

국가보안법위반(간첩등)등피고사건

[서울고법 1987. 2. 10. 86노3515]



【판시사항】

가. 면소판결에 대해 피고인이 무죄의 선고를 주장하여 항소할 수 있는지 여부나. 불법적 장기구금, 가혹행위 등으로 인한 경찰에서의 임의성 없는 심리상태가 검찰에서도 그대로 지속되었다면, 검사작성의 피의자심문조서는 증거능력이 없다고 한 사례다. 증거로 제출된 비디오테이프를 녹음과 녹화부분으로 구분하여 고찰한 사례

【판결요지】

가. 일단 면소사유가 있는 이상 실체법상의 유죄·무죄를 불문하고 절차를 빨리 종결시켜 피고인을 소송에서 해방시켜야 한다는 면소판결의 정신에서 볼 때 설사 유죄의 증거가 충분하지 않다고 하더라도 피고인은 무죄의 선고를 주장하지 못한다.나. 불법적 장기구금, 가혹행위 등으로 경찰에서 임의성 없는 심리상태가 이루어지고 검찰에서도 그 심리상태가 지속되었다면, 검사작성의 피의자심문조서는 임의성이 없는 피고인의 자유를 내용으로 하는 것이어서 증거능력이 없다.다. 비디오테이프는 녹음과 녹화부분으로 구분하여 각 그 증거능력 및 증명력을 심사하여야 한다.

【참조조문】

형사소송법 제307조, 제308조, 제312조, 제326조

【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 검사 및 피고인

【원심판결】 제1심 대전지방법원(86고합152 판결)

【주문】

】

원심판결 중 유죄부분을 파기한다.

피고인을 징역 1년 및 자격정지 1년에 처한다.

원심판결선고전의 구금일수 중 175일을 위 징역형에 산입한다.

다만 이 판결과 확정일로부터 2년간 위 징역형의 집행을 유예한다.

이 사건 공소사실 중 반국가단체구성원의 지령에 의한 잠입의 각 점, 반국가단체구성원의 지령을 받기 위한 탈출의 각 점, 반국가단체구성원의 지령에 의한 국가기밀탐지, 수집의 각 점, 반국가단체구성원과의 회합의 각 점 및 반국가단체구성원의 지령에 의한 허위사실의 날조, 유포, 사실의 왜곡, 전파의 각 점은 각 무죄.

검사의 항소를 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유와 요지

가. 피고인의 변호인들의 항소이유의 요지 제1점은, 피고인은 이 사건 공소사실기재의 범죄를 일체 저지른 일이 없음에도 불구하고, 원심은 피고인이 수사기관에서의 장기적 불법구금, 폭행 등에 못이겨 한 허위의 자백이외에 뚜렷한 증거가 없음에도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정함으로써 증거없이 사실을 오인하였거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다는 것이고, 같은 제2점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체구성원의 지령에 의한 국가기밀탐지, 수집의 각 점에 대하여 그 탐지, 수집하였다는 사항의 내용이 공지의 사실로서 국가기밀에 해당하지 아니하여 간첩죄를 구성하지 아니하는데도 원심은 그러한 사항들이 국가기밀에 해당한다고 인정함으로써 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 변호인 오복동의 항소이유의 요지 제3점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 각 점에 대하여 위 제1점에서 본 바와 같이 증거가 없으므로 무죄의 선고를 하여야 할 것인데도 원심은 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소의 판결을 함으로써 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 변호사들의 마지막 항소이유의 요지는 피고인에 대한 원심의 양형이 너무 무거워서 부당하다는 것이다.

나. 검사의 항소이유 요지와 제1점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 각 점에 대하여 원심은 그 행위는 구 반공법 (법률 제1997호) 제6조 제1항에 해당되고 법정형이 10년이하의 징역이어서 그 범죄의 공소시효기간은 7년인 바, 이미 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소의 판결을 하였으나 피고인의 위 행위는 같은 법 제6조 제3항에 해당하여 아직 공소시효가 완성되지 않았으므로 원심은 이 점에서 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 제2점은 원심이 피고인에 대하여 선고한 형량이 너무 가벼워서 부당하다는 것이다

2. 항소이유에 대한 판단

가. 원심판결 중 면소부분에 대한 각 항소이유에 대하여 살핀다.

일단 면소사유가 있는 이상 실체법상의 유죄, 무죄를 불문하고 절차를 빨리 종결시켜 피고인을 소송에서 해방시켜야 한다는 면소판결의 정신에서 볼 때, 설사 유죄의 증거가 충분하지 않다하더라도 피고인은 무죄의 선고를 주장하지 못한다 할 것이고, 또 구 반공법 (법률 제1997호)의 규정상 문제된 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 행위가 비록 반국가단체구성원의 지령에 의한 것이라 하더라도 제6조 제1항에 해당함이 명백하고 같은 조 제3항에 해당한다고 볼 수 없으므로 이 점에 관한 변호인 오복동과 검사의 항소는 모두 이유없다.

나. 변호인들의 채증법칙위배 및 사실오인을 주장하는 항소이유에 대하여 살펴본다.

- (1) 이 사건 공소사실 중 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양, 고무 또는 이에 동조하여 반국가단체를 이롭게 한 각 점 (원심판시 제13,14,19,24,26,33 내지 37,39의 각 점)에 대하여는 원심이 적법하게 조사 채택한 증거들에 당심증인 공소외 1의 일부증언을 더 보태보면 원심판시의 범죄사실을 인정하기에 충분하므로 위 각 점에 관하여 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였다는 위 항소논지는 이유없다(다만 "지령사항을 실천할 목적"의 점에 관하여는 구성요건 사항이 아니나, 다음에서 보는 바와 같이 이를 인정할 만한 증거가 없다) .
- (2) 원심이 이 사건 공소사실 중 반국가단체구성원의 지령에 의한 잠입의 각 점 (원심판시 1,5,10,16,22,30의 각 점), 반국가단체구성원의 지령을 받기 위한 탈출의 각 점 (원심판시 제3,7,12,18,27,32의 각 점), 반국가단체구성원의 지령에 의한 국가기밀탐지, 수집의 각 점 (원심판시 제2,6,11,17,20,23,25,28,41의 각 점), 반국가단체구성원과의 회합의

각 점 (원심판시 제4,8,9,15,21,29의 각 점) 및 반국가단체구성원의 지령을 받은 자로서 허위사실의 날조, 유포, 사실의 왜곡, 전파의 각 점 (원심판시 제31, 33, 40의 각 점)에 대하여도 모두 유죄로 인정하면서 그에 대한 증거로 원심판결의 증거의 요지만에 열거된 증거들을 들고 있는 바, 피고인이 원심판시 제1,3,5,7,10,12,16,18,22,27,30,32의 각 점의 기재내용과 같이 우리 나라를 출입국한 사실, 원 심판시 제2,6,11,17,20,23,25,28,41의 각 점의 일시장소에서 그 상대방들과의 사이에 그와 같은 내용의 대화를 나누거나 사실을 지득한 사실과 원심판시 제31,38,40의 각 점의 일시장소에서 그 상대방들에게 그와 같은 내용의 말을 한 사실은 원심이 들고 있는 증거들에 의하면 이를 인정할 수 있으나, 과연 피고인이 반국가단체의 구성원인 공소외 2에게 포섭되어 그로 부터 간첩지령을 받았느냐, 또 그 지령을 받고 목적수행을 위하여 국가기밀을 탐지, 수집하고 잠입탈출하였느냐와 공소외 2와 같이 원심판시 일시장소에서 회합한 일이 있느냐의 점에 관하여 원심이 유죄의 증거로 들고 있는 증거들과 그 이외에 검사가 제출한 증거들에 대하여 살펴보기로 한다.

(가) 우선 사법경찰관작성의 각 피의자신문조서와 피고인작성의 진술서는 피고인이 원심법정에서 그 내용을 인정하지 아니하였으므로 증거능력이 없다.

(나) 검사작성의 각 피의자신문조서

(ㄱ) 임의성

피고인은 원심에서 검사작성의 각 피의자신문조서에 대하여는 그 임의성을 인정하고 있고, 당심에서도 검사로부터 자백을 강요당한 사실은 없다고 하여 일응 위 각 조서의 임의성은 인정하고 있는 것으로 보이나, 피고인은 원심 이래 당심에 이르기까지 군수사기관에서의 엄문과 불법구금의 장기화 등 때문에 검찰에 송치된 이후에도 그와 같은 외포된 심리상태가 계속하여 허위의 자백을 하였다고 주장하고 있으므로 과연 검사작성의 각 피의자신문조서에 대하여 임의성이 있다고 할 것이냐에 대하여 살펴본다.

당원에서의 피고인의 진술, 당심증인 공소외 3의 증언과 사법경찰관작성의 피의자인지동행보고서 (수사기록 53쪽) 및 각 피의자신문조서, 공판기록에 편철된 구속영장, 피고인작성의 진술서의 각 기재 등을 종합하면, ① 피고인이 1986.3.11. 점심때쯤 점심을 같이 하기로 한 친구를 만나기 위하여 대전의 피고인집 부근에서 택시를 기다리고 있던 중 정체모를 수사요원들 4명에 의하여 일반경찰서가 아닌 보안사령부 대전분실에 연행되어 그날 그곳 지하실에서 피고인이 입고 있던 옷 대신 군복으로 갈아 입히고서 수사가 시작되어, 판사가 발부한 구속영장에 의하여 같은 해 4.14.적법하게 구속되기까지 1달 3일동안 외부와는 일체 연락이 끊긴 채 장기간의 불법구금상태(위 기간 중 몇번 수사관과 함께 동학사, 유성온천 등지에 간 일이 있기는 하지만 그렇다고 불법적 구금상태가 아니라고 볼 수 없다)에서 조사받은 사실, ② 위 대전분실에서의 조사과정에서 수사요원들이 피고인에 대하여 잠을 안 재우기도 하고, 주먹질을 하고 뺨을 때리며 몽둥이로 쥐어박기도 하여 그 충격으로 피고인의 의치가 땅에 떨어지기도 하였으며, 때로는 연필을 손가락 사이에 끼워 잡아 비트는 방법으로 폭행이나 가혹행위를 하면서 이 사건 공소사실의 자백을 강요한 사실, ③ 그러던 중 가끔 피고인에게 담배도 주면서 피우게 하고 피고인을 위로해 주기도 하여 고맙게 여기고 착한 젊은이라고 생각하고 있던 어떤 현역군인인 듯한 경비원이 "수사관이 하라는대로 다 말하고 빨리 나가는 것이 낫지 않겠느냐, 버티어보았자 고생만 더 한다"는 식으로 충고하므로 피고인은 그말을 듣고 자기가 한 일은 아니지만 수사관들이 원하는대로 진술하면 오히려 빨리 그곳에서 나갈 수 있을 것이라는 생각도 들어 연행된지 한달 가까이 되서부터 이 사건 공소사실을 시인하기에 이른 사실, ④ 피고인은 연행되던 날부터 수사를 받기 시작하여 수많은 신

문을 받았고 또 수사관이 쓰라고 하는대로 작성한 진술서도 수회에 이르지만 기록에 편철된 것은 같은 해 4.4.자의 진술서(수사기록 58쪽)를 비롯하여 그 이후의 피의자신문조서들 뿐이고 그 내용도 하나같이 공소사실과 정확하게 일치하고 있는 사실 등을 각 인정할수 있다.

위와 같은 피고인이 검거된 경위와 오직 피고인의 자백을 얻어내기 위하여 장기적 불법구금이 이루어진 점 (공소외 3의 증언에 의하면 공작보안상 문제때문에 불법구금이 이루어졌다고 하나 위 불법구속기간 동안 피고인에 대하여 특별한 공작을 하였다고 인정할 만한 증거도 없고 공소외 1의 증언에 의하여 알 수 있는 바와 같이 심지어 참고인에 불과한 공소외 1까지도 10여일이나 불법감금상태에 두고 있었다는 점 등에 비추어 볼 때 믿기 어렵다) 및 사법경찰관의 조사과정에서 폭행 등 가혹행위가 있는 점 등을 종합하여 보면 피고인의 사법경찰관 앞에서의 진술은 임의성이 없는 심리상태하에서 이루어진 것이라고 의심할 사정이 충분히 엿보인다.

뿐만 아니라 피고인의 진술, 당심증인 공소외 4 및 공소외 3의 각 증언에 의하여, 위 수사기관으로부터 이 사건 수사기록과 함께 피고인의 신병이 검찰로 송치된 날인 같은 해 5.2.위 대전분실에서 피고인의 수사를 맡고 있던 수사관이 피고인을 동행하여 피고인이 신문을 받고 있는 동안 검사실에 있으면서 같이 점심까지 먹는 등 들락거리고 있는 사실 및 피고인이 위 수사기관에 연행된 이래 최초로 변호인을 접견한 것은 검찰에서의 조사가 다 끝난 5월말경이었으며 그동안 피고인은 가족들과는 물론이고 일체 외부와의 연락을 취하지 못한 사실을 인정할 수 있다.

위와 같은 사정아래서 검사의 피고인에 대한 피의자신문조서가 작성되었다면 위에서 본 바와 같은 사법경찰관 앞에서의 임의성이 없는 심리상태가 검사의 제1회 피의자신문조서가 작성될 당시에는 물론 그 이후 제2회 피의자신문조서가 작성될 때까지도 계속되었을 가능성이 엿보인다.

(ㄴ) 신빙성

나아가 피고인이 검사앞에서 한 자백의 내용이 이 사건에 나타난 여러사정에 비추어 볼 때 과연 신빙성이 있는 것인가에 관하여 살펴 본다.

- ① 피고인이 공소외 2를 만났다는 음식점에 관하여, 공소사실에 의하면 피고인이 교양과 지령을 받고, 보고하기 위하여 공소외 2와 회합한 장소가 거의 재일조선인연맹 (이하 조총련이라 한다) 니시 요코하마지부 근처에 있는 "센스시아""요시노야"라는 일본식 음식점이라고 함에 대하여 피고인은 수사관의 엄문에 못이겨 피고인 스스로 가공의 음식점을 만들어 이야기했다는 것이다.

공소외 4의 증언과 피고인의 아들인 공소외 5가 요코하마시 서스시상조합에 조회하여 받은 회답서 (공판기록 186쪽)의 기재와 요코하마시 서구 명세지도 9장의 도면을 종합하면, 피고인이 위 두 음식점이 있다고하여 사법경찰관 앞에서 약도까지 그린(수사기록 175쪽 참조) 장소부근에는 1966년이래로 위 두 음식점은 존재한 적도 없었고 현재에도 존재하지도 않는 사실을 알 수 있고(검사제시의 영사증명서의 기재에 의하면 "요시노스시라는 이름의 음식점이 위 요코하마시 .니시구 히가시구보쵸 30에 있다는 것이나 무엇보다 그 소재지 주소가 거리가 멀어 이 음식점이 공소사실상의 "요시노야"라고 보기는 어렵다), 한편 공소외 6의 증언에 의하면 "요시노야"는 체인점이 형성되어 있어 일본도처에 흔한 이름이고 "센스시아"도 일본에서 흔히 볼 수 있는 음식점 이름이라는 사실을 알 수 있는 바, 피고인이 엄

문을 받던 중 위와 같은 흔한 이름을 가공의 음식점 이름으로 쉽게 생각해 낼 수 있었으리라 추측되기도 하므로 결국 피고인이 공소외 2를 만났다는 장소에 대한 피고인의 진술은 믿기 어렵다.

- ② 피고인이 이북에 2번 왕래하였다는 점, 공소장 기재에 의하면 피고인은 공소외 2의 지령에 따라 1972.3.경과 1977.9.경 두번에 걸쳐 소위 조방단원의 일원으로 니이가다항에서 만경봉호에 승선하여 이북에 다녀왔다는 것이다.

살피건대, 만약 당시 정상적 경우라면 일본국 법무성 입국관리국의 통상절차를 밟았으리라고 생각되는데도 공판기록에 편철된 같은 국 등록과장작성의 외국인출입국 기록조사서 (118쪽)에 의하면 위와 같은 때에 피고인이 이북에 갔다 왔다는 기록을 찾아 볼 수 없고(검사가 제시한 영사증명에 의하더라도 피고인이 1960년 이후 이북을 공식적으로 방문한 기록이 없다고 되어 있다), 만경봉호 입항일자에 관한 영사증명(공판기록 80쪽)에 의하더라도 피고인의 출국, 체제, 귀국일자가 맞지 않으며 피고인이 조방단원들과 같이 이북에 갔다는 것인데 피고인이 갔다는 그 두시점에 과연 니이가다항에서 출발하는 만경봉호를 타고 제 몇차 조방단원 몇명이 이북에 간 사실이 있다는 객관적 자료도 없고, 또 최소한 피고인이 동행했다는 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9(1972.3.의 경우)나 공소외 10(1977.9.의 경우)이 각 그 시점에 이북에 갔다는 객관적 자료도 없으며, 극히 예외적이라 할 수 있는 밀항의 방법으로 만경봉호를 타고 갔다왔다고 하더라도 그 방법에 대하여 구체적인 진술이 없을 뿐더러 피고인의 연령, 가족관계, 사회경제적 입장(다음의 3항 참조)으로 보아 쉽게 생각하기 어렵고, 또 검사제시의 주 니이가다 대한민국 총영사관 영사 공소외 11 작성의 영사증명서의 기재만으로는 뒤 2나(2) (다) (ㄱ)항에서 보는 바와 같은 이유로 위 사실을 인정하기에 부족하다.

