



국가안보와 표현의 자유의 위기 학술 심포지엄

- 내란선동죄의 이중위험

2014.11.17(월) 오후 2시

‘포스트 타워’ 메인 컨퍼런스 룸

주최 민주주의법학연구회, 법과사회이론학회, 민주화를 위한 전국교수협의회, 학술단체협의회

후원 참여연대, 민주사회를 위한 변호사모임, 전국교수노동조합, 한국비정규교수노동조합, 한국기독교교회협의회(NCCK) 인권센터, 불교 인권위원회, 원불교 사회개혁교무단

국가안보와

표현의 자유의 위기

학술 심포지엄

- 내란선동죄의 이중위험

일시 | 2014년 11월 17일 (월) 오후 2시

장소 | 포스트타워 메인 컨퍼런스 룸

주최

민주주의법학연구회, 민주화를 위한 전국교수협의회, 법과사회이론학회, 학술단체협의회

후원

참여연대, 민주사회를 위한 변호사모임, 불교 인권위원회, 원불교 사회개혁교무단,
한국기독교교회협의회(NCCK) 인권센터, 전국교수노동조합, 한국비정규교수노동조합

순 서

개회식		사회: 오동석 (아주대학교 법학전문대학원 교수)
개회사	송주명 (민주화를 위한 전국교수협의회 상임의장)	04
인사말	안경환 (前 국가인권위원회 위원장)	05
기조발제		
	한국의 분단체제와 국가안보 그리고 표현의 자유 한상희 (건국대학교 법학전문대학원 교수)	06
주제발표		
제1주제	국제사회의 시각에서 보는 한국의 표현의 자유 JAN E. WETZEL (엠네스티 인터내셔널 수석 정책보좌관)	46
제2주제	미연방대법원 판결과 표현의 자유 Kate Westmoreland (미 인권변호사)	48
제3주제	국가보안법 시대에 대한 항변 서승 (일본 리츠메이칸대 법학부 특임교수)	62
종합토론		좌장 : 송주명 (한신대학교 법학전문대학원 교수)
제1토론	이재승 (건국대학교 법학전문대학원 교수)	68
제2토론	서보학 (경희대학교 법학전문대학원 교수)	84
제3토론	오재창 (변호사, 前 민주화를 위한 변호사 모임 국제연대위원장)	94
서면토론		
제1토론	미국에서 국가안보와 표현의 자유 임지봉 (서강대학교 법학전문대학원 교수)	96
제2토론	일본 파괴활동방지법 판례를 통해 본 내란선동 오동석 (아주대학교 법학전문대학원 교수)	124

송주명

민주화를 위한 전국교수협의회 상임의장

한신대학교 국제관계학부 교수

민주화를 위한 전국교수협의회 상임의장

경기도교육청 창의지성교육추진단 단장(전)

〈2012 차이나리포트〉 인간사랑, 2008

〈탈냉전기 일본의 국가전략〉 창비, 2009

〈학교혁신의 이론과 실제〉 지학사, 2013

안경환

前 국가인권위원회 위원장

서울대학교 법학전문대학원 명예교수

국제법률가위원회(IJC) 위원

국가인권위원회 위원장(전)

〈조영래 평전〉 강, 2006

〈법과 사회와 인권〉 돌배게, 2009

〈좌우지간 인권이다〉 살림터, 2013

한상희

건국대학교 법학전문대학원 교수

법과사회이론학회 회장

참여연대 운영위원장

〈법조윤리〉 박영사, 2010(공저)

〈탈냉전과 한국의 민주주의〉 선인, 2011(공저)

〈감시사회〉 철수와영희, 2012(공저)

기조발제

한국의 분단체제와 국가안보 그리고 표현의 자유

한상희 / 건국대학교 법학전문대학원 교수

민주주의적인 자가지배는 자유 없이 존속할 수 없다. 전체주의 정부는 자유와 함께 존속할 수 없다. 민주주의의 이름으로 자유를 파괴하는 것은 혈압을 낮추기 위해 심장을 도려내는 것과 마찬가지다.¹⁾

1. 2014년 한국: 민주주의의 위기

2012. 12. 11. 소위 “땃글녀” 사건이 터지면서 제18대 대통령선거는 국가정보원과 사이버사령부에 의해 얼룩졌고, 그 이후의 정국은 줄곧 이 사건과 국가정보원을 키워드로 하여 순환하였다. 국정원의 대통령선거개입논의와 그 확장판으로서의 국내여론조작사건에서부터 노무현 전 대통령과 김정일 전 국방위원장간의 정상회담과 관련한 정쟁, 정상회담 녹취록 공개사건, 통합진보당 소속의 이석기 국회의원에 대한 내란음모죄혐의의 수사 및 기소사건과 그 연장선상에서 이루어

1) Irving Brant, *The Bill of Rights, Its Origin and Meaning*, Indianapolis: The Bobbes-Merrill Co., 1965, p.52; Rocco J. Tresolini, *These Liberties: Case Studies in Civil Rights*, 1968, p.148에서 재인용

지는 통합진보당에 대한 위헌정당해산심판사건, 서울시공무원 간첩사건에 있어서의 국정권·검찰의 증거조작사건, 심지어 채동욱 전 검찰총장의 사생활문제에 이르기까지 현 정부에서 발생한 대부분의 정치의제들은, 올해 세월호참사를 둘러싼 ‘안전국가’담론이 지배하기 전까지 일관하여 국정원이 그 중심을 차지해 왔다. 지난 날, 권위주의 군사정권의 폭력을 대항하던 중앙정보부나 국가안전기획부의 전통을 그대로 이어받아 철저적 민주주의를 자랑하는 오늘날에조차 국정원은 권력의 한 복판에서 국정을 농단하고 있는 것이다.

이러한 국정원의 ‘발호’는 어제 오늘의 일이 아니지만, 그것이 새삼 국정의 중심에서 논란의 대상이 되어야 하는 이유는 그것이 한국민주주의가 쇠퇴하고 있음에 대한 가장 가시적인 증후이자 예후이기 때문이다. 87년체제가 민주화라는 심대한 이념에 터잡아 출범하기는 하였지만, 신군부와 구정치엘리트간의 타협에 기대었다는 그 태생적 한계는 신자유주의라는 억압체제와 결합하면서 이미 사라졌어야 했을 국정원등이 중심이 되는 공작정치 혹은 폭력정치의 여지를 계속하여 잔존시켜 두었다. 주권자여야 할 국민을 통치의 대상으로 전락시키면서 민주주의와 법치의 요청에는 아랑곳하지 않고 여전히 혹은 과거보다 더 치밀한 수단과 방법으로 전방위적인 국민감시과 통제에 나서며 이를 통해 권력의 의지에 종사하는 구래의 통치방식이 부활하고 있는 것이다. 국정원의 실질적인 정치개입 행위들이 어느날 갑자기 나타난 것은 아니라는 것이다.

하지만 그 중의 백미는 이석기 의원에 대한 내란음모 및 선동혐의에 대한 기소와 재판(이하 「내란선동혐의사건」)과 통합진보당에 대한 위헌정당해산심판사건이다. 이 사건들은 지난 대선과정에서의 국정원의 선거개입 혐의가 드러나면서 국정원 개혁에 대한 국민적 요구가 거세지는 과정에서 급작스럽게 진행되었다. 그것은 일반적인 포털사이트에서 소통되는 게시글에 “댓글”을 다는 행위까지도 “북한과 종북세력의 선전 선동에 대응하는 목적으로 이뤄진 것”²⁾이라고 정당화하는 국정원에 대한 국민적 분노와 그에 이은 국정원의 대공수사권 폐지논의에 대한 현 정권 나름의 대답이었다. 물론 그 밑바닥에는 “그동안 국정원 무서워 회합도 비밀리에 했던 지하 종북세력들이 대낮에 활개치도록 놔두자는 말인가”라고 비난하는 새누리당의 반론에 이르는 일련의 ‘종북몰이’의 한 국면을 자리 잡고 있다.³⁾ 87년 체제가 어렵사리 구현하고자 했던 철저적 민주주의와 실질적

2) 국정원 “댓글녀”사건의 당사자인 김하영씨가 국회국정조사 청문회에서 한 답변. 한국경제, “국조특위 청문회 ‘치열한 공방’”, 2013. 8. 19; <http://www.hankyung.com/news/app/newsview.php?aid=2013081915571>

법치주의의 이념들이 나름의 자리를 잡아가는 국면에서 ‘반공국가’를 내세웠던 48년 체제로의 회귀를 추구하는 또 다른 권력의 욕망이 작동하고 있는 것이다. 여기서는 87년체제의 절차적 민주주의와 그 발현태로서의 10년에 걸쳤던 정권 교체의 경험들로부터 다시금 권력을 전유해나가면서 촛불시위나 시민단체의 활동 등으로 활성화되어 온 시민사회의 정치적 역량들을 무력화시키고자 한다. 최근에 드러나고 있는 (신)국가주의적 통제체제는 그 대표적인 양상이거니와, 이와 함께 사이버공간이나 SNS등을 통해 새로이 자유화되는(혹은 해방되는) 공공영역을 정치권력의 식민지로 종속시키고자 하는 집권세력의 전방위적 기도의 중심축을 이룬다.

실제 이석기의원에 대한 국정원의 내란음모수사사건의 기본적인 논리틀은 그리 낯선 것이 아니었다. 48년 반공체제의 상소(常素)인 북한을 반국가단체이자 주적으로 전제한 다음, 국내에서 발생한 사건이나 행태들을 그와 연관시키면서 범죄화시키는 것은 국정원의 일반적인 대공수사의 기법이다. 하지만 이번의 내란음모수사사건은 그런 기법에다 새로운 통치술을 가미한다. 종래 상수로 사용하였던 “반공”이라는 금기에 ‘총북’ 혹은 ‘좌파’라는 관념을 부가함으로써 반체제 혹은 진보까지도 새로운 금기의 영역으로 편입한다. 이석기의원이나 통합진보당의 경우를 국가보안법상의 이적세력 혹은 반국가세력이 아니라 형법상의 내란음모 혹은 내란선동세력으로 재규정함으로써, 적의 위협은 국가보안법 상황과 같은 예외적 존재가 아니라 형법과 같은 상시적, 평상적 사태임을 모든 국민들에게 강변하고자 한다. 그리고 이러한 개념조작 또는 법리조작을 통해 그들-그리고 그들로 대표되는 반체제 혹은 체제비판적 세력-을 여타의 “진보”세력과 분리·배제시키는 한편, 전자를 일종의 homo sacer와 같은 존재로 타자화한다는 점에서 그 특이성을 가진다. 그들은 어떻게 죽여도 정당화되는 부정한 존재이다. 뿐만 아니라 그들을 별거벗은 자로 내팽개침으로써 신-절대적 존재로서의 국가-의 법이 가지는 정당성을 신성화시킨다. 바로 이 때문에 homo sacer의 존재는 모든 사람들로 하여금 또 다른 호모 사케르로 규정되지 않을까라는 공포를 끊임 없이 제기하면서 죽음의 권력에 대한 무조건적인 복종의 댓가를 치르게 한다.⁴⁾ ‘알짜배기 총북’을 선언함으로써 그 상대방에 있는 국정원에 주권적 권력을 부

3) 이는 다시 서울시공무원간첩조작사건 이후 소위 공안사건에 대해서는 변호인의 참여나 도움을 제한하자는 논의로까지 이어진다.

4) G. 아감벤, 호모 사케르, 새물결, 2008, 155쪽 이하.

여할 뿐 아니라, ‘주변부적인 중복’-진보-들에게 스스로를 그들과 분리시키고 그들의 생명성을 ‘부정’할 것을 요구하는 것이다. 나아가 이 과정을 통하여 그들은 시민사회 전체를 “수용소”화 한다. 헌법도 민주주의도 아닌, 그들의 법이 곧 장 주권적 권력으로 변이되면서 모든 시민들의 일상을 통제하는 예외상태를 창출하게 되는 것이다.

최근의 공안권력들이 작동하는 양상이 표현의 자유를 최우선적 타겟으로 삼는 이유는 바로 여기에 있다. 그들의 전략적 목표는 homo sacer의 양산과 이를 통한 시민사회의 혼육이라는 통치술에 있기에 그들이 행사하는 권력은 행위가 아니라 사상과 신념 그리고 그 외화(外化)로서의 표현을 향한다. 행위가 야기하는 현실적이고 구체적인 위험-설령 그것이 위험이라 하더라도-이 허구의 가공물임을 스스로가 자각하기에 정치권력은 이런 위험을 야기할 가능성 그 자체를 구성하고 선전하면서 극도로 추상화된 금기로써 통치의 기술을 담당하게 하는 것이다.

이하에서는 이를 분석한다. 하지만 그보다 먼저 이 정권이 언제나 자신의 권력 기반으로 거론하는 자유민주주의의 헌법적 실체를 살펴보고 그것이 87년체제에 서는 어떻게 구성되는가를 짚어보기로 한다. 그리고 이를 바탕으로 검찰과 그 연장선에 서 있는 서울고등법원이 이석기 의원등에 대해 내란선동죄를 적용한 것이 표현의 자유에 대한 최근의 침탈과 어떤 맥락을 이루고 있는지를 살펴보자.

2. 48년 체제-반공국가-와 헌법

2.1. 헌법과 “자유-민주주의”

우리 국가체제에서 자유민주주의는 무엇을 말하는가? 그것은 어떠한 의미를 가졌는가? 우리나라의 헌정사를 살펴보면 실제 이러한 질문보다 더욱 타당한 것은 “과연 자유민주주의는 실체를 가지고 있는가?”이다. 그 관념은 우리 헌정사의 상당히 많은 시간동안 실체도 없이 부유해 왔기 때문이다.

실제 헌법재판소는 이 자유민주주의와 관련하여 자유민주적 기본질서를 풀어낸 적이 있다. 여기서는 독일의 연방헌법재판소의 결정내용과 유사하게 “모든 폭력

적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재내지 일당독재를 배제”하는 정치질서를 언급하고 있다. 하지만, 그와 동시에 “자유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서”를 포함시킴으로써 독일의 경우와는 달리 사회민주주의의 가능성을 의도적으로 배제한다.⁵⁾ 하지만 이러한 헌법재판소의 해석은 우리 헌정사는 물론 현행 헌법의 체제와는 정면에서 위배된다.

1) 국가형성기: 반공에 차폐된 자유민주주의

해방 이후 새 정부의 수립과정에서 우리 민족이 풀어야 할 헌법적 과제는 세 가지였다: ①새 정부는 통일정부인가 아니면 남한만의 단독정부인가, ②새 정부 체제는 자본주의체제인가 아니면 사회주의체제인가, 그리고 ③친일부역자의 청산이 먼저인가 아니면 새 정부의 수립이 먼저인가. 하지만, 이 문제를 처리한 것은 당시 가장 큰 영향력을 가지고 있었던 미국 국무성과 미군정이었고 그들은 한국민의 당면과제보다는 대소(大蘇) 방어선을 일본으로 후퇴하면서 한국을 서태평양지역의 전초지대로 삼고자 했던 자국의 세계체제 정책을 우선하였다. 즉 미국은 우익정부-“자유민주주의” 체제-를 원했다. 미·소공동위원회가 실패로 끝나자 그들은 대대적인 좌파탄압에 나서면서 이승만 및 그 추종세력과 함께 남한 단독정부수립을 공식화하고 김구 등 민족진영과 좌익진영의 반대에도 불구하고 5·10선거에 의한 제헌의회를 보수우익진영을 중심으로 구성하였다. 합의와 통합을 바탕으로 국민적 합의에 기반하는 국민국가의 형성이라는 과제는 이렇게 분절되고 또 왜곡되었던 셈이다.⁶⁾

해방 직후 우리 사회는 좌익에서 민족주의, 보수우익 등 다양한 정치이념들이 펼쳐져 있었으나 그것이 헌법이념으로 채 정리되기도 전에 미군정이 유도하는 냉전체제가 한 편의 이데올로기만을 공식적인 것으로 편입하면서, 제헌헌법을 뒷받침하는 정치이념은 반공과 자유민주주의라는 두 축을 중심으로 결정되어 버린 것이다. 하지만 여기서 말하는 “자유민주주의”는 미군정의 외견적 주장에도

5) 헌법재판소, 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 국가보안법 제7조에 관한 위헌심판 [전원재판부]

6) 이런 일방적 과정은 제헌의회를 구성하기 위한 선거법을 기초하였던 과도입법의원의 회의과정에서 단적으로 드러난다. 우익의 민선의원들과 중도의 관선의원들은 정도의 차이는 있으나 이 선거법을 좌익이 제헌의회에 진출하지 못 하도록 하는 수단으로 이용하고자 하였다. 선거연령을 25세 이상으로 한다든지 투표도 기표방식이 아니라 자서(自書)방식을 채용하여 문맹인의 참여를 곤란케 하며 월남인들을 위한 특별선거구를 설치하는 등의 제한선거의 장치를 모색하였다. 물론 이는 미 국무성이 선거를 미소공동위원회체제가 아니라 UN의 감시하에 실시하는 것으로 결정하고 이 UN감시단이 보다 보편적인 선거제로 변경할 것을 요구함으로써 상당부분 포기되기는 했으나 그럼에도 불구하고 좌익과 민족진영이 선거에 불참함으로써 그 소기의 성과는 거두었다고 할 수 있다.(박찬표, 한국의 국가형성과 민주주의, 후마니타스, 2007, 322-351)

불구하고 아주 형식적인 것이거나 혹은 반공의 또 다른 표현에 불과하였다. “자유민주주의를 수호하기 위한 파시즘과의 전쟁”을 모토로 하였던 미국의 제2차대전 참전 명분이 냉전체제의 형성과 더불어 우리의 정치지형에서는 ‘공산진영과의 전쟁’을 위한 명분에 지나지 않았다.⁷⁾ 소위 48년체제 혹은 반공국가체제가 형성되는 것은 이 지점에서이다. 그것은 미군정과 보수우익진영이 합의할 수 있는 최대공약수였으며 해방공간을 통하여 좌익세력들을 폭력적으로 제거하고 난 이후의 잔존이념들이 외견상의 정당성을 확보하기 위한 논리로 등장하였을 따름이며, 동시에 우익진영이 반공 혹은 냉전을 이유로 민주주의를 형식적인 적으로 만들고 자신들의 권력기반을 확충할 수 있는 최적의 체제를 만들기 위한 이념적 수단으로 이용된 것이었을 따름이었다.

우리 헌정사가 정치가 소거되어 버린 채 진행되는 헌법개정의 역사로 점철되면서 “자유민주주의”라는 담론에도 균열이 발생하는 것은 이런 모습에 기인한다. 다양한 이념과 지향들을 헌법에 포섭하고 이를 국민국가의 형태로 통합하는 민주주의의 실천이라기보다는, 어느 하나의 이념을 선택하여 그것으로써 다른 이념을 축출해 버린 형태로 권력의 행방만을 결정하는 방식으로 헌법질서가 구성되어 왔던 것이다. 유진오안, 권승렬안 등 수많은 헌법안들이 하나같이 의원내각제 내지는 책임내각제를 바탕으로 한 것이었으나 이승만의 요구에 의해 일순간에 의원내각제적 요소를 절충한, 간선에 의한 대통령제로 변형되어 통과되어 버린 제헌헌법의 제정과정은 이를 잘 보여준다. 활발한 시민사회가 먼저 존재하고 그 속에서 정치권력들이 구성되고 그 결과 국가가 형성되는 것이 아니라, 역으로 국가가 먼저 만들어지고 이에 의하여 정치권력이 규정된 다음에야 그 정치권력이 대중을 동원하는 체제로서 시민사회가 구성되는 과정을 거쳤던 것이다. 그리고 바로 이 때문에 헌법개정의 초점은 권력과 시민사회의 관계를 어떻게 할 것인가라는 근본문제보다는 권력을 누가 어떻게 관장하는가라는 이슈에만 맞추어질 수밖에 없었고 이 과정에서 “자유민주주의”는 물론 그 기본구조로서의 “민주주의”조차 정립될 수 없었던 것이다.

하지만 그럼에도 당시 지배적인 사회주의적 이념지향은 헌법에서도 그대로 반영되어 있다. 헌법안의 기초에 가장 많은 참조가 되었던 바이마르공화국 헌법 자

7) 박찬표, 360 쪽 이하 참조. 박찬표도 미군정이 자유민주주의를 널리 홍보·교육한 이유로 ①소련과의 대결을 의식하였고, ②단정수립의 명분을 제공하기 위함이었다고 한다. 이에 박찬표는 그것을 “냉전 자유주의”로서 “반공을 전제로 한 기본적 이념과 가치의 합의가 강조되고, ‘사상·이념·언론·집회의 자유’ 등은 반공의 틀 내로 축소되었다”고 한다. 380쪽.

체가 사회주의적 색채를 분명히 하고 있었을 뿐 아니라, 대부분의 기업이나 자본들이 적산의 형태로 한민족의 소유가 되어 있었고 무역이나 천연자원 역시 공적 관리의 대상이었기 때문이었다. 제헌헌법에서 재산권행사의 공공복리적합성을 강조하고(제15조 제3문), 영리기업에 대한 노동자의 이익균점권을 인정하는(제18조 제2문) 한편, 경제질서를 “모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로” 구성하면서 “각인의 경제상 자유는 이 한계내에서 보장된다.”(제84조)고 하는 것은 제헌헌법이 자본주의적 시장경제질서와는 상당히 떨어져 있는 것을 예시한다. 특히 천연자원의 국유화, 중요기업의 국공유화, 대외무역의 통제, 경자유전의 원칙에 입각한 농지개혁 및 분배 등에 관한 규정들은 기본적으로 제헌헌법이 사회주의의 틀에 머물러 있음을 잘 보여준다.

이승만대통령의 집권욕을 그대로 드러낸 1954년 11월 27일의 제2차개정헌법(소위 사사오입개헌)은 절차적으로도 무효이지만 자본주의체제로의 진입을 시도한 경제조항 자체도 문제적이다. 이 개정헌법은 사회주의적 틀에 입각한 국가통제 경제체제를 완화하여 자유시장경제체제의 요소를 삽입하였다. 즉, 주요기업을 국, 공유제로 하던 종전을 규정을 고쳐 사유로 할 수 있는 길을 열었고 긴급한 국가적 필요가 있는 경우 사영기업을 국유화할 수 있도록 한 종전의 규정을 보다 소극적인 것으로 바꾸어 원칙으로 국유화를 금지하도록 하였다. 하지만, 이런 개정은 이승만정권이 적산기업을 본격적으로 민간에 턱없는 헐값으로 특혜 불하하기 위한 헌법적 근거를 마련하기 위한 것에 불과하였다. 이는 이승만정권이 자행한 주요한 부정부패의 대표적인 경우로, 우리나라에서 재벌과 같은 소수자의 손에 경제력이 집중되는 계기를 마련함으로써 자유시장의 형성을 애초부터 불가능하게 만드는 악법이 되고 말았다.

요컨대, 제1공화국 시기의 헌정사는 “자유민주주의”라는 담론에 반공 혹은 냉전 이상의 의미를 담지 못 하였다. 그것은 아예 헌법의 개념으로 규정되지도 않았을 뿐 아니라, 헌정체제 속에서도 사회주의적 경제질서의 존재로 인하여 미국식의 “자유민주주의”가 실천될 수 있는 여건 자체도 확보하지 못 한 상태였다.

이런 상황에서 4월혁명에 의한 제3차개헌헌법은 우리 헌정사에 여러 가지 의미를 남긴다. 그것은 국민의 권리와 자유를 대폭 확대하고 그 본질적 내용은 법률로써도 침해할 수 없도록 하였고 또한 정당을 헌법적으로 수용하면서 그 지위를

고양하는 한편 복수정당제를 보장하고 경찰의 정치적 중립성을 강조하기도 하였다. 정치적 기본권을 강화하는 한편 보다 많은 민주주의를 실현하고자 한 것이다. 우리 헌법사에서 “민주적 기본질서”라는 말이 처음 등장한 것도 이 때문이었다. 이는 이탈리아와 독일의 헌법을 참조하여 “자유롭고 민주적인 사회질서와 정치질서”를 마련하고, 진보당 해산 사건의 반성을 바탕으로 소수정당을 다수정당의 횡포로부터 보호하기 위한 목적으로 헌법에 도입되었으며, 독일에서와 마찬가지로 경제질서와는 무관한 개념으로 여겨졌었다.⁸⁾ 즉, 이 “민주적 기본질서”라는 관념은 경제질서-혹은 그로 대변되는 냉전체제-와는 무관한 것임을 명확히 함으로써, 이 헌정사상 최초로 반공이라는 소극적인 개념이 아니라 적극적 의미를 가지는 실체를 부여한 것이다.

2) 군사정권기: 공안의 수단으로서의 자유민주주의

이렇게 정비되어 온 국가체제는 1961년의 군사쿠데타로 무너지고 만다. 절차적 한계에도 불구하고 제5차개정헌법은 내용적으로는 잘 만들어진 헌법이라는 평가를 받고 있는 듯 하나, 실제 그조차도 상당한 문제점을 안고 있었다. 외견상 삼권분립에 입각한 대통령제를 채택하면서도 실질에 있어서는 극단적인 정당제국을 지향함으로써 국민의 정치참여를 정치엘리트가 대행하게끔 하고 이를 통해 국민의 탈정치화 내지는 정치로부터의 국민배제라는 권위주의의 기본적 틀을 구성할 수 있게 하였다. 즉, 정당은 대통령의 권력집행기구로 하락하게 되는 것이다. 또한 이렇게 정치 위에 군림하는 대통령에게 다시 대법원장과 대법원판사(대법관)의 임명권을 부여하며, 영장의 발부에 검찰관의 신청을 요하도록 함으로써 대통령의 통제영역 아래서 형사사법권을 행사하는 검찰의 권력성을 강화하는 등 향후 이어지는 권위주의적 군사정권의 법적 기반을 마련한 것이다. 뿐만 아니라 경제질서를 종래의 사회주의적 국가통제경제체제로부터 본격적으로 시장경제체제로 이행시켜 박정희 정권이 성장중심의 개발독재체제를 마련할 수 있도록 하였다. 최초로 우리 헌법체계 속에 사유재산제와 자유시장체제가 도입된 것이다.⁹⁾

8) 국회사무처, 제34차 본회의 회의록, 제35회 국회입시회의속기록(1960.6.11.), 17면. 헌법개정안기초위원장이었던 정헌주는 “그렇기 때문에 이 경제적 질서를 말하는 것은 아닙니다. 헌법에 있어가지고도 자유로운 기본 질서라고 하는 것은 이것은 정치적 사회적 질서를 말하는 것이지 경제적 질서까지를 말하는 것은 아니다 이렇게 본 위원회는 해석하고 있습니다.”라고 발언하였다. 소수정당의 보호와 관련하여서는 강정인, “민주화 이후 한국정치에서 자유민주주의와 법치주의의 충돌,” 서울대 법학 제49조제3호, 2008, 40-75쪽, 특히 48-51쪽 참조.

하지만 이런 체제에도 불구하고 자유민주주의의 관념은 헌법전의 수준에까지는 반영되지 못 하였다. 오히려 그것이 헌법에 삽입되는 것은 아이러니하게도 가장 폭력국가적 경향이 강하게 드러났었던 유신헌법에서였다. 유신헌법은 그 전문에 “조국의 평화적 통일의 역사적 사명에 입각하여 자유민주적 기본질서를 더욱 공고히 하는 새로운 민주공화국을 건설함”이라는 문구를 삽입하였고, 이는 제8차 개정헌법에서 “자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여”로 바뀌었다가 현행헌법에서는 “자유와 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여”로 다시 변경되었고, 유신헌법과 유사하게 통일(제4조)과 관련하여 또 한 번 반복된다.(제4조) 마치 해방공간에서 미군정이 “자유민주주의”라는 담론을 반공산주의 혹은 단정을 수행하기 위한 수단으로 사용한 것과 마찬가지로 최초로 우리 헌법에 삽입된 “자유민주적 기본질서”는 통일의 지향점으로 혹은 북한에 대립되는 체제의 특징으로 규정되어 있다. 유신헌법 자체가 냉전의 극한에서 형성된 “비상상태”를 전제로 형성된 것인 만큼 그 대립의 극복에 해당하는 “통일”은 적대체제인 북한과는 대척되는 지점에서 이루어져야 한다는 당대의 정치담론이 그대로 반영되고 있었던 것이다.

이런 비정상성은 제5공화국헌법¹⁰⁾에서 일부 수정되었다가 현행헌법에 와서 다시 변형된다. 신군부에 의한 제8차개정헌법은 이전까지 헌법전을 관철하고 있던 적대개념으로서의 “자유민주적 기본질서”를 어느 정도 완화·수정하는 태도를 보이기는 한다. 사실 이 헌법은 두 가지 점에서 아주 특이한 모습을 보인다. 첫째, 여기서는 유신헌법과는 달리 “자유민주적 기본질서”라는 개념을 “조국의 평화적 통일”이라는 헌법요청과 분리시켜서 별개의 헌법가치로 설정하고 있다. 극도의 냉전적 사고에 의해 권위주의체제를 공고히 하였던 유신헌법이 “자유민주적 기본질서”라는 개념을 반복 혹은 냉전적 사고의 틀 속에서 파악하고자 하였음에

9) 김용직은 이런 상황을 두고 “박정희시대 자유민주주의는 기본적으로 발전주의의 관점에서 새롭게 발전될 것이 강조되었다.”고 표현한다. 김용직, “한국의 자유민주주의 체제-수용, 시련, 발전,” 민교협 등, 『공동토론회: 한국의 자유민주주의 - 이론, 헌법, 역사』, 2011. 10. 28, 11면. 하지만 이러한 체제가 자유민주주의의 원형 혹은 기본형이라도 제대로 충족하였는지는 의문이다. 즉, 정치적 의미에서의 자유민주주의가 발전국가 내지는 발전주의의 관점에서 수정, 변형된 것이 아니라, 제1공화국 이래 여전히 공허한 형태로 관념화되어 있던 자유민주주의라는 입헌적 상징들을 군사정권의 정치적 목적에 따라 편의적으로 가공한 것에 불과하다고 할 수 있다는 것이다.

10) 이러한 적대개념으로서의 “자유민주적 기본질서”는 신군부에 의한 제8차개정헌법에 와서 결정적인 변화를 겪게 된다. 여기서는 유신헌법과는 달리 “자유민주적 기본질서”라는 개념을 “조국의 평화적 통일”이라는 헌법요청과 분리시켜서 별개의 헌법가치로 설정하고 있다. 극도의 냉전적 사고에 의해 권위주의체제를 공고히 하였던 유신헌법이 “자유민주적 기본질서”라는 개념을 반복 혹은 냉전적 사고의 틀 속에서 파악하고자 하였음에 반하여, 제8차개정헌법은 이를 상호 분리시키고 있는 것이다.

반하여 제8차개정헌법은 이를 상호 분리시키고 있는 것이다. 둘째, 제5차 개정헌법이 본격화한 자본주의적 시장경제체제를 보완하여 경제의 민주화에 관한 규정을 두고 경제에 대한 규제와 조정을 할 수 있도록 하였다. 물론 이는 적산기업의 특혜적 불하와 차관경제 등 정경유착과 살인적인 개발독재의 경제구조에 대한 반성에서 나온 규율이라기보다는 새로운 정부가 중복투자의 우려가 나오던 중화학공업을 중심으로 한 산업구조조정을 도모하는 과정에서 나온 부산물이라는 면이 강하다. 그러나 최소한 “자유민주적 기본질서”를 경제체제 중립적인 형태로 구성할 수 있는 중요한 모멘텀을 제공하고 있으며, 이를 통해 종래와 같은 개념적 공백 내지는 반공이라는 소극적 개념을 탈피할 수 있는 헌법적 여지를 마련하였다는 데에 상당한 의미를 가진다.

이에 반하여, 현행 헌법은 제4조의 “자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책”이라는 문구를 삽입함으로써 유신헌법과 유사한 대립체제로서의 자유민주적 기본질서를 예정하는 듯한 모습을 보인다. 하지만, 전문에서는 “평화적 통일”과 “자유민주적 기본질서”를 분리시키고 있다. 전자는 “민족의 단결을 공고히 하”는 것과 연결되는 반면, 후자는 “자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여”라고 하면서 “모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하”는 것과 결합시킨다. 자유민주적 기본질서의 개념을 “자율과 조화”를 바탕으로 구성되는 자유롭고 민주적인 헌법질서라는 의미로 변환시키고 있는 것이다. 그리고 이렇게 구성되는 자유민주적 기본질서의 개념으로 다시 헌법 제4조에서 통일의 기본원칙을 규정한다. 유신헌법과는 전혀 다른 체계적 연관성을 구축하고 있는 것이다. 그리고 바로 이런 상관성으로 인하여 현행 헌법의 “자유민주적 기본질서”의 의미와 유신헌법의 그것은 전혀 다른 함의를 지니게 된다. 즉, 유신헌법에서 적대적·소극적 의미로 규정되었던 “자유민주적 기본질서”는 현행 헌법에 와서 “자율과 조화”를 근간으로 하는 적극적 규정으로 자리매김되고 이로 인하여 통일의 틀 또한 북한을 배제하는 방식에서 북한을 자유민주적 기본질서로 재편하는 방식으로 그 의미망을 변화·교정하고 있는 것이다. 그리고 이를 통해 우리 헌법이 지향하는 자유민주적 기본질서의 의미를 종래처럼 대한민국의 대항국가-북한-에 대한 반공주의적 대립관계속에서 파악할 것이 아니라 제2공화국 헌법에서처럼 “자유롭고 민주적인 사회질서와 정치질서”라는 보다 적

극적인 가치지향의 맥락에서 해석할 여지를 마련하고 있다.¹¹⁾ 유신헌법에서 왜곡한 “자유민주적 기본질서”의 헌법적 의미를 교정하고 있는 것이다.

그러나 이 헌법이념은 현실적인 권력체제에서 빛나가 버렸다. 국가정보원체제-중앙정보부 혹은 안전기획부나 군국기무사 등-와 같은 비밀(군사)경찰과 정치종속적인 검찰과 법원, 형식적 합리성의 틀 속에서 상명하복에 충실하였던 관료체제, 그리고 이들과 유착되었던 기업과 자본이 87년체제를 구성했던 정권들의 공통된 권력기반을 이루면서 과거의 반공국가체제를 그대로 반복하거나 혹은 그 방향으로 회귀하고자 하는 경향을 보이고 있기 때문이다.

2.2. 48년 체제와 87년 체제: 반공국가의 회귀¹²⁾

헌정사에서 이렇게 지속되는 우리 국가체제는 한마디로 48년체제 내지는 반공국가체제로 규정된다. ‘자유민주주의’라는 담론은 항상 반공이라는 틀 속에서 규정되며 냉전체제에서 국가의 이념적 기초와 실천은 헌법이 아니라 반공법 내지는 국가보안법에서 구체화되는 구조가 이루어진 것이다.¹³⁾ 한마디로 국가내의 모든 규범적 가치판단의 기준은 헌법이 아니라 냉전체제에서의 대결구조였고 민주주의든 자유주의든 모든 이념적 지향은 그 한계내에서만 타당하였고 또 그 한도내에서만 허용되었다. 더구나 냉전체제가 국내화하는 과정에서 그에 반하는 이념이나 세력, 집단들이 폭력적·물리적으로 정치과정은 물론 시민사회의 영역으로부터도 배제되었을 뿐 아니라 아예 그 국민으로서의 자격까지도 부정당하는 체제가 제도화되었다.¹⁴⁾ 그리고 이 모든 한계설정과 배척의 주체는 이승만 정권 이래 계속되는 집권여당이었고 그 하위권력으로서의 공안세력-국정원, 공안검·경찰 등-은 이의 대행자로 기생하였다.

1) 87년체제의 정치적 한계

1987년의 민주화가 제대로 된 민주화에 이르지 못 한 것도 이러한 체제압력을 뚫고 나가지 못 하였기 때문이다. 국민의 정부선택권을 보장할 것을 요구하였던

11) 이 점에서 헌법재판소가 자유민주적 기본질서의 해석에 시장적 경제질서를 삽입한 것은 잘 못 된 것이다. 헌법이 말하는 자유민주적 기본질서는 “각인의 기회를 균등”히 하는 평등주의적 요소와 “각인의 능력을 최고도로 발휘하게 하”는 인격의 자유로운 발현이라는 요소로 구성된다. 그리고 이런 요소들은 헌법 제119조 이하에서 규정되는 경제질서와는 무관하게 그 의미가 결정되는 것들이다.

12) 이하 이 항의 서술은 한상희, “통치술로서의 정치의 사범화 - 통합진보당사건과 관련하여 -,” 민주법학 제 56호, 2014, 22-30면을 편집한 것이다.

13) 최장집, 민주화 이후의 민주주의, 후마니타스, 2005, 77쪽.

14) 박찬표, 한국의 48년체제, 후마니타스, 2010, 31쪽.

6.10민주항쟁은 실질적으로는 권위주의적 군사정부체제에 대한 저항권의 행사였고 국민의 기본권보장과 민주적 정치질서의 확립을 향한 일종의 시민혁명적 성격의 외침이었다. 즉, 1987년 10월 27일의 제9차 개정헌법, 즉 현행헌법은 4.19 민주혁명에 의한 제3차개정헌법과 함께 국민들이 헌법의 주체로 등장했다는 점에서 큰 의미를 가진다. 그것은 "평화적이고 민주적인 절차에 따라 국민적 여망을 최대한으로 수용한 합의개헌의 형태로 이루어진"(권영성, 101) 헌법으로 대통령의 직선제와 국회의 권한 보완 등 과거 권위주의적인 헌법침해의 현실을 극복하기 위한 제반의 장치를 마련하였다. 특히 이 시기 초·중반에 형성된 절차적 민주주의의 모습이나 헌법재판소가 주도하는 정치의 사법화현상은 적어도 최소한의 수준에서의 입헌주의체제가 제자리 잡아 가는 듯한 모습까지 보였다.

1987년의 민주화가 민주주의의 공고화수준으로까지 확장되지 못한 것도 이러한 체제압력을 뚫고 나가지 못하였기 때문이다. 대통령 직선제를 주장하며 국민의 정부선택권을 보장할 것을 요구하였던 6.10민주항쟁은 실질적으로는 권위주의적 군사정부체제에 대한 저항권의 행사였고 국민의 기본권 보장과 민주적 정치질서의 확립을 향한 일종의 시민혁명적 성격의 외침이었다. 그것은 “평화적이고 민주적인 절차에 따라 국민적 여망을 최대한으로 수용한 합의개헌의 형태로 이루어진”¹⁵⁾ 헌법으로, 대통령의 직선제와 국회의 권한 보완 등 과거 권위주의적인 헌법침해의 현실을 극복하기 위한 제반의 장치를 마련하였다. 특히 이 시기 초·중반에 형성된 절차적 민주주의의 모습이나 헌법재판소가 주도하는 정치의 사법화 현상은 적어도 최소한의 수준에서의 입헌주의체제가 제자리 잡아 가는 듯한 모습까지 보였다.

하지만, 민중들이 쟁취한 민주화의 성과들을 일부의 정치엘리트들이 신군부와의 타협이라는 형식으로 변형해 버림으로써 87년체제의 실체는 왜곡된 상태로 전개되었다. 대중적 기반이 약한 엘리트 정치인으로 구성되는 소수정당(야당)과 과거 권위주의체제를 주도하였던 “구권위주의 세력”이 정치를 주도하면서 신군부 정권의 권위주의적 행태나 정경유착의 양상들을 제대로 청산하기는커녕 오히려 그들과 공존하는 방식을 취하였다. 그 결과 87년체제는 “이후의 20년은 민주주의의 모양새만 얻고 알맹이를 놓친 좌절의 역사”로 전락하였고,¹⁶⁾ 민주화 투쟁

15) 권영성, 헌법학원론(법문사, 2010), 101쪽.

16) 백낙청, “6월 항쟁 20주년에 본 87년체제,” 김종업 편, 87년체제론: 민주화 이후 한국사회의 인식과 새 전망 (창비, 2009), 57쪽.

의 주력이었던 대중들은 정치로부터 소외당하는 “사회적 균열구조”가 드러나게 되었다.¹⁷⁾ 그 결과 우리의 정치에는 다음과 같은 두 가지의 행태가 나타나게 된다.

첫째, 제도정치로부터 소외되는 대중들은 자신의 정치적 대표를 엘리트 정치인에서 찾는 방식보다는 시민사회의 공적 영역을 직접 창출하는 방식으로 추구한다. 87년 이래의 노동자·농민들의 거리항쟁을 거쳐, 2002년의 미선이·효순이 사건에서 비롯한 촛불시위나 2008년의 미국소고기수입반대 촛불시위, 최근 진행 중인 세월호특별법제정과 관련한 대중집회 등은 정치적 대표를 찾지 못한 대중들의 직접적 자기주장이었다. 둘째, 대의기관인 국회는 과거 권위주의체제에 비하여 상대적으로 강화되기는 했지만, 시민사회로부터 상향식의 대표성을 확보하지 못한 여당과 야당은 설득과 타협에 의한 의사운영방식보다는 다수결이라는 힘의 논리에 의존하는 경향을 보인다. 원내 다수당은 다수로서의 힘을 행사하며 야당을 밀어붙이고, 이에 밀린 소수당은 권한쟁의나 헌법소원의 형태로 헌법재판소로 달려가는 양상이 계속되었던 것이다. 그리고 이러한 정치의 사법화 현상은 시민사회에도 이어져 정치적 대표를 찾지 못한 시민들이 가장 간편한 정치방향의 방식으로 헌법재판소를 택하는 모습도 양산되었다. 보기 나름으로는 “87년 체제에는 헌정주의가 민주주의를 지나치게 통제하고 압도할 가능성이 항존하고 있는 셈”¹⁸⁾이라는 김동엽의 판단은 이러한 정치의 사법화 내지는 법률가의 지배(juristocracy) 현상¹⁹⁾이 87년체제의 핵심 구성요소임을 잘 드러내고 있다.

