

[판결비평] 2005-03

광장에 나온 판결



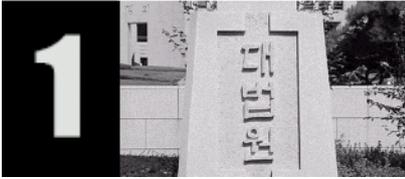
- ◎ 표현의 ‘자유’ 를 보다 ‘자유’ 롭게
- 미술교사 누드작품 음란물 인정 대법원 판결

- ◎ 되살아나는 경찰국가의 명령
- 지문채취와 지문정보 경찰청제공 합헌 헌재 결정

- ◎ 원칙을 집어삼킨 예외
- 공안감정문서 정보비공개 서울행정법원 결정

사법분야에 대한 시민감시활동과 사법개혁운동을 하고 있는 참여연대 사법감시센터는 최근의 판결 중 사회 변화의 흐름을 반영하지 못하거나 국민의 법감정과 괴리된 판결, 반인권적이고 반민주적인 판결 또는 그에 반대하여 인권수호기관으로서 위상을 정립하는데 기여한 판결을 소재로 [판결비평 - 광장에 나온 판결] 사업을 진행하고 있습니다. 이는 지금까지 사법감시센터가 해오던 판결모니터 및 비평활동을 좀 더 적극적으로 진행하고자 하는 의지의 발현으로, 주로 법률전문가층에만 국한되는 판결비평을 시민사회 공론의 장으로 끌어내기 위함이기도 합니다.

참여연대 사법감시센터는 [판결비평 - 광장에 나온 판결] 사업의 세 번째 비평대상으로 ① 미술교사 ‘누드작품’ 음란물 인정 대법원 판결과 ② 지문채취와 지문정보 경찰청 제공 합헌 헌재 결정, ③ 공안문제연구소의 공안감정문서 정보비공개관련 서울행정법원 결정을 선정하였습니다.



표현의 ‘자유’ 를 보다 ‘자유’ 롭게

- 미술교사 누드작품 음란물 인정 대법원 판결

대법원 제3부 2005.7.22 선고 2003도2911 전기통신기본법 위반
대법관 이용우(재판장), 이규홍, 양승태, 박재윤(주심)

지난 7월 대법원 제3부 이용우, 이규홍, 양승태, 박재윤 대법관은 전기통신기본법 위반혐의로 기소된 김인규 미술교사에 대해 무죄선고한 항고심과 1심의 판결을 파기하고 사건을 고등법원에 환송하는 선고를 내렸다.

지난 2000년 1월 검찰은 김씨가 자신의 홈페이지에 올린 6가지 작품이 음란물에 해당한다며 김씨를 기소했으나, 1,2심 법원은 ‘이 작품들이 사회통념상 허용 범위를 벗어날 정도로 호색적 흥미를 돋우기 위한 것이거나, 성욕을 자극하고 정상적인 성적 수치심을 해치거나 선량한 성적 도의 관념에 반하는 것이라고 인정하기 어렵다’며 무죄를 선고했다.

그러나 대법원에서는 2년 7개월의 심리 끝에 김씨의 ‘누드작품’중 일부를 음란물로 인정하여 일부 유죄 취지로 사건을 대전고법으로 돌려보냈다. 재판부는 판결문에서 ‘음란(淫亂)’이란 보통사람의 성욕을 자극해 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해쳐 성적 도의관념에 반하는 것’이라며, ‘음란물 여부는 표현물 제작자의 주관적 의도가 아닌, 사회 평균인의 입장에서 그 시대의 건전한 통념에 따라 객관적·규범적으로 평가해야한다고 밝혔다. 이같은 판시는 대법원이 10년 전인 1995년 6월 연세대 미광수 전 교수의 소설 ‘즐거운 사라’에 대해 ‘음란한 문서’라는 판단을 내리면서 확립한 판례를 따른 것이다.

이같은 음란물에 대한 대법원의 판단이 우리 사회가 가져야 할 음란물 판단 기준으로 얼마나 타당한 것인지, 그리고 사건의 대상이 된 미술작품을 형사처벌 하는 것이 정말 필요한 것인지에 대해 토론해볼 가치가 있다고 보아 이 사건에 대한 대법원 판결을 비평대상에 올렸다. (편집자 주)

I. 사건개요

중학교 미술교사인 피고인은 교사생활 틈틈이 제작한 자신의 미술작품, 사진, 동영상 등을 개인홈페이지를 개설하면서 게시하게 되었다. 그 중 음란성의 혐의가 있다고 판단된 6가지가 전기통신역무를 이용해 음란한 영상을 공연히 전시한 혐의를 받아 검찰에 의해 기소되었다.

여성의 다리를 벌려 노출된 성기를 정면으로 세밀하게 묘사한 그림인 ‘그대 행복한가’(공소사실 제1항), 환자용 변기에 놓인 남성의 성기를 그린 ‘무제’(공소사실 제2항), 자신과 자신의 처가 전나로 함께 서서 정면으로 성기를 노출하여 촬영한 사진인 ‘우리 부부’(공소사실 제3항), 청소년이 등장하여 성기가 발기된 채 양주먹을 불끈 쥐고 있는 그림인 ‘남자라면’(공소사실 제4항), 발기되어 있는 남성의 성기 및 그 성기에서 분출되는 정액을 화면 중앙에 세밀하게 그린 ‘남근주의’(공소사실 제5항), 여성의 음모, 팬티, 엉덩이 등의 노출된 하드코어 포르노물의 일부 장면을 동영상으로 편집하고 그 밑으로 ‘헉헉’이라는 글자가 오른쪽에서 왼쪽으로 진행되도록 구성한 동영상 ‘포르노나 볼까’(공소사실 제6항)가 그것이다.

하급심인 대전지법 홍성지원 판결(2002. 12. 27. 2001고합54)과 대전고등법원 합의부 판결(2003. 5. 2. 2003노31)에서는 무죄가 선고되었지만 대법원 제3부는 공소사실 제2항, 제4항, 제6항은 원심판결을 인용해 음란성이 없다며 무죄로 보았지만, 공소사실 제1항, 제3항, 제5항에 관한 부분은 음란물로 보아 유죄를 선고하며 파기환송하였다.

대법원은 여성의 성기를 정밀하게 묘사한 공소사실 제1항은 묘사가 매우 정밀하고 색채가 사실적이며 여성 성기의 이미지가 그림 전체를 압도하기 때문에, 김씨 부부의 전나 사진인 공소사실 제3항은 있는 그대로의 신체의 아름다움을 느끼자는 제작의도가 있었다 해도 얼굴과 성기를 가리지 않은 채 적나라하게 나신을 드러낼 논리적 필연성이 없어 보이므로, 발기된 채 정액을 분출하는 남성 성기 그림인 공소사실 제5항은 그 그림을 본 보통사람이 성적 상상과 수치심 이외에 다른 사고를 할 여백이 그리 크지 않다는 이유로 “성적 흥분이나 수치심을 불러 일으키는” 음란물로 판정하였다.

