[원세훈 판결분석] 하나의 판결문, 두 개의 잣대

서기호

최근 선고된 원세훈 전 국정원장의 선거법위반 무죄판결에 대해, 한 여론조사에 의하면 반대의견이 49.7%로서, 찬성의견 31.5%보다 훨씬 높았다. 이처럼 국민의 일반 상식으로 납득하기 어려운 결론이 도출된 이유는 여러 가지 이지만, 여기에서는 '공모여부에 대한 법리, 판단 누락' 문제에 초점을 맞춰 검토했다.

국정원법위반(정치관여) 유죄엔 '공모 여부' 중요시
선거법위반(선거운동) 무죄엔 '지시 여부'에만 집착

검찰은 국정원법위반(정치관여)과 선거법위반(선거운동)에 대해서 둘 다 '공모공동정범'으로 기소했다. '공모공동정범'이란 2인 이상이 공동으로 범죄를 모의하였는데 그 중 일부만이 범죄 실행에 나아간 때에는, 공모에만 참여했을뿐 범행에 가담하지 않은 자라도 공범으로서 책임이 있다는 뜻이다. 이를 공범으로 처벌하는 근거는 공모한 자는 다른 사람의 행위를 이용하여 결과적으로 자기의 의사를 실현했다는 측면, 이른바 기능적 행위지배에 있다. 예를들어 조폭 두목이 조직원들에게 '손 좀 봐줘라'라고 지시했는데 조직원들이 상대편 조직원들에게 상해를 가한 사안에서, 비록 두목은 직접적인 상해 지시가 없었고 직접 범행을 저지르지 않았지만, 공범으로서 유죄가 될 수 있는 것이다.

이범균 부장판사는 정치관여 부분에서, 공모공동정범의 핵심 요소인 '공모 여부'를 중심으로 논리를 전개하여 유죄판결을 선고하였다. 그런데 유독 선거운동 부분에 대해서만큼은 이를 채택하지 않고, '원세훈의 지시 여부'에만 집착한 결과 무죄를 선고하고 말았다. 둘다 공모공동정범으로 기소되었는데, 하나의 판결문 안에서 다른 논리전개방식과 잣대를 채택한 것이다.

선거운동 무죄를 정치관여 유죄와 비교해가면서, 좀 더 구체적으로 살펴보자.

이범균 부장판사는 검찰의 기소내용을 임의로 변경했다.

판사들이 형사판결문을 작성할 때 맨 처음에, 유죄판결일 경우에는 범죄사실, 무죄판결일 경우 공소사실(검사의 주장인 기소내용)을 기재한다. 이때 기소내용을 간추려 요약하기도 하지만, 이 경우에도 '범죄구성요건'의 본질적인 내용 및 표현만큼은 누락해서도, 임의로 왜곡해서도 안된다. 왜냐하면 검찰은 'A'라고 기소했는데, 정작 판사는 'B'라고 이해한 채 '검사는 B라고 주장하나, 이러이러해서 틀리다'라는 식으로 동문서답한 꼴이 될 수 있기 때문이다. 이처럼 검사의 기소내용을 인용하는 것은, 판결의 첫 단추를 꿰는 작업으로서 매우 중요하다.

이 사건의 경우 '공모공동정범의 주관적 범죄구성요건'의 본질적인 내용 및 표현은 '~와 공모하여'이므로, 이 부분을 판결문에 인용해야 한다. 그런데 이 범균 부장판사는 정치관여 부분에서는 이렇게 기재하였으면서, 선거운동 부분에서는 이를 누락하여, 검사의 기소내용을 임의로 왜곡하여 버렸다.

검찰 공소장 중 공소사실의 결론 부분

"(원세훈의 지시, 직원들의 실행부분 생략) 결국 피고인들은 ...(중략) 사이버 팀장 및 직원 등과 순차 공모하여, 국정원장의 지위를 이용하여 정치관여 행위를 함과 아울러, 선거운동이 금지된 공무원으로서 그 지위를 이용하여 낙선 목적 선거운동을 하였다."

