對外秘 국정원 선거개입 (원세훈) 사건 항소심 선고 보고

2015. 2. 9. 사법지원실(박성준)

1. 사건진행 개요

1) 제1심

▣ 서울중앙지법 2013고합577 공직선거법위반 등

- 형사 21부 : 재판장 이○○, 이○○(주심), 오○○
- 공소제기(불구속, 별건으로 구속, 2014. 9. 9. 형기만료 구속취소) : 2013. 6. 14.
- 2013. 8. 26.부터 2014. 7. 14.까지 37회 공판기일 진행

▣ 2014. 9. 11. 판결선고

- 국정원법위반 일부 유죄, 일부 무죄 : 정치관여행위 인정
  - 트윗・리트윗 673,077건 무죄 (이유무죄)
- 공직선거법위반 전부 무죄 (이유무죄) : 선거운동의 목적성, 능동성, 계획성 부정
- 징역 2년 6월에 집행유예 4년, 자격정지 3년

2) 항소심

▣ 서울고등법원 2014노2820

- 형사 6부 : 재판장 김○○, 김○○(고법판사, 주심), 윤○○(고법판사)
- 2014. 11. 7.부터 2014. 12. 29.까지 8회 공판기일 진행 (증인신문 : 3명)

▣ 2015. 2. 9. 판결선고

- 국정원법위반 일부 유죄
  - 트윗・리트윗 511,898건 무죄 (이유무죄) : 계정 441개 인정안됨
- 공직선거법위반 일부 유죄
  - 트윗・리트윗 293,513건 무죄 (이유무죄) : 계정 441개 인정안됨
  - 2012. 8. 20. 이전행위 무죄 (이유무죄) : 대선국면 이전에 선거운동 입증되지 않음
- 징역 3년, 자격정지 3년, 법정구속 (상고심 구속만기 : 2015. 10. 8.)

3) 1심 2심 비교표 (사실인정 및 구성요건 해당성 차이)

행위태양	죄명	성질	공소사실	1심	2심	
					8.20. 이전	8.21. 이후
찬반클릭	국정원법	정치+선거	1,214	1,214	1,214	
	공선법	선거	1,057	×	0	1,057
오유 등 인터넷 글게시	국정원법	정치+선거	2,125	2,125	2,125	
	공선법	선거	114	×	13	101
트위터 (트윗. 리트윗)	국정원법	정치+선거	786,698 (계정 1,157)	113,621 (계정 175/1,157)	274,800 (계정 716/1,157)	
	공선법	선거	446,844	×	17,314	136,017

2. 공소사실

▣ 공소사실 개요

- 피고인, 3차장, 심리전단장, 사이버팀 팀장 및 직원들과 순차공모하여 (공동정범)
- 국정원장 직위를 이용하여 정치관여 행위를 함과 아울러 (국정원법위반)
- 공무원으로서 그 지위를 이용하여 (낙선 목적) 선거운동을 함 (공직선거법위반)

● 공소사실에 관한 적용법조는 공직선거법위반(255조 3항 2호), 국정원법위반(18조 1항), 공동정범(형법 30조), 상상적경합(형법 40조)임

- 범죄일람표 기재 약 3년간의 행위를 포괄일죄로 봄

▣ 공소사실 요약

● 피고인 원세훈은 국가정보원장으로, 피고인 이○○은 국가정보원 3차장으로, 피고인 민○○는 국가정보원 심리전단장으로 각 재직하였던 사람임

● 국가정보원은 국내정치 및 선거에 관여할 수 없음에도 불구하고, 피고인 원세훈은 국가정보원의 가장 중요한 임무가 대통령의 원활한 국정수행을 보좌하는 것이고, 이러한 성공적인 국정수행이 바로 국가안보라는 잘못된 인식과 기조로 국가정보원을 운영하면서, 정부정책에 반대하거나 국정수행에 비판적인 정당 및 정치인에 대하여 선제적으로 적극 대응하는 한편 대통령의 국정운영 성과 등을 홍보하라고 반복하여 지시하였

음

- 이와 같은 피고인 원세훈의 지시는 피고인 이○○, 민○○를 통하여 국가정보원 심리전단 사이버팀 직원들에게 하달되어, 위 직원들의 사이버 활동에 의하여 불법정치관여 및 불법선거운동이 이루어짐으로써, 피고인들은 공모하여 국가정보원법상 금지된 정치관여행위를 함과 동시에 공직선거법상 금지된 공무원의 지위를 이용한 선거운동을 하였음
- 구체적인 활동내역은, 심리전단 직원들이
  - ① 인터넷 사이트 등에서 2012. 8. ~ 2012. 12. 1,215건의 찬반클릭
  - ② 인터넷 사이트 등에서 2009. 2. ~ 2012. 12. 2,125건의 글 및 댓글 작성·게시
  - ③ 트위터에서 2011. 1. ~ 2012. 12. 786,698건의 트윗 및 리트윗 작성·게시
  - 통하여 정치관여 범행을 저지르고,
  - 그 중 찬반클릭 1,057건, 글 및 게시글 114건, 트윗 및 리트윗 446,844건은 선거운동 범행에도 해당함

▣ 적용법조

- 국정원법

> **제9조(정치 관여 금지)**
> ① 원장·차장과 그 밖의 직원은 정당이나 정치단체에 가입하거나 정치활동에 관여하는 행위를 하여서는 아니 된다.
> **제18조(정치 관여죄)**
> ① 제9조제1항을 위반하여 정당이나 그 밖의 정치단체에 가입하거나 정치활동에 관여하는 행위를 한 사람은 7년 이하의 징역과 7년 이하의 자격정지에 처한다.

- 공직선거법

> **제255조(부정선거운동죄)**
> ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 5년 이하의 징역에 처한다.
> 2. 제85조제2항을 위반하여 선거운동을 한 사람
> **제85조(공무원 등의 선거관여 등 금지)**
> ② 공무원은 그 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다. 단서 생략
> **제58조(정의 등)**
> ① 이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 단서 생략
> ② 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 1심 판결의 판단의 논리와 요지

가. 국가정보원법위반의 점에 관한 판단 : 유죄 인정

1) 국가정보원 심리전단 직원들이 사용한 계정

- 검사는 인터넷 사이트 및 커뮤니티, 블로그 등에서 국가정보원 심리전단 직원들이 사용한 계정 117개를 특정하였는데, 검사가 제출한 증거들에 의하면 위 117개 계정 모두 국가정보원 직원들이 사이버 활동에 사용한 계정임이 인정됨
- 검사는 트위터에서 국가정보원 심리전단 직원들이 사용한 계정으로 1,157개를 특정하였는데, 검사가 제출한 증거들에 의하면 그 중 175개 계정만 국가정보원 직원들이 사이버 활동에 사용한 계정으로 인정되고, 나머지 982개 계정은 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 검사의 입증이 이루어지지 아니하였다고 판단함

  - 425지논.txt('지논'), ssecurity.txt('시큐리티')('이 사건 파일')의 증거능력을 부정
    - 313조 전문법칙 ☞ 작성자의 진술에 의하여 진정성립 인정되어야
    - 315조 당연한 증거능력 부정 ☞ 작성경위 불명, 업무상 작성 불명, 특신정황 불인정
  - 따라서 위 982개 계정 명의로 작성된 트윗·리트윗 부분은 무죄

2) 국가정보원의 사이버 활동이 정당한 업무 수행에 해당하는지 여부

- 국가정보원법은 국내 정보의 경우"국내 보안정보(대공, 대정부전복, 방첩, 대테러 및 국제범죄조직)의 수집·작성 및 배포"에 한하여 국가정보원의 직무로 정하고 있는데, 이는 그 입법취지나 입법연혁 등에 비추어 국가정보원의 직무를 한정적으로 제한한 규정임
- 그런데 국가정보원의 사이버 활동은 북한의 대남심리전 실태를 알리는 내용이 아니라 국정을 홍보하고 특정 정당 및 정치인은 비판하는 내용에 해당하고, 그 활동 방법도 신분을 감춘 채 일반인으로 가장하여 인터넷 공간에서 글이나 트윗을 게시하고 찬반 클릭 활동을 한 것인바, 이러한 활동을 국내 보안정보의 수집·작성·배포행위로 볼 수 없음

3) 국가정보원의 사이버 활동이 정치관여행위에 해당하는지 여부

- 국가정보원법은 국가정보원 직원이 특정 정당 또는 정치인을 지지·반대하는 행위를

금지하고 있음

- 국가정보원이 수행한 사이버 활동의 내용은, ① 국책사업 및 국정성과를 홍보함으로써 정치인으로서의 **대통령 및 여당을 지지**하고, ② 정부의 정책기조에 반대하는 **야당 및 정치인들을 반대·비판**하는 활동임이 확인되므로, 이는 국가정보원법에서 금지한 **정치관여행위에 해당함**

4) 피고인들의 공범 성립 여부

- 원세훈이 전부서장회의를 포함한 각종 회의에서 지시하는 사항은 이○○, 민○○ 등 지휘계통을 통하여 그대로 국가정보원 심리전단 직원들에게 전달되고, 특히 국가정보원 심리전단은 이와 같은 원세훈의 지시사항에 터잡아 매일 "이슈 및 논지"를 작성하여 이에 따른 사이버 활동을 전개하였음이 인정됨
- 원세훈의 전부서장회의 발언 내용을 보면, 일관되게 적극적인 국정홍보를 지시하는 한편 정부의 정책에 반대하는 정당 및 정치인을 비판하였을 뿐만 아니라, 4대강 사업, 제주해군기지 건설 사업, 한미 FTA 체결, 세종시 사업 등 주요 국정현안 및 정치적 쟁점에 관하여 구체적이고 직접적인 홍보 지시까지도 하였음이 인정됨
- 피고인 원세훈이 비록 정치개입 범행을 직접 실행한 것은 아니라고 할지라도 이에 대한 기능적 행위지배를 통하여 범행에 가담하였음이 인정되고(대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도3544 판결), 피고인 이○○, 민○○ 역시 이와 같은 피고인 원세훈의 지시를 전달하는 한편 그 이행 결과를 보고하는 방법으로 범행에 가담하였음이 인정됨.

