

## 공직선거법위반

[광주고등법원 2007. 4. 12. 2007노85]



### 【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 8인

【항 소 인】 피고인 1 내지 4, 6 내지 9 및 검사

【검 사】 이시원

【변 호 인】 변호사 전호중외 6인

【원심판결】 제주지방법원 2007. 1. 16. 선고 2006고합173 판결

### 【주문】

】

원심판결 중 피고인 2, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 9 부분과 피고인 1 부분 중 유죄부분, 피고인 1에 대한 무죄부분 중 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 점에 대한 무죄부분을 제외한 나머지 부분을 모두 파기한다.

피고인 1을 벌금 6,000,000원에, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9를 각 벌금 4,000,000원에, 피고인 6을 벌금 2,000,000원에 각 처한다.

위 피고인들이 위 각 벌금을 납입하지 아니할 경우 각 50,000원을 1일로 환산한 기간 위 피고인들을 노역장에 각 유치한다.

위 피고인들에 대하여 위 각 벌금에 상당한 금액의 가납을 각 명한다.

이 사건 공소사실 중 피고인 1, 피고인 4가 중문동 책임자후보 추천과 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 2, 피고인 9와 공모하여 하였다는 점, 피고인 2가 추자면과 우도면 책임자 추천과 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9와 공모하여 하였다는 점, 피고인 4, 피고인 9가 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 2, 피고인 1과 공모하여 하였다는 점은 각 무죄.

검사의 피고인 5, 피고인 7에 대한 항소와 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 점에 대한 무죄 부분에 관한 피고인 1에 대한 항소 및 피고인 7, 피고인 3, 피고인 8의 항소를 모두 기각한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유

(1) 사실오인

(가) 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 항소이유

피고인 4가 추자도·우도 사태를 해결하기 위하여 그 지역 민간 인사 중에서 도청의 입장을 대변할 사람을 추천받는 과정에서 '공소외 1, 공소외 2'를 추천받아 그 내용을 메모지에 적어 피고인 1에게 보고한 것이며, 원심 판시 지역별·직능별·특별관리 조직책임자 현황(이하 '조직표'라고 한다)은 피고인 9가 임의로 제주특별자치도 홍보를 위해 작성한 것으로 피고인 1의 선거운동과는 관련이 없음에도 불구하고, 원심은 위 피고인들이 공모하여 원심 판시 제1항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(나) 피고인 6 메모에 관한 피고인 6, 피고인 1의 항소이유

피고인 6이 피고인 1에게 보고한 메모는 일상적인 민심 동향보고서 내지 제주특별자치도 홍보를 위한 문서에 불과하므로 이를 두고 공무원이 선거운동의 기획에 참여한 경우에 해당한다고 볼 수 없음에도, 원심은 위 피고인들이 공모하여 원심 판시 제3의 나.항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(다) 산남문건에 관한 피고인 2, 피고인 9의 항소이유

피고인 2가 가필한 '산남지역 책임자 추천의 건'(이하 '산남문건'이라고 한다)은 피고인 9가 한나라당 경선을 대비하여 작성한 문건이므로 피고인 2가 산남문건에 가필한 것만으로는 선거운동의 기획에 참여하였다고 볼 수 없어 죄가 되지 아니함에도, 원심은 위 피고인들이 원심 판시 제2항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(라) 피고인 7의 항소이유

피고인 7의 아버지인 공소외 3이 2005. 7. 27. 실시된 제주특별자치도 찬반에 관한 주민투표에 있어서 도정의 입장을 적극적으로 홍보하였던 마을 사람들에게 피고인 1이 격려 전화를 해주었으면 하는 바램에서 문건을 작성한 다음, 이를 피고인 1에게 전달할 목적으로 피고인 7에게 주었던 것이지 피고인 1의 선거운동을 위하여 작성한 것이 아니며, 선거운동의 기획에 참여하였다고 하기 위해서는 특정인을 당선시키려는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위가 있어야 하는데, 피고인 7이 혼자 문건을 피고인 1에게 제공한 행위를 가지고 선거운동의 기획에 참여하였다고 볼 수 없음에도, 원심은 피고인 7이 원심 판시 제3의 가.항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(2) 공직선거법의 법리오해에 관한 피고인 1의 항소이유

공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 금지하는 '선거운동의 기획에 참여'라는 행위는 타인의 선거운동에 관여하는 것을 전제로 하는 것이어서 피고인 1은 위 선거운동기획 참여라는 행위의 주체가 될 수 없고, 따라서 피고인 1은 공직선거법위반죄에 해당하지 않음에도, 원심은 피고인 1이 선거운동의 기획 참여라는 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(3) 압수물의 증거능력에 관한 법리오해

이 사건 압수물은 "압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.

", "압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 피고인 또는 변호인에게 통지하여야 한다.

", "공무소 등에서 압수·수색영장을 집행함에는 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다.

", "압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다.

"고 규정하고 있는 형사소송법 제118조, 제122조, 제123조, 제129조 등에 위반한 것으로, 이러한 위법한 절차에 따라 압수된 압수물은 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 것임에도, 원심은 압수절차의 적법성과 증거능력에 관한 법리를 오해하여 피고인 1의 업무일지와 같은 이 사건 압수물을 증거로 채택하였으므로 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저질렀다.

(4) 불고불리의 원칙 위배에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 2, 피고인 9의 항소이유

원심은 피고인 4 메모의 내용이 피고인 4로부터 피고인 1을 거쳐 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영된 경위와 피고인 2가 산남문건에 가필하게 된 경위를 공소사실과 달리 인정하여 불고불리의 원칙에 위배함으로써 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저질렀다.

(5) 정당행위의 법리오해에 관한 피고인 2, 피고인 4의 항소이유

이 사건 행위는 업무의 범위에 포함되거나 업무의 연장선상에 있으므로 '업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위' 즉 정당행위에 해당하여 죄가 되지 아니함에도, 원심은 위 피고인들이 그 판시 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(6) 공직선거법의 법리오해에 관한 피고인 3, 피고인 8의 항소이유

피고인 1이 후보자로서 공직선거법에 따라 허용된 초청토론회에 참석하는 것은 적법하므로 위 피고인들이 위 토론회를 준비한 행위는 선거운동의 준비에 불과하여 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없음에도, 원심은 위 피고인들이 원심 판시 제4항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(7) 양형부당

피고인들에게 원심이 선고한 형( 피고인 1 벌금 6,000,000원, 피고인 2 벌금 2,500,000원, 피고인 3, 피고인 8 각 벌금 800,000원, 피고인 4, 피고인 9 각 벌금 4,000,000원, 피고인 6 벌금 1,500,000원, 피고인 7 벌금 1,000,000원)이 너무 무거워 부당하다.

나. 검사의 항소이유

(1) 산남문건과 조직표에 관한 사실오인 및 공동정범에 관한 법리오해

공동정범에 있어서 공모관계는 공범자 전원이 일정한 장소에 집합하여 직접 모의한 바 없더라도 상호간에 간접적 또는 순차적인 방법에 의하여 범행의사의 연락이 있거나 그에 대한 인식이 있으면 성립한다.

한편 서귀포시 중문동 책임자 후보를 추천하고, 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위와 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위는 선거운동 조직의 구성이라는 일관된 목표를 향하여 계속적으로 이루어진 일련의 과정으로서 포괄일죄이다.

그런데 피고인 1이나 피고인 4는 모두 위와 같은 일련의 과정에 자신들 외에 다른 사람이 개입한다는 사실을 인식하고 피고인 9를 매개로 순차적으로 피고인 2와 의사연락이 이루어졌으므로, 피고인 1과 피고인 4는 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위에 대하여 공동정범으로서의 책임을 져야한다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1과 피고인 4가 피고인 2의 위와 같은 선거운동기획 참여행위를 알았다고 볼 증거가 없다며 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실이 무죄라고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하였거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

그리고 피고인 2 또한 직접 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하고 수정하는 조직표 작성의 개별 과정에 전부 가공하지 않았더라도 다른 공모자의 행위를 이용하여 조직표 작성이라는 목적을 이루고자 한 공동가공의 의사가 인정되는 이상 전 범행에 대하여 공동정범으로서의 책임을 져야 한다.

따라서 피고인 2가 조직표 작성에 개입하는 행위를 하였다거나 피고인 4의 위와 같은 선거운동기획 참여행위를 알았다고 볼 증거가 없다며 피고인 2의 이 부분 공소사실이 무죄라고 한 원심의 판단 또한 사실을 오인하였거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 것이다.

(2) 그 밖의 무죄부분에 대한 사실오인

원심의 그 밖의 무죄부분 공소사실도 검사가 제출한 증거들에 의하면 그 증명이 충분함에도 원심은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하여 판결결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다.

(3) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 9에 대하여 원심이 선고한 각 형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 피고인들의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 항소이유에 대하여

(1) 조직표의 성격

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 위 피고인들의 주장과 같이 조직표가 특별자치도 홍보를 위한 것이라면 피고인 1 개인의 이력에 중점을 두어 조직을 구성할 필요가 없었을 것인데, 조직표는 피고인 1의 종친회, 고향인 구좌읍, 출신학교인 제주대 등까지 관리대상으로 선정하고 관리공무원을 지정하고 있는 점, 조직표가 피고인 1에게 교부될 무렵 같이 교부된 조직표를 설명하는 문건에 '최종 분야별(지역,직능,특별관리) 책임자가 확정되면 책임자로 하여금 숙원사업을 요청하도록 해서 힘을 실어 주시면 효과가 있을 것입니다', '후속조치로는 분야별 책임자와 관리공무원이 함께 소그룹별 팀장 구슬 꿰매는 작업을 3. 20.까지 완료 하겠습니다'라는 내용의 선거운동 관련문구가 기재되어 있는 점, 조직표에 책임자나 관리공무원으로 기재된 사람들(공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7)의 실제 선거운동 동향이 피고인 1에게 주간보고의 형식으로 보고되기까지 한 점 등에 비추어 보면, 조직표는 특별자치도 홍보를 위해 작성된 것이 아니고 피고인 1의 선거운동용으로 작성된 것이라 할 것이다.

(2) 피고인 4 메모의 성격과 공모관계

그리고, 원심의 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 추자도 책임자로 '공소외 1', 우도 책임자로 '공소외 8'을 추천한 피고인 4 메모의 책임자 추천 내용과 조직표 상의 추자도 및 우도 책임자 기재 내용이 서로 부합하는 점, 피고인 4 메모에 공소외 1을 추천한 것으로 기재된 '공소외 9'가 조직표에 공소외 1의 관리공무원으로 기재되어 있는 점, 공소외 1의 이름을 '공소외 1-1'로, 공소외 1의 직함 '전 면개발자문위원장'을 '면개발위원장'으로 잘못 기재한 피고인 4 메모의 오류가 조직표에 동일하게 반복되고 있는 점, 조직표 작성 전날 작성자인 공소외 10이 추천자인 공소외 9에게, 이어 공소외 9가 책임자로 추천된 공소외 2, 공소외 1에게 번갈아 전화를 하였고, 피고인

1도 같은 날 공소외 1에게, 그 후 공소외 8, 공소외 2에게 각 전화를 한 점, 피고인 4 메모에 연합청년회를 후원하고 있는 것으로 기재된 공소외 11이 조직표 상의 청년회 부분 책임자로 기재된 연합청년회장의 지원자로 조직표에도 동일하게 기재된 점, 메모의 작성자인 피고인 4가 조직표에 제주시, 애월읍, JCI 제주지구, 사회단체, 나무호랭고 등 5개 지역·직능의 관리공무원으로 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인 4 메모는 조직표의 지역책임자 추천을 위해 작성된 것으로 조직표에 반영되었다고 할 것이고, 한편 피고인 1에게 교부된 피고인 4 메모의 내용이 피고인 9가 작성한 조직표에 그대로 반영된 앞서 본 사정에다가 피고인 1이 책임자로 추천된 사람들에게 직접 전화까지 한 점 등을 보태어 보면 피고인 4가 작성한 메모의 추천 내용이 피고인 1을 통하여 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영되었음을 넉넉히 인정할 수 있다고 할 것이다.

### (3) 소결론

따라서, 원심이 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 4, 피고인 1, 피고인 9가 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

원심은 피고인 4 메모의 내용이 피고인 4로부터 피고인 1을 거쳐 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영된 구체적인 경위를 공소사실과 다소 달리 인정하기는 하였으나, 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 공소장변경절차를 거치지 아니하고 공소사실과 다르게 사실을 인정할 수 있다고 할 것인데( 대법원 2006. 6. 15. 선고 2006도1667 판결 등 참조), 원심은 피고인 4 메모의 내용이 전달된 과정에 관한 기본적 사실은 공소사실 그대로 인정하면서 그 범위 내에서 그 구체적인 경위만을 다소 달리 인정하고 있을 뿐이어서, 그로써 위 피고인들의 방어권행사에 실질적인 불이익이 초래되었다고 할 수도 없으므로, 원심에 불고불리의 원칙을 위배한 위법이 있다고 할 수도 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유는 모두 받아들일 수 없다.

나. 피고인 6 메모에 관한 피고인 1, 피고인 6의 항소이유에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 메모가 작성되어 교부된 시기가 선거를 눈앞에 둔 시점인 점, 그 내용 또한 '지역에서 입김이 있는 젊은이로 전화 필요', '전화 한번 하면 적극 뵈 듯', '얼마 전 지사님 방문한 적 있으나 확실하게 하기 위하여 지사님께서 관심 있는 전화 한마디 필요', '지사님 한마디면 적극적으로 할 수 있을 것', 지사님 남제주군수 시절 공무원, '지난번 재·보궐선거 때도 지사님을 많이 도왔던 분이고 지금도 관심을 많이 갖고 있는데 지사님 전화가 필요' 등 피고인 1에 대한 지지 여부, 피고인 1과의 개인적 인관계, 지역에서의 영향력, 피고인 1의 재·보궐선거 등에서의 조력 정도 등을 언급하면서 피고인 1에게 메모에 기재된 인사들에게 전화로 접촉할 것을 권유하는 내용인 점, 메모에 기재된 인사들 중 다수가 조직표상 피고인 6이 관리하도록 되어 있는 대정읍에 거주하거나 연고가 있는 사람들인 점 등에 비추어 보면, 피고인 6이 위 메모를 작성하여 피고인 1에게 보고한 행위는 피고인 1이 지역인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 효율적으로 선거운동을 할 수 있도록 하기 위한 것으로서 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 말하는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라고 할 것이고, 거기에다가 피고인 1이 교부받은 메모에 빨간색 사인펜으로 ○표시를 하는 등으로 가필하여 이를

업무일지에 부착하여 보관하면서 권유받은 대로 거기에 기재된 인사들 중 한사람에게 전화를 하기까지 한 점 등 위 증거들에 의하여 인정되는 그 밖의 다른 사정을 보태어 보면, 피고인 1으로서도 메모에 기재된 지역인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 선거운동을 할 의도로 이를 보고받았음을 충분히 인정할 수 있다고 할 것이다.

따라서, 원심이 위 메모를 통한 피고인 6의 선거운동기획 참여행위를 피고인 6과 피고인 1이 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

다.

산남문건에 관한 피고인 2, 피고인 9의 항소이유에 대하여

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 2, 피고인 9가 공모하여, 피고인 9는 제주도지사 선거를 위한 지역별 책임자 구성을 목적으로 작성한 산남문건을 피고인 2에게 보여주고, 피고인 2는 위 문건을 검토하면서 위 문건에 대정을 책임자 후보로 기재된 자와 대정을 출신 제주도청 소속 공무원인 피고인 6과의 친분관계를 검토하면서 거기에 '피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 사실을 인정한 다음 이를 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한 것으로 판단하여 위 피고인들을 모두 유죄로 처단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 수긍이 가고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

항소이유의 주장은 산남문건은 피고인 9가 한나라당 경선에 대비하기 위하여 작성된 문건으로서 한나라당 경선을 위한 행위는 선거운동이 아니라 '그 준비행위'에 불과하므로 피고인 2가 위 문건에 가필한 행위를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없다는 것이다.

공직선거법에서 말하는 선거운동은 특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하는 것으로 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적인 준비행위에 해당하는 선거운동의 준비행위나 통상적인 정당 활동과는 구별되나, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목 뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도301 판결 등 참조).

그런데 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 5. 31. 지방선거에 출마할 제주도지사 후보 선출을 위한 한나라당의 당내경선은 대의원이나 당원만의 투표에 의하지 않고 대의원 20%, 책임당원 30%, 국민경선 30%로 된 투표 결과와 20%의 여론조사 결과를 종합하여 후보자를 선출하는 것이었음이 인정되는바, 이와 같이 50%의 당원 아닌 일반유권자들을 포함하여 실시되는 당내경선에서 당선되기 위하여 하는 활동은 동시에 선거를 위한 선거운동의 성격도 당연히 수반하게 되는 것이므로 이를 가리켜 '선거운동을 위한 준비행위'에 불과하다고 할 수는 없고, 이는 어디까지나 '선거운동'에 해당한다고 보아야 할 것이다.

따라서 피고인 2가 위 문건을 검토하면서 거기에 ' 피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 행위는 선거운동의 기획에 참여하는 행위에 해당한다고 할 것이다.

그리고 가사 이와 달리 그것이 '선거운동을 위한 준비행위'에 불과하다고 하더라도 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 입법취지에 비추어 볼 때, 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 행위는 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 위 조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 하므로( 헌법재판소 2005. 6. 30.자 2004헌바33 전원재판부 결정 참조), 이 점에 관한 위 피고인들의 항소이유는 어느 모로 보나 이유 없다.

또한 기록에 비추어 살펴보면, 피고인 2가 산남문건에 가필하게 된 경위에 관하여 원심이 인정한 사실과 그에 관하여 공소장에 기재된 사실은 피고인 9가 작성한 산남문건에 피고인 2가 가필하였다는 기본적 사실관계는 동일하고 단지 그 범위 내에서 구체적인 경위만을 다소 달리하고 있을 뿐이고, 그로써 위 피고인들의 방어권행사에 실질적인 불이익이 초래되었다고 할 수도 없으므로, 원심에 불고불리의 원칙을 위배한 위법이 있다고 할 수도 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

라. 피고인 7의 항소이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 7의 아버지 공소외 3이 2006.

2. 중순경 조천읍 관내 주요인사 35명의 성명, 연락처 및 직업을 기재한 문건을 작성하여 피고인 7에게 교부한 사실, 피고인 7이 위 문건에, '자치행정과에 근무하는 피고인 7입니다.

첨부된 명단은 저의 아버지( 공소외 3)께서 그동안 지사님을 위해 정말로 최선을 다해 작성한 명단입니다.

다소 많아 힘드시겠지만, 이들이 더욱 분발하도록 지사님께서 반드시 격려전화를 하셨으면 합니다.

특히 북촌마을에서는 아버지를 중심으로 지역유지들과 함께 이번에는 지사님을 전폭 지지하는 쪽으로 분위기를 잡아가고 있습니다.

이를 위해 북촌리 출신 공직자 모임(회장 공소외 12 소방과 관리담당, 24명)에서도 적극 지원하고 있습니다.

그리고 저의 동생 공소외 13( 전화번호 생략)은 제주대 총동창회 총무이사로 열심히 지사님을 돕고 있습니다.

가끔 격려 전화라도 부탁드립니다.

자치행정과 피고인 7 드림'이라고 기재된 표지를 붙여 피고인 1에게 제출한 사실, 그 후 공소외 3이 조직표에 조천읍 지역책임자로, 피고인 7이 공소외 3의 관리공무원으로 된 사실을 각 인정한 다음, 피고인 7이 아버지인 공소외 3과 함께 위 문건을 작성·제출한 행위는 피고인 1의 선거운동의 효율적 수행을 위한 계획 수립에 활용되어 선거에 영향을 미치게 될 것이어서 공직선거법 제86조 제1항 제2호 소정의 '선거운동의 기획에 참여'한 것에 해당한다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

또한 위 피고인에 대한 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 볼 수도 없다.

피고인 7의 항소이유는 모두 받아들일 수 없다.

마. 공직선거법의 법리를 오해하였다는 피고인 1의 항소이유에 대하여

공직선거법 제255조 제1항 제10호, 제86조 제1항 제2호 위반의 부정선거운동죄는 '공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나, 그 기획의 실시에 관여'함으로써 성립하는 범죄로서, 여기의 선거운동은 타인의 선거운동을 말하므로 후보자나 후보자가 되고자 하는 자는 비록 공무원이라고 하더라도 자기의 선거운동 기획과 관련하여서는 위 죄의 주체가 될 수 없으나, 위 죄의 주체가 될 수 없는 비신분자인 후보자나 후보자가 되고자 하는 자가 자기의 선거운동의 기획과 관련하여 신분자인 공무원의 행위에 가공한 경우에는 형법 제33조 본문에 의하여 위 죄의 공동정범이 될 수 있다고 할 것이다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결도 같은 취지에서 후보자가 되고자 하는 자인 비신분자를 자기의 선거운동 기획과 관련한 죄의 공동정범으로 처벌하고 있다). 자신의 선거운동 기획에 참여한 행위는 정범으로는 물론이고 공범으로도 처벌할 수 없다는 피고인 1의 이 부분 항소이유는 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

바. 압수물의 증거능력에 관한 법리를 오해하였다는 항소이유에 대하여

압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 물건자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것은 아니고, 형태, 성질 등에 관한 증거가치에는 변함이 없으므로 그 증거능력은 인정되어야 한다.

범죄사실 인정의 명백하고 유용한 증거인 압수물의 증거능력을 압수절차의 위법을 이유로 배제하는 것은 실체적 진실발견을 어렵게 하여 범인을 방면하는 결과를 초래할 수 있으며, 이는 사법에 대한 일반인의 신뢰를 손상시키는 결과로 이어지게 된다.

위법수사의 역지효과는 그로 인한 압수물의 증거능력 배제를 통하지 않고 다른 방법으로도 얼마든지 더 효과적으로 달성할 수 있는 것이다.

같은 취지에서 우리 대법원은 오래전부터 최근에 이르기까지 "압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없어 증거능력이 있다"고 거듭하여 판시하여 왔는바( 대법원 1968. 9. 17. 선고 68도932 판결, 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결, 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결, 1996. 5. 14.자 96초88 결정, 2005. 10. 28. 선고 2004도4731 판결, 2006. 7. 27. 선고 2006도3194 판결 등 참조), 이 부분 항소이유의 주장은 위와 같은 우리 대법원의 확립된 견해에 반하므로 더 나아가 살필 것 없이 이유 없다.

그리고 기록상 항소이유의 주장과 같이 검사가 이 사건 압수물의 성질이나 형태에 변경을 가하였다고 볼 자료도 없다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9, 피고인 6, 피고인 7의 이 부분 항소이유 또한 모두 받아들일 수 없다.

사. 정당행위에 관한 법리를 오해하였다는 피고인 2, 피고인 4의 항소이유에 대하여

형법 제20조에 규정된 '기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 가리키는데( 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도6008 판결



등 참조), 공무원인 피고인 4가 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하는 취지의 메모를 작성 교부하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 행위와 같은 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 ' 피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 행위는 형법 제20조에 규정된 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위'에 해당하지 아니함은 물론, 공직선거법 제86조 제1항의 입법 취지에 비추어 보면 그 행위가 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 사회생활 관계상 통상적으로 용인될 수 있는 행위인 '사회상규에 위배되지 아니한 행위'라고 보기도 어려우므로 형법 제20조에 규정된 정당행위로 볼 수도 없다.

따라서 이 점을 내세우는 위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

아. 피고인 3, 피고인 8의 항소이유에 대하여

(1) 선거운동 기획참여 해당여부

공직선거법 제86조 제1항 제2호에 규정된 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라 함은 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 것을 말한다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결 참조).

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 8과 피고인 3이 공모하여 제주MBC가 주최하는 출마예정자 초청 토론회를 위하여 피고인 1에게 토론회 관련 자료를 만들어 주고, 제주KBS가 주최하는 출마예정자 초청 토론회에 참석할 피고인 1을 위하여 예상 답변 내용을 논의하고, 답변자료의 소관 부서를 확인해 주는 등으로 토론회 준비를 한 사실을 인정한 다음 이를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 판단하여 위 피고인들을 유죄로 처단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

선거에 출마한 후보자가 후보자의 자질과 정책을 검증하기 위하여 열리는 토론회에 참석하는 것은 '선거운동'의 일환으로 보아야 할 것이므로, 그 토론회를 위하여 토론회 관련 자료를 만들어 주거나 토론회 준비를 하는 행위는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'에 해당한다고 할 것이다.

항소이유의 주장은 토론회 관련 자료를 만들어 주거나 토론회 준비를 하는 행위는 선거운동이 아니라 선거운동의 준비에 불과하므로 이를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없다는 것이나, 앞서 본 바와 같이 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 행위는 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 위 조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 하므로( 헌법재판소 2005. 6. 30.자 2004헌바33 전원재판부 결정 참조), 이 점에 관한 항소이유의 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

(2) 양형부당 여부

이 사건 범행의 동기와 경위, 결과 및 위 피고인들의 전과, 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 모든 조건들을 참작하여 볼 때 위 피고인들에 대한 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 항소이유도 받아들일 수 없다.

3. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 산남문건에 관한 피고인 1, 피고인 4의 무죄부분에 대하여

### (1) 포괄일죄 여부

동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위 혹은 연속된 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이나, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결, 2004. 5. 28. 선고 2002도5672 판결 등 참조)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하는 인정되는 다음의 사정, 즉 산남문건(2006. 2.경)과 조직표(2006. 3. 13.)의 작성시기가 서로 다른 점, 산남문건은 산남지역에 국한한 지역별 조직의 구성을 위한 문건이나, 조직표는 지역별 조직 외에 직능별 조직과 종친회, 동문회 등의 특별관리조직의 구성도 아울러 목적으로 하고 있으며, 지역별 조직도 산남지역뿐만 아니라 제주도 전역을 대상으로 하고 있는 점, 산남문건은 지역의 민간 인사를 책임자로 하는 민간 조직의 구성을 위한 것이나, 조직표는 이와 달리 민간 인사를 책임자로 하는 지역별 직능별 조직과 특별관리조직을 공무원이 책임자별로 맡아 관리하도록 하는 공무원 관리 조직의 구성을 목적으로 하고 있는 점, 조직표는 지역이나 직능마다 1인의 책임자만을 두는 것을 원칙으로 하고 있으나, 산남문건은 지역마다 총책과 별도로 청년부 총책을 따로 두는 조직을 전제로 하고 있는 점, 조직표와 달리 산남문건에는 지역별 책임자 외에 330명에 이르는 일반 인사들의 명단이 별도로 첨부되어 있는 점, 산남문건에서 책임자로 추천된 18명의 지역 인사 중에서 조직표의 지역 책임자로 된 사람은 5명에 불과한 점 등에 비추어 보면, 산남문건으로 구성하고자 한 조직과 조직표로 구성하고자 한 조직은 동일한 조직이 아니라 서로 다른 별개의 조직이라고 할 것이다.

따라서 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위와 조직표상의 추자면과 우도면 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위는 하나의 선거운동 조직을 구성하기 위하여 계속적으로 이루어진 일련의 행위라고 볼 수 없고, 이는 어디까지나 별개의 행위로 보아야 하므로 양자는 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이다.

### (2) 공모관계의 판단 방법

위와 같이 피고인 2의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법위반죄와 피고인 4의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법 위반죄가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 한다면, 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위에 대하여 피고인 1이나 피고인 4에게 공동정범으로서의 책임을 묻기 위하여서는 산남문건과 별개인 조직표 작성에 다른 사람이 개입할 것이라고 인식하는 것만으로는 부족하고, 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등의 방법으로 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 구체적으로 인식하는 것이 필요하며, 이렇게 해석하는 것이 '공무원'의 선거운동 기획 참여를 금지하는 방법으로 행위의 주체에 중점을 두고 규정하고 있는 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 규정형식에도 부합한다고 할 것이다.

### (3) 소결론

그런데 기록을 살펴봐도 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등의 방법으로 피고인 1을 위하여 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 피고인 1이나 피고인 4가 알았다고 볼 증거를 찾아볼 수 없다.

따라서 원심이 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1과 피고인 4가 피고인 2, 피고인 9와 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실이 모두 무죄라고 판단한 조치는 정당하고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 사실오인이나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유는 받아들일 수 없다.

나. 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 2의 무죄부분에 대하여

앞서 본 바와 같이 피고인 2의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법위반죄와 피고인 4의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법 위반죄가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 보는 이상, 조직표상의 추자면과 우도면 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위에 대하여 피고인 2에게 공동정범으로서의 책임을 묻기 위하여서는 피고인 4가 위와 같은 방법으로 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 피고인 2가 구체적으로 인식하는 것이 필요한데 기록을 살펴봐도 이 점을 인정할만한 증거가 없다.

따라서 책임자 추천 및 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 2가 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9와 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 사실오인이나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

다.

중문지역 책임자추천에 관한 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9의 무죄부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, " 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여, 2006. 2. 말경 제주도 연동에 있는 제주도청 도지사 집무실에서, '지역', '직능' 등 분야별 책임자 구성을 위해 피고인 2가 피고인 1에게 서귀포시 중문동 지역 책임자 후보로 공소외 14 대포새마을금고 이사장, 위 중문동 청년층 책임자 후보로 공소외 15 전 중문동 연합청년회장을 추천함으로써 선거운동의 기획에 참여하였다"는 이 부분 공소사실에 대하여, 피고인 2가 작성한 '대포출신(중문총책) 현) 대포새마을금고 이사장 공소외 14(당 58세), 하원동 출신(청년층 총책) 직전) 중문동 연합회장 공소외 15(당 40세)'라는 내용의 메모지를 피고인 1이 보관하고 있는 사실, 위 메모지의 내용이 산남문건과 일치하고 있는 사실은 각 인정되나, 위 메모지가 언제 작성된 것인지를 알 수 있는 증거가 없는 이상, 그것만으로 피고인 2가 공소외 14, 공소외 15를 산남문건상의 중문지역 책임자 후보로 추천하였다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

라. 남원회동 보고에 관한 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9의 무죄부분에 대하여

(1) 공소사실의 요지

피고인 4, 피고인 9, 피고인 2, 피고인 1은 공모하여, 피고인 2는 자신이 조직표상 제주 남제주군 남원읍 관리 공무원으로 지정된 것을 기화로 2006. 3. 14. 12:00경 위 남원읍에서 조직표에 남원읍 책임자로 지정된 공소외 16 등을 만나 선거운동을 위한 조직구성 및 운영 방안을 논의한 다음, 그 무렵 제주도지사 집무실에서 위 논의 결과와 도지사의 격려를 바란다는 내용을 기재한 문서를 피고인 1에게 보고하면서 위 문서에 전 남원읍장인 공소외 17의 연락처를 기재하여 주어 선거운동의 기획에 참여하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 4, 피고인 9, 피고인 2, 피고인 1이 공모하여 남원회동 보고를 통한 선거운동기획 참여행위를 한 사실을 인정할 증거가 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 피고인 1 및 피고인 2 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 남원회동 문건은 '3월 14일 화요일 12:00 남원읍 관내에서 남원읍 지역총책 공소외 16, 기존책 공소외 18, 기존연락소장 공소외 19, 지역원로 공소외 20이 만나 피고인 1의 선거운동을 위하여 한 데 뭉쳐 최선을 다하기로 합의하였고, 다음 주까지 마을단위 조직책을 선임하기로 하고, 10일에 한번씩 만나서 논의하기로 하였는데, 사무실문제, 회계담당문제, 사무장 문제에 대하여 걱정이 있었다.

