

국가정보원직원법위반

[서울중앙지방법원 2021. 7. 21. 2020노2940]



【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 2인

【항 소 인】 피고인 1, 피고인 2 및 검사

【검 사】 김영남(기소), 홍승표, 이한울(공판)

【변 호 인】 법무법인 케이에스앤피 외 5인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2020. 9. 10. 선고 2019고단1293 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인들은 각 무죄.

무죄판결의 요지를 공시한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1(사실오인, 법리오해, 양형부당)

- 1) 피고인은 공소외 1의 비공개 법정증언 및 탄원서를 ○○일보에 제공하라고 지시한 사실이 없다.
- 2) 검사가 국가정보원(이하 '국정원'이라고 한다)으로부터 제출받은 서류들은 압수·수색 영장 없이 제출받은 것으로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없고 그에 기초하여 수집된 진술들은 위법수집증거의 2차적 증거로 모두 증거능력이 없다.
- 3) 「향후 추가 이슈 예상 사안」은 위법수집증거에 해당하고 검사가 증거신청을 하지도 않았으므로 이를 기초로 수집된 진술들은 모두 증거능력이 없다.
- 4) 공소외 2의 법정진술 중 "피고인 2로부터 '피고인이 언론보도를 위해 공소외 1의 비공개 법정증언 및 탄원서 등이 언론에 보도될 수 있도록 조치하라고 지시하였다'는 말을 들었다"는 부분과 공소외 3의 법정진술 중 "공소외 2로부터 받은 공소외 1의 비공개 증언 등에 대한 언론보도 요청을 피고인 3에게 보고하였더니, 피고인 3이 '피고인의 지시사항으로 알고 있는 내용이다'라고 하였다"는 부분은 전문진술에 해당하므로 모두 증거능력이 없다.
- 5) 공소외 1의 비공개 법정증언 및 탄원서는 국가정보원직원법(이하 '국정원직원법'이라고 한다)상의 비밀에 해당하지 않고 이를 ○○일보에 제공한 행위는 누설에 해당하지 않는다.
- 6) 원심이 선고한 형(징역 1년)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2(사실오인, 법리오해)

- 1) 피고인은 공소외 1의 비공개 법정증언 및 탄원서가 ○○일보에 제공되었다는 사후보고만을 받았을 뿐 이를 ○○일보에 제공하라고 지시한 사실이 없다.
- 2) 공소외 1의 비공개 법정증언 및 탄원서는 국정원직원법상의 비밀에 해당하지 않고 이를 ○○일보에 제공한 행위는 누설에 해당하지 않는다.

다.

검사(양형부당)

원심이 선고한 형(피고인 1 징역 1년, 피고인 2, 피고인 3 각 징역 10월 및 집행유예 2년)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 공소사실의 요지 및 원심의 판단 요지

가. 공소사실의 요지

별지 기재와 같다.

나. 원심의 판단 요지

원심은, 원심에서 채택한 증거들에 의하면 피고인들이 이 사건 범행에 가담하거나 지시한 사실이 인정되는 점, 비공개 법정증언 및 탄원서는 그것이 유출될 경우 국가 또는 국정원의 기능에 지장을 초래할 우려가 명백한 비밀에 해당하는 점, 피고인 1에게 형법 제33조 본문에 따라 국정원직원법 제17조가 적용되는 점, 비공개 법정증언 및 탄원서의 제공은 국정원장이 허가한 것으로 보기는 어려운 점, 피고인들의 행위에 국가의 안전을 보호할 목적이 있었다고 보기 어려워 위법성이 인정되는 점 등을 이유로 피고인들에 대한 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 판단하였다.

3. 당심의 판단

가. 증거능력에 관한 판단

1) 위법수집증거 해당 여부

가) 검사가 국정원으로부터 제출받은 서류

피고인 1은, 형사소송법 제199조 제2항, 제272조의 각 문언에 비추어 보면 수사기관이 공무소로부터 보관서류를 제출받기 위해서는 압수수색영장을 발부받아야 하는데 검사가 영장 없이 국정원으로부터 제공받아 증거로 제출한 보관서류들은 영장주의에 반하여 수집된 위법수집증거로 모두 증거능력이 없다고 주장한다.

그러나 아래의 사정을 종합하여 보면 국정원은 임의제출의 방식으로 위 서류들을 제출한 것이라고 판단된다.

따라서 피고인 1의 위 주장은 받아들이지 않는다.

(1) 형사소송법 제199조 제2항에서 규정하고 있는 '보고'의 방식에는 특별한 제한이 없어 자료의 요지를 설명하는 것뿐 아니라, 그 자료 자체를 제시하는 것도 포함된다고 볼 수 있다.

그리고 위 규정이 공무소 기타 공사단체로부터 임의제출로 서류를 받는 것을 금지하고 있다고 보기는 어렵다.

