

# 대북전단 살포금지규정은 왜 위헌판단을 받았을까

– 헌법재판소 2020헌마1724, 2020헌마1733(병합) 결정 분석 –

장윤미 법무법인 메타 변호사, 前 언론중재위원

## I. 사건의 개요

이 모 씨는 2003년경부터 북한 접경지역에서 북한으로 전단을 살포하였고, 2005년경에는 전단 살포를 위한 대형풍선과 장비를 개발하여 특허등록까지 하였다. 박 모 씨는 페트병에 쌀을 담아 바다를 통해 북한에 보내는 활동을 하였고, 또 다른 박 모 씨의 경우 2011년경부터 대형풍선 등을 이용해 북한 접경지역에서 북한으로 전단, 물품, 금전 등을 살포하였다.

이런 가운데 「남북관계 발전에 관한 법률」(이하 ‘남북관계발전법’) 제24조 제1항 제3호(이하 ‘심판대상조항’)는 “누구든지 다음 각 호에 해당하는 행위를 하여 국민의 생명·신체에 위해를 끼치거나 심각한 위험을 발생시켜서는 아니 된다”고 하며 제3호에서 ‘전단 등 살포’가 이에 해당한다고 규정하였다. 이를 위반할 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하는 형사처벌이 가능했고(동법 제25조 제1항), 해당 조항은 미수범 처벌 규정을 별도로 두고 있었다(동법 제25조 제2항). 대북전단 살포행위를 하던 이 모 씨 등은 본인들의 활동을 규제하고 형사처벌까지 하는 심판대상조항이 기본권을 과도하게 침해하여 위헌이라는 주장을 하며 헌법소원을 제기하였다.

## II. 대상 판결 – 헌법재판소 2020헌마1724, 2020헌마1733(병합) 결정

### 가. 쟁점의 정리

청구인들은 심판대상조항의 내용 중 ‘국민의 생명·신체에 위해를 끼치거나 심각한 위협을 발생시킬 우려’라는 부분이 너무 모호해 죄형법정주의와 명확성의 원칙에 반한다는 점, ‘전단 등 살포행위’와 ‘국민의 생명·신체에 위해를 끼칠 우려’ 사이에 직접적인 인과관계가 없음에도 과도하게 형사처벌 규정을 두고 있는 점, 기존 법률로도 충분히 단속할 수 있는데 처벌이라는 최후수단을 통하여 전단 살포를 제재한다는 점 등을 위헌의 근거로 주장하였다.

청구인들의 주장과 관련하여 현재는 ① 청구인들이 전단 등을 살포하는 목적은 북한 주민에게 전단, 물품, 금전 등을 전달하는 그 자체에 목적이 있다기보다 북한 주민을 상대로 대한민국의 체제나 북한 정권에 관한 자신의 의견을 표명하려는 데 있으므로, 심판대상조항은 청구인들의 표현의 자유를 제한하는 성격이 있다고 보고, 심판대상조항이 ‘과잉금지원칙’을 위반하여 청구인들의 표현의 자유를 침해하는지 여부를 살펴보겠다고 하였다. 그리고 ② 심판대상조항에서 규정한 ‘위해’나 ‘위험’은 전단 살포행위에 의해서라기보다 북한에 의하여 초래되는 것이므로 심판대상조항이 ‘책임주의원칙’을 위반하여 청구인들의 표현의 자유를 침해하는지 여부를 살펴보겠다고 쟁점을 정리하였다.

### 나. 재판관 이은애, 이종석, 이영진, 김형두의 위헌의견

#### 1) 과잉금지원칙 위배 여부

현재가 심판대상이 된 법률이 과잉금지원칙을 위배하였는지 여부를 판단할 때 검토하는 네 가지 기준은 ① 입법목적의 정당성, ② 수단의 적합성, ③ 침해의 최소성, ④ 법익의 균형성이다. 이 네 가지 기준을 모두 충족하여야 합헌이라는 결론에 이르는 것이다. 우선, 심판대상조항에 대해 위헌 판단을 한 이은애, 이종석, 이영진, 김형두 재판관은 심판대상조항의 입법목적은 정당하다고 판단하였다. 전단 등의 살포에 대해 북한이 강하게 반발해 접경지역 주민을 비롯한 국민의 생명과 신체의 안전이 위협받을 수 있는 것이 현실인데, 심판대상조항은 국민의 생명·신체의 안전을 보장하고 남북 간 긴장을 완화하며 평화통일을 지향하여야 하는 국가의 책무를 달성하는 데 목적이 있어 그 입법목적은 정당하다고 본 것이다.

