

# 헌법소원심판청구

청 구 인 김 00

청구인의 소송대리인

법무법인 이 공

담당변호사 양홍석

서울 서초구 반포대로 98, 3층(서초동, 일신빌딩)

법무법인 덕 수

담당변호사 정민영

서울 강남구 강남대로 442, 7층(역삼동, 흥국생명빌딩)

## 청 구 취 지

“형법 제105조는 헌법 제21조 제1항, 제37조 제2항 등에 위반한다.”

라는 결정을 구합니다.

## 청 구 이 유

### 1. 심판대상 법률조항

---

## 형법 제105조

“대한민국을 모욕할 목적으로 국기 또는 국장을 손상, 제거 또는 오욕한 자는 5년 이하의 징역이나 금고, 10년 이하의 자격정지 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다”

## 2. 청구 요건

### 가. 청구인의 지위

청구인은 2015. 4. 18. ‘세월호 1주기 범국민대회’ 집회에 참석하였다가, 집회 현장 인근 경찰버스 유리창 사이에 끼워져 있던 종이 태극기에 불을 붙여 태웠다는 사실(형법 제105조 위반) 등으로 기소되었고, 현재 서울중앙지방법원에 이 사건 항소심이 계속중입니다(서울중앙지방법원 2016노833).

### 나. 재판의 전제성

(1) 청구인에 대한 1심 판결은, 공소사실 중 형법 제105조 위반의 점에 대하여 청구인에게 ‘대한민국을 모욕할 목적’이 있었다고 볼 수 없다는 이유로 무죄를 선고하였습니다(서울중앙지방법원 2016. 2. 17. 선고 2015고단6516 판결, 증제1호증). 이에 대하여 검사가 항소하여 현재 항소심이 계속중입니다.

---

(2) 청구인은 1심에서 형법 제105조 위반과 관련한 공소사실에 대하여 무죄판결을 선고받았으나, 검사의 항소로 이 사건 판결이 확정되지 않은 채 항소심에 계속 중인 바, 피고인이 이와 관련해 유죄판결을 받을 위험은 여전히 있습니다. 향후 위 조항의 위헌·무효 여하에 따라 동 규정에 근거한 재판의 결론이 달라질 여지가 있는만큼, 위 법률조항의 위헌성 여부는 이 사건 형사소송에서 재판의 전제가 된다고 하겠습니다.

#### 다. 위헌제청신청 및 제청 기각 결정

(1) 청구인은 형사소송 1심에서 형법 제105조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였는데, 1심 재판부는 이를 기각하는 결정을 하였습니다(서울중앙지방법원 2015초기3430, 증제1호증).

(2) 청구인은 위 위헌심판제청 기각 결정을 2016. 2. 17. 송달받았습니다.

#### 라. 본건 헌법소원 청구

이에 청구인들은 헌법재판소법 제68조 제2항에 근거하여 본 위헌심사형 헌법소원을 청구하기에 이르렀습니다.

### 3. 형법 제105조 규정의 위헌성

---

## 가. 명확성의 원칙 위반

### (1) 헌법재판소의 태도

“법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다”(89헌가113, 96헌가15 등)

“법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다. 법률은 되도록 명확한 용어로 규정하여야 한다는 이러한 명확성의 원칙은 민주주의·법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한입법에 요구되는 것이며, 죄형법정주의, 조세법률주의, 포괄위임금지과 같은 원칙들에도 명확성의 요청이 이미 내재되어 있다”(99헌마480)

### (2) 본건의 경우

이 사건 심판대상 조항인 형법 제105조는 ‘대한민국을 모욕할 목적’을 구성요건으로 정하고 있습니다. ‘모욕(侮辱)’은 업신여기고(侮) 욕되게 하는(辱) 행위를 지칭합니다. 그러나 ‘대한민국’을 업신여기고 욕되게 하는 것이 도대체 어떤 의미인지, 어떠한 기준으로 판단해야 하는 것인지 전혀 알 수 없습니다. 기본적으로 업신여긴다거나 욕되게 하는 것은 개념본질상 자연인만을 피해자로 상정할 수

---

있습니다. 국가는 오감으로 지득할 수 없는 관념적 존재이며, 아무리 ‘국가’를 유기적 정치공동체로 파악한다고 하여도 ‘대한민국’에 인격과 감정을 부여하는 것은 문리상, 상식상 타당하지 않습니다.

국가가 모욕당할 수 있다는 관념 자체를 인정한다 하더라도, 도대체 어떤 마음을 먹어야 대한민국을 모욕할 목적을 갖는 것인지 알 수 없습니다. 정권에 대한 반대나 비판, 대통령에 대한 반대나 비판은 대한민국을 모욕하는 행위에서 제외해야 할 것인데, 이런 정치적 의사표현을 제외하고 어떤 경우가 대한민국을 모욕하는 행위에 속할 것인지 수범자로서는 알 수 없습니다. 그렇게 볼 때, 심판대상조항은 수범자에게 최소한의 예측가능성을 주고 있지 못하다는 점에서, 기본권제한입법에서 당연히 요구되는 명확성의 원칙에 반한다 하겠습니다.

#### **나. 본질적 내용 침해금지 원칙 위반**

(1) 기본권을 제한해야 하는 현실적인 필요성이 아무리 크다고 하더라도 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 기본권제한입법은 허용되지 아니합니다.

(2) 헌법상 기본권으로서 표현의 자유가 발언(speech)뿐만 아니라 상징사용에 의한 표현까지 포함하는 개념이라는 점에 대해서는 대체로 견해가 일치합니다. 그리고 상징사용은, 어떠한 상징물을 제작하여 들고 다니는 것 뿐만 아니라 준비한 상징물을 파괴하거나 소훼하는 행위까지도 당연히 포함한다고 볼 것입니다.

