

직권남용권리행사방해·공직선거법위반

[수원지방법원 성남지원 2019. 5. 16. 2018고합266, 267(병합)]



【전문】

【피 고 인】 피고인

【검 사】 강현, 유병국(기소, 공판), 이호재, 김환권(공판)

【변 호 인】 법무법인 엘케이비앤파트너스 외 3인

【주문】

]

피고인은 무죄.

이 판결의 요지를 공시한다.

【이유】

】1. 직권남용권리행사방해의 공소사실에 대한 판단

가. 공소사실의 요지

[기초사실]

1) 피고인, 공소외 7의 지위 및 분당구보건소, 성남시 정신건강센터와의 관계

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

피고인은 성남시장으로서 지방공무원법 제6조 제1항에 의해 소속 공무원의 임명·휴직·면직과 징계를 하는 권한을 가진 임용권자로서, 성남시의 중요 정책을 수립·추진하는 등 모든 행정업무를 총괄하고, 소속 국·소·단·과·구청·동의 장을 지휘·감독하며 구체적 사항에 대하여 직접 또는 간접적인 권한을 행사함으로써 소속 공무원들에 대하여 직무 관련 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있었다.

공소외 7은 1980. 8. 31.경 경기도 지방공무원 공채 9급 시험에 합격한 후 1980. 11. 21.경부터 성남시청에서 근무를 하였으며, 2009. 3. 13.경 지방행정사무관으로 승진한 후 2011. 5. 1.경부터 2013. 4. 30.경까지 성남시장의 직무를 보좌하는 지방행정공무원인 성남시장 비서실장으로 재직하였다.

분당구보건소장은 성남시 행정기구 설치조례(2013. 8. 2. 조례 제2732호로 개정되기 전의 것)에 의하면 시장의 명을 받아 소관 사무를 총괄하고, 소속 직원을 지휘·감독하며, 지역보건법에 의하여 정신보건에 관한 소관 사무를 수행한다.

성남시 정신건강센터(現 성남시 정신건강복지센터, 이하 '센터'라고 한다)는 성남시와 분당서울대학교병원 사이의 2012. 1. 1. 민간위탁계약에 의해 분당서울대학교병원에서 운영하는데, 분당구보건소장의 지도·감독을 받고 있으며, 센터의 센터장은 분당서울대학교병원 소속 정신건강의학과 전문의로서 성남시의 정신건강증진, 자살 예방, 정신건강관리 등 센터의 업무를 총괄하고 소속 직원을 지휘·감독하는 업무를 수행한다.

따라서 성남시장인 피고인은 지방공무원법에 의하여 분당구보건소장 및 분당구보건소 소속 공무원들을 지휘·감독하고 구체적 사항에 대하여 직접 또는 간접적으로 직무 관련 권한을 행사할 수 있는 지위에 있었고, 센터의 센터장 및 센터 소속 직원들에 대하여는 센터를 지도·감독하는 분당구보건소장을 통해 직무 관련 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있었고, 성남시장 비서실장인 공소외 7은 위와 같은 피고인의 직무를 보좌하는 지위에 있었다.

2) 피고인이 공소외 3의 정신병원 입원을 마음먹게 된 경위 및 성남시 정신건강센터 위탁운영 기관 변경

피고인의 친형인 망 공소외 3(사망일시 생략경 사망)은 2005.경 어머니 공소외 5가 노후자금으로 보관하고 있던 5,000만 원을 잠시 빌리기 위해 공소외 5에게 연락하였으나, 5,000만 원은 어머니가 아닌 피고인이 보관하고 있었다.

이런 사실을 알게 된 공소외 3은 피고인에게 5,000만 원을 가지고 있는지 물었으나 피고인은 대답을 하지 않고 바로 5,000만 원을 어머니 공소외 5에게 송금하였으며, 공소외 3은 피고인의 위와 같은 행동이 친형인 자신을 무시하는 것이라고 생각하여 매우 화가 나 그 무렵부터 제사나 명절에 부인과 딸만 보내고 자신은 참석하지 아니하였고, 이 과정에서 공소외 3이 공소외 5를 상대로 막말을 한 사실을 알게 된 피고인도 공소외 3에게 좋지 않은 감정을 갖게 되는 등 그 무렵부터 피고인과 공소외 3과의 관계가 소원해졌다.