나아가 심판대상조항의 수단의 적합성도 인정하였다. 전단 등의 살포를 금지함으로써 북한의 적대적 조치가 억제될 여지가 있고, 그로 인해 국민의 생명·신체에 대한 위해나 위협을 방지할 수 있으므로 심판대상조항은 입법 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이라고 판단하였다.

하지만 위 재판관들은 심판대상조항이 침해의 최소성 원칙에는 위배된다고 보았다.

구체적으로, 「경찰관 직무집행법」 제5조 제1항이 심판대상조항의 입법목적은 달성하면서 기본권을 덜 침해하는 방식으로 전단 등 살포행위를 규율하고 있다는 점을 근거로 들었다. 위 법은 '사람의 생명 또는 신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 위험한 사태가 있을 때에는 경찰관이 그 장소에 모인 사람 등에게 경고를 하거나(제1호), 매우 긴급한 경우 위해를 입을 우려가 있는 사람을 필요한 한도에서 억류·피난시키거나(제2호), 그 장소에 있는 사람 등에게 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 직접 할 수 있도록(제3호) 규정하고 있다. 이전에 전단 등 살포행위를 현장에 출동한 경찰관이 위 경찰관 직무집행법을 근거로 제지했던 사안에서, 법원은 제한이 과도하지 않은 이상 위법하지 않다고 판단한 적이 있는데 위 4명의 재판관은 이미 법원에서 경찰관 직무집행법을 근거로 전단 등 살포행위를 상황에 따라 규제하고 있다는 점을 침해의 최소성의 원칙에 반하는 근거로 판단하였다.

또한, '국민의 생명·신체에 위해를 끼치거나 심각한 위협을 발생시키는지'는 북한의 도발 여부에 달려있음에도 국가 형벌권을 동원한 점, 전단 등의 살포가 국민의 생명 등에 대한 위해나 위험으로까지 이어질지 여부는 북한의 고도의 정치적 판단에 근거한 것이기 때문에 어느 때 범죄의 기수(既遂)가 되고, 미수(未遂)가 되는지 모호한 점 등도 침해의 최소성 원칙을 위배한다고 본 근거로 판단하였다.

나아가 심판대상조항으로 북한의 적대적 조치가 유의미하게 감소하지 않아 이로써 접경지역 주민의 안전이 확보될 것인지 단언하기 어려운 반면에 북한 주민들에게 외부세계의 발전상을 알리고 북한 정권의 모순을 비판하는 의견을 표명하는 것은 매우 절실하고 인격실현에 직결되므로 침해되는 표현의 자유의 정도는 중대하기 때문에 법익의 균형성 또한 인정되지 않는다고 보았다. 즉, 위 4명의 재판관들은 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위배되어 청구인들의 표현의 자유를 침해하였다고 판단하였다.

## 2) 책임주의원칙 위배 여부

위 4명의 재판관은 결과의 발생에 대한 책임이 없는 사람에게 형벌을 가할 수 없다는 것이 형벌에 관한 책임주의 원칙이라고 설명한 뒤, 전단 등 살포행위는 '그 자체로' 국민 생명의 위해나 위험을 초래하는 것이 아니라, 위해나 위험의 발생 여부는 '전적으로 북한의 적대적 조치로 인해 발생하는 것이라고 설명하였다. 즉, 심판대상조항은 "전단 등 살포행위로 국민의 생명·신체에 위해를 끼치거나 심각한 위협을 발생시켜서는 아니 된다"고 규정하는데 그 위해나 위험의 발생가능성을 전단 살포행위자가 통제할 수 없다고 판단한 것이다. 즉, 형사책임을 부과하기 위해서는 행위자에게 '지배가능성'이 있어야 하는데 북한의 보복가능성이 있다는

가능성만으로는 전단 살포자의 지배가능성을 인정할 수 없어 결국, 심판대상조항은 책임주의 원칙에도 위배된다고 판단하였다.