따라서 피고인이 이북에 2번 갔다왔다고 하는 진술도 믿기 어렵다.

3. 피고인의 주변정황

공소외 4 및 당심증인 공소외 6과 원심증인 공소외 12의 각 증언과 피고인의 진술을 종합하면, 재일교포들은 그들의 국적이 대한민국이든 북괴이든, 또 재일한국거류민단(이하 민단이라 한다)소속이든 조총련소속이든 아무런 상관없이 서로 사귀며 경조사가 있으면 왕래하고, 경제생활도 민단계사람이 조총련에서 경영하는 은행이나 조합으로부터 융자를 받기도 하고 때로는 그 반대가 되기도 하면서 한마디로 같은 동포라는 의식하에서 구분없이 생활하고 있는 사실을 인정할 수 있고, 또 기록에 의하면 피고인은 만 67세의 노인으로서 국민학교도 다니지 아니한 채 1943년 일본으로 가서 이때까지 대부분의 생활을 일본에서 하여 우리나라의 실정에 대하여 잘 모르고 있었고, 처와 사이에 수명의 자녀를 두어 다 성혼시켜 손자도 보았으며, 주로 부동산업에 종사하여 상당한 재산(약 5억 엔)도 이루어 가정적으로나 경제적으로나 안정된 생활을 하고 있는 사람으로서 나이가 들면서 조국과 고향이 그리워 우리나라에 드나들면서 1981. 여름 피고인의 고향인 충북 괴산군 (상세지번 생략)에 약 14정보의 산을 구입하여 선영으로 꾸미고 논밭도 약 2,000평씩 구입해 두었으며 1982.8.경 대전 동구 (상세지번 생략)에 있는 가옥 1채를 매입하여 우리나라에 드나들때 거처로 이용하여 왔으며 입국시에는 주로 고향의 산소를 가꾸고 옛 친지들을 만나보거나 골프를 즐긴 사실을 알 수 있다.

위와 같이 피고인의 성장과정 및 생활관계, 피고인의 가족상황, 재산정도, 우리나라의 입국동기 및 행적 등을 종합하여 보면 피고인이 공소외 2를 개인적으로 안다는 것이 조금도 이상할 것도 없고 또 개인적으로 안다고 하여 바로 피고

인이 간첩으로 포섭되었다고 보기는 어렵다고 하겠다.

이상 여러 점에서 볼 때 검사작성의 피의자신문조서들은 그 진술 내용이 객관적 사실과 맞지 않는 점이 있고, 정황적 사정들도 경험칙에 반하는 점이 있어 그 신빙성을 인정할 수 없다고 하겠다.

(ㄷ) 그렇다면 검사작성의 각 피의자신문조서의 기재내용은 임의성이 없거나 적어도 신빙성이 없어 피고인이 공소외 2에게 포섭되어 그로부터 간첩지령을 받았거나 그 지령을 받고 목적수행을 위하여 국가기밀을 탐지, 수집하고, 공소외 2와 회합하였다는 점에 관한 증거로는 삼을 수 없다.

(다) 다른 증거들

(ㄱ) 당심 및 원심증인 공소외 1, 원심증인 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16의 각 진술과 검사 및 사법경찰관 작성의 위 사람들에 대한 각 진술조서의 기재 및 이들 작성의 각 진술서 기재.

이들 증거들에 의하면 피고인이 국가기밀을 탐지, 수집하였다거나 허위사실의 날조, 유포, 사실을 왜곡하여 전파하였다는 일시장소에서 해당대화자와 공소장 기재내용의 대화를 나눈 사실은 인정되나, 그 대화를 나눈 시간, 장소적 상황이 여행하던 중(원심판시 제2,20,25,40의 각 점), 자기 고향이나 대전의 집안에서(원심판시 제6,23,28,31,38,41의 각 점), 골프를 치던 중(원심판시 제17의 점) 또는 가옥매입시 복덕방사무실(원심판시 제11의 점) 등이어서 특별히 국가기밀을 탐지, 수집하기 위하여서라고 보기 어렵고 또 대화내용도 당시의 상황에서 일반인이면 누구나 자연스럽게 보고, 듣고 생각나는대로 이야기 나눌 수 있는 것일 뿐더러 대부분 국내인에게는 공지의 사실에 속하는 것들인 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 공소외 2의 지령에 따라 적극적으로 국가기밀을 탐지, 수집한 것이거나 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라고 인정하기에는 부족하다.

(ㄴ) 당심증인 공소외 3의 증언

이는 피고인이 사법경찰관앞에서의 조사시 범행을 단순히 자백하였다는 내용이나 피고인이 자신의 진술을 부인하는 이상 증거로 믿을 것이 되지 못한다.

(ㄷ) 원심증인 공소외 12, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19의 각 증언

이들도 피고인이 공소외 2에 포섭되어 간첩행위를 하고 동인과 회합을 하였다는 점 등을 인정하기에는 직접증거로서는 물론이고 간접증거로서도 부족하다.

(ㄹ) 당원의 비디오테이프 검증의 결과

당원이 검증한 비디오테이프는 사법경찰관앞에서의 피고인이 수사관의 신문에 대하여 이 사건 공소사실을 대체로 시인하는 내용으로 되어 있는 바, 증거능력이나 증거가치를 판단함에 있어서 녹음부분과 녹화부분을 나누어 생각해 보기로 한다.

먼저 녹음부분은 그 성격상 피고인의 사법경찰관앞에서의 진술에 준하여 취급하여야 할 것이므로 앞에서 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 대하여 본 바와 같은 이유에서 이 또한 임의성이 없어서 증거능력이 없다고 할 것이다.

다음 녹화부분은 주로 수사관이 신문하는 분위기, 신문에 응하는 피고인의 태도 등이 중요한 관점이 된다고 볼 것이다(검사는 특히 피고인이 신문도중 두어번 눈물을 흘린 대목이 피고인이 참회의 눈물을 흘리는 장면이므로 이 비디오테이프가 임의성 및 신빙성이 있다는 취지로 주장한다).

살피건대, 피고인의 당원에서의 진술과 공소외 3의 증언을 종합하여 보면, 이 비디오테이프는 사법경찰관이 수사를 거의 마무리 지은 단계에서 검찰에 송치하기 며칠 전에 증거확보를 위하여 신문장면을 재현하여 촬영한 것인 사실을 인정할 수 있고, 피고인의 진술에 의하면 피고인은 촬영 중 자기의 입장이 슬픈 나머지 눈물이 흘렀고 그때마다 수사관도 촬영을 중단하고 피고인을 밖으로 데리고 나가 감정을 진정케 하면서 "뭐 그렇게 어렵게 생각하느냐? 이제 모든 것을 밝혀 놓으니 마음이 후련하다고 하면 간단하지 않느냐"는 식으로 가르쳐 주기도 한 것이 3,4회 되는 사실을 엿볼 수 있으며, 검증한 영상의 상태에 따르면 이 비디오테이프는 촬영 후 다시 편집 재구성된 흔적을 엿볼 수 있으므로 실내장치, 대화의 분위기 등에 사법경찰관의 자의적 요소가 개입될 여지가 있다고 추측되므로 이 녹화부분도 별 증거가치가 없다고 할 것이다.

(ㄱ) 각 검증조서 등

사법경찰관작성의 각 검증조서의 기재는 피고인이 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 장소적 상황을 명확히 한 것 뿐이고, 대덕단지관리사무소장 한국도로공사 제2건설사업소장, 서울특별시 지하철공사장, 국립묘지관리소 대전분소장, 충북 괴산군 청천면장의 각 확인서의 기재는 대덕연구단지, 호남고속도로 대전-광주간 4차선확장공사, 서울지하철 1호선공사, 대전국립묘지개설, 위 청천면에서의 새마을사업 등이 각 계획 실시되었다는 객관적 사실을 확인하는 내용일 뿐이고, 괴산경찰서 경위 공소외 17 작성의 확인서의 기재는 1971.2.25.부터 1973.12.30.까지 괴산경찰서에서 피고인이 그 무렵 우리나라를 다녀간 후 피고인의 신변에 대하여 동향내사를 하였다는 것 뿐이고, 사법경찰관이 사본한 재일동포모국방문과 존안카드 및 충북관내 조총련입국자명단의 각 기재는 피고인이 1981.4.1. 처자와 더불어 조총련성묘단으로 입국하였을 때의 여행경로를 그 내용으로 하는 것 뿐이고, 서울지방검찰청 검찰주사보 공소외 20이 등본한 같은 검찰청 1966형 제55181호 공소장과 불기소장의 기재는 공소외 2가 반국가단체(북괴)의 구성원이라는 취지를 엿볼 수 있을 뿐이고, 주 니이가다 대한민국 총영사관 영사 공소외 11 작성의 영사증명서의 기재는 1972년도와 1977년도에 북괴의 만경봉호가 니이가다항에 입항한 일자를 그내용으로 하는 것일 뿐이어서 그어느것이나 피고인이 공소외 2로부터 지령을 받았거나 그지령에 따라 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 등의 사실을 인정할 만한 증거가 되지 못한다.

(ㄴ) 압수된 조선신용조합 비누(증 제3호)의 현존

피고인의 진술에 의하면 위 비누는 조선신용조합이 신년때에 판촉용으로 민단소속이든 조총련소속이든 구별없이 돌린 것인데 피고인 1986.3.7. 입국할 내 피고인의 처가 세면도구로 싸준 사실을 엿볼 수 있는 바, 그렇다면 이 비누의 현존도 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라고 인정할 만한 증거가 되지 못한다.

(ㄷ) 전화번호수첩사본의 기재

이 수첩은 1985.10.5. 피고인이 입국할 때 김포공항에서 수사요원이 피고인이 소지하고 있던 것을 복사해 둔 것이라고 하는 바, 그 수첩에 공소외 2 등의 조총련간부나 조총련계 상공인 및 조총련계의 가나가와깁 조선은행, 조총련 니시

요꼬하마지부 등의 전화번호가 기재되어 있는 것은 사실이나 위 2나(2)(나)(ㄴ)③항에서 본 바와 같은 재일교포들의 생활상 및 관념에 비추어 볼 때 이는 일단 일상적 사회생활상의 필요에 의해 비망용으로 기록해 둔 것이라고 보이므로 이 또한 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라거나 공소외 2와 회합하였다고 인정할 자료가 되지 못한다.

(라) 그렇다면 피고인이 공소외 2에게 포섭되어 그의 지령을 받은 자라거나 그 지령에 따라 그 목적수행을 위하여 잠입, 탈출하거나 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 점 및 공소외 2와 회합하였다는 점에 대하여 이를 인정할 증거가 없는 이상 위 잠입, 탈출, 국가기밀탐지, 수집, 회합 및 허위사실날조, 유포, 사실의 왜곡전파의 각 점에 대하여는 이를 유죄로 인정한 것은 필경 채증법칙에 위배하여 사실을 오인한 위법을 범하였다고 하겠다.

따라서 피고인의 나머지 항소이유에 대하여 판단해 볼 필요없이(다음 판단에서 보는 바와 같이 검사의 양형부당에 관한 항소는 이유없다) 원심판결을 부당하고, 한편 원심은 위에서 인정한 범죄사실의 각 점과 무죄가 선고되어야 할 각점을 모두 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하였으므로 원심판결의 유죄부분 전체가 파기를 면치 못한다.

3. 결론

따라서 검사의 항소는 이유없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 피고인의 항소는 이유있으므로 같은 법조 제6항에 의하여 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유와 요지

가. 피고인의 변호인들의 항소이유의 요지 제1점은, 피고인은 이 사건 공소사실기재의 범죄를 일체 저지른 일이 없음에도 불구하고, 원심은 피고인이 수사기관에서의 장기적 불법구금, 폭행 등에 못이겨 한 허위의 자백이외에 뚜렷한 증거가 없는데도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정함으로써 증거없이 사실을 오인하였거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다는 것이고, 같은 제2점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체구성원의 지령에 의한 국가기밀탐지, 수집의 각 점에 대하여 그 탐지, 수집하였다는 사항의 내용이 공지의 사실로서 국가기밀에 해당하지 아니하여 간첩죄를 구성하지 아니하는데도 원심은 그러한 사항들이 국가기밀에 해당한다고 인정함으로써 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 변호인 오복동의 항소이유의 요지 제3점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 각 점에 대하여 위 제1점에서 본 바와 같이 증거가 없으므로 무죄의 선고를 하여야 할 것인데도 원심은 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소의 판결을 함으로써 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 변호사들의 마지막 항소이유의 요지는 피고인에 대한 원심의 양형이 너무 무거워서 부당하다는 것이다.

나. 검사의 항소이유 요지와 제1점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 각 점에 대하여 원심은 그 행위는 구 반공법 (법률 제1997호) 제6조 제1항에 해당되고 법정형이 10년이하의 징역이어서 그 범죄의 공소시효기간은 7년인 바, 이미 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소의 판결을 하였으나 피고인의 위 행위는 같은 법 제6조 제3항에 해당하여 아직 공소시효가 완성되지 않았으므로 원심은 이 점에서 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 제2점은 원심이 피고인에 대하여 선고한 형량이 너무 가벼워서 부당하다는 것이다

2. 항소이유에 대한 판단

가. 원심판결 중 면소부분에 대한 각 항소이유에 대하여 살핀다.

일단 면소사유가 있는 이상 실체법상의 유죄, 무죄를 불문하고 절차를 빨리 종결시켜 피고인을 소송에서 해방시켜야 한다는 면소판결의 정신에서 볼 때, 설사 유죄의 증거가 충분하지 않다하더라도 피고인은 무죄의 선고를 주장하지 못한다 할 것이고, 또 구 반공법 (법률 제1997호)의 규정상 문제된 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 행위가 비록 반국가단체구성원의 지령에 의한 것이라 하더라도 제6조 제1항에 해당함이 명백하고 같은 조 제3항에 해당한다고 볼 수 없으므로 이 점에 관한 변호인 오복동과 검사의 항소는 모두 이유없다.

나. 변호인들의 채증법칙위배 및 사실오인을 주장하는 항소이유에 대하여 살펴본다.

- (1) 이 사건 공소사실 중 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양, 고무 또는 이에 동조하여 반국가단체를 이롭게 한 각 점 (원심판시 제13,14,19,24,26,33 내지 37,39의 각 점)에 대하여는 원심이 적법하게 조사 채택한 증거들에 당심증인 공소외 1의 일부증언을 더 보태보면 원심판시의 범죄사실을 인정하기에 충분하므로 위 각 점에 관하여 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였다는 위 항소논지는 이유없다(다만 "지령사항을 실천할 목적"의 점에 관하여는 구성요건 사항이 아니나, 다음에서 보는 바와 같이 이를 인정할 만한 증거가 없다) .
- (2) 원심이 이 사건 공소사실 중 반국가단체구성원의 지령에 의한 잠입의 각 점 (원심판시 1,5,10,16,22,30의 각 점), 반국가단체구성원의 지령을 받기 위한 탈출의 각 점 (원심판시 제3,7,12,18,27,32의 각 점), 반국가단체구성원의 지령에 의한 국가기밀탐지, 수집의 각 점 (원심판시 제2,6,11,17,20,23,25,28,41의 각 점), 반국가단체구성원과의 회합의 각 점 (원심판시 제4,8,9,15,21,29의 각 점) 및 반국가단체구성원의 지령을 받은 자로서 허위사실의 날조, 유포, 사실의 왜곡, 전파의 각 점 (원심판시 제31, 33, 40의 각 점)에 대하여도 모두 유죄로 인정하면서 그에 대한 증거로 원심판결의 증거의 요지난에 열거된 증거들을 들고 있는 바, 피고인이 원심판시 제1,3,5,7,10,12,16,18,22,27,30,32의 각 점의 기재내용과 같이 우리 나라를 출입국한 사실, 원 심판시 제2,6,11,17,20,23,25,28,41의 각 점의 일시장소에서 그 상대방들과의 사이에 그와 같은 내용의 대화를 나누거나 사실을 지극한 사실과 원심판시 제31,38,40의 각 점의 일시장소에서 그 상대방들에게 그와 같은 내용의 말을 한 사실은 원심이 들고 있는 증거들에 의하면 이를 인정할 수 있으나, 과연 피고인이 반국가단체의 구성원인 공소외 2에게 포섭되어 그로 부터 간첩지령을 받았느냐, 또 그 지령을 받고 목적수행을 위하여 국가기밀을 탐지, 수집하고 잠입탈출하였느냐와 공소외 2와 같이 원심판시 일시장소에서 회합한 일이 있느냐의 점에 관하여 원심이 유죄의 증거로 들고 있는 증거들과 그 이외에 검사가 제출한 증거들에 대하여 살펴보기로 한다.

