

# 국 가 인 권 위 원 회

## 결 정

제 목 「국가보안법」 제7조 위헌소원 등 사건에 대한 의견제출

### 주 문

국가인권위원회는, 헌법재판소에 「국가보안법」 위헌소원 등 사건(2017헌바42 등 11건 병합)에 대하여 “「국가보안법」 제7조 제1항·제3항·제5항은 명확성의 원칙 및 비례의 원칙 그리고 국제인권법 등을 위반하여 표현의 자유와 사상·양심의 자유 등을 침해하므로 헌법에 위반된다”는 의견을 제출합니다.

### 이 유

#### I. 의견제출의 배경

헌법재판소는 1991. 5. 31 「국가보안법」 제7조 제1항이 개정된 이후, 해당 조항에 대하여 여러 차례 청구된 위헌법률심판과 헌법소원심판에서 계속하여 합헌결정을 내리고 있다. 현재 헌법재판소에 「국가보안법」 제7조 제1항·제3항·제5항에 대한 위헌법률심판 및 헌법소원심판이 총 11건 청구되었으며, 헌법재판소는 이를 병합하여(2019헌가6 등 11건 병합, 이하 ‘이 사건’이라 한다) 심리절차를 진행 중이다.

「국가보안법」은 1948. 12. 1. 제헌국회에서 제정·시행된 이래로 현재까지 모두 7번 개정되었으나 최근까지도 여전히 표현의 자유 및 사상·양심의 자유 등 국민의 기본적 인권에 대한 침해 우려가 있어 정치권과 시민사회 및 국제사회에서 지속적으로 폐지 및 개정을 요구하고 있다. 이와 관련하여 국가인권위원회(이하 ‘위원회’라 한다)는 2004. 8. 23. 「국가보안법」은 죄형법정주의에 위반되어 표현의 자유 및 사상·양심의 자유 등 인간의 가치와 존엄성을 해할 가능성이 크다는 이유로 폐지를 권고한 바 있고, 2008. 5. 26. 서울중앙지방법원에서 심리 중이던 「국가보안법」 제7조 위반사건에 대해 같은 취지의 의견을 제출하였으며, 국가인권정책기본계획 권고에 「국가보안법」 개정 및 폐지를 포함하는 등 지속적으로 문제를 지적해왔다.

특히 「국가보안법」 제7조(찬양·고무)는 법 규정 자체의 추상성으로 인하여 자의적인 법 적용과 개인의 양심 및 표현의 자유에 대한 과도한 제한 가능성이 있어 국내외로 많은 비판과 논란의 대상이 되고 있다.

이에 위원회는 이 사건 위헌법률심판 및 헌법소원심판이 “인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판”에 해당한다고 판단하여, 「국가인권위원회법」 제28조 제1항에 따라 「국가보안법」 제7조 대한 의견을 제출하기로 하였다.

## II. 판단 및 참고기준

「대한민국 헌법」 제19조, 제21조 제1항, 제37조 제2항, 유엔 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」(이하 ‘자유권규약’이라 한다) 제18조, 제19조를 판단기준으로 하고, 「유엔 자유권규약위원회의 1~4차 정부보고서에 대한 최종견해」 및 4건의 「개인진정1) 결정」, 「유엔 고문방지위원회의 1~5차 정

부보고서에 대한 최종견해」 등을 참고기준으로 하였다.

### Ⅲ. 판단

#### 1. 「국가보안법」 제7조 관련 국내·외 동향

##### 가. 국내 동향

검찰연감에 따르면, 2016년부터 2020년까지 5년간 검찰이 처리한 「국가보안법」 위반 입건자는 총 160명이며<sup>2)</sup>, 이중 동법 제7조 위반은 94명 (58.8%)으로 가장 큰 비중을 차지한다.

국회에서는 「국가보안법」을 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정한 이후, 16대 국회에서 「국가보안법 폐지법률안」과 「국가보안법 중 개정법률안」을 발의하였고, 17대 국회에서 「국가보안법 폐지법률안」 2건과 「국가보안법 일부개정법률안」이 발의하였으나, 전부 임기만료 폐기되었다. 그리고 현재 21대 국회에서 「국가보안법」 제7조 폐지를 골자로 한 「국가보안법 일부개정법률안」 1건, 「국가보안법 폐지 법률안」 2건을 발의하여 법제사법위원회 계류 중이다.

2004. 8. 23. 위원회는 국회의장과 법무부장관에게, ① 「국가보안법」은 그 제정과정에서부터 태생적인 문제점을 안고 있을 뿐만 아니라, ② 조문의 내용이 죄형법정주의에 위배되며 사상·양심의 자유 및 표현의 자유 등 인간의 존엄성을 해할 소지가 많은 점, ③ ‘국가안보’ 관련 사안은 형법 등 다른 형벌 법규로 의율이 가능하여 「국가보안법」이 폐지되더라도 처벌의 공백이

1) individual complaint, 자유권규약 제1선택의정서에선 individual communication이라고도 함.

2) 검찰연감의 통계에 의하면, 2020년 「국가보안법」 위반사범 입건자 수는 32명인데 반해, e-나라지표의 2020년 「국가보안법」 위반사범 처분(기소, 불기소, 기타) 수는 총 309건으로 다소 차이가 있는데, 후자의 처분인원은 해당연도 이전에 수리되어 이월된 인원, 고소·고발·재심을 포함하여 산정되었다. 그런데 후자의 경우 「국가보안법」 제7조 관련 인원은 명시되어 있지 않으므로 여기서는 전자의 통계를 활용하기로 한다.

거의 없다고 볼 수 있는 점 등을 이유로 폐지를 권고하였고, 2008. 5. 26. 서울중앙지방법원에 계속 중인 사건(2007고단776, 777)에 대하여, “국제사회의 해석과 우려를 적극적으로 수용하여 「국가보안법」 제7조의 이적성과 목적성을 해석하는 데에 있어서 현재의 기준보다 더 엄격한 기준을 적용해야 한다”는 의견을 제출하였다. 또한 2006년 이후 4회에 걸친 국가인권정책기본계획 권고에서 대한민국정부에 「국가보안법」 전체 또는 제7조의 폐지를 권고한 바 있다.

## 나. 국제사회의 권고

### 1) 유엔 자유권규약위원회의 최종의견

유엔 자유권규약위원회(UN Human Rights Committee, 이하 ‘HRC’라 한다)는 대한민국이 제출한 1~4차 정부보고서에 대한 최종견해(Concluding Observations)에서 현행 「국가보안법」이 자유권규약 제18조(사상·양심의 자유), 제19조(표현의 자유)에 위반됨을 지속적으로 권고하였다.

구체적으로 살펴보면, HRC는 1992년 대한민국의 제1차 정부보고서에 대한 최종견해에서 「국가보안법」의 단계적 폐지를 권고하고, 1999년 제2차 정부보고서에 대한 평가에서 동법의 단계적 폐지를 재권고하며 동법 제7조의 즉시 개정을 촉구하였으며, 2006년 제3차 정부보고서에 대한 평가에서 동법 제7조를 시급히 개정할 것을 다시 권고하였다.