5) 소결론

- 인터넷 사이트에서의 찬반클릭 1,214건, 글·댓글 2,125건, 트윗·리트윗 113,621건은 모두 유죄
- 국가정보원 심리전단 직원이 작성한 것으로 인정되지 아니하는 트윗·리트윗 673,077건은 무죄 (포괄일죄 중 이유무죄)

나. 공직선거법위반의 점에 관한 판단

1) 전제한 법리

▣ 공직선거법 제58조 제1항에서 정한 선거운동의 개념

- 어떠한 행위를 선거운동이라고 보기 위하여는 목적성, 능동성, 계획성이 인정되어야 함(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도9043 판결)

▣ 선거에 영향을 미치는 행위와는 구분되는 개념임(대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9392 판결)

▣ 기존부터 계속 해 왔던 행위

- 선거 시기 이전부터 계속하여 특정 정책을 지지·반대하여 온 경우 그 정책이 선거 시기에 선거쟁점이 되었다고 하더라도 구체적이고 개별적으로 선거운동 해당 여부를 판단하여야 함(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도9243 판결)

▣ 정치적인 행위와 선거운동의 관계

- 선거운동은 특정한 유형만을 제한하고 있지는 아니하므로 선거운동의 행위태양은 다양하게 나타날 수 있음
- 다만, 행위에 더하여, 주관적인 목적의사가 객관적으로 드러날 것 요함
  - 그 목적은 특정한 선거에서의 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모

2) 구체적인 사실관계를 종합한 재판부의 평가(사실의 인정)

▣ 선거운동에 해당한다고 볼 만한 사정 (피고인에 불리한 사정)

- 제18대 대통령선거 시기 즈음에도 정부의 정책이나 국정 성과 등을 홍보하는 글을 작성 및 게시
- 정부의 시책에 반대하는 야당 또는 야권 정치인들을 반대·비방하는 글을 작성 및 게시
  - 제18대 대선의 후보자 또는 후보예정자 등과 그들의 소속 정당에 대한 반대·비방 취지의 글도 상당수 포함
- 앞서 인정한 사이버 활동 내용 중 특히 정치적인 부분 참조

▣ 선거운동에 해당하지 않는다고 볼 만한 사정 (피고인에 유리한 사정)

- 원세훈의 전부서장회의 발언을 살펴보더라도 명시적으로 선거운동의 지시라고 볼 만한 내용이 전혀 확인되지 아니함
  - 오히려 원세훈이 "대선정국을 맞아 원이 휩쓸리지 않도록 더욱 철저히 관리", "전 직원들이 선거과정에서 물의를 야기하지 않도록 긴장감을 유지" 등 선거에 절대 개입하지 말 것을 여러 차례 명확히 지시

- 선거운동은 적어도 특정될 수 있는 후보자의 당선이나 낙선을 위한 행위이어야 하는데, 검사가 선거운동의 시작점으로 기소한 2012. 1.경은 제18대 대선 후보자의 윤곽조차 명확하지 아니한 상황이었음
- 기존에 계속적, 반복적으로 이루어졌던 국정홍보 취지 활동이 선거운동으로 전환된 것이라면, 선거운동의 계획성이나 능동성이 객관적으로 드러나는 계기가 있어야 하는데, 이러한 정황이 전혀 확인되지 아니함
- 심리전단 직원들의 사이버 활동에 관한 가장 직접적인 지시로 볼 수 있는 "이슈 및 논지"에도 선거 관련된 내용은 전혀 확인되지 아니함
- 통상적인 선거운동의 경우라면, 선거일에 가까워질수록 점차 선거운동이 활발해지는 것이 일반적인데, 검사의 공소사실을 보면 트윗 및 리트윗 건수가 2012. 10. 이후 뚜렷이 감소하는 양상을 보임

▣ 형사재판에서의 입증의 정도 : 합리적 의심의 여지가 없을 정도

- 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없음

▣ 선거운동의 목적성, 능동성, 계획성을 인정하기 부족함

- 검사가 제출한 증거들만으로는 사이버 활동이 제18대 대선 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위로서 선거운동에 해당한다거나, 피고인들이 그러한 목적으로 위 직원들에게 선거운동의 지시를 하여 그에 따라 선거운동이 이루어졌음을 인정하기 부족

4. 항소심 판결의 판단과 논리의 요지

가. 증거능력과 사실인정 판단의 차이 (1심에 비해 추가된 부분)

1) 이 사건 파일의 증거능력

- 425지논.txt('지논'), ssecurity.txt('시큐리티')[1][2][3]('이 사건 파일')의 증거능력을 인정

1) 김○○(심리전단 직원) 명의의 이메일에 첨부된 파일. 첨부파일 작성여부 "기억나지 않는다"고 진술.
2) 지논 파일 : '논지'의 앞뒤 글자를 바꾸어 '지논'파일로 명명한 것으로 보임. 961KB의 텍스트 파일로서 출력물은 A4용지 420여 장 분량. 주로 국정원(원세훈)의 '이슈와 논지'가 날짜별로 기재되어 있음. 트위터의 계정 관리법도 들어 있음
3) 시큐리티 파일 : 영어단어 'security' 앞에 s를 하나 더 붙인 형태의 제목을 가지고 있는 텍스트 파일.

- 313조 전문법칙 ☞ 작성자의 진술에 의하여 진정성립 인정되어야 하므로, 법정에서 진정성립 인정된 바 없어서 증거능력 부정 (1심 판단과 동일)

- 315조 2호, 3호에 의한 '당연한 증거능력' 인정

형사소송법 제315조(당연히 증거능력이 있는 서류) 다음에 게기한 서류는 증거로 할 수 있다. 1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 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

■ 기록에 의한 각종 증거(김○○의 진술, 김○○의 이메일 및 첨부 파일 활용 방법, 김○○ 작성 다른 이메일 등과 비교, 김○○만이 알 수 있는 정보의 기재 등) ☞ 이 사건 파일의 작성자는 김○○임을 알 수 있음

■ 문서 작성의 계기 : 업무수행

■ 업무 관련성에 관한 김○○의 진술, '이슈와 논지'의 전달 체계 및 업무에서 차지하는 기능, 업무를 수행하는 방법과 관련된 정보와 지침의 기재, 장기간 작성의 필요가 있을 때마다 계속적으로 문서를 작성해온 정황 ☞ 업무상 필요한 이슈와 논지 등을 매일 매일 정리해둔 문서 (지논 파일)

■ 업무 수행 방법에 관한 핵심 정보의 기재, 업무매뉴얼의 내용과 일치하는 활동 내역의 기재, 장기간 작성의 필요가 있을 때마다 계속적으로 문서를 작성해온 정황 ☞ 여러 달 동안 트위터 활동을 전개함에 있어서 필요한 트위터 계정 등을 그때 그때 모아서 정리해둔 문서 (시큐리티 파일)

■ 보안유지 및 비밀엄수 당부 기재, 국정원의 보안성, 형식 자체가 타인 보고용이 아니라 자기 메모 형식, 기초적 정보의 중요성, 개인적 경조사 일정도 일부 포함 ☞ 허위 개연성 적음 ☞ 315조 3호 특신정황도 인정됨

2) 국가정보원 심리전단 직원들이 사용한 트위터 계정 (시큐리티 파일)

● (참고사항 : 형사심의관 의견) 트위터 계정 인정의 중요성

- 이 사건 공소사실은 크게 찬반클릭, 인터넷 사이트(오늘의 유머) 등에의 글 게시, 트위터활동(트윗・리트윗)으로 이루어져 있음

출력물은 A4용지 19장 분량. 심리전단 직원들 성명 앞 두 글자와 함께 트위터 계정이 나열되어 있음

- 그런데, 찬반클릭은 단순히 남의 글 또는 기사에 '찬성' 또는 '반대' 클릭 행위
- 인터넷 사이트에 직접 글을 쓰는 것은 상당한 분량의 글을 써야 하는 행위로서, 그 내용을 노골적으로 쓰기는 곤란하고, 그 개수도 많기 어려움 (공소사실에 의하더라도 선거관련 내용은 총 114건)
- 반면, 트위터는 약 2~3줄의 내용을 전송하는 것으로서, 짧은 글에 축약적으로 선거관련 메시지를 전파하기 적절하고, 리트윗 등으로 손쉽게 확산이 가능하며, 공소사실에 의한 개수도 매우 많음
- 따라서, 수사 단계에서부터 검찰 수사팀이 '정치관여'를 넘어 '선거개입'(선거법적용)에 자신 있어 한 것도 트위터의 발견 이후였음
- 그런데, 트위터 본사(미국)에 대한 압수수색(국제사법공조)이 불발되고 나서, 그 트위터 계정이 국정원 직원이 사용한 계정인지 여부를 인정할 증거가 극히 적었음
- 1심 단계에서부터 트위터 인정여부가 실질적으로 가장 중요한 입증의 관건이라고 예측되어 왔음

행위 태양	죄명	성질	공소사실	1심	2심	
					8.20. 이전	8.21. 이후
트위터	국정원법	정치+선거	786,698 (계정 1,157)	113,621 (계정 175/1,157)	274,800 (계정 716/1,157)	
	공선법	선거	446,844	×	17,314	136,017

