

직권남용권리행사방해·공직선거법위반

[수원고등법원 2019. 9. 6. 2019노119]



【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 검사

【검 사】 강현, 유병국(기소, 공판), 이호재(공판)

【변 호 인】 법무법인 엘케이비앤파트너스 외 3인

【원심판결】 수원지방법원 성남지원 2019. 5. 16. 선고 2018고합266, 2018고합267(병합) 판결

【주문】

】

원심판결 중 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반 부분을 파기한다.

피고인을 벌금 3,000,000원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 100,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

원심판결 중 위 파기부분을 제외한 나머지 부분에 대한 검사의 항소를 모두 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 내지 법리오해)

가. 직권남용권리행사방해의 점

1) 피고인은 2012. 3.경부터 직접 또는 비서실장인 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 친형인 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시 또는 독촉하였다.

2) 그러나 2012년 당시에는 공소외 3이 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 공소외 3에 대한 대면진단 등이 이루어진 바가 없었기에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 없었다.

그럼에도 피고인은 공소외 7과 공모하여 평소 사이가 좋지 않고 지속적으로 피고인의 시정운영에 반대하고 있었던 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 사적 의도로 성남시장으로서의 직권을 부당하게 행사하여 위 분당구보건소장 등으로 하여금 관계법령이나 관례에 반하여 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 이로써 피고인은 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄를 범하였다고 보아야 하는데도, 이와 달리 이 부분 공소 사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 공소외 3(직권남용권리행사방해) 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인은 ① 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있고, ② 2012.경 주도적으로 공소외 3의 정신병원 입원을 지시하였는데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 공소외 3의 강제입원에 전혀 관련한

바 없다는 취지로 발언한 것은 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이므로 허위사실공표에 해당한다.

2) 또한, 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차가 중단된 것은 분당구보건소장인 공소외 4가 그 절차 진행을 그만두었기 때문인데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 가족들을 설득하여 그 절차 진행을 못하게 막았다는 취지로 발언한 것은 허위사실공표에 해당한다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

다.

검사사청 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인의 이 부분 발언의 전체적인 취지는 "자신은 공소외 12의 검사사청 통화에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 공소외 12의 검사사청 행위를 도와주었다는 잘못된 내용으로 처벌받았다"는 것이다.

2) 이는 피고인에 대한 검사사청 유죄확정판결의 내용에 반하는 것으로서 허위사실을 공표한 것이고, 피고인의 단순한 의견표명이라고 볼 수 없다.

또한, 피고인의 허위사실공표에 대한 고의도 인정된다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

라. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 일반 유권자들이 피고인의 이 사건 선거공보물 문구와 선거유세연설의 표현을 접하였을 때 이를 "개발이익금 5,503억 원의 수입이 성남시로 귀속 완료되었고, 그중 2,761억 원이 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원이 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출 완료되어 그로 인해 위 각 공사가 대부분 완료되었다"라고 이해할 것이지, "성남시가 특수목적법인으로 하여금 2,761억 원을 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원을 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출하게 할 예정이고, 1,822억 원 상당의 임대주택용지를 받을 예정이다"라고 이해하지 않을 것이다.

따라서 피고인의 이 사건 선거공보물의 배포와 선거유세연설은 허위사실공표에 해당한다.

2) 피고인은 변호사이자 성남시장으로서 대장동 도시개발사업 모델을 직접 구상하는 등 그 사업의 수익구조를 잘 알고 있었고, 성남시장 퇴임 전후로 위 개발사업의 진행경과 및 이익규모를 확인할 수 있었는데도 사실에 부합하지 않는 정확하지 않은 표현을 사용하였으며, 그 공사금액 중 추산가액의 정확한 금액을 확인하지 않고 오히려 다소 부풀려 말한 점을 고려할 때 피고인이 허위사실공표의 미필적 고의가 있었음을 인정할 수 있다.

또한, 피고인이 기반시설 사업이 진행 중에 있다거나 1,822억 원이 장래의 수입이라고 명시한 적은 없는데도, 원심이 이러한 사실을 인정하여 피고인의 고의를 부정한 것은 잘못이다.

3) 따라서 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2. 이 사건 공소제기의 적법성에 관한 판단

가. 피고인의 변호인의 주장

피고인의 변호인은 이 사건 공소 중 직권남용권리행사방해 부분과 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반 부분에 관하여, 검사가 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하고 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하고, 공소장에 공소사실 특정과 무관하거나 불필요한 내용을 과도하게 기재하여 공소장일본주의를 위반하였다는 이유로, 위 각 부분의 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 주장한다.

나. 공소권남용 여부에 대한 판단

가) 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보이는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 여기에서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 2017. 12. 13. 선고 2017도16223 판결, 대법원 2018. 9. 28. 선고 2018도10447 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 살피건대, 원심 소송계속 중 피고인의 변호인이 검사에게 이 사건에 관하여 검사가 보관하고 있는 자료의 열람·등사를 신청한 경위, 이에 대한 원심의 2019. 4. 1.자 열람허용 결정, 2019. 4. 16.자 등사허용 결정 및 2019. 4. 8.자 등사신청 기각결정과 그 각 이유, 피고인의 변호인이 결국 위 자료를 입수하여 이를 증거로 제출하게 된 경위, 원심에서의 검사의 증거의견 등을 종합하여 보면, 검사가 미필적이거나 어떠한 의도를 가지고 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하거나 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등으로 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하였다고 볼 수 없다.

따라서 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

공소장일본주의 위반 여부에 대한 판단

가) 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실은 직권남용권리행사방해 및 그와 관련된 허위사실공표의 공직선거법위반 혐의에 관하여 그 행위의 배경 및 동기, 사건의 경과 등에 관하여 다소 불필요하거나 장황하게 기재하였다고 볼 수 있을 뿐 법관으로 하여금 예단을 생기게 하여 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는 정도에 이르렀다고 보기 어렵다.

따라서 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3. 직권남용권리행사방해의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3이 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청의 대상자가 되는 것처럼 보이게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 1로 하여금 공소외 2가 기존에 작성한 공소외 3에 대한 평가문건을 공소외 2의 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 수정하게 하고, 마치 전문의의 정식 소견서로 보일 수 있도록 수정된 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 하였고, ② 공소외 2로 하여금 정신건강의학과 전문의로서 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 위 평가문건을 수정하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

2) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조에 의한 입원 절차를 개시하게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 '성남시 정신건강센터'(현재는 '성남시 정신건강복지센터'이다.

이하 '센터'라고만 한다)에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 하고, 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 하였고, ② 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 분당구보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

4) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하게 하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9로 하여금 공소외 3을 강제입원시키기 위해 앰블런스를 타고 공소외 3이 있는 곳으로 가도록 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

나. 관계 법령

구 정신보건법(2016. 5. 29. 법률 제14224호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법'이라고만 한다) 및 구 정신보건법 시행령(2017. 5. 29. 대통령령 제28074호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법 시행령'이라고만 한다) 중 이 사건에 관련된 주요 내용은 다음과 같다(한편, 아래 구 정신보건법 제25조는 2011. 8. 5. 법률 제11005호로 개정되어 2012. 8. 5.부터 시행된 것인데, 위 2011. 8. 5. 개정 전 구 정신보건법 제25조는 '정신건강의학과전문'의를 '정신과전문'이라고 지칭하였을 뿐 그 내용은 개전 전후로 같다).

□ 구 정신보건법제25조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자를 발견한 정신건강의학과전문 또는 정신보건전문요원은 시장·군수·구청장에게 당해인의 진단 및 보호를 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 신청을 받은 시장·군수·구청장은 즉시 정신건강의학과전문에게 당해 정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단을 의뢰하여야 한다.

③ 정신건강의학과전문의가 제2항의 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때는 시장·군수·구청장은 당해인을 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관 또는 종합병원에 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의한 자신 또는 타인을 해할 위험의 기준은 제28조의 규정에 의한 중앙정신보건심의위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정한다.

(중략)⑥ 시장·군수·구청장은 제3항의 규정에 의한 진단결과 당해 정신질환자에 대하여 계속입원이 필요하다는 2인 이상의 정신건강의학과전문의의 일치된 소견이 있는 경우 당해 정신질환자에 대하여 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

다만, 그 관할구역에 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관이 없는 경우에는 그 외의 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

(후략)?□ 구 정신보건법 시행령제6조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 의심되는 사람을 발견한 정신건강의학과전문의 또는 전문요원은 법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호를 신청하려면 발견한 장소를 관할하는 시장·군수·구청장에게 진단 및 보호신청서(전자문서로 된 신청서를 포함한다.

이하 같다)를 제출하여야 한다.

② 제1항에 따른 진단 및 보호신청서에는 다음 각 호의 사항을 적어야 한다.

1. 신청인의 성명, 주소 및 생년월일2. 정신질환자로 의심되는 사람의 성명, 주소, 생년월일 및 현재의 소재지3. 정신질환자로 의심되는 사람의 증상의 개요4. 정신질환자로 의심되는 사람에게 보호의무자 또는 보호를 하고 있는 사람이 있는 경우에는 그 성명 및 주소③ 시장·군수·구청장은 법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 결과 정신질환자로 의심되는 사람이 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 인정되는 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.

1. 법 제23조에 따라 자의에 따른 입원 신청을 하게 하는 것2. 보호의무자에게 법 제24조에 따른 입원동의를 요청하는 것3. 법 제25조 제3항에 따라 국·공립 정신의료기관 또는 종합병원에 입원조치를 의뢰하는 것(제1호 또는 제2호의 조치에 따르지 아니하는 경우만 해당한다)④ 제3항 제3호에 따른 의뢰를 받아 정신질환자로 의심되는 사람을 입원시킨 국·공립 정신의료기관의 장 또는 종합병원의 장은 지체 없이 2명 이상의 정신건강의학과전문의에게 증상을 진단하게 하고 그 진단 결과를 해당 시장·군수·구청장에게 서면 또는 전자문서로 통보하여야 한다.

다만, 진단 결과 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하지 아니하다고 인정되는 경우에는 즉시 퇴원시키고 그 퇴원 사실도 함께 통보하여야 한다.

(중략)⑥ 시장·군수·구청장은 제4항에 따라 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하다는 진단 결과를 통보받은 경우에는 지체 없이 같은 항에 따른 입원치료를 의뢰하여야 한다.

다.

원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실과 사정을 근거로, 피고인은 공소외 3의 당시 행동이 정신질환으로 기인한 것이라고 여겼을 수 있고, 성남시장으로서 법령상 가능한 권한을 행사하여 공소외 3을 정신의료기관에 입원시켜 진단 및 치료를 받게 하려는 의도가 있었다고 볼 여지가 있으며, 이에 따라 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행한 것이라고 평가할 수 있다고 전제하면서 아래와 같은 이유에서 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

- ① ㉗ 공소외 2에 대한 평가문건 수정 요구는 피고인의 의견을 제시한 것으로 위법·부당한 직권행사가 아니고, ㉘ 수정된 평가문건에 공소외 2의 직인을 요구한 것 역시 위법·부당한 직권행사가 아니며, ㉙ 공소외 1로 하여금 공소외 2에게 평가문건 수정 의견이나 직인 날인 요청을 전달하게 한 행위는 피고인의 의견 전달 행위를 보조하는 사실행위에 불과하여 직권남용의 대상이 되는 행위로 볼 수 없다.
- ② ㉗ 공소외 5의 면담결과를 요청하거나 송부하게 한 것은 자료수집의 일환으로 볼 수 있으므로 이를 위법·부당한 직권남용으로 보기 어렵고, ㉘ 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 것은 그 신청 여부를 검토하고 답을 달라는 취지에 불과하므로 직권남용에 해당한다고 보기 어렵다.
- ③ 공소외 2 등이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청한 것과 피고인의 직권 행사 사이에 인과관계를 인정할 수 없고, 공소외 2에 대한 직권행사가 그의 의학적 판단과 무관하게 위 진단 및 보호신청을 하라는 정도에 이르렀다고 볼 수 없으며, 위 진단 및 보호신청은 정신건강의학과 전문의인 공소외 2의 고유 영역이므로 공소외 2로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하였다고 평가할 수 없다.
- ④ ㉗ 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원 집행을 시도하는 것은 위법한 행위이나, ㉘ 당시 공소외 4가 차량을 타고 >>경찰서로 간 것이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 강제입원 시도행위라고 단정하기 어렵고, ㉙ 오히려 이는 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단 절차로 볼 수 있는데 그 진단을 위한 물리력 행사는 구 정신보건법 제25조 제2항이 예정하는 집행 방법이므로, 당시 공소외 3에 대한 강제호송이 예정되어 있었더라도 이를 위법·부당한 행위로 평가할 수 없으며, ㉚ 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한 것도 입원 집행을 시도한 것이 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 완성하기 위한 것이므로 위법·부당한 행위로 볼 수 없다.

라. 당심의 판단

1) 기초 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2010. 6. 2.경 제5회 전국동시지방선거에서 성남시장으로 당선되어 2010. 7.경부터 2014. 6.경까지 민선 5기 성남시장으로 재직하였다.

공소외 7은 2011. 5. 1.경부터 2013. 4. 30.경까지 성남시장의 직무를 보좌하는 비서실장으로 재직하였다.

나) 분당구보건소는 '성남시 행정기구 설치 조례'에 의하여 시장 직속기관으로 설치되었고, 그 소관 업무로서 정신보건사업 등을 수행한다.

공소외 1은 가정의학과 전문의로서 2011. 5.경부터 2012. 5. 1.경까지 분당구보건소장으로 근무하였고, 공소외 4는 2012. 5. 2.경부터 2013. 5.경까지 분당구보건소장으로 근무하였다.

다) 센터(최초 명칭은 '성남시 정신보건센터'였다)는 1999.경 성남시의 정신보건사업을 위해 분당구보건소 산하 기관으로 설치되었다(다만 센터의 중앙사무실은 성남시청 내에 있다). 센터는 원래 ○○정신병원이 위탁받아 운영하다가,

2012. 1. 1.경부터 분당서울대학교병원이 위탁받아 운영하고 있다.

센터장은 센터의 업무를 총괄하고 소속 직원을 지휘·감독하는 업무를 수행하는데, 분당서울대학교병원 소속 정신건강 의학과 전문의 공소외 2가 2012. 1. 1.경부터 2014. 2.경까지 위 센터장으로 근무하였다.

2) 공소사실의 전제사실에 관한 판단

가) 피고인의 지시 내용 등에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였음은 인정된다.

① 피고인은 2012. 4. 초순경 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장인 공소외 1에게 공소외 3(사망일 생략 사망)에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원이 가능한지 검토해 보라는 지시를 하였다.

공소외 1은 그 검토 결과 피고인에게 여러 차례에 걸쳐 위 강제입원 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고하였는데, 피고인은 그때마다 구 정신보건법 제25조의 해석상 그 강제입원 절차가 가능하다는 견해를 개진하면서 공소외 1에게 재검토를 지시하거나 위 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다.

② 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1로부터 위 강제입원에 관한 보고를 받는 자리에서 공소외 1에게 구 정신보건법 제25조 제6항에 따른 '입원치료' 절차 또는 그 이후의 절차 등에 관하여 문의하기도 하였다.

③ 성남시의 2012. 5. 2.자 정기인사로 인해 분당구보건소장이 공소외 1에서 공소외 4로 바뀐 후, 피고인은 2012. 6.경부터 2012. 8.경까지 사이에 여러 차례에 걸쳐 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다(피고인은 2012. 6. 13.경부터 2012. 6. 22.경까지 브라질에 출장을 가 있는 동안에도 공소외 4와 여러 차례 전화통화를 하면서 위와 같이 지시하고 그 절차 진행을 재촉하였다).

④ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4와 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

⑤ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

⑥ 피고인은 분당구보건소장 및 그 직원들과 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 있는지 검토하고 이 문제를 함께 토론했을 뿐 그 절차를 진행하라고 지시한 적은 없다는 취지로 주장한다.

그러나 위 공소외 1, 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 피고인으로부터 여러 차례에 걸쳐 위 절차를 이행하라는 지시를 받았고, 심지어 질책을 받기도 했다는 취지로 진술하였는바, 그 진술이 대체로 서로 일치하고 있고, 달리 위 진술에 신빙성이 없다고 볼 만한 사정이 없다.

나) 피고인의 고의 또는 동기에 관한 판단

1) 공소외 3의 정신건강상태 등에 관한 피고인의 인식

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3에게 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심할 만한 사정이 없는 상태임을 알면서도 오로지 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 의도로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다고 보기 어렵다.

㉠ 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하는데, 구체적으로는 다음과 같다.

㉡ 공소외 3은 2002. 2.경 성남시청 홈페이지에 '성남시 수정구 청소년수련관 매점을 특혜로 위탁받았고, 유부녀와 두 번 불륜관계를 가졌음'을 고백한다는 내용의 글을 게시하였다.

공소외 3은 그 무렵 취재 기자와 주변인에게 그 의미를 쉽게 이해하기 어려운 발언을 여러 번 한 적이 있는데, 이 발언은 일반인의 시각에서 볼 때 정신질환이 다소 의심될 정도로 특이한 내용이다.

또한, 공소외 3은 그 무렵 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

㉢ 공소외 3은 2012. 2.경부터 이 사건 공소사실 기재 일시 무렵까지 사이에 다수의 성남시청 공무원 및 일반시민 등에게 과도한 폭언, 욕설, 협박 등을 해 왔을 뿐만 아니라 모친인 공소외 5와 피고인을 비롯한 여러 친족들에게도 과도한 폭언이나 저속한 발언 등을 해 왔다.

공소외 3의 위와 같은 행위는 그 빈도, 발언 내용, 상대방과의 관계 등을 고려할 때 사회통념상 일반 평균인의 행위로 보기에는 납득하기 어려운 점이 많다.

㉣ 공소외 3은 ㉠ 2012. 5. 28. 모친인 공소외 5를 협박하고, ㉡ 2012. 7. 15. 공소외 5와 동생들인 공소외 14, 공소외 15를 폭행하여 각 상해를 가하고, ㉢ 2012. 7. 1. 성남시청 시의회 청사에 무단으로 침입하여 새누리당 시의원들의 의장 후보 선출 업무를 방해하고, ㉤ 2012. 7. 26. 성남시 (주소 생략) 소재 □□백화점 지하2층 의류매장에서 소란을 피워 그 영업을 방해하고, □□백화점 보안요원을 폭행하였다[공소외 3은 위 각 범죄사실로 2013. 5. 27. 벌금 500만원의 약식명령을 받았다(수원지방법원 성남지원 2013고약2976)].

㉤ 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정으로서, 공소외 3은 ㉠ 2013. 2. 20. '◇◇한의원'에서 심신안정을 위한 약재를 처방받았고(공판기록 제26권 15411~15413면), ㉡ 2013. 3. 13. '☆☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원에서 우울증, 불면증 등으로 진료를 받았으며(공판기록 제18권 10740면), ㉢ 2013. 3. 16. 처인 공소외 11에게 죽으러 간다는 이야기를 한 후 차량을 운전하다가 중앙선을 침범하여 트럭과 충돌하는 교통사고를 일으키기도 했고, ㉤ 결국 2014. 11. 21. 처인 공소외 11과 딸인 공소외 16에 의해 정신병원인 국립▽▽병원에 강제입원되었고, 그때부터 2014. 12.

29.까지 위 병원에서 정신건강 치료를 받았다.

㉞ 공소외 3에 대한 진료기록에는 다음과 같은 기재가 있다.

㉠ 국립▽▽병원의 정신건강의학과 전문의 공소외 17의 2015. 2. 9.자 소견서에는 “공소외 3은 2012년부터 과잉행동, 과대망상, 수면욕구 감소 등의 증상이 시작되었고, 울증과 조증 증상이 반복되다 2014년 재발된 과대망상, 피해망상 및 과잉행동 등의 증상으로 본원에서 입원 치료하였다”는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14081면). ㉡ ◎◎대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 18의 2017. 8. 17.자 협의진료회신서에는 “공소외 3은 이 무렵(피고인이 성남시장에 당선된 2010.경 무렵으로 보인다)부터 조증 삽화를 간헐적으로 경험하며 가족들에게 충동적으로 욕설을 하며 버럭 화를 내는 일이 있었음. 2012년에는 가족회의 자리에서 말다툼이 심해지며 몸싸움까지 하였고, 당시 조증 삽화가 있던 환자는 백화점 앞 노점상들에게 공격적 행동을 하여 잠시 내과에 입원하기도 하였음”이라는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14090면).

㉢ 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중에는 공소외 3의 폭행, 협박 행위와 같이 타인에게 피해를 줄 위험성이 있는 사정들이 포함되어 있고, 특히 그중 공소외 3이 처벌받은 위 형사사건의 범죄사실은 그 동기 및 경위, 범행 방법 및 태양 등을 보았을 때 사회통념상 일반인의 범죄행위라고 보기에는 의심스러운 점이 많다.

또한, 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중 상당수는 피고인이 당시 어렵지 않게 알 수 있는 내용들이다.

㉣ 피고인의 막내동생인 공소외 14와 여동생의 남편인 공소외 19도 이 부분 공소사실 이전에 조울증 또는 우울증을 앓았던 가족력이 있었기에(증거기록 제4권 1845, 1846면, 공판기록 제11권 6556면), 피고인을 비롯하여 모친 공소외 5와 피고인의 형제자매들은 공소외 3의 발언과 행동을 보았을 때에도 공소외 3에게도 조울증이나 그와 비슷한 정신질환이 있는 것은 아닌지 의심할 여지가 더욱 많았다[피고인 및 공소외 3의 형인 공소외 20도 2012. 11. 11. 조울증 및 조현병으로 정신병원에 입원되어 2013. 7. 17.까지 입원치료를 받았다(증거기록 제4권 1844면)]. 공소외 5는 2012. 12.경 직접 공소외 3에게 정신건강 치료를 받도록 권유하기도 하였다(공판기록 제26권 15224면).

㉤ 검사는 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정을 들어 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 판단하는 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 공소외 3의 정신건강상태에 관한 사정은 그 내용 등에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 추단할 수 있는 정황으로 충분히 삼을 수 있다.

㉥ 한편, 위 각 증거에 의하면, 공소외 3은 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 회계사로서 회계사무실을 운영하며 상당한 소득을 얻고 있었고, 처 및 자녀와 함께 평범한 가정생활을 누리고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 인정사실에다가 검사가 제출한 증거와 검사가 지적하는 여러 사정을 더하여 보더라도, 정신질환은 그 특성상 악화와 호전을 반복하는 경우가 많아 어느 시점에서 평가되는지에 따라 그 심각도와 정신질환자의 사회적 기능의 정도가 달리 판단될 수 있고(당심의 정신건강의학과 전문의 공소외 21에 대한 사실조회결과 참조), 정신질환으로 인한 문제가 그 질환을 앓고 있는 사람의 모든 영역에서 발생할 것이라고 생각하기는 어려운 점을 고려하면, 공소외 3이 일부 정상적이고 평범한 생활을 영위하고 있었던 측면이 있다고 하여, 앞서 본 여러 사정에도 불구하고 이 부분

공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 아무런 정신질환도 의심할 수 없었다고 보기는 어렵다.

- ⑥ 또한, 공소외 3의 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵의 정신건강상태에 관하여, 공소외 3에게 별다른 정신질환이 없다는 취지의 진료기록이나 심리학적 평가결과도 있기는 하다.

그러나 이는 아래와 같은 이유로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 파악하는 자료로 삼기 어렵다.

- ㉠ 2013. 3. 11. 및 3. 13. 두 차례에 걸쳐 공소외 3을 진료하였던 '☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원 공소외 22의 2019. 1. 21.자 소견서(증거기록 제10권 10661면)에는 "공소외 3의 진료 당시 심각한 정신증적 소견은 보이지 않았다"는 취지로 기재되어 있다.

그러나 위 공소외 22는 당시 공소외 3에 대하여 우울증 치료는 하였던 점, 그 진료 기간과 시간이 비교적 짧은 점, 위 소견서는 공소외 3의 처 공소외 11이 2019. 1.경 언론중재위원회에 제출할 용도로 의뢰한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 위 소견서만으로 앞서 든 여러 사정에도 불구하고 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태에 특별한 문제가 없었다고 보기는 어렵다.

- ㉡ '△△△심리상담연구소'의 임상심리사(1급) 공소외 23의 공소외 3에 대한 '심리학적평가보고서'(증거기록 제14권 7008면)에 의하면, "2012. 12. 22. 공소외 3에 대한 심리학적 평가 결과 공소외 3은 현재 유의미한 정신과적 장애 및 정서적 어려움을 나타내고 있지 않다"고 기재되어 있다.

그러나 이는 공소외 3의 범죄사실을 수사하던 검사가 2012. 12. 14. '공소외 3에 대한 정신감정의 필요성이 있으나, 공소외 3이 스스로 정신감정을 받겠다고 하므로, 그 정신감정 결과가 도착할 때까지 기소중지한다'는 이유로 공소외 3에 대하여 시한부 기소중지처분(증거기록 제14권 7003면)을 하였기 때문에, 공소외 3이 스스로 위 심리학적 평가를 요청하여 받은 것이다.

또한, 위 심리학적 검사는 정신질환에 대한 정확한 진단은 아니고, 전문의의 진단에 보조 자료로 활용될 수 있을 뿐이다 [원심 증인 공소외 23의 진술 참조(공판기록 제18권 10876~10877면)]. 따라서 공소외 3에 대한 위 심리학적 평가 결과만으로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 판단하기는 어렵다.

- ⑦ 피고인이 2012.경 공소외 3과 사이가 좋지 않았다는 등의 사정만으로 피고인이 공소외 3에게 아무런 정신질환이 없음을 알면서도 공소외 3을 사회에서 격리시키고자 하는 의도가 있다고 단정할 수 없다.

2) 구 정신보건법 제25조 절차 진행의 위법 여부에 관한 피고인의 인식

또한, 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하는 것이 위법함을 알면서도 그 절차 진행을 지시하였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵다.

- ① 구 정신보건법 제25조 제1항에서 말하는 '발견'의 문언 상 의미, 구 정신보건법령이나 기타 의료 관련 법령에 위 '발견'의 수단이나 방법을 제한하는 규정이 없는 점, 위 '발견'의 주체는 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원

으로 한정되어 있는 점, 구 정신보건법 제25조 제1항 이후의 후속 절차에서 정신건강의학과 전문의의 진단을 필수적으로 예정되어 있는 점 등을 고려하면, 위 조항에 따른 '정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자'(이하 '정신질환 의심자'라 한다)의 '발견'은 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 그 재량에 따라 합리적으로 판단하여 할 수 있다고 해석함이 타당하고, 일반적으로 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견하는 것이 통상이겠으나, 반드시 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견해야 한다는 절차적 제한이 있다고 해석하기는 어렵다.

또한, 구 정신보건법 제25조의 취지, 구 정신보건법 제40조에서 "응급입원의 경우를 제외하고 정신건강의학과 전문의의 진단 없이는 정신질환자를 정신의료기관등에 입원시킬 수 없다"는 취지로 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 구 정신보건법 제25조 제2항의 진단의뢰에 따른 진단은 정신건강의학과 전문의의 대면진단을 의미하고, 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원을 위해서는 사전에 정신질환 의심자에 대한 대면진단이 이루어져야 한다고 해석함이 타당하다.

㉒ 그런데 다음과 같은 점을 종합하여 고려하면, 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 구 정신보건법 제25조에 관한 해석이나 그에 따른 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 보기는 어렵다.

㉓ 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결은 "구 정신보건법 제24조에서 정하는 보호의무자에 의한 입원의 경우 보호의무자의 동의가 있더라도 정신건강의학과 전문의가 정신질환자를 직접 대면하여 진찰하고 입원이 필요하다고 진단한 다음 이에 기하여 정신의료기관의 장이 입원을 결정하여야 하고, 이러한 요건을 갖춘 입원조치에 대하여 정신질환자가 저항하는 때에 비로소 정신의학적으로 보아 상당하다고 인정되는 범위 내의 물리력의 행사가 허용된다"고 판시하였을 뿐이고, 구 정신보건법 제25조의 해석에 관한 대법원 판례는 찾기 어렵다.

㉔ 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원은 정신질환 의심자에 대한 정확한 진단에 그 목적이 있는데도, 위 진단을 하기 위해 먼저 '대면진단'이 있어야 한다고 해석하는 것은 합리적이지 않다고 보거나, 그 절차의 실익이 떨어뜨리는 것이라고 생각할 여지도 없지 않다.

따라서 구 정신보건법 제25조에 관한 정확한 해석에 관하여 다툼의 여지가 있다고 볼 수 있다.

㉕ 검사는 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'도 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 정신질환 의심자를 대면하여 발견해야 한다고 주장한다.

이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(원심 증인 공소외 24, 공소외 25의 각 진술 참조). 그러나 반면 보건복지부는 위 '발견'은 일반적으로 대면을 통해 판단될 것이나 제3자가 기록한 서류 등이 신빙성이 높다고 보일 경우에도 '발견'으로 볼 여지가 있다고 해석하고 있으며(당심의 보건복지부에 대한 사실조회결과 참조), 이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(당심의 공소외 21에 대한 사실조회결과, 원심 증인 공소외 26의 진술 참조). 한편, 정신건강의학과 전문의의 견해 중에는 위 '발견'에 관하여 "원칙적으로 대면하여 발견하는 것이 바람직하나, 대면하지 않고 발견하였다고 하여 위법한 것은 아니다"는 취지의 것도 있다(원심 증인 공소외 27의 진술 참조). 이와 같이 현재에도 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'의 해석에 관하여 다툼이 있다.

- ㉔ 당시 구 정신보건법 제25조에 따라 입원이 이루어지는 실무례도 거의 없었고, 따라서 위 입원 절차에 관하여 확립된 관행이 있었다고 할 수도 없다(간혹 이루어진 몇 가지 사례를 두고 확립된 실무례 또는 관행이라고 보기는 어렵다).
- ㉕ 의료계에서는 정신건강의학과 전문의가 정신질환 여부를 진단하기 위해서 해당 환자를 원칙적으로 대면하여 진단해야 한다고 보고 있다.

그러나 그러한 임상실무 기준만으로 당시 구 정신보건법 제25조에 관하여 확립된 해석이 있었다고 보기는 어렵다.

- ③ 따라서 피고인이 당시 정신질환 의심자에 대하여 대면진단 없이도 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원 조치가 가능하다고 판단하였고, 이러한 판단이 위 조항의 해석에 부합하지 않는 것으로 사후에 밝혀졌다고 하여, 이것만으로 당시 피고인이 위 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정할 수는 없다.

피고인이 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들에게 구 정신보건법 제25조의 요건이나 절차를 무시하고 공소외 3을 무조건 강제입원 시키라는 취지로 지시하지는 않았다.

- ④ 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들이 피고인 또는 공소외 7에게 여러 차례에 걸쳐 “공소외 3은 가족이 있고, 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 없으며, 공소외 3의 주소지는 용인시이므로 관할이 없다”는 취지의 이유를 대면서 위 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고한 바는 있다.

그러나 그 보고 내용이 앞서 본 구 정신보건법 제25조의 해석과 정확하게 들어맞는다고 보기 어려운데다가, 당시 위 조항에 관한 해석이나 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 볼 수 없으므로, 피고인이 위와 같은 보고를 받고도 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 계속 지시하였다고 하여 그 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정하기는 어렵다.

- ⑤ 또한, 분당구보건소 보건행정과장 공소외 8은 원심 증인으로 출석하여 “당시 구 정신보건법 제25조 제2항의 ‘진단의뢰’까지는 정상적으로 이루어졌으나, 공소외 3에 대한 대면진단이 이루어진 바 없어 그 다음 절차를 진행할 수 없는 상황이었다”고 진술하기도 하였다.

위 진술에 의하면, 공소외 8도 당시 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 절차까지는 적법하게 이루어졌다고 판단하고 있었다.

- ⑥ 피고인은 2012. 6. 11.경 분당서울대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 24로부터 “공소외 3은 조울병의 조증이 의심되는 상태이나, 진단과 치료를 위해서는 본인이 거부할 경우 보호의무자인 처와 딸이 병원으로 데리고 가야 한다”는 취지의 자문을 받은 적이 있다.

그러나 공소외 24의 위 자문 내용은 임상실무 기준일 뿐 구 정신보건법 제25조의 확립된 해석이라고 보기는 어렵다.

- ⑦ 한편, 공소외 3의 처인 공소외 11은 당시 공소외 5 등으로부터 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 권유받아도 이를 거부하였던 것으로 보인다.

따라서 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제24조에 따라 ‘보호의무자에 의한 입원’ 조치가 행해질 수 없는 상황이었다.

3) 개별 공소사실에 대한 직권남용권리행사방해죄 성립 여부에 관한 판단

가) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에서 '의무 없는 일을 하게 한 때'란 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미하므로, 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당하나, 공무원이 자신의 직무 권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2017도12534 판결, 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결 등 참조). 또한, 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 3의 가족들을 설득할 수 있도록 공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였다.

이에 공소외 1은 그 무렵 공소외 2에게 피고인의 위 지시를 전달하였고, 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하였다.

(나) 그런데 피고인은 위 평가문건에 연필로 '공소외 3이 현재 입원이 필요하다'는 취지의 내용이 들어가도록 수정한 다음 이를 공소외 1에게 주면서 공소외 2로 하여금 위 평가문건을 그와 같이 수정하게 하라고 지시하였다.

(다) 공소외 1은 그 직후 공소외 2에게 피고인이 위와 같이 수정한 평가문건을 보여주면서 피고인이 수정한 내용이 반영되도록 위 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다.

(라) 공소외 2는 피고인이 수정한 그대로 평가문건을 수정할 수 없다고 하면서 다만 조울병의 심각성에 관한 교과서적인 내용을 추가하는 것으로 위 평가문건을 수정하여 공소외 1에게 주었고, 공소외 1은 이를 피고인에게 전달하였다.

(마) 피고인은 다시 공소외 1에게 위 평가문건에 분당서울대학교병원이나 센터의 직인을 받아오라고 지시하였다. 공소외 1은 센터 외부에 있는 공소외 2에게 피고인의 위 요청을 전달하였는데, 공소외 2는 자신의 막도장을 날인하는 것만 허락하였고, 이에 따라 위 평가문건의 공소외 2 이름 옆에 공소외 2의 막도장이 날인되었다.

(바) 위와 같은 경위에 따라 최종 수정된 평가문건의 내용은 아래와 같은데(증거기록 제14권 6943, 6952면), 아래 제1, 2, 5항은 공소외 2가 기존에 작성한 내용이고, 제3, 4항은 추가로 수정된 부분이다.

공소외 3 씨의 문건에 대한 평가의견1. 상기 공소외 3씨가 인터넷 상에 기술한 내용 및 접촉한 사람들의 상황설명이 사실이라는 전제 하에 내용을 평가한 결과 현실상황에 비추어 '관계망상적 사고' 및 '과대망상적 사고'의 가능성이 매우 높으며 사소한 자극에도 정상적으로 예견되는 범위 이상 흥분하고 공격적인 언행을 반복적으로 보이는 것으로 평가됨2. 평소의 지적 기능이나 환경을 참고하면 기분장애 중 '조울병(양극성장애)'의 가능성이 높다고 판단됨3. '조울병'의 경우 우울 또는 조증 삽화가 반복될수록 뇌기능 저하가 현저해지고 치료에 대한 반응도 떨어지는 것으로 알려져 있으며 자신이 문제의 심각성을 인지하기 못하여 치료에도 비협조적인 경우가 많아 치료상 어려움이 있음. 급성기 삽화의 경우에는 입원치료가 필요한 경우가 많음. 가족 및 법적 보호자의 조울병에 대한 이해를 통해 지속적인 치료를 받을 수 있는 환경을 만들어 주는 것이 우선적이며 장기간의 약물치료가 현재까지 가장 효과적으로 알려져 있음4. 조울병의 조증기에는 과도한 의욕, 무모한 계획, 낭비나 위험한 투자, 타인에 대한 공격성 등이 주로 나타날 수 있으며 우울기에는 의욕저하, 대인관계 단절, 일상 활동을 수행하지 못함 등 사회인으로 살아가는 것이 불가능하고 특히 조울병이 적절히 치료되지 않을 경우 모든 정신질환 중에서도 자살률이 가장 높다고 보고된 바 있음5. 상기 의견은 문건의 평가를 통하였으므로 의학적 효력이 없으며 임상적 진단이나 치료를 위해서는 반드시 정신건강의학과 전문의의 대면평가를 거쳐야 함

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 1의 평가문건 수정 및 날인 요구 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 1로 하여금 공소외 3에 대한 평가문건의 수정을 요구하게 하고, 위 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 한 것은, 피고인이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 한 것으로서 이는 피고인 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이거나, 공소외 1로 하여금 직무집행의 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 하였다고 볼 수 없으므로 형법 제123조 소정의 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다.

① 공소외 1은 피고인의 지시에 따라 피고인의 평가문건 수정 및 날인 요구를 공소외 2에게 전달하였을 뿐이다.

② 비록 정신보건사업이 분당구보건소의 소관 업무이고, 분당구보건소장이 센터에 대한 전반적인 지휘·감독 권한을 행사할 수 있더라도, 그것만으로는 분당구보건소장이 센터장에게 평가문건의 내용수정이나 날인을 요구할 수 없다거나, 그와 같은 요구를 하는 데 있어 지켜야 할 기준이나 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 공소외 1이 공소외 2에게 평가문건 수정 및 날인을 요구하는 데 있어 공소외 1의 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다고 보기 어렵고, 달리 이러한 사정을 인정할 만한 증거가 없다.

③ 공소외 1은 원심 증인으로 출석하여 "공소외 2에게 평가문건 수정을 요구할 당시 공소외 3의 치료 필요성에 대하여 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용하기 위해 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다"는 취지로 진술하였다. 이에 따르면 공소외 1은 수정된 평가문건을 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용할 목적이었을 뿐이므로, 그 수정요구가 직무집행에 관한 기준과 절차를 위반하는 것이라고 단정하기도 어렵다.

④ 평가문건에 도장을 날인하도록 요구하는 것은 해당 문서의 작성명의인이 그 문서를 작성하였음을 확실하게 나타내기 위한 것이므로, 그러한 요구가 위법하다고 보기 어렵다.

(나) 공소외 2의 평가문건 수정 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 평가문건을 수정해 준 것은 공소외 1의 요청이나 친분에 기댄 부탁 등으로 인해 심리적 의무감에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '법률상 의무 없는 일'을 한 것이라고 단정할 수 없다.

① 공소외 2가 평가문건에 수정한 내용은 조울증의 위험성 및 치료 필요성에 관한 일반적 내용에 불과하다.

또한, 공소외 2는 평가문건의 말미에 "여기에 기재된 의견은 공소외 3에 관한 문건만 보고 평가한 것이므로 공소외 3에 대한 정확한 진단과 치료를 하기 위해서는 먼저 대면평가가 이루어져야 한다"는 단서도 붙여 놓았다.

② 공소외 1과 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 피고인이 당시 평가문건에 연필로 수정한 내용은 공소외 3에게 자신 또는 타인을 해할 위험이 있으니 공소외 3을 입원시켜야 한다는 취지의 내용이라고 진술하였다.

그런데 수정된 평가문건 어디에도 공소외 3이 당장 입원치료를 받아야 한다는 취지의 내용은 없으므로, 공소외 2가 피고인의 위와 같은 요구를 그대로 받아들여 평가문건을 수정하지 않았음은 분명하다.

공소외 2도 원심 증언에서 "자세히 읽지 않는다면 공소외 3이 위험하게 보일까봐 신경을 써서 평가문건을 고쳤다"는 취지로 진술하였다.

③ 공소외 1은 원심 증언에서 "당시 공소외 2에게 피고인의 평가문건 수정 요구를 전달하면서 그 평가문건의 사용처에 관하여 공소외 3의 보호자들에게 공소외 3의 치료 필요성을 설득하는 데 사용하기 위해서라고 말했다"라는 취지로 진술하였고, 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 시에 보고할 때 자료로 쓰겠다고 하면서 평가문건을 요청하였다"고 진술하였다.

위 각 진술에 따르면, 공소외 1과 공소외 2는 그 평가문건이 어떠한 직무집행의 근거로 사용되리라고 예상하고 있지 않았다.

또한, 평가문건이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 절차를 진행하는 데 법령상 요구되는 문서도 아니다.

④ 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 굉장히 미안해하면서 평가문건을 꼭 이대로 고치지 않아도 되는데 자세히 써달라고 해서 평소 모르는 사이도 아니고 공소외 1이 난처해해서 평가문건을 수정하게 되었다.

평가문건의 내용에 관하여 공소외 1로부터 지휘를 받았거나 간섭을 받은 것은 아니다"는 취지로 진술하였다.

나) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제12조의 직권남용권리행사방해죄에서 '직권의 남용'이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 남용에 해당하는지는 구체적인 직무행위의 목적, 그 행위가 당시의 상황에서 필요성이나 상당성이 있는 것이었는지 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 여러 요소를 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2018. 2. 13. 선고 2014도11441 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

- (가) 공소외 5는 2012. 6. 15. 딸인 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 하였다.
- (나) 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈다(위 공문은 분당구보건소 지역보건팀장 공소외 9가 기안하고 보건행정과장 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).
- (다) 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다(위 공문은 센터 상임팀장 공소외 28이 기안하여 공소외 2가 최종 결재하였다).
- (라) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다(위 공문은 위 공소외 9가 기안하여 위 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).
- (마) 그러나 공소외 2는 2012. 6. 20. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5에 대한 면담내용만으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청을 할 수 없다는 취지의 공문(증거기록 제4권 1488면)을 보냈다.

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 5의 면담결과 요청 및 송부 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 한 부분이나 공소외 2 등으로 하여금 분당구보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 한 부분은 모두 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 구 정신보건법에 따르면 지방자치단체는 정신질환을 예방하고, 정신질환자의 치료를 위한 조사 등 필요한 조치를 하여야 하고(제4조 제1항), 보건소를 통하여 정신질환의 예방, 정신질환자의 발견·진료 등 지역사회정신보건사업을 수행할 수 있다(제13조 제1항). 따라서 성남시가 정신질환을 예방하고 정신질환자의 발견 및 치료를 위하여 조사 등의

업무를 수행하는 것은 그 책무나 권한에 속한다고 할 수 있다.

이에 비추어 보면 성남시장인 피고인이 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하여 송부받은 것은 정신질환 의심자의 발견 및 치료를 위해 상당한 범위 내에서 관련 자료를 수집한 것으로 볼 수 있다.

- ② 구 '성남시 정신보건센터 설치·운영 조례'(2005. 10. 28. 성남시조례 제2008호로 제정되어 2005. 10. 28. 시행되고, 2017. 11. 20. 성남시조례 제3149호로 전부개정되기 전의 것) 제5조 제4항에 의하면, 수탁자인 센터는 관계법규와 시장의 지시사항을 준수하여야 한다.

따라서 센터는 원칙적으로 그 업무에 관하여 성남시장인 피고인의 지시를 따라야 할 의무가 있다.

이에 비추어 보면 센터장인 공소외 2가 성남시의 위 자료수집 협조 요청에 응한 것은 위 지시사항 준수 의무를 이행한 것이라고 볼 수 있다.

- ③ 공소외 2는 공소외 5와 면담하면서 그 상담 내용을 관련 기관에 필요시 제공할 수 있다고 설명하였고, 공소외 5와 공소외 15로부터 그에 대한 동의도 받았다.

따라서 성남시가 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하거나, 센터가 이를 분당구보건소에 송부하는 것 자체에 어떠한 위법성이 있다고 보기는 어렵다.

(나) 진단 및 보호신청 촉구 공문 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 부분도 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 분당구보건소가 센터에 위 진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 공소외 2에게 특정한 결론을 강제하는 취지는 아니고, 공소외 5의 공소외 3에 대한 진료의뢰 등이 있는 상황에서 센터가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 할 것인지 검토하라는 취지 정도로 이해할 수 있다.

- ② 분당구보건소가 위 진단 및 보호신청 촉구를 한 것 이외에 공소외 2에게 그 전문가로서의 판단 권한을 침해하는 부당한 지시나 간섭을 하였다는 사정을 인정할 만한 증거는 없다(오히려 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 피고인과 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받고 있었기에 스스로 면책성 조치를 취한 측면도 있다"는 취지로 진술하기도 하였다). 게다가 공소외 2는 위 진단 및 보호신청 촉구 공문에 대해 바로 거절하는 공문을 보냈으므로, 위 촉구 행위 자체만으로 공소외 2에게 부당한 지시나 간섭을 한 것으로 볼 수 없다.

- ③ 비록 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환 의심자에 대한 진단 및 보호신청 권한이 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원에게 있다 하더라도, 지방자치단체의 장 또는 그 산하기관인 보건소장이 위 정신건강의학과

전문의 등에게 위 권한 발동을 촉구하는 것 자체가 위법한 것이라고 보기는 어렵다.

- ④ 앞서 판단한 바와 같이, 피고인이 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하는 것이 위법하다는 점을 인식하면서도 그 절차 진행을 지시하였다고 보기 어렵다.

다) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것 이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

- (가) 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에 대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대 학교병원과 센터에 발송하였다.

- (나) 공소외 7은 당시 위 내용증명의 문언을 직접 작성하였고, 그 무렵 피고인에게 이를 보고하였다.

- (다) 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 공소외 7은 2012. 4. 초순경 성남시청 공무원들에게 공소외 3으로부터 폭언, 욕설, 협박 등을 당한 사례를 진술서로 작성하여 제출하라고 지시하여 이를 취합한 사실, 공소외 7은 그 무렵 공소외 1에게 공소외 3이 성남시청 홈페이지에 게시한 다수의 글과 위 공무원들의 진술서를 건네준 사실, 공소외 1은 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 4. 초순경 공소외 2에게 공소외 3의 위 게시글과 위 공무원들의 진술서를 보여주면서 공소외 3의 조울병 증상 및 공소외 3에 대한 입원치료 문제 등에 관하여 자문을 구한 사실, 공소외 7은 2012. 6. 중순경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 진행해 달라는 취지로 요청한 사실, 공소외 4도 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 6.경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3을 강제입원시켜야 하는 것 아니냐는 취지로 말한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 한 것은 스스로의 판단에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 피고인의 직권 행사로 인한 것이라고 보기 어렵다.

- ① 공소외 2는 분당구보건소장의 2012. 6. 20.자 '진단 및 보호신청 촉구' 공문에 대하여는 바로 거부하였으나, 그로부터 약 40일이 경과한 2012. 8. 2.에서야 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하였다.
- ② 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "㉔ 2012. 6.경 공소외 7과 공소외 4의 강제입원 요청이나 '진단 및 보호신청 촉구' 공문은 중요한 고려사항이 아니었고, 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청하는 것은 시기상조라고 판단하였다.
- ④ 그러나 이후 2012. 7.경 공소외 5의 내용증명의 내용을 받아 보았을 때 공소외 3의 자·타해 위험 상태를 의심하게 되었고, 분당서울대학교병원의 자문 변호사와 상담한 결과 대면 없이도 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환자 의심자를 발견할 수 있고, 오히려 아무런 조치를 취하지 않을 경우 법적 문제가 생길 수 있다는 자문을 받았기에 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하게 되었다"는 취지로 진술하였다.
- ③ 공소외 2의 위 진술에 따르면, 공소외 2는 공소외 5 명의의 내용증명을 받아본 후 공소외 3의 정신건강상태가 자·타해 위험이 있다고 의심하게 되었고, 법적 자문을 받은 결과 구 정신보건법 제25조 제1항의 해석에 있어 대면 없이도 정신질환 의심자를 발견할 수 있고 아무런 조치를 취하지 않는 것이 오히려 법적 책임을 질 수 있다는 답변을 듣게 되어, 스스로의 판단에 따라 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하기에 이른 것이라고 볼 수 있다.
- ④ 비록 공소외 7이 공소외 5 명의의 위 내용증명을 직접 작성하고 이를 피고인에게 보고하기는 하였으나, 그 내용증명을 발송한 것이 공소외 5의 의사에 반하여 이루어진 것임을 인정할 증거는 없다.
- 따라서 공소외 7이 위 내용증명 발송에 관여하였다고 하여 그것 때문에 공소외 2가 위 진단 및 보호신청을 한 것이라고 보기는 어렵다.
- ⑤ 또한, 공소외 7이 성남시청 공무원들에게 위 진술서의 작성을 지시하여 이를 취합하였고, 그 진술서가 공소외 1을 통해 공소외 2에게 건네졌다고 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 고려하면, 공소외 7이 위 진술서 작성 지시·취합 행위와 공소외 2의 위 진단 및 보호신청 행위 사이에 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다.

라) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도에 관한 판단

(1) 법리

직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조). 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하였다(위 공문은 공소외 9가 기안하고 보건행정과장대리 공소외 30의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).

(나) 공소외 4는 그 무렵 위 공문과 공소외 3에 대한 관련 자료를 들고 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 찾아가 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단을 의뢰하였다.

(다) 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

(라) 이후 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 ▷▷경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

(마) 공소외 4는 당시 ▷▷경찰서로 가기 직전에 공소외 9에게 센터에 대한 협조 공문 작성을 지시하였다.

이에 공소외 9는 분당구보건소장 명의로 센터장에게 '공소외 3의 진단의뢰를 위해 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한다'는 내용의 협조 공문(증거기록 제4권 1440면)을 작성한 다음 ▷▷경찰서로 갔고, 공소외 2는 위 공문을 수령하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 피고인과 공소외 7은 2012. 8. 7.경 공소외 10이 작성한 위 회신서로써 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제3항에서 말하는 "정신건강의학과 전문의가 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때"라는 요건이 구비되었다고 판단한 사실, 피고인은 그 무렵 직접 또는 공소외 7을 통해 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 위 조항에 따른 입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하거나 재촉한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 2012. 8. 17. 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 간 것이 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 강제입원시키기 위해서였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵고, 나아가 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 위와 같이 ▷▷경찰서로 간 것이 피고인의 지시 또는 재촉으로 인하여 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일'을 한 것이라고 보기 어렵다.

- ① ㉗ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 공소외 3을 만나러 ▷▷경찰서로 간 것은 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 공소외 3을 입원시키려는 목적도 있었으나, 그보다 먼저 공소외 2로 하여금 공소외 3을 대면진단하게 하거나 공소외 3에게 진단을 권유하는 것을 1차적 목표로 하였다.

공소외 2에게 동행을 요청할 때에는 공소외 3을 강제로 데려오자는 말은 하지 않았다"는 취지로 진술하였다.

- ④ 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 당시 공소외 3을 만나 설득해 볼 테니 동행해 달라고 요청하였기에 공소외 3이 응한다면 직접 면담을 해 보겠다고 하여 공소외 3을 만나러 공소외 4와 동행하였는데, 가는 도중에 공소외 4가 공소외 3을 오늘 진단하고 바로 입원시키자는 취지로 말하였으나, 자신이 그것은 절대 안 된다고 거부하였다"는 취지로 진술하였다.

- ㉙ 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4의 지시를 받고 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 작성한 다음 공소외 4에게 이를 건네주기 위해 별도로 ▷▷경찰서로 갔고, 공소외 4와 공소외 2가 왜 ▷▷경찰서로 갔는지는 모른다"는 취지로 진술하였다.

- ② 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 위 각 법정진술을 종합하여 보면, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 당시 ▷▷경찰서로 간 목적이 각자 분명하지 않고, 특히 공소외 4의 당시 의도가 정확히 무엇이었는지 분명하지 않다.

- ③ 공소외 4가 공소외 3을 만나기 위해 공소외 2와 함께 ▷▷경찰서로 향했던 날인 2012. 8. 17. 직전에, 성남시장 수행 비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서 그 실행을 거절한 바 있다.

그러한 상황에서 과연 공소외 4가 특별한 사정변경 없이 자신의 입장을 바로 바꾸어 공소외 3을 강제입원시키기 위해 ▷▷경찰서로 갔는지 의심스럽다.

- ④ 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 나이와 지위 및 경력 등을 고려할 때 당시 위 3명만으로 공소외 3에게 강제력을 행사하여 입원 절차를 진행할 수 있었을지 매우 의심스럽고, 달리 공소외 3에게 강제력을 행사하는 데 필요한 충분한 보조인력이 있었는지도 의심스럽다.

공소외 4는 당시 공소외 3을 입원시키는 것과 관련하여 병원도 예약해 두지 않았고, 입원의뢰서 작성을 비롯하여 기타 어떠한 행정적인 절차도 전혀 마련해 두지 않았다.

당시 공소외 3이 ▷▷경찰서에서 조사를 받고 있었는지조차 이를 인정할 명백한 증거가 없다.

- ⑤ 당시 공소외 9가 공소외 4의 지시에 따라 작성한 공문에는 공소외 3의 "진단의뢰"를 위해 차량 및 동행을 요청한다고 기재되어 있다.

그 '진단의뢰'라는 문언에 의하면, 이는 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 절차가 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차를 예정하고 있는 것이다.

⑥ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 보낸 것은 자신의 생각에 의해 요식행위로 한 것이다"는 취지로 진술하기도 하였다.

그 밖에 앞서 본 공소외 4의 법정진술, 위 공문의 문언 등을 종합하면, 공소외 4는 당시 피고인 또는 공소외 7의 지시와 달리 스스로의 판단에 의해 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 진행하려고 했던 것으로 보이기도 한다.

이는 공소외 2의 법정진술, 즉 자신은 공소외 3을 대면하여 면담하기 위해 공소외 4와 동행하였다는 취지의 진술로도 뒷받침된다.

⑦ 더 나아가 공소외 4의 위 법정진술과 위 각 증거에서 알 수 있는 공소외 4의 당시 인식, 행위, 주변상황 등을 종합하여 보면, 공소외 4는 당시 피고인이 해외 출장 중인 상태에서 피고인 또는 공소외 7로부터 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하라는 지시 내지 질책을 받게 되자 이를 최종적으로는 따르지 않으려고 하면서도 어떠한 절차 진행 시도를 했다는 외관만 작출하여 피고인의 질책을 피하기 위해 위와 같은 행위를 한 것은 아닌지도 의심스럽다.

4) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는바, 원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 결론은 정당하다.

그러므로 원심의 판단에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없고, 검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

4. 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 이 사건 경기도지사 후보자 TV토론회에서 상대 후보자 공소외 6의 질문 취지에 2010년도에 있었던 강제입원 시도를 묻는 부분이 포함되어 있지 않았다.

따라서 피고인이 이를 부인하는 발언을 하였다고 볼 수 없어 허위사실을 공표한 것이라거나 허위사실공표에 대한 인식이 있었다고 볼 수 없다.

② 피고인이 2012. 4.부터 8.까지 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 강제입원 절차를 지시하였음에도 이를 부인하는 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 당시 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 질문 및 답변의 의도, 발언의 다의성, 당시 상황, 합동토론회의 특성 등에 관한 그 판시 사정에 비추어 보면, 피고인의 이 부분 발언은 구체적인 행위의 존부를 특정할 수 없는 불분명한 발언이고, 그 발언이 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이라고 평가할 정도에 이르렀다고 볼 수 없다.

따라서 허위사실공표에 해당한다고 보기 어렵다.

- ③ 피고인이 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 중단시킨 적이 없음에도 피고인이 이를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 그 판시 사정을 종합하면, 이 부분 발언이 허위이라고 보기 어렵다.

나. 당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등 참조). 또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

- 가) 피고인은 2018. 6. 13. 제7회 전국동시지방선거에서 경기도지사로 당선되어 2018. 7.경부터 현재까지 경기도지사로 재직 중이다.
- 나) 2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).
- 다) 2018. 6. 5. 열린 MBC 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인인의 발언 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) ○○정신병원 입원 시도 부인 부분에 관한 판단

- 가) 피고인이 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있는데도, 위 각 경기도지사 후보자 TV토론회(이하 '이 사건 토론회'라 한다)에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.
- 나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 이 사건 토론회에서 위와 같이 공소외 3에 대한 ○○정신병원 입원 시도를 부인하는 취지로 발언하였다고 볼 수 없거나, 허위사실을 공표한다는 고의를 가지고 이 부분 발언을 하였다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

- ① 공소외 6은 원심 증인으로 출석하여 "이 사건 토론회에서 피고인에게 공소외 3에 대한 정신병원 입원 시도를 하였는지 묻는 질문 취지에는 2010년경 ○○정신병원 입원 시도 부분은 포함되어 있지 않다"는 취지로 진술하였다.
- ② 이 사건 토론회 무렵 피고인에게 제기된 '친형 정신병원 입원 시도' 의혹의 내용을 고려하면, 피고인도 공소외 6의 위 질문 취지를 위와 같이 이해하였을 것으로 보인다.
- ③ 따라서 이 사건 토론회에서 공소외 6이 피고인에게 "형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠?"라고 질문한 데 대하여, 피고인이 "그런 일 없습니다"라고 발언한 것이, 피고인이 공소외 6의 위 질문의 의미를 선거인의 정확한 판단을 그르치게 할 정도로 왜곡하여 이해한 다음 이 부분 발언을 하였다고 보기 어렵다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.
검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

4) 피고인의 강제입원 절차 관여 부분에 관한 판단

가) 쟁점

피고인이 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 강제입원 절차 진행을 지시하여 그 절차가 일부 진행된 적이 있는데도, 이 사건 토론회에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 전혀 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실공표의 죄책을 지는지에 관하여 살펴본다.

나) 이 부분 발언이 허위사실공표인지 여부에 대한 판단

- (1) 무릇 어떠한 사실에 관하여 적극적으로 반대되는 사실을 진술하는 것은 공직선거법 제250조 제1항에서 정한 허위사실의 공표에 해당하나, 나아가 적극적으로 반대되는 사실을 진술하지는 아니하였으나 소극적으로 이를 숨기거나 유사한 방법으로 덧붙이는 진술을 하였고, 그것이 선거인의 공정한 판단을 그르치게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀다면 이 역시 위 법조항 소정의 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 상당하다.
- (2) 피고인이 이 사건 토론회에서 한 이 부분 발언의 외관상 전체적인 취지는 그 내용, 어휘, 문구의 연결방법 등을 고려하면 "① 공소외 3을 실제로 강제입원시킨 것은 그 처와 딸이고, ② 그와 별개로 피고인의 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 정신건강 진단 의뢰를 한 바 있으나, 피고인은 이에 관여하지 않았고, 오히려 그 절차 진행을 막았다"는 것이다.

살피건대, 앞서 인정한 사실과 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였음은 넉넉히 인정되므로, 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 표현은 사실과 다르다.

비록 피고인이 "공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다"는 표현을 직접적으로 사용하지는 않았고, 그 나머지 발언은 일부 사실에 가까운 표현이기는 하나, 이 부분 발언의 전체적인 취지와 선거인이 위 발언을 접하였을 때 받게 되는 인상 등을 종합하여 고려하면, 피고인은 자신이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨긴 채 이러한 발언을 함으로써 선거인의 공정한 판단을 흐리게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀으므로, 피고인의 이 부분 발언은 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 타당하다.

- ① 공소외 3의 모친 공소외 5는 2012. 4. 10. 센터 앞으로 공소외 3에 대하여 조울증 치료를 의뢰하는 내용의 의뢰서를 작성하였고, 여기에 공소외 3의 형제자매들인 공소외 47, 공소외 15, 공소외 14가 연명하여 서명한 바 있다(증거기록 제1권, 258, 259면, 제4권 1494, 1495면). 그러나 위 의뢰서가 센터에 정식으로 접수되었는지는 불분명하다.
- ② 피고인은 그와 별도로 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따라 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다.

- ③ 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였고, 이에 공소외 1이 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하자, 다시 공소외 1에게 그 내용 일부를 수정하도록 지시한 다음 공소외 1로부터 공소외 2가 수정한 평가문건을 재차 전달받기도 하였다.

- ④ 공소외 5는 2012. 6. 15. 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 한 적이 있다.

그런데 공소외 4는 그 전날인 2012. 6. 14. 공소외 5를 찾아가 공소외 5에게 센터를 방문하여 공소외 3에 대한 진단을 요청하라는 취지로 말하였다(원심 증인 공소외 4의 진술 및 증거기록 제4권 1477면 참조). 또한, 공소외 4는 당시 공소외 2에게 공소외 5가 센터에 방문할 것이니 상담을 잘 해 달라고 말하고, 공소외 5와 공소외 15를 위 센터 사무실로 직접 안내하기도 하였다.

- ⑤ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈고, 이에 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다.
- ⑥ 또한, 공소외 4는 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받던 상황에서 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다.

- ⑦ 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에

대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대학교병원과 센터에 발송하였다.

그런데 위 내용증명은 공소외 7이 직접 그 문언을 작성한 것이고, 그 무렵 피고인에게 위 내용증명 작성 사실을 보고하였다.

⑧ 피고인은 2012. 6. 또는 7.경 분당서울대학교병원장인 공소외 32와 통화하면서 "공소외 3의 정신건강상태에 문제가 있어 공소외 3을 입원시켜 치료하는 데 협조해 달라"는 취지로 말하기도 하였다(당시 공소외 32는 현재 단계에서 바로 입원 절차를 진행하기는 어렵다는 취지로 답변하였다).

⑨ 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

⑩ 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하여 이를 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 교부하였다.

⑪ 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 증거기록 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

⑫ 성남시장 수행비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서 그 실행을 거절한 바 있다.

⑬ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 ▷▷경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

⑭ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

⑮ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

다만 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 별달리 진행된 바 없다.

다) 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있는지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨기고 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표한다는 고의도 있었다고 봄이 타당하다.

① 앞서 본 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구 보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제 25조의 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였고, 그 진행 상황에 대해서도 수시로 보고받았다.

따라서 피고인은 위 강제입원 절차의 개시와 진행 경과를 그 누구보다 잘 알고 있었던 지위에 있었다.

② 피고인이 친형인 공소외 3을 강제로 정신병원에 입원시키려 시도했다거나 입원시켰다는 세간의 의혹은 이 사건 토론회 무렵에만 있었던 것이 아니다.

2012. 9.경 "피고인이 자신을 정신병원에 강제입원시키려 했다"는 취지의 주장이 담긴 공소외 3에 대한 인터뷰가 ▶▶일보에 보도(증거기록 제14권 6984면)된 이래, 위와 같은 의혹은 2017.경까지도 계속하여 언론, SNS(소셜 네트워크 서비스) 등에 의해 퍼져 나갔다.

특히 피고인이 성남시장 후보자로 출마한 2014. 6. 지방선거 당시에도 위와 같은 의혹이 제기된 바 있다.

③ 피고인은 위와 같은 의혹이 제기된 2012.경부터 최근까지 여러 차례에 걸쳐 SNS, 언론인터뷰 등을 통해 위 의혹은 사실이 아니라고 적극 해명해 왔는데, 그 해명의 주요 내용은 "㉞ 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 치료 또는 강제진단을 의뢰한 것이다.

또는 ㉟ 공소외 3을 실제로 정신병원에 입원시킨 것은 그 처와 딸이다"라는 취지이다(공판기록 제26권 15099~15113면). 그런데 피고인의 위 해명 내용 어디에도 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차 진행을 지시하였다거나 그 절차 개시에 관여하였다는 부분은 찾기 어렵다.

④ 피고인의 이 사건 토론회에서의 이 부분 발언은 피고인이 기존에 위와 같이 여러 차례에 걸쳐 해명한 내용과 크게 다르지 않고, 그 표현도 거의 유사하다.

따라서 TV합동토론회에서 이루어지는 공방의 즉흥성·계속성으로 인해 이 부분 발언의 표현이 다소 불명확할 수 있다는 점을 고려하더라도, 피고인이 이 부분 발언의 전체적인 취지와 이에 대해 일반 선거인들이 받는 인상을 정확하게 고려하지 않은 채 이 부분 발언을 하였다고 보기는 어렵다.

⑤ 피고인은, 전 국회의원 공소외 33이 2014. 10. 20. 채널에이 방송프로그램에서 '피고인이 아무런 문제가 없음에도 친형을 사이가 안 좋아졌다는 이유로 정신병원에 입원시켰다'는 취지의 발언 등을 한 데 대하여, 그 무렵 위 공소외 33을 상대로 위 내용이 허위라는 이유로 손해배상청구의 소를 제기하고, 2015. 4. 22. 승소판결을 받기도 하였다(서울중앙지방법원 2014가합586479). 이와 같이 피고인은 자신에 대한 세간의 의혹 중 "피고인이 공소외 3을 정신병원에 강제입원시켰다"는 허위 내용에 대해서는 적극적으로 대처하기도 했는데, 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인은 자신에 대한 의혹의 내용과 그 허위 정도에 관하여도 비교적 정확하게 파악하고 있었던 것으로 보인다.

- ⑥ 이 사건 토론회에서 상대방 후보자인 공소외 6은 피고인에게 “성남시청 8층에 위치한 분당서울대병원에 위탁한 성남시 정신보건센터에서 공소외 3 씨에 대해 아무런 문진이나 검진도 없이 정신병자라고 판명했습니까?”라고 물었고, “2012년 4월에 분당서울대학교병원에서 분당보건소에 조울병일 가능성이 높다는 평가의견서 낸 거 알고 있죠?”, “그 다음에 2012년 8월에 분당△병원, 분당보건소에서 공소외 3씨가 자신 및 타인을 해할 위험성이 있다는 진단서를 낸 거 알고 있죠?”라고 묻기도 하였다.

비록 공소외 6의 위 표현에는 정확하지 않은 부분도 있으나, 그 발언의 구체적인 표현을 고려할 때 피고인은 위 질문의 전체적인 취지가 2012. 4.경부터 2012. 8.경 사이에 이루어진 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차에 관한 것임을 충분히 이해할 수 있었다.

- ⑦ 비록 피고인에게 제기된 이 부분 의혹 중에는 “피고인이 ‘불법적인’ 방법으로 공소외 3을 정신병원에 강제입원시키려 했는지”에 관한 부분도 있기는 하지만, 일반 선거인들은 그 불법 여부를 불문하고 피고인이 공소외 3을 강제로 입원시키려 한 적이 있는지 그 자체에 대해서도 공직후보자로서의 피고인의 자질과 도덕성에 관한 중요한 정보로 여겼을 것이다.

그러나 당시 일반 선거인들이 위와 같은 정보에 대해서 잘 알고 있었던 것으로 보이지 않고, 피고인의 지위, 이력, 선거경력 등을 고려하면 피고인도 이러한 점을 잘 알고 있었을 것이다.

- ⑧ 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

더욱이 피고인은 모친과 형제자매들이 공소외 3에 대한 진단을 의뢰하였다고 설명하면서도 “저는 그걸 직접 요청할 수 없는 입장이었다”라고 표현하기도 하였다.

- ⑨ 피고인이 어떠한 ‘불법적인’ 절차에 의해 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적은 없다는 취지로 표현할 의도로 이 부분 발언을 한 것이라면, 당시 공소외 3에 대하여 강제진단을 의뢰한 사람은 피고인의 모친과 형제자매들일 뿐이라는 취지로 표현하는 것이 그 의도에 부합하는 것인지 의문이다.

오히려 피고인에게 그와 같은 의도가 있었다면, 당시 피고인의 지시에 따라 공소외 3에 대하여 이루어진 절차는 적법한 것임을 강조하는 표현을 하는 것이 더 자연스럽다.

- ⑩ 비록 구 정신보건법 제25조 제6항이 입원치료를 목적으로 하는 것과 달리 구 정신보건법 제25조 3항에 따른 절차의 목적은 정확한 진단에 있는 것이기는 하지만, 그에 따라 이루어지는 절차 역시 정신질환 의심자를 그 의사에 반하여 입원시키는 것이다.

앞서 본 여러 사정에 의하면, 피고인은 구 정신보건법 제25조에 따른 이러한 절차를 정확하게 이해하고 있었다.

그런데도 피고인이 그동안 ‘친형 강제입원’ 의혹에 대한 해명 과정에서 ‘치료를 위한 강제입원’과 달리 ‘강제진단’ 또는 ‘진단요청’이라는 용어를 구별하여 사용해 왔고, 양자는 다른 절차임을 강조해 왔다는 것은 오히려 피고인이 ‘입원’ 시도 자체를 숨기려고 했다는 것에 더 부합하는 사정이다.

- ⑪ 피고인이 설령 “공소외 3을 입원시키려고 강제력을 행사한 행위는 전혀 없었다”라거나, “공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 절차가 진단 단계에서 종료되었다”라는 점을 밝히려는 의도로 이 부분 발언을 하였다 하더라도, 이 부분 발언에서 피고인이 그러한 판단이나 절차에 관여하였는지 여부가 전혀 드러나지 않으므로, 피고인의 이 부분 허위사실공표에 대한 고의를 부정할 수 없다.

- ⑫ 위와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인은 이 사건 토론회에서 이 부분 발언을 하면서 "피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실"을 일반 선거인들에게 알리지 않기 위해 이를 의도적으로 숨겼다고 봄이 타당하다.

라) 피고인 및 변호인의 주장에 대한 판단

(1) 공소 범위에 관한 판단

피고인의 변호인은, 이 부분 공소사실은 피고인이 공소외 3에 대한 '위법한' 입원 시도를 한 적이 있음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것일 뿐, 피고인이 공소외 3에 대하여 '적법한' 입원 절차 개시를 지시하였음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것은 이 부분 공소사실에 포함되어 있지 않다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실의 문언과 검사의 이 부분 공소사실에 대한 의견 등을 종합하여 보면, 이 부분 공소사실의 범위가 피고인의 변호인의 주장과 같다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 허위사실공표의 대상으로서 '행위'에 해당하는지 여부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 피고인의 '의도'에 관한 내용일 뿐 '행위'에 관한 부분이 아니므로, 공직선거법 제250조 제1항의 구성요건인 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 허위 사실을 공표한 것이다.

그런데 피고인이 위 강제입원 절차를 지시하고 그에 따라 위 절차가 일부라도 진행되었는지 여부는 피고인의 주관적 내심의 영역에 머무르는 사항이 아니고, 피고인의 외부적 행동에 관한 사항이다.

또한 이는 후보자의 자질, 성품, 도덕성 등의 지표로 삼을 수 있는 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

따라서 이 부분 발언은 공직선거법 제250조 제1항에서 규정하는 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이라고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

(3) '당선될 목적'의 존부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회에서 상대 후보자의 공격적이고 악의적인 질문에 단순히 부인한 것에 불과하므로 피고인에게 '당선될 목적'이 없었다고 주장한다.

공직선거법 제250조 제1항의 '당선되거나 되게 할 목적'에 대하여는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족한데, 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법

원 2009. 1. 15. 선고 2008도10365 판결 등 참조). 위 법리에 비추어 살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 발언인데다가, 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

비록 이 발언이 피고인의 구 정신보건법 제25조의 절차 관여 사실을 숨김으로써 허위사실을 공표한 것으로 평가된 것이기는 하나, 그 내용은 피고인의 후보자로서의 자질과 성품 및 도덕성에 관한 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

피고인이 이 사건 토론회 당시 위 절차 관여 사실을 숨기지 말았어야 한다고 하여 이것이 피고인의 헌법 및 형사소송법상 '자기에게 불리할 진술을 강요당하지 않을 권리'를 침해하는 것이라고 볼 수도 없다(대법원 2018. 4. 24.자 2018초기306 결정 참조). 따라서 피고인이 이 부분 발언으로써 허위사실을 공표한 것에는 미필적으로나마 당선될 목적이 있었다고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

마) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있는데도, 이와 달리 판단한 원심 판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

5) 피고인이 절차를 중단시켰다는 부분에 관한 판단

가) 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차를 중단시킨 바 없는데도, 이 사건 토론회에서 자신이 위 절차를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.

나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언이 허위라거나, 피고인에게 허위사실을 공표한다는 고의가 있다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

① 앞서 인정한 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하였고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였다.

이러한 상황에서 피고인의 지시나 동의 없이도 위 절차가 중단될 수 있다고 보기는 어렵다.

② 2012년도에 성남시 부시장으로 재직한 공소외 34는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 2012. 가을경 자신을 찾아와 '공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차를 진행하게 되면 자신이 향후 형사책임을 질 수 있을 것 같아 힘들다'고 하여 자신이 공소외 4에게 그 일을 하지 말라고 지시하였다.

이후 피고인을 찾아가 공무원들이 힘들어 하고, 정치적으로도 무리가 있으니 위 절차를 그만두자고 건의하였다.

이에 피고인이 '다른 기관에 이 문제에 관한 유권해석 질의를 해 놓고 위 절차를 종료하자'고 말했다"라는 취지로 진술하였다.

공소외 34의 위 진술에 따르면, 피고인은 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차를 중단시켰다고 볼 수 있다.

③ 검사는 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 공소외 4의 자의에 의한 포기로 중단된 것이라고 주장한다. 그러나 공소외 4가 2012. 8. 17. 공소외 3을 만나러 >>경찰서로 갔으나 공소외 3을 만나지 않고 복귀한 이후에도, 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하며 질책하기도 하였고, 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질 의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

④ 그런데 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차가 별달리 진행된 바 없다.

이러한 상황 역시 피고인이 위 절차 진행을 중단시키기로 했기 때문이라고 보인다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 기타 부분에 관한 판단

가) 한편, 이 부분 공소사실 중 "사실 공소외 3은 2013. 3.경 교통사고를 당해 그 사고의 후유증으로 우울증 등을 앓게 되었으며, 2014.경에 이르러 그 우울증이 심해져 부인인 공소외 11과 딸인 공소외 16이 2014. 11.경 ∇∇정신병원에 공소외 3을 입원시켰을 뿐 2012.경 당시에는 정신병이 있다고 전문의의 진단이나 치료를 받은 사실이 없었고, 공소외 11과 공소외 16도 공소외 3에게 정신적으로 문제가 있다고 생각을 하지 않았음에도" 피고인의 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였다는 부분에 대해서는 원심 판결에서 명시적으로 판단된 바 없고, 검사도 이 부분에 관하여 항소이유를 제출하지 않았다.

나) 직권으로 살피건대, 앞의 직권남용권리행사방해의 점에 관한 판단에서 살펴본 바와 같이, 이 부분 공소사실 기재 일 시 무렵에도 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하고, 공소외 3이 2002. 2.경 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

따라서 이 부분 발언도 허위사실이라거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵다.

5. 검사사칭 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 5. 29. 23:00경 KBS 스튜디오에서 진행한 "2018 지방선거 경기도지사 후보 KBS 초청 토론회"에서 검사 사칭 여부에 대한 바른미래당 공소외 6 후보자의 질문에 "제가 한 게 아니고, 피디가 사칭하는데 제가 옆에 인터뷰 중이었기 때문에 제가 그걸 도와주었다는 누명을 썼습니다", "저는 검사를 사칭해 전화를 한 일이 없습니다.

피디가 한 것을 옆에서 인터뷰 하고 있었다라는 이유로 제가 도와 준 걸로 누명을 썼습니다.

“라고 답변하고, 이어 추가시간을 요청한 뒤 “파크뷰 특혜분양사건이라고 기억하시는 분들 많으실 것입니다.

파크뷰 특혜분양사건을 제가 추적해서 폭로했습니다.

그래서 제가 고소당했지요. 어떤 모 방송에서 저를 인터뷰를 했는데 인터뷰를 할 때 전화가 걸려 온 거예요 시장에서. 그래서 그분이 전화로 내가 어디 어디 검사인데 사실대로 얘기하라 이렇게 이야기했죠. 저는 일보고 있었습니

다. 이거를 제 사무실에서 인터뷰 중에 한 것을 걸어서 제가 도와준 걸로 됐다는 것 말씀드리고요.”라고 부연 발언하였

그러나 사실 “분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건”에 관한 보도자료를 수집하던 KBS ‘추적60분’ 담당 프로듀서 공소외 12가 2002. 5. 10. 변호사 피고인 법률사무소 내 피고인의 집무실에서 피고인과 인터뷰 도중 당시 성남시장 공소외 35로부터 전화를 받고 피고인과 무관하게 ♠모 검사를 사칭하며 공소외 35와 통화한 것이 아니라 피고인이 공소외 35로부터 전화를 달라는 음성메시지를 받은 공소외 12에게 사칭할 수원지방검찰청 검사의 이름과 물어볼 질문의 요지를 알려준 다음 공소외 12가 위 ♠모 검사를 사칭하여 공소외 35와 통화를 시작하자 메모지에 추가질문사항을 적어주거나 나지막한 목소리로 설명을 해 주는 등 공소외 12와 공모하여 피고인과 공소외 35 간의 형사사건을 담당하는 수원지방검찰청 검사를 사칭하여 그 권한을 행사하였고 그로 인해 형사처벌을 받았다.

이로써 피고인은 당선될 목적으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 경력 내지 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 공소외 12가 검사를 사칭하는 전화를 하고 있을 당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

피고인의 이 부분 발언에는 인터뷰 중 구체적으로 어떠한 내용 때문에 검사사칭을 도운 것으로 평가되었는지에 관하여 아무런 발언이 없으므로, 피고인이 검사사칭과 무관한 행위를 하던 중 공소외 12가 검사를 사칭하게 되었다는 사실을 공표하였다고 볼 수 없다.

또한, 공소외 36의 진술 등에 비추어 보면, 피고인이 당시 ‘일 보고 있었다’라는 발언도 허위라고 보기 어렵다.

② 공소외 12가 검사사칭을 할 당시 공소외 35에게 전화를 건 것임에도, 피고인이 ‘공소외 12가 공소외 35로부터 전화를 받았다’는 취지로 발언한 부분은 의도적 행위가 아니라 착각 내지 오인일 가능성이 크므로, 허위사실공표의 고의가 없다.

③ 검사사칭을 도운 것으로 누명을 썼다는 취지의 발언은 그 처벌이 부당하다거나 억울한 결과라는 의미이고, 이 표현을 사실의 적시라고 볼 수 없다.

피고인이 검사사칭으로 처벌받은 것이 억울하다는 의미도 다의적이어서 공소외 12가 피고인과 무관하게 검사사칭 행위를 하였다고 발언한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 개별 허위사실을 주장하지 않은 이상 이 부분 누명을 썼다는 표현은 사실의 공표로 보기 어렵고, 피고인의 입장표명 내지 평가 정도의 발언에 불과하다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 '허위의 사실'이란 진실에 부합하지 아니하는 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다.

이때 어떤 진술이 사실주장인지 또는 의견표현인지를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법 취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제된 말이 사용된 문맥, 증명가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2015도3038 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인의 검사사칭 전과

(1) 피고인은 수원지방법원 성남지원 2002고합113호로 "피고인이 공소외 12와 공모하여 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다"는 내용의 공무원자격사칭 등의 혐의로 구속기소되었다.

위 법원은 2002. 11. 13. 피고인의 위 공무원자격사칭 혐의와 공소외 35에 대한 무고 혐의를 유죄로 인정하여 피고인을 벌금 250만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다.

(2) 위 사건의 항소심은 2003. 7. 1. 피고인의 공무원자격사칭 혐의에 관한 항소이유 주장을 배척하면서, 다만 제1심의 형이 다소 무겁다는 이유로 피고인을 벌금 150만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다(서울고등법원 2002노3184).

(3) 위 사건의 상고심은 2004. 12. 24. 위 판결에 대한 피고인과 검사의 상고를 모두 기각하였고(대법원 2003도4065), 위 판결이 그대로 확정되었다(이하 '관련 형사판결'이라 한다).

나) 피고인의 토론회 발언

2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) 이 부분 발언이 사실주장인지 의견표현인지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언은 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 주장한 것이라기보다는 '공무원자격사칭죄로 유죄확정판결을 받은 것은 자신의 입장에서 볼 때는 억울하다'는 취지의 의견을 표현한 것이라고 봄이 타당하다.

① 피고인은 1999. 9.경부터 '분당 백궁·정자지구 파크뷰'가 특혜로 용도변경되었다고 주장하면서 그 용도변경 반대운동을 해 왔고, 1999. 11.경 구성된 '분당 백궁역 일대 부당용도변경 저지를 위한 공동대책위원회'의 공동집행위원장으로 선임되기도 하였다.

② KBS '추적60분' 취재팀은 2002. 5. 초경 당시 의혹으로 크게 부각된 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'을 기획취재하기로 하였다.

이에 그 담당 피디로서 공소외 12를 비롯하여 공소외 37, 공소외 38 등이 그 무렵 피고인에게 위 사건에 관하여 여러 문의를 하였고, 공소외 12는 2002. 5. 8.경 무렵 피고인의 변호사사무실을 방문하여 피고인으로부터 위 사건에 관한 설명을 듣고 관련 자료를 받아 오기도 하였다.

③ 공소외 12는 2002. 5. 10. 재차 피고인을 만나려고 피고인의 변호사사무실을 방문하였을 당시 공소외 35와 이 사건 검사사청 통화를 하게 되었다.

이후 피고인은 공소외 12로부터 위 검사사청 통화 내용이 담긴 녹음테이프를 받고 2002. 5. 23. 성남시청에서 기자회견을 하면서 공소외 35가 위 통화 중 발언한 내용을 공개하였다.

④ 공소외 35는 2002. 5. 25. 피고인과 공소외 12를 공무원자격사청 및 공직선거법위반 등의 혐의로 고소하였다.

피고인은 이로 인하여 수사를 받던 중 검사의 2002. 6. 1.자 소환 요구에 불응하면서 위 사건이 정치적으로 악용되는 것을 막기 위해 당시 지방선거일인 2002. 6. 13.이 지난 후에 검사의 소환에 응하겠다고 하였다.

피고인은 자신에 대한 체포영장이 2002. 6. 5. 발부되었음에도 위 지방선거 이후인 2002. 6. 28.에서야 검찰청에 출석하여 당일 체포되었으며, 2002. 7. 1. 구속되어 2002. 7. 4. 공무원자격사청 등의 혐의로 기소되었다.

⑤ 피고인은 그 수사 및 재판 과정에서 "검찰이 예단을 가지고 피고인에 대하여 구속방침을 세워둔 채 악의적으로 사건을 조작하며 수사하였다"는 취지로 주장하였다.

한편, '민주사회를 위한 변호사모임'은 2002. 7. 18.경 국가인권위원회에 피고인에 대한 위 수사과정에 부당한 문제가 있다는 취지로 진정하기도 하였다.

⑥ 피고인에 대한 위 형사재판에서 결국 관련 형사판결이 선고되어 확정되었는데, 여기에서 인정된 피고인에 대한 공무원자격사청의 범죄사실은 구체적으로 다음과 같다.

한국방송공사 "추적 60분" 프로그램에서 프로듀서로 재직한 공소외 12는 2002. 5. 18. 22:00경 KBS에서 방영될 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'에 관한 보도자료를 수집하기 위해 성남시장과 위 파크뷰 시행업체인 에이치원(H-1)개발 주식회사 회장 공소외 39 등과의 유착의혹 및 이들의 배후를 취재함에 있어 2002. 5. 10. 10:59경 전 성남시장 공소외 35의 전 수행비서 공소외 40에게 전화하여 "검찰청"이라고 자신 측을 소개하고, 같은 날 11:26경 성남시청 시장 비서실에 전화하여 소속 직원인 공소외 41에게 자신 측을 "검찰청 검사실"이라고 소개하며 각 공소외 35와의 통화를 시도하였는데, 공소외 12가 같은 날 11:28경 피고인의 법률사무소 내 집무실에서 취재 목적으로 KBS에서 제공받아 사용중인 핸드폰에 공소외 35로부터 자신의 핸드폰으로 전화를 해달라는 내용의 음성

메시지가 녹음되어 있는 것을 확인하자, 피고인은 공소외 12로 하여금 공소외 35와 피고인간에 맞고소하여 수사중인 업무상 배임 및 명예훼손 사건의 주임검사인 수원지방검찰청 ♠모 검사의 자격을 사칭하여 마치 위 ♠검사가 공소외 35를 상대로 위 맞고소 사건에 관하여 전화로 그 의혹 및 배후관계 등에 조사하는 것처럼 하려고 공소외 35에 대한 질문사항을 사전에 공소외 12에게 개략적으로 설명하면서 통화중 그때그때마다 메모지에 추가로 작성하여 보여주고, 공소외 12는 공소외 35에게 전화를 걸어 위 메모지에 기재된 내용을 가지고 질문하여 그 답변을 얻어내고 카메라담당 공소외 42, 오디오담당 공소외 36로 하여금 이를 녹취하게 하여 보도하기로 하고, 공소외 12와 공동하여, 공소외 12는 피고인에게 "수원지검에 경상도 말을 쓰는 검사 중 아는 사람 있어요"라고 물어 피고인이 "수원지검에 ♠모 검사가 있는데 시장도 그 이름을 대면 잘 알 겁니다"라고 대답하자, 공소외 12는 공소외 35에게 "수원지검 ♠검사입니다, 수사 중에 아니 조사하는 과정에서 시장님께 확인을 받아야 할 일이 있어서 전화를 하였습니다, 제가 조사하는 참고인이 시장님께서 ♡회장으로부터 은갈치를 받았고 ♡회장과 골프를 쳤다고 진술하는데 그 부분에 대하여 시장님의 확인을 받고 싶어서 전화를 하였습니다.

시장님께 도움을 드리려고 그러니까 좀 상세하게 말씀해 주시기 바랍니다"라고 마치 위 사건을 수사중인 ♠검사인 양운을 댄 다음 공소외 35를 상대로 사칭하는 통화를 시작하였고, 피고인은 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 위 공소외 35에 대한 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명하고, 이에 따라 위 공소외 12는 공소외 35에게 "분당 백궁지구 용도변경은 누구의 부탁을 받고 한 것은 아닌가, 파크뷰의 ♡회장에게서 은갈치를 받고 함께 골프를 치는 등 친분관계가 있는 것으로 알고 있는데 ♡회장으로부터 부탁을 받고 설계변경을 한 것은 아닌가, 선거 때 ♡회장이 도와주었는가, 왜 성남시 부시장이 ♡회장의 골프클럽하우스의 사무실을 사용하였는가, ♡회장이 성남지청과 수원지검 검사들과 어울려 골프를 쳤다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 박모 비서관과 이모부장검사가 시장과 가깝게 지낸다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 작년에 ♡시장이 고소한 내용의 수사가 그 당시 왜 지연되었는가" 등에 관하여 마치 검사가 공소외 35를 상대로 피의자신문하듯이 유도 질문을 하며 그 답변을 얻어내는 등으로 조사하여 공무원인 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다.

⑦ 위와 같이 공무원자격사칭에 관한 피고인의 객관적인 행위는 ㉞ 공소외 12에게 ♠모 검사의 이름을 알려주면서 시장도 그 이름을 대면 잘 알 것이라고 말한 행위와 ㉜ 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명한 행위이다.

⑧ 그러나 피고인은 위 형사재판을 받는 동안 ㉞ 당시 공소외 12에게 취재 대상사건의 내용과 그 관련사건을 담당하는 검사의 이름을 알려주었을 뿐, 공소외 12가 검사를 사칭하려는 것을 몰랐고, ㉜ 공소외 12가 공소외 35와 통화할 당시 일을 하다가 중간 중간 카메라 스피커로 공소외 12의 통화내용을 엿들었을 뿐 공소외 12에게 질문할 사항을 알려준 적은 없다고 주장하면서 공소외 12와의 공모관계를 적극 부인하였다.

⑨ 위 사건에서 법원은 공소외 12 및 위 공소외 42, 공소외 36의 각 진술의 신빙성을 인정하여 피고인의 위 주장을 배척하고 관련 형사판결을 선고하면서도, 그 범행의 동기나 경위에 관한 피고인의 변소를 일부 고려하여 공소장에 기재된 공소사실 일부를 아래와 같이 다소 수정하여 위 범죄사실을 인정하였다(양자에 차이가 있는 부분 중 주요 부분

을 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다)

- ⑩ 특히 위 공소사실에서는 피고인이 먼저 공소외 12에게 검사사칭 통화를 하라고 부추겼다는 취지로 기재되어 있으나, 관련 형사판결의 범죄사실에서는 공소외 12가 먼저 검찰청을 사칭하는 통화를 시도한 이후 피고인과 공소외 12가 검사사칭을 공모하였다고 기재되어 있다.

공소외 12도 당시 검찰 수사과정에서 "피고인이 자신에게 검사사칭을 부추겼다는 부분은 사실과 다른 것 같다.

사칭은 제가 먼저 우연히 시작을 하였고 부추김을 받아 한 것은 아니기 때문이다"라고 진술하였고(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1026면), 제1심 증인으로 출석하여서도 같은 취지로 진술하였다(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1772, 1814면).

[다만 그 항소심은 위 공소사실과 같이 '피고인이 공소외 12와 공소외 35의 통화 도중 공소외 35의 답변을 듣고 있다가 공소외 12에게 손가락으로 동그랗게 만들어 만족한 답변이 나왔다는 취지의 사인을 보내기도 한 사실'은 인정된다 고 판단하였다(서울고등법원 2002노3184, 증거기록 제16권에 편철된 수사기록 494면)]

- ⑪ 피고인으로서 위와 같이 관련 형사판결에 이르기까지 일련의 경위나 과정에 비추어 자신이 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'의 의혹을 폭로하면서 공소외 35의 통화 중 발언 내용을 공개한 탓에 피고인이 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담한 것으로 평가되거나 구속까지 된 것이어서 억울하다는 인식을 가졌으리라고 볼 여지가 있다.

- ⑫ 피고인은 2018년 경기도지사선거에서 자신의 선거공보물 중 전과기록 '소명서' 란에 관련 형사판결의 범죄사실에 관하여 "시민운동가로서 공익을 위해 분당파크뷰 특혜분양 사건 진상규명과 고발 과정에서 발생. 특혜분양사건 대책위 집행위원장이던 후보자를 방송PD가 인터뷰하던 중 담당 검사 이름과 사건 중요사항을 물어 알려주었는데, 법정 다툼 끝에 결국 검사사칭을 도운 것으로 판결됨"이라고 기재하였다.

위 소명문구는 관련 형사판결에 대한 자신의 입장이나 의견을 개진한 것이라 할 것인데, 피고인의 이 부분 발언은 위 소명문구의 내용과 크게 다르지 않다고 보인다.

⑬ 위와 같은 사정에다가 피고인의 이 부분 발언이 TV합동토론회에서 한 표현인 점, 그 발언의 전체적인 맥락과 사용된 구체적 표현, 특히 피고인이 이 부분 발언을 하는 과정에서 "보복을 당했다고 생각한다"라고 표현하기도 한 점을 종합하여 고려할 때, 피고인의 이 부분 발언의 전반적인 취지는 피고인이 관련 형사판결에서 검사사칭으로 처벌받은 것에 대해서 일반 유권자들에게 그 범죄사실에 관한 자기 나름의 경위와 과정을 설명하며 관련 형사판결로 처벌받은 것은 억울하다는 취지라고 이해되고, 피고인의 관련 형사판결에 대한 이러한 입장표명이 이 부분 발언의 결정적인 요소라고 봄이 타당하다.

4) 허위사실의 공표인지 여부 및 그에 대한 고의가 있는지 여부에 대한 판단

예비적으로 판단하건대, 비록 피고인이 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 공표한 것이라고 볼 여지가 있다고 하더라도, 검사가 제출한 증거만으로 피고인에게 그 허위사실공표의 고의가 있다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기도 어렵다.

① 피고인의 이 부분 발언 중 "검사사칭 통화를 한 사람은 피고인이 아니라 방송국 피디이다"는 부분과 "당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었다"는 부분은 관련 형사판결의 범죄사실을 보더라도 허위사실이라고 보기 어렵고, 대체로 사실에 부합한다.

또한, 피고인의 이 부분 발언 중 "당시 피고인이 일 보고 있었다"는 부분 역시 위 각 증거에 비추어 보면 허위사실이라고 인정하기 어렵다.

다만 피고인의 이 부분 발언 중 "공소외 35로부터 먼저 전화가 걸려와 공소외 12가 검사사칭을 하기 시작했다"는 부분은 위 범죄사실과 다르기는 하나, 이는 그 경위에 관하여 사실과 약간 다르거나 중요한 부분에서 차이가 있다고 보기 어려운 부분이다.

그 외에 피고인의 이 부분 발언 중 관련 형사판결의 범죄사실과 전혀 다른 내용이 있거나 그와 모순·저촉되는 내용이 포함되어 있다고 보기는 어렵다.

② 피고인은 관련 형사판결의 수사단계에서부터 현재에 이르기까지 일관하여 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담하지 않았다고 주장하고 있다.

따라서 피고인이 현재에 이르러 그와 같이 주장한다 하여 허위사실공표의 고의가 있는 것이라고 단정하기 어렵다.

③ 관련 형사판결에서 인정된 피고인의 범죄사실은 그 판결문을 보면 누구나 쉽게 확인할 수 있으므로, 피고인이 굳이 위 범죄사실에 반하는 허위사실을 적극적으로 공표할 동기나 이러한 공표로 인하여 피고인이 얻을 이익을 생각하기 어렵다.

5) 소결론

원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 대체로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 선거공보물을 이용한 허위사실공표

피고인은 2018. 5. 중순경 자신의 책자형 선거공보물(이하 '이 사건 선거공보물'이라 한다)을 제작·배포하면서 선거공보물에 "[결재 한 번에 5,503억 원 번 사연] 결재 한 번으로 5,503억 원을 벌었다면 믿으시겠습니까? 성남시에서 실제로 벌어진 이야기입니다.

(중략) 성남시는 개발이익금 5,503억을 고스란히 시민의 몫으로 환수했습니다.

(중략) 이 중 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에, 2,761억 원은 1공단 공원 조성 사업비로 사용되었고, (후략)"라고 기재한 뒤 2018. 6. 2.부터 6. 3.경 사이에 이 사건 선거공보물 5,262,380부를 경기도선거관리위원회를 통해 유권자들에게 배포하였다.

1공단 부지 공원조성 사업비 2,761억 원 또한 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 토지보상비 및 PF 대출수수료 등 합계 약 1,254억 원만이 지출되었을 뿐이고, 성남지원 및 성남지청 신청사 이전을 둘러싼 성남지원의 예정부지 면적 확대 및 공원조성공사 잠정 유보요청 등으로 인해 공원조성공사가 착공도 되지 않았으며, 이 사건 사업시행 이전 1공단 부지 도시개발사업 관련 권리자였던 ■■■■■■■■■■■■■■■■■ 주식회사가 성남시 등을 상대로 소가 2,511억 원 상당의 손해배상의 소를 제기하여 해당 민사소송이 계속 중이었으므로 1공단 부지 공원조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정되거나 귀속된 사실이 없었다.

발이익 내지 개발이익금이 확정 내지 귀속된 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 불특정 다수의 유권자들에게 위와 같은 내용의 발언을 함으로써 당선될 목적으로 연설에 의한 방법으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 대장동 도시개발사업의 개발이익 환수구조에 의하면 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용에 다소 부정확하거나 부적당한 부분이 있기는 하나, 그 판시와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 그 각각의 표현은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있는 정도에 불과하다 할 것이어서 이를 허위의 사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이라면 충분하다.

하지만, 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등).

또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 대장동 도시개발사업에 관한 기초적 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 성남시의 제1공단 도시개발사업 추진 경위

(1) 주식회사 ◆◆◆◆◆는 성남시에 '성남산업단지 제1공단'이 있었던 성남시 수정구 신흥동 2458 일대(이하 '제1공단 부지'라 한다)를 도시개발구역으로 지정할 것을 제안하였다.

성남시는 위 제안을 받아들여 2009. 5. 15. 시행자를 지정하지 아니한 채 제1공단 부지 84,235㎡를 '성남신흥 도시개발 구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '제1공단 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발사업계획을 수립하여 고시하였다.

- (2) 이후 ■■■■■■■■■■■■ 주식회사(이하 '■■■■■■■■'라 한다)가 2009. 9. 1.경 주식회사 ◆◆◆◆◆로부터 제1공단 도시개발사업과 관련된 권리를 양수하였다.
- (3) ■■■■■■■■는 2010. 5. 25.경 성남시에 제1공단 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2010. 7. 6. 이를 반려하였다.
- 이에 ■■■■■■■■가 경기도행정심판위원회에 재결을 신청하였고, 위 행정심판위원회는 2010. 12. 30. 위 반려처분이 위법하다고 보아 이를 취소하였다.
- 그러나 성남시는 2011. 5. 2. 새로운 처분사유가 있다는 이유로 ■■■■■■■■의 위 신청을 재차 반려하였다.
- 는 2011. 6. 7.경 다시 성남시에 위 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2011. 8. 16. 위 신청도 반려하였다(이하 위 2011. 5. 2.자 반려처분과 2011. 8. 16.자 반려처분을 통틀어 '이 사건 거부처분'이라 한다).
- (4) 성남시는 2012. 5. 29. 위 성남신흥 도시개발구역에 대하여 그 도시개발구역 지정·고시일로부터 3년이 되는 날까지 실시계획 인가가 신청되지 아니하였다는 이유로 도시개발법 제10조 제1항 제1호에 따라 도시개발구역 지정 해제를 고시하였다.

나) 성남시의 대장동 도시개발사업 추진 경위

- (1) 성남시는 2011. 3.경 이 사건 대장동 부지를 공영개발 방식으로 개발하는 방안을 추진하였다.
- 이에 성남시는 2011. 3. 24. 성남시 분당구 대장동 210 일원(이하 '이 사건 대장동 부지'라 한다) 910,000㎡를 '성남대장 도시개발구역'으로 지정고시하였다.
- (2) 이후 성남시는 2013.경 이 사건 대장동 부지와 제1공단 부지를 하나의 도시개발구역으로 결합하여 개발하기로 하였고, 이에 2014. 1. 24. 위 성남대장 도시개발구역 지정 해제를 고시한 다음 2014. 5. 30. 이 사건 대장동 부지 912,868㎡와 제1공단 부지 56,022㎡를 묶어 '성남 대장동·제1공단 결합 도시개발구역'으로 지정고시하였다.
- 성남시는 2015. 6. 15. 위 대장동·제1공단 결합도시개발사업(이하 '이 사건 결합도시개발사업'이라 한다)의 개발계획을 수립하여 고시하였는데, 이에 의하면 위 개발계획에 속한 제1공단 부지 56,022㎡는 모두 공원, 도로 등의 도시기반 시설용지로 이용하기로 계획되었다.
- (3) 한편, 성남시가 100% 출자하여 2013. 9. 12. 설립된 성남도시개발공사는 2014. 4. 1. 성남시로부터 이 사건 결합도시개발사업 업무를 위탁받는 내용의 협약을 체결하였다(공판기록 제2권 659면). 성남도시개발공사는 2015. 2. 13.경 이 사건 결합도시개발사업의 자금조달 등의 역할을 할 민간사업자를 공모하였고, 그 공모절차에서 주식회사 ●●은행, 주식회사 ▲▲은행 등으로 구성된 컨소시엄(이하 '●●은행 컨소시엄'이라 한다)이 그 민간사업자로 선정되었다.
- (4) 성남도시개발공사는 2015. 6. 15. ●●은행 컨소시엄과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 사업협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 37면, 이하 '이 사건 사업협약'이라 한다)을 체결하였다.

이 사건 사업협약에 따르면, 성남도시개발공사가 과반의 주식 지분(50% + 1주)을 보유하고 ●●은행 컨소시엄이 그 나머지 주식 지분(50% - 1주)을 보유하는 특수목적법인을 설립하여 위 사업을 시행하기로 하는 한편(제9조, 제10조 등), 성남도시개발공사에 대한 사업이익 우선배분과 관련하여, ① 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 데 드는 비용 2,561억 원 전액을 위 사업비에서 충당하고, 이와 별도로 제1공단 공원조성에 부가하여 지하주차장을 건립하되 그 비용도 위 사업비에서 충당하기로 하며(1차 이익배분), ② 개발완료 후 이 사건 대장동 부지 중 임대주택용지 A11 블록(이하 '이 사건 임대주택용지'라 한다)을 성남도시개발공사에 제공하기로 하되, 성남도시개발공사는 이 사건 임대주택용지 대신 현금 정산을 요청할 수 있다고(2차 이익배분) 정하였다(제13조 제5항).

- (5) 또한, 성남도시개발공사는 2015. 6. 22. ●●은행 컨소시엄 측과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 주주협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제4권 645면, 이하 '이 사건 주주협약'이라 한다)을 체결하였는데, 이에 의하면, 이 사건 사업협약에 따라 성남도시개발공사에 제공하기로 한 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하되, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우 위 1,822억 원에서 공급 시점의 이 사건 임대주택용지의 감정가액 이내에서 결정한 공급가액을 공제한 나머지 금원을 성남도시개발공사에 지급하기로 하였다(제3조 제5항).
- (6) 이 사건 사업협약에 따라 그 특수목적법인으로서 '★★★★ 주식회사'(이하 '★★★★'이라 한다)가 2015. 7. 27. 설립되었고, 성남시는 2015. 8. 19. ★★★★★을 이 사건 결합도시개발사업의 사업시행자로 지정하였다.

- (7) 그런데 ■■■■■■가 제1공단 도시개발사업과 관련하여 성남시장을 상대로 제기한 이 사건 거부처분 취소소송의 항소심에서 2015. 8. 18. '이 사건 거부처분은 위법한 처분사유에 기초하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다'는 이유로 이 사건 거부처분을 취소하는 판결(서울고등법원 2014누6892)이 선고되었다.

[다만 위 항소심 판결의 상고심은 2016. 2. 18. "도시개발법 제10조 제1항 제1호는 도시개발사업 시행자의 지정 여부에 관계없이 도시개발구역이 지정·고시된 날로부터 3년이 되는 날까지 실시계획의 인가 신청이 없을 경우 일률적으로 적용되어야 한다"는 이유로 위 항소심 판결을 파기하고, ■■■■■■의 소를 각하한 원심 판결을 유지하는 취지의 항소기각 판결을 선고하였다(대법원 2015두3362)]

- (8) 성남도시개발공사는 2016. 1.경 위 항소심 판결 등으로 인해 이 사건 결합도시개발사업 전체에 차질이 생길 것을 우려하여 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하는 한편, 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 도시계획시설사업(이하 '제1공단 공원조성사업'이라 한다)은 위 도시개발사업과 별개로 ★★★★★이 사업비를 부담하여 시행하는 방안을 추진하였다.

●●은행 컨소시엄 측이 위와 같은 방안에 동의함으로써 ★★★★★은 2016. 1.경 성남시에 위와 같은 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가 등을 신청하는 한편, 2016. 10. 25. 성남시에 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원조성사업을 시행할 것을 확약한다는 내용의 '이행확약서'(공판기록 제1권 345면)를 제출하였다.

- (9) 성남시는 2016. 11. 8. 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하고 이 사건 대장동 부지 912,255㎡만 '성남 판교대장 도시개발구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '이 사건 대장동 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가를 고시하였다.

그런데 위 실시계획인가조건으로 ① 사업자인 ★★★★★이 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원 조성사업을 시행하여야 하고, ② 사업구역 외 기반시설(이하 '이 사건 기반시설'이라 한다)로서 ㉔ 북측 터널 조성, ㉕ 남측 진입로(대장IC 진출입로) 확장, ㉖ 상수도 공급을 위한 배수지 신설 등을 시행하여야 한다는 점이 부가되었다.

(10) 한편, 성남시는 2017. 3. 7. 제1공단 공원조성사업에 관한 계획결정을 고시하고, 2017. 6. 16. 그 사업시행자로 ★★★★★을 지정하는 한편 그 실시계획인가고시를 하였다.

그 사이에 ★★★★★은 2017. 3. 30. 성남시에 향후 제1공단 공원조성사업 시행 후 그 공원을 성남시에 기부채납할 때 성남시를 상대로 민·형사상 일체의 소송을 제기하지 않겠다는 내용의 '부제소특약확약서'(공판기록 제1권 347면)를 제출하였다.

3) 판단

가) 앞서 본 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행 경위에도가 원심과 당심에서 적법하게 채택한 증거들을 종합하여 인정되는 아래 사실이나 사정을 종합하여 보면, 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용은 모두 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현에 불과하다 할 것이어서 이를 허위사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거만으로 피고인이 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용의 허위성을 인식하였다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업시행자인 ★★★★★은 이 사건 대장동 부지에 택지를 조성한 후 이를 제3자에게 분양하여 그 매각대금을 받는 방식으로 그 사업수익을 얻게 된다.

한편, ★★★★★은 이 사건 사업협약, 이 사건 주주협약, 2016. 10. 25.자 이행확약서, 이 사건 대장동 도시개발사업의 실시계획인가조건, 2017. 3. 30.자 부제소특약확약서 등을 통해 위와 같은 사업수익을 가지고 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함)과 이 사건 기반시설 설치사업을 직접 시행하면서 그 각 사업비를 부담하는 한편, 성남 도시개발공사에 이 사건 임대주택용지를 주거나 그 공급가액 상당의 현금을 지급하기로 하였다.

★★★★이 부담하는 위와 같은 민사상·공법상 채무는 모두 이 사건 선거공보물 배포나 이 사건 유세연설 이전에 발생한 것이고, 위와 같은 채무가 먼저 이행되어야 이 사건 대장동 도시개발사업의 민간사업자인 ●●은행 컨소시엄 측이 그 사업이익을 얻을 수 있다.

② 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 성남시의 별도 예산 지출 없이 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업이 시행되는 것은 성남시의 이익 또는 공공의 이익이 된다고 볼 수 있다.

성남도시개발공사가 이 사건 임대주택용지나 그 공급가액 상당의 현금을 지급받는 것은 성남도시개발공사가 성남시의 100% 출자로 설립된 공사라는 점에서 그 최종적 이익이 성남시의 이익으로 귀속된다고 볼 수 있다.

이는 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익에 관하여 현금을 수령하지 않는다고 하여 달리 볼 수 없다.

- ③ 이 사건 사업협약에 의하면, 제1공단 공원조성사업의 사업비를 2,561억 원으로 정하는 한편, 그 실제 사업비가 그보다 적게 들 경우에도 그 감소 금액을 모두 성남도시개발공사에게 귀속시킨다는 취지로 정하였고, 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 추후 정하기로 하였는데, 2017. 3.경 그 지하주차장 건립비용이 약 200억 원으로 추산되었다.

또한 이 사건 주주협약에 의하면, 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하는 한편, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우에는 적어도 1,822억 원을 성남도시개발공사에 지급하기로 정하였다.

- ④ 이 사건 기반시설 설치사업은 이 사건 대장동 도시개발사업에 대한 실시계획인가 무렵 ●●은행 컨소시엄 측이 성남시의 요구를 수용함에 따라 ★★★★★이 그 사업비를 추가로 부담하여 시행하기로 한 것이다.

이 사건 기반시설 설치사업비는 위 실시계획인가 당시 ●●은행 컨소시엄 측이 도시계획설계 업체에 의뢰하여 받은 추정가액에 따라 총 920억 원(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)으로 추산되었다.

- ⑤ 위 각 사업비의 합계액이 이 부분 표현에서 말하는 개발이익금 5,503억 원(= 제1공단 공원조성사업비 2,561억 원 + 지하주차장 건립비용 약 200억 원 + 이 사건 임대주택용지의 공급가액 1,822억 원 + 이 사건 기반시설 설치사업비 약 920억 원)인데, 위와 같은 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업구조와 그 개발이익 배분방법 및 규모에다가 다음과 같은 진술이나 사정 등을 종합하여 보면, 성남시는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시 이 사건 대장동 도시개발사업에 따른 위 각 사업의 시행으로 인해 그 개발이익을 얻을 개연성이 매우 높은 상황이었다고 볼 수 있다.

즉 ㉠ ●●은행 컨소시엄 소속 주식회사 ▼▼▼▼자산관리의 대표자 공소외 43은 수사기관에서 "2017. 3.경에는 성남시가 개발이익금 5,503억 원을 확보할 가능성이 높은 시점이었고, 2018. 2.경에는 천재지변이 일어나지 않는 이상 이 사건 대장동 도시개발사업이 실패할 확률은 거의 사라진 상태였다"라고 진술하였고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면), 원심 증인으로 출석하여 "성남시는 2108. 6. 13. 기준으로 이 사건 대장동 도시개발사업으로 총 5,503억 원의 이익을 거의 확정적으로 확보했다고 봐야 한다"는 취지로 진술하였다(공판기록 제1권 483, 487면).

- ㉡ 위 ▼▼▼▼자산관리는 2018. 6. 13. 기준으로 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함) 비용과 이 사건 기반시설 설치사업 비용 및 이 사건 임대주택용지 관련 배당을 고려하더라도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 ●●은행 컨소시엄 측의 이익이 약 2,400억 원 이상이 된다고 예상하고 있었고, 그 이후의 예상이익도 그와 비슷하게 보았다(원심 증인 공소외 43의 증언 및 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 931면).