II. 문제점

1. 이제는 보다 구체적이고 현실성 있는 음란판단기준을 전향적으로 검토할 때다.

어떤 표현물이 음란물인가에 대한 판단기준은 어느 시대 어느 사회에서나 예외없이 매우 추상적이었고, 또 구체적 음란성 판단도 시대와 사회에 따라 달랐다. 따라서, 음란에 대한 보편타당한 개념정의를 찾기는 불가능에 가깝다. 미국 연방대법원의 스튜어트(Stewart) 대법관은 어떤 표현물이 음란물인가를 도저히 명쾌하게 정의내릴 수는 없지만 “그것을 보면 알 수 있다(I know it when I see it)”고 고백한 바 있을 정도다.

그러나, 음란물을 규제하는 음란성 판단기준 중에서도 미국 연방대법원의 3단계 음란성 판단기준이 가장 구체적이면서도 상세한 판단체제로 인정받고 세계 여러 나라 사법부의 음란성 판단에 영향을 끼치고 있다. Miller v. California(1973년) 판결에서 제시되고 그 후 더 구체화된 음란성 판단의 3단계 기준은 첫째, 그 지역공동체의 평균인이 느끼기에 그 표현물이 ‘호색적 흥미에 호소’하는 것으로 받아들여지고, 둘째, 그 표현물이 적용가능한 법에 구체적으로 정의된 대로 성적 행위를 ‘명백히 공격적인 방법으로 묘사’하며, 셋째, 전국적 기준에서 판단했을 때 그 표현물이 ‘중대한 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치를 결하는 것’이어야 한다는 것이다. 미국에서는 이 세 가지 기준을 모두 만족시켜야 음란물이 되어 표현의 자유 보호 범위 밖으로 내몰리게 된다.

반면 우리나라에서는性を 소재로 한 소설들이 음란물인가 여부를 놓고 사회적 이목을 집중시킨 적이 종종 있었는데, 1970년대의 소설 “반노(叛奴)”가 그랬고 10년 전인 1995년 마광수 교수의 소설 “즐거운 사라,” 2000년 장정일의 소설 “내게 거짓말을 해 봐”가 그랬다. 이들은 음란물의 제조 등을 금한 형법 제244조, 음란물의 판매 등을 금한 형법 제243조에 의율돼 음란물로 처벌받았다.

우리 대법원은 음란을 “일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것”으로 정의내리고 있다. 미국의 3단계 음란성 판단기준과 비교해 봤을 때, 너무 추상적이면서 간단하다. 오히려 음란물을 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16)으로 정의하고 있는 우리 헌법재판소의 음란 정의가 더 구체적이면서 미국 연방대법원의 3단계 기준에 많이 다가가 있다.

음란 판단기준의 구체화에도 한계가 있기는 하다. 그러나, 우리 대법원의 음란 판단기준인 “일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심

을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것”은 구체화의 노력을 아예 포기한 느낌마저 들게 할 정도로 추상적이다. 추상적이고 너무 간단한 음란성 판단기준은 음란물 여부의 판단에 판사의 주관이 과도하게 개입할 여지를 제공해 그 판단이 자의적인 것이 되기 쉽게 하며, 음란성 판단의 결과가 일관성이 없는 것이 되게 할 수 있어 위험하다.

대법원은 이번 판결에서도 10년 전인 1995년 마광수 교수의 소설 ‘즐거운 사라’에 대해 음란물 판정을 내리면서 확립한 판례의 기준을 따르면서 종래의 추상적이면서도 너무 간단한 음란성 판단기준을 잣대로 들이대고 있다. 이제는 외국의 음란성 판단기준들을 면밀히 검토하고 우리사회의 특수성을 깊이 고려하여 보다 구체적이고 현실성있는 음란성 판단기준을 전향적으로 검토할 때다.

2. 성인과 미성년자 대상 표현물의 음란성 판단기준을 달리해야 한다.

미국 연방대법원은 Miller 판결에 의한 3단계 음란성 판단기준을 성인을 상대로 한 성적 표현물의 음란성 판단기준으로 한정짓고, 미성년자들을 상대로 한 성적 표현물의 음란성 판단은 그 기준을 달리 하여 성적 표현물로부터 ‘미성년자의 특별보호’를 피하고 있다.

그 방법은 두 가지 측면에서 나타나고 있는데 그 첫 번째가 독자나 관객으로서의 미성년자의 특별보호다. 성인들에게 배포되었을 때 Miller 판결의 3단계 기준을 충족시키지 못해 음란하지 않은 표현물이 될지라도 “성에 대해 노골적인 내용을 담고 있는 표현물(sexually explicit materials)”이거만 하면 미성년자에게는 그것이 음란물이 되어 미성년자에의 배포를 법이 금할 수 있다는 것이다.

두 번째가 ‘성적 표현물의 등장자’로서의 미성년자의 특별보호다. 즉, 어떤 성적 표현물이 Miller 판결의 3단계 기준으로 보아 음란물이 아니더라도 ‘성행위에 가담하는 미성년자’를 보여주는 표현물이면 음란물로 보아 그 배포를 금할 수 있다는 것이다. 이 법리는 New York v. Ferber(1982년) 판결에서 상세히 다루어졌다. 물론 이 때의 표현은 ‘미성년자의 시각매체를 통한 표현’에 국한되고 성행위에 가담하는 미성년자에 대한 글을 통한 묘사는 음란물로 규제되지 않는다. 즉 실제 미성년자의 출연이 없는 글을 통한 묘사는 처벌대상에서 제외되는 것이다.

우리 헌법재판소도 “청소년 보호라는 명목으로 성인이 볼 수 있는 것까지 전면 금지시킨다면 이는 성인의 알권리 수준을 청소년의 수준으로 맞출 것을 국가가 강요하는 것이어서 성인의 알권리를 침해하게 된다”(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16)고 판시한 바 있다.

성인을 대상으로 한 성적 표현물과 미성년자를 대상으로 한 성적 표현물의 음란성 판단기준을 달리해야 한다. 그러

면 표현의 자유도 최대한 보장하고 미성년자의 특별보호도 펼칠 수 있는 일거양득의 효과를 거둘 수 있다.

성인 대상 성적 표현물은 음란 판단의 기준을 높고 까다롭게 두어 음란물의 범위를 좁게 잡음으로써 성인을 대상으로 한 표현물에서는 성적 표현의 자유를 최대한 보장하는 효과를 거둘 수 있고, 청소년을 대상으로 한 성적 표현물에 대해서는 ‘성에 대해 노골적인 내용을 담고 있는 표현물’이기만 하면 음란물로 판정하는 낮은 기준을 둬으로써 성인과는 따로 성적 표현물로부터 청소년을 특별히 보호해낼 수 있기 때문이다. 이것이 대부분이 성인을 대상으로 하는 성적 표현에서 표현의 자유를 최대한 보장할 수 있는 방법이어서, 헌법적 차원에서도 가장 바람직한 방법이 될 수 있다.

