

국가보안법 폐지 권고
결정문

2004. 8. 23.

국 가 인 권 위 원 회

국 가 인 권 위 원 회

결 정

제 목 : 국가보안법 폐지 권고

주 문

국회의장과 법무부장관에게
국가보안법을 폐지할 것을 권고한다.

이 유

(별지와 같음)

이 유

I. 검토의 배경과 경위

1948. 12. 1. 공포·시행된 국가보안법은 제주도 4·3 사건과 여수·순천 군봉기 사건이 계기가 되어 소위 불순분자의 처벌을 목적으로 제정된 비상조치법이었다. 그러나 법제정 당시부터 인권침해의 소지가 있다는 논란을 가져온 국가보안법은 법 운용과정에서의 반민주성 및 빈번한 인권침해 사례 때문에 그동안 위헌 시비가 끊이지 않았고, 유엔 인권기구를 비롯한 국제사회에서도 한국의 인권문제를 논의할 때마다 국가보안법을 도마에 올려 국제인권규약에 위배된다는 이유로 수차에 걸쳐 우리 정부에 그 개폐를 권고한 바 있다.

2001. 11. 25. 국가인권위원회(이하 '위원회'라 함)가 발족한 이래 국가보안법 폐지를 요청하는 40여 건의 진정이 접수되었다. 이에 위원회는 2003. 1. 7. 전원위원회 워크숍에서 국가보안법에 대한 조사·연구를 위하여 외부 전문가를 포함한 태스크포스 팀(Task Force Team)을 발족시키기로 결의한 다음 위 태스크포스 팀을 중심으로 국가보안법에 대한 체계적·심층적 검토를 시작하게 되었다.

2003. 2. 3.부터 활동을 시작한 위 태스크포스 팀은 2004. 7.까지 총 16회에 걸친 회의와 3회의 공청회 및 간담회, 그리고 법운용에 관한 실태조사 등을 거쳐 2004. 7. 26. 위원회에 325장에 달하는 보고서를 제출하였는데 그 결론은 '국가보안법 폐지'였다.

위원회는 위 보고서를 검토한 후 '국가보안법 개폐에 관한 논의' 안건을 제1소위원회에 상정하고, 제1소위원회는 이를 전원위원회에 회부하였으며, 전원위원회는 3회에 걸친 심의 끝에 이 결정에 이르게 되었다.

II. 판단의 준거

국가인권위원회법은 ‘인권’의 정의를 다음과 같이 규정하고 있다.

“인권이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다” (위원회법 제2조 제1호).

따라서 위원회가 국가보안법의 개폐 문제를 판단하는 준거로서 헌법 및 법률에 규정된 기본권 외에 국제인권법에서 인정하고 있는 인권의 범위를 포괄하였다. 즉, 헌법에 규정된 국민의 기본권뿐만 아니라, ‘인류사회의 모든 구성원이 갖는 인간으로서의 고유한 존엄과 평등하고 양도할 수 없는 권리’를 명시하고 있는 세계인권선언, 시민적·정치적권리에관한국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights; ICCPR) 과 동 규약 제1선택의정서(First Optional Protocol to the ICCPR)를 비롯한 국제인권규약, 그리고 이에 기반을 둔 유엔의 결정 및 권고 내용 등을 그 판단의 준거로 삼았다.

1. 헌 법

우리 헌법은 행복추구권(제10조), 평등권(제11조), 신체의 자유(제12조), 죄형법정주의(제12조, 제13조), 거주이전의 자유(제14조), 직업선택의 자유(제15조), 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 자유(제18조), 양심 및 종교의 자유(제19조, 제20조), 언론출판 및 집회결사의 자유(제21조), 학문과 예술의 자유(제22조) 등 국민의 기본적 권리 내용을 규정하고 있다.

그리고 이러한 기본적 권리는 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으나, 부득이 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하지 못하도록 되어 있다(헌법 제37조 제2항).

2. 국제인권법

대한민국은 유엔이 채택한 세계인권선언의 정신에 따라 제정된 시민적·정치적권리에관한국제규약 및 동 규약 선택의정서에 1990. 7. 10. 가입하여 동 규약의 당사국이 됨으로써 동 규약에 따른 자유권규약위원회의 권한을 인정하고, 동 규약에서 인정되는 권리를 국내에서 실현하기 위해 필요한 조치를 취하여야만 하는 실질적인 국제법상의 의무를 부담하게 되었다. 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 우리나라의 국내법과 동일한 효력을 갖기 때문이다(헌법 제6조 제1항).

3. 국제인권법의 규정에 따른 유엔의 결정 및 권고

가. 1992. 7. 29. 유엔 자유권규약위원회(Human Rights Committee)는 한국정부의 ‘시민적·정치적권리에관한국제규약 최초 보고서’를 심의한 후, “... 인권규약에 명시된 권리들을 완전히 실현시키는 데 있어 국가보안법이 주요 장애물이라고 인정되며, 기본권이 침해되지 않도록 궁극적으로 국가보안법을 점진적으로 폐지하기 위한 진지한 시도가 있어야 한다”고 결의한 바 있다.

나. 1995. 11. 21. 유엔 의사표현의 자유에 관한 특별보고관 아비드 후세인(Abid Hussain)은, 한국방문 결과 보고서에서 “국가보안법의 입법과 시행은 세계인권선언 제19조, 한국이 1990년 가입한 시민적·정치적권리에관한국제규약 제19조 등의 국제 인권법에 규정된 사상과 표현의 자유에 대한 적절한 보호를 부여하는 데 실패하였다. 한국 정부가 국가보안법을 폐지할 것을 강력히 권고한다. 그리고 세계인권선언과 시민적·정치적 권리에 관한 국제조약에 일치하는

다른 수단을 통해서 국가안보를 보장할 것을 권고한다” 고 하였다.

그리고 위 보고서는 1996년 유엔 인권위원회 제52차 회의에서 공식문서 (ECOSOC, E/CN.4/1996/39/Add., 1995.11.21)로 채택되었다.

다. 1999. 11. 1. 한국 정부의 '시민적·정치적권리에관한국제규약 제2차 보고서'를 검토한 유엔 자유권규약위원회는 “남북한이 대치하고 있는 한국의 특수한 상황을 감안하더라도 국가보안법의 단계적 폐지가 필요하다…이 법의 제7조에 있는 '반국가단체 찬양'은 그 처벌 범위가 불합리하게 광범위하고, 국가안보를 위해 필요한 정도를 넘어서는 것으로 표현의 자유에 관한 규약 제19조(의사표현의 자유)의 요건을 충족하지 못하고 있으며 … 한국 정부는 인권규약에 맞도록 국가보안법 제7조를 반드시, 시급하게 개정해야 한다”고 권고한 바 있다.

라. 유엔 자유권규약위원회는 국가보안법에 관련된 세 차례의 개인통보제도 (Individual Communication)에 대한 심의를 마친 후, 박태훈, 김근태, 신학철 등의 각 국가보안법위반 사건에 대한 유죄판결은 위 규약 제19조(표현의 자유) 위반이라는 결정을 내리면서 한국 정부에 대하여 손해배상 등의 구제조치를 권고한 바 있다.

Ⅲ. 국가보안법의 역사

1. 국가보안법 제정의 목적과 그 과정

가. 국가보안법은 대한민국 정부가 수립된 직후인 1948. 9. 20. '대한민국의 국체보전'을 명분으로 '내란행위특별처벌법안'이 발의되었다가 같은 해 10. 19. 여수

순천 지구 제14연대가 봉기를 일으키자 입법 작업을 서둘러 같은 해 11. 9. 법률의 명칭을 국가보안법으로 한 법 제정안이 제출되고(그 당시는 형법이 제정되기 전이었다) 같은 해 11. 20.까지 자구수정을 끝내고 같은 해 12. 1.자로 공포·시행하게 되었다.

나. 국가보안법 제정 당시의 국회 속기록에 의하면, 한 의원이 "우리가 이 법을 만드는 동기는 전남사건을 필두로 봉기하는 불순분자의 선동으로 말미암아 일어나는 사태를 막아보자는 것"이라는 발언에 대하여, 다른 한 의원은 "이 법을 가지고 혹은 정부를 전복하고자 했느니, 혹은 빨갱이니, 혹은 북조선인민공화국을 지지하는 사람이니 등등 구체적 사실이 없음에도 불구하고 혐의를 받고 곤란한 처지에 떨어질 그러한 사태를 염려하여 마지 않는다"는 등 법 집행에 있어서의 인권침해 우려를 제기함으로써 법 제정안에 대한 찬반 토론이 벌어졌고, 일부 의원들이 제기한 법 제정안폐기동의안이 가 37, 부 69의 표차로 부결되기도 하였다.

다. 국가보안법은 형법이 제정되기 전의 비상조치로서 한시법적 성격을 가진 것이었다. 국가보안법 제1차 개정안을 심의하던 1949. 12. 2. 국회 본회의에서 당시 법무부장관 권승열이 법 개정안을 설명하면서 "이것은 물론 평화 시기의 법안은 아닙니다. 비상 시기의 비상조치니까 인권 옹호상 조금 손상이 있더라도 불가불 건국에 이바지하지 않으면 안 되리라 생각합니다"라는 대목에서 국가보안법의 한시법적 성격이 그대로 드러난다.

2. 국가보안법 개정의 역사 및 절차적 정당성 문제

국가보안법은 지난 56년 동안 총 7차례에 걸쳐 개정되었는데 그 주요 내용은 다음과 같다.

가. 제1차 개정

국가보안법이 제정된 지 1년 만에 단행된 1차 개정(1949)은 국가보안법 사범에 대한 단심제 실시, 법정 최고형으로 사형제 신설, 경미한 사안의 좌익사범을 전향시키기 위한 보도구금제 실시 등이 그 주요 내용이었다.

나. 제2차 개정

1950년에 단행된 제2차 개정에서는 단심제를 폐지하여 심급제로 바꾸고, 재판 지연 문제를 해결하기 위해서 단독심을 확대하고, 구류갱신 제한 등을 담고 있다.

다. 제3차 개정

1958년 제3차 개정 때에는 악화된 여론 속에서 대통령 선거를 앞두고 야당과 언론을 탄압하기 위해 '인심혹란죄' 규정 등을 추가하여 법 개정을 시도하였는데, 이 과정에서 무술경관을 동원하여 야당의원들을 국회의사당 밖으로 끌어낸 후 여당 의원만으로 3분 만에 통과시킨 소위 '2·4 파동'이 발생하였다.

라. 제4차 개정

1960년 4·19혁명 직후 단행된 제4차 개정에서는 정보수집죄나 인심혹란죄 등이 폐지되었지만 불고지죄를 신설하였고, 1961년에는 '국가재건최고회의'에서 반공법이 제정되어 찬양·고무죄, 회합·통신죄 등이 포함됨으로써 국가보안법이 보완·강화되었다.

마. 제5차 개정

1962년 제5차 개정에서는 재범자에 대하여 특수가중 처벌할 수 있도록 하되 최고 사형까지 선고할 수 있도록 하였다.

바. 제6차 개정

1980년 '국가보위입법회의'에 의해서 단행된 제6차 개정에서는 반공법을 국가보안법으로 통합하였으며, 찬양·고무 조항을 비롯한 반공법의 처벌 조항은 모두 국가보안법으로 흡수되어 형량이 가중되었을 뿐만 아니라 처벌 범위 또한 광범위해졌다. 1961년 5·16 쿠데타 직후 국회가 아닌 '국가재건최고회의'를 통해 제정된 반공법의 처벌 조항들이 고스란히 국가보안법으로 흡수된 것인데 이 개정안은 민주적 정당성이 없는 '국가보위입법회의'에서 통과된 것으로 상정·제안 설명·가결에는 5분이 채 걸리지 않았다.

사. 제7차 개정

1991년에 단행된 제7차 개정에서는 '목적' 요건 추가, '국가변란' 개념 추가, 불고지죄의 일부 축소 등을 주 내용으로 하고 있다. 당시 여당의 개정안에 반대하면서 국가보안법의 폐지를 주장하는 야당의원들에게 심의·표결에 참여할 기회조차 주지 않고, 국회의장이 법안에 대한 설명과 심사보고, 수정제의 보고 등 모든 절차를 서면으로 대체하면서 표결 절차를 생략한 채 불과 35초 만에 날치기 방법으로 통과시켰다.

이처럼, 국가보안법을 개정한 시기들은 대체적으로 정치적 반대 세력을 억압하거나 쿠데타를 일으킨 직후, 또는 집권세력이 그 정권을 연장시키기 위하여 초헌법적인 조치를 취한 정치적 상황과 맞닿아 있다. 또한 이러한 개정 절차는 대체로 국민의 대표기관이자 입법기관인 국회가 아닌 국가재건최고회의나 국가보위입법회의 등 비정상적인 기구를 통하여 입법되었거나 국회를 통과했다고 하더라도 절차적인 정당성이나 민주적인 적법성을 갖추지 못한 채 이루어진 개악의 과정이었다.

3. 형법 제정 당시 폐지가 예정되었던 국가보안법

가. 국가보안법은 형법이 제정되기 전 임시조치로 만들어진 특별법이었다. 대한민국 정부 수립 직후 대통령령으로 법전편찬위원회를 만들어 형법 등 제정 작업을 해왔는데 형법제정안이 국회에 상정되어 심의를 처음 시작한 1953. 4. 16. 국회 본회의에서 법전편찬위원회 위원장으로서 형법 등 제정 작업에 깊이 관여하였던 김병로 당시 대법원장이 국회의 요청에 따라 형법안에 대한 설명을 한 바 있다. 이 자리에서 김병로 대법원장은 형법안과 국가보안법에 관하여 다음과 같은 발언을 한 바 있다.