지사님께서 고맙다는 전화와 함께 협조하여 달라는 전화 바란다' 는 내용으로, 거기에 회동인사들인 공소외 16, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20의 전화번호가 기재되어 있는 사실, 그 후 피고인 2가 위 남원회동 문건의 말미에 수기로 '공소외 17 읍장 (전화번호 생략)'라고 전 남원읍장 공소외 17의 연락처를 덧붙여 기재한 사실, 조직표에 공소외 16은 남원읍 책임자로 피고인 2는 그 관리공무원으로 되어 있는데, 피고인 2는 위 남원회동 문건에 기재된 회동시간(3. 14. 12:00) 직전인 같은 날 11:47경에 공소외 16에게 전화를 하였고, 같은 날 공소외 16과 남원읍에서 만난 사실, 위 남원회동 문건은 그 후 피고인 1에게 건네져 피고인 1이 이를 소지하고 있다가 압수된 사실을 각 인정할 수 있다.

위 사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 위 남원회동 문건은 조직표상의 남원읍 지역책임자를 중심으로 지역 인사들이 만나 피고인 1의 선거운동을 위하여 최선을 다하기로 합의하였다는 회동결과를 보고하면서 피고인 1에게 회동한 인사들에게 고맙다는 답례와 앞으로의 협조를 당부하는 전화를 할 것을 권유하기 위하여 작성된 문건으로서, 그 문건은 당초의 작성 목적대로 문건에 보고를 받을 자로 예정된 피고인 1에게 교부되어 피고인 1이 이를 보관하고 있었던 점, 조직표상의 관리공무원인 피고인 2가 자신이 관리하도록 되어 있는 조직표상의 책임자이자 남원회동의 주체인 공소외 16에게 회동 직전에 전화한 후 같은 날 남원읍에서 만난 점, 위 문건이 작성된 후 피고인 2가 피고인 1의 요청으로 당초 기재된 공소외 16 외 3인의 회동인사들의 전화번호와 별도로 위 문건에 전 남원읍장인 공소외 17의 연락처를 추가로 가필하여 주었는데, 공소외 17은 그 경력으로 보아 선거와 관련하여 피고인 1이 협조를 구할 필요가 있는 사람으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 2는 위 남원회동 문건에 추가로 전화하여 협조를 구할 사람의 연락처를 가필한 다음 이를 피고인 1에게 교부하여 보고함으로써 피고인 1을 위한 선거운동의

기획에 참여하였다고 할 것이고, 이러한 결론은 당초에 위 문건을 작성한 사람이 피고인 2인지 여부에 따라 달라지는 것은 아니며, 한편 피고인 1은 위 문건에 공소외 17의 연락처를 적어줄 것을 요청하여 이를 기재받은 다음 위 문건을 교부받아 보관함으로써 피고인 2의 위 남원회동 보고를 통한 선거운동기획 참여행위를 피고인 2와 공모하여 하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유는 이유 있다.

#### (나) 피고인 4 및 피고인 9 부분

다만 기록상 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 위와 같은 선거운동기획 참여행위에 피고인 4나 피고인 9가 공동으로 가공하였다는 증거는 없으므로, 이 부분 공소사실에 관한 원심의 무죄부분 중 피고인 4와 피고인 9에 대한 부분은 정당하고, 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

검사의 이 부분 항소이유는 받아들일 수 없다.

#### 마. 피고인 7 문건에 관한 피고인 1의 무죄부분에 대하여

##### (1) 공소사실의 요지

피고인 1은 2006. 2. 말경 피고인 7이 작성한 위 2.의 라.항 기재 문건을 보고받아 보존하면서 조천읍 지역 책임자로 지정된 피고인 7의 부친 공소외 3의 전화번호를 파악하여 업무일지에 부착한 후 공소외 3에게 전화를 거는 등으로 피고인 7의 선거운동 기획참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다.

##### (2) 원심의 판단

원심은 피고인 1이 피고인 7의 선거운동 기획참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다고 볼 증거가 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

##### (3) 이 법원의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 자신의 선거운동을 위하여 작성된 앞서 본 피고인 7의 문건을 집무실에 보관하면서, 문건에 '조천읍 북촌마을의 지역유지들과 함께 피고인 1을 전폭 지지하는 쪽으로 분위기를 잡아가고 있는' 중심인물로 기재된 공소외 3( 피고인 7의 아버지)의 전화번호를 메모지에 적어 자신의 업무일지에 부착하여 두었다가, 조직표가 완성되기 이틀 전인 2006. 3. 11. 공소외 3에게 전화를 하였고, 그 후 조직표에 공소외 3은 조천읍 지역책임자로, 그 아들인 피고인 7은 공소외 3의 관리공무원으로 각 기재된 사실, 그 후 공소외 3은 조직표 작성 후인 2006. 3. 17. 피고인 1에게 전화하여 연락한 사실을 각 인정할 수 있는바, 그렇다면 위 피고인 7 문건은 피고인 1의 명시적 또는 묵시적 양해 하에 피고인 1에게 교부되었고, 피고인 1은 위 문건을 전달받아 이를 이용할 의사로 보관하였다고 할 것이므로, 피고인 1은 위 문건을 통한 피고인 7의 선거운동기획 참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유도 이유 있다.

바. 피고인 6 전화자료에 관한 피고인 6, 피고인 1의 무죄부분에 대하여

(1) 공소사실의 요지

피고인 6, 피고인 1은 공모하여, 2006. 2. 말경부터 2006. 3. 초순경까지 위 도지사 집무실에서 '돌다리도 두드려보고 가는 게 좋을 것 같다'는 등 피고인 1에 대한 지지 여부 및 성향에 대한 분석이 포함된 지역 유력인사 30명의 명단을 기재한 전화자료를 작성하여 이를 피고인 1에게 보고하고, 피고인 1은 이를 보고받아 보관하는 등으로, 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 6이 작성한 전화자료는 도정홍보의 일환으로 작성된 통상적인 업무보고로 볼 여지가 높아 선거운동의 기획에 참여한 것에 해당한다고 할 수 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 피고인 6 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 '전화자료'라는 제목 하에 30명의 명단과 그들의 전화 번호, 직위, 성향 등이 기재된 5장으로 구성된 메모를 작성하여 교부하였는데, 거기에는 '공소외 21, 전 정무부지사, 돌다리도 두드려 보고 가는 게 좋을 것 같습니다', '공소외 22, 확실하지만 전화 한번 더하면...', '공소외 23, 공소외 24 전 공무원 부인, 전화안하면 송하는 스타일', '공소외 25, 농협 신제주지점 차장, 지사님께 관심이 많음', '공소외 26, 대정연합 청년회장, 지난번 혁신안 적극운동', '공소외 27, 직전 청수리장, 확고히 하는 차원에서 전화', '공소외 28, 남제주군청 계장, 중앙선거관리위원회 공소외 29 기획관의 형', '공소외 30, 시의회 사무과장, 인맥이 많을 것으로 보임' 등의 내용이 포함되어 있는 사실이 인정되는바, 메모에 기재된 인사들과 피고인 1의 개인적인 관계, 그들의 지지 여부, 지지자임에도 불구하고 관계를 다져야 할 이유, 그들의 영향력 등을 언급하면서 그들에게 전화로 접촉할 것을 권유하고 있는 위와 같은 메모의 내용에다가, 민간인사 아닌 공무원까지 전화접촉의 대상으로 포함하고 있는 점(도정홍보 내지 대화행정을 위한 통상적인 업무보고라면 현직 공무원이나 전직 정무부지사, 공무원 부인 등까지 접촉대상에 포함할 필요는 없을 것이다), 접촉대상자가 다가올 지방선거를 총괄하는 중앙선거관리위원회 소속 공무원과 친족관계에 있다는 것을 특히 강조하고 있는 점 등을 보태어 보면, 피고인 6이 위 전화자료를 작성하여 교부한 행위는 피고인 1이 영향력 있는 인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 효율적으로 선거운동을 할 수 있도록 하기 위한 것으로서 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 말하는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 6에 대한 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유도 이유 있다.

(나) 피고인 1 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 위 전화자료가 피고인 1의 집무실에 보관되어 있는 사실이 인정되는 하나, 피고인 1이 위 전화자료를 직접 보고받았다거나 위 전화자료를 전달받아 이를 이용할 의사로 보관하였다고 볼 증거가 없으므로 이 부분 공소사실에 관한 원심의 무죄부분 중 피고인 1에 대한 부분은 정당하고, 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

검사의 이 부분 항소이유는 받아들일 수 없다.

사. 피고인 5 메모에 관한 피고인 5, 피고인 1의 무죄부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 " 피고인 5와 피고인 1이 공모하여, 2006. 2.경 위 도지사 집무실에서 피고인 5는 소관 업무인 사회복지 분야의 유력 인사 6명의 소속 단체 등을 기재한 메모를 피고인 1에게 제공하고, 계속하여 같은 분야의 유력인사 10명의 피고인 1에 대한 지지여부와 소속 단체 등에 대한 영향력을 기재한 명단을 작성하여 이를 피고인 1에게 보고하고, 피고인 1은 위 명단 좌측 상단에 제출자인 피고인 5의 직책인 '사회과장'이라고 기재한 다음 업무일지에 부착하여 보관하면서 명단 중 일부에 표시를 하는 등으로, 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다.

"는 이 부분 공소사실에 대하여, 위 각 메모가 피고인 1의 선거운동의 효율적 수행을 위한 계획 수립에 활용하기 위하여 작성된 것이라고 보기 어렵다고 판단하여 그 판시와 같은 이유로 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실에 대하여 모두 무죄를 선고하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

아. 피고인 7에 대한 양형부당 항소이유에 대하여

이 사건 범행의 동기와 경위, 결과 및 위 피고인의 전과, 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 모든 조건들을 참작하여 볼 때 위 피고인에 대한 원심의 형이 너무 가벼워 부당하다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원심판결의 남원회동 보고에 관한 부분 중 피고인 1, 피고인 2 부분에 대한 검사의 항소와 피고인 7 문건에 관한 부분 중 피고인 1 부분에 대한 검사의 항소, 그리고 피고인 6 전화자료에 관한 부분 중 피고인 6 부분에 대한 검사의 항소는 모두 이유 있으므로 이를 각 받아들여 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 2, 피고인 6 부분과 피고인 1 부분 중 유죄부분, 그리고 피고인 1에 대한 무죄부분 중 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 점에 대한 무죄부분을 제외한 나머지 부분을 모두 파기하기로 하고, 한편 원심판결에는 실제적 경합범의 관계에 있는 다음의 각 행위 즉, 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점과 책임자 추천과 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동 기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점 및 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점을 모두 포괄일죄로

보아 판단한 잘못이 있고 이는 판결결과에 영향을 미쳤으므로 앞서 본 파기 부분과 별도로 원심판결 중 피고인 4, 피고인 9에 대한 부분도 모두 직권으로 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 검사의 피고인 5, 피고인 7에 대한 항소와 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 무죄부분에 관한 피고인 1에 대한 항소, 그리고 피고인 7, 피고인 3, 피고인 8의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하기로 한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

#### 가. 피고인들의 항소이유

##### (1) 사실오인

##### (가) 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 항소이유

피고인 4가 추자도·우도 사태를 해결하기 위하여 그 지역 민간 인사 중에서 도청의 입장을 대변할 사람을 추천받는 과정에서 '공소외 1, 공소외 2'를 추천받아 그 내용을 메모지에 적어 피고인 1에게 보고한 것이며, 원심 판시 지역별·직능별·특별관리 조직책임자 현황(이하 '조직표'라고 한다)은 피고인 9가 임의로 제주특별자치도 홍보를 위해 작성한 것으로 피고인 1의 선거운동과는 관련이 없음에도 불구하고, 원심은 위 피고인들이 공모하여 원심 판시 제1항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

##### (나) 피고인 6 메모에 관한 피고인 6, 피고인 1의 항소이유

피고인 6이 피고인 1에게 보고한 메모는 일상적인 민심 동향보고서 내지 제주특별자치도 홍보를 위한 문서에 불과하므로 이를 두고 공무원이 선거운동의 기획에 참여한 경우에 해당한다고 볼 수 없음에도, 원심은 위 피고인들이 공모하여 원심 판시 제3의 나.항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

##### (다) 산남문건에 관한 피고인 2, 피고인 9의 항소이유

피고인 2가 가필한 '산남지역 책임자 추천의 건'(이하 '산남문건'이라고 한다)은 피고인 9가 한나라당 경선을 대비하여 작성한 문건이므로 피고인 2가 산남문건에 가필한 것만으로는 선거운동의 기획에 참여하였다고 볼 수 없어 죄가 되지 아니함에도, 원심은 위 피고인들이 원심 판시 제2항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

##### (라) 피고인 7의 항소이유

피고인 7의 아버지인 공소외 3이 2005. 7. 27. 실시된 제주특별자치도 찬반에 관한 주민투표에 있어서 도청의 입장을 적극적으로 홍보하였던 마을 사람들에게 피고인 1이 격려 전화를 해주었으면 하는 바램에서 문건을 작성한 다음, 이를 피고인 1에게 전달할 목적으로 피고인 7에게 주었던 것이지 피고인 1의 선거운동을 위하여 작성한 것이 아니며, 선거운동의 기획에 참여하였다고 하기 위해서는 특정인을 당선시키려는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위가 있어야 하는데, 피고인 7이 혼자 문건을 피고인 1에게 제공한 행위를 가지고 선거운동의 기획에 참여하였다고 볼 수 없음에도, 원심은 피고인 7이 원심 판시 제3의 가.항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.



(2) 공직선거법의 법리오해에 관한 피고인 1의 항소이유

공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 금지하는 '선거운동의 기획에 참여'라는 행위는 타인의 선거운동에 관여하는 것을 전제로 하는 것이어서 피고인 1은 위 선거운동기획 참여라는 행위의 주체가 될 수 없고, 따라서 피고인 1은 공직선거법위반죄에 해당하지 않음에도, 원심은 피고인 1이 선거운동의 기획 참여라는 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(3) 압수물의 증거능력에 관한 법리오해

이 사건 압수물은 "압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.

", "압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 피고인 또는 변호인에게 통지하여야 한다.

", "공무소 등에서 압수·수색영장을 집행함에는 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다.

", "압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다.

"고 규정하고 있는 형사소송법 제118조, 제122조, 제123조, 제129조 등에 위반한 것으로, 이러한 위법한 절차에 따라 압수된 압수물은 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 것임에도, 원심은 압수절차의 적법성과 증거능력에 관한 법리를 오해하여 피고인 1의 업무일지와 같은 이 사건 압수물을 증거로 채택하였으므로 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저질렀다.

(4) 불고불리의 원칙 위배에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 2, 피고인 9의 항소이유

원심은 피고인 4 메모의 내용이 피고인 4로부터 피고인 1을 거쳐 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영된 경위와 피고인 2가 산남문건에 가필하게 된 경위를 공소사실과 달리 인정하여 불고불리의 원칙에 위배함으로써 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저질렀다.

(5) 정당행위의 법리오해에 관한 피고인 2, 피고인 4의 항소이유

이 사건 행위는 업무의 범위에 포함되거나 업무의 연장선상에 있으므로 '업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위' 즉 정당행위에 해당하여 죄가 되지 아니함에도, 원심은 위 피고인들이 그 판시 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(6) 공직선거법의 법리오해에 관한 피고인 3, 피고인 8의 항소이유

피고인 1이 후보자로서 공직선거법에 따라 허용된 초청토론회에 참석하는 것은 적법하므로 위 피고인들이 위 토론회를 준비한 행위는 선거운동의 준비에 불과하여 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없음에도, 원심은 위 피고인들이 원심 판시 제4항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(7) 양형부당

피고인들에게 원심이 선고한 형( 피고인 1 벌금 6,000,000원, 피고인 2 벌금 2,500,000원, 피고인 3, 피고인 8 각 벌금 800,000원, 피고인 4, 피고인 9 각 벌금 4,000,000원, 피고인 6 벌금 1,500,000원, 피고인 7 벌금 1,000,000원)이 너무 무거워 부당하다.

#### 나. 검사의 항소이유

##### (1) 산남문건과 조직표에 관한 사실오인 및 공동정범에 관한 법리오해

공동정범에 있어서 공모관계는 공범자 전원이 일정한 장소에 집합하여 직접 모의한 바 없더라도 상호간에 간접적 또는 순차적인 방법에 의하여 범행의사의 연락이 있거나 그에 대한 인식이 있으면 성립한다.

한편 서귀포시 중문동 책임자 후보를 추천하고, 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위와 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위는 선거운동 조직의 구성이라는 일관된 목표를 향하여 계속적으로 이루어진 일련의 과정으로서 포괄일죄이다.

그런데 피고인 1이나 피고인 4는 모두 위와 같은 일련의 과정에 자신들 외에 다른 사람이 개입한다는 사실을 인식하고 피고인 9를 매개로 순차적으로 피고인 2와 의사연락이 이루어졌으므로, 피고인 1과 피고인 4는 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위에 대하여 공동정범으로서의 책임을 져야한다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1과 피고인 4가 피고인 2의 위와 같은 선거운동기획 참여행위를 알았다고 볼 증거가 없다며 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실이 무죄라고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하였거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

그리고 피고인 2 또한 직접 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하고 수정하는 조직표 작성의 개별 과정에 전부 가공하지 않았더라도 다른 공모자의 행위를 이용하여 조직표 작성이라는 목적을 이루고자 한 공동가공의 의사가 인정되는 이상 전 범행에 대하여 공동정범으로서의 책임을 져야 한다.

따라서 피고인 2가 조직표 작성에 개입하는 행위를 하였다거나 피고인 4의 위와 같은 선거운동기획 참여행위를 알았다고 볼 증거가 없다며 피고인 2의 이 부분 공소사실이 무죄라고 한 원심의 판단 또한 사실을 오인하였거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 것이다.

##### (2) 그 밖의 무죄부분에 대한 사실오인

원심의 그 밖의 무죄부분 공소사실도 검사가 제출한 증거들에 의하면 그 증명이 충분함에도 원심은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하여 판결결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다.

##### (3) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 9에 대하여 원심이 선고한 각 형은 너무 가벼워 부당하다.

## 2. 피고인들의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 항소이유에 대하여

##### (1) 조직표의 성격

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 위 피고인들의 주장과 같이 조직표가 특별자치도 홍보를 위한 것이라면 피고인 1 개인의 이력에 중점을 두어 조직을 구성할 필요가 없었을 것인데, 조

직표는 피고인 1의 종친회, 고향인 구좌읍, 출신학교인 제주대 등까지 관리대상으로 선정하고 관리공무원을 지정하고 있는 점, 조직표가 피고인 1에게 교부될 무렵 같이 교부된 조직표를 설명하는 문건에 '최종 분야별(지역·직능·특별관리) 책임자가 확정되면 책임자로 하여금 숙원사업을 요청하도록 해서 힘을 실어 주시면 효과가 있을 것입니다', '후속조치로는 분야별 책임자와 관리공무원이 함께 소그룹별 팀장 구슬 꿰매는 작업을 3. 20.까지 완료 하겠습니다'라는 내용의 선거운동 관련문구가 기재되어 있는 점, 조직표에 책임자나 관리공무원으로 기재된 사람들( 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7)의 실제 선거운동 동향이 피고인 1에게 주간보고의 형식으로 보고되기까지 한 점 등에 비추어 보면, 조직표는 특별자치도 홍보를 위해 작성된 것이 아니고 피고인 1의 선거운동용으로 작성된 것이라 할 것이다.

## (2) 피고인 4 메모의 성격과 공모관계

그리고, 원심의 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 추자도 책임자로 ' 공소외 1', 우도 책임자로 ' 공소외 8'을 추천한 피고인 4 메모의 책임자 추천 내용과 조직표 상의 추자도 및 우도 책임자 기재 내용이 서로 부합하는 점, 피고인 4 메모에 공소외 1을 추천한 것으로 기재된 ' 공소외 9'가 조직표에 공소외 1의 관리공무원으로 기재되어 있는 점, 공소외 1의 이름을 ' 공소외 1-1'로, 공소외 1의 직함 '전 면개발자문위원장'을 '면개발위원장'으로 잘못 기재한 피고인 4 메모의 오류가 조직표에 동일하게 반복되고 있는 점, 조직표 작성 전날 작성자인 공소외 10이 추천자인 공소외 9에게, 이어 공소외 9가 책임자로 추천된 공소외 2, 공소외 1에게 번갈아 전화를 하였고, 피고인 1도 같은 날 공소외 1에게, 그 후 공소외 8, 공소외 2에게 각 전화를 한 점, 피고인 4 메모에 연합청년회를 후원하고 있는 것으로 기재된 공소외 11이 조직표 상의 청년회 부분 책임자로 기재된 연합청년회장의 지원자로 조직표에도 동일하게 기재된 점, 메모의 작성자인 피고인 4가 조직표에 제주시, 애월읍, JCI 제주지구, 사회단체, 나무호랭교 등 5개 지역·직능의 관리공무원으로 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인 4 메모는 조직표의 지역책임자 추천을 위해 작성된 것으로 조직표에 반영되었다고 할 것이고, 한편 피고인 1에게 교부된 피고인 4 메모의 내용이 피고인 9가 작성한 조직표에 그대로 반영된 앞서 본 사정에다가 피고인 1이 책임자로 추천된 사람들에게 직접 전화까지 한 점 등을 보태어 보면 피고인 4가 작성한 메모의 추천 내용이 피고인 1을 통하여 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영되었음을 넉넉히 인정할 수 있다고 할 것이다.

## (3) 소결론

따라서, 원심이 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 4, 피고인 1, 피고인 9가 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

원심은 피고인 4 메모의 내용이 피고인 4로부터 피고인 1을 거쳐 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영된 구체적인 경위를 공소사실과 다소 달리 인정하기는 하였으나, 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 공소장변경절차를 거치지 아니하고 공소사실과 다르게 사실을 인정할 수 있다고 할 것인데( 대법원 2006. 6. 15. 선고 2006도1667 판결 등 참조), 원심은 피고인 4 메모의 내용이 전달된 과정에 관한 기본적 사실은 공소사실 그대로 인정하면서 그 범위 내에서 그 구체적인 경위만을 다소 달리 인정

하고 있을 뿐이어서, 그로써 위 피고인들의 방어권행사에 실질적인 불이익이 초래되었다고 할 수도 없으므로, 원심에 불고불리의 원칙을 위배한 위법이 있다고 할 수도 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유는 모두 받아들일 수 없다.

나. 피고인 6 메모에 관한 피고인 1, 피고인 6의 항소이유에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 메모가 작성되어 교부된 시기가 선거를 눈앞에 둔 시점인 점, 그 내용 또한 '지역에서 입김이 있는 젊은이로 전화 필요', '전화 한번 하면 적극 뵈 듯', '얼마 전 지사님 방문한 적 있으나 확실하게 하기 위하여 지사님께서 관심 있는 전화 한마디 필요', '지사님 한마디면 적극적으로 할 수 있을 것', 지사님 남제주군수 시절 공무원', '지난번 재·보궐선거 때도 지사님을 많이 도왔던 분이고 지금도 관심을 많이 갖고 있는데 지사님 전화가 필요' 등 피고인 1에 대한 지지 여부, 피고인 1과의 개인적인 관계, 지역에서의 영향력, 피고인 1의 재·보궐선거 등에서의 조력 정도 등을 언급하면서 피고인 1에게 메모에 기재된 인사들에게 전화로 접촉할 것을 권유하는 내용인 점, 메모에 기재된 인사들 중 다수가 조직표상 피고인 6이 관리하도록 되어 있는 대정읍에 거주하거나 연고가 있는 사람들인 점 등에 비추어 보면, 피고인 6이 위 메모를 작성하여 피고인 1에게 보고한 행위는 피고인 1이 지역인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 효율적으로 선거운동을 할 수 있도록 하기 위한 것으로서 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 말하는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라고 할 것이고, 거기에다가 피고인 1이 교부받은 메모에 빨간색 사인펜으로 ○표시를 하는 등으로 가필하여 이를 업무일지에 부착하여 보관하면서 권유받은 대로 거기에 기재된 인사들 중 한사람에게 전화를 하기까지 한 점 등 위 증거들에 의하여 인정되는 그 밖의 다른 사정을 보태어 보면, 피고인 1으로서도 메모에 기재된 지역인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 선거운동을 할 의도로 이를 보고받았음을 충분히 인정할 수 있다고 할 것이다.

따라서, 원심이 위 메모를 통한 피고인 6의 선거운동기획 참여행위를 피고인 6과 피고인 1이 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

다.

산남문건에 관한 피고인 2, 피고인 9의 항소이유에 대하여

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 2, 피고인 9가 공모하여, 피고인 9는 제주도지사 선거를 위한 지역별 책임자 구성을 목적으로 작성한 산남문건을 피고인 2에게 보여주고, 피고인 2는 위 문건을 검토하면서 위 문건에 대정읍 책임자 후보로 기재된 자와 대정읍 출신 제주도청 소속 공무원인 피고인 6과의 친분관계를 검토하면서 거기에 '피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 사실을 인정한 다음 이를 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한 것으로 판단하여 위 피고인들을 모두 유죄로 처단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 수긍이 가고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

항소이유의 주장은 산남문건은 피고인 9가 한나라당 경선에 대비하기 위하여 작성된 문건으로서 한나라당 경선을 위한 행위는 선거운동이 아니라 '그 준비행위'에 불과하므로 피고인 2가 위 문건에 가필한 행위를 선거운동의 기획에 참

여한 것으로 볼 수 없다는 것이다.

공직선거법에서 말하는 선거운동은 특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하는 것으로 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적인 준비행위에 해당하는 선거운동의 준비행위나 통상적인 정당 활동과는 구별되나, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목 뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도301 판결 등 참조).

그런데 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 5. 31. 지방선거에 출마할 제주도지사 후보 선출을 위한 한나라당의 당내경선은 대의원이나 당원만의 투표에 의하지 않고 대의원 20%, 책임당원 30%, 국민경선 30%로 된 투표 결과와 20%의 여론조사 결과를 종합하여 후보자를 선출하는 것이었음이 인정되는바, 이와 같이 50%의 당원 아닌 일반유권자들을 포함하여 실시되는 당내경선에서 당선되기 위하여 하는 활동은 동시에 선거를 위한 선거운동의 성격도 당연히 수반하게 되는 것이므로 이를 가리켜 '선거운동을 위한 준비행위'에 불과하다고 할 수는 없고, 이는 어디까지나 '선거운동'에 해당한다고 보아야 할 것이다.

따라서 피고인 2가 위 문건을 검토하면서 거기에 ' 피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 행위는 선거운동의 기획에 참여하는 행위에 해당한다고 할 것이다.

그리고 가사 이와 달리 그것이 '선거운동을 위한 준비행위'에 불과하다고 하더라도 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 입법취지에 비추어 볼 때, 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 행위는 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 위조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 하므로( 헌법재판소 2005. 6. 30.자 2004헌바33 전원재판부 결정 참조), 이점에 관한 위 피고인들의 항소이유는 어느 모로 보나 이유 없다.

또한 기록에 비추어 살펴보면, 피고인 2가 산남문건에 가필하게 된 경위에 관하여 원심이 인정한 사실과 그에 관하여 공소장에 기재된 사실은 피고인 9가 작성한 산남문건에 피고인 2가 가필하였다는 기본적 사실관계는 동일하고 단지 그 범위 내에서 구체적인 경위만을 다소 달리하고 있을 뿐이고, 그로써 위 피고인들의 방어권행사에 실질적인 불이익이 초래되었다고 할 수도 없으므로, 원심에 불고불리의 원칙을 위배한 위법이 있다고 할 수도 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

라. 피고인 7의 항소이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 7의 아버지 공소외 3이 2006. 2. 중순경 조천읍 관내 주요인사 35명의 성명, 연락처 및 직업을 기재한 문건을 작성하여 피고인 7에게 교부한 사실, 피고인 7이 위 문건에, '자치행정과에 근무하는 피고인 7입니다.

첨부된 명단은 저의 아버지(공소외 3)께서 그동안 지사님을 위해 정말로 최선을 다해 작성한 명단입니다.

다소 많아 힘드시겠지만, 이들이 더욱 분발하도록 지사님께서 반드시 격려전화를 하셨으면 합니다.

특히 북촌마을에서는 아버지를 중심으로 지역유지들과 함께 이번에는 지사님을 전폭 지지하는 쪽으로 분위기를 잡아가고 있습니다.

이를 위해 북촌리 출신 공직자 모임(회장 공소외 12 소방과 관리담당, 24명)에서도 적극 지원하고 있습니다.

그리고 저의 동생 공소외 13(전화번호 생략)은 제주대 총동창회 총무이사로 열심히 지사님을 돕고 있습니다.

가끔 격려 전화라도 부탁드립니다.

자치행정과 피고인 7 드림'이라고 기재된 표지를 붙여 피고인 1에게 제출한 사실, 그 후 공소외 3이 조직표에 조천을 지역책임자로, 피고인 7이 공소외 3의 관리공무원으로 된 사실을 각 인정한 다음, 피고인 7이 아버지인 공소외 3과 함께 위 문건을 작성·제출한 행위는 피고인 1의 선거운동의 효율적 수행을 위한 계획 수립에 활용되어 선거에 영향을 미치게 될 것이어서 공직선거법 제86조 제1항 제2호 소정의 '선거운동의 기획에 참여'한 것에 해당한다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

또한 위 피고인에 대한 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 볼 수도 없다.

피고인 7의 항소이유는 모두 받아들일 수 없다.

마. 공직선거법의 법리를 오해하였다는 피고인 1의 항소이유에 대하여

공직선거법 제255조 제1항 제10호, 제86조 제1항 제2호 위반의 부정선거운동죄는 '공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나, 그 기획의 실시에 관여'함으로써 성립하는 범죄로서, 여기의 선거운동은 타인의 선거운동을 말하므로 후보자나 후보자가 되고자 하는 자는 비록 공무원이라고 하더라도 자기의 선거운동 기획과 관련하여서는 위 죄의 주체가 될 수 없으나, 위 죄의 주체가 될 수 없는 비신분자인 후보자나 후보자가 되고자 하는 자가 자기의 선거운동의 기획과 관련하여 신분자인 공무원의 행위에 가공한 경우에는 형법 제33조 본문에 의하여 위 죄의 공동정범이 될 수 있다고 할 것이다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결도 같은 취지에서 후보자가 되고자 하는 자인 비신분자를 자기의 선거운동 기획과 관련한 죄의 공동정범으로 처벌하고 있다). 자신의 선거운동 기획에 참여한 행위는 정범으로는 물론이고 공범으로도 처벌할 수 없다는 피고인 1의 이 부분 항소이유는 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

바. 압수물의 증거능력에 관한 법리를 오해하였다는 항소이유에 대하여

압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 물건자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것은 아니고, 형태, 성질 등에 관한 증거가치에는 변함이 없으므로 그 증거능력은 인정되어야 한다.

