

【자료】

국가보안법 제2조 및 제7조의 위헌성과 국가보안법 폐지의 당위성

— 국가보안법의 위헌 여부에 대한 민주주의법학연구회 의견서 —

사건: 2019헌바42 등 국가보안법 제2조 등 위헌확인

< 차 례 >

- I. 서론
- II. 국가보안법 제2조의 위헌성
 - 1. 국가보안법 제2조에 대한 헌법재판소 결정
 - 2. 반국가단체의 정의와 명확성의 원칙
 - 3. 북한을 반국가단체로 보는 것의 위헌 여부
 - 4. 국가보안법 제2조의 규정상 및 해석상 위헌성
- III. 국가보안법 제7조의 위헌성
 - 1. ‘이적’이라는 용어의 사용
 - 2. 제7조 제1항의 위헌성
 - 3. 제7조 제5항의 위헌성
 - 4. 제7조 제3항의 위헌성
- IV. 국가보안법 폐지의 당위성
 - 1. 국가보안법 제2조의 위헌성의 의미
 - 2. 국가보안법 제7조의 위헌성의 의미
- V. 결론

I. 서론

지금으로부터 불과 7년 전 헌법재판소는 국가보안법 제2조 제1항에 대해서는 각하 결정을, 국가보안법 제7조 제1, 3, 5항에 대해서는 합헌결정을 선고했다.¹⁾ 당시의 결정은 제2조와 제7조 제3항에 대해서는 재판관

전원일치였고, 제7조 제1항 중 “동조” 부분에 대해서는 재판관 김이수의 반대의견이 있었고(위헌), 제7조 제5항 중 “소지·취득”에 대해서는 재판관 김이수, 이진성, 강일원의 반대의견이 있었다(위헌). 그런데 우리 법학자들은 1990년에 헌법재판소가 처음으로 내린 국가보안법 제7조 등의 위헌 여부에 대한 결정(한정합헌결정),²⁾ 이 결정에 따라 국가보안법 제7조 등이 개정된 1991년 이후 여러 차례에 걸쳐 헌법재판소가 선고한 합헌결정들은³⁾ 모두 일정한 오류를 내포하고 있었고, 그 오류는 적어도 위헌법률심판 기능을 헌법재판소의 권한으로 두는 한 간과할 수 없을 정도의 심각성을 가진 것이었다고 생각한다. 국가보안법 규정 자체의 변화가 없었음에도 불구하고 불과 7년 전 합헌결정의 대상이 되었던 바로 그 조항들에 대하여 다시 여러 건의 위헌 의혹이 제기되었다는 자체가 이제껏 헌법재판소가 내려온 결정들이 많은 국민들을 설득하지 못했다는 것을 웅변하는 것이라고 생각한다.

1990년 국가보안법 제7조 등에 대한 위헌법률심판에서는 물론 그 이후 여러 차례에 걸쳐 제기된 위헌법률심판 또는 헌법소원심판에서 헌법재판소가 단 한 번이라도 적절한 결정을 선고했다면 사실 이 의견서는 쓸 필요가 없지 않았을까 싶다. 그리고 그 때 적절한 결정이 선고되었다면 국가보안법에 의하여 질식당해 온 한국 사회의 모습은 정치적으로는 물론 경제 사회 문화적으로도 매우 다른, 긍정적인 방향으로 변화했을 것이라고 우리는 확신한다. 그런 점에서 이 의견서의 시작을 가장 최근에 선고된 헌법재판소의 합헌결정에 대한 비판으로 시작하는 것은 하등 이상하지 않다는 점을 먼저 밝혀둔다.

헌법재판소는 적절한 결정을 선고하지 못했다. 심지어 헌법재판소의 결정은 단순히 기존 입법의 합헌성을 확인하는 데 그친 것이 아니라 미

1) 헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95·261, 2013헌가26, 2013헌바77·78·192·264·344, 2014헌바100·241, 2015헌가7(병합)

2) 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113.

3) 헌재 1990. 6. 25. 90헌가11; 헌재 1992. 1. 28. 89헌가8; 헌재 1996. 10. 4. 95헌가2; 헌재 1999. 4. 29. 98헌바66; 헌재 2002. 4. 25. 99헌바27 등; 헌재 2004. 8. 26. 2003헌바85 등; 헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95·261, 2013헌가26, 2013헌바77·78·192·264·344, 2014헌바100·241, 2015헌가7(병합)(각하 결정들은 제외함).

래의 개선 입법의 여지조차 막아버리는 것이었기에 더욱 유감스럽다. 비록 문제의 조항 중 일부에 대하여 재판관 1인(제7조 제1항 중 “동조” 부분)과 재판관 3인(제7조 제5항 중 “취득·소지” 부분)의 반대의견이 있긴 했지만, 다수의견의 설시는 조금의 망설임도 없이 국가안전보장의 우위와 이를 위한 국가보안법 규정들의 정당성을 매우 강한 어조로 선언하고 있기 때문이다. 그것은 마치 반박이 불가능한 공지의 사실을 확인하는 듯 어떤 문제 제기도 허용되지 않겠다는 선언처럼 보인다. 헌법재판소 다수의견의 태도가 이처럼 단호하니 많은 문제 제기에도 불구하고 국가보안법의 폐지는 물론 개정조차 매우 어려운 상황에 처하게 된 것이 아닐까 생각할 수밖에 없다. 1990년의 한정합헌결정과 이후 숱한 합헌결정들도 불구하고 여전히 국가보안법의 위헌성을 주장하는 수많은 사건들이 오늘날도 헌법재판소의 문을 두드리고 있는 것은 헌법재판소가 그런 단언과 확언으로 일관할 게 아니라 눈을 크게 뜨고 귀를 열어 국가보안법에 대한 문제제기를 진지하게 경청한 후에 진정으로 헌법 규정과 헌법 정신에 부합하는 결정을 내려줄 것을 기대하기 때문일 것임을 강조하면서, 의견서 작성에 들어가고자 한다.

이하에서는 국가보안법 제2조의 위헌성을 먼저 살펴보고(Ⅱ), 국가보안법의 핵심조항이라 할 제7조의 위헌성을 논증한 후(Ⅲ) 이들 조항의 위헌성의 의미가 결국 국가보안법 전체의 폐지를 요구하고 있음을 제시하고(Ⅳ) 간단한 결론과 제언으로 마무리할 것이다(Ⅴ).

Ⅱ. 국가보안법 제2조의 위헌성

1. 국가보안법 제2조에 대한 헌법재판소 결정

국가보안법 제2조와 관련한 청구인의 주장에 대하여 2015년에 헌법재판소는 다음과 같이 판시하면서 부적법각하하였다.

청구인 김○륜은 반국가단체 조항의 반국가단체에 북한이 포함된다고 해석하는 것이 헌법에 위반된다는 취지로 주장한다. 그러나 북한이 반

국가단체 조항의 ‘반국가단체’에 해당되는지 여부는 형사재판절차에서의 사실인정 내지 구체적 사건에서의 법률조항의 포섭·적용에 관한 문제일 뿐이므로, 위 청구인의 주장은 당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 개별적·구체적 사건에서 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다투거나 의미 있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다투는 것에 불과하여 현행의 규범통제제도에 어긋나는 것으로서 허용될 수 없다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117 참조).

따라서 위 청구인의 심판청구 중 반국가단체 조항에 대한 부분은 부적법하다.

사실 국가보안법 제2조 제1항을 심판대상으로 하고 있는 헌법재판 사건을 찾기는 쉽지 않다. 국가보안법 제2조 제1항은 ‘반국가단체’의 개념을 정의한 것으로서, 정의규정 자체가 어떤 기본권을 침해한다든지 하는 것을 상상하기는 어렵기 때문이다. 그러나 국가보안법상의 반국가단체 개념은 국가보안법이 규정하는 모든 범죄행위의 구성요건을 형성하는 것이어서 그 범위가 어디까지인지는 실천적으로 매우 중요한 의미를 갖는다. 비록 이 사건에서는 청구인이 국가보안법 제2조 제1항의 반국가단체에 북한을 포함시키는 것이 위헌이라는 취지로 주장했기 때문에 그런 방식의 한정위헌청구가 허용되는지가 문제가 되었지만, 시각을 좀 더 넓혀서 볼 경우 제2조 제1항의 반국가단체의 정의 규정 자체가 일정한 헌법 문제를 갖고 있지 않은가 하는 의문이 제기되는 것도 이상한 일이 아니다.

국가보안법 제2조는 국가보안법 전체의 전제가 되는 반국가단체에 대한 정의를 규정한 것인데, 이것이 과연 범죄의 구성요건으로 누구나 인식할 수 있을 정도로 명확한 내용으로 규정되어 있는지는 쉽게 단정할 수 있는 문제가 아니다. 어떻게 보면 이 규정은 반국가단체로 인정되기 위한 요건을 지나치게 추상적으로 규정한 것이어서 그 범위에 어떤 단체들이 포함되고 어떤 단체들이 포함되지 않는지를 특정할 수 없고, 따라서 이러한 개념이 국가보안법 소정의 여러 범죄들의 구성요건을 이루고 있는 경우에는 죄형법정주의에서 요구하는 명확성의 원칙에 위배된다는 의심을 충분히 할 수 있게 된다. 그러므로 헌법재판소로서는 제2조 제1항의 위헌 주장에 대해서 좀더 근본적인 관점에서 그 당부를 검토했어야 한다고

생각하기에, 이 의견서에서는 이 문제를 좀더 깊이 다루어보기로 한다.

2. 반국가단체의 정의와 명확성의 원칙

국가보안법 제2조는 반국가단체를 “정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체”라고 정의한다. 이에 따르면, 반국가단체의 개념요소 중 핵심은 ‘지휘통솔체제를 갖춘 단체’이며, 그 다음의 개념요소가 단체의 행태 또는 목적이다. 행태라는 것은 “정부를 참칭”하는 것으로 규정되어 있고, 목적은 “국가를 변란”하는 것으로 한정되어 있지만, 행태와 목적 중 하나만 충족하더라도 반국가단체로서의 성립에는 문제가 없다. 즉 지휘통솔체제를 갖춘 단체이기만 하면 국가변란을 목적으로 하지 않더라도 정부를 참칭하기만 하면 반국가단체이고, 지휘통솔체제를 갖춘 단체로서 정부를 참칭하지는 않지만 국가변란을 목적으로 하는 단체 역시 반국가단체이다. 문제는 ‘지휘통솔체제 + 정부 참칭’이나 ‘지휘통솔체제 + 국가변란 목적’을 갖춘 단체를 범죄의 구성요건이 되는 반국가단체로 볼 때, 죄형법정주의 등 헌법상의 원칙에 비추어 허용될 것인가 하는 점이다.

우선 지휘통솔체제의 의미에 대해서는 대법원이 다음과 같이 그 의미를 밝힌 바 있다.

국가보안법 제2조에 의하면 반국가단체는 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체를 말하는 것으로, 여기서 지휘통솔체제를 갖춘 단체라 함은 2인 이상의 특정 다수인 사이에 단체의 내부질서를 유지하고, 그 단체를 주도하기 위하여 일정한 위계 및 분담 등의 체계를 갖춘 결합체를 의미한다 할 것이다.⁴⁾

다음으로 ‘정부를 참칭’하는 것과 ‘국가변란’의 의미에 대해서도 살펴보자. 아래 대법원 판결은 구 국가보안법상의 반국가단체 규정에 대한 것이지만, 용어는 거의 동일하므로 참고할 수 있을 것이다.

4) 대법원 1995. 7. 28. 선고 95도1121 판결.

‘정부를 참칭한다’고 함은 합법적 절차에 의하지 않고 임의로 정부를 조직하여 진정한 정부인 것처럼 사칭하는 것을, ‘국가를 변란한다’고 함은 정부를 전복하여 새로운 정부를 구성하는 것을 각 의미하고⁵⁾

정부를 전복하여 새로운 정부를 구성하는 것이 국가변란이라면, 예컨대 정당으로서 선거 등을 통한 체제의 변혁을 목적으로 하는 경우에도 반국가단체에 해당할 여지가 전혀 없다고 하기는 어렵다. 나아가 정부 정책을 비판하고 관련된 선전·선동을 지속적으로 행함으로써 정부의 지지 기반을 무너뜨리고 동시에 정책을 넘어서는 체제 대안을 제시하면서 집권을 꾀하는 단체가 있다면, 이런 단체가 폭력적인 방법을 채택하지 않는다고 하더라도 반국가단체 개념에서 자유로울 수 있을지는 의문이다.

반면에 지휘통솔체제를 갖춘 단체로서 국가변란을 목적으로 하지 않더라도 정부를 참칭하기만 하면 자동적으로 반국가단체에 해당하게 되는데, 정부가 아니면서 정부임을 주장하는 것을 참칭이라고 한다면 그 목적과 관계없이 모두 반국가단체로 의율될 수 있게 된다.

이처럼 반국가단체라는 개념 자체가 일의적으로 해석될 수 있는 명확한 개념이 아니라는 점은 북한의 성격 문제와 관계없이 검토되어야 할 문제이다. 실제로 과거에 반국가단체로 인정되어 유죄판결이 확정되었던 단체들 중 재심을 통하여 반국가단체성이 부정되고 무죄판결을 받은 단체들이 있다는 것은 이를 웅변하는 사례이다.⁶⁾

이런 점들에 비추어볼 때, 반국가단체 개념은 국가보안법이 규정한 모든 범죄의 구성요건이자 전제가 되는 개념임에도 불구하고 죄형법정주의가 요구하는 명확성을 결여하고 있으므로, 그 자체가 위헌성을 면할 수 없을 뿐 아니라, 국가보안법 전체의 위헌성으로 이어질 수밖에 없다.