공소외 3은 피고인이 성남시장으로 취임한 후 2010. 8.경 성남시의 모라토리움을 선언하자, 과거 성남 지역에서 시민운동을 주도하여 행정가 성남시장으로 활동할 것으로 기대하였던 것과는 달리 피고인이 정치인의 행태를 보인다고 생각하여 이를 비판하기 위해 성남시 인터넷 홈페이지 '성남시에 바란다' 게시판에 '왜 성남시장이 되었는지요'라는 제목으로 시장 취임 이전에는 당시 성남시장을 비판하고, 성남시의 발전을 위해 순수하게 시민운동을 하였던 피고인이 자신이 시장이 되자 여느 시장과 마찬가지로 정치인의 행보를 밟고 있다는 취지의 글을 게시하고, 그 무렵 피고인에게 직접 위와 같은 취지로 조언을 해주려고 하였으나 피고인이 만나주지 않자 화가 나 약 7~8회에 걸쳐 성남 시청 시장실 앞에서 '시장 나와라'라고 큰소리를 치며 소란을 피웠으며, 회계사이자 피고인의 친형인 공소외 3이 위와 같이 피고인의 시장자격에 대하여 비판을 가하고 소란을 피우자 주요 언론사에서 '피고인 성남시장이 친형으로부터 취임 후 일련의 행동이 정치적이라는 지적을 받고 곤욕을 치르고 있다'는 취지로 이를 기사화하여 피고인의 입장이 난처해졌다.

피고인은 위와 같은 공소외 3의 행동으로 인해 입장이 난처해지고, 공소외 3이 계속하여 위와 같은 비판의 글을 게시할 경우 자신의 시장운영에 방해가 될 것이라고 생각하여 시장이라는 권한을 이용하여 공소외 3을 정신병원에 입원시킬 마음을 먹고, 2010. 11.경 당시 성남시로부터 센터를 위탁받아 운영하고 있던 ○○정신병원(1999.경부터 2011. 12. 31.경까지 센터 위탁운영)의 전 이사장인 공소외 48에게 전화하여 '공소외 3이 시장행세를 하면서 인사 청탁도 하고, 자기가 시장인 것처럼 공무원들에게 지시도 한다.

자제해달라고 했더니 오히려 더 행패를 부린다.

공소외 3의 정신상태가 정상적이지 않으니 병원에 즉시 입원시켜주면 안 되느냐'는 취지로 말하였고, 이에 공소외 48은 "그건 안 되고 보호자분이 꼭 동반해서 오셔야 되고, 전문의가 대면진단해서 입원이 필요하다고 판정해야만 입원이 가능하다"고 말하면서 피고인의 부탁을 거절하였고, 피고인은 이러한 공소외 48의 태도에 서운함을 표시하였다.

피고인은 이후 2011. 12. 31.자로 ○○정신병원의 센터 위탁운영 기간이 만료되자 2012. 1. 1.자로 새롭게 분당서울대학교병원을 센터의 운영기관으로 하는 민간위탁 계약을 체결하였고, 분당서울대학교병원 소속 정신건강의학과 전문의인 공소외 2가 센터의 센터장으로 부임하였다.

3) 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원의 절차 등

의사의 진단 및 진찰은 환자를 대면하여야 하고, 누구든지 응급입원의 경우를 제외하고는 정신건강의학과 전문의의 진단에 의하지 아니하고 정신질환자를 정신의료기관 등에 입원시키거나 입원 등을 연장할 수 없으며, 구 정신보건법(2013. 8. 6. 법률 제11998호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 정신보건법'이라 함) 제23조 내지 제26조에 따른 정신질

환자의 입원 시 정신건강의학과 전문의의 진단은 '대면'진단을 뜻하고, 정신건강의학과 전문의는 진단과정에서 환자의 언어적 보고뿐만 아니라 겉으로 드러나는 행동이나 태도를 근거로 심리내적 경험을 미루어 짐작하는 방법을 쓰고, 진단 목적의 면담은 병력 청취를 통해 증상의 징후를 찾아내고 그 발생 시기와 양상 및 이에 영향을 끼친 요인을 조사하여 추가 검사나 치료 계획을 수립하는데 있다.

