

2022. 9. 8. 보도 자료

공보관실 02)708-3411 / 팩스 02)766-7757



제 목 : 9월 변론 안내

- 헌법재판소는 오는 9. 15(목) 14:00 대심판정에서 아래 사건에 대한 변론을 열 예정이오니, 참고하시기 바랍니다.

연 번	사건번호 및 사건명	청구인 (대리인)/ 제청법원/ 제청신청인 (대리인)	이해관계인	비고
1	2017헌바42·294, 국가보안법 제2조 366·431·432·443, 제1항 등 위헌소원 2017헌가27, 2018 헌바116·225, 2019 헌가6, 2020헌바 230(병합)	김○○ 외 9 (국선대리인 변호사 양은석 외 7)/ 수원지방법원 외 1/ 이□□ 외 4 (법무법인 양재 외 20)	법무부장관	

붙임 : 관련사건 보도자료 1부. 끝

보도자료

국가보안법 사건

[2017헌바42, 294, 366, 431, 432, 443, 2017헌가27,
2018헌바116, 225, 2019헌가6, 2020헌바230(병합)
국가보안법 제2조 제1항 등 위헌소원 등]

[공개 변론]

헌법재판소는 2022년 9월 15일(목) 14:00 대심판정에서, 2017. 1. 12. 접수된 2017헌바42 국가보안법 제2조 제1항 등 위헌소원 사건, 2017. 7. 14. 접수된 2017헌바294 국가보안법 제7조 제1항 등 위헌소원 사건, 2017. 8. 4. 접수된 2017헌바366 국가보안법 제7조 제1항 등 위헌소원 사건, 2017. 8. 25. 접수된 2017헌가27 국가보안법 제7조 제1항 등 위헌제청 사건, 2017. 10. 10. 접수된 2017헌바431, 432 국가보안법 제2조 등 위헌소원 사건, 2017. 10. 23. 접수된 2017헌바443 국가보안법 제2조 제1항 등 위헌소원 사건, 2018. 2. 19. 접수된 2018헌바116 국가보안법 제2조 제1항 등 위헌소원 사건, 2018. 5. 29. 접수된 2018헌바225 국가보안법 제2조 등 위헌소원 사건, 2019. 2. 7. 접수된 2019헌가6 국가보안법 제7조 제5항 등 위헌제청 사건, 2020. 3. 19. 접수된 2020헌바230국가보안법 제7조 제1항 등 위헌소원 사건의 변론을 열 예정이다.

이 사건은, 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조한 자 등을 처벌하도록

규정한 국가보안법 제7조 제1항 및 이러한 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·소지·운반·반포·취득하는 등의 행위를 한 자를 처벌하도록 규정한 국가보안법 제7조 제5항 등이 헌법에 위반되는지 여부가 쟁점인 사안으로, 헌법재판소는 청구인 및 이해관계인의 변론과 참고인의 진술을 들은 뒤, 위 각 법률조항의 위헌 여부를 판단할 계획이다.



2022. 9. 8.

헌법재판소 공보관실

□ 사건개요

- 청구인들은 국가보안법 제2조, 제7조 제1항, 제3항 또는 제5항을 위반하였다는 범죄사실을 포함한 국가보안법위반 사실로 기소되었다.
청구인들은 재판 계속 중 위 조항들에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나 기각되자, 각 헌법소원심판을 청구하였다(헌마 사건들).
- 제청신청인들은 국가보안법 제7조 제1항 또는 제5항을 위반하였다는 범죄사실을 포함한 국가보안법위반 사실로 기소되었다.
제청신청인들은 재판 계속 중 위 조항들에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였고, 각 제청법원은 위 신청을 받아들여 위헌법률심판을 제청하였다(헌가 사건들).

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 ① 국가보안법(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것) 제2조 제1항(이하 ‘반국가단체조항’이라 한다), ② 제7조 제1항(이하 ‘이적행위조항’이라 한다), ③ 제7조 제3항(이하 ‘이적단체가입조항’이라 한다), ④ 제7조 제5항(이하 ‘이적표현물조항’이라 하고, 위 조항들 모두를 합하여 ‘심판대상조항’이라 한다)이 헌법에 위반되는지 여부이다.

[심판대상조항]

국가보안법(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것)

제2조(정의) ① 이 법에서 “반국가단체”라 함은 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체를 말한다.

