

## 국가보안법위반

[대법원 1990. 6. 8. 90도646]



## 【판시사항】

가. 법원이 형사재판에 관하여 방청권을 발행하여 방청인의 수를 제한함이 공개재판주의에 반하는지 여부(소극)나. 증거신청채부결정에 대한 불복방법다. 구속기간만료에 임박하여 법원에 대한 기피신청이 제출된 경우 소송절차의 진행가부(적극)라. 필요적 변호사건에서 변호인 출석없이 공판절차가 진행되어 그 공판절차가 위법하게 된 경우 그 이전에 이루어진 소송행위의 효력유무(적극)마. 검사 작성의 피의자신문조서의 증거능력과 그 임의성 유무의 판단기준바. 피고인들과 동일한 내용의 국가보안법위반의 공소사실에 해당하는 행위자에 대하여 공소제기가 없었다고 하여 피고인들에 대한 공소제기가 평등권 침해로서 공소권남용이 되는지 여부(소극)사. 수사기관에서의 변호인접견 등 구금에 관한 처분의 위법이 독립한 상소이유가 될 수 있는지 여부(소극)아. 국가보안법이 국가보위 입법회의에 의하여 전문개정되었다는 이유만으로 위헌인지 여부(소극)자. 국가보안법이 북한을 반국가단체로 보는 것이 헌법이 천명한 국제평화주의나 평화통일의 원칙과 모순되는지 여부(소극)차. 국가보안법의 각 규정이 죄형법정주의에 위반되는지 여부(소극)카. 국가보안법 제6조 제2항의 잠입. 탈출죄의 구성요건 타. 피고인 갑이 상 피고인 을의 방북문제를 협의하기 위하여 반국가단체의 구성원으로부터 지령을 받은 자와 만나거나 전화 등으로 의사연락을 하고, 또한 피고인들이 북한체류 중에 반국가단체의 구성원등을 만난 행위가 국가보안법 제8조 제1항의 회합. 통신 등 죄에 해당하는지 여부(적극) 파. 국가보안법 제5조 제2항의 금품수수죄의 구성요건 하. 국가보안법 제5조 제1항, 제4조 제1항 제2호 중단의 '국가기밀'의 의미 가. 피고인이 특수잠입.탈출을 거듭한 것이 상 피고인과 함께 북한으로 탈출하기 위한 준비작업인 경우에도 각 잠입과 탈출은 별개의 범죄사실을 구성하는지 여부(적극)나. 필요적변호사건에서 변호인의 재정의무위반이 피고인 자신의 귀책사유에 기인하고 피고인측의 방어권의 남용 내지 변호권의 포기로 보여지는 경우에 변호인 없이 심리할 수 있는지 여부(적극)다. 피고인이 북한측의 통일방안에 관한 설명을 듣고 이에 대하여 대등한 입장에서 자신의 통일방안을 설명한 경우 반국가단체인 북한의 주장에 동조하였다고 볼 수 있는지 여부(소극)

## 【판결요지】

가. 법원이 법정의 규모·질서의 유지·심리의 원활한 진행 등을 고려하여 방청을 희망하는 피고인들의 가족·친지 기타 일반 국민에게 미리 방청권을 발행하게 하고 그 소지자에 한하여 방청을 허용하는 등의 방법으로 방청인의 수를 제한하는 조치를 취하는 것이 공개재판주의의 취지에 반하는 것은 아니다.나. 당사자의 증거신청에 대한 법원의 채택여부의 결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정으로서 이의신청을 하는 외에는 달리 불복할 수 있는 방법이 없고, 다만 그로 말미암아 사실을 오인하여 판결에 영향을 미치기에 이른 경우에만 이를 상소의 이유로 삼을 수 있을 뿐이다.다. 법원에 대한 기피신청 때문에 소송의 진행이 정지되더라도 구속기간의 진행은 정지되지 아니하는 것이므로 구속기간의 만료가 임박한 때에는 특별한 사정이 없는 한 소송진행정지의 예외사유인 급속을 요하는 경우에 해당한다고 보아야 할 것이니, 피고인들에 대한 구속기간이 만료되기 불과 24일 가량을 앞둔 제1심 제8회 공판기일에 피고인들과 변호인들이 법원에 대하여 기피신청을 하였음에도 법원이 소송진행을 정지하지 아니하고 그대로 진행한 조치는 정당하다.라. 필요적변호사건에서 변호인이 없거나 출석하지 아니한 채 공판절차가 진