판결문 중 정치관여 범죄사실의 결론 부분

"(원세훈의 지시, 직원들의 실행부분 생략) 결국 ...(중략) 피고인들은 국정원 심리전단 사이버 팀 팀장 및 직원 등과 순차 공모하여 그 직위를 이용하여 정치관여 행위를 하였다." (판결문 9쪽)

판결문 중 선거운동 공소사실의 결론 부분

"(원세훈의 지시, 직원들의 실행부분 생략) 이로써 심리전단 소속 4개 사이버 팀 70여 명의 직원 등은 3차장 피고인 이종명, 심리전단장 피고인 민병주 등 지휘 계통을 거쳐 시달받은 피고인 원세훈의 지시에 따라 선거운동이 금지된 공무원으로서 위와 같은 조직적 활동을 통해 피고인 원세훈이 제도 정치권 진입을 저지하여야 한다고 지시한 특정 정당과 정치인에 대한 낙선 목적의 선거운동을 함으로써 그 지위를 이용하여 선거개입 범죄행위를 실행하였다." (판결문 176쪽)

위 선거운동 결론부분에서는, 주어가 '직원 등은'으로 되어 있고, 서술구에서는 '선거개입 범죄행위를 실행' 한 것으로 되어 있다. 그런데 이들은 기소되지 않았던 범죄 실행분담자에 불과하기 때문에, 이 부분은 '직원들의 실행부분' 에 관한 소결론에 불과하고, 전체 결론이 누락된 셈이다.
특히 기소되어 재판받은 사람은 피고인 원세훈, 이종명, 민병주 3명으로서, 이들이야말로 판결문의 주인공이다. 따라서 제대로 기소내용을 인용하려면 맨 마지막에 '결국 피고인들은 사이버 팀장 및 직원 등과 순차 공모하여' 를 추가하여야 하고, 서술구 부분 역시 '선거운동을 하였다' 라고 결론 맺어야한다.
그럼에도 불구하고 이범균 부장판사는 '피고인들은 ~ 공모하여' 를 누락하여 결과적으로 '피고인 원세훈의 지시에 따라' 부분만 부각시켰다.

이범균 부장판사는 '간접적인 지시 내용'등에 대해 눈을 감고, 종합적인 연관성 판단도 하지 않았다.

그렇다면 이범균 부장판사는 왜 굳이 검찰의 공소사실의 핵심적인 범죄구성요건인 '피고인들은 공모하여' 를 누락한 것일까? 나아가 무죄 판결문 어디에서도 '공모하여' 에 관한 표현을 전혀 사용하지 않은 것일까? 다음 판결문 내용에서 그 단초를 찾을 수 있다.

> 피고인 원세훈에게 선거운동의 목적성 또는 범의가 있었는지 여부를 판단하는 가장 중요한 판단요소는 피고인 원세훈이 국가정보원 직원들에게 선거운동의 지시를 한 사실이 있는지 여부라고 할 것이다. 그런데... 직접적으로 제18대 대선에 관하여 선거운동을 지시한 것으로 파악되는 부분은 찾을 수 없고...(판결문 185쪽)

이범균 부장판사는 이처럼 '공모 여부' 에 대하여는 한마디도 언급하지 않은 채 마치 '지시여부' 가 핵심 쟁점인 것처럼 제시하였고, 그것도 18대 대선에 관한 '직접적인 지시' 가 없다는 이유만으로 '간접적인 지시로 볼 수 있는 내용 등' 에 관하여 아예 판단을 하지 않았다.

그러나 공모공동정범에서 '지시 여부' 는 '공모여부' 와 대체될 수 있는 표현도 아니고, 전체 '공모 여부' 를 판단하는 부분적 요소일 뿐이다. 따라서 지시 여부를 판단함에 있어서도, 직접적인 지시뿐 아니라, '간접적인 지시 내용 및

암묵적인 내용 기타 정황’ 등에 대하여도 구체적으로 검토하여야 하고, 또한 각각의 지시사항을 종합적으로 연관성 있게 검토하여야 한다.

따라서 우선은 검찰에서 제시한 ‘선거운동 관련 지시사항’ 중 아래에 밑줄 친 부분, 즉 ‘야권의 후보 당선을 종북세력의 제도권 진출로 규정하면서, 이에 대하여 반성하고 대비하여야 한다. 대선을 맞이해서도 종북좌파들이 정권을 잡으려고 하니, 확실한 대응을 해야된다’ 라는 표현들을 주목할 필요가 있다.
이러한 내용들은 야당 후보자의 낙선목적 선거운동에 관한 직접적인 지시는 아니지만, 간접적인 지시로 볼 여지가 충분하다.

