

## 공직선거법위반

[서울고등법원 2017. 8. 23. 2017노690]



### 【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 성상헌(기소), 박준영(공판)

【변 호 인】 변호사 황정근 외 3인

【원심판결】 서울동부지방법원 2017. 2. 15. 선고 2016고합295 판결

### 【주문】

】

피고인과 검사의 항소를 모두 기각한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

##### 1) 사실오인 내지 법리오해

가) 검사가 공소외 1 소유의 휴대전화에 저장되어 있던 전자정보를 분석하여 제출한 각 증거들 및 이에 근거하여 수집한 2차적 증거인 공소외 1의 검찰 진술은 아래와 같은 이유로 위법하게 수집된 증거에 해당하여 각 증거능력이 없다.

① 검사는 2016. 9. 9.자 압수·수색영장(이하 '1차 압수·수색영장'이라 한다)의 집행과정에서 영장에 기재되지 않은 별도의 범죄혐의를 발견하였음에도, 추가 탐색을 중단한 후 새로운 영장을 발부받지 않고 계속하여 위법하게 증거를 수집하였다.

② 1차 압수·수색영장은 피고인과 공소외 3에 대한 허위사실공표 사건에 관하여 발부된 것이므로, 그 집행과정에서 위 사건의 참고인이던 공소외 1이 피의자로 전환될 수 있는 별도의 혐의사실을 발견하였다면 새로운 영장을 발부받고 공소외 1에게 이를 고지한 후 다시 한 번 전자정보 탐색과정에 대한 참관의사를 확인하고 변호인 조력권 및 참여권을 보장하였어야 한다.

그럼에도 검사가 이러한 절차를 거치지 않고 영장을 집행한 것은 영장주의 내지 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 중대한 절차위반에 해당하므로, 그로부터 수집된 증거물은 위법수집증거에 해당한다.

③ 1차 압수·수색영장에 기재된 범죄사실과 이 사건 공소사실은 그 내용이 달라 객관적 관련성이 없고, 영장에 기재된 범죄사실의 범행 주체는 피고인과 공소외 3인 반면 이 사건 공소사실의 범행 주체는 피고인과 공소외 1이므로 주관적 관련성이 없다.

또한 영장에 의해 수집할 수 있는 정보는 2016. 4. 11.자 및 2016. 4. 12.자 정보에 한정되는데도 검사는 시간적 관련성이 없는 2016년 3월경의 정보까지 무차별적으로 수집하였다.

이처럼 검사가 1차 압수·수색영장에 기재된 범죄사실과 아무런 관련성이 없는 증거를 수집한 것은 위법하다.

④ 검사는 2016. 9. 23. 공소외 1 소유 휴대전화에 대한 분석 결과를 회신받은 후, 2016. 9. 26.자 압수·수색영장(이하 '2차 압수·수색영장'이라 한다)을 발부받아 2016. 10. 7. 공소외 1이 참고인조사를 위해 검찰에 출석한 당일 위 영장을 집행하였다.

당시 공소외 1은 실질적으로 휴대전화를 환부받지 못하고 형식적으로만 압수물수령증에 서명하였고, 검사는 2차 압수·수색영장에 기재 다시 모바일 분석 과정을 거치지 않고 1차 압수·수색영장의 집행과정에서 취득한 모바일 분석 결과를 그대로 증거로 제출하였다.

즉, 2차 압수·수색영장에 기한 증거수집과정은 절차적으로 위법한 1차 압수·수색영장의 증거수집과정과 인과관계가 단절되었다고 볼 수 없으므로, 그로부터 취득한 증거는 위법수집증거에 해당한다.

나) 공소외 1에 대한 검찰 진술조서와 피의자신문조서는, ① 공소외 1의 소재를 파악할 수 있는 상황임에도 검사가 적극적으로 그 소재를 파악하지 않았으므로 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우'에 해당하지 않고, ② 진술의 임의성이 담보되지 않아 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명되지 않았으므로 증거능력이 없다.

다) 피고인이 공소외 1에게 교부한 200만 원은 공소외 1이 피고인의 북콘서트 행사에서 수행한 용역의 대가와 SNS 홍보방법 및 운영 자문에 대한 대가로 지급한 것일 뿐 선거운동과 관련하여 교부한 것이 아니다.

