

공직선거법위반·국가정보원법위반

[대법원, 2015. 7. 16., 2015도2625]



【판시사항】

형사소송법 제315조 제3호에서 정한 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'의 의미 / 문서가 형사소송법 제315조 제2호에서 정한 '업무상 통상문서'에 해당하는지 판단하는 기준

【판결요지】

상업장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서는 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서로서 형사소송법 제315조 제2호에 의하여 당연히 증거능력이 인정된다. 그리고 이러한 문서는 업무의 기계적 반복성으로 인하여 허위가 개입될 여지가 적고, 또 문서의 성질에 비추어 고도의 신용성이 인정되어 반대신문의 필요가 없거나 작성자를 소환해도 서면제출 이상의 의미가 없는 것들에 해당하기 때문에 당연히 증거능력이 인정된다는 것이 형사소송법 제315조의 입법 취지인 점과 아울러, 전문법칙과 관련된 형사소송법 규정들의 체계 및 규정 취지에 더하여 '기타'라는 문언에 의하여 형사소송법 제315조 제1호와 제2호의 문서들을 '특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'의 예시로 삼고 있는 형사소송법 제315조 제3호의 규정형식을 종합하여 보면, 형사소송법 제315조 제3호에서 규정한 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'는 형사소송법 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상문서에 준하여 '굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제 되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서'를 의미한다. 나아가 어떠한 문서가 형사소송법 제315조 제2호가 정하는 업무상 통상문서에 해당하는지를 구체적으로 판단함에 있어서는, 형사소송법 제315조 제2호 및 제3호의 입법 취지를 참작하여 당해 문서가 정규적·규칙적으로 이루어지는 업무활동으로부터 나온 것인지 여부, 당해 문서를 작성하는 것이 일상적인 업무 관행 또는 직무상 강제되는 것인지 여부, 당해 문서에 기재된 정보가 취득된 즉시 또는 그 직후에 이루어져 정확성이 보장될 수 있는 것인지 여부, 당해 문서의 기록이 비교적 기계적으로 행하여지는 것이어서 기록 과정에 기록자의 주관적 개입의 여지가 거의 없다고 볼 수 있는지 여부, 당해 문서가 공시성이 있는 등으로 사후적으로 내용의 정확성을 확인·검증할 기회가 있어 신용성이 담보되어 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

【참조조문】

형사소송법 제315조

【참조판례】

대법원 1996. 10. 17. 선고 94도2865 전원합의체 판결(공1996하, 3267), 헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2011헌바79 전원재판부 결정(헌공205, 1479)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인들 및 검사

【변 호 인】 법무법인(유한) 동인 외 5인

【원심판결】 서울고법 2015. 2. 9. 선고 2014노2820 판결

【주문】

】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이유】

】 상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서 등 서면의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 안에서)를 판단한다.

1. 검사와 피고인들의 상고이유에 관한 논리적 판단 순서는 다음과 같다.

가. 이 사건 공소사실의 유·무죄에 관한 판단 순서는, 원심과 같이 ① 이 사건 공소사실에 기재된 인터넷 게시물, 댓글, 찬반클릭 및 트윗글과 리트윗글(이하 '사이버 활동'이라 한다) 중 적법한 증거에 의하여 심리전단 직원들이 행한 것으로 인정되는 사이버 활동의 범위를 먼저 확정하고, ② 그러한 사이버 활동이 객관적으로 정치에 관여하는 것이거나 선거에 관련된 것인지를 판단한 다음, ③ 그것이 인정된다면 위 활동이 피고인들의 정치관여 의사 또는 선거운동의 의사 아래 이루어진 것인지를 차례로 살피는 것이 논리적이다.

따라서 이 사건 공소사실 기재 사이버 활동이 정치관여 행위 또는 선거운동에 해당하는지에 관한 실체 판단을 하려면, 그에 앞서 우선 공소사실 기재 사이버 활동 중 적법한 증거에 의하여 심리전단 직원들이 행한 것으로 인정되는 사이버 활동이 구체적으로 어느 범위인지에 관한 사실인정이 논리적으로 선행되어야 하고, 이 선행문제가 해결되지 아니하면 실체 판단으로 나아갈 수가 없다.

