

보안관찰법의 법적·실무적 쟁점:

‘강용주 사건’에 대한 기록

김승현*

I. 서론	1. 형사사건의 쟁점과 법원의 판단 요지
II. 개관: 보안관찰법과 강용주 사건의 전개	2. 무죄판결의 법리: 범죄성립의 전제가 되는 행정처분과 형사책임
1. 보안관찰법 개관	3. 보안관찰처분의 위법성 입증 전략
2. 강용주 사건의 전개	V. 제3국면: 면제결정 - 요건, 절차상 문제점과 개선방안
III. 제1국면: 헌법소송 - 향후 위헌결정의 가능성과 전략	1. 면제결정 요건의 해석
1. 헌법재판소 결정례 및 향후 헌법소송 제기 전략	2. 신속한 직권 면제결정 및 의견진술 보장의 필요성
2. 보안관찰법의 위헌성: 구체적인 쟁점	VI. 결론
IV. 제2국면: 형사소송 - 보안관찰법위반죄 성립요건과 소송전략	

■ 국문초록 ■

보안관찰법은 국가보안법위반 사범 등 사상범의 출소 후 그에 대한 감시와 통제를 위하여 만들어진 법이다. 강용주는 1980년대 안기부의 대표적인 조작간첩 사건인 ‘구미유학생 간첩단 사건’에 연루되어 복역한 뒤 보안관찰처분을 받았다. 그러나 보안관찰법이 국가권력에 순응하지 않는 양심범을 창상 없는 감옥에 가두는 위헌적인 법률이라는 이유로 불복종을 선언하고, 보안관찰법에 따른 신고를 거부하였다. 그에 대응하여 강용주의 보안관찰기간은 15년에 걸쳐 계속 갱신되었고, 마침내 2017년 검찰이 그동안의 신고의무 위반행위에 대해 일괄하여 공소를 제기하면서 ‘강용주 사건’이 시작되었다.

* 법무법인(유한) 지평 변호사, shkim@jipyong.com

4 『공익과 인권』 통권 제20호 (2020)

이 글은 그 후 사건이 전개된 과정을 기록하고, 그 의미와 시사점에 관해 논한다. 강용주는 결국 보안관찰법위반 사건에서 최초로 무죄판결을 받아냈다. 이를 계기로 후속 사건에서도 신고를 거부한 피보안관찰자에 대한 무죄판결이 잇따라 선고되었다. 법원이 이 판결로써 법치주의 원칙과 기본권 보장규정을 명시적인 근거로 들며 ‘위법한 행정처분을 토대로 형사처벌을 가할 수 없다’는 점을 확인했다는 점도 의미가 깊다. 무죄판결 후로도 강용주는 법령상 보안관찰을 면제받기 위해 제출해야 하는 ‘준법서약서’의 작성을 거부하는 투쟁을 이어나갔고, 결국 준법서약서 없이 보안관찰법 면제결정을 받는 선례를 이끌어냈다. 그리고 마침내는 법무부의 법령 개정을 통해 준법서약 제도 자체가 우리 형사사법시스템에서 완전히 사라지도록 만들었다. 이렇듯 한 사람의 삶과 신념을 통해 새로운 법리를 탄생시키고 법제도를 바꾸어나간 과정은 그 자체로 기록될 가치가 있다.

그럼에도 불구하고, 보안관찰법은 여전히 남았다. 구체적인 법집행 방식과 절차에서도 개선되어야 할 점이 많다. 이에 이 글에서는 보안관찰법이 존속하는 한도 내에서 그 법률의 굴레를 쓴 수범자들이 적극적으로 시정을 요구하고 방어권을 행사할 수 있는 방안을 함께 모색한다. 나아가, 보안관찰법에 대한 헌법재판소의 반복된 합헌결정에도 불구하고 새로이 위헌성을 다투어 볼 수 있는 지점을 짚어본다.

주제어 : 보안관찰법, 사상과 양심의 자유, 개인정보자기결정권, 행정형벌, 공정력, 행정처분과 형벌

I. 서론

이 글은 보안관찰법에 관한 연구이기에 앞서 강용주에 대한 기록이다. '세상에서 잊혀진 법'에 그가 일생을 걸고 맞선 과정이 곧 보안관찰법을 둘러싼 역동적인 변화의 과정이기도 하기 때문이다.

보안관찰법은 국가보안법위반 사범 등 사상범의 출소 후 그에 대한 감시와 통제를 위하여 만들어진 법이다. 법이 시행된 1980년대 후반부터 민주화 관련 인사들이 대거 석방된 2000년대 초반까지 보안관찰법에 관한 논의와 연구가 집중적으로 쏟아져 나왔다. 요지는 '보안관찰법 폐지론'이다. 보안관찰법은 국가권력에 순응하지 않는 양심법들을 창살 없는 감옥에 가두어 그 일거수일투족을 감시하에 뒀으로써 권력에 대한 비판과 저항을 봉쇄하는 악법이므로 폐지되어야 한다는 것이다.¹⁾ 그러나, 법은 없어지지 않고 반세기를 살아남았다. 그 법의 적용을 받는 구체적인 사람들도 남았다. 가장 최근 밝혀진 바에 따르면, 2013년 기준 대한민국에서 보안관찰법의 굴레 속에 살고 있는 피보안관찰자는 43명이며,²⁾ 이는 2006년 공개된 74명보다도 줄어든 수치다.³⁾ 그 숫자의 크기만큼이나 논의도 잦아들었고, 대한민국에 이런 법이 있다는 것을 아는 사람조차 드물어졌다.

강용주는 남은 43명 중 한 사람이다. 전남대학교 의예과에 재학 중이던 1986년 '구미 유학생 간첩단 사건'⁴⁾으로 무기징역을 선고받은 강용주는 출소한 뒤 2002년 2월 첫 보안

-
- 1) 배종대, "사회안전법 및 보안관찰법에 관한 비판적 고찰", 법과 사회 제1권 제1호 (1989); 이승호, "보안관찰법 폐지론", 법과 사회 제5권 제1호 (1992); 이창호, "보안관찰법에 관한 소고", 현대민법의 전망 (1995); 박지현, "보안관찰법에 관한 기본권 해석", 법학논총 제24권 제3호 (2007); 김형태, "사상·양심의 자유를 둘러싼 헤게모니 싸움", 사상과 양심의 자유 증진을 위한 인권 세미나: 보안관찰법을 중심으로, 국가인권위원회 (2007. 6. 21. 발표), 3-9.
 - 2) 피보안관찰자의 규모에 관한 통계는 국가안전보장 등을 위해 공개하지 않을 수 있는 비공개대상정보에 해당한다는 판례로 인해(대법원 2004. 3. 26. 선고 2002두6583 판결), 피보안관찰자의 정확한 규모를 확인하기는 어렵다. 법무부가 2013년 국정감사 당시 서기호 의원실에 제출한 자료를 통해 당시 피보안관찰자가 43명이라는 점이 밝혀졌으며, 그 숫자는 계속 감소하고 있을 것으로 보인다.
 - 3) 박성희, "인간 존엄성의 부인과 자기검열을 강요당하는 사람들", 사상과 양심의 자유 증진을 위한 인 권세미나: 보안관찰법을 중심으로, 국가인권위원회 (2007. 6. 21. 발표), 23.
 - 4) 국가안전기획부(이하 '안기부')가 관련자들을 고문하여 날조해낸 대표적인 조작간첩 사건이다 [박원순, 야만시대의 기록 제3권, 역사비평사 (2006), 164-165; 이규정 PD, "조국은 나를 스과

관찰처분을 받았다. 그리고는 검찰에 기소된 2017년 3월까지 단 한 번도 보안관찰법에 따르지 않았다. 보안관찰법은 사상과 양심의 자유를 침해하는 위헌적인 법률이라면서 공개적으로 ‘보안관찰법 불복종’을 선언하고, 불복종 운동의 일환으로서 보안관찰법상 부과되는 신고의무를 계속 거부한 것이다. 바로 그러한 탓으로 강용주의 이름은 점점 짧아지는 피보안관찰자 명단에서 좀처럼 지워지지 못했다. 법무부장관은 무려 15년간 일곱 차례에 걸쳐 강용주의 보안관찰기간을 갱신하였고, 마침내 검찰이 강용주의 신고의무 위반 행위에 대해 공소를 제기하면서 사건이 시작되었다. 1986년 국가보안법위반 혐의로 법정에서 섰던 스물네 살 청년이 2017년 윈다섯이 되어 보안관찰법위반 혐의로 다시 피고인석에 올랐다.

이 글은 그 후 전개된 과정을 기록하는 것을 첫 번째 목적으로 한다. 결국 강용주는 무죄판결을 받았다.⁵⁾ 이는 보안관찰법위반 사건에서 법원이 선고한 최초의 무죄판결이다. 법원이 위법한 행정처분을 토대로 형사처벌을 가할 수 있는지에 관한 학계의 논의를 명시적으로 정리하면서, 법치주의의 원칙 및 기본권보장 규정의 의미를 재확인한 판결이라는 성과도 있었다. 이후로도 강용주의 싸움은 계속되었다. 강용주는 보안관찰처분을 면제받기 위해 법령상 요구되는 ‘준법서약서’가 사상과 양심의 자유를 침해하는 제도라는 이유로 그 작성을 거부하였고, 결국 준법서약서를 제출하지 않은 채 보안관찰 면제결정을 받는 사례를 만들어냈다. 이는 보안관찰법 시행령에서 준법서약서 제출 조항을 삭제하는 법령 개정으로 이어졌다. 마침내 우리나라 형사사법시스템에서 준법서약서의 존재가 완전히 사라지게 된 것이다.⁶⁾

이처럼 한 사람이 자신의 삶과 신념을 통해 새로운 법리를 탄생시키고 법제도를 바꾸어나간 과정은 그 자체로 기록될 가치가 있다. 그러나 이 글의 목적이 단지 기록에 그치는 것은 아니다. 보안관찰법 폐지론은 꾸준히 제기되었지만, 헌법재판소는 1997년, 2001년, 2003년, 2015년 네 차례에 걸쳐 보안관찰법의 핵심 조항에 대한 합헌결정을 내린 바 있다.⁷⁾ 2018년 강용주 사건에서도 다시 한 번 위헌법률심판제청신청 기각 결정이 나왔

이라고 불렀다”, 이제는 말할 수 있다 34회, 문화방송 (2001. 6. 8.), DVD.I. 서울중앙지방법원은 2020. 2. 위 사건의 주범으로 사형을 선고받은 양동화 등이 청구한 재심재판에서 안기부의 고문 사실 및 사법부의 오판을 인정하고 35년 만에 무죄를 선고하였다.

5) 서울중앙지방법원 2018. 2. 21. 선고 2017고단1698 판결(확정).

6) 김계연, “‘양심의 자유 침해’ 보안관찰 준법서약 30년 만에 폐지”, 연합뉴스, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190618026300004> (2020. 8. 23. 확인).

7) 헌법재판소 1997. 12. 27. 선고 92헌바28 결정; 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 2000헌바22 결정;

다.⁸⁾ 이처럼 법률이 존속하는 한도 내에서는 무엇보다도 그 법률의 굴레를 쓸 수밖에 없는 수범자들에게 주목하고, 그들의 권익 침해를 가능한 최소화하는 길을 고민할 필요가 있다. 앞으로 다른 보안관찰처분대상자들이 부당한 제약에 맞서 적극적으로 시정을 요구하고 방어권을 행사함에 있어 강용주 사건이 참고가 될 수 있기를 바란다.

이렇게 길을 내는 과정은 결국 보안관찰법의 폐지와도 맞닿아있다. 강용주 사건에서 법원이 판시한 법리에 의하면, 대한민국에서 보안관찰처분에 따르지 않았다는 이유로 유죄판결이 선고될 수 있는 사건은 얼마 남지 않을 것으로 보인다. 실제로, 피보안관찰자가 신고의무를 거부한 다른 보안관찰법위반 사건에서도 강용주 사건과 동일한 법리에 따라 무죄판결이 잇따라 선고되었다.⁹⁾ 법원이 '그 법을 지키지 않아도 처벌할 수 없다'고 판단한 법률의 정당성은 약화될 수밖에 없다. 그러한 판단이 차곡차곡 쌓여, 그 법을 지켜야만 하는 사람은 누구인지 떠올리기 어렵게 된 법률이라면, 우리 사회에 존속해야 할 필요성 자체를 인정받기 어렵다. 이러한 걸음들이 모여 길이 만들어질 때, 보안관찰법이 우리 법전에서 사라지는 날도 앞당겨질 수 있을 것으로 기대한다.

아래에서는 먼저 강용주 사건의 열개를 개관하면서 보안관찰법이 어떠한 범인지 살펴본다(II). 다음으로는, 강용주 사건이 전개된 과정을 크게 세 국면으로 나누어 각 국면마다 문제된 쟁점과 향후 유사한 사건에서 활용할 수 있는 소송전략을 살펴본다. 첫 번째 국면으로는, 위헌법률심판제청을 신청하여 보안관찰법 자체의 위헌성을 다룬 과정을 소개하고 향후 헌법소송을 통해 새로이 제기할 수 있는 쟁점을 모색한다(III). 두 번째 국면으로, 형사소송에서 무죄를 주장하면서 문제된 법리와 소송전략을 소개한다(IV). 마지막으로, 보안관찰에서 완전히 벗어나기 위한 면제결정의 절차와 요건, 개선방안에 관하여 논의해본다(V).

헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2001헌가17 결정; 헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2014헌바475 결정.

8) 서울중앙지방법원 2018. 2. 21.자 2017초기1615 결정.

9) 서울중앙지방법원 2018. 5. 25. 선고 2016고단8699 판결; 서울중앙지방법원 2019. 1. 10. 선고 2018노1587 판결(확정).

II. 개관: 보안관찰법과 강용주 사건의 전개

1. 보안관찰법 개관

가. 보안관찰법의 목적과 연혁

보안관찰법이 밝힌 입법목적은 “특정범죄를 범한 자에 대하여 재범의 위험성을 예방하고 건전한 사회복귀를 촉진하기 위하여 보안관찰처분을 함으로써 국가의 안전과 사회의 안녕을 유지”하는 것이다.¹⁰⁾ 이때 ‘특정범죄’란 국가보안법위반죄를 말하며, 형법·군형법에 규정된 내란, 외환유치, 간첩, 반란죄도 포함된다.¹¹⁾ 이러한 범죄를 ‘재범할 위험성’이 있다고 보이는 자에게는 보안관찰처분을 하여 광범위하고 집중적인 관찰 하에 함으로써¹²⁾ 국가안보를 유지하겠다는 취지다.

이는 원론적인 입법목적이다. 그 이면의 구체적인 입법의도를 파악하기 위해서는 보안관찰법의 입법경위와 연혁을 살펴볼 필요가 있다. 보안관찰법의 모태는 일제강점기에 일제가 제정한 「사상범보호관찰법」이다.¹³⁾ 이 점은 보안관찰법과 사상범보호관찰법의 조문을 비교해보는 것만으로도 쉽게 확인할 수 있다.

〈표 1〉 일제 사상범보호관찰법과 현행 보안관찰법의 비교

사상범보호관찰법		보안관찰법	
제1조(대상자)	치안유지법위반 전력자	제3조	국가보안법위반 전력자
제6조(처분대상자)	결정 전 보호관찰 可	제6조 제1항	처분 전 신고의무 有
제1조(심사주체)	보호관찰심사회 결의	제12조	보안관찰심사위원회 의결
제1조(처분방식)	행정부의 보호관찰처분	제14조, 제4조	행정부의 보안관찰처분
제5조(처분기간)	2년	제5조 제1항	2년
제5조(기간갱신)	제한 없음	제5조 제2항	제한 없음
제2조 이하	각종 지도 조항	제18조 이하	신고·지도 조항

출처 : 奥平康弘, “治安維持法”, 現代史資料 45, 東京 : みすず書房 (1989), 273, 鈴木敬夫, 법을 통한 조선식민지 지배에 관한 연구, 고려대학교 민족문화연구소 (1989), 260에서 재인용, 이창호,

10) 보안관찰법(법률 제4132호, 전부개정 1989. 6. 16., 시행 1989. 9. 17.) 제1조. 현행 보안관찰법의 조항 대부분은 1989년 전부개정된 당시의 원형을 유지하고 있으므로, 이하에서는 특별히 의미 있는 법 개정이 이루어진 경우에만 제·개정 연혁을 표기한다.