○ “지난 재보선에서 천안함 사건이 북한의 소행이 아니라고 주장하던 인물이 강원지사에 당선되었고” … 그런 쪽에 대해서 확실하게 우리가 대비를 해야 되겠다는 생각이 듭니다” (2011. 5. 20.)
○ “… 작년 선거 때도 보니까 보수세력이 결집하면 이길 수 있는 교육감 선거에서도 결국은 분열 때문에 졌잖아요 … 나라의 체제를 부정하는 세력들이 협심해 덤벼드는 것이기 때문에 거기에 대한 대비를 철저히 해요…” (2011. 11. 18.)
○ “… 이제 총선도 있고 대선도 있고, 종북 좌파들은 북한과 연계해가지고 어떻게 해든지간에 다시 정권을 잡을라 그러고 여러분들의 보고서에서도 봤겠지만 지금 북한이 총선에서 야당되면 강성대국은 완성된다 이렇게 공개적으로 얘기했어요 … 그런 거를 우리가 좀 확실하게 조치를 하고 대응을 하는 금년 한 해가 돼야 되요. …” (2012. 2. 17.)
○ “금년에 여러 가지 대선도 있고 해서, 그리고 이번에 또 13명인가? 통합진보당만도 13명이고 종북 좌파들이 한 40여명이 여의도에 진출했는데 이 사람들은 우리나라의 정체성에 대해 계속 흔들려고 할거고, 우리 원 공격도 여러 방법으로 할거예요. 그러니까 그에 대한 대처도 우리 전 직원이 혼연일체가 돼가지고 준비도 같이 해주기 바랍니다” (2012. 4. 20.)
○ “…. 종북 좌파 세력들이 국회에 다수 진출하는 등 사회 제분야에서 활개치고 있는데 대해 우리 모두는 부끄럽게 생각하고 반성해야 함. 직원 모두는 새로운 각오로 이들이 우리 사회에 발붙일 수 없도록 함으로써 국가정보원의 존재 의미를 찾아야 할 것임 “(2012. 6. 15.)

이 중 특히 ‘2012. 2. 17.자 확실한 대응을 해야한다’ 는 지시내용을, 이종명,

민병주, 심리전단 직원들은 어떻게 받아들였을까? 이미 2009년부터 원세훈의 지시에 따라 정치관여행위를 꾸준히 해왔던 이들 입장에서, ‘대선에서 종북세력의 집권 저지를 위한 확실한 대응’ 이란, 야당 후보의 낙선을 목적으로 한 비방 등 선거운동으로 실제 낙선시키는 것으로 받아들일 수 밖에 없지 않은가? 비록 원세훈이 위와같은 지시를 한 2012. 2. 당시는 대선 후보자가 누구일지 특정되지 않았지만, 원세훈은 누가 야당의 대선후보가 되든지간에, 대선시기에 종북세력의 집권 저지를 위해 야당 후보를 공격하는 확실한 대응을 하라는 취지로 지시하였다. 그리고 직원들은 야당 후보자의 윤곽이 드러난 2012년 9월경부터 본격적으로 문재인 등에 대하여 비방하는 내용의 사이버 글을 수차례 게시하였다. 비록 원세훈의 위와같은 간접적이고도 포괄적인 지시와 범죄실행일시 사이에 7개월여의 간극이 있기는 하지만, 이 두 가지는 ‘확실한 대응을 위한 실행방법’의 측면에서 서로 연결되어 있는 셈이다.

게다가 이들은 이미 지방선거 교육감 선거 총선 등 각종 선거시기에는 정치관여 수준을 넘어 야당후보 비방하는 낙선목적 선거운동했던 경험도 축적되어 있었을 것으로 보인다.

요컨대 ‘확실히 대응해야’라는 지시사항의 숨은 의미는 제3자인 판사의 관점이 아니라 상명하복에 충실하고, 이미 정치관여행위를 꾸준히 해온 국정원 직원들 관점에서 해석해야 한다는 점을 이범균 부장판사는 간과하고 있다.

결국 이범균 부장판사는 ‘지시 여부’에만 집착한 채 검사가 제기한‘공모 여부’는 판단을 누락하였다.

판사들이 일반적으로 공모공동정범으로 기소된 사건에 대하여 무죄판결을 선고할때, 검사가 주장하는 간접사실, 정황사실과 경험칙으로 알 수 있는 이러한 사정들에 대하여, 배척하는 합리적 이유를 기재한다. 그 이유는, 바로 공모여부에 관한 일관된 대법원 판례에서 적어도 ‘공모여부’에 관해서만큼은 여러 가지를 종합하여 유죄를 인정할 수 있다고 하여, 유죄판결 요건이 완화되어 있기 때문이다.