나. 이에 따라 검사와 피고인들의 상고이유 역시 공소사실 기재 사이버 활동 중 심리전단 직원들이 행한 것으로 인정되는 범위에 관한 주장을 먼저 판단하여야 하는데, 이러한 사이버 활동의 범위에 관한 사실인정의 당부는 이를 뒷받침하기 위하여 검사가 제출한 증거가 적법한 것이냐, 다시 말해 증거능력이 있는 증거이냐의 여부에 의해 좌우되므로, 이 부분에 관한 쌍방의 상고이유를 우선적으로 판단한다.

나아가 이 사건은 뒤에서 보는 바와 같이 증거능력에 관한 판단의 잘못을 이유로 원심판결을 파기하여야 하는바, 환송 후 원심법원의 심리를 위하여 필요한 범위 내에서 증거능력 외의 나머지 상고이유에 관하여도 이어서 판단한다.

2. 검사가 제출한 증거들의 증거능력과 관련된 검사와 피고인들의 상고이유에 관하여 판단한다(각 항목별로 주장하는 측을 괄호 안에 부기한다).

이하 3.항, 4.항도 같다).

가. 심리전단 직원 공소외 1의 노트북 컴퓨터에서 발견된 전자정보인 '메모장 텍스트 파일' 및 이를 기초로 취득한 증거의 증거능력에 관하여(검사, 피고인 1, 피고인 3)

원심은 그 판시와 같은 사정을 종합하여, 공소외 1이 수사기관에 임의제출한 것은 정보저장매체인 노트북 컴퓨터 자체가 아니라 거기에 기억된 특정 범위의 전자정보인데, 위 '메모장 텍스트 파일'은 공소외 1이 임의제출한 전자정보의 범위에 속하지 아니하므로 그 증거능력이 인정되지 아니하나, 이를 기초로 별도의 수단을 통해 취득한 증거는 그 제반 사정에 비추어 증거능력이 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 임의제출과 관련된 증거능력 인정요건에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

나. 공소외 1로부터 압수한 업무용 휴대전화에서 취득한 증거의 증거능력에 관하여(피고인 3)

원심은, 공소외 1로부터 압수한 업무용 휴대전화는 직무상 비밀에 관한 물건에 해당하고, 검사가 위 휴대전화를 압수한 후에 국가정보원이 직무상 비밀에 관한 것임을 신고하고 그 압수의 승낙을 거부한 사실은 인정되나, 그 승낙의 거부 사유가 형사소송법 제111조 제2항에서 정하고 있는 '국가의 중대한 이익을 해하는 경우'에 해당하지 않는다고 보아 위 휴대전화에 저장된 증거의 증거능력이 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 공무상 비밀과 압수에 관련된 증거능력 인정요건에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

다.

공소외 2 주식회사로부터 임의제출 받은 트위터 정보 및 이를 기초로 취득한 증거의 증거능력에 관하여(검사, 피고인들)

원심은, 검사가 공소외 2 주식회사로부터 임의제출 받은 28,765,148건에 달하는 대량의 트위터 정보에는 개인정보와 이에 해당하지 않는 정보가 혼재되어 있을 수 있는데, 국민의 사생활의 비밀을 보호하고 개인정보에 관한 권리를 보장하고자 하는 개인정보 보호법의 입법 취지에 비추어 그 정보의 제공에는 개인정보 보호법의 개인정보에 관한 규정이 적용되어야 하므로, 개인정보 보호법 제18조 제2항 제7호, 제2조 제6호에 따라 공공기관에 해당하지 아니하는 공소외 2 주식회사가 수사기관에 그러한 트위터 정보를 임의로 제출한 것은 위법하여 그 증거능력이 없으나, 이를 기초로 취득한 증거는 제반 사정에 비추어 증거능력이 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 개인정보의 증거능력 인정요건에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

라. 제1심법원의 사실조회에 따라 공소외 3 주식회사가 제출한 트위터 정보의 증거능력에 관하여(피고인 1, 피고인 3)

원심은, 공사단체에 그 보관서류의 송부를 요구할 수 있다고 규정한 형사소송법 제272조 제1항의 규정 취지, 피고인들의 방어권을 침해할 우려가 있는지 여부, 사실조회의 구체적 경위 등 그 판시와 같은 사정을 종합하여 공소외 3 주식회사가 사실조회 회신서에 첨부하여 법원에 제출한 트위터 정보의 증거능력이 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 위 트위터 정보의 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

