

대 법 원

판 결

사 건 2017도14322 가. 공직선거법위반
나. 국가정보원법위반

피 고 인 피고인 1 외 2인

상 고 인 피고인들 및 검사

변 호 인 법무법인 세종 외 2인

환 송 판 결 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 전원합의체 판결

원 심 판 결 서울고등법원 2017. 8. 30. 선고 2015노1998 판결

판 결 선 고 2018. 4. 19.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지, 소송의 경과와 쟁점

가. 공소사실의 요지

피고인 1은 2009. 2. 12.부터 2013. 3. 21.까지 국가정보원장으로, 피고인 2는 2011. 4. 5.부터 2013. 4. 12.까지 국가정보원 3차장으로, 피고인 3은 2010. 12. 3.부터 2013.

4. 12.까지 국가정보원 심리전단장으로 근무하였다.

피고인들은 재직기간 중 국가정보원 심리전단 산하 사이버팀 소속 직원들(이하 '사이버팀 직원들'이라 한다)에게 대통령이나 여당에 대한 찬양·지지 또는 야당이나 야권 성향의 정치인 등에 대한 비방·반대를 하는 의견을 유포하고, 제18대 대통령선거 등 각종 선거와 관련하여 야권 후보자를 낙선시킬 목적으로 선거운동을 하도록 지시하였다. 사이버팀 직원들은 '주요 이슈와 대응 논지'(이하 '이슈와 논지'라 한다)의 형태로 하달된 지시에 따라 원심 공소사실 기재 인터넷 게시글과 댓글 작성, 찬반클릭 행위, 트윗과 리트윗 활동을 하였다(이하 통틀어 '사이버 활동'이라 한다).

피고인들의 이러한 행위는 사이버팀 직원들과 순차 공모하여 정치활동에 관여함과 동시에 공무원의 지위를 이용하여 선거운동을 한 것에 해당한다.

나. 소송 경과

(1) 제1심은 공소사실 중 국가정보원법 위반에 대해서는 일부 유죄로 판단하고, 공직선거법 위반에 대해서는 선거운동에 해당하지 않는다는 이유로 전부 무죄로 판단하였다.

(2) 환송 전 원심은 검사의 항소를 일부 받아들여 국가정보원법 위반에 대해서는 더 넓은 범위에서 유죄를 인정하고, 공직선거법 위반에 대해서는 2012. 8. 21. 이후의 사이버 활동에 한해 선거운동에 해당한다고 보아 일부 유죄를 인정하였다.

(3) 피고인들은 유죄 부분, 검사는 무죄 부분에 대하여 각각 불복하여 상고하였는데, 이에 대한 대법원 파기환송판결의 요지는 다음과 같다.

(가) 환송 전 원심에 의해 증거능력이 인정된 공소외 1 주식회사에서 임의로 제출받은 트위터 정보를 기초로 취득한 2차 증거 등은 증거능력을 인정할 수 있지만, 공소외

2의 이메일 계정에서 압수된 '425지는 파일'과 '시큐리티 파일'(이하 통틀어 '425지는 파일 등'이라 한다)은 증거능력을 인정할 수 없다.

(나) 환송 전 원심이 공소사실 기재 사이버 활동 중 인터넷 게시글과 댓글 작성, 찬반클릭 행위 전부가 사이버팀 직원들에 의해 이루어졌다고 판단한 점은 정당하다. 또한 사이버팀 직원들이 직접 사용한 트위터 계정들 이외에 '트윗덱(TweetDeck)' 프로그램을 통해 위 계정들과 동시에 같은 내용의 트윗 또는 리트윗이 이루어진 계정들을 사이버팀 직원들이 사용한 계정이라고 인정한 것도 정당하다.

(다) 환송 전 원심의 유죄 판단 중 425지는 파일 등에 기초하여 인정된 부분은 파기되어야 하고, 이와 포괄일죄 및 상상적 경합의 관계에 있는 인터넷 게시글과 댓글 작성, 찬반클릭 행위에 의한 사이버 활동에 관한 판단 부분도 함께 파기되어야 한다. 파기 후 검사와 피고인들의 주장과 증명 여하에 따라 사이버 활동의 범위에 관한 인정사실이 달라질 수 있는 만큼 법률심인 상고심으로서 원심 판단의 당부를 판단할 수 없으므로, 원심으로 하여금 다시 심리·판단하도록 한다.

(4) 환송 후 원심(이하 '원심'이라고만 한다)은 증거를 토대로 사이버팀 직원들에 의한 사이버 활동의 범위를 다시 심리·판단한 다음, 환송 전 원심에 비하여 국가정보원법 위반에 관해서는 더 넓은 범위에서 유죄를 인정하고, 공직선거법 위반에 관해서는 더 좁은 범위에서 유죄를 인정하였다. 이에 대하여 피고인들과 검사가 상고하였다.

다. 쟁점

이 사건의 쟁점은 (1) 환송판결의 기속력 또는 확정력 등과 관련된 425지는 파일 등 증거의 증거능력이 있는지 여부, (2) 사이버팀 직원들에 의한 사이버 활동의 범위, (3) 이러한 사이버 활동에 대해 국가정보원법 위반죄와 공직선거법 위반죄가 각각 성립하

는지 여부와 그 성립 범위, (4) 두 죄에 대한 피고인들의 공모 여부와 위법성 인식 여부, (5) 원심이 환송 전 원심에 비하여 높은 형을 선고한 것이 불이익변경금지의 원칙에 반하는지 여부 등이다. 이하 차례로 판단한다.

2. 검사가 제출한 일부 증거의 증거능력

가. 425지논 파일 등

(1) 법원조직법 제8조는 '상급법원 재판에서 한 판단은 해당 사건에 관하여 하급심을 기속한다.'고 정하고, 민사소송법 제436조 제2항 후문은 상고법원이 파기의 이유로 삼은 사실상·법률상 판단은 하급심을 기속한다고 정하고 있다. 형사소송법에는 이에 상응하는 명문의 규정이 없지만, 위와 같은 법규정의 취지, 심급제도의 존재 이유, 대법원에서 상고이유를 판단하면서 사실인정에 관한 원심판결의 당부에 관하여 개입할 수 있는 점 등에 비추어 형사소송에서도 상고심 판결의 파기이유가 된 사실상의 판단도 기속력을 가진다고 보아야 한다. 따라서 상고심으로부터 형사사건을 환송받은 법원은 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제시되어 기속력 있는 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 생기지 않는 한 그 사건의 재판에서 상고법원이 파기이유로 제시한 사실상·법률상의 판단에 기속된다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008도10572 판결 등 참조).

(2) 원심은 다음과 같은 이유로 425지논 파일 등의 증거능력이 없다고 판단하였다.

425지논 파일 등은 전문증거로서 이에 대한 증거능력 유무를 판단하기 위해서는 구 형사소송법(2016. 5. 29. 법률 제14179호로 개정되기 전의 것. 이하 '구 형사소송법'이라 한다) 제313조 제1항이 적용되어야 한다. 425지논 파일 등은 작성자 공소외 2가 공판준비 또는 공판기일에서 한 진술로 진정하게 성립되었음이 증명되지 않고, 달리 구 형사소송법의 관련 규정상 증거능력을 인정할 만한 어떤 사정도 존재하지 않는다.

(3) 원심의 심리과정을 살펴보면, 위에서 본 이 부분 환송판결 판단의 기초가 된 증거관계를 변동시키는 새로운 증거가 제시되지 않았고, 증거능력과 관련된 검사의 기존 주장을 보완하는 정도의 심리만 이루어졌음을 알 수 있다. 따라서 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제시되어 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 생겼다고 볼 수 없다.

원심이 환송판결에서 파기이유로 제시한 사실상·법률상의 판단에 따라 425지논 파일 등의 증거능력을 배척한 것은 수긍할 수 있다. 이러한 판단에 검사가 상고이유로 주장하는 바와 같은 증거재판주의, 전문법칙, 환송판결의 기속력 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 공소외 1 주식회사로부터 임의로 제출받은 트위터 정보와 이를 기초로 취득한 증거

(1) 상고심에서 상고이유 주장이 이유 없다고 판단되어 배척된 부분은 그 판결 선고와 동시에 확정력이 발생하여 이 부분에 대해 피고인은 더 이상 다툴 수 없고, 또한 환송받은 법원으로서도 이와 배치되는 판단을 할 수 없다. 따라서 피고인으로서는 더 이상 이 부분에 대한 주장을 상고이유로 삼을 수 없다(대법원 2003. 2. 28. 선고 2002도3062 판결 등 참조). 이러한 사정은 확정력이 발생한 부분에 대하여 새로운 주장이 추가된 경우에도 마찬가지이다(대법원 2006. 6. 9. 선고 2006도2017 판결 등 참조).

(2) 피고인 2의 상고이유 주장은 위에서 보았듯이 이미 환송판결에 의하여 그 주장이 이유 없다고 배척되어 확정력이 발생하였으므로, 적법한 상고이유가 아니다.

다. 공소외 3 주식회사 등 빅데이터 업체로부터 취득한 트위터 정보

(1) 제1심은 '공소외 3 주식회사 등 빅데이터 업체가 수집하여 검사에게 제공한 트위

터 정보'가 트위터 사에 저장된 원본과 동일성이 있다고 판단하였는데, 원심도 제1심 판단이 옳다고 인정하여 피고인 2의 법리오해에 관한 항소이유 주장을 받아들이지 않았다. 그 이유로 빅데이터 업체의 트위터 정보 수집 과정이 기계적·일률적이고, 검사가 빅데이터 업체로부터 트위터 정보를 제공받는 과정도 이와 다를 바 없어 트위터 정보를 수집하거나 제공받는 과정에서 내용을 조작·변조하는 것이 사실상 불가능하다는 점 등을 들고 있다.

(2) 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 이러한 원심 판단에 피고인 2의 상고이유 주장과 같이 증거의 원본 동일성과 관련된 증거능력, 증명력에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

3. 사이버팀 직원들이 한 사이버 활동의 범위

가. 인터넷 게시글과 댓글 작성, 찬반클릭 행위

(1) 형사소송법 제307조 제1항, 제308조는 증거에 의하여 사실을 인정하되 그 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의하도록 정하고 있다. 이것은 법관이 증거능력 있는 증거 중 필요한 증거를 채택·사용하고 증거의 실질적인 가치를 평가하여 사실을 인정하는 것은 법관의 자유심증에 속한다는 것을 뜻한다(대법원 2015. 8. 20. 선고 2013도 11650 전원합의체 판결 등 참조).

(2) 제1심은 공소사실 기재 인터넷 게시글과 댓글 작성, 찬반클릭 행위가 모두 사이버팀 직원들이 한 것이라고 판단하였는데, 원심도 제1심 판단이 옳다고 인정하여 피고인들의 사실오인과 법리오해의 항소이유 주장을 받아들이지 않았다.

(3) 피고인 2의 이 부분 상고이유 주장은 결국 원심의 사실인정, 증거 선택과 증명력에 관한 판단을 다투는 것으로, 위에서 본 바와 같이 이미 환송판결에 의하여 그에 관

한 주장이 이유 없다고 배척되어 확정력이 발생한 사항에 관한 것이므로 적법한 상고 이유가 아니다.

원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보더라도, 이러한 원심 판단에 피고인 2의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

나. 트윗과 리트윗 활동

(1) 환송판결의 하급심에 대한 기속력은 파기의 이유가 된 원심판결의 사실상 판단이나 법률상 판단이 위법하다는 소극적인 면에서만 발생하므로, 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거나 이에 준하는 새로운 간접사실이 제시되는 등의 사유로 그 판단의 기초가 된 증거관계 등에 변동이 있었다면 기속력이 미치지 않는다. 따라서 환송 후 법원이 파기이유가 된 잘못된 판단을 피하여 새로운 증거 등에 따라 환송 전의 판결과 같은 결론은 물론이고(대법원 2016. 7. 29. 선고 2016도5365 판결, 대법원 2003. 2. 26. 선고 2001도1314 판결 등 참조), 그보다 무거운 결론을 내리더라도 위법하지 않다.

(2) 원심은, 환송판결에 의해 증거능력이 배척된 425지논 파일 등을 유죄의 증거로 사용할 수 없더라도, 적법하게 채택된 나머지 증거와 검사가 원심에서 새로 주장한 간접사실 등에 따라 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하여 공소사실에 기재된 트윗과 리트윗 활동 중 합계 295,636회를 사이버팀 직원들이 한 것으로 볼 수 있다고 판단하였다. 이에 따라 원심은 검사의 항소이유 주장 일부를 받아들여 그보다 적은 수만을 인정한 제1심판결을 파기하였다.

(가) 증거능력이 있는 증거로 사이버팀 직원들이 사용하였다고 인정되는 트위터 계정은 총 116개(이하 '기초계정'이라 한다)이다.