## 2) 양형부당

피고인에 대한 원심의 형(벌금 200만 원)이 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

피고인에 대한 원심의 형이 너무 가벼워 부당하다.

## 2. 판단

가. 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

### 1) 공소외 1 소유 휴대전화 분석 결과의 증거능력에 관한 판단

가) 인정사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

① 2016. 8. 11.자 수사보고에 의하면, 피고인에 대하여 "피고인이 자신의 페이스북에 제20대 국회의원 선거가 임박한 시점인 2016. 4. 11. ㉗ <법은 지키라고 있는 겁니다> 라는 제목으로 '공소외 4 후보가 매우 중대한 선거법위반으로 설사 당선이 된다 하더라도 선거를 다시 치를 수밖에 없는 것으로 드러났습니다.

' 등의 글을 게시하고, ㉘ 공소외 4 후보가 박근혜 대통령과 함께 선거유세를 하는 합성사진을 게시하여 허위사실을 유포하였다.

"는 내용의 고발이 이루어졌다.

이에 검사는 피고인의 페이스북 계정에 접속하여 위 각 게시물이 삭제된 사실, 피고인이 페이스북 계정을 직접 관리해 온 것으로 보이는 사실을 확인하였다.

② 2016. 9. 6. 피고인에 대한 허위사실공표 사건의 참고인 공소외 5는 검찰에 출석하여 "자신이 피고인의 선거캠프에서 선거운동을 시작할 당시 공소외 6이 '피고인의 페이스북은 본인이 직접 관리하니 페이지 계정만 관리하면 된다'라는 취지로 이야기하여 피고인의 페이지 계정에 블로그와 동일한 내용만 올렸다.

페이지 계정에는 자신이 올린 글 외에 공소외 7 의원의 측근인 공소외 1과 그와 함께 일하는 사람이 특정 사안에 따라 '카드뉴스'라는 게시글을 올렸다.

2016. 4. 11.자 게시물은 '카드뉴스' 형식으로 작성되었으므로 공소외 1이 작성한 것으로 보인다.

"라고 진술하였다.

③ 2016. 9. 11. 피고인은 위 허위사실공표 사건의 피의자로 검찰에 출석하여 "페이스북 개인 계정은 자신이 4, 5년 전 부터 직접 관리했고, 페이지 계정은 개인 계정과 아이디, 비밀번호가 달랐고 직원들이 따로 관리를 했으며 거의 신경을 쓰지 않았다.

그런데 선거에 임박해서는 개인 계정의 포스팅도 사무실에서 하는 경우가 있었고, 특히 '카드뉴스'가 그랬다"고 진술하였고, 2016. 4. 11.자 게시물의 경우 ○○○○○당 중앙당 혹은 서울시도당 SNS팀에서 작성한 것으로 보이고, 누가 이를 페이스북 계정에 게시하였는지는 모른다고 진술하였다(수사기록 제207쪽).

④ 2016. 9. 9. 발부된 1차 압수·수색영장에는 다음과 같은 피의사실이 기재되어 있었다.

(1) 피고인 2016. 4. 13. 치러진 제20대 국회의원 선거와 관련하여, 2016. 4. 11. 자신의 페이스북에 "△△□ 공소외 4 후보가 매우 중대한 선거법위반으로 설사 당선도 된다 하더라도 선거를 다시 치를 수밖에 없는 것으로 드러났다.

공소외 4 후보가 출마선언문을 통해 지역의 유일한 여권후보라고 공표한 것에 대해 서울선관위가 명백한 거짓이라고 판정하고 검찰에 고발하겠다는 의견을 중앙선관위에 보냈다" 등 허위 글을 게시하여 공직선거법위반(2) 피의자 공소외 3 2016. 4. 13. 치러진 제20대 국회의원 선거와 관련하여, 2016. 4. 12. ○○○○○당 홈페이지에 위 (1)항 기재 페이스북 글 내용과 동일한 내용으로 허위 논평을 게시하여 공직선거법위반

⑤ 2016. 9. 21.자 수사보고에 의하면, 검찰은 2016. 9. 20. 1차 압수·수색영장을 집행하여 공소외 1이 소지하고 있던 휴대전화 2대를 압수하였다.