마. 심리전단 직원인 공소외 4의 이메일 계정에서 압수한 텍스트 파일 형식의 이 사건 '425지논 파일' 및 '시큐리티 파일'의 증거능력에 관하여(검사, 피고인 1, 피고인 3)

원심은, 425지는 파일 및 시큐리티 파일의 증거능력을 인정하여 시큐리티 파일에 기재된 269개의 계정을 심리전단 직원들이 사용한 계정이라고 인정한 다음, 이를 기초로 다시 422개의 트윗덱(TweetDeck) 연결계정을 심리전단 직원들이 사용한 계정이라고 인정하고, 검사가 주장하는 트위터피드(Twitterfeed) 연결계정 466개에 대하여는 트위터피드 프로그램의 특성 등 그 판시와 같은 사정을 들어 이를 인정할 수 없으나, 위 466개의 계정 중 25개의 계정은 심리전단 직원 공소외 5, 공소외 6의 이메일 기재 등 다른 증거에 의하여 공소외 5와 공소외 6이 사용 또는 관리하였음이 인정된다고 보아, 결국 검사가 심리전단 직원들의 계정이라고 주장한 1,157개의 트위터 계정 중 합계 716개 계정이 심리전단 직원들에 의하여 사용, 관리된 계정이라고 판단하고, 이 716개 계정에서 작성된 합계 274,800회의 트윗글과 리트윗글을 심리전단 직원들이 행한 사이버 활동 범위로 확정하였다.

이러한 트위터 계정에 관한 원심판단은, ① 425지는 파일 및 시큐리티 파일의 증거능력 인정 여부와, ② 검사가 주장하는 트윗덱 및 트위터피드 프로그램에 의한 연결계정을 심리전단의 사용 계정으로 추론하는 논리의 타당성 여부를 그 기초로 하는 것인데, 이에 관한 원심판단의 당부는 곧바로 심리전단이 사용한 것으로 인정되는 트위터 계정의 수 및 그에 따른 트윗글 및 리트윗글의 범위에 관한 사실인정이 정당한지 여부를 좌우한다는 점에서 그 중요성이 크다. 그러므로 이에 관하여는 항을 달리하여 자세히 살펴본다.

3. 425지는 파일 및 시큐리티 파일의 증거능력에 관하여 판단한다.

가. 425지는 파일 및 시큐리티 파일이 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 증거능력이 인정되는지에 관하여(검사)
압수된 디지털 저장매체로부터 출력한 문서를 진술증거로 사용하는 경우, 그 기재 내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용되므로 형사소송법 제313조 제1항에 따라 그 작성자 또는 진술자의 공판준비나 공판기일에서의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다는 것이 대법원의 확립된 판례이다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결, 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012도16001 판결 등 참조). 이에 관하여는 1954. 9. 23. 제정되고 1961. 9. 1. 개정된 형사소송법 제313조 제1항의 규정은 21세기 정보화시대를 맞이하여 그에 걸맞게 해석하여야 하므로, 디지털 저장매체로부터 출력된 문서에 관하여는 저장매체의 사용자 및 소유자, 로그기록 등 저장매체에 남은 흔적, 초안 문서의 존재, 작성자만의 암호 사용 여부, 전자서명의 유무 등 여러 사정에 의하여 동일인이 작성하였다고 볼 수 있고 그 진정성을 탄핵할 다른 증거가 없는 한 그 작성자의 공판준비나 공판기일에서의 진술과 상관없이 성립의 진정을 인정하여야 한다는 견해가 유력하게 주장되고 있는바, 그 나름 경청할 만한 가치가 있는 것은 사실이나, 입법을 통하여 해결하는 것은 몰라도 해석을 통하여 위와 같은 실정법의 명문조항을 달리 확장 적용할 수는 없다.

이는 '의심스러울 때는 피고인의 이익으로'라는 형사법의 대원칙에 비추어 보아도 그러하다.

이 사건에서 원심은, 위 두 파일은 그 작성자로 추정되는 공소외 4의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 의하여 성립의 진정함이 증명되지 않았다는 이유로 위 두 파일의 증거능력을 인정하지 않았다.