행되었기 때문에 그 공판절차가 위법한 것이라고 하여 이미 그 전에 적법하게 이루어진 소송행위까지 모두 무효로 된다고는 볼 수 없는 것이므로 위법하게 공판절차가 진행되기 이전에 이미 진술한 피고인들의 제1심 공판에서의 판시사실에 일부 부합하는 각 진술을 원심이 증거로 채용하였다고 하여 증거능력이 없는 증거를 증거로 한 것이라고 볼 수는 없다. 마. 피고인이 된 피의자에 대한 검사 작성의 피의자신문조서는 그 피고인의 공판정에서의 진술에 의하여 성립의 진정함이 인정되면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 임의로 한 것이 아니라고 특히 의심할 만한 이유가 없는 한 증거능력이 있는 것이고, 피고인이 그 진술을 임의로 한 것이 아니라고 다투는 경우에는 법원은 구체적인 사건에 따라 당해 조서의 형식과 내용, 피고인의 학력·경력·사회적 지위·지능정도 등 제반사정을 참작하여 자유로운 심증으로 피고인이 그 진술을 임의로 한 것인지의 여부를 판정하면 된다. 바. 검사는 피의자의 연령·성행·지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기·수단과 결과, 범행후의 정황 등의 사항을 참작하여 공소를 제기할 것인지의 여부를 결정할 수 있는 것으로서 똑같은 범죄구성요건에 해당하는 행위라고 하더라도 그 행위자 또는 그 행위당시의 상황에 따라서 위법성이 조각되거나 책임이 조각되는 경우도 있을 수 있는 것이므로, 자신이 행위가 범죄구성요건에 해당한다는 이유로 공소가 제기된 사람은 단순히 자신과 동일한 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였음에도 불구하고 불기소된 사람이 있다는 사유만으로는 평등권이 침해되었다고 주장할 수는 없는 것일 뿐만 아니라, 현재까지 국가보안법이 그대로 시행되고 있는 우리나라에서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 접촉하는 등의 일체의 행위에 대하여 국가보안법을 적용하지 아니하기로 하는 내용의 법집행의 관행은 있지 아니하는 것인바, 위와 같은 내용의 국가보안법위반의 공소사실로 피고인들을 기소한 것이 피고인들이 평등권을 침해하였다고 볼 수는 없으므로 검사가 공소권을 남용하여 공소를 제기한 것이 아니라고 본 원심의 판단은 정당하다. 사. 검사 또는 사법경찰관의 구금에 관한 처분에 대하여 불복이 있는 경우 형사소송법 제417조에 따라 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구하는 것은 별론으로 하고 수사기관에서의 구금의 장소, 변호인의 접견 등 구금에 관한 처분이 위법한 것이라는 사실만으로는 그와 같은 위법이 판결에 영향을 미친 것이 아닌 한 독립한 상소이유가 될 수 없다. 아. 1980.10.27. 공포된 구 헌법 부칙 제6조 제1항에 의하면 국가보위입법회의는 구 헌법시행일로부터 구 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일 전일까지 권한을 대행하도록 규정되어 있으므로, 국가보안법이 국가보위입법회의에 의하여 전문개정되었다는 이유만으로 위헌이라고는 할 수 없다. 자. 우리 헌법이 전문과 제4조, 제5조에서 천명한 국제평화주의와 평화통일의 원칙은 자유민주적 기본질서라는 우리 헌법의 대전제를 해치지 않는 것을 전제로 하는 것이므로 아직도 북한이 우리의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황에서, 국가보안법이 북한을 반국가단체로 본다고 하여 우리 헌법이 천명한 국제평화주의나 평화통일의 원칙과 모순되는 법률이라고 볼 수 없다. 차. 국가보안법은 국가의 안전을 위태롭게하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하는 법률인 만큼 국가보안법의 규정을 그 법률의 목적에 비추어 합리적으로 해석하는 한 국가보안법의 각 규정이 사회과학적으로 개념을 규정하는 것이 불가능할 정도로 애매모호하고 광범위하여 죄형법정주의의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 볼 수도 없다. 카. 국가보안법 제6조 제2항 소정의 잠입·탈출죄에 있어서 "반국가단체나 그 구성원의 지령을 받거나 받기 위하여"라고 하는 것은 반국가단체나 그 구성원으로부터 직접지령을 받는 경우뿐만 아니라 그 지령을 받은 자로부터 다시 지령을 받은 경우까지도 포함하는 것으로서, "지령"은 지휘와 명령을 포함하는 개념으로 반드시 상명하복의 지배관계가 있을 것을 필요로 하지 아니함은 물론 그의 형식에도 아무런 제한이 없고, 잠입죄에 있어서는 그 출발지가, 탈출죄에 있어서는 그 목적지가 반드시 반국가단체의 지배하에 있는 지역임을 필요로 하지 아니하

며, 탈출죄에 있어서는 탈출이 반드시 영구적이거나 장기간일 것도 필요로 하지 아니하고, 다만 잠입죄에 있어서는 위와 같은 지령을 받은 외에 대한민국의 지배하에 있는 지역으로 들어 올 때 그 지령사항을 수행할 의사가 있을 것을 필요로 한다고 할 것이지만, 잠입의 방법이 반드시 은밀한 것이어야 되는 것은 아니라고 할 것이다. 타. 피고인 갑은 공소외인이 반국가단체의 구성원으로부터 지령을 받은 자라는 사실을 알면서도 그의 제의에 따라 상피고인 을을 방북시키는 문제를 협의하거나 그 추진상황을 알려주기 위하여 그와 직접 만나거나 전화 또는 텔렉스 등을 통하여 의사연락을 하고, 북한 체류기간 중에 반국가단체의 구성원들과 만나 그들로부터 환대를 받았고, 한편 피고인 을은 그의 북한 체류기간 중에 반국가단체의 구성원인 김일성 등과 만나 그들로부터 환대를 받거나 통일방안에 관한 논의를 구실로 그들의 주장에 동조하거나 그들의 활동을 찬양, 고무하였으며 피고인들이 위 각 행위를 함에 있어서 그와 같은 자신들의 행위가 반국가단체에 이익이 된다는 점을 충분히 알고 있었다면 피고인들의 위와 같은 행위는 국가보안법 제8조 제1항 소정의 회합·통신등죄에 해당한다. 파. 국가보안법 제5조 제2항 소정의 금품수수죄는 금품을 교부하는 자가 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자라는 점을 알면서 그로부터 금품을 수수함으로써 성립되는 것으로서, 그 금품의 가액이나 가치는 물론 그 금품수수의 목적도 가리지 아니하며, 그 밖에 더 나아가서 반국가단체의 이익이 된다는 점을 알 것, 또는 그 금품수수가 반국가단체의 목적수행과 관련이 있어야 할 것 등은 그 요건이 아니다. 하. 국가보안법 제5조 제1항, 제4조 제1항 제2호 중단 소정의 "국가기밀"이라고 하는 것은 그것이 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익을 위하여 필요하다고 생각되는 모든 정보자료를 말한다고 할 것이므로, 순전한 의미에서의 국가기밀에 한하지 아니하고 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관한 기밀사항이 모두 포함되며, 나아가 그 내용사실이 대한민국에서는 자명하고도 당연히 상식에 속하는 공지의 사실이라고 하더라도 그것이 반국가단체에는 유리한 자료가 되고 우리나라에게는 불이익을 초래할 수 있는 것이면 국가기밀에 속한다고 할 것이고, 그러한 국가기밀 누설의 상대방이 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자이고 그들을 지원할 목적으로 하는 것인 이상 누설의 경위나 수단·방법을 가리지 아니하며, 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자를 지원할 목적은 행위자에게 그 상대방을 지원하여 이롭게 한다는 인식이 있음으로써 족하고, 나아가 그 상대방을 지원하여 이롭게 할 것을 의욕하거나 희망할 것까지를 요구하는 것은 아니다. 가. 피고인이 특수잠입·탈출을 거듭한 것이 설사 상피고인과 함께 북한으로 탈출하기 위한 준비작업이었다고 하더라도, 그 각 잠입과 탈출은 각기 별개의 범죄사실을 구성한다고 할 것이므로, 위 각 행위를 최종적으로 목표한 북한으로의 탈출에 대한 예비·음모의 단계라고는 볼 수 없다. 나. 이른바 필요적변호사건에 있어서 변호인이 피고인의 명시적 또는 묵시적인 동의아래 그 방어권행사의 한 방법으로, 재판장의 허가 없이 임의로 퇴정하여 버리거나 피고인과 합세하여 법정의 질서를 문란케 하여 재판의 진행을 방해하는 등의 행위를 하여 재판장으로부터 질서유지를 위한 퇴정을 명받는 경우와 같이, 변호인의 재정의무위반이 피고인 자신의 귀책사유에 기인할 뿐만 아니라 피고인측의 방어권의 남용 내지 변호권의 포기로 보여지는 경우에는, 신속한 재판 및 사법권의 옹호라는 측면을 중시하여 형사소송법 제330조의 규정을 유추적용하여 예외적으로 변호인 없이 개정·심리할 수 있다. 다. 피고인이 평양 만수대 의사당에서의 조국평화통일위원회측과의 회담에서 방북의 목적과 관련된 인사말을 한 것이나 단순히 북한측의 통일방안에 관한 설명을 듣고 이에 대하여 대등한 입장에서 자신의 평소의 통일방안을 설명한 것을 가리켜 곧 반국가단체인 북한의 주장에 동조하여 이를 이롭게 한 것이라고 단정할 수 없다.

