

국가보안법위반(찬양.고무등)·일반교통방해·집회및시위에관한법률위 반

[서울중앙지방법원 2008. 8. 27. 2007노4048]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 김신외 1인

【변 호 인】 변호사 설창일의 1인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2007. 11. 20. 선고 2007고단3789 판결

【주문】

】

원심판결 중 유죄부분 전부 및 별지 공소사실 제1의 가., 아.항 부분의 이적표현물 취득·소지로 인한 국가보안법위반의 각 점에 대한 무죄부분을 파기한다.

피고인을 징역 1년 및 자격정지 1년에 처한다.

원심판결 선고 전의 구금일수 149일을 위 징역형에 산입한다.

다만, 이 판결확정일로부터 3년간 위 징역형의 집행을 유예한다.

별지 압수물 목록 기재 압수물을 피고인으로부터 몰수한다.

원심판결 무죄부분 중 별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항의 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득으로 인한 국가보안법위반의 각 점에 대한 검사의 항소를 기각한다.

당심 소송비용 중 2분의 1은 피고인이 부담한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 검사

(1) 사실오인, 법리오해 및 채증법칙 위반(무죄부분)

㉠ 이적표현물 취득·소지의 각 점(별지 공소사실 제1의 가., 아.항)

이적표현물 취득·소지죄 성립의 주관적 구성요건인 '찬양·고무·동조 목적'은 미필적 인식으로 족한바, 피고인의 지위, 활동 내용 등에 비추어 피고인에게 위 목적이 있었음이 충분히 인정됨에도 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

㉡ 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득의 각 점(별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항)

'공소외 1에 대한 검찰 진술조서'는, 위 조서작성 당시 공소외 1이 피의자 신분이 아니었고, 진술자인 공소외 1에 대한 공소사실의 입증 내지 추가기소를 목적으로 작성된 것이 아니며, 실제로 공소외 1이 아닌 공범들의 범죄사실 입증을 위하여 제출되었으므로, 진술거부권 고지의 대상이 아니어서 공범인 피고인에 대한 관계에서는 위법수집증거가 아님에도, 위 진술조서의 증거능력을 배척하여 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심은 채증법칙에 위반하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(2) 양형부당(유죄부분)

이 사건 범행의 사회적 위험성 등에 비추어 유죄부분에 대한 원심의 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

나. 피고인

(1) 사실오인(유죄부분)

피고인은 민주노동당 당직자로서 민주노동당이 합법적으로 신고한 집회에 참여하였을 뿐임에도, 원심은 불충분한 증거만으로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 위법을 범하였다.

(2) 양형부당(유죄부분)

가사 피고인이 불법집회에 가담한 사실이 인정되더라도 제반정상에 비추어 원심의 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 이적표현물 취득·소지의 각 점(별지 공소사실 제1의 가., 아.항)에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

별지 공소사실 제1의 가., 아.항의 각 기재와 같다.

나. 원심의 판단

원심은, 피고인으로부터 압수된 위 문건 등이 북한 원전의 문건이거나 이를 편집한 내용으로서 북한의 사상이나 정책 등을 찬양하는 내용을 포함하고 있는 이적표현물인 사실은 인정되나, 나아가 피고인이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조할 목적이 있었고 그러한 목적으로 위 이적표현물을 취득, 소지하였다고 인정하기는 부족하다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

(1) 이적표현물인지 여부

국가보안법상 이적표현물로 인정되기 위하여는 그 표현물의 내용이 국가보안법의 보호법익인 대한민국의 존립·안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 것이어야 하고, 표현물에 이와 같은 이적성이 있는지 여부는 표현물의 전체적인 내용뿐만 아니라 그 작성의 동기는 물론 표현행위 자체의 태양 및 외부와의 관련사항, 표현행위 당시의 정황 등 모든 사정을 종합하여 결정하여야 한다(대법원 2001. 2. 23. 선고 99도5117 판결, 대법원 2003. 5. 13. 2003도604판결, 대법원 2004. 8. 30. 2004도3212 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 명의로 개설된 (주)다음커뮤니케이션 이메일 " (이메일 주소 1 생략) " 계정에 대한 압수수색결과 별지 공소사실 제1의 가.항 기재 문건 파일이 발견되었고, 피고인 체포시 소지품에 대한 압수수색결과 별지 공소사실 제1의 아.항 기재 문건 등이 발견된 사실, 위 문건 등은 북한의 원전이거나 이를 편집한 내용으로서 북한 사회주의 체제, 선군정치를 찬양함과 아울러 공산주의 사회건설을 선전하고, 김일성, 김정일을 미화·찬양하여 그들에 대한 맹목적인 충성을 맹세하며, 청년학생들을 의식화·조직화하여 주한미군 철수 등 반미투쟁과 북한식 사회주의혁명투쟁을 강력하게 전개할 것을 선동하는 내용임이 알 수 있는바, 그러한 내용은 대한민국의 존립·안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 것으로서 국가보안법상 이적표현물로 인정하기에 충분하다고 할 것이다.

(2) 이적목적의 유무

피고인은 민주노동당 간부로서 정당 활동의 일환으로 통일운동을 하고 있는바, 위 활동의 일부분으로 최근 북미관계, 한반도 정세 등과 관련하여 북한의 정책 및 입장 등을 이해하기 위한 참고자료로서 진보단체의 사이트에서 위와 같은 표현물을 개인적으로 수집하여 정보를 얻고 학습하고자 소지하고 있었을 뿐 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조할 목적으로 취득·소지한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 국가보안법 제7조 제5항에서의 '목적'이란 찬양·고무 등 행위에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 필요 없고 미필적 인식으로 족하므로, 표현물의 내용이 객관적으로 보아 반국가단체의 활동에 동조하는 등의 이적성을 담고 있는 것임을 인식하고, 나아가 그와 같은 행위가 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식이 있으면 구성요건이 충족되는 것이다(대법원 2003. 3. 11. 선고 2002도4665 판결, 대법원 2004. 8. 30. 2004도3212 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 이 사건에서 관하여 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들 및 당심에서 검사가 제출한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, ① 앞서 본 바와 같이 피고인으로부터 압수된 이적표현물들은 오로지 북한원전 내지는 그 편집물로서 북한의 민족해방인민민주주의 혁명가들의 자세와 관점, 사상학습의 중요성에 대한 내용이 대부분인데, 이는 공식적인 방법으로 구하기 어려운 것이고 피고인이 민주노동당원으로 단순히 통일운동을 위하여 소지할 정도를 넘어 그 양이 많으며 그 내용도 통일에 관한 것이라기보다는 선동이나 의식화 학습에 관한 것인 점, ② 피고인은 위 이적표현물 등을 이용하여 적법한 방식으로 통일관련 연구를 한 자료를 제시하지 못하고 있고, 민주노동당 내에서의 통일관련 정책수립 및 연구 등에 북한원전 등을 연구한 자료를 제공하는 등으로 관여한 것으로 보이지 않는 점, ③ 피고인은 위 이적표현물들을 전국연합, 민주노총, 통일연대, 실천연대, 범민련 사이트에서 수집하였다는 취지로 주장하면서도 그 수집경로에 대하여 구체적, 객관적인 자료를 제시하지는 못하고 있고, 별다른 이유 없이 동일한 문건이 들어있는 디스켓을 2개 소지하고 있어 단순히 본인의 연구만을 위하여 위 이적표현물들을 소지한 것으로 보이지 않는 점, ④ 피고인 명의로 개설된 위 이메일 " (이메일 주소 1 생략)"에서 2003. 9. 22.경 공소외 3 명의의 " (이메일 주소 2 생략)"로 "선전용지-scy"라는 제목의 메일이 발송되었는데, 위 메일의 발신자란에 별명이 " ○○○"이고, 메일 본문 하단에 발송자가 "서총련 정선부위원장"이라고 기재되어 있는 점, ⑤ 피고인의 체포시 피고인으로부터 압수된 "2007 New Planner 56:" 수첩 사본(증거기록 제764쪽)에는 일반인에게 볼 수 없는 난수와 음어를 사용한 내용이 기재되어 있어 불법목적의 활동이 발각되는 것을 대비한 기록이라고 의심을 받을 수 있고, 나아가 일부 위 이적표현물에 대하여는 자신의 이메일 계정에 보관 내지 저장시켜두었으면서도 암호를 설정하여 비밀을 유지하기 위하여 애쓴 흔적이 보이는 점, ⑥ 피고인의 위 난수 및 음어들은 유사한 시기에 이적표현물들을 소지하는 등으로 유죄판결들을 선고받은 공소외 1, 2의 수첩에 기재되어 있던 것과 일부 동일한 내용이고, 특히 자필메모(공소외 2수사상황) 사본(증거기록 제718쪽)에는 당시까지 공식적으로 제출되거나 공개된 바 없는 공소외 1, 2에 대한 각 수사관련 내용, 공소외 1의 검찰진술 내용, 각 압수물 현황 등이 매우 상세하게 기재되어 있었으며, 공소외 1의 성북구 장위동 소재 자취가에서 수거한 신문(공소외 1의 구속 직전인 2006. 8. 15.자 신문임)에서 피고인의 지문이 발견되었고, 공소외 2로부터 압수한 메모지(증거기록 제3178쪽)에 몇 명되지 않는 사람들에 대한 인적사항 중 "완 8.9(+)"라고 기재되어 있는데 피고인의 양력생일이 8. 9.로서 공소외 2의 메모지에 기재된 위 표현은 ' ○○○'라는 가명을 사용하던 피고인의 생일을 기재해 놓은 것으로 추정되는 등 피고인이

이적표현물들을 이용하여 상당히 조직적인 활동을 하고 있던 것으로 보이는 공소외 1, 2와 매우 긴밀한 관계를 유지하고 있었던 것으로 보이는 점, ⑦ 피고인은 이적단체인 제16기 서총련 및 제13기 한총련에 가입한 공소외 4에게 2008. 1. 21.경 북한 원전 등이 담긴 학습용 CD와 동영상 CD를 주면서 학습을 종용하기도 한 점 등에 비추어 보면, 피고인은 위 이적표현물들을 소지, 은닉하고 이를 비밀스럽게 학습하면서 적어도 자신의 행위가 국가보안법이 금하는 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식이 있었던 것으로 판단된다고 할 것이다.

(3) 소결론

따라서 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 부분 공소사실은 충분히 인정된다고 할 것임에도 이와 달리 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심은 위법하고, 이를 지적하는 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 있다.

3. 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득의 각 점(별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항)에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항의 각 기재와 같다.

나. 원심의 판단

원심은, 검찰에서 증거로 제출한 '공소외 1에 대한 검찰 진술조서'의 경우 검사가 공소외 1의 진술을 들음에 있어 공소외 1에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없고, 나머지 검찰이 제출한 증거들만으로는 이 부분 공소사실을 인정하기에 부족하다는 이유로 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

(1) 먼저 위 공소사실에 관한 증거로는 '공소외 1에 대한 검찰 진술조서'가 있는바 그 증거능력의 유무에 관하여 본다.