3. 북한을 반국가단체로 보는 것의 위헌 여부

다른 관점에서 살펴볼 문제는 현재 2014헌바100 결정의 청구인이 주

5) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008재도11 전원합의체 판결.

6) 진보당, 민청학련, 아람회, 인혁당계건위, 전국민주학생연맹(전민학련), 전국민주노동자연맹(전민노련) 등이 그 예이다.

장했던 것처럼 북한을 반국가단체로 보는 해석의 위헌 여부이다. 사실 반국가단체의 개념에 대한 문제제기는 이미 20년 전부터 이루어져 왔다. 특히 남북관계가 급진전했던 김대중 정부 시기에 등장했던 다음과 같은 문제 제기는 지금보아도 여전히 타당하다.

언제나, 당연히, 그리고 전제적으로 북한이야말로 반국가단체라는 것이다. 그렇다면 왜 북한은 당연히 과거에도 현재도 반국가 단체인가. 판결이나 결정이 정당하기 위해서는 적어도 우리 대한민국이 한반도에서 유일한 합법정부라는 것을 논증할 법적 논리가 있어야 한다. 그리고 북한을 반국가단체로 보는 경우 발생하는 평화통일조항(헌법 제4조)과의 논리적 모순을 어떻게 할 것인가에 대한 고민도 있어야 한다. 즉 양자가 충돌할 경우 어떤 기준과 목표를 우선하여 적용할 것인가에 대한 명백한 기준이 있어야 한다. 다른 한편 대한민국의 영토조항(제3조)과 통일지향조항(헌법 제4조)의 관계를 어떻게 해야 하는가 하는 점이다.

적어도 법적으로는 분단과 정부의 수립 그리고 유엔에의 남북한 동시가입이라는 역사적 상황을 어떻게 이해할 것인가에 대한 판단이 있어야 한다. 그리고 국제법상의 법원칙은 물론 국내법과의 법효력 충돌의 경우 어떠한 원칙에 의거하여 해결해야 하는가에 대한 판단기준이 있어야 한다. 특히 제3조와 제4조의 경우처럼 헌법조항간에 충돌이 일어날 경우에도 신법 우선 원칙을 적용해야 할 것인가에 대한 법원과 헌법재판소의 기준이 제시되어야 한다. 그런데도 법관이 법을 해석하거나 법을 발견함에 있어서 어떠한 기준으로 판단하고 있는지 알 수 없는 경우가 많다.⁷⁾

이런 문제 제기에 대한 1차적 답변은 일찌감치 헌법재판소에 의해 이루어졌다.

이는 현 단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어, 헌법 제4조가 천명하는 자유민주적 기

7) 김민배, “반국가단체의 개념과 역사적 과제”, 민주법학 제18호(2000), 132-133쪽.

본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 한편 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치로서, 전자를 위하여는 남북교류협력에관한법률 등의 시행으로써 이에 대처하고 후자를 위하여는 국가보안법의 시행으로써 이에 대처하고 있는 것이다.⁸⁾

그러나 헌법재판소의 위 결정은 “대화와 협력의 동반자임과 동시에 … 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음”이 “엄연한 현실”이라고 ‘선언’하고 있을 뿐 왜 그런지를 논증하고 있지 않다. 말하자면 이 엄연한 현실은 공지의 사실인 셈이다. 그러니 앞의 문제 제기는 이 결정에 의해서도 여전히 답을 얻지 못한 상태에서 나온 것이었다고 보아야 할 것이다. 좀 더 구체적인 답변은 위의 문제 제기가 있는지 8년 후, 앞서 본 헌법재판소 결정이 있는지 15년이 지난 후에 대법원에 의해서 제시되기는 했다.

기존의 남북합의서, 남북정상회담, 남북공동선언문 등과 현재 진행되고 있는 남북회담과 경제협력 등의 현상들만으로 북한을 국제법과 국내법적으로 독립한 국가로 취급할 수 없다. 남·북한 사이의 법률관계는 우리의 헌법과 법률에 따라 판단해야 하며, 북한을 정치·경제·법률·군사·문화등 모든 영역에서 우리와 대등한 별개의 독립된 국가로 볼 수 없다. 남·북한의 관계는 일정한 범위 안에서 “국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수 관계”(남북관계 발전에 관한 법률 제3조 제1항 참조)로서, 남·북한은 자주·평화·민주의 원칙에 입각하여 남북공동번영과 한반도의 평화통일을 추구하는 방향으로 (같은 법 제2조 제1항 참조) 발전하여 나아가도록 상호 노력하여야 하고, 우리 나라의 법률도 그러한 정신과 취지에 맞게 해석·적용하지 않으면 안 된다.

무릇 우리 헌법이 전문과 제4조, 제5조에서 천명한 국제평화주의와 평화통일의 원칙은 자유민주주의적 기본질서라는 우리 헌법의 대전제를 해치지 않는 것을 전제로 하는 것이다. 그런데 북한은 현시점에서 우리 헌법의 기본원리와 서로 조화될 수 없으며 적대적이기도 한 그들의 사회주의 헌법과 그 헌법까지도 영도하는 조선로동당규약을 통하여 북한의 최종 목적이 주체사상화와 공산주의 사회를 건설하는 데에 있

8) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바48.

다는 것과 이러한 적화통일의 목표를 위하여 이른바 남한의 사회 민주화와 반외세 투쟁을 적극 지원하는 정책을 명문으로 선언하고 그에 따른 정책들을 수행하면서 이에 대하여 변경을 가할 징후를 보이고 있지 않다. 그러므로 북한이 남북관계의 발전에 따라 더 이상 우리의 자유민주주의 체제에 위협이 되지 않는다는 명백한 변화를 보이고 그에 따라 법률이 정비되지 않는 한, 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하는 국가보안법이 헌법에 위반되는 법률이라거나 그 규범력을 상실하였다고 볼 수는 없고, ...⁹⁾

결국 북한의 반국가단체성을 뒷받침하는 것은 사회주의 헌법과 조선로동당규약의 선언에 따라 남한의 사회 민주화와 반외세 투쟁을 적극 지원하는 정책이 수행되고 있고 이에 대한 변경이 수행될 것 같지 않다는 것이다. 이유가 다소 장황하게 제시되긴 했지만 남북관계의 변화에도 불구하고 ‘북한은 여전히 변화하지 않았다’는 선언이 여전히 되풀이되고 있다.

한편 위의 대법원 판결에 따르면 북한의 반국가단체성은 정부 참칭이 아니라 국가변란의 목적 때문에 인정되는 것 같다. 이 판결은 북한의 반국가단체성과 관련한 법원의 태도를 가장 상세하게 묘사하고 있는 것임에도 이 판결에서 대법원은 정부를 참칭한다는 표현을 단 한 번도 사용하지 않았기 때문이다. 즉 법원이 보기에 북한은 “적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는”, 국가보안법식으로 말하면 “국가변란을 목적으로 하는” 반국가단체인 셈이다. 이러한 논리의 근거는 자유민주(주의)적 기본질서의 최우선성에 대한 확신이고, 이러한 확신의 역사는 이미 30년 전의 대법원 판결에서부터 확인된다.

“우리 헌법이 전문과 제4조, 제5조에서 천명한 국제평화주의와 평화통일의 원칙은 자유민주적 기본질서라는 우리 헌법의 대전제를 해치지 않는 것을 전제로 하는 것이므로, 아직도 북한이 막강한 군사력으로 우리와 대치하면서 우리사회의 자유민주적 기본체제를 전복할 것을 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있어 우리의 자유민주적 기본

9) 대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 전원합의체 판결.

질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황에서, 국가보안법이 북한을 반국가단체로 본다고 하여 우리 헌법이 천명한 국제평화주의나 평화통일의 원칙과 모순되는 법률이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, …”¹⁰⁾

아마도 대법원의 이러한 확신은 이 판결 직전에 선고된 헌법재판소의 한정합헌결정의 영향을 많이 받은 것으로 보인다.¹¹⁾ 하지만 헌법재판소의 이 결정에서는 헌법 전문과 제4조만 언급하고 있을 뿐 헌법 제5조는 전혀 인용하지 않고 있다는 것이 차이라면 차이이다. 평화통일의 원칙이 자유민주적 기본질서를 전제로 한다는 주장은 “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다”는 제4조의 규정을 염두에 둔 것으로 보이는 데 반하여, 국제평화주의조차 자유민주적 기본질서의 하위 범주로 포섭하는 것에 대해서는 설명이 필요해 보이지만, 대법원은 별도의 설명을 하지 않았다. 헌법 제5조 제1항은 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.”고 규정하고 있는데, 국제평화의 유지에 노력한다는 것은 국제사회의 확립된 규범이나 관행들을 존중한다는 의미로 보아야 한다. 주권국가만이 가입할 수 있는 유엔의 회원국이고 그 회원 자격은 남북한의 동시가입에 의해 획득된 것이며, 유엔 회원국들은 상호간에 그 주권을 존중해야 한다는 점을 고려한다면, 유엔 회원국인 대한민국이 같은 회원국인 북한을 독립국가로 인정하지 않고 “우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는” 반국가단체로 보는 것은 2차 대전 이후 유엔을 중심으로 구축되어 온 국제평화질서를 인정하지 않는다는 것을 의미하며, 이는 다시 “국제평화의 유지에 노력”한다는 헌법 제5조 제1항에 위반되는 것이라는 의문을 지울 수 없다.

10) 대법원 1990. 6. 8. 선고 90도646 판결.

11) 대법원 판결보다 불과 2개월여 전에 선고된 결정에서 헌법재판소는 국가보안법 제7조에 대하여 한정합헌결정을 선고하면서, “국가는 헌법이 수호하려는 최고의 가치인 자유민주적 기본질서(헌법 전문, 제4조, 제8조 제4항)를 전복하려는 언동 등에 대하여는 단호히 대처를 할 수밖에 없지만, … 헌법전문에 … 헌법 제4조의 평화적 통일지향의 규정(에서 말하는—필자) 통일은 대한민국의 존립과 안전을 부정하는 것은 아니고 또 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 것도 아니며 오히려 그에 바탕을 둔 통일인 것”이라고 언급한 바 있다. 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113.

나아가 2008년의 대법원 판결은 앞의 문제 제기 중 “적어도 우리 대한민국이 한반도에서 유일한 합법정부라는 것을 논증할 법적 논리”의 요구에 대해 명확한 답을 하지는 않았지만, “남·북한 사이의 법률관계는 우리의 헌법과 법률에 따라 판단해야 하며, 북한을 정치·경제·법률·군사·문화등 모든 영역에서 우리와 대등한 별개의 독립된 국가로 볼 수 없다.”고 못박음으로써 ‘북한이 독립국가가 아니라고 인정하기 위해서 유일합법정부 논리가 필요한 것은 아니다’라는 뜻을 우회적으로 표명한 것 같다. 결국 대법원의 입장은 “우리의 헌법과 법률에 따라” 판단한 남북관계에서 볼 때 북한은 독립국가가 아니라는 것인데, 우리 헌법상 북한을 독립국가가 아니라고 할 근거가 될 수 있는 유일한 조항은 제3조의 영토조항이므로,¹²⁾ 결국 대법원은 대한민국이 한반도에서 유일한 합법정부라는 논리에 입각해 있는데, 왜 그런지에 대해서는 아무 대답도 없이 또 다시 침묵한 것이다. 그리고 헌법 제3조와 제4조간의 충돌의 문제에 대해서는 국가보안법과 남북교류협력에 관한 법률의 목적과 대상이 다르기 때문에 상호 충돌의 문제가 아니라는 태도가 일찍부터 등장했다.¹³⁾

그러나 이러한 논리는 2010년 대법원 전원합의체 판결의 반대의견에서 적절하게 지적되었듯이, 공안담당기관이 “북한과 관련을 맺은 모든 사람에 대하여 일단 국가보안법 위반으로 수사를 개시할 수 있는 권한을 확보하게 되고, 그 중에서 정부의 정책에 호응하지 않는 반대자 등을 선별적으로 골라 수사와 처벌을 할 수 있는 과도한 권한을 행사함으로써 소수자·반대자를 억압하는 수단으로 오·남용될 위험”이 매우 크다.¹⁴⁾

12) 헌법 전문과 제4조는 북한을 평화적 통일의 상대방, 즉 대한민국과 통일을 해야 할 독립된 국가임을 전제로 하고 있다고 보아야 할 것이다.

13) “남북교류협력에 관한 법률은 남한과 북한과의 왕래, 교역, 협력사업 및 통신역무의 제공등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여 정당하다고 인정되는 범위안에서 다른 법률에 우선하여 적용하도록 되어 있어(동법 제3조) 이 요건을 충족하지 아니하는 경우에는 동법의 적용은 배제된다고 보아야 할 것이므로 국가보안법이 남북교류협력에 관한 법률과 상충되는 것이라 할 수도 없다.” 대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2419 판결.

14) 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 중 대법관 박시환의 반대의견.