3. 대법관은 ‘일반 보통인’이 아니다. 음란사건에 대한 판단은 배심재판으로

사법부는 성적 표현이나 음란 판정과 관련하여 예술적 상상력이라는 관점에서는 예술가들에 비해 뒤떨어질 수 밖에 없으며, 문화적 표현물을 바라보는 사회적 시각이 급속도로 진보해오고 있음에도 불구하고 사회 일반인의 이런 변화된 관점을 제대로 파악하여 판결에 반영하지 못하고 있다. 즉, 대법관은 예술전문가도 일반인도 아닌 어정쩡한 입장에 있어 음란성 판단자로서 그다지 좋은 자격요건을 갖추었다고 보기 힘들다.

우리 대법원은 위에서 본 바와 같이 “일반 보통인”의 성욕을 자극하는 등의 방법으로 음란물로 판단해오고 있다. 그러나, 사실은 “일반 보통인”이 아니라 대법관 자신이 그 성적 표현물을 검토해 보고 성적 흥분이 유발되거나 성적 수치심이 들면 이를 음란물로 보는 주관적 음란판단을 해오고 있는 것이다. 대법관들은 자신들이 “일반 보통인”이라 믿고 이러한 판단을 하거나, 아니면 적어도 “일반 보통인”이라면 어떤 느낌이 들었을까를 상상하면서 판단을 하겠지만, 대법관의 정서는 애초에 “일반 보통인”의 그것과는 거리가 멀 수 밖에 없고 “일반 보통인” 입장에 선 상상도 사실은 “일반 보통인”의 그것과 동떨어진 것이 될 수 밖에 없다.

이 대목에서 우리는 좀 솔직해질 필요가 있다. 50대나 60대 엘리트 도덕주의자 법관들의 판단이나 상상이 어떻게 ‘일반 보통인’의 판단으로 병치될 수 있겠는가. “일반 보통인”은 적어도 엘리트 대법관들보다는 성적 표현물을 바라보는 관점이 관용적이고 다양하며 짙을 수 밖에 없다. 본 사건 판결에서 대법원 판결은 “일반 보통인”에게 별로 납득까지 않는 가치기준을 제시함으로써 우리 사회를 약간 혼란스럽게 하거나 혹은 대법원 판결의 권위를 스스로 깎아내려 “일반 보통인”의 비웃음거리가 되게하고 있다.

본 사건에서 대법원이 음란물로 판정한 ‘우리 부부’ 사진의 경우, 고등법원이 판결문에서 지적한 것처럼 “제4회 광주비엔날레에 전시되고 5.18 자유공원내에 상설적으로 전시될만큼 예술성이 인정”된 것이었다. 광주비엔날레 작품 심사위원들과 5.18 자유공원 전시품 심사위원들, 그리고 광주비엔날레와 5.18 자유공원내의 미술작품들을 돌아보며 김인규 교사의 ‘우리 부부’ 사진에서 별 성적 흥분이나 수치심을 느끼지 않고 오히려 예술가적 혼이나 실험정신을 감지했던 우리 사회의 “일반 보통인”은 그럼 다 음란한 마음을 품은 음란의 동조자들이란 말인가.

이런 점 때문에 음란 판단은 “일반 보통인”의 허용기준을 반영하기 위해 배심재판에 맡겨져야 할 필요성이 크다.

미국 연방대법원은 1973년의 Miller v. California 판결부터 배심원의 권한을 더 강화하기 위해 지역공동체 기준을 채택하기로 결정했다. 즉, 세 가지 음란성 판단의 기준들 중 앞의 두 가지 기준인 ‘호색적 흥미에의 호소’나 ‘명백한 공격성’의 충족 여부는 그 표현물에 대한 기소권이 행사된 지역의 지역공동체 기준에 따르게 된 것이다. 그런데 이 두 기준이 지역공동체 기준에 따르게 되었다는 것은 바로 이 두 기준에 대한 판단을 ‘배심원들에 의한 사실판단’에 맡긴다는 것을 의미한다.

배심재판을 통해서 “일반 보통인”의 관점이 가장 정확하게 반영될 수 있다. ‘음란 판단’의 문제야말로 계속해서 “일반 보통인”의 관점을 음란 판단의 기준으로 삼으려 한다면, 필요적 배심재판사항으로 두는 것이 타당하다고 믿는다. 다시 한번 강조하지만, 우리 사회에서 엘리트 판사는 태생적으로 “일반 보통인”의 정서를 대변하기 어렵기 때문이다.

4. 중대한 예술성이나 사상성은 음란성을 ‘완화’시키는 것이 아니라 ‘없앤다’.

대법원은 음란 판단에 대한 사건에서 “예술성과 음란성은 차원을 달리하는 관념이고 어느 예술작품에 예술성이 있다고 하여 그 작품의 음란성이 당연히 부정되는 것은 아니라 할 것이며, 다만 그 작품의 예술적 가치, 주제와 성적 표현의 곤란성 정도 등에 따라서는 그 음란성이 완화되어 결국은 처벌대상으로 삼을 수 없게 되는 경우가 있을 뿐”임을 줄기차게 강조해오고 있다. 즉, 예술성은 음란성을 완화시켜줄 수는 있으나 음란성에 전적인 면죄부를 주는 것은 아니라는 입장이다.

그러나, 외국판례의 입장을 살펴보면, 중대한 예술성이나 메시지가 있는 사상성은 음란성을 완화시키는 것이 아니라 아예 없애준다는 것을 알 수 있다. 위에서 본 미국 연방대법원의 3단계 음란성 판단기준에서도 세 번째 기준으로

‘중대한 문학적, 예술적, 정치적 혹은 과학적 가치를 결하는 것’을 들고 있으며 ‘중대한 문학적, 예술적 정치적 혹은 과학적 가치’만 있으면 위의 두 기준을 충족시킨 ‘호색적 흥미에 호소하는 명백히 공격적인 하드코어 포르노그래피’라도 음란물이 아니라고 보고 있는 것이 그 예이다.

본 사건의 하급심은 쉽게 파악해 냈고 무죄의 이유로 삼았던 ‘성상품화를 반대한다’든가 ‘있는 그대로의 신체의 아름다움을 직시하자’는 작품의 메시지가 이상하게도 대법원 판결에서는 별로 크게 고려되지 않고 음란성을 조금 “완화해 주는” 장식물로 치부되고 있다. 김인규 교사의 표현물들에 전체적으로 교육적이고 계몽적인 문맥이 있었음에도 불구하고 대법원은 이러한 전체적 문맥에는 눈을 가린 채 오로지 성적 노출의 크기나 정도에만 집요하게 매달리고 이를 문제삼았다. 사건당사자인 김인규 교사가 한 언론과의 인터뷰에서 “대법원은 성기를 드러낸 것만 가지고는 더 이상 음란물로 판정하기 힘들니까 얼마나 크게 그렸느냐를 걸고 넘어졌다”면서 “크게 그리면 음란물이고 작게 그리면 예술인가”라는 반문을 제기했을 정도다. 2000년 소설가 장정일씨의 소설 ‘내게 거짓말을 해봐’에 대한 음란물 판정에서도 대법원은 판결문에서 “피고인이 주장하고 있는 바와 같은 표현의도와 오늘날 우리 사회의 개방된 성관념을 아울러 고려하여 보더라도 음란하다고 보지 않을 수 없다”고 적고 있다.