제7조(찬양·고무 등) 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 7년 이하의 징역에 처한다.

③ 제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

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.

[관련조항]

구 국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3318호로 전부개정되고, 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정되기 전의 것)

제7조(찬양·고무 등) ① 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

⑤ 제1항 내지 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.

형법(2020. 12. 8. 법률 제17571호로 개정된 것)

제87조(내란) 대한민국 영토의 전부 또는 일부에서 국가권력을 배제하거나 국헌을 문란하게 할 목적으로 폭동을 일으킨 자는 다음 각 호의 구분에 따라 처벌한다.

1. 우두머리는 사형, 무기징역 또는 무기금고에 처한다.
2. 모의에 참여하거나 지휘하거나 그 밖의 중요한 임무에 종사한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역이나 금고에 처한다. 살상, 파괴 또는 약탈 행위를 실행한 자도 같다.
3. 부화수행(附和隨行)하거나 단순히 폭동에만 관여한 자는 5년 이하의 징역이나 금고에 처한다.

제90조(예비, 음모, 선동, 선전) ① 제87조 또는 제88조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 3년 이상의 유기징역이나 유기금고에 처한다. 단, 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.

② 제87조 또는 제88조의 죄를 범할 것을 선동 또는 선전한 자도 전항의 형과 같다.

제101조(예비, 음모, 선동, 선전) ① 제92조 내지 제99조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다. 단 그 목적인 죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제한다.

② 제92조 내지 제99조의 죄를 선동 또는 선전한 자도 전항의 형과 같다.

제114조(범죄단체 등의 조직) 사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 징역에 해당하는 범죄를 목적으로 하는 단체 또는 집단을 조직하거나 이에 가입 또는 그 구성원으로 활동한 사람은 그 목적인 죄에 정한 형으로 처벌한다. 다만, 형을 감경할 수 있다.

제115조(소요) 다중이 집합하여 폭행, 협박 또는 손괴의 행위를 한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역이나 금고 또는 1천500만 원 이하의 벌금에 처한다.

제116조(다중불해산) 폭행, 협박 또는 손괴의 행위를 할 목적으로 다중이 집합하여 그를 단속할 권한이 있는 공무원으로부터 3회 이상의 해산명령을 받고 해산하지 아니한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

□ 제정법원의 위헌제청이유(헌가 사건들)

- 이적행위조항 및 이적표현물조항은 매우 포괄적이고 불명확한 용어를 사용하여 그 적용범위가 광범위하고 지나치게 자의적이고, 초과주관적 구성요건의 추가에도 불구하고 그 자체도 불명확하고 추상적인 기준으로 간접사실에 의하여 추론되는바 행위자의 평소 사상에 따라 차별취급을 받을 심각한 우려가 있다. 이는 어떠한 표현이 어느 정도까지 허용되는지 예측하기 어렵게 하여 행위규범으로서의 역할을 제대로 하고 있다고 보기 어렵고, 그 결과 자기검열에 의한 위축효과가 발생하게 하여 ‘사상의 시장’에서 유통되는 것을 막게 하여 오히려 민주주의 발전을 저해시키는 결과가 된다. 따라서 위 조항들은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.
- 이적행위조항은 광범위한 행위태양을 제한함으로써 사회에 압박하고 구체적인 해악을 가져오는 표현만을 제한하는 것이 아니게 되므로 과잉금지원칙에 위배되어 표현의 자유와 양심의 자유를 침해한다.
- 이적표현물조항은 국가안보를 위하여 일정하게 표현의 자유를 제한하는 것으로, 타인의 사상과 의견에 노출되어 이를 수용하여 의견을 가질 자유는 양심의 자유 및 표현의 자유의 핵심적인 내용을 구성하는바 이를 제한하는 것은 특별한 예외 없이는 허용되지 않는다. 그런데 ‘운반·반포·판매’와 달리 ‘제작·수입·복사·소지 또는 취득’만으로는 반국가단체의 사상이 유통·전파되지 않는바, 이로 인하여 객관적 위험이 창출되기는 쉽지 않으며, 이를 제한하여야 할 만큼의 필요성이 발생하게 되는 경우는 상정하기 어렵다. 결국 이는 초과주관적 구성요건과 결합하여 행위자의 과거 전력이나 행동에서 드러나는 이념적 성향에 따라 자의적이고 차별적으로 처벌될 수 있는바, 과잉금지원칙에 위배되어 표현의 자유와 양심의 자유를 침해한다.