- ㉢ ●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44는 수사기관에서 "이 사건 대장동 부지가 대부분 분양 완료되어 자금 흐름 상 약 5,500억 원의 이익이 성남시에 귀속되는 것에는 문제가 없어 보인다"라고 진술하였다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 597면).

- ㉔ 성남도시개발공사 직원 공소외 45는 원심 증인으로 출석하여 "2017. 3.경 이 사건 대장동 도시개발사업은 위험 변수가 없을 정도로 확실하다고 보았다"고 진술하였다(공판기록 제1권 460면).
- ㉕ 실제로 성남도시개발공사는 2019. 3. 26.경 ★★★★★로부터 이 사건 임대주택용지 관련 사업이익으로서 현금 1,822억 원을 배당받았다(공판기록 제27권 15586~15590면).
- ㉖ 일반적으로 정부나 지방자치단체가 향후 어떠한 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하거나, 지급된 보조금에 대해 환수 결정을 했을 뿐인데도 해당 보조금을 환수하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않은 점(공판기록 제2권 602~629면)에 비추어 볼 때, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금을 시민의 몫으로 환수하였다거나 성남시 수익으로 만들었다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 성남시 측이 그와 같은 개발수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라는 의미로 이해될 여지가 있다.
- 따라서 이 부분 표현이 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

- ㉗ 또한, ★★★★★은 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업을 시행하여야 할 의무를 부담하고 있었던 점, 사회통념상 일반적으로 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그 지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 하는 점 등을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금 중 2,761억 원은 1공단 공원조성 사업비로 사용되었고, 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에 사용되었다"는 부분과 "그 개발이익금으로 주변에 터널 만들고 도로 만드는 데 썼다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발 이익 중 일부가 제1공단 공원조성사업비 및 이 사건 기반시설 설치사업비로 사용되기로 확정되었다는 의미로 이해될 여지가 있다.
- 따라서 이 부분 표현도 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

[●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44도 수사기관에서 "이 사건 선거공보물의 표현은 일반 유권자의 입장에서 볼 때 해당 사업이 진행 중이라는 느낌을 받을 것 같다"는 취지로 진술한 바 있다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 607면)]

- ㉘ 앞서 본 바와 같이, ㉙ 제1공단 공원조성사업비는 총 2,561억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액은 최소한 1,822억 원으로 각 확정되었고, ㉚ 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 약 200억 원, 이 사건 기반시설 설치사업비는 총 920억 원으로 각 추산되었다.

위 각 개발이익금 합계액 5,503억 원 중 1,120억 원 부분은 추산가액이기는 하나 그와 같이 추산된 적이 있기는 한 점을 고려할 때, 피고인이 표현한 개발이익금 총액은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되고 다만 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나는 정도라고 봄이 타당하다.

비록 ★★★★★이 2018. 7. 20. ◀◀◀◀◀◀ 주식회사에 이 사건 기반시설 중 북측 터널 조성 공사를 공사대금 271억 7,000만 원에 도급하기는 하였으나(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 2078면), 이는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 이후에 발생한 사정일 뿐만 아니라, 북측 터널 공사의 공사금액이 앞서 본 추정금액 600억 원에서 위 도급계약금액과 같이 내려갈 것이라는 사정을 피고인이 알았다고 볼 만한 점을 인정할 증거가 없다.

⑨ 게다가 성남도시개발공사는 2017. 3.경 피고인에게 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익금은 총 5,503억 원이고, 그중 2,761억 원은 제1공단 공원조성사업(공원조성비 2,561억 원, 지하주차장 건립비 200억 원)에 사용되고, 그중 920억 원은 이 사건 기반시설 설치사업(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)에 사용된다고 보고한 바 있다(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 36면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면). 피고인은 2017. 3. 7.경 위 보고내용을 바탕으로 기자회견을 하면서 “이 사건 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 시행하였기 때문에 민영개발 방식으로 시행하였더라면 얻지 못했을 개발이익 총 5,500억 원(제1공단 공원조성사업비 2,761억 원, 이 사건 기반시설 설치비 920억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액 1,822억 원)이 공공의 이익으로 환수되었다”는 취지로 홍보하였다(공판기록 18권에 편철된 수사기록 381면 이하).

성남도시개발공사의 위 보고 내용과 피고인의 위 기자회견 내용은 피고인의 이 부분 공표사실에서 표현한 개발이익금 총액, 그 사용처 및 사용액수와 일치한다[이 사건 선거공보물의 문구 작성 업무를 담당하였던 공소외 46은 수사기관에서 그 문구 중 공소사실 기재 부분을 위 기자회견 내용 등을 참조하여 작성하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 1836면)]. 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인이 성남시의 개발이익금이 총 5,503억 원이라고 하거나, 그중 2,761억 원이 제1공단 공원조성사업에, 920억 원이 이 사건 기반시설 설치사업에 각 사용된다고 공표한 것이 그 각 액수에 대한 허위사실공표의 고의를 가지고 한 것이라고 보기 어렵다.

다만, 피고인은 이 사건 유세연설에서 이 사건 기반시설 설치비가 그 추정금액 920억 원이 아닌 1,000억 원이라고 표현하였다.

그러나 일반 선거인의 입장에서 공공시설 설치비용에 관하여 들을 때 양 금액의 차이가 유의미하게 크다고 생각할 정도라고 보기 어렵고, 피고인은 위 유세연설에서 개발이익금의 총액은 5,503억 원이라고 말하였으며, 기타 선거유세연설의 즉흥성과 사람의 기억의 한계 등을 종합하여 고려하면, 위 표현에 대해서도 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있었다고 보기는 어렵다.

⑩ 검사는 피고인이 성남시장에서 퇴임한 2018. 3. 15. 전후로 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행경과와 이익규모 등을 정확하게 확인할 수 있는 지위에 있었으므로, 피고인에게 허위사실공표에 대한 고의를 인정할 수 있다는 취지로 주장한다.

그러나 피고인이 2017. 3.경 성남도시개발공사로부터 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익에 관한 보고를 받은 이후 그 개발이익 규모나 금액에 대한 추가보고 내지 수정보고를 받았음을 인정할 증거는 없다.

⑪ 검사는 피고인의 이 부분 공표사실 중 “환수했다”, “사용되었다”, “만들었다”, “썼다”는 과거형 표현은 “개발이익금이 이미 성남시로 귀속되었고, 그중 일부가 공공의 이익으로 사용 완료되었다”는 의미로 이해되므로, 이 부분 표현은 허위사실공표에 해당하고, 피고인에게 허위사실공표의 고의도 인정된다고 주장한다.

위 각 증거에 의하면 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시에는 제1공단 공원조성사업 비용으로 약 1,200억 원 정도가 지출된 것을 제외하고, 이 사건 대장동 도시개발사업계획 중 실제로 자금이 지출된 부분은 별로 없고, 성남도시개발공사에 이 사건 임대주택용지에 관한 배당도 이루어지지 않은 사실이 인정된다.

또한, 위와 같은 과거형 표현은 그 사전적 의미를 고려할 때 "성남시가 개발이익금을 수취 완료하였고 그중 일부를 공공사업에 사용 완료하였다"는 의미로 이해될 여지도 없지 않다.

그러나 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 위와 같은 과거형 표현을 사용하였다고 하여 이 표현이 허위사실공표에 해당한다거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

즉 ㉔ 앞서 본 바와 같이 일반적으로 향후 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않고, 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그 지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 한다.

㉕ 이 사건 선거공보물에서 그 개발이익 중 일부가 '공원조성 사업비' 또는 '기반시설 조성비'에 사용되었다고 표현하고 있지, 그 '공원조성 사업' 또는 '기반시설 조성'에 사용되었다고 표현하고 있지는 않으므로, 일반인도 그 표현을 보면 그 개발이익금의 사용처가 확정되었다는 의미로 이해할 수도 있다.

㉖ 피고인이 이 부분 공표사실을 통해 강조하고자 한 것은 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 진행함으로써 그 개발이익이 민간사업자의 이익이 아닌 공공의 이익으로 귀속되었다는 취지이다.

㉗ 아래에서 보는 바와 같이 피고인에게 위 각 사업이 완료되었다는 취지의 허위사실을 공표할 동기나 이익을 찾기 어렵다.

- ⑫ 다음과 같은 사정을 종합하여 고려할 때, 피고인이 굳이 제1공단 공원조성사업 및 이 사건 기반시설 설치사업이 모두 완료되었다거나, 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익을 모두 수령 완료하였다는 취지의 허위사실을 공표하여야 할 동기나 그로 인해 얻을 수 있는 이익을 쉽게 생각하기 어렵다.

즉 ㉔ 이 사건 대장동 도시개발사업과 제1공단 공원조성사업이 현재까지 완료되지 않았음은 그 각 사업현장의 외관상 누구나 쉽게 알 수 있는 정보이다(공판기록 제2권 586면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 920~926면). ㉕ 이 사건 대장동 도시개발사업 및 제1공단 공원조성사업이 2020년 말 완료될 예정이라는 기사가 언론에 보도된 적도 있다(공판기록 제2권 587면 이하). ㉖ 피고인 스스로도 아래와 같이 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 위 각 사업이 현재 진행 중임을 밝힌 바 있다.

즉 피고인은 ㉘ 2018. 1. 28.경 자신의 페이스북에 "개발이익금 중 2,761억 원(제1공단 공원조성사업비 및 주차장 건립 비용을 지칭한 것으로 보인다)은 제1공단 부지 매입 및 공원 조성에 쓰기로 하였고, 1,822억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말부터 순차적으로 성남도시개발공사로 입금될 예정이다"는 취지의 글을 올리고(공판기록 제2권 63면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 698면), ㉙ 2018. 2. 8.경 라디오 방송에서 "대장동 개발이익 5,500억 원 중 일부인 900억 원으로 기반시설 확보하여 도로, 터널(이 사건 기반시설을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다"는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 855~857면), ㉚ 2018. 2. 13.경 라디오 방송에서 "개발이익금 중 약 1,800억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말이 되어서야 비로소 들어온다"는 취지로 발언하고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 904, 905면, 공판기록 제2권

858면), ㉔ 2018. 5. 29.경 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 "대장동 개발이익 중 2,800억 원으로 현재 성남시에 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다"는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 859면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 1153면), ㉕ 이 사건 유세연설에서조차 "성남시에 2,700억을 들여서 지금 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다"는 취지로 발언하였을 뿐만 아니라(공판기록 제2권 584면, 증거기록 제21권에 편철된 수사기록 2507면), ㉖ 이 사건 유세연설 전후로 성남시, 용인시, 의왕시, 구리시, 의정부시, 수원시, 하남시 등지에서 유세연설을 하면서 "제1공단 부지에서 현재 공원을 만들고 있다"는 취지로 발언하였다(공판기록 제2권 860면 이하, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 711~713, 913, 918면).

- ⑬ 한편, 위 각 증거에 의하면, ■■■■■■가 2014. 1.경 수원지방법원 성남지원 2014가합37호로 성남시 등을 상대로 "제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분으로 인해 ■■■■■■가 재산상 손해를 입었다"고 주장하면서 그 손해배상을 구하는 소를 제기하였고, 위 법원은 2019. 2. 1. ■■■■■■의 주장을 일부 받아들여 성남시에게 손해배상으로서 ■■■■■■의 승계참가인(전부채권자) 중 일부에 대하여 약 295억 원의 지급을 명하는 판결을 선고한 사실이 인정되기는 한다(현재 위 사건은 쌍방 항소로 수원고등법원 2019나10565호로 소송계속 중이다).

그러나 검사가 제출한 증거만으로 ㉗ 제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분이 ㉔ 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익으로 제1공단 공원조성사업을 시행하는 것과 직접적으로 관련이 있는 사안이라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 설령 성남시가 향후 ■■■■■■ 측에 손해배상을 해 주어야 할 상황이 확정된다 하더라도, 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발이익을 공표하면서 그 손해배상액을 공제하지 않은 것이 허위라고 보기 어렵고, 피고인의 그 허위성에 대한 고의도 인정하기 어렵다.

나) 그러므로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

7. 결론

그렇다면 원심판결 중 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 검사의 항소는 일부 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 위 해당 부분과 그와 일죄의 관계에 있는 부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 위 파기부분을 제외한 나머지 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 내지 법리오해)

가. 직권남용권리행사방해의 점

- 1) 피고인은 2012. 3.경부터 직접 또는 비서실장인 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 친형인 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시 또는 독촉하였다.

- 2) 그러나 2012년 당시에는 공소외 3이 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 공소외 3에 대한 대면진단 등이 이루어진 바가 없었기에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조

에 따른 절차를 진행할 수 없었다.

그럼에도 피고인은 공소외 7과 공모하여 평소 사이가 좋지 않고 지속적으로 피고인의 시정운영에 반대하고 있었던 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 사적 의도로 성남시장으로서의 직권을 부당하게 행사하여 위 분당구보건소장 등으로 하여금 관계법령이나 관례에 반하여 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 이로써 피고인은 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄를 범하였다고 보아야 하는데도, 이와 달리 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 공소외 3(직권남용권리행사방해) 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인은 ① 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있고, ② 2012.경 주도적으로 공소외 3의 정신병원 입원을 지시하였는데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 공소외 3의 강제입원에 전혀 관련하바 없다는 취지로 발언한 것은 선거인의 정확한 판단을 흐릴 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이므로 허위사실공표에 해당한다.

2) 또한, 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차가 중단된 것은 분당구보건소장인 공소외 4가 그 절차 진행을 그만두었기 때문인데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 가족들을 설득하여 그 절차 진행을 못하게 막았다는 취지로 발언한 것은 허위사실공표에 해당한다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

다.

검사사칭 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인의 이 부분 발언의 전체적인 취지는 "자신은 공소외 12의 검사사칭 통화에 전혀 관련하바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 공소외 12의 검사사칭 행위를 도와주었다는 잘못된 내용으로 처벌받았다"는 것이다.

2) 이는 피고인에 대한 검사사칭 유죄확정판결의 내용에 반하는 것으로서 허위사실을 공표한 것이고, 피고인의 단순한 의견표명이라고 볼 수 없다.

또한, 피고인의 허위사실공표에 대한 고의도 인정된다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

라. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 일반 유권자들이 피고인의 이 사건 선거공보물 문구와 선거유세연설의 표현을 접하였을 때 이를 "개발이익금 5,503억 원의 수입이 성남시로 귀속 완료되었고, 그중 2,761억 원이 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원이 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출 완료되어 그로 인해 위 각 공사가 대부분 완료되었다"라고 이해할 것이지, "성남시

가 특수목적법인으로 하여금 2,761억 원을 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원을 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출하게 할 예정이고, 1,822억 원 상당의 임대주택용지를 받을 예정이다"라고 이해하지 않을 것이다.

따라서 피고인의 이 사건 선거공보물의 배포와 선거유세연설은 허위사실공표에 해당한다.

- 2) 피고인은 변호사이자 성남시장으로서 대장동 도시개발사업 모델을 직접 구상하는 등 그 사업의 수익구조를 잘 알고 있었고, 성남시장 퇴임 전후로 위 개발사업의 진행경과 및 이익규모를 확인할 수 있었는데도 사실에 부합하지 않는 정확하지 않은 표현을 사용하였으며, 그 공사금액 중 추산가액의 정확한 금액을 확인하지 않고 오히려 다소 부풀려 말한 점을 고려할 때 피고인이 허위사실공표의 미필적 고의가 있었음을 인정할 수 있다.

또한, 피고인이 기반시설 사업이 진행 중에 있다거나 1,822억 원이 장래의 수입이라고 명시한 적은 없는데도, 원심이 이러한 사실을 인정하여 피고인의 고의를 부정한 것은 잘못이다.

- 3) 따라서 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2. 이 사건 공소제기의 적법성에 관한 판단

가. 피고인의 변호인의 주장

피고인의 변호인은 이 사건 공소 중 직권남용권리행사방해 부분과 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반 부분에 관하여, 검사가 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하고 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하고, 공소장에 공소사실 특정과 무관하거나 불필요한 내용을 과도하게 기재하여 공소장일본주의를 위반하였다는 이유로, 위 각 부분의 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 주장한다.

나. 공소권남용 여부에 대한 판단

- 가) 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보이는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 여기에서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다 (대법원 2017. 12. 13. 선고 2017도16223 판결, 대법원 2018. 9. 28. 선고 2018도10447 판결 등 참조).

- 나) 위 법리에 비추어 살피건대, 원심 소송계속 중 피고인의 변호인이 검사에게 이 사건에 관하여 검사가 보관하고 있는 자료의 열람·등사를 신청한 경위, 이에 대한 원심의 2019. 4. 1.자 열람허용 결정, 2019. 4. 16.자 등사허용 결정 및 2019. 4. 8.자 등사신청 기각결정과 그 각 이유, 피고인의 변호인이 결국 위 자료를 입수하여 이를 증거로 제출하게 된 경위, 원심에서의 검사의 증거의견 등을 종합하여 보면, 검사가 미필적이거나 어떠한 의도를 가지고 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하거나 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등으로 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하였다고 볼 수 없다.

따라서 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

공소장일본주의 위반 여부에 대한 판단

가) 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실은 직권남용권리행사방해 및 그와 관련된 허위사실공표의 공직선거법위반 혐의에 관하여 그 행위의 배경 및 동기, 사건의 경과 등에 관하여 다소 불필요하거나 장황하게 기재하였다고 볼 수 있을 뿐 법관으로 하여금 예단을 생기게 하여 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는 정도에 이르렀다고 보기 어렵다.

따라서 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3. 직권남용권리행사방해의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3이 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청의 대상자가 되는 것처럼 보이게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 1로 하여금 공소외 2가 기존에 작성한 공소외 3에 대한 평가문건을 공소외 2의 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 수정하게 하고, 마치 전문의의 정식 소견서로 보일 수 있도록 수정된 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 하였고, ② 공소외 2로 하여금 정신건강의학과 전문의로서 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 위 평가문건을 수정하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

2) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조에 의한 입원 절차를 개시하게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 '성남시 정신건강센터'(현재는 '성남시 정신건강복지센터'이다.

이하 '센터'라고만 한다)에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 하고, 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 하였고, ② 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 분당구보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

4) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하게 하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9로 하여금 공소외 3을 강제입원시키기 위해 앰불런스를 타고 공소외 3이 있는 곳으로 가도록 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

나. 관계 법령

구 정신보건법(2016. 5. 29. 법률 제14224호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법'이라고만 한다) 및 구 정신보건법 시행령(2017. 5. 29. 대통령령 제28074호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법 시행령'이라고만 한다) 중 이 사건에 관련된 주요 내용은 다음과 같다(한편, 아래 구 정신보건법 제25조는 2011. 8. 5. 법률 제11005호로 개정되어 2012. 8. 5.부터 시행된 것인데, 위 2011. 8. 5. 개정 전 구 정신보건법 제25조는 '정신건강의학과전문의'를 '정신과전문의'라고 지칭하였을 뿐 그 내용은 개전 전후로 같다).

□ 구 정신보건법제25조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자를 발견한 정신건강의학과전문의 또는 정신보건전문요원은 시장·군수·구청장에게 당해인의 진단 및 보호를 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 신청을 받은 시장·군수·구청장은 즉시 정신건강의학과전문의에게 당해 정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단을 의뢰하여야 한다.

③ 정신건강의학과전문의가 제2항의 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때는 시장·군수·구청장은 당해인을 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관 또는 종합병원에 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의한 자신 또는 타인을 해할 위험의 기준은 제28조의 규정에 의한 중앙정신보건심의위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정한다.

(중략)⑥ 시장·군수·구청장은 제3항의 규정에 의한 진단결과 당해 정신질환자에 대하여 계속입원이 필요하다는 2인 이상의 정신건강의학과전문의의 일치된 소견이 있는 경우 당해 정신질환자에 대하여 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

다만, 그 관할구역에 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관이 없는 경우에는 그 외의 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

(후략)?□ 구 정신보건법 시행령제6조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 의심되는 사람을 발견한 정신건강의학과전문의 또는 전문요원은 법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호를 신청하려면 발견한 장소를 관할하는 시장·군수·구청장에게 진단 및 보호신청서(전자문서로 된 신청서를 포함한다).

이하 같다)를 제출하여야 한다.

② 제1항에 따른 진단 및 보호신청서에는 다음 각 호의 사항을 적어야 한다.

1. 신청인의 성명, 주소 및 생년월일2. 정신질환자로 의심되는 사람의 성명, 주소, 생년월일 및 현재의 소재지3. 정신질환자로 의심되는 사람의 증상의 개요4. 정신질환자로 의심되는 사람에게 보호의무자 또는 보호를 하고 있는 사람이 있는 경우에는 그 성명 및 주소③ 시장·군수·구청장은 법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 결과 정신질환자로 의심되는 사람이 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 인정되는 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.

1. 법 제23조에 따라 자의에 따른 입원 신청을 하게 하는 것2. 보호의무자에게 법 제24조에 따른 입원동의를 요청하는 것3. 법 제25조 제3항에 따라 국·공립 정신의료기관 또는 종합병원에 입원조치를 의뢰하는 것(제1호 또는 제2호의 조치에 따르지 아니하는 경우만 해당한다)④ 제3항 제3호에 따른 의뢰를 받아 정신질환자로 의심되는 사람을 입원시킨 국·공립 정신의료기관의 장 또는 종합병원의 장은 지체 없이 2명 이상의 정신건강의학과전문의에게 증상을 진

단하게 하고 그 진단 결과를 해당 시장·군수·구청장에게 서면 또는 전자문서로 통보하여야 한다.

다만, 진단 결과 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하지 아니하다고 인정되는 경우에는 즉시 퇴원시키고 그 퇴원 사실도 함께 통보하여야 한다.

(중략)⑥ 시장·군수·구청장은 제4항에 따라 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하다는 진단 결과를 통보받은 경우에는 지체 없이 같은 항에 따른 입원치료를 의뢰하여야 한다.

다.

원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실과 사정을 근거로, 피고인은 공소외 3의 당시 행동이 정신질환으로 기인한 것이라고 여겼을 수 있고, 성남시장으로서 법령상 가능한 권한을 행사하여 공소외 3을 정신의료기관에 입원시켜 진단 및 치료를 받게 하려는 의도가 있었다고 볼 여지가 있으며, 이에 따라 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행한 것이라고 평가할 수 있다고 전제하면서 아래와 같은 이유에서 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

- ① ㉔ 공소외 2에 대한 평가문건 수정 요구는 피고인의 의견을 제시한 것으로 위법·부당한 직권행사가 아니고, ㉕ 수정된 평가문건에 공소외 2의 직인을 요구한 것 역시 위법·부당한 직권행사가 아니며, ㉖ 공소외 1로 하여금 공소외 2에게 평가문건 수정 의견이나 직인 날인 요청을 전달하게 한 행위는 피고인의 의견 전달 행위를 보조하는 사실행위에 불과하여 직권남용의 대상이 되는 행위로 볼 수 없다.
- ② ㉔ 공소외 5의 면담결과를 요청하거나 송부하게 한 것은 자료수집의 일환으로 볼 수 있으므로 이를 위법·부당한 직권남용으로 보기 어렵고, ㉕ 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 것은 그 신청 여부를 검토하고 답을 달라는 취지에 불과하므로 직권남용에 해당한다고 보기 어렵다.
- ③ 공소외 2 등이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청한 것과 피고인의 직권 행사 사이에 인과관계를 인정할 수 없고, 공소외 2에 대한 직권행사가 그의 의학적 판단과 무관하게 위 진단 및 보호신청을 하라는 정도에 이르렀다고 볼 수 없으며, 위 진단 및 보호신청은 정신건강의학과 전문의인 공소외 2의 고유 영역이므로 공소외 2로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하였다고 평가할 수 없다.
- ④ ㉔ 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원 집행을 시도하는 것은 위법한 행위이나, ㉕ 당시 공소외 4가 차량을 타고 >>경찰서로 간 것이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 강제입원 시도행위라고 단정하기 어렵고, ㉖ 오히려 이는 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단 절차로 볼 수 있는데 그 진단을 위한 물리력 행사는 구 정신보건법 제25조 제2항이 예정하는 집행 방법이므로, 당시 공소외 3에 대한 강제호송이 예정되어 있었다고 이를 위법·부당한 행위로 평가할 수 없으며, ㉗ 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한 것도 입원 집행을 시도한 것이 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 완성하기 위한 것이므로 위법·부당한 행위로 볼 수 없다.

라. 당심의 판단

1) 기초 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2010. 6. 2.경 제5회 전국동시지방선거에서 성남시장으로 당선되어 2010. 7.경부터 2014. 6.경까지 민선 5기 성남시장으로 재직하였다.

공소외 7은 2011. 5. 1.경부터 2013. 4. 30.경까지 성남시장의 직무를 보좌하는 비서실장으로 재직하였다.

나) 분당구보건소는 '성남시 행정기구 설치 조례'에 의하여 시장 직속기관으로 설치되었고, 그 소관 업무로서 정신 보건사업 등을 수행한다.

공소외 1은 가정의학과 전문의로서 2011. 5.경부터 2012. 5. 1.경까지 분당구보건소장으로 근무하였고, 공소외 4는 2012. 5. 2.경부터 2013. 5.경까지 분당구보건소장으로 근무하였다.

다) 센터(최초 명칭은 '성남시 정신보건센터'였다)는 1999.경 성남시의 정신보건사업을 위해 분당구보건소 산하 기관으로 설치되었다(다만 센터의 중앙사무실은 성남시청 내에 있다). 센터는 원래 ○○정신병원이 위탁받아 운영하다가, 2012. 1. 1.경부터 분당서울대학교병원이 위탁받아 운영하고 있다.

센터장은 센터의 업무를 총괄하고 소속 직원을 지휘·감독하는 업무를 수행하는데, 분당서울대학교병원 소속 정신건강 의학과 전문의 공소외 2가 2012. 1. 1.경부터 2014. 2.경까지 위 센터장으로 근무하였다.

2) 공소사실의 전제사실에 관한 판단

가) 피고인의 지시 내용 등에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였음은 인정된다.

① 피고인은 2012. 4. 초순경 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장인 공소외 1에게 공소외 3(사망일 생략 사망)에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원이 가능한지 검토해 보라는 지시를 하였다.

공소외 1은 그 검토 결과 피고인에게 여러 차례에 걸쳐 위 강제입원 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고하였는데, 피고인은 그때마다 구 정신보건법 제25조의 해석상 그 강제입원 절차가 가능하다는 견해를 개진하면서 공소외 1에게 재검토를 지시하거나 위 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다.

② 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1로부터 위 강제입원에 관한 보고를 받는 자리에서 공소외 1에게 구 정신보건법 제25조 제6항에 따른 '입원치료' 절차 또는 그 이후의 절차 등에 관하여 문의하기도 하였다.

③ 성남시의 2012. 5. 2.자 정기인사로 인해 분당구보건소장이 공소외 1에서 공소외 4로 바뀐 후, 피고인은 2012. 6.경부터 2012. 8.경까지 사이에 여러 차례에 걸쳐 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다(피고인은 2012. 6. 13.경부터 2012. 6. 22.경까지 브라질에 출장을 가 있는 동안에도 공소외 4와 여러 차례 전화통화를 하면서 위와 같이 지시하고 그 절차 진

행을 재촉하였다).

- ④ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4와 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

- ⑤ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

- ⑥ 피고인은 분당구보건소장 및 그 직원들과 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 있는지 검토하고 이 문제를 함께 토론했을 뿐 그 절차를 진행하라고 지시한 적은 없다는 취지로 주장한다.

그러나 위 공소외 1, 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 피고인으로부터 여러 차례에 걸쳐 위 절차를 이행하라는 지시를 받았고, 심지어 질책을 받기도 했다는 취지로 진술하였는바, 그 진술이 대체로 서로 일치하고 있고, 달리 위 진술에 신빙성이 없다고 볼 만한 사정이 없다.

나) 피고인의 고의 또는 동기에 관한 판단

1) 공소외 3의 정신건강상태 등에 관한 피고인의 인식

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3에게 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심할 만한 사정이 없는 상태임을 알면서도 오로지 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 의도로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다고 보기 어렵다.

- ① 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하는데, 구체적으로는 다음과 같다.

- ㉠ 공소외 3은 2002. 2.경 성남시청 홈페이지에 '성남시 수정구 청소년수련관 매점을 특혜로 위탁받았고, 유부녀와 두 번 불륜관계를 가졌음'을 고백한다는 내용의 글을 게시하였다.

공소외 3은 그 무렵 취재 기자와 주변인에게 그 의미를 쉽게 이해하기 어려운 발언을 여러 번 한 적이 있는데, 이 발언은 일반인의 시각에서 볼 때 정신질환이 다소 의심될 정도로 특이한 내용이다.

또한, 공소외 3은 그 무렵 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

- ④ 공소외 3은 2012. 2.경부터 이 사건 공소사실 기재 일시 무렵까지 사이에 다수의 성남시청 공무원 및 일반시민들에게 과도한 폭언, 욕설, 협박 등을 해 왔을 뿐만 아니라 모친인 공소외 5와 피고인을 비롯한 여러 친족들에게도 과도한 폭언이나 저속한 발언 등을 해 왔다.

공소외 3의 위와 같은 행위는 그 빈도, 발언 내용, 상대방과의 관계 등을 고려할 때 사회통념상 일반 평균인의 행위로 보기에는 납득하기 어려운 점이 많다.

㉔ 공소외 3은 ㉑ 2012. 5. 28. 모친인 공소외 5를 협박하고, ㉒ 2012. 7. 15. 공소외 5와 동생들인 공소외 14, 공소외 15를 폭행하여 각 상해를 가하고, ㉓ 2012. 7. 1. 성남시청 시의회 청사에 무단으로 침입하여 새누리당 시의원들의 의장 후보 선출 업무를 방해하고, ㉔ 2012. 7. 26. 성남시 (주소 생략) 소재 □□백화점 지하2층 의류매장에서 소란을 피워 그 영업을 방해하고, □□백화점 보안요원을 폭행하였다[공소외 3은 위 각 범죄사실로 2013. 5. 27. 벌금 500만원의 약식명령을 받았다(수원지방법원 성남지원 2013고약2976)].

㉕ 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정으로서, 공소외 3은 ㉑ 2013. 2. 20. '◇◇한의원'에서 심신안정을 위한 약재를 처방받았고(공판기록 제26권 15411~15413면), ㉒ 2013. 3. 13. '☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원에서 우울증, 불면증 등으로 진료를 받았으며(공판기록 제18권 10740면), ㉓ 2013. 3. 16. 처인 공소외 11에게 죽으러 간다는 이야기를 한 후 차량을 운전하다가 중앙선을 침범하여 트럭과 충돌하는 교통사고를 일으키기도 했고, ㉔ 결국 2014. 11. 21. 처인 공소외 11과 딸인 공소외 16에 의해 정신병원인 국립▽▽병원에 강제입원되었고, 그때부터 2014. 12. 29.까지 위 병원에서 정신건강 치료를 받았다.

㉖ 공소외 3에 대한 진료기록에는 다음과 같은 기재가 있다.

㉑ 국립▽▽병원의 정신건강의학과 전문의 공소외 17의 2015. 2. 9.자 소견서에는 "공소외 3은 2012년부터 과잉행동, 과대망상, 수면욕구 감소 등의 증상이 시작되었고, 울증과 조증 증상이 반복되다 2014년 재발된 과대망상, 피해망상 및 과잉행동 등의 증상으로 본원에서 입원 치료하였다"는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14081면). ㉒ ◎◎대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 18의 2017. 8. 17.자 협의진료회신서에는 "공소외 3은 이 무렵(피고인이 성남시장에 당선된 2010.경 무렵으로 보인다)부터 조증 삽화를 간헐적으로 경험하며 가족들에게 충동적으로 욕설을 하며 버럭 화를 내는 일이 있었음. 2012년에는 가족회의 자리에서 말다툼이 심해지며 몸싸움까지 하였고, 당시 조증 삽화가 있던 환자는 백화점 앞 노점상들에게 공격적 행동을 하여 잠시 내과에 입원하기도 하였음"이라는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14090면).

㉓ 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중에는 공소외 3의 폭행, 협박 행위와 같이 타인에게 피해를 줄 위험성이 있는 사정들이 포함되어 있고, 특히 그중 공소외 3이 처벌받은 위 형사사건의 범죄사실은 그 동기 및 경위, 범행 방법 및 태양 등을 보았을 때 사회통념상 일반인의 범죄행위라고 보기에는 의심스러운 점이 많다.

또한, 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중 상당수는 피고인이 당시 어렵지 않게 알 수 있는 내용들이다.

㉔ 피고인의 막내동생인 공소외 14와 여동생의 남편인 공소외 19도 이 부분 공소사실 이전에 조울증 또는 우울증을 앓았던 가족력이 있었기에(증거기록 제4권 1845, 1846면, 공판기록 제11권 6556면), 피고인을 비롯하여 모친 공소외 5와 피고인의 형제자매들은 공소외 3의 발언과 행동을 보았을 때에도 공소외 3에게도 조울증이나 그와 비슷한 정신질환이 있는 것은 아닌지 의심할 여지가 더욱 많았다[피고인 및 공소외 3의 형인 공소외 20도 2012. 11. 11. 조울증 및 조현병으로 정신병원에 입원되어 2013. 7. 17.까지 입원치료를 받았다(증거기록 제4권 1844면)]. 공소외 5는 2012. 12.경 직접 공소외 3에게 정신건강 치료를 받도록 권유하기도 하였다(공판기록 제26권 15224면).

- ④ 검사는 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정을 들어 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 판단하는 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 공소외 3의 정신건강상태에 관한 사정은 그 내용 등에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 추단할 수 있는 정황으로 충분히 삼을 수 있다.

- ⑤ 한편, 위 각 증거에 의하면, 공소외 3은 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 회계사로서 회계사무실을 운영하며 상당한 소득을 얻고 있었고, 처 및 자녀와 함께 평범한 가정생활을 누리고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 인정사실에다가 검사가 제출한 증거와 검사가 지적하는 여러 사정을 더하여 보더라도, 정신질환은 그 특성상 악화와 호전을 반복하는 경우가 많아 어느 시점에서 평가되는지에 따라 그 심각도와 정신질환자의 사회적 기능의 정도가 달리 판단될 수 있고(당심의 정신건강의학과 전문의 공소외 21에 대한 사실조회결과 참조), 정신질환으로 인한 문제가 그 질환을 앓고 있는 사람의 모든 영역에서 발생할 것이라고 생각하기는 어려운 점을 고려하면, 공소외 3이 일부 정상적이고 평범한 생활을 영위하고 있었던 측면이 있다고 하여, 앞서 본 여러 사정에도 불구하고 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 아무런 정신질환도 의심할 수 없었다고 보기는 어렵다.

- ⑥ 또한, 공소외 3의 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵의 정신건강상태에 관하여, 공소외 3에게 별다른 정신질환이 없다는 취지의 진료기록이나 심리학적 평가결과도 있기는 하다.

그러나 이는 아래와 같은 이유로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 파악하는 자료로 삼기 어렵다.

- ㉠ 2013. 3. 11. 및 3. 13. 두 차례에 걸쳐 공소외 3을 진료하였던 '☆☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원 공소외 22의 2019. 1. 21.자 소견서(증거기록 제10권 10661면)에는 "공소외 3의 진료 당시 심각한 정신증적 소견은 보이지 않았다"는 취지로 기재되어 있다.

그러나 위 공소외 22는 당시 공소외 3에 대하여 우울증 치료는 하였던 점, 그 진료 기간과 시간이 비교적 짧은 점, 위 소견서는 공소외 3의 처 공소외 11이 2019. 1.경 언론중재위원회에 제출할 용도로 의뢰한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 위 소견서만으로 앞서 든 여러 사정에도 불구하고 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태에 특별한 문제가 없었다고 보기는 어렵다.

- ㉡ '△△△심리상담연구소'의 임상심리사(1급) 공소외 23의 공소외 3에 대한 '심리학적평가보고서'(증거기록 제14권 7008면)에 의하면, "2012. 12. 22. 공소외 3에 대한 심리학적 평가 결과 공소외 3은 현재 유의미한 정신과적 장애 및 정서적 어려움을 나타내고 있지 않다"고 기재되어 있다.

그러나 이는 공소외 3의 범죄사실을 수사하던 검사가 2012. 12. 14. '공소외 3에 대한 정신감정의 필요성이 있으나, 공소외 3이 스스로 정신감정을 받겠다고 하므로, 그 정신감정 결과가 도착할 때까지 기소중지한다'는 이유로 공소외 3에 대하여 시한부 기소중지처분(증거기록 제14권 7003면)을 하였기 때문에, 공소외 3이 스스로 위 심리학적 평가를 요청하여 받은 것이다.

또한, 위 심리학적 검사는 정신질환에 대한 정확한 진단은 아니고, 전문의의 진단에 보조 자료로 활용될 수 있을 뿐이다 [원심 증인 공소외 23의 진술 참조(공판기록 제18권 10876~10877면)]. 따라서 공소외 3에 대한 위 심리학적 평가

결과만으로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 판단하기는 어렵다.

- ㉗ 피고인이 2012.경 공소외 3과 사이가 좋지 않았다는 등의 사정만으로 피고인이 공소외 3에게 아무런 정신질환이 없음을 알면서도 공소외 3을 사회에서 격리시키고자 하는 의도가 있다고 단정할 수 없다.

2) 구 정신보건법 제25조 절차 진행의 위법 여부에 관한 피고인의 인식

또한, 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하는 것이 위법함을 알면서도 그 절차 진행을 지시하였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵다.

- ㉘ 구 정신보건법 제25조 제1항에서 말하는 '발견'의 문언 상 의미, 구 정신보건법령이나 기타 의료 관련 법령에 위 '발견'의 수단이나 방법을 제한하는 규정이 없는 점, 위 '발견'의 주체는 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원으로 한정되어 있는 점, 구 정신보건법 제25조 제1항 이후의 후속 절차에서 정신건강의학과 전문의의 진단을 필수적으로 예정되어 있는 점 등을 고려하면, 위 조항에 따른 '정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자'(이하 '정신질환 의심자'라 한다)의 '발견'은 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 그 재량에 따라 합리적으로 판단하여 할 수 있다고 해석함이 타당하고, 일반적으로 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견하는 것이 통상이겠으나, 반드시 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견해야 한다는 절차적 제한이 있다고 해석하기는 어렵다.

또한, 구 정신보건법 제25조의 취지, 구 정신보건법 제40조에서 "응급입원의 경우를 제외하고 정신건강의학과 전문의의 진단 없이는 정신질환자를 정신의료기관등에 입원시킬 수 없다"는 취지로 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 구 정신보건법 제25조 제2항의 진단의뢰에 따른 진단은 정신건강의학과 전문의의 대면진단을 의미하고, 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원을 위해서는 사전에 정신질환 의심자에 대한 대면진단이 이루어져야 한다고 해석함이 타당하다.

- ㉙ 그런데 다음과 같은 점을 종합하여 고려하면, 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 구 정신보건법 제25조에 관한 해석이나 그에 따른 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 보기는 어렵다.

- ㉚ 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결은 "구 정신보건법 제24조에서 정하는 보호의무자에 의한 입원의 경우 보호의무자의 동의가 있더라도 정신건강의학과 전문의가 정신질환자를 직접 대면하여 진찰하고 입원이 필요하다고 진단한 다음 이에 기하여 정신의료기관의 장이 입원을 결정하여야 하고, 이러한 요건을 갖춘 입원조치에 대하여 정신질환자가 저항하는 때에 비로소 정신의학적·사회적으로 보아 상당하다고 인정되는 범위 내의 물리력의 행사가 허용된다"고 판시하였을 뿐이고, 구 정신보건법 제25조의 해석에 관한 대법원 판례는 찾기 어렵다.

- ㉛ 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원은 정신질환 의심자에 대한 정확한 진단에 그 목적이 있는데도, 위 진단을 하기 위해 먼저 '대면진단'이 있어야 한다고 해석하는 것은 합리적이지 않다고 보거나, 그 절차의 실익이 떨어뜨리는 것이라고 생각할 여지도 없지 않다.

따라서 구 정신보건법 제25조에 관한 정확한 해석에 관하여 다툼의 여지가 있다고 볼 수 있다.

- ㉔ 검사는 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'도 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 정신질환 의심자를 대면하여 발견해야 한다고 주장한다.

이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(원심 증인 공소외 24, 공소외 25의 각 진술 참조). 그러나 반면 보건복지부는 위 '발견'은 일반적으로 대면을 통해 판단될 것이나 제3자가 기록한 서류 등이 신빙성이 높다고 보일 경우에도 '발견'으로 볼 여지가 있다고 해석하고 있으며(당심의 보건복지부에 대한 사실조회결과 참조), 이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(당심의 공소외 21에 대한 사실조회결과, 원심 증인 공소외 26의 진술 참조). 한편, 정신건강의학과 전문의의 견해 중에는 위 '발견'에 관하여 "원칙적으로 대면하여 발견하는 것이 바람직하나, 대면하지 않고 발견하였다고 하여 위법한 것은 아니다"는 취지의 것도 있다(원심 증인 공소외 27의 진술 참조). 이와 같이 현재에도 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'의 해석에 관하여 다툼이 있다.

- ㉕ 당시 구 정신보건법 제25조에 따라 입원이 이루어지는 실무례도 거의 없었고, 따라서 위 입원 절차에 관하여 확립된 관행이 있었다고 할 수도 없다(간혹 이루어진 몇 가지 사례를 두고 확립된 실무례 또는 관행이라고 보기는 어렵다).

㉖ 의료계에서는 정신건강의학과 전문의가 정신질환 여부를 진단하기 위해서 해당 환자를 원칙적으로 대면하여 진단해야 한다고 보고 있다.

그러나 그러한 임상실무 기준만으로 당시 구 정신보건법 제25조에 관하여 확립된 해석이 있었다고 보기는 어렵다.

- ③ 따라서 피고인이 당시 정신질환 의심자에 대하여 대면진단 없이도 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원 조치가 가능하다고 판단하였고, 이러한 판단이 위 조항의 해석에 부합하지 않는 것으로 사후에 밝혀졌다고 하여, 이것만으로 당시 피고인이 위 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정할 수는 없다.

피고인이 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들에게 구 정신보건법 제25조의 요건이나 절차를 무시하고 공소외 3을 무조건 강제입원 시키라는 취지로 지시하지는 않았다.

- ④ 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들이 피고인 또는 공소외 7에게 여러 차례에 걸쳐 "공소외 3은 가족이 있고, 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 없으며, 공소외 3의 주소지는 용인시이므로 관할이 없다"는 취지의 이유를 대면서 위 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고한 바는 있다.

그러나 그 보고 내용이 앞서 본 구 정신보건법 제25조의 해석과 정확하게 들어맞는다고 보기 어려운데다가, 당시 위 조항에 관한 해석이나 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 볼 수 없으므로, 피고인이 위와 같은 보고를 받고도 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 계속 지시하였다고 하여 그 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정하기는 어렵다.

- ⑤ 또한, 분당구보건소 보건행정과장 공소외 8은 원심 증인으로 출석하여 "당시 구 정신보건법 제25조 제2항의 '진단의뢰'까지는 정상적으로 이루어졌으나, 공소외 3에 대한 대면진단이 이루어진 바 없어 그 다음 절차를 진행할 수 없는 상황이었다"고 진술하기도 하였다.

위 진술에 의하면, 공소외 8도 당시 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 절차까지는 적법하게 이루어졌다고 판단하고 있었다.

⑥ 피고인은 2012. 6. 11.경 분당서울대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 24로부터 "공소외 3은 조울병의 조증이 의심되는 상태이나, 진단과 치료를 위해서는 본인이 거부할 경우 보호의무자인 처와 딸이 병원으로 데리고 가야 한다"는 취지의 자문을 받은 적이 있다.

그러나 공소외 24의 위 자문 내용은 임상실무 기준일 뿐 구 정신보건법 제25조의 확립된 해석이라고 보기는 어렵다.

⑦ 한편, 공소외 3의 처인 공소외 11은 당시 공소외 5 등으로부터 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 권유받아도 이를 거부하였던 것으로 보인다.

따라서 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제24조에 따라 '보호의무자에 의한 입원' 조치가 행해질 수 없는 상황이었다.

3) 개별 공소사실에 대한 직권남용권리행사방해죄 성립 여부에 관한 판단

가) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에서 '의무 없는 일을 하게 한 때'란 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미하므로, 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당하나, 공무원이 자신의 직무 권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2017도12534 판결, 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결 등 참조). 또한, 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 3의 가족들을 설득할 수 있도록 공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였다.

이에 공소외 1은 그 무렵 공소외 2에게 피고인의 위 지시를 전달하였고, 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하였다.

(나) 그런데 피고인은 위 평가문건에 연필로 '공소외 3이 현재 입원이 필요하다'는 취지의 내용이 들어가도록 수정한 다음 이를 공소외 1에게 주면서 공소외 2로 하여금 위 평가문건을 그와 같이 수정하게 하라고 지시하였다.

- (다) 공소외 1은 그 직후 공소외 2에게 피고인이 위와 같이 수정한 평가문건을 보여주면서 피고인이 수정한 내용이 반영되도록 위 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다.
- (라) 공소외 2는 피고인이 수정한 그대로 평가문건을 수정할 수 없다고 하면서 다만 조울병의 심각성에 관한 교과서적인 내용을 추가하는 것으로 위 평가문건을 수정하여 공소외 1에게 주었고, 공소외 1은 이를 피고인에게 전달하였다.
- (마) 피고인은 다시 공소외 1에게 위 평가문건에 분당서울대학교병원이나 센터의 직인을 받아오라고 지시하였다. 공소외 1은 센터 외부에 있는 공소외 2에게 피고인의 위 요청을 전달하였는데, 공소외 2는 자신의 막도장을 날인하는 것만 허락하였고, 이에 따라 위 평가문건의 공소외 2 이름 옆에 공소외 2의 막도장이 날인되었다.
- (바) 위와 같은 경위에 따라 최종 수정된 평가문건의 내용은 아래와 같은데(증거기록 제14권 6943, 6952면), 아래 제1, 2, 5항은 공소외 2가 기존에 작성한 내용이고, 제3, 4항은 추가로 수정된 부분이다.

공소외 3 씨의 문건에 대한 평가의견1. 상기 공소외 3씨가 인터넷 상에 기술한 내용 및 접촉한 사람들의 상황설명이 사실이라는 전제 하에 내용을 평가한 결과 현실상황에 비추어 '관계망상적 사고' 및 '과대망상적 사고'의 가능성이 매우 높으며 사소한 자극에도 정상적으로 예견되는 범위 이상 흥분하고 공격적인 언행을 반복적으로 보이는 것으로 평가됨2. 평소의 지적 기능이나 환경을 참고하면 기분장애 중 '조울병(양극성장애)'의 가능성이 높다고 판단됨3. '조울병'의 경우 우울 또는 조증 삽화가 반복될수록 뇌기능 저하가 현저해지고 치료에 대한 반응도 떨어지는 것으로 알려져 있으며 자신이 문제의 심각성을 인지하기 못하여 치료에도 비협조적인 경우가 많아 치료상 어려움이 있음. 급성기 삽화의 경우에는 입원치료가 필요한 경우가 많음. 가족 및 법적 보호자의 조울병에 대한 이해를 통해 지속적인 치료를 받을 수 있는 환경을 만들어 주는 것이 우선적이며 장기간의 약물치료가 현재까지 가장 효과적으로 알려져 있음4. 조울병의 조증기에는 과도한 의욕, 무모한 계획, 낭비나 위험한 투자, 타인에 대한 공격성 등이 주로 나타날 수 있으며 우울기에는 의욕저하, 대인관계 단절, 일상 활동을 수행하지 못함 등 사회인으로 살아가는 것이 불가능하고 특히 조울병이 적절히 치료되지 않을 경우 모든 정신질환 중에서도 자살률이 가장 높다고 보고된 바 있음5. 상기 의견은 문건의 평가를 통하였으므로 의학적 효력이 없으며 임상적 진단이나 치료를 위해서는 반드시 정신건강의학과 전문의의 대면평가를 거쳐야 함

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 1의 평가문건 수정 및 날인 요구 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 1로 하여금 공소외 3에 대한 평가문건의 수정을 요구하게 하고, 위 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 한 것은, 피고인이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 한 것으로서 이는 피고인 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이거나, 공소외 1로 하여금 직무집행의 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 하였다고 볼 수 없으므로 형법 제123조 소정의 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다.

① 공소외 1은 피고인의 지시에 따라 피고인의 평가문건 수정 및 날인 요구를 공소외 2에게 전달하였을 뿐이다.

② 비록 정신보건사업이 분당구보건소의 소관 업무이고, 분당구보건소장이 센터에 대한 전반적인 지휘·감독 권한을 행사할 수 있더라도, 그것만으로는 분당구보건소장이 센터장에게 평가문건의 내용수정이나 날인을 요구할 수 없다거나, 그와 같은 요구를 하는 데 있어 지켜야 할 기준이나 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 공소외 1이 공소외 2에게 평가문건 수정 및 날인을 요구하는 데 있어 공소외 1의 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다고 보기 어렵고, 달리 이러한 사정을 인정할 만한 증거가 없다.

③ 공소외 1은 원심 증인으로 출석하여 “공소외 2에게 평가문건 수정을 요구할 당시 공소외 3의 치료 필요성에 대하여 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용하기 위해 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다”는 취지로 진술하였다. 이에 따르면 공소외 1은 수정된 평가문건을 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용할 목적이었을 뿐이므로, 그 수정 요구가 직무집행에 관한 기준과 절차를 위반하는 것이라고 단정하기도 어렵다.

④ 평가문건에 도장을 날인하도록 요구하는 것은 해당 문서의 작성명의인이 그 문서를 작성하였음을 확실하게 나타내기 위한 것이므로, 그러한 요구가 위법하다고 보기 어렵다.

(나) 공소외 2의 평가문건 수정 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 평가문건을 수정해 준 것은 공소외 1의 요청이나 친분에 기댄 부탁 등으로 인해 심리적 의무감에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 ‘법률상 의무 없는 일’을 한 것이라고 단정할 수 없다.

① 공소외 2가 평가문건에 수정한 내용은 조울증의 위험성 및 치료 필요성에 관한 일반적 내용에 불과하다.

또한, 공소외 2는 평가문건의 말미에 “여기에 기재된 의견은 공소외 3에 관한 문건만 보고 평가한 것이므로 공소외 3에 대한 정확한 진단과 치료를 하기 위해서는 먼저 대면평가가 이루어져야 한다”는 단서도 붙여 놓았다.

② 공소외 1과 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 피고인이 당시 평가문건에 연필로 수정한 내용은 공소외 3에게 자신 또는 타인을 해할 위험이 있으니 공소외 3을 입원시켜야 한다는 취지의 내용이라고 진술하였다.

그런데 수정된 평가문건 어디에도 공소외 3이 당장 입원치료를 받아야 한다는 취지의 내용은 없으므로, 공소외 2가 피고인의 위와 같은 요구를 그대로 받아들여 평가문건을 수정하지 않았음은 분명하다.

공소외 2도 원심 증언에서 “자세히 읽지 않는다면 공소외 3이 위험하게 보일까봐 신경을 써서 평가문건을 고쳤다”는 취지로 진술하였다.

③ 공소외 1은 원심 증언에서 "당시 공소외 2에게 피고인의 평가문건 수정 요구를 전달하면서 그 평가문건의 사용처에 관하여 공소외 3의 보호자들에게 공소외 3의 치료 필요성을 설득하는 데 사용하기 위해서라고 말했다"라는 취지로 진술하였고, 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 시에 보고할 때 자료로 쓰겠다고 하면서 평가문건을 요청하였다"고 진술하였다.

위 각 진술에 따르면, 공소외 1과 공소외 2는 그 평가문건이 어떠한 직무집행의 근거로 사용되리라고 예상하고 있지 않았다.

또한, 평가문건이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 절차를 진행하는 데 법령상 요구되는 문서도 아니다.

④ 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 굉장히 미안해하면서 평가문건을 꼭 이대로 고치지 않아도 되는데 자세히 써 달라고 해서 평소 모르는 사이도 아니고 공소외 1이 난처해해서 평가문건을 수정하게 되었다.

평가문건의 내용에 관하여 공소외 1로부터 지휘를 받았거나 간섭을 받은 것은 아니다"는 취지로 진술하였다.

나) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제12조의 직권남용권리행사방해죄에서 '직권의 남용'이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 남용에 해당하는지는 구체적인 직무행위의 목적, 그 행위가 당시의 상황에서 필요성이나 상당성이 있는 것이었는지 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 여러 요소를 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2018. 2. 13. 선고 2014도11441 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 5는 2012. 6. 15. 딸인 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 하였다.

(나) 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈다(위 공문은 분당구보건소 지역보건팀장 공소외 9가 기안하고 보건행정과장 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).

(다) 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다(위 공문은 센터 상임팀장 공소외 28이 기안하여 공소외 2가 최종 결재하였다).

(라) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다(위 공문은 위 공소외 9가 기안하여 위 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였

다).

(마) 그러나 공소외 2는 2012. 6. 20. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5에 대한 면담내용만으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청을 할 수 없다는 취지의 공문(증거기록 제4권 1488면)을 보냈다.

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 5의 면담결과 요청 및 송부 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 한 부분이나 공소외 2 등으로 하여금 분당구 보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 한 부분은 모두 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

① 구 정신보건법에 따르면 지방자치단체는 정신질환을 예방하고, 정신질환자의 치료를 위한 조사 등 필요한 조치를 하여야 하고(제4조 제1항), 보건소를 통하여 정신질환의 예방, 정신질환자의 발견·진료 등 지역사회정신보건사업을 수행할 수 있다(제13조 제1항). 따라서 성남시가 정신질환을 예방하고 정신질환자의 발견 및 치료를 위하여 조사 등의 업무를 수행하는 것은 그 책무나 권한에 속한다고 할 수 있다.

이에 비추어 보면 성남시장인 피고인이 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하여 송부받은 것은 정신질환 의심자의 발견 및 치료를 위해 상당한 범위 내에서 관련 자료를 수집한 것으로 볼 수 있다.

② 구 '성남시 정신보건센터 설치·운영 조례'(2005. 10. 28. 성남시조례 제2008호로 제정되어 2005. 10. 28. 시행되고, 2017. 11. 20. 성남시조례 제3149호로 전부개정되기 전의 것) 제5조 제4항에 의하면, 수탁자인 센터는 관계법규와 시장의 지시사항을 준수하여야 한다.

따라서 센터는 원칙적으로 그 업무에 관하여 성남시장인 피고인의 지시를 따라야 할 의무가 있다.

이에 비추어 보면 센터장인 공소외 2가 성남시의 위 자료수집 협조 요청에 응한 것은 위 지시사항 준수 의무를 이행한 것이라고 볼 수 있다.

③ 공소외 2는 공소외 5와 면담하면서 그 상담 내용을 관련 기관에 필요시 제공할 수 있다고 설명하였고, 공소외 5와 공소외 15로부터 그에 대한 동의도 받았다.

따라서 성남시가 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하거나, 센터가 이를 분당구보건소에 송부하는 것 자체에 어떠한 위법성이 있다고 보기는 어렵다.

(나) 진단 및 보호신청 촉구 공문 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 부분도 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 분당구보건소가 센터에 위 진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 공소외 2에게 특정한 결론을 강제하는 취지는 아니고, 공소외 5의 공소외 3에 대한 진료의뢰 등이 있는 상황에서 센터가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 할 것인지 검토하라는 취지 정도로 이해할 수 있다.
- ② 분당구보건소가 위 진단 및 보호신청 촉구를 한 것 이외에 공소외 2에게 그 전문가로서의 판단 권한을 침해하는 부당한 지시나 간섭을 하였다는 사정을 인정할 만한 증거는 없다(오히려 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 피고인과 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받고 있었기에 스스로 면책성 조치를 취한 측면도 있다"는 취지로 진술하기도 하였다). 게다가 공소외 2는 위 진단 및 보호신청 촉구 공문에 대해 바로 거절하는 공문을 보냈으므로, 위 촉구 행위 자체만으로 공소외 2에게 부당한 지시나 간섭을 한 것으로 볼 수 없다.
- ③ 비록 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환 의심자에 대한 진단 및 보호신청 권한이 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원에게 있다 하더라도, 지방자치단체의 장 또는 그 산하기관인 보건소장이 위 정신건강의학과 전문의 등에게 위 권한 발동을 촉구하는 것 자체가 위법한 것이라고 보기는 어렵다.
- ④ 앞서 판단한 바와 같이, 피고인이 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하는 것이 위법하다는 점을 인식하면서도 그 절차 진행을 지시하였다고 보기 어렵다.

다) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에 대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대학교병원과 센터에 발송하였다.

(나) 공소외 7은 당시 위 내용증명의 문언을 직접 작성하였고, 그 무렵 피고인에게 이를 보고하였다.

(다) 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 공소외 7은 2012. 4. 초순경 성남시청 공무원들에게 공소외 3으로부터 폭언, 욕설, 협박 등을 당한 사례를 진술서로 작성하여 제출하라고 지시하여 이를 취합한 사실, 공소외 7은 그 무렵 공소외 1에게 공소외 3이 성남시청 홈페이지에 게시한 다수의 글과 위 공무원들의 진술서를 건네준 사실, 공소외 1은 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 4. 초순경 공소외 2에게 공소외 3의 위 게시글과 위 공무원들의 진술서를 보여주면서 공소외 3의 조울병 증상 및 공소외 3에 대한 입원치료 문제 등에 관하여 자문을 구한 사실, 공소외 7은 2012. 6. 중순경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 진행해 달라는 취지로 요청한 사실, 공소외 4도 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 6.경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3을 강제입원시켜야 하는 것 아니냐는 취지로 말한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 한 것은 스스로의 판단에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 피고인의 직권 행사로 인한 것이라고 보기 어렵다.

- ① 공소외 2는 분당구보건소장의 2012. 6. 20.자 '진단 및 보호신청 촉구' 공문에 대하여는 바로 거부하였으나, 그로부터 약 40일이 경과한 2012. 8. 2.에서야 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하였다.
- ② 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "㉠ 2012. 6.경 공소외 7과 공소외 4의 강제입원 요청이나 '진단 및 보호신청 촉구' 공문은 중요한 고려사항이 아니었고, 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청하는 것은 시기상조라고 판단하였다.
- ④ 그러나 이후 2012. 7.경 공소외 5의 내용증명의 내용을 받아 보았을 때 공소외 3의 자·타해 위험 상태를 의심하게 되었고, 분당서울대학교병원의 자문 변호사와 상담한 결과 대면 없이도 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환자 의심자를 발견할 수 있고, 오히려 아무런 조치를 취하지 않을 경우 법적 문제가 생길 수 있다는 자문을 받았기에 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하게 되었다"는 취지로 진술하였다.
- ③ 공소외 2의 위 진술에 따르면, 공소외 2는 공소외 5 명의의 내용증명을 받아본 후 공소외 3의 정신건강상태가 자·타해 위험이 있다고 의심하게 되었고, 법적 자문을 받은 결과 구 정신보건법 제25조 제1항의 해석에 있어 대면 없이도 정신질환 의심자를 발견할 수 있고 아무런 조치를 취하지 않는 것이 오히려 법적 책임을 질 수 있다는 답변을 듣게 되어, 스스로의 판단에 따라 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하기에 이른 것이라고 볼 수 있다.
- ④ 비록 공소외 7이 공소외 5 명의의 위 내용증명을 직접 작성하고 이를 피고인에게 보고하기는 하였으나, 그 내용증명을 발송한 것이 공소외 5의 의사에 반하여 이루어진 것임을 인정할 증거는 없다.

따라서 공소외 7이 위 내용증명 발송에 관여하였다고 하여 그것 때문에 공소외 2가 위 진단 및 보호신청을 한 것이라고 보기는 어렵다.

- ⑤ 또한, 공소외 7이 성남시청 공무원들에게 위 진술서의 작성을 지시하여 이를 취합하였고, 그 진술서가 공소외 1을 통해 공소외 2에게 건네졌다고 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 고려하면, 공소외 7이 위 진술서 작성 지시·취합 행위와 공소외 2의 위 진단 및 보호신청 행위 사이에 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다.

라) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도에 관한 판단

(1) 법리

직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조). 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하였다(위 공문은 공소외 9가 기안하고 보건행정과장대리 공소외 30의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).

(나) 공소외 4는 그 무렵 위 공문과 공소외 3에 대한 관련 자료를 들고 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 찾아가 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단을 의뢰하였다.

(다) 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

(라) 이후 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 ▷▷경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

(마) 공소외 4는 당시 ▷▷경찰서로 가기 직전에 공소외 9에게 센터에 대한 협조 공문 작성을 지시하였다.

이에 공소외 9는 분당구보건소장 명의로 센터장에게 '공소외 3의 진단의뢰를 위해 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한다'는 내용의 협조 공문(증거기록 제4권 1440면)을 작성한 다음 ▷▷경찰서로 갔고, 공소외 2는 위 공문을 수령하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 피고인과 공소외 7은 2012. 8. 7.경 공소외 10이 작성한 위 회신서로써 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제3항에서 말하는 "정신건강의학과 전문의가 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때"라는 요건이 구비되었다고 판단한 사실, 피고인은 그 무렵 직접 또는 공소외 7을 통해 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 위 조항에 따른 입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하거나 재촉한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 2012. 8. 17. 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 간 것이 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 강제입원시키기 위해서였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵고, 나아가 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 위와 같이 ▷▷경찰서로 간 것이 피고인의 지시 또는 재촉으로 인하여 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일'을 한 것이라고 보기 어렵다.

① ㉓ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 공소외 3을 만나러 ▷▷경찰서로 간 것은 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 공소외 3을 입원시키려는 목적도 있었으나, 그보다 먼저 공소외 2로 하여금 공소외 3을 대면진단하게 하거나 공소외 3에게 진단을 권유하는 것을 1차적 목표로 하였다.

공소외 2에게 동행을 요청할 때에는 공소외 3을 강제로 데려오자는 말은 하지 않았다"는 취지로 진술하였다.

④ 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 당시 공소외 3을 만나 설득해 볼 테니 동행해 달라고 요청하였기에 공소외 3이 응한다면 직접 면담을 해 보겠다고 하여 공소외 3을 만나러 공소외 4와 동행하였는데, 가는 도중에 공소외 4가 공소외 3을 오늘 진단하고 바로 입원시키자는 취지로 말하였으나, 자신이 그것은 절대 안 된다고 거부하였다"는 취지로 진술하였다.

⑤ 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4의 지시를 받고 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 작성한 다음 공소외 4에게 이를 건네주기 위해 별도로 ▷▷경찰서로 갔고, 공소외 4와 공소외 2가 왜 ▷▷경찰서로 갔는지는 모른다"는 취지로 진술하였다.

② 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 위 각 법정진술을 종합하여 보면, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 당시 ▷▷경찰서로 간 목적이 각자 분명하지 않고, 특히 공소외 4의 당시 의도가 정확히 무엇이었는지 분명하지 않다.

③ 공소외 4가 공소외 3을 만나기 위해 공소외 2와 함께 ▷▷경찰서로 향했던 날인 2012. 8. 17. 직전에, 성남시장 수행비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서 그 실행을 거절한 바 있다.

그러한 상황에서 과연 공소외 4가 특별한 사정변경 없이 자신의 입장을 바로 바꾸어 공소외 3을 강제입원시키기 위해 ▷▷경찰서로 갔는지 의심스럽다.

- ④ 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 나이와 지위 및 경력 등을 고려할 때 당시 위 3명만으로 공소외 3에게 강제력을 행사하여 입원 절차를 진행할 수 있었을지 매우 의심스럽고, 달리 공소외 3에게 강제력을 행사하는 데 필요한 충분한 보조인력이 있었는지도 의심스럽다.

공소외 4는 당시 공소외 3을 입원시키는 것과 관련하여 병원도 예약해 두지 않았고, 입원의뢰서 작성을 비롯하여 기타 어떠한 행정적인 절차도 전혀 마련해 두지 않았다.

당시 공소외 3이 >>경찰서에서 조사를 받고 있었는지조차 이를 인정할 명백한 증거가 없다.

- ⑤ 당시 공소외 9가 공소외 4의 지시에 따라 작성한 공문에는 공소외 3의 "진단의뢰"를 위해 차량 및 동행을 요청한다고 기재되어 있다.

그 '진단의뢰'라는 문언에 의하면, 이는 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 절차가 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차를 예정하고 있는 것이다.

- ⑥ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 보낸 것은 자신의 생각에 의해 요식행위로 한 것이다"는 취지로 진술하기도 하였다.

그 밖에 앞서 본 공소외 4의 법정진술, 위 공문의 문언 등을 종합하면, 공소외 4는 당시 피고인 또는 공소외 7의 지시와 달리 스스로의 판단에 의해 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 진행하려고 했던 것으로 보이기도 한다.

이는 공소외 2의 법정진술, 즉 자신은 공소외 3을 대면하여 면담하기 위해 공소외 4와 동행하였다는 취지의 진술로도 뒷받침된다.

- ⑦ 더 나아가 공소외 4의 위 법정진술과 위 각 증거에서 알 수 있는 공소외 4의 당시 인식, 행위, 주변상황 등을 종합하여 보면, 공소외 4는 당시 피고인이 해외 출장 중인 상태에서 피고인 또는 공소외 7로부터 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하라는 지시 내지 질책을 받게 되자 이를 최종적으로는 따르지 않으려고 하면서도 어떠한 절차 진행 시도를 했다는 외관만 작출하여 피고인의 질책을 피하기 위해 위와 같은 행위를 한 것은 아닌지도 의심스럽다.

4) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는바, 원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 결론은 정당하다.

그러므로 원심의 판단에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없고, 검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

4. 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

- ① 이 사건 경기도지사 후보자 TV토론회에서 상대 후보자 공소외 6의 질문 취지에 2010년도에 있었던 강제입원 시도를 묻는 부분이 포함되어 있지 않았다.
따라서 피고인이 이를 부인하는 발언을 하였다고 볼 수 없어 허위사실을 공표한 것이라거나 허위사실공표에 대한 인식이 있었다고 볼 수 없다.
- ② 피고인이 2012. 4.부터 8.까지 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 강제입원 절차를 지시하였음에도 이를 부인하는 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 당시 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 질문 및 답변의 의도, 발언의 다의성, 당시 상황, 합동토론회의 특성 등에 관한 그 판시 사정에 비추어 보면, 피고인의 이 부분 발언은 구체적인 행위의 존부를 특정할 수 없는 불분명한 발언이고, 그 발언이 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이라고 평가할 정도에 이르렀다고 볼 수 없다.
따라서 허위사실공표에 해당한다고 보기 어렵다.
- ③ 피고인이 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 중단시킨 적이 없음에도 피고인이 이를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 그 판시 사정을 종합하면, 이 부분 발언이 허위이라고 보기 어렵다.

나. 당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이라면 충분하고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등 참조). 또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2018. 6. 13. 제7회 전국동시지방선거에서 경기도지사로 당선되어 2018. 7.경부터 현재까지 경기도지사로 재직 중이다.

나) 2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

다) 2018. 6. 5. 열린 MBC 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인인의 발언 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) ○○정신병원 입원 시도 부인 부분에 관한 판단

가) 피고인이 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있는데도, 위 각 경기도지사 후보자 TV토론회(이하 '이 사건 토론회'라 한다)에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.

나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 이 사건 토론회에서 위와 같이 공소외 3에 대한 ○○정신병원 입원 시도를 부인하는 취지로 발언하였다고 볼 수 없거나, 허위사실을 공표한다는 고의를 가지고 이 부분 발언을 하였다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

① 공소외 6은 원심 증인으로 출석하여 "이 사건 토론회에서 피고인에게 공소외 3에 대한 정신병원 입원 시도를 하였는 지 묻는 질문 취지에는 2010년경 ○○정신병원 입원 시도 부분은 포함되어 있지 않다"는 취지로 진술하였다.

② 이 사건 토론회 무렵 피고인에게 제기된 '친형 정신병원 입원 시도' 의혹의 내용을 고려하면, 피고인도 공소외 6의 위 질문 취지를 위와 같이 이해하였을 것으로 보인다.

③ 따라서 이 사건 토론회에서 공소외 6이 피고인에게 "형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠?"라고 질문한 데 대하여, 피고인이 "그런 일 없습니다"라고 발언한 것이, 피고인이 공소외 6의 위 질문의 의미를 선거인의 정확한 판단을 그르치게 할 정도로 왜곡하여 이해한 다음 이 부분 발언을 하였다고 보기 어렵다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

4) 피고인의 강제입원 절차 관여 부분에 관한 판단

가) 쟁점

피고인이 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 강제입원 절차 진행을 지시하여 그 절차가 일부 진행된 적이 있는데도, 이 사건 토론회에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 전혀 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실공표의 죄책을 지는지에 관하여 살펴본다.

나) 이 부분 발언이 허위사실공표인지 여부에 대한 판단

- (1) 무릇 어떠한 사실에 관하여 적극적으로 반대되는 사실을 진술하는 것은 공직선거법 제250조 제1항에서 정한 허위사실의 공표에 해당하나, 나아가 적극적으로 반대되는 사실을 진술하지는 아니하였으나 소극적으로 이를 숨기거나 유사한 방법으로 덧붙이는 진술을 하였고, 그것이 선거인의 공정한 판단을 그르치게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀다면 이 역시 위 법조항 소정의 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 상당하다.
- (2) 피고인이 이 사건 토론회에서 한 이 부분 발언의 외관상 전체적인 취지는 그 내용, 어휘, 문구의 연결방법 등을 고려하면 "① 공소외 3을 실제로 강제입원시킨 것은 그 처와 딸이고, ② 그와 별개로 피고인의 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 정신건강 진단 의뢰를 한 바 있으나, 피고인은 이에 관여하지 않았고, 오히려 그 절차 진행을 막았다"는 것이다.

살피건대, 앞서 인정한 사실과 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였음은 넉넉히 인정되므로, 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 표현은 사실과 다르다.

비록 피고인이 "공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다"는 표현을 직접적으로 사용하지는 않았고, 그 나머지 발언은 일부 사실에 가까운 표현이기는 하나, 이 부분 발언의 전체적인 취지와 선거인이 위 발언을 접하였을 때 받게 되는 인상 등을 종합하여 고려하면, 피고인은 자신이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨긴 채 이러한 발언을 함으로써 선거인의 공정한 판단을 그르치게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀으므로, 피고인의 이 부분 발언은 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 타당하다.

- ① 공소외 3의 모친 공소외 5는 2012. 4. 10. 센터 앞으로 공소외 3에 대하여 조울증 치료를 의뢰하는 내용의 의뢰서를 작성하였고, 여기에 공소외 3의 형제자매들인 공소외 47, 공소외 15, 공소외 14가 연명하여 서명한 바 있다(증거기록 제1권, 258, 259면, 제4권 1494, 1495면). 그러나 위 의뢰서가 센터에 정식으로 접수되었는지는 불분명하다.
- ② 피고인은 그와 별도로 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따라 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다.
- ③ 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였고, 이에 공소외 1이 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하자, 다시 공소외 1에게 그 내용 일부를 수정하도록 지시한 다음 공소외 1로부터 공소외 2가 수정한 평가문건을 재차 전달받기도 하였다.

- ④ 공소외 5는 2012. 6. 15. 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 한 적이 있다.

그런데 공소외 4는 그 전날인 2012. 6. 14. 공소외 5를 찾아가 공소외 5에게 센터를 방문하여 공소외 3에 대한 진단을 요청하라는 취지로 말하였다(원심 증인 공소외 4의 진술 및 증거기록 제4권 1477면 참조). 또한, 공소외 4는 당시 공소외 2에게 공소외 5가 센터에 방문할 것이니 상담을 잘 해 달라고 말하고, 공소외 5와 공소외 15를 위 센터 사무실로 직접 안내하기도 하였다.

- ⑤ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈고, 이에 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다.

- ⑥ 또한, 공소외 4는 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받던 상황에서 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다.

- ⑦ 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에 대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대학교병원과 센터에 발송하였다.

그런데 위 내용증명은 공소외 7이 직접 그 문언을 작성한 것이고, 그 무렵 피고인에게 위 내용증명 작성 사실을 보고하였다.

- ⑧ 피고인은 2012. 6. 또는 7.경 분당서울대학교병원장인 공소외 32와 통화하면서 "공소외 3의 정신건강상태에 문제가 있어 공소외 3을 입원시켜 치료하는 데 협조해 달라"는 취지로 말하기도 하였다(당시 공소외 32는 현재 단계에서 바로 입원 절차를 진행하기는 어렵다는 취지로 답변하였다).

- ⑨ 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

- ⑩ 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하여 이를 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 교부하였다.

- ⑪ 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 증거기록 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

- ⑫ 성남시장 수행비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서

그 실행을 거절한 바 있다.

⑬ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 ▷▷경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

⑭ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

⑮ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

다만 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 별달리 진행된 바 없다.

다) 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있는지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨기고 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표한다는 고의도 있었다고 봄이 타당하다.

① 앞서 본 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구 보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제 25조의 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였고, 그 진행 상황에 대해서도 수시로 보고받았다.

따라서 피고인은 위 강제입원 절차의 개시와 진행 경과를 그 누구보다 잘 알고 있었던 지위에 있었다.

② 피고인이 친형인 공소외 3을 강제로 정신병원에 입원시키려 시도했다거나 입원시켰다는 세간의 의혹은 이 사건 토론 회 무렵에만 있었던 것이 아니다.

2012. 9.경 "피고인이 자신을 정신병원에 강제입원시키려 했다"는 취지의 주장이 담긴 공소외 3에 대한 인터뷰가 ▶▶일보에 보도(증거기록 제14권 6984면)된 이래, 위와 같은 의혹은 2017.경까지도 계속하여 언론, SNS(소셜 네트워크 서비스) 등에 의해 퍼져 나갔다.

특히 피고인이 성남시장 후보자로 출마한 2014. 6. 지방선거 당시에도 위와 같은 의혹이 제기된 바 있다.

③ 피고인은 위와 같은 의혹이 제기된 2012.경부터 최근까지 여러 차례에 걸쳐 SNS, 언론인터뷰 등을 통해 위 의혹은 사실이 아니라고 적극 해명해 왔는데, 그 해명의 주요 내용은 "㉠ 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 치료 또는 강제진단을 의뢰한 것이다.

또는 ④ 공소외 3을 실제로 정신병원에 입원시킨 것은 그 처와 딸이다"라는 취지이다(공판기록 제26권 15099~15113면). 그런데 피고인의 위 해명 내용 어디에도 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차 진행을 지시하였거나 그 절차 개시에 관여하였다는 부분은 찾기 어렵다.

④ 피고인의 이 사건 토론회에서의 이 부분 발언은 피고인이 기존에 위와 같이 여러 차례에 걸쳐 해명한 내용과 크게 다르지 않고, 그 표현도 거의 유사하다.

따라서 TV합동토론회에서 이루어지는 공방의 즉흥성·계속성으로 인해 이 부분 발언의 표현이 다소 불명확할 수 있다는 점을 고려하더라도, 피고인이 이 부분 발언의 전체적인 취지와 이에 대해 일반 선거인들이 받는 인상을 정확하게 고려하지 않은 채 이 부분 발언을 하였다고 보기는 어렵다.

⑤ 피고인은, 전 국회의원 공소외 33이 2014. 10. 20. 채널에이 방송프로그램에서 '피고인이 아무런 문제가 없음에도 친형을 사이가 안 좋아졌다는 이유로 정신병원에 입원시켰다'는 취지의 발언 등을 한 데 대하여, 그 무렵 위 공소외 33을 상대로 위 내용이 허위라는 이유로 손해배상청구의 소를 제기하고, 2015. 4. 22. 승소판결을 받기도 하였다(서울중앙지방법원 2014가합586479). 이와 같이 피고인은 자신에 대한 세간의 의혹 중 "피고인이 공소외 3을 정신병원에 강제입원시켰다"는 허위 내용에 대해서는 적극적으로 대처하기도 했는데, 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인은 자신에 대한 의혹의 내용과 그 허위 정도에 관하여도 비교적 정확하게 파악하고 있었던 것으로 보인다.

⑥ 이 사건 토론회에서 상대방 후보자인 공소외 6은 피고인에게 "성남시청 8층에 위치한 분당서울대병원에 위탁한 성남시 정신보건센터에서 공소외 3 씨에 대해 아무런 문진이나 검진도 없이 정신병자라고 판명했습니까?"라고 물었고, "2012년 4월에 분당서울대학교병원에서 분당보건소에 조울병일 가능성이 높다는 평가의견서 낸 거 알고 있죠?", "그 다음에 2012년 8월에 분당△병원, 분당보건소에서 공소외 3씨가 자신 및 타인을 해할 위험성이 있다는 진단서를 낸 거 알고 있죠?"라고 묻기도 하였다.

비록 공소외 6의 위 표현에는 정확하지 않은 부분도 있으나, 그 발언의 구체적인 표현을 고려할 때 피고인은 위 질문의 전체적인 취지가 2012. 4.경부터 2012. 8.경 사이에 이루어진 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차에 관한 것임을 충분히 이해할 수 있었다.

⑦ 비록 피고인에게 제기된 이 부분 의혹 중에는 "피고인이 '불법적인' 방법으로 공소외 3을 정신병원에 강제입원시키려 했는지"에 관한 부분도 있기는 하지만, 일반 선거인들은 그 불법 여부를 불문하고 피고인이 공소외 3을 강제로 입원시키려 한 적이 있는지 그 자체에 대해서도 공직후보자로서의 피고인의 자질과 도덕성에 관한 중요한 정보로 여겼을 것이다.

그러나 당시 일반 선거인들이 위와 같은 정보에 대해서 잘 알고 있었던 것으로 보이지 않고, 피고인의 지위, 이력, 선거경력 등을 고려하면 피고인도 이러한 점을 잘 알고 있었을 것이다.

⑧ 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

더욱이 피고인은 모친과 형제자매들이 공소외 3에 대한 진단을 의뢰하였다고 설명하면서도 "저는 그걸 직접 요청할 수 없는 입장이었다"라고 표현하기도 하였다.

- ⑨ 피고인이 어떠한 '불법적인' 절차에 의해 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적은 없다는 취지로 표현할 의도로 이 부분 발언을 한 것이라면, 당시 공소외 3에 대하여 강제진단을 의뢰한 사람은 피고인의 모친과 형제자매들일 뿐이라는 취지로 표현하는 것이 그 의도에 부합하는 것인지 의문이다.

오히려 피고인에게 그와 같은 의도가 있었다면, 당시 피고인의 지시에 따라 공소외 3에 대하여 이루어진 절차는 적법한 것임을 강조하는 표현을 하는 것이 더 자연스럽다.

- ⑩ 비록 구 정신보건법 제25조 제6항이 입원치료를 목적으로 하는 것과 달리 구 정신보건법 제25조 3항에 따른 절차의 목적은 정확한 진단에 있는 것이기는 하지만, 그에 따라 이루어지는 절차 역시 정신질환 의심자를 그 의사에 반하여 입원시키는 것이다.

앞서 본 여러 사정에 의하면, 피고인은 구 정신보건법 제25조에 따른 이러한 절차를 정확하게 이해하고 있었다.

그런데도 피고인이 그동안 '친형 강제입원' 의혹에 대한 해명 과정에서 '치료를 위한 강제입원'과 달리 '강제진단' 또는 '진단요청'이라는 용어를 구별하여 사용해 왔고, 양자는 다른 절차임을 강조해 왔다는 것은 오히려 피고인이 '입원' 시도 자체를 숨기려고 했다는 것에 더 부합하는 사정이다.

- ⑪ 피고인이 설령 "공소외 3을 입원시키려고 강제력을 행사한 행위는 전혀 없었다"라거나, "공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 절차가 진단 단계에서 종료되었다"라는 점을 밝히려는 의도로 이 부분 발언을 하였다 하더라도, 이 부분 발언에서 피고인이 그러한 판단이나 절차에 관여하였는지 여부가 전혀 드러나지 않으므로, 피고인의 이 부분 허위사실공표에 대한 고의를 부정할 수 없다.

- ⑫ 위와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인은 이 사건 토론회에서 이 부분 발언을 하면서 "피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실"을 일반 선거인들에게 알리지 않기 위해 이를 의도적으로 숨겼다고 봄이 타당하다.

라) 피고인 및 변호인의 주장에 대한 판단

(1) 공소 범위에 관한 판단

피고인의 변호인은, 이 부분 공소사실은 피고인이 공소외 3에 대한 '위법한' 입원 시도를 한 적이 있음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것일 뿐, 피고인이 공소외 3에 대하여 '적법한' 입원 절차 개시를 지시하였음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것은 이 부분 공소사실에 포함되어 있지 않다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실의 문언과 검사의 이 부분 공소사실에 대한 의견 등을 종합하여 보면, 이 부분 공소사실의 범위가 피고인의 변호인의 주장과 같다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 허위사실공표의 대상으로서 '행위'에 해당하는지 여부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 피고인의 '의도'에 관한 내용일 뿐 '행위'에 관한 부분이 아니므로, 공직선거법 제250조 제1항의 구성요건인 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 허위 사실을 공표한 것이다.

그런데 피고인이 위 강제입원 절차를 지시하고 그에 따라 위 절차가 일부라도 진행되었는지 여부는 피고인의 주관적 내심의 영역에 머무르는 사항이 아니고, 피고인의 외부적 행동에 관한 사항이다.

또한 이는 후보자의 자질, 성품, 도덕성 등의 지표로 삼을 수 있는 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

따라서 이 부분 발언은 공직선거법 제250조 제1항에서 규정하는 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이라고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

(3) '당선될 목적'의 존부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회에서 상대 후보자의 공격적이고 악의적인 질문에 단순히 부인한 것에 불과하므로 피고인에게 '당선될 목적'이 없었다고 주장한다.

공직선거법 제250조 제1항의 '당선되거나 되게 할 목적'에 대하여는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족한데, 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도10365 판결 등 참조). 위 법리에 비추어 살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 발언인데다가, 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

비록 이 발언이 피고인의 구 정신보건법 제25조의 절차 관여 사실을 숨김으로써 허위사실을 공표한 것으로 평가된 것이기는 하나, 그 내용은 피고인의 후보자로서의 자질과 성품 및 도덕성에 관한 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

피고인이 이 사건 토론회 당시 위 절차 관여 사실을 숨기지 말았어야 한다고 하여 이것이 피고인의 헌법 및 형사소송법상 '자기에게 불리할 진술을 강요당하지 않을 권리'를 침해하는 것이라고 볼 수도 없다(대법원 2018. 4. 24.자 2018초기306 결정 참조). 따라서 피고인이 이 부분 발언으로써 허위사실을 공표한 것에는 미필적으로나마 당선될 목적이 있었다고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

마) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있는데도, 이와 달리 판단한 원심 판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

5) 피고인이 절차를 중단시켰다는 부분에 관한 판단

가) 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차를 중단시킨 바 없는데도, 이 사건 토론회에서 자신이 위 절차를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.

나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언이 허위라거나, 피고인에게 허위사실을 공표한다는 고의가 있다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

① 앞서 인정한 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하였고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였다.

이러한 상황에서 피고인의 지시나 동의 없이도 위 절차가 중단될 수 있다고 보기는 어렵다.

② 2012년도에 성남시 부시장으로 재직한 공소외 34는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 2012. 가을경 자신을 찾아와 '공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차를 진행하게 되면 자신이 향후 형사책임을 질 수 있을 것 같아 힘들다'고 하여 자신이 공소외 4에게 그 일을 하지 말라고 지시하였다.

이후 피고인을 찾아가 공무원들이 힘들어 하고, 정치적으로도 무리가 있으니 위 절차를 그만두자고 건의하였다.

이에 피고인이 '다른 기관에 이 문제에 관한 유권해석 질의를 해 놓고 위 절차를 종료하자'고 말했다"라는 취지로 진술하였다.

공소외 34의 위 진술에 따르면, 피고인은 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차를 중단시켰다고 볼 수 있다.

③ 검사는 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 공소외 4의 자의에 의한 포기로 중단된 것이라고 주장한다. 그러나 공소외 4가 2012. 8. 17. 공소외 3을 만나러 >>경찰서로 갔으나 공소외 3을 만나지 않고 복귀한 이후에도, 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하며 질책하기도 하였고, 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질 의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

④ 그런데 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차가 별달리 진행된 바 없다.

이러한 상황 역시 피고인이 위 절차 진행을 중단시키기로 했기 때문이라고 보인다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 기타 부분에 관한 판단

가) 한편, 이 부분 공소사실 중 "사실 공소외 3은 2013. 3.경 교통사고를 당해 그 사고의 후유증으로 우울증 등을 앓게 되었으며, 2014.경에 이르러 그 우울증이 심해져 부인인 공소외 11과 딸인 공소외 16이 2014. 11.경 ▽▽정신병원에 공소외 3을 입원시켰을 뿐 2012.경 당시에는 정신병이 있다고 전문의의 진단이나 치료를 받은 사실이 없었고, 공소외 11과 공소외 16도 공소외 3에게 정신적으로 문제가 있다고 생각을 하지 않았음에도" 피고인의 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였다는 부분에 대해서는 원심 판결에서 명시적으로 판단된 바 없고, 검사도 이 부분에 관하여 항소이유를 제출하지 않았다.

나) 직권으로 살피건대, 앞의 직권남용권리행사방해의 점에 관한 판단에서 살펴본 바와 같이, 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵에도 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하고, 공소외 3이 2002. 2.경 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

따라서 이 부분 발언도 허위사실이라거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵다.

5. 검사사칭 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 5. 29. 23:00경 KBS 스튜디오에서 진행한 "2018 지방선거 경기도지사 후보 KBS 초청 토론회"에서 검사 사칭 여부에 대한 바른미래당 공소외 6 후보자의 질문에 "제가 한 게 아니고, 피디가 사칭하는데 제가 옆에 인터뷰 중이었기 때문에 제가 그걸 도와주었다는 누명을 썼습니다", "저는 검사를 사칭해 전화를 한 일이 없습니다.

피디가 한 거를 옆에서 인터뷰 하고 있었다라는 이유로 제가 도와 준 걸로 누명을 썼습니다.

"라고 답변하고, 이어 추가시간을 요청한 뒤 "파크뷰 특혜분양사건이라고 기억하시는 분들 많으실 것입니다.

파크뷰 특혜분양사건을 제가 추적해서 폭로했습니다.

그래서 제가 고소당했지요. 어떤 모 방송에서 저를 인터뷰를 했는데 인터뷰를 할 때 전화가 걸려 온 거예요 시장에서. 그래서 그분이 전화로 내가 어디 어디 검사인데 사실대로 얘기하라 이렇게 이야기했죠. 저는 일보고 있었습니

다.
이거를 제 사무실에서 인터뷰 중에 한 것을 걸어서 제가 도와준 걸로 됐다는 것 말씀드리고요."라고 부연 발언하였

그러나 사실 "분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건"에 관한 보도자료를 수집하던 KBS '추적60분' 담당 프로듀서 공소외 12가 2002. 5. 10. 변호사 피고인 법률사무소 내 피고인의 집무실에서 피고인과 인터뷰 도중 당시 성남시장 공소외 35로부터 전화를 받고 피고인과 무관하게 ♠모 검사를 사칭하며 공소외 35와 통화한 것이 아니라 피고인이 공소외 35로부터 전화를 달라는 음성메시지를 받은 공소외 12에게 사칭할 수원지방검찰청 검사의 이름과 물어볼 질문의 요지를 알려준 다음 공소외 12가 위 ♠모 검사를 사칭하여 공소외 35와 통화를 시작하자 메모지에 추가질문사항을 적어주거나 나지막한 목소리로 설명을 해 주는 등 공소외 12와 공모하여 피고인과 공소외 35 간의 형사사건을 담당하는 수원지방검찰청 검사를 사칭하여 그 권한을 행사하였고 그로 인해 형사처벌을 받았다.

이로써 피고인은 당선될 목적으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 경력 내지 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

- ① 공소외 12가 검사를 사칭하는 전화를 하고 있을 당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

피고인의 이 부분 발언에는 인터뷰 중 구체적으로 어떠한 내용 때문에 검사사칭을 도운 것으로 평가되었는지에 관하여 아무런 발언이 없으므로, 피고인이 검사사칭과 무관한 행위를 하던 중 공소외 12가 검사를 사칭하게 되었다는 사실을 공표하였다고 볼 수 없다.

또한, 공소외 36의 진술 등에 비추어 보면, 피고인이 당시 '일 보고 있었다'라는 발언도 허위라고 보기 어렵다.

- ② 공소외 12가 검사사칭을 할 당시 공소외 35에게 전화를 건 것임에도, 피고인이 '공소외 12가 공소외 35로부터 전화를 받았다'는 취지로 발언한 부분은 의도적 행위가 아니라 착각 내지 오인일 가능성이 크므로, 허위사실공표의 고의가 없다.

- ③ 검사사칭을 도운 것으로 누명을 썼다는 취지의 발언은 그 처벌이 부당하다거나 억울한 결과라는 의미이고, 이 표현을 사실의 적시라고 볼 수 없다.

피고인이 검사사칭으로 처벌받은 것이 억울하다는 의미도 다의적이어서 공소외 12가 피고인과 무관하게 검사사칭 행위를 하였다고 발언한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 개별 허위사실을 주장하지 않은 이상 이 부분 누명을 썼다는 표현은 사실의 공표로 보기 어렵고, 피고인의 입장표명 내지 평가 정도의 발언에 불과하다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 '허위의 사실'이란 진실에 부합하지 아니하는 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다.

이때 어떤 진술이 사실주장인지 또는 의견표현인지를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법 취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제된 말이 사용된 문맥, 증명가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2015도3038 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인의 검사사칭 전과

(1) 피고인은 수원지방법원 성남지원 2002고합113호로 "피고인이 공소외 12와 공모하여 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다"는 내용의 공무원자격사칭 등의 혐의로 구속기소되었다.

위 법원은 2002. 11. 13. 피고인의 위 공무원자격사칭 혐의와 공소외 35에 대한 무고 혐의를 유죄로 인정하여 피고인을 벌금 250만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다.

(2) 위 사건의 항소심은 2003. 7. 1. 피고인의 공무원자격사칭 혐의에 관한 항소이유 주장을 배척하면서, 다만 제1심의 형이 다소 무겁다는 이유로 피고인을 벌금 150만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다(서울고등법원 2002노3184).

(3) 위 사건의 상고심은 2004. 12. 24. 위 판결에 대한 피고인과 검사의 상고를 모두 기각하였고(대법원 2003도4065), 위 판결이 그대로 확정되었다(이하 '관련 형사판결'이라 한다).

나) 피고인의 토론회 발언

2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) 이 부분 발언이 사실주장인지 의견표현인지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언은 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 주장한 것이라기보다는 '공무원자격사칭죄로 유죄확정판결을 받은 것은 자신의 입장에서 볼 때는 억울하다'는 취지의 의견을 표현한 것이라고 봄이 타당하다.

① 피고인은 1999. 9.경부터 '분당 백궁·정자지구 파크뷰'가 특혜로 용도변경되었다고 주장하면서 그 용도변경 반대운동을 해 왔고, 1999. 11.경 구성된 '분당 백궁역 일대 부당용도변경 저지를 위한 공동대책위원회'의 공동집행위원장으로 선임되기도 하였다.

② KBS '추적60분' 취재팀은 2002. 5. 초경 당시 의혹으로 크게 부각된 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'을 기획취재하기로 하였다.

이에 그 담당 피디로서 공소외 12를 비롯하여 공소외 37, 공소외 38 등이 그 무렵 피고인에게 위 사건에 관하여 여러 문의를 하였고, 공소외 12는 2002. 5. 8.경 무렵 피고인의 변호사사무실을 방문하여 피고인으로부터 위 사건에 관한 설명을 듣고 관련 자료를 받아 오기도 하였다.

③ 공소외 12는 2002. 5. 10. 재차 피고인을 만나려고 피고인의 변호사사무실을 방문하였을 당시 공소외 35와 이 사건 검사사칭 통화를 하게 되었다.

이후 피고인은 공소외 12로부터 위 검사사칭 통화 내용이 담긴 녹음테이프를 받고 2002. 5. 23. 성남시청에서 기자회견을 하면서 공소외 35가 위 통화 중 발언한 내용을 공개하였다.

④ 공소외 35는 2002. 5. 25. 피고인과 공소외 12를 공무원자격사칭 및 공직선거법위반 등의 혐의로 고소하였다.

피고인은 이로 인하여 수사를 받던 중 검사의 2002. 6. 1.자 소환 요구에 불응하면서 위 사건이 정치적으로 악용되는 것을 막기 위해 당시 지방선거일인 2002. 6. 13.이 지난 후에 검사의 소환에 응하겠다고 하였다.

피고인은 자신에 대한 체포영장이 2002. 6. 5. 발부되었음에도 위 지방선거 이후인 2002. 6. 28.에서야 검찰청에 출석하여 당일 체포되었으며, 2002. 7. 1. 구속되어 2002. 7. 4. 공무원자격사칭 등의 혐의로 기소되었다.

⑤ 피고인은 그 수사 및 재판 과정에서 "검찰이 예단을 가지고 피고인에 대하여 구속방침을 세워둔 채 악의적으로 사건을 조작하며 수사하였다"는 취지로 주장하였다.

한편, '민주사회를 위한 변호사모임'은 2002. 7. 18.경 국가인권위원회에 피고인에 대한 위 수사과정에 부당한 문제가 있다는 취지로 진정하기도 하였다.

⑥ 피고인에 대한 위 형사재판에서 결국 관련 형사판결이 선고되어 확정되었는데, 여기에서 인정된 피고인에 대한 공무원자격사칭의 범죄사실은 구체적으로 다음과 같다.

한국방송공사 "추적 60분" 프로그램에서 프로듀서로 재직한 공소외 12는 2002. 5. 18. 22:00경 KBS에서 방영될 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'에 관한 보도자료를 수집하기 위해 성남시장과 위 파크뷰 시행업체인 에이치원(H-1)개발 주식회사 회장 공소외 39 등과의 유착의혹 및 이들의 배후를 취재함에 있어 2002. 5. 10. 10:59경 전 성남시장 공소외 35의 전 수행비서 공소외 40에게 전화하여 "검찰청"이라고 자신 측을 소개하고, 같은 날 11:26경 성남시청 시장 비서실에 전화하여 소속 직원인 공소외 41에게 자신 측을 "검찰청 검사실"이라고 소개하며 각 공소외 35와의 통화를 시도하였는데, 공소외 12가 같은 날 11:28경 피고인의 법률사무소 내 집무실에서 취재 목적으로 KBS에서 제공받아 사용중인 핸드폰에 공소외 35로부터 자신의 핸드폰으로 전화를 해달라는 내용의 음성 메시지가 녹음되어 있는 것을 확인하자, 피고인은 공소외 12로 하여금 공소외 35와 피고인간에 맞고소하여 수사중인 업무상 배임 및 명예훼손 사건의 주임검사인 수원지방법검찰청 ♠모 검사의 자격을 사칭하여 마치 위 ♠검사가 공소외 35를 상대로 위 맞고소 사건에 관하여 전화로 그 의혹 및 배후관계 등에 조사하는 것처럼 하려고 공소외 35에 대한 질문사항을 사전에 공소외 12에게 개략적으로 설명하면서 통화중 그때그때마다 메모지에 추가로 작성하여 보여주고, 공소외 12는 공소외 35에게 전화를 걸어 위 메모지에 기재된 내용을 가지고 질문하여 그 답변을 얻어내고 카메라담당 공소외 42, 오디오담당 공소외 36로 하여금 이를 녹취하게 하여 보도하기로 하고, 공소외 12와 공동하여, 공소외 12는 피고인에게 "수원지검에 경상도 말을 쓰는 검사 중 아는 사람 있어요"라고 물어 피고인이 "수원지검에 ♠모 검사가 있는데 시장도 그 이름을 대면 잘 알 겁니다"라고 대답하자, 공소외 12는 공소외 35에게 "수원지검 ♠검사입니다, 수사 중에 아니 조사하는 과정에서 시장님께 확인을 받아야 할 일이 있어서 전화를 하였습니다, 제가 조사하는 참고인이 시장님께서 ♡회장으로부터 은갈치를 받았고 ♡회장과 골프를 쳤다고 진술하는데 그 부분에 대하여 시장님의 확인을 받고 싶어서 전화를 하였습니다.

시장님께 도움을 드리려고 그러니까 좀 상세하게 말씀해 주시기 바랍니다"라고 마치 위 사건을 수사중인 ♠검사인 양운을 댄 다음 공소외 35를 상대로 사칭하는 통화를 시작하였고, 피고인은 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 위 공소외 35에 대한 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명하고, 이에 따라 위 공소외 12는 공소외 35에게 "분당 백궁지구 용도변경은

누구의 부탁을 받고 한 것은 아닌가, 파크뷰의 ♣회장에서 은갈치를 받고 함께 골프를 치는 등 친분관계가 있는 것으로 알고 있는데 ♣회장으로부터 부탁을 받고 설계변경을 한 것은 아닌가, 선거 때 ♣회장이 도와주었는가, 왜 성남시 부시장이 ♣회장의 골프클럽하우스의 사무실을 사용하였는가, ♣회장이 성남지청과 수원지검 검사들과 어울려 골프를 쳤다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 박모 비서관과 이모부장검사가 시장과 가깝게 지낸다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 작년에 ♡시장이 고소한 내용의 수사가 그 당시 왜 지연되었는가" 등에 관하여 마치 검사가 공소외 35를 상대로 피의자신문하듯이 유도 질문을 하며 그 답변을 얻어내는 등으로 조사하여 공무원인 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다.

⑦ 위와 같이 공무원자격사칭에 관한 피고인의 객관적인 행위는 ㉞ 공소외 12에게 ♠모 검사의 이름을 알려주면서 시장도 그 이름을 대면 잘 알 것이라고 말한 행위와 ㉜ 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명한 행위이다.

⑧ 그러나 피고인은 위 형사재판을 받는 동안 ㉞ 당시 공소외 12에게 취재 대상사건의 내용과 그 관련사건을 담당하는 검사의 이름을 알려주었을 뿐, 공소외 12가 검사를 사칭하려는 것을 몰랐고, ㉜ 공소외 12가 공소외 35와 통화할 당시 일을 하다가 중간 중간 카메라 스피커로 공소외 12의 통화내용을 엿들었을 뿐 공소외 12에게 질문할 사항을 알려준 적은 없다고 주장하면서 공소외 12와의 공모관계를 적극 부인하였다.

⑨ 위 사건에서 법원은 공소외 12 및 위 공소외 42, 공소외 36의 각 진술의 신빙성을 인정하여 피고인의 위 주장을 배척하고 관련 형사판결을 선고하면서도, 그 범행의 동기나 경위에 관한 피고인의 변소를 일부 고려하여 공소장에 기재된 공소사실 일부를 아래와 같이 다소 수정하여 위 범죄사실을 인정하였다(양자에 차이가 있는 부분 중 주요 부분을 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다)

⑩ 특히 위 공소사실에서는 피고인이 먼저 공소외 12에게 검사사칭 통화를 하라고 부추겼다는 취지로 기재되어 있으나, 관련 형사판결의 범죄사실에서는 공소외 12가 먼저 검찰청을 사칭하는 통화를 시도한 이후 피고인과 공소외 12가 검사사칭을 공모하였다고 기재되어 있다.

공소외 12도 당시 검찰 수사과정에서 "피고인이 자신에게 검사사칭을 부추겼다는 부분은 사실과 다른 것 같다.

사칭은 제가 먼저 우연히 시작을 하였고 부추김을 받아 한 것은 아니기 때문이다"라고 진술하였고(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1026면), 제1심 증인으로 출석하여서도 같은 취지로 진술하였다(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1772, 1814면).

[다만 그 항소심은 위 공소사실과 같이 '피고인이 공소외 12와 공소외 35의 통화 도중 공소외 35의 답변을 듣고 있다가 공소외 12에게 손가락으로 동그랗게 만들어 만족한 답변이 나왔다는 취지의 사인을 보내기도 한 사실'은 인정된다고 판단하였다(서울고등법원 2002노3184, 증거기록 제16권에 편철된 수사기록 494면)]

⑪ 피고인으로서 위와 같이 관련 형사판결에 이르기까지 일련의 경위나 과정에 비추어 자신이 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'의 의혹을 폭로하면서 공소외 35의 통화 중 발언 내용을 공개한 탓에 피고인이 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담한 것으로 평가되거나 구속까지 된 것이어서 억울하다는 인식을 가졌으리라고 볼 여지가 있다.

- ⑫ 피고인은 2018년 경기도지사선거에서 자신의 선거공보물 중 전과기록 '소명서' 란에 관련 형사판결의 범죄사실에 관하여 "시민운동가로서 공익을 위해 분당파크뷰 특혜분양 사건 진상규명과 고발 과정에서 발생. 특혜분양사건 대책위 집행위원장이던 후보자를 방송PD가 인터뷰하던 중 담당 검사 이름과 사건 중요사항을 물어 알려주었는데, 법정 다툼 끝에 결국 검사사칭을 도운 것으로 판결됨"이라고 기재하였다.

위 소명문구는 관련 형사판결에 대한 자신의 입장이나 의견을 개진한 것이라 할 것인데, 피고인의 이 부분 발언은 위 소명문구의 내용과 크게 다르지 않다고 보인다.

⑬ 위와 같은 사정에다가 피고인의 이 부분 발언이 TV합동토론회에서 한 표현인 점, 그 발언의 전체적인 맥락과 사용된 구체적 표현, 특히 피고인이 이 부분 발언을 하는 과정에서 "보복을 당했다고 생각한다"라고 표현하기도 한 점을 종합하여 고려할 때, 피고인의 이 부분 발언의 전반적인 취지는 피고인이 관련 형사판결에서 검사사칭으로 처벌받은 것에 대해서 일반 유권자들에게 그 범죄사실에 관한 자기 나름의 경위와 과정을 설명하며 관련 형사판결로 처벌받은 것은 억울하다는 취지라고 이해되고, 피고인의 관련 형사판결에 대한 이러한 입장표명이 이 부분 발언의 결정적인 요소라고 봄이 타당하다.

4) 허위사실의 공표인지 여부 및 그에 대한 고의가 있는지 여부에 대한 판단

예비적으로 판단하건대, 비록 피고인이 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 공표한 것이라고 볼 여지가 있다고 하더라도, 검사가 제출한 증거만으로 피고인에게 그 허위사실공표의 고의가 있다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기도 어렵다.

① 피고인의 이 부분 발언 중 "검사사칭 통화를 한 사람은 피고인이 아니라 방송국 피디이다"는 부분과 "당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었다"는 부분은 관련 형사판결의 범죄사실을 보더라도 허위사실이라고 보기 어렵고, 대체로 사실에 부합한다.

또한, 피고인의 이 부분 발언 중 "당시 피고인이 일 보고 있었다"는 부분 역시 위 각 증거에 비추어 보면 허위사실이라고 인정하기 어렵다.

다만 피고인의 이 부분 발언 중 "공소외 35로부터 먼저 전화가 걸려와 공소외 12가 검사사칭을 하기 시작했다"는 부분은 위 범죄사실과 다르기는 하나, 이는 그 경위에 관하여 사실과 약간 다르거나 중요한 부분에서 차이가 있다고 보기 어려운 부분이다.

그 외에 피고인의 이 부분 발언 중 관련 형사판결의 범죄사실과 전혀 다른 내용이 있거나 그와 모순·저촉되는 내용이 포함되어 있다고 보기는 어렵다.

- ② 피고인은 관련 형사판결의 수사단계에서부터 현재에 이르기까지 일관하여 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담하지 않았다고 주장하고 있다.

따라서 피고인이 현재에 이르러 그와 같이 주장한다 하여 허위사실공표의 고의가 있는 것이라고 단정하기 어렵다.

③ 관련 형사판결에서 인정된 피고인의 범죄사실은 그 판결문을 보면 누구나 쉽게 확인할 수 있으므로, 피고인이 굳이 위 범죄사실에 반하는 허위사실을 적극적으로 공표할 동기나 이러한 공표로 인하여 피고인이 얻을 이익을 생각하기 어렵다.

5) 소결론

원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 대체로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 선거공보물을 이용한 허위사실공표

피고인은 2018. 5. 중순경 자신의 책자형 선거공보물(이하 '이 사건 선거공보물'이라 한다)을 제작·배포하면서 선거공보물에 "[결재 한 번에 5,503억 원 번 사업] 결재 한 번으로 5,503억 원을 벌었다면 믿으시겠습니까? 성남시에서 실제로 벌어진 이야기입니다.

(중략) 성남시는 개발이익금 5,503억을 고스란히 시민의 몫으로 환수했습니다.

(중략) 이 중 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에, 2,761억 원은 1공단 공원 조성 사업비로 사용되었고, (후략)"라고 기재한 뒤 2018. 6. 2.부터 6. 3.경 사이에 이 사건 선거공보물 5,262,380부를 경기도선거관리위원회를 통해 유권자들에게 배포하였다.

그러나 피고인이 성남시장으로 재직하면서 개시한 성남시 대장동 일대 도시개발사업의 구조는 성남도시개발공사와 ●●은행, ▲▲은행 등으로 구성된 민간 컨소시엄에서 특수목적법인(SPC)을 설립하여 개발사업을 시행하되 민간 컨소시엄에서 개발에 필요한 자금을 조달하여 그 비용으로 대장동 지역 기반시설(터널, 확장된 진입로 및 배수지 등)과 1공단 부지 공원조성공사를 진행하는 구조로서, 성남도시개발공사와 민간 컨소시엄은 위와 같이 조성된 기반시설과 공원을 성남시에 무상으로 귀속시키고 대장동 내 임대주택부지 또는 그 환가대금을 배당 형태로 성남시에 지급하기로 약정하였을 뿐 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 실제로 5,503억 원 상당의 개발이익금이 성남시로 귀속된 바 없었다.

대장동 지역 배후시설 조성비 920억 원의 경우 확정된 공사금액이 아닌 추산치에 불과할 뿐만 아니라 선거일인 2018. 6. 13. 당일에 위 각 배후시설에 대한 착공조차 이루어지지 않았고 배후시설비로 집행된 금액은 설계비 등 약 9억 원에 불과하여 관련 조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정되거나 귀속된 사실이 없었다.

1공단 부지 공원조성 사업비 2,761억 원 또한 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 토지보상비 및 PF 대출수수료 등 합계 약 1,254억 원만이 지출되었을 뿐이고, 성남지원 및 성남지청 신청사 이전을 둘러싼 성남지원의 예정부지 면적 확대

및 공원조성공사 잠정 유보요청 등으로 인해 공원조성공사가 착공도 되지 않았으며, 이 사건 사업시행 이전 1공단 부지 도시개발사업 관련 권리자였던 ■■■■■■■■■■ 주식회사가 성남시 등을 상대로 소가 2,511억 원 상당의 손해배상의 소를 제기하여 해당 민사소송이 계속 중이었으므로 1공단 부지 공원조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정되거나 귀속된 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 이 사건 선거공보물에 위와 같은 내용을 기재한 뒤 선거관리위원회를 통해 이를 배포함으로써 당선될 목적으로 선거공보물 배포에 의한 방법으로 후보자에게 유리하도록 후보자 자신의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

2) 선거유세에 의한 허위사실공표

피고인은 2018. 6. 11. 17:00경 김포시 사우동에 있는 사우사거리에서 진행된 경기도지사 후보자 선거유세연설 중 피고인의 연설을 청취하는 불특정 다수의 유권자들에게 “(전략) 자그마치 얼마를 번지 아십니까? 자그마치 5,503억 원을 한 푼도 안 들이고 성남시 수입으로 만들었습니다.

(중략) 그래서 5,503억 원을 벌여가지고 제가 신나게 썼습니다.

1,000억은 그 주변에 터널 만들고 도로 만드는 데 썼습니다.

(후략)"라고 발언하였다(이하 '이 사건 유세연설'이라 한다).

그러나 성남시로 귀속될 예정인 5,503억 원의 개발이익금은 성남도시개발공사와 민간컨소시엄간의 약정에 불과하였고 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 실제로 5,503억 원 상당의 개발이익금이 성남시로 귀속된 바 없었으며, 대장동 지역 배후시설 조성비 920억 원의 경우 확정된 공사금액이 아닌 추산치에 불과하고 각 배후시설에 대한 착공조차 이루어지지 않았을 뿐만 아니라 집행된 금액은 약 9억 원에 불과하여 관련 조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정 내지 귀속된 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 불특정 다수의 유권자들에게 위와 같은 내용의 발언을 함으로써 당선될 목적으로 연설에 의한 방법으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 대장동 도시개발사업의 개발이익 환수구조에 의하면 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용에 다소 부정확하거나 부적당한 부분이 있기는 하나, 그 판시와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 그 각각의 표현은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있는 정도에 불과하다 할 것이어서 이를 허위의 사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 흐리게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하다.