원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 디지털 저장매체로부터 출력한 문서의 증거능력에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 425지는 파일 및 시큐리티 파일이 형사소송법 제315조 제2호 및 제3호에 의하여 증거능력이 인정되는지에 관하여 (피고인 1, 피고인 3)

1) 형사소송법 제315조는 당연히 증거능력이 있는 서류에 관하여 "다음에 게기한 서류는 증거로 할 수 있다.

1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국 공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서, 2. 상업장부, 항해일지 기타 업무상 필요로 작성한 통상문서, 3. 기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서"라고 규정하고 있다.

상업장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 내역을 그때그때 계속적, 기계적으로 기재한 문서는 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서로서 형사소송법 제315조 제2호에 의하여 당연히 증거능력이 인정된다(대법원 1996. 10. 17. 선고 94도 2865 전원합의체 판결 등 참조). 그리고 이러한 문서는 업무의 기계적 반복성으로 인하여 허위가 개입될 여지가 적고, 또 문서의 성질에 비추어 고도의 신용성이 인정되어 반대신문의 필요가 없거나 작성자를 소환해도 서면제출 이상의 의미가 없는 것들에 해당하기 때문에 당연히 증거능력이 인정된다는 것이 형사소송법 제315조의 입법 취지인 점과 아울러, 전문법칙과 관련된 형사소송법 규정들의 체계 및 규정 취지에 더하여 '기타'라는 문언에 의하여 형사소송법 제315조 제1호와 제2호의 문서들을 '특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'의 예시로 삼고 있는 형사소송법 제315조 제3호의 규정형식을 종합하여 보면, 형사소송법 제315조 제3호에서 규정한 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'는 형사소송법 제315조 제1호와 제2호에서 열거된 공권적 증명문서 및 업무상 통상문서에 준하여 '굳이 반대신문의 기회 부여 여부가 문제 되지 않을 정도로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있는 문서'를 의미한다고 할 것이다(헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2011헌바79 결정 참조). 나아가 어떠한 문서가 형사소송법 제315조 제2호가 정하는 업무상 통상문서에 해당하는지를 구체적으로 판단함에 있어서는, 위와 같은 형사소송법 제315조 제2호 및 제3호의 입법 취지를 참작하여 당해 문서가 정규적·규칙적으로 이루어지는 업무활동으로부터 나온 것인지 여부, 당해 문서를 작성하는 것이 일상적인 업무 관행 또는 직무상 강제되는 것인지 여부, 당해 문서에 기재된 정보가 그 취득된 즉시 또는 그 직후에 이루어져 정확성이 보장될 수 있는 것인지 여부, 당해 문서의 기록이 비교적 기계적으로 행하여지는 것이어서 그 기록 과정에 기록자의 주관적 개입의 여지가 거의 없다고 볼 수 있는지 여부, 당해 문서가 공시성이 있는 등으로 사후적으로 내용의 정확성을 확인·검증할 기회가 있어 신용성이 담보되어 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

- 2) 원심은 아래와 같은 사정을 들어, 위 두 파일은 형사소송법 제315조 제2호의 '기타 업무상 필요로 작성한 통상문서' 및 같은 조 제3호의 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'에 해당하여 증거능력이 있다고 판단하였다.

(가) 위 두 파일은 심리전단 직원인 공소외 4의 이메일 계정에서 압수한 전자 문서인데, 공소외 4는 공판준비 또는 공판 기일에서 위 두 파일을 자신이 작성한 것이라고 인정하지는 않았지만, 이메일 계정의 관리 및 활용에 관한 공소외 4의 진술, 공소외 4의 이메일 계정에서 압수한 다른 파일과의 관련성, 위 두 파일에는 공소외 4만이 알 수 있는 정보 등이 기재되어 있는 등 그 제반 사정을 종합하면, 위 두 파일의 작성자가 공소외 4임이 인정된다.