2) 신자유주의의 삼입

여기에 IMF사태로 통칭되는 1997년 경제위기를 계기로 본격화되는 신자유주의로의 편입 국면은 87년체제를 분절화시키는 커다란 분기점을 이룬다. 선거라는 일상적인 방식에 의해 최초로 정치권력의 교체를 가져온 김대중 정부체제는 그 절차적 민주주의의 진전에도 불구하고 신자유주의 국면을 공식화하였다는 점에서 또 다른 한계선을 마련한다. 민주화의 성과들을 시민사회에 돌리지 못하고 오히려 경제권력·자본권력에 대한 국가통제권만 민영화, 자유화라는 명분으로 해체해 버림으로써 지나치게 비대화한 재벌 등의 경제권력이 국가사회 전반에

17) 김중엽, “분단체제와 87년체제,” 김중엽 편, 87년체제론, 35쪽.

18) 김중엽, 위의 글, 36쪽.

19) 이에 대한 비판적 고찰은 Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*(Cambridge: Harvard University Press, 2004) 참조.

결쳐 강력한 영향력을 행사할 수 있는 기회만 양산하였다. WTO나 FTA와 같은 국제경제법체제가 새로운 헌정주의의 핵으로 등장하는 상황에서 개방과 민영화, 자유화로 특징지어지는 이러한 후기 87년체제의 한계는 정치적 민주화를 경제 논리에 종속시켜 버리는 새로운 지배체제의 형성을 불가피하게 하였다.

실제 신자유주의는 시장에 대한 국가규제를 완화·해소하고 경제주체들의 자율과 선택을 중시하며 노동시장의 유연성·탄력성을 확보함으로써 경쟁력과 생산성을 강화하고 공공부문을 민영화(보다 정확히는 사유화)하는 한편 기업의 이윤을 극대화하고자 하는 정책경향을 의미한다. 하지만 이를 다른 관점에서 정리하면 이익의 사유화, 손실의 사회화로 이어지며 이를 위해 시장을 시민사회와 분리시키고 국가권력을 동원하여 전자를 위해 후자를 통제하는 전략을 취한다.²⁰⁾

이와 같은 신자유주의의 작동방식은 다음과 같은 양상으로 드러난다.²¹⁾ ① 협박전술, ② 국가기구와의 네트워크 활용, ③ 세력관계의 물질적 응축을 통한 자산가·제공권력·정치의 구조적 결합 혹은 ‘복합질서’의 구축 등. 협박전술은 우리나라와 같은 발전국가의 경우 매우 유효한 전략으로 등장한다. 고용과 투자의 주체로서의 기업은 일종의 자본파업이나 자본이탈의 협박을 통하여 국가를 통제하고자 시도할 수 있다. 또한 푸코가 말하는 통치술의 재구조화는 여기서 이루어진다. 즉 위협을 강조하며 이로부터 안전을 도모하는 가운데 그 안전관리의 책임을 책임있고 합리적인 개인으로 전이시키는 생명관리정치가 이루어지는 것이다.²²⁾ 둘째의 방식은 관료를 중심으로 한 공적 의사결정과정을 인적 네트워크를 통해 사유화하는 형태로 드러난다. 전방위로 진행되는 우리나라의 전관예우의 관행은 그 대표적인 예로 공적 의사결정과정을 사유화하는 최악의 상태를 만들고 있다.²³⁾ 특히 전직 고위공무원들을 고문이라는 직위로 무차별 고용하고 있는 대형법무법인은 이러한 사유화를 실질적으로 제도화하고 있다. 셋째의 방식은 제도의 변형을 통한 자본이익의 극대화방식이다. 탈정치화를 통한 시민사회의 대의체제를 해소하며 “정치의 사법화(judicialization)와 민주주의의 형식화”에 의한 자본활동공간의 극대화를 도모한다. 국제수준에서도 FTA라든가 혹은 투자자-국가 직접 소송제(ISD) 등도 그 전략의 주요요소를 이룬다.²⁴⁾ 이런 과정을

20) 김동춘, 위의 글, 248쪽.

21) 지주형, “신자유주의적 경제권력의 해체와 경제민주주의: 국가론의 관점에서,” 한국사회학회 사회학대회 논문집(2012), 특히 74-75쪽.

22) 홍태영, 62쪽.

23) 이에 관하여는 한상희, “헌법문제로서의 전관예우 방지: 공적 권력의 사유화와 그 헌법문제,” 헌법학연구 제 17권 제4호(한국헌법학회, 2011), 91-134쪽 참조.

통해 미시적인 정권교체만으로 자본의 욕망을 좌절시키지 못하는 상태가 이루어지는 것이다.

이러한 신자유주의의 전략은 이미 우리 국가가 경험하였던 개발독재식의 성장전략과 결합하여 작동한다. 폭력적 노동수탈을 가능하게 만든 강력한 노동통제와 불균형성장정책에 의한 수탈적 시장체제의 구축, 재정과 외환정책 조작을 통한 과도한 이윤수준의 보장, 대외신용 보증 및 국내시장 수탈 방식에 의한 수출기업의 보호 등은 후자의 대표적인 예이다. 여기에 1997년 소위 IMF위기를 극복하는 과정에서 김대중정부에 의해 진행되었던 4대개혁 전략²⁵⁾과 그에 이은 노무현정부의 신자유주의 경제정책노선은 이러한 상황에 더하여 그나마 자본에 대하여 가해질 수 있었던 국가적 통제 가능성조차도 말소시켜 버렸다. 오히려 국가와 자본이 종래의 수직적 관계를 벗어나 공생의 관계 내지는 공모의 관계로 들어서게 만들었다. 국민국가적 통치능력을 상당부분 양보하고 포기할 수밖에 없게 만든 한미FTA라든가 공익의 실현이라는 공법적 관심을 재산권과 영업의 자유, 계약의 자유에 양보해 버리고 만 규제완화정책등은 그 대표적인 예가 되었고, 참여민주주의라는 명분을 통해 서서히 유입한 관료정치·전문가정치의 관행은 기업의 이익이 그대로 공공부문에 침투하는 통로를 만들었다.

여기에 이명박정부와 박근혜정부에서 가속된 기업친화적·시장친화적 정책들은 그나마 시장을 통제하던 공법적 규율까지도 내팽개치는 양상을 만들었다. 재벌기업에 대한 출자총액의 폐지, 법인세와 종합부동산세의 인하(소위 부자감세)와 그로 인한 재정적자를 서민가계로 전가하려는 시도, 공기업의 사유화, 의료·교육등 사회필수적 서비스에 대한 시장체제의 도입 시도 등 다양한 방식으로 시장에 대한 국가적 개입의 가능성을 해체해 버렸다. 그리고 이러한 “자유화”의 부담은 온전히 시민사회의 영역으로 전가되었다. 노동의 유연화가 만든 노동의 질적·양적 악화 현상은 가장 두드러진 피해이다. 복지와 사회안전망의 해소 혹은 그의 사유화에 따른 질적·양적 수준의 저하는 자본의 이익을 위하여 희생되어야 하는 또 다른 피해부분이다. 거둬드는 부동산경기부양정책이 양산한 하우스푸어의 현상이라든가, 대형자본에 의한 골목시장·재래시장의 침식 현상은 대기업의 천문학적 규모의 순이익이 어떻게 조성된 것인지를 잘 보여주는 것이기도

24) 지주형, 앞의 글, 74쪽.

25) 그 중에서도 금융개혁정책은 제5공화국정권에서 국제그룹의 해체를 가능하게 하였던 관치금융의 체제를 해소시킴으로써 국가가 과대성장한 재벌을 통제할 수 있는 수단을 상실하게 만들었다.

하다. 한마디로 “공유재의 종획(enclosure of commons)”현상이 나타나면서 대한민국이라는 국가의 계급성을 노골적으로 드러낸다.²⁶⁾

이렇게 기층민들의 기본적인 삶이 부정되고 경제적 소수자에 대한 국가적 책무가 회피되는 국면에서 필연적으로 나타나는 저항은 강력한 경찰력에 의해 관리되고 또 통제된다. 용산참사사건이나 밀양의 송전탑사건, 쌍용자동차사태 등에서의 국가폭력이나, 유성기업·SJM·만도 등에서 나타났던 용역경비업체에 의한 ‘사적’ 폭력 현상 등은 국가가 자본의 이익을 위해 노골적인 청부폭력업자로 작동할 수도 있음을 자인한 것이 된다. 한마디로 신자유주의 경찰국가의 현상이 폭넓게 그리고 공공연하게 나타나는 것이다.

신자유주의의 현실에서 경찰은 노동자들의 생존권 투쟁을 억압하는 ‘위기관리자’일 뿐이다. 경찰과 경찰권집행의 현장은 국가와 개인간의 밀접한 협조와 공조가 공존하는 협력의 장이 아니라 노동자 등 사회하층계급에 대한 국가권력의 인권침해가 일상적으로 이루어지는 대결의 장일 뿐이다.²⁷⁾

3) 반공국가의 부활

48년체제는 여기서 되살아난다. 87년 이후의 민주화과정에서 공식화되기 시작한, 사회적 정의와 삶의 질에 대한 대중들의 관심과 요구들을 정치엘리트들이 제대로 대표하지 못하는 상황에서, 이미 정치권에 대한 강력한 목소리를 획득한 자본권력의 이해관계들이 새로운 억압의 체제를 요구하게 된 것이다. 해방 이후부터 그 끈질긴 생명력을 과시한 반공억압체제가 민주화의 과정에서도 척결되지 못한 채 여전히 잔존하고 있는 상황에서, 자본의 이익에 반하는 사회정책이나 경제정책에 대한 대중적 요구가 속출하는 현상은 예의 “자유민주적 기본질서”의 담론을 정치권력과 자본권력이 공유하게 되는 좋은 빌미를 제공하기 때문이다. 그래서 노동자의 요구나 비정규직의 항의, 철거민들의 생존권 요구 등의 주장들은 단순한 사회·경제적 갈등의 수준을 넘어 이념적 수준으로까지 고양되어 체제 존속을 위태롭게 하는 공안사건으로 재규정된다.²⁸⁾

26) 이광일, “한국에서 신자유주의 경쟁국가의 계보와 현재,” 문화과학 2008 여름, 48쪽.

27) 이계수, “신자유주의의 세계화와 경찰국가의 강화,” 민주주의법학연구회, 2001년 심포지움 <신자유주의와 민주법학>, 2001.11.24. 출처: http://delsa.or.kr/xe/index.php?document_srl=5635&mid=sympo

28) 이 점은 최근 국가보안법 위반의 혐의로 입건된 건수가 증가하고 있는 추세로 예증된다. 한 보도에 의하면 “국가보안법 입건자 수(신규)는 2007년 64명(구속 17명), 2008년 46명(구속 16명), 2009년 56명(구속 18명), 2010년 97명(구속 32명), 2011년 90명(구속 19명), 2012년 112명(구속26명), 2013년에는 129명(구속

특히 국가와 자본의 유착현상은 또 다시 48년체제의 반공이데올로기에 의해 엄폐되거나 은폐된다. 우리 검찰의 공안부의 관할사건이 대공·간첩사건, 선거사건, 노동사건이라는 사실에서도 알 수 있듯이 자본이 행사하는 폭력에 대응하는 국가적 권력은 “빨갱이”나 “중북좌파”의 담론에서 나오는 비국민화전략이다. 진보와 좌익을 동일시하고, 노동쟁의와 국가변란을 등치시키는 방식이나 모든 국민을 좌파와 비좌파로 구획하는 방식은 87년체제에 들어와 더욱 심화되어 버린 지역주의 전략과 결합하면서 20 대 80의 불균형을 1 대 99로 고착시키고자 하는 자본의 구획방식과 그 맥을 같이 한다. 그리고 이러한 이간적 분열정책은 경제민주화나 복지국가의 문제 혹은 민생이나 취업의 문제, 환경과 교육의 문제 등에까지 작용하여 시민들의 쟁론을 차단하는 또 다른 목적에 기여한다. 시민사회를 탈정치화시키고 국회의 대의기능을 무력화시킴으로써 민주주의 자체를 형식적인 것으로 만들고 그 속에서 국민의 정치가 아니라 자본권력과 정치권력의 담합에 의한 과두정체를 구성해 내고자 하는 것이다.²⁹⁾

실제 이 시기는 과거의 권위주의적 행태들을 척결하고 민주화와 법의 지배를 실현하고자 하는 시민사회의 요청과, 신자유주의적 세계체제 속에서 재산권과 계약의 자유를 최우선적 고려대상으로 보면서 시장중심적 국정운영을 주장하는 자본권력 및 관료들의 주장, 그리고 의회를 중심으로 기득권의 확대재생산을 도모하는 정치엘리트들이 삼각의 관계에서 서로 대립되는 양상을 보여 왔다. 그리고 이 과정에서 국가보안법이나 ‘집회및시위에관한법률’ 등 권위주의적 법제가 그 생명력을 유지할 수 있는 틈새를 발견하게 된다. 엄밀히 보자면 2008년 출범한 이명박정부는 이러한 삼각 구도에서 “신자유주의적 성장프레임”이 승리하는, 조희연이 말하는 2008년체제³⁰⁾가 구체화된 양상으로 드러난다. 87년체제의 성과에 대한 대중의 실망과 신자유주의의 억압을 새로운 성장프레임으로 대체하고자 하는 대중들의 지지를 바탕으로 “신보수세력”이 권력을 장악하고 나선 것이다.

38명)으로 증가하는 추세를 보이고 있다고 한다. 내일신문, “국가보안법 구속자 대폭 증가,” 2014.9.19. in: http://www.naeil.com/news_view/?id_art=121879

29) 이 부분에서 과도한 정치적 양극화는 민주주의의 발전을 저해한다고 한 R. Dworkin의 말은 의미심장하다. 그에 의하면 과도한 정치적 양극화 아래서는 공적 논쟁이 성립되기 어렵고 따라서 가치 있는 민주주의(그는 이를 다수결주의에 대립되는 동반자민주주의라고 한다)의 발전은 기대하기 어렵다고 한다. R. Dworkin, 흥한 별 역, 민주주의는 가능한가(문학과지성사, 2012), 제5장 참조. 하지만, 우리나라에서의 정치적 양극화는 정치 분화의 결과로 나타난 것이 아니라 보수화의 국면에서 일방이 타방을 배제하고 배척하는 과정에서 야기된 것이라는 점에서 그의 처방은 적절하지 않을 수도 있다. “진영논리”로 폄하되는 이 현상은 엄밀히 보자면 배제의 권력에 대한 항의와 저항의 대립으로 구성되어 있다는 점에서 민주주의에 내재하는 장애요인이라기보다는 민주주의로 나아가기 위해 먼저 극복해야 할 선행조건이 되어 있는 셈이다.

30) 조희연, “‘87년체제’ ‘97년체제’와 민주개혁운동의 전환적 위기,” 김종업 편, 87년체제론, 82쪽.

노태우정권하에서의 보수-혁신의 대립구도나 이명박정권에서부터 두드러지기 시작한 보수-진보의 대립구도, 그리고 현정권에서 첨예하게 등장하는 ‘종북’의 담론들은 한편으로는 바로 이렇게 사회적·경제적 갈등을 체제갈등으로까지 변형시키는 가장 기본적인 조작수단으로 작용한다. 해방 이후부터 대립적·적대적 관점에서만 구성되어 왔던 “자유민주주의”라는 실체 없는 담론이 (헌법재판소 등의) 헌법해석이라는 우회로를 통해 사유재산제와 자유시장경제질서의 수호라는 헌법적 실체를 획득하면서, “자유민주주의”에 대한 도전은 국가에 대한 도전이며 따라서 반국가적인 것으로 배제되고 배척되어야 하는 해악으로 규정되는 것이다. 그리고 이 과정에서 종래의 ‘반북한’이라는 소극적 개념과 함께 ‘종북’이라는 낙인은 그때그때의 정치적 편의에 따라 정치적 이해관계는 물론 경제적 이해관계까지도 포함하는, 반대자들에 대한 배제의 논리로 작용한다. 진보적 성향을 표방하는 정당들이나 노동조합, 사회변혁을 주창하는 시민단체 등 기득의 권력이익에 반하는 모든 결사와 주장과 이념들이 체제외적 존재로 규정되고 또 배척되는 것이다. 과거 비국민의 별칭이었던 “빨갱이”라는 용어가 이제 “종북”이라는 용어로 변이되면서 기존의 공안적·권위주의적 통치의 폐습들이 반복되고 있는 것이다. 그리고 이 과정에서 87년체제의 정치는 보수-진보라는 진영의 싸움 혹은 종북좌파라는 homo sacer의 생산이라는 가장 비정치적인 대립·갈등에 고착되어 버리고 만다. 정치라는 이름의 폭력만이 배회하는 신반공국가가 등장하고 있는 것이다.

3. 신반공국가의 통치술

3.1. 공안체제의 존재이유: “적”의 창출

전술한 바와 같이 48년체제 즉 반공체제는 기본적으로 실체를 가지지 아니한다. 48년의 정부수립 자체가 신념이나 사상, 정파 등에 기하여 ‘적’을 제거하는 과정 속에서 혹은 그 과정 그 자체로 형성되어 왔고 “반공”이라는 슬로건은 바로 이런 ‘적’을 규정하는 방법으로 구성되어 왔기 때문이다. 환언하자면 당시의 정부수립과정은 이념적 지향이나 신념에 기반한 국가목적은 먼저 설정하고 그에 맞추어 우적을 구획한 것이 아니라, 먼저 우·적이 규정되고 난 다음 배제하고 제거하여야 할 적을 “빨갱이”로 규정하며 처단하였던 것이다. 마치 1949년 빨치산 토벌작전이 진행되던 지역의 치안유지를 위해 발급된 국민증이 “공비”와 “주민”

을 구별하는 기준이 되었던 것과 마찬가지로의 구조에서 “빨갱이”라는 용어가 국민과 비국민을 구획하는 가장 주요한 낙인으로 작용하고 있었음은 바로 이 때문이다. 그리고 이러한 낙인은 5.16 쿠데타세력이 반공을 내세우자 시민증 없이 생활하던 시민들이 자신의 안전을 보장할 첫 번째의 조치로서 앞다투어 시민증을 발급받는 상황을 양산하게 된다.

국정원과 공안검찰의 연합을 중심으로 한 이 공안체제가 그 존립기반으로 내세우는 상소(常素)인 “적”의 존재는 이렇게 창출된다. 그것은 마르크스주의라든가 나치즘과 같은 이념의 수준에서 규정되지 않는다. 해방이후 냉전체제 속에서 정부수립의 걸림돌이었던 북한의 존재도 엄밀히 보자면 국정원의 “적”개념에 완전히 포섭되지 않는다. 오히려 그 “적”은 북한을 중심으로 하여 “빨갱이”라는 담론으로 구성되는 일련의 관념체 내지는 의미관련체들을 대상으로 형성된다. 이념이라는 실체가 아니라, 자신과의 적대라는 관계만으로 “적”을 규정하고 있는 것이다.

이 점은 국정원이 주축이 되어 발간한 것이라는 의심을 받고 있는, 안보강연자료인 『반대세의 비밀, 그 일그러진 초상』(인영사, 2009)에서 잘 드러난다.³¹⁾ 이 책에서는 좌익세력, 좌경세력, 좌성향세력, 중북세력, 좌파, 반대세(반대한민국세력) 등 다양한 용어가 서로 혼용되거나 중복된 채 사용된다. 하지만, 그 중에서 용어의 의미가 그나마 분명하게 드러나는 것은 좌익세력이다. 이는 “혁명이나 선거 등을 통해 대한민국 정권을 무너뜨리고 사회주의체제를 수립하려는 노선을 분명히 하는” 세력을 말하며(72쪽), 여기에는 중북좌익세력(NL파, 자주파, 주사파)와 비중북좌익세력(PD파, 평등파) 등이 포함된다. 그 중 전자는 북한체제의 통일을 지향하고 후자는 북한도 무너뜨리고 제대로 된 사회주의국가로 통일해야 한다는 입장을 보인다는 점에서 차이가 있다고 한다.(77쪽) 그리고 반대세는 이들에게 협조적 자세를 보이는 “일부 좌경세력”까지 포함하는 개념이다.(72쪽) 여기서 “좌경세력” 혹은 “좌성향세력”은 좌경화되어 있기는 하지만 대한민국 체제를 정면으로 부정하지 않는다는 점에서 좌익세력과 구별된다고 한다.(73쪽)

그러나 이러한 개념은 “좌성향단체들”을 소개하는 부분(123쪽 이하)에서는 좌경

31) 따라서 이 책의 내용은 그대로 현정권 혹은 현체제가 사용하고 있는 지배담론을 담고 있다고 해도 무방할 것이다. 즉, 최근 나타나고 있는 각종의 중북, 좌파 등의 담론들은 거의 모두가 이 책의 내용과 크게 다르지 않은 맥락성을 가진다.

세력과 혼착되어 서술되고 있으며, 실제로도 양자의 구분은 현실적으로 불가능함을 토로하고 있기도 하다(124쪽). 『반대세의 비밀』은 해방 이후 남한지역에서의 좌익세력의 활동을 소개하면서 조선공산당에서부터 건준, 인공, 전평 등 다양한 모습들을 서술하고 제주4·3사건 등 다양한 사건들을 이들과의 연관 속에서 설명한다. 하지만, 그러한 단체, 사건들에 이어 박정희 정권하에서 발생한 인혁당사건, 동백림사건, 통혁당사건, 인혁당재건사건, 남민전사건 등을 서술하면서도, 하나같이 이들을 북한과의 연관 속에서 성격규정되는 것으로 설명하는 한편 이들이 좌익세력의 본질을 이루는 것처럼 평가하고 있다. 마치 전술한 바와 같이 자유민주주의의 개념이 공허하듯, 이 책 또한 사회주의 체제의 수립이라는 주장보다는 오로지 북한과의 연계만이 좌익세력을 규정하는 키워드로 사용되고 있을 뿐이다. 그나마도 민주화 이후의 시기에서는 “좌익세력”이라는 용어가 “좌익·좌경세력”으로 바뀌었다가 다시 “좌성향세력”으로 바뀐다. (189쪽)³²⁾

이러한 비정형적 태도는 좌익세력의 개념에서부터 도출된다. 『반대세의 비밀』은 반대세의 핵심세력으로 “사회주의체제의 수립”을 기도하는 좌익세력을 지칭하고 있으나, 이 책의 어디에서 사회주의체제가 무엇인지에 대해서는 설명하지 않고 있다. 북한을 설명하는 경우에도 사회주의의 한 특수한 형태로서 그 역사관이나 통일전술, 주체사상 등을 서술하고 있을 뿐, 반대세의 주축이념인 사회주의가 어떠한 내용을 가지며 어떠한 전술을 사용할 것을 요구하는지에 대해서는 거의 침묵으로 일관하고 있다. 오히려 사회주의의 다양한 형태들을 차별화하지도 않은 채 “민주”의 개념에 사회민주주의도 포함되는 것으로 설명함으로써³³⁾ 스스로 자기부정에 빠져버리는 우를 범하고 있다. 더불어 대한민국의 핵심가치로 제시하고 있는 “자유민주주의체제”조차도 국민주권원리·권력분립, 법치주의, 복수정당제 등의 정치체제를 중심으로 설명하고 있을 뿐, 사유재산제·시장경제체제 등

32) 실제 ‘정부전복세력’의 범주에 비공산주의자 내지 반공주의자도 포함될 수 있다는 점은 1974년 민청학련사건에 즈음한 박정희전대통령의 연설~에서 드러나기 시작한다. “공산주의자가 아닌 사람들이 정부를 뒤집어엎는 것은 크게 잘못이 아닌 것처럼 이런 착각을 가지고 있습니다.” “공산주의자들하고 공산주의가 아닌 사람들이 가령 궁극적으로 노리는 목표는 다르지만 우선 정부를 폭력으로 뒤집어엎는 데 있어서는 완전히 합치가 되었다” 등과 같은 박정희전대통령의 언술은 권위주의체제의 심화에 따라 반공주의만으로는 국내의 정적을 제거할 수 없는 상태에 이르자 공산주의=정부전복세력=민청학련 등 반정부세력의 도식을 구사하면서 후자를 탄압한 것이다. 황병주, 위의 글, 128-9쪽에서 전재함. 요컨대, 반정부세력을 정부전복세력으로 규정하면서 이 후자의 개념을 매개로 공산주의자 혹은 북한이라는 “적”과 동일선상에 반정부세력을 위치시키는 담론조작을 하였던 것이다. 그리고 바로 이 점에서 반공주의는 체제안보를 위한 가장 포괄적인 지배이데올로기로 확대되어 작용한 셈이 된다.

33) 이는 종래 우리 헌법교과서의 일반적인 태도였다. 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서로 나누고 양자는 모두 우리 헌법에서 수용가능한 것으로 받아들이는 취지의 서술을 하고 있었다.

과 같은 것들은 “자본주의체제”로 별도 항목으로 구분하여 설명한다.(306쪽) 한마디로 국정원등과 같은 공안세력의 존재근거로 제시되는 좌익세력의 개념 자체도 제대로 규정하지 못하고 있는 것이다.³⁴⁾

이와 같은 개념적 모호성은 사회주의에 대한 무지의 소치라기보다는 ‘의도된 무규정성’에 기인하는 것으로 보인다. 『반대세의 비밀』은 “진보”라는 개념을 부정하고 이를 “반대세”의 개념으로 대체할 것을 주장하면서 그 서술을 시작한다. 체제개혁이나 체제개량을 주장하는 것과 체제전복을 주장하는 것의 차이를 모호하게 만들기 위한 개념조작인 것이다. 실제 『반대세의 비밀』은 “좌성향의 시민운동단체들”이라는 항을 통해 민주주의민족통일전국연합, 6·15공동선언실현과한반도평화를위한통일연대, 전국민중연대, 한국진보연대 등을 열거하면서 이들을 통해 민주노총, (구)민노당, 전농, 전교조, 참여연대 등과 연결지우면서 정부비판적 시민단체나 노조, 정당까지도 일괄하여 좌성향세력의 범주로 포섭하고자 한다. 이 점은 다음의 인용에서 재확인된다.

우리나라 ‘진보세력’ 용어는 좌익세력이 자신들의 반대한민국활동, 사회주의활동을 합리화하고 나아가 일반 대중으로 하여금 자신들의 활동에 동참토록 유도하고 나아가 자신들의 실체를 은폐·엄폐하기 위한 유효한 수단으로 활용하기 위한 전략적 개념인 것이다.(67쪽)

남한내 좌익세력들은 각종 문건들에서 이명박 정부를 뒤흔들어 국민들로부터 등을 돌리게 한 후 2012년 대선에서 반보수대연합(통일전선전술)을 구축하여 권력을 쟁취하겠다는 목표를 제시하고 있다.(101쪽)

“대한민국을 긍정하는 건전한 진보세력”은 좌익세력을 은폐·엄폐하는 수단이며, 반보수대연합 등의 형태로 대한민국을 공격하는 교두보의 역할을 수행하는 등 좌익세력에 의해 이용되기만 할 뿐이라는 것이다. 그리고 이러한 개념조작을 통해 진보세력에 체제전복세력이 숨어들어가는 것이 아니라 오히려 진보세력의 주장 자체가 체제전복적인 좌익세력을 대변하는 것인 양 오도하고 있는 것이다. 그래서 김대중 정부에는 “사회주의를 지향한 좌익운동권으로 분류되는 인사”들도 참여하였으며, 그 “일부는 대한민국을 부정하던 사상을 버리지 못하고 좌편

34) 북한의 존재를 이용한 반공주의의 형성과 강화의 과정에 대하여는 황병주, “1970년대 유신체제의 안보국가 담론,” 역사문제연구 제27호, 109-139쪽 참조.

향성을 보였다는 비판을 받고 있었다”는 지적(87쪽)이 가능하며, 노무현정부 역시 “주사파 출신 등 대한민국을 부정하는 좌익운동권 전력을 가진 것으로 평가 받는 이들도” 참여했으며 그들이 “좌경 성향을 보였다고 할 수는 있으나 그들이 대한민국을 부정했다고 할 수는 없다”고 했다가 바로 그 아래에서는 “그들 중 일부는 대한민국에 대한 부정적인 태도를 유지한 것으로 의심받기도 한다”는 등의 자기모순적 발언을 서슴지 않고 할 수 있게 된다.(88쪽)

결국 『반대세의 비밀』은 좌익세력과 좌경세력 그리고 좌성향세력을 구분하고 이들을 다시 진보세력과는 별개의 존재로 다루는 듯한 외관을 가지고 있으나 중국적으로는 이 모든 세력들이 하나의 전술-반보수대연합(통일전선전술)-속에서 혼착되거나 결합되어 있는 것으로 규정하는 교묘한 담론전략을 펼친다. 그리고 그 과정에서 마치 북한이 “적”의 핵심을 차지하는 것처럼 제시하나, 실질에 있어서는 “적”을 규정하는 것이 아니라 “우군” 즉 보수로 지칭되는 일련의 기득권세력의 이익을 수호하는 것을 주된 개념요소로 삼고 있다. 부연하자면, 좌익세력이나 좌경세력의 개념을 모호하게 하는 한편 이 세력들이 사용하는 전략이나 전술을 중심으로 이들을 결합시키면서 결국 “이명박 정부를 뒤흔들어 국민들로부터 등을 돌리게”하는 반보수대연합의 세력이 곧 반대세에 해당하며 이들은 북한이 제시하는 통일전선전술의 행동책으로 기능한다는 논리를 구성하고 있는 것이다. 이 점은 우익세력을 규정함에 있어서의 구체성에서부터 다시 반증된다. 『반대세의 비밀』은 우익세력으로 안보의식과 반공의식이 투철한 건국·호국세력과 경제관료나 경제활동에 적극 참여했던 세력으로서의 산업화세력을 들되, 세 번째 세력으로 드는 자유민주화세력과는 달리 별다른 의심의 대상이 되어 있지 않다.(91-4쪽) 즉, 앞의 2자는 확고한 우익세력이나 자유민주화세력은 경우에 따라서는 “좌경성향”을 보였다는 의심이나 “좌편향성”의 비판을 받을 수도 있는(87-8쪽) 한계적 존재로서 설명된다.

요컨대, 『반대세의 비밀』은 그동안 우리나라 공안세력들이 국가보안법을 자의적으로 운용해 왔던 현실을 그대로 드러내고 있다. 대한민국의 적은 대한민국을 전복하려는 세력이 아니라 문자 그대로 “대한민국 체제”를 전복하려는 세력 즉 기득권세력에 적대하는 모든 세력들이며 이 체제전복의 여부를 결정하는 것은 그들의 행동이나 태도 혹은 이념이나 지향이 아니라 체제내의 기득권세력 그 자신임을 규정하고자 하는 것이다. 그래서 반대세는 그들이 반대세로 행위하기 때

문이기보다는 그들이 반대세이어야 하기 때문에 반대세로 낙인찍히는 양상이 벌어지게 된다.

3.2. 위협과 공포: 잠재적 위협의 창출

공안세력이 생명력을 갈구하는 전략에는 적의 창출 외에도 이 적으로부터 파생되는 잠재적 위협을 끝없이 창출해 낸다는 것도 포함된다. 군사적 위협이나 무차별적인 테러와 같은 물리적인 위협에서부터 국가적 파산, 모라토리엄에서부터 국가경쟁력의 약화나 무역수지의 악화등과 같은 경제적 위험도 여기에 해당된다. 하지만, 『반대세의 비밀』은 이렇게 다양한 위협을 모두 적시하지는 않는다. 오로지 북한의 존재를 부각시키고 그들의 전략·전술을 남한 내의 좌익·좌경세력과 연계하여 소개하는 것으로 충분하다. 물론 해방 이후 수십년동안 반복되어 온 이 식상한 소재에 보다 현실감을 더하기 위해 베트남의 사례나 필리핀의 사례 몇 가지를 첨가하는 것으로 충분하다.

“현재의 상황이 계속된다면, 좌익이 나라를 지배하는 시기는 반드시 온다. 그것이 10년 후가 될 것인지, 한 시대 후가 될 것인지는 알 수 없으나 반드시 그런 시태가 오고야 말 것이다.”

“처음에는 좌익세력과 제휴하는 정권이 들어서고, 그 다음 단계에는 좌익세력이 주도하는 연합세력의 정권이 들어서고, 궁극적으로는 완전한 공산정권이 들어설 것이다”

만약 1990년 전후 소련 등 동구공산정권들이 붕괴되지 않았다면 그 예언은 조기에 실현되지 않았을까 하는 생각이 든다. 좌익세력이 아직 우리 사회 곳곳에서 활동하는 한 그 경고적 예언의 소멸시효는 끝나지 않았다.(이상 101쪽)

실제 위의 인용은 곧장 북한의 “사회주의강성대국을 이룩하기 위해 투쟁에 나설 것”을 선동하는 장면으로 연계된다. 해방 공간에서 반대세력의 축출은 “빨갱이”라는 낙인으로 충분하였듯이, 『반대세의 비밀』이 말하는 위협은 북한의 존재와의 연계가능성 하나만으로 충분하다. 물론 여기서 그 위협의 발생가능성은 모호하면 할수록 효과적이다. “10년 후”든 “한 시대 후”든 그 시기는 중요하지 않으

며, “동구공산정권들의 붕괴”와 같은 여건변화도 중요하지 않다. 그것은 미래에 어떠한 사태가 발생할 것이라는 확실성 있는 예언일 필요도 없다. 중요한 것은 그러한 잠재적 가능성만으로 얼마든지 우리 사회에 “경고”를 할 수 있는 상황이기 때문이다.³⁵⁾

그러나 이러한 위협에 대한 “경고성 예언”보다 더 문제적인 것은 그 위협의 강조를 통해 우리나라에서의 진보적 정권의 등장 자체를 차단하고자 노력한다는 점이다. 좌익세력과의 제휴정권 → 좌익세력주도 연합정권 → 완전한 공산정권이라는 도식은 최후의 단계인 공산정권의 등장을 우려하는 서술이기보다는 오히려 진보의 대체개념인 좌익세력 혹은 그와 제휴한 진보적 정권의 등장을 봉쇄하고자 하는 서술에 비중이 놓이기 때문이다. 즉, 이 서술은 위에서 언급한 바와 같이 “사회주의를 지향한 좌익운동권으로 분류되는 인사”들도 참여한 김대중 정부나 “주사파 출신 등 대한민국을 부정하는 좌익운동권 전력을 가진 것으로 평가받는 이들도” 참여한 노무현 정부가 또 다시 출범하도록 내버려두어서는 아니 된다는 강한 “경고성 예언”인 것이다.

그리고 이러한 위험한 사태의 발생을 막기 위해 우익세력은 단합하여야 하며 사상적·논리적 완결성과 강력한 투쟁성을 갖추 것을 촉구한다.(95-103쪽) 말없는 다수가 행동하는 소수 즉 좌익세력에 지배되어 왔음을 부인할 수 없는 상황이며, 그럼에도 우익과 좌익이 “새의 양 날개인 것처럼 잘못 이해”하는 것은 허용되지 않는다는 것이다(97,99쪽). 상술한 위협의 화법은 여기서도 반복된다.

좌익세력이 숫적 열세를 극복하고 숫적으로 압도적인 우익들을 제압해 헤게모니를 장악해 나가는 신통술은 바로 강한 조직력과 연대의식에서 나온다(...) 이들은 대학가와 노동계, 문화예술계·언론출판계·종교계·교육계 등은 물론 정계 및 관계·법조계에 이르기까지 우리 사회 거의 모든 분야에 침투해 있을 뿐 아니라 소속 부문을 뛰어넘어 서로 연대하여 투쟁하기 때문에 큰 힘을 발휘하고 있다(...)

좌익세력이 진출해 있다고 하는 그 모든 분야의 사실상 그리고 실질적인 지배력

35) 바로 이런 강조는 곧장 이석기의원등에 대한 “내란”관련 혐의를 씌우는 행태와 직결된다. 북한으로부터의 위협은 잠재적이든 현재적이든, 막연한 것이든 명백한 것이든 관계없이 일단 북한 = 적 = 위업인자의 도식에서 곧장 내란이든 이적동조든 금기설정이 가능하게 되기 때문이다. 그래서 북한의 주장에 외견상 동조하는 것만으로도 그 사람 또는 그 사람의 행위는 반국가적인 것으로 낙인찍히게 된다.

은 우익세력이 장악하고 있다. 하지만 그럼에도 불구하고 『반대세의 비밀』은 좌익세력들이 강력한 조직력을 바탕으로 한 신통술을 부려 그 헤게모니를 장악해 나가고 있다고 위협한다. 아무리 미미한 세력이라 하더라도 그 세력의 기반이 좌익인 한, 그것은 항시적인 위험인자이며 뿌리채 제거하지 않고 내버려두면 언젠가는 조직을 전복하는 불온세력이 되어 버리고 만다는 협박인 것이다.

남베트남(월남)의 사례에 관한 소개는 이미 식상한 범주에 들어가 있음에도 불구하고 이러한 위협을 강조하기 위하여 상당한 비중을 두고 서술된다. 월남의 민족해방투쟁의 역사나 통킹만사건과 같은 조작, 혹은 남베트남 정부의 부정부패와 이에 대한 민중적 봉기 등에 대한 언급은 거의 없이, “북베트남이 대대적으로 남침을 개시한지 50여일만에” “전투다운 전투도 해보지 못한 채 함락당하고” 만 사례는 보트피플의 비참함과 사유재산의 국유화, 무자비한 노동의 강요, 한 달 15Kg의 쌀배급 등의 고통과 오버랩 되면서 남베트남 내에서 활동한 간첩들과 좌익들의 역할에 대한 강조를 더욱 강화한다. 물론 이 과정에서도 순수한 반부패운동을 추진하던 “대학생조직·시민단체 등”이 이들 좌익세력들에 의해 이용당하였음을 언급하는 것은 결코 놓치지 아니한다. 당시 49,500여명에 불과했던 소수의 좌익들과 이들에 동정적이었던 월남인구의 17% 정도의 사람들이 남베트남을 패망시켰으며(136쪽), 이는 그대로 42,000여명에 이르는 “남한내 소위 남조선해방역량”의 존재에까지 연계되어 서술된다.(138쪽)

3.3. homo sacer와 진보의 분열책

하지만, 『반대세의 비밀』이 비밀로 감추고 있는 핵심적 사항은 진보진영 내부의 균열과 진보진영과 대중의 이간이라는 두 가지 전술이다. 이 책은 처음부터 끝까지 진보의 개념 자체를 상대화하면서 좌익 혹은 좌편향의 진보와 그렇지 않은 진보를 구분한다. 반대세와 대세의 구분은 이 경계를 획정하기 위한 도구적 개념에 지나지 않는다. 즉, 대한민국이라는 체제를 부정하는 세력과 그것을 인정하는 세력을 모두 진보의 개념에 산입하고 전자의 전략·전술에 이용당할 뿐인 순진한 후자를 그때그때의 목적에 따라 자의적으로 서술하고 있다.³⁶⁾

“진보세력 내에는 도저히 결합할 수 없는 두 세력이 함께 들어 있는 커다란 약점이 있다”(63쪽)는 서술은 “좌 편향성을 보이는 세력들이 진보라는 용어를 독

36) 실제 이 책은 진보의 개념을 사전적인 의미로만 파악하여 의도적으로 보수의 개념과 분리시키면서 진보와 보수의 양립가능성까지 거론하고 있다. 58-9쪽.

점하는 것은 잘못이다”(67쪽)라는 명제와 함께 이 책의 이와 같은 전술을 드러낸다. 그러면서 “좌경단체나 이른바 ‘진보단체’내에도 실체를 숨기고 있는 좌익 세력이 얼마든지 있을 수 있다”(73쪽)고 하면서 진보진영내부에 이렇게 이질적인 두 세력이 혼재되어 있기 때문에 진보세력이라는 그룹의 주장들에서도 “대한민국의 체제를 부정하고 북한의 체제적 특성을 나타내는 주장들이 혼재”(64쪽)되어 있다고 한다. “소수의 좌익세력도 위험하지만 대한민국을 긍정하는 좌경세력이 대한민국 체제에게 더 위험한 요인이 될 수 있다”(73-4쪽)고 노골적인 위협도 서슴지 않는다. “좌익세력이 불씨라면 좌경세력은 대중들의 감정을 폭발시키는 도화선 역할을 할 수 있는 것”이라는 논리는 이 위협의 절정을 차지한다. 물론 이에 대한 대안은 “이제 진보·보수간의 논쟁을 접고 대한민국을 긍정하는 대한민국세력으로 뭉쳐서 대한민국을 위협하는 反대한민국세력(좌익세력)을 경계해야 할 것이다”(63쪽)라는 것으로 제시되지만 정작 이 책이 지향하는 바는 이렇게 진보가 전향하는 것이라기보다는 오히려 진보의 분열이다. 이 책이 진보의 개념을 상대화하면서 반대세 v. 대세라는 대립구도를 대체용어로 사용하는 것은 이런 목적에서이다. “건전한 진보그룹은 보수그룹과 함께 대한민국이라는 마차를 이끌어가는 두 바퀴”라 규정하면서 “미군을 철수시키고 국가보안법을 폐지할 것을 거듭 주장하고 있”(64쪽)는 반대세와는 엄연히 구별되어야 하는 존재로서의 건전한 진보를 강조한다. 즉, 진보를 “소수의 좌익세력”으로부터 분리시키고 전자로 하여금 후자를 단죄하게 만드는 일종의 이이제이의 이간책을 지향하고 있는 것이다.