4. 국가보안법 제2조의 규정상 및 해석상 위헌성

이상의 논의를 종합해보면, 반국가단체에 대한 정의를 담고 있는 국가보안법 제2조 제1항은 적어도 세 가지 측면에서 위헌성을 면하기 어렵다.

첫째, 북한의 성격 문제와 관계없이, 반국가단체라는 개념 자체가 일의적으로 해석될 수 있는 명확한 개념이 아니다. 이는 반국가단체로 인정되었던 판결들이 재심에 의하여 반복된 사례가 적지 않은 것을 보아도 알 수 있다. 이처럼 반국가단체 개념은 국가보안법이 규정한 모든 범죄의 구성요건이자 전제가 되는 개념임에도 불구하고 죄형법정주의가 요구하는 명확성을 결여하고 있어 그 자체가 위헌성을 면할 수 없다.

둘째, 헌법재판소나 대법원이 남북관계의 변화에도 불구하고 북한의 반국가단체성이 유지되어야 한다고 보는 이유는 ‘북한은 여전히 변화하지 않았다’는 것이 엄연한 현실’이라는 것인데, 이런 엄연한 현실은 선언되고 있을 뿐 논증된 바 없다. 더구나 아주 최근인 2021년에 북한이 조선로동당 8차 대회에서 당 규약을 개정하면서 규약 서문에 ‘남조선 혁명’ 노선을 표현했던 문장을 삭제했고, 이는 주목할 만한 변화이다. 당의 당면 목표로 “전국적 범위에서의 민족해방민주주의혁명 과업을 수행한다”라는 내용을 60여 년 만에 없애고, 이를 “전국적 범위에서 사회의 자주적이며 민주주의적인 발전을 실현한다”는 구절로 변경하였기 때문이다.¹⁵⁾ 이러한 변화의 의미에 대해서는 ‘적화통일 포기’라는 주장¹⁶⁾과 ‘위장평화전술’이라는 주장¹⁷⁾이 엇갈리지만 분명한 것은 북한 사회주의 헌법보다 상위규범으로 평가되는 조선로동당규약의 변경이 60년만에 있었다는 사실이고, 이 점만으로도 북한의 반국가단체성을 유지해야 한다는 논리의 중요한 근거를 무너뜨린 것이라고 볼 수 있을 것이므로, 적어도 2022년 현재의 시점에서는 이런 논리는 더 이상 유지될 수 없는 것이다.

15) BBC News 코리아, “북한, 통일 지향 포기? 노동당 규약 개정의 의미”, 2021.6.3.자, <<https://www.bbc.com/korean/news-57341417>>, 검색일: 2022.8.1.

16) 이기동, “북한의 8차 당대회 당규약 분석”, 국가안보전략연구원 이슈브리프 267호(2021.6.4.), 1쪽.

17) 오경섭, “개정 조선노동당 핵심 쟁점 분석”, 통일연구원 Online Series, 2021. 6. 9., 2쪽.

셋째, 헌법재판소나 대법원이 북한을 반국가단체로 보는 것이 평화통일 조항이나 국제평화주의 원칙과 충돌되지 않는다고 보는 근거는 평화통일이나 국제평화주의보다 더 우선되는 최고의 헌법가치가 자유민주적 기본질서라고 하는 확신에 있는 듯하다. 그러나 북한을 독립된 국가로서 인정하지 않는 한 평화적 통일의 원칙은 처음부터 실현 불가능한 것이다. 북한이 주권국가만이 가입할 수 있는 유엔의 회원국이라는 점을 무시한 채 북한을 독립된 국가로 인정하지 않는 것은 “국제평화의 유지에 노력”한다는 헌법 제5조의 국제평화주의 원칙을 명백히 위반한 것이어서 위헌성을 면하기 어렵다.

그러므로 헌법재판소는 국가보안법 제2조에 대한 문제 제기가 “당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 개별적·구체적 사건에서 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다투거나 의미 있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다투는 것”에 불과하다는 종래의 판단을 거두어야 한다. 그리고 반국가단체를 정한 제2조 제1항이 헌법에 위반된다고, 백보를 양보하더라도 북한을 반국가단체로 해석하는 것은 헌법에 위반된다고 선언하여야 할 것이다.

III. 국가보안법 제7조의 위헌성

1. ‘이적’이라는 용어의 사용

헌법재판소는 2015년에 국가보안법 제7조 제1항을 이적행위, 제3항을 이적단체, 제5항을 이적표현물 조항이라고 각각 지칭한 바 있다. 아마도 이는 1991년 개정 이전의 국가보안법 제7조에 “반국가단체를 이롭게 한”이라는 구절이 포함되어 있었고, 이를 ‘이적(利敵)’이라고 부른 데서 연유된 것으로 보인다. 그러나 헌법재판소의 한정합헌결정에 따라 개정된 국가보안법에서는 이 구절은 삭제되었고, 더 이상 ‘이적’이라는 용어를 사용할 근거는 적어도 법률상으로는 사라졌다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고

하고 법률의 위헌 여부를 판단할 권한과 책임이 있는 헌법재판소가 그 대상법을 소정의 어떤 행위를 지칭하면서 이미 폐지된 구절을 인용하여 부른다는 것은 그 자체만으로도 소정 행위에 대한, 또는 소정 행위의 처벌에 대한 선입견을 보여주는 것이 아닐까? 물론 이러한 용어법이 헌법재판소 고유의 작품인 것 같지는 않다. 1991년 개정 전이나 이후나 변함 없이 모든 심급의 법원들이 ‘이적’이라는 용어를 거침없이 사용하고 있기 때문이다. 그러나 국가보안법의 위헌 여부에 대한 결정 권한을 갖고 있는 헌법재판소로서는 반국가단체를 적과 동일시하고 제7조 소정의 행위를 모두 ‘적을 이롭게 하는’(利敵) 행위로 보면서 폐지된 용어를 그대로 사용하고 있는 법원을 따르기보다는 한발자욱이라도 더 진전된 모습을 보여주어야 하지 않나 하는 생각이 드는 것은 어쩔 수 없다. 왜냐하면 다소 과장으로 보일지는 모르겠지만, 이런 용어의 사용 자체가 이미 국가보안법의 합헌성을 전제하는 것이고(위헌법률심판 제청을 하지 않는 이상 법원으로서의 당연함), 따라서 헌법재판소의 결론은 이미 처음부터 예정되어 있었던 것이 아닌가 하는 의심을 불러일으키기에 충분하기 때문이다. 어찌면 이후 헌법재판소의 설시내용이 논증보다는 선언으로, 설득보다는 강변으로 일관하는 것은 이미 이런 용어 사용을 답습한 것의 당연한 논리적 귀결일 수도 있을 것이다.

구체적으로 헌법재판소가 이적이라는 용어를 사용한 것은 심판대상을 확정짓는 부분에서였다.

따라서 이 사건에서의 심판대상은 국가보안법(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것, 이하 같다) 제2조 제1항(이하 ‘반국가단체 조항’이라 한다.), 제7조 제1항 중 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 찬양·고무·선전 또는 이에 동조한 자’에 관한 부분(이하 ‘이적행위 조항’이라 한다.), 제7조 제3항 중 ‘제1항의 행위를 할 목적으로 하는 단체에 가입한 자’에 관한 부분(이하 ‘이적단체가입 조항’이라 한다.) 및 제7조 제5항 중 ‘제1항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·소지·반포·취득한 자’에 관한 부분(이하 ‘이적표현물 조항’이라 한다.)의 위헌 여부이며, 심판대상조항 및 관련조항의 내용은 다음과 같다.¹⁸⁾

헌법재판소는 당시 ‘이적행위 조항’, ‘이적단체가입 조항’, ‘이적표현물 조항’이라고 하여 ‘이적’이라는 용어를 사용하면서도, 왜 그렇게 표현하는지 그 이유를 밝히지 않았다. 이미 폐지된 법률에서나 그 근거를 찾을 수 있는 용어를 사용하면서 최소한의 이유조차 밝히지 않는 것은 헌법재판소 스스로 그 용어를 수용하고 있다는 의미로 받아들여질 수밖에 없다. 살인죄로 재판을 받고 있는 피고인에게 피고인이 아니라 ‘살인자’라고 부르며 재판을 진행한다면, 이걸 받아들일 수 있겠는가? 헌법재판소가 위설사에서 저지른 오류는 그 정도 크기의 오류이다. 공정한 재판은 그 내용뿐만 아니라 그 외양의 공정성까지도 요구한다.

2. 제7조 제1항의 위헌성

(1) 죄형법정주의의 명확성 원칙 위배 여부

2015년에 헌법재판소는 제7조 제1항 소정의 행위를 정한 내용이 명확성 원칙에 반하지 않는다는 것을 다음과 같이 설시하였다.

국가보안법을 개정하면서, 제1조 제2항을 신설하여 국가보안법을 해석 적용함에 있어서는 목적달성을 위하여 필요한 최소한에 그쳐야 하며, 이를 확대해석하거나 헌법상 보장된 국민의 기본권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니 됨을 명시하였고, 이적행위 조항에 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 초과 주관적 구성요건을 추가하였다. 이러한 개정을 통해 이적행위 조항이 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보하기 위하여 필요한 최소한의 범위에서 적용되어야 함이 명백해졌으므로, 더 이상 국가보안법의 입법목적을 일탈하는 확대해석이나 법적용에 있어서의 자의적인 판단은 허용되지 않게 되었다.

간단히 말하면 ‘개정 국가보안법은 제1조에서 해석·적용의 원칙을 명시하였고, 제7조 제1항에서는 초과주관적 구성요건도 추가하였으니, 확대

18) 헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95·261, 2013헌가26, 2013헌바77·78·192·264·344, 2014헌바100·241, 2015헌가7(병합) 결정 중 2.바. 부분.

해석이나 자의적인 판단은 허용되지 않는다’는 것이었다. 국가보안법을 적용하여 처벌하고자 하는 검사는 쌍수를 들어 환영하였겠지만, 피고인 또는 청구인의 입장에서는 ‘이게 뭐지?’ 할 수밖에 없었다. 왜냐하면 초과주관적 구성요건에 해당하지 않는 표현인데도 국가보안법의 확대해석과 자의적 판단 때문에 처벌받을 위기에 놓여서 이 사건 헌법재판을 제기한 것인데, ‘그럴 염려는 전혀 없으니 됐어!’라고 하였기 때문이다. 헌법재판소는 여기에 한 구절을 덧붙였다.

수범자들로서는 장기간 계속되어 온 남·북한 간의 대치상황과 국가의 안전, 국민의 생존과 자유를 확보하기 위하여 제정된 국가보안법의 입법목적(국가보안법 제1조 제1항) 등에 대한 이해를 바탕으로, ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다.’는 것의 의미가, 국론의 분열, 체제의 전복 등을 야기하거나 우리 헌법이 선언하고 있는 국민주권주의, 법치주의 등 민주주의의 근간을 흔드는 행위를 의미한다는 것을 쉽게 예측할 수 있다.

헌법재판소가 개정법에서 추가된 초과주관적 구성요건이라고 한 것의 의미가 “국론의 분열, 체제의 전복 등을 야기하거나 우리 헌법이 선언하고 있는 국민주권주의, 법치주의 등 민주주의의 근간을 흔드는 행위”라는 것을 수범자인 국민들이 모를 리 없다는 것이다. 그러나 보통의 수범자라면 “체제의 전복 등을 야기”라는 부분에서는 고개를 끄덕이라고 “쉽게 예측할 수 있”을지 몰라도, “국론의 분열 …을 야기”라는 부분에 대해서는 과연 어떤 국민이 고개를 끄덕일 수 있겠는가? 국론의 분열을 다른 말로 표현하자면 ‘특정한 주제에 관하여 지배적인 또는 다수의 주장과는 다른 주장들이 분출하는 상황’일텐데, 이것은 언론 출판 집회 결사의 자유의 보장을 통해서 헌법이 구현하고자 하는 우리 사회의 모습과 다르지 않고, 그렇다면 이를 형사처벌의 대상이 되는 범죄행위로 보는 것 자체가 지극히 반헌법적인 것 아닌가? 물론 위 결정을 선고하면서 헌법재판소가 의도적으로 이런 반헌법적 주장을 펼친 것은 아니겠지만, 최소한 헌법재판소의 실시 속에 이러한 모순이 존재하는 것은 부정할 수 없는 사실이다. 그리고 법률전문가들로 구성되어 공식적인 최종적 헌법해석권을 가지는 헌법재판소와 그 재판관들 스스로도 이런 착각을 할 정도로 국가보안

법 제7조 제1항은 수범자들이 그 의미를 알 수 있는 정도의 명확성을 결여하고 있고, 그 결과 법집행당국에 확대해석과 자의적 판단을 허용하는 결과를 초래할 것임은 명약관화하다.

그래서인지 헌법재판소는 또 한 번의 부연을 더했다.