11) 보안관찰법 제2조.

12) 보안관찰법 제4조.

13) 이창호, “보안관찰법에 관한 소고”, 849-851.

“보안관찰법에 관한 소고”, 850에서 재재인용.

일제는 1925년 현행 국가보안법의 전신인 「치안유지법」을 제정하였다. 1936년 11월부터는 치안유지법을 위반한 자를 대상으로 하는 「사상범보호관찰법」을 제정하여 일본 국 내에서 시행하였고, 같은 해 12월부터는 이를 의용한 「조선사상범보호관찰령」을 조선 총독부제령 제16호로 공포하여 조선에서 시행했다.¹⁴⁾

조선사상범보호관찰령은 시행규칙 제1조에서 “이 법령에 의한 보호관찰은 본인의 사상전향을 촉진 또는 확보하기 위한 것”이라고 그 입법목적을 밝히고 있다. 조선에 대한 제국주의적 지배 체제질서를 비롯한 ‘국체’를 유지한다는 원론적 목표하에, 일본의 조선통치에 반대하고 조선독립을 주창하는 ‘사상범의 사상전향을 촉진·확보하겠다’는 구체적인 입법의도를 솔직하게 명시한 것이다. 실제로 조선사상범보호관찰령하에서 보호관찰처분은 사상범들에 대한 강제전향수단으로 운용되었다. 독립운동가 등 일제의 제국주의적 탄압에 반대하던 이들이 보호관찰을 받으며 시국 간담회에 참석하거나, 감상문을 작성하고, 특정 단체에 가입하며, 국방헌금을 납부하고 지원병에 입대하도록 ‘지도’당했다.¹⁵⁾

이후 1975. 7. 16. 새벽 3시, 대한민국 국회의 여당 의원들만 참석한 자리에서 조선사상범보호관찰령은 「사회안전법」이라는 이름으로 다시 태어났다. 1972. 12. 27. 유신헌법이 공포되고, 1975. 5. 13. 「국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령 긴급조치 제9호」가 발동된 지 두 달 만의 일이다. ‘치안유지법’ 대신 ‘국가보안법·반공법’의 재범을 방지하기 위한 것이라는 점, ‘집행유예·기소유예·가출옥 한 자’가 아닌 ‘형 집행이 종료된 자’를 대상으로 한다는 점 정도가 조선사상범보호관찰령과의 차이점일 뿐이다.¹⁶⁾

위 「사회안전법」의 ‘보호관찰처분’을 ‘보안관찰처분’으로 명칭만 바꾸고, 보안감호처분·주거제한처분을 삭제한 것이 지금의 「보안관찰법」이다. 보안관찰법은 1989. 6. 16. 사회안전법을 전부개정하여 같은 해 9. 17.부터 시행된 법이다. 법제처는 전부개정이유를 “명칭을 ‘보안관찰법’으로 하고, 보안감호처분과 주거제한처분을 폐지하며, 종전의 이법에 의한 보호관찰처분을 보강하여 보안관찰처분제도를 신설”하는 것이라고 밝혔다.¹⁷⁾

14) 정지훈, “보안처분의 기능과 정당화 과제: 형 집행 종료 후 개시되는 보안처분을 중심으로”, 박사학위논문, 성균관대학교 (2016), 8-24.

15) 정지훈, “보안처분의 기능과 정당화 과제: 형 집행 종료 후 개시되는 보안처분을 중심으로”, 13.

16) 이창호, “보안관찰법에 관한 소고”, 850-851; 정지훈, “보안처분의 기능과 정당화 과제: 형 집행 종료 후 개시되는 보안처분을 중심으로”, 22-23.

17) 보안관찰법(법률 제4132호, 전부개정 1989. 6. 16., 시행 1989. 9. 17.) 개정이유.

결국 사회안전법과 보안관찰법 사이에 본질적인 차이는 없고, 오히려 보안관찰처분을 받은 자가 3개월마다 정기 신고의무를 이행하도록 하는 등 관찰의 강도를 강화하는 보장이 이루어진 것이다.

이렇듯 보안관찰법은 역사적·사회적 진공지대에서 어느 날 갑자기 생겨난 법이 아니다. 그 입법연혁과 역사적 맥락에 비추어보았을 때, “재범의 위험성을 예방한다”는 보안관찰법 제1조의 목적조항이 궁극적으로 도모하고자 한 본뜻은 “사상전향을 촉진 또는 확보한다”는 조선사상범보호관찰령 시행규칙 제1조의 목적조항과 같다고 보아야 한다. 법률의 주요 내용과 조항을 고스란히 물려받았음에도 불구하고 그 법의 목적만큼은 전혀 다른 곳에 있다는 해명은 설득력을 갖기 어렵다. 결국 위험한 사상 자체를 담지할 수 없도록 인간을 통제함으로써 위험한 사상에서 비롯될 만한 범죄를 예방하겠다는 것이다. 일제의 조선사상범보호관찰령은 폐지되었지만, 이를 모태로 한 보안관찰법은 “국가보안법위반 전력자의 사상을 통제하고 전향시키는 것”을 목적으로 삼은 채 21세기 대한민국에서 여전히 숨 쉬고 있다.

나. 보안관찰법의 주요 내용

(1) 보안관찰처분 및 기간갱신처분의 요건

앞서 살펴본 것과 같이 국가보안법위반 등 특정범죄(이하 ‘보안관찰해당범죄’)를 저질러 금고 이상의 형을 선고받고 그 형기 합계가 3년 이상인 자로서 형의 일부라도 집행된 전력이 있는 자는 누구나 보안관찰처분을 받을 수 있는 대상자(이하 ‘보안관찰처분대상자’)가 된다.¹⁸⁾ 범죄전력이 단 1회에 그치더라도 상관이 없다는 뜻이다. 이는 삼청교육대로 대변되는 구 사회보호법조차 적어도 2회의 범죄행위를 반복한 자에 대하여 보호관찰을 부과할 수 있도록 정하였던 것과 대비된다.¹⁹⁾ 이러한 사회보호법도 “피감호자의 입장에서는 이중처벌적인 기능을 하고 있을 뿐만 아니라 [...] 사회보호법 자체도 지난 권위주의시대에 사회방위라는 목적으로 제정한 것으로 [...] 위헌적인 소지가 있기 때문에 이를 폐지하여 국민의 기본권을 보장”하는 것이 타당하다는 이유로 이미 15년 전 폐지되었다.²⁰⁾

보안관찰처분대상자에 대한 보안관찰처분의 요건은 ‘재범의 위험성’, 단 하나다.²¹⁾ 이

18) 보안관찰법 제3조.

19) 사회보호법(법률 제3286호, 제정 1980. 12. 18., 시행 1980. 12. 18., 폐지 2005. 8. 4.) 제10조, 제5조.

20) 사회보호법(법률 제7656호, 폐지 2005. 8. 4.) 폐지이유.

때 '재범의 위험성'이 존재하는지에 대한 판단은 행정부가 한다. 검사의 청구, 법무부차관을 위원장으로 하는 보안관찰처분심의위원회의 의결, 법무부장관의 결정, 사법경찰관리의 집행이라는 과정을 거쳐 보안관찰처분의 결정과 집행이 이루어진다.²²⁾ 이러한 심사 과정에 사법부가 관여할 기회는 전혀 마련되어 있지 않다.

보안관찰처분 기간은 2년이다.²³⁾ 그러나 그 처분 기간은 무제한 갱신될 수 있다. 갱신 결정의 횟수는 물론, 총 기간의 합계에도 아무런 제한이 없다. 피보안관찰자가 석방된 직후부터 사망하는 날까지 보안관찰처분을 무한정 갱신하는 것도 가능하다. 앞서 폐지된 구 사회보호법이 보호관찰 기간을 1차에 한하여 3년간 연장할 수 있도록 제한하였고,²⁴⁾ 「보호관찰 등에 관한 법률(이하 '보호관찰법')」은 아예 갱신 자체를 허용하지 않은 것과 대비된다. 이러한 보안관찰처분의 갱신도 사법부의 관여 없이 검사의 청구, 보안관찰처분심의위원회의 의결에 따라 '재범의 위험성'을 심사하여 이루어지게 된다.²⁵⁾

(2) 피보안관찰자의 신고의무 내용과 범위

보안관찰처분대상자 중 보안관찰처분 또는 그 기간갱신처분을 받아 보안관찰 아래에 놓인 자를 '피보안관찰자'라고 한다. 피보안관찰자는 자신의 일거수일투족에 관한 광범위한 신고의무를 지는데, 보안관찰처분 후 최초 신고의무²⁶⁾ 외에도 ① 3개월마다 이행해야 하는 정기 신고의무,²⁷⁾ ② 국외여행 등 일정한 사유가 발생하기 전마다 미리 이행해야 하는 수시 신고의무²⁸⁾ 등이 있다.

① 정기 신고의무에 따라, 모든 피보안관찰자는 매 3개월마다 "자신의 3개월간의 주요 활동사항"이 무엇인지 판단하여 관할 경찰청장에게 신고해야 한다.²⁹⁾ 지난 3개월동안 만난 다른 "보안관찰처분대상자의 인적사항, 만난 일시, 장소, 만남의 내용"이나, 3개월간 다녀온 "여행에 관한 사항"도 신고해야 한다.³⁰⁾ 마지막으로, 위와 같은 사항에 더하여

21) 보안관찰법 제4조.

22) 보안관찰법 제7조 내지 제17조.

23) 보안관찰법 제5조 제1항.

24) 사회보호법(법률 제5179호, 일부개정 1996. 12. 12., 시행 1997. 1. 1., 폐지 2005. 8. 4.) 제10조 제3항.

25) 보안관찰법 제5조 제2항.

26) 보안관찰법 제18조 제1항.

27) 보안관찰법 제18조 제2항.

28) 보안관찰법 제18조 제4항.

29) 보안관찰법 제18조 제2항 제1호.

“관할경찰서장이 신고하도록 지시한 사항”이 있다면 그 또한 신고해야 한다.³¹⁾ 이때 관할경찰서장이 어떠한 사항까지 신고하도록 지시할 수 있는지에 관한 기준이나 제한은 법, 시행령, 시행규칙 어디에도 마련되어 있지 않다.

② 수시 신고의무 조항에 따르면, 피보안관찰자가 (i) 주거지를 이전하고자 할 때, (ii) 국외여행을 하고자 할 때, (iii) 10일 이상 주거를 이탈하여 여행하고자 할 때마다 미리 신고할 의무가 발생한다. 이때 신고할 사항은 (i) 거주예정지, (ii) 여행예정지, (iii) 기타 대통령령이 정하는 사항이다.³²⁾ 그런데 “기타 대통령령이 정하는 사항”에는 “기타 필요한 사항”이 다시 신고사항으로 규정되어 있어, 결국 신고사항에 한계가 없다.³³⁾ 또한, 법에서는 이전할 주거지나 여행할 “장소”만을 신고대상으로 열거한 반면, 시행령에서는 주거이전 내지 여행의 “목적”(사유), 여행의 “기간”(이전 예정일), 여권의 종류 및 여권번호에 더하여, 함께 여행하는 “사람”(동행자)의 인적사항까지 신고할 의무를 추가로 부과하고 있다.³⁴⁾

만일 피보안관찰자가 위 신고사항들 중 하나라도 누락하거나 허위의 신고를 하는 경우, 형사처벌(2년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금)의 대상이 된다.³⁵⁾ 이렇게 형벌을 매개로 수집한 정보는 검사와 사법경찰관리가 지시·금지 조치를 취하기 위한 기초로 사용된다. 검사와 사법경찰관리는 피보안관찰자가 여행계획 등 신고한 사항을 이행함에 있어 “적절한 지시”를 할 수 있고,³⁶⁾ 신고한 정보를 토대로 보안관찰처분대상자와의 회합·통신을 “금지”할 수 있는 등,³⁷⁾ 신고된 정보를 토대로 피보안관찰자의 사생활에 깊숙이 관여할 권한을 가진다.

(3) 보안관찰처분대상자의 지위와 보안관찰 면제결정

30) 보안관찰법 제18조 제2항 제2호, 제3호.

31) 보안관찰법 제18조 제2항 제4호.

32) 보안관찰법 제18조 제4항.

33) 보안관찰법 시행령 (대통령령 제12807호, 전부개정 1989. 9. 11., 시행 1989. 9. 16.) 제24조 제2항 제1호 (㉠)목, 제2호 (㉡)목, 제3호 (㉢)목. 보안관찰법과 마찬가지로, 현행 보안관찰법 시행령의 조항 대부분은 1989년 전부개정된 당시의 원형을 유지하고 있으므로, 이하에서는 특별히 의미 있는 시행령 개정이 이루어진 경우에만 제·개정 연혁을 표기한다.

34) 보안관찰법 시행령 제24조 제2항 각호.

35) 보안관찰법 제27조 제2항.

36) 보안관찰법 제19조 제1항 제2호.

37) 보안관찰법 제19조 제2항 제1호.

보안관찰법의 독특한 점 중 하나는 보안관찰기간이 모두 끝나거나, 재범의 위험성이 인정되지 않아 보안관찰처분을 받지 않았더라도 법의 굴레에서 놓아주지 않는다는 점이다. 국가보안법위반죄로 함께 3년 이상의 형을 선고받아 복역한 사실이 있다면 그러한 사람 모두가 '보안관찰처분대상자'에 해당하므로,³⁸⁾ 아무런 처분을 받지 않더라도 이 지위에 따른 구속을 받게 된다.

보안관찰처분대상자는 교도소에서 처음 출소할 때 주거지, 가족, 교우관계, 재산상황, 학력, 경력, 가입한 단체 등 광범위한 사항을 신고한다.³⁹⁾ 그런데, 출소 후 살아가는 동안 그 신고사항에 변동이 생기면 그때마다 변동된 사항을 7일 내에 관할경찰서장에게 신고해야 한다.⁴⁰⁾ 보안관찰처분을 받지 않았거나 기간이 끝났다고 하더라도 이러한 변동사항을 일일이 신고하지 않을 경우, 피보안관찰자나 다름없이 2년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금형의 대상이 된다.⁴¹⁾ 이러한 신고불비가 "보안관찰처분대상자가 보안관찰처분을 면탈할 목적으로 은신·도주한 경우"에 해당한다고 판명되면, 그보다 강력한 3년 이하의 징역에 처할 수도 있다.⁴²⁾

결국, 단 한 번이라도 국가보안법위반죄로 3년 이상의 형을 선고받은 사실이 있다면 평생을 '보안관찰처분대상자' 또는 '피보안관찰자' 중 어느 하나의 신분으로 살아가야 한다. 그에 따라 평생 신고할 의무도 부담한다. 보안관찰처분을 받아 그 기간 중에 있다면 '피보안관찰자의 신고의무'를 지고, 보안관찰 처분이 없더라도 '보안관찰처분대상자'로서 '보안관찰처분대상자의 신고의무'를 지는 것이다. 이사를 했다거나 이혼을 했다거나 교우관계에 변동이 있었다는 등의 사적인 영역에 관한 정보를 신고하지 않으면 형사처벌을 받을 위험을 평생 감수해야 한다.

이러한 신고의무에서 벗어날 수 있는 유일한 길이 보안관찰처분 면제결정이다. 법무부장관은 보안관찰처분대상자 중 (i) 준법정신이 확립되어 있고 (ii) 일정한 주거와 생업이 있으며 (iii) 대통령령이 정하는 신원보증인 있는 자에 대하여는 보안관찰처분을 하지 아니하는 결정을 할 수 있다.⁴³⁾ 이러한 보안관찰 면제결정을 받은 자는 그때부터 보안관찰법에 의한 보안관찰처분대상자 또는 피보안관찰자로서의 의무를 면한다.⁴⁴⁾

38) 보안관찰법 제3조, 제2조 제3호.

39) 보안관찰법 제6조 제1항, 보안관찰법 시행령 제6조 제1항 각호.

40) 보안관찰법 제6조 제2항.

41) 보안관찰법 제27조 제2항.

42) 보안관찰법 제27조 제1항.

43) 보안관찰법 제11조 제1항.