피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면, 그것이 '진술조서', 진술서, 자술서'라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고(대법원 2004. 9. 3. 선고 2004도3588 판결 등), 한편, 형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 할 것이다(대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건 기록에 의하면, 검사는 2006. 8. 16. 공소외 1에 대하여 국가보안법 위반(찬양·고무 등)으로 구속영장을 청구하여, 2006. 8. 18. 서울중앙지방법원으로부터 구속영장을 발부받았는데, 그 구속영장의 범죄사실에는 공소외 1이 연계된 공범들과 공모하여 국가보안법을 위반하였다는 등의 내용이 포함되어 있었던 사실, 그 후 검사는 공소외 1에 대한 피의자신문을 하면서 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관하여 신문을 하였으나, 공소외 1이 진

술을 거부한 사실, 한편, 검사는 2006. 9. 12. 공소외 1을 국가보안법 위반(찬양·고무 등)으로 구속 기속한 이후, 2006. 9. 19. 공소외 1을 재차 소환하여 피고인 등 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관한 신문을 하면서 피의자신문조서의 형식이 아니라 일반적인 진술조서의 형식으로 위 진술조서를 작성한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실 등을 종합하여 보면, 위 '공소외 1에 대한 진술조서'가 진술조서의 형식을 취하였다고 하더라도 그 내용은 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 실질적으로 같다고 볼 것인데, 기록을 살펴보아도 검사가 공소외 1의 진술을 들음에 있어 공소외 1에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로, 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없어 피고인에 대한 유죄의 증거로 쓸 수 없다 할 것이다.

이에 대하여, 검사는 위 진술조서의 작성 당시 공소외 1은 피의자가 아니라 이미 공소제기된 피고인의 신분이라는 점, 진술자인 공소외 1에 대한 공소사실의 입증 내지 추가기소를 목적으로 작성된 것이 아니라는 점, 공소외 1이 아닌 다른 공범들의 범죄사실을 입증하는 데에 제출되었으므로, 진술거부권을 고지할 아무런 필요나 근거가 없어 다른 공범들에 대한 관계에서는 위법하게 수집된 증거가 아니라고 주장한다.

그러나, ① 피고인은 자신이 사후에 그와 관련하여 공소 제기되는지 여부와 무관하게 자기가 관련된 범죄에 관한 수사기관의 신문에 대하여는 진술을 거부할 권리가 보장되어 있는 것으로 보아야 할 것이고(형사소송법 제283조의2), ② 검사가 범죄의 혐의가 있다고 판단하여 수사를 개시하였다면 범인은 피의자의 신분이 되므로(같은 법 제195조), 수사기관이 피조사자에 대한 기소나 입증 외의 다른 목적을 가졌다고 하더라도 당해 진술자에 대하여 그가 관련된 범죄에 관한 신문을 한다면 진술거부권의 대상이 된다고 보아야 할 것이며, ③ 검사의 주장대로 공범으로 기소된 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용되는 경우에도, 진술거부권이 사전에 고지되지 않아 실질적으로 보장되었다고 볼 수 없는 상태에서 작성된 진술피의자에 대한 진술조서를, 진술거부권이 보장된 그에 대한 피의자신문조서와 동일하게 증거능력이 있는 것으로 보아 이를 증거로 허용한다면, 동일범죄에 대한 공범 각각의 진술거부권은 결국 형해화될 수밖에 없다 할 것이어서, 공범으로 기소된 피고인에 대하여도 위 진술조서의 증거능력은 동일하게 적용되어야 할 것이고, ④ 그와 같은 진술조서에 대하여 공범피고인의 사건에 한하여만 증거능력을 인정한다 하더라도, 그 자체가 진술피의자의 사건의 직접적인 증거로 사용될 수 없지만 나아가 공범피고인의 사건결과 등 그로 인하여 파생되어 만들어진 증거의 형태 등으로 결국 진술피의자의 사건에 영향을 미칠 수도 있음을 배제할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

(2) 한편, 앞서 2. 다.

(2) 부분에서 살펴 본 바와 같은 사정들에 비추어 피고인이 공소외 1, 2 등과 연계하여 북한의 활동을 찬양·동조하거나 그러한 목적으로 이적표현물을 취득한 것이 아닌가 하는 의심을 배제할 수 없기는 하나, 원심 및 당심에서 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 피고인이 공소외 1, 2 등과 공모하여 2005. 11.경 대학가에 주체사상을 유포시키고 주사파 양성을 위한 전국적 단일 조직의 중앙지도부 결성하고, 이를 위하여 대학가에 주체사상 학습CD 등을 조직적으로 제작·배포하는 한편 학습·토론을 함으로서 이적 활동을 찬양·동조하였다는 위 공소사실을 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 이에 관한 검사의 채증법칙 위반 등 주장은 이유 없다.

4. 일반교통방해, 집회및시위에관한법률위반의 점(유죄부분, 별지 공소사실 제9항)에 대하여

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 한미FTA저지 범국민운동본부(이하 '한미FTA 범국민'이라 한다)가 2006. 7. 12.경 이래 불법시위를 전개하여 왔고, 2006. 11. 22.경 개최된 제1차 범국민 총궐기대회, 같은 달 26. 개최된 제2차 범국민 총궐기대회 등에서 불법시위를 하자, 서울남대문경찰서장은 2006. 12. 6. 개최 예정된 제3차 범국민 총궐기대회 역시 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회로 판단하여 민주노동당이 신고한 <비정규직 확산법 날치기 규탄, 광우병 쇠고기 수입중단 촉구 결의대회> 집회 이외의 나머지 집회에 대하여는 사전 금지통고를 행하는 한편, 민주노동당에 대하여도 차도 점거 등 불법행위 없이 준법집회할 것을 고지한 사실, 같은 날 14:40경부터 15:35경까지 서울 종로구 대학로 소재 마로니에 공원에서 민주노동당 주최 집회가 이루어진 직후 집회 참가자들은 한미FTA 범국민 주최로 제3차 범국민 총궐기대회를 강행하고, 그 때부터 21:45경까지 참가회원들이 도로를 점거한 채 집단 행진을 하거나 촛불집회를 개최하거나 학생결의대회를 전개하였는바, 그 과정에서 서울 중구 회현로타리 인근 밀리오레 빌딩 앞과 같은 구 명동 입구 아바타 쇼핑몰 빌딩 앞 도로 점거로 극심한 교통체증이 유발되고 이를 제지하는 과정에서 시위대의 폭력행사로 경찰관 수명이 부상당하고 경찰 장비들이 탈취당하는 사태가 초래된 사실, 피고인은 한총련 중앙 간부들과 함께 같은 날 14:30경 위 민주노동당 주최 집회에 참가한 후 위와 같은 사태의 전개를 충분히 인식하면서 17:00경 서울 중구 회현역에 도착하여 시위대들과 함께 도로를 점거한 채 행진을 강행하고, 18:10경 시위대들 수천 명이 밀리오레 빌딩 앞 왕복 8차로 전 차로를 점거한 채 경찰들과 집단적인 몸싸움을 강행하는 과정에서 피고인은 줄곧 한총련 대오 바로 옆에 있거나 한총련 대오를 인솔하여 함께 이동하기도 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 피고인이 학생시위대들과 공모, 공동하여 2006. 12. 6.자 위 불법 집회에 참가하여 밀리오레 빌딩 앞 도로 전체를 불통케 하여 교통을 방해하고, 집단적인 폭행·손괴 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회라는 정을 알면서 위 집회·시위에 참가하였다는 이 사건 공소사실이 충분히 인정되므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

5. 결론

그렇다면, 원심판결의 무죄부분 중 별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항의 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득으로 인한 국가보안법위반의 각 점에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하고, 원심판결의 무죄부분 중 별지 공소사실 제1의 가., 아.항의 이적표현물 취득·소지로 인한 국가보안법위반의 각 점에 대한 검사의 항소는 이유 있어 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 이 부분 원심판결을 파기하되, 이 부분과 원심판결의 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 할 것이므로 결국 원심판결 중 유죄부분은 전부 파기될 수밖에 없는바, 피고인 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결의 유죄부분까지 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 검사

(1) 사실오인, 법리오해 및 채증법칙 위반(무죄부분)

(가) 이적표현물 취득·소지의 각 점(별지 공소사실 제1의 가., 아.항)

이적표현물 취득·소지죄 성립의 주관적 구성요건인 '찬양·고무·동조 목적'은 미필적 인식으로 족한바, 피고인의 지위, 활동 내용 등에 비추어 피고인에게 위 목적이 있었음이 충분히 인정됨에도 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(나) 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득의 각 점(별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항)

'공소외 1에 대한 검찰 진술조서'는, 위 조서작성 당시 공소외 1이 피의자 신분이 아니었고, 진술자인 공소외 1에 대한 공소사실의 입증 내지 추가기소를 목적으로 작성된 것이 아니며, 실제로 공소외 1이 아닌 공범들의 범죄사실 입증을 위하여 제출되었으므로, 진술거부권 고지의 대상이 아니어서 공범인 피고인에 대한 관계에서는 위법수집증거가 아님에도, 위 진술조서의 증거능력을 배척하여 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심은 채증법칙에 위반하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(2) 양형부당(유죄부분)

이 사건 범행의 사회적 위험성 등에 비추어 유죄부분에 대한 원심의 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

나. 피고인

(1) 사실오인(유죄부분)

피고인은 민주노동당 당직자로서 민주노동당이 합법적으로 신고한 집회에 참여하였을 뿐임에도, 원심은 불충분한 증거만으로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 위법을 범하였다.

(2) 양형부당(유죄부분)

가사 피고인이 불법집회에 가담한 사실이 인정되더라도 제반정상에 비추어 원심의 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 이적표현물 취득·소지의 각 점(별지 공소사실 제1의 가., 아.항)에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

별지 공소사실 제1의 가., 아.항의 각 기재와 같다.

나. 원심의 판단

원심은, 피고인으로부터 압수된 위 문건 등이 북한 원전의 문건이거나 이를 편집한 내용으로서 북한의 사상이나 정책 등을 찬양하는 내용을 포함하고 있는 이적표현물인 사실은 인정되나, 나아가 피고인이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조할 목적이 있었고 그러한 목적으로 위 이적표현물을 취득, 소지하였다고 인정하기는 부족하다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

(1) 이적표현물인지 여부

국가보안법상 이적표현물로 인정되기 위하여는 그 표현물의 내용이 국가보안법의 보호법익인 대한민국의 존립·안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 것이어야 하고, 표현물에 이와 같은 이적성이 있는지 여부는 표현물의 전체적인 내용뿐만 아니라 그 작성의 동기는 물론 표현행위 자체의 태양 및 외부와의 관련사항, 표현행위

당시의 정황 등 모든 사정을 종합하여 결정하여야 한다(대법원 2001. 2. 23. 선고 99도5117 판결, 대법원 2003. 5. 13. 2003도604판결, 대법원 2004. 8. 30. 2004도3212 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 명의로 개설된 (주)다음커뮤니케이션 이메일 " (이메일 주소 1 생략)" 계정에 대한 압수수색결과 별지 공소사실 제1의 가.항 기재 문건 파일이 발견되었고, 피고인 체포시 소지품에 대한 압수수색결과 별지 공소사실 제1의 아.항 기재 문건 등이 발견된 사실, 위 문건 등은 북한의 원전이거나 이를 편집한 내용으로서 북한 사회주의 체제, 선군정치를 찬양함과 아울러 공산주의 사회건설을 선전하고, 김일성, 김정일을 미화·찬양하여 그들에 대한 맹목적인 충성을 맹세하며, 청년학생들을 의식화·조직화하여 주한미군 철수 등 반미투쟁과 북한식 사회주의혁명투쟁을 강력하게 전개할 것을 선동하는 내용임이 알 수 있는바, 그러한 내용은 대한민국의 존립·안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 것으로서 국가보안법상 이적표현물로 인정하기에 충분하다고 할 것이다.

