

# 의견서

우선 귀 기관의 요청이 없었음에도 불구하고 이와 같은 의견서를 제출하게 된 데 대하여 넓은 아량으로 이해해주시기를 바랍니다. 민주주의법학연구회는 이 사건에서 증거를 위조한 혐의를 받는 사람들에게 적용할 법조에 대하여 아래와 같은 의견을 제출합니다. 부디 이 의견서가 귀 기관의 올바른 판단을 내리는 데 조금이라도 도움이 되었으면 합니다.

## 1. 검토의 배경

검찰은 최근 소위 “서울시 공무원 간첩사건”(서울고등법원 2013노2728 국가보안법위반, 이하 “이 사건”)에서 증거를 위조하였다는 혐의를 받는 사람들에게 적용할 법조를 형법상 모해목적 증거위조죄로 정하였다고 한다. 그리고 그 이유에 다음과 같이 설명하였다.

- 국가보안법상 무고·날조죄를 적용하려면 증거를 날조해야 하는데, 이 사건에서는 증거를 완전히 새로 만들어 낸 것<sup>1)</sup>-날조-이 아니라 비교대상이 있는 서류를 작성 권한이 없는 자가 작성권한이 있는 것처럼 서류를 만들어낸 것-위조-에 불과하기에 날조에 해당하지 않음.
- 국가보안법상 무고·날조죄를 적용하려면 애초부터 범죄혐의가 없는 자를 대상으로 해야 하는데, 이 사건의 경우에는 이미 간첩혐의로 재판이 진행 중인 상태에서 증거위조가 이루어졌으므로 국가보안법상 무고·날조죄를 적용할 수 없음. 왜냐하면 형법 제155조의 경우 “타인의 형사사건 또는 징계사건”이라고 해서 이미 입건된 경우를 적용대상으로 하고 있는 반면에 국가보안법 제12조는 ‘이 법의 죄’라고 해서 입건된 것을 전제로 하고 있지 않기 때문임.

이러한 검찰의 판단을 둘러싸고 많은 논란이 벌어지고 있다. 과연 검찰의 주장이 타당한 것인지 검토해 보고자 한다.

---

1) 검찰은 이에 대해 “무에서 유를 만드는 것”이라고 설명하기도 하였다.

## 2. 검토 대상 법률

### ■ 국가보안법

제12조(무고, 날조) ① 타인으로 하여금 형사처분을 받게 할 목적으로 이 법의 죄에 대하여 무고 또는 위증을 하거나 증거를 날조·인멸·은닉한 자는 그 각조에 정한 형에 처한다.

② 범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원이나 이를 보조하는 자 또는 이를 지휘하는 자가 직권을 남용하여 제1항의 행위를 한 때에도 제1항의 형과 같다. 다만, 그 법정형의 최저가 2년 미만일 때에는 이를 2년으로 한다.

### ■ 형법

제155조(증거인멸 등과 친족간의 특례) ① 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조한 증거를 사용한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

② 타인의 형사사건 또는 징계사건에 관한 증인을 은닉 또는 도피하게 한 자도 제1항의 형과 같다.

③ 피고인, 피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로 전2항의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

④ 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 본조의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.

## 3. 검토의견

### 가. 검찰의 첫 번째 주장에 대하여

#### 1) ‘위조’와 ‘날조’의 개념

우선 날조라는 단어에 관한 해석 문제이다. 국가보안법은 날조라는 단어에 대해서 특별히 해설하고 있지 않다. 그렇다면 일반적으로 사용되는 의미로 해석해야 한다. 네이버에서 ‘날조’의 사전적 의미를 검색해보면 “사실이 아닌 것을 사실인 것처럼 거짓으로 꾸밈”이라고 나온다. 따라서 ‘날조’는 검찰의 설명처럼 ‘무에서 유를 만드는 것’만 의미하는 것이 아니라 그것을 포함한 보다 넓은 개념이다.

한편, 형법상 증거위조죄의 ‘위조’란 새로운 증거를 창조하는 것을 말한다. 대법원은 “여기서의 ‘위조’란 문서에 관한 죄에 있어서의 위조 개념과는 달리 새로운 증거의 창조를 의미하는 것이므로 존재하지 아니한 증거를 이전부터 존재하고 있는 것처럼 작출하는 행위도 증거위조에 해당”한다고 판시하고 있다.<sup>2)</sup> 이에 따르면, 기존 문서의 중요부분을 변경하거나 완전히 새로운 문서를 만드는 것도 위조에 해당한다. 결국 위조라는 개념이 ‘유에서 유를 만드는 것’에 한정되는 것도 아니다.