피고인이 주장하는 표현의도 즉, 예술성과 사상성이 있는 표현물에 대해, 그것이 상업적 목적을 포장한 포장용 핑계거리가 아니라 일반 보통인들이 그 주제를 감지할 수 있는 정도의 것이라면 당연히 예술성과 사상성이 인정되어 음란물의 낙인을 거두어들여야 한다.

미국 연방대법원은 일찍이 음란과 ‘주제가 있는 음란’을 구별했다. 후자를 일정한 성행위 표현의 보호로 보아 사상의 표현의 하나로 취급하며 따라서 표현의 자유를 규정한 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 것으로 보았다. 예를 들어, Kingsley International Pictures Corp. v. Regents(1959년) 판결에서 간통이나 사통을 받아들일 수 있는 행동으로 묘사한 어떤 영화도 결과적으로 금지하고 있던 뉴욕주 영화검열법을 위헌무효화 시켰다. 그 영화검열법은 어떤 사상의 주장도 검열할 수 있게 하는 것이었으며 따라서 미국 연방 수정헌법 제1조 하에서는 더 이상 유효할 수 없다는 것이 이유였다.

비록 노골적이고 대담한 묘사가 담긴 성적 표현물이라 할지라도 중대한 예술성이나 사상성을 가진 것이라면 음란성을 완화해주는 정도가 아니라 아예 면해주어야 한다. 우리 대법원이 표현의 자유의 본질이 무엇인지에 대한 보다 철저한 고민을 하고 이러한 음란의 문제를 다루는지에 대해 많은 의구심을 가지게 하는 대목이다.

5. 다른 음란물과의 형평성의 문제

우리 사회에는 현재 온갖 노골적이고 병적인 표현의 상업적 음란물들이 인터넷에 범람하고 있다. 소위 말하는 ‘포르노 사이트’는 국경의 장벽마저 없는 인터넷 공간의 자유성을 심분 악용하여 성인뿐만 아니라 미성년자들에게도 낮뜨거운 음란물들을 펼쳐보이고 있다.

규제를 하려면 이런 비정상적이고 병적인 성행위를 내용으로 한 상업적 음란물들을 규제해야 한다. 이것들이 그 해악성의 정도가 심하고 우리 헌법재판소가 말한대로 “사회에 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁 매커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론·출판의 자유에 대한 보장을 받지 못하”는 음란물들이기 때문이다.

그러나 김인규 교사의 표현물들은 성에 대한 치욕적이고 병적인 흥미에 호소하려 한 것이 아니다. 오로지 건강하고 평범한 인간 군상들에 대한 표현이 있었을 뿐이며, 있는 그대로의 인간 신체의 아름다움을 표현하고 오히려 인체의 성상품화를 반대한다는 반음란적(反淫亂的) 주제가 작품 속에 흐르고 있을 뿐이다.

여기 어디에 정상적인 건강한 성에 대한 표현 이외에 비정상적이고 병적인 성에 대한 탐닉이 묘사되어 있는가. 또한, 어떤 상업적 이익을 취하기 위한 의도도 전혀 없다. 표현물의 성 도발적 성격을 강조하는 홍보행위나 선전행위가 있었던 것도 아니다. 비정상적이고 병적인 성행위를 묘사한 음란물들, 오로지 상업적 이익을 챙기기 위한 말 그대로의 음란물이 창궐하는 것은 그대로 두고, 건강한 성에 대해 교육적 의도로 개인 홈페이지에 올린 내용을 음란물로 처벌한다는 것이 도대체 형평성의 측면에서도 상식적으로 납득할 수 있는 판단인가.

III. 맺음말

대법원은 ‘일반 보통인의 건전한 통념’이라 치장된 자신들의 보수적 도덕의 잣대로 표현물들의 음란성 여부를 재단하려 하고 있다. 보수적 도덕주의는 위선적인 것일 수도 있기에 위험한 것이다.

인간행위, 도덕, 성, 종교에 관한 증명되지 않은 가정들에 기초한 음란규제의 노력은 헌법 제21조의 가치를 중대하게 훼손하는 것일 수도 있다. 음란물과 성범죄의 상관관계에 관해서도 상관관계가 없다는 보고도 많다. 오히려 자유주의적 이론에 의하면 많은 심리학자나 사회학자들의 실험결과는 공격적인 포르노그래피가 강간 등의 성범죄를 유발시키는 것이 아니라 그 사회를 더욱 건강하게 만들어 사회적으로 유용성을 가진다고 반박한다.

한 발 양보해서, 음란물 규제 필요성이 존재한다 하더라도

라도, 사실상 음란성 판단은 표현의 자유와 이 음란물 규제
의 필요성에 대한 이익형량을 통해 이루어질 수 밖에 없
다. 미국에서도 위에서 본 3단계 음란판단기준 중 ‘호색적
흥미에의 호소’나 ‘명백한 공격성의 하드코어 성행위 묘사’
의 기준은 현대와 같이 성이 고도로 상품화된 미국사회에
서는 웬만한 성적 표현물들은 다 충족하고 있으므로, 미국
판례법상의 음란성 판단은 세 번째 기준(예술성, 사상성)을
통해 이익형량이 이루어지고 그 이익형량이 결정적 기준으
로 작용하게 된다는 점을 눈여겨 볼 필요가 있다. 음란성
에 관한 사건들은 ‘점잖은 사회를 유지할 정부의 권리’를
침해함이 없이 ‘미국 수정헌법 제1조의 표현의 자유’가 어
느 정도까지 보호될 수 있느냐를 보는 이익형량의 문제라
는 것이다.

온갖 음란물이 범람하고 성인이건 청소년이건 구분없이
쉽게 이들 음란물을 접할 수 있게 된 현재의 한국사회에
서, 표현물을 억압함으로써 얻어지는 한국정부의 ‘점잖은
사회를 유지할 이익’은 아주 왜소해 보일 따름이다. 오히
려, 미성년자를 대상으로 한 성적 표현물과 성인을 대상으
로 한 성적 표현물을 구분하여, 전자의 경우에는 엄격한
기준으로 이를 철저히 규제하고 후자의 경우에는 음란물을
좁게 보는 완화된 기준의 적용을 통해 표현의 자유를 보다
더 넓게 보장하는 것이 필요하다고 믿는다. 표현의 ‘자유’
를 보다 ‘자유’답게 남을 수 있게 하는 데 주안점을 두는
것이 현재로서는 더 바람직한 선택이겠기 때문이다. □



되살아나는 경찰국가의 망령

- 지문채취와 지문정보 경찰청제공 합헌 결정

헌법재판소 2005.5.26 선고, 99헌마513, 2004헌마190(병합)
주민등록법제17조의8등위헌확인, 주민등록법시행령별지제30호서식등위헌
재판관 윤영철(재판장), 권성, 김효종, 김경일, 이상경, 이공현(주심), (이하 소수의견)
송인준, 주선희, 전효숙,

지난 5월 헌법재판소 전원재판부는 이른바 지문날인 제도에 대해 합헌 결정을 내렸다. 1999년 9월 지문날인 반대 운동을 하던 인권실천시민연대 오창익 사무국장 등이 헌법소원을 제기한 지 6년 만에 헌법재판소는 6대 3의 의견으로 합헌 결정을 내린 것이다.

