

재 항 고 장

재항고인(고 발 인) 송 주 명 외9

상 대 방(피고발인) 원 세 훈 외21

위 상대방(피고발인)들에 대한 서울고등검찰청 2019고불항9111 통신비밀 보호법위반등 고발사건에 관하여 위 서울고등검찰청 검사 방봉혁은 2019. 10. 24.자로 항고이유가 없다는 항고기각결정을 한 바 있으나, 재항고인(고 발인)들은 이에 불복하여 재항고를 제기하는 바입니다.

재 항 고 이 유

1. 수사검사의 사실확인 내용

수사검사는, 국정원이 RCS를 이용하여 총 213명을 대상으로 211건의 점거 및 정보를 수집한 사실을 확인하였고, 이를 전제로 이 사건 행위들이 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(약칭 : 정보통신망법)상의 ‘악성프로그램 전달’(제48조 제2항), ‘정보통신망 침입’(제48조 제1항), ‘타인의 비밀 침해’(제49조), ‘속이는 행위로 개인정보 수집’(제49조의 2)에 모두 해당하고, 외국인에 대해 이루어진 통화녹음 파일 수집 행위 또한 통신비밀보호법 제16조 제1항의 ‘불법감청’에 해당한다고 인정하였습니다.

이러한 수사결과에 따른 각 행위들의 법정형을 경합범 가중으로 처단형의 범위를 따져보아도 벌금형이 불가능한 징역형 이상의 양형에 해당되는 범죄입니다. 즉, ㉠ '불법감청·녹음 행위'는 통신비밀보호법 제16조 제1항 제1호, 제3조 제1항에 따라 '1년 이상 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지', ㉡ '악성프로그램 전달'행위는 정보통신망법 제70조의2, 제48조 제2항에 따라 '7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금', ㉢ '정보통신망 침입'과 '타인의 비밀 침해' 행위는 정보통신망법 제71조 제1항 제9호(제48조 제1항), 제11호(제49조)에 따라 각 '5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금', ㉣ '속이는 행위로 개인정보 수집'행위는 정보통신망법 제72조 제1항 제2호에 따라 '3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금'에 처하도록 규정되어 있기 때문입니다.

이렇게 무거운 형사범죄에 해당하는 범죄행위들이 있었다는 사실들을 명백하게 확인하였음에도 불구하고, 범죄혐의자들의 범위를 상식에 반하여 축소하고, 법률적으로도 불분명한 사유들을 나열하는 것만으로 검찰의 형사소추권행사 자체를 스스로 포기하는 것은 형사사법체제의 근간을 부정하는 행위에 해당합니다.

2. 수사검사 처분의 위법성 (1) - 범죄혐의자들에 대한 자의적인 축소

수사검사는 "RCS가 국정원 기술개발부서 부서장(국장급)의 승인 하에 도입되고 운용된 사실, 결재 선상에 국장, 단장, 처장, 과장이 있는 사실"은 확인된다고 하면서도, "RCS 활용은 모두 기술개발부서장(국장급)의 승인 하

에 진행되어 국장급에 최종 책임이 있기 때문에 국장 위의 국정원장, 2, 3 차장 등에 책임을 물을 수 없"다고 판단하였습니다.

RCS를 구매하는 데 국정원 직원들의 자비를 지급한 것이 아니고, 상당한 규모의 국가예산이 일정기간 동안 RCS 구매 및 운용에 투입되었는데, 국장급 이상의 간부직원들은 이를 전혀 몰랐다는 것은, 국가기관의 예산 및 사업 집행에 관한 프로세스를 전혀 고려하지 않은 자의적인 판단이고, 상식적으로 보아도 말이 되지 않는 내용입니다.

이러한 수사검사의 논리대로라면 국가예산을 위법하게 지출한 사건이 발생해도 담당사업을 관할했던 해당 부서장에게만 형사책임을 지우고 그 상급자들에 대해서는 어떠한 처벌도 하지 못하게 되는 지극히 정의에 반하는 결과로 이어질 수밖에 없습니다.

3. 수사검사 처분의 위법성 (2) - 명백한 범죄행위자들에 대한 내사종결처리

백번을 양보하여, 수사검사의 판단대로 국장 이상의 직위(차장, 원장)에 있는 사람이 RCS 도입 및 운용에 관여했다고 볼만한 증거가 없다고 하더라도 RCS 도입·운영 시기의 해당 사업 진행 과정에 있었던 국장, 단장, 처장, 과장을 모두 입건도 하지 않고 내사종결 처리한다는 것은 심각한 검찰권 남용입니다(더욱이 수사사건의 진행과정에서 관계자로 특정된 사람을 따로 떼어내서 입건도 하지 않는 내사사건으로 처리하여 종결하는 것은 검찰사건사무규칙에도 맞지 않는 것이기도 합니다).

