

공직선거법위반

[서울고등법원 2011. 3. 21. 2011노73]



【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 4인

【항 소 인】 피고인 1 외 2인 및 검사

【검 사】 이인걸

【변 호 인】 법무법인 율촌 담당변호사 유명일 외 6인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2010. 12. 24. 선고 2010고합1048 판결

【주문】

】

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분을 각 파기한다.

피고인 1을 벌금 500만 원에, 피고인 2를 벌금 400만 원에, 피고인 4를 벌금 150만 원에 각 처한다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4가 각 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 각 금 5만 원을 1일로 환산한 기간 위 피고인들을 노역장에 유치한다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대하여 각 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 무죄부분과 피고인 3, 피고인 5에 대한 검사의 항소를 모두 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4

(1) 문자메시지 및 전보 발송 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 선거운동이 아니라는 주장(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

1) '중구청장 피고인 1' 명의의 문자메시지 및 전보의 수신자는 피고인 1의 지인이나 중구청 관내 직능단체 회원들이고, 그 내용도 정치적 색깔이 없는 단순한 인사말일 뿐이어서 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송은 일상적, 의례적, 사교적 행위이거나, 피고인 1 이전 구청장 시절부터 지속적, 반복적으로 이루어진 구정활동의 일환에 불과하고, 타구청장들도 피고인 1보다 더 많은 문자메시지 및 전보를 발송하고 있으며 그 증가량도 중구청과 유사하고, 게다가 피고인 1은 발송 당시에는 차기 구청장으로 출마할 지 여부가 불확실한 시기였으므로, 문자메시지 및 전보 발송은 선거운동에 해당하지 않는다.

2) 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지 발송은 학부모들에게 성동고의 자율형 공립고 선정 사실을 널리 알려 성동고 입학 지원자 모집을 활성화하려고 한 것에 불과할 뿐이고, 구청장의 업적홍보행위에 해당하지 아니하므로, 이는 선거운동이 아니다.

또한 ◆병원 입원 환자에 대한 쾌유기원전보 발송은 ◆병원의 중구민에 대한 의료지원 등 ◆병원과 중구청의 업무협조관계에 따라 이루어진 것으로 선거운동과 무관하다.

(나) 고의가 없다는 주장(피고인 1)

피고인 1은 구청 간부들에게 수회 공직선거법 준수를 강조하고 각 과와 동으로 선거법 관련 사항을 숙지하도록 시달하였으며, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송에 관하여 업무활동의 일환으로 선거운동과 무관하다고 판단하였을 뿐이므로, 공직선거법위반에 대한 고의가 없었다.

(다) 예비후보자로서 또는 공직선거법 제82조의5의 반대해석상 문자메시지 또는 전보 발송이 허용된다는 주장(피고인 1)

공직선거법 제60조의3 제1항 제7호에 따르면 예비후보자는 문자메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 행위를 할 수 있으므로, 사실상의 예비후보자이었던 피고인 1은 예비후보자 등록 시작일인 2010. 2. 19.부터 같은 달 27.까지 생일축하전보 발송을 할 수 있고, 위 규정과 공직선거법 제82조의5 제6항을 반대해석하면, 피고인 1은 선거운동 정보가 아닌 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송을 할 수 있다.

(라) 서울 중구 비거주자에 대한 발송 부분(피고인 2, 피고인 4)

서울 중구에 거주하지 않는 사람에 대한 문자메시지 발송이 중구청장 선거에 영향을 미칠 수 있는 경우라는 입증이 없으므로, 이 부분은 선거운동에 해당하지 않음에도 유죄로 인정한 원심은 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다.

(마) 미도달 부분에 대한 주장(피고인 2, 피고인 4)

발송한 문자메시지 중 도달하지 못한 경우는 공직선거법위반죄의 미수에 해당하는데, 이에 대한 처벌규정이 없으므로 미도달 부분은 무죄에 해당함에도, 이러한 부분까지 유죄로 인정한 원심은 법리오해의 위법이 있다.

(바) 공직선거법상 개별 금지 조항에 대한 법리오해 주장(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법상 사전선거운동금지 규정(제254조 제2항)은 행위별로 기간을 특정하여 금지하는 개별 조항에서 규정하고 있지 아니한 경우에 한하여 예외적·보충적으로 적용되는 것인바, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송에 대하여는 공직선거법상 개별 금지 조항(제93조 제1항 또는 제109조 제1항)이 있으므로, 이와 별도로 사전선거운동금지 규정을 적용하여 처벌할 수 없음에도, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송이 사전선거운동금지 규정(제254조 제2항)에 해당한다고 판단한 원심은 법리오해의 위법이 있다.

(사) 구법을 적용한 것이 위법이라는 주장(피고인 1)

원심판시 문자메시지 및 전보 발송으로 인한 사전선거운동의 점(원심판시 범죄사실 제1항)에 대하여 검사가 각 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공직선거법'이라 한다.

) 제254조 제3항에 의하여 기소하지 아니하였음에도 원심은 적용법조의 변경절차 없이 위 법조를 적용한 위법이 있다. 따라서 2010. 1. 25. 이전에 이루어진 전보발송행위에 대하여 구 공직선거법위반으로 의율한 것은 공소제기 범위를 넘어서 판단한 것으로 위법하다.

(아) 공동정범관계 부인(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

피고인 1은 문자메시지 및 전보 발송 업무가 사실상 비서실의 전결처리사항이기 때문에 이에 관하여 비서실 직원들로부터 보고받거나 관여한 사실이 없고, 피고인 2는 공소외 1, 공소외 2에게 구체적으로 문자메시지 및 전보 발송을 지시한 사실이 없을 뿐만 아니라, 이 사건 문자메시지 및 전보의 수신자 등을 제대로 알지 못하며, 피고인 4는 중구시설관리공단의 ○○아트홀 스포츠센터의 민원업무 처리 등과 관련하여 업무협조 차원에서 소속 회원들의 자료를 중구청에 보내준 것에 불과하고, 나아가 그 자료가 문자메시지 발송에 사용되리라는 것을 예상하지도 못하였으므로, 위 피고인들은 문자메시지 및 전보 발송으로 인한 공직선거법위반죄의 공모공동정범으로 볼 수 없다.

가사 피고인 4에 대하여 공동정범 관계가 인정된다고 하더라도 피고인 4가 넘긴 명단의 사람들이 아닌 사람들에게 대한 문자메시지 발송행위에 대하여는 공모하지 아니하였으므로 이 부분까지 공동정범으로 인정할 수 없다.

(2) ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해(피고인 1)

(가) 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위 주장

1) ○○골프회장배 골프대회 인사 부분

피고인 1은 ○○아트홀 스포츠센터의 관리·운영자로서 위 스포츠센터 회원들의 사적 모임인 ○○골프회 골프대회 참가자들 중 타구민들에게 자신을 소개하기 위하여 명함을 배부하였고, 골프대회 참가자들에게 통상적인 축하 및 의례적인 격려인사를 하였을 뿐 자신의 지지를 호소하는 등 선거와 관련된 어떠한 발언도 한 사실이 없으므로, 이 부분 행위는 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

2) 경로당 식사대접 인사 부분

피고인 1은 경로당 식사 대접이 '효 실천 사업'의 일환으로 계획된 행사라는 수행비서의 보고를 듣고 잠시 참석하여 의례적인 인사를 하였을 뿐이고, 자신의 지지를 호소하는 등 선거와 관련된 어떠한 발언도 한 사실이 없으므로, 이 부분 행위도 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

3) 뮤지컬 '△△' 공연 인사 부분

피고인 1은 제설작업을 한 구민들의 노고를 치하하고 격려하기 위하여 공연장에 참석하여 단순한 감사의 말과 덕담을 한 것에 불과하고, 소외계층 초청행사에 관내 단체장 등이 참석할 경우 공연시작 전에 인사말을 하는 것은 일반적인 관행이므로, 이 부분 행위는 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

(나) 공직선거법상 허용된다는 주장

구 공직선거법 제86조 제2항 제4호에 의하면 각목에 규정된 경우를 제외하고 지방자치단체장은 선거일로부터 60일전까지는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사를 개최하거나 후원하는 행위를 할 수 있는바, 피고인 1이 선거일로부터 60일 전에 골프대회 출발장소, 경로당 식사대접장소, ○○아트홀과 공소외 28 주식회사가 만든 뮤지컬 '△△' 공연 장소에서 각 인사말을 한 행위는 골프대회, 경로행사, 무료공연행사를 후원하는 것보다 훨씬 선거에 미치는 영향이 미약하다고 할 것이어서 이는 당연히 허용된다.

(3) 골프잡지 배부 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해(피고인 2)

피고인 2는 골프잡지를 동장 개인들에게 준 것이 아니므로 기부행위의 상대방이 존재하지 아니하여 기부행위라고 할 수 없고, 골프잡지의 소유권자가 아니므로 제3자 기부행위에 해당하지 아니하며, 유권자를 상대로 직접 골프잡지를 배부한 것도 아니므로 탈법방법에 의한 인쇄물의 배부행위라고 볼 수도 없다.

(4) 양형부당의 주장(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

원심이 피고인 1에게 선고한 벌금 700만 원, 피고인 2에게 선고한 징역 6월, 집행유예 2년, 피고인 4에게 선고한 벌금 200만 원의 형은 각 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) ○○골프회장배 골프대회 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 달력 기부 부분

피고인 1, 피고인 2, 피고인 5는 공모하여, 피고인 5가 피고인 1의 홍보를 위해 달력을 제작하여 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 골프대회 출발장소에 참석시키고, 피고인 5가 옆에서 수행함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 5의 각 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(다) 축사대독 부분

피고인 5, 피고인 4가 공모하여 피고인 1을 홍보하는 내용이 있는 축사를 대독함으로써 피고인 1을 위하여 선거운동을 한 것이 명백함에도 이에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(2) 경로당 식사대접 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 금품과 달력 기부 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 위하여 경로당 노인들에게 식사비용과 달력을 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 골프대회 출발장소에 참석시키고, 피고인 5가 옆에서 수행함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 5의 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(3) 뮤지컬 '△△' 무료공연 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 공연 무료교환권 기부 부분

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공모하여 뮤지컬 '△△'의 문화나눔행사를 선거운동목적으로 변질시켜 피고인 1을 위하여 동장들로 하여금 구민들에게 위 공연의 무료교환권을 배부하게 함으로써 이를 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 3의 인사말 공모 부분

피고인 2는 피고인 1을 위 공연장소에 참석시키고, 피고인 3은 공연기획사 담당자에게 피고인 1이 인사말을 할 수 있도록 지시함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 3의 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(4) 양형부당의 주장

원심이 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에게 선고한 앞서 나온 형은 각 너무 가벼워서 부당하다.

2. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 항소이유에 관한 판단

가. 문자메시지 및 전보 발송 부분의 사실오인 또는 법리오해 주장에 관하여

(1) 선거운동이 아니라는 주장에 관하여(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 중구청장 피고인 1 명의의 문자메시지는 2008년 추석 때 10,994건, 2008년 성탄절 때 4,000건, 2008년~2009년 연말연시 때 숫자미상, 2009년 설 때 7,382건이 발송되다가(증거기록 제1696면~제1700면) 2009. 5.경부터 매월 중점적으로 발송되기 시작하고(증거기록 제1019면), 이 사건 생일축하전보의 발송량이 갑자기 증가하기 시작한 것은 2009. 6.경인 사실(증거기록 제1020면), ② 이 사건 문자메시지 발송 대상자가 2009. 6. 1.경부터 9,400여 명 정도로 중구 유권자(약 10만여 명)의 약 9% 정도에 이르다가, 2009. 11. 1.경에는 2만 1,000여 명, 2009. 11. 10.경에는 3만 1,000여 명, 2009. 11. 26.경에는 2만 5,000여 명, 2009. 12. 1.경에는 3만 1,000여 명에 달하였고, 생일축하전보 발송대상자인 중구청 관내 통·반장들의 수만 2,000여 명이 넘고 직능단체 임원 및 회원들의 수까지 합하면 수천 명에 달했던 사실, ③ 문자메시지 및 전보 발신자가 중구청 내지 담당 부서가 아니라 중구청장의 직함과 성명까지 기재한 '중구청장 피고인 1'로 되어 있고, 피고인 1의 개인 휴대전화 번호가 발신자 전화번호로 표시되어 있었던 사실, ④ 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지의 발송 내용은 "성동고 자율형 공립고 선정! 우리중구 명문학교 만들기의 결실입니다! 중구청장 피고인 1"인 사실, ⑤ 쾌유기원전보의 발송대상자는 피고인 2가 의료지원 업무와는 무관하게 직접 ◆병원 총무부장에게 요청하여 받은 입원 환자 명단에 있는 중구민이고, 중구청에서 그 입원환자 명단을 이용하여 의료지원을 한 적이 없었던 사실 등을 인정할 수 있다.

위 인정사실을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 중구청장 피고인 1 명의의 문자메시지는 명절, 성탄절, 연말연시에만 발송되다가 2009. 5.경부터 매월 발송되기 시작하면서 △△ 그 발송 건수도 증가한 점, ② 문자메시지 및 전보 발송 대상자가 피고인 1과 평소 지면이나 친교가 있다고 볼 수 없는 불특

정다수의 일반 선거구민으로 보이는 점, ③ 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지의 내용은 정보 제공보다는 오히려 피고인 1의 업적홍보에 가까운 점 등을 종합하여 보면, '중구청장 피고인 1' 명의로 이 사건 문자메시지, 생일 축하전보 및 쾌유기원전보를 발송한 행위는 구정활동의 일환 또는 일상적·의례적·사교적인 행위에 해당한다고 보기 어렵다.

한편 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 변호인들이 제출한 증거들에 의하면 서울의 타구청에서도 문자메시지와 전보를 보낸 사실이 인정되지만, 타구청에서 보낸 문자메시지의 수만 파악이 될 뿐, 비서실이 아닌 각 국, 과에서 보낸 것과 타구청장들의 직함과 성명을 기재하여 보낸 것이 구별되지 아니하고, 타구청장들의 직함과 성명을 기재하여 보낸 문자메시지의 기간별 변동량을 알 수도 없는바, 위 변호인들이 제출한 증거들만으로는 앞서의 인정에 방해되지 아니한다.

또한 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1은 2009. 6. 당시 □□□당 소속이었던 점, ② 피고인 1은 1991년경부터 꾸준히 정치활동을 해온 점, ③ 피고인 1이 당시 구청장 재선 출마를 포기할 만한 객관적 사유가 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1은 2009. 6.경 이미 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있었던 것으로 보인다.

따라서 이 사건 문자메시지 및 전보 발송은 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 피고인 1에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 위 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 고의가 없다는 주장에 관하여(피고인 1)

비록 피고인 1이 구청 간부들에게 수회 공직선거법 준수를 강조하고 각 과와 동사무소에 선거법 관련 사항을 숙지하도록 시달한 사실이 인정된다 하더라도, 위 (1)항에서 본 바와 같이 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송 동기와 경위, 내용과 취지, 발송 대상, 피고인 1의 선거운동경력 등에 관한 제반 사정을 종합하면, 피고인 1은 선거에서 당선되고자 하는 목적으로 이 사건 문자메시지 및 전보를 발송하였다고 봄이 상당하므로 위 피고인에 대한 범의도 충분히 인정된다.

(3) 예비후보자로서 또는 공직선거법 제82조의5의 반대해석상 문자메시지 또는 전보 발송이 허용된다는 주장에 관하여 공직선거법 제60조의3 제1항 제7호에 의하면, 예비후보자는 문자메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 행위를 할 수 있으나, 피고인 1이 이 사건 문자메시지를 발송할 당시의 구 공직선거법 제60조의3에 의하면 위 제7호가 규정되어 있지 않았을 뿐만 아니라, 피고인 1은 예비후보자의 지위에 있지도 아니하였으므로 위 규정에 따라 선거운동정보를 담은 문자메시지를 보낼 수 있다고 인정되지 아니한다.

또한 공직선거법 제82조의5 제6항의 반대해석상 선거운동정보가 아닌 문자메시지 및 전보를 발송하는 것이 허용된다는 주장에 관하여 살피건대, 위 조항은 자동생성 프로그램 그 밖의 기술적 장치를 이용하여 선거운동정보를 전송하

는 것을 금지하는 규정일뿐, 자동생성 방법이 아니면 모든 선거운동이 허용된다는 취지의 규정은 아니므로, 피고인 1의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(4) 서울 중구 비거주자에 대한 발송 부분에 관하여(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법 제58조 제1항 소정의 선거운동은 공직선거법상 '기부행위'의 경우와는 달리 그 상대방이 제한되어 있지 않으므로, 그 선거운동의 상대방이 당선 또는 낙선을 도모하는 특정 후보자의 선거구 안에 있거나 선거구민과 연고가 있는 사람이나 기관·단체·시설 등에 해당하여야만 선거운동에 해당한다고 볼 것은 아니다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도9043 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건의 경우 문자메시지 및 전보 발송 대상자가 중구 비거주자라고 하더라도 선거에 영향을 미치게 하기 위한 목적을 가진 것이라면 선거운동의 상대방에 해당한다고 보아야 하는바, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 이 사건 문자메시지 및 전보 발송 대상자 중 중구 비거주자들은 중구에 직장을 가지고 있거나 중구 시설관리공단의 회원 등 중구의 문화시설을 이용하는 자들로서 선거에 영향을 미칠 수 있는 관련성이 있다고 인정되므로, 위 피고인들의 이 부분 주장도 이유 없다.

(5) 미도달 부분에 대한 주장에 관하여(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법에서 규제하는 문서(문자메시지) 배부의 경우, '배부행위'란 문언의 의미에 비추어 보면, 직접 배부행위의 상대방에게 문서·도화 등이 도달되지 않는 이상 배부행위자의 사자 또는 그 내용을 모르는 운송기관 등에게 교부된 것만으로는 배부행위가 기수에 이르렀다고 할 수 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도1938 판결).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항과 나.항의 별지 범죄일람표(1) 기재 연번별 문자메시지 중 도달된 것의 수는 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재와 같은바, 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분은 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결은 위법하므로, 피고인 2, 피고인 4의 이 부분 항소는 이유 있다.

한편, 피고인 2, 피고인 4의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 가. (1)항과 나.항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(6) 공직선거법상 개별 금지 조항에 대한 법리오해에 관하여

(가) 문자메시지 발송행위 부분(피고인 2, 피고인 4)

구 공직선거법 제254조 제2항이 선거운동 기간 전에 위 조항에서 열거하고 있는 각 호에 해당하는 행위를 한 자는 구 공직선거법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고 위 조항에 의하여 처벌하는 것으로 규정하고 있고, 구 공직선거법 제254조 제2항에서 정한 '이 법에 다른 규정이 있는 경우'란 법에 별도의 처벌규정이 있는 경우를 말하므로, 법에 별도의 처벌규정이 있는 경우에는 위 법 제254조 제2항 위반으로는 처벌할 수 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도

1938 판결 참조).

살피건대 이 사건 문자메시지 발송 중 당심 별지 범죄일람표 기재 연번 1번 내지 15번 기재의 발송은 선거일로부터 180일 그 전에 이루어진 것들로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄에 해당하지 아니하므로 별도의 처벌규정이 있는 경우에 해당하지 아니한다.

그러나 이 사건 문자메시지 발송 중 당심 별지 범죄일람표 기재 연번 16번, 17번 기재의 발송은 선거일 전 180일(2009. 12. 4.)부터 선거일까지 사이에 구 공직선거법의 규정에 의하지 않고 문자메시지를 발송한 것으로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에도 해당하므로, 여기에는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없어서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

한편 피고인 2, 피고인 4의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 나.의 (2)항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 연번 16, 17번 기재 부분의 문자메시지 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(나) 전보 발송행위 부분(피고인 2)

피고인 2의 이 사건 전보 발송행위 중 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1번 내지 1414번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 1번 내지 140번 기재의 각 발송 행위는 선거일로부터 180일 그 전에 이루어진 것들로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄에 해당하지 아니하므로 구 공직선거법상 사전선거운동의 점으로 처벌된다.

그러나 선거일 전 180일부터 현행 공직선거법 시행 전까지 사이에 해당하는 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 각 발송 행위는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에 해당하므로, 여기에는 위 (가)항에서 본 바와 같이 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없으므로, 이 부분은 범죄로 되지 아니하여 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 위법하다.

한편 현행 공직선거법 제254조 제2항은 종전에 규정되어 있던 '이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고'를 삭제하고 '이 법에 규정된 방법을 제외하고 각종 인쇄물, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자'를 처벌하는 것으로 개정되었는바, 현행 공직선거법 제254조 제2항에 의하면 선거운동 기간 전의 선거운동은 원칙적으로 모두 독립하여 금지되고, 구법과 달리 별도의 개별 금지 규정이 있다고 하더라도 위 사전선거운동금지 규정의 적용을 받아 모두 처벌되므로, 이 사건 전보 발송 행위 중 현행 공직선거법의 시행일 이후에 이루어진 원심판시 별지 범죄일람표(3) 연번

1898번 내지 2218번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 205번 내지 223번 기재의 각 발송 행위는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄와 별도로 사전선거운동금지위반으로 인한 공직선거법위반죄가 성립한다고 볼 것이어서, 결국 이 부분 전보발송행위에 대하여는 공직선거법 제254조 제2항에 따라 처단할 수 있다.

그런데 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄 실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 하는바(대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결), 이 사건 생일축하전보 발송 및 쾌유기원전보 발송으로 인한 각 공직선거법위반의 점은 비록 앞서 본 바와 같이 각 그 중간에 사전선거운동으로 인정될 수 없는 부분이 있기는 하지만 각 그 자체로 단일하고 계속된 범의 아래 밀접한 시기에 걸쳐 동일한 수단, 방법으로 이루어져 같은 법익을 침해하였을 뿐만 아니라, 각 그와 상상적 경합관계에 있는 공무원의 선거운동금지위반 행위 역시 단일하고 계속된 범의 아래 밀접한 시기에 걸쳐 동일한 수단, 방법으로 이루어져 포괄일죄의 관계에 있는 점, 나아가 중간에 법률의 개정 혹은 법률규정의 체계 등을 이유로 사전선거운동으로 인정될 수 없는 부분이 있다고 하여 선거일 전 180일 그 전에 이루어진 사전선거운동 부분과 보충성 없이 원칙적으로 사전선거운동을 금하는 현행법에 따른 사전선거운동 부분을 경합범으로 보게 되면 피고인에게 오히려 불리하게 작용하는 점 등을 고려하면 위 각 행위들은 전체로서 포괄일죄 관계에 있다고 보아야 한다.

따라서 위 피고인의 이 부분 주장은 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재의 발송 부분, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 발송 부분에 관하여 이유 있고, 나머지 부분에 관하여는 이유 없다.

한편, 피고인 2의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 가. (2)항, (3)항 부분)에 관한 범죄사실 중 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 각 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(다) 한편 위 피고인들은 공직선거법 개별 금지 조항으로서 구 공직선거법 제255조 제1항 제19호, 제109조 제1항을 들어 위와 같은 취지의 주장을 하고 있으나, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송은 모두 선거기간 전에 종료된 행위로서, 선거기간 중 서신, 전보, 모사전송 그 밖에 전기통신의 방법을 이용하여 선거운동을 하는 것을 금지하는 구 공직선거법 제109조 제1항의 적용을 받지 아니하므로, 위 피고인들의 주장은 이유 없다.

(7) 구법을 적용한 것이 위법이라는 주장에 관하여(피고인 1)

검사가 원심판시 문자메시지 발송으로 인한 사전선거운동의 점(원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항, 제1의 나.항)에 대하여 명시적으로 구 공직선거법에 의하여 기소한 것은 아니었지만, 형법 제1조 제1항에서 규정하고 있는 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다는 행위시법 적용의 원칙과 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 법원이 공소장변경 절차 없이 일부 적용법조를 달리 할 수도 있다는 원칙에 비추어 살펴보면, 대, 현행 공직선거법은 구 공직선거법 제254조 제2항 및 제3항에서 선거운동기간 전에 인쇄물이나 통신, 집회의 개

최 등을 이용하여 선거운동을 하거나 그 외의 방법으로 사전선거운동을 하는 것은 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하거나 혹은 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있던 것을 선거운동 전에 인쇄물, 뉴스통신, 집회, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하는 것으로 개정하면서 개정법의 공포일인 2010. 1. 25.부터 적용되는데, 위 각 공소사실의 행위시법인 사전선거운동에 관한 구 공직선거법의 규정은 현행 공직선거법의 대응 규정과 비교할 때 범죄구성요건은 대부분 비슷하거나 현행법보다 일부 보충성규정으로 인하여 완화되어 있고, 그 법정형도 현행 공직선거법의 법정형보다 무겁지 아니하여, 구법을 적용하는 것이 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익을 주지 아니하므로, 적용법조에 관한 공소장의 변경이 없더라도 법원이 직권으로 이를 평가하여 행위시법인 구 공직선거법을 적용하여 유죄로 인정하더라도 거기에 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없으므로 위 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

한편 이 사건 전보 발송으로 인한 공직선거법위반의 점(원심판시 범죄사실 제1의 가. (2), (3)항)은 각 공직선거법 개정 전후에 걸쳐 이루어졌으나, 각 포괄일죄에 해당하므로 위 (6)의 (나)항에서 본 바와 같이 각 행위종료시법인 현행 공직선거법을 적용하여야 할 것인바, 검사는 이에 관하여 현행 공직선거법을 적용하여 기소하였고, 원심도 현행 공직선거법 제254조 제2항(각 사전선거운동의 점), 제255조 제1항 제2호, 제60조 제1항 제4호(공무원의 선거운동금지위반의 점)를 적용하였기 때문에 이 부분 법률적용에 아무런 위법이 없다.

따라서 2010. 1. 25. 이전에 이루어진 전보 발송행위에 대하여 공직선거법위반으로 의율한 것은 공소제기 범위를 넘어선 잘못된 판단이라는 위 피고인의 주장은 이유 없다.

(8) 공동정범관계 부인에 관하여

(가) 피고인 1의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 1은 비서실 직원들이 직능 단체의 임원 및 회원, 통·반장 등에게 문자메시지나 생일축하전보 등을 발송한다는 것을 알고 있었던 사실, ② 피고인 1은 비서실직원들을 직접 지시·감독하는 지위에 있으면서도 자신의 직함과 성명이 기재된 문자메시지와 전보가 발송되는 것을 전혀 제지한 적이 없는 사실, ③ 공소외 1이 매일 문자발송내역과 전보발송내역을 서면보고서로 작성하여 피고인 1의 책상에 놓는 방식으로 보고하였던 사실 등을 종합하며 보면, 피고인 1은 비서실 직원들로 하여금 중구민들에게 선거운동 목적으로 문자메시지 및 전보를 발송하도록 사실상 지시하였거나 그러한 사실을 보고받아 알면서도 이를 묵인하였다고 할 것이므로, 이 부분 공소사실에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

따라서 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 피고인 2의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 2는 생일축하전보 발송 업무를 공소외 2 대신 공소외 1이 담당하도록 업무를 조정한 사실, ② 피고인 2는 공소외 1에게 ◆병원 입원 환자 중 중구민 명단을 건네주면서 쾌유기원전보를 발송하도록 직접 지시한 사실, ③ 공소외 2에게 성동고 자율형 공립고

선정 문자메시지 및 목요컬처클럽 관련 문자메시지를 발송하도록 직접 지시하고, 피고인 4로부터 이메일로 전송받은 ○○아트홀 스포츠센터 회원 명단 등 3개 단체 명단을 건네주면서 관리하라고 지시한 사실, ④ 비서실 직원도 아닌 공소외 3에게도 통·반장이나 단체장들에게 크리스마스 인사 문자메시지를 보내도록 제의한 사실, ⑤ 공소외 2와 문자메시지의 문구에 대하여 상의한 적이 있었던 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 2는 공소외 2, 공소외 1 등으로 하여금 중구민들에게 선거운동 목적으로 문자메시지 및 전보를 발송하도록 직접 지시하였거나 그러한 사실을 알면서도 이를 묵인하였다고 할 것이므로, 이 부분 공소사실에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

(다) 피고인 4의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 4가 피고인 2에게 중구시설관리공단의 ○○아트홀 스포츠센터 등 3개 단체의 소속 회원 명단을 보내주었고, 그 직후 피고인 2는 공소외 2로 하여금 위 명단에 포함된 회원들에게 문자메시지를 발송하게 한 사실, ② 피고인 4는 피고인 2에게 위 명단과 함께 '제5회 전국동시지방선거 사무일정'이란 문건과 "우리 피고인 1 청장님을 중심으로 남아 있는 여생 아름답게 보냈으면 하네, 아침에 건네준 자료 보내니, 참고하게나. 앞으로도 명단을 작성해 보내주겠네"라는 내용의 이메일을 보낸 사실, ③ 피고인 4는 검찰에서 '사실 민원 때문에 중구청에서 명단을 가지고 있을 이유는 그다지 크지 않지만 참고용으로 주었다'는 취지로 진술한 사실, ④ 한편 중구시설관리공단이 중구청 산하 기관이라고 하더라도 별도의 업무를 담당하는 독립된 기관인 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 4는 피고인 2가 중구청장의 재선을 위하여 문자메시지를 발송하고 있음을 알고, 피고인 2를 도와 문자메시지 발송대상자수를 증가시키기 위해 ○○아트홀 스포츠센터 등 3개 단체 소속 회원들의 명단을 보냈고, 추가로 계속하여 보내줄 예정이었다고 보이므로, 피고인 4가 명단을 넘겨준 후 문자메시지 발송 부분(판시 제1의 나.항 부분 전체) 중 도달 부분에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

나아가 피고인 4가 자신이 넘겨준 명단의 사람 수를 초과한 부분의 문자메시지 발송에 대하여도 공동정범이 되는지 여 관하여 살피건대, 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실현하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위 결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는바(대법원 2006.12.22. 선고 2006도1623 판결), 이 사건 문자메시지 발송대상자 중 피고인 4가 넘겨준 명단의 사람들은 ○○아트홀 스포츠센터 등 소속회원 등에 불과하지만, 앞서 본 바와 같이 ① 피고인 4는 피고인 2가 중구청장의 재선을 위하여 문자메시지를 발송하고 있음을 알고, 피고인 2로 하여금 문자메시지 발송대상자수를 증가시킬 수 있도록 돕기 위해서 명단을 보냈으므로써 피고인 2에게 문자메시지 발송을 강화하도록 협력하였다고 보이는 점, ② 피고인 2는 피고인 4로부터 명단을 받은 이후 발송대상자를 더욱 증가시켜서 2009. 11. 10. 26,066건, 2009. 11. 26. 20,486건, 2009. 12. 1. 25,830건의 문자메시지를 발송한 점, ③ 피고인 4는 명단을 넘겨주는 행위를 1회에 그치지 않고 계속해서 추가로 보내 주기로 함으로써 피고인 2의 문자메시지 발송에 계속 협력할 의지를 표현한 점 등을 중

합하여 보면, 피고인 4는 자신이 넘겨준 명단의 수를 초과한 부분의 문자메시지 발송에 대하여도 공동실행의 의사가 있었다고 인정되므로 피고인 4가 명단을 넘겨준 이후의 문자메시지 발송으로 인한 공직선거법위반의 점(원심판시 범죄 사실 제1의 나.항) 전부에 대하여 공동정범이 된다.

따라서 위 피고인의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

나. ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해에 관하여(피고인 1)

(1) 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위 주장에 관하여

(가) ○○골프회장배 골프대회 인사 부분

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회의 출발장소에서 참석자들에게 인사말을 한 시점은 선거일 189일 전으로, 위 제2의 가. (1)항에서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 위 골프대회는 ○○골프회 회장인 피고인 5가 자신 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 개최한 행사인 점, ③ 피고인 1은 '안녕하십니까. 구청장 피고인 1입니다.

중구 발전을 위해 열심히 하겠습니다.

회원들을 위해 골프장을 넓힐 생각을 갖고 있습니다.

'라는 내용의 인사말을 하면서 회원들과 악수를 하였고, 뒤따르던 수행비서 공소외 4가 피고인 1의 사진이 인쇄되어 있는 명함을 참석자들에게 배부한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 ○○골프회 회장이 개최한 골프대회 출발장소에 참석하여 인사말을 하고 악수를 하면서 명함을 배부한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 경로당 식사대접 인사 부분

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 경로당 식사대접 행사에서 참석자들에게 인사말을 한 시점은 선거일로부터 180일 이내인 2009. 12. 초경으로, 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 신당1동 및 광희문 경로당 식사대접 행사는 피고인 5가 ○○골프회 회장으로서 자신 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 골프대회의 연장으로 개최한 행사이고, 피고인 1의 금일일정표에도 주요행사가 아닌 기타행사로 구분되어 있었음에도 2회에 걸쳐 연속적으로 방문한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 ○○골프회 회장인 피고인 5가 개최한 경로당 식사대접 행사에 참석하여 인사말을 하고 참석한 사람들과 악수를 한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(다) 뮤지컬 '△△' 공연 인사 부분

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 뮤지컬 '△△'의 무료공연 장소에서 중구민들에게 인사말을 한 시점은 선거일로부터 5개월 정도 전으로서, 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 뮤지컬 '△△'의 무료공연은 공소외 28 주식회사가 사기업체의 협찬을 받아 진행하려고 하였던 공연으로 중구청 내지 ○○아트홀에서 주관하는 공식적인 행사와는 무관함에도 3회에 걸쳐 연속적으로 참여하려고 하였고, 실제 2회 참석한 점, ③ 피고인 1이 공연장소에서 "구청장 피고인 1입니다.

제설작업 하느라 수고하셨습니다.

중구는 앞으로도 계속 발전할 겁니다.

여러분은 중구에 거주하는 것이 복 받은 것입니다.

앞으로 집값도 많이 오를 겁니다.

"라고 자신의 업적을 홍보하고 선심성 공약을 하는 듯한 발언을 한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소외 28 주식회사가 기획한 무료공연 장소에서 인사말을 한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 공직선거법상 허용된다는 주장에 관하여

구 공직선거법 제86조 제2항 제4호에 의하면, 선거일 전 60일부터 위 조항의 각목에 정한 경우를 제외하고는 교양강좌, 사업설명회, 공청회, 직능단체모임, 체육대회, 경로행사, 민원상담 기타 각종 행사를 개최하거나 후원하는 행위를 금지하고 있는바, 이는 선거일에 가까워지면서 선거운동의 과열과 혼탁을 엄정히 방지하기 위하여 선거일 전 60일부터는 선거에 영향을 미치지 아니하더라도 위 조항의 각목에 정한 경우를 제외하고는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위를 일체 금지한다는 것이므로, 선거일 전 60일 그 전에는 선거에 영향을 미치는지 여부와 상관없이 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위를 허용한다는 의미로 반대해석을 할 수 없고, 선거일 전 60일 그 전에 선거에 영향을 미치는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위는 여전히 선거운동에 해당하여 공직선거법위반이 된다.

앞서 본 바와 같이 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분은 모두 선거운동에 해당하므로, 피고인 1의 위 주장은 이유 없다.

다.

골프잡지 배부 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해에 관하여(피고인 2)

(1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 1의 7대 중점사업을 홍보하는 내용이 담긴 신년인터뷰 기사가 '▷▷▷'라는 골프잡지의 2010년 1월호에 실린 사실, ② 위 골프잡지 발행

사의 대표 공소외 5는 위 골프잡지 2010년 1월호 50여권 정도를 중구청 관광공보과에 보낸 사실, ③ 그 후 공소외 6은 피고인 2의 지시에 따라 위 골프잡지를 중구청 확대간부회의에 참석한 동장들에게 배부한 사실, ④ 피고인 2는 원심법정에서 '골프잡지는 동사무소에 비치하라는 취지로 준 것이 아니라 버리거나 치워야 되는데 동장이라도 보라는 취지에서 주었다.

'는 취지로 진술한 사실, ⑤ 동장들은 골프잡지를 동사무소 소속 직원들에게 나눠 주거나 동사무소에 비치한 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 2는 피고인 1을 홍보하기 위하여 임의로 동장들에게 위 골프잡지를 교부하였고, 동장들은 중구 선거구민과 연고가 있는 불특정 또는 다수의 자에게 전파할 가능성이 있었던 것으로 보이는바, 위 골프잡지의 민사상의 소유자가 누구인지 여부와 관계 없이 피고인 2가 동장들에게 중구청의 일반적인 행정업무와는 무관하게 피고인 1의 구정활동을 홍보하는 내용이 담긴 골프잡지를 동장들에게 배부한 행위는 공직선거법상 제3자 기부행위에 해당함과 동시에 탈법방법에 의한 인쇄물의 배부행위에 해당한다고 할 것이다.

