

# 위헌법률심판제청신청

사 건 2014도 국가보안법위반(간첩)등

피고인(신청인) 이 0 0

위 사건에 관하여 피고인의 변호인은 아래와 같이 위헌법률심판제청을 신청합니다.

## 신 청 취 지

북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제7조 제3항은 헌법 제12조, 제37조 제2항, 제40조, 제75조 등에 위반한다.

## 신 청 이 유

### 1. 중앙합동신문센터의 운영

‘아무도 당신이 어디 있는지 모른다. 독방에 감금되어 조사받지만 절차적 권리는 없다. 살인죄 보다 무거운 법정형의 범죄혐의에 대하여 조사를 받기도 하지만 진술거부권, 변호인 조력 등은 보장되지 않는다. 북한이탈주민인 당신은 그러한 권리가 있다는 것조차도 알 길이 없다. 법상 조사 중

외국으로 추방될 수도 있지만 당신은 이에 대하여 이의를 제기할 권리가 없다. 아무도 당신의 이러한 처지를 알지 못한다. 당신은 길게는 180일(반년) 이러한 상태에 놓일 수 있다. 장기간 구금되어 국가보안법위반혐의에 대하여 조사를 받은 사람이 누구인지, 기소가 되지 않는 한 법원에서도 알지 못하고 이들이 어떻게 처리되었는지 알려진 바도 없다. 전쟁포로에 대한 취급도, 비상계엄하의 체포·구금에 대한 특별조치도 이러지는 않는다. 관타나모인가. 아니다. 적어도 관타나모에는 누가 있는지가 알려져 있고 변호인의 접근이 가능하다.' 이곳은 '적법절차원칙과 영장주의 그리고 사법권독립이 보장된 대한민국 내에 있는 '중앙합동신문센터'입니다.1)

## 2. 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제7

### 조 제3항

#### 제7조(보호신청 등)

① 북한이탈주민으로서 이 법에 따른 보호를 받으려는 사람은 재외공관이나 그 밖의 행정기관의 장(각급 군부대의 장을 포함한다. 이하 "재외공관장등"이라 한다)에게 보호를 직접 신청하여야 한다. 다만, 보호를 직접 신청하지 아니할 수 있는 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 본문에 따른 보호신청을 받은 재외공관장등은 지체 없이 그 사실

---

1) 시사IN '어떤 정당성도 없는 6개월 장기구금' 참조

을 소속 중앙행정기관의 장을 거쳐 통일부장관과 국가정보원장에게 통보하여야 한다.

- ③ 제2항에 따라 통보를 받은 국가정보원장은 임시 보호나 그 밖의 필요한 조치를 한 후 지체 없이 그 결과를 통일부장관에게 통보하여야 한다.

### 3. 재판의 전제성

원심은 피고인의 항소를 기각하면서 '1심판결이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 사정 등에 비추어 1심판결이 옳고 사실오인 및 법리오해의 잘못이 없다'고 판단하였고, 원심이 정당하다고 본 1심판결은 '사실상 피고인의 자백이 유일한 증거'인 이 사건에서, 중앙합동신문센타에서 작성된 피고인의 자백이 담긴 진술증거 및 수사보고 등을 유죄의 증거로 실시하였습니다. 국가정보원 직원의 위법한 수사 및 영장 없이 이뤄진 장기간의 신체구속으로 인하여 피고인은 허위자백을 하였고, 이러한 위법한 공권력행사로 인한 자포자기의 심리상태는 사선변호인의 관여 전까지 계속되었습니다. 자백내용이 허무맹랑함에도 불구하고, 1심 및 2심 재판부는 신빙성검토를 소홀히 하였습니다.

사실상 피고인의 자백이 유일한 증거인 이 사건에서, 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제7조 제3항의 위헌이 확인되고, 이에 근거

한 수사가 위법임이 확인되어 피고인 자백의 임의성 및 신빙성이 부인된다면, 법원은 다른 재판을 할 수 밖에 없다 할 것입니다. 그리고 증거법적 관점에서 살펴보아도 증거채부결정이 재판의 전제성의 '재판'에 해당하고(196. 12. 26. 94헌바1), 법상 근거가 없는 수사 또는 영장주의에 반하는 수사에 기초하여 획득된 증거는 유죄의 증거로 채택하여 사용할 수 없다 할 것인바, 재판의 전제성은 부인할 수 없다 할 것입니다.

원심이 정당하다고 판단한 1심판결은, 위와 같이 장기간의 위법한 구금상태에서 작성된 자술서 및 특별사법경찰관작성의 피의자신문조서, 거짓말탐지기 검사결과 관련 수사보고 등 각종 수사보고를 증거로 채택하였고, 검사는 당심에 제출한 의견서를 통하여 '2013. 5. 27. 피고인이 자백을 하였으나 선불리 비보호대상으로 결정할 수 없었다', '2013. 6. 25. ~ 6. 27. 불구속수사를 진행하였다'라고 주장하였는바(증 제1호증 수사검사 의견서 제6쪽), 검사의 주장은 '2013. 6. 25. 제1회 피의자신문조서 작성시점 전까지 피고인의 지위는 수사를 받는 피의자가 아니라 임시보호조치기간 중 조사를 받는 북한이탈주민'이라는 취지입니다. 그러나 검사의 주장은 기록상의 수사보고 작성일자라도 배치된다 할 것입니다. 국가정보원 특별사법경찰은 피고인에 대한 임시보호조치기간 중 국가보안법위반혐의에 대한 수사를 하였고, 수사 도중 이를 정리하는 수사보고를 작성하였는바, 검사가 밝힌 불구속수사 시점 이전입니다.

[증 제1호증 수사검사 의견서]

라) 또한 변호인은 피고인이 자백한 2013. 5. 27.부터 구속된 2013. 7. 8.사이에도 중앙합동신문센터가 사실상의 구금상태에서 피고인에 대해 조사가 아닌 강제수사를 하였다고 왜곡하고 있으나 5. 27. 피고인이 자백했다고 하여 그 사실만으로 선불리 비보호 대상으로 결정할 수는 없고 자백의 진위 여부에 대해 확인하는 절차가 필요할 수 밖에 없습니다. 이에 따라서 피고인의 진술을 다방면으로 확인하는 한편 국가보안법상 혐의를 재검증하기 위해 2013. 6. 25. ~ 6. 27. 불구속 수사를 진행한 결과 국가보안법 위반 혐의가 확인되어 비보호대상으로 결정될 것이 확실시됨에 따라 2013. 7. 4. 사전구속영장을 청구하여 7. 8. 구속전피의자심문을 거쳐 당일 구속영장을 발부받아 피고인을 수원구치소로 구속한 것입니다. 따라서 피고인에 대한 조사 및 수사는 법률이 정하는 범위 내에서 이루어진 필요최소한도의 적법행위였습니다.

[증거기록 제3쪽 수사보고]2)

## 국 가 정 보 원

수 신 : 원 장

2013. 6.

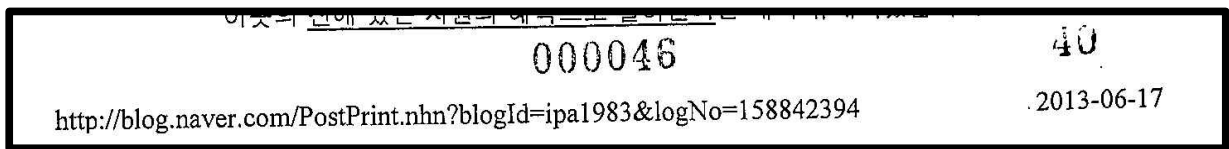
제 목 : 수사보고(피의자 주거지 실존 여부·위치 확인)

1. 국가보안법 위반 피의사건 피의자 이 [REDACTED] (38세)이 한국침투前 거주했다고 진술한 '북한 [REDACTED] 시' 소재 주거지에 대해 실제 존재 여부 및 위치 등을 「인터넷 구글 어스(Google Earth)」 및 인터넷자료 등 통해 확인하였기에 아래와 같이 수사보고합니다.