2. 강용주 사건의 전개

강용주는 1999. 2. 25. 형집행정지로 14년 만에 석방되면서부터 ‘보안관찰처분대상자’가 되었다.⁴⁵⁾ 이후 전남대학교 의과대학으로 돌아가 학업을 계속하던 중, 2002. 2. 14. 첫 보안관찰처분을 받아 ‘피보안관찰자’가 되었다. 그가 인턴·레지던트 과정을 받아 가정의학과 전문의 자격을 따고, 서울에서 작은 병원을 개업하여 환자들을 치료하며, 광주트라우마센터의 초대 센터장과 국가인권위원회 전문위원을 역임하는 등 “건전한 사회복귀”(보안관찰법 제1조)를 계속해나가는 동안, 보안관찰처분도 15년에 걸쳐 꾸준히 갱신되었다. 복역 중에도 사상과 양심의 자유를 침해한다는 이유로 사상전향·준법서약제도에 맞선 바 있는 강용주는 보안관찰법에 대해서도 불복종을 선언하고 15년간 신고를 거부하였다.

이후 검찰이 2017. 3. 23. 공소시효가 도과하지 않은 최근 5년간의 신고의무 위반행위에 대해 일괄하여 공소를 제기하면서 사건이 시작되었다. 이 사건은 ‘우리 사회에 여전히 보안관찰법이 존재하고, 43명의 피보안관찰자가 살아있다’는 사회적 각성을 일으켰다. 시민사회와 사회저명인사들이 나서서 “#내가 강용주다” 해시태그 운동을 벌이면서 보안관찰법 폐지와 강용주의 무죄를 주장했다.⁴⁶⁾ 변호인은 2017. 5. 29. 보안관찰법의 처벌 근거조항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청했고, 그와 별도로 피고인의 무죄를 주장하면서 1년간의 법정 공방이 진행되었다.

44) 보안관찰법 제11조 제6항.

45) 앞서 살펴본 것처럼, 강용주가 복역한 이유는 안기부의 대표적인 고문조작 사건인 ‘구미유학생 간첩단 사건’에 연루되었기 때문이다. 법원은 2020. 2. 위 사건의 주범들에게 무죄를 선고하면서 안기부의 고문 사실과 사법부의 오판을 인정하였다.

46) 박찬수, “[박찬수 칼럼] 별로 불편한 건 없지요?”, 한겨레, <http://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/791408.html> (2020. 8. 2. 확인); 이명수, “[이명수의 사람그물] 죽을 때까지 강용주”, 한겨레, <http://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/791107.html> (2020. 8. 2. 확인); 이채훈, “5월, 강용주를 위한 카바티나”, 피디저널, <http://www.pdjournal.com/news/articleView.html?idxno=60548> (2020. 8. 2. 확인); 정대하, ““강용주와 함께 보안관찰법에 저항합시다”” 한겨레, <http://www.hani.co.kr/arti/society/area/791715.html> (2020. 8. 2. 확인); 정대하, ““내가 강용주다!” 보안관찰법 불복종 운동 커진다”, 한겨레, <http://www.hani.co.kr/arti/society/area/791963.html> (2020. 8. 2. 확인); 이희정, “[메아리] “강용주의 투쟁을 지지합니다””, 한국일보, <https://www.hankookilbo.com/News/Read/201704281830663159> (2020. 8. 2. 확인).

서울중앙지방법원은 2018. 2. 22. 강용주에게 무죄를 선고함과 동시에 위헌법률심판 제청신청은 기각했다. 검사는 항소를 포기했다. 피고인의 무죄가 확정됨에 따라, 처벌 근거 조항에 대한 위헌심사형 헌법소원⁴⁷⁾은 제기할 길이 없어지게 되었다.

무죄판결 후 강용주에 대한 7차 기간갱신처분에 따른 보안관찰기간이 만료되었으나, 법무부장관은 8차 기간갱신처분을 하지도 않았고, 그렇다고 보안관찰 면제결정을 하지도 않았다. 이에 강용주의 법률대리인은 2018. 5. 31. 보안관찰 면제결정을 신청하였다. 신청 당시 맞닥뜨린 문제는 보안관찰 면제결정 신청서에 “법령을 준수할 것을 맹세하는 서약서”를 첨부해야 한다는 점이었다.⁴⁸⁾ 준법서약제도 폐지 운동에 앞장섰던 강용주는 보안관찰 면제결정을 받기 위하여 준법서약서를 작성할 수는 없다고 거부하였다.⁴⁹⁾ 이에 준법서약서를 첨부하지는 않은 채, 보안관찰 면제결정을 위하여 준법서약서를 요구하는 절차 자체의 문제점을 지적하고 제도 개선을 요구하면서 면제결정을 신청하였다.⁵⁰⁾

법무부장관은 위 신청에 대하여 반년이 넘게 아무런 결정을 내리지 않았다. 이에 강용주 측은 2018. 11. 28. 위 면제신청에 대한 무응답을 다투는 부작위위법확인소송을 제기하였다. 결국 법무부장관은 2018. 12. 17. 보안관찰 면제처분을 내렸다. 이로써 강용주는 16년 만에 보안관찰법의 굴레에서 벗어나게 되었다. 이후 법무부가 2019. 10. 8. 보안관찰법 시행령을 일부 개정하여 보안관찰 면제처분 신청 시 준법서약서를 제출하도록 한 조항을 삭제함으로써 강용주 사건은 막을 내렸다.

〈표 2〉 강용주 사건 타임라인

47) 헌법재판소법 (법률 제10546호 일부개정 2011. 4. 5., 시행 2011. 4. 5.) 제68조 제2항.
 48) 보안관찰법 시행령 (2019. 10. 8. 대통령령 제30110호로 개정되기 전의 것) 제14조 제1항 제1호.
 49) 강용주는 구미유학생 간첩단 사건 관계자 중 맨 마지막으로 석방되었는데, 그 이유는 사상전향서 작성을 거부했기 때문이다. 강용주는 군부정권 타도를 꿈꾸며 학생운동을 하던 중 끌려가 안기부의 고문을 받아 간첩으로 조작되었다. 이후 그는 고문을 이기지 못해 허위자백을 했다는 사실에 처절한 부끄러움을 느끼며 다시는 양심을 속이는 일을 하지 않겠다고 맹세하였다고 한다. 그러나 ‘사상 전향’을 할 수도 없었다. 복역기간을 단축해보기 위해 자신이 간첩이었다고 다시 한 번 거짓으로 인정할 수는 없었기 때문이다. 대신, 강용주는 1998년 UN 자유권위원회에 전향제도에 관한 개인통보를 제출하였고, UN 인권이사회로부터 “대한민국의 사상전향제도는 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제26조(평등권), 제18조 제1항(사상·양심의 자유) 및 제19조 제1항(표현의 자유)을 침해한다”는 결정을 받아냈다(이재승, “강용주의 보안관찰”, 통일뉴스, <http://www.tongilnews.com/news/articleView.html?dxno=120476> (2020. 8. 2. 확인)).
 50) 구체적인 문제점에 관해서는 V.1.항 참조.

일자	사 건
1986. 9. 23.	무기징역형 확정(대법원, 국가보안법위반죄)
1999. 2. 25.	출소(형집행정지)
2002. 2. 14.	최초 보안관찰처분
2003. 12. 17.	1차 보안관찰 기간갱신처분
2005. 11. 11.	2차 보안관찰 기간갱신처분
2007. 9. 6.	3차 보안관찰 기간갱신처분
2009. 9. 21.	4차 보안관찰 기간갱신처분
2011. 12. 23.	5차 보안관찰 기간갱신처분
2013. 12. 19.	6차 보안관찰 기간갱신처분
2015. 8. 3.	7차 보안관찰 기간갱신처분
2017. 3. 23.	검사 공소 제기
2017. 5. 29.	변호인 위헌법률심판제청신청
2018. 2. 22.	법원 무죄판결 선고, 위헌법률제청신청 기각결정
2018. 5. 31.	보안관찰처분 면제결정 신청
2018. 11. 28.	보안관찰처분 면제결정 신청에 대한 부작위법확인소송 제기
2018. 12. 17.	법무부장관 보안관찰 면제결정
2019. 10. 8.	보안관찰법 시행령 일부 개정(준법서약서 조항 삭제)

이하에서는, 이러한 사건의 국면별로 문제된 쟁점과 향후 소송에서 활용할 수 있는 전략 등에 관하여 살펴본다.

III. 제1국면: 헌법소송 - 향후 위헌결정의 가능성과 전략

1. 헌법재판소 결정례 및 향후 헌법소송 제기 전략

가. 선행 헌법재판소 결정의 분석

보안관찰법은 1997년, 2001년, 2003년, 2015년 네 차례에 걸쳐 헌법재판소의 심판대에 올랐고, 네 번 모두 합헌결정이 나왔다.⁵¹⁾ 재판관 중 일부라도 위헌의견을 제시한 경

51) 헌법재판소 1997. 12. 27. 선고 92헌바28 결정; 헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 2000헌바22 결정;

우도 없다.⁵²⁾ 가장 최근인 2015년 결정에서는 “아직까지 남북한의 정치·군사적 대결이나 긴장관계가 완전히 해소되지 않고 있고, 북한이 우리나라에 대한 적대적 태도를 완전히 포기하지 아니한 채 각종 도발을 계속하는 특수한 긴장 상황”이라는 이유를 들어, 선례 변경의 필요성을 명시적으로 부정하기도 했다.⁵³⁾

네 차례의 시도를 통해 보안관찰법의 위헌성에 관한 광범위한 쟁점이 제기되었는데, 각 쟁점과 그에 대한 헌법재판소의 판단을 정리해보면 아래와 같다.

1) 죄형법정주의, 적법절차의 원리, 무죄추정의 원칙 위배 및 법관에 의한 재판 받을 권리 침해: 북한 공산주의자들과 대치하고 있는 현실적 상황 등을 고려한다면 대상자를 선도하고 사회생활에 순조롭게 적응하게 하기 위하여 형사처벌을 가할 필요성이 크다. 이러한 필요성에 비추어 볼 때, 보안관찰법상 절차가 적법절차의 원칙이 요청하는 합리성, 정당성 및 절차적 공평성을 결여했다고 볼 수 없다. 기소될 경우에는 형사재판 절차를 통하여 법관에 의한 재판을 받을 수 있는 등 권리구제의 수단도 존재한다.

2) 이중처벌금지원칙 위반: 보안관찰처분은 그 성질이 헌법 제12조 제1항에 근거한 보안처분으로서 형벌과는 다른 독자적인 의의를 가진 사회보호적인 처분에 해당하므로, 형의 집행종료 후 별도로 부과하더라도 이중처벌금지원칙에 위반되지 않는다.

3) 명확성의 원칙 위반: 보안관찰법은 피보안관찰자의 신고의무의 존재 및 신고할 사항, 처벌의 범위 등을 명확하게 규정하고 있으므로 명확성의 원칙에 위반되지 않는다.

4) 평등원칙 위반: 보안관찰처분대상자는 민주주의 체제의 수호와 사회질서 유지, 국민의 생존 및 자유에 직접적이고 중대한 영향을 미치는 보안관찰해당범죄를 저질렀다는 점에서 보호처분대상자와 차이가 존재하여 같은 범주에서 비교하는 것이 적절하지 않다. 보호관찰법은 신고의무 위반에 대하여 형사처벌 못지않은 불이익(유예된 형의 선고·집행, 가석방·임시퇴원 취소 등)을 부과할 수 있으므로, 형평에 맞지 않을 정도의 불합리한 차별이 있다고 볼 수도 없다.

5) 양심의 자유 침해: 보안관찰처분은 보안관찰처분대상자의 내심의 작용을 문제 삼

헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2001헌가17 결정; 헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2014헌바475 결정.

52) 2015년 결정에는 재판관 2인의 반대의견이 있었으나, 재판의 전제성에 관한 각하의견이었다 (헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2014헌바475 결정).

53) 헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2014헌바475 결정.

는 것이 아니라, 재범의 위험성이 내심의 영역을 벗어나 외부에 표출되는 경우에 재범 방지를 위하여 내려지는 특별예방적 목적의 처분이므로 양심의 자유를 침해하지 않는다.

6) 사생활의 비밀과 자유 침해: 보안관찰처분의 실효성을 확보하고 국가와 사회의 안녕을 유지하기 위하여 신고의무 부과가 필요하다는 점에 비추어보면, 불필요하고 과중한 신고의무를 부과했다고 보기 어렵다.

나. 향후 헌법소송의 제기 전략

이렇게 선행 헌법소원에서 이미 수많은 쟁점이 제기되었고, 그에 대한 합헌결정이 반복되었다. 이것이 향후 헌법소송을 통해 보안관찰법의 위헌성을 다투는 데 장벽이 될 수 있다는 점을 부정하기는 어렵다. 다만, 선행 결정례가 야기하는 ‘착시 현상’에 압도되지 않고 그 장벽을 뛰어넘을 방법을 모색할 필요가 있다.

아래 <표 3>은 지난 네 차례의 결정에서 헌법재판소의 본안판단 대상이 된 조항을 비교한 것이다. 이를 살펴보면, 아직까지 위헌심사 대상이 된 바 없어 헌법재판소에 최초의 판단을 구할 수 있는 조항이나, 선행 결정에 상대적으로 구애받지 않고 새로이 제기해볼 수 있는 쟁점들을 발견할 수 있다.

<표 3> 헌법재판소가 본안판단을 내린 보안관찰법 조항

신고일/ 사건번호	처분대상자	처분·갱신	처분대상자 ·최초신고	정기신고	수시신고
1997. 12. 27. 92헌바28	제2조, 제3조	제4조, 제5조, 제12조 제1항	제18조 제1항	제18조 제2항	-
2001. 7. 19. 2000헌바22	-	-	제6조 제1항	-	-
2003. 6. 26. 2001헌가17	-	-	제6조 제1항	-	-
2015. 11. 26. 2014헌바475	제2조, 제3조	제4조, 제14조, 제12조 제1항	제18조 제1항	-	-
향후 제기 가능	-	제5조	제6조 제2항	제18조 제2항	제18조 제4항

1) 우선, ‘수시 신고의무’를 부과하는 보안관찰법 제18조 제4항에 대한 위헌심사는 여태껏 한 번도 이루어지지 않았다. 위 조항의 가장 큰 특징은 신고대상이 되는 인적 범위

면에서 다른 신고의무조항과 구별된다는 것이다. 즉, 피보안관찰자의 가족이나 다른 보안관찰대상자와 무관한 ‘일반 제3자’의 인적사항까지 신고하도록 정하고 있다. 강용주 사건에서도 지인들은 강용주가 여전히 보안관찰 대상자였다는 사실을 알지 못하였는데, 이처럼 동행인들이 피보안관찰자와 함께 여행을 간다는 이유로 자신도 모르는 사이에 아무런 동의도 없이 자신의 여행에 관한 광범위한 정보를 관할경찰서에 넘겨주게 된다는 점에서 해당 조항은 위헌 소지가 크다. 그 밖에도, 신고의 시기·횟수에 제한 없이 수시로 일정한 사유가 발생할 것으로 예상될 때마다 ‘미리’ 신고할 의무가 발생한다는 점, 신고의 내용 중에 “기타 필요한 사항”이 포함되어 있고 이를 결정하는 주체와 기준이 마련되어 있지 않다는 점 등도 기준에 헌법재판소의 판단 대상이 된 신고의무 조항에 비하여 기본권 제한의 정도가 과도하다고 볼 수 있다.

2) ‘정기 신고의무’를 정한 보안관찰법 제18조 제2항에 대한 심사의 경우 지금으로부터 23년 전에 단 한 차례만 이루어진 것을 확인할 수 있다. 헌법재판소가 ‘개인정보자기결정권’을 헌법상 기본권으로 처음 언급한 것은 그로부터 8년이 지난 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513등 결정에서다. 헌법재판소가 개인정보자기결정권에 대한 보장을 강화해가는 추세에 비추어보면, 현시점에서 이에 대한 판단을 다시 구해볼 실익이 있다.

3) ‘횟수에 제한이 없는 보안관찰 기간갱신’을 허용한 보안관찰법 제5조는 23년 전 헌법재판소의 심사 대상에 올랐지만, 위 조항 중 ‘기간갱신’과 관련된 부분은 별도로 쟁점이 되거나 그에 대한 판단이 이루어지지 않았다. 보안처분의 기간과 갱신 횟수에 제한을 두지 않은 입법례를 찾아보기 어렵고, 강용주 사례를 통해 반영구적인 보안관찰이 위법하게 행하여진 실무례까지 확인되었다는 점에서 헌법재판소의 판단을 구해볼 만하다.