이 점은 최근 발생한 이석기 의원에 대한 국정원의 내란음모수사사건에서 가장 극명하게 드러난다. 국정원은 유사한 사건에서 국가보안법상의 이적행위나 동조·찬양죄 정도로 처리하던 관례와는 달리 이 사건은 특수하게도 내란이라는 최상위의 터부를 위반하려 하거나(음모), 그 위반을 부추긴(선동) 죄로 수사내용을 공표하였다. 이 사건은 반공 혹은 북한이라는 가상적인 적과 그로부터 도출하였던 가상적인 (안보)위험을 현재화하고 가시화한다는 점에서 의미를 가진다. 국가보안법과 같은 막연한 위험이 아니라 내란이라고 하는 구체적이고 쉽게 인지가 가능한 위험을 전면에 내세움으로써 48년체제의 안보국가론을 새로이 강화하고자 하는 것이다. 그리고 이를 위해 “대한민국을 긍정하는 좌경세력”과 다른 존재로서의 “소수의 좌익세력”을 구분해 내기 위한 표지로서 내란음모죄를 적용한 것

이다. 대한민국의 체제를 부정하는 이 “소수의 좌익세력”은 통합진보당이라는 “진보세력” 속에 숨어들어가 국회와 같은 국가기관 내부에 침투하여 강력한 조직력을 확보하고 이를 바탕으로 신통술을 부려 북한과 연계하여 내란을 획책하는 음모를 꾸미고 있기에 여타의 좌편향세력과는 전혀 다른 별종의 세력으로 분류되어야 한다는 것이다.

이러한 전략은 상당부분 주효하여 진보진영에서도 이석기 의원과 그 주변의 사람들을 단죄하기 시작하였다. 진보진영이 귀하게 여기던 무죄추정의 원칙이나 피의사실공표금지, 혹은 녹취록이라고 하는 전문증거의 신뢰성에 대한 검증은 이 경우에 간단히 무시되어 버린다. 의당 그럴 것이라는 추정과 함께 “녹취록의 내용이 사실이라면”이라는 간단한 유보조항 하나로써 그들을 진보진영으로부터 분리해 내고 비시민, 비국민화 해 버린다. 실제 이 책에서 말하는 좌익세력은 해방 이후부터 비국민으로 분류되었던 사람들이다. 그들은 전시든 아니든 관계 없이 즉결처형당하고 생매장당하고 적법절차도 없이 구금되고 고문받고 또 처단되었다. 누가 어떻게 처단하든 그의 합법성여부에 대한 심사는 전혀 없었다. 재판절차에서조차 그들은 시민권을 누리지 못하였다. 그래서 그들은 ‘벌거벗은 사람’ 즉 homo sacer로 전략해 있는 것이다. 요컨대, 이석기의원등에 대한 내란선동혐의사건의 경우 이 homo sacer의 존재는 국정원-검찰의 피의사실공표와 함께 시민사회속에서 구성된다. 과거의 수많은 국가보안법에서와는 정반대로 현실의 법정에서는 무죄추정과 전문증거법칙과 무기대등성의 원칙이 적용된 반면, 시민사회에서는 ‘그럼 그렇지’식의 단죄와 함께 시민권박탈의 과정이 신속하게 진행된 것이다. 그리고 바로 이 점에서 진보의 무력화를 지향하는 이 책의 전략적 서술은 상당히 주효하였던 셈이다. homo sacer는 “나는 R.O는 아니지만”을 외치며 소극적인 신앙고백을 하는 시민사회에 의해 창출되고 또 바로 그 점으로 인해 시민사회를 겁박할 수 있게 된 것이다. 어찌면 아감벤이 말하는 자기구속적인 수용소는 “어떤 명령이나 지시에 기원을 둔 것이 아니다. 그것은 세워진 것이 아니라, 어느 날 이미 거기에 있었을 뿐”³⁷⁾인 상황을 우리 모두가 무력한 표정으로 그저 쳐다만 보고 있을 뿐일지도 모른다.

3.4. 영겁회귀의 국가주의

37) G. 아감벤, 위의 책, 320쪽에서 재인용

사실 이 책의 문제점은 부지기수다. 하지만, 그 어느 것도 이 책의 퇴행성만큼 크지는 않다. 이 책의 서술에서 일관되게 중심에 서서 주체로 등장하는 것은 사회도 경제도 인간도 아닌 국가이다. 해방 직후 시민사회도 배제한 채, 그리고 정치도 폐쇄된 채 오로지 국가만이 이들에 선행하여 등장하면서 다른 모든 생활 영역을 압도하였던 그 국가주의의 과거로 퇴행하고 있는 것이다.

대체로 국가주의(statism)는 “국가를 최고의 조직으로 보고, 국가 권력을 해당 사회 전체를 지배하는 중심으로 인정하는 정치 원리”³⁸⁾로 이해된다. 가치판단의 중심에 영구적인 존재로서의 국가를 설정하고 국가의 총체적인 사회개입을 당연시 하는 입장이 그것이다.³⁹⁾ 그것은 시민사회, 개인적 영역, 나아가 개인과 대립되는 위치에 국가를 놓고 국가가 이 모든 것에 우월한 지위와 권력을 가지고 지배하는 체제를 말한다.⁴⁰⁾ 이는 국가와 시민사회를 제도적으로 분리시키고 국가는 시민사회 혹은 경제영역으로부터 (상대적) 자율성을 가지면서 그 국가가 정립하는 가치는 모든 경제적 제공이나 시민사회적 이익이나 가치에 우선하는 것으로 간주한다.

이러한 국가주의는 개인주의 내지는 자유주의의 대립항으로 설정되는 것으로 이해되어 왔지만, 엄밀히 보자면 그것은 입헌주의 내지는 헌정주의(constitutionalism)에 대립하는 양상으로 발현된다. 헌법의 최고의 규율로 설정하고자 하는 헌정주의에 반하여 국가주의는 관념적 실체로서의 국가를 최고의 가치로 상정하고 국가가 사회와 개인의 영역에 개입하는 수단으로서의 법질서를 동원하는 체제를 구현하고자 하기 때문이다. 여기서 국가(state)는 법의 궁극적 원천으로 국가가 설정하는 국가목적은 헌법을 비롯한 모든 법질서에 상위하는 가치를 이루면서 헌법의 의미와 내용까지로 변경할 수 있는 가장 강력한 규범명령을 구성한다. 법의 지배라는 헌법적 가치는 국가의 권력을 통제하거나 제한하기 위하여 작동하는 것이 아니라 국가의 권력을 강화하고 국가권력의 확장이나 정당화의 수단으로 이용될 따름이다. 경제의 성장은 안정되고도 효율적인 국가 권력의 존재로 인하여 가능한 것으로 개념화되고, 이렇게 안정적이고 효율적인 국가권력을 창출하기 위하여 국가의 정치적 안정은 필수적인 헌법요청이 되며

38) 네이버 백과사전

39) 예컨대, 이순신이나 광재우 등의 역사적 인물을 설명하는 교과서의 서술내용도 그 인물들의 생애를 조망하는 방식이 아니라 임진왜란이라는 “국가의 위기를 맞아 국란을 극복하는데 공을 세운 인물”이라는 관점에서 설명되고 있음은 이러한 국가주의의 단적이 예이다. 오인택·최연규·김두규, “한·일 초등학교 사회과 ‘임진왜란’ 수업 비교- 국가주의적 관점의 문제점을 중심으로,” 동북아문화연구 제32집, 2012, 145-176면 참조.

40) B. Jessop, “Statism,” *Historical Materialism*, vol. 15, 2007, p. 233.

이 과정에서 법의 지배는 정치적 반대파들의 입을 막고 “사회통합”을 이루는 방향으로 동원된다. 공공영역에서의 탈정치화나 시민적 권리의 약화에 비하여 경제영역에서의 강력한 법제도가 구현되는 소위 이중적 국가구조(dual-state construct)⁴¹⁾는 이렇게 해서 가능하게 된다.

『반대세의 비밀』이 진보라는 개념을 대체하기 위한 담론요소로 대한민국이라는 국가를 산입한 것은 이의 단적인 예가 된다. 책의 후반부에 아무런 의미연관도 없이 자유민주주의나 자본주의와 같은 헌법요소들을 설명하기도 하지만, 실제 그 요소들의 실제적 내용에 대한 서술은 반대세나 대세와 같은 용어법이 차지하는 비중에 비하면 현저하게 적은 부분만 차지하고 있다. 오히려 그 다음의 절에 나오는 “대한민국과 역사를 사랑해야”라는 서술이 저자(들)의 의도에 부합하는 것으로 독해될 수 있다. 즉, 이 책에서 사랑의 대상이 되고 반대의 대상이 되는 대한민국은 실체가 없는 존재이다. 그것은 그 대척점에 서 있는 사회주의가 실체없는 공허한 개념으로 규정되어 있는 것과 상통한다. 그래서 이 책의 사설에서는 국가가 어떤 존재인가의 설명은 뜬금없는 서대문형무소역사관에서 느낄 것이 권고되는 “나라 잃은 설움”으로 치환된다. 일제강점기의 설움이 사회주의체제에서의 “설움”과 동일시 되는 논리비약이 횡행하는 것이다.

그럼에도 불구하고 이 책의 모든 부분에서 국가는 최고의 가치로서 설정된다. 대한민국을 긍정하는 것은 절대선이며 그것을 부정하는 것은 아무런 근거도 없이 절대악으로 규정되어 있다. 나아가 그나마 전통적인 애국주의의 실체를 이루던 “민족”개념조차도 부정적으로 다루면서 이를 “국가”개념으로 대체할 것을 요구한다.(195쪽 이하) “배타적인 ‘민족’개념보다는 현실적이고 화합적인 ‘국가’개념으로 나아가야 한다”(196쪽)는 것이다. 미선이효순이 사건과 버지니아공대에서 발생한 조승희사건을 등치시키면서 이를 민족이 아닌 국가의 맥락에서 보는 미국의 태도가 훨씬 우월한 것이라는 판단도 서슴지 않는다. 이미 국가간 억압이 표출된 사건과 개인적 수준에서 발생한 사건을 평면적으로 나열한 채 전자와 후자를 동일수준에서 평가하도록 강요하는 것이다.

바로 이러한 입장은 촛불시위에서 표출되는 반미감정을 소거해 버리려는 목적에서 연유한 것임은 미루어 짐작할 수 있으나, 문제는 그 과정에서 과거 권위주의 체제에서의 국가폭력을 정당화하는 퇴행적 사고들이 재생산될 수 있다는 점을

41) *ibid.*, pp. 321-322.

놓치고 있음에서 나타난다. 애국을 말하되 실제 없는 국가를 그 숭배의 대상으로 설정하고 있음으로 인하여 이 국가의 의사를 대의할 수 있는 자(대통령 등의 권력자)가 국민위에 한없이 군림할 수 있는 토대를 마련하고 있는 것이다. 예컨대, 쇠고기 수입과 관련한 촛불시위나 효순미선의 추모 촛불시위, 미군기지확장에 반대하는 평택시위, 한미FTA반대시위 등은 국가의 특정 정권이나 특정한 정책에 대한 국민적 반대의사를 표출하는 사례들이다. 그럼에도 이 책은 이를 반미감정에서 표출되는 반국가행위로 규정하면서 무가치판단을 내리고 있다. 더구나 이 과정에서 진보연대나 참여연대, 실천연대와 같은 시민운동단체들까지 좌편향단체로 규정하고 이들이 반국가적 시위를 획책하거나 북한의 획책에 유도된 것 같은 서술을 진행한다.(34쪽, 36쪽)

최근 세월호 참사 당일 7시간 동안의 대통령의 행적에 대한 논란이 일면서 대통령이 “국민을 대표하는 대통령에 대한 모독적인 발언”이라 발언한 것은 이런 서술과 조금의 차이도 없이 정확하게 일치한다. 「국가 =(대표) 대통령」이라는 의제를 통해 절대존재로서의 국가가 국가기관으로서의 대통령으로 그대로 이전하는 권위주의의 사고방식이 그 배경을 이루고 있는 것이다. 과거 권위주의체제에서 횡행하였던 국가원수모독죄의 구조(혹은 태국식 국가보안법이 되어 버린 국왕모독죄의 구조도 마찬가지다)가 87년체제에서 다시 부활한 셈이다.

이 점은 국민들을 우민화하는 서술에서도 잘 드러난다. 우리 국민의 정서적 성향은 감성·감정적이며 군중심리에 이끌리기 쉽다는 점을 강조하면서 이러한 반정부적·반국가적 행위들이 대중들의 주체적인 행동이라기 보다는 “흥분”이나 “감정이 폭발”하여 발생한 우발적, 추종적 행동임을 강조한다.(38쪽 이하) 국가주의에 필연적으로 등장하는 우민화의 경향이 여기서 조금의 변곡도 없이 그대로 드러나고 있는 것이다.

실제 이러한 국가주의는 시민사회를 국가에 식민화시킨다는 점에서 심각한 헌법문제를 야기한다. 공적 영역으로서의 시민사회에서 자발적·자생적으로 형성되는 국민의사를 제대로 국정에 반영하는 진정한 민주주의의 틀이 아니라 형식적·절차적 민주주의의 틀에 따라 국민들을 현실정치에서 배제하고 대의자(보다 정확히는 정치권력자)의 자의적인 의사에 따라 국정을 운영하는 권위주의의 체제가 등장하는 첩경을 마련하고 있기 때문이다. 그리고 이런 태도는 우리 역사는 이미 이러한 질곡을 목도하고 그것을 타파하기 위하여 수많은 피와 땀을 흘려 왔

음을 철저히 무시하는 것이기도 하다. 그것은 87년체제 하에서 87년 이전의 과거사를 꿈꾸는, 퇴행과 수구의 논리에 다름 아닌 것이다.

4. 신반공국가와 표현의 자유

전술하였듯이 이러한 반대세의 통치전략은 기본적으로 표현의 자유를 타겟으로 한다. 그것이 표면적으로 내세우는 자유민주주의(혹은 자유민주적 기본질서)라든가 반국가단체로서의 북한의 위협 또는 사회주의체제의 건설 등과 같은 것들이 어떠한 실체가 있어 그것이 우리 헌정질서에 현실적이고 구체적인 위협을 야기하고 있다면 분명 국가권력의 타겟은 그러한 위협을 야기하는 어떠한 행위 또는 그 행위의 현실적 발생가능성이 된다. 하지만, 이러한 위협 자체가 가공의 것이거나 최소한의 현실적 구체성도 갖지 못한 것이라면 권력의 대책점은 또 다른 모습으로 구성되지 않을 수 없다. 행위가 존재하지 않더라도 일정한 사상이나 신념체계 혹은 그런 것들이 외화된 결과들을 “모자이크”의 형식으로 조합하여 추출되는 일정한 경향성이 국가권력의 작용점으로 설정되는 것이다.

여기에 최근 활성화되고 있는 인터넷이나 SNS를 통한 또다른 (준)언론-불특정 다수에 대량, 고속으로 전파할 수 있다는 의미에서의-은 시민사회가 정치화되는 대안적 통로를 마련한다는 점에서 더더욱 그러하다. 전통적인 방식의 언론과 그에 터잡은 시민사회의 모습과는 전혀 다른 상황이 벌어지게 되기 때문이다. 통상적인 언론체제의 경우 일정한 엘리트군에 의한 표현의 여과와 ‘순화’작용-즉 데스크의 편집작용-이 이루어지고 이에 기반하여 정치권력의 통치작용이 구조화된다. 반면 새로운 (준)언론환경에서는 이러한 자기통제의 과정이 과감하게 생략된 채 거의 원자료형식의 표현들이 다수의 대중에게 노출된다. 또는 이미 가공된 언론보도의 경우에도 무수한 가지치기와 무한한 사적 편집의 과정을 거치면서 언론매체들이 의도한 의미와는 전혀 다른 의미와 내용의 보도들이 사이버 공간과 SNS의 화면들을 점유하게 된다.

우리가 이 시점에서 표현의 자유의 문제를 심각하게 거론하는 것은 이 때문이다. 신반공주의를 구성하는 정치권력의 입장에서는 과거 권위주의체제하에서의 언론통제가 비견될 수 없을 정도로 강력하고도 편재적인 통제장치들이 절실하게 요청되며 이 과정에서 표현의 자유는 가장 심각한 위기에 빠져들게 되는 것이다. 실제 최근 우리 정부가 표현의 자유에 가하고 있는 전면적인 압박은 크게

세 가지의 방식으로 진행된다. 과거 군사정권에서와 마찬가지로 언론기관 자체를 권력의 의지 아래 복속시킴으로써 권·언 유착을 도모하는 것이 그 하나라면, 촛불집회를 비롯한 각종의 집회에 대한 가혹한 억압에서 보듯 집회·시위에 대한 직접적·본질적 침해가 그 둘이며, 사이버명예훼손과 모욕죄 등 형사사법권의 남용이나 게시물삭제명령 등과 같은 검열유사행위 등을 통해 사이버공간에서 형성되는 공공영역을 분쇄하고자 기도하는 것이 그 셋째가 된다.

첫째의 방식은 언론기관에 대한 인사권을 활용하는 방식과 함께 언론의 소유구조를 변형시키려는 시도로 이루어진다. KBS나 MBC등 공영방송의 운영을 책임지는 이사회와 사장을 자신의 사람으로 충당하기 위하여 감사원과 경찰까지 동원하였던 이전 정권의 행태를 그대로 이어받아 현 정권 또한 공영방송을 중심으로 한 언론을 자신의 영향권-지배권-하에 두기 위해 내내 고심하고 있다. 나아가 MBC의 예에서 보듯 이렇게 바뀐 지배구조를 통해 프로그램의 편성을 조정하거나 혹은 그 담당자들을 교체하기조차 하였다. 인사권을 빌미로 언론의 자유에서 가장 본질적인 부분이라 할 편집권까지도 ‘자신의 사람들’이 장악하도록 한다. 과거의 유산인 권언유착이 그대로 재현될 상황을 만들어 놓고 있는 것이다.⁴²⁾

미디어소유규제정책을 거의 철폐하는 수준으로까지 바꾸겠다고 하는 현정부와 여당의 방침은 또 다른 언론규제의 발판을 마련한다. 대기업의 미디어소유를 규제하기 위한 기준을 자산 규모 3조원에서 10조원으로 대폭 높인지 얼마 되지 않은 지금, 여당은 자산규모에 따른 제한을 없애겠다는 안을 내어놓고 있다. 자산 규모 10조원 이상의 대기업도 지상파 방송의 주식이나 지분을 20%까지 소유할 수 있도록 하며, 종합편성 및 보도전문 PP에 대해서는 49%까지 소유할 수 있도록 하겠다는 제안을 하고 있는 것이다. 이는 단순히 언론의 지배구조의 문제에 한정되는 것이 아니라 언론으로 상징되는 여론의 형성체계를 자본과 시장의 논리 하에 예속시키겠다는 의지의 발현이라는 점에서 더욱 큰 문제를 야기한다. 언론이 언론 자체의 논리에 따라 작동하지 않고 경제논리에 따라 좌우되도록 함으로써 시민사회 혹은 공공영역의 형성 그 자체를 가로 막아버린다는 것이다.⁴³⁾

42) 여기서 광우병의 문제를 보도한 MBC PD수첩에 대하여 검찰이 수사권을 행사한 것은 그 자체로도 명백한 언론의 자유에 대한 침해이지만, 동시에 이는 국가의 공권력이 언론의 내용조차도 얼마든지 유효하게 통제할 수 있음을 보여준 시범케이스로서의 의미를 가진다. 환언하자면 그것은 향후의 모든 언론에 대한 사전검열의 경고일 따름이다.

43) 저속·불법 표현의 삭제권 등 사이버공간에 대한 질서통제권을 포털에게 부여하겠다는 발상은 그 자체 사전억제금지의 원칙에 위반될 뿐 아니라, 더 나아가 포털이라는 기업의 경영판단에 사이버공동체의 실질을 예속시

둘째의 방식은 3.1운동의 아우내장터에서부터 촛불집회가 일어나던 서울광장, 세월호특별법제정촉구를 위한 세월호광장에 이르기까지 면면히 이어온 “운동에 의한 민주주의” 자체를 말살하겠다는 의지의 직접적인 표현에 해당한다. 그동안의 우리의 민주화의 성과 그 실체를 부정하는 셈이 되는 것이다. 각종 집회의 ‘주최자’에 대한 구속·수배 등 형사사법권을 행사하는 것은 물론 차벽, 소화기·방패·물대포 등을 사용한 폭력·진압과 집시현장 주변의 휴대폰기지국을 대상으로 한 무차별적인 위치정보수집을 통한 개인정보침해와 형사처벌의 위협은 그 예에 불과하다. 지난 정권에서 발생했던, 일부 언론사를 상대로 한 제2차 소비자운동에 대한 탄압은 문명사회에서는 보기 어려운 억지논리로써 시민의 입과 귀를 막고자 하는 반민주적 조치에 해당한다. 하지만 그 최극단의 억압은 단연 집시법이다.

실제 우리나라의 집시법이 가지는 해악과 그 위험성은 수없이 많이 지적되어 왔다. 따라서 이를 여기서 더 거론할 필요는 없을 것이다. 문제는 이런 위험성을 제거하려는 노력은커녕 오히려 집회·시위를 “떼법”으로 호도하며 그에 대한 규제를 더욱 강화하고자 하는 반인권적 사고이다. 더구나 최근에는 “어버이연합”이나 “일베” 등과 같은 보수적인 단체들에 의한 집회·시위의 방해행위는 중립성을 포기한 경찰이 그 경비권력을 자의적으로 행사할 수 있도록 만든 집시법의 한계와 중첩되면서 시민사회의 여론형성을 왜곡하는 주요한 사건이 되고 있다.

44)

셋째의 방식은 사이버 명예훼손죄 및 모욕죄의 무차별적 적용, (현재는 위협으로 되었지만⁰ 통신실명제의 도입, 그리고 감청권⁴⁵⁾의 확대⁴⁶⁾를 주된 요소로 하

키는 것이 된다. 사이버를 통해 형성되는 또 다른 시민사회-공공영역이 마찬가지로 시장에 종속되는 현상을 초래하는 것이다.

44) 야간집회에 대한 법원의 위헌제청이 있자 검찰과 경찰청이 헌법재판소에 제출한 합헌의견은 이 점에서 하나의 코메디를 이룬다. 전세계에 우리나라의 집시법과 같은 악법이 찾아보기 어렵다는 점 때문에 비교법적 관점에서 합헌의견을 제시하기는 거의 불가능하다고 보여지지만, 그럼에도 불구하고 미국의 아주 작은 마을에서 만든 야간집회금지조례라든가 아니면 사회주의국가였던 중국이나 러시아의 집회규제법률(그것도 심야에서만 규제될 뿐 일몰후, 일출전이라는 포괄적 금지는 아니다) 등을 자신의 논거로 삼고 있음은 그들의 과렴치함을 넘어 그 자체가 하나의 코메디감이다.

45) 우리나라의 감청제도는 강제수사에 대한 영장주의의 원칙을 정면에서 거부한다는 점에서 그 자체 위헌이다. 분명 감청은 강제수사이며 따라서 헌법상의 영장주의가 적용되어야 한다. 즉 그것은 ‘법관이 발부한’ 영장에 의하여 하여야 한다. 환언하자면 법관 즉 재판주재자인 법관이 재판이라는 사법과정을 통해서 감청이 허락되어야 한다. 하지만, 현재의 제도는 법관이 아니라 법원이 감청을 허가하도록 되어 있다. 즉, 법원-법원장 혹은 그의 위임을 받은 수석부장판사-이라고 하는 하나의 행정기관이 처분으로써 감청을 허가하고 있는 것이다. 이는 재판-사법작용에 의하여 형사사법권의 하나인 강제수사권을 통제하고자 하는 우리 헌법상의 영장주의에 정면으로 반하는 위헌의 것이 된다.

46) 감청권의 확대는 국정원의 권력기반을 확장하는데 최적의 공간을 마련한다. 이는 국가안보 혹은 범죄수사의 틀을 넘어 산업기밀에 대한 국정원의 통제권을 확보하는 근거를 제시한다. 안보의 개념이 국가안보에서 시장

는 사이버 3대 악법의 형태로 이루어진다. 인터넷실명제라든가 사이버모욕죄의 경우 실제 그 제도의 도입으로써 치유하고자 하는 문제점들-사이버공간의 질서와 윤리-이 무엇이며 그 원인은 어떠한지 이에 대한 대처방안은 어떤 것들이 있는가, 나아가 그 효과는 어떠한 것인가 등에 대한 그 어떠한 조사나 검증도 없이 문자 그대로 ‘무턱대고’ 만들어진 법안들이다. 따라서 바로 이 점만으로도 미국의 사법심사의 법리를 빌리자면 narrowly tailored되지 않았다는 이유로 위헌판단을 면키 어렵게 된다. 표현의 자유 특히 사이버공간에서의 표현의 자유라는 우월적 권리(preferred rights)를 제한하면서도 그에 상응하는 과잉침해 금지의 원칙에 대한 고려가 조금도 이루어져 있지 않다는 점에서 우리의 위헌심사법리에 의해서도 마찬가지로 결론이 나온다. 그래서 참여연대는 이런 법들을 두고 “통과되자마자 헌법재판소로 직행할 법”⁴⁷⁾이라고 명명한 바 있다.

하지만 사이버모욕죄의 경우 이런 표현의 자유에 대한 법리의 문제를 넘어서는, 더욱 심각한 피해를 은닉해 두고 있다. 그것은 종래의 친고죄였던 모욕죄를 사이버공간에서만큼은 반의사불벌죄로 바꾸어 놓음으로써 기존의 모욕죄가 가지고 있던 위헌성, 반민주성⁴⁸⁾에 더하여 국가권력-형사사법권력-의 무한한 확장도모할 수 있도록 만드는 암적 요소를 내재하고 있는 것이다. 환언하자면, 수사당국은 사이버모욕죄의 수사라는 명분으로 어떤 토론방이든 혹은 어떤 게시판, 카페든 심지어 포탈까지도 어떤 표현이 누군가에게 모욕이 되는 것처럼 보인다는 이유만으로 수색영장을 발부받아 컴퓨터에 저장되어 있는 메일이나 게시물, 로그기록, 대화록, 주소록, 혹은 경우에 따라서는 그에 수반되는 워드프로세스파일들이나 동영상파일 등등 그 모든 것들을 들추어 볼 수 있게 된다. 뿐만 아니라 당사자들을 혐의자 혹은 피의자라는 명분으로 소환, 조사한다는 것 자체가 사실상 ‘손 봐주는’ 고통주기식 처벌에 다름아니다. 사이버모욕죄가 사이버공간

안보로 이행하는 추세에 발맞추어 국가비밀기관의 권력 또한 정치사찰을 떠나 시장사찰을 빌미로 한 모든 국민에 대한 전방위적 사찰을 가능케 하도록 기획하고 있는 것이다. 이에 관하여는 오길영, “통신비밀보호법 개정안 비판,” 이춘석·민주당 정책위원회, 통신비밀보호법 관련 토론회 자료집 수사·정보기관 통신감청 국민은 안전한가?, 2008. 12. 11 참조.

47) 참여연대 사법감시센터, 이슈리포트

48) 특히 영국의 경우에는 성실청이 중심이 되어 이교도들을 탄압하는 가장 강력한 근거로 신성“모독”이라는 모욕죄를 활용하였다. 이에 대하여는 존 B. 베리, 박홍규 역, 사상의 자유의 역사, 바오, 2005, 제7장 참조. 특히 모욕죄는 그 외에도 표현의 자유를 사회 특정계층의 권리로 전속시키는 기능도 한다. 예컨대, “[헌 보통법 집행부는] 사상과 토론의 자유라는 최고의 원리를 침해한다. 그들은 교육받지 못한 사람들이 자신들이 아는 유일한 방식으로 말하는 것을 제지하면서, 동일한 내용을 교육받은 사람들이 훨씬 더 효과적으로 훨씬 더 교활하게 말할 때에는 아무런 제제도 가하지 않는다” 베리, 전제서, 270면. 표현의 자유라는 최우선적 가치를 가지는 인권이 이 모욕죄로 인하여 계급적인 특권으로 변용되어 버리는 것이다. 그래서 모욕죄는 폐지되어야 할 필요가 있다.

에서의 국가보안법 혹은 제2의 긴급조치가 되는 것은 바로 이 때문이다. 마치 지난 날 국가보안법상의 이적표현물소지죄가 누구든지 밭보인 학생의 하숙집까지 수색할 수 있는 근거조항이 되었듯이, 사이버모욕죄 또한 하찮은 표현 하나를 핑계 잡아 밭보인 네티즌 누구라도 수사할 수 있는 무한대의 권력을 구성하게 되는 것이다.

요컨대, 집시법이 현실공간에서의 광장을 억압하고 폐제하기 위한 법이라고 한다면 이들은 사이버공간에서의 광장을 억압하고 폐제하기 위한 법이 된다.

요컨대, 출범한지 10개월이 채 안 되는 기간 동안 현정부와 집권여당이 한 일은 지난 20년간 우리가 소중히 가꾸어 왔던 공공영역을 파괴하는 것뿐이었다. 소화기와 명박산성과 물대포로 서울광장을 빼앗고, 조중동 광고거부등 제2차 소비자운동에 대한 형사처벌이나 집회에 대한 집단소송제 도입시도 등을 통해 거리의 정치를 말살시키고자 한다. 사이버공간 또한 예외는 아니어서 사이버 모욕죄등으로 그 정치성을 고사시키려 한다. 지난 날 수많은 공적 담론을 생산해 내며 대통령까지 만들어내었던 사이버공간을 이제 자본의 상업주의와 순간적 쾌락주의만이 판을 치는 곳으로 전락시키고 있는 것이다.⁴⁹⁾

인터넷 실명제의 문제는 같은 맥락에서 사이버상의 토론장에 범죄라는 낙인을 찍는다. 인터넷상의 명예훼손, 혐오발언들을 사이버폭력이라 이름짓고 이를 성폭력, 학교폭력 등과 동렬에서 5대 폭력으로 분류하여 규제하고자 하였던 지난 정권에서의 시도들은 인터넷의 해방성을 권력의 욕구에 따라 변형하고자 하는 노력에 다름 아니다. 의사소통의 과정에서 나타나는 일탈의 문제를 굳이 온라인과 오프라인으로 구분하고, 전자에 대하여 후자와는 다른 별도의 가치판단을 행하면서 그것을 성폭력·학교폭력과 같은 수준의 사회문제로 전이시켜 버리는 것이다. 이런 일탈유형을 치유하기 위하여 정작 선행되어야 할 행위특성의 분석이나 요인분석은 과감히 생략한 채 오로지 익명성이라는 단 하나의 인터넷특성에만 규제의 초점을 맞춘다. 인터넷 실명제는 그래서 음모론의 비난가능성을 안게 된다.⁵⁰⁾ 즉 그것은 인터넷에서 의사소통에 참여할 수 있는 자격을 실명자로만 한

49) 한상희, “잃어버린 20년 - 법치와 민주와 인권의 소멸,” 천주교 인권위원회

50) 이런 낙인찍기의 통제는 어떠한 표현유형들을 도덕적으로 혹은 사회적으로 악이라고 낙인찍고 그것을 오프라인과 다른 인터넷의 특유한 현상인 양 포장하면서 그 대책이라는 이름으로 표현의 자유영역에 국가가 간섭하는 방식으로 진행된다. 더불어 그것은 낙인행위를 통해 금지명령과 허용명령의 경계를 설정하고 이를 통해

정함으로써 익명의 네티즌에 대하여 일종의 진입장벽을 설치하는 효과를 거두게 되고, 이를 바탕으로 즉 인터넷상의 의사소통 체계 자체를 국가가 감시하고 통제할 수 있는 길을 열어 두게 하는 것이다.

최근 카카오톡 사건을 계기로 지대한 논란대상이 되고 있는 사이버감청의 문제는 이에 위헌무효가 되어 있는 인터넷실명제의 연장선상에 자리한다. 실명제든 통신제한조치 혹은 통신사실정보제공 등의 사이버감청은 모두가 통신주체의 개인정보를 타겟으로 하기 때문이다. 다만 인터넷실명제는 사이버공간의 질서를 제어하기 위한 것이라면 사이버감청의 문제는 현실세계에서의 질서-정치적 반대 혹은 저항의 통제-를 지향한다는 점에서 커다란 간극이 존재한다. 지난 날 미네르바사건에서 적용되었던 허위통신죄의 법리구성이 이제는 반국가-반대세의 죄목으로 심화되는 상황으로 전이되고 있는 것이다.

그리고 이러한 조작을 바탕으로 인터넷 전반뿐 아니라 그 인터넷 혹은 SNS로부터 분리될 수 없는 현대의 시민사회 전반에 걸친 포괄적 감시와 통제가 이루어질 수 있게 된다. 사이버모욕과 폭력을 예방·교정하고 익명성의 횡포로부터 사이버 공간을 보호하기 위하여 혹은 저작권을 보호하기 위하여 방송통신심의위원회-혹은 과거의 정보통신윤리위원회-나 사이버수사대와 같이 전방위적으로 인터넷공간을 훑어 나가는 사이버감시체계가 구축되게 되는 것이다. 이들은 인터넷상의 표현들을 스크린하면서 스스로 설정하는 ‘기준’에 따라 그 표현의 게시를 정지하거나 삭제·폐쇄할 것을 방송통신위원장 등 국가강권력의 소지자에게 권고할 수 있는 권한을 가진다. 실제 이런 통제장치들은 미국연방대법원이 말하는 검열에 해당되어 위헌이 된다.⁵¹⁾ 하지만, 우리의 둔한 인권현실은 오히려 정권의 차원에서 혹은 의원입법의 형식을 빌어 이런 폭력들을 확대하고 강화하는 퇴행성을 보이고 있다.

문제는 이 모든 통제가 오로지 온라인에만 그치고 있는 것은 아니라는 점에 있다. 국가권력이 온라인을 통제하고자 하는 가장 큰 이유는 그것이 오프라인의 질서를 재구성할 수 있는 힘을 가진다는 점에 있다. 사이버 모욕이나 사이버 폭력은 오프라인의 권위에 대한 도전으로 이어질 수 있으며, MP3파일의 공유는

국민들을 훈육하는 일종의 미시권력을 만들어낸다. “청소년보호”를 명분으로 만들어지는 “유해표현”이라는 개념은 각종의 필터링 프로그램들을 통해 그 유해성의 판단기준을 섹스, 폭력, 언어(폭언), 누드의 네 가지로 한정하는 효과를 도모한다. 그것은 아동을 유해표현으로부터 차단하는 효과를 거둬와 동시에 일반 국민에 대하여 이 네 가지의 표현 또는 행위들은 언제나 사회적 악으로 규정될 수 있음-또는 역으로 이 네 가지 외의 다른 것들은 “유해”하지 않음-을 훈육하게 된다.

51) *Banham Books Co., v. Sullivan*, 372 U.S. 58(1963)

신자유주의적 재산권개념을 흔들어놓는 도발로 이어질 수도 있다. 익명성으로 상징되는 사이버공간의 해방성은 각종의 하위문화, 대항문화들을 형성해 내며 이는 새로운 문화정치 가능성을 열어두기도 한다. 그래서 국가권력은 인터넷상의 의사소통에 주목하게 되고 ‘참여’나 ‘민주’ 혹은 ‘법치’라는 슬로건에도 불구하고 강권력의 물리력까지도 서슴지 않으려 한다. 더구나 현재와 같은 신반공 국가의 국면에서는 그 의사소통의 매체에 대한 통제권은 지배권력의 실체를 구성하는 가장 중요한 것이 된다. 그것은 금기와 억제의 틀을 구성한다는 점에서 뿐 아니라 감시와 검열을 통한 훈육과 구성이라는 점에서 더욱 더 그러하다. 현대의 통치술의 최극단에 이 권력이 존재하는 것이다.

4. 결론: ‘예외상태’의 선언을 향해

현재 진행되고 있는 이석기의원등에 대한 내란선동혐의에 대한 재판은 정확히 이런 지점의 중심에 자리잡고 있다. 그것은 한 정파에 대한 억압이자 동시에 우리 사회의 민주주의에 대한 침탈이기도 하다. 헌법과 그에 기초한 국가체제의 내용과 효력에 대한 결정권을 87년체제가 예상했던 것처럼 시민사회와 그 구성원들에 귀속시키지 않은 채 오로지 그들만이 전유하고자 하는 반민주적 욕망이 가장 첨예하게 드러나는 이 시대의 중대사건을 이루고 있기 때문이다. 여기에는 반공국가의 폭력성과 “자유민주주의”의 허구성과 국가안보의 기만성이 복합되어 있다. 그래서 그 사건은 재판이라는 법의 외관 속에서 이루어지지만 그 실질은 결코 법의 영역에 머무르지 않는다. 오히려 그것은 극단으로 교묘해지고 고도로 기교화된 통치술의 다름 아니다. 정치적 소수자에 일정한 낙인을 찍고 이를 통해 시민사회가 그로부터 등을 돌리게 만들고 그 상호이반의 과정을 통해 마치 ‘이이제이’의 방식으로 시민사회를 훈육하고 통제하는, 푸코식의 생체관리정치의 준하는 통치술이 작동하고 있는 것이다.

이제 이 내란혐의사건은 고등법원의 판결을 거치면서 내란음모에서 내란선동으로 그 국면을 전환하였다. 하지만 음모에서 선동으로의 변화는 오히려 더 심각한 문제를 야기한다. 그것은 현재의 신반공국가가 통치권력의 주요대상으로 획정하고 있는 표현의 자유 그 자체를 건드리고 있기 때문이다. 내란음모이 혐의를 통해 이석기의원등을 폭력집단, 반국가집단으로 규정하고 이를 통해 진보진

영의 분열을 도모한 효과에 더하여 이제 아직 그 개념조차 제대로 구성되지 아니한 ‘선동’이라는 이름으로 시민사회의 의사소통 수단까지 통제하는 수순으로 나아가게 된 것이다. 테러방지법이 가공의 위협을 추상적 위협으로 현재화하면서 국가권력을 강화하고자 한다면, 이 ‘선동’죄의 범리는 사고와 신념 그리고 그것의 교환만으로 그러한 위협의 조작-가공의 위협을 추상적 위협으로 현재화하는 행위-을 가능하게 만드는 가장 실효적인 공안정치도구로 기능하게 만든다. 뿐만 아니라 그것이 야기하는 냉각효과(chilling effect) 또한 시민사회의 침묵과 굴종을 강요하는 최악의 폭력으로 작용하게 된다.

결국 현재의 (인권)상태⁵²⁾는 3-40년전의 권위주의 체제에서의 인권상태와 질적으로 다르지 않은 것이 되어 버리고 만다. 어쩌면 87년체제는 아직도 우리에게 현실로 존재하는 것이 아니라 이상으로만 부과되어 있는 것인지도 모른다. 그것이 지향하였던 민주화는 설령 절차적 민주주의라는 최소강령의 형태로 찌그러들고 말았을지언정 아직도 여전히 우리에게 현실이 아니라 미래의 지향점 정도로 주어져 있을 뿐일 수 있다. 그동안 우리나라의 민주화과정을 “운동에 의한 민주주의”라고 한다면, 바로 이 때문에 현재의 (인권)상태, 혹은 현재의 국면은 여전히 운동과 저항을 요구하고 있는 상황이라 할 것이다.

근대국가의 구조원리인 입헌주의는 단순히 「헌법의 지배」만을 의미하지는 않는다. 그것은 그 정치공동체의 토대가 되는 역사와 전통과 이념과 가치의 복합체로서의 고차법, 근본법의 지배를 의미한다. 국민이 주권자가 되는 근대국가에 있어서는 입헌주의는 그 주권자의 주권적 의지-그것이 헌법의 명문규정으로 표현되어 있든, 역사와 전통 속에 내재되어 있든 아니면 인류보편의 이성으로 자연법적 지위를 가지고 있든 관계없이-의 발현태로서의 인권보장과 권력분립, 민주주의 등을 현실공간에 구현함을 목적으로 한다. 그리고 바로 그러한 시대정신을 현실에서 실천할 수 있는 방식으로 재가공하여야 할 의무를 지는 것, 그것이 바로 정부와 국회다.