(가) 우선 사법경찰관작성의 각 피의자신문조서와 피고인작성의 진술서는 피고인이 원심법정에서 그 내용을 인정하지 아니하였으므로 증거능력이 없다.

(나) 검사작성의 각 피의자신문조서

(ㄱ) 임의성

피고인은 원심에서 검사작성의 각 피의자신문조서에 대하여는 그 임의성을 인정하고 있고, 당심에서도 검사로부터 자백을 강요당한 사실은 없다고 하여 일응 위 각 조서의 임의성은 인정하고 있는 것으로 보이나, 피고인은 원심 이래 당심에 이르기까지 군수사기관에서의 엄문과 불법구금의 장기화 등 때문에 검찰에 송치된 이후에도 그와 같은 외

포된 심리상태가 계속하여 허위의 자백을 하였다고 주장하고 있으므로 과연 검사작성의 각 피의자신문조서에 대하여 임의성이 있다고 할 것이냐에 대하여 살펴본다.

당원에서의 피고인의 진술, 당심증인 공소외 3의 증언과 사법경찰관작성의 피의자인지동행보고서 (수사기록 53쪽) 및 각 피의자신문조서, 공판기록에 편철된 구속영장, 피고인작성의 진술서의 각 기재 등을 종합하면, ① 피고인이 1986.3.11. 점심때쯤 점심을 같이 하기로 한 친구를 만나기 위하여 대전의 피고인집 부근에서 택시를 기다리고 있던 중 정체모를 수사요원들 4명에 의하여 일반경찰서가 아닌 보안사령부 대전분실에 연행되어 그날 그곳 지하실에서 피고인이 입고 있던 옷 대신 군복으로 갈아 입히고서 수사가 시작되어, 판사가 발부한 구속영장에 의하여 같은 해 4.14.적법하게 구속되기까지 1달 3일동안 외부와는 일체 연락이 끊긴 채 장기간의 불법구금상태(위 기간 중 몇 번 수사관과 함께 동학사, 유성온천 등지에 간 일이 있기는 하지만 그렇다고 불법적 구금상태가 아니라고 볼 수 없다)에서 조사받은 사실, ② 위 대전분실에서의 조사과정에서 수사요원들이 피고인에 대하여 잠을 안 재우기도 하고, 주먹질을 하고 뺨을 때리며 몽둥이로 쥐어박기도 하여 그 충격으로 피고인의 의치가 땅에 떨어지기도 하였으며, 때로는 연필을 손가락 사이에 끼워 잡아 비트는 방법으로 폭행이나 가혹행위를 하면서 이 사건 공소사실의 자백을 강요한 사실, ③ 그러던 중 가끔 피고인에게 담배도 주면서 피우게 하고 피고인을 위로해 주기도 하여 고맙게 여기고 착한 젊은이라고 생각하고 있던 어떤 현역군인인 듯한 경비원이 "수사관이 하라는대로 다 말하고 빨리 나가는 것이 낫지 않겠느냐, 버티어보았자 고생만 더 한다"는 식으로 충고하므로 피고인은 그말을 듣고 자기가 한 일은 아니지만 수사관들이 원하는대로 진술하면 오히려 빨리 그곳에서 나갈 수 있을 것이라는 생각도 들어 연행된지 한달 가까이 되서부터 이 사건 공소사실을 시인하기에 이르는 사실, ④ 피고인은 연행되던 날부터 수사를 받기 시작하여 수많은 신문을 받았고 또 수사관이 쓰라고 하는대로 작성한 진술서도 수회에 이르지만 기록에 편철된 것은 같은 해 4.4.자의 진술서(수사기록 58쪽)를 비롯하여 그 이후의 피의자신문조서들 뿐이고 그 내용도 하나같이 공소사실과 정확하게 일치하고 있는 사실 등을 각 인정할수 있다.

위와 같은 피고인이 검거된 경위와 오직 피고인의 자백을 얻어내기 위하여 장기적 불법구금이 이루어진 점 (공소외 3의 증언에 의하면 공작보안상 문제때문에 불법구금이 이루어졌다고 하나 위 불법구속기간 동안 피고인에 대하여 특별한 공작을 하였다고 인정할 만한 증거도 없고 공소외 1의 증언에 의하여 알 수 있는 바와 같이 심지어 참고인에 불과한 공소외 1까지도 10여일이나 불법감금상태에 두고 있었다는 점 등에 비추어 볼 때 믿기 어렵다) 및 사법경찰관의 조사과정에서 폭행 등 가혹행위가 있는 점 등을 종합하여 보면 피고인의 사법경찰관 앞에서의 진술은 임의성이 없는 심리상태하에서 이루어진 것이라고 의심할 사정이 충분히 엿보인다.

뿐만 아니라 피고인의 진술, 당심증인 공소외 4 및 공소외 3의 각 증언에 의하여, 위 수사기관으로부터 이 사건 수사기록과 함께 피고인의 신병이 검찰로 송치된 날인 같은 해 5.2.위 대전분실에서 피고인의 수사를 맡고 있던 수사관이 피고인을 동행하여 피고인이 신문을 받고 있는 동안 검사실에 있으면서 같이 점심까지 먹는 등 들락거리고 있는 사실 및 피고인이 위 수사기관에 연행된 이래 최초로 변호인을 접견한 것은 검찰에서의 조사가 다 끝난 5월말경이었으며 그동안 피고인은 가족들과는 물론이고 일체 외부와의 연락을 취하지 못한 사실을 인정할 수 있다.

위와 같은 사정아래서 검사의 피고인에 대한 피의자신문조서가 작성되었다면 위에서 본 바와 같은 사법경찰관 앞에서
의 임의성이 없는 심리상태가 검사의 제1회 피의자신문조서가 작성될 당시에는 물론 그 이후 제2회 피의자신문조
서가 작성될 때까지도 계속되었을 가능성이 엿보인다.

(ㄴ) 신빙성

나아가 피고인이 검사앞에서 한 자백의 내용이 이 사건에 나타난 여러사정에 비추어 볼 때 과연 신빙성이 있는 것
인가에 관하여 살펴 본다.

- ① 피고인이 공소외 2를 만났다는 음식점에 관하여, 공소사실에 의하면 피고인이 교양과 지령을 받고, 보고하기 위하여
공소외 2와 회합한 장소가 거의 재일조선인연맹 (이하 조총련이라 한다) 니시 요꼬하마지부 근처에 있는 "센스시아
""요시노야"라는 일본식 음식점이라고 함에 대하여 피고인은 수사관의 엄문에 못이겨 피고인 스스로 가공의 음식점
을 만들어 이야기했다는 것이다.

공소외 4의 증언과 피고인의 아들인 공소외 5가 요꼬하마시 서스시상조합에 조회하여 받은 회답서 (공판기록 186쪽)의
기재와 요꼬하마시 서구 명세지도 9장의 도면을 종합하면, 피고인이 위 두 음식점이 있다고하여 사법경찰관 앞에서
약도까지 그린(수사기록 175쪽 참조) 장소부근에는 1966년이래로 위 두 음식점은 존재한 적도 없었고 현재에도 존
재하지도 않는 사실을 알 수 있고(검사제시의 영사증명서의 기재에 의하면 "요시노스시라는 이름의 음식점이 위 요
꼬하마시 .니시구 히가시구보쵸 30에 있다는 것이나 무엇보다 그 소재지 주소가 거리가 멀어 이 음식점이 공소사실
상의 "요시노야"라고 보기는 어렵다), 한편 공소외 6의 증언에 의하면 "요시노야"는 체인점이 형성되어 있어 일본도
처에 흔한 이름이고 "센스시아"도 일본에서 흔히 볼 수 있는 음식점 이름이라는 사실을 알 수 있는 바, 피고인이 엄
문을 받던 중 위와 같은 흔한 이름을 가공의 음식점 이름으로 쉽게 생각해 낼 수 있었으리라 추측되기도 하므로 결
국 피고인이 공소외 2를 만났다는 장소에 대한 피고인의 진술은 믿기 어렵다.

- ② 피고인이 이북에 2번 왕래하였다는 점, 공소장기재에 의하면 피고인은 공소외 2의 지령에 따라 1972.3.경과
1977.9.경 두번에 걸쳐 소위 조방단원의 일원으로 니이가다항에서 만경봉호에 승선하여 이북에 다녀왔다는 것이다.

살피건대, 만약 당시 정상적 경우라면 일본국 법무성 입국관리국의 통상절차를 밟았으리라고 생각되는데도 공판기록에
편철된 같은 국 등록과장작성의 외국인출입국 기록조사서 (118쪽)에 의하면 위와 같은 때에 피고인이 이북에 갔다
왔다는 기록을 찾아 볼 수 없고(검사가 제시한 영사증명에 의하더라도 피고인이 1960년 이후 이북을 공식적으로 방
문한 기록이 없다고 되어 있다), 만경봉호 입항일자에 관한 영사증명(공판기록 80쪽)에 의하더라도 피고인의 출국,
체제, 귀국일자가 맞지 않으며 피고인이 조방단원들과 같이 이북에 갔다는 것인데 피고인이 갔다는 그 두시점에 과
연 니이가다항에서 출발하는 만경봉호를 타고 제 몇차 조방단원 몇명이 이북에 간 사실이 있다는 객관적 자료도 없
고, 또 최소한 피고인이 동행했다는 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9(1972.3.의 경우)나 공소외 10(1977.9.의 경우)이 각
그 시점에 이북에 갔다는 객관적 자료도 없으며, 극히 예외적이라 할 수 있는 밀항의 방법으로 만경봉호를 타고 갔
다왔다고 하더라도 그 방법에 대하여 구체적인 진술이 없을 뿐더러 피고인의 연령, 가족관계, 사회경제적 입장(다음
의 3항 참조)으로 보아 쉽게 생각하기 어렵고, 또 검사제시의 주 니이가다 대한민국 총영사관 영사 공소외 11 작성
의 영사증명서의 기재만으로는 뒤 2나(2) (다) (ㄱ)항에서 보는 바와 같은 이유로 위 사실을 인정하기에 부족하다.

따라서 피고인이 이복에 2번 갔다왔다고 하는 진술도 믿기 어렵다.

3. 피고인의 주변정황

공소외 4 및 당심증인 공소외 6과 원심증인 공소외 12의 각 증언과 피고인의 진술을 종합하면, 재일교포들은 그들의 국적이 대한민국이든 북괴이든, 또 재일한국거류민단(이하 민단이라 한다)소속이든 조총련소속이든 아무런 상관없이 서로 사귀며 경조사가 있으면 왕래하고, 경제생활도 민단계사람이 조총련에서 경영하는 은행이나 조합으로부터 용자를 받기도 하고 때로는 그 반대가 되기도 하면서 한마디로 같은 동포라는 의식하에서 구분없이 생활하고 있는 사실을 인정할 수 있고, 또 기록에 의하면 피고인은 만 67세의 노인으로 국민학교도 다니지 아니한 채 1943년 일본으로 가서 이때까지 대부분의 생활을 일본에서 하여 우리나라의 실정에 대하여 잘 모르고 있었고, 처와 사이에 수명의 자녀를 두어 다 성혼시켜 손자도 보았으며, 주로 부동산업에 종사하여 상당한 재산(약 5억 엔)도 이루어 가정적으로나 경제적으로나 안정된 생활을 하고 있는 사람으로서 나이가 들면서 조국과 고향이 그리워 우리나라에 드나들면서 1981. 여름 피고인의 고향인 충북 괴산군(상세지번 생략)에 약 14정보의 산을 구입하여 선영으로 꾸미고 논밭도 약 2,000평씩 구입해 두었으며 1982.8.경 대전 동구(상세지번 생략)에 있는 가옥 1채를 매입하여 우리나라에 드나들때 거처로 이용하여 왔으며 입국시에는 주로 고향의 산소를 가꾸고 옛 친지들을 만나보거나 골프를 즐긴 사실을 알 수 있다.

위와 같이 피고인의 성장과정 및 생활관계, 피고인의 가족상황, 재산정도, 우리나라의 입국동기 및 행적 등을 종합하여 보면 피고인이 공소외 2를 개인적으로 안다는 것이 조금도 이상할 것도 없고 또 개인적으로 안다고 하여 바로 피고인이 간첩으로 포섭되었다고 보기는 어렵다고 하겠다.

이상 여러 점에서 볼 때 검사작성의 피의자신문조서들은 그 진술 내용이 객관적 사실과 맞지 않는 점이 있고, 정황적 사정들도 경험칙에 반하는 점이 있어 그 신빙성을 인정할 수 없다고 하겠다.

(ㄷ) 그렇다면 검사작성의 각 피의자신문조서의 기재내용은 임의성이 없거나 적어도 신빙성이 없어 피고인이 공소외 2에게 포섭되어 그로부터 간첩지령을 받았거나 그 지령을 받고 목적수행을 위하여 국가기밀을 탐지, 수집하고, 공소외 2와 회합하였다는 점에 관한 증거로는 삼을 수 없다.

(다) 다른 증거들

(ㄱ) 당심 및 원심증인 공소외 1, 원심증인 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16의 각 진술과 검사 및 사법경찰관 작성의 위 사람들에 대한 각 진술조서의 기재 및 이들 작성의 각 진술서 기재.

이들 증거들에 의하면 피고인이 국가기밀을 탐지, 수집하였다거나 허위사실의 날조, 유포, 사실을 왜곡하여 전파하였다는 일시장소에서 해당대화자와 공소장 기재내용의 대화를 나눈 사실은 인정되나, 그 대화를 나눈 시간, 장소적 상황이 여행하던 중(원심판시 제2,20,25,40의 각 점), 자기 고향이나 대전의 집안에서(원심판시 제6,23,28,31,38,41의 각 점), 골프를 치던 중(원심판시 제17의 점) 또는 가옥매입시 복덕방사무실(원심판시 제11의 점) 등이어서 특별히 국가기밀을 탐지, 수집하기 위하여서라고 보기 어렵고 또 대화내용도 당시의 상황에서 일반인이면 누구나 자연스럽게 보고, 듣고 생각나는대로 이야기 나눌 수 있는 것일 뿐더러 대부분 국내인에게는 공지의 사실에 속하는 것들인 점

등에 비추어 볼 때, 피고인이 공소외 2의 지령에 따라 적극적으로 국가기밀을 탐지, 수집한 것이거나 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라고 인정하기에는 부족하다.

(ㄴ) 당심증인 공소외 3의 증언

이는 피고인이 사법경찰관앞에서의 조사시 범행을 순순히 자백하였다는 내용이나 피고인이 자신의 진술을 부인하는 이상 증거로 믿을 것이 되지 못한다.

(ㄷ) 원심증인 공소외 12, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19의 각 증언

이들도 피고인이 공소외 2에 포섭되어 간첩행위를 하고 동인과 회합을 하였다는 점 등을 인정하기에는 직접증거로서는 물론이고 간접증거로서도 부족하다.

(ㄹ) 당원의 비디오테이프 검증의 결과

당원이 검증한 비디오테이프는 사법경찰관앞에서의 피고인이 수사관의 질문에 대하여 이 사건 공소사실을 대체로 시인하는 내용으로 되어 있는 바, 증거능력이나 증거가치를 판단함에 있어서 녹음부분과 녹화부분을 나누어 생각해 보기로 한다.

먼저 녹음부분은 그 성격상 피고인의 사법경찰관앞에서의 진술에 준하여 취급하여야 할 것이므로 앞에서 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 대하여 본 바와 같은 이유에서 이 또한 임의성이 없어서 증거능력이 없다고 할 것이다.

다음 녹화부분은 주로 수사관이 신문하는 분위기, 질문에 응하는 피고인의 태도 등이 중요한 관점이 된다고 볼 것이다(검사는 특히 피고인이 신문도중 두어번 눈물을 흘린 대목이 피고인이 참회의 눈물을 흘리는 장면이므로 이 비디오테이프가 임의성 및 신빙성이 있다는 취지로 주장한다).

살피건대, 피고인의 당원에서의 진술과 공소외 3의 증언을 종합하여 보면, 이 비디오테이프는 사법경찰관이 수사를 거의 마무리 지은 단계에서 검찰에 송치하기 며칠 전에 증거확보를 위하여 신문장면을 재현하여 촬영한 것인 사실을 인정할 수 있고, 피고인의 진술에 의하면 피고인은 촬영 중 자기의 입장이 슬픈 나머지 눈물이 흘렀고 그때마다 수사관도 촬영을 중단하고 피고인을 밖으로 데리고 나가 감정을 진정케 하면서 "뭐 그렇게 어렵게 생각하느냐? 이제 모든 것을 밝혀 놓으니 마음이 후련하다고 하면 간단하지 않느냐"는 식으로 가르쳐 주기도 한 것이 3,4회 되는 사실을 엿볼 수 있으며, 검증한 영상의 상태에 따르면 이 비디오테이프는 촬영 후 다시 편집 재구성된 흔적을 엿볼 수 있으므로 실내장치, 대화의 분위기 등에 사법경찰관의 자의적 요소가 개입될 여지가 있다고 추측되므로 이 녹화부분도 별 증거가치가 없다고 할 것이다.