범죄사실 인정의 명백하고 유용한 증거인 압수물의 증거능력을 압수절차의 위법을 이유로 배제하는 것은 실제적 진실발견을 어렵게 하여 범인을 방면하는 결과를 초래할 수 있으며, 이는 사법에 대한 일반인의 신뢰를 손상시키는 결과로 이어지게 된다.

위법수사의 역지효과는 그로 인한 압수물의 증거능력 배제를 통하지 않고 다른 방법으로도 얼마든지 더 효과적으로 달성할 수 있는 것이다.

같은 취지에서 우리 대법원은 오래전부터 최근에 이르기까지 "압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없어 증거능력이 있다"고 거듭하여 판시하여 왔는바( 대법원 1968. 9. 17. 선고 68도932 판결, 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결, 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결, 1996. 5. 14.자 96초88 결정, 2005. 10. 28. 선고 2004도4731 판결, 2006. 7. 27. 선고 2006도3194 판결 등 참조), 이 부분 항소이유의 주장은 위와 같은 우리 대법원의 확립된 견해에 반하므로 더 나아가 살필 것 없이 이유 없다.

그리고 기록상 항소이유의 주장과 같이 검사가 이 사건 압수물의 성질이나 형태에 변경을 가하였다고 볼 자료도 없다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9, 피고인 6, 피고인 7의 이 부분 항소이유 또한 모두 받아들일 수 없다.

사. 정당행위에 관한 법리를 오해하였다는 피고인 2, 피고인 4의 항소이유에 대하여

형법 제20조에 규정된 '기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 가리키는데( 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도6008 판결 등 참조), 공무원인 피고인 4가 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하는 취지의 메모를 작성 교부하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 행위와 같은 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 ' 피고인 6 계장 친고관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 행위는 형법 제20조에 규정된 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위'에 해당하지 아니함은 물론, 공직선거법 제86조 제1항의 입법 취지에 비추어 보면 그 행위가 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 사회생활 관계상 통상적으로 용인될 수 있는 행위인 '사회상규에 위배되지 아니한 행위'라고 보기도 어려우므로 형법 제20조에 규정된 정당행위로 볼 수도 없다.

따라서 이 점을 내세우는 위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

아. 피고인 3, 피고인 8의 항소이유에 대하여

(1) 선거운동 기획참여 해당여부

공직선거법 제86조 제1항 제2호에 규정된 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라 함은 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 것을 말한다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결 참조).

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 8과 피고인 3이 공모하여 제주MBC가 주최하는 출마예정자 초청 토론회를 위하여 피고인 1에게 토론회 관련 자료를 만들어 주고, 제주KBS가 주최하는 출마예정자 초청 토론회에 참석할 피고인 1을 위하여 예상 답변 내용을 논의하고, 답변자료의 소관 부서를 확인해 주는 등으로 토론회 준비를 한 사실을 인정한 다음 이를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 판단하여 위 피고인들을 유죄로 처단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

선거에 출마한 후보자가 후보자의 자질과 정책을 검증하기 위하여 열리는 토론회에 참석하는 것은 '선거운동'의 일환으로 보아야 할 것이므로, 그 토론회를 위하여 토론회 관련 자료를 만들어 주거나 토론회 준비를 하는 행위는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'에 해당한다고 할 것이다.

항소이유의 주장은 토론회 관련 자료를 만들어 주거나 토론회 준비를 하는 행위는 선거운동이 아니라 선거운동의 준비에 불과하므로 이를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없다는 것이나, 앞서 본 바와 같이 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 행위는 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 위 조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 하므로(헌법재판소 2005. 6. 30.자 2004헌바33 전원재판부 결정 참조), 이 점에 관한 항소이유의 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

## (2) 양형부당 여부

이 사건 범행의 동기와 경위, 결과 및 위 피고인들의 전과, 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 모든 조건들을 참작하여 볼 때 위 피고인들에 대한 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 항소이유도 받아들일 수 없다.

## 3. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 산남문건에 관한 피고인 1, 피고인 4의 무죄부분에 대하여

### (1) 포괄일죄 여부

동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위 혹은 연속된 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이나, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결, 2004. 5. 28. 선고 2002도5672 판결 등 참조)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하는 인정되는 다음의 사정, 즉 산남문건(2006. 2.경)과 조직표(2006. 3. 13.)의 작성시기가 서로 다른 점, 산남문건은 산남지역에 국한한 지역별 조직의 구성을 위한 문건이나, 조직표는 지역별 조직 외에 직능별 조직과 종친회, 동문회 등의 특별관리조직의 구성도 아울러 목적으로 하고 있으며, 지역별 조직도 산남지역뿐만 아니라 제주도 전역을 대상으로 하고 있는 점, 산남문건은 지역의 민간 인사를 책임자로 하는 민간 조직의 구성을 위한 것이나, 조직표는 이와 달리 민간 인사를 책임자로 하는 지역별 직능별 조직과 특별관리조직을 공무원이 책임자별로 맡아 관리하도록 하는 공무원 관리 조직의 구성을 목적으로 하고 있는 점, 조직표는 지역이나 직능마다 1인의 책임자만을 두는 것을 원칙으로 하고 있으나, 산남문건은 지역마다 총책과 별도로 청년부 총책을 따로 두는 조직을 전제로 하고 있는 점, 조직표와 달리 산남문건에는 지역별 책임자 외에 330명에 이르는 일반 인사들의 명단이 별도로 첨부되어 있는 점, 산남문건에서 책임자로 추천된 18명의 지역 인사 중에서 조직표의 지역 책임자로 된 사람은 5명에 불과한 점 등에 비추어 보면, 산남문건으로 구성하고자 한 조직과 조직표로 구성하고자 한 조직은 동일한 조직이 아니라 서로 다른 별개의 조직이라고 할 것이다.

따라서 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위와 조직표상의 추자면과 우도면 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위는 하나의 선거운동 조직을 구성하기 위하여 계속적으로 이루어진 일련의 행위라고 볼 수 없고, 이는 어디까지나



별개의 행위로 보아야 하므로 양자는 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이다.

### (2) 공모관계의 판단 방법

위와 같이 피고인 2의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법위반죄와 피고인 4의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법 위반죄가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 한다면, 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위에 대하여 피고인 1이나 피고인 4에게 공동정범으로서의 책임을 묻기 위하여서는 산남문건과 별개인 조직표 작성에 다른 사람이 개입할 것이라고 인식하는 것만으로는 부족하고, 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등의 방법으로 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 구체적으로 인식하는 것이 필요하며, 이렇게 해석하는 것이 '공무원'의 선거운동 기획 참여를 금지하는 방법으로 행위의 주체에 중점을 두고 규정하고 있는 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 규정형식에도 부합한다고 할 것이다.

### (3) 소결론

그런데 기록을 살펴보아도 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등의 방법으로 피고인 1을 위하여 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 피고인 1이나 피고인 4가 알았다고 볼 증거를 찾아볼 수 없다.

따라서 원심이 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1과 피고인 4가 피고인 2, 피고인 9와 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실이 모두 무죄라고 판단한 조치는 정당하고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 사실오인이나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유는 받아들일 수 없다.

나. 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 2의 무죄부분에 대하여

앞서 본 바와 같이 피고인 2의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법위반죄와 피고인 4의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법 위반죄가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 보는 이상, 조직표상의 추자면과 우도면 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위에 대하여 피고인 2에게 공동정범으로서의 책임을 묻기 위하여서는 피고인 4가 위와 같은 방법으로 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 피고인 2가 구체적으로 인식하는 것이 필요한데 기록을 살펴보아도 이 점을 인정할만한 증거가 없다.

따라서 책임자 추천 및 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 2가 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9와 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 사실오인이나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

다.

중문지역 책임자추천에 관한 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9의 무죄부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, " 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여, 2006. 2. 말경 제주시 연동에 있는 제주시청 도지사 집무실에서, '지역', '직능' 등 분야별 책임자 구성을 위해 피고인 2가 피고인 1에게 서귀포시 중문동 지역 책임자 후보로 공소외 14 대포새마을금고 이사장, 위 중문동 청년층 책임자 후보로 공소외 15 전 중문동 연합청년회장을 추천함으로써 선거운동의 기획에 참여하였다"는 이 부분 공소사실에 대하여, 피고인 2가 작성한 '대포출신(중문총책) 현) 대포새마을금고 이사장 공소외 14(당 58세), 하원동 출신(청년층 총책) 직전) 중문동 연합회장 공소외 15(당 40세)'라는 내용의 메모지를 피고인 1이 보관하고 있는 사실, 위 메모지의 내용이 산남문건과 일치하고 있는 사실은 각 인정되나, 위 메모지가 언제 작성된 것인지를 알 수 있는 증거가 없는 이상, 그것만으로 피고인 2가 공소외 14, 공소외 15를 산남문건상의 중문지역 책임자 후보로 추천하였다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

라. 남원회동 보고에 관한 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9의 무죄부분에 대하여

(1) 공소사실의 요지

피고인 4, 피고인 9, 피고인 2, 피고인 1은 공모하여, 피고인 2는 자신이 조직표상 제주 남제주군 남원읍 관리 공무원으로 지정된 것을 기화로 2006. 3. 14. 12:00경 위 남원읍에서 조직표에 남원읍 책임자로 지정된 공소외 16 등을 만나 선거운동을 위한 조직구성 및 운영 방안을 논의한 다음, 그 무렵 제주시청 집무실에서 위 논의 결과와 도지사의 격려를 바란다는 내용을 기재한 문서를 피고인 1에게 보고하면서 위 문서에 전 남원읍장인 공소외 17의 연락처를 기재하여 주어 선거운동의 기획에 참여하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 4, 피고인 9, 피고인 2, 피고인 1이 공모하여 남원회동 보고를 통한 선거운동기획 참여행위를 한 사실을 인정할 증거가 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 피고인 1 및 피고인 2 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 남원회동 문건은 '3월 14일 화요일 12:00 남원읍 관내에서 남원읍 지역총책 공소외 16, 기존책 공소외 18, 기존연락소장 공소외 19, 지역원로 공소외 20이 만나 피고인 1의 선거운동을 위하여 한 데 뭉쳐 최선을 다하기로 합의하였고, 다음 주까지 마을단위 조직책을 선임하기로 하고, 10일에 한번씩 만나서 논의하기로 하였는데, 사무실문제, 회계담당문제, 사무장 문제에 대하여 걱정이 있었다.

지사님께서 고맙다는 전화와 함께 협조하여 달라는 전화 바란다' 는 내용으로, 거기에 회동인사들인 공소외 16, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20의 전화번호가 기재되어 있는 사실, 그 후 피고인 2가 위 남원회동 문건의 말미에 수기로 '공소외 17 읍장 (전화번호 생략)'라고 전 남원읍장 공소외 17의 연락처를 덧붙여 기재한 사실, 조직표에 공소외

16은 남원을 책임자로 피고인 2는 그 관리공무원으로 되어 있는데, 피고인 2는 위 남원회동 문건에 기재된 회동시간(3. 14. 12:00) 직전인 같은 날 11:47경에 공소외 16에게 전화를 하였고, 같은 날 공소외 16과 남원읍에서 만난 사실, 위 남원회동 문건은 그 후 피고인 1에게 건네져 피고인 1이 이를 소지하고 있다가 압수된 사실을 각 인정할 수 있다.

위 사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 위 남원회동 문건은 조직표상의 남원읍 지역책임자를 중심으로 지역 인사들이 만나 피고인 1의 선거운동을 위하여 최선을 다하기로 합의하였다는 회동결과를 보고하면서 피고인 1에게 회동한 인사들에게 고맙다는 답례와 앞으로의 협조를 당부하는 전화를 할 것을 권유하기 위하여 작성된 문건으로서, 그 문건은 당초의 작성 목적대로 문건에 보고를 받을 자로 예정된 피고인 1에게 교부되어 피고인 1이 이를 보관하고 있었던 점, 조직표상의 관리공무원인 피고인 2가 자신이 관리하도록 되어 있는 조직표상의 책임자이자 남원회동의 주체인 공소외 16에게 회동 직전에 전화한 후 같은 날 남원읍에서 만난 점, 위 문건이 작성된 후 피고인 2가 피고인 1의 요청으로 당초 기재된 공소외 16 외 3인의 회동인사들의 전화번호와 별도로 위 문건에 전 남원읍장인 공소외 17의 연락처를 추가로 가필하여 주었는데, 공소외 17은 그 경력으로 보아 선거와 관련하여 피고인 1이 협조를 구할 필요가 있는 사람으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 2는 위 남원회동 문건에 추가로 전화하여 협조를 구할 사람의 연락처를 가필한 다음 이를 피고인 1에게 교부하여 보고함으로써 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다고 할 것이고, 이러한 결론은 당초에 위 문건을 작성한 사람이 피고인 2인지 여부에 따라 달라지는 것은 아니며, 한편 피고인 1은 위 문건에 공소외 17의 연락처를 적어줄 것을 요청하여 이를 기재받은 다음 위 문건을 교부받아 보관함으로써 피고인 2의 위 남원회동 보고를 통한 선거운동기획 참여행위를 피고인 2와 공모하여 하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유는 이유 있다.

#### (나) 피고인 4 및 피고인 9 부분

다만 기록상 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 위와 같은 선거운동기획 참여행위에 피고인 4나 피고인 9가 공동으로 가공하였다는 증거는 없으므로, 이 부분 공소사실에 관한 원심의 무죄부분 중 피고인 4와 피고인 9에 대한 부분은 정당하고, 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

검사의 이 부분 항소이유는 받아들일 수 없다.

#### 마. 피고인 7 문건에 관한 피고인 1의 무죄부분에 대하여

##### (1) 공소사실의 요지

피고인 1은 2006. 2. 말경 피고인 7이 작성한 위 2.의 라.항 기재 문건을 보고받아 보존하면서 조천읍 지역 책임자로 지정된 피고인 7의 부친 공소외 3의 전화번호를 파악하여 업무일지에 부착한 후 공소외 3에게 전화를 거는 등으로 피고인 7의 선거운동 기획참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 1이 피고인 7의 선거운동 기획참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다고 볼 증거가 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 자신의 선거운동을 위하여 작성된 앞서 본 피고인 7의 문건을 집무실에 보관하면서, 문건에 '조천읍 북촌마을의 지역유지들과 함께 피고인 1을 전폭 지지하는 쪽으로 분위기를 잡아가고 있는' 중심인물로 기재된 공소외 3( 피고인 7의 아버지)의 전화번호를 메모지에 적어 자신의 업무 일지에 부착하여 두었다가, 조직표가 완성되기 이틀 전인 2006. 3. 11. 공소외 3에게 전화를 하였고, 그 후 조직표에 공소외 3은 조천읍 지역책임자로, 그 아들인 피고인 7은 공소외 3의 관리공무원으로 각 기재된 사실, 그 후 공소외 3은 조직표 작성 후인 2006. 3. 17. 피고인 1에게 전화하여 연락한 사실을 각 인정할 수 있는바, 그렇다면 위 피고인 7 문건은 피고인 1의 명시적 또는 묵시적 양해 하에 피고인 1에게 교부되었고, 피고인 1은 위 문건을 전달받아 이를 이용할 의사로 보관하였다고 할 것이므로, 피고인 1은 위 문건을 통한 피고인 7의 선거운동기획 참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유도 이유 있다.

바. 피고인 6 전화자료에 관한 피고인 6, 피고인 1의 무죄부분에 대하여

(1) 공소사실의 요지

피고인 6, 피고인 1은 공모하여, 2006. 2. 말경부터 2006. 3. 초순경까지 위 도지사 집무실에서 '돌다리도 두드려보고 가는 게 좋을 것 같다'는 등 피고인 1에 대한 지지 여부 및 성향에 대한 분석이 포함된 지역 유력인사 30명의 명단을 기재한 전화자료를 작성하여 이를 피고인 1에게 보고하고, 피고인 1은 이를 보고받아 보관하는 등으로, 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 6이 작성한 전화자료는 도정홍보의 일환으로 작성된 통상적인 업무보고로 볼 여지가 높아 선거운동의 기획에 참여한 것에 해당한다고 할 수 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 피고인 6 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 '전화자료'라는 제목 하에 30명의 명단과 그들의 전화번호, 직위, 성향 등이 기재된 5장으로 구성된 메모를 작성하여 교부하였는데, 거기에는 ' 공소외 21, 전 정무부지사,

돌다리도 두드려 보고 가는 게 좋을 것 같습니다', '공소외 22, 확실하지만 전화 한번 더하면...', '공소외 23, 공소외 24 전 공무원 부인, 전화안하면 송하는 스타일', '공소외 25, 농협 신제주지점 차장, 지사님께 관심이 많음', '공소외 26, 대정연합 청년회장, 지난번 혁신안 적극운동', '공소외 27, 직전 청수리장, 확고히 하는 차원에서 전화', '공소외 28, 남제주군청 계장, 중앙선거관리위원회 공소외 29 기획관의 형', '공소외 30, 시의회 사무과장, 인맥이 많을 것으로 보임' 등의 내용이 포함되어 있는 사실이 인정되는바, 메모에 기재된 인사들과 피고인 1의 개인적인 관계, 그들의 지지 여부, 지지자임에도 불구하고 관계를 다져야 할 이유, 그들의 영향력 등을 언급하면서 그들에게 전화로 접촉할 것을 권유하고 있는 위와 같은 메모의 내용에다가, 민간인사 아닌 공무원까지 전화접촉의 대상으로 포함하고 있는 점(도정홍보 내지 대화행정을 위한 통상적인 업무보고라면 현직 공무원이나 전직 정무부지사, 공무원 부인 등까지 접촉대상에 포함할 필요는 없을 것이다), 접촉대상자가 다가올 지방선거를 총괄하는 중앙선거관리위원회 소속 공무원과 친족관계에 있다는 것을 특히 강조하고 있는 점 등을 보태어 보면, 피고인 6이 위 전화자료를 작성하여 교부한 행위는 피고인 1이 영향력 있는 인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 효율적으로 선거운동을 할 수 있도록 하기 위한 것으로서 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 말하는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 6에 대한 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유도 이유 있다.

#### (나) 피고인 1 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 위 전화자료가 피고인 1의 집무실에 보관되어 있는 사실이 인정되는 바, 피고인 1이 위 전화자료를 직접 보고받았다거나 위 전화자료를 전달받아 이를 이용할 의사로 보관하였다고 볼 증거가 없으므로 이 부분 공소사실에 관한 원심의 무죄부분 중 피고인 1에 대한 부분은 정당하고, 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

검사의 이 부분 항소이유는 받아들일 수 없다.

사. 피고인 5 메모에 관한 피고인 5, 피고인 1의 무죄부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 " 피고인 5와 피고인 1이 공모하여, 2006. 2.경 위 도지사 집무실에서 피고인 5는 소관 업무인 사회복지 분야의 유력 인사 6명의 소속 단체 등을 기재한 메모를 피고인 1에게 제공하고, 계속하여 같은 분야의 유력인사 10명의 피고인 1에 대한 지지여부와 소속 단체 등에 대한 영향력을 기재한 명단을 작성하여 이를 피고인 1에게 보고하고, 피고인 1은 위 명단 좌측 상단에 제출자인 피고인 5의 직책인 '사회과장'이라고 기재한 다음 업무일지에 부착하여 보관하면서 명단 중 일부에 표시를 하는 등으로, 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다.

"는 이 부분 공소사실에 대하여, 위 각 메모가 피고인 1의 선거운동의 효율적 수행을 위한 계획 수립에 활용하기 위하여 작성된 것이라고 보기 어렵다고 판단하여 그 판시와 같은 이유로 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실에 대하여 모두 무죄를 선고하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

아. 피고인 7에 대한 양형부당 항소이유에 대하여

이 사건 범행의 동기와 경위, 결과 및 위 피고인의 전과, 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 모든 조건들을 참작하여 볼 때 위 피고인에 대한 원심의 형이 너무 가벼워 부당하다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원심판결의 남원회동 보고에 관한 부분 중 피고인 1, 피고인 2 부분에 대한 검사의 항소와 피고인 7 문건에 관한 부분 중 피고인 1 부분에 대한 검사의 항소, 그리고 피고인 6 전화자료에 관한 부분 중 피고인 6 부분에 대한 검사의 항소는 모두 이유 있으므로 이를 각 받아들여 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 2, 피고인 6 부분과 피고인 1 부분 중 유죄부분, 그리고 피고인 1에 대한 무죄부분 중 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 점에 대한 무죄부분을 제외한 나머지 부분을 모두 파기하기로 하고, 한편 원심판결에는 실제적 경합범의 관계에 있는 다음의 각 행위 즉, 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점과 책임자 추천과 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점 및 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점을 모두 포괄일죄로 보아 판단한 잘못이 있고 이는 판결결과에 영향을 미쳤으므로 앞서 본 파기 부분과 별도로 원심판결 중 피고인 4, 피고인 9에 대한 부분도 모두 직권으로 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 검사의 피고인 5, 피고인 7에 대한 항소와 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 무죄부분에 관한 피고인 1에 대한 항소, 그리고 피고인 7, 피고인 3, 피고인 8의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하기로 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유

(1) 사실오인

(가) 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 항소이유

피고인 4가 추자도·우도 사태를 해결하기 위하여 그 지역 민간 인사 중에서 도청의 입장을 대변할 사람을 추천받는 과정에서 '공소외 1, 공소외 2'를 추천받아 그 내용을 메모지에 적어 피고인 1에게 보고한 것이며, 원심 판시 지역별·직능별·특별관리 조직책임자 현황(이하 '조직표'라고 한다)은 피고인 9가 임의로 제주특별자치도 홍보를 위해 작성한 것으로 피고인 1의 선거운동과는 관련이 없음에도 불구하고, 원심은 위 피고인들이 공모하여 원심 판시 제1항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(나) 피고인 6 메모에 관한 피고인 6, 피고인 1의 항소이유

피고인 6이 피고인 1에게 보고한 메모는 일상적인 민심 동향보고서 내지 제주특별자치도 홍보를 위한 문서에 불과하므로 이를 두고 공무원이 선거운동의 기획에 참여한 경우에 해당한다고 볼 수 없음에도, 원심은 위 피고인들이 공모하여 원심 판시 제3의 나.항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(다) 산남문건에 관한 피고인 2, 피고인 9의 항소이유

피고인 2가 가필한 '산남지역 책임자 추천의 건'(이하 '산남문건'이라고 한다)은 피고인 9가 한나라당 경선을 대비하여 작성한 문건이므로 피고인 2가 산남문건에 가필한 것만으로는 선거운동의 기획에 참여하였다고 볼 수 없어 죄가 되지 아니함에도, 원심은 위 피고인들이 원심 판시 제2항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(라) 피고인 7의 항소이유

피고인 7의 아버지인 공소외 3이 2005. 7. 27. 실시된 제주특별자치도 찬반에 관한 주민투표에 있어서 도정의 입장을 적극적으로 홍보하였던 마을 사람들에게 피고인 1이 격려 전화를 해주었으면 하는 바램에서 문건을 작성한 다음, 이를 피고인 1에게 전달할 목적으로 피고인 7에게 주었던 것이지 피고인 1의 선거운동을 위하여 작성한 것이 아니며, 선거운동의 기획에 참여하였다고 하기 위해서는 특정인을 당선시키려는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위가 있어야 하는데, 피고인 7이 혼자 문건을 피고인 1에게 제공한 행위를 가지고 선거운동의 기획에 참여하였다고 볼 수 없음에도, 원심은 피고인 7이 원심 판시 제3의 가.항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(2) 공직선거법의 법리오해에 관한 피고인 1의 항소이유

공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 금지하는 '선거운동의 기획에 참여'라는 행위는 타인의 선거운동에 관여하는 것을 전제로 하는 것이어서 피고인 1은 위 선거운동기획 참여라는 행위의 주체가 될 수 없고, 따라서 피고인 1은 공직선거법위반죄에 해당하지 않음에도, 원심은 피고인 1이 선거운동의 기획 참여라는 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(3) 압수물의 증거능력에 관한 법리오해

이 사건 압수물은 "압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.

", "압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 피고인 또는 변호인에게 통지하여야 한다.

", "공무소 등에서 압수·수색영장을 집행함에는 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다.

", "압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다.

"고 규정하고 있는 형사소송법 제118조, 제122조, 제123조, 제129조 등에 위반한 것으로, 이러한 위법한 절차에 따라 압수된 압수물은 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 것임에도, 원심은 압수절차의 적법성과 증거능력에 관한 법리를 오해하여 피고인 1의 업무일지와 같은 이 사건 압수물을 증거로 채택하였으므로 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저질렀다.

(4) 불고불리의 원칙 위배에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 2, 피고인 9의 항소이유

원심은 피고인 4 메모의 내용이 피고인 4로부터 피고인 1을 거쳐 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영된 경위와 피고인 2가 산남문건에 가필하게 된 경위를 공소사실과 달리 인정하여 불고불리의 원칙에 위배함으로써 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저질렀다.

(5) 정당행위의 법리오해에 관한 피고인 2, 피고인 4의 항소이유

이 사건 행위는 업무의 범위에 포함되거나 업무의 연장선상에 있으므로 '업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위' 즉 정당행위에 해당하여 죄가 되지 아니함에도, 원심은 위 피고인들이 그 판시 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(6) 공직선거법의 법리오해에 관한 피고인 3, 피고인 8의 항소이유

피고인 1이 후보자로서 공직선거법에 따라 허용된 초청토론회에 참석하는 것은 적법하므로 위 피고인들이 위 토론회를 준비한 행위는 선거운동의 준비에 불과하여 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없음에도, 원심은 위 피고인들이 원심 판시 제4항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(7) 양형부당

피고인들에게 원심이 선고한 형( 피고인 1 벌금 6,000,000원, 피고인 2 벌금 2,500,000원, 피고인 3, 피고인 8 각 벌금 800,000원, 피고인 4, 피고인 9 각 벌금 4,000,000원, 피고인 6 벌금 1,500,000원, 피고인 7 벌금 1,000,000원)이 너무 무거워 부당하다.

나. 검사의 항소이유

(1) 산남문건과 조직표에 관한 사실오인 및 공동정범에 관한 법리오해

공동정범에 있어서 공모관계는 공범자 전원이 일정한 장소에 집합하여 직접 모의한 바 없더라도 상호간에 간접적 또는 순차적인 방법에 의하여 범행의사의 연락이 있거나 그에 대한 인식이 있으면 성립한다.

한편 서귀포시 중문동 책임자 후보를 추천하고, 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위와 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위는 선거운동 조직의 구성이라는 일관된 목표를 향하여 계속적으로 이루어진 일련의 과정으로서 포괄일죄이다.

그런데 피고인 1이나 피고인 4는 모두 위와 같은 일련의 과정에 자신들 외에 다른 사람이 개입한다는 사실을 인식하고 피고인 9를 매개로 순차적으로 피고인 2와 의사연락이 이루어졌으므로, 피고인 1과 피고인 4는 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위에 대하여 공동정범으로서의 책임을 져야한다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1과 피고인 4가 피고인 2의 위와 같은 선거운동기획 참여행위를 알았다고 볼 증거가 없다며 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실이 무죄라고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하였거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.



그리고 피고인 2 또한 직접 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하고 수정하는 조직표 작성의 개별 과정에 전부 가공하지 않았더라도 다른 공모자의 행위를 이용하여 조직표 작성이라는 목적을 이루고자 한 공동 가공의 의사가 인정되는 이상 전 범행에 대하여 공동정범으로서의 책임을 져야 한다.

따라서 피고인 2가 조직표 작성에 개입하는 행위를 하였다거나 피고인 4의 위와 같은 선거운동기획 참여행위를 알았다고 볼 증거가 없다며 피고인 2의 이 부분 공소사실이 무죄라고 한 원심의 판단 또한 사실을 오인하였거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 것이다.

## (2) 그 밖의 무죄부분에 대한 사실오인

원심의 그 밖의 무죄부분 공소사실도 검사가 제출한 증거들에 의하면 그 증거가 충분함에도 원심은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하여 판결결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다.

## (3) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 9에 대하여 원심이 선고한 각 형은 너무 가벼워 부당하다.

## 2. 피고인들의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 항소이유에 대하여

### (1) 조직표의 성격

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 위 피고인들의 주장과 같이 조직표가 특별자치도 홍보를 위한 것이라면 피고인 1 개인의 이력에 중점을 두어 조직을 구성할 필요가 없었을 것인데, 조직표는 피고인 1의 종친회, 고향인 구좌읍, 출신학교인 제주대 등까지 관리대상으로 선정하고 관리공무원을 지정하고 있는 점, 조직표가 피고인 1에게 교부될 무렵 같이 교부된 조직표를 설명하는 문건에 '최종 분야별(지역.직능.특별관리) 책임자가 확정되면 책임자로 하여금 숙원사업을 요청하도록 해서 힘을 실어 주시면 효과가 있을 것입니다', '후속조치로는 분야별 책임자와 관리공무원이 함께 소그룹별 팀장 구슬 꿰매는 작업을 3. 20.까지 완료 하겠습니다'라는 내용의 선거운동 관련문구가 기재되어 있는 점, 조직표에 책임자나 관리공무원으로 기재된 사람들( 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7)의 실제 선거운동 동향이 피고인 1에게 주간보고의 형식으로 보고되기까지 한 점 등에 비추어 보면, 조직표는 특별자치도 홍보를 위해 작성된 것이 아니고 피고인 1의 선거운동용으로 작성된 것이라 할 것이다.

### (2) 피고인 4 메모의 성격과 공모관계

그리고, 원심의 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 추자도 책임자로 ' 공소외 1', 우도 책임자로 ' 공소외 8'을 추천한 피고인 4 메모의 책임자 추천 내용과 조직표 상의 추자도 및 우도 책임자 기재 내용이 서로 부합하는 점, 피고인 4 메모에 공소외 1을 추천한 것으로 기재된 ' 공소외 9'가 조직표에 공소외 1의 관리공무원으로 기재되어 있는 점, 공소외 1의 이름을 ' 공소외 1-1'로, 공소외 1의 직함 '전 면개발자문위원장'을 '면개발위원장'으로 잘못 기재한 피고인 4 메모의 오류가 조직표에 동일하게 반복되고 있는 점, 조직표 작성 전날 작성자인 공소외 10이 추천자인 공소외 9에게, 이어 공소외 9가 책임자로 추천된 공소외 2, 공소외 1에게 번갈아 전화를 하였고, 피고인 1도 같은 날 공소외 1에게, 그 후 공소외 8, 공소외 2에게 각 전화를 한 점, 피고인 4 메모에 연합청년회를 후원하고

있는 것으로 기재된 공소외 11이 조직표 상의 청년회 부분 책임자로 기재된 연합청년회장의 지원자로 조직표에도 동일하게 기재된 점, 메모의 작성자인 피고인 4가 조직표에 제주시, 애월읍, JCI 제주지구, 사회단체, 나무호랭교 등 5개 지역·직능의 관리공무원으로 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인 4 메모는 조직표의 지역책임자 추천을 위해 작성된 것으로 조직표에 반영되었다고 할 것이고, 한편 피고인 1에게 교부된 피고인 4 메모의 내용이 피고인 9가 작성한 조직표에 그대로 반영된 앞서 본 사정에다가 피고인 1이 책임자로 추천된 사람들에게 직접 전화까지 한 점 등을 보태어 보면 피고인 4가 작성한 메모의 추천 내용이 피고인 1을 통하여 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영되었음을 넉넉히 인정할 수 있다고 할 것이다.