또한 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자를 발견한 정신건강의학과 전문의나 정신보건전문요원은 시장 등에게 당해인의 진단 및 보호를 신청할 수 있고, 위 신청을 받은 시장 등은 즉시 정신건강의학과 전문의에게 당해 정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단을 의뢰하여야 하며, 정신건강의학과 전문의의 진단결과 당해 정신질환자로 의심되는 자가 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때에는 시장 등은 자의입원을 신청하게 하거나, 그 보호의무자에게 입원동의를 요청하여야 하며, 이에 응하지 아니하는 경우 국공립정신의료기관 또는 종합병원에 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있다.

한편, 정신건강의학과 전문의의 대면진단 없이는 그 명목 여하를 불문하고 정신질환자를 강제로 입원시킬 수 없으므로, 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원의 경우에도 정신건강의학과 전문의의 대면진단 결과 정신질환자로 의심되는 자가 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정되고, 자의입원 신청 및 보호의무자에 의한 입원 요청에 응하지 아니하는 경우 비로소 시장 등은 위 조항에 의하여 당해인을 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있도록 되어 있었다.

[범죄사실]

공소외 3은 2012. 2. 22.경 성남시가 봉사단체인 새마을회에 대해, 성남시의회의 새마을회 예산 편성과 관련하여 시의회를 압박하여 새마을회 예산이 통과되도록 하기 위해 사전 집회신고를 하도록 요청한 사실과 관련하여 피고인의 이러한 시정운영이 민주주의의 기본을 지키지 않는 것이라고 생각하여 이를 비판하기 위해 위 '성남시에 바란다' 게시판에 '현 성남시장은 성남시장 자격이 있다고 생각하십니까?'라는 제목으로 피고인의 시장자격을 비판하는 글을 게시한 것을 비롯하여 같은 해 3. 말경까지 총 46건에 달하는 피고인의 시장자격 비판 내용 등의 글을 게시하고, 성남 시청에 수시로 방문하거나 전화하여 민원사항을 들어주지 않는다는 이유로 성남시청 공무원들에게 반말과 욕설을 하는 등 반복하여 민원을 제기하였다.

피고인은 위와 같은 공소외 3의 행동으로 시청 공무원들 및 성남시 전역에 피고인의 가족사에 대한 안 좋은 소문이 퍼져 입장이 난처해지고, 공소외 3이 계속하여 위와 같은 비판의 글을 게시할 경우 자신의 시정운영에 방해가 될 것이라고 생각하여 다시 시장이라는 권한을 이용하여 공소외 3을 정신병원에 입원시킬 생각을 갖게 되었다.

한편, 공소외 3은 1986.경 공인회계사 자격을 취득한 후 1990.경부터 약 3년간 ○○△△신탁에서 근무를 하였고, 이후 1993.경부터 2017.경까지 성남시 (주소 생략) 등에서 공소외 3세무회계사무소를 운영하였으며, 위 회계사무소를 운영하면서 1993.경 약 2,581만 원의 수익을 올린 것을 시작으로 수익이 꾸준히 증가하여 2012.경에는 약 1억 4,100만 원 상당의 수익을 올렸고, 1994.경 피고인과 함께 ☆☆▽▽모임의 창립 발기인으로 참여한 후 성남시청에 많은 관심을 갖고 성남 지역에서 시민 사회단체 활동을 하여 왔으며, 전임 성남시장 시절부터 성남시 인터넷 홈페이지 게시판에 성남시장 비판 글을 게시하는 등 여러 사회 활동을 해 오고 있었고, 특히 공소외 3은 2013. 초순경 교통사고로 인한 후유증으로 우울증 등 정신병을 앓기 전까지 정신질환으로 진단이나 치료를 받은 사실이 없었으며, 2012. 5.경 이전까지 타인에게 협박이나 폭력을 행사한 사실이 없었고, 2012. 5.경부터 같은 해 7.경까지 발생한 협박, 폭행 및 건조물침입 등 사건은 피고인의 수행비서인 공소외 31이 자신을 계속 협박하고 있는데 어머니 등에게 피고인에게