즉 ‘공모 여부는 간접사실, 정황사실, 경험칙을 종합해서 판단할 수 있고, 공모의 정도 역시 암묵적인 의사연락으로도 가능하며, 공모의 구체적 내용을 상세하게 제시할 필요도 없다. 또한 한데 모여서 공모해야 하는것도 아니고 순차 공모

도 가능하다’
따라서, 단순히 직접적인 지시가 없다는 식으로 간단히 배척하는 것은, ‘공모여부’에 관한 검찰의 기소내용에 관하여 판단을 누락한 것으로 귀결된다.

검사는 공모공동정범으로 기소하면서, 위에서 제기한 간접적인 지시사항 등 외에도 공모라고 판단할 수 있는 여러 가지 간접사실, 정황사실을 제시하였다. 특히 이 사건 정치관여 부분 유죄판결문을 보면, 원세훈이 지시 및 보고의 형태로 ‘공모’한 것으로 논리전개하고 있다. 즉 일방적 지시만 한게 아니라, 아래로부터의 지휘계통에 따른 체계적인 보고시스템에 따라 수시로 ‘심리전단 팀 활동’에 대하여 보고를 받아온 것이다.
이 과정에서 3차장 이종명, 심리전단장 민병주, 1팀부터 5팀까지의 사이버 팀장의 지휘계통 선상에 있는 자들의 역할도 주목할 필요가 있다. 이러한 보고체계를 통해서, 자연스럽게 원세훈은 심리전단 팀의 구체적 활동을 감독할 수도 있는 지위에 있었다. 검찰은 이를 주목하여 ‘순차 공모했다’고 기소한 것이다. 따라서 이러한 지시, 보고, 감독 시스템은 선거운동에서의 공모여부 판단에서도, 당연히 종합적으로 검토되어야 하는데, 이범균 부장판사는 여기에 대하여는 정치관여 부분에서와 달리 아무런 판단을 하지 않은 채 오로지 ‘지시’에만 집착하였다.

또한 경험법칙에 의하면 인정될 수 있는 다음의 사정들에 주목할 필요가 있다.
즉 역사적으로 볼 때 국정원이 조직적으로 정치관여를 해왔던 근본 목적과 이유가 선거시기마다, 특히 대통령선거에서 ‘종북세력의 정치권 진입 저지라는 명분으로 야당 후보를 낙선시키는 것’이었다는 사정,
지방선거나, 국회의원 총선거, 보궐선거에서 야당 후보가 몇 명 당선되느냐보다, 대선에서 야당 후보가 당선되는 것은, 정권교체로 직결되면서 ‘국정원장에 대한 인사조치’가 필연적이고, 이에 따라 ‘종북세력 저지’라는 피고인 원세훈의 국정원 사이버 활동을 통한 정치관여가 원천적으로 불가능해질뿐 아니라, 정치관여 및 선거운동 행위에 대하여 철저하고도 강도높은 수사 및 처벌이 이루어질 가능성이 높아지는 사정(과거 김대중 대통령 당선 이후 북풍 세풍 총풍 사건의 처벌),

국정원 직원들의 글로 인정된 11만 여건에 이르는 사이버 글 내용이 상명하복 정신이 투철한 국정원 조직의 특성상 국정원장의 지시 없이 개인적 일탈로 이루어질 수 없다는 사정 등등이다.
특히 마지막 부분은 정치관여 유죄판결에서 언급된 내용으로서 상호 모순되는 것이기도 하고, 판결문 186쪽에서 능동성 계획성있는 선거운동으로 볼 증거가 부족하다고 판시한 부분, 2012년 1월경에는 대선 후보가 특정되지 않았다는 판결문 논리에 대한 반박이 되기도 한다.

이제 이범균 부장판사가 왜 굳이 '공모 여부'가 아니라 '지시여부'를 쟁점으로 논리전개를 했는지 짐작할 수 있을 것이다. 전자의 경우 유죄 요건이 완화되어 있기 때문에, 무죄 결론을 끌어내어 논리전개하기 힘들어지지만, 후자의 경우 더 쉽기 때문이다.

검찰은 고심 끝에 1심에서 무죄판결을 받은 선거법 위반 부분에 대해 항소심을 하기로 결정을 했다한다.
2심에서는 1심 이범균 부장판사의 '공모여부에 대한 판단 누락을 통해, 한 판결문, 두 개의 잣대'라는 결정적 과오를 범하지 않기를 바란다.