국정원이 아무리 권력을 많이 가지고 있는 정보기관이라고는 하지만 "법 앞에 만인이 평등하다"는 근대법 이래 형성되어 온 헌법적 기본원칙이 국정원 소속 공무원이라는 변명만으로 무시될 수는 없는 것입니다. 특히 기소독점권과 기소재량권을 모두 가지고 있는 우리나라의 검찰제도에서는 이러한 검찰권 행사에 대하여는 항고-재항고의 불복제도 안에서 충분히 다루어지고 교정되어야 합니다. 법원도 검사의 공소권 남용과 관련하여 검사의 자의적 공소권 행사는 위법하고 이는 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효에 해당한다는 판결을 내린 적이 있는데(서울고등법원 2016. 9. 1. 선고 2015노2312 판결), 이번 사건은 명백한 범죄행위임에도 검사의 권한을 남용하여 불기소처분을 함으로써 기소재량권을 남용한 경우에 해당하므로 위법하다고 할 것입니다.

특히, 대법원은, 국정원의 전신인 안기부 직원들이 1997년 대통령선거를 앞두고 그 당시 야당후보에 대한 허위사실을 적시하여 배포한 사건에서, "피고인은 국가안전기획부장의 비서실장으로서 국가기관인 안기부의 자금으로 허위의 사실로 특정 후보를 비방하는 내용의 책자를 발간·배포하거나 기사를 게재하도록 하였다는 것이어서, 그러한 책자의 발간·배포나 기사의 게재가 상관의 지시에 따른 것인지 여부를 불문하고 정당행위의 요건을 갖추었다고는 볼 수 없다"고 하였고, "공무원이 그 직무를 수행함에 즈음하여 상관은 하관에 대하여 범죄행위 등 위법한 행위를 하도록 명령할 직권이 없는 것이며, 또한 하관은 소속상관의 적법한 명령에 복종할 의무는 있으나 그 명령이 대통령 선거를 앞두고 특정후보에 대하여 반대하는 여론을 조성

할 목적으로 확인되지도 않은 허위의 사실을 담은 책자를 발간·배포하거나 기사를 게재하도록 하라는 것과 같이 명백히 위법 내지 불법한 명령인 때에는 이는 벌써 직무상의 지시명령이라 할 수 없으므로 이에 따라야 할 의무가 없고 대법원 1988. 2. 23. 선고 87도2358 판결 등 참조, 설령 안기부가 그 주장과 같이 엄격한 상명하복의 관계에 있는 조직이라고 하더라도 안기부 직원의 정치관여가 법률로 엄격히 금지되어 있고, 피고인도 (상관인) 상피고인의 의도를 잘 알고 있었으며, 여기에 피고인의 경력이나 지위 등에 비추어 보면, 이 사건 범행이 강요된 행위로서 적법행위에 대한 기대가능성이 없다고 볼 수는 없다"고 판단한 적이 있습니다(대법원 1999. 4. 23. 선고 99도636 판결).

위 대법원 판례의 취지를 이 사건으로 돌아와 살펴보면, 정보통신망법위반죄·통신비밀보호법위반죄에 해당하는 명백한 위법 내지 불법한 명령(행위)을 근거로 국정원이 상명하복의 질서 안에서 조직적·체계적으로 RCS건을 진행하였다는 사실이 확인된 이상 이는 어떠한 사유로도 RCS 구입, 운용과 관련한 업무를 담당하거나 이를 결재한 국정원 소속 공무원들에게 그 위법성이나 책임을 조각시킬 수 없다는 것을 확인할 수 있습니다.

4. 결론

그러므로 수사검사의 위와 같은 자의적이고 위법한 검찰권 행사에 대하여 대검찰청에서 이를 바로 잡는 판단을 내려주시기 바랍니다.

첨 부 서 류

1. 항고기각이유고지

2019. 11. .

위 재항고인(고발인)들의 대리인

법무법인 다산

담당변호사 조지훈

이주희

법무법인 이공

담당변호사 양홍석

변호사 김하나

변호사 서채완

대검찰청 귀중