연락하여 이를 중단시켜 달라는 과정 또는 피고인이 자신을 정신병원에 강제입원시키려 하는 것을 알게 된 이후 어머니 등에게 피고인을 설득해달라고 하는 과정에서 벌어진 일이며, 위 사건 이후에는 아무런 폭력 범죄전력이 없고, 2012.경 당시 거의 매일 회계사무소에 출근하여 정상적으로 회계업무를 수행하였으며, 2012. 12. 22.경 <<<심리상담연구소에서 실시된 공소외 3에 대한 심리학적 평가에 의하면 공소외 3은 조울증과 연관된 단서들이 특별히 관찰되지 않고, 유의미한 정신과적 장애 및 정서적 어려움을 나타내고 있지 않은 상태로 판단되기도 하였다.

그리고, 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의하여 입원을 시키기 위해서는 ① 공소외 3이 '정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심'이 되어야하나, 공소외 3은 정신질환으로 진단이나 치료를 받은 전력이 없고, 또한 공소외 3의 민원제기 행태나 공소외 3이 위 게시판에 게시한 글의 내용 등에 의하면 공소외 3은 시청에 반복하여 민원을 제기하는 정도일 뿐 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 보기 어려웠으며, ② 구 정신보건법 제25조 제1항에 규정된 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원의 '발견'은 정신건강의학과 전문의나 정신보건전문요원이 당해인을 직접 면담하여 상담하거나, 일정기간 당해인의 행동을 관찰하는 것을 의미하는데 본건에서는 정신건강의학과 전문의나 정신보건전문요원이 위 공소외 3을 '발견'한 상태도 아니었고, ③ 구 정신보건법 제40조에 의하여 동법 제25조 제3항에 의한 입원을 시키기 위해서는 정신건강의학과 전문의의 진단이 있어야 하고, 위 진단은 관련법령, 판례, 주무부처의 업무 매뉴얼 등에 의해 '대면'진단을 의미하나, 공소외 3에 대한 정신건강의학과 전문의의 대면진단이 없었으며, ④ 구 정신보건법 시행령 제6조 제3항에 의하면 법 제25조 제2항에 따른 진단 결과 정신질환자로 의심되는 사람이 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 인정되는 경우에도 자의입원 신청을 하게 하고, 보호의무자에게 입원동의를 요청하고 이에 응하지 아니하는 경우에만 법 제25조 제3항에 따라 정확한 진단을 위하여 입원하게 할 수 있으나 당시 공소외 3은 배우자와 딸이 있었는데 공소외 3에게 자의입원 신청 권유나 보호의무자인 배우자와 딸에게 입원동의를 요청한 사실도 없었고, ⑤ 이 사건 당시 센터 등 의료기관은 관례상 대상자의 인권을 보호하고자 보호의무자를 알 수 없는 행려자나 보호의무자가 없는 경우에 구 정신보건법 제25조를 적용하여 왔고, 대상자에게 보호의무자가 있는 경우에는 대상자나 보호의무자를 최대한 설득하여 자의입원이나 보호의무자에 의한 입원을 하게 하였으며, 보호의무자가 없는 경우에도 즉시 위 법 제25조를 적용하여 입원을 시키지 않고, 위 법 제21조 제3항에 따라 당해 정신질환자의 주소지를 관할하는 시장 등이 그 보호의무자가 되어 위 법 제24조 보호의무자에 의한 입원을 시키는 경우도 많았었고, 정신질환자로 추정되는 자로서 자신 또는 타인을 해할 위험이 크고 그 상황이 매우 급박한 때에는 72시간의 범위 내에서 위 법 제26조의 응급입원 규정에 의한 입원도 의뢰할 수 있었으며, 나아가 정신건강의학과 전문의의 진단결과 조울증 등 정신병이 있다고 판단되더라도 통상 통원치료를 통해 치료를 하고, 당장 입원을 시키지 않으면 즉시 자해나 자살을 하거나 타인에게 해를 끼칠 우려가 높은 경우에만 보충적으로 입원치료를 하고 있었다.