**【참조조문】**

가. 헌법 제27조 제3항, 제109조, 법원조직법 제57조 나. 형사소송법 제295조, 제296조, 제361조의5, 제383조 다. 형사소송법 제22조, 제92조, 제306조 라. 형사소송법 제282조, 제307조 마. 형사소송법 제312조 바. 형사소송법 제246조, 제247조 제1항, 헌법 제11조 제1항 사. 형사소송법 제361조의5, 제383조, 제417조 아. , 구 헌법 (1980.10.27. 공포) 부칙 제6조 제1항 자. 국가보안법 제2조헌법 전문, 제4조, 제5조 차. 국가보안법 제1조, 헌법 제13조 제1항, 형법 제1조 카. 국가보안법 제6조 제2항 타. 국가보안법 제8조 제1항 파. 국가보안법 제5조 제2항 하. 국가보안법 제5조 제1항, 제4조 제1항 제2호 가. 국가보안법 제6조 제1항, 제2항, 제5항, 제6항 나. 형사소송법 제282조, 제330조, 헌법 제10조, 제12조 제4항 다. 국가보안법 제7조 제1항

**【참조판례】**

마. 대법원 1983.3.8. 선고 82도3248 판결(공1983,695), 1986.9.23. 선고 86도1429 판결(공1986,3000), 1986.11.25. 선고 83도1718 판결(공1987,121), 1987.9.22. 선고 87도929 판결(공1987,1673), 1987.11.24. 선고 87도2048 판결(공1988,204), 1989.11.14. 선고 88도1251 판결(공1990,65) / 바. 대법원 1987.10.26. 선고 87도1909 판결(공1987,1834) / 사. 대법원 1983.7.26. 선고 83도1473 판결(공1983,1387) / 아.차. 헌법재판소 1990.4.2. 자 89헌가 113 결정(관보 11514호 21면) / 카. 1983.6.14. 선고 83도863 판결(공1983,1122), 1985.1.22. 선고 84도2323 판결(공1985,388), 1986.7.22. 선고 86도808 판결(공1986,1151), 1987.9.23. 선고 86도1429 판결(공1986,3000), 1987.9.8. 선고 87도1341 판결(공1987,1600), 1987.9.8. 선고 87도1446 판결(공1987,1602) / 타. 대법원 1985.1.22. 선고 84도2323 판결(공1985,388) /하. 대법원 1986.7.22. 선고 86도808 판결(공1986,1151), 1986.9.23. 선고 86도1429 판결(공1986,3000), 1987.5.26. 선고 87도432 판결(공1987,1108), 1987.6.23. 선고 87도705 판결(공1987,1265), 1987.9.8. 선고 87도1446 판결(공1987,1602), 1987.11.8. 선고 88도1630 판결(공1988,1558) / 나. 대법원 1990.6.12. 선고 90도672 판결

**【전문】**

**【피 고 인】**

**【상 고 인】** 피고인들 및 검사

**【변 호 인】** 변호사 김동환 외 12인(피고인들을 위하여)

**【원심판결】** 서울고등법원 1990.2.10. 선고 89노3586 판결

**【주문】**

】  
상고를 모두 기각한다.

**【이유】**

】 1. 피고인들과 변호인들의 상고이유에 대하여 함께 판단한다.

가. 제1심과 원심의 소송절차에 판결에 영향을 미친 법령의 위반이 있다는 논지에 대하여,

(1) 비공개재판이라는 점에 대하여,

재판의 심리와 판결은 공개하여야 하는 것이지만, 심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 이를 공개하지 아니할 수 있는 것이다( 헌법 제109조, 법원조직법 제57조 제1항).

제1심 제7 및 제8 각회 공판조서의 기재에 의하며, 제1심법원은 제7회 공판기일에 피고인들과 변호인들이 정부당국의 통일정책과 피고인들의 이 사건 방북문제에 관하여 당시 통일원장관이 공적으로 혹은 개인적으로 가지고 있던 각종 정보에 대한 증언이 필요하다는 이유로 증거조사를 신청한 당시의 통일원장관 이 홍구를 증인으로 채택한 다음, 위 증인의 증언이 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해할 염려가 있다는 취지에서 위 증인을 신문함에 있어서 방청인을 피고인들의 가족 3인씩으로 제한하기로 결정하여 고지하였고, 이에 대하여 피고인들이나 변호인들은 아무런 이의신청도 한 바 없었던바, 제1심법원은 위 증인을 신문하기로 고지된 제8회 공판기일에 위와 같이 결정·고지한 대로 방청이 제한된 상태에서 개정하여 재판장이 피고인 1에 대하여 보충신문을 하던 도중에, 변호인들이 위와 같은 방청의 제한은 위 증인을 신문하는 동안에만 적용된다는 취지로 이의신청을 하자, 법원이 그 이의신청을 받아들여 재판상의 보충신문을 중지하고 위 증인을 신문하려고 하였으나 위 증인이 출석하지 아니하였으므로 방청의 제한을 즉시 해제한 사실이 증명될 뿐이므로, 제1심법원의 제8회 공판기일에서의 심리가 헌법과 법원조직법에 규정된 공개재판주의에 어긋나 위법한 것이라는 취지의 논지는 받아들일 수 없다.