"지금 6·25 사변을 당해... 특수한 법률로 국가보안법 혹은 비상조치법 이러한 것이 국회에서 임시로 제정하신 줄 안다. 지금 와서는 그러한 다기 다난한 것을 다 없애고 이 형법만 가지고 오늘날 우리나라 현실 또는 장래를 전망하면서 능히 우리 형벌법의 목적을 달할 수가 있겠다는 고려를 해 보았다. 지금 국가보안법이 제일 중요한 대상인데 이 형법과 대조해 검토해 볼 때 형에 가서 다소 경중의 차이가 있을런지도 모르나 이 형법전 가지고 국가보안법에 의해서 처벌할 대상을 처벌하지 못할 조문은 없지 않은가 하는 그 정도까지 생각했다."

나. 당시의 형법 입안자(법전편찬위원회)들은 형법안을 마련함에 있어서 국가보안법을 비롯한 각종 형사특별법을 형법전에 흡수시킨다는 기본 방침을 가지고 있었다. 국가보안법을 형법전 속에 흡수하기로 한다는 입법의 기본방침은 형법전 심의의 마지막 단계인 부칙심사 과정에서 뚜렷하게 드러난다.

당시 형법 부칙 제12조는 '본법시행 직전까지 시행되던 다음의 법률, 포고 또는 법령은 폐지한다'고 규정한 다음 그 폐지 대상 법령 15개를 열거하였다. 즉, ① 구형법, ②구형법시행법, ③폭발물취체벌칙, ④외국에서유통하는화폐·은행권의위조·변

조및모조에관한법률, ⑤ 우편법중 제48조, 제55조제1항중 제48조의 미수죄, 동조 제2항, 제55조의 2와 3, ⑥ 인지범죄처벌법, ⑦ 통화및증권모조취제법, ⑧ 결투죄에관한건, ⑨ 폭력행위등처벌에관한법률, ⑩ 절도등의방지및처분에관한죄, ⑪ 미군정포고제2호 (제헌국회에서 이미 폐지), ⑫ 미군정법령 제19호(폭리취체 관련 포고), ⑬ 미군정법령 제70호 (부녀매매에 관한 범죄), ⑭ 미군정법령 제120호 (재판관할권, 벌금 불납입 경우 유치기간 등), ⑮ 국가보안법 등이 그 폐지 대상이었다.

다. 그런데 1953. 7. 8. 국회 본회의에서 위 부칙을 심의할 때 국가보안법 폐지 여부가 논란의 대상이 되었다. '형법에 모두 포함시켰으므로 폐지해도 지장이 없고 법체계상 폐지가 옳다'는 취지의 법사위원장의 설명에 대하여 한 의원이 "법체계보다는 국민정신을 고려하여 존치시키자"는 반론을 제기한 것이다. 결국 국가보안법 폐지안은 논란 끝에 표결에 부쳐져 재석 102명 중 찬성 10, 반대 0, 기권 92로 부결되고 말았다. 대부분의 의원들이 기권을 하게 된 주된 이유는 '전시의 치안상태 및 국민에게 주는 심리적 영향'을 고려한 것이었고 당시의 상황은 휴전을 목전에 두고 치열한 전투가 전개되고 있던 때였다.

4. 국가보안법의 남용 실태

가. 현행 국가보안법 제1조는 이 법의 목적을 "국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보"하기 위한 것이고, 그 해석·적용에 있어서는 "목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며 이를 확대하거나 헌법상 보장되는 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니 된다"고 명시하고 있다.

그러나 위원회가 2003년 실시한 국가보안법 적용상에 나타난 인권실태 조사 보고서에 따르면, 그 운용의 실상은 법 집행자의 자의적 판단으로 인하여 국민

의 기본권을 부당하게 침해하거나 제한하여 온 사례가 많았고, 권위주의 정부 시절에는 국가보안법이 국가안보보다는 정권 안보에 기여한 측면이 적지 않았으며 특히 제7조의 적용에 있어서 인권침해의 논란이 심하였다.

나. 1980년부터 1987년까지 제5공화국 시절 전체 국가보안법 입건자 2,041명 가운데 제7조(찬양·고무등)가 적용된 인원은 1,882명으로 전체의 92.2%를 차지하였고, '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서'라는 주관적 요건을 추가함으로써 확대해석의 위험성을 제거했다고 하는 1991년 제7차 개정 이후에도 이러한 경향은 달라지지 않았다(위 주관적 요건은 헌법재판소의 법 제7조에 대한 한정합헌 결정 취지에 맞추어 개정되었다).

문민정부와 국민의 정부 시절 10년간(1993.2.25. - 2003.2.24.)의 통계를 보더라도 국가보안법 관련 전체 구속자 3,047명 중 제7조 관련 구속자는 2,762명으로 90.6%에 이른다.

다. 제7차 개정(1991. 5. 31) 이후의 제7조 적용 사례

헌법재판소는 현행 국가보안법 제7조 제1항에 '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서'라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적에 일탈하는 확대해석의 위험은 거의 제거되었다는 입장을 견지해 오고 있다(1997. 1. 16. 92헌바6,26. 93헌바34,35,36 및 1999. 4. 29. 98헌바66 등 참조). 그러나 다음과 같은 몇몇 사례만 보더라도 위와 같은 주관적 요건도 결국은 법집행자의 주관적·자의적 판단에 맡겨져 남용되어 왔음을 알 수 있다.

① 진주경상대 교양 교재 <한국사회의 이해> 사건

- 1994. 7. 27. 경남경찰청은 진주 '우리서점'에서 <한국사회의 이해> 13권 90

여 권의 서적을 압수하고 서점 대표 정대인을 이적표현물소지죄로 연행 조사

- 같은 해 8. 2. 대검 공안부는 위 서적을 집필한 장상환 교수 등 9명을 국가보안법위반 혐의로 내사 중이라고 발표
- 같은 해 8. 31. 검찰은 위 장상환 외 1명에 대하여 이적표현물제작 및 반포 혐의로 구속영장 청구
- 법원이 '교재에 급진좌경적인 내용이 포함되어 있으나 이는 진보적 사회과학 서적이거나 간행물에서도 쉽게 볼 수 있는 것들' 이라는 이유로 영장청구를 기각하자 검찰은 이들을 불구속 기소
- 법원 제1,2심 각 무죄 선고

② 초등학생용 통일교육 교재 - 이장희 교수 사건

- 1997년 대선을 앞둔 11월 25일 서울지검 공안1부는 <나는야 통일 1세대>의 저자 이장희 교수와 출판사 편집장 김지화에 대하여 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항 위반 혐의로 사전구속영장을 청구하였으나 법원이 '이적성 여부를 단정할 수 없다'는 이유로 기각
- 같은 해 12. 3. 검찰은 영장을 재청구하였다가 기각되자 불구속 기소
- 법원은 이장희 교수 및 김지화 편집장에게 무죄 선고

③ <진실인식과 논술방법> - 광주대 박지동 교수 사건

- 1997. 11. 위 서적의 내용이 주체사상과 유물론에 의거, 남한의 역사를 왜곡 비난하였다는 이유로 제7조 제1항 및 제5항 위반 혐의로 박지동 교수 구속
- 2003. 8. 제1심 무죄 선고

④ 제주도 4·3 사건을 다룬 다큐멘터리 <레드 헌트> 사건

- 1998. 1. 제2회 인권영화제 상영작인 <레드 헌트>에 대하여 위 영화제 집행위원장 서준식과 김동원 감독을 제7조 제5항 위반 혐의로 구속 기소
- 2003. 6. 대법원 무죄 확정

⑤ 조정래 <태백산맥> 사건

- 1994. 4. <태백산맥>이 이적표현물이라는 이유로 작가 불구속 입건
- 검찰 수사 중

⑥ 노래패 <천리마> 사건

- 노래 가운데 북한가요 일부를 개사하여 불렀다는 이유로 1996. 10. 경기남부총학생회연합 산하 <천리마> 단장 강상구(아주대)와 연출팀장 한선희(중앙대) 등 10명을 제7조 제1항 및 제3항 위반 혐의로 구속
- 1998. 5. 제2심 무죄 선고

⑦ 정보잡지 <미래통신> 사건

- 1997. 12. 사회주의 이론 소개 등을 이유로 제7조 제5항 위반 혐의로 기소
- 법원 제1,2심 무죄 선고

⑧ 천리안 전자게시판에 <공산당선언>을 올린 사건

- 1993. 9. 공산당선언 전문을 올린 네티즌을 구속 기소
- 법원 제1심 유죄, 제2심 무죄(검찰 상고포기)

위 사건들 외에도 법원의 유죄판결을 받았거나 재판 계류 중 또는 입건된 상태이지만 학문의 자유, 표현의 자유 및 양심의 자유 등 기본권을 침해하는 부당한 법 적용이라는 비판이 제기된 사례 일부를 들어 보면 다음 표와 같다.

<국가보안법 제7조 적용 사례>

사건 내용 (일자)	적용조항	주요 내용
서울사회과학연구소 연구원 연구논문에 대한 이적표현물 적용 사건 (1991.6.)	제5항	1991년 6월 서울사회과학연구소 소속(출신) 연구자들의 학위논문과 연구과정에서 쓴 연구물들을 ‘이적표현물’로 규정하여 입건
6·25전쟁에 대한 북한의 입장 소개 내용을 회보에 실었다 구속된 범타스님 사건 (1994.7.)	제5항	통일원에 정식등록된 단체인 ‘조국평화통일추진 불교인협의회’의 회보 <하나로> 11호(5, 6월호)에 “김일성 저작선집” 5권 147쪽 ‘조국해방전쟁’ 일부를 게재한 사안
한국현대사 기행 자료집 관련 글을 문제삼은 사건 (1995.3.)	제1항 제5항	역사학연구소가 만든 기행 자료집 <빨치산 역사기행> 가운데 방통대 역사학과 강사인 김무용이 집필한 “한국현대사와 빨치산 활동”이라는 글에 대해 반국가단체인 북한을 찬양·고무했다는 혐의, 역사학자의 연구활동을 ‘이적표현물’로 인정
‘국가보안법 철폐’ 주장을 입건한 사건 (1996.5.)	제1항 제5항	나라사랑청년회의 기관지 <장산꽃매>에 실린 연방제 통일 방안 관련 기사, 국가보안법 철폐 주장 기사, 그리고 90년부터 8·15광복절을 앞두고 매년 열어온 ‘범민족대회’ 관련 기사내용 등이 북한을 찬양고무 했다는 이유
인터넷에 올린 대학교재에 이적표현물 적용 (1998.4.)	제5항	한양대 사학과 학생이 PC통신 하이텔 ‘인터넷서날’ 동호회 게시판에 1997년 6월경부터 「Race and Class」(민족과 계급, 캘리니코스 저), 「광란의 자본주의」(크리스 하먼 저, 책갈피 출판사) 등 합법적으로 출판된 책의 내용 가운데 일부를 요약하여 게시한 것에 대해 이

		<p>적표현물 적용, 구속</p> <p>* 문제가 된 책들은 시내 유명서점에서 판매되고 있었고, 국회도서관이나 국립중앙도서관은 물론 대학 도서관 어디에서나 열람이 가능하도록 비치되어 있었음.</p>
<p>현대사 연구 도서에 대한 이적표현물 적용 - 대동출판사 사건</p> <p>(1998.4.)</p>	제5항	<p>대동출판사 발행인 이상관이 출소장기수들의 증언록 『끝나지 않은 여정』과 북한여성의 생활상을 담은 자료집인 『북한여성들은 어떻게 살고 있을까』 등 도서 11종을 발행해 판매했다는 이유로 구속</p>
<p>레닌 저서 등 번역서 출판으로 입건된 풀무질 출판사 사건</p> <p>(1998.11.)</p>	제5항	<p>풀무질 출판사에서 출판한 『일보전진 이보후퇴』(레닌 저) 등 8종의 번역서 출판 건에 대해 전 편집장인 양효식(대학강사, 역사학)을 구속</p> <p>* 위 도서들은 그 당시 출판된 지 2~3년이 지났을 뿐 아니라 교보문고, 종로서적 등에서 판매되고 있었음.</p>
<p>국립중앙도서관·국회도서관 등 소장 도서를 출판하였다가 입건된 '책갈피 출판사' 사건</p> <p>(1998.11) (1999.6.)</p>	제5항	<p>책갈피 출판사가 출간한 『마르크스 혁명적 사상』(알렉스 캘리니코스 저, 정성진 역), 『레닌1』, 『트로츠키 사상의 이해』 등 11종의 서적 출판을 이유로 출판사 대표 두 차례(98년,99년) 구속</p> <p>* 위 책들은 국립중앙도서관, 국회도서관 등이 소장·보관하고 있는 도서로서 열람이 자유로우며, 일부 대학의 대학교재로 사용되고 있었음.</p>
<p>다른 사이트에서 복사하여 게시한 글에 이적표현물 적용</p> <p>(2002.3.)</p>	제5항	<p>이재윤(인쇄업자)이 인터넷 사이트 다음(daum) 카페 <북한사랑>, <통일로 가는 길>에 회원으로 가입하여, 자유게시판이나 자료실 등에 북한 관련 글을 직접 작성(4종)하거나 다른 사이트에서 복사한 자료를 전재(20여 종)하는 방법으로 이적표현물을 게시(반포 또는 제작 및 반</p>