하지만, 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등).

또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 대장동 도시개발사업에 관한 기초적 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 성남시의 제1공단 도시개발사업 추진 경위

(1) 주식회사 ◆◆◆◆◆는 성남시에 '성남산업단지 제1공단'이 있었던 성남시 수정구 신흥동 2458 일대(이하 '제1공단 부지'라 한다)를 도시개발구역으로 지정할 것을 제안하였다.

성남시는 위 제안을 받아들여 2009. 5. 15. 시행자를 지정하지 아니한 채 제1공단 부지 84,235㎡를 '성남신흥 도시개발구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '제1공단 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발사업계획을 수립하여 고시하였다.

(2) 이후 ■■■■■■■■■■■■■■ 주식회사(이하 '■■■■■■■■'라 한다)가 2009. 9. 1.경 주식회사 ◆◆◆◆◆로부터 제1공단 도시개발사업과 관련된 권리를 양수하였다.

(3) ■■■■■■■■는 2010. 5. 25.경 성남시에 제1공단 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2010. 7. 6. 이를 반려하였다.

이에 ■■■■■■■■가 경기도행정심판위원회에 재결을 신청하였고, 위 행정심판위원회는 2010. 12. 30. 위 반려처분이 위법하다고 보아 이를 취소하였다.

그러나 성남시는 2011. 5. 2. 새로운 처분사유가 있다는 이유로 ■■■■■■■■의 위 신청을 재차 반려하였다.

■■■■■■■■는 2011. 6. 7.경 다시 성남시에 위 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2011. 8. 16. 위 신청도 반려하였다(이하 위 2011. 5. 2.자 반려처분과 2011. 8. 16.자 반려처분을 통틀어 '이 사건 거부처분'이라 한다).

(4) 성남시는 2012. 5. 29. 위 성남신흥 도시개발구역에 대하여 그 도시개발구역 지정·고시일로부터 3년이 되는 날까지 실시계획 인가가 신청되지 아니하였다는 이유로 도시개발법 제10조 제1항 제1호에 따라 도시개발구역 지정 해제를 고시하였다.

나) 성남시의 대장동 도시개발사업 추진 경위

(1) 성남시는 2011. 3.경 이 사건 대장동 부지를 공영개발 방식으로 개발하는 방안을 추진하였다.

이에 성남시는 2011. 3. 24. 성남시 분당구 대장동 210 일원(이하 '이 사건 대장동 부지'라 한다) 910,000㎡를 '성남대장 도시개발구역'으로 지정고시하였다.

(2) 이후 성남시는 2013.경 이 사건 대장동 부지와 제1공단 부지를 하나의 도시개발구역으로 결합하여 개발하기로 하였고, 이에 2014. 1. 24. 위 성남대장 도시개발구역 지정 해제를 고시한 다음 2014. 5. 30. 이 사건 대장동 부지 912,868㎡와 제1공단 부지 56,022㎡를 묶어 '성남 대장동·제1공단 결합 도시개발구역'으로 지정고시하였다.

성남시는 2015. 6. 15. 위 대장동·제1공단 결합도시개발사업(이하 '이 사건 결합도시개발사업'이라 한다)의 개발계획을 수립하여 고시하였는데, 이에 의하면 위 개발계획에 속한 제1공단 부지 56,022㎡는 모두 공원, 도로 등의 도시기반 시설용지로 이용하기로 계획되었다.

(3) 한편, 성남시가 100% 출자하여 2013. 9. 12. 설립된 성남도시개발공사는 2014. 4. 1. 성남시로부터 이 사건 결합도시 개발사업 업무를 위탁받는 내용의 협약을 체결하였다(공판기록 제2권 659면). 성남도시개발공사는 2015. 2. 13.경 이 사건 결합도시개발사업의 자금조달 등의 역할을 할 민간사업자를 공모하였고, 그 공모절차에서 주식회사 ●●은행, 주식회사 ▲▲은행 등으로 구성된 컨소시엄(이하 '●●은행 컨소시엄'이라 한다)이 그 민간사업자로 선정되었다.

(4) 성남도시개발공사는 2015. 6. 15. ●●은행 컨소시엄과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 사업협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 37면, 이하 '이 사건 사업협약'이라 한다)을 체결하였다.

이 사건 사업협약에 따르면, 성남도시개발공사가 과반의 주식 지분(50% + 1주)을 보유하고 ●●은행 컨소시엄이 그 나머지 주식 지분(50% - 1주)을 보유하는 특수목적법인을 설립하여 위 사업을 시행하기로 하는 한편(제9조, 제10조 등), 성남도시개발공사에 대한 사업이익 우선배분과 관련하여, ① 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 데 드는 비용 2,561억 원 전액을 위 사업비에서 충당하고, 이와 별도로 제1공단 공원조성에 부가하여 지하주차장을 건립하되 그 비용도 위 사업비에서 충당하기로 하며(1차 이익배분), ② 개발완료 후 이 사건 대장동 부지 중 임대주택용지 A11 블록(이하 '이 사건 임대주택용지'라 한다)을 성남도시개발공사에 제공하기로 하되, 성남도시개발공사는 이 사건 임대주택용지 대신 현금 정산을 요청할 수 있다고(2차 이익배분) 정하였다(제13조 제5항).

(5) 또한, 성남도시개발공사는 2015. 6. 22. ●●은행 컨소시엄 측과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 주주협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제4권 645면, 이하 '이 사건 주주협약'이라 한다)을 체결하였는데, 이에 의하면, 이 사건 사업협약에 따라 성남도시개발공사에 제공하기로 한 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하되, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우 위 1,822억 원에서 공급 시점의 이 사건 임대주택용지의 감정가액 이내에서 결정한 공급가액을 공제한 나머지 금원을 성남도시개발공사에 지급하기로 하였다(제3조 제5항).

(6) 이 사건 사업협약에 따라 그 특수목적법인으로서 '★★★★ 주식회사'(이하 '★★★★'이라 한다)가 2015. 7. 27. 설립되었고, 성남시는 2015. 8. 19. ★★★★★을 이 사건 결합도시개발사업의 사업시행자로 지정하였다.

(7) 그런데 ■■■■■■가 제1공단 도시개발사업과 관련하여 성남시장을 상대로 제기한 이 사건 거부처분 취소소송의 항소심에서 2015. 8. 18. '이 사건 거부처분은 위법한 처분사유에 기초하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다'는 이유로 이 사건 거부처분을 취소하는 판결(서울고등법원 2014누6892)이 선고되었다.

[다만 위 항소심 판결의 상고심은 2016. 2. 18. "도시개발법 제10조 제1항 제1호는 도시개발사업 시행자의 지정 여부에 관계없이 도시개발구역이 지정·고시된 날로부터 3년이 되는 날까지 실시계획의 인가 신청이 없을 경우 일률적으로 적용되어야 한다"는 이유로 위 항소심 판결을 파기하고, ■■■■■■의 소를 각하한 원심 판결을 유지하는 취지의 항소기각 판결을 선고하였다(대법원 2015두3362)]

(8) 성남도시개발공사는 2016. 1.경 위 항소심 판결 등으로 인해 이 사건 결합도시개발사업 전체에 차질이 생길 것을 우려하여 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하는 한편, 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 도시계획시설사업(이하 '제1공단 공원조성사업'이라 한다)은 위 도시개발사업과 별개로 ★★★★★이 사업비를 부담하여 시행하는 방안을 추진하였다.

●●은행 컨소시엄 측이 위와 같은 방안에 동의함으로써 ★★★★★은 2016. 1.경 성남시에 위와 같은 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가 등을 신청하는 한편, 2016. 10. 25. 성남시에 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원조성사업을 시행할 것을 약속한다는 내용의 '이행확약서'(공판기록 제1권 345면)를 제출하였다.

(9) 성남시는 2016. 11. 8. 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하고 이 사건 대장동 부지 912,255㎡만 '성남 판교대장 도시개발구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '이 사건 대장동 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가를 고시하였다.

그런데 위 실시계획인가조건으로 ① 사업자인 ★★★★★이 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원조성사업을 시행하여야 하고, ② 사업구역 외 기반시설(이하 '이 사건 기반시설'이라 한다)로서 ㉠ 북측 터널 조성, ㉡ 남측 진입로(대장IC 진출입로) 확장, ㉢ 상수도 공급을 위한 배수지 신설 등을 시행하여야 한다는 점이 부가되었다.

(10) 한편, 성남시는 2017. 3. 7. 제1공단 공원조성사업에 관한 계획결정을 고시하고, 2017. 6. 16. 그 사업시행자로 ★★★★★을 지정하는 한편 그 실시계획인가고시를 하였다.

그 사이에 ★★★★★은 2017. 3. 30. 성남시에 향후 제1공단 공원조성사업 시행 후 그 공원을 성남시에 기부채납할 때 성남시를 상대로 민·형사상 일체의 소송을 제기하지 않겠다는 내용의 '부제소특약확약서'(공판기록 제1권 347면)를 제출하였다.

3) 판단

가) 앞서 본 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행 경위에다가 원심과 당심에서 적법하게 채택한 증거들을 종합하여 인정되는 아래 사실이나 사정을 종합하여 보면, 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용은 모두 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현에 불과하다 할 것이어서 이를 허위사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거만으로 피고인이 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용의 허위성을 인식하였다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

- ① 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업시행자인 ★★★★★은 이 사건 대장동 부지에 택지를 조성한 후 이를 제3자에게 분양하여 그 매각대금을 받는 방식으로 그 사업수익을 얻게 된다.

한편, ★★★★★은 이 사건 사업협약, 이 사건 주주협약, 2016. 10. 25.자 이행확약서, 이 사건 대장동 도시개발사업의 실시계획인가조건, 2017. 3. 30.자 부제소특약확약서 등을 통해 위와 같은 사업수익을 가지고 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함)과 이 사건 기반시설 설치사업을 직접 시행하면서 그 각 사업비를 부담하는 한편, 성남 도시개발공사에 이 사건 임대주택용지를 주거나 그 공급가액 상당의 현금을 지급하기로 하였다.

★★★★이 부담하는 위와 같은 민사상·공법상 채무는 모두 이 사건 선거공보물 배포나 이 사건 유세연설 이전에 발생한 것이고, 위와 같은 채무가 먼저 이행되어야 이 사건 대장동 도시개발사업의 민간사업자인 ●●은행 컨소시엄 측이 그 사업이익을 얻을 수 있다.

- ② 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 성남시의 별도 예산 지출 없이 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업이 시행되는 것은 성남시의 이익 또는 공공의 이익이 된다고 볼 수 있다.

성남도시개발공사가 이 사건 임대주택용지나 그 공급가액 상당의 현금을 지급받는 것은 성남도시개발공사가 성남시의 100% 출자로 설립된 공사라는 점에서 그 최종적 이익이 성남시의 이익으로 귀속된다고 볼 수 있다.

이는 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익에 관하여 현금을 수령하지 않는다고 하여 달리 볼 수 없다.

- ③ 이 사건 사업협약에 의하면, 제1공단 공원조성사업의 사업비를 2,561억 원으로 정하는 한편, 그 실제 사업비가 그보다 적게 들 경우에도 그 감소 금액을 모두 성남도시개발공사에게 귀속시킨다는 취지로 정하였고, 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 추후 정하기로 하였는데, 2017. 3.경 그 지하주차장 건립비용이 약 200억 원으로 추산되었다.

또한 이 사건 주주협약에 의하면, 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하는 한편, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우에는 적어도 1,822억 원을 성남도시개발공사에 지급하기로 정하였다.

- ④ 이 사건 기반시설 설치사업은 이 사건 대장동 도시개발사업에 대한 실시계획인가 무렵 ●●은행 컨소시엄 측이 성남시의 요구를 수용함에 따라 ★★★★★이 그 사업비를 추가로 부담하여 시행하기로 한 것이다.

이 사건 기반시설 설치사업비는 위 실시계획인가 당시 ●●은행 컨소시엄 측이 도시계획설계 업체에 의뢰하여 받은 추정가액에 따라 총 920억 원(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)으로 추산되었다.

- ⑤ 위 각 사업비의 합계액이 이 부분 표현에서 말하는 개발이익금 5,503억 원(= 제1공단 공원조성사업비 2,561억 원 + 지하주차장 건립비용 약 200억 원 + 이 사건 임대주택용지의 공급가액 1,822억 원 + 이 사건 기반시설 설치사업비 약 920억 원)인데, 위와 같은 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업구조와 그 개발이익 배분방법 및 규모에다가 다음과 같은 진술이나 사정 등을 종합하여 보면, 성남시는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시 이 사건 대장동 도시개발사업에 따른 위 각 사업의 시행으로 인해 그 개발이익을 얻을 개연성이 매우 높은 상황이었다고 볼 수 있다.

즉 ㉔ ●●은행 컨소시엄 소속 주식회사 ▼▼▼▼자산관리의 대표자 공소외 43은 수사기관에서 "2017. 3.경에는 성남시가 개발이익금 5,503억 원을 확보할 가능성이 높은 시점이었고, 2018. 2.경에는 천재지변이 일어나지 않는 이상 이 사건 대장동 도시개발사업이 실패할 확률은 거의 사라진 상태였다"라고 진술하였고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면), 원심 증인으로 출석하여 "성남시는 2108. 6. 13. 기준으로 이 사건 대장동 도시개발사업으로 총 5,503억 원의 이익을 거의 확정적으로 확보했다고 봐야 한다"는 취지로 진술하였다(공판기록 제1권 483, 487면).

㉕ 위 ▼▼▼▼자산관리는 2018. 6. 13. 기준으로 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함) 비용과 이 사건 기반시설 설치사업 비용 및 이 사건 임대주택용지 관련 배당을 고려하더라도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 ●●은행 컨소시엄 측의 이익이 약 2,400억 원 이상이 된다고 예상하고 있었고, 그 이후의 예상이익도 그와 비슷하게 보았다(원심 증인 공소외 43의 증언 및 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 931면).

㉖ ●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44는 수사기관에서 "이 사건 대장동 부지가 대부분 분양 완료되어 자금 흐름 상 약 5,500억 원의 이익이 성남시에 귀속되는 것에는 문제가 없어 보인다"라고 진술하였다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 597면).

㉗ 성남도시개발공사 직원 공소외 45는 원심 증인으로 출석하여 "2017. 3.경 이 사건 대장동 도시개발사업은 위험 변수가 없을 정도로 확실하다고 보았다"고 진술하였다(공판기록 제1권 460면).

㉘ 실제로 성남도시개발공사는 2019. 3. 26.경 ★★★★★로부터 이 사건 임대주택용지 관련 사업이익으로서 현금 1,822억 원을 배당받았다(공판기록 제27권 15586~15590면).

- ⑥ 일반적으로 정부나 지방자치단체가 향후 어떠한 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하거나, 지급된 보조금에 대해 환수 결정을 했을 뿐인데도 해당 보조금을 환수하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않은 점(공판기록 제2권 602~629면)에 비추어 볼 때, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금을 시민의 몫으로 환수하였다거나 성남시 수익으로 만들었다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 성남시 측이 그와 같은 개발수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라는 의미로 이해될 여지가 있다.

따라서 이 부분 표현이 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

- ⑦ 또한, ★★★★★은 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업을 시행하여야 할 의무를 부담하고 있었던 점, 사회통념상 일반적으로 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그

지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 하는 점 등을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금 중 2,761억 원은 1공단 공원조성 사업비로 사용되었고, 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에 사용되었다"는 부분과 "그 개발이익금으로 주변에 터널 만들고 도로 만드는 데 썼다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발 이익 중 일부가 제1공단 공원조성사업비 및 이 사건 기반시설 설치사업비로 사용되기로 확정되었다는 의미로 이해될 여지가 있다.

따라서 이 부분 표현도 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

[●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44도 수사기관에서 "이 사건 선거공보물의 표현은 일반 유권자의 입장에서 볼 때 해당 사업이 진행 중이라는 느낌을 받을 것 같다"는 취지로 진술한 바 있다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 607면)]

⑧ 앞서 본 바와 같이, ㉡ 제1공단 공원조성사업비는 총 2,561억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액은 최소한 1,822억 원으로 각 확정되었고, ㉢ 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 약 200억 원, 이 사건 기반시설 설치사업비는 총 920억 원으로 각 추산되었다.

위 각 개발이익금 합계액 5,503억 원 중 1,120억 원 부분은 추산가액이기는 하나 그와 같이 추산된 적이 있기는 한 점을 고려할 때, 피고인이 표현한 개발이익금 총액은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되고 다만 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나는 정도라고 봄이 타당하다.

비록 ★★★★★이 2018. 7. 20. ◀◀◀◀◀◀ 주식회사에 이 사건 기반시설 중 북측 터널 조성 공사를 공사대금 271억 7,000만 원에 도급하기는 하였으나(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 2078면), 이는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 이후에 발생한 사정일 뿐만 아니라, 북측 터널 공사의 공사금액이 앞서 본 추정금액 600억 원에서 위 도급계약금액과 같이 내려갈 것이라는 사정을 피고인이 알았다고 볼 만한 점을 인정할 증거가 없다.

⑨ 게다가 성남도시개발공사는 2017. 3.경 피고인에게 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익금은 총 5,503억 원이고, 그중 2,761억 원은 제1공단 공원조성사업(공원조성비 2,561억 원, 지하주차장 건립비 200억 원)에 사용되고, 그중 920억 원은 이 사건 기반시설 설치사업(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)에 사용된다고 보고한 바 있다(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 36면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면). 피고인은 2017. 3. 7.경 위 보고내용을 바탕으로 기자회견을 하면서 "이 사건 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 시행하였기 때문에 민영개발 방식으로 시행하였더라면 얻지 못했을 개발이익 총 5,500억 원(제1공단 공원조성사업비 2,761억 원, 이 사건 기반시설 설치비 920억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액 1,822억 원)이 공공의 이익으로 환수되었다"는 취지로 홍보하였다(공판기록 18권에 편철된 수사기록 381면 이하).

성남도시개발공사의 위 보고 내용과 피고인의 위 기자회견 내용은 피고인의 이 부분 공표사실에서 표현한 개발이익금 총액, 그 사용처 및 사용액수와 일치한다[이 사건 선거공보물의 문구 작성 업무를 담당하였던 공소외 46은 수사기관에서 그 문구 중 공소사실 기재 부분을 위 기자회견 내용 등을 참조하여 작성하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 1836면)]. 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인이 성남시의 개발이익금이 총 5,503억 원이라고 하거나, 그중 2,761억 원이 제1공단 공원조성사업에, 920억 원이 이 사건 기반시설 설치사업에 각 사용된

다고 공표한 것이 그 각 액수에 대한 허위사실공표의 고의를 가지고 한 것이라고 보기 어렵다.

다만, 피고인은 이 사건 유세연설에서 이 사건 기반시설 설치비가 그 추정금액 920억 원이 아닌 1,000억 원이라고 표현하였다.

그러나 일반 선거인의 입장에서 공공시설 설치비용에 관하여 들을 때 양 금액의 차이가 유의미하게 크다고 생각할 정도라고 보기 어렵고, 피고인은 위 유세연설에서 개발이익금의 총액은 5,503억 원이라고 말하였으며, 기타 선거유세연설의 즉흥성과 사람의 기억의 한계 등을 종합하여 고려하면, 위 표현에 대해서도 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있었다고 보기는 어렵다.

- ⑩ 검사는 피고인이 성남시장에서 퇴임한 2018. 3. 15. 전후로 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행경과와 이익규모 등을 정확하게 확인할 수 있는 지위에 있었으므로, 피고인에게 허위사실공표에 대한 고의를 인정할 수 있다는 취지로 주장한다.

그러나 피고인이 2017. 3.경 성남도시개발공사로부터 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익에 관한 보고를 받은 이후 그 개발이익 규모나 금액에 대한 추가보고 내지 수정보고를 받았음을 인정할 증거는 없다.

- ⑪ 검사는 피고인의 이 부분 공표사실 중 “환수했다”, “사용되었다”, “만들었다”, “썼다”는 과거형 표현은 “개발이익금이 이미 성남시로 귀속되었고, 그중 일부가 공공의 이익으로 사용 완료되었다”는 의미로 이해되므로, 이 부분 표현은 허위사실공표에 해당하고, 피고인에게 허위사실공표의 고의도 인정된다고 주장한다.

위 각 증거에 의하면 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시에는 제1공단 공원조성사업 비용으로 약 1,200억 원 정도가 지출된 것을 제외하고, 이 사건 대장동 도시개발사업계획 중 실제로 자금이 지출된 부분은 별로 없고, 성남도시개발공사에 이 사건 임대주택용지에 관한 배당도 이루어지지 않은 사실이 인정된다.

또한, 위와 같은 과거형 표현은 그 사전적 의미를 고려할 때 “성남시가 개발이익금을 수취 완료하였고 그중 일부를 공공사업에 사용 완료하였다”는 의미로 이해될 여지도 없지 않다.

그러나 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 위와 같은 과거형 표현을 사용하였다고 하여 이 표현이 허위사실공표에 해당한다거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

즉 ㉗ 앞서 본 바와 같이 일반적으로 향후 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않고, 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그 지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 한다.

⑬ 이 사건 선거공보물에서 그 개발이익 중 일부가 ‘공원조성 사업비’ 또는 ‘기반시설 조성비’에 사용되었다고 표현하고 있지, 그 ‘공원조성 사업’ 또는 ‘기반시설 조성’에 사용되었다고 표현하고 있지는 않으므로, 일반인도 그 표현을 보면 그 개발이익금의 사용처가 확정되었다는 의미로 이해할 수도 있다.

㉔ 피고인이 이 부분 공표사실을 통해 강조하고자 한 것은 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 진행함으로써 그 개발이익이 민간사업자의 이익이 아닌 공공의 이익으로 귀속되었다는 취지이다.

㉕ 아래에서 보는 바와 같이 피고인에게 위 각 사업이 완료되었다는 취지의 허위사실을 공표할 동기나 이익을 찾기 어렵다.

- ⑫ 다음과 같은 사정을 종합하여 고려할 때, 피고인이 굳이 제1공단 공원조성사업 및 이 사건 기반시설 설치사업이 모두 완료되었다거나, 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익을 모두 수령 완료하였다는 취지의 허위사실을 공표하여야 할 동기나 그로 인해 얻을 수 있는 이익을 쉽게 생각하기 어렵다.

즉 ㉗ 이 사건 대장동 도시개발사업과 제1공단 공원조성사업이 현재까지 완료되지 않았음은 그 각 사업현장의 외관상 누구나 쉽게 알 수 있는 정보이다(공판기록 제2권 586면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 920~926면). ㉘ 이 사건 대장동 도시개발사업 및 제1공단 공원조성사업이 2020년 말 완료될 예정이라는 기사가 언론에 보도된 적도 있다(공판기록 제2권 587면 이하). ㉙ 피고인 스스로도 아래와 같이 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 위 각 사업이 현재 진행 중임을 밝힌 바 있다.

즉 피고인은 ㉚ 2018. 1. 28.경 자신의 페이스북에 “개발이익금 중 2,761억 원(제1공단 공원조성사업비 및 주차장 건립 비용을 지칭한 것으로 보인다)은 제1공단 부지 매입 및 공원 조성에 쓰기로 하였고, 1,822억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말부터 순차적으로 성남도시개발공사로 입금될 예정이다”는 취지의 글을 올리고(공판기록 제2권 63면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 698면), ㉛ 2018. 2. 8.경 라디오 방송에서 “대장동 개발이익 5,500억 원 중 일부인 900억 원으로 기반시설 확보하여 도로, 터널(이 사건 기반시설을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다”는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 855~857면), ㉜ 2018. 2. 13.경 라디오 방송에서 “개발이익금 중 약 1,800억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말이 되어서야 비로소 들어온다”는 취지로 발언하고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 904, 905면, 공판기록 제2권 858면), ㉝ 2018. 5. 29.경 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 “대장동 개발이익 중 2,800억 원으로 현재 성남시에 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다”는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 859면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 1153면), ㉞ 이 사건 유세연설에서조차 “성남시에 2,700억을 들여서 지금 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다”는 취지로 발언하였을 뿐만 아니라(공판기록 제2권 584면, 증거기록 제21권에 편철된 수사기록 2507면), ㉟ 이 사건 유세연설 전후로 성남시, 용인시, 의왕시, 구리시, 의정부시, 수원시, 하남시 등지에서 유세연설을 하면서 “제1공단 부지에서 현재 공원을 만들고 있다”는 취지로 발언하였다(공판기록 제2권 860면 이하, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 711~713, 913, 918면).

- ⑬ 한편, 위 각 증거에 의하면, ■■■■■가 2014. 1.경 수원지방법원 성남지원 2014가합37호로 성남시 등을 상대로 “제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분으로 인해 ■■■■■가 재산상 손해를 입었다”고 주장하면서 그 손해배상을 구하는 소를 제기하였고, 위 법원은 2019. 2. 1. ■■■■■의 주장을 일부 받아들여 성남시에게 손해배상으로서 ■■■■■의 승계참가인(전부채권자) 중 일부에 대하여 약 295억 원의 지급을 명하는 판결을 선고한 사실이 인정되기는 한다(현재 위 사건은 쌍방 항소로 수원고등법원 2019나10565호로 소송계속 중이다).

그러나 검사가 제출한 증거만으로 ㉗ 제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분이 ㉘ 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익으로 제1공단 공원조성사업을 시행하는 것과 직접적으로 관련이 있는 사안이라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 설령 성남시가 향후 ■■■■■■ 측에 손해배상을 해 주어야 할 상황이 확정된다 하더라도, 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발이익을 공표하면서 그 손해배상액을 공제하지 않은 것이 허위라고 보기 어렵고, 피고인의 그 허위성에 대한 고의도 인정하기 어렵다.

나) 그러므로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

7. 결론

그렇다면 원심판결 중 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 검사의 항소는 일부 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 위 해당 부분과 그와 일죄의 관계에 있는 부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 위 파기부분을 제외한 나머지 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 내지 법리오해)

가. 직권남용권리행사방해의 점

1) 피고인은 2012. 3.경부터 직접 또는 비서실장인 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 친형인 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시 또는 독촉하였다.

2) 그러나 2012년 당시에는 공소외 3이 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 공소외 3에 대한 대면진단 등이 이루어진 바가 없었기에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 없었다.

그럼에도 피고인은 공소외 7과 공모하여 평소 사이가 좋지 않고 지속적으로 피고인의 시정운영에 반대하고 있었던 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 사적 의도로 성남시장으로서의 직권을 부당하게 행사하여 위 분당구보건소장 등으로 하여금 관계법령이나 관례에 반하여 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 이로써 피고인은 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄를 범하였다고 보아야 하는데도, 이와 달리 이 부분 공소 사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 공소외 3(직권남용권리행사방해) 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인은 ① 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있고, ② 2012.경 주도적으로 공소외 3의 정신병원 입원을 지시하였는데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 공소외 3의 강제입원에 전혀 관여한

바 없다는 취지로 발언한 것은 선거인의 정확한 판단을 흐릴 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이므로 허위사실공표에 해당한다.

2) 또한, 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차가 중단된 것은 분당구보건소장인 공소외 4가 그 절차 진행을 그만두었기 때문인데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 가족들을 설득하여 그 절차 진행을 못하게 막았다는 취지로 발언한 것은 허위사실공표에 해당한다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

다.

검사사청 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인의 이 부분 발언의 전체적인 취지는 "자신은 공소외 12의 검사사청 통화에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 공소외 12의 검사사청 행위를 도와주었다는 잘못된 내용으로 처벌받았다"는 것이다.

2) 이는 피고인에 대한 검사사청 유죄확정판결의 내용에 반하는 것으로서 허위사실을 공표한 것이고, 피고인의 단순한 의견표명이라고 볼 수 없다.

또한, 피고인의 허위사실공표에 대한 고의도 인정된다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

라. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 일반 유권자들이 피고인의 이 사건 선거공보물 문구와 선거유세연설의 표현을 접하였을 때 이를 "개발이익금 5,503억 원의 수입이 성남시로 귀속 완료되었고, 그중 2,761억 원이 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원이 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출 완료되어 그로 인해 위 각 공사가 대부분 완료되었다"라고 이해할 것이지, "성남시가 특수목적법인으로 하여금 2,761억 원을 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원을 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출하게 할 예정이고, 1,822억 원 상당의 임대주택용지를 받을 예정이다"라고 이해하지 않을 것이다.

따라서 피고인의 이 사건 선거공보물의 배포와 선거유세연설은 허위사실공표에 해당한다.

2) 피고인은 변호사이자 성남시장으로서 대장동 도시개발사업 모델을 직접 구상하는 등 그 사업의 수익구조를 잘 알고 있었고, 성남시장 퇴임 전후로 위 개발사업의 진행경과 및 이익규모를 확인할 수 있었는데도 사실에 부합하지 않는 정확하지 않은 표현을 사용하였으며, 그 공사금액 중 추산가액의 정확한 금액을 확인하지 않고 오히려 다소 부풀려 말한 점을 고려할 때 피고인이 허위사실공표의 미필적 고의가 있었음을 인정할 수 있다.

또한, 피고인이 기반시설 사업이 진행 중에 있다거나 1,822억 원이 장래의 수입이라고 명시한 적은 없는데도, 원심이 이러한 사실을 인정하여 피고인의 고의를 부정한 것은 잘못이다.

3) 따라서 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2. 이 사건 공소제기의 적법성에 관한 판단

가. 피고인의 변호인의 주장

피고인의 변호인은 이 사건 공소 중 직권남용권리행사방해 부분과 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반 부분에 관하여, 검사가 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하고 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하고, 공소장에 공소사실 특정과 무관하거나 불필요한 내용을 과도하게 기재하여 공소장일본주의를 위반하였다는 이유로, 위 각 부분의 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 주장한다.

나. 공소권남용 여부에 대한 판단

가) 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보이는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 여기에서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 2017. 12. 13. 선고 2017도16223 판결, 대법원 2018. 9. 28. 선고 2018도10447 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 살피건대, 원심 소송계속 중 피고인의 변호인이 검사에게 이 사건에 관하여 검사가 보관하고 있는 자료의 열람·등사를 신청한 경위, 이에 대한 원심의 2019. 4. 1.자 열람허용 결정, 2019. 4. 16.자 등사허용 결정 및 2019. 4. 8.자 등사신청 기각결정과 그 각 이유, 피고인의 변호인이 결국 위 자료를 입수하여 이를 증거로 제출하게 된 경위, 원심에서의 검사의 증거의견 등을 종합하여 보면, 검사가 미필적이거나 어떠한 의도를 가지고 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하거나 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등으로 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하였다고 볼 수 없다.

따라서 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

공소장일본주의 위반 여부에 대한 판단

가) 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실은 직권남용권리행사방해 및 그와 관련된 허위사실공표의 공직선거법위반 혐의에 관하여 그 행위의 배경 및 동기, 사건의 경과 등에 관하여 다소 불필요하거나 장황하게 기재하였다고 볼 수 있을 뿐 법관으로 하여금 예단을 생기게 하여 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는 정도에 이르렀다고 보기 어렵다.

따라서 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3. 직권남용권리행사방해의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3이 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청의 대상자가 되는 것처럼 보이게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 1로 하여금 공소외 2가 기존에 작성한 공소외 3에 대한 평가문건을 공소외 2의 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 수정하게 하고, 마치 전문의의 정식 소견서로 보일 수 있도록 수정된 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 하였고, ② 공소외 2로 하여금 정신건강의학과 전문의로서 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 위 평가문건을 수정하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

2) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조에 의한 입원 절차를 개시하게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 '성남시 정신건강센터'(현재는 '성남시 정신건강복지센터'이다.

이하 '센터'라고만 한다)에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 하고, 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 하였고, ② 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 분당구보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

4) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하게 하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9로 하여금 공소외 3을 강제입원시키기 위해 앰불런스를 타고 공소외 3이 있는 곳으로 가도록 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

나. 관계 법령

구 정신보건법(2016. 5. 29. 법률 제14224호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법'이라고만 한다) 및 구 정신보건법 시행령(2017. 5. 29. 대통령령 제28074호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법 시행령'이라고만 한다) 중 이 사건에 관련된 주요 내용은 다음과 같다(한편, 아래 구 정신보건법 제25조는 2011. 8. 5. 법률 제11005호로 개정되어 2012. 8. 5.부터 시행된 것인데, 위 2011. 8. 5. 개정 전 구 정신보건법 제25조는 '정신건강의학과전문의'를 '정신과전문의'라고 지칭하였을 뿐 그 내용은 개전 전후로 같다).

□ 구 정신보건법제25조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자를 발견한 정신건강의학과전문의 또는 정신보건전문요원은 시장·군수·구청장에게 당해인의 진단 및 보호를 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 신청을 받은 시장·군수·구청장은 즉시 정신건강의학과전문의에게 당해 정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단을 의뢰하여야 한다.

③ 정신건강의학과전문의가 제2항의 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때는 시장·군수·구청장은 당해인을 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관 또는 종합병원에 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의한 자신 또는 타인을 해할 위험의 기준은 제28조의 규정에 의한 중앙정신보건심의위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정한다.

(중략)⑥ 시장·군수·구청장은 제3항의 규정에 의한 진단결과 당해 정신질환자에 대하여 계속입원이 필요하다는 2인 이상의 정신건강의학과전문의의 일치된 소견이 있는 경우 당해 정신질환자에 대하여 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

다만, 그 관할구역에 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관이 없는 경우에는 그 외의 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

(후략)?□ 구 정신보건법 시행령제6조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 의심되는 사람을 발견한 정신건강의학과전문의 또는 전문요원은 법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호를 신청하려면 발견한 장소를 관할하는 시장·군수·구청장에게 진단 및 보호신청서(전자문서로 된 신청서를 포함한다.

이하 같다)를 제출하여야 한다.

② 제1항에 따른 진단 및 보호신청서에는 다음 각 호의 사항을 적어야 한다.

1. 신청인의 성명, 주소 및 생년월일2. 정신질환자로 의심되는 사람의 성명, 주소, 생년월일 및 현재의 소재지3. 정신질환자로 의심되는 사람의 증상의 개요4. 정신질환자로 의심되는 사람에게 보호의무자 또는 보호를 하고 있는 사람이 있는 경우에는 그 성명 및 주소③ 시장·군수·구청장은 법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 결과 정신질환자로 의심되는 사람이 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 인정되는 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.

1. 법 제23조에 따라 자의에 따른 입원 신청을 하게 하는 것2. 보호의무자에게 법 제24조에 따른 입원동의를 요청하는 것3. 법 제25조 제3항에 따라 국·공립 정신의료기관 또는 종합병원에 입원조치를 의뢰하는 것(제1호 또는 제2호의 조치에 따르지 아니하는 경우만 해당한다)④ 제3항 제3호에 따른 의뢰를 받아 정신질환자로 의심되는 사람을 입원시킨 국·공립 정신의료기관의 장 또는 종합병원의 장은 지체 없이 2명 이상의 정신건강의학과전문의에게 증상을 진단하게 하고 그 진단 결과를 해당 시장·군수·구청장에게 서면 또는 전자문서로 통보하여야 한다.

다만, 진단 결과 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하지 아니하다고 인정되는 경우에는 즉시 퇴원시키고 그 퇴원 사실도 함께 통보하여야 한다.

(중략)⑥ 시장·군수·구청장은 제4항에 따라 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하다는 진단 결과를 통보받은 경우에는 지체 없이 같은 항에 따른 입원치료를 의뢰하여야 한다.

다.

원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실과 사정을 근거로, 피고인은 공소외 3의 당시 행동이 정신질환으로 기인한 것이라고 여겼을 수 있고, 성남시장으로서 법령상 가능한 권한을 행사하여 공소외 3을 정신의료기관에 입원시켜 진단 및 치료를 받게 하려는 의도가 있었다고 볼 여지가 있으며, 이에 따라 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행한 것이라고 평가할 수 있다고 전제하면서 아래와 같은 이유에서 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

- ① ㉗ 공소외 2에 대한 평가문건 수정 요구는 피고인의 의견을 제시한 것으로 위법·부당한 직권행사가 아니고, ㉘ 수정된 평가문건에 공소외 2의 직인을 요구한 것 역시 위법·부당한 직권행사가 아니며, ㉙ 공소외 1로 하여금 공소외 2에게 평가문건 수정 의견이나 직인 날인 요청을 전달하게 한 행위는 피고인의 의견 전달 행위를 보조하는 사실행위에 불과하여 직권남용의 대상이 되는 행위로 볼 수 없다.
- ② ㉗ 공소외 5의 면담결과를 요청하거나 송부하게 한 것은 자료수집의 일환으로 볼 수 있으므로 이를 위법·부당한 직권남용으로 보기 어렵고, ㉘ 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 것은 그 신청 여부를 검토하고 답을 달라는 취지에 불과하므로 직권남용에 해당한다고 보기 어렵다.
- ③ 공소외 2 등이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청한 것과 피고인의 직권 행사 사이에 인과관계를 인정할 수 없고, 공소외 2에 대한 직권행사가 그의 의학적 판단과 무관하게 위 진단 및 보호신청을 하라는 정도에 이르렀다고 볼 수 없으며, 위 진단 및 보호신청은 정신건강의학과 전문의인 공소외 2의 고유 영역이므로 공소외 2로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하였다고 평가할 수 없다.
- ④ ㉗ 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원 집행을 시도하는 것은 위법한 행위이나, ㉘ 당시 공소외 4가 차량을 타고 >>경찰서로 간 것이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 강제입원 시도행위라고 단정하기 어렵고, ㉙ 오히려 이는 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단 절차로 볼 수 있는데 그 진단을 위한 물리력 행사는 구 정신보건법 제25조 제2항이 예정하는 집행 방법이므로, 당시 공소외 3에 대한 강제호송이 예정되어 있었더라도 이를 위법·부당한 행위로 평가할 수 없으며, ㉚ 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한 것도 입원 집행을 시도한 것이 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 완성하기 위한 것이므로 위법·부당한 행위로 볼 수 없다.

라. 당심의 판단

1) 기초 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2010. 6. 2.경 제5회 전국동시지방선거에서 성남시장으로 당선되어 2010. 7.경부터 2014. 6.경까지 민선 5기 성남시장으로 재직하였다.

공소외 7은 2011. 5. 1.경부터 2013. 4. 30.경까지 성남시장의 직무를 보좌하는 비서실장으로 재직하였다.

나) 분당구보건소는 '성남시 행정기구 설치 조례'에 의하여 시장 직속기관으로 설치되었고, 그 소관 업무로서 정신보건사업 등을 수행한다.

공소외 1은 가정의학과 전문의로서 2011. 5.경부터 2012. 5. 1.경까지 분당구보건소장으로 근무하였고, 공소외 4는 2012. 5. 2.경부터 2013. 5.경까지 분당구보건소장으로 근무하였다.

다) 센터(최초 명칭은 '성남시 정신보건센터'였다)는 1999.경 성남시의 정신보건사업을 위해 분당구보건소 산하 기관으로 설치되었다(다만 센터의 중앙사무실은 성남시청 내에 있다). 센터는 원래 ○○정신병원이 위탁받아 운영하다가,

2012. 1. 1.경부터 분당서울대학교병원이 위탁받아 운영하고 있다.

센터장은 센터의 업무를 총괄하고 소속 직원을 지휘·감독하는 업무를 수행하는데, 분당서울대학교병원 소속 정신건강 의학과 전문의 공소외 2가 2012. 1. 1.경부터 2014. 2.경까지 위 센터장으로 근무하였다.

2) 공소사실의 전제사실에 관한 판단

가) 피고인의 지시 내용 등에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였음은 인정된다.

① 피고인은 2012. 4. 초순경 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장인 공소외 1에게 공소외 3(사망일 생략 사망)에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원이 가능한지 검토해 보라는 지시를 하였다.

공소외 1은 그 검토 결과 피고인에게 여러 차례에 걸쳐 위 강제입원 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고하였는데, 피고인은 그때마다 구 정신보건법 제25조의 해석상 그 강제입원 절차가 가능하다는 견해를 개진하면서 공소외 1에게 재검토를 지시하거나 위 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다.

② 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1로부터 위 강제입원에 관한 보고를 받는 자리에서 공소외 1에게 구 정신보건법 제25조 제6항에 따른 '입원치료' 절차 또는 그 이후의 절차 등에 관하여 문의하기도 하였다.

③ 성남시의 2012. 5. 2.자 정기인사로 인해 분당구보건소장이 공소외 1에서 공소외 4로 바뀐 후, 피고인은 2012. 6.경부터 2012. 8.경까지 사이에 여러 차례에 걸쳐 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다(피고인은 2012. 6. 13.경부터 2012. 6. 22.경까지 브라질에 출장을 가 있는 동안에도 공소외 4와 여러 차례 전화통화를 하면서 위와 같이 지시하고 그 절차 진행을 재촉하였다).

④ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4와 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

⑤ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

⑥ 피고인은 분당구보건소장 및 그 직원들과 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 있는지 검토하고 이 문제를 함께 토론하였을 뿐 그 절차를 진행하라고 지시한 적은 없다는 취지로 주장한다.

그러나 위 공소외 1, 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 피고인으로부터 여러 차례에 걸쳐 위 절차를 이행하라는 지시를 받았고, 심지어 질책을 받기도 했다는 취지로 진술하였는바, 그 진술이 대체로 서로 일치하고 있고, 달리 위 진술에 신빙성이 없다고 볼 만한 사정이 없다.

나) 피고인의 고의 또는 동기에 관한 판단

1) 공소외 3의 정신건강상태 등에 관한 피고인의 인식

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3에게 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심할 만한 사정이 없는 상태임을 알면서도 오로지 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 의도로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다고 보기 어렵다.

① 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하는데, 구체적으로는 다음과 같다.

㉠ 공소외 3은 2002. 2.경 성남시청 홈페이지에 '성남시 수정구 청소년수련관 매점을 특혜로 위탁받았고, 유부녀와 두 번 불륜관계를 가졌음'을 고백한다는 내용의 글을 게시하였다.

공소외 3은 그 무렵 취재 기자와 주변인에게 그 의미를 쉽게 이해하기 어려운 발언을 여러 번 한 적이 있는데, 이 발언은 일반인의 시각에서 볼 때 정신질환이 다소 의심될 정도로 특이한 내용이다.

또한, 공소외 3은 그 무렵 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

㉡ 공소외 3은 2012. 2.경부터 이 사건 공소사실 기재 일시 무렵까지 사이에 다수의 성남시청 공무원 및 일반시민 등에게 과도한 폭언, 욕설, 협박 등을 해 왔을 뿐만 아니라 모친인 공소외 5와 피고인을 비롯한 여러 친족들에게도 과도한 폭언이나 저속한 발언 등을 해 왔다.

공소외 3의 위와 같은 행위는 그 빈도, 발언 내용, 상대방과의 관계 등을 고려할 때 사회통념상 일반 평균인의 행위로 보기에는 납득하기 어려운 점이 많다.

㉢ 공소외 3은 ㉠ 2012. 5. 28. 모친인 공소외 5를 협박하고, ㉡ 2012. 7. 15. 공소외 5와 동생들인 공소외 14, 공소외 15를 폭행하여 각 상해를 가하고, ㉣ 2012. 7. 1. 성남시청 시의회 청사에 무단으로 침입하여 새누리당 시의원들의 의장 후보 선출 업무를 방해하고, ㉤ 2012. 7. 26. 성남시 (주소 생략) 소재 □□백화점 지하2층 의류매장에서 소란을 피워 그 영업을 방해하고, □□백화점 보안요원을 폭행하였다[공소외 3은 위 각 범죄사실로 2013. 5. 27. 벌금 500만원의 약식명령을 받았다(수원지방법원 성남지원 2013고약2976)].

㉣ 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정으로서, 공소외 3은 ㉥ 2013. 2. 20. '◇◇한의원'에서 심신안정을 위한 약재를 처방받았고(공판기록 제26권 15411~15413면), ㉦ 2013. 3. 13. '☆☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원에서 우울증, 불면증 등으로 진료를 받았으며(공판기록 제18권 10740면), ㉧ 2013. 3. 16. 처인 공소외 11에게 죽으러 간다는 이야기를 한 후 차량을 운전하다가 중앙선을 침범하여 트럭과 충돌하는 교통사고를 일으키기도 했고, ㉨ 결국 2014. 11. 21. 처인 공소외 11과 딸인 공소외 16에 의해 정신병원인 국립▽▽병원에 강제입원되었고, 그때부터 2014. 12.

29.까지 위 병원에서 정신건강 치료를 받았다.

㉞ 공소외 3에 대한 진료기록에는 다음과 같은 기재가 있다.

- ㉠ 국립▽▽병원의 정신건강의학과 전문의 공소외 17의 2015. 2. 9.자 소견서에는 “공소외 3은 2012년부터 과잉행동, 과대망상, 수면욕구 감소 등의 증상이 시작되었고, 울증과 조증 증상이 반복되다 2014년 재발된 과대망상, 피해망상 및 과잉행동 등의 증상으로 본원에서 입원 치료하였다”는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14081면). ㉡ ◎◎대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 18의 2017. 8. 17.자 협의진료회신서에는 “공소외 3은 이 무렵(피고인이 성남시장에 당선된 2010.경 무렵으로 보인다)부터 조증 삽화를 간헐적으로 경험하며 가족들에게 충동적으로 욕설을 하며 버럭 화를 내는 일이 있었음. 2012년에는 가족회의 자리에서 말다툼이 심해지며 몸싸움까지 하였고, 당시 조증 삽화가 있던 환자는 백화점 앞 노점상들에게 공격적 행동을 하여 잠시 내과에 입원하기도 하였음”이라는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14090면).
- ㉢ 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중에는 공소외 3의 폭행, 협박 행위와 같이 타인에게 피해를 줄 위험성이 있는 사정들이 포함되어 있고, 특히 그중 공소외 3이 처벌받은 위 형사사건의 범죄사실은 그 동기 및 경위, 범행 방법 및 태양 등을 보았을 때 사회통념상 일반인의 범죄행위라고 보기에는 의심스러운 점이 많다. 또한, 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중 상당수는 피고인이 당시 어렵지 않게 알 수 있는 내용들이다.

- ㉣ 피고인의 막내동생인 공소외 14와 여동생의 남편인 공소외 19도 이 부분 공소사실 이전에 조울증 또는 우울증을 앓았던 가족력이 있었기에(증거기록 제4권 1845, 1846면, 공판기록 제11권 6556면), 피고인을 비롯하여 모친 공소외 5와 피고인의 형제자매들은 공소외 3의 발언과 행동을 보았을 때에도 공소외 3에게도 조울증이나 그와 비슷한 정신질환이 있는 것은 아닌지 의심할 여지가 더욱 많았다[피고인 및 공소외 3의 형인 공소외 20도 2012. 11. 11. 조울증 및 조현병으로 정신병원에 입원되어 2013. 7. 17.까지 입원치료를 받았다(증거기록 제4권 1844면)]. 공소외 5는 2012. 12.경 직접 공소외 3에게 정신건강 치료를 받도록 권유하기도 하였다(공판기록 제26권 15224면).
- ㉤ 검사는 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정을 들어 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 판단하는 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 공소외 3의 정신건강상태에 관한 사정은 그 내용 등에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 추단할 수 있는 정황으로 충분히 삼을 수 있다.

- ㉥ 한편, 위 각 증거에 의하면, 공소외 3은 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 회계사로서 회계사무실을 운영하며 상당한 소득을 얻고 있었고, 처 및 자녀와 함께 평범한 가정생활을 누리고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 인정사실에다가 검사가 제출한 증거와 검사가 지적하는 여러 사정을 더하여 보더라도, 정신질환은 그 특성상 악화와 호전을 반복하는 경우가 많아 어느 시점에서 평가되는지에 따라 그 심각도와 정신질환자의 사회적 기능의 정도가 달리 판단될 수 있고(당심의 정신건강의학과 전문의 공소외 21에 대한 사실조회결과 참조), 정신질환으로 인한 문제가 그 질환을 앓고 있는 사람의 모든 영역에서 발생할 것이라고 생각하기는 어려운 점을 고려하면, 공소외 3이 일부 정상적이고 평범한 생활을 영위하고 있었던 측면이 있다고 하여, 앞서 본 여러 사정에도 불구하고 이 부분

공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 아무런 정신질환도 의심할 수 없었다고 보기는 어렵다.

- ⑥ 또한, 공소외 3의 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵의 정신건강상태에 관하여, 공소외 3에게 별다른 정신질환이 없다는 취지의 진료기록이나 심리학적 평가결과도 있기는 하다.

그러나 이는 아래와 같은 이유로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 파악하는 자료로 삼기 어렵다.

- ㉠ 2013. 3. 11. 및 3. 13. 두 차례에 걸쳐 공소외 3을 진료하였던 '☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원 공소외 22의 2019. 1. 21.자 소견서(증거기록 제10권 10661면)에는 "공소외 3의 진료 당시 심각한 정신증적 소견은 보이지 않았다"는 취지로 기재되어 있다.

그러나 위 공소외 22는 당시 공소외 3에 대하여 우울증 치료는 하였던 점, 그 진료 기간과 시간이 비교적 짧은 점, 위 소견서는 공소외 3의 처 공소외 11이 2019. 1.경 언론중재위원회에 제출할 용도로 의뢰한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 위 소견서만으로 앞서 든 여러 사정에도 불구하고 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태에 특별한 문제가 없었다고 보기는 어렵다.

- ㉡ '△△△심리상담연구소'의 임상심리사(1급) 공소외 23의 공소외 3에 대한 '심리학적평가보고서'(증거기록 제14권 7008면)에 의하면, "2012. 12. 22. 공소외 3에 대한 심리학적 평가 결과 공소외 3은 현재 유의미한 정신과적 장애 및 정서적 어려움을 나타내고 있지 않다"고 기재되어 있다.

그러나 이는 공소외 3의 범죄사실을 수사하던 검사가 2012. 12. 14. '공소외 3에 대한 정신감정의 필요성이 있으나, 공소외 3이 스스로 정신감정을 받겠다고 하므로, 그 정신감정 결과가 도착할 때까지 기소중지한다'는 이유로 공소외 3에 대하여 시한부 기소중지처분(증거기록 제14권 7003면)을 하였기 때문에, 공소외 3이 스스로 위 심리학적 평가를 요청하여 받은 것이다.

또한, 위 심리학적 검사는 정신질환에 대한 정확한 진단은 아니고, 전문의의 진단에 보조 자료로 활용될 수 있을 뿐이다 [원심 증인 공소외 23의 진술 참조(공판기록 제18권 10876~10877면)]. 따라서 공소외 3에 대한 위 심리학적 평가 결과만으로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 판단하기는 어렵다.

- ⑦ 피고인이 2012.경 공소외 3과 사이가 좋지 않았다는 등의 사정만으로 피고인이 공소외 3에게 아무런 정신질환이 없음을 알면서도 공소외 3을 사회에서 격리시키고자 하는 의도가 있다고 단정할 수 없다.

2) 구 정신보건법 제25조 절차 진행의 위법 여부에 관한 피고인의 인식

또한, 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하는 것이 위법함을 알면서도 그 절차 진행을 지시하였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵다.

- ① 구 정신보건법 제25조 제1항에서 말하는 '발견'의 문언 상 의미, 구 정신보건법령이나 기타 의료 관련 법령에 위 '발견'의 수단이나 방법을 제한하는 규정이 없는 점, 위 '발견'의 주체는 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원

으로 한정되어 있는 점, 구 정신보건법 제25조 제1항 이후의 후속 절차에서 정신건강의학과 전문의의 진단을 필수적으로 예정되어 있는 점 등을 고려하면, 위 조항에 따른 '정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자'(이하 '정신질환 의심자'라 한다)의 '발견'은 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 그 재량에 따라 합리적으로 판단하여 할 수 있다고 해석함이 타당하고, 일반적으로 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견하는 것이 통상이겠으나, 반드시 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견해야 한다는 절차적 제한이 있다고 해석하기는 어렵다.

또한, 구 정신보건법 제25조의 취지, 구 정신보건법 제40조에서 "응급입원의 경우를 제외하고 정신건강의학과 전문의의 진단 없이는 정신질환자를 정신의료기관등에 입원시킬 수 없다"는 취지로 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 구 정신보건법 제25조 제2항의 진단의뢰에 따른 진단은 정신건강의학과 전문의의 대면진단을 의미하고, 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원을 위해서는 사전에 정신질환 의심자에 대한 대면진단이 이루어져야 한다고 해석함이 타당하다.

㉔ 그런데 다음과 같은 점을 종합하여 고려하면, 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 구 정신보건법 제25조에 관한 해석이나 그에 따른 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 보기는 어렵다.

㉕ 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결은 "구 정신보건법 제24조에서 정하는 보호의무자에 의한 입원의 경우 보호의무자의 동의가 있더라도 정신건강의학과 전문의가 정신질환자를 직접 대면하여 진찰하고 입원이 필요하다고 진단한 다음 이에 기하여 정신의료기관의 장이 입원을 결정하여야 하고, 이러한 요건을 갖춘 입원조치에 대하여 정신질환자가 저항하는 때에 비로소 정신의학적으로 보아 상당하다고 인정되는 범위 내의 물리력의 행사가 허용된다"고 판시하였을 뿐이고, 구 정신보건법 제25조의 해석에 관한 대법원 판례는 찾기 어렵다.

㉖ 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원은 정신질환 의심자에 대한 정확한 진단에 그 목적이 있는데도, 위 진단을 하기 위해 먼저 '대면진단'이 있어야 한다고 해석하는 것은 합리적이지 않다고 보거나, 그 절차의 실익이 떨어뜨리는 것이라고 생각할 여지도 없지 않다.

따라서 구 정신보건법 제25조에 관한 정확한 해석에 관하여 다툼의 여지가 있다고 볼 수 있다.

㉗ 검사는 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'도 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 정신질환 의심자를 대면하여 발견해야 한다고 주장한다.

이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(원심 증인 공소외 24, 공소외 25의 각 진술 참조). 그러나 반면 보건복지부는 위 '발견'은 일반적으로 대면을 통해 판단될 것이나 제3자가 기록한 서류 등이 신빙성이 높다고 보일 경우에도 '발견'으로 볼 여지가 있다고 해석하고 있으며(당심의 보건복지부에 대한 사실조회결과 참조), 이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(당심의 공소외 21에 대한 사실조회결과, 원심 증인 공소외 26의 진술 참조). 한편, 정신건강의학과 전문의의 견해 중에는 위 '발견'에 관하여 "원칙적으로 대면하여 발견하는 것이 바람직하나, 대면하지 않고 발견하였다고 하여 위법한 것은 아니다"는 취지의 것도 있다(원심 증인 공소외 27의 진술 참조). 이와 같이 현재에도 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'의 해석에 관하여 다툼이 있다.

- ㉔ 당시 구 정신보건법 제25조에 따라 입원이 이루어지는 실무례도 거의 없었고, 따라서 위 입원 절차에 관하여 확립된 관행이 있었다고 할 수도 없다(간혹 이루어진 몇 가지 사례를 두고 확립된 실무례 또는 관행이라고 보기는 어렵다).
- ㉕ 의료계에서는 정신건강의학과 전문의가 정신질환 여부를 진단하기 위해서 해당 환자를 원칙적으로 대면하여 진단해야 한다고 보고 있다.

그러나 그러한 임상실무 기준만으로 당시 구 정신보건법 제25조에 관하여 확립된 해석이 있었다고 보기는 어렵다.

- ③ 따라서 피고인이 당시 정신질환 의심자에 대하여 대면진단 없이도 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원 조치가 가능하다고 판단하였고, 이러한 판단이 위 조항의 해석에 부합하지 않는 것으로 사후에 밝혀졌다고 하여, 이것만으로 당시 피고인이 위 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정할 수는 없다.

피고인이 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들에게 구 정신보건법 제25조의 요건이나 절차를 무시하고 공소외 3을 무조건 강제입원 시키라는 취지로 지시하지는 않았다.

- ④ 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들이 피고인 또는 공소외 7에게 여러 차례에 걸쳐 “공소외 3은 가족이 있고, 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 없으며, 공소외 3의 주소지는 용인시이므로 관할이 없다”는 취지의 이유를 대면서 위 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고한 바는 있다.

그러나 그 보고 내용이 앞서 본 구 정신보건법 제25조의 해석과 정확하게 들어맞는다고 보기 어려운데다가, 당시 위 조항에 관한 해석이나 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 볼 수 없으므로, 피고인이 위와 같은 보고를 받고도 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 계속 지시하였다고 하여 그 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정하기는 어렵다.

- ⑤ 또한, 분당구보건소 보건행정과장 공소외 8은 원심 증인으로 출석하여 “당시 구 정신보건법 제25조 제2항의 ‘진단의뢰’까지는 정상적으로 이루어졌으나, 공소외 3에 대한 대면진단이 이루어진 바 없어 그 다음 절차를 진행할 수 없는 상황이었다”고 진술하기도 하였다.

위 진술에 의하면, 공소외 8도 당시 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 절차까지는 적법하게 이루어졌다고 판단하고 있었다.

- ⑥ 피고인은 2012. 6. 11.경 분당서울대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 24로부터 “공소외 3은 조울병의 조증이 의심되는 상태이나, 진단과 치료를 위해서는 본인이 거부할 경우 보호의무자인 처와 딸이 병원으로 데리고 가야 한다”는 취지의 자문을 받은 적이 있다.

그러나 공소외 24의 위 자문 내용은 임상실무 기준일 뿐 구 정신보건법 제25조의 확립된 해석이라고 보기는 어렵다.

- ⑦ 한편, 공소외 3의 처인 공소외 11은 당시 공소외 5 등으로부터 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 권유받아도 이를 거부하였던 것으로 보인다.

따라서 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제24조에 따라 ‘보호의무자에 의한 입원’ 조치가 행해질 수 없는 상황이었다.

3) 개별 공소사실에 대한 직권남용권리행사방해죄 성립 여부에 관한 판단

가) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에서 '의무 없는 일을 하게 한 때'란 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미하므로, 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당하나, 공무원이 자신의 직무 권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2017도12534 판결, 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결 등 참조). 또한, 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 3의 가족들을 설득할 수 있도록 공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였다.

이에 공소외 1은 그 무렵 공소외 2에게 피고인의 위 지시를 전달하였고, 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하였다.

(나) 그런데 피고인은 위 평가문건에 연필로 '공소외 3이 현재 입원이 필요하다'는 취지의 내용이 들어가도록 수정한 다음 이를 공소외 1에게 주면서 공소외 2로 하여금 위 평가문건을 그와 같이 수정하게 하라고 지시하였다.

(다) 공소외 1은 그 직후 공소외 2에게 피고인이 위와 같이 수정한 평가문건을 보여주면서 피고인이 수정한 내용이 반영되도록 위 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다.

(라) 공소외 2는 피고인이 수정한 그대로 평가문건을 수정할 수 없다고 하면서 다만 조울병의 심각성에 관한 교과서적인 내용을 추가하는 것으로 위 평가문건을 수정하여 공소외 1에게 주었고, 공소외 1은 이를 피고인에게 전달하였다.

(마) 피고인은 다시 공소외 1에게 위 평가문건에 분당서울대학교병원이나 센터의 직인을 받아오라고 지시하였다. 공소외 1은 센터 외부에 있는 공소외 2에게 피고인의 위 요청을 전달하였는데, 공소외 2는 자신의 막도장을 날인하는 것만 허락하였고, 이에 따라 위 평가문건의 공소외 2 이름 옆에 공소외 2의 막도장이 날인되었다.

(바) 위와 같은 경위에 따라 최종 수정된 평가문건의 내용은 아래와 같은데(증거기록 제14권 6943, 6952면), 아래 제1, 2, 5항은 공소외 2가 기존에 작성한 내용이고, 제3, 4항은 추가로 수정된 부분이다.

공소외 3 씨의 문건에 대한 평가의견1. 상기 공소외 3씨가 인터넷 상에 기술한 내용 및 접촉한 사람들의 상황설명이 사실이라는 전제 하에 내용을 평가한 결과 현실상황에 비추어 '관계망상적 사고' 및 '과대망상적 사고'의 가능성이 매우 높으며 사소한 자극에도 정상적으로 예견되는 범위 이상 흥분하고 공격적인 언행을 반복적으로 보이는 것으로 평가됨2. 평소의 지적 기능이나 환경을 참고하면 기분장애 중 '조울병(양극성장애)'의 가능성이 높다고 판단됨3. '조울병'의 경우 우울 또는 조증 삽화가 반복될수록 뇌기능 저하가 현저해지고 치료에 대한 반응도 떨어지는 것으로 알려져 있으며 자신이 문제의 심각성을 인지하기 못하여 치료에도 비협조적인 경우가 많아 치료상 어려움이 있음. 급성기 삽화의 경우에는 입원치료가 필요한 경우가 많음. 가족 및 법적 보호자의 조울병에 대한 이해를 통해 지속적인 치료를 받을 수 있는 환경을 만들어 주는 것이 우선적이며 장기간의 약물치료가 현재까지 가장 효과적으로 알려져 있음4. 조울병의 조증기에는 과도한 의욕, 무모한 계획, 낭비나 위험한 투자, 타인에 대한 공격성 등이 주로 나타날 수 있으며 우울기에는 의욕저하, 대인관계 단절, 일상 활동을 수행하지 못함 등 사회인으로 살아가는 것이 불가능하고 특히 조울병이 적절히 치료되지 않을 경우 모든 정신질환 중에서도 자살률이 가장 높다고 보고된 바 있음5. 상기 의견은 문건의 평가를 통하였으므로 의학적 효력이 없으며 임상적 진단이나 치료를 위해서는 반드시 정신건강의학과 전문의의 대면평가를 거쳐야 함

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 1의 평가문건 수정 및 날인 요구 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 1로 하여금 공소외 3에 대한 평가문건의 수정을 요구하게 하고, 위 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 한 것은, 피고인이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 한 것으로서 이는 피고인 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이거나, 공소외 1로 하여금 직무집행의 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 하였다고 볼 수 없으므로 형법 제123조 소정의 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다.

① 공소외 1은 피고인의 지시에 따라 피고인의 평가문건 수정 및 날인 요구를 공소외 2에게 전달하였을 뿐이다.

② 비록 정신보건사업이 분당구보건소의 소관 업무이고, 분당구보건소장이 센터에 대한 전반적인 지휘·감독 권한을 행사할 수 있더라도, 그것만으로는 분당구보건소장이 센터장에게 평가문건의 내용수정이나 날인을 요구할 수 없다거나, 그와 같은 요구를 하는 데 있어 지켜야 할 기준이나 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 공소외 1이 공소외 2에게 평가문건 수정 및 날인을 요구하는 데 있어 공소외 1의 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다고 보기 어렵고, 달리 이러한 사정을 인정할 만한 증거가 없다.

③ 공소외 1은 원심 증인으로 출석하여 "공소외 2에게 평가문건 수정을 요구할 당시 공소외 3의 치료 필요성에 대하여 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용하기 위해 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다"는 취지로 진술하였다. 이에 따르면 공소외 1은 수정된 평가문건을 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용할 목적이었을 뿐이므로, 그 수정요구가 직무집행에 관한 기준과 절차를 위반하는 것이라고 단정하기도 어렵다.

④ 평가문건에 도장을 날인하도록 요구하는 것은 해당 문서의 작성명의인이 그 문서를 작성하였음을 확실하게 나타내기 위한 것이므로, 그러한 요구가 위법하다고 보기 어렵다.

(나) 공소외 2의 평가문건 수정 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 평가문건을 수정해 준 것은 공소외 1의 요청이나 친분에 기댄 부탁 등으로 인해 심리적 의무감에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '법률상 의무 없는 일'을 한 것이라고 단정할 수 없다.

① 공소외 2가 평가문건에 수정한 내용은 조울증의 위험성 및 치료 필요성에 관한 일반적 내용에 불과하다.

또한, 공소외 2는 평가문건의 말미에 "여기에 기재된 의견은 공소외 3에 관한 문건만 보고 평가한 것이므로 공소외 3에 대한 정확한 진단과 치료를 하기 위해서는 먼저 대면평가가 이루어져야 한다"는 단서도 붙여 놓았다.

② 공소외 1과 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 피고인이 당시 평가문건에 연필로 수정한 내용은 공소외 3에게 자신 또는 타인을 해할 위험이 있으니 공소외 3을 입원시켜야 한다는 취지의 내용이라고 진술하였다.

그런데 수정된 평가문건 어디에도 공소외 3이 당장 입원치료를 받아야 한다는 취지의 내용은 없으므로, 공소외 2가 피고인의 위와 같은 요구를 그대로 받아들여 평가문건을 수정하지 않았음은 분명하다.

공소외 2도 원심 증언에서 "자세히 읽지 않는다면 공소외 3이 위험하게 보일까봐 신경을 써서 평가문건을 고쳤다"는 취지로 진술하였다.

③ 공소외 1은 원심 증언에서 "당시 공소외 2에게 피고인의 평가문건 수정 요구를 전달하면서 그 평가문건의 사용처에 관하여 공소외 3의 보호자들에게 공소외 3의 치료 필요성을 설득하는 데 사용하기 위해서라고 말했다"라는 취지로 진술하였고, 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 시에 보고할 때 자료로 쓰겠다고 하면서 평가문건을 요청하였다"고 진술하였다.

위 각 진술에 따르면, 공소외 1과 공소외 2는 그 평가문건이 어떠한 직무집행의 근거로 사용되리라고 예상하고 있지 않았다.

또한, 평가문건이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 절차를 진행하는 데 법령상 요구되는 문서도 아니다.

④ 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 굉장히 미안해하면서 평가문건을 꼭 이대로 고치지 않아도 되는데 자세히 써달라고 해서 평소 모르는 사이도 아니고 공소외 1이 난처해해서 평가문건을 수정하게 되었다.

평가문건의 내용에 관하여 공소외 1로부터 지휘를 받았거나 간섭을 받은 것은 아니다"는 취지로 진술하였다.

나) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제12조의 직권남용권리행사방해죄에서 '직권의 남용'이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 남용에 해당하는지는 구체적인 직무행위의 목적, 그 행위가 당시의 상황에서 필요성이나 상당성이 있는 것이었는지 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 여러 요소를 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2018. 2. 13. 선고 2014도11441 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

- (가) 공소외 5는 2012. 6. 15. 딸인 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 하였다.
- (나) 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈다(위 공문은 분당구보건소 지역보건팀장 공소외 9가 기안하고 보건행정과장 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).
- (다) 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다(위 공문은 센터 상임팀장 공소외 28이 기안하여 공소외 2가 최종 결재하였다).
- (라) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다(위 공문은 위 공소외 9가 기안하여 위 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).
- (마) 그러나 공소외 2는 2012. 6. 20. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5에 대한 면담내용만으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청을 할 수 없다는 취지의 공문(증거기록 제4권 1488면)을 보냈다.

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 5의 면담결과 요청 및 송부 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 한 부분이나 공소외 2 등으로 하여금 분당구보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 한 부분은 모두 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 구 정신보건법에 따르면 지방자치단체는 정신질환을 예방하고, 정신질환자의 치료를 위한 조사 등 필요한 조치를 하여야 하고(제4조 제1항), 보건소를 통하여 정신질환의 예방, 정신질환자의 발견·진료 등 지역사회정신보건사업을 수행할 수 있다(제13조 제1항). 따라서 성남시가 정신질환을 예방하고 정신질환자의 발견 및 치료를 위하여 조사 등의

업무를 수행하는 것은 그 책무나 권한에 속한다고 할 수 있다.

이에 비추어 보면 성남시장인 피고인이 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하여 송부받은 것은 정신질환 의심자의 발견 및 치료를 위해 상당한 범위 내에서 관련 자료를 수집한 것으로 볼 수 있다.

- ② 구 '성남시 정신보건센터 설치·운영 조례'(2005. 10. 28. 성남시조례 제2008호로 제정되어 2005. 10. 28. 시행되고, 2017. 11. 20. 성남시조례 제3149호로 전부개정되기 전의 것) 제5조 제4항에 의하면, 수탁자인 센터는 관계법규와 시장의 지시사항을 준수하여야 한다.

따라서 센터는 원칙적으로 그 업무에 관하여 성남시장인 피고인의 지시를 따라야 할 의무가 있다.

이에 비추어 보면 센터장인 공소외 2가 성남시의 위 자료수집 협조 요청에 응한 것은 위 지시사항 준수 의무를 이행한 것이라고 볼 수 있다.

- ③ 공소외 2는 공소외 5와 면담하면서 그 상담 내용을 관련 기관에 필요시 제공할 수 있다고 설명하였고, 공소외 5와 공소외 15로부터 그에 대한 동의도 받았다.

따라서 성남시가 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하거나, 센터가 이를 분당구보건소에 송부하는 것 자체에 어떠한 위법성이 있다고 보기는 어렵다.

(나) 진단 및 보호신청 촉구 공문 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 부분도 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 분당구보건소가 센터에 위 진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 공소외 2에게 특정한 결론을 강제하는 취지는 아니고, 공소외 5의 공소외 3에 대한 진료의뢰 등이 있는 상황에서 센터가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 할 것인지 검토하라는 취지 정도로 이해할 수 있다.

- ② 분당구보건소가 위 진단 및 보호신청 촉구를 한 것 이외에 공소외 2에게 그 전문가로서의 판단 권한을 침해하는 부당한 지시나 간섭을 하였다는 사정을 인정할 만한 증거는 없다(오히려 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 피고인과 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받고 있었기에 스스로 면책성 조치를 취한 측면도 있다"는 취지로 진술하기도 하였다). 게다가 공소외 2는 위 진단 및 보호신청 촉구 공문에 대해 바로 거절하는 공문을 보냈으므로, 위 촉구 행위 자체만으로 공소외 2에게 부당한 지시나 간섭을 한 것으로 볼 수 없다.

- ③ 비록 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환 의심자에 대한 진단 및 보호신청 권한이 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원에게 있다 하더라도, 지방자치단체의 장 또는 그 산하기관인 보건소장이 위 정신건강의학과

전문의 등에게 위 권한 발동을 촉구하는 것 자체가 위법한 것이라고 보기는 어렵다.

- ④ 앞서 판단한 바와 같이, 피고인이 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하는 것이 위법하다는 점을 인식하면서도 그 절차 진행을 지시하였다고 보기 어렵다.

다) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에 대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대 학교병원과 센터에 발송하였다.

(나) 공소외 7은 당시 위 내용증명의 문언을 직접 작성하였고, 그 무렵 피고인에게 이를 보고하였다.

(다) 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 공소외 7은 2012. 4. 초순경 성남시청 공무원들에게 공소외 3으로부터 폭언, 욕설, 협박 등을 당한 사례를 진술서로 작성하여 제출하라고 지시하여 이를 취합한 사실, 공소외 7은 그 무렵 공소외 1에게 공소외 3이 성남시청 홈페이지에 게시한 다수의 글과 위 공무원들의 진술서를 건네준 사실, 공소외 1은 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 4. 초순경 공소외 2에게 공소외 3의 위 게시글과 위 공무원들의 진술서를 보여주면서 공소외 3의 조울병 증상 및 공소외 3에 대한 입원치료 문제 등에 관하여 자문을 구한 사실, 공소외 7은 2012. 6. 중순경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 진행해 달라는 취지로 요청한 사실, 공소외 4도 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 6.경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3을 강제입원시켜야 하는 것 아니냐는 취지로 말한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 한 것은 스스로의 판단에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 피고인의 직권 행사로 인한 것이라고 보기 어렵다.

- ① 공소외 2는 분당구보건소장의 2012. 6. 20.자 '진단 및 보호신청 촉구' 공문에 대하여는 바로 거부하였으나, 그로부터 약 40일이 경과한 2012. 8. 2.에서야 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하였다.
- ② 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "㉔ 2012. 6.경 공소외 7과 공소외 4의 강제입원 요청이나 '진단 및 보호신청 촉구' 공문은 중요한 고려사항이 아니었고, 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청하는 것은 시기상조라고 판단하였다.
- ④ 그러나 이후 2012. 7.경 공소외 5의 내용증명의 내용을 받아 보았을 때 공소외 3의 자·타해 위험 상태를 의심하게 되었고, 분당서울대학교병원의 자문 변호사와 상담한 결과 대면 없이도 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환자 의심자를 발견할 수 있고, 오히려 아무런 조치를 취하지 않을 경우 법적 문제가 생길 수 있다는 자문을 받았기에 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하게 되었다"는 취지로 진술하였다.
- ③ 공소외 2의 위 진술에 따르면, 공소외 2는 공소외 5 명의의 내용증명을 받아본 후 공소외 3의 정신건강상태가 자·타해 위험이 있다고 의심하게 되었고, 법적 자문을 받은 결과 구 정신보건법 제25조 제1항의 해석에 있어 대면 없이도 정신질환 의심자를 발견할 수 있고 아무런 조치를 취하지 않는 것이 오히려 법적 책임을 질 수 있다는 답변을 듣게 되어, 스스로의 판단에 따라 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하기에 이른 것이라고 볼 수 있다.
- ④ 비록 공소외 7이 공소외 5 명의의 위 내용증명을 직접 작성하고 이를 피고인에게 보고하기는 하였으나, 그 내용증명을 발송한 것이 공소외 5의 의사에 반하여 이루어진 것임을 인정할 증거는 없다.
- 따라서 공소외 7이 위 내용증명 발송에 관여하였다고 하여 그것 때문에 공소외 2가 위 진단 및 보호신청을 한 것이라고 보기는 어렵다.
- ⑤ 또한, 공소외 7이 성남시청 공무원들에게 위 진술서의 작성을 지시하여 이를 취합하였고, 그 진술서가 공소외 1을 통해 공소외 2에게 건네졌다고 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 고려하면, 공소외 7이 위 진술서 작성 지시·취합 행위와 공소외 2의 위 진단 및 보호신청 행위 사이에 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다.

라) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도에 관한 판단

(1) 법리

직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조). 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하였다(위 공문은 공소외 9가 기안하고 보건행정과장대리 공소외 30의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).

(나) 공소외 4는 그 무렵 위 공문과 공소외 3에 대한 관련 자료를 들고 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 찾아가 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단을 의뢰하였다.

(다) 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

(라) 이후 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 ▷▷경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

(마) 공소외 4는 당시 ▷▷경찰서로 가기 직전에 공소외 9에게 센터에 대한 협조 공문 작성을 지시하였다.

이에 공소외 9는 분당구보건소장 명의로 센터장에게 '공소외 3의 진단의뢰를 위해 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한다'는 내용의 협조 공문(증거기록 제4권 1440면)을 작성한 다음 ▷▷경찰서로 갔고, 공소외 2는 위 공문을 수령하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 피고인과 공소외 7은 2012. 8. 7.경 공소외 10이 작성한 위 회신서로써 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제3항에서 말하는 "정신건강의학과 전문의가 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때"라는 요건이 구비되었다고 판단한 사실, 피고인은 그 무렵 직접 또는 공소외 7을 통해 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 위 조항에 따른 입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하거나 재촉한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 2012. 8. 17. 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 간 것이 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 강제입원시키기 위해서였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵고, 나아가 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 위와 같이 ▷▷경찰서로 간 것이 피고인의 지시 또는 재촉으로 인하여 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일'을 한 것이라고 보기 어렵다.

① ㉗ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 공소외 3을 만나러 >>경찰서로 간 것은 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 공소외 3을 입원시키려는 목적도 있었으나, 그보다 먼저 공소외 2로 하여금 공소외 3을 대면진단하게 하거나 공소외 3에게 진단을 권유하는 것을 1차적 목표로 하였다.

공소외 2에게 동행을 요청할 때에는 공소외 3을 강제로 데려오자는 말은 하지 않았다"는 취지로 진술하였다.

㉘ 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 당시 공소외 3을 만나 설득해 볼 테니 동행해 달라고 요청하였기에 공소외 3이 응한다면 직접 면담을 해 보겠다고 하여 공소외 3을 만나러 공소외 4와 동행하였는데, 가는 도중에 공소외 4가 공소외 3을 오늘 진단하고 바로 입원시키자는 취지로 말하였으나, 자신이 그것은 절대 안 된다고 거부하였다"는 취지로 진술하였다.

㉙ 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4의 지시를 받고 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 작성한 다음 공소외 4에게 이를 건네주기 위해 별도로 >>경찰서로 갔고, 공소외 4와 공소외 2가 왜 >>경찰서로 갔는지는 모른다"는 취지로 진술하였다.

② 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 위 각 법정진술을 종합하여 보면, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 당시 >>경찰서로 간 목적이 각자 분명하지 않고, 특히 공소외 4의 당시 의도가 정확히 무엇이었는지 분명하지 않다.

③ 공소외 4가 공소외 3을 만나기 위해 공소외 2와 함께 >>경찰서로 향했던 날인 2012. 8. 17. 직전에, 성남시장 수행 비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서 그 실행을 거절한 바 있다.

그러한 상황에서 과연 공소외 4가 특별한 사정변경 없이 자신의 입장을 바로 바꾸어 공소외 3을 강제입원시키기 위해 >>경찰서로 갔는지 의심스럽다.

④ 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 나이와 지위 및 경력 등을 고려할 때 당시 위 3명만으로 공소외 3에게 강제력을 행사하여 입원 절차를 진행할 수 있었을지 매우 의심스럽고, 달리 공소외 3에게 강제력을 행사하는 데 필요한 충분한 보조인력이 있었는지도 의심스럽다.

공소외 4는 당시 공소외 3을 입원시키는 것과 관련하여 병원도 예약해 두지 않았고, 입원의뢰서 작성을 비롯하여 기타 어떠한 행정적인 절차도 전혀 마련해 두지 않았다.

당시 공소외 3이 >>경찰서에서 조사를 받고 있었는지조차 이를 인정할 명백한 증거가 없다.

⑤ 당시 공소외 9가 공소외 4의 지시에 따라 작성한 공문에는 공소외 3의 "진단의뢰"를 위해 차량 및 동행을 요청한다고 기재되어 있다.

그 '진단의뢰'라는 문언에 의하면, 이는 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 절차가 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차를 예정하고 있는 것이다.

⑥ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 보낸 것은 자신의 생각에 의해 요식행위로 한 것이다"는 취지로 진술하기도 하였다.

그 밖에 앞서 본 공소외 4의 법정진술, 위 공문의 문언 등을 종합하면, 공소외 4는 당시 피고인 또는 공소외 7의 지시와 달리 스스로의 판단에 의해 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 진행하려고 했던 것으로 보이기도 한다.

이는 공소외 2의 법정진술, 즉 자신은 공소외 3을 대면하여 면담하기 위해 공소외 4와 동행하였다는 취지의 진술로도 뒷받침된다.

⑦ 더 나아가 공소외 4의 위 법정진술과 위 각 증거에서 알 수 있는 공소외 4의 당시 인식, 행위, 주변상황 등을 종합하여 보면, 공소외 4는 당시 피고인이 해외 출장 중인 상태에서 피고인 또는 공소외 7로부터 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하라는 지시 내지 질책을 받게 되자 이를 최종적으로는 따르지 않으려고 하면서도 어떠한 절차 진행 시도를 했다는 외관만 작출하여 피고인의 질책을 피하기 위해 위와 같은 행위를 한 것은 아닌지도 의심스럽다.

4) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는바, 원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 결론은 정당하다.

그러므로 원심의 판단에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없고, 검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

4. 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 이 사건 경기도지사 후보자 TV토론회에서 상대 후보자 공소외 6의 질문 취지에 2010년도에 있었던 강제입원 시도를 묻는 부분이 포함되어 있지 않았다.

따라서 피고인이 이를 부인하는 발언을 하였다고 볼 수 없어 허위사실을 공표한 것이라거나 허위사실공표에 대한 인식이 있었다고 볼 수 없다.

② 피고인이 2012. 4.부터 8.까지 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 강제입원 절차를 지시하였음에도 이를 부인하는 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 당시 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 질문 및 답변의 의도, 발언의 다의성, 당시 상황, 합동토론회의 특성 등에 관한 그 판시 사정에 비추어 보면, 피고인의 이 부분 발언은 구체적인 행위의 존부를 특정할 수 없는 불분명한 발언이고, 그 발언이 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이라고 평가할 정도에 이르렀다고 볼 수 없다.

따라서 허위사실공표에 해당한다고 보기 어렵다.

- ③ 피고인이 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 중단시킨 적이 없음에도 피고인이 이를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 그 판시 사정을 종합하면, 이 부분 발언이 허위이라고 보기 어렵다.

나. 당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등 참조). 또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

- 가) 피고인은 2018. 6. 13. 제7회 전국동시지방선거에서 경기도지사로 당선되어 2018. 7.경부터 현재까지 경기도지사로 재직 중이다.
- 나) 2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).
- 다) 2018. 6. 5. 열린 MBC 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인인의 발언 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) ○○정신병원 입원 시도 부인 부분에 관한 판단

- 가) 피고인이 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있는데도, 위 각 경기도지사 후보자 TV토론회(이하 '이 사건 토론회'라 한다)에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.
- 나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 이 사건 토론회에서 위와 같이 공소외 3에 대한 ○○정신병원 입원 시도를 부인하는 취지로 발언하였다고 볼 수 없거나, 허위사실을 공표한다는 고의를 가지고 이 부분 발언을 하였다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

- ① 공소외 6은 원심 증인으로 출석하여 "이 사건 토론회에서 피고인에게 공소외 3에 대한 정신병원 입원 시도를 하였는지 묻는 질문 취지에는 2010년경 ○○정신병원 입원 시도 부분은 포함되어 있지 않다"는 취지로 진술하였다.
- ② 이 사건 토론회 무렵 피고인에게 제기된 '친형 정신병원 입원 시도' 의혹의 내용을 고려하면, 피고인도 공소외 6의 위 질문 취지를 위와 같이 이해하였을 것으로 보인다.
- ③ 따라서 이 사건 토론회에서 공소외 6이 피고인에게 "형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠?"라고 질문한 데 대하여, 피고인이 "그런 일 없습니다"라고 발언한 것이, 피고인이 공소외 6의 위 질문의 의미를 선거인의 정확한 판단을 그르치게 할 정도로 왜곡하여 이해한 다음 이 부분 발언을 하였다고 보기 어렵다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.
검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

4) 피고인의 강제입원 절차 관여 부분에 관한 판단

가) 쟁점

피고인이 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 강제입원 절차 진행을 지시하여 그 절차가 일부 진행된 적이 있는데도, 이 사건 토론회에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 전혀 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실공표의 죄책을 지는지에 관하여 살펴본다.

나) 이 부분 발언이 허위사실공표인지 여부에 대한 판단

- (1) 무릇 어떠한 사실에 관하여 적극적으로 반대되는 사실을 진술하는 것은 공직선거법 제250조 제1항에서 정한 허위사실의 공표에 해당하나, 나아가 적극적으로 반대되는 사실을 진술하지는 아니하였으나 소극적으로 이를 숨기거나 유사한 방법으로 덧붙이는 진술을 하였고, 그것이 선거인의 공정한 판단을 그르치게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀다면 이 역시 위 법조항 소정의 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 상당하다.
- (2) 피고인이 이 사건 토론회에서 한 이 부분 발언의 외관상 전체적인 취지는 그 내용, 어휘, 문구의 연결방법 등을 고려하면 "① 공소외 3을 실제로 강제입원시킨 것은 그 처와 딸이고, ② 그와 별개로 피고인의 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 정신건강 진단 의뢰를 한 바 있으나, 피고인은 이에 관여하지 않았고, 오히려 그 절차 진행을 막았다"는 것이다.

살피건대, 앞서 인정한 사실과 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였음은 넉넉히 인정되므로, 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 표현은 사실과 다르다.

비록 피고인이 "공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다"는 표현을 직접적으로 사용하지는 않았고, 그 나머지 발언은 일부 사실에 가까운 표현이기는 하나, 이 부분 발언의 전체적인 취지와 선거인이 위 발언을 접하였을 때 받게 되는 인상 등을 종합하여 고려하면, 피고인은 자신이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨긴 채 이러한 발언을 함으로써 선거인의 공정한 판단을 흐리게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀으므로, 피고인의 이 부분 발언은 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 타당하다.

- ① 공소외 3의 모친 공소외 5는 2012. 4. 10. 센터 앞으로 공소외 3에 대하여 조울증 치료를 의뢰하는 내용의 의뢰서를 작성하였고, 여기에 공소외 3의 형제자매들인 공소외 47, 공소외 15, 공소외 14가 연명하여 서명한 바 있다(증거기록 제1권, 258, 259면, 제4권 1494, 1495면). 그러나 위 의뢰서가 센터에 정식으로 접수되었는지는 불분명하다.
- ② 피고인은 그와 별도로 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따라 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다.

- ③ 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였고, 이에 공소외 1이 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하자, 다시 공소외 1에게 그 내용 일부를 수정하도록 지시한 다음 공소외 1로부터 공소외 2가 수정한 평가문건을 재차 전달받기도 하였다.

- ④ 공소외 5는 2012. 6. 15. 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 한 적이 있다.

그런데 공소외 4는 그 전날인 2012. 6. 14. 공소외 5를 찾아가 공소외 5에게 센터를 방문하여 공소외 3에 대한 진단을 요청하라는 취지로 말하였다(원심 증인 공소외 4의 진술 및 증거기록 제4권 1477면 참조). 또한, 공소외 4는 당시 공소외 2에게 공소외 5가 센터에 방문할 것이니 상담을 잘 해 달라고 말하고, 공소외 5와 공소외 15를 위 센터 사무실로 직접 안내하기도 하였다.

- ⑤ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈고, 이에 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다.
- ⑥ 또한, 공소외 4는 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받던 상황에서 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다.

- ⑦ 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에

대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대학교병원과 센터에 발송하였다.

그런데 위 내용증명은 공소외 7이 직접 그 문언을 작성한 것이고, 그 무렵 피고인에게 위 내용증명 작성 사실을 보고하였다.

⑧ 피고인은 2012. 6. 또는 7.경 분당서울대학교병원장인 공소외 32와 통화하면서 "공소외 3의 정신건강상태에 문제가 있어 공소외 3을 입원시켜 치료하는 데 협조해 달라"는 취지로 말하기도 하였다(당시 공소외 32는 현재 단계에서 바로 입원 절차를 진행하기는 어렵다는 취지로 답변하였다).

⑨ 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

⑩ 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하여 이를 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 교부하였다.

⑪ 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 증거기록 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

⑫ 성남시장 수행비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서 그 실행을 거절한 바 있다.

⑬ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 ▷▷경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

⑭ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

⑮ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

다만 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 별달리 진행된 바 없다.

다) 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있는지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨기고 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표한다는 고의도 있었다고 봄이 타당하다.

① 앞서 본 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구 보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제 25조의 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였고, 그 진행 상황에 대해서도 수시로 보고받았다.

따라서 피고인은 위 강제입원 절차의 개시와 진행 경과를 그 누구보다 잘 알고 있었던 지위에 있었다.

② 피고인이 친형인 공소외 3을 강제로 정신병원에 입원시키려 시도했다거나 입원시켰다는 세간의 의혹은 이 사건 토론회 무렵에만 있었던 것이 아니다.

2012. 9.경 "피고인이 자신을 정신병원에 강제입원시키려 했다"는 취지의 주장이 담긴 공소외 3에 대한 인터뷰가 ▶▶일보에 보도(증거기록 제14권 6984면)된 이래, 위와 같은 의혹은 2017.경까지도 계속하여 언론, SNS(소셜 네트워크 서비스) 등에 의해 퍼져 나갔다.

특히 피고인이 성남시장 후보자로 출마한 2014. 6. 지방선거 당시에도 위와 같은 의혹이 제기된 바 있다.

③ 피고인은 위와 같은 의혹이 제기된 2012.경부터 최근까지 여러 차례에 걸쳐 SNS, 언론인터뷰 등을 통해 위 의혹은 사실이 아니라고 적극 해명해 왔는데, 그 해명의 주요 내용은 "㉞ 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 치료 또는 강제진단을 의뢰한 것이다.

또는 ㉟ 공소외 3을 실제로 정신병원에 입원시킨 것은 그 처와 딸이다"라는 취지이다(공판기록 제26권 15099~15113면). 그런데 피고인의 위 해명 내용 어디에도 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차 진행을 지시하였다거나 그 절차 개시에 관여하였다는 부분은 찾기 어렵다.

④ 피고인의 이 사건 토론회에서의 이 부분 발언은 피고인이 기존에 위와 같이 여러 차례에 걸쳐 해명한 내용과 크게 다르지 않고, 그 표현도 거의 유사하다.

따라서 TV합동토론회에서 이루어지는 공방의 즉흥성·계속성으로 인해 이 부분 발언의 표현이 다소 불명확할 수 있다는 점을 고려하더라도, 피고인이 이 부분 발언의 전체적인 취지와 이에 대해 일반 선거인들이 받는 인상을 정확하게 고려하지 않은 채 이 부분 발언을 하였다고 보기는 어렵다.

⑤ 피고인은, 전 국회의원 공소외 33이 2014. 10. 20. 채널에이 방송프로그램에서 '피고인이 아무런 문제가 없음에도 친형을 사이가 안 좋아졌다는 이유로 정신병원에 입원시켰다'는 취지의 발언 등을 한 데 대하여, 그 무렵 위 공소외 33을 상대로 위 내용이 허위라는 이유로 손해배상청구의 소를 제기하고, 2015. 4. 22. 승소판결을 받기도 하였다(서울중앙지방법원 2014가합586479). 이와 같이 피고인은 자신에 대한 세간의 의혹 중 "피고인이 공소외 3을 정신병원에 강제입원시켰다"는 허위 내용에 대해서는 적극적으로 대처하기도 했는데, 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인은 자신에 대한 의혹의 내용과 그 허위 정도에 관하여도 비교적 정확하게 파악하고 있었던 것으로 보인다.

- ⑥ 이 사건 토론회에서 상대방 후보자인 공소외 6은 피고인에게 “성남시청 8층에 위치한 분당서울대병원에 위탁한 성남시 정신보건센터에서 공소외 3 씨에 대해 아무런 문진이나 검진도 없이 정신병자라고 판명했습니까?”라고 물었고, “2012년 4월에 분당서울대학교병원에서 분당보건소에 조울병일 가능성이 높다는 평가의견서 낸 거 알고 있죠?”, “그 다음에 2012년 8월에 분당△병원, 분당보건소에서 공소외 3씨가 자신 및 타인을 해할 위험성이 있다는 진단서를 낸 거 알고 있죠?”라고 묻기도 하였다.

비록 공소외 6의 위 표현에는 정확하지 않은 부분도 있으나, 그 발언의 구체적인 표현을 고려할 때 피고인은 위 질문의 전체적인 취지가 2012. 4.경부터 2012. 8.경 사이에 이루어진 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차에 관한 것임을 충분히 이해할 수 있었다.

- ⑦ 비록 피고인에게 제기된 이 부분 의혹 중에는 “피고인이 ‘불법적인’ 방법으로 공소외 3을 정신병원에 강제입원시키려 했는지”에 관한 부분도 있기는 하지만, 일반 선거인들은 그 불법 여부를 불문하고 피고인이 공소외 3을 강제로 입원시키려 한 적이 있는지 그 자체에 대해서도 공직후보자로서의 피고인의 자질과 도덕성에 관한 중요한 정보로 여겼을 것이다.

그러나 당시 일반 선거인들이 위와 같은 정보에 대해서 잘 알고 있었던 것으로 보이지 않고, 피고인의 지위, 이력, 선거경력 등을 고려하면 피고인도 이러한 점을 잘 알고 있었을 것이다.

- ⑧ 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

더욱이 피고인은 모친과 형제자매들이 공소외 3에 대한 진단을 의뢰하였다고 설명하면서도 “저는 그걸 직접 요청할 수 없는 입장이었다”라고 표현하기도 하였다.

- ⑨ 피고인이 어떠한 ‘불법적인’ 절차에 의해 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적은 없다는 취지로 표현할 의도로 이 부분 발언을 한 것이라면, 당시 공소외 3에 대하여 강제진단을 의뢰한 사람은 피고인의 모친과 형제자매들일 뿐이라는 취지로 표현하는 것이 그 의도에 부합하는 것인지 의문이다.

오히려 피고인에게 그와 같은 의도가 있었다면, 당시 피고인의 지시에 따라 공소외 3에 대하여 이루어진 절차는 적법한 것임을 강조하는 표현을 하는 것이 더 자연스럽다.

- ⑩ 비록 구 정신보건법 제25조 제6항이 입원치료를 목적으로 하는 것과 달리 구 정신보건법 제25조 3항에 따른 절차의 목적은 정확한 진단에 있는 것이기는 하지만, 그에 따라 이루어지는 절차 역시 정신질환 의심자를 그 의사에 반하여 입원시키는 것이다.

앞서 본 여러 사정에 의하면, 피고인은 구 정신보건법 제25조에 따른 이러한 절차를 정확하게 이해하고 있었다.

그런데도 피고인이 그동안 ‘친형 강제입원’ 의혹에 대한 해명 과정에서 ‘치료를 위한 강제입원’과 달리 ‘강제진단’ 또는 ‘진단요청’이라는 용어를 구별하여 사용해 왔고, 양자는 다른 절차임을 강조해 왔다는 것은 오히려 피고인이 ‘입원’ 시도 자체를 숨기려고 했다는 것에 더 부합하는 사정이다.

- ⑪ 피고인이 설령 “공소외 3을 입원시키려고 강제력을 행사한 행위는 전혀 없었다”라거나, “공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 절차가 진단 단계에서 종료되었다”라는 점을 밝히려는 의도로 이 부분 발언을 하였다 하더라도, 이 부분 발언에서 피고인이 그러한 판단이나 절차에 관여하였는지 여부가 전혀 드러나지 않으므로, 피고인의 이 부분 허위사실공표에 대한 고의를 부정할 수 없다.

- ⑫ 위와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인은 이 사건 토론회에서 이 부분 발언을 하면서 "피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실"을 일반 선거인들에게 알리지 않기 위해 이를 의도적으로 숨겼다고 봄이 타당하다.

라) 피고인 및 변호인의 주장에 대한 판단

(1) 공소 범위에 관한 판단

피고인의 변호인은, 이 부분 공소사실은 피고인이 공소외 3에 대한 '위법한' 입원 시도를 한 적이 있음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것일 뿐, 피고인이 공소외 3에 대하여 '적법한' 입원 절차 개시를 지시하였음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것은 이 부분 공소사실에 포함되어 있지 않다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실의 문언과 검사의 이 부분 공소사실에 대한 의견 등을 종합하여 보면, 이 부분 공소사실의 범위가 피고인의 변호인의 주장과 같다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 허위사실공표의 대상으로서 '행위'에 해당하는지 여부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 피고인의 '의도'에 관한 내용일 뿐 '행위'에 관한 부분이 아니므로, 공직선거법 제250조 제1항의 구성요건인 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 허위 사실을 공표한 것이다.

그런데 피고인이 위 강제입원 절차를 지시하고 그에 따라 위 절차가 일부라도 진행되었는지 여부는 피고인의 주관적 내심의 영역에 머무르는 사항이 아니고, 피고인의 외부적 행동에 관한 사항이다.

또한 이는 후보자의 자질, 성품, 도덕성 등의 지표로 삼을 수 있는 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

따라서 이 부분 발언은 공직선거법 제250조 제1항에서 규정하는 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이라고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

(3) '당선될 목적'의 존부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회에서 상대 후보자의 공격적이고 악의적인 질문에 단순히 부인한 것에 불과하므로 피고인에게 '당선될 목적'이 없었다고 주장한다.

공직선거법 제250조 제1항의 '당선되거나 되게 할 목적'에 대하여는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족한데, 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법

원 2009. 1. 15. 선고 2008도10365 판결 등 참조). 위 법리에 비추어 살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 발언인데다가, 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

비록 이 발언이 피고인의 구 정신보건법 제25조의 절차 관여 사실을 숨김으로써 허위사실을 공표한 것으로 평가된 것이기는 하나, 그 내용은 피고인의 후보자로서의 자질과 성품 및 도덕성에 관한 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

피고인이 이 사건 토론회 당시 위 절차 관여 사실을 숨기지 말았어야 한다고 하여 이것이 피고인의 헌법 및 형사소송법상 '자기에게 불리할 진술을 강요당하지 않을 권리'를 침해하는 것이라고 볼 수도 없다(대법원 2018. 4. 24.자 2018초기306 결정 참조). 따라서 피고인이 이 부분 발언으로써 허위사실을 공표한 것에는 미필적으로나마 당선될 목적이 있었다고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

마) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있는데도, 이와 달리 판단한 원심 판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

5) 피고인이 절차를 중단시켰다는 부분에 관한 판단

가) 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차를 중단시킨 바 없는데도, 이 사건 토론회에서 자신이 위 절차를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.

나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언이 허위라거나, 피고인에게 허위사실을 공표한다는 고의가 있다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

① 앞서 인정한 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하였고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였다.

이러한 상황에서 피고인의 지시나 동의 없이도 위 절차가 중단될 수 있다고 보기는 어렵다.

② 2012년도에 성남시 부시장으로 재직한 공소외 34는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 2012. 가을경 자신을 찾아와 '공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차를 진행하게 되면 자신이 향후 형사책임을 질 수 있을 것 같아 힘들다'고 하여 자신이 공소외 4에게 그 일을 하지 말라고 지시하였다.

이후 피고인을 찾아가 공무원들이 힘들어 하고, 정치적으로도 무리가 있으니 위 절차를 그만두자고 건의하였다.

이에 피고인이 '다른 기관에 이 문제에 관한 유권해석 질의를 해 놓고 위 절차를 종료하자'고 말했다"라는 취지로 진술하였다.

공소외 34의 위 진술에 따르면, 피고인은 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차를 중단시켰다고 볼 수 있다.

③ 검사는 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 공소외 4의 자의에 의한 포기로 중단된 것이라고 주장한다. 그러나 공소외 4가 2012. 8. 17. 공소외 3을 만나러 >>경찰서로 갔으나 공소외 3을 만나지 않고 복귀한 이후에도, 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하며 질책하기도 하였고, 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질 의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

④ 그런데 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차가 별달리 진행된 바 없다.

이러한 상황 역시 피고인이 위 절차 진행을 중단시키기로 했기 때문이라고 보인다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 기타 부분에 관한 판단

가) 한편, 이 부분 공소사실 중 "사실 공소외 3은 2013. 3.경 교통사고를 당해 그 사고의 후유증으로 우울증 등을 앓게 되었으며, 2014.경에 이르러 그 우울증이 심해져 부인인 공소외 11과 딸인 공소외 16이 2014. 11.경 ∇∇정신병원에 공소외 3을 입원시켰을 뿐 2012.경 당시에는 정신병이 있다고 전문의의 진단이나 치료를 받은 사실이 없었고, 공소외 11과 공소외 16도 공소외 3에게 정신적으로 문제가 있다고 생각을 하지 않았음에도" 피고인의 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였다는 부분에 대해서는 원심 판결에서 명시적으로 판단된 바 없고, 검사도 이 부분에 관하여 항소이유를 제출하지 않았다.

나) 직권으로 살피건대, 앞의 직권남용권리행사방해의 점에 관한 판단에서 살펴본 바와 같이, 이 부분 공소사실 기재 일 시 무렵에도 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하고, 공소외 3이 2002. 2.경 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

따라서 이 부분 발언도 허위사실이라거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵다.

5. 검사사칭 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 5. 29. 23:00경 KBS 스튜디오에서 진행한 "2018 지방선거 경기도지사 후보 KBS 초청 토론회"에서 검사 사칭 여부에 대한 바른미래당 공소외 6 후보자의 질문에 "제가 한 게 아니고, 피디가 사칭하는데 제가 옆에 인터뷰 중이었기 때문에 제가 그걸 도와주었다는 누명을 썼습니다", "저는 검사를 사칭해 전화를 한 일이 없습니다.

피디가 한 것을 옆에서 인터뷰 하고 있었다라는 이유로 제가 도와 준 걸로 누명을 썼습니다.

“라고 답변하고, 이어 추가시간을 요청한 뒤 “파크뷰 특혜분양사건이라고 기억하시는 분들 많으실 것입니다.

파크뷰 특혜분양사건을 제가 추적해서 폭로했습니다.

그래서 제가 고소당했지요. 어떤 모 방송에서 저를 인터뷰를 했는데 인터뷰를 할 때 전화가 걸려 온 거예요 시장에서. 그래서 그분이 전화로 내가 어디 어디 검사인데 사실대로 얘기하라 이렇게 이야기했죠. 저는 일보고 있었습니

다. 이거를 제 사무실에서 인터뷰 중에 한 것을 걸어서 제가 도와준 걸로 됐다는 것 말씀드리고요.”라고 부연 발언하였

그러나 사실 “분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건”에 관한 보도자료를 수집하던 KBS ‘추적60분’ 담당 프로듀서 공소외 12가 2002. 5. 10. 변호사 피고인 법률사무소 내 피고인의 집무실에서 피고인과 인터뷰 도중 당시 성남시장 공소외 35로부터 전화를 받고 피고인과 무관하게 ♠모 검사를 사칭하며 공소외 35와 통화한 것이 아니라 피고인이 공소외 35로부터 전화를 달라는 음성메시지를 받은 공소외 12에게 사칭할 수원지방검찰청 검사의 이름과 물어볼 질문의 요지를 알려준 다음 공소외 12가 위 ♠모 검사를 사칭하여 공소외 35와 통화를 시작하자 메모지에 추가질문사항을 적어주거나 나지막한 목소리로 설명을 해 주는 등 공소외 12와 공모하여 피고인과 공소외 35 간의 형사사건을 담당하는 수원지방검찰청 검사를 사칭하여 그 권한을 행사하였고 그로 인해 형사처벌을 받았다.

이로써 피고인은 당선될 목적으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 경력 내지 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

- ① 공소외 12가 검사를 사칭하는 전화를 하고 있을 당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었던 것으로 볼 수 있다. 피고인의 이 부분 발언에는 인터뷰 중 구체적으로 어떠한 내용 때문에 검사사칭을 도운 것으로 평가되었는지에 관하여 아무런 발언이 없으므로, 피고인이 검사사칭과 무관한 행위를 하던 중 공소외 12가 검사를 사칭하게 되었다는 사실을 공표하였다고 볼 수 없다. 또한, 공소외 36의 진술 등에 비추어 보면, 피고인이 당시 ‘일 보고 있었다’라는 발언도 허위라고 보기 어렵다.
 - ② 공소외 12가 검사사칭을 할 당시 공소외 35에게 전화를 건 것임에도, 피고인이 ‘공소외 12가 공소외 35로부터 전화를 받았다’는 취지로 발언한 부분은 의도적 행위가 아니라 착각 내지 오인일 가능성이 크므로, 허위사실공표의 고의가 없다.
 - ③ 검사사칭을 도운 것으로 누명을 썼다는 취지의 발언은 그 처벌이 부당하다거나 억울한 결과라는 의미이고, 이 표현을 사실의 적시라고 볼 수 없다.
- 피고인이 검사사칭으로 처벌받은 것이 억울하다는 의미도 다의적이어서 공소외 12가 피고인과 무관하게 검사사칭 행위를 하였다고 발언한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 개별 허위사실을 주장하지 않은 이상 이 부분 누명을 썼다는 표현은 사실의 공표로 보기 어렵고, 피고인의 입장표명 내지 평가 정도의 발언에 불과하다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 '허위의 사실'이란 진실에 부합하지 아니하는 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다.

이때 어떤 진술이 사실주장인지 또는 의견표현인지를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법 취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제된 말이 사용된 문맥, 증명가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2015도3038 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인의 검사사칭 전과

(1) 피고인은 수원지방법원 성남지원 2002고합113호로 "피고인이 공소외 12와 공모하여 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다"는 내용의 공무원자격사칭 등의 혐의로 구속기소되었다.

위 법원은 2002. 11. 13. 피고인의 위 공무원자격사칭 혐의와 공소외 35에 대한 무고 혐의를 유죄로 인정하여 피고인을 벌금 250만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다.

(2) 위 사건의 항소심은 2003. 7. 1. 피고인의 공무원자격사칭 혐의에 관한 항소이유 주장을 배척하면서, 다만 제1심의 형이 다소 무겁다는 이유로 피고인을 벌금 150만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다(서울고등법원 2002노3184).

(3) 위 사건의 상고심은 2004. 12. 24. 위 판결에 대한 피고인과 검사의 상고를 모두 기각하였고(대법원 2003도4065), 위 판결이 그대로 확정되었다(이하 '관련 형사판결'이라 한다).

나) 피고인의 토론회 발언

2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) 이 부분 발언이 사실주장인지 의견표현인지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언은 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 주장한 것이라기보다는 '공무원자격사칭죄로 유죄확정판결을 받은 것은 자신의 입장에서 볼 때는 억울하다'는 취지의 의견을 표현한 것이라고 봄이 타당하다.

① 피고인은 1999. 9.경부터 '분당 백궁·정자지구 파크뷰'가 특혜로 용도변경되었다고 주장하면서 그 용도변경 반대운동을 해 왔고, 1999. 11.경 구성된 '분당 백궁역 일대 부당용도변경 저지를 위한 공동대책위원회'의 공동집행위원장으로 선임되기도 하였다.

② KBS '추적60분' 취재팀은 2002. 5. 초경 당시 의혹으로 크게 부각된 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'을 기획취재하기로 하였다.

이에 그 담당 피디로서 공소외 12를 비롯하여 공소외 37, 공소외 38 등이 그 무렵 피고인에게 위 사건에 관하여 여러 문의를 하였고, 공소외 12는 2002. 5. 8.경 무렵 피고인의 변호사사무실을 방문하여 피고인으로부터 위 사건에 관한 설명을 듣고 관련 자료를 받아 오기도 하였다.

③ 공소외 12는 2002. 5. 10. 재차 피고인을 만나려고 피고인의 변호사사무실을 방문하였을 당시 공소외 35와 이 사건 검사사청 통화를 하게 되었다.

이후 피고인은 공소외 12로부터 위 검사사청 통화 내용이 담긴 녹음테이프를 받고 2002. 5. 23. 성남시청에서 기자회견을 하면서 공소외 35가 위 통화 중 발언한 내용을 공개하였다.

④ 공소외 35는 2002. 5. 25. 피고인과 공소외 12를 공무원자격사청 및 공직선거법위반 등의 혐의로 고소하였다.

피고인은 이로 인하여 수사를 받던 중 검사의 2002. 6. 1.자 소환 요구에 불응하면서 위 사건이 정치적으로 악용되는 것을 막기 위해 당시 지방선거일인 2002. 6. 13.이 지난 후에 검사의 소환에 응하겠다고 하였다.

피고인은 자신에 대한 체포영장이 2002. 6. 5. 발부되었음에도 위 지방선거 이후인 2002. 6. 28.에서야 검찰청에 출석하여 당일 체포되었으며, 2002. 7. 1. 구속되어 2002. 7. 4. 공무원자격사청 등의 혐의로 기소되었다.

⑤ 피고인은 그 수사 및 재판 과정에서 "검찰이 예단을 가지고 피고인에 대하여 구속방침을 세워둔 채 악의적으로 사건을 조작하며 수사하였다"는 취지로 주장하였다.

한편, '민주사회를 위한 변호사모임'은 2002. 7. 18.경 국가인권위원회에 피고인에 대한 위 수사과정에 부당한 문제가 있다는 취지로 진정하기도 하였다.

⑥ 피고인에 대한 위 형사재판에서 결국 관련 형사판결이 선고되어 확정되었는데, 여기에서 인정된 피고인에 대한 공무원자격사청의 범죄사실은 구체적으로 다음과 같다.