그리고 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”의 의미에 대한 위와 같은 해석과 함께 북한이 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자이면서 우리나라의 자유민주체제에 위협을 가할 우려가 있는 반국가단체로서의 성격을 동시에 가지고 있다는 관점에서(헌재 1993. 7. 29. 92헌바48 참조) 이적행위 조항을 살펴보면, 그 의미는 더욱 분명해진다. 즉, 북한의 정책과 궤를 같이 하는 주장이라고 할지라도 남·북한의 교류 확대, 평화협정의 체결 등과 같이 협력의 동반자로서의 북한의 지위와 관련된 주장들은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 위험성이 전혀 없으므로, 이적행위 조항의 적용대상에서 제외된다. 또한, 통일·군사·안보 정책에 대한 건설적 비판, 남북상황, 대북정책 등에 대한 사적인 견해의 피력 역시 반국가단체로서의 북한의 활동을 찬양·고무·선전·동조하기 위한 목적으로 행해지는 것이 아니므로 이적행위 조항에 의해 처벌되지 아니함이 명백하다.(강조는 작성자)

이 설시를 통하여, 자칫 제7조의 적용대상이 될지도 모를 행위들이지만, 북한이 대화와 협력의 동반자이자 반국가단체라는 이중적 성격을 갖는다는 점을 고려하면, 밀출친 부분의 행위들은 그 적용대상에서 제외됨이 명백하다고 헌법재판소는 강변(또는 호소)하였다. 그러나 헌법재판소의 확인과는 달리, 어떤 표현이 “협력의 동반자로서의 북한의 지위와 관련된 주장”이고 어떤 것은 반국가단체로서 북한의 지위와 관련되는지, 어떤 견해가 “건설적 비판”이나 “사적인 견해”이고 또 어떤 것은 처벌대상이 되는 찬양·고무·동조 등이 되는지는 전혀 “명백”하지 않다. 국가보안법이 개정된 1991년 이전은 물론 그 이후에도 국가보안법 적용의 역사는 이를 옹변으로 실증하고 있다.¹⁹⁾

19) 국가보안법 제7조에 의해 처벌되는 표현의 전형적인 사례로는 연방제 통일 주장, 주한미군 철수 주장, 국가보안법 철폐 주장인데, 이들 표현에 대한 검찰과 법원의 법적용 논리는 1991년 개정 전후에 달라진 바 없다. 김종서, “국가보안

나아가 헌법재판소는, 정치적 표현에 대한 제한의 한계를 밝힌 것으로 알려진 미국 연방대법원의 판결²⁰⁾과는 전혀 배치되는 태도를 선언해 버렸다.

또한, 국가보안법이 보호하고자 하는 공익인 국가의 존립과 안보는 매우 중대한 법익일 뿐 아니라 일단 이에 대한 구체적인 침해가 발생한 후에는 회복이 불가능하거나 현저히 곤란할 수 있으므로, 국가보안법은 필연적으로 사전 예방적인 성격을 가질 수밖에 없다. 따라서 수범자로서는 찬양 등의 행위로 인한 위협이 시간적으로 아직 완전히 근접하지는 아니하였다고 할지라도, 국가안보 등에 대한 위협이 명백하다면 사전 예방적 측면에서 그 행위의 위험성을 인정하는 것이 국가보안법의 입법목적에 부합하는 것임을 충분히 알 수 있다. 대법원 역시 이러한 취지에서 국가보안법은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우에 적용된다는 점을 거듭 밝히고 있으므로(대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 판결; 대법원 2013. 2. 15. 선고 2010도3504 판결 참조), 더 이상 위험성이 의미하는 바에 대해 다의적 해석이 가능하다고 볼 여지도 없다.

국가안전은 일단 침해되면 돌이킬 수 없으니 국가보안법은 당연히 사전예방적 성격을 가질 수밖에 없고, 찬양 등의 행위로 인한 위협이 “시간적으로 아직 완전히 근접하지는 아니하였다고 할지라도,” 국가안보 등에 대한 위협이 명백하다면 사전 예방적 측면에서 그 행위의 위험성을

법의 적용논리 비판: 제7조를 중심으로”, 민주법학 제16호(1999), 63-89쪽 참조. 특히 주권자인 국민은 지상과제인 통일에 관해서 어떠한 방안이라도 제시할 수가 있는 것이고 연방제 통일방안 역시 그 중 하나에 불과하다는 점에서 연방제 통일 주장에 대해 국가보안법을 적용하는 것은 오히려 국민주권주의에 대한 도전이거나 그것의 포기 선언이라고 볼 수 있다.

- 20) “피고들이 즉각적인 불법 폭력행위를 선동했다면 당연히 처벌해야 한다. 그리고 그러한 행동을 취할 능력이 있고 그러한 행동의 발생이 이성적인 판단을 통해 예측된다면 처벌해야 한다. 그러나 폭력행위의 이론적 정당성을 주장하는 것까지는 처벌할 수 없다. 그러한 주장은 설사 궁극적으로 폭력혁명으로 이어진다 하더라도 구체적인 행동과는 시간적으로 너무나 거리가 멀어 처벌할 수 없는 것이다.” *Yates v. United States*, 354 U. S. 298(1957), 장호순, 미국 헌법과 인권의 역사: 민주주의와 인권을 신장시킨 명판결(개마고원, 1998), 123쪽.

인정하는 것이 국가보안법의 입법목적에 부합하는 것임을 수범자들이 충분히 알 수 있다는 것이다. 이는 헌법재판소 스스로의 견해를 수범자의 견해로 둔갑시키는 일종의 마법이다. 즉 행위로 인한 위협이 생기려면 한참의 시간이 지나야 하는데도, 그 행위가 국가안보 등에 대하여 야기하는 위협이 명백하다면 위협 발생 전이라도 제재가 필요하다는 것이다. 그러면서 “국가보안법은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 명백한 위협성이 있는 경우에 적용된다”고 한 대법원 판결을 근거로 동원하기까지 하였다. 그런데 이러한 판단 어디에도 제7조 제1항에 의하여 처벌되는 찬양·고무·동조 등 행위들이 국가안전에 야기하는 위협이 ‘명백하다’는 논증은 없다.²¹⁾ 그냥 그런 위협이 “명백하다”는 선언이 있을 뿐이다.²²⁾ 그 결론은 이러했다.

따라서 이적행위 조항의 내용이 불명확하여 수범자의 예측가능성을 해한다거나 법 집행기관의 자의적인 해석을 허용한다고 볼 수는 없으므로, 위 조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

앞서 언급했듯이 헌법재판소는 위의 실시들을 통하여 오히려 국가보안법 제7조 제1항의 “내용이 불명확하여 수범자의 예측가능성을 해한다”는 점과 “법 집행기관의 자의적인 해석을 허용한다”는 점을 생생히 보여주었다. 그러니 이 조항은 “죄형법정주의의 명확성원칙에 위배”된다.

(2) 표현의 자유 침해 여부

21) 김일성 등에 대한 찬양은 물론 연방제통일, 주한미군 철수, 국가보안법 철폐와 국가변란의 선전·선동에 해당하는 표현들, 즉 제7조하에서 예외없이 처벌될만한 행위조차 국가의 안전에 어떤 위험도 될 수 없다는 주장으로, 김종서, “국가보안법 폐지론: 제7조를 중심으로”, 공법연구 제29집 제4호(한국공법학회 편, 2001), 특히 170-174쪽 참조.

22) 이에 대해 대법원은 북한의 존재 자체를 ‘명백한 위협’으로 전제하고 있다고 보는 견해도 있다. 오동석, “국가보안법의 현재 상황과 폐지의 당위성”, 민주법학 제26호(2004), 112쪽. 이처럼 북한의 존재 자체를 명백한 위협으로 전제한다는 것이 사실이라면—사실로 보인다— ‘명백한 위협의 원칙’은 그저 국가보안법을 적용하여 처벌하는 것을 정당화하기 위한 공허한 수사에 지나지 않게 된다.

다음으로 헌법재판소는 이 조항으로 인하여 보다 직접적으로 제한되는 기본권은 표현의 자유라고 하면서 양심의 자유나 일반적 행동자유권 침해 여부에 대해서는 따로 판단하지 않겠다고 하고는, 표현의 자유 침해 여부를 과잉금지의 원칙에 따라 판단하였다.

1) 목적의 정당성과 수단의 적절성

당시 헌법재판소는 국가보안법 제7조 제1항의 입법목적이 정당하다고 선언하는 데 한 치의 망설임도 없었다.

이적행위 조항은 반국가단체나 그 구성원 등의 활동을 찬양·고무·선전·동조하는 행위에 대하여 적극적으로 대처하고 이를 척결함으로써, 반국가단체 또는 그 동조세력에 의한 민심의 교란, 국론의 분열 등 사회적 혼란을 미리 방지하고 위와 같은 세력에 의한 국가전복 등의 시도를 사전에 차단함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보하기 위한 것이므로, 이러한 입법목적은 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 국가안전보장 및 질서유지와 밀접하게 관련되는 것으로 그 정당성이 인정된다.

그리고 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전·동조하는 행위를 형사처벌하는 것은 이러한 목적을 달성함에 있어 적절한 수단이다.

예의 국론의 분열이 다시 등장했다. 전술했듯이 ‘특정한 주제에 관하여 지배적인 또는 다수의 주장과는 다른 주장을 하는 상황’을 국론의 분열이라고 본다면, 그런 상황 자체가 헌법이 보장하는 표현의 자유가 구현되는 상황이라고 할 수 있는데, 이를 “국가의 안전과 국민의 생존 및 자유”를 내세워 처벌하는 것이 정당한 입법목적이라고 하였으니, 자가당착이었다. 그런데 마지막 구절에서는 이러한 입법목적이 “국가안전보장 및 질서유지와 밀접하게 관련되”기만 한다면, 기본적 인권의 보장 취지 자체를 무시하더라도 정당하다고 하였다. 바로 국가안보지상주의가 화려하게 등판한 셈이었다.

2) 침해의 최소성

당시 헌법재판소가 가장 심혈을 기울인 부분은 바로 침해의 최소성 논

중 부분이었다. 사실 여기서도 논증은 등장하지 않지만, 과잉금지 원칙의 4요소 중 다른 것들에 대한 설시에 비하면 압도적으로 많은 분량을 피해의 최소성에 할애하였다. 우선 헌법재판소는 또 다시 초과주관적 구성요건을 내세우면서 남용의 위험이 없음을 강조하였다.²³⁾ 이에 대해서는 전술한 바 있으므로 재론하지 않겠다. 더 중요한 부분은 다음이다.

구체적 위험이 현존하지는 않더라도 그 위험성이 명백한 단계에서 반국가단체 등에 대한 찬양·고무·선전·동조 행위 등을 규제하는 것은 공권력을 시의적절하게 발동함으로써 국가의 안전과 존립, 국민의 생존과 자유를 보호하기 위한 불가피한 선택으로 결코 표현의 자유에 대한 지나친 제한이 아니다.

나아가, 남·북한의 관계는 남·북한의 정치적 상황의 변동, 동아시아의 정세 변화 등에 따라 시시각각 변화할 수 있어, 일견 심각해 보이지 않는 내부의 움직임도 이러한 외부상황의 변화와 맞물려 사회에 큰 혼란을 야기하고 국가의 존립을 위협하는 불씨가 될 수 있다. 이렇게 가변적인 남·북한의 관계 내에 항상 잠재적 위험이 존재하고 있음을 고려할 때, 이적행위 조항이 처벌대상으로 삼고 있는 ‘찬양’, ‘고무’, ‘선전’, ‘동조’ 등의 행위는 모두 국가의 안전이나 존립에 위협을 가하는 도화선이 될 수 있으며, 어느 하나 그 실질적 위험성이 적다고 단정할 수 없다.

이처럼 이적행위 조항의 처벌범위가 국가의 안전과 존립, 자유민주적 기본질서에 위해를 끼칠 위험성이 명백한 경우로 제한되고, 그 적용 범위나 이로 인한 기본권의 제한이 결코 과도하다고 볼 수 없는 이상, 이적행위 조항은 침해의 최소성 원칙에 반하지 아니한다.

“구체적 위험이 현존하지는 않더라도 그 위험성이 명백한 단계에서 ... 규제하는 것은 ...표현의 자유에 대한 지나친 제한이 아니”라고 함으로써, 명백하고 현존하는 위험의 원칙이 명백한 위험의 원칙으로 변경되었다. 이런 원칙의 변경을 뒷받침하는 논리는 “특수한 안보현실”, “시시각각 변화할 수 있”는 남·북한의 관계이었다. 그렇기에 “일견 심각해 보이지 않

23) “...초과 주관적 구성요건이 추가됨으로써, ... 위 조항이 단순히 정부의 정책에 반대하거나 제도개혁을 주장한다는 이유만으로 행위자를 처벌하는 수단으로 악용될 가능성은 거의 없다.”

는 내부의 움직임도” “국가의 존립을 위협하는 불씨”가 될 수 있으며, 제 7조 제1항 소정의 행위는 모두 “국가의 안전이나 존립에 위협을 가하는 도화선”이 될 수 있다고 하였다. 그러나 여기서 핵심은 바로 “명백한 위협”이다. 헌법재판소의 표현에 따르면 “위협하는 불씨”와 “위협을 가하는 도화선”이다. 그런데 이 불씨와 도화선이 마른짚더미나 폭발물에 연결되기까지의 시간은 고려할 필요가 없다는 것이었다. 즉 “현존하는” 위협일 필요는 없다. 그런데 과연 이 불씨와 도화선의 위협은 명백한가? 헌법재판소는 명백하다고 했다. 왜, 어떻게는 말하지 않았다. 왜일까? 명백하지 않기 때문이다. 요컨대, 백보를 양보하여 남북관계의 변화무쌍함과 특수한 안보현실을 고려하여 위협의 현존성까지는 요구되지 않는다 하더라도, 위협의 명백성은 반드시 논증이 되어야 하지만, 헌법재판소의 2015년 결정 어디에서도 그 명백성을 찾을 수는 없다. 명백성의 근거를 찾을 수 있는 것은 아마도 확대해석을 하지 말라는 국가보안법 제1조의 규정과 ‘피고인의 행위가 야기하는 국가안전에 대한 위협이 명백하다’는 법집행기관의 주장이나 판단일 가능성이 크다. 죄형법정주의는 실종되고 표현의 자유는 유린된다. 그것이 명백함에 대한 증명도 없이 명백한 위협의 원칙을 내세운 헌법재판소 결정의 필연적 결과이다.