		<p>포)하였다는 혐의</p> <p>* 대부분의 게시물은 자유게시판에서의 토론 등 대화 내용들임.</p>
<p>군부대 휴식시간 중 동료 병사들과 북한찬양 발언한 이병 이영규를 구속 기소한 사건</p> <p>(2002.9.)</p>	<p>제1항 제5항</p>	<p>- 제17보병사단 소속 이병 이영규가 신병 교육대 막사 내무실 등에서 훈령병인 동료들과 휴식 등을 취하는 자리에서 북한이 주장하는 미국축출론, 고려연방제 통일방안, 6.25전쟁 복침설, 미국의 남한 식민지론에 동조하는 취지의 발언을 했다는 사안</p> <p>- 이영규 이병의 고향집을 수색하여 『다시쓰는 한국현대사 2, 3』, 『변증법적유물론』, 『임노동과 자본』, 『참된시작』, 『자본주의란 무엇인가』, 『마르크스 앵겔스 저작선』 등을 압수 이적표현물 소지 죄 추가</p> <p>* 위 서적은 대부분 대학에서 교재로 쓰이거나 서점에서 쉽게 구할 수 있는 책임.</p>
<p>민주노총 홈페이지에서 퍼온 글을 인터넷 카페에 올린 것에 대해 '이적표현물' 로 입건</p> <p>(2003.7.)</p>	<p>제5항</p>	<p>- 2003년 7월 건국대 학생투쟁위원회 김종곤, 김용찬 등이 인터넷상에 개설한 동아리 카페에 올려놓은 수련회 자료집 등 각종 문서들이 '국가변란을 선전 선동'하는 이적표현물이라는 이유로 입건</p> <p>* 그러나 이적표현물로 지목된 문서들은 민주노총 등의 홈페이지에서 퍼온 것들로 밝혀짐.</p>
<p>'2003년 한총련 대의원대회 자료집' 탐독 죄로 구속</p> <p>(2003.8.)</p>	<p>제5항</p>	<p>2003년 8월 의정부경찰서 앞에서 스트라이커부대훈련장 진입 사건으로 구속된 학생들을 호송하던 차량을 가로막은 3명에게 <2003년 한총련 대의원대회 자료집>을 읽었다는 이유로 이적표현물 취득 혐의 적용</p>

IV. 법률적 측면에서 본 국가보안법

국가보안법의 각 조항들 중에서도 특히 제2조, 제3조, 제4조, 제7조, 제10조는 민주주의의 기본 전제이자 근대 시민형법의 최고 원리인 죄형법정주의에 반하고 양심·언론·출판·집회·결사·학문·예술의 자유 등의 기본적 자유와 권리에 대한 침해의 소지가 있으며, 나머지 조항들은 위 조항들에 대한 보완적 성격을 가지는 것으로서 대부분 형법 등 다른 법률에 의해 의율이 가능한 조항들로 구성되어 있다.

1. 제2조, 제3조 및 제4조 (반국가단체)

법 제2조는 ‘반국가단체’를 정의하면서 ‘정부를 참칭’하거나 ‘국가를 변란할 목적’이라는 개념을 사용하고 있다. 그러나 어느 경우가 정부 참칭에 해당하는지의 여부와 국가 변란의 수단·방법·범위 등이 불명확하다. 헌법 제12조 제1항은 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하고 있고 이는 죄형법정주의의 원칙을 천명한 것이다. 죄형법정주의는 어떤 형태로든 법률만 만들면 형벌권을 행사할 수 있다는 것이 아니라 자의적인 해석의 여지가 없고, 예측가능하도록 법규의 내용을 명확하게 규정해야 한다는 ‘명확성의 원칙’을 그 내용으로 한다. 따라서 명확성의 원칙에 반하는 제2조 내지 제4조의 규정은 죄형법정주의에 위배된다는 비판이 있다.

그리고 뒤에서 언급하는 바와 같이 북한을 겨냥한 ‘반국가단체’의 개념은 시대적 상황변화에도 맞지 않는다고 하겠다.

2. 제7조(찬양·고무 등)

가. 국가보안법 제7조는 헌법상의 언론·출판·학문·예술과 관련된 표현의 자유 및 양심의 자유를 위축시킬 염려와 형벌과잉을 초래할 우려가 농후하다.

‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서’라는 주관적 요건이 있기는 하나, 이 기준 자체가 모호할 뿐 아니라 ‘정을 알면서’라는 요건 역시 명백·현존의 위협의 원칙에 부합되지 아니하여 헌법상 표현의 자유를 침해하고 있다는 비판이 계속 제기되고 있다.

또한 제7조는 폭력적 행위 여부라는 합리적 기준에 의하여 형사처벌 여부를 결정하는 것이 아니라 특정 사상·이념에 찬성하는지 여부의 기준에 따라 처벌을 규정하고 있어 객관적 구성요건보다는 주관적 판단에 의하여 범죄의 성립 여부가 좌우되게 함으로써 법집행자의 자의적 판단의 여지가 큰 규정이며 이는 앞에서 살펴본 적용사례들에 비추어 볼 때 의문의 여지가 없다고 할 것이다.

결론적으로 제7조는 자유민주주의의 근간을 이루는 사상·양심의 자유와 표현의 자유를 크게 제약함은 물론 헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지의 원칙에도 부합하지 않는 반인권적 조항이라 할 수 있다.

더구나 제7조는 국제사회로부터 여러 차례에 걸쳐 시민적·정치적권리에 관한 국제규약 제19조(표현의 자유)에 위반된다는 판정을 받은 바 있다.

나. 헌법재판소는 제7조 제1항 및 제5항에 대한 여러 차례에 걸친 위헌심판제청 및 헌법소원심판청구 사건에서, 위 주관적 구성요건이 추가된 1991. 5. 31. 개정 전에는 “각 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위협이 있을 경우에만 축소적용되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 아니한다” 하고(1990. 4. 2. 89헌가113 및 1990. 6. 25. 90헌가11), 또는 “이미 2회에 걸쳐 ... 축소제한 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였는데 이제 와서 달리 판단하여야 할 필요가 있다고 인정되지 아니하므로 종전의 결정을 그대로 유지한다” 고 하였으며(1992. 1. 28. 89헌가8 및 1997. 1. 16. 89헌마240), 위 개정 후의 사건(5건 병합)에서는 “... 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적을 일탈하는 확

대해석의 위험은 거의 제거되었다. ... 그래도 남은 용어의 추상성은 법적용·집행자의 합리적 해석에 맡겨도 된다고 본다”고 판시하였다(1997. 1. 16. 92헌바 6,26. 93헌바34,35,36). 그리고 1999. 4. 29.에 선고한 98헌바66 사건에서는 “위 결정을 변경해야 할 아무런 사정변경도 없으므로 이를 그대로 유지한다”고 하였다.

그러나 위 주관적 구성요건을 추가함으로써 그 뜻이 더욱 명확해졌고 확대해석의 위험이 거의 제거되었다고 볼 수 없다. 그 이유는 앞에서 살펴본 것처럼 주관적 목적 요건 추가의 법 개정 이후에도 제7조 위반으로 입건되는 남용 사례가 조금도 줄지 않고 있고 제7조에 대한 위헌심판 헌법소원도 여전히 줄을 잇고 있기 때문이다.

3. 제10조(불고지죄)

국가보안법 제10조는, ‘제3조(반국가단체구성·가입), 제4조(목적수행), 제5조 제1항(자진지원), 제3항(자진지원의 미수), 제4항(자진지원의 예비음모)의 죄를 범한 자라는 정을 알면서도 수사기관에 신고하지 아니한 경우’를 처벌하도록 규정하고 있다.

이 조항에서 규정하고 있는 불고지죄는 국가보안법에 대한 비판적 가치평가를 허용하지 않을 뿐만 아니라 친척이나 친구에 대하여도 신고하도록 하여 사회의 건전한 인륜도덕, 직업윤리에 반하도록 강제한다. 즉 어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리, 사상·양심을 자유롭게 형성·유지할 권리를 침해한다.

침묵의 자유 혹은 묵비의 권리는 인간의 가장 내밀한 내심의 영역을 외부의 간섭으로부터 보호하고자 하는 인간 본연의 존엄과 가치에 대한 존중으로부터 나오는 인권이다. 헌법재판소도 이러한 입장에 따라 “양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 안 되는 내심

적 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제 받지 않는 자유 즉 윤리적 판단사항에 관한 침묵의 자유까지 포괄한다” (1991. 4. 1 89헌마160)고 판시한 바 있다. 국가보안법 제10조는 헌법에 규정된 양심의 자유를 심각하게 침해하고 있는 대표적 악법 조항이다.

4. 국제인권법과의 관계

가. 국제인권법과 저촉되는 국가보안법

헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 가진다”고 규정함으로써 국제법을 국내법에 수용하고 이를 존중하는 국제법존중주의 입장을 취하고 있다. 대한민국은 1990. 7. 10. 시민적·정치적권리에관한국제규약 및 동 규약 선택의정서에 가입하여 동 규약의 당사국이 됨으로써 동 규약에 따른 자유권규약위원회의 권한을 인정하고 동 규약에서 인정되는 권리를 국내에서 실현하기 위한 필요한 조치를 취하여야 하는 실질적인 국제법상의 의무를 부담하게 되었다. 그런데 국가보안법은 동 규약과 충돌하는 모순된 법률이다. 즉, 국가보안법은 동 규약 제9조(신체의 자유), 제18조(사상·양심의 자유), 제19조(표현의 자유)와 양립할 수 없어 국가보안법을 폐지하거나 아니면 대한민국이 위 규약에서 탈퇴하지 않으면 안 된다는 것이 국제인권기구의 지속적인 평가 및 권고를 통하여 확인되고 있다.

앞서 언급한, 한국 정부보고서에 대한 유엔 자유권규약위원회의 2회(1992년 및 1999년)에 걸친 평가와, 유엔의 특별보고관(Special Rapporteur)의 보고서가 대표적 사례이다.

나. 유엔의 개인통보제도(Individual Communication)에 따른 자유권규약위원회

(Human Rights Committee)의 판단

① 개인통보제도란 시민적·정치적권리에 관한 국제규약 제1선택의정서에 규정된 제도로서 국가에 의해 인권을 침해받았다고 주장하는 개인이 자국 내의 구제절차를 거친 후 자유권규약위원회에 ‘communication’ 이라는 이름의 진정을 할 수 있는 제도이다. 자유권규약위원회가 진정을 접수하면 해당 국가에 부분을 송부하고 그 부분을 송부받은 국가는 답변서를 제출할 의무를 진다. 자유권규약위원회가 심의한 결과 위 규약위반이라고 판단할 경우 당해 국가에 대하여 진정인에 대한 피해보상 등의 조치를 취할 것을 요구하게 된다.

② 한국인이 국가보안법과 관련하여 개인통보를 한 것은 모두 3건인데 자유권규약위원회는 3건 모두 위 국제규약 제19조(표현의 자유) 위반이라는 판단을 하였다.

첫째는 재미유학생 박태훈이 미국에서 재미한국청년연합 회원 활동과 평화적 시위를 한 것에 대하여 국가보안법 제7조 제1항 및 제3항 위반으로 처벌한 사안이고(CCPR/C64/D/628)

둘째는 재야운동가 김근태가 전국민족민주운동연합 연례회의에서 반정부 유인물을 배포한 행위를 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항으로 처벌한 사안이며(CCPR/C/674/574)

셋째는 민중화가 신학철이 그린 ‘모내기’ 그림을 국가보안법 제7조 위반으로 처벌한 사건이다(CCPR/C/80/D/926/2000)

③ 우리가 여기에서 주목할 것은 위 첫째 사건에 대한 자유권규약위원회의 최종견해 채택이 1998. 10. 20.에 이루어졌고, 그 견해 말미에 ‘향후 유사한 침해 사례가 발생하지 않도록 <당사국>의 의무’를 상기시키고 있음에도 불구하고 한국 법원은 1999. 11. 26. 셋째 사건에 대하여 유죄 판결을 하였다는 사실이다.

대한민국이 가입 비준한 국제조약은 국내법과 동일한 효력(헌법 제6조)이 있

는 것이므로 위 세 사건은 위 규약 제19조를 들어 얼마든지 무죄 선고를 할 수도 있는 것이었다.

④ 세계화 시대를 들먹일 필요도 없이 국제사회의 일원으로서 대한민국은 국제규약 당사국으로서의 국제법적 의무를 계속 위반하고 있는 점에 대해 깊은 반성과 성찰이 있어야 할 것이다.

V. 현실적 측면에서 본 국가보안법

1. 국가보안법 폐지 시의 처벌공백 문제

가. 형법 등 관련법 규정에 의한 대체

국가보안법에서 보호하고자 하는 법익을 비롯한 규제행위대상은 원칙적으로 형법의 내란죄와 외환죄 및 공안을해하는죄의 장(章)과 중복된다.

국가보안법에 규정된 각 처벌 조항(특히 제3조부터 제13조)을 형법 등 다른 법률의 유사 조항에 대비시켜 보면 다음과 같다.