한국방송공사 "추적 60분" 프로그램에서 프로듀서로 재직한 공소외 12는 2002. 5. 18. 22:00경 KBS에서 방영될 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'에 관한 보도자료를 수집하기 위해 성남시장과 위 파크뷰 시행업체인 에이치원(H-1)개발 주식회사 회장 공소외 39 등과의 유착의혹 및 이들의 배후를 취재함에 있어 2002. 5. 10. 10:59경 전 성남시장 공소외 35의 전 수행비서 공소외 40에게 전화하여 "검찰청"이라고 자신 측을 소개하고, 같은 날 11:26경 성남시청 시장 비서실에 전화하여 소속 직원인 공소외 41에게 자신 측을 "검찰청 검사실"이라고 소개하며 각 공소외 35와의 통화를 시도하였는데, 공소외 12가 같은 날 11:28경 피고인의 법률사무소 내 집무실에서 취재 목적으로 KBS에서 제공받아 사용중인 핸드폰에 공소외 35로부터 자신의 핸드폰으로 전화를 해달라는 내용의 음성

메시지가 녹음되어 있는 것을 확인하자, 피고인은 공소외 12로 하여금 공소외 35와 피고인간에 맞고소하여 수사중인 업무상 배임 및 명예훼손 사건의 주임검사인 수원지방검찰청 ♠모 검사의 자격을 사칭하여 마치 위 ♠검사가 공소외 35를 상대로 위 맞고소 사건에 관하여 전화로 그 의혹 및 배후관계 등에 조사하는 것처럼 하려고 공소외 35에 대한 질문사항을 사전에 공소외 12에게 개략적으로 설명하면서 통화중 그때그때마다 메모지에 추가로 작성하여 보여주고, 공소외 12는 공소외 35에게 전화를 걸어 위 메모지에 기재된 내용을 가지고 질문하여 그 답변을 얻어내고 카메라담당 공소외 42, 오디오담당 공소외 36로 하여금 이를 녹취하게 하여 보도하기로 하고, 공소외 12와 공동하여, 공소외 12는 피고인에게 "수원지검에 경상도 말을 쓰는 검사 중 아는 사람 있어요"라고 물어 피고인이 "수원지검에 ♠모 검사가 있는데 시장도 그 이름을 대면 잘 알 겁니다"라고 대답하자, 공소외 12는 공소외 35에게 "수원지검 ♠검사입니다, 수사 중에 아니 조사하는 과정에서 시장님께 확인을 받아야 할 일이 있어서 전화를 하였습니다, 제가 조사하는 참고인이 시장님께서 ♡회장으로부터 은갈치를 받았고 ♡회장과 골프를 쳤다고 진술하는데 그 부분에 대하여 시장님의 확인을 받고 싶어서 전화를 하였습니다.

시장님께 도움을 드리려고 그러니까 좀 상세하게 말씀해 주시기 바랍니다"라고 마치 위 사건을 수사중인 ♠검사인 양운을 뎀 다음 공소외 35를 상대로 사칭하는 통화를 시작하였고, 피고인은 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 위 공소외 35에 대한 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명하고, 이에 따라 위 공소외 12는 공소외 35에게 "분당 백궁지구 용도변경은 누구의 부탁을 받고 한 것은 아닌가, 파크뷰의 ♡회장에게서 은갈치를 받고 함께 골프를 치는 등 친분관계가 있는 것으로 알고 있는데 ♡회장으로부터 부탁을 받고 설계변경을 한 것은 아닌가, 선거 때 ♡회장이 도와주었는가, 왜 성남시 부시장이 ♡회장의 골프클럽하우스의 사무실을 사용하였는가, ♡회장이 성남지청과 수원지검 검사들과 어울려 골프를 쳤다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 박모 비서관과 이모부장검사가 시장과 가깝게 지낸다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 작년에 ♡시장이 고소한 내용의 수사가 그 당시 왜 지연되었는가" 등에 관하여 마치 검사가 공소외 35를 상대로 피의자신문하듯이 유도 질문을 하며 그 답변을 얻어내는 등으로 조사하여 공무원인 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다.

⑦ 위와 같이 공무원자격사칭에 관한 피고인의 객관적인 행위는 ㉞ 공소외 12에게 ♠모 검사의 이름을 알려주면서 시장도 그 이름을 대면 잘 알 것이라고 말한 행위와 ㉜ 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명한 행위이다.

⑧ 그러나 피고인은 위 형사재판을 받는 동안 ㉞ 당시 공소외 12에게 취재 대상사건의 내용과 그 관련사건을 담당하는 검사의 이름을 알려주었을 뿐, 공소외 12가 검사를 사칭하려는 것을 몰랐고, ㉜ 공소외 12가 공소외 35와 통화할 당시 일을 하다가 중간 중간 카메라 스피커로 공소외 12의 통화내용을 엿들었을 뿐 공소외 12에게 질문할 사항을 알려준 적은 없다고 주장하면서 공소외 12와의 공모관계를 적극 부인하였다.

⑨ 위 사건에서 법원은 공소외 12 및 위 공소외 42, 공소외 36의 각 진술의 신빙성을 인정하여 피고인의 위 주장을 배척하고 관련 형사판결을 선고하면서도, 그 범행의 동기나 경위에 관한 피고인의 변소를 일부 고려하여 공소장에 기재된 공소사실 일부를 아래와 같이 다소 수정하여 위 범죄사실을 인정하였다(양자에 차이가 있는 부분 중 주요 부분

을 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다)

- ⑩ 특히 위 공소사실에서는 피고인이 먼저 공소외 12에게 검사사칭 통화를 하라고 부추겼다는 취지로 기재되어 있으나, 관련 형사판결의 범죄사실에서는 공소외 12가 먼저 검찰청을 사칭하는 통화를 시도한 이후 피고인과 공소외 12가 검사사칭을 공모하였다고 기재되어 있다.

공소외 12도 당시 검찰 수사과정에서 "피고인이 자신에게 검사사칭을 부추겼다는 부분은 사실과 다른 것 같다.

사칭은 제가 먼저 우연히 시작을 하였고 부추김을 받아 한 것은 아니기 때문이다"라고 진술하였고(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1026면), 제1심 증인으로 출석하여서도 같은 취지로 진술하였다(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1772, 1814면).

[다만 그 항소심은 위 공소사실과 같이 '피고인이 공소외 12와 공소외 35의 통화 도중 공소외 35의 답변을 듣고 있다가 공소외 12에게 손가락으로 동그랗게 만들어 만족한 답변이 나왔다는 취지의 사인을 보내기도 한 사실'은 인정된다 고 판단하였다(서울고등법원 2002노3184, 증거기록 제16권에 편철된 수사기록 494면)]

- ⑪ 피고인으로서 위와 같이 관련 형사판결에 이르기까지 일련의 경위나 과정에 비추어 자신이 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'의 의혹을 폭로하면서 공소외 35의 통화 중 발언 내용을 공개한 탓에 피고인이 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담한 것으로 평가되거나 구속까지 된 것이어서 억울하다는 인식을 가졌으리라고 볼 여지가 있다.

- ⑫ 피고인은 2018년 경기도지사선거에서 자신의 선거공보물 중 전과기록 '소명서' 란에 관련 형사판결의 범죄사실에 관하여 "시민운동가로서 공익을 위해 분당파크뷰 특혜분양 사건 진상규명과 고발 과정에서 발생. 특혜분양사건 대책위 집행위원장이던 후보자를 방송PD가 인터뷰하던 중 담당 검사 이름과 사건 중요사항을 물어 알려주었는데, 법정 다툼 끝에 결국 검사사칭을 도운 것으로 판결됨"이라고 기재하였다.

위 소명문구는 관련 형사판결에 대한 자신의 입장이나 의견을 개진한 것이라 할 것인데, 피고인의 이 부분 발언은 위 소명문구의 내용과 크게 다르지 않다고 보인다.

⑬ 위와 같은 사정에다가 피고인의 이 부분 발언이 TV합동토론회에서 한 표현인 점, 그 발언의 전체적인 맥락과 사용된 구체적 표현, 특히 피고인이 이 부분 발언을 하는 과정에서 "보복을 당했다고 생각한다"라고 표현하기도 한 점을 종합하여 고려할 때, 피고인의 이 부분 발언의 전반적인 취지는 피고인이 관련 형사판결에서 검사사칭으로 처벌받은 것에 대해서 일반 유권자들에게 그 범죄사실에 관한 자기 나름의 경위와 과정을 설명하며 관련 형사판결로 처벌받은 것은 억울하다는 취지라고 이해되고, 피고인의 관련 형사판결에 대한 이러한 입장표명이 이 부분 발언의 결정적인 요소라고 봄이 타당하다.

4) 허위사실의 공표인지 여부 및 그에 대한 고의가 있는지 여부에 대한 판단

예비적으로 판단하건대, 비록 피고인이 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 공표한 것이라고 볼 여지가 있다고 하더라도, 검사가 제출한 증거만으로 피고인에게 그 허위사실공표의 고의가 있다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기도 어렵다.

① 피고인의 이 부분 발언 중 "검사사칭 통화를 한 사람은 피고인이 아니라 방송국 피디이다"는 부분과 "당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었다"는 부분은 관련 형사판결의 범죄사실을 보더라도 허위사실이라고 보기 어렵고, 대체로 사실에 부합한다.

또한, 피고인의 이 부분 발언 중 "당시 피고인이 일 보고 있었다"는 부분 역시 위 각 증거에 비추어 보면 허위사실이라고 인정하기 어렵다.

다만 피고인의 이 부분 발언 중 "공소외 35로부터 먼저 전화가 걸려와 공소외 12가 검사사칭을 하기 시작했다"는 부분은 위 범죄사실과 다르기는 하나, 이는 그 경위에 관하여 사실과 약간 다르거나 중요한 부분에서 차이가 있다고 보기 어려운 부분이다.

그 외에 피고인의 이 부분 발언 중 관련 형사판결의 범죄사실과 전혀 다른 내용이 있거나 그와 모순·저촉되는 내용이 포함되어 있다고 보기는 어렵다.

② 피고인은 관련 형사판결의 수사단계에서부터 현재에 이르기까지 일관하여 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담하지 않았다고 주장하고 있다.

따라서 피고인이 현재에 이르러 그와 같이 주장한다 하여 허위사실공표의 고의가 있는 것이라고 단정하기 어렵다.

③ 관련 형사판결에서 인정된 피고인의 범죄사실은 그 판결문을 보면 누구나 쉽게 확인할 수 있으므로, 피고인이 굳이 위 범죄사실에 반하는 허위사실을 적극적으로 공표할 동기나 이러한 공표로 인하여 피고인이 얻을 이익을 생각하기 어렵다.

5) 소결론

원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 대체로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 선거공보물을 이용한 허위사실공표

피고인은 2018. 5. 중순경 자신의 책자형 선거공보물(이하 '이 사건 선거공보물'이라 한다)을 제작·배포하면서 선거공보물에 "[결재 한 번에 5,503억 원 번 사연] 결재 한 번으로 5,503억 원을 벌었다면 믿으시겠습니까? 성남시에서 실제로 벌어진 이야기입니다.

(중략) 성남시는 개발이익금 5,503억을 고스란히 시민의 몫으로 환수했습니다.

(중략) 이 중 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에, 2,761억 원은 1공단 공원 조성 사업비로 사용되었고, (후략)"라고 기재한 뒤 2018. 6. 2.부터 6. 3.경 사이에 이 사건 선거공보물 5,262,380부를 경기도선거관리위원회를 통해 유권자들에게 배포하였다.

그러나 피고인이 성남시장으로 재직하면서 개시한 성남시 대장동 일대 도시개발사업의 구조는 성남도시개발공사와 ●●은행, ▲▲은행 등으로 구성된 민간 컨소시엄에서 특수목적법인(SPC)을 설립하여 개발사업을 시행하되 민간 컨소시엄에서 개발에 필요한 자금을 조달하여 그 비용으로 대장동 지역 기반시설(터널, 확장된 진입로 및 배수지 등)과 1공단 부지 공원조성공사를 진행하는 구조로서, 성남도시개발공사와 민간 컨소시엄은 위와 같이 조성된 기반시설과 공원을 성남시에 무상으로 귀속시키고 대장동 내 임대주택부지 또는 그 환가대금을 배당 형태로 성남시에 지급하기로 약정하였을 뿐 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 실제로 5,503억 원 상당의 개발이익금이 성남시로 귀속된 바 없었다.

대장동 지역 배후시설 조성비 920억 원의 경우 확정된 공사금액이 아닌 추산치에 불과할 뿐만 아니라 선거일인 2018. 6. 13. 당일에 위 각 배후시설에 대한 착공조차 이루어지지 않았고 배후시설비로 집행된 금액은 설계비 등 약 9억 원에 불과하여 관련 조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정되거나 귀속된 사실이 없었다.

1공단 부지 공원조성 사업비 2,761억 원 또한 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 토지보상비 및 PF 대출수수료 등 합계 약 1,254억 원만이 지출되었을 뿐이고, 성남지원 및 성남지청 신청사 이전을 둘러싼 성남지원의 예정부지 면적 확대 및 공원조성공사 잠정 유보요청 등으로 인해 공원조성공사가 착공도 되지 않았으며, 이 사건 사업시행 이전 1공단 부지 도시개발사업 관련 권리자였던 ■■■■■■■■■■■■■■■■■ 주식회사가 성남시 등을 상대로 소가 2,511억 원 상당의 손해배상의 소를 제기하여 해당 민사소송이 계속 중이었으므로 1공단 부지 공원조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정되거나 귀속된 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 이 사건 선거공보물에 위와 같은 내용을 기재한 뒤 선거관리위원회를 통해 이를 배포함으로써 당선될 목적으로 선거공보물 배포에 의한 방법으로 후보자에게 유리하도록 후보자 자신의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

2) 선거유세에 의한 허위사실공표

피고인은 2018. 6. 11. 17:00경 김포시 사우동에 있는 사우사거리에서 진행된 경기도지사 후보자 선거유세연설 중 피고인의 연설을 청취하는 불특정 다수의 유권자들에게 "(전략) 자그마치 얼마를 번지 아십니까? 자그마치 5,503억 원을 한 푼도 안 들이고 성남시 수입으로 만들었습니다.

(중략) 그래서 5,503억 원을 벌여가지고 제가 신나게 썼습니다.

1,000억은 그 주변에 터널 만들고 도로 만드는 데 썼습니다.

(후략)"라고 발언하였다(이하 '이 사건 유세연설'이라 한다).

그러나 성남시로 귀속될 예정인 5,503억 원의 개발이익금은 성남도시개발공사와 민간컨소시엄간의 약정에 불과하였고 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 실제로 5,503억 원 상당의 개발이익금이 성남시로 귀속된 바 없었으며, 대장동 지역 배후시설 조성비 920억 원의 경우 확정된 공사금액이 아닌 추산치에 불과하고 각 배후시설에 대한 착공조차 이루어지지 않았을 뿐만 아니라 집행된 금액은 약 9억 원에 불과하여 관련 조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개

발이익 내지 개발이익금이 확정 내지 귀속된 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 불특정 다수의 유권자들에게 위와 같은 내용의 발언을 함으로써 당선될 목적으로 연설에 의한 방법으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 대장동 도시개발사업의 개발이익 환수구조에 의하면 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용에 다소 부정확하거나 부적당한 부분이 있기는 하나, 그 판시와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 그 각각의 표현은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있는 정도에 불과하다 할 것이어서 이를 허위의 사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이라면 충분하다.

하지만, 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등).

또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 대장동 도시개발사업에 관한 기초적 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 성남시의 제1공단 도시개발사업 추진 경위

(1) 주식회사 ◆◆◆◆◆는 성남시에 '성남산업단지 제1공단'이 있었던 성남시 수정구 신흥동 2458 일대(이하 '제1공단 부지'라 한다)를 도시개발구역으로 지정할 것을 제안하였다.

성남시는 위 제안을 받아들여 2009. 5. 15. 시행자를 지정하지 아니한 채 제1공단 부지 84,235㎡를 '성남신흥 도시개발 구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '제1공단 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발사업계획을 수립하여 고시하였다.

- (2) 이후 ■■■■■■■■■■■■ 주식회사(이하 '■■■■■■■■'라 한다)가 2009. 9. 1.경 주식회사 ◆◆◆◆◆로부터 제1공단 도시개발사업과 관련된 권리를 양수하였다.
- (3) ■■■■■■■■는 2010. 5. 25.경 성남시에 제1공단 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2010. 7. 6. 이를 반려하였다.
- 이에 ■■■■■■■■가 경기도행정심판위원회에 재결을 신청하였고, 위 행정심판위원회는 2010. 12. 30. 위 반려처분이 위법하다고 보아 이를 취소하였다.
- 그러나 성남시는 2011. 5. 2. 새로운 처분사유가 있다는 이유로 ■■■■■■■■의 위 신청을 재차 반려하였다.
- 는 2011. 6. 7.경 다시 성남시에 위 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2011. 8. 16. 위 신청도 반려하였다(이하 위 2011. 5. 2.자 반려처분과 2011. 8. 16.자 반려처분을 통틀어 '이 사건 거부처분'이라 한다).
- (4) 성남시는 2012. 5. 29. 위 성남신흥 도시개발구역에 대하여 그 도시개발구역 지정·고시일로부터 3년이 되는 날까지 실시계획 인가가 신청되지 아니하였다는 이유로 도시개발법 제10조 제1항 제1호에 따라 도시개발구역 지정 해제를 고시하였다.

나) 성남시의 대장동 도시개발사업 추진 경위

- (1) 성남시는 2011. 3.경 이 사건 대장동 부지를 공영개발 방식으로 개발하는 방안을 추진하였다.
- 이에 성남시는 2011. 3. 24. 성남시 분당구 대장동 210 일원(이하 '이 사건 대장동 부지'라 한다) 910,000㎡를 '성남대장 도시개발구역'으로 지정고시하였다.
- (2) 이후 성남시는 2013.경 이 사건 대장동 부지와 제1공단 부지를 하나의 도시개발구역으로 결합하여 개발하기로 하였고, 이에 2014. 1. 24. 위 성남대장 도시개발구역 지정 해제를 고시한 다음 2014. 5. 30. 이 사건 대장동 부지 912,868㎡와 제1공단 부지 56,022㎡를 묶어 '성남 대장동·제1공단 결합 도시개발구역'으로 지정고시하였다.
- 성남시는 2015. 6. 15. 위 대장동·제1공단 결합도시개발사업(이하 '이 사건 결합도시개발사업'이라 한다)의 개발계획을 수립하여 고시하였는데, 이에 의하면 위 개발계획에 속한 제1공단 부지 56,022㎡는 모두 공원, 도로 등의 도시기반 시설용지로 이용하기로 계획되었다.
- (3) 한편, 성남시가 100% 출자하여 2013. 9. 12. 설립된 성남도시개발공사는 2014. 4. 1. 성남시로부터 이 사건 결합도시개발사업 업무를 위탁받는 내용의 협약을 체결하였다(공판기록 제2권 659면). 성남도시개발공사는 2015. 2. 13.경 이 사건 결합도시개발사업의 자금조달 등의 역할을 할 민간사업자를 공모하였고, 그 공모절차에서 주식회사 ●●은행, 주식회사 ▲▲은행 등으로 구성된 컨소시엄(이하 '●●은행 컨소시엄'이라 한다)이 그 민간사업자로 선정되었다.
- (4) 성남도시개발공사는 2015. 6. 15. ●●은행 컨소시엄과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 사업협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 37면, 이하 '이 사건 사업협약'이라 한다)을 체결하였다.

이 사건 사업협약에 따르면, 성남도시개발공사가 과반의 주식 지분(50% + 1주)을 보유하고 ●●은행 컨소시엄이 그 나머지 주식 지분(50% - 1주)을 보유하는 특수목적법인을 설립하여 위 사업을 시행하기로 하는 한편(제9조, 제10조 등), 성남도시개발공사에 대한 사업이익 우선배분과 관련하여, ① 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 데 드는 비용 2,561억 원 전액을 위 사업비에서 충당하고, 이와 별도로 제1공단 공원조성에 부가하여 지하주차장을 건립하되 그 비용도 위 사업비에서 충당하기로 하며(1차 이익배분), ② 개발완료 후 이 사건 대장동 부지 중 임대주택용지 A11 블록(이하 '이 사건 임대주택용지'라 한다)을 성남도시개발공사에 제공하기로 하되, 성남도시개발공사는 이 사건 임대주택용지 대신 현금 정산을 요청할 수 있다고(2차 이익배분) 정하였다(제13조 제5항).

- (5) 또한, 성남도시개발공사는 2015. 6. 22. ●●은행 컨소시엄 측과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 주주협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제4권 645면, 이하 '이 사건 주주협약'이라 한다)을 체결하였는데, 이에 의하면, 이 사건 사업협약에 따라 성남도시개발공사에 제공하기로 한 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하되, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우 위 1,822억 원에서 공급 시점의 이 사건 임대주택용지의 감정가액 이내에서 결정한 공급가액을 공제한 나머지 금원을 성남도시개발공사에 지급하기로 하였다(제3조 제5항).
- (6) 이 사건 사업협약에 따라 그 특수목적법인으로서 '★★★★ 주식회사'(이하 '★★★★'이라 한다)가 2015. 7. 27. 설립되었고, 성남시는 2015. 8. 19. ★★★★★을 이 사건 결합도시개발사업의 사업시행자로 지정하였다.

- (7) 그런데 ■■■■■■가 제1공단 도시개발사업과 관련하여 성남시장을 상대로 제기한 이 사건 거부처분 취소소송의 항소심에서 2015. 8. 18. '이 사건 거부처분은 위법한 처분사유에 기초하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다'는 이유로 이 사건 거부처분을 취소하는 판결(서울고등법원 2014누6892)이 선고되었다.

[다만 위 항소심 판결의 상고심은 2016. 2. 18. "도시개발법 제10조 제1항 제1호는 도시개발사업 시행자의 지정 여부에 관계없이 도시개발구역이 지정·고시된 날로부터 3년이 되는 날까지 실시계획의 인가 신청이 없을 경우 일률적으로 적용되어야 한다"는 이유로 위 항소심 판결을 파기하고, ■■■■■■의 소를 각하한 원심 판결을 유지하는 취지의 항소기각 판결을 선고하였다(대법원 2015두3362)]

- (8) 성남도시개발공사는 2016. 1.경 위 항소심 판결 등으로 인해 이 사건 결합도시개발사업 전체에 차질이 생길 것을 우려하여 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하는 한편, 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 도시계획시설사업(이하 '제1공단 공원조성사업'이라 한다)은 위 도시개발사업과 별개로 ★★★★★이 사업비를 부담하여 시행하는 방안을 추진하였다.

●●은행 컨소시엄 측이 위와 같은 방안에 동의함으로써 ★★★★★은 2016. 1.경 성남시에 위와 같은 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가 등을 신청하는 한편, 2016. 10. 25. 성남시에 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원조성사업을 시행할 것을 확약한다는 내용의 '이행확약서'(공판기록 제1권 345면)를 제출하였다.

- (9) 성남시는 2016. 11. 8. 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하고 이 사건 대장동 부지 912,255㎡만 '성남 판교대장 도시개발구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '이 사건 대장동 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가를 고시하였다.

그런데 위 실시계획인가조건으로 ① 사업자인 ★★★★★이 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원 조성사업을 시행하여야 하고, ② 사업구역 외 기반시설(이하 '이 사건 기반시설'이라 한다)로서 ㉔ 북측 터널 조성, ㉕ 남측 진입로(대장IC 진출입로) 확장, ㉖ 상수도 공급을 위한 배수지 신설 등을 시행하여야 한다는 점이 부가되었다.

(10) 한편, 성남시는 2017. 3. 7. 제1공단 공원조성사업에 관한 계획결정을 고시하고, 2017. 6. 16. 그 사업시행자로 ★★★★★을 지정하는 한편 그 실시계획인가고시를 하였다.

그 사이에 ★★★★★은 2017. 3. 30. 성남시에 향후 제1공단 공원조성사업 시행 후 그 공원을 성남시에 기부채납할 때 성남시를 상대로 민·형사상 일체의 소송을 제기하지 않겠다는 내용의 '부제소특약확약서'(공판기록 제1권 347면)를 제출하였다.

3) 판단

가) 앞서 본 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행 경위에도가 원심과 당심에서 적법하게 채택한 증거들을 종합하여 인정되는 아래 사실이나 사정을 종합하여 보면, 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용은 모두 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현에 불과하다 할 것이어서 이를 허위사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거만으로 피고인이 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용의 허위성을 인식하였다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업시행자인 ★★★★★은 이 사건 대장동 부지에 택지를 조성한 후 이를 제3자에게 분양하여 그 매각대금을 받는 방식으로 그 사업수익을 얻게 된다.

한편, ★★★★★은 이 사건 사업협약, 이 사건 주주협약, 2016. 10. 25.자 이행확약서, 이 사건 대장동 도시개발사업의 실시계획인가조건, 2017. 3. 30.자 부제소특약확약서 등을 통해 위와 같은 사업수익을 가지고 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함)과 이 사건 기반시설 설치사업을 직접 시행하면서 그 각 사업비를 부담하는 한편, 성남 도시개발공사에 이 사건 임대주택용지를 주거나 그 공급가액 상당의 현금을 지급하기로 하였다.

★★★★이 부담하는 위와 같은 민사상·공법상 채무는 모두 이 사건 선거공보물 배포나 이 사건 유세연설 이전에 발생한 것이고, 위와 같은 채무가 먼저 이행되어야 이 사건 대장동 도시개발사업의 민간사업자인 ●●은행 컨소시엄 측이 그 사업이익을 얻을 수 있다.

② 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 성남시의 별도 예산 지출 없이 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업이 시행되는 것은 성남시의 이익 또는 공공의 이익이 된다고 볼 수 있다.

성남도시개발공사가 이 사건 임대주택용지나 그 공급가액 상당의 현금을 지급받는 것은 성남도시개발공사가 성남시의 100% 출자로 설립된 공사라는 점에서 그 최종적 이익이 성남시의 이익으로 귀속된다고 볼 수 있다.

이는 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익에 관하여 현금을 수령하지 않는다고 하여 달리 볼 수 없다.

- ③ 이 사건 사업협약에 의하면, 제1공단 공원조성사업의 사업비를 2,561억 원으로 정하는 한편, 그 실제 사업비가 그보다 적게 들 경우에도 그 감소 금액을 모두 성남도시개발공사에게 귀속시킨다는 취지로 정하였고, 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 추후 정하기로 하였는데, 2017. 3.경 그 지하주차장 건립비용이 약 200억 원으로 추산되었다.

또한 이 사건 주주협약에 의하면, 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하는 한편, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우에는 적어도 1,822억 원을 성남도시개발공사에 지급하기로 정하였다.

- ④ 이 사건 기반시설 설치사업은 이 사건 대장동 도시개발사업에 대한 실시계획인가 무렵 ●●은행 컨소시엄 측이 성남시의 요구를 수용함에 따라 ★★★★★이 그 사업비를 추가로 부담하여 시행하기로 한 것이다.

이 사건 기반시설 설치사업비는 위 실시계획인가 당시 ●●은행 컨소시엄 측이 도시계획설계 업체에 의뢰하여 받은 추정가액에 따라 총 920억 원(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)으로 추산되었다.

- ⑤ 위 각 사업비의 합계액이 이 부분 표현에서 말하는 개발이익금 5,503억 원(= 제1공단 공원조성사업비 2,561억 원 + 지하주차장 건립비용 약 200억 원 + 이 사건 임대주택용지의 공급가액 1,822억 원 + 이 사건 기반시설 설치사업비 약 920억 원)인데, 위와 같은 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업구조와 그 개발이익 배분방법 및 규모에다가 다음과 같은 진술이나 사정 등을 종합하여 보면, 성남시는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시 이 사건 대장동 도시개발사업에 따른 위 각 사업의 시행으로 인해 그 개발이익을 얻을 개연성이 매우 높은 상황이었다고 볼 수 있다.

즉 ㉠ ●●은행 컨소시엄 소속 주식회사 ▼▼▼▼자산관리의 대표자 공소외 43은 수사기관에서 "2017. 3.경에는 성남시가 개발이익금 5,503억 원을 확보할 가능성이 높은 시점이었고, 2018. 2.경에는 천재지변이 일어나지 않는 이상 이 사건 대장동 도시개발사업이 실패할 확률은 거의 사라진 상태였다"라고 진술하였고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면), 원심 증인으로 출석하여 "성남시는 2108. 6. 13. 기준으로 이 사건 대장동 도시개발사업으로 총 5,503억 원의 이익을 거의 확정적으로 확보했다고 봐야 한다"는 취지로 진술하였다(공판기록 제1권 483, 487면).

- ㉡ 위 ▼▼▼▼자산관리는 2018. 6. 13. 기준으로 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함) 비용과 이 사건 기반시설 설치사업 비용 및 이 사건 임대주택용지 관련 배당을 고려하더라도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 ●●은행 컨소시엄 측의 이익이 약 2,400억 원 이상이 된다고 예상하고 있었고, 그 이후의 예상이익도 그와 비슷하게 보았다(원심 증인 공소외 43의 증언 및 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 931면).

- ㉢ ●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44는 수사기관에서 "이 사건 대장동 부지가 대부분 분양 완료되어 자금 흐름 상 약 5,500억 원의 이익이 성남시에 귀속되는 것에는 문제가 없어 보인다"라고 진술하였다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 597면).

- ㉔ 성남도시개발공사 직원 공소외 45는 원심 증인으로 출석하여 "2017. 3.경 이 사건 대장동 도시개발사업은 위험 변수가 없을 정도로 확실하다고 보았다"고 진술하였다(공판기록 제1권 460면).
- ㉕ 실제로 성남도시개발공사는 2019. 3. 26.경 ★★★★★로부터 이 사건 임대주택용지 관련 사업이익으로서 현금 1,822억 원을 배당받았다(공판기록 제27권 15586~15590면).
- ㉖ 일반적으로 정부나 지방자치단체가 향후 어떠한 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하거나, 지급된 보조금에 대해 환수 결정을 했을 뿐인데도 해당 보조금을 환수하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않은 점(공판기록 제2권 602~629면)에 비추어 볼 때, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금을 시민의 몫으로 환수하였다거나 성남시 수익으로 만들었다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 성남시 측이 그와 같은 개발수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라는 의미로 이해될 여지가 있다.
- 따라서 이 부분 표현이 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

- ㉗ 또한, ★★★★★은 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업을 시행하여야 할 의무를 부담하고 있었던 점, 사회통념상 일반적으로 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그 지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 하는 점 등을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금 중 2,761억 원은 1공단 공원조성 사업비로 사용되었고, 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에 사용되었다"는 부분과 "그 개발이익금으로 주변에 터널 만들고 도로 만드는 데 썼다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발 이익 중 일부가 제1공단 공원조성사업비 및 이 사건 기반시설 설치사업비로 사용되기로 확정되었다는 의미로 이해될 여지가 있다.
- 따라서 이 부분 표현도 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

[●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44도 수사기관에서 "이 사건 선거공보물의 표현은 일반 유권자의 입장에서 볼 때 해당 사업이 진행 중이라는 느낌을 받을 것 같다"는 취지로 진술한 바 있다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 607면)]

- ㉘ 앞서 본 바와 같이, ㉙ 제1공단 공원조성사업비는 총 2,561억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액은 최소한 1,822억 원으로 각 확정되었고, ㉚ 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 약 200억 원, 이 사건 기반시설 설치사업비는 총 920억 원으로 각 추산되었다.

위 각 개발이익금 합계액 5,503억 원 중 1,120억 원 부분은 추산가액이기는 하나 그와 같이 추산된 적이 있기는 한 점을 고려할 때, 피고인이 표현한 개발이익금 총액은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되고 다만 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나는 정도라고 봄이 타당하다.

비록 ★★★★★이 2018. 7. 20. ◀◀◀◀◀◀ 주식회사에 이 사건 기반시설 중 북측 터널 조성 공사를 공사대금 271억 7,000만 원에 도급하기는 하였으나(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 2078면), 이는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 이후에 발생한 사정일 뿐만 아니라, 북측 터널 공사의 공사금액이 앞서 본 추정금액 600억 원에서 위 도급계약금액과 같이 내려갈 것이라는 사정을 피고인이 알았다고 볼 만한 점을 인정할 증거가 없다.

⑨ 게다가 성남도시개발공사는 2017. 3.경 피고인에게 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익금은 총 5,503억 원이고, 그중 2,761억 원은 제1공단 공원조성사업(공원조성비 2,561억 원, 지하주차장 건립비 200억 원)에 사용되고, 그중 920억 원은 이 사건 기반시설 설치사업(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)에 사용된다고 보고한 바 있다(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 36면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면). 피고인은 2017. 3. 7.경 위 보고내용을 바탕으로 기자회견을 하면서 “이 사건 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 시행하였기 때문에 민영개발 방식으로 시행하였더라면 얻지 못했을 개발이익 총 5,500억 원(제1공단 공원조성사업비 2,761억 원, 이 사건 기반시설 설치비 920억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액 1,822억 원)이 공공의 이익으로 환수되었다”는 취지로 홍보하였다(공판기록 18권에 편철된 수사기록 381면 이하).

성남도시개발공사의 위 보고 내용과 피고인의 위 기자회견 내용은 피고인의 이 부분 공표사실에서 표현한 개발이익금 총액, 그 사용처 및 사용액수와 일치한다[이 사건 선거공보물의 문구 작성 업무를 담당하였던 공소외 46은 수사기관에서 그 문구 중 공소사실 기재 부분을 위 기자회견 내용 등을 참조하여 작성하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 1836면)]. 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인이 성남시의 개발이익금이 총 5,503억 원이라고 하거나, 그중 2,761억 원이 제1공단 공원조성사업에, 920억 원이 이 사건 기반시설 설치사업에 각 사용된다고 공표한 것이 그 각 액수에 대한 허위사실공표의 고의를 가지고 한 것이라고 보기 어렵다.

다만, 피고인은 이 사건 유세연설에서 이 사건 기반시설 설치비가 그 추정금액 920억 원이 아닌 1,000억 원이라고 표현하였다.

그러나 일반 선거인의 입장에서 공공시설 설치비용에 관하여 들을 때 양 금액의 차이가 유의미하게 크다고 생각할 정도라고 보기 어렵고, 피고인은 위 유세연설에서 개발이익금의 총액은 5,503억 원이라고 말하였으며, 기타 선거유세연설의 즉흥성과 사람의 기억의 한계 등을 종합하여 고려하면, 위 표현에 대해서도 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있었다고 보기는 어렵다.

⑩ 검사는 피고인이 성남시장에서 퇴임한 2018. 3. 15. 전후로 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행경과와 이익규모 등을 정확하게 확인할 수 있는 지위에 있었으므로, 피고인에게 허위사실공표에 대한 고의를 인정할 수 있다는 취지로 주장한다.

그러나 피고인이 2017. 3.경 성남도시개발공사로부터 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익에 관한 보고를 받은 이후 그 개발이익 규모나 금액에 대한 추가보고 내지 수정보고를 받았음을 인정할 증거는 없다.

⑪ 검사는 피고인의 이 부분 공표사실 중 “환수했다”, “사용되었다”, “만들었다”, “썼다”는 과거형 표현은 “개발이익금이 이미 성남시로 귀속되었고, 그중 일부가 공공의 이익으로 사용 완료되었다”는 의미로 이해되므로, 이 부분 표현은 허위사실공표에 해당하고, 피고인에게 허위사실공표의 고의도 인정된다고 주장한다.

위 각 증거에 의하면 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시에는 제1공단 공원조성사업 비용으로 약 1,200억 원 정도가 지출된 것을 제외하고, 이 사건 대장동 도시개발사업계획 중 실제로 자금이 지출된 부분은 별로 없고, 성남도시개발공사에 이 사건 임대주택용지에 관한 배당도 이루어지지 않은 사실이 인정된다.

또한, 위와 같은 과거형 표현은 그 사전적 의미를 고려할 때 "성남시가 개발이익금을 수취 완료하였고 그중 일부를 공공사업에 사용 완료하였다"는 의미로 이해될 여지도 없지 않다.

그러나 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 위와 같은 과거형 표현을 사용하였다고 하여 이 표현이 허위사실공표에 해당한다거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

즉 ㉔ 앞서 본 바와 같이 일반적으로 향후 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않고, 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그 지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 한다.

㉕ 이 사건 선거공보물에서 그 개발이익 중 일부가 '공원조성 사업비' 또는 '기반시설 조성비'에 사용되었다고 표현하고 있지, 그 '공원조성 사업' 또는 '기반시설 조성'에 사용되었다고 표현하고 있지는 않으므로, 일반인도 그 표현을 보면 그 개발이익금의 사용처가 확정되었다는 의미로 이해할 수도 있다.

㉖ 피고인이 이 부분 공표사실을 통해 강조하고자 한 것은 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 진행함으로써 그 개발이익이 민간사업자의 이익이 아닌 공공의 이익으로 귀속되었다는 취지이다.

㉗ 아래에서 보는 바와 같이 피고인에게 위 각 사업이 완료되었다는 취지의 허위사실을 공표할 동기나 이익을 찾기 어렵다.

- ⑫ 다음과 같은 사정을 종합하여 고려할 때, 피고인이 굳이 제1공단 공원조성사업 및 이 사건 기반시설 설치사업이 모두 완료되었다거나, 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익을 모두 수령 완료하였다는 취지의 허위사실을 공표하여야 할 동기나 그로 인해 얻을 수 있는 이익을 쉽게 생각하기 어렵다.

즉 ㉔ 이 사건 대장동 도시개발사업과 제1공단 공원조성사업이 현재까지 완료되지 않았음은 그 각 사업현장의 외관상 누구나 쉽게 알 수 있는 정보이다(공판기록 제2권 586면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 920~926면). ㉕ 이 사건 대장동 도시개발사업 및 제1공단 공원조성사업이 2020년 말 완료될 예정이라는 기사가 언론에 보도된 적도 있다(공판기록 제2권 587면 이하). ㉖ 피고인 스스로도 아래와 같이 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 위 각 사업이 현재 진행 중임을 밝힌 바 있다.

즉 피고인은 ㉘ 2018. 1. 28.경 자신의 페이스북에 "개발이익금 중 2,761억 원(제1공단 공원조성사업비 및 주차장 건립 비용을 지칭한 것으로 보인다)은 제1공단 부지 매입 및 공원 조성에 쓰기로 하였고, 1,822억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말부터 순차적으로 성남도시개발공사로 입금될 예정이다"는 취지의 글을 올리고(공판기록 제2권 63면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 698면), ㉙ 2018. 2. 8.경 라디오 방송에서 "대장동 개발이익 5,500억 원 중 일부인 900억 원으로 기반시설 확보하여 도로, 터널(이 사건 기반시설을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다"는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 855~857면), ㉚ 2018. 2. 13.경 라디오 방송에서 "개발이익금 중 약 1,800억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말이 되어서야 비로소 들어온다"는 취지로 발언하고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 904, 905면, 공판기록 제2권

858면), ㉔ 2018. 5. 29.경 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 "대장동 개발이익 중 2,800억 원으로 현재 성남시에 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다"는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 859면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 1153면), ㉕ 이 사건 유세연설에서조차 "성남시에 2,700억을 들여서 지금 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다"는 취지로 발언하였을 뿐만 아니라(공판기록 제2권 584면, 증거기록 제21권에 편철된 수사기록 2507면), ㉖ 이 사건 유세연설 전후로 성남시, 용인시, 의왕시, 구리시, 의정부시, 수원시, 하남시 등지에서 유세연설을 하면서 "제1공단 부지에서 현재 공원을 만들고 있다"는 취지로 발언하였다(공판기록 제2권 860면 이하, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 711~713, 913, 918면).

- ⑬ 한편, 위 각 증거에 의하면, ■■■■■■가 2014. 1.경 수원지방법원 성남지원 2014가합37호로 성남시 등을 상대로 "제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분으로 인해 ■■■■■■가 재산상 손해를 입었다"고 주장하면서 그 손해배상을 구하는 소를 제기하였고, 위 법원은 2019. 2. 1. ■■■■■■의 주장을 일부 받아들여 성남시에게 손해배상으로서 ■■■■■■의 승계참가인(전부채권자) 중 일부에 대하여 약 295억 원의 지급을 명하는 판결을 선고한 사실이 인정되기는 한다(현재 위 사건은 쌍방 항소로 수원고등법원 2019나10565호로 소송계속 중이다).

그러나 검사가 제출한 증거만으로 ㉗ 제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분이 ㉔ 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익으로 제1공단 공원조성사업을 시행하는 것과 직접적으로 관련이 있는 사안이라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 설령 성남시가 향후 ■■■■■■ 측에 손해배상을 해 주어야 할 상황이 확정된다 하더라도, 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발이익을 공표하면서 그 손해배상액을 공제하지 않은 것이 허위라고 보기 어렵고, 피고인의 그 허위성에 대한 고의도 인정하기 어렵다.

나) 그러므로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

7. 결론

그렇다면 원심판결 중 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 검사의 항소는 일부 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 위 해당 부분과 그와 일죄의 관계에 있는 부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 위 파기부분을 제외한 나머지 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 내지 법리오해)

가. 직권남용권리행사방해의 점

- 1) 피고인은 2012. 3.경부터 직접 또는 비서실장인 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 친형인 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시 또는 독촉하였다.

- 2) 그러나 2012년 당시에는 공소외 3이 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 공소외 3에 대한 대면진단 등이 이루어진 바가 없었기에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조

에 따른 절차를 진행할 수 없었다.

그럼에도 피고인은 공소외 7과 공모하여 평소 사이가 좋지 않고 지속적으로 피고인의 시정운영에 반대하고 있었던 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 사적 의도로 성남시장으로서의 직권을 부당하게 행사하여 위 분당구보건소장 등으로 하여금 관계법령이나 관례에 반하여 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 이로써 피고인은 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄를 범하였다고 보아야 하는데도, 이와 달리 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 공소외 3(직권남용권리행사방해) 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인은 ① 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있고, ② 2012.경 주도적으로 공소외 3의 정신병원 입원을 지시하였는데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 공소외 3의 강제입원에 전혀 관련한 바 없다는 취지로 발언한 것은 선거인의 정확한 판단을 흐릴 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이므로 허위사실공표에 해당한다.

2) 또한, 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차가 중단된 것은 분당구보건소장인 공소외 4가 그 절차 진행을 그만두었기 때문인데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 가족들을 설득하여 그 절차 진행을 못하게 막았다는 취지로 발언한 것은 허위사실공표에 해당한다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

다.

검사사칭 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인의 이 부분 발언의 전체적인 취지는 "자신은 공소외 12의 검사사칭 통화에 전혀 관련한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 공소외 12의 검사사칭 행위를 도와주었다는 잘못된 내용으로 처벌받았다"는 것이다.

2) 이는 피고인에 대한 검사사칭 유죄확정판결의 내용에 반하는 것으로서 허위사실을 공표한 것이고, 피고인의 단순한 의견표명이라고 볼 수 없다.

또한, 피고인의 허위사실공표에 대한 고의도 인정된다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

라. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 일반 유권자들이 피고인의 이 사건 선거공보물 문구와 선거유세연설의 표현을 접하였을 때 이를 "개발이익금 5,503억 원의 수입이 성남시로 귀속 완료되었고, 그중 2,761억 원이 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원이 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출 완료되어 그로 인해 위 각 공사가 대부분 완료되었다"라고 이해할 것이지, "성남시

가 특수목적법인으로 하여금 2,761억 원을 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원을 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출하게 할 예정이고, 1,822억 원 상당의 임대주택용지를 받을 예정이다"라고 이해하지 않을 것이다.

따라서 피고인의 이 사건 선거공보물의 배포와 선거유세연설은 허위사실공표에 해당한다.

- 2) 피고인은 변호사이자 성남시장으로서 대장동 도시개발사업 모델을 직접 구상하는 등 그 사업의 수익구조를 잘 알고 있었고, 성남시장 퇴임 전후로 위 개발사업의 진행경과 및 이익규모를 확인할 수 있었는데도 사실에 부합하지 않는 정확하지 않은 표현을 사용하였으며, 그 공사금액 중 추산가액의 정확한 금액을 확인하지 않고 오히려 다소 부풀려 말한 점을 고려할 때 피고인이 허위사실공표의 미필적 고의가 있었음을 인정할 수 있다.

또한, 피고인이 기반시설 사업이 진행 중에 있다거나 1,822억 원이 장래의 수입이라고 명시한 적은 없는데도, 원심이 이러한 사실을 인정하여 피고인의 고의를 부정한 것은 잘못이다.

- 3) 따라서 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2. 이 사건 공소제기의 적법성에 관한 판단

가. 피고인의 변호인의 주장

피고인의 변호인은 이 사건 공소 중 직권남용권리행사방해 부분과 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반 부분에 관하여, 검사가 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하고 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하고, 공소장에 공소사실 특정과 무관하거나 불필요한 내용을 과도하게 기재하여 공소장일본주의를 위반하였다는 이유로, 위 각 부분의 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 주장한다.

나. 공소권남용 여부에 대한 판단

- 가) 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보이는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 여기에서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 2017. 12. 13. 선고 2017도16223 판결, 대법원 2018. 9. 28. 선고 2018도10447 판결 등 참조).

- 나) 위 법리에 비추어 살피건대, 원심 소송계속 중 피고인의 변호인이 검사에게 이 사건에 관하여 검사가 보관하고 있는 자료의 열람·등사를 신청한 경위, 이에 대한 원심의 2019. 4. 1.자 열람허용 결정, 2019. 4. 16.자 등사허용 결정 및 2019. 4. 8.자 등사신청 기각결정과 그 각 이유, 피고인의 변호인이 결국 위 자료를 입수하여 이를 증거로 제출하게 된 경위, 원심에서의 검사의 증거의견 등을 종합하여 보면, 검사가 미필적이거나 어떠한 의도를 가지고 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하거나 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등으로 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하였다고 볼 수 없다.

따라서 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

공소장일본주의 위반 여부에 대한 판단

가) 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실은 직권남용권리행사방해 및 그와 관련된 허위사실공표의 공직선거법위반 혐의에 관하여 그 행위의 배경 및 동기, 사건의 경과 등에 관하여 다소 불필요하거나 장황하게 기재하였다고 볼 수 있을 뿐 법관으로 하여금 예단을 생기게 하여 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는 정도에 이르렀다고 보기 어렵다.

따라서 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3. 직권남용권리행사방해의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3이 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청의 대상자가 되는 것처럼 보이게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 1로 하여금 공소외 2가 기존에 작성한 공소외 3에 대한 평가문건을 공소외 2의 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 수정하게 하고, 마치 전문의의 정식 소견서로 보일 수 있도록 수정된 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 하였고, ② 공소외 2로 하여금 정신건강의학과 전문의로서 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 위 평가문건을 수정하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

2) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조에 의한 입원 절차를 개시하게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 '성남시 정신건강센터'(현재는 '성남시 정신건강복지센터'이다.

이하 '센터'라고만 한다)에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 하고, 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 하였고, ② 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 분당구보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

4) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하게 하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9로 하여금 공소외 3을 강제입원시키기 위해 앰불런스를 타고 공소외 3이 있는 곳으로 가도록 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

나. 관계 법령

구 정신보건법(2016. 5. 29. 법률 제14224호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법'이라고만 한다) 및 구 정신보건법 시행령(2017. 5. 29. 대통령령 제28074호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법 시행령'이라고만 한다) 중 이 사건에 관련된 주요 내용은 다음과 같다(한편, 아래 구 정신보건법 제25조는 2011. 8. 5. 법률 제11005호로 개정되어 2012. 8. 5.부터 시행된 것인데, 위 2011. 8. 5. 개정 전 구 정신보건법 제25조는 '정신건강의학과전문의'를 '정신과전문의'라고 지칭하였을 뿐 그 내용은 개전 전후로 같다).

□ 구 정신보건법제25조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자를 발견한 정신건강의학과전문의 또는 정신보건전문요원은 시장·군수·구청장에게 당해인의 진단 및 보호를 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 신청을 받은 시장·군수·구청장은 즉시 정신건강의학과전문의에게 당해 정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단을 의뢰하여야 한다.

③ 정신건강의학과전문의가 제2항의 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때는 시장·군수·구청장은 당해인을 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관 또는 종합병원에 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의한 자신 또는 타인을 해할 위험의 기준은 제28조의 규정에 의한 중앙정신보건심의위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정한다.

(중략)⑥ 시장·군수·구청장은 제3항의 규정에 의한 진단결과 당해 정신질환자에 대하여 계속입원이 필요하다는 2인 이상의 정신건강의학과전문의의 일치된 소견이 있는 경우 당해 정신질환자에 대하여 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

다만, 그 관할구역에 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관이 없는 경우에는 그 외의 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

(후략)?□ 구 정신보건법 시행령제6조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 의심되는 사람을 발견한 정신건강의학과전문의 또는 전문요원은 법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호를 신청하려면 발견한 장소를 관할하는 시장·군수·구청장에게 진단 및 보호신청서(전자문서로 된 신청서를 포함한다).

이하 같다)를 제출하여야 한다.

② 제1항에 따른 진단 및 보호신청서에는 다음 각 호의 사항을 적어야 한다.

1. 신청인의 성명, 주소 및 생년월일2. 정신질환자로 의심되는 사람의 성명, 주소, 생년월일 및 현재의 소재지3. 정신질환자로 의심되는 사람의 증상의 개요4. 정신질환자로 의심되는 사람에게 보호의무자 또는 보호를 하고 있는 사람이 있는 경우에는 그 성명 및 주소③ 시장·군수·구청장은 법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 결과 정신질환자로 의심되는 사람이 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 인정되는 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.

1. 법 제23조에 따라 자의에 따른 입원 신청을 하게 하는 것2. 보호의무자에게 법 제24조에 따른 입원동의를 요청하는 것3. 법 제25조 제3항에 따라 국·공립 정신의료기관 또는 종합병원에 입원조치를 의뢰하는 것(제1호 또는 제2호의 조치에 따르지 아니하는 경우만 해당한다)④ 제3항 제3호에 따른 의뢰를 받아 정신질환자로 의심되는 사람을 입원시킨 국·공립 정신의료기관의 장 또는 종합병원의 장은 지체 없이 2명 이상의 정신건강의학과전문의에게 증상을 진

단하게 하고 그 진단 결과를 해당 시장·군수·구청장에게 서면 또는 전자문서로 통보하여야 한다.

다만, 진단 결과 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하지 아니하다고 인정되는 경우에는 즉시 퇴원시키고 그 퇴원 사실도 함께 통보하여야 한다.

(중략)㉔ 시장·군수·구청장은 제4항에 따라 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하다는 진단 결과를 통보받은 경우에는 지체 없이 같은 항에 따른 입원치료를 의뢰하여야 한다.

다.

원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실과 사정을 근거로, 피고인은 공소외 3의 당시 행동이 정신질환으로 기인한 것이라고 여겼을 수 있고, 성남시장으로서 법령상 가능한 권한을 행사하여 공소외 3을 정신의료기관에 입원시켜 진단 및 치료를 받게 하려는 의도가 있었다고 볼 여지가 있으며, 이에 따라 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행한 것이라고 평가할 수 있다고 전제하면서 아래와 같은 이유에서 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

- ① ㉔ 공소외 2에 대한 평가문건 수정 요구는 피고인의 의견을 제시한 것으로 위법·부당한 직권행사가 아니고, ㉔ 수정된 평가문건에 공소외 2의 직인을 요구한 것 역시 위법·부당한 직권행사가 아니며, ㉔ 공소외 1로 하여금 공소외 2에게 평가문건 수정 의견이나 직인 날인 요청을 전달하게 한 행위는 피고인의 의견 전달 행위를 보조하는 사실행위에 불과하여 직권남용의 대상이 되는 행위로 볼 수 없다.
- ② ㉔ 공소외 5의 면담결과를 요청하거나 송부하게 한 것은 자료수집의 일환으로 볼 수 있으므로 이를 위법·부당한 직권남용으로 보기 어렵고, ㉔ 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 것은 그 신청 여부를 검토하고 답을 달라는 취지에 불과하므로 직권남용에 해당한다고 보기 어렵다.
- ③ 공소외 2 등이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청한 것과 피고인의 직권 행사 사이에 인과관계를 인정할 수 없고, 공소외 2에 대한 직권행사가 그의 의학적 판단과 무관하게 위 진단 및 보호신청을 하라는 정도에 이르렀다고 볼 수 없으며, 위 진단 및 보호신청은 정신건강의학과 전문의인 공소외 2의 고유 영역이므로 공소외 2로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하였다고 평가할 수 없다.
- ④ ㉔ 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원 집행을 시도하는 것은 위법한 행위이나, ㉔ 당시 공소외 4가 차량을 타고 >>경찰서로 간 것이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 강제입원 시도행위라고 단정하기 어렵고, ㉔ 오히려 이는 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단 절차로 볼 수 있는데 그 진단을 위한 물리력 행사는 구 정신보건법 제25조 제2항이 예정하는 집행 방법이므로, 당시 공소외 3에 대한 강제호송이 예정되어 있었다고 이를 위법·부당한 행위로 평가할 수 없으며, ㉔ 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한 것도 입원 집행을 시도한 것이 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 완성하기 위한 것이므로 위법·부당한 행위로 볼 수 없다.

라. 당심의 판단

1) 기초 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2010. 6. 2.경 제5회 전국동시지방선거에서 성남시장으로 당선되어 2010. 7.경부터 2014. 6.경까지 민선 5기 성남시장으로 재직하였다.

공소외 7은 2011. 5. 1.경부터 2013. 4. 30.경까지 성남시장의 직무를 보좌하는 비서실장으로 재직하였다.

나) 분당구보건소는 '성남시 행정기구 설치 조례'에 의하여 시장 직속기관으로 설치되었고, 그 소관 업무로서 정신 보건사업 등을 수행한다.

공소외 1은 가정의학과 전문의로서 2011. 5.경부터 2012. 5. 1.경까지 분당구보건소장으로 근무하였고, 공소외 4는 2012. 5. 2.경부터 2013. 5.경까지 분당구보건소장으로 근무하였다.

다) 센터(최초 명칭은 '성남시 정신보건센터'였다)는 1999.경 성남시의 정신보건사업을 위해 분당구보건소 산하 기관으로 설치되었다(다만 센터의 중앙사무실은 성남시청 내에 있다). 센터는 원래 ○○정신병원이 위탁받아 운영하다가, 2012. 1. 1.경부터 분당서울대학교병원이 위탁받아 운영하고 있다.

센터장은 센터의 업무를 총괄하고 소속 직원을 지휘·감독하는 업무를 수행하는데, 분당서울대학교병원 소속 정신건강 의학과 전문의 공소외 2가 2012. 1. 1.경부터 2014. 2.경까지 위 센터장으로 근무하였다.

2) 공소사실의 전제사실에 관한 판단

가) 피고인의 지시 내용 등에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였음은 인정된다.

① 피고인은 2012. 4. 초순경 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장인 공소외 1에게 공소외 3(사망일 생략 사망)에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원이 가능한지 검토해 보라는 지시를 하였다.

공소외 1은 그 검토 결과 피고인에게 여러 차례에 걸쳐 위 강제입원 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고하였는데, 피고인은 그때마다 구 정신보건법 제25조의 해석상 그 강제입원 절차가 가능하다는 견해를 개진하면서 공소외 1에게 재검토를 지시하거나 위 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다.

② 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1로부터 위 강제입원에 관한 보고를 받는 자리에서 공소외 1에게 구 정신보건법 제25조 제6항에 따른 '입원치료' 절차 또는 그 이후의 절차 등에 관하여 문의하기도 하였다.

③ 성남시의 2012. 5. 2.자 정기인사로 인해 분당구보건소장이 공소외 1에서 공소외 4로 바뀐 후, 피고인은 2012. 6.경부터 2012. 8.경까지 사이에 여러 차례에 걸쳐 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다(피고인은 2012. 6. 13.경부터 2012. 6. 22.경까지 브라질에 출장을 가 있는 동안에도 공소외 4와 여러 차례 전화통화를 하면서 위와 같이 지시하고 그 절차 진

행을 재촉하였다).

- ④ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4와 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

- ⑤ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

- ⑥ 피고인은 분당구보건소장 및 그 직원들과 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 있는지 검토하고 이 문제를 함께 토론했을 뿐 그 절차를 진행하라고 지시한 적은 없다는 취지로 주장한다.

그러나 위 공소외 1, 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 피고인으로부터 여러 차례에 걸쳐 위 절차를 이행하라는 지시를 받았고, 심지어 질책을 받기도 했다는 취지로 진술하였는바, 그 진술이 대체로 서로 일치하고 있고, 달리 위 진술에 신빙성이 없다고 볼 만한 사정이 없다.

나) 피고인의 고의 또는 동기에 관한 판단

1) 공소외 3의 정신건강상태 등에 관한 피고인의 인식

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3에게 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심할 만한 사정이 없는 상태임을 알면서도 오로지 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 의도로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다고 보기 어렵다.

- ① 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하는데, 구체적으로는 다음과 같다.

- ㉠ 공소외 3은 2002. 2.경 성남시청 홈페이지에 '성남시 수정구 청소년수련관 매점을 특혜로 위탁받았고, 유부녀와 두 번 불륜관계를 가졌음'을 고백한다는 내용의 글을 게시하였다.

공소외 3은 그 무렵 취재 기자와 주변인에게 그 의미를 쉽게 이해하기 어려운 발언을 여러 번 한 적이 있는데, 이 발언은 일반인의 시각에서 볼 때 정신질환이 다소 의심될 정도로 특이한 내용이다.

또한, 공소외 3은 그 무렵 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

- ④ 공소외 3은 2012. 2.경부터 이 사건 공소사실 기재 일시 무렵까지 사이에 다수의 성남시청 공무원 및 일반시민들에게 과도한 폭언, 욕설, 협박 등을 해 왔을 뿐만 아니라 모친인 공소외 5와 피고인을 비롯한 여러 친족들에게도 과도한 폭언이나 저속한 발언 등을 해 왔다.

공소외 3의 위와 같은 행위는 그 빈도, 발언 내용, 상대방과의 관계 등을 고려할 때 사회통념상 일반 평균인의 행위로 보기에는 납득하기 어려운 점이 많다.

㉡ 공소외 3은 ㉠ 2012. 5. 28. 모친인 공소외 5를 협박하고, ㉢ 2012. 7. 15. 공소외 5와 동생들인 공소외 14, 공소외 15를 폭행하여 각 상해를 가하고, ㉣ 2012. 7. 1. 성남시청 시의회 청사에 무단으로 침입하여 새누리당 시의원들의 의장 후보 선출 업무를 방해하고, ㉤ 2012. 7. 26. 성남시 (주소 생략) 소재 □□백화점 지하2층 의류매장에서 소란을 피워 그 영업을 방해하고, □□백화점 보안요원을 폭행하였다[공소외 3은 위 각 범죄사실로 2013. 5. 27. 벌금 500만원의 약식명령을 받았다(수원지방법원 성남지원 2013고약2976)].

㉢ 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정으로서, 공소외 3은 ㉠ 2013. 2. 20. '◇◇한의원'에서 심신안정을 위한 약재를 처방받았고(공판기록 제26권 15411~15413면), ㉢ 2013. 3. 13. '☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원에서 우울증, 불면증 등으로 진료를 받았으며(공판기록 제18권 10740면), ㉣ 2013. 3. 16. 처인 공소외 11에게 죽으러 간다는 이야기를 한 후 차량을 운전하다가 중앙선을 침범하여 트럭과 충돌하는 교통사고를 일으키기도 했고, ㉤ 결국 2014. 11. 21. 처인 공소외 11과 딸인 공소외 16에 의해 정신병원인 국립▽▽병원에 강제입원되었고, 그때부터 2014. 12. 29.까지 위 병원에서 정신건강 치료를 받았다.

㉢ 공소외 3에 대한 진료기록에는 다음과 같은 기재가 있다.

㉠ 국립▽▽병원의 정신건강의학과 전문의 공소외 17의 2015. 2. 9.자 소견서에는 "공소외 3은 2012년부터 과잉행동, 과대망상, 수면욕구 감소 등의 증상이 시작되었고, 울증과 조증 증상이 반복되다 2014년 재발된 과대망상, 피해망상 및 과잉행동 등의 증상으로 본원에서 입원 치료하였다"는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14081면). ㉢ ◎◎대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 18의 2017. 8. 17.자 협의진료회신서에는 "공소외 3은 이 무렵(피고인이 성남시장에 당선된 2010.경 무렵으로 보인다)부터 조증 삽화를 간헐적으로 경험하며 가족들에게 충동적으로 욕설을 하며 버럭 화를 내는 일이 있었음. 2012년에는 가족회의 자리에서 말다툼이 심해지며 몸싸움까지 하였고, 당시 조증 삽화가 있던 환자는 백화점 앞 노점상들에게 공격적 행동을 하여 잠시 내과에 입원하기도 하였음"이라는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14090면).

㉡ 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중에는 공소외 3의 폭행, 협박 행위와 같이 타인에게 피해를 줄 위험성이 있는 사정들이 포함되어 있고, 특히 그중 공소외 3이 처벌받은 위 형사사건의 범죄사실은 그 동기 및 경위, 범행 방법 및 태양 등을 보았을 때 사회통념상 일반인의 범죄행위라고 보기에는 의심스러운 점이 많다.

또한, 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중 상당수는 피고인이 당시 어렵지 않게 알 수 있는 내용들이다.

㉢ 피고인의 막내동생인 공소외 14와 여동생의 남편인 공소외 19도 이 부분 공소사실 이전에 조울증 또는 우울증을 앓았던 가족력이 있었기에(증거기록 제4권 1845, 1846면, 공판기록 제11권 6556면), 피고인을 비롯하여 모친 공소외 5와 피고인의 형제자매들은 공소외 3의 발언과 행동을 보았을 때에도 공소외 3에게도 조울증이나 그와 비슷한 정신질환이 있는 것은 아닌지 의심할 여지가 더욱 많았다[피고인 및 공소외 3의 형인 공소외 20도 2012. 11. 11. 조울증 및 조현병으로 정신병원에 입원되어 2013. 7. 17.까지 입원치료를 받았다(증거기록 제4권 1844면)]. 공소외 5는 2012. 12.경 직접 공소외 3에게 정신건강 치료를 받도록 권유하기도 하였다(공판기록 제26권 15224면).

- ④ 검사는 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정을 들어 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 판단하는 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 공소외 3의 정신건강상태에 관한 사정은 그 내용 등에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 추단할 수 있는 정황으로 충분히 삼을 수 있다.

- ⑤ 한편, 위 각 증거에 의하면, 공소외 3은 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 회계사로서 회계사무실을 운영하며 상당한 소득을 얻고 있었고, 처 및 자녀와 함께 평범한 가정생활을 누리고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 인정사실에다가 검사가 제출한 증거와 검사가 지적하는 여러 사정을 더하여 보더라도, 정신질환은 그 특성상 악화와 호전을 반복하는 경우가 많아 어느 시점에서 평가되는지에 따라 그 심각도와 정신질환자의 사회적 기능의 정도가 달리 판단될 수 있고(당심의 정신건강의학과 전문의 공소외 21에 대한 사실조회결과 참조), 정신질환으로 인한 문제가 그 질환을 앓고 있는 사람의 모든 영역에서 발생할 것이라고 생각하기는 어려운 점을 고려하면, 공소외 3이 일부 정상적이고 평범한 생활을 영위하고 있었던 측면이 있다고 하여, 앞서 본 여러 사정에도 불구하고 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 아무런 정신질환도 의심할 수 없었다고 보기는 어렵다.

- ⑥ 또한, 공소외 3의 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵의 정신건강상태에 관하여, 공소외 3에게 별다른 정신질환이 없다는 취지의 진료기록이나 심리학적 평가결과도 있기는 하다.

그러나 이는 아래와 같은 이유로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 파악하는 자료로 삼기 어렵다.

- ㉠ 2013. 3. 11. 및 3. 13. 두 차례에 걸쳐 공소외 3을 진료하였던 '☆☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원 공소외 22의 2019. 1. 21.자 소견서(증거기록 제10권 10661면)에는 "공소외 3의 진료 당시 심각한 정신증적 소견은 보이지 않았다"는 취지로 기재되어 있다.

그러나 위 공소외 22는 당시 공소외 3에 대하여 우울증 치료는 하였던 점, 그 진료 기간과 시간이 비교적 짧은 점, 위 소견서는 공소외 3의 처 공소외 11이 2019. 1.경 언론중재위원회에 제출할 용도로 의뢰한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 위 소견서만으로 앞서 든 여러 사정에도 불구하고 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태에 특별한 문제가 없었다고 보기는 어렵다.

- ㉡ '△△△심리상담연구소'의 임상심리사(1급) 공소외 23의 공소외 3에 대한 '심리학적평가보고서'(증거기록 제14권 7008면)에 의하면, "2012. 12. 22. 공소외 3에 대한 심리학적 평가 결과 공소외 3은 현재 유의미한 정신과적 장애 및 정서적 어려움을 나타내고 있지 않다"고 기재되어 있다.

그러나 이는 공소외 3의 범죄사실을 수사하던 검사가 2012. 12. 14. '공소외 3에 대한 정신감정의 필요성이 있으나, 공소외 3이 스스로 정신감정을 받겠다고 하므로, 그 정신감정 결과가 도착할 때까지 기소중지한다'는 이유로 공소외 3에 대하여 시한부 기소중지처분(증거기록 제14권 7003면)을 하였기 때문에, 공소외 3이 스스로 위 심리학적 평가를 요청하여 받은 것이다.

또한, 위 심리학적 검사는 정신질환에 대한 정확한 진단은 아니고, 전문의의 진단에 보조 자료로 활용될 수 있을 뿐이다 [원심 증인 공소외 23의 진술 참조(공판기록 제18권 10876~10877면)]. 따라서 공소외 3에 대한 위 심리학적 평가

결과만으로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 판단하기는 어렵다.

- ㉗ 피고인이 2012.경 공소외 3과 사이가 좋지 않았다는 등의 사정만으로 피고인이 공소외 3에게 아무런 정신질환이 없음을 알면서도 공소외 3을 사회에서 격리시키고자 하는 의도가 있다고 단정할 수 없다.

2) 구 정신보건법 제25조 절차 진행의 위법 여부에 관한 피고인의 인식

또한, 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하는 것이 위법함을 알면서도 그 절차 진행을 지시하였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵다.

- ㉑ 구 정신보건법 제25조 제1항에서 말하는 '발견'의 문언 상 의미, 구 정신보건법령이나 기타 의료 관련 법령에 위 '발견'의 수단이나 방법을 제한하는 규정이 없는 점, 위 '발견'의 주체는 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원으로 한정되어 있는 점, 구 정신보건법 제25조 제1항 이후의 후속 절차에서 정신건강의학과 전문의의 진단을 필수적으로 예정되어 있는 점 등을 고려하면, 위 조항에 따른 '정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자'(이하 '정신질환 의심자'라 한다)의 '발견'은 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 그 재량에 따라 합리적으로 판단하여 할 수 있다고 해석함이 타당하고, 일반적으로 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견하는 것이 통상이겠으나, 반드시 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견해야 한다는 절차적 제한이 있다고 해석하기는 어렵다.

또한, 구 정신보건법 제25조의 취지, 구 정신보건법 제40조에서 "응급입원의 경우를 제외하고 정신건강의학과 전문의의 진단 없이는 정신질환자를 정신의료기관등에 입원시킬 수 없다"는 취지로 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 구 정신보건법 제25조 제2항의 진단의뢰에 따른 진단은 정신건강의학과 전문의의 대면진단을 의미하고, 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원을 위해서는 사전에 정신질환 의심자에 대한 대면진단이 이루어져야 한다고 해석함이 타당하다.

- ㉒ 그런데 다음과 같은 점을 종합하여 고려하면, 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 구 정신보건법 제25조에 관한 해석이나 그에 따른 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 보기는 어렵다.

- ㉓ 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결은 "구 정신보건법 제24조에서 정하는 보호의무자에 의한 입원의 경우 보호의무자의 동의가 있더라도 정신건강의학과 전문의가 정신질환자를 직접 대면하여 진찰하고 입원이 필요하다고 진단한 다음 이에 기하여 정신의료기관의 장이 입원을 결정하여야 하고, 이러한 요건을 갖춘 입원조치에 대하여 정신질환자가 저항하는 때에 비로소 정신의학적·사회적으로 보아 상당하다고 인정되는 범위 내의 물리력의 행사가 허용된다"고 판시하였을 뿐이고, 구 정신보건법 제25조의 해석에 관한 대법원 판례는 찾기 어렵다.

- ㉔ 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원은 정신질환 의심자에 대한 정확한 진단에 그 목적이 있는데도, 위 진단을 하기 위해 먼저 '대면진단'이 있어야 한다고 해석하는 것은 합리적이지 않다고 보거나, 그 절차의 실익이 떨어뜨리는 것이라고 생각할 여지도 없지 않다.

따라서 구 정신보건법 제25조에 관한 정확한 해석에 관하여 다툼의 여지가 있다고 볼 수 있다.

- ㉔ 검사는 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'도 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 정신질환 의심자를 대면하여 발견해야 한다고 주장한다.

이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(원심 증인 공소외 24, 공소외 25의 각 진술 참조). 그러나 반면 보건복지부는 위 '발견'은 일반적으로 대면을 통해 판단될 것이나 제3자가 기록한 서류 등이 신빙성이 높다고 보일 경우에도 '발견'으로 볼 여지가 있다고 해석하고 있으며(당심의 보건복지부에 대한 사실조회결과 참조), 이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(당심의 공소외 21에 대한 사실조회결과, 원심 증인 공소외 26의 진술 참조). 한편, 정신건강의학과 전문의의 견해 중에는 위 '발견'에 관하여 "원칙적으로 대면하여 발견하는 것이 바람직하나, 대면하지 않고 발견하였다고 하여 위법한 것은 아니다"는 취지의 것도 있다(원심 증인 공소외 27의 진술 참조). 이와 같이 현재에도 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'의 해석에 관하여 다툼이 있다.

- ㉕ 당시 구 정신보건법 제25조에 따라 입원이 이루어지는 실무례도 거의 없었고, 따라서 위 입원 절차에 관하여 확립된 관행이 있었다고 할 수도 없다(간혹 이루어진 몇 가지 사례를 두고 확립된 실무례 또는 관행이라고 보기는 어렵다).

㉖ 의료계에서는 정신건강의학과 전문의가 정신질환 여부를 진단하기 위해서 해당 환자를 원칙적으로 대면하여 진단해야 한다고 보고 있다.

그러나 그러한 임상실무 기준만으로 당시 구 정신보건법 제25조에 관하여 확립된 해석이 있었다고 보기는 어렵다.

- ③ 따라서 피고인이 당시 정신질환 의심자에 대하여 대면진단 없이도 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원 조치가 가능하다고 판단하였고, 이러한 판단이 위 조항의 해석에 부합하지 않는 것으로 사후에 밝혀졌다고 하여, 이것만으로 당시 피고인이 위 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정할 수는 없다.

피고인이 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들에게 구 정신보건법 제25조의 요건이나 절차를 무시하고 공소외 3을 무조건 강제입원 시키라는 취지로 지시하지는 않았다.

- ④ 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들이 피고인 또는 공소외 7에게 여러 차례에 걸쳐 "공소외 3은 가족이 있고, 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 없으며, 공소외 3의 주소지는 용인시이므로 관할이 없다"는 취지의 이유를 대면서 위 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고한 바는 있다.

그러나 그 보고 내용이 앞서 본 구 정신보건법 제25조의 해석과 정확하게 들어맞는다고 보기 어려운데다가, 당시 위 조항에 관한 해석이나 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 볼 수 없으므로, 피고인이 위와 같은 보고를 받고도 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 계속 지시하였다고 하여 그 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정하기는 어렵다.

- ⑤ 또한, 분당구보건소 보건행정과장 공소외 8은 원심 증인으로 출석하여 "당시 구 정신보건법 제25조 제2항의 '진단의뢰'까지는 정상적으로 이루어졌으나, 공소외 3에 대한 대면진단이 이루어진 바 없어 그 다음 절차를 진행할 수 없는 상황이었다"고 진술하기도 하였다.

위 진술에 의하면, 공소외 8도 당시 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 절차까지는 적법하게 이루어졌다고 판단하고 있었다.

⑥ 피고인은 2012. 6. 11.경 분당서울대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 24로부터 "공소외 3은 조울병의 조증이 의심되는 상태이나, 진단과 치료를 위해서는 본인이 거부할 경우 보호의무자인 처와 딸이 병원으로 데리고 가야 한다"는 취지의 자문을 받은 적이 있다.

그러나 공소외 24의 위 자문 내용은 임상실무 기준일 뿐 구 정신보건법 제25조의 확립된 해석이라고 보기는 어렵다.

⑦ 한편, 공소외 3의 처인 공소외 11은 당시 공소외 5 등으로부터 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 권유받아도 이를 거부하였던 것으로 보인다.

따라서 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제24조에 따라 '보호의무자에 의한 입원' 조치가 행해질 수 없는 상황이었다.

3) 개별 공소사실에 대한 직권남용권리행사방해죄 성립 여부에 관한 판단

가) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에서 '의무 없는 일을 하게 한 때'란 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미하므로, 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당하나, 공무원이 자신의 직무 권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2017도12534 판결, 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결 등 참조). 또한, 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 3의 가족들을 설득할 수 있도록 공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였다.

이에 공소외 1은 그 무렵 공소외 2에게 피고인의 위 지시를 전달하였고, 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하였다.

(나) 그런데 피고인은 위 평가문건에 연필로 '공소외 3이 현재 입원이 필요하다'는 취지의 내용이 들어가도록 수정한 다음 이를 공소외 1에게 주면서 공소외 2로 하여금 위 평가문건을 그와 같이 수정하게 하라고 지시하였다.

- (다) 공소외 1은 그 직후 공소외 2에게 피고인이 위와 같이 수정한 평가문건을 보여주면서 피고인이 수정한 내용이 반영되도록 위 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다.
- (라) 공소외 2는 피고인이 수정한 그대로 평가문건을 수정할 수 없다고 하면서 다만 조울병의 심각성에 관한 교과서적인 내용을 추가하는 것으로 위 평가문건을 수정하여 공소외 1에게 주었고, 공소외 1은 이를 피고인에게 전달하였다.
- (마) 피고인은 다시 공소외 1에게 위 평가문건에 분당서울대학교병원이나 센터의 직인을 받아오라고 지시하였다. 공소외 1은 센터 외부에 있는 공소외 2에게 피고인의 위 요청을 전달하였는데, 공소외 2는 자신의 막도장을 날인하는 것만 허락하였고, 이에 따라 위 평가문건의 공소외 2 이름 옆에 공소외 2의 막도장이 날인되었다.
- (바) 위와 같은 경위에 따라 최종 수정된 평가문건의 내용은 아래와 같은데(증거기록 제14권 6943, 6952면), 아래 제1, 2, 5항은 공소외 2가 기존에 작성한 내용이고, 제3, 4항은 추가로 수정된 부분이다.

공소외 3 씨의 문건에 대한 평가의견1. 상기 공소외 3씨가 인터넷 상에 기술한 내용 및 접촉한 사람들의 상황설명이 사실이라는 전제 하에 내용을 평가한 결과 현실상황에 비추어 '관계망상적 사고' 및 '과대망상적 사고'의 가능성이 매우 높으며 사소한 자극에도 정상적으로 예견되는 범위 이상 흥분하고 공격적인 언행을 반복적으로 보이는 것으로 평가됨2. 평소의 지적 기능이나 환경을 참고하면 기분장애 중 '조울병(양극성장애)'의 가능성이 높다고 판단됨3. '조울병'의 경우 우울 또는 조증 삽화가 반복될수록 뇌기능 저하가 현저해지고 치료에 대한 반응도 떨어지는 것으로 알려져 있으며 자신이 문제의 심각성을 인지하기 못하여 치료에도 비협조적인 경우가 많아 치료상 어려움이 있음. 급성기 삽화의 경우에는 입원치료가 필요한 경우가 많음. 가족 및 법적 보호자의 조울병에 대한 이해를 통해 지속적인 치료를 받을 수 있는 환경을 만들어 주는 것이 우선적이며 장기간의 약물치료가 현재까지 가장 효과적으로 알려져 있음4. 조울병의 조증기에는 과도한 의욕, 무모한 계획, 낭비나 위험한 투자, 타인에 대한 공격성 등이 주로 나타날 수 있으며 우울기에는 의욕저하, 대인관계 단절, 일상 활동을 수행하지 못함 등 사회인으로 살아가는 것이 불가능하고 특히 조울병이 적절히 치료되지 않을 경우 모든 정신질환 중에서도 자살률이 가장 높다고 보고된 바 있음5. 상기 의견은 문건의 평가를 통하였으므로 의학적 효력이 없으며 임상적 진단이나 치료를 위해서는 반드시 정신건강의학과 전문의의 대면평가를 거쳐야 함

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 1의 평가문건 수정 및 날인 요구 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 1로 하여금 공소외 3에 대한 평가문건의 수정을 요구하게 하고, 위 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 한 것은, 피고인이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 한 것으로서 이는 피고인 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이거나, 공소외 1로 하여금 직무집행의 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 하였다고 볼 수 없으므로 형법 제123조 소정의 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다.

① 공소외 1은 피고인의 지시에 따라 피고인의 평가문건 수정 및 날인 요구를 공소외 2에게 전달하였을 뿐이다.

② 비록 정신보건사업이 분당구보건소의 소관 업무이고, 분당구보건소장이 센터에 대한 전반적인 지휘·감독 권한을 행사할 수 있더라도, 그것만으로는 분당구보건소장이 센터장에게 평가문건의 내용수정이나 날인을 요구할 수 없다거나, 그와 같은 요구를 하는 데 있어 지켜야 할 기준이나 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 공소외 1이 공소외 2에게 평가문건 수정 및 날인을 요구하는 데 있어 공소외 1의 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다고 보기 어렵고, 달리 이러한 사정을 인정할 만한 증거가 없다.

③ 공소외 1은 원심 증인으로 출석하여 “공소외 2에게 평가문건 수정을 요구할 당시 공소외 3의 치료 필요성에 대하여 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용하기 위해 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다”는 취지로 진술하였다. 이에 따르면 공소외 1은 수정된 평가문건을 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용할 목적이었을 뿐이므로, 그 수정 요구가 직무집행에 관한 기준과 절차를 위반하는 것이라고 단정하기도 어렵다.

④ 평가문건에 도장을 날인하도록 요구하는 것은 해당 문서의 작성명의인이 그 문서를 작성하였음을 확실하게 나타내기 위한 것이므로, 그러한 요구가 위법하다고 보기 어렵다.

(나) 공소외 2의 평가문건 수정 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 평가문건을 수정해 준 것은 공소외 1의 요청이나 친분에 기댄 부탁 등으로 인해 심리적 의무감에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 ‘법률상 의무 없는 일’을 한 것이라고 단정할 수 없다.

① 공소외 2가 평가문건에 수정한 내용은 조울증의 위험성 및 치료 필요성에 관한 일반적 내용에 불과하다.

또한, 공소외 2는 평가문건의 말미에 “여기에 기재된 의견은 공소외 3에 관한 문건만 보고 평가한 것이므로 공소외 3에 대한 정확한 진단과 치료를 하기 위해서는 먼저 대면평가가 이루어져야 한다”는 단서도 붙여 놓았다.

② 공소외 1과 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 피고인이 당시 평가문건에 연필로 수정한 내용은 공소외 3에게 자신 또는 타인을 해할 위험이 있으니 공소외 3을 입원시켜야 한다는 취지의 내용이라고 진술하였다.

그런데 수정된 평가문건 어디에도 공소외 3이 당장 입원치료를 받아야 한다는 취지의 내용은 없으므로, 공소외 2가 피고인의 위와 같은 요구를 그대로 받아들여 평가문건을 수정하지 않았음은 분명하다.

공소외 2도 원심 증언에서 “자세히 읽지 않는다면 공소외 3이 위험하게 보일까봐 신경을 써서 평가문건을 고쳤다”는 취지로 진술하였다.

③ 공소외 1은 원심 증언에서 "당시 공소외 2에게 피고인의 평가문건 수정 요구를 전달하면서 그 평가문건의 사용처에 관하여 공소외 3의 보호자들에게 공소외 3의 치료 필요성을 설득하는 데 사용하기 위해서라고 말했다"라는 취지로 진술하였고, 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 시에 보고할 때 자료로 쓰겠다고 하면서 평가문건을 요청하였다"고 진술하였다.

위 각 진술에 따르면, 공소외 1과 공소외 2는 그 평가문건이 어떠한 직무집행의 근거로 사용되리라고 예상하고 있지 않았다.

또한, 평가문건이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 절차를 진행하는 데 법령상 요구되는 문서도 아니다.

④ 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 굉장히 미안해하면서 평가문건을 꼭 이대로 고치지 않아도 되는데 자세히 써 달라고 해서 평소 모르는 사이도 아니고 공소외 1이 난처해해서 평가문건을 수정하게 되었다.

평가문건의 내용에 관하여 공소외 1로부터 지휘를 받았거나 간섭을 받은 것은 아니다"는 취지로 진술하였다.

나) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제12조의 직권남용권리행사방해죄에서 '직권의 남용'이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 남용에 해당하는지는 구체적인 직무행위의 목적, 그 행위가 당시의 상황에서 필요성이나 상당성이 있는 것이었는지 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 여러 요소를 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2018. 2. 13. 선고 2014도11441 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 5는 2012. 6. 15. 딸인 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 하였다.

(나) 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈다(위 공문은 분당구보건소 지역보건팀장 공소외 9가 기안하고 보건행정과장 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).

(다) 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다(위 공문은 센터 상임팀장 공소외 28이 기안하여 공소외 2가 최종 결재하였다).

(라) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다(위 공문은 위 공소외 9가 기안하여 위 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였

다).

(마) 그러나 공소외 2는 2012. 6. 20. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5에 대한 면담내용만으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청을 할 수 없다는 취지의 공문(증거기록 제4권 1488면)을 보냈다.

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 5의 면담결과 요청 및 송부 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 한 부분이나 공소외 2 등으로 하여금 분당구 보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 한 부분은 모두 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

① 구 정신보건법에 따르면 지방자치단체는 정신질환을 예방하고, 정신질환자의 치료를 위한 조사 등 필요한 조치를 하여야 하고(제4조 제1항), 보건소를 통하여 정신질환의 예방, 정신질환자의 발견·진료 등 지역사회정신보건사업을 수행할 수 있다(제13조 제1항). 따라서 성남시가 정신질환을 예방하고 정신질환자의 발견 및 치료를 위하여 조사 등의 업무를 수행하는 것은 그 책무나 권한에 속한다고 할 수 있다.

이에 비추어 보면 성남시장인 피고인이 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하여 송부받은 것은 정신질환 의심자의 발견 및 치료를 위해 상당한 범위 내에서 관련 자료를 수집한 것으로 볼 수 있다.

② 구 '성남시 정신보건센터 설치·운영 조례'(2005. 10. 28. 성남시조례 제2008호로 제정되어 2005. 10. 28. 시행되고, 2017. 11. 20. 성남시조례 제3149호로 전부개정되기 전의 것) 제5조 제4항에 의하면, 수탁자인 센터는 관계법규와 시장의 지시사항을 준수하여야 한다.

따라서 센터는 원칙적으로 그 업무에 관하여 성남시장인 피고인의 지시를 따라야 할 의무가 있다.

이에 비추어 보면 센터장인 공소외 2가 성남시의 위 자료수집 협조 요청에 응한 것은 위 지시사항 준수 의무를 이행한 것이라고 볼 수 있다.

③ 공소외 2는 공소외 5와 면담하면서 그 상담 내용을 관련 기관에 필요시 제공할 수 있다고 설명하였고, 공소외 5와 공소외 15로부터 그에 대한 동의도 받았다.

따라서 성남시가 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하거나, 센터가 이를 분당구보건소에 송부하는 것 자체에 어떠한 위법성이 있다고 보기는 어렵다.

(나) 진단 및 보호신청 촉구 공문 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 부분도 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 분당구보건소가 센터에 위 진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 공소외 2에게 특정한 결론을 강제하는 취지는 아니고, 공소외 5의 공소외 3에 대한 진료의뢰 등이 있는 상황에서 센터가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 할 것인지 검토하라는 취지 정도로 이해할 수 있다.
- ② 분당구보건소가 위 진단 및 보호신청 촉구를 한 것 이외에 공소외 2에게 그 전문가로서의 판단 권한을 침해하는 부당한 지시나 간섭을 하였다는 사정을 인정할 만한 증거는 없다(오히려 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 피고인과 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받고 있었기에 스스로 면책성 조치를 취한 측면도 있다"는 취지로 진술하기도 하였다). 게다가 공소외 2는 위 진단 및 보호신청 촉구 공문에 대해 바로 거절하는 공문을 보냈으므로, 위 촉구 행위 자체만으로 공소외 2에게 부당한 지시나 간섭을 한 것으로 볼 수 없다.
- ③ 비록 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환 의심자에 대한 진단 및 보호신청 권한이 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원에게 있다 하더라도, 지방자치단체의 장 또는 그 산하기관인 보건소장이 위 정신건강의학과 전문의 등에게 위 권한 발동을 촉구하는 것 자체가 위법한 것이라고 보기는 어렵다.
- ④ 앞서 판단한 바와 같이, 피고인이 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하는 것이 위법하다는 점을 인식하면서도 그 절차 진행을 지시하였다고 보기 어렵다.

다) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에 대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대학교병원과 센터에 발송하였다.

(나) 공소외 7은 당시 위 내용증명의 문언을 직접 작성하였고, 그 무렵 피고인에게 이를 보고하였다.

(다) 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 공소외 7은 2012. 4. 초순경 성남시청 공무원들에게 공소외 3으로부터 폭언, 욕설, 협박 등을 당한 사례를 진술서로 작성하여 제출하라고 지시하여 이를 취합한 사실, 공소외 7은 그 무렵 공소외 1에게 공소외 3이 성남시청 홈페이지에 게시한 다수의 글과 위 공무원들의 진술서를 건네준 사실, 공소외 1은 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 4. 초순경 공소외 2에게 공소외 3의 위 게시글과 위 공무원들의 진술서를 보여주면서 공소외 3의 조울병 증상 및 공소외 3에 대한 입원치료 문제 등에 관하여 자문을 구한 사실, 공소외 7은 2012. 6. 중순경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 진행해 달라는 취지로 요청한 사실, 공소외 4도 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 6.경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3을 강제입원시켜야 하는 것 아니냐는 취지로 말한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 한 것은 스스로의 판단에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 피고인의 직권 행사로 인한 것이라고 보기 어렵다.

- ① 공소외 2는 분당구보건소장의 2012. 6. 20.자 '진단 및 보호신청 촉구' 공문에 대하여는 바로 거부하였으나, 그로부터 약 40일이 경과한 2012. 8. 2.에서야 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하였다.
- ② 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "㉠ 2012. 6.경 공소외 7과 공소외 4의 강제입원 요청이나 '진단 및 보호신청 촉구' 공문은 중요한 고려사항이 아니었고, 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청하는 것은 시기상조라고 판단하였다.
- ④ 그러나 이후 2012. 7.경 공소외 5의 내용증명의 내용을 받아 보았을 때 공소외 3의 자·타해 위험 상태를 의심하게 되었고, 분당서울대학교병원의 자문 변호사와 상담한 결과 대면 없이도 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환자 의심자를 발견할 수 있고, 오히려 아무런 조치를 취하지 않을 경우 법적 문제가 생길 수 있다는 자문을 받았기에 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하게 되었다"는 취지로 진술하였다.
- ③ 공소외 2의 위 진술에 따르면, 공소외 2는 공소외 5 명의의 내용증명을 받아본 후 공소외 3의 정신건강상태가 자·타해 위험이 있다고 의심하게 되었고, 법적 자문을 받은 결과 구 정신보건법 제25조 제1항의 해석에 있어 대면 없이도 정신질환 의심자를 발견할 수 있고 아무런 조치를 취하지 않는 것이 오히려 법적 책임을 질 수 있다는 답변을 듣게 되어, 스스로의 판단에 따라 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하기에 이른 것이라고 볼 수 있다.
- ④ 비록 공소외 7이 공소외 5 명의의 위 내용증명을 직접 작성하고 이를 피고인에게 보고하기는 하였으나, 그 내용증명을 발송한 것이 공소외 5의 의사에 반하여 이루어진 것임을 인정할 증거는 없다.

따라서 공소외 7이 위 내용증명 발송에 관여하였다고 하여 그것 때문에 공소외 2가 위 진단 및 보호신청을 한 것이라고 보기는 어렵다.

- ⑤ 또한, 공소외 7이 성남시청 공무원들에게 위 진술서의 작성을 지시하여 이를 취합하였고, 그 진술서가 공소외 1을 통해 공소외 2에게 건네졌다고 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 고려하면, 공소외 7이 위 진술서 작성 지시·취합 행위와 공소외 2의 위 진단 및 보호신청 행위 사이에 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다.

라) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도에 관한 판단

(1) 법리

직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조). 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하였다(위 공문은 공소외 9가 기안하고 보건행정과장대리 공소외 30의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).

(나) 공소외 4는 그 무렵 위 공문과 공소외 3에 대한 관련 자료를 들고 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 찾아가 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단을 의뢰하였다.

(다) 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

(라) 이후 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 >>경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 >>경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

(마) 공소외 4는 당시 >>경찰서로 가기 직전에 공소외 9에게 센터에 대한 협조 공문 작성을 지시하였다.

이에 공소외 9는 분당구보건소장 명의로 센터장에게 '공소외 3의 진단의뢰를 위해 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한다'는 내용의 협조 공문(증거기록 제4권 1440면)을 작성한 다음 >>경찰서로 갔고, 공소외 2는 위 공문을 수령하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 피고인과 공소외 7은 2012. 8. 7.경 공소외 10이 작성한 위 회신서로써 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제3항에서 말하는 "정신건강의학과 전문의가 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때"라는 요건이 구비되었다고 판단한 사실, 피고인은 그 무렵 직접 또는 공소외 7을 통해 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 위 조항에 따른 입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하거나 재촉한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 2012. 8. 17. 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 간 것이 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 강제입원시키기 위해서였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵고, 나아가 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 위와 같이 ▷▷경찰서로 간 것이 피고인의 지시 또는 재촉으로 인하여 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일'을 한 것이라고 보기 어렵다.

① ㉓ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 공소외 3을 만나러 ▷▷경찰서로 간 것은 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 공소외 3을 입원시키려는 목적도 있었으나, 그보다 먼저 공소외 2로 하여금 공소외 3을 대면진단하게 하거나 공소외 3에게 진단을 권유하는 것을 1차적 목표로 하였다.

공소외 2에게 동행을 요청할 때에는 공소외 3을 강제로 데려오자는 말은 하지 않았다"는 취지로 진술하였다.

④ 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 당시 공소외 3을 만나 설득해 볼 테니 동행해 달라고 요청하였기에 공소외 3이 응한다면 직접 면담을 해 보겠다고 하여 공소외 3을 만나러 공소외 4와 동행하였는데, 가는 도중에 공소외 4가 공소외 3을 오늘 진단하고 바로 입원시키자는 취지로 말하였으나, 자신이 그것은 절대 안 된다고 거부하였다"는 취지로 진술하였다.

⑤ 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4의 지시를 받고 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 작성한 다음 공소외 4에게 이를 건네주기 위해 별도로 ▷▷경찰서로 갔고, 공소외 4와 공소외 2가 왜 ▷▷경찰서로 갔는지는 모른다"는 취지로 진술하였다.

② 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 위 각 법정진술을 종합하여 보면, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 당시 ▷▷경찰서로 간 목적이 각자 분명하지 않고, 특히 공소외 4의 당시 의도가 정확히 무엇이었는지 분명하지 않다.

③ 공소외 4가 공소외 3을 만나기 위해 공소외 2와 함께 ▷▷경찰서로 향했던 날인 2012. 8. 17. 직전에, 성남시장 수행비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서 그 실행을 거절한 바 있다.

그러한 상황에서 과연 공소외 4가 특별한 사정변경 없이 자신의 입장을 바로 바꾸어 공소외 3을 강제입원시키기 위해 ▷▷경찰서로 갔는지 의심스럽다.

- ④ 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 나이와 지위 및 경력 등을 고려할 때 당시 위 3명만으로 공소외 3에게 강제력을 행사하여 입원 절차를 진행할 수 있었을지 매우 의심스럽고, 달리 공소외 3에게 강제력을 행사하는 데 필요한 충분한 보조인력이 있었는지도 의심스럽다.

공소외 4는 당시 공소외 3을 입원시키는 것과 관련하여 병원도 예약해 두지 않았고, 입원의뢰서 작성을 비롯하여 기타 어떠한 행정적인 절차도 전혀 마련해 두지 않았다.

당시 공소외 3이 >>경찰서에서 조사를 받고 있었는지조차 이를 인정할 명백한 증거가 없다.

- ⑤ 당시 공소외 9가 공소외 4의 지시에 따라 작성한 공문에는 공소외 3의 "진단의뢰"를 위해 차량 및 동행을 요청한다고 기재되어 있다.

그 '진단의뢰'라는 문언에 의하면, 이는 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 절차가 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차를 예정하고 있는 것이다.

- ⑥ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 보낸 것은 자신의 생각에 의해 요식행위로 한 것이다"는 취지로 진술하기도 하였다.

그 밖에 앞서 본 공소외 4의 법정진술, 위 공문의 문언 등을 종합하면, 공소외 4는 당시 피고인 또는 공소외 7의 지시와 달리 스스로의 판단에 의해 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 진행하려고 했던 것으로 보이기도 한다.

이는 공소외 2의 법정진술, 즉 자신은 공소외 3을 대면하여 면담하기 위해 공소외 4와 동행하였다는 취지의 진술로도 뒷받침된다.

- ⑦ 더 나아가 공소외 4의 위 법정진술과 위 각 증거에서 알 수 있는 공소외 4의 당시 인식, 행위, 주변상황 등을 종합하여 보면, 공소외 4는 당시 피고인이 해외 출장 중인 상태에서 피고인 또는 공소외 7로부터 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하라는 지시 내지 질책을 받게 되자 이를 최종적으로는 따르지 않으려고 하면서도 어떠한 절차 진행 시도를 했다는 외관만 작출하여 피고인의 질책을 피하기 위해 위와 같은 행위를 한 것은 아닌지도 의심스럽다.

4) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는바, 원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 결론은 정당하다.

그러므로 원심의 판단에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없고, 검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

4. 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

- ① 이 사건 경기도지사 후보자 TV토론회에서 상대 후보자 공소외 6의 질문 취지에 2010년도에 있었던 강제입원 시도를 묻는 부분이 포함되어 있지 않았다.
따라서 피고인이 이를 부인하는 발언을 하였다고 볼 수 없어 허위사실을 공표한 것이라거나 허위사실공표에 대한 인식이 있었다고 볼 수 없다.
- ② 피고인이 2012. 4.부터 8.까지 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 강제입원 절차를 지시하였음에도 이를 부인하는 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 당시 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 질문 및 답변의 의도, 발언의 다의성, 당시 상황, 합동토론회의 특성 등에 관한 그 판시 사정에 비추어 보면, 피고인의 이 부분 발언은 구체적인 행위의 존부를 특정할 수 없는 불분명한 발언이고, 그 발언이 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이라고 평가할 정도에 이르렀다고 볼 수 없다.
따라서 허위사실공표에 해당한다고 보기 어렵다.
- ③ 피고인이 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 중단시킨 적이 없음에도 피고인이 이를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 그 판시 사정을 종합하면, 이 부분 발언이 허위이라고 보기 어렵다.

나. 당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이라면 충분하고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등 참조). 또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2018. 6. 13. 제7회 전국동시지방선거에서 경기도지사로 당선되어 2018. 7.경부터 현재까지 경기도지사로 재직 중이다.

나) 2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

다) 2018. 6. 5. 열린 MBC 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인인의 발언 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) ○○정신병원 입원 시도 부인 부분에 관한 판단

가) 피고인이 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있는데도, 위 각 경기도지사 후보자 TV토론회(이하 '이 사건 토론회'라 한다)에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.

나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 이 사건 토론회에서 위와 같이 공소외 3에 대한 ○○정신병원 입원 시도를 부인하는 취지로 발언하였다고 볼 수 없거나, 허위사실을 공표한다는 고의를 가지고 이 부분 발언을 하였다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

① 공소외 6은 원심 증인으로 출석하여 "이 사건 토론회에서 피고인에게 공소외 3에 대한 정신병원 입원 시도를 하였는 지 묻는 질문 취지에는 2010년경 ○○정신병원 입원 시도 부분은 포함되어 있지 않다"는 취지로 진술하였다.

② 이 사건 토론회 무렵 피고인에게 제기된 '친형 정신병원 입원 시도' 의혹의 내용을 고려하면, 피고인도 공소외 6의 위 질문 취지를 위와 같이 이해하였을 것으로 보인다.

③ 따라서 이 사건 토론회에서 공소외 6이 피고인에게 "형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠?"라고 질문한 데 대하여, 피고인이 "그런 일 없습니다"라고 발언한 것이, 피고인이 공소외 6의 위 질문의 의미를 선거인의 정확한 판단을 그르치게 할 정도로 왜곡하여 이해한 다음 이 부분 발언을 하였다고 보기 어렵다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

4) 피고인의 강제입원 절차 관여 부분에 관한 판단

가) 쟁점

피고인이 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 강제입원 절차 진행을 지시하여 그 절차가 일부 진행된 적이 있는데도, 이 사건 토론회에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 전혀 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실공표의 죄책을 지는지에 관하여 살펴본다.

나) 이 부분 발언이 허위사실공표인지 여부에 대한 판단

- (1) 무릇 어떠한 사실에 관하여 적극적으로 반대되는 사실을 진술하는 것은 공직선거법 제250조 제1항에서 정한 허위사실의 공표에 해당하나, 나아가 적극적으로 반대되는 사실을 진술하지는 아니하였으나 소극적으로 이를 숨기거나 유사한 방법으로 덧붙이는 진술을 하였고, 그것이 선거인의 공정한 판단을 그르치게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀다면 이 역시 위 법조항 소정의 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 상당하다.
- (2) 피고인이 이 사건 토론회에서 한 이 부분 발언의 외관상 전체적인 취지는 그 내용, 어휘, 문구의 연결방법 등을 고려하면 "① 공소외 3을 실제로 강제입원시킨 것은 그 처와 딸이고, ② 그와 별개로 피고인의 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 정신건강 진단 의뢰를 한 바 있으나, 피고인은 이에 관여하지 않았고, 오히려 그 절차 진행을 막았다"는 것이다.

살피건대, 앞서 인정한 사실과 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였음은 넉넉히 인정되므로, 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 표현은 사실과 다르다.

비록 피고인이 "공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다"는 표현을 직접적으로 사용하지는 않았고, 그 나머지 발언은 일부 사실에 가까운 표현이기는 하나, 이 부분 발언의 전체적인 취지와 선거인이 위 발언을 접하였을 때 받게 되는 인상 등을 종합하여 고려하면, 피고인은 자신이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨긴 채 이러한 발언을 함으로써 선거인의 공정한 판단을 그르치게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀으므로, 피고인의 이 부분 발언은 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 타당하다.

- ① 공소외 3의 모친 공소외 5는 2012. 4. 10. 센터 앞으로 공소외 3에 대하여 조울증 치료를 의뢰하는 내용의 의뢰서를 작성하였고, 여기에 공소외 3의 형제자매들인 공소외 47, 공소외 15, 공소외 14가 연명하여 서명한 바 있다(증거기록 제1권, 258, 259면, 제4권 1494, 1495면). 그러나 위 의뢰서가 센터에 정식으로 접수되었는지는 불분명하다.
- ② 피고인은 그와 별도로 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따라 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다.
- ③ 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였고, 이에 공소외 1이 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하자, 다시 공소외 1에게 그 내용 일부를 수정하도록 지시한 다음 공소외 1로부터 공소외 2가 수정한 평가문건을 재차 전달받기도 하였다.

- ④ 공소외 5는 2012. 6. 15. 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 한 적이 있다.

그런데 공소외 4는 그 전날인 2012. 6. 14. 공소외 5를 찾아가 공소외 5에게 센터를 방문하여 공소외 3에 대한 진단을 요청하라는 취지로 말하였다(원심 증인 공소외 4의 진술 및 증거기록 제4권 1477면 참조). 또한, 공소외 4는 당시 공소외 2에게 공소외 5가 센터에 방문할 것이니 상담을 잘 해 달라고 말하고, 공소외 5와 공소외 15를 위 센터 사무실로 직접 안내하기도 하였다.

- ⑤ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈고, 이에 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다.

- ⑥ 또한, 공소외 4는 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받던 상황에서 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다.

- ⑦ 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에 대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대학교병원과 센터에 발송하였다.

그런데 위 내용증명은 공소외 7이 직접 그 문언을 작성한 것이고, 그 무렵 피고인에게 위 내용증명 작성 사실을 보고하였다.

- ⑧ 피고인은 2012. 6. 또는 7.경 분당서울대학교병원장인 공소외 32와 통화하면서 "공소외 3의 정신건강상태에 문제가 있어 공소외 3을 입원시켜 치료하는 데 협조해 달라"는 취지로 말하기도 하였다(당시 공소외 32는 현재 단계에서 바로 입원 절차를 진행하기는 어렵다는 취지로 답변하였다).

- ⑨ 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

- ⑩ 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하여 이를 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 교부하였다.

- ⑪ 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 증거기록 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

- ⑫ 성남시장 수행비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서

그 실행을 거절한 바 있다.

⑬ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 ▷▷경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

⑭ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

⑮ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

다만 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 별달리 진행된 바 없다.

다) 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있는지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨기고 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표한다는 고의도 있었다고 봄이 타당하다.

① 앞서 본 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구 보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제 25조의 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였고, 그 진행 상황에 대해서도 수시로 보고받았다.

따라서 피고인은 위 강제입원 절차의 개시와 진행 경과를 그 누구보다 잘 알고 있었던 지위에 있었다.

② 피고인이 친형인 공소외 3을 강제로 정신병원에 입원시키려 시도했다거나 입원시켰다는 세간의 의혹은 이 사건 토론 회 무렵에만 있었던 것이 아니다.

2012. 9.경 "피고인이 자신을 정신병원에 강제입원시키려 했다"는 취지의 주장이 담긴 공소외 3에 대한 인터뷰가 ▶▶일보에 보도(증거기록 제14권 6984면)된 이래, 위와 같은 의혹은 2017.경까지도 계속하여 언론, SNS(소셜 네트워크 서비스) 등에 의해 퍼져 나갔다.

특히 피고인이 성남시장 후보자로 출마한 2014. 6. 지방선거 당시에도 위와 같은 의혹이 제기된 바 있다.

③ 피고인은 위와 같은 의혹이 제기된 2012.경부터 최근까지 여러 차례에 걸쳐 SNS, 언론인터뷰 등을 통해 위 의혹은 사실이 아니라고 적극 해명해 왔는데, 그 해명의 주요 내용은 "㉠ 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 치료 또는 강제진단을 의뢰한 것이다.

또는 ④ 공소외 3을 실제로 정신병원에 입원시킨 것은 그 처와 딸이다"라는 취지이다(공판기록 제26권 15099~15113면). 그런데 피고인의 위 해명 내용 어디에도 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차 진행을 지시하였거나 그 절차 개시에 관여하였다는 부분은 찾기 어렵다.

④ 피고인의 이 사건 토론회에서의 이 부분 발언은 피고인이 기존에 위와 같이 여러 차례에 걸쳐 해명한 내용과 크게 다르지 않고, 그 표현도 거의 유사하다.

따라서 TV합동토론회에서 이루어지는 공방의 즉흥성·계속성으로 인해 이 부분 발언의 표현이 다소 불명확할 수 있다는 점을 고려하더라도, 피고인이 이 부분 발언의 전체적인 취지와 이에 대해 일반 선거인들이 받는 인상을 정확하게 고려하지 않은 채 이 부분 발언을 하였다고 보기는 어렵다.

⑤ 피고인은, 전 국회의원 공소외 33이 2014. 10. 20. 채널에이 방송프로그램에서 '피고인이 아무런 문제가 없음에도 친형을 사이가 안 좋아졌다는 이유로 정신병원에 입원시켰다'는 취지의 발언 등을 한 데 대하여, 그 무렵 위 공소외 33을 상대로 위 내용이 허위라는 이유로 손해배상청구의 소를 제기하고, 2015. 4. 22. 승소판결을 받기도 하였다(서울중앙지방법원 2014가합586479). 이와 같이 피고인은 자신에 대한 세간의 의혹 중 "피고인이 공소외 3을 정신병원에 강제입원시켰다"는 허위 내용에 대해서는 적극적으로 대처하기도 했는데, 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인은 자신에 대한 의혹의 내용과 그 허위 정도에 관하여도 비교적 정확하게 파악하고 있었던 것으로 보인다.

⑥ 이 사건 토론회에서 상대방 후보자인 공소외 6은 피고인에게 "성남시청 8층에 위치한 분당서울대병원에 위탁한 성남시 정신보건센터에서 공소외 3 씨에 대해 아무런 문진이나 검진도 없이 정신병자라고 판명했습니까?"라고 물었고, "2012년 4월에 분당서울대학교병원에서 분당보건소에 조울병일 가능성이 높다는 평가의견서 낸 거 알고 있죠?", "그 다음에 2012년 8월에 분당△병원, 분당보건소에서 공소외 3씨가 자신 및 타인을 해할 위험성이 있다는 진단서를 낸 거 알고 있죠?"라고 묻기도 하였다.

비록 공소외 6의 위 표현에는 정확하지 않은 부분도 있으나, 그 발언의 구체적인 표현을 고려할 때 피고인은 위 질문의 전체적인 취지가 2012. 4.경부터 2012. 8.경 사이에 이루어진 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차에 관한 것임을 충분히 이해할 수 있었다.

⑦ 비록 피고인에게 제기된 이 부분 의혹 중에는 "피고인이 '불법적인' 방법으로 공소외 3을 정신병원에 강제입원시키려 했는지"에 관한 부분도 있기는 하지만, 일반 선거인들은 그 불법 여부를 불문하고 피고인이 공소외 3을 강제로 입원시키려 한 적이 있는지 그 자체에 대해서도 공직후보자로서의 피고인의 자질과 도덕성에 관한 중요한 정보로 여겼을 것이다.

그러나 당시 일반 선거인들이 위와 같은 정보에 대해서 잘 알고 있었던 것으로 보이지 않고, 피고인의 지위, 이력, 선거경력 등을 고려하면 피고인도 이러한 점을 잘 알고 있었을 것이다.

⑧ 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

더욱이 피고인은 모친과 형제자매들이 공소외 3에 대한 진단을 의뢰하였다고 설명하면서도 "저는 그걸 직접 요청할 수 없는 입장이었다"라고 표현하기도 하였다.

- ⑨ 피고인이 어떠한 '불법적인' 절차에 의해 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적은 없다는 취지로 표현할 의도로 이 부분 발언을 한 것이라면, 당시 공소외 3에 대하여 강제진단을 의뢰한 사람은 피고인의 모친과 형제자매들일 뿐이라는 취지로 표현하는 것이 그 의도에 부합하는 것인지 의문이다.

오히려 피고인에게 그와 같은 의도가 있었다면, 당시 피고인의 지시에 따라 공소외 3에 대하여 이루어진 절차는 적법한 것임을 강조하는 표현을 하는 것이 더 자연스럽다.

- ⑩ 비록 구 정신보건법 제25조 제6항이 입원치료를 목적으로 하는 것과 달리 구 정신보건법 제25조 3항에 따른 절차의 목적은 정확한 진단에 있는 것이기는 하지만, 그에 따라 이루어지는 절차 역시 정신질환 의심자를 그 의사에 반하여 입원시키는 것이다.

앞서 본 여러 사정에 의하면, 피고인은 구 정신보건법 제25조에 따른 이러한 절차를 정확하게 이해하고 있었다.

그런데도 피고인이 그동안 '친형 강제입원' 의혹에 대한 해명 과정에서 '치료를 위한 강제입원'과 달리 '강제진단' 또는 '진단요청'이라는 용어를 구별하여 사용해 왔고, 양자는 다른 절차임을 강조해 왔다는 것은 오히려 피고인이 '입원' 시도 자체를 숨기려고 했다는 것에 더 부합하는 사정이다.

- ⑪ 피고인이 설령 "공소외 3을 입원시키려고 강제력을 행사한 행위는 전혀 없었다"라거나, "공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 절차가 진단 단계에서 종료되었다"라는 점을 밝히려는 의도로 이 부분 발언을 하였다 하더라도, 이 부분 발언에서 피고인이 그러한 판단이나 절차에 관여하였는지 여부가 전혀 드러나지 않으므로, 피고인의 이 부분 허위사실공표에 대한 고의를 부정할 수 없다.

- ⑫ 위와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인은 이 사건 토론회에서 이 부분 발언을 하면서 "피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실"을 일반 선거인들에게 알리지 않기 위해 이를 의도적으로 숨겼다고 봄이 타당하다.