당시 검찰은 공소외 1에게 위 휴대전화 2대를 압수하였다는 취지의 압수목록교부서를 작성하여 교부하였고, 공소외 1은 검찰에 '압수된 휴대전화에 대한 하드카피, 이미징, 전자정보의 탐색, 복제, 출력 과정에 참관하지 않겠다.

'는 취지의 이미징 등 참관 여부 확인서와 위 휴대전화 2대의 디지털 분석에 동의한다는 취지의 임의제출 동의서를 작성하여 교부하였다.

⑥ 2016. 9. 21.경 서울고등검찰청 디지털포렌식 팀은 위 휴대전화 2대에 대한 모바일 분석 보고서를 작성하였는데, 해당 자료에는 다음과 같은 카카오톡 및 문자 메시지 내용이 기재되어 있었다.

일시발신자수신자메시지 내용 2016.3.29. 12:46:02 공소외 1 공소외 6 고생이 많으십니다.

피고인 선배님 자료들을 보내주시면 감사하겠습니다.

12:46:56 공소외 1 공소외 6 모든 자료들요..^^ 웹하드 있음 알려 주고요 없음 메일이나 다른 것으로요. 12:58:41 공소외 1 피고인(계좌번호 생략)(공소외 1:농협)입니다.

2016.3.30. 10:03:28(전화번호 4 생략)공소외 1 농협 입금 200만 원 03/30 10:03 (계좌번호 생략) 피고인 잔액 2,769,959원 10:04:45 피고인 공소외 1 보냈습니다.

많은 활동 부탁드립니다.

이제 2주!!!! 내일부터 네이버 우 중간 박스광고 나갑니다~ 10:05:07 피고인 공소외 1 공약전파 중요합니다!! 10:05:46 공소외 1 공소외 2 피고인부터 하지 10:05:54 공소외 1 공소외 2 편 받아옴 10:05:57 공소외 2 공소외 1 오오 10:06:14 공소외 1 공소외 2 현금으로 10:08:44 공소외 2 공소외 1 오오 12:48:28 공소외 1 공소외 6(이메일주소 생략)으로 자료 보내주시

면 감사하겠습니다.

12:52:56공소외 6공소외 1메일전송했습니다.

수고하세요 13:03:26공소외 1공소외 6홍보물 말고 또 참고할만한 자료들 없나요? 카드뉴스 등 홍보에 필요한 것들요  
2016.4.11. 21:58:05공소외 6공소외 1[사진] 공소외 8 후보 지원유세하는 박근혜 선대위원장 22:10:29공소외 1공소  
외 6이 합성사진도요.2016.4.12. 11:52:01공소외 1공소외 6내용 : △△□ 공소외 4 당선되도 무효다 (생략)  
14:31:27공소외 2공소외 1<법은 지키라고 있는 겁니다> (생략) 14:31:29공소외 2공소외 1이거 올릴게요  
나) 관련 법리

통신비밀보호법은 통신제한조치의 집행으로 인하여 취득된 전기통신의 내용은 통신제한조치의 목적이 된 범죄나 이와  
관련되는 범죄를 수사·소추하거나 그 범죄를 예방하기 위한 경우 등에 한정하여 사용할 수 있도록 규정하고(제12조  
제1호), 통신사실확인자료의 사용제한에 관하여 이 규정을 준용하도록 하고 있다(제13조의5). 따라서 통신사실확인  
자료 제공요청에 의하여 취득한 통화내역 등 통신사실확인자료를 범죄의 수사·소추를 위하여 사용하는 경우 그 대  
상범죄는 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄 및 이와 관련된 범죄에 한정되어야 한다(대법원 2014. 10.  
27. 선고 2014도2121 판결 등 참조). 여기서 통신사실확인자료 제공요청의 목적이 된 범죄와 관련된 범죄라 함은  
통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 자료제공 요청대상자와 피의자 사  
이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다고 할 것이다.

그중 혐의사실과의 객관적 관련성은, 통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본  
적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단 및 방법, 범행 시간과  
장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다.

다만 통신비밀보호법이 위와 같이 통신사실확인자료의 사용 범위를 제한하고 있는 것은 특정한 혐의사실을 전제  
로 제공된 통신사실확인자료가 별건의 범죄사실을 수사하거나 소추하는 데 이용되는 것을 방지함으로써 통신의 비  
밀과 자유에 대한 제한을 최소화하는 데 입법 취지가 있다고 할 것이다.