(2) 이적목적의 유무

피고인은 민주노동당 간부로서 정당 활동의 일환으로 통일운동을 하고 있는바, 위 활동의 일부분으로 최근 북미관계, 한반도 정세 등과 관련하여 북한의 정책 및 입장 등을 이해하기 위한 참고자료로서 진보단체의 사이트에서 위와 같은 표현물을 개인적으로 수집하여 정보를 얻고 학습하고자 소지하고 있었을 뿐 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조할 목적으로 취득·소지한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 국가보안법 제7조 제5항에서의 '목적'이란 찬양·고무 등 행위에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 필요 없고 미필적 인식으로 족하므로, 표현물의 내용이 객관적으로 보아 반국가단체의 활동에 동조하는 등의 이적성을 담고 있는 것임을 인식하고, 나아가 그와 같은 행위가 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식이 있으면 구성요건이 충족되는 것이다(대법원 2003. 3. 11. 선고 2002도4665 판결, 대법원 2004. 8. 30. 2004도3212 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 이 사건에서 관하여 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들 및 당심에서 검사가 제출한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, ① 앞서 본 바와 같이 피고인으로부터 압수된 이적표현물들은 오로지 북한원전 내지는 그 편집물로서 북한의 민족해방인민민주주의 혁명가들의 자세와 관점, 사상학습의 중요성에 대한 내용이 대부분인데, 이는 공식적인 방법으로 구하기 어려운 것이고 피고인이 민주노동당원으로 단순히 통일운동을 위하여 소지할 정도를 넘어 그 양이 많으며 그 내용도 통일에 관한 것이라기보다는 선동이나 의식화 학습에 관한 것인 점, ② 피고인은 위 이적표현물 등을 이용하여 적법한 방식으로 통일관련 연구를 한 자료를 제시하지 못하고 있고, 민주노동당 내에서의 통일관련 정책수립 및 연구 등에 북한원전 등을 연구한 자료를 제공하는 등으로 관여한 것으로 보이지 않는 점, ③ 피고인은 위 이적표현물들을 전국연합, 민주노총, 통일연대, 실천연대, 범민련 사이트에서 수집하였다는 취지로 주장하면서도 그 수집경로에 대하여 구체적, 객관적인 자료를 제시하지는 못하고 있고, 별다른 이유 없이 동일한 문건이 들어있는 디스켓을 2개 소지하고 있어 단순히 본인의 연구만을 위하여 위 이적표현물들을 소지한 것으로 보이지 않는 점, ④ 피고인 명의로 개설된 위 이메일 " (이메일 주소 1 생략)"에서 2003. 9. 22.경 공소외 3 명의의 " (이메일 주소 2 생략)"로 "선전용지-scy"라는 제목의 메일이 발송되었는데, 위 메일의 발신자란에 별명이 " ○○○"이고, 메일 본문 하단에 발송자가 "서총련 정선부위원장"이라고 기재되어 있는 점, ⑤ 피고인의 체포시 피고인으로부터 압수된 "2007 New Planner 56:" 수첩 사본(증거기록 제764쪽)에는 일반인에

게는 볼 수 없는 난수와 음어를 사용한 내용이 기재되어 있어 불법목적의 활동이 발각되는 것을 대비한 기록이라고 의심을 받을 수 있고, 나아가 일부 위 이적표현물에 대하여는 자신의 이메일 계정에 보관 내지 저장시켜두었으면서도 암호를 설정하여 비밀을 유지하기 위하여 애쓴 흔적이 보이는 점, ⑥ 피고인의 위 난수 및 음어들은 유사한 시기에 이적표현물들을 소지하는 등으로 유죄판결들을 선고받은 공소외 1, 2의 수첩에 기재되어 있던 것과 일부 동일한 내용이고, 특히 자필메모(공소외 2수사상황) 사본(증거기록 제718쪽)에는 당시까지 공식적으로 제출되거나 공개된 바 없는 공소외 1, 2에 대한 각 수사관련 내용, 공소외 1의 검찰진술 내용, 각 압수물 현황 등이 매우 상세하게 기재되어 있었으며, 공소외 1의 성북구 장위동 소재 자취가에서 수거한 신문(공소외 1의 구속 직전인 2006. 8. 15.자 신문임)에서 피고인의 지문이 발견되었고, 공소외 2로부터 압수한 메모지(증거기록 제3178쪽)에 몇 명되지 않는 사람들에 대한 인적사항 중 "완 8.9(+)"라고 기재되어 있는데 피고인의 양력생일이 8. 9.로서 공소외 2의 메모지에 기재된 위 표현은 '○○○'라는 가명을 사용하던 피고인의 생일을 기재해 놓은 것으로 추정되는 등 피고인이 이적표현물들을 이용하여 상당히 조직적인 활동을 하고 있던 것으로 보이는 공소외 1, 2와 매우 긴밀한 관계를 유지하고 있었던 것으로 보이는 점, ⑦ 피고인은 이적단체인 제16기 서총련 및 제13기 한총련에 가입한 공소외 4에게 2008. 1. 21.경 북한 원전 등이 담긴 학습용 CD와 동영상 CD를 주면서 학습을 종용하기도 한 점 등에 비추어 보면, 피고인은 위 이적표현물들을 소지, 은닉하고 이를 비밀스럽게 학습하면서 적어도 자신의 행위가 국가보안법이 금하는 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식이 있었던 것으로 판단된다고 할 것이다.

(3) 소결론

따라서 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 부분 공소사실은 충분히 인정된다고 할 것임에도 이와 달리 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심은 위법하고, 이를 지적하는 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 있다.

3. 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득의 각 점(별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항)에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항의 각 기재와 같다.

나. 원심의 판단

원심은, 검찰에서 증거로 제출한 '공소외 1에 대한 검찰 진술조서'의 경우 검사가 공소외 1의 진술을 들음에 있어 공소외 1에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없고, 나머지 검찰이 제출한 증거들만으로는 이 부분 공소사실을 인정하기에 부족하다는 이유로 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

(1) 먼저 위 공소사실에 관한 증거로는 '공소외 1에 대한 검찰 진술조서'가 있는바 그 증거능력의 유무에 관하여 본다.

피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면, 그것이 '진술조서, 진술서, 자술서'라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고(대법원 2004. 9. 3. 선고

2004도3588 판결 등), 한편, 형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 할 것이다(대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건 기록에 의하면, 검사는 2006. 8. 16. 공소외 1에 대하여 국가보안법 위반(찬양·고무 등)으로 구속영장을 청구하여, 2006. 8. 18. 서울중앙지방법원으로부터 구속영장을 발부받았는데, 그 구속영장의 범죄사실에는 공소외 1이 연계된 공범들과 공모하여 국가보안법을 위반하였다는 등의 내용이 포함되어 있었던 사실, 그 후 검사는 공소외 1에 대한 피의자신문을 하면서 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관하여 신문을 하였으나, 공소외 1이 진술을 거부한 사실, 한편, 검사는 2006. 9. 12. 공소외 1을 국가보안법 위반(찬양·고무 등)으로 구속 기속한 이후, 2006. 9. 19. 공소외 1을 재차 소환하여 피고인 등 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관한 신문을 하면서 피의자신문조서의 형식이 아니라 일반적인 진술조서의 형식으로 위 진술조서를 작성한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실 등을 종합하여 보면, 위 '공소외 1에 대한 진술조서'가 진술조서의 형식을 취하였다고 하더라도 그 내용은 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 실질적으로 같다고 볼 것인데, 기록을 살펴봐도 검사가 공소외 1의 진술을 들음에 있어 공소외 1에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로, 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없어 피고인에 대한 유죄의 증거로 쓸 수 없다 할 것이다.

이에 대하여, 검사는 위 진술조서의 작성 당시 공소외 1은 피의자가 아니라 이미 공소제기된 피고인의 신분이라는 점, 진술자인 공소외 1에 대한 공소사실의 입증 내지 추가기소를 목적으로 작성된 것이 아니라는 점, 공소외 1이 아닌 다른 공범들의 범죄사실을 입증하는 데에 제출되었으므로, 진술거부권을 고지할 아무런 필요나 근거가 없어 다른 공범들에 대한 관계에서는 위법하게 수집된 증거가 아니라고 주장한다.

그러나, ① 피고인은 자신이 사후에 그와 관련하여 공소 제기되는지 여부와 무관하게 자기가 관련된 범죄에 관한 수사기관의 신문에 대하여는 진술을 거부할 권리가 보장되어 있는 것으로 보아야 할 것이고(형사소송법 제283조의2), ② 검사가 범죄의 혐의가 있다고 판단하여 수사를 개시하였다면 범인은 피의자의 신분이 되므로(같은 법 제195조), 수사기관이 피조사자에 대한 기소나 입증 외의 다른 목적을 가졌다고 하더라도 당해 진술자에 대하여 그가 관련된 범죄에 관한 신문을 한다면 진술거부권의 대상이 된다고 보아야 할 것이며, ③ 검사의 주장대로 공범으로 기소된 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용되는 경우에도, 진술거부권이 사전에 고지되지 않아 실질적으로 보장되었다고 볼 수 없는 상태에서 작성된 진술피의자에 대한 진술조서를, 진술거부권이 보장된 그에 대한 피의자신문조서와 동일하게 증거능력이 있는 것으로 보아 이를 증거로 허용한다면, 동일범죄에 대한 공범 각각의 진술거부권은 결국 형해화될 수밖에 없다 할 것이어서, 공범으로 기소된 피고인에 대하여도 위 진술조서의 증거능력은 동일하게 적용되어야 할 것이고, ④ 그와 같은 진술조서에 대하여 공범피고인의 사건에 한하여만 증거능력을 인정한다 하더라도, 그 자체가 진술피의자의 사건의 직접적인 증거로 사용될 수 없지만 나아가 공범피고인의 사건결과 등 그로 인하여 파생되

어 만들어진 증거의 형태 등으로 결국 진술피의자의 사건에 영향을 미칠 수도 있음을 배제할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

(2) 한편, 앞서 2. 다.

(2) 부분에서 살펴 본 바와 같은 사정들에 비추어 피고인이 공소외 1, 2 등과 연계하여 북한의 활동을 찬양·동조하거나 그러한 목적으로 이적표현물을 취득한 것이 아닌가 하는 의심을 배제할 수 없기는 하나, 원심 및 당심에서 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 피고인이 공소외 1, 2 등과 공모하여 2005. 11.경 대학가에 주체사상을 유포시키고 주사파 양성을 위한 전국적 단일 조직의 중앙지도부 결성하고, 이를 위하여 대학가에 주체사상 학습CD 등을 조직적으로 제작·배포하는 한편 학습·토론을 함으로서 이적 활동을 찬양·동조하였다는 위 공소사실을 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 이에 관한 검사의 채증법칙 위반 등 주장은 이유 없다.