그리고 가장 최근인 2016년 제4차 정부보고서에 대한 최종견해에서는 “비합리적으로 광범위하게 적시된 「국가보안법」 제7조의 경우 모호할 뿐 아니라 공중의 대화를 제약하는 효과가 있으며 의견 및 표현의 자유를 불필요하고 과도하게 제한하는 경우가 상당수 존재한다”, “협약은 단지 적

대적 주체의 주장과 일치하거나 이에 공감하는 것으로 간주된다는 이유만으로 사상의 자유를 제약하는 것을 허용하지 않는다”고 하면서 「국가보안법」 제7조의 폐지를 권고하였다.

## 2) 유엔 고문방지위원회의 최종견해

유엔 고문방지위원회(UN Committee Against Torture, 이하 ‘CAT’라 한다) 는 대한민국이 제출한 1~5차 정부보고서를 심사하고 발표한 최종견해에서 「국가보안법」에 대한 우려를 지속적으로 표명하였다.

CAT는 1996년 대한민국의 제1차 정부보고서에 대한 최종견해에서 「국가보안법」이 독단적으로 적용되지 않아야 함을 권고하고, 동법 조항들이 모호성으로 인해 독단적으로 적용될 위험성이 있음을 지적하였으며, 2006년 제2차 정부보고서에 대한 평가에서는 이전 권고를 상기하며 「국가보안법」을 지속적으로 재검토할 것을 권고하였다.

또한 CAT는 2017년 3·4·5차 정부보고서에 대한 최종견해에서는, 여전히 「국가보안법」에 따라 체포되는 사람들이 있고 해당 인물 중 일부는 임의 체포 및 구금, 강제 자백을 경험했다는 의혹이 있는 점, 동법 제7조의 불분명한 표현으로 인해 협약의 위반사항이 발생할 수 있다는 점에 대해 우려를 표하면서, 「국가보안법」을 폐지 또는 개정할 것을 권고하였다.

## 3) 유엔 자유권규약위원회의 개인진정 결정

HRC는 「국가보안법」에 관련된 네 차례의 개인진정(박태훈, 김근태, 신학철, 이정은 사건)에서 대한민국이 이들에 대해 「국가보안법」 위반으로 유죄판결을 한 것은 자유권규약 위반이라는 결정(Views)을 내렸다. 즉,

HRC는 이들 사건에서 대한민국이 「국가보안법」 제7조를 적용하여 이들을 처벌한 것은 자유권 규약 제19조의 표현의 자유 또는 제22조 제1항의 결사의 자유를 침해한 것이라고 보면서 대한민국정부에 대하여 손해배상 등의 구제조치 및 재발 방지, 나아가 「국가보안법」 제7조의 개정을 권고한 바 있다.

#### 4) 유엔 표현의 자유 특별보고관

유엔 표현의 자유 특별보고관(이하 '특별보고관'이라 한다)은 두 차례에 걸쳐 한국 방문 후 보고서를 통해 「국가보안법」 폐지를 권고한 바 있다. 1995. 11. 21. 특별보고관 아비드 후세인(Abid Hussain)은 한국방문 결과 보고서에서, 「국가보안법」이 세계인권선언 제19조, 자유권규약 제19조 등 국제인권법에서 보장하는 사상과 표현의 자유를 보호하는 데 실패하였다고 평가하면서 「국가보안법」을 폐지할 것을 권고하였으며, 2011. 3. 21. 특별보고관 프랑크 라 튀(Frank La Rue)는 한국방문 결과 보고서에서 자유권규약 위원회의 권고와 국가인권위원회의 권고 등을 근거로 들면서 「국가보안법」 제7조의 폐지를 권고하였다.

#### 다. 시대의 변화

1948년 「국가보안법」이 제정되고 7차례 개정되었던 1990년대 초반까지의 대한민국과 북한의 관계와 현재의 관계를 비교하면 여러 가지 측면에서 변화가 크다. 남북한의 경제력·군사력에 현격한 차이가 존재한다. 또한 경제 교류, 대북 지원, 방송 등을 통해 북한의 실상에 대한 이해가 높아져 있는 상황에서 우리 국민이 북한을 찬양·고무하는 등의 경우가 있다고 해서 우리 사회에 심각한 위협성을 줄 우려는 거의 없다고 판단된다.

이는 우리 사회에서 북한에 대한 정보를 다루는 데에 있어서도 알 수 있다. 과거에는 이적표현물로 간주될 수 있었던 “김일성 동지의 청년운동 사상과 령도업적을 빛내여 나가자”(1996, 김정일 저, 조선로동당 출판사), “반제투쟁의 기치를 높이 들고 사회주의, 공산주의 길로 힘차게 나아가자”(1988, 김정일 저, 조선로동당 출판사) 등 북한 당국 등이 발행한 자료를 통일부 북한자료센터를 통해 일반 국민이 어렵지 않게 구할 수 있으며, 또한 중고서점<sup>3)</sup>이나, 대학교 도서관 등을 통해서도 손쉽게 접할 수 있다.

또한 2020년 통일부는 위와 같은 자료 이외에도 북한 당국의 선전이나 강령 등이 포함된 특수자료<sup>4)</sup>의 대출·복사 허가기준을 완화하여, 이전과 달리 행정기관 또는 공공기관의 공문이나 추천서가 없더라도 일반 국민이 자료 이용신청서를 제출하면 대출·복사를 허가하고 있다.

이렇듯 남북한의 경제·문화 등 다양한 영역에서 그 차이가 극복될 수 없을 정도로 크고, 북한에 대한 다양한 정보나 자료를 쉽게 접할 수 있음에도 자유민주주의에 대한 우리 국민의 의식이 확고하므로 가사, 북한의 활동에 대한 동의를 표현하거나 혹은 거짓된 자료를 반포하였다 하더라도, 우리나라의 자유민주적 기본질서가 훼손될 만큼 그 토대가 허약하다고 보기 어려운 상황이다.

## 2. 「국가보안법」 제7조에 대한 위헌여부 검토

### 가. 관련 기본권

- 3) 이적표현물로 분류된 3종(『혁명의 여명 상, 하』, 『땀은 올랐다 상, 하』, 『김일성 선집』)에 대해 일부 온라인 중고서점에서 판매 현황을 확인하였다.
- 4) 국가정보원 「특수자료 취급지침」 제2조 ① “특수자료”란 간행물, 녹음테이프, 영상물, 전자출판물 및 전자파일, CD, DVD 등 모든 디지털 방식의 자료를 포함한 일체의 대중전달 매개체로서 관련법령에 따라 수집한 다음 각 호의 자료를 말한다. 1. 북한 및 반국가단체에서 제작·발행한 정치적·이념적 내용의 자료 2. 북한 및 반국가단체와 그 구성원의 활동을 찬양하거나 선전하는 내용의 자료 3. 공산주의 이념이나 체제를 찬양하거나 선전하는 내용의 자료 4. 그 밖의 대한민국의 정통성을 부인하거나 자유민주주의 체제를 부정하는 내용 등의 자료.

「국가보안법」 제7조는 헌법상의 표현의 자유를 제한하는 것이 큰 문제지만 그 외에도 사상·양심의 자유, 학문과 예술의 자유 나아가 신체의 자유 등 헌법이 보장하는 기본적 자유와 권리를 침해할 소지가 있다. 이하에서는 표현의 자유를 중심으로 「국가보안법」 제7조(개별 조항 중에서도 가장 핵심인 제1항)의 위헌성 여부를 검토한다.