위와 같은 사정을 종합하여 보면 본건 당시 공소외 3의 상태, 가족관계, 직업 등과 구 정신보건법상 입원 절차, 센터의 진단 및 보호신청 관례 등에 비추어 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 제3항에 의해 입원을 시킬 수 없었음에도, 피고인은 성남시장의 직위를 이용하여 자신이 지휘·감독하는 분당구보건소장을 통해 위 보건소장의 지도·감독을 받는 센터 등을 활용하여 위 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 제3항에 의해 입원시키기로 재차 마음을 먹었다.

공소외 7은 2011. 5. 1.경부터 성남시장인 피고인의 직무를 보좌하는 성남시장 비서실장으로 재직하면서 피고인의 가족들과도 교류하는 등 지근거리에서 피고인을 보좌하였고, 피고인으로부터 피고인의 과거 가족사에 대하여도 수회 전해 듣는 등 피고인과 매우 친밀한 관계를 유지하였으며, 피고인은 이 사건 당시 친형인 공소외 3이 성남시청에 반복

하여 민원을 제기하고, 성남시청 홈페이지 게시판에 피고인의 성남시장 자격을 비판하는 글을 게시하자 이로 인하여 성남시청 및 성남시 전역에 피고인의 가족사에 대한 불미스러운 소문이 퍼져 그 입장이 난처하였으며, 피고인을 보좌하는 공소외 7도 그 사실을 잘 알고 있었고, 피고인이 시장의 직위를 이용하여 공소외 3이 더 이상 성남시청에 민원을 제기하거나 성남시청 홈페이지 게시판에 피고인의 시장 자격을 비판하는 글을 게시하지 못하도록 시장이 지휘·감독하는 분당구보건소장 등을 통해 공소외 3을 정신병원에 입원시키려 한다는 사실을 알면서도 이에 합세할 것을 마음먹었으며, 결국 피고인 공소외 7은 암묵적으로 시장의 직위를 이용하여 공소외 3을 정신병원에 입원시키는 절차를 진행하기로 공모하였다.

1) 정신건강의학과 전문의 공소외 2의 공소외 3에 대한 평가문건 수정 작성 등

피고인은 2012. 3.경 공소외 3이 구 정신보건법 제25조 제1항에 규정된 '정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심'이 되는 정황을 만들기 위해 성남시 중원구에 있는 성남시청에서 비서실장 공소외 7에게 '시청 공무원들에게 '공소외 3이 악성민원을 반복하여 제기하고 있고, 그 행태에 비추어 정신에 문제가 있는 것 같다'는 취지의 진술서를 작성하게 한 후 이를 취합한 다음 분당구보건소장인 공소외 1에게 전달하여 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 의한 입원 절차를 진행하라'는 취지로 지시하고, 위 공소외 7은 위와 같은 지시에 따라 2012. 4. 초순경 성남시청 공무원들에게 '공소외 3이 반복적으로 민원을 제기하고, 정신에 문제가 있는 것 같다'라는 취지의 진술서를 작성하게 한 후 이를 취합한 다음 위 진술서들과 공소외 3이 성남시청 인터넷 홈페이지의 '성남시에 바란다' 게시판에 게시한 글의 출력물 등(이하 '공소외 3에 대한 문건'이라 함)을 위 공소외 1에게 전달하면서 '시장님께서 공소외 3이 예전부터 조울증을 앓았는데 요즘 그 정도가 심해졌다고 한다, 공소외 3이 정신적으로 문제가 있는 상 또라이다, 입원시켜야 될 것 같다, 자기가 입원 안한다고 하니 강제로 입원시킬 수 있는지 검토해봐라, 정신보건법 제25조에 의해 시장 등에 의한 강제입원이 가능한지 여부를 검토해봐라'라는 취지로 지시하였다.