하지만, 현 정부는 이런 입헌주의의 이념을 거부한다. 오히려 철저히 반입헌주의, 반민주주의, 반인권·반법치의 과거로 퇴행하고자 한다. 신자유주의를 핑계로 새로운 정경유착을 꿈꾸며, 효율과 생산성을 내세우며 자본, 관료, 전문가의 편

52) 실제 표현의 자유가 현 정권에서 침탈되는 예는 그 외도 적지 않다. 국사교과서에 대한 국가의 개입은 그 대표적인 예이다. 이는 교과서 저자들의 표현의 자유뿐 아니라 가치개입이 필연적인 역사해석에 있어 특정한 사관을 학생들에게 강요한다는 점에서 학생들의 양심의 자유를 침해하며 그러한 사관을 교육할 것이 강제된다는 점에서 교사의 교육권과 그에 수반되는 표현의 자유를 침해한다.

협한 조합주의를 도모한다. 이 과정에서 노동과 인권과 민주주의는 하찮은 희생양에 불과한 것으로 치부된다. 수많은 피와 땀으로써 세계 문명사회가 쌓아 왔던 그 인권항목들을 이제 “좌파” 혹은 불순세력의 투정 정도로만 인식될 뿐이며 지난 20년간 우리 사회가 이루어왔던 민주화의 성과조차도 자본의 욕구 앞에서 여지없이 파괴되고 만다. 언론을 통제하며 시민들의 광장을 봉쇄하며 시민의 입과 귀를 막고 눈을 가린다. 아울러 실명제, 감청제 등으로 국민감시의 전방위체제를 구축하며 언제라도 개개인의 동정을 꿰뚫어 보는 야경국가를 도모한다. 그들이 말하던 “잃어버린 10년”이 이제 우리들에게는 “빼앗겨 버린 20년”이 되어 우리들의 전생활을 압박해 오고 있는 것이다.

그래서 이제는 ‘예외상태’를 선언하여야 한다. 과거 민주화와 산업화의 성과조차도 새로운 권위주의에 흘러버려야 했던 남미 제국의 전철을 우리가 새삼 되밟아 나가는 우를 범하지 않으려면 “대한민국은 민주공화국”을 외치며 국가적 폭력에 단호히 대처하는 시민의 권력을 과시할 수 있어야 한다. 민주화의 길목에서 주춤거리는 최장집교수는 “총체적 인간은 민주주의하에서 자율적인 자기정체성을 형성하기가 쉽지 않다”⁵³⁾고 말하지만, 그러한 총체적 자기정체성을 회의하고 있는 사이에 현 정권과 그 배후의 자본세력의 권력의지는 우리의 일상을 전방위적이고 총체적으로 침탈해 오고 있다. 그래서 이정은교수의 말처럼 우리는 “황혼녘에야 날아가는 [미네르바의] 올빼미가 아니라, 늘 깨어있어도 감당하기 어려운 시대”에 살고 있는지도 모른다. 그리고 “국민 대다수가 정치적 운명을 새롭게 결정하고자 하는 의지”로서의 주권적 결단은 이런 상황에서 새삼 그 의미를 가지게 된다.

53) 전계서, 230면.

제1주제발표

Jan erik wetzel

앰네스티 인터내셔널(동아시아국) 수석 정책보좌관

독일 쾰른 변호사

영국 링컨대학교 법학과 조교수

<The Special Tribunal for Lebanon: A Court “Off the Shelf ” for a Divided Country> University of Cork(Ireland), 2007

<The EU as a 'Global Player' in Human Rights?> Barnes & Noble, 2012

제1주제발표

국제사회의 시각에서 보는 한국의 표현의 자유

JAN E. WETZEL / 앰네스티 인터내셔널 수석 정책보좌관

abstract

Jan Erik Wetzel is Senior Policy Advisor at the East Asia Regional Office of Amnesty International. He is also a trained lawyer, admitted to the bar in Cologne, Germany.

In his presentation he will demonstrate how some governments in Asia have used the concepts of "national security" as a misplaced justification to repress political opposition, human rights defenders and critical media reporting, stifling debate and creating fear among their citizens. He will give examples where individuals were arbitrarily detained and prosecuted for the peaceful exercise of their right to freedom of opinion, expression, peaceful assembly and association. Drawing on international laws and standards, including findings of the UN Human Rights Committee and the UN Human Rights Council, he will explain why the international community must remain vigilant and continue calling on governments to revise their national security laws in line with their international human rights obligations and commitments.

Kate Westmoreland

미국 인권변호사

미국 캘리포니아 변호사 및 호주 변호사

미국 스탠포드대학 로스쿨 연구센터 연구원

ILO 법률 자문/프로그램 담당관(전)

G20 실무그룹 및 WHO 국제회담 호주대표(전)

제2주제발표

미 연방대법원의 판결과 표현의 자유

Kate Westmoreland / 미국 인권변호사

LIMITED RIGHTS?

International case law on restricting the freedom of expression and association in the name of national security and public safety

COMAR LAW

Kate Westmoreland

- International lawyer, policy advisor
- Admitted to the California Bar and the Supreme Court of the Australian Capital Territory
- Affiliate, Stanford Center for Internet and Society

COMAR LAW

IMPORTANCE OF FREEDOM OF EXPRESSION AND ASSOCIATION

“Freedom of information is a fundamental human right and ... the touchstone of all the freedoms to which the United Nations is consecrated.”

1st UNGA session in 1946

“The free communication of information and ideas about public and political issues between citizens, candidates and elected representatives is essential.”

Human Rights Committee, General Comment 34

COMAR LAW

It's not just about the rights of the speaker

“[W]hen an individual’s freedom of expression is unlawfully restricted, it is not only the right of that individual that is being violated, but also the right of all others to “receive” information and ideas.... Its second aspect, on the other hand, implies a collective right to receive any information whatsoever and to have access to the thoughts expressed by others.... For the average citizen it is just as important to know the opinions of others or to have access to information generally as is the very right to impart his own opinions.”

Inter-American Court of Human Rights - *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Advisory Opinion OC-5/85 of 13 November 1985, Series A, No. 5, para. 70.

COMAR LAW

THE INTERNATIONAL LAW

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)
European Convention on Human Rights (ECHR)
American Convention on Human Rights (ACHR)
African Charter on Human and Peoples’ Rights (ACHPR)

COMAR LAW

ICCPR – the rights

Article 19

- 2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.

Article 22

- 1. Everyone shall have the right to freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for the protection of his interests.

COMAR LAW

ICCPR – the limits

Article 19

- 3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:
 - (a) For respect of the rights or reputations of others;
 - (b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.

Article 22

- 2. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those which are prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (ordre public), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on members of the armed forces and of the police in their exercise of this right.

COMAR LAW

3+ part test

- 1. Provided by law
- 2. Legitimate aim
- 3. Necessary
- (4. Proportionate)

COMAR LAW

2. Legitimate aim – national security

- *Extreme care must be taken by States parties to ensure that treason laws and similar provisions relating to national security, whether described as official secrets or sedition laws or otherwise, are crafted and applied in a manner that conforms to the strict requirements of paragraph 3.*

General Comment 34

- One of the highest societal values, but difficult to understand, assess and hold accountable

COMAR LAW

Principle 2: restriction is not legitimate unless its purpose and effect is to “protect a country’s existence of its territorial integrity against the use or threat of force, or its capacity to respond to the use or threat of force” from either an internal or external threat

Johannesburg Principles: National Security, Freedom of Expression and Access to Information

COMAR LAW

29. National security may be invoked to justify measures limiting certain rights only when they are taken to protect the existence of the nation or its territorial integrity or political independence against force or threat of force.

...

31. National security cannot be used as a pretext for imposing vague or arbitrary limitations and may only be invoked when there exists adequate safeguards and effective remedies against abuse.

32. The systematic violation of human rights undermines true national security and may jeopardize international peace and security. A state responsible for such violation shall not invoke national security as a justification for measures aimed at suppressing opposition to such violation or at perpetrating repressive practices against its population.

Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985)

COMAR LAW

2. Legitimate aim – public order

- Broader than national security
- *...the sum of rules which ensure the functioning of society or the set of fundamental principles on which society is founded. Respect for human rights is part of public order (ordre public)."*
Siracusa Principles, Principle 22

COMAR LAW

3. Necessary (and proportionate)

- Necessary to protect the legitimate aim
- *"... must be narrowly interpreted and the necessity for any restrictions must be convincingly established"*
Thorgeirson v. Iceland, 25 June 1992, Application No. 13778/88.
- Pressing or substantial need
- Rationally connected
- Not overbroad
- Proportionate

COMAR LAW

CASE LAW

COMAR LAW

National security

- *Mukong*
21 July 1994, Communication No. 458/1991
 - Cameroon had claimed without providing any evidence that the arrest and detention of the applicant was necessary to maintain national unity.
- *Tae-Hoon Park v. Republic of Korea*
20 October 1998, Communication No. 628/1995,
 - The applicant had been involved in a student association advocating for the reunification of North and South Korea while studying in the United States.
 - “State party has failed to specify the precise nature of the threat which it contends that the author’s exercise of freedom of expression posed”

COMAR LAW

Public order

- *Shin v Republic of Korea*
Communication No. 926/00
 - Conviction under National Security Law due to depiction of Korea indicating class struggle and overthrow of regime
 - *“The Committee notes that the State party’s submissions do not seek to identify which of these purposes are applicable, much less the necessity thereof in the particular case”.*
- *Coleman v Australia*
Communication No. 1157/03
 - Author delivered public speeches without a permit in a public mall
 - *“The Committee notes that it is for the State party to show that the restriction on the author’s freedom of speech was necessary in the present case.”*
 - Even if State can introduce permit system to strike balance between individual’s freedom of speech and general interest in maintaining public order, system must not operate in way that’s incompatible with art 19

COMAR LAW

Political organizations

- *MA. v Italy*
(117/81)
 - M.A. was serving sentence upon conviction of involvement in ‘reorganising the dissolved fascist party’, which is prohibited by an Italian penal law of 20 June 1952.
 - *... “[I]t would appear to the Committee that the acts of which M.A. was convicted (reorganising the dissolved fascist party) were of a kind which are removed from the protection of the Covenant by article 5 thereof and which were in any event justifiably prohibited by Italian law having regard to the limitations and restrictions applicable to the rights in question under the provisions of articles 18(3), 19(3), 22(2) and 25 of the Covenant. In these respects therefore the communication is inadmissible under article 3 of the Optional Protocol, as incompatible with the provisions of the Covenant, ratione materiae.”*

COMAR LAW

Political organizations (continued)

- *United Communist Party v Turkey*
 - The prosecutor accused the party of having "carried on activities likely to undermine the territorial integrity of the [Turkish] State and the unity of the [Turkish] nation."
 - Prosecutor mainly cited a chapter of the party's program entitled, "Towards a peaceful, democratic and fair solution for the Kurdish problem."
 - Political parties cannot be excluded from the protection afforded by the Convention "simply because [their] activities are regarded by the national authorities as undermining the constitutional structures of the State."
 - The limitations set out in Article 11, where political parties are concerned, are to be construed strictly, and only "convincing and compelling reasons" may justify restrictions on the freedom of association of political parties.
 - Freedom of expression is found *applicable* "not only to 'information' or 'ideas' that are favorably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb."
 - Article 11 must also be interpreted in light of Article 10 - the activities of political parties form part of a collective exercise of freedom of expression.

COMAR LAW

Political organizations (continued)

- *Refah Partisi (Welfare Party) v. Turkey*
Reports 2003-II
 - Applied to the Turkish Constitutional Court for dissolution of party on the grounds that the Party had become the center of activities against the republican principle of secularism.
 - "It is difficult to declare one's respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way [*60] it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts..."
 - The ECtHR insisted on the "clear and imminent danger" criteria as developed in its own case law.
 - State parties are under a positive obligation to secure the rights and freedoms listed in the Convention to persons under its jurisdiction. To this end, state parties are empowered with the power of "preventive intervention," which totally rejects the "present danger" test of the US Supreme Court.

COMAR LAW

Political organizations (continued)

- *Partidul Comunistilor v. Romania*
2005-I Eur. Ct. H.R. 209, 220 (2005)
 - PCN Party's aims (according to its political program) were to defend workers' interests and uphold the basic tenets of the Communist doctrine.
 - Party documents stressed upholding national sovereignty, territorial integrity, legal and constitutional order, democratic principles, universal suffrage, and freedom to participate in politics
 - Didn't call for violence, an uprising or rejection of democratic principles.
 - Court found that party hadn't taken any steps that indicated that aims were any different from those stated publicly.
 - *"The Court cannot find any statements ... despite the critical and sometimes hostile language used, that might reasonably be construed as a call for the use of violence for political ends or as a policy in breach of the rules of democracy"*.

COMAR LAW

Political organizations (continued)

- *Herri Batasuna v. Spain*,
App Nos. 25817/04 (Eur. Ct. H.R. June 30, 2009)
 - Application of a political party that was dissolved after having been found guilty of supporting terrorism.
 - Herri Batasuna, an electoral coalition, and the Batasuna, a political party, were founded in Spain as the political wing of ETA, the Basque terrorist organization.
 - The parties' links with the terrorist organization were found to be a threat to democracy.
 - Court decided that the sanction imposed on the applicants was in balance with the reason for interference and met a pressing social need, and was therefore necessary in a democratic society.

COMAR LAW

CONCLUSIONS

COMAR LAW

Guidance for cases of “insurrection”

- Limitations on expression and association are acceptable (sometimes even desirable) BUT very strict test
 - Especially for political expression and association
- High burden of proof on State
 - Justify the law AND its application to a particular case
- Not the same “clear and present danger” test of the U.S. Courts
 - Specify precise nature of threat, “Clear and imminent danger”
- Look closely at whether the speech or association is consistent with the principles of human rights in the convention.

COMAR LAW

THANK YOU.

COMAR LAW

서승

일본 리츠메이칸대학교 법학부 특임교수

1945년 일본 교토 출생

1968년 도쿄 교육대학 졸업

1971년 서울대 사회학과 석사를 마치던 중 '재일교포 학생학원침투 간첩사건'
' 조작. 1심 사형, 2심 무기징역 선고

1974년 엠네스티 '세계의 양심수' 선정

1990년 2월 대통령 특사로 석방

UC버클리대학 객원연구원

사단법인 '진실의 힘' 제1회 인권상 수상

〈옥중 19년〉 역사비평사, 1999

〈서승과 함께하는 동아시아 평화와 인권〉 선인, 2011

〈서승의 동아시아 평화기행〉 창비, 2011

국가보안법 시대에 대한 항변

서승 / 일본 리츠메이칸대 법학부 특임교수

1. 나의 경험

- 1) 한상진교수의 고법 최후진술(1971년)→사상의 자유는 있다
- 2) ‘월간조선’ 2009년12월호 서승과 리츠메이칸대학 코리아연구센터가 ‘연방제통일을 지지하는 반한단체’, ‘조총련 돈을 받고 있다’ 등 비방기사. 서울고법 민사13부(문용선 부장판사)는 서승 교수가 <월간조선> 발행사인 씨에스뉴스프레스와 소속 기자를 상대로 낸 정정반론보도 및 손해배상 청구 소송 항소심에서 “<월간조선>이 서 교수의 정정·반론보도문을 게재하고 1천만 원을 지급하는 내용의 강제조정이 성립됐다”고 14일 밝혔다. 법원은 결정문에서 “<월간조선> 2009년 12월호 ‘한국국제교류재단, 재일반한단체에 연구비 지원 내막’이라는 기사의 주요 부분이 대부분 허위에 해당한다”고 적시했다. <연합뉴스 2012-02-14 <http://www.viewsnnews.com/article/view.jsp?seq=83462>>

2. 표현의 자유

- 1) '우리가 미워하는 사상'을 발표하는 자유'→사상, 표현, 결사의 자유의 3위 일체→저항권
- 2) 선동→범죄를 직접적으로 선동하는 표현이고... 그러한 범죄를 발생시킬 명백하고 현재적인 위험이 있다
- 3) 내란죄→국토를 침탈하거나 국헌(國憲)을 문란시킬 목적으로 폭동을 일으킨 죄(형법 87조).

3. 치안유지법에서의 표현의 자유

4. 한국과 대만

1) 대만의 마잉쥬(馬英九)총통 "양안 관계는 과거 60년에 가장 평화로운 상태", "60년 이상 계속된 혼란을 거쳐, 양안의 평화를 유지하기 위해, 상호신뢰관계와 대만의 우위성의 확립이라는 두개의 과제에 직면했으나, 다양한 노력으로 과거 60년에서 가장 안정된 평화로운 상태에 있다" (2013/4/16)

<http://news.livedoor.com/article/detail/7599045/>

2) 양안관계의 현실

ㄱ. 재 중국대만인은 상하이, 아모이, 광저우 등에서 100만 명 (대만의 인구 약 2300만)→대만의 대륙왕래자수는 연간 500만. 대만의 국제결혼의 배우자 중 30만명이 중국대륙인.

ㄴ. 7년 전에 양안 정기 항공편은 없었으나 2012년 주 616편. 7년 전에 대만 방문 중국인 27만 4천명, 2012년에 250만 명까지 급증.

ㄷ. 2011년 이후, 대륙의 학생 2,000명 이상이 대만의 대학에 입학. 대만의 고교 졸업생 5만 명이 대륙의 대학에 진학. 중국 사법시험 대만인 수험자에게 개방.

ㄹ. 중국자본 대만투자 해금, 금융협력, 미디어교류, 군사포럼, 공산당 지방간부의 방문단 파견.

ㄱ. 대만의 수출의 40%가 중국, 중국에 진출한 대만기업은 10만사.

3) 마쑹통 취임(2008년 5월 20일) 양안평화정책 실시

ㄱ. 「통일하지 않고, 독립하지 않고, 무력행사하지 않는다」의 ‘3不정책’확인. 「선경 후정(先經後政)」 「선이후난(先易後難)의 기능주의적 접근방침

ㄴ. 2011/12에 7회의 기금회와 협회와의 수뇌대화. 16개의 협정과 3개의 각서(MOU), 1개의 합의→직항수송, 식품안전, 금융협력, 범죄공동적발, 사법협력, 공업제품기준, 어업·농업협력, 지적재산권보호, 의료협력, 원자력 안전 등.

ㄷ. 2010/6 양안 경제협력 범위 협정(ECFA : 자유무역협정) 체결.

ㄹ. 十六字箴言→正視現實, 累積互信, 求同存異, 續創雙贏원칙 제시.

4) 양안 관계사

ㄱ. 1949년, 장개석(蔣介石)이 대만으로 도피. 「대륙반공(反攻)」 「한적(漢敵) 불양립」 표방, 「삼불(三不)정책」(접촉, 교섭, 타협하지 않는다).

ㄴ. 1990년 7월, 대 중국 정책을 통괄하는 국가통일위원회 설치,

ㄷ. 1991년 1월, 대만 해협양안기금회 설립⇔중국 해협양안관계협회 설립.

ㄹ. 1991년 5월, 국공내전시기의 동원감란시기임시조항(動員戡亂時期臨時條款)을 43년 만에 폐지, 대만이 일방적으로 공산당과의 내전 상태의 종료를 선언. 動員戡亂時期懲治反亂條例→사회안전법

ㄱ. 陳水扁정권(2000년~2008년), 양안의 접촉·대화단절. 一邊一國론으로 대륙과 대립. 정명(正名)=대만명칭 사용운동. 2003년 9월 「TAIWAN」여권의 발급.

ㄷ. 2005년 3월, 대만독립 저지 목적의 「반국가분열법」을 중국이 채택. 야당 국민당의 連戰 국민당 주석이 2005년 4월에 방중. 胡錦濤 중국공산당 총서기와 회담하여 5개항 합의로 되는 보도문을 발표. 동시기, 양안간의 경제·인적 교류는 급속히 진전하여, 2005년 구정에는 중국 대만 직행 전세편 취항.

ㄱ. 마정권→양안 접근을 배경으로 대만인의 뿌리 깊은 “반중”감정에 변화. 2009, 2010년 여론 조사, 비우호국 1위에 중국, 그러나 「가장 친해져야 할 나라」 1위.

- . 2010년 6월의 양안경제협력협약(ECFA) 체결 후 여론조사→대만 주민 61%가 ECFA 지지. 동년 8월에 대만신문 왕바오(旺報)여론조사에서 67%가 「중국본토는 대만의 발전에 있어서 중요」라고 대답.
- ㄱ. 2013년 전방 통제구역의 해제, 2014년부터 의무병역 폐지방침(곧 철회)

5. 국가보안법과 보안관찰법

- 1) 속출하는 국가보안법사건의 재심무죄→국가 국익을 구실로 형사소송절차의 무시, 조작, 국가보안법 자체의 구성요건의 애매함, 정치와 이데올로기의 법의 지배, 독재정권의 ‘불신과 공포의 정치’
- 2)국가보안법 자체가 민주주의와 인권과 근본적으로 배치
- 3)보안관찰법→보안처분→약 50명 대상, K씨, C씨의 경우,

6. 치안유지법보다 더 하고, 대만보다 못한 한국의 국가보안법체제

이재승

건국대학교 법학전문대학원 교수

민주주의법학연구회 학술위위원장

법제처 법제연구담당관(전)

〈법사상사〉, 방송대출판부, 2005(공저)

〈인권법〉, 아카넷, 2005(공저)

〈민주적 사법개혁의 길〉, 필맥, 2006(공저)

내란선동죄의 기원과 본질

이재승 / 건국대학교 법학전문대학원 교수

1. 선동, 선동죄

1) 선동

한국형법에서 내란선동죄의 기원은 일본의 치안유지법, 독일 구형법(1871) 및 나치형법(1934)의 내란선동죄, 나치의 대표적인 특별법인 선동법(Heimtücke-gesetz)에서 찾을 수 있다.⁵⁴⁾ 구형법, 즉 일제시대의 형법에는 선동죄가 존재하지 않았다. 동시대의 법에는 선동에 적합한 영어 표현으로 sedition을 든다. 그러나 sedition 이외에도 seditious tendency, advocacy, (war) propaganda 등 유의어를 추가해서 논의해야 할 것이다. 유사한 의미에서 독일어 Aufforderung, Verhetzung, Heimtücke를 필자는 선동으로 포괄해보았다. 우리법에서는 형법에서 선동뿐만 아니라 고무, 찬양, 동조(국가보안법)도 동일한 범주에서 접근해야 한다고 본다. 그것들은 구성요건적 행위의 전단계(Vorfeld)에 속한다.

네이버 사전에 따르면, 선동(煽動)은 ‘남을 부추겨 어떤 일이나 행동에 나서도록 함’으로 정의된다. 이러한 정의는 법적으로 교사와 특별히 다른 의미를 부여하지 않는다. 사회를 개혁해야 한다거나 세상에 정의를 구현해야 한다는 모든 언

54) 나치의 선동법, 내란선동죄는 연합국 점령위원회법률 제1호에 의해 폐지되었다.

술도 부추기고 꼬드기는 수사로서 선동에 해당한다. 아마도 건전한 시민교육은 태도 유발적이고 행위 촉진적이므로 선동에 해당할 것이다. 정치의 목표는 언제나 작게는 세상의 어떤 것을 개혁하고, 세기의 관점에서는 세상 전체를 변혁하는 것이므로 진정한 의미의 교육자나 지도자는 모두 선동가이다.

위키피디아의 정의는 훨씬 법률적이다. “선동(sedition)은 법당국이 기존질서에 대한 반란을 유발하는 경향이 있다고 간주하는 연설과 조직 같은 공공연한 행위(overt act)이다. ... 선동은 자주 헌법의 전복과 합법적 권위에 대한 불만(저항)의 교사를 포함한다. 글로 쓴 선동적인 언사들은 선동적인 중상(seditious libel)⁵⁵⁾에 해당한다.”⁵⁶⁾ 위키피디아의 정의에서도 선동의 의도나 목적, 그리고 그 범위가 분명하게 한정된다고 보기 어렵다. 기존의 법담당자들이 선동이라고 보면 바로 선동이 될 위험이 존재한다는 점을 시사한다.

2) 진정한 내란선동죄

완전히 자유로운 표현으로서 선동과 처벌가능성이 있는 선동을 구별하는 것이 과연 가능할지 의문을 가진다. 그러한 구별이 매우 부질없는 시도라는 생각을 떨칠 수 없다. 어쨌든 언표자의 언동과 내란죄의 범의 간에 객관적이고 합당한 균형을 맞추는 것이 가능하지 않다. 당국이 선동죄로 기소하고 처벌하려는 의향을 갖는 한에서는 어떠한 행위도 선동죄로 처벌되지 않을 수 없다. 특수한 형태의 인격적 경향성을 전제해버리기 때문이다. 역설적으로 말하면 선동행위자의 범의는 법적용당국이 증명의 대상이라기보다는 스스로 충전(充填)시키는 백지이다. 범의는 행위자의 의도라기보다는 적용자의 불안심리에 지나지 않는다. 결국 권력자의 불안이 내란선동죄의 충전규범이 된다.

그러나 합리적인 제약을 생각해본다. 구체적인 범죄행위를 지향하거나 폭력적인 방식을 동원하여 체제를 전복하려는 의도를 포함하지 않고, 합(헌)법적인 방식으

55) 선동적 중상이 미국에서 범죄행위가 아닌지에 대해서는 학자들간에 이견이 있는 것 같다. William T. Mayton, “Seditious Libel and the Lost Guarantee of a Freedom of Expression”, *Columbia Law Review* Vol. 84(1984), 91쪽 이하.; Judith Schenk Koeffler & Bennett L. Gershman, “The New Seditious Libel”, *Cornell Law Review* Vol. 69(1984), 816쪽 이하.

56) sedition is overt conduct, such as speech and organization, that is deemed by the legal authority to tend toward insurrection against the established order. Sedition often includes subversion of a constitution and incitement of discontent (or resistance) to lawful authority. Sedition may include any commotion, though not aimed at direct and open violence against the laws. Seditious words in writing are seditious libel.<http://en.wikipedia.org/wiki/Sedition>

로 또는 민주적인 방식으로 체제를 변혁하자는 언동은 형법적 맥락에서 선동이라는 딱지가 처음부터 필요하지 않다. 예컨대 민주주의의 기본원리에 충실하면서 이론상 사회주의적 법치국가로의 이행을 목표로 삼을 수 있다.⁵⁷⁾ 합법적인 방식으로 헌법질서를 개혁하는 것까지 현재의 헌법은 허용하기 때문이다. 인간들은 체제의 궁극적 모습을 서로 다르게 상정할 것이다. 궁극적인 사회상은 영구불변의 형태로 존재할 수 없다. 일정한 시대의 잠정적인 사회상만이 존재하고, 아울러 인간사회는 본질적으로 영구적 변화의 과정에 있기 때문에 특정한 기존 질서에 인간의 사유와 규범을 완전히 고정시킬 이유도 없고 고정시키는 것도 불가능하다. 언제나 민주주의를 강화시키고 사회적 약자와 대중의 지위를 강화시키는 방식으로 사회를 영구적으로 혁신시켜야 한다.⁵⁸⁾ 필자는 특정한 사회경제적 질서에 인간의 삶을 고정시키거나 기존 질서를 더욱 악화시켜 약자를 영구빈곤의 도탄에 빠지게 하는 정치세력이 인간의 선한 본성⁵⁹⁾에 대한 반란을 일으키는 자이고, 그와 같이 퇴행적 정책을 경제 살리기라며 옹호하고 홍보하고 결정하는 학술관료적 정치집단이 내란선동을 자행하는 것이라고 생각한다.

3) 부진정 내란선동죄

부진정 내란선동죄는 진정한 내란을 종식시키고 인도적이고 정의롭고 균질적인 삶을 추구하는 자가 감수하게 되는 고초를 의미한다. 형법전의 내란선동죄를 아무리 읽어보아도 그 구성요건을 확정하기 어렵다. 글 또는 발언, 그리고 그로테스크한 의향이 이 죄의 전부가 될 것이다. 이제 구성요건이 아무것도 없는 백지형법(白地刑法)인 선동죄를 가지고 있는 나라에서 사회를 진정으로 혁신하고자

57) 볼프강 아벤트로트를 그러한 예로 꼽을 수 있다. 전통적으로 법조사회주의 아류로 규정할 수도 있겠다. Wolfgang Abendroth, "11 Thesen zur politischen Funktion und zur Perspektive des Kampfes für die Erhaltung des demokratischen Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland", Abendroth/Blanke/Preuß u.a., *Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft*, Europäische Verlagsanstalt, 1981, 35쪽 이하.

58) 옹거/이재승 옮김, 주체의 각성, 엘피, 2010; 이재승, 옹거의 사회변혁이론, 민주법학 제51호, 2013/3, 87-133쪽.

59) 나는 여기서 칸트의 선동을 인용해보겠다. 고지식한 도덕적인 철학자인 칸트가 모든 사람들이 프랑스혁명의 폭력양상에 기가 질려 물러섰을 때 다음과 같이 말했다.

"우리들이 목격하고 있는 바, 창의적인 어떤 인민의 혁명은 그 성공여부가 불투명하다. 제대로 생각하는 인간이라면 비록 그가 다시 한번 시도하여 요행 혁명을 완수하는 것을 희망할 수 있다 하더라도, 그와 같이 비싼 대가를 치르고서는 그 실험을 결단코 감행하지 않을 만큼 이 혁명은 참상과 만행으로 가득 찬 것일지도 모른다. 그럼에도 불구하고 이 혁명은 (이 사건에 직접 연루되지 않았던) 모든 관객들의 마음에까지 열광적인 애국심을 일으켰다. ... 인류역사에 있어서 그와 같은 현상은 결코 잊힐 수 없다. 왜냐하면 그것은, 그 어떤 정치가도 이전에 벌어진 사건들로부터는 헤아려낼 수 없는, 인간본성에서 보다 좋은 것을 지향하는 소질과 능력을 증명해 보였기 때문이다." Kant, "Der Streit der Fakultäten", W. Weischedel(편), *Kant Werkausgabe Bd. XI*, Frankfurt/M., 1993, 358-61쪽.

하는 사람이 선동죄의 적용을 피할 수 없다. 내란선동죄의 나라에서 선동죄를 적용하려는 사법당국이 있다면, 변혁가로 자부하는 사람이 있어야 할 장소는 감옥이 아닐까 생각한다. (물론 반동적 선동가는 감옥에 가지 않는다.) 그것은 인류 역사의 한결같은 방향이었다. 늦지 않는 시간에 성공이 따르는 경우도 있었다.

2. 선동죄의 기원과 본질

몽테스키외는 법의 정신에서 다음과 같이 말한다. “말이란 범죄행위를 준비하고 그것에 수반되거나 그것에 따르는 경우에만 범죄가 된다. 말을 단지 대역죄의 표징으로 보지 않고 말을 대역죄로 본다면 만사는 혼란에 빠지고 만다.”⁶⁰⁾(제12권/제12장)

실제로 선동죄의 기원은 찾을 수 없다. 이른바 반역죄가 존재하는 시점에는 당연히 선동행위는 반역죄의 일부로 다루어졌을 것이다. 반역죄는 전통적으로 본질상 권력자, 사법당국이 반역자라고 규정하면 반역자가 되는 것이다. 우리는 이러한 현상을 현대사에서 긴급조치와 막걸리보안법으로도 경험하였다.

선동죄는 본질적으로 정적(政敵) 또는 정치적 위협세력을 제거하는 데에 있어서 매우 효과적인 수단이다. 선동죄는 타락한 의미에서 정치형법을 의미하며, 표현의 자유를 언제든지 끝장낼 수 있는 상징형법이며, 변혁을 지향하는 정치세력을 언제든지 단도리지를 수 있는 심정형법으로서 독보적인 가치를 지닌다. 선동행위는 기존질서를 전복하고 폐지하려는 의도를 가진 행위이므로, 선동죄는 정치적 기성질서를 보호하고 코팅하려는 죄목이다.

한국사회에서 선동죄를 탄생시킨 권력자의 심정과 긴급조치를 선포한 권력자의 심정은 동일하다. 그 의도는 현존질서의 영구동토화이다. 선동죄는 권력자 또는 권력집단의 의중에 전적으로 달려 있기 때문에, 귀에 걸면 귀걸이 코에 걸면 코걸이이기 때문에 대부분의 문명국가들은 내란선동죄와 같은 규정을 두지 않는다. 물론 테러와의 전쟁 또는 파괴활동방지와 같은 목적을 반영한 입법을 통해

60) ‘Speech becomes criminal only when it prepares, when it accompanies, when it follows a criminal act. Everything is turned upside down if speech is made a capital crime instead of being regarded as the sign of a capital crime’. Cohler, Miller & Stone(ed.), *Montesquieu: The Spirit of law*, Cambridge U.P., 1989, 199쪽.

서 정치적 적대세력을 규제하고 처벌하는 특별법은 존재한다.

내란선동죄는 구성요건이 없는 죄, 구성요건이 권력자의 심기에 불과한 죄이다. ‘민주주의의 자살’, ‘머슴이 자기 주인을 구속하는 배신이 깃들어 있는 모순적 죄’이다.⁶¹⁾

3. 선동죄의 규정방식과 재구성

1) 선동의 구분

필자는 미국의 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)의 법리, 임박한 무법상태(imminent lawlessness)의 법리를 참조하고, 각국의 선동법제의 역사에서 드러난 선동죄의 문제상황을 해명하기 위하여 선동을 두 가지 방식으로 구분하고자 한다. 물론 그 구분의 경계선은 절대적 명료성을 갖지 않는다. 하나는 태도선동이고, 다른 하나는 행위선동이다.

우선, 태도선동은 불특정 또는 다수인에게 일정한 감정적 상태를 유발 조장하거나 세계에 대하여 일정한 태도나 지향성을 갖도록 유도하는 행태이다. 다음으로, 행위선동은 불특정 또는 다수인에게 특정한 행위를 하도록 촉구하고 유인하는 행태이다. 전자는 일정한 감정적 상태나 태도를 유발하는 것을 범죄화할 수 있는지에 대해서 심각한 의문이 야기된다. 태도선동과 관련해서 문제되고 처벌이 이루어지고 있는 대표적인 사례들은 홀로코스트부인, 차별적 언동, 증오적 언동, 전쟁선동 등이다. 이와 같은 행위에 대하여 처벌을 가하는 법제는, 일정한 증오적 태도는 일정하게 여건이 성숙하면 그러한 태도가 함축하는 나쁜 행동을 야기하고 촉진할 수 있다는 전제를 수용하고 있다.⁶²⁾ 반면에 행위선동은 개별적인 구성요건에 해당하는 행위를 촉구하는 것으로 교사죄에 이르지 않는 정도의 행동영역을 상정하고 있다. 결국 구체적인 교사행위가 아닌 것을 새로운 추가적인 범죄로 정립할 수 있는지가 문제이다. 근본적으로 선동행위를 범죄화하는 것은 자유주의적 법원칙의 하나라고 할 수 있는 행위책임원칙에 반할 여지가 많

61) 태윤기 선생은 선동죄의 본질을 완전히 꿰뚫고 있으며 그러한 죄목을 도입한 국회의원을 주인을 배신한 머슴이자 민주주의 살해자로 규정하였다. 태윤기, 민주주의와 선전선동죄, 신동운(편저), 효당 업상섭 형사소송법 논집, 서울대학교 출판부, 2005, 323-39쪽.

62) 고든 알포트의 편견의 단계(scale of prejudices), 그레고리 스탠튼의 제노사이드의 여덟 단계(8 stages of genocide)를 참조.

다.

2) 반역죄의 민주적 재구성

반역죄(내란죄)의 일종으로서 선동죄는 고대적부터 존재했을 것이라고 추측한다. 즉 나라의 중앙에 확고한 권력이 수립되거나 절대적 군주제나 귀족제가 확립되어 있다면 기존 질서와 권위에 도전하는 민중봉기와 같은 폭력적인 행동뿐만 아니라 지식인의 비판적인 말과 글들도 모조리 범죄가 되었을 것이다.⁶³⁾ 이러한 죄가 적용되는 상황에서는 표현의 자유는 상상할 수 없었다. 표현의 자유는 밀턴, 몽테스키외, 볼테르, 제퍼슨, 매디슨, 밀과 같은 계몽주의자나 자유주의자들에 의해서 비로소 법적인 쟁점의 지위를 확보하였고 헌법 속에서 하나의 권리로 정립되면서 대역죄의 재조정과 제약이 시작되었다.⁶⁴⁾ 그리하여 앞서 말한 반역죄와 반역죄의 일부로서 선동죄는 구분되기 시작하고 법제적으로 동시에 등장한다. 그리고 후자는 20세기 중반 이후 파시즘의 청산과 동시에 사라지게 된다. 실제로 표현의 자유를 옹호하려는 태도는 19세기에 힘을 얻기 시작하였지만 유럽세계에서 아직 일반적인 것은 아니었다. 이미 일정하게 부르주아 혁명을 성취한 나라에서는 시민적 표현의 자유를 널리 허용하지만 19세기 중반부터 시작된 노동계급의 저항과 혁명적인 언동에 대해서는 처벌을 지속하였다. 비스마르크 시대인 1878년 독일의 사회주의자취체(取締)법(Sozialistengesetz)을 들 수 있다. 어쨌든 오늘날 대다수 자유민주주의 국가는 표현의 자유에 대하여 상당한 우위성을 인정하면서 기존의 국가안보나 공적 권위보호에 과도하게 치우친 태도를 수정하고 있다. 한 마디로 자유민주주의 관념 아래서 기존의 권위적인 법담론-나쁜 경향이론(bad tendency)-을 극복하고 표현의 자유를 우선시한다. 그러나 한국의 현재 선동법제(내란선동죄, 국보법상 고무찬양동조)⁶⁵⁾ 및 판례법리는 그와 같이 민주주의적 재구성을 거치기 이전의 단계에 해당하지 않을까 생각한다.

민주적인 재구성과 인권법리에 입각해서 두 가지 측면을 주목할 수 있다.

첫째로, 전체주의적이고 파시스트적인 국가관을 청산한 가운데 국가공권력에 대한 비판적이고 전복적인 언사를 표현의 자유의 법리 아래서 옹호하는 차원이다.

63) 몽테스키외, 법의 정신, 제12권, 제13장.

64) 미국헌법 반역죄조항(제3조 제3항 1호)과 수정 제1조의 관계를 생각해보라.

65) 동조죄에 대해서는 최관호, "이적동조죄의 불법성과 불복종", 민주법학 제56호, 2014/11, 179-203쪽.

자유주의적 법과 정치문화를 유지하고 있는 사회에서만 이러한 상태가 가능하다. 대표적으로 미국과 서유럽의 자유국가들이 여기에 속한다.

둘째로, 사회적 약자와 희생자의 관점에서, 평화의 관점에서 어떠한 유형의 선동행위를 적극적으로 규제하고 처벌하는 단계이다. 예컨대, 전쟁선동, 여성이나 소수민족, 소수종교집단 등에 대한 증오 고취행위를 처벌하는 사례이다. 유대인의 학살을 부인하는 행동도 여기에 속한다. 심각한 역사왜곡을 통해서 총체적인 인권침해 사실을 부인하는 행동도 여기에 해당한다. 제2차 세계대전 후에 등장한 유엔이 채택한 보편적 인권에 입각한 세계시민적 기본질서를 붕괴시키는 파시스트적 행태들을 규제하는 문제라고 할 수 있다.

실제로 우리의 법질서는 이러한 두 가지 관점에서 재구성하고 성찰한 적이 없기 때문에 대략 제국주의 시대의 치안유지법 전통, 냉전이데올로기로서 선제적 자유민주주의, 매카시즘이 표현의 자유를 압도하고 보수정권이나 보수파들은 증오적 언동을 냉전적 대결공간에서 이데올로기적 투쟁수단으로 활용하였다. 이러한 두 가지 관점에서 선동죄, 표현의 자유, 국가안보의 문제를 검토해야 마땅하다. 자유권규약(ICCPR) 제19조에 따르면 표현의 자유는 타인의 권리와 명예, 국가안보, 공공질서, 공중보건 또는 공중도덕을 위해 제한할 수 있다. 그리고 비상사태(public emergency)에서는 사상의 자유와 달리 더 제약을 받을 여지를 인정하고 있다(제4조). 한편, 자유권규약 제20조는 ‘모든 전쟁선동은 법으로 금지되어야 한다(제1항)’, ‘차별, 적의 또는 폭력에 대한 교사(incitement)를 이루는 민족적, 인종적 또는 종교적 증오(hatred)의 고취(advocacy)는 법으로 금지되어야 한다(제2항).’ 이와 동일한 취지의 증오적 언동에 대한 규제요지는 인종차별방지조약에서도 분명하게 표현되어 있다. 인종차별철폐협약 제4조는 직접적인 폭력행동뿐만 아니라 인종주의의 전파, 인종적 증오의 고취, 폭력행동의 선동 등을 금지하고 있다. 인종차별철폐위원회는 협약의 제정당시 권위주의적 이데올로기의 부활에 대한 우려가 매우 높아 인종주의적 폭력행동뿐만 아니라 인종주의 이데올로기의 전파행위를 금지시키지 않을 수 없었고, 이는 지금도 유효하다고 판단하고 있다.⁶⁶⁾

66) CERD General Recommendation 15. 국가인권위원회(발간), 『유엔인권약감시기구의 일반논평 및 일반권고 3(인종차별철폐위원회)』, 2006, 22면 이하.