추가하여, 이범균 부장판사가 주장한 '지시와 반대되는 사정'에 대한 반박

이범균 부장판사는 원세훈에게 선거법 무죄를 선사하면서 원세훈이 선거운동을 직접 지시한 사실이 없을 뿐 아니라, 오히려 그와 반대되는 사정들이 여럿 있다고 나열하고 있다. 문제는 이에 대한 논리마저 비약했다는 점이다.

그 중 특징적인 부분을 살펴보면,
첫째, 이범균 부장판사는 피고인 원세훈이 18대 대선을 앞두고 '선거과정에서 물의를 야기하지 않도록 하고, 불필요하게 연루되는 일이 없도록 각별히 유의하라' 는 식으로 오히려 선거개입을 하지 말 것을 지시했다고 한다. 그러나 이러한 내용은 글자그대로 '선거운동 자체를 금지하라고 지시한게 아니라, 단지 들키지 않도록 조심하라' 는 의미로 해석될 뿐이다.
또한 이를 금지 지시로 확대해석하면, 선거운동 관련 간접 지시내용과 정면으로 모순되고 배치될 뿐 아니라, 원세훈은 직원들이 선거운동으로 번지지 않도록 감시 감독을 한 적이 전혀 없었다는 사정, 선거시기에는 야당에서도 불법선거운동 제보 등에 눈에 불을켜고 감시가 이루어지기 때문에, 평상시의 정치관여행위와 달리 선거시기의 선거운동 등은 발각될 가능성이 큰 사정 등을 종합하면 이를 '선거운동 금지 지시' 로 해석하는 것은 논리적 비약인 것이다.

둘째, 이범균 부장판사는 피고인 원세훈의 '대선 관련 지시사항이' 시작되었던 2012년 1.경은 대선일까지 11개월이 남아있어서 야당 후보가 특정되지 않았다면서, 헌법재판소 2004. 5. 14. 선고 2004헌나1 결정을 제시하고 있다.
그런데 위 헌재 결정은 노무현 대통령의 탄핵 사건에서 '노무현 대통령이 열린우리당을 지지한다고 발언한 내용이 선거법위반인지 여부에 관한 것이다. 통상 판사들이 위헌성 판단을 위해 헌재 결정을 인용하는 경우는 있어도, 이처럼 성격이 전혀 다른 탄핵사건의 결정을 형사판결문에 인용하는 것도 매우 이례적이다.
또한 이 사건은 국정원의 선거개입 사건과 여러 가지 면에서 차이가 많다. ①이 사건의 발언이 이루어진 2004. 2. 18.과 2004. 2. 24.에는 총선 지역구 경선 등의 사유로 수많은 각 후보자가 원천적으로 특정될 수가 없었고, 이에 비하여 18대

대선의 후보자는, 그 유력 후보군 자체 숫자가 작고 어느정도 예측가능한데다 2012년 총선이 4월로서 12월 대선과 맞닿아있어 그 무렵 후보군이 손으로 꼽을 수 있을 정도로 부각되고 있었다.
②노무현 대통령은 단독행동이었던데 비하여 원세훈은 공모공동정범으로 기소되었기에 이점에서도 전혀 다르다. 특히 대선 관련 간접적인 지시사항이 2012년 1월부터 4월여에 걸쳐 있었고 이에 대한 직원들의 대선 불법선거운동의 실행이 야당 후보의 특정된 9월경 이후여서 시간적 간격이 있다 하더라도, 공모공동정범의 특성상 연계되는 것이다
③노무현 대통령은 기자회견에서 기자의 질문에 대한 답변의 형식으로 수동적이고 비계획적으로 행해진데 비하여, 피고인 원세훈은 2009년부터 능동적, 계획적, 조직적으로 정치관여를 행하고 있었다.

셋째, 이범균 부장판사는 “다수의 국정원 직원들이 모두 같은 정치적 성향을 갖고 제18대 대선에서 여당의 대선 후보자인 박근혜를 당선되게 하고 다른 야당의 대선 후보자를 낙선하게 할 목적을 공유하며 조직적 계획적으로 선거운동을 하였다는 것은 그 자체로 선뜻 이해할 수 없다(판결문 187쪽)” 고 한다.
그러나 이범균 부장판사도 인정했듯이 “국정원은 정보기관으로서 상명하복의 원칙이 그 무엇보다도 중시되는 조직으로 그 수장인 국정원장의 조직장악력 및 영향력은 실로 막강하다(판결문 161쪽)” . 그런데 이범균 부장판사는 무죄를 선고하기 위해서 스스로 정치관여 유죄판결에서 세웠던 논리마저 필요에 따라 애써 무시하고 있다.