재판부는 결정문에서 '주민등록증 제도는 행정사무의 효율적 처리 외에 치안유지, 국가안보도 고려된 것'이라며, '지문 수집으로 인한 인권침해가 공익목적에 비해 크다고 보이지 않는다'고 밝혔다. 또 재판부는 '경찰이 지문정보를 보관, 전산화하고 이를 범죄수사 목적에 이용하기 위해서는 이용 목적과 대상 등을 법률로 명확하고 구체적으로 규정할 필요가 있다고 지적했는데, 이는 법률적 근거가 부족하다는 것을 인정하면서도 합헌 결정을 내린 셈이다. 반면 송인준, 전효숙, 주선희 재판관은 소수의견을 통해 '열손가락 지문을 범죄수사용으로 전 국민에게 찍도록 하는 것은 법률적 근거가 없다'고 밝혔다. 이들 재판관은 열손가락 지문날인의 법률적 근거가 없으므로 경찰청이 정보를 보유하는 것도 근거가 없다고 덧붙였다. 또 열손가락 지문날인에 대해 '국민의 기본권보다 경찰행정의 편의만을 앞세웠다'며, '국가가 지나치게 개인의 사생활과 개인정보의 자기결정권을 침해한 것'이라는 의견을 밝혔다.

참여연대 사법감시센터는 이같은 헌법재판소의 다수의견이 지문날인제도의 정당성 여부에 대한 찬반 여부를 떠나 근거를 충분히 갖추어 내린 결정인지, 또 지문정보와 같은 개인정보를 바라보는 다수의견 제출 재판관들의 인식이 과연 합당한 것인지 의문을 갖지 않을 수 없어, 이 사건에 대한 현재의 결정을 비평하기로 하였다. (편집자 주).

개인정보보호의 문제는 개인의 사생활과 인격을 보호하기 위한 인권이자 동시에 국가권력에 대한 민주적 통제의 가능성을 열어두기 위한 하나의 통치원리로서 국민적 자원의 관리·통제를 위한 정보수집이라는 국가목적차원의 요청과의 사이에 상당한 갈등이 존재하게 된다. 하지만, 헌법재판소는 이 갈등의 존재를 헌법적 타당성의 측면에서 다루지 못하고 연목구어(緣木求魚)격으로 자구에만 엮매이면서 경찰국가적 안보관에만 매몰되는 수준에서 얼버무리는, 반인권적 결정을 드물지 않게 내어놓고 있다.

최근의 지문날인제도와 관련한 헌법재판소의 합헌결정은 이 점에서 문제적이다. 그것은 헌법에 관한 가장 기초적인 지식과 신뢰까지도 왜곡할 수 있을 정도로 만연한 우리 헌법재판소의 법률만능주의와 그 기막힌 논리하에서 희생될 수밖에 없는 인권요청들을 단적으로 보여주기 때문이다.

1. 대상판결 사건개요와 판결요지

지문채취와 관련한 이 결정은 두 개의 헌법소원 심판사건을 병합한 것이다. 그 첫째는 이미 지문채취에 응하고 주민등록증을 발부받은 청구인들이 자신의 열 손가락 지문이 날인된 주민등록증발급신청서(이하 '신청서')가 경찰청장에

의하여 보관되면서 전산화되어 항시적으로 범죄의 수사목적에 제공되고 있는 현실이 자신들의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등을 침해받았다고 주장한 사건이다.

또 다른 하나는 청구인들이 만17세가 되어 주민등록증 발급대상자가 되었으나, 신청서에 열 손가락 지문을 날인하여야 한다는 동사무소 직원들의 요구에 반발하여 그러한 지문채취행위는 자신들의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 인격권, 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 양심의 자유 등을 침해한다고 주장한 사건이다.

이러한 주장에 대하여 헌법재판소는 주민등록법에서 주민등록증에 수록되는 항목 중의 하나로 '지문'을 규정하고 있고, 그 시행령에서는 신청서의 서식을 정하면서 열 손가락의 지문을 날인하는 난을 마련하고 있기 때문에 지문날인제도, 특히 열 손가락 지문을 날인하는 현행제도는 법률에 그 근거를 확보하고 있어 법률유보의 원칙을 위반한 것은 아니라고 하였다.

또한 경찰청장이 이 신청서 원부를 보관하여 범죄수사에 이용하는 것은 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률에 의하여 컴퓨터에 의하여 처리되기 이전의 원 개인정보자료

자체도 경찰청장이 다른 기관에서 제공받는 것을 허용하는 것으로 해석하여야 한다는 이유로 합헌이라고 판단하였다. 나아가 과잉금지원칙의 위배여부에 관한 주장에 대해서는, 모든 국민에 대하여 모든 손가락의 지문정보를 수집·관리하여야만 효율적인 범죄수사가 가능하며, 지문을 채취하는 것이 그 당사자에게 별다른 어려움이나 해악을 주는 것도 아니며 오히려 국가안보차원에서 국민의 정확한 신원확인 필요성이 크다는 점 등을 감안한다면 그것이 위헌이라고 할 정도로 기본권을 제한하는 것은 아니라고 하였다.

2. 문제점

헌법재판소는 개인의 자기정보에 대한 통제권이라고 하는 하나의 헌법적 기본권을 인정하고 지문날인제도가 이러한 기본권을 제한하고 있음을 받아들이면서도, 다음과 같이 그 기본권을 언제 어디서건 제한되고 부인될 수 있는, 취약한 것으로 만들어두고 있다.

첫째, 헌법재판소는 국가가 제시하지도 않은 법률의 기본 취지와 동떨어지는 입법의도를 제시하면서까지 지문날인제도를 정당화시키려 하고 있다.

실제 지문날인의 근거로서 언급되는 주민등록법은 그 본래의 목적이 “주민의 거주관계 등 인구의 동태를 상시로 명확히 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모함”에 있다. 당해 지역에 거주하는 주민들의 현황을 파악하기 위한 일종의 주민관리제도로써 제정된 것이 주민등록법인 것이다.

그럼에도 불구하고 헌법재판소는 그 법에 의해 만들어진 주민등록증에 대하여는 전혀 다른 목적을 설정한다. 헌법재판소에 의하면 이 주민등록증 제도는 이런 주민관리 목적보다는 치안유지나 국가안보를 위하여 탄생한 제도로서 범죄수사 혹은 간첩식별 등을 위한 신원확인을 직접적인 목적으로 한다. 그리고 여기서 지문날인제도는 “국민의 자기 식별성을 강화함으로써 보다 확실한 신원확인이 가능하도록 하기 위한 것”이 되어 버린다.

