안법과 관련을 맺고 있는 일련의 형법조문과 관련하여 논의의 중심에 놓여 있었던 것은 바로 이 선동·선전죄의 신설이었던 것이다.

‘생각을 처벌하는 법’

### 3. 선동·선전죄에 관한 국회 본회의 논의

선동·선전죄와 관련하여 지속적으로 문제를 제기한 사람은 변진갑 의원이었다. 그는 기회 있을 때마다 선동·선전죄의 삭제를 주장하였고, 형법안 심의과정에서 선동·선전죄에 대한 질문을 계속하여 행하였다. 여기에서 변진갑 의원의

38) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 263~264면.

발언 일부를 소개한다.<sup>39)</sup>

[제93조] 제2항에 “제90조 또는 제91조의 죄를 범할 것을 선동 또는 선전한 자도 또한 전항의 형과 같다”, 말하자면 3년 이상의 유기징역이나 유기 금고에 처한다는 것입니다. 그런데 이것은 민주주의국가에서 신중히 생각하지 않으면 안 될 문제라고 생각합니다. 대체 이 죄를 보면 예비죄도 처단해야 되겠고 음모죄도 처단하게 되어가지고 있습니다. 예비죄나 음모죄를 벌하는 데에 있어서, 선전했다거나 또는 선동이라고 하는 것이 여러 가지로 해석할 수 있어서 우리가 이 민주정치 실시 초기에 있어서 이것을 가장 신중히 생각하지 않으면 안 되리라고 생각합니다.

왜 그러나 하면 이것을 악용해 가지고 인권을 유린한다거나, 이런 일이 많이 있으리라고 염려해서 이것을 삭제하자는 것이올시다. 이것을 삭제해 가지고[도] 제1장 내란죄[범]을 다스리는 데에 있어서 조금도 지장이 없고, 오히려 이런 조문이 있음으로써 인권을 유린하는 결과를 초래할 우려가 있기 때문에 선전 또는 선동, 이것을 삭제하는 것이 좋지 않은가 해서 수정안을 낸 것이올시다.

변진갑 의원은 또한 다음과 같은 이유를 들어서 선동·선전죄의 삭제를 주장하였다.<sup>40)</sup>

대체 어느 정도의 것을 선동, 선전이라고 하느냐, 범죄를 선동, 선전한다는 것[은] 무엇을 가르쳐서 말하는 것이냐, 국회의원이 일장 정치연설을 한다고 해도 이것이 정치운동의 선동이 되는 것인가, 또 언론의 자유가 보장되고 있는 국민으로서 결사, 집회 등도 이것이 선동, 선전이라고 하여 우리가 규탄을 받지 않으면 안 되는 것인가, 이 한계를 잘 모르겠습니다마는, 적

39) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 270면.

40) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 272면.

어도 여기서 선동이라고 할 것 같으면 이러이러한 것을 꼭 이렇게 해라, 하는 것을 선동이라고 합니다. 그러면 총칙에서 이야기했지만, 교사죄에 해당하는 이러한 조문이 있는데 그것을 덮어놓고 선동이니, 선전이니 하여 처벌한다면 이것은 민주정치의 위태로운 결과를 낳지 않을까를 우려하는 것이올시다. 이와 같이 애매한 규정은 현행법<sup>41)</sup>에도 이런 것이 없습니다. 이 애매한 규정으로 말미암아 국민의 민의를 침해받을 우려가 있는 것은 차제에 근치(根治)하고 전통(全統)된 후에 다시 추가해도 좋으리라고 생각합니다. 가장 우리 민의옹호에 있어서 유해로운 것이라고 해서 이것을 삭제하자고 수정안을 낸 것이올시다.

치안유지법을 연상시키는 선동·선전죄의 도입에 대하여 엄상섭은 두 가지 측면에서 답하였다. 하나는 전쟁이 진행되는 상황에서 국가존립을 위태롭게 하는 행위는 사전에 미리 차단해야 한다는 것이며, 다른 하나는 남용의 위험성을 방지하기 위하여 핵심개념에 대한 정의조항을 설치해 두었다는 것이었다. 이 가운데 먼저 선동·선전죄의 필요성에 대한 엄상섭의 설명을 본다.<sup>42)</sup>

그 다음에, 선동 또는 선전을 별해서는 안 된다, 음모와 예비죄를 [처벌]했으면 그만이지 이것을 벌할 필요가 있느냐, 이런 말씀인데, 내란죄의 음모, 예비 같은 것은 대단히 중대한 것이기 때문에 한쪽에 뿌리가 있어[도] 이것은 국가기관에서 알기 어려운 것입니다. 그런데 신문이나 민중을 모아놓고 선전이나 선동하는 데에는 표면행동으로 나오는 수가 있어요. 음모는 뿌리까지 못 들어가는 수가 많습니다. 선동, 선전 단계에서 처벌해 두어야지, 우리 인간 수사능력에 대해서 다소간의 불편점을 전제로 하는 말인데, 뿌리가 있는데 잎사귀 나오는 것을 자르는 정도입니다. 잎사귀를 자르는 동안에는 뿌리도 알 수 있고 또한 뿌리가 저절로 말라지는 수가 있다, 그러므로 선동,

41) 의용형법을 가리킴.

42) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 271면.

선전도 처벌하는 규정을 가져오게 되는 것입니다. 이 국가의 존립과 국민의 자유권과, 여기에서의 미묘한 충돌조절은 여러분이 충분히 고려해 주시기 바랍니다.

한편 선동·선전죄의 개념과 관련하여 엄상섭은 다음과 같은 부연설명을 하고 있다.<sup>43)</sup>

지금 이 다음에서도 선동이나 선전이나 하는 말이 종종 나오는 것이므로 여기서 용어에 대해서 의아스러울까 해서 말씀을 드리겠는데, 선동이라는 것은 많은 사람이 대중 앞에서 많은 사람으로 하여금, 거기에다가 그 사람이 주장하는 바에다가 감정적으로 동의시키는 것, 이 정도를 선동이라고 하고, 선전이라는 것은 이론으로 따져가지고 꼭 이것이 옳다고 해서 상대방의 이성애 의거한 공명(共鳴)을 받는 것, 이것이 선전인 것입니다. 공명한다고 해서 당장에 범의를 가지게 되는 것, 그런 생각을 가지는 것은 아닙니다. 그 사람이 주장하는 것이 옳다고 생각하는 정도가 선동, 선전이라고 생각합니다.

그리고 내란죄에 대해서, 이것은 아까도 말씀했지만, 국기(國基)가 불완전할 때에는 내란죄[를] 강하게 해야 된다는 말도 있고, 나라 기초가 불완전하기 때문에 자유권이 침해해서는 안 된다는 말도 나[오]고, 이래서 대단히 말씀드리기 어려운 것이니 이 점을 잘 생각해 주시기 바랍니다.

다음으로 엄상섭은 선동·선전죄가 남용될 우려에 대처하기 위하여 법제사법위원회가 내란죄에 '국헌문란'에 대한 개념정의조항을 두었음을 지적하고 있다.<sup>44)</sup> 이 국헌문란 정의조항은 국가보안법이 규정하였던 '정부참칭' 등의 표현보다 훨씬 명확성이 제고된 것이면서 동시에 국가보안법의 처벌영역을 모두 포함

43) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 272~273면.

44) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 273~274면.

한 것이라고 할 수 있다.

그 다음 제93조 다음에 법제사법위원회의 신설조문이 있습니다.

제93조 다음에 좌(左)의 조문을 신설한다.

본장에서 국헌을 문란할 목적이라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 목적을 말한다.

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

이 조문에 있어서 "국헌을 문란시키는 것을 목적으로 한다", 이렇게 하다 보면, 이것이 보통 어느 나라 형법에도 이렇게 되어 있습니다[만] "그 목적이 과연 무엇인가?" 해가지고, "국헌을 문란하게 하는 것이라는 목적은 막연한 것이 아니냐?", 그래서 이 조문이 신설된 것입니다. 그러니 목적을 명시한 것으로 보면 방금 변진갑 의원께서 걱정하신 그러한 점도 완화되지 않을까 생각해서 이 조문을 신설하자는 것입니다.