따라서 그 관련성은 통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재된 혐의사실의 내용과 당해 수사의 대상 및 수사 경  
위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는  
유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다.

그리고 피의자와 사이의 인적 관련성은 통신사실 확인자료제공요청 허가서에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범  
등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다(대법원 2017. 1. 25. 선고  
2016도13489 판결 등 참조).

한편, 형사소송법 제215조 제1항이 '검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이  
있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원 판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하  
여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다'고 규정하고 있으므로, 위와 같은 법리는 '압수·수색영장에 기재된 피의사실과  
관계가 있는 범죄'를 판단하는 경우에도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다.

#### 다) 판단

- 1) 앞서 인정한 사실에 의하여 인정되는 아래의 여러 사정들에 비추어 보면, 이 사건 공소사실은 제1차 압수·수색영장  
기재 혐의사실에 대한 범행의 동기와 경위, 범행 수단 및 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정

황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에 해당하므로, 제1차 압수·수색영장 기재 혐의사실과 객관적 관련성이 있다고 보아야 한다.

- ① 제1차 압수·수색영장 기재 혐의사실과 이 사건 공소사실은 모두 피고인이 국회의원 선거운동을 하면서 자신의 페이스북에 글을 게시하거나 게시하도록 한 행위와 관련된다는 점에서 공통된다.

다만 전자는 그 내용이 상대 후보자에 대한 허위의 글을 게시하였다는 것이고, 후자는 자신의 선거 홍보글을 게시하는 행위에 대한 대가로 금품을 제공하였다는 것이라는 차이점이 있을 뿐이다.

- ② 위 모바일 분석 보고서가 작성될 무렵 피고인은 2016. 4. 11.자 게시물 작성 및 게시 사실을 부인하고 있었는데, 피고인의 페이스북 계정에는 피고인 외의 제3자도 수시로 게시물을 작성 및 게시하였으며, 특히 2016. 4. 11.자 게시물은 '카드뉴스' 형식의 게시물을 담당해 온 공소외 1이 작성하였을 가능성이 높은 상황이었다.

따라서 피고인의 허위사실공표 혐의 입증을 위해서는 피고인이 공소외 1에게 위 게시물 작성을 지시하였거나 게시물 작성에 관여한 사실을 추가적으로 입증할 필요성이 있었다.

- ③ 모바일 분석 보고서에 기재된 메시지 내용 중 2016. 4. 11.자 게시물과 직접적으로 관련된 2016. 4. 11. 및 2016. 4. 12.자 메시지는 공소외 1, 피고인의 선거사무장인 공소외 6, 공소외 2가 주고받은 것에 불과하여 이 부분만으로 피고인의 허위사실공표 혐의를 입증하기에는 불충분하였을 것으로 보인다.

그러나 그 이전에 피고인과 공소외 1, 공소외 1과 공소외 6 등이 주고받은 모바일 분석 보고서상의 메시지를 보면, 피고인의 지시 또는 부탁에 따라 공소외 1이 피고인의 페이스북에 선거운동과 관련한 글을 게시한 것으로 볼 여지가 있게 된다.

- ④ 모바일 분석 보고서에 기재된 메시지 내용 중 피고인이 공소외 1에게 200만 원을 지급한 사실에 관한 부분은 피고인이 선거운동 기간 동안 당선을 도모할 목적으로 공소외 1에게 선거 관련 게시물의 작성을 지시해 온 정황을 뒷받침할 수 있는 증거에 해당하여 이를 토대로 하면 피고인이 공소외 1과 2016. 4. 11.자 게시물 작성을 공모하였거나 최소한 그 게시물의 내용을 알고 있으면서도 작성 및 게시를 용인한 사실의 입증이 가능하였다.

- 2) 나아가 1차 압수·수색영장에 기재된 허위사실공표 사건의 혐의사실은 피고인이 선거운동과 관련하여 자신의 페이스북에 허위의 글을 게시하였다는 것이고, 이 사건 공소사실은 피고인이 선거운동과 관련하여 자신의 페이스북에 선거홍보물 게재 등을 부탁하면서 공소외 1에게 금품을 제공하였다는 것이어서 모두 피고인이 범행 주체가 되어 페이스북에서의 선거운동과 관련하여 행한 것이므로 인적 관련성 역시 인정된다.