기본권을 제한하는 법률의 헌법적 정당성을 입증할 책임은 국가가 가지고 있고, 국가는 어떤 정당한 목적을 의도하여 법률을 제정하였는지 증명해야 한다. 헌법재판소가 국가가 생각해내지도 못한 입법의도를 제시하여 법률을 정당화하는 행위는 단순히 당사자주의의 위반이라는 소송절차적인 문제 이상의 것을 야기한다.

예를 들어, 입법의도가 “주민의 거주관계 등 인구의 동태를 상시로 명확히 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모함”이라면 지문날인제도는 필요 이상으로 기본권을 침해하는 것이 된다. 그와 같은 입법의도는 미국식으로 지문날인을 동반하지 않는 ‘사회보장변

호’의 부여 등의 다른 법률로써 충분히 달성된다.

하지만, “범죄수사 혹은 간첩식별 등을 위한 신원확인”을 목적으로 하게 되면 지문날인이 더욱 수월하게 정당화된다. 이와 같이 국가가 의도하지 않은 목적까지 유추해석하는 헌법재판소의 태도는 입법자의 재량을 필요 이상으로 강조하여 기본권을 침해하는 태도이다

둘째, 지문날인제도가 치안유지 목적 혹은 국가안보 목적에 봉사하는 것이라는 판단 자체가 타당한 것인지는 일단 별개의 문제로 내버려 두기로 하자. 문제는 그러한 목적을 위하여 국민 모두에게 하나의 일련번호가 기재된 신분증을 지문과 같은 신체정보와 통합하고 이를 이용하여 개인정보를 통제하게 되는 것 자체가 권위주의적 통치과정에서 지속적으로 강화·확대되어 왔고 전체주의를 제외하고는 세계적으로 유례가 없다.

추상적으로 생각해보자면 주민등록제도가 지문날인제도와 결합하면서 전 국민을 범죄혐의자로 전락시키고 있다. 헌법재판소는 주민등록제도와 더불어 이 지문날인의 제도가 지난 권위주의적 통치의 시대에 어떤 목적을 가지고 어떤 방식으로 사용되어 왔으며 그 결과로서 국민의 인권을 어떻게 침해하고 있는지, 그리고 그런 과거에 비추어 지문날인제도에 대해 어떠한 평가가 이루어져야 하는 지에 대한 어떠한 인식도 제시하지 못하고 있다.

셋째, 우리 헌법재판소의 헌법의식 혹은 인권마인드의 현주소가 드러나는 또 하나의 지점은 지문과 같은 생체정보가 하찮은(?) 정보에 지나지 않는다고 강변하는 부분이다. 헌법재판소는 “[지문날인제도]로 인하여 정보주체가 현실적으로 입게 되는 불이익은 그다지 심대한 것으로 보기 어렵다”라고 한다. ‘열 손가락 지문 찍는 것이 뭐 그리 대수냐’라는 식의 판단이다. 즉 헌법재판소는 지문날인제도가 침해하는 것은 개인정보의 자유가 아니라 단순히 손도장 찍듯 자기의 지문을 찍는 행위, 즉 신체의 자유 정도로서만 이해하고 있을 뿐이다.

즉 지문날인제도는 국민의 자기 식별성을 확보하는 가장 저렴한 비용으로 최대의 효율을 거둘 수 있는 수사방법인 만큼 이에 대한 어떠한 위헌성의 주장도 의미없다는 식의 판단이다(물론 이 과정에서 지문날인제도가 범인의 검거에 어느 정도 기여하고 있는지에 대한 현실적인 분석은 과감히 생략된다. 이 부분의 판단이 이 결정에서 내세우고 있는 비용-편익의 분석에서 가장 중심이 되어야 함에도 불구하고 말이다).

실제로 지문은 일반인의 생활 속에서 손을 사용하는 어디에나 그 흔적이 남게 되는 생체정보로서 국가가 ‘사후적으로’ 국민의 행위를 감시할 수 있는 통제수단이 된다. 예를

들어, 얼굴을 “사용”하는 것은 흔적이 남지 않지만 손을 사용하는 것은 흔적이 항상 남는다.

국가가 국민들의 사진을 찍어 주민등록제도의 정보의 하나로 보관하여도 국민이 생활을 하면서 특정행위를 할 때 사진에 찍히지만 않는다면 국가에 의해 감시의 도구로 사용될 수는 없다. 그러나 지문은 국민들이 손을 사용하여 한 행위의 대부분을 ‘사후적으로’ 확인할 수 있게 된다. 열손가락 지문을 제출함으로써 제출되는 것은 지문의 모양만이 아니라 평생 동안의 자신의 손의 궤적인 것이다

넷째, 열 손가락 지문이 찍힌 주민등록증신청서의 원본을 경찰청이 보관하면서 이를 치안목적으로 관리하는 현재의 관행에 대한 헌법재판소의 판단도 문제이다.

국가는 모든 국민의 생체정보를 주민등록이라는 명목으로 수집하여 범죄수사 내지는 치안유지라는 별개의 목적으로 사용하고 있고 이 과정에서 모든 국민을 잠재적 범죄자로 설정해 놓고 있다. 헌법재판소는, 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률(이하 ‘개인정보법’)이 범죄의 수사에 필요한 경우 처리정보를 다른 기관에 제공할 수 있도록 하고 있는 조항을, “컴퓨터에 의하여 이미 처리된 개인정보뿐만 아니라 컴퓨터에 의하여 처리되기 이전의 원 정보자료 자체도 경찰청장이 범죄수사목적에 위하여 다른 기관에서 제공받는 것을 허용하는 것”으로 해석하고 있다.

그러나 이 법률조항은 구체적이고 개별적인 범죄에 대한 수사를 위하여 공공기관이 자신이 가지는 국민의 개인정보를 제공할 수 있음을 규정한 것에 지나지 않는다. 즉 현재와 같이 모든 범죄를 대비하여 모든 정보주체-모든 국민-에 관한 정보를 무더기로 경찰청에 제공할 수 있음을 의미하는 것은 아니다.

개인정보법의 취지는 공공기관들이 자신의 업무를 원하는 대로 처리할 수 있게끔 각 기관이 보유하고 있는 개인정보를 마음대로 다른 공공기관에 제공하고 서로 교환할 수 있도록 하려는 것이 아니고 개인정보를 보호하기 위하여 공공기관의 정보교환, 정보제공의 가능성을 되도록 축소하고자 하는 것이다. 이 점에서 그 법조문의 해석은 공공기관의 업무와 관련된 한에 있어서는 가능한 한 좁게 해석하는 것이 원칙이다.

환언하자면 범죄수사목적에 위해서 경찰청은 개인정보를 제공받을 수 있다고 되어 있더라도 그것은 특정한 범죄사건과 관련하여 혐의자나 피의자 등 그 사건관련자에 관한 개별적이고 구체적인 개인정보만을 제공받을 수 있음을 규정한 것이다. 역으로 범죄사실이 그렇게 구체적·개별적으로 특정되어 있지 못하다면 개인정보를 제공하여서도, 그것을 요청하여서도 아니 된다는 점을 규정하고 있는 것이 이 법률이다.