4) 보안관찰처분대상자가 출소 당시 신고한 사항에 관하여 ‘변동사항 신고의무’를 영구적으로 부과하는 보안관찰법 제6조 제2항에 대해서도 위헌 여부 심사가 이루어진 바 없다. 현행 보안관찰법령에 따르면, 법무부장관이 ‘재범의 위험성’이 존재하지 않는다고 판단하여 단 한 번도 보안관찰처분을 내리지 않은 경우라고 할지라도, 특정범죄로 3년간 복역하고 출소한 사람이라면 평생 교우관계, 가족관계, 주소지 등이 변경될 때마다 관할경찰서에 신고할 의무가 발생한다. 신고하지 않을 경우 형사처벌 대상이 되는 것은 물론이다. 그러나 실제로는 관할당국조차 이렇게 버거운 감독의무를 제대로 이행하지 않아, 변동사항을 꼬박꼬박 신고하는 경우도 드물고, 그렇다는 이유로 처벌하는 사례도 발견하기 어려운 것으로 보인다. 강용주의 사례처럼, 어느 날 갑자기 공소가 제기될 수 있는 위험만 상존하는 것이다. 이처럼 불안정한 법적 지위에 따른 위험은 고스란히 보안관찰처분

대상자가 부담하고 있다. 따라서 출소 후 보안관찰처분을 받지 않았거나, 보안관찰기간이 종료되었으나 별도로 면제결정을 받지 못한 당사자 입장에서는 위 법률조항으로 인해 직접 기본권이 제약당하고 있다고 주장하면서 헌법소원을 제기해볼 수 있을 것이다.

2. 보안관찰법의 위헌성: 구체적인 쟁점

강용주 사건에서는 위에서 살펴본 조항 중 ‘변동사항 신고의무’를 제외한 나머지 조항들(「수시·정기 신고의무에 관한 법」 제18조 제2항, 제4항; 「기간갱신에 관한 법」 제5조, 이하 ‘관련 보안관찰법 조항’)의 위헌성을 주장하였다. 그러나 법원은 형사사건에서 무죄판결을 선고함과 동시에 위헌법률심판제청신청을 기각하였고, 위 무죄판결이 확정됨에 따라 재판의 전제성도 소멸하여 헌법재판소의 판단을 받을 기회가 없었다.⁵⁴⁾ 기존 헌법재판소 결정에서 구체적으로 불거지지 않은 쟁점을 위주로, 당시 제기한 보안관찰법의 위헌성에 관하여 살펴본다.

가. 과잉금지원칙 위반: 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유 등 침해

(1) 관련 보안관찰법 조항이 제한하는 기본권

앞서 살펴본 것처럼, 선행 헌법재판소 결정에서는 보안관찰법 제18조 제1항 등으로 인해 사생활의 비밀과 자유가 침해되지 않는다는 판단이 내려진 바 있다.⁵⁵⁾ 그러나 이 판단은 ‘피보안관찰자’의 사생활에 대한 것이다. ① 법 제18조 제4항의 수시 신고의무 조항에 의하면, ‘보안관찰과 전혀 무관한 제3자’까지도 사생활의 비밀과 자유를 제한받는다. 피보안관찰자의 여행에 동행하였다는 이유로, 인식하지도 못한 사이에 아무런 동의 절차 없이 자신의 여행목적, 다른 동행자들, 여행하는 국가, 여행기간 등에 관한 정보를 신고당하기 때문이다. ② 법 제18조 제2항의 정기 신고의무 조항에 의하면, 재범의 위험성이 인정되지 않아 보안관찰처분을 받지 않은 ‘보안관찰처분대상자’의 사생활 또한 제한받는다. 권한 있는 기관이 이미 재범의 위험성이 없다고 판단하였음에도 불구하고, 피보안관찰자와 만날 때마다 만난 일시, 장소, 내용이 고스란히 신고당하는 것을 감수하게 된다.

54) 당해 사건인 형사사건에서 청구인이 무죄의 확정판결을 선고받은 경우 해당 적용법조에 대한 전제성이 인정되지 않는다(헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바28 결정 등).

55) 헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2014헌바475 결정.

개인정보자기결정권의 제한도 헌법재판소가 선행 결정에서 고려하지 않은 점이다. 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리다.⁵⁶⁾ 여기에는 사사(私事)의 영역에 속하는 정보는 물론 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함되며, 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.⁵⁷⁾ 비교적 최근에 제정된 법률들과 달리, 권위주의 시대에 뿌리를 두고 있는 보안관찰법은 피보안관찰자와 만나거나 여행한 제3자에 관한 광범위한 개인정보를 '수집'할 수 있도록 정하면서도, 이렇게 수집한 정보를 '보관'할 수 있는 기간을 제한하고 있지 않다. 사법경찰관리와 검사가 수집된 제3자의 정보를 다른 범죄수사 등에 '이용'하는 절차와 방법, 범위 등에도 아무런 제한을 두고 있지 않다.

(2) 목적의 정당성 위배

헌법재판소 선행 결정에서는 보안관찰법 제1조에 명시된 입법목적이 정당하다는 판단이 반복되었다. 그러나 헌법재판소의 다른 결정례 중에서는 입법목적은 피상적으로 판단하는 데에 그치지 않고, '실제 규제 대상'을 해당 규범의 '구체적인 입법 의도'로 파악하여 실질적인 판단을 내린 경우가 있다. 예를 들어, 자치구·시·군의회의원선거의 후보자가 특정 정당으로부터 지지 또는 추천받음을 표방하지 못하도록 한 선거법 조항에 대하여 헌법재판소는 "입법목적과 관련하여 볼 때, 지방분권 및 지방의 자율성이 보장되도록 하겠다는 것 자체에 대하여는 정당성을 부인할 여지가 없으나, 그를 위해 기초의회의 원선거에서 정당의 영향을 배제하고 인물 본위의 투표가 이루어지도록 하겠다는 구체적 입법의도에 대하여는 그 정당성이 의심스럽다"고 판단하였다.⁵⁸⁾

그런데, 보안관찰법의 실제 규제 양상을 살펴보면, 그 구체적인 입법의도가 다른 사상과 이념 자체를 관리·통제함에 있다는 점이 드러난다. '전향하지 않은 사상', '보안관찰법에 대한 불만', '다른 체제에 대한 선호' 자체를 규제의 대상으로 삼는 양상이 확인되는 것이다. 일본 법무국이 1937. 6. 작성한 '조선사상범보호관찰령대의'는 "전향하지 않거나 준전향자의 경우 반드시 보호관찰을 붙여야 하고, 전향자라 하더라도 만약 생활이 안정

56) 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2015헌마924 결정.

57) 헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2003헌마282 결정.

58) 헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2001헌가4 결정.

되거나 확립되지 못한 경우에는 역전향할 우려가 있기 때문에 이들에 대해서 보호관찰을 면제할 것인지는 신중한 판단이 요구되었다”고 기록하는데,⁵⁹⁾ 이와 동일한 판단 기준이 현행 보안관찰처분 및 기간갱신결정의 사유로 그대로 반복되고 있다.

〈표 4〉 보안관찰처분시 제시된 처분 사유⁶⁰⁾

원사건 적용법조 / 연령	보안관찰(기간갱신)처분 사유
국가보안법 4조 / 40초반	“공산주의자로 전향을 하지 않았고…….”
국가보안법 6조 / 20후반	“재소 중에도 전향을 거부하고…….”
국가보안법 4조 / 60중반	“사상전향을 거부할 뿐 아니라…….”
국가보안법 4조 / 60중반	“양심선언을 통해 고문과 구타에 의한 강제전향으로 자신은 비전향자라고 주장하고…….”
국가보안법 4조 / 50초반	“교도소 복역시 전향을 거부하다가 형기종료일이 임박하여 전향을 하였고…….”
국가보안법 4,5,6조 / 30후반	“재소 중 전향을 하기는 하였으나 자신이 처벌받은 점과 또다시 보안관찰법으로 제재를 받는 데 대하여 불만을 품고 있다”
국가보안법 4조 / 60중반	“북한의 사회주의 체제를 선호하고 있는 점”, “정부의 생활보조금 등으로 어렵게 생활하고 있으며…….”
국가보안법 4조 / 70초반	“범죄사실 대부분을 고문에 의해 허위자백한 것이라며 반성하지 않고 있고”

출처 : 국가인권위원회, “보안관찰대상자 인권침해 실태”, 2002년도 인권상황 실태 조사 보고서 (2003), 54-61.

특히 복역 중 사상전향 여부가 보안관찰을 결정하는 중요한 요소로 작용하는 것을 확인할 수 있다. 보안관찰처분을 면제받기 위해서도 사상전향서의 후신인 준법서약서를 작

59) 法務局, “朝鮮思想犯保護觀察令大意”, 警務彙報 376 (1937), 26, 지승준, “1930년대 일제의 ‘사상범’ 대책과 사회주의자들의 전향논리”, 중앙사론 제10권 (1998), 276에서 재인용.

60) 국가인권위원회, “보안관찰대상자 인권침해 실태”, 2002년도 인권상황 실태 조사 보고서 (2003), 54-61.

성하도록 했는데,⁶¹⁾ 이러한 점은 보안관찰법의 목적이 사상전향제도와 크게 다르지 않다는 점을 뒷받침한다.

보안관찰법에 대한 국제사회와 인권기구의 해석도 마찬가지다. 일례로 아시아인권위원회(AHRC)는 2014년 “대한민국: 다른 사상과 이념을 이유로 한 무제한적 처벌”이라는 제목의 성명에서, “보안관찰법이 국가안보 자체가 아닌, ‘다른 사상과 이념을 가진 자’의 자유를 박탈할 목적에서 입법되었다는 점”에 대하여 우려를 표하였다.⁶²⁾ 국제연합에서도 여러 차례 보안관찰법에 대한 우려가 제기되었다. 2012년 국가별인권상황정기검토(Universal Periodic Review; UPR)에서는 대한민국에 대하여 “정치범의 양심의 자유를 억압하는 보안관찰법을 폐지할 것”이 권고되었으며,⁶³⁾ 유엔자유권규약위원회(UNHRC)는 2013년 위 권고안을 정식으로 채택하였다.⁶⁴⁾

결국 ‘다른 생각을 가진 사람을 범죄화하여, 사상과 표현의 자유를 통제한다’는 것이 국제사회가 바라본 보안관찰법의 실질적인 입법목적이며, 실제로 그러한 목적에 따라 규제가 이루어지고 있다. “재범”을 예방하는 것도 아니고, 재범의 “위험성”을 예방하겠다는 서 사상·양심의 자유와 관련된 특정범죄 전력자들의 위험성만을 문제 삼을 때, 그 위험성을 예방하는 방식은 결국 특정한 사상·양심 자체를 통제하고 위축시키는 것이 될 수밖에 없다. 이러한 입법목적은 헌법재판소가 최고 가치질서로 선언한 자유민주주의적 기본질서 하에서 허용될 수 없다고 보아야 한다. 자유민주주의적 기본질서의 한 축을 구성하는 ‘민주주의’는 “여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 여과 없이 사회 구성구석에 전달”⁶⁵⁾됨으로써 비로소 꽃필 수 있기 때문이다.

61) 보안관찰법 시행령 (2019. 10. 8. 대통령령 제30110호로 개정되기 전의 것) 제14조 제1항 제1호.

62) Asian Human Rights Commission, South Korea: Unlimited punishment for holding different thoughts and ideas, AHRC-STM-051-2014 (2014) (“It is widely reported that Acts relating to national security created in various names throughout in Asia have been used, not to protect national security per se, but to oppress persons holding different ideas, or opinions, or critical of policies of the government. [...] The AHRC is deeply concerned that the Security Surveillance Act has been enacted for the purpose of depriving of freedom of opinion and expression and has been used to criminalise a person on ground of a different thought.”)

63) “Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Republic of Korea”, UNHRC, A/HRC/22/10, 2012, para 124,58.

64) “Outcome of the Universal Periodic Review: Republic of Korea”, UNHRC, A/HRC/DEC/22/108, 2013.

65) 헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 결정.

(3) 방법의 적절성 위배

우선, 관련 보안관찰법 조항은 특정범죄를 범한 자의 “건전한 사회복귀를 촉진”한다는 목적을 달성하기 위해 효과적인 방법이라고 볼 수 없다. 강용주 사건의 경우, 최근 5년간 강용주가 원장으로 있는 병원에 경찰이 느닷없이 방문한 일은 검사가 제출한 증거기록에 드러난 것만 해도 세 차례였다. 모두 병원 운영 시간이었고, 환자들이 홀에서 대기하던 중이었다. 이처럼 경찰의 지속적인 감시가 출소 후의 사회적 관계 형성과 안정적인 경제 활동을 저해하고 피보안관찰자를 끊임없이 고립시키는 실정은 국가인권위원회의 연구를 통해서도 생생히 확인된 바 있다.⁶⁶⁾

“외국에서 손님들이 찾아온다기에, 친하게 지내던 옆집 사람에게 길 안내를 도와달라는 부탁을 한 적이 있다. 그런데 손님이 오기로 한 바로 전날, 그 이웃이 ‘내일 함께 못 다니겠다. 경찰이 여러 번 전화해서 당신과 만나고 다니느냐며, 어제도 함께 잠에 갔다 오지 않았느냐고 물었다. 아마도 당신을 감시하나 보다. 그래서 나보고 당신을 만나면 좋지 않을 것이라고 은유적으로 협박했다.’며 거절한 적이 있다.”

“직장을 가지면 항상 직장으로 찾아와서 내 상사에게 나에 대한 이야기를 해서 감시하게 했다. 특히 92년 4월, 내가 살던 지역에서 벗어난 곳에서 공사일을 할 때 그곳 경찰서 형사가 일하는 곳으로 찾아와서 ‘당신 담당경찰이 당신의 소재를 확인하러 와서 파출소장을 만나고 간 적이 있다’고 했다. 또 공사장 관리소장에게 그 형사가 ‘당신이 000에 대해서 보증을 서라’면서 종용한 적도 있다.”

또한, ‘재범의 위험성’은 타율적으로 신고의무를 부과한다고 해서 방지될 수 있는 것이 아니며, 처벌의 실효성도 없다. 2013년 현재 보안관찰법의 적용을 받는 피보안관찰자의 숫자는 43명에 불과하며, 이 중에는 보안관찰제도에 불복종을 선언한 사람들이 많은 수를 차지할 것으로 추정된다. 문제는 이러한 ‘신념’은 형벌을 통한 강제가 효과를 발휘하기 어려운 영역에 속해있다는 점이다. 강용주도 이를 증명하는 예 중 하나이며, 강용주보다 한 해 전 보안관찰법위반으로 벌금형을 선고받은 한상렬 목사는 벌금 납부조차 신념에 반한다면서 전주교도소에서 노역을 하는 길을 택했다.⁶⁷⁾ 양심의 영역에 대하여 형

66) 국가인권위원회, “보안관찰대상자 인권침해 실태”, 74-78.

67) 김동철, ““보안관찰법 위반” 한상렬 목사, 벌금형 대신 노역 선택”, 연합뉴스,

<https://www.yna.co.kr/view/AKR20161226085000055?input=1195m> (2020. 8. 2. 확인).

벌을 동원한 타율적 강제를 가하는 것은 합리적이고 효율적인 수단이 되지 못한다는 점을 잘 보여준다.

한편, 실제로 신고의무를 이행하는 피보안관찰자들에 대해서도 보안관찰법이 재범의 위험성을 예방하기 위한 실효적인 수단으로 운영되고 있지 않다. 법 자체가 예방 효과를 가져오기 어려운 형식적이고 피상적인 방법으로 운영되고 있는 것이 확인된다.⁶⁸⁾

“작성 시에 정확하게 기재하지 않아도 확인하지는 않고, 안 적겠다고 하면 ‘그래도 형식이니까 한두 가지 사항은 적어라’고 한다.”

“담당 경찰이 3개월마다 한 번씩 전화해서 일상에 대한 안부를 묻고 신고서는 자기들이 알아서 작성한다. 처음에는 양식서를 많이 주며 3개월마다 작성하라고 했는데 귀찮기도 하고 의미 없다는 생각에 알아서 하라고 했다.”