라) 피고인 및 변호인의 주장에 대한 판단

(1) 공소 범위에 관한 판단

피고인의 변호인은, 이 부분 공소사실은 피고인이 공소외 3에 대한 '위법한' 입원 시도를 한 적이 있음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것일 뿐, 피고인이 공소외 3에 대하여 '적법한' 입원 절차 개시를 지시하였음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것은 이 부분 공소사실에 포함되어 있지 않다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실의 문언과 검사의 이 부분 공소사실에 대한 의견 등을 종합하여 보면, 이 부분 공소사실의 범위가 피고인의 변호인의 주장과 같다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 허위사실공표의 대상으로서 '행위'에 해당하는지 여부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 피고인의 '의도'에 관한 내용일 뿐 '행위'에 관한 부분이 아니므로, 공직선거법 제250조 제1항의 구성요건인 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 허위 사실을 공표한 것이다.

그런데 피고인이 위 강제입원 절차를 지시하고 그에 따라 위 절차가 일부라도 진행되었는지 여부는 피고인의 주관적 내심의 영역에 머무르는 사항이 아니고, 피고인의 외부적 행동에 관한 사항이다.

또한 이는 후보자의 자질, 성품, 도덕성 등의 지표로 삼을 수 있는 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

따라서 이 부분 발언은 공직선거법 제250조 제1항에서 규정하는 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이라고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

(3) '당선될 목적'의 존부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회에서 상대 후보자의 공격적이고 악의적인 질문에 단순히 부인한 것에 불과하므로 피고인에게 '당선될 목적'이 없었다고 주장한다.

공직선거법 제250조 제1항의 '당선되거나 되게 할 목적'에 대하여는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족한데, 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도10365 판결 등 참조). 위 법리에 비추어 살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 발언인데다가, 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

비록 이 발언이 피고인의 구 정신보건법 제25조의 절차 관여 사실을 숨김으로써 허위사실을 공표한 것으로 평가된 것이기는 하나, 그 내용은 피고인의 후보자로서의 자질과 성품 및 도덕성에 관한 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

피고인이 이 사건 토론회 당시 위 절차 관여 사실을 숨기지 말았어야 한다고 하여 이것이 피고인의 헌법 및 형사소송법상 '자기에게 불리할 진술을 강요당하지 않을 권리'를 침해하는 것이라고 볼 수도 없다(대법원 2018. 4. 24.자 2018초기306 결정 참조). 따라서 피고인이 이 부분 발언으로써 허위사실을 공표한 것에는 미필적으로나마 당선될 목적이 있었다고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

마) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있는데도, 이와 달리 판단한 원심 판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

5) 피고인이 절차를 중단시켰다는 부분에 관한 판단

가) 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차를 중단시킨 바 없는데도, 이 사건 토론회에서 자신이 위 절차를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.

나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언이 허위라거나, 피고인에게 허위사실을 공표한다는 고의가 있다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

① 앞서 인정한 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하였고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였다.

이러한 상황에서 피고인의 지시나 동의 없이도 위 절차가 중단될 수 있다고 보기는 어렵다.

② 2012년도에 성남시 부시장으로 재직한 공소외 34는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 2012. 가을경 자신을 찾아와 '공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차를 진행하게 되면 자신이 향후 형사책임을 질 수 있을 것 같아 힘들다'고 하여 자신이 공소외 4에게 그 일을 하지 말라고 지시하였다.

이후 피고인을 찾아가 공무원들이 힘들어 하고, 정치적으로도 무리가 있으니 위 절차를 그만두자고 건의하였다.

이에 피고인이 '다른 기관에 이 문제에 관한 유권해석 질의를 해 놓고 위 절차를 종료하자'고 말했다"라는 취지로 진술하였다.

공소외 34의 위 진술에 따르면, 피고인은 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차를 중단시켰다고 볼 수 있다.

③ 검사는 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 공소외 4의 자의에 의한 포기로 중단된 것이라고 주장한다. 그러나 공소외 4가 2012. 8. 17. 공소외 3을 만나러 >>경찰서로 갔으나 공소외 3을 만나지 않고 복귀한 이후에도, 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하며 질책하기도 하였고, 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질 의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

④ 그런데 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차가 별달리 진행된 바 없다.

이러한 상황 역시 피고인이 위 절차 진행을 중단시키기로 했기 때문이라고 보인다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 기타 부분에 관한 판단

가) 한편, 이 부분 공소사실 중 "사실 공소외 3은 2013. 3.경 교통사고를 당해 그 사고의 후유증으로 우울증 등을 앓게 되었으며, 2014.경에 이르러 그 우울증이 심해져 부인인 공소외 11과 딸인 공소외 16이 2014. 11.경 ▽▽정신병원에 공소외 3을 입원시켰을 뿐 2012.경 당시에는 정신병이 있다고 전문의의 진단이나 치료를 받은 사실이 없었고, 공소외 11과 공소외 16도 공소외 3에게 정신적으로 문제가 있다고 생각을 하지 않았음에도" 피고인의 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였다는 부분에 대해서는 원심 판결에서 명시적으로 판단된 바 없고, 검사도 이 부분에 관하여 항소이유를 제출하지 않았다.

나) 직권으로 살피건대, 앞의 직권남용권리행사방해의 점에 관한 판단에서 살펴본 바와 같이, 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵에도 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하고, 공소외 3이 2002. 2.경 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

따라서 이 부분 발언도 허위사실이라거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵다.

5. 검사사칭 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 5. 29. 23:00경 KBS 스튜디오에서 진행한 "2018 지방선거 경기도지사 후보 KBS 초청 토론회"에서 검사 사칭 여부에 대한 바른미래당 공소외 6 후보자의 질문에 "제가 한 게 아니고, 피디가 사칭하는데 제가 옆에 인터뷰 중이었기 때문에 제가 그걸 도와주었다는 누명을 썼습니다", "저는 검사를 사칭해 전화를 한 일이 없습니다.

피디가 한 거를 옆에서 인터뷰 하고 있었다라는 이유로 제가 도와 준 걸로 누명을 썼습니다.

"라고 답변하고, 이어 추가시간을 요청한 뒤 "파크뷰 특혜분양사건이라고 기억하시는 분들 많으실 것입니다.

파크뷰 특혜분양사건을 제가 추적해서 폭로했습니다.

그래서 제가 고소당했지요. 어떤 모 방송에서 저를 인터뷰를 했는데 인터뷰를 할 때 전화가 걸려 온 거예요 시장에서. 그래서 그분이 전화로 내가 어디 어디 검사인데 사실대로 얘기하라 이렇게 이야기했죠. 저는 일보고 있었습니

다.
이거를 제 사무실에서 인터뷰 중에 한 것을 걸어서 제가 도와준 걸로 됐다는 것 말씀드리고요."라고 부연 발언하였

그러나 사실 "분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건"에 관한 보도자료를 수집하던 KBS '추적60분' 담당 프로듀서 공소외 12가 2002. 5. 10. 변호사 피고인 법률사무소 내 피고인의 집무실에서 피고인과 인터뷰 도중 당시 성남시장 공소외 35로부터 전화를 받고 피고인과 무관하게 ♠모 검사를 사칭하며 공소외 35와 통화한 것이 아니라 피고인이 공소외 35로부터 전화를 달라는 음성메시지를 받은 공소외 12에게 사칭할 수원지방검찰청 검사의 이름과 물어볼 질문의 요지를 알려준 다음 공소외 12가 위 ♠모 검사를 사칭하여 공소외 35와 통화를 시작하자 메모지에 추가질문사항을 적어주거나 나지막한 목소리로 설명을 해 주는 등 공소외 12와 공모하여 피고인과 공소외 35 간의 형사사건을 담당하는 수원지방검찰청 검사를 사칭하여 그 권한을 행사하였고 그로 인해 형사처벌을 받았다.

이로써 피고인은 당선될 목적으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 경력 내지 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

- ① 공소외 12가 검사를 사칭하는 전화를 하고 있을 당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

피고인의 이 부분 발언에는 인터뷰 중 구체적으로 어떠한 내용 때문에 검사사칭을 도운 것으로 평가되었는지에 관하여 아무런 발언이 없으므로, 피고인이 검사사칭과 무관한 행위를 하던 중 공소외 12가 검사를 사칭하게 되었다는 사실을 공표하였다고 볼 수 없다.

또한, 공소외 36의 진술 등에 비추어 보면, 피고인이 당시 '일 보고 있었다'라는 발언도 허위라고 보기 어렵다.

- ② 공소외 12가 검사사칭을 할 당시 공소외 35에게 전화를 건 것임에도, 피고인이 '공소외 12가 공소외 35로부터 전화를 받았다'는 취지로 발언한 부분은 의도적 행위가 아니라 착각 내지 오인일 가능성이 크므로, 허위사실공표의 고의가 없다.

- ③ 검사사칭을 도운 것으로 누명을 썼다는 취지의 발언은 그 처벌이 부당하다거나 억울한 결과라는 의미이고, 이 표현을 사실의 적시라고 볼 수 없다.

피고인이 검사사칭으로 처벌받은 것이 억울하다는 의미도 다의적이어서 공소외 12가 피고인과 무관하게 검사사칭 행위를 하였다고 발언한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 개별 허위사실을 주장하지 않은 이상 이 부분 누명을 썼다는 표현은 사실의 공표로 보기 어렵고, 피고인의 입장표명 내지 평가 정도의 발언에 불과하다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 '허위의 사실'이란 진실에 부합하지 아니하는 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다.

이때 어떤 진술이 사실주장인지 또는 의견표현인지를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법 취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제된 말이 사용된 문맥, 증명가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2015도3038 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인의 검사사칭 전과

(1) 피고인은 수원지방법원 성남지원 2002고합113호로 "피고인이 공소외 12와 공모하여 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다"는 내용의 공무원자격사칭 등의 혐의로 구속기소되었다.

위 법원은 2002. 11. 13. 피고인의 위 공무원자격사칭 혐의와 공소외 35에 대한 무고 혐의를 유죄로 인정하여 피고인을 벌금 250만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다.

(2) 위 사건의 항소심은 2003. 7. 1. 피고인의 공무원자격사칭 혐의에 관한 항소이유 주장을 배척하면서, 다만 제1심의 형이 다소 무겁다는 이유로 피고인을 벌금 150만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다(서울고등법원 2002노3184).

(3) 위 사건의 상고심은 2004. 12. 24. 위 판결에 대한 피고인과 검사의 상고를 모두 기각하였고(대법원 2003도4065), 위 판결이 그대로 확정되었다(이하 '관련 형사판결'이라 한다).

나) 피고인의 토론회 발언

2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) 이 부분 발언이 사실주장인지 의견표현인지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언은 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 주장한 것이라기보다는 '공무원자격사칭죄로 유죄확정판결을 받은 것은 자신의 입장에서 볼 때는 억울하다'는 취지의 의견을 표현한 것이라고 봄이 타당하다.

① 피고인은 1999. 9.경부터 '분당 백궁·정자지구 파크뷰'가 특혜로 용도변경되었다고 주장하면서 그 용도변경 반대운동을 해 왔고, 1999. 11.경 구성된 '분당 백궁역 일대 부당용도변경 저지를 위한 공동대책위원회'의 공동집행위원장으로 선임되기도 하였다.

② KBS '추적60분' 취재팀은 2002. 5. 초경 당시 의혹으로 크게 부각된 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'을 기획취재하기로 하였다.

이에 그 담당 피디로서 공소외 12를 비롯하여 공소외 37, 공소외 38 등이 그 무렵 피고인에게 위 사건에 관하여 여러 문의를 하였고, 공소외 12는 2002. 5. 8.경 무렵 피고인의 변호사사무실을 방문하여 피고인으로부터 위 사건에 관한 설명을 듣고 관련 자료를 받아 오기도 하였다.

③ 공소외 12는 2002. 5. 10. 재차 피고인을 만나려고 피고인의 변호사사무실을 방문하였을 당시 공소외 35와 이 사건 검사사칭 통화를 하게 되었다.

이후 피고인은 공소외 12로부터 위 검사사칭 통화 내용이 담긴 녹음테이프를 받고 2002. 5. 23. 성남시청에서 기자회견을 하면서 공소외 35가 위 통화 중 발언한 내용을 공개하였다.

④ 공소외 35는 2002. 5. 25. 피고인과 공소외 12를 공무원자격사칭 및 공직선거법위반 등의 혐의로 고소하였다.

피고인은 이로 인하여 수사를 받던 중 검사의 2002. 6. 1.자 소환 요구에 불응하면서 위 사건이 정치적으로 악용되는 것을 막기 위해 당시 지방선거일인 2002. 6. 13.이 지난 후에 검사의 소환에 응하겠다고 하였다.

피고인은 자신에 대한 체포영장이 2002. 6. 5. 발부되었음에도 위 지방선거 이후인 2002. 6. 28.에서야 검찰청에 출석하여 당일 체포되었으며, 2002. 7. 1. 구속되어 2002. 7. 4. 공무원자격사칭 등의 혐의로 기소되었다.

⑤ 피고인은 그 수사 및 재판 과정에서 "검찰이 예단을 가지고 피고인에 대하여 구속방침을 세워둔 채 악의적으로 사건을 조작하며 수사하였다"는 취지로 주장하였다.

한편, '민주사회를 위한 변호사모임'은 2002. 7. 18.경 국가인권위원회에 피고인에 대한 위 수사과정에 부당한 문제가 있다는 취지로 진정하기도 하였다.

⑥ 피고인에 대한 위 형사재판에서 결국 관련 형사판결이 선고되어 확정되었는데, 여기에서 인정된 피고인에 대한 공무원자격사칭의 범죄사실은 구체적으로 다음과 같다.

한국방송공사 "추적 60분" 프로그램에서 프로듀서로 재직한 공소외 12는 2002. 5. 18. 22:00경 KBS에서 방영될 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'에 관한 보도자료를 수집하기 위해 성남시장과 위 파크뷰 시행업체인 에이치원(H-1)개발 주식회사 회장 공소외 39 등과의 유착의혹 및 이들의 배후를 취재함에 있어 2002. 5. 10. 10:59경 전 성남시장 공소외 35의 전 수행비서 공소외 40에게 전화하여 "검찰청"이라고 자신 측을 소개하고, 같은 날 11:26경 성남시청 시장 비서실에 전화하여 소속 직원인 공소외 41에게 자신 측을 "검찰청 검사실"이라고 소개하며 각 공소외 35와의 통화를 시도하였는데, 공소외 12가 같은 날 11:28경 피고인의 법률사무소 내 집무실에서 취재 목적으로 KBS에서 제공받아 사용중인 핸드폰에 공소외 35로부터 자신의 핸드폰으로 전화를 해달라는 내용의 음성 메시지가 녹음되어 있는 것을 확인하자, 피고인은 공소외 12로 하여금 공소외 35와 피고인간에 맞고소하여 수사중인 업무상 배임 및 명예훼손 사건의 주임검사인 수원지방검찰청 ♠모 검사의 자격을 사칭하여 마치 위 ♠검사가 공소외 35를 상대로 위 맞고소 사건에 관하여 전화로 그 의혹 및 배후관계 등에 조사하는 것처럼 하려고 공소외 35에 대한 질문사항을 사전에 공소외 12에게 개략적으로 설명하면서 통화중 그때그때마다 메모지에 추가로 작성하여 보여주고, 공소외 12는 공소외 35에게 전화를 걸어 위 메모지에 기재된 내용을 가지고 질문하여 그 답변을 얻어내고 카메라담당 공소외 42, 오디오담당 공소외 36로 하여금 이를 녹취하게 하여 보도하기로 하고, 공소외 12와 공동하여, 공소외 12는 피고인에게 "수원지검에 경상도 말을 쓰는 검사 중 아는 사람 있어요"라고 물어 피고인이 "수원지검에 ♠모 검사가 있는데 시장도 그 이름을 대면 잘 알 겁니다"라고 대답하자, 공소외 12는 공소외 35에게 "수원지검 ♠검사입니다, 수사 중에 아니 조사하는 과정에서 시장님께 확인을 받아야 할 일이 있어서 전화를 하였습니다, 제가 조사하는 참고인이 시장님께서 ♡회장으로부터 은갈치를 받았고 ♡회장과 골프를 쳤다고 진술하는데 그 부분에 대하여 시장님의 확인을 받고 싶어서 전화를 하였습니다.

시장님께 도움을 드리려고 그러니까 좀 상세하게 말씀해 주시기 바랍니다"라고 마치 위 사건을 수사중인 ♠검사인 양운을 댄 다음 공소외 35를 상대로 사칭하는 통화를 시작하였고, 피고인은 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 위 공소외 35에 대한 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명하고, 이에 따라 위 공소외 12는 공소외 35에게 "분당 백궁지구 용도변경은

누구의 부탁을 받고 한 것은 아닌가, 파크뷰의 ♣회장에게서 은갈치를 받고 함께 골프를 치는 등 친분관계가 있는 것으로 알고 있는데 ♣회장으로부터 부탁을 받고 설계변경을 한 것은 아닌가, 선거 때 ♣회장이 도와주었는가, 왜 성남시 부시장이 ♣회장의 골프클럽하우스의 사무실을 사용하였는가, ♣회장이 성남지청과 수원지검 검사들과 어울려 골프를 쳤다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 박모 비서관과 이모부장검사가 시장과 가깝게 지낸다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 작년에 ♡시장이 고소한 내용의 수사가 그 당시 왜 지연되었는가" 등에 관하여 마치 검사가 공소외 35를 상대로 피의자신문하듯이 유도 질문을 하며 그 답변을 얻어내는 등으로 조사하여 공무원인 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다.

㉗ 위와 같이 공무원자격사칭에 관한 피고인의 객관적인 행위는 ㉕ 공소외 12에게 ♠모 검사의 이름을 알려주면서 시장도 그 이름을 대면 잘 알 것이라고 말한 행위와 ㉙ 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명한 행위이다.

㉘ 그러나 피고인은 위 형사재판을 받는 동안 ㉕ 당시 공소외 12에게 취재 대상사건의 내용과 그 관련사건을 담당하는 검사의 이름을 알려주었을 뿐, 공소외 12가 검사를 사칭하려는 것을 몰랐고, ㉙ 공소외 12가 공소외 35와 통화할 당시 일을 하다가 중간 중간 카메라 스피커로 공소외 12의 통화내용을 엿들었을 뿐 공소외 12에게 질문할 사항을 알려준 적은 없다고 주장하면서 공소외 12와의 공모관계를 적극 부인하였다.

㉙ 위 사건에서 법원은 공소외 12 및 위 공소외 42, 공소외 36의 각 진술의 신빙성을 인정하여 피고인의 위 주장을 배척하고 관련 형사판결을 선고하면서도, 그 범행의 동기나 경위에 관한 피고인의 변소를 일부 고려하여 공소장에 기재된 공소사실 일부를 아래와 같이 다소 수정하여 위 범죄사실을 인정하였다(양자에 차이가 있는 부분 중 주요 부분을 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다)

㉙ 특히 위 공소사실에서는 피고인이 먼저 공소외 12에게 검사사칭 통화를 하라고 부추겼다는 취지로 기재되어 있으나, 관련 형사판결의 범죄사실에서는 공소외 12가 먼저 검찰청을 사칭하는 통화를 시도한 이후 피고인과 공소외 12가 검사사칭을 공모하였다고 기재되어 있다.

공소외 12도 당시 검찰 수사과정에서 "피고인이 자신에게 검사사칭을 부추겼다는 부분은 사실과 다른 것 같다.

사칭은 제가 먼저 우연히 시작을 하였고 부추김을 받아 한 것은 아니기 때문이다"라고 진술하였고(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1026면), 제1심 증인으로 출석하여서도 같은 취지로 진술하였다(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1772, 1814면).

[다만 그 항소심은 위 공소사실과 같이 '피고인이 공소외 12와 공소외 35의 통화 도중 공소외 35의 답변을 듣고 있다가 공소외 12에게 손가락으로 동그랗게 만들어 만족한 답변이 나왔다는 취지의 사인을 보내기도 한 사실'은 인정된다고 판단하였다(서울고등법원 2002노3184, 증거기록 제16권에 편철된 수사기록 494면)]

㉙ 피고인으로서 위와 같이 관련 형사판결에 이르기까지 일련의 경위나 과정에 비추어 자신이 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'의 의혹을 폭로하면서 공소외 35의 통화 중 발언 내용을 공개한 탓에 피고인이 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담한 것으로 평가되거나 구속까지 된 것이어서 억울하다는 인식을 가졌으리라고 볼 여지가 있다.

- ⑫ 피고인은 2018년 경기도지사선거에서 자신의 선거공보물 중 전과기록 '소명서' 란에 관련 형사판결의 범죄사실에 관하여 "시민운동가로서 공익을 위해 분당파크뷰 특혜분양 사건 진상규명과 고발 과정에서 발생. 특혜분양사건 대책위 집행위원장이던 후보자를 방송PD가 인터뷰하던 중 담당 검사 이름과 사건 중요사항을 물어 알려주었는데, 법정 다툼 끝에 결국 검사사칭을 도운 것으로 판결됨"이라고 기재하였다.

위 소명문구는 관련 형사판결에 대한 자신의 입장이나 의견을 개진한 것이라 할 것인데, 피고인의 이 부분 발언은 위 소명문구의 내용과 크게 다르지 않다고 보인다.

⑬ 위와 같은 사정에다가 피고인의 이 부분 발언이 TV합동토론회에서 한 표현인 점, 그 발언의 전체적인 맥락과 사용된 구체적 표현, 특히 피고인이 이 부분 발언을 하는 과정에서 "보복을 당했다고 생각한다"라고 표현하기도 한 점을 종합하여 고려할 때, 피고인의 이 부분 발언의 전반적인 취지는 피고인이 관련 형사판결에서 검사사칭으로 처벌받은 것에 대해서 일반 유권자들에게 그 범죄사실에 관한 자기 나름의 경위와 과정을 설명하며 관련 형사판결로 처벌받은 것은 억울하다는 취지라고 이해되고, 피고인의 관련 형사판결에 대한 이러한 입장표명이 이 부분 발언의 결정적인 요소라고 봄이 타당하다.

4) 허위사실의 공표인지 여부 및 그에 대한 고의가 있는지 여부에 대한 판단

예비적으로 판단하건대, 비록 피고인이 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 공표한 것이라고 볼 여지가 있다고 하더라도, 검사가 제출한 증거만으로 피고인에게 그 허위사실공표의 고의가 있다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기도 어렵다.

① 피고인의 이 부분 발언 중 "검사사칭 통화를 한 사람은 피고인이 아니라 방송국 피디이다"는 부분과 "당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었다"는 부분은 관련 형사판결의 범죄사실을 보더라도 허위사실이라고 보기 어렵고, 대체로 사실에 부합한다.

또한, 피고인의 이 부분 발언 중 "당시 피고인이 일 보고 있었다"는 부분 역시 위 각 증거에 비추어 보면 허위사실이라고 인정하기 어렵다.

다만 피고인의 이 부분 발언 중 "공소외 35로부터 먼저 전화가 걸려와 공소외 12가 검사사칭을 하기 시작했다"는 부분은 위 범죄사실과 다르기는 하나, 이는 그 경위에 관하여 사실과 약간 다르거나 중요한 부분에서 차이가 있다고 보기 어려운 부분이다.

그 외에 피고인의 이 부분 발언 중 관련 형사판결의 범죄사실과 전혀 다른 내용이 있거나 그와 모순·저촉되는 내용이 포함되어 있다고 보기는 어렵다.

- ② 피고인은 관련 형사판결의 수사단계에서부터 현재에 이르기까지 일관하여 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담하지 않았다고 주장하고 있다.

따라서 피고인이 현재에 이르러 그와 같이 주장한다 하여 허위사실공표의 고의가 있는 것이라고 단정하기 어렵다.

③ 관련 형사판결에서 인정된 피고인의 범죄사실은 그 판결문을 보면 누구나 쉽게 확인할 수 있으므로, 피고인이 굳이 위 범죄사실에 반하는 허위사실을 적극적으로 공표할 동기나 이러한 공표로 인하여 피고인이 얻을 이익을 생각하기 어렵다.

5) 소결론

원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 대체로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 선거공보물을 이용한 허위사실공표

피고인은 2018. 5. 중순경 자신의 책자형 선거공보물(이하 '이 사건 선거공보물'이라 한다)을 제작·배포하면서 선거공보물에 "[결재 한 번에 5,503억 원 번 사업] 결재 한 번으로 5,503억 원을 벌었다면 믿으시겠습니까? 성남시에서 실제로 벌어진 이야기입니다.

(중략) 성남시는 개발이익금 5,503억을 고스란히 시민의 몫으로 환수했습니다.

(중략) 이 중 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에, 2,761억 원은 1공단 공원 조성 사업비로 사용되었고, (후략)"라고 기재한 뒤 2018. 6. 2.부터 6. 3.경 사이에 이 사건 선거공보물 5,262,380부를 경기도선거관리위원회를 통해 유권자들에게 배포하였다.

그러나 피고인이 성남시장으로 재직하면서 개시한 성남시 대장동 일대 도시개발사업의 구조는 성남도시개발공사와 ●●은행, ▲▲은행 등으로 구성된 민간 컨소시엄에서 특수목적법인(SPC)을 설립하여 개발사업을 시행하되 민간 컨소시엄에서 개발에 필요한 자금을 조달하여 그 비용으로 대장동 지역 기반시설(터널, 확장된 진입로 및 배수지 등)과 1공단 부지 공원조성공사를 진행하는 구조로서, 성남도시개발공사와 민간 컨소시엄은 위와 같이 조성된 기반시설과 공원을 성남시에 무상으로 귀속시키고 대장동 내 임대주택부지 또는 그 환가대금을 배당 형태로 성남시에 지급하기로 약정하였을 뿐 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 실제로 5,503억 원 상당의 개발이익금이 성남시로 귀속된 바 없었다.

대장동 지역 배후시설 조성비 920억 원의 경우 확정된 공사금액이 아닌 추산치에 불과할 뿐만 아니라 선거일인 2018. 6. 13. 당일에 위 각 배후시설에 대한 착공조차 이루어지지 않았고 배후시설비로 집행된 금액은 설계비 등 약 9억 원에 불과하여 관련 조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정되거나 귀속된 사실이 없었다.

1공단 부지 공원조성 사업비 2,761억 원 또한 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 토지보상비 및 PF 대출수수료 등 합계 약 1,254억 원만이 지출되었을 뿐이고, 성남지원 및 성남지청 신청사 이전을 둘러싼 성남지원의 예정부지 면적 확대

및 공원조성공사 잠정 유보요청 등으로 인해 공원조성공사가 착공도 되지 않았으며, 이 사건 사업시행 이전 1공단 부지 도시개발사업 관련 권리자였던 ■■■■■■■■■■ 주식회사가 성남시 등을 상대로 소가 2,511억 원 상당의 손해배상의 소를 제기하여 해당 민사소송이 계속 중이었으므로 1공단 부지 공원조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정되거나 귀속된 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 이 사건 선거공보물에 위와 같은 내용을 기재한 뒤 선거관리위원회를 통해 이를 배포함으로써 당선될 목적으로 선거공보물 배포에 의한 방법으로 후보자에게 유리하도록 후보자 자신의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

2) 선거유세에 의한 허위사실공표

피고인은 2018. 6. 11. 17:00경 김포시 사우동에 있는 사우사거리에서 진행된 경기도지사 후보자 선거유세연설 중 피고인의 연설을 청취하는 불특정 다수의 유권자들에게 “(전략) 자그마치 얼마를 번지 아십니까? 자그마치 5,503억 원을 한 푼도 안 들이고 성남시 수입으로 만들었습니다.

(중략) 그래서 5,503억 원을 벌여가지고 제가 신나게 썼습니다.

1,000억은 그 주변에 터널 만들고 도로 만드는 데 썼습니다.

(후략)"라고 발언하였다(이하 '이 사건 유세연설'이라 한다).

그러나 성남시로 귀속될 예정인 5,503억 원의 개발이익금은 성남도시개발공사와 민간컨소시엄간의 약정에 불과하였고 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 실제로 5,503억 원 상당의 개발이익금이 성남시로 귀속된 바 없었으며, 대장동 지역 배후시설 조성비 920억 원의 경우 확정된 공사금액이 아닌 추산치에 불과하고 각 배후시설에 대한 착공조차 이루어지지 않았을 뿐만 아니라 집행된 금액은 약 9억 원에 불과하여 관련 조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정 내지 귀속된 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 불특정 다수의 유권자들에게 위와 같은 내용의 발언을 함으로써 당선될 목적으로 연설에 의한 방법으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 대장동 도시개발사업의 개발이익 환수구조에 의하면 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용에 다소 부정확하거나 부적당한 부분이 있기는 하나, 그 판시와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 그 각각의 표현은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있는 정도에 불과하다 할 것이어서 이를 허위의 사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 흐리게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하다.

하지만, 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등).

또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 대장동 도시개발사업에 관한 기초적 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 성남시의 제1공단 도시개발사업 추진 경위

(1) 주식회사 ◆◆◆◆◆는 성남시에 '성남산업단지 제1공단'이 있었던 성남시 수정구 신흥동 2458 일대(이하 '제1공단 부지'라 한다)를 도시개발구역으로 지정할 것을 제안하였다.

성남시는 위 제안을 받아들여 2009. 5. 15. 시행자를 지정하지 아니한 채 제1공단 부지 84,235㎡를 '성남신흥 도시개발구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '제1공단 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발사업계획을 수립하여 고시하였다.

(2) 이후 ■■■■■■■■■■■■■■ 주식회사(이하 '■■■■■■■■'라 한다)가 2009. 9. 1.경 주식회사 ◆◆◆◆◆로부터 제1공단 도시개발사업과 관련된 권리를 양수하였다.

(3) ■■■■■■■■■는 2010. 5. 25.경 성남시에 제1공단 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2010. 7. 6. 이를 반려하였다.

이에 ■■■■■■■■■가 경기도행정심판위원회에 재결을 신청하였고, 위 행정심판위원회는 2010. 12. 30. 위 반려처분이 위법하다고 보아 이를 취소하였다.

그러나 성남시는 2011. 5. 2. 새로운 처분사유가 있다는 이유로 ■■■■■■■■■의 위 신청을 재차 반려하였다.

■■■■■■■■■는 2011. 6. 7.경 다시 성남시에 위 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2011. 8. 16. 위 신청도 반려하였다(이하 위 2011. 5. 2.자 반려처분과 2011. 8. 16.자 반려처분을 통틀어 '이 사건 거부처분'이라 한다).

(4) 성남시는 2012. 5. 29. 위 성남신흥 도시개발구역에 대하여 그 도시개발구역 지정·고시일로부터 3년이 되는 날까지 실시계획 인가가 신청되지 아니하였다는 이유로 도시개발법 제10조 제1항 제1호에 따라 도시개발구역 지정 해제를 고시하였다.

나) 성남시의 대장동 도시개발사업 추진 경위

(1) 성남시는 2011. 3.경 이 사건 대장동 부지를 공영개발 방식으로 개발하는 방안을 추진하였다.

이에 성남시는 2011. 3. 24. 성남시 분당구 대장동 210 일원(이하 '이 사건 대장동 부지'라 한다) 910,000㎡를 '성남대장 도시개발구역'으로 지정고시하였다.

(2) 이후 성남시는 2013.경 이 사건 대장동 부지와 제1공단 부지를 하나의 도시개발구역으로 결합하여 개발하기로 하였고, 이에 2014. 1. 24. 위 성남대장 도시개발구역 지정 해제를 고시한 다음 2014. 5. 30. 이 사건 대장동 부지 912,868㎡와 제1공단 부지 56,022㎡를 묶어 '성남 대장동·제1공단 결합 도시개발구역'으로 지정고시하였다.

성남시는 2015. 6. 15. 위 대장동·제1공단 결합도시개발사업(이하 '이 사건 결합도시개발사업'이라 한다)의 개발계획을 수립하여 고시하였는데, 이에 의하면 위 개발계획에 속한 제1공단 부지 56,022㎡는 모두 공원, 도로 등의 도시기반 시설용지로 이용하기로 계획되었다.

(3) 한편, 성남시가 100% 출자하여 2013. 9. 12. 설립된 성남도시개발공사는 2014. 4. 1. 성남시로부터 이 사건 결합도시 개발사업 업무를 위탁받는 내용의 협약을 체결하였다(공판기록 제2권 659면). 성남도시개발공사는 2015. 2. 13.경 이 사건 결합도시개발사업의 자금조달 등의 역할을 할 민간사업자를 공모하였고, 그 공모절차에서 주식회사 ●●은행, 주식회사 ▲▲은행 등으로 구성된 컨소시엄(이하 '●●은행 컨소시엄'이라 한다)이 그 민간사업자로 선정되었다.

(4) 성남도시개발공사는 2015. 6. 15. ●●은행 컨소시엄과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 사업협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 37면, 이하 '이 사건 사업협약'이라 한다)을 체결하였다.

이 사건 사업협약에 따르면, 성남도시개발공사가 과반의 주식 지분(50% + 1주)을 보유하고 ●●은행 컨소시엄이 그 나머지 주식 지분(50% - 1주)을 보유하는 특수목적법인을 설립하여 위 사업을 시행하기로 하는 한편(제9조, 제10조 등), 성남도시개발공사에 대한 사업이익 우선배분과 관련하여, ① 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 데 드는 비용 2,561억 원 전액을 위 사업비에서 충당하고, 이와 별도로 제1공단 공원조성에 부가하여 지하주차장을 건립하되 그 비용도 위 사업비에서 충당하기로 하며(1차 이익배분), ② 개발완료 후 이 사건 대장동 부지 중 임대주택용지 A11 블록(이하 '이 사건 임대주택용지'라 한다)을 성남도시개발공사에 제공하기로 하되, 성남도시개발공사는 이 사건 임대주택용지 대신 현금 정산을 요청할 수 있다고(2차 이익배분) 정하였다(제13조 제5항).

(5) 또한, 성남도시개발공사는 2015. 6. 22. ●●은행 컨소시엄 측과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 주주협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제4권 645면, 이하 '이 사건 주주협약'이라 한다)을 체결하였는데, 이에 의하면, 이 사건 사업협약에 따라 성남도시개발공사에 제공하기로 한 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하되, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우 위 1,822억 원에서 공급 시점의 이 사건 임대주택용지의 감정가액 이내에서 결정한 공급가액을 공제한 나머지 금원을 성남도시개발공사에 지급하기로 하였다(제3조 제5항).

(6) 이 사건 사업협약에 따라 그 특수목적법인으로서 '★★★★ 주식회사'(이하 '★★★★'이라 한다)가 2015. 7. 27. 설립되었고, 성남시는 2015. 8. 19. ★★★★★을 이 사건 결합도시개발사업의 사업시행자로 지정하였다.

(7) 그런데 ■■■■■■가 제1공단 도시개발사업과 관련하여 성남시장을 상대로 제기한 이 사건 거부처분 취소소송의 항소심에서 2015. 8. 18. '이 사건 거부처분은 위법한 처분사유에 기초하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다'는 이유로 이 사건 거부처분을 취소하는 판결(서울고등법원 2014누6892)이 선고되었다.

[다만 위 항소심 판결의 상고심은 2016. 2. 18. "도시개발법 제10조 제1항 제1호는 도시개발사업 시행자의 지정 여부에 관계없이 도시개발구역이 지정·고시된 날로부터 3년이 되는 날까지 실시계획의 인가 신청이 없을 경우 일률적으로 적용되어야 한다"는 이유로 위 항소심 판결을 파기하고, ■■■■■■의 소를 각하한 원심 판결을 유지하는 취지의 항소기각 판결을 선고하였다(대법원 2015두3362)]

(8) 성남도시개발공사는 2016. 1.경 위 항소심 판결 등으로 인해 이 사건 결합도시개발사업 전체에 차질이 생길 것을 우려하여 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하는 한편, 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 도시계획시설사업(이하 '제1공단 공원조성사업'이라 한다)은 위 도시개발사업과 별개로 ★★★★★이 사업비를 부담하여 시행하는 방안을 추진하였다.

●●은행 컨소시엄 측이 위와 같은 방안에 동의함으로써 ★★★★★은 2016. 1.경 성남시에 위와 같은 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가 등을 신청하는 한편, 2016. 10. 25. 성남시에 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원조성사업을 시행할 것을 약속한다는 내용의 '이행확약서'(공판기록 제1권 345면)를 제출하였다.

(9) 성남시는 2016. 11. 8. 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하고 이 사건 대장동 부지 912,255㎡만 '성남 판교대장 도시개발구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '이 사건 대장동 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가를 고시하였다.

그런데 위 실시계획인가조건으로 ① 사업자인 ★★★★★이 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원조성사업을 시행하여야 하고, ② 사업구역 외 기반시설(이하 '이 사건 기반시설'이라 한다)로서 ㉠ 북측 터널 조성, ㉡ 남측 진입로(대장IC 진출입로) 확장, ㉢ 상수도 공급을 위한 배수지 신설 등을 시행하여야 한다는 점이 부가되었다.

(10) 한편, 성남시는 2017. 3. 7. 제1공단 공원조성사업에 관한 계획결정을 고시하고, 2017. 6. 16. 그 사업시행자로 ★★★★★을 지정하는 한편 그 실시계획인가고시를 하였다.

그 사이에 ★★★★★은 2017. 3. 30. 성남시에 향후 제1공단 공원조성사업 시행 후 그 공원을 성남시에 기부채납할 때 성남시를 상대로 민·형사상 일체의 소송을 제기하지 않겠다는 내용의 '부제소특약확약서'(공판기록 제1권 347면)를 제출하였다.

3) 판단

가) 앞서 본 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행 경위에도가 원심과 당심에서 적법하게 채택한 증거들을 종합하여 인정되는 아래 사실이나 사정을 종합하여 보면, 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용은 모두 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현에 불과하다 할 것이어서 이를 허위사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거만으로 피고인이 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용의 허위성을 인식하였다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

- ① 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업시행자인 ★★★★★은 이 사건 대장동 부지에 택지를 조성한 후 이를 제3자에게 분양하여 그 매각대금을 받는 방식으로 그 사업수익을 얻게 된다.

한편, ★★★★★은 이 사건 사업협약, 이 사건 주주협약, 2016. 10. 25.자 이행확약서, 이 사건 대장동 도시개발사업의 실시계획인가조건, 2017. 3. 30.자 부제소특약확약서 등을 통해 위와 같은 사업수익을 가지고 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함)과 이 사건 기반시설 설치사업을 직접 시행하면서 그 각 사업비를 부담하는 한편, 성남 도시개발공사에 이 사건 임대주택용지를 주거나 그 공급가액 상당의 현금을 지급하기로 하였다.

★★★★이 부담하는 위와 같은 민사상·공법상 채무는 모두 이 사건 선거공보물 배포나 이 사건 유세연설 이전에 발생한 것이고, 위와 같은 채무가 먼저 이행되어야 이 사건 대장동 도시개발사업의 민간사업자인 ●●은행 컨소시엄 측이 그 사업이익을 얻을 수 있다.

- ② 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 성남시의 별도 예산 지출 없이 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업이 시행되는 것은 성남시의 이익 또는 공공의 이익이 된다고 볼 수 있다.

성남도시개발공사가 이 사건 임대주택용지나 그 공급가액 상당의 현금을 지급받는 것은 성남도시개발공사가 성남시의 100% 출자로 설립된 공사라는 점에서 그 최종적 이익이 성남시의 이익으로 귀속된다고 볼 수 있다.

이는 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익에 관하여 현금을 수령하지 않는다고 하여 달리 볼 수 없다.

- ③ 이 사건 사업협약에 의하면, 제1공단 공원조성사업의 사업비를 2,561억 원으로 정하는 한편, 그 실제 사업비가 그보다 적게 들 경우에도 그 감소 금액을 모두 성남도시개발공사에게 귀속시킨다는 취지로 정하였고, 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 추후 정하기로 하였는데, 2017. 3.경 그 지하주차장 건립비용이 약 200억 원으로 추산되었다.

또한 이 사건 주주협약에 의하면, 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하는 한편, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우에는 적어도 1,822억 원을 성남도시개발공사에 지급하기로 정하였다.

- ④ 이 사건 기반시설 설치사업은 이 사건 대장동 도시개발사업에 대한 실시계획인가 무렵 ●●은행 컨소시엄 측이 성남시의 요구를 수용함에 따라 ★★★★★이 그 사업비를 추가로 부담하여 시행하기로 한 것이다.

이 사건 기반시설 설치사업비는 위 실시계획인가 당시 ●●은행 컨소시엄 측이 도시계획설계 업체에 의뢰하여 받은 추정가액에 따라 총 920억 원(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)으로 추산되었다.

- ⑤ 위 각 사업비의 합계액이 이 부분 표현에서 말하는 개발이익금 5,503억 원(= 제1공단 공원조성사업비 2,561억 원 + 지하주차장 건립비용 약 200억 원 + 이 사건 임대주택용지의 공급가액 1,822억 원 + 이 사건 기반시설 설치사업비 약 920억 원)인데, 위와 같은 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업구조와 그 개발이익 배분방법 및 규모에다가 다음과 같은 진술이나 사정 등을 종합하여 보면, 성남시는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시 이 사건 대장동 도시개발사업에 따른 위 각 사업의 시행으로 인해 그 개발이익을 얻을 개연성이 매우 높은 상황이었다고 볼 수 있다.

즉 ㉔ ●●은행 컨소시엄 소속 주식회사 ▼▼▼▼자산관리의 대표자 공소외 43은 수사기관에서 "2017. 3.경에는 성남시가 개발이익금 5,503억 원을 확보할 가능성이 높은 시점이었고, 2018. 2.경에는 천재지변이 일어나지 않는 이상 이 사건 대장동 도시개발사업이 실패할 확률은 거의 사라진 상태였다"라고 진술하였고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면), 원심 증인으로 출석하여 "성남시는 2108. 6. 13. 기준으로 이 사건 대장동 도시개발사업으로 총 5,503억 원의 이익을 거의 확정적으로 확보했다고 봐야 한다"는 취지로 진술하였다(공판기록 제1권 483, 487면).

㉕ 위 ▼▼▼▼자산관리는 2018. 6. 13. 기준으로 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함) 비용과 이 사건 기반시설 설치사업 비용 및 이 사건 임대주택용지 관련 배당을 고려하더라도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 ●●은행 컨소시엄 측의 이익이 약 2,400억 원 이상이 된다고 예상하고 있었고, 그 이후의 예상이익도 그와 비슷하게 보았다(원심 증인 공소외 43의 증언 및 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 931면).

㉖ ●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44는 수사기관에서 "이 사건 대장동 부지가 대부분 분양 완료되어 자금 흐름 상 약 5,500억 원의 이익이 성남시에 귀속되는 것에는 문제가 없어 보인다"라고 진술하였다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 597면).

㉗ 성남도시개발공사 직원 공소외 45는 원심 증인으로 출석하여 "2017. 3.경 이 사건 대장동 도시개발사업은 위험 변수가 없을 정도로 확실하다고 보았다"고 진술하였다(공판기록 제1권 460면).

㉘ 실제로 성남도시개발공사는 2019. 3. 26.경 ★★★★★로부터 이 사건 임대주택용지 관련 사업이익으로서 현금 1,822억 원을 배당받았다(공판기록 제27권 15586~15590면).

- ⑥ 일반적으로 정부나 지방자치단체가 향후 어떠한 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하거나, 지급된 보조금에 대해 환수 결정을 했을 뿐인데도 해당 보조금을 환수하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않은 점(공판기록 제2권 602~629면)에 비추어 볼 때, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금을 시민의 몫으로 환수하였다거나 성남시 수익으로 만들었다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 성남시 측이 그와 같은 개발수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라는 의미로 이해될 여지가 있다.

따라서 이 부분 표현이 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

- ⑦ 또한, ★★★★★은 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업을 시행하여야 할 의무를 부담하고 있었던 점, 사회통념상 일반적으로 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그

지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 하는 점 등을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 공표사실 중 “개발이익금 중 2,761억 원은 1공단 공원조성 사업비로 사용되었고, 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에 사용되었다”는 부분과 “그 개발이익금으로 주변에 터널 만들고 도로 만드는 데 썼다”는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발 이익 중 일부가 제1공단 공원조성사업비 및 이 사건 기반시설 설치사업비로 사용되기로 확정되었다는 의미로 이해될 여지가 있다.

따라서 이 부분 표현도 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

[●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44도 수사기관에서 “이 사건 선거공보물의 표현은 일반 유권자의 입장에서 볼 때 해당 사업이 진행 중이라는 느낌을 받을 것 같다”는 취지로 진술한 바 있다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 607면)]

⑧ 앞서 본 바와 같이, ㉞ 제1공단 공원조성사업비는 총 2,561억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액은 최소한 1,822억 원으로 각 확정되었고, ㉟ 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 약 200억 원, 이 사건 기반시설 설치사업비는 총 920억 원으로 각 추산되었다.

위 각 개발이익금 합계액 5,503억 원 중 1,120억 원 부분은 추산가액이기는 하나 그와 같이 추산된 적이 있기는 한 점을 고려할 때, 피고인이 표현한 개발이익금 총액은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되고 다만 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나는 정도라고 봄이 타당하다.

비록 ★★★★★이 2018. 7. 20. ◀◀◀◀◀◀ 주식회사에 이 사건 기반시설 중 북측 터널 조성 공사를 공사대금 271억 7,000만 원에 도급하기는 하였으나(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 2078면), 이는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 이후에 발생한 사정일 뿐만 아니라, 북측 터널 공사의 공사금액이 앞서 본 추정금액 600억 원에서 위 도급계약금액과 같이 내려갈 것이라는 사정을 피고인이 알았다고 볼 만한 점을 인정할 증거가 없다.

⑨ 게다가 성남도시개발공사는 2017. 3.경 피고인에게 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익금은 총 5,503억 원이고, 그중 2,761억 원은 제1공단 공원조성사업(공원조성비 2,561억 원, 지하주차장 건립비 200억 원)에 사용되고, 그중 920억 원은 이 사건 기반시설 설치사업(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)에 사용된다고 보고한 바 있다(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 36면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면). 피고인은 2017. 3. 7.경 위 보고내용을 바탕으로 기자회견을 하면서 “이 사건 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 시행하였기 때문에 민영개발 방식으로 시행하였더라면 얻지 못했을 개발이익 총 5,500억 원(제1공단 공원조성사업비 2,761억 원, 이 사건 기반시설 설치비 920억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액 1,822억 원)이 공공의 이익으로 환수되었다”는 취지로 홍보하였다(공판기록 18권에 편철된 수사기록 381면 이하).

성남도시개발공사의 위 보고 내용과 피고인의 위 기자회견 내용은 피고인의 이 부분 공표사실에서 표현한 개발이익금 총액, 그 사용처 및 사용액수와 일치한다[이 사건 선거공보물의 문구 작성 업무를 담당하였던 공소외 46은 수사기관에서 그 문구 중 공소사실 기재 부분을 위 기자회견 내용 등을 참조하여 작성하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 1836면)]. 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인이 성남시의 개발이익금이 총 5,503억 원이라고 하거나, 그중 2,761억 원이 제1공단 공원조성사업에, 920억 원이 이 사건 기반시설 설치사업에 각 사용된

다고 공표한 것이 그 각 액수에 대한 허위사실공표의 고의를 가지고 한 것이라고 보기 어렵다.

다만, 피고인은 이 사건 유세연설에서 이 사건 기반시설 설치비가 그 추정금액 920억 원이 아닌 1,000억 원이라고 표현하였다.

그러나 일반 선거인의 입장에서 공공시설 설치비용에 관하여 들을 때 양 금액의 차이가 유의미하게 크다고 생각할 정도라고 보기 어렵고, 피고인은 위 유세연설에서 개발이익금의 총액은 5,503억 원이라고 말하였으며, 기타 선거유세연설의 즉흥성과 사람의 기억의 한계 등을 종합하여 고려하면, 위 표현에 대해서도 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있었다고 보기는 어렵다.

- ⑩ 검사는 피고인이 성남시장에서 퇴임한 2018. 3. 15. 전후로 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행경과와 이익규모 등을 정확하게 확인할 수 있는 지위에 있었으므로, 피고인에게 허위사실공표에 대한 고의를 인정할 수 있다는 취지로 주장한다.

그러나 피고인이 2017. 3.경 성남도시개발공사로부터 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익에 관한 보고를 받은 이후 그 개발이익 규모나 금액에 대한 추가보고 내지 수정보고를 받았음을 인정할 증거는 없다.

- ⑪ 검사는 피고인의 이 부분 공표사실 중 “환수했다”, “사용되었다”, “만들었다”, “썼다”는 과거형 표현은 “개발이익금이 이미 성남시로 귀속되었고, 그중 일부가 공공의 이익으로 사용 완료되었다”는 의미로 이해되므로, 이 부분 표현은 허위사실공표에 해당하고, 피고인에게 허위사실공표의 고의도 인정된다고 주장한다.

위 각 증거에 의하면 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시에는 제1공단 공원조성사업 비용으로 약 1,200억 원 정도가 지출된 것을 제외하고, 이 사건 대장동 도시개발사업계획 중 실제로 자금이 지출된 부분은 별로 없고, 성남도시개발공사에 이 사건 임대주택용지에 관한 배당도 이루어지지 않은 사실이 인정된다.

또한, 위와 같은 과거형 표현은 그 사전적 의미를 고려할 때 “성남시가 개발이익금을 수취 완료하였고 그중 일부를 공공사업에 사용 완료하였다”는 의미로 이해될 여지도 없지 않다.

그러나 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 위와 같은 과거형 표현을 사용하였다고 하여 이 표현이 허위사실공표에 해당한다거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

즉 ㉗ 앞서 본 바와 같이 일반적으로 향후 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않고, 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그 지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 한다.

⑬ 이 사건 선거공보물에서 그 개발이익 중 일부가 ‘공원조성 사업비’ 또는 ‘기반시설 조성비’에 사용되었다고 표현하고 있지, 그 ‘공원조성 사업’ 또는 ‘기반시설 조성’에 사용되었다고 표현하고 있지는 않으므로, 일반인도 그 표현을 보면 그 개발이익금의 사용처가 확정되었다는 의미로 이해할 수도 있다.

㉔ 피고인이 이 부분 공표사실을 통해 강조하고자 한 것은 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 진행함으로써 그 개발이익이 민간사업자의 이익이 아닌 공공의 이익으로 귀속되었다는 취지이다.

㉕ 아래에서 보는 바와 같이 피고인에게 위 각 사업이 완료되었다는 취지의 허위사실을 공표할 동기나 이익을 찾기 어렵다.

- ⑫ 다음과 같은 사정을 종합하여 고려할 때, 피고인이 굳이 제1공단 공원조성사업 및 이 사건 기반시설 설치사업이 모두 완료되었다거나, 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익을 모두 수령 완료하였다는 취지의 허위사실을 공표하여야 할 동기나 그로 인해 얻을 수 있는 이익을 쉽게 생각하기 어렵다.

즉 ㉖ 이 사건 대장동 도시개발사업과 제1공단 공원조성사업이 현재까지 완료되지 않았음은 그 각 사업현장의 외관상 누구나 쉽게 알 수 있는 정보이다(공판기록 제2권 586면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 920~926면). ㉗ 이 사건 대장동 도시개발사업 및 제1공단 공원조성사업이 2020년 말 완료될 예정이라는 기사가 언론에 보도된 적도 있다(공판기록 제2권 587면 이하). ㉘ 피고인 스스로도 아래와 같이 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 위 각 사업이 현재 진행 중임을 밝힌 바 있다.

즉 피고인은 ㉙ 2018. 1. 28.경 자신의 페이스북에 “개발이익금 중 2,761억 원(제1공단 공원조성사업비 및 주차장 건립 비용을 지칭한 것으로 보인다)은 제1공단 부지 매입 및 공원 조성에 쓰기로 하였고, 1,822억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말부터 순차적으로 성남도시개발공사로 입금될 예정이다”는 취지의 글을 올리고(공판기록 제2권 63면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 698면), ㉚ 2018. 2. 8.경 라디오 방송에서 “대장동 개발이익 5,500억 원 중 일부인 900억 원으로 기반시설 확보하여 도로, 터널(이 사건 기반시설을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다”는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 855~857면), ㉛ 2018. 2. 13.경 라디오 방송에서 “개발이익금 중 약 1,800억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말이 되어서야 비로소 들어온다”는 취지로 발언하고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 904, 905면, 공판기록 제2권 858면), ㉜ 2018. 5. 29.경 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 “대장동 개발이익 중 2,800억 원으로 현재 성남시에 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다”는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 859면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 1153면), ㉝ 이 사건 유세연설에서조차 “성남시에 2,700억을 들여서 지금 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다”는 취지로 발언하였을 뿐만 아니라(공판기록 제2권 584면, 증거기록 제21권에 편철된 수사기록 2507면), ㉞ 이 사건 유세연설 전후로 성남시, 용인시, 의왕시, 구리시, 의정부시, 수원시, 하남시 등지에서 유세연설을 하면서 “제1공단 부지에서 현재 공원을 만들고 있다”는 취지로 발언하였다(공판기록 제2권 860면 이하, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 711~713, 913, 918면).

- ⑬ 한편, 위 각 증거에 의하면, ■■■■■가 2014. 1.경 수원지방법원 성남지원 2014가합37호로 성남시 등을 상대로 “제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분으로 인해 ■■■■■가 재산상 손해를 입었다”고 주장하면서 그 손해배상을 구하는 소를 제기하였고, 위 법원은 2019. 2. 1. ■■■■■의 주장을 일부 받아들여 성남시에게 손해배상으로서 ■■■■■의 승계참가인(전부채권자) 중 일부에 대하여 약 295억 원의 지급을 명하는 판결을 선고한 사실이 인정되기는 한다(현재 위 사건은 쌍방 항소로 수원고등법원 2019나10565호로 소송계속 중이다).

그러나 검사가 제출한 증거만으로 ㉡ 제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분이 ㉢ 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익으로 제1공단 공원조성사업을 시행하는 것과 직접적으로 관련이 있는 사안이라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 설령 성남시가 향후 ■■■■■■ 측에 손해배상을 해 주어야 할 상황이 확정된다 하더라도, 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발이익을 공표하면서 그 손해배상액을 공제하지 않은 것이 허위라고 보기 어렵고, 피고인의 그 허위성에 대한 고의도 인정하기 어렵다.

나) 그러므로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

7. 결론

그렇다면 원심판결 중 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 검사의 항소는 일부 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 위 해당 부분과 그와 일죄의 관계에 있는 부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 위 파기부분을 제외한 나머지 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 내지 법리오해)

가. 직권남용권리행사방해의 점

1) 피고인은 2012. 3.경부터 직접 또는 비서실장인 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 친형인 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시 또는 독촉하였다.

2) 그러나 2012년 당시에는 공소외 3이 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 공소외 3에 대한 대면진단 등이 이루어진 바가 없었기에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 없었다.

그럼에도 피고인은 공소외 7과 공모하여 평소 사이가 좋지 않고 지속적으로 피고인의 시정운영에 반대하고 있었던 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 사적 의도로 성남시장으로서의 직권을 부당하게 행사하여 위 분당구보건소장 등으로 하여금 관계법령이나 관례에 반하여 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 이로써 피고인은 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄를 범하였다고 보아야 하는데도, 이와 달리 이 부분 공소 사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 공소외 3(직권남용권리행사방해) 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인은 ① 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있고, ② 2012.경 주도적으로 공소외 3의 정신병원 입원을 지시하였는데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 공소외 3의 강제입원에 전혀 관여한

바 없다는 취지로 발언한 것은 선거인의 정확한 판단을 흐릴 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이므로 허위사실공표에 해당한다.

2) 또한, 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차가 중단된 것은 분당구보건소장인 공소외 4가 그 절차 진행을 그만두었기 때문인데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 가족들을 설득하여 그 절차 진행을 못하게 막았다는 취지로 발언한 것은 허위사실공표에 해당한다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

다.

검사사청 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인의 이 부분 발언의 전체적인 취지는 "자신은 공소외 12의 검사사청 통화에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 공소외 12의 검사사청 행위를 도와주었다는 잘못된 내용으로 처벌받았다"는 것이다.

2) 이는 피고인에 대한 검사사청 유죄확정판결의 내용에 반하는 것으로서 허위사실을 공표한 것이고, 피고인의 단순한 의견표명이라고 볼 수 없다.

또한, 피고인의 허위사실공표에 대한 고의도 인정된다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

라. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 일반 유권자들이 피고인의 이 사건 선거공보물 문구와 선거유세연설의 표현을 접하였을 때 이를 "개발이익금 5,503억 원의 수입이 성남시로 귀속 완료되었고, 그중 2,761억 원이 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원이 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출 완료되어 그로 인해 위 각 공사가 대부분 완료되었다"라고 이해할 것이지, "성남시가 특수목적법인으로 하여금 2,761억 원을 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원을 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출하게 할 예정이고, 1,822억 원 상당의 임대주택용지를 받을 예정이다"라고 이해하지 않을 것이다.

따라서 피고인의 이 사건 선거공보물의 배포와 선거유세연설은 허위사실공표에 해당한다.

2) 피고인은 변호사이자 성남시장으로서 대장동 도시개발사업 모델을 직접 구상하는 등 그 사업의 수익구조를 잘 알고 있었고, 성남시장 퇴임 전후로 위 개발사업의 진행경과 및 이익규모를 확인할 수 있었는데도 사실에 부합하지 않는 정확하지 않은 표현을 사용하였으며, 그 공사금액 중 추산가액의 정확한 금액을 확인하지 않고 오히려 다소 부풀려 말한 점을 고려할 때 피고인이 허위사실공표의 미필적 고의가 있었음을 인정할 수 있다.

또한, 피고인이 기반시설 사업이 진행 중에 있다거나 1,822억 원이 장래의 수입이라고 명시한 적은 없는데도, 원심이 이러한 사실을 인정하여 피고인의 고의를 부정한 것은 잘못이다.

3) 따라서 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2. 이 사건 공소제기의 적법성에 관한 판단

가. 피고인의 변호인의 주장

피고인의 변호인은 이 사건 공소 중 직권남용권리행사방해 부분과 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반 부분에 관하여, 검사가 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하고 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하고, 공소장에 공소사실 특정과 무관하거나 불필요한 내용을 과도하게 기재하여 공소장일본주의를 위반하였다는 이유로, 위 각 부분의 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 주장한다.

나. 공소권남용 여부에 대한 판단

가) 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보이는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 여기에서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 2017. 12. 13. 선고 2017도16223 판결, 대법원 2018. 9. 28. 선고 2018도10447 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 살피건대, 원심 소송계속 중 피고인의 변호인이 검사에게 이 사건에 관하여 검사가 보관하고 있는 자료의 열람·등사를 신청한 경위, 이에 대한 원심의 2019. 4. 1.자 열람허용 결정, 2019. 4. 16.자 등사허용 결정 및 2019. 4. 8.자 등사신청 기각결정과 그 각 이유, 피고인의 변호인이 결국 위 자료를 입수하여 이를 증거로 제출하게 된 경위, 원심에서의 검사의 증거의견 등을 종합하여 보면, 검사가 미필적이거나 어떠한 의도를 가지고 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하거나 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등으로 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하였다고 볼 수 없다.

따라서 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

공소장일본주의 위반 여부에 대한 판단

가) 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실은 직권남용권리행사방해 및 그와 관련된 허위사실공표의 공직선거법위반 혐의에 관하여 그 행위의 배경 및 동기, 사건의 경과 등에 관하여 다소 불필요하거나 장황하게 기재하였다고 볼 수 있을 뿐 법관으로 하여금 예단을 생기게 하여 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는 정도에 이르렀다고 보기 어렵다.

따라서 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3. 직권남용권리행사방해의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3이 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청의 대상자가 되는 것처럼 보이게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 1로 하여금 공소외 2가 기존에 작성한 공소외 3에 대한 평가문건을 공소외 2의 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 수정하게 하고, 마치 전문의의 정식 소견서로 보일 수 있도록 수정된 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 하였고, ② 공소외 2로 하여금 정신건강의학과 전문의로서 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 위 평가문건을 수정하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

2) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조에 의한 입원 절차를 개시하게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 '성남시 정신건강센터'(현재는 '성남시 정신건강복지센터'이다.

이하 '센터'라고만 한다)에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 하고, 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 하였고, ② 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 분당구보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

4) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하게 하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9로 하여금 공소외 3을 강제입원시키기 위해 앰블런스를 타고 공소외 3이 있는 곳으로 가도록 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

나. 관계 법령

구 정신보건법(2016. 5. 29. 법률 제14224호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법'이라고만 한다) 및 구 정신보건법 시행령(2017. 5. 29. 대통령령 제28074호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법 시행령'이라고만 한다) 중 이 사건에 관련된 주요 내용은 다음과 같다(한편, 아래 구 정신보건법 제25조는 2011. 8. 5. 법률 제11005호로 개정되어 2012. 8. 5.부터 시행된 것인데, 위 2011. 8. 5. 개정 전 구 정신보건법 제25조는 '정신건강의학과전문의'를 '정신과전문의'라고 지칭하였을 뿐 그 내용은 개전 전후로 같다).

□ 구 정신보건법제25조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자를 발견한 정신건강의학과전문의 또는 정신보건전문요원은 시장·군수·구청장에게 당해인의 진단 및 보호를 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 신청을 받은 시장·군수·구청장은 즉시 정신건강의학과전문의에게 당해 정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단을 의뢰하여야 한다.

③ 정신건강의학과전문의가 제2항의 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때는 시장·군수·구청장은 당해인을 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관 또는 종합병원에 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의한 자신 또는 타인을 해할 위험의 기준은 제28조의 규정에 의한 중앙정신보건심의위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정한다.

(중략)⑥ 시장·군수·구청장은 제3항의 규정에 의한 진단결과 당해 정신질환자에 대하여 계속입원이 필요하다는 2인 이상의 정신건강의학과전문의의 일치된 소견이 있는 경우 당해 정신질환자에 대하여 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

다만, 그 관할구역에 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관이 없는 경우에는 그 외의 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

(후략)?□ 구 정신보건법 시행령제6조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 의심되는 사람을 발견한 정신건강의학과전문의 또는 전문요원은 법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호를 신청하려면 발견한 장소를 관할하는 시장·군수·구청장에게 진단 및 보호신청서(전자문서로 된 신청서를 포함한다.

이하 같다)를 제출하여야 한다.

② 제1항에 따른 진단 및 보호신청서에는 다음 각 호의 사항을 적어야 한다.

1. 신청인의 성명, 주소 및 생년월일2. 정신질환자로 의심되는 사람의 성명, 주소, 생년월일 및 현재의 소재지3. 정신질환자로 의심되는 사람의 증상의 개요4. 정신질환자로 의심되는 사람에게 보호의무자 또는 보호를 하고 있는 사람이 있는 경우에는 그 성명 및 주소③ 시장·군수·구청장은 법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 결과 정신질환자로 의심되는 사람이 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 인정되는 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.

1. 법 제23조에 따라 자의에 따른 입원 신청을 하게 하는 것2. 보호의무자에게 법 제24조에 따른 입원동의를 요청하는 것3. 법 제25조 제3항에 따라 국·공립 정신의료기관 또는 종합병원에 입원조치를 의뢰하는 것(제1호 또는 제2호의 조치에 따르지 아니하는 경우만 해당한다)④ 제3항 제3호에 따른 의뢰를 받아 정신질환자로 의심되는 사람을 입원시킨 국·공립 정신의료기관의 장 또는 종합병원의 장은 지체 없이 2명 이상의 정신건강의학과전문의에게 증상을 진단하게 하고 그 진단 결과를 해당 시장·군수·구청장에게 서면 또는 전자문서로 통보하여야 한다.

다만, 진단 결과 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하지 아니하다고 인정되는 경우에는 즉시 퇴원시키고 그 퇴원 사실도 함께 통보하여야 한다.

(중략)⑥ 시장·군수·구청장은 제4항에 따라 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하다는 진단 결과를 통보받은 경우에는 지체 없이 같은 항에 따른 입원치료를 의뢰하여야 한다.

다.

원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실과 사정을 근거로, 피고인은 공소외 3의 당시 행동이 정신질환으로 기인한 것이라고 여겼을 수 있고, 성남시장으로서 법령상 가능한 권한을 행사하여 공소외 3을 정신의료기관에 입원시켜 진단 및 치료를 받게 하려는 의도가 있었다고 볼 여지가 있으며, 이에 따라 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행한 것이라고 평가할 수 있다고 전제하면서 아래와 같은 이유에서 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

- ① ㉗ 공소외 2에 대한 평가문건 수정 요구는 피고인의 의견을 제시한 것으로 위법·부당한 직권행사가 아니고, ㉘ 수정된 평가문건에 공소외 2의 직인을 요구한 것 역시 위법·부당한 직권행사가 아니며, ㉙ 공소외 1로 하여금 공소외 2에게 평가문건 수정 의견이나 직인 날인 요청을 전달하게 한 행위는 피고인의 의견 전달 행위를 보조하는 사실행위에 불과하여 직권남용의 대상이 되는 행위로 볼 수 없다.
- ② ㉗ 공소외 5의 면담결과를 요청하거나 송부하게 한 것은 자료수집의 일환으로 볼 수 있으므로 이를 위법·부당한 직권남용으로 보기 어렵고, ㉘ 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 것은 그 신청 여부를 검토하고 답을 달라는 취지에 불과하므로 직권남용에 해당한다고 보기 어렵다.
- ③ 공소외 2 등이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청한 것과 피고인의 직권 행사 사이에 인과관계를 인정할 수 없고, 공소외 2에 대한 직권행사가 그의 의학적 판단과 무관하게 위 진단 및 보호신청을 하라는 정도에 이르렀다고 볼 수 없으며, 위 진단 및 보호신청은 정신건강의학과 전문의인 공소외 2의 고유 영역이므로 공소외 2로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하였다고 평가할 수 없다.
- ④ ㉗ 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원 집행을 시도하는 것은 위법한 행위이나, ㉘ 당시 공소외 4가 차량을 타고 >>경찰서로 간 것이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 강제입원 시도행위라고 단정하기 어렵고, ㉙ 오히려 이는 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단 절차로 볼 수 있는데 그 진단을 위한 물리력 행사는 구 정신보건법 제25조 제2항이 예정하는 집행 방법이므로, 당시 공소외 3에 대한 강제호송이 예정되어 있었더라도 이를 위법·부당한 행위로 평가할 수 없으며, ㉚ 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한 것도 입원 집행을 시도한 것이 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 완성하기 위한 것이므로 위법·부당한 행위로 볼 수 없다.

라. 당심의 판단

1) 기초 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2010. 6. 2.경 제5회 전국동시지방선거에서 성남시장으로 당선되어 2010. 7.경부터 2014. 6.경까지 민선 5기 성남시장으로 재직하였다.

공소외 7은 2011. 5. 1.경부터 2013. 4. 30.경까지 성남시장의 직무를 보좌하는 비서실장으로 재직하였다.

나) 분당구보건소는 '성남시 행정기구 설치 조례'에 의하여 시장 직속기관으로 설치되었고, 그 소관 업무로서 정신보건사업 등을 수행한다.

공소외 1은 가정의학과 전문의로서 2011. 5.경부터 2012. 5. 1.경까지 분당구보건소장으로 근무하였고, 공소외 4는 2012. 5. 2.경부터 2013. 5.경까지 분당구보건소장으로 근무하였다.

다) 센터(최초 명칭은 '성남시 정신보건센터'였다)는 1999.경 성남시의 정신보건사업을 위해 분당구보건소 산하 기관으로 설치되었다(다만 센터의 중앙사무실은 성남시청 내에 있다). 센터는 원래 ○○정신병원이 위탁받아 운영하다가,

2012. 1. 1.경부터 분당서울대학교병원이 위탁받아 운영하고 있다.

센터장은 센터의 업무를 총괄하고 소속 직원을 지휘·감독하는 업무를 수행하는데, 분당서울대학교병원 소속 정신건강 의학과 전문의 공소외 2가 2012. 1. 1.경부터 2014. 2.경까지 위 센터장으로 근무하였다.

2) 공소사실의 전제사실에 관한 판단

가) 피고인의 지시 내용 등에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였음은 인정된다.

① 피고인은 2012. 4. 초순경 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장인 공소외 1에게 공소외 3(사망일 생략 사망)에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원이 가능한지 검토해 보라는 지시를 하였다.

공소외 1은 그 검토 결과 피고인에게 여러 차례에 걸쳐 위 강제입원 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고하였는데, 피고인은 그때마다 구 정신보건법 제25조의 해석상 그 강제입원 절차가 가능하다는 견해를 개진하면서 공소외 1에게 재검토를 지시하거나 위 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다.

② 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1로부터 위 강제입원에 관한 보고를 받는 자리에서 공소외 1에게 구 정신보건법 제25조 제6항에 따른 '입원치료' 절차 또는 그 이후의 절차 등에 관하여 문의하기도 하였다.

③ 성남시의 2012. 5. 2.자 정기인사로 인해 분당구보건소장이 공소외 1에서 공소외 4로 바뀐 후, 피고인은 2012. 6.경부터 2012. 8.경까지 사이에 여러 차례에 걸쳐 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다(피고인은 2012. 6. 13.경부터 2012. 6. 22.경까지 브라질에 출장을 가 있는 동안에도 공소외 4와 여러 차례 전화통화를 하면서 위와 같이 지시하고 그 절차 진행을 재촉하였다).

④ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4와 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

⑤ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

⑥ 피고인은 분당구보건소장 및 그 직원들과 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 있는지 검토하고 이 문제를 함께 토론하였을 뿐 그 절차를 진행하라고 지시한 적은 없다는 취지로 주장한다.

그러나 위 공소외 1, 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 피고인으로부터 여러 차례에 걸쳐 위 절차를 이행하라는 지시를 받았고, 심지어 질책을 받기도 했다는 취지로 진술하였는바, 그 진술이 대체로 서로 일치하고 있고, 달리 위 진술에 신빙성이 없다고 볼 만한 사정이 없다.

나) 피고인의 고의 또는 동기에 관한 판단

1) 공소외 3의 정신건강상태 등에 관한 피고인의 인식

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3에게 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심할 만한 사정이 없는 상태임을 알면서도 오로지 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 의도로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다고 보기 어렵다.

㉠ 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하는데, 구체적으로는 다음과 같다.

㉡ 공소외 3은 2002. 2.경 성남시청 홈페이지에 '성남시 수정구 청소년수련관 매점을 특혜로 위탁받았고, 유부녀와 두 번 불륜관계를 가졌음'을 고백한다는 내용의 글을 게시하였다.

공소외 3은 그 무렵 취재 기자와 주변인에게 그 의미를 쉽게 이해하기 어려운 발언을 여러 번 한 적이 있는데, 이 발언은 일반인의 시각에서 볼 때 정신질환이 다소 의심될 정도로 특이한 내용이다.

또한, 공소외 3은 그 무렵 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

㉢ 공소외 3은 2012. 2.경부터 이 사건 공소사실 기재 일시 무렵까지 사이에 다수의 성남시청 공무원 및 일반시민 등에게 과도한 폭언, 욕설, 협박 등을 해 왔을 뿐만 아니라 모친인 공소외 5와 피고인을 비롯한 여러 친족들에게도 과도한 폭언이나 저속한 발언 등을 해 왔다.

공소외 3의 위와 같은 행위는 그 빈도, 발언 내용, 상대방과의 관계 등을 고려할 때 사회통념상 일반 평균인의 행위로 보기에는 납득하기 어려운 점이 많다.

㉣ 공소외 3은 ㉠ 2012. 5. 28. 모친인 공소외 5를 협박하고, ㉡ 2012. 7. 15. 공소외 5와 동생들인 공소외 14, 공소외 15를 폭행하여 각 상해를 가하고, ㉢ 2012. 7. 1. 성남시청 시의회 청사에 무단으로 침입하여 새누리당 시의원들의 의장 후보 선출 업무를 방해하고, ㉣ 2012. 7. 26. 성남시 (주소 생략) 소재 □□백화점 지하2층 의류매장에서 소란을 피워 그 영업을 방해하고, □□백화점 보안요원을 폭행하였다[공소외 3은 위 각 범죄사실로 2013. 5. 27. 벌금 500만원의 약식명령을 받았다(수원지방법원 성남지원 2013고약2976)].

㉤ 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정으로서, 공소외 3은 ㉠ 2013. 2. 20. '◇◇한의원'에서 심신안정을 위한 약재를 처방받았고(공판기록 제26권 15411~15413면), ㉡ 2013. 3. 13. '☆☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원에서 우울증, 불면증 등으로 진료를 받았으며(공판기록 제18권 10740면), ㉢ 2013. 3. 16. 처인 공소외 11에게 죽으러 간다는 이야기를 한 후 차량을 운전하다가 중앙선을 침범하여 트럭과 충돌하는 교통사고를 일으키기도 했고, ㉣ 결국 2014. 11. 21. 처인 공소외 11과 딸인 공소외 16에 의해 정신병원인 국립▽▽병원에 강제입원되었고, 그때부터 2014. 12.

29.까지 위 병원에서 정신건강 치료를 받았다.

㉞ 공소외 3에 대한 진료기록에는 다음과 같은 기재가 있다.

㉠ 국립▽▽병원의 정신건강의학과 전문의 공소외 17의 2015. 2. 9.자 소견서에는 “공소외 3은 2012년부터 과잉행동, 과대망상, 수면욕구 감소 등의 증상이 시작되었고, 울증과 조증 증상이 반복되다 2014년 재발된 과대망상, 피해망상 및 과잉행동 등의 증상으로 본원에서 입원 치료하였다”는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14081면). ㉡ ◎◎대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 18의 2017. 8. 17.자 협의진료회신서에는 “공소외 3은 이 무렵(피고인이 성남시장에 당선된 2010.경 무렵으로 보인다)부터 조증 삽화를 간헐적으로 경험하며 가족들에게 충동적으로 욕설을 하며 버럭 화를 내는 일이 있었음. 2012년에는 가족회의 자리에서 말다툼이 심해지며 몸싸움까지 하였고, 당시 조증 삽화가 있던 환자는 백화점 앞 노점상들에게 공격적 행동을 하여 잠시 내과에 입원하기도 하였음”이라는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14090면).

㉢ 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중에는 공소외 3의 폭행, 협박 행위와 같이 타인에게 피해를 줄 위험성이 있는 사정들이 포함되어 있고, 특히 그중 공소외 3이 처벌받은 위 형사사건의 범죄사실은 그 동기 및 경위, 범행 방법 및 태양 등을 보았을 때 사회통념상 일반인의 범죄행위라고 보기에는 의심스러운 점이 많다.

또한, 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중 상당수는 피고인이 당시 어렵지 않게 알 수 있는 내용들이다.

㉣ 피고인의 막내동생인 공소외 14와 여동생의 남편인 공소외 19도 이 부분 공소사실 이전에 조울증 또는 우울증을 앓았던 가족력이 있었기에(증거기록 제4권 1845, 1846면, 공판기록 제11권 6556면), 피고인을 비롯하여 모친 공소외 5와 피고인의 형제자매들은 공소외 3의 발언과 행동을 보았을 때에도 공소외 3에게도 조울증이나 그와 비슷한 정신질환이 있는 것은 아닌지 의심할 여지가 더욱 많았다[피고인 및 공소외 3의 형인 공소외 20도 2012. 11. 11. 조울증 및 조현병으로 정신병원에 입원되어 2013. 7. 17.까지 입원치료를 받았다(증거기록 제4권 1844면)]. 공소외 5는 2012. 12.경 직접 공소외 3에게 정신건강 치료를 받도록 권유하기도 하였다(공판기록 제26권 15224면).

㉤ 검사는 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정을 들어 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 판단하는 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 공소외 3의 정신건강상태에 관한 사정은 그 내용 등에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 추단할 수 있는 정황으로 충분히 삼을 수 있다.

㉥ 한편, 위 각 증거에 의하면, 공소외 3은 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 회계사로서 회계사무실을 운영하며 상당한 소득을 얻고 있었고, 처 및 자녀와 함께 평범한 가정생활을 누리고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 인정사실에다가 검사가 제출한 증거와 검사가 지적하는 여러 사정을 더하여 보더라도, 정신질환은 그 특성상 악화와 호전을 반복하는 경우가 많아 어느 시점에서 평가되는지에 따라 그 심각도와 정신질환자의 사회적 기능의 정도가 달리 판단될 수 있고(당심의 정신건강의학과 전문의 공소외 21에 대한 사실조회결과 참조), 정신질환으로 인한 문제가 그 질환을 앓고 있는 사람의 모든 영역에서 발생할 것이라고 생각하기는 어려운 점을 고려하면, 공소외 3이 일부 정상적이고 평범한 생활을 영위하고 있었던 측면이 있다고 하여, 앞서 본 여러 사정에도 불구하고 이 부분

공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 아무런 정신질환도 의심할 수 없었다고 보기는 어렵다.

- ⑥ 또한, 공소외 3의 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵의 정신건강상태에 관하여, 공소외 3에게 별다른 정신질환이 없다는 취지의 진료기록이나 심리학적 평가결과도 있기는 하다.

그러나 이는 아래와 같은 이유로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 파악하는 자료로 삼기 어렵다.

- ㉠ 2013. 3. 11. 및 3. 13. 두 차례에 걸쳐 공소외 3을 진료하였던 '☆☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원 공소외 22의 2019. 1. 21.자 소견서(증거기록 제10권 10661면)에는 "공소외 3의 진료 당시 심각한 정신증적 소견은 보이지 않았다"는 취지로 기재되어 있다.

그러나 위 공소외 22는 당시 공소외 3에 대하여 우울증 치료는 하였던 점, 그 진료 기간과 시간이 비교적 짧은 점, 위 소견서는 공소외 3의 처 공소외 11이 2019. 1.경 언론중재위원회에 제출할 용도로 의뢰한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 위 소견서만으로 앞서 든 여러 사정에도 불구하고 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태에 특별한 문제가 없었다고 보기는 어렵다.

- ㉡ '△△△심리상담연구소'의 임상심리사(1급) 공소외 23의 공소외 3에 대한 '심리학적평가보고서'(증거기록 제14권 7008면)에 의하면, "2012. 12. 22. 공소외 3에 대한 심리학적 평가 결과 공소외 3은 현재 유의미한 정신과적 장애 및 정서적 어려움을 나타내고 있지 않다"고 기재되어 있다.

그러나 이는 공소외 3의 범죄사실을 수사하던 검사가 2012. 12. 14. '공소외 3에 대한 정신감정의 필요성이 있으나, 공소외 3이 스스로 정신감정을 받겠다고 하므로, 그 정신감정 결과가 도착할 때까지 기소중지한다'는 이유로 공소외 3에 대하여 시한부 기소중지처분(증거기록 제14권 7003면)을 하였기 때문에, 공소외 3이 스스로 위 심리학적 평가를 요청하여 받은 것이다.

또한, 위 심리학적 검사는 정신질환에 대한 정확한 진단은 아니고, 전문의의 진단에 보조 자료로 활용될 수 있을 뿐이다 [원심 증인 공소외 23의 진술 참조(공판기록 제18권 10876~10877면)]. 따라서 공소외 3에 대한 위 심리학적 평가 결과만으로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 판단하기는 어렵다.

- ⑦ 피고인이 2012.경 공소외 3과 사이가 좋지 않았다는 등의 사정만으로 피고인이 공소외 3에게 아무런 정신질환이 없음을 알면서도 공소외 3을 사회에서 격리시키고자 하는 의도가 있다고 단정할 수 없다.

2) 구 정신보건법 제25조 절차 진행의 위법 여부에 관한 피고인의 인식

또한, 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하는 것이 위법함을 알면서도 그 절차 진행을 지시하였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵다.

- ① 구 정신보건법 제25조 제1항에서 말하는 '발견'의 문언 상 의미, 구 정신보건법령이나 기타 의료 관련 법령에 위 '발견'의 수단이나 방법을 제한하는 규정이 없는 점, 위 '발견'의 주체는 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원

으로 한정되어 있는 점, 구 정신보건법 제25조 제1항 이후의 후속 절차에서 정신건강의학과 전문의의 진단을 필수적으로 예정되어 있는 점 등을 고려하면, 위 조항에 따른 '정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자'(이하 '정신질환 의심자'라 한다)의 '발견'은 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 그 재량에 따라 합리적으로 판단하여 할 수 있다고 해석함이 타당하고, 일반적으로 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견하는 것이 통상이겠으나, 반드시 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견해야 한다는 절차적 제한이 있다고 해석하기는 어렵다.

또한, 구 정신보건법 제25조의 취지, 구 정신보건법 제40조에서 "응급입원의 경우를 제외하고 정신건강의학과 전문의의 진단 없이는 정신질환자를 정신의료기관등에 입원시킬 수 없다"는 취지로 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 구 정신보건법 제25조 제2항의 진단의뢰에 따른 진단은 정신건강의학과 전문의의 대면진단을 의미하고, 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원을 위해서는 사전에 정신질환 의심자에 대한 대면진단이 이루어져야 한다고 해석함이 타당하다.

㉔ 그런데 다음과 같은 점을 종합하여 고려하면, 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 구 정신보건법 제25조에 관한 해석이나 그에 따른 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 보기는 어렵다.

㉕ 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결은 "구 정신보건법 제24조에서 정하는 보호의무자에 의한 입원의 경우 보호의무자의 동의가 있더라도 정신건강의학과 전문의가 정신질환자를 직접 대면하여 진찰하고 입원이 필요하다고 진단한 다음 이에 기하여 정신의료기관의 장이 입원을 결정하여야 하고, 이러한 요건을 갖춘 입원조치에 대하여 정신질환자가 저항하는 때에 비로소 정신의학적으로 보아 상당하다고 인정되는 범위 내의 물리력의 행사가 허용된다"고 판시하였을 뿐이고, 구 정신보건법 제25조의 해석에 관한 대법원 판례는 찾기 어렵다.

㉖ 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원은 정신질환 의심자에 대한 정확한 진단에 그 목적이 있는데도, 위 진단을 하기 위해 먼저 '대면진단'이 있어야 한다고 해석하는 것은 합리적이지 않다고 보거나, 그 절차의 실익이 떨어뜨리는 것이라고 생각할 여지도 없지 않다.

따라서 구 정신보건법 제25조에 관한 정확한 해석에 관하여 다툼의 여지가 있다고 볼 수 있다.

㉗ 검사는 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'도 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 정신질환 의심자를 대면하여 발견해야 한다고 주장한다.

이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(원심 증인 공소외 24, 공소외 25의 각 진술 참조). 그러나 반면 보건복지부는 위 '발견'은 일반적으로 대면을 통해 판단될 것이나 제3자가 기록한 서류 등이 신빙성이 높다고 보일 경우에도 '발견'으로 볼 여지가 있다고 해석하고 있으며(당심의 보건복지부에 대한 사실조회결과 참조), 이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(당심의 공소외 21에 대한 사실조회결과, 원심 증인 공소외 26의 진술 참조). 한편, 정신건강의학과 전문의의 견해 중에는 위 '발견'에 관하여 "원칙적으로 대면하여 발견하는 것이 바람직하나, 대면하지 않고 발견하였다고 하여 위법한 것은 아니다"는 취지의 것도 있다(원심 증인 공소외 27의 진술 참조). 이와 같이 현재에도 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'의 해석에 관하여 다툼이 있다.

- ㉔ 당시 구 정신보건법 제25조에 따라 입원이 이루어지는 실무례도 거의 없었고, 따라서 위 입원 절차에 관하여 확립된 관행이 있었다고 할 수도 없다(간혹 이루어진 몇 가지 사례를 두고 확립된 실무례 또는 관행이라고 보기는 어렵다).
- ㉕ 의료계에서는 정신건강의학과 전문의가 정신질환 여부를 진단하기 위해서 해당 환자를 원칙적으로 대면하여 진단해야 한다고 보고 있다.

그러나 그러한 임상실무 기준만으로 당시 구 정신보건법 제25조에 관하여 확립된 해석이 있었다고 보기는 어렵다.

- ③ 따라서 피고인이 당시 정신질환 의심자에 대하여 대면진단 없이도 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원 조치가 가능하다고 판단하였고, 이러한 판단이 위 조항의 해석에 부합하지 않는 것으로 사후에 밝혀졌다고 하여, 이것만으로 당시 피고인이 위 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정할 수는 없다.

피고인이 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들에게 구 정신보건법 제25조의 요건이나 절차를 무시하고 공소외 3을 무조건 강제입원 시키라는 취지로 지시하지는 않았다.

- ④ 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들이 피고인 또는 공소외 7에게 여러 차례에 걸쳐 “공소외 3은 가족이 있고, 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 없으며, 공소외 3의 주소지는 용인시이므로 관할이 없다”는 취지의 이유를 대면서 위 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고한 바는 있다.

그러나 그 보고 내용이 앞서 본 구 정신보건법 제25조의 해석과 정확하게 들어맞는다고 보기 어려운데다가, 당시 위 조항에 관한 해석이나 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 볼 수 없으므로, 피고인이 위와 같은 보고를 받고도 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 계속 지시하였다고 하여 그 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정하기는 어렵다.

- ⑤ 또한, 분당구보건소 보건행정과장 공소외 8은 원심 증인으로 출석하여 “당시 구 정신보건법 제25조 제2항의 ‘진단의뢰’까지는 정상적으로 이루어졌으나, 공소외 3에 대한 대면진단이 이루어진 바 없어 그 다음 절차를 진행할 수 없는 상황이었다”고 진술하기도 하였다.

위 진술에 의하면, 공소외 8도 당시 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 절차까지는 적법하게 이루어졌다고 판단하고 있었다.

- ⑥ 피고인은 2012. 6. 11.경 분당서울대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 24로부터 “공소외 3은 조울병의 조증이 의심되는 상태이나, 진단과 치료를 위해서는 본인이 거부할 경우 보호의무자인 처와 딸이 병원으로 데리고 가야 한다”는 취지의 자문을 받은 적이 있다.

그러나 공소외 24의 위 자문 내용은 임상실무 기준일 뿐 구 정신보건법 제25조의 확립된 해석이라고 보기는 어렵다.

- ⑦ 한편, 공소외 3의 처인 공소외 11은 당시 공소외 5 등으로부터 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 권유받아도 이를 거부하였던 것으로 보인다.

따라서 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제24조에 따라 ‘보호의무자에 의한 입원’ 조치가 행해질 수 없는 상황이었다.

3) 개별 공소사실에 대한 직권남용권리행사방해죄 성립 여부에 관한 판단

가) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에서 '의무 없는 일을 하게 한 때'란 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미하므로, 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당하나, 공무원이 자신의 직무 권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2017도12534 판결, 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결 등 참조). 또한, 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 3의 가족들을 설득할 수 있도록 공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였다.

이에 공소외 1은 그 무렵 공소외 2에게 피고인의 위 지시를 전달하였고, 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하였다.

(나) 그런데 피고인은 위 평가문건에 연필로 '공소외 3이 현재 입원이 필요하다'는 취지의 내용이 들어가도록 수정한 다음 이를 공소외 1에게 주면서 공소외 2로 하여금 위 평가문건을 그와 같이 수정하게 하라고 지시하였다.

(다) 공소외 1은 그 직후 공소외 2에게 피고인이 위와 같이 수정한 평가문건을 보여주면서 피고인이 수정한 내용이 반영되도록 위 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다.

(라) 공소외 2는 피고인이 수정한 그대로 평가문건을 수정할 수 없다고 하면서 다만 조울병의 심각성에 관한 교과서적인 내용을 추가하는 것으로 위 평가문건을 수정하여 공소외 1에게 주었고, 공소외 1은 이를 피고인에게 전달하였다.

(마) 피고인은 다시 공소외 1에게 위 평가문건에 분당서울대학교병원이나 센터의 직인을 받아오라고 지시하였다. 공소외 1은 센터 외부에 있는 공소외 2에게 피고인의 위 요청을 전달하였는데, 공소외 2는 자신의 막도장을 날인하는 것만 허락하였고, 이에 따라 위 평가문건의 공소외 2 이름 옆에 공소외 2의 막도장이 날인되었다.

(바) 위와 같은 경위에 따라 최종 수정된 평가문건의 내용은 아래와 같은데(증거기록 제14권 6943, 6952면), 아래 제1, 2, 5항은 공소외 2가 기존에 작성한 내용이고, 제3, 4항은 추가로 수정된 부분이다.

공소외 3 씨의 문건에 대한 평가의견1. 상기 공소외 3씨가 인터넷 상에 기술한 내용 및 접촉한 사람들의 상황설명이 사실이라는 전제 하에 내용을 평가한 결과 현실상황에 비추어 '관계망상적 사고' 및 '과대망상적 사고'의 가능성이 매우 높으며 사소한 자극에도 정상적으로 예견되는 범위 이상 흥분하고 공격적인 언행을 반복적으로 보이는 것으로 평가됨2. 평소의 지적 기능이나 환경을 참고하면 기분장애 중 '조울병(양극성장애)'의 가능성이 높다고 판단됨3. '조울병'의 경우 우울 또는 조증 삽화가 반복될수록 뇌기능 저하가 현저해지고 치료에 대한 반응도 떨어지는 것으로 알려져 있으며 자신이 문제의 심각성을 인지하기 못하여 치료에도 비협조적인 경우가 많아 치료상 어려움이 있음. 급성기 삽화의 경우에는 입원치료가 필요한 경우가 많음. 가족 및 법적 보호자의 조울병에 대한 이해를 통해 지속적인 치료를 받을 수 있는 환경을 만들어 주는 것이 우선적이며 장기간의 약물치료가 현재까지 가장 효과적으로 알려져 있음4. 조울병의 조증기에는 과도한 의욕, 무모한 계획, 낭비나 위험한 투자, 타인에 대한 공격성 등이 주로 나타날 수 있으며 우울기에는 의욕저하, 대인관계 단절, 일상 활동을 수행하지 못함 등 사회인으로 살아가는 것이 불가능하고 특히 조울병이 적절히 치료되지 않을 경우 모든 정신질환 중에서도 자살률이 가장 높다고 보고된 바 있음5. 상기 의견은 문건의 평가를 통하였으므로 의학적 효력이 없으며 임상적 진단이나 치료를 위해서는 반드시 정신건강의학과 전문의의 대면평가를 거쳐야 함

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 1의 평가문건 수정 및 날인 요구 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 1로 하여금 공소외 3에 대한 평가문건의 수정을 요구하게 하고, 위 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 한 것은, 피고인이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 한 것으로서 이는 피고인 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이거나, 공소외 1로 하여금 직무집행의 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 하였다고 볼 수 없으므로 형법 제123조 소정의 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다.

① 공소외 1은 피고인의 지시에 따라 피고인의 평가문건 수정 및 날인 요구를 공소외 2에게 전달하였을 뿐이다.

② 비록 정신보건사업이 분당구보건소의 소관 업무이고, 분당구보건소장이 센터에 대한 전반적인 지휘·감독 권한을 행사할 수 있더라도, 그것만으로는 분당구보건소장이 센터장에게 평가문건의 내용수정이나 날인을 요구할 수 없다거나, 그와 같은 요구를 하는 데 있어 지켜야 할 기준이나 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 공소외 1이 공소외 2에게 평가문건 수정 및 날인을 요구하는 데 있어 공소외 1의 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다고 보기 어렵고, 달리 이러한 사정을 인정할 만한 증거가 없다.

③ 공소외 1은 원심 증인으로 출석하여 "공소외 2에게 평가문건 수정을 요구할 당시 공소외 3의 치료 필요성에 대하여 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용하기 위해 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다"는 취지로 진술하였다. 이에 따르면 공소외 1은 수정된 평가문건을 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용할 목적이었을 뿐이므로, 그 수정요구가 직무집행에 관한 기준과 절차를 위반하는 것이라고 단정하기도 어렵다.

④ 평가문건에 도장을 날인하도록 요구하는 것은 해당 문서의 작성명의인이 그 문서를 작성하였음을 확실하게 나타내기 위한 것이므로, 그러한 요구가 위법하다고 보기 어렵다.

(나) 공소외 2의 평가문건 수정 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 평가문건을 수정해 준 것은 공소외 1의 요청이나 친분에 기댄 부탁 등으로 인해 심리적 의무감에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '법률상 의무 없는 일'을 한 것이라고 단정할 수 없다.

① 공소외 2가 평가문건에 수정한 내용은 조울증의 위험성 및 치료 필요성에 관한 일반적 내용에 불과하다.

또한, 공소외 2는 평가문건의 말미에 "여기에 기재된 의견은 공소외 3에 관한 문건만 보고 평가한 것이므로 공소외 3에 대한 정확한 진단과 치료를 하기 위해서는 먼저 대면평가가 이루어져야 한다"는 단서도 붙여 놓았다.

② 공소외 1과 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 피고인이 당시 평가문건에 연필로 수정한 내용은 공소외 3에게 자신 또는 타인을 해할 위험이 있으니 공소외 3을 입원시켜야 한다는 취지의 내용이라고 진술하였다.

그런데 수정된 평가문건 어디에도 공소외 3이 당장 입원치료를 받아야 한다는 취지의 내용은 없으므로, 공소외 2가 피고인의 위와 같은 요구를 그대로 받아들여 평가문건을 수정하지 않았음은 분명하다.

공소외 2도 원심 증언에서 "자세히 읽지 않는다면 공소외 3이 위험하게 보일까봐 신경을 써서 평가문건을 고쳤다"는 취지로 진술하였다.

③ 공소외 1은 원심 증언에서 "당시 공소외 2에게 피고인의 평가문건 수정 요구를 전달하면서 그 평가문건의 사용처에 관하여 공소외 3의 보호자들에게 공소외 3의 치료 필요성을 설득하는 데 사용하기 위해서라고 말했다"라는 취지로 진술하였고, 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 시에 보고할 때 자료로 쓰겠다고 하면서 평가문건을 요청하였다"고 진술하였다.

위 각 진술에 따르면, 공소외 1과 공소외 2는 그 평가문건이 어떠한 직무집행의 근거로 사용되리라고 예상하고 있지 않았다.

또한, 평가문건이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 절차를 진행하는 데 법령상 요구되는 문서도 아니다.

④ 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 굉장히 미안해하면서 평가문건을 꼭 이대로 고치지 않아도 되는데 자세히 써달라고 해서 평소 모르는 사이도 아니고 공소외 1이 난처해해서 평가문건을 수정하게 되었다.

평가문건의 내용에 관하여 공소외 1로부터 지휘를 받았거나 간섭을 받은 것은 아니다"는 취지로 진술하였다.

나) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제12조의 직권남용권리행사방해죄에서 '직권의 남용'이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 남용에 해당하는지는 구체적인 직무행위의 목적, 그 행위가 당시의 상황에서 필요성이나 상당성이 있는 것이었는지 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 여러 요소를 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2018. 2. 13. 선고 2014도11441 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

- (가) 공소외 5는 2012. 6. 15. 딸인 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 하였다.
- (나) 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈다(위 공문은 분당구보건소 지역보건팀장 공소외 9가 기안하고 보건행정과장 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).
- (다) 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다(위 공문은 센터 상임팀장 공소외 28이 기안하여 공소외 2가 최종 결재하였다).
- (라) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다(위 공문은 위 공소외 9가 기안하여 위 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).
- (마) 그러나 공소외 2는 2012. 6. 20. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5에 대한 면담내용만으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청을 할 수 없다는 취지의 공문(증거기록 제4권 1488면)을 보냈다.

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 5의 면담결과 요청 및 송부 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 한 부분이나 공소외 2 등으로 하여금 분당구보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 한 부분은 모두 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 구 정신보건법에 따르면 지방자치단체는 정신질환을 예방하고, 정신질환자의 치료를 위한 조사 등 필요한 조치를 하여야 하고(제4조 제1항), 보건소를 통하여 정신질환의 예방, 정신질환자의 발견·진료 등 지역사회정신보건사업을 수행할 수 있다(제13조 제1항). 따라서 성남시가 정신질환을 예방하고 정신질환자의 발견 및 치료를 위하여 조사 등의

업무를 수행하는 것은 그 책무나 권한에 속한다고 할 수 있다.

이에 비추어 보면 성남시장인 피고인이 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하여 송부받은 것은 정신질환 의심자의 발견 및 치료를 위해 상당한 범위 내에서 관련 자료를 수집한 것으로 볼 수 있다.

- ② 구 '성남시 정신보건센터 설치·운영 조례'(2005. 10. 28. 성남시조례 제2008호로 제정되어 2005. 10. 28. 시행되고, 2017. 11. 20. 성남시조례 제3149호로 전부개정되기 전의 것) 제5조 제4항에 의하면, 수탁자인 센터는 관계법규와 시장의 지시사항을 준수하여야 한다.

따라서 센터는 원칙적으로 그 업무에 관하여 성남시장인 피고인의 지시를 따라야 할 의무가 있다.

이에 비추어 보면 센터장인 공소외 2가 성남시의 위 자료수집 협조 요청에 응한 것은 위 지시사항 준수 의무를 이행한 것이라고 볼 수 있다.

- ③ 공소외 2는 공소외 5와 면담하면서 그 상담 내용을 관련 기관에 필요시 제공할 수 있다고 설명하였고, 공소외 5와 공소외 15로부터 그에 대한 동의도 받았다.

따라서 성남시가 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하거나, 센터가 이를 분당구보건소에 송부하는 것 자체에 어떠한 위법성이 있다고 보기는 어렵다.

(나) 진단 및 보호신청 촉구 공문 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 부분도 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 분당구보건소가 센터에 위 진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 공소외 2에게 특정한 결론을 강제하는 취지는 아니고, 공소외 5의 공소외 3에 대한 진료의뢰 등이 있는 상황에서 센터가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 할 것인지 검토하라는 취지 정도로 이해할 수 있다.

- ② 분당구보건소가 위 진단 및 보호신청 촉구를 한 것 이외에 공소외 2에게 그 전문가로서의 판단 권한을 침해하는 부당한 지시나 간섭을 하였다는 사정을 인정할 만한 증거는 없다(오히려 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 피고인과 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받고 있었기에 스스로 면책성 조치를 취한 측면도 있다"는 취지로 진술하기도 하였다). 게다가 공소외 2는 위 진단 및 보호신청 촉구 공문에 대해 바로 거절하는 공문을 보냈으므로, 위 촉구 행위 자체만으로 공소외 2에게 부당한 지시나 간섭을 한 것으로 볼 수 없다.

- ③ 비록 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환 의심자에 대한 진단 및 보호신청 권한이 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원에게 있다 하더라도, 지방자치단체의 장 또는 그 산하기관인 보건소장이 위 정신건강의학과

전문의 등에게 위 권한 발동을 촉구하는 것 자체가 위법한 것이라고 보기는 어렵다.

- ④ 앞서 판단한 바와 같이, 피고인이 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하는 것이 위법하다는 점을 인식하면서도 그 절차 진행을 지시하였다고 보기 어렵다.

다) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것 이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에 대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대학교병원과 센터에 발송하였다.

(나) 공소외 7은 당시 위 내용증명의 문언을 직접 작성하였고, 그 무렵 피고인에게 이를 보고하였다.

(다) 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 공소외 7은 2012. 4. 초순경 성남시청 공무원들에게 공소외 3으로부터 폭언, 욕설, 협박 등을 당한 사례를 진술서로 작성하여 제출하라고 지시하여 이를 취합한 사실, 공소외 7은 그 무렵 공소외 1에게 공소외 3이 성남시청 홈페이지에 게시한 다수의 글과 위 공무원들의 진술서를 건네준 사실, 공소외 1은 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 4. 초순경 공소외 2에게 공소외 3의 위 게시글과 위 공무원들의 진술서를 보여주면서 공소외 3의 조울병 증상 및 공소외 3에 대한 입원치료 문제 등에 관하여 자문을 구한 사실, 공소외 7은 2012. 6. 중순경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 진행해 달라는 취지로 요청한 사실, 공소외 4도 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 6.경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3을 강제입원시켜야 하는 것 아니냐는 취지로 말한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 한 것은 스스로의 판단에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 피고인의 직권 행사로 인한 것이라고 보기 어렵다.

- ① 공소외 2는 분당구보건소장의 2012. 6. 20.자 '진단 및 보호신청 촉구' 공문에 대하여는 바로 거부하였으나, 그로부터 약 40일이 경과한 2012. 8. 2.에서야 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하였다.
- ② 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "㉔ 2012. 6.경 공소외 7과 공소외 4의 강제입원 요청이나 '진단 및 보호신청 촉구' 공문은 중요한 고려사항이 아니었고, 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청하는 것은 시기상조라고 판단하였다.
- ㉕ 그러나 이후 2012. 7.경 공소외 5의 내용증명의 내용을 받아 보았을 때 공소외 3의 자·타해 위험 상태를 의심하게 되었고, 분당서울대학교병원의 자문 변호사와 상담한 결과 대면 없이도 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환자 의심자를 발견할 수 있고, 오히려 아무런 조치를 취하지 않을 경우 법적 문제가 생길 수 있다는 자문을 받았기에 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하게 되었다"는 취지로 진술하였다.
- ③ 공소외 2의 위 진술에 따르면, 공소외 2는 공소외 5 명의의 내용증명을 받아본 후 공소외 3의 정신건강상태가 자·타해 위험이 있다고 의심하게 되었고, 법적 자문을 받은 결과 구 정신보건법 제25조 제1항의 해석에 있어 대면 없이도 정신질환 의심자를 발견할 수 있고 아무런 조치를 취하지 않는 것이 오히려 법적 책임을 질 수 있다는 답변을 듣게 되어, 스스로의 판단에 따라 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하기에 이른 것이라고 볼 수 있다.
- ④ 비록 공소외 7이 공소외 5 명의의 위 내용증명을 직접 작성하고 이를 피고인에게 보고하기는 하였으나, 그 내용증명을 발송한 것이 공소외 5의 의사에 반하여 이루어진 것임을 인정할 증거는 없다.
- 따라서 공소외 7이 위 내용증명 발송에 관여하였다고 하여 그것 때문에 공소외 2가 위 진단 및 보호신청을 한 것이라고 보기는 어렵다.
- ⑤ 또한, 공소외 7이 성남시청 공무원들에게 위 진술서의 작성을 지시하여 이를 취합하였고, 그 진술서가 공소외 1을 통해 공소외 2에게 건네졌다고 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 고려하면, 공소외 7이 위 진술서 작성 지시·취합 행위와 공소외 2의 위 진단 및 보호신청 행위 사이에 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다.

라) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도에 관한 판단

(1) 법리

직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조). 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하였다(위 공문은 공소외 9가 기안하고 보건행정과장대리 공소외 30의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).

(나) 공소외 4는 그 무렵 위 공문과 공소외 3에 대한 관련 자료를 들고 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 찾아가 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단을 의뢰하였다.

(다) 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

(라) 이후 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 ▷▷경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

(마) 공소외 4는 당시 ▷▷경찰서로 가기 직전에 공소외 9에게 센터에 대한 협조 공문 작성을 지시하였다.

이에 공소외 9는 분당구보건소장 명의로 센터장에게 '공소외 3의 진단의뢰를 위해 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한다'는 내용의 협조 공문(증거기록 제4권 1440면)을 작성한 다음 ▷▷경찰서로 갔고, 공소외 2는 위 공문을 수령하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 피고인과 공소외 7은 2012. 8. 7.경 공소외 10이 작성한 위 회신서로써 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제3항에서 말하는 "정신건강의학과 전문의가 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때"라는 요건이 구비되었다고 판단한 사실, 피고인은 그 무렵 직접 또는 공소외 7을 통해 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 위 조항에 따른 입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하거나 재촉한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 2012. 8. 17. 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 간 것이 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 강제입원시키기 위해서였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵고, 나아가 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 위와 같이 ▷▷경찰서로 간 것이 피고인의 지시 또는 재촉으로 인하여 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일'을 한 것이라고 보기 어렵다.

① ㉗ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 공소외 3을 만나러 >>경찰서로 간 것은 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 공소외 3을 입원시키려는 목적도 있었으나, 그보다 먼저 공소외 2로 하여금 공소외 3을 대면진단하게 하거나 공소외 3에게 진단을 권유하는 것을 1차적 목표로 하였다.

공소외 2에게 동행을 요청할 때에는 공소외 3을 강제로 데려오자는 말은 하지 않았다"는 취지로 진술하였다.

㉘ 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 당시 공소외 3을 만나 설득해 볼 테니 동행해 달라고 요청하였기에 공소외 3이 응한다면 직접 면담을 해 보겠다고 하여 공소외 3을 만나러 공소외 4와 동행하였는데, 가는 도중에 공소외 4가 공소외 3을 오늘 진단하고 바로 입원시키자는 취지로 말하였으나, 자신이 그것은 절대 안 된다고 거부하였다"는 취지로 진술하였다.

㉙ 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4의 지시를 받고 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 작성한 다음 공소외 4에게 이를 건네주기 위해 별도로 >>경찰서로 갔고, 공소외 4와 공소외 2가 왜 >>경찰서로 갔는지는 모른다"는 취지로 진술하였다.

② 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 위 각 법정진술을 종합하여 보면, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 당시 >>경찰서로 간 목적이 각자 분명하지 않고, 특히 공소외 4의 당시 의도가 정확히 무엇이었는지 분명하지 않다.

③ 공소외 4가 공소외 3을 만나기 위해 공소외 2와 함께 >>경찰서로 향했던 날인 2012. 8. 17. 직전에, 성남시장 수행 비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서 그 실행을 거절한 바 있다.

그러한 상황에서 과연 공소외 4가 특별한 사정변경 없이 자신의 입장을 바로 바꾸어 공소외 3을 강제입원시키기 위해 >>경찰서로 갔는지 의심스럽다.

④ 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 나이와 지위 및 경력 등을 고려할 때 당시 위 3명만으로 공소외 3에게 강제력을 행사하여 입원 절차를 진행할 수 있었을지 매우 의심스럽고, 달리 공소외 3에게 강제력을 행사하는 데 필요한 충분한 보조인력이 있었는지도 의심스럽다.

공소외 4는 당시 공소외 3을 입원시키는 것과 관련하여 병원도 예약해 두지 않았고, 입원의뢰서 작성을 비롯하여 기타 어떠한 행정적인 절차도 전혀 마련해 두지 않았다.

당시 공소외 3이 >>경찰서에서 조사를 받고 있었는지조차 이를 인정할 명백한 증거가 없다.

⑤ 당시 공소외 9가 공소외 4의 지시에 따라 작성한 공문에는 공소외 3의 "진단의뢰"를 위해 차량 및 동행을 요청한다고 기재되어 있다.

그 '진단의뢰'라는 문언에 의하면, 이는 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 절차가 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차를 예정하고 있는 것이다.

⑥ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 보낸 것은 자신의 생각에 의해 요식행위로 한 것이다"는 취지로 진술하기도 하였다.

그 밖에 앞서 본 공소외 4의 법정진술, 위 공문의 문언 등을 종합하면, 공소외 4는 당시 피고인 또는 공소외 7의 지시와 달리 스스로의 판단에 의해 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 진행하려고 했던 것으로 보이기도 한다.

이는 공소외 2의 법정진술, 즉 자신은 공소외 3을 대면하여 면담하기 위해 공소외 4와 동행하였다는 취지의 진술로도 뒷받침된다.

⑦ 더 나아가 공소외 4의 위 법정진술과 위 각 증거에서 알 수 있는 공소외 4의 당시 인식, 행위, 주변상황 등을 종합하여 보면, 공소외 4는 당시 피고인이 해외 출장 중인 상태에서 피고인 또는 공소외 7로부터 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하라는 지시 내지 질책을 받게 되자 이를 최종적으로는 따르지 않으려고 하면서도 어떠한 절차 진행 시도를 했다는 외관만 작출하여 피고인의 질책을 피하기 위해 위와 같은 행위를 한 것은 아닌지도 의심스럽다.

4) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는바, 원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 결론은 정당하다.

그러므로 원심의 판단에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없고, 검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

4. 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 이 사건 경기도지사 후보자 TV토론회에서 상대 후보자 공소외 6의 질문 취지에 2010년도에 있었던 강제입원 시도를 묻는 부분이 포함되어 있지 않았다.

따라서 피고인이 이를 부인하는 발언을 하였다고 볼 수 없어 허위사실을 공표한 것이라거나 허위사실공표에 대한 인식이 있었다고 볼 수 없다.

② 피고인이 2012. 4.부터 8.까지 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 강제입원 절차를 지시하였음에도 이를 부인하는 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 당시 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 질문 및 답변의 의도, 발언의 다의성, 당시 상황, 합동토론회의 특성 등에 관한 그 판시 사정에 비추어 보면, 피고인의 이 부분 발언은 구체적인 행위의 존부를 특정할 수 없는 불분명한 발언이고, 그 발언이 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이라고 평가할 정도에 이르렀다고 볼 수 없다.

따라서 허위사실공표에 해당한다고 보기 어렵다.