또 공판은 제한된 공간인 법정에서 이를 행하여야 하는 것이므로( 법원조직법 제56조 제1항, 형사소송법 제275조 제1항), 방청하기를 희망하는 국민 모두에게 무제한으로 방청을 허용할 수 없음은 너무도 당연하다.

따라서 법원이 법정의 규모·질서의 유지·심리의 원활한 진행 등을 고려하여 방청을 희망하는 피고인 등의 가족·친지 기타 일반국민에게 미리 방청권을 발행하게 하고 그 소지자에 한하여 방청을 허용하는 등의 방법으로 방청인의 수를 제한하는 조치를 취하는 것이 공개재판주의의 취지에 반하는 것은 아니므로, 이 점에 관한 논지도 이유가 없다.

(2) 반대신문을 제한하였다는 점에 대하여,

재판장은 소송관계인의 진술 또는 신문이 중복된 사항이거나 그 소송에 관계없는 사항인 때에는 소송관계인의 본질적 권리를 해하지 아니하는 한도에서 이를 제한할 수 있는 것이다( 형사소송법 제299조).

제1심 제1 내지 제7 각회 공판조서와 변호인들이 제1심 제7회 공판기일에서 제출한 피고인 2에 대한 반대신문서의 각 기재내용을 검토하여 보면, 변호인들이 위 공판기일에 피고인 2에 대한 반대신문으로 신문하기를 원한 피고인 2의 통일관·남북한의 통일정책·통일사에 있어서의 피고인들의 이 사건 방북의 성과 등은, 그전까지의 공판기일에서 검사의 주신문이나 변호인들의 반대신문을 통하여 피고인 2가 이미 충분하게 진술을 하였거나 이 사건 소송에 직접적인 관계도 없는 사항들로서, 제1심 재판장이 위와 같은 사항들에 대한 변호인들의 반대신문을 일부 제한하였다고 하더라도 소송관계인의 본질적 권리를 해한 것이라고 볼 여지가 없으므로, 소송지휘권에 기하여 이 점에 관한 변호인들의 반대신문을 제한한 제1심 재판장의 조치를 비난하는 논지는 이유가 없다.

(3) 증거채택여부의 결정에 관한 점에 대하여,

원심은 당사자의 증거신청에 대한 법원의 채택여부의 결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정으로서 이의신청을 하는 외에는 달리 불복할 수 있는 방법이 없고, 다만 그로 말미암아 사실을 오인하여 판결에 영향을 미치기에 이른 경우에만 이를 상소의 이유로 삼을 수 있을 뿐이라는 이유로, 사실오인의 주장과는 별도로 제1심법원의 증거결정이 부당한 것 그 자체를 논란하는 변호인들의 항소이유를 배척하였는바, 원심의 이와 같은 판단은 정당하고 논지는 이유가 없다.

(4) 기피신청과 소송진행의 정지에 관한 점에 대하여,

법관에 대한 기피신청이 있는 때에는 소송진행을 정지하여야 하지만 예외적으로 급속을 요하는 경우에는 소송진행을 정지하지 아니할 수 있는 것인바( 형사소송법 제22조), 기피신청 때문에 소송의 진행이 정지되더라도 구속기간의 진행은 정지되지 아니하는 것이므로( 형사소송법 제92조, 제306조 등 참조) 구속기간의 만료가 임박한 것도 특별한 사정이 없는 한 소송진행정지의 예외사유인 급속을 요하는 경우에 해당한다고 보아야 할 것인데, 이 사건의 경우 피고인들에 대한 구속기간이 만료되기 불과 24일 가량을 앞둔 제1심 제8회 공판기일에 피고인들과 변호인들이 제1심 법원에 대하여 기피신청을 하였음에도 불구하고 제1심법원이 소송진행을 정지하지 아니하고 그대로 진행한 조치를 정당하다고 본 원심의 판단은 정당하고, 이와 반대로 견해에서 구속기간의 만료가 임박한 사유는 소송진행을 정지하지 아니할 급속을 요하는 경우에 해당하지 않는 것이라는 취지의 논지는 이유가 없다.

(5) 증거능력을 다투는 점에 대하여,

필요적 변호사건에서 변호인이 없거나 출석하지 아니한 채 공판절차가 진행되었기 때문에 그 공판절차가 위법한 것이라고 하여 이미 그 전에 적법하게 이루어진 소송행위까지 모두 무효로 된다고는 볼 수 없는 것이다.

원심은 필요적 변호사건인 이 사건에서 변호인이 출석하지 아니한 채 진행된 제1심 제8회 공판기일에서의 증거조사절차가 위법한 것으로서 이와 같은 위법은 판결에 영향을 미쳤다는 이유로 제1심판결을 파기하고 다시 판결을 함에 있어서, 위와 같이 위법하게 공판절차가 진행된 제1심 제8회 공판기일 이전에 이미 진술한 피고인들의 제1심 공판에서의 판시사실에 일부 부합하는 각 진술을 증거로 채용하였다고 하여 증거능력이 없는 증거를 증거로 한 것이라고 볼 수 없으므로, 논지는 이유가 없다.

또 원심공판조서의 기재에 의하면, 원심이 위에서 본 바와 같은 이유로 제1심판결을 파기하기에 앞서 새로이 증거조사를 함에 있어서, 피고인 2와 그의 변호인들은 검사작성의 피고인 2에 대한 각 피의자신문조서의 성립의 진정함과 진술의 임의성을 모두 인정하였고, 피고인 1과 그의 변호인들은 검사작성의 피고인 1에 대한 각 피의자신문조서의 성립의 진정함을 인정하고 진술의 임의성은 부인한 사실이 증명되는바, 피고인이 된 피의자에대한 검사작성의 피의자신문조서는 그 피고인의 공판정에서의 진술에 의하여 성립의 진정함이 인정되면 그 조서에 기재된 피고인의 진술이 임의로 한 것이 아니라고 특히 의심할만한 이유가 없는 한 증거능력이 있는 것이고, 피고인이 그 진술을 임의로 한 것이 아니라고 다투는 경우에는 법원은 구체적인 사건에 따라 당해 조서의 형식과 내용, 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 지능정도 등 제반사정을 참작하여 자유로운 심증으로 피고인이 그 진술을 임의로 한 것인