(2) 검사는 국정원에 자료를 요청하는 공문을 보내면서 '형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) 제2항에 따라 「공소외 1의 법정증언 및 탄원서 제출 관련 인터뷰·언론보도」 등에 관하여 귀 기관에서 작성한 보고서 등 관련 자료를 요청하오니 협조하여 주시기 바랍니다.

'라고 기재하였다.

그 기재 문언에 의하면, 검사가 공무소에 수사 협조를 요청하면서 협조의 법적 근거로서 위 조문을 기재한 것으로 보인다.

그리고 그 취지는 임의제출의 방식으로 수사 협조를 요청한 것이라고 볼 수 있고, 강제처분으로서 관련 문건의 제출을 요구한 것이라 보기는 어렵다.

(3) 수사기관의 기능을 겸하고 있던 국정원은 위 공문이 강제처분인지 수사 협조 요청인지 여부를 인지할 수 있었을 것이고, 강제처분에 해당한다고 인지하였다면 검사에게 압수·수색 영장 등을 요구하였을 것인데, 그러한 사정은 발견되지 않는다.

(4) 피고인 1이 들고 있는 판례(서울고등법원 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결)는 수사기관이 형사소송법 제199조 제2항에 근거하여 공공기관이 아닌 개인정보 처리자로부터 개인정보를 제공받는 것은 정보주체의 개인정보 자기결정권에 대한 침해를 방지하기 위한 개인정보 보호법을 무력화하는 것으로 부당하고, 개인정보 처리자가 수사기관에 형사소송법 제199조 제2항에 근거하여 임의제출 방식으로 제공하는 것은 위법하다고 본 사안이다.

그런데 이 사건은 개인정보보호법이 문제되는 사안이 아니고, 국정원이 검사에게 제공한 서류는 공무소인 국정원이 자체 생성한 문건으로 국정원이 그 처분권을 가진다고 보인다.

따라서 국정원이 그 보관서류를 검사에게 임의제출함에 어떠한 위법이 있다고 보기 어렵다.

나) 2차적 증거

피고인 1은 검사가 국정원으로부터 제출받은 서류에 기초하여 수집한 진술들은 위법수집증거의 2차적 증거로 증거능력이 없다고 주장한다.

그러나 앞서 본 것처럼, 검사가 국정원으로부터 제출받은 서류는 위법수집증거에 해당하지 않는다.

따라서 검사가 증거신청을 철회한 「향후 추가 이슈 예상 사안」을 제외한 나머지 서류들을 제시하고 수집한 진술증거는 증거능력 있는 증거에 기초해 수집된 증거이므로 모두 증거능력이 있다.

「향후 추가 이슈 예상 사안」은 검사가 원심에서 피고인 1에 대하여 증거신청을 철회한 서류이므로 그 서류 자체는 유죄 인정의 증거가 될 수 없다.

검사가 이를 철회한 것은 위 서류가 증거로 제출되더라도 작성자와 작성일시를 알 수 없어 피고인이 동의하지 않는 경우 진정성립이 인정되기 어려울 것이라 판단했기 때문으로 보인다.

그러나 작성자와 작성일시가 없다는 사정만으로 위법수집증거라고 단정할 수 없고, 신빙성의 문제는 별개로 하고, 진정성립을 인정할 수 없는 문건을 제시하고 수집한 진술증거의 증거능력은 문제되지 않는다고 본다.

2) 전문진술 해당 여부

가) 관련 법리

형사소송법은 제310조의2에서 원칙적으로 전문증거의 증거능력을 인정하지 않고, 제311조부터 제316조까지에서 정한 요건을 충족하는 경우에만 예외적으로 증거능력을 인정한다.

다른 사람의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지는 요증사실이 무엇인지에 따라 정해진다.

다른 사람의 진술, 즉 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이지만, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다.

어떤 진술이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용될 때는 전문증거가 되지만, 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것이 아니다.

그러나 어떠한 내용의 진술을 하였다는 사실 자체에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 서류의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우에 그 서류는 전문증거에 해당한다.

서류가 그곳에 기재된 원진술의 내용인 사실을 증명하는 데 사용되어 원진술의 내용인 사실이 요증사실이 되기 때문이다.

이러한 경우 형사소송법 제311조부터 제316조까지 정한 요건을 충족하지 못한다면 증거능력이 없다(대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도14303 전원합의체 판결 참조).

나) 판단

(1) 공소외 2의 원심 법정진술 중 "국장님이 차장 지시라면서 탄원서를 대변인실에 자료지원을 해주라고 했습니다" 부분과 공소외 3의 원심 법정진술 중 "공소외 2 처장이 전화로 차장지시로 탈북자 관련 탄원서나 자료를 보내니까 협조하라고" 부분, "차장 지시사항이라는 것을 알고 있다고 말했습니다" 부분, "협조하라는 사안이 차장님 지시라고 알고 있다고 말씀하셨기 때문에" 부분은 모두 전문진술에 해당한다.