요컨대 선동·선전죄는 처벌하지만 '국헌문란'의 정의조항을 둬으로써 남용을 방지할 수 있다는 것이 엄상섭의 답변이었다.

#### 4. 공안을 해하는 죄에 관한 국회 본회의 논의

앞에서도 언급한 바와 같이 국회 법제사법위원회와 법전편찬위원장 연석회의에서 확인된 것은 내란죄, 외환죄 그리고 공안을 해하는 죄의 조문들을 통하여 국가보안법을 전부 흡수할 수 있다는 것이었다. 특히 국가보안법의 관련조문을 흡수하는 방안으로 선동·선전죄의 도입이 중요한 수단으로 강조되었다. 그리고 이와 같은 구상은 내란죄와 외환죄의 경우에는 원래의 구상대로 본회의의 심의

를 통과하였다. 그러나 공안을 해하는 죄의 경우에는 이 구상에 상당한 수정이 가하여졌다.

공안을 해하는 죄 가운데 국회 본회의 심의과정에서 특별히 논의된 조문은 정부초안 가운데 (1) 범죄선동·선전죄(초안 제119조 제1항) 및 병역·납세거부선동·선전죄(동조 제2항),<sup>45)</sup> (2) 인심혹란죄(초안 제123조),<sup>46)</sup> (3) 폭리도모죄(초안 제124조),<sup>47)</sup> (4) 공수계약불이행죄(초안 제125조)<sup>48)</sup>의 네 가지이었다. 이 가운데 (2)의 인심혹란죄에 대해서는 이미 국회 법제사법위원회가 수정안으로 삭제안을 제출하고 있었다. 한편 (1), (2), (3), (4)의 죄 전부에 대해서 국회의원의 개별수정안으로 변진갑 의원에 의한 삭제안이 제출되었다.

국회 본회의 심의과정에서 (1)의 범죄선동·선전죄 및 병역·납세거부선동·선전죄에 대해서는 “공연히 범죄를 선동 또는 선전한 자” 및 “공연히 병역 또는 납세의무의 거부를 선동 또는 선전한 자”라는 구성요건이 모호하다는 점을 이유로 삭제안이 국회 본회의를 통과하였다. 한편 (2), (3), (4)의 죄는 일제 말 의용행법이 개정되면서 “안녕질서에 관한 죄”의 장이 추가될 때 도입되었던 것인데, 국회 본회의 심의 결과 법사위도 수정안을 제시한 (2)의 인심혹란죄는 별다른이의 없이 삭제되었고, (3)의 폭리도모죄는 폐기되었다. 그러나 (4)의 공수계약불이행죄는 전시상황이라는 특수성에 비추어서 형법전에 유지하기로 결정되었다.

국가보안법의 적용범위와 관련하여 볼 때 (1)의 범죄선동·선전죄 및 병역·납

45) 정부제출 형법안 제119조 ① 공연히 범죄를 선동 또는 선전한 자는 10년 이하의 징역이나 금고 또는 10만원 이하의 벌금에 처한다.

② 공연히 병역 또는 납세의무의 거부를 선동 또는 선전한 자는 5년 이하의 징역이나 금고 또는 5만원 이하의 벌금에 처한다.

46) 정부제출 형법안 제123조 : ① 인심을 혹란(惑亂)하거나 경제의 혼란을 유발할 목적으로 허위의 사실을 유포한 자는 5년 이하의 징역이나 금고 또는 5만원 이하의 벌금에 처한다.

② 전쟁, 천재 기타 사변에 있어서 전항의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역이나 금고 또는 10만원 이하의 벌금에 처한다.

47) 정부제출 형법안 제124조 : 전쟁, 천재 기타 사변에 있어서 폭리를 얻을 목적으로 식량 기타 생활필수품 또는 그 원료의 가격을 폭등케 한 행위 또는 그 공급의 원활을 저해할 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 10만원 이하의 벌금에 처한다.

48) 정부제출 형법안 제125조 : ① 전쟁, 천재 기타 사변에 있어서 국가 또는 공공단체와 체결한 식량 기타 생활필수품의 공급계약을 정당한 이유 없이 이행하지 않은 자는 3년 이하의 징역 또는 5만원 이하의 벌금에 처한다.

② 전항의 계약이행을 방해한 자도 전항의 형과 같다.

세거부선동·선전죄와 관련하여 삭제안을 주장한 변진갑 의원의 발언이 주목된다.<sup>49)</sup>

잘 아시겠지만 잠깐 말씀드리겠습니다. “제119조 공연히 범죄를 선동 또는 선전한 자는”, 이것은 막연합니다. 그리고 또 다음에 제2항 “공연히 병역 또는 납세의무의 거부를 선동 또는 선전”, 이것도 막연합니다. 거년(去年) 토지수득세, 추곡수납할 때에 국회의원이 많이 서남(西南)지방으로 나가 연설을 했는데, 거기에 대해서 국회의원들이 수득세의 납세거부를 선동하였다, 이런 말이 자자하고 각 관청에 보고가 되어가지고 있습니다. 이것이 만일 이러한 [것이] 법률로서 명문이 딱 된다고 할 것 같으면 세법에 대하여 우리 자신이 말 한마디 할 수 없고, 병역 소집이니 징집이니 해서 세간에는 물의가 많습니다[만] 여기에 대해서 비판하지 못할 것입니다. 우리뿐만 아니라 모든 국민이 말을 못할 것이며, 그 결론은 무엇이나 하면 언론이 봉쇄되고 신문사에서는 함부로 논설 하나 못쓸 것입니다. 결국 이것은 관권을 발동하는 길을 열어주는 것입니다. 이렇기 때문에 이것을 삭제하지 않으면 안 된다는 것입니다. 대체로 “언제 어떻게 했다”고 하면 모르겠습니다마는 “공연히 범죄를 선동 또는 선전한 자”, “공연히 병역 또는 납세의무의 거부를 선동 또는 선전한 자”, 이러한 [것]을 그대로 두는, 이러한 법률을 두고 우리가 어떻게 안심하고, 백성들이 하루를 편히 살 수가 있느냐 말이에요. 언론탄압, 관권남용, 이 이외에는 나올 것이 없습니다. 그렇기 때문에 이것을 삭제하자는 것입니다.

변진갑 의원의 범죄선동·선전죄 및 병역·납세거부선동·선전죄에 대한 삭제안은 다른 국회의원들의 지지발언을 거친 후 본회의에서 가결되었다. 변진갑 의원은 국회의원 개별의견으로 형법초안에 규정된 각종 선동·선전죄를 모두 삭제하자고 수정안을 제안한 바 있었다. 그의 삭제안은 공안을 해하는 죄의 장에서는

49) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 302~303면.



성공을 거두었다. 그러나 공안을 해하는 죄의 연장이라고 할 수 있는 폭발물에 관한 죄의 장에 규정된 폭발물사용선동죄(현행 형법 제120조 제2항 참조)의 경우에는 그의 삭제안이 채택되지 아니하였다. 이렇게 하여 국가보안법의 폐지를 염두에 두고 마련된 조문 가운데 내란선동·선전죄, 각종 외환죄의 선동·선전죄, 폭발물사용선동죄가 현행 형법전에 규정되기에 이르렀다.

### 5. 국가보안법 폐지안에 대한 심의과정

#### 가. 법사위원장의 제안설명

이미 여러 번 언급한 바와 같이 정부제출의 형법원안 및 법사위수정안은 국가보안법이 폐지될 것은 전제로 하여 각종의 예비·음모죄와 선동·선전죄를 규정하고 있었다. 국회 본회의는 이러한 예비·음모죄와 선동·선전죄를 공안을 해하는 죄의 경우를 제외하고는 그대로 형법전에 수용하기로 결정하였다. 그런데 정작 형법전의 통과와 함께 폐지하기로 예정하였던 국가보안법의 심의단계에 이르러서는 입장이 나뉘게 되었다.

형법전의 총칙과 각칙에 대한 심의가 종료되자 이어서 부칙(附則)에 대한 심의가 시작되었다. 원래 법률안에 대한 부칙의 심의 과정에서는 경과조치 등의 기술적인 사항이 검토된다. 그러나 형법안의 부칙에 대한 본회의의 심의과정에서는 전시폭리범죄의 처벌과 국가보안법의 폐지 여부가 중요한 쟁점으로 부각되었으며, 형법안의 본칙(本則)을 심의할 때 이상으로 뜨거운 논란이 전개되었다. 아래에서는 부칙의 심의과정 가운데 국가보안법 폐지와 관련된 논의를 정리해 보기로 한다.