지의 여부를 판정하면 된다고 할 터인데( 당원 1983.3.8. 선고 82도3248 판결; 1986.9.23. 선고 86도1429 판결; 1986.11.25. 선고 83도1718 판결; 1987.9.22. 선고 87도929 판결; 1987.11.24. 선고 87도2048 판결 등 참조), 기록에 의하면 피고인 1은 여러 차례에 걸쳐 검사의 조사를 받으면서 이 사건 공소사실과 그에 관련된 사실관계에 관하여 상세히 진술을 하였을 뿐더러, 제1심 공판정에서도 자신이 검사로부터 조사를 받을 당시 폭행, 협박 등의 가혹 행위를 당하지 않고 자유로운 분위기에서 임의로 진술하였음을 자인하는 취지로 진술하고 있음이 명백하므로, 피고인 1의 학력이나 경력, 사회적 지위, 지능정도 등에 비추어볼때 위 피고인이 설사 사법경찰관으로부터 조사를 받을 당시 억압된 심리상태하에 있었다고 하더라도 그와 같은 심리상태가 검사의 조사를 받을 때까지 계속 연장되어 임의로 진술한 것이 아니라고 보여지지 아니하므로, 결국 검사작성의 피고인들에 대한 각 피의자신문조서의 증거능력을 다투는 논지도 이유가 없다.

(6) 기타 소송절차의 위법과 판단유탈의 점에 대하여,

변호인들이 원심법원에 제출한 항소이유서의 기재내용을 자세히 살펴보면, 변호인들이 상고이유서에서 원심이 변호인들의 항소이유에 대한 판단을 유탈하였다고 주장하는 부분 즉, 석명을 위한 발문요구권의 유린, 집필허가의 거부, 자유롭고 공개적인 재판의 유린, 법정경찰관의 남용, 소송지휘권의 남용 등에 관한 주장은 어느 것이나 모두 원심이 적법하게 판단한 위 (1)내지 (5)각항과 같은 항소이유를 강조하거나 이유있게 하기 위한 부수적인 내용들로서 변호인들이 그 자체를 독립한 항소이유로 삼지 않아던 것임이 분명하므로, 원심이 위 (1)내지 (5)각항과 같은 항소이유에 대하여 적법하게 판단한 이상 위 각 주장에 관하여 일일이 판단하지 아니하였다고 하여 원심판결에 항소이유에 대한 판단을 유탈한 위법이 있다고 볼 수 없을 뿐 아니라, 원심과 제1심의 각 공판조서를 자세히 살펴보면 원심과 제1심의 공판절차에 소론과 같이 판결에 영향을 미친 법령의 위반이 있다고 볼 수 없으므로 논지는 이유가 없다.

(7) 결국 제1심과 원심의 소송절차에 법령의 위반이 있어 판결에 영향을 미쳤다는 논지는 모두 이유가 없다.

나. 수사와 공소의 제기에 위법이 있다는 논지에 대하여,

(1) 공소제기의 절차가 위법한 것이라는 점에 대하여,

국가안전기획부법 제2조 제1항 제3호에 의하면 국가보안법에 규정된 범죄의 수사도 국가안전기획부가 수행할 직무의 하나로 규정되어 있는바, 기록에 의하면, 국가안전기획부의 직원으로서 피고인들에 대한 이 사건 국가보안법위반 피의사건을 수사할 권한이 있는 사법경찰관이 수사를 개시하여 진행한 다음 서울지방검찰청에 송치하고 서울지방검찰청 소속의 검사들이 수사를 계속한 끝에 그들의 명의로 공소를 제기하였음이 명백할 뿐만 아니라, 기록을 자세히 살펴 보아도 이 사건 수사와 공소의 제기가 적법한 권한이 없는 자에 의하여 이루어진 것이라고 볼 만한 자료는 발견할 수 없으므로, 이와 취지를 같이한 원심의 판단은 정당하고 논지는 이유가 없다.

(2) 공소권의 남용이라는 점에 대하여,

검사는 피의자의 연령·성행·지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기·수단과 결과, 범행후의 정황 등의 사항을 참작하여 공소를 제기할 것인지의 여부를 결정할 수 있는 것으로서( 형사소송법 제247조 제1항), 똑같은 범죄구성요건에 해당하는 행위라고 하더라도 그 행위자 또는 그 행위 당시의 상황에 따라서 위법성이 조각되거나 책임이 조각되는 경우도 있을 수 있는 것이므로, 자신의 행위가 범죄구성요건에 해당된다는 이유로 공소가 제기된 사람은 단순히 자신과 동일한 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였음에도 불구하고 공소가 제기되지 아니한 다른 사람이 있다는

사유만으로는 평등권이 침해되었다고 주장할 수는 없는 것일 뿐만 아니라, 현재까지 국가보안법이 그대로 시행되고 있는 우리나라에서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 접촉하는 등의 일체의 행위에 대하여 국가보안법을 적용하지 아니하기로 하는 내용의 법집행의 관행은 있지 아니함은 물론 있을 수도 없다고 할 것인바, 피고인들에 대한 이 사건 공소사실의 내용에 비추어 볼 때, 이 사건 공소의 제기가 피고인들의 평등권을 침해하였다고 볼 수는 없으므로, 이와 같은 취지에서 검사가 공소권을 남용하여 이 사건 공소를 제기한 것이 아니라고 본 원심의 판단은 정당하고 논지는 이유가 없다.

(3) 수사절차의 위법성에 관한 점에 대하여,

검사 또는 사법경찰관의 구금에 관한 처분에 대하여 불복이 있는 경우 형사소송법 제417조에 따라 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구하는 것은 별론으로 하고 수사기관에서의 구금의 장소, 변호인의 접견 등 구금에 관한 처분이 위법한 것이라는 사실만으로는 그와 같은 위법이 판결에 영향을 미친 것이 아닌 한 독립한 상소이유가 될 수 없는 것이다.

소론과 같이 수사기관이 구속영장에 기재된 구금할 장소에 피고인들을 구금하지 아니하였거나 변호인들과의 접견, 교통권을 제한한 사실을 원심이 인정하지 아니한 것이 가사 잘못된 것이라고 하더라도 기록에 의하면 그와 같은 사실의 오인이 원심판결에 영향을 미쳤다고 볼 수 없으므로, 논지는 이유가 없다.

다.