(나) 425지논 파일은, 피고인 1의 업무 지시 사항에 따라 심리전단이 활동해야 할 주제와 그에 관련된 2~3줄의 짧은 설명을 담고 있는 구체적 활동 지침에 해당하는 이른바 '이슈와 논지', 공소외 4가 심리전단 직원으로서 수행함에 있어 필요한 자료, 심리전단 활동의 수행 방법 등 업무와 관련한 내용을 주로 담고 있고, 자신이 한 심리전단 활동으로 인해 수사를 받을 것이라는 점을 전혀 인식하지 못한 상황에서 장기간에 걸쳐 계속적으로 작성하여 업무수행의 기초로 삼은 것으로서, 그 작성 경위와 목적, 공소외 4의 업무와 문서에 담긴 내용의 관련성 및 내용의 신빙성 등을 종합적으로 고려하면, 위 파일은 공소외 4가 2012. 4. 25.부터 2012. 12. 5.까지 통상적 업무인 트위터를 통한 심리전 활동을 전개하기 위하여 매일 시달된 이슈와 논지와 함께 그 활동에 필요한 각종 자료들을 계속 추가·보충한 문서로서

형사소송법 제315조 제2호의 '업무상 필요로 작성한 통상문서'에 해당한다.

(다) 시큐리티 파일도, 269개 트위터 계정을 포함하고 있는 심리전단 직원별 트위터 계정 정보, 트위터피드 계정에 관한 비밀번호 등 기본 정보, 직원들과 보수논객 등의 트위터 계정의 정보 및 공소외 4의 구체적인 심리전 활동 내역 등 업무와 관련한 내용을 주로 담고 있으며, 공소외 4가 2012. 3.부터 2012. 12.까지 업무에 필요할 때마다 동일하거나 연관된 내용의 정보를 추가하면서 계속적으로 작성하여 업무에 활용한 것이라는 사정 등을 고려하면, 이 역시 여러 달 동안 통상적 업무인 트위터를 통한 심리전 활동을 전개하기 위해 필요한 트위터 계정 등을 계속 추가·보충하고 활동 내역과 실적을 반복적으로 기재하여 온 문서로 형사소송법 제315조 제2호에 의하여 증거능력을 인정할 수 있다.

(라) 나아가, 위 두 파일에 기재된 업무 관련 내용은 잘못 기재할 경우 업무수행에 지장을 초래하게 된다는 점에서 사실과 다른 내용을 굳이 기재할 동기나 이유를 쉽게 찾아보기 어렵고, 특히 시큐리티 파일의 경우에는 문장의 형태로 기재된 것이 드물고 대부분 업무수행에 필요한 정보들만이 단편적으로 기재되어 있는 등 관련 정보를 전자적으로 복사하여 문서로 만든 것으로 보여 그 자체로 공소외 4의 주관적 의사가 개입될 여지가 없어 보이므로, 위 두 파일은 형사소송법 제315조 제3호의 '기타 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서'에도 해당한다.

3) 그러나 이와 같은 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍할 수 없다.

(가) 425지논 파일의 내용 중 상당 부분은 그 출처를 명확히 알기도 어려운 매우 단편적이고 조악한 형태의 언론 기사 일부분과 트윗글 등으로 이루어져 있으며, 시큐리티 파일의 내용 중 심리전단 직원들이 사용한 것으로 추정된다는 트위터 계정은 그 정보의 근원, 기재 경위와 정황이 불분명하고 그 내용의 정확성·진실성을 확인할 마땅한 방법이 없을 뿐만 아니라, 위 두 파일에 포함되어 있는 이슈와 논지 및 트위터 계정에 관한 기재가 그 정보 취득 당시 또는 그 직후에 기계적으로 반복하여 작성된 것인지도 알 수 없다.

(나) 위 두 파일이 그 작성자의 업무수행 과정에서 작성된 문서라고 하더라도, 위 두 파일에 포함되어 있는 업무 관련 내용이 실제로 업무수행 과정에서 어떻게 활용된 것인지를 알기도 어려울 뿐만 아니라 다른 심리전단 직원들의 이메일 계정에서는 위 두 파일과 같은 형태의 문서가 발견되지 않는다는 사정은 위 두 파일이 심리전단의 업무 활동을 위하여 관행적 또는 통상적으로 작성되는 문서가 아님을 보여 준다.

(다) 나아가 업무수행을 위하여 작성되었다는 위 두 파일에는 업무와 무관하게 작성자의 개인적 필요로 수집하여 기재해 놓은 것으로 보이는 여행·상품·건강·경제·영어 공부·취업 관련 다양한 정보, 격언, 직원들로 보이는 사람들의 경조사 일정 등 신변잡기의 정보도 포함되어 있으며 그 기재가 극히 일부에 불과하다고 볼 수도 없어, 위 두 파일이 업무를 위한 목적으로만 작성된 것이라고 보기도 어렵다.