- ③ 피고인이 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 중단시킨 적이 없음에도 피고인이 이를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 그 판시 사정을 종합하면, 이 부분 발언이 허위이라고 보기 어렵다.

나. 당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등 참조). 또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2018. 6. 13. 제7회 전국동시지방선거에서 경기도지사로 당선되어 2018. 7.경부터 현재까지 경기도지사로 재직 중이다.

나) 2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

다) 2018. 6. 5. 열린 MBC 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인인의 발언 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) ○○정신병원 입원 시도 부인 부분에 관한 판단

가) 피고인이 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있는데도, 위 각 경기도지사 후보자 TV토론회(이하 '이 사건 토론회'라 한다)에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.

나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 이 사건 토론회에서 위와 같이 공소외 3에 대한 ○○정신병원 입원 시도를 부인하는 취지로 발언하였다고 볼 수 없거나, 허위사실을 공표한다는 고의를 가지고 이 부분 발언을 하였다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

- ① 공소외 6은 원심 증인으로 출석하여 "이 사건 토론회에서 피고인에게 공소외 3에 대한 정신병원 입원 시도를 하였는지 묻는 질문 취지에는 2010년경 ○○정신병원 입원 시도 부분은 포함되어 있지 않다"는 취지로 진술하였다.
- ② 이 사건 토론회 무렵 피고인에게 제기된 '친형 정신병원 입원 시도' 의혹의 내용을 고려하면, 피고인도 공소외 6의 위 질문 취지를 위와 같이 이해하였을 것으로 보인다.
- ③ 따라서 이 사건 토론회에서 공소외 6이 피고인에게 "형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠?"라고 질문한 데 대하여, 피고인이 "그런 일 없습니다"라고 발언한 것이, 피고인이 공소외 6의 위 질문의 의미를 선거인의 정확한 판단을 그르치게 할 정도로 왜곡하여 이해한 다음 이 부분 발언을 하였다고 보기 어렵다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.
검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

4) 피고인의 강제입원 절차 관여 부분에 관한 판단

가) 쟁점

피고인이 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 강제입원 절차 진행을 지시하여 그 절차가 일부 진행된 적이 있는데도, 이 사건 토론회에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 전혀 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실공표의 죄책을 지는지에 관하여 살펴본다.

나) 이 부분 발언이 허위사실공표인지 여부에 대한 판단

- (1) 무릇 어떠한 사실에 관하여 적극적으로 반대되는 사실을 진술하는 것은 공직선거법 제250조 제1항에서 정한 허위사실의 공표에 해당하나, 나아가 적극적으로 반대되는 사실을 진술하지는 아니하였으나 소극적으로 이를 숨기거나 유사한 방법으로 덧붙이는 진술을 하였고, 그것이 선거인의 공정한 판단을 그르치게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀다면 이 역시 위 법조항 소정의 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 상당하다.
- (2) 피고인이 이 사건 토론회에서 한 이 부분 발언의 외관상 전체적인 취지는 그 내용, 어휘, 문구의 연결방법 등을 고려하면 "① 공소외 3을 실제로 강제입원시킨 것은 그 처와 딸이고, ② 그와 별개로 피고인의 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 정신건강 진단 의뢰를 한 바 있으나, 피고인은 이에 관여하지 않았고, 오히려 그 절차 진행을 막았다"는 것이다.

살피건대, 앞서 인정한 사실과 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였음은 넉넉히 인정되므로, 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 표현은 사실과 다르다.

비록 피고인이 "공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다"는 표현을 직접적으로 사용하지는 않았고, 그 나머지 발언은 일부 사실에 가까운 표현이기는 하나, 이 부분 발언의 전체적인 취지와 선거인이 위 발언을 접하였을 때 받게 되는 인상 등을 종합하여 고려하면, 피고인은 자신이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨긴 채 이러한 발언을 함으로써 선거인의 공정한 판단을 흐리게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀으므로, 피고인의 이 부분 발언은 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 타당하다.

- ① 공소외 3의 모친 공소외 5는 2012. 4. 10. 센터 앞으로 공소외 3에 대하여 조울증 치료를 의뢰하는 내용의 의뢰서를 작성하였고, 여기에 공소외 3의 형제자매들인 공소외 47, 공소외 15, 공소외 14가 연명하여 서명한 바 있다(증거기록 제1권, 258, 259면, 제4권 1494, 1495면). 그러나 위 의뢰서가 센터에 정식으로 접수되었는지는 불분명하다.
- ② 피고인은 그와 별도로 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따라 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다.

- ③ 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였고, 이에 공소외 1이 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하자, 다시 공소외 1에게 그 내용 일부를 수정하도록 지시한 다음 공소외 1로부터 공소외 2가 수정한 평가문건을 재차 전달받기도 하였다.

- ④ 공소외 5는 2012. 6. 15. 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 한 적이 있다.

그런데 공소외 4는 그 전날인 2012. 6. 14. 공소외 5를 찾아가 공소외 5에게 센터를 방문하여 공소외 3에 대한 진단을 요청하라는 취지로 말하였다(원심 증인 공소외 4의 진술 및 증거기록 제4권 1477면 참조). 또한, 공소외 4는 당시 공소외 2에게 공소외 5가 센터에 방문할 것이니 상담을 잘 해 달라고 말하고, 공소외 5와 공소외 15를 위 센터 사무실로 직접 안내하기도 하였다.

- ⑤ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈고, 이에 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다.
- ⑥ 또한, 공소외 4는 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받던 상황에서 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다.

- ⑦ 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에

대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대학교병원과 센터에 발송하였다.

그런데 위 내용증명은 공소외 7이 직접 그 문언을 작성한 것이고, 그 무렵 피고인에게 위 내용증명 작성 사실을 보고하였다.

⑧ 피고인은 2012. 6. 또는 7.경 분당서울대학교병원장인 공소외 32와 통화하면서 "공소외 3의 정신건강상태에 문제가 있어 공소외 3을 입원시켜 치료하는 데 협조해 달라"는 취지로 말하기도 하였다(당시 공소외 32는 현재 단계에서 바로 입원 절차를 진행하기는 어렵다는 취지로 답변하였다).

⑨ 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

⑩ 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하여 이를 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 교부하였다.

⑪ 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 증거기록 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

⑫ 성남시장 수행비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서 그 실행을 거절한 바 있다.

⑬ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 ▷▷경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

⑭ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

⑮ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

다만 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 별달리 진행된 바 없다.

다) 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있는지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨기고 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표한다는 고의도 있었다고 봄이 타당하다.

① 앞서 본 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구 보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제 25조의 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였고, 그 진행 상황에 대해서도 수시로 보고받았다.

따라서 피고인은 위 강제입원 절차의 개시와 진행 경과를 그 누구보다 잘 알고 있었던 지위에 있었다.

② 피고인이 친형인 공소외 3을 강제로 정신병원에 입원시키려 시도했다거나 입원시켰다는 세간의 의혹은 이 사건 토론회 무렵에만 있었던 것이 아니다.

2012. 9.경 "피고인이 자신을 정신병원에 강제입원시키려 했다"는 취지의 주장이 담긴 공소외 3에 대한 인터뷰가 ▶▶일보에 보도(증거기록 제14권 6984면)된 이래, 위와 같은 의혹은 2017.경까지도 계속하여 언론, SNS(소셜 네트워크 서비스) 등에 의해 퍼져 나갔다.

특히 피고인이 성남시장 후보자로 출마한 2014. 6. 지방선거 당시에도 위와 같은 의혹이 제기된 바 있다.

③ 피고인은 위와 같은 의혹이 제기된 2012.경부터 최근까지 여러 차례에 걸쳐 SNS, 언론인터뷰 등을 통해 위 의혹은 사실이 아니라고 적극 해명해 왔는데, 그 해명의 주요 내용은 "㉞ 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 치료 또는 강제진단을 의뢰한 것이다.

또는 ㉟ 공소외 3을 실제로 정신병원에 입원시킨 것은 그 처와 딸이다"라는 취지이다(공판기록 제26권 15099~15113면). 그런데 피고인의 위 해명 내용 어디에도 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차 진행을 지시하였다거나 그 절차 개시에 관여하였다는 부분은 찾기 어렵다.

④ 피고인의 이 사건 토론회에서의 이 부분 발언은 피고인이 기존에 위와 같이 여러 차례에 걸쳐 해명한 내용과 크게 다르지 않고, 그 표현도 거의 유사하다.

따라서 TV합동토론회에서 이루어지는 공방의 즉흥성·계속성으로 인해 이 부분 발언의 표현이 다소 불명확할 수 있다는 점을 고려하더라도, 피고인이 이 부분 발언의 전체적인 취지와 이에 대해 일반 선거인들이 받는 인상을 정확하게 고려하지 않은 채 이 부분 발언을 하였다고 보기는 어렵다.

⑤ 피고인은, 전 국회의원 공소외 33이 2014. 10. 20. 채널에이 방송프로그램에서 '피고인이 아무런 문제가 없음에도 친형을 사이가 안 좋아졌다는 이유로 정신병원에 입원시켰다'는 취지의 발언 등을 한 데 대하여, 그 무렵 위 공소외 33을 상대로 위 내용이 허위라는 이유로 손해배상청구의 소를 제기하고, 2015. 4. 22. 승소판결을 받기도 하였다(서울중앙지방법원 2014가합586479). 이와 같이 피고인은 자신에 대한 세간의 의혹 중 "피고인이 공소외 3을 정신병원에 강제입원시켰다"는 허위 내용에 대해서는 적극적으로 대처하기도 했는데, 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인은 자신에 대한 의혹의 내용과 그 허위 정도에 관하여도 비교적 정확하게 파악하고 있었던 것으로 보인다.

- ⑥ 이 사건 토론회에서 상대방 후보자인 공소외 6은 피고인에게 “성남시청 8층에 위치한 분당서울대병원에 위탁한 성남시 정신보건센터에서 공소외 3 씨에 대해 아무런 문진이나 검진도 없이 정신병자라고 판명했습니까?”라고 물었고, “2012년 4월에 분당서울대학교병원에서 분당보건소에 조울병일 가능성이 높다는 평가의견서 낸 거 알고 있죠?”, “그 다음에 2012년 8월에 분당△병원, 분당보건소에서 공소외 3씨가 자신 및 타인을 해할 위험성이 있다는 진단서를 낸 거 알고 있죠?”라고 묻기도 하였다.

비록 공소외 6의 위 표현에는 정확하지 않은 부분도 있으나, 그 발언의 구체적인 표현을 고려할 때 피고인은 위 질문의 전체적인 취지가 2012. 4.경부터 2012. 8.경 사이에 이루어진 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차에 관한 것임을 충분히 이해할 수 있었다.

- ⑦ 비록 피고인에게 제기된 이 부분 의혹 중에는 “피고인이 ‘불법적인’ 방법으로 공소외 3을 정신병원에 강제입원시키려 했는지”에 관한 부분도 있기는 하지만, 일반 선거인들은 그 불법 여부를 불문하고 피고인이 공소외 3을 강제로 입원시키려 한 적이 있는지 그 자체에 대해서도 공직후보자로서의 피고인의 자질과 도덕성에 관한 중요한 정보로 여겼을 것이다.

그러나 당시 일반 선거인들이 위와 같은 정보에 대해서 잘 알고 있었던 것으로 보이지 않고, 피고인의 지위, 이력, 선거경력 등을 고려하면 피고인도 이러한 점을 잘 알고 있었을 것이다.

- ⑧ 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

더욱이 피고인은 모친과 형제자매들이 공소외 3에 대한 진단을 의뢰하였다고 설명하면서도 “저는 그걸 직접 요청할 수 없는 입장이었다”라고 표현하기도 하였다.

- ⑨ 피고인이 어떠한 ‘불법적인’ 절차에 의해 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적은 없다는 취지로 표현할 의도로 이 부분 발언을 한 것이라면, 당시 공소외 3에 대하여 강제진단을 의뢰한 사람은 피고인의 모친과 형제자매들일 뿐이라는 취지로 표현하는 것이 그 의도에 부합하는 것인지 의문이다.

오히려 피고인에게 그와 같은 의도가 있었다면, 당시 피고인의 지시에 따라 공소외 3에 대하여 이루어진 절차는 적법한 것임을 강조하는 표현을 하는 것이 더 자연스럽다.

- ⑩ 비록 구 정신보건법 제25조 제6항이 입원치료를 목적으로 하는 것과 달리 구 정신보건법 제25조 3항에 따른 절차의 목적은 정확한 진단에 있는 것이기는 하지만, 그에 따라 이루어지는 절차 역시 정신질환 의심자를 그 의사에 반하여 입원시키는 것이다.

앞서 본 여러 사정에 의하면, 피고인은 구 정신보건법 제25조에 따른 이러한 절차를 정확하게 이해하고 있었다.

그런데도 피고인이 그동안 ‘친형 강제입원’ 의혹에 대한 해명 과정에서 ‘치료를 위한 강제입원’과 달리 ‘강제진단’ 또는 ‘진단요청’이라는 용어를 구별하여 사용해 왔고, 양자는 다른 절차임을 강조해 왔다는 것은 오히려 피고인이 ‘입원’ 시도 자체를 숨기려고 했다는 것에 더 부합하는 사정이다.

- ⑪ 피고인이 설령 “공소외 3을 입원시키려고 강제력을 행사한 행위는 전혀 없었다”라거나, “공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 절차가 진단 단계에서 종료되었다”라는 점을 밝히려는 의도로 이 부분 발언을 하였다 하더라도, 이 부분 발언에서 피고인이 그러한 판단이나 절차에 관여하였는지 여부가 전혀 드러나지 않으므로, 피고인의 이 부분 허위사실공표에 대한 고의를 부정할 수 없다.

- ⑫ 위와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인은 이 사건 토론회에서 이 부분 발언을 하면서 "피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실"을 일반 선거인들에게 알리지 않기 위해 이를 의도적으로 숨겼다고 봄이 타당하다.

라) 피고인 및 변호인의 주장에 대한 판단

(1) 공소 범위에 관한 판단

피고인의 변호인은, 이 부분 공소사실은 피고인이 공소외 3에 대한 '위법한' 입원 시도를 한 적이 있음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것일 뿐, 피고인이 공소외 3에 대하여 '적법한' 입원 절차 개시를 지시하였음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것은 이 부분 공소사실에 포함되어 있지 않다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실의 문언과 검사의 이 부분 공소사실에 대한 의견 등을 종합하여 보면, 이 부분 공소사실의 범위가 피고인의 변호인의 주장과 같다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 허위사실공표의 대상으로서 '행위'에 해당하는지 여부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 피고인의 '의도'에 관한 내용일 뿐 '행위'에 관한 부분이 아니므로, 공직선거법 제250조 제1항의 구성요건인 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 허위 사실을 공표한 것이다.

그런데 피고인이 위 강제입원 절차를 지시하고 그에 따라 위 절차가 일부라도 진행되었는지 여부는 피고인의 주관적 내심의 영역에 머무르는 사항이 아니고, 피고인의 외부적 행동에 관한 사항이다.

또한 이는 후보자의 자질, 성품, 도덕성 등의 지표로 삼을 수 있는 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

따라서 이 부분 발언은 공직선거법 제250조 제1항에서 규정하는 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이라고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

(3) '당선될 목적'의 존부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회에서 상대 후보자의 공격적이고 악의적인 질문에 단순히 부인한 것에 불과하므로 피고인에게 '당선될 목적'이 없었다고 주장한다.

공직선거법 제250조 제1항의 '당선되거나 되게 할 목적'에 대하여는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족한데, 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법

원 2009. 1. 15. 선고 2008도10365 판결 등 참조). 위 법리에 비추어 살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 발언인데다가, 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

비록 이 발언이 피고인의 구 정신보건법 제25조의 절차 관여 사실을 숨김으로써 허위사실을 공표한 것으로 평가된 것이기는 하나, 그 내용은 피고인의 후보자로서의 자질과 성품 및 도덕성에 관한 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

피고인이 이 사건 토론회 당시 위 절차 관여 사실을 숨기지 말았어야 한다고 하여 이것이 피고인의 헌법 및 형사소송법상 '자기에게 불리할 진술을 강요당하지 않을 권리'를 침해하는 것이라고 볼 수도 없다(대법원 2018. 4. 24.자 2018초기306 결정 참조). 따라서 피고인이 이 부분 발언으로써 허위사실을 공표한 것에는 미필적으로나마 당선될 목적이 있었다고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

마) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있는데도, 이와 달리 판단한 원심 판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

5) 피고인이 절차를 중단시켰다는 부분에 관한 판단

가) 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차를 중단시킨 바 없는데도, 이 사건 토론회에서 자신이 위 절차를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.

나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언이 허위라거나, 피고인에게 허위사실을 공표한다는 고의가 있다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

① 앞서 인정한 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하였고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였다.

이러한 상황에서 피고인의 지시나 동의 없이도 위 절차가 중단될 수 있다고 보기는 어렵다.

② 2012년도에 성남시 부시장으로 재직한 공소외 34는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 2012. 가을경 자신을 찾아와 '공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차를 진행하게 되면 자신이 향후 형사책임을 질 수 있을 것 같아 힘들다'고 하여 자신이 공소외 4에게 그 일을 하지 말라고 지시하였다.

이후 피고인을 찾아가 공무원들이 힘들어 하고, 정치적으로도 무리가 있으니 위 절차를 그만두자고 건의하였다.

이에 피고인이 '다른 기관에 이 문제에 관한 유권해석 질의를 해 놓고 위 절차를 종료하자'고 말했다"라는 취지로 진술하였다.

공소외 34의 위 진술에 따르면, 피고인은 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차를 중단시켰다고 볼 수 있다.

③ 검사는 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 공소외 4의 자의에 의한 포기로 중단된 것이라고 주장한다. 그러나 공소외 4가 2012. 8. 17. 공소외 3을 만나러 >>경찰서로 갔으나 공소외 3을 만나지 않고 복귀한 이후에도, 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하며 질책하기도 하였고, 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질 의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

④ 그런데 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차가 별달리 진행된 바 없다.

이러한 상황 역시 피고인이 위 절차 진행을 중단시키기로 했기 때문이라고 보인다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 기타 부분에 관한 판단

가) 한편, 이 부분 공소사실 중 "사실 공소외 3은 2013. 3.경 교통사고를 당해 그 사고의 후유증으로 우울증 등을 앓게 되었으며, 2014.경에 이르러 그 우울증이 심해져 부인인 공소외 11과 딸인 공소외 16이 2014. 11.경 ∇∇정신병원에 공소외 3을 입원시켰을 뿐 2012.경 당시에는 정신병이 있다고 전문의의 진단이나 치료를 받은 사실이 없었고, 공소외 11과 공소외 16도 공소외 3에게 정신적으로 문제가 있다고 생각을 하지 않았음에도" 피고인의 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였다는 부분에 대해서는 원심 판결에서 명시적으로 판단된 바 없고, 검사도 이 부분에 관하여 항소이유를 제출하지 않았다.

나) 직권으로 살피건대, 앞의 직권남용권리행사방해의 점에 관한 판단에서 살펴본 바와 같이, 이 부분 공소사실 기재 일 시 무렵에도 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하고, 공소외 3이 2002. 2.경 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

따라서 이 부분 발언도 허위사실이라거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵다.

5. 검사사칭 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 5. 29. 23:00경 KBS 스튜디오에서 진행한 "2018 지방선거 경기도지사 후보 KBS 초청 토론회"에서 검사 사칭 여부에 대한 바른미래당 공소외 6 후보자의 질문에 "제가 한 게 아니고, 피디가 사칭하는데 제가 옆에 인터뷰 중이었기 때문에 제가 그걸 도와주었다는 누명을 썼습니다", "저는 검사를 사칭해 전화를 한 일이 없습니다.

피디가 한 것을 옆에서 인터뷰 하고 있었다라는 이유로 제가 도와 준 걸로 누명을 썼습니다.

“라고 답변하고, 이어 추가시간을 요청한 뒤 “파크뷰 특혜분양사건이라고 기억하시는 분들 많으실 것입니다.

파크뷰 특혜분양사건을 제가 추적해서 폭로했습니다.

그래서 제가 고소당했지요. 어떤 모 방송에서 저를 인터뷰를 했는데 인터뷰를 할 때 전화가 걸려 온 거예요 시장에서. 그래서 그분이 전화로 내가 어디 어디 검사인데 사실대로 얘기하라 이렇게 이야기했죠. 저는 일보고 있었습니

다. 이거를 제 사무실에서 인터뷰 중에 한 것을 걸어서 제가 도와준 걸로 됐다는 것 말씀드리고요.”라고 부연 발언하였

그러나 사실 “분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건”에 관한 보도자료를 수집하던 KBS ‘추적60분’ 담당 프로듀서 공소외 12가 2002. 5. 10. 변호사 피고인 법률사무소 내 피고인의 집무실에서 피고인과 인터뷰 도중 당시 성남시장 공소외 35로부터 전화를 받고 피고인과 무관하게 ♠모 검사를 사칭하며 공소외 35와 통화한 것이 아니라 피고인이 공소외 35로부터 전화를 달라는 음성메시지를 받은 공소외 12에게 사칭할 수원지방검찰청 검사의 이름과 물어볼 질문의 요지를 알려준 다음 공소외 12가 위 ♠모 검사를 사칭하여 공소외 35와 통화를 시작하자 메모지에 추가질문사항을 적어주거나 나지막한 목소리로 설명을 해 주는 등 공소외 12와 공모하여 피고인과 공소외 35 간의 형사사건을 담당하는 수원지방검찰청 검사를 사칭하여 그 권한을 행사하였고 그로 인해 형사처벌을 받았다.

이로써 피고인은 당선될 목적으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 경력 내지 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 공소외 12가 검사를 사칭하는 전화를 하고 있을 당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

피고인의 이 부분 발언에는 인터뷰 중 구체적으로 어떠한 내용 때문에 검사사칭을 도운 것으로 평가되었는지에 관하여 아무런 발언이 없으므로, 피고인이 검사사칭과 무관한 행위를 하던 중 공소외 12가 검사를 사칭하게 되었다는 사실을 공표하였다고 볼 수 없다.

또한, 공소외 36의 진술 등에 비추어 보면, 피고인이 당시 ‘일 보고 있었다’라는 발언도 허위라고 보기 어렵다.

② 공소외 12가 검사사칭을 할 당시 공소외 35에게 전화를 건 것임에도, 피고인이 ‘공소외 12가 공소외 35로부터 전화를 받았다’는 취지로 발언한 부분은 의도적 행위가 아니라 착각 내지 오인일 가능성이 크므로, 허위사실공표의 고의가 없다.

③ 검사사칭을 도운 것으로 누명을 썼다는 취지의 발언은 그 처벌이 부당하다거나 억울한 결과라는 의미이고, 이 표현을 사실의 적시라고 볼 수 없다.

피고인이 검사사칭으로 처벌받은 것이 억울하다는 의미도 다의적이어서 공소외 12가 피고인과 무관하게 검사사칭 행위를 하였다고 발언한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 개별 허위사실을 주장하지 않은 이상 이 부분 누명을 썼다는 표현은 사실의 공표로 보기 어렵고, 피고인의 입장표명 내지 평가 정도의 발언에 불과하다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 '허위의 사실'이란 진실에 부합하지 아니하는 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다.

이때 어떤 진술이 사실주장인지 또는 의견표현인지를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법 취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제된 말이 사용된 문맥, 증명가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2015도3038 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인의 검사사칭 전과

(1) 피고인은 수원지방법원 성남지원 2002고합113호로 "피고인이 공소외 12와 공모하여 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다"는 내용의 공무원자격사칭 등의 혐의로 구속기소되었다.

위 법원은 2002. 11. 13. 피고인의 위 공무원자격사칭 혐의와 공소외 35에 대한 무고 혐의를 유죄로 인정하여 피고인을 벌금 250만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다.

(2) 위 사건의 항소심은 2003. 7. 1. 피고인의 공무원자격사칭 혐의에 관한 항소이유 주장을 배척하면서, 다만 제1심의 형이 다소 무겁다는 이유로 피고인을 벌금 150만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다(서울고등법원 2002노3184).

(3) 위 사건의 상고심은 2004. 12. 24. 위 판결에 대한 피고인과 검사의 상고를 모두 기각하였고(대법원 2003도4065), 위 판결이 그대로 확정되었다(이하 '관련 형사판결'이라 한다).

나) 피고인의 토론회 발언

2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) 이 부분 발언이 사실주장인지 의견표현인지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언은 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 주장한 것이라기보다는 '공무원자격사칭죄로 유죄확정판결을 받은 것은 자신의 입장에서 볼 때는 억울하다'는 취지의 의견을 표현한 것이라고 봄이 타당하다.

① 피고인은 1999. 9.경부터 '분당 백궁·정자지구 파크뷰'가 특혜로 용도변경되었다고 주장하면서 그 용도변경 반대운동을 해 왔고, 1999. 11.경 구성된 '분당 백궁역 일대 부당용도변경 저지를 위한 공동대책위원회'의 공동집행위원장으로 선임되기도 하였다.

② KBS '추적60분' 취재팀은 2002. 5. 초경 당시 의혹으로 크게 부각된 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'을 기획취재하기로 하였다.

이에 그 담당 피디로서 공소외 12를 비롯하여 공소외 37, 공소외 38 등이 그 무렵 피고인에게 위 사건에 관하여 여러 문의를 하였고, 공소외 12는 2002. 5. 8.경 무렵 피고인의 변호사사무실을 방문하여 피고인으로부터 위 사건에 관한 설명을 듣고 관련 자료를 받아 오기도 하였다.

③ 공소외 12는 2002. 5. 10. 재차 피고인을 만나려고 피고인의 변호사사무실을 방문하였을 당시 공소외 35와 이 사건 검사사칭 통화를 하게 되었다.

이후 피고인은 공소외 12로부터 위 검사사칭 통화 내용이 담긴 녹음테이프를 받고 2002. 5. 23. 성남시청에서 기자회견을 하면서 공소외 35가 위 통화 중 발언한 내용을 공개하였다.

④ 공소외 35는 2002. 5. 25. 피고인과 공소외 12를 공무원자격사칭 및 공직선거법위반 등의 혐의로 고소하였다.

피고인은 이로 인하여 수사를 받던 중 검사의 2002. 6. 1.자 소환 요구에 불응하면서 위 사건이 정치적으로 악용되는 것을 막기 위해 당시 지방선거일인 2002. 6. 13.이 지난 후에 검사의 소환에 응하겠다고 하였다.

피고인은 자신에 대한 체포영장이 2002. 6. 5. 발부되었음에도 위 지방선거 이후인 2002. 6. 28.에서야 검찰청에 출석하여 당일 체포되었으며, 2002. 7. 1. 구속되어 2002. 7. 4. 공무원자격사칭 등의 혐의로 기소되었다.

⑤ 피고인은 그 수사 및 재판 과정에서 "검찰이 예단을 가지고 피고인에 대하여 구속방침을 세워둔 채 악의적으로 사건을 조작하며 수사하였다"는 취지로 주장하였다.

한편, '민주사회를 위한 변호사모임'은 2002. 7. 18.경 국가인권위원회에 피고인에 대한 위 수사과정에 부당한 문제가 있다는 취지로 진정하기도 하였다.

⑥ 피고인에 대한 위 형사재판에서 결국 관련 형사판결이 선고되어 확정되었는데, 여기에서 인정된 피고인에 대한 공무원자격사칭의 범죄사실은 구체적으로 다음과 같다.

한국방송공사 "추적 60분" 프로그램에서 프로듀서로 재직한 공소외 12는 2002. 5. 18. 22:00경 KBS에서 방영될 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'에 관한 보도자료를 수집하기 위해 성남시장과 위 파크뷰 시행업체인 에이치원(H-1)개발 주식회사 회장 공소외 39 등과의 유착의혹 및 이들의 배후를 취재함에 있어 2002. 5. 10. 10:59경 전 성남시장 공소외 35의 전 수행비서 공소외 40에게 전화하여 "검찰청"이라고 자신 측을 소개하고, 같은 날 11:26경 성남시청 시장 비서실에 전화하여 소속 직원인 공소외 41에게 자신 측을 "검찰청 검사실"이라고 소개하며 각 공소외 35와의 통화를 시도하였는데, 공소외 12가 같은 날 11:28경 피고인의 법률사무소 내 집무실에서 취재 목적으로 KBS에서 제공받아 사용중인 핸드폰에 공소외 35로부터 자신의 핸드폰으로 전화를 해달라는 내용의 음성

메시지가 녹음되어 있는 것을 확인하자, 피고인은 공소외 12로 하여금 공소외 35와 피고인간에 맞고소하여 수사중인 업무상 배임 및 명예훼손 사건의 주임검사인 수원지방검찰청 ♠모 검사의 자격을 사칭하여 마치 위 ♠검사가 공소외 35를 상대로 위 맞고소 사건에 관하여 전화로 그 의혹 및 배후관계 등에 조사하는 것처럼 하려고 공소외 35에 대한 질문사항을 사전에 공소외 12에게 개략적으로 설명하면서 통화중 그때그때마다 메모지에 추가로 작성하여 보여주고, 공소외 12는 공소외 35에게 전화를 걸어 위 메모지에 기재된 내용을 가지고 질문하여 그 답변을 얻어내고 카메라담당 공소외 42, 오디오담당 공소외 36로 하여금 이를 녹취하게 하여 보도하기로 하고, 공소외 12와 공동하여, 공소외 12는 피고인에게 "수원지검에 경상도 말을 쓰는 검사 중 아는 사람 있어요"라고 물어 피고인이 "수원지검에 ♠모 검사가 있는데 시장도 그 이름을 대면 잘 알 겁니다"라고 대답하자, 공소외 12는 공소외 35에게 "수원지검 ♠검사입니다, 수사 중에 아니 조사하는 과정에서 시장님께 확인을 받아야 할 일이 있어서 전화를 하였습니다, 제가 조사하는 참고인이 시장님께서 ♡회장으로부터 은갈치를 받았고 ♡회장과 골프를 쳤다고 진술하는데 그 부분에 대하여 시장님의 확인을 받고 싶어서 전화를 하였습니다.

시장님께 도움을 드리려고 그러니까 좀 상세하게 말씀해 주시기 바랍니다"라고 마치 위 사건을 수사중인 ♠검사인 양운을 뎀 다음 공소외 35를 상대로 사칭하는 통화를 시작하였고, 피고인은 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 위 공소외 35에 대한 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명하고, 이에 따라 위 공소외 12는 공소외 35에게 "분당 백궁지구 용도변경은 누구의 부탁을 받고 한 것은 아닌가, 파크뷰의 ♡회장에게서 은갈치를 받고 함께 골프를 치는 등 친분관계가 있는 것으로 알고 있는데 ♡회장으로부터 부탁을 받고 설계변경을 한 것은 아닌가, 선거 때 ♡회장이 도와주었는가, 왜 성남시 부시장이 ♡회장의 골프클럽하우스의 사무실을 사용하였는가, ♡회장이 성남지청과 수원지검 검사들과 어울려 골프를 쳤다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 박모 비서관과 이모부장검사가 시장과 가깝게 지낸다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 작년에 ♡시장이 고소한 내용의 수사가 그 당시 왜 지연되었는가" 등에 관하여 마치 검사가 공소외 35를 상대로 피의자신문하듯이 유도 질문을 하며 그 답변을 얻어내는 등으로 조사하여 공무원인 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다.

⑦ 위와 같이 공무원자격사칭에 관한 피고인의 객관적인 행위는 ㉠ 공소외 12에게 ♠모 검사의 이름을 알려주면서 시장도 그 이름을 대면 잘 알 것이라고 말한 행위와 ㉡ 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명한 행위이다.

⑧ 그러나 피고인은 위 형사재판을 받는 동안 ㉢ 당시 공소외 12에게 취재 대상사건의 내용과 그 관련사건을 담당하는 검사의 이름을 알려주었을 뿐, 공소외 12가 검사를 사칭하려는 것을 몰랐고, ㉣ 공소외 12가 공소외 35와 통화할 당시 일을 하다가 중간 중간 카메라 스피커로 공소외 12의 통화내용을 엿들었을 뿐 공소외 12에게 질문할 사항을 알려준 적은 없다고 주장하면서 공소외 12와의 공모관계를 적극 부인하였다.

⑨ 위 사건에서 법원은 공소외 12 및 위 공소외 42, 공소외 36의 각 진술의 신빙성을 인정하여 피고인의 위 주장을 배척하고 관련 형사판결을 선고하면서도, 그 범행의 동기나 경위에 관한 피고인의 변소를 일부 고려하여 공소장에 기재된 공소사실 일부를 아래와 같이 다소 수정하여 위 범죄사실을 인정하였다(양자에 차이가 있는 부분 중 주요 부분

을 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다)

- ⑩ 특히 위 공소사실에서는 피고인이 먼저 공소외 12에게 검사사칭 통화를 하라고 부추겼다는 취지로 기재되어 있으나, 관련 형사판결의 범죄사실에서는 공소외 12가 먼저 검찰청을 사칭하는 통화를 시도한 이후 피고인과 공소외 12가 검사사칭을 공모하였다고 기재되어 있다.

공소외 12도 당시 검찰 수사과정에서 "피고인이 자신에게 검사사칭을 부추겼다는 부분은 사실과 다른 것 같다.

사칭은 제가 먼저 우연히 시작을 하였고 부추김을 받아 한 것은 아니기 때문이다"라고 진술하였고(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1026면), 제1심 증인으로 출석하여서도 같은 취지로 진술하였다(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1772, 1814면).

[다만 그 항소심은 위 공소사실과 같이 '피고인이 공소외 12와 공소외 35의 통화 도중 공소외 35의 답변을 듣고 있다가 공소외 12에게 손가락으로 동그랗게 만들어 만족한 답변이 나왔다는 취지의 사인을 보내기도 한 사실'은 인정된다 고 판단하였다(서울고등법원 2002노3184, 증거기록 제16권에 편철된 수사기록 494면)]

- ⑪ 피고인으로서 위와 같이 관련 형사판결에 이르기까지 일련의 경위나 과정에 비추어 자신이 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'의 의혹을 폭로하면서 공소외 35의 통화 중 발언 내용을 공개한 탓에 피고인이 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담한 것으로 평가되거나 구속까지 된 것이어서 억울하다는 인식을 가졌으리라고 볼 여지가 있다.

- ⑫ 피고인은 2018년 경기도지사선거에서 자신의 선거공보물 중 전과기록 '소명서' 란에 관련 형사판결의 범죄사실에 관하여 "시민운동가로서 공익을 위해 분당파크뷰 특혜분양 사건 진상규명과 고발 과정에서 발생. 특혜분양사건 대책위 집행위원장이던 후보자를 방송PD가 인터뷰하던 중 담당 검사 이름과 사건 중요사항을 물어 알려주었는데, 법정 다툼 끝에 결국 검사사칭을 도운 것으로 판결됨"이라고 기재하였다.

위 소명문구는 관련 형사판결에 대한 자신의 입장이나 의견을 개진한 것이라 할 것인데, 피고인의 이 부분 발언은 위 소명문구의 내용과 크게 다르지 않다고 보인다.

⑬ 위와 같은 사정에다가 피고인의 이 부분 발언이 TV합동토론회에서 한 표현인 점, 그 발언의 전체적인 맥락과 사용된 구체적 표현, 특히 피고인이 이 부분 발언을 하는 과정에서 "보복을 당했다고 생각한다"라고 표현하기도 한 점을 종합하여 고려할 때, 피고인의 이 부분 발언의 전반적인 취지는 피고인이 관련 형사판결에서 검사사칭으로 처벌받은 것에 대해서 일반 유권자들에게 그 범죄사실에 관한 자기 나름의 경위와 과정을 설명하며 관련 형사판결로 처벌받은 것은 억울하다는 취지라고 이해되고, 피고인의 관련 형사판결에 대한 이러한 입장표명이 이 부분 발언의 결정적인 요소라고 봄이 타당하다.

4) 허위사실의 공표인지 여부 및 그에 대한 고의가 있는지 여부에 대한 판단

예비적으로 판단하건대, 비록 피고인이 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 공표한 것이라고 볼 여지가 있다고 하더라도, 검사가 제출한 증거만으로 피고인에게 그 허위사실공표의 고의가 있다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기도 어렵다.

① 피고인의 이 부분 발언 중 "검사사칭 통화를 한 사람은 피고인이 아니라 방송국 피디이다"는 부분과 "당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었다"는 부분은 관련 형사판결의 범죄사실을 보더라도 허위사실이라고 보기 어렵고, 대체로 사실에 부합한다.

또한, 피고인의 이 부분 발언 중 "당시 피고인이 일 보고 있었다"는 부분 역시 위 각 증거에 비추어 보면 허위사실이라고 인정하기 어렵다.

다만 피고인의 이 부분 발언 중 "공소외 35로부터 먼저 전화가 걸려와 공소외 12가 검사사칭을 하기 시작했다"는 부분은 위 범죄사실과 다르기는 하나, 이는 그 경위에 관하여 사실과 약간 다르거나 중요한 부분에서 차이가 있다고 보기 어려운 부분이다.

그 외에 피고인의 이 부분 발언 중 관련 형사판결의 범죄사실과 전혀 다른 내용이 있거나 그와 모순·저촉되는 내용이 포함되어 있다고 보기는 어렵다.

② 피고인은 관련 형사판결의 수사단계에서부터 현재에 이르기까지 일관하여 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담하지 않았다고 주장하고 있다.

따라서 피고인이 현재에 이르러 그와 같이 주장한다 하여 허위사실공표의 고의가 있는 것이라고 단정하기 어렵다.

③ 관련 형사판결에서 인정된 피고인의 범죄사실은 그 판결문을 보면 누구나 쉽게 확인할 수 있으므로, 피고인이 굳이 위 범죄사실에 반하는 허위사실을 적극적으로 공표할 동기나 이러한 공표로 인하여 피고인이 얻을 이익을 생각하기 어렵다.

5) 소결론

원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 대체로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 선거공보물을 이용한 허위사실공표

피고인은 2018. 5. 중순경 자신의 책자형 선거공보물(이하 '이 사건 선거공보물'이라 한다)을 제작·배포하면서 선거공보물에 "[결재 한 번에 5,503억 원 번 사업] 결재 한 번으로 5,503억 원을 벌었다면 믿으시겠습니까? 성남시에서 실제로 벌어진 이야기입니다.

(중략) 성남시는 개발이익금 5,503억을 고스란히 시민의 몫으로 환수했습니다.

(중략) 이 중 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에, 2,761억 원은 1공단 공원 조성 사업비로 사용되었고, (후략)"라고 기재한 뒤 2018. 6. 2.부터 6. 3.경 사이에 이 사건 선거공보물 5,262,380부를 경기도선거관리위원회를 통해 유권자들에게 배포하였다.

그러나 피고인이 성남시장으로 재직하면서 개시한 성남시 대장동 일대 도시개발사업의 구조는 성남도시개발공사와 ●●은행, ▲▲은행 등으로 구성된 민간 컨소시엄에서 특수목적법인(SPC)을 설립하여 개발사업을 시행하되 민간 컨소시엄에서 개발에 필요한 자금을 조달하여 그 비용으로 대장동 지역 기반시설(터널, 확장된 진입로 및 배수지 등)과 1공단 부지 공원조성공사를 진행하는 구조로서, 성남도시개발공사와 민간 컨소시엄은 위와 같이 조성된 기반시설과 공원을 성남시에 무상으로 귀속시키고 대장동 내 임대주택부지 또는 그 환가대금을 배당 형태로 성남시에 지급하기로 약정하였을 뿐 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 실제로 5,503억 원 상당의 개발이익금이 성남시로 귀속된 바 없었다.

대장동 지역 배후시설 조성비 920억 원의 경우 확정된 공사금액이 아닌 추산치에 불과할 뿐만 아니라 선거일인 2018. 6. 13. 당일에 위 각 배후시설에 대한 착공조차 이루어지지 않았고 배후시설비로 집행된 금액은 설계비 등 약 9억 원에 불과하여 관련 조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정되거나 귀속된 사실이 없었다.

1공단 부지 공원조성 사업비 2,761억 원 또한 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 토지보상비 및 PF 대출수수료 등 합계 약 1,254억 원만이 지출되었을 뿐이고, 성남지원 및 성남지청 신청사 이전을 둘러싼 성남지원의 예정부지 면적 확대 및 공원조성공사 잠정 유보요청 등으로 인해 공원조성공사가 착공도 되지 않았으며, 이 사건 사업시행 이전 1공단 부지 도시개발사업 관련 권리자였던 ■■■■■■■■■■■■■■■■■ 주식회사가 성남시 등을 상대로 소가 2,511억 원 상당의 손해배상의 소를 제기하여 해당 민사소송이 계속 중이었으므로 1공단 부지 공원조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정되거나 귀속된 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 이 사건 선거공보물에 위와 같은 내용을 기재한 뒤 선거관리위원회를 통해 이를 배포함으로써 당선될 목적으로 선거공보물 배포에 의한 방법으로 후보자에게 유리하도록 후보자 자신의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

2) 선거유세에 의한 허위사실공표

피고인은 2018. 6. 11. 17:00경 김포시 사우동에 있는 사우사거리에서 진행된 경기도지사 후보자 선거유세연설 중 피고인의 연설을 청취하는 불특정 다수의 유권자들에게 "(전략) 자그마치 얼마를 번지 아십니까? 자그마치 5,503억 원을 한 푼도 안 들이고 성남시 수입으로 만들었습니다.

(중략) 그래서 5,503억 원을 벌여가지고 제가 신나게 썼습니다.

1,000억은 그 주변에 터널 만들고 도로 만드는 데 썼습니다.

(후략)"라고 발언하였다(이하 '이 사건 유세연설'이라 한다).

그러나 성남시로 귀속될 예정인 5,503억 원의 개발이익금은 성남도시개발공사와 민간컨소시엄간의 약정에 불과하였고 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 실제로 5,503억 원 상당의 개발이익금이 성남시로 귀속된 바 없었으며, 대장동 지역 배후시설 조성비 920억 원의 경우 확정된 공사금액이 아닌 추산치에 불과하고 각 배후시설에 대한 착공조차 이루어지지 않았을 뿐만 아니라 집행된 금액은 약 9억 원에 불과하여 관련 조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개

발이익 내지 개발이익금이 확정 내지 귀속된 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 불특정 다수의 유권자들에게 위와 같은 내용의 발언을 함으로써 당선될 목적으로 연설에 의한 방법으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 대장동 도시개발사업의 개발이익 환수구조에 의하면 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용에 다소 부정확하거나 부적당한 부분이 있기는 하나, 그 판시와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 그 각각의 표현은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있는 정도에 불과하다 할 것이어서 이를 허위의 사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하다.

하지만, 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등).

또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 대장동 도시개발사업에 관한 기초적 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 성남시의 제1공단 도시개발사업 추진 경위

(1) 주식회사 ◆◆◆◆◆는 성남시에 '성남산업단지 제1공단'이 있었던 성남시 수정구 신흥동 2458 일대(이하 '제1공단 부지'라 한다)를 도시개발구역으로 지정할 것을 제안하였다.

성남시는 위 제안을 받아들여 2009. 5. 15. 시행자를 지정하지 아니한 채 제1공단 부지 84,235㎡를 '성남신흥 도시개발 구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '제1공단 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발사업계획을 수립하여 고시하였다.

- (2) 이후 ■■■■■■■■■■■■ 주식회사(이하 '■■■■■■■■'라 한다)가 2009. 9. 1.경 주식회사 ◆◆◆◆◆로부터 제1공단 도시개발사업과 관련된 권리를 양수하였다.
- (3) ■■■■■■■■는 2010. 5. 25.경 성남시에 제1공단 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2010. 7. 6. 이를 반려하였다.
- 이에 ■■■■■■■■가 경기도행정심판위원회에 재결을 신청하였고, 위 행정심판위원회는 2010. 12. 30. 위 반려처분이 위법하다고 보아 이를 취소하였다.
- 그러나 성남시는 2011. 5. 2. 새로운 처분사유가 있다는 이유로 ■■■■■■■■의 위 신청을 재차 반려하였다.
- 는 2011. 6. 7.경 다시 성남시에 위 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2011. 8. 16. 위 신청도 반려하였다(이하 위 2011. 5. 2.자 반려처분과 2011. 8. 16.자 반려처분을 통틀어 '이 사건 거부처분'이라 한다).
- (4) 성남시는 2012. 5. 29. 위 성남신흥 도시개발구역에 대하여 그 도시개발구역 지정·고시일로부터 3년이 되는 날까지 실시계획 인가가 신청되지 아니하였다는 이유로 도시개발법 제10조 제1항 제1호에 따라 도시개발구역 지정 해제를 고시하였다.

나) 성남시의 대장동 도시개발사업 추진 경위

- (1) 성남시는 2011. 3.경 이 사건 대장동 부지를 공영개발 방식으로 개발하는 방안을 추진하였다.
- 이에 성남시는 2011. 3. 24. 성남시 분당구 대장동 210 일원(이하 '이 사건 대장동 부지'라 한다) 910,000㎡를 '성남대장 도시개발구역'으로 지정고시하였다.
- (2) 이후 성남시는 2013.경 이 사건 대장동 부지와 제1공단 부지를 하나의 도시개발구역으로 결합하여 개발하기로 하였고, 이에 2014. 1. 24. 위 성남대장 도시개발구역 지정 해제를 고시한 다음 2014. 5. 30. 이 사건 대장동 부지 912,868㎡와 제1공단 부지 56,022㎡를 묶어 '성남 대장동·제1공단 결합 도시개발구역'으로 지정고시하였다.
- 성남시는 2015. 6. 15. 위 대장동·제1공단 결합도시개발사업(이하 '이 사건 결합도시개발사업'이라 한다)의 개발계획을 수립하여 고시하였는데, 이에 의하면 위 개발계획에 속한 제1공단 부지 56,022㎡는 모두 공원, 도로 등의 도시기반 시설용지로 이용하기로 계획되었다.
- (3) 한편, 성남시가 100% 출자하여 2013. 9. 12. 설립된 성남도시개발공사는 2014. 4. 1. 성남시로부터 이 사건 결합도시개발사업 업무를 위탁받는 내용의 협약을 체결하였다(공판기록 제2권 659면). 성남도시개발공사는 2015. 2. 13.경 이 사건 결합도시개발사업의 자금조달 등의 역할을 할 민간사업자를 공모하였고, 그 공모절차에서 주식회사 ●●은행, 주식회사 ▲▲은행 등으로 구성된 컨소시엄(이하 '●●은행 컨소시엄'이라 한다)이 그 민간사업자로 선정되었다.
- (4) 성남도시개발공사는 2015. 6. 15. ●●은행 컨소시엄과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 사업협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 37면, 이하 '이 사건 사업협약'이라 한다)을 체결하였다.

이 사건 사업협약에 따르면, 성남도시개발공사가 과반의 주식 지분(50% + 1주)을 보유하고 ●●은행 컨소시엄이 그 나머지 주식 지분(50% - 1주)을 보유하는 특수목적법인을 설립하여 위 사업을 시행하기로 하는 한편(제9조, 제10조 등), 성남도시개발공사에 대한 사업이익 우선배분과 관련하여, ① 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 데 드는 비용 2,561억 원 전액을 위 사업비에서 충당하고, 이와 별도로 제1공단 공원조성에 부가하여 지하주차장을 건립하되 그 비용도 위 사업비에서 충당하기로 하며(1차 이익배분), ② 개발완료 후 이 사건 대장동 부지 중 임대주택용지 A11 블록(이하 '이 사건 임대주택용지'라 한다)을 성남도시개발공사에 제공하기로 하되, 성남도시개발공사는 이 사건 임대주택용지 대신 현금 정산을 요청할 수 있다고(2차 이익배분) 정하였다(제13조 제5항).

- (5) 또한, 성남도시개발공사는 2015. 6. 22. ●●은행 컨소시엄 측과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 주주협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제4권 645면, 이하 '이 사건 주주협약'이라 한다)을 체결하였는데, 이에 의하면, 이 사건 사업협약에 따라 성남도시개발공사에 제공하기로 한 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하되, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우 위 1,822억 원에서 공급 시점의 이 사건 임대주택용지의 감정가액 이내에서 결정한 공급가액을 공제한 나머지 금원을 성남도시개발공사에 지급하기로 하였다(제3조 제5항).
- (6) 이 사건 사업협약에 따라 그 특수목적법인으로서 '★★★★ 주식회사'(이하 '★★★★'이라 한다)가 2015. 7. 27. 설립되었고, 성남시는 2015. 8. 19. ★★★★★을 이 사건 결합도시개발사업의 사업시행자로 지정하였다.

- (7) 그런데 ■■■■■■가 제1공단 도시개발사업과 관련하여 성남시장을 상대로 제기한 이 사건 거부처분 취소소송의 항소심에서 2015. 8. 18. '이 사건 거부처분은 위법한 처분사유에 기초하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다'는 이유로 이 사건 거부처분을 취소하는 판결(서울고등법원 2014누6892)이 선고되었다.

[다만 위 항소심 판결의 상고심은 2016. 2. 18. "도시개발법 제10조 제1항 제1호는 도시개발사업 시행자의 지정 여부에 관계없이 도시개발구역이 지정·고시된 날로부터 3년이 되는 날까지 실시계획의 인가 신청이 없을 경우 일률적으로 적용되어야 한다"는 이유로 위 항소심 판결을 파기하고, ■■■■■■의 소를 각하한 원심 판결을 유지하는 취지의 항소기각 판결을 선고하였다(대법원 2015두3362)]

- (8) 성남도시개발공사는 2016. 1.경 위 항소심 판결 등으로 인해 이 사건 결합도시개발사업 전체에 차질이 생길 것을 우려하여 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하는 한편, 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 도시계획시설사업(이하 '제1공단 공원조성사업'이라 한다)은 위 도시개발사업과 별개로 ★★★★★이 사업비를 부담하여 시행하는 방안을 추진하였다.

●●은행 컨소시엄 측이 위와 같은 방안에 동의함으로써 ★★★★★은 2016. 1.경 성남시에 위와 같은 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가 등을 신청하는 한편, 2016. 10. 25. 성남시에 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원조성사업을 시행할 것을 확약한다는 내용의 '이행확약서'(공판기록 제1권 345면)를 제출하였다.

- (9) 성남시는 2016. 11. 8. 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하고 이 사건 대장동 부지 912,255㎡만 '성남 판교대장 도시개발구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '이 사건 대장동 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가를 고시하였다.

그런데 위 실시계획인가조건으로 ① 사업자인 ★★★★★이 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원 조성사업을 시행하여야 하고, ② 사업구역 외 기반시설(이하 '이 사건 기반시설'이라 한다)로서 ㉔ 북측 터널 조성, ㉕ 남측 진입로(대장IC 진출입로) 확장, ㉖ 상수도 공급을 위한 배수지 신설 등을 시행하여야 한다는 점이 부가되었다.

(10) 한편, 성남시는 2017. 3. 7. 제1공단 공원조성사업에 관한 계획결정을 고시하고, 2017. 6. 16. 그 사업시행자로 ★★★★★을 지정하는 한편 그 실시계획인가고시를 하였다.

그 사이에 ★★★★★은 2017. 3. 30. 성남시에 향후 제1공단 공원조성사업 시행 후 그 공원을 성남시에 기부채납할 때 성남시를 상대로 민·형사상 일체의 소송을 제기하지 않겠다는 내용의 '부제소특약확약서'(공판기록 제1권 347면)를 제출하였다.

3) 판단

가) 앞서 본 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행 경위에도가 원심과 당심에서 적법하게 채택한 증거들을 종합하여 인정되는 아래 사실이나 사정을 종합하여 보면, 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용은 모두 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현에 불과하다 할 것이어서 이를 허위사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거만으로 피고인이 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용의 허위성을 인식하였다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업시행자인 ★★★★★은 이 사건 대장동 부지에 택지를 조성한 후 이를 제3자에게 분양하여 그 매각대금을 받는 방식으로 그 사업수익을 얻게 된다.

한편, ★★★★★은 이 사건 사업협약, 이 사건 주주협약, 2016. 10. 25.자 이행확약서, 이 사건 대장동 도시개발사업의 실시계획인가조건, 2017. 3. 30.자 부제소특약확약서 등을 통해 위와 같은 사업수익을 가지고 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함)과 이 사건 기반시설 설치사업을 직접 시행하면서 그 각 사업비를 부담하는 한편, 성남 도시개발공사에 이 사건 임대주택용지를 주거나 그 공급가액 상당의 현금을 지급하기로 하였다.

★★★★이 부담하는 위와 같은 민사상·공법상 채무는 모두 이 사건 선거공보물 배포나 이 사건 유세연설 이전에 발생한 것이고, 위와 같은 채무가 먼저 이행되어야 이 사건 대장동 도시개발사업의 민간사업자인 ●●은행 컨소시엄 측이 그 사업이익을 얻을 수 있다.

② 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 성남시의 별도 예산 지출 없이 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업이 시행되는 것은 성남시의 이익 또는 공공의 이익이 된다고 볼 수 있다.

성남도시개발공사가 이 사건 임대주택용지나 그 공급가액 상당의 현금을 지급받는 것은 성남도시개발공사가 성남시의 100% 출자로 설립된 공사라는 점에서 그 최종적 이익이 성남시의 이익으로 귀속된다고 볼 수 있다.

이는 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익에 관하여 현금을 수령하지 않는다고 하여 달리 볼 수 없다.

- ③ 이 사건 사업협약에 의하면, 제1공단 공원조성사업의 사업비를 2,561억 원으로 정하는 한편, 그 실제 사업비가 그보다 적게 들 경우에도 그 감소 금액을 모두 성남도시개발공사에게 귀속시킨다는 취지로 정하였고, 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 추후 정하기로 하였는데, 2017. 3.경 그 지하주차장 건립비용이 약 200억 원으로 추산되었다.

또한 이 사건 주주협약에 의하면, 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하는 한편, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우에는 적어도 1,822억 원을 성남도시개발공사에 지급하기로 정하였다.

- ④ 이 사건 기반시설 설치사업은 이 사건 대장동 도시개발사업에 대한 실시계획인가 무렵 ●●은행 컨소시엄 측이 성남시의 요구를 수용함에 따라 ★★★★★이 그 사업비를 추가로 부담하여 시행하기로 한 것이다.

이 사건 기반시설 설치사업비는 위 실시계획인가 당시 ●●은행 컨소시엄 측이 도시계획설계 업체에 의뢰하여 받은 추정가액에 따라 총 920억 원(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)으로 추산되었다.

- ⑤ 위 각 사업비의 합계액이 이 부분 표현에서 말하는 개발이익금 5,503억 원(= 제1공단 공원조성사업비 2,561억 원 + 지하주차장 건립비용 약 200억 원 + 이 사건 임대주택용지의 공급가액 1,822억 원 + 이 사건 기반시설 설치사업비 약 920억 원)인데, 위와 같은 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업구조와 그 개발이익 배분방법 및 규모에다가 다음과 같은 진술이나 사정 등을 종합하여 보면, 성남시는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시 이 사건 대장동 도시개발사업에 따른 위 각 사업의 시행으로 인해 그 개발이익을 얻을 개연성이 매우 높은 상황이었다고 볼 수 있다.

즉 ㉠ ●●은행 컨소시엄 소속 주식회사 ▼▼▼▼자산관리의 대표자 공소외 43은 수사기관에서 "2017. 3.경에는 성남시가 개발이익금 5,503억 원을 확보할 가능성이 높은 시점이었고, 2018. 2.경에는 천재지변이 일어나지 않는 이상 이 사건 대장동 도시개발사업이 실패할 확률은 거의 사라진 상태였다"라고 진술하였고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면), 원심 증인으로 출석하여 "성남시는 2108. 6. 13. 기준으로 이 사건 대장동 도시개발사업으로 총 5,503억 원의 이익을 거의 확정적으로 확보했다고 봐야 한다"는 취지로 진술하였다(공판기록 제1권 483, 487면).

- ㉡ 위 ▼▼▼▼자산관리는 2018. 6. 13. 기준으로 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함) 비용과 이 사건 기반시설 설치사업 비용 및 이 사건 임대주택용지 관련 배당을 고려하더라도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 ●●은행 컨소시엄 측의 이익이 약 2,400억 원 이상이 된다고 예상하고 있었고, 그 이후의 예상이익도 그와 비슷하게 보았다(원심 증인 공소외 43의 증언 및 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 931면).

- ㉢ ●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44는 수사기관에서 "이 사건 대장동 부지가 대부분 분양 완료되어 자금 흐름 상 약 5,500억 원의 이익이 성남시에 귀속되는 것에는 문제가 없어 보인다"라고 진술하였다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 597면).

- ㉔ 성남도시개발공사 직원 공소외 45는 원심 증인으로 출석하여 "2017. 3.경 이 사건 대장동 도시개발사업은 위험 변수가 없을 정도로 확실하다고 보았다"고 진술하였다(공판기록 제1권 460면).
- ㉕ 실제로 성남도시개발공사는 2019. 3. 26.경 ★★★★★로부터 이 사건 임대주택용지 관련 사업이익으로서 현금 1,822억 원을 배당받았다(공판기록 제27권 15586~15590면).
- ⑥ 일반적으로 정부나 지방자치단체가 향후 어떠한 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하거나, 지급된 보조금에 대해 환수 결정을 했을 뿐인데도 해당 보조금을 환수하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않은 점(공판기록 제2권 602~629면)에 비추어 볼 때, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금을 시민의 몫으로 환수하였다거나 성남시 수익으로 만들었다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 성남시 측이 그와 같은 개발수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라는 의미로 이해될 여지가 있다.
- 따라서 이 부분 표현이 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

- ⑦ 또한, ★★★★★은 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업을 시행하여야 할 의무를 부담하고 있었던 점, 사회통념상 일반적으로 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그 지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 하는 점 등을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금 중 2,761억 원은 1공단 공원조성 사업비로 사용되었고, 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에 사용되었다"는 부분과 "그 개발이익금으로 주변에 터널 만들고 도로 만드는 데 썼다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발 이익 중 일부가 제1공단 공원조성사업비 및 이 사건 기반시설 설치사업비로 사용되기로 확정되었다는 의미로 이해될 여지가 있다.
- 따라서 이 부분 표현도 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

[●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44도 수사기관에서 "이 사건 선거공보물의 표현은 일반 유권자의 입장에서 볼 때 해당 사업이 진행 중이라는 느낌을 받을 것 같다"는 취지로 진술한 바 있다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 607면)]

- ⑧ 앞서 본 바와 같이, ㉔ 제1공단 공원조성사업비는 총 2,561억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액은 최소한 1,822억 원으로 각 확정되었고, ㉕ 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 약 200억 원, 이 사건 기반시설 설치사업비는 총 920억 원으로 각 추산되었다.

위 각 개발이익금 합계액 5,503억 원 중 1,120억 원 부분은 추산가액이기는 하나 그와 같이 추산된 적이 있기는 한 점을 고려할 때, 피고인이 표현한 개발이익금 총액은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되고 다만 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나는 정도라고 봄이 타당하다.

비록 ★★★★★이 2018. 7. 20. ◀◀◀◀◀◀ 주식회사에 이 사건 기반시설 중 북측 터널 조성 공사를 공사대금 271억 7,000만 원에 도급하기는 하였으나(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 2078면), 이는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 이후에 발생한 사정일 뿐만 아니라, 북측 터널 공사의 공사금액이 앞서 본 추정금액 600억 원에서 위 도급계약금액과 같이 내려갈 것이라는 사정을 피고인이 알았다고 볼 만한 점을 인정할 증거가 없다.

⑨ 게다가 성남도시개발공사는 2017. 3.경 피고인에게 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익금은 총 5,503억 원이고, 그중 2,761억 원은 제1공단 공원조성사업(공원조성비 2,561억 원, 지하주차장 건립비 200억 원)에 사용되고, 그중 920억 원은 이 사건 기반시설 설치사업(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)에 사용된다고 보고한 바 있다(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 36면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면). 피고인은 2017. 3. 7.경 위 보고내용을 바탕으로 기자회견을 하면서 "이 사건 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 시행하였기 때문에 민영개발 방식으로 시행하였더라면 얻지 못했을 개발이익 총 5,500억 원(제1공단 공원조성사업비 2,761억 원, 이 사건 기반시설 설치비 920억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액 1,822억 원)이 공공의 이익으로 환수되었다"는 취지로 홍보하였다(공판기록 18권에 편철된 수사기록 381면 이하).

성남도시개발공사의 위 보고 내용과 피고인의 위 기자회견 내용은 피고인의 이 부분 공표사실에서 표현한 개발이익금 총액, 그 사용처 및 사용액수와 일치한다[이 사건 선거공보물의 문구 작성 업무를 담당하였던 공소외 46은 수사기관에서 그 문구 중 공소사실 기재 부분을 위 기자회견 내용 등을 참조하여 작성하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 1836면)]. 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인이 성남시의 개발이익금이 총 5,503억 원이라고 하거나, 그중 2,761억 원이 제1공단 공원조성사업에, 920억 원이 이 사건 기반시설 설치사업에 각 사용된다고 공표한 것이 그 각 액수에 대한 허위사실공표의 고의를 가지고 한 것이라고 보기 어렵다.

다만, 피고인은 이 사건 유세연설에서 이 사건 기반시설 설치비가 그 추정금액 920억 원이 아닌 1,000억 원이라고 표현하였다.

그러나 일반 선거인의 입장에서 공공시설 설치비용에 관하여 들을 때 양 금액의 차이가 유의미하게 크다고 생각할 정도라고 보기 어렵고, 피고인은 위 유세연설에서 개발이익금의 총액은 5,503억 원이라고 말하였으며, 기타 선거유세연설의 즉흥성과 사람의 기억의 한계 등을 종합하여 고려하면, 위 표현에 대해서도 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있었다고 보기는 어렵다.

⑩ 검사는 피고인이 성남시장에서 퇴임한 2018. 3. 15. 전후로 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행경과와 이익규모 등을 정확하게 확인할 수 있는 지위에 있었으므로, 피고인에게 허위사실공표에 대한 고의를 인정할 수 있다는 취지로 주장한다.

그러나 피고인이 2017. 3.경 성남도시개발공사로부터 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익에 관한 보고를 받은 이후 그 개발이익 규모나 금액에 대한 추가보고 내지 수정보고를 받았음을 인정할 증거는 없다.

⑪ 검사는 피고인의 이 부분 공표사실 중 "환수했다", "사용되었다", "만들었다", "썼다"는 과거형 표현은 "개발이익금이 이미 성남시로 귀속되었고, 그중 일부가 공공의 이익으로 사용 완료되었다"는 의미로 이해되므로, 이 부분 표현은 허위사실공표에 해당하고, 피고인에게 허위사실공표의 고의도 인정된다고 주장한다.

위 각 증거에 의하면 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시에는 제1공단 공원조성사업 비용으로 약 1,200억 원 정도가 지출된 것을 제외하고, 이 사건 대장동 도시개발사업계획 중 실제로 자금이 지출된 부분은 별로 없고, 성남도시개발공사에 이 사건 임대주택용지에 관한 배당도 이루어지지 않은 사실이 인정된다.

또한, 위와 같은 과거형 표현은 그 사전적 의미를 고려할 때 "성남시가 개발이익금을 수취 완료하였고 그중 일부를 공공사업에 사용 완료하였다"는 의미로 이해될 여지도 없지 않다.

그러나 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 위와 같은 과거형 표현을 사용하였다고 하여 이 표현이 허위사실공표에 해당한다거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

즉 ㉔ 앞서 본 바와 같이 일반적으로 향후 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않고, 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그 지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 한다.

㉕ 이 사건 선거공보물에서 그 개발이익 중 일부가 '공원조성 사업비' 또는 '기반시설 조성비'에 사용되었다고 표현하고 있지, 그 '공원조성 사업' 또는 '기반시설 조성'에 사용되었다고 표현하고 있지는 않으므로, 일반인도 그 표현을 보면 그 개발이익금의 사용처가 확정되었다는 의미로 이해할 수도 있다.

㉖ 피고인이 이 부분 공표사실을 통해 강조하고자 한 것은 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 진행함으로써 그 개발이익이 민간사업자의 이익이 아닌 공공의 이익으로 귀속되었다는 취지이다.

㉗ 아래에서 보는 바와 같이 피고인에게 위 각 사업이 완료되었다는 취지의 허위사실을 공표할 동기나 이익을 찾기 어렵다.

- ⑫ 다음과 같은 사정을 종합하여 고려할 때, 피고인이 굳이 제1공단 공원조성사업 및 이 사건 기반시설 설치사업이 모두 완료되었다거나, 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익을 모두 수령 완료하였다는 취지의 허위사실을 공표하여야 할 동기나 그로 인해 얻을 수 있는 이익을 쉽게 생각하기 어렵다.

즉 ㉔ 이 사건 대장동 도시개발사업과 제1공단 공원조성사업이 현재까지 완료되지 않았음은 그 각 사업현장의 외관상 누구나 쉽게 알 수 있는 정보이다(공판기록 제2권 586면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 920~926면). ㉕ 이 사건 대장동 도시개발사업 및 제1공단 공원조성사업이 2020년 말 완료될 예정이라는 기사가 언론에 보도된 적도 있다(공판기록 제2권 587면 이하). ㉖ 피고인 스스로도 아래와 같이 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 위 각 사업이 현재 진행 중임을 밝힌 바 있다.

즉 피고인은 ㉘ 2018. 1. 28.경 자신의 페이스북에 "개발이익금 중 2,761억 원(제1공단 공원조성사업비 및 주차장 건립 비용을 지칭한 것으로 보인다)은 제1공단 부지 매입 및 공원 조성에 쓰기로 하였고, 1,822억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말부터 순차적으로 성남도시개발공사로 입금될 예정이다"는 취지의 글을 올리고(공판기록 제2권 63면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 698면), ㉙ 2018. 2. 8.경 라디오 방송에서 "대장동 개발이익 5,500억 원 중 일부인 900억 원으로 기반시설 확보하여 도로, 터널(이 사건 기반시설을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다"는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 855~857면), ㉚ 2018. 2. 13.경 라디오 방송에서 "개발이익금 중 약 1,800억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말이 되어서야 비로소 들어온다"는 취지로 발언하고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 904, 905면, 공판기록 제2권

858면), ㉔ 2018. 5. 29.경 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 "대장동 개발이익 중 2,800억 원으로 현재 성남시에 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다"는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 859면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 1153면), ㉕ 이 사건 유세연설에서조차 "성남시에 2,700억을 들여서 지금 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다"는 취지로 발언하였을 뿐만 아니라(공판기록 제2권 584면, 증거기록 제21권에 편철된 수사기록 2507면), ㉖ 이 사건 유세연설 전후로 성남시, 용인시, 의왕시, 구리시, 의정부시, 수원시, 하남시 등지에서 유세연설을 하면서 "제1공단 부지에서 현재 공원을 만들고 있다"는 취지로 발언하였다(공판기록 제2권 860면 이하, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 711~713, 913, 918면).

- ⑬ 한편, 위 각 증거에 의하면, ■■■■■■가 2014. 1.경 수원지방법원 성남지원 2014가합37호로 성남시 등을 상대로 "제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분으로 인해 ■■■■■■가 재산상 손해를 입었다"고 주장하면서 그 손해배상을 구하는 소를 제기하였고, 위 법원은 2019. 2. 1. ■■■■■■의 주장을 일부 받아들여 성남시에게 손해배상으로서 ■■■■■■의 승계참가인(전부채권자) 중 일부에 대하여 약 295억 원의 지급을 명하는 판결을 선고한 사실이 인정되기는 한다(현재 위 사건은 쌍방 항소로 수원고등법원 2019나10565호로 소송계속 중이다).

그러나 검사가 제출한 증거만으로 ㉗ 제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분이 ㉔ 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익으로 제1공단 공원조성사업을 시행하는 것과 직접적으로 관련이 있는 사안이라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 설령 성남시가 향후 ■■■■■■ 측에 손해배상을 해 주어야 할 상황이 확정된다 하더라도, 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발이익을 공표하면서 그 손해배상액을 공제하지 않은 것이 허위라고 보기 어렵고, 피고인의 그 허위성에 대한 고의도 인정하기 어렵다.

나) 그러므로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

7. 결론

그렇다면 원심판결 중 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 검사의 항소는 일부 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 위 해당 부분과 그와 일죄의 관계에 있는 부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 위 파기부분을 제외한 나머지 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 내지 법리오해)

가. 직권남용권리행사방해의 점

- 1) 피고인은 2012. 3.경부터 직접 또는 비서실장인 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 친형인 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시 또는 독촉하였다.

- 2) 그러나 2012년 당시에는 공소외 3이 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 공소외 3에 대한 대면진단 등이 이루어진 바가 없었기에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조

에 따른 절차를 진행할 수 없었다.

그럼에도 피고인은 공소외 7과 공모하여 평소 사이가 좋지 않고 지속적으로 피고인의 시정운영에 반대하고 있었던 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 사적 의도로 성남시장으로서의 직권을 부당하게 행사하여 위 분당구보건소장 등으로 하여금 관계법령이나 관례에 반하여 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 이로써 피고인은 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄를 범하였다고 보아야 하는데도, 이와 달리 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 공소외 3(직권남용권리행사방해) 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인은 ① 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있고, ② 2012.경 주도적으로 공소외 3의 정신병원 입원을 지시하였는데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 공소외 3의 강제입원에 전혀 관련하바 없다는 취지로 발언한 것은 선거인의 정확한 판단을 흐릴 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이므로 허위사실공표에 해당한다.

2) 또한, 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차가 중단된 것은 분당구보건소장인 공소외 4가 그 절차 진행을 그만두었기 때문인데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 가족들을 설득하여 그 절차 진행을 못하게 막았다는 취지로 발언한 것은 허위사실공표에 해당한다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

다.

검사사칭 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인의 이 부분 발언의 전체적인 취지는 "자신은 공소외 12의 검사사칭 통화에 전혀 관련하바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 공소외 12의 검사사칭 행위를 도와주었다는 잘못된 내용으로 처벌받았다"는 것이다.

2) 이는 피고인에 대한 검사사칭 유죄확정판결의 내용에 반하는 것으로서 허위사실을 공표한 것이고, 피고인의 단순한 의견표명이라고 볼 수 없다.

또한, 피고인의 허위사실공표에 대한 고의도 인정된다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

라. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 일반 유권자들이 피고인의 이 사건 선거공보물 문구와 선거유세연설의 표현을 접하였을 때 이를 "개발이익금 5,503억 원의 수입이 성남시로 귀속 완료되었고, 그중 2,761억 원이 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원이 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출 완료되어 그로 인해 위 각 공사가 대부분 완료되었다"라고 이해할 것이지, "성남시

가 특수목적법인으로 하여금 2,761억 원을 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원을 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출하게 할 예정이고, 1,822억 원 상당의 임대주택용지를 받을 예정이다"라고 이해하지 않을 것이다.

따라서 피고인의 이 사건 선거공보물의 배포와 선거유세연설은 허위사실공표에 해당한다.

- 2) 피고인은 변호사이자 성남시장으로서 대장동 도시개발사업 모델을 직접 구상하는 등 그 사업의 수익구조를 잘 알고 있었고, 성남시장 퇴임 전후로 위 개발사업의 진행경과 및 이익규모를 확인할 수 있었는데도 사실에 부합하지 않는 정확하지 않은 표현을 사용하였으며, 그 공사금액 중 추산가액의 정확한 금액을 확인하지 않고 오히려 다소 부풀려 말한 점을 고려할 때 피고인이 허위사실공표의 미필적 고의가 있었음을 인정할 수 있다.

또한, 피고인이 기반시설 사업이 진행 중에 있다거나 1,822억 원이 장래의 수입이라고 명시한 적은 없는데도, 원심이 이러한 사실을 인정하여 피고인의 고의를 부정한 것은 잘못이다.

- 3) 따라서 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2. 이 사건 공소제기의 적법성에 관한 판단

가. 피고인의 변호인의 주장

피고인의 변호인은 이 사건 공소 중 직권남용권리행사방해 부분과 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반 부분에 관하여, 검사가 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하고 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하고, 공소장에 공소사실 특정과 무관하거나 불필요한 내용을 과도하게 기재하여 공소장일본주의를 위반하였다는 이유로, 위 각 부분의 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 주장한다.

나. 공소권남용 여부에 대한 판단

- 가) 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보이는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 여기에서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 2017. 12. 13. 선고 2017도16223 판결, 대법원 2018. 9. 28. 선고 2018도10447 판결 등 참조).

- 나) 위 법리에 비추어 살피건대, 원심 소송계속 중 피고인의 변호인이 검사에게 이 사건에 관하여 검사가 보관하고 있는 자료의 열람·등사를 신청한 경위, 이에 대한 원심의 2019. 4. 1.자 열람허용 결정, 2019. 4. 16.자 등사허용 결정 및 2019. 4. 8.자 등사신청 기각결정과 그 각 이유, 피고인의 변호인이 결국 위 자료를 입수하여 이를 증거로 제출하게 된 경위, 원심에서의 검사의 증거의견 등을 종합하여 보면, 검사가 미필적이거나 어떠한 의도를 가지고 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하거나 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등으로 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하였다고 볼 수 없다.

따라서 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

공소장일본주의 위반 여부에 대한 판단

가) 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실은 직권남용권리행사방해 및 그와 관련된 허위사실공표의 공직선거법위반 혐의에 관하여 그 행위의 배경 및 동기, 사건의 경과 등에 관하여 다소 불필요하거나 장황하게 기재하였다고 볼 수 있을 뿐 법관으로 하여금 예단을 생기게 하여 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는 정도에 이르렀다고 보기 어렵다.

따라서 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3. 직권남용권리행사방해의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3이 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청의 대상자가 되는 것처럼 보이게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 1로 하여금 공소외 2가 기존에 작성한 공소외 3에 대한 평가문건을 공소외 2의 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 수정하게 하고, 마치 전문의의 정식 소견서로 보일 수 있도록 수정된 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 하였고, ② 공소외 2로 하여금 정신건강의학과 전문의로서 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 위 평가문건을 수정하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

2) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조에 의한 입원 절차를 개시하게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 '성남시 정신건강센터'(현재는 '성남시 정신건강복지센터'이다.

이하 '센터'라고만 한다)에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 하고, 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 하였고, ② 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 분당구보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

4) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하게 하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9로 하여금 공소외 3을 강제입원시키기 위해 앰불런스를 타고 공소외 3이 있는 곳으로 가도록 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

나. 관계 법령

구 정신보건법(2016. 5. 29. 법률 제14224호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법'이라고만 한다) 및 구 정신보건법 시행령(2017. 5. 29. 대통령령 제28074호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법 시행령'이라고만 한다) 중 이 사건에 관련된 주요 내용은 다음과 같다(한편, 아래 구 정신보건법 제25조는 2011. 8. 5. 법률 제11005호로 개정되어 2012. 8. 5.부터 시행된 것인데, 위 2011. 8. 5. 개정 전 구 정신보건법 제25조는 '정신건강의학과전문의'를 '정신과전문의'라고 지칭하였을 뿐 그 내용은 개전 전후로 같다).

□ 구 정신보건법제25조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자를 발견한 정신건강의학과전문의 또는 정신보건전문요원은 시장·군수·구청장에게 당해인의 진단 및 보호를 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 신청을 받은 시장·군수·구청장은 즉시 정신건강의학과전문의에게 당해 정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단을 의뢰하여야 한다.

③ 정신건강의학과전문의가 제2항의 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때는 시장·군수·구청장은 당해인을 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관 또는 종합병원에 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의한 자신 또는 타인을 해할 위험의 기준은 제28조의 규정에 의한 중앙정신보건심의위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정한다.

(중략)⑥ 시장·군수·구청장은 제3항의 규정에 의한 진단결과 당해 정신질환자에 대하여 계속입원이 필요하다는 2인 이상의 정신건강의학과전문의의 일치된 소견이 있는 경우 당해 정신질환자에 대하여 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

다만, 그 관할구역에 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관이 없는 경우에는 그 외의 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

(후략)?□ 구 정신보건법 시행령제6조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 의심되는 사람을 발견한 정신건강의학과전문의 또는 전문요원은 법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호를 신청하려면 발견한 장소를 관할하는 시장·군수·구청장에게 진단 및 보호신청서(전자문서로 된 신청서를 포함한다).

이하 같다)를 제출하여야 한다.

② 제1항에 따른 진단 및 보호신청서에는 다음 각 호의 사항을 적어야 한다.

1. 신청인의 성명, 주소 및 생년월일2. 정신질환자로 의심되는 사람의 성명, 주소, 생년월일 및 현재의 소재지3. 정신질환자로 의심되는 사람의 증상의 개요4. 정신질환자로 의심되는 사람에게 보호의무자 또는 보호를 하고 있는 사람이 있는 경우에는 그 성명 및 주소③ 시장·군수·구청장은 법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 결과 정신질환자로 의심되는 사람이 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 인정되는 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.

1. 법 제23조에 따라 자의에 따른 입원 신청을 하게 하는 것2. 보호의무자에게 법 제24조에 따른 입원동의를 요청하는 것3. 법 제25조 제3항에 따라 국·공립 정신의료기관 또는 종합병원에 입원조치를 의뢰하는 것(제1호 또는 제2호의 조치에 따르지 아니하는 경우만 해당한다)④ 제3항 제3호에 따른 의뢰를 받아 정신질환자로 의심되는 사람을 입원시킨 국·공립 정신의료기관의 장 또는 종합병원의 장은 지체 없이 2명 이상의 정신건강의학과전문의에게 증상을 진

단하게 하고 그 진단 결과를 해당 시장·군수·구청장에게 서면 또는 전자문서로 통보하여야 한다.

다만, 진단 결과 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하지 아니하다고 인정되는 경우에는 즉시 퇴원시키고 그 퇴원 사실도 함께 통보하여야 한다.

(중략)㉔ 시장·군수·구청장은 제4항에 따라 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하다는 진단 결과를 통보받은 경우에는 지체 없이 같은 항에 따른 입원치료를 의뢰하여야 한다.

다.

원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실과 사정을 근거로, 피고인은 공소외 3의 당시 행동이 정신질환으로 기인한 것이라고 여겼을 수 있고, 성남시장으로서 법령상 가능한 권한을 행사하여 공소외 3을 정신의료기관에 입원시켜 진단 및 치료를 받게 하려는 의도가 있었다고 볼 여지가 있으며, 이에 따라 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행한 것이라고 평가할 수 있다고 전제하면서 아래와 같은 이유에서 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

- ① ㉔ 공소외 2에 대한 평가문건 수정 요구는 피고인의 의견을 제시한 것으로 위법·부당한 직권행사가 아니고, ㉔ 수정된 평가문건에 공소외 2의 직인을 요구한 것 역시 위법·부당한 직권행사가 아니며, ㉔ 공소외 1로 하여금 공소외 2에게 평가문건 수정 의견이나 직인 날인 요청을 전달하게 한 행위는 피고인의 의견 전달 행위를 보조하는 사실행위에 불과하여 직권남용의 대상이 되는 행위로 볼 수 없다.
- ② ㉔ 공소외 5의 면담결과를 요청하거나 송부하게 한 것은 자료수집의 일환으로 볼 수 있으므로 이를 위법·부당한 직권남용으로 보기 어렵고, ㉔ 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 것은 그 신청 여부를 검토하고 답을 달라는 취지에 불과하므로 직권남용에 해당한다고 보기 어렵다.
- ③ 공소외 2 등이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청한 것과 피고인의 직권 행사 사이에 인과관계를 인정할 수 없고, 공소외 2에 대한 직권행사가 그의 의학적 판단과 무관하게 위 진단 및 보호신청을 하라는 정도에 이르렀다고 볼 수 없으며, 위 진단 및 보호신청은 정신건강의학과 전문의인 공소외 2의 고유 영역이므로 공소외 2로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하였다고 평가할 수 없다.
- ④ ㉔ 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원 집행을 시도하는 것은 위법한 행위이나, ㉔ 당시 공소외 4가 차량을 타고 >>경찰서로 간 것이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 강제입원 시도행위라고 단정하기 어렵고, ㉔ 오히려 이는 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단 절차로 볼 수 있는데 그 진단을 위한 물리력 행사는 구 정신보건법 제25조 제2항이 예정하는 집행 방법이므로, 당시 공소외 3에 대한 강제호송이 예정되어 있었다고 이를 위법·부당한 행위로 평가할 수 없으며, ㉔ 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한 것도 입원 집행을 시도한 것이 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 완성하기 위한 것이므로 위법·부당한 행위로 볼 수 없다.

라. 당심의 판단

1) 기초 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2010. 6. 2.경 제5회 전국동시지방선거에서 성남시장으로 당선되어 2010. 7.경부터 2014. 6.경까지 민선 5기 성남시장으로 재직하였다.

공소외 7은 2011. 5. 1.경부터 2013. 4. 30.경까지 성남시장의 직무를 보좌하는 비서실장으로 재직하였다.

나) 분당구보건소는 '성남시 행정기구 설치 조례'에 의하여 시장 직속기관으로 설치되었고, 그 소관 업무로서 정신 보건사업 등을 수행한다.

공소외 1은 가정의학과 전문의로서 2011. 5.경부터 2012. 5. 1.경까지 분당구보건소장으로 근무하였고, 공소외 4는 2012. 5. 2.경부터 2013. 5.경까지 분당구보건소장으로 근무하였다.

다) 센터(최초 명칭은 '성남시 정신보건센터'였다)는 1999.경 성남시의 정신보건사업을 위해 분당구보건소 산하 기관으로 설치되었다(다만 센터의 중앙사무실은 성남시청 내에 있다). 센터는 원래 ○○정신병원이 위탁받아 운영하다가, 2012. 1. 1.경부터 분당서울대학교병원이 위탁받아 운영하고 있다.

센터장은 센터의 업무를 총괄하고 소속 직원을 지휘·감독하는 업무를 수행하는데, 분당서울대학교병원 소속 정신건강 의학과 전문의 공소외 2가 2012. 1. 1.경부터 2014. 2.경까지 위 센터장으로 근무하였다.

2) 공소사실의 전제사실에 관한 판단

가) 피고인의 지시 내용 등에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였음은 인정된다.

① 피고인은 2012. 4. 초순경 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장인 공소외 1에게 공소외 3(사망일 생략 사망)에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원이 가능한지 검토해 보라는 지시를 하였다.

공소외 1은 그 검토 결과 피고인에게 여러 차례에 걸쳐 위 강제입원 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고하였는데, 피고인은 그때마다 구 정신보건법 제25조의 해석상 그 강제입원 절차가 가능하다는 견해를 개진하면서 공소외 1에게 재검토를 지시하거나 위 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다.

② 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1로부터 위 강제입원에 관한 보고를 받는 자리에서 공소외 1에게 구 정신보건법 제25조 제6항에 따른 '입원치료' 절차 또는 그 이후의 절차 등에 관하여 문의하기도 하였다.

③ 성남시의 2012. 5. 2.자 정기인사로 인해 분당구보건소장이 공소외 1에서 공소외 4로 바뀐 후, 피고인은 2012. 6.경부터 2012. 8.경까지 사이에 여러 차례에 걸쳐 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다(피고인은 2012. 6. 13.경부터 2012. 6. 22.경까지 브라질에 출장을 가 있는 동안에도 공소외 4와 여러 차례 전화통화를 하면서 위와 같이 지시하고 그 절차 진

행을 재촉하였다).

- ④ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4와 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

- ⑤ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

- ⑥ 피고인은 분당구보건소장 및 그 직원들과 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 있는지 검토하고 이 문제를 함께 토론했을 뿐 그 절차를 진행하라고 지시한 적은 없다는 취지로 주장한다.

그러나 위 공소외 1, 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 피고인으로부터 여러 차례에 걸쳐 위 절차를 이행하라는 지시를 받았고, 심지어 질책을 받기도 했다는 취지로 진술하였는바, 그 진술이 대체로 서로 일치하고 있고, 달리 위 진술에 신빙성이 없다고 볼 만한 사정이 없다.

나) 피고인의 고의 또는 동기에 관한 판단

1) 공소외 3의 정신건강상태 등에 관한 피고인의 인식

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3에게 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심할 만한 사정이 없는 상태임을 알면서도 오로지 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 의도로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다고 보기 어렵다.

- ① 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하는데, 구체적으로는 다음과 같다.

- ㉠ 공소외 3은 2002. 2.경 성남시청 홈페이지에 '성남시 수정구 청소년수련관 매점을 특혜로 위탁받았고, 유부녀와 두 번 불륜관계를 가졌음'을 고백한다는 내용의 글을 게시하였다.

공소외 3은 그 무렵 취재 기자와 주변인에게 그 의미를 쉽게 이해하기 어려운 발언을 여러 번 한 적이 있는데, 이 발언은 일반인의 시각에서 볼 때 정신질환이 다소 의심될 정도로 특이한 내용이다.

또한, 공소외 3은 그 무렵 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

- ④ 공소외 3은 2012. 2.경부터 이 사건 공소사실 기재 일시 무렵까지 사이에 다수의 성남시청 공무원 및 일반시민들에게 과도한 폭언, 욕설, 협박 등을 해 왔을 뿐만 아니라 모친인 공소외 5와 피고인을 비롯한 여러 친족들에게도 과도한 폭언이나 저속한 발언 등을 해 왔다.

공소외 3의 위와 같은 행위는 그 빈도, 발언 내용, 상대방과의 관계 등을 고려할 때 사회통념상 일반 평균인의 행위로 보기에는 납득하기 어려운 점이 많다.

㉡ 공소외 3은 ㉠ 2012. 5. 28. 모친인 공소외 5를 협박하고, ㉢ 2012. 7. 15. 공소외 5와 동생들인 공소외 14, 공소외 15를 폭행하여 각 상해를 가하고, ㉣ 2012. 7. 1. 성남시청 시의회 청사에 무단으로 침입하여 새누리당 시의원들의 의장 후보 선출 업무를 방해하고, ㉤ 2012. 7. 26. 성남시 (주소 생략) 소재 □□백화점 지하2층 의류매장에서 소란을 피워 그 영업을 방해하고, □□백화점 보안요원을 폭행하였다[공소외 3은 위 각 범죄사실로 2013. 5. 27. 벌금 500만원의 약식명령을 받았다(수원지방법원 성남지원 2013고약2976)].

㉥ 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정으로서, 공소외 3은 ㉠ 2013. 2. 20. '◇◇한의원'에서 심신안정을 위한 약재를 처방받았고(공판기록 제26권 15411~15413면), ㉢ 2013. 3. 13. '☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원에서 우울증, 불면증 등으로 진료를 받았으며(공판기록 제18권 10740면), ㉣ 2013. 3. 16. 처인 공소외 11에게 죽으러 간다는 이야기를 한 후 차량을 운전하다가 중앙선을 침범하여 트럭과 충돌하는 교통사고를 일으키기도 했고, ㉤ 결국 2014. 11. 21. 처인 공소외 11과 딸인 공소외 16에 의해 정신병원인 국립▽▽병원에 강제입원되었고, 그때부터 2014. 12. 29.까지 위 병원에서 정신건강 치료를 받았다.

㉦ 공소외 3에 대한 진료기록에는 다음과 같은 기재가 있다.

㉠ 국립▽▽병원의 정신건강의학과 전문의 공소외 17의 2015. 2. 9.자 소견서에는 "공소외 3은 2012년부터 과잉행동, 과대망상, 수면욕구 감소 등의 증상이 시작되었고, 울증과 조증 증상이 반복되다 2014년 재발된 과대망상, 피해망상 및 과잉행동 등의 증상으로 본원에서 입원 치료하였다"는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14081면). ㉢ ◎◎대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 18의 2017. 8. 17.자 협의진료회신서에는 "공소외 3은 이 무렵(피고인이 성남시장에 당선된 2010.경 무렵으로 보인다)부터 조증 삽화를 간헐적으로 경험하며 가족들에게 충동적으로 욕설을 하며 버럭 화를 내는 일이 있었음. 2012년에는 가족회의 자리에서 말다툼이 심해지며 몸싸움까지 하였고, 당시 조증 삽화가 있던 환자는 백화점 앞 노점상들에게 공격적 행동을 하여 잠시 내과에 입원하기도 하였음"이라는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14090면).

㉡ 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중에는 공소외 3의 폭행, 협박 행위와 같이 타인에게 피해를 줄 위험성이 있는 사정들이 포함되어 있고, 특히 그중 공소외 3이 처벌받은 위 형사사건의 범죄사실은 그 동기 및 경위, 범행 방법 및 태양 등을 보았을 때 사회통념상 일반인의 범죄행위라고 보기에는 의심스러운 점이 많다.

또한, 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중 상당수는 피고인이 당시 어렵지 않게 알 수 있는 내용들이다.

㉢ 피고인의 막내동생인 공소외 14와 여동생의 남편인 공소외 19도 이 부분 공소사실 이전에 조울증 또는 우울증을 앓았던 가족력이 있었기에(증거기록 제4권 1845, 1846면, 공판기록 제11권 6556면), 피고인을 비롯하여 모친 공소외 5와 피고인의 형제자매들은 공소외 3의 발언과 행동을 보았을 때에도 공소외 3에게도 조울증이나 그와 비슷한 정신질환이 있는 것은 아닌지 의심할 여지가 더욱 많았다[피고인 및 공소외 3의 형인 공소외 20도 2012. 11. 11. 조울증 및 조현병으로 정신병원에 입원되어 2013. 7. 17.까지 입원치료를 받았다(증거기록 제4권 1844면)]. 공소외 5는 2012. 12.경 직접 공소외 3에게 정신건강 치료를 받도록 권유하기도 하였다(공판기록 제26권 15224면).

- ④ 검사는 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정을 들어 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 판단하는 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 공소외 3의 정신건강상태에 관한 사정은 그 내용 등에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 추단할 수 있는 정황으로 충분히 삼을 수 있다.

- ⑤ 한편, 위 각 증거에 의하면, 공소외 3은 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 회계사로서 회계사무실을 운영하며 상당한 소득을 얻고 있었고, 처 및 자녀와 함께 평범한 가정생활을 누리고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 인정사실에다가 검사가 제출한 증거와 검사가 지적하는 여러 사정을 더하여 보더라도, 정신질환은 그 특성상 악화와 호전을 반복하는 경우가 많아 어느 시점에서 평가되는지에 따라 그 심각도와 정신질환자의 사회적 기능의 정도가 달리 판단될 수 있고(당심의 정신건강의학과 전문의 공소외 21에 대한 사실조회결과 참조), 정신질환으로 인한 문제가 그 질환을 앓고 있는 사람의 모든 영역에서 발생할 것이라고 생각하기는 어려운 점을 고려하면, 공소외 3이 일부 정상적이고 평범한 생활을 영위하고 있었던 측면이 있다고 하여, 앞서 본 여러 사정에도 불구하고 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 아무런 정신질환도 의심할 수 없었다고 보기는 어렵다.

- ⑥ 또한, 공소외 3의 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵의 정신건강상태에 관하여, 공소외 3에게 별다른 정신질환이 없다는 취지의 진료기록이나 심리학적 평가결과도 있기는 하다.

그러나 이는 아래와 같은 이유로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 파악하는 자료로 삼기 어렵다.

- ㉠ 2013. 3. 11. 및 3. 13. 두 차례에 걸쳐 공소외 3을 진료하였던 '☆☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원 공소외 22의 2019. 1. 21.자 소견서(증거기록 제10권 10661면)에는 "공소외 3의 진료 당시 심각한 정신증적 소견은 보이지 않았다"는 취지로 기재되어 있다.

그러나 위 공소외 22는 당시 공소외 3에 대하여 우울증 치료는 하였던 점, 그 진료 기간과 시간이 비교적 짧은 점, 위 소견서는 공소외 3의 처 공소외 11이 2019. 1.경 언론중재위원회에 제출할 용도로 의뢰한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 위 소견서만으로 앞서 든 여러 사정에도 불구하고 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태에 특별한 문제가 없었다고 보기는 어렵다.

- ㉡ '△△△심리상담연구소'의 임상심리사(1급) 공소외 23의 공소외 3에 대한 '심리학적평가보고서'(증거기록 제14권 7008면)에 의하면, "2012. 12. 22. 공소외 3에 대한 심리학적 평가 결과 공소외 3은 현재 유의미한 정신과적 장애 및 정서적 어려움을 나타내고 있지 않다"고 기재되어 있다.

그러나 이는 공소외 3의 범죄사실을 수사하던 검사가 2012. 12. 14. '공소외 3에 대한 정신감정의 필요성이 있으나, 공소외 3이 스스로 정신감정을 받겠다고 하므로, 그 정신감정 결과가 도착할 때까지 기소중지한다'는 이유로 공소외 3에 대하여 시한부 기소중지처분(증거기록 제14권 7003면)을 하였기 때문에, 공소외 3이 스스로 위 심리학적 평가를 요청하여 받은 것이다.

또한, 위 심리학적 검사는 정신질환에 대한 정확한 진단은 아니고, 전문의의 진단에 보조 자료로 활용될 수 있을 뿐이다 [원심 증인 공소외 23의 진술 참조(공판기록 제18권 10876~10877면)]. 따라서 공소외 3에 대한 위 심리학적 평가

결과만으로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 판단하기는 어렵다.

- ㉗ 피고인이 2012.경 공소외 3과 사이가 좋지 않았다는 등의 사정만으로 피고인이 공소외 3에게 아무런 정신질환이 없음을 알면서도 공소외 3을 사회에서 격리시키고자 하는 의도가 있다고 단정할 수 없다.

2) 구 정신보건법 제25조 절차 진행의 위법 여부에 관한 피고인의 인식

또한, 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하는 것이 위법함을 알면서도 그 절차 진행을 지시하였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵다.

- ㉘ 구 정신보건법 제25조 제1항에서 말하는 '발견'의 문언 상 의미, 구 정신보건법령이나 기타 의료 관련 법령에 위 '발견'의 수단이나 방법을 제한하는 규정이 없는 점, 위 '발견'의 주체는 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원으로 한정되어 있는 점, 구 정신보건법 제25조 제1항 이후의 후속 절차에서 정신건강의학과 전문의의 진단을 필수적으로 예정되어 있는 점 등을 고려하면, 위 조항에 따른 '정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자'(이하 '정신질환 의심자'라 한다)의 '발견'은 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 그 재량에 따라 합리적으로 판단하여 할 수 있다고 해석함이 타당하고, 일반적으로 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견하는 것이 통상이겠으나, 반드시 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견해야 한다는 절차적 제한이 있다고 해석하기는 어렵다.

또한, 구 정신보건법 제25조의 취지, 구 정신보건법 제40조에서 "응급입원의 경우를 제외하고 정신건강의학과 전문의의 진단 없이는 정신질환자를 정신의료기관등에 입원시킬 수 없다"는 취지로 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 구 정신보건법 제25조 제2항의 진단의뢰에 따른 진단은 정신건강의학과 전문의의 대면진단을 의미하고, 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원을 위해서는 사전에 정신질환 의심자에 대한 대면진단이 이루어져야 한다고 해석함이 타당하다.

- ㉙ 그런데 다음과 같은 점을 종합하여 고려하면, 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 구 정신보건법 제25조에 관한 해석이나 그에 따른 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 보기는 어렵다.

- ㉚ 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결은 "구 정신보건법 제24조에서 정하는 보호의무자에 의한 입원의 경우 보호의무자의 동의가 있더라도 정신건강의학과 전문의가 정신질환자를 직접 대면하여 진찰하고 입원이 필요하다고 진단한 다음 이에 기하여 정신의료기관의 장이 입원을 결정하여야 하고, 이러한 요건을 갖춘 입원조치에 대하여 정신질환자가 저항하는 때에 비로소 정신의학적·사회적으로 보아 상당하다고 인정되는 범위 내의 물리력의 행사가 허용된다"고 판시하였을 뿐이고, 구 정신보건법 제25조의 해석에 관한 대법원 판례는 찾기 어렵다.

- ㉛ 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원은 정신질환 의심자에 대한 정확한 진단에 그 목적이 있는데도, 위 진단을 하기 위해 먼저 '대면진단'이 있어야 한다고 해석하는 것은 합리적이지 않다고 보거나, 그 절차의 실익이 떨어뜨리는 것이라고 생각할 여지도 없지 않다.

따라서 구 정신보건법 제25조에 관한 정확한 해석에 관하여 다툼의 여지가 있다고 볼 수 있다.

㉔ 검사는 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'도 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 정신질환 의심자를 대면하여 발견해야 한다고 주장한다.

이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(원심 증인 공소외 24, 공소외 25의 각 진술 참조). 그러나 반면 보건복지부는 위 '발견'은 일반적으로 대면을 통해 판단될 것이나 제3자가 기록한 서류 등이 신빙성이 높다고 보일 경우에도 '발견'으로 볼 여지가 있다고 해석하고 있으며(당심의 보건복지부에 대한 사실조회결과 참조), 이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(당심의 공소외 21에 대한 사실조회결과, 원심 증인 공소외 26의 진술 참조). 한편, 정신건강의학과 전문의의 견해 중에는 위 '발견'에 관하여 "원칙적으로 대면하여 발견하는 것이 바람직하나, 대면하지 않고 발견하였다고 하여 위법한 것은 아니다"는 취지의 것도 있다(원심 증인 공소외 27의 진술 참조). 이와 같이 현재에도 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'의 해석에 관하여 다툼이 있다.

㉕ 당시 구 정신보건법 제25조에 따라 입원이 이루어지는 실무례도 거의 없었고, 따라서 위 입원 절차에 관하여 확립된 관행이 있었다고 할 수도 없다(간혹 이루어진 몇 가지 사례를 두고 확립된 실무례 또는 관행이라고 보기는 어렵다).

㉖ 의료계에서는 정신건강의학과 전문의가 정신질환 여부를 진단하기 위해서 해당 환자를 원칙적으로 대면하여 진단해야 한다고 보고 있다.

그러나 그러한 임상실무 기준만으로 당시 구 정신보건법 제25조에 관하여 확립된 해석이 있었다고 보기는 어렵다.

③ 따라서 피고인이 당시 정신질환 의심자에 대하여 대면진단 없이도 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원 조치가 가능하다고 판단하였고, 이러한 판단이 위 조항의 해석에 부합하지 않는 것으로 사후에 밝혀졌다고 하여, 이것만으로 당시 피고인이 위 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정할 수는 없다.

피고인이 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들에게 구 정신보건법 제25조의 요건이나 절차를 무시하고 공소외 3을 무조건 강제입원 시키라는 취지로 지시하지는 않았다.

④ 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들이 피고인 또는 공소외 7에게 여러 차례에 걸쳐 "공소외 3은 가족이 있고, 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 없으며, 공소외 3의 주소지는 용인시이므로 관할이 없다"는 취지의 이유를 대면서 위 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고한 바는 있다.

그러나 그 보고 내용이 앞서 본 구 정신보건법 제25조의 해석과 정확하게 들어맞는다고 보기 어려운데다가, 당시 위 조항에 관한 해석이나 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 볼 수 없으므로, 피고인이 위와 같은 보고를 받고도 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 계속 지시하였다고 하여 그 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정하기는 어렵다.

⑤ 또한, 분당구보건소 보건행정과장 공소외 8은 원심 증인으로 출석하여 "당시 구 정신보건법 제25조 제2항의 '진단의뢰'까지는 정상적으로 이루어졌으나, 공소외 3에 대한 대면진단이 이루어진 바 없어 그 다음 절차를 진행할 수 없는 상황이었다"고 진술하기도 하였다.

위 진술에 의하면, 공소외 8도 당시 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 절차까지는 적법하게 이루어졌다고 판단하고 있었다.

⑥ 피고인은 2012. 6. 11.경 분당서울대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 24로부터 "공소외 3은 조울병의 조증이 의심되는 상태이나, 진단과 치료를 위해서는 본인이 거부할 경우 보호의무자인 처와 딸이 병원으로 데리고 가야 한다"는 취지의 자문을 받은 적이 있다.

그러나 공소외 24의 위 자문 내용은 임상실무 기준일 뿐 구 정신보건법 제25조의 확립된 해석이라고 보기는 어렵다.

⑦ 한편, 공소외 3의 처인 공소외 11은 당시 공소외 5 등으로부터 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 권유받아도 이를 거부하였던 것으로 보인다.

따라서 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제24조에 따라 '보호의무자에 의한 입원' 조치가 행해질 수 없는 상황이었다.

3) 개별 공소사실에 대한 직권남용권리행사방해죄 성립 여부에 관한 판단

가) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에서 '의무 없는 일을 하게 한 때'란 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미하므로, 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당하나, 공무원이 자신의 직무 권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2017도12534 판결, 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결 등 참조). 또한, 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 3의 가족들을 설득할 수 있도록 공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였다.

이에 공소외 1은 그 무렵 공소외 2에게 피고인의 위 지시를 전달하였고, 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하였다.

(나) 그런데 피고인은 위 평가문건에 연필로 '공소외 3이 현재 입원이 필요하다'는 취지의 내용이 들어가도록 수정한 다음 이를 공소외 1에게 주면서 공소외 2로 하여금 위 평가문건을 그와 같이 수정하게 하라고 지시하였다.

- (다) 공소외 1은 그 직후 공소외 2에게 피고인이 위와 같이 수정한 평가문건을 보여주면서 피고인이 수정한 내용이 반영되도록 위 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다.
- (라) 공소외 2는 피고인이 수정한 그대로 평가문건을 수정할 수 없다고 하면서 다만 조울병의 심각성에 관한 교과서적인 내용을 추가하는 것으로 위 평가문건을 수정하여 공소외 1에게 주었고, 공소외 1은 이를 피고인에게 전달하였다.
- (마) 피고인은 다시 공소외 1에게 위 평가문건에 분당서울대학교병원이나 센터의 직인을 받아오라고 지시하였다. 공소외 1은 센터 외부에 있는 공소외 2에게 피고인의 위 요청을 전달하였는데, 공소외 2는 자신의 막도장을 날인하는 것만 허락하였고, 이에 따라 위 평가문건의 공소외 2 이름 옆에 공소외 2의 막도장이 날인되었다.
- (바) 위와 같은 경위에 따라 최종 수정된 평가문건의 내용은 아래와 같은데(증거기록 제14권 6943, 6952면), 아래 제1, 2, 5항은 공소외 2가 기존에 작성한 내용이고, 제3, 4항은 추가로 수정된 부분이다.

공소외 3 씨의 문건에 대한 평가의견1. 상기 공소외 3씨가 인터넷 상에 기술한 내용 및 접촉한 사람들의 상황설명이 사실이라는 전제 하에 내용을 평가한 결과 현실상황에 비추어 '관계망상적 사고' 및 '과대망상적 사고'의 가능성이 매우 높으며 사소한 자극에도 정상적으로 예견되는 범위 이상 흥분하고 공격적인 언행을 반복적으로 보이는 것으로 평가됨2. 평소의 지적 기능이나 환경을 참고하면 기분장애 중 '조울병(양극성장애)'의 가능성이 높다고 판단됨3. '조울병'의 경우 우울 또는 조증 삽화가 반복될수록 뇌기능 저하가 현저해지고 치료에 대한 반응도 떨어지는 것으로 알려져 있으며 자신이 문제의 심각성을 인지하기 못하여 치료에도 비협조적인 경우가 많아 치료상 어려움이 있음. 급성기 삽화의 경우에는 입원치료가 필요한 경우가 많음. 가족 및 법적 보호자의 조울병에 대한 이해를 통해 지속적인 치료를 받을 수 있는 환경을 만들어 주는 것이 우선적이며 장기간의 약물치료가 현재까지 가장 효과적으로 알려져 있음4. 조울병의 조증기에는 과도한 의욕, 무모한 계획, 낭비나 위험한 투자, 타인에 대한 공격성 등이 주로 나타날 수 있으며 우울기에는 의욕저하, 대인관계 단절, 일상 활동을 수행하지 못함 등 사회인으로 살아가는 것이 불가능하고 특히 조울병이 적절히 치료되지 않을 경우 모든 정신질환 중에서도 자살률이 가장 높다고 보고된 바 있음5. 상기 의견은 문건의 평가를 통하였으므로 의학적 효력이 없으며 임상적 진단이나 치료를 위해서는 반드시 정신건강의학과 전문의의 대면평가를 거쳐야 함

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 1의 평가문건 수정 및 날인 요구 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 1로 하여금 공소외 3에 대한 평가문건의 수정을 요구하게 하고, 위 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 한 것은, 피고인이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 한 것으로서 이는 피고인 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이거나, 공소외 1로 하여금 직무집행의 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 하였다고 볼 수 없으므로 형법 제123조 소정의 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다.

① 공소외 1은 피고인의 지시에 따라 피고인의 평가문건 수정 및 날인 요구를 공소외 2에게 전달하였을 뿐이다.

② 비록 정신보건사업이 분당구보건소의 소관 업무이고, 분당구보건소장이 센터에 대한 전반적인 지휘·감독 권한을 행사할 수 있더라도, 그것만으로는 분당구보건소장이 센터장에게 평가문건의 내용수정이나 날인을 요구할 수 없다거나, 그와 같은 요구를 하는 데 있어 지켜야 할 기준이나 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 공소외 1이 공소외 2에게 평가문건 수정 및 날인을 요구하는 데 있어 공소외 1의 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다고 보기 어렵고, 달리 이러한 사정을 인정할 만한 증거가 없다.

③ 공소외 1은 원심 증인으로 출석하여 “공소외 2에게 평가문건 수정을 요구할 당시 공소외 3의 치료 필요성에 대하여 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용하기 위해 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다”는 취지로 진술하였다. 이에 따르면 공소외 1은 수정된 평가문건을 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용할 목적이었을 뿐이므로, 그 수정 요구가 직무집행에 관한 기준과 절차를 위반하는 것이라고 단정하기도 어렵다.

④ 평가문건에 도장을 날인하도록 요구하는 것은 해당 문서의 작성명의인이 그 문서를 작성하였음을 확실하게 나타내기 위한 것이므로, 그러한 요구가 위법하다고 보기 어렵다.

(나) 공소외 2의 평가문건 수정 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 평가문건을 수정해 준 것은 공소외 1의 요청이나 친분에 기댄 부탁 등으로 인해 심리적 의무감에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 ‘법률상 의무 없는 일’을 한 것이라고 단정할 수 없다.

① 공소외 2가 평가문건에 수정한 내용은 조울증의 위험성 및 치료 필요성에 관한 일반적 내용에 불과하다.

또한, 공소외 2는 평가문건의 말미에 “여기에 기재된 의견은 공소외 3에 관한 문건만 보고 평가한 것이므로 공소외 3에 대한 정확한 진단과 치료를 하기 위해서는 먼저 대면평가가 이루어져야 한다”는 단서도 붙여 놓았다.

② 공소외 1과 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 피고인이 당시 평가문건에 연필로 수정한 내용은 공소외 3에게 자신 또는 타인을 해할 위험이 있으니 공소외 3을 입원시켜야 한다는 취지의 내용이라고 진술하였다.

그런데 수정된 평가문건 어디에도 공소외 3이 당장 입원치료를 받아야 한다는 취지의 내용은 없으므로, 공소외 2가 피고인의 위와 같은 요구를 그대로 받아들여 평가문건을 수정하지 않았음은 분명하다.

공소외 2도 원심 증언에서 “자세히 읽지 않는다면 공소외 3이 위험하게 보일까봐 신경을 써서 평가문건을 고쳤다”는 취지로 진술하였다.

③ 공소외 1은 원심 증언에서 "당시 공소외 2에게 피고인의 평가문건 수정 요구를 전달하면서 그 평가문건의 사용처에 관하여 공소외 3의 보호자들에게 공소외 3의 치료 필요성을 설득하는 데 사용하기 위해서라고 말했다"라는 취지로 진술하였고, 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 시에 보고할 때 자료로 쓰겠다고 하면서 평가문건을 요청하였다"고 진술하였다.

위 각 진술에 따르면, 공소외 1과 공소외 2는 그 평가문건이 어떠한 직무집행의 근거로 사용되리라고 예상하고 있지 않았다.

또한, 평가문건이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 절차를 진행하는 데 법령상 요구되는 문서도 아니다.

④ 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 굉장히 미안해하면서 평가문건을 꼭 이대로 고치지 않아도 되는데 자세히 써 달라고 해서 평소 모르는 사이도 아니고 공소외 1이 난처해해서 평가문건을 수정하게 되었다.

평가문건의 내용에 관하여 공소외 1로부터 지휘를 받았거나 간섭을 받은 것은 아니다"는 취지로 진술하였다.

나) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제12조의 직권남용권리행사방해죄에서 '직권의 남용'이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 남용에 해당하는지는 구체적인 직무행위의 목적, 그 행위가 당시의 상황에서 필요성이나 상당성이 있는 것이었는지 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 여러 요소를 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2018. 2. 13. 선고 2014도11441 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 5는 2012. 6. 15. 딸인 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 하였다.