결국 어느 모로나 보안관찰법이 행위규제규범으로 기능하고 있다거나, 유효적절한 예방 효과를 거두는 수단이라고 보기 어렵다.

(4) 피해의 최소성 및 법익의 균형성 위배

보안관찰법은 “여러 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 기본권을 최소로 침해하는 수단”⁶⁹⁾을 선택한 법이라고 보기 어렵다.

우선, ‘신고의무자의 범위’ 측면에서 보안관찰처분의 요건이 지나치게 광범위하고 자의적이라는 문제가 있다. ‘재범의 위험성’만 있으면 피보안관찰자가 된다. 그런데 그 위험성을 판단하기 위해 고려할 요소가 법률 어디에도 언급되어 있지 않다. 강용주와 같이 장기간 보안관찰을 받아온 사람의 경우에는 어느 시점의 사실관계를 고려하여 재범의 위험성을 판단해야 하는지도 정해져 있지 않다. 재범의 위험성은 어느 수준이어야 하며, 그에 대한 증명의 정도는 어떠해야 하는지, 어떤 자료를 통해 증명할 수 있는지도 정해져 있지 않다. 게다가 이를 판단하는 것은 전적으로 행정부 관할이어서 사법부의 심사가 배제되어 있다. ‘심증’에 의해, 웬지 ‘석연치 않다’는 위험성을 추단하여 보안관찰처분을 하는 것도 가능하다.

실제로 그러한 방식으로 처분이 이루어졌다는 이유로 법원이 보안관찰처분에 대한 취

68) 국가인권위원회, “보안관찰대상자 인권침해 실태”, 86-88.

69) 헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌가5 결정.

소관결을 여러 차례 내리면서, 판례에 의해 어느 정도의 판단기준은 마련되었다. 그러나 문제는 그 판단기준이 법무부장관이나 보안관찰처분심의위원회에 의해 전혀 준수되고 있지 않다는 것이다. 예를 들어, 강용주의 경우 ‘신고를 거부하였다’는 점이 반복적인 처분 사유로 제시되었는데, 이는 이미 2002년부터 대법원에 의해 보안관찰기간을 연장할 사유가 될 수 없다고 확인된 기준이었다.⁷⁰⁾

결국 사법심사나 일체의 구체적 기준 없이 보안관찰처분을 자의적으로 내리고 기간을 갱신할 수 있도록 허용함으로 인해, ‘기본권을 필요최소한으로 제한’하는 것과 거리가 먼 결과가 초래되고 있다. 각종 집회에 참석하였다는 점이나 자신이 고문을 받아 허위자백했다는 자서전을 출판했다는 이유가 처분 사유로 활용되면서 표현의 자유, 집회·시위의 자유에 대한 과도한 위축효과가 발생한다.⁷¹⁾ 혼인을 하지 않았거나, 처가 이혼을 요구하고 있다거나, 보안관찰처분대상자들끼리 혼인하였다는 등의 내밀한 사생활 형성에 관한 문제도 처분 사유로 광범위하게 활용된다.⁷²⁾ 보안관찰해당범죄에 대해 무죄를 주장하면서 재심을 청구했다거나, 보안관찰처분 취소소송을 제기했다는 점을 기간갱신사유로 제시하여 재판청구권을 위축시키기도 한다.⁷³⁾ 현재 거주지가 북한과 가깝다거나 민가와 떨어져 있다는 점을 문제삼아 처분을 한 경우, 기간갱신결정을 면하기 위해서는 거주지를 이전해야 하는 압력을 받기도 한다.⁷⁴⁾ 이처럼 자의적인 처분사유에 따라 기본권에 대한 광범위한 제약이 가해지고 있는 결과는 ‘행정부’가 ‘재범의 위험성’만을 기준으로 보안관찰처분을 하고 갱신토록 하는 것이 국민의 기본권을 최소로 침해하는 수단과는 거리가 멀다는 사실을 직접적으로 방증한다.

다음으로, ‘신고의무의 기간’ 측면에서 무제한적인 갱신이 허용된다는 문제가 있다. 단 한 번의 위법행위를 범한 사람도 평생에 걸쳐 자의적인 심사대 위에 올라야 하며, 생애 내내 신고의무를 부담할 수 있는 것이다. 인권침해 소지가 있다는 이유로 폐지된 구 사회보호법조차도 보호관찰 기간을 1차에 한하여 3년간 연장할 수 있도록 하였고, 아동성범죄자 등을 대상으로 하는 보호관찰법에는 아예 보호관찰 기간을 갱신할 수 있도록 하는 규정이 없다. 최소한 기간갱신결정의 횟수를 제한하거나, 형 집행이 종료된 날로부

70) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002두3911 판결.

71) 국가인권위원회, “보안관찰대상자 인권침해 실태”, 56-59.

72) 국가인권위원회, “보안관찰대상자 인권침해 실태”, 60-64.

73) 국가인권위원회, “보안관찰대상자 인권침해 실태”, 65-66.

74) 국가인권위원회, “보안관찰대상자 인권침해 실태”, 66-67.

터 일정한 기간 내로만 보호관찰처분을 갱신할 수 있도록 정하는 등 덜 침해적인 방법이 존재한다는 점을 부정할 수 없다.

‘신고의무의 내용’ 측면에서도 신고사항의 내밀성, 광범위성 및 확장가능성이 문제된다. 정기 신고의무를 이행하기 위해서는 피보안관찰자가 매일 자신의 일상을 기억·검열하고, 자신의 활동을 스스로 제약할 수밖에 없다. 상대방이 보안관찰해당범죄로 형기 3년 이상을 선고받았던 사람이라면, 그와 문자메시지, 카카오톡 메시지, 페이스북 대화를 나누거나 전화 통화를 할 때마다 왜, 어디에서, 어떤 내용으로 통신을 하였는지 일일이 기록하여 신고해야 한다. 이러한 사항을 모두 신고하는 데 성공하더라도 끝이 아니다. “관할경찰서장이 신고하라고 지시한 사항”을 언제든지, 얼마든지 신고해야 하기 때문이다. 미국 연방대법원은 1973년 이래 “프라이버시권은 ‘근본적 권리’이므로, 프라이버시권이 관련되어 있는 경우 이를 제한하는 규정은 강한 위헌의 추정을 받으며, 오직 간절한 정부의 이익을 위해 필요하다는 것을 정부 측이 입증해내는 경우에만 합헌일 수 있다”고 판시해오고 있다.⁷⁵⁾ 이러한 기준과 대조적으로, 보안관찰법이 신고하도록 한 수많은 사항들을 낱낱이 공개시키는 것은 “간절한 정부의 이익”과는 거리가 멀다.

‘신고사항의 인적 범위’ 측면에서도, 보안관찰처분과 전혀 무관한 제3자의 사생활이 국가에 광범위하게 공개된다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 함께 여행하거나, 연락하거나, 만나고 있는 사람이 피보안관찰자라는 이유만으로, 다양한 사람들로 하여금 이처럼 포괄적인 제약을 감수하게끔 하는 것은 합리화되기 어렵다.

‘신고대상정보의 관리’ 역시 중요한 문제다. 신고의무를 통해 수집한 피보안관찰자 및 제3자에 대한 광범위한 개인정보를 관리하는 방법에 대한 규정은 보안관찰법 어디에도 마련되어 있지 않다. 보안관찰법과 유사하게 재범방지와 사회복귀를 촉진하기 위해 특정 범죄 전력자에 관한 정보를 수집하도록 하는 「전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 ‘전자장치부착법’)」과 대비해보면, 그 차이는 명확하다. ① 먼저, 전자장치부착법의 경우에는 ‘정보를 열람·조회 또는 공개할 수 있는 사유’가 한정되어 있다. 보호관찰대상인 피부착자의 전자장치로부터 발신되는 전자파를 수신하여 얻은 자료는 ‘피부착자의 특정범죄 혐의에 대한 수사 또는 재판자료’로 사용하는 등의 경우 외에는 열람·조회 또는 공개할 수 없도록 금지되어 있다.⁷⁶⁾ ② ‘정보를 열람·조회할 수 있는 주체’도 제한되어 있다. 검

75) Roe v. Wade 410 U.S. 113, 155 (1973).

76) 전자장치 부착 등에 관한 법률 (법률 제16923호, 일부개정 2020. 2. 4., 시행 2020. 8. 5.) 제16조 제2항.

사 또는 사법경찰관은 긴급한 경우 외에는 관할 지방법원 등의 허가를 받아야 수신자료에 접근할 수 있으며, 긴급한 사유로 허가를 받지 못한 경우에는 사후에 지체없이 자료를 폐기한 뒤 그 사실을 보호관찰소의 장에게 통지해야 한다.⁷⁷⁾ ③ ‘수신자료의 보존기간’도 한정되어 있다. 전자장치 부착을 종료한 날로부터 5년이 경과한 때에는 보호관찰소의 장이 반드시 수신자료를 폐기해야 한다.⁷⁸⁾ 반면, 피보안관찰자는 앞서 살펴본 것과 같은 자신에 대한 광범위한 정보를 누구든지, 어떤 사유로든, 영속적으로 열람·조회·보존할 수 있도록 감내해야 한다. 피보안관찰자에 대한 개인정보가 유출되거나 오남용될 경우를 방지하기 위한 조치는 전혀 마련되어 있지 않다.

피보안관찰자와 여행하거나 통신·회합한 제3자가 자신에 관한 정보의 결정권으로부터 소외되는 수준은 더욱 심각하다. 헌법재판소는 가족관계증명서 등을 본인의 동의 없이 형제자매가 발급받을 수 있도록 하는 것은 과잉금지원칙을 위반하여 본인의 개인정보 자기결정권을 침해한다는 결정을 내리면서, “개인정보를 정보주체의 동의 없이 제공할 수 있도록 하는 법률은 독립적 인격체인 개인에 대한 보호를 우선적으로 고려하여 엄격한 기준과 방법에 따라 심세하게 재단되어야 하며, 해당 정보에 관한 제공이 필요한 경우라 하더라도 그 허용은 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.”는 점을 분명히 한 바 있다.⁷⁹⁾ 그런데 보안관찰법은 형제자매도 아닌 제3자(피보안관찰자)로 하여금 열람·조회·공개 주체와 사유, 보존기간에 아무런 제한이 없이 사법경찰관에게 정보를 넘겨주도록 하는 것이다.

이렇듯 보안관찰법에는 신고대상정보를 관리하기 위해 “독립적 인격체인 개인에 대한 보호를 우선적으로 고려하여 엄격한 기준과 방법에 따라 심세하게 재단”한 흔적 대신, 법이 뿌리를 둔 「사회안전법」과 「조선사상범보호관찰령」의 제정 당시와 동일한 수준으로 개인정보자기결정권에 관한 무지와 불감증이 드러나 있다.

나. 진술거부권 침해

그동안 제기되지 않은 위헌사유로, 진술거부권 침해를 주장해볼 수 있다. “형사상 자

77) 전자장치 부착 등에 관한 법률 (법률 제16923호, 일부개정 2020. 2. 4., 시행 2020. 8. 5.) 제16조 제4항, 제5항.

78) 전자장치 부착 등에 관한 법률 (법률 제16923호, 일부개정 2020. 2. 4., 시행 2020. 8. 5.) 제16조 제6항.

79) 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2015헌마924 결정.

기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리”는 헌법상 기본권으로 보장된다.⁸⁰⁾ 헌법재판소는 그 목적을 “형사피의자나 피고인의 인권을 형사소송의 목적인 실체적 진실발견이나 구체적 사회정의의 실현이라는 국가적 이익보다 우선적으로 보호”하기 위한 것이라고 밝히고 있다.⁸¹⁾ 이러한 권리는 형사절차뿐 아니라 보안관찰법상 신고절차와 같은 행정절차에서도 보장되며, 장차 피의자나 피고인이 될 사람이라면 현재 수사 대상이 아니더라도 무방하다.⁸²⁾ 진술거부권에 따른 보호대상은 ‘형사상 자신에게 불이익이 될 수 있는 진술’인데, 이는 자기의 형사책임에 관한 범죄구성요건을 구성하는 사실과 양형에서의 불리한 사실 등을 의미한다.⁸³⁾ 이러한 진술을 ‘강요’당하지 않는다고 함은, 고문·폭행뿐 아니라 법률로써도 강요당하지 아니함을 말한다. 따라서 법률이 범법자에게 범죄 성립의 기초가 되는 사실을 반드시 신고하도록 명시하고, 그 미신고를 이유로 처벌하는 벌칙을 규정하는 것은 헌법상 보장된 진술거부권을 침해하는 것이 된다.⁸⁴⁾

이러한 견지에서, 헌법재판소는 교통사고를 일으킨 운전자가 사고를 경찰에 신고하지 않은 경우 처벌하도록 규정한 도로교통법 조항은 진술거부권을 침해할 수 있다고 인정하여 한정합헌결정을 내린 바 있다. “피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에만 적용되는 것이고 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한” 합헌이라는 결정이다. 바꿔 말하면, 교통사고가 형사책임과 관련된 경우까지도 운전자가 사고를 경찰에 신고하도록 강제하는 것은 위헌이다. 교통사고처리특례법이 처벌하는 업무상과실치사상 또는 업무상과실재물손괴 등의 구성요건은 사고의 일시·장소, 그 사고의 결과로 인한 사상자의 수 및 부상정도, 손괴한 물건 및 손괴정도 등 객관적인 사실만으로도 충족되며, 이러한 사실이 중요한 양형자료가 되므로, 교통사고 사실을 신고하지 아니할 경우 형사처벌을 가하는 법률조항은 “형사상 불이익한 진술을 법률로써 강요”하는 것이 된다는 판단이다.⁸⁵⁾

그런데 보안관찰법상 신고사항은 ‘재범의 위험성’과 관련된 사항, 즉 보안관찰해당범죄의 구성요건을 이루는 사실들이다. 이는 불리한 양형자료가 되고, 범죄 발각의 단서를 제공하는 사항이다. 예를 들어 국가보안법 제8조 제1항은 “국가의 존립·안전이나 자유민

80) 대한민국헌법 (헌법 제10호, 전부개정 1987. 10. 29., 시행 1988. 2. 25.) 제12조 제2항.

81) 헌법재판소 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 결정.

82) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정.

83) 헌법재판소 2014. 9. 25. 선고 2013헌마11 결정.

84) 위와 같음.

85) 위와 같음.

주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합·통신 기타의 방법으로 연락을 한 자”를 10년 이하의 징역에 처하는데, 피보안관찰자가 정기 신고의무에 따라 ① 지난 3개월간 회합한 보안관찰처분대상자의 인적사항, ② 회합의 내용을 진술함으로써 객관적 구성요건 사실이 모두 제공된다.

이러한 진술은 ‘법률에 의해 강요’된다. 보안관찰법은 ① 신고하지 아니하는 행위, ② 허위로 신고하는 행위를 모두 처벌한다. ‘빠짐없이, 진실되게 신고한 경우’에만 형사처벌을 면할 수 있다.

이러한 보안관찰법을 합헌적으로 제한 해석하기는 어렵다. “피보안관찰자가 보안관찰 해당범죄로 인한 형사책임과 관련되는 사항에 대해서는 신고의무가 없다”고 해석하는 것은, 그 자체로 입법목적을 부정하는 결과가 되기 때문이다. 재범의 위험성을 추단할 수 있는 사항들을 신고사항에서 제외할 경우 재범의 위험성을 방지하는 것은 불가능하다. 결국 보안관찰법이 보안관찰해당범죄의 범죄구성요건 및 불리한 양형의 요소가 되는 사실들을 반드시 진실하게 신고하도록 하고, 신고 불이행에 대한 형사처벌을 규정함으로써 진술거부권을 침해한다는 해석이 가능하다.

IV. 제2국면: 형사소송 - 보안관찰법위반죄 성립요건과 소송전략

1. 형사사건의 쟁점과 법원의 판단 요지

강용주 사건은 법원이 보안관찰법위반에 대하여 최초로 무죄를 선고한 판결이라는 점에서 의미가 크다. 이 판결로써 ‘보안관찰법 불복종 운동’을 전개하는 사상범 등에 기계적으로 형사처벌을 내리던 관행에 제동을 걸 수 있게 되었다.