그리고 공소외 2의 원심 법정진술 중 "차장님 지시고 해서 (중략) 그냥 지시사항을 이행했습니다"의 '차장님 지시' 부분과 공소외 3의 원심 법정진술 중 "차장지시라고 언론에 배포하기 위해서 받았습니다"의 '차장지시라고' 부분은 공소외 2와 공소외 3이 피고인 1로부터 직접 지시받은 것이 아니고 다른 사람으로부터 전해들은 것을 바탕으로 진술한 것이므로, 이들 역시 전문진술에 해당한다.

(2) 위 각 진술 부분은 모두 그 내용이 피고인 1이 이 사건 문건을 보도하도록 지시했다는 이 사건 요증사실에 해당한다

그런데 공소외 2 법정진술의 원진술자인 피고인 2, 공소외 3 법정진술의 원진술자인 공소외 2와 피고인 3은 모두 이 사건 법정에 출석하여 진술하고 있다.

따라서 피고인 1에 대하여 위 진술 부분들은 형사소송법 제316조 제2항에서 정하는 원진술자가 진술할 수 없는 경우에 해당하지 않아 모두 증거능력이 없고, 앞서 본 법리에 비추어 이를 간접사실로 사용하는 경우에도 마찬가지다.

3) 소결론

피고인 1의 위법수집증거 주장은 이유 없다.

그러나 공소외 2와 공소외 3의 각 법정진술 중 '차장 지시로'라는 진술 부분은 전문 진술에 해당하여 모두 증거능력이 없다.

그리고 전문진술이 기재된 조서는 형사소송법 제312조 또는 제314조의 규정에 의하여 각 그 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론, 나아가 형사소송법 제316조 제2항의 규정에 따른 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다(대법원 2001. 9. 4. 선고 2001도3081 판결 등 참조). 따라서 공소외 2와 공소외 3에 대한 검사 작성 진술조서 중 '차장의 지시'와 관련된 전문진술 기재 부분 역시 위와 같은 이유로 증거능력이 없다.

결국 증거능력 없는 증거를 제외한 나머지 증거만으로는 피고인 1이 지시하였다는 점에 관하여 합리적 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다.

원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 잘못이 있고, 이 부분 피고인 1의 주장은 이유 있다.

나. 국정원직원법상 비밀에 관한 판단

1) 관련 법리

국정원직원법 제17조 제1항의 비밀이라 함은 그 요건 중 하나로서 그것이 외부에 알려지지 않은 사실로서 실질적으로 비밀로서 보호할 가치가 있을 것을 필요로 한다.

위 죄는 비밀 그 자체를 보호하는 것이 아니라 국정원 직원의 비밀엄수의무의 침해에 의하여 위험하게 되는 이익, 즉 비밀의 누설에 의하여 위협받는 국가의 기능을 보호하기 위한 것이다.

그 비밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 알 권리의 영역을 최대한 넓혀줄 수 있도록 필요한 최소한도에 한정되어야 한다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도5547 판결 참조).

2) 판단

가) 국정원이 ○○일보에 유출한 문건은 크게 ① 공소외 1의 법정진술 내용, ② 탄원서(자필, 타이핑 포함), ③ 법정증언 후 탄원서 제출경위로 구분할 수 있다.

나) 다음의 사정을 종합해 보면 공소외 1의 법정진술 내용은 그것이 누설되더라도 국가의 기능을 해친다고 보기 어려워 국정원직원법상의 비밀에 해당한다고 인정하기 어렵다.

(1) 공소외 1의 법정진술 내용은 주로 북한과 중국 접경지의 도강이 가능한 장소, 중국과 북한 출입 시의 제한조건, 공소외 1이 북한의 공작원이었다는 것으로 북한과 관련된 정보를 담고 있다.

(2) 북한 관련 정보의 수집·작성·배포는 국가정보원법 제4조 제1항 가목에서 규정하는 국정원의 직무에는 해당한다.

그러나 그 정보가 국정원직원법상의 비밀에 해당하는지는, 그것이 누설되는 경우 국가의 기능이 위협받는지를 기준으로 판단하여야 한다.

공소외 1의 법정진술 내용에는 국정원과 관련된 정보는 포함되어 있지 않고 국정원과 공소외 1 사이의 관계를 유추할 수 있는 정보도 포함되어 있지 않다.

따라서 그 자체를 비밀로 보기는 어렵다.

(3) 다만 공소외 1의 법정진술 내용을 북한에서 알게 된다면, 북한이 우리 정보기관의 정보 수집·관리 역량을 가늠하는 척도가 될 수 있다는 점에서 이를 비밀로 볼 여지가 있다.

그러나 그러한 위험은 위 법정증언이 성명불상자에 의해 북한에 유출된 때(이하 '최초 유출'이라 한다)에 이미 발생한 것이고, 사후에 국정원이 이를 언론에 알린 행위는 위 법정증언이 북한에 유출됨으로써 발생하는 국가기능에 대한 위협과는 무관하다고 보인다.