(나) 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈다(위 공문은 분당구보건소 지역보건팀장 공소외 9가 기안하고 보건행정과장 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).

(다) 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다(위 공문은 센터 상임팀장 공소외 28이 기안하여 공소외 2가 최종 결재하였다).

(라) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다(위 공문은 위 공소외 9가 기안하여 위 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였

다).

(마) 그러나 공소외 2는 2012. 6. 20. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5에 대한 면담내용만으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청을 할 수 없다는 취지의 공문(증거기록 제4권 1488면)을 보냈다.

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 5의 면담결과 요청 및 송부 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 한 부분이나 공소외 2 등으로 하여금 분당구 보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 한 부분은 모두 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

① 구 정신보건법에 따르면 지방자치단체는 정신질환을 예방하고, 정신질환자의 치료를 위한 조사 등 필요한 조치를 하여야 하고(제4조 제1항), 보건소를 통하여 정신질환의 예방, 정신질환자의 발견·진료 등 지역사회정신보건사업을 수행할 수 있다(제13조 제1항). 따라서 성남시가 정신질환을 예방하고 정신질환자의 발견 및 치료를 위하여 조사 등의 업무를 수행하는 것은 그 책무나 권한에 속한다고 할 수 있다.

이에 비추어 보면 성남시장인 피고인이 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하여 송부받은 것은 정신질환 의심자의 발견 및 치료를 위해 상당한 범위 내에서 관련 자료를 수집한 것으로 볼 수 있다.

② 구 '성남시 정신보건센터 설치·운영 조례'(2005. 10. 28. 성남시조례 제2008호로 제정되어 2005. 10. 28. 시행되고, 2017. 11. 20. 성남시조례 제3149호로 전부개정되기 전의 것) 제5조 제4항에 의하면, 수탁자인 센터는 관계법규와 시장의 지시사항을 준수하여야 한다.

따라서 센터는 원칙적으로 그 업무에 관하여 성남시장인 피고인의 지시를 따라야 할 의무가 있다.

이에 비추어 보면 센터장인 공소외 2가 성남시의 위 자료수집 협조 요청에 응한 것은 위 지시사항 준수 의무를 이행한 것이라고 볼 수 있다.

③ 공소외 2는 공소외 5와 면담하면서 그 상담 내용을 관련 기관에 필요시 제공할 수 있다고 설명하였고, 공소외 5와 공소외 15로부터 그에 대한 동의도 받았다.

따라서 성남시가 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하거나, 센터가 이를 분당구보건소에 송부하는 것 자체에 어떠한 위법성이 있다고 보기는 어렵다.

(나) 진단 및 보호신청 촉구 공문 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 부분도 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 분당구보건소가 센터에 위 진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 공소외 2에게 특정한 결론을 강제하는 취지는 아니고, 공소외 5의 공소외 3에 대한 진료의뢰 등이 있는 상황에서 센터가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 할 것인지 검토하라는 취지 정도로 이해할 수 있다.
- ② 분당구보건소가 위 진단 및 보호신청 촉구를 한 것 이외에 공소외 2에게 그 전문가로서의 판단 권한을 침해하는 부당한 지시나 간섭을 하였다는 사정을 인정할 만한 증거는 없다(오히려 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 피고인과 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받고 있었기에 스스로 면책성 조치를 취한 측면도 있다"는 취지로 진술하기도 하였다). 게다가 공소외 2는 위 진단 및 보호신청 촉구 공문에 대해 바로 거절하는 공문을 보냈으므로, 위 촉구 행위 자체만으로 공소외 2에게 부당한 지시나 간섭을 한 것으로 볼 수 없다.
- ③ 비록 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환 의심자에 대한 진단 및 보호신청 권한이 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원에게 있다 하더라도, 지방자치단체의 장 또는 그 산하기관인 보건소장이 위 정신건강의학과 전문의 등에게 위 권한 발동을 촉구하는 것 자체가 위법한 것이라고 보기는 어렵다.
- ④ 앞서 판단한 바와 같이, 피고인이 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하는 것이 위법하다는 점을 인식하면서도 그 절차 진행을 지시하였다고 보기 어렵다.

다) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에 대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대학교병원과 센터에 발송하였다.

(나) 공소외 7은 당시 위 내용증명의 문언을 직접 작성하였고, 그 무렵 피고인에게 이를 보고하였다.

(다) 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 공소외 7은 2012. 4. 초순경 성남시청 공무원들에게 공소외 3으로부터 폭언, 욕설, 협박 등을 당한 사례를 진술서로 작성하여 제출하라고 지시하여 이를 취합한 사실, 공소외 7은 그 무렵 공소외 1에게 공소외 3이 성남시청 홈페이지에 게시한 다수의 글과 위 공무원들의 진술서를 건네준 사실, 공소외 1은 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 4. 초순경 공소외 2에게 공소외 3의 위 게시글과 위 공무원들의 진술서를 보여주면서 공소외 3의 조울병 증상 및 공소외 3에 대한 입원치료 문제 등에 관하여 자문을 구한 사실, 공소외 7은 2012. 6. 중순경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 진행해 달라는 취지로 요청한 사실, 공소외 4도 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 6.경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3을 강제입원시켜야 하는 것 아니냐는 취지로 말한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 한 것은 스스로의 판단에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 피고인의 직권 행사로 인한 것이라고 보기 어렵다.

- ① 공소외 2는 분당구보건소장의 2012. 6. 20.자 '진단 및 보호신청 촉구' 공문에 대하여는 바로 거부하였으나, 그로부터 약 40일이 경과한 2012. 8. 2.에서야 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하였다.
- ② 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "㉠ 2012. 6.경 공소외 7과 공소외 4의 강제입원 요청이나 '진단 및 보호신청 촉구' 공문은 중요한 고려사항이 아니었고, 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청하는 것은 시기상조라고 판단하였다.
- ④ 그러나 이후 2012. 7.경 공소외 5의 내용증명의 내용을 받아 보았을 때 공소외 3의 자·타해 위험 상태를 의심하게 되었고, 분당서울대학교병원의 자문 변호사와 상담한 결과 대면 없이도 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환자 의심자를 발견할 수 있고, 오히려 아무런 조치를 취하지 않을 경우 법적 문제가 생길 수 있다는 자문을 받았기에 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하게 되었다"는 취지로 진술하였다.
- ③ 공소외 2의 위 진술에 따르면, 공소외 2는 공소외 5 명의의 내용증명을 받아본 후 공소외 3의 정신건강상태가 자·타해 위험이 있다고 의심하게 되었고, 법적 자문을 받은 결과 구 정신보건법 제25조 제1항의 해석에 있어 대면 없이도 정신질환 의심자를 발견할 수 있고 아무런 조치를 취하지 않는 것이 오히려 법적 책임을 질 수 있다는 답변을 듣게 되어, 스스로의 판단에 따라 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하기에 이른 것이라고 볼 수 있다.
- ④ 비록 공소외 7이 공소외 5 명의의 위 내용증명을 직접 작성하고 이를 피고인에게 보고하기는 하였으나, 그 내용증명을 발송한 것이 공소외 5의 의사에 반하여 이루어진 것임을 인정할 증거는 없다.

따라서 공소외 7이 위 내용증명 발송에 관여하였다고 하여 그것 때문에 공소외 2가 위 진단 및 보호신청을 한 것이라고 보기는 어렵다.

- ⑤ 또한, 공소외 7이 성남시청 공무원들에게 위 진술서의 작성을 지시하여 이를 취합하였고, 그 진술서가 공소외 1을 통해 공소외 2에게 건네졌다고 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 고려하면, 공소외 7이 위 진술서 작성 지시·취합 행위와 공소외 2의 위 진단 및 보호신청 행위 사이에 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다.

라) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도에 관한 판단

(1) 법리

직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조). 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하였다(위 공문은 공소외 9가 기안하고 보건행정과장대리 공소외 30의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).

(나) 공소외 4는 그 무렵 위 공문과 공소외 3에 대한 관련 자료를 들고 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 찾아가 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단을 의뢰하였다.

(다) 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

(라) 이후 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 >>경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 >>경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

(마) 공소외 4는 당시 >>경찰서로 가기 직전에 공소외 9에게 센터에 대한 협조 공문 작성을 지시하였다.

이에 공소외 9는 분당구보건소장 명의로 센터장에게 '공소외 3의 진단의뢰를 위해 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한다'는 내용의 협조 공문(증거기록 제4권 1440면)을 작성한 다음 >>경찰서로 갔고, 공소외 2는 위 공문을 수령하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 피고인과 공소외 7은 2012. 8. 7.경 공소외 10이 작성한 위 회신서로써 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제3항에서 말하는 "정신건강의학과 전문의가 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때"라는 요건이 구비되었다고 판단한 사실, 피고인은 그 무렵 직접 또는 공소외 7을 통해 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 위 조항에 따른 입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하거나 재촉한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 2012. 8. 17. 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 간 것이 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 강제입원시키기 위해서였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵고, 나아가 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 위와 같이 ▷▷경찰서로 간 것이 피고인의 지시 또는 재촉으로 인하여 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일'을 한 것이라고 보기 어렵다.

① ㉓ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 공소외 3을 만나러 ▷▷경찰서로 간 것은 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 공소외 3을 입원시키려는 목적도 있었으나, 그보다 먼저 공소외 2로 하여금 공소외 3을 대면진단하게 하거나 공소외 3에게 진단을 권유하는 것을 1차적 목표로 하였다.

공소외 2에게 동행을 요청할 때에는 공소외 3을 강제로 데려오자는 말은 하지 않았다"는 취지로 진술하였다.

④ 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 당시 공소외 3을 만나 설득해 볼 테니 동행해 달라고 요청하였기에 공소외 3이 응한다면 직접 면담을 해 보겠다고 하여 공소외 3을 만나러 공소외 4와 동행하였는데, 가는 도중에 공소외 4가 공소외 3을 오늘 진단하고 바로 입원시키자는 취지로 말하였으나, 자신이 그것은 절대 안 된다고 거부하였다"는 취지로 진술하였다.

⑤ 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4의 지시를 받고 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 작성한 다음 공소외 4에게 이를 건네주기 위해 별도로 ▷▷경찰서로 갔고, 공소외 4와 공소외 2가 왜 ▷▷경찰서로 갔는지는 모른다"는 취지로 진술하였다.

② 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 위 각 법정진술을 종합하여 보면, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 당시 ▷▷경찰서로 간 목적이 각자 분명하지 않고, 특히 공소외 4의 당시 의도가 정확히 무엇이었는지 분명하지 않다.

③ 공소외 4가 공소외 3을 만나기 위해 공소외 2와 함께 ▷▷경찰서로 향했던 날인 2012. 8. 17. 직전에, 성남시장 수행비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서 그 실행을 거절한 바 있다.

그러한 상황에서 과연 공소외 4가 특별한 사정변경 없이 자신의 입장을 바로 바꾸어 공소외 3을 강제입원시키기 위해 ▷▷경찰서로 갔는지 의심스럽다.

- ④ 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 나이와 지위 및 경력 등을 고려할 때 당시 위 3명만으로 공소외 3에게 강제력을 행사하여 입원 절차를 진행할 수 있었을지 매우 의심스럽고, 달리 공소외 3에게 강제력을 행사하는 데 필요한 충분한 보조인력이 있었는지도 의심스럽다.

공소외 4는 당시 공소외 3을 입원시키는 것과 관련하여 병원도 예약해 두지 않았고, 입원의뢰서 작성을 비롯하여 기타 어떠한 행정적인 절차도 전혀 마련해 두지 않았다.

당시 공소외 3이 >>경찰서에서 조사를 받고 있었는지조차 이를 인정할 명백한 증거가 없다.

- ⑤ 당시 공소외 9가 공소외 4의 지시에 따라 작성한 공문에는 공소외 3의 "진단의뢰"를 위해 차량 및 동행을 요청한다고 기재되어 있다.

그 '진단의뢰'라는 문언에 의하면, 이는 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 절차가 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차를 예정하고 있는 것이다.

- ⑥ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 보낸 것은 자신의 생각에 의해 요식행위로 한 것이다"는 취지로 진술하기도 하였다.

그 밖에 앞서 본 공소외 4의 법정진술, 위 공문의 문언 등을 종합하면, 공소외 4는 당시 피고인 또는 공소외 7의 지시와 달리 스스로의 판단에 의해 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 진행하려고 했던 것으로 보이기도 한다.

이는 공소외 2의 법정진술, 즉 자신은 공소외 3을 대면하여 면담하기 위해 공소외 4와 동행하였다는 취지의 진술로도 뒷받침된다.

- ⑦ 더 나아가 공소외 4의 위 법정진술과 위 각 증거에서 알 수 있는 공소외 4의 당시 인식, 행위, 주변상황 등을 종합하여 보면, 공소외 4는 당시 피고인이 해외 출장 중인 상태에서 피고인 또는 공소외 7로부터 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하라는 지시 내지 질책을 받게 되자 이를 최종적으로는 따르지 않으려고 하면서도 어떠한 절차 진행 시도를 했다는 외관만 작출하여 피고인의 질책을 피하기 위해 위와 같은 행위를 한 것은 아닌지도 의심스럽다.

4) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는바, 원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 결론은 정당하다.

그러므로 원심의 판단에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없고, 검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

4. 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

- ① 이 사건 경기도지사 후보자 TV토론회에서 상대 후보자 공소외 6의 질문 취지에 2010년도에 있었던 강제입원 시도를 묻는 부분이 포함되어 있지 않았다.
따라서 피고인이 이를 부인하는 발언을 하였다고 볼 수 없어 허위사실을 공표한 것이라거나 허위사실공표에 대한 인식이 있었다고 볼 수 없다.
- ② 피고인이 2012. 4.부터 8.까지 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 강제입원 절차를 지시하였음에도 이를 부인하는 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 당시 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 질문 및 답변의 의도, 발언의 다의성, 당시 상황, 합동토론회의 특성 등에 관한 그 판시 사정에 비추어 보면, 피고인의 이 부분 발언은 구체적인 행위의 존부를 특정할 수 없는 불분명한 발언이고, 그 발언이 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이라고 평가할 정도에 이르렀다고 볼 수 없다.
따라서 허위사실공표에 해당한다고 보기 어렵다.
- ③ 피고인이 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 중단시킨 적이 없음에도 피고인이 이를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 그 판시 사정을 종합하면, 이 부분 발언이 허위이라고 보기 어렵다.

나. 당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이라면 충분하고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등 참조). 또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2018. 6. 13. 제7회 전국동시지방선거에서 경기도지사로 당선되어 2018. 7.경부터 현재까지 경기도지사로 재직 중이다.

나) 2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

다) 2018. 6. 5. 열린 MBC 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인인의 발언 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) ○○정신병원 입원 시도 부인 부분에 관한 판단

가) 피고인이 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있는데도, 위 각 경기도지사 후보자 TV토론회(이하 '이 사건 토론회'라 한다)에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.

나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 이 사건 토론회에서 위와 같이 공소외 3에 대한 ○○정신병원 입원 시도를 부인하는 취지로 발언하였다고 볼 수 없거나, 허위사실을 공표한다는 고의를 가지고 이 부분 발언을 하였다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

① 공소외 6은 원심 증인으로 출석하여 "이 사건 토론회에서 피고인에게 공소외 3에 대한 정신병원 입원 시도를 하였는 지 묻는 질문 취지에는 2010년경 ○○정신병원 입원 시도 부분은 포함되어 있지 않다"는 취지로 진술하였다.

② 이 사건 토론회 무렵 피고인에게 제기된 '친형 정신병원 입원 시도' 의혹의 내용을 고려하면, 피고인도 공소외 6의 위 질문 취지를 위와 같이 이해하였을 것으로 보인다.

③ 따라서 이 사건 토론회에서 공소외 6이 피고인에게 "형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠?"라고 질문한 데 대하여, 피고인이 "그런 일 없습니다"라고 발언한 것이, 피고인이 공소외 6의 위 질문의 의미를 선거인의 정확한 판단을 그르치게 할 정도로 왜곡하여 이해한 다음 이 부분 발언을 하였다고 보기 어렵다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

4) 피고인의 강제입원 절차 관여 부분에 관한 판단

가) 쟁점

피고인이 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 강제입원 절차 진행을 지시하여 그 절차가 일부 진행된 적이 있는데도, 이 사건 토론회에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 전혀 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실공표의 죄책을 지는지에 관하여 살펴본다.

나) 이 부분 발언이 허위사실공표인지 여부에 대한 판단

- (1) 무릇 어떠한 사실에 관하여 적극적으로 반대되는 사실을 진술하는 것은 공직선거법 제250조 제1항에서 정한 허위사실의 공표에 해당하나, 나아가 적극적으로 반대되는 사실을 진술하지는 아니하였으나 소극적으로 이를 숨기거나 유사한 방법으로 덧붙이는 진술을 하였고, 그것이 선거인의 공정한 판단을 그르치게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀다면 이 역시 위 법조항 소정의 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 상당하다.
- (2) 피고인이 이 사건 토론회에서 한 이 부분 발언의 외관상 전체적인 취지는 그 내용, 어휘, 문구의 연결방법 등을 고려하면 "① 공소외 3을 실제로 강제입원시킨 것은 그 처와 딸이고, ② 그와 별개로 피고인의 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 정신건강 진단 의뢰를 한 바 있으나, 피고인은 이에 관여하지 않았고, 오히려 그 절차 진행을 막았다"는 것이다.

살피건대, 앞서 인정한 사실과 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였음은 넉넉히 인정되므로, 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 표현은 사실과 다르다.

비록 피고인이 "공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다"는 표현을 직접적으로 사용하지는 않았고, 그 나머지 발언은 일부 사실에 가까운 표현이기는 하나, 이 부분 발언의 전체적인 취지와 선거인이 위 발언을 접하였을 때 받게 되는 인상 등을 종합하여 고려하면, 피고인은 자신이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨긴 채 이러한 발언을 함으로써 선거인의 공정한 판단을 그르치게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀으므로, 피고인의 이 부분 발언은 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 타당하다.

- ① 공소외 3의 모친 공소외 5는 2012. 4. 10. 센터 앞으로 공소외 3에 대하여 조울증 치료를 의뢰하는 내용의 의뢰서를 작성하였고, 여기에 공소외 3의 형제자매들인 공소외 47, 공소외 15, 공소외 14가 연명하여 서명한 바 있다(증거기록 제1권, 258, 259면, 제4권 1494, 1495면). 그러나 위 의뢰서가 센터에 정식으로 접수되었는지는 불분명하다.
- ② 피고인은 그와 별도로 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따라 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다.
- ③ 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였고, 이에 공소외 1이 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하자, 다시 공소외 1에게 그 내용 일부를 수정하도록 지시한 다음 공소외 1로부터 공소외 2가 수정한 평가문건을 재차 전달받기도 하였다.

- ④ 공소외 5는 2012. 6. 15. 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 한 적이 있다.

그런데 공소외 4는 그 전날인 2012. 6. 14. 공소외 5를 찾아가 공소외 5에게 센터를 방문하여 공소외 3에 대한 진단을 요청하라는 취지로 말하였다(원심 증인 공소외 4의 진술 및 증거기록 제4권 1477면 참조). 또한, 공소외 4는 당시 공소외 2에게 공소외 5가 센터에 방문할 것이니 상담을 잘 해 달라고 말하고, 공소외 5와 공소외 15를 위 센터 사무실로 직접 안내하기도 하였다.

- ⑤ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈고, 이에 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다.

- ⑥ 또한, 공소외 4는 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받던 상황에서 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다.

- ⑦ 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에 대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대학교병원과 센터에 발송하였다.

그런데 위 내용증명은 공소외 7이 직접 그 문언을 작성한 것이고, 그 무렵 피고인에게 위 내용증명 작성 사실을 보고하였다.

- ⑧ 피고인은 2012. 6. 또는 7.경 분당서울대학교병원장인 공소외 32와 통화하면서 "공소외 3의 정신건강상태에 문제가 있어 공소외 3을 입원시켜 치료하는 데 협조해 달라"는 취지로 말하기도 하였다(당시 공소외 32는 현재 단계에서 바로 입원 절차를 진행하기는 어렵다는 취지로 답변하였다).

- ⑨ 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

- ⑩ 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하여 이를 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 교부하였다.

- ⑪ 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 증거기록 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

- ⑫ 성남시장 수행비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서

그 실행을 거절한 바 있다.

⑬ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 ▷▷경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

⑭ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

⑮ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

다만 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 별달리 진행된 바 없다.

다) 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있는지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨기고 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표한다는 고의도 있었다고 봄이 타당하다.

① 앞서 본 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구 보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제 25조의 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였고, 그 진행 상황에 대해서도 수시로 보고받았다.

따라서 피고인은 위 강제입원 절차의 개시와 진행 경과를 그 누구보다 잘 알고 있었던 지위에 있었다.

② 피고인이 친형인 공소외 3을 강제로 정신병원에 입원시키려 시도했다거나 입원시켰다는 세간의 의혹은 이 사건 토론 회 무렵에만 있었던 것이 아니다.

2012. 9.경 "피고인이 자신을 정신병원에 강제입원시키려 했다"는 취지의 주장이 담긴 공소외 3에 대한 인터뷰가 ▶▶일보에 보도(증거기록 제14권 6984면)된 이래, 위와 같은 의혹은 2017.경까지도 계속하여 언론, SNS(소셜 네트워크 서비스) 등에 의해 퍼져 나갔다.

특히 피고인이 성남시장 후보자로 출마한 2014. 6. 지방선거 당시에도 위와 같은 의혹이 제기된 바 있다.

③ 피고인은 위와 같은 의혹이 제기된 2012.경부터 최근까지 여러 차례에 걸쳐 SNS, 언론인터뷰 등을 통해 위 의혹은 사실이 아니라고 적극 해명해 왔는데, 그 해명의 주요 내용은 "㉠ 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 치료 또는 강제진단을 의뢰한 것이다.

또는 ④ 공소외 3을 실제로 정신병원에 입원시킨 것은 그 처와 딸이다"라는 취지이다(공판기록 제26권 15099~15113면). 그런데 피고인의 위 해명 내용 어디에도 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차 진행을 지시하였거나 그 절차 개시에 관여하였다는 부분은 찾기 어렵다.

④ 피고인의 이 사건 토론회에서의 이 부분 발언은 피고인이 기존에 위와 같이 여러 차례에 걸쳐 해명한 내용과 크게 다르지 않고, 그 표현도 거의 유사하다.

따라서 TV합동토론회에서 이루어지는 공방의 즉흥성·계속성으로 인해 이 부분 발언의 표현이 다소 불명확할 수 있다는 점을 고려하더라도, 피고인이 이 부분 발언의 전체적인 취지와 이에 대해 일반 선거인들이 받는 인상을 정확하게 고려하지 않은 채 이 부분 발언을 하였다고 보기는 어렵다.

⑤ 피고인은, 전 국회의원 공소외 33이 2014. 10. 20. 채널에이 방송프로그램에서 '피고인이 아무런 문제가 없음에도 친형을 사이가 안 좋아졌다는 이유로 정신병원에 입원시켰다'는 취지의 발언 등을 한 데 대하여, 그 무렵 위 공소외 33을 상대로 위 내용이 허위라는 이유로 손해배상청구의 소를 제기하고, 2015. 4. 22. 승소판결을 받기도 하였다(서울중앙지방법원 2014가합586479). 이와 같이 피고인은 자신에 대한 세간의 의혹 중 "피고인이 공소외 3을 정신병원에 강제입원시켰다"는 허위 내용에 대해서는 적극적으로 대처하기도 했는데, 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인은 자신에 대한 의혹의 내용과 그 허위 정도에 관하여도 비교적 정확하게 파악하고 있었던 것으로 보인다.

⑥ 이 사건 토론회에서 상대방 후보자인 공소외 6은 피고인에게 "성남시청 8층에 위치한 분당서울대병원에 위탁한 성남시 정신보건센터에서 공소외 3 씨에 대해 아무런 문진이나 검진도 없이 정신병자라고 판명했습니까?"라고 물었고, "2012년 4월에 분당서울대학교병원에서 분당보건소에 조울병일 가능성이 높다는 평가의견서 낸 거 알고 있죠?", "그 다음에 2012년 8월에 분당△병원, 분당보건소에서 공소외 3씨가 자신 및 타인을 해할 위험성이 있다는 진단서를 낸 거 알고 있죠?"라고 묻기도 하였다.

비록 공소외 6의 위 표현에는 정확하지 않은 부분도 있으나, 그 발언의 구체적인 표현을 고려할 때 피고인은 위 질문의 전체적인 취지가 2012. 4.경부터 2012. 8.경 사이에 이루어진 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차에 관한 것임을 충분히 이해할 수 있었다.

⑦ 비록 피고인에게 제기된 이 부분 의혹 중에는 "피고인이 '불법적인' 방법으로 공소외 3을 정신병원에 강제입원시키려 했는지"에 관한 부분도 있기는 하지만, 일반 선거인들은 그 불법 여부를 불문하고 피고인이 공소외 3을 강제로 입원시키려 한 적이 있는지 그 자체에 대해서도 공직후보자로서의 피고인의 자질과 도덕성에 관한 중요한 정보로 여겼을 것이다.

그러나 당시 일반 선거인들이 위와 같은 정보에 대해서 잘 알고 있었던 것으로 보이지 않고, 피고인의 지위, 이력, 선거경력 등을 고려하면 피고인도 이러한 점을 잘 알고 있었을 것이다.

⑧ 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

더욱이 피고인은 모친과 형제자매들이 공소외 3에 대한 진단을 의뢰하였다고 설명하면서도 "저는 그걸 직접 요청할 수 없는 입장이었다"라고 표현하기도 하였다.

- ⑨ 피고인이 어떠한 '불법적인' 절차에 의해 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적은 없다는 취지로 표현할 의도로 이 부분 발언을 한 것이라면, 당시 공소외 3에 대하여 강제진단을 의뢰한 사람은 피고인의 모친과 형제자매들일 뿐이라는 취지로 표현하는 것이 그 의도에 부합하는 것인지 의문이다.

오히려 피고인에게 그와 같은 의도가 있었다면, 당시 피고인의 지시에 따라 공소외 3에 대하여 이루어진 절차는 적법한 것임을 강조하는 표현을 하는 것이 더 자연스럽다.

- ⑩ 비록 구 정신보건법 제25조 제6항이 입원치료를 목적으로 하는 것과 달리 구 정신보건법 제25조 3항에 따른 절차의 목적은 정확한 진단에 있는 것이기는 하지만, 그에 따라 이루어지는 절차 역시 정신질환 의심자를 그 의사에 반하여 입원시키는 것이다.

앞서 본 여러 사정에 의하면, 피고인은 구 정신보건법 제25조에 따른 이러한 절차를 정확하게 이해하고 있었다.

그런데도 피고인이 그동안 '친형 강제입원' 의혹에 대한 해명 과정에서 '치료를 위한 강제입원'과 달리 '강제진단' 또는 '진단요청'이라는 용어를 구별하여 사용해 왔고, 양자는 다른 절차임을 강조해 왔다는 것은 오히려 피고인이 '입원' 시도 자체를 숨기려고 했다는 것에 더 부합하는 사정이다.

- ⑪ 피고인이 설령 "공소외 3을 입원시키려고 강제력을 행사한 행위는 전혀 없었다"라거나, "공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 절차가 진단 단계에서 종료되었다"라는 점을 밝히려는 의도로 이 부분 발언을 하였다 하더라도, 이 부분 발언에서 피고인이 그러한 판단이나 절차에 관여하였는지 여부가 전혀 드러나지 않으므로, 피고인의 이 부분 허위사실공표에 대한 고의를 부정할 수 없다.

- ⑫ 위와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인은 이 사건 토론회에서 이 부분 발언을 하면서 "피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실"을 일반 선거인들에게 알리지 않기 위해 이를 의도적으로 숨겼다고 봄이 타당하다.

라) 피고인 및 변호인의 주장에 대한 판단

(1) 공소 범위에 관한 판단

피고인의 변호인은, 이 부분 공소사실은 피고인이 공소외 3에 대한 '위법한' 입원 시도를 한 적이 있음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것일 뿐, 피고인이 공소외 3에 대하여 '적법한' 입원 절차 개시를 지시하였음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것은 이 부분 공소사실에 포함되어 있지 않다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실의 문언과 검사의 이 부분 공소사실에 대한 의견 등을 종합하여 보면, 이 부분 공소사실의 범위가 피고인의 변호인의 주장과 같다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 허위사실공표의 대상으로서 '행위'에 해당하는지 여부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 피고인의 '의도'에 관한 내용일 뿐 '행위'에 관한 부분이 아니므로, 공직선거법 제250조 제1항의 구성요건인 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 허위 사실을 공표한 것이다.

그런데 피고인이 위 강제입원 절차를 지시하고 그에 따라 위 절차가 일부라도 진행되었는지 여부는 피고인의 주관적 내심의 영역에 머무르는 사항이 아니고, 피고인의 외부적 행동에 관한 사항이다.

또한 이는 후보자의 자질, 성품, 도덕성 등의 지표로 삼을 수 있는 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

따라서 이 부분 발언은 공직선거법 제250조 제1항에서 규정하는 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이라고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

(3) '당선될 목적'의 존부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회에서 상대 후보자의 공격적이고 악의적인 질문에 단순히 부인한 것에 불과하므로 피고인에게 '당선될 목적'이 없었다고 주장한다.

공직선거법 제250조 제1항의 '당선되거나 되게 할 목적'에 대하여는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족한데, 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도10365 판결 등 참조). 위 법리에 비추어 살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 발언인데다가, 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

비록 이 발언이 피고인의 구 정신보건법 제25조의 절차 관여 사실을 숨김으로써 허위사실을 공표한 것으로 평가된 것이기는 하나, 그 내용은 피고인의 후보자로서의 자질과 성품 및 도덕성에 관한 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

피고인이 이 사건 토론회 당시 위 절차 관여 사실을 숨기지 말았어야 한다고 하여 이것이 피고인의 헌법 및 형사소송법상 '자기에게 불리할 진술을 강요당하지 않을 권리'를 침해하는 것이라고 볼 수도 없다(대법원 2018. 4. 24.자 2018초기306 결정 참조). 따라서 피고인이 이 부분 발언으로써 허위사실을 공표한 것에는 미필적으로나마 당선될 목적이 있었다고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

마) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있는데도, 이와 달리 판단한 원심 판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

5) 피고인이 절차를 중단시켰다는 부분에 관한 판단

가) 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차를 중단시킨 바 없는데도, 이 사건 토론회에서 자신이 위 절차를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.

나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언이 허위라거나, 피고인에게 허위사실을 공표한다는 고의가 있다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

① 앞서 인정한 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하였고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였다.

이러한 상황에서 피고인의 지시나 동의 없이도 위 절차가 중단될 수 있다고 보기는 어렵다.

② 2012년도에 성남시 부시장으로 재직한 공소외 34는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 2012. 가을경 자신을 찾아와 '공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차를 진행하게 되면 자신이 향후 형사책임을 질 수 있을 것 같아 힘들다'고 하여 자신이 공소외 4에게 그 일을 하지 말라고 지시하였다.

이후 피고인을 찾아가 공무원들이 힘들어 하고, 정치적으로도 무리가 있으니 위 절차를 그만두자고 건의하였다.

이에 피고인이 '다른 기관에 이 문제에 관한 유권해석 질의를 해 놓고 위 절차를 종료하자'고 말했다"라는 취지로 진술하였다.

공소외 34의 위 진술에 따르면, 피고인은 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차를 중단시켰다고 볼 수 있다.

③ 검사는 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 공소외 4의 자의에 의한 포기로 중단된 것이라고 주장한다. 그러나 공소외 4가 2012. 8. 17. 공소외 3을 만나러 >>경찰서로 갔으나 공소외 3을 만나지 않고 복귀한 이후에도, 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하며 질책하기도 하였고, 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질 의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

④ 그런데 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차가 별달리 진행된 바 없다.

이러한 상황 역시 피고인이 위 절차 진행을 중단시키기로 했기 때문이라고 보인다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 기타 부분에 관한 판단

가) 한편, 이 부분 공소사실 중 "사실 공소외 3은 2013. 3.경 교통사고를 당해 그 사고의 후유증으로 우울증 등을 앓게 되었으며, 2014.경에 이르러 그 우울증이 심해져 부인인 공소외 11과 딸인 공소외 16이 2014. 11.경 ▽▽정신병원에 공소외 3을 입원시켰을 뿐 2012.경 당시에는 정신병이 있다고 전문의의 진단이나 치료를 받은 사실이 없었고, 공소외 11과 공소외 16도 공소외 3에게 정신적으로 문제가 있다고 생각을 하지 않았음에도" 피고인의 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였다는 부분에 대해서는 원심 판결에서 명시적으로 판단된 바 없고, 검사도 이 부분에 관하여 항소이유를 제출하지 않았다.

나) 직권으로 살피건대, 앞의 직권남용권리행사방해의 점에 관한 판단에서 살펴본 바와 같이, 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵에도 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하고, 공소외 3이 2002. 2.경 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

따라서 이 부분 발언도 허위사실이라거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵다.

5. 검사사칭 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 5. 29. 23:00경 KBS 스튜디오에서 진행한 "2018 지방선거 경기도지사 후보 KBS 초청 토론회"에서 검사사칭 여부에 대한 바른미래당 공소외 6 후보자의 질문에 "제가 한 게 아니고, 피디가 사칭하는데 제가 옆에 인터뷰 중이었기 때문에 제가 그걸 도와주었다는 누명을 썼습니다", "저는 검사를 사칭해 전화를 한 일이 없습니다.

피디가 한 거를 옆에서 인터뷰 하고 있었다라는 이유로 제가 도와 준 걸로 누명을 썼습니다.

"라고 답변하고, 이어 추가시간을 요청한 뒤 "파크뷰 특혜분양사건이라고 기억하시는 분들 많으실 것입니다.

파크뷰 특혜분양사건을 제가 추적해서 폭로했습니다.

그래서 제가 고소당했지요. 어떤 모 방송에서 저를 인터뷰를 했는데 인터뷰를 할 때 전화가 걸려 온 거예요 시장에서. 그래서 그분이 전화로 내가 어디 어디 검사인데 사실대로 얘기하라 이렇게 이야기했죠. 저는 일보고 있었습다.

이거를 제 사무실에서 인터뷰 중에 한 것을 걸어서 제가 도와준 걸로 됐다는 것 말씀드리고요."라고 부연 발언하였다.

그러나 사실 "분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건"에 관한 보도자료를 수집하던 KBS '추적60분' 담당 프로듀서 공소외 12가 2002. 5. 10. 변호사 피고인 법률사무소 내 피고인의 집무실에서 피고인과 인터뷰 도중 당시 성남시장 공소외 35로부터 전화를 받고 피고인과 무관하게 ♠모 검사를 사칭하며 공소외 35와 통화한 것이 아니라 피고인이 공소외 35로부터 전화를 달라는 음성메시지를 받은 공소외 12에게 사칭할 수원지방검찰청 검사의 이름과 물어볼 질문의 요지를 알려준 다음 공소외 12가 위 ♠모 검사를 사칭하여 공소외 35와 통화를 시작하자 메모지에 추가질문사항을 적어주거나 나지막한 목소리로 설명을 해 주는 등 공소외 12와 공모하여 피고인과 공소외 35 간의 형사사건을 담당하는 수원지방검찰청 검사를 사칭하여 그 권한을 행사하였고 그로 인해 형사처벌을 받았다.

이로써 피고인은 당선될 목적으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 경력 내지 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 공소외 12가 검사를 사칭하는 전화를 하고 있을 당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

피고인의 이 부분 발언에는 인터뷰 중 구체적으로 어떠한 내용 때문에 검사사칭을 도운 것으로 평가되었는지에 관하여 아무런 발언이 없으므로, 피고인이 검사사칭과 무관한 행위를 하던 중 공소외 12가 검사를 사칭하게 되었다는 사실을 공표하였다고 볼 수 없다.

또한, 공소외 36의 진술 등에 비추어 보면, 피고인이 당시 '일 보고 있었다'라는 발언도 허위라고 보기 어렵다.

② 공소외 12가 검사사칭을 할 당시 공소외 35에게 전화를 건 것임에도, 피고인이 '공소외 12가 공소외 35로부터 전화를 받았다'는 취지로 발언한 부분은 의도적 행위가 아니라 착각 내지 오인일 가능성이 크므로, 허위사실공표의 고의가 없다.

③ 검사사칭을 도운 것으로 누명을 썼다는 취지의 발언은 그 처벌이 부당하다거나 억울한 결과라는 의미이고, 이 표현을 사실의 적시라고 볼 수 없다.

피고인이 검사사칭으로 처벌받은 것이 억울하다는 의미도 다의적이어서 공소외 12가 피고인과 무관하게 검사사칭 행위를 하였다고 발언한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 개별 허위사실을 주장하지 않은 이상 이 부분 누명을 썼다는 표현은 사실의 공표로 보기 어렵고, 피고인의 입장표명 내지 평가 정도의 발언에 불과하다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 '허위의 사실'이란 진실에 부합하지 아니하는 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다.

이때 어떤 진술이 사실주장인지 또는 의견표현인지를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법 취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제된 말이 사용된 문맥, 증명가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2015도3038 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인의 검사사칭 전과

(1) 피고인은 수원지방법원 성남지원 2002고합113호로 "피고인이 공소외 12와 공모하여 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다"는 내용의 공무원자격사칭 등의 혐의로 구속기소되었다.

위 법원은 2002. 11. 13. 피고인의 위 공무원자격사칭 혐의와 공소외 35에 대한 무고 혐의를 유죄로 인정하여 피고인을 벌금 250만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다.

(2) 위 사건의 항소심은 2003. 7. 1. 피고인의 공무원자격사칭 혐의에 관한 항소이유 주장을 배척하면서, 다만 제1심의 형이 다소 무겁다는 이유로 피고인을 벌금 150만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다(서울고등법원 2002노3184).

(3) 위 사건의 상고심은 2004. 12. 24. 위 판결에 대한 피고인과 검사의 상고를 모두 기각하였고(대법원 2003도4065), 위 판결이 그대로 확정되었다(이하 '관련 형사판결'이라 한다).

나) 피고인의 토론회 발언

2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) 이 부분 발언이 사실주장인지 의견표현인지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언은 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 주장한 것이라기보다는 '공무원자격사칭죄로 유죄확정판결을 받은 것은 자신의 입장에서 볼 때는 억울하다'는 취지의 의견을 표현한 것이라고 봄이 타당하다.

① 피고인은 1999. 9.경부터 '분당 백궁·정자지구 파크뷰'가 특혜로 용도변경되었다고 주장하면서 그 용도변경 반대운동을 해 왔고, 1999. 11.경 구성된 '분당 백궁역 일대 부당용도변경 저지를 위한 공동대책위원회'의 공동집행위원장으로 선임되기도 하였다.

② KBS '추적60분' 취재팀은 2002. 5. 초경 당시 의혹으로 크게 부각된 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'을 기획취재하기로 하였다.

이에 그 담당 피디로서 공소외 12를 비롯하여 공소외 37, 공소외 38 등이 그 무렵 피고인에게 위 사건에 관하여 여러 문의를 하였고, 공소외 12는 2002. 5. 8.경 무렵 피고인의 변호사사무실을 방문하여 피고인으로부터 위 사건에 관한 설명을 듣고 관련 자료를 받아 오기도 하였다.

③ 공소외 12는 2002. 5. 10. 재차 피고인을 만나려고 피고인의 변호사사무실을 방문하였을 당시 공소외 35와 이 사건 검사사칭 통화를 하게 되었다.

이후 피고인은 공소외 12로부터 위 검사사칭 통화 내용이 담긴 녹음테이프를 받고 2002. 5. 23. 성남시청에서 기자회견을 하면서 공소외 35가 위 통화 중 발언한 내용을 공개하였다.

④ 공소외 35는 2002. 5. 25. 피고인과 공소외 12를 공무원자격사칭 및 공직선거법위반 등의 혐의로 고소하였다.

피고인은 이로 인하여 수사를 받던 중 검사의 2002. 6. 1.자 소환 요구에 불응하면서 위 사건이 정치적으로 악용되는 것을 막기 위해 당시 지방선거일인 2002. 6. 13.이 지난 후에 검사의 소환에 응하겠다고 하였다.

피고인은 자신에 대한 체포영장이 2002. 6. 5. 발부되었음에도 위 지방선거 이후인 2002. 6. 28.에서야 검찰청에 출석하여 당일 체포되었으며, 2002. 7. 1. 구속되어 2002. 7. 4. 공무원자격사칭 등의 혐의로 기소되었다.

⑤ 피고인은 그 수사 및 재판 과정에서 "검찰이 예단을 가지고 피고인에 대하여 구속방침을 세워둔 채 악의적으로 사건을 조작하며 수사하였다"는 취지로 주장하였다.

한편, '민주사회를 위한 변호사모임'은 2002. 7. 18.경 국가인권위원회에 피고인에 대한 위 수사과정에 부당한 문제가 있다는 취지로 진정하기도 하였다.

⑥ 피고인에 대한 위 형사재판에서 결국 관련 형사판결이 선고되어 확정되었는데, 여기에서 인정된 피고인에 대한 공무원자격사칭의 범죄사실은 구체적으로 다음과 같다.

한국방송공사 "추적 60분" 프로그램에서 프로듀서로 재직한 공소외 12는 2002. 5. 18. 22:00경 KBS에서 방영될 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'에 관한 보도자료를 수집하기 위해 성남시장과 위 파크뷰 시행업체인 에이치원(H-1)개발 주식회사 회장 공소외 39 등과의 유착의혹 및 이들의 배후를 취재함에 있어 2002. 5. 10. 10:59경 전 성남시장 공소외 35의 전 수행비서 공소외 40에게 전화하여 "검찰청"이라고 자신 측을 소개하고, 같은 날 11:26경 성남시청 시장 비서실에 전화하여 소속 직원인 공소외 41에게 자신 측을 "검찰청 검사실"이라고 소개하며 각 공소외 35와의 통화를 시도하였는데, 공소외 12가 같은 날 11:28경 피고인의 법률사무소 내 집무실에서 취재 목적으로 KBS에서 제공받아 사용중인 핸드폰에 공소외 35로부터 자신의 핸드폰으로 전화를 해달라는 내용의 음성 메시지가 녹음되어 있는 것을 확인하자, 피고인은 공소외 12로 하여금 공소외 35와 피고인간에 맞고소하여 수사중인 업무상 배임 및 명예훼손 사건의 주임검사인 수원지방법검찰청 ♠모 검사의 자격을 사칭하여 마치 위 ♠검사가 공소외 35를 상대로 위 맞고소 사건에 관하여 전화로 그 의혹 및 배후관계 등에 조사하는 것처럼 하려고 공소외 35에 대한 질문사항을 사전에 공소외 12에게 개략적으로 설명하면서 통화중 그때그때마다 메모지에 추가로 작성하여 보여주고, 공소외 12는 공소외 35에게 전화를 걸어 위 메모지에 기재된 내용을 가지고 질문하여 그 답변을 얻어내고 카메라담당 공소외 42, 오디오담당 공소외 36로 하여금 이를 녹취하게 하여 보도하기로 하고, 공소외 12와 공동하여, 공소외 12는 피고인에게 "수원지검에 경상도 말을 쓰는 검사 중 아는 사람 있어요"라고 물어 피고인이 "수원지검에 ♠모 검사가 있는데 시장도 그 이름을 대면 잘 알 겁니다"라고 대답하자, 공소외 12는 공소외 35에게 "수원지검 ♠검사입니다, 수사 중에 아니 조사하는 과정에서 시장님께 확인을 받아야 할 일이 있어서 전화를 하였습니다, 제가 조사하는 참고인이 시장님께서 ♡회장으로부터 은갈치를 받았고 ♡회장과 골프를 쳤다고 진술하는데 그 부분에 대하여 시장님의 확인을 받고 싶어서 전화를 하였습니다.

시장님께 도움을 드리려고 그러니까 좀 상세하게 말씀해 주시기 바랍니다"라고 마치 위 사건을 수사중인 ♠검사인 양운을 댄 다음 공소외 35를 상대로 사칭하는 통화를 시작하였고, 피고인은 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 위 공소외 35에 대한 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명하고, 이에 따라 위 공소외 12는 공소외 35에게 "분당 백궁지구 용도변경은

누구의 부탁을 받고 한 것은 아닌가, 파크뷰의 ♣회장에서 은갈치를 받고 함께 골프를 치는 등 친분관계가 있는 것으로 알고 있는데 ♣회장으로부터 부탁을 받고 설계변경을 한 것은 아닌가, 선거 때 ♣회장이 도와주었는가, 왜 성남시 부시장이 ♣회장의 골프클럽하우스의 사무실을 사용하였는가, ♣회장이 성남지청과 수원지검 검사들과 어울려 골프를 쳤다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 박모 비서관과 이모부장검사가 시장과 가깝게 지낸다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 작년에 ♡시장이 고소한 내용의 수사가 그 당시 왜 지연되었는가" 등에 관하여 마치 검사가 공소외 35를 상대로 피의자신문하듯이 유도 질문을 하며 그 답변을 얻어내는 등으로 조사하여 공무원인 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다.

㉗ 위와 같이 공무원자격사칭에 관한 피고인의 객관적인 행위는 ㉕ 공소외 12에게 ♠모 검사의 이름을 알려주면서 시장도 그 이름을 대면 잘 알 것이라고 말한 행위와 ㉙ 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명한 행위이다.

㉘ 그러나 피고인은 위 형사재판을 받는 동안 ㉕ 당시 공소외 12에게 취재 대상사건의 내용과 그 관련사건을 담당하는 검사의 이름을 알려주었을 뿐, 공소외 12가 검사를 사칭하려는 것을 몰랐고, ㉙ 공소외 12가 공소외 35와 통화할 당시 일을 하다가 중간 중간 카메라 스피커로 공소외 12의 통화내용을 엿들었을 뿐 공소외 12에게 질문할 사항을 알려준 적은 없다고 주장하면서 공소외 12와의 공모관계를 적극 부인하였다.

㉙ 위 사건에서 법원은 공소외 12 및 위 공소외 42, 공소외 36의 각 진술의 신빙성을 인정하여 피고인의 위 주장을 배척하고 관련 형사판결을 선고하면서도, 그 범행의 동기나 경위에 관한 피고인의 변소를 일부 고려하여 공소장에 기재된 공소사실 일부를 아래와 같이 다소 수정하여 위 범죄사실을 인정하였다(양자에 차이가 있는 부분 중 주요 부분을 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다)

㉙ 특히 위 공소사실에서는 피고인이 먼저 공소외 12에게 검사사칭 통화를 하라고 부추겼다는 취지로 기재되어 있으나, 관련 형사판결의 범죄사실에서는 공소외 12가 먼저 검찰청을 사칭하는 통화를 시도한 이후 피고인과 공소외 12가 검사사칭을 공모하였다고 기재되어 있다.

공소외 12도 당시 검찰 수사과정에서 "피고인이 자신에게 검사사칭을 부추겼다는 부분은 사실과 다른 것 같다.

사칭은 제가 먼저 우연히 시작을 하였고 부추김을 받아 한 것은 아니기 때문이다"라고 진술하였고(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1026면), 제1심 증인으로 출석하여서도 같은 취지로 진술하였다(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1772, 1814면).

[다만 그 항소심은 위 공소사실과 같이 '피고인이 공소외 12와 공소외 35의 통화 도중 공소외 35의 답변을 듣고 있다가 공소외 12에게 손가락으로 동그랗게 만들어 만족한 답변이 나왔다는 취지의 사인을 보내기도 한 사실'은 인정된다고 판단하였다(서울고등법원 2002노3184, 증거기록 제16권에 편철된 수사기록 494면)]

㉙ 피고인으로서 위와 같이 관련 형사판결에 이르기까지 일련의 경위나 과정에 비추어 자신이 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'의 의혹을 폭로하면서 공소외 35의 통화 중 발언 내용을 공개한 탓에 피고인이 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담한 것으로 평가되거나 구속까지 된 것이어서 억울하다는 인식을 가졌으리라고 볼 여지가 있다.

- ⑫ 피고인은 2018년 경기도지사선거에서 자신의 선거공보물 중 전과기록 '소명서' 란에 관련 형사판결의 범죄사실에 관하여 "시민운동가로서 공익을 위해 분당파크뷰 특혜분양 사건 진상규명과 고발 과정에서 발생. 특혜분양사건 대책위 집행위원장이던 후보자를 방송PD가 인터뷰하던 중 담당 검사 이름과 사건 중요사항을 물어 알려주었는데, 법정 다툼 끝에 결국 검사사칭을 도운 것으로 판결됨"이라고 기재하였다.

위 소명문구는 관련 형사판결에 대한 자신의 입장이나 의견을 개진한 것이라 할 것인데, 피고인의 이 부분 발언은 위 소명문구의 내용과 크게 다르지 않다고 보인다.

⑬ 위와 같은 사정에다가 피고인의 이 부분 발언이 TV합동토론회에서 한 표현인 점, 그 발언의 전체적인 맥락과 사용된 구체적 표현, 특히 피고인이 이 부분 발언을 하는 과정에서 "보복을 당했다고 생각한다"라고 표현하기도 한 점을 종합하여 고려할 때, 피고인의 이 부분 발언의 전반적인 취지는 피고인이 관련 형사판결에서 검사사칭으로 처벌받은 것에 대해서 일반 유권자들에게 그 범죄사실에 관한 자기 나름의 경위와 과정을 설명하며 관련 형사판결로 처벌받은 것은 억울하다는 취지라고 이해되고, 피고인의 관련 형사판결에 대한 이러한 입장표명이 이 부분 발언의 결정적인 요소라고 봄이 타당하다.

4) 허위사실의 공표인지 여부 및 그에 대한 고의가 있는지 여부에 대한 판단

예비적으로 판단하건대, 비록 피고인이 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 공표한 것이라고 볼 여지가 있다고 하더라도, 검사가 제출한 증거만으로 피고인에게 그 허위사실공표의 고의가 있다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기도 어렵다.

① 피고인의 이 부분 발언 중 "검사사칭 통화를 한 사람은 피고인이 아니라 방송국 피디이다"는 부분과 "당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었다"는 부분은 관련 형사판결의 범죄사실을 보더라도 허위사실이라고 보기 어렵고, 대체로 사실에 부합한다.

또한, 피고인의 이 부분 발언 중 "당시 피고인이 일 보고 있었다"는 부분 역시 위 각 증거에 비추어 보면 허위사실이라고 인정하기 어렵다.

다만 피고인의 이 부분 발언 중 "공소외 35로부터 먼저 전화가 걸려와 공소외 12가 검사사칭을 하기 시작했다"는 부분은 위 범죄사실과 다르기는 하나, 이는 그 경위에 관하여 사실과 약간 다르거나 중요한 부분에서 차이가 있다고 보기 어려운 부분이다.

그 외에 피고인의 이 부분 발언 중 관련 형사판결의 범죄사실과 전혀 다른 내용이 있거나 그와 모순·저촉되는 내용이 포함되어 있다고 보기는 어렵다.

- ② 피고인은 관련 형사판결의 수사단계에서부터 현재에 이르기까지 일관하여 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담하지 않았다고 주장하고 있다.

따라서 피고인이 현재에 이르러 그와 같이 주장한다 하여 허위사실공표의 고의가 있는 것이라고 단정하기 어렵다.

③ 관련 형사판결에서 인정된 피고인의 범죄사실은 그 판결문을 보면 누구나 쉽게 확인할 수 있으므로, 피고인이 굳이 위 범죄사실에 반하는 허위사실을 적극적으로 공표할 동기나 이러한 공표로 인하여 피고인이 얻을 이익을 생각하기 어렵다.

5) 소결론

원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 대체로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 선거공보물을 이용한 허위사실공표

피고인은 2018. 5. 중순경 자신의 책자형 선거공보물(이하 '이 사건 선거공보물'이라 한다)을 제작·배포하면서 선거공보물에 "[결재 한 번에 5,503억 원 번 사연] 결재 한 번으로 5,503억 원을 벌었다면 믿으시겠습니까? 성남시에서 실제로 벌어진 이야기입니다.

(중략) 성남시는 개발이익금 5,503억을 고스란히 시민의 몫으로 환수했습니다.

(중략) 이 중 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에, 2,761억 원은 1공단 공원 조성 사업비로 사용되었고, (후략)"라고 기재한 뒤 2018. 6. 2.부터 6. 3.경 사이에 이 사건 선거공보물 5,262,380부를 경기도선거관리위원회를 통해 유권자들에게 배포하였다.

그러나 피고인이 성남시장으로 재직하면서 개시한 성남시 대장동 일대 도시개발사업의 구조는 성남도시개발공사와 ●●은행, ▲▲은행 등으로 구성된 민간 컨소시엄에서 특수목적법인(SPC)을 설립하여 개발사업을 시행하되 민간 컨소시엄에서 개발에 필요한 자금을 조달하여 그 비용으로 대장동 지역 기반시설(터널, 확장된 진입로 및 배수지 등)과 1공단 부지 공원조성공사를 진행하는 구조로서, 성남도시개발공사와 민간 컨소시엄은 위와 같이 조성된 기반시설과 공원을 성남시에 무상으로 귀속시키고 대장동 내 임대주택부지 또는 그 환가대금을 배당 형태로 성남시에 지급하기로 약정하였을 뿐 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 실제로 5,503억 원 상당의 개발이익금이 성남시로 귀속된 바 없었다.

대장동 지역 배후시설 조성비 920억 원의 경우 확정된 공사금액이 아닌 추산치에 불과할 뿐만 아니라 선거일인 2018. 6. 13. 당일에 위 각 배후시설에 대한 착공조차 이루어지지 않았고 배후시설비로 집행된 금액은 설계비 등 약 9억 원에 불과하여 관련 조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정되거나 귀속된 사실이 없었다.

1공단 부지 공원조성 사업비 2,761억 원 또한 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 토지보상비 및 PF 대출수수료 등 합계 약 1,254억 원만이 지출되었을 뿐이고, 성남지원 및 성남지청 신청사 이전을 둘러싼 성남지원의 예정부지 면적 확대

및 공원조성공사 잠정 유보요청 등으로 인해 공원조성공사가 착공도 되지 않았으며, 이 사건 사업시행 이전 1공단 부지 도시개발사업 관련 권리자였던 ■■■■■■■■■■ 주식회사가 성남시 등을 상대로 소가 2,511억 원 상당의 손해배상의 소를 제기하여 해당 민사소송이 계속 중이었으므로 1공단 부지 공원조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정되거나 귀속된 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 이 사건 선거공보물에 위와 같은 내용을 기재한 뒤 선거관리위원회를 통해 이를 배포함으로써 당선될 목적으로 선거공보물 배포에 의한 방법으로 후보자에게 유리하도록 후보자 자신의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

2) 선거유세에 의한 허위사실공표

피고인은 2018. 6. 11. 17:00경 김포시 사우동에 있는 사우사거리에서 진행된 경기도지사 후보자 선거유세연설 중 피고인의 연설을 청취하는 불특정 다수의 유권자들에게 "(전략) 자그마치 얼마를 번지 아십니까? 자그마치 5,503억 원을 한 푼도 안 들이고 성남시 수입으로 만들었습니다.

(중략) 그래서 5,503억 원을 벌어가지고 제가 신나게 썼습니다.

1,000억은 그 주변에 터널 만들고 도로 만드는 데 썼습니다.

(후략)"라고 발언하였다(이하 '이 사건 유세연설'이라 한다).

그러나 성남시로 귀속될 예정인 5,503억 원의 개발이익금은 성남도시개발공사와 민간컨소시엄간의 약정에 불과하였고 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 실제로 5,503억 원 상당의 개발이익금이 성남시로 귀속된 바 없었으며, 대장동 지역 배후시설 조성비 920억 원의 경우 확정된 공사금액이 아닌 추산치에 불과하고 각 배후시설에 대한 착공조차 이루어지지 않았을 뿐만 아니라 집행된 금액은 약 9억 원에 불과하여 관련 조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정 내지 귀속된 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 불특정 다수의 유권자들에게 위와 같은 내용의 발언을 함으로써 당선될 목적으로 연설에 의한 방법으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 대장동 도시개발사업의 개발이익 환수구조에 의하면 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용에 다소 부정확하거나 부적당한 부분이 있기는 하나, 그 판시와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 그 각각의 표현은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있는 정도에 불과하다 할 것이어서 이를 허위의 사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 흐리게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하다.

하지만, 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등).

또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 대장동 도시개발사업에 관한 기초적 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 성남시의 제1공단 도시개발사업 추진 경위

(1) 주식회사 ◆◆◆◆◆는 성남시에 '성남산업단지 제1공단'이 있었던 성남시 수정구 신흥동 2458 일대(이하 '제1공단 부지'라 한다)를 도시개발구역으로 지정할 것을 제안하였다.

성남시는 위 제안을 받아들여 2009. 5. 15. 시행자를 지정하지 아니한 채 제1공단 부지 84,235㎡를 '성남신흥 도시개발구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '제1공단 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발사업계획을 수립하여 고시하였다.

(2) 이후 ■■■■■■■■■■■■■■■ 주식회사(이하 '■■■■■■■■■'라 한다)가 2009. 9. 1.경 주식회사 ◆◆◆◆◆로부터 제1공단 도시개발사업과 관련된 권리를 양수하였다.

(3) ■■■■■■■■■는 2010. 5. 25.경 성남시에 제1공단 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2010. 7. 6. 이를 반려하였다.

이에 ■■■■■■■■■가 경기도행정심판위원회에 재결을 신청하였고, 위 행정심판위원회는 2010. 12. 30. 위 반려처분이 위법하다고 보아 이를 취소하였다.

그러나 성남시는 2011. 5. 2. 새로운 처분사유가 있다는 이유로 ■■■■■■■■■의 위 신청을 재차 반려하였다.

■■■■■■■■■는 2011. 6. 7.경 다시 성남시에 위 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2011. 8. 16. 위 신청도 반려하였다(이하 위 2011. 5. 2.자 반려처분과 2011. 8. 16.자 반려처분을 통틀어 '이 사건 거부처분'이라 한다).

(4) 성남시는 2012. 5. 29. 위 성남신흥 도시개발구역에 대하여 그 도시개발구역 지정·고시일로부터 3년이 되는 날까지 실시계획 인가가 신청되지 아니하였다는 이유로 도시개발법 제10조 제1항 제1호에 따라 도시개발구역 지정 해제를 고시하였다.

나) 성남시의 대장동 도시개발사업 추진 경위

(1) 성남시는 2011. 3.경 이 사건 대장동 부지를 공영개발 방식으로 개발하는 방안을 추진하였다.

이에 성남시는 2011. 3. 24. 성남시 분당구 대장동 210 일원(이하 '이 사건 대장동 부지'라 한다) 910,000㎡를 '성남대장 도시개발구역'으로 지정고시하였다.

(2) 이후 성남시는 2013.경 이 사건 대장동 부지와 제1공단 부지를 하나의 도시개발구역으로 결합하여 개발하기로 하였고, 이에 2014. 1. 24. 위 성남대장 도시개발구역 지정 해제를 고시한 다음 2014. 5. 30. 이 사건 대장동 부지 912,868㎡와 제1공단 부지 56,022㎡를 묶어 '성남 대장동·제1공단 결합 도시개발구역'으로 지정고시하였다.

성남시는 2015. 6. 15. 위 대장동·제1공단 결합도시개발사업(이하 '이 사건 결합도시개발사업'이라 한다)의 개발계획을 수립하여 고시하였는데, 이에 의하면 위 개발계획에 속한 제1공단 부지 56,022㎡는 모두 공원, 도로 등의 도시기반 시설용지로 이용하기로 계획되었다.

(3) 한편, 성남시가 100% 출자하여 2013. 9. 12. 설립된 성남도시개발공사는 2014. 4. 1. 성남시로부터 이 사건 결합도시 개발사업 업무를 위탁받는 내용의 협약을 체결하였다(공판기록 제2권 659면). 성남도시개발공사는 2015. 2. 13.경 이 사건 결합도시개발사업의 자금조달 등의 역할을 할 민간사업자를 공모하였고, 그 공모절차에서 주식회사 ●●은행, 주식회사 ▲▲은행 등으로 구성된 컨소시엄(이하 '●●은행 컨소시엄'이라 한다)이 그 민간사업자로 선정되었다.

(4) 성남도시개발공사는 2015. 6. 15. ●●은행 컨소시엄과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 사업협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 37면, 이하 '이 사건 사업협약'이라 한다)을 체결하였다.

이 사건 사업협약에 따르면, 성남도시개발공사가 과반의 주식 지분(50% + 1주)을 보유하고 ●●은행 컨소시엄이 그 나머지 주식 지분(50% - 1주)을 보유하는 특수목적법인을 설립하여 위 사업을 시행하기로 하는 한편(제9조, 제10조 등), 성남도시개발공사에 대한 사업이익 우선배분과 관련하여, ① 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 데 드는 비용 2,561억 원 전액을 위 사업비에서 충당하고, 이와 별도로 제1공단 공원조성에 부가하여 지하주차장을 건립하되 그 비용도 위 사업비에서 충당하기로 하며(1차 이익배분), ② 개발완료 후 이 사건 대장동 부지 중 임대주택용지 A11 블록(이하 '이 사건 임대주택용지'라 한다)을 성남도시개발공사에 제공하기로 하되, 성남도시개발공사는 이 사건 임대주택용지 대신 현금 정산을 요청할 수 있다고(2차 이익배분) 정하였다(제13조 제5항).

(5) 또한, 성남도시개발공사는 2015. 6. 22. ●●은행 컨소시엄 측과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 주주협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제4권 645면, 이하 '이 사건 주주협약'이라 한다)을 체결하였는데, 이에 의하면, 이 사건 사업협약에 따라 성남도시개발공사에 제공하기로 한 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하되, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우 위 1,822억 원에서 공급 시점의 이 사건 임대주택용지의 감정가액 이내에서 결정한 공급가액을 공제한 나머지 금원을 성남도시개발공사에 지급하기로 하였다(제3조 제5항).

(6) 이 사건 사업협약에 따라 그 특수목적법인으로서 '★★★★ 주식회사'(이하 '★★★★'이라 한다)가 2015. 7. 27. 설립되었고, 성남시는 2015. 8. 19. ★★★★★을 이 사건 결합도시개발사업의 사업시행자로 지정하였다.

(7) 그런데 ■■■■■■가 제1공단 도시개발사업과 관련하여 성남시장을 상대로 제기한 이 사건 거부처분 취소소송의 항소심에서 2015. 8. 18. '이 사건 거부처분은 위법한 처분사유에 기초하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다'는 이유로 이 사건 거부처분을 취소하는 판결(서울고등법원 2014누6892)이 선고되었다.

[다만 위 항소심 판결의 상고심은 2016. 2. 18. "도시개발법 제10조 제1항 제1호는 도시개발사업 시행자의 지정 여부에 관계없이 도시개발구역이 지정·고시된 날로부터 3년이 되는 날까지 실시계획의 인가 신청이 없을 경우 일률적으로 적용되어야 한다"는 이유로 위 항소심 판결을 파기하고, ■■■■■■의 소를 각하한 원심 판결을 유지하는 취지의 항소기각 판결을 선고하였다(대법원 2015두3362)]

(8) 성남도시개발공사는 2016. 1.경 위 항소심 판결 등으로 인해 이 사건 결합도시개발사업 전체에 차질이 생길 것을 우려하여 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하는 한편, 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 도시계획시설사업(이하 '제1공단 공원조성사업'이라 한다)은 위 도시개발사업과 별개로 ★★★★★이 사업비를 부담하여 시행하는 방안을 추진하였다.

●●은행 컨소시엄 측이 위와 같은 방안에 동의함으로써 ★★★★★은 2016. 1.경 성남시에 위와 같은 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가 등을 신청하는 한편, 2016. 10. 25. 성남시에 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원조성사업을 시행할 것을 약속한다는 내용의 '이행확약서'(공판기록 제1권 345면)를 제출하였다.

(9) 성남시는 2016. 11. 8. 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하고 이 사건 대장동 부지 912,255㎡만 '성남 판교대장 도시개발구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '이 사건 대장동 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가를 고시하였다.

그런데 위 실시계획인가조건으로 ① 사업자인 ★★★★★이 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원조성사업을 시행하여야 하고, ② 사업구역 외 기반시설(이하 '이 사건 기반시설'이라 한다)로서 ㉠ 북측 터널 조성, ㉡ 남측 진입로(대장IC 진출입로) 확장, ㉢ 상수도 공급을 위한 배수지 신설 등을 시행하여야 한다는 점이 부가되었다.

(10) 한편, 성남시는 2017. 3. 7. 제1공단 공원조성사업에 관한 계획결정을 고시하고, 2017. 6. 16. 그 사업시행자로 ★★★★★을 지정하는 한편 그 실시계획인가고시를 하였다.

그 사이에 ★★★★★은 2017. 3. 30. 성남시에 향후 제1공단 공원조성사업 시행 후 그 공원을 성남시에 기부채납할 때 성남시를 상대로 민·형사상 일체의 소송을 제기하지 않겠다는 내용의 '부제소특약확약서'(공판기록 제1권 347면)를 제출하였다.

3) 판단

가) 앞서 본 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행 경위예다가 원심과 당심에서 적법하게 채택한 증거들을 종합하여 인정되는 아래 사실이나 사정을 종합하여 보면, 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용은 모두 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현에 불과하다 할 것이어서 이를 허위사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거만으로 피고인이 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용의 허위성을 인식하였다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

- ① 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업시행자인 ★★★★★은 이 사건 대장동 부지에 택지를 조성한 후 이를 제3자에게 분양하여 그 매각대금을 받는 방식으로 그 사업수익을 얻게 된다.

한편, ★★★★★은 이 사건 사업협약, 이 사건 주주협약, 2016. 10. 25.자 이행확약서, 이 사건 대장동 도시개발사업의 실시계획인가조건, 2017. 3. 30.자 부제소특약확약서 등을 통해 위와 같은 사업수익을 가지고 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함)과 이 사건 기반시설 설치사업을 직접 시행하면서 그 각 사업비를 부담하는 한편, 성남 도시개발공사에 이 사건 임대주택용지를 주거나 그 공급가액 상당의 현금을 지급하기로 하였다.

★★★★이 부담하는 위와 같은 민사상·공법상 채무는 모두 이 사건 선거공보물 배포나 이 사건 유세연설 이전에 발생한 것이고, 위와 같은 채무가 먼저 이행되어야 이 사건 대장동 도시개발사업의 민간사업자인 ●●은행 컨소시엄 측이 그 사업이익을 얻을 수 있다.

- ② 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 성남시의 별도 예산 지출 없이 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업이 시행되는 것은 성남시의 이익 또는 공공의 이익이 된다고 볼 수 있다.

성남도시개발공사가 이 사건 임대주택용지나 그 공급가액 상당의 현금을 지급받는 것은 성남도시개발공사가 성남시의 100% 출자로 설립된 공사라는 점에서 그 최종적 이익이 성남시의 이익으로 귀속된다고 볼 수 있다.

이는 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익에 관하여 현금을 수령하지 않는다고 하여 달리 볼 수 없다.

- ③ 이 사건 사업협약에 의하면, 제1공단 공원조성사업의 사업비를 2,561억 원으로 정하는 한편, 그 실제 사업비가 그보다 적게 들 경우에도 그 감소 금액을 모두 성남도시개발공사에게 귀속시킨다는 취지로 정하였고, 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 추후 정하기로 하였는데, 2017. 3.경 그 지하주차장 건립비용이 약 200억 원으로 추산되었다.

또한 이 사건 주주협약에 의하면, 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하는 한편, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우에는 적어도 1,822억 원을 성남도시개발공사에 지급하기로 정하였다.

- ④ 이 사건 기반시설 설치사업은 이 사건 대장동 도시개발사업에 대한 실시계획인가 무렵 ●●은행 컨소시엄 측이 성남시의 요구를 수용함에 따라 ★★★★★이 그 사업비를 추가로 부담하여 시행하기로 한 것이다.

이 사건 기반시설 설치사업비는 위 실시계획인가 당시 ●●은행 컨소시엄 측이 도시계획설계 업체에 의뢰하여 받은 추정가액에 따라 총 920억 원(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)으로 추산되었다.

- ⑤ 위 각 사업비의 합계액이 이 부분 표현에서 말하는 개발이익금 5,503억 원(= 제1공단 공원조성사업비 2,561억 원 + 지하주차장 건립비용 약 200억 원 + 이 사건 임대주택용지의 공급가액 1,822억 원 + 이 사건 기반시설 설치사업비 약 920억 원)인데, 위와 같은 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업구조와 그 개발이익 배분방법 및 규모에다가 다음과 같은 진술이나 사정 등을 종합하여 보면, 성남시는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시 이 사건 대장동 도시개발사업에 따른 위 각 사업의 시행으로 인해 그 개발이익을 얻을 개연성이 매우 높은 상황이었다고 볼 수 있다.

즉 ㉔ ●●은행 컨소시엄 소속 주식회사 ▼▼▼▼자산관리의 대표자 공소외 43은 수사기관에서 "2017. 3.경에는 성남시가 개발이익금 5,503억 원을 확보할 가능성이 높은 시점이었고, 2018. 2.경에는 천재지변이 일어나지 않는 이상 이 사건 대장동 도시개발사업이 실패할 확률은 거의 사라진 상태였다"라고 진술하였고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면), 원심 증인으로 출석하여 "성남시는 2108. 6. 13. 기준으로 이 사건 대장동 도시개발사업으로 총 5,503억 원의 이익을 거의 확정적으로 확보했다고 봐야 한다"는 취지로 진술하였다(공판기록 제1권 483, 487면).

㉕ 위 ▼▼▼▼자산관리는 2018. 6. 13. 기준으로 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함) 비용과 이 사건 기반시설 설치사업 비용 및 이 사건 임대주택용지 관련 배당을 고려하더라도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 ●●은행 컨소시엄 측의 이익이 약 2,400억 원 이상이 된다고 예상하고 있었고, 그 이후의 예상이익도 그와 비슷하게 보았다(원심 증인 공소외 43의 증언 및 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 931면).

㉖ ●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44는 수사기관에서 "이 사건 대장동 부지가 대부분 분양 완료되어 자금 흐름 상 약 5,500억 원의 이익이 성남시에 귀속되는 것에는 문제가 없어 보인다"라고 진술하였다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 597면).

㉗ 성남도시개발공사 직원 공소외 45는 원심 증인으로 출석하여 "2017. 3.경 이 사건 대장동 도시개발사업은 위험 변수가 없을 정도로 확실하다고 보았다"고 진술하였다(공판기록 제1권 460면).

㉘ 실제로 성남도시개발공사는 2019. 3. 26.경 ★★★★★로부터 이 사건 임대주택용지 관련 사업이익으로서 현금 1,822억 원을 배당받았다(공판기록 제27권 15586~15590면).

- ⑥ 일반적으로 정부나 지방자치단체가 향후 어떠한 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하거나, 지급된 보조금에 대해 환수 결정을 했을 뿐인데도 해당 보조금을 환수하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않은 점(공판기록 제2권 602~629면)에 비추어 볼 때, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금을 시민의 몫으로 환수하였다거나 성남시 수익으로 만들었다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 성남시 측이 그와 같은 개발수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라는 의미로 이해될 여지가 있다.

따라서 이 부분 표현이 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

- ⑦ 또한, ★★★★★은 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업을 시행하여야 할 의무를 부담하고 있었던 점, 사회통념상 일반적으로 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그

지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 하는 점 등을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금 중 2,761억 원은 1공단 공원조성 사업비로 사용되었고, 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에 사용되었다"는 부분과 "그 개발이익금으로 주변에 터널 만들고 도로 만드는 데 썼다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발 이익 중 일부가 제1공단 공원조성사업비 및 이 사건 기반시설 설치사업비로 사용되기로 확정되었다는 의미로 이해될 여지가 있다.

따라서 이 부분 표현도 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

[●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44도 수사기관에서 "이 사건 선거공보물의 표현은 일반 유권자의 입장에서 볼 때 해당 사업이 진행 중이라는 느낌을 받을 것 같다"는 취지로 진술한 바 있다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 607면)]

⑧ 앞서 본 바와 같이, ㉔ 제1공단 공원조성사업비는 총 2,561억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액은 최소한 1,822억 원으로 각 확정되었고, ㉕ 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 약 200억 원, 이 사건 기반시설 설치사업비는 총 920억 원으로 각 추산되었다.

위 각 개발이익금 합계액 5,503억 원 중 1,120억 원 부분은 추산가액이기는 하나 그와 같이 추산된 적이 있기는 한 점을 고려할 때, 피고인이 표현한 개발이익금 총액은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되고 다만 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나는 정도라고 봄이 타당하다.

비록 ★★★★★이 2018. 7. 20. ◀◀◀◀◀◀ 주식회사에 이 사건 기반시설 중 북측 터널 조성 공사를 공사대금 271억 7,000만 원에 도급하기는 하였으나(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 2078면), 이는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 이후에 발생한 사정일 뿐만 아니라, 북측 터널 공사의 공사금액이 앞서 본 추정금액 600억 원에서 위 도급계약금액과 같이 내려갈 것이라는 사정을 피고인이 알았다고 볼 만한 점을 인정할 증거가 없다.

⑨ 게다가 성남도시개발공사는 2017. 3.경 피고인에게 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익금은 총 5,503억 원이고, 그중 2,761억 원은 제1공단 공원조성사업(공원조성비 2,561억 원, 지하주차장 건립비 200억 원)에 사용되고, 그중 920억 원은 이 사건 기반시설 설치사업(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)에 사용된다고 보고한 바 있다(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 36면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면). 피고인은 2017. 3. 7.경 위 보고내용을 바탕으로 기자회견을 하면서 "이 사건 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 시행하였기 때문에 민영개발 방식으로 시행하였더라면 얻지 못했을 개발이익 총 5,500억 원(제1공단 공원조성사업비 2,761억 원, 이 사건 기반시설 설치비 920억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액 1,822억 원)이 공공의 이익으로 환수되었다"는 취지로 홍보하였다(공판기록 18권에 편철된 수사기록 381면 이하).

성남도시개발공사의 위 보고 내용과 피고인의 위 기자회견 내용은 피고인의 이 부분 공표사실에서 표현한 개발이익금 총액, 그 사용처 및 사용액수와 일치한다[이 사건 선거공보물의 문구 작성 업무를 담당하였던 공소외 46은 수사기관에서 그 문구 중 공소사실 기재 부분을 위 기자회견 내용 등을 참조하여 작성하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 1836면)]. 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인이 성남시의 개발이익금이 총 5,503억 원이라고 하거나, 그중 2,761억 원이 제1공단 공원조성사업에, 920억 원이 이 사건 기반시설 설치사업에 각 사용된

다고 공표한 것이 그 각 액수에 대한 허위사실공표의 고의를 가지고 한 것이라고 보기 어렵다.

다만, 피고인은 이 사건 유세연설에서 이 사건 기반시설 설치비가 그 추정금액 920억 원이 아닌 1,000억 원이라고 표현하였다.

그러나 일반 선거인의 입장에서 공공시설 설치비용에 관하여 들을 때 양 금액의 차이가 유의미하게 크다고 생각할 정도라고 보기 어렵고, 피고인은 위 유세연설에서 개발이익금의 총액은 5,503억 원이라고 말하였으며, 기타 선거유세연설의 즉흥성과 사람의 기억의 한계 등을 종합하여 고려하면, 위 표현에 대해서도 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있었다고 보기는 어렵다.

- ⑩ 검사는 피고인이 성남시장에서 퇴임한 2018. 3. 15. 전후로 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행경과와 이익규모 등을 정확하게 확인할 수 있는 지위에 있었으므로, 피고인에게 허위사실공표에 대한 고의를 인정할 수 있다는 취지로 주장한다.

그러나 피고인이 2017. 3.경 성남도시개발공사로부터 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익에 관한 보고를 받은 이후 그 개발이익 규모나 금액에 대한 추가보고 내지 수정보고를 받았음을 인정할 증거는 없다.

- ⑪ 검사는 피고인의 이 부분 공표사실 중 “환수했다”, “사용되었다”, “만들었다”, “썼다”는 과거형 표현은 “개발이익금이 이미 성남시로 귀속되었고, 그중 일부가 공공의 이익으로 사용 완료되었다”는 의미로 이해되므로, 이 부분 표현은 허위사실공표에 해당하고, 피고인에게 허위사실공표의 고의도 인정된다고 주장한다.

위 각 증거에 의하면 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시에는 제1공단 공원조성사업 비용으로 약 1,200억 원 정도가 지출된 것을 제외하고, 이 사건 대장동 도시개발사업계획 중 실제로 자금이 지출된 부분은 별로 없고, 성남도시개발공사에 이 사건 임대주택용지에 관한 배당도 이루어지지 않은 사실이 인정된다.

또한, 위와 같은 과거형 표현은 그 사전적 의미를 고려할 때 “성남시가 개발이익금을 수취 완료하였고 그중 일부를 공공사업에 사용 완료하였다”는 의미로 이해될 여지도 없지 않다.

그러나 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 위와 같은 과거형 표현을 사용하였다고 하여 이 표현이 허위사실공표에 해당한다거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

즉 ㉗ 앞서 본 바와 같이 일반적으로 향후 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않고, 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그 지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 한다.

⑬ 이 사건 선거공보물에서 그 개발이익 중 일부가 ‘공원조성 사업비’ 또는 ‘기반시설 조성비’에 사용되었다고 표현하고 있지, 그 ‘공원조성 사업’ 또는 ‘기반시설 조성’에 사용되었다고 표현하고 있지는 않으므로, 일반인도 그 표현을 보면 그 개발이익금의 사용처가 확정되었다는 의미로 이해할 수도 있다.

㉔ 피고인이 이 부분 공표사실을 통해 강조하고자 한 것은 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 진행함으로써 그 개발이익이 민간사업자의 이익이 아닌 공공의 이익으로 귀속되었다는 취지이다.

㉕ 아래에서 보는 바와 같이 피고인에게 위 각 사업이 완료되었다는 취지의 허위사실을 공표할 동기나 이익을 찾기 어렵다.

- ⑫ 다음과 같은 사정을 종합하여 고려할 때, 피고인이 굳이 제1공단 공원조성사업 및 이 사건 기반시설 설치사업이 모두 완료되었다거나, 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익을 모두 수령 완료하였다는 취지의 허위사실을 공표하여야 할 동기나 그로 인해 얻을 수 있는 이익을 쉽게 생각하기 어렵다.

즉 ㉖ 이 사건 대장동 도시개발사업과 제1공단 공원조성사업이 현재까지 완료되지 않았음은 그 각 사업현장의 외관상 누구나 쉽게 알 수 있는 정보이다(공판기록 제2권 586면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 920~926면). ㉗ 이 사건 대장동 도시개발사업 및 제1공단 공원조성사업이 2020년 말 완료될 예정이라는 기사가 언론에 보도된 적도 있다(공판기록 제2권 587면 이하). ㉘ 피고인 스스로도 아래와 같이 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 위 각 사업이 현재 진행 중임을 밝힌 바 있다.

즉 피고인은 ㉙ 2018. 1. 28.경 자신의 페이스북에 “개발이익금 중 2,761억 원(제1공단 공원조성사업비 및 주차장 건립 비용을 지칭한 것으로 보인다)은 제1공단 부지 매입 및 공원 조성에 쓰기로 하였고, 1,822억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말부터 순차적으로 성남도시개발공사로 입금될 예정이다”는 취지의 글을 올리고(공판기록 제2권 63면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 698면), ㉚ 2018. 2. 8.경 라디오 방송에서 “대장동 개발이익 5,500억 원 중 일부인 900억 원으로 기반시설 확보하여 도로, 터널(이 사건 기반시설을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다”는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 855~857면), ㉛ 2018. 2. 13.경 라디오 방송에서 “개발이익금 중 약 1,800억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말이 되어서야 비로소 들어온다”는 취지로 발언하고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 904, 905면, 공판기록 제2권 858면), ㉜ 2018. 5. 29.경 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 “대장동 개발이익 중 2,800억 원으로 현재 성남시에 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다”는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 859면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 1153면), ㉝ 이 사건 유세연설에서조차 “성남시에 2,700억을 들여서 지금 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다”는 취지로 발언하였을 뿐만 아니라(공판기록 제2권 584면, 증거기록 제21권에 편철된 수사기록 2507면), ㉞ 이 사건 유세연설 전후로 성남시, 용인시, 의왕시, 구리시, 의정부시, 수원시, 하남시 등지에서 유세연설을 하면서 “제1공단 부지에서 현재 공원을 만들고 있다”는 취지로 발언하였다(공판기록 제2권 860면 이하, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 711~713, 913, 918면).

- ⑬ 한편, 위 각 증거에 의하면, ■■■■■가 2014. 1.경 수원지방법원 성남지원 2014가합37호로 성남시 등을 상대로 “제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분으로 인해 ■■■■■가 재산상 손해를 입었다”고 주장하면서 그 손해배상을 구하는 소를 제기하였고, 위 법원은 2019. 2. 1. ■■■■■의 주장을 일부 받아들여 성남시에게 손해배상으로서 ■■■■■의 승계참가인(전부채권자) 중 일부에 대하여 약 295억 원의 지급을 명하는 판결을 선고한 사실이 인정되기는 한다(현재 위 사건은 쌍방 항소로 수원고등법원 2019나10565호로 소송계속 중이다).

그러나 검사가 제출한 증거만으로 ㉗ 제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분이 ㉘ 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익으로 제1공단 공원조성사업을 시행하는 것과 직접적으로 관련이 있는 사안이라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 설령 성남시가 향후 ■■■■■■ 측에 손해배상을 해 주어야 할 상황이 확정된다 하더라도, 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발이익을 공표하면서 그 손해배상액을 공제하지 않은 것이 허위라고 보기 어렵고, 피고인의 그 허위성에 대한 고의도 인정하기 어렵다.

나) 그러므로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

7. 결론

그렇다면 원심판결 중 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 검사의 항소는 일부 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 위 해당 부분과 그와 일죄의 관계에 있는 부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 위 파기부분을 제외한 나머지 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지(사실오인 내지 법리오해)

가. 직권남용권리행사방해의 점

1) 피고인은 2012. 3.경부터 직접 또는 비서실장인 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 친형인 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시 또는 독촉하였다.

2) 그러나 2012년 당시에는 공소외 3이 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자라고 볼 수 없을 뿐만 아니라 공소외 3에 대한 대면진단 등이 이루어진 바가 없었기에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 없었다.

그럼에도 피고인은 공소외 7과 공모하여 평소 사이가 좋지 않고 지속적으로 피고인의 시정운영에 반대하고 있었던 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 사적 의도로 성남시장으로서의 직권을 부당하게 행사하여 위 분당구보건소장 등으로 하여금 관계법령이나 관례에 반하여 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 이로써 피고인은 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄를 범하였다고 보아야 하는데도, 이와 달리 이 부분 공소 사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 공소외 3(직권남용권리행사방해) 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인은 ① 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있고, ② 2012.경 주도적으로 공소외 3의 정신병원 입원을 지시하였는데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 공소외 3의 강제입원에 전혀 관여한

바 없다는 취지로 발언한 것은 선거인의 정확한 판단을 흐릴 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이므로 허위사실공표에 해당한다.

2) 또한, 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차가 중단된 것은 분당구보건소장인 공소외 4가 그 절차 진행을 그만두었기 때문인데도, 피고인이 경기도지사 후보자 TV토론회에서 가족들을 설득하여 그 절차 진행을 못하게 막았다는 취지로 발언한 것은 허위사실공표에 해당한다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

다.

검사사청 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 피고인의 이 부분 발언의 전체적인 취지는 "자신은 공소외 12의 검사사청 통화에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 공소외 12의 검사사청 행위를 도와주었다는 잘못된 내용으로 처벌받았다"는 것이다.

2) 이는 피고인에 대한 검사사청 유죄확정판결의 내용에 반하는 것으로서 허위사실을 공표한 것이고, 피고인의 단순한 의견표명이라고 볼 수 없다.

또한, 피고인의 허위사실공표에 대한 고의도 인정된다.

3) 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

라. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

1) 일반 유권자들이 피고인의 이 사건 선거공보물 문구와 선거유세연설의 표현을 접하였을 때 이를 "개발이익금 5,503억 원의 수입이 성남시로 귀속 완료되었고, 그중 2,761억 원이 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원이 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출 완료되어 그로 인해 위 각 공사가 대부분 완료되었다"라고 이해할 것이지, "성남시가 특수목적법인으로 하여금 2,761억 원을 1공단 공원조성 공사비로, 920억 원을 대장동 지역 기반시설 조성비로 각 지출하게 할 예정이고, 1,822억 원 상당의 임대주택용지를 받을 예정이다"라고 이해하지 않을 것이다.

따라서 피고인의 이 사건 선거공보물의 배포와 선거유세연설은 허위사실공표에 해당한다.

2) 피고인은 변호사이자 성남시장으로서 대장동 도시개발사업 모델을 직접 구상하는 등 그 사업의 수익구조를 잘 알고 있었고, 성남시장 퇴임 전후로 위 개발사업의 진행경과 및 이익규모를 확인할 수 있었는데도 사실에 부합하지 않는 정확하지 않은 표현을 사용하였으며, 그 공사금액 중 추산가액의 정확한 금액을 확인하지 않고 오히려 다소 부풀려 말한 점을 고려할 때 피고인이 허위사실공표의 미필적 고의가 있었음을 인정할 수 있다.

또한, 피고인이 기반시설 사업이 진행 중에 있다거나 1,822억 원이 장래의 수입이라고 명시한 적은 없는데도, 원심이 이러한 사실을 인정하여 피고인의 고의를 부정한 것은 잘못이다.

3) 따라서 이와 달리 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2. 이 사건 공소제기의 적법성에 관한 판단

가. 피고인의 변호인의 주장

피고인의 변호인은 이 사건 공소 중 직권남용권리행사방해 부분과 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반 부분에 관하여, 검사가 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하고 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하고, 공소장에 공소사실 특정과 무관하거나 불필요한 내용을 과도하게 기재하여 공소장일본주의를 위반하였다는 이유로, 위 각 부분의 공소제기 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다고 주장한다.

나. 공소권남용 여부에 대한 판단

가) 검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보이는 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 여기에서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이거나 어떤 의도가 있어야 한다(대법원 2017. 12. 13. 선고 2017도16223 판결, 대법원 2018. 9. 28. 선고 2018도10447 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 살피건대, 원심 소송계속 중 피고인의 변호인이 검사에게 이 사건에 관하여 검사가 보관하고 있는 자료의 열람·등사를 신청한 경위, 이에 대한 원심의 2019. 4. 1.자 열람허용 결정, 2019. 4. 16.자 등사허용 결정 및 2019. 4. 8.자 등사신청 기각결정과 그 각 이유, 피고인의 변호인이 결국 위 자료를 입수하여 이를 증거로 제출하게 된 경위, 원심에서의 검사의 증거의견 등을 종합하여 보면, 검사가 미필적이거나 어떠한 의도를 가지고 피고인에게 유리한 주요 증거를 은폐하거나 증거의 조사 및 현출을 방해하는 등으로 객관의무를 위반하여 공소권을 남용하였다고 볼 수 없다.

따라서 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

공소장일본주의 위반 여부에 대한 판단

가) 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결 등 참조).

나) 위 법리에 비추어 살피건대, 이 부분 공소사실은 직권남용권리행사방해 및 그와 관련된 허위사실공표의 공직선거법위반 혐의에 관하여 그 행위의 배경 및 동기, 사건의 경과 등에 관하여 다소 불필요하거나 장황하게 기재하였다고 볼 수 있을 뿐 법관으로 하여금 예단을 생기게 하여 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는 정도에 이르렀다고 보기 어렵다.

따라서 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

3. 직권남용권리행사방해의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3이 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청의 대상자가 되는 것처럼 보이게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 1로 하여금 공소외 2가 기존에 작성한 공소외 3에 대한 평가문건을 공소외 2의 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 수정하게 하고, 마치 전문의의 정식 소견서로 보일 수 있도록 수정된 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 하였고, ② 공소외 2로 하여금 정신건강의학과 전문의로서 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 위 평가문건을 수정하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

2) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등

피고인은 공소외 7과 공모하여, 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조에 의한 입원 절차를 개시하게 할 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 ① 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 '성남시 정신건강센터'(현재는 '성남시 정신건강복지센터'이다.

이하 '센터'라고만 한다)에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 하고, 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 하였고, ② 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 분당구보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

4) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도

피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로 성남시장의 직권을 남용하여 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하게 하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9로 하여금 공소외 3을 강제입원시키기 위해 앰블런스를 타고 공소외 3이 있는 곳으로 가도록 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

나. 관계 법령

구 정신보건법(2016. 5. 29. 법률 제14224호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법'이라고만 한다) 및 구 정신보건법 시행령(2017. 5. 29. 대통령령 제28074호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법 시행령'이라고만 한다) 중 이 사건에 관련된 주요 내용은 다음과 같다(한편, 아래 구 정신보건법 제25조는 2011. 8. 5. 법률 제11005호로 개정되어 2012. 8. 5.부터 시행된 것인데, 위 2011. 8. 5. 개정 전 구 정신보건법 제25조는 '정신건강의학과전문의'를 '정신과전문의'라고 지칭하였을 뿐 그 내용은 개전 전후로 같다).

□ 구 정신보건법제25조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자를 발견한 정신건강의학과전문의 또는 정신보건전문요원은 시장·군수·구청장에게 당해인의 진단 및 보호를 신청할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의하여 신청을 받은 시장·군수·구청장은 즉시 정신건강의학과전문의에게 당해 정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단을 의뢰하여야 한다.

③ 정신건강의학과전문의가 제2항의 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때는 시장·군수·구청장은 당해인을 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관 또는 종합병원에 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있다.

④ 제3항의 규정에 의한 자신 또는 타인을 해할 위험의 기준은 제28조의 규정에 의한 중앙정신보건심의위원회의 심의를 거쳐 보건복지부장관이 정한다.

(중략)⑥ 시장·군수·구청장은 제3항의 규정에 의한 진단결과 당해 정신질환자에 대하여 계속입원이 필요하다는 2인 이상의 정신건강의학과전문의의 일치된 소견이 있는 경우 당해 정신질환자에 대하여 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

다만, 그 관할구역에 국가나 지방자치단체가 설치 또는 운영하는 정신의료기관이 없는 경우에는 그 외의 정신의료기관에 입원치료를 의뢰할 수 있다.

(후략)?□ 구 정신보건법 시행령제6조(시장·군수·구청장에 의한 입원)① 정신질환으로 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 의심되는 사람을 발견한 정신건강의학과전문의 또는 전문요원은 법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호를 신청하려면 발견한 장소를 관할하는 시장·군수·구청장에게 진단 및 보호신청서(전자문서로 된 신청서를 포함한다.

이하 같다)를 제출하여야 한다.

② 제1항에 따른 진단 및 보호신청서에는 다음 각 호의 사항을 적어야 한다.

1. 신청인의 성명, 주소 및 생년월일2. 정신질환자로 의심되는 사람의 성명, 주소, 생년월일 및 현재의 소재지3. 정신질환자로 의심되는 사람의 증상의 개요4. 정신질환자로 의심되는 사람에게 보호의무자 또는 보호를 하고 있는 사람이 있는 경우에는 그 성명 및 주소③ 시장·군수·구청장은 법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 결과 정신질환자로 의심되는 사람이 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 인정되는 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.

1. 법 제23조에 따라 자의에 따른 입원 신청을 하게 하는 것2. 보호의무자에게 법 제24조에 따른 입원동의를 요청하는 것3. 법 제25조 제3항에 따라 국·공립 정신의료기관 또는 종합병원에 입원조치를 의뢰하는 것(제1호 또는 제2호의 조치에 따르지 아니하는 경우만 해당한다)④ 제3항 제3호에 따른 의뢰를 받아 정신질환자로 의심되는 사람을 입원시킨 국·공립 정신의료기관의 장 또는 종합병원의 장은 지체 없이 2명 이상의 정신건강의학과전문의에게 증상을 진단하게 하고 그 진단 결과를 해당 시장·군수·구청장에게 서면 또는 전자문서로 통보하여야 한다.

다만, 진단 결과 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하지 아니하다고 인정되는 경우에는 즉시 퇴원시키고 그 퇴원 사실도 함께 통보하여야 한다.

(중략)⑥ 시장·군수·구청장은 제4항에 따라 법 제25조 제6항에 따른 계속입원이 필요하다는 진단 결과를 통보받은 경우에는 지체 없이 같은 항에 따른 입원치료를 의뢰하여야 한다.

다.

원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실과 사정을 근거로, 피고인은 공소외 3의 당시 행동이 정신질환으로 기인한 것이라고 여겼을 수 있고, 성남시장으로서 법령상 가능한 권한을 행사하여 공소외 3을 정신의료기관에 입원시켜 진단 및 치료를 받게 하려는 의도가 있었다고 볼 여지가 있으며, 이에 따라 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행한 것이라고 평가할 수 있다고 전제하면서 아래와 같은 이유에서 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

- ① ㉗ 공소외 2에 대한 평가문건 수정 요구는 피고인의 의견을 제시한 것으로 위법·부당한 직권행사가 아니고, ㉘ 수정된 평가문건에 공소외 2의 직인을 요구한 것 역시 위법·부당한 직권행사가 아니며, ㉙ 공소외 1로 하여금 공소외 2에게 평가문건 수정 의견이나 직인 날인 요청을 전달하게 한 행위는 피고인의 의견 전달 행위를 보조하는 사실행위에 불과하여 직권남용의 대상이 되는 행위로 볼 수 없다.
- ② ㉗ 공소외 5의 면담결과를 요청하거나 송부하게 한 것은 자료수집의 일환으로 볼 수 있으므로 이를 위법·부당한 직권남용으로 보기 어렵고, ㉘ 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 것은 그 신청 여부를 검토하고 답을 달라는 취지에 불과하므로 직권남용에 해당한다고 보기 어렵다.
- ③ 공소외 2 등이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호를 신청한 것과 피고인의 직권 행사 사이에 인과관계를 인정할 수 없고, 공소외 2에 대한 직권행사가 그의 의학적 판단과 무관하게 위 진단 및 보호신청을 하라는 정도에 이르렀다고 볼 수 없으며, 위 진단 및 보호신청은 정신건강의학과 전문의인 공소외 2의 고유 영역이므로 공소외 2로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하였다고 평가할 수 없다.
- ④ ㉗ 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원 집행을 시도하는 것은 위법한 행위이나, ㉘ 당시 공소외 4가 차량을 타고 >>경찰서로 간 것이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 강제입원 시도행위라고 단정하기 어렵고, ㉙ 오히려 이는 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단 절차로 볼 수 있는데 그 진단을 위한 물리력 행사는 구 정신보건법 제25조 제2항이 예정하는 집행 방법이므로, 당시 공소외 3에 대한 강제호송이 예정되어 있었더라도 이를 위법·부당한 행위로 평가할 수 없으며, ㉚ 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한 것도 입원 집행을 시도한 것이 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 완성하기 위한 것이므로 위법·부당한 행위로 볼 수 없다.

라. 당심의 판단

1) 기초 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2010. 6. 2.경 제5회 전국동시지방선거에서 성남시장으로 당선되어 2010. 7.경부터 2014. 6.경까지 민선 5기 성남시장으로 재직하였다.

공소외 7은 2011. 5. 1.경부터 2013. 4. 30.경까지 성남시장의 직무를 보좌하는 비서실장으로 재직하였다.

나) 분당구보건소는 '성남시 행정기구 설치 조례'에 의하여 시장 직속기관으로 설치되었고, 그 소관 업무로서 정신보건사업 등을 수행한다.

공소외 1은 가정의학과 전문의로서 2011. 5.경부터 2012. 5. 1.경까지 분당구보건소장으로 근무하였고, 공소외 4는 2012. 5. 2.경부터 2013. 5.경까지 분당구보건소장으로 근무하였다.

다) 센터(최초 명칭은 '성남시 정신보건센터'였다)는 1999.경 성남시의 정신보건사업을 위해 분당구보건소 산하 기관으로 설치되었다(다만 센터의 중앙사무실은 성남시청 내에 있다). 센터는 원래 ○○정신병원이 위탁받아 운영하다가,

2012. 1. 1.경부터 분당서울대학교병원이 위탁받아 운영하고 있다.

센터장은 센터의 업무를 총괄하고 소속 직원을 지휘·감독하는 업무를 수행하는데, 분당서울대학교병원 소속 정신건강 의학과 전문의 공소외 2가 2012. 1. 1.경부터 2014. 2.경까지 위 센터장으로 근무하였다.

2) 공소사실의 전제사실에 관한 판단

가) 피고인의 지시 내용 등에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 등에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였음은 인정된다.

① 피고인은 2012. 4. 초순경 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장인 공소외 1에게 공소외 3(사망일 생략 사망)에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원이 가능한지 검토해 보라는 지시를 하였다.

공소외 1은 그 검토 결과 피고인에게 여러 차례에 걸쳐 위 강제입원 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고하였는데, 피고인은 그때마다 구 정신보건법 제25조의 해석상 그 강제입원 절차가 가능하다는 견해를 개진하면서 공소외 1에게 재검토를 지시하거나 위 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다.

② 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1로부터 위 강제입원에 관한 보고를 받는 자리에서 공소외 1에게 구 정신보건법 제25조 제6항에 따른 '입원치료' 절차 또는 그 이후의 절차 등에 관하여 문의하기도 하였다.

③ 성남시의 2012. 5. 2.자 정기인사로 인해 분당구보건소장이 공소외 1에서 공소외 4로 바뀐 후, 피고인은 2012. 6.경부터 2012. 8.경까지 사이에 여러 차례에 걸쳐 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하였다(피고인은 2012. 6. 13.경부터 2012. 6. 22.경까지 브라질에 출장을 가 있는 동안에도 공소외 4와 여러 차례 전화통화를 하면서 위와 같이 지시하고 그 절차 진행을 재촉하였다).

④ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4와 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

⑤ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

⑥ 피고인은 분당구보건소장 및 그 직원들과 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 있는지 검토하고 이 문제를 함께 토론했을 뿐 그 절차를 진행하라고 지시한 적은 없다는 취지로 주장한다.

그러나 위 공소외 1, 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 피고인으로부터 여러 차례에 걸쳐 위 절차를 이행하라는 지시를 받았고, 심지어 질책을 받기도 했다는 취지로 진술하였는바, 그 진술이 대체로 서로 일치하고 있고, 달리 위 진술에 신빙성이 없다고 볼 만한 사정이 없다.

나) 피고인의 고의 또는 동기에 관한 판단

1) 공소외 3의 정신건강상태 등에 관한 피고인의 인식

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3에게 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심할 만한 사정이 없는 상태임을 알면서도 오로지 공소외 3을 사회에서 격리시키려는 의도로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다고 보기 어렵다.

㉠ 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하는데, 구체적으로는 다음과 같다.

㉡ 공소외 3은 2002. 2.경 성남시청 홈페이지에 '성남시 수정구 청소년수련관 매점을 특혜로 위탁받았고, 유부녀와 두 번 불륜관계를 가졌음'을 고백한다는 내용의 글을 게시하였다.

공소외 3은 그 무렵 취재 기자와 주변인에게 그 의미를 쉽게 이해하기 어려운 발언을 여러 번 한 적이 있는데, 이 발언은 일반인의 시각에서 볼 때 정신질환이 다소 의심될 정도로 특이한 내용이다.

또한, 공소외 3은 그 무렵 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

㉢ 공소외 3은 2012. 2.경부터 이 사건 공소사실 기재 일시 무렵까지 사이에 다수의 성남시청 공무원 및 일반시민 등에게 과도한 폭언, 욕설, 협박 등을 해 왔을 뿐만 아니라 모친인 공소외 5와 피고인을 비롯한 여러 친족들에게도 과도한 폭언이나 저속한 발언 등을 해 왔다.

공소외 3의 위와 같은 행위는 그 빈도, 발언 내용, 상대방과의 관계 등을 고려할 때 사회통념상 일반 평균인의 행위로 보기에는 납득하기 어려운 점이 많다.

㉣ 공소외 3은 ㉠ 2012. 5. 28. 모친인 공소외 5를 협박하고, ㉡ 2012. 7. 15. 공소외 5와 동생들인 공소외 14, 공소외 15를 폭행하여 각 상해를 가하고, ㉢ 2012. 7. 1. 성남시청 시의회 청사에 무단으로 침입하여 새누리당 시의원들의 의장 후보 선출 업무를 방해하고, ㉤ 2012. 7. 26. 성남시 (주소 생략) 소재 □□백화점 지하2층 의류매장에서 소란을 피워 그 영업을 방해하고, □□백화점 보안요원을 폭행하였다[공소외 3은 위 각 범죄사실로 2013. 5. 27. 벌금 500만원의 약식명령을 받았다(수원지방법원 성남지원 2013고약2976)].

㉤ 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정으로서, 공소외 3은 ㉠ 2013. 2. 20. '◇◇한의원'에서 심신안정을 위한 약재를 처방받았고(공판기록 제26권 15411~15413면), ㉡ 2013. 3. 13. '☆☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원에서 우울증, 불면증 등으로 진료를 받았으며(공판기록 제18권 10740면), ㉢ 2013. 3. 16. 처인 공소외 11에게 죽으러 간다는 이야기를 한 후 차량을 운전하다가 중앙선을 침범하여 트럭과 충돌하는 교통사고를 일으키기도 했고, ㉤ 결국 2014. 11. 21. 처인 공소외 11과 딸인 공소외 16에 의해 정신병원인 국립▽▽병원에 강제입원되었고, 그때부터 2014. 12.

29.까지 위 병원에서 정신건강 치료를 받았다.

㉞ 공소외 3에 대한 진료기록에는 다음과 같은 기재가 있다.

㉠ 국립▽▽병원의 정신건강의학과 전문의 공소외 17의 2015. 2. 9.자 소견서에는 “공소외 3은 2012년부터 과잉행동, 과대망상, 수면욕구 감소 등의 증상이 시작되었고, 울증과 조증 증상이 반복되다 2014년 재발된 과대망상, 피해망상 및 과잉행동 등의 증상으로 본원에서 입원 치료하였다”는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14081면). ㉡ ◎◎대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 18의 2017. 8. 17.자 협의진료회신서에는 “공소외 3은 이 무렵(피고인이 성남시장에 당선된 2010.경 무렵으로 보인다)부터 조증 삽화를 간헐적으로 경험하며 가족들에게 충동적으로 욕설을 하며 버럭 화를 내는 일이 있었음. 2012년에는 가족회의 자리에서 말다툼이 심해지며 몸싸움까지 하였고, 당시 조증 삽화가 있던 환자는 백화점 앞 노점상들에게 공격적 행동을 하여 잠시 내과에 입원하기도 하였음”이라는 내용이 기재되어 있다(공판기록 제24권 14090면).

㉢ 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중에는 공소외 3의 폭행, 협박 행위와 같이 타인에게 피해를 줄 위험성이 있는 사정들이 포함되어 있고, 특히 그중 공소외 3이 처벌받은 위 형사사건의 범죄사실은 그 동기 및 경위, 범행 방법 및 태양 등을 보았을 때 사회통념상 일반인의 범죄행위라고 보기에는 의심스러운 점이 많다.

또한, 공소외 3의 정신질환이 의심되는 위와 같은 여러 사정들 중 상당수는 피고인이 당시 어렵지 않게 알 수 있는 내용들이다.

㉣ 피고인의 막내동생인 공소외 14와 여동생의 남편인 공소외 19도 이 부분 공소사실 이전에 조울증 또는 우울증을 앓았던 가족력이 있었기에(증거기록 제4권 1845, 1846면, 공판기록 제11권 6556면), 피고인을 비롯하여 모친 공소외 5와 피고인의 형제자매들은 공소외 3의 발언과 행동을 보았을 때에도 공소외 3에게도 조울증이나 그와 비슷한 정신질환이 있는 것은 아닌지 의심할 여지가 더욱 많았다[피고인 및 공소외 3의 형인 공소외 20도 2012. 11. 11. 조울증 및 조현병으로 정신병원에 입원되어 2013. 7. 17.까지 입원치료를 받았다(증거기록 제4권 1844면)]. 공소외 5는 2012. 12.경 직접 공소외 3에게 정신건강 치료를 받도록 권유하기도 하였다(공판기록 제26권 15224면).

㉤ 검사는 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 사정을 들어 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 판단하는 것은 부당하다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실 기재 일시 이후의 공소외 3의 정신건강상태에 관한 사정은 그 내용 등에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태를 추단할 수 있는 정황으로 충분히 삼을 수 있다.

㉥ 한편, 위 각 증거에 의하면, 공소외 3은 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 회계사로서 회계사무실을 운영하며 상당한 소득을 얻고 있었고, 처 및 자녀와 함께 평범한 가정생활을 누리고 있었던 사실은 인정된다.

그러나 위 인정사실에다가 검사가 제출한 증거와 검사가 지적하는 여러 사정을 더하여 보더라도, 정신질환은 그 특성상 악화와 호전을 반복하는 경우가 많아 어느 시점에서 평가되는지에 따라 그 심각도와 정신질환자의 사회적 기능의 정도가 달리 판단될 수 있고(당심의 정신건강의학과 전문의 공소외 21에 대한 사실조회결과 참조), 정신질환으로 인한 문제가 그 질환을 앓고 있는 사람의 모든 영역에서 발생할 것이라고 생각하기는 어려운 점을 고려하면, 공소외 3이 일부 정상적이고 평범한 생활을 영위하고 있었던 측면이 있다고 하여, 앞서 본 여러 사정에도 불구하고 이 부분

공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3에게 아무런 정신질환도 의심할 수 없었다고 보기는 어렵다.

- ⑥ 또한, 공소외 3의 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵의 정신건강상태에 관하여, 공소외 3에게 별다른 정신질환이 없다는 취지의 진료기록이나 심리학적 평가결과도 있기는 하다.

그러나 이는 아래와 같은 이유로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 파악하는 자료로 삼기 어렵다.

- ㉠ 2013. 3. 11. 및 3. 13. 두 차례에 걸쳐 공소외 3을 진료하였던 '☆☆☆☆' 정신건강의학과 의원 공소외 22의 2019. 1. 21.자 소견서(증거기록 제10권 10661면)에는 "공소외 3의 진료 당시 심각한 정신증적 소견은 보이지 않았다"는 취지로 기재되어 있다.

그러나 위 공소외 22는 당시 공소외 3에 대하여 우울증 치료는 하였던 점, 그 진료 기간과 시간이 비교적 짧은 점, 위 소견서는 공소외 3의 처 공소외 11이 2019. 1.경 언론중재위원회에 제출할 용도로 의뢰한 것인 점 등에 비추어 볼 때, 위 소견서만으로 앞서 든 여러 사정에도 불구하고 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 공소외 3의 정신건강상태에 특별한 문제가 없었다고 보기는 어렵다.

- ㉡ '◁◁심리상담연구소'의 임상심리사(1급) 공소외 23의 공소외 3에 대한 '심리학적평가보고서'(증거기록 제14권 7008면)에 의하면, "2012. 12. 22. 공소외 3에 대한 심리학적 평가 결과 공소외 3은 현재 유의미한 정신과적 장애 및 정서적 어려움을 나타내고 있지 않다"고 기재되어 있다.

그러나 이는 공소외 3의 범죄사실을 수사하던 검사가 2012. 12. 14. '공소외 3에 대한 정신감정의 필요성이 있으나, 공소외 3이 스스로 정신감정을 받겠다고 하므로, 그 정신감정 결과가 도착할 때까지 기소중지한다'는 이유로 공소외 3에 대하여 시한부 기소중지처분(증거기록 제14권 7003면)을 하였기 때문에, 공소외 3이 스스로 위 심리학적 평가를 요청하여 받은 것이다.

또한, 위 심리학적 검사는 정신질환에 대한 정확한 진단은 아니고, 전문의의 진단에 보조 자료로 활용될 수 있을 뿐이다 [원심 증인 공소외 23의 진술 참조(공판기록 제18권 10876~10877면)]. 따라서 공소외 3에 대한 위 심리학적 평가 결과만으로 공소외 3의 정신건강상태를 정확하게 판단하기는 어렵다.

- ⑦ 피고인이 2012.경 공소외 3과 사이가 좋지 않았다는 등의 사정만으로 피고인이 공소외 3에게 아무런 정신질환이 없음을 알면서도 공소외 3을 사회에서 격리시키고자 하는 의도가 있다고 단정할 수 없다.