(ㄹ) 각 검증조서 등

사법경찰관작성의 각 검증조서의 기재는 피고인이 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 장소적 상황을 명확히 한 것 뿐이고, 대덕단지관리사무소장 한국도로공사 제2건설사업소장, 서울특별시 지하철공사장, 국립묘지관리소 대전분소장, 충북 괴산군 청천면장의 각 확인서의 기재는 대덕연구단지, 호남고속도로 대전-광주간 4차선확장공사, 서울지하철 1호선공사, 대전국립묘지개설, 위 청천면에서의 새마을사업 등이 각 계획 실시되었다는 객관적 사실을 확인하는 내용일 뿐이고, 괴산경찰서 경위 공소외 17 작성의 확인서의 기재는 1971.2.25.부터 1973.12.30.까지 괴산경찰서에서

피고인이 그 무렵 우리나라를 다녀간 후 피고인의 신변에 대하여 동향내사를 하였다는 것 뿐이고, 사법경찰관이 사본한 재일동포모국방문과 존안카드 및 충북관내 조총련입국자명단의 각 기재는 피고인이 1981.4.1. 처자와 더불어 조총련성묘단으로 입국하였을 때의 여행경로를 그 내용으로 하는 것 뿐이고, 서울지방검찰청 검찰주사보 공소외 20이 등본한 같은 검찰청 1966형 제55181호 공소장과 불기소장의 기재는 공소외 2가 반국가단체(북괴)의 구성원이라는 취지를 엿볼 수 있을 뿐이고, 주 니이가다 대한민국 총영사관 영사 공소외 11 작성의 영사증명서의 기재는 1972년도와 1977년도에 북괴의 만경봉호가 니이가다항에 입항한 일자를 그내용으로 하는 것일 뿐이어서 그어느것이나 피고인이 공소외 2로부터 지령을 받았거나 그지령에 따라 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 등의 사실을 인정할 만한 증거가 되지 못한다.

(ㄴ) 압수된 조선신용조합 비누(증 제3호)의 현존

피고인의 진술에 의하면 위 비누는 조선신용조합이 신년때에 판촉용으로 민단소속이든 조총련소속이든 구별없이 돌린 것인데 피고인 1986.3.7. 입국할 내 피고인의 처가 세면도구로 싸준 사실을 엿볼 수 있는 바, 그렇다면 이 비누의 현존도 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라고 인정할 만한 증거가 되지 못한다.

(ㄷ) 전화번호수첩사본의 기재

이 수첩은 1985.10.5. 피고인이 입국할 때 김포공항에서 수사요원이 피고인이 소지하고 있던 것을 복사해 둔 것이라고 하는 바, 그 수첩에 공소외 2 등의 조총련간부나 조총련계 상공인 및 조총련계의 가나가와깁 조선은행, 조총련 니시요꼬하마지부 등의 전화번호가 기재되어 있는 것은 사실이나 위 2나(2)(나)(ㄴ)③항에서 본 바와 같은 재일교포들의 생활상 및 관념에 비추어 볼 때 이는 일단 일상적 사회생활상의 필요에 의해 비망용으로 기록해 둔 것이라고 보이므로 이 또한 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라거나 공소외 2와 회합하였다고 인정할 자료가 되지 못한다.

(라) 그렇다면 피고인이 공소외 2에게 포섭되어 그의 지령을 받은 자라거나 그 지령에 따라 그 목적수행을 위하여 잠입, 탈출하거나 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 점 및 공소외 2와 회합하였다는 점에 대하여 이를 인정할 증거가 없는 이상 위 잠입, 탈출, 국가기밀탐지, 수집, 회합 및 허위사실날조, 유포, 사실의 왜곡전파의 각 점에 대하여는 이를 유죄로 인정한 것은 필경 채증법칙에 위배하여 사실을 오인한 위법을 범하였다고 하겠다.

따라서 피고인의 나머지 항소이유에 대하여 판단해 볼 필요없이(다음 판단에서 보는 바와 같이 검사의 양형부당에 관한 항소는 이유없다) 원심판결을 부당하고, 한편 원심은 위에서 인정한 범죄사실의 각 점과 무죄가 선고되어야 할 각점을 모두 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하였으므로 원심판결의 유죄부분 전체가 파기를 면치 못한다.

3. 결론

따라서 검사의 항소는 이유없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 피고인의 항소는 이유있으므로 같은 법조 제6항에 의하여 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유와 요지

가. 피고인의 변호인들의 항소이유의 요지 제1점은, 피고인은 이 사건 공소사실기재의 범죄를 일체 저지른 일이 없음에도 불구하고, 원심은 피고인이 수사기관에서의 장기적 불법구금, 폭행 등에 못이겨 한 허위의 자백이외에 뚜렷한 증거가 없음에도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정함으로써 증거없이 사실을 오인하였거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다는 것이고, 같은 제2점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체구성원의 지령에 의한 국가기밀탐지, 수집의 각 점에 대하여 그 탐지, 수집하였다는 사항의 내용이 공지의 사실로서 국가기밀에 해당하지 아니하여 간첩죄를 구성하지 아니하는데도 원심은 그러한 사항들이 국가기밀에 해당한다고 인정함으로써 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 변호인 오복동의 항소이유의 요지 제3점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 각 점에 대하여 위 제1점에서 본 바와 같이 증거가 없으므로 무죄의 선고를 하여야 할 것인데도 원심은 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소의 판결을 함으로써 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 변호사들의 마지막 항소이유의 요지는 피고인에 대한 원심의 양형이 너무 무거워서 부당하다는 것이다.

나. 검사의 항소이유 요지와 제1점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 각 점에 대하여 원심은 그 행위는 구 반공법 (법률 제1997호) 제6조 제1항에 해당되고 법정형이 10년이하의 징역이어서 그 범죄의 공소시효기간은 7년인 바, 이미 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소의 판결을 하였으나 피고인의 위 행위는 같은 법 제6조 제3항에 해당하여 아직 공소시효가 완성되지 않았으므로 원심은 이 점에서 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 제2점은 원심이 피고인에 대하여 선고한 형량이 너무 가벼워서 부당하다는 것이다

2. 항소이유에 대한 판단

가. 원심판결 중 면소부분에 대한 각 항소이유에 대하여 살핀다.

일단 면소사유가 있는 이상 실체법상의 유죄, 무죄를 불문하고 절차를 빨리 종결시켜 피고인을 소송에서 해방시켜야 한다는 면소판결의 정신에서 볼 때, 설사 유죄의 증거가 충분하지 않다하더라도 피고인은 무죄의 선고를 주장하지 못한다 할 것이고, 또 구 반공법 (법률 제1997호)의 규정상 문제된 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 행위가 비록 반국가단체구성원의 지령에 의한 것이라 하더라도 제6조 제1항에 해당함이 명백하고 같은 조 제3항에 해당한다고 볼 수 없으므로 이 점에 관한 변호인 오복동과 검사의 항소는 모두 이유없다.

나. 변호인들의 채증법칙위배 및 사실오인을 주장하는 항소이유에 대하여 살펴본다.

- (1) 이 사건 공소사실 중 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양, 고무 또는 이에 동조하여 반국가단체를 이롭게 한 각 점 (원심판시 제13,14,19,24,26,33 내지 37,39의 각 점)에 대하여는 원심이 적법하게 조사 채택한 증거들에 당심증인 공소외 1의 일부증언을 더 보태보면 원심판시의 범죄사실을 인정하기에 충분하므로 위 각 점에 관하여 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였다는 위 항소논지는 이유없다(다만 "지령사항을 실천할 목적"의 점에 관하여는 구성요건 사항이 아니나, 다음에서 보는 바와 같이 이를 인정할 만한 증거가 없다) .
- (2) 원심이 이 사건 공소사실 중 반국가단체구성원의 지령에 의한 잠입의 각 점 (원심판시 1,5,10,16,22,30의 각 점), 반국가단체구성원의 지령을 받기 위한 탈출의 각 점 (원심판시 제3,7,12,18,27,32의 각 점), 반국가단체구성원의 지령에 의한 국가기밀탐지, 수집의 각 점 (원심판시 제2,6,11,17,20,23,25,28,41의 각 점), 반국가단체구성원과의 회합의

각 점 (원심판시 제4,8,9,15,21,29의 각 점) 및 반국가단체구성원의 지령을 받은 자로서 허위사실의 날조, 유포, 사실의 왜곡, 전파의 각 점 (원심판시 제31, 33, 40의 각 점)에 대하여도 모두 유죄로 인정하면서 그에 대한 증거로 원심판결의 증거의 요지만에 열거된 증거들을 들고 있는 바, 피고인이 원심판시 제1,3,5,7,10,12,16,18,22,27,30,32의 각 점의 기재내용과 같이 우리 나라를 출입국한 사실, 원 심판시 제2,6,11,17,20,23,25,28,41의 각 점의 일시장소에서 그 상대방들과의 사이에 그와 같은 내용의 대화를 나누거나 사실을 지득한 사실과 원심판시 제31,38,40의 각 점의 일시장소에서 그 상대방들에게 그와 같은 내용의 말을 한 사실은 원심이 들고 있는 증거들에 의하면 이를 인정할 수 있으나, 과연 피고인이 반국가단체의 구성원인 공소외 2에게 포섭되어 그로 부터 간첩지령을 받았느냐, 또 그 지령을 받고 목적수행을 위하여 국가기밀을 탐지, 수집하고 잠입탈출하였느냐와 공소외 2와 같이 원심판시 일시장소에서 회합한 일이 있느냐의 점에 관하여 원심이 유죄의 증거로 들고 있는 증거들과 그 이외에 검사가 제출한 증거들에 대하여 살펴보기로 한다.

(가) 우선 사법경찰관작성의 각 피의자신문조서와 피고인작성의 진술서는 피고인이 원심법정에서 그 내용을 인정하지 아니하였으므로 증거능력이 없다.

(나) 검사작성의 각 피의자신문조서

(ㄱ) 임의성

피고인은 원심에서 검사작성의 각 피의자신문조서에 대하여는 그 임의성을 인정하고 있고, 당심에서도 검사로부터 자백을 강요당한 사실은 없다고 하여 일응 위 각 조서의 임의성은 인정하고 있는 것으로 보이나, 피고인은 원심 이래 당심에 이르기까지 군수사기관에서의 엄문과 불법구금의 장기화 등 때문에 검찰에 송치된 이후에도 그와 같은 외포된 심리상태가 계속하여 허위의 자백을 하였다고 주장하고 있으므로 과연 검사작성의 각 피의자신문조서에 대하여 임의성이 있다고 할 것이냐에 대하여 살펴본다.

당원에서의 피고인의 진술, 당심증인 공소외 3의 증언과 사법경찰관작성의 피의자인지동행보고서 (수사기록 53쪽) 및 각 피의자신문조서, 공판기록에 편철된 구속영장, 피고인작성의 진술서의 각 기재 등을 종합하면, ① 피고인이 1986.3.11. 점심때쯤 점심을 같이 하기로 한 친구를 만나기 위하여 대전의 피고인집 부근에서 택시를 기다리고 있던 중 정체모를 수사요원들 4명에 의하여 일반경찰서가 아닌 보안사령부 대전분실에 연행되어 그날 그곳 지하실에서 피고인이 입고 있던 옷 대신 군복으로 갈아 입히고서 수사가 시작되어, 판사가 발부한 구속영장에 의하여 같은 해 4.14.적법하게 구속되기까지 1달 3일동안 외부와는 일체 연락이 끊긴 채 장기간의 불법구금상태(위 기간 중 몇번 수사관과 함께 동학사, 유성온천 등지에 간 일이 있기는 하지만 그렇다고 불법적 구금상태가 아니라고 볼 수 없다)에서 조사받은 사실, ② 위 대전분실에서의 조사과정에서 수사요원들이 피고인에 대하여 잠을 안 재우기도 하고, 주먹질을 하고 뺨을 때리며 몽둥이로 쥐어박기도 하여 그 충격으로 피고인의 의치가 땅에 떨어지기도 하였으며, 때로는 연필을 손가락 사이에 끼워 잡아 비트는 방법으로 폭행이나 가혹행위를 하면서 이 사건 공소사실의 자백을 강요한 사실, ③ 그러던 중 가끔 피고인에게 담배도 주면서 피우게 하고 피고인을 위로해 주기도 하여 고맙게 여기고 착한 젊은이라고 생각하고 있던 어떤 현역군인인 듯한 경비원이 "수사관이 하라는대로 다 말하고 빨리 나가는 것이 낫지 않겠느냐, 버티어보았자 고생만 더 한다"는 식으로 충고하므로 피고인은 그말을 듣고 자기가 한 일은 아니지만 수사관들이 원하는대로 진술하면 오히려 빨리 그곳에서 나갈 수 있을 것이라는 생각도 들어 연행된지 한달 가까이 되서부터 이 사건 공소사실을 시인하기에 이른 사실, ④ 피고인은 연행되던 날부터 수사를 받기 시작하여 수많은 신

문을 받았고 또 수사관이 쓰라고 하는대로 작성한 진술서도 수회에 이르지만 기록에 편철된 것은 같은 해 4.4.자의 진술서(수사기록 58쪽)를 비롯하여 그 이후의 피의자신문조서들 뿐이고 그 내용도 하나같이 공소사실과 정확하게 일치하고 있는 사실 등을 각 인정할수 있다.

위와 같은 피고인이 검거된 경위와 오직 피고인의 자백을 얻어내기 위하여 장기적 불법구금이 이루어진 점 (공소외 3의 증언에 의하면 공작보안상 문제때문에 불법구금이 이루어졌다고 하나 위 불법구속기간 동안 피고인에 대하여 특별한 공작을 하였다고 인정할 만한 증거도 없고 공소외 1의 증언에 의하여 알 수 있는 바와 같이 심지어 참고인에 불과한 공소외 1까지도 10여일이나 불법감금상태에 두고 있었다는 점 등에 비추어 볼 때 믿기 어렵다) 및 사법경찰관의 조사과정에서 폭행 등 가혹행위가 있는 점 등을 종합하여 보면 피고인의 사법경찰관 앞에서의 진술은 임의성이 없는 심리상태하에서 이루어진 것이라고 의심할 사정이 충분히 엿보인다.

뿐만 아니라 피고인의 진술, 당심증인 공소외 4 및 공소외 3의 각 증언에 의하여, 위 수사기관으로부터 이 사건 수사기록과 함께 피고인의 신병이 검찰로 송치된 날인 같은 해 5.2.위 대전분실에서 피고인의 수사를 맡고 있던 수사관이 피고인을 동행하여 피고인이 신문을 받고 있는 동안 검사실에 있으면서 같이 점심까지 먹는 등 들락거리고 있는 사실 및 피고인이 위 수사기관에 연행된 이래 최초로 변호인을 접견한 것은 검찰에서의 조사가 다 끝난 5월말경이었으며 그동안 피고인은 가족들과는 물론이고 일체 외부와의 연락을 취하지 못한 사실을 인정할 수 있다.

위와 같은 사정아래서 검사의 피고인에 대한 피의자신문조서가 작성되었다면 위에서 본 바와 같은 사법경찰관 앞에서의 임의성이 없는 심리상태가 검사의 제1회 피의자신문조서가 작성될 당시에는 물론 그 이후 제2회 피의자신문조서가 작성될 때까지도 계속되었을 가능성이 엿보인다.

(ㄴ) 신빙성

나아가 피고인이 검사앞에서 한 자백의 내용이 이 사건에 나타난 여러사정에 비추어 볼 때 과연 신빙성이 있는 것인가에 관하여 살펴 본다.

- ① 피고인이 공소외 2를 만났다는 음식점에 관하여, 공소사실에 의하면 피고인이 교양과 지령을 받고, 보고하기 위하여 공소외 2와 회합한 장소가 거의 재일조선인연맹 (이하 조총련이라 한다) 니시 요코하마지부 근처에 있는 "센스시아""요시노야"라는 일본식 음식점이라고 함에 대하여 피고인은 수사관의 엄문에 못이겨 피고인 스스로 가공의 음식점을 만들어 이야기했다는 것이다.