'트윗덱' 프로그램을 통해 위 기초계정과 20회 이상 같은 내용으로 동시에 트윗 또는 리트윗이 이루어진 계정(이하 '연결계정'이라 한다)들은 사이버팀 직원들이 사용한 계정으로 추단할 수 있다. 이러한 연결계정은 총 59개(이하 '1차 연결계정'이라 하고, 순서대로 '○차 연결계정'이라 한다)인데, 다시 같은 방법으로 위 1차 연결계정과 연결되어 트윗 또는 리트윗이 이루어진 2차 연결계정은 총 76개이다. 이러한 방식으로 8차까지 기초계정과 연결되어 트윗 또는 리트윗이 이루어진 계정들은 총 275개이다.

따라서 사이버팀 직원들이 사이버 활동에 사용한 계정이라고 검사가 주장한 트위터 계정 중 기초계정과 위 각각의 연결계정 수를 합한 391개(116개+275개)가 사이버팀 직원들이 사용·관리한 계정이고, 이를 사용하여 이루어진 합계 295,636회의 트윗과 리트윗 활동이 사이버팀 직원들이 한 사이버 활동이다.

(나) 그러나 '트위터피드(Twitterfeed)' 프로그램을 통해 위에서 본 것과 비슷한 방법으로 기초계정에 연결된 계정들은 컴퓨터프로그램의 특성 등에 비추어 사이버팀 직원들이 사용한 계정으로 볼 수 없다.

(3) 피고인 1, 피고인 2의 상고이유 주장과 위 인정 부분을 제외한 검사의 상고이유 주장은, 원심의 사실인정, 증거 선택과 증명력에 관한 판단을 다투는 것이거나 이미 환송판결로 그 주장이 이유 없다고 배척되어 확정력이 발생한 사항에 관한 것이므로, 적법한 상고이유가 아니다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보더라도, 검사가 제출한 증거 중 425지는 파일 등을 제외한 증거 등을 종합하여 이 부분 사이버 활동의 범위에 관하여 판단한 원심판결을 수긍할 수 있다. 이러한 판단에 위 피고인들과 검사의 상고이유 주장과 같은 증거재판주의, 전문법칙, 환송판결의 기속력 등에 대한 법리를 오해하거나

논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 판단을 누락한 잘못이 없다.

4. 이 사건 사이버 활동이 정치활동에 관여하는 행위와 선거운동에 해당하는지 여부
가. 국가정보원 직원의 직위 또는 공무원의 지위를 이용한 행위

(1) 구 공직선거법(2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되기 전의 것. 이하 '구 공직선거법'이라 한다) 제85조 제1항 전문은 '공무원은 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다.'고 정하고 있다. 여기에서 '공무원의 지위를 이용하여'라는 개념은 공무원이 개인의 자격으로서가 아니라 공무원의 지위와 결부되어 선거운동을 하는 행위를 뜻하는 것이다. 공무원의 지위에 있기 때문에 특히 선거운동을 효과적으로 할 수 있는 영향력 또는 편익을 이용하는 것을 의미하고, 구체적으로는 그 지위에 수반되는 신분상의 지휘감독권, 직무권한, 담당사무 등과 관련하여 공무원이 직무를 수행하는 사무소 내부 또는 외부의 사람에게 작용하는 것도 포함된다(대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결 등 참조).

구 국가정보원법(2014. 1. 14. 법률 제12266호로 개정되기 전의 것. 이하 '구 국가정보원법'이라 한다) 제9조 제1항은 '원장·차장과 그 밖의 직원은 정당이나 정치단체에 가입하거나 정치활동에 관여하는 행위를 하여서는 아니 된다.'고 정하고, 제2항은 '제1항에서 정치활동에 관여하는 행위란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.'고 정하면서, 그 제2호에서 '그 직위를 이용하여 특정 정당이나 특정 정치인에 대하여 지지 또는 반대 의견을 유포하거나, 그러한 여론을 조성할 목적으로 특정 정당이나 특정 정치인에 대하여 찬양하거나 비방하는 내용의 의견 또는 사실을 유포하는 행위'를 정하고 있다. 여기에서 '그 직위를 이용하여'는 구 공직선거법상 공무원의 선거운동

금지 규정에 있는 '공무원이 그 지위를 이용하여'와 같은 의미로 해석할 수 있다.

(2) 원심은 다음과 같은 이유를 들어 사이버팀 직원들의 이 사건 사이버 활동이 구 국가정보원법상의 '직위'를 이용한 행위와 구 공직선거법상의 '지위'를 이용한 행위에 해당한다고 판단하였다.

이 사건 사이버 활동 그 자체가 사이버팀의 고유한 업무였고, 사이버팀 직원들은 수시로 전달받는 '이슈와 논지'에 기재된 내용에 따라 그 업무로서 사이버 활동을 한 것이지, 개인의 자격에서 사이버 활동을 한 것이 아니다. 사이버팀 직원들은 국가정보원 직원으로서 급여를 받고 업무용 노트북 컴퓨터 등 각종 편익을 제공받아 업무에 이용하였다.

피고인 1이 국가정보원 심리전단 조직을 확대 개편함에 따라 사이버팀 직원들은 각 팀별로 인터넷 포털사이트, 커뮤니티, 트위터 등 담당 영역과 고유 업무를 구체적으로 부여받아 효율적이고 분업적으로 사이버 활동을 할 수 있었다. 또한 사이버팀 직원들은 사이버 활동을 효과적으로 하기 위한 기법이나 전략을 조직적으로 개발하고 공유하기도 하였으며, 심리전단에서 만든 업무매뉴얼, 사이버용어집 등의 자료를 업무에 활용하기도 하였다. 국가정보원의 인적·물적 자원을 이용하여 인터넷 게시글 등의 작성·전파 행위가 집단적·동시다발적으로 이루어짐으로써 사이버팀 직원들이 업무로 한 사이버 활동이 갖는 영향력이 전체적으로 커질 수 있었다.

이러한 사정을 모아보면 이 사건 사이버 활동은 비록 직원들의 신분이 드러나지 않았지만 개인적 자격이 아니라 공무원의 신분에서 인터넷 사이버 공간에서의 활동을 효과적으로 할 수 있는 영향력 또는 편익을 이용한 행위로 볼 수 있다.

(3) 원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은

원심의 판단에 피고인 2의 상고이유 주장과 같은 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 관련 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

나. 정치활동에 관여하는 행위

(1) 구 국가정보원법 제9조, 제18조는 국가정보원장을 포함한 직원들이 정치활동에 관여하는 행위를 엄격히 금지하면서, 이를 위반하여 정당이나 그 밖의 정치단체에 가입하거나 정치활동에 관여하는 행위(이하 '정치관여 행위'라고만 한다)를 한 사람에 대해서는 5년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처하도록 정하고 있다.

(2) 원심은 다음과 같은 이유로 사이버팀 직원들이 한 것으로 인정된 이 사건 사이버 활동 중 인터넷 게시글과 댓글 작성 2,027회, 찬반클릭 행위 1,200회, 트윗과 리트윗 활동 288,926회를 구 국가정보원법에서 정한 정치관여 행위에 해당한다고 판단하였다.

(가) 사이버팀 직원들에 의한 인터넷 게시글과 댓글 작성, 찬반클릭 행위, 트윗과 리트윗 활동(이하 통틀어 '인터넷 게시글 등'이라 한다) 중 그 내용이 특정 정당이나 정치인을 거명하면서 해당 정당 또는 정치인을 직접 지지하거나 반대하는 취지임이 명백한 경우, 그러한 행위는 위 관련 법령의 내용에 비추어 볼 때 정치관여 행위로서 국가정보원법 위반죄가 성립한다.

국정홍보 또는 현직 대통령을 지지·옹호하는 내용, 안보문제 또는 사망한 전직 대통령에 관한 인터넷 게시글 등도 그 내용이 특정 정당이나 정치인에 대한 지지 또는 반대로 이어지므로 국가정보원법에서 금지하고 있는 정치관여 행위에 해당한다.

찬반클릭은 특정한 인터넷 게시글에 대해 찬성 또는 반대의 의사를 표시하여 해당 글의 취지에 찬성하는 사람과 반대하는 사람의 인원수를 나타내게 하는 활동이다. 찬

반클릭의 대상이 된 원래의 인터넷 게시글이 특정 정당 또는 정치인에 관한 것이므로 이에 대한 찬성 또는 반대의 의견을 표시하는 것은 결과적으로 특정 정당 또는 정치인에 대하여 찬성 또는 반대의 의견을 표시하는 것과 같다. 그리고 사이버팀 직원들의 찬반클릭 중 야당 또는 야당 정치인을 지지하거나 여당 또는 여당 정치인을 반대하는 내용을 찾기 어려워 인터넷 게시글이나 댓글 작성의 경우와 마찬가지로 이러한 활동에 정치적 의도가 있는 것으로 볼 수 있다.

사이버팀 직원들은 정치관여 행위에 해당하는 사이버 활동을 할 당시 자신들의 행위가 특정 정당이나 정치인을 지지·반대하는 의견을 유도하는 행위에 해당하고 이러한 행위가 여론조성의 목적으로 이루어진다는 점을 미필적으로라도 인식하였다고 보인다.

(나) 그러나 사이버팀 직원들의 사이버 활동 중에는 특정한 정당 또는 정치인을 지지·찬양하거나 반대·비방하는 내용으로 보기 어려운 부분이 있고, 공소외 4 서울특별시 교육감 등 진보 성향으로 분류된 교육감들의 학교 무상급식 정책 추진 등과 관련하여 단순히 교육감을 지지하거나 반대하는 내용에 불과한 부분도 있다. 이러한 부분은 구 국가정보원법 제9조 제2항 제2호에서 정한 정치관여 행위에 해당한다고 볼 수 없다.

(3) 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 피고인 2, 피고인 3과 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다. 그리고 위에서 본 법률과 관련 법리에 따르면 위와 같은 원심의 판단에 위 피고인들의 상고이유 주장과 같이 구 국가정보원법 제9조 제2항 제2호의 해석에 관한 법리를 오해하거나, 검사의 상고이유 주장과 같이 교육감이 정치활동을 하는 자에 해당하는지에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

다. 선거운동

(1) 구 공직선거법 제85조 제1항에서 공무원들이 그 지위를 이용해서 선거운동을 하는 것을 엄격히 금지하는 이유는 이른바 관련선거 또는 공적 지위에 있는 자의 선거개입 여지를 철저히 차단함으로써 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도17828 판결 등 참조).

'선거운동'은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는데, 이에 해당하는지는 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다. 따라서 행위 당시의 상황에서 그와 같은 목적의사를 실현하려는 행위로 인정되지 않는데도 행위자가 주관적으로 선거를 염두에 두고 있었다거나 행위의 결과가 단순히 선거에 영향을 미친다거나 또는 당선이나 낙선을 도모하는 데 필요하거나 유리하다고 해서 선거운동에 해당한다고 할 수 없다. 또 선거 관련 국가기관이나 법률전문가의 관점에서 사후적·회고적인 방법이 아니라 일반인, 특히 선거인의 관점에서 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단하여야 하므로, 선거인이 행위 당시의 상황에서 그러한 목적의사가 있음을 알 수 있는지를 살펴보아야 한다(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 목적의사는 특정한 선거에 출마할 의사를 밝히면서 그에 대한 지지를 부탁하는 등의 명시적인 방법뿐만 아니라 당시의 사정에 비추어 선거인의 관점에서 특정 선거에서 당선이나 낙선을 도모하려는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 정도에 이른 경우에도 인정할 수 있다. 이러한 목적의사가 있었다고 추단하려면, 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다거나 선거에 관한 사항이 행위의 동기가 되었다는 사정만으로는 부족하고 특정 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한

객관적인 사정에 근거하여야 한다. 특히 행위를 한 시기가 선거일에 가까우면 가까울수록 명시적인 표현 없이도 다른 사정을 통하여 선거에서 당선 또는 낙선을 도모하는 의사가 있다고 인정할 수 있으나, 선거로부터 시간적으로 멀리 떨어진 행위라면 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다는 것만으로 선거에서 당락을 도모하는 의사가 표시된 것으로 인정될 수는 없다(위 대법원 2015도11812 전원합의체 판결, 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017도3449 판결 등 참조).

위와 같은 선거운동의 판단 기준은 개인뿐 아니라 단체의 행위에 대해서도 그대로 적용되므로, 단체가 그 지향하는 목적에 따른 활동이 그 단체가 기존에 행하던 활동의 연장선상에서 이루어진 것이더라도 그 활동에서 선거운동의 성격이 인정된다면 마땅히 공직선거법에 의한 규제를 받아야 한다(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결 참조).