- 3) 한편, 1차 압수·수색영장의 집행 과정에서 공소외 1의 참여권이 충분히 보장되었음은 앞서 인정사실에서 살펴 본 바와 같다.

또한 압수·수색영장의 집행 과정에서 피압수자의 지위가 참고인에서 피의자로 전환될 수 있는 증거가 발견되었다고 하더라도 그 증거가 압수·수색영장에 기재된 범죄사실과 객관적으로 관련되어 있다면 이는 그 압수·수색영장의 집행

범위 내에 있으므로, 1차 압수·수색영장의 집행 과정에서 공소외 1의 참여권이 충분히 보장된 이상 다시 공소외 1에 대하여 영장을 발부받고 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리를 고지하거나 압수·수색과정에 참여할 의사를 확인해야 한다고 볼 수 없다.

- 4) 결국 모바일 분석 보고서의 메시지 내용 중 이 사건 공소사실과 관련된 부분은 피고인에 대한 허위사실공표 사건과 구체적·개별적 연관관계가 있으므로, 그 부분이 허위사실공표 범행 외에 별도의 혐의사실을 입증할 증거에 해당한다고 하여 검사가 추가 탐색을 중단하는 조치를 취하거나 새로이 영장을 발부받아야 한다고 볼 수 없다.

따라서 1차 압수·수색영장에 기하여 압수한 휴대전화들에 대한 분석 결과 및 이에 근거하여 얻은 증거들은 위법하게 수집된 증거에 해당하지 않으므로, 피고인의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

## 2) 공소외 1이 한 검찰 진술의 증거능력에 관한 판단

### 가) 형사소송법 제314조의 '그 밖에 이에 준하는 사유'가 인정되는지 여부

형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위하여는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여진 것이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

그리고 직접주의와 전문법칙의 예외를 정한 형사소송법 제314조의 요건 충족 여부는 엄격히 심사하여야 하고, 전문증거의 증거능력을 갖추기 위한 요건에 관한 증명책임은 검사에게 있으므로, 법원이 증인이 소재불명이거나 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때에 해당한다고 인정할 수 있으려면, 증인의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였음에도 불구하고 부득이 증인의 법정 출석이 불가능하게 되었다는 사정을 검사가 증명한 경우여야 한다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2013도1435 판결 등 참조).

기록에 의하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사정에 비추어 볼 때, 공소외 1의 법정 출석을 위한 충분한 노력이 이루어졌음에도 공소외 1의 소재가 파악되지 않았고, 공소외 1은 재판 진행 사실을 알고 있으면서도 전화를 받지 않아 전화소환도 이루어질 수 없는 상황이므로, 이는 형사소송법 제314조의 '공판기일에 진술을 요하는 자가 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다.

- ① 원심 법원은 공동피고인으로 기소된 공소외 1을 소환하였으나 폐문부재로 소환장이 송달되지 않자 검사에게 주소보정을 명하였고, 보정된 주소로 다시 피고인소환장을 송달하였으나 폐문부재로 역시 송달이 이루어지지 않았으며, 이후 소재탐지촉탁을 하였으나 소재가 파악되지 않았다.
- ② 검사는 2016. 11. 30. 공소외 1의 소재를 파악하기 위하여 속초경찰서장 및 일산경찰서장을 상대로 소재수사지휘를 하였으나 소재가 파악되지 않았고, 2016. 12. 9. 공소외 1의 기존 거주지의 집주인 공소외 9에게 전화로 공소외 1의 소재를 문의하였으나 공소외 9는 '최근에 공소외 1이라는 사람을 ◇◇◇호 부근에서 본 적은 없고, 공소외 1이 현재 ◇◇◇호에 실제로 기거하고 있는지 여부는 알지 못한다.'라고 답하였다.
- ③ 검사는 2016. 12. 12. 공소외 1의 소재 확인을 위하여 통신 3사(SK, LGU+, KT)에 대하여 공소외 1 명의로 가입된 내역이 있는지 여부를 조회한 후, SK에 가입된 휴대전화 번호(전화번호 1 생략)는 착신정지 상태였고, LGU+에 가입된 인터넷 전화번호(전화번호 2 생략)는 '전원이 꺼져 있거나 인터넷에 연결되어 있지 않음' 상태인 것을 확인하였다.

