

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2014도5939 가. 국가보안법위반(간첩)
나. 국가보안법위반(특수잠입·탈출)
다. 국가보안법위반(잠입·탈출)
라. 국가보안법위반(회합·통신등)
마. 국가보안법위반(편의제공)
바. 북한이탈주민의보호및정착지원에관한법률위반
(일부 인정된 죄명, 국민기초생활보장법위반)
사. 여권불실기재
아. 불실기재여권행사
자. 여권법위반
차. 사기

피 고 인 피고인

상 고 인 피고인 및 검사

변 호 인 법무법인 율 외 3인

원 심 판 결 서울고등법원 2014. 4. 25. 선고 2013노2728 판결

판 결 선 고 2015. 10. 29.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 검사가 제출한 추가상고이유서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 국가보안법 위반 부분에 관한 검사의 상고이유에 대하여

가. 공소외 1이 작성한 각 진술서, 자술서, 확인서, 반성문의 증거능력 및 특별사법경찰관이 공소외 1에 대하여 작성한 각 진술조서 중 피고인과 공소외 1이 공범관계에 있는 공소사실에 관한 부분의 증거능력에 관하여

피의자의 진술을 기재한 서류 또는 문서가 수사기관에서의 조사과정에서 작성된 것이라면, 그것이 '진술조서, 진술서, 자술서'라는 형식을 취하였다고 하더라도 피의자신문조서와 달리 볼 수 없고, 수사기관에 의한 진술거부권 고지의 대상이 되는 피의자의 지위는 수사기관이 범죄인지서를 작성하는 등의 형식적인 사건수리 절차를 거치기 전이라도 조사대상자에 대하여 범죄의 혐의가 있다고 보아 실질적으로 수사를 개시하는 행위를 한 때에 인정되는 것으로 봄이 상당하다. 특히 조사대상자의 진술내용이 단순히 제3자의 범죄에 관한 경우가 아니라 자신과 제3자에게 공동으로 관련된 범죄에 관한 것이거나 제3자의 피의사실 뿐만 아니라 자신의 피의사실에 관한 것이기도 하여 그 실질이 피의자신문조서의 성격을 가지는 경우에 수사기관은 그 진술을 듣기 전에 미리 진술거부권을 고지하여야 한다(대법원 2013. 7. 25. 선고 2012도8698 판결 등 참조).

한편 피고인과 공범관계가 있는 다른 피의자에 대한 검사 이외의 수사기관 작성의

피의자신문조서는 그 피의자의 법정진술에 의하여 성립의 진정이 인정되더라도 당해 피고인이 공판기일에서 그 조서의 내용을 부인하면 증거능력이 부정된다(대법원 2004. 7. 15. 선고 2003도7185 전원합의체 판결 등 참조).

원심은, 공소외 1이 국가정보원 수사관들로부터 조사를 받을 당시 실질적인 피의자의 지위에 있었으므로, 진술거부권이 고지되지 않은 상태에서 작성한 각 진술서, 자술서, 확인서, 반성문은 위법수집증거에 해당하고, 특별사법경찰관이 공소외 1에 대하여 작성한 각 진술조서 중 피고인이 공소외 1과 공범관계에 있는 공소사실에 관한 부분은 피고인이나 변호인들이 증거로 함에 동의하지 아니하였고 이는 그 내용을 인정하지 않는다는 취지라는 등 판시와 같은 이유를 들어, 위 각 증거의 증거능력을 모두 부정한 제1심의 판단을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 피의자의 지위, 진술거부권 등에 관한 법리를 오해하거나, 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

상고이유에서 내세우는 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도5441 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011도8125 판결 등은 이 사건과는 사안이 다른 것이어서 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

나. 특별사법경찰관이 공소외 1에 대하여 작성한 각 진술조서 중 피고인과 공범관계에 있는 공소사실에 관한 부분을 제외한 나머지 부분 및 검사가 공소외 1에 대하여 작성한 각 진술조서의 증거능력에 관하여

형사소송법 제312조 제4항은 "검사 또는 사법경찰관이 피고인이 아닌 자의 진술을

기재한 조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 그 조서가 검사 또는 사법경찰관 앞에서 진술한 내용과 동일하게 기재되어 있음이 원진술자의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술이나 영상녹화물 또는 그 밖의 객관적인 방법에 의하여 증명되고, 피고인 또는 변호인이 공판준비 또는 공판기일에 그 기재 내용에 관하여 원진술자를 신문할 수 있었던 때에는 증거로 할 수 있다. 다만 그 조서에 기재된 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다."고 규정하고 있는바, 여기서의 '특히 신빙할 수 있는 상태'라 함은 진술 내용이나 조서의 작성에 허위개입의 여지가 거의 없고, 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 것을 말한다. 그리고 이러한 '특히 신빙할 수 있는 상태'는 증거능력의 요건에 해당하므로 검사가 그 존재에 대하여 구체적으로 주장·입증하여야 하는 것이다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결 등 참조).