이에 공소외 1은 그 무렵 위 공소외 7로부터 교부받은 공소외 3에 대한 문건과 관련법령 등을 함께 검토한 후 위 기초 사실의 다.

항기재 내용과 같은 이유로 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 수 없다고 판단하여 피고인에게 관련 법령 등 자료를 보여주면서 '문건에 기재된 내용만으로는 공소외 3이 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심된다고 단정하기 어렵고, 또한 공소외 3은 보호자가 있으며, 대면진단도 이루어지지 않았기 때문에 시장 등에 의한 입원사유가 되지 않는다'라는 취지로 불가함을 보고하였음에도, 피고인은 공소외 1에게 '더 많은 검토를 해봐라'라고 지시하였다.

이에 따라 위 공소외 1은 2012. 4. 초순경 센터의 센터장인 정신건강의학과 전문의 공소외 2에게 자문을 구하였고, 위 공소외 2로부터 위 관련법령 등을 이유로 '문건만으로는 정신질환이 있다고 단정하기 어렵고, 또한 대면진단이 없으며, 보호자의 동의가 없는 한 시장 등에 의한 입원사유가 되지 않는다'라는 취지의 답변을 받아 피고인에게 다시 불가능함을 보고하면서 되도록 가족들을 설득하여 진단 및 치료를 받게 해야 한다는 취지로 말을 하였다.

그러자 피고인은 위 공소외 1에게 '공소외 3이 과거부터 조울병을 앓아왔는데 가족들이 설득이 안되니 가족들을 설득할 수 있도록 정신건강의학과 전문의인 공소외 2로부터 공소외 3이 현재 치료가 필요하다는 내용으로 공소외 3에 대한 평가문건을 받아와라'는 취지로 지시하였다.

이에 따라 위 공소외 1은 공소외 2에게 '피고인 시장이 공소외 3이 예전부터 조울병을 앓았고, 최근 그 정도가 심해져 치료를 받아야 되는데 가족들이 설득이 안되니 가족들을 설득하는데 필요한 전문의 작성의 문건을 써달라고 한다,

전문의가 보기에 현재 공소외 3이 조울병을 앓고 있는 것으로 보이고 치료가 필요하다는 내용으로 문건을 써달라'라는 취지로 정신건강의학과 전문의 명의의 문건을 요청하고, 이에 위 공소외 2는 '공소외 3이 인터넷 상에 기술한 내용 및 접촉한 사람들의 상황설명이 사실이라는 전제 하에...조울병의 가능성이 높다고 판단되고...'등의 내용으로 평가문건을 작성하여 공소외 1에게 교부하였고, 이를 건네받은 위 공소외 1은 피고인에게 전달하였다.

그러나, 위 평가문건을 읽어본 피고인은 공소외 3을 정신병원에 입원시킬 수 있다는 내용이 부족하다는 판단 하에 정신건강의학과 전문의가 아님에도 위 평가문건의 내용을 '조울병은 굉장히 심각한 질병이고, 입원이 굉장히 중요하며, 지금 단계에서 공소외 3이 자신 또는 타인을 해할 위험이 매우 높으니 당장 입원시켜야 한다'라는 취지로 고치고, 문건 말미에 기재된 공소외 2의 이름 앞에 '분당서울대학교병원 정신건강의학과 전문의'를 추가하는 등으로 직접 연필로 본건의 내용을 수정한 후 위 공소외 1에게 건네주면서 위 공소외 2로 하여금 평가문건의 내용 등을 수정하게 한 다음 다시 위 문건을 받아오라고 지시하였다.