앞에서도 여러 번 언급한 바와 같이 국회 법사위수정안은 형법전이 시행되면 국가보안법이 폐지될 것으로 예정하고 성안된 것이었다. 법사위수정안의 제안취지와 관련하여 국회 법제사법위원장 윤길중 의원은 다음과 같이 발언하고 있다.<sup>50)</sup>

그 다음에는 법제사법위원회의 신설안 가운데 '15'로 법률 제10호 국가보안법과 개정법률, 그것을 폐지하자는 것입니다. 또 수정안에 대통령 긴급명령 제1호 "비상사태하의 범죄처벌에 관한 특별조치령", 이것을 폐지하자고 했습니다마는, 비상사태하의 특별조치령에 관한 것은 이미 폐지가 되어서, 우리 국회에서는 폐지가 되어서 정부에 환송을 했다가 정부에서 다시 또 '비토'가 와가지고 또 의결해서 넘길, 이런 경우에 있기 때문에 여기에서 또 다시 폐지한다는 말은 필요가 없게 되었습니다.<sup>51)</sup> 그러므로 [이] 수정안 낸 것은 자연 취소되게 됩니다. 그러므로 대통령 긴급명령 제1호는 여기에 폐지되게 되었습니다.

그리고 여기에 한 가지 문제는 '15'에 법제사법위원회에서 수정안을 내게 되었습니다마는, 국가보안법과 그 개정법률안을, 그것을 또 형법상의 내란죄 그리고 공안을 해하는 죄, 이것을 가지고 충분히 벌할 수 있다, 그렇기 때문에 이것을 폐지하자는 것입니다. 이것은 대법원장이라든지 연석회의를 해가지고 의논해 본 결과, 이것을 폐지한다고 할지라도 지장이 없다, 이렇게 이야기가 되었습니다.

그러나 문제는 이것을 폐지하게 될 경우에 부속적으로 여러 가지로 일어나는 수속적인 문제가 미비된 것이 남아 있는 것도 있어서, 이 점은 일부의 유력한 의견으로서는 이 국가보안법은, 국가보안법을 따로 단독[으로] 폐지하고 거기에 대한 경과규정을 집어넣는 것이 더욱 적절한 것이다, 그러니까 이 형법에서 일관해서 다 폐지하는 것은 좀 수속상 곤란이 있을 것[이]다, 이런 논의를 하는 유력한 의견이 있었습니다. 그래서 이 점을 밝혀서 제15호 법제사법위원회에서 수정안 낸 것을 한번 표결해 주셨으면 좋을 것 같이 생각합니다.

50) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 516면.

51) 그러나 이 비상조치령은 4.19 혁명 후 1960년 10월 13일에 이르러 법률 제559호로 폐지되었다.

그런데 위의 발언에서 한 가지 주목할 점은 법제사법위원장인 윤길중 의원 자신이 국가보안법의 폐지와 관련하여 상당히 소극적인 자세를 보이고 있다는 사실이다. 원래 법제사법위원회는 법전편찬위원장과 의연석회의를 통하여 형법 제정과 동시에 국가보안법을 폐지하기로 하였고, 그 방법은 형법부칙에 의한 일괄폐지 방식을 취하기로 하였다. 이것이 원칙적인 접근방법이었다. 그러나 국가보안법을 형법부칙을 통해서 일괄 폐지하게 되면 부수적인 기술적 문제가 발생하게 되므로 별도의 단행법률을 제정해서 국가보안법을 폐지하는 것이 좋겠다는 의견이 법제사법위원회 내부에서 나오게 되었다.

법사위원장 윤길중은 "[국가보안법을] 폐지하게 될 경우에 부속적으로 여러 가지로 일어나는 수속적인 문제"가 무엇인지에 대해서는 분명하게 언급하고 있지 않다. 짐작컨대 그가 지적한 바, 형법전을 통한 국가보안법의 일괄폐지에 따르는 문제점은 형법 제1조 제3항과 관련된 것이 아니었을까 생각된다. 국회 본회의를 통과한 형법은 제1조 제1항에서 행위시법주의를 천명하고, 제2항에서 피고인에게 유리한 경우에는 재판시법을 적용하도록 규정하고 있다. 여기에서 한 걸음 더 나아가 형법 제1조 제3항은 형벌법규를 폐지하는 경우에 기존의 형벌법규에 의하여 형을 선고받고 복역하는 사람에게 대해서도 형의 집행을 면제하도록 규정하고 있다.<sup>52)</sup> 따라서 국가보안법을 폐지하게 되면 형법 제1조 제3항에 의하여 이미 국가보안법위반죄로 확정판결을 받아 복역하고 있는 사람들을 전부 석방해야 하는 결론에 이르게 된다. 단행법률을 통하여 국가보안법을 폐지하는 의견은 바로 이와 같은 일괄석방의 문제점에 주목한 것이라고 할 수 있다.

#### 나. 조주영 의원의 반대의견

그런데 이와 같은 기술적 문제점 이외에 국가보안법의 폐지 자체를 반대하는 의견이 본회의 심의과정에서 제시되었다. 그 자신 법제사법위원회의 위원이었던 조주영 의원은 국가보안법의 폐지에 관하여 다음과 같은 질문을 제기하였다.<sup>53)</sup>

52) 형법 제1조 제3항 : 재판확정 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제한다.

그 다음에 법제사법위원장에게 물졌는데, 현재 우리나라 현 단계에 있어서 보안법이라고 하는 것을, 우리가 제헌국회에서 제정한 것으로 생각합니다[만] 보안법이라는 것을 존속해 두는 것이 아주 없애는 것보다도 낫지 않을까, 나는 이런 느낌이 있는데, 여기에 대해서 현재 보안법을 없애지 않아서는 안 될 필요를 느끼고 있는가, 현재 모든 치안상태라든지 모든 점으로 보아서 보안법이라는 것을 두는 것이 좋지 않을까, 현재 모든 점으로 보아서 없어도 괜찮다고 할 만한 특별히 무슨 점이 있는가, 여기에 대해서 법제사법위원장의 충분한 설명이 있었으면 좋겠습니다.

이 질문에 대하여 법사위원장 윤길중은 먼저 법제사법위원회와 법전편찬위원장 연석회의에서 합의한 바를 다시 한번 확인하고 있다.<sup>54)</sup>

국가보안법을 형법을 통과하면서 폐지하자고 하는 것은, 지금 우리 형법에 내란죄, 외환죄, 공안을 해하는 죄, 이런 죄목이 전부 들어 있습니다, 그렇기 때문에 이 내란죄, 외환죄, 공안을 해하는 죄, 거기에는 국가보안법에 해당하는 각 죄가 빠지지 않고 도리어 중형으로 처[벌]하는 형태로 규정되어 있기 때문에 하등의 지장이 없을 것이다, 이것을 존치함으로써 어떤 폐해가 올 것이냐 하는 말씀은, 법체계상으로 단일체계의 법률이 국가보안법 관계로 해가지고서 [지장을] 가져오게 된다, 그런 점으로 봐서 단일법체계화한 이 형법에다가 전부 밀어넣어서 [규정]하는 것이 좋겠다고 하는, 이런 의견도 있는 것입니다.

그러나 앞서도 언급한 바와 같이 법사위원장 윤길중은 법사위의 결의내용을 국회 본회의에 설명하면서 그 자신 상당히 신중하게 접근하였다. 그것은 바

53) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 523면.

54) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 526면.

로 형법에 의하여 국가보안법을 일괄 폐지할 경우에 발생하게 될 국가보안법위 반사범의 전면석방과 그로 인한 국민의 혼란을 우려한 것이었다. 그의 발언을 계속 살펴본다.<sup>55)</sup>

그런데 문제는 국가보안법을 존치해 두는 것은 단순히 그런 법이론적인 문제보다도 국민에게 주는 심리적인 영향, 이런 것을 가지고 논하는 분이 있기 때문에 이 문제는 국가보안법을 폐지하는 단행법을 내지 않으면 안 된다, 이것을 지금 폐지한다고 하는 것은 좋지 않다, 지금 결정단계에서 심리적 영향이 오히려 별하지 않는 경향으로 나가지 않는가 하는 오해를 살 우려가 있으니 이것은 존치해 둘 필요가 있다고 하는, 그런 유력한 의견도 있는 것입니다. 그러니까 이것은 한 개의 정책상의 문제인데, 이것은 여기서 결정을 해 주셔야 될 문제라고 생각[합니다].