4. 일반교통방해, 집회및시위에관한법률위반의 점(유죄부분, 별지 공소사실 제9항)에 대하여

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 한미FTA저지 범국민운동본부(이하 '한미FTA 범국민'이라 한다)가 2006. 7. 12.경 이래 불법시위를 전개하여 왔고, 2006. 11. 22.경 개최된 제1차 범국민 총궐기대회, 같은 달 26. 개최된 제2차 범국민 총궐기대회 등에서 불법시위를 하자, 서울남대문경찰서장은 2006. 12. 6. 개최 예정된 제3차 범국민 총궐기대회 역시 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회로 판단하여 민주노동당이 신고한 <비정규직 확산법 날치기 규탄, 광우병 쇠고기 수입중단 촉구 결의대회> 집회 이외의 나머지 집회에 대하여는 사전 금지통고를 행하는 한편, 민주노동당에 대하여도 차도 점거 등 불법행위 없이 준법집회할 것을 고지한 사실, 같은 날 14:40경부터 15:35경까지 서울 종로구 대학로 소재 마로니에 공원에서 민주노동당 주최 집회가 이루어진 직후 집회 참가자들은 한미FTA 범국민 주최로 제3차 범국민 총궐기대회를 강행하고, 그 때부터 21:45경까지 참가회원들이 도로를 점거한 채 집단 행진을 하거나 촛불집회를 개최하거나 학생결의대회를 전개하였는바, 그 과정에서 서울 중구 회현로타리 인근 밀리오레 빌딩 앞과 같은 구 명동 입구 아바타 쇼핑몰 빌딩 앞 도로 점거로 극심한 교통체증이 유발되고 이를 제지하는 과정에서 시위대의 폭력행사로 경찰관 수명이 부상당하고 경찰 장비들이 탈취당하는 사태가 초래된 사실, 피고인은 한총련 중앙 간부들과 함께 같은 날 14:30경 위 민주노동당 주최 집회에 참가한 후 위와 같은 사태의 전개를 충분히 인식하면서 17:00경 서울 중구 회현역에 도착하여 시위대들과 함께 도로를 점거한 채 행진을 강행하고, 18:10경 시위대들 수천 명이 밀리오레 빌딩 앞 왕복 8차로 전 차로를 점거한 채 경찰들과 집단적인 몸싸움을 강행하는 과정에서 피고인은 줄곧 한총련 대오 바로 옆에 있거나 한총련 대오를 인솔하여 함께 이동하기도 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 피고인이 학생시위대들과 공모, 공동하여 2006. 12. 6.자 위 불법 집회에 참가하여 밀리오레 빌딩 앞 도로 전체를 불통케 하여 교통을 방해하고, 집단적인 폭행·손괴 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회라는 정을 알면서 위 집회·시위에 참가하였다는 이 사건 공소사실이 충분히 인정되므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

5. 결론

그렇다면, 원심판결의 무죄부분 중 별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항의 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득으로 인한 국가보안법위반의 각 점에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하고, 원심판결의 무죄부분 중 별지 공소사실 제1의 가., 아.항의 이적표현물 취득·소지로 인한 국가보안법위반의

각 점에 대한 검사의 항소는 이유 있어 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 이 부분 원심판결을 파기하되, 이 부분과 원심판결의 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 할 것이므로 결국 원심판결 중 유죄부분은 전부 파기될 수밖에 없는바, 피고인 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결의 유죄부분까지 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 검사

(1) 사실오인, 법리오해 및 채증법칙 위반(무죄부분)

(가) 이적표현물 취득·소지의 각 점(별지 공소사실 제1의 가., 아.항)

이적표현물 취득·소지죄 성립의 주관적 구성요건인 '찬양·고무·동조 목적'은 미필적 인식으로 족한바, 피고인의 지위, 활동 내용 등에 비추어 피고인에게 위 목적이 있었음이 충분히 인정됨에도 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(나) 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득의 각 점(별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항)

'공소외 1에 대한 검찰 진술조서'는, 위 조서작성 당시 공소외 1이 피의자 신분이 아니었고, 진술자인 공소외 1에 대한 공소사실의 입증 내지 추가기소를 목적으로 작성된 것이 아니며, 실제로 공소외 1이 아닌 공범들의 범죄사실 입증을 위하여 제출되었으므로, 진술거부권 고지의 대상이 아니어서 공범인 피고인에 대한 관계에서는 위법수집증거가 아님에도, 위 진술조서의 증거능력을 배척하여 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심은 채증법칙에 위반하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(2) 양형부당(유죄부분)

이 사건 범행의 사회적 위험성 등에 비추어 유죄부분에 대한 원심의 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

나. 피고인

(1) 사실오인(유죄부분)

피고인은 민주노동당 당직자로서 민주노동당이 합법적으로 신고한 집회에 참여하였을 뿐임에도, 원심은 불충분한 증거만으로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 위법을 범하였다.

(2) 양형부당(유죄부분)

가사 피고인이 불법집회에 가담한 사실이 인정되더라도 제반정상에 비추어 원심의 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 이적표현물 취득·소지의 각 점(별지 공소사실 제1의 가., 아.항)에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

별지 공소사실 제1의 가., 아.항의 각 기재와 같다.

나. 원심의 판단

원심은, 피고인으로부터 압수된 위 문건 등이 북한 원전의 문건이거나 이를 편집한 내용으로서 북한의 사상이나 정책 등을 찬양하는 내용을 포함하고 있는 이적표현물인 사실은 인정되나, 나아가 피고인이 국가의 존립·안전이나 자

유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조할 목적이 있었고 그러한 목적으로 위 이적표현물을 취득, 소지하였다고 인정하기는 부족하다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

(1) 이적표현물인지 여부

국가보안법상 이적표현물로 인정되기 위하여는 그 표현물의 내용이 국가보안법의 보호법익인 대한민국의 존립·안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 것이어야 하고, 표현물에 이와 같은 이적성이 있는지 여부는 표현물의 전체적인 내용뿐만 아니라 그 작성의 동기는 물론 표현행위 자체의 태양 및 외부와의 관련사항, 표현행위 당시의 정황 등 모든 사정을 종합하여 결정하여야 한다(대법원 2001. 2. 23. 선고 99도5117 판결, 대법원 2003. 5. 13. 2003도604판결, 대법원 2004. 8. 30. 2004도3212 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 명의로 개설된 (주)다음커뮤니케이션 이메일 " (이메일 주소 1 생략)" 계정에 대한 압수수색결과 별지 공소사실 제1의 가.항 기재 문건 파일이 발견되었고, 피고인 체포시 소지품에 대한 압수수색결과 별지 공소사실 제1의 아.항 기재 문건 등이 발견된 사실, 위 문건 등은 북한의 원전이거나 이를 편집한 내용으로서 북한 사회주의 체제, 선군정치를 찬양함과 아울러 공산주의 사회건설을 선전하고, 김일성, 김정일을 미화·찬양하여 그들에 대한 맹목적인 충성을 맹세하며, 청년학생들을 의식화·조직화하여 주한미군 철수 등 반미투쟁과 북한식 사회주의혁명투쟁을 강력하게 전개할 것을 선동하는 내용임이 알 수 있는바, 그러한 내용은 대한민국의 존립·안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 것으로서 국가보안법상 이적표현물로 인정하기에 충분하다고 할 것이다.

(2) 이적목적의 유무

피고인은 민주노동당 간부로서 정당 활동의 일환으로 통일운동을 하고 있는바, 위 활동의 일부분으로 최근 북미관계, 한반도 정세 등과 관련하여 북한의 정책 및 입장 등을 이해하기 위한 참고자료로서 진보단체의 사이트에서 위와 같은 표현물을 개인적으로 수집하여 정보를 얻고 학습하고자 소지하고 있었을 뿐 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조할 목적으로 취득·소지한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 국가보안법 제7조 제5항에서의 '목적'이란 찬양·고무 등 행위에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 필요 없고 미필적 인식으로 족하므로, 표현물의 내용이 객관적으로 보아 반국가단체의 활동에 동조하는 등의 이적성을 담고 있는 것임을 인식하고, 나아가 그와 같은 행위가 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식이 있으면 구성요건이 충족되는 것이다(대법원 2003. 3. 11. 선고 2002도4665 판결, 대법원 2004. 8. 30. 2004도3212 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 이 사건에서 관하여 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들 및 당심에서 검사가 제출한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, ① 앞서 본 바와 같이 피고인으로부터 압수된 이적표현물들은 오로지 북한원전 내지는 그 편집물로서 북한의 민족해방인민민주주의 혁명가들의 자세와 관점, 사상학습의 중요성에 대한 내용이 대부분인데, 이는 공식적인 방법으로 구하기 어려운 것이고 피고인이 민주노동당원으로 단순히 통일운동을 위하여 소지할 정도를 넘어 그 양이 많으며 그 내용도 통일에 관한 것이라기보다는 선동이나 의식화 학

습에 관한 것인 점, ② 피고인은 위 이적표현물 등을 이용하여 적법한 방식으로 통일관련 연구를 한 자료를 제시하지 못하고 있고, 민주노동당 내에서의 통일관련 정책수립 및 연구 등에 북한원전 등을 연구한 자료를 제공하는 등으로 관여한 것으로 보이지 않는 점, ③ 피고인은 위 이적표현물들을 전국연합, 민주노총, 통일연대, 실천연대, 범민련 사이트에서 수집하였다는 취지로 주장하면서도 그 수집경로에 대하여 구체적, 객관적인 자료를 제시하지는 못하고 있고, 별다른 이유 없이 동일한 문건이 들어있는 디스켓을 2개 소지하고 있어 단순히 본인의 연구만을 위하여 위 이적표현물들을 소지한 것으로 보이지 않는 점, ④ 피고인 명의로 개설된 위 이메일 " (이메일 주소 1 생략)"에서 2003. 9. 22.경 공소외 3 명의의 " (이메일 주소 2 생략)"로 "선전용지-scy"라는 제목의 메일이 발송되었는데, 위 메일의 발신자란에 별명이 " ○○○"이고, 메일 본문 하단에 발송자가 "서충련 정선부위원장"이라고 기재되어 있는 점, ⑤ 피고인의 체포시 피고인으로부터 압수된 "2007 New Planner 56:" 수첩 사본(증거기록 제764쪽)에는 일반인에게 볼 수 없는 난수와 음어를 사용한 내용이 기재되어 있어 불법목적의 활동이 발각되는 것을 대비한 기록이라고 의심을 받을 수 있고, 나아가 일부 위 이적표현물에 대하여는 자신의 이메일 계정에 보관 내지 저장시켜두었으면서도 암호를 설정하여 비밀을 유지하기 위하여 애쓴 흔적이 보이는 점, ⑥ 피고인의 위 난수 및 음어들은 유사한 시기에 이적표현물들을 소지하는 등으로 유죄판결들을 선고받은 공소외 1, 2의 수첩에 기재되어 있던 것과 일부 동일한 내용이고, 특히 자필메모(공소외 2수사상황) 사본(증거기록 제718쪽)에는 당시까지 공식적으로 제출되거나 공개된 바 없는 공소외 1, 2에 대한 각 수사관련 내용, 공소외 1의 검찰진술 내용, 각 압수물 현황 등이 매우 상세하게 기재되어 있었으며, 공소외 1의 성북구 장위동 소재 자취가에서 수거한 신문(공소외 1의 구속 직전인 2006. 8. 15.자 신문임)에서 피고인의 지문이 발견되었고, 공소외 2로부터 압수한 메모지(증거기록 제3178쪽)에 몇 명되지 않는 사람들에 대한 인적사항 중 "완 8.9(+)"라고 기재되어 있는데 피고인의 양력생일이 8. 9.로서 공소외 2의 메모지에 기재된 위 표현은 ' ○○○'라는 가명을 사용하던 피고인의 생일을 기재해 놓은 것으로 추정되는 등 피고인이 이적표현물들을 이용하여 상당히 조직적인 활동을 하고 있던 것으로 보이는 공소외 1, 2와 매우 긴밀한 관계를 유지하고 있었던 것으로 보이는 점, ⑦ 피고인은 이적단체인 제16기 서충련 및 제13기 한충련에 가입한 공소외 4에게 2008. 1. 21.경 북한 원전 등이 담긴 학습용 CD와 동영상 CD를 주면서 학습을 종용하기도 한 점 등에 비추어 보면, 피고인은 위 이적표현물들을 소지, 은닉하고 이를 비밀스럽게 학습하면서 적어도 자신의 행위가 국가보안법이 금하는 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식이 있었던 것으로 판단된다고 할 것이다.