사실오인 및 법리오해에 관한 논지에 대하여,

(1) 국가보안법이 위헌이라는 점에 대하여,

1980.10.27. 공포된 구 헌법 부칙 제6조 제1항에 의하면, 국가보위입법회의는 구 헌법시행일로부터 구 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일 전일까지 국회의 권한을 대행하도록 규정되어 있으므로, 국가보안법이 국가보위입법회의에 의하여 전문개정되었다는 이유만으로 위헌이라고는 할 수 없고, 우리 헌법이 전문과 제4조, 제5조에서 천명한 국제평화주의와 평화통일의 원칙은 자유민주적 기본질서라는 우리 헌법의 대전제를 해치지 않는 것을 전제로 하는 것이므로, 아직도 북한이 막강한 군사력으로 우리와 대치하면서 우리사회의 자유민주적 기본체제를 전복할 것을 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있어 우리의 자유민주적 기본질서에 대한 위협이 되고 있음이 분명한 상황에서, 국가보안법이 북한을 반국가단체로 본다고 하여 우리 헌법이 천명한 국제평화주의나 평화통일의 원칙과 모순되는 법률이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 국가보안법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하는 법률인 만큼( 국가보안법 제1조), 국가보안법의 규정을 그 법률의 목적에 비추어 합리적으로 해석하는 한 국가보안법의 각 규정이 사회과학적으로 개념을 규정하는 것이 불가능할 정도로 애매모호하고 광범위하여 좌형법정주의의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 볼 수도 없으므로, 논지는 이유가 없다.

(2) 잠입·탈출죄에 관한 점에 대하여,

국가보안법 제6조 제2항 소정의 잠입·탈출죄는 반국가단체나 그 구성원의 지령을 받거나 받기 위하여 또는 그 목적수행을 협의하거나 협의하기 위하여 대한민국의 지배하에 있는 지역으로 들어와 잠입하거나, 그 지역으로부터 벗어나



탈출하는 것을 구성요건으로 하는바, "반국가단체나 그 구성원의 지령을 받거나 받기 위하여"라고 하는 것은 반국가단체나 그 구성원으로부터 직접 지령을 받는 경우뿐만 아니라 그 지령을 받은 자로부터 다시 지령을 받는 경우까지도 포함하는 것으로서, "지령"은 지휘와 명령을 포함하는 개념으로 반드시 상명하복의 지배관계가 있을 것을 필요로 하지 아니함은 물론 지령의 형식에도 아무런 제한이 없고, 잠입죄에 있어서는 그 출발지가, 탈출죄에 있어서는 그 목적지가 반드시 반국가단체의 지배하에 있는 지역임을 필요로 하지 아니하며, 탈출죄에 있어서는 탈출이 반드시 영구적이거나 장기간일 것도 필요로 하지 아니하고, 다만 잠입죄에 있어서는 위와 같은 지령을 받은 외에 대한민국의 지배하에 있는 지역으로 들어올 때 그 지령사항을 수행할 의사가 있을 것을 필요로 한다고 할 것이지만, 잠입의 방법이 반드시 은밀한 것이어야 되는 것은 아니라고 할 것이다 ( 당원 1983.6.14. 선고 83도863 판결; 1985.1.22. 선고 84도2323 판결; 1986.7.22. 선고 86도808 판결; 1986.9.23. 선고 86도1429 판결; 1987.9.8. 선고 87도1341 판결; 1987.9.8. 선고 87도1446 판결 등 참조).

원심이 채용한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면, 공소외 1이 반국가단체나 그 구성원의 지령을 받은 자로서, 피고인 1은 공소외 1이 반국가단체나 그 구성원의 지령에 따라 피고인 2를 방북시키려고 하는 사실을 확정적으로 또는 적어도 미필적으로나마 인식하면서, 공소외 1로부터 제1심 판시 제1의 "나", "다", "라", "바", "사", "아", "차", "카"항 기재와 같이 구체적인 지시내지 요구를 받고 이를 수행하기 위하여 그 판시와같이 국내에서 공소외 1이 거주하는 일본으로 들어가거나 일본으로부터 국내로 들어왔고, 제1심 판시 제1의 "하"에 있어서는 공소외 1을 통하여 반국가단체의 구성원인 공소외 허담으로부터 방북초청을 받고 이에 응하여 국내를 출발, 북한으로 들어간 사실, 피고인 2는 제1심판시 "제2의"가 항에 있어서는 그 판시와 같이 반국가단체의 구성원인 공소외 김일성으로부터 그가 통일전선형성의 일환으로 제의하는 통일논의를 위한 공개적인 방북초청을 받는 한편, 공소외 1을 통하여 위 허담의 은밀한 방북초청을 받고 이에 응한 다음 방북의 일정과 경로에 관하여 공소외 1로부터 구체적인 지시를 받아 그 판시와 같은 방법으로 국내를 출발하여 북한으로 들어갔고, 제1심판시 제2의 "타"항에 있어서는 그 판시와 같이 북한에서 위 허담으로부터 범민족대회 예비회담의 추진방법과 귀국방법 및 귀국시의 조치 등에 관하여 구체적인 지시를 받아 이를 승낙한 다음 그 합의사항을 수행할 의사로 귀국한 사실 등을 인정한 원심의 사실인정과정에 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 앞서 본 특수잠입죄 및 특수탈출죄의 법리에 비추어 피고인들이 위 각 행위가 국가보안법 제6조 제2항 소정의 특수잠입죄 및 특수탈출죄에 해당하는 것으로 본 원심의 판단은 정당하고 논지는 이유가 없다.

### (3) 찬양·고무·동조죄에 관한 점에 대하여,

원심이 채용한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면, 피고인 2가 북한체류기간 및 귀국도중에 반국가단체의 구성원과 회합한 자리에서 또는 기자회견이나 연설회, 설교하는 기회에 각기 제1심판시 제2의 "나", "다", "마", "사", "자", "카", "타"항의 기재와 같은 내용의 발언을 하거나 행동을 한 사실, 피고인 2가 위 각 행위를 함에 있어서 반국가 단체를 이롭게 한다는 것을 인식하고 있었던 사실 등을 인정한 원심판결에 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 피고인 2의 위와 같은 행위가 우리의 자유민주적 기본질서에 위해를 가할 위험이 현저한 행위로서 국가보안법 제7조 제1항 소정의 찬양·고무등죄에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고( 1984.11.27. 선고 84도2310 판결; 1987.4.14. 선고 87도388 판결; 1987.9.22. 선고 87도929 판결 등 참조), 논지는 이유가 없다.