#### 다. 재판관 유남석, 이미선, 정정미의 위헌의견

유남석, 이미선, 정정미 3명의 재판관은 앞서 살펴본 4명의 재판관과 마찬가지로 심판대상조항을 위헌이라고 보았으나 그 결론에 이르는 이유는 달리 판단하였다. 우선, 위 3명의 재판관들은 심판대상조항에서 책임주의원칙 위반 자체가 문제될 여지는 없다고 판단하였다. 전단 등 살포행위자에게 결과발생에 대한 고의가 있어야 처벌이 가능한데 개별 법원이 고의 여부를 판단해 처벌 여부를 결정하면 되는 일이며, 심판대상조항이 책임유무를 따지지 않고 형벌을 부과하는 구조라고 볼 수 없다는 이유에서였다.

다만, 심판대상조항이 과잉금지원칙에는 위배된다고 보았는데 입법목적의 정당성 및 수단의 적합성 판단에 있어서는 앞선 4명 재판관의 의견과 동일하였지만, ① 형벌의 보충성 및 최후수단성에 반하고, ② 제한되는 표현이 지나치게 광범위하며, ③ 표현의 자유에 대한 심대한 위축효과를 초래한다는 점에서 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 충족하지 못하였다고 판단하였다.

구체적으로 ① 경찰관 직무집행법에 따라 접경지역 주민 보호를 위한 사전조치가 가능함에도 전단 살포 시 형사처벌을 하도록 규정한 것은 형벌을 보충적 수단으로 삼아야 한다는 원칙에 반한다고 보았다. 그리고 ② 심판대상조항이 규제하는 표현은 결국 북한 정권이 비방으로 받아들여 북한이 문제 삼는 표현이라고 할 수 있는데 외부로부터의 정보 유입을 엄격하게 통제하는 북한의 특성상 북한을 자극해 도발을 일으킬 수 있는 표현의 내용이 상당히 포괄적이기 때문에 규제범위가 상당히 광범위하다고 판단하였다. 또한 ③ 국민의 생명 등에 위험을 초래할지 여부는 북한의 판단에 달려있는데 전단 등 살포행위만으로 재판에 넘겨질 수 있어 표현의 자유 위축효과가 결코 작다고 할 수 없어 표현의 자유에 대한 중대한 침해가 있다고 보았다.

#### 라. 재판관 김기영, 문형배의 반대의견-합헌의견

김기영, 문형배 두 명의 재판관은 심판대상조항이 합헌이라는 소수의견을 냈다. 이들 재판관은 전단 등이 실제 낙하하기 전까지 북한은 그 내용을 구체적으로 알기 어려워 표현 내용과 무관하게 전단을 담은 풍선 등의 매개물의 비행을 인식하자마자 가해행위를 할 가능성이 있다는 점을 지적하며, 심판대상조항은 ‘표현의 내용’을 규제하는 것이 아니라 ‘전단 등 살포’





라는 표현방법에 대한 제한으로 보아야 한다고 전제하였다. 나머지 재판관들이 북한체제와 관련한 표현의 자유 제약에 한정해 판단한 것과는 대조되는 부분이라고 할 수 있다.

위 두 재판관은 위헌의견을 개진한 재판관들과 동일한 이유로 심판대상조항의 ① 목적의 정당성 및 ② 수단의 정당성이 인정된다고 판시하였지만, 나머지 재판관들과 달리 심판대상조항이 ③ 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다고 보았다. 접경지역 주민의 생명과 신체 안전이라는 매우 중요한 법익의 침해나 위험을 심판대상조항과 동등한 정도로 방지하면서도 덜 침해적인 대안을 찾을 수 있을지 의문이라는 이유에서였다.