2) 구 정신보건법 제25조 절차 진행의 위법 여부에 관한 피고인의 인식

또한, 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 절차를 진행하는 것이 위법함을 알면서도 그 절차 진행을 지시하였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵다.

- ① 구 정신보건법 제25조 제1항에서 말하는 '발견'의 문언 상 의미, 구 정신보건법령이나 기타 의료 관련 법령에 위 '발견'의 수단이나 방법을 제한하는 규정이 없는 점, 위 '발견'의 주체는 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원

으로 한정되어 있는 점, 구 정신보건법 제25조 제1항 이후의 후속 절차에서 정신건강의학과 전문의의 진단을 필수적으로 예정되어 있는 점 등을 고려하면, 위 조항에 따른 '정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자'(이하 '정신질환 의심자'라 한다)의 '발견'은 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 그 재량에 따라 합리적으로 판단하여 할 수 있다고 해석함이 타당하고, 일반적으로 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견하는 것이 통상이겠으나, 반드시 정신질환 의심자를 '대면'하여 발견해야 한다는 절차적 제한이 있다고 해석하기는 어렵다.

또한, 구 정신보건법 제25조의 취지, 구 정신보건법 제40조에서 "응급입원의 경우를 제외하고 정신건강의학과 전문의의 진단 없이는 정신질환자를 정신의료기관등에 입원시킬 수 없다"는 취지로 규정하고 있는 점 등을 고려하면, 구 정신보건법 제25조 제2항의 진단의뢰에 따른 진단은 정신건강의학과 전문의의 대면진단을 의미하고, 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원을 위해서는 사전에 정신질환 의심자에 대한 대면진단이 이루어져야 한다고 해석함이 타당하다.

㉔ 그런데 다음과 같은 점을 종합하여 고려하면, 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 구 정신보건법 제25조에 관한 해석이나 그에 따른 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 보기는 어렵다.

㉕ 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결은 "구 정신보건법 제24조에서 정하는 보호의무자에 의한 입원의 경우 보호의무자의 동의가 있더라도 정신건강의학과 전문의가 정신질환자를 직접 대면하여 진찰하고 입원이 필요하다고 진단한 다음 이에 기하여 정신의료기관의 장이 입원을 결정하여야 하고, 이러한 요건을 갖춘 입원조치에 대하여 정신질환자가 저항하는 때에 비로소 정신의학적으로 보아 상당하다고 인정되는 범위 내의 물리력의 행사가 허용된다"고 판시하였을 뿐이고, 구 정신보건법 제25조의 해석에 관한 대법원 판례는 찾기 어렵다.

㉖ 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원은 정신질환 의심자에 대한 정확한 진단에 그 목적이 있는데도, 위 진단을 하기 위해 먼저 '대면진단'이 있어야 한다고 해석하는 것은 합리적이지 않다고 보거나, 그 절차의 실익이 떨어뜨리는 것이라고 생각할 여지도 없지 않다.

따라서 구 정신보건법 제25조에 관한 정확한 해석에 관하여 다툼의 여지가 있다고 볼 수 있다.

㉗ 검사는 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'도 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원이 정신질환 의심자를 대면하여 발견해야 한다고 주장한다.

이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(원심 증인 공소외 24, 공소외 25의 각 진술 참조). 그러나 반면 보건복지부는 위 '발견'은 일반적으로 대면을 통해 판단될 것이나 제3자가 기록한 서류 등이 신빙성이 높다고 보일 경우에도 '발견'으로 볼 여지가 있다고 해석하고 있으며(당심의 보건복지부에 대한 사실조회결과 참조), 이와 같은 입장에 있는 정신건강의학과 전문의의 견해도 있다(당심의 공소외 21에 대한 사실조회결과, 원심 증인 공소외 26의 진술 참조). 한편, 정신건강의학과 전문의의 견해 중에는 위 '발견'에 관하여 "원칙적으로 대면하여 발견하는 것이 바람직하나, 대면하지 않고 발견하였다고 하여 위법한 것은 아니다"는 취지의 것도 있다(원심 증인 공소외 27의 진술 참조). 이와 같이 현재에도 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'의 해석에 관하여 다툼이 있다.

- ㉔ 당시 구 정신보건법 제25조에 따라 입원이 이루어지는 실무례도 거의 없었고, 따라서 위 입원 절차에 관하여 확립된 관행이 있었다고 할 수도 없다(간혹 이루어진 몇 가지 사례를 두고 확립된 실무례 또는 관행이라고 보기는 어렵다).
- ㉕ 의료계에서는 정신건강의학과 전문의가 정신질환 여부를 진단하기 위해서 해당 환자를 원칙적으로 대면하여 진단해야 한다고 보고 있다.

그러나 그러한 임상실무 기준만으로 당시 구 정신보건법 제25조에 관하여 확립된 해석이 있었다고 보기는 어렵다.

- ③ 따라서 피고인이 당시 정신질환 의심자에 대하여 대면진단 없이도 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원 조치가 가능하다고 판단하였고, 이러한 판단이 위 조항의 해석에 부합하지 않는 것으로 사후에 밝혀졌다고 하여, 이것만으로 당시 피고인이 위 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정할 수는 없다.

피고인이 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들에게 구 정신보건법 제25조의 요건이나 절차를 무시하고 공소외 3을 무조건 강제입원 시키라는 취지로 지시하지는 않았다.

- ④ 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원들이 피고인 또는 공소외 7에게 여러 차례에 걸쳐 “공소외 3은 가족이 있고, 공소외 3에 대한 대면진단 없이 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행할 수 없으며, 공소외 3의 주소지는 용인시이므로 관할이 없다”는 취지의 이유를 대면서 위 절차 진행이 불가능하다는 취지로 보고한 바는 있다.

그러나 그 보고 내용이 앞서 본 구 정신보건법 제25조의 해석과 정확하게 들어맞는다고 보기 어려운데다가, 당시 위 조항에 관한 해석이나 법리가 명백히 밝혀져 있었다고 볼 수 없으므로, 피고인이 위와 같은 보고를 받고도 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 계속 지시하였다고 하여 그 절차 진행의 위법성을 인식하고 있었다고 단정하기는 어렵다.

- ⑤ 또한, 분당구보건소 보건행정과장 공소외 8은 원심 증인으로 출석하여 “당시 구 정신보건법 제25조 제2항의 ‘진단의뢰’까지는 정상적으로 이루어졌으나, 공소외 3에 대한 대면진단이 이루어진 바 없어 그 다음 절차를 진행할 수 없는 상황이었다”고 진술하기도 하였다.

위 진술에 의하면, 공소외 8도 당시 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단의뢰 절차까지는 적법하게 이루어졌다고 판단하고 있었다.

- ⑥ 피고인은 2012. 6. 11.경 분당서울대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 24로부터 “공소외 3은 조울병의 조증이 의심되는 상태이나, 진단과 치료를 위해서는 본인이 거부할 경우 보호의무자인 처와 딸이 병원으로 데리고 가야 한다”는 취지의 자문을 받은 적이 있다.

그러나 공소외 24의 위 자문 내용은 임상실무 기준일 뿐 구 정신보건법 제25조의 확립된 해석이라고 보기는 어렵다.

- ⑦ 한편, 공소외 3의 처인 공소외 11은 당시 공소외 5 등으로부터 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 권유받아도 이를 거부하였던 것으로 보인다.

따라서 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제24조에 따라 ‘보호의무자에 의한 입원’ 조치가 행해질 수 없는 상황이었다.

3) 개별 공소사실에 대한 직권남용권리행사방해죄 성립 여부에 관한 판단

가) 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에서 '의무 없는 일을 하게 한 때'란 사람으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미하므로, 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당하나, 공무원이 자신의 직무 권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2017도12534 판결, 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018도18646 판결 등 참조). 또한, 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 3의 가족들을 설득할 수 있도록 공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였다.

이에 공소외 1은 그 무렵 공소외 2에게 피고인의 위 지시를 전달하였고, 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하였다.

(나) 그런데 피고인은 위 평가문건에 연필로 '공소외 3이 현재 입원이 필요하다'는 취지의 내용이 들어가도록 수정한 다음 이를 공소외 1에게 주면서 공소외 2로 하여금 위 평가문건을 그와 같이 수정하게 하라고 지시하였다.

(다) 공소외 1은 그 직후 공소외 2에게 피고인이 위와 같이 수정한 평가문건을 보여주면서 피고인이 수정한 내용이 반영되도록 위 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다.

(라) 공소외 2는 피고인이 수정한 그대로 평가문건을 수정할 수 없다고 하면서 다만 조울병의 심각성에 관한 교과서적인 내용을 추가하는 것으로 위 평가문건을 수정하여 공소외 1에게 주었고, 공소외 1은 이를 피고인에게 전달하였다.

(마) 피고인은 다시 공소외 1에게 위 평가문건에 분당서울대학교병원이나 센터의 직인을 받아오라고 지시하였다. 공소외 1은 센터 외부에 있는 공소외 2에게 피고인의 위 요청을 전달하였는데, 공소외 2는 자신의 막도장을 날인하는 것만 허락하였고, 이에 따라 위 평가문건의 공소외 2 이름 옆에 공소외 2의 막도장이 날인되었다.

(바) 위와 같은 경위에 따라 최종 수정된 평가문건의 내용은 아래와 같은데(증거기록 제14권 6943, 6952면), 아래 제1, 2, 5항은 공소외 2가 기존에 작성한 내용이고, 제3, 4항은 추가로 수정된 부분이다.

공소외 3 씨의 문건에 대한 평가의견1. 상기 공소외 3씨가 인터넷 상에 기술한 내용 및 접촉한 사람들의 상황설명이 사실이라는 전제 하에 내용을 평가한 결과 현실상황에 비추어 '관계망상적 사고' 및 '과대망상적 사고'의 가능성이 매우 높으며 사소한 자극에도 정상적으로 예견되는 범위 이상 흥분하고 공격적인 언행을 반복적으로 보이는 것으로 평가됨2. 평소의 지적 기능이나 환경을 참고하면 기분장애 중 '조울병(양극성장애)'의 가능성이 높다고 판단됨3. '조울병'의 경우 우울 또는 조증 삽화가 반복될수록 뇌기능 저하가 현저해지고 치료에 대한 반응도 떨어지는 것으로 알려져 있으며 자신이 문제의 심각성을 인지하기 못하여 치료에도 비협조적인 경우가 많아 치료상 어려움이 있음. 급성기 삽화의 경우에는 입원치료가 필요한 경우가 많음. 가족 및 법적 보호자의 조울병에 대한 이해를 통해 지속적인 치료를 받을 수 있는 환경을 만들어 주는 것이 우선적이며 장기간의 약물치료가 현재까지 가장 효과적으로 알려져 있음4. 조울병의 조증기에는 과도한 의욕, 무모한 계획, 낭비나 위험한 투자, 타인에 대한 공격성 등이 주로 나타날 수 있으며 우울기에는 의욕저하, 대인관계 단절, 일상 활동을 수행하지 못함 등 사회인으로 살아가는 것이 불가능하고 특히 조울병이 적절히 치료되지 않을 경우 모든 정신질환 중에서도 자살률이 가장 높다고 보고된 바 있음5. 상기 의견은 문건의 평가를 통하였으므로 의학적 효력이 없으며 임상적 진단이나 치료를 위해서는 반드시 정신건강의학과 전문의의 대면평가를 거쳐야 함

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 1의 평가문건 수정 및 날인 요구 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 1로 하여금 공소외 3에 대한 평가문건의 수정을 요구하게 하고, 위 평가문건에 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 한 것은, 피고인이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 한 것으로서 이는 피고인 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이거나, 공소외 1로 하여금 직무집행의 기준과 절차를 위반하여 직무집행을 보조하게 하였다고 볼 수 없으므로 형법 제123조 소정의 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없다.

① 공소외 1은 피고인의 지시에 따라 피고인의 평가문건 수정 및 날인 요구를 공소외 2에게 전달하였을 뿐이다.

② 비록 정신보건사업이 분당구보건소의 소관 업무이고, 분당구보건소장이 센터에 대한 전반적인 지휘·감독 권한을 행사할 수 있더라도, 그것만으로는 분당구보건소장이 센터장에게 평가문건의 내용수정이나 날인을 요구할 수 없다거나, 그와 같은 요구를 하는 데 있어 지켜야 할 기준이나 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있다고 볼 수 없다. 따라서 공소외 1이 공소외 2에게 평가문건 수정 및 날인을 요구하는 데 있어 공소외 1의 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다고 보기 어렵고, 달리 이러한 사정을 인정할 만한 증거가 없다.

③ 공소외 1은 원심 증인으로 출석하여 "공소외 2에게 평가문건 수정을 요구할 당시 공소외 3의 치료 필요성에 대하여 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용하기 위해 평가문건을 수정해 달라고 요청하였다"는 취지로 진술하였다. 이에 따르면 공소외 1은 수정된 평가문건을 공소외 3의 보호자들을 설득하는 데 사용할 목적이었을 뿐이므로, 그 수정요구가 직무집행에 관한 기준과 절차를 위반하는 것이라고 단정하기도 어렵다.

④ 평가문건에 도장을 날인하도록 요구하는 것은 해당 문서의 작성명의인이 그 문서를 작성하였음을 확실하게 나타내기 위한 것이므로, 그러한 요구가 위법하다고 보기 어렵다.

(나) 공소외 2의 평가문건 수정 부분에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 평가문건을 수정해 준 것은 공소외 1의 요청이나 친분에 기댄 부탁 등으로 인해 심리적 의무감에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '법률상 의무 없는 일'을 한 것이라고 단정할 수 없다.

① 공소외 2가 평가문건에 수정한 내용은 조울증의 위험성 및 치료 필요성에 관한 일반적 내용에 불과하다.

또한, 공소외 2는 평가문건의 말미에 "여기에 기재된 의견은 공소외 3에 관한 문건만 보고 평가한 것이므로 공소외 3에 대한 정확한 진단과 치료를 하기 위해서는 먼저 대면평가가 이루어져야 한다"는 단서도 붙여 놓았다.

② 공소외 1과 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 피고인이 당시 평가문건에 연필로 수정한 내용은 공소외 3에게 자신 또는 타인을 해할 위험이 있으니 공소외 3을 입원시켜야 한다는 취지의 내용이라고 진술하였다.

그런데 수정된 평가문건 어디에도 공소외 3이 당장 입원치료를 받아야 한다는 취지의 내용은 없으므로, 공소외 2가 피고인의 위와 같은 요구를 그대로 받아들여 평가문건을 수정하지 않았음은 분명하다.

공소외 2도 원심 증언에서 "자세히 읽지 않는다면 공소외 3이 위험하게 보일까봐 신경을 써서 평가문건을 고쳤다"는 취지로 진술하였다.

③ 공소외 1은 원심 증언에서 "당시 공소외 2에게 피고인의 평가문건 수정 요구를 전달하면서 그 평가문건의 사용처에 관하여 공소외 3의 보호자들에게 공소외 3의 치료 필요성을 설득하는 데 사용하기 위해서라고 말했다"라는 취지로 진술하였고, 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 시에 보고할 때 자료로 쓰겠다고 하면서 평가문건을 요청하였다"고 진술하였다.

위 각 진술에 따르면, 공소외 1과 공소외 2는 그 평가문건이 어떠한 직무집행의 근거로 사용되리라고 예상하고 있지 않았다.

또한, 평가문건이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제1항의 절차를 진행하는 데 법령상 요구되는 문서도 아니다.

④ 공소외 2는 원심 증언에서 "공소외 1이 굉장히 미안해하면서 평가문건을 꼭 이대로 고치지 않아도 되는데 자세히 써달라고 해서 평소 모르는 사이도 아니고 공소외 1이 난처해해서 평가문건을 수정하게 되었다.

평가문건의 내용에 관하여 공소외 1로부터 지휘를 받았거나 간섭을 받은 것은 아니다"는 취지로 진술하였다.

나) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 준비를 위한 공문 작성·발송 등에 관한 판단

(1) 법리

형법 제12조의 직권남용권리행사방해죄에서 '직권의 남용'이란 공무원이 일반적 직무권한에 속하는 사항을 불법하게 행하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 남용에 해당하는지는 구체적인 직무행위의 목적, 그 행위가 당시의 상황에서 필요성이나 상당성이 있는 것이었는지 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등의 여러 요소를 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2018. 2. 13. 선고 2014도11441 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

- (가) 공소외 5는 2012. 6. 15. 딸인 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 하였다.
- (나) 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈다(위 공문은 분당구보건소 지역보건팀장 공소외 9가 기안하고 보건행정과장 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).
- (다) 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다(위 공문은 센터 상임팀장 공소외 28이 기안하여 공소외 2가 최종 결재하였다).
- (라) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다(위 공문은 위 공소외 9가 기안하여 위 공소외 29의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).
- (마) 그러나 공소외 2는 2012. 6. 20. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5에 대한 면담내용만으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청을 할 수 없다는 취지의 공문(증거기록 제4권 1488면)을 보냈다.

(3) 구체적 판단

(가) 공소외 5의 면담결과 요청 및 송부 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 한 부분이나 공소외 2 등으로 하여금 분당구보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 한 부분은 모두 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 구 정신보건법에 따르면 지방자치단체는 정신질환을 예방하고, 정신질환자의 치료를 위한 조사 등 필요한 조치를 하여야 하고(제4조 제1항), 보건소를 통하여 정신질환의 예방, 정신질환자의 발견·진료 등 지역사회정신보건사업을 수행할 수 있다(제13조 제1항). 따라서 성남시가 정신질환을 예방하고 정신질환자의 발견 및 치료를 위하여 조사 등의

업무를 수행하는 것은 그 책무나 권한에 속한다고 할 수 있다.

이에 비추어 보면 성남시장인 피고인이 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하여 송부받은 것은 정신질환 의심자의 발견 및 치료를 위해 상당한 범위 내에서 관련 자료를 수집한 것으로 볼 수 있다.

- ② 구 '성남시 정신보건센터 설치·운영 조례'(2005. 10. 28. 성남시조례 제2008호로 제정되어 2005. 10. 28. 시행되고, 2017. 11. 20. 성남시조례 제3149호로 전부개정되기 전의 것) 제5조 제4항에 의하면, 수탁자인 센터는 관계법규와 시장의 지시사항을 준수하여야 한다.

따라서 센터는 원칙적으로 그 업무에 관하여 성남시장인 피고인의 지시를 따라야 할 의무가 있다.

이에 비추어 보면 센터장인 공소외 2가 성남시의 위 자료수집 협조 요청에 응한 것은 위 지시사항 준수 의무를 이행한 것이라고 볼 수 있다.

- ③ 공소외 2는 공소외 5와 면담하면서 그 상담 내용을 관련 기관에 필요시 제공할 수 있다고 설명하였고, 공소외 5와 공소외 15로부터 그에 대한 동의도 받았다.

따라서 성남시가 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하거나, 센터가 이를 분당구보건소에 송부하는 것 자체에 어떠한 위법성이 있다고 보기는 어렵다.

(나) 진단 및 보호신청 촉구 공문 부분에 관한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 4 등으로 하여금 센터에 진단 및 보호신청을 촉구하게 한 부분도 그 자체만으로는 그 실질이 정당한 권한 외의 행위라고 볼 수 없으므로 형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 말하는 '직권의 남용'에 해당한다고 보기 어렵다.

- ① 분당구보건소가 센터에 위 진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 공소외 2에게 특정한 결론을 강제하는 취지는 아니고, 공소외 5의 공소외 3에 대한 진료의뢰 등이 있는 상황에서 센터가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 할 것인지 검토하라는 취지 정도로 이해할 수 있다.

- ② 분당구보건소가 위 진단 및 보호신청 촉구를 한 것 이외에 공소외 2에게 그 전문가로서의 판단 권한을 침해하는 부당한 지시나 간섭을 하였다는 사정을 인정할 만한 증거는 없다(오히려 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "진단 및 보호신청 촉구 공문을 보낸 것은 피고인과 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받고 있었기에 스스로 면책성 조치를 취한 측면도 있다"는 취지로 진술하기도 하였다). 게다가 공소외 2는 위 진단 및 보호신청 촉구 공문에 대해 바로 거절하는 공문을 보냈으므로, 위 촉구 행위 자체만으로 공소외 2에게 부당한 지시나 간섭을 한 것으로 볼 수 없다.

- ③ 비록 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환 의심자에 대한 진단 및 보호신청 권한이 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원에게 있다 하더라도, 지방자치단체의 장 또는 그 산하기관인 보건소장이 위 정신건강의학과

전문의 등에게 위 권한 발동을 촉구하는 것 자체가 위법한 것이라고 보기는 어렵다.

- ④ 앞서 판단한 바와 같이, 피고인이 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하는 것이 위법하다는 점을 인식하면서도 그 절차 진행을 지시하였다고 보기 어렵다.

다) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송에 관한 판단

(1) 법리

형법 제123조의 직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것 이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에 대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대 학교병원과 센터에 발송하였다.

(나) 공소외 7은 당시 위 내용증명의 문언을 직접 작성하였고, 그 무렵 피고인에게 이를 보고하였다.

(다) 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 공소외 7은 2012. 4. 초순경 성남시청 공무원들에게 공소외 3으로부터 폭언, 욕설, 협박 등을 당한 사례를 진술서로 작성하여 제출하라고 지시하여 이를 취합한 사실, 공소외 7은 그 무렵 공소외 1에게 공소외 3이 성남시청 홈페이지에 게시한 다수의 글과 위 공무원들의 진술서를 건네준 사실, 공소외 1은 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 4. 초순경 공소외 2에게 공소외 3의 위 게시글과 위 공무원들의 진술서를 보여주면서 공소외 3의 조울병 증상 및 공소외 3에 대한 입원치료 문제 등에 관하여 자문을 구한 사실, 공소외 7은 2012. 6. 중순경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 진행해 달라는 취지로 요청한 사실, 공소외 4도 피고인 또는 공소외 7의 지시를 받아 2012. 6.경 여러 차례에 걸쳐 공소외 2에게 공소외 3을 강제입원시켜야 하는 것 아니냐는 취지로 말한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 공소외 2가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 한 것은 스스로의 판단에 따른 것으로 볼 수 있을 뿐 피고인의 직권 행사로 인한 것이라고 보기 어렵다.

- ① 공소외 2는 분당구보건소장의 2012. 6. 20.자 '진단 및 보호신청 촉구' 공문에 대하여는 바로 거부하였으나, 그로부터 약 40일이 경과한 2012. 8. 2.에서야 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하였다.
- ② 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "㉔ 2012. 6.경 공소외 7과 공소외 4의 강제입원 요청이나 '진단 및 보호신청 촉구' 공문은 중요한 고려사항이 아니었고, 당시 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청하는 것은 시기상조라고 판단하였다.
- ㉕ 그러나 이후 2012. 7.경 공소외 5의 내용증명의 내용을 받아 보았을 때 공소외 3의 자·타해 위험 상태를 의심하게 되었고, 분당서울대학교병원의 자문 변호사와 상담한 결과 대면 없이도 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 정신질환자 의심자를 발견할 수 있고, 오히려 아무런 조치를 취하지 않을 경우 법적 문제가 생길 수 있다는 자문을 받았기에 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하게 되었다"는 취지로 진술하였다.
- ③ 공소외 2의 위 진술에 따르면, 공소외 2는 공소외 5 명의의 내용증명을 받아본 후 공소외 3의 정신건강상태가 자·타해 위험이 있다고 의심하게 되었고, 법적 자문을 받은 결과 구 정신보건법 제25조 제1항의 해석에 있어 대면 없이도 정신질환 의심자를 발견할 수 있고 아무런 조치를 취하지 않는 것이 오히려 법적 책임을 질 수 있다는 답변을 듣게 되어, 스스로의 판단에 따라 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하기에 이른 것이라고 볼 수 있다.
- ④ 비록 공소외 7이 공소외 5 명의의 위 내용증명을 직접 작성하고 이를 피고인에게 보고하기는 하였으나, 그 내용증명을 발송한 것이 공소외 5의 의사에 반하여 이루어진 것임을 인정할 증거는 없다.
- 따라서 공소외 7이 위 내용증명 발송에 관여하였다고 하여 그것 때문에 공소외 2가 위 진단 및 보호신청을 한 것이라고 보기는 어렵다.
- ⑤ 또한, 공소외 7이 성남시청 공무원들에게 위 진술서의 작성을 지시하여 이를 취합하였고, 그 진술서가 공소외 1을 통해 공소외 2에게 건네졌다고 하더라도, 앞서 본 여러 사정을 고려하면, 공소외 7이 위 진술서 작성 지시·취합 행위와 공소외 2의 위 진단 및 보호신청 행위 사이에 상당인과관계가 있다고 보기는 어렵다.

라) 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 집행 시도에 관한 판단

(1) 법리

직권남용권리행사방해죄에 해당하려면 직권남용에 의해 현실적으로 다른 사람이 의무 없는 일을 하였거나 다른 사람의 구체적인 권리행사가 방해되는 결과가 발생하여야 하고, 그 결과 발생은 직권남용 행위로 인한 것이어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 등 참조). 여기서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 않는다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결 등 참조).

(2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

(가) 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하였다(위 공문은 공소외 9가 기안하고 보건행정과장대리 공소외 30의 검토 결재를 거쳐 공소외 4가 최종 결재하였다).

(나) 공소외 4는 그 무렵 위 공문과 공소외 3에 대한 관련 자료를 들고 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 찾아가 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단을 의뢰하였다.

(다) 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

(라) 이후 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 ▷▷경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

(마) 공소외 4는 당시 ▷▷경찰서로 가기 직전에 공소외 9에게 센터에 대한 협조 공문 작성을 지시하였다.

이에 공소외 9는 분당구보건소장 명의로 센터장에게 '공소외 3의 진단의뢰를 위해 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한다'는 내용의 협조 공문(증거기록 제4권 1440면)을 작성한 다음 ▷▷경찰서로 갔고, 공소외 2는 위 공문을 수령하였다.

(3) 구체적 판단

위 각 증거에 의하면, 피고인과 공소외 7은 2012. 8. 7.경 공소외 10이 작성한 위 회신서로써 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제3항에서 말하는 "정신건강의학과 전문의가 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때"라는 요건이 구비되었다고 판단한 사실, 피고인은 그 무렵 직접 또는 공소외 7을 통해 공소외 4에게 공소외 3에 대하여 위 조항에 따른 입원 절차를 진행하라는 취지로 지시하거나 재촉한 사실은 인정된다.

그러나 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 2012. 8. 17. 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 간 것이 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 강제입원시키기 위해서였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵고, 나아가 공소외 4가 당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 위와 같이 ▷▷경찰서로 간 것이 피고인의 지시 또는 재촉으로 인하여 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일'을 한 것이라고 보기 어렵다.

① ㉗ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 공소외 3을 만나러 ▷▷경찰서로 간 것은 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 공소외 3을 입원시키려는 목적도 있었으나, 그보다 먼저 공소외 2로 하여금 공소외 3을 대면진단하게 하거나 공소외 3에게 진단을 권유하는 것을 1차적 목표로 하였다.

공소외 2에게 동행을 요청할 때에는 공소외 3을 강제로 데려오자는 말은 하지 않았다"는 취지로 진술하였다.

④ 공소외 2는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 당시 공소외 3을 만나 설득해 볼 테니 동행해 달라고 요청하였기에 공소외 3이 응한다면 직접 면담을 해 보겠다고 하여 공소외 3을 만나러 공소외 4와 동행하였는데, 가는 도중에 공소외 4가 공소외 3을 오늘 진단하고 바로 입원시키자는 취지로 말하였으나, 자신이 그것은 절대 안 된다고 거부하였다"는 취지로 진술하였다.

㉙ 공소외 9는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4의 지시를 받고 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 작성한 다음 공소외 4에게 이를 건네주기 위해 별도로 ▷▷경찰서로 갔고, 공소외 4와 공소외 2가 왜 ▷▷경찰서로 갔는지는 모른다"는 취지로 진술하였다.

② 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 위 각 법정진술을 종합하여 보면, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9가 당시 ▷▷경찰서로 간 목적이 각자 분명하지 않고, 특히 공소외 4의 당시 의도가 정확히 무엇이었는지 분명하지 않다.

③ 공소외 4가 공소외 3을 만나기 위해 공소외 2와 함께 ▷▷경찰서로 향했던 날인 2012. 8. 17. 직전에, 성남시장 수행 비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서 그 실행을 거절한 바 있다.

그러한 상황에서 과연 공소외 4가 특별한 사정변경 없이 자신의 입장을 바로 바꾸어 공소외 3을 강제입원시키기 위해 ▷▷경찰서로 갔는지 의심스럽다.

④ 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9의 나이와 지위 및 경력 등을 고려할 때 당시 위 3명만으로 공소외 3에게 강제력을 행사하여 입원 절차를 진행할 수 있었을지 매우 의심스럽고, 달리 공소외 3에게 강제력을 행사하는 데 필요한 충분한 보조인력이 있었는지도 의심스럽다.

공소외 4는 당시 공소외 3을 입원시키는 것과 관련하여 병원도 예약해 두지 않았고, 입원의뢰서 작성을 비롯하여 기타 어떠한 행정적인 절차도 전혀 마련해 두지 않았다.

당시 공소외 3이 ▷▷경찰서에서 조사를 받고 있었는지조차 이를 인정할 명백한 증거가 없다.

⑤ 당시 공소외 9가 공소외 4의 지시에 따라 작성한 공문에는 공소외 3의 "진단의뢰"를 위해 차량 및 동행을 요청한다고 기재되어 있다.

그 '진단의뢰'라는 문언에 의하면, 이는 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 절차가 아니라 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차를 예정하고 있는 것이다.

⑥ 공소외 4는 원심 증인으로 출석하여 "당시 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하는 공문을 보낸 것은 자신의 생각에 의해 요식행위로 한 것이다"는 취지로 진술하기도 하였다.

그 밖에 앞서 본 공소외 4의 법정진술, 위 공문의 문언 등을 종합하면, 공소외 4는 당시 피고인 또는 공소외 7의 지시와 달리 스스로의 판단에 의해 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 진행하려고 했던 것으로 보이기도 한다.

이는 공소외 2의 법정진술, 즉 자신은 공소외 3을 대면하여 면담하기 위해 공소외 4와 동행하였다는 취지의 진술로도 뒷받침된다.

⑦ 더 나아가 공소외 4의 위 법정진술과 위 각 증거에서 알 수 있는 공소외 4의 당시 인식, 행위, 주변상황 등을 종합하여 보면, 공소외 4는 당시 피고인이 해외 출장 중인 상태에서 피고인 또는 공소외 7로부터 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하라는 지시 내지 질책을 받게 되자 이를 최종적으로는 따르지 않으려고 하면서도 어떠한 절차 진행 시도를 했다는 외관만 작출하여 피고인의 질책을 피하기 위해 위와 같은 행위를 한 것은 아닌지도 의심스럽다.

4) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하는바, 원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단한 원심의 결론은 정당하다.

그러므로 원심의 판단에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없고, 검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

4. 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 이 사건 경기도지사 후보자 TV토론회에서 상대 후보자 공소외 6의 질문 취지에 2010년도에 있었던 강제입원 시도를 묻는 부분이 포함되어 있지 않았다.

따라서 피고인이 이를 부인하는 발언을 하였다고 볼 수 없어 허위사실을 공표한 것이라거나 허위사실공표에 대한 인식이 있었다고 볼 수 없다.

② 피고인이 2012. 4.부터 8.까지 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 강제입원 절차를 지시하였음에도 이를 부인하는 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 당시 경기도지사 후보자 TV토론회에서의 질문 및 답변의 의도, 발언의 다의성, 당시 상황, 합동토론회의 특성 등에 관한 그 판시 사정에 비추어 보면, 피고인의 이 부분 발언은 구체적인 행위의 존부를 특정할 수 없는 불분명한 발언이고, 그 발언이 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이라고 평가할 정도에 이르렀다고 볼 수 없다.

따라서 허위사실공표에 해당한다고 보기 어렵다.

- ③ 피고인이 2012.경 공소외 3에 대한 강제입원 절차를 중단시킨 적이 없음에도 피고인이 이를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표하였는지에 관하여, 그 판시 사정을 종합하면, 이 부분 발언이 허위이라고 보기 어렵다.

나. 당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등 참조). 또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 2018. 6. 13. 제7회 전국동시지방선거에서 경기도지사로 당선되어 2018. 7.경부터 현재까지 경기도지사로 재직 중이다.

나) 2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

다) 2018. 6. 5. 열린 MBC 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인인의 발언 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) ○○정신병원 입원 시도 부인 부분에 관한 판단

가) 피고인이 2010.경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려고 시도한 적 있는데도, 위 각 경기도지사 후보자 TV토론회(이하 '이 사건 토론회'라 한다)에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.

나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 이 사건 토론회에서 위와 같이 공소외 3에 대한 ○○정신병원 입원 시도를 부인하는 취지로 발언하였다고 볼 수 없거나, 허위사실을 공표한다는 고의를 가지고 이 부분 발언을 하였다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

- ① 공소외 6은 원심 증인으로 출석하여 "이 사건 토론회에서 피고인에게 공소외 3에 대한 정신병원 입원 시도를 하였는지 묻는 질문 취지에는 2010년경 ○○정신병원 입원 시도 부분은 포함되어 있지 않다"는 취지로 진술하였다.
- ② 이 사건 토론회 무렵 피고인에게 제기된 '친형 정신병원 입원 시도' 의혹의 내용을 고려하면, 피고인도 공소외 6의 위 질문 취지를 위와 같이 이해하였을 것으로 보인다.
- ③ 따라서 이 사건 토론회에서 공소외 6이 피고인에게 "형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠?"라고 질문한 데 대하여, 피고인이 "그런 일 없습니다"라고 발언한 것이, 피고인이 공소외 6의 위 질문의 의미를 선거인의 정확한 판단을 그르치게 할 정도로 왜곡하여 이해한 다음 이 부분 발언을 하였다고 보기 어렵다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.
검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

4) 피고인의 강제입원 절차 관여 부분에 관한 판단

가) 쟁점

피고인이 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 강제입원 절차 진행을 지시하여 그 절차가 일부 진행된 적이 있는데도, 이 사건 토론회에서 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적이 전혀 없다는 취지로 발언함으로써 허위사실공표의 죄책을 지는지에 관하여 살펴본다.

나) 이 부분 발언이 허위사실공표인지 여부에 대한 판단

- (1) 무릇 어떠한 사실에 관하여 적극적으로 반대되는 사실을 진술하는 것은 공직선거법 제250조 제1항에서 정한 허위사실의 공표에 해당하나, 나아가 적극적으로 반대되는 사실을 진술하지는 아니하였으나 소극적으로 이를 숨기거나 유사한 방법으로 덧붙이는 진술을 하였고, 그것이 선거인의 공정한 판단을 그르치게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀다면 이 역시 위 법조항 소정의 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 상당하다.
- (2) 피고인이 이 사건 토론회에서 한 이 부분 발언의 외관상 전체적인 취지는 그 내용, 어휘, 문구의 연결방법 등을 고려하면 "① 공소외 3을 실제로 강제입원시킨 것은 그 처와 딸이고, ② 그와 별개로 피고인의 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 정신건강 진단 의뢰를 한 바 있으나, 피고인은 이에 관여하지 않았고, 오히려 그 절차 진행을 막았다"는 것이다.

살피건대, 앞서 인정한 사실과 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정할 수 있는 아래와 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였음은 넉넉히 인정되므로, 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 표현은 사실과 다르다.

비록 피고인이 "공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다"는 표현을 직접적으로 사용하지는 않았고, 그 나머지 발언은 일부 사실에 가까운 표현이기는 하나, 이 부분 발언의 전체적인 취지와 선거인이 위 발언을 접하였을 때 받게 되는 인상 등을 종합하여 고려하면, 피고인은 자신이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨긴 채 이러한 발언을 함으로써 선거인의 공정한 판단을 흐리게 할 정도로 전체적으로 보아 적극적으로 반대되는 사실을 진술한 것과 마찬가지로 사실을 왜곡하는 정도에 이르렀으므로, 피고인의 이 부분 발언은 허위사실의 공표에 해당한다고 봄이 타당하다.

- ① 공소외 3의 모친 공소외 5는 2012. 4. 10. 센터 앞으로 공소외 3에 대하여 조울증 치료를 의뢰하는 내용의 의뢰서를 작성하였고, 여기에 공소외 3의 형제자매들인 공소외 47, 공소외 15, 공소외 14가 연명하여 서명한 바 있다(증거기록 제1권, 258, 259면, 제4권 1494, 1495면). 그러나 위 의뢰서가 센터에 정식으로 접수되었는지는 불분명하다.
- ② 피고인은 그와 별도로 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따라 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였다.

- ③ 피고인은 2012. 4. 초순경 공소외 1에게 "공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 취지의 평가문건을 받아오라"는 취지로 지시하였고, 이에 공소외 1이 공소외 2로부터 공소외 3에 대한 평가문건을 받아 피고인에게 전달하자, 다시 공소외 1에게 그 내용 일부를 수정하도록 지시한 다음 공소외 1로부터 공소외 2가 수정한 평가문건을 재차 전달받기도 하였다.

- ④ 공소외 5는 2012. 6. 15. 공소외 15와 함께 센터를 방문하여 공소외 2에게 공소외 3의 정신건강상태에 관한 상담을 한 적이 있다.

그런데 공소외 4는 그 전날인 2012. 6. 14. 공소외 5를 찾아가 공소외 5에게 센터를 방문하여 공소외 3에 대한 진단을 요청하라는 취지로 말하였다(원심 증인 공소외 4의 진술 및 증거기록 제4권 1477면 참조). 또한, 공소외 4는 당시 공소외 2에게 공소외 5가 센터에 방문할 것이니 상담을 잘 해 달라고 말하고, 공소외 5와 공소외 15를 위 센터 사무실로 직접 안내하기도 하였다.

- ⑤ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 5의 위 면담결과를 전달받으라는 지시를 받고 성남시장을 대리하여 2012. 6. 19. 센터 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 분당구보건소로 보내달라는 내용의 '면담결과 요청' 공문(증거기록 제1권 262면, 제4권 1496면)을 보냈고, 이에 센터는 2012. 6. 19. 분당구보건소장 앞으로 공소외 5의 위 면담결과를 기재한 기록지를 첨부하여 이를 분당구보건소에 보낸다는 공문(증거기록 제1권 263면, 제4권 1492면)을 송부하였다.
- ⑥ 또한, 공소외 4는 공소외 7로부터 구 정신보건법 제25조에 따른 절차를 진행하라는 재촉을 받던 상황에서 분당구보건소장 명의로 2012. 6. 20. 센터장 앞으로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호신청을 조속히 신청하라는 내용의 '진단 및 보호신청 촉구' 공문(증거기록 제1권 265면, 제4권 1489면)을 보냈다.

- ⑦ 공소외 5는 2012. 7.경 "공소외 5가 2012. 6. 15. 센터에 공소외 3에 대한 정신건강 치료를 의뢰하였으나 협조를 얻지 못한 탓에 공소외 3의 정신건강상태가 악화되었고, 그 후 여러 사건, 사고들이 발생하였는바 향후 발생하는 문제에

대하여 책임을 물을 것이다"는 취지의 내용증명(증거기록 제8권 3338면, 증거기록 제11권 5395면)을 분당서울대학교병원과 센터에 발송하였다.

그런데 위 내용증명은 공소외 7이 직접 그 문언을 작성한 것이고, 그 무렵 피고인에게 위 내용증명 작성 사실을 보고하였다.

⑧ 피고인은 2012. 6. 또는 7.경 분당서울대학교병원장인 공소외 32와 통화하면서 "공소외 3의 정신건강상태에 문제가 있어 공소외 3을 입원시켜 치료하는 데 협조해 달라"는 취지로 말하기도 하였다(당시 공소외 32는 현재 단계에서 바로 입원 절차를 진행하기는 어렵다는 취지로 답변하였다).

⑨ 공소외 2는 2012. 8. 2. 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제1항에 따른 진단 및 보호를 신청한다는 내용의 신청서(증거기록 제4권 1442면)를 작성하여 이를 성남시장 내지 분당구보건소장 앞으로 발송하였다.

⑩ 공소외 4는 분당구보건소장 명의로 2012. 8. 3. 분당△병원장 앞으로 '센터가 구 정신보건법 제25조 제1항에 따라 진단 및 보호신청을 한 사람에 대하여 위 법 제25조 제2항에 따라 진단을 의뢰한다'는 내용의 공문(증거기록 제4권 1438면)을 작성하여 이를 분당△병원 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 직접 교부하였다.

⑪ 공소외 10은 2012. 8. 7. 공소외 4에게 "공소외 3을 직접 면담하지 아니하였으나 공소외 3에 관한 서류를 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료된다"는 취지의 회신서(증거기록 제4권 1439면, 증거기록 제14권 6944, 6953면)를 작성하여 주었다.

공소외 4는 그 무렵 공소외 7에게 위 회신서를 전해 주었다.

⑫ 성남시장 수행비서인 공소외 31은 2012. 8. 중순경 공소외 7의 지시를 받고 공소외 4에게 성남시청 청원경찰 2명과 함께 공소외 3에 대한 강제입원조치를 실행하자고 하였으나, 공소외 4는 그 절차가 위법하다는 등의 이유를 대면서 그 실행을 거절한 바 있다.

⑬ 공소외 4는 공소외 7로부터 공소외 3이 ▷▷경찰서에 조사를 받으러 간다는 정보를 전해 듣고 2012. 8. 17. 공소외 2와 함께 공소외 3을 만나기 위하여 공소외 3이 있다는 ▷▷경찰서로 갔으나, 공소외 3을 만나지 않고 복귀하였다.

⑭ 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하기도 하였다.

당시 피고인은 위 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "일처리 못하는 이유가 뭐냐. 사표 내라. 합법적인 사항을 처리하지 않는 것은 직무 유기이다.

징계를 줄 것이다"는 취지로 질책하기도 하였다.

⑮ 피고인은 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

다만 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 별달리 진행된 바 없다.

다) 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있는지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인이 공소외 3에 대하여 위 절차 진행을 지시하고 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실을 숨기고 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표한다는 고의도 있었다고 봄이 타당하다.

① 앞서 본 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 직접 또는 공소외 7을 통하여 여러 차례에 걸쳐 분당구 보건소장 공소외 1, 공소외 4 및 분당구보건소 직원 공소외 8, 공소외 9에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제 25조의 강제입원 절차를 진행하라고 지시하였고, 그 진행 상황에 대해서도 수시로 보고받았다.

따라서 피고인은 위 강제입원 절차의 개시와 진행 경과를 그 누구보다 잘 알고 있었던 지위에 있었다.

② 피고인이 친형인 공소외 3을 강제로 정신병원에 입원시키려 시도했다거나 입원시켰다는 세간의 의혹은 이 사건 토론회 무렵에만 있었던 것이 아니다.

2012. 9.경 "피고인이 자신을 정신병원에 강제입원시키려 했다"는 취지의 주장이 담긴 공소외 3에 대한 인터뷰가 ▶▶일보에 보도(증거기록 제14권 6984면)된 이래, 위와 같은 의혹은 2017.경까지도 계속하여 언론, SNS(소셜 네트워크 서비스) 등에 의해 퍼져 나갔다.

특히 피고인이 성남시장 후보자로 출마한 2014. 6. 지방선거 당시에도 위와 같은 의혹이 제기된 바 있다.

③ 피고인은 위와 같은 의혹이 제기된 2012.경부터 최근까지 여러 차례에 걸쳐 SNS, 언론인터뷰 등을 통해 위 의혹은 사실이 아니라고 적극 해명해 왔는데, 그 해명의 주요 내용은 "㉞ 어머니와 형제자매들이 공소외 3에 대한 치료 또는 강제진단을 의뢰한 것이다.

또는 ㉟ 공소외 3을 실제로 정신병원에 입원시킨 것은 그 처와 딸이다"라는 취지이다(공판기록 제26권 15099~15113면). 그런데 피고인의 위 해명 내용 어디에도 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차 진행을 지시하였다거나 그 절차 개시에 관여하였다는 부분은 찾기 어렵다.

④ 피고인의 이 사건 토론회에서의 이 부분 발언은 피고인이 기존에 위와 같이 여러 차례에 걸쳐 해명한 내용과 크게 다르지 않고, 그 표현도 거의 유사하다.

따라서 TV합동토론회에서 이루어지는 공방의 즉흥성·계속성으로 인해 이 부분 발언의 표현이 다소 불명확할 수 있다는 점을 고려하더라도, 피고인이 이 부분 발언의 전체적인 취지와 이에 대해 일반 선거인들이 받는 인상을 정확하게 고려하지 않은 채 이 부분 발언을 하였다고 보기는 어렵다.

⑤ 피고인은, 전 국회의원 공소외 33이 2014. 10. 20. 채널에이 방송프로그램에서 '피고인이 아무런 문제가 없음에도 친형을 사이가 안 좋아졌다는 이유로 정신병원에 입원시켰다'는 취지의 발언 등을 한 데 대하여, 그 무렵 위 공소외 33을 상대로 위 내용이 허위라는 이유로 손해배상청구의 소를 제기하고, 2015. 4. 22. 승소판결을 받기도 하였다(서울중앙지방법원 2014가합586479). 이와 같이 피고인은 자신에 대한 세간의 의혹 중 "피고인이 공소외 3을 정신병원에 강제입원시켰다"는 허위 내용에 대해서는 적극적으로 대처하기도 했는데, 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인은 자신에 대한 의혹의 내용과 그 허위 정도에 관하여도 비교적 정확하게 파악하고 있었던 것으로 보인다.

- ⑥ 이 사건 토론회에서 상대방 후보자인 공소외 6은 피고인에게 “성남시청 8층에 위치한 분당서울대병원에 위탁한 성남시 정신보건센터에서 공소외 3 씨에 대해 아무런 문진이나 검진도 없이 정신병자라고 판명했습니까?”라고 물었고, “2012년 4월에 분당서울대학교병원에서 분당보건소에 조울병일 가능성이 높다는 평가의견서 낸 거 알고 있죠?”, “그 다음에 2012년 8월에 분당△병원, 분당보건소에서 공소외 3씨가 자신 및 타인을 해할 위험성이 있다는 진단서를 낸 거 알고 있죠?”라고 묻기도 하였다.

비록 공소외 6의 위 표현에는 정확하지 않은 부분도 있으나, 그 발언의 구체적인 표현을 고려할 때 피고인은 위 질문의 전체적인 취지가 2012. 4.경부터 2012. 8.경 사이에 이루어진 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차에 관한 것임을 충분히 이해할 수 있었다.

- ⑦ 비록 피고인에게 제기된 이 부분 의혹 중에는 “피고인이 ‘불법적인’ 방법으로 공소외 3을 정신병원에 강제입원시키려 했는지”에 관한 부분도 있기는 하지만, 일반 선거인들은 그 불법 여부를 불문하고 피고인이 공소외 3을 강제로 입원시키려 한 적이 있는지 그 자체에 대해서도 공직후보자로서의 피고인의 자질과 도덕성에 관한 중요한 정보로 여겼을 것이다.

그러나 당시 일반 선거인들이 위와 같은 정보에 대해서 잘 알고 있었던 것으로 보이지 않고, 피고인의 지위, 이력, 선거경력 등을 고려하면 피고인도 이러한 점을 잘 알고 있었을 것이다.

- ⑧ 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

더욱이 피고인은 모친과 형제자매들이 공소외 3에 대한 진단을 의뢰하였다고 설명하면서도 “저는 그걸 직접 요청할 수 없는 입장이었다”라고 표현하기도 하였다.

- ⑨ 피고인이 어떠한 ‘불법적인’ 절차에 의해 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한 적은 없다는 취지로 표현할 의도로 이 부분 발언을 한 것이라면, 당시 공소외 3에 대하여 강제진단을 의뢰한 사람은 피고인의 모친과 형제자매들일 뿐이라는 취지로 표현하는 것이 그 의도에 부합하는 것인지 의문이다.

오히려 피고인에게 그와 같은 의도가 있었다면, 당시 피고인의 지시에 따라 공소외 3에 대하여 이루어진 절차는 적법한 것임을 강조하는 표현을 하는 것이 더 자연스럽다.

- ⑩ 비록 구 정신보건법 제25조 제6항이 입원치료를 목적으로 하는 것과 달리 구 정신보건법 제25조 3항에 따른 절차의 목적은 정확한 진단에 있는 것이기는 하지만, 그에 따라 이루어지는 절차 역시 정신질환 의심자를 그 의사에 반하여 입원시키는 것이다.

앞서 본 여러 사정에 의하면, 피고인은 구 정신보건법 제25조에 따른 이러한 절차를 정확하게 이해하고 있었다.

그런데도 피고인이 그동안 ‘친형 강제입원’ 의혹에 대한 해명 과정에서 ‘치료를 위한 강제입원’과 달리 ‘강제진단’ 또는 ‘진단요청’이라는 용어를 구별하여 사용해 왔고, 양자는 다른 절차임을 강조해 왔다는 것은 오히려 피고인이 ‘입원’ 시도 자체를 숨기려고 했다는 것에 더 부합하는 사정이다.

- ⑪ 피고인이 설령 “공소외 3을 입원시키려고 강제력을 행사한 행위는 전혀 없었다”라거나, “공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 절차가 진단 단계에서 종료되었다”라는 점을 밝히려는 의도로 이 부분 발언을 하였다 하더라도, 이 부분 발언에서 피고인이 그러한 판단이나 절차에 관여하였는지 여부가 전혀 드러나지 않으므로, 피고인의 이 부분 허위사실공표에 대한 고의를 부정할 수 없다.

- ⑫ 위와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인은 이 사건 토론회에서 이 부분 발언을 하면서 "피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행을 지시하고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 한 사실"을 일반 선거인들에게 알리지 않기 위해 이를 의도적으로 숨겼다고 봄이 타당하다.

라) 피고인 및 변호인의 주장에 대한 판단

(1) 공소 범위에 관한 판단

피고인의 변호인은, 이 부분 공소사실은 피고인이 공소외 3에 대한 '위법한' 입원 시도를 한 적이 있음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것일 뿐, 피고인이 공소외 3에 대하여 '적법한' 입원 절차 개시를 지시하였음에도 이와 다른 허위사실을 공표하였다는 것은 이 부분 공소사실에 포함되어 있지 않다는 취지로 주장한다.

그러나 이 부분 공소사실의 문언과 검사의 이 부분 공소사실에 대한 의견 등을 종합하여 보면, 이 부분 공소사실의 범위가 피고인의 변호인의 주장과 같다고 보기 어렵다.

따라서 피고인의 변호인의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 허위사실공표의 대상으로서 '행위'에 해당하는지 여부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 피고인의 '의도'에 관한 내용일 뿐 '행위'에 관한 부분이 아니므로, 공직선거법 제250조 제1항의 구성요건인 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 피고인이 공소외 3에 대한 강제입원 절차 개시에 전혀 관여하지 않았다는 허위 사실을 공표한 것이다.

그런데 피고인이 위 강제입원 절차를 지시하고 그에 따라 위 절차가 일부라도 진행되었는지 여부는 피고인의 주관적 내심의 영역에 머무르는 사항이 아니고, 피고인의 외부적 행동에 관한 사항이다.

또한 이는 후보자의 자질, 성품, 도덕성 등의 지표로 삼을 수 있는 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

따라서 이 부분 발언은 공직선거법 제250조 제1항에서 규정하는 후보자의 '행위'에 관하여 허위사실을 공표한 것이라고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장도 이유 없다.

(3) '당선될 목적'의 존부에 관한 판단

피고인의 변호인은, 피고인의 이 부분 발언은 이 사건 토론회에서 상대 후보자의 공격적이고 악의적인 질문에 단순히 부인한 것에 불과하므로 피고인에게 '당선될 목적'이 없었다고 주장한다.

공직선거법 제250조 제1항의 '당선되거나 되게 할 목적'에 대하여는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족한데, 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적관계, 공표행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 그러한 공표행위가 행해진 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 한다(대법

원 2009. 1. 15. 선고 2008도10365 판결 등 참조). 위 법리에 비추어 살피건대, 피고인의 이 부분 발언은 경기도지사 후보자 TV토론회에서 발언인데다가, 당시 상대 후보자인 공소외 6의 질문에 소극적으로 부인만 한 것이 아니고, 오히려 공소외 3에 대하여 이루어진 절차에 대하여 적극적으로 설명한 것이다.

비록 이 발언이 피고인의 구 정신보건법 제25조의 절차 관여 사실을 숨김으로써 허위사실을 공표한 것으로 평가된 것이기는 하나, 그 내용은 피고인의 후보자로서의 자질과 성품 및 도덕성에 관한 내용으로서 선거인의 공정한 판단에 영향을 미치는 사항이다.

피고인이 이 사건 토론회 당시 위 절차 관여 사실을 숨기지 말았어야 한다고 하여 이것이 피고인의 헌법 및 형사소송법상 '자기에게 불리할 진술을 강요당하지 않을 권리'를 침해하는 것이라고 볼 수도 없다(대법원 2018. 4. 24.자 2018초기306 결정 참조). 따라서 피고인이 이 부분 발언으로써 허위사실을 공표한 것에는 미필적으로나마 당선될 목적이 있었다고 봄이 타당하다.

그러므로 피고인의 변호인의 이 부분 주장 또한 이유 없다.

마) 소결론

따라서 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있는데도, 이와 달리 판단한 원심 판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다.

검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

5) 피고인이 절차를 중단시켰다는 부분에 관한 판단

가) 피고인이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 절차를 중단시킨 바 없는데도, 이 사건 토론회에서 자신이 위 절차를 중단시켰다는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표한 것인지에 관하여 살펴본다.

나) 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언이 허위라거나, 피고인에게 허위사실을 공표한다는 고의가 있다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

① 앞서 인정한 바와 같이, 피고인은 2012. 4.경부터 8.경까지 사이에 분당구보건소장 및 그 직원들에게 여러 차례에 걸쳐 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 직접 지시하였고, 이에 따라 공소외 3에 대한 위 절차 일부가 진행되기도 하였다.

이러한 상황에서 피고인의 지시나 동의 없이도 위 절차가 중단될 수 있다고 보기는 어렵다.

② 2012년도에 성남시 부시장으로 재직한 공소외 34는 원심 증인으로 출석하여 "공소외 4가 2012. 가을경 자신을 찾아와 '공소외 3에 대한 정신병원 입원 절차를 진행하게 되면 자신이 향후 형사책임을 질 수 있을 것 같아 힘들다'고 하여 자신이 공소외 4에게 그 일을 하지 말라고 지시하였다.

이후 피고인을 찾아가 공무원들이 힘들어 하고, 정치적으로도 무리가 있으니 위 절차를 그만두자고 건의하였다.

이에 피고인이 '다른 기관에 이 문제에 관한 유권해석 질의를 해 놓고 위 절차를 종료하자'고 말했다"라는 취지로 진술하였다.

공소외 34의 위 진술에 따르면, 피고인은 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차를 중단시켰다고 볼 수 있다.

③ 검사는 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차는 공소외 4의 자의에 의한 포기로 중단된 것이라고 주장한다. 그러나 공소외 4가 2012. 8. 17. 공소외 3을 만나러 >>경찰서로 갔으나 공소외 3을 만나지 않고 복귀한 이후에도, 피고인은 2012. 8. 27.경 공소외 4, 공소외 8, 공소외 9에게 "현재 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 절차는 완료되었으니 그 다음 절차를 진행하라"는 취지로 지시하며 질책하기도 하였고, 2012. 9. 13.경 및 9. 17.경 직접 또는 공소외 7을 통하여 공소외 4 및 공소외 8 등 분당구보건소 관계자들에게 '현재 단계에서 구 정신보건법 제25조에 따른 강제입원 조치가 가능한지'에 관하여 법제처, 보건복지부 등 유관기관에 유권해석을 문의할 질 의서를 작성하도록 지시하기도 하였다.

④ 그런데 그 이후 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차가 별달리 진행된 바 없다.

이러한 상황 역시 피고인이 위 절차 진행을 중단시키기로 했기 때문이라고 보인다.

다) 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 기타 부분에 관한 판단

가) 한편, 이 부분 공소사실 중 "사실 공소외 3은 2013. 3.경 교통사고를 당해 그 사고의 후유증으로 우울증 등을 앓게 되었으며, 2014.경에 이르러 그 우울증이 심해져 부인인 공소외 11과 딸인 공소외 16이 2014. 11.경 ∇∇정신병원에 공소외 3을 입원시켰을 뿐 2012.경 당시에는 정신병이 있다고 전문의의 진단이나 치료를 받은 사실이 없었고, 공소외 11과 공소외 16도 공소외 3에게 정신적으로 문제가 있다고 생각을 하지 않았음에도" 피고인의 이 부분 발언을 함으로써 허위사실을 공표하였다는 부분에 대해서는 원심 판결에서 명시적으로 판단된 바 없고, 검사도 이 부분에 관하여 항소이유를 제출하지 않았다.

나) 직권으로 살피건대, 앞의 직권남용권리행사방해의 점에 관한 판단에서 살펴본 바와 같이, 이 부분 공소사실 기재 일 시 무렵에도 공소외 3에게 정신질환이 있었다고 의심되는 여러 사정들이 존재하고, 공소외 3이 2002. 2.경 의사 공소외 13으로부터 조증약을 건네받아 복용한 적이 있다고 볼 만한 정황이 상당하다.

따라서 이 부분 발언도 허위사실이라거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵다.

5. 검사사칭 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2018. 5. 29. 23:00경 KBS 스튜디오에서 진행한 "2018 지방선거 경기도지사 후보 KBS 초청 토론회"에서 검사 사칭 여부에 대한 바른미래당 공소외 6 후보자의 질문에 "제가 한 게 아니고, 피디가 사칭하는데 제가 옆에 인터뷰 중이었기 때문에 제가 그걸 도와주었다는 누명을 썼습니다", "저는 검사를 사칭해 전화를 한 일이 없습니다.

피디가 한 것을 옆에서 인터뷰 하고 있었다라는 이유로 제가 도와 준 걸로 누명을 썼습니다.

“라고 답변하고, 이어 추가시간을 요청한 뒤 “파크뷰 특혜분양사건이라고 기억하시는 분들 많으실 것입니다.

파크뷰 특혜분양사건을 제가 추적해서 폭로했습니다.

그래서 제가 고소당했지요. 어떤 모 방송에서 저를 인터뷰를 했는데 인터뷰를 할 때 전화가 걸려 온 거예요 시장에서. 그래서 그분이 전화로 내가 어디 어디 검사인데 사실대로 얘기하라 이렇게 이야기했죠. 저는 일보고 있었습다.

이거를 제 사무실에서 인터뷰 중에 한 것을 걸어서 제가 도와준 걸로 됐다는 것 말씀드리고요.”라고 부연 발언하였다.

그러나 사실 “분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건”에 관한 보도자료를 수집하던 KBS ‘추적60분’ 담당 프로듀서 공소외 12가 2002. 5. 10. 변호사 피고인 법률사무소 내 피고인의 집무실에서 피고인과 인터뷰 도중 당시 성남시장 공소외 35로부터 전화를 받고 피고인과 무관하게 ♠모 검사를 사칭하며 공소외 35와 통화한 것이 아니라 피고인이 공소외 35로부터 전화를 달라는 음성메시지를 받은 공소외 12에게 사칭할 수원지방검찰청 검사의 이름과 물어볼 질문의 요지를 알려준 다음 공소외 12가 위 ♠모 검사를 사칭하여 공소외 35와 통화를 시작하자 메모지에 추가질문사항을 적어주거나 나지막한 목소리로 설명을 해 주는 등 공소외 12와 공모하여 피고인과 공소외 35 간의 형사사건을 담당하는 수원지방검찰청 검사를 사칭하여 그 권한을 행사하였고 그로 인해 형사처벌을 받았다.

이로써 피고인은 당선될 목적으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 경력 내지 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 피고인의 이 부분 발언이 허위사실을 공표한 것이 아니거나, 허위사실공표에 대한 고의가 없었다는 이유로 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였는바, 그 구체적인 이유는 다음과 같다.

① 공소외 12가 검사를 사칭하는 전화를 하고 있을 당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

피고인의 이 부분 발언에는 인터뷰 중 구체적으로 어떠한 내용 때문에 검사사칭을 도운 것으로 평가되었는지에 관하여 아무런 발언이 없으므로, 피고인이 검사사칭과 무관한 행위를 하던 중 공소외 12가 검사를 사칭하게 되었다는 사실을 공표하였다고 볼 수 없다.

또한, 공소외 36의 진술 등에 비추어 보면, 피고인이 당시 ‘일 보고 있었다’라는 발언도 허위라고 보기 어렵다.

② 공소외 12가 검사사칭을 할 당시 공소외 35에게 전화를 건 것임에도, 피고인이 ‘공소외 12가 공소외 35로부터 전화를 받았다’는 취지로 발언한 부분은 의도적 행위가 아니라 착각 내지 오인일 가능성이 크므로, 허위사실공표의 고의가 없다.

③ 검사사칭을 도운 것으로 누명을 썼다는 취지의 발언은 그 처벌이 부당하다거나 억울한 결과라는 의미이고, 이 표현을 사실의 적시라고 볼 수 없다.

피고인이 검사사칭으로 처벌받은 것이 억울하다는 의미도 다의적이어서 공소외 12가 피고인과 무관하게 검사사칭 행위를 하였다고 발언한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 개별 허위사실을 주장하지 않은 이상 이 부분 누명을 썼다는 표현은 사실의 공표로 보기 어렵고, 피고인의 입장표명 내지 평가 정도의 발언에 불과하다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 '허위의 사실'이란 진실에 부합하지 아니하는 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다.

이때 어떤 진술이 사실주장인지 또는 의견표현인지를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법 취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제된 말이 사용된 문맥, 증명가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2016. 12. 15. 선고 2015도3038 판결 등 참조).

2) 판단의 전제가 되는 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인의 검사사칭 전과

(1) 피고인은 수원지방법원 성남지원 2002고합113호로 "피고인이 공소외 12와 공모하여 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다"는 내용의 공무원자격사칭 등의 혐의로 구속기소되었다.

위 법원은 2002. 11. 13. 피고인의 위 공무원자격사칭 혐의와 공소외 35에 대한 무고 혐의를 유죄로 인정하여 피고인을 벌금 250만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다.

(2) 위 사건의 항소심은 2003. 7. 1. 피고인의 공무원자격사칭 혐의에 관한 항소이유 주장을 배척하면서, 다만 제1심의 형이 다소 무겁다는 이유로 피고인을 벌금 150만 원에 처하는 유죄판결을 선고하였다(서울고등법원 2002노3184).

(3) 위 사건의 상고심은 2004. 12. 24. 위 판결에 대한 피고인과 검사의 상고를 모두 기각하였고(대법원 2003도4065), 위 판결이 그대로 확정되었다(이하 '관련 형사판결'이라 한다).

나) 피고인의 토론회 발언

2018. 5. 29. 열린 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 피고인과 상대 후보자 공소외 6이 한 토론 내용 중 이 사건과 관련된 부분은 아래와 같다(이 부분 공소사실 기재 발언 부분은 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다).

3) 이 부분 발언이 사실주장인지 의견표현인지 여부에 대한 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 발언은 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 주장한 것이라기보다는 '공무원자격사칭죄로 유죄확정판결을 받은 것은 자신의 입장에서 볼 때는 억울하다'는 취지의 의견을 표현한 것이라고 봄이 타당하다.

① 피고인은 1999. 9.경부터 '분당 백궁·정자지구 파크뷰'가 특혜로 용도변경되었다고 주장하면서 그 용도변경 반대운동을 해 왔고, 1999. 11.경 구성된 '분당 백궁역 일대 부당용도변경 저지를 위한 공동대책위원회'의 공동집행위원장으로 선임되기도 하였다.

② KBS '추적60분' 취재팀은 2002. 5. 초경 당시 의혹으로 크게 부각된 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'을 기획취재하기로 하였다.

이에 그 담당 피디로서 공소외 12를 비롯하여 공소외 37, 공소외 38 등이 그 무렵 피고인에게 위 사건에 관하여 여러 문의를 하였고, 공소외 12는 2002. 5. 8.경 무렵 피고인의 변호사사무실을 방문하여 피고인으로부터 위 사건에 관한 설명을 듣고 관련 자료를 받아 오기도 하였다.

③ 공소외 12는 2002. 5. 10. 재차 피고인을 만나려고 피고인의 변호사사무실을 방문하였을 당시 공소외 35와 이 사건 검사사칭 통화를 하게 되었다.

이후 피고인은 공소외 12로부터 위 검사사칭 통화 내용이 담긴 녹음테이프를 받고 2002. 5. 23. 성남시청에서 기자회견을 하면서 공소외 35가 위 통화 중 발언한 내용을 공개하였다.

④ 공소외 35는 2002. 5. 25. 피고인과 공소외 12를 공무원자격사칭 및 공직선거법위반 등의 혐의로 고소하였다.

피고인은 이로 인하여 수사를 받던 중 검사의 2002. 6. 1.자 소환 요구에 불응하면서 위 사건이 정치적으로 악용되는 것을 막기 위해 당시 지방선거일인 2002. 6. 13.이 지난 후에 검사의 소환에 응하겠다고 하였다.

피고인은 자신에 대한 체포영장이 2002. 6. 5. 발부되었음에도 위 지방선거 이후인 2002. 6. 28.에서야 검찰청에 출석하여 당일 체포되었으며, 2002. 7. 1. 구속되어 2002. 7. 4. 공무원자격사칭 등의 혐의로 기소되었다.

⑤ 피고인은 그 수사 및 재판 과정에서 "검찰이 예단을 가지고 피고인에 대하여 구속방침을 세워둔 채 악의적으로 사건을 조작하며 수사하였다"는 취지로 주장하였다.

한편, '민주사회를 위한 변호사모임'은 2002. 7. 18.경 국가인권위원회에 피고인에 대한 위 수사과정에 부당한 문제가 있다는 취지로 진정하기도 하였다.

⑥ 피고인에 대한 위 형사재판에서 결국 관련 형사판결이 선고되어 확정되었는데, 여기에서 인정된 피고인에 대한 공무원자격사칭의 범죄사실은 구체적으로 다음과 같다.

한국방송공사 "추적 60분" 프로그램에서 프로듀서로 재직한 공소외 12는 2002. 5. 18. 22:00경 KBS에서 방영될 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'에 관한 보도자료를 수집하기 위해 성남시장과 위 파크뷰 시행업체인 에이치원(H-1)개발 주식회사 회장 공소외 39 등과의 유착의혹 및 이들의 배후를 취재함에 있어 2002. 5. 10. 10:59경 전 성남시장 공소외 35의 전 수행비서 공소외 40에게 전화하여 "검찰청"이라고 자신 측을 소개하고, 같은 날 11:26경 성남시청 시장 비서실에 전화하여 소속 직원인 공소외 41에게 자신 측을 "검찰청 검사실"이라고 소개하며 각 공소외 35와의 통화를 시도하였는데, 공소외 12가 같은 날 11:28경 피고인의 법률사무소 내 집무실에서 취재 목적으로 KBS에서 제공받아 사용중인 핸드폰에 공소외 35로부터 자신의 핸드폰으로 전화를 해달라는 내용의 음성

메시지가 녹음되어 있는 것을 확인하자, 피고인은 공소외 12로 하여금 공소외 35와 피고인간에 맞고소하여 수사중인 업무상 배임 및 명예훼손 사건의 주임검사인 수원지방검찰청 ♠모 검사의 자격을 사칭하여 마치 위 ♠검사가 공소외 35를 상대로 위 맞고소 사건에 관하여 전화로 그 의혹 및 배후관계 등에 조사하는 것처럼 하려고 공소외 35에 대한 질문사항을 사전에 공소외 12에게 개략적으로 설명하면서 통화중 그때그때마다 메모지에 추가로 작성하여 보여주고, 공소외 12는 공소외 35에게 전화를 걸어 위 메모지에 기재된 내용을 가지고 질문하여 그 답변을 얻어내고 카메라담당 공소외 42, 오디오담당 공소외 36로 하여금 이를 녹취하게 하여 보도하기로 하고, 공소외 12와 공동하여, 공소외 12는 피고인에게 "수원지검에 경상도 말을 쓰는 검사 중 아는 사람 있어요"라고 물어 피고인이 "수원지검에 ♠모 검사가 있는데 시장도 그 이름을 대면 잘 알 겁니다"라고 대답하자, 공소외 12는 공소외 35에게 "수원지검 ♠검사입니다, 수사 중에 아니 조사하는 과정에서 시장님께 확인을 받아야 할 일이 있어서 전화를 하였습니다, 제가 조사하는 참고인이 시장님께서 ♡회장으로부터 은갈치를 받았고 ♡회장과 골프를 쳤다고 진술하는데 그 부분에 대하여 시장님의 확인을 받고 싶어서 전화를 하였습니다.

시장님께 도움을 드리려고 그러니까 좀 상세하게 말씀해 주시기 바랍니다"라고 마치 위 사건을 수사중인 ♠검사인 양운을 댄 다음 공소외 35를 상대로 사칭하는 통화를 시작하였고, 피고인은 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 위 공소외 35에 대한 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명하고, 이에 따라 위 공소외 12는 공소외 35에게 "분당 백궁지구 용도변경은 누구의 부탁을 받고 한 것은 아닌가, 파크뷰의 ♡회장에게서 은갈치를 받고 함께 골프를 치는 등 친분관계가 있는 것으로 알고 있는데 ♡회장으로부터 부탁을 받고 설계변경을 한 것은 아닌가, 선거 때 ♡회장이 도와주었는가, 왜 성남시 부시장이 ♡회장의 골프클럽하우스의 사무실을 사용하였는가, ♡회장이 성남지청과 수원지검 검사들과 어울려 골프를 쳤다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 박모 비서관과 이모부장검사가 시장과 가깝게 지낸다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 작년에 ♡시장이 고소한 내용의 수사가 그 당시 왜 지연되었는가" 등에 관하여 마치 검사가 공소외 35를 상대로 피의자신문하듯이 유도 질문을 하며 그 답변을 얻어내는 등으로 조사하여 공무원인 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다.

⑦ 위와 같이 공무원자격사칭에 관한 피고인의 객관적인 행위는 ㉞ 공소외 12에게 ♠모 검사의 이름을 알려주면서 시장도 그 이름을 대면 잘 알 것이라고 말한 행위와 ㉜ 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명한 행위이다.

⑧ 그러나 피고인은 위 형사재판을 받는 동안 ㉞ 당시 공소외 12에게 취재 대상사건의 내용과 그 관련사건을 담당하는 검사의 이름을 알려주었을 뿐, 공소외 12가 검사를 사칭하려는 것을 몰랐고, ㉜ 공소외 12가 공소외 35와 통화할 당시 일을 하다가 중간 중간 카메라 스피커로 공소외 12의 통화내용을 엿들었을 뿐 공소외 12에게 질문할 사항을 알려준 적은 없다고 주장하면서 공소외 12와의 공모관계를 적극 부인하였다.

⑨ 위 사건에서 법원은 공소외 12 및 위 공소외 42, 공소외 36의 각 진술의 신빙성을 인정하여 피고인의 위 주장을 배척하고 관련 형사판결을 선고하면서도, 그 범행의 동기나 경위에 관한 피고인의 변소를 일부 고려하여 공소장에 기재된 공소사실 일부를 아래와 같이 다소 수정하여 위 범죄사실을 인정하였다(양자에 차이가 있는 부분 중 주요 부분

을 굵은 글씨체와 밑줄로 표시하였다)

- ⑩ 특히 위 공소사실에서는 피고인이 먼저 공소외 12에게 검사사칭 통화를 하라고 부추겼다는 취지로 기재되어 있으나, 관련 형사판결의 범죄사실에서는 공소외 12가 먼저 검찰청을 사칭하는 통화를 시도한 이후 피고인과 공소외 12가 검사사칭을 공모하였다고 기재되어 있다.

공소외 12도 당시 검찰 수사과정에서 "피고인이 자신에게 검사사칭을 부추겼다는 부분은 사실과 다른 것 같다.

사칭은 제가 먼저 우연히 시작을 하였고 부추김을 받아 한 것은 아니기 때문이다"라고 진술하였고(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1026면), 제1심 증인으로 출석하여서도 같은 취지로 진술하였다(증거기록 제17권에 편철된 수사기록 별책 제2권 1772, 1814면).

[다만 그 항소심은 위 공소사실과 같이 '피고인이 공소외 12와 공소외 35의 통화 도중 공소외 35의 답변을 듣고 있다가 공소외 12에게 손가락으로 동그랗게 만들어 만족한 답변이 나왔다는 취지의 사인을 보내기도 한 사실'은 인정된다 고 판단하였다(서울고등법원 2002노3184, 증거기록 제16권에 편철된 수사기록 494면)]

- ⑪ 피고인으로서 위와 같이 관련 형사판결에 이르기까지 일련의 경위나 과정에 비추어 자신이 '분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건'의 의혹을 폭로하면서 공소외 35의 통화 중 발언 내용을 공개한 탓에 피고인이 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담한 것으로 평가되거나 구속까지 된 것이어서 억울하다는 인식을 가졌으리라고 볼 여지가 있다.

- ⑫ 피고인은 2018년 경기도지사선거에서 자신의 선거공보물 중 전과기록 '소명서' 란에 관련 형사판결의 범죄사실에 관하여 "시민운동가로서 공익을 위해 분당파크뷰 특혜분양 사건 진상규명과 고발 과정에서 발생. 특혜분양사건 대책위 집행위원장이던 후보자를 방송PD가 인터뷰하던 중 담당 검사 이름과 사건 중요사항을 물어 알려주었는데, 법정 다툼 끝에 결국 검사사칭을 도운 것으로 판결됨"이라고 기재하였다.

위 소명문구는 관련 형사판결에 대한 자신의 입장이나 의견을 개진한 것이라 할 것인데, 피고인의 이 부분 발언은 위 소명문구의 내용과 크게 다르지 않다고 보인다.

⑬ 위와 같은 사정에다가 피고인의 이 부분 발언이 TV합동토론회에서 한 표현인 점, 그 발언의 전체적인 맥락과 사용된 구체적 표현, 특히 피고인이 이 부분 발언을 하는 과정에서 "보복을 당했다고 생각한다"라고 표현하기도 한 점을 종합하여 고려할 때, 피고인의 이 부분 발언의 전반적인 취지는 피고인이 관련 형사판결에서 검사사칭으로 처벌받은 것에 대해서 일반 유권자들에게 그 범죄사실에 관한 자기 나름의 경위와 과정을 설명하며 관련 형사판결로 처벌받은 것은 억울하다는 취지라고 이해되고, 피고인의 관련 형사판결에 대한 이러한 입장표명이 이 부분 발언의 결정적인 요소라고 봄이 타당하다.

4) 허위사실의 공표인지 여부 및 그에 대한 고의가 있는지 여부에 대한 판단

예비적으로 판단하건대, 비록 피고인이 관련 형사판결에 대하여 '자신은 공소외 12의 검사사칭 행위에 전혀 관여한 바 없음에도 옆에서 인터뷰 중이었다는 이유로 처벌받은 것이다'는 허위사실을 공표한 것이라고 볼 여지가 있다고 하더라도, 검사가 제출한 증거만으로 피고인에게 그 허위사실공표의 고의가 있다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기도 어렵다.

① 피고인의 이 부분 발언 중 "검사사칭 통화를 한 사람은 피고인이 아니라 방송국 피디이다"는 부분과 "당시 피고인은 인터뷰를 하고 있었다"는 부분은 관련 형사판결의 범죄사실을 보더라도 허위사실이라고 보기 어렵고, 대체로 사실에 부합한다.

또한, 피고인의 이 부분 발언 중 "당시 피고인이 일 보고 있었다"는 부분 역시 위 각 증거에 비추어 보면 허위사실이라고 인정하기 어렵다.

다만 피고인의 이 부분 발언 중 "공소외 35로부터 먼저 전화가 걸려와 공소외 12가 검사사칭을 하기 시작했다"는 부분은 위 범죄사실과 다르기는 하나, 이는 그 경위에 관하여 사실과 약간 다르거나 중요한 부분에서 차이가 있다고 보기 어려운 부분이다.

그 외에 피고인의 이 부분 발언 중 관련 형사판결의 범죄사실과 전혀 다른 내용이 있거나 그와 모순·저촉되는 내용이 포함되어 있다고 보기는 어렵다.

② 피고인은 관련 형사판결의 수사단계에서부터 현재에 이르기까지 일관하여 공소외 12의 검사사칭 행위에 가담하지 않았다고 주장하고 있다.

따라서 피고인이 현재에 이르러 그와 같이 주장한다 하여 허위사실공표의 고의가 있는 것이라고 단정하기 어렵다.

③ 관련 형사판결에서 인정된 피고인의 범죄사실은 그 판결문을 보면 누구나 쉽게 확인할 수 있으므로, 피고인이 굳이 위 범죄사실에 반하는 허위사실을 적극적으로 공표할 동기나 이러한 공표로 인하여 피고인이 얻을 이익을 생각하기 어렵다.

5) 소결론

원심 판결의 이유 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 대체로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 대한 판단

가. 이 부분 공소사실의 요지

1) 선거공보물을 이용한 허위사실공표

피고인은 2018. 5. 중순경 자신의 책자형 선거공보물(이하 '이 사건 선거공보물'이라 한다)을 제작·배포하면서 선거공보물에 "[결재 한 번에 5,503억 원 번 사업] 결재 한 번으로 5,503억 원을 벌었다면 믿으시겠습니까? 성남시에서 실제로 벌어진 이야기입니다.

(중략) 성남시는 개발이익금 5,503억을 고스란히 시민의 몫으로 환수했습니다.

(중략) 이 중 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에, 2,761억 원은 1공단 공원 조성 사업비로 사용되었고, (후략)"라고 기재한 뒤 2018. 6. 2.부터 6. 3.경 사이에 이 사건 선거공보물 5,262,380부를 경기도선거관리위원회를 통해 유권자들에게 배포하였다.

1공단 부지 공원조성 사업비 2,761억 원 또한 선거일 당일인 2018. 6. 13.까지 토지보상비 및 PF 대출수수료 등 합계 약 1,254억 원만이 지출되었을 뿐이고, 성남지원 및 성남지청 신청사 이전을 둘러싼 성남지원의 예정부지 면적 확대 및 공원조성공사 잠정 유보요청 등으로 인해 공원조성공사가 착공도 되지 않았으며, 이 사건 사업시행 이전 1공단 부지 도시개발사업 관련 권리자였던 ■■■■■■■■■■ 주식회사가 성남시 등을 상대로 소가 2,511억 원 상당의 손해배상의 소를 제기하여 해당 민사소송이 계속 중이었으므로 1공단 부지 공원조성비가 사용되었다거나 성남시에 관련 개발이익 내지 개발이익금이 확정되거나 귀속된 사실이 없었다.

발이익 내지 개발이익금이 확정 내지 귀속된 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 불특정 다수의 유권자들에게 위와 같은 내용의 발언을 함으로써 당선될 목적으로 연설에 의한 방법으로 후보자인 자신에게 유리하도록 후보자 자신의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 원심 판단의 요지

원심은 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음 대장동 도시개발사업의 개발이익 환수구조에 의하면 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용에 다소 부정확하거나 부적당한 부분이 있기는 하나, 그 판시와 같은 여러 사정을 종합하여 보면, 그 각각의 표현은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있는 정도에 불과하다 할 것이어서 이를 허위의 사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다.

당심의 판단

1) 법리

공직선거법 제250조 제1항에서 말하는 '허위의 사실'이라 함은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이라면 충분하다.

하지만, 공표된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수는 없고, 어떤 표현이 허위사실을 표명한 것인지 여부는 일반 선거인이 그 표현을 접하는 통상의 방법을 전제로 하여 그 표현의 전체적인 취지, 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적인 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 그 표현이 선거인에게 주는 전체적인 인상을 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2015. 5. 14. 선고 2015도1202 판결 등).

또한, 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하고, 이러한 주관적 인식의 유무는 그 성질상 외부에서 이를 알거나 입증하기 어려운 이상 공표 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 객관적으로 예상되는 파급효과 등 제반 사정을 모두 종합하여 규범적으로 이를 판단할 수밖에 없다(대법원 2010. 2. 11. 선고 2009도8947 판결, 대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도7349 판결 등 참조).

2) 대장동 도시개발사업에 관한 기초적 사실관계

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 성남시의 제1공단 도시개발사업 추진 경위

(1) 주식회사 ◆◆◆◆◆는 성남시에 '성남산업단지 제1공단'이 있었던 성남시 수정구 신흥동 2458 일대(이하 '제1공단 부지'라 한다)를 도시개발구역으로 지정할 것을 제안하였다.

성남시는 위 제안을 받아들여 2009. 5. 15. 시행자를 지정하지 아니한 채 제1공단 부지 84,235㎡를 '성남신흥 도시개발 구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '제1공단 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발사업계획을 수립하여 고시하였다.

- (2) 이후 ■■■■■■■■■■■■ 주식회사(이하 '■■■■■■■■'라 한다)가 2009. 9. 1.경 주식회사 ◆◆◆◆◆로부터 제1공단 도시개발사업과 관련된 권리를 양수하였다.
- (3) ■■■■■■■■는 2010. 5. 25.경 성남시에 제1공단 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2010. 7. 6. 이를 반려하였다.
- 이에 ■■■■■■■■가 경기도행정심판위원회에 재결을 신청하였고, 위 행정심판위원회는 2010. 12. 30. 위 반려처분이 위법하다고 보아 이를 취소하였다.
- 그러나 성남시는 2011. 5. 2. 새로운 처분사유가 있다는 이유로 ■■■■■■■■의 위 신청을 재차 반려하였다.
- 는 2011. 6. 7.경 다시 성남시에 위 도시개발사업의 시행자로 지정해 달라고 신청하였으나, 성남시는 2011. 8. 16. 위 신청도 반려하였다(이하 위 2011. 5. 2.자 반려처분과 2011. 8. 16.자 반려처분을 통틀어 '이 사건 거부처분'이라 한다).
- (4) 성남시는 2012. 5. 29. 위 성남신흥 도시개발구역에 대하여 그 도시개발구역 지정·고시일로부터 3년이 되는 날까지 실시계획 인가가 신청되지 아니하였다는 이유로 도시개발법 제10조 제1항 제1호에 따라 도시개발구역 지정 해제를 고시하였다.

나) 성남시의 대장동 도시개발사업 추진 경위

- (1) 성남시는 2011. 3.경 이 사건 대장동 부지를 공영개발 방식으로 개발하는 방안을 추진하였다.
- 이에 성남시는 2011. 3. 24. 성남시 분당구 대장동 210 일원(이하 '이 사건 대장동 부지'라 한다) 910,000㎡를 '성남대장 도시개발구역'으로 지정고시하였다.
- (2) 이후 성남시는 2013.경 이 사건 대장동 부지와 제1공단 부지를 하나의 도시개발구역으로 결합하여 개발하기로 하였고, 이에 2014. 1. 24. 위 성남대장 도시개발구역 지정 해제를 고시한 다음 2014. 5. 30. 이 사건 대장동 부지 912,868㎡와 제1공단 부지 56,022㎡를 묶어 '성남 대장동·제1공단 결합 도시개발구역'으로 지정고시하였다.
- 성남시는 2015. 6. 15. 위 대장동·제1공단 결합도시개발사업(이하 '이 사건 결합도시개발사업'이라 한다)의 개발계획을 수립하여 고시하였는데, 이에 의하면 위 개발계획에 속한 제1공단 부지 56,022㎡는 모두 공원, 도로 등의 도시기반 시설용지로 이용하기로 계획되었다.
- (3) 한편, 성남시가 100% 출자하여 2013. 9. 12. 설립된 성남도시개발공사는 2014. 4. 1. 성남시로부터 이 사건 결합도시개발사업 업무를 위탁받는 내용의 협약을 체결하였다(공판기록 제2권 659면). 성남도시개발공사는 2015. 2. 13.경 이 사건 결합도시개발사업의 자금조달 등의 역할을 할 민간사업자를 공모하였고, 그 공모절차에서 주식회사 ●●은행, 주식회사 ▲▲은행 등으로 구성된 컨소시엄(이하 '●●은행 컨소시엄'이라 한다)이 그 민간사업자로 선정되었다.
- (4) 성남도시개발공사는 2015. 6. 15. ●●은행 컨소시엄과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 사업협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 37면, 이하 '이 사건 사업협약'이라 한다)을 체결하였다.

이 사건 사업협약에 따르면, 성남도시개발공사가 과반의 주식 지분(50% + 1주)을 보유하고 ●●은행 컨소시엄이 그 나머지 주식 지분(50% - 1주)을 보유하는 특수목적법인을 설립하여 위 사업을 시행하기로 하는 한편(제9조, 제10조 등), 성남도시개발공사에 대한 사업이익 우선배분과 관련하여, ① 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 데 드는 비용 2,561억 원 전액을 위 사업비에서 충당하고, 이와 별도로 제1공단 공원조성에 부가하여 지하주차장을 건립하되 그 비용도 위 사업비에서 충당하기로 하며(1차 이익배분), ② 개발완료 후 이 사건 대장동 부지 중 임대주택용지 A11 블록(이하 '이 사건 임대주택용지'라 한다)을 성남도시개발공사에 제공하기로 하되, 성남도시개발공사는 이 사건 임대주택용지 대신 현금 정산을 요청할 수 있다고(2차 이익배분) 정하였다(제13조 제5항).

- (5) 또한, 성남도시개발공사는 2015. 6. 22. ●●은행 컨소시엄 측과 이 사건 결합도시개발사업에 관한 주주협약(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제4권 645면, 이하 '이 사건 주주협약'이라 한다)을 체결하였는데, 이에 의하면, 이 사건 사업협약에 따라 성남도시개발공사에 제공하기로 한 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하되, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우 위 1,822억 원에서 공급 시점의 이 사건 임대주택용지의 감정가액 이내에서 결정한 공급가액을 공제한 나머지 금원을 성남도시개발공사에 지급하기로 하였다(제3조 제5항).
- (6) 이 사건 사업협약에 따라 그 특수목적법인으로서 '★★★★ 주식회사'(이하 '★★★★'이라 한다)가 2015. 7. 27. 설립되었고, 성남시는 2015. 8. 19. ★★★★★을 이 사건 결합도시개발사업의 사업시행자로 지정하였다.

- (7) 그런데 ■■■■■■가 제1공단 도시개발사업과 관련하여 성남시장을 상대로 제기한 이 사건 거부처분 취소소송의 항소심에서 2015. 8. 18. '이 사건 거부처분은 위법한 처분사유에 기초하여 재량권을 일탈·남용한 것으로 위법하다'는 이유로 이 사건 거부처분을 취소하는 판결(서울고등법원 2014누6892)이 선고되었다.

[다만 위 항소심 판결의 상고심은 2016. 2. 18. "도시개발법 제10조 제1항 제1호는 도시개발사업 시행자의 지정 여부에 관계없이 도시개발구역이 지정·고시된 날로부터 3년이 되는 날까지 실시계획의 인가 신청이 없을 경우 일률적으로 적용되어야 한다"는 이유로 위 항소심 판결을 파기하고, ■■■■■■의 소를 각하한 원심 판결을 유지하는 취지의 항소기각 판결을 선고하였다(대법원 2015두3362)]

- (8) 성남도시개발공사는 2016. 1.경 위 항소심 판결 등으로 인해 이 사건 결합도시개발사업 전체에 차질이 생길 것을 우려하여 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하는 한편, 제1공단 부지를 공원으로 조성하는 도시계획시설사업(이하 '제1공단 공원조성사업'이라 한다)은 위 도시개발사업과 별개로 ★★★★★이 사업비를 부담하여 시행하는 방안을 추진하였다.

●●은행 컨소시엄 측이 위와 같은 방안에 동의함으로써 ★★★★★은 2016. 1.경 성남시에 위와 같은 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가 등을 신청하는 한편, 2016. 10. 25. 성남시에 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원조성사업을 시행할 것을 확약한다는 내용의 '이행확약서'(공판기록 제1권 345면)를 제출하였다.

- (9) 성남시는 2016. 11. 8. 제1공단 부지를 도시개발구역에서 제외하고 이 사건 대장동 부지 912,255㎡만 '성남 판교대장 도시개발구역'으로 지정하여 도시개발사업(이하 '이 사건 대장동 도시개발사업'이라 한다)을 시행한다는 내용의 도시개발구역·개발계획의 변경 및 실시계획인가를 고시하였다.

그런데 위 실시계획인가조건으로 ① 사업자인 ★★★★★이 이 사건 결합도시개발사업의 당초 취지에 따라 제1공단 공원 조성사업을 시행하여야 하고, ② 사업구역 외 기반시설(이하 '이 사건 기반시설'이라 한다)로서 ㉔ 북측 터널 조성, ㉕ 남측 진입로(대장IC 진출입로) 확장, ㉖ 상수도 공급을 위한 배수지 신설 등을 시행하여야 한다는 점이 부가되었다.

(10) 한편, 성남시는 2017. 3. 7. 제1공단 공원조성사업에 관한 계획결정을 고시하고, 2017. 6. 16. 그 사업시행자로 ★★★★★을 지정하는 한편 그 실시계획인가고시를 하였다.

그 사이에 ★★★★★은 2017. 3. 30. 성남시에 향후 제1공단 공원조성사업 시행 후 그 공원을 성남시에 기부채납할 때 성남시를 상대로 민·형사상 일체의 소송을 제기하지 않겠다는 내용의 '부제소특약확약서'(공판기록 제1권 347면)를 제출하였다.

3) 판단

가) 앞서 본 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행 경위에도가 원심과 당심에서 적법하게 채택한 증거들을 종합하여 인정되는 아래 사실이나 사정을 종합하여 보면, 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용은 모두 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우로서 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현에 불과하다 할 것이어서 이를 허위사실을 공표한 것으로 볼 수 없고, 검사가 제출한 증거만으로 피고인이 이 사건 선거공보물의 기재나 이 사건 유세연설 내용의 허위성을 인식하였다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업시행자인 ★★★★★은 이 사건 대장동 부지에 택지를 조성한 후 이를 제3자에게 분양하여 그 매각대금을 받는 방식으로 그 사업수익을 얻게 된다.

한편, ★★★★★은 이 사건 사업협약, 이 사건 주주협약, 2016. 10. 25.자 이행확약서, 이 사건 대장동 도시개발사업의 실시계획인가조건, 2017. 3. 30.자 부제소특약확약서 등을 통해 위와 같은 사업수익을 가지고 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함)과 이 사건 기반시설 설치사업을 직접 시행하면서 그 각 사업비를 부담하는 한편, 성남 도시개발공사에 이 사건 임대주택용지를 주거나 그 공급가액 상당의 현금을 지급하기로 하였다.

★★★★이 부담하는 위와 같은 민사상·공법상 채무는 모두 이 사건 선거공보물 배포나 이 사건 유세연설 이전에 발생한 것이고, 위와 같은 채무가 먼저 이행되어야 이 사건 대장동 도시개발사업의 민간사업자인 ●●은행 컨소시엄 측이 그 사업이익을 얻을 수 있다.

② 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 성남시의 별도 예산 지출 없이 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업이 시행되는 것은 성남시의 이익 또는 공공의 이익이 된다고 볼 수 있다.

성남도시개발공사가 이 사건 임대주택용지나 그 공급가액 상당의 현금을 지급받는 것은 성남도시개발공사가 성남시의 100% 출자로 설립된 공사라는 점에서 그 최종적 이익이 성남시의 이익으로 귀속된다고 볼 수 있다.

이는 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익에 관하여 현금을 수령하지 않는다고 하여 달리 볼 수 없다.

- ③ 이 사건 사업협약에 의하면, 제1공단 공원조성사업의 사업비를 2,561억 원으로 정하는 한편, 그 실제 사업비가 그보다 적게 들 경우에도 그 감소 금액을 모두 성남도시개발공사에게 귀속시킨다는 취지로 정하였고, 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 추후 정하기로 하였는데, 2017. 3.경 그 지하주차장 건립비용이 약 200억 원으로 추산되었다.

또한 이 사건 주주협약에 의하면, 이 사건 임대주택용지의 공급가액을 1,822억 원으로 확정하는 한편, 성남도시개발공사가 현금 정산을 요구할 경우에는 적어도 1,822억 원을 성남도시개발공사에 지급하기로 정하였다.

- ④ 이 사건 기반시설 설치사업은 이 사건 대장동 도시개발사업에 대한 실시계획인가 무렵 ●●은행 컨소시엄 측이 성남시의 요구를 수용함에 따라 ★★★★★이 그 사업비를 추가로 부담하여 시행하기로 한 것이다.

이 사건 기반시설 설치사업비는 위 실시계획인가 당시 ●●은행 컨소시엄 측이 도시계획설계 업체에 의뢰하여 받은 추정가액에 따라 총 920억 원(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)으로 추산되었다.

- ⑤ 위 각 사업비의 합계액이 이 부분 표현에서 말하는 개발이익금 5,503억 원(= 제1공단 공원조성사업비 2,561억 원 + 지하주차장 건립비용 약 200억 원 + 이 사건 임대주택용지의 공급가액 1,822억 원 + 이 사건 기반시설 설치사업비 약 920억 원)인데, 위와 같은 이 사건 대장동 도시개발사업의 사업구조와 그 개발이익 배분방법 및 규모에다가 다음과 같은 진술이나 사정 등을 종합하여 보면, 성남시는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시 이 사건 대장동 도시개발사업에 따른 위 각 사업의 시행으로 인해 그 개발이익을 얻을 개연성이 매우 높은 상황이었다고 볼 수 있다.

즉 ㉠ ●●은행 컨소시엄 소속 주식회사 ▼▼▼▼자산관리의 대표자 공소외 43은 수사기관에서 "2017. 3.경에는 성남시가 개발이익금 5,503억 원을 확보할 가능성이 높은 시점이었고, 2018. 2.경에는 천재지변이 일어나지 않는 이상 이 사건 대장동 도시개발사업이 실패할 확률은 거의 사라진 상태였다"라고 진술하였고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면), 원심 증인으로 출석하여 "성남시는 2108. 6. 13. 기준으로 이 사건 대장동 도시개발사업으로 총 5,503억 원의 이익을 거의 확정적으로 확보했다고 봐야 한다"는 취지로 진술하였다(공판기록 제1권 483, 487면).

- ㉡ 위 ▼▼▼▼자산관리는 2018. 6. 13. 기준으로 제1공단 공원조성사업(지하주차장 건립사업 포함) 비용과 이 사건 기반시설 설치사업 비용 및 이 사건 임대주택용지 관련 배당을 고려하더라도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 ●●은행 컨소시엄 측의 이익이 약 2,400억 원 이상이 된다고 예상하고 있었고, 그 이후의 예상이익도 그와 비슷하게 보았다(원심 증인 공소외 43의 증언 및 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 931면).

- ㉢ ●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44는 수사기관에서 "이 사건 대장동 부지가 대부분 분양 완료되어 자금 흐름 상 약 5,500억 원의 이익이 성남시에 귀속되는 것에는 문제가 없어 보인다"라고 진술하였다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 597면).

- ㉔ 성남도시개발공사 직원 공소외 45는 원심 증인으로 출석하여 "2017. 3.경 이 사건 대장동 도시개발사업은 위험 변수가 없을 정도로 확실하다고 보았다"고 진술하였다(공판기록 제1권 460면).
- ㉕ 실제로 성남도시개발공사는 2019. 3. 26.경 ★★★★★로부터 이 사건 임대주택용지 관련 사업이익으로서 현금 1,822억 원을 배당받았다(공판기록 제27권 15586~15590면).
- ⑥ 일반적으로 정부나 지방자치단체가 향후 어떠한 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하거나, 지급된 보조금에 대해 환수 결정을 했을 뿐인데도 해당 보조금을 환수하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않은 점(공판기록 제2권 602~629면)에 비추어 볼 때, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금을 시민의 몫으로 환수하였다거나 성남시 수익으로 만들었다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 성남시 측이 그와 같은 개발수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라는 의미로 이해될 여지가 있다.
- 따라서 이 부분 표현이 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

- ⑦ 또한, ★★★★★은 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인해 제1공단 공원조성사업과 이 사건 기반시설 설치사업을 시행하여야 할 의무를 부담하고 있었던 점, 사회통념상 일반적으로 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그 지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 하는 점 등을 종합하여 보면, 피고인의 이 부분 공표사실 중 "개발이익금 중 2,761억 원은 1공단 공원조성 사업비로 사용되었고, 920억 원은 대장동 지역 배후시설 조성비에 사용되었다"는 부분과 "그 개발이익금으로 주변에 터널 만들고 도로 만드는 데 썼다"는 부분은 일반 선거인의 입장에서 볼 때에도 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발 이익 중 일부가 제1공단 공원조성사업비 및 이 사건 기반시설 설치사업비로 사용되기로 확정되었다는 의미로 이해될 여지가 있다.
- 따라서 이 부분 표현도 허위사실이라고 단정하기 어렵다.

[●●은행 컨소시엄 소속 ●●은행의 직원 공소외 44도 수사기관에서 "이 사건 선거공보물의 표현은 일반 유권자의 입장에서 볼 때 해당 사업이 진행 중이라는 느낌을 받을 것 같다"는 취지로 진술한 바 있다(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 607면)]

- ⑧ 앞서 본 바와 같이, ㉔ 제1공단 공원조성사업비는 총 2,561억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액은 최소한 1,822억 원으로 각 확정되었고, ㉕ 제1공단 공원조성에 부대한 지하주차장 건립비용은 약 200억 원, 이 사건 기반시설 설치사업비는 총 920억 원으로 각 추산되었다.

위 각 개발이익금 합계액 5,503억 원 중 1,120억 원 부분은 추산가액이기는 하나 그와 같이 추산된 적이 있기는 한 점을 고려할 때, 피고인이 표현한 개발이익금 총액은 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되고 다만 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나는 정도라고 봄이 타당하다.

비록 ★★★★★이 2018. 7. 20. ◀◀◀◀◀◀ 주식회사에 이 사건 기반시설 중 북측 터널 조성 공사를 공사대금 271억 7,000만 원에 도급하기는 하였으나(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 2078면), 이는 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 이후에 발생한 사정일 뿐만 아니라, 북측 터널 공사의 공사금액이 앞서 본 추정금액 600억 원에서 위 도급계약금액과 같이 내려갈 것이라는 사정을 피고인이 알았다고 볼 만한 점을 인정할 증거가 없다.

⑨ 게다가 성남도시개발공사는 2017. 3.경 피고인에게 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익금은 총 5,503억 원이고, 그중 2,761억 원은 제1공단 공원조성사업(공원조성비 2,561억 원, 지하주차장 건립비 200억 원)에 사용되고, 그중 920억 원은 이 사건 기반시설 설치사업(북측 터널 조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원)에 사용된다고 보고한 바 있다(증거기록 제21권에 편철된 수사기록 별권 제2권 36면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 648면). 피고인은 2017. 3. 7.경 위 보고내용을 바탕으로 기자회견을 하면서 “이 사건 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 시행하였기 때문에 민영개발 방식으로 시행하였더라면 얻지 못했을 개발이익 총 5,500억 원(제1공단 공원조성사업비 2,761억 원, 이 사건 기반시설 설치비 920억 원, 이 사건 임대주택용지 공급가액 1,822억 원)이 공공의 이익으로 환수되었다”는 취지로 홍보하였다(공판기록 18권에 편철된 수사기록 381면 이하).

성남도시개발공사의 위 보고 내용과 피고인의 위 기자회견 내용은 피고인의 이 부분 공표사실에서 표현한 개발이익금 총액, 그 사용처 및 사용액수와 일치한다[이 사건 선거공보물의 문구 작성 업무를 담당하였던 공소외 46은 수사기관에서 그 문구 중 공소사실 기재 부분을 위 기자회견 내용 등을 참조하여 작성하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 제20권에 편철된 수사기록 1836면)]. 이러한 사정에 비추어 보면, 피고인이 성남시의 개발이익금이 총 5,503억 원이라고 하거나, 그중 2,761억 원이 제1공단 공원조성사업에, 920억 원이 이 사건 기반시설 설치사업에 각 사용된다고 공표한 것이 그 각 액수에 대한 허위사실공표의 고의를 가지고 한 것이라고 보기 어렵다.

다만, 피고인은 이 사건 유세연설에서 이 사건 기반시설 설치비가 그 추정금액 920억 원이 아닌 1,000억 원이라고 표현하였다.

그러나 일반 선거인의 입장에서 공공시설 설치비용에 관하여 들을 때 양 금액의 차이가 유의미하게 크다고 생각할 정도라고 보기 어렵고, 피고인은 위 유세연설에서 개발이익금의 총액은 5,503억 원이라고 말하였으며, 기타 선거유세연설의 즉흥성과 사람의 기억의 한계 등을 종합하여 고려하면, 위 표현에 대해서도 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있었다고 보기는 어렵다.

⑩ 검사는 피고인이 성남시장에서 퇴임한 2018. 3. 15. 전후로 이 사건 대장동 도시개발사업의 진행경과와 이익규모 등을 정확하게 확인할 수 있는 지위에 있었으므로, 피고인에게 허위사실공표에 대한 고의를 인정할 수 있다는 취지로 주장한다.

그러나 피고인이 2017. 3.경 성남도시개발공사로부터 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익에 관한 보고를 받은 이후 그 개발이익 규모나 금액에 대한 추가보고 내지 수정보고를 받았음을 인정할 증거는 없다.

⑪ 검사는 피고인의 이 부분 공표사실 중 “환수했다”, “사용되었다”, “만들었다”, “썼다”는 과거형 표현은 “개발이익금이 이미 성남시로 귀속되었고, 그중 일부가 공공의 이익으로 사용 완료되었다”는 의미로 이해되므로, 이 부분 표현은 허위사실공표에 해당하고, 피고인에게 허위사실공표의 고의도 인정된다고 주장한다.

위 각 증거에 의하면 이 사건 선거공보물 배포 및 이 사건 유세연설 당시에는 제1공단 공원조성사업 비용으로 약 1,200억 원 정도가 지출된 것을 제외하고, 이 사건 대장동 도시개발사업계획 중 실제로 자금이 지출된 부분은 별로 없고, 성남도시개발공사에 이 사건 임대주택용지에 관한 배당도 이루어지지 않은 사실이 인정된다.

또한, 위와 같은 과거형 표현은 그 사전적 의미를 고려할 때 "성남시가 개발이익금을 수취 완료하였고 그중 일부를 공공사업에 사용 완료하였다"는 의미로 이해될 여지도 없지 않다.

그러나 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 위와 같은 과거형 표현을 사용하였다고 하여 이 표현이 허위사실공표에 해당한다거나 피고인에게 허위사실공표의 고의가 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

즉 ㉔ 앞서 본 바와 같이 일반적으로 향후 재정수익을 확실하게 얻을 수 있는 상황이라면 그 재정수익을 확보하였다는 취지로 발표하는 경우도 드물지 않고, 어떠한 수익금의 지출 사용처가 확정되었다면 그 지출이 모두 완료되지 않은 경우에도 그 자금이 해당 사용처에 사용되었다는 취지로 간략히 말하기도 한다.

㉕ 이 사건 선거공보물에서 그 개발이익 중 일부가 '공원조성 사업비' 또는 '기반시설 조성비'에 사용되었다고 표현하고 있지, 그 '공원조성 사업' 또는 '기반시설 조성'에 사용되었다고 표현하고 있지는 않으므로, 일반인도 그 표현을 보면 그 개발이익금의 사용처가 확정되었다는 의미로 이해할 수도 있다.

㉖ 피고인이 이 부분 공표사실을 통해 강조하고자 한 것은 대장동 도시개발사업을 공영개발 방식으로 진행함으로써 그 개발이익이 민간사업자의 이익이 아닌 공공의 이익으로 귀속되었다는 취지이다.

㉗ 아래에서 보는 바와 같이 피고인에게 위 각 사업이 완료되었다는 취지의 허위사실을 공표할 동기나 이익을 찾기 어렵다.

- ⑫ 다음과 같은 사정을 종합하여 고려할 때, 피고인이 굳이 제1공단 공원조성사업 및 이 사건 기반시설 설치사업이 모두 완료되었다거나, 성남시가 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 개발이익을 모두 수령 완료하였다는 취지의 허위사실을 공표하여야 할 동기나 그로 인해 얻을 수 있는 이익을 쉽게 생각하기 어렵다.

즉 ㉔ 이 사건 대장동 도시개발사업과 제1공단 공원조성사업이 현재까지 완료되지 않았음은 그 각 사업현장의 외관상 누구나 쉽게 알 수 있는 정보이다(공판기록 제2권 586면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 920~926면). ㉕ 이 사건 대장동 도시개발사업 및 제1공단 공원조성사업이 2020년 말 완료될 예정이라는 기사가 언론에 보도된 적도 있다(공판기록 제2권 587면 이하). ㉖ 피고인 스스로도 아래와 같이 이 부분 공소사실 기재 일시 무렵 위 각 사업이 현재 진행 중임을 밝힌 바 있다.

즉 피고인은 ㉘ 2018. 1. 28.경 자신의 페이스북에 "개발이익금 중 2,761억 원(제1공단 공원조성사업비 및 주차장 건립 비용을 지칭한 것으로 보인다)은 제1공단 부지 매입 및 공원 조성에 쓰기로 하였고, 1,822억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말부터 순차적으로 성남도시개발공사로 입금될 예정이다"는 취지의 글을 올리고(공판기록 제2권 63면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 698면), ㉙ 2018. 2. 8.경 라디오 방송에서 "대장동 개발이익 5,500억 원 중 일부인 900억 원으로 기반시설 확보하여 도로, 터널(이 사건 기반시설을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다"는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 855~857면), ㉚ 2018. 2. 13.경 라디오 방송에서 "개발이익금 중 약 1,800억 원(이 사건 임대주택용지 관련 배당금을 지칭한 것으로 보인다)은 2018년 연말이 되어서야 비로소 들어온다"는 취지로 발언하고(증거기록 제19권에 편철된 수사기록 904, 905면, 공판기록 제2권

858면), ㉔ 2018. 5. 29.경 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 "대장동 개발이익 중 2,800억 원으로 현재 성남시에 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다"는 취지로 발언하고(공판기록 제2권 859면, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 1153면), ㉕ 이 사건 유세연설에서조차 "성남시에 2,700억을 들여서 지금 자연공원(제1공단 공원을 지칭하는 것으로 보인다)을 만들고 있다"는 취지로 발언하였을 뿐만 아니라(공판기록 제2권 584면, 증거기록 제21권에 편철된 수사기록 2507면), ㉖ 이 사건 유세연설 전후로 성남시, 용인시, 의왕시, 구리시, 의정부시, 수원시, 하남시 등지에서 유세연설을 하면서 "제1공단 부지에서 현재 공원을 만들고 있다"는 취지로 발언하였다(공판기록 제2권 860면 이하, 증거기록 제19권에 편철된 수사기록 711~713, 913, 918면).

- ⑬ 한편, 위 각 증거에 의하면, ■■■■■■가 2014. 1.경 수원지방법원 성남지원 2014가합37호로 성남시 등을 상대로 "제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분으로 인해 ■■■■■■가 재산상 손해를 입었다"고 주장하면서 그 손해배상을 구하는 소를 제기하였고, 위 법원은 2019. 2. 1. ■■■■■■의 주장을 일부 받아들여 성남시에게 손해배상으로서 ■■■■■■의 승계참가인(전부채권자) 중 일부에 대하여 약 295억 원의 지급을 명하는 판결을 선고한 사실이 인정되기는 한다(현재 위 사건은 쌍방 항소로 수원고등법원 2019나10565호로 소송계속 중이다).

그러나 검사가 제출한 증거만으로 ㉗ 제1공단 도시개발사업에 관한 이 사건 거부처분이 ㉔ 이 사건 대장동 도시개발사업의 개발이익으로 제1공단 공원조성사업을 시행하는 것과 직접적으로 관련이 있는 사안이라고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 설령 성남시가 향후 ■■■■■■ 측에 손해배상을 해 주어야 할 상황이 확정된다 하더라도, 이 사건 대장동 도시개발사업으로 인한 성남시의 개발이익을 공표하면서 그 손해배상액을 공제하지 않은 것이 허위라고 보기 어렵고, 피고인의 그 허위성에 대한 고의도 인정하기 어렵다.

나) 그러므로 이와 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 없다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

7. 결론

그렇다면 원심판결 중 공소외 3 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점에 관한 검사의 항소는 일부 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결 중 위 해당 부분과 그와 일죄의 관계에 있는 부분을 파기한 후 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 위 파기부분을 제외한 나머지 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.