국가보안법	형법 등 관련법 규정
<p>제3조(반국가단체의 구성등)</p> <p>○반국가단체구성·가입죄 (제1항)</p> <p>① 반국가단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 다음의 구별에 따라 처벌한다.</p> <p>1. 수괴의 임무에 종사한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.</p> <p>2. 간부 기타 지도적 임무에 종사한 자는 사형·무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>3. 그 이외의 자는 2년 이상의 유기징역에</p>	<p>○형법 제114조(범죄단체조직·가입죄) 제87조(내란) 제92조(외환유치) 제102조(준적국) 등으로 처벌가능하며 형량도 거의 동일함</p> <p>○ '반국가단체 구성등죄'는 대부분 폭력행위등 처벌에관한법률 제4조(단체등의 조직)나 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의 8(단체등의 조직) 로도 처벌 가능</p>

<p>처한다.</p> <p>○ 반국가단체가입권유죄 (제2항) ② 타인에게 반국가단체에 가입할 것을 권유한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>○ 미수죄(제3항) ③ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.</p> <p>○ 예비·음모죄(제4,5항) ④ 제1항제1호 및 제2호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다. ⑤ 제1항제3호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.</p>	<p>○ 다만, 국가보안법상의 '반국가단체(정부참칭 또는 국가변란)' 개념과 형법상의 '내란(국토 침탈 또는 국헌문란 + 폭동)' 개념의 차이로 인해, 처벌의 폭이 좁아질 수는 있음. 이 부분 또한 대부분은 형법 제90조의 '내란의 예비·음모'(제1항), '내란의 선전·선동'(제2항) 목적의 단체로 보아 형법 제114조로 의율 가능</p> <p>○ 법원도 형법상 간첩죄(제98조)를 적용함에 있어 북한을 '준적국'으로 보고 있어(대법원 71도 1498호, 82도 3036호 등), '외환의 죄'에 의한 규율이 불가능하지는 않음.</p> <p>○ 형법 제30조(공동정범) 제31조(교사범) 제32조(종범) 제33조(공범과 신분) 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) 규정으로 처벌 가능</p> <p>○ 형법 제25조(미수범), 제29조(미수범의 처벌) 제89조 및 제100조(미수범) 규정으로 처벌 가능</p> <p>○ 형법 제90조 및 제101조(예비, 음모, 선동, 선전) 규정으로 처벌 가능 ※ 국가보안법상 반국가단체구성죄는 내란죄의 예비·음모죄에 해당되는 바, 반국가단체구성죄의 예비·음모 처벌은 내란죄의 예비·음모를 위한 예비·음모까지 처벌하는 것임</p>
<p>제4조 (목적수행)</p> <p>○ 목적수행죄(제1항) ① 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위한 행위를 한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.</p> <p>1. 형법 제92조(외환유치) 내지 제97조(물건제공이적)·제99조(일반이적)·제250조</p>	<p>○ 대부분 형법상의 해당범죄와 중복됨, 단지 법정형(처벌정도)에서 차이가 나고 있는데, 국가보안법에서 해당범죄에 대해 가중처벌하고 있음.</p> <p>○ “그 각 조에 정한 형에 처한다”고 규정, 형법과 처벌 범위가 완전히 중복되고 법정형도 동</p>

제2항(존속살해)·제338조(강도 살인·치사) 또는 제340조 제3항(해상강도 살상)에 규정된 행위를 한 때에는 그 각조에 정한 형에 처한다.

2. **형법 제98조(간첩)**에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지·수집·누설·전달하거나 중개한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.

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

나. 가목외의 군사상 기밀 또는 국가기밀의 경우에는 사형·무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

3. **형법 제115조**·제119조제1항·제147조·제148조·제164조 내지 제169조·제177조 내지 제180조·제192조 내지 제195조·제207조·제208조·제210조·제250조제1항·제252조·제253조·제333조 내지 제337조·제339조 또는 제340조제1항 및 제2항에 규정된 행위를 한 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

4. **교통·통신, 국가 또는 공공단체가 사용하는 건조물 기타 중요시설을 파괴하거나 사람을 약취·유인하거나 함선·항공기·자동차·무기 기타 물건을 이동·취거한 때에는 사형·무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.**

일함

○ 간첩행위의 객체는 국가기밀인 바, 형법 제98조의 간첩죄에 있어서나 국가보안법 제4조 제1항 제2호에 있어서나, 그 국가기밀의 개념을 동일하게 해석함이 판례(대법원 71도1498호, 82도3036호 등)이고 통설이므로, 이 점에서 적용범위가 같음.

○ 형법상 해당범죄에 대한 단순 가중 처벌 조항임.

○ “중요시설 파괴”와 관련해서는 형법 제96조(시설파괴이적 : 적국을 위하여 전조에 기재한 군용시설 기타 물건을 파괴하거나 사용할 수 없게 한 경우), 제115조(소요죄: 다중이 집합하여 폭행·협박 또는 손괴한 경우), 제367조(공익건조물파괴죄: 공익에 공하는 건조물을 파괴한 경우) 등 형법에 의해 처벌 가능하며, 국가보안법에서는 단지 이를 가중처벌하고 있을 뿐임.

○ “약취와 유인”과 관련해서는 형법 제287조 내지 294조(약취와 유인의 죄) 로 처벌 가능

○ “물건의 이동·취거”와 관련해서는 이동·취거는 형법 제366조(손괴죄: 타인의 재물·문서 또는 전자기록등 특수매체기록을 손괴 또는 은닉 기타 방법으로 그 효용을 해한 경우), 제367조(특수손괴죄), 제185조(일반교통방해죄), 제186조(기차등 교통방해죄) 등으로 처벌 가능

<p>5. 형법 제214조 내지 제217조·제257조 내지 제259조 또는 제262조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴·은닉·위조·변조한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>6. 제1호 내지 제5호의 행위를 선동·선전하거나 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때에는 2년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>○미수죄(제2항) ② 제1항의 미수범은 처벌한다.</p> <p>○예비·음모죄(제3,4항) ③ 제1항제1호 내지 제4호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다. ④ 제1항제5호 및 제6호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년이하의 징역에 처한다.</p>	<p>○ 전단은 해당범죄에 대한 단순 가중처벌 조항이며, 후단 “국가기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴·은닉·위조·변조한 때”의 경우는 형법 제141조 제1항(공용서류등무효죄), 제225조 내지 제237조의 2(문서에 관한 죄), 제366조(재물·문서등 손괴죄)에 대한 특별 규정으로, 이를 가중처벌하는 조항임.</p> <p>○형법 제90조 및 제101조의 예비·음모·선동·선전죄로 처벌 가능</p> <p>○형법 제25조, 제89조, 제100조 규정으로 처벌 가능</p> <p>○형법 제90조, 제101조 (예비·음모·선동·선전) 규정으로 처벌 가능</p>
<p>제5조 (자진지원·금품수수)</p> <p>○자진지원죄(제1항), 금품수수죄(제2항) ① 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자를 지원할 목적으로 자진하여 제4조제1항 각호에 규정된 행위를 한 자는 제4조제1항의 예에 의하여 처벌한다.</p> <p>② 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자로부터 금품을 수수한 자는 7년이하의 징역에 처한다.</p>	<p>○국가보안법 제5조는 제4조 (목적수행죄)의 공범(공동정범 또는 방조범)을 가중처벌하는 성격이므로 국가보안법 제4조와 관련한 형법 제30조 내지 제34조 등 위 규정이 적용됨</p> <p>○이는 국가보안법 제4조 목적수행의 공범(공동정범, 종범)의 성격이 있으므로 역시 형법상 내란·외환의 죄 등으로 처벌가능하고, 경우에 따라 지원과 금품수수가 내란 또는 외환목적일 때에는 내란의 예비음모죄(형법 제90조) 또는 외환의 예비음모죄(제101조)로도 처벌 가능</p>

<ul style="list-style-type: none"> ○ 미수죄(제3항) ③ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다. ○ 예비음모죄(제4항) ④ 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년이하의 징역에 처한다. 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 형법의 미수죄(제25조, 제89조, 제100조)로 처벌 가능 ○ 형법의 예비음모죄(제90조, 제101조)로 처벌 가능
<p>제6조 (잠입, 탈출)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○단순잠입탈출(제1항) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터 잠입하거나 그 지역으로 탈출한 자는 10년이하의 징역에 처한다. ○특수잠입탈출(제2항) ② 반국가단체나 그 구성원의 지령을 받거나 받기 위하여 또는 그 목적수행을 협의하거나 협의하기 위하여 잠입하거나 탈출한 자는 사형·무기 또는 5년이상 징역에 처한다. ○미수죄(제4항) ④ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다. ○예비음모죄(제5,6항) ⑤ 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 7년이하의 징역에 처한다. ⑥ 제2항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년이상 징역에 처한다. 	<ul style="list-style-type: none"> ○여권법 제13조, 출입국관리법 제93조의2 내지 제95조, 남북교류협력에관한법률 제9조, 제27조에 의해 처벌 가능, 다만 법정형(처벌정도)은 국가보안법에서 가중 처벌 ○나아가 내란 또는 외환목적의 때에는 내란의 예비음모죄(형법 제90조) 또는 외환의 예비음모죄(제101조)로도 처벌 가능. 간첩의 목적인 경우에는 '간첩의 예비음모'죄(101조)로 처벌 가능 ○ 출입국관리법 제99조(미수범등)에 의해 미수범 및 예비·음모죄 처벌 가능 ○내란 또는 외환 목적의 때에는 내란의 예비음모죄(형법 제90조) 또는 외환의 예비음모죄(제101조)로도 처벌 가능. 간첩의 목적인 경우에는 '간첩의 예비음모'죄(101조)로 처벌 가능
<p>제7조 (찬양·고무등)</p> <ul style="list-style-type: none"> ○찬양·고무·선전·선동 등(제1항) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년이하의 징역에 처한다. 	<ul style="list-style-type: none"> ○내란·외환 목적의 경우에는 형법 제90조, 제101조 규정 '내란·외환의 선전선동'죄로 처벌 가능 ○ 국가의 존립 안전이나 기본질서를 위협할 정도로 심각하고 집단화되어 폭력성을 띠는 경우에는 집회및시위에관한법률, 도로교통법, 경범죄처

<p>② 삭제[1991·5·31]</p> <p>○이적단체구성가입(제3항) ③ 제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>○허위사실날조유포(제4항) ④ 제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>○이적표현물취득등(제5항) ⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.</p> <p>○미수죄(제6항) ⑥ 제1항 또는 제3항 내지 제5항의 미수범은 처벌한다.</p> <p>○예비음모죄(제7항) ⑦ 제3항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년이하의 징역에 처한다.</p>	<p>벌법 등으로 의율 가능</p> <p>○대부분 형법 제114조(범죄단체조직가입죄)나 폭력행위등처벌에관한법률 제4조(단체등의 조직죄)로 처벌 가능하고, 그 외 그러한 단체의 결성이나 가입이 내란이나 외환을 위한 경우에는 형법 제90조 제1항(내란의 예비음모), 제101조 제1항(외환의 예비음모)으로 의율 가능</p> <p>○내란·외환 목적인 경우에는 '내란·외환의 예비음모나 선전선동'죄(형법 제90조, 제101조)로 처벌 가능</p> <p>○ 타인의 명예를 훼손하게 되는 경우에는 형법 제307조 제1항(허위사실에 의한 명예훼손), 제308조(사자의 명예훼손), 제309조 제2항(출판물에의 허위사실에 의한 명예훼손)으로 규율 가능</p> <p>○내란·외환 목적인 경우에는 '내란·외환의 예비음모나 선전선동'죄(형법 제90조, 제101조)로 처벌가능</p> <p>○내란·외환 목적이 없는 경우에는 사상·양심·표현의 자유에 대한 중대한 침해임</p> <p>○ 형법의 미수범(제25조, 제89조, 제100조)으로 처벌 가능</p> <p>○ 형법의 예비음모죄(제90조, 제101조)로 처벌 가능</p>
<p>제8조 (회합·통신등)</p> <p>○회합통신죄(제1항) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기</p>	<p>○ 남북교류협력에관한법률 제9조(남·북한 왕래)</p>

<p>본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합·통신 기타의 방법으로 연락을 한 자는 10년이하의 징역에 처한다.</p> <p>○미수죄(제3항) ③ 제1항의 미수범은 처벌한다.</p>	<p>제13조(반출·반입의 승인) 제17조(협력사업의 승인)제20조(수송장비의 운행)의 규정 위반시 제27조(벌칙)에 따라 처벌 가능 ※ 국가보안법에서 가중 처벌</p> <p>○ 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합·통신·연락한 행위는 내란·외환을 목적으로 한 경우 내란·외환의 예비·음모죄(제90조, 제101조)로, 회합·통신으로 국가기밀정보를 제공한 경우 간첩죄(제98조)로 처벌 가능</p> <p>○ 형법 미수범(제25조, 제89조, 제100조)규정으로 처벌 가능</p>
<p>제9조 (편의제공)</p> <p>○무기등 편의제공죄(제1항),일반편의제공죄(제2항)</p> <p>① 이 법 제3조 내지 제8조의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 총포·탄약·화약 기타 무기를 제공한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다. ② 이 법 제3조 내지 제8조의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 금품 기타 재산상의 이익을 제공하거나 잠복·회합·통신·연락을 위한 장소를 제공하거나 기타의 방법으로 편의를 제공한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.</p>	<p>○ 형법 제30조(공동정범) 제31조(교사범) 제32조(중범) 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중)에 따라 처벌 가능</p> <p>○ 형법 제95조(시설제공이적) 제97조(물건제공이적) 제99조(일반이적) 등에 의해 처벌 가능</p> <p>○ 내란·외환 목적인 경우에는 '내란·외환의 예비음모'죄(형법 제90조, 제101조), 간첩을 위한 경우에는 간첩 '방조'죄(형법 제98조)로 처벌 가능</p> <p>○예컨대, 그러한 편의제공이 간첩활동을 방조할 의사로 그를 원조하는 경우일 때는 형법 제98조 간첩죄의 방조범으로서 간첩죄와 동일한 형(사형, 무기 또는 7년 이상의 징역)으로 처벌될 것이고, 구금된 자를 탈취하거나 도주하도록 원조하는 경우일 때는 형법 제147조(도주원조죄)나 제151조(범인은닉죄: 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉 또는 도피하게 한 경우)에 해당할 것이며, 회합·통신·연락을 위한 장소를 제공하는 경우에는 그에 해당하는 형법이나 특별법 처벌규정의 공동정범 또는 방조범으로 처벌 가능</p>