다) 아래의 사정들을 종합하면 공소외 1의 탄원서 역시 국정원직원법상의 비밀이라고 보기 어렵다.

(1) 공소외 1의 탄원서는 ① 북한에 있는 공소외 1의 자녀들의 인적사항, ② 공소외 1이 대한민국에서 개명한 사실, ③ 공소외 1이 비공개 증언을 하였다는 것을 북한 보위부가 알고 있다는 내용, ④ 비공개 증언이 유출된 것에 대한 분노와 실망, ⑤ 유출자를 색출해 처벌받게 하고 싶으나 자녀들의 안전을 위해 참을 수밖에 없다는 사정 등의 내용을 포함하고 있다.

(2) 위 내용들 중 ④, ⑤는 공소외 1의 의견일 뿐, 사실로서의 정보에 해당한다고 보기 어렵다.

그리고 ①, ②는 그것이 유출되었더라도 공소외 1과 그 가족들의 안전, 즉 개인적 법익에 위험이 발생한 것에 불과할 뿐 국가적 법익이 침해되었다고 보기는 어렵다.

또한 국정원은 공소외 1의 동의를 받아서 위 문건을 공개하려고 추진하고 있었으므로 공소외 1이 동의했다면 위 문건은 아무 문제없이 공개될 수 있었다.

이처럼 개인의 동의에 따라 공개 여부가 달라지는 내용을 국가적 법익을 보호하는 비밀이라고 보기는 어렵다.

(3) ③과 관련하여 비공개 증언이 유출됨으로써 재판에 대한 국민의 신뢰가 저하될 우려가 존재하기는 한다.

그러나 이러한 재판기능의 침해 역시 이미 최초 유출 시에 발생한 것이고, 국정원이 이를 언론에 알림으로써 새로이 발생된다고 보기는 어렵다.

그리고 재판에 대한 신뢰가 국정원 직원의 비밀엄수의무에 의해 보호되는 법익에 포함된다고 보기 어렵다.

(4) ③과 관련해 검사는 향후 북한이탈주민들이 국정원에 협조하는 것을 거부함으로써 국정원의 정상적인 정보수집활동 및 수사 등에 지장을 초래할 위험이 있다고 주장한다.

그러나 이러한 위험은 최초 유출에 의하여 현실화된 것이지 언론의 보도로 발생한 것이라고 볼 수는 없다.

그리고 검사의 위 주장과 같이 비밀 여부를 판단한다면 '비밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 알 권리의 영역을 최대한 넓혀줄 수 있도록 필요한 최소한도에 한정되어야 한다.

'는 법리에 반하는 결과가 될 수 있다.

따라서 검사의 위 주장은 받아들이지 않는다.

라) 공소외 1이 법정증언 후 탄원서를 제출한 경위 역시 국정원의 조직·편제 및 그 활동내용 등에 관한 정보가 전혀 포함되어 있지 않으므로 국정원직원법상의 비밀이라고 보기 어렵다.

3) 소결론

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 국정원이 ○○일보에 전달한 공소외 1의 법정진술 내용, 탄원서 및 탄원서 제출 경위가 국정원직원법 제17조 제1항이 정하는 '직무상 알게 된 비밀'에 해당한다는 점이 합리적 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다.

원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있고, 이 부분 피고인 1, 피고인 2의 주장은 이유 있다.

다.

피고인 3에 대한 직권판단

형사소송법 제364조의2는 항소법원이 피고인을 위하여 원심판결을 파기하는 경우에 파기의 이유가 항소한 공동피고인에게 공통되는 때에는 그 공동피고인에 대하여도 원심판결을 파기하여야 한다고 규정하고 있다.

이때 '항소한 공동피고인'에는 검사만 항소하고 자신은 항소하지 아니한 공동피고인도 포함된다.

원심 판시 범죄사실에는 피고인 1, 피고인 2가 피고인 3과 공모하여 그 판시 국정원직원법위반의 범행을 하였다는 점이 포함되어 있는데, 앞서 본 바와 같이 피고인 1, 피고인 2의 각 국정원직원법위반의 점에 관하여 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있는 이상 그 파기사유는 공동피고인인 피고인 3에게도 공통된다.

비록 피고인 3은 항소하지 아니하였지만 검사가 항소를 제기한 공동피고인에 해당하므로, 형사소송법 제364조의2에 따라 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분도 더 이상 유지될 수 없어 직권으로 파기한다.