3) 법익의 균형성

국가안보지상주의는 당연히 법익의 균형성 판단에서 표현의 자유에 비하여 국가안전의 압도적 우위로 귀결될 수밖에 없다.

이적행위 조항을 통하여 달성하고자 하는 국가의 존립과 안전, 국민의 생존과 자유라는 중대하고 긴요한 공익에 비하여, 개인이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위협성이 있는 찬양·고무·선전·동조행위를 할 수 없게 됨으로써 제한받는 사익이 결코 크다고 할 수 없으므로, 이적행위 조항은 법익의 균형성에도 반하지 아니한다.

이 설시에 따르면 국가안전에는 조건이 붙지 않는 반면, 기본권의 행사인 표현행위(찬양·고무·선전·동조)에는 “개인이 국가의 존립·안전

이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위협성이 있는”이라는 긴 한정구가 붙는다. 헌법재판소가 굳이 현실적으로 가능하지도 않고 실재하지도 않는 저런 한정구를 붙이는 것은, 헌법재판소 스스로도 표현행위가 무차별적으로 유린될 수 있다는 것을 알고 그 경우에는 법익의 균형성이 국가안보 쪽으로 기울 수 없다는 것을 알고 있기 때문이다.

(3) 헌법 제4조 및 제6조 위반 여부

헌법 제4조의 통일조항과 국제법 존중을 규정한 제6조 위반이라는 주장에 대하여 헌법재판소는 간단하게 일축해 버렸다.

그러나 이적행위 조항은 국가의 안전과 존립을 유지하기 위한 것일 뿐 UN 회원국의 하나인 북한의 국제법상 지위를 부정하고자 하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 국가의 안전보장이나 자유민주적 기본질서에 부정적인 영향을 미치는 행위를 처벌하는 것이 평화적 통일을 이루기 위한 국가적인 노력의 포기를 의미하는 것도 아니므로, 위 주장은 이유 없다.

헌법재판소는 국가보안법 제7조 제1항이 북한의 국제법상 지위를 부정하고자 하는 것이 아니라고 밝혔지만, 특정 국가를 범죄의 구성요건을 이루는 범죄조직이라 할 반국가단체로 보면서 그 주장을 찬양·고무·동조하는 행위를 처벌한다면 그것은 북한의 독립국가성을 부정하는 것이라고 밖에 설명될 수 없지 않은가?²⁴⁾

나아가 헌법재판소는 그러한 행위의 처벌이 평화적 통일을 이루기 위한 국가적인 노력의 포기를 의미하는 것도 아니라고 하지만, 평화적 통일은 상대방이 있는 것이고 우리의 경우 그 상대방은 바로 북한이며, 결국 통일을 위해서는 북한과의 대화 교류 협력이 필수적인데, 북한을 적대적인 반국가단체로 규정한다는 것은 곧 북한을 대화 교류 협력의 상대방으

24) 엄연히 대한민국의 영토인 독도를 자기네 것이라고 우기는 일본의 주장이 터무니없지만, 그런 일본의 주장에 찬성하는 사람을 처벌한다면 일본을 국제법상 대한민국과 평등한 주권을 가지는 국가로서 인정하는 것이라고 볼 수 있을까?

로 인정할 수 없다는 뜻을 공표한 것이며 따라서 그 자체로 평화적 통일을 위한 국가적인 노력의 포기라고 볼 수밖에 없다.

이처럼 모순적인 주장을 헌법재판소가 당당히 펼치는 논리적 근거는 북한의 이중적 성격론일 것이다. 끊임없이 체제 전복을 기도하는 반국가단체이면서 동시에 평화 통일을 위한 대화 교류 협력의 상대방이라는 이중성을 너무나 쉽게 인정했기 때문에 위와 같은 일축이 가능해지는 것이다. 북한의 이중적 성격을 최초로 명시한 헌법재판소 결정은 이렇게 설시한 바 있다.²⁵⁾

이는 현 단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어, 헌법 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 한편 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치로서, 전자를 위하여는 남북교류협력에관한법률 등의 시행으로써 이에 대처하고 후자를 위하여는 국가보안법의 시행으로써 이에 대처하고 있는 것이다.

그러면 그러한 이중성의 근거는 무엇일까? 그것은 놀랍게도 국가보안법과 남북교류협력에 관한 법률이라는 두 법률의 존재이다. 즉 북한을 반국가단체로 보는 국가보안법과 북한을 대화 교류 협력을 통한 통일의 상대방으로 보는 남북교류협력에 관한 법률이 동시에 존재하고 있기 때문에, 북한의 성격 역시 각 법률의 취지에 부합하는 두 개의 상반된 성격을 가질 수 있다는 것이다. 두 법률의 모순을 비판하는 주장에 대해서 두 법률의 존재를 그 모순의 정당화근거로 삼는 이 아이러니를 뭐라고 불러야 할까?

3. 제7조 제5항의 위헌성

25) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바48.

(1) 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부

헌법재판소는 명확성원칙 위배 여부와 관련하여 ‘문서’, ‘도화’, ‘표현물’, ‘소지’ 등의 용어의 명확성 여부에 관하여 검토한 후 다음과 같이 결론지었다.

이처럼 국가보안법의 입법목적, 이적표현물 조항의 규정 형식 등을 종합적으로 고려할 때, 이적표현물 조항에 의하여 처벌되는 행위가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악되기 어렵다거나 법관에 의한 법적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 있다고 보기 어려우므로, 이적표현물 조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 아니한다.

제7조 제5항의 명확성 원칙 위반 여부에 대해서도 헌법재판소는 제7조 제1항과 마찬가지로의 논리를 전개하였다. 즉 국가보안법 제1조의 확대해석 금지와 적용 한정 원칙과 1991년 법 개정을 통하여 제7조 제1항에 추가된 부분, 즉 “국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 이른바 ‘초과주관적 구성요건’에 의하여 일의적 파악이 어렵다거나 다의적 해석의 우려가 있다고 볼 수는 없다는 것이다. 이에 대해서는 제7조 제1항에 대해서 제시한 반박논리로 대신한다.

(2) 표현의 자유 및 양심의 자유 침해 여부

1) 목적의 정당성과 수단의 적절성 그리고 법익의 균형성

목적의 정당성과 수단의 적절성 및 법익의 균형성에 대한 판단은 다음과 같았다.

이적표현물 조항은 이적표현물을 이용하여 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 만드는 행위를 처벌함으로써 표현물의 제작, 유통, 전파 등으로 인한 사회의 혼란이나 국론의 분열 등을 방지하고 이를 통해 국가의 안전과 존립, 국민의 생존과 자유를 확보하고자 함에 그 입법목적이 있으므로, 이러한 목적에는 정당성이 인정된다.

또한, 다양한 형태로 존재하는 이적표현물은 전파가능성이 높고 특별히 폐기하지 않는 이상 계속적으로 존재하므로, 사전에 이에 대해 신속하게 대처함으로써 그 전파를 차단할 필요성이 크다. 따라서 이적표현물의 제작·소지·반포·취득행위를 형사 처벌하는 것은 이러한 입법목적을 달성하기 위한 적절한 수단이다.

...

이적표현물 조항을 통하여 실현하고자 하는 공익은 국가의 존립 및 안전, 국민의 생존 및 자유로 매우 중대한 반면, 위 조항에 의하여 일반 국민은 이적표현물을 이적행위를 할 목적으로 제작·소지·반포·취득할 자유만을 제한받게 되므로, 이적표현물 조항으로 인하여 제한되는 사익이 이를 통하여 달성하고자 하는 공익에 비하여 결코 크다고 할 수 없다. 따라서 이적표현물 조항은 법익의 균형성도 갖추었다.

국론 분열이 다시 등장하고, 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 내세워 국론 분열을 야기할지도 모를 표현물을 제작 반포 취득 소지하는 행위를 처벌한다는 목적이 정당하다는 것이나 표현의 자유에 대한 국가 안전의 압도적 우위 등 제7조 제1항에서 했던 논의가 그대로 적용될 수 있기에, 재론은 생략한다.

2) 침해의 최소성

제7조 제5항에 대한 판단에서 그 대상이 된 것은 “취득·소지”행위였는데, 제7조 제1항에서와 마찬가지로 여기서도 헌법재판소의 주된 관심은 침해의 최소성에 맞추어졌다. 그 논지는 두 갈래로 나누어진다.

① 남용위험성

첫째, 적용이 한정되어 남용 위험성이 없다는 것이다.

이적표현물 조항은 표현물의 제작·소지·반포·취득행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 한하여 적용된다. 이처럼 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성을 가진 경우만으로 그 처벌범위를 한정하고 있는 이상, 위 조항이 정부의 정책을 비판하거나 대북정책에 대한 의견을 제시하는 등 특정한 정치적 의견을 담고 있다

는 이유만으로 표현물의 전파를 억압하는 수단으로 남용될 위험성은 거의 없다.

헌법재판소는 이런 판시를 하면서 별도의 논거를 제시하고 있지는 않았는데, 그것은 제7조 제1항에서 보았듯이 제1조에서 확대해석 등을 제한하는 규정을 두고 있고 또 제7조 자체에서 이른바 초과주관적 구성요건을 설정해 두었기 때문이다. 법률이 그렇게 하지 말라고 명시하고 있기 때문에 법집행기관의 잘못된 해석이나 오남용은 결코 발생할 가능성이 없다는 것인데, 정말 그렇다면 위헌법률심판을 비롯한 헌법재판제도가 존재할 이유가 없다. 더구나 국가보안법 제7조의 어떤 규정에서도 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성을 가진 경우만으로 그 처벌범위를 한정”하고 있지는 않다는 것을 헌법재판소는 의도적으로 외면하였다. 제7조 제1항을 다시 한 번 살펴보자.

국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년이하의 징역에 처한다.

아마도 헌법재판소는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 구절을 객관적 구성요건과 초과주관적 구성요건의 결합이라고 이해한 듯 하다. 즉 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다”는 객관적 요건이 성립하고 동시에 행위자가 그렇다는 “정을 알면서” 그런 행위를 했어야 이 규정이 적용된다고 본 것이다. 그러나 실제 제7조 위반으로 기소되는 어떤 사건에서도, 검찰은 문제의 표현(찬양·고무·동조 등)이 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다”는 점을 증명한 적이 없고 그러려는 노력을 한 적도 없다. 검찰이 하는 일은 특정한 표현이 있었고, 그 표현이 반국가단체인 북한의 주장과 유사성이 있으며(찬양·고무·동조로 볼 수 있으며), 행위자도 북한이 그런 주장을 하고 있다는 것을 알고 있다는 점을 증명하는 것이 전부다. 검찰이 그렇게 하는 이유는, 즉

문제의 표현이 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다”는 점을 애써 증명하려고 하지 않는 이유는, 그 점을 증명하지 않더라도 유죄판결을 받아내는 데 아무런 문제도 없었기 때문이다. 말하자면 국가보안법 제7조의 적용논리—검찰이나 법원이나 동일하다—는, 행위자가 북한과 유사한 주장을 했다는 것 자체로 유죄의 증거가 완성된다고 본다는 것이다.²⁶⁾ 이런 상황에서 법률의 해석 적용 문제는 법원의 고유 권한이므로 헌법재판소가 관여할 사항이 아니라고 변명할 수 있을까?

② 취득·소지 행위의 위험성

둘째, 제7조 제5항이 규정하는 표현물의 취득·소지 행위도 반포·제작에 못지않게 위험할 수 있다고 하였다.

이적표현물 조항에서 이적표현물 소지·취득행위를 처벌하는 것은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위를 할 목적으로 소지·취득한 경우로 제한하고 있으며, 이러한 일정한 목적을 가진 소지·취득행위는 그 표현물의 이적내용에 대한 전파가능성을 배제하기 어렵다(헌재 2004. 8. 26. 2003헌바85등 참조). … 따라서 이적표현물을 소지하거나 취득하는 행위가 지니는 위험성이 이를 제작하거나 반포하는 행위에 비해 결코 적다고 보기 어렵다.