(3) 국기라는 상징물은 정권에 대한 반대나 비판, 대통령에 대한 반대나 비판 등 다양한 정치적 견해를 간명하면서도 효과적으로 표현할 수 있는 수단입니다. 실제로 정치적 성향의 집회에서 태극기가 집회에서의 주장을 상징적으로 표현하는 수

---

단으로 사용되는 광경은 흔히 볼 수 있습니다. 그렇게 볼 때, 태극기를 소훼하는 방식의 정치적 의사표현 역시 표현의 자유의 보호범위 안에 들어간다고 볼 것입니다.

(4) 그런데 심판대상조항은 ‘대한민국을 모욕할 목적’이라는 대단히 추상적이고 모호한 구성요건 이외에는 어떠한 구체적 요건 없이 국기를 훼손하는 행위를 일괄하게 처벌하도록 함으로써 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하고 있다고 판단됩니다.

## 다. 과잉금지원칙 위반

### (1) 목적의 정당성 및 수단의 적합성

① 심판대상조항은 그 자체로 어떠한 법익을 보호하겠다는 것인지 분명하지 않습니다. 국기를 보호하는 것으로 국가를 보호하겠다는 관념 자체가 가능한지 적지 않은 의문이 제기됩니다.

② 설령 그 입법 목적이, 국기 또는 국장을 손상, 제거 또는 오욕하는 행위를 처벌의 대상으로 삼음으로써 국기 또는 국장이 상징하고 있는 자유민주적 기본질서 유지라는 헌법적 가치를 보호하겠다는 데 있다고 보더라도 그와 같은 입법목적 달성을 위하여 국기 훼손에 대하여 형사적 제재를 가하는 것은 적합한 수단이라 할 수 없습니다. 일률적으로 국기 훼손 등을 처벌하는 것은 국가의 위신을 보호해 주지 않을 뿐 아니라 오히려 자유민주국가의 품격을 떨어뜨리는 행위로 받아들여질 위험이 큼니다. 따라서 심판대상 조항이 입법의 목적을 달성하는 데 적

---

절한 수단이라고 평가하기 어렵습니다.

## (2) 침해의 최소성 및 법익의 균형성

① 백보 양보하여 위와 같은 수단이 적합한 것이라고 하더라도, 침해 최소성과 법익의 균형성과 관련해 볼 때, 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배됩니다.

② ‘분단의 특수성’ 때문에 이적행위의 일환으로서 형법 제105조를 두고 있다면, 이는 국가보안법으로써 이미 억지 및 처벌되고 있습니다. 그러므로 이적행위의 일환으로 이루어지는 국기 및 국장 모독행위는 국가보안법 위반행위의 한태양일뿐, 별도의 처벌을 받는 것은 실질적인 이중처벌에 해당할 것입니다. 만약 형법 제105조가 ‘국가의 기강과 품위’를 보호하기 위한 것이라면 (전체주의를 거부한 자유민주주의 국가에서 형사적 처벌을 통해 보호할 가치가 있는 것인지는 의문입니다) 국민에게 기본권과 정치적 의사 표현의 자유를 폭넓게 인정하여 자유로운 정치 참여를 기본으로 하는 자유민주주의에서는 형법 제105조가 존립하고 그를 통해 국민을 처벌하는 것이 오히려 국가의 기강과 품위를 더 해한다고 생각됩니다. 국기를 손상시키거나 소각시키는 등의 행위를 통해 정치적 의사를 표현하는 자에게 형법 제105조를 근거로 처벌하려고 하는 것은 자유민주주의를 천명하고 민주화를 이루어낸 대한민국의 격에 맞지 않는 국가의 형벌권 행사입니다.

이와 더불어, 현재 형법 제105조의 법정형은 5년 이하의 징역이나 금고, 10년 이하의 자격정지 또는 700만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으나, 이는 법익의 균형성에 위배되는 과잉 조치라고 할 것입니다.

---

## 라. 국기소각과 관련한 미국 연방대법원 판결

미국 연방대법원은 1931년 *Stromberg v. New York*<sup>1)</sup> 에서 상징적 표현에게도 역시 표현의 자유로써 보호되는 표현에 해당한다고 판시한 후, 시민운동가의 살해와 관련해 시위하던 중 성조기를 불태운 죄로 기소되었던 *Street v. New York*<sup>2)</sup> 사건에서 처음으로 국기모독을 처벌하던 주법(州法)을 수정헌법 제1조를 위반하여 위헌이라고 판단하였습니다. 이후 1989년 *Texas v. Johnson*<sup>3)</sup> 사건에서 역시 국기모독을 처벌하던 연방법률 조항을 수정헌법 제1조 위반을 이유로 위헌이라고 판단한 바 있습니다(증제2호증).

## 5. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 형법 제105조는 명확성의 원칙에 위배되는 것은 물론, 과잉금지원칙 및 본질내용침해금지원칙에 위반하여 규정됨으로써 청구인들의 표현의 자유를 침해하고 있어 위헌이라고 판단되므로 청구인들은 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌심사형 헌법소원을 청구하기에 이르렀습니다. 이 사건 심판대상조항의 위헌성에 대하여 추가 서면을 통해 상세히 제출하겠습니다.

## 소 명 방 법

---

1) 283 U.S. 359 (1931).

2) 394 U.S. 576 (1969).

3) 109 S. Ct. 2533 (1989). 본 결정 이후 주법을 개정하였으나 미국연방대법원은 재차 위헌판단을 하였습니다. (*United States v. Eichman*, 38 496 U.S. 310 (1990)).

---





헌법재판소

귀 중