④ 당심에서 증인으로 출석한 공소외 2는 "2017. 6. 13. 오후 6시 7분경 공소외 1과 통화하였고, 출석 당일에도 카카오톡 메시지를 주고받았다.

피고인이 이 사건으로 재판받고 있는 것을 공소외 1도 알고 있다.

공소외 1의 전화번호는 (전화번호 3 생략)이다.

공소외 1에게 법정에 출석하여 증언하라고 권유해 보았으나, 공소외 1이 '자기는 신경 쓰기 싫다.

모르는 일이다'라고 말하였다.

"고 진술하였다.

⑤ 변호인은 공소외 1의 주소를 종전 고양시 소재 거주지로, 전화번호를 위 '(전화번호 3 생략)'으로 보완하여 공소외 1에 대한 증인신청서를 제출하였다.

그러나 증인소환장은 수취인 불명으로 송달이 되지 않았고, 위 전화번호로 통화를 시도하였으나 공소외 1이 전화를 받지 않아 소환이 이루어지지 않았다.

나) 형사소송법 제314조의 '특히 신빙할 수 있는 상태'가 인정되는지 여부

형사소송법 제312조 제4항, 제314조는 형사소송에서 헌법이 요구하는 적법절차의 원칙을 구현하기 위하여 사건의 실체에 대한 심증 형성은 법관의 면전에서 본래 증거에 대한 반대신문이 보장된 증거조사를 통하여 이루어져야 한다는 실질적 직접심리주의와 전문법칙을 기본원리로서 채택하면서도, 원진술자의 사망 등으로 위 원칙을 관철할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 '그 진술 또는 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태하에서 행하여졌음이 증명된 때', 즉 그 진술의 내용이나 조서 또는 서류의 작성에 허위 개입의 여지가 거의 없고 그 진술 내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 증명된 때에 한하여 예외적으로 증거능력을 인정하고자 하는 취지이다.

그러므로 법원이 제314조에 따라 증거능력을 인정하기 위하여는 단순히 그 진술이나 조서의 작성과정에 뚜렷한 절차적 위법이 보이지 않는다거나 진술의 임의성을 의심할 만한 구체적 사정이 없다는 것만으로는 부족하고, 이를 넘어 법정에서의 반대신문 등을 통한 검증을 굳이 거치지 않더라도 진술의 신빙성과 임의성을 충분히 담보할 수 있는 구체적이고 외부적인 정황이 있어 그에 기초하여 법원이 유죄의 심증을 형성하더라도 증거재판주의의 원칙에 어긋나지 않는다고 평가할 수 있는 정도에 이르러야 한다(대법원 2014. 8. 26. 선고 2011도6035 판결 등 참조). 참고인의 진술 또는 작성이 '특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 행하여졌음에 대한 증명'은 단지 그러한 개연성이 있다는 정도로는 부족하고 합리적인 의심의 여지를 배제할 정도에 이르러야 한다(대법원 2014. 4. 30. 선고 2012도725 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 공소외 1은 피고인과 문자 메시지 등을 주고받은 휴대전화가 압수당하자 자의로 검찰에 출석하여 진술거부권과 변호인 조력권을 고지받은 상태에서 두 차례에 걸쳐 피고인으로부터 돈을 지급받은 사실과 그 경위 등에 관하여 진술한 점, ② 공소외 1의 진술 내용이 구체적이고 비교적 일관되며 2016. 3. 29.경부터 피고인과 공소외 1이 주고받은 휴대전화 메시지 내용과 피고인과 공소외 1 사이의 금융거래내역 등 객관적인 증거들에 부합하는 점, ③ 공소외 1은 평소 ○○○○○당 소속 국회의원들의 선거운동이나 정치활동에 관여해 온 것으로 보이는데, 공소외 1 자신의 공직선거법위반으로 인한 형사처벌을 감수하면서까지 피고인을 형사처벌 받게 할 의도로 거짓말을 할 만한 이유가 없어 보이므로 그 진술에 허위가 개재되었다고 보기 어려운 점, ④ 공소외 1의 종전 검찰 진술에 반하는 내용이 기재된 2016. 10. 23.자 및 2016. 12.