따라서 이 부분에 관한 위 피고인의 주장은 이유 없다.

(2) 한편 원심은 피고인 2의 골프잡지 배부행위에 대하여 구 공직선거법상 사전선거운동의 점에도 해당한다고 판단하였다.

그러나 직권으로 보건대, 피고인 2가 선거일 전 180일 후에 골프잡지를 배부한 행위는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에 해당하므로, 여기에는 위 제2의 가. (6) (가)항에서 본 바와 같이 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없으므로, 이 부분은 범죄로 되지 아니하여 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 위법하다.

라. 소결론

따라서 위와 같이 피고인 2, 피고인 4의 사실오인 또는 법리오해 주장은 이 사건 문자메시지 및 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분 일부에 관하여 이유 있고, 피고인 1의 이 사건 문자메시지 및 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분 일부, 피고인 2의 골프잡지 배부를 통한 사전선거운동의 점에 관하여 직권파기 사유가 있는바, 원심은 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 각 나머지 죄와 상상적 경합범, 포괄일죄 혹은 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분은 유지될 수 없게 되었기 때문에, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한다.

3. 검사의 항소이유에 관한 판단

가 ○○골프회장배 골프대회 부분

(1) 달력 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 2, 피고인 5는 공모하여 후보자가 되고자 하는 피고인 1을 위하여 중구청장의 사진과 축사가 들어간 달력을 제작하여 300부(75만 원 상당)의 기부행위를 하고, 피고인 1은 피고인 5로 하여금 위와 같이 자신을 위하여

기부행위를 하도록 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 구청장 축사가 포함된 달력을 제작하고 이를 배부하였음을 인정할 증거가 없고, 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 달력을 제작하여 배부하였다고 보기 어렵다는 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 관하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9의 각 원심 법정진술, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12에 대한 각 경찰진술조서 등이 있고, 이에 의하면 피고인 5가 배포한 달력들 중에 피고인 1의 축사가 있는 달력이 ○○골프회 회원들 중 일부에게 배부된 사실이 인정되나, 아래에서 보는 바와 같은 이유로 위 인정의 사정만으로는 이 부분 공소사실을 인정하기에 부족하다.

오히려 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 5는 중구에서 여러 가지 사회활동을 왕성하게 하여 온 사실, ② ○○골프회 회장인 피고인 5는 이미 수개월 전부터 ○○골프회장배 골프대회를 개최하겠다고 말하여 오다가 자신의 음력생일날에 맞춰 위 골프대회를 개최한 사실, ③ 피고인 5는 위 골프대회를 처음 개최하면서 중구청 문화체육과 과장 공소외 13에게 골프대회에서 배부할 달력에 포함시킬 구청장 축사를 부탁하였고, 이에 공소외 13은 문화체육과 직원 공소외 14에게 구청장 축사를 작성하여 보내주라고 지시한 사실, ④ 피고인 5는 공소외 14에게 달력 제작업자인 공소외 15의 연락처를 알려 주었고, 공소외 14는 구청장 축사를 작성하여 공소외 13에게 보여준 후 이를 공소외 15에게 이메일을 통하여 보내준 사실, ⑤ 공소외 15는 구청장 축사가 포함된 달력의 제작을 완성한 후 피고인 5의 요청에 따라 달력 3부를 중구청 비서실에 보낸 사실, ⑥ 피고인 5는 피고인 1의 축사가 공직선거법위반의 소지가 있다는 말을 듣고 달력 배포를 중단시키고 달력에서 축사 부분을 찢어버린 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실들을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들을 검토해 보면 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① ○○골프회장배 골프대회는 그 회장인 피고인 5가 개최한 행사인 점, ② 피고인 5는 자신의 사회적 위상 내지 자신이 회장으로 있는 ○○골프회의 품격을 높이기 위하여 달력에 구청장 축사를 포함시키고, 개회사에 피고인 1에 대한 내용 부분을 기재한 것으로 보이는 점, ③ 중구청에 등록된 생활체육단체가 행사를 진행하면서 중구청에 구청장 축사를 부탁할 경우, 중구청 문화체육과에서 문화체육행사 협조 차원에서 구청장 축사를 보내는 것이 관례로 보이는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인 5는 ○○골프회 명의를 골프대회를 개최하면서 자신 내지 ○○골프회의 위상을 높이기 위해 중구청의 도움을 받아 구청장의 축사가 포함된 달력을 제작하여 배부한 것으로 보이고, 그 밖에 검사가 제출한 증거만으로 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 구청장의 축사가 포함된 달력을 제작하여 배부하였다고 보기 어렵다.

또한 앞서 본 바와 같은 사정에 비추어, 검사가 제출한 피고인 2, 피고인 5 및 공소외 13, 공소외 14 사이의 통화내역만으로는 피고인 5가 피고인 2에게 축사 작성을 의뢰하고, 피고인 2가 공소외 13이나 공소외 14에게 축사 작성을 지

시하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 구청장 측사가 포함된 달력을 제작하고 이를 배부하였다는 점에 관하여 검사가 제출한 증거만으로 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 2 및 피고인 5는 피고인 1과 공모하여 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회 출발장소에서 버스 3대에 올라타 참석자들에게 인사말을 하고 악수를 하며, 수행비서 공소외 4가 피고인 1의 사진과 직함이 새겨진 명함을 배부함으로써, 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 피고인 1이 위 골프대회 출발장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 2는 평소 외부행사시 피고인 1을 수행하지 아니한 사실, ② 피고인 2는 피고인 5와 20여 년간 친분을 유지하여 온 사실, ③ 피고인 2는 피고인 1이 버스에 올라가 참석자들에게 인사말을 할 때에는 동행한 사실이 없고, 수행비서 공소외 4가 동행한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실들을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들을 검토하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 위 골프대회는 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위한 목적이 아니라 자신의 위상을 높이기 위하여 개최했던 것으로 보이는 점, ② 피고인 2는 피고인 5와의 친분관계로 골프대회 출발 장소에 특별히 나온 것으로 보이는 점, ③ 피고인 2는 외부행사시 피고인 1을 수행하지 않기 때문에 피고인 1이 외부행사에서 인사말을 하는지 여부나 인사말의 내용에 대해서 알 수 없었다고 보이는 점, ④ 피고인 2, 피고인 5가 사전에 긴밀히 협의하여 피고인 1로 하여금 위 골프대회 출발장소에 참석하여 회원들에게 인사말을 하도록 하였다는 사실을 인정할 증거가 없는 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1이 위 골프대회 출발장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 피고인 4의 측사대독 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 5가 위 골프대회 시상식에서 피고인 4로 하여금 "강한 중구·행복 중구를 위해 열심히 뛰겠다.

"는 내용이 담긴 구청장의 축사를 읽게 하고, 피고인 4는 위 내용의 구청장 축사를 구청장 대신 낭독함으로써 지방공단의 상근임원인 피고인 4는 피고인 5와 공모하여 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심 판단의 요지

원심은 검사가 제출한 증거만으로 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 피고인 4로 하여금 구청장 축사를 낭독하게 하였다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 4, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 5는 검찰에서 '달력은 계속 보관을 하는 관계로 선거일 180일 이후에도 존속하기 때문에 축사 부분이 선거법에 위반될 수 있어서 찢었지만, 선거일 전 180일까지는 축사를 낭독하여도 문제가 없다고 생각하였다.

'는 취지로 진술(증거기록 제3435면)한 사실, ② 중구청장의 격려사 및 축사가 ○○골프회장배 골프대회 식순에 들어갔었던 사실, ③ 피고인 5는 사회활동을 왕성하게 하면서 ○○골프회 회장으로서 이미 수개월 전부터 ○○골프회장배 골프대회를 준비하여 자신의 음력생일날에 맞춰 위 골프대회를 개최한 사실 등을 인정할 수 있다.

위 인정사실을 기초로 하여 이 사건의 적법한 증거들을 검토해보면 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5는 피고인 1을 위한 선거운동의 목적이 아니라 자신의 위상을 높이기 위한 목적으로 골프대회를 개최했던 것으로 보이는 점, ② 피고인 5는 비록 중구청장의 축사가 선거일 전 180일이 지나면 선거법위반으로 문제의 소지가 될 수도 있으나 그 전에는 문제가 되지 않을 것이라고 생각하고, 골프대회 식순에 있는 중구청장의 격려사 및 축사 낭독을 강행하고자 하였던 것으로 보이는 점, ③ 그래서 골프대회 시상식에서 피고인 4에게 대독을 부탁하였고, 피고인 4는 별 생각 없이 피고인 5가 단상에 올려준 축사를 그대로 읽은 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 5는 자신 내지는 ○○골프회의 위상을 높이고 아울러 일반적인 관례에 따라 피고인 4로 하여금 구청장 축사를 낭독하게 한 것으로 보일 뿐, 위 피고인들이 공모하여, 피고인 4가 피고인 1의 선거운동을 위하여 구청장 축사를 대독하였다고 보기 어렵고, 검사가 제출한 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 경로당 식사대접 부분(피고인 1, 피고인 2, 피고인 5)

(1) 금품과 달력 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 5는 피고인 2, 피고인 1과 사전에 협의하여, 피고인 1을 위하여, 2009. 12. 8. 12:00경 신당1동 경로당 회장 공소외 16에게 노인들 식사비용으로 현금 50만 원 및 탁상용 달력 100부(25만 원 상당)를 제공하고, 2009. 12. 10. 12:00경 광희문 경로당 총무 공소외 17에게 노인들 식사비용으로 현금 50만 원 및 탁상용 달력 100부(25만 원 상당)를 제공함으로써 기부행위를 하고, 피고인 1은 피고인 5로 하여금 위와 같이 자신을 위하여 기부행위를 하도록 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 공무원인 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 피고인 5, 피고인 2가 피고인 1의 선거운동을 위하여 경로당 식사대접 행사를 개최하여 기부행위를 하였다고 보기 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 피고인들의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5는 신당1동 경로당 회장 공소외 16의 제안에 따라 ○○골프회장배 골프대회를 개최한 후 남은 행사비 100만 원으로 신당1동 및 광희문 경로당 회원들에게 식사대접을 한 점, ② 피고인 5는 골프대회 장소에 걸어두었던 현수막을 각 식사대접 장소에도 걸어두었던 점, ③ 앞서 본 바와 같이 피고인 5는 여러 가지 사회활동을 왕성하게 하고 있는바, 자신 내지 ○○골프회의 사회적 위상을 높이기 위하여 경로당 식사대접 행사를 주최한 것으로 보이는 점, ④ 경로당 식사대접 행사를 기획하거나 피고인 1이 위 행사 자리에 참석함에 있어 피고인 5가 피고인 1, 피고인 2와 사전에 긴밀히 협의하였다고 볼 증거가 없는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인 5는 골프대회를 마친 후 남은 행사비를 사용하기 위하여 ○○골프회 차원에서 경로당 식사대접 행사를 진행하고, 아울러 골프대회 때 피고인 1의 축사 부분을 찢고 배포한 뒤 남은 달력을 제공한 것으로 보이며, 그 밖에 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 경로당 식사대접 행사를 개최하여 기부행위를 하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

또한 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 경로당 식사대접 행사는 피고인 1의 금일일정표에 '기타 일정'으로 되어 있었던 사실, ② 피고인 1은 점심시간에 따로 점심약속이 되어 있던 장소로 가는데 지장이 없어서 참석한 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 5가 경로당 식사대접 행사를 진행하고, 달력을 제공함에 있어, 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 가담하였다고 보기 어렵다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 1, 피고인 2는 피고인 5와 공모하여, 2009. 12. 8. 12:00경 신당1동 경로당 노인들에게 "구청장 피고인 1입니다.

추우신데 옷 따뜻하게 입으시고, 건강하세요"라는 말을 하고 노인들과 악수를 하였고, 2009. 12. 10. 12:00경 광희문 경로당 노인들에게 "구청장 피고인 1입니다.

식사대접이 약소하지만 많이 드시고, 건강하시고 즐겁게 노세요"라는 말을 하고 노인들과 일일이 악수를 함으로써, 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1이 위 경로당 식사대접 자리에서 선거운동의 일환으로 인지도를 제고하기 위하여 인사말을 함에 있어 피고인 2, 피고인 5가 피고인 1과 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 관하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 2는 경로당 식사대접 행사에 직접 참석한 사실이 없는 점, ② 경로당 식사대접 행사는 피고인 5가 자신의 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 개최한 행사이고, 피고인 1의 금일일정표에 '기타 일정'으로 되어 있었기 때문에, 피고인 1이 경로당 식사대접 행사에 참석할 지에 대하여 피고인 2가 알고 있었다고 보기 어려운 점, ③ 피고인 1은 점심시간에 따로 점심약속이 되어 있던 장소로 가는데 지장이 없어서 참석한 점, ④ 피고인 2, 피고인 5가 사전에 긴밀히 협의하여 피고인 1로 하여금 위 경로당 식사대접 자리에 참석하여 참석자들에게 인사말을 하도록 하였다는 사실을 인정할 증거가 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1이 위 경로당 식사대접 행사장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

뮤지컬 '△△' 무료공연 부분(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3)

(1) 공연 무료교환권 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 공모하여 중구 관내 동장 15명에게 구청에서 나누어 주는 무료티켓인 것처럼 뮤지컬 '△△' 공연의 무료교환권 1,250장(5,000만 원 상당)을 제공하여 그 무렵 동장들로 하여금 구민들에게 무료로 배부하게 함으로써 후보자가 되고자 하는 피고인 1은 기부행위를 하고, 피고인 2, 피고인 3은 후보자가 되고자 하는 피고인 1을 위하여 기부행위를 하였다.

(나) 원심의 판단

검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공소사실 기재와 같이 문화나눔행사를 통하여 위와 같은 기부행위를 사전에 공모하였다고 인정하기 어렵고 달리 이 부분 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 뮤지컬 '△△' 공연은 공소외 28 주식회사와 ○○아트홀이 공동으로 주최하여 진행된 유료공연이었는데, 공연의 성수기에 해당하는 2009. 12.분 및 2010. 1.분의 티켓 예매실적이 극히 저조하자 공소외 28 주식회사의 대표인 공소외 18이 2009. 12.경부터 먼저 ○○아트홀 사장인 피고인 3에게 협찬사를 구해줄 것을 부탁하였고, 이에 따라 공소외 18과 피고인 3 사이에 협찬사의 협찬을 받아 소외계층을 대상으로 문화나눔행사를 진행하기로 기획하게 된 점, ② 피고인 3은 공소외

18의 부탁에 따라 뮤지컬 '△△' 공연의 협찬사를 구하려고 노력하였는데, 무료공연이 진행될 무렵에는, 비록 협찬사가 확정되지는 않았지만, 공소외 19 주식회사 등 협찬사가 충분히 정해질 것으로 예상되었던 점(2010. 1. 8.경 '공소외 19 주식회사와 함께 하는 문화나눔기'라는 문구가 기재된 현수막이 공연장 입구에 설치되었었다.

), ③ 문화 소외계층에 대한 무료공연인 문화나눔행사를 진행할 경우에는 무료공연 교환권을 배부하기 위하여 관할 행정관청의 도움이 요구되는바, 뮤지컬 '△△'의 무료공연에도 무료공연 교환권을 중구 구민들에게 배부하기 위하여 중구청의 도움이 필요하였고, 이를 위하여 피고인 3이 공소외 18을 피고인 2에게 소개시켜 준 것으로 보이는 점, ④ 이에 따라 공소외 18은 피고인 3을 통하여 피고인 2를 만나 중구청의 협조를 받아 무료공연을 진행하게 된 점, ⑤ 공소외 28 주식회사는 공연날짜를 구청에게 잡아달라고 부탁하는 것이 편리하고, 표 판매 실적이 1월 초에 가장 저조하기 때문에 피고인 2에게 문화나눔행사 공연일정을 2010. 1. 15. 이전으로 잡아달라고 하였던 점, ⑥ 중구청에서 공소외 28 주식회사에게 소외계층의 명단만 넘겨줄 수도 있으나, 공소외 28 주식회사에서 문화나눔행사 공연일정을 촉박하게 잡았기 때문에 관내 동장을 통해 배부하는 것이 공연일정에 맞추기에 적합했던 것으로 보이는 점, ⑦ 공소외 6은 이 법정에서, 동장들에게 무료공연 교환권을 배부하면서 " 공소외 28 주식회사가 기획사라는 이야기를 했었던 것 같다.

"라는 취지로 진술하고 있는 점, ⑧ 공소외 28 주식회사의 이사 공소외 20이 티켓제작 의뢰 담당 직원으로부터 예약자를 누구로 할 것이냐는 질문을 받고 중구청에서 대상자들에게 문화나눔교환권을 나눠주고 있으니 중구로 하라고 지시하여 문화나눔행사교환권의 입장권에 '예약자명 ; 중구'로 기재된 점, ⑨ 피고인 1이 문화나눔행사 공연무대에서 관객들에게 이런 문화행사를 열어준 공소외 28 주식회사와 ○○아트홀에 감사한다고 말했던 점(공소외 21에 대한 우편조서, 증거기록 제2280면), ⑩ 공소외 22는 2010. 1. 11. 또는 1. 12.경 피고인 3으로부터 공소외 19 주식회사에서 협찬을 안하기로 하였다는 말을 듣고 공소외 23 주식회사를 협찬업체로 소개하였던 점, ⑪ 협찬사는 공연이 진행중이거나 종료한 후에도 추후 기업의 홍보활동에 이용하거나 세제혜택을 받기 위하여 협찬을 하는 것이 공연예술계의 관행으로 보이는 점, ⑫ ○○아트홀에서는 2007. 12.경 및 2008. 1.경에도 공소외 24 주식회사의 협찬을 받아 창작뮤지컬 공연에 중구에 거주하는 소외계층을 초청하는 방식으로 문화나눔행사를 진행한 사실이 있었고, 이 사건 문화나눔행사 이후인 2010. 1. 말경에도 ◇◇◇◇와 ☆☆의 협찬을 받아 문화나눔행사를 준비했던 점 등을 종합하여 보면, 피고인 2, 피고인 3은 단지 공소외 28 주식회사가 무료공연을 진행함에 있어 협찬사를 구해주거나 무료공연 교환권의 배부에 협조한 정도에 불과한 것으로 보이고, 이와 같이 피고인 2, 피고인 3이 중구 구민들에게 무료공연 교환권을 배부하는 것을 도와주었다는 사정만으로 피고인 2, 피고인 3을 무료공연을 통한 기부행위자로 평가하기 어렵다.

따라서 공소외 28 주식회사가 중구청의 도움을 받아 문화나눔행사의 형식으로 뮤지컬 '△△' 무료공연을 진행하는 과정에서 이루어진 무료공연 교환권 배부행위를 피고인 1의 선거운동을 위한 기부행위라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공소사실 기재와 같이 문화나눔행사를 통하여 위와 같은 기부행위를 사전에 공모하였다고 인정하기도 어려우며, 달리 이 부분 공소사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 3의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 2 및 피고인 3은 피고인 1과 사전에 협의하여 2회에 걸쳐 ○○아트홀에서 열린 뮤지컬 '△△' 무료공연 행사에서 피고인 1이 무대에 올라가 중구민들에게 인사말을 하도록 하여 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 피고인 1이 공연무대에서 참석자들에게 인사말을 함에 있어 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 3의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

검사가 제출한 증거들에 의하면, ① 피고인 2는 피고인 1이 무료공연에 참석할 수 있도록 무료공연 일자를 지정해주었고 공소외 6에게 무료공연에 참석하여 피고인 1을 영접하라고 지시한 사실, ② 피고인 3은 피고인 1이 무료공연에 참석한다는 이야기를 듣고 공소외 18에게 인사말을 할 수 있는 기회를 마련할 것을 지시한 사실 등이 인정된다.

그러나 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1은 공연 장소에 피고인 2와 동행하지 아니하고, 수행비서 공소외 4와 동행한 점, ② 피고인 1이 무대에서 인사할 수 있는 자리가 사전에 예정되어 마련된 것이 아니라 공연 당일 갑작스럽게 이루어진 것으로 보이는 점, ③ 피고인 3은 ○○아트홀 사장으로서 피고인 1을 직접 보좌하는 지위에 있지 않았던 점, ④ 피고인 3은 구청장이 무료공연에 참석한다는 이야기를 듣고 일종의 관행에 따라 피고인 1이 무대에서 인사할 수 있는 자리를 마련한 것으로 볼 여지가 있는 점 등에 비추어 보면, 검사 제출의 증거로 인정되는 위와 같은 사정만으로는 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하여 피고인 1의 선거운동을 위하여 피고인 1을 무료공연에 참석하게 한 후 무대에서 참석자들에게 인사말을 하도록 사전에 협의하였다고 보기 어렵고, 달리 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 소결론

따라서, 원심판결 중 피고인들에 대한 각 무죄부분에 대한 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 모두 이유 없고, 한편 위 제2의 라.항에서 본 바와 같이 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분은 이미 유지될 수 없게 되었기 때문에, 검사의 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한다.

4. 결 론

그렇다면 앞서 본 바와 같이 ① 원심판시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항과 나.항 부분, 다만 피고인 4는 원심판시 범죄사실 제1의 나.항 부분에 대하여만)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분과, ② 원심판시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시

제1의 나.의 (2)항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 연번 16, 17번 기재 부분, ③ 원심판시 피고인 1, 피고인 2의 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 범죄사실 제1의 가. (2)항, (3)항 부분) 중 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재의 생일축하전보발송, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 쾌유기원전보발송 행위로 인한 사전선거운동의 점 부분, ④ 피고인 2의 골프잡지 배부를 통한 공직선거법위반의 점에 대한 부분(원심판시 범죄사실 제5항 부분)에 관하여 직권파기 사유가 있거나, 피고인 2, 피고인 4의 사실오인 또는 법리오해의 주장이 이유 있다.

따라서 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분을 각 파기하기로 하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 무죄부분과 피고인 3, 피고인 5에 관한 검사의 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4

(1) 문자메시지 및 전보 발송 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 선거운동이 아니라는 주장(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

1) '중구청장 피고인 1' 명의의 문자메시지 및 전보의 수신자는 피고인 1의 지인이나 중구청 관내 직능단체 회원들이고, 그 내용도 정치적 색깔이 없는 단순한 인사말일 뿐이어서 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송은 일상적, 의례적, 사교적 행위이거나, 피고인 1 이전 구청장 시절부터 지속적, 반복적으로 이루어진 구정활동의 일환에 불과하고, 타구청장들도 피고인 1보다 더 많은 문자메시지 및 전보를 발송하고 있으며 그 증가량도 중구청과 유사하고, 게다가 피고인 1은 발송 당시에는 차기 구청장으로 출마할 지 여부가 불확실한 시기였으므로, 문자메시지 및 전보 발송은 선거운동에 해당하지 않는다.

2) 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지 발송은 학부모들에게 성동고의 자율형 공립고 선정 사실을 널리 알려 성동고 입학 지원자 모집을 활성화하려고 한 것에 불과할 뿐이고, 구청장의 업적홍보행위에 해당하지 아니하므로, 이는 선거운동이 아니다.

또한 ◆병원 입원 환자에 대한 쾌유기원전보 발송은 ◆병원의 중구민에 대한 의료지원 등 ◆병원과 중구청의 업무협조관계에 따라 이루어진 것으로 선거운동과 무관하다.

(나) 고의가 없다는 주장(피고인 1)

피고인 1은 구청 간부들에게 수회 공직선거법 준수를 강조하고 각 과와 동으로 선거법 관련 사항을 숙지하도록 시달하였으며, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송에 관하여 업무활동의 일환으로 선거운동과 무관하다고 판단하였을 뿐이므로, 공직선거법위반에 대한 고의가 없었다.

(다) 예비후보자로서 또는 공직선거법 제82조의5의 반대해석상 문자메시지 또는 전보 발송이 허용된다는 주장(피고인 1)

공직선거법 제60조의3 제1항 제7호에 따르면 예비후보자는 문자메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 행위를 할 수 있으므로, 사실상의 예비후보자이었던 피고인 1은 예비후보자 등록 시작일인 2010. 2. 19.부터 같은 달 27.까지 생일축하전보 발송을 할 수 있고, 위 규정과 공직선거법 제82조의5 제6항을 반대해석하면, 피고인 1은 선거운동 정보가 아닌 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송을 할 수 있다.

(라) 서울 중구 비거주자에 대한 발송 부분(피고인 2, 피고인 4)

서울 중구에 거주하지 않는 사람에 대한 문자메시지 발송이 중구청장 선거에 영향을 미칠 수 있는 경우라는 입증이 없으므로, 이 부분은 선거운동에 해당하지 않음에도 유죄로 인정한 원심은 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다.

(마) 미도달 부분에 대한 주장(피고인 2, 피고인 4)

발송한 문자메시지 중 도달하지 못한 경우는 공직선거법위반죄의 미수에 해당하는데, 이에 대한 처벌규정이 없으므로 미도달 부분은 무죄에 해당함에도, 이러한 부분까지 유죄로 인정한 원심은 법리오해의 위법이 있다.

(바) 공직선거법상 개별 금지 조항에 대한 법리오해 주장(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법상 사전선거운동금지 규정(제254조 제2항)은 행위별로 기간을 특정하여 금지하는 개별 조항에서 규정하고 있지 아니한 경우에 한하여 예외적·보충적으로 적용되는 것인바, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송에 대하여는 공직선거법상 개별 금지 조항(제93조 제1항 또는 제109조 제1항)이 있으므로, 이와 별도로 사전선거운동금지 규정을 적용하여 처벌할 수 없음에도, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송이 사전선거운동금지 규정(제254조 제2항)에 해당한다고 판단한 원심은 법리오해의 위법이 있다.

(사) 구법을 적용한 것이 위법이라는 주장(피고인 1)

원심판시 문자메시지 및 전보 발송으로 인한 사전선거운동의 점(원심판시 범죄사실 제1항)에 대하여 검사가 각 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공직선거법'이라 한다.

) 제254조 제3항에 의하여 기소하지 아니하였음에도 원심은 적용법조의 변경절차 없이 위 법조를 적용한 위법이 있다.

따라서 2010. 1. 25. 이전에 이루어진 전보발송행위에 대하여 구 공직선거법위반으로 의율한 것은 공소제기 범위를 넘어서 판단한 것으로 위법하다.

(아) 공동정범관계 부인(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

피고인 1은 문자메시지 및 전보 발송 업무가 사실상 비서실의 전결처리사항이기 때문에 이에 관하여 비서실 직원들로부터 보고받거나 관여한 사실이 없고, 피고인 2는 공소외 1, 공소외 2에게 구체적으로 문자메시지 및 전보 발송을 지시한 사실이 없을 뿐만 아니라, 이 사건 문자메시지 및 전보의 수신자 등을 제대로 알지 못하며, 피고인 4는 중구시설관리공단의 ○○아트홀 스포츠센터의 민원업무 처리 등과 관련하여 업무협조 차원에서 소속 회원들의 자료를 중구청에 보내준 것에 불과하고, 나아가 그 자료가 문자메시지 발송에 사용되리라는 것을 예상하지도 못하였으므로, 위 피고인들은 문자메시지 및 전보 발송으로 인한 공직선거법위반죄의 공모공동정범으로 볼 수 없다.

가사 피고인 4에 대하여 공동정범 관계가 인정된다고 하더라도 피고인 4가 넘긴 명단의 사람들이 아닌 사람들에 대한 문자메시지 발송행위에 대하여는 공모하지 아니하였으므로 이 부분까지 공동정범으로 인정할 수 없다.

(2) ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해(피고인 1)

(가) 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위 주장

1) ○○골프회장배 골프대회 인사 부분

피고인 1은 ○○아트홀 스포츠센터의 관리·운영자로서 위 스포츠센터 회원들의 사적 모임인 ○○골프회 골프대회 참가자들 중 타구민들에게 자신을 소개하기 위하여 명함을 배부하였고, 골프대회 참가자들에게 통상적인 축하 및 의례적인 격려인사를 하였을 뿐 자신의 지지를 호소하는 등 선거와 관련된 어떠한 발언도 한 사실이 없으므로, 이 부분 행위는 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

2) 경로당 식사대접 인사 부분

피고인 1은 경로당 식사 대접이 '효 실천 사업'의 일환으로 계획된 행사라는 수행비서의 보고를 듣고 잠시 참석하여 의례적인 인사를 하였을 뿐이고, 자신의 지지를 호소하는 등 선거와 관련된 어떠한 발언도 한 사실이 없으므로, 이 부분 행위도 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

3) 뮤지컬 '△△' 공연 인사 부분

피고인 1은 제설작업을 한 구민들의 노고를 치하하고 격려하기 위하여 공연장에 참석하여 단순한 감사의 말과 덕담을 한 것에 불과하고, 소외계층 초청행사에 관내 단체장 등이 참석할 경우 공연시작 전에 인사말을 하는 것은 일반적인 관행이므로, 이 부분 행위는 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

(나) 공직선거법상 허용된다는 주장

구 공직선거법 제86조 제2항 제4호에 의하면 각목에 규정된 경우를 제외하고 지방자치단체장은 선거일로부터 60일전까지는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사를 개최하거나 후원하는 행위를 할 수 있는바, 피고인 1이 선거일로부터 60일 전에 골프대회 출발장소, 경로당 식사대접장소, ○○아트홀과 공소외 28 주식회사가 만든 뮤지컬 '△△' 공연 장소에서 각 인사말을 한 행위는 골프대회, 경로행사, 무료공연행사를 후원하는 것보다 훨씬 선거에 미치는 영향이 미약하다고 할 것이어서 이는 당연히 허용된다.

(3) 골프잡지 배부 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해(피고인 2)

피고인 2는 골프잡지를 동장 개인들에게 준 것이 아니므로 기부행위의 상대방이 존재하지 아니하여 기부행위라고 할 수 없고, 골프잡지의 소유권자가 아니므로 제3자 기부행위에 해당하지 아니하며, 유권자를 상대로 직접 골프잡지를 배부한 것도 아니므로 탈법방법에 의한 인쇄물의 배부행위라고 볼 수도 없다.

(4) 양형부당의 주장(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

원심이 피고인 1에게 선고한 벌금 700만 원, 피고인 2에게 선고한 징역 6월, 집행유예 2년, 피고인 4에게 선고한 벌금 200만 원의 형은 각 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) ○○골프회장배 골프대회 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 달력 기부 부분

피고인 1, 피고인 2, 피고인 5는 공모하여, 피고인 5가 피고인 1의 홍보를 위해 달력을 제작하여 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 골프대회 출발장소에 참석시키고, 피고인 5가 옆에서 수행함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 5의 각 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(다) 축사대독 부분

피고인 5, 피고인 4가 공모하여 피고인 1을 홍보하는 내용이 있는 축사를 대독함으로써 피고인 1을 위하여 선거운동을 한 것이 명백함에도 이에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(2) 경로당 식사대접 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 금품과 달력 기부 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 위하여 경로당 노인들에게 식사비용과 달력을 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 골프대회 출발장소에 참석시키고, 피고인 5가 옆에서 수행함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 5의 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(3) 뮤지컬 ' △△ ' 무료공연 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 공연 무료교환권 기부 부분

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공모하여 뮤지컬 ' △△ '의 문화나눔행사를 선거운동목적으로 변질시켜 피고인 1을 위하여 동장들로 하여금 구민들에게 위 공연의 무료교환권을 배부하게 함으로써 이를 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 3의 인사말 공모 부분

피고인 2는 피고인 1을 위 공연장소에 참석시키고, 피고인 3은 공연기획사 담당자에게 피고인 1이 인사말을 할 수 있도록 지시함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 3의 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(4) 양형부당의 주장

원심이 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에게 선고한 앞서 나온 형은 각 너무 가벼워서 부당하다.

2. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 항소이유에 관한 판단

가. 문자메시지 및 전보 발송 부분의 사실오인 또는 법리오해 주장에 관하여

(1) 선거운동이 아니라는 주장에 관하여(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 중구청장 피고인 1 명의의 문자메시지는 2008년 추석 때 10,994건, 2008년 성탄절 때 4,000건, 2008년~2009년 연말연시 때 숫자미상, 2009년 설 때 7,382건이 발송되다가(증거기록 제1696면~제1700면) 2009. 5.경부터 매월 중점적으로 발송되기 시작하고(증거기록 제1019면), 이 사건 생일축하전보의 발송량이 갑자기 증가하기 시작한 것은 2009. 6.경인 사실(증거기록 제1020면), ② 이 사건 문자메시지 발송 대상자가 2009. 6. 1.경부터 9,400여 명 정도로 중구 유권자(약 10만여 명)의 약 9% 정도에 이르다가, 2009. 11. 1.경에는 2만 1,000여 명, 2009. 11. 10.경에는 3만 1,000여 명, 2009. 11. 26.경에는 2만 5,000여 명, 2009. 12. 1.경에는 3만 1,000여 명에 달하였고, 생일축하전보 발송대상자인 중구청 관내 통·반장들의 수만 2,000여 명이 넘고 직능단체 임원 및 회원들의 수까지 합하면 수천 명에 달했던 사실, ③ 문자메시지 및 전보 발신자가 중구청 내지 담당 부서가 아니라 중구청장의 직함과 성명까지 기재한 '중구청장 피고인 1'로 되어 있고, 피고인 1의 개인 휴대전화 번호가 발신자 전화번호로 표시되어 있었던 사실, ④ 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지의 발송 내용은 "성동고 자율형 공립고 선정! 우리중구 명문학교 만들기의 결실입니다! 중구청장 피고인 1"인 사실, ⑤ 쾌유기원전보의 발송대상자는 피고인 2가 의료지원 업무와는 무관하게 직접 ◆병원 총무부장에게 요청하여 받은 입원 환자 명단에 있는 중구민이고, 중구청에서 그 입원환자 명단을 이용하여 의료지원을 한 적이 없었던 사실 등을 인정할 수 있다.

위 인정사실을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 중구청장 피고인 1 명의의 문자메시지는 명절, 성탄절, 연말연시에만 발송되다가 2009. 5.경부터 매월 발송되기 시작하면서 △△ 그 발송 건수도 증가한 점, ② 문자메시지 및 전보 발송 대상자가 피고인 1과 평소 지면이나 친교가 있다고 볼 수 없는 불특정다수의 일반 선거구민으로 보이는 점, ③ 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지의 내용은 정보 제공보다는 오히려 피고인 1의 업적홍보에 가까운 점 등을 종합하여 보면, '중구청장 피고인 1' 명의로 이 사건 문자메시지, 생일축하전보 및 쾌유기원전보를 발송한 행위는 구정활동의 일환 또는 일상적·의례적·사교적인 행위에 해당한다고 보기 어렵다.

한편 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 변호인들이 제출한 증거들에 의하면 서울의 타구청에서도 문자메시지와 전보를 보낸 사실이 인정되지만, 타구청에서 보낸 문자메시지의 수만 파악이 될 뿐, 비서실이 아닌 각 국, 과에서 보낸 것과 타구청장들의 직함과 성명을 기재하여 보낸 것이 구별되지 아니하고, 타구청장들의 직함과 성명을 기재하여 보낸 문자메시지의 기간별 변동량을 알 수도 없는바, 위 변호인들이 제출한 증거들만으로는 앞서의 인정에 방해되지 아니한다.

또한 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1은 2009. 6. 당시 □□□당 소속이었던 점, ② 피고인 1은 1991년경부터 꾸준히 정치활동을 해온 점, ③ 피고인 1이 당시 구청장 재선 출마를 포기할 만한 객관적 사유가 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1은 2009. 6.경 이미 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있었던 것으로 보인다.

따라서 이 사건 문자메시지 및 전보 발송은 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 피고인 1에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 위 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 고의가 없다는 주장에 관하여(피고인 1)

비록 피고인 1이 구청 간부들에게 수회 공직선거법 준수를 강조하고 각 과와 동사무소에 선거법 관련 사항을 숙지하도록 시달한 사실이 인정된다 하더라도, 위 (1)항에서 본 바와 같이 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송 동기와 경위, 내용과 취지, 발송 대상, 피고인 1의 선거운동경력 등에 관한 제반 사정을 종합하면, 피고인 1은 선거에서 당선되고자 하는 목적으로 이 사건 문자메시지 및 전보를 발송하였다고 봄이 상당하므로 위 피고인에 대한 범의도 충분히 인정된다.