(2) 원심은 다음과 같은 이유로 선거운동으로 공소가 제기된 사이버 활동 중 인터넷 게시글과 댓글 작성 93회, 찬반클릭 행위 1,003회, 트윗과 리트윗 활동 106,513회는 공무원인 사이버팀 직원들이 한 선거운동에 해당하지만, 나머지는 이에 해당하지 않는다고 판단하여, 이 부분 공소사실 전부를 무죄로 인정한 제1심을 파기하였다.

제18대 대통령선거에서 박근혜 후보 출마선언일(2012. 7. 10.) 이후 박근혜 후보를 지지하거나, 새누리당 후보자 확정일(2012. 8. 20.) 이후 새누리당을 지지하는 내용의 인터넷 게시글 등과 문재인, 이정희, 안철수 후보의 각 출마선언일(순서에 따라 2012. 6. 17., 2012. 9. 25., 2012. 9. 19.) 이후 위 후보들을 반대하거나, 민주통합당과 통합진보당의 각 후보자 확정일(순서에 따라 2012. 9. 16., 2012. 10. 20.) 이후 위 정당들을 반대하는 내용의 인터넷 게시글 등은 선거운동에 해당한다(다만 이정희 후보는 2012.

12. 16. 후보에서 사퇴하였으므로 그 이후에는 선거운동이 성립할 수 없다).

위 시기에 이루어진 인터넷 게시글 등도 그 내용이 특정한 정당 또는 정치인에 관한 것이 아니라면 선거운동으로 인정할 수 없으나, 그 이외의 인터넷 게시글 등 사이버 활동은 제18대 대통령선거와 관련하여 당시 여당인 새누리당과 그 소속 박근혜 후보의 당선을 도모하거나 야당인 민주통합당과 그 소속 문재인 후보, 통합진보당과 그 소속 이정희 후보, 무소속 안철수 후보의 낙선을 도모하는 목적의사가 객관적으로 인정되는 행위에 해당하여 선거운동으로 볼 수 있다.

(3) 이 사건 사이버 활동은 국가권력기관인 국가정보원의 예산과 활동 역량을 배경으로, 소속 직원들이 조직 내부의 엄격한 지휘·보고 체계에 따라 업무수행의 일환으로 한 조직적·계획적 행위이다. 더구나 특정 후보자가 출마선언을 하거나 특정 정당이 대통령선거 후보자를 확정된 이후에는 위 직원들은 공무원으로서 엄정하게 정치적 중립을 지켜야 하는데도 그 지위를 이용하여 특정 후보자나 특정 정당에 대하여 찬양·지지 또는 비방·반대를 하는 사이버 활동을 집단적·동시다발적으로 수행하였다. 이러한 사정에 비추어 원심이 선거운동에 해당한다고 인정한 사이버 활동에는 선거인의 관점에서 객관적으로 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 있다고 볼 수 있다.

원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 선거운동 해당 여부에 관한 원심판결의 이유 설시에 다소 적절하지 않은 부분이 있으나, 피고인들에 대한 이 부분 공소사실 중 일부에 대해 유죄로 판단한 원심의 결론은 수긍할 수 있다. 원심의 판단에 피고인들과 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 선거운동에 관한 법리를 오해하거나 직접주의를 위반하는 등의 잘못이 없다.

라. 직무 범위 내의 정당한 활동

(1) 구 국가정보원법 제3조 제1항 제1호는 '국외 정보 및 국내보안정보(대공, 대정부 전복, 방첩, 대테러 및 국제범죄조직)의 수집·작성 및 배포'를 국가정보원의 직무 중 하나로 정하고 있다. 이와 관련하여 구 '방첩업무 규정'(2014. 11. 19. 대통령령 제25751호로 개정되기 전의 것. 이하 '구 방첩업무 규정'이라 한다) 제2조 제1호는 '방첩이란 국가안보와 국익에 반하는 외국의 정보활동을 찾아내고 그 정보활동을 견제·차단하기 위하여 하는 정보의 수집·작성 및 배포 등을 포함한 모든 대응활동을 말한다.'고 정하고 있다. 구 '정보 및 보안업무 기획·조정 규정'(2014. 11. 19. 대통령령 제25751호로 개정되기 전의 것. 이하 '구 정보 및 보안업무 기획·조정 규정'이라 한다) 제2조 제2호는 '국내보안정보라 함은 간첩 기타 반국가활동세력과 그 추종분자의 국가에 대한 위해 행위로부터 국가의 안전을 보장하기 위하여 취급되는 정보를 말한다.'고 정하고 있다.

(2) 원심은 다음과 같은 이유로 이 사건 사이버 활동이 구 국가정보원법 제3조 제1항에 규정된 직무범위, 즉 '국내보안정보의 배포' 행위에 포함되지 않으므로 국가정보원법에 따른 직무범위 내의 정당한 행위로 볼 수 없다고 판단하였다.

(가) 사이버팀 직원들이 이 사건 사이버 활동을 통해 작성·배포한 인터넷 게시글 등은 구 국가정보원법 제3조 제1항 제1호의 대공, 대정부전복, 방첩 정보 등 국내보안정보에 해당한다고 볼 수 없다.

(나) 이 사건 사이버 활동은 사이버팀 직원들이 자신들의 신분을 감춘 채 마치 일반인인 것처럼 가장하여 인터넷 공간에서 글을 작성하여 게시하거나 찬반클릭 행위, 트윗과 리트윗 활동을 한 것이다. 이러한 행위는 그 동기나 목적과 상관없이 국민의 건

전한 여론조성 과정에 국가기관이 몰래 개입한 것으로, 국내보안정보의 적법한 작성 또는 배포를 위한 직무상 행위라고 볼 수 없다.

(다) 국가정보원은 북한의 사이버 공간상 선전 활동에 대응하거나 북한을 일방적으로 추종하는 세력을 확인하거나 제지할 필요가 있다면, 그에 대한 정확한 정보를 수집하여 이를 일반 국민들에게 알리거나 유관기관에 배포하여 이를 견제하거나 차단할 수 있다. 또한 필요에 따라서는 국가정보원법에서 부여된 수사권을 행사하는 방법으로 그 업무를 적법하게 수행할 수 있다.

이 사건 사이버 활동은 위와 같이 국내보안정보의 '배포'행위에 해당하지 않음은 물론, 심리전단의 조직적인 활동으로서 개인과 정당의 정치적 의사형성의 자유와 정치활동의 자유를 침해할 위험을 초래하였고, 다른 적법한 방법으로 업무를 수행하는 것이 불가능하지도 않으므로 정당행위의 요건을 갖추었다고 볼 수도 없다.

(라) 이 사건 사이버 활동이 구 국가정보원법 제3조 제1항에서 정한 직무범위에 포함되지 않는 이상 구 방첩업무 규정과 구 정보 및 보안업무 기획·조정 규정을 들어 이러한 행위가 국가정보원의 적법한 직무범위에 포함된다고 볼 수는 없다.

(3) 원심판결 이유를 위에서 본 규정과 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 피고인 2, 피고인 3의 상고이유 주장과 같이 국가정보원의 직무범위, 정당행위에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

5. 공동정범의 성립 여부

가. 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위 지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 않은 사람도 위 요건의 충족 여부에 따라

이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수 있다. 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 않은 공모자가 공모공동정범으로 인정되기 위해서는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위·역할, 범죄 경과에 대한 지배나 장악력 등을 종합하여 그가 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재한다고 인정되어야 한다(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도3544 판결 등 참조).

공모공동정범의 경우 범죄의 수단과 모습, 가담하는 인원과 그 성향, 범행 시간과 장소의 특성, 범행과정에서 타인과의 접촉 가능성과 예상되는 반응 등 여러 상황에 비추어, 공모자들이 공모한 범행을 수행하거나 목적을 달성하고자 나아가는 도중에 부수적인 다른 범죄가 파생되리라고 예상하거나 충분히 예상할 수 있는데도 그러한 가능성을 외면한 채 이를 방지하기에 충분한 합리적인 조치를 취하지 않고 공모한 범행에 나아갔다가 결국 그와 같이 예상되던 범행들이 발생하였다면, 비록 그 파생적인 범행 하나 하나에 대하여 개별적인 의사의 연락이 없었더라도 당초의 공모자들 사이에 그 범행 전부에 대하여 암묵적인 공모는 물론 그에 대한 기능적 행위지배가 존재한다고 보아야 한다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010도7412 판결 등 참조).

2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 충분하다. 비록 전체의 모의과정이 없더라도 여러 사람 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립한다. 이러한 공모관계를 인정하기 위해서는 엄격한 증거가 요구되지만, 피고인이 범죄의 주관적 요소인 공모관계를 부인하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없다. 이때 무엇이 상당한 관련

성이 있는 간접사실에 해당할 것인지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력으로 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법으로 하여야 한다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도9721 판결, 대법원 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결 등 참조).

나. 원심은, 피고인들이 정치관여 행위로 인한 국가정보원법 위반과 선거운동으로 인한 공직선거법 위반에 관하여 범행을 직접 실행한 사이버팀 직원들과 순차 공모하여 범행에 대한 기능적 행위지배를 함으로써 위 범행에 가담하였다고 판단하였다.

(1) 이와 관련하여 원심판결 이유에서 인정하고 있는 사실은 다음과 같다.

(가) 국가정보원은 원장 1인을 정점으로 엄격한 상명하복 관계가 존재하는 정보기관이고, 그 소속 직원들이 국가정보원장 또는 그들의 상급자로부터 순차 하달되는 업무상 지시·명령에 복종하여 이를 이행한다.

심리전단은 국가정보원 3차장 산하 조직으로서 원장, 3차장, 심리전단장 순으로 하행의 지시·명령 계통을 형성하고, 심리전단 산하 4개의 사이버팀에는 각 1명의 팀장 아래 4개의 파트가 있고, 다시 파트별로 1명의 파트장과 4명의 파트원이 있어, 그 내부적으로 심리전단장, 팀장, 파트장, 파트원 순으로 하행의 지시·명령 계통이 있다.

(나) 피고인 1은 국가정보원장 후보자에 대한 국회 청문회 준비 과정에서 국가정보원으로부터 부서별 자료를 보고받았고, 취임 직후에도 심리전단의 주요 업무 보고 자료를 통하거나 부서별 보고서를 받아 보는 과정에서 심리전단이 북한을 상대로 한 사이버 심리전을 전개하면서 국정홍보 등의 활동도 하고 있다는 사실을 알고 있었다.

피고인 1은 취임 직후인 2009. 3. 4.경 심리전단을 국정원 3차장 산하 독립부서로 편제함과 아울러 그 산하 사이버팀을 기존 1개에서 2개로 증설하였고, 2010. 10. 4.경 다

시 사이버팀 1개를 증설하여 총 3개 팀을 운영하다가, 제18대 대통령선거가 실시되는 해인 2012. 2.경 트위터 활동만을 전담하는 사이버팀인 '안보5팀'을 증설하여 최종적으로 4개의 사이버팀을 운영하였다. 특히 안보5팀의 증설은 피고인 1의 독자적 판단에 따라 이루어진 것이다.

피고인 2, 피고인 3도 취임 당시 사이버팀 업무 관련 보고를 받았다. 특히 피고인 2는 과거 합동참모본부 민군심리전부장으로 근무한 경력이 있어 사이버 공간에서의 심리전에 대해 경험이 있었고, 피고인 3은 국가정보원에서 25년 이상 재직해 온 사람으로서 그 내부 조직과 부서별 업무를 잘 알고 있었다.

(다) 국가정보원은 피고인들과 주요 간부들이 참석한 가운데 매월 개최되는 '전(全)부서장회의'(이하 '전부서장회의'라 한다), 매일 오전에 진행되는 '정무직 회의'와 '모닝브리핑' 등 내부 회의를 통하여 원장의 지시를 본원과 각 지부의 직원들에게 전달하고, 원장에게 부서별 업무 보고를 하였다. 그중 전부서장회의는 매월 1회 이상 피고인들을 포함한 국가정보원 주요 간부 직원들이 모두 참석하는 정기 회의로서 원장이 모두 발언을 한 다음 부서별 보고, 지부별 보고, 현안 보고와 참석자 토론을 거쳐 원장의 마무리 발언 순서로 진행된다. 원장이 회의에서 한 발언 내용은 그대로 녹취·보관되고, 그 발언의 주된 내용을 따로 정리한 '전부서장회의시 원장 지시·강조말씀'(이하 '원장 지시 강조말씀'이라 한다)은 국가정보원 내부 전산망에 공지함으로써 모든 직원이 열람할 수 있도록 하였다.

피고인 1은 전부서장회의에서 반복적으로 이명박 대통령 취임에 따른 정권 교체가 있기까지 과거 10년 동안의 정권을 사실상 '좌파정권'으로 규정하고, 그러한 과거 정권을 계승하려는 야당 또는 야당 소속이나 성향인 정치인들의 주장이나 정책을 일방적으

로 비판하면서 이들을 이른바 '중복세력' 또는 '중복좌파'로 규정하며, 향후 실시될 각종 선거에서 가장 경계해야 할 대상으로 지적하는 발언을 하였다.