- 공소사실 : 1,157개 계정 특정
- 1심 : 175개 계정만 인정 (진술에 의하여 인정된 계정만 인정)
  - 직원들이 사용을 인정한 계정 116개 + 트윗덱[4][5] 연결 계정 59개
- 항소심 : 716개 계정을 인정 (사실상 검사가 지목한 모든 계정을 인정)
  - 시큐리티 파일 추출 269개 + 트윗덱 연결 422개 + 직원들 이메일 기재 계정 25개
  - 트위터피드[6] 441개만 부정 (검사가 특정한 트위터피드 466개 - 이메일 기재 25개)
- <u>트위터 계정을 인정함에 따라 선거 관련 글의 인정갯수가 기하급수적으로 늘어남</u>
  - 약 13만건 이상 인정

4) 여러 개의 트위터 계정을 동시에 관리할 수 있는 프로그램. 트위터 계정의 아이디와 비밀번호를 모두 알고 있어야 등록 가능
5) 검사(1심과 2심도 동일)는 트윗덱을 통하여 기초계정과 20회 이상 같은 글을 동시에 트윗한 계정을 트윗덱 연결계정으로 추출하였음
6) 트윗덱과 달리 사전등록에 원 계정의 비밀번호 요구하지 않음. 일반인도 해당할 가능성 있음

3) 원세훈의 지시 내용의 해석

- 아래와 같은 글은 대부분 1심에서도 원세훈의 지시로 인정된 바 있음
- 항소심은 아래 글을 '정치개입' 지시일뿐만 아니라, '선거개입' 지시에도 해당한다고 파악함
  - 1심에서는 "선거운동 지시로 볼 만한 내용이 전혀 확인되지 아니함"이라 판시
  - 한편, 아래 글 중 8번, 11번은 1심 판결에는 적시되지 않은 내용임

순번	일자	발언 요지	비고 (관련 선거일정)
1	2010. 1. 22.	지방선거도 이제 있고 계속 이제 좌파들이 그것도 자기들 여기 자생적인 좌파도 아니고 이거는 완전히 뭐냐 하면 북한 지령 받고 움직이는 사람들 아니예요. 그러니까 이제 그런 사람들에 대한 확실한 싸움을 좀 해서 우리나라를 정상적으로 돌려놓는 한 해가 되도록 같이 노력합니다.	2010. 6. 2. 지방선거
2	2010. 4. 16.	사실상 북한에서 지령이 내려온 게, 요번에 지방선거에서는 2012년도에 정권을 바꿀 수 있도록 다 모아라, 아주 구체적으로 지침이 내려왔어요, 단일화하라고 이렇게 지시가 내려왔는데. (...) 모으라는 거는 희망과 대안 뭐 등 다 만들지만, 어쨌든 선거에는 단일화해라 하는 게 북한의 지령이라고, 북한 지령대로 움직이는 건 결국은 뭐 종북단체 아니야. (...) 일반 국민이 볼 때는 다수가 반대를 하고 어떤 정책에 대해서 한나라당만 찬성하는 것처럼 이렇게 돼 있잖아. 그거를 다 이용당하고 있는데 우리가 이용당하고 있는지 모르고 있어 지금. 어쨌든 그런 걸 확실하게 여러분들께서 중심을 잡고 좀 일을 해주시기를 바랍니다.	2010. 4.~5. 야권연대, 후보단일화 논의
3	2010. 6. 25.	천안함 발표가 5월 20일이고 5월 24일날 대통령께서 천안함에 대해서 국민에 대한 담화를 하시고 몇일 뒤에 바로 전쟁과 평화하면서 야당 후보가 뭐 그런 걸 이야기했는데, 그렇게 하는데도 우리 국정원의 그 많은 직원들은 제대로 거기에 대한 저거 한 번 없이 넘어갔다.	
4	2011. 5. 20.	지난 재보선에서 천안함 사건이 북한의 소행이 아니라고 주장하던 인물이 강원지사에 당선되었고, 경기·인천 등 접적 지역 주민들이 대북전단 살포에 반대하는 것은 적하고 싸우는 것을 포기하는 것임	2011. 4. 27. 강원도지사 최문순 당선
5	2011. 8. 22.	8. 24. 주민투표와 관련, 자유 민주주의 국가인 우리나라에서 선거는 누구나 참여하되, 각자의 의견은 투표로 보여주면 되는데 현재 투표 자체를 거부하는 일이 허용되고 있다는 것은 매우 잘못된 것임.	2011. 8. 24. 서울시 무상급식 관련 주민투표
6	2011. 10. 21.	지금 인터넷을 보시면 아시겠지만 인터넷 자체가 종북좌파 세력들이 다 잡았는데 점령하다시피 보이는데 여기에 대한 대책을 우리가 제대로 안 세우고 있었다. 전 직원이 어쨌든 간에 인터넷 자체를 청소한다, 그런 자세로 해서 그런 세력들을 끌어내야 됩니다. (...) 10월 26일날 재보선이 있는데 북한까지 나서가지고 지금 범야권 선거운동을 하고 있잖아요. 이런 것에 대한 대책도. 북한이 그런 범야권을 지원하는 이유가 뭐겠어요. 이게 개인적으로 친해서 그런 게 아니고 자기네하고 같은 걸 맞춰갈 수 있다. 과거로의 회귀를 위한 그런 것을 위해서 그런 활동을 하는 거니까 거기에 대해서도 우리가 확실한 대책을 해나가야 되겠다. (...) 작년에 지방선거 때 전쟁과 평화라는 이런 식으로 얘기가 나와 가지고 끌고 나갔	2011. 10. 26. 서울시장 보궐선거

		다는 자체도 결국은 국민들의 의식이 잘못된 부분이 있기 때문에 이런 것에 교육도 시켜야 된다. (...) 지난 선거 때 전쟁과 평화 이런 것 해가지고 국민들이 위기위식을 느껴가지고 전쟁 안해야 된다, 그러니까 2번 찍자 뭐 이런 식으로 되어선 안되지 않냐.	
7	2011. 11. 18.	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. (...) 인터넷 같은 데도 트위터라든가 SNS라든가 온라인상에서 별말 다 지어지고 있어도... 어느 정도 나이가 들고 한 분들은 그런 쪽에 참여 안하고, 일반 시민들이 볼 때는 그 말을 믿어요. 제일 문제는 사실이 아닌데 저 사람들은 그냥 나라를 흔들기 위해서 일부러 허위사실을 한다 이렇게 생각하는 사람이 별로 없어요. (...) 선거전에 여론조사에 보니까 A, B 후보를 볼 때 A 후보가 여성표는 10% 이기고 있었거든, 근데 결과는 7%인가 졌더라고. 진 게 1억 피부샵이예요, 딴게 아니고. 그리고 또 부재자투표에서 보면 A후보가 다 이겼어. 부재자투표라는게 젊은 사람이 상대적으로 하는거 아니예요? 이겼는데 그것은 1억 피부샵 나오기 15일전에 했기 때문에. 근데 1억 피부샵 이후에 젊은 세대한테 왕창 졌잖아요. (...) 내 얘기는 혹세무민하려는게 아니고 혹세무민 된 것을 정상화시키라는 얘기야. 그거를 활동을 하고 활동 상황을 보고를 해요. (...) 작년 선거 때도 보니까 보수세력이 결집하면 이길 수 있는 교육감 선거에서도 결국은 분열 때문에 졌잖아요. 북한이 이번에 이렇게 하고 지난 선거 때도 그런 선거였고, 그렇기 때문에 그것은 결국은 나라의 체제를 부정하는 세력들이 협심해 덤벼드는 것이기 때문에 거기에 대한 대비를 철저히 해요. 지금 강 건너 불 보듯이 할 문제가 아니예요. 시간이 얼마 남지도 않았고.	2011. 10. 20. 나경원 후보 '1억 피부과' 보도 및 선거 쟁점화, 2011. 10. 26. 서울시장 박원순 당선
8	2011. 12. 16.	지난 재보선에서도 알 수 있듯이 북한이 내년 총·대선을 겨냥하여 종북좌파 등을 통한 국내 선거 개입시도가 노골화될 가능성이 높으므로 우리가 사전에 확실히 대비해야 할 것임	2012. 4. 11. 19대 총선, 2012. 12. 19. 18대 대선
9	2012. 1. 6.	우리의 경우, 총선이 얼마 남지 않았고 연말 대선도 예정되어 있어, 적과 종북 세력들이 남남갈등 조장은 물론 주요 국정성과 폄하를 위해 준동하고 있는 상황임. 이들 공세를 차단하기 위해서는 각 부서가 관련 사안에 대해 사실을 정확히 인지하여 잘못된 주장을 반박하고 국민들이 현혹되지 않도록 업무를 수행해 나가야 할 것임	위와 같음
10	2012. 2. 17.	진짜 금년 한해가 여러분들 아시다시피 아주 중요한 한해 아닙니까. 이제 총선도 있고 대선도 있고, 종북좌파들은 북한과 연계해 가지고 어떻게 해든지 간에 다시 정권을 잡을라 그러고, 여러분들의 보고서에서도 봤겠지만 지금 북한이 이제 총선에서 야당 되면 강성대국은 완성된다 이렇게 공개적으로 얘기했어요. (...) 야당이 되지 않는 소리하면 강에 쳐박아야지, 4대강 문제라 뭐 이렇게 떠들어도 뭐. 일은 죽도록 해놓고 여태까지 여러분들 보니까 일은 우리가 했는데 왜 우리 가만히 있어. (...) 북한이 공갈치니까 달래야지 우리가 또 안 다칠 것 아닙니까, 이런 국민들이 다수가 되고 그게 2010년도 지방선거의 전쟁과 평화에서 봤잖아요. 그런데도 지금도 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 잘 못 싸우면 국정원이 없어지는 거야 여러분들 알잖아. 국가보안법 없애겠다고 그러고 한미	위와 같음