2) 수사보고 상에는 피고인을 '피의자'로 특정하였으나, 작성일자가 '월'만 특정되어 있습니다. 간첩혐의사건기록을 보면, 이렇게 수사보고 작성일자를 확인할 수 없는 경우가 많습니다. 영장 없이 북한이탈주민을 구금한 상태에서 사실상 수사를 하고 있기 때문에 수사보고 작성일자도 이렇게 두루뭉술하게 기재할 수밖에 없는 것입니다.

그런데, 위 수사보고에 첨부된 인터넷 자료의 출력일자를 보면, '6. 17.'입니다. 기록상으로도 국가정보원 특별사법경찰관이 2013. 6. 17.경 '수사'상황을 보고한 것으로 되어 있는데, 검사는 2013. 6. 25. 제1회 피의자신문조서작성시점부터 불구속수사를 하였다는 주장을 하고 있습니다. 국가정보원장의 임시보호조치기간 중 '영장 없이 사실상 구속수사가 이뤄지는 현실'을 막아보고자 그리고 피고인의 위법수사를 확인하고자 이 사건 위헌법률심판제청신청을 하는 것입니다.

[증거기록 제46쪽]3)



그렇다면, 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제7조 제3항 상의 임시보호조치 등 기간 중의 국가보안법위반혐의에 대한 수사가 위법임이 확인되면, 그 위법수사에 기한 자포자기의 심리상태가 어느 시점까지 지속되었는지 여부에 대한 판단은 별론으로 하고, 그 자체만으로 '재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우'라 할 것이므로(1992. 12. 24. 선고 92헌가8), 재판의 전제성은 인정된다 할 것입니다.

**4. 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제7**

3) 이하 출력물도 출력일자 동일

## 조 제3항(국가정보원장의 임시보호 등 그 밖의 필요한 조치)의 위헌성<sup>4)</sup>

### 가. 북한이탈주민의 법적지위

#### (1) 북한주민의 국적

헌법 제3조는 '대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다'고 규정하고 있고, 국적법 제2조 제1항 제1호는 '출생당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인자'는 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한다'고 규정하고 있습니다. 그리고 헌법은 제헌헌법 이래로 '대한민국 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다'는 규정을 두고 있는바, 1948. 7. 17. 제헌헌법 공포 이후에 출생한 북한주민은 대한민국 국민으로서의 지위를 가진다 할 것입니다.

제헌헌법 공포 이전에 출생한 자인 북한주민의 경우에도 '남조선과도 정부법률 제11호 국적에 관한 임시조례 제2조 제1호, 제헌헌법 제3조에 비추어 제헌헌법 공포와 동시에 대한민국 국적을 취득하였다 할 것입니다(대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221판결 참조).

---

4) 대한변협 인권보고서 2013(북한이탈주민의 국내정착과정에서의 인권문제) 참조

## (2) 북한이탈주민법상 북한이탈주민의 법적지위

북한이 헌법상 불법단체 또는 국가보안법상 반국가단체로서의 지위와 동시에 평화통일을 위한 대화와 협력의 동반자로서의 지위를 이중적으로 가지고 있다는 남북한특수관계론이 헌법 제3조와 제4조에 근거한 기존 해석론과 판례라고 볼 수 있습니다. 한편, 별도의 헌법규정 혹은 이에 입각한 별도의 법률규정이 없는 한 위와 같은 북한의 법적성격이 북한주민들의 대한민국 국민으로서의 지위에 영향을 미칠 수 있다고 볼 수 없습니다. 특히 북한이탈주민법상의 북한이탈주민의 경우에는 더더욱 그렇다 할 것입니다. 북한이탈주민법은 북한이탈주민이 '정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 생활 영역에서 신속히 적응·정착하는 데 필요한 보호 및 지원(제1조)을 하고자 하는 법이고, 북한이탈주민은 '북한을 벗어난'(제2조 제1호) 사람으로 '대한민국의 보호를 받으려는 의사를 표시'(제3조)하였고, '대한민국의 자유민주적 법질서에 적응하여 건강하고 문화적인 생활을 할 수 있도록 노력'(제4조)하고자 하는 사람입니다. 따라서 모든 북한이탈주민을 잠재적 간첩 용의자로 간주하고 전수 조사하는 것은 위 법의 취지에 정면으로 반할 뿐만 아니라, '국가는 개인이 가지는 불가침이 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다'(헌법 제10조)를 위반하였다고 볼 소지가 충분히 있다 할 것입니다. 북한이탈주민보호법의 '목적'은 대한민국국민으로서의 필요한 보호 및 지원을 강조하고 있는데, 이 법에는 독소조항인 '국가정보원장의 영장 없는 구속수사를 용인하는 임시보호 등 필요한 조치 관련 규정'이 존재하고 있습니다.



## 나. 임시보호 등 그 밖의 필요한 조치의 실상(구금의 관점)<sup>5)</sup>

### (1) 들어가며

이 사건 수사검사는 의견서를 통하여(제9쪽 본문 및 각주), ‘중앙합동신문센타 운영규정상<sup>6)</sup> 중앙합동신문센타 입소 첫날 신체검사가 이뤄지는데 속옷을 포함하여 전부 탈의, 즉 알몸 검사를 원칙으로 하고 있다. 인권보호 차원에서 2014. 1.부터는 보호신청자로부터 동의서를 받아 신체검사 및 지문채취, 사진촬영을 실시하고 있다’라고 밝혔습니다. 검사의 주장에 의하더라도 규정상 알몸 검사가 원칙이고, 2014. 1. 이전에는 동의를 받지 않고 신체검사 및 지문채취, 사진촬영을 하였다는 사실이 확인됩니다.

그리고 구타 및 가혹행위를 당하였음을 이유로 한 북한이탈주민이 국가배상청구사건의 판결문(서울지방법원 2000. 10. 4. 선고 99가합19930 판결, 서울고등법원 2002. 4. 11. 선고 2000나52341 판결)을 보면, 8명의 원고

- 5) 임시보호 등 그 밖의 필요한 조치라는 명분아래 현실적으로 행해지는 위법한 공권력 행사가 많으나, 본 위헌법률심판제청신청서는 ‘위법한 구금과 수사의 관점’의 문제제기에 집중하고자 하고, 알몸수색 등 권력적사실행위 등의 위헌성은 추후 별도로 제기할 헌법소원심판청구서에 그 문제점을 담고자 합니다.
- 6) 위 규정에 근거하여 간과할 수 없는 인권침해가 이뤄지고 있으나, 동 규정은 비공개인 지라 그 내용을 확인할 수 없습니다. 그나마 검사가 신체검사의 근거를 언급해놓은 탓에 문제점을 지적할 수 있는 것입니다.

들이 '허위 혹은 불분명한 진술, 진술 지연, 항의, 가족 탈북 등의 이유로 주먹, 구둣발, 곤봉 등으로 전신 구타를 당하는 등 가혹행위를 당했다'고 주장하였습니다. 비록 증거부족과 소멸시효경과 등의 이유로 원고들의 주장이 받아들여지지 않는 않았지만, 그 구체적인 주장 내용에 비추어 각자 다른 기간 동안 합동신문시설에서 조사를 받은 8명이나 되는 북한이탈주민이 모두 거짓말을 했다고 보기는 어려우므로 다소 과장이 있었을 수도 있겠지만 적어도 1990년대에는 폭행이 어느 정도 광범위하게 이루어졌을 개연성이 크다고 할 수 있습니다.

국회의원 김영우의 2010년 실태조사(국회의원 김영우 보도자료 2010. 10. 5.자)에 따르면, 조사과정에서 공포심을 느꼈다는 응답이 36%에 달하였고, (재)경기도 가족여성연구원의 2012년 실태조사(북한이탈주민 인권침해 실태조사 2012)에 의하면 매우 많이 느낀 경우와 약간 느낀 경우를 포함하여 공포감을 느낀 북한이탈주민이 43.1%나 되었습니다. 그리고 국가인권위원회의 2009년 면접조사에 의하면, 합동신문과정에서의 북한이탈주민이 겪는 인권침해 중의 하나는 '먹을 것이 없어 굶어죽는 사회주의 북한사회에서 온 사람'이라는 조사관의 암묵적인 태도였습니다. 이는 경우에 따라 이들에 대한 무시와 눈속임으로 나타나기도 하였는바, 합동신문 중 북한이탈주민에게 지급하는 생필품 비용을 담당조사관의 카드로 지급하는 과정에서 물품 선택을 제한당하거나 비용을 부분적으로 유용당하는 경우도 있었습니다(탈북 여성의 탈북 및 정착과정에서의 인권침해 실태조사 2009).