## 2) 날조죄의 법체계적 해석

국가보안법 제12조는 일반법인 형법 제155조에 대한 특별법이다<sup>3)</sup>. 형법 제155조는 “증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조된 증거를 사용”이라고 규정하고 있으며, 국가보안법 제12조는 “증거를 날조·인멸·은닉”이라고 규정하고 있는 바, 양 조문을 대비해 보면 ‘날조’는 위조·변조 및 위조·변조된 증거의 사용을 포괄하는 개념으로 해석해야 한다.<sup>4)</sup> 만약 그렇게 해석하지 않으면, 국가보안법사건의 증거인멸행위는 국가보안법의 무고·날조죄가 적용되는 반면에 같은 사건의 증거위조·변조행위에 대해서는 일반법인 형법 제155조가 적용되어야 한다는 불합리한 결론에 이르게 되기 때문이다. 이에 따라 출입경기록의 위조 및 그것을 범정에 제출하는 행위는 모두 날조죄의 날조 개념에 해당한다고 보아야 한다.

### 나. 검찰의 두 번째 주장에 대하여

1) 다음으로 국가보안법상 무고·날조죄는 이미 입건된 상태에서는 적용되지 않는다는 해석의 문제이다.

국가보안법 제12조가 ‘이 법의 죄에 대하여’라고 규정한 것은 사실이다. 그러나 이는 ‘입건이 되기 전’이라는 증거조작행위의 시점을 지적하는 것이 아니라 이 조항이 ‘국가보안법이 정하고 있는 죄에 관해서 적용된다’는 것, 즉 적용범위를 정하는 것으로 봐야 한다. ‘이 법의 죄에 대하여’라는 문구는 간첩사건의 입건 여부와는 아무런 관련이 없다.<sup>5)</sup>

2) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010도2244 판결.

3) 황교안, 『국가보안법』, 박영사 2011, 508쪽.

4) 위의 책, 510쪽.

5) 황교안의 위의 책에 따르면 증거의 날조가 성립될 수 있는 시기에는 수사 중인 사건, 공소제기된 사건 뿐만 아니라 아직 피의사건에 이르지 않은 사건, 심지어는 형사판결 확정 후의 사건도 모두 포

그리고 검찰의 논리대로 하면 법해석의 모순이 발생한다. 왜냐하면 이 법조는 증거날조 외에 ‘위증’도 처벌하고 있는데, 위증은 적어도 법정에서 선서를 한 상태에서 만 이루어지는 것이므로 앞의 ‘이 법의 죄에 대하여’가 적용시점을 입건 이전으로 한정하는 것이라는 해석은 서로 모순될 수밖에 없기 때문이다.

또한 형법 제155조의 경우 “타인의 형사사건 또는 징계사건”이라고 규정하고 있어 이미 입건된 경우를 적용대상으로 한다는 검찰의 주장도 대법원 판례와 저촉된다. 대법원은 수사가 개시되기 이전의 사건에 대하여 증거를 위조하는 것도 포함된다고 하였다.<sup>6)</sup>

결국 ‘이 법의 죄에 대하여’라든가 ‘타인의 형사사건’이라는 법 문구는 입건 여부와는 아무런 상관성이 없는 것이다.

2) 국가보안법상 무고·날조죄를 적용하려면 애초부터 범죄혐의가 없는 자를 대상으로 해야 하는데 이 사건의 경우에는 이미 간첩혐의로 재판이 진행 중인 상태에서 증거위조가 이루어졌으므로 국가보안법상 무고·날조죄를 적용할 수 없다는 주장에 대하여 살펴본다.

이는 ‘날조’가 없는 것을 만들어낸다는 개념이라는 전제에서, 범죄혐의 없는 자에게 혐의를 뒤집어씌우는 경우에만 날조죄를 적용할 수 있다는 논리이다. 그러나 이러한 법해석은 법조문을 왜곡하는 것이다.