<p>○미수죄(제3항) ③ 제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.</p> <p>○예비음모죄(제4항) ④ 제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.</p>	<p>○ 형법의 미수범(제25조, 제89조, 제100조)으로 처벌 가능</p> <p>○ 형법의 예비음모죄(제90조, 제101조)로 처벌 가능</p>
<p>제10조 (불고지) 제3조, 제4조, 제5조제1항·제3항(제1항의 미수범에 한한다)·제4항의 죄를 범한 자라는 정을 알면서 수사기관 또는 정보기관에 고지하지 아니한 자는 5년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.</p>	<p>○ 타법률에 관련 규정 없으나 이 조항은 사상·양심의 자유를 중대·명백하게 침해하고 있는 '반인권성'으로 말미암아 폐지되어야 함.</p>
<p>제11조 (특수직무유기) 범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원이 이 법의 죄를 범한 자라는 정을 알면서 그 직무를 유기한 때에는 10년이하의 징역에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.</p>	<p>○ 형법의 직무유기죄(제122조)로 처벌 가능, 다만 법정형(처벌정도)에서 국가보안법은 가중 처벌</p>
<p>제12조 (무고, 날조)</p> <p>○무고, 위증, 날조, 인멸, 은닉죄(제1항) ① 타인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 이 법의 죄에 대하여 무고 또는 위증을 하거나 증거를 날조·인멸·은닉한 자는 그 각조에 정한 형에 처한다.</p> <p>○직권 남용(제2항) ② 범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원이나 이를 보조하는 자 또는 이를 지휘하는 자가 직권을 남용하여 제1항의 행위를 한 때에도 제1항의 형과 같다. 다만, 그 법정형의 최저가 2년미만일 때에는 이를 2년으로 한다.</p>	<p>○ 형법 제152조(위증, 모해위증) 제154조(허위의 감정, 통역, 번역) 제155조(증거인멸등과 친족간의 특례) 제156조(무고)와 완전히 중복됨. 법정형에서 국가보안법은 가중 처벌하고 있음.</p> <p>○ 형법상 직권남용죄(123조)와 중복됨. 단 법정형에서 차이가 있을 뿐임.</p>
<p>제13조 (특수가중) 이 법, 군형법 제13조·제15조 또는 형법 제2편제1장 내란의 죄·제2장 외환의 죄를 범하여 금고이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지 아니한 자 또는 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자</p>	<p>○ 국가보안법 제13조(특수가중)는 단지 '처벌받은 후 5년 이내에 다시 국가보안법 등(내란, 외환, 국가보안법, 군형법상 일부 범죄)을 위반하는 누범자'에 대해 '사형'을 법정형으로 추가하는 규정일</p>

가 제3조제1항제3호 및 제2항 내지 제5항, 제4조제1항제1호중 **형법 제94조**제2항·제97조 및 제99조, 동항제5호 및 제6호, 제2항 내지 제4항, 제5조, 제6조제1항 및 제4항 내지 제6항, 제7조 내지 제9조의 죄를 범한 때에는 그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다.

○ **결국 이 조항은 5년 이내의 국가보안법의 누범에 대하여 사형을 법정형으로 규정한 가중처벌규정일 뿐임. 더욱이 이 조항 중 찬양고무죄와 이적표현물소지등죄 부분은 헌법재판소가 위헌으로 선언하여 효력을 상실하였음 (헌재 2002.11.28. 선고 2002헌가5).**

앞의 표에서 볼 수 있듯이, 국가보안법 제3조부터 제13조까지의 처벌규정은 대부분 형법 등 다른 법률의 처벌조항과 중복되거나 가중 처벌하는 것일 뿐이고, 특히 형법 각칙(各則)편 제1장 ‘내란의 죄’와 제2장 ‘외환의 죄’의 적용·해석을 통해 충분히 규율이 가능하므로 처벌공백이 생기는 부분은 거의 없다. 다만, 국가보안법 제10조(불고지)의 경우에는 현행법상에서 처벌공백이 생긴다고 할 수 있으나, 이 규정은 양심의 자유를 심각하게 침해하고 있기 때문에 반드시 폐지되어야 하므로 사실상 존치하여야 할 조항은 없게 된다.

나. 국가보안법을 폐지할 경우, 그동안 북한 관련 안보범죄를 처벌할 때 이용해온 국가보안법상의 ‘반국가단체’ 관련 개념을 형법으로는 담아낼 수 없다는 일부의 지적이 있다. 그러나 ‘북한은 간첩죄의 적용에 있어서 이를 국가에 준하여 취급하여야 한다’는 것이 대법원의 견해이므로(대법원 4292형상180, 71도1498호, 82도3036호 등 판결) 형법의 규정으로 해결이 가능하다 할 것이다.

다. 설령, 일부분에 약간의 처벌 공백이 생긴다 할지라도 국가보안법은 국가안보를 위한 전체 법체계의 일부일 뿐이고, 형법 각칙편 제1장 ‘내란의 죄’와 제2장 ‘외환의 죄’가 국가안보를 위태롭게 하는 범죄 대부분을 예정하고 있으며 그 외 여러 특별형법에도 국가안보를 위해 작동하는 처벌조항이 다수 있다. 오히려 국가보안법은 형법 각칙편 제1장과 제2장에 규정된 죄의 전(前)단계 또는

전전(前前)단계를 처벌하려다 보니 그 구성요건의 불명확성과 추상성을 심히 내재하게 되어 자의적 적용과 남용의 위험을 항시 노정하고 있다는 점에서, 국가보안법의 폐지는 ‘국가안보법’의 무장해제가 아니라 ‘국가안보법체계의 합리적 개선’을 가져올 수 있을 것이다.

2. 경과조치 문제

국가보안법을 폐지할 경우, 현재 유죄판결을 받고 수용되어 있거나 재판계류 중인 사범들에 대한 후속 처리 문제가 불거질 수 있다.

형법 제1조 제2항은 ‘범죄 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 않거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다’고 규정하고, 제3항에서는 ‘재판 확정 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제한다’고 규정하고 있어서, 국가보안법이 폐지되는 즉시 재판에 계류 중인 사람에 대하여는 면소판결을 하여야 하고, 유죄판결이 확정되어 복역 중인 사람에 대하여는 형의 집행을 면제하고 석방하여야 하며, 형의 집행을 종료한 사람은 재심의 대상이 될 수도 있다.

그러나 죄명은 ‘국가보안법위반’으로 되어 있더라도 범죄 사실이 내란, 외환, 범죄단체조직 또는 무고 등으로 가벌성이 있는 경우에는 형법 제1조 제2항 및 제3항의 적용을 배제하여야 할 것이므로, ‘국가보안법폐지에관한법률’ 부칙에 경과규정을 두어야 할 필요가 있다.

3. 국민정서 문제

가. 국가보안법을 폐지할 경우, “광화문 네거리에서 ‘김정일 만세’를 외치거나 인공기를 흔드는 행위”를 처벌할 수 없게 되어 국민정서에 반한다는 일부의 주장이 있다.

그러나 대법원은 국가보안법 제7조의 적용 한계로 '실질적 위험성의 원칙'을 제시하고 있고, 헌법재판소는 더 나아가 '명백하고 현존하는 위험의 원칙'을 요구하고 있는 바, 위와 같은 행위로 인해 국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서가 위태롭게 될 '실질적 위험' 또는 '명백하고도 현존하는 위험'이 있다고 보는 것은 우리 사회의 건강성과 다양성을 지나치게 우려하는 태도라고 볼 수 있다. 민주사회에서의 국가안보와 사회질서는 오히려 사상의 자유를 폭넓게 인정함으로써 다양한 이념과 사상이 비판적 토론의 과정을 거쳐 소화해 내도록 함으로써 보장될 수 있다. 물론 위의 행위들이 국가의 기본질서를 위협할 정도로 심각하고 집단화되어 폭력성을 띠는 경우에는 형법 제115조(소요) 또는 제116조(다중불해산) 등의 '공안을 해하는 죄'로 처벌할 수 있을 것이며 경우에 따라서는 집회및시위에관한법률, 도로교통법, 경범죄처벌법 등으로도 의율할 수 있을 것이다.

나. 북한의 대남전략 및 법체계의 변화 없이 국가보안법을 폐지하는 것은 형평성에 맞지 않는다는 주장도 있다. 그러나 북한에는 우리의 국가보안법과 같은 안보특별법이 없고, 북한의 헌법이나 형법에는 남한 자체를 부정하거나 반국가단체로 보는 규정도 없다. 북한 헌법 제9조는 사회주의 건설의 범위를 북한지역으로 한정시키고 있고, 북한 형법에 '공화국'을 전복하려는 무장 폭동, 테러, 간첩행위 등 '국가주권을 반대하는 범죄'와 '민족해방에 반대하는 범죄'를 규정하고 있으나, 이들은 우리 형법의 내란, 외환, 간첩죄와 기본적으로 동일한 내용이다. 따라서 국가보안법 폐지가 북한 법체계와의 형평성에 맞지 않는다는 주장은 그 근거가 박약하다.

4. 시대적 상황변화와 그 대응 문제

가. 1991년 9월 18일 남북한 양측은 동시에 유엔에 가입하였다. 유엔헌장 제4조에 따르면, 유엔가맹국의 자격요건은 국제법상의 주권국가로서 유엔헌장의 의

무를 수락하고 이러한 의무를 이행할 능력과 의사가 있는 것으로 되어 있다. 당시 북한도 ‘조선민주주의인민공화국’이란 이름으로 유엔에 가입함으로써 국제법적으로 공식 인정된 독립국가 지위를 가지게 된 것이다. 물론 유엔 가입 이전에도 국제관습에 비추어 보면 북한 당국이 북한지역에 대하여 사실상의 ‘통치권’을 행사하고 있었음은 부인할 수 없는 사실이다. 1990년까지 대한민국과 수교를 맺은 나라가 132개국인 데 비하여 북한을 대등한 국가로 인정하고 수교를 맺은 나라가 102개 국가에 이른다는 사실도 고려해야 할 것이다. 또한 북한은 한반도 주변국과의 각종 국제회담에도 일방 당사자 국가로서 빠지지 않고 참가하고 있으며, 최근의 6자 회담에서도 이러한 사실은 확인되고 있다. 즉 북한은 ‘한반도의 북측 지역을 무단으로 점령하고 있는 반국가단체’가 아니라 국제법적으로는 ‘사실상의 국가’로 보는 것이 변화된 시대적 환경과 국제법 질서에 맞는 해석이라고 할 것이다.

나. 국내적으로 보더라도 1972년 남한의 박정희 대통령과 북한의 김일성 주석이 7·4 남북공동성명을 통해 ‘사상, 제도, 이념의 차이를 초월하여 평화적 방법에 의한 민족 통일’을 하기로 합의한 이래, 2004년 7월까지 정치·경제·군사·사회 분야에서 각종 남북총리급회담, 남북고위회담 등이 총 440회나 진행되어 왔고, 1991. 12. 12. ‘남북화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서’와 2000. 6. 15. 남북 정상회담까지 이루어진 현실에서 북한을 여전히 반국가단체라고 주장하는 것은 우리 스스로 논리적 모순에 빠질 수도 있다.

다. 또한 현재 남한 내부에는 냉전과 반복을 전제하는 국가보안법이 존재하면서 동시에 탈냉전과 통일을 지향하는 남북기본합의서나 ‘남북교류협력에 관한 법률’ 등이 존재함으로써, 완전히 모순되는 두 개의 법 가치·체계가 병존하고 있으며, 따라서 현재 북한은 ‘반국가단체’·‘적’이면서 동시에 통일을 위한 대화와

협상의 대등한 주체라는 이중적·모순적 법적 지위가 부여되어 있는 상태로서 분단 당시나 냉전체제 당시와는 그 시대적 상황이 크게 변했다는 사실을 솔직히 인정해야 한다.

VI. 결 론

앞에서 살펴본 바와 같이 국가보안법은 그 제정과정에서부터 태생적인 문제점을 안고 있었을 뿐만 아니라, 형법이 제정된 이후에 이루어진 수차례의 개정도 국민적 합의를 거치지 않은 절차적 정당성을 결한 것이어서 법률로서의 규범력이 부족하며, 죄형법정주의에 위배되고 사상과 양심의 자유 및 표현의 자유 등 인간의 가치와 존엄성을 해할 소지가 많은 반인권적 법률이라는 비난을 면치 못한다. 국가안보에 관련된 범죄는 형법 등 다른 형벌법규로 의율이 가능하여 국가보안법이 폐지되더라도 처벌 공백은 거의 없다고 볼 수 있다. 다만, 필요한 경우 미흡한 부분이 생긴다면 형법의 관련 조항을 개정·보완하는 방안을 강구할 수도 있을 것이다. 그리고 우리나라는 국제사회의 일원으로서 국제사회의 여론과 결정을 수용할 필요가 있으며, 시대적 상황변화에 부응하는 자세로 북한에 대한 대응책을 마련해야 한다.

현행 국가보안법은 몇 개 조항의 개정만으로는 위에서 지적한 문제점들이 치유될 수 없으므로 전면 폐지하는 것이 시대적 요청이라고 본다.

이에 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 국회의장과 법무부장관에게 국가보안법의 폐지를 권고하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

VII. 위원 조미경, 위원 김오섭의 반대의견

1. 1991. 5. 31. 개정 전의 국가보안법은 헌법부칙 제5조의 규정에 비추어 그 제정절차에 하자가 있음을 이유로 하여 이를 다룰 수 없고, 1991. 5. 31. 개정 후의 국가보안법은 그 개정절차에 위헌적 요소가 없다는 것이 헌법재판소의 결정이다(헌재 1997. 1. 16. 선고 92헌바6, 26, 93헌바34·35·36(병합) 결정). 따라서 국가보안법이 그 제정과정에서부터 태생적인 문제점이 있다거나 수차례의 개정도 정당성을 결한 것이어서 법률로서의 규범력이 부족하다는 것은 국가보안법을 폐지할 이유로 내세울 것이 못된다.

국가보안법은 국민의 자유와 권리를 제한하는 것이지만 원래 국민의 자유와 권리는 국가안전보장을 위하여 제한할 수 있는 것이고(헌법 제37조제2항), 국가보안법은 국가의 존립, 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에만 적용되는 것이므로 국가보안법을 반인권적 법률이라고 볼 것은 아니다(대법원 1993. 10. 8. 선고 93도1951 판결 참조).