미국에서는 표현의 자유 우월성에 입각하여 대체로 구체적인 폭력의 교사에 이르지 않는 단순한 체제변혁의 선동이나 고취는 범죄로 규정하지 않으며 이러한 원리를 미국사회의 급진파뿐만 아니라 나치당에 대해서도 적용하는데 비하여, 독일은 방어적 민주주의 차원에서 나치당과 공산당을 동시에 견제하고 있으며 특히 대중선동죄를 통해서 극우파의 정치적 증오발언을 규제하고 있다. 그러나 한국사회는 자유민주주의에 입각하여 대체로 진보파들의 표현행동에 대해서 우안맹목(右眼盲目)으로 법을 적용하고 있다. 독재를 찬양하는 것이 아무런 문제도 되지 않고 있다.

참고자료

*1. 시드니 사건

대체로 왕정시대에 공화국을 수립하기 위해 혁명적인 행동에 착수하지 않아도 공화국 이론을 전개하는 것이 대역죄에 해당하는 것 같다. 개념상 책을 쓰거나 발언하는 것을 오늘날의 관점에서 대역죄로 보기는 어렵다. 이른바 대역죄의 선동으로 처벌한 것이라 해석할 수 있다. 영국 근대사에 Algernon Sidney(1623-1683)가 이러한 사례에 해당한다. 그는 휘그파 지도자 샤프츠베리 백작과 더불어 찰스2세를 시해하려는 모의에 가담하여 처형당함으로써 '휘그파 순교자(whig patriot-hero and martyr)'로 기억되었다.

시드니는 영국 귀족으로서 청교도 혁명에 동부연합군 맨체스터 기병연대의 중령으로 마스턴 무어전투에 참여하였다. 카디프를 대표하여 장기의회의 의원으로 선출되었다. 찰스 1세와의 타협을 거부하였으나 그를 재판하는 특임관으로서 왕의 처형에 반대하였다. 그는 크롬웰을 전제자로 규정하고 시종일관 공회주의적 입장을 견지하였다. 왕정복고후에 반동화되어 가는 찰스 2세를 제거하려는 음모에 가담하여 처형되었다. 실제 재판에서는 시드니의 가담부분에 대한 증거가 결여되었는데, 재판부는 시드니의 저작을 증거로 삼아 처형하였다.

*2. 독일에서 선동죄

1848년 2월혁명을 전후하여 독일도 정치혁명의 분위기가 고조되었고, 독일제주의 형법전에는 내란선동죄(Aufforderung zum Hochverrat)가 등장하였다. 선동죄는 본질적으로 혁명적 상황에서 반혁명적 동기에서 제정되었다. 내란선동죄는 1871년 독일구형법에 수용되었다.⁶⁷⁾ 나치시대에도 내란선동죄⁶⁸⁾를 도입하였으나 특별히 의미를 갖지 않는다. 1933년 6월 사회민주당은 강제로 해산되고 나머지 부르주아정당은 자진해산하였으며, 신당을 결성하는 행위를 대역죄로 규정하였고 특별히 선동행위처벌법(Heimtücke-gesetz)을 도입하였다. 이미 나치시대에는 본질적으로 구성요건 전단계에서 정치형법을 설정하였다. 체제비판적인 언동은 대체로 범죄가 되었다.

그러나 현재의 독일형법에는 내란선동죄는 존재하지 않는다. 물론 위헌정당해산 판결을 받은 정치세력에 대하여 활동을 제약함으로써 내란죄법리가 다른 형태로 발전하고 있다. 그러나 이러한 죄목들 역시도 냉전시대의 부산물, 또는 방어적 민주주의의 증좌로 파악할 수 있다.

독일 구형법은 동시에 계급투쟁선동죄⁶⁹⁾를 규정하였다. 그것이 제2차세계대전후에 형법개정과정에서 대중선동죄로 전환되었다. 대중선동죄는 독특하게 반나치 투쟁을 위하여 표현의 자유를 제한하는 규정이다.⁷⁰⁾ 인종적 증오의 표현, 홀로

67) §. 85(Aufforderung zum Hochverrat)

(1)Wer öffentlich vor einer Menschenmenge, oder wer durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen zur Ausführung einer nach §. 82. strafbaren Handlung auffordert, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

68) Gesetz zur Änderung des Strafrechts und des Strafverfahrens. Vom 24. April 1934.

§.83 (1)Wer öffentlich zu einem hochverräterischen Unternehmen auffordert oder anreizt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

69) §. 130 Wer in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise verschiedene Klassen der Bevölkerung zu Gewaltthätigkeiten gegen einander öffentlich anreizt, wird mit Geldstrafe bis zu zweihundert Thalern oder mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft.

70) 독일형법 제130조(대중선동) (1)다음 각호에 따라 치안을 교란시킨 자는 3월 이상 5년 이하의 징역형에 처한다.

1. 거주민의 일부집단에 대한 증오를 선동하거나 그들에 대하여 폭력적인 조치나 자의적인 조치를 촉구하는 행위

2. 거주민의 일부집단을 비방함으로써 타인의 인간존엄을 공격하거나 악의로 경멸하거나 중상하는 행위

(2)다음 각호의 행위는 3년 이하의 징역이나 벌금형에 처한다.

1. 거주민의 일부집단에 대한 증오를 선동하거나 그들에 대하여 폭력적인 조치나 자의적인 조치를 촉구하거나 민족의 일부집단을 비방함으로써 타인의 인간존엄을 공격하거나 악의로 경멸하거나 중상하는 문서를 a)배포하는 행위 b)공연히 전시하거나 광고하거나 관람시키거나 여타 접근하게 하는 행위 c)18세 미만의 자에 제공하거나 양도하거나 접근하게 하는 행위 d)제작, 구입, 양도, 보관, 제공, 광고, 선전하는 행위 또는 a) 내지 c)의 의미에서 문서 또는 그 일부를 이용하거나 타인의 이용에 제공하기 위하여 수입 또는 수출을 시도하는 행위

코스트 부인을 규율하고자 독일정부는 1960년에 구형법 제130조(계급투쟁선동)를 대중선동죄로 개정하였다(6차 개정 BGBL. I 478).⁷¹⁾ 이 규정은 통일이후 증가한 외국인 적대행위에 대한 대책으로 도입된 [범죄와의 전쟁법](Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994 BGBL. I 3186)에 의해 확대 강화되었다. 이 법에 따라 제130조 제3항의 소위“아우슈비츠 사기극 조항”⁷²⁾이 추가되었고, 2002년 국제형법시행법 제6조의 개정⁷³⁾에 따라 아우슈비츠 사기극 조항의 문구가 변경되었다(BGBl I 2254). 나아가 2005년 [집시법개정법률](das Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuches v 24.3.2005, BGBl I 969)에 의하여 나치체제 찬양죄(제130조 제4항)까지도 처벌할 수 있게 되었다. 제130조는 일정한 집단에 대한 증오 고취, 폭력선동, 존엄성 침해(1항), 이러한 내용의 도서를 제작, 반포, 전시, 판매, 보급(제2항), 나치체제가 저지른 제노사이드를 부인 정당화 사소화(제3항), 나치체제의 찬양(제4항) 등을 규정하고 있다. 제1항과 제2항은 개인의 존엄과 명예를 법익으로 삼고 있기 때문에 명예훼손죄와 중복적으로 적용될 여지가 많다. 그러나 제3항(아우슈비츠 사기극 조항)은 명예를 보호법익으로 삼지 않고, 제노사이드를 일정한 공연성을 갖춘 방식으로 부정하는 것만을 겨냥한 규정이다. 이른바 초개인적 법익인 공공안전에 대한 범죄로 확립되었으며, 보호법익은 역사적 진실이라고 할 수 있으며, 종래 명예훼손죄가 갖는 약점을 극복할 수 있게 되었다.

홀로코스트 부인과 관련해서 아우슈비츠 사기극 사건(1994)⁷³⁾이 중요한 의미를 갖는다. 아우슈비츠 사기극 사건은 유명한 홀로코스트 부인자인 어빙(D. Irving)을 네오나치계열 민족민주당(NDP) 지부가 뮌헨의 한 집회에 연사로 초청하자 시당국이 집시법 제5조 4호에 기하여 홀로코스트 부인을 저지르지 말 것을 경고하였고, 홀로코스트 부인은 독일형법상 명예훼손, 사자명예훼손, 대중선동에

또는

2. 제1호에 제시된 내용의 상연물을 라디오, 매체서비스, 원격서비스를 통해 전파하는 행위

(3)국가사회주의(나치) 치하에서 저지른 국제형법전 제6조 제1항상의 범죄(제노사이드)를 치안을 교란시키는 방식으로, 공연히 또는 집회에서 시인하거나 부정하거나 경시하는 자는 벌금형 또는 5년 이하의 자유형에 처한다.

(4)공연히 또는 집회에서 국가사회주의의 폭력적 지배를 시인하고 정당화함으로써 희생자의 존엄성을 침해하는 방식으로 치안을 교란시키는 자는 3년 이하의 징역형이나 벌금형에 처한다.

(5)-(6) 생략

71) Günter Bertram, "Der Rechtsstaat und seine Volksverhetzung-Novelle", *NJW*, 2005, 1476면 이하.

72) 형법규정 130조 제3항(1994)

나치지배하에 저질러진 제220조a(집단살해)의 행위를 공공평화를 교란하는 방식으로, 공연히 또는 집회에서 시인하거나 부인하거나 사소화하는 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

73) BVerfGE 90, 241면.

해당한다는 점을 통고하였다. 이에 민족민주당은 기본법상의 표현의 자유를 침해했다며 헌법소원을 제기하였다. 독일연방헌법재판소는 홀로코스트 부인은 기본법 제5조 제1항의 자유에 속하지 않는다고 하였다. 홀로코스트 부인은 무수한 목격담, 문서, 수많은 형사법정의 사실인정, 역사학의 인식에 비추어볼 때 허위사실임이 증명되었다고 판단하였다. 따라서 증명된 허위사실은 의견형성에 아무런 기여를 할 수 없기 때문에 기본권의 보호범위에 속하지 않는다고 판시하였다. 어쨌든 '아우슈비츠 사기극 조항'의 위헌성은 현재까지 다투어지지 않았다.

*3. 미국에서 표현의 자유

휘트니사건 *Whitney v. California* 274 U.S. 357(1927)

아니타 휘트니(Anita whitney)는 캘리포니아 공산주의노동당 창당에 관여한 것을 이유로 범죄적 신디칼리즘 법률(Criminal Syndicalism Act 1919)에 의해 유죄판결을 받았다. 휘트니는 표현의 자유와 적법절차를 근거로 대법원에 상고하였다. 당시에 급진주의자들의 활동을 제약하는 조치들이 계속되었다. 홈스(Oliver Wendell Homes, Jr.)의 '명백하고 현존하는 위험(Clear and Present Danger)'도 쉥크라는 사회주의자에 대한 재판에서 처음 사용되었다. 이 기준은 실제로 쉥크의 자유를 옹호하기 위해 사용된 것이 아니었다. 홈스는 에이브럼스 사건(*Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919))에서 소수의견으로 사상의 자유시장(marketplace of ideas)이라는 개념을 사용하였다. 브랜다이스(Louis D. Brandeis)는 휘트니 사건에서 홈스의 견해를 발전시켰다고 할 수 있다. 실제로 휘트니 사건에서 대법원 판사들이 전원일치로 휘트니 유죄를 인정함으로써 브랜다이스는 이 논리를 표현의 자유를 옹호하는 수단으로 활용하지 못하였다. 그러나 그의 논리는 매우 훌륭한 원칙을 담고 있다. 브랜다이스의 논증은 브란덴버그 사건(*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969))에서 더글라스 판사가 원용함으로써 유명해졌다. 브란덴버그 사건에서 이른바 미국식 표현의 자유가 확립된 것이라고 볼 수 있다.

브랜다이스의 별도 의견(357-377)

독립을 획득한 사람들은 국가의 최종적인 목적이 사람들로 하여금 자신의 역량을 자유롭게 펼치게 하는 것이라고 믿었고, 정부내에서는 토의적인 힘이 독단적인 힘을 이겨야 한다고 믿었다. 그들은 자유를 목적이자 동시에 수단으로서 평가하였다. 그들은 자유가 행복의 비밀이고, 용기가 자유의 비밀이라고 믿었다. 그들은 원한대로 생각할 자유와 생각한대로 말할 자유가 정치적 진리의 발견과 확산에 불가피한 수단이라고 믿었다. 그들은 표현의 자유와 집회의 자유가 없다면 토론은 무용지물이며, 표현의 자유와 집회의 자유가 인정될 때 토론은 통상 해로운 교리의 전파에 대하여 적절한 방어수단을 제공한다고 믿었다. 그들은 자유의 최대의 적은 흐리멍텅한 대중이라고 믿었다. 그들은 공개적인 토의는 정치적 의무이고 이것이 미국 정부의 근본원칙이라고 믿었다. 그들은 모든 인간적인 제도가 빠질 수밖에 없는 위험들을 깨닫고 있었다. 그러나 그들은 침해행위에 대해 처벌의 위하만으로는 질서가 확보될 수 없다는 것도 알고 있었다. 그들은 생각, 희망, 상상을 좌절시키는 것이 위험하다는 것을 알았다. 그들은 두려움이 억압을, 억압이 증오를 낳는다는 것을 알았다. 그들은 증오가 안정적인 정부를 위협한다는 것을 알았다. 그들은 안녕의 길은 소위 고충들과 구제책들을 자유롭게 토론하는 기회라는 것을 알았으며, 나쁜 조언에 대한 적합한 구제책은 좋은 조언이라는 것을 알았다. 공적인 토론을 통해 적용되는 이성의 힘을 믿기 때문에 그들은 법에 의해 강요된 침묵--힘의 가장 나쁜 형태--을 피했다. 그들은 통치하는 다수의 일시적인 전제를 인정하였지만, 그들은 표현과 집회의 자유가 보장되어야 한다고 헌법을 수정하였다.

심각한 피해의 두려움만으로는 표현의 자유와 집회의 자유의 억압을 정당화하지 못한다. 사람들은 마녀가 두려워서 여자들을 불태웠다. 불합리한 두려움의 멍에로부터 인간을 자유롭게 하는 것이 표현의 기능이다. 표현의 자유에 대한 억압을 정당화하기 위해서 표현의 자유가 행사된다면 심각한 악이 발생하게 되리라는 우려에 대한 합당한 이유가 존재해야만 한다. 감지한 위험이 임박한 것이라고 믿는 데에 대한 합당한 이유가 존재해야만 한다. 방지해야 할 악이 심각한 악이라는 것을 믿는 데에 대한 합당한 이유가 존재해야 한다. 실정법에 대한 비난이 어느 정도 실정법 위반행위의 개연성을 증가시킬 수 있다. 위반행위에 대한 목인이 개연성을 상승시킬 수 있다. 동의의 표현이 위반행위의 개연성을 높

여 놓을 수 있다. 신디칼리즘을 가르침으로써 범죄적 심리상태의 전파가 위반행위의 개연성을 증대시킬 수 있다. 법위반의 고취가 위반행위의 개연성을 더욱 확장시킬 수 있다. 그러나 도덕적으로 불쾌하더라도 위반의 고취가 교사에 이르지 않는 한, 그리고 고취가 즉각적으로 실행되리라는 것을 암시하지 않는 한 고취의 표현의 자유를 부정할 근거가 아니다. 고취(advocacy)와 교사(incitement) 간에, 예비와 미수 간에, 회합과 모의 간에 놓인 넓은 차이에 유의해야 한다. 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)의 법리를 지지하기 위해서 즉각적이고 진지한 폭력이 기대될 수 있거나 고취되었다는 점, 또는 그러한 고취가 그 때에 의도되었다고 믿을 만한 근거를 과거의 행동이 제공했다는 점이 제시되어야 한다.

혁명을 통해 독립을 획득한 사람들은 겁쟁이가 아니었다. 그들은 정치적 변화를 두려워하지 않았다. 그들은 자유를 버리고 질서를 환호하지 않았다. 민주정치의 과정을 통해 적용되는 자유롭고 두려움 없는 토론의 힘에 대해 신뢰를 가진 용기 있고 자신감에 찬 사람들에게 표현으로부터 감지한 해악이 충분한 토론의 여유 없이 들이닥칠 정도로 압박한 경우가 아니라면 표현으로부터 흘러나오는 위험은 명백하고 현존하는 것으로 간주될 수 없다. 토론을 통하여 허위와 오류를 폭로하고, 교육과정을 통해 악을 회피할 시간이 있다면, 활용할 수 있는 처방은 강요된 침묵이 아니라 보다 많은 발언이다. 오로지 비상상황에서만 억압을 정당화할 수 있다. 권위가 자유와 화해를 이루고자 한다면 그것만이 규칙이다. 내 생각으로는 그것이 헌법의 명령이다. 따라서 미국인은 언제나 표현의 자유와 집회의 자유를 제한하는 법률에 대하여 비상상황이 아니라는 것을 논증하면서 도전할 권리가 있다.

브란덴버그사건

브란덴버그 대 오하이오 사건⁷⁴⁾은 폭력의 선동(incitement to violence)에 대한 기준이 되었다. 백인우월주의자단체(KKK)의 지도자였던 브란덴버그는 TV로 취재하는 집회에서 흑인과 유대인을 비방하였다. 연사들은 '흑인은 아프리카로, 유대인은 이스라엘로 돌아가라'고 언급했고, 정부가 조치를 취하지 않는다면 스스로 문제를 해결하겠다고 선언하였다. 이 집회의 일부내용이 나중에 지역 및 전

74) Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444(1969)

국 TV에 보도되었다. 대법원은 KKK단이 폭력을 고무(advocate)했지만 선동(incite)하지는 않았다고 보아 무죄판결을 내렸다. 법원은 정부전복을 옹호하는 공산주의자의 연설⁷⁵⁾을 판단하면서 확립한 기준을 증오적 표현에 적용하였다.

*전쟁선동

제2차세계대전뿐만 아니라 한국전쟁, 베트남 전쟁에서 반민선동행위에 대하여 형사처벌된 전례들이 있다. 오늘날 미국에서 war on terrorism의 맥락에서 반미 선동에 대한 규제하려는 경향이 등장하고 있다. 그러나 전쟁상황이 아닌 상황에서 이 논의가 현재의 맥락에서 직접 연결되지 않는다고 판단한다. 그러나 테러와의 전쟁이나 사이버전쟁이라는 개념을 진지하게 채용하기 시작한다면 미국 수정헌법 제1조는 파국을 맞이하게 될 것이다.⁷⁶⁾

75) Yates v. United States, 354 U.S. 298(1957) 미국공산당원 에이즈에 대한 무죄판결의 논리이고, 이 판결은 매카시즘에 대해 중지부를 찍었다. 스미드법은 추상적 이론으로서 정부전복을 옹호하는 것을 금지하지 않는다고 판시하였다.

76) Tom W. Bell, Treason, Technology, and Freedom of Expression, Arizona State Law Journal Vol. 37, 999쪽 이하.

서보학

경희대학교 법학전문대학원 교수

한국형사정책학회 상임이사

대법원 양형위원회 전문위원(전)

〈형법총론〉 박영사, 2002(공저)

〈형법각론〉 박영사, 2002(공저)

〈검찰공화국, 대한민국〉 삼인, 2011(공저)

내란선동죄 : 입법론과 해석론

서보학 / 경희대학교 법학전문대학원 교수

1. 생각의 실마리

형법은 자유민주적 법치국가의 존립과 안전 및 헌법질서를 보호하는 죄형법규를 두고 있습니다. 여기에서 주로 문제되는 것은 내란의 죄와 외환의 죄입니다. 흔히 이것을 국사범 또는 정치범이라고 부르며, 이에 관한 죄형법규를 통틀어 정치형법(政治刑法)이라고 합니다. 여기에서 정치범이란 정치적 동기에서 저지른 범죄를 의미하는 것이 아니라, 객관적으로 정형화된 국가의 존립과 안전, 헌법질서를 보호하는 죄형법규를 침해함으로써 성립하는 범죄를 말합니다.

정치형법의 영역에서는 법규범의 위반자를 일탈행동을 한 시민으로서가 아니라 체제의 적으로 규정하려는 적대형법(enemy criminal law, Feindstrafrecht) 성향이 나타나기 쉽습니다. 우리나라의 국가보안법이 그 전형적인 일례입니다. 형법에서는 이른바 ‘법익침해의 前단계에까지 확대된 처벌’로 그 특징이 나타나고 있습니다. 내란죄가 아직 실행되지 않은 단계, 즉 준비단계인 예비죄를 처벌할 뿐만 아니라 나아가 범의의사가 아직 내심의 의사에 머물러 있는 단계인 음모죄, 그리고 타인이 내란죄에 나아가도록 선동·선전한 경우까지 처벌하는 것이

대표적인 사례입니다. 이러한 처벌규정들은 정치적 적대세력들을 사회의 위험한 공적(公敵)으로 광범위하게 낙인찍고 처벌하기 위해 그 포섭범위를 매우 폭넓게 잡고 있습니다.

그런데 정치형법의 입법활동이나 해석적용에 있어서 필요한 것은 자유민주적 법치국가성에 입각한 헌법적 국가관에 따라 책임원칙과 죄형법정원칙 그리고 비례성의 원칙을 확립하는 일입니다. 그러자면 자유민주적 법치국가의 정치형법은 “의심스러울 때는 사회와 국가의 안전보다 개인의 자유에 유리하게,” 즉 “한 사람의 자유와 안전을 최소한으로 침해하면서도 타인의 자유와 안전을 최대한 보호한다는 원칙”에 따라 형성·집행되어야 합니다. 그것이 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하는 자유민주적 법치국가의 형법질서이기 때문입니다.

2. 입법론

우선 입법론적으로 볼 때 우리 형법상의 내란선동·선전(이하 내란선동죄)죄는 즉시 폐지하는 것이 옳습니다. 내란선동죄를 처벌하는 외국의 입법례가 거의 없다는 점(우리 법체계와 비슷한 독일 형법 및 일본 형법에서도 선동죄는 규정되어 있지 않음) 그리고 내란선동죄가 지나치게 확대해석 될 가능성이 크다는 점이 폐지론의 주요 근거입니다. 특히 좌·우의 진영대립이 심하고 형사사법기관의 독립성이 완전히 보장되어 있지 않은 한국의 현실을 감안하면 내란선동죄가 자칫 헌법상 보장된 표현의 자유를 과도하게 위축시키고 국헌질서에 실질적인 위협을 야기하지 않는 언행까지 내란선동죄로 포섭하여 처벌할 수 있는 위험성이 큼니다. 최근 이석기의원 내란음모사건의 항소심재판부가 음모에 필요한 의사의 합치가 이루어지지 않았다고 보아 음모죄에 대해서는 무죄를 선고하였음에도, 모의과정에 참여한 당사자를 내란선동죄로 의율한 것은 내란선동죄가 쉽게 확대 해석되어 남용될 위험성이 있음을 보여준 좋은 사례라고 생각합니다(*별도의 범죄인 내란선동죄의 성립요건에 대한 면밀한 검토 없이, 모의과정에서 찬성의견을 낸 사람들을 선동죄로 처벌한다면 ‘음모는 무죄’이나 ‘선동은 유죄’라는 공식이 쉽게 성립되어 내란선동으로 인한 처벌은 매우 쉬워질 것입니다. 의사가 합

치되지 않아 내란음모가 무죄이면 논의에 참여했던 모든 사람들에 대해서는 개인의 의견이 어떠했는지에 관계없이 모두 내란음모의 무죄로 사안이 종결되어야 하고 일부에 대해 별도의 죄를 인정해서는 안 됩니다).

나아가 ‘내란예비죄’는 그 범죄의 중대성을 감안하여 처벌할 필요성이 인정된다고 할지라도 ‘내란음모죄’는 역시 삭제하는 것이 옳다고 생각합니다. 외부의 물리적 행위로 이행되지 않은 단순한 의사의 합치만으로 국헌질서에 실질적인 위협성을 인정하여 음모죄로 처벌하는 것은 국가의 과잉침해를 불러올 위험성이 크기 때문입니다. 물론 내란죄 같은 중대범죄의 경우 헌법질서를 뒤흔는데 목적을 두고 있다는 점에서 음모죄 처벌의 당위성이 인정될 수도 있지만, - 과거 수많은 시국사건에서 경험하였고 최근 서울시공무원 간첩사건에서 국정원의 증거조작이 드러났듯이 - 음모의 입증을 위해서 수사기관에 의해 사건이 조작되거나 인권이 유린될 위험성이 매우 크다고 봅니다.

때문에 실행되지 않은 범죄의 처벌은 내란예비죄만 유지하는 것이 국가형벌의 남용가능성을 줄인다는 관점에서 올바른 방안이라고 생각합니다. 그리고 한국 사회의 민주법치국가적 견고성·건강성이 내란음모·선동죄에 기대야 할 정도로 허약하다고 생각하지 않습니다. 오히려 시민들 사이에 다양한 의사표현을 통한 치열한 논쟁과 의견수렴을 통해 우리 사회의 민주적 견고성과 건강성은 더욱 강화될 것으로 생각합니다.

2. 해석론

내란선동죄의 구성요건이 확대해석 되어 형벌이 남용될 위험성이 크다면 그 구성요건은 엄격하게 제한적으로 해석되어야 합니다. 형벌구성요건의 문언상 한계가 명확하지 않을 때 시민의 자유를 확대하는 쪽으로 해석(in dubio pro libertata)하는 것은 개인의 인권을 최고의 가치로 삼고 있는 우리 헌법이념에도 합치되는 해석입니다. 또한 앞서 언급한 바와 같이 내란선동죄는 입법론적으로 폐지할 필요성이 크기 때문에 제한해석의 필요성도 매우 크다고 할 수 있습니다.

다.

우리 형법은 내란선동죄를 내란예비·음모죄와 같은 구성요건에 규정해 놓고 있고 법정형도 동일하게 되어 있습니다(형법 제90조). 바로 여기서 예비죄와는 확연히 구별되는 음모죄, 선동죄를 어떤 조건하에 인정할 것인지에 대한 고민이 발생합니다.

‘예비’(豫備)란 특정한 범죄를 실현할 목적으로 심리적 결심을 넘는 외부의 물리적 준비행위를 하는 것을 의미합니다. 따라서 예비행위 여부를 확인하고 입증하는 것은 크게 어려운 일이 아닙니다.

‘음모’(陰謀)는 2인 이상이 일정한 범죄를 실현하려고 합의하는 것을 의미합니다. 설령 상호간에 범죄의사의 교환이 있었다고 할지라도 합의에 이르지 못했다면 단순한 범죄의사의 표현일 뿐 음모에는 해당하지 않습니다. 형법은 음모를 예비와 같은 구성요건에 규정해 놓고 같은 법정형으로 처벌하고 있습니다. 그래서 외부의 물리적 준비행위인 예비에 준하는 음모가 성립하기 위해서는 ‘특정범죄를 실현하려는 참여자들의 합의된 의사’를 요구하는 것입니다. 음모에 있어서는 ‘의사의 합의’가 그 불법성을 외부의 물리적 준비행위인 예비죄와 동치(同値)시키는 핵심요소라고 할 수 있습니다. 이번 이석기의원 내란음모재판에서 제2심 재판부가 정세회합 참여자 상호간에 합의에 이르지 못했기 때문에 내란음모죄가 성립하지 않는다고 판단한 것은 이와 같은 이유 때문입니다[*재판부는 소위 ‘RO’(Revolution Organization)의 실체를 인정하기 어렵고 회합 참여자 간에 내란행위의 시기 및 대상, 수단과 방법, 역할 분담 등의 윤곽을 정하지 않아 어떤 합의에 이르렀다고 볼 수 없다고 판단하였습니다]. 그런데 참여자 상호간에 특정범죄를 저지를 것에 대한 합의가 성립되었는지 여부는 외부의 물리적 준비행위인 예비에 비해 확인이나 입증이 쉽지 않습니다. 특히 연판장과 같이 객관적으로 합의된 의사를 추론·인식할 수 있는 자료를 남기지 않는 경우, 그러면서도 모의에 참여했던 당사자들이 합의를 부인하는 경우에는 의사의 합의에 대한 입증이 매우 어렵습니다. 바로 이 지점에서 수사기관의 불법수사(불법적인 도감청을 하거나 모임에 프락치를 심어 비밀녹음을 하는 것) 또는 불법적인 증거조작

이 개입할 여지가 큰 것입니다. 이번 이석기의원 공판에서도 국정원이 수집한 증거자료(녹음테이프 등)의 불법성이 끊임없이 의심받고 있는 것은 이러한 맥락에서 이해할 수 있습니다.

그런데 정치형법의 영역에 속하는 내란음모죄는 ‘내심의 의사’(복수의 참여자 간에 합의된 의사)만을 근거로 처벌하는 것이기 때문에 또 다른 요건을 추가하여 엄격하게 해석하지 않는다면 자칫 행위자의 내심의 주관적 사상·확신을 근거로 처벌하는 심정형법(心情刑法) 내지 사상형법(思想刑法)이 되기 쉽습니다. 현대 법치국가 형법의 기본적인 전제는 외부로 드러난 행위자의 구체적인 행위를 근거로 처벌해야 한다는 것입니다(행위형법의 원칙). 구체적인 행위로 표출되지 않는 내심의 의사는 개인의 은밀한 양심의 영역, 사상의 자유 영역에 속하는 것이기 때문에 형벌의 개입이 최소화되어야 합니다. 또한 내심의 의사는 법익보호 질서에 구체적인 위협이 된다고 보기 어렵습니다[*성경에서는 남의 여자를 보고 음심(淫心)을 품은 자는 이미 간음죄를 범한 것이라고 하였지만 현대 형법에서는 음심이 내심의 의사에 머물러 있는 한 처벌의 대상이 될 수 없습니다]. 따라서 내란죄의 보호법익인 ‘국가의 존립 및 헌법질서’가 아무리 중요한 보호법익이라 할지라도, 아직 내심의 의사에 머물러 있는 내란음모죄를 처벌하기 위해서는 참여자 간에 합의된 의사에 이러한 ‘국가의 존립 및 헌법질서’를 위협할 수 있는 ‘실질적인 위험성’이 인정되어야 한다고 봅니다. ‘합의된 의사의 실질적 위험성’ 이것이 내란음모죄의 성립을 엄격하게 제한하는 또 다른 요소인 것입니다. 물론 합의된 의사에 실질적 위험성이 인정되는지 여부는 합의된 의사의 구체적인 내용에 따라 달리 판단될 것이지만, 이 경우에도 ‘의심스러운 경우에는 시민의 자유를 위한 방향’으로 판단되어야 할 것임에는 재론을 요하지 않습니다. 실질적 위험성을 확인할 수 없는 참여자들의 합의된 의사(예컨대 몽상가들의 허황된 꿈·계획)만을 근거로 내란음모죄의 성립을 인정하고 처벌하는 것은 헌법에 반하는 형법해석이자 국가의 과잉침해가 될 것입니다.

선동(煽動)은 일반대중에게 감정적 자극을 주어 내란범죄의 실행을 결의하게 하거나 이미 품고 있는 결의를 촉발시키는 행위를 의미합니다. 그 수단과 방법은 주로 언어적 행위이겠지만 온·오프라인에서 선전물이나 자료를 배포하는 것 등 양태를 가리지 않습니다. 선동은 불특정다수인에 대해서 가능하고, 범죄의 고의

를 이미 가진 자에 대해서도 가능하며, 또한 선동으로 말미암아 반드시 범죄의 결의가 발생할 것을 요하지 않는다는 점에서 교사와 구별됩니다. 다시 말해 문구상 선동은 타인으로 하여금 내란범죄로 나아가도록 부추기는 일체의 언행을 의미합니다. 대법원은 “내란선동이란 국헌문란을 목적하는 폭동에 대하여 고무적인 자극을 주는 일체의 행위를 가리켜 이르는 것”(1975.4.8. 선고 74도3323 판결 참조)이라고 하여 선동의 의미를 매우 폭넓게 해석하고 있습니다.

그런데 선동의 개념을 이렇게 폭넓게 해석하면 자칫 새로운 정치·경제질서의 확립을 주장하는 모든 정치적 의사표현이 선동의 개념에 포섭될 수 있고 그 처벌의 범위가 무한정으로 확대될 수 있습니다(*심하면 특정 정권의 퇴진을 주장하는 정치반대자들의 의사표명이 모두 내란선동죄에 포섭될 수 있습니다). 이는 죄형법정원칙(명확성의 원칙)에 반하는 법해석입니다. 또한 시민들의 의사표현의 자유를 심각하게 제한하는 헌법에 반하는 해석입니다. 따라서 국가형벌의 남용을 막고 의사표현의 자유를 최대한 넓게 보장하기 위해서는 선동의 개념을 가능한 좁게, 제한적으로 해석하여야 합니다. 앞서 언급한 바와 같이 입법론적으로 내란선동죄를 폐지할 필요성이 매우 크기 때문에 해석상 내란선동죄의 성립범위를 최소화할 필요성도 매우 큽니다.

또한 형법상 내란선동은 내란음모죄와 같은 구성요건에 규정되어 있고 같은 법정형으로 처벌됩니다. 음모는 다수인이 직접 스스로 내란죄를 범하겠다고 의사를 합의한 것이기 때문에 위험성이 상대적으로 높은 것임에 비하여, 선동은 타인으로 하여금 내란죄를 범하도록 부추기는 것이고 또한 상대방에게 반드시 범죄의 결의가 발생할 것을 요하지 않기 때문에(즉, 효과 없는 일방적인 부추김) 그 언행의 실질적인 위험성은 상대적으로 낮아 보입니다. 그럼에도 불구하고 선동을 음모와 같이 처벌하기 위해서는 선동의 불법성을 음모의 그것으로 끌어 올리는 또 다른 요소가 필요합니다. 그것이 바로 ‘선동행위에서 확인될 수 있는 실질적 위험성’입니다. 즉 선동행위 자체로부터 ‘국가 존립 및 헌법질서’에 대한 실질적 위험성을 인정할 수 있어야 한다는 것입니다. 그렇지 않은 모든 선동행태는 자유로운 의사표현의 영역 그리고 시민들의 자율적인 논쟁과 의견수렴의 영역에 맡겨 두어야 합니다.

선동행위의 위험성은 선동행위의 구체적인 양태에 따라 달리 판단되어야 하겠지

만, 적어도 다음과 같은 점들이 판단의 기초가 되어야 한다고 봅니다.

(i) '내란목적'(국토침절과 국헌문란)을 구체적으로 언급하는 표현 그리고 '폭동'의 필요성을 구체적으로 언급하는 표현이 선동행위에 포함되어야 합니다. 막연히 새로운 정치·경제질서의 창조를 주장하는 것, 새로운 운동의 필요성을 주장하는 것만으로는 청중들에 의해 국헌문란의 목적을 가진 폭동으로 이어질 가능성이 거의 없기 때문에 실질적 위험성이 인정되지 않아 내란선동죄가 성립하지 않는다고 보아야 합니다.

(ii) 그 자체로 실현가능성이 있는 거사(擧事)를 부추기는 것이어야 합니다. 또한 선동행위에는 청중들이 듣고 내란실행으로 나아갈 수 있는 어느 정도의 구체적인 계획(시기, 대상, 참여자 규모, 방법이나 수단, 역할분담 등)이 언급되어 있어야 합니다. 누가 들어도 실현가능성이 희박한 거사를 부추기는 것은 내란의 실행행위로 이어질 가능성이 희박하기 때문에 그 선동행위에는 실질적 위험성이 없다고 보아야 합니다. 여기서 실현가능성은 일반인의 평균적 관점에서 판단되어야 합니다. 이석기의원의 재판에서 보자면, 재판부는 130명의 일반 시민들(*회합에 참여한 사람들 중에는 여성들도 다수 있음)이 조직화되어 전기·통신시설 등 주요 기간시설을 파괴하고, 정보전, 선전전 등을 수행하여 한 지방의 평온을 파괴할 정도에 이를 수 있다고 판단하였는데 과연 일반 평균인의 상식적 관점에서 판단할 때 그러한 결론에 동의할 수 있을지는 매우 의문스럽습니다(*130명의 훈련되지 않은 일반 시민들이 폭탄이나 중화기 등으로 무장하지 않고 기간시설을 습격하여 점령·파괴할 수 있을까?) 더구나 재판부가 가정한 전쟁발발시라면 온 나라와 군인·경찰·예비군·국가기관 및 공무원·시민들이 총력 동원되어 기간시설을 경호하고 정보전·선전전에 대비하고 있을 터인데, 과연 그런 상황에서 소수의 시민들이 한 지방의 평온을 해할 정도의 폭동을 일으킬 수 있을지에 대해서 의문이 가지 않을 수 없습니다(*비상시국에 그러한 움직임이 있다고 한다면 오히려 즉시 발각되어 진압될 것으로 보는 것이 상식적이지 않을까?). 막연히 혼란한 시기이기 때문에 그런 폭동이 가능할 것이라는 생각은 오히려 상식과 경험칙에 반하는 판단입니다. 즉 실현가능성이 없는 거사를 부추기는 선동은 실질적 위험성이 없어 내란선동죄에 해당할 수 없는 것으로 보아야 합니다.

(iii) 청중들의 특성도 중요합니다. 선동행위로 인해 내란실행으로 나아갈 수 있는 가능성을 가진 청중들이어야 합니다. 예컨대 보수단체회원들을 모아 놓고 내

란선동을 한다고 해서 청중들이 그 주장에 동의할 리가 없기 때문에 그 선동행위에 위험성을 인정할 수는 없습니다. 노인들과 여성들을 모아 놓고 내란선동을 했고 설사 청중들이 그 뜻에 동조한다고 할지라도 노인·여성들이 한 지방의 평온을 해칠 정도의 폭동으로 나아갈 가능성은 없습니다.

(iv) 선동은 시간적으로 가까이 임박한, 적어도 멀지 않은 장래에 일어날 수 있는 거사를 부추기는 것이어야 합니다(시간적 근접성). 먼 장래, 언젠가의 불특정한 시점에 있을 거사를 부추기는 것은 국가의 존립과 헌법질서에 실질적인 위협이 될 수 없습니다. 이런 점에서 내란실행의 시기를 구체적으로 못 박지 않고 한반도에서의 전쟁발발 시에 거사를 일으킬 것을 부추기는 것은 너무나 불특정한 시점에서의 내란을 부추기는 것이기 때문에 현재 또는 가까운 장래의 국가 존립과 헌법질서를 위협하는 실질적인 위험성을 인정할 수 없습니다. 1953년 휴전 이후 60년 넘게 전쟁 없이 정전체제가 유지되고 있는 한반도에서 전쟁발발을 조건으로 하는 내란선동을 인정한 것은 사실상 수십 년, 수백 년 이후의 내란실행에 대한 선동을 인정한 것과 마찬가지로입니다. 재판부의 유죄선고는 아무도 위험성을 느끼지 않는, 사실상 결과발생의 위험성이 전혀 없는 불능범에 대해 죄를 인정한 것과 마찬가지로입니다. 이는 마치 타인을 살해하기 위하여 인형에 대고 바늘을 찌러대는 미신적 행위에 대해 살인 미수죄 또는 예비죄를 인정하는 것과 마찬가지로입니다.

결론적으로 내란선동이 형사처벌에 이르기 위해서는 이상의 여러 관점에서 판단하여 선동행위로부터 객관적으로 현재 또는 가까운 장래의 국가의 존립과 헌법질서를 위협하는 위험성이 인정되어야 합니다. 그렇지 않은 모든 선동행태는 시민들의 자유로운 의사표현의 영역에 맡겨 두어야 합니다.

향소심재판부는 회합 참여자들 사이에 의사의 합의가 없어 내란음모죄는 성립하지 않는다고 하면서도, “객관적으로 보아 선동의 상대방인 이 사건 각 회합 참석자들이 추가적인 논의를 통하여 가까운 장래에 구체적인 내란행위의 실행을 결의하고, 나아가 이를 ‘실행할 개연성’이 충분히 인정된다.”고 하면서 내란선동죄의 유죄를 선고하였습니다. 언제 일어날지 알 수 없는, 아마 앞으로 한반도에서는 영원히 일어나지 않을 미래 전쟁의 시점에, 그 자체로 실현가능성이 매우 희박한 폭동을, 실행할 ‘확실성’도 아닌 단순한 ‘개연성’이 있다는 이유로, 현재 또는 가까운 장래 한국의 존립 및 헌법질서에 대한 위협을 인정한 재판부의 판

단은 전혀 상식과 경험칙에 부합하지 않는 불합리한 판단이라 평가하지 않을 수 없습니다. 형사소송법상 자유심증주의의 한계를 일탈한 해석, 합리적 근거에 기하지 않고 처벌의 범위를 확장함으로써 형법해석의 한계를 벗어난 위헌적인 해석, ‘의심스러울 때에는 시민들의 자유를 위하여’라는 법치국가의 기본원칙에 반하는 해석이라고 생각합니다. 죄를 묻기 위해 죄를 인정한 판결, 아무 실체 없는 유령에게 짐짓 준엄한 죄를 묻는 판결, 아무도 위협을 느끼지 않는 사안에서 재판부만 위협을 느낀 판결, 곧 한편의 희극이라고 생각합니다.