		FTA 뭐 등등 개들 매일 하는 소리 그건데 우리 조직이 없어지는 거야. (...) 다시 한 번 얘기하지만 북한이 선거에, 우리나라 종북세력과 같이 저거해서 총선에 개입하거나 사회분열을 기도하는 것을 철저히 좀 차단을 해야 되겠고.	
11	2012. 3. 16.	북한이 한쪽에 계속하고 있는 그 부분은 4.11 선거라든가 금년 연말의 대선 같은 거를 대비해서 자꾸만 우리 국내의 종북좌파들의 입지를 넓혀 줄라고 하는 거기 때문에 거기에 대해서도 아까도 이야기했듯이 확실하게 끊어줘야 돼요.	위와 같음
12	2012. 6. 15.	최근 종북 논란이 불거진 틈을 타 북한은 우리 사회 분열을 부추기고 노골적으로 대선 개입을 모색하고 있으므로, 확실하게 대처해야 할 것임. 또한, 북한 문제를 해결하기 위해서는 북한 뿐 아니라 국내 종북좌파를 척결하는 것은 물론 그 동조세력들도 면밀하게 점검해야 할 것임. 종북좌파 세력들이 국회에 다수 진출하는 등 사회 제 분야에서 활개치고 있는데 대해 우리 모두는 부끄럽게 생각하고 반성해야 함. 직원 모두는 새로운 각오로 이들이 우리 사회에 발붙일 수 없도록 함으로써 국정원의 존재의미를 찾아야 할 것임	위와 같음

나. 국가정보원법위반의 점에 관한 판단 : 유죄 인정 (1심과 기본적으로 동일)

1) 국가정보원의 사이버 활동이 정당한 업무 수행에 해당하는지 여부

- 국가정보원법은 국내 정보의 경우"국내 보안정보(대공, 대정부전복, 방첩, 대테러 및 국제범죄조직)의 수집·작성 및 배포"에 한하여 국가정보원의 직무로 정하고 있는데, 이는 그 입법취지나 입법연혁 등에 비추어 국가정보원의 직무를 한정적으로 제한
- 그런데 국가정보원의 사이버 활동은 북한의 대남심리전 실태를 알리는 내용이 아니라 국정을 홍보하고 특정 정당 및 정치인은 비판하는 내용에 해당하고, 그 활동 방법도 신분을 감춘 채 일반인으로 가장하여 인터넷 공간에서 글이나 트윗을 게시하고 찬반 클릭 활동을 한 것인바, 이러한 활동을 국내 보안정보의 수집·작성·배포행위로 볼 수 없음

2) 국가정보원의 사이버 활동이 정치관여행위에 해당하는지 여부

- **특정 정당 또는 정치인을 지지·반대**하는 행위 : 정치관여 행위
- ① 국가기관의 정책홍보가 국정원법에 따른 직무 범위에 속한다고 볼 수 없음. ② 국정원의 홍보활동은 반대하거나 문제를 제기하는 특정 정당이나 정치적 세력에 대한 반대로 이해됨 ☞ 정당정치에 바로 관여한 것임. ③ 정책 홍보라는 명목으로 언제든지 금지된 정치관여를 할 수 있게 됨. ④ 사이버 공론의 장에 국정원이 직접 개입하여 익명의 일반 국민인 양 트위터 등 감성이나 인상 변화에 호소하는 방법을 활용 ☞ 비례

의 원칙 위배

- 이는 국가정보원법에서 금지한 **정치관여행위에 해당**함

다. 공직선거법위반의 점에 관한 판단 : 유죄 인정 (1심과 다름)

1) 전제한 법리 : 논리구조가 1심과는 다소 다름 (다른 부분 파란글씨)

▣ 선거의 공정성 확보를 위한 공직선거법 제85조 제1항

- 국가기관이 공직에 부여된 영향력과 권위를 사용하여 정치적 세력 간의 자유경쟁관계에 영향력을 행사해서는 아니 됨(헌법재판소 2004. 5. 14. 선고 2004헌나1 결정)
- 이러한 헌법적 요청 고려하면, 형벌조항의 확장 해석을 경계하는 한편으로 이를 통하여 실현하고자 하는 입법목적 내지 공익의 중대한 의미와 가치도 균형있게 고려 필요

▣ 공직선거법 제58조 제1항에서 정한 선거운동의 개념 (동일)

- 어떠한 행위를 선거운동이라고 보기 위하여는 목적성, 능동성, 계획성이 인정되어야 함(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도9043 판결)

▣ ~~선거에 영향을 미치는 행위와는 구분되는 개념임(대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9392 판결)~~

▣ 기존부터 계속 해 왔던 행위 판례이론 ☞ 법리의 전제에서 사용하는 대신 뒤에서 보듯이 '대선국면'이라는 도구를 사용하여 인정됨을 논증함

▣ 선례의 의미와 정신을 고려해야 함

- 기자회견 과정에서 주로 야당의 유력 후보자들을 비난하고 그들의 정책을 지속적·반복적으로 비판하였으며 자신의 출신당 후보자를 지지하겠다는 적극적인 취지의 발언
- 공직상 부여되는 정치적 비중과 영향력을 지위와 부합하지 않는 방법으로 사용함으로써 선거의 공정에 상당한 영향을 줄 가능성이 있거나, 선거에 대한 부당한 영향력을 행사하여 선거의 득표에 영향을 미치는 행위라고 판단. 선거활동에 관하여 대통령의 정치활동의 자유와 선거중립의무가 충돌하는 경우에는 후자가 강조되고 우선되어야 하는 점을 강조(헌법재판소 2008. 1. 17. 선고 2007헌마700 결정[7])

2) 사실관계의 인정과 판단

7) 노무현 전 대통령의 선관위에 대한 '선거중립의무 준수요청' 취소심판 기각 사건

▣ 행위의 능동성 및 계획성

● 사이버활동이 이루어진 과정이 체계적임

- (예시) 안철수 후보 비방 이슈와 논지 (지논 파일 인정) ☞ 같은 날부터 3일간 이슈와 논지와 동일한 내용의 트윗 글 363회 게시(시큐리티 파일 인정)

  ■ "30대 목동녀나 주식뇌물 공여 의혹 등 특정 후보에 대한 시중에 떠도는 얘기인데 이를 국가기관의 뒷조사 자료인 양 몰고 가는 것은 검증 공세를 회피하기 위해 무책임하게 물타기 하려는 꼼수이자 자신의 허물을 감추기 위한 적반하장 "

● 전파가능성 높은 사이버활동 방법을 적극적·체계적으로 이용

- (예시) 구체적인 사이버활동 방법이 기재 (지논 파일 인정)

1. 글 작성 제출하면, 기존 팀 논지작성 일괄전송과 특히, 다를 것 없네? 파워팔로워 글 전파, 영향 확산 => 아침에 '오늘의 핫이슈' 지정해 지시 오전에 우파글 확산을 오후시간에 활용 * 단체 1:1 우파 명성 글을 선택해 확산 혀 = 확산 글 id 全體 참여 * 우파 협조, 글 집중 확산 + 1-2개만 플러스 확산 시간대를 분할해 24시간, 타임라인에 많이 들어오는 시간대를 집중

- 다수계정, 다수 글, 트윗덱, 트위터피드 등 이용

- 팔로워 증대를 위한 노력 및 보고 (시큐리티 파일 인정)

▣ 낙선을 위한 행위로서의 목적성

● 시기별 사이버 활동의 내용 및 규모 변화

- 2012. 1.부터 6.까지는 정치글이 선거글에 비하여 압도적으로 많음

- 7월부터 비중이 역전되어 선거글이 정치글에 비하여 현저히 증가

- 절대적인 수치에서도 2012. 8. 이후 선거글이 이전 선거글에 비하여 압도적 많음

- 8월에 선거글이 차지하는 비중이 8. 20. 후에 현저하게 증가하는 흐름도 확인

● 2012. 8. 20.은 대선국면 도입시기로 판단될 수 있음

- 새누리당 대선후보가 확정

- 공직선거법 제85조 제1항은 '특정 후보자의 존재와 이를 인식한 행위'를 선거운동 개념 성립의 전제

- 유력한 대통령 후보 예정자 중 한 사람이라도 정당의 대통령 후보로 확정됨으로써 선거경쟁구도가 본격적으로 가시화된 시점

- 2012. 8. 20. 이전 선거글은 주로 안철수에 대한 비난과 반대
- 2012. 8. 21. 이후 선거글은 안철수, 문재인, 민주당, 이정희, 통진당 반대
  - 후보자에 대한 자질 논란 및 의혹 제기, 복지 문제 등 주요 대선공약 비판, 후보 단일화 과정 비판 등 대선 과정에서 불거진 다양하고 광범위한 주제를 포함
  - ① 안철수 후보 반대 : 자질 부족 및 각종 의혹 제기, 후보 단일화 비판, 모호한 입장표명 비판, 이념성향 비판, 측근 비판, 단순 비방
  - ② 문재인 후보, 민주당 반대 : 각종 의혹 제기, 대선 공약 비판, 후보 단일화 비판, 이념성향 비판, 前 정권 관련 비판, 민주당 인사들 비판, 단순 비방
  - ③ 이정희 후보, 통진당 반대 : 부정경선 등 비판, 대선 TV토론 관련 비판, 단순 비방
  - ④ 박근혜 후보, 새누리당지지 : 자질 긍정 평가, 박정희 대통령 옹호, 인혁당 등과거 논란 해명, 각계 지지 선언 홍보
- 다수의 유형별 트윗 글 사례 인정 (판결문 중 첫 3개씩만 발췌)
  - 안철수 후보 반대