공소외 4의 증언과 피고인의 아들인 공소외 5가 요코하마시 서스시상조합에 조회하여 받은 회답서 (공판기록 186쪽)의 기재와 요코하마시 서구 명세지도 9장의 도면을 종합하면, 피고인이 위 두 음식점이 있다고하여 사법경찰관 앞에서 약도까지 그린(수사기록 175쪽 참조) 장소부근에는 1966년이래로 위 두 음식점은 존재한 적도 없었고 현재에도 존재하지도 않는 사실을 알 수 있고(검사제시의 영사증명서의 기재에 의하면 "요시노스시라는 이름의 음식점이 위 요코하마시 .니시구 히가시구보쵸 30에 있다는 것이나 무엇보다 그 소재지 주소가 거리가 멀어 이 음식점이 공소사실상의 "요시노야"라고 보기는 어렵다), 한편 공소외 6의 증언에 의하면 "요시노야"는 체인점이 형성되어 있어 일본도처에 흔한 이름이고 "센스시아"도 일본에서 흔히 볼 수 있는 음식점 이름이라는 사실을 알 수 있는 바, 피고인이 엄

문을 받던 중 위와 같은 흔한 이름을 가공의 음식점 이름으로 쉽게 생각해 낼 수 있었으리라 추측되기도 하므로 결국 피고인이 공소외 2를 만났다는 장소에 대한 피고인의 진술은 믿기 어렵다.

- ② 피고인이 이북에 2번 왕래하였다는 점, 공소장 기재에 의하면 피고인은 공소외 2의 지령에 따라 1972.3.경과 1977.9.경 두번에 걸쳐 소위 조방단원의 일원으로 니이가다항에서 만경봉호에 승선하여 이북에 다녀왔다는 것이다.

살피건대, 만약 당시 정상적 경우라면 일본국 법무성 입국관리국의 통상절차를 밟았으리라고 생각되는데도 공판기록에 편철된 같은 국 등록과장작성의 외국인출입국 기록조사서 (118쪽)에 의하면 위와 같은 때에 피고인이 이북에 갔다 왔다는 기록을 찾아 볼 수 없고(검사가 제시한 영사증명에 의하더라도 피고인이 1960년 이후 이북을 공식적으로 방문한 기록이 없다고 되어 있다), 만경봉호 입항일자에 관한 영사증명(공판기록 80쪽)에 의하더라도 피고인의 출국, 체제, 귀국일자가 맞지 않으며 피고인이 조방단원들과 같이 이북에 갔다는 것인데 피고인이 갔다는 그 두시점에 과연 니이가다항에서 출발하는 만경봉호를 타고 제 몇차 조방단원 몇명이 이북에 간 사실이 있다는 객관적 자료도 없고, 또 최소한 피고인이 동행했다는 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9(1972.3.의 경우)나 공소외 10(1977.9.의 경우)이 각 그 시점에 이북에 갔다는 객관적 자료도 없으며, 극히 예외적이라 할 수 있는 밀항의 방법으로 만경봉호를 타고 갔다왔다고 하더라도 그 방법에 대하여 구체적인 진술이 없을 뿐더러 피고인의 연령, 가족관계, 사회경제적 입장(다음의 3항 참조)으로 보아 쉽게 생각하기 어렵고, 또 검사제시의 주 니이가다 대한민국 총영사관 영사 공소외 11 작성의 영사증명서의 기재만으로는 뒤 2나(2) (다) (ㄱ)항에서 보는 바와 같은 이유로 위 사실을 인정하기에 부족하다.

따라서 피고인이 이북에 2번 갔다왔다고 하는 진술도 믿기 어렵다.

3. 피고인의 주변정황

공소외 4 및 당심증인 공소외 6과 원심증인 공소외 12의 각 증언과 피고인의 진술을 종합하면, 재일교포들은 그들의 국적이 대한민국이든 북괴이든, 또 재일한국거류민단(이하 민단이라 한다)소속이든 조총련소속이든 아무런 상관없이 서로 사귀며 경조사가 있으면 왕래하고, 경제생활도 민단계사람이 조총련에서 경영하는 은행이나 조합으로부터 융자를 받기도 하고 때로는 그 반대가 되기도 하면서 한마디로 같은 동포라는 의식하에서 구분없이 생활하고 있는 사실을 인정할 수 있고, 또 기록에 의하면 피고인은 만 67세의 노인으로서 국민학교도 다니지 아니한 채 1943년 일본으로 가서 이때까지 대부분의 생활을 일본에서 하여 우리나라의 실정에 대하여 잘 모르고 있었고, 처와 사이에 수명의 자녀를 두어 다 성혼시켜 손자도 보았으며, 주로 부동산업에 종사하여 상당한 재산(약 5억 엔)도 이루어 가정적으로나 경제적으로나 안정된 생활을 하고 있는 사람으로서 나이가 들면서 조국과 고향이 그리워 우리나라에 드나들면서 1981. 여름 피고인의 고향인 충북 괴산군 (상세지번 생략)에 약 14정보의 산을 구입하여 선영으로 꾸미고 논밭도 약 2,000평씩 구입해 두었으며 1982.8.경 대전 동구 (상세지번 생략)에 있는 가옥 1채를 매입하여 우리나라에 드나들때 거처로 이용하여 왔으며 입국시에는 주로 고향의 산소를 가꾸고 옛 친지들을 만나보거나 골프를 즐긴 사실을 알 수 있다.

위와 같이 피고인의 성장과정 및 생활관계, 피고인의 가족상황, 재산정도, 우리나라의 입국동기 및 행적 등을 종합하여 보면 피고인이 공소외 2를 개인적으로 안다는 것이 조금도 이상할 것도 없고 또 개인적으로 안다고 하여 바로 피고

인이 간첩으로 포섭되었다고 보기는 어렵다고 하겠다.

이상 여러 점에서 볼 때 검사작성의 피의자신문조서들은 그 진술 내용이 객관적 사실과 맞지 않는 점이 있고, 정황적 사정들도 경험칙에 반하는 점이 있어 그 신빙성을 인정할 수 없다고 하겠다.

(ㄷ) 그렇다면 검사작성의 각 피의자신문조서의 기재내용은 임의성이 없거나 적어도 신빙성이 없어 피고인이 공소외 2에게 포섭되어 그로부터 간첩지령을 받았거나 그 지령을 받고 목적수행을 위하여 국가기밀을 탐지, 수집하고, 공소외 2와 회합하였다는 점에 관한 증거로는 삼을 수 없다.

(다) 다른 증거들

(ㄱ) 당심 및 원심증인 공소외 1, 원심증인 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16의 각 진술과 검사 및 사법경찰관 작성의 위 사람들에 대한 각 진술조서의 기재 및 이들 작성의 각 진술서 기재.

이들 증거들에 의하면 피고인이 국가기밀을 탐지, 수집하였다거나 허위사실의 날조, 유포, 사실을 왜곡하여 전파하였다는 일시장소에서 해당대화자와 공소장 기재내용의 대화를 나눈 사실은 인정되나, 그 대화를 나눈 시간, 장소적 상황이 여행하던 중(원심판시 제2,20,25,40의 각 점), 자기 고향이나 대전의 집안에서(원심판시 제6,23,28,31,38,41의 각 점), 골프를 치던 중(원심판시 제17의 점) 또는 가옥매입시 복덕방사무실(원심판시 제11의 점) 등이어서 특별히 국가기밀을 탐지, 수집하기 위하여서라고 보기 어렵고 또 대화내용도 당시의 상황에서 일반인이면 누구나 자연스럽게 보고, 듣고 생각나는대로 이야기 나눌 수 있는 것일 뿐더러 대부분 국내인에게는 공지의 사실에 속하는 것들인 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 공소외 2의 지령에 따라 적극적으로 국가기밀을 탐지, 수집한 것이거나 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라고 인정하기에는 부족하다.

(ㄴ) 당심증인 공소외 3의 증언

이는 피고인이 사법경찰관앞에서의 조사시 범행을 단순히 자백하였다는 내용이나 피고인이 자신의 진술을 부인하는 이상 증거로 믿을 것이 되지 못한다.

(ㄷ) 원심증인 공소외 12, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19의 각 증언

이들도 피고인이 공소외 2에 포섭되어 간첩행위를 하고 동인과 회합을 하였다는 점 등을 인정하기에는 직접증거로서는 물론이고 간접증거로서도 부족하다.

(ㄹ) 당원의 비디오테이프 검증의 결과

당원이 검증한 비디오테이프는 사법경찰관앞에서의 피고인이 수사관의 신문에 대하여 이 사건 공소사실을 대체로 시인하는 내용으로 되어 있는 바, 증거능력이나 증거가치를 판단함에 있어서 녹음부분과 녹화부분을 나누어 생각해 보기로 한다.

먼저 녹음부분은 그 성격상 피고인의 사법경찰관앞에서의 진술에 준하여 취급하여야 할 것이므로 앞에서 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 대하여 본 바와 같은 이유에서 이 또한 임의성이 없어서 증거능력이 없다고 할 것이다.

다음 녹화부분은 주로 수사관이 신문하는 분위기, 신문에 응하는 피고인의 태도 등이 중요한 관점이 된다고 볼 것이다(검사는 특히 피고인이 신문도중 두어번 눈물을 흘린 대목이 피고인이 참회의 눈물을 흘리는 장면이므로 이 비디오테이프가 임의성 및 신빙성이 있다는 취지로 주장한다).

살피건대, 피고인의 당원에서의 진술과 공소외 3의 증언을 종합하여 보면, 이 비디오테이프는 사법경찰관이 수사를 거의 마무리 지은 단계에서 검찰에 송치하기 며칠 전에 증거확보를 위하여 신문장면을 재현하여 촬영한 것인 사실을 인정할 수 있고, 피고인의 진술에 의하면 피고인은 촬영 중 자기의 입장이 슬픈 나머지 눈물이 흘렀고 그때마다 수사관도 촬영을 중단하고 피고인을 밖으로 데리고 나가 감정을 진정케 하면서 "뭐 그렇게 어렵게 생각하느냐? 이제 모든 것을 밝혀 놓으니 마음이 후련하다고 하면 간단하지 않느냐"는 식으로 가르쳐 주기도 한 것이 3,4회 되는 사실을 엿볼 수 있으며, 검증한 영상의 상태에 따르면 이 비디오테이프는 촬영 후 다시 편집 재구성된 흔적을 엿볼 수 있으므로 실내장치, 대화의 분위기 등에 사법경찰관의 자의적 요소가 개입될 여지가 있다고 추측되므로 이 녹화부분도 별 증거가치가 없다고 할 것이다.

(ㄱ) 각 검증조서 등

사법경찰관작성의 각 검증조서의 기재는 피고인이 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 장소적 상황을 명확히 한 것 뿐이고, 대덕단지관리사무소장 한국도로공사 제2건설사업소장, 서울특별시 지하철공사장, 국립묘지관리소 대전분소장, 충북 괴산군 청천면장의 각 확인서의 기재는 대덕연구단지, 호남고속도로 대전-광주간 4차선확장공사, 서울지하철 1호선공사, 대전국립묘지개설, 위 청천면에서의 새마을사업 등이 각 계획 실시되었다는 객관적 사실을 확인하는 내용일 뿐이고, 괴산경찰서 경위 공소외 17 작성의 확인서의 기재는 1971.2.25.부터 1973.12.30.까지 괴산경찰서에서 피고인이 그 무렵 우리나라를 다녀간 후 피고인의 신변에 대하여 동향내사를 하였다는 것 뿐이고, 사법경찰관이 사본한 재일동포모국방문과 존안카드 및 충북관내 조총련입국자명단의 각 기재는 피고인이 1981.4.1. 처자와 더불어 조총련성묘단으로 입국하였을 때의 여행경로를 그 내용으로 하는 것 뿐이고, 서울지방검찰청 검찰주사보 공소외 20이 등본한 같은 검찰청 1966형 제55181호 공소장과 불기소장의 기재는 공소외 2가 반국가단체(북괴)의 구성원이라는 취지를 엿볼 수 있을 뿐이고, 주 니이가다 대한민국 총영사관 영사 공소외 11 작성의 영사증명서의 기재는 1972년도와 1977년도에 북괴의 만경봉호가 니이가다항에 입항한 일자를 그내용으로 하는 것일 뿐이어서 그어느것이나 피고인이 공소외 2로부터 지령을 받았거나 그지령에 따라 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 등의 사실을 인정할 만한 증거가 되지 못한다.

(ㄴ) 압수된 조선신용조합 비누(증 제3호)의 현존

피고인의 진술에 의하면 위 비누는 조선신용조합이 신년때에 판촉용으로 민단소속이든 조총련소속이든 구별없이 돌린 것인데 피고인 1986.3.7. 입국할 내 피고인의 처가 세면도구로 싸준 사실을 엿볼 수 있는 바, 그렇다면 이 비누의 현존도 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라고 인정할 만한 증거가 되지 못한다.

(ㄷ) 전화번호수첩사본의 기재

이 수첩은 1985.10.5. 피고인이 입국할 때 김포공항에서 수사요원이 피고인이 소지하고 있던 것을 복사해 둔 것이라고 하는 바, 그 수첩에 공소외 2 등의 조총련간부나 조총련계 상공인 및 조총련계의 가나가와깁 조선은행, 조총련 니시

요꼬하마지부 등의 전화번호가 기재되어 있는 것은 사실이나 위 2나(2)(나)(ㄴ)③항에서 본 바와 같은 재일교포들의 생활상 및 관념에 비추어 볼 때 이는 일단 일상적 사회생활상의 필요에 의해 비망용으로 기록해 둔 것이라고 보이므로 이 또한 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라거나 공소외 2와 회합하였다고 인정할 자료가 되지 못한다.

(라) 그렇다면 피고인이 공소외 2에게 포섭되어 그의 지령을 받은 자라거나 그 지령에 따라 그 목적수행을 위하여 잠입, 탈출하거나 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 점 및 공소외 2와 회합하였다는 점에 대하여 이를 인정할 증거가 없는 이상 위 잠입, 탈출, 국가기밀탐지, 수집, 회합 및 허위사실날조, 유포, 사실의 왜곡전파의 각 점에 대하여는 이를 유죄로 인정한 것은 필경 채증법칙에 위배하여 사실을 오인한 위법을 범하였다고 하겠다.

따라서 피고인의 나머지 항소이유에 대하여 판단해 볼 필요없이(다음 판단에서 보는 바와 같이 검사의 양형부당에 관한 항소는 이유없다) 원심판결을 부당하고, 한편 원심은 위에서 인정한 범죄사실의 각 점과 무죄가 선고되어야 할 각점을 모두 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하였으므로 원심판결의 유죄부분 전체가 파기를 면치 못한다.

3. 결론

따라서 검사의 항소는 이유없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 피고인의 항소는 이유있으므로 같은 법조 제6항에 의하여 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유와 요지

가. 피고인의 변호인들의 항소이유의 요지 제1점은, 피고인은 이 사건 공소사실기재의 범죄를 일체 저지른 일이 없음에도 불구하고, 원심은 피고인이 수사기관에서의 장기적 불법구금, 폭행 등에 못이겨 한 허위의 자백이외에 뚜렷한 증거가 없는데도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정함으로써 증거없이 사실을 오인하였거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다는 것이고, 같은 제2점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체구성원의 지령에 의한 국가기밀탐지, 수집의 각 점에 대하여 그 탐지, 수집하였다는 사항의 내용이 공지의 사실로서 국가기밀에 해당하지 아니하여 간첩죄를 구성하지 아니하는데도 원심은 그러한 사항들이 국가기밀에 해당한다고 인정함으로써 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 변호인 오복동의 항소이유의 요지 제3점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 각 점에 대하여 위 제1점에서 본 바와 같이 증거가 없으므로 무죄의 선고를 하여야 할 것인데도 원심은 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소의 판결을 함으로써 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 변호사들의 마지막 항소이유의 요지는 피고인에 대한 원심의 양형이 너무 무거워서 부당하다는 것이다.

나. 검사의 항소이유 요지와 제1점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 각 점에 대하여 원심은 그 행위는 구 반공법 (법률 제1997호) 제6조 제1항에 해당되고 법정형이 10년이하의 징역이어서 그 범죄의 공소시효기간은 7년인 바, 이미 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소의 판결을 하였으나 피고인의 위 행위는 같은 법 제6조 제3항에 해당하여 아직 공소시효가 완성되지 않았으므로 원심은 이 점에서 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 제2점은 원심이 피고인에 대하여 선고한 형량이 너무 가벼워서 부당하다는 것이다

2. 항소이유에 대한 판단

가. 원심판결 중 면소부분에 대한 각 항소이유에 대하여 살핀다.

일단 면소사유가 있는 이상 실체법상의 유죄, 무죄를 불문하고 절차를 빨리 종결시켜 피고인을 소송에서 해방시켜야 한다는 면소판결의 정신에서 볼 때, 설사 유죄의 증거가 충분하지 않다하더라도 피고인은 무죄의 선고를 주장하지 못한다 할 것이고, 또 구 반공법 (법률 제1997호)의 규정상 문제된 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 행위가 비록 반국가단체구성원의 지령에 의한 것이라 하더라도 제6조 제1항에 해당함이 명백하고 같은 조 제3항에 해당한다고 볼 수 없으므로 이 점에 관한 변호인 오복동과 검사의 항소는 모두 이유없다.

나. 변호인들의 채증법칙위배 및 사실오인을 주장하는 항소이유에 대하여 살펴본다.