### (3) 소결론

따라서, 원심이 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 4, 피고인 1, 피고인 9가 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

원심은 피고인 4 메모의 내용이 피고인 4로부터 피고인 1을 거쳐 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영된 구체적인 경위를 공소사실과 다소 달리 인정하기는 하였으나, 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 공소장변경절차를 거치지 아니하고 공소사실과 다르게 사실을 인정할 수 있다고 할 것인데( 대법원 2006. 6. 15. 선고 2006도1667 판결 등 참조), 원심은 피고인 4 메모의 내용이 전달된 과정에 관한 기본적 사실은 공소사실 그대로 인정하면서 그 범위 내에서 그 구체적인 경위만을 다소 달리 인정하고 있을 뿐이어서, 그로써 위 피고인들의 방어권행사에 실질적인 불이익이 초래되었다고 할 수도 없으므로, 원심에 불고불리의 원칙을 위배한 위법이 있다고 할 수도 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유는 모두 받아들일 수 없다.

나. 피고인 6 메모에 관한 피고인 1, 피고인 6의 항소이유에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 메모가 작성되어 교부된 시기가 선거를 눈앞에 둔 시점인 점, 그 내용 또한 '지역에서 입김이 있는 젊은이로 전화 필요', '전화 한번 하면 적극 뵈 듯', '얼마 전 지사님 방문한 적 있으나 확실하게 하기 위하여 지사님께서 관심 있는 전화 한마디 필요', '지사님 한마디면 적극적으로 할 수 있을 것', 지사님 남제주군수 시절 공무원, '지난번 재·보궐선거 때도 지사님을 많이 도왔던 분이고 지금도 관심을 많이 갖고 있는데 지사님 전화가 필요' 등 피고인 1에 대한 지지 여부, 피고인 1과의 개인적인 관계, 지역에서의 영향력, 피고인 1의 재·보궐선거 등에서의 조력 정도 등을 언급하면서 피고인 1에게 메모에 기재된 인사들에게 전화로 접촉할 것을 권유하는 내용인 점, 메모에 기재된 인사들 중 다수가 조직표상 피고인 6이 관리하도록 되어 있는 대정읍에 거주하거나 연고가 있는 사람들인 점 등에 비추어 보면, 피고인 6이 위 메모를 작성하여 피고인 1에게 보고한 행위는 피고인 1이 지역인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 효율적으로 선거운동을 할 수 있도록 하기 위한 것으로서 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 말하는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라고 할 것이고, 거기에다가 피고인 1이 교부받은 메모에 빨간색 사인펜으로 ○표시를 하는 등으로 가필하여 이를 업무일지에 부착하여 보관하면서 권유받은 대로 거기에 기재된 인사들 중 한사람에게 전화를 하기까지 한 점 등 위

증거들에 의하여 인정되는 그 밖의 다른 사정을 보태어 보면, 피고인 1으로서도 메모에 기재된 지역인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 선거운동을 할 의도로 이를 보고받았음을 충분히 인정할 수 있다고 할 것이다.

따라서, 원심이 위 메모를 통한 피고인 6의 선거운동기획 참여행위를 피고인 6과 피고인 1이 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

다.

산남문건에 관한 피고인 2, 피고인 9의 항소이유에 대하여

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 2, 피고인 9가 공모하여, 피고인 9는 제주도지사 선거를 위한 지역별 책임자 구성을 목적으로 작성한 산남문건을 피고인 2에게 보여주고, 피고인 2는 위 문건을 검토하면서 위 문건에 대정읍 책임자 후보로 기재된 자와 대정읍 출신 제주도청 소속 공무원인 피고인 6과의 친분관계를 검토하면서 거기에 '피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 사실을 인정한 다음 이를 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한 것으로 판단하여 위 피고인들을 모두 유죄로 처단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 수긍이 가고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

항소이유의 주장은 산남문건은 피고인 9가 한나라당 경선에 대비하기 위하여 작성된 문건으로서 한나라당 경선을 위한 행위는 선거운동이 아니라 '그 준비행위'에 불과하므로 피고인 2가 위 문건에 가필한 행위를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없다는 것이다.

공직선거법에서 말하는 선거운동은 특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하는 것으로 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적인 준비행위에 해당하는 선거운동의 준비행위나 통상적인 정당 활동과는 구별되나, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목 뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도301 판결 등 참조).

그런데 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 5. 31. 지방선거에 출마할 제주도지사 후보 선출을 위한 한나라당의 당내경선은 대의원이나 당원만의 투표에 의하지 않고 대의원 20%, 책임당원 30%, 국민경선 30%로 된 투표 결과와 20%의 여론조사 결과를 종합하여 후보자를 선출하는 것이었음이 인정되는바, 이와 같이 50%의 당원 아닌 일반유권자들을 포함하여 실시되는 당내경선에서 당선되기 위하여 하는 활동은 동시에 선거를 위한 선거운동의 성격도 당연히 수반하게 되는 것이므로 이를 가리켜 '선거운동을 위한 준비행위'에 불과하다고 할 수는 없고, 이는 어디까지나 '선거운동'에 해당한다고 보아야 할 것이다.

따라서 피고인 2가 위 문건을 검토하면서 거기에 ' 피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 행위는 선거운동의 기획에 참여하는 행위에 해당한다고 할 것이다.

그리고 가사 이와 달리 그것이 '선거운동을 위한 준비행위'에 불과하다고 하더라도 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 입법취지에 비추어 볼 때, 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 행위는 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 위조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 하므로( 헌법재판소 2005. 6. 30.자 2004헌바33 전원재판부 결정 참조), 이점에 관한 위 피고인들의 항소이유는 어느 모로 보나 이유 없다.

또한 기록에 비추어 살펴보면, 피고인 2가 산남문건에 가필하게 된 경위에 관하여 원심이 인정한 사실과 그에 관하여 공소장에 기재된 사실은 피고인 9가 작성한 산남문건에 피고인 2가 가필하였다는 기본적 사실관계는 동일하고 단지 그 범위 내에서 구체적인 경위만을 다소 달리하고 있을 뿐이고, 그로써 위 피고인들의 방어권행사에 실질적인 불이익이 초래되었다고 할 수도 없으므로, 원심에 불고불리의 원칙을 위배한 위법이 있다고 할 수도 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

라. 피고인 7의 항소이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 7의 아버지 공소외 3이 2006.

2. 중순경 조천읍 관내 주요인사 35명의 성명, 연락처 및 직업을 기재한 문건을 작성하여 피고인 7에게 교부한 사실, 피고인 7이 위 문건에, '자치행정과에 근무하는 피고인 7입니다.

첨부된 명단은 저의 아버지( 공소외 3)께서 그동안 지사님을 위해 정말로 최선을 다해 작성한 명단입니다.

다소 많아 힘드시겠지만, 이들이 더욱 분발하도록 지사님께서 반드시 격려전화를 하셨으면 합니다.

특히 북촌마을에서는 아버지를 중심으로 지역유지들과 함께 이번에는 지사님을 전폭 지지하는 쪽으로 분위기를 잡아가고 있습니다.

이를 위해 북촌리 출신 공직자 모임(회장 공소외 12 소방과 관리담당, 24명)에서도 적극 지원하고 있습니다.

그리고 저의 동생 공소외 13( 전화번호 생략)은 제주대 총동창회 총무이사로 열심히 지사님을 돕고 있습니다.

가끔 격려 전화라도 부탁드립니다.

자치행정과 피고인 7 드림'이라고 기재된 표지를 붙여 피고인 1에게 제출한 사실, 그 후 공소외 3이 조직표에 조천읍 지역책임자로, 피고인 7이 공소외 3의 관리공무원으로 된 사실을 각 인정한 다음, 피고인 7이 아버지인 공소외 3과 함께 위 문건을 작성·제출한 행위는 피고인 1의 선거운동의 효율적 수행을 위한 계획 수립에 활용되어 선거에 영향을 미치게 될 것이어서 공직선거법 제86조 제1항 제2호 소정의 '선거운동의 기획에 참여'한 것에 해당한다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

또한 위 피고인에 대한 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 볼 수도 없다.

피고인 7의 항소이유는 모두 받아들일 수 없다.

마. 공직선거법의 법리를 오해하였다는 피고인 1의 항소이유에 대하여

공직선거법 제255조 제1항 제10호, 제86조 제1항 제2호 위반의 부정선거운동죄는 '공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나, 그 기획의 실시에 관여'함으로써 성립하는 범죄로서, 여기의 선거운동은 타인의 선거운동을 말하므로 후보자나 후보자가 되고자 하는 자는 비록 공무원이라고 하더라도 자기의 선거운동 기획과 관련하여서는 위 죄의 주체가 될 수 없으나, 위 죄의 주체가 될 수 없는 비신분자인 후보자나 후보자가 되고자 하는 자가 자기의 선거운동의 기획과 관련하여 신분자인 공무원의 행위에 가공한 경우에는 형법 제33조 본문에 의하여 위 죄의 공동정범이 될 수 있다고 할 것이다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결도 같은 취지에서 후보자가 되고자 하는 자인 비신분자를 자기의 선거운동 기획과 관련한 죄의 공동정범으로 처벌하고 있다). 자신의 선거운동 기획에 참여한 행위는 정범으로는 물론이고 공범으로도 처벌할 수 없다는 피고인 1의 이 부분 항소이유는 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

바. 압수물의 증거능력에 관한 법리를 오해하였다는 항소이유에 대하여

압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 물건자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것은 아니고, 형태, 성질 등에 관한 증거가치에는 변함이 없으므로 그 증거능력은 인정되어야 한다.

범죄사실 인정의 명백하고 유용한 증거인 압수물의 증거능력을 압수절차의 위법을 이유로 배제하는 것은 실체적 진실발견을 어렵게 하여 범인을 방면하는 결과를 초래할 수 있으며, 이는 사법에 대한 일반인의 신뢰를 손상시키는 결과로 이어지게 된다.

위법수사의 역지효과는 그로 인한 압수물의 증거능력 배제를 통하지 않고 다른 방법으로도 얼마든지 더 효과적으로 달성할 수 있는 것이다.

같은 취지에서 우리 대법원은 오래전부터 최근에 이르기까지 "압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없어 증거능력이 있다"고 거듭하여 판시하여 왔는데( 대법원 1968. 9. 17. 선고 68도932 판결, 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결, 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결, 1996. 5. 14.자 96초88 결정, 2005. 10. 28. 선고 2004도4731 판결, 2006. 7. 27. 선고 2006도3194 판결 등 참조), 이 부분 항소이유의 주장은 위와 같은 우리 대법원의 확립된 견해에 반하므로 더 나아가 살필 것 없이 이유 없다.

그리고 기록상 항소이유의 주장과 같이 검사가 이 사건 압수물의 성질이나 형태에 변경을 가하였다고 볼 자료도 없다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9, 피고인 6, 피고인 7의 이 부분 항소이유 또한 모두 받아들일 수 없다.

사. 정당행위에 관한 법리를 오해하였다는 피고인 2, 피고인 4의 항소이유에 대하여

형법 제20조에 규정된 '기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 가리키는데( 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도6008 판결 등 참조), 공무원인 피고인 4가 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하는 취지의 메모를 작성 교부하고, 조직표를

검토하여 수정 작업을 한 행위와 같은 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 ' 피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 행위는 형법 제20조에 규정된 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위'에 해당하지 아니함은 물론, 공직선거법 제86조 제1항의 입법 취지에 비추어 보면 그 행위가 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 사회생활 관계상 통상적으로 용인될 수 있는 행위인 '사회상규에 위배되지 아니한 행위'라고 보기도 어려우므로 형법 제20조에 규정된 정당행위로 볼 수도 없다.

따라서 이 점을 내세우는 위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

아. 피고인 3, 피고인 8의 항소이유에 대하여

(1) 선거운동 기획참여 해당여부

공직선거법 제86조 제1항 제2호에 규정된 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라 함은 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 것을 말한다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결 참조).

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 8과 피고인 3이 공모하여 제주MBC가 주최하는 출마예정자 초청 토론회를 위하여 피고인 1에게 토론회 관련 자료를 만들어 주고, 제주KBS가 주최하는 출마예정자 초청 토론회에 참석할 피고인 1을 위하여 예상 답변 내용을 논의하고, 답변자료의 소관 부서를 확인해 주는 등으로 토론회 준비를 한 사실을 인정한 다음 이를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 판단하여 위 피고인들을 유죄로 처단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

선거에 출마한 후보자가 후보자의 자질과 정책을 검증하기 위하여 열리는 토론회에 참석하는 것은 '선거운동'의 일환으로 보아야 할 것이므로, 그 토론회를 위하여 토론회 관련 자료를 만들어 주거나 토론회 준비를 하는 행위는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'에 해당한다고 할 것이다.

항소이유의 주장은 토론회 관련 자료를 만들어 주거나 토론회 준비를 하는 행위는 선거운동이 아니라 선거운동의 준비에 불과하므로 이를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없다는 것이나, 앞서 본 바와 같이 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 행위는 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 위 조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 하므로( 헌법재판소 2005. 6. 30.자 2004헌바33 전원재판부 결정 참조), 이 점에 관한 항소이유의 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

(2) 양형부당 여부

이 사건 범행의 동기와 경위, 결과 및 위 피고인들의 전과, 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 모든 조건들을 참작하여 볼 때 위 피고인들에 대한 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 항소이유도 받아들일 수 없다.

3. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 산남문건에 관한 피고인 1, 피고인 4의 무죄부분에 대하여

(1) 포괄일죄 여부

동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위 혹은 연속된 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이나, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결, 2004. 5. 28. 선고 2002도5672 판결 등 참조)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하는 인정되는 다음의 사정, 즉 산남문건(2006. 2.경)과 조직표(2006. 3. 13.)의 작성시기가 서로 다른 점, 산남문건은 산남지역에 국한한 지역별 조직의 구성을 위한 문건이나, 조직표는 지역별 조직 외에 직능별 조직과 종친회, 동문회 등의 특별관리조직의 구성도 아울러 목적으로 하고 있으며, 지역별 조직도 산남지역뿐만 아니라 제주도 전역을 대상으로 하고 있는 점, 산남문건은 지역의 민간 인사를 책임자로 하는 민간 조직의 구성을 위한 것이나, 조직표는 이와 달리 민간 인사를 책임자로 하는 지역별 직능별 조직과 특별관리조직을 공무원이 책임자별로 맡아 관리하도록 하는 공무원 관리 조직의 구성을 목적으로 하고 있는 점, 조직표는 지역이나 직능마다 1인의 책임자만을 두는 것을 원칙으로 하고 있으나, 산남문건은 지역마다 총책과 별도로 청년부 총책을 따로 두는 조직을 전제로 하고 있는 점, 조직표와 달리 산남문건에는 지역별 책임자 외에 330명에 이르는 일반 인사들의 명단이 별도로 첨부되어 있는 점, 산남문건에서 책임자로 추천된 18명의 지역 인사 중에서 조직표의 지역 책임자로 된 사람은 5명에 불과한 점 등에 비추어 보면, 산남문건으로 구성하고자 한 조직과 조직표로 구성하고자 한 조직은 동일한 조직이 아니라 서로 다른 별개의 조직이라고 할 것이다.

따라서 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위와 조직표상의 추자면과 우도면 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위는 하나의 선거운동 조직을 구성하기 위하여 계속적으로 이루어진 일련의 행위라고 볼 수 없고, 이는 어디까지나 별개의 행위로 보아야 하므로 양자는 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이다.

## (2) 공모관계의 판단 방법

위와 같이 피고인 2의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법위반죄와 피고인 4의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법 위반죄가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 한다면, 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위에 대하여 피고인 1이나 피고인 4에게 공동정범으로서의 책임을 묻기 위하여서는 산남문건과 별개인 조직표 작성에 다른 사람이 개입할 것이라고 인식하는 것만으로는 부족하고, 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등의 방법으로 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 구체적으로 인식하는 것이 필요하며, 이렇게 해석하는 것이 '공무원'의 선거운동 기획 참여를 금지하는 방법으로 행위의 주체에 중점을 두고 규정하고 있는 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 규정형식에도 부합한다고 할 것이다.

## (3) 소결론

그런데 기록을 살펴봐도 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등의 방법으로 피고인 1을 위하여 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 피고인 1이나 피고인 4가 알았다고 볼 증거를 찾아볼 수 없다.

따라서 원심이 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1과 피고인 4가 피고인 2, 피고인 9와 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실이 모두 무죄라고 판단한 조치는 정당하고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 사실오인이나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유는 받아들일 수 없다.

나. 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 2의 무죄부분에 대하여

앞서 본 바와 같이 피고인 2의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법위반죄와 피고인 4의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법 위반죄가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 보는 이상, 조직표상의 추자면과 우도면 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위에 대하여 피고인 2에게 공동정범으로서의 책임을 묻기 위하여서는 피고인 4가 위와 같은 방법으로 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 피고인 2가 구체적으로 인식하는 것이 필요한데 기록을 살펴봐도 이 점을 인정할만한 증거가 없다.

따라서 책임자 추천 및 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 2가 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9와 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 사실오인이나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

다.

중문지역 책임자추천에 관한 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9의 무죄부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, " 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여, 2006. 2. 말경 제주도 연동에 있는 제주도청 도지사 집무실에서, '지역', '직능' 등 분야별 책임자 구성을 위해 피고인 2가 피고인 1에게 서귀포시 중문동 지역 책임자 후보로 공소외 14 대포새마을금고 이사장, 위 중문동 청년층 책임자 후보로 공소외 15 전 중문동 연합청년회장을 추천함으로써 선거운동의 기획에 참여하였다"는 이 부분 공소사실에 대하여, 피고인 2가 작성한 '대포출신(중문총책) 현) 대포새마을금고 이사장 공소외 14(당 58세), 하원동 출신(청년층 총책) 직전) 중문동 연합회장 공소외 15(당 40세)'라는 내용의 메모지를 피고인 1이 보관하고 있는 사실, 위 메모지의 내용이 산남문건과 일치하고 있는 사실은 각 인정되나, 위 메모지가 언제 작성된 것인지를 알 수 있는 증거가 없는 이상, 그것만으로 피고인 2가 공소외 14, 공소외 15를 산남문건상의 중문지역 책임자 후보로 추천하였다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

라. 남원회동 보고에 관한 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9의 무죄부분에 대하여



(1) 공소사실의 요지

피고인 4, 피고인 9, 피고인 2, 피고인 1은 공모하여, 피고인 2는 자신이 조직표상 제주 남제주군 남원읍 관리 공무원으로 지정된 것을 기화로 2006. 3. 14. 12:00경 위 남원읍에서 조직표에 남원읍 책임자로 지정된 공소외 16 등을 만나 선거운동을 위한 조직구성 및 운영 방안을 논의한 다음, 그 무렵 제주도지사 집무실에서 위 논의 결과와 도지사의 격려를 바란다는 내용을 기재한 문서를 피고인 1에게 보고하면서 위 문서에 전 남원읍장인 공소외 17의 연락처를 기재하여 주어 선거운동의 기획에 참여하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 4, 피고인 9, 피고인 2, 피고인 1이 공모하여 남원회동 보고를 통한 선거운동기획 참여행위를 한 사실을 인정할 증거가 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 피고인 1 및 피고인 2 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 남원회동 문건은 '3월 14일 화요일 12:00 남원읍 관내에서 남원읍 지역총책 공소외 16, 기존책 공소외 18, 기존연락소장 공소외 19, 지역원로 공소외 20이 만나 피고인 1의 선거운동을 위하여 한 데 뭉쳐 최선을 다하기로 합의하였고, 다음 주까지 마을단위 조직책을 선임하기로 하고, 10일에 한번씩 만나서 논의하기로 하였는데, 사무실문제, 회계담당문제, 사무장 문제에 대하여 걱정이 있었다.

지사님께서 고맙다는 전화와 함께 협조하여 달라는 전화 바란다' 는 내용으로, 거기에 회동인사들인 공소외 16, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20의 전화번호가 기재되어 있는 사실, 그 후 피고인 2가 위 남원회동 문건의 말미에 수기로 '공소외 17 읍장 (전화번호 생략)'라고 전 남원읍장 공소외 17의 연락처를 덧붙여 기재한 사실, 조직표에 공소외 16은 남원읍 책임자로 피고인 2는 그 관리공무원으로 되어 있는데, 피고인 2는 위 남원회동 문건에 기재된 회동시간(3. 14. 12:00) 직전인 같은 날 11:47경에 공소외 16에게 전화를 하였고, 같은 날 공소외 16과 남원읍에서 만난 사실, 위 남원회동 문건은 그 후 피고인 1에게 건네져 피고인 1이 이를 소지하고 있다가 압수된 사실을 각 인정할 수 있다.

위 사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 위 남원회동 문건은 조직표상의 남원읍 지역책임자를 중심으로 지역 인사들이 만나 피고인 1의 선거운동을 위하여 최선을 다하기로 합의하였다는 회동결과를 보고하면서 피고인 1에게 회동한 인사들에게 고맙다는 답례와 앞으로의 협조를 당부하는 전화를 할 것을 권유하기 위하여 작성된 문건으로서, 그 문건은 당초의 작성 목적대로 문건에 보고를 받을 자로 예정된 피고인 1에게 교부되어 피고인 1이 이를 보관하고 있었던 점, 조직표상의 관리공무원인 피고인 2가 자신이 관리하도록 되어 있는 조직표상의 책임자이자 남원회동의 주체인 공소외 16에게 회동 직전에 전화한 후 같은 날 남원읍에서 만난 점, 위 문건이 작성된 후 피고인 2가 피고인 1의 요청으로 당초 기재된 공소외 16 외 3인의 회동인사들의 전화번호와 별도로 위 문건에 전 남원읍장인 공소외 17의 연락처를 추가로 가필하여 주었는데, 공소외 17은 그 경력으로 보아 선거와 관련하여 피고인 1이 협조를 구할 필요가 있는 사람으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 2는 위 남원회동 문건에 추가로 전화하여 협조를 구할 사람의 연락처를 가필한 다음 이를 피고인 1에게 교부하여 보고함으로써 피고인 1을 위한 선거운동의

기획에 참여하였다고 할 것이고, 이러한 결론은 당초에 위 문건을 작성한 사람이 피고인 2인지 여부에 따라 달라지는 것은 아니며, 한편 피고인 1은 위 문건에 공소외 17의 연락처를 적어줄 것을 요청하여 이를 기재받은 다음 위 문건을 교부받아 보관함으로써 피고인 2의 위 남원회동 보고를 통한 선거운동기획 참여행위를 피고인 2와 공모하여 하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유는 이유 있다.

#### (나) 피고인 4 및 피고인 9 부분

다만 기록상 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 위와 같은 선거운동기획 참여행위에 피고인 4나 피고인 9가 공동으로 가공하였다는 증거는 없으므로, 이 부분 공소사실에 관한 원심의 무죄부분 중 피고인 4와 피고인 9에 대한 부분은 정당하고, 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

검사의 이 부분 항소이유는 받아들일 수 없다.

#### 마. 피고인 7 문건에 관한 피고인 1의 무죄부분에 대하여

##### (1) 공소사실의 요지

피고인 1은 2006. 2. 말경 피고인 7이 작성한 위 2.의 라.항 기재 문건을 보고받아 보존하면서 조천읍 지역 책임자로 지정된 피고인 7의 부친 공소외 3의 전화번호를 파악하여 업무일지에 부착한 후 공소외 3에게 전화를 거는 등으로 피고인 7의 선거운동 기획참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다.

##### (2) 원심의 판단

원심은 피고인 1이 피고인 7의 선거운동 기획참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다고 볼 증거가 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

##### (3) 이 법원의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 자신의 선거운동을 위하여 작성된 앞서 본 피고인 7의 문건을 집무실에 보관하면서, 문건에 '조천읍 북촌마을의 지역유지들과 함께 피고인 1을 전폭 지지하는 쪽으로 분위기를 잡아가고 있는' 중심인물로 기재된 공소외 3( 피고인 7의 아버지)의 전화번호를 메모지에 적어 자신의 업무일지에 부착하여 두었다가, 조직표가 완성되기 이틀 전인 2006. 3. 11. 공소외 3에게 전화를 하였고, 그 후 조직표에 공소외 3은 조천읍 지역책임자로, 그 아들인 피고인 7은 공소외 3의 관리공무원으로 각 기재된 사실, 그 후 공소외 3은 조직표 작성 후인 2006. 3. 17. 피고인 1에게 전화하여 연락한 사실을 각 인정할 수 있는바, 그렇다면 위 피고인 7 문건은 피고인 1의 명시적 또는 묵시적 양해 하에 피고인 1에게 교부되었고, 피고인 1은 위 문건을 전달받아 이를 이용할 의사로 보관하였다고 할 것이므로, 피고인 1은 위 문건을 통한 피고인 7의 선거운동기획 참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유도 이유 있다.

바. 피고인 6 전화자료에 관한 피고인 6, 피고인 1의 무죄부분에 대하여

(1) 공소사실의 요지

피고인 6, 피고인 1은 공모하여, 2006. 2. 말경부터 2006. 3. 초순경까지 위 도지사 집무실에서 '돌다리도 두드려보고 가는 게 좋을 것 같다'는 등 피고인 1에 대한 지지 여부 및 성향에 대한 분석이 포함된 지역 유력인사 30명의 명단을 기재한 전화자료를 작성하여 이를 피고인 1에게 보고하고, 피고인 1은 이를 보고받아 보관하는 등으로, 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 6이 작성한 전화자료는 도정홍보의 일환으로 작성된 통상적인 업무보고로 볼 여지가 높아 선거운동의 기획에 참여한 것에 해당한다고 할 수 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 피고인 6 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 '전화자료'라는 제목 하에 30명의 명단과 그들의 전화 번호, 직위, 성향 등이 기재된 5장으로 구성된 메모를 작성하여 교부하였는데, 거기에는 '공소외 21, 전 정무부지사, 돌다리도 두드려 보고 가는 게 좋을 것 같습니다', '공소외 22, 확실하지만 전화 한번 더하면...', '공소외 23, 공소외 24 전 공무원 부인, 전화안하면 송하는 스타일', '공소외 25, 농협 신제주지점 차장, 지사님께 관심이 많음', '공소외 26, 대정연합 청년회장, 지난번 혁신안 적극운동', '공소외 27, 직전 청수리장, 확고히 하는 차원에서 전화', '공소외 28, 남제주군청 계장, 중앙선거관리위원회 공소외 29 기획관의 형', '공소외 30, 시의회 사무과장, 인맥이 많을 것으로 보임' 등의 내용이 포함되어 있는 사실이 인정되는바, 메모에 기재된 인사들과 피고인 1의 개인적인 관계, 그들의 지지 여부, 지지자임에도 불구하고 관계를 다져야 할 이유, 그들의 영향력 등을 언급하면서 그들에게 전화로 접촉할 것을 권유하고 있는 위와 같은 메모의 내용에다가, 민간인사 아닌 공무원까지 전화접촉의 대상으로 포함하고 있는 점(도정홍보 내지 대화행정을 위한 통상적인 업무보고라면 현직 공무원이나 전직 정무부지사, 공무원 부인 등까지 접촉대상에 포함할 필요는 없을 것이다), 접촉대상자가 다가올 지방선거를 총괄하는 중앙선거관리위원회 소속 공무원과 친족관계에 있다는 것을 특히 강조하고 있는 점 등을 보태어 보면, 피고인 6이 위 전화자료를 작성하여 교부한 행위는 피고인 1이 영향력 있는 인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 효율적으로 선거운동을 할 수 있도록 하기 위한 것으로서 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 말하는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 6에 대한 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유도 이유 있다.

(나) 피고인 1 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 위 전화자료가 피고인 1의 집무실에 보관되어 있는 사실이 인정되는 하나, 피고인 1이 위 전화자료를 직접 보고받았다거나 위 전화자료를 전달받아 이를 이용할 의사로 보관하였다고 볼 증거가 없으므로 이 부분 공소사실에 관한 원심의 무죄부분 중 피고인 1에 대한 부분은 정당하고, 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

검사의 이 부분 항소이유는 받아들일 수 없다.

사. 피고인 5 메모에 관한 피고인 5, 피고인 1의 무죄부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 " 피고인 5와 피고인 1이 공모하여, 2006. 2.경 위 도지사 집무실에서 피고인 5는 소관 업무인 사회복지 분야의 유력 인사 6명의 소속 단체 등을 기재한 메모를 피고인 1에게 제공하고, 계속하여 같은 분야의 유력인사 10명의 피고인 1에 대한 지지여부와 소속 단체 등에 대한 영향력을 기재한 명단을 작성하여 이를 피고인 1에게 보고하고, 피고인 1은 위 명단 좌측 상단에 제출자인 피고인 5의 직책인 '사회과장'이라고 기재한 다음 업무일지에 부착하여 보관하면서 명단 중 일부에 표시를 하는 등으로, 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다.

"는 이 부분 공소사실에 대하여, 위 각 메모가 피고인 1의 선거운동의 효율적 수행을 위한 계획 수립에 활용하기 위하여 작성된 것이라고 보기 어렵다고 판단하여 그 판시와 같은 이유로 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실에 대하여 모두 무죄를 선고하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

아. 피고인 7에 대한 양형부당 항소이유에 대하여

이 사건 범행의 동기와 경위, 결과 및 위 피고인의 전과, 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 모든 조건들을 참작하여 볼 때 위 피고인에 대한 원심의 형이 너무 가벼워 부당하다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원심판결의 남원회동 보고에 관한 부분 중 피고인 1, 피고인 2 부분에 대한 검사의 항소와 피고인 7 문건에 관한 부분 중 피고인 1 부분에 대한 검사의 항소, 그리고 피고인 6 전화자료에 관한 부분 중 피고인 6 부분에 대한 검사의 항소는 모두 이유 있으므로 이를 각 받아들여 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 2, 피고인 6 부분과 피고인 1 부분 중 유죄부분, 그리고 피고인 1에 대한 무죄부분 중 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 점에 대한 무죄부분을 제외한 나머지 부분을 모두 파기하기로 하고, 한편 원심판결에는 실제적 경합범의 관계에 있는 다음의 각 행위 즉, 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점과 책임자 추천과 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동 기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점 및 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점을 모두 포괄일죄로

보아 판단한 잘못이 있고 이는 판결결과에 영향을 미쳤으므로 앞서 본 파기 부분과 별도로 원심판결 중 피고인 4, 피고인 9에 대한 부분도 모두 직권으로 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 검사의 피고인 5, 피고인 7에 대한 항소와 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 무죄부분에 관한 피고인 1에 대한 항소, 그리고 피고인 7, 피고인 3, 피고인 8의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하기로 한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

#### 가. 피고인들의 항소이유

##### (1) 사실오인

##### (가) 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 항소이유

피고인 4가 추자도·우도 사태를 해결하기 위하여 그 지역 민간 인사 중에서 도청의 입장을 대변할 사람을 추천받는 과정에서 '공소외 1, 공소외 2'를 추천받아 그 내용을 메모지에 적어 피고인 1에게 보고한 것이며, 원심 판시 지역별·직능별·특별관리 조직책임자 현황(이하 '조직표'라고 한다)은 피고인 9가 임의로 제주특별자치도 홍보를 위해 작성한 것으로 피고인 1의 선거운동과는 관련이 없음에도 불구하고, 원심은 위 피고인들이 공모하여 원심 판시 제1항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

##### (나) 피고인 6 메모에 관한 피고인 6, 피고인 1의 항소이유

피고인 6이 피고인 1에게 보고한 메모는 일상적인 민심 동향보고서 내지 제주특별자치도 홍보를 위한 문서에 불과하므로 이를 두고 공무원이 선거운동의 기획에 참여한 경우에 해당한다고 볼 수 없음에도, 원심은 위 피고인들이 공모하여 원심 판시 제3의 나.항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

##### (다) 산남문건에 관한 피고인 2, 피고인 9의 항소이유

피고인 2가 가필한 '산남지역 책임자 추천의 건'(이하 '산남문건'이라고 한다)은 피고인 9가 한나라당 경선을 대비하여 작성한 문건이므로 피고인 2가 산남문건에 가필한 것만으로는 선거운동의 기획에 참여하였다고 볼 수 없어 죄가 되지 아니함에도, 원심은 위 피고인들이 원심 판시 제2항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

##### (라) 피고인 7의 항소이유

피고인 7의 아버지인 공소외 3이 2005. 7. 27. 실시된 제주특별자치도 찬반에 관한 주민투표에 있어서 도청의 입장을 적극적으로 홍보하였던 마을 사람들에게 피고인 1이 격려 전화를 해주었으면 하는 바램에서 문건을 작성한 다음, 이를 피고인 1에게 전달할 목적으로 피고인 7에게 주었던 것이지 피고인 1의 선거운동을 위하여 작성한 것이 아니며, 선거운동의 기획에 참여하였다고 하기 위해서는 특정인을 당선시키려는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위가 있어야 하는데, 피고인 7이 혼자 문건을 피고인 1에게 제공한 행위를 가지고 선거운동의 기획에 참여하였다고 볼 수 없음에도, 원심은 피고인 7이 원심 판시 제3의 가.항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(2) 공직선거법의 법리오해에 관한 피고인 1의 항소이유

공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 금지하는 '선거운동의 기획에 참여'라는 행위는 타인의 선거운동에 관여하는 것을 전제로 하는 것이어서 피고인 1은 위 선거운동기획 참여라는 행위의 주체가 될 수 없고, 따라서 피고인 1은 공직선거법위반죄에 해당하지 않음에도, 원심은 피고인 1이 선거운동의 기획 참여라는 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(3) 압수물의 증거능력에 관한 법리오해

이 사건 압수물은 "압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.