## 나. 죄형법정주의(명확성의 원칙) 위반 여부

### 1) 죄형법정주의와 명확성의 원칙

우리 헌법은 형사처벌의 기본원칙으로 죄형법정주의를 천명하고 있다. “법을 없으면 범죄 없고, 법을 없으면 형벌 없다”는 죄형법정주의는 우리나라뿐만 아니라 현대 민주국가의 기본적인 법원칙이다. 우리 헌법은 이를 제13조 제1항에서 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 않는다”고 규정하고 있는바, 이것은 단지 형식적으로 처벌법규만 있으면 형사처벌이 가능한 것이 아니고 행위 시에 범죄구성요건을 확연히 알 수 있는 명확한 법률이 존재해야 처벌 가능하다는 것을 의미한다. 여기에서 죄형법정주의의 당연한 귀결인 ‘명확하지 않으면 무효’(void for vagueness)라는 원칙이 도출된다. 형사처벌 법률이 불명확하면 법집행자, 특히 수사기관이 자의적인 법집행을 통해 남용하기 쉽다. 가령 모호한 법률을 이용해 일단 입건·구속한 뒤 소위 먼지털기식 수사를 한 후 기소하고자 하는 유혹을 받을 수 있다. 그러한 수사행위가 종국적으로 법원을 통해 통제된다고 해도, 판결이 확정될 때까지 짧게는 수개월 길게는 수년간, 해당 국민은 극심한 신체적·정신적 고통을 받을 수밖에 없는 것이 현실이다.

### 2) 여전히 불명확하고 남용되기 쉬운 「국가보안법」



1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정되기 이전인 「국가보안법」 제7조 제1항은 “반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정되어 있었다.

위 규정에서 알 수 있듯이 해당 구성요건에 포섭되는 행위 태양은 매우 추상적이고 광범위하여 행위자의 의사발표 동기, 그 내용의 정도, 실제 국가안보를 위태롭게 하였는지 여부 등을 불문하고 북한에 관하여 직·간접적으로 조금이라도 이로운 행위를 하는 것으로 판단되면 동법에 따라 처벌이 가능해지는 심각한 문제를 안고 있었다.

실제로 과거 군사정권에서는 위와 같은 점을 악용하여 민주화 운동 세력에 대한 정치탄압 도구로 이를 빈번히 활용하였으며, 이러한 법적용의 남용에 따른 피해 사례가 발생하고 그에 따른 위헌논란이 제기되자, 1990. 4. 2. 헌법재판소는 “「국가보안법」 제7조 제1항 및 제5항의 규정이 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 축소적용 되는 것으로 해석한다면” 「헌법」에 위배되지 않는다는 한정합헌 결정(헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정 참조)을 내렸다.

위 한정합헌 결정을 바탕으로, 1991. 5. 31. 「국가보안법」 제7조는 개정되어, 행위자가 “국가의 존립·안전이나 자유기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서” 각 구성요건에 해당하는 행위를 한 경우에만 처벌할 수 있도록 하는 소위 주관적 구성요건이 신설되었고, 동조 제1항에서 규정하고 있던 “기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한”이라는 모호하고 추상적인 구성요건은 삭제되기에 이르렀다.

헌법재판소는 지난 30여 년간 개정된 제7조에 대해 “구법 규정보다는 그 구성요건이 훨씬 명확히 규정되어 있지만 아직도 구법 규정의 결함이었던 범문의 다의성과 적용범위의 광범성이 조금은 남아 있다”고 하여 해당 조항의 추상성을 일부 인정하면서도, 다만 이는 법적용·집행자의 합헌적·합리적인 해석에 맡길 수 있다고 하여 합헌으로 판단해 왔다(헌법재판소 1996. 10. 4. 95헌가2 결정 등).

그러나 헌법재판소가 한정합헌 결정 당시 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 광범위하다고 지적한 용어인 “구성원”, “활동”, “동조”는 법 개정 후에도 여전히 남아있는 가운데, 새로 추가된 주관적 구성요건 역시 본질적으로 행위자의 내심에 관한 사항을 규정한 것으로서 여전히 판단기준이 추상적이거나 불명확하다는 한계를 지니고 있어, 수사기관이나 법원이 행위자의 내심의 의사를 어떻게 평가하느냐에 따라 특정행위에 대한 처벌 여부가 결정되는 문제를 갖고 있다.

헌법재판소는 법적용·집행자의 합헌적·합리적인 해석을 기대하여 합헌으로 결정하였으나, 검찰은 근래에도 “대동강 맥주를 먹으면 지상낙원처럼 느껴진다”, “평양에 고급스러운 식당이나 쇼핑몰이 많이 생겼다” 등의 발언에 대하여 제7조 제1항을 위반하였다는 이유로 기소한 것을 보면<sup>5)</sup>, 과연 법적용·집행자가 헌법재판소의 기대대로 합헌적·합리적 해석을 하고 있는지 강한 의문이 제기된다.

특히, 「국가보안법」 위반으로 기소된 사건의 최근 2년 동안(2019~

5) 헌법재판소 2015. 4. 30. 2012헌바95 결정 중 재판관 김이수의 반대의견 참조.

2020년) 1심 판결 결과를 살펴보면, 유기징역은 1건, 집행유예는 3건에 불과한 데 반해 무죄선고는 20건에 이르는 것을 볼 때, 검찰의 기소가 상당히 자의적으로 이루어졌음을 유추할 수 있다<sup>6)</sup>.

대법원은 북한 김일성 동상 참배행위에 대하여 제7조 제1항에서 규정하는 ‘동조’에 해당하지 아니한다고 보아 무죄로 판단한 바 있으나(대법원 2012. 5. 9. 선고 2012도635 판결), 김일성의 시신이 안치된 북한의 금수산기념궁전 참배행위에 대해서는 피고인의 행적을 고려하여 ‘동조’행위에 해당한다고 판단하기도 하였다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도12276 판결).

이상과 같은 사례는 단지 법률 적용상의 문제가 아니라, 제7조 법문의 다의성 및 추상성에서 비롯되었다고 보는 것이 맞다. 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지니는데, 특정 표현행위를 금지하는 법률에서 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에 수범자는 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상인지를 확신할 수 없고, 법집행자는 이 법률을 자의적으로 해석하여 적용할 가능성이 크다.

위와 같은 사정들을 종합하여 본다면, 1991. 5. 31. 제7차 개정으로 추가된 주관적 구성요건과 그간의 헌법재판소와 대법원이 적용하고 있는 제한해석으로 「국가보안법」 제7조의 불명확성이 다소 해소되었다고 볼 수는 있으나, 이 조문이 가지는 본질적 한계를 해결했다고 판단하기는 어렵다. 「국가보안법」 제7조는 여전히 명확성의 원칙을 위반하여 우리 헌법의 죄형법정주의 원칙에 반한다는 판단을 하지 않을 수 없다.

6) 사법연감의 「국가보안법」 관련 1심 선고 통계 참조. 최근 5년간(2016~2020년) 유기징역 40건, 집행유예 77건, 무죄 57건으로 집행유예 비중이 가장 높으며, 무죄 비율이 높아지는 경향을 보인다.

## 다. 비례의 원칙 위반 여부

### 1) 비례의 원칙과 '명백하고 현존하는 위협'의 원칙

무릇 기본권은 국가의 안전보장 등의 이유로 법률에 의해 제한이 가능하다고 해도 과도해서는 안 되고 필요 최소한도에 그쳐야 한다. 이러한 침해 최소성 원칙은 비례의 원칙의 한 내용으로서 헌법 제37조 제2항이 규정하는 “자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”는 규정에서 도출된다.