이와 같은 법사위원장의 유보적 태도를 발언의 배경으로 하면서 국가보안법의 폐지에 대한 당위성을 질문하였던 조주영 의원은 다시 다음과 같은 폐지반대의 발언을 하였다.<sup>56)</sup>

지금 삭제하자고 하는 법률 중에 보안법을 삭제하자고 되어 있는데, 법제사법위원회의 한 사람으로서 이것을 반대하는 것은 대단히 미안합니다마는, 지금 우리가 형법을 심의하는 도중에 있어서 특히 보안법에 관련되는 형법 제12[3]조<sup>57)</sup>라든지 이런 것은 삭제가 되었고, 공안에 관한 죄라든지 내란에 관한 죄라든지 외환에 관한 죄라든지는 보안법에 규정한 범죄하고 성질이 다른 것은 일일이 설명하지 않아도 잘 짐작하실 줄 압니다.

그런데 현재 우리가 생각해 볼 때에 국제적으로 봐서도 소위 용공이니 친공이니, 이런 것으로 말미암아서 우리가 중대한 고통을 느끼고 있는 것입니

55) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 526면.

56) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 528면.

57) 국회속기록에는 '제126조'로 기록되어 있으나 인심혹란죄를 규정한 제123조의 오자로 생각됨.

다. 현 단계에 있어서 국내적으로도 소위 용공이니 친공이니 하는, 여기에 대해서 엄숙하고 준열한 태도를 취하지 않으면 안 될, 이런 단계에 우리 실정을 본다고 할 것 같으면 보안법을 이[此] 기회에 삭제한다고 하는 것이 백해(百害)는 [몰라도] 무익(無益)한 것이 아닌가, 보안법이 더구나 삭제된다면 과거에 보안법에 해당하는 범죄는 다 죄가 되지 않는다고 하는 정신을 국민에게 준다고 하는 것은 대단히 정책적으로 봐서 졸렬한 것입니다.

그런 점으로 봐서 보안법을, 현 단계에 있어서 우리 형법을 완성시키도록 한다고 하더라도, 보안법이라고 하는 독특한 법률을 그대로 존치하는 것이 현 단계에 있어서는 가장 긴요하다고 느끼기 때문에 보안법을 삭제하자고 하는 것은 절대로 반대하는 의견을 여러분께 참고로 말씀드리고 싶습니다.

조주영 의원의 발언에서 주목되는 것은 두 가지이다. 하나는 <공안에 관한 죄라든지 내란에 관한 죄라든지 외환에 관한 죄라든지는 보안법에 규정한 범죄하고 성질이 다른 것>이라고 한 부분이다. 다른 하나는 <보안법이 더구나 삭제된다면 과거에 보안법에 해당하는 범죄는 다 죄가 되지 않는다고 하는 정신을 국민에게 준다>고 한 부분이다. 전자는 사상통제법에서 출발한 보안법의 특성을 그대로 유지해야 하며 이 부분을 새로운 형법전이 수용하지 않고 있다는 그 자신의 인식을 나타낸 것이라고 할 수 있다. 한편 후자는 형법의 제정으로 해서 국가보안법이 폐지될 때 일시에 국가보안법 위반사범이 석방되어 나오게 될 경우 이로 인한 국민의 혼란상황을 염려한 것이라고 할 수 있다. 이 부분은 윤길중 법사위원장의 발언과도 일맥상통하는 대목이라고 할 수 있다.

생각을  
그런데  
공안  
관련  
한 것

조주영 의원의 발언이 있는 후 국회 본회의는 국가보안법의 폐지 여부에 대한 표결을 실시하였다. 축조심의 방식을 취하였던 당시의 국회법에 의할 때 제안된 법률안을 가결하려면 출석의원 과반수의 득표를 얻어야 하였고, 과반수에 이르지 못하면 재투표를 하였다. 여기에서도 과반수를 얻지 못하면 제안된 법률안은 미결로서 폐기되었다. 국가보안법의 폐지에 관한 투표결과는 제1차 투표에서 재석원수 102인, 가에 11표, 부에 0표로, 제2차 투표에서는 재석원수 102인,

가에 10표, 부에 0표로 나타났다.<sup>58)</sup> 그 결과 법제사법위원회가 의욕적으로 추진 하였던 국가보안법 폐지안은 미결, 폐기되었고 국가보안법은 그대로 존속하게 되었다.

### 다. 국가보안법 폐지안 부결의 요인

국가보안법폐지안이 두 번의 표결에서 가결되지 못한 것은 무슨 이유 때문일까? 여기에는 두 가지 점에서 분석시각이 가능하다. 하나는 조주영 의원이 첫째로 지적한 바 국가보안법에 규정된 범죄는 형법의 내란죄, 외환죄, 공안을 해하는 죄에 규정된 범죄와 성질이 다르다는 점을 표결에 참석한 국회의원들이 인정하였기 때문일 것이라는 분석이다. 다른 하나는 형법전을 통하여 국가보안법을 곧바로 폐지하게 될 경우에 국가보안법위반사범이 일괄 석방됨으로써 국민들에게 일대 혼란을 주게 될 것을 우려하였기 때문이라는 분석이다.

필자는 이 두 가지 분석 가운데 후자에 더 많은 무게를 두고 싶다. 국가보안법을 폐지하기 위하여 각종 선동·선전죄를 형법전에 도입하기로 가결한 마당에 국가보안법상의 범죄와 형법전의 각종 범죄가 성질을 달리한다고 보는 것은 논리적으로 앞뒤가 맞지 않기 때문이다. 이렇게 본다면 국가보안법의 폐지를 통한 국가보안법위반사범의 전면석방과 이를 통한 사회적 가치관의 혼란을 우려한 점, 그리고 이에 대한 대비책을 설득력 있게 제시하지 못한 점이 제2대 국회가 국가보안법 폐지에 나아가지 못하였던 실질적 이유가 아닐까 생각된다.

## 6. 형법전의 통과와 그에 대한 당시의 평가

### 가. 선동·선전죄에 대한 비판

1953년 7월 국가보안법 폐지안이 폐기된 가운데 형법전에 대한 국회심의회가

58) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 530면.

종료하였다. 형법안이 국회를 통과하자 이에 대한 비판적 평가가 제기되었는데, 그의 핵심적 표적은 선동·선전죄이었다. 1953년 8월 당시 육군 법무대령이었던 태운기 대령은 “민주주의와 선동선전죄”라는 글을 발표하여<sup>59)</sup> 신형법을 통박하였다. 아래에 그의 글 일부를 소개한다.<sup>60)</sup>

불행히도 우리 겨레들은 기생층적 일제의 학대에 억압되어 그로 인하여 자유를 망각한 민중으로서 곡심아세(曲心阿世)의 가련한 세습적 근성에 사로잡힌 존재가 되었을망정 전 민족이 이제야 그 전제의 굴레를 벗고 자기 자신의 법률을 가지려는 차제에 자유의 사상의 순교적 시민정신을 배반하고 선전, 선동죄를 제정하였다는 것은 민주주의 사조의 모독이 아닐 수 없다. 왜냐하면 헌법에 규정된 기본권, 특히 제13조 언론, 출판, 집회, 결사의 자유가 대부분이 공문화(空文化)되며 장식품에 가까운 만문(漫文)이 되어버림에 감(鑑)하여 능히 말할 수 있는 것이다.

(중략)

우리들은 아직 이 쓰라린 상처가 회복도 되기 전에 자유민주주의 국가에 있어서 선동죄와 선전죄를 제정하였다는 것은 내란, 외환, 공안을 해하는 죄에 국한되어 있다 하더라도 이론적으로 보아서 모순당착일 뿐만 아니라 파시즘의 대두와 같은 공포와 당황을 음폐(陰蔽)할 수가 없다.