시민들의 자유로운 의사표현, 특히 정치영역에서의 자유로운 의사표현은 그 자체로 정화능력을 가지고 있을 뿐만 아니라 우리 사회의 민주법치국가적 견고성·건강성을 증진시키는 긍정적인 역할을 합니다. 이런 영역에 국가형벌의 개입은 최대한 자제되어야 합니다. 반면 국가형벌은 한국 사회의 존립과 헌법질서를 실질적으로 위협하는 위험성이 있는 행위에 국한되어 적용되어야 합니다. 국가형벌을 최후의 수단(ultima ratio)이 아니라 최우선 수단(prima ratio)으로 휘두르는 국가는 인권의 가치가 존중받는 올바른 법치국가가 될 수 없습니다. 우리나라에서 국가형벌이 속히 제자리를 찾기를 고대합니다. 그리고 내란선동의 유죄를 인정한 항소심판결의 잘못이 대법원에서는 바로 잡혀 지기를 희망합니다.

오재창

前 민주사회를 위한 변호사모임 국제연대위원장

법무법인 해마루 대표변호사

대한변호사협회 인권위원

법무부 인권정책자문위원

한양대학교 법학전문대학원 겸임교수

〈국제법상 개인청원제도에 관한 연구-시민적 권리에 관한 국제규약을 중심으로〉

고려대 법대 박사(국제인권법) 학위 논문, 2009

임지봉

서강대학교 법학전문대학원 교수

서강대학교 법학전문대학원 교수

한국공법학회 상임이사

사법개혁위원회 전문위원(전)

〈미국의 전자정부법제〉 한국법제연구원, 2001

〈사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 연구〉, 헌법재판소, 2002(공저)

〈사법적극주의와 사법권 독립〉 철학과 현실사, 2004

미국에서 국가 안보와 표현의 자유⁷⁷⁾

- 명백·현존하는 위협의 원칙 법리를 중심으로 -

임지봉 / 서강대학교 법학전문대학원 교수

I. 서론

‘국가 안보’라는 이익과 곧잘 충돌하는 헌법상의 기본권으로 표현의 자유가 있다. 미국 수정헌법 제1조에는 표현의 자유, 종교의 자유를 위시한 여러 중요한 기본권들이 규정되어 있다. 실제로 미국 로스쿨들에서는 ‘수정헌법 제1조 (First Amendment)’라는 과목이 헌법과목으로서 한 학기동안 강의되는 독립과목을 이룬다. 그만큼 미국 헌법학에서는 수정헌법 제1조의 표현의 자유 등을 중시한다는 방증이다. 이 표현의 자유와 함께 곧잘 이야기되는 것으로 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’이 있다.

표현의 자유의 한계 내지는 표현의 자유를 제한하는 법률의 합헌성 판단기준이 되는 것이 바로 이 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’이다. 이 원칙을 어떻게 이해하고 활용하느냐 하는 것은 표현의 자유 보장 확대와 관련해 대단히 중요하다. 왜냐하면, ‘명백·현존하는 위협의 원칙’을 표현의 자유의 ‘한계’로서의 의미에 무게를 두고 이해하면, 이 원칙은 표현의 자유 제한을 정당화하는 이론이 되어 표

77) 이 글은 필자의 논문인 “명백·현존하는 위협의 원칙과 표현의 자유” 「공법연구」 제34권 제4-2집(한국공법학회, 2006년 6월)을 수정·보완한 것임을 미리 밝혀둔다.

현의 자유 보장이 좁아지게 되고, 반대로 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’을 표현의 자유를 제한하는 법률의 ‘엄격한’ 합헌성심사기준으로서 이해하게 되면, 이 원칙은 명백하고 현존하는 위협을 발생시키지 않는 한 모든 표현은 자유롭게 개진될 수 있다는 의미로 이해되어 표현의 자유 보장이 넓어지게 되기 때문이다. 적어도 미국 연방대법원에 의해서는 - 비록 간헐적인 후퇴기나 왜곡기도 있었지만 대체적으로는 - ‘명백·현존하는 위협의 원칙’이 후자의 의미로 이해되고 활용되면서 표현의 자유 보장을 확대해주는 이정표로서 기능했다.

이런 의미에서, ‘명백·현존하는 위협의 원칙’의 의미와 내용 및 그 바람직한 적용에 대해 연구하고 그것을 우리에게 맞는 표현 규제 입법의 합헌성 심사기준으로 소화해내는 것은 자못 뜻 깊은 일이라 할 수 있다. 이에, 본 연구는 미국 수정헌법 제1조상의 표현의 자유 제한과 관련해 연방대법원을 중심으로 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’이 어떻게 탄생, 발전, 적용되어 왔는지를 살펴보고 그것이 우리에게 주는 시사점에 대해 탐구해보고자 한다. 그래서 이 땅에서 표현의 자유의 ‘제한’보다는 ‘보장 확대’가 뿌리를 내려 표현의 자유가 ‘자유민주국가 기본권의 꽃’으로서의 제 역할을 다 할 수 있는 방안을 모색해보고자 한다.

II. 수정헌법 제1조상의 표현의 자유와 내용 규제

1. 수정헌법 제1조와 표현의 자유

미국 수정헌법 제1조는 “연방의회는 국교를 정하거나 또는 자유로운 신교행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한, 언론, 출판의 자유나 국민이 평화로이 집회할 수 있는 권리 및 불만사항의 구제를 위하여 정부에게 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다”고 규정하고 있다.

1987년에 제정된 미합중국 헌법은 통치구조에 관한 규정만 두고 있을 뿐 기본권에 관한 본격적인 규정을 갖고 있지 못했다. 이에 기본권 규정이 없는 헌법이 어디 있느냐는 비판이 주권파(州權派, Republican)들을 중심으로 강력히 제기되었고 이에 10개의 기본권 규정들이 한꺼번에 1789년 9월 25일에 발의되고

1791년 12월 15일에 비준되어 미국 연방헌법에 들어가게 되었다. 이들 10개의 기본권 조항들을 따로 '권리장전(Bill of Rights)'이라 부른다. 수정헌법 제1조는 이 권리장전의 첫 조항이다. 우선 조문의 위치상 큰 중요성을 가진다. 특히, 그것이 종교의 자유와 함께 언론, 출판, 집회의 자유와 같은 표현의 자유, 청원권을 규정하고 있다는 데에서 내용상으로도 큰 중요성을 띤다. 그 중에서도 언론, 출판, 집회의 자유와 같은 표현의 자유는 미국 수정헌법 제1조의 가장 핵심적인 기본권이다.

그러나, 이 권리장전조항들은 연방정부를 그 규율대상으로 할 뿐, 州에 대해 직접 주장될 수는 없다는 한계를 안고 있었다. 수정헌법 제1조가 연방정부기관의 하나인 “연방의회(Congress)”가 언론의 자유 등을 침해하는 연방법을 만들 수 없다고 규정하고 있고 그 외의 권리장전조항들에도 “州(State)”라는 단어는 등장하지 않음으로써, 권리장전조항들의 규율 대상자 내지 주장 대상자는 “州”가 아니라 “연방정부”에 한정되어 있었기 때문이다.⁷⁸⁾ 이러한 문제를 해결해 준 것이 바로 수정헌법 제14조의 적법절차조항이다. 동 조항(同 條項)은 “어떤 州도(No State)” 적법절차에 의하지 않고 주민의 생명, 자유, 재산을 박탈하지 못한다고 규정함으로써 “州”를 그 규율대상자로 명시해 놓고 있으며, 이 조항의 “자유(liberty)” 속에 권리장전상의 기본권들을 편입(incorporation)시킴으로써, 이 조항을 통해 권리장전상의 기본권들이 “州”에 대해서도 주장될 수 있게 된 것이다. 즉, 수정헌법 제14조의 적법절차조항이 수정헌법 제1조에서 제10조 즉, 권리장전상의 기본권을 州에게도 주장할 수 있게 하는 “편입조항”의 구실을 하게 된 것이다. 수정헌법 제14조상의 적법절차조항은 “연방주의(federal system)”를 채택하고 있는 미국헌법 하에서 기본권 조항들의 적용이 연방정부를 넘어 州로 확대되어 나가는 통로로서의 구실을 훌륭히 해내고 있다. 수정헌법 제1조상의 표현의 자유도 수정헌법 제14조의 적법절차조항을 통해 연방정부 뿐만 아니라 “州”에 대해서도 적용될 수 있는 권리가 된 것이다.⁷⁹⁾

78) 수정헌법 제14조 적법절차조항의 편입조항으로서의 기능에 관해 자세히는 John E. Nowak/Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law* (6th ed., St. Paul/ Minnesota: West Group, 2000) 368-70쪽

참조.

79) 예를 들어, 뒤에 상술되는 *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652 (1925) 참조.

2. 표현의 자유의 보장 근거

이러한 표현의 자유 보장의 근거와 관련해서는 다음과 같은 이론들이 주로 개진되었다.⁸⁰⁾

첫째, 사상의 자유시장이론(Market Place of Ideas)이다. 수정헌법 제1조는 정부가 사상의 자연스러운 투쟁과정 속에서 어느 쪽을 편드는 것을 금하고 있다는 원칙에 근거를 두고 있다. 정부가 사상의 자유시장에 개입해 표현을 제한하지 않는다면 자유롭고 완전한 표현간의 각축의 場에서 최고의 사상이 승리를 거두고 덜 가치로운 사상은 패퇴된다고 본다. 1919년의 *Abrams v. United States*판결에서 언급되었듯이, “진리 발견을 위한 최상의 방법은 사상의 자유시장 속에서 경쟁을 통해 어떤 사상이 최상의 사상으로 받아들여지게 하는 것이다.”⁸¹⁾ 이것은 미국 연방대법원에 의해 오래 동안 받아들여졌던 이론이다.

둘째, 시민참여모델이론(The Citizen Participant Model)이다. 유명한 명예훼손 관련 판결인 *New York Times v. Sullivan*판결에서⁸²⁾ 연방대법원은 수정헌법 제1조의 중심적 의미가 공적 이슈와 공적 인물에 대한 활발하고 강건한 토론을 독려하는 것이라고 보았다. 그러한 토론이 사람들을 정치적 과정에 적극적으로 참여케 함으로써 민주적 지배의 핵심을 이루게 된다.

셋째, 개인적 자유 모델이론(The Individual Liberty Model)이다. 표현의 자유는 사회적 목표뿐만이 아니라 개인적 가치의 실현에도 이바지한다. 개인적 자유는 “목적이기도 하고 수단이기도 한”⁸³⁾ 가치로운 것이다. 표현의 자유는 개인적 자율성을 장려하고 자기 결정을 촉진한다.

즉, 어느 이론에 의하건 표현의 자유는 자유민주사회에서 자율적인 개인의 자아실현을 위해 가장 중요하게 취급되고 두텁게 보장되어야 될 기본권임에는 틀림이 없는 것이다. 이것이 미국 권리장전 제1조에 표현의 자유가 위치하고 있는 이유이기도 하다. 특히, 이러한 표현의 자유 보장 근거에 비추어 봤을 때, 정치적 의사에 관한 표명인 정치적 표현은 더더욱 두터운 보호를 받을 필요가 있게 된다.

80) 사상의 자유시장이론, 시민참여모델이론, 개인적 자유모델이론에 관해 자세히는 John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, 앞의 책, 1060-62쪽 참조.

81) *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919), 630쪽

82) *New York Times v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964)

83) *Whitney v. California* 274 U.S. 357 (1927), 375쪽

3. 표현의 자유의 적용 방법

수정헌법 제1조를 문면 그대로 읽으면 표현을 규제하는 모든 법률의 제정이 절대적으로 금지되는 것처럼 읽힐 수 있다. 그러나, 곧 자세히 보게 될 Schenck v. United States판결에서 Holmes대법관이 말했듯이 “언론의 자유의 가장 강력한 보장도 극장 안에서 잘못해 ‘불이야’하고 소리친 사람을 보호하지는 않는다.”⁸⁴⁾ 미국 연방대법원은 표현의 자유와 다른 정당한 공익 간의 조화를 위해 다양한 적용 방법들을 채택해왔다.

우선, 수정헌법 제1조에 의해 보호받지 못하는 표현들을 분류했다. 싸움을 거는 말(fighting words), 음란(obscenity), 명예훼손(defamation) 등이 그것이다. 또한, ‘상업적 표현(commercial speech)’처럼 수정헌법 제1조에 의한 완전한 보호대상은 아니고 부분적 보호의 대상인 표현도 존재한다고 보았다.

연방대법원은 정부가 표현의 내용을 규제하려드는 경우에는 정부 규제의 정당화에 무거운 부담을 지우는 엄격심사의 기준을 적용해오고 있다. 그리고 이런 ‘내용 규제’의 경우 명백·현존하는 위협의 원칙이 표현 규제 입법의 합헌성 심사 기준으로 등장하고 사용되게 된 것이다. 그런 표현 규제 입법에는 통상적인 합헌성 추정의 원칙이 적용되지 않는다. 오히려, 그 법률은 위협의 추정을 받는다.

표현의 자유의 적용문제는 어떻게 보면, 표현의 자유를 보장할 때 얻어지는 개인의 이익과 표현의 자유 제한으로 얻어지는 정부의 이익간의 비교형량으로 정해지는 것이라 볼 수 있다. 이 때, 명백·현존하는 위협의 원칙이나 엄격심사는 정부 측에 가혹한, 이익형량의 가장 엄중한(stringent) 형태라 할 수 있다.

4. 내용 규제 v. 내용 중립적 규제

표현행위에 대한 규제는 표현행위의 내용에 근거한 ‘내용 규제(content-based regulation)’와 표현행위가 행해지는 시간, 장소, 방식 등 내용 외적인 것에 대한 규제인 ‘내용 중립적 규제(content-neutral regulation)’로 나누어 볼 수 있다.

84) Schenck v. United States 249 U.S. 47 (1919), 52쪽

우선, ‘내용 규제’의 경우를 보자. 정부가 표현의 내용 때문에 표현을 규제할 때, 즉, 무슨 말을 했느냐는 것 때문에 표현을 규제할 때, 그 법은 위헌의 추정을 받는다.⁸⁵⁾ 관점에 근거해 차별한다거나 그 주제 내용에 근거해 표현을 분류화한다면 그 법은 ‘내용 규제’의 법률이다. 주제 내용에 근거한 차별은 위헌의 추정을 받는다. 왜냐하면 정부가 공적 논의를 왜곡하거나 특정한 메시지를 선호할 우려 때문이다. 어떤 법이 규정의 문면상(文面上) 표현의 내용에 근거해 차별을 할 때 뿐만이 아니라, “심지어 법 규정의 문면상으로는 중립적인 규제라 할지라도 그 법의 명백한 입법목적이 어떤 표현이 전달하는 메시지 때문에 그 표현을 규제하려는 것이라면”⁸⁶⁾ 그것도 ‘내용 규제’이다. 미국 연방대법원은 특정한 표현, 표현자, 사상에 대한 정부의 차별을 막기 위해 평등조항도 사용해오고 있다.⁸⁷⁾ 이러한 ‘내용 규제’에 대해 법원은 “내용을 이유로 어떤 표현을 억압하거나, 그것에 불이익을 주거나, 다른 부담을 부과시키는 것이므로 그러한 규제에는 가장 엄밀한 엄격심사를 적용”한다.⁸⁸⁾ 따라서, 정부는 그 법이 저가치 혹은 무가치한 표현의 영역을 규제함을 증명하거나 혹은 그 법에 ‘내용 규제’를 통해 다른 취급을 하는 것이 “긴절한 정부의 이익을 이루기 위해 필요하고 그 목적을 이루기 위해 표현의 자유를 필요최소한으로 제한하면서 아주 좁고 세밀하게 만들어진 규제입법”임을⁸⁹⁾ 입증해야 한다.

다음으로, ‘내용 중립적 규제’를 보자. 어떤 법이 규제된 표현의 내용에 상관 없이 정당화될 때, 그 법은 ‘내용 중립적’이다. 예를 들어, 성인영화관의 위치를 규제하는 법은 ‘내용 중립적’이다. 왜냐하면 그 법의 규제는 성인영화관의 부수적 효과에 관한 것이지 성인영화관에서 상영되는 영화의 내용에 관한 것이 아니기 때문이다.⁹⁰⁾ 표현의 내용과 무관한 정부의 규제는 더 낮은 수준의 위헌심사, 즉 덜 엄격한 합헌성심사를 받는다. 그런 법은 보통 “공적 토론에서 나타나는 어떤 의견이나 관점을 삭제할 실질적인 위험이 덜하다.”⁹¹⁾ 대법원은 보통 ‘내용

85) 예를 들어, *Police Department of the City of Chicago v. Mosley* 408 U.S. 92, 92 S.Ct. 2286 (1972)에서 연방대법원은 학교 주변에서의 피켓팅 시위는 금지하고 노동 피켓팅 시위는 인정한 법은 ‘내용 규제’로 보아 위헌이라 판시했다.

86) *Turner Broadcasting Systems, Inc. v. F.C.C.* 512 U.S. 622 (1994), 645쪽

87) 예를 들어, *Police Department of the City of Chicago v. Mosley* 408 U.S. 92, 92 S.Ct. 2286 (1972) 참조.

88) *Turner Broadcasting Systems, Inc. v. F.C.C.* 512 U.S. 622 (1994), 642쪽

89) *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board* 502 U.S. 105 (1991) 106쪽

90) *City of Renton v. Playtime Theatres* 475 U.S. 41 (1986)

91) *Turner Broadcasting Systems, Inc. v. F.C.C.* 512 U.S. 622 (1994) 642쪽

중립적 규제'인 시간, 장소, 방식 규제에 덜 엄격한 이익형량분석을 적용한다. 예를 들어 대법원은 내용 중립적인 법이 합헌이기 위해서는 “중대한 정부 이익에 봉사하기 위해 세밀하게 만들어졌고 의사소통의 충분한 대안적 채널들이 있으면”⁹²⁾ 된다고 보았다. 만약 표현 규제라는 수단이 직접적이고 효과적인 것이라면 정부가 가장 표현의 자유 제한의 정도가 경미한 수단을 사용할 것도 요구되지 않는다. 즉, 정부의 규제는 중대한 정부 이익의 촉진을 위한 것이라면 충분히 정당화된다. “만약 정부의 이익이 언론의 자유 억압과 무관하고, 표현의 자유에 대한 우발적이고 부수적인 제한이 중대한 정부 이익의 촉진보다 중하지 않다면”⁹³⁾ 그러한 ‘내용 중립적 규제’는 합헌이다. 명백·현존하는 위협의 원칙은 엄격심사와 함께 바로 ‘내용 중립적 규제’ 입법이 아니라 ‘내용 규제’ 입법의 합헌성심사에 사용되는 심사기준이다.

III. 국가안보 및 명백·현존하는 위협의 원칙과 관련된 미국 연방대법원의 주요 판결들

1. Schenck v. United States⁹⁴⁾ – 명백·현존하는 위협의 원칙의 탄생

‘국가 안보’라는 측면에서 봤을 때 위법한 행위의 선동 발언도 표현의 자유에 의한 보호를 받을 수 있는 것인가? 이 물음에 대한 한 답이 되어줄 수 있는 명백·현존하는 위협의 원칙이 제1차 세계대전 중의 판결들에서 탄생하게 된다.

(1) 사실관계

1919년의 방첩법(Espionage Act)은 고의로 미 육해군에서 불복종, 불충성, 의무행 거부를 선동하거나 선동하려 하는 행위와 고의로 징병을 방해하는 행위를 처벌토록 규정하고 있었다. 제1차 세계대전 중에 Schenck는 우편으로 징집

92) Perry Education Association v. Perry Local Educator's Association 460 U.S. 37 (1983) 45쪽

93) O'Brien v. United States 391 U.S. 367 (1968) 377쪽

94) Schenck v. United States 249 U.S. 47(1919)

대상자 2명에게 전단을 보냈다. 그 전단에는 징집법이 위헌이라 쓰여 있었다. 전단은 징병법이 월스트리트의 선택받은 소수의 이익 때문에 인간성에 대항하는 거악이며, 징병 반대에 대한 비판은 교활한 정치인들과 돈이라면 무슨 짓이라도 하는 탐욕적인 자본주의 언론사들이 만들어낸 합작품이라고 주장했다. 전단지는 “협박에 굴복치 말라”고 주장했지만, 징병법 폐지 청원과 같은 평화적인 방법만을 충고했다. Schenck는 방첩법을 위반했기 때문이 아니라 이에 위반되는 행위를 하려고 예비·음모했다는 이유로 기소 당했다. Schenck는 전단지가 피징병자들의 징병을 방해하는데 영향을 끼치려는 목적 이외의 다른 목적을 가지지는 않는다는 배심원들의 주장에 대해 이를 부인하지는 않았다.

(2) 다수의견의 논점과 추론 및 판시사항

Holmes대법관에 의해 집필된 만장일치의 판결문은 표현의 자유를 누릴 수 있으나 여부는 그 표현이 행해진 상황에 의해 영향을 받는다고 판시했다. 다음은 그 추론요지이다.

모든 행위의 성격은 그것이 행해진 상황이 무엇이냐에 크게 의존한다. 극장 안에서 갑자기 “불이야”라고 잘못 소리쳐 극장 안을 온통 혼란의 도가니로 만드는 것 까지 표현의 자유가 보호하는 것은 아니다. 중요한 것은 그 표현이 어떤 상황 하에서 행해져서 연방의회가 방지할 권한을 가지는 실질적 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위험을 발생시킬 성격을 갖느냐이다. 그것은 ‘근접성과 정도’의 문제이다. 평화 시에는 관참을 표현도 전쟁 중에 행해지면 전쟁 노력에 큰 방해가 되어 허용되지 않을 수 있다. Schenck가 보낸 전단지는 전시에 행해진 표현으로서 명백하고 현존하는 위험을 발생시킨다. 하급심의 유죄결정을 인용한다.

(3) 이 판결이 가지는 의미

헌법에 의해 보호받는 표현의 범위에 대해 미국 연방대법원이 내린 최초의 판결들은 이 Schenck판결처럼 제1차 세계대전 중의 징병이나 전쟁 자체에 대한 반대 선동에 관한 것이었다. Schenck판결은 표현을 규제하는 입법의 합헌성 심

사기준인 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’을 최초로 선언하고 적용했다. Schenck판결에서 Holmes대법관은 표현행위에 대한 완벽한 면책에는 반대했지만, ‘악행을 낳을 표현의 경향성만 있다면 아무리 해악 발생과의 근접성이 없다 하더라도 그 표현행위 규제입법은 정당하다는 기준,’ 즉, 훨씬 더 제약적이고 훨씬 더 광범위한 표현행위의 규제를 담는 대안적 심사기준에도 반대했다. 같은 1919년의 Frohwerk v. United States판결과⁹⁵⁾ Debs v. United States판결에서도⁹⁶⁾ 방첩법이 수정헌법 제1조에 위배되지 않는다고 판시되었다.

2. Gitlow v. New York⁹⁷⁾ - ‘위험경향의 원칙’으로 후퇴

앞의 Schenck판결 등은 특정 표현행위를 금지하는 법률을 위반했는지 여부를 다룬 것들이지만, 그 후에는 법률 자체가 일정한 표현을 위험하다고 판단해 직접 금지한 경우에도 명백·현존하는 위협의 원칙이 적용될 수 있는지가 다루어졌다. 그 첫 번째 사건이 바로 이 Gitlow사건이다. 이 사건에서는 ‘국가 안보’와 정부 전복을 야기할 수 있는 표현행위의 규제가 문제가 되었다.

(1) 사실관계

Gitlow는 노동자들에게 파업을 선동하고 정부를 전복해 혁명적 무정부상태를 만들어야 한다는 내용의 ‘사회주의자 선언서’(socialist manifesto)를 출판했다. 그는 뉴욕주의 ‘무정부주의자 처벌법(criminal anarchy statute)’ 위반으로 유죄 판결을 받았는데, 동법은 뉴욕주 주의회가 보기에 실질적 해악의 위험을 초래할 개연성이 있는 특정한 성격의 표현들을 금하는 것을 내용으로 하고 있었다. 문제된 법조항은 위력, 폭력 및 불법한 수단으로 정부를 전복하는 것을 옹호하는 말도 금지하고 있었다. ‘사회주의자 선언서’를 읽고 정부 전복 등의 실질적 해악으로 나아간 사람이 있다는 증거는 없었다. Gitlow가 하급심의 유죄결정에 대해 연방대법원에 상고했다.

95) Frohwerk v. United States 249 U.S. 204 (1919)

96) Debs v. United States 249 U.S. 211 (1919)

97) Gitlow v. New York 268 U.S. 652 (1925)

(2) 다수의견의 논점과 추론 및 판시사항

Sanford 대법관이 집필한 다수의견은, 주의회(州議會)가 실질적 해악의 위험을 발생시킬 개연성이 있는 표현을 주법(州法)으로 직접 금지할 수 있다고 판시했다. 다음은 그 추론요지이다.

미국 연방대법원은 앞서 수정헌법 제1조 관련 사건들에 있어서 주된 쟁점은 문제된 표현이 실질적 해악을 초래할 “명백하고 현존하는 위험”을 가지고 있느냐에 있다고 보았다. 그러나, 뉴욕주 州法에 의해 구체적으로 성격 규정이 된 어떤 표현 속에 “명백하고 현존하는 위험”이 존재하는지는 뉴욕주의회가 결정해야 한다. Gitlow의 표현은 이러한 금지되는 표현의 범주 내에 든다. 주의회에 의한 결정이 이미 내려져 어떤 표현을 금지하고 처벌하는 것으로 州法이 정했다면, 州法에 의해 금지된 표현이 법원의 관점에서는 “명백하고 현존하는 위험”을 띠고 있지 않다고 해봤자 별 의미가 없다. 즉, 의회가 이미 일정한 유형의 표현은 실질적인 해악을 발생시킨다고 결정했으므로 법원은 그 판단을 존중해야 하고 의회가 법규정을 통해 이렇듯 표현의 위험성을 판단해버린 경우에는 명백·현존하는 위험의 원칙이 적용되지 않는다. 정말 중요한 것은 그 법조항 자체가 위헌이냐 하는 것이다. 문제된 뉴욕주 州法의 조항은 위헌이 아니다. 州는 실질적 해악 발생의 위험을 초래할 개연성이 있는 표현을 금지할 수 있다.

(3) 반대의견

Holmes 대법관에 의해 쓰여진 반대의견은 문제된 뉴욕주법 조항을 위헌으로 보았다. 다음은 그 추론요지이다.

표현의 자유는 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 의해 보호받는 “자유(liberty)”의 하나이다. 따라서, 표현에 대한 유죄결정에 적용될 심사기준은 이미 Schenck v. United State(1919)판결에서⁹⁸⁾ 개진된 대로 실질적 해악 발생의 ‘명백하고 현존하는 위험’이 있느냐가 되어야 한다. 본 사건에서처럼 ‘사회주의자 선언서’의 출판이 해악을 발생시킬 수 있는지에 대해 큰 의구심이 든다면, 그

98) Schenck v. United State 249 U.S. 47 (1919)

출판은 아마도 금지된 결과를 발생시키는 것과는 너무 동떨어진 것이며 그에 대한 규제는 쓸데없는 것이 된다. 즉, 명백·현존하는 위협의 원칙을 적용해야 한다는 전제 하에서 정부 전복의 현존하는 위협은 없다.

(4) 이 판결이 가지는 의미

Holmes 대법관이 Schenck v. United State 판결(1919)에서 ‘명백하고 현존하는 위협’의 심사기준을 상술한 바 있다. 그 심사기준이 본 판결에서는 ‘위험경향 심사(Bad Tendency Test)’원칙으로 대체되었다. 그러나, 이 Gitlow판결은 그 후 포기되었으며, 현재 미국 연방대법원의 결정들은 위법한 행위를 선동할 개연성에 다시 초점을 맞추고 있으며 주의회(州議會)가 주법(州法)으로 어떤 표현이 그러한 개연성을 만들 수 있는지를 결정하지 못하게 하고 있다.

3. Whitney v. California⁹⁹⁾ - ‘급박성’의 요건 추가

이 사건에서도 과격단체들의 운동과 표현행위를 ‘국가 안보’를 이유로 규제하는 것의 정당성의 한계가 문제되었다.

(1) 사실관계

1919년에 Whitney양은 사회당 전당대회에 참석했다. 그 전당대회가 각 계파의 회합으로 나누어졌을 때, Whitney는 급진파쪽으로 가서 공산노동당(Communist Labor Party)을 만드는 것을 도왔다. 그 해 말에, Whitney는 공산노동당의 캘리포니아주 지부(支部)를 조직하기 위한 또 다른 전당대회에 참석했다. 거기서 Whitney는 정치적 행동을 할 것을 승인하는 결의안을 지지했고 노동자들에게 모든 선거에서 공산노동당 공천 후보에게 투표할 것을 촉구했다. 이 결의안은 부결되었으며 더 극단적인 정치 행동이 채택되었고 Whitney는 그 결의안에는 반대했다. 캘리포니아주 주법(州法)인 ‘캘리포니아 과격단체운동 처벌

99) Whitney v. California 274 U.S. 357 (1927)

법(California Criminal Syndicalism Act)'은 산업 소유권 변화나 정치적 변화에 영향을 주려는 수단으로서 위법한 폭력행위를 옹호하는 단체를 결성하는 것을 법으로 금하고 있었다. Whitney는 이 법 위반으로 기소되어 재판을 받던 중, 공산노동당이 과격 테러조직이 되도록 할 의도는 전혀 없었다고 주장했다. 계속해서 그녀는 그녀가 폭력적인 정치변혁정책에서 공산노동당을 도울 의도가 전혀 없었기 때문에 그녀가 단지 공산노동당 전당대회에 참석했다는 사실만으로 그것이 범죄가 될 수는 없다고 주장했다. 따라서, 그 법은 적법절차에 의하지 않고 그녀의 자유를, 즉, 언론·출판·집회·결사의 자유를 빼앗은 것이라고 Whitney는 주장했다.

(2) 다수의견의 논점과 추론 및 판시사항

Sanford 대법관에 의해 집필된 다수의견은, 목적 달성에 영향을 주기 위해 불법한 수단의 사용을 옹호하는 조직에 고의적으로 그 구성원이 되는 것을 처벌하는 州法은 헌법에 의해 보장된 적법절차의 원칙과 언론·출판·집회·결사의 자유를 침해하지 않는다고 판시했다. 다음은 그 추론 요지이다.

헌법에 의해 보장된 표현의 자유도 아무런 책임 없이 말할 절대적 권리를 부여하고 있는 것은 아니다. 어떤 표현이 범죄를 선동하거나 평화를 교란하거나 폭력을 통한 정부 전복을 꾀하는 경향을 보일 때처럼 공공복리에 적대적인 표현인 경우에는, 州는 이를 州에게 부여된 경찰권 행사의 일환으로서 표현의 자유남용으로 처벌할 수 있다. 본 사건에서 '캘리포니아 과격단체운동 처벌법'(California Criminal Syndicalism Act)은 州의 公的 평화와 안정을 위협하는 범죄들을 옹호하는 조직을 돕거나 고의적으로 그 조직의 구성원이 되는 것이 州의 경찰권 행사에 의해 처벌될 수 있는 것이라 선언하고 있다. 그 처벌행위의 핵심은 불법적 수단의 옹호와 사용을 통해 원하는 목적들을 달성하기 위해 다른 사람들과 결합함에 있다. 이것은 그 성질에 있어 형법상 예비·음모의 단계에 해당하는 것이며 개인의 개별적 행위들보다 公的 안정에 훨씬 더 큰 위협을 수반한다. Whitney양은 본 사건에서 그녀에게 적용된 '캘리포니아 과격단체운동 처벌법'(California Criminal Syndicalism Act)이 위헌이라 주장하지만, 그러한 주장은 대법원이 일심법원에서 끝난 사실판단에 관한 평결을 다시 하라는 것이 되

므로 본 법원은 이를 받아들일 수 없다.

(3) 동조의견 - 사실상의 반대의견

Brandeis대법관에 의해 집필된 동조의견은 문제된 법조항이 위헌이 아니라는 점에서는 다수의견과 의견을 같이 했지만, 그렇게 본 근거는 다수의견과 달랐다. 이 Brandeis대법관의 동조의견은 그 후의 연방대법원 판결들에 다수의견보다 더 큰 영향을 준 유명한 동조의견이다. 다음은 그 추론 요지이다.

Whitney는 여기서 공공의 안전을 멀리서 위협하기만 하는 행위를 준비하던 단계에서 처벌을 받고 있다. ‘캘리포니아 과격단체운동 처벌법’(California Criminal Syndicalism Act)은 과격한 단체운동을 실행에 옮기는 것이 아니라 단지 說諭하는 사람들을 처벌함을 목적으로 한다. 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 의해 보장되고 州에 대해 구속력을 가지게 되는 언론·출판·집회·결사의 자유도 州에 대해 정치적, 도덕적, 경제적 危害를 가할 위험이 있는 표현행위들에 서는 제한될 수 있다. 그러나, 표현이 州에 실질적 해악의 명백하고 급박한 위험을 초래하지 않는다면 그러한 제한은 존재하지 않는다. 연방대법원은 아직 언제 위험이 ‘명백한’ 것이 되는지 결정 기준을 세우지 않았다. 그러나, 예견되는 해악이 아주 급박한 것이어서 그 해악에 관한 논의 기회를 가지기 전에 해악이 발생할 정도가 아니라면 그러한 표현행위로부터 초래될 위험이 명백하고 현존하는 위험일 수는 없다. 그러나, 이러한 표현이 州에 중대한 피해를 끼칠 가능성이 있음은 틀림없다. ‘캘리포니아 과격단체운동 처벌법’(California Criminal Syndicalism Act)의 위헌 주장을 본 법원이 심리함에 있어, 언론·출판·집회·결사의 기본적 권리들이 침해당했다고 주장될 때마다, 피고는 명백·현존하는 위험이 그의 행위에 의해 급박한 것이 되었느냐 하는 쟁점에 대해 의견을 개진하도록 허락받아야 한다. 여기서, 미래의 어느 시점에서 야기될 집단행동에 의한 혁명을 지금 이 시점에서 단순히 옹호하는 것은 수정헌법 제14조의 보호범위 내에 있다. 그러나, 형법이 금지하고 있는 예비·음모행위에 대한 증거가 있고 그것이 헌법상의 권리를 박탈당했다는 입증이 없는 한 형사 일심재판에서 확정된 사실 관계를 본 법원이 다시 심리할 수는 없기 때문에 우리에게 이 사건 사실 관계를 다시 심사할 권한이 없다.

(4) 이 판결이 가지는 의미

본 판결은 Schenck판결의 ‘명백·현존하는 위협’의 심사기준에 그 위협이 ‘급박한(imminent)’ 것이어야 한다는 요건을 추가했다는 점에서 중요하다. 이런 점에서 본 판결에서 Brandeis 대법관의 동조의견은 일종의 반대의견으로 평가되어질 수도 있다. 주정부에 대항하는 위협적 행위를 ‘단순히 옹호’(mere advocacy)하는 표현을 했다는 이유만으로 이들을 처벌할 수 있다는 다수의견에 Brandeis대법관이 추가한 ‘급박성’의 요건은 중요한 의미를 갖는다. 그래서, ‘단순한 옹호 기준’(mere advocacy test)은 그 후 살아남지 못했다. 오늘날, 과격단체운동을 계속 처벌하는 Smith Act에서도 ‘단순 옹호’에 그친 표현을 처벌하지는 않는다. 처벌이 가해지려면 강력한 정부 전복 행위를 촉구하는 것이 필요하다. 따라서, ‘행위 촉구’(urging action)는 본 판결에서 Brandeis대법관이 개진한 ‘명백하고 현존하는 급박한 위협’(clear and present imminent danger) 심사의 한 현대적 형태이다.

4. Dennis v. United States¹⁰⁰⁾ - 명백하고 있을 수 있는 위협의 원칙

제2차 세계대전이 일어난 이후에는 공산주의의 발호가 세계적으로 큰 위협이 되었다. 이에 미국 연방의회는 1940년에 New York주의 ‘무정부주의자 처벌법(criminal anarchy statute)’과 비슷한 내용의 Smith법을 제정했다. 이 법 적용과 관련한 최초의 사건이 이 사건이다. 이 사건에서도 공산주의 세력 등 무정부주의자들의 표현행위를 ‘국가 안보’의 미명 하에 규제하는 것의 정당성의 한계가 문제되었다.

(1) 사실관계

Smith법은 위력이나 폭력으로 정부를 전복하도록 가르치거나 이를 옹호하는

100) Dennis v. United States 341 U.S. 494 (1951)

행위, 혹은 그것을 위해 사람들을 조직하는 것을 불법으로 규정했다. 또한 앞에서 말한 행위의 모의도 금지했다. Dennis와 공산당 간부들이 정부를 무력으로 전복하고자 모의했다는 이유로 유죄판결을 받았다. 공산당은 규율이 잘 되고 전략적 위치로 침투를 잘하며 별명과 중의법(重意法)을 잘 쓴다는 점이 여러 증거들에 의해 입증되었다. 공산당은 엄격히 통제되었으며 당원간의 불화를 일체 용인하지 않았다. 공산당의 당헌, 강령, 성명서 등은 무력과 폭력에 의한 성공적인 정부 전복을 옹호했다.

(2) 다수의견의 논점과 추론 및 판시사항

Vinson 대법원장에 의해 집필된 4인의 다수의견은, 무력이나 폭력에 의한 정부 전복 옹호와 그 모의를 처벌하는 Smith법이 공산당 간부들에게 적용되는 것이 수정헌법 제1조에 위배되지 않는다고 판시했다. 다음은 그 추론 요지이다.

수정헌법 제1조상의 권리를 제한하는 법률의 합헌성 심사에 있어서 그 심사 기준은 다음과 같다. 즉, 표현행위가 비인쇄매체상에 비언어적으로 이루어졌다면 법 위반의 증거로서의 언론이나 출판에 근거한 유죄결정은 그 언론이나 출판이 금지된 범죄행위를 모의하거나 완수함에 있어 명백·현존하는 위험을 발생시킬 때에만 내려질 수 있다. 이 사건에서, Smith법은 무력이나 폭력에 의한 전복으로부터 정부를 보호하려 하고 있다. 확실히 이것은 정부가 언론을 제한하는 충분한 이유가 될 수 있다. 이제는, 명백·현존하는 위험이 존재하느냐가 결정되어야만 한다. 정부 전복 기도의 성공이나 성공가능성은 그 정부 전복 기도가 명백·현존하는 위험을 구성하는지를 판단하는 기준이 될 수 없다. 문제는 표현행위로 발생될 해악의 중대성이 - 비록 발생될 것 같지 않아 그 중대성이 깎이기도 하지만 - 해악 발생의 위험 회피를 위해 필요한 언론의 자유 제한을 정당화하느냐 이다. 다른 나라들에서 유사한 폭동이 있었다는 점, 지금 세계정세가 격해지기 쉬운 불안한 상태라는 점, 공산주의국가와 우리의 관계 등 여러 가지를 고려해 봤을 때, 본 사건에서 간부가 시간이 되었다고 판단해 소집만 하면 언제라도 달려올 정도로 일사분란한 규율체계를 갖고 있는 고도로 조직화된 Dennis 주도 단체의 문제된 표현행위들은 우리로 하여금 명백·현존하는 위험이 존재한다고 믿게 만든다. 위험이 있는지의 여부는 헌법문제이지 사실인정의 문제가 아니기

때문에 이것은 배심원이 아니라 판사가 판단하여야 한다. 하급심의 유죄결정을 인용한다.

(3) 동조의견들

Frankfurter대법관과 Jackson대법관이 동조의견을 냈다. 우선 Frankfurter대법관 동조의견의 추론요지는 다음과 같다. 법률의 합헌성은 국가의 안전에 대한 이익과 민주사회에서의 언론의 자유에 대한 이익간의 형량에 의해 결정된다. 이러한 이익형량은 법원이 아니라 입법부에 의해서 행해져야만 한다. 법원은 수정헌법 제1조상의 권리를 제한하는 법률을 포함해 모든 기본권을 제한하는 법률에 합리적 근거가 없을 때, 이 법률을 위헌이라 선언할 수 있을 뿐이다. 그런데 Smith법은 의회가 합리적으로 입법한 것이다.

Jackson대법관 동조의견의 추론요지는 다음과 같다. 무력이나 폭력에 의한 정부 전복을 가르치거나 옹호할 목적으로 이를 모의하는 것을 범죄로 규정한 법률은 심지어 명백·현존하는 위험이 없더라도 적용될 수 있으며 이것은 표현의 자유를 침해하지 않는다.

(4) 반대의견들

Black대법관과 Douglas대법관이 각각 별개의 반대의견을 냈다. 우선 Black대법관 반대의견의 추론요지는 다음과 같다. 수정헌법 제1조상의 권리는 자유민주주의사회에서 우선적 위치를 가져야만 한다. 그러한 권리를 제한하는 법률들은 단순한 합리성의 근거에서 법원에 의해 지지를 받아서는 안 된다. 다수의견은 수정헌법 제1조에 의해 보장되는 표현의 자유를 자유민주주의사회에서 보장해야 하는 정도로 높게 보장하지 않고 그 중요성을 희석시켰고, 급기야 수정헌법 제1조 규정이 의회에 대해 단순한 경고 이상의 의미를 갖지 않도록 했다.