", "압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 피고인 또는 변호인에게 통지하여야 한다.

", "공무소 등에서 압수·수색영장을 집행함에는 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다.

", "압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다.

"고 규정하고 있는 형사소송법 제118조, 제122조, 제123조, 제129조 등에 위반한 것으로, 이러한 위법한 절차에 따라 압수된 압수물은 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 것임에도, 원심은 압수절차의 적법성과 증거능력에 관한 법리를 오해하여 피고인 1의 업무일지와 같은 이 사건 압수물을 증거로 채택하였으므로 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저질렀다.

(4) 불고불리의 원칙 위배에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 2, 피고인 9의 항소이유

원심은 피고인 4 메모의 내용이 피고인 4로부터 피고인 1을 거쳐 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영된 경위와 피고인 2가 산남문건에 가필하게 된 경위를 공소사실과 달리 인정하여 불고불리의 원칙에 위배함으로써 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저질렀다.

(5) 정당행위의 법리오해에 관한 피고인 2, 피고인 4의 항소이유

이 사건 행위는 업무의 범위에 포함되거나 업무의 연장선상에 있으므로 '업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위' 즉 정당행위에 해당하여 죄가 되지 아니함에도, 원심은 위 피고인들이 그 판시 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(6) 공직선거법의 법리오해에 관한 피고인 3, 피고인 8의 항소이유

피고인 1이 후보자로서 공직선거법에 따라 허용된 초청토론회에 참석하는 것은 적법하므로 위 피고인들이 위 토론회를 준비한 행위는 선거운동의 준비에 불과하여 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없음에도, 원심은 위 피고인들이 원심 판시 제4항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(7) 양형부당

피고인들에게 원심이 선고한 형( 피고인 1 벌금 6,000,000원, 피고인 2 벌금 2,500,000원, 피고인 3, 피고인 8 각 벌금 800,000원, 피고인 4, 피고인 9 각 벌금 4,000,000원, 피고인 6 벌금 1,500,000원, 피고인 7 벌금 1,000,000원)이 너무 무거워 부당하다.

나. 검사의 항소이유

(1) 산남문건과 조직표에 관한 사실오인 및 공동정범에 관한 법리오해

공동정범에 있어서 공모관계는 공범자 전원이 일정한 장소에 집합하여 직접 모의한 바 없더라도 상호간에 간접적 또는 순차적인 방법에 의하여 범행의사의 연락이 있거나 그에 대한 인식이 있으면 성립한다.

한편 서귀포시 중문동 책임자 후보를 추천하고, 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위와 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위는 선거운동 조직의 구성이라는 일관된 목표를 향하여 계속적으로 이루어진 일련의 과정으로서 포괄일죄이다.

그런데 피고인 1이나 피고인 4는 모두 위와 같은 일련의 과정에 자신들 외에 다른 사람이 개입한다는 사실을 인식하고 피고인 9를 매개로 순차적으로 피고인 2와 의사연락이 이루어졌으므로, 피고인 1과 피고인 4는 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위에 대하여 공동정범으로서의 책임을 져야한다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1과 피고인 4가 피고인 2의 위와 같은 선거운동기획 참여행위를 알았다고 볼 증거가 없다며 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실이 무죄라고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하였거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

그리고 피고인 2 또한 직접 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하고 수정하는 조직표 작성의 개별 과정에 전부 가공하지 않았더라도 다른 공모자의 행위를 이용하여 조직표 작성이라는 목적을 이루고자 한 공동가공의 의사가 인정되는 이상 전 범행에 대하여 공동정범으로서의 책임을 져야 한다.

따라서 피고인 2가 조직표 작성에 개입하는 행위를 하였다거나 피고인 4의 위와 같은 선거운동기획 참여행위를 알았다고 볼 증거가 없다며 피고인 2의 이 부분 공소사실이 무죄라고 한 원심의 판단 또한 사실을 오인하였거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 것이다.

(2) 그 밖의 무죄부분에 대한 사실오인

원심의 그 밖의 무죄부분 공소사실도 검사가 제출한 증거들에 의하면 그 증명이 충분함에도 원심은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하여 판결결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다.

(3) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 9에 대하여 원심이 선고한 각 형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 피고인들의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 항소이유에 대하여

(1) 조직표의 성격

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 위 피고인들의 주장과 같이 조직표가 특별자치도 홍보를 위한 것이라면 피고인 1 개인의 이력에 중점을 두어 조직을 구성할 필요가 없었을 것인데, 조

직표는 피고인 1의 종친회, 고향인 구좌읍, 출신학교인 제주대 등까지 관리대상으로 선정하고 관리공무원을 지정하고 있는 점, 조직표가 피고인 1에게 교부될 무렵 같이 교부된 조직표를 설명하는 문건에 '최종 분야별(지역·직능·특별관리) 책임자가 확정되면 책임자로 하여금 숙원사업을 요청하도록 해서 힘을 실어 주시면 효과가 있을 것입니다', '후속조치로는 분야별 책임자와 관리공무원이 함께 소그룹별 팀장 구슬 꿰매는 작업을 3. 20.까지 완료 하겠습니다'라는 내용의 선거운동 관련문구가 기재되어 있는 점, 조직표에 책임자나 관리공무원으로 기재된 사람들( 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7)의 실제 선거운동 동향이 피고인 1에게 주간보고의 형식으로 보고되기까지 한 점 등에 비추어 보면, 조직표는 특별자치도 홍보를 위해 작성된 것이 아니고 피고인 1의 선거운동용으로 작성된 것이라 할 것이다.

## (2) 피고인 4 메모의 성격과 공모관계

그리고, 원심의 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 추자도 책임자로 ' 공소외 1', 우도 책임자로 ' 공소외 8'을 추천한 피고인 4 메모의 책임자 추천 내용과 조직표 상의 추자도 및 우도 책임자 기재 내용이 서로 부합하는 점, 피고인 4 메모에 공소외 1을 추천한 것으로 기재된 ' 공소외 9'가 조직표에 공소외 1의 관리공무원으로 기재되어 있는 점, 공소외 1의 이름을 ' 공소외 1-1'로, 공소외 1의 직함 '전 면개발자문위원장'을 '면개발위원장'으로 잘못 기재한 피고인 4 메모의 오류가 조직표에 동일하게 반복되고 있는 점, 조직표 작성 전날 작성자인 공소외 10이 추천자인 공소외 9에게, 이어 공소외 9가 책임자로 추천된 공소외 2, 공소외 1에게 번갈아 전화를 하였고, 피고인 1도 같은 날 공소외 1에게, 그 후 공소외 8, 공소외 2에게 각 전화를 한 점, 피고인 4 메모에 연합청년회를 후원하고 있는 것으로 기재된 공소외 11이 조직표 상의 청년회 부분 책임자로 기재된 연합청년회장의 지원자로 조직표에도 동일하게 기재된 점, 메모의 작성자인 피고인 4가 조직표에 제주시, 애월읍, JCI 제주지구, 사회단체, 나무호랭교 등 5개 지역·직능의 관리공무원으로 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인 4 메모는 조직표의 지역책임자 추천을 위해 작성된 것으로 조직표에 반영되었다고 할 것이고, 한편 피고인 1에게 교부된 피고인 4 메모의 내용이 피고인 9가 작성한 조직표에 그대로 반영된 앞서 본 사정에다가 피고인 1이 책임자로 추천된 사람들에게 직접 전화까지 한 점 등을 보태어 보면 피고인 4가 작성한 메모의 추천 내용이 피고인 1을 통하여 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영되었음을 넉넉히 인정할 수 있다고 할 것이다.

## (3) 소결론

따라서, 원심이 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 4, 피고인 1, 피고인 9가 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

원심은 피고인 4 메모의 내용이 피고인 4로부터 피고인 1을 거쳐 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영된 구체적인 경위를 공소사실과 다소 달리 인정하기는 하였으나, 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 공소장변경절차를 거치지 아니하고 공소사실과 다르게 사실을 인정할 수 있다고 할 것인데( 대법원 2006. 6. 15. 선고 2006도1667 판결 등 참조), 원심은 피고인 4 메모의 내용이 전달된 과정에 관한 기본적 사실은 공소사실 그대로 인정하면서 그 범위 내에서 그 구체적인 경위만을 다소 달리 인정



하고 있을 뿐이어서, 그로써 위 피고인들의 방어권행사에 실질적인 불이익이 초래되었다고 할 수도 없으므로, 원심에 불고불리의 원칙을 위배한 위법이 있다고 할 수도 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유는 모두 받아들일 수 없다.

나. 피고인 6 메모에 관한 피고인 1, 피고인 6의 항소이유에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 메모가 작성되어 교부된 시기가 선거를 눈앞에 둔 시점인 점, 그 내용 또한 '지역에서 입김이 있는 젊은이로 전화 필요', '전화 한번 하면 적극 뭘 듯', '얼마 전 지사님 방문한 적 있으나 확실하게 하기 위하여 지사님께서 관심 있는 전화 한마디 필요', '지사님 한마디면 적극적으로 할 수 있을 것', 지사님 남제주군수 시절 공무원', '지난번 재·보궐선거 때도 지사님을 많이 도왔던 분이고 지금도 관심을 많이 갖고 있는데 지사님 전화가 필요' 등 피고인 1에 대한 지지 여부, 피고인 1과의 개인적인 관계, 지역에서의 영향력, 피고인 1의 재·보궐선거 등에서의 조력 정도 등을 언급하면서 피고인 1에게 메모에 기재된 인사들에게 전화로 접촉할 것을 권유하는 내용인 점, 메모에 기재된 인사들 중 다수가 조직표상 피고인 6이 관리하도록 되어 있는 대정읍에 거주하거나 연고가 있는 사람들인 점 등에 비추어 보면, 피고인 6이 위 메모를 작성하여 피고인 1에게 보고한 행위는 피고인 1이 지역인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 효율적으로 선거운동을 할 수 있도록 하기 위한 것으로서 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 말하는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라고 할 것이고, 거기에다가 피고인 1이 교부받은 메모에 빨간색 사인펜으로 ○표시를 하는 등으로 가필하여 이를 업무일지에 부착하여 보관하면서 권유받은 대로 거기에 기재된 인사들 중 한사람에게 전화를 하기까지 한 점 등 위 증거들에 의하여 인정되는 그 밖의 다른 사정을 보태어 보면, 피고인 1으로서도 메모에 기재된 지역인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 선거운동을 할 의도로 이를 보고받았음을 충분히 인정할 수 있다고 할 것이다.

따라서, 원심이 위 메모를 통한 피고인 6의 선거운동기획 참여행위를 피고인 6과 피고인 1이 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

다.

산남문건에 관한 피고인 2, 피고인 9의 항소이유에 대하여

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 2, 피고인 9가 공모하여, 피고인 9는 제주도지사 선거를 위한 지역별 책임자 구성을 목적으로 작성한 산남문건을 피고인 2에게 보여주고, 피고인 2는 위 문건을 검토하면서 위 문건에 대정읍 책임자 후보로 기재된 자와 대정읍 출신 제주도청 소속 공무원인 피고인 6과의 친분관계를 검토하면서 거기에 '피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 사실을 인정한 다음 이를 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한 것으로 판단하여 위 피고인들을 모두 유죄로 처단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 수긍이 가고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

항소이유의 주장은 산남문건은 피고인 9가 한나라당 경선에 대비하기 위하여 작성된 문건으로서 한나라당 경선을 위한 행위는 선거운동이 아니라 '그 준비행위'에 불과하므로 피고인 2가 위 문건에 가필한 행위를 선거운동의 기획에 참

여한 것으로 볼 수 없다는 것이다.

공직선거법에서 말하는 선거운동은 특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하는 것으로 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적인 준비행위에 해당하는 선거운동의 준비행위나 통상적인 정당 활동과는 구별되나, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목 뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도301 판결 등 참조).

그런데 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 5. 31. 지방선거에 출마할 제주도지사 후보 선출을 위한 한나라당의 당내경선은 대의원이나 당원만의 투표에 의하지 않고 대의원 20%, 책임당원 30%, 국민경선 30%로 된 투표 결과와 20%의 여론조사 결과를 종합하여 후보자를 선출하는 것이었음이 인정되는바, 이와 같이 50%의 당원 아닌 일반유권자들을 포함하여 실시되는 당내경선에서 당선되기 위하여 하는 활동은 동시에 선거를 위한 선거운동의 성격도 당연히 수반하게 되는 것이므로 이를 가리켜 '선거운동을 위한 준비행위'에 불과하다고 할 수는 없고, 이는 어디까지나 '선거운동'에 해당한다고 보아야 할 것이다.

따라서 피고인 2가 위 문건을 검토하면서 거기에 ' 피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 행위는 선거운동의 기획에 참여하는 행위에 해당한다고 할 것이다.

그리고 가사 이와 달리 그것이 '선거운동을 위한 준비행위'에 불과하다고 하더라도 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 입법취지에 비추어 볼 때, 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 행위는 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 위조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 하므로( 헌법재판소 2005. 6. 30.자 2004헌바33 전원재판부 결정 참조), 이점에 관한 위 피고인들의 항소이유는 어느 모로 보나 이유 없다.

또한 기록에 비추어 살펴보면, 피고인 2가 산남문건에 가필하게 된 경위에 관하여 원심이 인정한 사실과 그에 관하여 공소장에 기재된 사실은 피고인 9가 작성한 산남문건에 피고인 2가 가필하였다는 기본적 사실관계는 동일하고 단지 그 범위 내에서 구체적인 경위만을 다소 달리하고 있을 뿐이고, 그로써 위 피고인들의 방어권행사에 실질적인 불이익이 초래되었다고 할 수도 없으므로, 원심에 불고불리의 원칙을 위배한 위법이 있다고 할 수도 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

라. 피고인 7의 항소이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 7의 아버지 공소외 3이 2006. 2. 중순경 조천읍 관내 주요인사 35명의 성명, 연락처 및 직업을 기재한 문건을 작성하여 피고인 7에게 교부한 사실, 피고인 7이 위 문건에, '자치행정과에 근무하는 피고인 7입니다.

첨부된 명단은 저의 아버지( 공소외 3)께서 그동안 지사님을 위해 정말로 최선을 다해 작성한 명단입니다.

다소 많아 힘드시겠지만, 이들이 더욱 분발하도록 지사님께서 반드시 격려전화를 하셨으면 합니다.

특히 북촌마을에서는 아버지를 중심으로 지역유지들과 함께 이번에는 지사님을 전폭 지지하는 쪽으로 분위기를 잡아가고 있습니다.

이를 위해 북촌리 출신 공직자 모임(회장 공소외 12 소방과 관리담당, 24명)에서도 적극 지원하고 있습니다.

그리고 저의 동생 공소외 13( (전화번호 생략))은 제주대 총동창회 총무이사로 열심히 지사님을 돕고 있습니다.

가끔 격려 전화라도 부탁드립니다.

자치행정과 피고인 7 드림'이라고 기재된 표지를 붙여 피고인 1에게 제출한 사실, 그 후 공소외 3이 조직표에 조천을 지역책임자로, 피고인 7이 공소외 3의 관리공무원으로 된 사실을 각 인정한 다음, 피고인 7이 아버지인 공소외 3과 함께 위 문건을 작성·제출한 행위는 피고인 1의 선거운동의 효율적 수행을 위한 계획 수립에 활용되어 선거에 영향을 미치게 될 것이어서 공직선거법 제86조 제1항 제2호 소정의 '선거운동의 기획에 참여'한 것에 해당한다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

또한 위 피고인에 대한 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 볼 수도 없다.

피고인 7의 항소이유는 모두 받아들일 수 없다.

마. 공직선거법의 법리를 오해하였다는 피고인 1의 항소이유에 대하여

공직선거법 제255조 제1항 제10호, 제86조 제1항 제2호 위반의 부정선거운동죄는 '공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나, 그 기획의 실시에 관여'함으로써 성립하는 범죄로서, 여기의 선거운동은 타인의 선거운동을 말하므로 후보자나 후보자가 되고자 하는 자는 비록 공무원이라고 하더라도 자기의 선거운동 기획과 관련하여서는 위 죄의 주체가 될 수 없으나, 위 죄의 주체가 될 수 없는 비신분자인 후보자나 후보자가 되고자 하는 자가 자기의 선거운동의 기획과 관련하여 신분자인 공무원의 행위에 가공한 경우에는 형법 제33조 본문에 의하여 위 죄의 공동정범이 될 수 있다고 할 것이다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결도 같은 취지에서 후보자가 되고자 하는 자인 비신분자를 자기의 선거운동 기획과 관련한 죄의 공동정범으로 처벌하고 있다). 자신의 선거운동 기획에 참여한 행위는 정범으로는 물론이고 공범으로도 처벌할 수 없다는 피고인 1의 이 부분 항소이유는 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

바. 압수물의 증거능력에 관한 법리를 오해하였다는 항소이유에 대하여

압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 물건자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것은 아니고, 형태, 성질 등에 관한 증거가치에는 변함이 없으므로 그 증거능력은 인정되어야 한다.

범죄사실 인정의 명백하고 유용한 증거인 압수물의 증거능력을 압수절차의 위법을 이유로 배제하는 것은 실제적 진실발견을 어렵게 하여 범인을 방면하는 결과를 초래할 수 있으며, 이는 사법에 대한 일반인의 신뢰를 손상시키는 결과로 이어지게 된다.

위법수사의 역지효과는 그로 인한 압수물의 증거능력 배제를 통하지 않고 다른 방법으로도 얼마든지 더 효과적으로 달성할 수 있는 것이다.

같은 취지에서 우리 대법원은 오래전부터 최근에 이르기까지 "압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없어 증거능력이 있다"고 거듭하여 판시하여 왔는바( 대법원 1968. 9. 17. 선고 68도932 판결, 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결, 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결, 1996. 5. 14.자 96초88 결정, 2005. 10. 28. 선고 2004도4731 판결, 2006. 7. 27. 선고 2006도3194 판결 등 참조), 이 부분 항소이유의 주장은 위와 같은 우리 대법원의 확립된 견해에 반하므로 더 나아가 살필 것 없이 이유 없다.

그리고 기록상 항소이유의 주장과 같이 검사가 이 사건 압수물의 성질이나 형태에 변경을 가하였다고 볼 자료도 없다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9, 피고인 6, 피고인 7의 이 부분 항소이유 또한 모두 받아들일 수 없다.

사. 정당행위에 관한 법리를 오해하였다는 피고인 2, 피고인 4의 항소이유에 대하여

형법 제20조에 규정된 '기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 가리키는데( 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도6008 판결 등 참조), 공무원인 피고인 4가 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하는 취지의 메모를 작성 교부하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 행위와 같은 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 ' 피고인 6 계장 친고관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 행위는 형법 제20조에 규정된 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위'에 해당하지 아니함은 물론, 공직선거법 제86조 제1항의 입법 취지에 비추어 보면 그 행위가 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 사회생활 관계상 통상적으로 용인될 수 있는 행위인 '사회상규에 위배되지 아니한 행위'라고 보기도 어려우므로 형법 제20조에 규정된 정당행위로 볼 수도 없다.

따라서 이 점을 내세우는 위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

아. 피고인 3, 피고인 8의 항소이유에 대하여

(1) 선거운동 기획참여 해당여부

공직선거법 제86조 제1항 제2호에 규정된 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라 함은 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 것을 말한다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결 참조).

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 8과 피고인 3이 공모하여 제주MBC가 주최하는 출마예정자 초청 토론회를 위하여 피고인 1에게 토론회 관련 자료를 만들어 주고, 제주KBS가 주최하는 출마예정자 초청 토론회에 참석할 피고인 1을 위하여 예상 답변 내용을 논의하고, 답변자료의 소관 부서를 확인해 주는 등으로 토론회 준비를 한 사실을 인정한 다음 이를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 판단하여 위 피고인들을 유죄로 처단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

선거에 출마한 후보자가 후보자의 자질과 정책을 검증하기 위하여 열리는 토론회에 참석하는 것은 '선거운동'의 일환으로 보아야 할 것이므로, 그 토론회를 위하여 토론회 관련 자료를 만들어 주거나 토론회 준비를 하는 행위는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'에 해당한다고 할 것이다.

항소이유의 주장은 토론회 관련 자료를 만들어 주거나 토론회 준비를 하는 행위는 선거운동이 아니라 선거운동의 준비에 불과하므로 이를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없다는 것이나, 앞서 본 바와 같이 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 행위는 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 위 조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 하므로(헌법재판소 2005. 6. 30.자 2004헌바33 전원재판부 결정 참조), 이 점에 관한 항소이유의 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

## (2) 양형부당 여부

이 사건 범행의 동기와 경위, 결과 및 위 피고인들의 전과, 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 모든 조건들을 참작하여 볼 때 위 피고인들에 대한 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 항소이유도 받아들일 수 없다.

## 3. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 산남문건에 관한 피고인 1, 피고인 4의 무죄부분에 대하여

### (1) 포괄일죄 여부

동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위 혹은 연속된 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이나, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결, 2004. 5. 28. 선고 2002도5672 판결 등 참조)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하는 인정되는 다음의 사정, 즉 산남문건(2006. 2.경)과 조직표(2006. 3. 13.)의 작성시기가 서로 다른 점, 산남문건은 산남지역에 국한한 지역별 조직의 구성을 위한 문건이나, 조직표는 지역별 조직 외에 직능별 조직과 종친회, 동문회 등의 특별관리조직의 구성도 아울러 목적으로 하고 있으며, 지역별 조직도 산남지역뿐만 아니라 제주도 전역을 대상으로 하고 있는 점, 산남문건은 지역의 민간 인사를 책임자로 하는 민간 조직의 구성을 위한 것이나, 조직표는 이와 달리 민간 인사를 책임자로 하는 지역별 직능별 조직과 특별관리조직을 공무원이 책임자별로 맡아 관리하도록 하는 공무원 관리 조직의 구성을 목적으로 하고 있는 점, 조직표는 지역이나 직능마다 1인의 책임자만을 두는 것을 원칙으로 하고 있으나, 산남문건은 지역마다 총책과 별도로 청년부 총책을 따로 두는 조직을 전제로 하고 있는 점, 조직표와 달리 산남문건에는 지역별 책임자 외에 330명에 이르는 일반 인사들의 명단이 별도로 첨부되어 있는 점, 산남문건에서 책임자로 추천된 18명의 지역 인사 중에서 조직표의 지역 책임자로 된 사람은 5명에 불과한 점 등에 비추어 보면, 산남문건으로 구성하고자 한 조직과 조직표로 구성하고자 한 조직은 동일한 조직이 아니라 서로 다른 별개의 조직이라고 할 것이다.

따라서 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위와 조직표상의 추자면과 우도면 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위는 하나의 선거운동 조직을 구성하기 위하여 계속적으로 이루어진 일련의 행위라고 볼 수 없고, 이는 어디까지나

별개의 행위로 보아야 하므로 양자는 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이다.

### (2) 공모관계의 판단 방법

위와 같이 피고인 2의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법위반죄와 피고인 4의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법 위반죄가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 한다면, 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위에 대하여 피고인 1이나 피고인 4에게 공동정범으로서의 책임을 묻기 위하여서는 산남문건과 별개인 조직표 작성에 다른 사람이 개입할 것이라고 인식하는 것만으로는 부족하고, 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등의 방법으로 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 구체적으로 인식하는 것이 필요하며, 이렇게 해석하는 것이 '공무원'의 선거운동 기획 참여를 금지하는 방법으로 행위의 주체에 중점을 두고 규정하고 있는 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 규정형식에도 부합한다고 할 것이다.

### (3) 소결론

그런데 기록을 살펴보아도 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등의 방법으로 피고인 1을 위하여 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 피고인 1이나 피고인 4가 알았다고 볼 증거를 찾아볼 수 없다.

따라서 원심이 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1과 피고인 4가 피고인 2, 피고인 9와 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실이 모두 무죄라고 판단한 조치는 정당하고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 사실오인이나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유는 받아들일 수 없다.

나. 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 2의 무죄부분에 대하여

앞서 본 바와 같이 피고인 2의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법위반죄와 피고인 4의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법 위반죄가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 보는 이상, 조직표상의 추자면과 우도면 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위에 대하여 피고인 2에게 공동정범으로서의 책임을 묻기 위하여서는 피고인 4가 위와 같은 방법으로 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 피고인 2가 구체적으로 인식하는 것이 필요한데 기록을 살펴보아도 이 점을 인정할만한 증거가 없다.

따라서 책임자 추천 및 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 2가 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9와 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 사실오인이나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

다.

중문지역 책임자추천에 관한 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9의 무죄부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, " 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여, 2006. 2. 말경 제주시 연동에 있는 제주시청 도지사 집무실에서, '지역', '직능' 등 분야별 책임자 구성을 위해 피고인 2가 피고인 1에게 서귀포시 중문동 지역 책임자 후보로 공소외 14 대포새마을금고 이사장, 위 중문동 청년층 책임자 후보로 공소외 15 전 중문동 연합청년회장을 추천함으로써 선거운동의 기획에 참여하였다"는 이 부분 공소사실에 대하여, 피고인 2가 작성한 '대포출신(중문총책) 현) 대포새마을금고 이사장 공소외 14(당 58세), 하원동 출신(청년층 총책) 직전) 중문동 연합회장 공소외 15(당 40세)'라는 내용의 메모지를 피고인 1이 보관하고 있는 사실, 위 메모지의 내용이 산남문건과 일치하고 있는 사실은 각 인정되나, 위 메모지가 언제 작성된 것인지를 알 수 있는 증거가 없는 이상, 그것만으로 피고인 2가 공소외 14, 공소외 15를 산남문건상의 중문지역 책임자 후보로 추천하였다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

라. 남원회동 보고에 관한 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9의 무죄부분에 대하여

#### (1) 공소사실의 요지

피고인 4, 피고인 9, 피고인 2, 피고인 1은 공모하여, 피고인 2는 자신이 조직표상 제주 남제주군 남원읍 관리 공무원으로 지정된 것을 기화로 2006. 3. 14. 12:00경 위 남원읍에서 조직표에 남원읍 책임자로 지정된 공소외 16 등을 만나 선거운동을 위한 조직구성 및 운영 방안을 논의한 다음, 그 무렵 제주시청 집무실에서 위 논의 결과와 도지사의 격려를 바란다는 내용을 기재한 문서를 피고인 1에게 보고하면서 위 문서에 전 남원읍장인 공소외 17의 연락처를 기재하여 주어 선거운동의 기획에 참여하였다.

#### (2) 원심의 판단

원심은 피고인 4, 피고인 9, 피고인 2, 피고인 1이 공모하여 남원회동 보고를 통한 선거운동기획 참여행위를 한 사실을 인정할 증거가 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

#### (3) 이 법원의 판단

##### (가) 피고인 1 및 피고인 2 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 남원회동 문건은 '3월 14일 화요일 12:00 남원읍 관내에서 남원읍 지역총책 공소외 16, 기존책 공소외 18, 기존연락소장 공소외 19, 지역원로 공소외 20이 만나 피고인 1의 선거운동을 위하여 한 데 뭉쳐 최선을 다하기로 합의하였고, 다음 주까지 마을단위 조직책을 선임하기로 하고, 10일에 한번씩 만나서 논의하기로 하였는데, 사무실문제, 회계담당문제, 사무장 문제에 대하여 걱정이 있었다.

지사님께서 고맙다는 전화와 함께 협조하여 달라는 전화 바란다' 는 내용으로, 거기에 회동인사들인 공소외 16, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20의 전화번호가 기재되어 있는 사실, 그 후 피고인 2가 위 남원회동 문건의 말미에 수기로 '공소외 17 읍장 (전화번호 생략)'라고 전 남원읍장 공소외 17의 연락처를 덧붙여 기재한 사실, 조직표에 공소외

16은 남원을 책임자로 피고인 2는 그 관리공무원으로 되어 있는데, 피고인 2는 위 남원회동 문건에 기재된 회동시간(3. 14. 12:00) 직전인 같은 날 11:47경에 공소외 16에게 전화를 하였고, 같은 날 공소외 16과 남원읍에서 만난 사실, 위 남원회동 문건은 그 후 피고인 1에게 건네져 피고인 1이 이를 소지하고 있다가 압수된 사실을 각 인정할 수 있다.