성숙하여 가는 민주주의 입헌국가에 있어서 새로운 질곡[으]로서 2종의 형벌법규 -사인 상호간의 교섭관계를 질서유지하기 위한 법이 아니고 국가의 기구와 그 통치활동에 관한 공법으로서-를 규정하였다는 것은 국가의 통치활동을 그릇된 방향으로 인도하는 동시에 주권자의 인권을 유린하는 것으로서 주권자에 대한 배륵적(背倫的) 입법은 정신분열증에 걸린 골동취미라 할까, 결국 헌법은 그림에 그린 떡이 되고 만 감이 더욱 농후하며, 대감으로서

59) 태운기, “민주주의와 선동선전죄”, 법정, 제8권 9·10호, (1953. 8), 6면 이하. 태운기는 끝이어서 훨씬 방대한 분량으로 같은 문제점을 다룬 글을 법정지에 기고하였다. 태운기, “기본인권과 선동선전죄(상)”, 법정, 제8권 11호, (1953. 11.), 12면 이하, “기본인권과 선동선전죄(하)”, 법정 제9권 1·2호, (1954. 2.), 20면 이하 참조.

60) 태운기, “민주주의와 선동선전죄”, 법정, 1953년 8월호, 7면.

위신과 권위에 탐닉할 것이 아니라 민주주의에 대한 무지라 할까 견실한 시민이며 착한 사색가로서의 지성에 의한 반성과 심사(深思)가 필요한 것으로 사료된다.

그러나 민주주의 사조와 기본권 보장을 역설하여 신형법을 통박하였던 태윤기도 결론에 있어서는 국가보안법의 유지를 인정하고 있었음은 아이러니라고 하지 않을 수 없다. 선동·선전죄를 그토록 매도하였던 그가 선동·선전죄가 그 안에 들어 있으며 단심제 처벌을 규정한 국가보안법을 조국통일 때까지 유예하자고 결론을 맺은 것은 전쟁이 실제로 진행되는 상황에서 현역 육군 법무대령의 신분으로 발언할 수 있는 한계 때문이 아니었을까 생각된다.<sup>61)</sup>

결국 나로서는 국내 실정으로 하여 조국이 통일될 때까지 특별법으로서의 국가보안법을 그대로 두고 일반법인 형법에서는 선동, 선전죄를 삭제하는 것이 최선의 길이라고 본다. 또 국가보안법 자체도 조국이 통일되는 그 감격의 순간에는 민주적 발전을 위하여 폐지하는 것이 민주주의 선진국가의 예로 보아 응당 민주주의의 올바른 노선이라고 생각하는 것이 나의 입장인 것이다.

#### 나. 윤길중과 임상섭의 반론

신형법에 대한 태윤기 법무대령의 신랄한 비판에 대하여 형법제정에 관여하였던 인사들은 적지 않게 당황하였던 것으로 보인다. 그리하여 법제사법위원회에서 형법안 심사의 주사(主査) 역할을 맡았던 임상섭 의원과 국회 본회의 심의 당시 법제사법위원장이었던 윤길중 의원은 각각 “선동죄와 선전죄”라는 동일제호의 기고문을 신문지상에 발표하기에 이른다. 여기에서 먼저 윤길중 법제사

61) 태윤기, “민주주의와 선동선전죄”, 법정, 1953년 8월호, 11면.

법위원장의 변명 내지 반론을 보기로 한다.<sup>62)</sup>

내란죄에 관한 선동·선전죄는 본문을 보면 명백한 바와 같이 “제89조 또는 제88조의 죄를 범할” 것을 선동·선전해야 하는 것으로서 환언하면 “국토를 참절(僭竊)하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동”하거나 또는 이러한 “목적으로 사람을 살해”할 것을 선동 또는 선전하여야만 이 죄가 성립되는 것이다. 그러므로 내란을 위한 구체적 폭동 또는 살인의 선동·선전이 아닌 이 선동·선전죄에는 해당하지 않는 것이다. 설사 그 개념규정에 약간의 이의(異議)가 있다 하더라도, 그것이 국가기초에 관계되는 내란죄인 만큼 이러한 구체적 폭동 또는 살인을 미연에 방지하기 위하여 이 조항은 반드시 있어야 한다는 것이 당시의 국회의 결론이었던 것이다. 다만 법률의 해석은 엄정하여야 할 것[임]에도 불구하고 임의로, 편의대로 또는 강제적으로 해석 당할 우려가 없지 않으나 그렇다고 하여 이와 같이 중요한 것을 삭제할 수도 없었던 것이다. 다만 남은 문제는 법률을 법률 그대로 해석할 것을 모든 국민이 지켜야 할 것이다.

다음으로 임상섭 의원의 반론을 보기로 한다.<sup>63)</sup>

(전략) 선동과 선전에 관한 것도 이러한 예(공익과 사익의 대립갈등: 필자주)에서 빠질 수 없을 것이다. 다만 권력이라는 황파(荒波) 때문에 부단한 위협을 받고 있는 언론자유라는 방파제가 무너질 것을 염려하는 나머지에 이 정도의 행위는 불문에 부치자는 의견은 경청할 가치가 있는 것이다. 그러나 대한민국을 전복하자는 것, 소련세력과 내통하여야만 된다는 것, 우리나라와 전쟁을 하고 있는 국가측에 붙어서 우리나라에 대항하고 그러한 국가에게 보낼 병대(兵隊)를 모집하자는 것, 적국에 군사비밀을 제공하여야 한

62) 윤길중, “선동죄와 선전죄”, 조선일보 1953년 10월 15일 게재.

63) 임상섭, “선동죄와 선전죄”, 조선일보 1953년 10월 16일 게재.

다는 것 등을 공공연하게 연설하고 신문이나 잡지 등의 출판물을 유포하여서 선동하고 선전하는 것을 과연 불문에 부쳐야 될 것인가는 국민의 양식(良識)에 맡겨두거니와, 민주주의라는 것은 일정한 약속 하에서 이를 준수하여야 할 한계선을 획정(劃定)해 두고 그 한계선 내에서는 자유롭게 행동하는 것이 그 골자인 이상 이러한 약속을 변경하는 정당한 절차에 의하지 아니하고 폐개(廢改)하거나 또는 전연 무시하는 언론은 결국 반민주주의적인 언론이며 신형법에 규정된 선동·선전죄는 이러한 반민주주의적인 언론 중 외부에 발표될 부분에 한해서만 처벌하겠다는 취지인 것이다. 그러므로 이론적으로는 민주주의 사상에 배치된다는 것보다 도리어 그에 충실하고 그를 수호하려는 사명을 가진 것이다.

7. 선동·선전죄의 사문화와 국가보안법

간신히 책으로 있는 것이므로 처벌

우리 형법은 계수법 관계에 있는 일본형법이나 독일형법에서 찾아볼 수 없는 특이한 입법형식을 채택하고 있다. 그것은 바로 선동·선전죄이다. 앞에서 살펴본 것처럼 이 선동·선전죄는 6.25 전쟁을 겪으면서 국기(國基)를 지켜내고자 했던 전시국회 입법자의 고심의 소산이었다. 언론자유와 개인의 기본권에 위협을 느껴가면서, 그리고 민주주의 국가건설에 다소간의 위험을 무릅쓰면서까지 국가안보를 지키고자 노력한 결과물이 바로 선동·선전죄이다. 그런데 형법전 제정 당시의 격렬한 논쟁에도 불구하고 이후 한국의 형사사법에서 선동·선전죄는 사문화되어 버렸다. 그 이유는 무엇인가? 그것은 다름 아니라 이후에 일어난 국가보안법의 기형적 팽창 때문이었다.

1958년 자유당 정권은 소위 2.4파동을 통하여 국가보안법을 전면적으로 확대 개편하였다. 이 국가보안법의 개정은 이승만 대통령의 영구집권을 위한 사전포석의 의미를 가지는 것이었다. 2.4파동을 통하여 자유당 정권은 제2대 국회가 정부의 형법초안에서 삭제하였던 인심혹란죄를 국가보안법에 도입하였는데, 그 것은 바로 비판적 언론에 족쇄를 채우기 위함이었다.<sup>유감에 남긴</sup> 64) 65) 1961년 군사쿠데타 직

후 박정희 군사정권은 반공법을 제정하였다. 그리고 이 반공법을 통하여 저 유명한 찬양·고무·선동·선전죄를 신설하였다.<sup>66)</sup> 그토록 비판이 많은 선동·선전죄에 더하여 그보다 훨씬 전단계에 위치한 찬양·고무죄를 처벌하기로 하였던 것이다.<sup>67)</sup> 이후 국가보안법은 1980년 12월 반공법을 흡수하면서 또 다시 확대 개편되었다. 이 확대 개편은 형량의 극단적 가중을 초래하였다.<sup>68)</sup> 그리고 이 과정에서 인심혹란죄는 의연히 유지되었고, 찬양·고무·선동·선전죄는 국가보안법의 핵심적 조문이 되었다. 가중처벌의 능사.