국가보안법 제12조와 형법 제155조의 조문을 보면, 날조 내지 위조의 대상은 ‘증거’이지 ‘혐의사실’이 아니라는 점은 쉽게 알 수 있다. 즉, 양 조문 모두 혐의사실을 조작하는 행위를 처벌하는 것이 아니라, 증거를 조작하는 행위를 처벌하고 있는 것이다. 그러므로 국가보안법상 무고·날조죄는 애초부터 범죄혐의가 없는 자이건 아니건 상관없이, 시민을 국가보안법상 범죄로 처벌받게 할 목적에서 “증거를 날조”하는 경우에는 언제나 적용되어야 한다.

#### 다. 특별법 우선적용이 당연

앞의 검토에서 볼 때, 이 사건 출입경기록의 위조에 대하여 국가보안법 상 무고·날조죄를 적용하는 데에는 아무런 문제가 없다.

---

함된다고 보고 있다(510쪽).

6) 대법원 2011. 2.1 0. 선고 2010도15986 판결.

더구나 국가보안법 제12조는 형법 제155조에 대한 특별법으로서 ‘우선 적용’된다. 일반법과 특별법 관계에 있다는 것은 일반법에서 규율하는 행위가 특별법이 대상으로 하는 영역에서 발생하면 일반법으로 규율하는 것이 아니라 특별법에 따라 의율하게 되는 것을 말한다. 이러한 양법 간의 관계에 비추어보면, 국가보안법 사건에서 형법 제155조에 해당하는 증거위조의 범죄행위가 발생하면 형법 제155조가 아니라 국가보안법 제12조가 자동적으로 적용된다고 보아야 한다.

#### 라. 소결

이와 같이 검찰의 주장은 법해석론과 대법원 판례에 비추어 볼 때 전혀 타당하지 않다. 또한 특별법의 적용이 당연함에도 불구하고 검찰이 이를 회피하는 것은 사법정의를 훼손하는 공정하지 못한 처사일 뿐이다. 따라서 이 사건에서 증거를 위조한 사람들에게 대해서는 모해목적 증거위조죄(형법 제155조 제3항)가 아니라 국가보안법상 무고·날조죄(제12조)가 적용되어야만 한다.

#### 4. 첨언 - 특별검사의 수사 필요성

증거를 위조하는 행위는 물론 위조증거를 사용하는 행위도 국가보안법상 무고·날조죄에 해당하며, 미필적 인식을 가지고 행하는 경우에도 날조죄는 성립한다.<sup>7)</sup> 이는 이 사건에서 거듭 위조증거를 제출한 검찰도 국가보안법상 무고·날조죄의 적용을 받을 수 있다는 의미이다. 특히, 이 사건의 1심에서 검찰이 유력한 증거로 제출한 유우성씨의 동생 유가려의 진술이 강요에 의한 것임이 드러났고, 유우성씨가 북한에서 촬영한 사진이 모두 중국에서 촬영된 것으로 밝혀졌고, 유우성씨의 변호인이 여러 차례 검찰이 제출한 유우성씨의 출입경기록이 위조되었을 수 있다고 경고하였음에도 불구하고 검사가 위조증거를 제출한 점, 그리고 검사가 출입경기록의 출처에 대한 질문에 명확히 답변하지 못하거나 말을 바꾸었다는 점에서 볼 때, 위조증거의 사용에 대한 검사의 미필적 인식은 충분히 인정될 수 있을 것으로 보인다.

이렇듯 이 사건 관련 검사들이 국가보안법상 무고·날조죄의 피의자가 될 가능성이 큰 만큼 증거조작과 관련된 사건의 수사는 검찰이 맡아서는 안 된다. 검찰은 당사자이기 때문이다. 따라서 검찰과는 별개의 특별검사를 임명하여 증거조작 관련 사건을

---

7) 황교안, 앞의 책, 520쪽.

철저하게 수사하도록 해야 할 것이다.

참고로, 특별검사가 임명되면 특별검사는 현재 증거위조 관련 수사를 하는 검사들도 수사대상에 올려야 할 것이다. 왜냐하면 국가보안법 제11조는 “범죄수사 또는 정보의 직무에 종사하는 공무원이 이 법의 죄를 범한 자라는 정을 알면서 그 직무를 유기한 경우”를 처벌대상으로 삼고 있는바, 증거위조에 관해 수사하고 있는 검사들이 끝까지 위조증거를 제출한 검사들을 수사하지 않으면 이는 위 조항에서 규정하고 있는 특수직무유기를 범한 것이기 때문이다.

귀 기관의 현명한 판단을 기대합니다.

2014. 3. 24.

민주주의법학연구회장