공소외 1은 피고인의 위와 같은 지시를 받고, 정신건강의학과 전문의인 공소외 2가 그 전문적인 지식과 판단에 기초하여 작성한 평가문건을 전문의가 아닌 피고인이 수정한대로 공소외 2에게 수정해줄 것을 요구하는 것은 의료계 종사자로서 할 수 없는 일이라고 생각하였음에도 보건소장에 대한 인사 및 징계 등의 권한이 있는 피고인의 지시를 거절할 경우 입게 될 불이익을 우려하여 어쩔 수 없이 다시 공소외 2를 찾아가 피고인이 직접 수정한 문건을 보여주면서 피고인이 수정한 내용이 반영되도록 공소외 3에 대한 평가문건을 다시 작성해달라고 요청하였다.

위 공소외 2는 정신건강의학과 전문의인 자신이 작성한 문건을 정신건강의학과 전문의도 아닌 피고인이 수정한 것을 보고 매우 기분이 나빴으나 성남시장인 피고인이 분당서울대학교병원이나 센터에 미치는 영향력을 감안하여 이를 거절할 수 없어 피고인이 수정한 내용 중 '조울병은 굉장히 심각한 질병'이라는 취지의 내용을 관련 교과서 문언을 참고하여 추가하는 등의 방법으로 피고인이 원하는 수정 취지에 맞게 다시 문건을 작성하였다.

이어 공소외 1이 위와 같이 수정 작성된 문건을 공소외 2로부터 건네받아 이를 피고인에게 교부하자, 피고인은 다시 공소외 1에게 위 평가문건에 분당서울대학교병원이나 센터의 직인을 받아오라고 지시하고, 공소외 1은 위 지시에 따라 공소외 2에게 분당서울대학교병원이나 센터 직인을 찍어달라고 요청하였으나 공소외 2는 정식문서가 아니라는 이유로 이를 거절하고 대신 센터에 가서 자신의 막도장을 찍는 것은 허락하여 공소외 1은 위 센터의 상임팀장인 공소외 28로부터 공소외 2의 막도장을 건네받아 위 수정문건에 날인한 후 피고인에게 교부하였다.

이로써 피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3이 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청의 대상자가 되는 것처럼 보이게 할 목적으로, 분당구보건소와 센터를 지휘·감독하고 구 정신보건법 제25조에 의한 입원을 시킬 수 있는 성남시장의 직권을 남용하여, 공소외 1로 하여금 위 평가문건을 공소외 2의 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 수정하게 하고, 마치 전문의의 정식 소견서로 보일 수 있도록 수정한 위 문건에 위 공소외 2의 도장을 날인하여 오게 하였으며, 공소외 2로 하여금 정신건강의학과 전문의로서 전문적인 지식과 판단에 반하여 피고인의 의도대로 위 평가문건을 수정하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

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

이후 피고인은 2012. 4. 초순경 성남시청 시장실에서, 비서실장 공소외 7, 정책비서 공소외 49, 수행비서 공소외 31이 배석한 자리에서 공소외 1로부터 관련 법령 자료와 함께 '문건만으로는 공소외 3이 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심된다고 단정하기 어렵고, 대면진단도 없으며, 배우자가 있는데 배우자의 동의가 없는 한 시장 등에 의한 강제입원 요건이 되지 않는다'라는 강제입원 불가 취지의 보고를 받자, 직접 컴퓨터에서 보건복지부

고시인 '정신보건법 제25조 제4항의규정에의한자신또는타인을해할위험의기준'을 출력하여 보여주면서 "이렇게 많은 요건이 있는데 왜 못하느냐"라고 말을 하는 등 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 시장 등에 의한 입원에 대하여 불가 의견을 개진하는 공소외 1을 질책하였다.