또한 위 김영우 의원의 실태조사에 따르면, 독방생활 중 산책이나 운

동을 할 수 없었다는 응답이 92.2%에 달했고, TV시청이나 신문, 책 등을 읽지 못하게 한다는 응답도 70~90%로 나타났습니다. 이러한 임시보호 등 필요한 조치를 병자한 위법한 공권력행사는 별도의 헌법소원으로 문제 삼고자 하는바, 이하에서는 임시보호 등 필요한 조치라는 미명 아래 이뤄지는 위법한 구금 및 수사를 집중적으로 문제 제기하고자 하고, 이를 통하여 국가정보원장의 임시보호 등 필요한 조치의 근거인 이 사건 법조항의 위헌성을 부각시키고자 합니다.

## (2) 합동신문시설 독방 수용 및 폐쇄적인 공간에서의 조사

이 사건 수사검사는 의견서를 통하여, '보호여부 결정을 위하여 1인 실로 이동하여 조사가 이루어지며 통상 5일정도 소요되나 신원사항에 대하여 허위진술을 하는 등 비보호대상으로 의심되는 경우에는 180일 이내의 범위에서 사실확인 시까지 조사기간이 연장될 수 있다'고 밝혔습니다. 검사는 스스로 '임시보호조치 기간 중 보호여부 결정을 위한 조사는 독방구금상태에서 이뤄지고 조사기간이 연장되면 180일 동안 독방구금이 이뤄질 수 있음'을 인정하고 있습니다.

그리고 최근 문제가 되었던 간첩증거조작사건(서울고등법원 2013노 2728)의 판결문을 보면, 중앙합동신문센타 수용 형태가 확인되는바, 위 판결문을 보면, '일거수일투족이 CCTV를 통하여 상시 체크되고, 안에서는 문을 열고 나가지 못하고, 밖에서 문을 열어주어야만 나갈 수 있는 외부잠금장치가 설치되어 있는 독방에 수용된다는 점'이 확인됩니다.

7) 위법한 수사 및 증거능력문제에 집중하여 '이 사건 법조항의 위헌성'의 부각뿐만 아니라 '재판의 전제성'에 대한 의문을 해소하고자 합니다.

그후 보호 여부결정을 위해 1인실로 이동하여 조사가 이루어지며 통상 5일 정도 소요되나 신원사항 등에 대해 허위진술을 하는 등 비보호대상으로 의심되는 경우에는 180일 이내의 범위에서 사실확인시까지 조사기간이 연장될 수 있습니다. 조사결과, 보호대상인지 여부가 확인되면 관련법에 따라 30일 이내에 보호 결정을 하고 있습니다.

또한 보호신청자가 쇠창살과 철문이 있는 조사실에 수용되고, 조사실 밖으로 나가려면 허락을 받아야 하는 등 출입이 자유롭지 않다는 사실<sup>8)</sup>에 비추어 국가정보원장이 조사를 위하여 조사실에 수용한 행위도 사실상 법적으로 '감금'이라 할 것입니다.

### (3) 북한이탈주민의 동의 없는 수용

북한이탈주민의 자발적인 의사라는 형식을 갖춘 보호신청이, 법적으로 독방 및 조사실 수용에 대한 동의로 해석될 수는 없다 할 것입니다. 보호신청자들이 법적으로 감금인 독방 및 조사실 수용, 그 의미, 조사기간, 조사 시 권리 등에 대하여 '고지'를 받거나 '양해'를 하였다고 볼 수는 없기 때문입니다. 북한이탈주민보호법도 보호신청에서 보호결정에 이르는 전 과정에서 보호신청자의 절차적 권리로 '보호결정의 결과만을 통보받을 권리'만을 규정하고 있을 뿐인바(제8조), 법 규정이 이러함에도 보호신청만으로 독방수용이나 조사기간 연장에 동의나 양해가 있었다고 해석하는 것은 어

8) 서울중앙지방법원 2012. 9. 21. 선고 2012나15403 판결 참조

불성설이라 할 것입니다. 이 점은 '적법절차위반'이라는 위헌성문제로 귀결된다 할 것입니다.

#### **(4) 보호여부결정 등을 위한 조사와 간첩혐의조사가 혼재된 불법적인 강제수사(진술거부권 및 변호인조력권 등 침해)**

앞서 언급한 바와 같이, 이 사건 수사검사의 의견서 자체가 보호여부 결정 등을 위한 조사와 간첩혐의조사가 혼재되는 상황을 보여주고 있습니다(본 제청서 제4~6쪽). 그리고 북한이탈주민보호법 제8조 제1항 단서가 '국가안전보장에 현저한 영향을 줄 우려가 있는 사람에 대하여는 국가정보원장이 그 보호 여부를 결정'하도록 하고 있는데, 시행령 14조 제1호에서 '국가안전보장에 현저한 영향을 끼칠 우려가 있는 사람'에 '국가보안법(제10조는 제외한다)에 따른 죄를 범하였거나 범할 목적으로 있다가 전향의사를 표시한 사람'이 포함되어 있는바, 북한이탈주민보호법령도 임시보호조치기간 중 '위장 전향 여부' 및 간첩혐의조사가 이루어질 수 밖에 없고, 이 과정에서 불법적인 강제수사가 행해질 개연성을 보여주고 있습니다.<sup>9)</sup>

9) 북한이탈주민보호법 제8조 제1항 단서와 같은 법 시행령 제14조가 결합하여 위헌성을 띠고 있는바, 이 부분을 위헌제청하지 않은 이유는, 법령자체의 위헌성 문제가 아니라 시행령과 결합하였을 때 위헌성문제가 제기된다는 점, 같은 법 시행령 14조 제1호 대상자의 경우 보호여부 등 조사절차에서 전향 의사를 표시함과 동시에 적법절차에 기한 수사가 진행되는 형태로 실무가 운영된다면 위헌이라고 까지 말할 수 없다는 점 때문이었습니다. 변호인들의 판단이 문제가 있다면, 직권 위헌제청도 고려하여 주시기 바랍니다.

## (5) 아무런 제약 없이 행해지는 장기간의 수용·조사

북한이탈주민법 시행령 제12조 제2항은 국정원장이 행하는 '보호신청자에 대한 보호 여부 결정 등을 위한 필요한 조사'는 '해당 보호신청자가 국내에 입국한 날로부터 180일 이내'에 이루어져야 한다고 규정하고 있습니다. 또한 시행령 제15조 제2항은 국정원장의 보호 여부 결정은 '임시 보호나 그 밖의 필요한 조치를 마친 날부터 30일 이내'에 하도록 규정하면서도 단서로 부득이한 경우에는 그러하지 아니한다<sup>10)</sup>고 규정하고 있습니다. 그리고 같은 조 제5항에는 '부득이한 사유로 해당기간 내에 보호여부를 결정하지 못한 경우에는 그 사유 등을 보호신청자에게 알려야 한다'고 규정하고 있습니다.

구타 및 가혹행위를 당했음을 이유로 한 북한이탈주민들의 국가배상 청구사건의 2000년 판결문에 의하면, 1994년부터 1997년 사이 원고 중 한명은 약 7개월, 1명은 약 6개월 반, 2명은 약 5개월 반, 1명은 약 5개월, 2명은 약 2개월 반씩 합동신문시설에서 조사받은 것으로 되어 있습니다.<sup>11)</sup> 최근 서울시공무원간첩증거조작사건에서 보호신청자가 보름 만에 북한출신 화교라는 사실이 드러나 북한이탈주민법상의 보호대상이 아님이 명백하게 드러났음에도 불구하고 6개월 동안 합동신문시설에 수용되었던 사례가 있었습니다.<sup>12)</sup> 이 사건 피고인도 2013. 2. 8. 탈북자 신분으로 국내 입국하여

10) 180일도 모자라 그 이상 기간 보호여부 결정을 위한 강제수용도 예정한 것으로 보입니다.