4. 결론

피고인 1, 피고인 2의 항소는 이유 있고, 원심판결에는 앞서 본 직권파기사유도 있으므로, 피고인 1 및 검사의 각 양형부장 주장에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1(사실오인, 법리오해, 양형부당)

- 1) 피고인은 공소외 1의 비공개 법정증언 및 탄원서를 ○○일보에 제공하라고 지시한 사실이 없다.
- 2) 검사가 국가정보원(이하 '국정원'이라고 한다)으로부터 제출받은 서류들은 압수·수색 영장 없이 제출받은 것으로 위법수집증거에 해당하여 증거능력이 없고 그에 기초하여 수집된 진술들은 위법수집증거의 2차적 증거로 모두 증거능력이 없다.
- 3) 「향후 추가 이슈 예상 사안」은 위법수집증거에 해당하고 검사가 증거신청을 하지도 않았으므로 이를 기초로 수집된 진술들은 모두 증거능력이 없다.
- 4) 공소외 2의 법정진술 중 "피고인 2로부터 '피고인이 언론보도를 위해 공소외 1의 비공개 법정증언 및 탄원서 등이 언론에 보도될 수 있도록 조치하라고 지시하였다'는 말을 들었다"는 부분과 공소외 3의 법정진술 중 "공소외 2로부터 받은 공소외 1의 비공개 증언 등에 대한 언론보도 요청을 피고인 3에게 보고하였더니, 피고인 3이 '피고인의 지시사항으로 알고 있는 내용이다'라고 하였다"는 부분은 전문진술에 해당하므로 모두 증거능력이 없다.
- 5) 공소외 1의 비공개 법정증언 및 탄원서는 국가정보원직원법(이하 '국정원직원법'이라고 한다)상의 비밀에 해당하지 않고 이를 ○○일보에 제공한 행위는 누설에 해당하지 않는다.
- 6) 원심이 선고한 형(징역 1년)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2(사실오인, 법리오해)

- 1) 피고인은 공소외 1의 비공개 법정증언 및 탄원서가 ○○일보에 제공되었다는 사후보고만을 받았을 뿐 이를 ○○일보에 제공하라고 지시한 사실이 없다.
 - 2) 공소외 1의 비공개 법정증언 및 탄원서는 국정원직원법상의 비밀에 해당하지 않고 이를 ○○일보에 제공한 행위는 누설에 해당하지 않는다.
- 다.

검사(양형부당)

원심이 선고한 형(피고인 1 징역 1년, 피고인 2, 피고인 3 각 징역 10월 및 집행유예 2년)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 공소사실의 요지 및 원심의 판단 요지

가. 공소사실의 요지

별지 기재와 같다.

나. 원심의 판단 요지

원심은, 원심에서 채택한 증거들에 의하면 피고인들이 이 사건 범행에 가담하거나 지시한 사실이 인정되는 점, 비공개 법정증언 및 탄원서는 그것이 유출될 경우 국가 또는 국정원의 기능에 지장을 초래할 우려가 명백한 비밀에 해당하는 점, 피고인 1에게 형법 제33조 본문에 따라 국정원직원법 제17조가 적용되는 점, 비공개 법정증언 및 탄원서의 제공은 국정원장이 허가한 것으로 보기는 어려운 점, 피고인들의 행위에 국가의 안전을 보호할 목적이 있었다고 보기 어려워 위법성이 인정되는 점 등을 이유로 피고인들에 대한 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 판단하였다.

3. 당심의 판단

가. 증거능력에 관한 판단

- 1) 위법수집증거 해당 여부

가) 검사가 국정원으로부터 제출받은 서류

피고인 1은, 형사소송법 제199조 제2항, 제272조의 각 문언에 비추어 보면 수사기관이 공무소로부터 보관서류를 제출받기 위해서는 압수수색영장을 발부받아야 하는데 검사가 영장 없이 국정원으로부터 제공받아 증거로 제출한 보관서류들은 영장주의에 반하여 수집된 위법수집증거로 모두 증거능력이 없다고 주장한다.

그러나 아래의 사정을 종합하여 보면 국정원은 임의제출의 방식으로 위 서류들을 제출한 것이라고 판단된다.

따라서 피고인 1의 위 주장은 받아들이지 않는다.

(1) 형사소송법 제199조 제2항에서 규정하고 있는 '보고'의 방식에는 특별한 제한이 없어 자료의 요지를 설명하는 것뿐 아니라, 그 자료 자체를 제시하는 것도 포함된다고 볼 수 있다.

그리고 위 규정이 공무소 기타 공사단체로부터 임의제출로 서류를 받는 것을 금지하고 있다고 보기는 어렵다.

(2) 검사는 국정원에 자료를 요청하는 공문을 보내면서 '형사소송법 제199조(수사와 필요한 조사) 제2항에 따라 「공소외 1의 법정증언 및 탄원서 제출 관련 인터뷰·언론보도」 등에 관하여 귀 기관에서 작성한 보고서 등 관련 자료를 요청하오니 협조하여 주시기 바랍니다.

'라고 기재하였다.