소지·취득행위의 처벌은 일정한 목적을 가진 경우에만 이루어지는 것이며, 그런 목적이 있으면 그 위험성, 즉 전파가능성이 제작·반포에 못

26) “대법원은 행위자에게 이적행위를 할 목적이 있었다는 점을 검사가 증명하여야 한다고 하면서도, 행위자에게 이적행위 목적이 있음을 증명할 직접증거가 없는 때에는 표현물의 이적성의 징표가 되는 여러 사정들에 더하여 피고인의 경력과 지위, 피고인이 국가보안법 제7조 제5항 소정의 행위를 하게 된 경위, 피고인의 이적단체 가입 여부 및 이적표현물과 피고인이 소속한 이적단체의 실질적인 목표 및 활동과의 연관성 등 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다고 하고(대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 참조), 그 밖에 행위자가 이적행위를 할 구체적인 계획이나 의사를 가지고 있는지 여부는 명시적으로 고려하지 않고 있다.” 헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95·261, 2013헌가26, 2013헌바77·78·192·264·344, 2014헌바100·241, 2015헌가7(병합) 중 김이수, 이진성, 강일원의 반대이견.

지 않게 크다는 것이다. 과연 제7조 제5항에서 정한 표현물의 소지·취득행위가 오로지 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위를 할 목적”이 있는 경우에만 처벌되는 것일까? 제7조 제5항을 다시 한 번 살펴보자.

제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.

여기서 말하는 제1항의 행위는 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 하는 찬양·고무·동조 등 행위’이고, 제3항은 “제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.”고 하고 있으므로 제3항의 행위는 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 하는 찬양·고무·동조 등 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입하는 행위’이며, 제4항은 “제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위 사실을 날조하거나 유포한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.”이므로 제4항의 행위는 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 하는 찬양·고무·동조 등 행위를 목적으로 하는 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포하는 행위’이다. 그런데 방금 보았듯이 제1항은 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서” 하는 찬양·고무·동조 등을 처벌할 뿐 그 행위가 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다”는 것을 요구하지는 않으며, 검찰이나 법원 역시 제7조 제1항의 적용 여부를 판단할 때 그 점의 증명을 요구하지 않는다. 그러면 제3항과 제4항 그리고 문제의 제5항에서 말하는 목적 역시 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게” 할 목적이 아니며, 단순히 그런 행위, 즉 찬양·고무·동조, 단체의 구성과 가입, 허위사실의 날조·유포를 할 목적에 불과한 것이다. 그러나 “표현물의 제작·소지·반포·취득행위가 국가의 존립·안

전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우에 한하여 적용된다”는 헌법재판소의 판단은 근거 자체를 상실하게 된다. 그리고 보면 침해의 최소성에 관한 설시 중 마지막 부분은 일말의 진실을 담고 있다.

이적표현물의 소지나 취득행위가 다른 행위에 비해 이적표현물의 전파 가능성이나 국가와 사회질서에 위험을 야기할 실제적 위험성이 현저히 낮다고 단정할 수 없는 이상, 이적표현물 조항이 이적표현물의 제작·소지·반포·취득행위를 모두 처벌하는 것을 필요 최소한을 넘어서 양심의 자유나 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다. 따라서 이적표현물 조항은 침해의 최소성 원칙에 위배되지 아니한다.

표현물의 소지·취득도 그 위험성이 제작·반포에 비해 현저히 낮다고 할 수 없기 때문에 모두 다 처벌하더라도 침해의 최소성 원칙에 위배되지 않는다는 것이다. 하지만 그것은 위험성의 고저에 따른 평가때문이 아니라 처음부터 위험성에 대한 평가가 필요하지 않기 때문에 행위 태양에 따라 처벌을 차별화할 이유가 없는 것이다. 이런 관점에서 본다면 이 마지막 구절은 국가보안법 제7조의 적용에는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성”이 고려될 이유가 없다는 선언에 가깝다.

이런 태도는 표현물의 취득·소지 행위도 반포·제조 행위 못지 않은 위험성을 갖고 있으므로, 취득·소지 행위에 대해서도 제7조 제5항이 정한 다른 행위태양과 동일한 형벌을 규정했다 하더라도 그것이 책임과 형벌의 비례원칙에 위반된다고 볼 수는 없다는 입장으로 이어진다.

(3) 무죄추정의 원칙 등 위배 여부

이적표현물 조항이 사실상 이적행위를 할 목적을 추정하는 것으로 헌법 제12조의 적법절차의 원칙 및 헌법 제27조의 무죄추정의 원칙에 위배된다는 주장에 대해 헌법재판소는 이렇게 판시하였다.

앞서 살펴본 것처럼 대법원은 일관되게 이적행위를 할 목적에 대한 입증책임을 검사에게 부담시키면서, 행위자가 이적표현물임을 인식하고 표현물의 제작·소지·반포·취득 등의 행위를 하였다는 사실만으로는 행위자에게 이적행위를 할 목적이 있다고 추정해서는 안 된다고 판시하고 있으므로(대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 판결 참조), 이적표현물 조항이 사실상 이적행위를 할 목적을 추정한다는 것을 전제로 하는 위 청구인들의 주장은 이유 없다.

헌법재판소는, 대법원이 일관되게 이적행위를 할 목적에 대한 입증책임을 검사에게 부담시키고 이적표현물이라는 인식과 이적표현물 취득 소지 등 행위를 했다는 사실만으로 이적행위를 할 목적이 있다고 추정해서는 안 된다고 판시했다는 점을 들어 청구인의 주장을 배척하였다. 그런데 과연 검사는 이적행위를 할 목적에 대한 입증을 어떻게 하고 있을까? 과연 행위로부터 목적을 추정하는 일은 전혀 없을까? 이 점을 같은 사건의 반대의견에서는 이렇게 지적하고 있다.

대법원은 행위자에게 이적행위를 할 목적이 있었다는 점을 검사가 증명하여야 한다고 하면서도, 행위자에게 이적행위 목적이 있음을 증명할 직접증거가 없는 때에는 표현물의 이적성의 징표가 되는 여러 사정들에 더하여 피고인의 경력과 지위, 피고인이 국가보안법 제7조 제5항 소정의 행위를 하게 된 경위, 피고인의 이적단체 가입 여부 및 이적표현물과 피고인이 소속한 이적단체의 실질적인 목표 및 활동과의 연관성 등 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다고 하고(대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 참조), 그 밖에 행위자가 이적행위를 할 구체적인 계획이나 의사를 가지고 있는지 여부는 명시적으로 고려하지 않고 있다.

핵심은 이적행위의 목적을 증명하는 직접증거가 없을 때에는 “간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다”고 한 부분이다. 이런저런 사실을 제시하면서 ‘이로 미루어 행위자에게는 이적행위의 목적이 있었다고 볼 수 있다’고 하면 된다는 뜻이고, 실제 제7조 제5항 위반 사건에서 검사들은 그렇게 기소를 하고 있고, 법원은 그것을 묵인해 왔다. 이를 분명하게 보여주는 예는, 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약 위원회가 국가

보안법 위반으로 대법원에서 유죄판결이 확정된 박태훈씨²⁷⁾가 제기한 통보에서 밝힌 내용이다.

위원회는 통보자에 의한 표현의 자유 행사로 인하여 일어났다는 위협의 정확한 성격을 당사국이 구체적으로 제시하는 데 실패했으며, 당사국이 내세운 어떠한 주장도 제19조 제3항에 따라서 통보자가 표현의 자유를 누릴 권리를 제한하는 데 충분하지 않다고 판단한다. 위원회는 통보자에게 유죄를 선고한 법원의 판결문들을 세밀히 검토하였으나, 이들 판결문 및 당사국의 주장 어느 것도 통보자에 대한 유죄판결이 제19조 제3항에서 말하는 정당한 목적들 가운데 하나를 보호하기 위해 필요한 것이었음을 증명하지 못했음을 확인한다.²⁸⁾

특히 이 사건에 적용된 것은 현재보다 훨씬 광범위한 행위를 처벌하도록 되어 있던 구 국가보안법 제7조였는데도 이런 결정이 내려졌음에 주목해야 한다. 즉 이 사건의 대법원 판결에 따르면 국가보안법이 적용된 표현에는 고려연방제 통일, 주한미군 철수, 국가보안법 철폐 등 제7조가 적용되는 전형적인 사례들이 모두 포함되어 있었지만, 유엔인권위원회는 “통보자에 의한 표현의 자유 행사로 인하여 일어났다는 위협의 정확한 성격을 당사국이 구체적으로 제시하는 데 실패했”다고 밝히고 있는 것이다. 이 정도면 거의 대한민국 사법부에 대한 파산선고가 아닐까? 그러나 이런 국제사회의 지적에 부끄러워하기는커녕 확대해석과 남용을 금지한다는 조항이 신설되고 초과주관적 구성요건이 추가된 1991년 국가보안법 개정 이후에도 검찰이나 법원의 태도는 거의 변함이 없다. 이를 단적으로 보여주는 대법원판결은 이렇게 판시하고 있다.

“피고인은 판시와 같이 북한의 대남적화선전활동에 따른 연방제 통일방안

27) 대법원은 제미 한국청년연합(한청련)에서 활동한 박태훈씨에 대한 국가보안법 제7조 위반사건 상고심에서, 한청련은 연방제통일을 강령으로 하는 등 이적단체이며, 박태훈씨는 한청련에 가입하여 활동하면서 ‘주한미군 철수’ 등을 주장하여 반국가단체인 북한공산집단에 동조한 것이라고 판시하여 유죄판결을 확정 한 바 있다. 대법원 1993. 12. 24, 93도1711 판결.

28) 조용환, “국가보안법 제7조가 국제인권규약에 위반한다는 유엔인권이사회의 결정문”, 민주법학 제15호(관악사, 1999), 389쪽.

의 추진, 평화협정의 체결, 국가보안법 및 국가안전기획부법 폐지, 재벌해체, 주한미군 철수, 군비축소, 한미행정협정과 한미방위조약 등의 파기 등을 주장하고 … 더 나아가 피고인 등이 추진하였던 ‘범민족대회’는 … 북한공산집단에 의해 우리의 국론분열 및 내부교란책 또는 통일전선전술 등의 적화통일전략에 악용되어 왔고, 피고인도 그러한 사정을 인식하면서도 … 판사와 같은 자료집을 제작, 반포한 사실을 알 수 있는바, 피고인이 이 사건 각 자료집을 제작, 반포하게 된 동기 및 목적과 그 경위 등 제반 사정을 종합하여 보면 위와 같은 표현물의 내용은 국가보안법의 보호법익인 국가의 존립, 안전과 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현이라고 보지 않을 수 없고, … 뿐만 아니라 국가보안법 제7조 제5항에서의 목적은 제1항, 제3항 또는 제4항의 행위에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 필요 없고 미필적 인식으로 족한 것이므로, … 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 제작, 반포하였다면 그 행위자에게는 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식은 있는 것으로 추정이 되는 것이고,²⁹⁾

우선 법원은 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 내용이라고 규정짓는 근거로서 “자료집을 제작, 반포하게 된 동기 및 목적과 그 경위 등 제반 사정”을 들고 있다. 즉 표현물의 내용이 왜 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는지에 대해서는 아무런 판단도 하지 않은 채 논리비약을 행하고 있는 것이다. 더 나아가 법원은 북한이 이러한 표현을 “우리의 국론분열 및 내부교란책 또는 통일전선전술 등의 적화통일전략에 악용”해왔다는 점을 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 또다른 근거로 제시하고 있다. 즉 표현의 위험성 판단이 북한의 의도에 좌우된다는 것이다. 여기서 우리는 한편으로는 누구든 마음에 들지 않으면 집어넣을 수 있다는 오만을, 다른 한편으로는 특정인이나 특정단체의 주장이라면 그 내용과 관계없이 그것은 이적표현이라고 하는 편견을 볼 수 있다. 또한 위 판결에서 법원은 “반국가단체인 북한을 이롭게 한 것”이면 곧 “대한민국의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게” 한다고 보았다. 즉 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 인식’을 ‘반국가단체나 그 활동을 이롭게 하거나 그 이익이 될 수 있다는

29) 대법원 1996. 12. 23, 95도1035 판결.

인식'으로 바뀌놓고 있는 것이다. 여기서 우리는 개정 국가보안법 제7조가 폐기했던 “반국가단체를 이롭게 한다.”는 부분이 화려하게 부활하고 있음을, 즉 법원이 국가보안법을 해석·적용한 것이 아니라 새로운 구성요건을 창설하는 입법행위를 했음을 발견하게 된다.³⁰⁾

더구나 제7조 제5항은 목적범으로 규정되어 있음에도 불구하고 적극적인 의욕이나 확정적 인식까지는 필요없고 미필적 인식으로 충분하며 이적표현물이라는 인식을 하면서도 이를 제작, 반포하였다면 그 행위자에게는 위 표현물의 내용과 같은 이적행위를 할 목적이 있는 것으로 추정된다고 하여, 목적범 요건을 완전히 무력화시켜 버리고 있다. 더더욱 문제는 이처럼 해석의 형식을 빌려서 자행된 터무니없는 사법권 남용이 상상 이상으로 오랜 기간 동안 확고한 판례로 추앙받았다는 것이다.³¹⁾

그럼에도 불구하고 더 큰 문제는 헌법재판소가 개정 국가보안법 제7조의 위헌 여부를 판단하면서 다시 법원의 주장에 의거하였다는 것이다. 법원이 저지른 권력 남용이 헌법재판소에 의해 재차 원용 반복된 것이다. 이런 점들을 고려해보면, 이적표현물 조항은 “표현물의 제작·소지·반포·취득행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위헌성이 있는 경우에 한하여 적용”되어서, “정부의 정책을 비판하거나 대북정책에 대한 의견을 제시하는 등 특정한 정치적 의견을 담고 있다는 이유만으로 표현물의 전파를 억압하는 수단으로 남용될 위험성은 거의 없다”는 헌법재판소의 판시는 어불성설이라고 할 수밖에

30) 김중서, “국가보안법의 적용 논리 비판”, 76쪽.