원심은, 그 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 1에 대하여 특별사법경찰관이 작성한 각 진술조서 중 피고인과 공범관계에 있는 공소사실에 관한 부분을 제외한 나머지 부분과 검사가 작성한 각 진술조서는, 공소외 1이 부당하게 장기간 계속된 사실상의 구금 상태에 있었음에도 변호인의 조력을 받을 권리도 보장받지 못한 채 심리적 불안감과 위축 속에서 수사관의 회유에 넘어가 진술한 것으로서 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌다고 보기 어려워 증거능력이 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 중앙합동신문센터의 북한이탈주민에 대한 수용·조사, 국가정보원장의 임시보호조치 재량권, 공소외 1의 변호인과의 접견교통권 및 변호인의 공소외 1과의 접견교통권, 임의수사의 방법, 수사재량권, 공판

중심주의 등에 관한 법리를 오해하거나, 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 필요한 심리를 하지 아니하는 등의 위법이 없다.

상고이유에서 내세우는 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012다95943 판결 등은 이 사건과는 사안이 다른 것이어서 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

다. 증거보전절차에서 공소외 1이 한 진술의 증거능력에 관하여

헌법 제27조 제3항 후문은 "형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체 없이 공개재판을 받을 권리를 가진다."고 규정하여 형사피고인에게 공개재판을 받을 권리가 기본권으로 보장됨을 선언하고 있고, 헌법 제109조와 법원조직법 제57조 제1항은 재판의 심리와 판결은 공개하되, 다만 심리는 국가의 안전보장·안녕질서 또는 선량한 풍속을 해할 우려가 있는 때에는 결정으로 이를 공개하지 아니할 수 있다고 규정하고 있으며, 법원조직법 제57조 제2항은 재판의 심리에 관한 공개금지결정은 이유를 개시하여 선고한다고 규정하고 있다. 위 규정들의 취지에 비추어 보면, 헌법 제109조, 법원조직법 제57조 제1항이 정한 공개금지사유가 없음에도 불구하고 재판의 심리에 관한 공개를 금지하기로 결정하였다면 그러한 공개금지결정은 피고인의 공개재판을 받을 권리를 침해한 것으로서 그 절차에 의하여 이루어진 증인의 증언은 증거능력이 없다고 할 것이고, 변호인의 반대신문권이 보장되었더라도 달리 볼 수 없으며, 이러한 법리는 공개금지결정의 선고가 없는 등으로 공개금지결정의 사유를 알 수 없는 경우에도 마찬가지라 할 것이다(대법원 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결 등 참조).

원심은, 그 판시와 같은 이유를 들어, 수원지방법원 안산지원 2013초기170 증거보전절차의 제1회 기일에서 이루어진 공소외 1에 대한 증인신문은 비공개로 진행되었다고 봄이 상당한데, 증거보전기일에서 비공개결정의 선고가 되지 않아 비공개사유를 알 수

없으므로, 이 부분 증거는 공개재판을 받을 권리를 침해한 것으로 증거능력이 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 증거보전절차 조서의 증거능력 등에 관한 법리를 오해하거나, 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 필요한 심리를 하지 아니하는 등의 위법이 없다.

라. 개별적 공소사실에 관한 상고이유에 관하여

(1) 김□□의 진술 관련 부분

원심은, 이 사건 공소사실 중 2011. 7. 초순경 및 2012. 1. 24.경 각 국가보안법 위반(특수잠입·탈출) 등 부분에 대하여, 탈북자 김□□이 수사기관과 법정에서 한 진술은 신빙하기 어렵다는 등 그 판시와 같은 이유를 들어, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

(2) 사회주의청년동맹원증 관련 부분

원심은, 이 사건 공소사실 중 2006. 6. 22. 국가보안법 위반(특수잠입·탈출) 등 부분에 대하여, 위 동맹원증이 피고인의 주거지에서 압수되었다는 사실만으로는 피고인이 북한 보위부에 인입되었다는 사실을 입증하기에는 부족하다는 등 그 판시와 같은 이유를 들어, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기

에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

(3) 석○○의 진술 관련 부분

원심은, 이 사건 공소사실 중 2007. 8. 중순경 국가보안법 위반(특수잠입·탈출) 등 부분에 대하여, 탈북자 석○○가 수사기관과 법정에서 한 진술은 신빙하기 어렵다는 등 그 판시와 같은 이유를 들어, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

(4) 2006. 8. 23. 국가보안법 위반(편의제공) 부분

원심은, 공소외 2 작성의 참고인 진술서는 신빙성에 합리적 의심이 있고, 이 부분 공소사실을 뒷받침하는 주된 증거로 사용하기에는 증명력이 부족하다는 등 그 판시와 같은 이유를 들어, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 필요한 심리를 하지 아니하는 등의 위법이 없다.

2. 국가보안법 위반 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여

가. 북한이탈주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률(이하 '북한이탈주민법'이라고 한다) 위반죄 부분 : 피고인의 상고이유 제1 내지 3점

포괄일죄의 공소시효는 최종 범죄행위가 종료한 때로부터 진행하므로(대법원 2002.