정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체를 반국가단체라고 정의하고 있는 국가보안법 제2조의 규정이 명확성의 원칙에 위반된다고 할 수 없다. 북한이 정부를 참칭하고 국가를 변란할 것을 목적으로 하고 있는 이상 시대적 상황변화가 있었다는 이유만으로 그 반국가단체성을 부인할 수 없다. 국가보안법 제7조는 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 하는 행위만을 처벌하는 것이므로 표현의 자유를 본질적으로 침해하는 것이 아니며, 특정 사상·이념에 찬성하는지 여부의 기준에 따라 처벌하는 규정이 아니다. 국가보안법 제7조가 반인권적 조항이라는 주장은 8차에 걸친 그동안의 헌법재판소의 결정에도 반하는 것이다(헌재 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정, 1990. 6. 25. 선고 90헌가11 결정, 1992. 1. 28. 선고 89헌가8 결정, 1997. 1. 16. 선고

92헌바6, 26, 93헌바34, 35, 36(병합) 결정, 1997. 1. 16. 선고 89헌마240 결정, 1999. 4. 29. 선고 98헌바66결정, 2004. 8. 26. 선고 2003헌바85 결정, 2004. 8. 26. 선고 2003헌바102 결정 참조). 국가보안법 제10조는 국가의 안전을 위태롭게 하고 국가의 존립에 치명적 위해를 초래할 중대한 범죄에 대한 것만 처벌하는 규정이므로 그것이 양심의 자유를 본질적으로 침해한다고 볼 수 없다. 1991. 5. 31. 법률 개정으로 처벌대상이 축소되기 전의 규정도 여러 가지 국내외 정세의 변화에도 불구하고 남·북한의 정치·군사적 대결이나 긴장관계가 여전히 존재하고 있는 우리의 현실, 구 국가보안법 제10조가 규정한 불고지죄가 보호하고자 하는 국가의 존립·안전이라는 법익의 중요성, 범인의 친족에 대한 형사처벌에 있어서의 특례설정 등 제반사정에 비추어 볼 때 구 국가보안법 제10조가 양심의 자유를 제한하고 있다 하더라도 그것이 헌법 제37조제2항이 정한 과잉금지의 원칙이나 기본권의 본질적 내용에 대한 침해금지의 원칙에 위반된 것이라고 볼 수 없다는 것이 헌법재판소의 결정이었다(헌재 1998. 7. 16. 선고 96헌바35 결정 참조).

국가보안법의 규정 중 “국가를 변란”, “찬양·고무·동조”, “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”와 같은 말들이 형법에 나오는 “국토를 침절”, “국헌을 문란”, “중요한 임무”, “부화수행”, “사변”, “교사”, “방조”와 같은 말보다 더 애매모호한 것도 아니다. 분명한 것처럼 보이는 민법이나 형법의 규정도 생각보다 애매하고 해석의 여지가 많다. 대법원도 국가보안법의 각 범죄구성요건의 개념이 애매모호하고 광범위하여 죄형법정주의의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 볼 수 없다고 하였다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96도2673 판결 참조).

국가보안법은 국가의 존립, 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에만 적용되는 것이므로 절대적으로 준수해야 할 법률이다. 남북 교류협력에 관한 법률의 제정으로 국가보안법이 상대적 금지의 법률로 되었다고

보는 것은 잘못이다. 남북교류접촉행위가 국가의 존립, 안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 것이 아니라면 남북교류협력에관한법률이 없더라도 국가보안법에 의한 처벌대상이 되지 않을 것이다. 반대로 정부의 승인을 얻은 교류접촉이라도 대한민국의 체제전복행위의 일환으로 행하여지는 것이라면 국가보안법에 의한 처벌대상이 될 것이다. 남북교류협력에관한법률은 남북한간의 왕래, 교역, 협력사업 및 통신역무의 제공 등 남북교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여 정당하다고 인정되는 범위 안에서 다른 법률에 우선하여 적용되고, 이 요건을 충족하지 아니하는 경우에는 동법의 적용이 배제되는 것이므로 국가보안법과 남북교류협력에관한법률은 서로 모순되는 것이 아니다(대법원 1991. 12. 24. 선고 91도2419 판결 참조). 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체이므로 남북교류협력에관한법률이 제정되었다고 하여 국가보안법의 필요성이 없어지는 것도 아니다(헌재 1997. 1. 16. 선고 92헌바6·26, 93헌바34·35·36 결정 참조).

2. 국가보안법을 폐지한다면 국가보안법이 처벌대상으로 규정한 것 중의 상당한 부분은 형법 등 다른 법률로도 처벌할 수 없게 된다. 다수의견은 남북기본합의서나 남북교류협력에관한법률 등의 존재로 북한을 “반국가단체”, “적”으로 보는 것이 법적으로 모순적이라고 주장하면서도 북한도 간첩죄의 적용에 있어서 국가에 준하여 취급해야 한다는 것이 대법원의 견해이므로 국가보안법을 폐지하더라도 형법의 규정으로 해결이 가능하다고 스스로 모순된 주장을 하고 있다. 그러면서도 국가보안법을 폐지할 경우 일부 처벌공백이 생기는 것은 시인하고 있다. 그러나 북한을 적국으로 보아 북한에 대한 이적행위를 형법 제93조 내지 제101조에 의하여 처벌할 수 있게 된다고 하더라도 국가보안법을 폐지하면 다음과 같이 국가보안법에 의한 처벌대상의 상당한 부분은 사실상 형이 폐지되

는 결과가 된다.

국가보안법	다른 법률에 의한 처벌의 가능성
<p>제3조 (반국가단체의 구성등) ①반국가단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 다음의 구별에 따라 처벌한다. 1. 수괴의 임무에 종사한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다. 2. 간부 기타 지도적 임무에 종사한 자는 사형·무기 또는 5년이상의 징역에 처한다. 3. 그 이외의 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ②타인에게 반국가단체에 가입할 것을 권유한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ③제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다. ④제1항제1호 및 제2호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다. ⑤제1항제3호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년이하의 징역에 처한다</p>	<p>정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 단체를 구성하거나 가입하더라도 그 수단·방법이 폭력행위등처벌에관한법률에 규정된 범죄를 목적으로 하지 않는 이상 폭력행위등처벌에관한법률 제4조로 처벌할 수 없다. 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의 8은 타인의 재물을 절취할 목적의 단체 등의 조직을 처벌하는 규정이므로 이 규정으로 반국가단체의 구성 등을 처벌할 수 없다. 형법 제90조는 내란 또는 내란 목적의 살인의 음모, 예비, 선동, 선전을 처벌하는 규정이므로 반국가단체를 구성하거나 이에 가입하더라도 폭동을 의도하지 않는 이상 형법 제90조로 처벌할 수 없다. 반국가단체의 구성 등을 형법 제101조로 처벌할 여지도 없다. 반국가단체가 형법 기타 법률에 의한 범죄를 목적으로 하는 것이 아닌 이상 형법 제114조로 처벌할 수는 없다.</p>
<p>제4조 (목적수행) ①반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위한 행위를 한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.<개정 1991·5·31> 1. 형법 제92조 내지 제97조·제99조·제250조 제2항·제338조 또는 제340조제3항에 규정된 행위를 한 때에는 그 각조에 정한 형에 처한다. 2. 형법 제98조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀을 탐지·수집·누설·전달하거나 공개한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다. 가. 군사상 기밀 또는 국가기밀이 국가안전에 대한 중대한 불이익을 회피하기 위하여 한정된 사람에게만 지득이 허용되고 적국 또는 반국가단체에 비밀로 하여야 할 사실, 물건 또는 지식인 경우에는 사형 또는 무기</p>	<p>북한 이외의 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 목적수행을 위한 행위를 처벌할 수 없다. 형법조항에 규정된 행위가 아닌 경우, 즉 국가기밀을 누설·전달하거나 공개한 때, 함선·항공기·자동차·무기 기타 물건을 이동·취거한 때, 국가기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴·은닉·위조·변조한 때, 그러한 행위를 선동·선전하거나 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때 및 위와 같은 행위를 예비, 음모한 때에는 대부분 형법으로 처벌할 수 없다. 손괴는 재물 자체에 유형력을 행사할 것을 요하는 것이며 물체에 영향을 미치지 않고 재물의 기능을 훼손하는 것은 손괴가 되지 않는 것이므로 함선 등을 이동·취거하</p>

<p>징역에 처한다.</p> <p>나. 가목외의 군사상 기밀 또는 국가기밀의 경우에는 사형·무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>3. 형법 제115조·제119조제1항·제147조·제148조·제164조 내지 제169조·제177조 내지 제180조·제192조 내지 제195조·제207조·제208조·제210조·제250조제1항·제252조·제253조·제333조 내지 제337조·제339조 또는 제340조제1항 및 제2항에 규정된 행위를 한 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>4. 교통·통신, 국가 또는 공공단체가 사용하는 건조물 기타 중요시설을 파괴하거나 사람을 약취·유인하거나 함선·항공기·자동차·무기 기타 물건을 이동·취거한 때에는 사형·무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.</p> <p>5. 형법 제214조 내지 제217조·제257조 내지 제259조 또는 제262조에 규정된 행위를 하거나 국가기밀에 속하는 서류 또는 물품을 손괴·은닉·위조·변조한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>6. 제1호 내지 제5호의 행위를 선동·선전하거나 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때에는 2년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>②제1항의 미수범은 처벌한다.</p> <p>③제1항제1호 내지 제4호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.</p> <p>④제1항제5호 및 제6호의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.</p>	<p>는 것만으로는 손괴죄로 처벌할 수 없다. 국가기밀에 속하는 서류 또는 물품이 모두 공무소에서 사용하는 것이 아니고 공문서 또는 권리·의무와 사실증명에 관한 사문서도 아니므로 국가기밀에 속하는 서류 또는 물품의 손괴·은닉·위조·변조를 모두 형법 제141조제1항, 제225조 내지 제237조의2로 처벌할 수 없다.</p>
<p>제5조 (자진지원·금품수수)</p> <p>①반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자를 지원할 목적으로 자진하여 제4조제1항 각호에 규정된 행위를 한 자는 제4조제1항의 예에 의하여 처벌한다.</p> <p>②국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질</p>	<p>제5조제1항의 처벌대상의 상당한 부분은 제4조제1항에 관하여 위에서 본 바와 같이 다른 법률로 처벌할 수 없다.</p> <p>제5조제2항의 처벌대상은 다른 법률로 처벌할 수 없다.</p>

<p>서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가 단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자로부터 금품을 수수한 자는 7년이하의 징역에 처한다.<개정 1991.5.31></p> <p>③제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.</p> <p>④제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년이하의 징역에 처한다</p>	
<p>제6조 (잠입, 탈출)</p> <p>①국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가 단체의 지배하에 있는 지역으로부터 잠입하거나 그 지역으로 탈출한 자는 10년이하의 징역에 처한다.<개정 1991.5.31></p> <p>②반국가단체나 그 구성원의 지령을 받거나 받기 위하여 또는 그 목적수행을 협의하거나 협의하기 위하여 잠입하거나 탈출한 자는 사형·무기 또는 5년이상의 징역에 처한다.</p> <p>③삭제<1991.5.31></p> <p>④제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.<개정 1991.5.31></p> <p>⑤제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 7년이하의 징역에 처한다.</p> <p>⑥제2항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년이상의 유기징역에 처한다.</p>	<p>북한 이외의 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터의 잠입이나 그 지역으로 탈출한 자에 대하여는 남북교류협력에관한법률을 적용할 수 없다. 북한 이외의 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터 제3국을 거치지 않고 직접 잠입하거나 그 지역으로 탈출한 때에는 여권법이나 출입국관리법으로 처벌할 수 없다.</p>
<p>제7조 (찬양·고무등)</p> <p>①국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가 단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년이하의 징역에 처한다.<개정 1991.5.31></p> <p>②삭제<1991.5.31></p> <p>③제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년이상의 유기징역에 처한다.<개정 1991.5.31></p> <p>④제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항</p>	<p>내란, 외환의 목적이 없는 경우는 형법으로 처벌할 수 없다.</p>

<p>에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.<개정 1991.5.31></p> <p>⑤제1항·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.<개정 1991.5.31></p> <p>⑥제1항 또는 제3항 내지 제5항의 미수범은 처벌한다.<개정 1991.5.31></p> <p>⑦제3항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년 이하의 징역에 처한다</p>	
<p>제8조 (회합·통신등)</p> <p>①국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합·통신 기타의 방법으로 연락을 한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.<개정 1991.5.31></p> <p>②삭제<1991.5.31></p> <p>③제1항의 미수범은 처벌한다.<개정 1991.5.31></p> <p>④삭제<1991.5.31></p>	<p>내란, 외환의 목적이 없는 경우는 형법으로 처벌할 수 없다.</p> <p>북한을 제외한 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합·통신, 기타의 방법으로 연락을 한 경우는 남북교류협력에 관한 법률 제9조, 제13조, 제17조로 처벌할 수 없다.</p>
<p>제9조 (편의제공)</p> <p>①이 법 제3조 내지 제8조의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 총포·탄약·화약 기타 무기를 제공한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.<개정 1991.5.31></p> <p>②이 법 제3조 내지 제8조의 죄를 범하거나 범하려는 자라는 정을 알면서 금품 기타 재산상의 이익을 제공하거나 잠복·회합·통신·연락을 위한 장소를 제공하거나 기타의 방법으로 편의를 제공한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다.<개정 1991.5.31></p> <p>③제1항 및 제2항의 미수범은 처벌한다.</p> <p>④제1항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.</p>	<p>제3조 내지 제8조의 죄 중 다른 법률로 처벌할 수 없는 자에게 편의를 제공한 경우는 다른 법률로 처벌할 수 없다.</p>

<p>제10조 (불고지) 제3조, 제4조, 제5조제1항·제3항(제1항의 미수범에 한한다)·제4항의 죄를 범한 자라는 정을 알면서 수사기관 또는 정보기관에 고지하지 아니한 자는 5년이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처한다. 다만, 본범과 친족관계가 있는 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.</p>	<p>다른 법률로 처벌할 수 없다.</p>
---	-------------------------

따라서 다수의견은 단순히 동일한 대상에 적용될 수 있는 두 개의 법률 중에서 한 개를 폐지하여 나머지 한 개만으로 처벌하자는 것이 아니라 국가보안법의 적용대상 중 위와 같이 형법 등 다른 법률로 처벌할 수 있는 것을 제외하고는 처벌하지 말자는 뜻이 된다. 국가보안법의 폐지로 생기는 이와 같은 처벌공백은 우리 국가의 안보상황에 비추어 결코 무시할 수 없는 것이다. 다수의견에 의하면 반국가단체를 구성하거나 이에 가입한 자도 일부는 처벌하지 않게 되고, 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 자도 내란 또는 외환의 목적이 있는 경우를 제외하고는 처벌하지 못하게 된다는 것인데, 도대체 그러한 것을 처벌하지 않고 허용해야 할 이유가 무엇인지 알 수 없다.