그 기재 문언에 의하면, 검사가 공무소에 수사 협조를 요청하면서 협조의 법적 근거로서 위 조문을 기재한 것으로 보인다.

그리고 그 취지는 임의제출의 방식으로 수사 협조를 요청한 것이라고 볼 수 있고, 강제처분으로서 관련 문건의 제출을 요구한 것이라 보기는 어렵다.

(3) 수사기관의 기능을 검하고 있던 국정원은 위 공문이 강제처분인지 수사 협조 요청인지 여부를 인지할 수 있었을 것이고, 강제처분에 해당한다고 인지하였다면 검사에게 압수·수색 영장 등을 요구하였을 것인데, 그러한 사정은 발견되지 않는다.

(4) 피고인 1이 들고 있는 판례(서울고등법원 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결)는 수사기관이 형사소송법 제199조 제2항에 근거하여 공공기관이 아닌 개인정보 처리자로부터 개인정보를 제공받는 것은 정보주체의 개인정보 자기결정권에 대한 침해방지를 위한 개인정보 보호법을 무력화하는 것으로 부당하고, 개인정보 처리자가 수사기관에 형사소송법 제199조 제2항에 근거하여 임의제출 방식으로 제공하는 것은 위법하다고 본 사안이다.

그런데 이 사건은 개인정보보호법이 문제되는 사안이 아니고, 국정원이 검사에게 제공한 서류는 공무소인 국정원이 자체 생성한 문건으로 국정원이 그 처분권을 가진다고 보인다.

따라서 국정원이 그 보관서류를 검사에게 임의제출함에 어떠한 위법이 있다고 보기 어렵다.

나) 2차적 증거

피고인 1은 검사가 국정원으로부터 제출받은 서류에 기초하여 수집한 진술들은 위법수집증거의 2차적 증거로 증거능력이 없다고 주장한다.

그러나 앞서 본 것처럼, 검사가 국정원으로부터 제출받은 서류는 위법수집증거에 해당하지 않는다.

따라서 검사가 증거신청을 철회한 「향후 추가 이슈 예상 사안」을 제외한 나머지 서류들을 제시하고 수집한 진술증거는 증거능력 있는 증거에 기초해 수집된 증거이므로 모두 증거능력이 있다.

「향후 추가 이슈 예상 사안」은 검사가 원심에서 피고인 1에 대하여 증거신청을 철회한 서류이므로 그 서류 자체는 유죄 인정의 증거가 될 수 없다.

검사가 이를 철회한 것은 위 서류가 증거로 제출되더라도 작성자와 작성일시를 알 수 없어 피고인이 동의하지 않는 경우 진정성립이 인정되기 어려울 것이라 판단했기 때문으로 보인다.

그러나 작성자와 작성일시가 없다는 사정만으로 위법수집증거라고 단정할 수 없고, 신빙성의 문제는 별개로 하고, 진정성립을 인정할 수 없는 문건을 제시하고 수집한 진술증거의 증거능력은 문제되지 않는다고 본다.

2) 전문진술 해당 여부

가) 관련 법리

형사소송법은 제310조의2에서 원칙적으로 전문증거의 증거능력을 인정하지 않고, 제311조부터 제316조까지에서 정한 요건을 충족하는 경우에만 예외적으로 증거능력을 인정한다.

다른 사람의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지는 요증사실이 무엇인지에 따라 정해진다.

다른 사람의 진술, 즉 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이지만, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문증거가 아니다.

어떤 진술이 기재된 서류가 그 내용의 진실성이 범죄사실에 대한 직접증거로 사용될 때는 전문증거가 되지만, 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용될 때는 반드시 전문증거가 되는 것이 아니다.

그러나 어떠한 내용의 진술을 하였다는 사실 자체에 대한 정황증거로 사용될 것이라는 이유로 서류의 증거능력을 인정한 다음 그 사실을 다시 진술 내용이나 그 진실성을 증명하는 간접사실로 사용하는 경우에 그 서류는 전문증거에 해당한다.

서류가 그곳에 기재된 원진술의 내용인 사실을 증명하는 데 사용되어 원진술의 내용인 사실이 요증사실이 되기 때문이다.

이러한 경우 형사소송법 제311조부터 제316조까지 정한 요건을 충족하지 못한다면 증거능력이 없다(대법원 2019. 8. 29. 선고 2018도14303 전원합의체 판결 참조).

나) 판단

(1) 공소외 2의 원심 법정진술 중 "국장님이 차장 지시라면서 탄원서를 대변인실에 자료지원을 해주라고 했습니다" 부분과 공소외 3의 원심 법정진술 중 "공소외 2 처장이 전화로 차장지시로 탈북자 관련 탄원서나 자료를 보내니까 협조하라고" 부분, "차장 지시사항이라는 것을 알고 있다고 말했습니다" 부분, "협조하라는 사안이 차장님 지시라고 알고 있다고 말씀하셨기 때문에" 부분은 모두 전문진술에 해당한다.