위 사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 위 남원회동 문건은 조직표상의 남원읍 지역책임자를 중심으로 지역 인사들이 만나 피고인 1의 선거운동을 위하여 최선을 다하기로 합의하였다는 회동결과를 보고하면서 피고인 1에게 회동한 인사들에게 고맙다는 답례와 앞으로의 협조를 당부하는 전화를 할 것을 권유하기 위하여 작성된 문건으로서, 그 문건은 당초의 작성 목적대로 문건에 보고를 받을 자로 예정된 피고인 1에게 교부되어 피고인 1이 이를 보관하고 있었던 점, 조직표상의 관리공무원인 피고인 2가 자신이 관리하도록 되어 있는 조직표상의 책임자이자 남원회동의 주체인 공소외 16에게 회동 직전에 전화한 후 같은 날 남원읍에서 만난 점, 위 문건이 작성된 후 피고인 2가 피고인 1의 요청으로 당초 기재된 공소외 16 외 3인의 회동인사들의 전화번호와 별도로 위 문건에 전 남원읍장인 공소외 17의 연락처를 추가로 가필하여 주었는데, 공소외 17은 그 경력으로 보아 선거와 관련하여 피고인 1이 협조를 구할 필요가 있는 사람으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 2는 위 남원회동 문건에 추가로 전화하여 협조를 구할 사람의 연락처를 가필한 다음 이를 피고인 1에게 교부하여 보고함으로써 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다고 할 것이고, 이러한 결론은 당초에 위 문건을 작성한 사람이 피고인 2인지 여부에 따라 달라지는 것은 아니며, 한편 피고인 1은 위 문건에 공소외 17의 연락처를 적어줄 것을 요청하여 이를 기재받은 다음 위 문건을 교부받아 보관함으로써 피고인 2의 위 남원회동 보고를 통한 선거운동기획 참여행위를 피고인 2와 공모하여 하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유는 이유 있다.

#### (나) 피고인 4 및 피고인 9 부분

다만 기록상 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 위와 같은 선거운동기획 참여행위에 피고인 4나 피고인 9가 공동으로 가공하였다는 증거는 없으므로, 이 부분 공소사실에 관한 원심의 무죄부분 중 피고인 4와 피고인 9에 대한 부분은 정당하고, 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

검사의 이 부분 항소이유는 받아들일 수 없다.

#### 마. 피고인 7 문건에 관한 피고인 1의 무죄부분에 대하여

##### (1) 공소사실의 요지

피고인 1은 2006. 2. 말경 피고인 7이 작성한 위 2.의 라.항 기재 문건을 보고받아 보존하면서 조천읍 지역 책임자로 지정된 피고인 7의 부친 공소외 3의 전화번호를 파악하여 업무일지에 부착한 후 공소외 3에게 전화를 거는 등으로 피고인 7의 선거운동 기획참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다.



(2) 원심의 판단

원심은 피고인 1이 피고인 7의 선거운동 기획참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다고 볼 증거가 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 자신의 선거운동을 위하여 작성된 앞서 본 피고인 7의 문건을 집무실에 보관하면서, 문건에 '조천읍 북촌마을의 지역유지들과 함께 피고인 1을 전폭 지지하는 쪽으로 분위기를 잡아가고 있는' 중심인물로 기재된 공소외 3( 피고인 7의 아버지)의 전화번호를 메모지에 적어 자신의 업무 일지에 부착하여 두었다가, 조직표가 완성되기 이틀 전인 2006. 3. 11. 공소외 3에게 전화를 하였고, 그 후 조직표에 공소외 3은 조천읍 지역책임자로, 그 아들인 피고인 7은 공소외 3의 관리공무원으로 각 기재된 사실, 그 후 공소외 3은 조직표 작성 후인 2006. 3. 17. 피고인 1에게 전화하여 연락한 사실을 각 인정할 수 있는바, 그렇다면 위 피고인 7 문건은 피고인 1의 명시적 또는 묵시적 양해 하에 피고인 1에게 교부되었고, 피고인 1은 위 문건을 전달받아 이를 이용할 의사로 보관하였다고 할 것이므로, 피고인 1은 위 문건을 통한 피고인 7의 선거운동기획 참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유도 이유 있다.

바. 피고인 6 전화자료에 관한 피고인 6, 피고인 1의 무죄부분에 대하여

(1) 공소사실의 요지

피고인 6, 피고인 1은 공모하여, 2006. 2. 말경부터 2006. 3. 초순경까지 위 도지사 집무실에서 '돌다리도 두드려보고 가는 게 좋을 것 같다'는 등 피고인 1에 대한 지지 여부 및 성향에 대한 분석이 포함된 지역 유력인사 30명의 명단을 기재한 전화자료를 작성하여 이를 피고인 1에게 보고하고, 피고인 1은 이를 보고받아 보관하는 등으로, 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 6이 작성한 전화자료는 도정홍보의 일환으로 작성된 통상적인 업무보고로 볼 여지가 높아 선거운동의 기획에 참여한 것에 해당한다고 할 수 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 피고인 6 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 '전화자료'라는 제목 하에 30명의 명단과 그들의 전화번호, 직위, 성향 등이 기재된 5장으로 구성된 메모를 작성하여 교부하였는데, 거기에는 ' 공소외 21, 전 정무부지사,

돌다리도 두드려 보고 가는 게 좋을 것 같습니다', '공소외 22, 확실하지만 전화 한번 더하면...', '공소외 23, 공소외 24 전 공무원 부인, 전화안하면 송하는 스타일', '공소외 25, 농협 신제주지점 차장, 지사님께 관심이 많음', '공소외 26, 대정연합 청년회장, 지난번 혁신안 적극운동', '공소외 27, 직전 청수리장, 확고히 하는 차원에서 전화', '공소외 28, 남제주군청 계장, 중앙선거관리위원회 공소외 29 기획관의 형', '공소외 30, 시의회 사무과장, 인맥이 많을 것으로 보임' 등의 내용이 포함되어 있는 사실이 인정되는바, 메모에 기재된 인사들과 피고인 1의 개인적인 관계, 그들의 지지 여부, 지지자임에도 불구하고 관계를 다져야 할 이유, 그들의 영향력 등을 언급하면서 그들에게 전화로 접촉할 것을 권유하고 있는 위와 같은 메모의 내용에다가, 민간인사 아닌 공무원까지 전화접촉의 대상으로 포함하고 있는 점(도정홍보 내지 대화행정을 위한 통상적인 업무보고라면 현직 공무원이나 전직 정무부지사, 공무원 부인 등까지 접촉대상에 포함할 필요는 없을 것이다), 접촉대상자가 다가올 지방선거를 총괄하는 중앙선거관리위원회 소속 공무원과 친족관계에 있다는 것을 특히 강조하고 있는 점 등을 보태어 보면, 피고인 6이 위 전화자료를 작성하여 교부한 행위는 피고인 1이 영향력 있는 인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 효율적으로 선거운동을 할 수 있도록 하기 위한 것으로서 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 말하는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 6에 대한 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유도 이유 있다.

#### (나) 피고인 1 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 위 전화자료가 피고인 1의 집무실에 보관되어 있는 사실이 인정되는 바, 피고인 1이 위 전화자료를 직접 보고받았다거나 위 전화자료를 전달받아 이를 이용할 의사로 보관하였다고 볼 증거가 없으므로 이 부분 공소사실에 관한 원심의 무죄부분 중 피고인 1에 대한 부분은 정당하고, 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

검사의 이 부분 항소이유는 받아들일 수 없다.

사. 피고인 5 메모에 관한 피고인 5, 피고인 1의 무죄부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 " 피고인 5와 피고인 1이 공모하여, 2006. 2.경 위 도지사 집무실에서 피고인 5는 소관 업무인 사회복지 분야의 유력 인사 6명의 소속 단체 등을 기재한 메모를 피고인 1에게 제공하고, 계속하여 같은 분야의 유력인사 10명의 피고인 1에 대한 지지여부와 소속 단체 등에 대한 영향력을 기재한 명단을 작성하여 이를 피고인 1에게 보고하고, 피고인 1은 위 명단 좌측 상단에 제출자인 피고인 5의 직책인 '사회과장'이라고 기재한 다음 업무일지에 부착하여 보관하면서 명단 중 일부에 표시를 하는 등으로, 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다.

"는 이 부분 공소사실에 대하여, 위 각 메모가 피고인 1의 선거운동의 효율적 수행을 위한 계획 수립에 활용하기 위하여 작성된 것이라고 보기 어렵다고 판단하여 그 판시와 같은 이유로 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실에 대하여 모두 무죄를 선고하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

아. 피고인 7에 대한 양형부당 항소이유에 대하여

이 사건 범행의 동기와 경위, 결과 및 위 피고인의 전과, 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 모든 조건들을 참작하여 볼 때 위 피고인에 대한 원심의 형이 너무 가벼워 부당하다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원심판결의 남원회동 보고에 관한 부분 중 피고인 1, 피고인 2 부분에 대한 검사의 항소와 피고인 7 문건에 관한 부분 중 피고인 1 부분에 대한 검사의 항소, 그리고 피고인 6 전화자료에 관한 부분 중 피고인 6 부분에 대한 검사의 항소는 모두 이유 있으므로 이를 각 받아들여 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 2, 피고인 6 부분과 피고인 1 부분 중 유죄부분, 그리고 피고인 1에 대한 무죄부분 중 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 점에 대한 무죄부분을 제외한 나머지 부분을 모두 파기하기로 하고, 한편 원심판결에는 실제적 경합범의 관계에 있는 다음의 각 행위 즉, 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점과 책임자 추천과 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점 및 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점을 모두 포괄일죄로 보아 판단한 잘못이 있고 이는 판결결과에 영향을 미쳤으므로 앞서 본 파기 부분과 별도로 원심판결 중 피고인 4, 피고인 9에 대한 부분도 모두 직권으로 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 검사의 피고인 5, 피고인 7에 대한 항소와 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 무죄부분에 관한 피고인 1에 대한 항소, 그리고 피고인 7, 피고인 3, 피고인 8의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하기로 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들의 항소이유

(1) 사실오인

(가) 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 항소이유

피고인 4가 추자도·우도 사태를 해결하기 위하여 그 지역 민간 인사 중에서 도청의 입장을 대변할 사람을 추천받는 과정에서 '공소외 1, 공소외 2'를 추천받아 그 내용을 메모지에 적어 피고인 1에게 보고한 것이며, 원심 판시 지역별·직능별·특별관리 조직책임자 현황(이하 '조직표'라고 한다)은 피고인 9가 임의로 제주특별자치도 홍보를 위해 작성한 것으로 피고인 1의 선거운동과는 관련이 없음에도 불구하고, 원심은 위 피고인들이 공모하여 원심 판시 제1항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(나) 피고인 6 메모에 관한 피고인 6, 피고인 1의 항소이유

피고인 6이 피고인 1에게 보고한 메모는 일상적인 민심 동향보고서 내지 제주특별자치도 홍보를 위한 문서에 불과하므로 이를 두고 공무원이 선거운동의 기획에 참여한 경우에 해당한다고 볼 수 없음에도, 원심은 위 피고인들이 공모하여 원심 판시 제3의 나.항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(다) 산남문건에 관한 피고인 2, 피고인 9의 항소이유

피고인 2가 가필한 '산남지역 책임자 추천의 건'(이하 '산남문건'이라고 한다)은 피고인 9가 한나라당 경선을 대비하여 작성한 문건이므로 피고인 2가 산남문건에 가필한 것만으로는 선거운동의 기획에 참여하였다고 볼 수 없어 죄가 되지 아니함에도, 원심은 위 피고인들이 원심 판시 제2항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(라) 피고인 7의 항소이유

피고인 7의 아버지인 공소외 3이 2005. 7. 27. 실시된 제주특별자치도 찬반에 관한 주민투표에 있어서 도정의 입장을 적극적으로 홍보하였던 마을 사람들에게 피고인 1이 격려 전화를 해주었으면 하는 바램에서 문건을 작성한 다음, 이를 피고인 1에게 전달할 목적으로 피고인 7에게 주었던 것이지 피고인 1의 선거운동을 위하여 작성한 것이 아니며, 선거운동의 기획에 참여하였다고 하기 위해서는 특정인을 당선시키려는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위가 있어야 하는데, 피고인 7이 혼자 문건을 피고인 1에게 제공한 행위를 가지고 선거운동의 기획에 참여하였다고 볼 수 없음에도, 원심은 피고인 7이 원심 판시 제3의 가.항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(2) 공직선거법의 법리오해에 관한 피고인 1의 항소이유

공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 금지하는 '선거운동의 기획에 참여'라는 행위는 타인의 선거운동에 관여하는 것을 전제로 하는 것이어서 피고인 1은 위 선거운동기획 참여라는 행위의 주체가 될 수 없고, 따라서 피고인 1은 공직선거법위반죄에 해당하지 않음에도, 원심은 피고인 1이 선거운동의 기획 참여라는 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(3) 압수물의 증거능력에 관한 법리오해

이 사건 압수물은 "압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.

", "압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 피고인 또는 변호인에게 통지하여야 한다.

", "공무소 등에서 압수·수색영장을 집행함에는 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다.

", "압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다.

"고 규정하고 있는 형사소송법 제118조, 제122조, 제123조, 제129조 등에 위반한 것으로, 이러한 위법한 절차에 따라 압수된 압수물은 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 것임에도, 원심은 압수절차의 적법성과 증거능력에 관한 법리를 오해하여 피고인 1의 업무일지와 같은 이 사건 압수물을 증거로 채택하였으므로 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저질렀다.

(4) 불고불리의 원칙 위배에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 2, 피고인 9의 항소이유

원심은 피고인 4 메모의 내용이 피고인 4로부터 피고인 1을 거쳐 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영된 경위와 피고인 2가 산남문건에 가필하게 된 경위를 공소사실과 달리 인정하여 불고불리의 원칙에 위배함으로써 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저질렀다.

(5) 정당행위의 법리오해에 관한 피고인 2, 피고인 4의 항소이유

이 사건 행위는 업무의 범위에 포함되거나 업무의 연장선상에 있으므로 '업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위' 즉 정당행위에 해당하여 죄가 되지 아니함에도, 원심은 위 피고인들이 그 판시 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(6) 공직선거법의 법리오해에 관한 피고인 3, 피고인 8의 항소이유

피고인 1이 후보자로서 공직선거법에 따라 허용된 초청토론회에 참석하는 것은 적법하므로 위 피고인들이 위 토론회를 준비한 행위는 선거운동의 준비에 불과하여 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없음에도, 원심은 위 피고인들이 원심 판시 제4항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(7) 양형부당

피고인들에게 원심이 선고한 형( 피고인 1 벌금 6,000,000원, 피고인 2 벌금 2,500,000원, 피고인 3, 피고인 8 각 벌금 800,000원, 피고인 4, 피고인 9 각 벌금 4,000,000원, 피고인 6 벌금 1,500,000원, 피고인 7 벌금 1,000,000원)이 너무 무거워 부당하다.

나. 검사의 항소이유

(1) 산남문건과 조직표에 관한 사실오인 및 공동정범에 관한 법리오해

공동정범에 있어서 공모관계는 공범자 전원이 일정한 장소에 집합하여 직접 모의한 바 없더라도 상호간에 간접적 또는 순차적인 방법에 의하여 범행의사의 연락이 있거나 그에 대한 인식이 있으면 성립한다.

한편 서귀포시 중문동 책임자 후보를 추천하고, 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위와 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위는 선거운동 조직의 구성이라는 일관된 목표를 향하여 계속적으로 이루어진 일련의 과정으로서 포괄일죄이다.

그런데 피고인 1이나 피고인 4는 모두 위와 같은 일련의 과정에 자신들 외에 다른 사람이 개입한다는 사실을 인식하고 피고인 9를 매개로 순차적으로 피고인 2와 의사연락이 이루어졌으므로, 피고인 1과 피고인 4는 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위에 대하여 공동정범으로서의 책임을 져야한다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1과 피고인 4가 피고인 2의 위와 같은 선거운동기획 참여행위를 알았다고 볼 증거가 없다며 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실이 무죄라고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하였거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

그리고 피고인 2 또한 직접 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하고 수정하는 조직표 작성의 개별 과정에 전부 가공하지 않았더라도 다른 공모자의 행위를 이용하여 조직표 작성이라는 목적을 이루고자 한 공동 가공의 의사가 인정되는 이상 전 범행에 대하여 공동정범으로서의 책임을 져야 한다.

따라서 피고인 2가 조직표 작성에 개입하는 행위를 하였다거나 피고인 4의 위와 같은 선거운동기획 참여행위를 알았다고 볼 증거가 없다며 피고인 2의 이 부분 공소사실이 무죄라고 한 원심의 판단 또한 사실을 오인하였거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 것이다.

## (2) 그 밖의 무죄부분에 대한 사실오인

원심의 그 밖의 무죄부분 공소사실도 검사가 제출한 증거들에 의하면 그 증거가 충분함에도 원심은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하여 판결결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다.

## (3) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 9에 대하여 원심이 선고한 각 형은 너무 가벼워 부당하다.

## 2. 피고인들의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 항소이유에 대하여

### (1) 조직표의 성격

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 위 피고인들의 주장과 같이 조직표가 특별자치도 홍보를 위한 것이라면 피고인 1 개인의 이력에 중점을 두어 조직을 구성할 필요가 없었을 것인데, 조직표는 피고인 1의 종친회, 고향인 구좌읍, 출신학교인 제주대 등까지 관리대상으로 선정하고 관리공무원을 지정하고 있는 점, 조직표가 피고인 1에게 교부될 무렵 같이 교부된 조직표를 설명하는 문건에 '최종 분야별(지역.직능.특별관리) 책임자가 확정되면 책임자로 하여금 숙원사업을 요청하도록 해서 힘을 실어 주시면 효과가 있을 것입니다', '후속조치로는 분야별 책임자와 관리공무원이 함께 소그룹별 팀장 구슬 꿰매는 작업을 3. 20.까지 완료 하겠습니다'라는 내용의 선거운동 관련문구가 기재되어 있는 점, 조직표에 책임자나 관리공무원으로 기재된 사람들( 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7)의 실제 선거운동 동향이 피고인 1에게 주간보고의 형식으로 보고되기까지 한 점 등에 비추어 보면, 조직표는 특별자치도 홍보를 위해 작성된 것이 아니고 피고인 1의 선거운동용으로 작성된 것이라고 할 것이다.

### (2) 피고인 4 메모의 성격과 공모관계

그리고, 원심의 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 추자도 책임자로 ' 공소외 1', 우도 책임자로 ' 공소외 8'을 추천한 피고인 4 메모의 책임자 추천 내용과 조직표 상의 추자도 및 우도 책임자 기재 내용이 서로 부합하는 점, 피고인 4 메모에 공소외 1을 추천한 것으로 기재된 ' 공소외 9'가 조직표에 공소외 1의 관리공무원으로 기재되어 있는 점, 공소외 1의 이름을 ' 공소외 1-1'로, 공소외 1의 직함 '전 면개발자문위원장'을 '면개발위원장'으로 잘못 기재한 피고인 4 메모의 오류가 조직표에 동일하게 반복되고 있는 점, 조직표 작성 전날 작성자인 공소외 10이 추천자인 공소외 9에게, 이어 공소외 9가 책임자로 추천된 공소외 2, 공소외 1에게 번갈아 전화를 하였고, 피고인 1도 같은 날 공소외 1에게, 그 후 공소외 8, 공소외 2에게 각 전화를 한 점, 피고인 4 메모에 연합청년회를 후원하고

있는 것으로 기재된 공소외 11이 조직표 상의 청년회 부분 책임자로 기재된 연합청년회장의 지원자로 조직표에도 동일하게 기재된 점, 메모의 작성자인 피고인 4가 조직표에 제주시, 애월읍, JCI 제주지구, 사회단체, 나무호랭교 등 5개 지역·직능의 관리공무원으로 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인 4 메모는 조직표의 지역책임자 추천을 위해 작성된 것으로 조직표에 반영되었다고 할 것이고, 한편 피고인 1에게 교부된 피고인 4 메모의 내용이 피고인 9가 작성한 조직표에 그대로 반영된 앞서 본 사정에다가 피고인 1이 책임자로 추천된 사람들에게 직접 전화까지 한 점 등을 보태어 보면 피고인 4가 작성한 메모의 추천 내용이 피고인 1을 통하여 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영되었음을 넉넉히 인정할 수 있다고 할 것이다.

### (3) 소결론

따라서, 원심이 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 4, 피고인 1, 피고인 9가 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

원심은 피고인 4 메모의 내용이 피고인 4로부터 피고인 1을 거쳐 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영된 구체적인 경위를 공소사실과 다소 달리 인정하기는 하였으나, 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 공소장변경절차를 거치지 아니하고 공소사실과 다르게 사실을 인정할 수 있다고 할 것인데( 대법원 2006. 6. 15. 선고 2006도1667 판결 등 참조), 원심은 피고인 4 메모의 내용이 전달된 과정에 관한 기본적 사실은 공소사실 그대로 인정하면서 그 범위 내에서 그 구체적인 경위만을 다소 달리 인정하고 있을 뿐이어서, 그로써 위 피고인들의 방어권행사에 실질적인 불이익이 초래되었다고 할 수도 없으므로, 원심에 불고불리의 원칙을 위배한 위법이 있다고 할 수도 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유는 모두 받아들일 수 없다.

나. 피고인 6 메모에 관한 피고인 1, 피고인 6의 항소이유에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 메모가 작성되어 교부된 시기가 선거를 눈앞에 둔 시점인 점, 그 내용 또한 '지역에서 입김이 있는 젊은이로 전화 필요', '전화 한번 하면 적극 뵈 듯', '얼마 전 지사님 방문한 적 있으나 확실하게 하기 위하여 지사님께서 관심 있는 전화 한마디 필요', '지사님 한마디면 적극적으로 할 수 있을 것', 지사님 남제주군수 시절 공무원, '지난번 재·보궐선거 때도 지사님을 많이 도왔던 분이고 지금도 관심을 많이 갖고 있는데 지사님 전화가 필요' 등 피고인 1에 대한 지지 여부, 피고인 1과의 개인적인 관계, 지역에서의 영향력, 피고인 1의 재·보궐선거 등에서의 조력 정도 등을 언급하면서 피고인 1에게 메모에 기재된 인사들에게 전화로 접촉할 것을 권유하는 내용인 점, 메모에 기재된 인사들 중 다수가 조직표상 피고인 6이 관리하도록 되어 있는 대정읍에 거주하거나 연고가 있는 사람들인 점 등에 비추어 보면, 피고인 6이 위 메모를 작성하여 피고인 1에게 보고한 행위는 피고인 1이 지역인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 효율적으로 선거운동을 할 수 있도록 하기 위한 것으로서 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 말하는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라고 할 것이고, 거기에다가 피고인 1이 교부받은 메모에 빨간색 사인펜으로 ○표시를 하는 등으로 가필하여 이를 업무일지에 부착하여 보관하면서 권유받은 대로 거기에 기재된 인사들 중 한사람에게 전화를 하기까지 한 점 등 위

증거들에 의하여 인정되는 그 밖의 다른 사정을 보태어 보면, 피고인 1으로서도 메모에 기재된 지역인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 선거운동을 할 의도로 이를 보고받았음을 충분히 인정할 수 있다고 할 것이다.

따라서, 원심이 위 메모를 통한 피고인 6의 선거운동기획 참여행위를 피고인 6과 피고인 1이 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

다.

산남문건에 관한 피고인 2, 피고인 9의 항소이유에 대하여

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 2, 피고인 9가 공모하여, 피고인 9는 제주도지사 선거를 위한 지역별 책임자 구성을 목적으로 작성한 산남문건을 피고인 2에게 보여주고, 피고인 2는 위 문건을 검토하면서 위 문건에 대정읍 책임자 후보로 기재된 자와 대정읍 출신 제주도청 소속 공무원인 피고인 6과의 친분관계를 검토하면서 거기에 '피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 사실을 인정한 다음 이를 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한 것으로 판단하여 위 피고인들을 모두 유죄로 처단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 수긍이 가고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

항소이유의 주장은 산남문건은 피고인 9가 한나라당 경선에 대비하기 위하여 작성된 문건으로서 한나라당 경선을 위한 행위는 선거운동이 아니라 '그 준비행위'에 불과하므로 피고인 2가 위 문건에 가필한 행위를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없다는 것이다.

공직선거법에서 말하는 선거운동은 특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하는 것으로 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적인 준비행위에 해당하는 선거운동의 준비행위나 통상적인 정당 활동과는 구별되나, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목 뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도301 판결 등 참조).

그런데 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 5. 31. 지방선거에 출마할 제주도지사 후보 선출을 위한 한나라당의 당내경선은 대의원이나 당원만의 투표에 의하지 않고 대의원 20%, 책임당원 30%, 국민경선 30%로 된 투표 결과와 20%의 여론조사 결과를 종합하여 후보자를 선출하는 것이었음이 인정되는바, 이와 같이 50%의 당원 아닌 일반유권자들을 포함하여 실시되는 당내경선에서 당선되기 위하여 하는 활동은 동시에 선거를 위한 선거운동의 성격도 당연히 수반하게 되는 것이므로 이를 가리켜 '선거운동을 위한 준비행위'에 불과하다고 할 수는 없고, 이는 어디까지나 '선거운동'에 해당한다고 보아야 할 것이다.



따라서 피고인 2가 위 문건을 검토하면서 거기에 ' 피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 행위는 선거운동의 기획에 참여하는 행위에 해당한다고 할 것이다.

그리고 가사 이와 달리 그것이 '선거운동을 위한 준비행위'에 불과하다고 하더라도 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 입법취지에 비추어 볼 때, 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 행위는 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 위조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 하므로( 헌법재판소 2005. 6. 30.자 2004헌바33 전원재판부 결정 참조), 이점에 관한 위 피고인들의 항소이유는 어느 모로 보나 이유 없다.

또한 기록에 비추어 살펴보면, 피고인 2가 산남문건에 가필하게 된 경위에 관하여 원심이 인정한 사실과 그에 관하여 공소장에 기재된 사실은 피고인 9가 작성한 산남문건에 피고인 2가 가필하였다는 기본적 사실관계는 동일하고 단지 그 범위 내에서 구체적인 경위만을 다소 달리하고 있을 뿐이고, 그로써 위 피고인들의 방어권행사에 실질적인 불이익이 초래되었다고 할 수도 없으므로, 원심에 불고불리의 원칙을 위배한 위법이 있다고 할 수도 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

라. 피고인 7의 항소이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 7의 아버지 공소외 3이 2006.

2. 중순경 조천읍 관내 주요인사 35명의 성명, 연락처 및 직업을 기재한 문건을 작성하여 피고인 7에게 교부한 사실, 피고인 7이 위 문건에, '자치행정과에 근무하는 피고인 7입니다.

첨부된 명단은 저의 아버지( 공소외 3)께서 그동안 지사님을 위해 정말로 최선을 다해 작성한 명단입니다.

다소 많아 힘드시겠지만, 이들이 더욱 분발하도록 지사님께서 반드시 격려전화를 하셨으면 합니다.

특히 북촌마을에서는 아버지를 중심으로 지역유지들과 함께 이번에는 지사님을 전폭 지지하는 쪽으로 분위기를 잡아가고 있습니다.

이를 위해 북촌리 출신 공직자 모임(회장 공소외 12 소방과 관리담당, 24명)에서도 적극 지원하고 있습니다.

그리고 저의 동생 공소외 13( 전화번호 생략)은 제주대 총동창회 총무이사로 열심히 지사님을 돕고 있습니다.

가끔 격려 전화라도 부탁드립니다.

자치행정과 피고인 7 드림'이라고 기재된 표지를 붙여 피고인 1에게 제출한 사실, 그 후 공소외 3이 조직표에 조천읍 지역책임자로, 피고인 7이 공소외 3의 관리공무원으로 된 사실을 각 인정한 다음, 피고인 7이 아버지인 공소외 3과 함께 위 문건을 작성·제출한 행위는 피고인 1의 선거운동의 효율적 수행을 위한 계획 수립에 활용되어 선거에 영향을 미치게 될 것이어서 공직선거법 제86조 제1항 제2호 소정의 '선거운동의 기획에 참여'한 것에 해당한다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

또한 위 피고인에 대한 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 볼 수도 없다.

피고인 7의 항소이유는 모두 받아들일 수 없다.

마. 공직선거법의 법리를 오해하였다는 피고인 1의 항소이유에 대하여

공직선거법 제255조 제1항 제10호, 제86조 제1항 제2호 위반의 부정선거운동죄는 '공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나, 그 기획의 실시에 관여'함으로써 성립하는 범죄로서, 여기의 선거운동은 타인의 선거운동을 말하므로 후보자나 후보자가 되고자 하는 자는 비록 공무원이라고 하더라도 자기의 선거운동 기획과 관련하여서는 위 죄의 주체가 될 수 없으나, 위 죄의 주체가 될 수 없는 비신분자인 후보자나 후보자가 되고자 하는 자가 자기의 선거운동의 기획과 관련하여 신분자인 공무원의 행위에 가공한 경우에는 형법 제33조 본문에 의하여 위 죄의 공동정범이 될 수 있다고 할 것이다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결도 같은 취지에서 후보자가 되고자 하는 자인 비신분자를 자기의 선거운동 기획과 관련한 죄의 공동정범으로 처벌하고 있다). 자신의 선거운동 기획에 참여한 행위는 정범으로는 물론이고 공범으로도 처벌할 수 없다는 피고인 1의 이 부분 항소이유는 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

바. 압수물의 증거능력에 관한 법리를 오해하였다는 항소이유에 대하여

압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 물건자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것은 아니고, 형태, 성질 등에 관한 증거가치에는 변함이 없으므로 그 증거능력은 인정되어야 한다.

범죄사실 인정의 명백하고 유용한 증거인 압수물의 증거능력을 압수절차의 위법을 이유로 배제하는 것은 실체적 진실발견을 어렵게 하여 범인을 방면하는 결과를 초래할 수 있으며, 이는 사법에 대한 일반인의 신뢰를 손상시키는 결과로 이어지게 된다.

위법수사의 역지효과는 그로 인한 압수물의 증거능력 배제를 통하지 않고 다른 방법으로도 얼마든지 더 효과적으로 달성할 수 있는 것이다.

같은 취지에서 우리 대법원은 오래전부터 최근에 이르기까지 "압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없어 증거능력이 있다"고 거듭하여 판시하여 왔는데( 대법원 1968. 9. 17. 선고 68도932 판결, 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결, 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결, 1996. 5. 14.자 96초88 결정, 2005. 10. 28. 선고 2004도4731 판결, 2006. 7. 27. 선고 2006도3194 판결 등 참조), 이 부분 항소이유의 주장은 위와 같은 우리 대법원의 확립된 견해에 반하므로 더 나아가 살필 것 없이 이유 없다.

그리고 기록상 항소이유의 주장과 같이 검사가 이 사건 압수물의 성질이나 형태에 변경을 가하였다고 볼 자료도 없다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9, 피고인 6, 피고인 7의 이 부분 항소이유 또한 모두 받아들일 수 없다.

사. 정당행위에 관한 법리를 오해하였다는 피고인 2, 피고인 4의 항소이유에 대하여

형법 제20조에 규정된 '기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 가리키는데( 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도6008 판결 등 참조), 공무원인 피고인 4가 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하는 취지의 메모를 작성 교부하고, 조직표를

검토하여 수정 작업을 한 행위와 같은 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 ' 피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 행위는 형법 제20조에 규정된 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위'에 해당하지 아니함은 물론, 공직선거법 제86조 제1항의 입법 취지에 비추어 보면 그 행위가 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 사회생활 관계상 통상적으로 용인될 수 있는 행위인 '사회상규에 위배되지 아니한 행위'라고 보기도 어려우므로 형법 제20조에 규정된 정당행위로 볼 수도 없다.

따라서 이 점을 내세우는 위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

아. 피고인 3, 피고인 8의 항소이유에 대하여

(1) 선거운동 기획참여 해당여부

공직선거법 제86조 제1항 제2호에 규정된 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라 함은 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 것을 말한다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결 참조).