한국의 형법전은 소위 누더기 법전이다. 국가의 기본법령인 형법전은 각종 특별법에 의하여 지속적으로 형해화되어 가고 있다. 국기(國基)의 수호와 관련되는 형법조문들도 예외는 아니다. 전시국회였던 제2대 국회는 국가의 기본을 지키기 위하여 통렬한 비판과 우려를 무릅쓰고 우리 형법전에 일련의 선동·선전죄를 규정하였다. 일제의 치안유지법을 연상시킬 정도로 비상한 조치를 강구하였음에도 불구하고 현재 형법전은 그보다 훨씬 더 넓은 처벌범위를 자랑하는 국가보안법에 의하여 사문화되고 있다. 민주주의와 언론자유 및 기본적 인권에 대한 위협이라는 오명을 받아가면서까지 국가안보를 지키고자 하였던 우리 형법은 오명만을 뒤집어 쓴 채 실질적인 기능은 거의 수행하지 못하고 있다.

64) 1958년 국가보안법 제17조 ⑤ 공연히 허위의 사실을 허위인 줄 알면서 적시(摘示) 또는 유포하거나 사실을 고의로 왜곡하여 적시 또는 유포함으로써 인심을 혹란(惑亂)케 하여 적을 이롭게 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

65) 개정 국보법의 인심혹란죄 및 기타 조문의 문제점은 당시 민주당의 “국가보안법 개정안 반대성명서”에 잘 나타나 있다. 이 문건은, 한인섭 엮음, 정의의 법, 양심의 법, 인권의 법, (2004), 98면 이하에 계수되어 있다.

66) 1961년 반공법 제4조 (찬양, 고무등) ① 반국가단체나 그 구성원의 활동을 찬양, 고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 하는 행위를 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다. 이러한 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자도 같다.  
② 전항의 행위를 할 목적으로 문서, 도화 기타의 표현물을 제작, 수입, 복사, 보관, 운반, 반포, 판매 또는 취득한 자도 전항의 형과 같다. (이하 생략)

67) 국가보안법이 발휘하는 처벌확장기능의 문제점에 대해서는, 허일태, “국가보안법 폐지의 당위성”, 형사정책, 제16권 1호, (2004), 237면 이하 참조.

68) 맹목적인 가중처벌은 예컨대 국가보안법 제4조의 목적수행죄와 관련하여 회극적인 상황을 연출해 낸다. 동조 제1항은 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위하여 존속살해죄(형법 제250조 제2항)를 범한 경우와 보통살인죄(형법 제250조 제1항)를 범한 경우를 구별하여 처벌하고 있다. 존속살해죄가 국가보안법이 예정한 목적수행과 어떠한 합리적 연관성을 갖고 있는지 자못 의심스럽다.

그렇게 된 이유는 무엇인가? 필자는 그 이유를 우리 형법전을 제정하였던 제2대 국회의 지혜를 제대로 이해하지 못하였던 정치권의 맹목성과 편협성에서 구하고 싶다. 전시국회라고 일컬어지는 제2대 국회는 예비·음모죄와 선동·선전죄를 폭넓게 인정하여 국가의 기본을 형법적으로 확고히 보장하고자 노력하였다. 그와 동시에 제2대 국회는 '폭동'과 '국헌문란'이라는 개념표지를 통하여 우리 형법전을 행위형법의 기본이념에 충실한 법전이 되도록 노력하였다. 그러나 이후의 입법자는 제2대 국회의 이러한 지혜에 무지하였고, 여전히 일체의 치안유지법적 발상에서 비롯하는 '골동취미'에 집착하고 있다.<sup>69)</sup> 국가안보를 위해서는 국가보안에 저해가 되는 사상 자체를 뿌리 뽑아야 하며, 생각 자체를 처벌하지 않고는 국가를 지킬 수 없다는 것이 이들의 기본입장이다.<sup>70)</sup> 멀리 치안유지법으로부터 발원한 사상형법의 입법기조는 1948년 국가보안법이 일정한 사상을 가진 단체를 구성하거나 가입하는 것 자체를 범죄로 처벌한 이래 지금까지 아무런 변함없이 유지되고 있다. 국가안보의 필요성을 절감하면서도 행위형법들 안에서 이를 담아내려고 하였던 전시국회의 노력은 휴전 50년이 지난 오늘의 시점에 이르기까지 아직까지도 결실을 맺지 못하고 있다.

### III. 결론

지금까지 형법전의 제정과 관련하여 형법과 국가보안법의 관계를 연혁적으로 소묘해 보았다. 이제 이러한 검토를 바탕으로 몇 가지 제안을 추출함으로써 본고를 마무리하고자 한다. 결론부터 말한다면 현재의 국가보안법은 폐지되어도 아무런 문제가 없다. 현행 형법전이 충분히 국가의 기본질서를 지켜낼 수 있기 때문이다. 다만 문제가 되는 것은 후술하는 바와 같이 경과규정의 정비이다.

69) 1941년 치안유지법 제7조 : 국체(國體)를 부정하거나 신궁(神宮) 또는 황실(皇室)의 존엄을 모독할 사항을 유포함을 목적으로 하여 결사를 조직한 자 또는 결사의 역원(役員) 기타 지휘자의 임무에 종사한 자는 무기 또는 4년 이상의 징역에 처하고, 정을 알면서 결사에 가입한 자 또는 결사의 목적수행을 위한 행위를 한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

70) 일체의 치안유지법 하에서는 천황제를 부인한다는 이유로 순수한 종교단체도 탄압을 당하였다. 신사참배를 거부한 기독교단에 대한 박해가 그 좋은 예이다.

여기에서 필자가 제시하는 결론과 관련하여 한 가지 확인해 두어야 할 것이 있다. 국가보안법을 폐지해도 좋다는 말은 결코 국가안보를 방기한다거나 북으로부터의 위협에 대하여 눈을 감자는 말은 아니다. 국가보안법의 폐지가 논란되고 있는 지금의 시점에서 가장 시급하게 해결해야 할 문제는 근거 없는 불안감의 해소이다. "적전에서의 무장해제"와 같은 감성적 표현이 자극하는 불안감은 전시상황에서 형법전을 제정하였던 제2대 국회의 원려(遠慮)와 심사(深思)를 숙고할 때 충분히 해소할 수 있다고 필자는 확신한다.

형법과 국가보안법의 관계에 관하여 여기에서 몇 가지 사항을 정리해 보고자 한다. 이러한 정리를 행하는 것은 국가보안법 폐지에 관한 논의를 위하여 객관적이고 합리적인 토대를 제공하기 위함이다. 우선 우리 형법은 국가보안법이 규정하고 있는바 소위 반국가단체의 목적규정을 이미 담아내고 있음에 주목할 필요가 있다. "정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것"(국가보안법 제2조)이라거나 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다"(동법 제7조)는 등의 국가보안법의 핵심표지는 현행 형법 제89조가 규정하고 있는바 "국토침절"이나 "국헌문란"의 개념표지에 모두 포섭된다. 나아가 현행 형법은 제91조에서 "국헌문란" 개념의 정의조항까지 마련하고 있다. 이 정의조항은 헌법재판소와 대법원이 의지하고 있는바, "자유민주적 기본질서"라는 추상적 개념에 비하여 훨씬 더 명료하다.