일시	내용	작성 계정
2012-09-04 13:38:58	RT @vincere12: 대선 나간다고 한 적 없다. 호출 당한 케이스다! (안철수) / 차라리 대통령자리가 딱지사서 분양받는 자리인줄 알았다!라고 하시는게 상식적 아닐까요?	kangsane12 등
2012-09-04 14:43:51	안철수가 사당동과 역삼동 등 강남에서만 산걸 보니 강남스타일이긴 한데...맛이간 딱지 스타일이란게 문제네...거짓말이 계속 밝혀지고 주가는 연일 하락중이다...미소뒤에 숨은 거짓이 종말을 향해 달리는가???	davejust46
2012-09-05 15:37:16	RT @koreaspiritnana: 사람들이 박근혜가 박정희 후광을 입고 있다고 하는데 내가 보긴 간철수야 말로마마보이 이고 아버지 품에서 놀아나고 있는것 같아요 우리 아버지가 경선 절대하지 말라고 했어요 민주당 멘붕 이건 허경영 이...	qkrqudwo2011 등

  - 문재인 후보와 민주당 반대

일시	내용	작성 계정
2012-09-08 05:59:51	RT @koreaspiritnana: MB가 아무리 인기 없어도 문재인 안철수가 결함 투성이라도 애국세력은 새누리당 좌익들은 야권에 표를 줄겁니다 그래선 여야 모두 달라지지 않습니다 야권이 종북과 거짓선동 부패와무능력을 탈피하여 대안세력...	qkrqudwo2011 등
2012-09-16 22:52:06	RT @freedomnorth: 이번 대선에서 가장 중요한 문제는 대북관과 안보관입니다. 한반도의 가장 중요한 문제는 북한과 연계돼 있기 때문입니다. 집권하면 과거 김대중, 노무현 정권처럼 정신없이 퍼주겠다는 세력들은 절대로 집권해서는 안된다고 ...	harpesang 등
2012-09-17 14:11:50	RT @kar22sma: 문재인이 오늘 국립묘지 방문해서 김대중 전 대통령 묘역만 들렸다네요. 편협하고 옹졸한 역사인식이 대통령의 그릇이 아님을 보여주네요. 봉하마을까지 들린 박근혜와 비교됩니다	kangsane12 등

- 이정희 후보와 통합진보당 반대

일시	내용	작성 계정
2012-09-25 14:53:11	종북당 종북녀가 이번 대선출마에 "진보의길을 의연히 갈것"이라 한다, 이제는 종북녀까지 대선에 출마하는거 보니까 막장 대선이 되게 생겼구나, 그러고는 서민과 노동자를 위한다고?? 아예 대놓고 김정은을 위한다고 말을 할것이지, 말을 돌리기도 어렵겠다	sshinbal 등
2012-12-04 20:51:11	종북당 종북녀가 오늘 tv대선토론에서 박근혜 저격수 역활을 하러 나왔구나, 그 미친년은 말도 잘하네, 지가 불리한건 무조건 아니라하고 답도 않하고 자기 질문에 자기 미화만 하는구나, 종북당 너희들이 당 자체 행사시에 애국 ...	sung455 등
2012-12-04 21:16:42	종북녀 말만 열면 거짓말하고, 질문을 하면 답변은 하지도 않고 자기 미화만 하네, 흔한말로 자기똥은 향기롭고, 남에똥은 구리다는 식이다, 종북녀 이년은 뚤린 입이라고 말은 진짜 잘한다, 확실히 종북녀를 아무나 하는게 아니구나하는 생각이 역시 맞네	queen88999 등

- 박근혜 후보와 새누리당 지지

일시	내용	작성 계정
2012-08-27 15:34:43	RT @yoonjujin: 박근혜 후보의 경험 부족을 문제삼는 분들이 많은데, 물론 행정부처에서 근무한 경험이 없어서 아쉬운 점은 있지만, 당 대표로서 굵직한 정치 현안에 대해서 목소리를 내온 것만으로도 상당한 정치 경력이라고 볼 수 있습니다.	jiminee7 등
2012-08-20 14:05:47	RT @SDenn722: 박정희 재임시절 우리나라의 경제력은 이만배 상승했다. 박정희 없이도 대한민국의 근대화가 가능했을거라는 논리는 스티븐잡스없이 아이폰이 탄생했을거라는 논리와 동일하다. 신이 내린 지도자 박정희, 그는 우리나라의 가장 큰 축복이다.	kimhyunju23 등
2012-09-12 16:09:12	박정희 박근혜 헐뜻는 트윗 글이 많이 보이는거 보니까 대선이긴 대선 이구만ㅎ 그런데 박근혜 헐뜻는 찌질이들이 왜 이렇게 많은겨ㅎㅎ우습기만하네	shore0987

● 글 내용과 게시시점의 정치적 연관성 인정됨

- 2012. 8. 20. 새누리당 후보 확정시 ☞ 박근혜 후보 화합과 포용 이미지 강조
- 2012. 8. 21. 안철수 후보 룸살롱 발언 논란 ☞ 룸살롱 일주일 이상 리트윗
- 2012. 9. 3. 안철수 후보 아파트입주권 논란 ☞ 도덕성 비판
- 2012. 9. 4. 박근혜 후보 사형제 존속입장 ☞ 사형제 반대 민주당 후보 비난
- 2012. 9. 6. 안철수 후보 불출마 종용 논란 ☞ 안철수 비방
- 2012. 9. 10. 박근혜 후보 인혁당 두 개판결 발언 ☞ 박정희 긍정평가
- (중간 생략)
- 2012. 11. 23. 안철수 후보 사퇴 후 - 안철수 반대 트윗 현저히 줄어들고, 반대로 민주당 반대 글 현저히 증가

▣ 2012. 8. 20. 대선국면을 전후한 행위의 평가

● 대선국면의 설정

- 대선은 단순한 정당선거 아닌 인물론이 중요
- 대선정국이라고 보편적으로 인식될 수 있는 시점은, 유권자인 국민이 정치적 선택을 하기 위하여 고려하는 위와 같은 여러 요소가 후보자 및 소속 정당에 의하여 본격적으로 개진되고, 반대의 관점과 의견도 제시되어 서로 진지한 공방이 이루어지는 무렵이라고 봄이 타당
- 박근혜 후보자에 대한 지지는 경쟁자로 예정된 다른 후보자 측 또는 다른 정당에 대한 부정적 평가로 이해
- 위 무렵 이후 선거 쟁점에 관한 상호공방의 결과가 일정 정도 지지율의 변화로 반영됨
- 야권 후보자의 단일화 여부가 국민의 지대한 관심을 끌면서 그에 따른 지지층 및 지지율의 변화가 크게 부각
- 위 후보자 확정 시점 이전과는 질적으로 구별되는 정치적 상황이 발생

● 대선국면 이전의 활동 평가

- 유력 정치인 및 특정 정당에 대한 일상적 관심의 연장선에서 정치인이나 정당으로의 역량과 능력을 갖추었는지 등에 초점
- 4월 총선과 대통령선거는 성격, 쟁점, 진행 양상 등 모든 면에서 명백히 구별
- 정치글과 비교시 선거글이 차지하는 비중은 상당히 적고 절대적인 숫자도 적음

● 대선국면 이후의 활동 평가 ☞ 선거운동의 목적성과 범의 인정 가능

- 보편적이고도 일반적인 관점에서도 대선국면이 시작되었다고 인식될 수 있는 시점
- 국정원으로서는, 적어도 위 기간 동안만큼은 선거 과정에서 요구되는 공무원의 정치적 중립의무의 헌법적 가치와 비중을 보다 무겁게 인식
- 이전과는 명백히 구별될 정도로 선거 관련 사이버 활동의 규모를 증대
- 구체적인 활동 내용 역시 후보자 등의 동선과 활동, 당시 나타난 중요 선거쟁점 등에 정확하게 대응

3) 피고인측 주장에 대한 반박

▣ '정치적 중립, 선거 불개입' 지시하였다는 주장에 대하여

● 아래와 같은 발언 자체는 인정

- 원세훈이 "대선정국을 맞아 원이 휩쓸리지 않도록 더욱 철저히 관리", "전직원들이 선거과정에서 물의를 야기하지 않도록 긴장감을 유지" 등 <u>선거에 절대 개입하지 말</u>

것을 수 차례 지시

- 그러나 위와 같은 지시는, 정치관여나 선거개입을 하지 말라는 데 방점을 둔 것이라기보다 대선 정국에서 국정원 직원들의 활동이 외부에 드러나 문제 되는 일이 없도록 더욱 조심하라는 데 방점을 둔 것으로 이해함이 타당
  - 표현 자체가 불분명
  - 사이버 활동을 독려하는 발언 또는 지시를 같은 시기에 함
  - 원론적 당부와 구체적 업무지시의 괴리로 직원들의 인식에도 혼란
    - "원론적으로 정치적 중립을 강조했다. 그렇지만 그것은 큰 틀에서의 원칙적 지시였고 실제로 업무의 직접적인 지시가 되는 이슈 및 논지가 매일매일 하달되는데 그 내용이 정치적 중립과 배치되는 성격의 내용이 일부 포함되는 경우가 있었다. 그래서 일선에서 활동해야 하는 저 같은 파트원들 입장에서는 당혹스러울 때가 많이 있었다."