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 8과 피고인 3이 공모하여 제주MBC가 주최하는 출마예정자 초청 토론회를 위하여 피고인 1에게 토론회 관련 자료를 만들어 주고, 제주KBS가 주최하는 출마예정자 초청 토론회에 참석할 피고인 1을 위하여 예상 답변 내용을 논의하고, 답변자료의 소관 부서를 확인해 주는 등으로 토론회 준비를 한 사실을 인정한 다음 이를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 판단하여 위 피고인들을 유죄로 처단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

선거에 출마한 후보자가 후보자의 자질과 정책을 검증하기 위하여 열리는 토론회에 참석하는 것은 '선거운동'의 일환으로 보아야 할 것이므로, 그 토론회를 위하여 토론회 관련 자료를 만들어 주거나 토론회 준비를 하는 행위는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'에 해당한다고 할 것이다.

항소이유의 주장은 토론회 관련 자료를 만들어 주거나 토론회 준비를 하는 행위는 선거운동이 아니라 선거운동의 준비에 불과하므로 이를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없다는 것이나, 앞서 본 바와 같이 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 행위는 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 위 조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 하므로( 헌법재판소 2005. 6. 30.자 2004헌바33 전원재판부 결정 참조), 이 점에 관한 항소이유의 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

(2) 양형부당 여부

이 사건 범행의 동기와 경위, 결과 및 위 피고인들의 전과, 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 모든 조건들을 참작하여 볼 때 위 피고인들에 대한 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 항소이유도 받아들일 수 없다.

3. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 산남문건에 관한 피고인 1, 피고인 4의 무죄부분에 대하여

(1) 포괄일죄 여부

동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위 혹은 연속된 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이나, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결, 2004. 5. 28. 선고 2002도5672 판결 등 참조)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하는 인정되는 다음의 사정, 즉 산남문건(2006. 2.경)과 조직표(2006. 3. 13.)의 작성시기가 서로 다른 점, 산남문건은 산남지역에 국한한 지역별 조직의 구성을 위한 문건이나, 조직표는 지역별 조직 외에 직능별 조직과 종친회, 동문회 등의 특별관리조직의 구성도 아울러 목적으로 하고 있으며, 지역별 조직도 산남지역뿐만 아니라 제주도 전역을 대상으로 하고 있는 점, 산남문건은 지역의 민간 인사를 책임자로 하는 민간 조직의 구성을 위한 것이나, 조직표는 이와 달리 민간 인사를 책임자로 하는 지역별 직능별 조직과 특별관리조직을 공무원이 책임자별로 맡아 관리하도록 하는 공무원 관리 조직의 구성을 목적으로 하고 있는 점, 조직표는 지역이나 직능마다 1인의 책임자만을 두는 것을 원칙으로 하고 있으나, 산남문건은 지역마다 총책과 별도로 청년부 총책을 따로 두는 조직을 전제로 하고 있는 점, 조직표와 달리 산남문건에는 지역별 책임자 외에 330명에 이르는 일반 인사들의 명단이 별도로 첨부되어 있는 점, 산남문건에서 책임자로 추천된 18명의 지역 인사 중에서 조직표의 지역 책임자로 된 사람은 5명에 불과한 점 등에 비추어 보면, 산남문건으로 구성하고자 한 조직과 조직표로 구성하고자 한 조직은 동일한 조직이 아니라 서로 다른 별개의 조직이라고 할 것이다.

따라서 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위와 조직표상의 추자면과 우도면 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위는 하나의 선거운동 조직을 구성하기 위하여 계속적으로 이루어진 일련의 행위라고 볼 수 없고, 이는 어디까지나 별개의 행위로 보아야 하므로 양자는 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이다.

## (2) 공모관계의 판단 방법

위와 같이 피고인 2의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법위반죄와 피고인 4의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법 위반죄가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 한다면, 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위에 대하여 피고인 1이나 피고인 4에게 공동정범으로서의 책임을 묻기 위하여서는 산남문건과 별개인 조직표 작성에 다른 사람이 개입할 것이라고 인식하는 것만으로는 부족하고, 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등의 방법으로 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 구체적으로 인식하는 것이 필요하며, 이렇게 해석하는 것이 '공무원'의 선거운동 기획 참여를 금지하는 방법으로 행위의 주체에 중점을 두고 규정하고 있는 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 규정형식에도 부합한다고 할 것이다.

## (3) 소결론

그런데 기록을 살펴봐도 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등의 방법으로 피고인 1을 위하여 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 피고인 1이나 피고인 4가 알았다고 볼 증거를 찾아볼 수 없다.

따라서 원심이 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1과 피고인 4가 피고인 2, 피고인 9와 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실이 모두 무죄라고 판단한 조치는 정당하고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 사실오인이나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유는 받아들일 수 없다.

나. 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 2의 무죄부분에 대하여

앞서 본 바와 같이 피고인 2의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법위반죄와 피고인 4의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법 위반죄가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 보는 이상, 조직표상의 추자면과 우도면 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위에 대하여 피고인 2에게 공동정범으로서의 책임을 묻기 위하여서는 피고인 4가 위와 같은 방법으로 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 피고인 2가 구체적으로 인식하는 것이 필요한데 기록을 살펴봐도 이 점을 인정할만한 증거가 없다.

따라서 책임자 추천 및 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 2가 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9와 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 사실오인이나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

다.

중문지역 책임자추천에 관한 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9의 무죄부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, " 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여, 2006. 2. 말경 제주도 연동에 있는 제주도청 도지사 집무실에서, '지역', '직능' 등 분야별 책임자 구성을 위해 피고인 2가 피고인 1에게 서귀포시 중문동 지역 책임자 후보로 공소외 14 대포새마을금고 이사장, 위 중문동 청년층 책임자 후보로 공소외 15 전 중문동 연합청년회장을 추천함으로써 선거운동의 기획에 참여하였다"는 이 부분 공소사실에 대하여, 피고인 2가 작성한 '대포출신(중문총책) 현) 대포새마을금고 이사장 공소외 14(당 58세), 하원동 출신(청년층 총책) 직전) 중문동 연합회장 공소외 15(당 40세)'라는 내용의 메모지를 피고인 1이 보관하고 있는 사실, 위 메모지의 내용이 산남문건과 일치하고 있는 사실은 각 인정되나, 위 메모지가 언제 작성된 것인지를 알 수 있는 증거가 없는 이상, 그것만으로 피고인 2가 공소외 14, 공소외 15를 산남문건상의 중문지역 책임자 후보로 추천하였다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

라. 남원회동 보고에 관한 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9의 무죄부분에 대하여

(1) 공소사실의 요지

피고인 4, 피고인 9, 피고인 2, 피고인 1은 공모하여, 피고인 2는 자신이 조직표상 제주 남제주군 남원읍 관리 공무원으로 지정된 것을 기화로 2006. 3. 14. 12:00경 위 남원읍에서 조직표에 남원읍 책임자로 지정된 공소외 16 등을 만나 선거운동을 위한 조직구성 및 운영 방안을 논의한 다음, 그 무렵 제주도지사 집무실에서 위 논의 결과와 도지사의 격려를 바란다는 내용을 기재한 문서를 피고인 1에게 보고하면서 위 문서에 전 남원읍장인 공소외 17의 연락처를 기재하여 주어 선거운동의 기획에 참여하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 4, 피고인 9, 피고인 2, 피고인 1이 공모하여 남원회동 보고를 통한 선거운동기획 참여행위를 한 사실을 인정할 증거가 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 피고인 1 및 피고인 2 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 남원회동 문건은 '3월 14일 화요일 12:00 남원읍 관내에서 남원읍 지역총책 공소외 16, 기존책 공소외 18, 기존연락소장 공소외 19, 지역원로 공소외 20이 만나 피고인 1의 선거운동을 위하여 한 데 뭉쳐 최선을 다하기로 합의하였고, 다음 주까지 마을단위 조직책을 선임하기로 하고, 10일에 한번씩 만나서 논의하기로 하였는데, 사무실문제, 회계담당문제, 사무장 문제에 대하여 걱정이 있었다.

지사님께서 고맙다는 전화와 함께 협조하여 달라는 전화 바란다' 는 내용으로, 거기에 회동인사들인 공소외 16, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20의 전화번호가 기재되어 있는 사실, 그 후 피고인 2가 위 남원회동 문건의 말미에 수기로 '공소외 17 읍장 (전화번호 생략)'라고 전 남원읍장 공소외 17의 연락처를 덧붙여 기재한 사실, 조직표에 공소외 16은 남원읍 책임자로 피고인 2는 그 관리공무원으로 되어 있는데, 피고인 2는 위 남원회동 문건에 기재된 회동시간(3. 14. 12:00) 직전인 같은 날 11:47경에 공소외 16에게 전화를 하였고, 같은 날 공소외 16과 남원읍에서 만난 사실, 위 남원회동 문건은 그 후 피고인 1에게 건네져 피고인 1이 이를 소지하고 있다가 압수된 사실을 각 인정할 수 있다.

위 사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 위 남원회동 문건은 조직표상의 남원읍 지역책임자를 중심으로 지역 인사들이 만나 피고인 1의 선거운동을 위하여 최선을 다하기로 합의하였다는 회동결과를 보고하면서 피고인 1에게 회동한 인사들에게 고맙다는 답례와 앞으로의 협조를 당부하는 전화를 할 것을 권유하기 위하여 작성된 문건으로서, 그 문건은 당초의 작성 목적대로 문건에 보고를 받을 자로 예정된 피고인 1에게 교부되어 피고인 1이 이를 보관하고 있었던 점, 조직표상의 관리공무원인 피고인 2가 자신이 관리하도록 되어 있는 조직표상의 책임자이자 남원회동의 주체인 공소외 16에게 회동 직전에 전화한 후 같은 날 남원읍에서 만난 점, 위 문건이 작성된 후 피고인 2가 피고인 1의 요청으로 당초 기재된 공소외 16 외 3인의 회동인사들의 전화번호와 별도로 위 문건에 전 남원읍장인 공소외 17의 연락처를 추가로 가필하여 주었는데, 공소외 17은 그 경력으로 보아 선거와 관련하여 피고인 1이 협조를 구할 필요가 있는 사람으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 2는 위 남원회동 문건에 추가로 전화하여 협조를 구할 사람의 연락처를 가필한 다음 이를 피고인 1에게 교부하여 보고함으로써 피고인 1을 위한 선거운동의

기획에 참여하였다고 할 것이고, 이러한 결론은 당초에 위 문건을 작성한 사람이 피고인 2인지 여부에 따라 달라지는 것은 아니며, 한편 피고인 1은 위 문건에 공소외 17의 연락처를 적어줄 것을 요청하여 이를 기재받은 다음 위 문건을 교부받아 보관함으로써 피고인 2의 위 남원회동 보고를 통한 선거운동기획 참여행위를 피고인 2와 공모하여 하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유는 이유 있다.

#### (나) 피고인 4 및 피고인 9 부분

다만 기록상 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 위와 같은 선거운동기획 참여행위에 피고인 4나 피고인 9가 공동으로 가공하였다는 증거는 없으므로, 이 부분 공소사실에 관한 원심의 무죄부분 중 피고인 4와 피고인 9에 대한 부분은 정당하고, 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

검사의 이 부분 항소이유는 받아들일 수 없다.

#### 마. 피고인 7 문건에 관한 피고인 1의 무죄부분에 대하여

##### (1) 공소사실의 요지

피고인 1은 2006. 2. 말경 피고인 7이 작성한 위 2.의 라.항 기재 문건을 보고받아 보존하면서 조천읍 지역 책임자로 지정된 피고인 7의 부친 공소외 3의 전화번호를 파악하여 업무일지에 부착한 후 공소외 3에게 전화를 거는 등으로 피고인 7의 선거운동 기획참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다.

##### (2) 원심의 판단

원심은 피고인 1이 피고인 7의 선거운동 기획참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다고 볼 증거가 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

##### (3) 이 법원의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 자신의 선거운동을 위하여 작성된 앞서 본 피고인 7의 문건을 집무실에 보관하면서, 문건에 '조천읍 북촌마을의 지역유지들과 함께 피고인 1을 전폭 지지하는 쪽으로 분위기를 잡아가고 있는' 중심인물로 기재된 공소외 3( 피고인 7의 아버지)의 전화번호를 메모지에 적어 자신의 업무일지에 부착하여 두었다가, 조직표가 완성되기 이틀 전인 2006. 3. 11. 공소외 3에게 전화를 하였고, 그 후 조직표에 공소외 3은 조천읍 지역책임자로, 그 아들인 피고인 7은 공소외 3의 관리공무원으로 각 기재된 사실, 그 후 공소외 3은 조직표 작성 후인 2006. 3. 17. 피고인 1에게 전화하여 연락한 사실을 각 인정할 수 있는바, 그렇다면 위 피고인 7 문건은 피고인 1의 명시적 또는 묵시적 양해 하에 피고인 1에게 교부되었고, 피고인 1은 위 문건을 전달받아 이를 이용할 의사로 보관하였다고 할 것이므로, 피고인 1은 위 문건을 통한 피고인 7의 선거운동기획 참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유도 이유 있다.

바. 피고인 6 전화자료에 관한 피고인 6, 피고인 1의 무죄부분에 대하여

(1) 공소사실의 요지

피고인 6, 피고인 1은 공모하여, 2006. 2. 말경부터 2006. 3. 초순경까지 위 도지사 집무실에서 '돌다리도 두드려보고 가는 게 좋을 것 같다'는 등 피고인 1에 대한 지지 여부 및 성향에 대한 분석이 포함된 지역 유력인사 30명의 명단을 기재한 전화자료를 작성하여 이를 피고인 1에게 보고하고, 피고인 1은 이를 보고받아 보관하는 등으로, 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 6이 작성한 전화자료는 도정홍보의 일환으로 작성된 통상적인 업무보고로 볼 여지가 높아 선거운동의 기획에 참여한 것에 해당한다고 할 수 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 피고인 6 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 '전화자료'라는 제목 하에 30명의 명단과 그들의 전화 번호, 직위, 성향 등이 기재된 5장으로 구성된 메모를 작성하여 교부하였는데, 거기에는 '공소외 21, 전 정무부지사, 돌다리도 두드려 보고 가는 게 좋을 것 같습니다', '공소외 22, 확실하지만 전화 한번 더하면...', '공소외 23, 공소외 24 전 공무원 부인, 전화안하면 송하는 스타일', '공소외 25, 농협 신제주지점 차장, 지사님께 관심이 많음', '공소외 26, 대정연합 청년회장, 지난번 혁신안 적극운동', '공소외 27, 직전 청수리장, 확고히 하는 차원에서 전화', '공소외 28, 남제주군청 계장, 중앙선거관리위원회 공소외 29 기획관의 형', '공소외 30, 시의회 사무과장, 인맥이 많을 것으로 보임' 등의 내용이 포함되어 있는 사실이 인정되는바, 메모에 기재된 인사들과 피고인 1의 개인적인 관계, 그들의 지지 여부, 지지자임에도 불구하고 관계를 다져야 할 이유, 그들의 영향력 등을 언급하면서 그들에게 전화로 접촉할 것을 권유하고 있는 위와 같은 메모의 내용에다가, 민간인사 아닌 공무원까지 전화접촉의 대상으로 포함하고 있는 점(도정홍보 내지 대화행정을 위한 통상적인 업무보고라면 현직 공무원이나 전직 정무부지사, 공무원 부인 등까지 접촉대상에 포함할 필요는 없을 것이다), 접촉대상자가 다가올 지방선거를 총괄하는 중앙선거관리위원회 소속 공무원과 친족관계에 있다는 것을 특히 강조하고 있는 점 등을 보태어 보면, 피고인 6이 위 전화자료를 작성하여 교부한 행위는 피고인 1이 영향력 있는 인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 효율적으로 선거운동을 할 수 있도록 하기 위한 것으로서 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 말하는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 6에 대한 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.



이 점을 지적하는 검사의 항소이유도 이유 있다.

(나) 피고인 1 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 위 전화자료가 피고인 1의 집무실에 보관되어 있는 사실이 인정되는 하나, 피고인 1이 위 전화자료를 직접 보고받았다거나 위 전화자료를 전달받아 이를 이용할 의사로 보관하였다고 볼 증거가 없으므로 이 부분 공소사실에 관한 원심의 무죄부분 중 피고인 1에 대한 부분은 정당하고, 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

검사의 이 부분 항소이유는 받아들일 수 없다.

사. 피고인 5 메모에 관한 피고인 5, 피고인 1의 무죄부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 " 피고인 5와 피고인 1이 공모하여, 2006. 2.경 위 도지사 집무실에서 피고인 5는 소관 업무인 사회복지 분야의 유력 인사 6명의 소속 단체 등을 기재한 메모를 피고인 1에게 제공하고, 계속하여 같은 분야의 유력인사 10명의 피고인 1에 대한 지지여부와 소속 단체 등에 대한 영향력을 기재한 명단을 작성하여 이를 피고인 1에게 보고하고, 피고인 1은 위 명단 좌측 상단에 제출자인 피고인 5의 직책인 '사회과장'이라고 기재한 다음 업무일지에 부착하여 보관하면서 명단 중 일부에 표시를 하는 등으로, 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다.

"는 이 부분 공소사실에 대하여, 위 각 메모가 피고인 1의 선거운동의 효율적 수행을 위한 계획 수립에 활용하기 위하여 작성된 것이라고 보기 어렵다고 판단하여 그 판시와 같은 이유로 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실에 대하여 모두 무죄를 선고하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

아. 피고인 7에 대한 양형부당 항소이유에 대하여

이 사건 범행의 동기와 경위, 결과 및 위 피고인의 전과, 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 모든 조건들을 참작하여 볼 때 위 피고인에 대한 원심의 형이 너무 가벼워 부당하다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원심판결의 남원회동 보고에 관한 부분 중 피고인 1, 피고인 2 부분에 대한 검사의 항소와 피고인 7 문건에 관한 부분 중 피고인 1 부분에 대한 검사의 항소, 그리고 피고인 6 전화자료에 관한 부분 중 피고인 6 부분에 대한 검사의 항소는 모두 이유 있으므로 이를 각 받아들여 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 2, 피고인 6 부분과 피고인 1 부분 중 유죄부분, 그리고 피고인 1에 대한 무죄부분 중 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 점에 대한 무죄부분을 제외한 나머지 부분을 모두 파기하기로 하고, 한편 원심판결에는 실제적 경합범의 관계에 있는 다음의 각 행위 즉, 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점과 책임자 추천과 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동 기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점 및 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점을 모두 포괄일죄로

보아 판단한 잘못이 있고 이는 판결결과에 영향을 미쳤으므로 앞서 본 파기 부분과 별도로 원심판결 중 피고인 4, 피고인 9에 대한 부분도 모두 직권으로 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 검사의 피고인 5, 피고인 7에 대한 항소와 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 무죄부분에 관한 피고인 1에 대한 항소, 그리고 피고인 7, 피고인 3, 피고인 8의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하기로 한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

#### 가. 피고인들의 항소이유

##### (1) 사실오인

##### (가) 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 항소이유

피고인 4가 추자도·우도 사태를 해결하기 위하여 그 지역 민간 인사 중에서 도청의 입장을 대변할 사람을 추천받는 과정에서 '공소외 1, 공소외 2'를 추천받아 그 내용을 메모지에 적어 피고인 1에게 보고한 것이며, 원심 판시 지역별·직능별·특별관리 조직책임자 현황(이하 '조직표'라고 한다)은 피고인 9가 임의로 제주특별자치도 홍보를 위해 작성한 것으로 피고인 1의 선거운동과는 관련이 없음에도 불구하고, 원심은 위 피고인들이 공모하여 원심 판시 제1항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

##### (나) 피고인 6 메모에 관한 피고인 6, 피고인 1의 항소이유

피고인 6이 피고인 1에게 보고한 메모는 일상적인 민심 동향보고서 내지 제주특별자치도 홍보를 위한 문서에 불과하므로 이를 두고 공무원이 선거운동의 기획에 참여한 경우에 해당한다고 볼 수 없음에도, 원심은 위 피고인들이 공모하여 원심 판시 제3의 나.항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

##### (다) 산남문건에 관한 피고인 2, 피고인 9의 항소이유

피고인 2가 가필한 '산남지역 책임자 추천의 건'(이하 '산남문건'이라고 한다)은 피고인 9가 한나라당 경선을 대비하여 작성한 문건이므로 피고인 2가 산남문건에 가필한 것만으로는 선거운동의 기획에 참여하였다고 볼 수 없어 죄가 되지 아니함에도, 원심은 위 피고인들이 원심 판시 제2항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

##### (라) 피고인 7의 항소이유

피고인 7의 아버지인 공소외 3이 2005. 7. 27. 실시된 제주특별자치도 찬반에 관한 주민투표에 있어서 도청의 입장을 적극적으로 홍보하였던 마을 사람들에게 피고인 1이 격려 전화를 해주었으면 하는 바램에서 문건을 작성한 다음, 이를 피고인 1에게 전달할 목적으로 피고인 7에게 주었던 것이지 피고인 1의 선거운동을 위하여 작성한 것이 아니며, 선거운동의 기획에 참여하였다고 하기 위해서는 특정인을 당선시키려는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위가 있어야 하는데, 피고인 7이 혼자 문건을 피고인 1에게 제공한 행위를 가지고 선거운동의 기획에 참여하였다고 볼 수 없음에도, 원심은 피고인 7이 원심 판시 제3의 가.항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(2) 공직선거법의 법리오해에 관한 피고인 1의 항소이유

공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 금지하는 '선거운동의 기획에 참여'라는 행위는 타인의 선거운동에 관여하는 것을 전제로 하는 것이어서 피고인 1은 위 선거운동기획 참여라는 행위의 주체가 될 수 없고, 따라서 피고인 1은 공직선거법위반죄에 해당하지 않음에도, 원심은 피고인 1이 선거운동의 기획 참여라는 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(3) 압수물의 증거능력에 관한 법리오해

이 사건 압수물은 "압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 한다.

", "압수·수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 피고인 또는 변호인에게 통지하여야 한다.

", "공무소 등에서 압수·수색영장을 집행함에는 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다.

", "압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다.

"고 규정하고 있는 형사소송법 제118조, 제122조, 제123조, 제129조 등에 위반한 것으로, 이러한 위법한 절차에 따라 압수된 압수물은 위법수집증거로서 증거능력이 없다고 할 것임에도, 원심은 압수절차의 적법성과 증거능력에 관한 법리를 오해하여 피고인 1의 업무일지와 같은 이 사건 압수물을 증거로 채택하였으므로 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저질렀다.

(4) 불고불리의 원칙 위배에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 2, 피고인 9의 항소이유

원심은 피고인 4 메모의 내용이 피고인 4로부터 피고인 1을 거쳐 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영된 경위와 피고인 2가 산남문건에 가필하게 된 경위를 공소사실과 달리 인정하여 불고불리의 원칙에 위배함으로써 판결결과에 영향을 미친 잘못을 저질렀다.

(5) 정당행위의 법리오해에 관한 피고인 2, 피고인 4의 항소이유

이 사건 행위는 업무의 범위에 포함되거나 업무의 연장선상에 있으므로 '업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위' 즉 정당행위에 해당하여 죄가 되지 아니함에도, 원심은 위 피고인들이 그 판시 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(6) 공직선거법의 법리오해에 관한 피고인 3, 피고인 8의 항소이유

피고인 1이 후보자로서 공직선거법에 따라 허용된 초청토론회에 참석하는 것은 적법하므로 위 피고인들이 위 토론회를 준비한 행위는 선거운동의 준비에 불과하여 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없음에도, 원심은 위 피고인들이 원심 판시 제4항 범행을 저질렀다고 잘못 인정하였다.

(7) 양형부당

피고인들에게 원심이 선고한 형( 피고인 1 벌금 6,000,000원, 피고인 2 벌금 2,500,000원, 피고인 3, 피고인 8 각 벌금 800,000원, 피고인 4, 피고인 9 각 벌금 4,000,000원, 피고인 6 벌금 1,500,000원, 피고인 7 벌금 1,000,000원)이 너무 무거워 부당하다.

나. 검사의 항소이유

(1) 산남문건과 조직표에 관한 사실오인 및 공동정범에 관한 법리오해

공동정범에 있어서 공모관계는 공범자 전원이 일정한 장소에 집합하여 직접 모의한 바 없더라도 상호간에 간접적 또는 순차적인 방법에 의하여 범행의사의 연락이 있거나 그에 대한 인식이 있으면 성립한다.

한편 서귀포시 중문동 책임자 후보를 추천하고, 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위와 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위는 선거운동 조직의 구성이라는 일관된 목표를 향하여 계속적으로 이루어진 일련의 과정으로서 포괄일죄이다.

그런데 피고인 1이나 피고인 4는 모두 위와 같은 일련의 과정에 자신들 외에 다른 사람이 개입한다는 사실을 인식하고 피고인 9를 매개로 순차적으로 피고인 2와 의사연락이 이루어졌으므로, 피고인 1과 피고인 4는 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위에 대하여 공동정범으로서의 책임을 져야한다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1과 피고인 4가 피고인 2의 위와 같은 선거운동기획 참여행위를 알았다고 볼 증거가 없다며 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실이 무죄라고 판단하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하였거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

그리고 피고인 2 또한 직접 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하고 수정하는 조직표 작성의 개별 과정에 전부 가공하지 않았더라도 다른 공모자의 행위를 이용하여 조직표 작성이라는 목적을 이루고자 한 공동가공의 의사가 인정되는 이상 전 범행에 대하여 공동정범으로서의 책임을 져야 한다.

따라서 피고인 2가 조직표 작성에 개입하는 행위를 하였다거나 피고인 4의 위와 같은 선거운동기획 참여행위를 알았다고 볼 증거가 없다며 피고인 2의 이 부분 공소사실이 무죄라고 한 원심의 판단 또한 사실을 오인하였거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 것이다.

(2) 그 밖의 무죄부분에 대한 사실오인

원심의 그 밖의 무죄부분 공소사실도 검사가 제출한 증거들에 의하면 그 증명이 충분함에도 원심은 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하여 판결결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다.

(3) 양형부당

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 9에 대하여 원심이 선고한 각 형은 너무 가벼워 부당하다.

2. 피고인들의 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9의 항소이유에 대하여

(1) 조직표의 성격

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 위 피고인들의 주장과 같이 조직표가 특별자치도 홍보를 위한 것이라면 피고인 1 개인의 이력에 중점을 두어 조직을 구성할 필요가 없었을 것인데, 조

직표는 피고인 1의 종친회, 고향인 구좌읍, 출신학교인 제주대 등까지 관리대상으로 선정하고 관리공무원을 지정하고 있는 점, 조직표가 피고인 1에게 교부될 무렵 같이 교부된 조직표를 설명하는 문건에 '최종 분야별(지역·직능·특별관리) 책임자가 확정되면 책임자로 하여금 숙원사업을 요청하도록 해서 힘을 실어 주시면 효과가 있을 것입니다', '후속조치로는 분야별 책임자와 관리공무원이 함께 소그룹별 팀장 구슬 꿰매는 작업을 3. 20.까지 완료 하겠습니다'라는 내용의 선거운동 관련문구가 기재되어 있는 점, 조직표에 책임자나 관리공무원으로 기재된 사람들( 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7)의 실제 선거운동 동향이 피고인 1에게 주간보고의 형식으로 보고되기까지 한 점 등에 비추어 보면, 조직표는 특별자치도 홍보를 위해 작성된 것이 아니고 피고인 1의 선거운동용으로 작성된 것이라 할 것이다.

## (2) 피고인 4 메모의 성격과 공모관계

그리고, 원심의 위 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 추자도 책임자로 ' 공소외 1', 우도 책임자로 ' 공소외 8'을 추천한 피고인 4 메모의 책임자 추천 내용과 조직표 상의 추자도 및 우도 책임자 기재 내용이 서로 부합하는 점, 피고인 4 메모에 공소외 1을 추천한 것으로 기재된 ' 공소외 9'가 조직표에 공소외 1의 관리공무원으로 기재되어 있는 점, 공소외 1의 이름을 ' 공소외 1-1'로, 공소외 1의 직함 '전 면개발자문위원장'을 '면개발위원장'으로 잘못 기재한 피고인 4 메모의 오류가 조직표에 동일하게 반복되고 있는 점, 조직표 작성 전날 작성자인 공소외 10이 추천자인 공소외 9에게, 이어 공소외 9가 책임자로 추천된 공소외 2, 공소외 1에게 번갈아 전화를 하였고, 피고인 1도 같은 날 공소외 1에게, 그 후 공소외 8, 공소외 2에게 각 전화를 한 점, 피고인 4 메모에 연합청년회를 후원하고 있는 것으로 기재된 공소외 11이 조직표 상의 청년회 부분 책임자로 기재된 연합청년회장의 지원자로 조직표에도 동일하게 기재된 점, 메모의 작성자인 피고인 4가 조직표에 제주시, 애월읍, JCI 제주지구, 사회단체, 나무호랭교 등 5개 지역·직능의 관리공무원으로 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인 4 메모는 조직표의 지역책임자 추천을 위해 작성된 것으로 조직표에 반영되었다고 할 것이고, 한편 피고인 1에게 교부된 피고인 4 메모의 내용이 피고인 9가 작성한 조직표에 그대로 반영된 앞서 본 사정에다가 피고인 1이 책임자로 추천된 사람들에게 직접 전화까지 한 점 등을 보태어 보면 피고인 4가 작성한 메모의 추천 내용이 피고인 1을 통하여 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영되었음을 넉넉히 인정할 수 있다고 할 것이다.

## (3) 소결론

따라서, 원심이 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 4, 피고인 1, 피고인 9가 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

원심은 피고인 4 메모의 내용이 피고인 4로부터 피고인 1을 거쳐 피고인 9에게 전달되어 조직표에 반영된 구체적인 경위를 공소사실과 다소 달리 인정하기는 하였으나, 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 공소장변경절차를 거치지 아니하고 공소사실과 다르게 사실을 인정할 수 있다고 할 것인데( 대법원 2006. 6. 15. 선고 2006도1667 판결 등 참조), 원심은 피고인 4 메모의 내용이 전달된 과정에 관한 기본적 사실은 공소사실 그대로 인정하면서 그 범위 내에서 그 구체적인 경위만을 다소 달리 인정

하고 있을 뿐이어서, 그로써 위 피고인들의 방어권행사에 실질적인 불이익이 초래되었다고 할 수도 없으므로, 원심에 불고불리의 원칙을 위배한 위법이 있다고 할 수도 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유는 모두 받아들일 수 없다.