위 피고인은 그 무렵 이미 실시되었거나 임박한 대통령선거, 국회의원선거, 지방자치단체선거 등 각종 선거의 실시 결과에 따른 정치적 파급 효과를 강조하면서, 만일 야당 또는 그 소속이나 성향의 정치인인 후보자가 선거에서 대거 승리하고 그에 따라 정권이 교체되는 상황에 이를 경우 국가정보원의 입지가 불리해지거나 경우에 따라서는 국가정보원이 폐지됨으로써 소속 직원들이 불이익을 받거나 그 신분이나 지위가 불안해질 수 있다는 취지의 발언을 함으로써 직원들의 위기감을 조성하였다. 이에 반하여 집권여당 또는 그 소속이나 성향의 정치인을 일방적으로 찬성·옹호하고, 4대강 사업, 세종시 수정안 등 각종 국책사업 추진, 국가 신용등급 상향조정, G20 정상회의 개최 등을 포함한 정부의 각종 경제성과, 외교성과 등에 관하여 인터넷 SNS 등을 이용하여 국가정보원 차원에서 적극적으로 홍보하여 우호적인 여론을 조성할 것을 강조하며, 이에 대해 반대하거나 비판적인 야당 또는 위 '중복세력' 등에 대해서는 각종 수단을 동원해 선제적인 공격과 압박에 나설 것을 독려하는 발언을 하였다.

피고인 3은 전부서장회의에서 피고인 1이 한 발언을 사이버팀의 각 팀장을 통하여 파트원들에게 전달하고, 심리전단 차원에서 '원장님 지시사항 이행실태', '심리전단 활동방식 쇄신과제 이행실태' 등 문건을 따로 작성·관리하면서 그 이행 상황을 수시로 점검하였다.

(라) 사이버팀 직원들은 매일 아침 당일의 '이슈와 논지'를 전달받아 그에 따라 사이버 활동을 하였다. '이슈'는 단어 형태로 된 글의 주제이고, '논지'는 해당 이슈에 대한 글 작성 방향 등으로 대개 2~3줄로 되어 있었다. 국가정보원의 '사이버 활동 이슈 선

정 및 대응활동 절차'라는 내부 문건에는 '국가정보원 지휘부 및 부서 간부회의에서 거론되는 현안, 북한 및 중북 사이트 모니터링 결과, 국내 포털사이트나 언론에서 제기되는 북한 및 안보관련 현안을 이슈로 선정하여 작성하되, 특히 전부서장회의 시 피고인 1의 지시사항과 북한·안보 관련 이슈는 지속적으로 이슈와 논지로 선정한다.'고 기재되어 있다. 이러한 내용의 '이슈와 논지'는 매일 아침 안보1팀의 담당자가 작성하여 피고인 3에게 보고하였고, 피고인 3이 각 팀장들에게 구두 또는 서면으로 이를 전달하고, 팀장들을 통해 각 파트원에게 전달하였다.

사이버팀 직원들은 '이슈와 논지'를 받은 다음 업무용으로 지급받은 노트북 컴퓨터 등을 이용하여 각자 사이버 활동을 전개하고, 사이버 활동 내역을 각 파트장과 팀장에게 보고하였다. 팀장에게 보고된 파트원들의 사이버 활동 실적 등은 심리전단 안보1팀에서 다시 종합하여 피고인 3에게 보고하였고, 피고인 3은 이를 검토하여 보고의 필요성이 있는 사항은 3차장인 피고인 2에게 보고하였으며, 피고인 2는 그 내용을 다시 선별하여 피고인 1에게 보고하였다.

(마) 피고인 1은 국가정보원 내부의 정기적인 회의를 통한 업무지시 방법 이외에도 심리전단의 사이버 활동과 관련하여 현안이 발생하면 직접 또는 피고인 2를 통하여 피고인 3에게 특정 이슈에 대한 대응이 필요하다고 지시하고 그에 대한 보고를 받기도 하였다. 실제로 2012. 8. 27. 국제신용평가기관인 무디스가 우리나라의 국가 신용등급을 상향조정한 것을 홍보하라는 피고인 1의 지시가 내려지자, 심리전단 안보3팀 직원들은 인터넷 사이트에 우리나라의 국가 신용등급 상향조정을 홍보하는 글을 게시하였다.

국가정보원에서 2011. 11.경 작성하여 청와대에 보고한 것으로 보이는 '2040세대의

대정부 불만 요인 진단 및 고려사항' 문건에는 국가정보원이 여론조사기관에 의뢰하여 2011년 서울시장 재보선에서 여당 소속 후보자가 패배한 요인을 분석하고 그에 대한 대응방안을 모색하는 내용이 기재되어 있다. 위 문건과 함께 보고된 것으로 보이는 'SNS의 선거 영향력 진단 및 고려사항' 문건에는 '야당 및 좌파에 압도적으로 점령당한 SNS 여론 주도권을 여당이 확보하는 작업에 매진하여 2012년 총선 및 대선에서 허위 정보 유통, 선동에 따른 민심 왜곡을 차단해야 한다.'고 기재되어 있다.

(2) 위와 같은 사실을 전제로, 피고인별로 위 공소사실 인정에 관건이 되는 공모관계의 존재에 관한 원심 판단의 요지는 다음과 같다.

(가) 피고인 3

피고인 3은 심리전단장으로 재직하면서 업무매뉴얼 등을 통하여 사이버팀 직원들을 직접 지시·감독하고, 일종의 세부 업무 지침으로서 '이슈와 논지'의 작성에 관여하면서 사이버팀 직원들에게 이를 전달하였다. 사이버팀 직원들이 피고인 3의 지시에 해당하는 심리전단의 업무매뉴얼과 '이슈와 논지'를 바탕으로 인터넷 게시글 등을 작성하였으므로, 피고인 3은 이 사건 사이버 활동에서 필요불가결한 역할을 하였다.

피고인 3은 사이버팀의 각 팀장, 파트장들을 통하여 이 사건 사이버 활동 내역을 보고받아 파악하고 있었고, 이를 승인한 다음 순차로 피고인 2, 피고인 1에게 그 내용을 보고하였으며, 다시 피고인 1, 피고인 2의 지시를 받아 사이버팀에 전달함으로써 지시사항을 이행하는 데 중요한 역할을 담당하였다.

이러한 피고인 3의 지위와 역할이나 구체적인 행위 내용에 비추어 볼 때, 피고인 3은 이 사건 사이버 활동에 의한 정치관여 행위는 물론, 선거운동의 범죄 실행의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 기능적 행위지배를 하였고, 사이버

팀 직원들과의 공모관계도 넉넉히 인정된다. 다만 피고인 3의 심리전단장 취임 전에 사이버팀 직원들에 의해 이루어진 범행 부분에 대해서는 공모관계를 인정할 수 없다.

(나) 피고인 2

피고인 2는 3차장에 취임한 다음 직속인 심리전단 산하 사이버팀의 업무 내용을 파악하고 있었고, 부하 직원인 피고인 3으로부터 사이버팀의 활동 내역을 보고받고 이를 승인한 다음 피고인 1에게 보고하였으며, 피고인 1의 지시를 받아 피고인 3을 통해 심리전단과 사이버팀에 전달하는 등 지시사항을 이행하는 데 중요한 역할을 하였다.

이러한 피고인 2의 지위와 역할이나 구체적인 행위 내용에 비추어 볼 때, 피고인 2는 사이버팀 직원들에 의한 범행의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 기능적 행위지배를 하였다고 인정된다. 비록 피고인 2와 사이버팀 직원들 사이에 직접적인 모의가 없었더라도, 심리전단장인 피고인 3의 지시와 보고를 통하여 순차 공모를 한 이상 피고인 2에 대해서도 사이버팀 직원들의 범행에 대한 공모관계를 인정할 수 있다. 다만 피고인 2의 3차장 취임 전에 사이버팀 직원들에 의해 이루어진 범행에 대해서는 공모관계를 인정할 수 없다.

(다) 피고인 1

피고인 1은 국가정보원의 수장으로서 취임 당시부터 사이버팀의 업무 내용을 인식하고 있었을 뿐만 아니라 이후 지휘 계통에 따라 심리전단장인 피고인 3, 3차장인 피고인 2를 거쳐 사이버팀의 활동 상황을 수시로 보고 받았고, 때로는 특정한 사안에 관한 심리전단의 활동을 직접 지시하여 그 이행 상황을 보고받기도 하였다.

피고인 1은 전부서장회의에서 인터넷 사이버 공간에서의 적극적인 활동을 여러 차례 지시하면서 트위터만을 전담하는 안보5팀을 창설하기도 하는 등 사이버팀의 조직을 적

극적으로 확대 개편하였다.

특히 피고인 1은 집권여당의 정책적 성과를 홍보하고 과거 정권이나 이와 연계된 야당 또는 그 소속 정치인의 주장을 비판하면서 이들을 공박하도록 여러 차례에 걸쳐 지속적으로 지시하였다. 이러한 지시사항은 사이버팀의 '이슈와 논지'에 충실히 반영되어 결국 사이버팀 직원들이 사이버 활동을 하는 데 기본 지침이 되었다.

이러한 사정과 국가정보원의 엄격한 상명하복 관계에서 그 수장인 피고인 1이 가지는 조직 장악력 등을 종합하면, 피고인 1이 비록 개별적 범행을 지시하지 않았더라도, 사이버팀의 활동 내역을 보고받으면서 활동을 승인하고 나아가 사이버팀 조직을 관리·확대하면서 사이버 활동의 구체적 내용에까지 막대한 영향을 미친 이상, 피고인 1은 범행의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 촉진하는 등으로 기능적 행위지배를 하였다고 인정할 수 있다.

또한 피고인 1과 사이버팀 직원들 사이에 직접적인 접촉이나 모의가 없었더라도, 심리전단장인 피고인 3과 실행행위자인 사이버팀 직원들의 직접적인 공모관계가 있었고 피고인 1이 지휘 계통에 따라 피고인 2를 거쳐 피고인 3과 지시·보고를 통하여 순차 공모한 이상, 피고인 1에 대해서도 사이버팀 직원들의 범행에 대한 공모관계를 인정할 수 있다.

다. 그 밖에 원심판결 이유와 증거에 따르면 공모관계에 관하여 다음과 같은 사정이 추가로 인정된다.

(1) 피고인 1이 전부서장회의에서 한 발언의 요지를 정리한 '원장 지시강조말씀'은 그 자체가 업무상 지시에 해당한다. 이를 원론적인 운영방침이라거나 업무상의 참고사항일 뿐이라고 볼 수 없다. 피고인 1의 구체적인 지시 내용, 사이버 활동의 전개 과정,

그에 따라 작성·게시된 인터넷상의 게시글과 댓글, 찬반클릭, 트윗과 리트윗의 구체적인 내용, 정보기관에 소속된 사이버팀 직원들의 업무수행 방식과 국가정보원 내부의 엄격한 지휘·감독 체계 등을 종합하면, 사이버팀 직원들의 활동은 피고인 1의 지시에 따른 것임이 인정되고 위 활동을 사이버팀 직원들의 개인적인 일탈행위라고 볼 수 없다.

(2) 이 사건에서 피고인 1, 피고인 2가 다른 공범들과 선거운동에 부정하게 가담하였는지 여부가 문제된 선거는 대통령선거이다. 국민이 직접 선출하는 대통령은 국가원수이자 행정부의 수반으로서 우리나라를 대표하고 국정을 총괄하는 막중한 지위에 있다(헌법 제66조). 대통령 선출 과정은 선거 국면에 본격적으로 돌입하기 전부터 전체 국민의 지대한 관심의 대상이고, 기성 정당 대부분이 그 절차에 참여한다. 대통령선거의 실시 일정은 선거인 누구나 쉽게 예측할 수 있음은 물론, 국회의원선거 등 다른 선거와는 달리 전국이 하나의 선거구이기 때문에 각각의 정당과 그 공천을 받은 후보자는 전체 선거인을 상대로 자신에 대한 지지를 호소하게 된다. 따라서 대통령선거가 얼마 남지 않아 가시화된 때라면 후보자 공천이 예상되는 특정 정당을 지지·옹호하거나 반대·비난하는 인터넷 게시글 등을 작성하는 행위는 선거인의 관점에서 객관적으로 보아 대통령선거에서 그 정당의 공천을 받아 출마할 후보자의 당선이나 낙선을 직접 목적으로 하는 행위로 받아들여질 수 있다.

대통령선거의 위와 같은 특성에 비추어 볼 때, 피고인 1이 전부서장회의 등에서 여러 차례에 걸쳐 대통령선거를 통해 집권여당에 맞서 정권교체를 시도하는 야당과 그러한 성향의 정치세력에 대해 공박할 것을 지시한 것은 다가올 제18대 대통령선거에서 야당 공천을 받을 후보자의 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는

행위를 실행하려는 것으로 사이버팀 직원들과의 공모를 인정하는 근거가 될 수 있다.