다음으로, 국가보안법을 폐지함으로써 우리 형법체계를 행위형법으로 순화시켜야 한다. 형법과 국가보안법 사이에 나타나는 중요한 차이점은 형법이 반국가단체의 '폭동'을 범죄원형으로 하고 있음에 대하여 국가보안법은 반국가단체의 '구성'이나 '가입'을 범죄원형으로 하고 있다는 사실이다. 그런데 '폭동'은 이미 대법원판례가 판시한 바와 같이 가장 넓은 의미의 폭행과 협박을 포함하는 개념이며 여기에는 이러한 폭동이나 협박을 준비하거나 보조하는 행위가 모두 포함된다. 그리고 이러한 폭동은 한 지방의 평온을 해할 정도에 달할 때 기수에 이르게 된다.<sup>71)</sup> 그러나 다른 한편으로 형법은 내란죄의 기수와 미수, 예비·음모,

71) "형법 제87조의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행 또는 협박은 일체의 유형력의 행사나 외포심을 생기게 하는 해악의 고지를 의미하는 최광의의 폭행·협박을 말하는 것으로서 이를 준비하거나 보

선동·선전을 모두 처벌한다.

반국가단체의 '구성'이나 '가입'은 대단히 폭이 넓은 개념이다. 이 개념에는 사상 자체를 처벌하자는 생각이 담겨 있다.<sup>72)</sup> 그러나 굳이 그렇게 할 필요가 있겠는가? 이제 내란죄의 경우와 비교해 보자. 반국가단체의 '구성'이나 '가입'에는 여러 가지 형태가 있다. 만일에 반국가단체의 '구성'이나 '가입'이 가장 넓은 의미의 폭행이나 협박을 목적달성의 수단으로 삼는 단체, 즉 폭동을 수단으로 하는 내란목적단체에의 구성이나 가입을 의미한다면 그 경우는 내란죄로 처벌할 수 있다. 그렇다면 이제 남는 것은 폭행, 협박 등의 실력행사를 수반하지 아니하는 단체에의 구성이나 가입이다. 그런데 실력행사를 수반하지 아니하는 경우는 평화적 단체에의 구성이나 가입이다. 이 분야에 대한 대책은 형법의 몫이 아니다. 형법총론을 수학하면서 첫머리에 배우는 말로 "생각은 자유롭다 (Gedanken sind frei)"는 법언(法諺)이 있다. 이 말은 사상 자체는 형사처벌로부터 자유로움을 의미한다. 생각 자체의 규제는 사상의 자유로운 시장경제 원리에 맡겨두어도 충분하며 또한 맡겨두어야 한다. 이것은 바로 대한민국이 가입한 세계인권규약의 요구이기도 하다.<sup>73)</sup>

세 번째로, 국가보안법을 폐지함에 있어서 국민들이 느끼는 불안감을 최소화하도록 치밀한 계획을 세우고 이를 홍보하기 위한 노력을 기울여야 한다. 1953

조하는 행위를 전체적으로 파악한 개념이라고 할 것이다." 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결, 판례공보 1997년 1303(1327)면.

72) 여기에서 국가보안법과 형법의 관련조문을 다시 한번 비교해 본다. 현행 국가보안법 제2조 (반국가단체) 제1항 : 이 법에서 '반국가단체'라 함은 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체계를 갖춘 단체를 말한다.

제3조 (반국가단체의 구성 등) 제1항 : 반국가단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 다음의 구별에 따라 처벌한다. (이하 생략)

형법 제87조 (내란) : 국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 자는 다음의 구별에 의하여 처벌한다. (이하 생략)

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

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

73) 2000년 4월 UN인권이사회는 북한의 인권문제가 특히 심각하다는 점에 주목하여 특별보고관(Special Rapporteur)을 임명하였다. 그런데 대한민국에 대해서는 UN인권이사회가 이미 1993년에 특별보고관을 임명한 바 있다. 1995년에 제출된 특별보고관 Abid Hussain의 보고서는 "제3장 권고사항 (Recommendations)"의 첫머리를 대한민국에 대하여 국가보안법의 폐지를 권고하는 것으로부터 시작하고 있다. 이 보고서의 영문판은, 국가인권위원회, 국제인권조약 국내이행자료집, 제2권, 732면 이하에 수록되어 있다.

생각  
가만  
생각은  
사상 자체는  
형사처벌로부터  
자유로움을  
의미한다.  
생각 자체의  
규제는  
사상의  
자유로운  
시장경제  
원리에  
맡겨두어도  
충분하며  
또한  
맡겨두어야  
한다.

년 제2대 국회의 법제사법위원회는 국가보안법 폐지를 위하여 형법전을 보완하는 데에 노력을 집중하였다. 그러나 형법안 자체의 정비에 치우친 나머지 국가보안법이 폐지될 때 부수적으로 처리해야 할 경과조치들을 충분히 마련하지 못하였다. 그 결과 국민들의 불안을 해소하지 못하여 국회 본회의 표결에서 다수표를 얻지 못하였고, 결국 국가보안법 폐지노력은 실패로 돌아가고 말았다. 이제 우리는 제2대 국회의 값비싼 경험에서 교훈을 배워야 한다. 예컨대 국가보안법상의 간첩죄는 형법상으로도 간첩죄가 되거나 아니면 내란죄의 주요임무종사자에 해당하게 될 것이다. 국가보안법이 폐지되었다고 하여 복역중인 간첩이 그대로 석방되는 일은 방지하지 않으면 안 된다. 이제 국가보안법이 폐지되는 경우에 대비하여 치밀한 경과규정을 마련하여야 한다. 형벌법규가 폐지될 때 형집행을 면제하도록 규정한 형법 제1조 제3항을 염두에 두면서 현행 형법과 국가보안법이 중첩되는 영역을 찾아내어 리스트를 만들어야 한다.

네 번째로, 국가보안법 폐지와 관련하여 북한을 지칭하는 반국가단체를 소위 준적국에 포함시키자는 제안이 있으나,<sup>74)</sup> 필자로서는 이에 보다 신중을 기하여야 한다고 본다. 누차 강조한 바와 같이 우리 형법은 전시 상황에서 제정되었다. 형법상 준적국은 "대한민국에 적대하는 외국 또는 외국인의 단체"로 규정되어 있는데(형법 제102조 참조), 형법제정 당시의 입법자는 이를 주권이 없는 단체로 파악하였다.<sup>75)</sup> 이제 이 준적국 조항에 북한을 의미하는 반국가단체를 포함시키자는 방안이 제시되고 있다. 그런데 이 제안에는 두 가지 문제점이 있다. 하나는 이제부터 본격적으로 북한을 국가로 설정하게 된다는 점이다. 다른 하나는 남북관계의 경색이다. 만일에 반국가단체(사실상은 북한)를 준적국으로 규정하자는 제안이 채택된다면 북한을 자극하여 남북관계가 극도로 악화될 것이다.

74) 예컨대, 한인섭, 권위주의 형사법을 넘어서, (2000), 149면은 다음과 같은 제안을 하고 있다.

"따라서 관련조항들이 개정될 필요가 있다. 그 한 방법으로 형법 제102조에 '대한민국에 적대하는 행위를 할 목적으로 제93조 내지 전조의 행위를 하는 내외의 단체와 개인은 적국에 준한다'는 규정을 신설하는 방안을 생각할 수 있다.

이 규정은 북한(인)을 원천적인 반국가단체(개인)로 간주하는 것이 아니라, 대한민국에 적대적 행위, 그 중에서도 형법에 특정된 범죄적 행위를 하는 경우에 한하여 외국·적국에 준하는 것으로 취급하는 것이므로, 대한민국과 북한의 관계를 보다 평화지향적으로 풀어나갈 수 있는 것이다. 이렇게 준적국 개념을 수정하면서, 국가보안법을 폐지하는 방안이 바람직하다고 본다."

75) 형사법령제정자료집 (1) 형법, 280면.

내란  
준적  
단체



이 점은 형법전에 북한을 노골적으로 '(준)적국'이라고 명시해 놓을 경우 북한이 보일 반응을 생각해 보면 알 수 있다. 따라서 이 문제는 현행 형법을 그대로 두고 해석을 통하여 해결하는 것이 현명하리라고 본다.