11) 서울중앙지방법원 2000. 10. 4. 선고 99가합19930 판결 참조

12) 서울중앙지방법원 2013인2 인신보호사건

그날부터 구속영장이 발부되어 수원구치소에 구금된 2013. 7. 8.까지 약 5개월 동안 중앙합동신문센타에 수용되어 있었습니다(증거기록 제6쪽).

## 다. 임시보호 등 그 밖의 필요한 조치의 위헌성

### (1) 포괄위임금지원칙 및 명확성의 원칙 위반

우리 헌법은 권력분립주의에 입각하여 국민의 권리와 의무에 관한 중요한 사항은 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 국회에서 법률의 형식으로 결정하도록 하고 있고, 이러한 의회주의 내지 법치주의의 기본원리는 입법부가 그 입법의 권한을 행정부 내지 사법부에 위임하는 것을 금지함을 내포하고 있습니다(헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4). 그러나 현대국가에 있어서 국민의 권리 의무에 관한 것이라 하여 모든 사항을 국회에서 제정한 법률만으로 규정하는 것은 불가능한데, 이는 행정 영역이 복잡·다기하여 상황의 변화에 따라 다양한 방식으로 적절히 대처할 필요성이 요구되는 반면, 국회의 입법에 대한 기술적·전문적 능력이나 시간적 적응능력에는 한계가 있기 때문입니다(헌재 2002. 6. 27. 2000헌가10). 따라서 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 즉응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회가 제정한 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 이를 위임할 필요가 있습니다. 이에 우리 헌법 제40조는 “입법권은 국회에 속한다.”라고 규정하면서 아울러 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에

관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하고, 헌법 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관 사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.”고 규정하여 행정기관으로의 위임입법을 인정하고 있습니다.

하지만, 입법의 위임은 법률로써 구체적인 범위를 정하여 이루어져야 하는 것이어야 합니다. 그리고 위임범위의 구체성, 명확성의 요구 정도는 그 규제대상의 종류와 성격에 따라 달라질 수밖에 없는 것으로서, 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 합니다.

그리고 헌법에 의하여 위임입법이 용인되는 한계인 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미합니다. 위임입법의 위와 같은 구체성 내지 예측가능성의 요구 정도는 문제된 그 법률이 의도하는 규제대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것임은 물론이고, 그 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 합니다(헌재 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 58-59).



그리하여 헌법재판소는 처벌법규의 위임에 관해서 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 둘째, 이러한 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 셋째, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다고 판시하였는바(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4). 이러한 기준은 침익적 행정행위에 속하는 이 사건 법률조항의 경우에도 마찬가지로 적용되어야 할 것입니다.

합동신문에 대한 국가정보원 직무의 법적 근거는, 북한이탈주민보호법 제7조 제3항의 '임시보호나 그 밖의 필요한 조치'와 같은 법 시행령 제12조 제1항의 '일시적인 신변안전조치와 보호여부 결정 등을 위한 필요한 조사'가 전부입니다. 위 직무의 구체적인 내용, 방법, 절차 등에 관하여 북한이탈주민보호법 및 같은 법 시행령은 아무 것도 규정하고 있지 않습니다. 단지 같은 법 시행령 제12조 제2항에서 그 기간을 '해당 보호신청자가 국내에 입국한 날부터 180일 이내'로 규정하고 제3항에서 기타 사항에 대하여 국정원장에게 포괄적으로 위임을 하고 있을 뿐입니다. 한편 같은 법 제8조 제1항은 원칙적으로 통일부장관이 보호여부를 결정하되 예외적으로 국가안전보장에 현저한 영향을 줄 우려가 있는 사람에 대하여는 국정원장이 그 보호여부를 결정하도록 하고 있습니다.

국가정보원의 직무는 보호신청자를 특정시설에서 보호하면서 보호신청자가 실제 북한이탈주민이 맞는지를 확인하는 것입니다. 따라서 그 업무의 성격상 보호신청자의 신체의 자유, 인격권 등을 제약할 위험성이 크다고 할 수 있습니다. 한편 국가정보원은 일부 형사범죄에 대한 수사 권한을 가지고 있기 때문에 위와 같은 보호 및 조사 업무 수행과정에서 수사의 수단·방법이 혼용될 우려도 매우 높다 할 것입니다. 그럼에도 불구하고 신변 안전조치와 보호 여부 결정 등에 필요한 조사의 구체적인 내용을 법률 및 시행령으로 정하지 아니하고, 국가정보원장에게 포괄적으로 위임한 것은 포괄위임금지의 원칙 및 명확성의 원칙 위반이라 할 것입니다. 즉 북한이탈주민보호법이 제1조에서 밝히고 있는 입법목적인 북한이탈주민에 대한 보호 및 지원 내용이 포함된다고 볼 수 있는 ‘임시적인 보호 및 이에 따른 그 밖의 필요한 조치’ 즉 필요한 행정조치를 위한 구체적이 내용들이 하위의 시행령과 시행규칙에서 다루어져야 마땅함에도 불구하고, 같은 법 시행령 제12조 제3항이 간첩 등 국가안보사범의 수사를 담당하고 있는 국가정보원장에게 조사에 필요한 시설의 설치·운영을 일방적으로 위임하고 있는 것은 상위법인 북한이탈주민보호법에서 정하는 위임의 범위를 벗어났다고 보아야 할 것입니다. 그리고 이 사건 북한이탈주민보호법률로부터 ‘국정원장이 정하는 임시보호 등 그 밖의 필요한 조치’의 내용을 예측하기도 어려운바, 이는 명확성의 원칙에 반한다 할 것입니다.

임시보호 등 필요한 조치를 전적으로 국가정보원장이 정하도록 할 것이 아니라, 법령에 ‘수용의 법적근거, 조사기간의 명확화 및 수용기간 연장 시 절차적 통제방안, 북한이탈주민의 자기결정권 및 이의신청제도 보장,

외부와의 접견교통권, 변호사의 조력을 받을 권리, 보호신청 시 절차적 권리 고지 등'은 법률에 대강이라도 규정한 후 국가정보원장에게 세부사항을 위임하는 게 헌법상 위임입법의 한계를 지키는 것이라 할 것입니다.

국가정보원장이 정한 임시보호 등 필요한 조치 중 그나마 이 사건 수사검사가 의견서에 인용을 함으로 인하여 확인가능한 내용은, '규정상 알몸 검사가 원칙이고, 2014. 1. 이전에는 동의를 받지 않고 신체검사 및 지문 채취, 사진촬영을 하였다'는 것입니다.

1) 이러한 신체 및 휴대물품 검사 또한 인권보호 차원에서 2014년 1월부터는 해당 보호신청자로부터 신체검사 및 지문채취·사진촬영 동의를 받아 필요최소한의 범위에서 실시하고 있습니다.

헌법재판소는, 성남남부경찰서장이 현행범으로 체포된 청구인들로 하여금 경찰관에게 등을 보인 채 상의를 속옷과 함께 겨드랑이까지 올리고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내린 상태에서 3회에 걸쳐 앉았다 일어서게 하는 방법으로 실시한 정밀신체수색으로 인하여 청구인들의 기본권이 침해되었는지 여부가 문제된 사안에서(헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327), '피청구인이 유치장에 수용되는 자에게 실시하는 신체검사는 수용자의 생명·신체에 대한 위해를 방지하고 유치장 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 흉기 등 위험물이나 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 조사하는 것으로서, 위 목적에 비추어 일정한 범위 내에서 신체수색의 필요성과 타당성은 인정된다 할 것이나, 이러한 행정목적 달성을 위하여 경찰청장이 일선 경찰서 및 그 직원에 대하여 그 직무권한 행사의 지침을 발한 피의자유치및호송규칙에 따른 신체검사가 당연히 적법한 것이라고는 할 수 없고, 그 목적 달성을

위하여 필요한 최소한도의 범위 내에서 또한 수용자의 명예나 수치심을 포  
함한 기본권이 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 이루  
어져야 한다는 점 등을 근거로 수단과 방법에 있어서 필요 최소한의 범위를  
명백하게 벗어난 조치로서 이로 말미암아 청구인들에게 심한 모욕감과  
수치심만을 안겨주었다고 인정하기에 충분할 뿐만 아니라, 이로 인하여 청  
구인들로 하여금 인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 하는 것으  
로서 수인하기 어려운 정도라고 보여지므로 헌법 제10조의 인간의 존엄과  
가치로부터 유래하는 인격권 및 제12조의 신체의 자유를 침해하는 정도에  
이르렀다고 판단된다'고 판시한 바 있습니다. 이 사건 수사검사의 주장에  
근거하여도, 국가정보원장은 2014. 1. 이전에는 북한이탈주민의 알몸신체수  
색을 아무런 제한 없이 해 왔던 바, 이러한 국가정보원장이 정한 예규가 언  
제, 어느 시점에 어떠한 내용으로 바뀔지 아무도 알 수 없습니다. 북한이탈  
주민은 현행범인이 아니고 자유를 찾아 온 대한민국국민인바, 이 사건 북한  
이탈주민보호법은 위임입법의 한계를 명백히 일탈하였다 할 것입니다.