구체적으로, 위 두 재판관은 위헌 의견을 낸 재판관들이 위헌의 근거로 삼은 경찰관 직무집행법이 위험을 방지할 궁극적 대안이 될 수 없다고 보았다. 경찰관 직무집행법만으로 효과적인 대응이 어려워 심판대상조항이 만들어진 것이고, 현장에서 경찰의 유연한 조치가 제대로 이루어질지도 의문이며, 전단 살포행위를 경찰관에게 일임하는 게 덜 침익적이라는 판단에도 별다른 근거가 없다고 지적한 것이다.

④ 김기영, 문형배 두 재판관은 심판대상조항이 법익의 균형성도 충족하였다고 보며, 심판대상조항으로 인해 처벌범위가 무한정 확대될 것이라는 지적은 타당하지 않다고 반박하였다. 우선 심판대상조항이 처벌대상으로 삼는 ‘국민의 생명·신체에 위해를 끼치거나 심각한 위험을 발생시킨 경우’의 ‘위험’이란 단순히 위험 발생이 있는 경우에는 인정되지 않는 것이고, 위

험이 임박하고 그 발생이 명백한 경우에 인정될 수 있는 것이라는 점을 지적하였다. 그러면서 위험 발생의 여부는 살포행위 당시의 남북 간 긴장의 정도, 살포 장소, 살포 방법, 살포 전 기자회견을 통해 표명된 내용 등 구체적 사정에 따라 판단될 수 있는 것이며, 범죄성립 여부는 법원이 구체적 사안에서 적정하게 판단할 수 있다고 판시하였다.

또한 김기영, 문형배 재판관은 심판대상조항의 경우 표현의 내용이 아닌 ‘표현의 방법’만을 문제 삼고 있는 것이며, 북한체제와 관련한 견해는 내·외신 기자회견, 탈북자와의 만남 등을 통해 충분히 표명될 수 있다고 보았다. 위 두 재판관은 무엇보다 접경지역 주민의 생명과 신체의 안전을 확보하여야 할 필요가 매우 크고 절실하다는 점을 합헌의 근거로 판단하였다.

### Ⅲ. 대상 판결에 대한 검토

대북전단 살포행위로 인하여 접경지역 주민들의 안전이 위협받고 북한의 도발이 이어졌던 것은 얼마 전까지 우리의 현실이었다. 물론, 심판대상조항을 위헌이라고 판단한 현재 다수의 견과 같이, 우리 국민의 생명과 신체가 위험에 빠질 상황이 도래할지 여부는 북한에 달려있는데 전단 살포자들에게 형사책임을 지우는 것은 과도한 측면이 있다. 또한 북한체제와 관련한 의견표명이 북한의 폐쇄성을 고려하였을 때 보호받아야 하는 표현의 자유 영역이라는 점도 명백하다.

하지만 심판대상조항을 위헌이라고 본 현재 다수의견에 대해 현실적 고려에 대한 아쉬움이 남는 것 또한 사실이다. 4명의 재판관은 ‘전단살포 행위 금지로 접경지역 주민의 안전이 확보될 것인지 단언하기 어렵다’고 하였는데 과연 그러한지 의문이다. 현장에서 전단 살포행위를 금지할 수 있는 「경찰관 직무집행법」이 심판대상조항 이전에도 있었지만 제재수단으로 유효하지 않아 심판대상조항이 입법화되었던 것이었다. 입법 이후 대북전단 살포행위가 실제로 줄어들어 접경지역의 고조되던 위험이 감소한 것은 사실이다. 위헌 의견을 낸 재판관들도 대북전단 살포행위가 접경지역 주민들을 위험에 빠뜨릴 수 있다는 사정 자체를 부인하지는 않았다. 이와 같이 심판대상조항이 만들어진 연혁적 배경을 고려하더라도 위 조항을 합헌이라고 판시한 소수 의견에 더 큰 공감의 간다. 