그리고 공소외 2의 원심 법정진술 중 "차장님 지시고 해서 (중략) 그냥 지시사항을 이행했습니다"의 '차장님 지시' 부분과 공소외 3의 원심 법정진술 중 "차장지시라고 언론에 배포하기 위해서 받았습니다"의 '차장지시라고' 부분은 공소외 2와 공소외 3이 피고인 1로부터 직접 지시받은 것이 아니고 다른 사람으로부터 전해들은 것을 바탕으로 진술한 것이므로, 이들 역시 전문진술에 해당한다.

(2) 위 각 진술 부분은 모두 그 내용이 피고인 1이 이 사건 문건을 보도하도록 지시했다는 이 사건 요증사실에 해당한다

그런데 공소외 2 법정진술의 원진술자인 피고인 2, 공소외 3 법정진술의 원진술자인 공소외 2와 피고인 3은 모두 이 사건 법정에 출석하여 진술하고 있다.

따라서 피고인 1에 대하여 위 진술 부분들은 형사소송법 제316조 제2항에서 정하는 원진술자가 진술할 수 없는 경우에 해당하지 않아 모두 증거능력이 없고, 앞서 본 법리에 비추어 이를 간접사실로 사용하는 경우에도 마찬가지다.

3) 소결론

피고인 1의 위법수집증거 주장은 이유 없다.

그러나 공소외 2와 공소외 3의 각 법정진술 중 '차장 지시로'라는 진술 부분은 전문 진술에 해당하여 모두 증거능력이 없다.

그리고 전문진술이 기재된 조서는 형사소송법 제312조 또는 제314조의 규정에 의하여 각 그 증거능력이 인정될 수 있는 경우에 해당하여야 함은 물론, 나아가 형사소송법 제316조 제2항의 규정에 따른 요건을 갖추어야 예외적으로 증거능력이 있다(대법원 2001. 9. 4. 선고 2001도3081 판결 등 참조). 따라서 공소외 2와 공소외 3에 대한 검사 작성 진술조서 중 '차장의 지시'와 관련된 전문진술 기재 부분 역시 위와 같은 이유로 증거능력이 없다.

결국 증거능력 없는 증거를 제외한 나머지 증거만으로는 피고인 1이 지시하였다는 점에 관하여 합리적 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다.

원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 잘못이 있고, 이 부분 피고인 1의 주장은 이유 있다.

나. 국정원직원법상 비밀에 관한 판단

1) 관련 법리

국정원직원법 제17조 제1항의 비밀이라 함은 그 요건 중 하나로서 그것이 외부에 알려지지 않은 사실로서 실질적으로 비밀로서 보호할 가치가 있을 것을 필요로 한다.

위 죄는 비밀 그 자체를 보호하는 것이 아니라 국정원 직원의 비밀엄수의무의 침해에 의하여 위험하게 되는 이익, 즉 비밀의 누설에 의하여 위협받는 국가의 기능을 보호하기 위한 것이다.

그 비밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 알 권리의 영역을 최대한 넓혀줄 수 있도록 필요한 최소한도에 한정되어야 한다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도5547 판결 참조).

2) 판단

가) 국정원이 ○○일보에 유출한 문건은 크게 ① 공소외 1의 법정진술 내용, ② 탄원서(자필, 타이핑 포함), ③ 법정증언 후 탄원서 제출경위로 구분할 수 있다.

나) 다음의 사정을 종합해 보면 공소외 1의 법정진술 내용은 그것이 누설되더라도 국가의 기능을 해친다고 보기 어려워 국정원직원법상의 비밀에 해당한다고 인정하기 어렵다.

(1) 공소외 1의 법정진술 내용은 주로 북한과 중국 접경지의 도강이 가능한 장소, 중국과 북한 출입 시의 제한조건, 공소외 1이 북한의 공작원이었다는 것으로 북한과 관련된 정보를 담고 있다.

(2) 북한 관련 정보의 수집·작성·배포는 국가정보원법 제4조 제1항 가목에서 규정하는 국정원의 직무에는 해당한다.

그러나 그 정보가 국정원직원법상의 비밀에 해당하는지는, 그것이 누설되는 경우 국가의 기능이 위협받는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다.

공소외 1의 법정진술 내용에는 국정원과 관련된 정보는 포함되어 있지 않고 국정원과 공소외 1 사이의 관계를 유추할 수 있는 정보도 포함되어 있지 않다.

따라서 그 자체를 비밀로 보기는 어렵다.

(3) 다만 공소외 1의 법정진술 내용을 북한에서 알게 된다면, 북한이 우리 정보기관의 정보 수집·관리 역량을 가늠하는 척도가 될 수 있다는 점에서 이를 비밀로 볼 여지가 있다.