31.자 각 소명서는 공소외 1이 직접 작성한 것인지 여부가 불분명할 뿐만 아니라, 설령 공소외 1이 작성하였다고 하더라도 공소외 1은 검찰 및 법원의 출석요구에 응하지 않으면서 피고인 측에게만 위 각 소명서를 교부하는 등 법정 진술을 의도적으로 회피하고 있어 그 내용을 믿기 어려운 점 등에 비추어 보면, 공소외 1의 검찰 진술은 특히 신빙할 수 있는 상태 하에서 이루어졌다고 봄이 상당하다.

#### 다) 소결

따라서 공소외 1에 대한 각 검찰 진술조서 및 검찰 피의자신문조서는 모두 형사소송법 제314조에 의하여 증거능력이 인정되므로, 이에 반하는 피고인의 위 주장은 이유 없다.

3) 피고인이 교부한 200만 원이 선거운동과 관련하여 교부되었는지 여부

#### 가) 관련 법리

공직선거법 제230조 제1항 제4호, 제135조 제3항 위반죄는 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속하는 행위를 처벌대상으로 하는 것으로서, 그 처벌대상은 위 법이 정한 선거운동 기간 중의 금품제공 등에 한정되지 않는다.

공직선거법 제135조 제3항에서 정한 '선거운동과 관련하여'는 '선거운동에 즈음하여, 선거운동에 관한 사항을 동기로서 하여'라는 의미로서 '선거운동을 위하여'보다 광범위하고, 선거운동의 목적 또는 선거에 영향을 미치게 할 목적이 없었다 하더라도 그 행위 자체가 선거의 자유·공정을 침해할 우려가 높은 행위를 규제할 필요성에서 설정된 것이므로, 반드시 금품제공이 선거운동의 대가일 필요는 없으며, 선거운동 관련 정보제공의 대가, 선거사무관계자 스카우트 비용 등과 같이 선거운동과 관련된 것이라면 무엇이든 이에 포함된다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010도9110 판결 등 참조).

#### 나) 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 피고인이 2015. 12.경 대전 ☆☆☆ 지역구에 ○○○○○당 예비후보로 등록하고 「○○○ ○○○ ○○○ ○○○」라는 제목의 책을 출간한 후 2016. 1. 12. 위 지역구에서 북콘서트 행사를 개최한 사실, 당시 공소외 1은 북콘서트의 기획 및 홍보 업무를 맡아 수행한 사실, 공소외 1이 2016. 2. 2.경 피고인에게 'SNS 관련 실무' 자료를 송부한 사실이 인정되기는 한다.

그러나 위 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 여러 사정에 비추어 보면, 피고인이 공소외 1에게 교부한 200만 원에 제20대 국회의원 선거 이전에 공소외 1이 북콘서트 등을 도와준 데 대한 대가 부분이 일부 혼재되어 있다고 하더라도, 그 주된 성격은 제20대 국회의원 선거에서의 선거운동과 관련하여 지급된 것이라고 봄이 타당하다.

① 공소외 1은 두 차례 검찰에 출석하여 "피고인이 2016. 3. 30. 무렵 저한테 전화해서 온라인 선거운동을 부탁하면서 대전 ☆☆☆ 예비후보자 당시 도와준 것을 언급하면서 △△□ 본선 후보자가 되었는데 좀 도와달라는 식으로 얘기했다.

"라거나, "200만 원은 온라인 선거운동의 대가로 받은 것이다, 북콘서트 개최에 도움을 주기는 하였으나 피고인이 북콘서트 관련 비용을 주겠다고 이야기한 바 없고 SNS 선거운동을 부탁하면서 그때 북콘서트도 도와줘서 고맙다는 이야기를 덧붙였던 것일 뿐이다.

"라는 취지로 진술하였다.

위와 같은 공소외 1의 진술은 그 내용이 구체적이고 비교적 일관되며 메시지 내용과 금융거래내역 등 객관적 증거들에 부합하여 신빙성이 높다.



② 제20대 국회의원 선거의 선거운동 기간은 2016. 3. 31.부터였는데, 피고인은 2016. 3. 29. 공소외 1에게 전화를 걸어 공소외 1의 계좌번호를 건네받은 후 2016. 3. 30. 위 계좌로 200만 원을 송금하였다.