그리고 헌법재판소는, 범죄의 피의자로 입건된 사람들에게 경찰공무  
원이나 검사의 신문을 받으면서 자신의 신원을 밝히지 않고 지문채취에 불  
응하는 경우 형사처벌을 통하여 지문채취를 강제하는 구 경범죄처벌법 제1  
조 제42호가 영장주의의 원칙 등에 위반되는지 여부가 문제된 사안에서(헌  
재 2004. 9. 23. 2002헌가17 등), '이 사건 법률조항은 수사기관이 직접 물리  
적 강제력을 행사하여 피의자에게 강제로 지문을 찍도록 하는 것을 허용하  
는 규정이 아니며 형벌에 의한 불이익을 부과함으로써 심리적·간접적으로  
지문채취를 강요하고 있으므로 피의자가 본인의 판단에 따라 수용여부를

결정한다는 점에서 궁극적으로 당사자의 자발적 협조가 필수적임을 전제로 하므로 물리력을 동원하여 강제로 이루어지는 경우와는 질적으로 차이가 있다. 따라서 이 사건 법률조항에 의한 지문채취의 강요는 영장주의에 의하여 할 강제처분이라 할 수 없다. 또한 수사상 필요에 의하여 수사기관이 직접강제에 의하여 지문을 채취하려 하는 경우에는 반드시 법관이 발부한 영장에 의하여야 하므로 영장주의원칙은 여전히 유지되고 있다고 할 수 있다'고 판시한 바 있습니다. 국가정보원장은 2014. 1. 이전까지 당사자의 자발적인 동의나 법관의 영장이 필요한 지문채취도 임시보호 등 필요한 조치의 내용으로 정하여 제멋대로 해 왔던 것입니다. 앞서 언급한 바와 같이 이러한 규정도 언제, 어느 시점에 어떠한 내용으로 바뀔지 아무도 알 수 없습니다.

## (2) 적법절차원칙 위반

헌법 제12조 제1항은 신체의 자유를 규정하면서 인신의 구속, 즉 감금은 명확한 법률의 근거와 적법한 절차에 의하여야 한다는 취지를 밝히고 있습니다. 영장주의 적용 여부는 별론으로 하더라도<sup>13)</sup> 모든 형사상 혹은 행정상 구금에 명확한 법률의 근거와 적법한 절차가 전제되어야 함은 이론의 여지가 없습니다.

헌법재판소도 '우리 헌법이 채택하고 있는 적법절차의 원리는 절차적

---

13) 영장주의 위배문제는 후술하였습니다.

차원에서 볼 때에 국민의 기본권을 제한하는 경우에는 반드시 당사자인 국민에게 자기의 입장과 의견을 자유로이 개진할 수 있는 기회를 보장하여야 한다는 것을 그 핵심적인 내용으로 하고, 형사처벌이 아닌 행정상의 불이익 처분에도 적용된다'고 분명히 밝히고 있습니다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌마 200).

‘임시보호나 그 밖의 필요한 조치’의 의미는 이 사건 법률의 취지와 관련 규정의 해석을 통하여 파악할 수 있습니다. 북한이탈주민법상 ‘보호’는 북한이탈주민이 대한민국에서 ‘정치, 경제, 사회, 문화 등 모든 생활 영역에서 신속히 적응, 정착하는 데 필요한 보호 및 지원’을 의미하고, 취업보호, 주거지원 등을 규정한 같은 법 제10조 이하의 규정에 비추어 국내 체류 보장, 의식주 제공, 생계유지 보장 등을 그 내용으로 하는 것으로 해석됩니다. 따라서 아직 북한이탈주민 여부 등 보호대상자 여부가 결정되지 아니한 상황에서 임시 ‘보호’ 역시 최소한 일정 정도의 체류와 의식주, 생계유지 보장을 그 내용으로 한다고 해석됩니다. 또한 ‘그 밖의 필요한 조치’ 역시 보호결정에 이르는 과정에서 필요한 조치정도로 해석하는 것이 적절하다 할 것입니다. 따라서 ‘임시보호나 그 밖의 필요한 조치’라는 규정이, 엄격하고 명확한 법적 근거와 적법절차의 적용을 필요로 하는 ‘감금’을 규정한 것으로 해석할 수는 없다 할 것입니다.

‘위장간첩의 보호신청자 위해와 합동신문센타 기밀 수집, 보호신청자 간 정보공유를 통한 조사 방해 등의 방지’ 등이 보호신청자의 독방 및 조사실 수용의 필요한 사유로 제시될 수 있으나, 그러한 필요성이 법적 근거가

없는 감금을 정당화하거나 감금의 법적근거가 될 수 없는 '임시보호나 그 밖의 필요한 조치'를 감금의 근거로 만들 수는 없습니다. 그리고 설사 필요성이 인정된다 하더라도 신체의 자유제한은 필요최소한도에 그쳐야 하지 아무런 통제장치 없이 180일가량을 독방구금상태로 조사한다는 것은 어떠한 경우에도 합리화될 수 없습니다.

적법절차원칙에서 도출할 수 있는 가장 중요한 절차적 요청 중의 하나로, 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것을 들 수 있습니다(헌재 2006. 5. 25. 2004헌바12). 북한이 탈주민의 독방수용 등이 적법하기 위하여는 그 정당성 혹은 필요성만으로 족한 것이 아니라 독방 수용 등의 사유, 형태, 기간 등에 대한 엄격하고 명확한 법적 근거와 의견청취, 고지 등 적법절차의 적용이 전제되어야 합니다. 그러나 이 사건 법률조항은 적법절차의 주요내용인 '적절한 고지, 의견청취 등'을 전혀 예정하고 있지 않습니다.

국가정보원이 행정조사라고 말하는 신문과정에서 헌법과 형사소송법 규정상 영장주의와 적법절차의 보장은 전혀 이루어지지 않고 있고, 국가정보원은 국가정보원법 제11조상의 의무도 전혀 이행하지 않고 있습니다. 즉, 조사과정에서 조사자의 신분을 밝히지 않고 있고, 진술거부권·변호인의 조력을 받을 권리 등 피의자에게 당연히 인정되는 권한에 대하여 어떠한 고지도 이루어지고 있지 않습니다. 뿐만 아니라 조서 작성 등으로 신문과정을 기록하고 그에 대한 피조사자의 이의 여부를 물어야 한다거나, 특정신분을 가진 자로 하여금 동석하게 해야 한다는 등의 절차규정을 모두 위반하고

있습니다. 따라서 국가정보원의 합동신문 중 조사행위는 그 위법성이 매우 중대하다 할 것입니다.