사실이 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 이 법규정을 지

나치게 확대해석하면서 모든 국민을 잠재적 범죄자로 만드는 현재의 관행에 손을 들어 준다. 여기서 국민의 기본권을 제한하기 위해서는 법률의 근거가 있어야 한다는 헌법 제 37조 제2항의 법률유보의 원칙은 그 존재의 자체가 흔들리게 된다. 국가의 권력을 제한하는 법률이 국가에게 권력을 부여하는 법률로 해석되고 이 과정에서 국민에 대한 기본권 침해 최소화라는 헌법이념은 있으나마나 한 것이 되어 버린다.

실제 헌법재판소도 이 부분에 있어서는 무언가 마음에 걸리는 것이 있는지, 그 말미에 “그 법률적 근거를 보다 명확히 하는 것이 바람직하다”고 지적하면서 스스로도 이 결정의 논거가 취약함을 자인하고 있다. 하지만, 이런 식의 해석은 역으로 헌법재판소가 법리를 떠나 “우리의 말이 곧 헌법”임을 선언한 것으로도 읽힐 수 있다.

3. 결론

실제 이 헌법재판소의 결정은 개개인이 자신의 사적 생활에 관한 정보에 대하여는 자신이 결정하고 통제할 권리를 가진다는 점을 명시적으로 선언한 판결로서 나름으로는 상당한 의미를 가진다. 종래 학설의 수준에서 혹은 법률의 수준에서 보장되어 왔던 개인정보기본권의 문제를 헌법재판소가 공식적으로 인정하고 그것을 헌법적 차원으로까지 고양시킨 것이다. 그리고 이 점에서 이 판결은 그동안 적지 않은 발전을 경험한 우리 인권보장의 한 국면을 반영하고 있다.

하지만, 개인정보자기결정권을 기본권으로 인정하면서도 그 보장을 위하여 필요한 제반의 권력억제장치를 고려하지 않음으로써 이 개인정보자기결정권을 상당히 취약한 것으로 만들어 놓고 있다. 헌법재판소는 이 결정에서 헌법상의 기본권보장 인권보장의 이념을 도출하고 그 제도적 장치로서의 권력분립이나 제한정부의 원칙이 어떻게 구현되어야 하는지, 그리고 법률유보의 원칙은 어떻게 작동하여야 하는 것인지에 대한 인식의 부재를 보여준다.

입법자가 전혀 알지 못하는 입법의 취지나 법리를 끌어 들임으로써 최소한의 의회주의적 통제조차도 무효화시킨다. 지문을 통해 파악될 수 있는 정보의 가능성은 무시한 채 단지 지문의 제출을 통한 기본권침해만을 고려함으로써 개인정보의 자유를 단지 신체의 자유수준에서 파악한다. 법률유보의 원칙의 이념을 무시하고 개인정보법이 허용하는 국가기관 간의 정보교환범위를 넓게 해석한다.

이보다도 가장 큰 문제는 법률해석보다는 사실인식이다. “법은 현실여건의 바탕위에서 그 시대의 역사인식이나 가치이념을 반영하고 있는 것”이므로, “어느 특정한 법이 뿌리박고 있는 정치,경제, 사회적인 현실과 역사적 특성을 무

시”하고 “헌법의 순수한 일반이론에만 의존하여서는 그 법에 관련된 헌법문제에 대하여 완전한 이해와 적절한 판단을 할 수 없다”고 하는 건강부회의 논리로 이 점을 정면으로 거스르고 있다. 그 “어느 특정한 법이 뿌리박고 있는 정치, 경제, 사회적인 현실과 역사적 특성”이 무엇인지는 전혀 알고도 하지 않은 채 말이다. □



원칙을 집어삼킨 예외

- 공안감정문서 정보비공개 서울행정법원 결정

서울행정법원 제13부 2005.5.31선고, 2004구합 17358
정보비공개및부분공개결정처분취소
판사 이태종(재판장), 기우중, 신상렬

지난 5월 서울행정법원 제13부(재판장 이태종)는 ‘국가보안법 철폐를 위한 건국대 학생모임 시놉티콘’ 회원 이호영씨가 지난해 6월 낸 공안문제연구소 이적표현물 감정목록 등에 대한 정보비공개 결정처분 취소청구를 기각했다. 재판부는 ‘보안업무규정에 의하여 3급비밀로 지정되는 비밀은 누설되는 경우 국가안전보장에 손해를 끼칠 우려가 있는 정보’로 ‘적법절차에 따라 3급 비밀로 분류, 지정된 정보는 원칙적으로 열람 및 공개가 제한되는 비공개대상정보’라고 판단했다.

그리고 재판부는 ‘이 사건 정보가 적법한 절차에 따라 3급 비밀로 지정되어 열람, 및 공개가 제한되어...이 사건 정보는 구 정보공개법 제7조, 제1항 제1호 소정의 비공개대상정보에 해당한다고 할 것이다’라고 하고 있는데, 문제는 행정기관이 3급 비밀로 지정한 이 사건 정보가 실제로 정보공개법에서 비공개대상정보를 정한 취지인 ‘국가안전보장에 유해로운 결과를 초래할 우려가 있는 국가기밀’인지 여부에 대해 사법부가 판단을 하고 있는가 하는 점이다.

만약 정보공개소송에 있어 실질적인 정보의 내용에대한 검토없이 청구대상 정보에 대해 행정기관에 처분한 ‘분류기준’이라는 형식만으로 정보공개대상여부를 판단한 것은 아닌가라는 의구심을 갖게 한 판결인데, 참여연대 사법감시센터는 이러한 문제의식에 기반하여 서울행정법원의 이 사건 판결을 비평 대상으로 올렸다(편집자 주).

공안문제연구소는 경찰청 산하 행정기관으로서 “공산주의를 비롯한 좌익사상에 대한 연구 및 대응이론의 개발, 국가보안법위반 사건에 관한 증거물의 감정 등을 담당하고 있는데, 경찰청, 국가정보원, 국군기부사령부 등 공안관련 기관으로부터 공식문서로 문건의 감정을 의뢰받으면 감정서를 작성한 다음.. 이를 의뢰한 기관에 송부하. (하기 판결문)”는 일을 한다.

서울행정법원13부(이태종, 기우중, 신상렬)는 지난 5월31일 공안문제연구소에 대해 서울대 학생동아리 시놉티콘이 신청한 일단의 정보공개청구를 기각하였다. 관련 공개청구 대상이 된 정보는 ‘공안문제연구소에서 설립 후부터 지금까지 감정했던 해당 사건은 무엇이며 그에 따른 감정 도서 및 감정자 등은 어떻게 되는지(‘이 사건정보’)에 대한 것이었다.

1996년 제정된 정보공개법은 기본적으로 국민주권의 원칙에 따라 국가가 관리 및 보유하는 모든 정보는 국민의 것이며 예외적으로만 비밀로 유지될 수 있도록 하고 있다. 이 예외 중의 하나가 이번 사건 재판부가 적용한 구 정보공개법 제7조 제1항 제1호로서, 그 내용은 “다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여 비밀로 유지되거나 비공개사항으로 규정된 정보”이다.