□ 청구인·위헌제청신청인의 주장 요지(헌바 사건들)

- 자유권규약, 사회권규약, 고문방지협약 등 관련 국제인권조약들은 헌법재판규범으로 인정되어야 한다. 국제인권조약이 직접 적용되지 않더라도, 국제인권조약에 부합하는 헌법해석이라는 간접적인 방법으로 사실상 혹은 기능상 헌법재판규범의 지위를 인정하여야 한다.
- 이적행위조항에서 구성요건으로 규정하고 있는 부분은 모두 그 의미내용이 불명확하므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다. 이적행위조항은 국가의 안전보장과 질서유지, 공공복리에 실제로 현실적인 위해를 가하는지 묻지 아니한 채 그 위험성이 명백한지 여부만을 기준으로 처벌하고 있으므로 양심의 자유, 표현의 자유, 사상의 자유, 학문·예술의 자유, 인간의 존엄성과 평등권, 일반적 행동자유권 등을 침해한다. 또한, 이적행위조항은 그 위법성 내지 위험성이 다양할 수 있는 반국가단체 등의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하는 행위 모두에 일률적으로 7년 이하의 징역형이라는 중형만을 정하고 있어 개별적인 행위와 그로 인한 결과에 상응하는 형벌을 부과할 수 없도록 하므로 책임과 형벌의 비례원칙에 위배된다.
- 이적단체가입조항은 이적행위조항을 전제로 하므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되고, 그 대상 및 행위의 개념이 너무 포괄적이고 막연하여 형법상 내란죄와 같은 정도의 위험을 가져오는 단체 뿐 아니라 정부정책에 반대하는 모임도 처벌될 우려가 있고, 실제 어떠한 행위를 하였는지 여부를 묻지 않고 처벌하므로 결사의 자유를 침해한다.
- 이적표현물조항은 “표현물”, “취득·소지·운반·반포”의 개념이 불명확하여 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다. 이적표현물조항은 실질적으로 표현물의 소지 등 행위로 인한 외부적 위험성을 근거로 처벌하는 것이 아니라 행위자의 내심의 사상과 이념을 근거로 처벌하는 것이므로, 과잉금지원칙을 위배하여 표현의 자유, 양심의 자유, 사상의 자유, 학문·예술의 자유, 인간의 존엄성과 평등권 등을 침해하고, 책임과 형벌의 비례원칙을 위배하는 것이다.

□ 이해관계인 법무부장관의 주장 요지

- 헌법의 최고 가치는 자유민주적 기본질서를 유지하는 것이고, 그 토대 아래 평

화통일원칙이 있는 것이므로, 공산주의 내지 사회주의 체제로 변혁한다는 결단을 하여 헌법이 개정되지 않는 한 북한은 우리 대한민국 헌법과 합치되기 어려운 반국가단체임이 자명하다.

- 이적행위조항 및 이적표현물조항은 현재의 한정합헌 결정에 따라 국가보안법이 개정되면서 초과주관적 구성요건이 추가되었는바, 국가보안법의 입법목적을 일탈하는 확대해석이나 법적용에 자의적인 판단은 허용되지 않는바, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다.
- 특정 표현의 해악이 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것인 경우 그러한 표현은 무제한 보장을 받을 수 없다. 사상의 자유시장 이론은 정보확증편향이 쉽게 발생할 수 있는 미디어 환경 변화를 간과한 것이고, 특히 이적표현의 확산에 따른 해악은 엄청난 국가적 손실과 분열을 겪어야 치유될 수 있을 것이므로 사상의 자유시장에 맡길 수 없다. 또한, 초과주관적 구성요건에 의해 ‘실질적 해악을 미칠 위험성이 명백한’ 행위만이 처벌되고 있어 악용의 가능성이 없으므로, 이적행위로 야기된 명백한 위험은 그것이 반드시 현재 시점에 당장 현실화된 것은 아닐지라도 언제든지 국가안보에 상당한 위협이 될 수 있고, 위협이 현존하는 단계에서는 막대한 피해가 초래되어 공권력의 개입이 무의미해질 가능성도 있다. 따라서 이적행위조항 및 이적표현물조항은 과잉금지원칙에 위배되지 않는다.