따라서 표현의 자유의 제한은 불가피한 경우 엄격한 요건 하에 허용되어야 한다. 엄격한 요건이란, 표현의 자유를 제한하기 위해서는 표현행위가 장래에 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있다는 추상적 위협이 아닌 '구체적'이고도 '현실적'인 위협성과 인과관계가 인정되는 행위로 한정될 것을 의미한다. 즉, 표현의 자유를 제한하기 위해서는 '명백하고 현존하는 위협'(Clear and Present Danger)이 존재할 때 그 제한의 정당성이 확보된다. 그렇다면 「국가보안법」 제7조 제1항의 '찬양·고무·선전 또는 동조 등'의 행위가 현실적으로 국가안보에 대한 '명백하고 현존하는 위협'을 초래한다고 볼 수 있을까?

이번 위헌법률심판 사건 중 2019헌가6 사건의 피고인은 “북한 김일성의 100번째 생일을 맞아 그의 유훈인 광명성 3호 발사 준비가 모두 완료되었고 북한 발사체 개발 능력을 찬양, 선전하며 강대국들이 북한의 발사체 개발에 관한 제재가 부당하며 이에 대하여 북한이 대응을 할 것이다”, “미국이 북한의 미사일 실험을 비난한 것에 대해 보복하겠다”라는 취지의 내용을 담은 북한 대남선전매체의 글을 다른 인터넷 사이트에 옮겨 게재하였다는 등의 이유로 기소되었다.

그러나 이와 같은 표현행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본 질서에 '명백하고 현존하는 위협'을 초래하고 있다고 볼 수 있는지 의문을 제기할 수 있다. 현재 대한민국과 북한의 극복될 수 없을 정도의 군사적·경제적 차이와 민주주의에 대한 국민들의 의식 등을 고려하여 볼 때, '찬양·고무·선전 또는 동조 등'이 안고 있는 모호한 개념의 문제는 별론으로 하고, 이러한 행위로 비추어질 행위가 있다 해도 그것이 우리나라의 존립이나 안전, 자유민주적 기본질서에 명백하고 현존하는 위협을 주어 실질적인 해악을 끼칠 가능성이 있다고 해석하는 것은 상식에 부합하지 않는다.

따라서 「국가보안법」 제7조 제1항은 그 입법 필요성을 인정한다고 해도 처벌대상을 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 '명백하고 현존하는 위협'을 초래할 수 있는 직접적인 행위로 한정하여야 함에도 불구하고, 다의적 해석과 광범위한 해석이 가능한 "찬양", "고무", "선전", "동조" 등의 불명료한 개념 행위로 처벌하는 것은, 침해의 최소성 요건을 갖추지 못하여 표현의 자유를 침해하였다고 평가하지 않을 수 없다<sup>8)</sup>.

## 2) 단순 "취득·소지"의 처벌과 비례의 원칙

「국가보안법」 제7조 제5항은 제1항의 목적으로 문서 등 기타 표현물을 복사, 소지, 운반 또는 취득한 자를 처벌하는데, 단순 "취득·소지" 단계에서는 이적행위 목적이 명확하게 드러나지 않은 경우가 많아 결국 국가의 존립·안전이나 민주적 기본질서를 위태롭게 할 '목적', 즉 내심의 의사를 추

7) 대전지방법원 2019. 1. 28. 2017초기226.

8) 헌법재판소 2015. 4. 30. 2012헌바95·261 등 사건에서 김이수 재판관은 특히 제7조 제1항의 '동조'라는 부분의 문제를 지적한 바 있다. 그에 의하면 '동조'는 찬양·고무·선전행위에 비하여 훨씬 소극적이고 수동적인 행위이고, 찬양·고무·선전행위와 달리 그 행위의 직접적인 상대방도 필요하지 않으며 행위의 방식에도 아무런 제한이 없으므로 수범자인 국민들은 어떤 유형의 동조행위가 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전하는 것과 같이 평가될 정도로 적극적인 의사표시에 해당하는지 도저히 예측할 수 없다고 했다.

단하여 처벌하게 될 개연성이 높다. 뿐만 아니라 이적 표현물의 소지·취득은 다른 구성요건에 비해 입증이 상대적으로 용이하고 공소시효 적용도 받지 않을 가능성이 커 다른 「국가보안법」 위반죄를 수사하기 위한 방편으로 사용될 수도 있다. 이것은 입법목적에 비하여 과도한 수단을 사용하여 표현의 자유나 사상·양심의 자유를 필요 이상으로 제한하는 경우에 해당할 수 있다. 이렇게 되면 표현의 자유를 필요 최소한도에서 제한해야 한다는 원칙은 공염불이 되고 법집행기관의 무리한 공명심이 현실화 되어 국가의 기본권 보장의무는 위기에 빠질 가능성이 크다.

### 3) 책임과 형벌, 법의 균형성 간의 비례원칙

무릇 형벌이란 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이면 헌법상의 평등 및 비례의 원칙에 반한다. 그런데 「국가보안법」 제7조의 각 범죄행위에 대한 처벌은 일률적으로 징역형으로 규정되어 있어 법관의 양형을 통해 책임과 형벌의 비례원칙을 구현하는 것이 불가능하다. 이적 표현물의 단순 소지·취득이라면 현실적 위험성이 없어, 불가피하게 유죄를 선고한다고 해도 법관으로서 벌금형 등을 선택할 수 있어야 하는데, 현재의 법률은 아예 그것을 불가능하게 만들고 있다. 이는 법률 자체가 현저하게 불합리하여 형벌과 책임 간의 비례원칙을 위반한 것이라 볼 수 있다. 뿐만 아니라 「국가보안법」 제7조는 자유민주적 기본질서에 반하는 "찬양", "고무", "선전", "동조" 등의 표현행위가 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 위험성이 명백하다고 볼 수 없는 상황에서, 이러한 표현행위로 인해 국가의 자유민주적 기본질서가 위협받는 정도는 크지 않은 반면, 위 표현행위를 처벌함으로써 국민의 표현의 자유나 사상·양심의 자유 나아가 학문의 자유 등이 제한되는 정도는 상당하므로 법의 균형성 요건도 갖추지 못하였다고 할 수 있다.

#### 4) 「국가보안법」 제7조와 내란죄 등과의 관계

「국가보안법」 제7조가 표현의 자유 등을 침해하는 과도한 입법이라는 것은 형법상의 내란죄 등과 비교를 통해서도 알 수 있다. 즉 「국가보안법」 제7조를 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 파괴하는 외부의 실천적 행동으로 연결될 급박한 위협이 있는 경우로 한정한다면, 이것은 이미 형법상 내란의 선전·선동행위에 해당한다.

「국가보안법」에서 보호하고자 하는 법익을 비롯한 규제행위대상은 원칙적으로 형법의 내란죄와 외환죄, 공안을 해하는 죄의 장(章)과 중복된다. 「국가보안법」 제7조를 형법 등 다른 법률의 유사 조항에 대비시켜 보면 다음과 같다.