(3) 피고인 1은 2012. 2. 17.자 전부서장회의에서 2012년이 국회의원선거와 대통령선거가 있는 해라는 사실을 강조하면서, 이른바 '중복좌파'가 북한과 연계하여 정권 교체를 시도하려고 한다는 식으로 야당측의 선거 승리에 대해 강한 우려를 표시하고 국가정보원 차원에서 그에 대한 적극적인 대응을 할 것을 직원들에게 지시하는 발언을 하였다. 그 직후 자신의 주도로 사이버팀 내 안보5팀을 추가로 신설하여 이 사건에서 공직선거법 위반죄에 해당하는 사이버 활동 중 거의 대부분을 차지하는 인터넷을 통한 트윗과 리트윗 활동을 전담하도록 하였다. 또한 사이버팀 소속 공소외 5는 2011년 말경 국가정보원 직원이 아닌 공소외 6으로 하여금 안보3팀이 하던 사이버 활동을 분담하게 하였고, 공소외 6은 국가정보원의 예산으로 월평균 300만 원씩을 보수로 지급받았는데, 그에 대해서는 공소외 5를 통해 상급자에게 정식으로 보고하여 승인까지 받았다. 이러한 점에 비추어 피고인 1은 적어도 2012. 2.경부터는 다가오는 대통령선거와 관련하여 사이버팀이 전개할 사이버 활동에 관심을 갖고 그 조직이나 운영에도 관여하고 있었다고 볼 수 있다.

(4) 제18대 대통령선거 국면이 본격적으로 전개된 2012. 7. 10.경부터 대통령선거가 실시된 2012. 12.경까지 선거운동 등에 해당한다고 인정된 사이버 활동에 관해서는 피고인 1이 전부서장회의에서 한 발언이나 지시에 따른 것인지 여부를 구체적으로 확인할 수 있는 회의록이 증거로 제출되어 있지는 않다. 그러나 피고인 1이 전부서장회의에서 한 발언 그 자체는 아니더라도 주요한 내용이 지시사항 형태로 정리된 '원장 지시강조말씀'이 증거로 제출되어 있고, 그 기재 내용에 비추어 위 피고인은 위 기간 중에도 집권여당 후보자에게 유리한 방향의 사이버 활동을 할 것을 직원들에게 강조하였

다고 볼 수 있다.

(5) 2012. 8. 17. 이후 작성된 '원장 지시강조말씀'에는 피고인 1이 야당이나 야당 후보자에 대한 공개적인 비판이나 공격을 지시한 내용은 줄어들고 제18대 대통령선거에서 중립성을 강조하는 듯한 발언을 하였다는 기재가 일부 포함되어 있다.

그러나 그 전체적인 내용을 전후의 문맥에 비추어 면밀히 살펴보면, 정도에 차이가 있을 뿐 대통령선거를 앞두고 집권여당 후보자에게 유리한 방향으로 선거 개입 활동을 계속할 것을 지시하는 내용으로서 종전 입장에서 방향을 바꾼 것으로 볼 수는 없다. 선거에서 중립성을 강조하는 듯한 발언도 국가정보원이 정보기관으로서 활동방식을 좀 더 은밀하게 하는 것으로 개선함으로써 논란에 휩싸이지 않도록 직원들을 독려하는 취지로 볼 수 있다. 따라서 피고인 1이 대통령선거에 임박하여 종전과는 다른 입장에서 국가정보원의 정치적 중립성을 강조하고 사이버팀 직원들의 기존 활동을 자제시키려 하였다고 볼 수는 없다.

한편 주요 야당인 민주통합당 소속 국회의원들이 2012. 8.경 국회 정보위원회 회의와 2012. 10.경 국가정보원에 대한 국정감사에서 피고인 1, 피고인 3에게 국가정보원 직원들의 사이버 활동에 대한 질의를 하거나 문재인 후보를 비방하는 댓글 활동을 하는 것이 아니냐는 취지의 질문을 하였다. 이처럼 국가정보원은 기관 차원에서 이미 외부로부터 두 차례나 그 소속 사이버팀 직원들에 의한 선거부정 가능성에 관한 구체적 의심을 받는 상황이었다. 그러한 상황에서 피고인들은 사이버팀 직원들의 활동이 적정한지를 자체적으로 점검하고 선거부정의 의심을 받을 만한 행위가 있었는지를 확인하는 등 필요한 조치를 취한 흔적이 없다.

(6) 피고인 3은 2012. 8. 24. 파트원회의에서 '심리전단이 하고 있는 업무 중에 법규

에 저촉되는 것은 없으니, 쫓지 말고 당당하게 일할 것', 2012. 9. 14. 파트원회의에서 '100여일 앞으로 다가온 대선과 관련, 정치권 등 외부요인에 휘둘리지 말아야 할 것이며, 쫓지 말고 우리의 할 일을 당당하게 해야 함' 등 정치권의 위와 같은 의혹 제기에는 따른 사이버팀 직원들의 동요를 막고 사이버 활동을 중단 없이 계속할 것을 주문하는 지시를 반복하였다. 피고인 1이 2012. 11. 23. 전부서장회의에서 발언한 요지가 정리된 '원장 지시강조말씀'에도 '선거가 얼마 남지 않았는데, 직원들이 해야 할 일을 당당하게 하되, 사소한 일에서 물의가 발생하지 않도록 관리에 만전을 기해 주기 바람'이라는 취지로 피고인 3의 위 발언과 비슷한 내용이 포함되어 있다.

따라서 이 사건에서 선거운동에 해당한다고 인정되는 사이버 활동은 피고인 1이 피고인 2, 피고인 3으로 순차 이어지는 지시·명령의 체계를 통해 사이버팀의 실제 활동 내용을 구체적으로 인식하고 그 활동 내용과 강도에 대해 직접적 지시와 통제를 하는 가운데 이루어졌다고 볼 수 있다.

라. 원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거, 위와 같이 추가로 인정되는 사정 등에 비추어 살펴보면, 원심의 결론은 정당한 것으로 받아들일 수 있다. 원심의 판단에 피고인들의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공모공동정범의 성립, '의심스러울 때는 피고인의 이익으로'라는 형사법의 기본원칙, 불고불리의 원칙에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

6. 그 밖의 상고이유

가. 위법성 인식

(1) 형법 제16조는 '법률의 착오'라는 제목으로 '자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 않는다고 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 않는

다.'고 정하고 있다. 이는 일반적으로 범죄가 성립하는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 따라 허용된 행위로서 죄가 되지 않는다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 처벌하지 않는다는 뜻이다. 이러한 정당한 이유가 있는지는 행위자가 자기 행위의 위법 여부를 심사숙고하거나 조회할 수 있는 기회가 있어 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 자신의 행위가 위법하다고 인식할 수 있을 가능성이 있었는지에 따라 판단하여야 한다. 이러한 위법성 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위 상황, 행위자 개인의 인식능력과 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 등 참조).

(2) 원심은 다음과 같은 사정을 들어 피고인들이 자신들의 행위가 위법할 수도 있다는 인식을 충분히 할 수 있었다고 보아, 이를 다투는 피고인들의 항소이유 주장을 받아들이지 않았다.

사이버팀 직원들은 국가정보원 직원이라는 신분을 숨기고 일반인으로 행세하면서 익명으로 위와 같은 사이버 활동을 하였는데, 이러한 업무수행 방법에는 상당성이 없다. 이러한 행위로 정당이나 일반 시민들의 정치활동 자유나 정치적 의사형성의 자유 등 기본권을 침해하는 결과가 발생할 수 있다고 충분히 예상할 수 있었다. 이 사건 사이버 활동은 특정 정당이나 정치인을 직접 지지하거나 반대하는 내용이 많아 그 내용 자체만으로도 행위의 정당성을 의심하기에 충분하다.

(3) 원심판결 이유를 위 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 피고인 3의 상고이유 주장과 같이 위법성의 인식에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

나. 불이익변경금지의 원칙 위반 여부

불이익변경금지의 원칙은 피고인이 상소한 사건과 피고인을 위하여 상소한 사건에서는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다는 것이므로, 피고인과 검사 양쪽이 상소한 사건에 대하여는 적용되지 않는다(대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도4205 판결 등 참조).

위에서 본 것처럼 피고인들과 검사가 상고한 가운데 환송판결은 피고인들의 상고를 받아들여 환송 전 원심판결을 전부 파기하여 환송하면서 검사의 상고를 기각하지 않은 채 피고인들과 검사의 일부 상고이유에 관해서는 원심으로 하여금 다시 심리하도록 하였다. 원심은 검사의 주장을 일부 받아들여 제1심 및 환송 전 원심과는 다른 사실관계를 토대로 공소사실에 대한 유무죄를 판단한 뒤 피고인들에 대한 형을 새로이 정하였다. 이러한 경우에는 불이익변경금지의 원칙이 적용될 여지가 없다. 특히 원심은 환송 전 원심과는 범죄사실의 인정 범위를 달리 판단하였으므로 이 경우 원심으로서는 범정을 고려하여 형을 다시 정할 수 있다고 보아야 한다.

따라서 원심판결에 불이익변경금지의 원칙에 어긋나는 위법이 있다는 피고인 1, 피고인 3의 상고이유 주장은 받아들이지 않는다.

7. 결론

피고인들과 검사의 상고는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 피고인 1, 피고인 2의 공직선거법 위반죄에 관한 위 피고인들의 상고에 대한 판단 부분에 관하여 대법관 김창석, 대법관 조희대의 반대의견이 있는 외에 관여 법관의 의견이 일치하였다.

8. 피고인 1, 피고인 2에 대한 공직선거법 위반의 점에 관한 대법관 김창석, 대법관

조희대의 반대의견

이 사건 공소사실 중 공직선거법 위반죄 부분은 공무원이 그 지위를 이용하여 선거 운동을 하는 것을 구성요건으로 하는데, 공직선거법상 선거운동은 '특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 등 참조)'를 말한다. 반면에, 이 사건 공소사실 중 국가정보원법 위반죄 부분은 국가정보원의 원장, 차장, 직원이 그 직위를 이용하여 '특정 정당이나 특정 정치인에 대하여 지지 또는 반대 의견을 유포하거나 그러한 여론을 조성할 목적으로 특정 정당이나 특정 정치인에 대하여 찬양하거나 비방하는 내용의 의견 또는 사실을 유포하는 행위(구 국가정보원법 제9조 제2항 제2호)'를 구성요건으로 한다. 이와 같이 공직선거법 위반죄와 국가정보원법 위반죄의 구성요건이 개념적으로 명확히 구별되므로, 공소사실이 인정되는지 여부도 따로 판단하여야 한다.

다수의견은 피고인 1, 피고인 2에 대하여 국가정보원 사이버팀 직원들의 정치관여 행위로 인한 국가정보원법 위반죄 부분뿐만 아니라 제18대 대통령선거와 관련한 선거 운동으로 인한 공직선거법 위반죄 부분도 유죄로 인정한 원심 판단이 옳다고 보아 이를 그대로 유지하였다.

그러나 위 피고인들과 국가정보원 사이버팀 직원들 사이에 제18대 대통령선거와 관련한 선거운동으로 인한 공직선거법 위반죄 부분에 관한 공모가 있었음을 전제로 하는 원심의 유죄 판단은 공모에 관한 분명한 증거 없이 유죄를 인정함으로써 증거재판주의를 명백하게 위반한 것이다. 그럼에도 이를 외면하고 그대로 수긍하고자 하는 다수의견은 형사재판의 기본원칙을 무너뜨림으로써 법치주의를 공허하게 만들 수 있다.

가. 형법 제30조의 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였을 것이 필요하다. 여기서 공동가공의 의사란 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지함이 없이 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하여야 한다(대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 등 참조).

따라서 위 피고인들에게 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 그 구성요건으로 하는 공직선거법 위반죄에 대한 공동정범이 성립하기 위해서는, 위 피고인들이 실행행위자들과 사이에 '특정 정당·정치인에 대한 지지·반대의 의견을 유폐하는 등의 행위를 실행하는 것에 대한 의사결합'에 그치지 않고, '제18대 대통령선거에서 특정 후보자의 당선·낙선을 도모하는 목적의사가 객관적으로 인정되는 행위를 실행하는 것에 대한 의사결합'이 있었음이 따로 증명되어야 한다.

그리고 공모공동정범에서 공모나 모의는 '범죄될 사실'의 주요 부분에 해당하므로 가능한 한 구체적이고 상세하게 특정하여야 할 뿐 아니라 이는 엄격한 증명의 대상이 된다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2008도9645 판결 등 참조).