(라) 425지논 파일에 기재된 업무 관련 내용도 아무런 설명이나 규칙 없이 나열되어 있는 경우가 대부분이어서 그중 어디까지가 이슈와 논지이고 어디부터가 작성자 자신이 심리전단 활동을 위하여 인터넷 등에서 모아 놓은 기사 등인지 애매하고, 시큐리티 파일도 그 기재 내용이 'lillyamerica - hyesuk888, 아리룩dkflfhr - ahahfldh', 'okm237as1234' 등과 같이 영문자 또는 숫자의 조합이 아무런 설명 없이 나열되어 있을 뿐이어서, 그 기재 자체만으로는 그것이 트위터 계정 또는 그 비밀번호라는 사실조차도 알기 어려운 트위터 계정을 모아 놓은 것이 업무상 필요했던 이유 및 그 작성자의 심리전 활동 내용에 관하여 '굳이 반대신문의 기회를 부여하지 않아도 될 정도'로 고도의 신용성의 정황적 보장이 있다고 보기 어렵다.

(마) 결국 위와 같은 여러 사정을 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 원심이 들고 있는 사유만으로는 위 두 파일이 형사소송법 제315조 제2호 또는 제3호에 정한 문서에 해당하여 당연히 증거능력이 인정된다고 할 수 없다.

4) 그런데도 이와 달리 이를 결정적, 핵심적인 증거로 하여 269개의 트위터 계정이 심리전단 직원이 사용한 것이라고 인정하고 이를 바탕으로 다시 422개의 트윗덱 연결계정도 심리전단 직원들이 사용한 것으로 추론할 수 있다고 하여 위 계정을 통해 작성한 트윗글과 리트윗글이 모두 정치관계 행위에 해당하고 그 일부는 선거운동에도 해당한다고 판단한 원심판결에는 형사소송법 제315조가 정한 당연히 증거능력 있는 서류에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다.

따라서 상고이유로 이 점을 지적하는 피고인 1, 피고인 3의 주장은 정당하고, 원심판결의 이러한 잘못은 피고인 2에 관한 부분에도 공통된다.

다.

시큐리티 파일을 증거물인 서면으로 보아 시큐리티 파일에 기재된 269개의 트위터 계정을 심리전단 직원들이 사용한 것으로 인정할 수 있는지에 관하여

1) 원심은 부가적 판단으로, 시큐리티 파일을 증거물인 서면으로만 보더라도 시큐리티 파일의 증거물인 서면으로서의 증명력과 그 밖의 정황 사실을 종합하면, 시큐리티 파일에 기재된 269개의 계정이 심리전단 직원들이 사용한 것이라고 인정할 수 있다고 판단하였다.

즉, 심리전단 직원이 작성한 시큐리티 파일에 그 의미를 구체적으로는 파악할 수 없더라도 어느 정도 짐작할 수 있는 트위터 계정 정보 등이 기재되어 있다는 점 자체는 인정할 수 있고, 나아가 심리전단 직원들의 진술을 비롯한 다른 증거들에 의하여 심리전단 차원에서 트위터 등을 활용한 일정한 의도와 방향성을 가진 체계적인 사이버 활동이 이루어졌음이 인정되는 이상 시큐리티 파일의 정보가 사이버 활동과 관련된 것임을 합리적으로 추론할 수 있는데, 이러한 추론이 시큐리티 파일에 기재된 트위터 계정 등을 활용한 심리전단 직원들의 실제 활동내용과 일치하므로, 이로써 시큐리티 파일에 기재된 269개의 계정이 심리전단 직원들이 사용한 것이라는 동일한 사실인정에 이를 수 있다고 판단하였다.

2) 그러나 시큐리티 파일에 269개의 트위터 계정이 기재되어 있다는 것 자체가 아니라 심리전단 직원들이 그러한 트위터 계정을 사용한 것인지의 여부 즉, 그 기재의 진실성을 요증사실로 하는 경우에는 전문법칙이 적용되어야 한다.