(3) 소결론

따라서 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 부분 공소사실은 충분히 인정된다고 할 것임에도 이와 달리 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심은 위법하고, 이를 지적하는 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 있다.

3. 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득의 각 점(별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항)에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항의 각 기재와 같다.

나. 원심의 판단

원심은, 검찰에서 증거로 제출한 ' 공소외 1에 대한 검찰 진술조서'의 경우 검사가 공소외 1의 진술을 들음에 있어 공소외 1에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로 위법하게 수집된 증거로

서 증거능력이 없고, 나머지 검찰이 제출한 증거들만으로는 이 부분 공소사실을 인정하기에 부족하다는 이유로 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

(1) 먼저 위 공소사실에 관한 증거로는 '공소외 1에 대한 검찰 진술조서'가 있는바 그 증거능력의 유무에 관하여 본다.

피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면, 그것이 '진술조서', '진술서', '자술서'라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고(대법원 2004. 9. 3. 선고 2004도3588 판결 등), 한편, 형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 할 것이다(대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건 기록에 의하면, 검사는 2006. 8. 16. 공소외 1에 대하여 국가보안법 위반(찬양·고무 등)으로 구속영장을 청구하여, 2006. 8. 18. 서울중앙지방법원으로부터 구속영장을 발부받았는데, 그 구속영장의 범죄사실에는 공소외 1이 연계된 공범들과 공모하여 국가보안법을 위반하였다는 등의 내용이 포함되어 있었던 사실, 그 후 검사는 공소외 1에 대한 피의자신문을 하면서 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관하여 신문을 하였으나, 공소외 1이 진술을 거부한 사실, 한편, 검사는 2006. 9. 12. 공소외 1을 국가보안법 위반(찬양·고무 등)으로 구속 기속한 이후, 2006. 9. 19. 공소외 1을 재차 소환하여 피고인 등 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관한 신문을 하면서 피의자신문조서의 형식이 아니라 일반적인 진술조서의 형식으로 위 진술조서를 작성한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실 등을 종합하여 보면, 위 '공소외 1에 대한 진술조서'가 진술조서의 형식을 취하였다고 하더라도 그 내용은 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 실질적으로 같다고 볼 것인데, 기록을 살펴봐도 검사가 공소외 1의 진술을 들음에 있어 공소외 1에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로, 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없어 피고인에 대한 유죄의 증거로 쓸 수 없다 할 것이다.

이에 대하여, 검사는 위 진술조서의 작성 당시 공소외 1은 피의자가 아니라 이미 공소제기된 피고인의 신분이라는 점, 진술자인 공소외 1에 대한 공소사실의 입증 내지 추가기소를 목적으로 작성된 것이 아니라는 점, 공소외 1이 아닌 다른 공범들의 범죄사실을 입증하는 데에 제출되었으므로, 진술거부권을 고지할 아무런 필요나 근거가 없어 다른 공범들에 대한 관계에서는 위법하게 수집된 증거가 아니라고 주장한다.

그러나, ① 피고인은 자신이 사후에 그와 관련하여 공소 제기되는지 여부와 무관하게 자기가 관련된 범죄에 관한 수사기관의 신문에 대하여는 진술을 거부할 권리가 보장되어 있는 것으로 보아야 할 것이고(형사소송법 제283조의2),

② 검사가 범죄의 혐의가 있다고 판단하여 수사를 개시하였다면 범인은 피의자의 신분이 되므로(같은 법 제195조), 수사기관이 피조사자에 대한 기소나 입증 외의 다른 목적을 가졌다고 하더라도 당해 진술자에 대하여 그가 관련된 범죄에 관한 신문을 한다면 진술거부권의 대상이 된다고 보아야 할 것이며, ③ 검사의 주장대로 공범으로 기소된 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용되는 경우에도, 진술거부권이 사전에 고지되지 않아 실질적으로 보장되었다고 볼 수 없는 상태에서 작성된 진술피의자에 대한 진술조서를, 진술거부권이 보장된 그에 대한 피의자신문조서와 동일하게 증거능력이 있는 것으로 보아 이를 증거로 허용한다면, 동일범죄에 대한 공범 각각의 진술거부권은 결국 형해화 될 수밖에 없다 할 것이어서, 공범으로 기소된 피고인에 대하여도 위 진술조서의 증거능력은 동일하게 적용되어야 할 것이고, ④ 그와 같은 진술조서에 대하여 공범피고인의 사건에 한하여만 증거능력을 인정한다 하더라도, 그 자체가 진술피의자의 사건의 직접적인 증거로 사용될 수 없지만 나아가 공범피고인의 사건결과 등 그로 인하여 파생되어 만들어진 증거의 형태 등으로 결국 진술피의자의 사건에 영향을 미칠 수도 있음을 배제할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

(2) 한편, 앞서 2. 다.

(2) 부분에서 살펴 본 바와 같은 사정들에 비추어 피고인이 공소외 1, 2 등과 연계하여 북한의 활동을 찬양·동조하거나 그러한 목적으로 이적표현물을 취득한 것이 아닌가 하는 의심을 배제할 수 없기는 하나, 원심 및 당심에서 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 피고인이 공소외 1, 2 등과 공모하여 2005. 11.경 대학가에 주체사상을 유포시키고 주사파 양성을 위한 전국적 단일 조직의 중앙지도부 결성하고, 이를 위하여 대학가에 주체사상 학습CD 등을 조직적으로 제작·배포하는 한편 학습·토론을 함으로서 이적 활동을 찬양·동조하였다는 위 공소사실을 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 이에 관한 검사의 채증법칙 위반 등 주장은 이유 없다.

4. 일반교통방해, 집회및시위에관한법률위반의 점(유죄부분, 별지 공소사실 제9항)에 대하여

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 한미FTA저지 범국민운동본부(이하 '한미FTA 범국민'이라 한다)가 2006. 7. 12.경 이래 불법시위를 전개하여 왔고, 2006. 11. 22.경 개최된 제1차 범국민 총궐기대회, 같은 달 26. 개최된 제2차 범국민 총궐기대회 등에서 불법시위를 하자, 서울남대문경찰서장은 2006. 12. 6. 개최 예정된 제3차 범국민 총궐기대회 역시 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회로 판단하여 민주노동당이 신고한 <비정규직 확산법 날치기 규탄, 광우병 쇠고기 수입중단 촉구 결의대회> 집회 이외의 나머지 집회에 대하여는 사전 금지통고를 행하는 한편, 민주노동당에 대하여도 차도 점거 등 불법행위 없이 준법집회할 것을 고지한 사실, 같은 날 14:40경부터 15:35경까지 서울 종로구 대학로 소재 마로니에 공원에서 민주노동당 주최 집회가 이루어진 직후 집회 참가자들은 한미FTA 범국민 주최로 제3차 범국민 총궐기대회를 강행하고, 그 때부터 21:45경까지 참가회원들이 도로를 점거한 채 집단 행진을 하거나 촛불집회를 개최하거나 학생결의대회를 전개하였는바, 그 과정에서 서울 중구 회현로타리 인근 밀리오레 빌딩 앞과 같은 구 명동 입구 아바타 쇼핑몰 빌딩 앞 도로 점거로 극심한 교통체증이 유발되고 이를 제지하는 과정에서 시위대의 폭력행사로 경찰관 수명이 부상당하고 경찰 장비들이 탈취당하는 사태가 초래된 사실, 피고인은 한총련 중앙 간부들과 함께 같은 날 14:30경 위 민주노동당 주최 집회에 참가한 후 위와 같은 사태의 전개를 충분히 인식하면서 17:00경 서울 중구 회현역에 도착하여 시위대들과 함께 도로를 점거한 채 행진을 강행하고, 18:10경 시위대들 수천 명이 밀리오레 빌딩 앞 왕복 8차로 전 차로를 점거한 채 경찰들

과 집단적인 몸싸움을 강행하는 과정에서 피고인은 줄곧 한총련 대오 바로 옆에 있거나 한총련 대오를 인솔하여 함께 이동하기도 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 피고인이 학생시위대들과 공모, 공동하여 2006. 12. 6.자 위 불법 집회에 참가하여 밀리오레 빌딩 앞 도로 전체를 불통게 하여 교통을 방해하고, 집단적인 폭행·손괴 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회라는 점을 알면서 위 집회·시위에 참가하였다는 이 사건 공소사실이 충분히 인정되므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

5. 결론

그렇다면, 원심판결의 무죄부분 중 별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항의 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득으로 인한 국가보안법위반의 각 점에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하고, 원심판결의 무죄부분 중 별지 공소사실 제1의 가., 아.항의 이적표현물 취득·소지로 인한 국가보안법위반의 각 점에 대한 검사의 항소는 이유 있어 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 이 부분 원심판결을 파기하되, 이 부분과 원심판결의 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 할 것이므로 결국 원심판결 중 유죄부분은 전부 파기될 수밖에 없는바, 피고인 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결의 유죄부분까지 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 검사

(1) 사실오인, 법리오해 및 채증법칙 위반(무죄부분)

가) 이적표현물 취득·소지의 각 점(별지 공소사실 제1의 가., 아.항)

이적표현물 취득·소지죄 성립의 주관적 구성요건인 '찬양·고무·동조 목적'은 미필적 인식으로 족한바, 피고인의 지위, 활동 내용 등에 비추어 피고인에게 위 목적이 있었음이 충분히 인정됨에도 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

나) 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득의 각 점(별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항)

'공소외 1에 대한 검찰 진술조서'는, 위 조서작성 당시 공소외 1이 피의자 신분이 아니었고, 진술자인 공소외 1에 대한 공소사실의 입증 내지 추가기소를 목적으로 작성된 것이 아니며, 실제로 공소외 1이 아닌 공범들의 범죄사실 입증을 위하여 제출되었으므로, 진술거부권 고지의 대상이 아니어서 공범인 피고인에 대한 관계에서는 위법수집증거가 아님에도, 위 진술조서의 증거능력을 배척하여 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심은 채증법칙에 위반하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(2) 양형부당(유죄부분)

이 사건 범행의 사회적 위험성 등에 비추어 유죄부분에 대한 원심의 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

나. 피고인

(1) 사실오인(유죄부분)

피고인은 민주노동당 당직자로서 민주노동당이 합법적으로 신고한 집회에 참여하였을 뿐임에도, 원심은 불충분한 증거만으로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 위법을 범하였다.

(2) 양형부당(유죄부분)

가사 피고인이 불법집회에 가담한 사실이 인정되더라도 제반정상에 비추어 원심의 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 이적표현물 취득·소지의 각 점(별지 공소사실 제1의 가., 아.항)에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

별지 공소사실 제1의 가., 아.항의 각 기재와 같다.