「국가보안법」 제7조 (찬양·고무등)	관련 법 규정
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.	○ 내란외환 목적인 경우에는 형법 제90조, 제101조 규정 ‘내란외환의 선전선동’ 죄로 처벌 가능
③ 제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년이상 유 기징역에 처한다.	○ 대부분 형법 제114조(범죄단체조직가입죄)나 폭력행위등처벌에관한법률 제4조(단체 등의 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
⑤ 제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또	○ 내란외환 목적인 경우에는 ‘내란외환의 예비음모나 선전선동’ 죄(형법 제90조, 제101조)로 처벌 가능

<p>는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.</p>	
----------------------------------	--

결국 제7조의 입법목적은 형법 제1장 ‘내란의 죄’와 제2장 ‘외환의 죄’ 등의 적용·해석을 통해 충분히 규율이 가능하므로 제7조를 계속 유지하는 것은 국민의 기본권 제한은 필요 최소한에 그쳐야 한다는 원칙에 위반된다.

**라. 국제인권법 위반 여부**

**1) 국제인권조약의 국내법적 지위**

헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정하고 있다. 이 규정은 우리 헌법이 국제법 존중주의를 선언함과 동시에 우리나라가 가입한 국제인권조약의 지위가 국내법과 동일하다는 것을 천명한 것이다. 일반적으로 보편적 인권을 내용으로 한 국제인권조약의 지위는 적어도 국내법률에 우위에 있다는 것이 학계의 다수 의견이다. 이것은 국제인권조약과 국내법률이 동위의 규범관계에 있다면 양자가 충돌하는 경우, 국내법 우위의 상황이 생길 수 있어(국내법이 신법인 경우 신법우선의 원칙이 적용되고, 특별법인 경우 특별법우선의 원칙이 각각 적용되어 국내법이 국제인권조약의 우위에 있게 된다) 국제법 존중주의를 위반하는 문제가 일어나기 때문이다. 이렇게 볼 때 우리가 가입한 보편적 국제인권조약의 지위는 적어도 국내법률보다 우위에 있다고 할 수 있고, 보다 적극적으로 해석하면 헌법의 기본권 규정을 보충함으로써 사실상 헌법적 지위에 있다고 보아도 무방할 것이다.

**2) 자유권규약위원회의 권고의 효력**



대한민국은 지난 30년간 국제사회에서 보편적 인권규범이라고 할 수 있는 국제인권조약 대부분에 가입했다. 국제인권조약은 일반적인 형식과 내용을 가지고 있는데, 우선 실체법적으로 해당 조약이 보호하는 권리를 규정하고 있고, 이어 절차법적으로 그 권리를 체약국이 이행하도록 하는 수단을 규정하고 있다. 「국가보안법」 해석과 직결되는 자유권규약의 경우, 동 규약의 이행을 감독하기 위해 HRC를 두고 있는바, HRC의 주요업무는 체약국으로부터 정기적으로 규약의 이행보고서를 받아 심사한 다음 최종견해(Concluding Observation)를 발표하여 체약국에 규약 이행을 위한 사항을 권고하거나, 체약국이 규약의 제1선택의정서에 가입한 경우, 개인진정 사건을 통해 규약위반 여부를 판단해 적절한 구제조치를 권고하는 것이다.

HRC가 정기적으로 체약국 정부의 이행보고서를 검토한 후 권고하는 최종견해는 다른 국제기구의 일반적 권고(recommendation)와는 상당히 차이를 달리한다고 보는 것이 타당하다. 최종견해는 HRC를 구성하는 국제인권법의 전문가들이 대한민국의 정부보고서를 검토한 후 발표하는 권고이다. 우리나라가 자유권규약에 가입하면서 그 권고를 존중하겠다고 약속한 것이므로 그 권고는 국내적으로 입법·사법·행정 모든 분야에서 존중될 필요가 있다.

나아가 HRC의 개인진정 결정(Views)은 위 최종견해보다 좀 더 강한 규범력을 인정하지 않으면 안 된다. 개인진정의 결정은 국제법적으로 볼 때, 국제사법기관의 판결 또는 결정이 아니기 때문에 법적 기속력을 인정하기 어렵지만, 개인진정 절차의 조약적 취지에 비추어보면 기속력에 준하는 효력을 인정하지 않을 수 없다<sup>9)</sup>. 개인진정은 자유권규약 제1선택의정서에

9) 이와 관련 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결에서는 다수의견을 보충하는 3인의 대법관(박정화, 김선수, 노정희)이 다음과 같은 보충의견을 낸 바 있다. "... 우리나라는 자유권규약 가입 당시 개인통보제도에 관한 선택의정서에도 함께 가입하였다. 자유권규약 제2조 및 위 선택의정서의 규정들을 종합하면, 개인통보제도를 규정

별도로 가입한 경우 이용할 수 있는 절차인바, 선택의정서 제1조10)에 따르면 HRC는 권리 피해자로부터 개인진정을 받아 당사국의 자유권규약 위반 여부를 판단하는 권한이 있다. 즉 HRC는 개인진정을 통해 체약국의 국제법(자유권규약) 준수 여부를 심판하는 기능을 갖는다. 따라서 HRC가 특정 진정사건을 통해 자유권규약을 위반한 것으로 판단하면, 체약국은 HRC의 판단을 존중하여 국내적 조치를 취하는 것이 전제되어야 한다. 만일 그렇지 않다면 이는 우리 헌법 제6조의 국제법 존중주의가 무력화됨을 의미한다.

이렇게 볼 때 대한민국은 개인진정 절차에 따라 HRC가 규약위반이라고 판단하는 경우 그 내용을 국내적으로 이행하도록 노력해야 해야 한다. 대한민국은 HRC가 판단한 개인진정 사건의 결정을 국내적으로 이행할 수 있는 절차를 만들 조약적 의무가 있으며, 이행절차를 통해 그 결정내용을 국내적으로 이행하기 위한 의무가 있다고 할 수 있다.

이런 이유로 개인진정 결정의 국내적 이행수단이 아예 없거나, 그 결정을 의도적으로 무시하거나 장기간 아무런 조치를 취하지 않는 경우, 국제법(선택의정서) 위반이라는 평가를 받을 수 있다. 여기서 국제법 위반이라는 것은 개인진정 결정 그 자체에서 발생하는 효력이 아니고, 결정에 따른 국가의 구제노력(혹은 협력) 의무의 위반을 의미한다. 구제노력 의무는 그것을 하지 않는다고 그 즉시 국제법 위반이라고 보긴 힘들지만, 그렇다고 구제노력을 전적으로 체약국의 판단에 맡긴다는 것은 아니다. 이것은 당사국에 결정의 이행을 위해 상당한 정도 재량적 여지를 준다는 것일 뿐 (결과

---

한 선택의정서에 가입하였다는 것은 당사국 내에 있는 개인의 진정에 대한 유엔자유권규약위원회의 심사권을 인정한다는 것이고, 이는 그 심사결과에 따르겠다는 의미를 포함한다. 따라서 선택의정서 가입국은 보편적이고 다자간에 체결된 자유권규약에 따라 유엔자유권규약위원회가 내린 개인통보에 대한 견해를 받아들일 국제법상 의무를 진다고 보아야 한다.”

10) 자유권규약 제1선택의정서 제1조는 다음과 같다: “이 의정서의 당사국이 된 규약 당사국은 그 관할권에 속하는 자로서 동국에 의한 규약에 규정된 권리에 대한 침해의 희생자임을 주장하는 개인으로부터 통보를 접수하고 심리하는 위원회의 권한을 인정한다.”

에 책임을 지지 않는) 자유재량을 의미하지는 않는다.