5. 항소심 양형의 이유

▣ 행위에 대한 재판부의 평가

- 헌법에서 요구하는 공무원의 정치적 중립의무 특히 선거 과정에서의 공무원의 정치적 중립의무를 외면한 채 국민의 정치적 의사 형성과정에 개입하여 이를 왜곡한 것
- 국민의 합리적인 정치적 선택을 보장하기 위하여 정당과 정치인들에게 부여한 평등한 자유경쟁기회를 침해
- 왜곡 및 침해의 정도를 두고 정치 및 선거에 관여한 모든 정당과 정치인, 그들을 지지하는 국민들 사이에 의견 대립을 야기할 가능성
- 국정원의 소중한 기능 및 조직 중 일부를 사실상 특정 정당이나 정치적 입장에 대한 반대 등의 활동에 활용
- 선거의 공정성을 확보하기 위하여 마련된 선거운동의 주체, 시기, 선거운동원의 제한, 비용의 규제 등에 관한 다양한 제한 규정을 사실상 모두 어긴 것

▣ 엄정한 책임 추궁의 필요성 강조

▣ 법정구속

6. 참고법리 : 디지털 파일의 증거능력

가. 형사소송법 규정

제313조(진술서등)
① 전2조의 규정 이외에 피고인 또는 피고인이 아닌 자가 작성한 진술서나 그 진술을 기재한 서류로서 그 작성자 또는 진술자의 자필이거나 그 서명 또는 날인이 있는 것은 공판준비나 공판기일에서의 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에는 증거로 할 수 있다. 단, 피고인의 진술을 기재한 서류는 공판준비 또는 공판기일에서의 그 작성자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명되고 그 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여 진 때에 한하여 피고인의 공판준비 또는 공판기일에서의 진술에 불구하고 증거로 할 수 있다.
② 감정의 경과와 결과를 기재한 서류도 전항과 같다.
제314조(증거능력에 대한 예외)
제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 **증명된 때**에 한한다.

제315조(당연히 증거능력이 있는 서류)
다음에 게기한 서류는 증거로 할 수 있다. <개정 2007.5.17>
1. 가족관계기록사항에 관한 증명서, 공정증서등본 기타 공무원 또는 외국공무원의 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

나. 전문법칙의 문제

1) 쟁점

▣ 전문법칙이 적용되는 범위

▣ 전문법칙 적용시 '작성자의 진술' 외에 다른 방법(IP 주소 등)에 의하여 진정성립 인정이 가능한지

2) 선례

▣ 대표적인 선례 – 모든 판례가 일관되게 판시하고 있음

● 99도2317

컴퓨터 디스켓에 들어 있는 문건이 증거로 사용되는 경우 그 컴퓨터 디스켓은 그 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력과정에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다고 할 것이고, 따라서 형사소송법 제313조 제1항에 의하

여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용

- 2007도7257

컴퓨터 디스켓에 들어 있는 문건이 증거로 사용되는 경우 그 컴퓨터 디스켓은 그 기재의 매체가 다를 뿐 실질에 있어서는 피고인 또는 피고인 아닌 자의 진술을 기재한 서류와 크게 다를 바 없고, 압수 후의 보관 및 출력과정에 조작의 가능성이 있으며, 기본적으로 반대신문의 기회가 보장되지 않는 점 등에 비추어 그 기재내용의 진실성에 관하여는 전문법칙이 적용된다고 할 것이고, 따라서 형사소송법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용

3) 전문법칙 적용의 기준

▣ 그 내용 (문자정보의 내용)이 진실함을 전제로 그 내용이 적시하는 사실을 요증사실로 하는 경우 : 전문법칙 적용

▣ 그 문건의 존재 자체가 증거로 되는 경우 : 전문법칙 적용대상 아님.

- 증거물로서 검증의 대상이 됨

▣ 99도2317 판결

다만, 이적표현물을 컴퓨터 디스켓에 저장, 보관하는 방법으로 이적표현물을 소지하는 경우에는 컴퓨터 디스켓에 담긴 문서의 내용의 진실성이 아닌 그러한 내용의 문건의 존재 그 자체가 직접 증거로 되는 경우이므로 적법한 검증 절차를 거친 이상 이적표현물 소지의 점에 관하여는 컴퓨터 디스켓의 증거능력이 인정된다고 할 것이다.

- 이적표현물 소지에 관한 공소사실에서 '이적성이 표현된 문건' 자체

▣ 2013도2511 : '왕○○ 총책 사건'(서울중앙 2011고합1131)의 대법원 판결

다만 정보저장매체에 기억된 문자정보의 내용의 진실성이 아닌 그와 같은 내용의 문자정보가 존재하는 것 자체가 증거로 되는 경우에는 전문법칙이 적용되지 아니한다
(원심은) 반국가단체로부터 지령을 받고 국가기밀을 탐지·수집하였다는 공소사실과 관련하여 수령한 지령 및 탐지·수집하여 취득한 국가기밀이 문건의 형태로 존재하는 경우나 편의제공의 목적물이 문건인 경우 등에는, 문건 내용의 진실성이 문제 되는 것이 아니라 그러한 내용의 문건이 존재하는 것 자체가 증거가 되는 것으로서, 위와 같은 공소사실에 대하여는 전문법칙이 적용되지 않는다고 보아 해당 부분의 공소사실에 관한 증거로 제출된 출력 문건들의 증거능력이 인정된다고 판단하였다.
원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 이 부분 공소사실에 대한 증거로 제출된 출력 문건들의 내용 대부분은 그 요증사실과의 관계에서 문건 기재 내용이 진실한지가 문제 되는 것이 아니라 그러한 내용의 문자정보가 존재하는 것 자체가 증거가 되는 경우에 해당하는 것이므로, 원심의 위와 같은 판단은 그 범위 내에서 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

- 국가기밀 탐지·수집에 관한 공소사실에서 '국가기밀이 기재된 문건'
- 편의제공에 관한 공소사실에서 편의제공의 목적물이 문건인 경우
- 한편, "저장되어 있었던 사실"이 간접사실로 인정될 수는 있음

원심은 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5의 특수잠입·탈출, 회합의 점에 관하여, '공소외 9 선생앞: 2011년 면담은 1월 30일 ~ 2월 1일까지 공소외 9과 ▽▽선생과 함께 북경에서 하였으면 하는 의견입니다' 라는

등의 내용이 담겨져 있는 파일들이 피고인 1의 컴퓨터에 '저장' 되어 있었던 사실을 유죄 인정의 근거가 되는 간접사실 중 하나로 들고 있음을 알 수 있다.

이를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 그 내용과 같이 피고인 1, 피고인 5가 북한 공작원들과 그 일시경 실제로 회합하였음을 증명하려고 하는 경우에는 문건 내용이 진실한지가 문제 되므로 전문법칙이 적용된다고 할 것이지만, 그와 같은 내용이 담긴 파일이 피고인 1의 컴퓨터에 저장되어 있다는 사실 자체는 그 기재 내용의 진실성과 관계없는 것으로서 이 부분 공소사실을 입증하기 위한 간접사실에 해당한다고

4) 전문법칙 적용시 증거능력 인정방법

▣ 원칙 : 99도2317

형사소송법 제313조 제1항에 의하여 그 작성자 또는 진술자의 진술에 의하여 그 성립의 진정함이 증명된 때에 한하여 이를 증거로 사용할 수 있다.

▣ 314조에 의한 예외 인정되지 않음

▣ 2000도486 판결

● 검사의 주장

- 검사의 상고이유는, 해당 증거가 전문증거라 하더라도 형사소송법 제313조, 제314조, 제315조 등에 의하여 증거능력이 인정된다는 취지임

● 판시사항

… 논지는 이 사건 컴퓨터 디스켓에 담긴 문건의 경우 형사소송법 제313조 제1항 단서 또는 제314조, 제315조에 의하여 증거능력이 있다는 것이나, 위 문건들은 그 작성자조차가 명료하지 않은 것들로서 위 각 형사소송법의 규정에 따라 증거능력이 부여될 수 있는 것이 아니다.

- 작성자가 명료하지 않은 경우 314조 적용 불가

▣ 2007도7257 판결

● 검사의 주장(상고이유)

- 전문증거로 보더라도, 디지털증거의 경우 형사소송법 제313조 제1항의 '작성자의 진술'이란 작성자가 진정성립을 인정하는 진술이 아니라 '원진술자가 공판정에서 행하는 모든 진술'이라는 의미로 해석하여야 함. 특히 전자문서의 경우 저장매체의 사용자 및 소유자, 매체에 남은 흔적, 초안 문서의 존재, 작성자만의 암호 사용 여부, 전자서명 유무 등 여러 사정에 의하여 동일인이 작성하였다고 볼 수 있고 그 진정성을 탄핵할 다른 증거가 없는 한 성립의 진정이 입증되었다고 보아야 함

- 또는 형사소송법 제314조, 제315조에 의하여 증거능력이 부여되어야 함

● 판시사항

이 사건 디지털 저장매체로부터 출력된 문건의 경우 논지와 같은 정황자료만으로 진정 성립을 인정할 수 있다거나 형사소송법 제314조, 제315조에 의하여 증거능력이 부여되어야 한다는 검사의 상고이유 주장은,

위에서 본 법리에 배치되거나 형사소송법 제314조, 제315조의 요건을 오해한 주장으로 받아들일 수 없다.