나. 그런데 원심이 채택한 증거들을 모두 살펴보더라도, 심리전단장으로서 사이버팀 직원들의 업무에 직접 관여한 피고인 3의 경우와는 달리, 피고인 1, 피고인 2와 실행행위자인 사이버팀 직원들 사이에 제18대 대통령선거와 관련하여 구체적으로 어떠한 내용의 업무지시 및 보고가 이루어졌는지 알 수 있는 객관적인 자료가 없고, 위 피고인들이 순차적·암묵적으로라도 실행행위자인 사이버팀 직원들과 제18대 대통령선거와

관련하여 선거운동을 공모하였다는 점을 증명할 직접증거가 존재하지 않는다.

원심판결 이유와 기록에 의하면, 원심이 인정하고 있는 바와 같이 위 피고인들이 제 18대 대통령선거운동의 시점에 사이버팀 직원들이 작성한 게시글의 구체적 내용을 알고 있었다거나 그 작성을 개별적으로 지시하였다고 보기 어렵고, 위 직원들과 직접 접촉하여 개별 범행을 모의한 정황도 드러나지 않는다. 오히려 뒤에서 보는 바와 같이, 피고인 1은 제18대 대통령선거에 출마할 후보자들의 출마선언이 시작된 무렵부터는 국가정보원 직원들에게 대통령선거에 개입하지 말 것을 반복적으로 지시하였음을 알 수 있다.

다. 원심은, 피고인이 공모의 점을 부인하는 경우에는 사물의 성질상 이와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법으로 이를 증명할 수밖에 없다는 일반적인 법리를 내세운 후, 원심이 인정한 간접사실 내지 정황사실들에 의하면 피고인 1, 피고인 2가 실행행위자인 사이버팀 직원들과 제18대 대통령선거와 관련하여 선거운동을 공모하였다는 점이 인정된다고 판단하였다.

원심의 위와 같은 판단의 근거가 된 핵심적인 증거는 피고인 1이 전부서장회의 등을 통해서 한 발언들과 그 요지를 정리한 '원장 지시강조말씀'인데, 원심은 위 발언 등이 국가정보원 직원들에 대한 업무상 지시로서 사이버팀의 '이슈와 논지'에 충실히 반영됨으로써 결국 사이버팀 직원들이 사이버 활동을 통하여 선거운동을 하는 데 기본 지침이 되었다고 본 것이다.

라. 국가정보원의 전부서장회의는 1개월에 한 번씩 본부 실·국장 이상 간부 직원들과 전국 각 지부장들의 참석 아래 열리는 정기 회의로서 사이버팀뿐만 아니라 전체 부서의 업무와 관련된 제반 사항을 다룬다. 위 회의에서 피고인 1이 한 발언들은 원심이

인정한 바와 같이 전 정권의 정책 및 야당에 대한 비판, 4대강 사업, 세종시 수정안 등과 같은 국책사업이나 정부의 경제·외교적 성과에 대한 우호적인 여론 조성, 무상급식, 한미 FTA, 제주 해군기지 등 정책 이슈와 관련한 적극적 대응 등을 주문하는 일반적·추상적인 내용이 대부분이다.

위 피고인의 전부서장회의 발언들 중 선거를 언급한 부분을 따로 추려보아도, "아까도 애길 했지만 우리 국민들에게 자신감을 갖게 해야 된다. 지난 선거 때 전쟁과 평화 이런 것 해 가지고 국민들이 위기위식을 느껴 가지고 전쟁 안 해야 된다. 그러니까 2번 찍자 뭐 이런 식으로 되어선 안 되지 않냐."(2011. 10. 21.), "지난달에는 재보선이 있었는데 특히 서울의 경우에는 비정당, 비한나라당 후보가 시장이 됐는데 그쪽에서 내놓은 게 문제예요. 내놓은 것 중에서 두 번째 공약이 보니까 국가보안법 철폐하겠다는 거고, 세 번째가 국정원 없애겠다 이런 쪽에 있는 사람이 시장이 됐는데 우리가 위기의식을 가져야 된다."(2011. 11. 18.), "진짜 금년 한 해가 뭐 여러분들 아시다시피 아주 중요한 한 해 아닙니까. 이제 총선도 있고 대선도 있고, 종북좌파들은 북한과 연계해 가지고 어떻게 하든지 간에 다시 정권을 잡으려 그러고 여러분들의 보고서에서도 봤겠지만 지금 북한이 이제 총선, 오늘 아침에 봤나 총선에서 야당 되면 강성대국은 완성된다 이렇게 공개적으로 얘기했어요. 그런데 그런 걸 갖다가 국민들한테 알려주는 사람이 아무도 없잖아요.", "그리고 야당이 되지 않는 소리 하면 강에 처박아야지 4대강 문제라 뭐 이렇게 떠들어도 뭐 그냥 또 무슨 해명하려고 꺼냈습니다. 잘못하면 한 놈만이라도 명예훼손으로 집어넣고 그냥 손해배상 청구하고 막 이런 식으로 해서 싸워야지. 그래야 함부로 안 달려들지.", "북한이 공갈치니까 달래야지 우리가 또 안 다칠 것 아닙니까. 이런 국민들이 다수가 되고 그게 2010년도 지방선거의 전쟁과 평화에서

봤잖아요. 그런데도 지금도 뭐냐 하면 거기서 정신 못 차리고 또 아직까지 그러고 있단 말이야. 그런 거를 우리가 좀 확실하게 조치를 하고 대응을 하는 금년 한 해가 돼야 되요. 그리고 우리 국정원은 금년에 잘못 싸우면 국정원이 없어지는 거야 여러분들 알잖아. 국가보안법 없애겠다고 그러고 한미 FTA 뭐 등등 개들 매일 하는 소리 그건데 우리 조직이 없어지는 거야."(이상 2012. 2. 18.), "금년에 여러 가지 대선도 있고 해서, 그리고 이번에 또 13명인가? 통합진보당만도 13명이고 중복좌파들이 한 40여 명이 여의도에 진출했는데 이 사람들은 우리나라의 정체성에 대해서 계속 흔들려고 할 거고, 우리 원 공격도 여러 방법으로 할 거예요."(2012. 4. 20.)라고 한 것 정도이다.

이는 위 피고인이 제18대 대통령선거와는 동떨어진 시기에 국가정보원장의 입장에서 이른바 '좌파 내지 중복세력'의 선거 관련 활동에 대한 대응의 필요성을 일반적으로 언급한 수준으로 보이고, 제18대 대통령선거와 관련하여 사이버팀 직원들에게 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 선거운동을 지시한 것으로 인정하기는 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 공직선거법상 선거운동은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는데, 이에 해당하는지는 당해 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다. 따라서 그 행위가 당시의 상황에서 객관적으로 보아 그와 같은 목적의사를 실현하려는 행위로 인정되지 않음에도 그 행위자가 주관적으로 선거를 염두에 두고 있었다거나, 결과적으로 그 행위가 단순히 선거에 영향을 미친다거나 또는 당선이나 낙선을 도모하는 데 필요하거나 유리하다고 하여 선거운동에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 등 참조).

선거운동은 그 대상인 선거가 특정되는 것이 중요한 개념표지이므로 문제 된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야만 선거운동에 해당한다고 볼 수 있는데, 행위 당시의 상황에서 특정 선거의 실시에 대한 예측이나 확정 여부, 당해 행위의 시기와 특정 선거일 간의 시간적 간격, 그 행위의 내용과 당시의 상황, 행위자와 후보자의 관계 등 여러 객관적 사정을 종합하여 선거인의 관점에서 문제 된 행위가 특정 선거를 대상으로 하였는지를 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1799 판결 등 참조).

공직선거법 제58조 제1항은 '당선'의 기준을 사용하여 선거운동의 개념을 정의함으로써, '후보자를 특정할 수 있는지의 여부'를 선거운동의 요건으로 삼고 있다. 따라서 선거운동의 개념은 '특정한' 또는 적어도 '특정될 수 있는' 후보자의 당선이나 낙선을 위한 행위여야 한다는 것을 전제로 하고 있다. 물론, 특정 정당으로 하여금 득표하게 하거나 득표하지 못하게 하는 행위도 필연적으로 그 정당의 추천을 받은 후보자의 당선이나 낙선을 목표로 하는 행위라는 점에서, 특정 정당을 지지하거나 반대하는 발언도 선거운동에 해당할 수 있으나, 이 경우에도 해당 정당에 대한 지지 또는 반대 발언을 통하여 당선 또는 낙선시키고자 하는 정당 후보자가 특정될 수 있어야 한다(헌법재판소 2004. 5. 14. 선고 2004헌나1 결정 등 참조).

요컨대, 공직선거법상 부정선거운동에 관한 공모관계가 인정되기 위해서는 먼저 당해 선거운동으로 결과에 영향을 미치고자 하는 대상 선거와 후보자가 특정되거나 특정될 수 있어야 하고, 그와 같이 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 실행한다는 점에 대하여 공범자 상호간에 의사연락이 필요한 것이다.

(2) 원심판결 이유에 의하면, 피고인 1이 전부서장회의를 통하여 선거와 관련된 발언을 한 시기는 2011. 10. 및 같은 해 11., 그리고 이듬해인 2012. 2. 및 같은 해 4.인바, 이는 제18대 대통령선거일(2012. 12. 19.)부터 약 14개월 내지 8개월가량 떨어진 시점으로서 대통령선거 후보자들이 출마를 선언(문재인 후보 2012. 6. 17., 박근혜 후보 2012. 7. 10., 안철수 후보 2012. 9. 19., 이정희 후보 2012. 9. 25.)하거나 각 정당의 후보자 확정(박근혜 후보 2012. 8. 20., 문재인 후보 2012. 9. 16., 이정희 후보 2012. 10. 20.)이 이루어지기 수개월 전이다. 따라서 시기적으로 당선이나 낙선운동의 대상이 되는 후보자가 아직 특정되거나 특정될 수 있는 상황이 아니었으므로 그 시기의 사이버 활동은 공직선거법상 선거운동의 개념에 포섭될 수 없다.

다수의견은, 제18대 대통령선거 후보자가 특정되거나 특정될 수 있는 상황이 아니었다고 하더라도, 대통령선거의 특성에 비추어 볼 때 피고인 1이 전부서장회의에서 이른바 '좌파 내지 중북세력'의 선거 관련 활동에 대해 대응할 것을 언급한 것이 다가올 제18대 대통령선거에서 야당 공천을 받을 후보자의 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 실행하려는 것으로 사이버팀 직원들과의 공모를 인정하는 근거로 볼 수 있다는 취지로 주장한다.

그러나 이와 같은 해석은 국가정보원법상의 정치관여 행위와 구별되는 공직선거법상의 '선거운동'의 개념을 도외시하는 것일 뿐만 아니라, 앞서 본 '선거운동'에 관한 확립된 대법원 판례를 부정하는 것으로 그러한 선례를 변경하지 않는 한 주장할 수 없는 것이다. 이러한 해석은 특정 후보자를 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위'를 '선거운동'으로 규정하고 있는 공직선거법 제58조 제1항의 문언을 명백하게 벗어나므로 죄형법정주의에 반하여 허용될 수도 없다. 이처럼 당선 또는 낙선을 위한 행

위의 객체인 후보자를 떠나서는 '선거운동'의 개념 자체가 성립할 수 없고, 이 점은 대통령선거라고 하여 달리 볼 수 있는 것이 아니다. 또한 공직선거법은 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원 및 지방자치단체의장의 선거를 통합하여 그 선거와 관련된 사항을 규정하면서(제1조, 제2조), 그 '선거운동'을 선거의 종류별로 구별하지 않고 한꺼번에 통일적으로 규정하고 있다(제58조부터 제118조까지). 따라서 '선거운동'의 개념을 선거의 종류에 따라 달리 해석할 수도 없다.

그러므로 다수의견과 같이 피고인 1이 전부서장회의에서 이른바 '좌파 내지 중북세력'에 대한 공박을 지시한 것만으로도 제18대 대통령선거에서 야당 공천을 받을 후보자의 낙선을 위한 행위를 지시한 것으로서 선거운동의 공모에 해당한다고 하려면, 위 피고인이 전부서장회의에서 발언을 할 당시에 야당 후보자가 특정되거나 적어도 특정될 수 있었어야 한다. 그런데 제18대 대통령선거 당시 제1야당이었던 민주통합당의 후보자 선출과정만 보더라도, 2012. 6. 11.경부터 같은 해 7. 21.경까지 모두 8명의 당원이 경선 출마를 공식 선언하였고, 같은 해 7. 말경부터 예비경선과 국민경선 등을 거쳐 같은 해 9. 16.경에 이르러서야 비로소 문재인 후보가 대통령선거 후보자로 선출되었으며, 그 후로도 무소속 안철수 후보와의 단일화 논의가 대통령선거를 한 달도 남겨놓지 않은 시점인 같은 해 11. 하순경까지 계속되기도 하였다. 이러한 점을 보아도 알 수 있듯이 선거를 앞두고 불확실성과 변동성이 매우 커지는 정치현실에서 위 피고인이 후보자들이 출마를 선언하기도 전인 2011. 10.경부터 2012. 4.경 사이에 전부서장회의에서 이른바 '좌파 내지 중북세력'에 대한 공박을 지시한 발언을 두고 약 14개월 내지 8개월 후에 실시될 제18대 대통령선거에 출마할 '특정한' 또는 '특정될 수 있는' 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 행위를 지시한 것이라고는 도저히 볼 수 없다.