- (1) 이 사건 공소사실 중 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양, 고무 또는 이에 동조하여 반국가단체를 이롭게 한 각 점 (원심판시 제13,14,19,24,26,33 내지 37,39의 각 점)에 대하여는 원심이 적법하게 조사 채택한 증거들에 당심증인 공소외 1의 일부증언을 더 보태보면 원심판시의 범죄사실을 인정하기에 충분하므로 위 각 점에 관하여 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였다는 위 항소논지는 이유없다(다만 "지령사항을 실천할 목적"의 점에 관하여는 구성요건 사항이 아니나, 다음에서 보는 바와 같이 이를 인정할 만한 증거가 없다) .
- (2) 원심이 이 사건 공소사실 중 반국가단체구성원의 지령에 의한 잠입의 각 점 (원심판시 1,5,10,16,22,30의 각 점), 반국가단체구성원의 지령을 받기 위한 탈출의 각 점 (원심판시 제3,7,12,18,27,32의 각 점), 반국가단체구성원의 지령에 의한 국가기밀탐지, 수집의 각 점 (원심판시 제2,6,11,17,20,23,25,28,41의 각 점), 반국가단체구성원과의 회합의 각 점 (원심판시 제4,8,9,15,21,29의 각 점)및 반국가단체구성원의 지령을 받은 자로서 허위사실의 날조, 유포, 사실의 왜곡, 전파의 각 점 (원심판시 제31, 33, 40의 각 점)에 대하여도 모두 유죄로 인정하면서 그에 대한 증거로 원심판결의 증거의 요지난에 열거된 증거들을 들고 있는 바, 피고인이 원심판시 제1,3,5,7,10,12,16,18,22,27,30,32의 각 점의 기재내용과 같이 우리 나라를 출입국한 사실, 원 심판시 제2,6,11,17,20,23,25,28,41의 각 점의 일시장소에서 그 상대방들과의 사이에 그와 같은 내용의 대화를 나누거나 사실을 지극한 사실과 원심판시 제31,38,40의 각 점의 일시장소에서 그 상대방들에게 그와 같은 내용의 말을 한 사실은 원심이 들고 있는 증거들에 의하면 이를 인정할 수 있으나, 과연 피고인이 반국가단체의 구성원인 공소외 2에게 포섭되어 그로 부터 간첩지령을 받았느냐, 또 그 지령을 받고 목적수행을 위하여 국가기밀을 탐지, 수집하고 잠입탈출하였느냐와 공소외 2와 같이 원심판시 일시장소에서 회합한 일이 있느냐의 점에 관하여 원심이 유죄의 증거로 들고 있는 증거들과 그 이외에 검사가 제출한 증거들에 대하여 살펴보기로 한다.

(가) 우선 사법경찰관작성의 각 피의자신문조서와 피고인작성의 진술서는 피고인이 원심법정에서 그 내용을 인정하지 아니하였으므로 증거능력이 없다.

(나) 검사작성의 각 피의자신문조서

(ㄱ) 임의성

피고인은 원심에서 검사작성의 각 피의자신문조서에 대하여는 그 임의성을 인정하고 있고, 당심에서도 검사로부터 자백을 강요당한 사실은 없다고 하여 일응 위 각 조서의 임의성은 인정하고 있는 것으로 보이나, 피고인은 원심 이래 당심에 이르기까지 군수사기관에서의 엄문과 불법구금의 장기화 등 때문에 검찰에 송치된 이후에도 그와 같은 외

포된 심리상태가 계속하여 허위의 자백을 하였다고 주장하고 있으므로 과연 검사작성의 각 피의자신문조서에 대하여 임의성이 있다고 할 것이냐에 대하여 살펴본다.

당원에서의 피고인의 진술, 당심증인 공소외 3의 증언과 사법경찰관작성의 피의자인지동행보고서 (수사기록 53쪽) 및 각 피의자신문조서, 공판기록에 편철된 구속영장, 피고인작성의 진술서의 각 기재 등을 종합하면, ① 피고인이 1986.3.11. 점심때쯤 점심을 같이 하기로 한 친구를 만나기 위하여 대전의 피고인집 부근에서 택시를 기다리고 있던 중 정체모를 수사요원들 4명에 의하여 일반경찰서가 아닌 보안사령부 대전분실에 연행되어 그날 그곳 지하실에서 피고인이 입고 있던 옷 대신 군복으로 갈아 입히고서 수사가 시작되어, 판사가 발부한 구속영장에 의하여 같은 해 4.14.적법하게 구속되기까지 1달 3일동안 외부와는 일체 연락이 끊긴 채 장기간의 불법구금상태(위 기간 중 몇 번 수사관과 함께 동학사, 유성온천 등지에 간 일이 있기는 하지만 그렇다고 불법적 구금상태가 아니라고 볼 수 없다)에서 조사받은 사실, ② 위 대전분실에서의 조사과정에서 수사요원들이 피고인에 대하여 잠을 안 재우기도 하고, 주먹질을 하고 뺨을 때리며 몽둥이로 쥐어박기도 하여 그 충격으로 피고인의 의치가 땅에 떨어지기도 하였으며, 때로는 연필을 손가락 사이에 끼워 잡아 비트는 방법으로 폭행이나 가혹행위를 하면서 이 사건 공소사실의 자백을 강요한 사실, ③ 그러던 중 가끔 피고인에게 담배도 주면서 피우게 하고 피고인을 위로해 주기도 하여 고맙게 여기고 착한 젊은이라고 생각하고 있던 어떤 현역군인인 듯한 경비원이 "수사관이 하라는대로 다 말하고 빨리 나가는 것이 낫지 않겠느냐, 버티어보았자 고생만 더 한다"는 식으로 충고하므로 피고인은 그말을 듣고 자기가 한 일은 아니지만 수사관들이 원하는대로 진술하면 오히려 빨리 그곳에서 나갈 수 있을 것이라는 생각도 들어 연행된지 한달 가까이 되서부터 이 사건 공소사실을 시인하기에 이르른 사실, ④ 피고인은 연행되던 날부터 수사를 받기 시작하여 수많은 신문을 받았고 또 수사관이 쓰라고 하는대로 작성한 진술서도 수회에 이르지만 기록에 편철된 것은 같은 해 4.4.자의 진술서(수사기록 58쪽)를 비롯하여 그 이후의 피의자신문조서들 뿐이고 그 내용도 하나같이 공소사실과 정확하게 일치하고 있는 사실 등을 각 인정할수 있다.

위와 같은 피고인이 검거된 경위와 오직 피고인의 자백을 얻어내기 위하여 장기적 불법구금이 이루어진 점 (공소외 3의 증언에 의하면 공작보안상 문제때문에 불법구금이 이루어졌다고 하나 위 불법구속기간 동안 피고인에 대하여 특별한 공작을 하였다고 인정할 만한 증거도 없고 공소외 1의 증언에 의하여 알 수 있는 바와 같이 심지어 참고인에 불과한 공소외 1까지도 10여일이나 불법감금상태에 두고 있었다는 점 등에 비추어 볼 때 믿기 어렵다) 및 사법경찰관의 조사과정에서 폭행 등 가혹행위가 있는 점 등을 종합하여 보면 피고인의 사법경찰관 앞에서의 진술은 임의성이 없는 심리상태하에서 이루어진 것이라고 의심할 사정이 충분히 엿보인다.

뿐만 아니라 피고인의 진술, 당심증인 공소외 4 및 공소외 3의 각 증언에 의하여, 위 수사기관으로부터 이 사건 수사기록과 함께 피고인의 신병이 검찰로 송치된 날인 같은 해 5.2.위 대전분실에서 피고인의 수사를 맡고 있던 수사관이 피고인을 동행하여 피고인이 신문을 받고 있는 동안 검사실에 있으면서 같이 점심까지 먹는 등 들락거리고 있는 사실 및 피고인이 위 수사기관에 연행된 이래 최초로 변호인을 접견한 것은 검찰에서의 조사가 다 끝난 5월말경이었으며 그동안 피고인은 가족들과는 물론이고 일체 외부와의 연락을 취하지 못한 사실을 인정할 수 있다.

위와 같은 사정아래서 검사의 피고인에 대한 피의자신문조서가 작성되었다면 위에서 본 바와 같은 사법경찰관 앞에서
의 임의성이 없는 심리상태가 검사의 제1회 피의자신문조서가 작성될 당시에는 물론 그 이후 제2회 피의자신문조
서가 작성될 때까지도 계속되었을 가능성이 엿보인다.

(ㄴ) 신빙성

나아가 피고인이 검사앞에서 한 자백의 내용이 이 사건에 나타난 여러사정에 비추어 볼 때 과연 신빙성이 있는 것
인가에 관하여 살펴 본다.

- ① 피고인이 공소외 2를 만났다는 음식점에 관하여, 공소사실에 의하면 피고인이 교양과 지령을 받고, 보고하기 위하여
공소외 2와 회합한 장소가 거의 재일조선인연맹 (이하 조총련이라 한다) 니시 요꼬하마지부 근처에 있는 "센스시아
""요시노야"라는 일본식 음식점이라고 함에 대하여 피고인은 수사관의 엄문에 못이겨 피고인 스스로 가공의 음식점
을 만들어 이야기했다는 것이다.

공소외 4의 증언과 피고인의 아들인 공소외 5가 요꼬하마시 서스시상조합에 조회하여 받은 회답서 (공판기록 186쪽)의
기재와 요꼬하마시 서구 명세지도 9장의 도면을 종합하면, 피고인이 위 두 음식점이 있다고하여 사법경찰관 앞에서
약도까지 그린(수사기록 175쪽 참조) 장소부근에는 1966년이래로 위 두 음식점은 존재한 적도 없었고 현재에도 존
재하지도 않는 사실을 알 수 있고(검사제시의 영사증명서의 기재에 의하면 "요시노스시라는 이름의 음식점이 위 요
꼬하마시 .니시구 히가시구보쵸 30에 있다는 것이나 무엇보다 그 소재지 주소가 거리가 멀어 이 음식점이 공소사실
상의 "요시노야"라고 보기는 어렵다), 한편 공소외 6의 증언에 의하면 "요시노야"는 체인점이 형성되어 있어 일본도
처에 흔한 이름이고 "센스시아"도 일본에서 흔히 볼 수 있는 음식점 이름이라는 사실을 알 수 있는 바, 피고인이 엄
문을 받던 중 위와 같은 흔한 이름을 가공의 음식점 이름으로 쉽게 생각해 낼 수 있었으리라 추측되기도 하므로 결
국 피고인이 공소외 2를 만났다는 장소에 대한 피고인의 진술은 믿기 어렵다.

- ② 피고인이 이북에 2번 왕래하였다는 점, 공소장기재에 의하면 피고인은 공소외 2의 지령에 따라 1972.3.경과
1977.9.경 두번에 걸쳐 소위 조방단원의 일원으로 니이가다항에서 만경봉호에 승선하여 이북에 다녀왔다는 것이다.

살피건대, 만약 당시 정상적 경우라면 일본국 법무성 입국관리국의 통상절차를 밟았으리라고 생각되는데도 공판기록에
편철된 같은 국 등록과장작성의 외국인출입국 기록조사서 (118쪽)에 의하면 위와 같은 때에 피고인이 이북에 갔다
왔다는 기록을 찾아 볼 수 없고(검사가 제시한 영사증명에 의하더라도 피고인이 1960년 이후 이북을 공식적으로 방
문한 기록이 없다고 되어 있다), 만경봉호 입항일자에 관한 영사증명(공판기록 80쪽)에 의하더라도 피고인의 출국,
체제, 귀국일자가 맞지 않으며 피고인이 조방단원들과 같이 이북에 갔다는 것인데 피고인이 갔다는 그 두시점에 과
연 니이가다항에서 출발하는 만경봉호를 타고 제 몇차 조방단원 몇명이 이북에 간 사실이 있다는 객관적 자료도 없
고, 또 최소한 피고인이 동행했다는 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9(1972.3.의 경우)나 공소외 10(1977.9.의 경우)이 각
그 시점에 이북에 갔다는 객관적 자료도 없으며, 극히 예외적이라 할 수 있는 밀항의 방법으로 만경봉호를 타고 갔
다왔다고 하더라도 그 방법에 대하여 구체적인 진술이 없을 뿐더러 피고인의 연령, 가족관계, 사회경제적 입장(다음
의 3항 참조)으로 보아 쉽게 생각하기 어렵고, 또 검사제시의 주 니이가다 대한민국 총영사관 영사 공소외 11 작성
의 영사증명서의 기재만으로는 뒤 2나(2) (다) (ㄱ)항에서 보는 바와 같은 이유로 위 사실을 인정하기에 부족하다.

따라서 피고인이 이복에 2번 갔다왔다고 하는 진술도 믿기 어렵다.

3. 피고인의 주변정황

공소외 4 및 당심증인 공소외 6과 원심증인 공소외 12의 각 증언과 피고인의 진술을 종합하면, 재일교포들은 그들의 국적이 대한민국이든 북괴이든, 또 재일한국거류민단(이하 민단이라 한다)소속이든 조총련소속이든 아무런 상관없이 서로 사귀며 경조사가 있으면 왕래하고, 경제생활도 민단계사람이 조총련에서 경영하는 은행이나 조합으로부터 용자를 받기도 하고 때로는 그 반대가 되기도 하면서 한마디로 같은 동포라는 의식하에서 구분없이 생활하고 있는 사실을 인정할 수 있고, 또 기록에 의하면 피고인은 만 67세의 노인으로서 국민학교도 다니지 아니한 채 1943년 일본으로 가서 이때까지 대부분의 생활을 일본에서 하여 우리나라의 실정에 대하여 잘 모르고 있었고, 처와 사이에 수명의 자녀를 두어 다 성혼시켜 손자도 보았으며, 주로 부동산업에 종사하여 상당한 재산(약 5억 엔)도 이루어 가정적으로나 경제적으로나 안정된 생활을 하고 있는 사람으로서 나이가 들면서 조국과 고향이 그리워 우리나라에 드나들면서 1981. 여름 피고인의 고향인 충북 괴산군(상세지번 생략)에 약 14정보의 산을 구입하여 선영으로 꾸미고 논밭도 약 2,000평씩 구입해 두었으며 1982.8.경 대전 동구(상세지번 생략)에 있는 가옥 1채를 매입하여 우리나라에 드나들때 거처로 이용하여 왔으며 입국시에는 주로 고향의 산소를 가꾸고 옛 친지들을 만나보거나 골프를 즐긴 사실을 알 수 있다.

위와 같이 피고인의 성장과정 및 생활관계, 피고인의 가족상황, 재산정도, 우리나라의 입국동기 및 행적 등을 종합하여 보면 피고인이 공소외 2를 개인적으로 안다는 것이 조금도 이상할 것도 없고 또 개인적으로 안다고 하여 바로 피고인이 간첩으로 포섭되었다고 보기는 어렵다고 하겠다.

이상 여러 점에서 볼 때 검사작성의 피의자신문조서들은 그 진술 내용이 객관적 사실과 맞지 않는 점이 있고, 정황적 사정들도 경험칙에 반하는 점이 있어 그 신빙성을 인정할 수 없다고 하겠다.

(ㄷ) 그렇다면 검사작성의 각 피의자신문조서의 기재내용은 임의성이 없거나 적어도 신빙성이 없어 피고인이 공소외 2에게 포섭되어 그로부터 간첩지령을 받았거나 그 지령을 받고 목적수행을 위하여 국가기밀을 탐지, 수집하고, 공소외 2와 회합하였다는 점에 관한 증거로는 삼을 수 없다.

(다) 다른 증거들

(ㄱ) 당심 및 원심증인 공소외 1, 원심증인 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16의 각 진술과 검사 및 사법경찰관 작성의 위 사람들에 대한 각 진술조서의 기재 및 이들 작성의 각 진술서 기재.

이들 증거들에 의하면 피고인이 국가기밀을 탐지, 수집하였다거나 허위사실의 날조, 유포, 사실을 왜곡하여 전파하였다는 일시장소에서 해당대화자와 공소장 기재내용의 대화를 나눈 사실은 인정되나, 그 대화를 나눈 시간, 장소적 상황이 여행하던 중(원심판시 제2,20,25,40의 각 점), 자기 고향이나 대전의 집안에서(원심판시 제6,23,28,31,38,41의 각 점), 골프를 치던 중(원심판시 제17의 점) 또는 가옥매입시 복덕방사무실(원심판시 제11의 점) 등이어서 특별히 국가기밀을 탐지, 수집하기 위하여서라고 보기 어렵고 또 대화내용도 당시의 상황에서 일반인이면 누구나 자연스럽게 보고, 듣고 생각나는대로 이야기 나눌 수 있는 것일 뿐더러 대부분 국내인에게는 공지의 사실에 속하는 것들인 점

등에 비추어 볼 때, 피고인이 공소외 2의 지령에 따라 적극적으로 국가기밀을 탐지, 수집한 것이거나 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라고 인정하기에는 부족하다.