현행 형법은 내란죄와 외환죄를 규정하고 있다. 순 형법적으로 보면 북한은 병력을 동원한 폭동을 수단으로 하여 국토를 침철(僭竊)하고 있는 내란목적의 단체라고 새길 수 있다. 다른 한편으로는 북한을 대한민국과 교전하고 있는 주권 없는 단체라고 새길 수도 있다. 이러한 이중성은 우리 헌법의 양면성과 일맥상통한다. 헌법은 한반도와 그 부속도서를 대한민국의 영토로 명시하고 있다(헌법 제3조). 동시에 헌법은 평화통일을 지향한다(헌법 제4조). 이것은 대화의 상대방이 실제로 존재함을 의미한다. 이와 같은 헌법전의 양면성에 대하여 형법의 내란죄 및 외환죄는 서로 알맞게 조응(照應)한다.<sup>76)</sup> 북한의 법적 지위에 관한 형법적 논의는 남북관계의 진전에 따라서 적절하게 해석을 통하여 대처해 가면 된다. 굳이 명문의 조항을 두어서 상대방을 자극할 필요는 전혀 없다고 본다.

다섯 번째로, 우리는 1953년 제2대 국회가 국가보안법의 폐지를 논의하였을 때 고려하였던 당시의 역사적 상황과 50여년이 지난 지금의 상황을 냉철하게 비교해 볼 필요가 있다. 무력전이 치열하게 전개되던 전시 국면을 배경으로 용공, 친공이 국가의 기반을 곧바로 뒤흔드는 것으로 이해되었던 당시의 상황과 남북한의 UN동시가입, 6.15 남북정상회담, 금강산관광 등으로 표현되는 지금의 상황은 면밀하게 비교, 분석되어야 한다. 국가보안법 폐지논쟁은 어디까지나 입법론이다. 입법론은 당해 입법의 제정 당시 사회상황과 개폐논의를 행하는 현 시점의 사회상황을 면밀하게 비교, 분석하는 데에서부터 출발하여야 한다. 예컨대 제2대 국회에서 설득력 있게 전개되었던 조주영 의원의 논변이 50년의 시간이 지난 지금의 시점에서조차 마치 정지화면처럼 한 점의 변화 없이 여전히 의미를 가지는 것인가를 냉정하고도 솔직한 입장에서 검토하여야 한다.

과거의 상황

<sup>가장 중요한가?</sup> 국가보안법 폐지논쟁은 입법론적 과제이다. 우리 형법전의 제정과정에서 핵심적 역할을 담당하였으며 지금에 이르러 한국헌법의 아버지라고 일컬어지는 효

76) 헌법과 국가보안법의 관계에 관하여는, 한인섭, 권위주의 형사법을 넘어서, 144면 이하 참조.

당 엄상섭 선생은 “법이란 과거의 경험을 토대로 하여 미래의 현상에 적용될 것을 예상하고 제정되는 것”이라고 갈파한 바 있다.<sup>77)</sup> 효당 선생의 말은 국가보안법의 경우에도 그대로 적용된다. 국가보안법 폐지논쟁은 어디까지나 미래의 현상에 적용될 것을 예상하고 진행되어야 한다. 이제 본고를 마무리하면서 효당 선생의 다음의 글귀를 인용함으로써 국가보안법 폐지 논의에 참여하는 모든 사람들에게 논의의 기본자세를 점검해 볼 것을 권하고자 한다.<sup>78)</sup>

“법의 운영”에 대한 약간의 경험을 가질 수 있었던 필자가 선거구의 유권자들의 분외의 지원에 의하여 “법의 제정”을 담당하게 된 이후로 필자는 부단한 반성을 가해 가면서 이 중대한 과업[에] 완벽을 기하려고 하였다. 그러나 미력(微力)의 능히 미치는 바가 못 되었다.

“법의 운영”은 이미 제정된 법을 여건으로 하여 이것을 정당하게 이해하여 타당성 있게 적용하는 데 목적이 있었으므로 소여(所與)된 조건의 범위와 성격은 어느 정도로 명백하다고 할 수 있고 “악법도 또한 법이다” 하는 법격언을 내세우고서 책임회피를 할 수도 있었다. 그러나 “법의 제정”에 있어서는 “악법을 만든다”는 것은 절대로 피하여야 할 것이다.

77) 엄상섭, “신형법의 제정경위”, 조선일보 1953년 10월 11일, 12일, 13일 3회에 걸쳐 연재됨. 이 중 10월 12일자 참조.

78) 엄상섭, “입법과 헌법정신”, 육군법무감실, 『군사법연구』, 제17권(1952), 34면.

## 국가보안법에 관한 토론문

김상겸

동국대학교 법과대학 교수

### I. 논의의 초점

1948년 국가보안법이 제정된 이후 동법에 대한 논란은 한반도의 분단의 역사와 그 궤를 같이 할 정도로 지속되고 있다. 반세기가 넘는 국가보안법의 역사에서 많은 부분은 오욕의 역사였다고 할 수 있다. 지나간 세월 오랜 기간 권위정부 아래에서 정권을 뒷받침해 주는 법으로서 부정적인 이미지를 각인시켰고, 그와 함께 반인권법이란 주장 속에서 악법의 대명사로 불리기도 하였다. 그러나 이런 부정적 이미지와 오명 속에서도 다른 한편에서는 분단된 다른 한쪽의 불법성을 견제하고 국가의 안보와 국민의 안전을 지키는 법으로서 기능하였다는 긍정적 평가도 있었다.

1987년 오랜 기간의 권위정부의 시대가 막을 내리고 제9차 개정헌법 하에서 민주화가 가속되면서 국가보안법에 관한 논의는 새로운 국면을 맞게 되었다. 1988년 개원한 헌법재판소는 국가보안법의 여러 규정을 위헌 내지 한정합헌 결정을 내리면서 1991년 동법은 대대적인 개정의 길을 가게 된다. 물론 그 이후에도 지속적으로 국가보안법은 헌법재판소의 심판대상으로 위헌시비에 휩싸이곤 하였다.

이런 국가보안법의 존폐논란의 새로운 전기가 된 것이 올해 제17대 국회의 개원이다. 그동안 국가보안법의 존폐여부에 종지부를 찍으려고 하였던 이번 국회

는 국가인권위원회의 국가보안법 폐지권고와 함께 본격적인 동법의 존폐를 논하기 시작하였다. 국가인권위원회의 폐지권고 이후, 헌법재판소는 국가보안법의 일부 조항의 위헌여부 헌법소원심판에서 전원일치의 합헌 결정을 하였고, 대법원 역시 합헌 결정에 동참하였다. 그러나 대통령은 국가보안법의 폐지가 바람직하다는 입장을 견지하였다. 이렇게 국가기관 간의 의견차이가 극명하게 드러나고, 이슈가 되자 시민단체와 국민 사이에서도 존폐에 대한 찬반여론이 격렬하게 전개되었다.

물론 국가보안법은 국제사회에서도 이슈가 될 만큼 그동안 논란이 있었다는 점에서 가부간 이에 대한 정리가 있어야 한다고 본다. 그러나 우리가 이 시점에서 국가보안법에 관한 존폐의 논의를 함에는 일정한 기준이 있어야 한다는 것이다. 법의 존폐에 단순히 시대의 요구나 여론의 향배에 그 결과를 맡겨서는 안 된다. 왜냐하면 대한민국은 법치국가이고, 모든 법질서와 법체계는 민주적 법치국가의 질서 하에서 결정되어야 할 문제이기 때문이다.

### II. 국가보안법의 존폐논란과 그 근거

국가보안법을 바라보는 입장은 크게 나누어 세 가지라고 본다. 그 하나는 국가인권위원회가 주장한 것처럼 국가보안법의 제정과 개정 과정에 있어서 정당성 상실, 죄형법정주의와 행위형법 원칙에 위배, 사상과 양심의 자유 등 인권침해와 국보법 폐지 시 우려되는 공백에 대한 형법의 의율 기능 등으로 그 존립의 의의와 규범적 정당성이 상실되었다는 폐지론, 그렇지만 국가보안법의 목적이나 취지는 유효하기 때문에 인권침해적 독소조항을 폐지 내지 개정하자는 개정론, 마지막으로 국가보안법은 국가의 안보와 국민의 재산과 생명을 지키는 법으로서 정당하다는 존치론 등이다.

국가보안법에 대한 입장이 이렇게 여러 갈래로 갈리고 있으나, 세세한 부분에 들어가면 좀 더 복잡해진다. 폐지를 주장하는 측에서도 완전폐지 또는 폐지 후