□ 청구인 측 참고인의 의견 요지¹⁾

- 입헌적 민주공화국의 근간을 이루는 정치적 표현은 우월한 보호를 받으며, 규제 필요성이 인정되는 경우에도 ‘의심스러울 때에는 자유를 우선시하는(in dubio pro libertate)’ 근대 입헌주의의 핵심원칙에 의하여야 하는바, 국가권력이 공익에 실질적 해악을 미친다는 명백하고 현존하는 구체적 위협에 대하여 충실히 증명한 경우에만 그 제한을 허용하여야 한다.
- 자유권규약 등의 국제인권조약은 인권의 보편성, 헌법의 개방적 기본권 보호 구조 등에 비추어 준헌법적 위상을 인정하여야 한다. 나아가 자유권규약위원회의 권고를 오랜 기간 반복적으로 이행하지 않는 것은 규약의 실효성을 훼손하

1) 연세대학교 법학전문대학원 김종철 교수

여 결과적으로 규약에 대한 존중의무를 이행하지 않는 것이며 국제법 존중주의를 기본원칙으로 채택한 헌법 위반에 이를 수 있다.

- 이적행위조항은 구체적인 법교란행위와 연계되지 아니하고 어떻게 실질적 해악을 야기하는 것인지 명확하지 않고, 초과주관적 요소는 객관적 행위태양의 구성요소를 가늠하기 어려워 법집행기관의 자의가 개입될 수 있는 여지를 허용하고 있다. 또한, ‘동조’와 같은 소극적 성격의 행위가 찬양·고무 수준의 적극성을 갖춘 정도여야 처벌된다는 해석은 논리모순이고, 법집행기관의 자의적 해석을 피할 수 없다. 따라서 이적행위조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다.
- 반체제에 대한 승인(endorsement)과 관용(tolerance)은 구별되어야 하고, 통일 전망에 대한 다양한 견해는 최대한 관용되는 것이 민주공화적 다원성의 공존을 추구하는 헌법정신에 부합하는 것이다. 그런데 이적행위조항이 내면적 생각의 수준과 다르지 않아 관념적 위해만 가지는 경우를 곧바로 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 표현의 자유의 본질적 내용을 침해할 우려가 크다.
- 이적표현물조항은 구조적으로 이적행위조항이 가진 명확성원칙 및 비례원칙 위배의 하자를 승계한다. 특히 전과 이전 단계의 소지·취득은 반사회적 가치성의 잠재적 위험성만으로 자유민주적 기본질서에 어떠한 실질적 위해를 구체적으로 야기할 수 있는 것인지 의문이다.

□ 이해관계인 측 참고인의 의견 요지²⁾

- 남북관계의 이중성을 바탕으로 국가보안법의 정당성이 인정되고 있었으나, 국가보안법 존폐론이 논란이 되기도 하였다. 그러나 국가보안법 폐지 이후 사후 조치에 대하여 설득력 있는 대안이 제시되지 못하였고, 현재의 판례와 개정 등을 통해 존치론이 공감을 얻고, 이를 통해 국가보안법의 민주적 정당성이 다시금 인정되었다.
- 이적행위조항의 개념은 국가보안법의 전체 체계의 유기적 해석 속에서 실무상 그 의미 및 대상범위가 정해지고 있을 뿐 아니라 이러한 개념을 더욱 구체화하여 규정하라는 것은 입법기술상으로도 무리이다.
- 이적행위조항은 국가의 존립과 안전의 보호 및 자유민주적 기본질서의 보호를

2) 고려대학교 법학전문대학원 차진아 교수

위한 것으로 그 정당성을 부인할 수 없다. 자유민주적 기본질서가 파괴된 경우 국민의 인권이 제대로 보장될 수 없다는 점에서 자유민주적 기본질서 보호의 필요성과 정당성은 분명히 인정된다. 또한, 사안의 중대성을 고려할 때 형사처벌 이외의 다른 제재 방법으로 대체하는 것은 기대하기 어려우며, 범죄구성요건을 더욱 엄밀하게 하는 것도 현재의 한정합헌 결정 취지를 반영하여 개정하면서 해결되었다. 따라서 이적행위조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.