10. 11. 선고 2002도2939 판결 등 참조), 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 북한이탈주민법에 따른 보호 및 지원을 받은 경우, 그 공소시효는 북한이탈주민법에 의한 보호 또는 지원을 최종적으로 받은 때로부터 진행한다. 한편 북한이탈주민법의 입법 목적과 그 규정 내용에 비추어, 북한 지역을 벗어난 후 외국의 국적을 취득한 사람뿐만 아니라 북한을 벗어나기 전에 이미 외국 국적을 취득하고 북한을 벗어난 후 그 외국 국적을 그대로 보유하고 있는 사람은 북한이탈주민법의 적용대상인 북한이탈주민에 해당하지 않는다고 할 것이므로, 이러한 사람이 외국 국적 보유 사실을 숨긴 채 마치 북한 공민권자인 것처럼 허위진술을 하여 북한이탈주민법에 의한 보호 및 지원을 받은 때에는 같은 법 제33조 제1항이 정한 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보호 및 지원을 받은 때에 해당한다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도10831 판결 등 참조).

원심판결 이유를 위 법리 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 이 부분 공소사실(이유무죄 부분 제외)을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 북한이탈주민법의 취지와 적용대상, 북한이탈주민법 위반죄의 죄수 및 공소시효, 죄형법정주의, 증거재판주의 등에 관한 법리를 오해하거나, 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

나. 사기죄 부분 : 피고인의 상고이유 제4 내지 6점

사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것이고, 그 중 소극적 행위로서의 부작위에 의한 기망은 법률상 고지의무 있는 자가 일정한 사실에 관하여 상대방이 착오에 빠져 있음을 알면서도 그 사실을 고지하지 아니함을 말하는 것

으로서, 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았다더라면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다(대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645 판결 등 참조).

원심은, 이 사건 공소사실 중 사기의 점과 북한이탈주민법 위반의 점은 기본적 사실 관계가 동일하고, 이 사건 공소장변경이 오로지 피고인을 괴롭힐 목적으로 이루어진 것은 아니며, 피고인은 북한이탈주민법에 근거한 지원금 등이 지급되기 전에 상대방에게 자신이 북한이탈주민이 아님을 고지할 의무가 있을 뿐 아니라, 보호 및 지원의 주체가 국가가 아닌 경우에는 피고인의 신청행위, 계약체결행위 등이 전제되는데 이는 사기죄의 기망행위로 평가할 수 있고, 국가 또는 지방자치단체가 북한이탈주민법에 따라 지급하는 지원금 등은 국가 또는 지방자치단체의 재산상 이익에 해당한다는 등 그 판시와 같은 이유를 들어 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 위 법리와 기록 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 공소장변경, 적법절차 원칙, 증거재판주의, 사기죄의 기망행위와 처분행위 및 보호법익 등에 관한 법리를 오해하거나, 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

상고이유에서 내세우는 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결은 이 사건과는 사안이 다른 것이어서 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

다. 국민기초생활 보장법 위반죄 부분 : 피고인의 상고이유 제7점 및 검사의 상고이유

원심은, 북한이탈주민은 5년의 범위 내에서는 국민기초생활 보장법상의 수급요건을

갖추지 않더라도 북한이탈주민법 제26조에 근거하여 국민기초생활 보장법상의 급여를 받을 수 있으나, 5년이 지난 후에는 국민기초생활 보장법의 수급요건을 갖춘 경우에만 이와 같은 급여를 받을 수 있으므로, 피고인이 최초로 국민기초생활 보장법상 급여를 받은 2004. 8.부터 5년이 되는 2009. 7.까지의 급여는 북한이탈주민법에 근거한 보호 및 지원에 해당하나, 2009. 8. 이후의 급여는 국민기초생활 보장법에 근거한 것이므로 국민기초생활 보장법 제49조가 적용되어야 하고, 공소장에 기재된 적용 법률인 북한이탈주민법 제33조보다 국민기초생활 보장법 제49조가 법정형이 낮고, 피고인과 변호인들도 원심 마지막 변론기일에서 이 부분에 관하여 북한이탈주민법 제33조가 적용되지 아니한다는 취지의 변론을 하였으므로 국민기초생활 보장법 제49조를 적용하더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다는 등 그 판시와 같은 이유를 들어, 2009. 8. 이후의 급여 부분에 대하여 공소장변경 없이 직권으로 국민기초생활 보장법 위반죄를 유죄로 인정하면서, 북한이탈주민법 위반죄는 이유무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록 및 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 피고인의 상고이유 주장과 같이 방어권을 침해하고 증거재판주의 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이나, 검사 상고이유 주장과 같이 북한이탈주민법 제26조 및 포괄일죄에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

라. 여권불실기재, 불실기재여권행사, 여권법 위반죄 부분 : 피고인의 상고이유 제8점

원심은, 중국 국적인 피고인은 별도의 국적 취득 절차 없이 대한민국 국적을 취득할 수 없으므로, 법원으로부터 이름과 주민등록번호에 관한 취적허가를 얻었다 하더라도 중국으로부터 여권을 발급받아 사용하여야 하고 대한민국 여권을 발급받아 사용할 수