다음으로 북한이탈주민의 동의 없는 수용에 대하여 언급하겠습니다. 앞서 언급한 바와 같이 북한이탈주민은 보호신청에서 보호결정에 이르는 전 과정에서 보호신청자의 절차적 권리로 보호결정의 결과를 통보받을 권리만을 규정하고 있을 뿐입니다(제8조). 그리고 북한이탈주민이 외형상 스스로 보호 신청을 하고 있는 것은 사실이지만, 북한이탈주민보호법의 취지에 부합하는 보호 신청을 한 이상 철회가 가능하였다고 이야기할 수 없습니다. 즉 북한이탈주민은 ‘북한을 벗어난’(제2조 제1호) 사람으로 ‘대한민국의 보호를 받으려는 의사를 표시(제3조)하는 것이고, 이 의사표시를 통하여 ‘대한민국의 자유민주적 법질서에 적응하여 건강하고 문화적인 생활을 할 수 있도록 노력하겠다’(제4조)는 의지를 표명하는 것입니다. 북한이탈주민의 이러한 보호 신청의 철회 가능성을 이야기하는 것은 대한민국 국민인 보호신청자에게 국가의 보호를 받기 싫으면 ‘반국가단체의 지배하에 있는 지역’인 북한으로 가버려도 된다고 지극히 무책임하게 이야기하는 것과 다르지 않습니다.

일반적으로 북한이탈주민은 보호여부결정을 위한 최소한의 조사가 이루어질 것이라는 점은 예상하지만, 그것이 독방 구금으로 이어질 것이라고는 예상하지 못합니다. 그리고 보호신청자가 감금된 이후에는 일반적으로 그 감금의 법적 의미에 대하여 평가할 수 있는 근거가 없고, 그 어떠한 외부와의 접촉이나 외부의 도움이 차단되어 있고 모든 것이 국가정보원의 재



량에 달려 있다고 판단할 수밖에 없는 상황에서 독방 감금 등으로 인한 신체적·정신적 고통에 대하여 문제제기하는 것은 거의 불가능하다고 판단하고, 이를 북한을 탈출하여 국내에 정착하기 위한 어쩔 수 없는 통과 의례로 받아들일 수밖에 없는 것이 현실이라 할 것입니다.

그리고 감금상태를 벗어나기 위하여 보호신청자가 보호신청을 철회한다고 하여 국가정보원장이 아무런 조치 없이 감금상태를 종료시키고 대한민국 내의 체류를 허용할 지도 의문입니다. 설령 보호신청자의 보호신청 철회가 받아들여진다고 하더라도 북한이탈주민인 보호신청자는 일반적으로 중국으로 돌아갈 수 있는 합법적인 수단도 없습니다. 가사 보호신청 철회 등으로 보호신청자가 중국으로 추방된다고 하더라도 북한이탈주민은 다시 북한으로 추방되어져 남한으로의 이탈사실까지 밝혀지는 경우에는 교화소 등에 수용될 수밖에 없고, 남한으로의 이탈사실이 밝혀지지 않은 상황이라 하더라도 노동단련대 등을 거쳐 자신이 탈출한 곳을 다시 들어가 생활을 하여야 하는 선택권 아닌 선택권을 가지게 될 뿐이라 할 것입니다. 따라서 '양해'나 '철회 가능성'을 근거로 감금을 정당화시킬 수는 없고, '조사'와 '감금'은 구분되어야 하며, 합동신문과정에서의 감금은 보호신청자의 선택의 여지가 없는 강요된 것임을 확인할 필요가 있다 할 것입니다.

결국 '언제든지 철회가 가능하지 않느냐'라는 식의 국가정보원 답변 식의 반문은 법적으로 사실적으로나 무의미하다 할 것입니다. 이는 감금된 사람에게 창문을 통해 '목숨 걸고' 뛰어 내릴 수 있지 않았느냐고 말하는 것과 마찬가지로 우매한 반문이라 할 것입니다. 헌법은 인신구속을 적법절

차 및 영장주의 원칙에 의하여 엄격하게 통제하고 있으며, 형사소송법상 동의에 의한 구금은 허용되지 않는다는 점에 학계 및 실무계의 견해가 일치하고 있습니다. 그러므로 외형상 스스로 보호신청을 하였다는 이유만으로 독방 구금 등이 허용된다고 볼 수 없다 할 것입니다. 이 사건 법률조항의 위임입법이 한계가 지켜지지 않아 국가정보원장이 제멋대로 독방구금을 하고 강제적인 조사를 하는 것입니다.

임시보호 등 조치를 통하여 행정조사를 하고, 그 행정조사가 불가피하게 인신구속을 수반하는 경우에는 반드시 영장주의가 적용되는 것은 아니라 하더라도 영장주의의 취지를 반영하는 높은 강도의 적법절차의 원칙이 적용되어야 할 것입니다.

### **(3) 영장주의원칙 위반**

영장주의의 본질은 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색 등 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있습니다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌가5). 그러므로 영장주의를 완전히 배제하는 특별한 조치는 비상계엄에 준하는 국가비상사태에 있어서도 가급적 회피하여야 할 것이고, 설사 그러한 조치가 허용된다고 하더라도 지극히 한시적으로 이루어져야 할 것이며, 영장 없이 이루어진 수사기관의 강제처분에 대하여는 조속한 시간 내에 법원에 의한 사후심사가 이루어질 수

있는 장치가 마련되어야 할 것입니다(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70, 2010헌바132(병합), 2010헌바170(병합) 결정).

국가정보원은 보호신청자의 조사실 수용의 근거로 위장간첩의 보호 신청자 위해와 합동신문센타 기밀 수집의 위험성을 들고 있는데,<sup>14)</sup> 이는 국가정보원이 모든 보호신청자를 잠재적 간첩으로 간주하여 이들의 간첩죄 혐의 등에 대하여 수사하여야 할 필요성을 자인하고 있는 것으로 볼 수 있습니다.<sup>15)</sup>

설령 보호여부 결정을 위한 조사초기에는 국가보안법위반 혐의에 대한 수사가 개시된 것이 아니라고 보더라도, 적어도 본인의 신원사항 전반에 대하여 거짓 혹은 일관성 없는 진술을 하였다는 등의 이유로 위장탈출혐의를 받게 되어 반복적인 조사와 자술서 작성의 지시 등을 통하여 강도 높은 조사가 이루어진다면, 그 시점에서는 본격적인 국가보안법위반혐의에 대한 수사가 병행되었다고 보아야 할 것입니다.

이 사건 제1심법원도 ‘특별사법경찰관의 집중 신문 끝에 입국 후 100일이 지난 2013. 5. 7. 범죄사실을 인정하였다’고 판단하였는바(판결문 제15쪽), 사실상 국가정보원 소속 특별사법경찰관은 임시보호조치기간 중 피고인에 대한 국가보안법위반혐의에 대하여 수사를 하였다 할 것입니다. 최●

14) 서울중앙지방법원 2012. 9. 21. 선고 2012나15403 판결

15) 2008년 원정화사건 등 이후 정부는 ‘통일부, 국방부, 검찰이 합동신문의 강화를 통하여 간첩의 조기색출’을 그 대책으로 내놓았는데, 이는 정부조차도 보호신청에 대한 보호여부결정을 위한 조사와 형사절차인 국가보안법위반혐의에 대한 수사를 구분하지 않는다는 우려를 낳게 하였습니다.

●에 대한 진술조서를 보면, 피고인을 '탈북자 위장 북한 보위사 공작원 혐의자'로 지칭하였는바, 이러한 지칭이 '국가보안법위반 피의자'와 무엇이 다른지 의문입니다.

진술조서	
성명	: 최 [REDACTED]
주민등록번호	: [REDACTED]
직업	: 「○○○○방송」국장
주거	: [REDACTED]
등록기준지	: [REDACTED]
연락처	: (휴대전화) 010-****-**** (전자우편)

위의 사람은 탈북자 위장 북한 「보위사」 공작원 혐의자 이 [REDACTED] 관하여 2013.6.16 11:20 국가정보원 동문면회실에 임의출석하여 다음과 같이 진술하다

수사기관이 실질적으로 특정범죄에 대한 혐의를 인정하고 조사활동을 개시하면, 피의자의 신분을 취득하였다고 보아야 할 것입니다. 수사기관이 피내사자를 소환하여 진술을 청취하거나, 첩보에 기하여 참고인들에 대한 조사를 한 경우 이는 혐의를 인정하고 실질적으로 수사를 개시한 것으로 보아야 하기 때문입니다. 내사단계에서 혐의의 존부를 판단하기 위한 수단은 어디까지나 일반인도 할 수 있는 수단에 그쳐야 하는 것이지 이를 빙자하여 정식의 수사수단을 사용하는 것은 본말이 전도된 방법이라 할 것인바, 국가정보원은 임시보호 등 필요한 조치라는 미명아래 본말이 전도된 수사, 즉 임의수사를 빙자한 강제수사를 하였는바, 이 사건 피고인도 이 과정

에서 헌법상 보장된 피의자의 권리를 전혀 보장받지 못하였습니다.