### 3) 자유권규약위원회의 국가보안법에 대한 권고의 국내적 이행

앞서 본대로 HRC는 대한민국 정부에 정부보고서 검토 후 최종견해를 통해 「국가보안법」의 폐지 혹은 개정을 권고했다. 이 권고는 자유권규약의 성격상 대한민국의 국내법 절차에서 존중되지 않으면 안 된다. 나아가 4건의 개인진정 결정을 통해 HRC가 결정한 내용은 그 이상의 존중의무가 있다. HRC는 대한민국의 「국가보안법」 적용이 규약상의 표현의 자유 등에 위반됨을 선언했고 그에 따라 회복조치(손해배상 포함)와 재발방지대책을 요구하였으며, 이정은 사건에서는 특별히 「국가보안법」 제7조의 개정이 필요함을 역설하였다. 이와 같은 HRC의 권고가 번번이 무산되는 것은 위에서 본대로 국제법 위반에 해당할 수 있으며 우리 헌법 제6조 제1항이 선언한 국제법준중주의에 위반된다. 결론적으로 HRC의 권고를 국내적으로 이행하기 위해선 헌법재판소가 이번 위헌법률심판 및 헌법소원심판 사건에서 심판대상인 「국가보안법」 제7조를 위헌으로 판단하는 것이 필요하다.

#### 마. 소결

「국가보안법」 제7조 제1항은 1991. 5. 31. 제7차 개정으로 추가된 주관적 구성요건과 헌법재판소와 대법원이 적용하고 있는 제한해석에도 불구하고 불명확하고 추상적인 개념으로 인해 여전히 법집행기관(특히 수사기관)의 자의적인 해석 및 남용의 위험성이 존재한다. 이는 제1항을 전제로 하는 동조 제3항 내지 제5항에도 마찬가지로 적용된다.

분단 상황에서 국가의 존립과 안보가 매우 중요한 가치임은 부정할 수 없지만, 사상·양심의 자유와 표현의 자유는 민주주의 사회의 근간이므로 최

대한 보장하여야 할 것이다.

이를 위해서는 「국가보안법」 제7조의 처벌 범위가 “국가의 존립·안전과 민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현행위가 물리적 해악으로 이어질 가능성이 현존하는 경우”로 축소될 필요가 있는바, 이는 형법의 내란죄와 외환죄를 적용하여 충분히 규율이 가능하다.

결론적으로 「국가보안법」 제7조는 법문의 다의성과 추상성 그리고 적용 범위의 광범성 등 죄형법정주의의 기본내용인 명확성의 원칙을 위배하고 있고, 국가의 존립이나 안보 그리고 자유민주적 기본질서를 위태롭게 하는 행위에 대한 실질적이고 현실적인 위험성에 대한 평가 없이 단순히 이를 처벌함으로써 비례의 원칙을 위배하며, 나아가 대한민국이 가입한 자유권 규약 등 국제인권법적 차원에서도 용인하기 어려운 규정이다.

이에 대하여 아래에서 보는 바와 같이 위원 한석훈의 반대의견이 있다.

### 3. 위원 한석훈의 반대 의견

위원 한석훈은 다수 의견과 달리 「국가보안법」(이하 ‘법’이라 한다) 제7조는 아래와 같은 이유로 헌법에 위반되지 않는다는 의견이다.

#### 가. 신냉전 시대와 북한의 대남적화전략

과거 소련 및 동구권의 몰락과 중국의 개방정책 등을 배경으로 이루어졌던 자유진영과 공산진영의 화해 무드는 최근 우크라이나와 러시아 간 전쟁, 미국과 중국의 대립구도 형성 등 신냉전 시대로 급격하게 변화하고 있다. 신냉전 시대에는 IT·AI 중심의 제4차 산업혁명에 따른 기술전(技術戰),

경제난으로 심화되는 빈부격차를 이용한 이념·사상전(思想戰)의 양상을 띠고 있다.

북한은 한때 남북교류에 응했을 뿐 계속 대남적화통일 노선을 견지하며 폭력과 비폭력 수단을 겸용하며 대남공작을 활발하게 전개해 왔다. 2002년 NLL 침범 연평해전 도발, 2008년 금강산 관광객 총격 살해, 2010년 3월 천안함 폭침, 2010년 11월 연평도 포격, 2020년 개성공단 북한 연락사무소 폭파 사건이 있었고, 최근 핵무기·미사일 개발 완료를 공언하며 서울을 불바다로 만들겠다고 위협하고 있다. 또한 북한은 대남 사이버 공작기관을 지휘본부로 두고 해외 사이트 등을 활용하여 조직적·체계적으로 대남 사이버 공작을 벌여왔다. 사이버공작은 사이버 사용자의 비대면성·익명성, 그 대상의 광범위성, 정보확산의 신속성, 정보조작의 용이성 등의 이점을 활용하여, 남한사회의 빈부격차, 지역적 반목, 극단적 정파 대립을 악용한 대남 선전·선동과 유언비어 유포 등으로 남한사회의 혼란과 국론분열을 야기해 왔다.

법 제7조는 북한의 이러한 기술전·사상전·심리전에 대항할 수 있는 유일한 법제 수단인데, 남한의 경제력이 북한보다 우월하다거나 북한실상에 대한 남한 국민의 이해가 높아졌다거나 북한자료에 대한 접근성이 용이하다는 사실은 이러한 대항수단을 없애야 한다는 주장의 논거가 될 수 없다.

#### 나. 명확성의 원칙 위반 여부

범죄구성요건은 명확하게 규정함으로써 법집행자의 자의적 해석으로 인한 남용 여지를 줄여야 함은 죄형법정주의 원칙상 당연하고, 표현의 자유를 제한하는 법률도 가급적 명확해야 함은 그 기본권의 중요성에 비추어 당연한 원칙이다. 그러나 명확성의 원칙은 법률규정의 추상성과 개별 사건

의 다양성에서 오는 한계가 있으므로 수범자의 입장에서 금지되는 행위가 무엇인지를 충분히 예측 가능하다면 이 원칙을 위반하는 것이 아니다.

법 제7조 제1항의 '구성원'이란 법 제2조의 반국가단체를 구성하거나 가입하여 구성원이 된 자를 말하고(법 제3조 제1항), '활동'이란 구성원이나 그 지령을 받은 자의 단체 목적수행을 위한 활동을 말한다. '동조'란 반국가단체 등의 선전·선동 및 그 활동과 동일한 내용의 주장을 하거나 이에 합치되는 행위를 하여 그 활동에 호응·가세하는 것을 말한다(대법원 2020. 1. 9. 2016도2195). 게다가 1991년 법 개정으로 "국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서"란 주관적 구성요건을 법 제5조 제2항(금품수수), 제6조(잠입·탈출), 제7조(찬양·고무등), 제8조(회합·통신등) 등에 추가한 결과, 이러한 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에 한하여 범죄가 성립하는 것으로 해석하고 있다(위 2016도2195). 그러므로 '동조'행위도 같은 조항에서 금지하고 있는 '반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전'하는 것과 같이 평가될 정도로 적극적으로 자신이 반국가단체 등 활동에 호응·가세한다는 의사를 외부에 표시하는 정도에 이르러야 하고, 이에 이르지 않아 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있다고 보기 어려운 경우에는 '동조'죄로 처벌할 수 없는 것으로 해석하고 있다(위 2016도2195).