(3) 예비후보자로서 또는 공직선거법 제82조의5의 반대해석상 문자메시지 또는 전보 발송이 허용된다는 주장에 관하여 공직선거법 제60조의3 제1항 제7호에 의하면, 예비후보자는 문자메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 행위를 할 수 있으나, 피고인 1이 이 사건 문자메시지를 발송할 당시의 구 공직선거법 제60조의3에 의하면 위 제7호가 규정되어 있지 않았을 뿐만 아니라, 피고인 1은 예비후보자의 지위에 있지도 아니하였으므로 위 규정에 따라 선거운동 정보를 담은 문자메시지를 보낼 수 있다고 인정되지 아니한다.

또한 공직선거법 제82조의5 제6항의 반대해석상 선거운동정보가 아닌 문자메시지 및 전보를 발송하는 것이 허용된다는 주장에 관하여 살피건대, 위 조항은 자동생성 프로그램 그 밖의 기술적 장치를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 것을 금지하는 규정일뿐, 자동생성 방법이 아니면 모든 선거운동이 허용된다는 취지의 규정은 아니므로, 피고인 1의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(4) 서울 중구 비거주자에 대한 발송 부분에 관하여(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법 제58조 제1항 소정의 선거운동은 공직선거법상 '기부행위'의 경우와는 달리 그 상대방이 제한되어 있지 않으므로, 그 선거운동의 상대방이 당선 또는 낙선을 도모하는 특정 후보자의 선거구 안에 있거나 선거구민과 연고가 있는 사람이나 기관·단체·시설 등에 해당하여야만 선거운동에 해당한다고 볼 것은 아니다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도9043 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건의 경우 문자메시지 및 전보 발송 대상자가 중구 비거주자라고 하더라도 선거에 영향을 미치게 하기 위한 목적을 가진 것이라면 선거운동의 상대방에 해당한다고 보아야 하는바, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 이 사건 문자메시지 및 전보 발송 대상자 중 중구 비거주자들은 중구에 직장을 가지고 있거나 중구 시설관리공단의 회원 등 중구의 문화시설을 이용하는 자들로서 선거에 영향을 미칠 수 있는 관련성이 있다고 인정되므로, 위 피고인들의 이 부분 주장도 이유 없다.

(5) 미도달 부분에 대한 주장에 관하여(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법에서 규제하는 문서(문자메시지) 배부의 경우, '배부행위'란 문언의 의미에 비추어 보면, 직접 배부행위의 상대방에게 문서·도화 등이 도달되지 않는 이상 배부행위자의 사자 또는 그 내용을 모르는 운송기관 등에게 교부된 것만으로는 배부행위가 기수에 이르렀다고 할 수 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도1938 판결).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항과 나.항의 별지 범죄일람표(1) 기재 연번별 문자메시지 중 도달된 것의 수는 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재와 같은바, 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분은 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결은 위법하므로, 피고인 2, 피고인 4의 이 부분 항소는 이유 있다.

한편, 피고인 2, 피고인 4의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 가. (1)항과 나.항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(6) 공직선거법상 개별 금지 조항에 대한 법리오해에 관하여

(가) 문자메시지 발송행위 부분(피고인 2, 피고인 4)

구 공직선거법 제254조 제2항이 선거운동 기간 전에 위 조항에서 열거하고 있는 각 호에 해당하는 행위를 한 자는 구 공직선거법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고 위 조항에 의하여 처벌하는 것으로 규정하고 있고, 구 공직선거법 제254조 제2항에서 정한 '이 법에 다른 규정이 있는 경우'란 법에 별도의 처벌규정이 있는 경우를 말하므로, 법에 별도의 처벌규정이 있는 경우에는 위 법 제254조 제2항 위반으로는 처벌할 수 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도1938 판결 참조).

살피건대 이 사건 문자메시지 발송 중 당심 별지 범죄일람표 기재 연번 1번 내지 15번 기재의 발송은 선거일로부터 180일 그 전에 이루어진 것들로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄에 해당하지 아니하므로 별도의 처벌규정이 있는

경우에 해당하지 아니한다.

그러나 이 사건 문자메시지 발송 중 당심 별지 범죄일람표 기재 연번 16번, 17번 기재의 발송은 선거일 전 180일(2009. 12. 4.)부터 선거일까지 사이에 구 공직선거법의 규정에 의하지 않고 문자메시지를 발송한 것으로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에도 해당하므로, 여기에는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없어서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

한편 피고인 2, 피고인 4의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 나.의 (2)항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 연번 16, 17번 기재 부분의 문자메시지 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(나) 전보 발송행위 부분(피고인 2)

피고인 2의 이 사건 전보 발송행위 중 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1번 내지 1414번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 1번 내지 140번 기재의 각 발송 행위는 선거일로부터 180일 그 전에 이루어진 것들로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄에 해당하지 아니하므로 구 공직선거법상 사전선거운동의 점으로 처벌된다.

그러나 선거일 전 180일부터 현행 공직선거법 시행 전까지 사이에 해당하는 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 각 발송 행위는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에 해당하므로, 여기에는 위 (가)항에서 본 바와 같이 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없으므로, 이 부분은 범죄로 되지 아니하여 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 위법하다.

한편 현행 공직선거법 제254조 제2항은 종전에 규정되어 있던 '이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고'를 삭제하고 '이 법에 규정된 방법을 제외하고 각종 인쇄물, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자'를 처벌하는 것으로 개정되었는데, 현행 공직선거법 제254조 제2항에 의하면 선거운동 기간 전의 선거운동은 원칙적으로 모두 독립하여 금지되고, 구법과 달리 별도의 개별 금지 규정이 있다고 하더라도 위 사전선거운동금지 규정의 적용을 받아 모두 처벌되므로, 이 사건 전보 발송 행위 중 현행 공직선거법의 시행일 이후에 이루어진 원심판시 별지 범죄일람표(3) 연번 1898번 내지 2218번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 205번 내지 223번 기재의 각 발송 행위는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄와 별도로 사전선거운동금지위반으로 인한 공직선거법위반죄가 성립한다고 볼 것이어서, 결국 이 부분 전보발송행위에 대하여는 공직선거법 제254조 제2항에 따라 처단할 수 있다.

그런데 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄 실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 하는바(대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결), 이 사건 생일축하전보 발송 및 채유기원전보 발송으로 인한 각 공직선거법위반의 점은 비록 앞서 본 바와 같이 각 그 중간에 사전선거운동으로 인정될 수 없는 부분이 있기는 하지만 각 그 자체로 단일하고 계속된 범의 아래 밀접한 시기에 걸쳐 동일한 수단, 방법으로 이루어져 같은 법익을 침해하였을 뿐만 아니라, 각 그와 상상적 경합관계에 있는 공무원의 선거운동금지위반 행위 역시 단일하고 계속된 범의 아래 밀접한 시기에 걸쳐 동일한 수단, 방법으로 이루어져 포괄일죄의 관계에 있는 점, 나아가 중간에 법률의 개정 혹은 법률규정의 체계 등을 이유로 사전선거운동으로 인정될 수 없는 부분이 있다고 하여 선거일 전 180일 그 전에 이루어진 사전선거운동 부분과 보충성 없이 원칙적으로 사전선거운동을 금하는 현행법에 따른 사전선거운동 부분을 경합범으로 보게 되면 피고인에게 오히려 불리하게 작용하는 점 등을 고려하면 위 각 행위들은 전체로서 포괄일죄 관계에 있다고 보아야 한다.

따라서 위 피고인의 이 부분 주장은 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재의 발송 부분, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 발송 부분에 관하여 이유 있고, 나머지 부분에 관하여는 이유 없다. 한편, 피고인 2의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 가. (2)항, (3)항 부분)에 관한 범죄사실 중 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 각 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(다) 한편 위 피고인들은 공직선거법 개별 금지 조항으로서 구 공직선거법 제255조 제1항 제19호, 제109조 제1항을 들어 위와 같은 취지의 주장을 하고 있으나, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송은 모두 선거기간 전에 종료된 행위로서, 선거기간 중 서신, 전보, 모사전송 그 밖에 전기통신의 방법을 이용하여 선거운동을 하는 것을 금지하는 구 공직선거법 제109조 제1항의 적용을 받지 아니하므로, 위 피고인들의 주장은 이유 없다.

(7) 구법을 적용한 것이 위법이라는 주장에 관하여(피고인 1)

검사가 원심판시 문자메시지 발송으로 인한 사전선거운동의 점(원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항, 제1의 나.항)에 대하여 명시적으로 구 공직선거법에 의하여 기소한 것은 아니었지만, 형법 제1조 제1항에서 규정하고 있는 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다는 행위시법 적용의 원칙과 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 법원이 공소장변경 절차 없이 일부 적용법조를 달리 할 수도 있다는 원칙에 비추어 살펴보면, 대, 현행 공직선거법은 구 공직선거법 제254조 제2항 및 제3항에서 선거운동기간 전에 인쇄물이나 통신, 집회의 개최 등을 이용하여 선거운동을 하거나 그 외의 방법으로 사전선거운동을 하는 것은 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하거나 혹은 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있던 것을 선거운동 전에 인쇄물, 뉴스통신, 집회, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하는 것으로 개정하면서 개정법의 공포일인 2010. 1. 25.부터 적용되는데, 위 각 공소사실의 행위시법인 사전

선거운동에 관한 구 공직선거법의 규정은 현행 공직선거법의 대응 규정과 비교할 때 범죄구성요건은 대부분 비슷하거나 현행법보다 일부 보충성규정으로 인하여 완화되어 있고, 그 법정형도 현행 공직선거법의 법정형보다 무겁지 아니하여, 구법을 적용하는 것이 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익을 주지 아니하므로, 적용법조에 관한 공소장의 변경이 없더라도 법원이 직권으로 이를 평가하여 행위시법인 구 공직선거법을 적용하여 유죄로 인정하더라도 거기에 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없으므로 위 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

한편 이 사건 전보 발송으로 인한 공직선거법위반의 점(원심판시 범죄사실 제1의 가. (2), (3)항)은 각 공직선거법 개정 전후에 걸쳐 이루어졌으나, 각 포괄일죄에 해당하므로 위 (6)의 (나)항에서 본 바와 같이 각 행위종료시법인 현행 공직선거법을 적용하여야 할 것인바, 검사는 이에 관하여 현행 공직선거법을 적용하여 기소하였고, 원심도 현행 공직선거법 제254조 제2항(각 사전선거운동의 점), 제255조 제1항 제2호, 제60조 제1항 제4호(공무원의 선거운동금지위반의 점)를 적용하였기 때문에 이 부분 법률적용에 아무런 위법이 없다.

따라서 2010. 1. 25. 이전에 이루어진 전보 발송행위에 대하여 공직선거법위반으로 의율한 것은 공소제기 범위를 넘어선 잘못된 판단이라는 위 피고인의 주장은 이유 없다.

(8) 공동정범관계 부인에 관하여

(가) 피고인 1의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 1은 비서실 직원들이 직능 단체의 임원 및 회원, 통·반장 등에게 문자메시지나 생일축하전보 등을 발송한다는 것을 알고 있었던 사실, ② 피고인 1은 비서실직원들을 직접 지시·감독하는 지위에 있으면서도 자신의 직함과 성명이 기재된 문자메시지와 전보가 발송되는 것을 전혀 제지한 적이 없는 사실, ③ 공소외 1이 매일 문자발송내역과 전보발송내역을 서면보고서로 작성하여 피고인 1의 책상에 놓는 방식으로 보고하였던 사실 등을 종합하며 보면, 피고인 1은 비서실 직원들로 하여금 중구민들에게 선거운동 목적으로 문자메시지 및 전보를 발송하도록 사실상 지시하였거나 그러한 사실을 보고받아 알면서도 이를 묵인하였다고 할 것이므로, 이 부분 공소사실에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

따라서 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 피고인 2의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 2는 생일축하전보 발송 업무를 공소외 2 대신 공소외 1이 담당하도록 업무를 조정한 사실, ② 피고인 2는 공소외 1에게 ◆병원 입원 환자 중 중구민 명단을 건네주면서 쾌유기원전보를 발송하도록 직접 지시한 사실, ③ 공소외 2에게 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지 및 목요컬쳐클럽 관련 문자메시지를 발송하도록 직접 지시하고, 피고인 4로부터 이메일로 전송받은 ○○아트홀 스포츠센터 회원 명단 등 3개 단체 명단을 건네주면서 관리하라고 지시한 사실, ④ 비서실 직원도 아닌 공소외 3에게도 통·반장이나 단체장들에게 크리스마스 인사 문자메시지를 보내도록 제의한 사실, ⑤ 공소외 2와 문자메시지의 문구에 대하여 상의한 적이 있었던 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 2는 공소외 2, 공소외 1 등으로

하여금 중구민들에게 선거운동 목적으로 문자메시지 및 전보를 발송하도록 직접 지시하였거나 그러한 사실을 알면서도 이를 묵인하였다고 할 것이므로, 이 부분 공소사실에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

(다) 피고인 4의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 4가 피고인 2에게 중구시설관리공단의 ○○아트홀 스포츠센터 등 3개 단체의 소속 회원 명단을 보내주었고, 그 직후 피고인 2는 공소외 2로 하여금 위 명단에 포함된 회원들에게 문자메시지를 발송하게 한 사실, ② 피고인 4는 피고인 2에게 위 명단과 함께 '제5회 전국동시지방선거 사무일정'이란 문건과 "우리 피고인 1 청장님을 중심으로 남아 있는 여생 아름답게 보냈으면 하네, 아침에 건네준 자료 보내니, 참고하게나. 앞으로도 명단을 작성해 보내주겠네"라는 내용의 이메일을 보낸 사실, ③ 피고인 4는 검찰에서 '사실 민원 때문에 중구청에서 명단을 가지고 있을 이유는 그다지 크지 않지만 참고용으로 주었다'는 취지로 진술한 사실, ④ 한편 중구시설관리공단이 중구청 산하 기관이라고 하더라도 별도의 업무를 담당하는 독립된 기관인 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 4는 피고인 2가 중구청장의 재선을 위하여 문자메시지를 발송하고 있음을 알고, 피고인 2를 도와 문자메시지 발송대상자수를 증가시키기 위해 ○○아트홀 스포츠센터 등 3개 단체 소속 회원들의 명단을 보냈고, 추가로 계속하여 보내줄 예정이었다고 보이므로, 피고인 4가 명단을 넘겨준 후 문자메시지 발송 부분(판시 제1의 나.항 부분 전체) 중 도달 부분에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

나아가 피고인 4가 자신이 넘겨준 명단의 사람 수를 초과한 부분의 문자메시지 발송에 대하여도 공동정범이 되는지 여부에 관하여 살피건대, 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실현하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위 결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는바(대법원 2006.12.22. 선고 2006도1623 판결), 이 사건 문자메시지 발송자대상자 중 피고인 4가 넘겨준 명단의 사람들은 ○○아트홀 스포츠센터 등 소속회원 등에 불과하지만, 앞서 본 바와 같이 ① 피고인 4는 피고인 2가 중구청장의 재선을 위하여 문자메시지를 발송하고 있음을 알고, 피고인 2로 하여금 문자메시지 발송대상자수를 증가시킬 수 있도록 돕기 위해서 명단을 보냄으로써 피고인 2에게 문자메시지 발송을 강화하도록 협력하였다고 보이는 점, ② 피고인 2는 피고인 4로부터 명단을 받은 이후 발송대상자를 더욱 증가시켜서 2009. 11. 10. 26,066건, 2009. 11. 26. 20,486건, 2009. 12. 1. 25,830건의 문자메시지를 발송한 점, ③ 피고인 4는 명단을 넘겨주는 행위를 1회에 그치지 않고 계속해서 추가로 보내 주기로 함으로써 피고인 2의 문자메시지 발송에 계속 협력할 의지를 표현한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 4는 자신이 넘겨준 명단의 수를 초과한 부분의 문자메시지 발송에 대하여도 공동실행의 의사가 있었다고 인정되므로 피고인 4가 명단을 넘겨준 이후의 문자메시지 발송으로 인한 공직선거법위반의 점(원심판시 범죄 사실 제1의 나.항) 전부에 대하여 공동정범이 된다.

따라서 위 피고인의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

나. ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해에 관하여(피고인 1)

(1) 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위 주장에 관하여

(가) ○○골프회장배 골프대회 인사 부분

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회의 출발장소에서 참석자들에게 인사말을 한 시점은 선거일 189일 전으로, 위 제2의 가. (1)항에서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 위 골프대회는 ○○골프회 회장인 피고인 5가 자신 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 개최한 행사인 점, ③ 피고인 1은 '안녕하십니까. 구청장 피고인 1입니다.

중구 발전을 위해 열심히 하겠습니다.

회원들을 위해 골프장을 넓힐 생각을 갖고 있습니다.

'라는 내용의 인사말을 하면서 회원들과 악수를 하였고, 뒤따르던 수행비서 공소외 4가 피고인 1의 사진이 인쇄되어 있는 명함을 참석자들에게 배부한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 ○○골프회 회장이 개최한 골프대회 출발장소에 참석하여 인사말을 하고 악수를 하면서 명함을 배부한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 경로당 식사대접 인사 부분

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 경로당 식사대접 행사에서 참석자들에게 인사말을 한 시점은 선거일로부터 180일 이내인 2009. 12. 초경으로, 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 신당1동 및 광희문 경로당 식사대접 행사는 피고인 5가 ○○골프회 회장으로서 자신 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 골프대회의 연장으로 개최한 행사이고, 피고인 1의 금일일정표에도 주요행사가 아닌 기타행사로 구분되어 있었음에도 2회에 걸쳐 연속적으로 방문한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 ○○골프회 회장인 피고인 5가 개최한 경로당 식사대접 행사에 참석하여 인사말을 하고 참석한 사람들과 악수를 한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(다) 뮤지컬 '△△' 공연 인사 부분

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 뮤지컬 '△△'의 무료공연 장소에서 중구민들에게 인사말을 한 시점은 선거일로부터 5개월 정도 전으로서, 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 뮤지컬 '△△'의 무료공연은 공소외 28 주식회사가 사기업체의 협찬을 받아 진행하려고 하였던 공연으로 중구청 내지 ○○아트홀에서 주관하는 공식적인 행사와는 무관함에도 3회에 걸쳐 연속적으로 참여하려고 하였고, 실제 2회 참석한 점, ③ 피고인 1이 공연장소에서 "구청장 피고인 1입니다.

제설작업 하느라 수고하셨습니다.

중구는 앞으로도 계속 발전할 겁니다.

여러분은 중구에 거주하는 것이 복 받은 것입니다.

앞으로 집값도 많이 오를 겁니다.

"라고 자신의 업적을 홍보하고 선심성 공약을 하는 듯한 발언을 한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소외 28 주식회사가 기획한 무료공연 장소에서 인사말을 한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 공직선거법상 허용된다는 주장에 관하여

구 공직선거법 제86조 제2항 제4호에 의하면, 선거일 전 60일부터 위 조항의 각목에 정한 경우를 제외하고는 교양강좌, 사업설명회, 공청회, 직능단체모임, 체육대회, 경로행사, 민원상담 기타 각종 행사를 개최하거나 후원하는 행위를 금지하고 있는바, 이는 선거일에 가까워지면서 선거운동의 과열과 혼탁을 엄정히 방지하기 위하여 선거일 전 60일부터는 선거에 영향을 미치지 아니하더라도 위 조항의 각목에 정한 경우를 제외하고는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위를 일체 금지한다는 것이므로, 선거일 전 60일 그 전에는 선거에 영향을 미치는지 여부와 상관없이 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위를 허용한다는 의미로 반대해석을 할 수 없고, 선거일 전 60일 그 전에 선거에 영향을 미치는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위는 여전히 선거운동에 해당하여 공직선거법위반이 된다.

앞서 본 바와 같이 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분은 모두 선거운동에 해당하므로, 피고인 1의 위 주장은 이유 없다.

다.

골프잡지 배부 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해에 관하여(피고인 2)

(1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 1의 7대 중점사업을 홍보하는 내용이 담긴 신년인터뷰 기사가 '▷▷▷'라는 골프잡지의 2010년 1월호에 실린 사실, ② 위 골프잡지 발행사의 대표 공소외 5는 위 골프잡지 2010년 1월호 50여권 정도를 중구청 관광공보과에 보낸 사실, ③ 그 후 공소외 6은 피고인 2의 지시에 따라 위 골프잡지를 중구청 확대간부회의에 참석한 동장들에게 배부한 사실, ④ 피고인 2는

원심법정에서 '골프잡지는 동사무소에 비치하라는 취지로 준 것이 아니라 버리거나 치워야 되는데 동장이라도 보라는 취지에서 주었다.

'는 취지로 진술한 사실, ⑤ 동장들은 골프잡지를 동사무소 소속 직원들에게 나눠 주거나 동사무소에 비치한 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 2는 피고인 1을 홍보하기 위하여 임의로 동장들에게 위 골프잡지를 교부하였고, 동장들은 중구 선거구민과 연고가 있는 불특정 또는 다수의 자에게 전파할 가능성이 있었던 것으로 보이는바, 위 골프잡지의 민사상의 소유자가 누구인지 여부와 관계 없이 피고인 2가 동장들에게 중구청의 일반적인 행정업무와는 무관하게 피고인 1의 구정활동을 홍보하는 내용이 담긴 골프잡지를 동장들에게 배부한 행위는 공직선거법상 제3자 기부행위에 해당함과 동시에 탈법방법에 의한 인쇄물의 배부행위에 해당한다고 할 것이다.

따라서 이 부분에 관한 위 피고인의 주장은 이유 없다.

(2) 한편 원심은 피고인 2의 골프잡지 배부행위에 대하여 구 공직선거법상 사전선거운동의 점에도 해당한다고 판단하였다.

그러나 직권으로 보건대, 피고인 2가 선거일 전 180일 후에 골프잡지를 배부한 행위는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에 해당하므로, 여기에는 위 제2의 가. (6) (가)항에서 본 바와 같이 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없으므로, 이 부분은 범죄로 되지 아니하여 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 위법하다.

라. 소결론

따라서 위와 같이 피고인 2, 피고인 4의 사실오인 또는 법리오해 주장은 이 사건 문자메시지 및 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분 일부에 관하여 이유 있고, 피고인 1의 이 사건 문자메시지 및 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분 일부, 피고인 2의 골프잡지 배부를 통한 사전선거운동의 점에 관하여 직권파기 사유가 있는바, 원심은 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 각 나머지 죄와 상상적 경합범, 포괄일죄 혹은 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분은 유지될 수 없게 되었기 때문에, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한다.

3. 검사의 항소이유에 관한 판단

가 ○○골프회장배 골프대회 부분

(1) 달력 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 2, 피고인 5는 공모하여 후보자가 되고자 하는 피고인 1을 위하여 중구청장의 사진과 축사가 들어간 달력을 제작하여 300부(75만 원 상당)의 기부행위를 하고, 피고인 1은 피고인 5로 하여금 위와 같이 자신을 위하여 기부행위를 하도록 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 구청장 축사가 포함된 달력을 제작하고 이를 배부하였음을 인정할 증거가 없고, 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 달력을 제작하여 배부하였다고 보기 어렵다는 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 관하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9의 각 원심 법정진술, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12에 대한 각 경찰진술조서 등이 있고, 이에 의하면 피고인 5가 배포한 달력들 중에 피고인 1의 축사가 있는 달력이 ○○골프회 회원들 중 일부에게 배부된 사실이 인정되나, 아래에서 보는 바와 같은 이유로 위 인정의 사정만으로는 이 부분 공소사실을 인정하기에 부족하다.

오히려 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 5는 중구에서 여러 가지 사회활동을 왕성하게 하여 온 사실, ② ○○골프회 회장인 피고인 5는 이미 수개월 전부터 ○○골프회장배 골프대회를 개최하겠다고 말하여 오다가 자신의 음력생일날에 맞춰 위 골프대회를 개최한 사실, ③ 피고인 5는 위 골프대회를 처음 개최하면서 중구청 문화체육과 과장 공소외 13에게 골프대회에서 배부할 달력에 포함시킬 구청장 축사를 부탁하였고, 이에 공소외 13은 문화체육과 직원 공소외 14에게 구청장 축사를 작성하여 보내주라고 지시한 사실, ④ 피고인 5는 공소외 14에게 달력 제작업자인 공소외 15의 연락처를 알려 주었고, 공소외 14는 구청장 축사를 작성하여 공소외 13에게 보여준 후 이를 공소외 15에게 이메일을 통하여 보내준 사실, ⑤ 공소외 15는 구청장 축사가 포함된 달력의 제작을 완성한 후 피고인 5의 요청에 따라 달력 3부를 중구청 비서실에 보낸 사실, ⑥ 피고인 5는 피고인 1의 축사가 공직선거법위반의 소지가 있다는 말을 듣고 달력 배포를 중단시키고 달력에서 축사 부분을 찢어버린 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실들을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들을 검토해 보면 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① ○○골프회장배 골프대회는 그 회장인 피고인 5가 개최한 행사인 점, ② 피고인 5는 자신의 사회적 위상 내지 자신이 회장으로 있는 ○○골프회의 품격을 높이기 위하여 달력에 구청장 축사를 포함시키고, 개회사에 피고인 1에 대한 내용 부분을 기재한 것으로 보이는 점, ③ 중구청에 등록된 생활체육단체가 행사를 진행하면서 중구청에 구청장 축사를 부탁할 경우, 중구청 문화체육과에서 문화체육행사 협조 차원에서 구청장 축사를 보내는 것이 관례로 보이는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인 5는 ○○골프회 명의의 골프대회를 개최하면서 자신 내지 ○○골프회의 위상을 높이기 위해 중구청의 도움을 받아 구청장의 축사가 포함된 달력을 제작하여 배부한 것으로 보이고, 그 밖에 검사가 제출한 증거만으로 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 구청장의 축사가 포함된 달력을 제작하여 배부하였다고 보기 어렵다.

또한 앞서 본 바와 같은 사정에 비추어, 검사가 제출한 피고인 2, 피고인 5 및 공소외 13, 공소외 14 사이의 통화내역만으로는 피고인 5가 피고인 2에게 축사 작성을 의뢰하고, 피고인 2가 공소외 13이나 공소외 14에게 축사 작성을 지시하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 구청장 축사가 포함된 달력을 제

작하고 이를 배부하였다는 점에 관하여 검사가 제출한 증거만으로 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 2 및 피고인 5는 피고인 1과 공모하여 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회 출발장소에서 버스 3대에 올라타 참석자들에게 인사말을 하고 악수를 하며, 수행비서 공소외 4가 피고인 1의 사진과 직함이 새겨진 명함을 배부함으로써, 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 피고인 1이 위 골프대회 출발장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 2는 평소 외부행사시 피고인 1을 수행하지 아니한 사실, ② 피고인 2는 피고인 5와 20여 년간 친분을 유지하여 온 사실, ③ 피고인 2는 피고인 1이 버스에 올라가 참석자들에게 인사말을 할 때에는 동행한 사실이 없고, 수행비서 공소외 4가 동행한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실들을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들을 검토하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 위 골프대회는 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위한 목적이 아니라 자신의 위상을 높이기 위하여 개최했던 것으로 보이는 점, ② 피고인 2는 피고인 5와의 친분관계로 골프대회 출발 장소에 특별히 나온 것으로 보이는 점, ③ 피고인 2는 외부행사시 피고인 1을 수행하지 않기 때문에 피고인 1이 외부행사에서 인사말을 하는지 여부나 인사말의 내용에 대해서 알 수 없었다고 보이는 점, ④ 피고인 2, 피고인 5가 사전에 긴밀히 협의하여 피고인 1로 하여금 위 골프대회 출발장소에 참석하여 회원들에게 인사말을 하도록 하였다는 사실을 인정할 증거가 없는 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1이 위 골프대회 출발장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 피고인 4의 축사대독 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 5가 위 골프대회 시상식에서 피고인 4로 하여금 "강한 중구·행복 중구를 위해 열심히 뛰겠다.

"는 내용이 담긴 구청장의 축사를 읽게 하고, 피고인 4는 위 내용의 구청장 축사를 구청장 대신 낭독함으로써 지방공단의 상근임원인 피고인 4는 피고인 5와 공모하여 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심 판단의 요지

원심은 검사가 제출한 증거만으로 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 피고인 4로 하여금 구청장 축사를 낭독하게 하였다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 4, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 5는 검찰에서 '달력은 계속 보관을 하는 관계로 선거일 180일 이후에도 존속하기 때문에 축사 부분이 선거법에 위반될 수 있어서 찢었지만, 선거일 전 180일까지는 축사를 낭독하여도 문제가 없다고 생각하였다.

'는 취지로 진술(증거기록 제3435면)한 사실, ② 중구청장의 격려사 및 축사가 ○○골프회장배 골프대회 식순에 들어갔었던 사실, ③ 피고인 5는 사회활동을 왕성하게 하면서 ○○골프회 회장으로서 이미 수개월 전부터 ○○골프회장배 골프대회를 준비하여 자신의 음력생일날에 맞춰 위 골프대회를 개최한 사실 등을 인정할 수 있다.

위 인정사실을 기초로 하여 이 사건의 적법한 증거들을 검토해보면 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5는 피고인 1을 위한 선거운동의 목적이 아니라 자신의 위상을 높이기 위한 목적으로 골프대회를 개최했던 것으로 보이는 점, ② 피고인 5는 비록 중구청장의 축사가 선거일 전 180일이 지나면 선거법위반으로 문제의 소지가 될 수도 있으나 그 전에는 문제가 되지 않을 것이라고 생각하고, 골프대회 식순에 있는 중구청장의 격려사 및 축사 낭독을 강행하고자 하였던 것으로 보이는 점, ③ 그래서 골프대회 시상식에서 피고인 4에게 대독을 부탁하였고, 피고인 4는 별 생각 없이 피고인 5가 단상에 올려준 축사를 그대로 읽은 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 5는 자신 내지는 ○○골프회의 위상을 높이고 아울러 일반적인 관례에 따라 피고인 4로 하여금 구청장 축사를 낭독하게 한 것으로 보일 뿐, 위 피고인들이 공모하여, 피고인 4가 피고인 1의 선거운동을 위하여 구청장 축사를 대독하였다고 보기 어렵고, 검사가 제출한 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 경로당 식사대접 부분(피고인 1, 피고인 2, 피고인 5)

(1) 금품과 달력 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 5는 피고인 2, 피고인 1과 사전에 협의하여, 피고인 1을 위하여, 2009. 12. 8. 12:00경 신당1동 경로당 회장 공소외 16에게 노인들 식사비용으로 현금 50만 원 및 탁상용 달력 100부(25만 원 상당)를 제공하고, 2009. 12. 10. 12:00경 광희문 경로당 총무 공소외 17에게 노인들 식사비용으로 현금 50만 원 및 탁상용 달력 100부(25만 원 상당)를 제공함으로써 기부행위를 하고, 피고인 1은 피고인 5로 하여금 위와 같이 자신을 위하여 기부행위를 하도록 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 공무원인 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 피고인 5, 피고인 2가 피고인 1의 선거운동을 위하여 경로당 식사대접 행사를 개최하여 기부행위를 하였다고 보기 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 피고인들의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5는 신당1동 경로당 회장 공소외 16의 제안에 따라 ○○골프회장배 골프대회를 개최한 후 남은 행사비 100만 원으로 신당1동 및 광희문 경로당 회원들에게 식사대접을 한 점, ② 피고인 5는 골프대회 장소에 걸어두었던 현수막을 각 식사대접 장소에도 걸어두었던 점, ③ 앞서 본 바와 같이 피고인 5는 여러 가지 사회활동을 왕성하게 하고 있는바, 자신 내지 ○○골프회의 사회적 위상을 높이기 위하여 경로당 식사대접 행사를 주최한 것으로 보이는 점, ④ 경로당 식사대접 행사를 기획하거나 피고인 1이 위 행사 자리에 참석함에 있어 피고인 5가 피고인 1, 피고인 2와 사전에 긴밀히 협의하였다고 볼 증거가 없는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인 5는 골프대회를 마친 후 남은 행사비를 사용하기 위하여 ○○골프회 차원에서 경로당 식사대접 행사를 진행하고, 아울러 골프대회 때 피고인 1의 축사 부분을 찢고 배포한 뒤 남은 달력을 제공한 것으로 보이며, 그 밖에 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 경로당 식사대접 행사를 개최하여 기부행위를 하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

또한 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 경로당 식사대접 행사는 피고인 1의 금일일정표에 '기타 일정'으로 되어 있었던 사실, ② 피고인 1은 점심시간에 따로 점심약속이 되어 있던 장소로 가는데 지장이 없어서 참석한 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 5가 경로당 식사대접 행사를 진행하고, 달력을 제공함에 있어, 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 가담하였다고 보기 어렵다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 1, 피고인 2는 피고인 5와 공모하여, 2009. 12. 8. 12:00경 신당1동 경로당 노인들에게 "구청장 피고인 1입니다.

추우신데 옷 따뜻하게 입으시고, 건강하세요"라는 말을 하고 노인들과 악수를 하였고, 2009. 12. 10. 12:00경 광희문 경로당 노인들에게 "구청장 피고인 1입니다.

식사대접이 약소하지만 많이 드시고, 건강하시고 즐겁게 노세요"라는 말을 하고 노인들과 일일이 악수를 함으로써, 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1이 위 경로당 식사대접 자리에서 선거운동의 일환으로 인지도를 제고하기 위하여 인사말을 함에 있어 피고인 2, 피고인 5가 피고인 1과 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 관하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 2는 경로당 식사대접 행사에 직접 참석한 사실이 없는 점, ② 경로당 식사대접 행사는 피고인 5가 자신의 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 개최한 행사이고, 피고인 1의 금일일정표에 '기타 일정'으로 되어 있었기 때문에, 피고인 1이 경로당 식사대접 행사에 참석할 지에 대하여 피고인 2가 알고 있었다고 보기 어려운 점, ③ 피고인 1은 점심시간에 따로 점심약속이 되어 있던 장소로 가는데 지장이 없어서 참석한 점, ④ 피고인 2, 피고인 5가 사전에 긴밀히 협의하여 피고인 1로 하여금 위 경로당 식사대접 자리에 참석하여 참석자들에게 인사말을 하도록 하였다는 사실을 인정할 증거가 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1이 위 경로당 식사대접 행사장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

뮤지컬 '△△' 무료공연 부분(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3)

(1) 공연 무료교환권 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 공모하여 중구 관내 동장 15명에게 구청에서 나누어 주는 무료티켓인 것처럼 뮤지컬 '△△' 공연의 무료교환권 1,250장(5,000만 원 상당)을 제공하여 그 무렵 동장들로 하여금 구민들에게 무료로 배부하게 함으로써 후보자가 되고자 하는 피고인 1은 기부행위를 하고, 피고인 2, 피고인 3은 후보자가 되고자 하는 피고인 1을 위하여 기부행위를 하였다.

(나) 원심의 판단

검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공소사실 기재와 같이 문화나눔행사를 통하여 위와 같은 기부행위를 사전에 공모하였다고 인정하기 어렵고 달리 이 부분 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 뮤지컬 '△△' 공연은 공소외 28 주식회사와 ○○아트홀이 공동으로 주최하여 진행된 유료공연이었는데, 공연의 성수기에 해당하는 2009. 12.분 및 2010. 1.분의 티켓 예매실적이 극히 저조하자 공소외 28 주식회사의 대표인 공소외 18이 2009. 12.경부터 먼저 ○○아트홀 사장인 피고인 3에게 협찬사를 구해줄 것을 부탁하였고, 이에 따라 공소외 18과 피고인 3 사이에 협찬사의 협찬을 받아 소외계층을 대상으로 문화나눔행사를 진행하기로 기획하게 된 점, ② 피고인 3은 공소외

18의 부탁에 따라 뮤지컬 '△△' 공연의 협찬사를 구하려고 노력하였는데, 무료공연이 진행될 무렵에는, 비록 협찬사가 확정되지는 않았지만, 공소외 19 주식회사 등 협찬사가 충분히 정해질 것으로 예상되었던 점(2010. 1. 8.경 '공소외 19 주식회사와 함께 하는 문화나눔기'라는 문구가 기재된 현수막이 공연장 입구에 설치되었었다.