나. 원심의 판단

원심은, 피고인으로부터 압수된 위 문건 등이 북한 원전의 문건이거나 이를 편집한 내용으로서 북한의 사상이나 정책 등을 찬양하는 내용을 포함하고 있는 이적표현물인 사실은 인정되나, 나아가 피고인이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조할 목적이 있었고 그러한 목적으로 위 이적표현물을 취득, 소지하였다고 인정하기는 부족하다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

(1) 이적표현물인지 여부

국가보안법상 이적표현물로 인정되기 위하여는 그 표현물의 내용이 국가보안법의 보호법익인 대한민국의 존립·안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 것이어야 하고, 표현물에 이와 같은 이적성이 있는지 여부는 표현물의 전체적인 내용뿐만 아니라 그 작성의 동기는 물론 표현행위 자체의 태양 및 외부와의 관련사항, 표현행위 당시의 정황 등 모든 사정을 종합하여 결정하여야 한다(대법원 2001. 2. 23. 선고 99도5117 판결, 대법원 2003. 5. 13. 2003도604판결, 대법원 2004. 8. 30. 2004도3212 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 명의로 개설된 (주)다음커뮤니케이션 이메일 " (이메일 주소 1 생략)" 계정에 대한 압수수색결과 별지 공소사실 제1의 가.항 기재 문건 파일이 발견되었고, 피고인 체포시 소지품에 대한 압수수색결과 별지 공소사실 제1의 아.항 기재 문건 등이 발견된 사실, 위 문건 등은 북한의 원전이거나 이를 편집한 내용으로서 북한 사회주의 체제, 선군정치를 찬양함과 아울러 공산주의 사회건설을 선전하고, 김일성, 김정일을 미화·찬양하여 그들에 대한 맹목적인 충성을 맹세하며, 청년학생들을 의식화·조직화하여 주한미군 철수 등 반미투쟁과 북한식 사회주의혁명투쟁을 강력하게 전개할 것을 선동하는 내용임이 알 수 있는바, 그러한 내용은 대한민국의 존립·안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 것으로서 국가보안법상 이적표현물로 인정하기에 충분하다고 할 것이다.

(2) 이적목적의 유무

피고인은 민주노동당 간부로서 정당 활동의 일환으로 통일운동을 하고 있는바, 위 활동의 일부분으로 최근 북미관계, 한반도 정세 등과 관련하여 북한의 정책 및 입장 등을 이해하기 위한 참고자료로서 진보단체의 사이트에서 위와 같은 표현물을 개인적으로 수집하여 정보를 얻고 학습하고자 소지하고 있었을 뿐 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조할 목적으로 취득·소지한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 국가보안법 제7조 제5항에서의 '목적'이란 찬양·고무 등 행위에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 필요 없고 미필적 인식으로 족하므로, 표현물의 내용이 객관적으로 보아 반국가단체의 활동에 동조하는 등의 이적성을 담고 있는 것임을 인식하고, 나아가 그와 같은 행위가 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식이 있으면 구성요건이 충족되는 것이다(대법원 2003. 3. 11. 선고 2002도4665 판결, 대법원 2004. 8. 30. 2004도3212 판결 등 참조).

이러한 법리에 비추어 이 사건에서 관하여 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들 및 당심에서 검사가 제출한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, ① 앞서 본 바와 같이 피고인으로부터 압수된 이적표현물들은 오로지 북한원전 내지는 그 편집물로서 북한의 민족해방인민민주주의 혁명가들의 자세와 관점, 사상학습의 중요성에 대한 내용이 대부분인데, 이는 공식적인 방법으로 구하기 어려운 것이고 피고인이 민주노동당원으로 단순히 통일운동을 위하여 소지할 정도를 넘어 그 양이 많으며 그 내용도 통일에 관한 것이라기보다는 선동이나 의식화 학습에 관한 것인 점, ② 피고인은 위 이적표현물 등을 이용하여 적법한 방식으로 통일관련 연구를 한 자료를 제시하지 못하고 있고, 민주노동당 내에서의 통일관련 정책수립 및 연구 등에 북한원전 등을 연구한 자료를 제공하는 등으로 관여한 것으로 보이지 않는 점, ③ 피고인은 위 이적표현물들을 전국연합, 민주노총, 통일연대, 실천연대, 범민련 사이트에서 수집하였다는 취지로 주장하면서도 그 수집경로에 대하여 구체적, 객관적인 자료를 제시하지는 못하고 있고, 별다른 이유 없이 동일한 문건이 들어있는 디스켓을 2개 소지하고 있어 단순히 본인의 연구만을 위하여 위 이적표현물들을 소지한 것으로 보이지 않는 점, ④ 피고인 명의로 개설된 위 이메일 " (이메일 주소 1 생략)"에서 2003. 9. 22.경 공소외 3 명의의 " (이메일 주소 2 생략)"로 "선전용지-scy"라는 제목의 메일이 발송되었는데, 위 메일의 발신자란에 별명이 " ○○○"이고, 메일 본문 하단에 발송자가 "서총련 정선부위원장"이라고 기재되어 있는 점, ⑤ 피고인의 체포시 피고인으로부터 압수된 "2007 New Planner 56:" 수첩 사본(증거기록 제764쪽)에는 일반인에게 볼 수 없는 난수와 음어를 사용한 내용이 기재되어 있어 불법목적의 활동이 발각되는 것을 대비한 기록이라고 의심을 받을 수 있고, 나아가 일부 위 이적표현물에 대하여는 자신의 이메일 계정에 보관 내지 저장시켜두었으면서도 암호를 설정하여 비밀을 유지하기 위하여 애쓴 흔적이 보이는 점, ⑥ 피고인의 위 난수 및 음어들은 유사한 시기에 이적표현물들을 소지하는 등으로 유죄판결들을 선고받은 공소외 1, 2의 수첩에 기재되어 있던 것과 일부 동일한 내용이고, 특히 자필메모(공소외 2수사상황) 사본(증거기록 제718쪽)에는 당시까지 공식적으로 제출되거나 공개된 바 없는 공소외 1, 2에 대한 각 수사관련 내용, 공소외 1의 검찰진술 내용, 각 압수물 현황 등이 매우 상세하게 기재되어 있었으며, 공소외 1의 성북구 장위동 소재 자취가에서 수거한 신문(공소외 1의 구속 직전인 2006. 8. 15.자 신문임)에서 피고인의 지문이 발견되었고, 공소외 2로부터 압수한 메모지(증거기록 제3178쪽)에 몇 명되지 않는 사람들에 대한 인적사항 중 "완 8.9(+)"라고 기재되어 있는데 피고인의 양력생일이 8. 9.로서 공소외 2의 메모지에 기재된 위 표현은 ' ○○○'라는 가명을 사용하던 피고인의 생일을 기재해 놓은 것으로 추정되는 등 피고인이 이적표현물들을 이용하여 상당히 조직적인 활동을 하고 있던 것으로 보이는 공소외 1, 2와 매우 긴밀한 관계를 유지하고 있었던 것으로 보이는 점, ⑦ 피고인은 이적단체인 제16기 서총련 및 제13기 한총련에 가입한 공소외 4에게 2008. 1. 21.경 북한 원전 등이 담긴 학습용 CD와 동영상 CD를 주면서 학습을 종용하기도 한 점 등에 비추어 보면, 피고인은 위 이적표현물들을 소지, 은닉하고 이를 비밀스럽게 학습하면서 적어도 자신의 행위가 국가보안법이 금하는 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식이 있었던 것으로 판단된다고 할 것이다.

(3) 소결론

따라서 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 부분 공소사실은 충분이 인정된다고 할 것임에도 이와 달리 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심은 위법하고, 이를 지적하는 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 있다.

3. 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득의 각 점(별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항)에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항의 각 기재와 같다.

나. 원심의 판단

원심은, 검찰에서 증거로 제출한 '공소외 1에 대한 검찰 진술조서'의 경우 검사가 공소외 1의 진술을 들음에 있어 공소외 1에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없고, 나머지 검찰이 제출한 증거들만으로는 이 부분 공소사실을 인정하기에 부족하다는 이유로 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

(1) 먼저 위 공소사실에 관한 증거로는 '공소외 1에 대한 검찰 진술조서'가 있는바 그 증거능력의 유무에 관하여 본다.

피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면, 그것이 '진술조서, 진술서, 자술서'라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고(대법원 2004. 9. 3. 선고 2004도3588 판결 등), 한편, 형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 할 것이다(대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건 기록에 의하면, 검사는 2006. 8. 16. 공소외 1에 대하여 국가보안법 위반(찬양·고무 등)으로 구속영장을 청구하여, 2006. 8. 18. 서울중앙지방법원으로부터 구속영장을 발부받았는데, 그 구속영장의 범죄사실에는 공소외 1이 연계된 공범들과 공모하여 국가보안법을 위반하였다는 등의 내용이 포함되어 있었던 사실, 그 후 검사는 공소외 1에 대한 피의자신문을 하면서 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관하여 신문을 하였으나, 공소외 1이 진술을 거부한 사실, 한편, 검사는 2006. 9. 12. 공소외 1을 국가보안법 위반(찬양·고무 등)으로 구속 기속한 이후, 2006. 9. 19. 공소외 1을 재차 소환하여 피고인 등 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관한 신문을 하면서 피의자신문조서의 형식이 아니라 일반적인 진술조서의 형식으로 위 진술조서를 작성한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실 등을 종합하여 보면, 위 '공소외 1에 대한 진술조서'가 진술조서의 형식을 취하였다고 하더라도 그 내용은 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 실질적으로 같다고 볼 것인데, 기록을 살펴봐도 검사가 공소외 1의 진술을 들음에 있어 공소외 1에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로, 진술

의 임의성이 인정되는 경우라도 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없어 피고인에 대한 유죄의 증거로 쓸 수 없다 할 것이다.

이에 대하여, 검사는 위 진술조서의 작성 당시 공소외 1은 피의자가 아니라 이미 공소제기된 피고인의 신분이라는 점, 진술자인 공소외 1에 대한 공소사실의 입증 내지 추가기소를 목적으로 작성된 것이 아니라는 점, 공소외 1이 아닌 다른 공범들의 범죄사실을 입증하는 데에 제출되었으므로, 진술거부권을 고지할 아무런 필요나 근거가 없어 다른 공범들에 대한 관계에서는 위법하게 수집된 증거가 아니라고 주장한다.

그러나, ① 피고인은 자신이 사후에 그와 관련하여 공소 제기되는지 여부와 무관하게 자기가 관련된 범죄에 관한 수사기관의 신문에 대하여는 진술을 거부할 권리가 보장되어 있는 것으로 보아야 할 것이고(형사소송법 제283조의2), ② 검사가 범죄의 혐의가 있다고 판단하여 수사를 개시하였다면 범인은 피의자의 신분이 되므로(같은 법 제195조), 수사기관이 피조사자에 대한 기소나 입증 외의 다른 목적을 가졌다고 하더라도 당해 진술자에 대하여 그가 관련된 범죄에 관한 신문을 한다면 진술거부권의 대상이 된다고 보아야 할 것이며, ③ 검사의 주장대로 공범으로 기소된 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용되는 경우에도, 진술거부권이 사전에 고지되지 않아 실질적으로 보장되었다고 볼 수 없는 상태에서 작성된 진술피의자에 대한 진술조서를, 진술거부권이 보장된 그에 대한 피의자신문조서와 동일하게 증거능력이 있는 것으로 보아 이를 증거로 허용한다면, 동일범죄에 대한 공범 각각의 진술거부권은 결국 형해화될 수밖에 없다 할 것이어서, 공범으로 기소된 피고인에 대하여도 위 진술조서의 증거능력은 동일하게 적용되어야 할 것이고, ④ 그와 같은 진술조서에 대하여 공범피고인의 사건에 한하여만 증거능력을 인정한다 하더라도, 그 자체가 진술피의자의 사건의 직접적인 증거로 사용될 수 없지만 나아가 공범피고인의 사건결과 등 그로 인하여 파생되어 만들어진 증거의 형태 등으로 결국 진술피의자의 사건에 영향을 미칠 수도 있음을 배제할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

(2) 한편, 앞서 2. 다.