(4) 회합·통신죄에 관한 점에 대하여,

원심이 채용한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면, 피고인 1은 제1심 판시 제1의 "다", "라", "마", "바", "사", "아", "자", "카", "타", "파"항 기재와 같이 위 정경모가 반국가단체의 구성원으로부터 지령을 받은 자라는 사실을 알면서도 그의 제의에 따라 피고인 문익환을 방북시키는 문제를 협의하거나 그 추진상황을 알려주기 위하여 그와 직접 만나거나 전화 또는 텔렉스 등을 통하여 의사연락을 하고, 제1심 판시 제1의 "거", "너", "더"항기재와 같이 북한 체류기간 중에 반국가단체의 구성원들과 만나 그들로부터 환대를 받았던 사실, 한편, 피고인 문익환은 그의 북한 체류기간 중에 제1심판시 제2의 "다"내지 "차"항의 기재와 같이 반국가단체의 구성원인 위 김일성이나 허담 또는 공소외 정 준기 등과 만나 그들로부터 환대를 받거나 통일방안에 관한 논의를 구실로 그들의 주장에 동조하거나 그들의 활동을 찬양, 고무한 사실과 피고인들이 위 각 행위를 함에 있어서 그와 같은 자신들의 행위가 반국가단체에 이익이 된다는 점을 충분히 알고있었던 사실 등을 인정한 원심판결에 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 피고인들의 위와 같은 행위가 국가보안법 제8조 제1항 소정의 회합·통신등죄에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고 논지는 이유가 없다.

(5) 금품수수죄에 관한 점에 대하여,

원심은 국가보안법 제5조 제2항 소정의 금품수수죄는 금품을 교부하는 자가 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자라는 점을 알면서 그로부터 금품을 수수함으로써 성립되는 것으로서, 그 금품의 가액이나 가치는 물론 그 금품수수의 목적도 가리지 아니하며, 그밖에 더 나아가서 반국가단체의 이익이 된다는 점을 알 것, 또는 그 금품수수가 반국가단체의 목적수행과 관련이 있어야 할 것 등은 그 요건이 아니라고 판시한 다음, 적법하게 조사채택한 증거들에 의하여 피고인 1이 제1심 판시 제1의 "가"항 기재와 같이 공소외 광동이가 반국가단체인 재일한국민주회복통일촉진국민회의(이른바 "한민통")의 구성원이라는 점을 알면서 그로부터 일화로 200만엔의 선거자금을 교부받은 사실, 피고인 1에 대한 제1심 판시 제1의 "러"항, 피고인 2에 대한 제1심 판시 제2의 "차"항 기재와 같이 피고인들이 각기 위 허담이 반국가단체의 구성원이라는 점을 알면서 그로부터 그 판시 각 금품을 교부받은 사실등을 인정하고, 피고인들이 위 각 행위는 어느 것이나 국가보안법 제5조 제2항 소정의 금품수수죄에 해당된다고 판단하였는바, 관계증거를 기록과 대조하여 검토하여 보면 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고 원심판결에 소론과 같이 채증법칙을 위반하였거나 국가보안법 제5조 제2항에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없으므로( 당원 1985.1.22. 선고 84도2323 판결 참조), 논지는 이유가 없다.

(6) 피고인 1의 자진지원국가기밀누설죄에 관한 점에 대하여,

원심은 국가보안법 제5조 제1항, 제4조 제1항 제2호 중단 소정의 "국가기밀"이라고 하는 것은 그것이 반국가단체에 대하여 비밀로 하거나 확인되지 아니함이 대한민국의 이익을 위하여 필요하다고 생각되는 모든 정보자료를 말한다고 할 것이므로, 순전한 의미에서 국가기밀에 한하지 아니하고 정치, 경제, 사회, 문화 등 각 방면에 관한 기밀사항이 모두 포함되며, 나아가 그 내용사실이 대한민국에서는 자명하고도 당연하여 상식에 속하는 공지의 사실이라고 하더라도 그것이 반국가단체에는 유리한 자료가 되고 우리에게는 불이익을 초래할 수 있는 것이면 국가기밀에 속한다고 할 것이고, 그러한 국가기밀누설의 상대방이 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자이고 그들을 지원할

목적으로 하는 것인 이상 누설의 경위나 수단, 방법을 가리지 아니하며, 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자를 지원할 목적은 행위자에게 그상대방을 지원하여 이롭게 한다는 인식이 있음으로써 족하고, 나아가 그 상대방을 지원하여 이롭게 할 것을 의욕하거나 희망할 것까지를 요구하는 것은 아니라고 판시한 다음, 적법하게 조사채택한 증거들에 의하여, 피고인 1은공소외 1이 반국가단체의 구성원으로부터 지령을 받은 자라는 정을 알면서 그의 지시 내지 협력하에 피고인 2의 방북을 추진 하던 과정에서 피고인 2가 전국민족민주운동연합("전민련"이라고 약칭한다)의 고문으로 추대된 사실이 국내의 신문에 보도되자 개인적인 호기심에서 위 전민련의 체계와 구성원 등에 관한 사항을 수첩에 메모한 사실, 그후 제1심판시 제1의 "바"항 기재의 일시, 장소에서 공소외 1을 만나 피고인 2의 방북시의 지위 등에 관하여 대화를 나누던 중에 자진하여 위와 같이 숙지하고 있던 전민련에 관한 사항을 공소외 1에게 알려준 사실 등을 인정하고, 앞서 실시한 법리에 비추어 위 전민련에 관한 사항은 국가기밀에 해당된다고 할 것인 한편, 피고인 2를 국내 재야운동세력의 대표로 하여 방북을 추진하던 피고인 1로서는 피고인 2를 고문으로 추대한 위 전민련의 조직체계와 구성원 등에 관한 사항이 공소외 1에게 알려짐으로써 그의 방북추진활동에 유리한 자료가 된다는 정을 잘 알고 있었다고 할 것이므로, 피고인 1의 행위는 국가보안법 제5조 제1항, 제4조 제1항 제2호 중단 소정의 자진지원국가기밀누설죄에 해당된다고 판단하였는바, 관계증거를 기록과 대조하여 검토하여 보면 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고 ( 당원 1986.7.22. 선고 86도808 판결; 1986.9.23. 선고 86도1429 판결; 1987.5.26. 선고 87도432 판결; 1987.6.23. 선고 87도705 판결; 1987.9.8. 선고 87도1446 판결; 1988.11.8. 선고 88도1630 판결 등 참조), 원심판결에 소론과 같이 채증법칙을 위반하였거나 국가보안법 제5조 제1항, 제4조 제1항 제2호 중단에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지는 이유가 없다.