31) 위의 판결은 1996년 판결이지만, 같은 취지의 판결이 처음 나온 것은 1992년 전원합의체 판결이었는데(대법원 1992. 3. 31. 선고 90도203), 이런 터무니 없는 판결이 무려 20년 가까운 시간이 지난 2010년에 와서야 비로소 폐기되었다. “이적표현물임을 인식하면서 취득·소지 또는 제작·반포하였다면 그 행위자에게는 위 표현물의 내용과 같은 이적행위를 할 목적이 있는 것으로 추정된다는 취지로 판시한 대법원 1992. 3. 31. 선고 90도203 전원합의체 판결, 대법원 1996. 12. 23. 선고 95도1035 판결, 대법원 1997. 6. 13. 선고 96도2606 판결, 대법원 1997. 10. 24. 선고 96도1327 판결, 대법원 1999. 12. 7. 선고 98도4398 판결, 대법원 2000. 5. 26. 선고 98도4101 판결, 대법원 2002. 11. 22. 선고 2002도2246 판결과 그 밖에 이 판결의 견해와 다른 대법원 판결들은 모두 이 판결의 견해에 배치되는 범위 안에서 이를 변경하기로 한다.” 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결.

에 없을 것이다.

4. 제7조 제3항의 위헌성

2015년에 헌법재판소는 제7조 제3항에 대해서 표현의 자유와 결사의 자유 침해를 중심으로 살펴보고 양심의 자유에 대해서는 따로 검토하지 않았다.

(1) 목적의 정당성

표현의 자유와 결사의 자유 침해 여부를 살펴보면 처음에 입법목적의 정당성을 판단하는 대목이 나오는데, 이 대목은 제7조 제1항이나 제5항과는 논리전개 방식이 달랐다.

이적단체가입 조항의 입법목적은 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전·동조하거나 국가변란을 선전·선동하는 행위를 목적으로 하는 이른바 이적단체에 가입하는 행위를 처벌함으로써, 단체활동을 통한 국가전복의 위험, 민심의 교란, 국론의 분열 등을 방지하고 이를 통해 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보하고자 함에 있으므로, 이러한 입법목적에는 정당성이 인정된다.

즉 제3항은 국가의 존립안전과 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 위험성이 있는 (단체의) 활동을 처벌하는 것이 목적이 아니라 그런 단체를 구성하거나 그에 가입하는 행위 자체를 처벌하는 것을 목적으로 한다는 것이다. 말하자면 위험은 단체활동을 통해서 발생하게 되지만, 금지와 처벌은 활동 이전의 단체 구성 가입 단계에서 이루어진다는 것이다. 찬양 고무 등의 행위로 인한 위험성이 시간적으로 멀리 있더라도 사전예방적으로 그러한 행위를 금지 처벌한다는 제7조 제1항의 논리와 동일한 논리처럼 보이지만, 중대한 차이가 있다. 찬양 고무 등 행위에는 국가보안법이 예방하려고 하는 일정한 위험성이 내포되어 있는 반면, 단체의 구성 가입 행위에서는 그러한 위험성을 포착해낼 수는 없다는 점이다. “국가전복의 위험, 민심의 교란, 국론의 분열”이라는 위험은 단체의 활동을 통해서만 발생할 수 있는 것인데, 단체의 활동 이전 단계에서 원천적으로 차

단하겠다는 것이다. 과연 이러한 목적을 정당하다고 할 수 있을까?

(2) 수단의 적절성

목적의 정당성에 대한 무리한 인정의 문제점은 곧바로 수단의 적절성 판단에서도 드러났다.

단체의 활동은 조직적으로 이루어져 개개인의 활동에 비해 사회에 미치는 영향이 크고, 그 활동이 과격해지거나 폭력성을 가지게 될 위험성도 있으므로, 국가의 안전이나 질서 유지를 위해 이적단체에 가입하는 행위 자체를 단순한 이적활동에 비하여 가중하여 처벌하는 것은 위와 같은 입법목적에 달성함에 있어 적절한 수단이다.

제7조 제1항의 활동보다 단체 가입을 더 가중처벌하는 것이 적절한 수단이라고 보면서 그 이유로 “단체의 활동은 …개개인의 활동에 비해 사회에 미치는 영향이 크고, 그 활동이 과격해지거나 폭력성을 가지게 될 위험성도 있”다는 점을 제시하였다. 그러나 앞서 보았듯이 제7조 제3항의 목적은 “단체활동을 통한 국가전복의 위험, 민심의 교란, 국론의 분열 등을 방지하고 이를 통해 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보하고자 함”이므로, 당연히 이러한 목적을 위한 수단 역시 그런 ‘위험과 교란과 분열’을 가져오는 활동을 규제하는 것이어야 하고, 그럴 경우에만 기본권 제한입법의 목적 달성을 위한 적절한 수단으로 인정될 수 있다.

(3) 침해의 최소성

침해의 최소성에 대해서는 헌법재판소가 다음과 같은 판단을 내렸다.

이적단체가입 조항 위반죄는 이적행위 조항이 정한 이적행위를 목적으로 하는 단체에 가입함으로써 성립한다. 여기서 이적단체라 함은 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동하는 행위를 목적으로 하여 특정 다수인이 결성한 계속적이고 독자적인 결합체를 가리키며, 이적성을 가지고 있더라도 조직적 결합체에 이르지 못한 때

에는 이적단체에 해당하지 아니한다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도 7257 판결 참조). 또한, 그 단체가 주장하는 내용, 활동 내용, 반국가단체 등과 의사 연락을 통한 연계성 여부 등을 종합하여 그 단체가 실질적으로 이적행위 조항이 정한 활동을 그 단체의 목적으로 삼았어야 할 뿐 아니라, 그 단체의 실제 활동에서 그 단체가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성을 가지고 있어야 한다(대법원 2008. 4. 17. 선고 2003도758 판결; 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 판결 참조). 이처럼 이적단체가입 조항이 ① 계속적이고 독자적인 결합체일 것, ② 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전·동조하거나 국가변란을 선전·선동함을 실질적인 목적으로 삼을 것, ③ 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성이 인정될 것이라는 엄격한 요건 하에서만 적용되는 이상, 위 조항이 정부가 특정한 정치적 의사를 표현하는 단체의 활동을 억압하는 수단으로 남용될 위험성은 거의 없다.

조직력을 갖추고 있는 단체는 상황이 변화할 경우 개인에 비해 체계적으로 활동할 수 있고, 활동의 파장이나 영향력 역시 개인에 비해 훨씬 크기 때문에 이적단체는 언제라도 국론 분열이나 사회 혼란을 야기하는 기폭제가 될 수 있다. 이적단체가 국제 정세 등의 변화로 인하여 남·북한 관계가 악화되는 상황을 이용하여 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전·동조하거나 국가변란을 선전·선동하는 등의 행위를 개시하는 경우에는 견잡을 수 없는 사회적 혼란이 야기될 가능성이 있다. 그러므로 이적단체가입 조항이 적시에 형벌권을 발동함으로써 국가의 존립과 안전을 수호하기 위하여 단체에 가입한 행위 자체를 처벌하는 것은 결코 표현의 자유나 결사의 자유에 대한 지나친 제한이 아니다. 따라서 이적단체가입 조항은 침해의 최소성에 반하지 아니한다.

여기서 등장하는 세 개의 대법원판결 중 둘은 전원합의체 판결(2003도 758; 2010도1189 판결)이다. 헌법재판소는 이적단체가입조항은 “엄격한 요건 하에서만 적용되는 이상, 위 조항이 정부가 특정한 정치적 의사를 표현하는 단체의 활동을 억압하는 수단으로 남용될 위험성은 거의 없다”고 했지만, 이런 예측 또는 바람은 앞의 사건(2007도7257)에서만 주효했다.³²⁾ 두 건의 대법원 전원합의체 판결은 그렇게 엄격한 요건을 적용했

32) 일심회는 이적단체에 해당하지 않는다고 판결했음.

음에도 불구하고 모두 문제된 단체들이 이적단체임을 인정했고,³³⁾ 이에 대해서는 당시 일부 대법관들의 반대의견이 제시된 바 있다.³⁴⁾ 대법원 전원합의체 판결의 의견 분포를 따르자면, “위 조항이 정부가 특정한 정치적 의사를 표현하는 단체의 활동을 억압하는 수단으로 남용될 위험성”은 ‘없는’ 것이 아니라 ‘상당하다’고 하는 것이 옳을 것이다.

여기서 헌법재판소는 이적단체의 위험성을 엄청나게 부풀리고 있다. “이적단체가 … 국가변란을 선전·선동하는 등의 행위를 개시하는 경우에는 견잡을 수 없는 사회적 혼란이 야기될 가능성이 있다.” 그러니 ‘이런 위험한 단체가 그 활동을 개시하기 전에’ 이적단체가입조항이 “적시에 형벌권을 발동”하여 단체 가입 자체를 처벌하더라도 “표현의 자유나 결사의 자유에 대한 지나친 제한이 아니다.” 그런데 이 부분은 몇 번을 다시 읽어봐도 앞뒤가 연결되지 않는다. “적시에 형벌권을 발동”한다는 것은 단체가 활동에 들어가기 전 단계에서, 구체적으로는 단체의 존재 자체를 무력화한다는 것인데, 이는 ‘지나친 제한’ 여부의 문제가 아니라 결사의 자유를 ‘인정하느냐 않느냐’의 문제이기 때문이다. 다시 말해서 이는 헌법 제37조 제2항의 용어를 빌리자면 결사의 자유의 “본질적 내용”의 “침해”에 해당한다.

(4) 법익의 균형성

마지막에 언급된 법익의 균형성 부분의 설시는 헌법재판소의 시각을 압축해서 보여주었다.

이적단체가입 조항으로 인하여 이적단체에 가입하고 이를 통해 의사를 표현하고자 하는 자유가 다소 제한된다고 할지라도, 그 제한의 정도가 국가의 존립과 안전, 국민의 생명과 자유를 수호하고자 하는 공익에

33) 대법원 전원합의체 다수의견은, 조국통일범민족연합 남측본부(2003도758)와 남북공동선언실천연대(2010도1189)를 모두 이적단체로 인정하였다.

34) 특히 대법관 4인의 반대의견은 “명백·현존의 위험 기준 뿐만 아니라 다수의견이 주장하는 실질적 해악의 (명백한) 위험 기준에 따르더라도 대한민국의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 대한 위험이 있는 이적단체에 해당한다고 말할 수는 없다”고 밝히고 있다. 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결 중 대법관 박시환, 김지형, 이홍훈, 전수안의 반대의견.

비하여 결코 중하다고 볼 수 없으므로, 이적단체가입 조항은 법익의 균형성도 갖추었다.

이 조항으로 인하여 “자유가 다소 제한된다”는 것, 그리고 그 정도의 ‘다소 제한’보다는 ‘국가의 존립과 안전, 국민의 생명과 자유를 수호하고자 하는 공익’이 압도적으로 더 중하다는 것이 헌법재판소의 기본 입장이었다. 결사의 자유의 박탈·부인을 ‘다소간의 제한’으로 평가절하하고 한마디로 국가안보라는 공익을 과대 포장하는 극히 편파적인 법익형량의 표본을 여기서 발견하게 된다.

IV. 국가보안법 전체에 대한 위헌결정=국가보안법 폐지의 필요성과 당위성

1. 국가보안법 제2조의 위헌성의 의미

앞서 본 바와 같이 우리는 반국가단체의 개념을 정한 국가보안법 제2조가 명확성의 원칙에 위반되거나 북한을 반국가단체로 보는 경우 헌법 전문 및 제4조의 평화적 통일의 원칙과 제5조의 국제평화주의 원칙 등 헌법에 위반된다고 본다. 그런데 앞서 말했듯이 반국가단체의 개념은 국가보안법이 정한 모든 범죄행위의 구성요건을 이루는 것으로서 그 정의 조항 자체나 그에 대한 일정한 해석—북한을 반국가단체로 보는 해석—이 헌법 위반으로 인정될 경우 그것이 국가보안법의 나머지 조항들에 미치는 영향을 검토할 필요가 있다.

우선 제2장에서 논의한 바와 같이 제2조의 반국가단체 개념 자체가 어떤 단체가 반국가단체에 해당하는지를 특정할 수 없을 정도로 일의적인 해석이 어려워 명확성의 원칙에 반한다고 볼 경우에는, 반국가단체를 근거로 모든 범죄와 형벌을 규정하고 있는 국가보안법 전체에 대한 위헌결정이 불가피하다.

그러나 이와는 달리 제2조의 반국가단체의 정의 자체가 명확성의 원칙에 반하지는 않지만 북한이 반국가단체라고 당연히 전제하는 것이 헌법

제4조나 제5조에 위반된다고 인정할 경우에는, 국가보안법 전체를 헌법 위반으로 보아야 하는 것은 아니다. 이 경우에는 북한의 반국가단체성을 인정할 정도의 일정한 조건과 결부될 때에는 그것을 전제로 한 각 법률 조항 자체나 그 적용이 헌법 위반은 아닌 데 반하여, 예컨대 북한과의 대화·교류·협력에 해당하는 행위임에도 불구하고 북한이 반국가단체라는 것을 당연한 전제로 하여 남북교류협력법이 아닌 국가보안법으로 의율할 경우 그렇게 적용하는 것은 헌법 위반이 될 것이다. 이것은 일종의 한정위헌결정의 효과를 갖는다고 할 수 있다.