(3) 피고인 1이 한 앞서 본 선거 관련 발언들의 내용을 요약하면 '2012년에는 총선과 대선이 있을 예정인데, 선거 즈음에는 좌파, 중북세력의 국내 선거 개입시도가 우려되므로 국정원이 그에 대한 대응을 해야 한다'는 것이다. 이는 결국 진영논리를 바탕으로 여당 및 그 소속 정치인을 지지하고 야당 및 그 소속 정치인을 반대하는 편향된 발언임은 틀림없지만, 위 피고인이 그때까지 전부서장회의 등의 기회에 반대진영에 대해 가하던 비판의 연장선상에서 선거 국면에서의 국가정보원의 역할이나 직원들의 정신자세 등을 강조한 일반적·추상적인 내용에 불과한 것이어서 국가정보원법상의 정치관여행위에 해당한다고 볼 수 있을 뿐, 나아가 제18대 대통령선거와 관련하여 사이버팀 직원들을 상대로 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 가져오는 어떤 구체적인 활동을 지시한 것이라고 해석하기는 어렵다.

한편 국가정보원에서는 국가 신용등급 상향조정이나 대통령 홍보 동영상의 인터넷 전파 등의 경우와 같이 긴급한 현안이나 특별한 지시사항이 있는 경우에는 전부서장회의 등을 거치지 않고 직접 사이버팀 직원들에게 전화나 문자메시지 등으로 구체적인 활동에 대한 지시가 내려지기도 하였다. 또한 '대통령과의 대화 계기 국정지지도 제고 전략홍보 결과', '4대강 사업=복지예산 감소 주장 강력 공박', '北 천안함 진상공개장 발표관련 공박심리전 전개', '국가 신용등급 상승 의미 부각 사이버 활동 적극 전개' 등의 사례와 같이 피고인 1이 평소 지속적으로 강조하거나 특별히 지시한 사항의 경우에는 통상적인 활동보고와 별도로 보고가 이루어지기도 하였다. 그러나 위 피고인의 선거 관련 발언들을 전후하여서는 제18대 대통령선거와 관련하여 구체적인 활동 지시가 내려지거나 별도의 보고가 이루어졌다는 어떠한 정황도 확인되지 않는다. 나아가 제18대 대통령선거운동의 시점에도 피고인 1, 피고인 2가 사이버팀 직원들이 작성한 게시글의

구체적 내용을 알고 있었다거나 그 작성을 개별적으로 지시하였다고 보기 어렵다는 점은 앞서 본 바와 같이 원심이 인정하고 있는 사실이다.

(4) 원심은, 피고인 1이 선거의 중요성을 강조하면서 야당이 승리하면 국가정보원이 없어진다는 취지로까지 발언하는 등 사실상 선거결과에 영향을 주기 위한 활동을 할 것을 국가정보원 전체에 지시하였고, 이러한 지시를 받은 직원들로서는 선거 국면이 도래한 시점부터는 선거결과에 영향을 주기 위한 활동을 할 수밖에 없었을 것이라고 판단하였다.

그러나 공직선거법상 선거운동의 개념은 막연히 선거결과에 영향을 주기 위한 활동으로는 부족하고 '특정한' 또는 적어도 '특정될 수 있는' 후보자의 당선이나 낙선을 위한 행위일 것을 요건으로 한다. 따라서 위 피고인이 제18대 대통령선거 후보자가 특정되거나 특정될 수 있는 시기로부터 수개월이나 떨어진 시점에 전부서장회의를 통하여 이른바 '좌파 내지 중북세력'을 비판하고 직원들의 위기의식을 고취하면서 적극적인 대응을 주문한 것을 두고 제18대 대통령선거와 관련한 선거운동을 지시한 것이라고 단정할 수는 없다. 나아가 다른 간접사실 내지 정황사실이 없는데도 위와 같은 발언들이 장차 각 정당의 후보자가 특정되면 별도의 추가적인 지시가 없더라도 그들을 당선 또는 낙선시키는 사이버 활동을 하도록 사전에 지시한 것이라고 해석할 수도 없다.

한편 다수의견이 원용하고 있는, 공모공동정범의 경우 범죄의 수단과 모습, 가담하는 인원과 그 성향, 범행 시간과 장소의 특성, 범행과정에서 타인과의 접촉 가능성과 예상되는 반응 등 제반 상황에 비추어, 공모자들이 그 공모한 범행을 수행하거나 목적 달성을 위해 나아가는 도중에 부수적인 다른 범죄가 파생되리라고 예상하거나 충분히 예상할 수 있는데도 그러한 가능성을 외면한 채 이를 방지하기에 충분한 합리적인 조치

를 취하지 않고 공모한 범행에 나아갔다가 결국 그와 같이 예상되던 범행들이 발생하였다면, 비록 그 파생적인 범행 하나하나에 대하여 개별적인 의사의 연락이 없었다고 하더라도 당초의 공모자들 사이에 그 범행 전부에 대하여 암묵적인 공모는 물론 기능적 행위지배가 존재한다고 보아야 한다는 대법원 판례는 이 사건에 적용될 수 있는 선례가 아니다. 이러한 판례는 다수의 가담자에 의하여 폭력행위가 이루어지는 현장에서 다양한 형태로 나타날 수 있는 폭력행위 하나하나에 대하여 공모한 것이 아니더라도 공모의 범위에 그 개별적인 행위들이 포섭될 수 있다는 취지이고, 이 사건과 같이 수개월의 시간적 간격을 두고 이루어진 국가정보원법 위반죄의 공모 범위에 그 구성요건이 명확히 구분되는 공직선거법 위반죄가 포섭될 수 있다는 취지는 아니다. 책임주의 원칙에 비추어 허용될 수 없는 해석이기 때문이다.

그럼에도 불구하고 원심은, 사이버팀 직원들이 대통령선거일에 가까운 시점에도 종래 하여오던 정치관계 행위의 연장선상에서 사이버 활동을 계속하였고 선거 국면에서 벌어진 위와 같은 활동은 선거운동에 해당한다고 전제한 후, 사이버팀 직원들이 그러한 활동을 한 것은 피고인 1이 앞서 본 전부서장회의 발언 등을 통하여 선거결과에 영향을 주기 위한 활동을 하도록 국가정보원 전체에 지시하였기 때문이라고 막연히 추론한 다음, 위 피고인이 한 선거와 관련된 일반적·추상적인 발언 등이 어떠한 이유에서 제18대 대통령선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 행위를 지시한 것이라고 인정되는지에 관한 별다른 논증 없이, 피고인 1, 피고인 2가 대통령선거 국면 이후의 사이버팀 직원들의 활동을 암묵적·순차적으로 공모한 것이라고 결론지었다. 이는 논리적 비약에 가까워 납득하기 어렵다.

(5) 다수의견은, 피고인 1이 전부서장회의에서 한 발언을 정리한 '원장 지시강조말씀'

의 내용에 비추어 보면 위 피고인은 대통령선거 국면이 본격적으로 전개된 기간 중에도 그 이전과 비슷한 취지로 여당 후보자에게 유리한 방향의 사이버 활동을 할 것을 직원들에게 강조하였다고 볼 수 있다고도 주장한다. 그러나 기록에 의하면 위 기간 중에 작성된 '원장 지시강조말씀'에는 기껏해야 국민들이 이른바 '종북세력'의 실상을 정확히 알 수 있도록 국정성과를 올바르게 알릴 것과 그들의 사이버상 국정편향 활동에 선제적으로 대응할 것을 주문하는 내용이 포함되어 있을 뿐이어서 이를 두고 여당 후보자에게 유리한 방향의 사이버 활동을 할 것을 강조한 것으로 단정하기는 어렵고, 그 밖에 위 기간 중에 작성된 '원장 지시강조말씀' 어디에도 간접적으로라도 대통령선거에 관한 부정선거운동을 지시하는 내용이 포함되어 있지 않다. 그런데도 위 피고인이 선거 국면이 본격적으로 전개된 기간 중에도 그 이전과 비슷한 취지로 여당 후보자에게 유리한 방향의 사이버 활동을 할 것을 강조하였다고 볼 수 있다고 하는 것은 증거에 근거하지 않은 추론에 불과하다.

(6) 오히려 기록에 의하면, 피고인 1은 제18대 대통령선거에 출마할 후보자들의 출마 선언이 시작된 무렵부터는 전부서장회의를 통하여, "새누리당에 이어 9월까지 민주당의 대선후보가 결정되는 등 대선정국을 맞아 국정원이 휩쓸리지 않도록 부서장들이 직원들을 더욱 철저히 관리해야 함. 직원들의 작은 행동 하나하나가 자칫 국정원이 해야 할 일을 못 하게 만들 수 있으므로 철저히 교육시키고 감독해야 하며, 문제발생시 직원뿐 아니라 상급자에게도 책임을 물을 것임을 명심하기 바람"(2012. 8. 17. 원장 지시강조말씀), "선거철임에도 예전과 달리 국정원 흠집 내기 보도가 거의 발생하지 않고 있는데, 이러한 성과가 일회성이 아니라 계속 이어지도록 전직원이 노력해야 할 것임. 이번을 계기로 국정원이 정치권에서 제대로 평가받고, 더 나아가 '선진정보기관'으로

자리매김할 수 있도록 해야 할 것임"(2012. 9. 21. 원장 지시강조말씀), "앞으로도 부서장 이하 전직원들이 선거과정에서 물의를 야기하지 않도록 긴장감을 유지하고, 문제 발생 시에는 연대책임을 물을 것임을 명심하기 바람"(2012. 10. 19. 원장 지시강조말씀), "다시 한번 강조하지만 직원들이 지금까지 잘해주고 있고 앞으로도 잘해줄 것으로 믿고 있으므로, 선거 종료 시까지 불필요하게 연루되는 일이 없도록 각별히 유의해주시기 바람"(2012. 11. 23. 원장 지시강조말씀)이라고 발언하는 등 국가정보원 직원들에게 대통령선거에 개입하지 말 것을 반복적으로 지시한 사실이 있음을 알 수 있다.

그렇다면 적어도 위 피고인이 제18대 대통령선거와 관련하여서는 선거 개입으로 문제가 생겨 국가정보원 조직에 피해가 가는 일이 없도록 각별히 주의할 것을 요구하였다는 객관적 사실만은 부정할 수 없다.

그런데도 다수의견은, 막연히 '원장 지시강조말씀'이 그 전체적인 내용을 전후 문맥에 비추어 살펴보면 대통령선거를 앞두고 집권여당 후보자에게 유리한 방향으로 선거 개입 활동을 계속할 것을 지시하는 내용이라고 하면서, 위 피고인이 민주통합당 소속 의원들로부터 국가정보원 직원들의 사이버 활동 등에 대한 질의를 받고도 필요한 조치를 취한 흔적이 없다는 점 등의 사정을 들어, 위와 같이 제18대 대통령선거와 관련하여 중립성을 강조한 발언들이 국가정보원의 활동방식을 좀 더 은밀하게 하는 것으로 개선하라는 취지에 불과하다고 주장한다.

그러나 앞서 본 바와 같이 위 시기에 작성된 '원장 지시강조말씀'에는 제18대 대통령선거와 관련한 부정선거운동을 지시하는 내용이 포함되어 있지 않을 뿐만 아니라, 원심도 인정한 것처럼 위 피고인이 사이버팀 직원들의 게시글 내용을 알고 있었다거나 그 작성을 지시하였다는 점에 대한 증거가 없다. 그럼에도 불구하고 국가정보원 직원

들에게 대통령선거에 개입하지 말 것을 지시하는 발언을 반복적으로 하였을 뿐 추가적인 조치를 취하지 않았다는 이유로 그와 같은 발언을 다수의견과 같이 위 피고인에게 불리하게 해석하는 것은 분명한 근거 없이 위 피고인의 내심의 의사를 발언의 객관적인 내용과는 정반대로 추단하는 것이어서 옳다고 할 수 없다.

마. 국가정보원에서 2011. 11.경 작성하여 청와대에 보고한 것으로 보이는 '2040세대의 대정부 불만 요인 진단 및 고려사항' 문건이나, 'SNS의 선거 영향력 진단 및 고려사항' 문건에는 2011년 서울시장 보궐선거의 여당 패배 요인을 분석하고 그 대응방안을 모색하는 내용이나 SNS 여론 주도권을 여당이 확보하여야 할 필요성과 그 방안을 연구한 내용 등이 담겨 있지만, 제18대 대통령선거에서의 선거운동과 관련된 내용은 전혀 포함되어 있지 않다.