), ③ 문화 소외계층에 대한 무료공연인 문화나눔행사를 진행할 경우에는 무료공연 교환권을 배부하기 위하여 관할 행정관청의 도움이 요구되는바, 뮤지컬 '△△'의 무료공연에도 무료공연 교환권을 중구 구민들에게 배부하기 위하여 중구청의 도움이 필요하였고, 이를 위하여 피고인 3이 공소외 18을 피고인 2에게 소개시켜 준 것으로 보이는 점, ④ 이에 따라 공소외 18은 피고인 3을 통하여 피고인 2를 만나 중구청의 협조를 받아 무료공연을 진행하게 된 점, ⑤ 공소외 28 주식회사는 공연날짜를 구청에게 잡아달라고 부탁하는 것이 편리하고, 표 판매 실적이 1월 초에 가장 저조하기 때문에 피고인 2에게 문화나눔행사 공연일정을 2010. 1. 15. 이전으로 잡아달라고 하였던 점, ⑥ 중구청에서 공소외 28 주식회사에게 소외계층의 명단만 넘겨줄 수도 있으나, 공소외 28 주식회사에서 문화나눔행사 공연일정을 촉박하게 잡았기 때문에 관내 동장을 통해 배부하는 것이 공연일정에 맞추기에 적합했던 것으로 보이는 점, ⑦ 공소외 6은 이 법정에서, 동장들에게 무료공연 교환권을 배부하면서 " 공소외 28 주식회사가 기획사라는 이야기를 했었던 것 같다.

"라는 취지로 진술하고 있는 점, ⑧ 공소외 28 주식회사의 이사 공소외 20이 티켓제작 의뢰 담당 직원으로부터 예약자를 누구로 할 것이냐는 질문을 받고 중구청에서 대상자들에게 문화나눔교환권을 나눠주고 있으니 중구로 하라고 지시하여 문화나눔행사교환권의 입장권에 '예약자명 ; 중구'로 기재된 점, ⑨ 피고인 1이 문화나눔행사 공연무대에서 관객들에게 이런 문화행사를 열어준 공소외 28 주식회사와 ○○아트홀에 감사한다고 말했던 점(공소외 21에 대한 우편조서, 증거기록 제2280면), ⑩ 공소외 22는 2010. 1. 11. 또는 1. 12.경 피고인 3으로부터 공소외 19 주식회사에서 협찬을 안하기로 하였다는 말을 듣고 공소외 23 주식회사를 협찬업체로 소개하였던 점, ⑪ 협찬사는 공연이 진행중이거나 종료한 후에도 추후 기업의 홍보활동에 이용하거나 세제혜택을 받기 위하여 협찬을 하는 것이 공연예술계의 관행으로 보이는 점, ⑫ ○○아트홀에서는 2007. 12.경 및 2008. 1.경에도 공소외 24 주식회사의 협찬을 받아 창작뮤지컬 공연에 중구에 거주하는 소외계층을 초청하는 방식으로 문화나눔행사를 진행한 사실이 있었고, 이 사건 문화나눔행사 이후인 2010. 1. 말경에도 ◇◇◇◇와 ☆☆의 협찬을 받아 문화나눔행사를 준비했던 점 등을 종합하여 보면, 피고인 2, 피고인 3은 단지 공소외 28 주식회사가 무료공연을 진행함에 있어 협찬사를 구해주거나 무료공연 교환권의 배부에 협조한 정도에 불과한 것으로 보이고, 이와 같이 피고인 2, 피고인 3이 중구 구민들에게 무료공연 교환권을 배부하는 것을 도와주었다는 사정만으로 피고인 2, 피고인 3을 무료공연을 통한 기부행위자로 평가하기 어렵다.

따라서 공소외 28 주식회사가 중구청의 도움을 받아 문화나눔행사의 형식으로 뮤지컬 '△△' 무료공연을 진행하는 과정에서 이루어진 무료공연 교환권 배부행위를 피고인 1의 선거운동을 위한 기부행위라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공소사실 기재와 같이 문화나눔행사를 통하여 위와 같은 기부행위를 사전에 공모하였다고 인정하기도 어려우며, 달리 이 부분 공소사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 3의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 2 및 피고인 3은 피고인 1과 사전에 협의하여 2회에 걸쳐 ○○아트홀에서 열린 뮤지컬 '△△' 무료공연 행사에서 피고인 1이 무대에 올라가 중구민들에게 인사말을 하도록 하여 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 피고인 1이 공연무대에서 참석자들에게 인사말을 함에 있어 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 3의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

검사가 제출한 증거들에 의하면, ① 피고인 2는 피고인 1이 무료공연에 참석할 수 있도록 무료공연 일자를 지정해주었고 공소외 6에게 무료공연에 참석하여 피고인 1을 영접하라고 지시한 사실, ② 피고인 3은 피고인 1이 무료공연에 참석한다는 이야기를 듣고 공소외 18에게 인사말을 할 수 있는 기회를 마련할 것을 지시한 사실 등이 인정된다.

그러나 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1은 공연 장소에 피고인 2와 동행하지 아니하고, 수행비서 공소외 4와 동행한 점, ② 피고인 1이 무대에서 인사할 수 있는 자리가 사전에 예정되어 마련된 것이 아니라 공연 당일 갑작스럽게 이루어진 것으로 보이는 점, ③ 피고인 3은 ○○아트홀 사장으로서 피고인 1을 직접 보좌하는 지위에 있지 않았던 점, ④ 피고인 3은 구청장이 무료공연에 참석한다는 이야기를 듣고 일종의 관행에 따라 피고인 1이 무대에서 인사할 수 있는 자리를 마련한 것으로 볼 여지가 있는 점 등에 비추어 보면, 검사 제출의 증거로 인정되는 위와 같은 사정만으로는 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하여 피고인 1의 선거운동을 위하여 피고인 1을 무료공연에 참석하게 한 후 무대에서 참석자들에게 인사말을 하도록 사전에 협의하였다고 보기 어렵고, 달리 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 소결론

따라서, 원심판결 중 피고인들에 대한 각 무죄부분에 대한 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 모두 이유 없고, 한편 위 제2의 라.항에서 본 바와 같이 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분은 이미 유지될 수 없게 되었기 때문에, 검사의 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한다.

4. 결 론

그렇다면 앞서 본 바와 같이 ① 원심판시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항과 나.항 부분, 다만 피고인 4는 원심판시 범죄사실 제1의 나.항 부분에 대하여만)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분과, ② 원심판시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시

제1의 나.의 (2)항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 연번 16, 17번 기재 부분, ③ 원심판시 피고인 1, 피고인 2의 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 범죄사실 제1의 가. (2)항, (3)항 부분) 중 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재의 생일축하전보발송, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 쾌유기원전보발송 행위로 인한 사전선거운동의 점 부분, ④ 피고인 2의 골프잡지 배부를 통한 공직선거법위반의 점에 대한 부분(원심판시 범죄사실 제5항 부분)에 관하여 직권파기 사유가 있거나, 피고인 2, 피고인 4의 사실오인 또는 법리오해의 주장이 이유 있다.

따라서 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분을 각 파기하기로 하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 무죄부분과 피고인 3, 피고인 5에 관한 검사의 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4

(1) 문자메시지 및 전보 발송 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 선거운동이 아니라는 주장(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

1) '중구청장 피고인 1' 명의의 문자메시지 및 전보의 수신자는 피고인 1의 지인이나 중구청 관내 직능단체 회원들이고, 그 내용도 정치적 색깔이 없는 단순한 인사말일 뿐이어서 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송은 일상적, 의례적, 사교적 행위이거나, 피고인 1 이전 구청장 시절부터 지속적, 반복적으로 이루어진 구정활동의 일환에 불과하고, 타구청장들도 피고인 1보다 더 많은 문자메시지 및 전보를 발송하고 있으며 그 증가량도 중구청과 유사하고, 게다가 피고인 1은 발송 당시에는 차기 구청장으로 출마할 지 여부가 불확실한 시기였으므로, 문자메시지 및 전보 발송은 선거운동에 해당하지 않는다.

2) 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지 발송은 학부모들에게 성동고의 자율형 공립고 선정 사실을 널리 알려 성동고 입학 지원자 모집을 활성화하려고 한 것에 불과할 뿐이고, 구청장의 업적홍보행위에 해당하지 아니하므로, 이는 선거운동이 아니다.

또한 ◆병원 입원 환자에 대한 쾌유기원전보 발송은 ◆병원의 중구민에 대한 의료지원 등 ◆병원과 중구청의 업무협조관계에 따라 이루어진 것으로 선거운동과 무관하다.

(나) 고의가 없다는 주장(피고인 1)

피고인 1은 구청 간부들에게 수회 공직선거법 준수를 강조하고 각 과와 동으로 선거법 관련 사항을 숙지하도록 시달하였으며, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송에 관하여 업무활동의 일환으로 선거운동과 무관하다고 판단하였을 뿐이므로, 공직선거법위반에 대한 고의가 없었다.

(다) 예비후보자로서 또는 공직선거법 제82조의5의 반대해석상 문자메시지 또는 전보 발송이 허용된다는 주장(피고인 1)

공직선거법 제60조의3 제1항 제7호에 따르면 예비후보자는 문자메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 행위를 할 수 있으므로, 사실상의 예비후보자이었던 피고인 1은 예비후보자 등록 시작일인 2010. 2. 19.부터 같은 달 27.까지 생일축하전보 발송을 할 수 있고, 위 규정과 공직선거법 제82조의5 제6항을 반대해석하면, 피고인 1은 선거운동 정보가 아닌 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송을 할 수 있다.

(라) 서울 중구 비거주자에 대한 발송 부분(피고인 2, 피고인 4)

서울 중구에 거주하지 않는 사람에 대한 문자메시지 발송이 중구청장 선거에 영향을 미칠 수 있는 경우라는 입증이 없으므로, 이 부분은 선거운동에 해당하지 않음에도 유죄로 인정한 원심은 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다.

(마) 미도달 부분에 대한 주장(피고인 2, 피고인 4)

발송한 문자메시지 중 도달하지 못한 경우는 공직선거법위반죄의 미수에 해당하는데, 이에 대한 처벌규정이 없으므로 미도달 부분은 무죄에 해당함에도, 이러한 부분까지 유죄로 인정한 원심은 법리오해의 위법이 있다.

(바) 공직선거법상 개별 금지 조항에 대한 법리오해 주장(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법상 사전선거운동금지 규정(제254조 제2항)은 행위별로 기간을 특정하여 금지하는 개별 조항에서 규정하고 있지 아니한 경우에 한하여 예외적·보충적으로 적용되는 것인바, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송에 대하여는 공직선거법상 개별 금지 조항(제93조 제1항 또는 제109조 제1항)이 있으므로, 이와 별도로 사전선거운동금지 규정을 적용하여 처벌할 수 없음에도, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송이 사전선거운동금지 규정(제254조 제2항)에 해당한다고 판단한 원심은 법리오해의 위법이 있다.

(사) 구법을 적용한 것이 위법이라는 주장(피고인 1)

원심판시 문자메시지 및 전보 발송으로 인한 사전선거운동의 점(원심판시 범죄사실 제1항)에 대하여 검사가 각 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공직선거법'이라 한다.

) 제254조 제3항에 의하여 기소하지 아니하였음에도 원심은 적용법조의 변경절차 없이 위 법조를 적용한 위법이 있다.

따라서 2010. 1. 25. 이전에 이루어진 전보발송행위에 대하여 구 공직선거법위반으로 의율한 것은 공소제기 범위를 넘어서 판단한 것으로 위법하다.

(아) 공동정범관계 부인(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

피고인 1은 문자메시지 및 전보 발송 업무가 사실상 비서실의 전결처리사항이기 때문에 이에 관하여 비서실 직원들로부터 보고받거나 관여한 사실이 없고, 피고인 2는 공소외 1, 공소외 2에게 구체적으로 문자메시지 및 전보 발송을 지시한 사실이 없을 뿐만 아니라, 이 사건 문자메시지 및 전보의 수신자 등을 제대로 알지 못하며, 피고인 4는 중구시설관리공단의 ○○아트홀 스포츠센터의 민원업무 처리 등과 관련하여 업무협조 차원에서 소속 회원들의 자료를 중구청에 보내준 것에 불과하고, 나아가 그 자료가 문자메시지 발송에 사용되리라는 것을 예상하지도 못하였으므로, 위 피고인들은 문자메시지 및 전보 발송으로 인한 공직선거법위반죄의 공모공동정범으로 볼 수 없다.

가사 피고인 4에 대하여 공동정범 관계가 인정된다고 하더라도 피고인 4가 넘긴 명단의 사람들이 아닌 사람들에 대한 문자메시지 발송행위에 대하여는 공모하지 아니하였으므로 이 부분까지 공동정범으로 인정할 수 없다.

(2) ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해(피고인 1)

(가) 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위 주장

1) ○○골프회장배 골프대회 인사 부분

피고인 1은 ○○아트홀 스포츠센터의 관리·운영자로서 위 스포츠센터 회원들의 사적 모임인 ○○골프회 골프대회 참가자들 중 타구민들에게 자신을 소개하기 위하여 명함을 배부하였고, 골프대회 참가자들에게 통상적인 축하 및 의례적인 격려인사를 하였을 뿐 자신의 지지를 호소하는 등 선거와 관련된 어떠한 발언도 한 사실이 없으므로, 이 부분 행위는 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

2) 경로당 식사대접 인사 부분

피고인 1은 경로당 식사 대접이 '효 실천 사업'의 일환으로 계획된 행사라는 수행비서의 보고를 듣고 잠시 참석하여 의례적인 인사를 하였을 뿐이고, 자신의 지지를 호소하는 등 선거와 관련된 어떠한 발언도 한 사실이 없으므로, 이 부분 행위도 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

3) 뮤지컬 '△△' 공연 인사 부분

피고인 1은 제설작업을 한 구민들의 노고를 치하하고 격려하기 위하여 공연장에 참석하여 단순한 감사의 말과 덕담을 한 것에 불과하고, 소외계층 초청행사에 관내 단체장 등이 참석할 경우 공연시작 전에 인사말을 하는 것은 일반적인 관행이므로, 이 부분 행위는 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

(나) 공직선거법상 허용된다는 주장

구 공직선거법 제86조 제2항 제4호에 의하면 각목에 규정된 경우를 제외하고 지방자치단체장은 선거일로부터 60일전까지는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사를 개최하거나 후원하는 행위를 할 수 있는바, 피고인 1이 선거일로부터 60일 전에 골프대회 출발장소, 경로당 식사대접장소, ○○아트홀과 공소외 28 주식회사가 만든 뮤지컬 '△△' 공연 장소에서 각 인사말을 한 행위는 골프대회, 경로행사, 무료공연행사를 후원하는 것보다 훨씬 선거에 미치는 영향이 미약하다고 할 것이어서 이는 당연히 허용된다.

(3) 골프잡지 배부 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해(피고인 2)

피고인 2는 골프잡지를 동장 개인들에게 준 것이 아니므로 기부행위의 상대방이 존재하지 아니하여 기부행위라고 할 수 없고, 골프잡지의 소유권자가 아니므로 제3자 기부행위에 해당하지 아니하며, 유권자를 상대로 직접 골프잡지를 배부한 것도 아니므로 탈법방법에 의한 인쇄물의 배부행위라고 볼 수도 없다.

(4) 양형부당의 주장(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

원심이 피고인 1에게 선고한 벌금 700만 원, 피고인 2에게 선고한 징역 6월, 집행유예 2년, 피고인 4에게 선고한 벌금 200만 원의 형은 각 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) ○○골프회장배 골프대회 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 달력 기부 부분

피고인 1, 피고인 2, 피고인 5는 공모하여, 피고인 5가 피고인 1의 홍보를 위해 달력을 제작하여 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 골프대회 출발장소에 참석시키고, 피고인 5가 옆에서 수행함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 5의 각 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(다) 축사대독 부분

피고인 5, 피고인 4가 공모하여 피고인 1을 홍보하는 내용이 있는 축사를 대독함으로써 피고인 1을 위하여 선거운동을 한 것이 명백함에도 이에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(2) 경로당 식사대접 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 금품과 달력 기부 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 위하여 경로당 노인들에게 식사비용과 달력을 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 골프대회 출발장소에 참석시키고, 피고인 5가 옆에서 수행함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 5의 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(3) 뮤지컬 ' △△ ' 무료공연 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 공연 무료교환권 기부 부분

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공모하여 뮤지컬 ' △△ '의 문화나눔행사를 선거운동목적으로 변질시켜 피고인 1을 위하여 동장들로 하여금 구민들에게 위 공연의 무료교환권을 배부하게 함으로써 이를 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 3의 인사말 공모 부분

피고인 2는 피고인 1을 위 공연장소에 참석시키고, 피고인 3은 공연기획사 담당자에게 피고인 1이 인사말을 할 수 있도록 지시함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 3의 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(4) 양형부당의 주장

원심이 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에게 선고한 앞서 나온 형은 각 너무 가벼워서 부당하다.

2. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 항소이유에 관한 판단

가. 문자메시지 및 전보 발송 부분의 사실오인 또는 법리오해 주장에 관하여

(1) 선거운동이 아니라는 주장에 관하여(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 중구청장 피고인 1 명의의 문자메시지는 2008년 추석 때 10,994건, 2008년 성탄절 때 4,000건, 2008년~2009년 연말연시 때 숫자미상, 2009년 설 때 7,382건이 발송되다가(증거기록 제1696면~제1700면) 2009. 5.경부터 매월 중점적으로 발송되기 시작하고(증거기록 제1019면), 이 사건 생일축하전보의 발송량이 갑자기 증가하기 시작한 것은 2009. 6.경인 사실(증거기록 제1020면), ② 이 사건 문자메시지 발송 대상자가 2009. 6. 1.경부터 9,400여 명 정도로 중구 유권자(약 10만여 명)의 약 9% 정도에 이르다가, 2009. 11. 1.경에는 2만 1,000여 명, 2009. 11. 10.경에는 3만 1,000여 명, 2009. 11. 26.경에는 2만 5,000여 명, 2009. 12. 1.경에는 3만 1,000여 명에 달하였고, 생일축하전보 발송대상자인 중구청 관내 통·반장들의 수만 2,000여 명이 넘고 직능단체 임원 및 회원들의 수까지 합하면 수천 명에 달했던 사실, ③ 문자메시지 및 전보 발신자가 중구청 내지 담당 부서가 아니라 중구청장의 직함과 성명까지 기재한 '중구청장 피고인 1'로 되어 있고, 피고인 1의 개인 휴대전화 번호가 발신자 전화번호로 표시되어 있었던 사실, ④ 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지의 발송 내용은 "성동고 자율형 공립고 선정! 우리중구 명문학교 만들기의 결실입니다! 중구청장 피고인 1"인 사실, ⑤ 쾌유기원전보의 발송대상자는 피고인 2가 의료지원 업무와는 무관하게 직접 ◆병원 총무부장에게 요청하여 받은 입원 환자 명단에 있는 중구민이고, 중구청에서 그 입원환자 명단을 이용하여 의료지원을 한 적이 없었던 사실 등을 인정할 수 있다.

위 인정사실을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 중구청장 피고인 1 명의의 문자메시지는 명절, 성탄절, 연말연시에만 발송되다가 2009. 5.경부터 매월 발송되기 시작하면서 △△ 그 발송건수도 증가한 점, ② 문자메시지 및 전보 발송 대상자가 피고인 1과 평소 지면이나 친교가 있다고 볼 수 없는 불특정다수의 일반 선거구민으로 보이는 점, ③ 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지의 내용은 정보 제공보다는 오히려 피고인 1의 업적홍보에 가까운 점 등을 종합하여 보면, '중구청장 피고인 1' 명의로 이 사건 문자메시지, 생일축하전보 및 쾌유기원전보를 발송한 행위는 구정활동의 일환 또는 일상적·의례적·사교적인 행위에 해당한다고 보기 어렵다.

한편 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 변호인들이 제출한 증거들에 의하면 서울의 타구청에서도 문자메시지와 전보를 보낸 사실이 인정되지만, 타구청에서 보낸 문자메시지의 수만 파악이 될 뿐, 비서실이 아닌 각 국, 과에서 보낸 것과 타구청장들의 직함과 성명을 기재하여 보낸 것이 구별되지 아니하고, 타구청장들의 직함과 성명을 기재하여 보낸 문자메시지의 기간별 변동량을 알 수도 없는바, 위 변호인들이 제출한 증거들만으로는 앞서의 인정에 방해되지 아니한다.

또한 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1은 2009. 6. 당시 □□□당 소속이었던 점, ② 피고인 1은 1991년경부터 꾸준히 정치활동을 해온 점, ③ 피고인 1이 당시 구청장 재선 출마를 포기할 만한 객관적 사유가 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1은 2009. 6.경 이미 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있었던 것으로 보인다.

따라서 이 사건 문자메시지 및 전보 발송은 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 피고인 1에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 위 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 고의가 없다는 주장에 관하여(피고인 1)

비록 피고인 1이 구청 간부들에게 수회 공직선거법 준수를 강조하고 각 과와 동사무소에 선거법 관련 사항을 숙지하도록 시달한 사실이 인정된다 하더라도, 위 (1)항에서 본 바와 같이 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송 동기와 경위, 내용과 취지, 발송 대상, 피고인 1의 선거운동경력 등에 관한 제반 사정을 종합하면, 피고인 1은 선거에서 당선되고자 하는 목적으로 이 사건 문자메시지 및 전보를 발송하였다고 봄이 상당하므로 위 피고인에 대한 범의도 충분히 인정된다.

(3) 예비후보자로서 또는 공직선거법 제82조의5의 반대해석상 문자메시지 또는 전보 발송이 허용된다는 주장에 관하여 공직선거법 제60조의3 제1항 제7호에 의하면, 예비후보자는 문자메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 행위를 할 수 있으나, 피고인 1이 이 사건 문자메시지를 발송할 당시의 구 공직선거법 제60조의3에 의하면 위 제7호가 규정되어 있지 않았을 뿐만 아니라, 피고인 1은 예비후보자의 지위에 있지도 아니하였으므로 위 규정에 따라 선거운동 정보를 담은 문자메시지를 보낼 수 있다고 인정되지 아니한다.

또한 공직선거법 제82조의5 제6항의 반대해석상 선거운동정보가 아닌 문자메시지 및 전보를 발송하는 것이 허용된다는 주장에 관하여 살피건대, 위 조항은 자동생성 프로그램 그 밖의 기술적 장치를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 것을 금지하는 규정일뿐, 자동생성 방법이 아니면 모든 선거운동이 허용된다는 취지의 규정은 아니므로, 피고인 1의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(4) 서울 중구 비거주자에 대한 발송 부분에 관하여(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법 제58조 제1항 소정의 선거운동은 공직선거법상 '기부행위'의 경우와는 달리 그 상대방이 제한되어 있지 않으므로, 그 선거운동의 상대방이 당선 또는 낙선을 도모하는 특정 후보자의 선거구 안에 있거나 선거구민과 연고가 있는 사람이나 기관·단체·시설 등에 해당하여야만 선거운동에 해당한다고 볼 것은 아니다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도9043 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건의 경우 문자메시지 및 전보 발송 대상자가 중구 비거주자라고 하더라도 선거에 영향을 미치게 하기 위한 목적을 가진 것이라면 선거운동의 상대방에 해당한다고 보아야 하는바, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 이 사건 문자메시지 및 전보 발송 대상자 중 중구 비거주자들은 중구에 직장을 가지고 있거나 중구 시설관리공단의 회원 등 중구의 문화시설을 이용하는 자들로서 선거에 영향을 미칠 수 있는 관련성이 있다고 인정되므로, 위 피고인들의 이 부분 주장도 이유 없다.

(5) 미도달 부분에 대한 주장에 관하여(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법에서 규제하는 문서(문자메시지) 배부의 경우, '배부행위'란 문언의 의미에 비추어 보면, 직접 배부행위의 상대방에게 문서·도화 등이 도달되지 않는 이상 배부행위자의 사자 또는 그 내용을 모르는 운송기관 등에게 교부된 것만으로는 배부행위가 기수에 이르렀다고 할 수 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도1938 판결).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항과 나.항의 별지 범죄일람표(1) 기재 연번별 문자메시지 중 도달된 것의 수는 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재와 같은바, 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분은 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결은 위법하므로, 피고인 2, 피고인 4의 이 부분 항소는 이유 있다.

한편, 피고인 2, 피고인 4의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 가. (1)항과 나.항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(6) 공직선거법상 개별 금지 조항에 대한 법리오해에 관하여

(가) 문자메시지 발송행위 부분(피고인 2, 피고인 4)

구 공직선거법 제254조 제2항이 선거운동 기간 전에 위 조항에서 열거하고 있는 각 호에 해당하는 행위를 한 자는 구 공직선거법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고 위 조항에 의하여 처벌하는 것으로 규정하고 있고, 구 공직선거법 제254조 제2항에서 정한 '이 법에 다른 규정이 있는 경우'란 법에 별도의 처벌규정이 있는 경우를 말하므로, 법에 별도의 처벌규정이 있는 경우에는 위 법 제254조 제2항 위반으로는 처벌할 수 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도1938 판결 참조).

살피건대 이 사건 문자메시지 발송 중 당심 별지 범죄일람표 기재 연번 1번 내지 15번 기재의 발송은 선거일로부터 180일 그 전에 이루어진 것들로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄에 해당하지 아니하므로 별도의 처벌규정이 있는

경우에 해당하지 아니한다.

그러나 이 사건 문자메시지 발송 중 당심 별지 범죄일람표 기재 연번 16번, 17번 기재의 발송은 선거일 전 180일(2009. 12. 4.)부터 선거일까지 사이에 구 공직선거법의 규정에 의하지 않고 문자메시지를 발송한 것으로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에도 해당하므로, 여기에는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없어서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

한편 피고인 2, 피고인 4의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 나.의 (2)항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 연번 16, 17번 기재 부분의 문자메시지 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(나) 전보 발송행위 부분(피고인 2)

피고인 2의 이 사건 전보 발송행위 중 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1번 내지 1414번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 1번 내지 140번 기재의 각 발송 행위는 선거일로부터 180일 그 전에 이루어진 것들로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄에 해당하지 아니하므로 구 공직선거법상 사전선거운동의 점으로 처벌된다.

그러나 선거일 전 180일부터 현행 공직선거법 시행 전까지 사이에 해당하는 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 각 발송 행위는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에 해당하므로, 여기에는 위 (가)항에서 본 바와 같이 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없으므로, 이 부분은 범죄로 되지 아니하여 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 위법하다.

한편 현행 공직선거법 제254조 제2항은 종전에 규정되어 있던 '이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고'를 삭제하고 '이 법에 규정된 방법을 제외하고 각종 인쇄물, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자'를 처벌하는 것으로 개정되었는데, 현행 공직선거법 제254조 제2항에 의하면 선거운동 기간 전의 선거운동은 원칙적으로 모두 독립하여 금지되고, 구법과 달리 별도의 개별 금지 규정이 있다고 하더라도 위 사전선거운동금지 규정의 적용을 받아 모두 처벌되므로, 이 사건 전보 발송 행위 중 현행 공직선거법의 시행일 이후에 이루어진 원심판시 별지 범죄일람표(3) 연번 1898번 내지 2218번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 205번 내지 223번 기재의 각 발송 행위는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄와 별도로 사전선거운동금지위반으로 인한 공직선거법위반죄가 성립한다고 볼 것이어서, 결국 이 부분 전보발송행위에 대하여는 공직선거법 제254조 제2항에 따라 처단할 수 있다.

그런데 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄 실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 하는바(대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결), 이 사건 생일축하전보 발송 및 채유기원전보 발송으로 인한 각 공직선거법위반의 점은 비록 앞서 본 바와 같이 각 그 중간에 사전선거운동으로 인정될 수 없는 부분이 있기는 하지만 각 그 자체로 단일하고 계속된 범의 아래 밀접한 시기에 걸쳐 동일한 수단, 방법으로 이루어져 같은 법익을 침해하였을 뿐만 아니라, 각 그와 상상적 경합관계에 있는 공무원의 선거운동금지위반 행위 역시 단일하고 계속된 범의 아래 밀접한 시기에 걸쳐 동일한 수단, 방법으로 이루어져 포괄일죄의 관계에 있는 점, 나아가 중간에 법률의 개정 혹은 법률규정의 체계 등을 이유로 사전선거운동으로 인정될 수 없는 부분이 있다고 하여 선거일 전 180일 그 전에 이루어진 사전선거운동 부분과 보충성 없이 원칙적으로 사전선거운동을 금하는 현행법에 따른 사전선거운동 부분을 경합범으로 보게 되면 피고인에게 오히려 불리하게 작용하는 점 등을 고려하면 위 각 행위들은 전체로서 포괄일죄 관계에 있다고 보아야 한다.

따라서 위 피고인의 이 부분 주장은 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재의 발송 부분, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 발송 부분에 관하여 이유 있고, 나머지 부분에 관하여는 이유 없다.

한편, 피고인 2의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 가. (2)항, (3)항 부분)에 관한 범죄사실 중 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 각 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(다) 한편 위 피고인들은 공직선거법 개별 금지 조항으로서 구 공직선거법 제255조 제1항 제19호, 제109조 제1항을 들어 위와 같은 취지의 주장을 하고 있으나, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송은 모두 선거기간 전에 종료된 행위로서, 선거기간 중 서신, 전보, 모사전송 그 밖에 전기통신의 방법을 이용하여 선거운동을 하는 것을 금지하는 구 공직선거법 제109조 제1항의 적용을 받지 아니하므로, 위 피고인들의 주장은 이유 없다.

(7) 구법을 적용한 것이 위법이라는 주장에 관하여(피고인 1)

검사가 원심판시 문자메시지 발송으로 인한 사전선거운동의 점(원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항, 제1의 나.항)에 대하여 명시적으로 구 공직선거법에 의하여 기소한 것은 아니었지만, 형법 제1조 제1항에서 규정하고 있는 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다는 행위시법 적용의 원칙과 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 법원이 공소장변경 절차 없이 일부 적용법조를 달리 할 수도 있다는 원칙에 비추어 살펴보면, 대, 현행 공직선거법은 구 공직선거법 제254조 제2항 및 제3항에서 선거운동기간 전에 인쇄물이나 통신, 집회의 개최 등을 이용하여 선거운동을 하거나 그 외의 방법으로 사전선거운동을 하는 것은 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하거나 혹은 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있던 것을 선거운동 전에 인쇄물, 뉴스통신, 집회, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하는 것으로 개정하면서 개정법의 공포일인 2010. 1. 25.부터 적용되는데, 위 각 공소사실의 행위시법인 사전

선거운동에 관한 구 공직선거법의 규정은 현행 공직선거법의 대응 규정과 비교할 때 범죄구성요건은 대부분 비슷하거나 현행법보다 일부 보충성규정으로 인하여 완화되어 있고, 그 법정형도 현행 공직선거법의 법정형보다 무겁지 아니하여, 구법을 적용하는 것이 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익을 주지 아니하므로, 적용법조에 관한 공소장의 변경이 없더라도 법원이 직권으로 이를 평가하여 행위시법인 구 공직선거법을 적용하여 유죄로 인정하더라도 거기에 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없으므로 위 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

한편 이 사건 전보 발송으로 인한 공직선거법위반의 점(원심판시 범죄사실 제1의 가. (2), (3)항)은 각 공직선거법 개정 전후에 걸쳐 이루어졌으나, 각 포괄일죄에 해당하므로 위 (6)의 (나)항에서 본 바와 같이 각 행위종료시법인 현행 공직선거법을 적용하여야 할 것인바, 검사는 이에 관하여 현행 공직선거법을 적용하여 기소하였고, 원심도 현행 공직선거법 제254조 제2항(각 사전선거운동의 점), 제255조 제1항 제2호, 제60조 제1항 제4호(공무원의 선거운동금지위반의 점)를 적용하였기 때문에 이 부분 법률적용에 아무런 위법이 없다.

따라서 2010. 1. 25. 이전에 이루어진 전보 발송행위에 대하여 공직선거법위반으로 의율한 것은 공소제기 범위를 넘어선 잘못된 판단이라는 위 피고인의 주장은 이유 없다.

(8) 공동정범관계 부인에 관하여

(가) 피고인 1의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 1은 비서실 직원들이 직능 단체의 임원 및 회원, 통·반장 등에게 문자메시지나 생일축하전보 등을 발송한다는 것을 알고 있었던 사실, ② 피고인 1은 비서실직원들을 직접 지시·감독하는 지위에 있으면서도 자신의 직함과 성명이 기재된 문자메시지와 전보가 발송되는 것을 전혀 제지한 적이 없는 사실, ③ 공소외 1이 매일 문자발송내역과 전보발송내역을 서면보고서로 작성하여 피고인 1의 책상에 놓는 방식으로 보고하였던 사실 등을 종합하며 보면, 피고인 1은 비서실 직원들로 하여금 중구민들에게 선거운동 목적으로 문자메시지 및 전보를 발송하도록 사실상 지시하였거나 그러한 사실을 보고받아 알면서도 이를 묵인하였다고 할 것이므로, 이 부분 공소사실에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

따라서 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 피고인 2의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 2는 생일축하전보 발송 업무를 공소외 2 대신 공소외 1이 담당하도록 업무를 조정한 사실, ② 피고인 2는 공소외 1에게 ◆병원 입원 환자 중 중구민 명단을 건네주면서 쾌유기원전보를 발송하도록 직접 지시한 사실, ③ 공소외 2에게 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지 및 목요컬쳐클럽 관련 문자메시지를 발송하도록 직접 지시하고, 피고인 4로부터 이메일로 전송받은 ○○아트홀 스포츠센터 회원 명단 등 3개 단체 명단을 건네주면서 관리하라고 지시한 사실, ④ 비서실 직원도 아닌 공소외 3에게도 통·반장이나 단체장들에게 크리스마스 인사 문자메시지를 보내도록 제의한 사실, ⑤ 공소외 2와 문자메시지의 문구에 대하여 상의한 적이 있었던 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 2는 공소외 2, 공소외 1 등으로

하여금 중구민들에게 선거운동 목적으로 문자메시지 및 전보를 발송하도록 직접 지시하였거나 그러한 사실을 알면서도 이를 묵인하였다고 할 것이므로, 이 부분 공소사실에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

(다) 피고인 4의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 4가 피고인 2에게 중구시설관리공단의 ○○아트홀 스포츠센터 등 3개 단체의 소속 회원 명단을 보내주었고, 그 직후 피고인 2는 공소외 2로 하여금 위 명단에 포함된 회원들에게 문자메시지를 발송하게 한 사실, ② 피고인 4는 피고인 2에게 위 명단과 함께 '제5회 전국동시지방선거 사무일정'이란 문건과 "우리 피고인 1 청장님을 중심으로 남아 있는 여생 아름답게 보냈으면 하네, 아침에 건네준 자료 보내니, 참고하게나. 앞으로도 명단을 작성해 보내주겠네"라는 내용의 이메일을 보낸 사실, ③ 피고인 4는 검찰에서 '사실 민원 때문에 중구청에서 명단을 가지고 있을 이유는 그다지 크지 않지만 참고용으로 주었다'는 취지로 진술한 사실, ④ 한편 중구시설관리공단이 중구청 산하 기관이라고 하더라도 별도의 업무를 담당하는 독립된 기관인 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 4는 피고인 2가 중구청장의 재선을 위하여 문자메시지를 발송하고 있음을 알고, 피고인 2를 도와 문자메시지 발송대상자수를 증가시키기 위해 ○○아트홀 스포츠센터 등 3개 단체 소속 회원들의 명단을 보냈고, 추가로 계속하여 보내줄 예정이었다고 보이므로, 피고인 4가 명단을 넘겨준 후 문자메시지 발송 부분(판시 제1의 나.항 부분 전체) 중 도달 부분에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

나아가 피고인 4가 자신이 넘겨준 명단의 사람 수를 초과한 부분의 문자메시지 발송에 대하여도 공동정범이 되는지 여부에 관하여 살피건대, 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실현하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위 결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는바(대법원 2006.12.22. 선고 2006도1623 판결), 이 사건 문자메시지 발송자대상자 중 피고인 4가 넘겨준 명단의 사람들은 ○○아트홀 스포츠센터 등 소속회원 등에 불과하지만, 앞서 본 바와 같이 ① 피고인 4는 피고인 2가 중구청장의 재선을 위하여 문자메시지를 발송하고 있음을 알고, 피고인 2로 하여금 문자메시지 발송대상자수를 증가시킬 수 있도록 돕기 위해서 명단을 보냄으로써 피고인 2에게 문자메시지 발송을 강화하도록 협력하였다고 보이는 점, ② 피고인 2는 피고인 4로부터 명단을 받은 이후 발송대상자를 더욱 증가시켜서 2009. 11. 10. 26,066건, 2009. 11. 26. 20,486건, 2009. 12. 1. 25,830건의 문자메시지를 발송한 점, ③ 피고인 4는 명단을 넘겨주는 행위를 1회에 그치지 않고 계속해서 추가로 보내 주기로 함으로써 피고인 2의 문자메시지 발송에 계속 협력할 의지를 표현한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 4는 자신이 넘겨준 명단의 수를 초과한 부분의 문자메시지 발송에 대하여도 공동실행의 의사가 있었다고 인정되므로 피고인 4가 명단을 넘겨준 이후의 문자메시지 발송으로 인한 공직선거법위반의 점(원심판시 범죄 사실 제1의 나.항) 전부에 대하여 공동정범이 된다.