그런데 원심의 위와 같은 논리는 시큐리티 파일에 269개의 트위터 계정이 기재된 문서가 작성되어 존재한다는 사실과 269개 트위터 계정에 관한 각각의 구체적이고 개별적 사정이 아닌 그 연관성에 관한 개괄적이고 포괄적인 정황 사실의 존재만으로, 시큐리티 파일에 기재된 269개의 트위터 계정 모두를 심리전단 직원들이 사용한 것이라고 인정한 것에 다름없다.

따라서 이는 작성자의 진술이 아닌 다른 증거들에 의하여 인정되는 정황 사실만으로 손쉽게 그 기재의 진실성을 요증사실로 하는 전문증거인 시큐리티 파일의 진정성립을 인정한 결과가 되어, 그와 같은 전문증거는 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다는 형사소송법 제313조 제1항에 반하는 것이어서 수긍할 수 없다.

4. 그 밖의 상고이유에 관하여 판단한다.

가. 공소사실 기재 사이버 활동 중 심리전단 직원들이 작성한 게시글, 댓글 및 찬반클릭의 범위에 관하여(피고인들)

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 이 사건 공소사실 기재와 같은 2,125회에 걸친 인터넷 게시물 및 댓글의 작성과 1,214회에 걸친 찬반클릭 행위가 모두 심리전단 직원들에 의하여 행하여진 것이라고 인정하는 것은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

나. 트윗글 및 리트윗글에 관한 공소사실이 특정되지 않았다는 주장에 관하여(피고인 2)

원심은 그 판시와 같은 사정을 들어, 트윗글 및 리트윗글을 작성한 개별 행위자가 특정되지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 형사소송법의 취지에 반하거나 피고인 2의 방어권행사에 지장을 초래하지 않는다는 이유로 이 부분 공소사실이 특정되었다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 공소사실의 특정에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

다.

트윗글 및 리트윗글을 공소사실로 추가하는 취지의 공소장변경을 허가한 것이 잘못이라는 주장에 관하여(피고인 2)

원심은 범의의 단일성과 피해법익의 동일성 등 그 판시와 같은 사정을 들어, 인터넷 게시물, 댓글 등의 작성과 트윗글과 리트윗글 작성으로 인한 이 사건 공소사실은 포괄일죄를 구성한다고 보아 공소장변경을 허가한 제1심법원의 조치가 정당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 공소장변경에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

라. 트윗덱 연결계정 및 트위터피드 연결계정의 인정 여부에 관하여(검사, 피고인들)

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이, 트윗덱 프로그램에 특정한 트위터 계정을 등록하려면 그 등록하고자 하는 계정의 아이디와 비밀번호를 알고 있어야 하는 반면, 트위터피드 프로그램에 피드(Feed)계정을 등록함에 있어서는 아이디와 비밀번호 등을 필요로 하지 않는다는 트윗덱 프로그램과 트위터피드 프로그램의 본질적인 차이 및 두 프로그램에서 이루어지는 '동시 트윗'이 구조적으로 같지 아니한 점 등 각 그 판시와 같은 사정을 들어, 심리전단 직원들이 사용한 것으로 인정되는 계정들로 밝혀진 계정들과 '동시 트윗'을 통해 일정한 연관성을 갖는 계정이 존재하는 경우, 그러한 동시 트윗이 트윗덱 프로그램을 통해 이루어진 경우에는 그 계정 역시 심리전단 직원들이 사용한 것으로 볼 수 있는 반면, 트위터피드 프로그램을 통해 이루어진 경우에는 심리전단 직원들이 사용한 계정으로 추단할 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

5. 결론적으로, 위 269개의 트위터 계정과 이를 기초로 하는 422개의 트윗덱 연결계정에서 작성된 트윗글 및 리트윗글에 기초한 원심의 유죄 판단 부분은 425지논 파일과 시큐리티 파일의 증거능력이 인정됨을 전제로 한 것인데, 앞서 본 바와 같이 위 두 파일의 증거능력이 없어 위 전제가 부정되는 이상 원심의 판단은 더 이상 유지될 수 없고, 따라서 원심판결을 파기할 것인바, 이를 제외한 나머지 인터넷 게시물, 댓글 및 찬반클릭 행위 등에 관한 부분도 위 부분과 포괄일죄 및 상상적 경합범의 관계에 있어 함께 파기의 대상이 된다.