사건의 핵심적인 쟁점은 ① 형사법원이 범죄성립의 전제가 되는 선행처분인 보안관찰 처분 자체의 위법성을 심사하여 그에 따라 보안관찰처분에 따르지 않은 행위가 죄가 되지 아니한다고 판단할 수 있는지, ② 강용주에게 보안관찰 사유가 존재하지 않는데도 불구하고 위법한 처분이 반복되어 온 것인지 여부였다. 이와 관련해 법원은 아래와 같이 판단함으로써 변호인의 주장을 받아들였다.⁸⁶⁾

① 형사법원은 신고의무 불이행으로 인한 보안관찰법위반죄의 성립 여부를 판단함에 있어 그 선결문제로 처분의 위법 여부를 심리·판단할 수 있다. 행정형벌에 있어 행정처분이 적극적 구성요건으로 규정되어 있는 경우에는 당연히 처분의 적법성 또한 구성요건에 포함되어 있다고 보아야 한다. 피고인에 대한 보안관찰처분 자체가 위법함에도 그 처분에 따라 부과되는 신고의무를 이행하지 않았다고 하여 형벌을 부과한다면, 이는 법치주의의 원칙 및 기본권보장규정에 반한다.

② 피고인에게 부과된 보안관찰처분은 위법하다. 처분사유인 “재범의 위험성”이 인정되지 않기 때문이다. 피고인이 보안관찰법의 폐지를 주장하면서 불복종을 주장하고 있는 것은 헌법상 보장되는 기본적인 정치적 표현의 자유 또는 양심의 자유를 벗어나는 행위로 보기 어렵다. 또한, 피고인이 활동한 ‘진실의 힘’은 과거 국가로부터 고문을 받은 인권 침해 피해자들의 치유와 지원 등을 위해 설립된 단체로서, 설립자들 전원이 재심청구를 통해 무죄판결을 선고받아 그 판결이 확정된 상태이므로, 피고인이 위 단체에서 활동한 것을 보안관찰사유로 볼 수 없다.

결과적으로 법원은 강용주에 대한 보안관찰처분 자체가 위법하다고 판단한 다음, 위법한 보안관찰처분을 따르지 않은 것은 죄가 되지 않는다는 이유로 무죄를 선고하였다.

2. 무죄판결의 법리: 범죄성립의 전제가 되는 행정처분과 형사책임

가. 쟁점: 행정처분의 공정력과 형사재판의 선결문제

강용주 사건에서 검사는 공소시효가 도과하지 않은 2012년부터의 신고의무 위반행위에 대하여 공소를 제기하였다. 공소사실과 관련된 처분은 3개로, 2011. 12. 23.자 5차 보안관찰 기간갱신처분, 2013. 12. 19.자 6차 보안관찰 기간갱신처분 및 2015. 8. 3.자 7차 보안관찰 기간갱신처분(이하 ‘이 사건 각 기간갱신처분’)이다. 공소제기 당시에는 3개 처분 모두 처분이 있는 날로부터 1년, 처분이 있음을 안 날로부터 90일의 취소소송 제소기간이 도과되어 불가쟁력이 발생한 상태였다.⁸⁷⁾

외관을 갖춘 행정처분이 성립하였으나 하자(위법 사유)가 있는 경우, 통상 하자의 중대명백 여부에 따라 ① 당연무효인 행정처분과 ② 취소할 수 있는 행정처분으로 구별된

86) 서울중앙지방법원 2018. 2. 21. 선고 2017고단1698 판결(확정).

87) 행정소송법 (법률 제4770호, 일부개정 1994. 7. 27., 시행 1998. 3. 1.) 제20조 제1항, 제2항.

다. ① 당연무효인 행정처분은 취소되지 않아도 누구나 그 효력을 부인할 수 있다. 따라서 행정처분의 하자가 중대명백하여 당연무효인 경우에는 형사법원도 독자적으로 그 무효를 판단할 수 있다는 점에 별다른 이견이 없다. ② 문제는 하자가 중대명백한 정도에 이르지 않은 행정처분이다. 이러한 행정처분은 비록 위법하기는 하지만 행정청의 직권취소나 취소판결이 있을 때까지 일단 유효하게 존속하는데(‘행정처분의 공정력’⁸⁸⁾), 특히 제소기간이 도과한 후에는 취소판결에 의해 효력을 부정할 수 있는 가능성마저 차단된다. ‘효력’은 있지만, ‘적법성’은 없는 처분으로서 존재하는 것이다.

이 때문에 대두한 것이 ‘형사법원의 위법성 심사권’ 논의이다. 행정처분이 ‘효력’ 측면에서 무효라고는 볼 수는 없지만, ‘적법성’ 측면에서 하자가 존재하여 위법하다는 평가가 가능한 경우, 형사법원이 그 ‘위법성’을 독자적으로 판단할 수 있느냐는 것이다. 피고인 측이 ‘강용주에 대한 이 사건 각 기간갱신처분은 위법하다’고 주장할 경우, 형사법원은 그 처분의 적법 여부를 판단할 권한이 있을까. 만일 위법하다는 결론에 도달한다면, 그로 인해 범죄 성립 여부는 어떠한 영향을 받는가. 바로 이 문제가 강용주 사건에서 제기된 쟁점이다. 이렇게 형사사건의 본안판단을 할 때 행정처분의 위법 또는 효력 유무가 먼저 해결되어야 할 쟁점이 되는 경우를 ‘선결문제’라고 한다.

행정소송법은 제11조에서 처분의 효력 유무가 민사소송의 선결문제로 된 경우에 관해서만 규정할 뿐, 형사재판의 선결문제에 대해서는 아무런 규정도 두고 있지 않다. 이에 대한 명확한 판례도 없어 학계에서 여러 관점이 제시되었다.⁸⁹⁾ ① 공정력의 본질을 ‘행정처분의 적법성을 추정하는 효력’으로 이해하는 입장에서는, 형사법원의 행정처분에 대한 위법성 심사권을 부정한다. 취소소송의 배타적 관할 원칙상 행정처분의 위법성 판단은 항고소송절차에 의하여야 할뿐더러, 형사법원이 불가쟁력이 발생한 행정처분에 관해 위법하다고 판단한 행정처분이 불가쟁력 도과로 유효하게 존속하는 모순은 법적 안정성과 법질서의 통일성을 해한다는 것이다.⁹⁰⁾ ② 반면, 공정력은 행정처분의 ‘사실상의 통용력’

88) 행정의 실효성 보장과 법적 안정성을 위하여 행정처분에는 ‘공정력’이 인정된다. 행정처분은 아무리 위법하다고 하여도 그 하자가 중대명백하여 당연무효라고 보아야 할 사유가 있는 경우를 제외하고는 유효한 것으로 통용되며, 취소소송을 통해 그 처분 자체가 취소되지 않는 한 해당 처분의 효과를 누구도 부정하지 못한다는 것이다(대법원 2007. 3. 16. 선고 2006다83802 판결 참조).

89) 윤민, “범죄성립의 전제가 되는 행정처분과 형사책임”, 사법논집 제62집 (2017), 542.

90) 이상규, “행정행위의 공정력이 형사사건에 미치는 영향”, 법률신문 1476호 (1983), 윤민, “범죄성립의 전제가 되는 행정처분과 형사책임”, 543-544에서 재인용.

내지 '잠재적 구속력'에 불과하다고 보는 입장에서는, 형사법원이 행정처분의 효력을 부인하지 않는 범위 내에서 선결문제로 위법성을 심사하는 것은 가능하다고 본다.⁹¹⁾

후자의 입장은 다시 어느 경우에 형사법원이 행정처분의 '적법성'을 판단할 수 있는지에 대한 관점에 따라 나뉜다. ① '행정처분의 성질'을 기준으로 하는 입장에서는, 수익적 행정처분의 경우에는 형사법원이 행정처분의 적법성을 판단할 수 없고, 침익적 행정처분의 경우에만 적법성을 판단할 수 있다고 본다. 즉, 자신에게 유리한 수익적 행정처분을 신뢰한 피고인의 방어권을 최대한으로 보장하여야 한다는 입장이다.⁹²⁾ ② '구성요건 구조'를 기준으로 하는 입장에서는, 행정처분의 존재가 적극적 구성요건인 경우에는 행정처분의 '위법' 여부가 선결문제가 되어 이를 판단할 수 있지만, 행정처분의 부존재가 소극적 구성요건인 경우에는 행정처분의 '효력'을 그대로 받아들여야 한다고 본다.⁹³⁾

형사법원이 위법성을 심사할 수 있는 범위도 문제된다. ① 가장 넓게는 형사법원이 행정처분의 절차상 하자 및 실제적 하자를 모두 심사할 수 있다는 견해, ② 절차적 하자는 심사할 수 없지만 재량하자는 '실체적 위법성'의 문제이므로 심사할 수 있다는 견해, ③ 좁게는 절차적 하자뿐 아니라 재량하자의 경우에도 형사법원의 심사권한이 미치지 않는다는 견해 등이 있다.⁹⁴⁾

이렇게 다양한 입장이 제기된 배경에는 대법원이 이 문제에 관한 명확한 입장을 밝히지 않았다는 점이 있다. 예를 들어, 대법원은 구 도시계획법상의 조치명령에 대한 제소기간이 도과한 상황에서 "구 도시계획법상의 조치명령 위반죄로 처벌하기 위해서는 조치명령이 적법한 것이라야 하고, 그 처분이 당연무효가 아니라 하더라도 그것이 위법한 처분으로 인정되는 한 조치명령 위반죄가 성립될 수 없다"고 여러 차례 판단하였다.⁹⁵⁾ 다만, 이러한 경우 죄가 성립하지 않는 근거나 형사법원이 처분에 대한 위법성을 심사할 수 있는 범위와 기준에 대해서는 밝히지 않아 판결의 의미에 대한 해석이 분분하였다.⁹⁶⁾

이러한 배경하에서, 강용주 사건을 담당하는 형사법원이 이미 제소기간이 도과한 강

91) 정준현, "단순하자 있는 행정명령을 위반한 행위의 가벌성", 토지공법연구 제22집 (2004), 277.

92) 박정훈, "협의의 행정벌과 광의의 행정벌", 행정법의 체계와 방법론, 박영사 (2005), 349-359.

93) 최계영, "행정처분과 형벌", 행정법연구 제16권 (2006), 259-274.

94) 최계영, "행정처분과 형벌", 267.

95) 대법원 1992. 8. 18. 선고 90도1709 판결; 대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도2841 판결.

96) 이와 유사하게, 운전면허취소처분 후 무면허운전으로 기소된 피고인에 대하여 사후적으로 운전면허취소처분 취소판결이 선고되자 무면허운전죄가 성립하지 않는다고 본 사례(대법원 1999. 2. 5. 선고 98도4239 판결)에서도, 어떠한 경우에 행정처분의 '효력 유무'가 선결문제가 되는지 명확한 입장을 제시하지 않아 다양한 해석이 제시되었다.

용주에 대한 각 기간갱신처분의 적법성을 심사하여 무죄를 선고할 수 있는지를 둘러싸고 공방이 진행되었다.

나. 검사 및 변호인 측의 주장

(1) 검사의 주장

검사는 형사법원은 이 사건 각 기간갱신처분의 위법성을 판단할 권한이 없다고 적극적으로 다투었다. 검사가 무엇보다 강조한 주장은 수사기관은 보안관찰법위반 사실이 있는지에 관해서만 수사하는 것이지, 그 과정에서 선행 보안관찰처분의 부당성까지 심사하여 그 위법성 여부를 판단할 수는 없다는 것이었다. 행정처분의 적법 여부까지 심사·입증하도록 하는 것은 수사기관에게 과중한 부담을 부과할 뿐 아니라, 권력분립 제도와도 맞지 않는다는 것이다. 또한, 설령 행정처분이 위법한 경우에도 이미 제소기간 도과로 행정처분의 효력이 확정된 이상, 처벌규정상의 보호법익은 존재한다고 주장하였다.

한편, 검사는 대법원 2014. 5. 22. 선고 2012도7190 전원합의체 판결도 논거로 제시하였다. 해당 판결의 사안에서 피고인들은 도시정비법상 재개발조합의 조합임원으로서, 조합에 관한 정보제공의무를 위반하여 도시정비법위반죄로 기소되었다. 그런데 기소 후 조합설립인가처분 무효판결이 확정되자, 대법원은 위 처분에 효력이 없는 이상 피고인들은 범죄 성립의 전제가 되는 신분인 ‘조합임원’에 해당하지 않는다고 보아 무죄를 선고하였다. 검사는 위 대법원 판례는 행정처분이 범죄가 성립하기 위한 ‘신분의 전제’가 된 경우에는 해당 행정처분의 ‘적법성’이 아닌 ‘효력’에 따라 범죄의 성립 여부를 판단하여야 한다는 법리를 제시한 것이라고 보았다. 강용주 사건의 경우에도 각 기간갱신처분이 ‘피보안관찰자’라는 ‘신분의 전제’가 되었으므로, 제소기간이 도과한 채 유효한 것으로 통용되는 기간갱신처분의 효력을 그대로 받아들여 범죄 성립 여부를 판단해야 한다는 것이다.

이에 따라 검사는 법원이 재판 과정에서 피고인에 대한 각 기간갱신결정의 위법성을 판단할 것이 아니라, 행정처분의 합법성·합목적성을 추정한 상태에서 법규상 구성요건 해당성이 있는지만 판단해야 한다고 주장하였다.

(2) 변호인의 주장

변호인은 모든 형벌에는 피고인의 인권을 보장하기 위하여 역사적으로 발전해온 특유한 형사법원칙이 적용되며, 행정형벌도 예외가 될 수 없다는 점을 강조하였다. 행정법 영

역에서는 행정의 실효성을 확보하기 위하여 처분의 공정력이 인정될 수 있지만, 죄형법정주의 원칙에 따라야 하는 형사법 영역과 중첩되는 한도 내에서는 피고인의 방어권과 인권 보장을 위한 요청이 앞선다는 것이다. 특히, 이 사건은 피고인에게 '재범의 위험성'이 존재하지 않는다면, 피고인을 처벌함으로써 달성할 수 있는 '재범 방지'의 보호법익도 존재하지 않는 경우였다. 행정처분을 통해 궁극적으로 보호하고자 하는 법익에 아무런 위험도 초래되지 않았음에도, 특정 법익의 보호와 관련 없는 단순한 행정불복종을 이유로 형벌을 가하는 것은 '처분에는 무조건 복종하라'는 새로운 구성요건을 법률의 근거 없이 창설하는 것이자, '형벌은 최후의 수단'이어야 한다는 헌법상의 요청에 부합하지 않는다고 주장하였다.⁹⁷⁾

대법원이 명시적인 기준을 제시한 바는 없지만, 그 판례를 유형별로 살펴보면 어떠한 경우에도 위법한 처분으로 인해 형벌을 가하지 않겠다는 일관된 기초가 발견된다는 점 또한 지적하였다. 판례는 ① 행정처분으로 행정상 의무를 부과하였는데 그 의무를 불이행하였다는 이유로 기소된 경우에는 행정처분이 '위법하다'는 이유로 무죄라고 판단한다.⁹⁸⁾ ② 거꾸로, 수익적 행정처분이 존재하여야만 범죄가 성립하지 않는 경우에는 그 처분이 비록 위법할지언정 '효력이 있다'는 이유로 무죄를 선고한다.⁹⁹⁾ ③ 검사가 지적한 대법원 2012도7190 판결은 수익적 행정처분의 존재가 오히려 범죄가 성립하기 위한 신분의 전제가 된 경우인데, 이 경우 해당 행정처분에 '효력이 없다'는 이유로 죄가 성립하지 않는다고 판단한다. 조합설립이 무효여서 조합임원에게 여러 의무를 부과함으로써 보호하려던 '조합 운영의 투명성'이라는 보호법익이 인정되지 않는에도 형사처벌을 가할 수는 없다고 본 것이다.

한편, 헌법재판소가 보안관찰법의 처벌 근거조항에 대한 위헌심사형 헌법소원에 대해 재판의 전제성이 있다고 판단한 것도 형사법원의 위법성 심사권을 뒷받침하는 근거로 제

97) 윤민, “범죄성립의 전제가 되는 행정처분과 형사책임”, 548-549.

98) 대법원 1992. 8. 18. 선고 90도1709 판결. 피고인이 토지 형질을 변경하지 않았음에도 행정청이 피고인에 대하여 원상복구의 시정조치명령을 하였고 피고인이 이를 따르지 않아 조치명령 불이행으로 인한 구 도시계획법위반죄로 기소된 사안에서, 그 처분이 위법하다는 이유로 죄가 성립하지 않는다고 판단하였다.