3. 국가보안법은 우리 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 지키기 위한 법률이다. 법률의 명칭이나 내용은 다를지 몰라도 국가의 안보와 체제를 지키기 위한 법률은 어느 나라에나 있는 것이다. 따라서 국가보안법의 폐지를 권고하려면 첫째, 국가보안법을 폐지하더라도 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 지킬 수 있어야 하고, 둘째 국가보안법을 개정하는 것만으로는 인권침해요소를 제거할 수 없어야 할 것이다. 그러나 북한은 아직도 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있으므로 국가보안법을 폐지할 경우 우리 국가의

안보가 위태롭게 될 것은 명백하다. 그리고 국가보안법은 그동안 규정의 개정과 헌법재판소의 결정, 법원의 판결 등에 의하여 규정의 의미와 적용한계가 명백히 되어 인권침해 요소는 이미 제거되었다고 할 것이다.

국가보안법이 과거 정치적 반대세력의 탄압을 위하여 이용된 사례가 있었다고 하더라도 현재는 정치적 반대세력의 탄압을 위하여 이용되고 있지 않으며 앞으로도 그럴 가능성은 없을 것이다. 국가보안법 위반자 중 제7조 위반자가 많다고 하더라도 그러한 사정만으로 제7조가 남용된다고 볼 수는 없을 것이다. 한총련을 이적단체로 보는 것이 현재도 국가보안법이 남용되고 있는 사례라는 의견이 있다. 그러나 그 의견에는 한총련 사건에서 국가보안법이 어떻게 남용되었다는 것인지 아무런 설명이 없고, 한총련을 이적단체로 인정한 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도604 판결¹⁾을 읽어 보아도 국가보안법이 남용되었다고는 생각되

1) 제10기 한국대학총학생회연합이 이적단체인지 여부에 관한 판시는 다음과 같다. “한국대학총학생회연합(통상 ‘한총련’이라고 부르나, 아래서는 ‘총학생회연합’이라고 한다)은 이 법원이 1998. 5. 15. 제5기 총학생회연합을 국가보안법 소정의 이적단체로 선언한 이래 2001년의 제9기에 이르기까지 이 법원에 의해 그 이적 단체성이 그대로 유지되어 왔는데, 원심이 유지한 제1심판결의 채용증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 피고인이 의장으로 선출된 2002년의 ‘제10기 총학생회연합’(아래서는 ‘제10기’라고만 하고, 다른 기수의 경우도 이와 같다)은 그 강령 및 규약의 내용과 표현을 온건한 방향으로 개정하려고 시도(피고인이 구속된 뒤 실제로 개정이 이루어진 것으로 보인다)한 바 있으나 아래와 같은 사정들에 비추어 볼 때 이는 남북관계 등 여건의 변화에 적응하여 부득이하게 취한 조치이거나 합법적인 단체로 인정받아 활동의 자유를 확보하려는 의도에서 나온 조치일 뿐 그것만으로 종전 총학생회연합의 이적단체성이 청산되어 그 성격이 근본적으로 변화되었다고 보기 어렵고, 오히려 제10기의 의장인 피고인이 소지하고 있던 문서들 중 북한의 대남혁명전위대인 ‘한국민족민주전선(약칭 한민전)’의 대남방송인 ‘구국의 소리’ 방송을 녹취한 ‘전국민에게 드리는 서한’, ‘한국민족민주전선 중앙위 선전국이 국민에게 드리는 글’, ‘한국민족민주전선 중앙위원회 축하문’ 등의 글·김정일의 연설내용을 발췌한 ‘당의 령도체계를 철저히 세우데 대하여’라는 글·나아가 ‘대담하고 또 대담하라’, ‘동지애의 구조를 높이들고 나가자’, ‘동지애의 천만리’ 등의 노동신문 기사나 사설 등은 모두 [국가보안법 제7조 제5항](#)에서 정한 이적표현물에 해당하는 것들인데, 이 문서들이 그 간부의 의식화 및 사상교육 자료로 사용되고 투쟁노선의 설정 및 행동지침의 마련 등에 참고된 것으로 보이는 점, 제10기 명의로 작성된 각종 문서들의 내용 역시 여전히 종전의 총학생회연합 노선을 그대로 답습하여 우리 사회를 미제국주의의 식민지로, 우리 정권을 친미예속 식민지 파쇼정권으로 규정하고, 투쟁목표를 반미투쟁, 반동일 보수세력의 척결 및 민족통일전선의 강화 등으로 설정한 다음, 주한미군 철수·반미반전반핵 투쟁·북미평화협정 체결·국가보안법 철폐·총학생회연합에 대한 이적규정의 철폐·각계 각층과의 공동연대투쟁의 강화를 통한 민족민주전선의 형성 등을 투쟁방향으로 삼고 있어 제10기도 궁극적으로는 북한이 주장하여 온 민족해방인민민주주의혁명(NLPDR)과 그 궤를 같이하는 민족민주주의의 실현을 그 목적으로 삼고 있는 것으로 보이는 점, 제10기의 의장을 비롯한 임원들이 이적단체인 조국통일범민족연합(약칭 ‘범민련’) 산하 조국통일범민족청년학생연합(약칭 ‘범청학련’) 남측본부의 주된 구성원으로서 의장인 피고인은 범청학련 남측본부의 상임부의장을 맡고 총학생회연합 산하 각 지역대학총학생회연합의 의장들은 그 부의장단을 구성하는 등 범청학련 남측본부의 집행부를 장악하고 북한 조선노동당 통일전선부의 산하단체인 범청학련 북측본부와 지속적인 통신연락을 유지하면서 활동한 점, 제10기 소속 학생들이 북한의 김정일 찬양 구호인 ‘수령 결사옹위’에서 인용한 것으로 보이는 ‘결사옹위’라는 문구를 가로 114cm, 세로 89cm의 흰 천에 쓴 혈서(血書)를 만들어 의장으로 선출된 피고인에게 선물하고 피고인은 이를 소지하고 다니는 등 그 행동양식에 있어서도 북한을 추종하고 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 그 강령과 규약의 일부 변경에도 불구하고 제10기 역시 그 사상과 투쟁목표에 있어서 종전의 총학생회연합과 근본적인 변화가 있었다고 볼 수 없고, 그 지향하는 노선이 반국가단체인 북한의 통일노선과 그 궤를 같이함으로써 북한의 활동을 찬양·고무·선전하거나 적어도 이에 동조하는 행위를 목적으로 하는 이적단체라고 판단할 수밖에 없다.”

지 않는다. 그리고 국가보안법은 앞으로 남용될 가능성이 있으므로 폐지해야 한다는 의견도 있다. 그러나 국가보안법이 현재 남용되지 않고 있는 것은 일시적으로 우연히 그렇게 된 것이 아니라 수차의 개정으로 규정이 정비되고, 법원의 판례 및 헌법재판소의 결정 등에 의하여 적용기준이 명확하게 되고, 민주화가 진전되어 그렇게 된 것이므로 현재 남용되고 있지도 않은 국가보안법이 장래에 남용될 가능성이 있다는 막연한 이유로 이를 폐지할 것은 아니다.

사실 법이 남용될 가능성이 있다는 것은 어느 법이나 그런 것이지 국가보안법만 그런 것도 아니다. 국가보안법의 해석, 적용에 있어서 남용의 가능성이 있다면 적용범위가 좀더 구체화되도록 개정을 하거나 해석, 적용을 좀더 엄격히 하도록 노력할 일이지 법을 폐지할 것이 아니다. 가사 국가보안법이 남용될 경우가 있다고 하더라도 그 남용으로 인한 폐해는 결코 국가보안법의 폐지로 초래될 국가적 재앙에 비할 것이 못된다. 국가변란이 초래되어 자유민주적 기본질서가 파괴되고 나서 이를 원상으로 회복하는 것은 불가능한 일이다. 국가보안법을 폐지할 경우에 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서가 위태롭게 될 위험이 있을지 없을지, 있다면 얼마나 클지 국가보안법을 폐지하여 시험해 볼 문제도 아니다. 국가의 안전이 보장되고 자유민주적 기본질서가 유지되는 가운데 적화를 걱정함이 없이 사는 것이 우리의 가장 기본적인 인권이다.

4. 법률적 측면에서 국가보안법을 폐지하여야 한다는 다수의견은 결국 모두 대법원 판례와 헌법재판소의 결정에 반하는 것이다. 헌법재판소의 결정은 헌법의 최종적인 유권해석으로서 모든 국가기관과 모든 국민을 구속하는 효력이 있는 것이다. 그리고 국가보안법 폐지로 인한 처벌공백은 현재의 안보여건에 비추어 결코 방치할 수 없을 정도로 큰 것이므로 현실적 측면에서도 국가보안법을 폐지할 수는 없다. 북한정권의 존재를 부정할 수는 없지만 북한을 국가로 승인하고 있는 것은 아니며 북한이 적화야욕을 버리지 않고 있는 이상 북한이 유엔

에 가입하고 북한을 국가로 인정하고 수교를 맺은 나라가 많다고 하더라도 우리에게 북한은 반국가단체라고 하지 않을 수 없는 것이다. 국가보안법 폐지에 반대한다는 것이 “광화문 네거리에서 ‘김정일 만세’를 외치거나 인공기를 흔드는 행위”를 모두 처벌하자는 뜻은 아니다. 그러한 행위도 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 무해한 경우에는 국가보안법으로 처벌할 수 없다. 그러나 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 위험이 있는 경우에는 가사 그 정도가 다중이 집합하여 폭행·협박 또는 손괴의 행위를 하거나 그런 행위를 할 목적으로 다중이 집합하여 형법 제114조나 제115조에 의하여 처벌할 수 있는 단계에 이르지 못하더라도 국가보안법으로 처벌하여야 한다. 국제기구의 의견도 국가보안법의 점진적 폐지를 위한 진지한 시도, 국가보안법의 폐지와 다른 수단을 통한 국가안보의 보장, 국가보안법의 단계적 폐지이지 무조건적인 폐지가 아닐 뿐 아니라 국제기구의 의견이라고 해서 우리의 안보여건을 고려함이 없이 무턱대고 수용할 것이 아니다. 국가보안법은 1991. 5. 31.의 개정으로 국가의 존립과 안위를 해치는 경우에만 처벌하도록 적용범위와 대상이 구체화되었고 헌법재판소의 결정이나 학설, 법원의 판례에 의하여 개념이 정립되었다. 국가보안법이 과거 인권을 부당하게 침해한 사례가 많았다고 하더라도 국가보안법은 국가의 안보를 지키기 위한 가장 중요한 법률이므로 이를 폐지하려면 먼저 국가보안법이 현재도 남용되고 있는지, 남용되고 있다면 그 이유는 무엇인지, 남용을 방지할 방법은 어떠한 것들이 있는지, 조문의 개정으로 남용을 막을 수 없는지 검토해 보아야 한다. 그러한 것들은 진지하게 검토해 보지도 않고 근거 없이 조문의 개정으로는 문제점이 치유될 수 없다고 단정하고, 처벌공백에 대한 아무런 대비도 없이 국가보안법을 폐지하는 것은 경솔하고 무책임한 일이다. 국가보안법의 폐지에 반대한다.

VIII. 다수의견의 보충의견

1. 위원 신동운의 보충의견

가. 반국가단체의 구성·가입죄 등과 형법의 내란죄 등 사이에 처벌의 공백이 생길 수 있다는 소수의견에 대하여

소수의견은 반국가단체의 구성·가입 행위 가운데 형법이나 폭처법 또는 특가법의 조문으로 처벌할 수 없는 부분이 있다고 주장한다. 국가보안법 제2조 제1항은 ‘반국가단체’를 정의하여 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체라고 정의하고 있다. 이에 대하여 형법 제87조의 내란죄는 ‘국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동’하는 단체를 범죄의 주체로 예정하고 있다. “정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적”으로 하는 것과 “국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적”의 내용이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하려는 것에 있어서 공통되는 점에는 의문의 여지가 없다.

이제 반국가단체구성죄와 내란죄를 비교하면 전자는 단순히 반국가단체를 “구성”하기만 하면 성립하는 범죄임에 대하여 내란죄는 내란단체의 구성을 넘어서서 “폭동”에 나아가야 한다는 점에서 차이가 있다. 그런데 “폭동”의 개념은 단순한 물리력의 행사에 그치는 것이 아니다. 여기에는 넓은 의미의 협박도 포함된다. 대법원은 1997. 4. 17. 선고 96도3376(판례공보 1997년 1303(1327))에서 내란죄의 구성요건인 폭동의 내용으로서의 폭행 또는 협박은 일체의 유형력의 행사나 외포심을 생기게 하는 해악의 고지를 의미하는 최광의의 폭행·협박을 말하는 것으로, 이를 준비하거나 보조하는 행위를 전체적으로 파악한 개념이라고 판시한 바 있다.