이 사건 재판부에 따르면, 국가정보원법 제3조 제2항과 그 위임에 의한 대통령령인 보안업무규정 제2조 제1호, 제4호, 제23조는 국가안전보장에 유해로운 결과를 초래할 우려가 있는 국가기밀은 그 중요성과 가치의 정도에 따라 I급, II급 비밀 및 III급 비밀의 분류로 되고, 해당 등급의 취급인가를 받은 자에 한해 열람할 수 있다고 하고 있고, 위의 ‘다른 법률 또는 다른 법률에 의한 명령’에 의하여 “비밀로 유지되거나 비공개사항으로 규정되면” 7조1항1호에 따라 공개불가하다는 입장이다.

그리고, 재판부는 어떻게 이 사건 정보가 위 조항들에 의거하여 ‘비밀로 유지되거나 비공개 사항으로 규정되었는가’를 다음과 같이 친절하게 설명한다.

공안문제연구소에서 작성한 감정문서 등의 구체적 목록은 1992년부터 1997년까지의 감정목록과 1998년부터 2004년까지의 감정목록 등 2권으로 나뉘어 보관 중인데(이하 ‘이 사건 감정목록’이라 한다) ①1992년부터 1997년까지의 목록은 감정물을 도서, 유인물(간행물, 노래, 비디오등) 항목으로 나누어 별개로 편철된 다음, 각 감정물 위로 제목, 쪽, 감정결과(용공, 좌익, 반정부, 문제없음) 및 발행처가 기재되어 있고, ② 1998,1999년 및 2000년의 경우에는 각 감정물 단위로

접수일자, 감정분류(유인물, 도서, 노래, 간행물) 제목, 쪽수, 감정연구원(실명기재), 감정일자, 감정결과(용공, 좌익, 반정부, 문제없음), 발행처가 기재되어 있으며, ③2001년, 2002년 및 2003년 의 경우에는 각 감정물 단위로 접수일자, 감정번호, 제목, 발행처, 감정결과(찬양, 동조, 선전선동, 기타), 감정일자, 감정유무, 쪽수, 의뢰기관(단순히 기관명만이 기재되어 있고, 관련사건의 유무는 기재되어 있지 않다)이 기재되어 있다.

공안문제연구소장은 1998.4.27 경찰대학 공안문제연구소에서 1992년부터 1997.12.31까지 접수, 감정한 도서 및 유인물 목록을 Ⅲ급 비밀로 지정하기 위한 보안심의위원회를 개최하여 줄 것을 요청하였다. 이에 경찰대학 보안심사위원회는 1998.5.1 위와 같이 작성된 감정목록이 외부로 누설될 경우 이적성 시비 및 창작, 표현의 자유를 제한한다는 논란을 야기시켜 사회문제로 된 가능성이 있고, 국내 대공기관에서 내사하고 있는 공작사항이 노출된 우려가 있으며, 목록에 수록된 자료 입수방법에 대한 적법 시비가 야기되어 보안 수사 기관의 공신력을 훼손할 우려가 있다는 이유로 이 사건 감정목록을 Ⅲ급 비밀로 지정할 것을 의결하였다.

이 사건 재판부가 의지하고 있는 정보공개법 제7조 제1항 제1호의 “다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여”라는 문구의 취지는 간단하다. 입법부는 특정 정보를 비밀로 할 것을 미리 정할 수 있다. 즉, 정보의 공개 여부를 사법부와 행정부가 운영하는 정보공개법의 절차를 통해 결정되도록 내버려두는 것이 아니고, 입법부가 미리 공개여부를 결정짓는 것이다. 이와 같은 입법부의 결정이 정보공개법에 의해 무산되지 않도록 하기 위하여 7조1항1호와 같은 조항이 존재하며, 이와 비슷한 취지의 조항들은 다른 나라의 정보공개법들에도 존재한다.

그러나, 이 조항의 해석이 문제이다. 이 조항을 해석할 때 법률이나 법률에 의한 명령이 명시적으로 비밀유지를 정한 정보에만 한정하여 정보공개법이 적용되지 않는 것으로 해석하여야 한다. 그렇지 않고 관련 법률이나 명령으로 위임 받은 기관이 행정결정을 통해 비밀유지를 결정한 정보에까지 예외가 확대해석할 경우, 위 조항은 정보공개법 전체를 형해화할 수 있다. 7조1항1호를 해석할 때 ‘법률과 명령에 따라 행정기관에 의해 비밀로 지정된 정보에는 정보공개법이 적용되지 않는다’라고 해석하게 되면, 국가는 어떤 정보이든 공개하고 싶지 않은 정보가 있으면 행정기관에 요청하여 비밀로 지정하면 간단히 정보공개법의 적용을 피할 수가 있게 된다. 즉, 7조1항1호의 예외가 정보공개법 전체를 무력화할 수 있다. 즉, 7조1항1호는 ‘법률이나 명령이 비공개를 명시한 정보에는 정보공개법이 적용되지 않는다’

라고 해석되어야 마땅하다.

이와 같이 예외가 원칙을 무력화하는 결과를 피하기 위해 미국의 경우에는 관련 조문 자체에서 ‘다른 법률에 의해 비공개로 특정된 정보이되, (A) 그 법은 비공개 여부에 대한 재량을 허용하지 않거나 (B) 비공개되는 정보의 기준과 종류를 특정한 경우’에만 정보공개법이 적용되지 않는다.

물론, 이 사건 관련 정보공개법 조문은 위와 같이 친절하게 되어 있지는 않다. 그러나, 적어도 이 사건 재판부는 예외가 원칙을 집어삼킬 수 있는 해석은 피했어야 한다. 국정원법은 ‘국가안전보장에 유해로운 결과를 초래할 우려가 있는 국가기밀’이라는 비공개 기준을 특정하고 있다. 그러나, 이 기준을 누가 운용하는가가 문제이다. 이 기준을 운용하는 주체는 법원이 아니라 행정청이어서는 안된다. 이 사건 재판부는 “이 사건 정보가 적법한 절차에 따라 Ⅲ급 비밀로 지정되어 열람, 및 공개가 제한되어 있는 사실은 앞서 본 바와 같으므로 이 사건 정보는 구 정보공개법 제7조, 제1항 제1호 소정의 비공개대상정보에 해당한다고 할 것이다”라고 하고 있어 실제로 이 사건 정보가 ‘국가안전보장에 유해로운 결과를 초래할 우려가 있는 국가기밀’인지 여부에 대한 스스로의 판단을 전혀 하고 있지 않다.

법원이 법률의 위임을 받은 행정기관의 판단을 그대로 받아들여 정보를 비공개로 분류한다면 7조1항1호는 국가는 공개하고 싶지 않은 정보가 있을 경우 언제나라도 그 행정기관에게 비밀지정을 요청함으로써 모든 정보공개청구를 회피하는 근거가 될 것이다. □