99) 대법원 1982. 6. 8. 선고 80도2646 판결. 연령 미달로 결격사유에 해당하는 피고인이 형의 이름으로 운전면허시험에 합격하여 운전면허를 교부받은 뒤 무면허운전에 해당한다는 이유로 기소된 사안에서, 비록 피고인이 교부받은 운전면허는 위법하더라도 취소되지 않는 한 그 효력이 있으므로 피고인의 운전행위가 무면허운전에 해당하지 않는다고 판단하였다.

시하였다. 2015년 결정에서 헌법재판소 재판관 2인은 “보안관찰처분의 근거조항이 위헌으로 판단하더라도, 이미 불가쟁력이 발생한 처분이 무효가 되지 않는다”는 이유로 각하 의견을 밝혔다. 반면, 나머지 7명의 재판관은 본안심사에 나아갔다.¹⁰⁰⁾ 처분의 근거조항이 위헌으로 판명되는 경우에도 처분은 당연무효가 되는 것이 아니라 단순위법사유가 존재하게 될 뿐이다.¹⁰¹⁾ 그럼에도 그 위헌결정으로 인해 “당해 사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다”고 본 것인데, 이는 곧 보안관찰처분에 위법사유만 존재하더라도 죄의 성립 여부가 달라진다는 판단을 내포하고 있다.

다. 법원의 판단과 의의

강용주 사건에서 형사법원은 이 사건 각 기간갱신처분에 대한 위법성 심사로 나아갔다. 뿐만 아니라, 그 기준과 근거를 명확히 하였다.

우선, “행정형벌에 있어 행정처분이 적극적 구성요건으로 규정되어 있는 경우에는 처분의 적법성 또한 구성요건에 포함되어 있다”고 선언하였는데, 이는 ‘구성요건 구조’에 따른 구별설을 명시적으로 채택한 것이다.¹⁰²⁾ 법원은 “공정력 또는 구성요건적 효력이 적법성을 추정하는 것은 아니”라는 입장에서 서서, “형사법원은 행정처분의 효력을 배제하는 범위 내에서 행정처분의 위법 여부를 심리·판단할 수 있다”고 보았다. 또한, “특히 이 사건의 경우 보안관찰처분 기간갱신처분이 위법함에도 그 처분에 따라 부과되는 신고의무를 이행하지 않았다고 하여 그 불이행에 대하여 형벌을 부과한다면, 이는 법치주의의 원칙 및 기본권보장규정에 반한다”는 점을 분명히 하였다.

이후 후속 사건에서도 행정처분과 형사처벌의 관계에 관한 이러한 판단이 재차 확인되었다. 손정목은 과거 ‘일심회 사건’에 연루되었다가 지속적으로 보안관찰처분 기간이 갱신되던 중 불복종 운동을 전개하여 보안관찰법위반 혐의로 기소되었다. 위 사건 항소심에서도 법원은 “행정처분에 따라 발생하는 의무를 위반한 자를 형사처벌하는 규정이 있는 경우에 의무위반자를 형사처벌하기 위해서는 행정처분이 적법한 것이어야 하므로, 행정처분이 당연무효가 아니더라도 위법한 것으로 인정되는 한 의무위반자를 형사처벌할 수 없다”고 보아 무죄를 선고하였다.¹⁰³⁾

100) 헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2014헌바475 결정.

101) 대법원 2002. 11. 22. 선고 2002다46102 판결.

102) 최계영, “행정처분과 형벌”, 264-267.

103) 서울중앙지방법원 2019. 1. 10. 선고 2018노1587 판결(확정).

강용주 판결은 위법한 행정처분에 기초한 처벌이 불가능하다는 점을 분명히 하였다는 점에서, 향후 행정형벌이 문제되는 영역에서 피고인의 인권보장 및 법치행정주의 확립에 긍정적인 영향을 미칠 수 있을 것으로 보인다. 특히, 보안관찰법 영역에서는 검사가 구체적이고 타당한 요건 심사 없이 보안관찰처분의 기간을 반복적으로 갱신하도록 청구하고, 그 명령에 따르지 않았다는 이유로 공소를 제기하던 관행 자체에 제동이 걸릴 것으로 전망된다.

3. 보안관찰처분의 위법성 입증 전략

보안관찰 및 기간갱신처분의 위법성 판단 기준은 여러 판례를 통해 축적되어 있다. ① 갱신결정 직전 약 2년간 한 활동의 구체적인 내용과 성격을 고려해야 할 뿐 그 이전의 활동은 고려대상이 아니고, ② 활동 중에서도 국가보안법 철폐, 보안관찰법 폐지 요구, 단식 투쟁 등은 헌법상 보장되는 기본권인 정치적 표현의 자유 또는 양심의 자유에 속하는 것이므로 재범의 위험성을 판단하는 근거로 사용할 수 없다. ③ 또한, 재범의 위험성은 '원 범죄'에 대해서 판단하는 것이므로, 보안관찰법상의 검사 소환에 불응하였다거나 신고를 거부했다는 등의 사정은 재범의 위험성과 직결되는 사정으로 고려해서는 안 된다. ④ 다른 전력자들과 회합하였다거나, 그들과 어울려 보안관찰해당범죄와 관련된 구체적인 활동을 하였다는 자료가 있어야 하며, 단순한 사회생활상의 접촉을 재범의 위험성 인정 근거로 활용할 수는 없다.¹⁰⁴⁾

이러한 처분의 위법사유를 입증하기 위해 강용주 사건에서는 사법경찰관이 작성한 정기 동태보고, 수시 동태보고의 내용을 판례상 위법사유의 유형별로 정리하여 제시하였다. 실제로 작성된 보고 사항들은 ① 최초 보안관찰처분 당시의 사정에 관한 것이거나, ② 각종 집회에 참가하였다거나, ③ 검사의 소환에 응하지 않았다거나, ④ 재심으로 무죄를 받은 국가폭력 피해자들이 출연하여 만든 재단인 '진실의 힘' 송년회에서 조작간첩 피해자들과 만났다는 등의 내용이었다. 보안관찰처분의 근거로 삼은 자료 자체가 처분의 위법성을 보여주는 것들이었다.

법정에서는 위 동태보고를 작성한 사법경찰관 2명을 증인으로 소환하여 신문하였다.

104) 대법원 1999. 2. 12. 선고 98두11861 판결; 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002두3911 판결; 대법원 2014. 4. 30 선고 2014두1703 판결; 대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두34929 판결.

[강용주 사건 당시 사법경찰관들에 대한 증언 녹취서(발췌)]

문 실제로 증인이 조사한 자료를 토대로 그 서류를 증인이 직에 계신 동안 작성하신 적은 없다고 봐야겠네요.

답 예. 저는 보안관찰법에 의해서 대상자 강용주씨가 보안관찰법 시행령이나 시행규칙에 대해서 신고 의무를 하느냐 안 하느냐 거기에 대해서 초점을 두고 업무를 진행을 했습니다. [...]

문 재범의 위험성 관련해서 증인이 보고를 하거나 여러 가지 서류를 작성한 적은 없으시다고 이해하면 되겠나요.

답 예. [...]

문 작성한 기억이 없나요.

답 수사보고서였고요. 정기동태보고서였는데요. 수사보고서는 해외에 나갔을 때는 수시로 보고하고요. 정기동태보고서는 3개월에 한 번씩 진행됩니다. 서류에 보면은 정기동태보고서 같은 경우는 3개월에 한 번씩 석 달 동안 강용주씨가 어떤 활동 내용을 정기적으로 보고하는 내용이고요. 국가보안법상이라든가 재범 우려에 대해서는 그 것은 파악을 안 했습니다. [...]

문 이것은 공문서이고 이 문서의 성격은 인신의 자유를 구속할 수 있는 보안관찰처분의 근거가 되는 주요 서류예요. [...] 확인 안 하시고 전력자라고 단정해서 쓰신 것이가요.

답 아까 얘기했듯이 강용주씨에 대해서만 알아보고 다른 분들은 확인할 필요가 없었고요. 전 근무자가 ‘여기에 활동하는 사람들이 전력자들이 있다’ 그 얘기만 들었습니다.

문 그 얘기만 듣고 별다른 조사 없이 하신건가요.

답 업무의 연속성 때문에 ‘아 그러냐’고 그러고 업무를 진행하게 되었습니다.

피고인을 수년간 관찰하면서 처분사유에 관한 자료를 수집했던 담당 사법경찰관들은 피고인의 재범의 위험성에 관하여 제대로 파악하지 않은 채 관행적으로 보고 서류를 작성한 사실을 인정하였다. 이 과정에서 제대로 된 사실확인을 거치지 않은 이유에 대해 추궁하자, “이런 유형의 사람들은 척 보면 안다”는 답변이 나오기도 하였다. 이러한 사정들은 모두 강용주에 대한 무죄판결의 근거가 되었다. 실제로 실무에서 보안관찰법에 따른 정보수집이 법의 목적과 관례의 기준에 부합하게 이루어지는 경우는 많지 않은 것으로 보인다. 증인신문을 통해 이러한 사정을 확인해나가는 것 역시 보안관찰법의 존속 이

유에 대한 문제 제기 과정에 보탬이 될 수 있을 것이다.

V. 제3국면: 면제결정 - 요건, 절차상 문제점과 개선방안

1. 면제결정 요건의 해석

검찰은 무죄판결에 대해 항소를 포기함으로써, 강용주에게 16년간 보안관찰을 해왔던 것이 위법함을 사실상 인정했다. 그럼에도 불구하고, 강용주는 여전히 보안관찰처분대상자로 남아 보안관찰법의 굴레에서 벗어나지 못했다. 검사는 항소 포기 후에도 법무부장관에게 면제결정을 청구하지 않았고, 법무부장관 또한 강용주에 대해 면제결정을 내리지 않았기 때문이다.

보안관찰법 제11조 제1항은 보안관찰처분대상자 중 ① 준법정신이 확립되어 있고, ② 일정한 주거와 생업이 있으며, ③ 대통령령이 정하는 신원보증에 있는 자에 대하여 “법무부장관은 [...] 보안관찰처분을 하지 않는 결정(이하 ‘면제결정’)을 할 수 있다”고 정하고 있다. 제2항은 “법무부장관은 제1항의 요건을 갖춘 보안관찰처분대상자의 신청이 있을 때에는 부득이한 사유가 있는 경우를 제외하고는 3월 내에 보안관찰처분면제여부를 결정하여야 한다”고 정하고 제3항은 “검사는 제1항제1호 및 제2호의 요건을 갖춘 보안관찰처분대상자의 정상을 참작하여 위험성이 없다고 인정되는 때에는 법무부장관에게 면제결정을 청구할 수 있다”고 정하고 있다.

여기서 ① 준법정신이 확립되어 있고, ② 일정한 주거와 생업이 있으며, ③ 대통령령이 정하는 신원보증에 있는 자라는 요건은 보안관찰처분 또는 갱신처분을 할 조건이 존재하지 않는다는 사실, 즉 ‘재범의 위험성이 있다고 인정할 충분한 이유’가 존재하지 않는다는 사실을 판단하는 징표로 설정됐다고 해석하는 것이 타당하다. 더 이상 보안관찰처분을 할 근거, 즉 재범의 위험성이 없는 사람에게 계속해서 보안관찰처분대상자로서의 신고의무를 부과하여 기본권을 제약하는 것은 법의 목적과 취지에 어긋날 뿐 아니라 기본권 제한에 관한 헌법의 원칙을 위반하는 것이기 때문이다. 보안관찰을 할 이유가 없다고 판명된 사람인데도 신원보증서 등 부수적인 서류를 제출하지 않았다는 이유로 보안관찰 면제 요건이 충족되지 못했다고 보는 것은 합리적이지 않다. 따라서 비록 보안관찰

법 제11조 제1항의 문언이 “면제결정을 할 수 있다”라고 하여 법무부장관에게 재량권을 부여한 것처럼 해석될 소지가 있다고 하더라도, 처분의 본질에 비추어볼 때 보안관찰처분 또는 기간갱신처분을 할 요건이 존재하지 않으면 면제처분을 해야 한다고 해석하는 것이 옳다.

법 자체도 그 점을 전제로 하고 있다. 보안관찰법 제11조 제2항은 대상자가 면제결정을 신청하는 경우에 법무부장관은 “3월 내에 [...] 면제여부를 결정하여야 한다”고 정하고 있다. 이 조항의 뜻은 대상자가 신청할 경우 법무부장관은 처분을 할 조건이 존재하는지 3월 내에 심사해서 “조건이 존재하지 않는 경우에는 면제결정을 해야 한다”는 것이다. 보안관찰 내지 기간갱신처분을 할 조건이 존재하지 않는데도 면제결정을 하지 않을 재량이 있다고 해석할 여지는 없으며, 이 경우 굳이 단기간 내 결정의무를 부과할 이유도 없다.

이러한 점에서, 최근 보안관찰법 시행령 제14조 제1항 제1호의 준법서약서 제출 조항이 삭제된 것은 고무적이다.¹⁰⁵⁾ 준법서약제도는 1998년 사상전향제도의 폐지와 함께 도입되어, 사상범이 준법서약서를 작성하면 수형자 등급을 높여주고 가석방을 가능케 하는 것을 골자로 하였다.¹⁰⁶⁾ 법무부는 2003. 7. 31. 위 제도를 폐지하면서 “헌법상 양심의 자유를 침해한다는 비판이 계속 제기되고, 형사정책상 실효성이 없다는 지적”을 수용한 것이라고 밝힌 바 있다.¹⁰⁷⁾ 그런데 전(전) 형사사법시스템 중 유일하게 보안관찰법 시행령 제14조 제1항 제1호에만 준법서약서가 살아남아 있었던 것이다. 이에 대하여 강용주의 보안관찰 면제결정 신청 과정에서는 법무부가 이미 헌법상 양심의 자유를 침해할 소지를 인정하고 폐지한 제도가 10년이 넘게 보안관찰법 시행령에 남아있는 것은 법질서의 통일성을 해치는 법 개정 상의 불비이고, 준법서약서 제출 여부에 따라 재범의 위험성 유무를 담보할 수도 없을 뿐 아니라, 이미 법무부장관이 재범의 위험성이 없다고 판단하여 처분을 갱신하지 않은 대상자에 대하여 다시 준법정신 유무를 판별하는 것은 모순이라는 점을 지적하였다. 법무부는 이러한 지적을 받아들여 강용주에 대해 준법서약서 없이 면제결정을 하고, 보안관찰법 시행령의 준법서약서 제출 조항을 삭제하였다. 이는 단순히 절차상

105) 보안관찰법 시행령(대통령령 제30110호, 일부개정 2019. 10. 8., 시행 2019. 10. 8.)

106) 가석방심사등에관한규칙(법무부령 제467호, 일부개정 1998. 10. 10., 시행 1998. 10. 10., 타법폐지 2008. 12. 19.) 제14조 제2항; 수형자분류처우규칙(법무부령 제480호, 전부개정 1999. 5. 20., 시행 1999. 6. 1., 타법폐지 2008. 12. 19.) 제41조 제2 항.

107) 가석방심사등에관한규칙(법무부령 제536호, 일부개정 2003. 7. 31., 시행 2003. 7. 31., 타법폐지 2008. 12. 19.) 개정이유; 수형자분류처우규칙(법무부령 제541호, 일부개정 2003. 11. 24., 시행 2003. 11. 24., 타법폐지 2008. 12. 19.).

의 서류제출 의무를 없앤 것을 넘어, 재범의 위험성이라는 단일한 요건을 통해 면제 여부를 결정하겠다는 취지로 해석할 수 있으며, 향후 그와 같이 실무를 운영해야 할 것이다.

2. 신속한 직권 면제결정 및 의견진술 보장의 필요성

위와 같은 요건 해석하에서, 검사의 별도 청구나 보안관찰처분대상자의 신청이 없더라도 법무부장관은 보안관찰처분 내지 기간갱신처분을 하지 않기로 결정하였을 때에는 직권으로 면제결정을 하는 방향으로 실무를 운용해야 할 것이다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 보안관찰법 제11조 제2항과 제3항은 직권으로 면제처분을 할 법무부장관의 권한을 제한한다는 뜻을 포함하고 있지 않다. 보안관찰법 제11조 제1항은 면제처분에 관한 법무부장관의 권한을 정하고 제2항은 대상자가 면제결정을 신청할 수 있다고 정하고 제3항은 검사의 면제결정 청구권을 정하고 있는데, 이때 제2항과 제3항은 제1항의 권한행사 절차를 정한 것이 아니라 각 항이 독립된 것이라고 보는 것이 타당하다. 명시적 규정 없이 법무부장관의 권한이 제한된다고 해석할 수 없고 그럴 이유도 없기 때문이다.