법원도 중앙합동신문센타에 있는 보호신청자에 대한 조사가 비록 참고인 조사의 형식을 취했다고 하더라도 국가정보원이 보호신청자에 대하여 '보위부 공작원 인입경위, 탈북자 정보 전달 경위, 대한민국 입국 경위 등에 관한 사실을 확인하고, 이에 관하여 구체적인 내용을 진술하게 하는 방식으로 조사한 것은 이미 국가보안법위반의 범죄혐의가 있다고 보아 수사하는 행위를 한 것으로 볼 수밖에 없다'고 판시한 바 있고, 더 나아가 이런 경우 보호신청자는 피의자의 지위에 있으므로 진술거부권을 고지하지 않고 작성된 진술서는 위법수집증거로서 그 증거능력이 부인되어야 한다고 언급하고 있습니다(서울중앙지방법원 2013. 8. 22. 선고 2013고합186 판결). 이 사건 1심판결은 증거능력이 부인되어야 하는 자술서 등이 유죄의 증거로 채용된 상태인바, 명백히 위법이라 할 것입니다.

이 사건 피고인에 대한 피의자신문조서(증거기록 제105쪽)을 보면, 국가정보원 수사관이 독방에 구금되어 있는 피고인에게 출석요구를 하였고, 피고인이 이에 응한 것으로 기재되어 있습니다.

수사관의 임의동행은 상대방의 신체의 자유가 현실적으로 제한되어 실질적으로 체포와 유사한 상태에 놓이게 됨에도, 영장에 의하지 아니하고 그밖에 강제성을 띤 동행을 억제할 방법도 없어서 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성이 보장되지 않을 뿐만 아니라, 아직 정식의 체포·구속단

문 피의자가 이 자리에 출석을 하게 된 것은 2013.6.21 오전경 피의자를 보호하는 중앙합동신문센터 담당관으로부터 국가정보원 수사관이 피의자의 국가보안법 위반 혐의에 대해 조사할 것이 있으니 6.25 09:00까지 중앙합동신문센터 조사실로 나와 달라는 연락을 받고 이 자리에 출석하게 된 것이지요.

답 예, 맞습니다.

계 이전이라는 이유로 상대방에게 헌법 및 형사소송법상 체포·구속된 피의자에게 부여되는 각종의 권리보호장치가 제공되지 않는 등 형사소송법의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크므로 오로지 상대방의 자발적인 의사가 객관적으로 명백히 입증된 경우에 한하여 그 적법성이 인정된다 할 것입니다(대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결 등 참조).

보호신청자를 독방에 수용하는 것과 관련하여 법적 근거가 있다 할 수 없다는 점, 보호신청자의 보호조치신청이 '독방 수용에 대한 동의나 양해'로 볼 수 없다는 점, 독방수용 등을 이유로 보호신청의 철회가능성은 기대할 수 없는 점을 감안하면, 국가정보원 수사관들이 보호신청자가 독방에 수용되어 있는 상태를 이용하여 살인죄보다 법정형이 무거운 국가보안법위반혐의에 대한 수사를 진행하기 위하여 소환요구를 하는 것은 임의동행이 아니라 강제수사라고 밖에 볼 수 없다 할 것입니다.

앞서 언급한 바와 같이, 영장주의의 본질은 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색 등 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 구체적 판단을 거쳐 받

부한 영장에 의하여만 한다는 데 있습니다. 특별사법경찰관인 국가정보원 직원의 북한이탈주민에 대한 국가보안법위반혐의에 대한 집중적인 신문과 이에 따른 자백과정을 형사절차라 보지 않을 수 없습니다. 그리고 중앙합동 신문센타라는 시설에서의 수용과 외부와의 접견교통 제한을 신체의 자유를 침해하는 강제처분이라 보지 않을 수 없습니다. 그렇다면, 진성탈북자와 위장탈북자를 판별하는 조사를 넘어 선 형사범죄에 대한 수사 시에는 법관의 구체적인 판단을 거쳐 발부한 영장이 반드시 필요하다 할 것입니다.

그런데, 북한이탈주민보호법은 법률의 위임 없이 국가정보원장이 국가보안법위반혐의에 대한 수사를 위한 임시보호 등 조치를 할 수 있도록 하고 있고, 그 내용은 예측이 불가능할 뿐만 아니라, 국가정보원장이 정한 내용도 비공개되어 있는지라 그 내용을 확인할 수도 없습니다.

그리고 북한이탈주민보호법 제7조 제3항은 '국가정보원장은 임시보호나 그 밖의 필요한 조치를 한 후 지체 없이 그 결과를 통일부장관에게 통보하여야 한다'라고만 규정하고 있어, 법관에 의한 통제를 잠탈하고 있는바, 이는 헌법 제12조 제3항이 규정한 영장주의에 정면으로 배치된다 할 것입니다.

행정상 즉시강제의 경우에는 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보고 있긴 하나, 이와 같이 영장주의가 적용되지 않는 경우는 '상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기

다려서는 그 목적을 달성할 수 없는 대물적 강제의 경우이거나(헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12), 재범의 위험성이 현저한 자를 상대로 긴급히 보호할 필요가 있는 경우에 한하여 단기간의 동행보호로서 그 요건을 엄격히 해석하여야 하고, 그 근거가 법에 있는 경우에 한한다 할 것입니다(헌재 1997. 6. 13. 96다56115). 국가정보원장의 임시보호조치는 대상자의 일정한 시설에의 수용과 강제적인 조사가 내포되어 있다 할 것인바, 신체의 자유가 침해되는 대인적 강제처분이라 할 것인데, 시행령은 법의 위임없이 지나치게 장기간 동안 시설에 수용할 수 있도록 하고 있는바, 영장주의 위반으로 밖에 볼 수 없다 할 것입니다.

대법원은 ‘지방의회에서의 사무감사·조사를 위한 증인의 동행명령장 제도도 증인의 신체의 자유를 억압하여 일정 장소로 인치하는 것으로서 헌법 제12조 제3항의 "체포 또는 구속"에 준하는 사태로 보아야 하고, 거기에 현행법 체포와 같이 사후에 영장을 발부받지 아니하면 목적을 달성할 수 없는 긴박성이 있다고 인정할 수는 없으므로, 헌법 제12조 제3항에 의하여 법관이 발부한 영장의 제시가 있어야 함에도 불구하고 동행명령장을 법관이 아닌 지방의회 의장이 발부하고 이에 기하여 증인의 신체의 자유를 침해하여 증인을 일정 장소에 인치하도록 규정된 조례안은 영장주의원칙을 규정한 헌법 제12조 제3항에 위반된다(대법원 1995. 6. 30. 선고 93추83 판결)’라고 판시한 바 있는바, 중앙합동신문센타에 수용되어 있는 북한이탈주민은 조사기간 중 독방에 수용되어 있고, 그 독방은 외부에서 잠금장치가 있으며 내부에는 CCTV가 있어 행동이 감시되는 상태인데다가 달력이 없어 시간경과를 알 수도 없습니다. 이는 ‘구속에 준하는 상황’이라고 보아야 하



고, 이런 상황에서의 국가보안법위반혐의에 대한 수사시 영장주의에 대한 예외를 인정하여야 할 긴박성이 있다고 볼 수 없다 할 것입니다.

#### (4) 과잉금지원칙 위반

헌법 제37조 제2항에 의하면, 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있습니다. 따라서, 기본권을 제한하는 입법은 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 입법으로 인한 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공익과 침해되는 사익의 균형성을 모두 갖추어야 한다는 것이며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다 할 것입니다(헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등 참조).