그러나 그러한 위험은 위 법정증언이 성명불상자에 의해 북한에 유출된 때(이하 '최초 유출'이라 한다)에 이미 발생한 것이고, 사후에 국정원이 이를 언론에 알린 행위는 위 법정증언이 북한에 유출됨으로써 발생하는 국가기능에 대한 위협과는 무관하다고 보인다.

다) 아래의 사정들을 종합하면 공소외 1의 탄원서 역시 국정원직원법상의 비밀이라고 보기 어렵다.

(1) 공소외 1의 탄원서는 ① 북한에 있는 공소외 1의 자녀들의 인적사항, ② 공소외 1이 대한민국에서 개명한 사실, ③ 공소외 1이 비공개 증언을 하였다는 것을 북한 보위부가 알고 있다는 내용, ④ 비공개 증언이 유출된 것에 대한 분노와 실망, ⑤ 유출자를 색출해 처벌받게 하고 싶으나 자녀들의 안전을 위해 참을 수밖에 없다는 사정 등의 내용을 포함하고 있다.

(2) 위 내용들 중 ④, ⑤는 공소외 1의 의견일 뿐, 사실로서의 정보에 해당한다고 보기 어렵다.

그리고 ①, ②는 그것이 유출되었더라도 공소외 1과 그 가족들의 안전, 즉 개인적 법익에 위험이 발생한 것에 불과할 뿐 국가적 법익이 침해되었다고 보기는 어렵다.

또한 국정원은 공소외 1의 동의를 받아서 위 문건을 공개하려고 추진하고 있었으므로 공소외 1이 동의했다면 위 문건은 아무 문제없이 공개될 수 있었다.

이처럼 개인의 동의에 따라 공개 여부가 달라지는 내용을 국가적 법익을 보호하는 비밀이라고 보기는 어렵다.

(3) ③과 관련하여 비공개 증언이 유출됨으로써 재판에 대한 국민의 신뢰가 저하될 우려가 존재하기는 한다.

그러나 이러한 재판기능의 침해 역시 이미 최초 유출 시에 발생한 것이고, 국정원이 이를 언론에 알림으로써 새로이 발생된다고 보기는 어렵다.

그리고 재판에 대한 신뢰가 국정원 직원의 비밀엄수의무에 의해 보호되는 법익에 포함된다고 보기 어렵다.

(4) ③과 관련해 검사는 향후 북한이탈주민들이 국정원에 협조하는 것을 거부함으로써 국정원의 정상적인 정보수집활동 및 수사 등에 지장을 초래할 위험이 있다고 주장한다.

그러나 이러한 위험은 최초 유출에 의하여 현실화된 것이지 언론의 보도로 발생한 것이라고 볼 수는 없다.

그리고 검사의 위 주장과 같이 비밀 여부를 판단한다면 '비밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 알 권리의 영역을 최대한 넓혀줄 수 있도록 필요한 최소한도에 한정되어야 한다.

'는 법리에 반하는 결과가 될 수 있다.

따라서 검사의 위 주장은 받아들이지 않는다.

라) 공소외 1이 법정증언 후 탄원서를 제출한 경위 역시 국정원의 조직·편제 및 그 활동내용 등에 관한 정보가 전혀 포함되어 있지 않으므로 국정원직원법상의 비밀이라고 보기 어렵다.

3) 소결론

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 국정원이 ○○일보에 전달한 공소외 1의 법정진술 내용, 탄원서 및 탄원서 제출 경위가 국정원직원법 제17조 제1항이 정하는 '직무상 알게 된 비밀'에 해당한다는 점이 합리적 의심이 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다.

원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있고, 이 부분 피고인 1, 피고인 2의 주장은 이유 있다.

피고인 3에 대한 직권판단

형사소송법 제364조의2는 항소법원이 피고인을 위하여 원심판결을 파기하는 경우에 파기의 이유가 항소한 공동피고인에게 공통되는 때에는 그 공동피고인에 대하여도 원심판결을 파기하여야 한다고 규정하고 있다.

이때 '항소한 공동피고인'에는 검사만 항소하고 자신은 항소하지 아니한 공동피고인도 포함된다.

원심 판시 범죄사실에는 피고인 1, 피고인 2가 피고인 3과 공모하여 그 판시 국정원직원법위반의 범행을 하였다는 점이 포함되어 있는데, 앞서 본 바와 같이 피고인 1, 피고인 2의 각 국정원직원법위반의 점에 관하여 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있는 이상 그 파기사유는 공동피고인인 피고인 3에게도 공통된다.

비록 피고인 3은 항소하지 아니하였지만 검사가 항소를 제기한 공동피고인에 해당하므로, 형사소송법 제364조의2에 따라 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분도 더 이상 유지될 수 없어 직권으로 파기한다.

4. 결론

피고인 1, 피고인 2의 항소는 이유 있고, 원심판결에는 앞서 본 직권파기사유도 있으므로, 피고인 1 및 검사의 각 양형부장 주장에 관한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 판결한다.