그 밖에 원심이 피고인 1, 피고인 2에 대하여 공직선거법 위반 범행에 관한 공모공동정범이 성립한다고 인정하면서 근거로 든 간접사실 내지 정황사실들은 국가정보원의 상명하복 관계와 사이버팀의 업무보고 및 지휘 체계, 위 피고인들의 사이버팀의 업무내용에 대한 인식 정도, 사이버팀에 대한 업무지시 및 업무수행 방식 등에 관한 개괄적·추상적인 내용이 전부이다.

위와 같은 사실이나 사정들은 위 피고인들이 사이버팀 직원들에게 제18대 대통령선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 선거운동을 지시하였다는 점을 증명하기에는 매우 부족한 것들이다.

바. 반대로 기록에 의하면, 사이버팀 직원들이 하달 받은 '이슈와 논지'에는 작성해야 할 게시글 등의 주제와 대략적인 작성 취지만이 기재되어 있고 그 구체적인 내용은 각 직원들이 자신의 재량에 따라 작성하도록 되어 있었던 점, 게시글의 작성 과정에서 사

이버팀 직원들이 서로 "너무 세게 하는 것 아니냐, 신중한 자세로 자제해야 한다."는 등의 이야기를 나누기도 하였던 점, 원심이 부정선거운동이라고 인정한 사이버팀 직원들의 약 6개월(앞서 본 후보자 최초 출마선언일인 2012. 6. 17.부터 대통령선거일인 2012. 12. 19.까지)에 걸친 사이버 활동 건수를 안보3팀, 안보5팀 소속 인원(합계 30~40명 추정)이 함께 관여한 것으로 보아 나눌 경우 찬반클릭(총 1,003회)은 1인당 월 4.17~5.57회, 인터넷 게시물·댓글(총 93회)은 1인당 월 0.38회~0.51회에 그쳐 다수의 견이 지적하고 있는 바와는 달리 국가권력기관인 국가정보원의 활동 역량을 배경으로 조직 내부의 엄격한 지휘·보고 체계에 따라 집단적·동시다발적으로 작업이 수행된 것이라고 보기에는 그 규모가 지나치게 작은 점, 피고인 1이 국가정보원 직원들에게 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 목적으로 선거운동을 하도록 지시한 정황이 발견되지 않고 오히려 대통령선거에 개입하지 말 것을 반복적으로 지시한 사실이 확인되며, 위 피고인이 대통령선거와 관련하여 사이버팀 직원들이 작성한 게시글의 구체적 내용을 알고 있었다거나 보고를 받았다고 보아도 않는 점, 사이버팀 직원들은 선거 국면에서도 기존과 동일한 방식으로 사이버 활동을 전개하는 데 그쳤고 트윗 및 리트윗 건수는 오히려 선거가 임박할수록 감소하는 양상을 보였던 점 등과 같이 피고인 1, 피고인 2가 사이버팀 직원들에게 제18대 대통령선거와 관련한 선거운동을 지시하였다는 점에 관한 합리적 의심을 불러일으키기에 충분한 여러 사정들이 존재한다.

사. 형사재판에서 범죄사실은 법관이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 만큼 확신을 가지는 정도의 증명력을 가진 엄격한 증거로 인정하여야 하므로, 검사가 그만한 확신을 가지게 하는 정도로 증명하지 못한 경우에는 설령 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있어 유죄의 의심이 가는 등의 사정이 있다고 하더라도 피고

인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도231 판결 등 참조). 법관의 심증이 반드시 직접증거에 의하여 형성되어야만 하는 것은 아니고 경험법칙과 논리법칙에 위반되지 않는 한 간접증거에 의하여 형성되어도 무방하나, 간접증거를 가지고 유죄를 인정하기 위해서는 범행의 동기, 범행수단의 선택, 범행에 이르는 과정, 범행 전후에 나타난 피고인의 태도 등 여러 간접사실로 보아 피고인이 범행한 것으로 보기에 충분할 만큼 압도적으로 우월한 증거가 있어야 하고, 피고인이 범행한 것이라고 보기에 의심스러운 사정이 병존하고 증거관계 및 경험법칙상 피고인의 범행이 아닐 가능성을 확실하게 배제할 수 없다면 유죄로 인정할 수 없다. 피고인은 무죄로 추정된다는 것이 헌법상의 원칙이고, 그 추정의 번복은 직접증거가 존재할 경우에 버금가는 정도가 되어야 한다(대법원 2017. 5. 30. 선고 2017도1549 판결 등 참조).

그리고 법관은 검사가 제출하고 공판절차에서 적법하게 채택하여 조사한 증거만으로 유죄를 인정하여야 한다. 법관이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 만큼 확신을 가지는 정도의 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 범죄사실을 증명할 책임은 검사에게 있다. 검사가 그와 같은 증명책임을 다할 수 있도록 검사에게는 강제수사권을 비롯한 강력한 권한이 부여되어 있다. 이 사건에서 검사는 위와 같은 권한을 행사하여 피고인 1, 피고인 2에 대한 공직선거법 위반죄 부분 공소사실에 관하여 장기간 수사해 오면서 위 피고인들의 이 부분 공모 사실을 증명할 증거를 찾고자 하였다. 그런데도 검사는 여태까지 직접증거는커녕 확실한 간접증거조차 제출하지 못하였다. 이에 따라 원심법원도 마찬가지로 이 부분 공모의 점에 관한 확실한 증거를 제시하지 못하고 있다.

그럼에도 불구하고 원심판결은 피고인 1, 피고인 2에 대한 공직선거법 위반죄를 유죄로 인정하고 있다. 그리고 다수의견은 이러한 원심 판단을 문제가 없는 것으로 보겠

다는 것이어서 도저히 납득하기 어렵다.

아. 이 사건의 실체적 진실은 다음과 같은 세 가지 가능성에 모두 열려있다고 할 수 있다. 원심이 인정한 사실만으로는 이 사건이 그중 어느 경우에 해당한다고 단정하기 어려운 상황이다. 이 점만으로도 피고인 1, 피고인 2에 대한 공직선거법 위반죄 부분에 관한 유죄의 증거가 부족하다고 볼 수밖에 없다. 뿐만 아니라 그 세 경우를 가정하여 개별적으로 살펴보더라도 그 어느 경우에도 유죄가 선고되기는 어렵다.

첫째는, 공소사실과 같이 피고인 1, 피고인 2가 제18대 대통령선거와 관련하여 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 선거운동을 사이버팀 직원들과 공모하였음에도, 앞서 본 것처럼 검사가 직접증거는 물론 충분한 증명력을 갖는다고 볼 수 있는 간접증거도 찾아내지 못한 경우이다. 이 경우 사실의 인정은 증거에 의하여야 하고, 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다는 형사소송법 제307조가 규정하고 있는 증거재판주의 원칙에 따라 무죄가 선고되어야 한다.

둘째는, 피고인 1, 피고인 2가 제18대 대통령선거와 관련하여 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 선거운동을 사이버팀 직원들과 공모한 사실이 없다고 하더라도, 평소 이른바 '좌파 내지 중북세력'의 선거 관련 활동에 대한 대응의 필요성을 일반적으로 언급하여 왔고 그 연장선상에서 사이버팀 직원들이 제18대 대통령선거 시점까지 활동함으로써 결과적으로 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 선거운동을 한 것과 마찬가지로 상황을 야기한 경우이다.

이 경우 위 피고인들에 대하여 국가정보원법 위반죄의 책임은 인정할 수 있으나 공직선거법 위반죄의 책임은 인정할 수 없다. 위 피고인들이 제18대 대통령선거와 관련하여 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 선거운동을 사이버팀 직원들과 공모한

사실이 없는 이상 공직선거법 위반죄의 객관적 구성요건에 해당하는 행위가 있다고 할 수 없고, 위 피고인들에게 제18대 대통령선거와 관련하여 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 점에 관한 인식이나 의사가 없었으므로 주관적 구성요건 또한 충족되었다고 볼 수 없기 때문이다. 형법의 근본원칙인 책임주의에 반하여 결과책임을 인정할 수는 없는 것이다.

셋째는, 피고인 1, 피고인 2가 제18대 대통령선거와 관련하여 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 선거운동을 사이버팀 직원들과 공모한 사실이 없고, 피고인 3이나 그 휘하의 심리전단 차원에서 공직선거법 위반죄의 범행이 이루어진 경우이다. 이 경우 피고인 1, 피고인 2를 공직선거법 위반죄로 처벌할 수 없음은 당연하다.

자. 앞에서 살펴본 것처럼, 피고인 1, 피고인 2가 사이버팀 직원들과 제18대 대통령선거와 관련하여 선거운동을 공모하였음을 증명할 직접증거가 없고, 위 피고인들이 사이버팀 직원들이 작성한 게시글의 내용을 알고 있었다거나 그 작성을 개별적으로 지시한 것으로 인정되지도 않는다.

그런데도 원심이 위 피고인들에 대하여 공직선거법 위반죄의 공모를 인정한 주된 근거는, 피고인 1이 전부서장회의 등에서 한 발언 내용이 '이슈와 논지'에 반영되어 사이버팀 직원들의 활동에 기본지침이 되었다는 것으로 이해된다.

그러나 위 피고인의 발언은 야당에 대한 비판, 정부의 성과에 대한 우호적인 여론 조성 등 일반적·추상적인 내용이 대부분이다. 위 피고인의 발언 중 선거와 관련한 내용이 일부 있으나, 이는 모두 제18대 대통령선거일부터 14개월 내지 8개월 전에 한 것이고 대통령선거운동을 지시하는 내용도 아니다. 그리고 위 선거 관련 발언이 공직선거법상 선거운동에 해당하기 위해서는 해당 선거의 후보자가 특정되거나 특정될 수 있어

야 하는데, 위 발언 당시에는 시기적으로 대통령선거 후보자가 특정되지도 않았고 특정될 수도 없었으므로, 위 발언은 공직선거법상 선거운동 공모사실에 대한 근거가 될 수 없다. 오히려 위 피고인은 대통령선거에 출마할 후보자들의 출마선언이 시작된 무렵부터는 국가정보원 직원들에게 대통령선거에 개입하지 말 것을 반복적으로 지시하였다.

이와 같이 위 피고인들에 대한 공직선거법 위반죄 공소사실을 인정할 직접증거는 물론 확실한 간접증거도 없는 반면, 명백히 공소사실과 반대되는 객관적인 증거가 있다. 따라서 위 공소사실이 합리적인 의심의 여지가 없이 증명되었다고는 도저히 보기 어렵다.

결국 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2에 대한 공직선거법 위반죄 부분은 파기되어야 하고, 이와 상상적 경합 관계에 있는 국가정보원법 위반죄 부분도 함께 파기될 수밖에 없으므로, 위 피고인들에 대한 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

차. 법원이 간접증거를 가지고 유죄를 인정하기 위해서는 해당 피고인이 범행한 것으로 보기에 충분할 만큼 압도적으로 우월한 증거가 있어야 한다. 위와 같은 증명력을 가지지 못하는 간접증거만으로 쉽사리 유죄를 인정한다면, 범행을 저지르지 않았는데도 억울하게 누명을 뒤집어쓸 위험이 누구에게나 현실화될 수 있다. 법원은 마땅히 이를 통제하여야 한다.

법원은 언제나 근본적인 법 원칙에 충실하여야 하고, 이로써 그 어떤 상황에서도 피고인이 의지할 수 있는 최후의 보루가 되어야 한다. 법원은 범죄를 저질렀음이 합리적인 의심의 여지가 없이 증명된 피고인에 대하여만 유죄로 판단할 권한이 있고, 그렇지 않은 피고인에 대하여는 무죄를 선고하여야 할 법적 의무를 진다. 그러한 무죄 판단이

때때로 실체적 진실에 부합하지 않을 수도 있으나, 그 경우에도 법원은 흔들림 없이 원칙을 고수하여야 한다. 이로써 비로소 개인의 자유는 굳건히 지켜지고, 참다운 법치 국가가 실현될 수 있다는 점을 명심하여야 한다. 분명하지 않은 정의의 실현을 위하여 개인의 자유를 희생시켜서는 아니 된다. 열 명의 범인을 놓치더라도 한 명의 죄 없는 사람을 벌하여서는 아니 된다는 법언은 이 점을 말하는 것이다.

이상과 같이 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

재판장 대법원장 김명수 _____

 대법관 고영한 _____

 대법관 김창석 _____

 대법관 김 신 _____

 대법관 김소영 _____

 대법관 조희대 _____

 대법관 권순일 _____

대법관 박상옥 _____

대법관 이기택 _____

주 심 대법관 김재형 _____

대법관 조재연 _____

대법관 박정화 _____

대법관 민유숙 _____