(7) 피고인 1의 특수잠입·탈출에 관한 범죄사실 중 일부는 예비·음모라는 점에 대하여,

피고인 1이 제1심 판시 제1의 "나", "다", "라", "바", "사", "아", "차", "카"항 기재의 각 특수잠입·탈출을 거듭한 것이 설사 피고인 문익환과 함께 북한으로 탈출하기 위한 준비작업이었다고 하더라도, 그 각 잠입과 탈출은 각기 별개의 범죄사실을 구성한다고 할 것이므로, 위 각 행위를 최종적으로 목표한 북한으로의 탈출에 대한 예비·음모의 단계라고 볼 수 없다.

논지는 이유가 없다.

(8) 정당행위라는 점에 대하여,

원심은 어느 행위가 정당행위에 해당한다고 하기 위하여는, 그 행위의 동기나 목적이 정당하여야 하고 행위의 수단이나 방법이 상당한 정도의 것이어야 하며 그 행위로 인하여 침해되는 법익보다 보호되는 법익이 더 커야 하고 그 행위 이외에 다른 수단이 없었을 것 등의 요건을 갖추어야 한다고 판시한 다음, 피고인들의 이 사건 각 행위가 위에서 판시한 바와 같은 정당행위의 요건을 구비하지 못하였다고 판단하였는바, 관계증거와 기록에 의하면 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고 원심판결에 소론과 같이 정당행위에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지도 이유가 없다.

2. 검사의 상고이유에 대하여 판단한다.

가. 제1심의 소송절차에 판결에 영향을 미친 법령의 위반이 있다는 논지에 대하여,

원심은 이 사건과 같이 변호인 없이 개정하지 못하는 필요적변호사건에 있어서는, 변호인(사선이든지 국선이든지 간에)의 출석 및 재정이 심리의 전제 요건이고 이를 위반하여 증거조사가 이루어진 때에는 그 증거는 증거조사의 절차가 위법하여 증거능력이 없다고 할 것이고, 이러한 필요적변호제도는 헌법 제10조, 제12조 제4항의 규정에 따라 피고인의 권리를 옹호하고 당사자주의를 강화함과 동시에 공판심리의 적정을 기하고 나아가 국가형벌권의 공정한 행사를 확보하기 위한 제도이므로, 변호인이 출석하여 재정하지 아니하는 이상 피고사건에 대한 실질심리를 할 수 없음이 원칙이라 할 것이며, 다만 변호인이 피고인의 명시적 또는 묵시적인 동의 아래 그 방어권행사의 한 방법으로, 재판장의 허가 없이 임의로 퇴정하여 버리거나 피고인과 합세하여 법정의 질서를 문란케 하여 재판의 진행을 방해하는 등의 행위를 하여 재판장으로부터 질서유지를 위한 퇴정을 명받는 경우와 같이, 변호인의 재정의무위반이 피고인 자신의 귀책사유에 기인할 뿐만 아니라 피고인측의 방어권의 남용 내지 변호인의 포기로 보여지는 경우에는, 신속한 재판 및 사법권의 옹호라는 측면을 중시하여 형사소송법 제330조의 규정을 유추적용하여 예외적으로 변호인 없이 개정, 심리할 수 있다 고 판시한 다음, 제1심 제8회 공판기일에서 도중에 변호인들이 퇴정한 것은 위에서 판시한 바와 같이 변호인이 재정하지 아니한 채 소송절차를 진행할 수 있는 예외적인 경우에 해당되지 아니한다고 보고, 그럼에도 불구하고, 제1심이 제8회 공판기일에서 변호인이 재정하지 아니한 채 소송절차를 진행하여 증거조사를 한 후 그와 같이 위법한 절차로 조사된 증거들을 피고인들에 대한 유죄인정의 자료로 삼았음은, 필요적변호제도에 관한 헌법 및 형사소송법의 규정을 위반하고 나아가 채증법칙을 위반한 위법을 범하였다고 할 것이고, 이는 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다는 이유로 제1심판결을 파기하고 다시(증거조사와 변론 등의 절차를 마친 후) 판결을 하였다.

원심이 필요적변호사건에서 변호인이 출석하지 아니한 채 공판절차를 진행할 수 있는 경우에 관하여 위와 같이 판시한 내용은 정당한 것으로 수긍이 되고, 기록을 검토하여 보아도 제1심 제8회 공판기일에서 도중에 변호인들이 퇴정한 것이 피고인들 자신의 귀책사유에 기인한 것으로서 피고인들측이 방어권을 남용하였거나 변호권을 포기한 것으로 볼수 없으므로, 위와 상반되는 견해에서 원심판결을 비난하는 논지는 받아들일 것이 못된다.

나. 법리오해 및 사실오인에 관한 논지에 대하여,

원심은 피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 " 피고인 1이 북한으로 탈출한 후 1989.4.3. 평양을 출발하여 북경과 일본을 거쳐 4.13.12:30경 김포공항에 도착함으로써 반국가단체의 지령을 받은 자로부터 지령을 받아 잠입하였다"는 요지의 특수잠입죄에 관하여는, 피고인 1이 구체적으로 어떤 지령을 받고 이를 수행할 의사로 귀국하였다고 볼만한 아무런 증거가 없다는 이유로 이 점을 무죄로 판단하고, 또 피고인 문익환에 대한 이 사건 공소사실 중 " 위 피고인이 1989.3.26. 평양 만수대 의사당에서의 조국평화통일위원회측과의 제1차 회담에서 동 위원회 부위원장인 위 정준기로부터 북한측의 통일방안에 관한 설명을 듣고 자신이 주장하는 통일방안을 설명하는 등 북괴의 주장에 동조하여 반국가 단체를 이롭게 하였다"는 요지의 동조죄에 관하여도 위 피고인이 방북의 목적과 관련된 인사말을 한 것이나 단순히 북한측의 통일방안에 관한 설명을 듣고 이에 대하여 대등한 입장에서 자신의 평소의 통일방안을 설명한 것을 가리켜 곧 반국가단체인 북한의 주장에 동조하여 이를 이롭게 한 것이라고 단정할 수 없으며, 달리 피고인 2가 같은 날 같은 장소에서 북한의 주장에 동조하는 발언을 한 사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 이 점을 무죄로 판단하였는 바, 관계증거를 기록과 대조하여 검토하여 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고 원심판결에 채

증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 국가보안법 소정의 특수잠입죄와 동조죄에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 논지도 이유가 없다.

3. 그렇다면 피고인들과 검사의 상고는 모두 이유가 없으므로 기각하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 이재성(재판장) 박우동 윤영철 김용준