▣ 2012도16001 판결

● 판시사항 : 진술거부권 행사시에도 314조로 증거능력 인정할 수 없다

형사소송법 제314조는 "제312조 또는 제313조의 경우에 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에는 그 조서 및 그 밖의 서류를 증거로 할 수 있다. 다만, 그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때에 한한다." 라고 정함으로써, 원진술자 등의 진술에 의하여 진정성립이 증명되지 아니하는 전문증거에 대하여 예외적으로 증거능력이 인정될 수 있는 사유로 '사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'를 들고 있다. 위 증거능력에 대한 예외사유로 1995. 12. 29. 법률 제5054호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 '사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때', 2007. 6. 1. 법률 제8496호로 개정되기 전의 구 형사소송법 제314조가 '사망, 질병, 외국거주 기타 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'라고 각 규정한 것에 비하여 현행 형사소송법은 그 예외사유의 범위를 더욱 엄격하게 제한하고 있는데, 이는 직접심리주의와 공판중심주의의 요소를 강화하려는 취지가 반영된 것이다. 한편 헌법은 모든 국민은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다고 선언하고(제12조 제2항), 형사소송법은 피고인은 진술하지 아니하거나 개개의 질문에 대하여 진술을 거부할 수 있다고 규정하여(제283조의2 제1항), 진술거부권을 피고인의 권리로서 보장하고 있다. 위와 같은 현행 형사소송법 제314조의 문언과 개정 취지, 진술거부권 관련 규정의 내용 등에 비추어 보면, 피고인이 **증거서류의 진정성립을 묻는 검사의 질문에 대하여 진술거부권을 행사하여 진술을 거부한 경우**는 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당하지 아니한다.

● 위 판결의 연구관보고서 기재내용

○ **[작성자/진술자의 공판준비/공판기일 진술 이외의 방법에 의한 진정성립 인정 여부 ➜ 부정적]** 민사소송의 경우 다양한 방법(작성자가 아닌 제3자의 증언, 나아가 변론 전체의 취지 등)으로 문서의 진정성립을 인정할 수 있지만, 형사소송법 **제313조는 진정성립의 증명 방법을 오직 '작성자/진술자의 공판준비나 공판기일에서의 진술'로 한정**하고 있음 ➜ 정보저장매체에 기억된 문자정보(전자문서, 문서파일 등)의 경우, 작성 당시 입회인 등의 진술, 문자정보에 남은 작성 관련 흔적(전자서명, 아이디, 비밀번호, IP 주소 등), 초안 문서의 존재 등 여러 사정을 종합하여 증거능력을 인정할 수 있어야 한다는 견해(=○○위원회 재상고 사건, ○○회 사건 등에서의 검사의 주장 등)가 제기되고 있음. 그러나 **입법론**으로는 몰라도 작성자 또는 진술자의 진술에 의하지 아니한 진정성립의 증명을 인정하지 아니하는 것이 **확고한 판례**라고 할 수 있음

5) 소결

▣ 판례의 태도는 확고한 것으로 보임 (여러 사안, 동일한 내용과 기준에 의한 판시 반복)

- 전문법칙 적용의 기준
  - 문자정보(내용)의 진실성이 요증사실인 경우 : 전문법칙 적용
  - 내용의 진실성과 무관한 경우 : 증거물인 서류에 해당 (전문법칙 비적용)
  - 정황증거로서의 간접사실 : 증거사용 가능
- 전문법칙 적용시 증거능력 인정방법
  - 오로지 작성자의 진술에 의해서 진정성립 인정되어야 증거능력 인정
  - 컴퓨터의 동일성 등 간접적인 사실에 의한 진정성립 인정 불가
  - 작성자의 불명료, 피고인의 진술거부는 314조 예외사유 불해당

▣ 결국, 그 증거(파일)의 내용이 무엇인지 및 그 증거로 입증하고자 하는 요증사실이 무엇인지에 따라 위 판례의 '적용'이 문제될 뿐인 것으로 보임

- 해당 공소사실과 해당 증거의 관계상 판례가 말하는 '문자정보의 진실성'이 요증사실인지 여부가 문제됨

다. 315조 당연히 증거능력 있는 증거의 문제

▣ 전문법칙과 315조에 해당하는지 여부는 별론임

- 대부분 검사는 추상적으로 314조, 315조에 의한 예외사유를 주장하여 기각되나, 이는 314조를 의미하는 것으로 보임
- 위 사례들 중 315조(상업장부, 업무상 통상 장부) 해당 여부가 정면으로 판시된 사례는 없음

▣ 즉, 315조에 해당하는 경우에는 전문법칙 적용대상(그 내용의 진실성이 인정되어야 요증사실이 인정되는 경우)이라 할지라도 독립적으로 315조에 의하여 증거능력이 인정될 수 있을 것으로 보임

▣ 다만, 315조 해당여부 또한 판단이 용이한 것은 아님

- 인정된 사례
  - 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3219 판결

메모리카드에 기재된 내용은 공소외 2가 고용한 성매매 여성들이 성매매를 업으로 하면서 영업에 참고하기 위하여 성매매를 전후하여 상대 남성의 아이디와 전화번호 및 성매매방법 등을 메모지에 적어두었다가 직접 또는 공소외 2가 고용한 또 다른 여직원이 입력하여 작성된 것임을 알 수 있는바, 이는 실질적으로 형사소송법

제315조 제2호 소정의 영업상 필요로 작성된 통상문서로서 그 자체가 당연히 증거능력 있는 문서에 해당한다

- 대법원 1996. 10. 17. 선고 94도2865 전원합의체 판결

상업장부나 항해일지, 진료일지 또는 이와 유사한 금전출납부 등과 같이 범죄사실의 인정 여부와는 관계없이 자기에게 맡겨진 사무를 처리한 사무내역을 그때그때 계속적·기계적으로 기재한 문서 등의 경우는 사무처리 내역을 증명하기 위하여 존재하는 문서로서 그 존재 자체 및 기재가 그러한 내용의 사무가 처리되었음의 여부를 판단할 수 있는 별개의 독립된 증거자료라고 할 것이고, 설사 그 문서가 우연히 피고인이 작성하였고, 그 문서의 내용 중 피고인의 범죄사실의 존재를 추론해 낼 수 있는, 즉 공소사실에 일부 부합되는 사실의 기재가 있다고 하더라도 이를 일컬어 피고인이 범죄사실을 자백하는 문서라고 볼 수는 없다 할 것이다. 기록에 의하면 피고인에 대한 이 사건 나머지 공소사실에 관한 증거로서는 피고인의 검찰에서의 자백 외에도 피고인이 작성한 수첩(증 제8호)의 현존 및 기재가 있음을 알 수 있는바, 위 수첩(증 제8호)은 피고인이 이 사건 나머지 공소사실에 관하여 그 범죄혐의를 받기 전에 이와는 관계없이 1989년경부터 공소외 A로부터 동인이 추진하고 있던 어로확보를 위한 준설공사에 필요한 각종 인·허가 등의 업무를 위임받아 이를 추진하는 과정에서 그 업무수행에 필요한 자금을 지출하면서 스스로 그 지출한 자금내역을 자료로 남겨두기 위하여 이 사건 뇌물자금과 기타 자금을 구별하지 아니하고, 그 지출 일시, 금액, 상대방 등 내역을 그때그때 계속적·기계적으로 기입한 것으로 보이고, 그 기재 내용은 피고인이 자신의 범죄사실을 시인하는 자백이라고 볼 수 없으므로, '증거능력이 있는 한' 피고인의 금전출납을 증명할 수 있는 별개의 증거라고 할 것인즉 피고인의 검찰에서의 자백에 대한 보강증거가 될 수 있다고 보아야 할 것이다

- 2012도16001 판결(인정하는 취지 판단이 기재된 사례)

원심은, '공소외 1 USB 문건'과 '공소외 2 제출 서류'가 주어진 업무를 수행하는 과정에서 그때그때 기계적으로 반복하여 작성하였다고 인정할 만한 뚜렷한 증거가 없다는 이유로 위 문서들이 형사소송법 제315조 제2호의 '기타 업무상 필요로 작성한 통상문서'에 해당하지 않는다고 판단하였다.
원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 우선 '공소외 1 USB 문건' 중 선거운동원들이 실제로 선거운동을 하였는지 여부를 표시한 부분을 제외한 나머지 부분 및 '공소외 2 제출 서류'가 형사소송법 제315조 제2호의 '기타 업무상 필요로 작성한 통상문서'에 해당하지 아니한다는 원심의 판단 부분은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에는 상고이유 주장과 같은 증거능력에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

다만 '공소외 1 USB 문건' 중 선거운동원들이 실제로 선거운동을 하였는지 여부를 표시한 부분은, 피고인 1이 선거운동원들을 모집, 관리하는 업무를 수행하기 위하여 선거운동원들이 실제로 선거운동을 하였는지 여부를 그때그때 일상적, 계속적, 기계적으로 확인하여 작성한 출결부를 근거로 작성되었다는 것이므로, 위 출결부는 형사소송법 제315조 제2호의 '기타 업무상 필요로 작성된 통상문서'에 해당하고, '공소외 1 USB 문건' 중 선거운동원들이 실제 선거운동을 하였는지 여부를 표시한 부분도 위 출결부의 내용과 동일성을 유지한 상태에서 컴퓨터파일로 옮겨 적는 형태로 작성된 것임이 인정될 그 경우 역시 '기타 업무상 필요로 작성된 통상문서'에 해당한다고 볼 여지가 있으므로, 원심이 그 판시와 같은 사정만으로 위 표시 부분까지 형사소송법 제315조 제2호의 '기타 업무상 필요로 작성한 통상문서'에 해당하지 아니한다고 섣불리 단정한 것은 수긍할 수 없다.