대법원의 판례에 따를 때 내란죄의 ‘폭동’ 개념이 포함하고 있는 최광의의 협

박은 일반 국민에게 자유민주적 기본질서 하에서 보장되는 기본적 자유를 위태롭게 하는 해악을 고지하는 것으로도 족하다. 예컨대 계엄선포를 통하여 시민들의 자유를 제한하려고 하는 것도 내란죄의 협박에 해당하여 ‘폭동’ 개념을 충족시킨다는 것이 대법원의 태도이다. 반국가단체란 바로 자유민주적 기본질서에 의하여 보장되고 있는 시민의 기본적 자유와 권리를 무시하는 체제를 지향하는 단체이므로 이들의 행위내용 중 대부분은 협박을 내용으로 하는 “폭동”에 포함된다고 하지 않을 수 없다.

한편 형법상 내란죄는 단순히 실제로 “폭동”으로 나아간 경우만을 처벌하는 것은 아니다. “폭동”으로 나아가기 전에 이를 예비·음모하는 행위를 처벌한다(형법 제90조 제1항). 여기에서 한 걸음 더 나아가 형법은 내란죄의 선동·선전행위를 처벌한다(형법 제90조 제2항). 내란죄의 선동·선전행위는 아직 단체구성의 차원에도 이르기 전 단계에서 형법적 개입을 시도하는 것이므로 반국가단체의 ‘구성’을 전제로 하는 국가보안법의 규율영역을 충분히 포착하고도 남음이 있다.

나. 반국가단체의 구성·가입죄와 형법의 범죄단체 조직죄와의 간격도 문제라는 소수의견에 대하여

소수의견은 반국가단체가 형법 기타 법률에 의한 범죄를 목적으로 하는 것이 아닌 이상 형법 제114조로 처벌할 수 없다고 주장한다. 그러나 ‘폭동’의 개념이 폭행과 협박을 포함하는 넓은 의미로 이해되고 그에 대한 예비·음모·선동·선전 등의 행위가 범죄로 처벌되고 있는 상황에서 형법 제114조의 범죄단체조직죄가 규율하는 영역은 대단히 넓다. 반국가단체구성죄가 폐지된다고 하여도 형법에 의한 규율은 충분하다고 생각된다.

반국가단체구성죄와 형법상의 내란죄 관련 범죄단체구성죄를 비교해 보면 폭행·협박을 내용으로 하는 영역 이외에서 활동하는 범죄단체가 문제영역으로 등장한다. 그러나 형법상 내란죄의 폭행·협박은 가장 넓은 의미의 개념으로 이해

된다. 물리력의 행사나 장래에 대한 해악의 고지는 형법상 내란죄의 '폭동' 개념에 이미 포함되어 있다.

이제는 폭행·협박 이외의 영역에 대한 규율의 필요성이 논의될 차례이다. 그러나 이 부분은 소위 평화적으로 자신의 주장을 피력하는 차원에서 행해지는 행위의 영역에 속한다. 이 영역에서는 설사 그 주장하는 내용이 자유민주적 기본질서를 다소 위태롭게 하는 경우가 있다고 하더라도 자유민주적 기본질서가 자랑으로 삼고 있는 사상의 시장경제 원리에 맡겨서 대처하면 족하다. 만일 사상의 자유로운 경쟁이라는 차원을 넘어서서 그 사상의 주장행위가 실력행사로 나아가 폭행이나 협박의 수준에 이른다면 이 때에는 즉시 형법이 개입하게 될 것이다. 이 개입은 현실적인 폭행·협박의 시점이 아니라 그보다 훨씬 앞선 단계, 즉 폭행·협박의 선동·선전, 예비·음모라는 초기단계에서 이루어지게 되는 것이다.

다. “북한 이외의 반국가단체의 행위를 처벌할 수 없다”는 소수의견에 대하여

소수의견은 국가보안법이 폐지되면 북한 이외의 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 목적수행을 위한 행위를 처벌할 수 없다고 주장한다. 그러나 이러한 주장은 지극히 형식논리적인 논변이라고 생각한다. “북한 이외의 반국가단체”란 북한과는 완전히 무관한 자생적 공산주의자 집단을 의미할 것이다. 그러나 이러한 집단에 대해서까지 형법적 규율을 가할 필요가 있는가 하는 점에는 의문이 있다.

자생적 공산주의자의 집단은 그 단체가 단순한 사상피력의 단체에 머무르고 있는 한 역시 사상의 시장경제 원리에 맡겨야 하고 굳이 형법적 규율을 가할 필요가 없다. 자생적 공산주의집단에 대해서까지 자유민주적 기본질서에 위해를 가하리라는 우려를 가지는 시민은 그렇게 많지 않으리라고 본다. 그러나 만일 이러한 단체가 단순한 사상피력의 차원을 넘어서서 실력행사를 주장하게 되는

경우에 이른다면 그 때에는 당연히 형법이 개입하게 된다.

소수의견의 형식논리적 구성은 형법조항에 규정된 행위가 아닌 행위, 예컨대 함선·항공기 등의 이동·취거 등 일련의 행위들에 대해서 처벌할 수 없다는 부분에서도 확인할 수 있다. 이 부분에 대한 소수의견의 논리구성은 이미 결론을 앞세우고 거꾸로 입론을 해 가는 것이라고 할 수 있다. 예컨대 함선·항공기 등의 이동·취거 등 일련의 행위는 형법상 내란죄나 외환죄의 예비·음모 등 각종 규정을 통하여 포섭이 가능하다. 그런데 소수의견은 이러한 가능성을 원천적으로 봉쇄한 채 “형법조항에 규정된 행위가 아닌 행위”라는 개념을 사용한다. 이러한 접근방법은 상대방의 주장에 처음부터 귀를 닫아 버리는 것에 다름 아니다. “형법조항으로 포섭할 수 있는 행위”에 대하여 처음부터 “형법조항에 규정된 행위가 아닌 행위”라고 강변하기 때문이다.

소수의견이 전개하고 있는 바, “손괴”, “은닉”, “위조”, “변조”에 대한 해석론에도 문제가 있다. 이들 개념은 그 개념이 사용되는 문맥에 따라서 신축성 있게 해석된다. 이 때문에 소유권을 보호법익으로 하는 손괴죄의 손괴개념은 공무집행방해죄의 일종을 이루는 공용물손상죄의 경우에 사용되는 손괴개념과 다소 차이를 보이게 된다. 같은 논리는 문서와 관련한 “위조”, “변조”의 개념에도 그대로 해당된다.

라. "사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때"에는 국가보안법이 폐지되면 처벌할 수 없다는 소수의견에 대하여

끝으로, 국가보안법 제4조 제1항 제6호가 규정하고 있는바, “사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때”의 부분에 관하여 본다. 이 조문의 연혁을 거슬러 올라가 보면 일제하의 치안유지법과 의용형법에서 비롯함을 알 수 있는데, 소위 인심혹란죄(人心惑亂罪)가 바로

그것이다. 정부는 형법전을 제정함에 있어서 인심혹란죄를 정부초안에 삽입시켰다. 그러나 인심혹란죄의 구성요건이 언론의 자유를 침해할 우려가 크다는 점에 의견이 일치하여 형법전을 심의하던 제2대 국회는 이 인심혹란죄를 삭제하였다.

인심혹란죄는 이후 1958년 소위 2·4과동을 통하여 국가보안법이 탈법적으로 통과될 때 다시 국가보안법에 삽입되었다. 이 인심혹란죄는 자유당 정권이 영구 집권을 획책하는 과정에서 언론탄압의 도구로 국가보안법에 들어오게 된 것으로서, 바로 이 때문에 야당의원들이 국가보안법의 통과를 결사적으로 저지하려고 하였던 것은 널리 알려진 사실(史實)이다. 이러한 경위를 가진 인심혹란죄가 국가보안법의 폐지를 통하여 사라지게 된다고 염려하는 것은 소수의견 스스로 국가보안법의 태생과 역사적 전개과정을 도외시한 채 기존 실정법의 체제유지에 급급한 법률기술자적 시각에 사로잡혀 있음을 응변하는 것이라고 생각된다.

2. 위원 이홍록의 보충의견

국가보안법의 미비점을 부분적으로 개정하면 되고 전면 폐지하여서는 안 된다는 소수의견의 요점은 다음과 같다.

남북한의 정치·군사적 대결과 긴장관계가 존재하는 이상 시대상황의 변화에도 불구하고 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화 협력의 동반자임과 동시에 대남 적화 노선을 고수하면서 우리의 자유 민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가 단체이므로 국가보안법은 절대 필요하다.

국민의 자유와 권리는 국가의 안전보장을 위하여 제한할 수 있는 것이므로 국가보안법을 반인권적 법률이라고 볼 것은 아니다. 국가보안법을 전면 폐지하면 형법 기타 법률로는 감당할 수 없는 처벌의 공백이 생겨서 큰 일 난다.

국가보안법 때문에 과거에는 인권침해의 폐단이 혹 있었지만 1991.5.31 개정에 의하여 법도 많이 좋아졌고 헌법 재판소와 대법원도 엄격한 기준에 따라 법

을 해석 적용하고 있으므로 크게 걱정할 것이 없다.

국제인권법과의 저촉이나 유엔 자유권 위원회의 평가와 유엔의 특별보고관의 보고서를 통한 국제사회의 충고도 우리의 국가현실에 비추어 개의할 필요가 없다.

과연 국가보안법을 특별법으로 따로 두면서 부분적으로 개정만 해도 괜찮은가? 본 위원은 다음과 같은 이유로 국가보안법은 반드시 폐지하여야 한다고 주장한다.

가. 국가보안법이 대한민국을 지킨 것이 아니다.

국가의 존립과 안전은 반드시 지켜야 한다. 그러나 나라를 지키는 힘은 정치·군사·외교·경제를 포함한 총체적 국력으로부터 나오는 것이다. 그리고 무엇보다 나라를 지키겠다는 국민의 단결된 의지가 있어야 되는 것이다. 국가보안법을 폐지하면 금방 나라가 어떻게 된다고 생각하는 것은 미신이다. 법이면 무엇이든 할 수 있다는 잘못된 법 만능주의 사상도 버려야 한다.

나. 공산주의 독재를 막는다는 핑계에 속아서 반인권적 독재악법을 그대로 두고 쓸 수는 없다.

우리가 공산주의를 배격하는 이유는 독재가 싫고 인권유린이 싫기 때문이다. 대한민국의 최고 가치는 헌법 제1조의 민주공화국의 이념이다. 민주주의의 핵심 알맹이는 인권이며 민주주의의 이상은 사람이 사람답게 사는 사회의 실현이다. 자유 헌법의 뼈대인 죄형법정주의에 결정적 결함을 가지고 있는 국가보안법을 그대로 두고서는 민주주의 국가라고 할 수 없다. 우리는 지킬 가치가 있는 나라를 지키고 발전시켜야 한다.

다. 국가보안법은 수리해서 쓸 만한 가치가 전혀 없는 낡은 흉가이다.

국가보안법은 비상한 시기에 한시법으로 출발하여 민주주의와 인권에 끼친 해독이 너무나 크기에 아예 털어 없애야 할 흉가이다. 소수의견은 건국 이래 민주화 투쟁과정에서 국민이 흘린 피와 눈물, 국가보안법 때문에 치렀던 희생에 대하여 너무 안이한 인식을 가지고 있다. 또한 민주화가 이만큼 진전된 현재에는 국가보안법이 특별법으로 따로 있어도 그 피해는 없지 않느냐고도 한다.

1991.5.31 국가보안법 개정 이후에도 발생한 그 수많은 국가보안법 사범이 다 국가의 안전과 존립을 위협하는 공산주의자와 그 동조 세력이라고 생각할 수 없다. 또 억울한 국가보안법 사건이 발생하지 않고 국가보안법이 부당하게 발동하지 않는다면 그 법률이 있어도 아무런 피해가 없지 않느냐고도 한다. 호랑이를 엉성한 우리에 넣어서 장터 가운데 두고서도 무서울 것이 없다고 말할 수 있는가?

국가보안법은 폐지하고 꼭 필요한 것은 정상적인 형법 체계 안에 넣어야 한다.

라. 법은 시대와 환경에 따라 변해야 한다.

소수의견도 동의하듯이 시대와 환경이 변했다. 공산주의 독재체제는 현실세계에서 거의 소멸 내지 변화하였고, 북한의 형편과 실상은 그 많은 탈북자를 보아도 알 만하다. 우리는 북한을 대남적화 노선을 고수하면서 우리의 자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라고 단정하면서 유효한 대처수단이 되지도 않는 법을 그대로 가지고 있을 것이 아니라 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임을 인정한다면 북한을 적대시하는 국가보안법을 폐지하는 것이 마땅하다. 형제라도 혹 나쁜 행동을 할까 경계는 해야 하지만 북한을 원수이자 형제라고 공언하는 모순적 태도는 체통 있는 국가가 취할 바 못된다.

국가보안법이 기대는 헌법적 근거가 없지 않아 있다. 그것은 헌법 제3조 '대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다'는 영토 조항이다. 그에 의하면 북한은 대한민국 영토 안에서 정부를 참칭하는 반국가 단체가 된다. 그런데 우

리 헌법은 또 제4조에서 '대한민국은 통일을 지향하며 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다'고 규정하고 헌법전문과 대통령의 취임 선서 규정에도 같은 정신이 들어 있다. 헌법 자체가 가지고 있는 심각한 모순이다.

국가보안법은 시대와 환경에 따라 폐지하되 헌법 제3조의 영토 조항은 조국의 평화통일이 완성될 때 통일조국의 최종적인 영토로 상정한 미래 지향적, 통일 지향적 헌법 규정으로 해석함이 타당하다는 견해(최창동 저, '법학자가 본 통일문제' 제1권, 49쪽~63쪽)는 경청할 만하다.

2004. 8. 23.

위원장 김창국

위원 박경서

위원 최영애

위원 조미경

위원 김오섭

위원 신동운

위원 정강자

위원 김덕현

위원 이홍록

위원 김만흠

위 정본임.

2004. 8. 23.

국 가 인 권 위 원 회

직급 (인)