Douglas대법관 반대의견의 추론요지는 다음과 같다. 옹호된 해약이 급박하다는 위험을 분명하고 객관적으로 입증할 때에만 수정헌법 제1조상의 권리의 제한이 가능하다. 정부의 폭력적 전복을 옹호하는 Dennis와 다른 공산당원들이 성공할 가능성이 있다고는 도저히 생각조차 할 수 없는 본 사건에서, 이에 대한

입증조차 없다. 상황이 심각하여 언론이 해락을 회피할 시간적 여유가 없을 때에만 언론의 자유를 제한할 수 있다. 또한, 명백·현존하는 위험이 있는지 여부는 판사가 아니라 배심원이 판단해야 한다.

(5) 이 판결이 가지는 의미

이 Dennis판결에서 ‘명백·현존하는 위험(clear and present danger)’의 원칙은 ‘명백하고 있을 수 있는 위험의 원칙(clear and probable danger)’으로 후퇴했다. 그리고 급박성(immediacy)의 요건은 가능성(probability) 내지 중대성(seriousness)의 요건으로 바뀌게 되었다. 예상되는 해악 발생의 가능성이 아무리 적더라도 그 중대성을 이유로 언론은 제한될 수 있게 된 것이다. 이러한 기준 하에서 급진적인 정치적 표현은 거의 보장되지 않게 되었다. 그러한 표현은 항상 정부에게 위협이 되고 상상할 수 있는 가장 중대한 해악이 될 수 있을 것으로 보이기 때문이다.

이 판결이 있고 나서 연방대법원은 많은 반성 후에 표현의 자유 보장을 확대하기 위한 여러 이론들을 개발했다. 연방정부는 공산당 간부가 아닌 공산당 평당원들을 피고로 한 Smith법 위반사건들을 법원에 제소했고 Yates v. U.S.(1957)판결에서¹⁰¹⁾ 연방대법원은 14명 피고들에 대한 유죄판결을 파기했다.¹⁰²⁾ Yates판결은 폭력에 의한 정부 전복의 선동에 대비한 Smith법의 규정은 ‘행위의 선동’에 도달해야 적용되는 것이고 ‘추상적인 원리나 사상의 선동’에 그치면 적용되지 않는다는 점을 분명히 했다. 즉, 선동의 원칙으로 ‘행위’의 선동이어야지 ‘추상적 원리나 사상의 선동’이어서는 표현의 자유가 제한받지 않음을 강조한 것이다.

101) Yates v. U.S., 354 U.S. 298 (1957)

102) Yates외 13인은 Smith법 위반을 이유로 기소되고 유죄판결을 받았다. 검찰측은 첫째, 그들이 무력이나 폭력으로 미합중국 정부를 전복해야 하는 필요성과 의무에 대해 가르치고 이를 옹호하려 한 죄, 둘째, 그렇게 가르치고 옹호하려는 사람들의 단체를 구성한 죄로 기소했다. Yates는 Smith법이 그의 정치적 신념을 이유로 그를 처벌하는 것이어서 위헌이라 주장했다. 연방대법원의 다수의견은 Smith법이 폭력에 의한 정부 전복을 목적으로 한 행위를 선동하려 한다는 것과는 별개로, 추상적 원칙으로서 폭력에 의한 정부 전복을 옹호하고 가르치는 것을 금하고 있지는 않다고 판시했다.

5. Brandenburg v. Ohio¹⁰³⁾ - 명백·현존하는 위협의 원칙의 현대적 기준

이 사건에서는 ‘국가 안보’보다는 ‘공공의 안녕’을 위해 과격단체의 집회의 자유를 어디까지 규제할 수 있느냐가 문제 되었다.

(1) 사실관계

KKK(Klu Klux Klan, 백인우월주의자 집단)단의 리더인 Brandenburg는 텔레비전 방송사에 전화해 Hamilton카운티에서 열리는 KKK단 집회에 기자를 초청했다. 기자에 의해 이 집회는 녹화되고 텔레비전에 방영되었다. 한 녹화필름은 두건으로 얼굴을 덮고 무기를 든 12명의 사람들이 나무 십자가 주위에 모여 그 나무 십자가를 불태우는 장면을 담고 있었다. 유태인과 흑인들을 경멸하는 말들이 녹화필름에서 산발적으로 들렸다. Brandenburg가 연설을 했고 그는 연설 중에 “우리는 보복을 목적으로 하는 단체는 아니다. 그러나, 우리의 대통령이, 연방의회가, 연방대법원이 계속해서 백인들을 탄압한다면 어떤 보복조치가 취해져야만 할 수도 있다”고 말했다. 그리고 독립기념일인 7월 4일에는 40만명이 의회 앞에서 시위를 하고 이어서 두 그룹으로 나뉘어 일부는 Florida주로 일부는 Mississippi주로 행군할 것이라고 연설했다.

Brandenburg를 피고로 한 소송이 이들 몇몇 녹화필름들에 근거해 제기되었다. 그는 Ohio주의 ‘과격단체운동 처벌법(criminal syndicalism statute)’에 의해 유죄판결을 받았다. 이 법은 사회변혁 달성의 수단으로 범죄의 의무, 필요성, 정당성을 옹호하거나 태업, 폭력, 불법적 방법의 테러를 옹호하는 것을 금했고 과격단체운동의 원칙을 가르치거나 옹호하기 위해 형성된 단체와 회합하는 것도 금하고 있었다.

(2) 다수의견의 논점과 추론 및 판시사항

집필자를 밝히지 않은 판결(per curiam)에서¹⁰⁴⁾ 연방대법원은 폭력 사용이나

103) Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444 (1969)

104) “Per curiam”은 라틴어로서 “by the court as a whole”의 의미를 가진다. 여러 이유로 인해 집필자를 밝히지 않고 재판부 전체 명의로 내린 판결을 'per curiam opinion'이라 한다.

법 위반의 옹호가 급박한 불법적 행위를 선동하거나 야기하기 위한 것이고 또 그러한 선동 및 야기의 개연성이 있는 것이면 그러한 폭력 사용이나 불법의 옹호는 수정헌법 제1조와 수정헌법 제14조에 보장된 권리를 침해한다고 판시했다. 다음은 그 추론 요지이다.

헌법상의 언론·출판의 자유는 폭력 사용이나 법 위반의 옹호가 급박한 불법적 행동을 선동하거나 야기하기 위한 것이거나 그럴 개연성이 있는 것인 경우 이외에는 썬가 그러한 폭력 사용이나 불법의 옹호를 금지하거나 처벌하는 것을 허락치 않는다. 위력이나 폭력에 호소하는 것의 도덕적 정당성이나 심지어 도덕적 필요성을 단지 추상적으로 가르쳐 주는 것이, 어떤 단체가 그러한 폭력적 행위로 나아가게 돕거나 조장하는 것과 같을 수는 없다. 양자의 행위를 명확히 구분치 못하고 함께 처벌하는 법률은 수정헌법 제1조와 제14조에 보장된 자유를 침해하는 것이다. KKK단의 집회 당시 그 집회에는 KKK단 단원 이외에는 아무도 없었고 집회에서 그들이 행한 인종적대적 발언이 누구에게도 즉각적으로 신체적 위협을 준 바 없었음에도 불구하고 Brandenburg가 단지 인종적대적 폭력이 ‘도덕적으로 적절함(moral propriety)’을 ‘추상적으로 가르쳤기(abstract teaching)’ 때문에 Ohio주법에 따라 처벌된 것이다. Brandenburg의 발언은 직접적 행동을 선동한 것이 아니고 단순히 어떤 결과를 옹호한 것에 불과하므로 수정헌법 제1조와 제14조에 의해 보장되는 표현의 자유의 보호범위 내에 속한다. 즉, 그의 표현행위는 연방헌법이 정부의 통제로부터 면죄부를 준 ‘비난 발언’(condemnation speech)의 범주 내에 드는 것이다. 문제된 Ohio 州法의 취지는 단순한 옹호 발언을 처벌하려는데 있고, 법에서 서술된 유형의 행위들을 단순히 옹호하기 위해 다른 사람들과 회합하는 것을 금하려는데 있다. 그러므로, 하급심 판결은 유지될 수 없다. Brandenburg에 대한 유죄판결을 파기한다.

(3) 동조의견

Black대법관과 Douglas대법관이 동조의견을 집필했다. 다음은 그 추론 요지이다. 허용되고 정부의 통제를 받지 않는 표현과 불허될 수 있고 정부의 통제를 받는 행위 사이의 경계선은 ‘생각’과 ‘공공연한 행위’ 사이의 경계선이다. 아주 드문 예외적인 경우를 제외하고는 표현행위는 형사소추로부터 면제된다.

(4) 이 판결이 가지는 의미

이 판결은 언론의 자유를 제한하는 법률이 합헌성을 획득하기 위해서는 ‘위험의 급박성(imminence of danger)’이 존재해야 함을 잘 보여준다. 이 요건은 그 전 판결인 1966년의 Bond v. Floyd(1966)판결에서도¹⁰⁵⁾ 강조된 바 있었다. Bond판결에서 연방대법원은 Bond의 하원의원자격을 박탈한 주의회의 결정을 뒤집었다. 그가 징병제도에 반대하는 자를 지지한다는 선언문에 서명하고 베트남전과 베트남전 참전 군인 징병을 비판하는 말을 한 이후로는 진정으로 주헌법(州憲法)과 연방헌법 준수 선서를 할 수 없다는 이유로 하원의원 자격을 박탈한 것이었다. 연방대법원은 Bond가 한 발언에서 불법을 선동한 어떤 점도 발견할 수 없다고 보았다.

IV. 명백·현존하는 위험의 원칙의 탄생과 발전

1. 탄생 초기

1919년에 Holmes대법관이 집필한 Schenck v. United States판결을¹⁰⁶⁾ 통해 명백·현존하는 위험의 원칙이 표현의 자유의 한계 내지 표현의 자유 제한 법률의 합헌성 판단기준으로 탄생하였다. 이 때, 명백·현존하는 위험의 원칙이란 특정한 표현이 제한될 수 있는 경우란 그 표현이 정부가 방지해야 할 ‘실질적 해악(substantial evil)’을 가져올 것이 ‘명백’하고 그 위험이 ‘현존’하는 것이어야 함을 의미했다. ‘실질적 해악’ ‘명백성’ ‘현존성’이 명백·현존하는 위험의 원칙의 중요한 세 가지 요소였다. 이 때, ‘실질적 해악’이란 국가각 방지할 필요가 있는

105) Bond v. Floyd 385 U.S. 116(1966). 이 사건에서 월남전 반대론자인 Bond는 징병제도에 반대하는 자를 지지한다는 선언문에 서명하고 베트남전과 베트남전 참전 군인 징병을 비판했다. 이에 Georgia주 하원은 Bond가 주헌법과 연방헌법을 진정으로 준수한다고 선서할 수 없다는 이유로 하원의원 취임을 못하게 해 문제가 된 사건이다. 연방대법원은 Bond가 불법적인 징병제 반대 선동을 한 것은 아니고 다만 일반적이고 추상적으로 전쟁반대선언을 한 것이어서 Bond는 제재를 받아서는 안 되며, 따라서 주 하원이 의원자격박탈조치는 Bond의 수정헌법 제1조상의 표현의 자유를 침해한 것이라고 판시했다.

106) Schenck v. United States 249 U.S. 47(1919)

이익에 대한 침해나 위협을 뜻한다. ‘명백성’은 표현과 해악 발생간의 명확한 인과관계의 존재를 의미한다. 여기서의 인과관계의 명확성은 어느 정도이어야 하는가? 이 명확성의 요구는 단순한 합리적 근거 이상의 것이 필요하다고 이야기 되어 진다.¹⁰⁷⁾ ‘현존성’이란 자유토론에 맡겨서는 그 해악의 발생을 방지할 수 없을 정도로 위협의 발생이 시간적으로 근접한 것임을 요구하는 것이다.¹⁰⁸⁾ Brandeis대법관도 *Whitney v. California*판결에서¹⁰⁹⁾ “비상상황만이 그러한 표현행위의 규제를 정당화할 수 있다(Only an emergency can justify repression)”고 주장한 바 있다. 이처럼, 탄생 당시 명백·현존하는 위협의 원칙의 초점은 표현이 행해질 당시의 상황 하에서 불법적 행위의 ‘근접성’과 위협의 ‘정도’에 두어져 있었다.

같은 해인 1919년에 나온 연방대법원의 *Abrams v. United States* 판결에서는¹¹⁰⁾ 명백·현존하는 위협의 원칙이 약간 후퇴한 듯한 분위기가 감지된다. *Abrams* 등은 당시의 러시아 혁명에 우호적인 사회주의자들이었다. 이들은 미국 정부가 해병대를 시베리아에 보낸 것을 러시아 혁명을 진압하기 위한 시도라고 보았다. 이에 대한 대응으로, 이들은 미국의 독일과의 전쟁 수행을 방해할 의도로 전쟁 물자를 감축 생산하도록 주장하는 수천장의 전단을 뉴욕시에서 인쇄하고 배부했다. 그 전단지는 근로자에게 독일 뿐만 아니라 러시아에 대해서도 사용될 수 있는 총탄을 생산하지 않도록 강조했다. 명백·현존하는 위협의 원칙을 계속 적용해야 한다고 주장한 Holmes판사의 반대의견도 있었지만, 연방대법원의 다수의견은 명백·현존하는 위협의 원칙 보다는 표현자의 ‘의도’나 ‘위험 경향(bad tendency)’에 주목했다. 그래서, 피고인에게 미국의 독일에 대한 전쟁 노력을 방해할 ‘의도’가 있었느냐를 먼저 보았다. 피고인의 주된 목적은 러시아를 돕자는 것이지만 러시아를 보호하기 위한 전쟁 물자 생산의 감축은 독일에 대한 전쟁 노력을 해치지 않고서는 달성될 수 없는 것이므로, *Abrams* 등의 전단지에는 ‘위험 경향(bad tendency)’이 존재하고 방첩법 규정이 금하는 ‘의도’가 있다고 판단했다. 이러한 ‘위험 경향’의 기준은 후속판결을 통해 곧 줄기차게 이어지지는 않았지만 1951년의 *Dennis*판결로¹¹¹⁾ 본격적인 부활을 보았다.

107) John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, 위의 책, 1083쪽

108) Jerome A. Barron/ Thomas Dienes, *Constitutional Law* (5th ed., St. Paul/Minnesota: West Publishing Co., 1995) 25쪽

109) *Whitney v. California* 274 U.S. 357 (1927)

110) *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919)

111) *Dennis v. United States* 341 U.S. 494 (1951)

1927년의 Whitney 판결에 가서, 표현행위로 인한 해악 발생의 위험이 너무 급박하고 중대해서 통상적인 자유토론에 맡길 수 없다는 입법부의 결정은 그 결정이 비록 합리적이라 하더라도 확정적이고 최종적인 것은 아니라는 판결이 나왔다. 입법부가 아니라 법원이 특정의 표현 규제가 그 해악 발생의 위험 때문에 정당화 된다고 확정해 주어야만 한다는 것이다.¹¹²⁾ 특히 1930년대 중반부터 1950년대까지 미국연방대법원이 표현의 자유 등 정신적 자유권의 ‘우월적 지위론’을 채택함으로써 명백·현존하는 위험의 원칙은 다수의견의 지위를 계속해서 유지할 수 있었다.

2. 명백·현존하는 위험의 원칙의 왜곡기

1951년의 Dennis v. United States 판결에서¹¹³⁾ 연방대법원은 Smith법에 대해 합헌결정을 내리면서 명백·현존하는 위험의 원칙의 중요한 일부분이었던 ‘시간’ 기준의 중요성을 고려하지 않는 듯한 태도를 취하면서 언론의 자유의 광범위한 보호를 위해 삽입했던 심사기준의 한 중요한 요소를 제거해 버린다. 명백·현존하는 위험의 원칙은 폭동이 일어나기 직전까지 정부가 그 표현을 규제할 수 없다는 뜻이 아니라는 것이다. 연방대법원은 정부 전복의 목적에 대한 성공이나 성공가능성이 기준이라는 주장도 거부했다. 대신, ‘발생 불가능성 때문에 감소되기도 하는 해악의 중대성이 해악 발생의 위험 회피를 위해 필요한 언론의 자유 제한을 정당화하느냐’가 기준이 되어야 한다고 보았다. 이것은 ‘명백·현존하는 위험(clear and present danger)’의 원칙이 ‘명백하고 있을 수 있는 위험(clear and probable danger)’의 원칙으로 왜곡되었음을 의미한다. 이 때, 급박성(immediacy)의 요건은 해악 발생의 가능성(probability)을 거쳐 해악의 중대성(seriousness)의 요건으로 바뀌게 된다. 즉, 해악이 중대한 것이면 해악의 발생가능성이 적다고 하더라도 표현행위에 대한 제한이 허용되는 것으로 다루어졌다.

112) Whitney v. California 274 U.S. 357 (1927)

113) Dennis v. United States 341 U.S. 494 (1951)

3. 옹호(advocacy)와 선동(incitement)의 구분기

1950년대말에 접어들면서 연방대법원은 Dennis판결에서 빠져나오면서, 1957년의 Yates판결에서 ‘선동’과 단순한 ‘옹호’ 발언을 구분했다. 즉, Dennis판결은 ‘선동’과 같은 불법적 행위의 옹호에 대한 정부 규제를 합헌이라 본 것이지, 추상적 원칙에 대한 옹호 발언을 정부가 규제하는 것을 합헌이라 본 것은 아니라는¹¹⁴⁾ 것이다. 비록 Yates판결에서 연방대법원이 직접적으로 헌법적 쟁점에 대해 그 입장을 개진한 것은 아니지만, Yates판결은 명백·현존하는 위협의 원칙에 대한 Dennis판결의 왜곡을 암묵적으로 거부한 것이라는 평가를 받았다.

4. 선동(incitement)과 위험(danger)의 구분기: 현대적 심사기준의 탄생

1960년대 이후에 연방대법원이 명백·현존하는 위협의 원칙을 적용한 사례는 법정모욕사건 등 극소수의 사건을 제외하고는 별로 없었다. 그러던 중 1969년에 나온 연방대법원의 Brandenburg v. Ohio판결은¹¹⁵⁾ 표현 규제가 가능하기 위해 서는, ‘폭력 선동을 처벌하기 위해 불법적 행동이 의도되고 그 발생이 급박한 것이어야 한다(intent to incite imminent lawless action)’고 판시함으로써 명백·현존하는 위협의 원칙의 요건을 더욱 구체화하고 위험기준을 더욱 엄격하게 적용케 하여 합헌성 심사의 기준을 한 단계 더 높여 놓았다. 즉, 선동을 금지할 수 있는 요건으로, 첫째, 급박한 해악, 둘째, 불법적 행동이 야기될 가능성, 셋째, 불법적 행동을 야기할 의도라는 세 가지 요건이 충족되어야 함을 확실히 함으로써, 표현행위자의 의도의 입증을 추가요건으로 삼아 표현의 자유 보호에 더 더욱 만전을 기할 수 있게 된 것이다.

명백·현존하는 위협의 원칙에 대한 현대적 해석은 그 ‘표현행위의 성격(the nature of the speech)’과 그 표현행위가 보여주는 ‘위험(danger)’에 초점을 맞춘다. 따라서, 첫째, 추상적 원칙에 대한 옹호가 아니라 불법적 행위에 대한 선동만이 처벌받을 수 있고, 둘째, 그러한 불법적 행위를 선동하거나 그것을 낳을 개연성이 있는 ‘급박한 불법적 행위에 대한 선동(incitement to imminent

114) Yates v. United States 354 U.S. 298 (1957)

115) Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444 (1969)

lawless action)'만이 정부의 규제를 받을 수 있게 되었다. 최근에 와서는 미국의 이라크 전쟁 등 각종 전쟁 수행과 관련해 전쟁 관련 발언 규제의 합헌성 척도로서 '명백·현존하는 위협의 원칙'이 곧 잘 이야기되어지고 있다.¹¹⁶⁾

5. 명백·현존하는 위협의 원칙에 대한 미국 내의 평가

명백·현존하는 위협의 원칙이 1919년의 Schenck판결을 통해 탄생할 때부터 이 원칙에 대한 반대론이 미국 내에서 만만치 않게 제기되었다. 미국 역사상 가장 존경받는 하급심 법관 중 한 사람인 Learned Hand판사는 발언 내용만을 문제 삼지 주위 상황은 고려하지 말자는 심사기준(Learned Hand Test)을 제시했다. 이 심사기준은 1917년의 하급심 판결인 Masses Publishing Co. v. Patten 판결에서¹¹⁷⁾ 실제로 적용되었다. 이 사건에서는 反戰 만화와 전쟁 및 징병제를 비난하는 글 등 징병제 반대자들에 대해 큰 동의감을 표시하는 표현들이 문제되었다. 이에 대해 Learned Hand 판사는 이 표현은 反戰 입장에 대한 추상적 옹호에 불과하지 직접적으로 법 위반을 부추기는 표현은 아니라면서 이 표현은 처벌될 수 없다고 판시했다. 이 심사기준에 의하면, 어떤 표현에 의해 발생할 수 있는 효과는 전혀 고려되지 않으며, 거꾸로 어떤 표현이 직접적으로 법 위반을 부추기는 경우에 해당하면 그에 따른 효과가 전혀 발생치 않았더라도 처벌을 면할 수 없게 된다. 그러나, 이 심사기준은 Masses Publishing Co. v. Patten사건의 항소심에서도 받아들여지지 않았으며, 미국에서 그 이후 50여년간 명백·현존하는 위협의 원칙이 지배적으로 적용되었다.¹¹⁸⁾

둘째, 적어도 명백·현존하는 위협의 원칙 초기 관련 판결인 Schenck판결이나 Abrams판결 등에서는 표현의 내용이 사실상 실질적인 해악을 초래했다는 점에 대한 명확한 입증없이 모두 유죄로 선언되었다는 점에서, 명백·현존하는 위협의 원칙은 표현의 자유 보장 확대에 기여하는 바가 크지 않다는 지적들이 많았었다.¹¹⁹⁾

116) 명백·현존하는 위협의 원칙을 적용한 최근의 예로는 Virginia v. Black 538 U.S. 343 (2003)이 유명하다.

117) Masses Publishing Co. v. Patten 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917)

118) William B. Lockhart 외 3인, *Constitutional Law: Cases, Comments, Questions* (6th ed., St. Paul/Minnesota: West Publishing Co. 2000) 650-53쪽

119) John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, 앞의 책, 1080-81 쪽

셋째, 명백·현존하는 위협의 원칙은 위협 발생의 ‘급박성’이 있는지 여부의 사실인정에 따라 법적 판단이 달라진다. 정치적 표현은 전쟁 등 국가가 위기에 처해있는 경우 ‘대중의 병적 흥분(mass hysteria)’에 의해 항상 공격받기 쉬우며, 따라서 ‘급박성’이 있다는 판단을 받아 표현의 자유가 제한되는 일이 빈발하기 쉽다. 나아가, 표현행위와 해악 발생의 결과 사이의 인과관계에 대해 판단함에 있어 ‘명백성’은 추상적이고 애매한 개념이어서 사실상 주관적으로 판단되기 쉽다. 배심원에 의한 이 인과관계의 판단에 있어서도 국가 위기시 대중의 병적 흥분이 영향을 미쳐 유죄평결로 가기 쉽고, 이 때 판사가 이 평결을 번복하기는 매우 어려워진다.¹²⁰⁾

비교적 현대에 와서 제기되는 명백·현존하는 위협의 원칙에 대한 비판론도 만만치 않다. 넷째, 몇몇 학자들은 동 원칙이 ‘명백·현존하는 위협’이라는 추상적이고 일반적인 기준을 사용함으로써 별 내용이 없는 이익형량심사의 한 형태가 되어 버렸다고 비판한다.¹²¹⁾ 다섯째, 또 다른 이들은 명백·현존하는 위협의 원칙이 보호하고자 하는 표현은 원래부터 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 표현 영역에 속하지 않는다고 비판한다.¹²²⁾ 실제로 법원에 의해서도 ‘선동(incitement)’은 종종 수정헌법 제1조의 영역 밖에 존재하는 표현의 한 형태로서 별도로 다루어지기도 한다.

그러나, 이러한 비판론들에도 불구하고 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’은 ‘언론의 자유의 수호신’이라고 까지 불리워지면서, 표현의 자유 조항에 내실을 부여하고 특히 소수집단의 표현의 자유 보호에 큰 공헌을 해왔다는 긍정적인 평가를 받고 있다.

V. 결론: 명백·현존하는 위협의 원칙이 국가안보와 관련해 우리에게 주는 시사점

명백·현존하는 위협의 원칙은 표현이 발생시키는 폐해는 그에 대응한 표현으

120) Robert H. Tanenbaum, “Preadhing Terror: Free Speech or Wartime Incitement?” 55 *American University Law Review* 785 (American University Law School, 2006) 788쪽

121) David. R. Dow & R. Scott Shields, “Rethinking the Clear and Present Danger Test” 73 *Indiana Law Journal* 1217 (Indiana Law School, 1998) 1243쪽

122) David R. Dow, “The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test” 6 *William & Mary Bill of Rights Journal* 733 (William & Mary Law School, 1998) 747쪽

로써 시정되어야 한다는 강경한 자유주의적 입장을 대변하는 것으로, 앞에서 본 사상의 자유시장론에서 국가의 개입을 배척하는 것과 같은 입장에 서 있다. 미국에서도 전쟁시에는 위의 Dennis v. United States판결에서¹²³⁾ 본 바와 같이 ‘국가 안보’를 이유로 명백·현존하는 위협의 원칙이 후퇴하고 해악 발생의 경향성만 가지면 그러한 표현행위를 규제하고 처벌할 수 있다는 ‘위험경향의 원칙’이 득세하기도 했으나, 명백·현존하는 위협의 원칙은 이제 확고한 미국 판례법상의 대원칙으로 표현의 자유를 제한하는 법률의 합헌성 심사기준으로 적용되고 있다. 국내에는 명백·현존하는 위협의 원칙과 같은 강경한 자유주의적 입장은 미국이라고 하는 안정된 사회에서나 발전될 수 있는 이론이라는 지적도 있다.¹²⁴⁾ 하지만, 우리 사회가 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’이 적용되고 발전될 수 없을 정도로 불안정한 사회라 보기는 어려울 것이다. 오히려, 역동적이며 할 말은 하는 국민성을 두고 볼 때, 표현의 자유를 넓게 보장하여 역동적인 민주사회로 더더욱 크게 발전해 나갈 수 있게 하는 것이 바람직하다고 믿는다.

미국 연방대법원이 명백·현존하는 위협의 원칙을 적용한 예는 주로 정치적 선동이 문제된 사건과 법정모욕사건에 국한되고 있다는 점에도 주목할 필요가 있다. 또한, 이 원칙은 처음 정치적 선동에 대해 형사적 제재에 의한 직접적 제한을 금지하는 법리로 탄생된 것이었기 때문에 취업상의 제한 등 간접적 규제나 해외여행의 규제 등 기타 행정적 규제의 위헌성 심사에는 적용되지 않았다는 점도, ‘명백·현존하는 위협의 원칙’의 본격적인 도입 및 운용과 관련해 우리가 주의해야 할 바다.

만약 정부가 쉽게 정치적 표현을 제한하거나 처벌할 수 있다고 한다면, 정부는 합법적으로 정부에 대해 비판하는 언론도 금지시킬 우려가 있게 된다. 다시 말해서, 표현과 그것이 야기하는 해악 간에 엄격한 인과관계를 요구한다는 식의 명백·현존하는 위협의 원칙과 같은 표현의 자유 보장 기준을 갖고 있지 않으면 정부는 언론이 단순히 혼란을 야기한다는 이유만으로도 이를 규제하거나 집요하게 처벌하려 들 것이다.

분명 명백·현존하는 위협의 원칙은 표현의 자유의 ‘한계’로서 보다는 표현의 자유를 제한하는 법률의 ‘엄격한’ 합헌성심사기준으로서 이해되어야 한다. 명백·현존하는 위협의 원칙과 같은 표현의 자유 보장 기준이 정부의 표현 규제를 꺼

123) Dennis v. United States 341 U.S. 494 (1951)

124) 자세한 박용상, 「표현의 자유」(서울: 현암사, 2002년) 108쪽 참조.

리는 본질적 이유는, 정부가 표현이 야기할 수 있는 여러 해악을 구실삼아 실제로는 정부가 우려하는 언론의 설득력을 억압하려 한다는 데 있다. 미국 수정헌법 제1조의 존재이유는 정부가 그러한 표현이 각종 해악을 야기하리라는 구실에 호소해 정치적 반대의견 개진을 억압하는 것을 금하는 데서 찾을 수 있다는 점을 다시금 상기할 필요가 있다.

참고문헌

박용상, 「표현의 자유」 (서울: 현암사, 2002년)

Jerome A. Barron/ Thomas Dienes, Constitutional Law (5th ed., St. Paul/Minnesota: West Publishing Co., 1995)

William B. Lockhart 외 3인, Constitutional Law: Cases, Comments, Questions (6th ed., St. Paul/ Minnesota: West Publishing Co. 2000)

John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, Constitutional Law (6th ed., St. Paul/ Minnesota: West Group, 2000)

David M. Rabban, Free Speech in Its Forgotten Years (Cambridge University Press, 1997)

Ronald D. Rotunda, Modern Constitutional Law (St. Paul/ Minnesota: West Group, 2000)

Cass R. Sunstein, Democracy and the Problem of Free Speech (New York: The Free Press, 1995)

David. R. Dow & R. Scott Shields, “Rethinking the Clear and Present Danger Test” 73 Indiana Law Journal 1217 (Indiana Law School, 1998)

David R. Dow, “The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test” 6 William & Mary Bill of Rights Journal 733 (William & Mary Law School, 1998)

Robert H. Tanenbaum, “Preadhing Terror: Free Speech or Wartime Incitement?” 55 American University Law Review 785 (American University Law School, 2006)

외 다수

오동석

아주대학교 법학전문대학원 교수

한국헌법학회 상임이사

참여연대 사법감시센터 실행위원

〈사상양심의 자유와 국가안보〉 헌법학연구, 2009

〈통치의 기본구조〉 방송대출판부, 2011(공저)

〈가장 인권적인, 가장 교육적인〉 교육공동체벗, 2012(공저)

일본 파괴활동방지법 판례를 통해 본 내란선동

오동석 / 아주대학교 법학전문대학원 교수

가. 머리말

헌정사에서 내란 관련 죄는 정치적 탄압의 수단이었다. 1975년 인혁당 재건위 사건이나 1980년 김대중 내란음모 사건이 대표적이다. 사실 제대로 된 민주공화국에서 내란을 실현하기는 어렵다. 사람들은 인간 세상에서는 유토피아가 실현될 수 없음을 알기에 도저히 참을 수 없는 정도가 아니라면 말로 비판을 하거나 불만을 쏟아낼지언정 목숨을 걸고 행동을 하지는 않으려 하기 때문이다. 민주주의 사회에서는 너무나도 당연한 반체제의 대의명분이 존재하지 않는 이상 내란세력에 동조할 사람들은 거의 없다. 물론 소수의 사람들이 권력을 탐하여 내란을 시도할 수는 있다. 그러나 민주공화국 체제에서는 그것이 성공하기 어렵다. 그렇지 않다면 우리는 민주주의에 대한 신뢰를 접어야 할 것이다. 물론 예외적으로 쿠데타가 성공한 경우가 없지 않다. 그러나 민주주의가 다시 살아나면 결국 쿠데타 세력은 반드시 법적 처벌을 받는다. 1980년 전두환·노태우 등의 내란 사건이 대표적인 예이다(오동석, 2014c).

내란 관련 죄가 논의되는 상황은 기존 정치체제의 현실을 반영하기 마련이다. 내란은 매우 비현실적이거나 아주 현실적이거나 둘 중 하나이다. 전자는 민주공화국의 견고함을, 후자는 민주공화국의 허구를 고발한다. 그 중간에 있는 다양한 행위들은

군이 형법상 내란의 죄를 끌어낼 이유가 없다. 헌법의 틀 안에서 향유할 수 있는 표현의 자유 영역이거나 구체적 행위 여하에 따라 형법의 다른 죄목으로 처벌하면 될 문제이다. 형법상 내란죄는 이렇듯 헌법체제의 정당성과 밀접한 연관성이 있다. ‘내란’이 정당하다면, 그것은 형법상의 내란이 아니라 헌법상의 저항권의 행사이다(오동석, 2014c).¹²⁵⁾

이석기 의원 등에 대한 내란음모 사건과 통합진보당에 대한 정당해산심판 사건은 다시금 우리에게 대한민국헌법의 좌표를 묻는다. 과연 대한민국은 ‘산업화’와 민주화를 동시에 달성한 민주공화국인지 아니면 내란음모죄로 정적을 제거하던 독재정권으로 회귀한 것인지.

이 글은 일본 파괴활동방지법의 내란선동에 관한 판례를 통하여 내란선동죄에 대해 헌법적 관점에서 비판적으로 검토하였다.

나. 헌법적 관점에서 내란죄

1) ‘내란’의 다양한 측면

내란죄는 국토를 참절하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 행위를 처벌하는 범죄이다. 내란의 죄는 헌법 및 국가의 존립을 보호하는 “정치형법” 또는 “국가보호형법”에 속하는 범죄이다. 이때 헌법 및 국가의 존립은 ‘형법규범의 기능이 아니라 정치권력의 기능’을 의미한다(고시면, 2013: 3 참조).

헌법적 관점에서 내란은 혁명일 수 있다. 칼 슈미트에 따르면, 혁명의 경우 기존의 헌법제정권력을 교체하는 경우 기존의 ‘헌법이 파괴’(Schmitt, 2011: 581)된다. 이때 기존 국헌의 관점에서 혁명은 곧 내란이다. 그러나 결과적으로 성공한 혁명은 내란이 아니다.¹²⁶⁾ 한편 헌법제정권력이 바뀌지 않은 상태에서 헌법전의 교체는 칼 슈미트에 따르면 헌법의 폐지(Schmitt, 2011: 580)이다. 이것은 ‘항상 헌법위반’이지만, 헌법과 국가는 계속성을 유지한다. ‘일응 성공한 쿠데타’는 내란이 아니다.

그러나 주권자에 의하여 정의(正義)가 지체(遲滯)되어 구현되는 경우 ‘일응 성공한 쿠데타’는 내란이다. 1980년 전두환·노태우 등의 ‘일응 성공한 쿠데타’는 훗날 내

125) 유신체제에 저항하는 민주화 운동에 대하여 적용된 내란음모가 이에 해당한다.

126) 슈미트는 헌법의 계속성을 부정하지 않는다(Schmitt, 2011: 583)

란죄로 단죄되었다. 이렇듯 헌법적 관점에서 내란 또는 그 목적으로서의 국헌문란은 그 평가가 달라진다. 그렇기 때문에 정치적으로 악용되지 않도록 국헌문란 여부의 판단은 신중하게 이루어져야 한다. 정치적 악용이야말로 오히려 국헌문란을 야기하는 것이기 때문이며, 그에 대한 국민적 저항을 불러일으킬 수도 있기 때문이다.

헌법은 저항권을 인정하고 있다. 그렇기 때문에 정권을 유지하려는 측에서 보면, 국민의 정당한 저항권 행사를 내란으로 볼 수 있다. 저항권을 행사할 정도는 아니지만, 표현의 자유를 억압하는 국가에서 다양한 형사처벌 수단이 이용될 수도 있다. 내란죄는 과잉의 국가권력 행사일 수 있는 것이다.

내란죄의 보호법익이 국헌질서의 유지이기 때문에 동시에 그것은 헌법규범이 요청하는 기본권 제한의 문제, 특히 표현 및 정치 활동의 보호 법리 관점에 고려되어야 한다.¹²⁷⁾ 따라서 형법상의 내란죄는 철저히 헌법규범에 복무하여야 한다. 그렇지 않으면 자칫 권력에 악용될 소지가 다분하다. 헌법합치적 법률해석을 통하여 형법상 내란죄 해석을 엄격히 하지 않으면, 형법의 ‘정치형법화’를 피하기 어렵다(오동석, 2014c).

2) 내란선동죄와 내란선전죄

1953년 형법제정과정에서 내란선동·선전죄를 규정한 것은 전시 상황이기도 했고, 또한 국가보안법을 계산에 넣은 것이었다. 김병로 대법원장은 “내란죄라는 죄에 대해서 …… 그 전 일본 내란죄와는 좀 형태를 달리했고 또 공안에 관한 장이 설치가 되어서 거기에도 여러 가지 함축성 있는 조문을 설치하게 되어서, …… 국가보안법에 대한 범죄사실을 혹 형에 가서 다소의 경중의 차이가 있을런지도 모르나 이 형법전을 가지고 …… 국가보안법에 의해서 처벌할 대상을 처벌하지 못할 조문은 없지 않는가 하는 그 정도까지는 생각했습니다.”라고 발언하였다(한국형사정책연구원, 1990: 172-3.). 따라서 민주화와 함께 국가보안법을 폐지함은 물론 형법에서 내란선동·선전죄를 삭제하는 것은 헌법적 요청사항이었다(오동석, 2014c 참조). 이미 형법 제정 당시 태윤기(1953: 326-7)는 “… 자유민주주의국가에 있어서 선전·선동죄를 제정하였다는 것은 내란, 외환, 공안을 해하는 죄에 국한되어 있다 하더라도 이론적으로 보아서 모순 당착일 뿐만 아니라 파시즘의 대두와 같은 공포와 당황을 음폐

127) 국헌문란을 “사상범의 행위”로 이해하는 견해(김희태, 1979: 176)는 국헌문란 해석이 엄격해야 함을 반증한다. 그렇지 않으면 내란죄의 적용이 자칫 사상의 자유에 대한 침해가 될 수 있기 때문이다.

할 수가 없다”면서 “민주주의와의 결별을 의미하는 것”이라며 신랄하게 비판하였다.

선동은 “특정한 행위를 실행시킬 목적을 가지고 문서 혹은 도화 또는 언동에 의하여 사람에게 대하여 그 행위를 실행시킬 결의를 조장시킬 힘이 있는 자극을 주는 것”(김증한 외, 1987: 364; 고시면, 2013: 3 재인용)이다. 내란선동죄는 다른 사람에게 자극을 주어 정당한 판단을 잃게 하고 내란의 실행을 결의하게 하거나 이미 존재하는 내란의 결의를 촉구하는 범죄이다. 이것은 폭동과의 밀접한 연관성이 요청된다.

이와 달리 내란선동죄에 대하여 “내란행위를 실행하게 하려고 자극을 주는 행위”로서 “상대방에게 결의를 생기게 하거나 혹은 이미 결의가 되어 있는 자에게 다소의 자극을 주거나 불문할 뿐 아니라 그 결의를 발생하지 않은 경우도 포함하는 것”이라고 판시한 서울고등법원 판결이 있기는 하다. 이 판결은 “헌법에 의한 국가기관인 대통령 박정희가 영도하는 행정부를 타도 전복하는데 총궐기하라는 전단 및 벽보를 산포하여 내란을 선동한 사실을 인정”하였다.¹²⁸⁾ 현행 헌법의 관점에서 내란선동죄가 인정될 수 있는지 의심스럽다.

한편 대법원은 원심¹²⁹⁾이 “한일회담이 우리나라에 불리하게 체결될 것을 우려한 나머지 국민여론을 환기시켜 이를 시정하거나 정권교체를 기도하였을 뿐 피고인들이 현 정치적 기본조직제도 자체의 변혁을 기도하였음을 인정할 증거가 없다는 취지에서 내란선동죄에 대하여 무죄를 선고”한 것을 정당하다고 인정하였다. “피고인들에게 직접적으로 국가의 기본조직을 강압으로 전복 또는 그 권능행사를 불가능케 할 목적으로 폭동을 선동한 것이라 단정할 증거 있다 할 수 없으므로(당원 1968. 3. 5. 선고, 66도1056판결 참조) 원심의 위와 같은 조치는 수긍될 수 있”다는 것이다.¹³⁰⁾

선전은 불특정 다수인에게 내란의 취지를 이해시키고 알리는 행위이다(이재상, 2010: 683). 선전은 행동을 촉발하지 않는 표현행위인 점에서 내란선전죄의 인정은 매우 엄격하고 신중해야 한다. 헌법합치적으로 형법상의 내란선전죄를 해석한다면, 내란선전죄 자체를 원칙적으로 인정하지 않는 정도로 해석해야 한다(오동석, 2014c).

반체제적인 비폭력적 선전·선동을 처벌하지 않는 것은 자유민주주의의 전제조건이다. ‘폭력행위의 이론적 정당성을 주장하는 것이 설사 궁극적으로 폭력혁명으로 이어진다 하더라도 구체적인 행동과는 시간적으로 너무나 거리가 멀어 처벌할 수 없

128) 서울고등법원 69노780 1969. 9. 17. 65고7747.12756.

129) 서울고등법원 제2형사부 1972. 6. 29. 69노780.

130) 대법원 제2부 1977. 2. 22. 72도2265.