(ㄴ) 당심증인 공소외 3의 증언

이는 피고인이 사법경찰관앞에서의 조사시 범행을 순순히 자백하였다는 내용이나 피고인이 자신의 진술을 부인하는 이상 증거로 믿을 것이 되지 못한다.

(ㄷ) 원심증인 공소외 12, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19의 각 증언

이들도 피고인이 공소외 2에 포섭되어 간첩행위를 하고 동인과 회합을 하였다는 점 등을 인정하기에는 직접증거로서는 물론이고 간접증거로서도 부족하다.

(ㄹ) 당원의 비디오테이프 검증의 결과

당원이 검증한 비디오테이프는 사법경찰관앞에서의 피고인이 수사관의 질문에 대하여 이 사건 공소사실을 대체로 시인하는 내용으로 되어 있는 바, 증거능력이나 증거가치를 판단함에 있어서 녹음부분과 녹화부분을 나누어 생각해 보기로 한다.

먼저 녹음부분은 그 성격상 피고인의 사법경찰관앞에서의 진술에 준하여 취급하여야 할 것이므로 앞에서 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 대하여 본 바와 같은 이유에서 이 또한 임의성이 없어서 증거능력이 없다고 할 것이다.

다음 녹화부분은 주로 수사관이 신문하는 분위기, 질문에 응하는 피고인의 태도 등이 중요한 관점이 된다고 볼 것이다(검사는 특히 피고인이 신문도중 두어번 눈물을 흘린 대목이 피고인이 참회의 눈물을 흘리는 장면이므로 이 비디오테이프가 임의성 및 신빙성이 있다는 취지로 주장한다).

살피건대, 피고인의 당원에서의 진술과 공소외 3의 증언을 종합하여 보면, 이 비디오테이프는 사법경찰관이 수사를 거의 마무리 지은 단계에서 검찰에 송치하기 며칠 전에 증거확보를 위하여 신문장면을 재현하여 촬영한 것인 사실을 인정할 수 있고, 피고인의 진술에 의하면 피고인은 촬영 중 자기의 입장이 슬픈 나머지 눈물이 흘렀고 그때마다 수사관도 촬영을 중단하고 피고인을 밖으로 데리고 나가 감정을 진정케 하면서 "뭐 그렇게 어렵게 생각하느냐? 이제 모든 것을 밝혀 놓으니 마음이 후련하다고 하면 간단하지 않느냐"는 식으로 가르쳐 주기도 한 것이 3,4회 되는 사실을 엿볼 수 있으며, 검증한 영상의 상태에 따르면 이 비디오테이프는 촬영 후 다시 편집 재구성된 흔적을 엿볼 수 있으므로 실내장치, 대화의 분위기 등에 사법경찰관의 자의적 요소가 개입될 여지가 있다고 추측되므로 이 녹화부분도 별 증거가치가 없다고 할 것이다.

(ㄹ) 각 검증조서 등

사법경찰관작성의 각 검증조서의 기재는 피고인이 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 장소적 상황을 명확히 한 것 뿐이고, 대덕단지관리사무소장 한국도로공사 제2건설사업소장, 서울특별시 지하철공사장, 국립묘지관리소 대전분소장, 충북 괴산군 청천면장의 각 확인서의 기재는 대덕연구단지, 호남고속도로 대전-광주간 4차선확장공사, 서울지하철 1호선공사, 대전국립묘지개설, 위 청천면에서의 새마을사업 등이 각 계획 실시되었다는 객관적 사실을 확인하는 내용일 뿐이고, 괴산경찰서 경위 공소외 17 작성의 확인서의 기재는 1971.2.25.부터 1973.12.30.까지 괴산경찰서에서

피고인이 그 무렵 우리나라를 다녀간 후 피고인의 신변에 대하여 동향내사를 하였다는 것 뿐이고, 사법경찰관이 사본한 재일동포모국방문과 존안카드 및 충북관내 조총련입국자명단의 각 기재는 피고인이 1981.4.1. 처자와 더불어 조총련성묘단으로 입국하였을 때의 여행경로를 그 내용으로 하는 것 뿐이고, 서울지방검찰청 검찰주사보 공소외 20이 등본한 같은 검찰청 1966형 제55181호 공소장과 불기소장의 기재는 공소외 2가 반국가단체(북괴)의 구성원이라는 취지를 엿볼 수 있을 뿐이고, 주 니이가다 대한민국 총영사관 영사 공소외 11 작성의 영사증명서의 기재는 1972년도와 1977년도에 북괴의 만경봉호가 니이가다항에 입항한 일자를 그내용으로 하는 것일 뿐이어서 그어느것이나 피고인이 공소외 2로부터 지령을 받았거나 그지령에 따라 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 등의 사실을 인정할 만한 증거가 되지 못한다.

(ㄴ) 압수된 조선신용조합 비누(증 제3호)의 현존

피고인의 진술에 의하면 위 비누는 조선신용조합이 신년때에 판촉용으로 민단소속이든 조총련소속이든 구별없이 돌린 것인데 피고인 1986.3.7. 입국할 내 피고인의 처가 세면도구로 싸준 사실을 엿볼 수 있는 바, 그렇다면 이 비누의 현존도 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라고 인정할 만한 증거가 되지 못한다.

(ㄷ) 전화번호수첩사본의 기재

이 수첩은 1985.10.5. 피고인이 입국할 때 김포공항에서 수사요원이 피고인이 소지하고 있던 것을 복사해 둔 것이라고 하는 바, 그 수첩에 공소외 2 등의 조총련간부나 조총련계 상공인 및 조총련계의 가나가와깁 조선은행, 조총련 니시요꼬하마지부 등의 전화번호가 기재되어 있는 것은 사실이나 위 2나(2)(나)(ㄴ)③항에서 본 바와 같은 재일교포들의 생활상 및 관념에 비추어 볼 때 이는 일단 일상적 사회생활상의 필요에 의해 비망용으로 기록해 둔 것이라고 보이므로 이 또한 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라거나 공소외 2와 회합하였다고 인정할 자료가 되지 못한다.

(라) 그렇다면 피고인이 공소외 2에게 포섭되어 그의 지령을 받은 자라거나 그 지령에 따라 그 목적수행을 위하여 잠입, 탈출하거나 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 점 및 공소외 2와 회합하였다는 점에 대하여 이를 인정할 증거가 없는 이상 위 잠입, 탈출, 국가기밀탐지, 수집, 회합 및 허위사실날조, 유포, 사실의 왜곡전파의 각 점에 대하여는 이를 유죄로 인정한 것은 필경 채증법칙에 위배하여 사실을 오인한 위법을 범하였다고 하겠다.

따라서 피고인의 나머지 항소이유에 대하여 판단해 볼 필요없이(다음 판단에서 보는 바와 같이 검사의 양형부당에 관한 항소는 이유없다) 원심판결을 부당하고, 한편 원심은 위에서 인정한 범죄사실의 각 점과 무죄가 선고되어야 할 각점을 모두 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하였으므로 원심판결의 유죄부분 전체가 파기를 면치 못한다.

3. 결론

따라서 검사의 항소는 이유없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 피고인의 항소는 이유있으므로 같은 법조 제6항에 의하여 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유와 요지

가. 피고인의 변호인들의 항소이유의 요지 제1점은, 피고인은 이 사건 공소사실기재의 범죄를 일체 저지른 일이 없음에도 불구하고, 원심은 피고인이 수사기관에서의 장기적 불법구금, 폭행 등에 못이겨 한 허위의 자백이외에 뚜렷한 증거가 없는데도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정함으로써 증거없이 사실을 오인하였거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다는 것이고, 같은 제2점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체구성원의 지령에 의한 국가기밀탐지, 수집의 각 점에 대하여 그 탐지, 수집하였다는 사항의 내용이 공지의 사실로서 국가기밀에 해당하지 아니하여 간첩죄를 구성하지 아니하는데도 원심은 그러한 사항들이 국가기밀에 해당한다고 인정함으로써 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 변호인 오복동의 항소이유의 요지 제3점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 각 점에 대하여 위 제1점에서 본 바와 같이 증거가 없으므로 무죄의 선고를 하여야 할 것인데도 원심은 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소의 판결을 함으로써 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 변호사들의 마지막 항소이유의 요지는 피고인에 대한 원심의 양형이 너무 무거워서 부당하다는 것이다.

나. 검사의 항소이유 요지와 제1점은, 이 사건 공소사실 중 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 각 점에 대하여 원심은 그 행위는 구 반공법 (법률 제1997호) 제6조 제1항에 해당되고 법정형이 10년이하의 징역이어서 그 범죄의 공소시효기간은 7년인 바, 이미 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소의 판결을 하였으나 피고인의 위 행위는 같은 법 제6조 제3항에 해당하여 아직 공소시효가 완성되지 않았으므로 원심은 이 점에서 법리오해의 위법을 범하였다는 것이고, 제2점은 원심이 피고인에 대하여 선고한 형량이 너무 가벼워서 부당하다는 것이다

2. 항소이유에 대한 판단

가. 원심판결 중 면소부분에 대한 각 항소이유에 대하여 살핀다.

일단 면소사유가 있는 이상 실체법상의 유죄, 무죄를 불문하고 절차를 빨리 종결시켜 피고인을 소송에서 해방시켜야 한다는 면소판결의 정신에서 볼 때, 설사 유죄의 증거가 충분하지 않다하더라도 피고인은 무죄의 선고를 주장하지 못한다 할 것이고, 또 구 반공법 (법률 제1997호)의 규정상 문제된 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로 탈출한 행위가 비록 반국가단체구성원의 지령에 의한 것이라 하더라도 제6조 제1항에 해당함이 명백하고 같은 조 제3항에 해당한다고 볼 수 없으므로 이 점에 관한 변호인 오복동과 검사의 항소는 모두 이유없다.

나. 변호인들의 채증법칙위배 및 사실오인을 주장하는 항소이유에 대하여 살펴본다.

- (1) 이 사건 공소사실 중 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양, 고무 또는 이에 동조하여 반국가단체를 이롭게 한 각 점 (원심판시 제13,14,19,24,26,33 내지 37,39의 각 점)에 대하여는 원심이 적법하게 조사 채택한 증거들에 당심증인 공소외 1의 일부증언을 더 보태보면 원심판시의 범죄사실을 인정하기에 충분하므로 위 각 점에 관하여 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였다는 위 항소논지는 이유없다(다만 "지령사항을 실천할 목적"의 점에 관하여는 구성요건 사항이 아니나, 다음에서 보는 바와 같이 이를 인정할 만한 증거가 없다) .
- (2) 원심이 이 사건 공소사실 중 반국가단체구성원의 지령에 의한 잠입의 각 점 (원심판시 1,5,10,16,22,30의 각 점), 반국가단체구성원의 지령을 받기 위한 탈출의 각 점 (원심판시 제3,7,12,18,27,32의 각 점), 반국가단체구성원의 지령에 의한 국가기밀탐지, 수집의 각 점 (원심판시 제2,6,11,17,20,23,25,28,41의 각 점), 반국가단체구성원과의 회합의

각 점 (원심판시 제4,8,9,15,21,29의 각 점) 및 반국가단체구성원의 지령을 받은 자로서 허위사실의 날조, 유포, 사실의 왜곡, 전파의 각 점 (원심판시 제31, 33, 40의 각 점)에 대하여도 모두 유죄로 인정하면서 그에 대한 증거로 원심판결의 증거의 요지만에 열거된 증거들을 들고 있는 바, 피고인이 원심판시 제1,3,5,7,10,12,16,18,22,27,30,32의 각 점의 기재내용과 같이 우리 나라를 출입국한 사실, 원 심판시 제2,6,11,17,20,23,25,28,41의 각 점의 일시장소에서 그 상대방들과의 사이에 그와 같은 내용의 대화를 나누거나 사실을 지득한 사실과 원심판시 제31,38,40의 각 점의 일시장소에서 그 상대방들에게 그와 같은 내용의 말을 한 사실은 원심이 들고 있는 증거들에 의하면 이를 인정할 수 있으나, 과연 피고인이 반국가단체의 구성원인 공소외 2에게 포섭되어 그로 부터 간첩지령을 받았느냐, 또 그 지령을 받고 목적수행을 위하여 국가기밀을 탐지, 수집하고 잠입탈출하였느냐와 공소외 2와 같이 원심판시 일시장소에서 회합한 일이 있느냐의 점에 관하여 원심이 유죄의 증거로 들고 있는 증거들과 그 이외에 검사가 제출한 증거들에 대하여 살펴보기로 한다.

(가) 우선 사법경찰관작성의 각 피의자신문조서와 피고인작성의 진술서는 피고인이 원심법정에서 그 내용을 인정하지 아니하였으므로 증거능력이 없다.

(나) 검사작성의 각 피의자신문조서

(ㄱ) 임의성

피고인은 원심에서 검사작성의 각 피의자신문조서에 대하여는 그 임의성을 인정하고 있고, 당심에서도 검사로부터 자백을 강요당한 사실은 없다고 하여 일응 위 각 조서의 임의성은 인정하고 있는 것으로 보이나, 피고인은 원심 이래 당심에 이르기까지 군수사기관에서의 엄문과 불법구금의 장기화 등 때문에 검찰에 송치된 이후에도 그와 같은 외포된 심리상태가 계속하여 허위의 자백을 하였다고 주장하고 있으므로 과연 검사작성의 각 피의자신문조서에 대하여 임의성이 있다고 할 것이냐에 대하여 살펴본다.

당원에서의 피고인의 진술, 당심증인 공소외 3의 증언과 사법경찰관작성의 피의자인지동행보고서 (수사기록 53쪽) 및 각 피의자신문조서, 공판기록에 편철된 구속영장, 피고인작성의 진술서의 각 기재 등을 종합하면, ① 피고인이 1986.3.11. 점심때쯤 점심을 같이 하기로 한 친구를 만나기 위하여 대전의 피고인집 부근에서 택시를 기다리고 있던 중 정체모를 수사요원들 4명에 의하여 일반경찰서가 아닌 보안사령부 대전분실에 연행되어 그날 그곳 지하실에서 피고인이 입고 있던 옷 대신 군복으로 갈아 입히고서 수사가 시작되어, 판사가 발부한 구속영장에 의하여 같은 해 4.14.적법하게 구속되기까지 1달 3일동안 외부와는 일체 연락이 끊긴 채 장기간의 불법구금상태(위 기간 중 몇번 수사관과 함께 동학사, 유성온천 등지에 간 일이 있기는 하지만 그렇다고 불법적 구금상태가 아니라고 볼 수 없다)에서 조사받은 사실, ② 위 대전분실에서의 조사과정에서 수사요원들이 피고인에 대하여 잠을 안 재우기도 하고, 주먹질을 하고 뺨을 때리며 몽둥이로 쥐어박기도 하여 그 충격으로 피고인의 의치가 땅에 떨어지기도 하였으며, 때로는 연필을 손가락 사이에 끼워 잡아 비트는 방법으로 폭행이나 가혹행위를 하면서 이 사건 공소사실의 자백을 강요한 사실, ③ 그러던 중 가끔 피고인에게 담배도 주면서 피우게 하고 피고인을 위로해 주기도 하여 고맙게 여기고 착한 젊은이라고 생각하고 있던 어떤 현역군인인 듯한 경비원이 "수사관이 하라는대로 다 말하고 빨리 나가는 것이 낫지 않겠느냐, 버티어보았자 고생만 더 한다"는 식으로 충고하므로 피고인은 그말을 듣고 자기가 한 일은 아니지만 수사관들이 원하는대로 진술하면 오히려 빨리 그곳에서 나갈 수 있을 것이라는 생각도 들어 연행된지 한달 가까이 되서부터 이 사건 공소사실을 시인하기에 이른 사실, ④ 피고인은 연행되던 날부터 수사를 받기 시작하여 수많은 신

문을 받았고 또 수사관이 쓰라고 하는대로 작성한 진술서도 수회에 이르지만 기록에 편철된 것은 같은 해 4.4.자의 진술서(수사기록 58쪽)를 비롯하여 그 이후의 피의자신문조서들 뿐이고 그 내용도 하나같이 공소사실과 정확하게 일치하고 있는 사실 등을 각 인정할수 있다.

위와 같은 피고인이 검거된 경위와 오직 피고인의 자백을 얻어내기 위하여 장기적 불법구금이 이루어진 점 (공소외 3의 증언에 의하면 공작보안상 문제때문에 불법구금이 이루어졌다고 하나 위 불법구속기간 동안 피고인에 대하여 특별한 공작을 하였다고 인정할 만한 증거도 없고 공소외 1의 증언에 의하여 알 수 있는 바와 같이 심지어 참고인에 불과한 공소외 1까지도 10여일이나 불법감금상태에 두고 있었다는 점 등에 비추어 볼 때 믿기 어렵다) 및 사법경찰관의 조사과정에서 폭행 등 가혹행위가 있는 점 등을 종합하여 보면 피고인의 사법경찰관 앞에서의 진술은 임의성이 없는 심리상태하에서 이루어진 것이라고 의심할 사정이 충분히 엿보인다.