- 이적표현물조항의 개념은 검찰과 법원의 실무상 해석을 통해 충분히 명확하게 특정되고 있으므로 명확성원칙에 위배되지 아니한다.
- 자유민주적 기본질서를 위협하는 이적표현물에 대해서까지 표현의 자유를 인정한다는 것은 방어적 민주주의에 위배되고, 헌법 제8조 제4항에도 부합하지 아니한다. 이적표현물의 ‘제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매·취득’은 이적표현물의 유통에 나타나는 여러 단계를 나눈 것으로 이적표현물 유통의 유기적 관련성에 비추어 각 행위를 달리 취급해야 할 합리적 이유가 없다. 또한, ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 할 목적’으로 취득·소지하였다면 대외적 전파가능성이 없다는 것도 납득하기 어렵다. 최근 전자매체 형식의 이적표현물을 클라우드 등의 형태로 공유하는 사례가 늘고 있는바, 이적표현물의 ‘소지’가 전파가능성이 없다고 보는 것은 정보통신기술의 비약적 발전을 악용하여 이적표현물을 전파하는 행위에 대해 국가안보를 사실상 무방비상태로 방치하는 것이다. 따라서 이적표현물조항은 과잉금지원칙에 위배되지 아니한다.

□ 이 사건 변론의 의의

- 헌법재판소는 구 국가보안법(1980. 12. 31. 법률 제3318호로 개정되고, 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정되기 전의 것) 제7조 제1항, 제3항, 제5항에 대하여 헌재 1990. 4. 2. 89헌가113 결정에서, 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 위험성이 있는 경우에 한하여 적용되는 것으로 해석하는 경우에 한하여 헌법에 위반되지 않는다는 한정합헌 결정을 선고하였다.
 - 이에 대하여는 재판관 변정수의 반대의견이 있었다.
- 이와 같은 헌법재판소 결정이 있는 후 국가보안법은 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정되면서,

- 제1조 제2항에 “이 법을 해석적용함에 있어서는 제1항의 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 이를 확대해석하거나 헌법상 보장된 국민의 기본적 인권을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니된다.”라는 규정을 신설하고, 이적행위를 금지·처벌하도록 규정함으로써 국가보안법의 기본조항에 해당한다 할 수 있는 제7조 제1항에 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 초과주관적 구성요건을 추가하였으며, 위 조항의 행위태양 중 ‘기타의 방법으로 반국가단체를 이롭게 하는 행위 부분’을 삭제하여 현재에 이르고 있다.
- 그 후 헌법재판소는 국가보안법(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것) 제7조 제1항, 제3항, 제5항에 대하여 헌재 1996. 10. 4. 95헌가2 결정에서, 위 초과주관적 구성요건이 추가됨으로써 법문의 다의성과 적용범위의 광범성이 대부분 제거되었다는 이유로 합헌 결정을 선고하였다.
 - 이에 대하여는 재판관 조승형의 반대의견이 있었다.
 - 이와 같은 결정취지는 그 이후 여러 결정에서 그대로 유지되었다(헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 헌재 1999. 4. 29. 98헌바66, 헌재 2002. 4. 25. 99헌바27등, 헌재 2004. 8. 26. 2003헌바85등 등).
- 헌법재판소는 2015. 4. 30. 2012헌바95등 결정에서 국가보안법(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 것) 제7조 제1항, 제3항, 제5항에 대하여 다시 합헌 결정을 선고함으로써 위 95헌가2 결정 등 선례의 결론을 유지하였다.
 - 이에 대하여는 국가보안법 제7조 제1항 중 ‘동조’ 부분에 대한 재판관 김이수의 위헌의견이 있었고,
 - 국가보안법 제7조 제5항 중 ‘소지·취득’ 부분에 대한 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 위헌의견이 있었다.
- 국가보안법에 관한 헌법재판소의 공개변론은 이번이 첫 번째이다. 국가보안법의 존폐에 관하여는 학계에서는 물론 국민 사이에서도 다양한 의견들이 공존하고 있다. 헌법재판소는 이 사건 변론을 국가보안법에 관한 헌법적 논의의 장으로 삼아, 헌법적 쟁점 및 그에 관련된 의견들을 청취하고, 이를 바탕으로 심판대상조항의 위헌 여부를 판단할 계획이다.