따라서 위 피고인의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

나. ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해에 관하여(피고인 1)

(1) 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위 주장에 관하여

(가) ○○골프회장배 골프대회 인사 부분

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회의 출발장소에서 참석자들에게 인사말을 한 시점은 선거일 189일 전으로, 위 제2의 가. (1)항에서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 위 골프대회는 ○○골프회 회장인 피고인 5가 자신 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 개최한 행사인 점, ③ 피고인 1은 '안녕하십니까. 구청장 피고인 1입니다.

중구 발전을 위해 열심히 하겠습니다.

회원들을 위해 골프장을 넓힐 생각을 갖고 있습니다.

'라는 내용의 인사말을 하면서 회원들과 악수를 하였고, 뒤따르던 수행비서 공소외 4가 피고인 1의 사진이 인쇄되어 있는 명함을 참석자들에게 배부한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 ○○골프회 회장이 개최한 골프대회 출발장소에 참석하여 인사말을 하고 악수를 하면서 명함을 배부한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 경로당 식사대접 인사 부분

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 경로당 식사대접 행사에서 참석자들에게 인사말을 한 시점은 선거일로부터 180일 이내인 2009. 12. 초경으로, 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 신당1동 및 광희문 경로당 식사대접 행사는 피고인 5가 ○○골프회 회장으로서 자신 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 골프대회의 연장으로 개최한 행사이고, 피고인 1의 금일일정표에도 주요행사가 아닌 기타행사로 구분되어 있었음에도 2회에 걸쳐 연속적으로 방문한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 ○○골프회 회장인 피고인 5가 개최한 경로당 식사대접 행사에 참석하여 인사말을 하고 참석한 사람들과 악수를 한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(다) 뮤지컬 '△△' 공연 인사 부분

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 뮤지컬 '△△'의 무료공연 장소에서 중구민들에게 인사말을 한 시점은 선거일로부터 5개월 정도 전으로서, 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 뮤지컬 '△△'의 무료공연은 공소외 28 주식회사가 사기업체의 협찬을 받아 진행하려고 하였던 공연으로 중구청 내지 ○○아트홀에서 주관하는 공식적인 행사와는 무관함에도 3회에 걸쳐 연속적으로 참여하려고 하였고, 실제 2회 참석한 점, ③ 피고인 1이 공연장소에서 "구청장 피고인 1입니다.

제설작업 하느라 수고하셨습니다.

중구는 앞으로도 계속 발전할 겁니다.

여러분은 중구에 거주하는 것이 복 받은 것입니다.

앞으로 집값도 많이 오를 겁니다.

"라고 자신의 업적을 홍보하고 선심성 공약을 하는 듯한 발언을 한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소외 28 주식회사가 기획한 무료공연 장소에서 인사말을 한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 공직선거법상 허용된다는 주장에 관하여

구 공직선거법 제86조 제2항 제4호에 의하면, 선거일 전 60일부터 위 조항의 각목에 정한 경우를 제외하고는 교양강좌, 사업설명회, 공청회, 직능단체모임, 체육대회, 경로행사, 민원상담 기타 각종 행사를 개최하거나 후원하는 행위를 금지하고 있는바, 이는 선거일에 가까워지면서 선거운동의 과열과 혼탁을 엄정히 방지하기 위하여 선거일 전 60일부터는 선거에 영향을 미치지 아니하더라도 위 조항의 각목에 정한 경우를 제외하고는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위를 일체 금지한다는 것이므로, 선거일 전 60일 그 전에는 선거에 영향을 미치는지 여부와 상관없이 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위를 허용한다는 의미로 반대해석을 할 수 없고, 선거일 전 60일 그 전에 선거에 영향을 미치는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위는 여전히 선거운동에 해당하여 공직선거법위반이 된다.

앞서 본 바와 같이 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분은 모두 선거운동에 해당하므로, 피고인 1의 위 주장은 이유 없다.

다.

골프잡지 배부 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해에 관하여(피고인 2)

(1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 1의 7대 중점사업을 홍보하는 내용이 담긴 신년인터뷰 기사가 '▷▷▷'라는 골프잡지의 2010년 1월호에 실린 사실, ② 위 골프잡지 발행사의 대표 공소외 5는 위 골프잡지 2010년 1월호 50여권 정도를 중구청 관광공보과에 보낸 사실, ③ 그 후 공소외 6은 피고인 2의 지시에 따라 위 골프잡지를 중구청 확대간부회의에 참석한 동장들에게 배부한 사실, ④ 피고인 2는

원심법정에서 '골프잡지는 동사무소에 비치하라는 취지로 준 것이 아니라 버리거나 치워야 되는데 동장이라도 보라는 취지에서 주었다.

'는 취지로 진술한 사실, ⑤ 동장들은 골프잡지를 동사무소 소속 직원들에게 나눠 주거나 동사무소에 비치한 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 2는 피고인 1을 홍보하기 위하여 임의로 동장들에게 위 골프잡지를 교부하였고, 동장들은 중구 선거구민과 연고가 있는 불특정 또는 다수의 자에게 전파할 가능성이 있었던 것으로 보이는바, 위 골프잡지의 민사상의 소유자가 누구인지 여부와 관계 없이 피고인 2가 동장들에게 중구청의 일반적인 행정업무와는 무관하게 피고인 1의 구정활동을 홍보하는 내용이 담긴 골프잡지를 동장들에게 배부한 행위는 공직선거법상 제3자 기부행위에 해당함과 동시에 탈법방법에 의한 인쇄물의 배부행위에 해당한다고 할 것이다.

따라서 이 부분에 관한 위 피고인의 주장은 이유 없다.

(2) 한편 원심은 피고인 2의 골프잡지 배부행위에 대하여 구 공직선거법상 사전선거운동의 점에도 해당한다고 판단하였다.

그러나 직권으로 보건대, 피고인 2가 선거일 전 180일 후에 골프잡지를 배부한 행위는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에 해당하므로, 여기에는 위 제2의 가. (6) (가)항에서 본 바와 같이 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없으므로, 이 부분은 범죄로 되지 아니하여 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 위법하다.

라. 소결론

따라서 위와 같이 피고인 2, 피고인 4의 사실오인 또는 법리오해 주장은 이 사건 문자메시지 및 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분 일부에 관하여 이유 있고, 피고인 1의 이 사건 문자메시지 및 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분 일부, 피고인 2의 골프잡지 배부를 통한 사전선거운동의 점에 관하여 직권파기 사유가 있는바, 원심은 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 각 나머지 죄와 상상적 경합범, 포괄일죄 혹은 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분은 유지될 수 없게 되었기 때문에, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한다.

3. 검사의 항소이유에 관한 판단

가 ○○골프회장배 골프대회 부분

(1) 달력 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 2, 피고인 5는 공모하여 후보자가 되고자 하는 피고인 1을 위하여 중구청장의 사진과 축사가 들어간 달력을 제작하여 300부(75만 원 상당)의 기부행위를 하고, 피고인 1은 피고인 5로 하여금 위와 같이 자신을 위하여 기부행위를 하도록 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 구청장 축사가 포함된 달력을 제작하고 이를 배부하였음을 인정할 증거가 없고, 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 달력을 제작하여 배부하였다고 보기 어렵다는 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 관하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9의 각 원심 법정진술, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12에 대한 각 경찰진술조서 등이 있고, 이에 의하면 피고인 5가 배포한 달력들 중에 피고인 1의 축사가 있는 달력이 ○○골프회 회원들 중 일부에게 배부된 사실이 인정되나, 아래에서 보는 바와 같은 이유로 위 인정의 사정만으로는 이 부분 공소사실을 인정하기에 부족하다.

오히려 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 5는 중구에서 여러 가지 사회활동을 왕성하게 하여 온 사실, ② ○○골프회 회장인 피고인 5는 이미 수개월 전부터 ○○골프회장배 골프대회를 개최하겠다고 말하여 오다가 자신의 음력생일날에 맞춰 위 골프대회를 개최한 사실, ③ 피고인 5는 위 골프대회를 처음 개최하면서 중구청 문화체육과 과장 공소외 13에게 골프대회에서 배부할 달력에 포함시킬 구청장 축사를 부탁하였고, 이에 공소외 13은 문화체육과 직원 공소외 14에게 구청장 축사를 작성하여 보내주라고 지시한 사실, ④ 피고인 5는 공소외 14에게 달력 제작업자인 공소외 15의 연락처를 알려 주었고, 공소외 14는 구청장 축사를 작성하여 공소외 13에게 보여준 후 이를 공소외 15에게 이메일을 통하여 보내준 사실, ⑤ 공소외 15는 구청장 축사가 포함된 달력의 제작을 완성한 후 피고인 5의 요청에 따라 달력 3부를 중구청 비서실에 보낸 사실, ⑥ 피고인 5는 피고인 1의 축사가 공직선거법위반의 소지가 있다는 말을 듣고 달력 배포를 중단시키고 달력에서 축사 부분을 찢어버린 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실들을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들을 검토해 보면 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① ○○골프회장배 골프대회는 그 회장인 피고인 5가 개최한 행사인 점, ② 피고인 5는 자신의 사회적 위상 내지 자신이 회장으로 있는 ○○골프회의 품격을 높이기 위하여 달력에 구청장 축사를 포함시키고, 개회사에 피고인 1에 대한 내용 부분을 기재한 것으로 보이는 점, ③ 중구청에 등록된 생활체육단체가 행사를 진행하면서 중구청에 구청장 축사를 부탁할 경우, 중구청 문화체육과에서 문화체육행사 협조 차원에서 구청장 축사를 보내는 것이 관례로 보이는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인 5는 ○○골프회 명의의 골프대회를 개최하면서 자신 내지 ○○골프회의 위상을 높이기 위해 중구청의 도움을 받아 구청장의 축사가 포함된 달력을 제작하여 배부한 것으로 보이고, 그 밖에 검사가 제출한 증거만으로 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 구청장의 축사가 포함된 달력을 제작하여 배부하였다고 보기 어렵다.

또한 앞서 본 바와 같은 사정에 비추어, 검사가 제출한 피고인 2, 피고인 5 및 공소외 13, 공소외 14 사이의 통화내역만으로는 피고인 5가 피고인 2에게 축사 작성을 의뢰하고, 피고인 2가 공소외 13이나 공소외 14에게 축사 작성을 지시하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 구청장 축사가 포함된 달력을 제

작하고 이를 배부하였다는 점에 관하여 검사가 제출한 증거만으로 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 2 및 피고인 5는 피고인 1과 공모하여 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회 출발장소에서 버스 3대에 올라타 참석자들에게 인사말을 하고 악수를 하며, 수행비서 공소외 4가 피고인 1의 사진과 직함이 새겨진 명함을 배부함으로써, 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 피고인 1이 위 골프대회 출발장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 2는 평소 외부행사시 피고인 1을 수행하지 아니한 사실, ② 피고인 2는 피고인 5와 20여 년간 친분을 유지하여 온 사실, ③ 피고인 2는 피고인 1이 버스에 올라가 참석자들에게 인사말을 할 때에는 동행한 사실이 없고, 수행비서 공소외 4가 동행한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실들을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들을 검토하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 위 골프대회는 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위한 목적이 아니라 자신의 위상을 높이기 위하여 개최했던 것으로 보이는 점, ② 피고인 2는 피고인 5와의 친분관계로 골프대회 출발 장소에 특별히 나온 것으로 보이는 점, ③ 피고인 2는 외부행사시 피고인 1을 수행하지 않기 때문에 피고인 1이 외부행사에서 인사말을 하는지 여부나 인사말의 내용에 대해서 알 수 없었다고 보이는 점, ④ 피고인 2, 피고인 5가 사전에 긴밀히 협의하여 피고인 1로 하여금 위 골프대회 출발장소에 참석하여 회원들에게 인사말을 하도록 하였다는 사실을 인정할 증거가 없는 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1이 위 골프대회 출발장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 피고인 4의 축사대독 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 5가 위 골프대회 시상식에서 피고인 4로 하여금 "강한 중구·행복 중구를 위해 열심히 뛰겠다.

"는 내용이 담긴 구청장의 축사를 읽게 하고, 피고인 4는 위 내용의 구청장 축사를 구청장 대신 낭독함으로써 지방공단의 상근임원인 피고인 4는 피고인 5와 공모하여 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심 판단의 요지

원심은 검사가 제출한 증거만으로 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 피고인 4로 하여금 구청장 축사를 낭독하게 하였다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 4, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 5는 검찰에서 '달력은 계속 보관을 하는 관계로 선거일 180일 이후에도 존속하기 때문에 축사 부분이 선거법에 위반될 수 있어서 찢었지만, 선거일 전 180일까지는 축사를 낭독하여도 문제가 없다고 생각하였다.

'는 취지로 진술(증거기록 제3435면)한 사실, ② 중구청장의 격려사 및 축사가 ○○골프회장배 골프대회 식순에 들어갔었던 사실, ③ 피고인 5는 사회활동을 왕성하게 하면서 ○○골프회 회장으로서 이미 수개월 전부터 ○○골프회장배 골프대회를 준비하여 자신의 음력생일날에 맞춰 위 골프대회를 개최한 사실 등을 인정할 수 있다.

위 인정사실을 기초로 하여 이 사건의 적법한 증거들을 검토해보면 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5는 피고인 1을 위한 선거운동의 목적이 아니라 자신의 위상을 높이기 위한 목적으로 골프대회를 개최했던 것으로 보이는 점, ② 피고인 5는 비록 중구청장의 축사가 선거일 전 180일이 지나면 선거법위반으로 문제의 소지가 될 수도 있으나 그 전에는 문제가 되지 않을 것이라고 생각하고, 골프대회 식순에 있는 중구청장의 격려사 및 축사 낭독을 강행하고자 하였던 것으로 보이는 점, ③ 그래서 골프대회 시상식에서 피고인 4에게 대독을 부탁하였고, 피고인 4는 별 생각 없이 피고인 5가 단상에 올려준 축사를 그대로 읽은 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 5는 자신 내지는 ○○골프회의 위상을 높이고 아울러 일반적인 관례에 따라 피고인 4로 하여금 구청장 축사를 낭독하게 한 것으로 보일 뿐, 위 피고인들이 공모하여, 피고인 4가 피고인 1의 선거운동을 위하여 구청장 축사를 대독하였다고 보기 어렵고, 검사가 제출한 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 경로당 식사대접 부분(피고인 1, 피고인 2, 피고인 5)

(1) 금품과 달력 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 5는 피고인 2, 피고인 1과 사전에 협의하여, 피고인 1을 위하여, 2009. 12. 8. 12:00경 신당1동 경로당 회장 공소외 16에게 노인들 식사비용으로 현금 50만 원 및 탁상용 달력 100부(25만 원 상당)를 제공하고, 2009. 12. 10. 12:00경 광희문 경로당 총무 공소외 17에게 노인들 식사비용으로 현금 50만 원 및 탁상용 달력 100부(25만 원 상당)를 제공함으로써 기부행위를 하고, 피고인 1은 피고인 5로 하여금 위와 같이 자신을 위하여 기부행위를 하도록 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 공무원인 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 피고인 5, 피고인 2가 피고인 1의 선거운동을 위하여 경로당 식사대접 행사를 개최하여 기부행위를 하였다고 보기 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 피고인들의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5는 신당1동 경로당 회장 공소외 16의 제안에 따라 ○○골프회장배 골프대회를 개최한 후 남은 행사비 100만 원으로 신당1동 및 광희문 경로당 회원들에게 식사대접을 한 점, ② 피고인 5는 골프대회 장소에 걸어두었던 현수막을 각 식사대접 장소에도 걸어두었던 점, ③ 앞서 본 바와 같이 피고인 5는 여러 가지 사회활동을 왕성하게 하고 있는바, 자신 내지 ○○골프회의 사회적 위상을 높이기 위하여 경로당 식사대접 행사를 주최한 것으로 보이는 점, ④ 경로당 식사대접 행사를 기획하거나 피고인 1이 위 행사 자리에 참석함에 있어 피고인 5가 피고인 1, 피고인 2와 사전에 긴밀히 협의하였다고 볼 증거가 없는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인 5는 골프대회를 마친 후 남은 행사비를 사용하기 위하여 ○○골프회 차원에서 경로당 식사대접 행사를 진행하고, 아울러 골프대회 때 피고인 1의 축사 부분을 찢고 배포한 뒤 남은 달력을 제공한 것으로 보이며, 그 밖에 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 경로당 식사대접 행사를 개최하여 기부행위를 하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

또한 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 경로당 식사대접 행사는 피고인 1의 금일일정표에 '기타 일정'으로 되어 있었던 사실, ② 피고인 1은 점심시간에 따로 점심약속이 되어 있던 장소로 가는데 지장이 없어서 참석한 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 5가 경로당 식사대접 행사를 진행하고, 달력을 제공함에 있어, 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 가담하였다고 보기 어렵다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 1, 피고인 2는 피고인 5와 공모하여, 2009. 12. 8. 12:00경 신당1동 경로당 노인들에게 "구청장 피고인 1입니다.

추우신데 옷 따뜻하게 입으시고, 건강하세요"라는 말을 하고 노인들과 악수를 하였고, 2009. 12. 10. 12:00경 광희문 경로당 노인들에게 "구청장 피고인 1입니다.

식사대접이 약소하지만 많이 드시고, 건강하시고 즐겁게 노세요"라는 말을 하고 노인들과 일일이 악수를 함으로써, 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1이 위 경로당 식사대접 자리에서 선거운동의 일환으로 인지도를 제고하기 위하여 인사말을 함에 있어 피고인 2, 피고인 5가 피고인 1과 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 관하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 2는 경로당 식사대접 행사에 직접 참석한 사실이 없는 점, ② 경로당 식사대접 행사는 피고인 5가 자신의 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 개최한 행사이고, 피고인 1의 금일일정표에 '기타 일정'으로 되어 있었기 때문에, 피고인 1이 경로당 식사대접 행사에 참석할 지에 대하여 피고인 2가 알고 있었다고 보기 어려운 점, ③ 피고인 1은 점심시간에 따로 점심약속이 되어 있던 장소로 가는데 지장이 없어서 참석한 점, ④ 피고인 2, 피고인 5가 사전에 긴밀히 협의하여 피고인 1로 하여금 위 경로당 식사대접 자리에 참석하여 참석자들에게 인사말을 하도록 하였다는 사실을 인정할 증거가 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1이 위 경로당 식사대접 행사장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

뮤지컬 '△△' 무료공연 부분(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3)

(1) 공연 무료교환권 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 공모하여 중구 관내 동장 15명에게 구청에서 나누어 주는 무료티켓인 것처럼 뮤지컬 '△△' 공연의 무료교환권 1,250장(5,000만 원 상당)을 제공하여 그 무렵 동장들로 하여금 구민들에게 무료로 배부하게 함으로써 후보자가 되고자 하는 피고인 1은 기부행위를 하고, 피고인 2, 피고인 3은 후보자가 되고자 하는 피고인 1을 위하여 기부행위를 하였다.

(나) 원심의 판단

검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공소사실 기재와 같이 문화나눔행사를 통하여 위와 같은 기부행위를 사전에 공모하였다고 인정하기 어렵고 달리 이 부분 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 뮤지컬 '△△' 공연은 공소외 28 주식회사와 ○○아트홀이 공동으로 주최하여 진행된 유료공연이었는데, 공연의 성수기에 해당하는 2009. 12.분 및 2010. 1.분의 티켓 예매실적이 극히 저조하자 공소외 28 주식회사의 대표인 공소외 18이 2009. 12.경부터 먼저 ○○아트홀 사장인 피고인 3에게 협찬사를 구해줄 것을 부탁하였고, 이에 따라 공소외 18과 피고인 3 사이에 협찬사의 협찬을 받아 소외계층을 대상으로 문화나눔행사를 진행하기로 기획하게 된 점, ② 피고인 3은 공소외

18의 부탁에 따라 뮤지컬 '△△' 공연의 협찬사를 구하려고 노력하였는데, 무료공연이 진행될 무렵에는, 비록 협찬사가 확정되지는 않았지만, 공소외 19 주식회사 등 협찬사가 충분히 정해질 것으로 예상되었던 점(2010. 1. 8.경 '공소외 19 주식회사와 함께 하는 문화나눔기'라는 문구가 기재된 현수막이 공연장 입구에 설치되었었다.

), ③ 문화 소외계층에 대한 무료공연인 문화나눔행사를 진행할 경우에는 무료공연 교환권을 배부하기 위하여 관할 행정관청의 도움이 요구되는바, 뮤지컬 '△△'의 무료공연에도 무료공연 교환권을 중구 구민들에게 배부하기 위하여 중구청의 도움이 필요하였고, 이를 위하여 피고인 3이 공소외 18을 피고인 2에게 소개시켜 준 것으로 보이는 점, ④ 이에 따라 공소외 18은 피고인 3을 통하여 피고인 2를 만나 중구청의 협조를 받아 무료공연을 진행하게 된 점, ⑤ 공소외 28 주식회사는 공연날짜를 구청에게 잡아달라고 부탁하는 것이 편리하고, 표 판매 실적이 1월 초에 가장 저조하기 때문에 피고인 2에게 문화나눔행사 공연일정을 2010. 1. 15. 이전으로 잡아달라고 하였던 점, ⑥ 중구청에서 공소외 28 주식회사에게 소외계층의 명단만 넘겨줄 수도 있으나, 공소외 28 주식회사에서 문화나눔행사 공연일정을 촉박하게 잡았기 때문에 관내 동장을 통해 배부하는 것이 공연일정에 맞추기에 적합했던 것으로 보이는 점, ⑦ 공소외 6은 이 법정에서, 동장들에게 무료공연 교환권을 배부하면서 " 공소외 28 주식회사가 기획사라는 이야기를 했었던 것 같다.

"라는 취지로 진술하고 있는 점, ⑧ 공소외 28 주식회사의 이사 공소외 20이 티켓제작 의뢰 담당 직원으로부터 예약자를 누구로 할 것이냐는 질문을 받고 중구청에서 대상자들에게 문화나눔교환권을 나눠주고 있으니 중구로 하라고 지시하여 문화나눔행사교환권의 입장권에 '예약자명 ; 중구'로 기재된 점, ⑨ 피고인 1이 문화나눔행사 공연무대에서 관객들에게 이런 문화행사를 열어준 공소외 28 주식회사와 ○○아트홀에 감사한다고 말했던 점(공소외 21에 대한 우편조서, 증거기록 제2280면), ⑩ 공소외 22는 2010. 1. 11. 또는 1. 12.경 피고인 3으로부터 공소외 19 주식회사에서 협찬을 안하기로 하였다는 말을 듣고 공소외 23 주식회사를 협찬업체로 소개하였던 점, ⑪ 협찬사는 공연이 진행중이거나 종료한 후에도 추후 기업의 홍보활동에 이용하거나 세제혜택을 받기 위하여 협찬을 하는 것이 공연예술계의 관행으로 보이는 점, ⑫ ○○아트홀에서는 2007. 12.경 및 2008. 1.경에도 공소외 24 주식회사의 협찬을 받아 창작뮤지컬 공연에 중구에 거주하는 소외계층을 초청하는 방식으로 문화나눔행사를 진행한 사실이 있었고, 이 사건 문화나눔행사 이후인 2010. 1. 말경에도 ◇◇◇◇와 ☆☆의 협찬을 받아 문화나눔행사를 준비했던 점 등을 종합하여 보면, 피고인 2, 피고인 3은 단지 공소외 28 주식회사가 무료공연을 진행함에 있어 협찬사를 구해주거나 무료공연 교환권의 배부에 협조한 정도에 불과한 것으로 보이고, 이와 같이 피고인 2, 피고인 3이 중구 구민들에게 무료공연 교환권을 배부하는 것을 도와주었다는 사정만으로 피고인 2, 피고인 3을 무료공연을 통한 기부행위자로 평가하기 어렵다.

따라서 공소외 28 주식회사가 중구청의 도움을 받아 문화나눔행사의 형식으로 뮤지컬 '△△' 무료공연을 진행하는 과정에서 이루어진 무료공연 교환권 배부행위를 피고인 1의 선거운동을 위한 기부행위라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공소사실 기재와 같이 문화나눔행사를 통하여 위와 같은 기부행위를 사전에 공모하였다고 인정하기도 어려우며, 달리 이 부분 공소사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 3의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 2 및 피고인 3은 피고인 1과 사전에 협의하여 2회에 걸쳐 ○○아트홀에서 열린 뮤지컬 '△△' 무료공연 행사에서 피고인 1이 무대에 올라가 중구민들에게 인사말을 하도록 하여 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 피고인 1이 공연무대에서 참석자들에게 인사말을 함에 있어 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 3의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

검사가 제출한 증거들에 의하면, ① 피고인 2는 피고인 1이 무료공연에 참석할 수 있도록 무료공연 일자를 지정해주었고 공소외 6에게 무료공연에 참석하여 피고인 1을 영접하라고 지시한 사실, ② 피고인 3은 피고인 1이 무료공연에 참석한다는 이야기를 듣고 공소외 18에게 인사말을 할 수 있는 기회를 마련할 것을 지시한 사실 등이 인정된다.

그러나 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1은 공연 장소에 피고인 2와 동행하지 아니하고, 수행비서 공소외 4와 동행한 점, ② 피고인 1이 무대에서 인사할 수 있는 자리가 사전에 예정되어 마련된 것이 아니라 공연 당일 갑작스럽게 이루어진 것으로 보이는 점, ③ 피고인 3은 ○○아트홀 사장으로서 피고인 1을 직접 보좌하는 지위에 있지 않았던 점, ④ 피고인 3은 구청장이 무료공연에 참석한다는 이야기를 듣고 일종의 관행에 따라 피고인 1이 무대에서 인사할 수 있는 자리를 마련한 것으로 볼 여지가 있는 점 등에 비추어 보면, 검사 제출의 증거로 인정되는 위와 같은 사정만으로는 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하여 피고인 1의 선거운동을 위하여 피고인 1을 무료공연에 참석하게 한 후 무대에서 참석자들에게 인사말을 하도록 사전에 협의하였다고 보기 어렵고, 달리 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 소결론

따라서, 원심판결 중 피고인들에 대한 각 무죄부분에 대한 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 모두 이유 없고, 한편 위 제2의 라.항에서 본 바와 같이 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분은 이미 유지될 수 없게 되었기 때문에, 검사의 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한다.

4. 결 론

그렇다면 앞서 본 바와 같이 ① 원심판시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항과 나.항 부분, 다만 피고인 4는 원심판시 범죄사실 제1의 나.항 부분에 대하여만)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분과, ② 원심판시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시

제1의 나.의 (2)항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 연번 16, 17번 기재 부분, ③ 원심판시 피고인 1, 피고인 2의 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 범죄사실 제1의 가. (2)항, (3)항 부분) 중 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재의 생일축하전보발송, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 쾌유기원전보발송 행위로 인한 사전선거운동의 점 부분, ④ 피고인 2의 골프잡지 배부를 통한 공직선거법위반의 점에 대한 부분(원심판시 범죄사실 제5항 부분)에 관하여 직권파기 사유가 있거나, 피고인 2, 피고인 4의 사실오인 또는 법리오해의 주장이 이유 있다.

따라서 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분을 각 파기하기로 하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 무죄부분과 피고인 3, 피고인 5에 관한 검사의 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4

(1) 문자메시지 및 전보 발송 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 선거운동이 아니라는 주장(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

1) '중구청장 피고인 1' 명의의 문자메시지 및 전보의 수신자는 피고인 1의 지인이나 중구청 관내 직능단체 회원들이고, 그 내용도 정치적 색깔이 없는 단순한 인사말일 뿐이어서 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송은 일상적, 의례적, 사교적 행위이거나, 피고인 1 이전 구청장 시절부터 지속적, 반복적으로 이루어진 구정활동의 일환에 불과하고, 타구청장들도 피고인 1보다 더 많은 문자메시지 및 전보를 발송하고 있으며 그 증가량도 중구청과 유사하고, 게다가 피고인 1은 발송 당시에는 차기 구청장으로 출마할 지 여부가 불확실한 시기였으므로, 문자메시지 및 전보 발송은 선거운동에 해당하지 않는다.

2) 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지 발송은 학부모들에게 성동고의 자율형 공립고 선정 사실을 널리 알려 성동고 입학 지원자 모집을 활성화하려고 한 것에 불과할 뿐이고, 구청장의 업적홍보행위에 해당하지 아니하므로, 이는 선거운동이 아니다.

또한 ◆병원 입원 환자에 대한 쾌유기원전보 발송은 ◆병원의 중구민에 대한 의료지원 등 ◆병원과 중구청의 업무협조관계에 따라 이루어진 것으로 선거운동과 무관하다.

(나) 고의가 없다는 주장(피고인 1)

피고인 1은 구청 간부들에게 수회 공직선거법 준수를 강조하고 각 과와 동으로 선거법 관련 사항을 숙지하도록 시달하였으며, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송에 관하여 업무활동의 일환으로 선거운동과 무관하다고 판단하였을 뿐이므로, 공직선거법위반에 대한 고의가 없었다.

(다) 예비후보자로서 또는 공직선거법 제82조의5의 반대해석상 문자메시지 또는 전보 발송이 허용된다는 주장(피고인 1)

공직선거법 제60조의3 제1항 제7호에 따르면 예비후보자는 문자메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 행위를 할 수 있으므로, 사실상의 예비후보자이었던 피고인 1은 예비후보자 등록 시작일인 2010. 2. 19.부터 같은 달 27.까지 생일축하전보 발송을 할 수 있고, 위 규정과 공직선거법 제82조의5 제6항을 반대해석하면, 피고인 1은 선거운동 정보가 아닌 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송을 할 수 있다.

(라) 서울 중구 비거주자에 대한 발송 부분(피고인 2, 피고인 4)

서울 중구에 거주하지 않는 사람에 대한 문자메시지 발송이 중구청장 선거에 영향을 미칠 수 있는 경우라는 입증이 없으므로, 이 부분은 선거운동에 해당하지 않음에도 유죄로 인정한 원심은 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다.

(마) 미도달 부분에 대한 주장(피고인 2, 피고인 4)

발송한 문자메시지 중 도달하지 못한 경우는 공직선거법위반죄의 미수에 해당하는데, 이에 대한 처벌규정이 없으므로 미도달 부분은 무죄에 해당함에도, 이러한 부분까지 유죄로 인정한 원심은 법리오해의 위법이 있다.

(바) 공직선거법상 개별 금지 조항에 대한 법리오해 주장(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법상 사전선거운동금지 규정(제254조 제2항)은 행위별로 기간을 특정하여 금지하는 개별 조항에서 규정하고 있지 아니한 경우에 한하여 예외적·보충적으로 적용되는 것인바, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송에 대하여는 공직선거법상 개별 금지 조항(제93조 제1항 또는 제109조 제1항)이 있으므로, 이와 별도로 사전선거운동금지 규정을 적용하여 처벌할 수 없음에도, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송이 사전선거운동금지 규정(제254조 제2항)에 해당한다고 판단한 원심은 법리오해의 위법이 있다.

(사) 구법을 적용한 것이 위법이라는 주장(피고인 1)

원심판시 문자메시지 및 전보 발송으로 인한 사전선거운동의 점(원심판시 범죄사실 제1항)에 대하여 검사가 각 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공직선거법'이라 한다.

) 제254조 제3항에 의하여 기소하지 아니하였음에도 원심은 적용법조의 변경절차 없이 위 법조를 적용한 위법이 있다. 따라서 2010. 1. 25. 이전에 이루어진 전보발송행위에 대하여 구 공직선거법위반으로 의율한 것은 공소제기 범위를 넘어서 판단한 것으로 위법하다.

(아) 공동정범관계 부인(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

피고인 1은 문자메시지 및 전보 발송 업무가 사실상 비서실의 전결처리사항이기 때문에 이에 관하여 비서실 직원들로부터 보고받거나 관여한 사실이 없고, 피고인 2는 공소외 1, 공소외 2에게 구체적으로 문자메시지 및 전보 발송을 지시한 사실이 없을 뿐만 아니라, 이 사건 문자메시지 및 전보의 수신자 등을 제대로 알지 못하며, 피고인 4는 중구시설관리공단의 ○○아트홀 스포츠센터의 민원업무 처리 등과 관련하여 업무협조 차원에서 소속 회원들의 자료를 중구청에 보내준 것에 불과하고, 나아가 그 자료가 문자메시지 발송에 사용되리라는 것을 예상하지도 못하였으므로, 위 피고인들은 문자메시지 및 전보 발송으로 인한 공직선거법위반죄의 공모공동정범으로 볼 수 없다.

가사 피고인 4에 대하여 공동정범 관계가 인정된다고 하더라도 피고인 4가 넘긴 명단의 사람들이 아닌 사람들에 대한 문자메시지 발송행위에 대하여는 공모하지 아니하였으므로 이 부분까지 공동정범으로 인정할 수 없다.

(2) ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해(피고인 1)

(가) 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위 주장

1) ○○골프회장배 골프대회 인사 부분

피고인 1은 ○○아트홀 스포츠센터의 관리·운영자로서 위 스포츠센터 회원들의 사적 모임인 ○○골프회 골프대회 참가자들 중 타구민들에게 자신을 소개하기 위하여 명함을 배부하였고, 골프대회 참가자들에게 통상적인 축하 및 의례적인 격려인사를 하였을 뿐 자신의 지지를 호소하는 등 선거와 관련된 어떠한 발언도 한 사실이 없으므로, 이 부분 행위는 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

2) 경로당 식사대접 인사 부분

피고인 1은 경로당 식사 대접이 '효 실천 사업'의 일환으로 계획된 행사라는 수행비서의 보고를 듣고 잠시 참석하여 의례적인 인사를 하였을 뿐이고, 자신의 지지를 호소하는 등 선거와 관련된 어떠한 발언도 한 사실이 없으므로, 이 부분 행위도 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

3) 뮤지컬 '△△' 공연 인사 부분

피고인 1은 제설작업을 한 구민들의 노고를 치하하고 격려하기 위하여 공연장에 참석하여 단순한 감사의 말과 덕담을 한 것에 불과하고, 소외계층 초청행사에 관내 단체장 등이 참석할 경우 공연시작 전에 인사말을 하는 것은 일반적인 관행이므로, 이 부분 행위는 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

(나) 공직선거법상 허용된다는 주장

구 공직선거법 제86조 제2항 제4호에 의하면 각목에 규정된 경우를 제외하고 지방자치단체장은 선거일로부터 60일전까지는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사를 개최하거나 후원하는 행위를 할 수 있는바, 피고인 1이 선거일로부터 60일 전에 골프대회 출발장소, 경로당 식사대접장소, ○○아트홀과 공소외 28 주식회사가 만든 뮤지컬 '△△' 공연 장소에서 각 인사말을 한 행위는 골프대회, 경로행사, 무료공연행사를 후원하는 것보다 훨씬 선거에 미치는 영향이 미약하다고 할 것이어서 이는 당연히 허용된다.

(3) 골프잡지 배부 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해(피고인 2)

피고인 2는 골프잡지를 동장 개인들에게 준 것이 아니므로 기부행위의 상대방이 존재하지 아니하여 기부행위라고 할 수 없고, 골프잡지의 소유권자가 아니므로 제3자 기부행위에 해당하지 아니하며, 유권자를 상대로 직접 골프잡지를 배부한 것도 아니므로 탈법방법에 의한 인쇄물의 배부행위라고 볼 수도 없다.

(4) 양형부당의 주장(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

원심이 피고인 1에게 선고한 벌금 700만 원, 피고인 2에게 선고한 징역 6월, 집행유예 2년, 피고인 4에게 선고한 벌금 200만 원의 형은 각 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) ○○골프회장배 골프대회 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 달력 기부 부분

피고인 1, 피고인 2, 피고인 5는 공모하여, 피고인 5가 피고인 1의 홍보를 위해 달력을 제작하여 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 골프대회 출발장소에 참석시키고, 피고인 5가 옆에서 수행함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 5의 각 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(다) 축사대독 부분

피고인 5, 피고인 4가 공모하여 피고인 1을 홍보하는 내용이 있는 축사를 대독함으로써 피고인 1을 위하여 선거운동을 한 것이 명백함에도 이에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(2) 경로당 식사대접 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 금품과 달력 기부 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 위하여 경로당 노인들에게 식사비용과 달력을 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 골프대회 출발장소에 참석시키고, 피고인 5가 옆에서 수행함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 5의 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(3) 뮤지컬 '△△' 무료공연 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 공연 무료교환권 기부 부분

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공모하여 뮤지컬 '△△'의 문화나눔행사를 선거운동목적으로 변질시켜 피고인 1을 위하여 동장들로 하여금 구민들에게 위 공연의 무료교환권을 배부하게 함으로써 이를 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 3의 인사말 공모 부분

피고인 2는 피고인 1을 위 공연장소에 참석시키고, 피고인 3은 공연기획사 담당자에게 피고인 1이 인사말을 할 수 있도록 지시함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 3의 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(4) 양형부당의 주장

원심이 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에게 선고한 앞서 나온 형은 각 너무 가벼워서 부당하다.

2. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 항소이유에 관한 판단

가. 문자메시지 및 전보 발송 부분의 사실오인 또는 법리오해 주장에 관하여

(1) 선거운동이 아니라는 주장에 관하여(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 중구청장 피고인 1 명의의 문자메시지는 2008년 추석 때 10,994건, 2008년 성탄절 때 4,000건, 2008년~2009년 연말연시 때 숫자미상, 2009년 설 때 7,382건이 발송되다가(증거기록 제1696면~제1700면) 2009. 5.경부터 매월 중점적으로 발송되기 시작하고(증거기록 제1019면), 이 사건 생일축하전보의 발송량이 갑자기 증가하기 시작한 것은 2009. 6.경인 사실(증거기록 제1020면), ② 이 사건 문자메시지 발송 대상자가 2009. 6. 1.경부터 9,400여 명 정도로 중구 유권자(약 10만여 명)의 약 9% 정도에 이르다가, 2009. 11. 1.경에는 2만 1,000여 명, 2009. 11. 10.경에는 3만 1,000여 명, 2009. 11. 26.경에는 2만 5,000여 명, 2009. 12. 1.경에는 3만 1,000여 명에 달하였고, 생일축하전보 발송대상자인 중구청 관내 통·반장들의 수만 2,000여 명이 넘고 직능단체 임원 및 회원들의 수까지 합하면 수천 명에 달했던 사실, ③ 문자메시지 및 전보 발신자가 중구청 내지 담당 부서가 아니라 중구청장의 직함과 성명까지 기재한 '중구청장 피고인 1'로 되어 있고, 피고인 1의 개인 휴대전화 번호가 발신자 전화번호로 표시되어 있었던 사실, ④ 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지의 발송 내용은 "성동고 자율형 공립고 선정! 우리중구 명문학교 만들기의 결실입니다! 중구청장 피고인 1"인 사실, ⑤ 쾌유기원전보의 발송대상자는 피고인 2가 의료지원 업무와는 무관하게 직접 ◆병원 총무부장에게 요청하여 받은 입원 환자 명단에 있는 중구민이고, 중구청에서 그 입원환자 명단을 이용하여 의료지원을 한 적이 없었던 사실 등을 인정할 수 있다.

위 인정사실을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 중구청장 피고인 1 명의의 문자메시지는 명절, 성탄절, 연말연시에만 발송되다가 2009. 5.경부터 매월 발송되기 시작하면서 △△ 그 발송건수도 증가한 점, ② 문자메시지 및 전보 발송 대상자가 피고인 1과 평소 지면이나 친교가 있다고 볼 수 없는 불특정다수의 일반 선거구민으로 보이는 점, ③ 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지의 내용은 정보 제공보다는 오히려 피고인 1의 업적홍보에 가까운 점 등을 종합하여 보면, '중구청장 피고인 1' 명의로 이 사건 문자메시지, 생일축하전보 및 쾌유기원전보를 발송한 행위는 구정활동의 일환 또는 일상적·의례적·사교적인 행위에 해당한다고 보기 어렵다.

한편 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 변호인들이 제출한 증거들에 의하면 서울의 타구청에서도 문자메시지와 전보를 보낸 사실이 인정되지만, 타구청에서 보낸 문자메시지의 수만 파악이 될 뿐, 비서실이 아닌 각 국, 과에서 보낸 것과 타구청장들의 직함과 성명을 기재하여 보낸 것이 구별되지 아니하고, 타구청장들의 직함과 성명을 기재하여 보낸 문자메시지의 기간별 변동량을 알 수도 없는바, 위 변호인들이 제출한 증거들만으로는 앞서의 인정에 방해되지 아니한다.

또한 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1은 2009. 6. 당시 □□□당 소속이었던 점, ② 피고인 1은 1991년경부터 꾸준히 정치활동을 해온 점, ③ 피고인 1이 당시 구청장 재선 출마를 포기할 만한 객관적 사유가 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1은 2009. 6.경 이미 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있었던 것으로 보인다.

따라서 이 사건 문자메시지 및 전보 발송은 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 피고인 1에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 위 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 고의가 없다는 주장에 관하여(피고인 1)

비록 피고인 1이 구청 간부들에게 수회 공직선거법 준수를 강조하고 각 과와 동사무소에 선거법 관련 사항을 숙지하도록 시달한 사실이 인정된다 하더라도, 위 (1)항에서 본 바와 같이 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송 동기와 경위, 내용과 취지, 발송 대상, 피고인 1의 선거운동경력 등에 관한 제반 사정을 종합하면, 피고인 1은 선거에서 당선되고자 하는 목적으로 이 사건 문자메시지 및 전보를 발송하였다고 봄이 상당하므로 위 피고인에 대한 범의도 충분히 인정된다.

(3) 예비후보자로서 또는 공직선거법 제82조의5의 반대해석상 문자메시지 또는 전보 발송이 허용된다는 주장에 관하여 공직선거법 제60조의3 제1항 제7호에 의하면, 예비후보자는 문자메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 행위를 할 수 있으나, 피고인 1이 이 사건 문자메시지를 발송할 당시의 구 공직선거법 제60조의3에 의하면 위 제7호가 규정되어 있지 않았을 뿐만 아니라, 피고인 1은 예비후보자의 지위에 있지도 아니하였으므로 위 규정에 따라 선거운동 정보를 담은 문자메시지를 보낼 수 있다고 인정되지 아니한다.

또한 공직선거법 제82조의5 제6항의 반대해석상 선거운동정보가 아닌 문자메시지 및 전보를 발송하는 것이 허용된다는 주장에 관하여 살피건대, 위 조항은 자동생성 프로그램 그 밖의 기술적 장치를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 것을 금지하는 규정일뿐, 자동생성 방법이 아니면 모든 선거운동이 허용된다는 취지의 규정은 아니므로, 피고인 1의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(4) 서울 중구 비거주자에 대한 발송 부분에 관하여(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법 제58조 제1항 소정의 선거운동은 공직선거법상 '기부행위'의 경우와는 달리 그 상대방이 제한되어 있지 않으므로, 그 선거운동의 상대방이 당선 또는 낙선을 도모하는 특정 후보자의 선거구 안에 있거나 선거구민과 연고가 있는 사람이나 기관·단체·시설 등에 해당하여야만 선거운동에 해당한다고 볼 것은 아니다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도9043 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건의 경우 문자메시지 및 전보 발송 대상자가 중구 비거주자라고 하더라도 선거에 영향을 미치게 하기 위한 목적을 가진 것이라면 선거운동의 상대방에 해당한다고 보아야 하는바, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 이 사건 문자메시지 및 전보 발송 대상자 중 중구 비거주자들은 중구에 직장을 가지고 있거나 중구 시설관리공단의 회원 등 중구의 문화시설을 이용하는 자들로서 선거에 영향을 미칠 수 있는 관련성이 있다고 인정되므로, 위 피고인들의 이 부분 주장도 이유 없다.

(5) 미도달 부분에 대한 주장에 관하여(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법에서 규제하는 문서(문자메시지) 배부의 경우, '배부행위'란 문언의 의미에 비추어 보면, 직접 배부행위의 상대방에게 문서·도화 등이 도달되지 않는 이상 배부행위자의 사자 또는 그 내용을 모르는 운송기관 등에게 교부된 것만으로는 배부행위가 기수에 이르렀다고 할 수 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도1938 판결).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항과 나.항의 별지 범죄일람표(1) 기재 연번별 문자메시지 중 도달된 것의 수는 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재와 같은바, 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분은 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결은 위법하므로, 피고인 2, 피고인 4의 이 부분 항소는 이유 있다.

한편, 피고인 2, 피고인 4의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 가. (1)항과 나.항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(6) 공직선거법상 개별 금지 조항에 대한 법리오해에 관하여

(가) 문자메시지 발송행위 부분(피고인 2, 피고인 4)

구 공직선거법 제254조 제2항이 선거운동 기간 전에 위 조항에서 열거하고 있는 각 호에 해당하는 행위를 한 자는 구 공직선거법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고 위 조항에 의하여 처벌하는 것으로 규정하고 있고, 구 공직선거법 제254조 제2항에서 정한 '이 법에 다른 규정이 있는 경우'란 법에 별도의 처벌규정이 있는 경우를 말하므로, 법에 별도의 처벌규정이 있는 경우에는 위 법 제254조 제2항 위반으로는 처벌할 수 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도1938 판결 참조).

살피건대 이 사건 문자메시지 발송 중 당심 별지 범죄일람표 기재 연번 1번 내지 15번 기재의 발송은 선거일로부터 180일 그 전에 이루어진 것들로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄에 해당하지 아니하므로 별도의 처벌규정이 있는

경우에 해당하지 아니한다.

그러나 이 사건 문자메시지 발송 중 당심 별지 범죄일람표 기재 연번 16번, 17번 기재의 발송은 선거일 전 180일(2009. 12. 4.)부터 선거일까지 사이에 구 공직선거법의 규정에 의하지 않고 문자메시지를 발송한 것으로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에도 해당하므로, 여기에는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없어서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

한편 피고인 2, 피고인 4의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 나.의 (2)항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 연번 16, 17번 기재 부분의 문자메시지 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(나) 전보 발송행위 부분(피고인 2)

피고인 2의 이 사건 전보 발송행위 중 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1번 내지 1414번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 1번 내지 140번 기재의 각 발송 행위는 선거일로부터 180일 그 전에 이루어진 것들로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄에 해당하지 아니하므로 구 공직선거법상 사전선거운동의 점으로 처벌된다.

그러나 선거일 전 180일부터 현행 공직선거법 시행 전까지 사이에 해당하는 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 각 발송 행위는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에 해당하므로, 여기에는 위 (가)항에서 본 바와 같이 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없으므로, 이 부분은 범죄로 되지 아니하여 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 위법하다.

한편 현행 공직선거법 제254조 제2항은 종전에 규정되어 있던 '이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고'를 삭제하고 '이 법에 규정된 방법을 제외하고 각종 인쇄물, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자'를 처벌하는 것으로 개정되었는데, 현행 공직선거법 제254조 제2항에 의하면 선거운동 기간 전의 선거운동은 원칙적으로 모두 독립하여 금지되고, 구법과 달리 별도의 개별 금지 규정이 있다고 하더라도 위 사전선거운동금지 규정의 적용을 받아 모두 처벌되므로, 이 사건 전보 발송 행위 중 현행 공직선거법의 시행일 이후에 이루어진 원심판시 별지 범죄일람표(3) 연번 1898번 내지 2218번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 205번 내지 223번 기재의 각 발송 행위는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄와 별도로 사전선거운동금지위반으로 인한 공직선거법위반죄가 성립한다고 볼 것이어서, 결국 이 부분 전보발송행위에 대하여는 공직선거법 제254조 제2항에 따라 처단할 수 있다.

그런데 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄 실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 하는바(대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결), 이 사건 생일축하전보 발송 및 채유기원전보 발송으로 인한 각 공직선거법위반의 점은 비록 앞서 본 바와 같이 각 그 중간에 사전선거운동으로 인정될 수 없는 부분이 있기는 하지만 각 그 자체로 단일하고 계속된 범의 아래 밀접한 시기에 걸쳐 동일한 수단, 방법으로 이루어져 같은 법익을 침해하였을 뿐만 아니라, 각 그와 상상적 경합관계에 있는 공무원의 선거운동금지위반 행위 역시 단일하고 계속된 범의 아래 밀접한 시기에 걸쳐 동일한 수단, 방법으로 이루어져 포괄일죄의 관계에 있는 점, 나아가 중간에 법률의 개정 혹은 법률규정의 체계 등을 이유로 사전선거운동으로 인정될 수 없는 부분이 있다고 하여 선거일 전 180일 그 전에 이루어진 사전선거운동 부분과 보충성 없이 원칙적으로 사전선거운동을 금하는 현행법에 따른 사전선거운동 부분을 경합범으로 보게 되면 피고인에게 오히려 불리하게 작용하는 점 등을 고려하면 위 각 행위들은 전체로서 포괄일죄 관계에 있다고 보아야 한다.

따라서 위 피고인의 이 부분 주장은 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재의 발송 부분, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 발송 부분에 관하여 이유 있고, 나머지 부분에 관하여는 이유 없다. 한편, 피고인 2의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 가. (2)항, (3)항 부분)에 관한 범죄사실 중 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 각 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(다) 한편 위 피고인들은 공직선거법 개별 금지 조항으로서 구 공직선거법 제255조 제1항 제19호, 제109조 제1항을 들어 위와 같은 취지의 주장을 하고 있으나, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송은 모두 선거기간 전에 종료된 행위로서, 선거기간 중 서신, 전보, 모사전송 그 밖에 전기통신의 방법을 이용하여 선거운동을 하는 것을 금지하는 구 공직선거법 제109조 제1항의 적용을 받지 아니하므로, 위 피고인들의 주장은 이유 없다.

(7) 구법을 적용한 것이 위법이라는 주장에 관하여(피고인 1)

검사가 원심판시 문자메시지 발송으로 인한 사전선거운동의 점(원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항, 제1의 나.항)에 대하여 명시적으로 구 공직선거법에 의하여 기소한 것은 아니었지만, 형법 제1조 제1항에서 규정하고 있는 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다는 행위시법 적용의 원칙과 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 법원이 공소장변경 절차 없이 일부 적용법조를 달리 할 수도 있다는 원칙에 비추어 살펴보면, 대, 현행 공직선거법은 구 공직선거법 제254조 제2항 및 제3항에서 선거운동기간 전에 인쇄물이나 통신, 집회의 개최 등을 이용하여 선거운동을 하거나 그 외의 방법으로 사전선거운동을 하는 것은 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하거나 혹은 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있던 것을 선거운동 전에 인쇄물, 뉴스통신, 집회, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하는 것으로 개정하면서 개정법의 공포일인 2010. 1. 25.부터 적용되는데, 위 각 공소사실의 행위시법인 사전

선거운동에 관한 구 공직선거법의 규정은 현행 공직선거법의 대응 규정과 비교할 때 범죄구성요건은 대부분 비슷하거나 현행법보다 일부 보충성규정으로 인하여 완화되어 있고, 그 법정형도 현행 공직선거법의 법정형보다 무겁지 아니하여, 구법을 적용하는 것이 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익을 주지 아니하므로, 적용법조에 관한 공소장의 변경이 없더라도 법원이 직권으로 이를 평가하여 행위시법인 구 공직선거법을 적용하여 유죄로 인정하더라도 거기에 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없으므로 위 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

한편 이 사건 전보 발송으로 인한 공직선거법위반의 점(원심판시 범죄사실 제1의 가. (2), (3)항)은 각 공직선거법 개정 전후에 걸쳐 이루어졌으나, 각 포괄일죄에 해당하므로 위 (6)의 (나)항에서 본 바와 같이 각 행위종료시법인 현행 공직선거법을 적용하여야 할 것인바, 검사는 이에 관하여 현행 공직선거법을 적용하여 기소하였고, 원심도 현행 공직선거법 제254조 제2항(각 사전선거운동의 점), 제255조 제1항 제2호, 제60조 제1항 제4호(공무원의 선거운동금지위반의 점)를 적용하였기 때문에 이 부분 법률적용에 아무런 위법이 없다.

따라서 2010. 1. 25. 이전에 이루어진 전보 발송행위에 대하여 공직선거법위반으로 의율한 것은 공소제기 범위를 넘어선 잘못된 판단이라는 위 피고인의 주장은 이유 없다.

(8) 공동정범관계 부인에 관하여

(가) 피고인 1의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 1은 비서실 직원들이 직능 단체의 임원 및 회원, 통·반장 등에게 문자메시지나 생일축하전보 등을 발송한다는 것을 알고 있었던 사실, ② 피고인 1은 비서실직원들을 직접 지시·감독하는 지위에 있으면서도 자신의 직함과 성명이 기재된 문자메시지와 전보가 발송되는 것을 전혀 제지한 적이 없는 사실, ③ 공소외 1이 매일 문자발송내역과 전보발송내역을 서면보고서로 작성하여 피고인 1의 책상에 놓는 방식으로 보고하였던 사실 등을 종합하며 보면, 피고인 1은 비서실 직원들로 하여금 중구민들에게 선거운동 목적으로 문자메시지 및 전보를 발송하도록 사실상 지시하였거나 그러한 사실을 보고받아 알면서도 이를 묵인하였다고 할 것이므로, 이 부분 공소사실에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

따라서 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 피고인 2의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 2는 생일축하전보 발송 업무를 공소외 2 대신 공소외 1이 담당하도록 업무를 조정한 사실, ② 피고인 2는 공소외 1에게 ◆병원 입원 환자 중 중구민 명단을 건네주면서 쾌유기원전보를 발송하도록 직접 지시한 사실, ③ 공소외 2에게 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지 및 목요컬쳐클럽 관련 문자메시지를 발송하도록 직접 지시하고, 피고인 4로부터 이메일로 전송받은 ○○아트홀 스포츠센터 회원 명단 등 3개 단체 명단을 건네주면서 관리하라고 지시한 사실, ④ 비서실 직원도 아닌 공소외 3에게도 통·반장이나 단체장들에게 크리스마스 인사 문자메시지를 보내도록 제의한 사실, ⑤ 공소외 2와 문자메시지의 문구에 대하여 상의한 적이 있었던 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 2는 공소외 2, 공소외 1 등으로

하여금 중구민들에게 선거운동 목적으로 문자메시지 및 전보를 발송하도록 직접 지시하였거나 그러한 사실을 알면서도 이를 묵인하였다고 할 것이므로, 이 부분 공소사실에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

(다) 피고인 4의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 4가 피고인 2에게 중구시설관리공단의 ○○아트홀 스포츠센터 등 3개 단체의 소속 회원 명단을 보내주었고, 그 직후 피고인 2는 공소외 2로 하여금 위 명단에 포함된 회원들에게 문자메시지를 발송하게 한 사실, ② 피고인 4는 피고인 2에게 위 명단과 함께 '제5회 전국동시지방선거 사무일정'이란 문건과 "우리 피고인 1 청장님을 중심으로 남아 있는 여생 아름답게 보냈으면 하네, 아침에 건네준 자료 보내니, 참고하게나. 앞으로도 명단을 작성해 보내주겠네"라는 내용의 이메일을 보낸 사실, ③ 피고인 4는 검찰에서 '사실 민원 때문에 중구청에서 명단을 가지고 있을 이유는 그다지 크지 않지만 참고용으로 주었다'는 취지로 진술한 사실, ④ 한편 중구시설관리공단이 중구청 산하 기관이라고 하더라도 별도의 업무를 담당하는 독립된 기관인 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 4는 피고인 2가 중구청장의 재선을 위하여 문자메시지를 발송하고 있음을 알고, 피고인 2를 도와 문자메시지 발송대상자수를 증가시키기 위해 ○○아트홀 스포츠센터 등 3개 단체 소속 회원들의 명단을 보냈고, 추가로 계속하여 보내줄 예정이었다고 보이므로, 피고인 4가 명단을 넘겨준 후 문자메시지 발송 부분(판시 제1의 나.항 부분 전체) 중 도달 부분에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

나아가 피고인 4가 자신이 넘겨준 명단의 사람 수를 초과한 부분의 문자메시지 발송에 대하여도 공동정범이 되는지 여부에 관하여 살피건대, 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실현하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위 결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는바(대법원 2006.12.22. 선고 2006도1623 판결), 이 사건 문자메시지 발송자대상자 중 피고인 4가 넘겨준 명단의 사람들은 ○○아트홀 스포츠센터 등 소속회원 등에 불과하지만, 앞서 본 바와 같이 ① 피고인 4는 피고인 2가 중구청장의 재선을 위하여 문자메시지를 발송하고 있음을 알고, 피고인 2로 하여금 문자메시지 발송대상자수를 증가시킬 수 있도록 돕기 위해서 명단을 보냄으로써 피고인 2에게 문자메시지 발송을 강화하도록 협력하였다고 보이는 점, ② 피고인 2는 피고인 4로부터 명단을 받은 이후 발송대상자를 더욱 증가시켜서 2009. 11. 10. 26,066건, 2009. 11. 26. 20,486건, 2009. 12. 1. 25,830건의 문자메시지를 발송한 점, ③ 피고인 4는 명단을 넘겨주는 행위를 1회에 그치지 않고 계속해서 추가로 보내 주기로 함으로써 피고인 2의 문자메시지 발송에 계속 협력할 의지를 표현한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 4는 자신이 넘겨준 명단의 수를 초과한 부분의 문자메시지 발송에 대하여도 공동실행의 의사가 있었다고 인정되므로 피고인 4가 명단을 넘겨준 이후의 문자메시지 발송으로 인한 공직선거법위반의 점(원심판시 범죄 사실 제1의 나.항) 전부에 대하여 공동정범이 된다.

따라서 위 피고인의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

나. ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해에 관하여(피고인 1)

(1) 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위 주장에 관하여

(가) ○○골프회장배 골프대회 인사 부분

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회의 출발장소에서 참석자들에게 인사말을 한 시점은 선거일 189일 전으로, 위 제2의 가. (1)항에서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 위 골프대회는 ○○골프회 회장인 피고인 5가 자신 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 개최한 행사인 점, ③ 피고인 1은 '안녕하십니까. 구청장 피고인 1입니다.

중구 발전을 위해 열심히 하겠습니다.

회원들을 위해 골프장을 넓힐 생각을 갖고 있습니다.

'라는 내용의 인사말을 하면서 회원들과 악수를 하였고, 뒤따르던 수행비서 공소외 4가 피고인 1의 사진이 인쇄되어 있는 명함을 참석자들에게 배부한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 ○○골프회 회장이 개최한 골프대회 출발장소에 참석하여 인사말을 하고 악수를 하면서 명함을 배부한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 경로당 식사대접 인사 부분

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 경로당 식사대접 행사에서 참석자들에게 인사말을 한 시점은 선거일로부터 180일 이내인 2009. 12. 초경으로, 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 신당1동 및 광희문 경로당 식사대접 행사는 피고인 5가 ○○골프회 회장으로서 자신 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 골프대회의 연장으로 개최한 행사이고, 피고인 1의 금일일정표에도 주요행사가 아닌 기타행사로 구분되어 있었음에도 2회에 걸쳐 연속적으로 방문한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 ○○골프회 회장인 피고인 5가 개최한 경로당 식사대접 행사에 참석하여 인사말을 하고 참석한 사람들과 악수를 한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(다) 뮤지컬 '△△' 공연 인사 부분

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 뮤지컬 '△△'의 무료공연 장소에서 중구민들에게 인사말을 한 시점은 선거일로부터 5개월 정도 전으로서, 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 뮤지컬 '△△'의 무료공연은 공소외 28 주식회사가 사기업체의 협찬을 받아 진행하려고 하였던 공연으로 중구청 내지 ○○아트홀에서 주관하는 공식적인 행사와는 무관함에도 3회에 걸쳐 연속적으로 참여하려고 하였고, 실제 2회 참석한 점, ③ 피고인 1이 공연장소에서 "구청장 피고인 1입니다.

제설작업 하느라 수고하셨습니다.

중구는 앞으로도 계속 발전할 겁니다.

여러분은 중구에 거주하는 것이 복 받은 것입니다.

앞으로 집값도 많이 오를 겁니다.

"라고 자신의 업적을 홍보하고 선심성 공약을 하는 듯한 발언을 한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소외 28 주식회사가 기획한 무료공연 장소에서 인사말을 한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 공직선거법상 허용된다는 주장에 관하여

구 공직선거법 제86조 제2항 제4호에 의하면, 선거일 전 60일부터 위 조항의 각목에 정한 경우를 제외하고는 교양강좌, 사업설명회, 공청회, 직능단체모임, 체육대회, 경로행사, 민원상담 기타 각종 행사를 개최하거나 후원하는 행위를 금지하고 있는바, 이는 선거일에 가까워지면서 선거운동의 과열과 혼탁을 엄정히 방지하기 위하여 선거일 전 60일부터는 선거에 영향을 미치지 아니하더라도 위 조항의 각목에 정한 경우를 제외하고는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위를 일체 금지한다는 것이므로, 선거일 전 60일 그 전에는 선거에 영향을 미치는지 여부와 상관없이 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위를 허용한다는 의미로 반대해석을 할 수 없고, 선거일 전 60일 그 전에 선거에 영향을 미치는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위는 여전히 선거운동에 해당하여 공직선거법위반이 된다.

앞서 본 바와 같이 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분은 모두 선거운동에 해당하므로, 피고인 1의 위 주장은 이유 없다.

다.

골프잡지 배부 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해에 관하여(피고인 2)

(1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 1의 7대 중점사업을 홍보하는 내용이 담긴 신년인터뷰 기사가 '▷▷▷'라는 골프잡지의 2010년 1월호에 실린 사실, ② 위 골프잡지 발행사의 대표 공소외 5는 위 골프잡지 2010년 1월호 50여권 정도를 중구청 관광공보과에 보낸 사실, ③ 그 후 공소외 6은 피고인 2의 지시에 따라 위 골프잡지를 중구청 확대간부회의에 참석한 동장들에게 배부한 사실, ④ 피고인 2는

원심법정에서 '골프잡지는 동사무소에 비치하라는 취지로 준 것이 아니라 버리거나 치워야 되는데 동장이라도 보라는 취지에서 주었다.

'는 취지로 진술한 사실, ⑤ 동장들은 골프잡지를 동사무소 소속 직원들에게 나눠 주거나 동사무소에 비치한 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 2는 피고인 1을 홍보하기 위하여 임의로 동장들에게 위 골프잡지를 교부하였고, 동장들은 중구 선거구민과 연고가 있는 불특정 또는 다수의 자에게 전파할 가능성이 있었던 것으로 보이는바, 위 골프잡지의 민사상의 소유자가 누구인지 여부와 관계 없이 피고인 2가 동장들에게 중구청의 일반적인 행정업무와는 무관하게 피고인 1의 구정활동을 홍보하는 내용이 담긴 골프잡지를 동장들에게 배부한 행위는 공직선거법상 제3자 기부행위에 해당함과 동시에 탈법방법에 의한 인쇄물의 배부행위에 해당한다고 할 것이다.

따라서 이 부분에 관한 위 피고인의 주장은 이유 없다.

(2) 한편 원심은 피고인 2의 골프잡지 배부행위에 대하여 구 공직선거법상 사전선거운동의 점에도 해당한다고 판단하였다.

그러나 직권으로 보건대, 피고인 2가 선거일 전 180일 후에 골프잡지를 배부한 행위는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에 해당하므로, 여기에는 위 제2의 가. (6) (가)항에서 본 바와 같이 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없으므로, 이 부분은 범죄로 되지 아니하여 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 위법하다.

라. 소결론

따라서 위와 같이 피고인 2, 피고인 4의 사실오인 또는 법리오해 주장은 이 사건 문자메시지 및 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분 일부에 관하여 이유 있고, 피고인 1의 이 사건 문자메시지 및 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분 일부, 피고인 2의 골프잡지 배부를 통한 사전선거운동의 점에 관하여 직권파기 사유가 있는바, 원심은 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 각 나머지 죄와 상상적 경합범, 포괄일죄 혹은 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분은 유지될 수 없게 되었기 때문에, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한다.

3. 검사의 항소이유에 관한 판단

가 ○○골프회장배 골프대회 부분

(1) 달력 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 2, 피고인 5는 공모하여 후보자가 되고자 하는 피고인 1을 위하여 중구청장의 사진과 축사가 들어간 달력을 제작하여 300부(75만 원 상당)의 기부행위를 하고, 피고인 1은 피고인 5로 하여금 위와 같이 자신을 위하여 기부행위를 하도록 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 구청장 축사가 포함된 달력을 제작하고 이를 배부하였음을 인정할 증거가 없고, 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 달력을 제작하여 배부하였다고 보기 어렵다는 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 관하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9의 각 원심 법정진술, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12에 대한 각 경찰진술조서 등이 있고, 이에 의하면 피고인 5가 배포한 달력들 중에 피고인 1의 축사가 있는 달력이 ○○골프회 회원들 중 일부에게 배부된 사실이 인정되나, 아래에서 보는 바와 같은 이유로 위 인정의 사정만으로는 이 부분 공소사실을 인정하기에 부족하다.

오히려 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 5는 중구에서 여러 가지 사회활동을 왕성하게 하여 온 사실, ② ○○골프회 회장인 피고인 5는 이미 수개월 전부터 ○○골프회장배 골프대회를 개최하겠다고 말하여 오다가 자신의 음력생일날에 맞춰 위 골프대회를 개최한 사실, ③ 피고인 5는 위 골프대회를 처음 개최하면서 중구청 문화체육과 과장 공소외 13에게 골프대회에서 배부할 달력에 포함시킬 구청장 축사를 부탁하였고, 이에 공소외 13은 문화체육과 직원 공소외 14에게 구청장 축사를 작성하여 보내주라고 지시한 사실, ④ 피고인 5는 공소외 14에게 달력 제작업자인 공소외 15의 연락처를 알려 주었고, 공소외 14는 구청장 축사를 작성하여 공소외 13에게 보여준 후 이를 공소외 15에게 이메일을 통하여 보내준 사실, ⑤ 공소외 15는 구청장 축사가 포함된 달력의 제작을 완성한 후 피고인 5의 요청에 따라 달력 3부를 중구청 비서실에 보낸 사실, ⑥ 피고인 5는 피고인 1의 축사가 공직선거법위반의 소지가 있다는 말을 듣고 달력 배포를 중단시키고 달력에서 축사 부분을 찢어버린 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실들을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들을 검토해 보면 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① ○○골프회장배 골프대회는 그 회장인 피고인 5가 개최한 행사인 점, ② 피고인 5는 자신의 사회적 위상 내지 자신이 회장으로 있는 ○○골프회의 품격을 높이기 위하여 달력에 구청장 축사를 포함시키고, 개회사에 피고인 1에 대한 내용 부분을 기재한 것으로 보이는 점, ③ 중구청에 등록된 생활체육단체가 행사를 진행하면서 중구청에 구청장 축사를 부탁할 경우, 중구청 문화체육과에서 문화체육행사 협조 차원에서 구청장 축사를 보내는 것이 관례로 보이는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인 5는 ○○골프회 명의의 골프대회를 개최하면서 자신 내지 ○○골프회의 위상을 높이기 위해 중구청의 도움을 받아 구청장의 축사가 포함된 달력을 제작하여 배부한 것으로 보이고, 그 밖에 검사가 제출한 증거만으로 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 구청장의 축사가 포함된 달력을 제작하여 배부하였다고 보기 어렵다.

또한 앞서 본 바와 같은 사정에 비추어, 검사가 제출한 피고인 2, 피고인 5 및 공소외 13, 공소외 14 사이의 통화내역만으로는 피고인 5가 피고인 2에게 축사 작성을 의뢰하고, 피고인 2가 공소외 13이나 공소외 14에게 축사 작성을 지시하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 구청장 축사가 포함된 달력을 제

작하고 이를 배부하였다는 점에 관하여 검사가 제출한 증거만으로 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 2 및 피고인 5는 피고인 1과 공모하여 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회 출발장소에서 버스 3대에 올라타 참석자들에게 인사말을 하고 악수를 하며, 수행비서 공소외 4가 피고인 1의 사진과 직함이 새겨진 명함을 배부함으로써, 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 피고인 1이 위 골프대회 출발장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 2는 평소 외부행사시 피고인 1을 수행하지 아니한 사실, ② 피고인 2는 피고인 5와 20여 년간 친분을 유지하여 온 사실, ③ 피고인 2는 피고인 1이 버스에 올라가 참석자들에게 인사말을 할 때에는 동행한 사실이 없고, 수행비서 공소외 4가 동행한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실들을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들을 검토하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 위 골프대회는 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위한 목적이 아니라 자신의 위상을 높이기 위하여 개최했던 것으로 보이는 점, ② 피고인 2는 피고인 5와의 친분관계로 골프대회 출발 장소에 특별히 나온 것으로 보이는 점, ③ 피고인 2는 외부행사시 피고인 1을 수행하지 않기 때문에 피고인 1이 외부행사에서 인사말을 하는지 여부나 인사말의 내용에 대해서 알 수 없었다고 보이는 점, ④ 피고인 2, 피고인 5가 사전에 긴밀히 협의하여 피고인 1로 하여금 위 골프대회 출발장소에 참석하여 회원들에게 인사말을 하도록 하였다는 사실을 인정할 증거가 없는 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1이 위 골프대회 출발장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 피고인 4의 축사대독 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 5가 위 골프대회 시상식에서 피고인 4로 하여금 "강한 중구·행복 중구를 위해 열심히 뛰겠다.

"는 내용이 담긴 구청장의 축사를 읽게 하고, 피고인 4는 위 내용의 구청장 축사를 구청장 대신 낭독함으로써 지방공단의 상근임원인 피고인 4는 피고인 5와 공모하여 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심 판단의 요지

원심은 검사가 제출한 증거만으로 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 피고인 4로 하여금 구청장 축사를 낭독하게 하였다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 4, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 5는 검찰에서 '달력은 계속 보관을 하는 관계로 선거일 180일 이후에도 존속하기 때문에 축사 부분이 선거법에 위반될 수 있어서 찢었지만, 선거일 전 180일까지는 축사를 낭독하여도 문제가 없다고 생각하였다.

'는 취지로 진술(증거기록 제3435면)한 사실, ② 중구청장의 격려사 및 축사가 ○○골프회장배 골프대회 식순에 들어갔었던 사실, ③ 피고인 5는 사회활동을 왕성하게 하면서 ○○골프회 회장으로서 이미 수개월 전부터 ○○골프회장배 골프대회를 준비하여 자신의 음력생일날에 맞춰 위 골프대회를 개최한 사실 등을 인정할 수 있다.

위 인정사실을 기초로 하여 이 사건의 적법한 증거들을 검토해보면 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5는 피고인 1을 위한 선거운동의 목적이 아니라 자신의 위상을 높이기 위한 목적으로 골프대회를 개최했던 것으로 보이는 점, ② 피고인 5는 비록 중구청장의 축사가 선거일 전 180일이 지나면 선거법위반으로 문제의 소지가 될 수도 있으나 그 전에는 문제가 되지 않을 것이라고 생각하고, 골프대회 식순에 있는 중구청장의 격려사 및 축사 낭독을 강행하고자 하였던 것으로 보이는 점, ③ 그래서 골프대회 시상식에서 피고인 4에게 대독을 부탁하였고, 피고인 4는 별 생각 없이 피고인 5가 단상에 올려준 축사를 그대로 읽은 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 5는 자신 내지는 ○○골프회의 위상을 높이고 아울러 일반적인 관례에 따라 피고인 4로 하여금 구청장 축사를 낭독하게 한 것으로 보일 뿐, 위 피고인들이 공모하여, 피고인 4가 피고인 1의 선거운동을 위하여 구청장 축사를 대독하였다고 보기 어렵고, 검사가 제출한 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 경로당 식사대접 부분(피고인 1, 피고인 2, 피고인 5)

(1) 금품과 달력 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 5는 피고인 2, 피고인 1과 사전에 협의하여, 피고인 1을 위하여, 2009. 12. 8. 12:00경 신당1동 경로당 회장 공소외 16에게 노인들 식사비용으로 현금 50만 원 및 탁상용 달력 100부(25만 원 상당)를 제공하고, 2009. 12. 10. 12:00경 광희문 경로당 총무 공소외 17에게 노인들 식사비용으로 현금 50만 원 및 탁상용 달력 100부(25만 원 상당)를 제공함으로써 기부행위를 하고, 피고인 1은 피고인 5로 하여금 위와 같이 자신을 위하여 기부행위를 하도록 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 공무원인 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 피고인 5, 피고인 2가 피고인 1의 선거운동을 위하여 경로당 식사대접 행사를 개최하여 기부행위를 하였다고 보기 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 피고인들의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5는 신당1동 경로당 회장 공소외 16의 제안에 따라 ○○골프회장배 골프대회를 개최한 후 남은 행사비 100만 원으로 신당1동 및 광희문 경로당 회원들에게 식사대접을 한 점, ② 피고인 5는 골프대회 장소에 걸어두었던 현수막을 각 식사대접 장소에도 걸어두었던 점, ③ 앞서 본 바와 같이 피고인 5는 여러 가지 사회활동을 왕성하게 하고 있는바, 자신 내지 ○○골프회의 사회적 위상을 높이기 위하여 경로당 식사대접 행사를 주최한 것으로 보이는 점, ④ 경로당 식사대접 행사를 기획하거나 피고인 1이 위 행사 자리에 참석함에 있어 피고인 5가 피고인 1, 피고인 2와 사전에 긴밀히 협의하였다고 볼 증거가 없는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인 5는 골프대회를 마친 후 남은 행사비를 사용하기 위하여 ○○골프회 차원에서 경로당 식사대접 행사를 진행하고, 아울러 골프대회 때 피고인 1의 축사 부분을 찢고 배포한 뒤 남은 달력을 제공한 것으로 보이며, 그 밖에 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 경로당 식사대접 행사를 개최하여 기부행위를 하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

또한 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 경로당 식사대접 행사는 피고인 1의 금일일정표에 '기타 일정'으로 되어 있었던 사실, ② 피고인 1은 점심시간에 따로 점심약속이 되어 있던 장소로 가는데 지장이 없어서 참석한 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 5가 경로당 식사대접 행사를 진행하고, 달력을 제공함에 있어, 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 가담하였다고 보기 어렵다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 1, 피고인 2는 피고인 5와 공모하여, 2009. 12. 8. 12:00경 신당1동 경로당 노인들에게 "구청장 피고인 1입니다.