피고인이 공소외 1에게 연락하여 200만 원을 송금한 시기가 북콘서트가 개최된 시점으로부터 2개월이 지난 후였고, 제 20대 국회의원 선거의 선거운동 기간으로부터 하루 전이었던 점에 비추어 보면, 위 200만 원은 북콘서트에 관한 것 이라기보다 선거운동에 관하여 지급된 것이라고 봄이 시기적으로 자연스럽다.

③ 피고인은 2016. 3. 30. 공소외 1에게 200만 원을 송금하면서 '보냈습니다.

많은 활동 부탁드립니다.

이제 2주...!!!, 공약 전파 중요합니다.

'라는 메시지를 보냈다.

공소외 1은 2016. 3. 29. 공소외 6에게 피고인에 관한 자료를 요청하는 한편, 2016. 3. 30. 피고인으로부터 200만 원을 송 금 받은 이후 공소외 2에게 카카오톡으로 '피고인부터 하지, 켜 받아옴'이라는 메시지를 보내기도 하였다.

위 각 메시지 내용에 비추어 보면, 피고인과 공소외 1은 위 200만 원이 선거운동의 대가로 교부되었다는 사실을 충분히 인식하였던 것으로 보인다.

④ 피고인은 2016. 3. 12. 투표참여를 독려하는 피고인의 육성 음성멘트를 송출해 준 데에 대한 대가로 공소외 10에게 300만 원을 이체하면서 비교란에 '음성홍보'라고 기재하는 등 계좌이체를 할 경우 비교란에 송금한 돈이 어떤 명목 인지를 간단하게 표시해 온 것으로 보인다.

그런데 피고인은 공소외 1에게 200만 원을 송금하면서 비교란에 'sns'라고 기재하였으므로, 위 200만 원은 SNS 홍보활 동과 관련하여 공소외 1에게 지급된 비용으로 보아야 한다.

⑤ 당심에서 증인으로 출석한 공소외 11은 '피고인이 북콘서트 뒤풀이 행사에서 공소외 1에게 북콘서트와 관련하여 사 례를 하려고 하였으나, 공소외 1이 일정상 뒤풀이 행사에 참석하지 못하여 그 자리에서 사례를 하지 못했다고 말했 다.

'라고 진술하였다.

그러나 피고인이 공소외 1에게 북콘서트 관련 용역 수행의 대가를 지급할 예정이었다는 사실에 부합하는 아무런 객관 적인 자료도 제출되지 않은 점, 공소외 11이 피고인으로부터 위와 같은 취지의 말을 들은 것은 이 사건 수사가 개시 된 이후이고, 공소외 11은 피고인과 30년 이상 알아 온 사이로 친분이 두터운 점을 고려하면, 위와 같은 진술만으로 위와 같이 ① 내지 ④항에서 본 사정에도 불구하고 피고인이 북콘서트 당시부터 공소외 1에게 북콘서트 관련 용역 제공 대가로 200만 원을 지급할 것을 계획하였다고 볼 수는 없다.

#### 나. 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단

피고인이 지급한 돈에는 공소외 1이 피고인의 북콘서트 진행을 도와준 것에 대한 대가의 성격도 일부 포함되어 있는 점, 피고인은 음주운전으로 1회의 벌금형을 선고받은 외에 아무런 전과가 없는 점 등의 참작할 사정이 있기는 하다.

그러나 이 사건 범행은 피고인이 제20대 국회의원 선거의 선거운동과 관련하여 금품을 제공한 것으로, 이러한 행위는 금권선거로부터 선거의 공정성을 유지하고자 하는 공직선거법의 입법취지에 반하는 것이므로 그 죄질이 가볍지 않 다.

피고인이 선거운동과 관련하여 제공한 금품의 액수는 200만 원으로 결코 적은 금액이 아니다.

이러한 사정들과 그 밖에 대법원 양형위원회 제정 양형기준의 권고 형량범위, 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 제반 사정을 모두 종합하면, 원심이 피고인에게 선고한 형이 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다고 인정되지 않으므로, 피고인과 검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

### 3. 결론

따라서 피고인과 검사의 항소는 이유 없으므로 이를 모두 기각한다.

판사 김대웅(재판장) 이완희 최승원