게다가 원심은 앞서 본 바와 같이 더 이상 유지될 수 없는 트윗글 및 리트윗글을 포함한 사이버 활동 전체를 포괄적인 대상으로 하여 정치관여 행위 및 선거운동 해당 여부를 판단하였는바, 심리전단 직원들이 사용한 것으로 인정될 수 있는 트위터 계정과 그 계정을 사용하여 작성한 트윗글 및 리트윗글의 범위가 적법한 증거에 의하여 새로이 확정되지 않은 상태에서는, 인터넷 게시물 및 댓글 등 나머지 사이버 활동만을 대상으로 정치관여 행위 및 선거운동

해당 여부에 관한 원심판단의 당부를 살필 수도 없다.

그 이유는 다음과 같다.

가. 앞서 본 바와 같이 이 사건 사이버 활동이 정치관계 행위 및 선거운동에 해당하는지에 관한 판단을 하려면 먼저 이 사건 사이버 활동 중 심리전단 직원들이 행한 것으로 인정되는 사이버 활동의 범위가 확정되어야 하는데, 원심은 2,125회에 걸친 인터넷 게시물 및 댓글과 1,214회에 걸친 찬반클릭 행위와 함께 증거능력을 인정할 수 없는 시큐리티 파일에 기재된 269개의 트위터 계정과 이를 기초로 하는 422개의 트윗덱 연결계정을 심리전단 직원들이 사용하였다고 인정하여 이를 포함한 716개 트위터 계정에서 작성된 합계 274,800회의 트윗글과 리트윗글을 심리전단 직원들이 행한 사이버 활동 범위로 확정하고 다음 이를 대상으로 정치관계 행위 및 선거운동에 해당하는지를 판단하였다.

원심은 나아가 위와 같이 확정된 사이버 활동이 선거운동에 해당하는지를 판단함에 있어, 인터넷 게시물, 댓글, 찬반클릭과 트윗글 및 리트윗글 전체를 포괄적인 대상으로 하여 그 판시와 같은 통계적 분석을 통해 드러난 사이버 활동의 과정 및 체계, 방법, 사이버 활동이 이루어진 시점과 당시 상황, 사이버 활동 결과물의 내용 및 당시 상황과의 관련성 등에 관한 사정을 기초로 2012. 8. 20.을 기준으로 그 전과 후의 사이버 활동이 각각 전체적으로 선거운동에 해당한다거나 해당하지 않는다고 판단하였고, 이처럼 사이버 활동 전체를 포괄적인 대상으로 하는 판단 방법은 정치관계 행위에 해당하는지에 관한 원심의 판단에 있어서도 크게 다르지 않다.

나. 그런데 원심의 정치관계 행위 및 선거운동에 관한 판단의 기초가 되는 사이버 활동의 범위에 관한 원심의 사실인정은 앞서 본 바와 같이 425건의 파일과 시큐리티 파일의 증거능력이 부인됨으로써 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그러므로 공소사실 기재 사이버 활동 중 인터넷 게시물, 댓글 및 찬반클릭 작성 행위가 심리전단 직원들에 의한 것으로 인정되고 그에 더하여 심리전단 직원들의 이메일 기재 등 다른 적법한 증거에 의하여 25개의 트위터 계정을 통해 작성된 트윗글과 리트윗글이 심리전단 직원들에 의한 것으로 인정된다고 하더라도, 검사와 피고인들의 주장과 증명여하에 따라서는 심리전단 직원들이 사용한 것으로 인정될 수 있는 트위터 계정의 범위에 관한 사실인정이 얼마든지 달라질 수 있는바, 이처럼 심리전단 직원들의 사이버 활동 범위에 관한 사실인정이 불확실한 상황에서는 법률상인 상고심으로서 심리전단 직원들의 사이버 활동의 정치관계 행위 및 선거운동 해당 여부에 관한 원심판단의 당부를 판단할 수 없고, 원심판결을 파기하여 원심으로 하여금 이를 다시 심리·판단하게 하는 데 그친다.

6. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법원장 양승태(재판장) 민일영(주심) 이인복 이상훈 김용덕 박보영 고영한 김창석 김신 김소영 조희대 권순일 박상욱