(2) 부분에서 살펴 본 바와 같은 사정들에 비추어 피고인이 공소외 1, 2 등과 연계하여 북한의 활동을 찬양·동조하거나 그러한 목적으로 이적표현물을 취득한 것이 아닌가 하는 의심을 배제할 수 없기는 하나, 원심 및 당심에서 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 피고인이 공소외 1, 2 등과 공모하여 2005. 11.경 대학가에 주체사상을 유포시키고 주사파 양성을 위한 전국적 단일 조직의 중앙지도부 결성하고, 이를 위하여 대학가에 주체사상 학습CD 등을 조직적으로 제작·배포하는 한편 학습·토론을 함으로서 이적 활동을 찬양·동조하였다는 위 공소사실을 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 이에 관한 검사의 채증법칙 위반 등 주장은 이유 없다.

4. 일반교통방해, 집회및시위에관한법률위반의 점(유죄부분, 별지 공소사실 제9항)에 대하여

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 한미FTA저지 범국민운동본부(이하 '한미FTA 범국민'이라 한다)가 2006. 7. 12.경 이래 불법시위를 전개하여 왔고, 2006. 11. 22.경 개최된 제1차 범국민 총궐기대회, 같은 달 26. 개최된 제2차 범국민 총궐기대회 등에서 불법시위를 하자, 서울남대문경찰서장은 2006. 12. 6. 개최 예정된 제3차 범국민 총궐기대회 역시 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회로 판단하여 민주노동당

이 신고한 <비정규직 확산법 날치기 규탄, 광우병 쇠고기 수입중단 촉구 결의대회> 집회 이외의 나머지 집회에 대하여는 사전 금지통고를 행하는 한편, 민주노동당에 대하여도 차도 점거 등 불법행위 없이 준법집회할 것을 고지한 사실, 같은 날 14:40경부터 15:35경까지 서울 종로구 대학로 소재 마로니에 공원에서 민주노동당 주최 집회가 이루어진 직후 집회 참가자들은 한미FTA 범국민 주최로 제3차 범국민 총궐기대회를 강행하고, 그 때부터 21:45경까지 참가회원들이 도로를 점거한 채 집단 행진을 하거나 촛불집회를 개최하거나 학생결의대회를 전개하였는바, 그 과정에서 서울 중구 회현로타리 인근 밀리오레 빌딩 앞과 같은 구 명동 입구 아바타 쇼핑몰 빌딩 앞 도로 점거로 극심한 교통체증이 유발되고 이를 제지하는 과정에서 시위대의 폭력행사로 경찰관 수명이 부상당하고 경찰 장비들이 탈취당하는 사태가 초래된 사실, 피고인은 한총련 중앙 간부들과 함께 같은 날 14:30경 위 민주노동당 주최 집회에 참가한 후 위와 같은 사태의 전개를 충분히 인식하면서 17:00경 서울 중구 회현역에 도착하여 시위대들과 함께 도로를 점거한 채 행진을 강행하고, 18:10경 시위대들 수천 명이 밀리오레 빌딩 앞 왕복 8차로 전 차로를 점거한 채 경찰들과 집단적인 몸싸움을 강행하는 과정에서 피고인은 줄곧 한총련 대오 바로 옆에 있거나 한총련 대오를 인솔하여 함께 이동하기도 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 피고인이 학생시위대들과 공모, 공동하여 2006. 12. 6.자 위 불법 집회에 참가하여 밀리오레 빌딩 앞 도로 전체를 불통케 하여 교통을 방해하고, 집단적인 폭행·손괴 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회라는 점을 알면서 위 집회·시위에 참가하였다는 이 사건 공소사실이 충분히 인정되므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

5. 결론

그렇다면, 원심판결의 무죄부분 중 별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항의 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득으로 인한 국가보안법위반의 각 점에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하고, 원심판결의 무죄부분 중 별지 공소사실 제1의 가., 아.항의 이적표현물 취득·소지로 인한 국가보안법위반의 각 점에 대한 검사의 항소는 이유 있어 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 이 부분 원심판결을 파기하되, 이 부분과 원심판결의 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 할 것이므로 결국 원심판결 중 유죄부분은 전부 파기될 수밖에 없는바, 피고인 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결의 유죄부분까지 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 검사

(1) 사실오인, 법리오해 및 채증법칙 위반(무죄부분)

(가) 이적표현물 취득·소지의 각 점(별지 공소사실 제1의 가., 아.항)

이적표현물 취득·소지죄 성립의 주관적 구성요건인 '찬양·고무·동조 목적'은 미필적 인식으로 족한바, 피고인의 지위, 활동 내용 등에 비추어 피고인에게 위 목적이 있었음이 충분히 인정됨에도 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(나) 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득의 각 점(별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항)

'공소외 1에 대한 검찰 진술조서'는, 위 조서작성 당시 공소외 1이 피의자 신분이 아니었고, 진술자인 공소외 1에 대한 공소사실의 입증 내지 추가기소를 목적으로 작성된 것이 아니며, 실제로 공소외 1이 아닌 공범들의 범죄사실 입

증을 위하여 제출되었으므로, 진술거부권 고지의 대상이 아니어서 공범인 피고인에 대한 관계에서는 위법수집증거가 아님에도, 위 진술조서의 증거능력을 배척하여 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심은 채증법칙에 위반하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

(2) 양형부당(유죄부분)

이 사건 범행의 사회적 위험성 등에 비추어 유죄부분에 대한 원심의 형은 지나치게 가벼워서 부당하다.

나. 피고인

(1) 사실오인(유죄부분)

피고인은 민주노동당 당직자로서 민주노동당이 합법적으로 신고한 집회에 참여하였을 뿐임에도, 원심은 불충분한 증거만으로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 위법을 범하였다.

(2) 양형부당(유죄부분)

가사 피고인이 불법집회에 가담한 사실이 인정되더라도 제반정상에 비추어 원심의 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 이적표현물 취득·소지의 각 점(별지 공소사실 제1의 가., 아.항)에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

별지 공소사실 제1의 가., 아.항의 각 기재와 같다.

나. 원심의 판단

원심은, 피고인으로부터 압수된 위 문건 등이 북한 원전의 문건이거나 이를 편집한 내용으로서 북한의 사상이나 정책 등을 찬양하는 내용을 포함하고 있는 이적표현물인 사실은 인정되나, 나아가 피고인이 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조할 목적이 있었고 그러한 목적으로 위 이적표현물을 취득, 소지하였다고 인정하기는 부족하다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

(1) 이적표현물인지 여부

국가보안법상 이적표현물로 인정되기 위하여는 그 표현물의 내용이 국가보안법의 보호법익인 대한민국의 존립·안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 것이어야 하고, 표현물에 이와 같은 이적성이 있는지 여부는 표현물의 전체적인 내용뿐만 아니라 그 작성의 동기는 물론 표현행위 자체의 태양 및 외부와의 관련사항, 표현행위 당시의 정황 등 모든 사정을 종합하여 결정하여야 한다(대법원 2001. 2. 23. 선고 99도5117 판결, 대법원 2003. 5. 13. 2003도604판결, 대법원 2004. 8. 30. 2004도3212 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 명의로 개설된 (주)다음커뮤니케이션 이메일 " (이메일 주소 1 생략)" 계정에 대한 압수수색결과 별지 공소사실 제1의 가.항 기재 문건 파일이 발견되었고, 피고인 체포시 소지품에 대한 압수수색결과 별지 공소사실 제1의 아.항 기재 문건 등이 발견된 사실, 위 문건 등은 북한의 원전이거나 이를 편집한 내용으로서 북한 사회주의 체제, 선군정치를 찬양함과 아울러 공산주의 사회건설을 선전하고, 김일성, 김정일을 미화·찬양하여 그들에 대한 맹목적인 충성을 맹세하며, 청년학생들을 의식화·조직화하여 주한미군 철수 등

반미투쟁과 북한식 사회주의혁명투쟁을 강력하게 전개할 것을 선동하는 내용임이 알 수 있는바, 그러한 내용은 대한민국의 존립·안전과 자유민주주의 체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 것으로서 국가보안법상 이적표현물로 인정하기에 충분하다고 할 것이다.

(2) 이적목적의 유무

피고인은 민주노동당 간부로서 정당 활동의 일환으로 통일운동을 하고 있는바, 위 활동의 일부분으로 최근 북미관계, 한반도 정세 등과 관련하여 북한의 정책 및 입장 등을 이해하기 위한 참고자료로서 진보단체의 사이트에서 위와 같은 표현물을 개인적으로 수집하여 정보를 얻고 학습하고자 소지하고 있었을 뿐 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체인 북한의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조할 목적으로 취득·소지한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 국가보안법 제7조 제5항에서의 '목적'이란 찬양·고무 등 행위에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 필요 없고 미필적 인식으로 족하므로, 표현물의 내용이 객관적으로 보아 반국가단체의 활동에 동조하는 등의 이적성을 담고 있는 것임을 인식하고, 나아가 그와 같은 행위가 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식이 있으면 구성요건이 충족되는 것이다(대법원 2003. 3. 11. 선고 2002도4665 판결, 대법원 2004. 8. 30. 2004도3212 판결 등 참조). 이러한 법리에 비추어 이 사건에서 관하여 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들 및 당심에서 검사가 제출한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, ① 앞서 본 바와 같이 피고인으로부터 압수된 이적표현물들은 오로지 북한원전 내지는 그 편집물로서 북한의 민족해방인민민주주의 혁명가들의 자세와 관점, 사상학습의 중요성에 대한 내용이 대부분인데, 이는 공식적인 방법으로 구하기 어려운 것이고 피고인이 민주노동당원으로 단순히 통일운동을 위하여 소지할 정도를 넘어 그 양이 많으며 그 내용도 통일에 관한 것이라기보다는 선동이나 의식화 학습에 관한 것인 점, ② 피고인은 위 이적표현물 등을 이용하여 적법한 방식으로 통일관련 연구를 한 자료를 제시하지 못하고 있고, 민주노동당 내에서의 통일관련 정책수립 및 연구 등에 북한원전 등을 연구한 자료를 제공하는 등으로 관여한 것으로 보이지 않는 점, ③ 피고인은 위 이적표현물들을 전국연합, 민주노총, 통일연대, 실천연대, 범민련 사이트에서 수집하였다는 취지로 주장하면서도 그 수집경로에 대하여 구체적, 객관적인 자료를 제시하지는 못하고 있고, 별다른 이유 없이 동일한 문건이 들어있는 디스켓을 2개 소지하고 있어 단순히 본인의 연구만을 위하여 위 이적표현물들을 소지한 것으로 보이지 않는 점, ④ 피고인 명의로 개설된 위 이메일 " (이메일 주소 1 생략)"에서 2003. 9. 22.경 공소외 3 명의의 " (이메일 주소 2 생략)"로 "선전용지-scy"라는 제목의 메일이 발송되었는데, 위 메일의 발신자란에 별명이 "○○○"이고, 메일 본문 하단에 발송자가 "서총련 정선부위원장"이라고 기재되어 있는 점, ⑤ 피고인의 체포시 피고인으로부터 압수된 "2007 New Planner 56:" 수첩 사본(증거기록 제764쪽)에는 일반인에게 볼 수 없는 난수와 음어를 사용한 내용이 기재되어 있어 불법목적의 활동이 발각되는 것을 대비한 기록이라고 의심을 받을 수 있고, 나아가 일부 위 이적표현물에 대하여는 자신의 이메일 계정에 보관 내지 저장시켜두었으면서도 암호를 설정하여 비밀을 유지하기 위하여 애쓴 흔적이 보이는 점, ⑥ 피고인의 위 난수 및 음어들은 유사한 시기에 이적표현물들을 소지하는 등으로 유죄판결들을 선고받은 공소외 1, 2의 수첩에 기재되어 있던 것과 일부 동일한 내용이고, 특히 자필메모(공소외 2수사상황) 사본(증거기록 제718쪽)에는 당시까지 공식적으로 제출되거나 공개된 바 없는 공소외 1, 2에 대한 각 수사관련 내용, 공소외 1의 검찰진술 내용, 각 압수물 현황 등이 매우 상세하게 기재되어 있었으며, 공소외 1의 성북구 장위동 소재 자취가에서 수거한 신문(공소외 1의 구속 직전인 2006. 8.