따라서 법 제7조 제1항에서 열거한 이적행위는 국론의 분열, 체제의 전복 등을 야기하거나 국민주권주의, 법치주의 등 민주주의의 근간을 흔드는 행위를 의미한다는 점이 수범자의 입장에서 충분히 예측 가능하므로, '구성원', '활동', '찬양', '고무', '선전', '동조'등 각 범죄구성요건의 의미가 불분명

하다고 볼 수 없다(헌법재판소 2015. 4. 30.자 2012헌바95·261). 이처럼 그 동안 입법적으로 정비되고 판례나 학설에 의하여 위 범죄구성요건의 의미 내용이 명확히 정립되어 왔으므로 법 제7조가 명확성 원칙에 위배된다고 할 수 없다(위 2012헌바95·261).

아울러 「국가보안법」의 주관적, 객관적 구성요건의 증명책임은 검사가 부담하고, 「국가보안법」을 해석·적용함에 있어서는 “국가의 안전과 국민의 생존 및 자유의 확보라는 입법목적 달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하고, 확대해석하거나 헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 안 된다”는 특별규정(법 제1조 제2항)까지 두고 있다. 따라서 법집행기관의 자의적 해석으로 법집행이 남용될 위험은 현저히 감소되었다. 실제로 국가보안법 위반사건의 처분현황을 보면 이러한 엄격한 해석으로 인하여 그 동안 기소 건수는 급격하게 감소하고 불기소 건수는 현저히 증가해 왔다. 검찰이 국가보안법위반으로 기소한 인원은 2013년 197명, 2014년 83명, 2015년 73명, 2016년 35명, 2017년 27명, 2018년 26명, 2019년 15명, 2020년 26명, 2021년 41명임에 비하여, 불기소 처분한 인원은 2013년 25명, 2014년 134명, 2015년 80명, 2016년 97명, 2017년 84명, 2018년 243명, 2019년 278명, 2020년 137명, 2021년 41명이다<sup>11)</sup>. 이처럼 2019년까지 해마다 기소 인원수는 감소하고 불기소 인원수가 증가해 온 것은 국가보안법위반 사범에 대한 법원의 엄격한 법리해석과 검찰의 신중한 사건처리에 기인한 것이다<sup>12)</sup>. 다만, 2020년 및 2021년에 기소인원이 증가하고 불기소인원이 감소한 이유는 국가보안법위반 재심사건의 법원송부가 증가하고, 국가정보원의 대공수사권 경찰 이관을 앞두고 국정원 및 경찰의 합동수사 등으

11) e-나라지표, “국가보안법위반사건 접수 및 처리현황”,

[https://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx\\_cd=1745](https://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1745) (2022. 8. 29. 확인).

12) 위 디지털 자료의 해설.

로 국가보안법위반 사범 검거실적이 증가한 데 기인한 일시적 현상일 뿐이다<sup>13)</sup>.

#### 다. 비례의 원칙 위반 여부

표현의 자유 등 언론·출판의 자유는 민주적 헌법질서의 중추적 지위에 있으므로 최대한 보장되어야 하지만, 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 법률로 제한할 수 있다(헌법 제37조 제2항). 다만, 이를 법률로 제한하더라도 그 법률의 내용은 위 명확성의 원칙과 더불어 과잉금지 원칙(비례의 원칙)에 따라야 한다.

우리나라의 헌법재판소나 법원은 법 제7조에 관하여 “우리나라가 처한 특수한 안보현실에 비추어 볼 때, 구체적 위험이 현존하지는 않더라도 (국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠) 위험성이 명백한 단계에서 이적행위를 규제하는 것은 표현의 자유에 대한 지나친 제한이 아니다”라고 판시해 왔다(위 2012헌바95·261; 대법원 2011. 10. 13. 2009도320). 그러므로 표현의 자유 제한을 위해서는 그 위험이 구체적이고 현실적이어야 한다는 주장은 한국의 실무와는 괴리된 독단적 해석일 뿐만 아니라, 신냉전 시대에 핵무기를 보유하고 군사상 세계에서 가장 위험한 북한이 여전히 대남적화통일 노선을 견지하고 이념·사상을 무기로 삼은 대남 공작을 조직적, 체계적으로 전개하고 있는 한국의 현실과는 동떨어진 주장이다.

북한의 대남적화통일 3단계 전략 중 제1단계가 국가보안법 철폐투쟁 전개이고, 제2단계는 공산당활동의 합법화와 지하당 구축, 제3단계가 자유민주주의 체제를 내부로부터 붕괴시켜 연방제 통일을 이룬다는 것이다. 남

13) 위 디지털 자료의 해설.



한 내부에 지하 친북 용공세력이 현존하고, 북한이 공산주의 이념과 사상을 무기로 전파력이 강한 사이버 매체 등을 활용한 대남공작을 계속하고 있는 한, 이러한 북한의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동함은 그 자체가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성이 명백한 경우에 해당할 수 있다. 그러므로 법 제7조 제3항은 이러한 이적행위를 목적으로 하는 단체(이하 '이적단체'라 함)를 구성하거나 가입하는 행위도 처벌하고 있는 것이다.

이적단체란 법 제2조에서 규정하고 있는 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가의 변란을 선전·선동하는 행위를 하는 것을 목적으로 하여 특정 다수인에 의하여 결성된 계속적이고 독자적인 결합체를 말한다(위 2016도2195). 다만, 이러한 이적단체를 인정할 때에는 법 제1조에 규정된 국가보안법의 목적과 확대해석·유추해석 금지 원칙에 따라 그 구성요건을 엄격하게 제한하여 해석해야 하고, 그러한 이적행위 목적이 있는지 여부는 단체의 강령·노선·토론·주장과 그 활동들의 전체적인 내용뿐만 아니라 그 동기, 행위 태양, 외부 관련 사상, 당시 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단해야 한다(위 2016도2195; 대법원 2007. 3. 30. 2003도8165). 이러한 제한해석 아래에서는 이적단체 구성·가입을 처벌하는 법 제7조 제3항도 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정되고 남용될 위험도 거의 없으므로 표현 및 결사의 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다(위 2012헌바 95·261).

법 제7조 제5항의 범죄구성요건은 법 제7조 제1항, 제3항 또는 제4항(이적단체 구성원의 허위사실 유포)의 이적행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물(이하 '이적표현물'이라 함)을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·

판매 또는 취득하는 행위이다. 법원은 그 목적 요건이 요구됨에 근거하여 그 이적표현물의 개념이나 표현물의 제작 등 행위의 성립을 매우 엄격하게 해석하고 있다.

이적표현물로 인정되기 위해서는 그 표현물의 내용이 국가보안법의 보호법익인 국가의 존립·안전과 자유민주적 기본질서를 위협하는 적극적이고 공격적인 것이어야 하고, 표현물에 이와 같은 이적성이 있는지 여부는 표현물의 전체적인 내용뿐만 아니라 그 작성 동기는 물론 표현행위 자체의 태양 및 외부와의 관련사항, 표현행위 당시의 정황 등 제반 사정을 종합하여 판단해야 한다(대법원 2010. 7. 23. 2010도1189 전원합의체; 대법원 2011. 10. 13. 2009도320; 대법원 2018. 1. 25. 2016도18715; 대법원 2018. 8. 30. 2014도14573; 대법원 2020. 1. 9. 2016도2195 등).