둘째, 처분을 할 조건이 더 이상 존재하지 않을 때 법무부장관이 직권으로 면제처분을 할 수 있다고 해석하는 것이 보안관찰처분대상자의 인권을 보장하는 데 더 유리하다. 보안관찰대상자는 법 지식이 부족하거나 사회·경제적으로 취약한 상황에 처해 있어 자신에게 처분을 할 근거가 존재하지 않는다가, 그 경우 법무부장관에게 면제처분을 신청할 수 있다는 것을 알기 어려운 경우가 많다. 검사의 경우, 객관적으로 볼 때 면제처분을 청구해야 마땅한 경우에도 반대로 갱신처분을 청구하거나 면제결정을 청구하지 않고 방치할 가능성을 배제할 수 없으며, 강용주 사건 또한 이를 증명하는 사례다.

마지막으로, 사안의 성격상 신중한 판단이 필요한 경우라고 하더라도 법무부장관의 직권 결정으로 인해 부작용이 야기될 우려는 적다. 어떤 경우에도 법무부장관은 면제처분을 하기 전에 심의위원회에 회부해서 심의·의결하는 절차를 거쳐야 하고, 심의위원회는 그 과정에서 독자적으로 사안을 조사하고 대상자의 진술을 듣거나 자료를 제출하게 할 수 있기 때문에 신중한 판단이 담보될 수 있다.

한편, 현행 보안관찰법령상으로는 보안관찰 면제 여부를 심의·의결하는 보안관찰처분 심의위원회에 당사자가 출석하여 의견을 진술하는 절차가 보장되어 있지 않다. 위원회가 필요하다고 인정하는 경우에만 신청자 및 기타 관계자를 출석시켜 심문·조사할 수 있을 뿐이며(보안관찰법 제13조 제2항), 당사자가 심의기일이 열린 사실도 알지 못한 채 사후

적으로 처분을 통보받는 방식으로 실무가 운용되는 것으로 보인다. 당사자가 희망할 경우 심의기일에 참석하여 의견을 개진할 수 있도록 절차를 투명하게 운영하는 것이 바람직하다.

VI. 결론

강용주 사건은 한 사람이 신념을 지킴으로써 사회와 제도에 어떠한 변화를 만들어낼 수 있는지 보여준 사례다. 처음 강용주의 변론을 맡으면서 당혹스러웠던 것은 ‘양형 변론을 하지 말아달라’는 요구였다. 자신의 양심에 따라 보안관찰법에 불복종한 것을 반성하지 않으며, 안정적인 직업과 지위를 이용해 형량을 낮춰달라고 변론하는 것도 원치 않는다는 것이었다. 그 다음으로 난감했던 순간은 보안관찰법 시행령에서 준법서약서 제출의무 조항을 발견한 때였다. 수감 도중 홀어머니가 찾아와 눈물로 부탁해도 끝까지 거부했던 준법서약서였으니, 작성할 의사가 있는지 묻기조차 무색했다. 자기 자신의 권리를 구제하는 길에 스스로 장애물을 놓는 까다롭고 별난 의뢰인이 강용주였다.

그러나, 결국 그렇게 해서 강용주는 보안관찰법위반 사건에서 최초로 무죄판결을 받아낼 수 있었다. 준법서약서를 제출하지 않은 채로 보안관찰 면제결정을 받아내는 선례도 만들었다. 그리고 마침내는 준법서약제도 자체가 우리 형사사법시스템에서 완전히 사라지게끔 만들었다. 한 사람이 자신의 삶을 걸고 고집스럽게 부딪쳐낸 선택으로 인해, 그동안 발견되지 않았던 법리가 세워지고 제도의 벽이 조금이나마 허물어졌다. 적어도 강용주가 뛰어넘은 만큼의 장애물은 보안관찰법에서 거두어졌다. 이제는 보안관찰법에 불복종하였다는 이유만으로 형사처벌을 가할 수 없으며, 자의적인 처분으로부터 구제받을 수 있는 길도 보다 넓어졌다.

그럼에도 불구하고, 보안관찰법은 여전히 남았다. 어떤 법이 존재하는지가 그 사회의 수준을 보여준다. 행여나 문제를 일으킬지 모르는 특정 사상을 위협시 하고 그 사상을 담지한 인간을 전면적으로 감시·통제하는 과잉규제가 대한민국의 수준에 걸맞는 것인지, 우리 사회가 그러한 수단까지 동원하지 않으면 안심할 수 없는 취약한 곳인지 보안관찰법은 묻는다. ‘국가보안법을 위반할지도 모르는 사람’들의 가슴에 딱지를 달아 그의 모든 것을 들여다보아야만 돌아갈 수 있는 사회라면, 사상의 자유로운 경쟁을 발판으로 성장

하는 민주공화국이라고 보기 어렵다.

대학교 3학년 시절의 강용주에게 무기징역이 선고되게 만들었던 '이적표현물' 「죽음을 넘어 시대의 어둠을 넘어」는 보안관찰법위반 재판이 진행되던 2017년 5월에는 전면중보판으로 출간되어 전국 서점에 배포되었다. 시간이 흘렀고, 시대가 바뀌었다. 그럼에도 보안관찰법은 살아남아 강용주를 피고인석에 다시 세웠다. 그리고는 여전히 누군가를 그 족쇄 안에 가두고 있다. 한 사람 한 사람이 그 굴레에서 벗어나는 과정에 강용주의 궤적이 도움이 될 수 있기를 바란다. 그 한 사람 한 사람의 궤적이 모여, 결국엔 보안관찰법이 존재하지 않는 세상이 앞당겨지리라 믿는다.

참고문헌

단행본

- 박원순, 야만시대의 기록 제3권, 역사비평사 (2006).
鈴木敬夫, 법을 통한 조선식민지 지배에 관한 연구, 고려대학교 민족문화연구소 (1989).
奥平康弘, 治安維持法, 現代史資料 45, 東京 : みすず書房 (1989).

논문

- 김형태, “사상·양심의 자유를 둘러싼 헤게모니 싸움”, 사상과 양심의 자유 증진을 위한 인권세미나: 보안관찰법을 중심으로, 국가인권위원회 (2007. 6. 21. 발표).
박성희, “인간 존엄성의 부인과 자기검열을 강요당하는 사람들”, 사상과 양심의 자유 증진을 위한 인권세미나: 보안관찰법을 중심으로, 국가인권위원회 (2007. 6. 21. 발표).
박정훈, “협의를 행정벌과 광의의 행정벌”, 행정법의 체계와 방법론, 박영사 (2005).
박지현, “보안관찰법에 관한 기본권 해석”, 법학논총 제24권 제3호 (2007).
배종대, “사회안전법 및 보안관찰법에 관한 비판적 고찰”, 법과 사회 제1권 제1호 (1989).
윤민, “범죄성립의 전제가 되는 행정처분과 형사책임”, 사법논집 제62집 (2017).
이상규, “행정행위의 공정력이 형사사건에 미치는 영향”, 법률신문 1476호 (1983).
이승호, “보안관찰법 폐지론”, 법과 사회 제5권 제1호(1992).
이창호, “보안관찰법에 관한 소고”, 현대민법의 전망 (1995).
정준현, “단순하자 있는 행정명령을 위반한 행위의 가벌성”, 토지공법연구 제22집 (2004).
정지훈, “보안처분의 기능과 정당화 과제: 형 집행 종료 후 개시되는 보안처분을 중심으로”, 박사학위논문, 성균관대학교 (2016).
지승준, “1930년대 일제의 '사상범' 대책과 사회주의자들의 전향논리”, 중앙사론 제10권 (1998).
최계영, “행정처분과 형벌”, 행정법연구 제16권 (2006).
국가인권위원회, “보안관찰대상자 인권침해 실태”, 2002년도 인권상황 실태 조사 보고서 (2003).

판례

- 헌법재판소 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 결정.
헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌가11 결정.
헌법재판소 1997. 12. 27. 선고 92헌바28 결정.
헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 결정.

헌법재판소 1998. 5. 28. 선고 96헌가5 결정.
헌법재판소 2001. 7. 19. 선고 2000헌바22 결정.
헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2001헌가4 결정.
헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2001헌가17 결정.
헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2003헌마282 결정.
헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바28 결정.
헌법재판소 2014. 9. 25. 선고 2013헌마11 결정.
헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2014헌바475 결정.
헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2015헌마924 결정.

대법원 1982. 6. 8. 선고 80도2646 판결.
대법원 1992. 8. 18. 선고 90도1709 판결.
대법원 1999. 2. 5. 선고 98도4239 판결.
대법원 1999. 2. 12. 선고 98두11861 판결.
대법원 2002. 8. 23. 선고 2002두3911 판결.
대법원 2002. 11. 22. 선고 2002다46102 판결.
대법원 2004. 3. 26. 선고 2002두6583 판결.
대법원 2004. 5. 14. 선고 2001도2841 판결.
대법원 2007. 3. 16. 선고 2006다83802 판결.
대법원 2014. 4. 30. 선고 2014두1703 판결.
대법원 2016. 8. 24. 선고 2016두34929 판결.

서울중앙지방법원 2018. 2. 21. 선고 2017고단1698 판결(확정).
서울중앙지방법원 2018. 2. 21.자 2017초기1615 결정.
서울중앙지방법원 2018. 5. 25. 선고 2016고단8699 판결.
서울중앙지방법원 2019. 1. 10. 선고 2018노1587 판결(확정).

Roe v. Wade 410 U.S. 113, 155 (1973).

법령

대한민국헌법 (헌법 제10호, 전부개정 1987. 10. 29., 시행 1988. 2. 25.).
보안관찰법(법률 제4132호, 전부개정 1989. 6. 16., 시행 1989. 9. 17.).
보안관찰법(법률 제4132호, 전부개정 1989. 6. 16., 시행 1989. 9. 17.) 개정이유.
사회보호법(법률 제3286호, 제정 1980. 12. 18., 시행 1980. 12. 18., 폐지 2005. 8. 4.).

- 사회보호법(법률 제5179호, 일부개정 1996. 12. 12., 시행 1997. 1. 1., 폐지 2005. 8. 4.).
사회보호법(법률 제7656호, 폐지 2005. 8. 4.) 폐지이유.
전자장치 부착 등에 관한 법률 (법률 제16923호, 일부개정 2020. 2. 4., 시행 2020. 8. 5.).
행정소송법 (법률 제4770호, 일부개정 1994. 7. 27., 시행 1998. 3. 1.).
헌법재판소법 (법률 제10546호 일부개정 2011. 4. 5., 시행 2011. 4. 5.).
보안관찰법 시행령 (대통령령 제12807호, 전부개정 1989. 9. 11., 시행 1989. 9. 16.).
보안관찰법 시행령 (2019. 10. 8. 대통령령 제30110호로 개정되기 전의 것).
보안관찰법 시행령(대통령령 제30110호, 일부개정 2019. 10. 8., 시행 2019. 10. 8.).
가석방심사등에관한규칙(법무부령 제467호, 일부개정 1998. 10. 10., 시행 1998. 10. 10., 타법
폐지 2008. 12. 19.).
가석방심사등에관한규칙(법무부령 제536호, 일부개정 2003. 7. 31., 시행 2003. 7. 31., 타법폐
지 2008. 12. 19.) 개정이유.
수형자분류처우규칙(법무부령 제480호, 전부개정 1999. 5. 20., 시행 1999. 6. 1., 타법폐지
2008. 12. 19.).
수형자분류처우규칙(법무부령 제541호, 일부개정 2003. 11. 24., 시행 2003. 11. 24., 타법폐지
2008. 12. 19.).
法務局, “朝鮮思想犯保護觀察令大意”, 警務彙報 376 (1937).

기타자료

- 김계연, “양심의 자유 침해” 보안관찰 준법서약 30년 만에 폐지”, 연합뉴스,
<https://www.yna.co.kr/view/AKR20190618026300004> (2020. 8. 23. 확인).
김동철, “보안관찰법 위반” 한상렬 목사, 벌금형 대신 노역 선택”, 연합뉴스,
<https://www.yna.co.kr/view/AKR20161226085000055?input=1195m> (2020. 8. 2. 확
인).
박찬수, “[박찬수 칼럼] 별로 불편한 건 없지요?”, 한겨레,
<http://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/791408.html> (2020. 8. 2. 확인).
이명수, “[이명수의 사람그물] 죽을 때까지 강용주”, 한겨레,
<http://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/791107.html> (2020. 8. 2. 확인).
이재승, “강용주의 보안관찰”, 통일뉴스,
<http://www.tongilnews.com/news/articleView.html?idxno=120476> (2020. 8. 2. 확인).
이채훈, “5월, 강용주를 위한 카바티나”, 피디저널,
<http://www.pdjournal.com/news/articleView.html?idxno=60548> (2020. 8. 2. 확인).
이희정, “[메아리] “강용주의 투쟁을 지지합니다””, 한국일보,
<https://www.hankookilbo.com/News/Read/201704281830663159> (2020. 8. 2. 확인).

- 정대하, ““강용주와 함께 보안관찰법에 저항합시다””, 한겨레,
<http://www.hani.co.kr/arti/society/area/791715.html> (2020. 8. 2. 확인).
- 정대하, ““내가 강용주다!” 보안관찰법 불복종 운동 커진다”, 한겨레,
<http://www.hani.co.kr/arti/society/area/791963.html> (2020. 8. 2. 확인).
- 이규정 PD, “조국은 나를 스파이라고 불렀다”, 이제는 말할 수 있다, 34회, 문화방송 (2001), DVD.
- Asian Human Rights Commission, South Korea: Unlimited punishment for holding different thoughts and ideas, AHRC-STM-051-2014 (2014).
- “Outcome of the Universal Periodic Review: Republic of Korea”, UNHRC, A/HRC/DEC/22/108, 2013.
- “Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Republic of Korea”, UNHRC, A/HRC/22/10, 2012.

|Abstract|

Challenging the Security Surveillance Act through Litigation: The *Yong-Ju Kang* Case

KIM, Seung Hyun*

While the National Security Act of South Korea has received domestic and international criticism for enabling the authorities to persecute persons holding anti-government beliefs, another piece of legislation in the name of “national security”, the Security Surveillance Act (SSA), had not drawn as much attention. The SSA targets persons released from prison who were convicted of violation of the National Security Act. Under the SSA, such persons are placed under severe security surveillance and are obliged to report extensive details and information on everyday life. Single failure to report is subject to criminal punishment.

The *Yong-Ju Kang* case has provoked intense debate on the constitutionality of the SSA. Yong-Ju Kang was wrongfully imprisoned for espionage in the 1980s after protesting against the authoritarian government. After he was released, he was put under surveillance of the SSA and was required to sign the “compliance pledge” which states that the released shall comply to the laws, so as to be exempted from surveillance. However, he claimed that the SSA violates freedom of thought, belief and expression and refused to sign the pledge or report his whereabouts. After 15 years of refusal, he was indicted again in 2017, for violation of the SSA. This led to #IamYongJuKang movement in the civil society and gathered wide supports for his claim that the SSA is unconstitutional. Yong-Ju Kang was declared not guilty by the Seoul Central District Court, and became the first ever case to be declared so. After

* Attorney at Law, Jipyong LLC, shkim@jipyong.com

the ruling, he continued to fight for freedom of thought by refusing to sign the “compliance pledge”, and became the first person to be exempted from surveillance by the SSA without signing the pledge. The Ministry of Justice eventually abolished the practice of requiring ex-convicts of the National Security Act to sign the “compliance pledge”. However, the SSA still remains and is a threat to freedom of thought. This article is a record of pursuit, trial and ruling of the *Yong-Ju Kang case* and draws legal implications and strategies on how to challenge the SSA in three dimensions: through constitutional litigation, criminal lawsuit, and administrative procedure.

Keywords : Security Surveillance Act, National Security Act, Freedom of Conscience, Freedom of Opinion and Expression, Right to Informational Self-Determination, Administrative Crime