라. 1심 재판부가 이 사건 파일의 증거능력을 부인한 이유

▣ 전문법칙 적용 ☞ 진정성립 인정되지 않았음

- e메일 첨부 문서에는 국정원 직원들이 사용한 ID가 기재되어 있음
- 그 ID를 국정원 직원들이 사용한 것임이 사실로 인정되어야, 해당 ID에서 작성된 글

이 국정원 직원들이 작성한 글임을 인정할 수 있음

- ☞ 국정원 직원들이 작성한 글이라는 사실을 입증하기 위해서는 위 ID가 국정원 직원들이 사용한 것이라는 그 문서의 생략된 취지가 진실함이 인정되어야 하므로 전문법칙 적용될 것으로 봄이 타당

▣ 315 적용도 부인함

- (참고) 1심 판결문 기재내용

  - "425지논.txt" 파일(이하 '425지논 파일'이라고 한다)에는 광우병 문제, FTA 문제, 제주해군기지 문제, 북한 장거리 로켓 발사 문제 등 다양한 정치적 이슈 또는 대북 이슈에 관한 내용이 날짜별로 정리되어 있었고, "ssecurity.txt" 파일(이하 '시큐리티 파일'이라고 한다)에는 국가정보원 심리전단 직원들로 보이는 이름의 앞 두글자와 다수의 트위터 계정, RSS[8] 주소 등이 기재되어 있다.

  - 이 사건 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 위 각 파일은 앞서 본 바와 같이 그 작성자 및 작성·보관 등의 경위가 분명하지 아니한 점, ② 설령 위 각 파일을 김○○이 작성하여 보관한 것이라고 하더라도 각 파일의 내용이 모두 업무와 관련된 내용만 기재되어 있는 것은 아니어서 이를 업무상 작성한 문서로 보기도 어려운 점, ③ 또한 위 각 파일의 내용이 인터넷상 사이버 활동에 관련한 내용인 것으로 보이기는 하나 그에 기재된 내용이 통상적이고 반복적으로 작성된 것으로 보이지는 아니하는 점 등에 비추어 보면, 위 각 파일이 업무상 필요로 작성한 통상 문서라거나 특히 신용할 만한 정황에 의하여 작성된 문서라고 인정하기는 어려우므로, 위 각 파일이 형사소송법 제315조 제2호, 제3호에 의하여 당연히 증거능력이 있는 서류라고 볼 수는 없다.

▣ 결국, 원세훈 사건에서의 이 사건 파일이 315조에 해당하는지 여부는, 당해 문서의 실제 모양, 작성 경위, 작성 목적 등을 종합적으로 판단하여야 할 것으로 보임

7. 종합 검토 (형사심의관)

가. 심각성

▣ 이 사건에서 국정원의 공직선거법 위반 혐의가 확정되면 국가기관이 선거에 개입하였다는 비난(원세훈에 대한 비난) 뿐만 아니라, 선거 자체가

8) Rich Site Summary의 약자로, 컨텐츠의 업데이트가 자주 일어나는 웹사이트에서 업데이트 된 정보를 자동적으로 쉽게 사용자들에게 제공하기 위한 서비스이다.

불공정한 사유가 개입하였다는 폭발력을 가질 수 있음

▣ 2심이 독립적인 증거조사를 광범위하게 한 것은 아님 ☞ 국민적 관심이 집중된 사안에 대하여 동일한 사실관계에 대하여 다르게 판단하였음

▣ 대법원의 구성이 정치적으로 큰 의미를 갖게 된다는 논란도 불러일으킬 수 있음

나. 1심과 2심의 판단차이의 핵심

1) 전제 법리의 차이 (기본적인 시각의 차이)

▣ 선거운동의 목적성, 능동성, 계획성을 요구하는 대법원 판례는 공통적으로 인용하고 있음

▣ 그러나 1심 재판부는 '선거운동' 인정의 엄격성에 보다 치중

- 선거 영향 미치는 행위와 구분되는 개념(2006도9392 판결) 강조
- 기존부터 계속 해 왔던 행위 판례이론(2011도9243 판결) 적극사용
  - 선거 시기 이전부터 계속하여 특정 정책을 지지·반대하여 온 경우 그 정책이 선거 시기에 선거쟁점이 되었다고 하더라도 구체적이고 개별적으로 선거운동 해당 여부를 판단하여야 함
  - (위 판례의 사안) : '친환경 무상급식 운동' 종전(2002년경)부터 하던 단체 ☞ 2010년 전국동시지방선거 앞두고 무상급식이 선거쟁점으로 부각 ☞ 종전부터 해오던 무상급식 정책지지 행사는 선거운동 아님 (다만, 특정 정당 또는 후보 언급한 행위 부분은 유죄로 인정되었음)
- 정치적인 행위와 선거운동을 엄격하게 구분

▣ 항소심 재판부는 '국가기관의 선거중립'에 보다 방점

- 공직선거법 제85조 제1항에 대한 헌법적 요청, 입법목적 내지 공익의 중대한 의미와 가치도 균형있게 고려 필요
- 선례의 의미와 정신을 고려해야 함 (노무현 전 대통령 헌법소원 사건 인용)
  - 선거활동에 관하여 대통령의 정치활동의 자유와 선거중립의무가 충돌하는 경우에는 후자가 강조되고 우선되어야 하는 점(헌법재판소 2007헌마700 결정)
- 기존부터 계속 해 왔던 행위 판례이론(2011도9243 판결)은 '대선국면' 이론에 의한 사실인정으로 논증

2) 증거능력 판단의 차이 – 가장 핵심 ☞ 사실인정에 지대한 영향

▣ 1심 재판부는 이 사건 파일의 증거능력 부정

- 313조 전문법칙 ☞ 작성자의 진술에 의하여 진정성립 인정되어야
- 315조 당연한 증거능력 부정 ☞ 작성경위 불명, 업무상 작성 불명, 특신정황 불인정

▣ 항소심 재판부는 증거능력 인정

- 315조 2호, 3호에 의한 '당연한 증거능력' 인정
  - 이 사건 파일의 작성자는 김○○임을 알 수 있음
  - 업무상 필요한 이슈와 논지 등을 매일 매일 정리해둔 문서 (지논 파일)
  - 여러 달 동안 트위터 활동을 전개함에 있어서 필요한 트위터 계정 등을 그때 그때 모아서 정리해둔 문서 (시큐리티 파일)
  - 허위 개연성 적음 ☞ 315조 3호 특신정황도 인정됨

▣ 이 사건 파일의 의미는 사건 전체를 좌우할만큼 큼

- 지논파일 : '이슈와 논지' 다수 포함 ☞ 원세훈의 지시내용 입증
- 시큐리티 파일 : 트위터 계정 다수 포함 ☞ 실제 사이버활동 내용 입증
  - 기존의 트위터에 대한 제한적인 증거인정에 비해, 비교할 수도 없이 많은 사이버활동이 입증됨
- '이슈와 논지'(지논파일)와 사이버활동(시큐리티 파일)이 조합됨에 따라, 구체적인 날짜와 상황에 따른 지시와 사이버활동이 체계적으로 입증됨

3) 사실관계에 대한 추가적 판단 차이

▣ 원세훈의 동일한 지시내용을 다르게 파악

- 1심에서는 "선거운동 지시로 볼 만한 내용이 전혀 확인되지 아니함"이라 판시
- 항소심은 같은 글을 '정치개입' 지시뿐 아니라, '선거개입' 지시에도 해당한다고 파악

4) '대선국면' 이론의 도입 (항소심)

- 규범적으로 일정한 국면을 본격적인 선거국면으로 설정함
- 새누리당 대선후보 선출일을 대선국면 구분점으로 설정
- 전체적인 행위를 대선국면 이전과 이후로 나누어 구분하여 분석

- 포괄일죄로 기소된 선거범죄를 대선국면 이전 행위는 모두 (이유)무죄, 대선국면 이후 행위는 모두 유죄로 파악하였음
- 이는 선거운동의 목적성, 계획성, 능동성 중 특히 '목적성'과 관련
  - 한편, 이는 기존부터 계속 해 왔던 행위 판례이론(2011도9243 판결)의 해결에도 사용

다. 상고심의 쟁점 예상 (사견)

▣ 1심과 2심이 기본적 전제법리가 다르기는 하지만, 본질적으로 다르다기보다는, 서로 파악한 사실관계가 다르기 때문에 그 논리구조를 다르게 취한 것으로 보임

- 여전히 핵심 법리는 선거운동의 목적성, 계획성, 능동성

▣ 이 사건 파일의 증거능력 인정 여부가 절대적인 핵심 쟁점일 듯

- 지논 파일과 시큐리티 파일로 인정되는 사실관계는 너무나도 구체적임
- 그러한 구체적인 사실관계 (항소심에 적시된 사실관계)를 단순히 '전제법리' 만으로 선거운동에 해당하지 않는다고 판단하기는 쉽지 않아 보임
  - 지속적으로 있어 왔던 "술을 마셨지만 음주운전은 아니다"는 비판
  - 법리 문제를 떠나, 항소심 판결의 사실관계 자체가 매우 구체적임

▣ 원세훈 지시 내용에 대한 판단은 다소 애매함

▣ 대선국면 이론의 정당성 문제

- 과연 항소심 재판부가 본 것과 같이, 한쪽 정당 후보자 선출일을 대선국면 시작점으로 볼 수 있을지
- 1개의 포괄일죄로 기소된 범죄를 특정 시점을 기준으로 일도양단으로 잘라서 유죄와 무죄를 구분하는 것이 가능한지
  - 오히려 전체적으로 판단하여 전부 유죄 또는 전부 무죄로 봐야 하는 것 아닌지

▣ 증거능력 인정여부가 결국 어느 쪽으로도 설명을 해 줄 수 있을 것으로 보임

- 작성권자가 확실히 인정되는지, 통상의 업무에 따라 작성된 것인지, 특별히 신빙정황 있는지