15.자 신문임)에서 피고인의 지문이 발견되었고, 공소외 2로부터 압수한 메모지(증거기록 제3178쪽)에 몇 명되지 않는 사람들에 대한 인적사항 중 "완 8.9(+)"라고 기재되어 있는데 피고인의 양력생일이 8. 9.로서 공소외 2의 메모지에 기재된 위 표현은 '○○○'라는 가명을 사용하던 피고인의 생일을 기재해 놓은 것으로 추정되는 등 피고인이 이적표현물들을 이용하여 상당히 조직적인 활동을 하고 있던 것으로 보이는 공소외 1, 2와 매우 긴밀한 관계를 유지하고 있었던 것으로 보이는 점, ⑦ 피고인은 이적단체인 제16기 서총련 및 제13기 한총련에 가입한 공소외 4에게 2008. 1. 21.경 북한 원전 등이 담긴 학습용 CD와 동영상 CD를 주면서 학습을 종용하기도 한 점 등에 비추어 보면, 피고인은 위 이적표현물들을 소지, 은닉하고 이를 비밀스럽게 학습하면서 적어도 자신의 행위가 국가보안법이 금하는 이적행위가 될지도 모른다는 미필적 인식이 있었던 것으로 판단된다고 할 것이다.

(3) 소결론

따라서 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 이 부분 공소사실은 충분히 인정된다고 할 것임에도 이와 달리 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심은 위법하고, 이를 지적하는 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 이유 있다.

3. 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득의 각 점(별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항)에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항의 각 기재와 같다.

나. 원심의 판단

원심은, 검찰에서 증거로 제출한 '공소외 1에 대한 검찰 진술조서'의 경우 검사가 공소외 1의 진술을 들음에 있어 공소외 1에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없고, 나머지 검찰이 제출한 증거들만으로는 이 부분 공소사실을 인정하기에 부족하다는 이유로 위 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

다.

당심의 판단

(1) 먼저 위 공소사실에 관한 증거로는 '공소외 1에 대한 검찰 진술조서'가 있는바 그 증거능력의 유무에 관하여 본다.

피의자의 진술을 녹취 내지 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면, 그것이 '진술조서', '진술서', '자술서'라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고(대법원 2004. 9. 3. 선고 2004도3588 판결 등), 한편, 형사소송법 제200조 제2항은 검사 또는 사법경찰관이 출석한 피의자의 진술을 들을 때에는 미리 피의자에 대하여 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다고 규정하고 있는바, 이러한 피의자의 진술거부권은 헌법이 보장하는 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않는 자기부죄거부의 권리에 터잡은 것이므로 수사기관이 피의자를 신문함에 있어서 피의자에게 미리 진술거부권을 고지하지 않은 때에는 그 피의자의 진술은 위법하게 수집된 증거로서 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 증거능력이 부인되어야 할 것이다(대법원 1992. 6. 23. 선고 92도682 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건 기록에 의하면, 검사는 2006. 8. 16. 공소외 1에 대하여 국가보안법 위반(찬양·고무 등)으로 구속영장을 청구하여, 2006. 8. 18. 서울중앙지방법원으로부터 구속영장을 발부받았는데, 그 구속영장의 범죄사실에는 공소외 1이 연계된 공범들과 공모하여 국가보안법을 위반하였다는 등의 내용이 포함되어 있었던 사실, 그 후 검사는 공소외 1에 대한 피의자신문을 하면서 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관하여 신문을 하였으나, 공소외 1이 진술을 거부한 사실, 한편, 검사는 2006. 9. 12. 공소외 1을 국가보안법 위반(찬양·고무 등)으로 구속 기속한 이후, 2006. 9. 19. 공소외 1을 재차 소환하여 피고인 등 공범들과의 조직구성 및 활동 등에 관한 신문을 하면서 피의자신문조서의 형식이 아니라 일반적인 진술조서의 형식으로 위 진술조서를 작성한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실 등을 종합하여 보면, 위 '공소외 1에 대한 진술조서'가 진술조서의 형식을 취하였다고 하더라도 그 내용은 피의자의 진술을 기재한 피의자신문조서와 실질적으로 같다고 볼 것인데, 기록을 살펴봐도 검사가 공소외 1의 진술을 들음에 있어 공소외 1에게 미리 진술거부권이 있음을 고지한 사실을 인정할 만한 아무런 자료가 없으므로, 진술의 임의성이 인정되는 경우라도 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없어 피고인에 대한 유죄의 증거로 쓸 수 없다 할 것이다.

이에 대하여, 검사는 위 진술조서의 작성 당시 공소외 1은 피의자가 아니라 이미 공소제기된 피고인의 신분이라는 점, 진술자인 공소외 1에 대한 공소사실의 입증 내지 추가기소를 목적으로 작성된 것이 아니라는 점, 공소외 1이 아닌 다른 공범들의 범죄사실을 입증하는 데에 제출되었으므로, 진술거부권을 고지할 아무런 필요나 근거가 없어 다른 공범들에 대한 관계에서는 위법하게 수집된 증거가 아니라고 주장한다.

그러나, ① 피고인은 자신이 사후에 그와 관련하여 공소 제기되는지 여부와 무관하게 자기가 관련된 범죄에 관한 수사기관의 신문에 대하여는 진술을 거부할 권리가 보장되어 있는 것으로 보아야 할 것이고(형사소송법 제283조의2), ② 검사가 범죄의 혐의가 있다고 판단하여 수사를 개시하였다면 범인은 피의자의 신분이 되므로(같은 법 제195조), 수사기관이 피조사자에 대한 기소나 입증 외의 다른 목적을 가졌다고 하더라도 당해 진술자에 대하여 그가 관련된 범죄에 관한 신문을 한다면 진술거부권의 대상이 된다고 보아야 할 것이며, ③ 검사의 주장대로 공범으로 기소된 피고인에 대한 유죄의 증거로 사용되는 경우에도, 진술거부권이 사전에 고지되지 않아 실질적으로 보장되었다고 볼 수 없는 상태에서 작성된 진술피의자에 대한 진술조서를, 진술거부권이 보장된 그에 대한 피의자신문조서와 동일하게 증거능력이 있는 것으로 보아 이를 증거로 허용한다면, 동일범죄에 대한 공범 각각의 진술거부권은 결국 형해화될 수밖에 없다 할 것이어서, 공범으로 기소된 피고인에 대하여도 위 진술조서의 증거능력은 동일하게 적용되어야 할 것이고, ④ 그와 같은 진술조서에 대하여 공범피고인의 사건에 한하여만 증거능력을 인정한다 하더라도, 그 자체가 진술피의자의 사건의 직접적인 증거로 사용될 수 없지만 나아가 공범피고인의 사건결과 등 그로 인하여 파생되어 만들어진 증거의 형태 등으로 결국 진술피의자의 사건에 영향을 미칠 수도 있음을 배제할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

(2) 한편, 앞서 2. 다.

(2) 부분에서 살펴 본 바와 같은 사정들에 비추어 피고인이 공소외 1, 2 등과 연계하여 북한의 활동을 찬양·동조하거나 그러한 목적으로 이적표현물을 취득한 것이 아닌가 하는 의심을 배제할 수 없기는 하나, 원심 및 당심에서 검사가

제출한 나머지 증거들만으로 피고인이 공소외 1, 2 등과 공모하여 2005. 11.경 대학가에 주체사상을 유포시키고 주사파 양성을 위한 전국적 단일 조직의 중앙지도부 결성하고, 이를 위하여 대학가에 주체사상 학습CD 등을 조직적으로 제작·배포하는 한편 학습·토론을 함으로서 이적 활동을 찬양·동조하였다는 위 공소사실을 인정하기에는 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 이에 관한 검사의 채증법칙 위반 등 주장은 이유 없다.

4. 일반교통방해, 집회및시위에관한법률위반의 점(유죄부분, 별지 공소사실 제9항)에 대하여

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 한미FTA저지 범국민운동본부(이하 '한미FTA 범국민'이라 한다)가 2006. 7. 12.경 이래 불법시위를 전개하여 왔고, 2006. 11. 22.경 개최된 제1차 범국민 총궐기대회, 같은 달 26. 개최된 제2차 범국민 총궐기대회 등에서 불법시위를 하자, 서울남대문경찰서장은 2006. 12. 6. 개최 예정된 제3차 범국민 총궐기대회 역시 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회로 판단하여 민주노동당이 신고한 <비정규직 확산법 날치기 규탄, 광우병 쇠고기 수입중단 촉구 결의대회> 집회 이외의 나머지 집회에 대하여는 사전 금지통고를 행하는 한편, 민주노동당에 대하여도 차도 점거 등 불법행위 없이 준법집회할 것을 고지한 사실, 같은 날 14:40경부터 15:35경까지 서울 종로구 대학로 소재 마로니에 공원에서 민주노동당 주최 집회가 이루어진 직후 집회 참가자들은 한미FTA 범국민 주최로 제3차 범국민 총궐기대회를 강행하고, 그 때부터 21:45경까지 참가회원들이 도로를 점거한 채 집단 행진을 하거나 촛불집회를 개최하거나 학생결의대회를 전개하였는바, 그 과정에서 서울 중구 회현로타리 인근 밀리오레 빌딩 앞과 같은 구 명동 입구 아바타 쇼핑몰 빌딩 앞 도로 점거로 극심한 교통체증이 유발되고 이를 제지하는 과정에서 시위대의 폭력행사로 경찰관 수명이 부상당하고 경찰 장비들이 탈취당하는 사태가 초래된 사실, 피고인은 한총련 중앙 간부들과 함께 같은 날 14:30경 위 민주노동당 주최 집회에 참가한 후 위와 같은 사태의 전개를 충분히 인식하면서 17:00경 서울 중구 회현역에 도착하여 시위대들과 함께 도로를 점거한 채 행진을 강행하고, 18:10경 시위대들 수천 명이 밀리오레 빌딩 앞 왕복 8차로 전 차로를 점거한 채 경찰들과 집단적인 몸싸움을 강행하는 과정에서 피고인은 줄곧 한총련 대오 바로 옆에 있거나 한총련 대오를 인솔하여 함께 이동하기도 한 사실을 인정할 수 있는바, 위 인정사실에 의하면, 피고인이 학생시위대들과 공모, 공동하여 2006. 12. 6.자 위 불법 집회에 참가하여 밀리오레 빌딩 앞 도로 전체를 불통케 하여 교통을 방해하고, 집단적인 폭행·손괴 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회라는 정을 알면서 위 집회·시위에 참가하였다는 이 사건 공소사실이 충분히 인정되므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

5. 결론

그렇다면, 원심판결의 무죄부분 중 별지 공소사실 제1의 나. 내지 사.항의 반국가단체활동 찬양 등과 이적표현물 취득으로 인한 국가보안법위반의 각 점에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하고, 원심판결의 무죄부분 중 별지 공소사실 제1의 가., 아.항의 이적표현물 취득·소지로 인한 국가보안법위반의 각 점에 대한 검사의 항소는 이유 있어 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 이 부분 원심판결을 파기하되, 이 부분과 원심판결의 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 할 것이므로 결국 원심판결 중 유죄부분은 전부 파기될 수밖에 없는바, 피고인 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결의 유죄부분까지 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.