뿐만 아니라 피고인의 진술, 당심증인 공소외 4 및 공소외 3의 각 증언에 의하여, 위 수사기관으로부터 이 사건 수사기록과 함께 피고인의 신병이 검찰로 송치된 날인 같은 해 5.2.위 대전분실에서 피고인의 수사를 맡고 있던 수사관이 피고인을 동행하여 피고인이 신문을 받고 있는 동안 검사실에 있으면서 같이 점심까지 먹는 등 들락거리고 있는 사실 및 피고인이 위 수사기관에 연행된 이래 최초로 변호인을 접견한 것은 검찰에서의 조사가 다 끝난 5월말경이었으며 그동안 피고인은 가족들과는 물론이고 일체 외부와의 연락을 취하지 못한 사실을 인정할 수 있다.

위와 같은 사정아래서 검사의 피고인에 대한 피의자신문조서가 작성되었다면 위에서 본 바와 같은 사법경찰관 앞에서의 임의성이 없는 심리상태가 검사의 제1회 피의자신문조서가 작성될 당시에는 물론 그 이후 제2회 피의자신문조서가 작성될 때까지도 계속되었을 가능성이 엿보인다.

(ㄴ) 신빙성

나아가 피고인이 검사앞에서 한 자백의 내용이 이 사건에 나타난 여러사정에 비추어 볼 때 과연 신빙성이 있는 것인가에 관하여 살펴 본다.

- ① 피고인이 공소외 2를 만났다는 음식점에 관하여, 공소사실에 의하면 피고인이 교양과 지령을 받고, 보고하기 위하여 공소외 2와 회합한 장소가 거의 재일조선인연맹 (이하 조총련이라 한다) 니시 요코하마지부 근처에 있는 "센스시아""요시노야"라는 일본식 음식점이라고 함에 대하여 피고인은 수사관의 엄문에 못이겨 피고인 스스로 가공의 음식점을 만들어 이야기했다는 것이다.

공소외 4의 증언과 피고인의 아들인 공소외 5가 요코하마시 서스시상조합에 조회하여 받은 회답서 (공판기록 186쪽)의 기재와 요코하마시 서구 명세지도 9장의 도면을 종합하면, 피고인이 위 두 음식점이 있다고하여 사법경찰관 앞에서 약도까지 그린(수사기록 175쪽 참조) 장소부근에는 1966년이래로 위 두 음식점은 존재한 적도 없었고 현재에도 존재하지도 않는 사실을 알 수 있고(검사제시의 영사증명서의 기재에 의하면 "요시노스시라는 이름의 음식점이 위 요코하마시 .니시구 히가시구보쵸 30에 있다는 것이나 무엇보다 그 소재지 주소가 거리가 멀어 이 음식점이 공소사실상의 "요시노야"라고 보기는 어렵다), 한편 공소외 6의 증언에 의하면 "요시노야"는 체인점이 형성되어 있어 일본도처에 흔한 이름이고 "센스시아"도 일본에서 흔히 볼 수 있는 음식점 이름이라는 사실을 알 수 있는 바, 피고인이 엄

문을 받던 중 위와 같은 흔한 이름을 가공의 음식점 이름으로 쉽게 생각해 낼 수 있었으리라 추측되기도 하므로 결국 피고인이 공소외 2를 만났다는 장소에 대한 피고인의 진술은 믿기 어렵다.

- ② 피고인이 이북에 2번 왕래하였다는 점, 공소장 기재에 의하면 피고인은 공소외 2의 지령에 따라 1972.3.경과 1977.9.경 두번에 걸쳐 소위 조방단원의 일원으로 니이가다항에서 만경봉호에 승선하여 이북에 다녀왔다는 것이다.

살피건대, 만약 당시 정상적 경우라면 일본국 법무성 입국관리국의 통상절차를 밟았으리라고 생각되는데도 공판기록에 편철된 같은 국 등록과장작성의 외국인출입국 기록조사서 (118쪽)에 의하면 위와 같은 때에 피고인이 이북에 갔다 왔다는 기록을 찾아 볼 수 없고(검사가 제시한 영사증명에 의하더라도 피고인이 1960년 이후 이북을 공식적으로 방문한 기록이 없다고 되어 있다), 만경봉호 입항일자에 관한 영사증명(공판기록 80쪽)에 의하더라도 피고인의 출국, 체제, 귀국일자가 맞지 않으며 피고인이 조방단원들과 같이 이북에 갔다는 것인데 피고인이 갔다는 그 두시점에 과연 니이가다항에서 출발하는 만경봉호를 타고 제 몇차 조방단원 몇명이 이북에 간 사실이 있다는 객관적 자료도 없고, 또 최소한 피고인이 동행했다는 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9(1972.3.의 경우)나 공소외 10(1977.9.의 경우)이 각 그 시점에 이북에 갔다는 객관적 자료도 없으며, 극히 예외적이라 할 수 있는 밀항의 방법으로 만경봉호를 타고 갔다왔다고 하더라도 그 방법에 대하여 구체적인 진술이 없을 뿐더러 피고인의 연령, 가족관계, 사회경제적 입장(다음의 3항 참조)으로 보아 쉽게 생각하기 어렵고, 또 검사제시의 주 니이가다 대한민국 총영사관 영사 공소외 11 작성의 영사증명서의 기재만으로는 뒤 2나(2) (다) (ㄱ)항에서 보는 바와 같은 이유로 위 사실을 인정하기에 부족하다.

따라서 피고인이 이북에 2번 갔다왔다고 하는 진술도 믿기 어렵다.

3. 피고인의 주변정황

공소외 4 및 당심증인 공소외 6과 원심증인 공소외 12의 각 증언과 피고인의 진술을 종합하면, 재일교포들은 그들의 국적이 대한민국이든 북괴이든, 또 재일한국거류민단(이하 민단이라 한다)소속이든 조총련소속이든 아무런 상관없이 서로 사귀며 경조사가 있으면 왕래하고, 경제생활도 민단계사람이 조총련에서 경영하는 은행이나 조합으로부터 융자를 받기도 하고 때로는 그 반대가 되기도 하면서 한마디로 같은 동포라는 의식하에서 구분없이 생활하고 있는 사실을 인정할 수 있고, 또 기록에 의하면 피고인은 만 67세의 노인으로서 국민학교도 다니지 아니한 채 1943년 일본으로 가서 이때까지 대부분의 생활을 일본에서 하여 우리나라의 실정에 대하여 잘 모르고 있었고, 처와 사이에 수명의 자녀를 두어 다 성혼시켜 손자도 보았으며, 주로 부동산업에 종사하여 상당한 재산(약 5억 엔)도 이루어 가정적으로나 경제적으로나 안정된 생활을 하고 있는 사람으로서 나이가 들면서 조국과 고향이 그리워 우리나라에 드나들면서 1981. 여름 피고인의 고향인 충북 괴산군 (상세지번 생략)에 약 14정보의 산을 구입하여 선영으로 꾸미고 논밭도 약 2,000평씩 구입해 두었으며 1982.8.경 대전 동구 (상세지번 생략)에 있는 가옥 1채를 매입하여 우리나라에 드나들때 거처로 이용하여 왔으며 입국시에는 주로 고향의 산소를 가꾸고 옛 친지들을 만나보거나 골프를 즐긴 사실을 알 수 있다.

위와 같이 피고인의 성장과정 및 생활관계, 피고인의 가족상황, 재산정도, 우리나라의 입국동기 및 행적 등을 종합하여 보면 피고인이 공소외 2를 개인적으로 안다는 것이 조금도 이상할 것도 없고 또 개인적으로 안다고 하여 바로 피고

인이 간첩으로 포섭되었다고 보기는 어렵다고 하겠다.

이상 여러 점에서 볼 때 검사작성의 피의자신문조서들은 그 진술 내용이 객관적 사실과 맞지 않는 점이 있고, 정황적 사정들도 경험칙에 반하는 점이 있어 그 신빙성을 인정할 수 없다고 하겠다.

(ㄷ) 그렇다면 검사작성의 각 피의자신문조서의 기재내용은 임의성이 없거나 적어도 신빙성이 없어 피고인이 공소외 2에게 포섭되어 그로부터 간첩지령을 받았거나 그 지령을 받고 목적수행을 위하여 국가기밀을 탐지, 수집하고, 공소외 2와 회합하였다는 점에 관한 증거로는 삼을 수 없다.

(다) 다른 증거들

(ㄱ) 당심 및 원심증인 공소외 1, 원심증인 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16의 각 진술과 검사 및 사법경찰관 작성의 위 사람들에 대한 각 진술조서의 기재 및 이들 작성의 각 진술서 기재.

이들 증거들에 의하면 피고인이 국가기밀을 탐지, 수집하였다거나 허위사실의 날조, 유포, 사실을 왜곡하여 전파하였다는 일시장소에서 해당대화자와 공소장 기재내용의 대화를 나눈 사실은 인정되나, 그 대화를 나눈 시간, 장소적 상황이 여행하던 중(원심판시 제2,20,25,40의 각 점), 자기 고향이나 대전의 집안에서(원심판시 제6,23,28,31,38,41의 각 점), 골프를 치던 중(원심판시 제17의 점) 또는 가옥매입시 복덕방사무실(원심판시 제11의 점) 등이어서 특별히 국가기밀을 탐지, 수집하기 위하여서라고 보기 어렵고 또 대화내용도 당시의 상황에서 일반인이면 누구나 자연스럽게 보고, 듣고 생각나는대로 이야기 나눌 수 있는 것일 뿐더러 대부분 국내인에게는 공지의 사실에 속하는 것들인 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 공소외 2의 지령에 따라 적극적으로 국가기밀을 탐지, 수집한 것이거나 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라고 인정하기에는 부족하다.

(ㄴ) 당심증인 공소외 3의 증언

이는 피고인이 사법경찰관앞에서의 조사시 범행을 단순히 자백하였다는 내용이나 피고인이 자신의 진술을 부인하는 이상 증거로 믿을 것이 되지 못한다.

(ㄷ) 원심증인 공소외 12, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19의 각 증언

이들도 피고인이 공소외 2에 포섭되어 간첩행위를 하고 동인과 회합을 하였다는 점 등을 인정하기에는 직접증거로서는 물론이고 간접증거로서도 부족하다.

(ㄹ) 당원의 비디오테이프 검증의 결과

당원이 검증한 비디오테이프는 사법경찰관앞에서의 피고인이 수사관의 신문에 대하여 이 사건 공소사실을 대체로 시인하는 내용으로 되어 있는 바, 증거능력이나 증거가치를 판단함에 있어서 녹음부분과 녹화부분을 나누어 생각해 보기로 한다.

먼저 녹음부분은 그 성격상 피고인의 사법경찰관앞에서의 진술에 준하여 취급하여야 할 것이므로 앞에서 사법경찰관작성의 피의자신문조서에 대하여 본 바와 같은 이유에서 이 또한 임의성이 없어서 증거능력이 없다고 할 것이다.

다음 녹화부분은 주로 수사관이 신문하는 분위기, 신문에 응하는 피고인의 태도 등이 중요한 관점이 된다고 볼 것이다(검사는 특히 피고인이 신문도중 두어번 눈물을 흘린 대목이 피고인이 참회의 눈물을 흘리는 장면이므로 이 비디오테이프가 임의성 및 신빙성이 있다는 취지로 주장한다).

살피건대, 피고인의 당원에서의 진술과 공소외 3의 증언을 종합하여 보면, 이 비디오테이프는 사법경찰관이 수사를 거의 마무리 지은 단계에서 검찰에 송치하기 며칠 전에 증거확보를 위하여 신문장면을 재현하여 촬영한 것인 사실을 인정할 수 있고, 피고인의 진술에 의하면 피고인은 촬영 중 자기의 입장이 슬픈 나머지 눈물이 흘렀고 그때마다 수사관도 촬영을 중단하고 피고인을 밖으로 데리고 나가 감정을 진정케 하면서 "뭐 그렇게 어렵게 생각하느냐? 이제 모든 것을 밝혀 놓으니 마음이 후련하다고 하면 간단하지 않느냐"는 식으로 가르쳐 주기도 한 것이 3,4회 되는 사실을 엿볼 수 있으며, 검증한 영상의 상태에 따르면 이 비디오테이프는 촬영 후 다시 편집 재구성된 흔적을 엿볼 수 있으므로 실내장치, 대화의 분위기 등에 사법경찰관의 자의적 요소가 개입될 여지가 있다고 추측되므로 이 녹화부분도 별 증거가치가 없다고 할 것이다.

(ㄱ) 각 검증조서 등

사법경찰관작성의 각 검증조서의 기재는 피고인이 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 장소적 상황을 명확히 한 것 뿐이고, 대덕단지관리사무소장 한국도로공사 제2건설사업소장, 서울특별시 지하철공사장, 국립묘지관리소 대전분소장, 충북 괴산군 청천면장의 각 확인서의 기재는 대덕연구단지, 호남고속도로 대전-광주간 4차선확장공사, 서울지하철 1호선공사, 대전국립묘지개설, 위 청천면에서의 새마을사업 등이 각 계획 실시되었다는 객관적 사실을 확인하는 내용일 뿐이고, 괴산경찰서 경위 공소외 17 작성의 확인서의 기재는 1971.2.25.부터 1973.12.30.까지 괴산경찰서에서 피고인이 그 무렵 우리나라를 다녀간 후 피고인의 신변에 대하여 동향내사를 하였다는 것 뿐이고, 사법경찰관이 사본한 재일동포모국방문과 존안카드 및 충북관내 조총련입국자명단의 각 기재는 피고인이 1981.4.1. 처자와 더불어 조총련성묘단으로 입국하였을 때의 여행경로를 그 내용으로 하는 것 뿐이고, 서울지방검찰청 검찰주사보 공소외 20이 등본한 같은 검찰청 1966형 제55181호 공소장과 불기소장의 기재는 공소외 2가 반국가단체(북괴)의 구성원이라는 취지를 엿볼 수 있을 뿐이고, 주 니이가다 대한민국 총영사관 영사 공소외 11 작성의 영사증명서의 기재는 1972년도와 1977년도에 북괴의 만경봉호가 니이가다항에 입항한 일자를 그내용으로 하는 것일 뿐이어서 그어느것이나 피고인이 공소외 2로부터 지령을 받았거나 그지령에 따라 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 등의 사실을 인정할 만한 증거가 되지 못한다.

(ㄴ) 압수된 조선신용조합 비누(증 제3호)의 현존

피고인의 진술에 의하면 위 비누는 조선신용조합이 신년때에 판촉용으로 민단소속이든 조총련소속이든 구별없이 돌린 것인데 피고인 1986.3.7. 입국할 내 피고인의 처가 세면도구로 싸준 사실을 엿볼 수 있는 바, 그렇다면 이 비누의 현존도 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라고 인정할 만한 증거가 되지 못한다.

(ㄷ) 전화번호수첩사본의 기재

이 수첩은 1985.10.5. 피고인이 입국할 때 김포공항에서 수사요원이 피고인이 소지하고 있던 것을 복사해 둔 것이라고 하는 바, 그 수첩에 공소외 2 등의 조총련간부나 조총련계 상공인 및 조총련계의 가나가와깁 조선은행, 조총련 니시

요꼬하마지부 등의 전화번호가 기재되어 있는 것은 사실이나 위 2나(2)(나)(ㄴ)③항에서 본 바와 같은 재일교포들의 생활상 및 관념에 비추어 볼 때 이는 일단 일상적 사회생활상의 필요에 의해 비망용으로 기록해 둔 것이라고 보이므로 이 또한 피고인이 공소외 2의 지령을 받은 자라거나 공소외 2와 회합하였다고 인정할 자료가 되지 못한다.

(라) 그렇다면 피고인이 공소외 2에게 포섭되어 그의 지령을 받은 자라거나 그 지령에 따라 그 목적수행을 위하여 잠입, 탈출하거나 국가기밀을 탐지, 수집하였다는 점 및 공소외 2와 회합하였다는 점에 대하여 이를 인정할 증거가 없는 이상 위 잠입, 탈출, 국가기밀탐지, 수집, 회합 및 허위사실날조, 유포, 사실의 왜곡전파의 각 점에 대하여는 이를 유죄로 인정한 것은 필경 채증법칙에 위배하여 사실을 오인한 위법을 범하였다고 하겠다.

따라서 피고인의 나머지 항소이유에 대하여 판단해 볼 필요없이(다음 판단에서 보는 바와 같이 검사의 양형부당에 관한 항소는 이유없다) 원심판결을 부당하고, 한편 원심은 위에서 인정한 범죄사실의 각 점과 무죄가 선고되어야 할 각점을 모두 형법 제37조 전단의 경합범으로 처단하였으므로 원심판결의 유죄부분 전체가 파기를 면치 못한다.

3. 결론

따라서 검사의 항소는 이유없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 피고인의 항소는 이유있으므로 같은 법조 제6항에 의하여 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.