또한 표현물의 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 끼칠 위험성이 명백한 경우에 한하여 범죄가 성립하는 것으로 해석하고 있다(위 2012헌바95·261, 2009도320). 위 행위 태양 중 표현물의 소지·취득행위의 경우에는 그 소지나 취득만으로도 표현물의 이적(利敵) 내용이 전파될 가능성이 있고, 특히 전자매체 형식의 표현물은 사이버상에서 순식간에 광범위하게 유포될 수 있으며, 소지·취득한 사람의 의사와 무관하게 전파·유통될 가능성도 있으므로, 이적 표현물의 소지·취득 행위가 지니는 위험성이 이를 제작·반포하는 행위보다 적다고 할 수 없다(위 2012헌바95·261).

나아가 법 제7조 제5항의 범죄는 목적범으로서 행위자가 표현물의 이적성을 인식하고 그 행위를 하였다고 하더라도 이적행위를 할 목적이 인정되지 않으면 범죄구성요건이 충족되지 아니한다(위 2010도1189, 2009도320, 2016도18715, 2014도14573). 그리고 그 목적에 대한 증명책임은 검사에게 있으므로, 행위자가 이적표현물임을 인식하고 위 법 제7조 제5항의 행위를 하

였다는 사실만으로 그에게 이적행위를 할 목적이 있었다고 추정해서는 안 된다는 것이 확립된 판례이다(위 2010도1189, 2016도18715, 2014도14573, 2016도2195). 이 경우 행위자에게 이적행위 목적이 있었음을 증명할 직접 증거가 없는 때에는 표현물의 이적성 징표가 되는 여러 사정에 더하여 피고인의 경력과 지위, 피고인이 이적표현물과 관련하여 법 제7조 제5항의 행위를 하게 된 경위, 피고인의 이적단체 가입 여부 및 이적표현물과 피고인이 속한 이적단체의 실질적인 목표 및 활동과의 연관성 등 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다(위 2010도1189, 2016도18715, 2014도14573, 2016도2195).

따라서 현재 중고서점이나 도서관 등을 통해 북한과 관련된 자료를 손쉽게 구할 수 있는 상황이라는 이유로 위와 같은 이적행위 목적을 추단하여 이적표현물의 소지나 취득행위를 처벌하게 될 개연성이 높다고 단정할 수는 없을 것이다.

이상과 같이 법 제7조는 그 범죄성립에 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점에 관한 별도의 인식이나 목적을 요구하고 있고, 이 점에 근거하여 그 동안 법원 등 법집행기관의 엄격한 해석이 축적되어 자의적 해석 여지가 거의 제거되었으며, 실제로 검찰도 엄격하게 법을 집행하여 위와 같이 국가보안법위반 사범의 기소율이 현저히 감소하고 불기소율이 증가하는 뚜렷한 결과가 나타나고 있다. 따라서 법 제7조가 명확성 원칙이나 과잉금지 원칙에 위배되어 표현이나 사상·양심의 자유를 침해하고 있다고 말할 수 없다.

## 라. 내란죄 등과의 관계

법 제7조의 범죄구성요건은 내란 예비·음모·선전·선동죄(형법 제90조,

제87조), 외환 예비·음모·선전·선동죄(형법 제101조, 제92~99조), 형법상 범죄단체 조직·가입·활동죄(형법 제114조) 또는 폭력범죄단체 구성·가입·활동죄(「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제4조)와는 아래와 같이 상호 범죄구성요건이 상이하다. 그러므로 법 제7조를 폐지하더라도 위 형법 또는 다른 특별법상 범죄로 처벌하면 처벌의 공백이 생기지 않는다고 할 수 없다.

우선, 북한은 한국의 영토 내에 있어서(헌법 제3조) 국가로 볼 수 없음이 분명하므로 적국의 존재를 전제로 적용되는 형법상 외환죄(간첩죄 포함)는 모두 적용할 수 없다.

형법상 내란죄의 범죄구성요건은 ‘국토를 침탈하거나 국헌을 문란할 목적’으로 ‘폭동’하거나 ‘살인’하는 행위이고, ‘국헌문란’이란 헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키거나 헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것을 말한다(형법 제91조). 그러므로 폭동으로 한국 영토 일부를 불법 점거하여 주권행사를 배제하거나, 폭동이나 살인으로 국가기관이나 국가기능을 불가능하게 하지 않는 한 내란에 해당할 수 없고, 그러한 내란을 모의·준비·선전·선동하지 않는 한 내란 예비·음모·선전·선동죄도 성립할 여지가 없을 것이다.

형법상 범죄단체 조직·가입·활동죄에서의 범죄단체란 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 징역에 해당하는 범죄를 목적으로 하는 단체나 집단을 말하고, 폭력범죄단체 구성·가입·활동죄에서의 폭력범죄단체란 폭행·상해·공갈·협박 등 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」에 규정된 범죄를 목적으로 하는 단체나 집단을 말한다.

그런데 북한의 대남공작은 남한사회에서의 북한 찬양, 주체사상 홍보,

남남갈등 조장 등을 통해 남한사회의 대북 경계심을 허물고 체제수호 의지를 약화시키는 고도의 심리전·사상전에 치중하고 있다. 이러한 대남공작은 굳이 폭동이나 살인·상해·협박 등을 수단으로 하지 않고도 가능하고, 그러한 대남공작의 가장 큰 걸림돌이 법 제7조라 할 수 있다. 따라서 이를 폐지하고 위 형법 또는 특별법의 해석·적용으로 그 공백을 메울 수 있다는 견해는 치밀한 분석이 결여된 것으로서 찬성할 수 없다.

#### 마. 유엔 자유권규약위원회의 권고와 한국 사회의 특수성

유엔 자유권규약위원회의 「자유권규약」에서는 “사상·양심·표현·결사의 자유도 공공의 안전·질서 등을 보호하기 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있다”고 규정하고 있다(유엔 자유권규약위원회의 자유권규약 제18조 제3항, 제19조 제3항, 제22조 제2항). 보편적인 인권보장 원칙도 개별 국가의 특수성을 무시할 경우에는 오히려 공공의 안전과 질서 등을 해침으로써 더 큰 인권침해의 결과로 이어질 수 있기 때문에, 공공의 안전과 질서 유지를 위하여 법률로써 제한하는 것은 허용하고 있는 것이다. 바로 법 제7조는 한국 안보상황의 특수성을 반영하여 공공 안전을 목적으로 법률로써 한 제한에 해당한다.

또한, 법 제7조는 명문 규정으로 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정’에 관한 별도의 인식이나 목적이 있을 것을 그 범죄성립요건으로 요구하고 있고, 이를 근거로 법원 등 법집행기관의 엄격한 법해석이 축적되어 왔음은 앞에서 살펴보았다. 그러므로 법 제7조를 적용함에 있어서 단지 ‘적대적 주체의 주장과 일치한다거나 이에 공감한다’는 이유만으로 처벌함으로써 사상·양심·표현의 자유를 제약하고 있다거나, 한국이 법 제7조를 독단적으로 광범위하게 적용하고 있다고 말할 수는 없다.

따라서 법 제7조는 위 「자유권규약」 등 국제규약에 위배되는 것으로 볼 수 없다.

#### IV. 결론

이상과 같이, 「국가보안법」 제7조 제1항·제3항·제5항은 명확성의 원칙 및 비례의 원칙 그리고 국제인권법 등을 위반하여 표현의 자유와 사상·양심의 자유 등을 침해하므로 헌법에 위반된다고 판단되는바, 위에서 본 위원 한석훈의 반대 의견이 있는 것을 제외하고 나머지 위원 전원의 일치된 의견에 의하여, 「국가인권위원회법」 제28조 제1항의 규정에 따라 주문과 같이 의견을 제출한다.