다’는 미연방대법원의 견해가 그 헌법적 판단의 시금석이 되어야 할 것이다(오동석, 2008; 2014c). 헌법은 폭력을 동반하지 않는 범위 안에서는 헌법 체제 자체까지도 비판할 수 있는 사상의 자유와 표현의 자유를 보장하고 있다. 헌법체제의 최후의 수호자는 국민이다. 민주주의를 공고히 하면 할수록 국민이 민주공화국의 수호자로서 국가안보를 책임지기 마련이다. 가장 민주적인 정치가 가장 세련된 국가안보 수단이다. 내란죄를 처벌하는 까닭은 헌법 체제를 폭력으로써 변경하려 하기 때문이다. 다수 국민의 뜻과 무관하게 오로지 국헌을 문란하게 할 목적으로 폭력을 행사했기 때문이다. 따라서 ‘명백하고 임박한 폭동’을 전제하지 않은 채 예비, 음모, 선전, 선동 등을 포괄적으로 적용하게 되면, 기본권을 보장하고 있는 헌법질서가 오히려 문란하게 된다.

다. 일본에서 파괴활동방지법의 위상

1) 내란선동의 법적 근거

일본 형법은 내란선동이나 내란선전에 관한 죄를 규정하고 있지 않다(아래 법무부, 2007 참조).

일본 형법 제77조(내란) ① 국가의 통치기구를 파괴하거나 또는 그 영토에서 국권을 배제하여 권력을 행사하거나 그 밖에 헌법이 정하는 통치의 기본질서를 괴란(壞亂)할 목적으로 폭동을 한 자는 내란의 죄로 다음의 구별에 따라 처단한다.

1. 주모자는 사형 또는 무기금고에 처한다.
2. 모의에 참여하거나 군중을 지휘한 자는 무기 또는 3년 이상의 금고에 처하고 그 밖의 제반 직무에 종사한 자는 1년 이상 10년 이하의 금고에 처한다.
3. 부화수행(付和隨行)하거나 그 밖에 단순히 폭동에 참가한 자는 3년 이하의 금고에 처한다.

② 전항의 죄의 미수는 별한다. 단, 동항 제3호에 규정한 자에 대하여는 그러하지 아니하다.

제78조(예비 및 음모) 내란의 예비 또는 음모를 한 자는 1년 이상 10년 이하의 금고에

처한다.

제79조(내란 등 방조) 병기, 자금 혹은 식량을 공급하거나 또는 그 밖의 행위에 의하여 전 2조의 죄를 방조한 자는 7년 이하의 금고에 처한다.

제80조(자수에 의한 형의 면제) 전 2조의 죄를 범한 자라도 폭동에 이르기 전에 자수한 때는 그 형을 면제한다.

내란선동에 관한 내용은 파괴활동방지법에 따라 처벌한다. 그러나 파괴활동방지법에도 내란선전에 관한 내용은 없다.

제1조(이 법률의 목적) 이 법률은 단체의 활동으로서 폭력주의적 파괴활동을 행한 단체에 대한 필요한 규제조치를 정함과 동시에 폭력주의적 파괴활동에 관한 형벌규정을 정비하고 공공안전의 확보에 기여함을 목적으로 한다.

제2조(이 법률의 해석적용) ① 이 법률은 국민의 기본적 인권에 중대한 관계를 가지기 때문에 공공안전의 확보를 위하여 필요한 최소한도에서만 적용해야 하며, 적어도 이것을 확장하여 해석해서는 안 된다.

제3조(규제의 기준) ① 이 법률에 의한 규제 및 규제를 위한 조사는 제1조에 규정하는 목적으로 달성하기 위하여 필요한 최소한도에서만 행하여야 하고, 적어도 권한을 일탈하여 사상, 종교, 집회, 결사, 표현과 학문의 자유 및 근로자의 단결과 단체활동을 행하는 권리 기타 일본 헌법이 보장하는 국민의 자유와 권리를 부당하게 제한하는 일이 있어서는 안 된다.

② 이 법률에 의한 규제 및 규제를 위한 조사에 대하여는 적어도 이를 남용하여 노동조합 기타 단체의 정당한 활동을 제한하거나 이에 개입하는 일이 있어서는 안 된다.

제4조(정의) ① 이 법률에서 ‘폭력주의적 파괴활동’이란 다음의 행위를 말한다.

1.

i) 형법(명치 40년 법률 제45호) 제77조(내란), 제78조(예비·음모), 제79조(내란 등 방조), 제81조(외환유치), 제82조(외환원조), 제87조(미수죄) 또는 제88조(예비·음모)에 규정한 행위를 행하는 것.

ii) 이 항 i)목에 규정한 행위의 교사를 행하는 것.

iii) 형법 제77조, 제81조 혹은 제82조에 규정한 행위를 실행할 목적을 가지고 그 행위를 선동하는 것.

iv) 형법 제77조, 제81조 혹은 제82조에 규정한 행위를 실행할 목적을 가지고 그 실행의 정당성 혹은 필요성을 주장한 문서 혹은 도화를 인쇄하고 반포하거나 공연 게시하는 것.

v) 형법 제77조, 제81조 혹은 제82조에 규정한 행위를 실행할 목적을 가지고 무선 통신 혹은 유선방송에 의해 그 실행의 정당성 혹은 필요성을 주장하는 통신을 행하는 것.

2. 정치상의 주의 혹은 시책을 추진하고 지지하거나 이것에 반대할 목적을 가지고 다음의 행위의 하나를 행하는 것.

i) 형법 제106조(소란)에 규정한 행위

ii) 형법 제108조(현주건조물등 방화) 또는 제109조 제1항(비현주건조물등 방화)에 규정한 행위

iii) 형법 제117조 제1항 전단(격발문파열)에 규정한 행위

iv) 형법 제125조(왕래위험)에 규정한 행위

v) 형법 제126조 제1항 또는 제2항(기차전복등)에 규정한 행위

vi) 형법 제199조(살인)에 규정한 행위

vii) 형법 제236조 제1항(강도)에 규정한 행위

viii) 폭발물취체벌칙(명치 17년 태정관포고 제32호) 제1조(폭발물사용)에 규정한 행위

ix) 검찰 혹은 경찰의 직무를 행하거나 이것을 보조하는 자, 법령에 의해 구금된 자를 간수하거나 호송하는 자 또는 이 법률의 규정에 따라 조사에 종사하는 자에 대하여 흥기 또는 독극물을 지니고 다중이 공동하여 행하는 형법 제95조(공무집행방해 및 직무강요)에 규정한 행위

x) 이 목의 i)로부터 ix)까지 규정한 행위 중 하나를 예비, 음모 혹은 교사하거나 이 목의 i)로부터 ix)까지 규정한 행위 중 하나를 실행시킬 목적으로 그 행위를 선동하는 것.

② 이 법률에서 ‘선동’이란 특정의 행위를 실행할 목적을 가지고 문서 혹은 도화 또는 언동에 의해 사람에게 대하여 그 행위를 실행할 결의를 생기게 하거나 이미 생기게 한 결의를 조장하는 것 같은 태도의 자극을 주는 것을 말한다.

③ 이 법률에서 ‘단체’란 특정의 공동목적 달성을 위한 다수인의 계속적 결합체 혹은 그 연합체를 말한다. 단 어떤 단체의 지부, 분회 기타 하부조직도 이 요건에 해당하

는 경우에는 이에 대하여 이 법률에 의한 규제를 행할 수 있는 것으로 한다.

제38조(내란, 외환의 죄) ① 형법 제77조, 제81조 또는 제82조의 죄를 교사하거나, 또는

이 죄를 실행시킬 목적을 가지고 선동한 자는 7년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

② 아래 각호에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

1. 형법 제78조, 제79조 또는 제88조의 죄의 교사를 한 사람

2. 형법 제 77조(내란), 제81조(외환유치), 제82조(내란방조)의 죄를 실행시킬 목적을 가지고 그 실행의 정당성을 주장한 문서 또는 도서를 인쇄, 배포, 또는 공연게시한 자.

3. 형법 제77조, 제81조 또는 제82조의 죄를 실행시킬 목적을 가지고 무선통신 또는 유선방송에 의해 그 실행의 정당성 또는 필요성을 주장하는 통신을 한 자.

③ 형법 제77조, 제78조 또는 제79조의 죄에 관련되는 전(前)2항의 죄를 범하고, 폭동이 성립하기 앞에 자수한 사람은, 그 형을 감경 또는 면제한다.

2) 파괴활동방지법의 위헌성

일본은 패전 후 ‘점령군에 대하여 반항하거나 반대하고’ ‘암살 기타의 폭력주의적 기도에 의해 정책을 변경하거나 폭력주의적 방법을 시인하는 경향을 조장하거나 또는 정당화하는’ 단체의 해산을 규정한, 이른바 점령목적저해행위처벌령(칙령 제101호), ‘평화주의적 및 민주주의의 건전한 육성발달을 기하기 위하여 정치단체의 내용을 일반에게 공개하고 비밀적, 군국주의적, 극단적 국가주의적, 폭력주의적 및 반민주주의적인 단체의 결성과 지도 그리고 단체와 개인의 그와 같은 행위를 금지함을 목적으로’ 하고 법무총재의 지정에 의해 그러한 단체의 해산까지 규정한 단체등규정령(1949년 정령 제64호)을 제정했다. 이들 법규는 미국의 ‘맥카렌법’¹³¹⁾을 모델로 하여 전쟁 전의 치안유지법 등의 내용을 실질적으로는 일부 승계한 것이었다. 그러나 그 후 강화조약의 발효에 의해 이들 점령관리법령은 폐지되었다(東京辯護士會,

131) 1950년 9월 제정된 ‘국내안전보장법(Internal Security Act)’(64 Stat. 987)이다. 이 법은 네바다주 출신 상원의원 패트릭 맥카렌이 제안자이어서 ‘맥카렌법(McCarran Act)’으로 부른다. 총 3장으로 구성되었는데, 제1장 전복활동통제(Control of Subversive Activities)와 제2장 비상구금(Emergency Detention of Suspected Security Risks)이 주 내용이다. 이 법은 당시 세계적으로 ‘국제공산주의운동이 존재하고 이러한 운동이 미국에서 명백하고 현존하는 위협으로 존재’(제2조)하므로 이에 대한 예방조치로서 당해 법률을 제정한다는 취지를 밝히고 있다. 다만 1948년 하원에서의 제안 이래 두 번이나 폐기되는 우여곡절을 겪은 끝에 1950년 한국전쟁 발발 직후에야 성립하였다. 당시 트루먼 대통령은 이 법률안에 거부권을 발동하였는데, “이 법률안은 공산주의자만이 아니라 미국 시민의 정치적 시민적 자유를 침해하는 것이고, 또 법률안의 내용이 광범위하고 불명확하다”고 그 이유를 서술하였다. 이 중 비상사태 선포시 간첩 또는 태업행위자를 비상구금할 수 있게 한 제2장은 전혀 적용되지 않았고 1971년 의회에서 폐지되었다(오동석, 2008).

1996: 1).

파괴활동방지법은 ‘일본국헌법에서 치안법의 정점에 위치하’¹³²⁾는 것이고, ‘전후의 냉전 아래에서 고장된 공산주의의 위협과 혁명과 내란에 대한 과도한 위기감으로부터 국가 안전과 치안유지를 목적으로 하는 광범한 치안입법의 체계가 일부 전전의 법령이 정서되지 않은 채 계승되어 일부는 새로운 장치로 도입되고 정치적 자유를 제한하는 법’^(右崎正博, 1996: 212)으로서 제정된 것이다^(東京辯護士會, 1996: 1).

파괴활동방지법은 그 제정 단계에서 국회 내외에서 큰 반대운동이 있었다. 일본변호사연합회도 1952년 3월 28일 후쿠오카시에서 열린 인권위원회 춘계 총회에서 파괴활동방지법안은 “헌법이 보장하는 자유를 광범위하게 제한하고 관헌에 의한 기본적인 인권의 유린을 초래할 우려가 있다.”면서 “본법안을 입법화하는 것은 신 헌법의 정신에 어긋나며 기본적인 인권을 침해하는 것으로서 그 입법화에는 절대 반대한다.”고 결의하였다. 그 이유로는 ① “제3조 ‘폭력주의적 파괴활동’에 대하여는公安심사위원회와 심사장의 행정해석에 일임하고 단체의 활동 금지와 해산, 구성원의 추방 등 행정처분권을 가지는 특고(特高)경찰을 연상시키는 ‘심사관’에게 조사권을 부여하는 등 전전의 악법 ‘치안유지법’ ‘치안경찰법’의 재현을 연상케 한다”, ② “이 법안에 따르면 ‘단체’란 ... 정당은 물론 모든 조합, 사교단체, 학술단체를 포함하고 있고, “그 ‘폭력주의적 파괴활동’으로서 정의한 것은 형법 제77조(내란) 동 제106조(소요) 등도 현재 형법에 규정된 것이어서 이 특별입법에 의해 처벌할 필요가 없는 것이다”, ③ “동법 제3조에 따르면 이들 행위를 ‘공모하고’ ‘기도하며’ ‘교사 또는 선동’도 또한 폭력주의적 파괴활동으로 되어 영국 등에서 광범하게 행해지고 오늘날 이론적으로도 실제적으로도 현저히 제한되고 있는 음모(conspiracy)를 확장적으로 규정하는 비민주적 입법이다” 등 오늘날에도 그대로 통용될 수 있는 것이었다^(東京辯護士會, 1996: 3).

라. 일본 내란선동 판례의 검토¹³³⁾

1) ‘야스나가 철공소’ 사건¹³⁴⁾

132) 註釋特別刑法 3, 立花書房, 783: 東京辯護士會, 1996 재인용.

133) 우리말 옮김은 주로 상고이유서(변호인단, 2014)에 따랐음.

134) 津地方裁判所刑事部 1955. 2. 28. 破壊活動防止法違反被告事件.

피고인은 1952년 9월 13일 오전 6시 34분경부터 7시 20분경까지 야스나가(安永) 철공소 정문 앞에서 시마나 다케오와 공모한 내란죄를 실행시킬 목적을 가지고 직공 70명을 상대로 “우리들은 무장의 준비와 행동을 시작하지 않으면 안된다”는 제목으로 내란죄 실행의 정당성 및 필요성을 주장한 문서 72부를 반포했다는 내용으로 기소되었다. 문서의 주요 내용은 다음과 같다.

- 매국적인 요시다(吉田) 정부는 미국 제국주의자의 야망에 동의하고, 점령제도를 연장하기 위한 미일안전보장조약을 맺고 경찰이나 예비대, 해상보안청 등 새로운 군대를 강화하고 있다.
- 이 침략적인 무장력과 일체의 폭력조직이 요시다 정부와 점령 제도에 반대하는 국민을 탄압하고, 전쟁에 의해 이익을 얻는 일본의 모든 반동세력을 지키고 있다. 따라서 평화적인 방법만으로는 전쟁에 반대해 국민의 평화와 자유와 생활을 지키는 싸움을 추진할 수 없고, 점령 제도를 벗어나기 위해서 요시다 정부를 쓰러뜨려서 새로운 국민의 정부를 만들 수도 없다. 그들은, 무장하고 있어 그것에 의해 자신을 지키고 있을 뿐만 아니라, 우리들을 멸망시키려고 하고 있는 것이다. 이것과의 싸움에는 적의 무장력으로부터 우리 편을 지켜 적을 쓰러뜨리는 수단이 필요하다. 이 수단은, 우리들이 군사조직을 만들고, 무장해 행동하는 것 이외에 없다. 군사조직은, 이 무장 행동을 위한 조직이다.
- 이미 국민의 사이에는 부분적이지만 그들에게 대한 직접적인 행동이 조직되고 있어, 무장을 요구하는 선진적인 투쟁도 행하여지고 있다. 게다가 정세는 이것을 전 국민적인 규모로 발전시킬 수 있는 조건을 갖추고 있는 것이다.
- 노동자나 농민의 군사조직을 만들기 위해서는, ... 무기를 취하여 국민을 이 노예적 상태에서 구하고, 민족해방, 민주혁명을 위해서 헌신하는 의지와 결의와 능력을 가지는 사람들을 결집하는 수밖에 없다. 군사조직의 가장 초보적인 또 기본적인 것은, 현 상황에서는 중핵자위대다. 따라서 우리들은, 이 사람들을 중핵 자위로 조직해야 한다.
- 중핵 자위대는 공장이나 농촌에서 국민이 무기를 가지고 자기 자신을 수비하고 적을 공격하는 일절의 준비와 행동을 조직하는 전투적 분자의 군사조직이며, 일본에 있어서의 민병이다. 따라서 중핵자위대는, 공장이나 농촌에서, 무장하기 위한 무기 제작이나, 획득 혹은 보존이나 분배의 책임을 지고, 군사기술을 연구하고, 이것을 현재의 조

건에 맞추어, 투쟁의 발전 위해서 운용한다. 또한 이 실천을 통해서 대중의 사이에 군사기술을 보급되게 하는 활동을 한다.

- 현재의 군사조직은 공장이나 농촌의 투쟁적 분자로 이루어지는 중핵자위대이지만, 군사위원회는, 이 기본적인 조직을 발전시키는 것에 의해 더욱 노동자나 농민을 빨치산이나, 인민군을 조직해 가는 것을 큰 목적으로 하고, 이것을 정치적으로, 군사적으로 지도하는 책임을 지는 것이다.
- 일본에서 빨치산을 조직해야 한다. 이것은 대단히 효과적인 투쟁의 방법이며, 적에게 결정적인 타격을 줄 수 있다.
- 이렇게 하여 투쟁이 되풀이 되어, 대중행동과 군사적 승리가 축적되면, 우리들은 적의 지배를 지역적으로 마비시켜 참된 근거지를 만들어 낼 수 있다.
- 우리들의 군사조직은, 이 근본원칙에 의해 적의 부대나 매국노를 습격하고, 군사기지나 군수공장이나, 군수품 창고, 무기, 시설, 차량 등을 습격하여, 파괴하거나 폭발시키거나 하는 것이다.

법원은 ‘내란죄를 실행시킬 목적’을 인정할 수 없다는 이유로 ‘무죄’를 선고하였다. 그 논거는 다음과 같다. “‘내란죄를 실행시킬 목적’의 판단 기준은 내란실현의 현실적 가능성·개연성, 명백·현존하는 위험성”이다. 그것은 “행위자에 있어서 내란죄의 실행의 정당성 또는 필요성을 주장한 문서인 것을 인식한 것은 물론, 내란의 죄를 실행시키는 의도를 소유하고 있었다는 것만으로는 충분하지 않고 그 결과 발생이 현실적인 가능성 혹은 개연성이 없으면 안 되는 것이라고 해석되기 때문에 행위자가 내란의 죄를 실행시키는 의도 외에 결과발생이 현실적인 가능성 혹은 개연성이 존재하고, 이것을 인식해서 그 행위로 나왔던 경우에만 ‘내란의 죄를 실행시킬 목적’이 있는 것으로 말해야 한다.”

구체적으로 해석하면, “내란 실행의 기운이 무르익어 얼마 안 되는 자극에 의해 촉발할 수 있는 정세인 때 또는 어떤 일정한 단체조직 아래에서 단체의 지령으로서 그 단체원 또는 이것이 동조자에게 하명했을 경우에는 ‘공공의 안전 확보’를 위해서 위험하고 ‘명백 동시에 현재의 위험이 있다’라고 말할 수 있기 때문에, 관련된 사정을 인식해서 내란죄 실행의 정당성 또는 필요성을 주장한 문서를 배포한 것은 ‘내란의 죄를 실행시킬 목적’을 가진 것으로 할 수 있다.”

1951년 10월경부터 “일본공산당원 또는 그 동조자간에 있어서, 이 사건 군사논문

에 따라 조직을 가지고, 일부에는 군사위원, 핵심자위대를 조직하고, 무기의 연구, 제작에 착수하고, 혹은 군사열차의 습격을 계획한 사실이 인정된다(따라서 군사논문을 일본공산당원 또는 그 동조자에게 반포한 사람에 대해서는, 그 그룹의 사이에 있어서 결과발생이 현실적인 가능성 혹은 개연성이 있어, 이것을 인식할 수 있기 때문에, ‘내란의 죄를 실행시킬 목적’이 있다고 말할 수 있다). 그러나 이것은 어디까지나 본건 군사논문의 지령에 따라야 할 일본 공산당 또는 그 동조자간에 그치는 것이다. 일반대중은 본건 군사논문의 지령에 따라 혹은 이것을 지지해야 할 사정이었다는 사실을 인정할 증거가 없고, 동시에 일본 전국은 물론, 우에노시(上野市) 지방에 내란의 결과발생이 현실적인 가능성 혹은 적어도 개연성이 있었던 사실을 인정할 증거는 전혀 없고, 또 이 사건 문서 반포 당시 야스나가 철공소의 직원이 일본공산당원 또는 그 동조자로서 이 사건 군사 논문의 지령에 따라야 할 사정이었다는 사실도 이것을 인정하기에 충분한 증거가 없다. … 피고인 등의 일부에는 일본공산당원 또는 그 동조자를 포함하지만, 모두 당무에는 열의가 없고, 이가(伊賀) 지구 세포 군사회의에는 거의 출석한 적이 없고, 본건문서의 존재조차 몰랐다는 점, … 피고인 등은 모두 정세에는 무심하고 당원 시마나 다케오의 명에 따른 사자에게 지나지 않는다고 말하는 것이 상당하다.” 따라서 군사 논문의 반포 행위에는 내란 실행이 현실적인 가능성 혹은 개연성이 없고, 또 이것을 인식한 바도 없으므로, ‘내란의 죄를 실행시킬 목적’이 없었다고 해야 하고 이를 달리 인정하기에 충분한 증거가 없다.

2) ‘오키나와 데이 선동’ 사건¹³⁵⁾

피고인들은 그 소속 단체에서 각각 중요한 지위에 있는 사람들로써 1969년 4월 28일 소위 ‘오키나와 데이’에 ‘4·28 오키나와 투쟁’을 실시하는 것에 대한 연설을 하면서, 정치상의 주의, 정책을 추진하고, 정부의 정책에 반대하는 정치상의 목적 하에 경찰관에 대하여 흥기를 지니고 다중공동으로 하여 공무집행방해죄 및 소요죄를 실행시킬 것을 선동했다고 기소되었다. 그 ‘연설 내용’은 다음과 같다.

- 피고인 쿠보이(久保井)(반제전학련 대표): “전학련으로부터 4·28에 대한 총궐기를 호소한다”, “4·28 투쟁은 우리 전학련의 일대 결전으로서, 10·21이나 1·18, 1·19의 투

135) 東京地方裁判所 1985. 3. 4.

쟁을 뛰어넘는 질과 양을 결집하여 가스미가세키(霞關) 일대를 대혼란에 빠뜨려 일대를 소요 사태로 만들고, 1,000명의 무장부대를 조직하고 수만 명의 노동자, 학생을 그 주변에 결집하여 간다(神田)를 출발점으로 해서 수상 관저를 정점으로 하는 외무성, 미국 대사관, 방위청에 대하여 노도의 진격을 해야 한다” 등 연설

- 피고인 후지와라(藤原)(도쿄 지구 반전 간사): “4·28에 반전청년위원회는, 6,000명이 싸우는 부대를 수도로 몰아 전학련의 부대와 함께 수도제압, 수상관저 점거를 쟁취할 것이다”, “우리들은 10·21 신주쿠(新宿) 투쟁으로 기동대를 분쇄할 수 있다는 것을 증명했다”, “우리들은 내란도 불사한다”, “반전청년위원회는 수도 제압, 수상관저 점거를 목표로 해서 철저한 싸움을 할 것을 선언한다”, “4·28에는 제군의 총궐기를 재촉하는 것이다.” 등 연설
- 피고인 아오키(靑木)(핵심파 전학련 서기장): “4·28 수도 제압, 수상관저 점거는, 단호히 쟁취하지 않으면 안 된다”, “우리들은 이제 기동대를 분쇄의 대상으로 해야 한다. 기동대의 분쇄가 우리들의 싸움의 시작이다. 기동대를 분쇄하지 않고서 70년 투쟁은 열리지 않을 것을 확인해야 하다”, “국가 권력의 폭력에 대하여 폭력을 행사하는 것은 정당하다. 우리들의 폭력에 대하여는 제한이 없다”, “설사 4·28 투쟁에 소란죄, 파괴활동방지법이 적용되어도, 우리들은 절대로 겁먹어서는 안 된다”, “우리들의 싸움에 의해, 오키나와(沖繩)의 총파업을 만들어낼 수 있을 것 같지 않은가”, “관저(官邸)를 점거를 선언한다. 모두 싸우자”, “우리들의 투쟁은, 권력을 쓰러뜨릴 것인가 그렇지 않으면 적의 권력에 굴복할 것인가, 두 가지 길에서 하나를 고르는 수밖에 없다”, “현재 일본 제국주의는 이미 한계에 와 있다”, “혁명의 정세는 무르익고 있다. 지금 여기에서 우리들이 싸우면 반드시 이길 수 있다.” 등 연설

변호인은 “본 건 각 연설 중에는 4·28 투쟁에 있어서의 구체적인 행위의 내용, 태양 등에 대해서 지침 주지 않았고 본건 각 연설 중의 「수도 제압」, 「수상관저 점거」 등의 발언 부분은, 당시의 오키나와반환 정책 등의 부당성을 지적하는 동시에 방향성을 가리킨 소위 정치적 슬로건이며, 단순한 사상을 표명한 것에 지나지 않는 것으로 모두 청중에 대하여 특정한 행위를 실행하는 결의를 생기게 하거나 또는 이미 생각하고 있는 결의를 조장하는 것이 아니라”고 주장하였다.

법원은 “피고인들이 소속한 각 단체가 실행한 구체적 투쟁, 1967년 1, 2차 하네다 사건 등 1970년 미·일안전보장조약 개정에 대해 단계적 저지투쟁을 전개함과 동시에

투쟁세력의 강화로 공격능력 면에서 공격대 게릴라 부대 등이 편성된 점, 각목·쇠파이프 등 무기를 보유하여 위험성이 증대, 가두에서 경찰관에 대한 대규모 집단무장투쟁 전개 격화 등 사회적 혼란이 발생하고 있었던 점, 이러한 점이 1969년 도쿄대학을 시작으로 한 대학분쟁에 중대한 영향을 미친 점 … 그 소속 단체에 있어서 각각 중요한 지위를 차지하는 본건 각 피고인이 각각의 목적, 주최자 등에 의해 개최된 집회에 있어서, 각각의 총수, 구성 등에 의해 이루어지는 청중에 대하여 행했던 판시 인정내용의 각 연설은 모두, 그 정치상의 주의, 시책을 추진하고, 정부의 시책에 반대하는 정치상의 목적 하에서 경찰관에 대해 흥기를 지녀 다중공동으로 하여 공무집행방해죄 및 소요죄를 실행시키는 것을 의도한 선동에 해당하는 것이라고 하지 않을 수 없고, 특정한 범죄행위에 대한 선동으로서의 구체성을 결여하는 것이 아님이 명확하다”고 하여 이를 배척하였다.

3) ‘시부야 폭동’ 사건¹³⁶⁾

1971년 10월 21일 중핵파 전학련의 중앙집행위원회위원장인 피고인이 오키나와 반환 협정의 비준 등에 대한 반대투쟁을 위해 다수의 학생, 노동자들에게 공무집행방해죄를 실행시킬 목적으로 비비아(日比谷) 공원에서 기동대 섬멸 등을 내용으로 하는 선동 연설을 하였고, 동년 11월 14일 시부야역 주변에서 반대투쟁을 벌이면서 다수의 학생, 노동자들 대상으로 살인죄, 방화죄, 공무집행방해죄를 실행시킬 목적으로, 같은 달 10일에는 시바(芝) 공원에서 "시부야 기동대원을 격멸하고 일체의 건물을 전소시켜 시부야 대폭동을 실현한다" 등을 내용으로 하는 선동 연설을 하였다는 이유로, 이러한 ‘연설’이 파괴활동방지법 제39조, 제40조의 선동죄에 해당한다고 하여 기소된 사건이다.

법원은 파괴활동방지법상의 ‘선동죄’를 유죄로 인정하였다. 피고인이 두 번의 집회에서 그 참가자에게 범죄를 실행시키기 위해 선동한 결과와 거의 같은 사태가 야기되었다. 특히 1971년 11월 14일의 시부야(澁谷)역 부근에서의 폭동에서는 경찰관 한 명의 사망이라고 하는 결과가 발생하였고, 이 사건 폭동이 당시 사회에 막대한 영향을 끼쳤음을 인정했다. 법원은 비참한 전쟁을 체험한 오키나와 주민이 당시 오키나와 반환 협정을 미군의 기지를 존속 강화시켜 다시 전쟁의 비극을 되풀이하는 우

136) 東京地方裁判所 1985. 10. 16.

려를 반영한 것으로서 받아들인 것은 이해할 수 있지만 이 사건에서의 연설과 같이 자기의 정치적 주장을 폭력으로 밀어붙이려고 하는 것이나 그것을 선동하는 것은 민주주의의 이념을 몰각시키고 또 그 사회의 근간이 되는 질서를 정면에서 부정하는 것으로서 도저히 용인될 수 없다고 판단했다.

법원은 “선동죄가 해당 표현의 내용 바로 그것, 혹은 표현 활동이 원래 가지고 있는 것에 의한 타인에 대한 영향력을 포착하여 이것을 처벌하려고 하는 것이 아니고, 해당 표현 활동을 객관적으로 보고 타인에 대하여 특정한 범죄를 실행하는 결의를 생기게 하거나 또는 이미 생기고 있는 결의를 조장시킬 만한 것에 한하여 이것을 처벌하려고 하는 것은 위 선동죄의 정의 규정에서부터 명확하다. … 특정한 범죄를 ‘실행하는 결의를 생기게 하거나 또는 이미 생기고 있는 결의를 조장시키는 것과 같은 기세가 있는 자극’이 있었는가 여부는 본건과 같은 연설에 대해서 말하면 그 표현 내용이나 어조 이외에 해당 연설자의 지위, 소속단체, 그 정치목적, 투쟁 방침, 해당 집회의 주최자, 목적, 해당집회 청중의 총수, 구성, 반응 등과 해당 연설이 행해지기 까지 사회적 배경, 연설 후에 있어서의 상황 등도 종합해서 판단되는 것이어서 위와 같이 사정의 입증이 불가능한 것이 아님이 명확하다.”고 판단하였다.

4) 시사점

이석기 의원 등 내란음모 사건에서 항소심 재판부는 2013. 5. 10, 5. 12. 이 사건 각 회합 이후 “적어도 2013. 5.말까지는 전쟁 위기가 완전히 해소되었다고 보기 어렵다. 그럼에도 피고인들이 이 사건 5. 12. 회합에서 내란범죄 실행에 합의하였다면 위 기간 세부적인 시행계획을 마련한다거나 준비행위를 하는 등 후속조치를 실행하지 않은 것은 쉽게 납득하기 어렵다”는 점을 들어 피고인들의 내란음모죄가 성립하지 않는다고 판단했다.

한편 항소심 재판부는 내란선동죄의 성립요건 충족에 대해서는 “발언의 내용뿐만 아니라 발언자의 경력과 지위, 회합 개최 경위, 진행 과정 등 당해 발언을 하게 된 경위, 청중의 수, 구성, 반응 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다”고 판시하였다.

그러나 항소심 재판부는 피고인들에게 유리한 요소인 ‘소속단체’, ‘정치목적’, ‘투쟁 방침’, ‘사회적 배경’, ‘연설 후에 있어서의 상황’ 등은 내란선동죄 성립요건의 요

소로서 고려하지 않았다. 즉 ‘연설 후에 있어서의 상황’에 해당하는 점을 누락하고, “전쟁위기가 해소되지 않은 당시의 사회정세 등 위 피고인들의 발언 당시의 객관적인 정황을 종합해보면, 객관적으로 보아 선동의 상대방인 이 사건 각 회합 참석자들이 추가적인 논의를 통하여 가까운 장래에 구체적인 내란행위의 실행을 결의하고, 나아가 이를 실행할 개연성이 충분히 인정된다”고 모순된 판단을 했다.

항소심 재판부는 객관적 판단에 의해 ‘내란 목적 행위’가 없어 ‘음모’를 인정하지 않았지만, 정치적 고려 때문인지 피고인들에 대한 ‘내란’ 낙인을 지우지 못했다. 그 결과 ‘내란 목적 행위’ 없는 ‘내란 목적’을 주관적으로 만들어냈다. 후속 행위 없는 ‘단순 표현 행위’였던 피고인들에게 재판부의 ‘주관적 내란 목적’이 덧씌워졌다. 내란의 예비나 음모 없이 내란선동이 있을 수 없는데, 내란도 없고 선동도 없이 피고인들은 ‘내란선동죄’를 덮어썼다.

마. 결론

미국, 일본, 한국의 보안법체제의 공통점은 전시 또는 냉전 상황의 산물이라는 점이다. 미국의 경우 전시 상황의 종료 또는 국내 정치체제의 안정과 입헌국가 체제의 공고화를 거치면서 ‘비정상적’ 국가보안법제는 소멸되었다. 특히 인권보장의 논리를 강조하는 연방대법원의 위헌판결을 통하여 이러한 인권침해적인 국가보안특별법제가 해소되었다. 그러나 일본과 한국은 아직도 그러한 ‘비정상적’ 국가보안법제가 존재한다. 특히 한국의 경우 입법과 판례가 과거 냉전체제에서의 입법과 판례로부터 벗어나지 못한 채 단지 분단과 북한의 존재 자체로부터 헌법이 보장하는 국민의 사상·이념·표현의 자유를 지나치게 제한하는 구시대적 논리를 되풀이하고 있다(오동석, 2008 참조).

한국 형법은 시대착오적이다. 일본의 치안유지법조차 선동죄를 규정할 뿐 선전죄를 규정하지는 않았다. “대한민국 헌법 …에 의하여 치안유지법이 폐지된 후에 국가보안법 …에 ‘선동 또는 선전하거나 …’ 하는 선동죄와 선전죄가 규정”되었고(태운기, 1953: 324), 나중에는 형법에까지 도입된 것이다. 일찍이 태운기(1953: 336)는 “… 일제 군국주의 형법에서도 볼 수 없던 선동·선전죄를 민주공화국 형법법전에 규정한다는 것은 치안유지법을 폐지한 헌법정신을 무시하는 것이며 헌법 …의 의미를

말살하는 것”이라고 비판하였다.

칼 프리드리히(Friedrich, 1987: 147)는 헌법 보호에서 국가가 가장 중시해야 할 것은 “사람의 자기의 확신, 자기의 믿음, 자기의 신념에 대한 권리”인데, 그것은 그것이 “인간존엄성의 핵심이 있기 때문”이라고 말하였다. 국헌 수호보다 더 중요한 것은 “사람의 가장 내적인 자아를 안전하게 하는 것”이기 때문이다. 그것이 “바로 입헌적 국가이성의 핵심”이며, “왜 입헌주의 국가를 설립하여 유지하는지의 이유”이기 때문이다. 사상과 이념에 대해서 또는 주장이나 의견을 표현한 행위에 대해서 처벌하는 것은 정상적인 입헌민주주의 헌법체제가 아니다. 오히려 국가는 권력에게 요청되는 정당성을 상실한다.

한나 아렌트에 따르면, 폭력의 대립물은 비폭력이 아니라 권력이다. 폭력은 목적을 이루기 위한 수단이고 목적을 통해서만 정당화될 수 있다. 권력은 언제든지 사람들이 함께 모여 제휴하고 행동할 때 생겨나는 것으로서 그 자체로 이미 정당성을 갖고 있다. 폭력을 사용하는 권력은 이미 권력이 아니며 아무런 정당성도 없다. 권력은 폭력에 대항하는 자들에게 있다. 권력은 많은 사람들이 함께 토론하고 함께 행동하는 그 순간에 바로 그 곳에 존재한다. 모든 것이 권력 이면에 있는 권력에 좌우된다. 예컨대 제도화된 정치권력은 인민에 기초하는 것이면서 인민의 의견과 행동에 좌우된다. 권력은 제휴하여 행동할 수 있는 인간의 능력에 조응하여 그로부터 생성되고 그러한 능력의 상실과 더불어 소멸한다. 아무도 계획하지 않았던 대중봉기가 순식간에 발생하여 기존의 사회적 관계를 전화시킬 수 있는 이유도 그 실천과정에서 거대한 권력을 생성시키기 때문이다. 권력은 폭력에 의하여 파괴될 수 있다. 그렇다고 폭력이 권력이 될 수는 없으며 그 권력이 인간의 능력에 조응하는 한 영원히 파괴될 수도 없다(Arendt, 1999: 15 율긴이의 말).

통치행위는 “국정의 기본방향이나 국가적 차원의 정책결정을 대상으로 하는 고도의 정치적 성격을 띤 집행부의 행위로서, 사법적 심사의 대상으로 하기에 부적합할 뿐 아니라, 비록 그에 관한 판결이 있는 경우에도 그 집행이 곤란한 성질의 행위”를 말한다(권영성, 2010: 837). 이것은 “연혁적으로 볼 때 전제군주국가에서 전제군주의 자의적인 권력행사를 합리화하기 위한 전근대적 이론”(권영성, 2010: 837)에서 유래한다. 오늘날 통치행위의 문제를 정치적 문제 개념으로 이해하기도 하지만(권영성, 2010: 839), 국민주권원리로부터 민주주의 문제를 국민 또는 유권자의 판단에 맡기는 관점을 고민해야 한다. 내란 목적의 폭동 행위를 실행하거나 그것이 임박하

지 않은 이상 정부 또는 국가에 대한 비판적인 선전이나 선동 또는 음모는 주권자인 국민이 심판할 몫으로 남겨두어야 한다. 대한민국의 민주주의는 그 정도로 충분히 성숙했다. 사법부는 입법 핑계를 댈 일이 아니다. 이른바 새로운 통치행위론으로서 주권자인 국민의 통치행위를 인정하여 사법적 판단을 자제해야 한다. 더 나아가 직권으로 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 할 일이다. 국회는 서둘러 국가보안법을 폐지하고 형법의 선동·선전죄를 폐지하는 개정(改正)을 할 일이다.

〈참고문헌〉

- 고시면(2013). 내란의 죄에 관한 연구. 사법행정 54(110). 2013. 11. 2-15.
- 권영성(2010). 헌법학원론. 법문사.
- 김증한 외(1987). 법률용어사전. 법전출판사.
- 김희태(1979). 내란죄의 성격과 요건. 고시계 25(1). 1979. 12. 175-176.
- 법무부(2007). 일본형법. 법무부. 2007. 12.
- 변호인단(2014). 2014도10978 내란음모 등 상고이유서. 2014. 9. 22.
- 손동권(2005). 형법각론. 율곡출판사.
- 신동운(2005). 효당 엄상섭 형사소송법논집. 서울대학교출판부.
- 엄상섭(1953). 선동죄와 선전죄. 조선일보 1953. 10. 16: 신동운(2005). 239-241.
- 오동석(2008). 20세기 전반 미국 국가보안법제의 형성과 전개. 공법학연구 9(3). 381-400.
- 오동석(2014a). 물증 없는 폭동에 징역 20년? 시험대 오른 헌법. 오마이뉴스 2014. 2. 14. <http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0001957147>. 최근검색일: 2014. 7. 4.
- 오동석(2014b). ‘내란음모’ 판결, 조선시대 역적죄 처형과 뭐가 다른가. 민중의 소리 2014. 2. 18. <<http://www.vop.co.kr/A00000727564.html>>. 최근검색일: 2014. 7. 4.
- 오동석(2014c). 내란음모죄에 관한 헌법적 관점의 의견서: 피고인 이석기 등 내란음모 사건 제2심 재판부 귀중. 2014. 7. 14.
- 오영근(2001). 내란죄의 간접정범: 목적 없는 고의 있는 도구. 고시연구 2001. 12. 143-152.
- 윤길중(1953). 선동죄와 선전죄. 조선일보 1953. 10. 15: 신동운(2005). 341-343.
- 이영민(2013). 형법각론 교과서. 서울고시각.
- 이재상(2010). 형법각론. 박영사.
- 임헌영(2007). 21세기 대한민국 법률에 담긴 리승만의 국가관. 오마이뉴스 2007. 10. 8. <http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0000733659>. 최근검색일: 2014. 11. 16.
- 정영일(2008). 형법각론. 박영사.
- 정진연·신이철(2008). 형법각론. 송실대출판부.

- 조국(2009). 내란, 외환, 국기, 국교의 죄 규정의 개정방안. 한국형사정책연구원.
- 태운기(1953). 민주주의와 선전선동죄. 법정 61. 6-11: 신동운(2005). 323-339.
- 한국형사정책연구원 엮음(1990). 형사법령제정자료집. 한국형사정책연구원.
- 右崎正博(1996). 政治的自由と國家の安全. JURIST 1089. 1996. 5. 1.
- 第二東京辯護士會人權擁護委員會(1996). 破壞活動防止法に關する調査・研究に對する中間意見書. 1996. 9. 19.
- 淺田光輝/ 葉山岳夫 編著(1993). 破防法を裁く: 沖繩鬪爭破防法裁判二十年の記録. 御茶の水書房.
- Arendt, Hannah(아렌트, 한나)(1999). 김정한 옮김. 폭력의 세기. 이후.
- Friedrich, Carl J.(프리드리히, 칼)(1987). 최대권 옮김. 입헌적 국가이성. 동성사.
- Schmitt, Carl(슈미트, 칼)(2011). 김효전 옮김. 헌법의 개념(1928)(3-끝). 동아법학 50. 577-614.

국가안보와
표현의 자유의 위기
학술 심포지엄
- 내란선동죄의 이중위험