추우신데 옷 따뜻하게 입으시고, 건강하세요"라는 말을 하고 노인들과 악수를 하였고, 2009. 12. 10. 12:00경 광희문 경로당 노인들에게 "구청장 피고인 1입니다.

식사대접이 약소하지만 많이 드시고, 건강하시고 즐겁게 노세요"라는 말을 하고 노인들과 일일이 악수를 함으로써, 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1이 위 경로당 식사대접 자리에서 선거운동의 일환으로 인지도를 제고하기 위하여 인사말을 함에 있어 피고인 2, 피고인 5가 피고인 1과 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 관하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 2는 경로당 식사대접 행사에 직접 참석한 사실이 없는 점, ② 경로당 식사대접 행사는 피고인 5가 자신의 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 개최한 행사이고, 피고인 1의 금일일정표에 '기타 일정'으로 되어 있었기 때문에, 피고인 1이 경로당 식사대접 행사에 참석할 지에 대하여 피고인 2가 알고 있었다고 보기 어려운 점, ③ 피고인 1은 점심시간에 따로 점심약속이 되어 있던 장소로 가는데 지장이 없어서 참석한 점, ④ 피고인 2, 피고인 5가 사전에 긴밀히 협의하여 피고인 1로 하여금 위 경로당 식사대접 자리에 참석하여 참석자들에게 인사말을 하도록 하였다는 사실을 인정할 증거가 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1이 위 경로당 식사대접 행사장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

뮤지컬 '△△' 무료공연 부분(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3)

(1) 공연 무료교환권 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 공모하여 중구 관내 동장 15명에게 구청에서 나누어 주는 무료티켓인 것처럼 뮤지컬 '△△' 공연의 무료교환권 1,250장(5,000만 원 상당)을 제공하여 그 무렵 동장들로 하여금 구민들에게 무료로 배부하게 함으로써 후보자가 되고자 하는 피고인 1은 기부행위를 하고, 피고인 2, 피고인 3은 후보자가 되고자 하는 피고인 1을 위하여 기부행위를 하였다.

(나) 원심의 판단

검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공소사실 기재와 같이 문화나눔행사를 통하여 위와 같은 기부행위를 사전에 공모하였다고 인정하기 어렵고 달리 이 부분 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 뮤지컬 '△△' 공연은 공소외 28 주식회사와 ○○아트홀이 공동으로 주최하여 진행된 유료공연이었는데, 공연의 성수기에 해당하는 2009. 12.분 및 2010. 1.분의 티켓 예매실적이 극히 저조하자 공소외 28 주식회사의 대표인 공소외 18이 2009. 12.경부터 먼저 ○○아트홀 사장인 피고인 3에게 협찬사를 구해줄 것을 부탁하였고, 이에 따라 공소외 18과 피고인 3 사이에 협찬사의 협찬을 받아 소외계층을 대상으로 문화나눔행사를 진행하기로 기획하게 된 점, ② 피고인 3은 공소외

18의 부탁에 따라 뮤지컬 '△△' 공연의 협찬사를 구하려고 노력하였는데, 무료공연이 진행될 무렵에는, 비록 협찬사가 확정되지는 않았지만, 공소외 19 주식회사 등 협찬사가 충분히 정해질 것으로 예상되었던 점(2010. 1. 8.경 '공소외 19 주식회사와 함께 하는 문화나눔기'라는 문구가 기재된 현수막이 공연장 입구에 설치되었었다.

), ③ 문화 소외계층에 대한 무료공연인 문화나눔행사를 진행할 경우에는 무료공연 교환권을 배부하기 위하여 관할 행정관청의 도움이 요구되는바, 뮤지컬 '△△'의 무료공연에도 무료공연 교환권을 중구 구민들에게 배부하기 위하여 중구청의 도움이 필요하였고, 이를 위하여 피고인 3이 공소외 18을 피고인 2에게 소개시켜 준 것으로 보이는 점, ④ 이에 따라 공소외 18은 피고인 3을 통하여 피고인 2를 만나 중구청의 협조를 받아 무료공연을 진행하게 된 점, ⑤ 공소외 28 주식회사는 공연날짜를 구청에게 잡아달라고 부탁하는 것이 편리하고, 표 판매 실적이 1월 초에 가장 저조하기 때문에 피고인 2에게 문화나눔행사 공연일정을 2010. 1. 15. 이전으로 잡아달라고 하였던 점, ⑥ 중구청에서 공소외 28 주식회사에게 소외계층의 명단만 넘겨줄 수도 있으나, 공소외 28 주식회사에서 문화나눔행사 공연일정을 촉박하게 잡았기 때문에 관내 동장을 통해 배부하는 것이 공연일정에 맞추기에 적합했던 것으로 보이는 점, ⑦ 공소외 6은 이 법정에서, 동장들에게 무료공연 교환권을 배부하면서 " 공소외 28 주식회사가 기획사라는 이야기를 했었던 것 같다.

"라는 취지로 진술하고 있는 점, ⑧ 공소외 28 주식회사의 이사 공소외 20이 티켓제작 의뢰 담당 직원으로부터 예약자를 누구로 할 것이냐는 질문을 받고 중구청에서 대상자들에게 문화나눔교환권을 나눠주고 있으니 중구로 하라고 지시하여 문화나눔행사교환권의 입장권에 '예약자명 ; 중구'로 기재된 점, ⑨ 피고인 1이 문화나눔행사 공연무대에서 관객들에게 이런 문화행사를 열어준 공소외 28 주식회사와 ○○아트홀에 감사한다고 말했던 점(공소외 21에 대한 우편조서, 증거기록 제2280면), ⑩ 공소외 22는 2010. 1. 11. 또는 1. 12.경 피고인 3으로부터 공소외 19 주식회사에서 협찬을 안하기로 하였다는 말을 듣고 공소외 23 주식회사를 협찬업체로 소개하였던 점, ⑪ 협찬사는 공연이 진행중이거나 종료한 후에도 추후 기업의 홍보활동에 이용하거나 세제혜택을 받기 위하여 협찬을 하는 것이 공연예술계의 관행으로 보이는 점, ⑫ ○○아트홀에서는 2007. 12.경 및 2008. 1.경에도 공소외 24 주식회사의 협찬을 받아 창작뮤지컬 공연에 중구에 거주하는 소외계층을 초청하는 방식으로 문화나눔행사를 진행한 사실이 있었고, 이 사건 문화나눔행사 이후인 2010. 1. 말경에도 ◇◇◇◇와 ☆☆의 협찬을 받아 문화나눔행사를 준비했던 점 등을 종합하여 보면, 피고인 2, 피고인 3은 단지 공소외 28 주식회사가 무료공연을 진행함에 있어 협찬사를 구해주거나 무료공연 교환권의 배부에 협조한 정도에 불과한 것으로 보이고, 이와 같이 피고인 2, 피고인 3이 중구 구민들에게 무료공연 교환권을 배부하는 것을 도와주었다는 사정만으로 피고인 2, 피고인 3을 무료공연을 통한 기부행위자로 평가하기 어렵다.

따라서 공소외 28 주식회사가 중구청의 도움을 받아 문화나눔행사의 형식으로 뮤지컬 '△△' 무료공연을 진행하는 과정에서 이루어진 무료공연 교환권 배부행위를 피고인 1의 선거운동을 위한 기부행위라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공소사실 기재와 같이 문화나눔행사를 통하여 위와 같은 기부행위를 사전에 공모하였다고 인정하기도 어려우며, 달리 이 부분 공소사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 3의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 2 및 피고인 3은 피고인 1과 사전에 협의하여 2회에 걸쳐 ○○아트홀에서 열린 뮤지컬 '△△' 무료공연 행사에서 피고인 1이 무대에 올라가 중구민들에게 인사말을 하도록 하여 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 피고인 1이 공연무대에서 참석자들에게 인사말을 함에 있어 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 3의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

검사가 제출한 증거들에 의하면, ① 피고인 2는 피고인 1이 무료공연에 참석할 수 있도록 무료공연 일자를 지정해주었고 공소외 6에게 무료공연에 참석하여 피고인 1을 영접하라고 지시한 사실, ② 피고인 3은 피고인 1이 무료공연에 참석한다는 이야기를 듣고 공소외 18에게 인사말을 할 수 있는 기회를 마련할 것을 지시한 사실 등이 인정된다.

그러나 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1은 공연 장소에 피고인 2와 동행하지 아니하고, 수행비서 공소외 4와 동행한 점, ② 피고인 1이 무대에서 인사할 수 있는 자리가 사전에 예정되어 마련된 것이 아니라 공연 당일 갑작스럽게 이루어진 것으로 보이는 점, ③ 피고인 3은 ○○아트홀 사장으로서 피고인 1을 직접 보좌하는 지위에 있지 않았던 점, ④ 피고인 3은 구청장이 무료공연에 참석한다는 이야기를 듣고 일종의 관행에 따라 피고인 1이 무대에서 인사할 수 있는 자리를 마련한 것으로 볼 여지가 있는 점 등에 비추어 보면, 검사 제출의 증거로 인정되는 위와 같은 사정만으로는 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하여 피고인 1의 선거운동을 위하여 피고인 1을 무료공연에 참석하게 한 후 무대에서 참석자들에게 인사말을 하도록 사전에 협의하였다고 보기 어렵고, 달리 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 소결론

따라서, 원심판결 중 피고인들에 대한 각 무죄부분에 대한 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 모두 이유 없고, 한편 위 제2의 라.항에서 본 바와 같이 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분은 이미 유지될 수 없게 되었기 때문에, 검사의 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한다.

4. 결 론

그렇다면 앞서 본 바와 같이 ① 원심판시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항과 나.항 부분, 다만 피고인 4는 원심판시 범죄사실 제1의 나.항 부분에 대하여만)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분과, ② 원심판시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시

제1의 나.의 (2)항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 연번 16, 17번 기재 부분, ③ 원심판시 피고인 1, 피고인 2의 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 범죄사실 제1의 가. (2)항, (3)항 부분) 중 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재의 생일축하전보발송, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 쾌유기원전보발송 행위로 인한 사전선거운동의 점 부분, ④ 피고인 2의 골프잡지 배부를 통한 공직선거법위반의 점에 대한 부분(원심판시 범죄사실 제5항 부분)에 관하여 직권파기 사유가 있거나, 피고인 2, 피고인 4의 사실오인 또는 법리오해의 주장이 이유 있다.

따라서 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분을 각 파기하기로 하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 무죄부분과 피고인 3, 피고인 5에 관한 검사의 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4

(1) 문자메시지 및 전보 발송 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 선거운동이 아니라는 주장(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

1) '중구청장 피고인 1' 명의의 문자메시지 및 전보의 수신자는 피고인 1의 지인이나 중구청 관내 직능단체 회원들이고, 그 내용도 정치적 색깔이 없는 단순한 인사말일 뿐이어서 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송은 일상적, 의례적, 사교적 행위이거나, 피고인 1 이전 구청장 시절부터 지속적, 반복적으로 이루어진 구정활동의 일환에 불과하고, 타구청장들도 피고인 1보다 더 많은 문자메시지 및 전보를 발송하고 있으며 그 증가량도 중구청과 유사하고, 게다가 피고인 1은 발송 당시에는 차기 구청장으로 출마할 지 여부가 불확실한 시기였으므로, 문자메시지 및 전보 발송은 선거운동에 해당하지 않는다.

2) 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지 발송은 학부모들에게 성동고의 자율형 공립고 선정 사실을 널리 알려 성동고 입학 지원자 모집을 활성화하려고 한 것에 불과할 뿐이고, 구청장의 업적홍보행위에 해당하지 아니하므로, 이는 선거운동이 아니다.

또한 ◆병원 입원 환자에 대한 쾌유기원전보 발송은 ◆병원의 중구민에 대한 의료지원 등 ◆병원과 중구청의 업무협조관계에 따라 이루어진 것으로 선거운동과 무관하다.

(나) 고의가 없다는 주장(피고인 1)

피고인 1은 구청 간부들에게 수회 공직선거법 준수를 강조하고 각 과와 동으로 선거법 관련 사항을 숙지하도록 시달하였으며, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송에 관하여 업무활동의 일환으로 선거운동과 무관하다고 판단하였을 뿐이므로, 공직선거법위반에 대한 고의가 없었다.

(다) 예비후보자로서 또는 공직선거법 제82조의5의 반대해석상 문자메시지 또는 전보 발송이 허용된다는 주장(피고인 1)

공직선거법 제60조의3 제1항 제7호에 따르면 예비후보자는 문자메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 행위를 할 수 있으므로, 사실상의 예비후보자이었던 피고인 1은 예비후보자 등록 시작일인 2010. 2. 19.부터 같은 달 27.까지 생일축하전보 발송을 할 수 있고, 위 규정과 공직선거법 제82조의5 제6항을 반대해석하면, 피고인 1은 선거운동 정보가 아닌 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송을 할 수 있다.

(라) 서울 중구 비거주자에 대한 발송 부분(피고인 2, 피고인 4)

서울 중구에 거주하지 않는 사람에 대한 문자메시지 발송이 중구청장 선거에 영향을 미칠 수 있는 경우라는 입증이 없으므로, 이 부분은 선거운동에 해당하지 않음에도 유죄로 인정한 원심은 사실오인 또는 법리오해의 위법이 있다.

(마) 미도달 부분에 대한 주장(피고인 2, 피고인 4)

발송한 문자메시지 중 도달하지 못한 경우는 공직선거법위반죄의 미수에 해당하는데, 이에 대한 처벌규정이 없으므로 미도달 부분은 무죄에 해당함에도, 이러한 부분까지 유죄로 인정한 원심은 법리오해의 위법이 있다.

(바) 공직선거법상 개별 금지 조항에 대한 법리오해 주장(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법상 사전선거운동금지 규정(제254조 제2항)은 행위별로 기간을 특정하여 금지하는 개별 조항에서 규정하고 있지 아니한 경우에 한하여 예외적·보충적으로 적용되는 것인바, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송에 대하여는 공직선거법상 개별 금지 조항(제93조 제1항 또는 제109조 제1항)이 있으므로, 이와 별도로 사전선거운동금지 규정을 적용하여 처벌할 수 없음에도, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송이 사전선거운동금지 규정(제254조 제2항)에 해당한다고 판단한 원심은 법리오해의 위법이 있다.

(사) 구법을 적용한 것이 위법이라는 주장(피고인 1)

원심판시 문자메시지 및 전보 발송으로 인한 사전선거운동의 점(원심판시 범죄사실 제1항)에 대하여 검사가 각 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공직선거법'이라 한다.

) 제254조 제3항에 의하여 기소하지 아니하였음에도 원심은 적용법조의 변경절차 없이 위 법조를 적용한 위법이 있다.

따라서 2010. 1. 25. 이전에 이루어진 전보발송행위에 대하여 구 공직선거법위반으로 의율한 것은 공소제기 범위를 넘어서 판단한 것으로 위법하다.

(아) 공동정범관계 부인(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

피고인 1은 문자메시지 및 전보 발송 업무가 사실상 비서실의 전결처리사항이기 때문에 이에 관하여 비서실 직원들로부터 보고받거나 관여한 사실이 없고, 피고인 2는 공소외 1, 공소외 2에게 구체적으로 문자메시지 및 전보 발송을 지시한 사실이 없을 뿐만 아니라, 이 사건 문자메시지 및 전보의 수신자 등을 제대로 알지 못하며, 피고인 4는 중구시설관리공단의 ○○아트홀 스포츠센터의 민원업무 처리 등과 관련하여 업무협조 차원에서 소속 회원들의 자료를 중구청에 보내준 것에 불과하고, 나아가 그 자료가 문자메시지 발송에 사용되리라는 것을 예상하지도 못하였으므로, 위 피고인들은 문자메시지 및 전보 발송으로 인한 공직선거법위반죄의 공모공동정범으로 볼 수 없다.

가사 피고인 4에 대하여 공동정범 관계가 인정된다고 하더라도 피고인 4가 넘긴 명단의 사람들이 아닌 사람들에 대한 문자메시지 발송행위에 대하여는 공모하지 아니하였으므로 이 부분까지 공동정범으로 인정할 수 없다.

(2) ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해(피고인 1)

(가) 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위 주장

1) ○○골프회장배 골프대회 인사 부분

피고인 1은 ○○아트홀 스포츠센터의 관리·운영자로서 위 스포츠센터 회원들의 사적 모임인 ○○골프회 골프대회 참가자들 중 타구민들에게 자신을 소개하기 위하여 명함을 배부하였고, 골프대회 참가자들에게 통상적인 축하 및 의례적인 격려인사를 하였을 뿐 자신의 지지를 호소하는 등 선거와 관련된 어떠한 발언도 한 사실이 없으므로, 이 부분 행위는 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

2) 경로당 식사대접 인사 부분

피고인 1은 경로당 식사 대접이 '효 실천 사업'의 일환으로 계획된 행사라는 수행비서의 보고를 듣고 잠시 참석하여 의례적인 인사를 하였을 뿐이고, 자신의 지지를 호소하는 등 선거와 관련된 어떠한 발언도 한 사실이 없으므로, 이 부분 행위도 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

3) 뮤지컬 '△△' 공연 인사 부분

피고인 1은 제설작업을 한 구민들의 노고를 치하하고 격려하기 위하여 공연장에 참석하여 단순한 감사의 말과 덕담을 한 것에 불과하고, 소외계층 초청행사에 관내 단체장 등이 참석할 경우 공연시작 전에 인사말을 하는 것은 일반적인 관행이므로, 이 부분 행위는 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다.

(나) 공직선거법상 허용된다는 주장

구 공직선거법 제86조 제2항 제4호에 의하면 각목에 규정된 경우를 제외하고 지방자치단체장은 선거일로부터 60일전까지는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사를 개최하거나 후원하는 행위를 할 수 있는바, 피고인 1이 선거일로부터 60일 전에 골프대회 출발장소, 경로당 식사대접장소, ○○아트홀과 공소외 28 주식회사가 만든 뮤지컬 '△△' 공연 장소에서 각 인사말을 한 행위는 골프대회, 경로행사, 무료공연행사를 후원하는 것보다 훨씬 선거에 미치는 영향이 미약하다고 할 것이어서 이는 당연히 허용된다.

(3) 골프잡지 배부 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해(피고인 2)

피고인 2는 골프잡지를 동장 개인들에게 준 것이 아니므로 기부행위의 상대방이 존재하지 아니하여 기부행위라고 할 수 없고, 골프잡지의 소유권자가 아니므로 제3자 기부행위에 해당하지 아니하며, 유권자를 상대로 직접 골프잡지를 배부한 것도 아니므로 탈법방법에 의한 인쇄물의 배부행위라고 볼 수도 없다.

(4) 양형부당의 주장(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

원심이 피고인 1에게 선고한 벌금 700만 원, 피고인 2에게 선고한 징역 6월, 집행유예 2년, 피고인 4에게 선고한 벌금 200만 원의 형은 각 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) ○○골프회장배 골프대회 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 달력 기부 부분

피고인 1, 피고인 2, 피고인 5는 공모하여, 피고인 5가 피고인 1의 홍보를 위해 달력을 제작하여 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 골프대회 출발장소에 참석시키고, 피고인 5가 옆에서 수행함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 5의 각 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(다) 축하대독 부분

피고인 5, 피고인 4가 공모하여 피고인 1을 홍보하는 내용이 있는 축하를 대독함으로써 피고인 1을 위하여 선거운동을 한 것이 명백함에도 이에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(2) 경로당 식사대접 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 금품과 달력 기부 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 위하여 경로당 노인들에게 식사비용과 달력을 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분

피고인 2, 피고인 5가 피고인 1을 골프대회 출발장소에 참석시키고, 피고인 5가 옆에서 수행함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 5의 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(3) 뮤지컬 '△△' 무료공연 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해

(가) 공연 무료교환권 기부 부분

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공모하여 뮤지컬 '△△'의 문화나눔행사를 선거운동목적으로 변질시켜 피고인 1을 위하여 동장들로 하여금 구민들에게 위 공연의 무료교환권을 배부하게 함으로써 이를 기부한 것이 명백함에도 제3자 기부행위의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인 2, 피고인 3의 인사말 공모 부분

피고인 2는 피고인 1을 위 공연장소에 참석시키고, 피고인 3은 공연기획사 담당자에게 피고인 1이 인사말을 할 수 있도록 지시함으로써 공범 사이에 기능적 행위지배가 있었음이 명백함에도 피고인 2, 피고인 3의 선거운동의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심은 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

(4) 양형부당의 주장

원심이 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에게 선고한 앞서 나온 형은 각 너무 가벼워서 부당하다.

2. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 항소이유에 관한 판단

가. 문자메시지 및 전보 발송 부분의 사실오인 또는 법리오해 주장에 관하여

(1) 선거운동이 아니라는 주장에 관하여(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4)

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 중구청장 피고인 1 명의의 문자메시지는 2008년 추석 때 10,994건, 2008년 성탄절 때 4,000건, 2008년~2009년 연말연시 때 숫자미상, 2009년 설 때 7,382건이 발송되다가(증거기록 제1696면~제1700면) 2009. 5.경부터 매월 중점적으로 발송되기 시작하고(증거기록 제1019면), 이 사건 생일축하전보의 발송량이 갑자기 증가하기 시작한 것은 2009. 6.경인 사실(증거기록 제1020면), ② 이 사건 문자메시지 발송 대상자가 2009. 6. 1.경부터 9,400여 명 정도로 중구 유권자(약 10만여 명)의 약 9% 정도에 이르다가, 2009. 11. 1.경에는 2만 1,000여 명, 2009. 11. 10.경에는 3만 1,000여 명, 2009. 11. 26.경에는 2만 5,000여 명, 2009. 12. 1.경에는 3만 1,000여 명에 달하였고, 생일축하전보 발송대상자인 중구청 관내 통·반장들의 수만 2,000여 명이 넘고 직능단체 임원 및 회원들의 수까지 합하면 수천 명에 달했던 사실, ③ 문자메시지 및 전보 발신자가 중구청 내지 담당 부서가 아니라 중구청장의 직함과 성명까지 기재한 '중구청장 피고인 1'로 되어 있고, 피고인 1의 개인 휴대전화 번호가 발신자 전화번호로 표시되어 있었던 사실, ④ 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지의 발송 내용은 "성동고 자율형 공립고 선정! 우리중구 명문학교 만들기의 결실입니다! 중구청장 피고인 1"인 사실, ⑤ 쾌유기원전보의 발송대상자는 피고인 2가 의료지원 업무와는 무관하게 직접 ◆병원 총무부장에게 요청하여 받은 입원 환자 명단에 있는 중구민이고, 중구청에서 그 입원환자 명단을 이용하여 의료지원을 한 적이 없었던 사실 등을 인정할 수 있다.

위 인정사실을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 중구청장 피고인 1 명의의 문자메시지는 명절, 성탄절, 연말연시에만 발송되다가 2009. 5.경부터 매월 발송되기 시작하면서 △△ 그 발송 건수도 증가한 점, ② 문자메시지 및 전보 발송 대상자가 피고인 1과 평소 지면이나 친교가 있다고 볼 수 없는 불특정다수의 일반 선거구민으로 보이는 점, ③ 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지의 내용은 정보 제공보다는 오히려 피고인 1의 업적홍보에 가까운 점 등을 종합하여 보면, '중구청장 피고인 1' 명의로 이 사건 문자메시지, 생일축하전보 및 쾌유기원전보를 발송한 행위는 구정활동의 일환 또는 일상적·의례적·사교적인 행위에 해당한다고 보기 어렵다.

한편 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 변호인들이 제출한 증거들에 의하면 서울의 타구청에서도 문자메시지와 전보를 보낸 사실이 인정되지만, 타구청에서 보낸 문자메시지의 수만 파악이 될 뿐, 비서실이 아닌 각 국, 과에서 보낸 것과 타구청장들의 직함과 성명을 기재하여 보낸 것이 구별되지 아니하고, 타구청장들의 직함과 성명을 기재하여 보낸 문자메시지의 기간별 변동량을 알 수도 없는바, 위 변호인들이 제출한 증거들만으로는 앞서의 인정에 방해되지 아니한다.

또한 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1은 2009. 6. 당시 □□□당 소속이었던 점, ② 피고인 1은 1991년경부터 꾸준히 정치활동을 해온 점, ③ 피고인 1이 당시 구청장 재선 출마를 포기할 만한 객관적 사유가 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1은 2009. 6.경 이미 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있었던 것으로 보인다.

따라서 이 사건 문자메시지 및 전보 발송은 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 피고인 1에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 위 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 고의가 없다는 주장에 관하여(피고인 1)

비록 피고인 1이 구청 간부들에게 수회 공직선거법 준수를 강조하고 각 과와 동사무소에 선거법 관련 사항을 숙지하도록 시달한 사실이 인정된다 하더라도, 위 (1)항에서 본 바와 같이 이 사건 문자메시지 및 전보의 발송 동기와 경위, 내용과 취지, 발송 대상, 피고인 1의 선거운동경력 등에 관한 제반 사정을 종합하면, 피고인 1은 선거에서 당선되고자 하는 목적으로 이 사건 문자메시지 및 전보를 발송하였다고 봄이 상당하므로 위 피고인에 대한 범의도 충분히 인정된다.

(3) 예비후보자로서 또는 공직선거법 제82조의5의 반대해석상 문자메시지 또는 전보 발송이 허용된다는 주장에 관하여 공직선거법 제60조의3 제1항 제7호에 의하면, 예비후보자는 문자메시지를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 행위를 할 수 있으나, 피고인 1이 이 사건 문자메시지를 발송할 당시의 구 공직선거법 제60조의3에 의하면 위 제7호가 규정되어 있지 않았을 뿐만 아니라, 피고인 1은 예비후보자의 지위에 있지도 아니하였으므로 위 규정에 따라 선거운동 정보를 담은 문자메시지를 보낼 수 있다고 인정되지 아니한다.

또한 공직선거법 제82조의5 제6항의 반대해석상 선거운동정보가 아닌 문자메시지 및 전보를 발송하는 것이 허용된다는 주장에 관하여 살피건대, 위 조항은 자동생성 프로그램 그 밖의 기술적 장치를 이용하여 선거운동정보를 전송하는 것을 금지하는 규정일뿐, 자동생성 방법이 아니면 모든 선거운동이 허용된다는 취지의 규정은 아니므로, 피고인 1의 위 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

(4) 서울 중구 비거주자에 대한 발송 부분에 관하여(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법 제58조 제1항 소정의 선거운동은 공직선거법상 '기부행위'의 경우와는 달리 그 상대방이 제한되어 있지 않으므로, 그 선거운동의 상대방이 당선 또는 낙선을 도모하는 특정 후보자의 선거구 안에 있거나 선거구민과 연고가 있는 사람이나 기관·단체·시설 등에 해당하여야만 선거운동에 해당한다고 볼 것은 아니다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도9043 판결 등 참조).

살피건대, 이 사건의 경우 문자메시지 및 전보 발송 대상자가 중구 비거주자라고 하더라도 선거에 영향을 미치게 하기 위한 목적을 가진 것이라면 선거운동의 상대방에 해당한다고 보아야 하는바, 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 이 사건 문자메시지 및 전보 발송 대상자 중 중구 비거주자들은 중구에 직장을 가지고 있거나 중구 시설관리공단의 회원 등 중구의 문화시설을 이용하는 자들로서 선거에 영향을 미칠 수 있는 관련성이 있다고 인정되므로, 위 피고인들의 이 부분 주장도 이유 없다.

(5) 미도달 부분에 대한 주장에 관하여(피고인 2, 피고인 4)

공직선거법에서 규제하는 문서(문자메시지) 배부의 경우, '배부행위'란 문언의 의미에 비추어 보면, 직접 배부행위의 상대방에게 문서·도화 등이 도달되지 않는 이상 배부행위자의 사자 또는 그 내용을 모르는 운송기관 등에게 교부된 것만으로는 배부행위가 기수에 이르렀다고 할 수 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도1938 판결).

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항과 나.항의 별지 범죄일람표(1) 기재 연번별 문자메시지 중 도달된 것의 수는 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재와 같은바, 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분은 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심판결은 위법하므로, 피고인 2, 피고인 4의 이 부분 항소는 이유 있다.

한편, 피고인 2, 피고인 4의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 가. (1)항과 나.항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(6) 공직선거법상 개별 금지 조항에 대한 법리오해에 관하여

(가) 문자메시지 발송행위 부분(피고인 2, 피고인 4)

구 공직선거법 제254조 제2항이 선거운동 기간 전에 위 조항에서 열거하고 있는 각 호에 해당하는 행위를 한 자는 구 공직선거법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고 위 조항에 의하여 처벌하는 것으로 규정하고 있고, 구 공직선거법 제254조 제2항에서 정한 '이 법에 다른 규정이 있는 경우'란 법에 별도의 처벌규정이 있는 경우를 말하므로, 법에 별도의 처벌규정이 있는 경우에는 위 법 제254조 제2항 위반으로는 처벌할 수 없다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도1938 판결 참조).

살피건대 이 사건 문자메시지 발송 중 당심 별지 범죄일람표 기재 연번 1번 내지 15번 기재의 발송은 선거일로부터 180일 그 전에 이루어진 것들로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄에 해당하지 아니하므로 별도의 처벌규정이 있는

경우에 해당하지 아니한다.

그러나 이 사건 문자메시지 발송 중 당심 별지 범죄일람표 기재 연번 16번, 17번 기재의 발송은 선거일 전 180일(2009. 12. 4.)부터 선거일까지 사이에 구 공직선거법의 규정에 의하지 않고 문자메시지를 발송한 것으로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에도 해당하므로, 여기에는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없어서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

한편 피고인 2, 피고인 4의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 나.의 (2)항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 연번 16, 17번 기재 부분의 문자메시지 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(나) 전보 발송행위 부분(피고인 2)

피고인 2의 이 사건 전보 발송행위 중 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1번 내지 1414번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 1번 내지 140번 기재의 각 발송 행위는 선거일로부터 180일 그 전에 이루어진 것들로서 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄에 해당하지 아니하므로 구 공직선거법상 사전선거운동의 점으로 처벌된다.

그러나 선거일 전 180일부터 현행 공직선거법 시행 전까지 사이에 해당하는 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 각 발송 행위는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에 해당하므로, 여기에는 위 (가)항에서 본 바와 같이 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없으므로, 이 부분은 범죄로 되지 아니하여 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 위법하다.

한편 현행 공직선거법 제254조 제2항은 종전에 규정되어 있던 '이 법에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고'를 삭제하고 '이 법에 규정된 방법을 제외하고 각종 인쇄물, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자'를 처벌하는 것으로 개정되었는데, 현행 공직선거법 제254조 제2항에 의하면 선거운동 기간 전의 선거운동은 원칙적으로 모두 독립하여 금지되고, 구법과 달리 별도의 개별 금지 규정이 있다고 하더라도 위 사전선거운동금지 규정의 적용을 받아 모두 처벌되므로, 이 사건 전보 발송 행위 중 현행 공직선거법의 시행일 이후에 이루어진 원심판시 별지 범죄일람표(3) 연번 1898번 내지 2218번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 205번 내지 223번 기재의 각 발송 행위는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부 등 금지위반으로 인한 공직선거법위반죄와 별도로 사전선거운동금지위반으로 인한 공직선거법위반죄가 성립한다고 볼 것이어서, 결국 이 부분 전보발송행위에 대하여는 공직선거법 제254조 제2항에 따라 처단할 수 있다.

그런데 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄 실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 하는바(대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결), 이 사건 생일축하전보 발송 및 채유기원전보 발송으로 인한 각 공직선거법위반의 점은 비록 앞서 본 바와 같이 각 그 중간에 사전선거운동으로 인정될 수 없는 부분이 있기는 하지만 각 그 자체로 단일하고 계속된 범의 아래 밀접한 시기에 걸쳐 동일한 수단, 방법으로 이루어져 같은 법익을 침해하였을 뿐만 아니라, 각 그와 상상적 경합관계에 있는 공무원의 선거운동금지위반 행위 역시 단일하고 계속된 범의 아래 밀접한 시기에 걸쳐 동일한 수단, 방법으로 이루어져 포괄일죄의 관계에 있는 점, 나아가 중간에 법률의 개정 혹은 법률규정의 체계 등을 이유로 사전선거운동으로 인정될 수 없는 부분이 있다고 하여 선거일 전 180일 그 전에 이루어진 사전선거운동 부분과 보충성 없이 원칙적으로 사전선거운동을 금하는 현행법에 따른 사전선거운동 부분을 경합범으로 보게 되면 피고인에게 오히려 불리하게 작용하는 점 등을 고려하면 위 각 행위들은 전체로서 포괄일죄 관계에 있다고 보아야 한다.

따라서 위 피고인의 이 부분 주장은 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재의 발송 부분, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 발송 부분에 관하여 이유 있고, 나머지 부분에 관하여는 이유 없다. 한편, 피고인 2의 위 항소이유의 주장은 이 부분 공범관계에 있는 피고인 1에게도 관련되는 것인바, 원심판결 중 피고인 1의 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 제1의 가. (2)항, (3)항 부분)에 관한 범죄사실 중 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 각 발송 부분도 위법하다고 할 것이므로 이 점에 관하여 형사소송법 제364조의2에 의하여 직권으로 판단하기로 한다.

(다) 한편 위 피고인들은 공직선거법 개별 금지 조항으로서 구 공직선거법 제255조 제1항 제19호, 제109조 제1항을 들어 위와 같은 취지의 주장을 하고 있으나, 이 사건 문자메시지 및 전보 발송은 모두 선거기간 전에 종료된 행위로서, 선거기간 중 서신, 전보, 모사전송 그 밖에 전기통신의 방법을 이용하여 선거운동을 하는 것을 금지하는 구 공직선거법 제109조 제1항의 적용을 받지 아니하므로, 위 피고인들의 주장은 이유 없다.