나. 피고인 6 메모에 관한 피고인 1, 피고인 6의 항소이유에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 메모가 작성되어 교부된 시기가 선거를 눈앞에 둔 시점인 점, 그 내용 또한 '지역에서 입김이 있는 젊은이로 전화 필요', '전화 한번 하면 적극 뵈 듯', '얼마 전 지사님 방문한 적 있으나 확실하게 하기 위하여 지사님께서 관심 있는 전화 한마디 필요', '지사님 한마디면 적극적으로 할 수 있을 것', 지사님 남제주군수 시절 공무원', '지난번 재·보궐선거 때도 지사님을 많이 도왔던 분이고 지금도 관심을 많이 갖고 있는데 지사님 전화가 필요' 등 피고인 1에 대한 지지 여부, 피고인 1과의 개인적인 관계, 지역에서의 영향력, 피고인 1의 재·보궐선거 등에서의 조력 정도 등을 언급하면서 피고인 1에게 메모에 기재된 인사들에게 전화로 접촉할 것을 권유하는 내용인 점, 메모에 기재된 인사들 중 다수가 조직표상 피고인 6이 관리하도록 되어 있는 대정읍에 거주하거나 연고가 있는 사람들인 점 등에 비추어 보면, 피고인 6이 위 메모를 작성하여 피고인 1에게 보고한 행위는 피고인 1이 지역인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 효율적으로 선거운동을 할 수 있도록 하기 위한 것으로서 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 말하는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라고 할 것이고, 거기에다가 피고인 1이 교부받은 메모에 빨간색 사인펜으로 ○표시를 하는 등으로 가필하여 이를 업무일지에 부착하여 보관하면서 권유받은 대로 거기에 기재된 인사들 중 한사람에게 전화를 하기까지 한 점 등 위 증거들에 의하여 인정되는 그 밖의 다른 사정을 보태어 보면, 피고인 1으로서도 메모에 기재된 지역인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 선거운동을 할 의도로 이를 보고받았음을 충분히 인정할 수 있다고 할 것이다.

따라서, 원심이 위 메모를 통한 피고인 6의 선거운동기획 참여행위를 피고인 6과 피고인 1이 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 위 피고인들이 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

다.

산남문건에 관한 피고인 2, 피고인 9의 항소이유에 대하여

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 2, 피고인 9가 공모하여, 피고인 9는 제주도지사 선거를 위한 지역별 책임자 구성을 목적으로 작성한 산남문건을 피고인 2에게 보여주고, 피고인 2는 위 문건을 검토하면서 위 문건에 대정읍 책임자 후보로 기재된 자와 대정읍 출신 제주도청 소속 공무원인 피고인 6과의 친분관계를 검토하면서 거기에 '피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 사실을 인정한 다음 이를 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한 것으로 판단하여 위 피고인들을 모두 유죄로 처단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 수긍이 가고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

항소이유의 주장은 산남문건은 피고인 9가 한나라당 경선에 대비하기 위하여 작성된 문건으로서 한나라당 경선을 위한 행위는 선거운동이 아니라 '그 준비행위'에 불과하므로 피고인 2가 위 문건에 가필한 행위를 선거운동의 기획에 참

여한 것으로 볼 수 없다는 것이다.

공직선거법에서 말하는 선거운동은 특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하는 것으로 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적인 준비행위에 해당하는 선거운동의 준비행위나 통상적인 정당 활동과는 구별되나, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목 뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도301 판결 등 참조).

그런데 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 5. 31. 지방선거에 출마할 제주도지사 후보 선출을 위한 한나라당의 당내경선은 대의원이나 당원만의 투표에 의하지 않고 대의원 20%, 책임당원 30%, 국민경선 30%로 된 투표 결과와 20%의 여론조사 결과를 종합하여 후보자를 선출하는 것이었음이 인정되는바, 이와 같이 50%의 당원 아닌 일반유권자들을 포함하여 실시되는 당내경선에서 당선되기 위하여 하는 활동은 동시에 선거를 위한 선거운동의 성격도 당연히 수반하게 되는 것이므로 이를 가리켜 '선거운동을 위한 준비행위'에 불과하다고 할 수는 없고, 이는 어디까지나 '선거운동'에 해당한다고 보아야 할 것이다.

따라서 피고인 2가 위 문건을 검토하면서 거기에 ' 피고인 6 계장 친교관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 행위는 선거운동의 기획에 참여하는 행위에 해당한다고 할 것이다.

그리고 가사 이와 달리 그것이 '선거운동을 위한 준비행위'에 불과하다고 하더라도 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 입법취지에 비추어 볼 때, 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 행위는 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 위 조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 하므로( 헌법재판소 2005. 6. 30.자 2004헌바33 전원재판부 결정 참조), 이점에 관한 위 피고인들의 항소이유는 어느 모로 보나 이유 없다.

또한 기록에 비추어 살펴보면, 피고인 2가 산남문건에 가필하게 된 경위에 관하여 원심이 인정한 사실과 그에 관하여 공소장에 기재된 사실은 피고인 9가 작성한 산남문건에 피고인 2가 가필하였다는 기본적 사실관계는 동일하고 단지 그 범위 내에서 구체적인 경위만을 다소 달리하고 있을 뿐이고, 그로써 위 피고인들의 방어권행사에 실질적인 불이익이 초래되었다고 할 수도 없으므로, 원심에 불고불리의 원칙을 위배한 위법이 있다고 할 수도 없다.

위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

라. 피고인 7의 항소이유에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 7의 아버지 공소외 3이 2006. 2. 중순경 조천읍 관내 주요인사 35명의 성명, 연락처 및 직업을 기재한 문건을 작성하여 피고인 7에게 교부한 사실, 피고인 7이 위 문건에, '자치행정과에 근무하는 피고인 7입니다.

첨부된 명단은 저의 아버지(공소외 3)께서 그동안 지사님을 위해 정말로 최선을 다해 작성한 명단입니다.

다소 많아 힘드시겠지만, 이들이 더욱 분발하도록 지사님께서 반드시 격려전화를 하셨으면 합니다.

특히 북촌마을에서는 아버지를 중심으로 지역유지들과 함께 이번에는 지사님을 전폭 지지하는 쪽으로 분위기를 잡아가고 있습니다.

이를 위해 북촌리 출신 공직자 모임(회장 공소외 12 소방과 관리담당, 24명)에서도 적극 지원하고 있습니다.

그리고 저의 동생 공소외 13(전화번호 생략)은 제주대 총동창회 총무이사로 열심히 지사님을 돕고 있습니다.

가끔 격려 전화라도 부탁드립니다.

자치행정과 피고인 7 드림'이라고 기재된 표지를 붙여 피고인 1에게 제출한 사실, 그 후 공소외 3이 조직표에 조천을 지역책임자로, 피고인 7이 공소외 3의 관리공무원으로 된 사실을 각 인정한 다음, 피고인 7이 아버지인 공소외 3과 함께 위 문건을 작성·제출한 행위는 피고인 1의 선거운동의 효율적 수행을 위한 계획 수립에 활용되어 선거에 영향을 미치게 될 것이어서 공직선거법 제86조 제1항 제2호 소정의 '선거운동의 기획에 참여'한 것에 해당한다고 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

또한 위 피고인에 대한 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 볼 수도 없다.

피고인 7의 항소이유는 모두 받아들일 수 없다.

마. 공직선거법의 법리를 오해하였다는 피고인 1의 항소이유에 대하여

공직선거법 제255조 제1항 제10호, 제86조 제1항 제2호 위반의 부정선거운동죄는 '공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나, 그 기획의 실시에 관여'함으로써 성립하는 범죄로서, 여기의 선거운동은 타인의 선거운동을 말하므로 후보자나 후보자가 되고자 하는 자는 비록 공무원이라고 하더라도 자기의 선거운동 기획과 관련하여서는 위 죄의 주체가 될 수 없으나, 위 죄의 주체가 될 수 없는 비신분자인 후보자나 후보자가 되고자 하는 자가 자기의 선거운동의 기획과 관련하여 신분자인 공무원의 행위에 가공한 경우에는 형법 제33조 본문에 의하여 위 죄의 공동정범이 될 수 있다고 할 것이다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결도 같은 취지에서 후보자가 되고자 하는 자인 비신분자를 자기의 선거운동 기획과 관련한 죄의 공동정범으로 처벌하고 있다). 자신의 선거운동 기획에 참여한 행위는 정범으로는 물론이고 공범으로도 처벌할 수 없다는 피고인 1의 이 부분 항소이유는 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

바. 압수물의 증거능력에 관한 법리를 오해하였다는 항소이유에 대하여

압수물은 압수절차가 위법하다 하더라도 물건자체의 성질, 형태에 변경을 가져오는 것은 아니고, 형태, 성질 등에 관한 증거가치에는 변함이 없으므로 그 증거능력은 인정되어야 한다.

범죄사실 인정의 명백하고 유용한 증거인 압수물의 증거능력을 압수절차의 위법을 이유로 배제하는 것은 실제적 진실발견을 어렵게 하여 범인을 방면하는 결과를 초래할 수 있으며, 이는 사법에 대한 일반인의 신뢰를 손상시키는 결과로 이어지게 된다.

위법수사의 역지효과는 그로 인한 압수물의 증거능력 배제를 통하지 않고 다른 방법으로도 얼마든지 더 효과적으로 달성할 수 있는 것이다.



같은 취지에서 우리 대법원은 오래전부터 최근에 이르기까지 "압수물은 압수절차가 위법하다고 하더라도 물건 자체의 성질·형상에 변경을 가져오는 것은 아니어서 그 형태 등에 관한 증거가치에는 변함이 없어 증거능력이 있다"고 거듭하여 판시하여 왔는바( 대법원 1968. 9. 17. 선고 68도932 판결, 1987. 6. 23. 선고 87도705 판결, 1994. 2. 8. 선고 93도3318 판결, 1996. 5. 14.자 96초88 결정, 2005. 10. 28. 선고 2004도4731 판결, 2006. 7. 27. 선고 2006도3194 판결 등 참조), 이 부분 항소이유의 주장은 위와 같은 우리 대법원의 확립된 견해에 반하므로 더 나아가 살필 것 없이 이유 없다.

그리고 기록상 항소이유의 주장과 같이 검사가 이 사건 압수물의 성질이나 형태에 변경을 가하였다고 볼 자료도 없다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9, 피고인 6, 피고인 7의 이 부분 항소이유 또한 모두 받아들일 수 없다.

사. 정당행위에 관한 법리를 오해하였다는 피고인 2, 피고인 4의 항소이유에 대하여

형법 제20조에 규정된 '기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 가리키는데( 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도6008 판결 등 참조), 공무원인 피고인 4가 추자면과 우도면의 지역 책임자를 추천하는 취지의 메모를 작성 교부하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 행위와 같은 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 ' 피고인 6 계장 친고관계?'라고 가필하는 등으로 의견을 제시한 행위는 형법 제20조에 규정된 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위'에 해당하지 아니함은 물론, 공직선거법 제86조 제1항의 입법 취지에 비추어 보면 그 행위가 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 사회생활 관계상 통상적으로 용인될 수 있는 행위인 '사회상규에 위배되지 아니한 행위'라고 보기도 어려우므로 형법 제20조에 규정된 정당행위로 볼 수도 없다.

따라서 이 점을 내세우는 위 피고인들의 이 부분 항소이유도 모두 받아들일 수 없다.

아. 피고인 3, 피고인 8의 항소이유에 대하여

(1) 선거운동 기획참여 해당여부

공직선거법 제86조 제1항 제2호에 규정된 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라 함은 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 것을 말한다( 대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결 참조).

원심은 그 판결에서 채용하고 있는 증거들을 종합하여, 피고인 8과 피고인 3이 공모하여 제주MBC가 주최하는 출마예정자 초청 토론회를 위하여 피고인 1에게 토론회 관련 자료를 만들어 주고, 제주KBS가 주최하는 출마예정자 초청 토론회에 참석할 피고인 1을 위하여 예상 답변 내용을 논의하고, 답변자료의 소관 부서를 확인해 주는 등으로 토론회 준비를 한 사실을 인정한 다음 이를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 판단하여 위 피고인들을 유죄로 처단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 항소이유에서 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

선거에 출마한 후보자가 후보자의 자질과 정책을 검증하기 위하여 열리는 토론회에 참석하는 것은 '선거운동'의 일환으로 보아야 할 것이므로, 그 토론회를 위하여 토론회 관련 자료를 만들어 주거나 토론회 준비를 하는 행위는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'에 해당한다고 할 것이다.

항소이유의 주장은 토론회 관련 자료를 만들어 주거나 토론회 준비를 하는 행위는 선거운동이 아니라 선거운동의 준비에 불과하므로 이를 선거운동의 기획에 참여한 것으로 볼 수 없다는 것이나, 앞서 본 바와 같이 공무원이 선거운동의 기획에 참여하는 행위는 선거운동의 준비행위에 불과하더라도 위 조항에 의하여 금지되는 것으로 보아야 하므로(헌법재판소 2005. 6. 30.자 2004헌바33 전원재판부 결정 참조), 이 점에 관한 항소이유의 주장은 어느 모로 보나 이유 없다.

## (2) 양형부당 여부

이 사건 범행의 동기와 경위, 결과 및 위 피고인들의 전과, 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 모든 조건들을 참작하여 볼 때 위 피고인들에 대한 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 항소이유도 받아들일 수 없다.

## 3. 검사의 항소이유에 대한 판단

가. 산남문건에 관한 피고인 1, 피고인 4의 무죄부분에 대하여

### (1) 포괄일죄 여부

동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위 혹은 연속된 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이나, 범의의 단일성과 계속성이 인정되지 아니하거나 범행방법이 동일하지 않은 경우에는 각 범행은 실체적 경합범에 해당한다(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003도2932 판결, 2004. 5. 28. 선고 2002도5672 판결 등 참조)

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하는 인정되는 다음의 사정, 즉 산남문건(2006. 2.경)과 조직표(2006. 3. 13.)의 작성시기가 서로 다른 점, 산남문건은 산남지역에 국한한 지역별 조직의 구성을 위한 문건이나, 조직표는 지역별 조직 외에 직능별 조직과 종친회, 동문회 등의 특별관리조직의 구성도 아울러 목적으로 하고 있으며, 지역별 조직도 산남지역뿐만 아니라 제주도 전역을 대상으로 하고 있는 점, 산남문건은 지역의 민간 인사를 책임자로 하는 민간 조직의 구성을 위한 것이나, 조직표는 이와 달리 민간 인사를 책임자로 하는 지역별 직능별 조직과 특별관리조직을 공무원이 책임자별로 맡아 관리하도록 하는 공무원 관리 조직의 구성을 목적으로 하고 있는 점, 조직표는 지역이나 직능마다 1인의 책임자만을 두는 것을 원칙으로 하고 있으나, 산남문건은 지역마다 총책과 별도로 청년부 총책을 따로 두는 조직을 전제로 하고 있는 점, 조직표와 달리 산남문건에는 지역별 책임자 외에 330명에 이르는 일반 인사들의 명단이 별도로 첨부되어 있는 점, 산남문건에서 책임자로 추천된 18명의 지역 인사 중에서 조직표의 지역 책임자로 된 사람은 5명에 불과한 점 등에 비추어 보면, 산남문건으로 구성하고자 한 조직과 조직표로 구성하고자 한 조직은 동일한 조직이 아니라 서로 다른 별개의 조직이라고 할 것이다.

따라서 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위와 조직표상의 추자면과 우도면 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위는 하나의 선거운동 조직을 구성하기 위하여 계속적으로 이루어진 일련의 행위라고 볼 수 없고, 이는 어디까지나

별개의 행위로 보아야 하므로 양자는 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것이다.

### (2) 공모관계의 판단 방법

위와 같이 피고인 2의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법위반죄와 피고인 4의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법 위반죄가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 한다면, 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등으로 의견을 제시한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위에 대하여 피고인 1이나 피고인 4에게 공동정범으로서의 책임을 묻기 위하여서는 산남문건과 별개인 조직표 작성에 다른 사람이 개입할 것이라고 인식하는 것만으로는 부족하고, 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등의 방법으로 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 구체적으로 인식하는 것이 필요하며, 이렇게 해석하는 것이 '공무원'의 선거운동 기획 참여를 금지하는 방법으로 행위의 주체에 중점을 두고 규정하고 있는 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 규정형식에도 부합한다고 할 것이다.

### (3) 소결론

그런데 기록을 살펴보아도 피고인 2가 산남문건을 검토하면서 거기에 가필하는 등의 방법으로 피고인 1을 위하여 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 피고인 1이나 피고인 4가 알았다고 볼 증거를 찾아볼 수 없다.

따라서 원심이 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1과 피고인 4가 피고인 2, 피고인 9와 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실이 모두 무죄라고 판단한 조치는 정당하고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 사실오인이나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유는 받아들일 수 없다.

나. 피고인 4 메모와 조직표에 관한 피고인 2의 무죄부분에 대하여

앞서 본 바와 같이 피고인 2의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법위반죄와 피고인 4의 선거운동기획 참여로 인한 공직선거법 위반죄가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범의 관계에 있다고 보는 이상, 조직표상의 추자면과 우도면 지역 책임자를 추천하고, 조직표를 검토하여 수정 작업을 한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위에 대하여 피고인 2에게 공동정범으로서의 책임을 묻기 위하여서는 피고인 4가 위와 같은 방법으로 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여한다는 점을 피고인 2가 구체적으로 인식하는 것이 필요한데 기록을 살펴보아도 이 점을 인정할만한 증거가 없다.

따라서 책임자 추천 및 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 2가 피고인 1, 피고인 4, 피고인 9와 공모하여 하였다는 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 사실오인이나 공동정범에 관한 법리오해의 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

다.

중문지역 책임자추천에 관한 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9의 무죄부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은, " 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여, 2006. 2. 말경 제주시 연동에 있는 제주시청 도지사 집무실에서, '지역', '직능' 등 분야별 책임자 구성을 위해 피고인 2가 피고인 1에게 서귀포시 중문동 지역 책임자 후보로 공소외 14 대포새마을금고 이사장, 위 중문동 청년층 책임자 후보로 공소외 15 전 중문동 연합청년회장을 추천함으로써 선거운동의 기획에 참여하였다"는 이 부분 공소사실에 대하여, 피고인 2가 작성한 '대포출신(중문총책) 현) 대포새마을금고 이사장 공소외 14(당 58세), 하원동 출신(청년층 총책) 직전) 중문동 연합회장 공소외 15(당 40세)'라는 내용의 메모지를 피고인 1이 보관하고 있는 사실, 위 메모지의 내용이 산남문건과 일치하고 있는 사실은 각 인정되나, 위 메모지가 언제 작성된 것인지를 알 수 있는 증거가 없는 이상, 그것만으로 피고인 2가 공소외 14, 공소외 15를 산남문건상의 중문지역 책임자 후보로 추천하였다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

라. 남원회동 보고에 관한 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9의 무죄부분에 대하여

(1) 공소사실의 요지

피고인 4, 피고인 9, 피고인 2, 피고인 1은 공모하여, 피고인 2는 자신이 조직표상 제주 남제주군 남원읍 관리 공무원으로 지정된 것을 기화로 2006. 3. 14. 12:00경 위 남원읍에서 조직표에 남원읍 책임자로 지정된 공소외 16 등을 만나 선거운동을 위한 조직구성 및 운영 방안을 논의한 다음, 그 무렵 제주시청 집무실에서 위 논의 결과와 도지사의 격려를 바란다는 내용을 기재한 문서를 피고인 1에게 보고하면서 위 문서에 전 남원읍장인 공소외 17의 연락처를 기재하여 주어 선거운동의 기획에 참여하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 4, 피고인 9, 피고인 2, 피고인 1이 공모하여 남원회동 보고를 통한 선거운동기획 참여행위를 한 사실을 인정할 증거가 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 피고인 1 및 피고인 2 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 남원회동 문건은 '3월 14일 화요일 12:00 남원읍 관내에서 남원읍 지역총책 공소외 16, 기존책 공소외 18, 기존연락소장 공소외 19, 지역원로 공소외 20이 만나 피고인 1의 선거운동을 위하여 한 데 뭉쳐 최선을 다하기로 합의하였고, 다음 주까지 마을단위 조직책을 선임하기로 하고, 10일에 한번씩 만나서 논의하기로 하였는데, 사무실문제, 회계담당문제, 사무장 문제에 대하여 걱정이 있었다.

지사님께서 고맙다는 전화와 함께 협조하여 달라는 전화 바란다' 는 내용으로, 거기에 회동인사들인 공소외 16, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20의 전화번호가 기재되어 있는 사실, 그 후 피고인 2가 위 남원회동 문건의 말미에 수기로 '공소외 17 읍장 (전화번호 생략)'라고 전 남원읍장 공소외 17의 연락처를 덧붙여 기재한 사실, 조직표에 공소외

16은 남원을 책임자로 피고인 2는 그 관리공무원으로 되어 있는데, 피고인 2는 위 남원회동 문건에 기재된 회동시간(3. 14. 12:00) 직전인 같은 날 11:47경에 공소외 16에게 전화를 하였고, 같은 날 공소외 16과 남원읍에서 만난 사실, 위 남원회동 문건은 그 후 피고인 1에게 건네져 피고인 1이 이를 소지하고 있다가 압수된 사실을 각 인정할 수 있다.

위 사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 위 남원회동 문건은 조직표상의 남원읍 지역책임자를 중심으로 지역 인사들이 만나 피고인 1의 선거운동을 위하여 최선을 다하기로 합의하였다는 회동결과를 보고하면서 피고인 1에게 회동한 인사들에게 고맙다는 답례와 앞으로의 협조를 당부하는 전화를 할 것을 권유하기 위하여 작성된 문건으로서, 그 문건은 당초의 작성 목적대로 문건에 보고를 받을 자로 예정된 피고인 1에게 교부되어 피고인 1이 이를 보관하고 있었던 점, 조직표상의 관리공무원인 피고인 2가 자신이 관리하도록 되어 있는 조직표상의 책임자이자 남원회동의 주체인 공소외 16에게 회동 직전에 전화한 후 같은 날 남원읍에서 만난 점, 위 문건이 작성된 후 피고인 2가 피고인 1의 요청으로 당초 기재된 공소외 16 외 3인의 회동인사들의 전화번호와 별도로 위 문건에 전 남원읍장인 공소외 17의 연락처를 추가로 가필하여 주었는데, 공소외 17은 그 경력으로 보아 선거와 관련하여 피고인 1이 협조를 구할 필요가 있는 사람으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 2는 위 남원회동 문건에 추가로 전화하여 협조를 구할 사람의 연락처를 가필한 다음 이를 피고인 1에게 교부하여 보고함으로써 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다고 할 것이고, 이러한 결론은 당초에 위 문건을 작성한 사람이 피고인 2인지 여부에 따라 달라지는 것은 아니며, 한편 피고인 1은 위 문건에 공소외 17의 연락처를 적어줄 것을 요청하여 이를 기재받은 다음 위 문건을 교부받아 보관함으로써 피고인 2의 위 남원회동 보고를 통한 선거운동기획 참여행위를 피고인 2와 공모하여 하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1과 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유는 이유 있다.

#### (나) 피고인 4 및 피고인 9 부분

다만 기록상 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 위와 같은 선거운동기획 참여행위에 피고인 4나 피고인 9가 공동으로 가공하였다는 증거는 없으므로, 이 부분 공소사실에 관한 원심의 무죄부분 중 피고인 4와 피고인 9에 대한 부분은 정당하고, 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

검사의 이 부분 항소이유는 받아들일 수 없다.

#### 마. 피고인 7 문건에 관한 피고인 1의 무죄부분에 대하여

##### (1) 공소사실의 요지

피고인 1은 2006. 2. 말경 피고인 7이 작성한 위 2.의 라.항 기재 문건을 보고받아 보존하면서 조천읍 지역 책임자로 지정된 피고인 7의 부친 공소외 3의 전화번호를 파악하여 업무일지에 부착한 후 공소외 3에게 전화를 거는 등으로 피고인 7의 선거운동 기획참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 1이 피고인 7의 선거운동 기획참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다고 볼 증거가 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 자신의 선거운동을 위하여 작성된 앞서 본 피고인 7의 문건을 집무실에 보관하면서, 문건에 '조천읍 북촌마을의 지역유지들과 함께 피고인 1을 전폭 지지하는 쪽으로 분위기를 잡아가고 있는' 중심인물로 기재된 공소외 3( 피고인 7의 아버지)의 전화번호를 메모지에 적어 자신의 업무 일지에 부착하여 두었다가, 조직표가 완성되기 이틀 전인 2006. 3. 11. 공소외 3에게 전화를 하였고, 그 후 조직표에 공소외 3은 조천읍 지역책임자로, 그 아들인 피고인 7은 공소외 3의 관리공무원으로 각 기재된 사실, 그 후 공소외 3은 조직표 작성 후인 2006. 3. 17. 피고인 1에게 전화하여 연락한 사실을 각 인정할 수 있는바, 그렇다면 위 피고인 7 문건은 피고인 1의 명시적 또는 묵시적 양해 하에 피고인 1에게 교부되었고, 피고인 1은 위 문건을 전달받아 이를 이용할 의사로 보관하였다고 할 것이므로, 피고인 1은 위 문건을 통한 피고인 7의 선거운동기획 참여 행위를 피고인 7과 공모하여 하였다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유도 이유 있다.

바. 피고인 6 전화자료에 관한 피고인 6, 피고인 1의 무죄부분에 대하여

(1) 공소사실의 요지

피고인 6, 피고인 1은 공모하여, 2006. 2. 말경부터 2006. 3. 초순경까지 위 도지사 집무실에서 '돌다리도 두드려보고 가는 게 좋을 것 같다'는 등 피고인 1에 대한 지지 여부 및 성향에 대한 분석이 포함된 지역 유력인사 30명의 명단을 기재한 전화자료를 작성하여 이를 피고인 1에게 보고하고, 피고인 1은 이를 보고받아 보관하는 등으로, 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 피고인 6이 작성한 전화자료는 도정홍보의 일환으로 작성된 통상적인 업무보고로 볼 여지가 높아 선거운동의 기획에 참여한 것에 해당한다고 할 수 없다는 이유를 들어 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 피고인 6 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6은 '전화자료'라는 제목 하에 30명의 명단과 그들의 전화번호, 직위, 성향 등이 기재된 5장으로 구성된 메모를 작성하여 교부하였는데, 거기에는 ' 공소외 21, 전 정무부지사,

돌다리도 두드려 보고 가는 게 좋을 것 같습니다', '공소외 22, 확실하지만 전화 한번 더하면...', '공소외 23, 공소외 24 전 공무원 부인, 전화안하면 송하는 스타일', '공소외 25, 농협 신제주지점 차장, 지사님께 관심이 많음', '공소외 26, 대정연합 청년회장, 지난번 혁신안 적극운동', '공소외 27, 직전 청수리장, 확고히 하는 차원에서 전화', '공소외 28, 남제주군청 계장, 중앙선거관리위원회 공소외 29 기획관의 형', '공소외 30, 시의회 사무과장, 인맥이 많을 것으로 보임' 등의 내용이 포함되어 있는 사실이 인정되는바, 메모에 기재된 인사들과 피고인 1의 개인적인 관계, 그들의 지지 여부, 지지자임에도 불구하고 관계를 다져야 할 이유, 그들의 영향력 등을 언급하면서 그들에게 전화로 접촉할 것을 권유하고 있는 위와 같은 메모의 내용에다가, 민간인사 아닌 공무원까지 전화접촉의 대상으로 포함하고 있는 점(도정홍보 내지 대화행정을 위한 통상적인 업무보고라면 현직 공무원이나 전직 정무부지사, 공무원 부인 등까지 접촉대상에 포함할 필요는 없을 것이다), 접촉대상자가 다가올 지방선거를 총괄하는 중앙선거관리위원회 소속 공무원과 친족관계에 있다는 것을 특히 강조하고 있는 점 등을 보태어 보면, 피고인 6이 위 전화자료를 작성하여 교부한 행위는 피고인 1이 영향력 있는 인사들을 상대로 전화로 접촉하는 방법으로 효율적으로 선거운동을 할 수 있도록 하기 위한 것으로서 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 말하는 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 6에 대한 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하고 말았으니, 원심에는 사실을 오인하여 판결결과에 영향을 미친 위법이 있다.

이 점을 지적하는 검사의 항소이유도 이유 있다.

#### (나) 피고인 1 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 위 전화자료가 피고인 1의 집무실에 보관되어 있는 사실이 인정되는 바, 피고인 1이 위 전화자료를 직접 보고받았다거나 위 전화자료를 전달받아 이를 이용할 의사로 보관하였다고 볼 증거가 없으므로 이 부분 공소사실에 관한 원심의 무죄부분 중 피고인 1에 대한 부분은 정당하고, 거기에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

검사의 이 부분 항소이유는 받아들일 수 없다.

사. 피고인 5 메모에 관한 피고인 5, 피고인 1의 무죄부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 " 피고인 5와 피고인 1이 공모하여, 2006. 2.경 위 도지사 집무실에서 피고인 5는 소관 업무인 사회복지 분야의 유력 인사 6명의 소속 단체 등을 기재한 메모를 피고인 1에게 제공하고, 계속하여 같은 분야의 유력인사 10명의 피고인 1에 대한 지지여부와 소속 단체 등에 대한 영향력을 기재한 명단을 작성하여 이를 피고인 1에게 보고하고, 피고인 1은 위 명단 좌측 상단에 제출자인 피고인 5의 직책인 '사회과장'이라고 기재한 다음 업무일지에 부착하여 보관하면서 명단 중 일부에 표시를 하는 등으로, 피고인 1을 위한 선거운동의 기획에 참여하였다.

"는 이 부분 공소사실에 대하여, 위 각 메모가 피고인 1의 선거운동의 효율적 수행을 위한 계획 수립에 활용하기 위하여 작성된 것이라고 보기 어렵다고 판단하여 그 판시와 같은 이유로 위 피고인들에 대한 이 부분 공소사실에 대하여 모두 무죄를 선고하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 수긍이 가고, 거기에 항소이유가 지적하는 바와 같은 위법이 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

아. 피고인 7에 대한 양형부당 항소이유에 대하여

이 사건 범행의 동기와 경위, 결과 및 위 피고인의 전과, 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 양형의 기준이 되는 모든 조건들을 참작하여 볼 때 위 피고인에 대한 원심의 형이 너무 가벼워 부당하다고 볼 수 없다.

이 점에 관한 검사의 항소이유도 받아들일 수 없다.

4. 결론

그렇다면 원심판결의 남원회동 보고에 관한 부분 중 피고인 1, 피고인 2 부분에 대한 검사의 항소와 피고인 7 문건에 관한 부분 중 피고인 1 부분에 대한 검사의 항소, 그리고 피고인 6 전화자료에 관한 부분 중 피고인 6 부분에 대한 검사의 항소는 모두 이유 있으므로 이를 각 받아들여 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 2, 피고인 6 부분과 피고인 1 부분 중 유죄부분, 그리고 피고인 1에 대한 무죄부분 중 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 점에 대한 무죄부분을 제외한 나머지 부분을 모두 파기하기로 하고, 한편 원심판결에는 실제적 경합범의 관계에 있는 다음의 각 행위 즉, 산남문건 검토를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점과 책임자 추천과 조직표 검토를 통한 피고인 4의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점 및 남원회동 보고를 통한 피고인 2의 선거운동기획 참여행위를 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 9가 공모하여 하였다는 점을 모두 포괄일죄로 보아 판단한 잘못이 있고 이는 판결결과에 영향을 미쳤으므로 앞서 본 파기 부분과 별도로 원심판결 중 피고인 4, 피고인 9에 대한 부분도 모두 직권으로 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 검사의 피고인 5, 피고인 7에 대한 항소와 피고인 5의 선거운동기획 참여에 공동으로 가공하였다는 무죄부분에 관한 피고인 1에 대한 항소, 그리고 피고인 7, 피고인 3, 피고인 8의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 모두 기각하기로 한다.