그리고 우리 헌법은 제12조 제1항 제1문에서 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”라고 규정하고 있다. 신체의 안전이 보장되지 아니한 상황에서는 어떠한 자유와 권리도 무의미해질 수 있기 때문에 신체의 자유는 인간의 존엄과 가치를 구현하기 위한 가장 기본적인 최소한의 자유로서 모든 기본권 보장의 전제가 된다 할 것입니다. 헌법이 신체의 자유를 철저히 보장하기 위하여 두고 있는 여러 규정 중의 하나인 헌법 제27조 제4항은

“형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”라고 하여 무죄추정의 원칙 내지 피고인의 무죄추정권을 규정하고 있는데 이러한 무죄추정권은, 공판절차에 선행하는 수사절차의 단계에 위치한, 피의자에 대하여도 당연히 인정된다 할 것입니다(헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193).

이 때문에 국민의 신체의 자유와 거주이전의 자유를 침해하기 쉬운 형법과 형사절차에서는 체포, 구금, 압수, 수색 등 강제적 수사는 반드시 법관이 발부한 영장에 의해서만 가능하도록 하고 있으며, 이를 위반한 경우에는 위법하게 수집된 증거로서 증거능력을 부인하고 있습니다. 뿐만 아니라 실제 진실의 발견이 중요할지라도 이를 위해 용인할 수 있는 국민의 기본 제한은 분명 한계가 있는 바 경찰 및 검찰의 수사 중 구속기간과 재판 중의 구속기간을 제한하는 규정을 두고 있습니다. 게다가 국가보안법의 경우 추가로 경찰 조사에서 1회, 검찰 수사에서 2회의 구속기간 연장이 가능합니다<sup>16)</sup>.

북한이탈주민법 제8조와, 동 시행령 제12조, 제14조에 따르면 국가정보원이 임시보호 조치 과정에서 국가보안법위반 혐의와 관련하여 조사할 것이 예정되어 있습니다. 그렇다면 위 법률은 보호 신청을 한 북한 이탈주민의 신체의 자유, 거주이전의 자유 등의 심각한 침해를 예정하고 있는 바, 강제수사의 범위와 정도와 관련하여 형법과 형사소송법에 준하는 정도 엄격한 제한을 두었어야 합니다.

---

16) 국가보안법 제19조

앞서 언급한 바와 같이 최근 보호신청자가 보름만에 북한출신 화교 임이 드러나 북한이탈주민보호법상의 보호대상자가 아님이 명백하게 드러났음에도 불구하고 6개월 동안 중앙합동신문센타에서 수용된 사례가 있습니다(서울중앙지방법원 2013인2 인신보호사건). 동 사건에서 국가정보원은 '보호신청자가 자유로운 의사로 보호신청을 하였고, 필요한 조사 시 임시보호시설에 수용된다는 점을 알고 있었으므로 보호대상자가 아니라는 결정이 내려지기까지 약 6개월 동안 수용에 동의하였다고 봄이 상당하고, 출국명령의 출국기한까지 1개월 동안 추가적으로 자유로운 의사에 의하여 중앙합동신문센타에 거주할 것'이라고 밝힌 바 있습니다.

그러나 '오빠가 간첩이라는 허위자백에 이르게 만드는 독방 수용 및 조사'를 자유로운 의사에 기인하였다고 주장하는 것 자체가 어불성설이라 할 것이고, 출국할 때까지 1개월 동안도 자유로운 의사에 따라 거주할 것이라는 것도 사실상 보호신청자의 의사를 강제하는 것이라고 밖에 볼 수 없습니다.

북한이탈주민인지를 파악하기 위한 절차가 무려 180일이라는 강제수용 및 강제수사를 필요로 한다는 것은 헌법적으로 용납할 수 없습니다. 전술한 바와 같이 우리사회의 공공복리 및 질서유지를 위한 국가의 형벌권도 수사기관에서 최대 30일(국가보안법의 경우 60일) 이상 구금할 수 없도록 되어 있습니다. 그런데 북한이탈주민 보호법령은 국정원장이 북한이탈주민인지 여부를 무려 180일 동안 수용(사실상 구금)하면서 조사할 수 있도록 하고 있습니다. 게다가 보호여부를 결정하기 위해 30일이 추가기간으로 주

어지고, 이러한 추가기간 제한조차도 아무런 해석의 근거가 없는 '부득이한 경우'로만 규정하고 있어서 이를 지킬 필요가 없고, 단지 보호신청자에게 관련 사실을 알려주기만 하면 되도록 규정하고 있습니다. 이는 사실상 헌법상 또는 법률상 근거가 없이 영장 없는 무기한 구금을 인정한 것으로 과잉 금지원칙을 위반하여 보호 신청자들의 신체의 자유, 거주·이전의 자유를 침해하고 있다 할 것입니다.

## 5. 맺음말

북한이탈주민을 남한에 정착하도록 지원하기 위한 목적의 보호결정 조사절차와 국가보안법위반혐의에 대한 수사절차는 분명하게 구분해야 합니다. 불가피한 혼재가능성이 있다 하더라도 그 조사기간은 최소한이어야 하고, 곧바로 헌법상 피의자권리가 보장되는 수사절차로 진행되어야 합니다. 과거에 한국과 같은 분단 상황 이념적 대치상황을 공유하였던 독일에서 구 동독지역에서 탈출한 주민에 대한 수용 및 보호조치와 관련하여 현행 중앙합동신문센타와 같이 원칙적으로 그리고 공식적으로 국가정보기관이 주도하는 조사가 행해졌다는 흔적을 확인하기는 어렵습니다. 과거 서독에서 해당업무를 담당했었던 주무부처였던 '연방실향민처'에 상응하는 한국 정부 부처가 현재의 통일부라고 파악한다면, 북한이탈주민의 임시보호 및 기타 필요한 조치를 취하는 주무부처를 통일부로 하는 것이 적합하다 할 것이고, 인신구속과정에서 개개의 절차마다 법원의 영장에 의한 통제를 받도록 하여야 할 것입니다. 그래야 국무회의의 통제, 국회의 감독, 법원의 감독이 가

능하다 할 것입니다.

간첩혐의에 대한 수사 등 형사절차는 전혀 별개의 절차여야 하고, 이러한 절차가 개시될 경우에는 헌법과 형사소송법상 적법절차가 준수되어야 함은 지극히 당연하다 할 것입니다. 행정조사를 통하여 위장탈출, 간첩죄 혐의에 대한 조사의 필요성 및 상당성이 인정된다는 주장도 있을 수 있으나, 흉악범이나 지능범이 증가한다고 하여 고문의 도입을 이야기할 수 없는 것과 마찬가지로 보호신청절차를 이용한 간첩이 증가한다는 논리로 행정절차에 불과한 보호여부 심사절차에서 간첩죄 혐의수사를 하는 위법한 관행을 정당화하거나 강화할 수는 없다 할 것입니다.

인간의 재능과 가치의 차별성을 인정하고 이를 근거로 명예와 재화를 분배하는 것이 배분적 정의라 할 것인바, 형사소송법은 배분적 정의의 실현을 목적으로 하고 있습니다. 사람은 모두 평등하다고 하지만, 이는 추상적인 인격체로서의 인간을 두고 하는 말이고, 실제 사람들 사이에서는 열거할 수도 없을 정도로 많은 차이가 있다 할 것입니다. 이러한 차이를 가진 인간들을 우리사회가 모두 똑같이 대우한다면, 그것은 결코 공정한 사회가 될 수 없는 모순에 빠지고, 이는 결코 바른 의미의 평등이 될 수 없다 할 것입니다. 대법관님들께서는 취임사 등을 통하여 '사회적 약자의 보호'를 역설하십니다. 북한이탈주민은 대한민국국민이지만, 국가정보원의 위법한 공권력행사로 인하여 인권을 침해받고 있는 '사회적 약자'입니다. 이 사건 법률에 대한 위헌제청은 헌법이 추구하는 배분적 정의, 사회적 약자보호 실현을 위하여 반드시 필요합니다.

이상 살펴본 바와 같이 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 제7조 제3항은 헌법 제12조, 제37조 제2항, 제40조, 제75조 등에 위반되어 위헌이라고 판단되므로, 신청인의 대리인(피고인의 변호인)은 귀원에 위헌 법률심판을 제청해주시길 것을 신청하기에 이르렀습니다.

## 첨 부 서 류

1. 관련법령

1부

2014. 6.

피고인의 변호인

대법원 귀중