(7) 구법을 적용한 것이 위법이라는 주장에 관하여(피고인 1)

검사가 원심판시 문자메시지 발송으로 인한 사전선거운동의 점(원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항, 제1의 나.항)에 대하여 명시적으로 구 공직선거법에 의하여 기소한 것은 아니었지만, 형법 제1조 제1항에서 규정하고 있는 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다는 행위시법 적용의 원칙과 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 법원이 공소장변경 절차 없이 일부 적용법조를 달리 할 수도 있다는 원칙에 비추어 살펴보면, 대, 현행 공직선거법은 구 공직선거법 제254조 제2항 및 제3항에서 선거운동기간 전에 인쇄물이나 통신, 집회의 개최 등을 이용하여 선거운동을 하거나 그 외의 방법으로 사전선거운동을 하는 것은 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하거나 혹은 1년 이하의 징역 또는 200만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있던 것을 선거운동 전에 인쇄물, 뉴스통신, 집회, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하는 것으로 개정하면서 개정법의 공포일인 2010. 1. 25.부터 적용되는데, 위 각 공소사실의 행위시법인 사전

선거운동에 관한 구 공직선거법의 규정은 현행 공직선거법의 대응 규정과 비교할 때 범죄구성요건은 대부분 비슷하거나 현행법보다 일부 보충성규정으로 인하여 완화되어 있고, 그 법정형도 현행 공직선거법의 법정형보다 무겁지 아니하여, 구법을 적용하는 것이 피고인의 방어권행사에 실질적 불이익을 주지 아니하므로, 적용법조에 관한 공소장의 변경이 없더라도 법원이 직권으로 이를 평가하여 행위시법인 구 공직선거법을 적용하여 유죄로 인정하더라도 거기에 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없으므로 위 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

한편 이 사건 전보 발송으로 인한 공직선거법위반의 점(원심판시 범죄사실 제1의 가. (2), (3)항)은 각 공직선거법 개정 전후에 걸쳐 이루어졌으나, 각 포괄일죄에 해당하므로 위 (6)의 (나)항에서 본 바와 같이 각 행위종료시법인 현행 공직선거법을 적용하여야 할 것인바, 검사는 이에 관하여 현행 공직선거법을 적용하여 기소하였고, 원심도 현행 공직선거법 제254조 제2항(각 사전선거운동의 점), 제255조 제1항 제2호, 제60조 제1항 제4호(공무원의 선거운동금지위반의 점)를 적용하였기 때문에 이 부분 법률적용에 아무런 위법이 없다.

따라서 2010. 1. 25. 이전에 이루어진 전보 발송행위에 대하여 공직선거법위반으로 의율한 것은 공소제기 범위를 넘어선 잘못된 판단이라는 위 피고인의 주장은 이유 없다.

(8) 공동정범관계 부인에 관하여

(가) 피고인 1의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 1은 비서실 직원들이 직능 단체의 임원 및 회원, 통·반장 등에게 문자메시지나 생일축하전보 등을 발송한다는 것을 알고 있었던 사실, ② 피고인 1은 비서실직원들을 직접 지시·감독하는 지위에 있으면서도 자신의 직함과 성명이 기재된 문자메시지와 전보가 발송되는 것을 전혀 제지한 적이 없는 사실, ③ 공소외 1이 매일 문자발송내역과 전보발송내역을 서면보고서로 작성하여 피고인 1의 책상에 놓는 방식으로 보고하였던 사실 등을 종합하며 보면, 피고인 1은 비서실 직원들로 하여금 중구민들에게 선거운동 목적으로 문자메시지 및 전보를 발송하도록 사실상 지시하였거나 그러한 사실을 보고받아 알면서도 이를 묵인하였다고 할 것이므로, 이 부분 공소사실에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

따라서 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 피고인 2의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 2는 생일축하전보 발송 업무를 공소외 2 대신 공소외 1이 담당하도록 업무를 조정한 사실, ② 피고인 2는 공소외 1에게 ◆병원 입원 환자 중 중구민 명단을 건네주면서 쾌유기원전보를 발송하도록 직접 지시한 사실, ③ 공소외 2에게 성동고 자율형 공립고 선정 문자메시지 및 목요컬쳐클럽 관련 문자메시지를 발송하도록 직접 지시하고, 피고인 4로부터 이메일로 전송받은 ○○아트홀 스포츠센터 회원 명단 등 3개 단체 명단을 건네주면서 관리하라고 지시한 사실, ④ 비서실 직원도 아닌 공소외 3에게도 통·반장이나 단체장들에게 크리스마스 인사 문자메시지를 보내도록 제의한 사실, ⑤ 공소외 2와 문자메시지의 문구에 대하여 상의한 적이 있었던 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 2는 공소외 2, 공소외 1 등으로

하여금 중구민들에게 선거운동 목적으로 문자메시지 및 전보를 발송하도록 직접 지시하였거나 그러한 사실을 알면서도 이를 묵인하였다고 할 것이므로, 이 부분 공소사실에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

(다) 피고인 4의 가담여부

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 4가 피고인 2에게 중구시설관리공단의 ○○아트홀 스포츠센터 등 3개 단체의 소속 회원 명단을 보내주었고, 그 직후 피고인 2는 공소외 2로 하여금 위 명단에 포함된 회원들에게 문자메시지를 발송하게 한 사실, ② 피고인 4는 피고인 2에게 위 명단과 함께 '제5회 전국동시지방선거 사무일정'이란 문건과 "우리 피고인 1 청장님을 중심으로 남아 있는 여생 아름답게 보냈으면 하네, 아침에 건네준 자료 보내니, 참고하게나. 앞으로도 명단을 작성해 보내주겠네"라는 내용의 이메일을 보낸 사실, ③ 피고인 4는 검찰에서 '사실 민원 때문에 중구청에서 명단을 가지고 있을 이유는 그다지 크지 않지만 참고용으로 주었다'는 취지로 진술한 사실, ④ 한편 중구시설관리공단이 중구청 산하 기관이라고 하더라도 별도의 업무를 담당하는 독립된 기관인 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 4는 피고인 2가 중구청장의 재선을 위하여 문자메시지를 발송하고 있음을 알고, 피고인 2를 도와 문자메시지 발송대상자수를 증가시키기 위해 ○○아트홀 스포츠센터 등 3개 단체 소속 회원들의 명단을 보냈고, 추가로 계속하여 보내줄 예정이었다고 보이므로, 피고인 4가 명단을 넘겨준 후 문자메시지 발송 부분(판시 제1의 나.항 부분 전체) 중 도달 부분에 대한 공모관계와 기능적 행위지배가 있었다고 충분히 인정된다.

나아가 피고인 4가 자신이 넘겨준 명단의 사람 수를 초과한 부분의 문자메시지 발송에 대하여도 공동정범이 되는지 여부에 관하여 살피건대, 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실현하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위 결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는바(대법원 2006.12.22. 선고 2006도1623 판결), 이 사건 문자메시지 발송자대상자 중 피고인 4가 넘겨준 명단의 사람들은 ○○아트홀 스포츠센터 등 소속회원 등에 불과하지만, 앞서 본 바와 같이 ① 피고인 4는 피고인 2가 중구청장의 재선을 위하여 문자메시지를 발송하고 있음을 알고, 피고인 2로 하여금 문자메시지 발송대상자수를 증가시킬 수 있도록 돕기 위해서 명단을 보냈으므로써 피고인 2에게 문자메시지 발송을 강화하도록 협력하였다고 보이는 점, ② 피고인 2는 피고인 4로부터 명단을 받은 이후 발송대상자를 더욱 증가시켜서 2009. 11. 10. 26,066건, 2009. 11. 26. 20,486건, 2009. 12. 1. 25,830건의 문자메시지를 발송한 점, ③ 피고인 4는 명단을 넘겨주는 행위를 1회에 그치지 않고 계속해서 추가로 보내 주기로 함으로써 피고인 2의 문자메시지 발송에 계속 협력할 의지를 표현한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 4는 자신이 넘겨준 명단의 수를 초과한 부분의 문자메시지 발송에 대하여도 공동실행의 의사가 있었다고 인정되므로 피고인 4가 명단을 넘겨준 이후의 문자메시지 발송으로 인한 공직선거법위반의 점(원심판시 범죄 사실 제1의 나.항) 전부에 대하여 공동정범이 된다.

따라서 위 피고인의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

나. ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해에 관하여(피고인 1)

(1) 업무활동의 일환이거나 일상적, 의례적, 사교적 행위 주장에 관하여

(가) ○○골프회장배 골프대회 인사 부분

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회의 출발장소에서 참석자들에게 인사말을 한 시점은 선거일 189일 전으로, 위 제2의 가. (1)항에서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 위 골프대회는 ○○골프회 회장인 피고인 5가 자신 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 개최한 행사인 점, ③ 피고인 1은 '안녕하십니까. 구청장 피고인 1입니다.

중구 발전을 위해 열심히 하겠습니다.

회원들을 위해 골프장을 넓힐 생각을 갖고 있습니다.

'라는 내용의 인사말을 하면서 회원들과 악수를 하였고, 뒤따르던 수행비서 공소외 4가 피고인 1의 사진이 인쇄되어 있는 명함을 참석자들에게 배부한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 ○○골프회 회장이 개최한 골프대회 출발장소에 참석하여 인사말을 하고 악수를 하면서 명함을 배부한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(나) 경로당 식사대접 인사 부분

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 경로당 식사대접 행사에서 참석자들에게 인사말을 한 시점은 선거일로부터 180일 이내인 2009. 12. 초경으로, 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 신당1동 및 광희문 경로당 식사대접 행사는 피고인 5가 ○○골프회 회장으로서 자신 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 골프대회의 연장으로 개최한 행사이고, 피고인 1의 금일일정표에도 주요행사가 아닌 기타행사로 구분되어 있었음에도 2회에 걸쳐 연속적으로 방문한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 ○○골프회 회장인 피고인 5가 개최한 경로당 식사대접 행사에 참석하여 인사말을 하고 참석한 사람들과 악수를 한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(다) 뮤지컬 '△△' 공연 인사 부분

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1이 뮤지컬 '△△'의 무료공연 장소에서 중구민들에게 인사말을 한 시점은 선거일로부터 5개월 정도 전으로서, 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 차기 구청장으로 출마할 가능성이 충분히 있다고 보이는 시기였던 점, ② 뮤지컬 '△△'의 무료공연은 공소외 28 주식회사가 사기업체의 협찬을 받아 진행하려고 하였던 공연으로 중구청 내지 ○○아트홀에서 주관하는 공식적인 행사와는 무관함에도 3회에 걸쳐 연속적으로 참여하려고 하였고, 실제 2회 참석한 점, ③ 피고인 1이 공연장소에서 "구청장 피고인 1입니다.

제설작업 하느라 수고하셨습니다.

중구는 앞으로도 계속 발전할 겁니다.

여러분은 중구에 거주하는 것이 복 받은 것입니다.

앞으로 집값도 많이 오를 겁니다.

"라고 자신의 업적을 홍보하고 선심성 공약을 하는 듯한 발언을 한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소외 28 주식회사가 기획한 무료공연 장소에서 인사말을 한 행위는 구청장의 업무활동의 일환이거나 단순히 일상적·의례적·사교적인 행위라고 보기 어렵고, 차기 구청장에 출마할 가능성이 있는 자신에 대한 인지도를 제고함으로써 당선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 선거운동에 해당한다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 공직선거법상 허용된다는 주장에 관하여

구 공직선거법 제86조 제2항 제4호에 의하면, 선거일 전 60일부터 위 조항의 각목에 정한 경우를 제외하고는 교양강좌, 사업설명회, 공청회, 직능단체모임, 체육대회, 경로행사, 민원상담 기타 각종 행사를 개최하거나 후원하는 행위를 금지하고 있는바, 이는 선거일에 가까워지면서 선거운동의 과열과 혼탁을 엄정히 방지하기 위하여 선거일 전 60일부터는 선거에 영향을 미치지 아니하더라도 위 조항의 각목에 정한 경우를 제외하고는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위를 일체 금지한다는 것이므로, 선거일 전 60일 그 전에는 선거에 영향을 미치는지 여부와 상관없이 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위를 허용한다는 의미로 반대해석을 할 수 없고, 선거일 전 60일 그 전에 선거에 영향을 미치는 직능단체모임, 체육대회, 경로행사 등을 개최하거나 후원하는 행위는 여전히 선거운동에 해당하여 공직선거법위반이 된다.

앞서 본 바와 같이 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회, 경로당 식사대접, 뮤지컬 '△△' 공연시 각 인사한 부분은 모두 선거운동에 해당하므로, 피고인 1의 위 주장은 이유 없다.

다.

골프잡지 배부 부분에 관한 사실오인 또는 법리오해에 관하여(피고인 2)

(1) 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 피고인 1의 7대 중점사업을 홍보하는 내용이 담긴 신년인터뷰 기사가 '▷▷▷'라는 골프잡지의 2010년 1월호에 실린 사실, ② 위 골프잡지 발행사의 대표 공소외 5는 위 골프잡지 2010년 1월호 50여권 정도를 중구청 관광공보과에 보낸 사실, ③ 그 후 공소외 6은 피고인 2의 지시에 따라 위 골프잡지를 중구청 확대간부회의에 참석한 동장들에게 배부한 사실, ④ 피고인 2는

원심법정에서 '골프잡지는 동사무소에 비치하라는 취지로 준 것이 아니라 버리거나 치워야 되는데 동장이라도 보라는 취지에서 주었다.

'는 취지로 진술한 사실, ⑤ 동장들은 골프잡지를 동사무소 소속 직원들에게 나눠 주거나 동사무소에 비치한 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 2는 피고인 1을 홍보하기 위하여 임의로 동장들에게 위 골프잡지를 교부하였고, 동장들은 중구 선거구민과 연고가 있는 불특정 또는 다수의 자에게 전파할 가능성이 있었던 것으로 보이는바, 위 골프잡지의 민사상의 소유자가 누구인지 여부와 관계 없이 피고인 2가 동장들에게 중구청의 일반적인 행정업무와는 무관하게 피고인 1의 구정활동을 홍보하는 내용이 담긴 골프잡지를 동장들에게 배부한 행위는 공직선거법상 제3자 기부행위에 해당함과 동시에 탈법방법에 의한 인쇄물의 배부행위에 해당한다고 할 것이다.

따라서 이 부분에 관한 위 피고인의 주장은 이유 없다.

(2) 한편 원심은 피고인 2의 골프잡지 배부행위에 대하여 구 공직선거법상 사전선거운동의 점에도 해당한다고 판단하였다.

그러나 직권으로 보건대, 피고인 2가 선거일 전 180일 후에 골프잡지를 배부한 행위는 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1호에서 처벌하고 있는 선거운동의 방법에 해당하므로, 여기에는 위 제2의 가. (6) (가)항에서 본 바와 같이 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호가 적용될 수 있을 뿐 구 공직선거법상 사전선거운동의 점이 인정될 여지가 없으므로, 이 부분은 범죄로 되지 아니하여 무죄를 선고하여야 할 경우에 해당함에도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 위법하다.

라. 소결론

따라서 위와 같이 피고인 2, 피고인 4의 사실오인 또는 법리오해 주장은 이 사건 문자메시지 및 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분 일부에 관하여 이유 있고, 피고인 1의 이 사건 문자메시지 및 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분 일부, 피고인 2의 골프잡지 배부를 통한 사전선거운동의 점에 관하여 직권파기 사유가 있는바, 원심은 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 각 나머지 죄와 상상적 경합범, 포괄일죄 혹은 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분은 유지될 수 없게 되었기 때문에, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한다.

3. 검사의 항소이유에 관한 판단

가 ○○골프회장배 골프대회 부분

(1) 달력 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 2, 피고인 5는 공모하여 후보자가 되고자 하는 피고인 1을 위하여 중구청장의 사진과 축사가 들어간 달력을 제작하여 300부(75만 원 상당)의 기부행위를 하고, 피고인 1은 피고인 5로 하여금 위와 같이 자신을 위하여 기부행위를 하도록 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 구청장 축사가 포함된 달력을 제작하고 이를 배부하였음을 인정할 증거가 없고, 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 달력을 제작하여 배부하였다고 보기 어렵다는 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 관하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 증거로는 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9의 각 원심 법정진술, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12에 대한 각 경찰진술조서 등이 있고, 이에 의하면 피고인 5가 배포한 달력들 중에 피고인 1의 축사가 있는 달력이 ○○골프회 회원들 중 일부에게 배부된 사실이 인정되나, 아래에서 보는 바와 같은 이유로 위 인정의 사정만으로는 이 부분 공소사실을 인정하기에 부족하다.

오히려 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 5는 중구에서 여러 가지 사회활동을 왕성하게 하여 온 사실, ② ○○골프회 회장인 피고인 5는 이미 수개월 전부터 ○○골프회장배 골프대회를 개최하겠다고 말하여 오다가 자신의 음력생일날에 맞춰 위 골프대회를 개최한 사실, ③ 피고인 5는 위 골프대회를 처음 개최하면서 중구청 문화체육과 과장 공소외 13에게 골프대회에서 배부할 달력에 포함시킬 구청장 축사를 부탁하였고, 이에 공소외 13은 문화체육과 직원 공소외 14에게 구청장 축사를 작성하여 보내주라고 지시한 사실, ④ 피고인 5는 공소외 14에게 달력 제작업자인 공소외 15의 연락처를 알려 주었고, 공소외 14는 구청장 축사를 작성하여 공소외 13에게 보여준 후 이를 공소외 15에게 이메일을 통하여 보내준 사실, ⑤ 공소외 15는 구청장 축사가 포함된 달력의 제작을 완성한 후 피고인 5의 요청에 따라 달력 3부를 중구청 비서실에 보낸 사실, ⑥ 피고인 5는 피고인 1의 축사가 공직선거법위반의 소지가 있다는 말을 듣고 달력 배포를 중단시키고 달력에서 축사 부분을 찢어버린 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실들을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들을 검토해 보면 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① ○○골프회장배 골프대회는 그 회장인 피고인 5가 개최한 행사인 점, ② 피고인 5는 자신의 사회적 위상 내지 자신이 회장으로 있는 ○○골프회의 품격을 높이기 위하여 달력에 구청장 축사를 포함시키고, 개회사에 피고인 1에 대한 내용 부분을 기재한 것으로 보이는 점, ③ 중구청에 등록된 생활체육단체가 행사를 진행하면서 중구청에 구청장 축사를 부탁할 경우, 중구청 문화체육과에서 문화체육행사 협조 차원에서 구청장 축사를 보내는 것이 관례로 보이는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인 5는 ○○골프회 명의의 골프대회를 개최하면서 자신 내지 ○○골프회의 위상을 높이기 위해 중구청의 도움을 받아 구청장의 축사가 포함된 달력을 제작하여 배부한 것으로 보이고, 그 밖에 검사가 제출한 증거만으로 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 구청장의 축사가 포함된 달력을 제작하여 배부하였다고 보기 어렵다.

또한 앞서 본 바와 같은 사정에 비추어, 검사가 제출한 피고인 2, 피고인 5 및 공소외 13, 공소외 14 사이의 통화내역만으로는 피고인 5가 피고인 2에게 축사 작성을 의뢰하고, 피고인 2가 공소외 13이나 공소외 14에게 축사 작성을 지시하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 구청장 축사가 포함된 달력을 제

작하고 이를 배부하였다는 점에 관하여 검사가 제출한 증거만으로 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 위 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 2 및 피고인 5는 피고인 1과 공모하여 피고인 1이 ○○골프회장배 골프대회 출발장소에서 버스 3대에 올라타 참석자들에게 인사말을 하고 악수를 하며, 수행비서 공소외 4가 피고인 1의 사진과 직함이 새겨진 명함을 배부함으로써, 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 피고인 1이 위 골프대회 출발장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였음을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 2는 평소 외부행사시 피고인 1을 수행하지 아니한 사실, ② 피고인 2는 피고인 5와 20여 년간 친분을 유지하여 온 사실, ③ 피고인 2는 피고인 1이 버스에 올라가 참석자들에게 인사말을 할 때에는 동행한 사실이 없고, 수행비서 공소외 4가 동행한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실들을 기초로 하여 이 사건 적법한 증거들을 검토하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 앞서 본 바와 같이 위 골프대회는 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위한 목적이 아니라 자신의 위상을 높이기 위하여 개최했던 것으로 보이는 점, ② 피고인 2는 피고인 5와의 친분관계로 골프대회 출발 장소에 특별히 나온 것으로 보이는 점, ③ 피고인 2는 외부행사시 피고인 1을 수행하지 않기 때문에 피고인 1이 외부행사에서 인사말을 하는지 여부나 인사말의 내용에 대해서 알 수 없었다고 보이는 점, ④ 피고인 2, 피고인 5가 사전에 긴밀히 협의하여 피고인 1로 하여금 위 골프대회 출발장소에 참석하여 회원들에게 인사말을 하도록 하였다는 사실을 인정할 증거가 없는 점 등에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1이 위 골프대회 출발장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(3) 피고인 4의 축사대독 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 5가 위 골프대회 시상식에서 피고인 4로 하여금 "강한 중구·행복 중구를 위해 열심히 뛰겠다.

"는 내용이 담긴 구청장의 축사를 읽게 하고, 피고인 4는 위 내용의 구청장 축사를 구청장 대신 낭독함으로써 지방공단의 상근임원인 피고인 4는 피고인 5와 공모하여 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심 판단의 요지

원심은 검사가 제출한 증거만으로 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 피고인 4로 하여금 구청장 축사를 낭독하게 하였다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 4, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, ① 피고인 5는 검찰에서 '달력은 계속 보관을 하는 관계로 선거일 180일 이후에도 존속하기 때문에 축사 부분이 선거법에 위반될 수 있어서 찢었지만, 선거일 전 180일까지는 축사를 낭독하여도 문제가 없다고 생각하였다.

'는 취지로 진술(증거기록 제3435면)한 사실, ② 중구청장의 격려사 및 축사가 ○○골프회장배 골프대회 식순에 들어갔었던 사실, ③ 피고인 5는 사회활동을 왕성하게 하면서 ○○골프회 회장으로서 이미 수개월 전부터 ○○골프회장배 골프대회를 준비하여 자신의 음력생일날에 맞춰 위 골프대회를 개최한 사실 등을 인정할 수 있다.

위 인정사실을 기초로 하여 이 사건의 적법한 증거들을 검토해보면 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5는 피고인 1을 위한 선거운동의 목적이 아니라 자신의 위상을 높이기 위한 목적으로 골프대회를 개최했던 것으로 보이는 점, ② 피고인 5는 비록 중구청장의 축사가 선거일 전 180일이 지나면 선거법위반으로 문제의 소지가 될 수도 있으나 그 전에는 문제가 되지 않을 것이라고 생각하고, 골프대회 식순에 있는 중구청장의 격려사 및 축사 낭독을 강행하고자 하였던 것으로 보이는 점, ③ 그래서 골프대회 시상식에서 피고인 4에게 대독을 부탁하였고, 피고인 4는 별 생각 없이 피고인 5가 단상에 올려준 축사를 그대로 읽은 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 피고인 5는 자신 내지는 ○○골프회의 위상을 높이고 아울러 일반적인 관례에 따라 피고인 4로 하여금 구청장 축사를 낭독하게 한 것으로 보일 뿐, 위 피고인들이 공모하여, 피고인 4가 피고인 1의 선거운동을 위하여 구청장 축사를 대독하였다고 보기 어렵고, 검사가 제출한 증거만으로는 이를 인정하기에 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 경로당 식사대접 부분(피고인 1, 피고인 2, 피고인 5)

(1) 금품과 달력 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 5는 피고인 2, 피고인 1과 사전에 협의하여, 피고인 1을 위하여, 2009. 12. 8. 12:00경 신당1동 경로당 회장 공소외 16에게 노인들 식사비용으로 현금 50만 원 및 탁상용 달력 100부(25만 원 상당)를 제공하고, 2009. 12. 10. 12:00경 광희문 경로당 총무 공소외 17에게 노인들 식사비용으로 현금 50만 원 및 탁상용 달력 100부(25만 원 상당)를 제공함으로써 기부행위를 하고, 피고인 1은 피고인 5로 하여금 위와 같이 자신을 위하여 기부행위를 하도록 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 공무원인 피고인 1, 피고인 2가 피고인 5와 공모하여 피고인 5, 피고인 2가 피고인 1의 선거운동을 위하여 경로당 식사대접 행사를 개최하여 기부행위를 하였다고 보기 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 위 피고인들의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 5는 신당1동 경로당 회장 공소외 16의 제안에 따라 ○○골프회장배 골프대회를 개최한 후 남은 행사비 100만 원으로 신당1동 및 광희문 경로당 회원들에게 식사대접을 한 점, ② 피고인 5는 골프대회 장소에 걸어두었던 현수막을 각 식사대접 장소에도 걸어두었던 점, ③ 앞서 본 바와 같이 피고인 5는 여러 가지 사회활동을 왕성하게 하고 있는바, 자신 내지 ○○골프회의 사회적 위상을 높이기 위하여 경로당 식사대접 행사를 주최한 것으로 보이는 점, ④ 경로당 식사대접 행사를 기획하거나 피고인 1이 위 행사 자리에 참석함에 있어 피고인 5가 피고인 1, 피고인 2와 사전에 긴밀히 협의하였다고 볼 증거가 없는 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인 5는 골프대회를 마친 후 남은 행사비를 사용하기 위하여 ○○골프회 차원에서 경로당 식사대접 행사를 진행하고, 아울러 골프대회 때 피고인 1의 축사 부분을 찢고 배포한 뒤 남은 달력을 제공한 것으로 보이며, 그 밖에 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 5가 피고인 1의 선거운동을 위하여 경로당 식사대접 행사를 개최하여 기부행위를 하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

또한 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실들, 즉 ① 경로당 식사대접 행사는 피고인 1의 금일일정표에 '기타 일정'으로 되어 있었던 사실, ② 피고인 1은 점심시간에 따로 점심약속이 되어 있던 장소로 가는데 지장이 없어서 참석한 사실 등을 종합하여 보면, 피고인 5가 경로당 식사대접 행사를 진행하고, 달력을 제공함에 있어, 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 가담하였다고 보기 어렵다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 5의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 1, 피고인 2는 피고인 5와 공모하여, 2009. 12. 8. 12:00경 신당1동 경로당 노인들에게 "구청장 피고인 1입니다.

추우신데 옷 따뜻하게 입으시고, 건강하세요"라는 말을 하고 노인들과 악수를 하였고, 2009. 12. 10. 12:00경 광희문 경로당 노인들에게 "구청장 피고인 1입니다.

식사대접이 약소하지만 많이 드시고, 건강하시고 즐겁게 노세요"라는 말을 하고 노인들과 일일이 악수를 함으로써, 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1이 위 경로당 식사대접 자리에서 선거운동의 일환으로 인지도를 제고하기 위하여 인사말을 함에 있어 피고인 2, 피고인 5가 피고인 1과 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 5의 이 부분 공소사실에 관하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 2는 경로당 식사대접 행사에 직접 참석한 사실이 없는 점, ② 경로당 식사대접 행사는 피고인 5가 자신의 또는 ○○골프회의 위상을 높이기 위하여 개최한 행사이고, 피고인 1의 금일일정표에 '기타 일정'으로 되어 있었기 때문에, 피고인 1이 경로당 식사대접 행사에 참석할 지에 대하여 피고인 2가 알고 있었다고 보기 어려운 점, ③ 피고인 1은 점심시간에 따로 점심약속이 되어 있던 장소로 가는데 지장이 없어서 참석한 점, ④ 피고인 2, 피고인 5가 사전에 긴밀히 협의하여 피고인 1로 하여금 위 경로당 식사대접 자리에 참석하여 참석자들에게 인사말을 하도록 하였다는 사실을 인정할 증거가 없는 점 등을 종합하여 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1이 위 경로당 식사대접 행사장소에서 인사말을 하는 행위에 피고인 2, 피고인 5가 가담하였거나 이를 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

뮤지컬 '△△' 무료공연 부분(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3)

(1) 공연 무료교환권 기부 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 공모하여 중구 관내 동장 15명에게 구청에서 나누어 주는 무료티켓인 것처럼 뮤지컬 '△△' 공연의 무료교환권 1,250장(5,000만 원 상당)을 제공하여 그 무렵 동장들로 하여금 구민들에게 무료로 배부하게 함으로써 후보자가 되고자 하는 피고인 1은 기부행위를 하고, 피고인 2, 피고인 3은 후보자가 되고자 하는 피고인 1을 위하여 기부행위를 하였다.

(나) 원심의 판단

검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공소사실 기재와 같이 문화나눔행사를 통하여 위와 같은 기부행위를 사전에 공모하였다고 인정하기 어렵고 달리 이 부분 공소사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 뮤지컬 '△△' 공연은 공소외 28 주식회사와 ○○아트홀이 공동으로 주최하여 진행된 유료공연이었는데, 공연의 성수기에 해당하는 2009. 12.분 및 2010. 1.분의 티켓 예매실적이 극히 저조하자 공소외 28 주식회사의 대표인 공소외 18이 2009. 12.경부터 먼저 ○○아트홀 사장인 피고인 3에게 협찬사를 구해줄 것을 부탁하였고, 이에 따라 공소외 18과 피고인 3 사이에 협찬사의 협찬을 받아 소외계층을 대상으로 문화나눔행사를 진행하기로 기획하게 된 점, ② 피고인 3은 공소외

18의 부탁에 따라 뮤지컬 '△△' 공연의 협찬사를 구하려고 노력하였는데, 무료공연이 진행될 무렵에는, 비록 협찬사가 확정되지는 않았지만, 공소외 19 주식회사 등 협찬사가 충분히 정해질 것으로 예상되었던 점(2010. 1. 8.경 '공소외 19 주식회사와 함께 하는 문화나눔기'라는 문구가 기재된 현수막이 공연장 입구에 설치되었었다.

), ③ 문화 소외계층에 대한 무료공연인 문화나눔행사를 진행할 경우에는 무료공연 교환권을 배부하기 위하여 관할 행정관청의 도움이 요구되는바, 뮤지컬 '△△'의 무료공연에도 무료공연 교환권을 중구 구민들에게 배부하기 위하여 중구청의 도움이 필요하였고, 이를 위하여 피고인 3이 공소외 18을 피고인 2에게 소개시켜 준 것으로 보이는 점, ④ 이에 따라 공소외 18은 피고인 3을 통하여 피고인 2를 만나 중구청의 협조를 받아 무료공연을 진행하게 된 점, ⑤ 공소외 28 주식회사는 공연날짜를 구청에게 잡아달라고 부탁하는 것이 편리하고, 표 판매 실적이 1월 초에 가장 저조하기 때문에 피고인 2에게 문화나눔행사 공연일정을 2010. 1. 15. 이전으로 잡아달라고 하였던 점, ⑥ 중구청에서 공소외 28 주식회사에게 소외계층의 명단만 넘겨줄 수도 있으나, 공소외 28 주식회사에서 문화나눔행사 공연일정을 촉박하게 잡았기 때문에 관내 동장을 통해 배부하는 것이 공연일정에 맞추기에 적합했던 것으로 보이는 점, ⑦ 공소외 6은 이 법정에서, 동장들에게 무료공연 교환권을 배부하면서 " 공소외 28 주식회사가 기획사라는 이야기를 했었던 것 같다.

"라는 취지로 진술하고 있는 점, ⑧ 공소외 28 주식회사의 이사 공소외 20이 티켓제작 의뢰 담당 직원으로부터 예약자를 누구로 할 것이냐는 질문을 받고 중구청에서 대상자들에게 문화나눔교환권을 나눠주고 있으니 중구로 하라고 지시하여 문화나눔행사교환권의 입장권에 '예약자명 ; 중구'로 기재된 점, ⑨ 피고인 1이 문화나눔행사 공연무대에서 관객들에게 이런 문화행사를 열어준 공소외 28 주식회사와 ○○아트홀에 감사한다고 말했던 점(공소외 21에 대한 우편조서, 증거기록 제2280면), ⑩ 공소외 22는 2010. 1. 11. 또는 1. 12.경 피고인 3으로부터 공소외 19 주식회사에서 협찬을 안하기로 하였다는 말을 듣고 공소외 23 주식회사를 협찬업체로 소개하였던 점, ⑪ 협찬사는 공연이 진행중이거나 종료한 후에도 추후 기업의 홍보활동에 이용하거나 세제혜택을 받기 위하여 협찬을 하는 것이 공연예술계의 관행으로 보이는 점, ⑫ ○○아트홀에서는 2007. 12.경 및 2008. 1.경에도 공소외 24 주식회사의 협찬을 받아 창작뮤지컬 공연에 중구에 거주하는 소외계층을 초청하는 방식으로 문화나눔행사를 진행한 사실이 있었고, 이 사건 문화나눔행사 이후인 2010. 1. 말경에도 ◇◇◇◇와 ☆☆의 협찬을 받아 문화나눔행사를 준비했던 점 등을 종합하여 보면, 피고인 2, 피고인 3은 단지 공소외 28 주식회사가 무료공연을 진행함에 있어 협찬사를 구해주거나 무료공연 교환권의 배부에 협조한 정도에 불과한 것으로 보이고, 이와 같이 피고인 2, 피고인 3이 중구 구민들에게 무료공연 교환권을 배부하는 것을 도와주었다는 사정만으로 피고인 2, 피고인 3을 무료공연을 통한 기부행위자로 평가하기 어렵다.

따라서 공소외 28 주식회사가 중구청의 도움을 받아 문화나눔행사의 형식으로 뮤지컬 '△△' 무료공연을 진행하는 과정에서 이루어진 무료공연 교환권 배부행위를 피고인 1의 선거운동을 위한 기부행위라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 검사가 제출한 증거만으로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 공소사실 기재와 같이 문화나눔행사를 통하여 위와 같은 기부행위를 사전에 공모하였다고 인정하기도 어려우며, 달리 이 부분 공소사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2, 피고인 3의 인사말 공모 부분에 관하여

(가) 공소사실의 요지

공무원인 피고인 2 및 피고인 3은 피고인 1과 사전에 협의하여 2회에 걸쳐 ○○아트홀에서 열린 뮤지컬 '△△' 무료공연 행사에서 피고인 1이 무대에 올라가 중구민들에게 인사말을 하도록 하여 피고인 1을 위하여 선거운동 기간 전에 선거운동을 하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 검사가 제출한 증거만으로는 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 피고인 1이 공연무대에서 참석자들에게 인사말을 함에 있어 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인 2, 피고인 3의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단하였다.

(다) 당심의 판단

검사가 제출한 증거들에 의하면, ① 피고인 2는 피고인 1이 무료공연에 참석할 수 있도록 무료공연 일자를 지정해주었고 공소외 6에게 무료공연에 참석하여 피고인 1을 영접하라고 지시한 사실, ② 피고인 3은 피고인 1이 무료공연에 참석한다는 이야기를 듣고 공소외 18에게 인사말을 할 수 있는 기회를 마련할 것을 지시한 사실 등이 인정된다.

그러나 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1은 공연 장소에 피고인 2와 동행하지 아니하고, 수행비서 공소외 4와 동행한 점, ② 피고인 1이 무대에서 인사할 수 있는 자리가 사전에 예정되어 마련된 것이 아니라 공연 당일 갑작스럽게 이루어진 것으로 보이는 점, ③ 피고인 3은 ○○아트홀 사장으로서 피고인 1을 직접 보좌하는 지위에 있지 않았던 점, ④ 피고인 3은 구청장이 무료공연에 참석한다는 이야기를 듣고 일종의 관행에 따라 피고인 1이 무대에서 인사할 수 있는 자리를 마련한 것으로 볼 여지가 있는 점 등에 비추어 보면, 검사 제출의 증거로 인정되는 위와 같은 사정만으로는 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하여 피고인 1의 선거운동을 위하여 피고인 1을 무료공연에 참석하게 한 후 무대에서 참석자들에게 인사말을 하도록 사전에 협의하였다고 보기 어렵고, 달리 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 소결론

따라서, 원심판결 중 피고인들에 대한 각 무죄부분에 대한 검사의 사실오인 또는 법리오해 주장은 모두 이유 없고, 한편 위 제2의 라.항에서 본 바와 같이 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분은 이미 유지될 수 없게 되었기 때문에, 검사의 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한다.

4. 결 론

그렇다면 앞서 본 바와 같이 ① 원심판시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 범죄사실 제1의 가. (1)항과 나.항 부분, 다만 피고인 4는 원심판시 범죄사실 제1의 나.항 부분에 대하여만)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 기재 중 도달란의 각 기재 수를 초과하는 부분의 문자메시지 발송 부분과, ② 원심판시 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 문자메시지 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시

제1의 나.의 (2)항 부분)에 관한 범죄사실 중 당심 별지 범죄일람표 연번 16, 17번 기재 부분, ③ 원심판시 피고인 1, 피고인 2의 전보 발송을 통한 공직선거법위반의 점 부분(원심판시 범죄사실 제1의 가. (2)항, (3)항 부분) 중 원심판시 별지 범죄일람표(2) 연번 1415번 내지 1897번 기재의 생일축하전보발송, 같은 범죄일람표(3) 연번 141번 내지 204번 기재의 채용지원전보발송 행위로 인한 사전선거운동의 점 부분, ④ 피고인 2의 골프잡지 배부를 통한 공직선거법위반의 점에 대한 부분(원심판시 범죄사실 제5항 부분)에 관하여 직권파기 사유가 있거나, 피고인 2, 피고인 4의 사실오인 또는 법리오해의 주장이 이유 있다.

따라서 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 유죄부분을 각 파기하기로 하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4에 대한 무죄부분과 피고인 3, 피고인 5에 관한 검사의 항소는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 한다.