2. 국가보안법 제7조의 위헌성의 의미

(1) 국가보안법 제2조의 경우와는 달리 국가보안법 제7조의 위헌성 인정은 곧바로 국가보안법 전체에 대한 위헌결정으로 이어질 수밖에 없다는 것이 우리들의 주장이자 판단이다. 이러한 주장의 근거는 국가보안법 제7조의 독특한 구조 때문이다.

국가보안법 제7조는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라고 하여 소정 범죄행위의 성립요건으로서 자유민주적 기본질서에 대한 위협의 존재를 요구하고 있지만, 이 위협의 실체가 무엇인지에 대해서는 명시하지 않고 있다. 그러나 제7조가 규정하고 있는 찬양·고무·동조 및 국가변란의 선전·선동이라는 표현의 유형으로 보아 그 위협 속에는 폭력행위와 연계되지 않은 표현이 야기하는(?) 위협까지 전제하고 있음은 분명하다. 이 점을 명확하게 보여준 것은 김대중 정부 시절 법무부장관이었던 박상천이 당시 활발하게 주장되던 국가보안법 완전폐지론에 반대하며 던졌던 다음과 같은 말이다.

“국가보안법이 완전 폐지되면 직접 폭력을 동원하지 않는 한 체제전복을 위한 선전선동을 처벌할 수 없게 된다.”³⁵⁾

35) 이 말은 1999년 3월 25일 당시 박상천 법무부장관이 대통령에 대한 국정개혁 보고회의에서 국가보안법 대체입법의 연구계획을 보고하면서 한 말이다. 한겨레신문, 1999. 3. 25.

직접 폭력을 동원하지 않는 체제전복을 위한 선전·선동의 처벌, 이것이 국가보안법의 궁극적 목적이며 이를 위해 존재하는 규정이 바로 제7조인 것이다. 결국 국가보안법 제7조는 직접적이거나 즉각적인 폭력과의 관련성에 관계없이 일정한 유형의 표현을 처벌하기 위한 것으로서 헌법상 정당화될 수 없다.

한편 제7조의 이러한 구조는 표현행위를 처벌하는 형법상 다른 범죄유형과도 명확하게 구별된다. 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 경우 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 개연성”이다. 이것이 국가보안법 제7조가 남용될 수밖에 없고 인권침해를 야기할 수밖에 없는 본질적 이유이다. 제7조는 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 표현을 처벌하는 것이 아니라 자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 어떤 행위를 촉발시킬 개연성 있는 표현이라는, 국가안전이나 자유민주적 기본질서와는 멀리 떨어져 있는 표현을 처벌대상으로 삼고 있는 것이다. 이는 마치 청소년이 “자본주의 사회에서는 돈만 있으면 안 되는 게 없다”는 이야기를 듣고 돈을 마련하기 위해 범죄를 저질렀을 경우에, 그런 이야기가 강도나 절도 등의 범죄행위로 발현될 위험성이 있으므로 그런 이야기를 하는 사람을 모두 처벌하겠다는 논리와 하등 다를 바가 없다.

그 결과 제7조가 적용될 수 있는 폭은 법적용자의 관점에 따라 한없이 넓어질 수 있고 동일한 표현이라도 주관적 판단에 따라 자의적으로 적용

될 수 있게 되는 것이다. 설사 순수한 학문적 동기에서 이루어진 표현이라 하더라도 국가보안법 제7조의 적용을 받을 수 있게 되는 것은 이와 같이 위헌성의 범위를 무제한적으로 확장하는 데서 오는 필연적 결과이다. 그 결과 현행 국가보안법 제7조가 구법과는 달리 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 (초과) 주관적 구성요건을 추가했음에도 불구하고, 1991년 개정으로 국가보안법 오남용의 위험이 사라졌다고 헌법재판소나 대법원이 반복해서 밝히고 있는 것과는 달리 그 적용에 있어서 개정전과 본질적으로 차이가 없는 것이다.

이것이 바로 국가보안법 제7조의 본질이다. 즉 국가보안법 제7조는 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서 등 국가안보와 관련되어 있는 불확정개념과 특정 유형의 표현을 직접 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 위협과는 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 안 될 표현을 처벌대상으로 삼고 있으며, 따라서 그로부터 비롯되는 인권침해의 문제는 법적용상의 문제가 아니라 법규정 자체로부터 비롯되는 것이다. 결국 국가보안법 제7조는 폐지됨으로써만 인권침해의 오명으로부터 벗어날 수 있게 된다.³⁶⁾

(2) 박상천 전 법무장관의 표현에서 볼 수 있듯이 제7조는 국가보안법

³⁶⁾ 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.

의 전 체계에 있어서 실질적 근간이라고 할 수 있을 정도로 매우 중요한 규정이다. “직접 폭력을 동원하지 않는 체제전복을 위한 선전선동”의 처벌을 목적으로 한 국가보안법 제7조는 일반 형법 등에는 찾아볼 수 없는, 말하자면 국가보안법의 상징이라고 할 수 있는 조항인 것이다.³⁷⁾ 그렇다면 이토록 중요한 규정을 폐지했을 때 발생할 것이라고 존치론자들이 예상하는 위협 역시 매우 클 것이다. 그런데 과연 그런 위협은 존재하는 것인가? 이런 위협의 존재가 허구임을 밝혀낼 수 있다면 그것은 국가보안법 전체에 대한 위헌결정 또는 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 국가보안법이 필요하다고 보는 이들이 내세우는 국가안보에 대한 위협은 국가보안법 제7조의 폐지와는 전혀 무관하게, 그들의 주장대로라면 반국가단체인 북한의 존재가 계속되는 한 영속적으로 존재하는 것이다. 오히려 제7조의 존재는 북한의 주장과 일치하거나 유사한 주장=표현을 반국가단체인 북한을 찬양·고무·동조하는 표현으로 규정하여 이를 처벌함으로써 이유없이 북한을 자극하여 존재하지 않는 위협을 생성시키거나 실제 존재하는 위협을 훨씬 더 증폭시키는 구실을 하게 될 수도 있다. 그렇다면 역설적으로 제7조의 폐지가 오히려 국가의 존립에 대한 위협을 감소시키는 데 기여하지 않겠는가?

오히려 그들이 우려하는 위협은 다른 데 있는 듯하다. 국가보안법 위반사범의 90% 이상을 차지하는 제7조 위반 행위를 끝없이 추적하고 조사하여 처벌함으로써 생존할 수 있는 각종의 공안기관들과 이들의 힘을 바탕으로 권력과 부를 향유해 왔던 세력들은 바로 제7조의 폐지에 의해서 심각한 존립위기에 처하게 될 것이다. 이것이야말로 ‘국제적 악법’으로 공인되고 있는 국가보안법 개폐 움직임에 제동을 거는 숨겨진 의도가 아닐까?

37) 박원순, 앞의 책(각주 2), 83쪽.

(3) 제7조는 국가보안법의 여러 규정 중 가장 많이 적용되는 조항이고 다른 법률과 중복되지 않는 핵심적 규정이며 국가보안법의 상징이기도 하다. 따라서 7조에 대한 위헌결정=폐지는 인권보장과 민주주의의 실현에 있어서 실로 엄청난 진전을 가져오는 것임은 부인할 수 없다. 그럼에도 불구하고 제7조의 문제를 들여다 보면 제7조만의 위헌결정에 머물 수는 없다는 결론에 이르게 된다. 그것은 제7조가 국가보안법의 다른 모든 규정과 공유하고 있고 또 국가보안법의 본질을 이루고 있는 요소, 즉 반국가단체의 문제 때문이다.

그러나 여기서 우리가 문제삼고자 하는 것은 반국가단체의 존재 자체가 아니라, 그것을 전제로 하는 국가보안법상의 수많은 범죄들이 과연 필요한가 하는 것이다. 앞서 보았듯이 국가보안법의 실질적 존재 이유가 “폭력을 수반하지 않는 체제전복의 선전·선동을 처벌”하는 데 있다면 필요한 조항은 단 하나 국가보안법 제7조뿐이기 때문이다. 그런데 제7조는 위에서 본 바와 같이 존립할 근거도 없고 존립해서도 안되는 조항이다. 이는 결국 국가보안법 전체가 존립할 근거가 없음을 의미하는 것이다. 국가보안법 전체에 대해 위헌결정이 선고되어야 하는 이유가 바로 여기에 있다.

V. 결론

제7조를 비롯한 국가보안법 전체에 대한 위헌결정이 선고되어야 할 충분한 이유를 다시 한번 정리해 봄으로써 긴 논의를 마무리하고자 한다.

첫째, 국가보안법은 국민주권의 원칙을 포기하거나 부정하고 있다. 이 점은 국가보안법 적용의 최우선적 표적이 되는 연방제 통일 주장과 관련해서 특히 중요하다. 적어도 우리 헌법이 국민주권주의를 포기하지 않는 한, 국민은 지상과제인 통일에 관해서 어떠한 방안이라도 제시할 수가 있는 것이고 연방제 통일방안 역시 그 중 하나에 불과하다. 그렇다면 연방제 통일 주장에 대해 국가보안법을 적용하는 것은 오히려 국민주권주의에 대한 도전이거나 그것의 포기 선언이다. 국민주권국가에서 국민주권

자체를 포기하거나 부정하는 법률이 존립할 수 없음은 지극히 당연하다. 국가보안법이 폐지되어야 할 첫 번째 이유이다.

둘째, 다음으로 국가보안법의 적용은 언제나 헌법적 한계를 벗어나게 된다. 헌법재판소도 밝힌 바 있듯이 국가보안법은 ‘어떤 표현이나 행위가 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서에 명백하고 실질적인 위해를 제기하는 경우에만 적용되어야 하고 이 한계를 넘어서서 적용될 경우에는 위헌’이다. 이렇게 본다면 국가의 존립과 안전 등에 위해를 줄 직접적인 행동을 ‘선동’하는 것이 아닌 한 어떤 표현을 금지·처벌할 수 없고, 마찬가지로 국가의 존립 등에 위해를 줄 행동에 돌입하거나 그 돌입이 임박해 있지 않는 한 특정 단체의 구성이나 이에 대한 가입을 처벌할 수도 없게 된다. 그런데 국가보안법의 본질적 규율 대상은 “폭력을 수반하지 않는 체제전복의 선전·선동”이므로, 이에 대해 국가보안법을 적용하는 것은 언제나 헌법의 한계를 벗어나게 된다. 국가보안법이 폐지되어야 할 두 번째 이유이다.

셋째, 국가보안법의 핵심적 적용논리 자체가 설 자리를 잃었다. 즉 국제정세의 변화와 남북관계에 대한 인식 변화로 종래 국가보안법 적용의 근간을 이루어 왔던 “북한=반국가단체”라는 단선적 논리가 엄중한 비판을 받고 있다. 따라서 이를 근간으로 삼고 있는 국가보안법의 적용은 매우 엄격하게 이루어지지 않으면 안되는데, 이 논리는 북한의 주장과 일치되는 모든 주장에 대해 국가보안법 위반일 것을 요구하고 있으므로 법적용과 법논리 사이에 이미 필연적인 상호모순이 존재하고 있는 것이다. 국가보안법이 폐지되어야 할 세 번째 이유이다.

마지막으로 국가보안법의 존치는 세계적 추세에도 반한다. 국제사회에서는 다양한 국가이익이 첨예하게 대립하지만 보편성을 가지는 최소한의 공통분모 역시 존재하며, 냉전질서의 해체 후 오늘날 국제사회의 공통분모는 인권이란 이름으로 집약되고 있다. 그렇다면 한 국가내에서 인권의 철저한 보장과 신장이 이루어지지 않는 한, 한 걸음 양보하여 적어도 반인권적 법률이나 제도에 대한 철저하고도 단호한 개혁이 이루어지지 않는 한, 이러한 추세에 동참할 수 없게 된다. 그런데 바로 그러한 반인권적 법률과 제도의 중심에 자리잡은 것이 국가보안법이다. 즉 국가보안법은 국제인권장전에 규정된 인권들을 국가의 안전을 위하여 불가피하게

제한하는 법이 아니라 그러한 자유와 권리의 파괴를 직접적인 목적으로 하는 것이고, 따라서 국제적으로도 그 정당성을 인정받을 수 없는 것이다. 국가보안법이 폐지되어야 할 네 번째 이유이다.

이상의 논의를 종합해 보면 국가보안법의 운명은 두 가지 가운데 하나로 귀착될 수밖에 없다. 적용될 수 없는 법률로 남겨나, 영원히 사라지는 것. 요컨대, 국가보안법의 철폐는 하나의 주장을 넘어서는 헌법적 당위이며, 국가보안법은 폐지됨으로써만 그 보호법익인 자유민주적 기본질서의 수호에 기여할 수 있다.

헌법재판소가 국가보안법 제7조에 대한, 아니 국가보안법 전체에 대한 위헌결정을 선고함으로써 자유민주적 기본질서에 기여할 수 있는 천재일우의 기회를 놓치지 않기를 바란다.