공소외 1은 위와 같이 계속하여 피고인으로부터 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 시장 등에 의한 입원 절차를 진행하라는 취지의 지시와 질책을 받아 前 경기도 정신보건지원단장인 공소외 26에게 자문을 구하였고, 위 공소외 26도 마찬가지로 관련법령 등을 근거로 '문건만으로는 공소외 3이 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심된다고 단정하기 어렵고, 대면진단도 없으며, 보호자인 배우자의 동의가 없는 한 시장 등에 의한 강제입원은 할 수 없다'라는 의견을 제시하였으며, 공소외 1은 그 무렵 피고인에게 위와 같은 자문결과를 보고하였다.

이후 피고인은 2012. 4. 초순경 성남시청 시장실에서, 공소외 7, 공소외 49, 공소외 31, 수정구보건소장 공소외 4가 배석한 자리에서 공소외 1에게 화를 내면서 '공소외 3을 정신병원에 왜 입원시킬 수 없다는 말이나, 시장 군수에 의한 입원이 왜 안되느냐, 내가 법을 판단해보니 입원이 가능한데 왜 계속 안 된다고만 하느냐'라는 취지로 말을 하면서 질책하고, 이에 대하여 공소외 1이 계속하여 불가의견을 개진하자 공소외 1의 의견을 무시한 채, 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 제3항에 의하여 입원시키더라도 관련규정에 의해 동조 제3항에 의한 입원은 최대 2주의 기간 동안만 입원시킬 수 있으므로 동조 제6항에 의하여 공소외 3을 동조 제3항에 의한 최대 2주의 입원 이후에도 계속하여 정신병원에 입원시킬 마음을 먹고 공소외 1에게 '진단을 위한 입원을 해야되는 것 아니냐, 진단을 위한 입원을 해도 15일 후면 나와야 되는데 그 다음에 입원을 연장시키려면 어떻게 해야 되느냐'라는 취지로 말을 하고, 이에 공소외 1이 대답을 하지 않자 위 공소외 4에게 "공소외 4 소장이 알아봐"라고 말을 하고, 공소외 4는 피고인의 지시에 따라 그 자리에서 수정구보건소에 전화하여 정신보건심판위원회 위원 구성 등 입원연장을 위한 절차를 확인한 후 피고인에게 '정신보건심판위원 구성은 센터에서 하고, 센터장이나 보건소 직원들이 위원이 되므로 심판 결론을 좌지우지할 수 있다'라는 취지로 입원연장이 가능한 것처럼 보고하였다.

이후 피고인은 2012. 4. 초순경 성남시청 시장실에서, 공소외 7, 공소외 49, 공소외 31, 공소외 4가 배석한 자리에서 공소외 1에게 "구소장, 정신건강센터에 지시해, 당신은 보건소장이니 25조에 의한 강제입원을 지시할 의무가 있는 사람이야"라고 지시하고, 공소외 1이 위 지시이행을 거부하자 공소외 4에게 "그럼 공소외 4 소장이 지시해"라고 말하였으며, 이에 공소외 1이 "성남시 정신건강센터는 분당구보건소 관할이니 수정구보건소장인 공소외 4 소장은 할 수 없습니다"라고 답변하였다.

피고인은 위와 같이 공소외 1이 피고인의 지시를 따르지 아니하고, 공소외 4가 자신의 지시에 따를 듯한 태도를 보였으며, 분당구보건소장만이 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 시장 등에 의한 입원 절차를 진행할 수 있다는 말을 듣고 분당구보건소장을 공소외 1에서 공소외 4로 교체하기로 마음먹은 다음 2012. 5. 2.경 공소외 1을 수정구보건소장으로, 공소외 4를 분당구보건소장으로 보직변경하는 보건소장 인사를 단행하였다.

공소외 4는 위와 같이 2012. 4. 초순경 성남시청 시장실에서, 피고인과 공소외 1 사이의 입원 관련 대화를 들으면서 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 시장 등에 의한 입원은 그 요건에 해당하지 않아 위법하다는 것을 알았으며, 나아가 2012. 5. 2.경 분당구보건소장으로 부임 후 위 보건소의 지역보건팀장 공소외 9, 보건행정과장 공소외 29로부터 공소외 3에 대한 구 정신보건법상의 시장 등에 의한 입원은 위 관련법령 등에 의하여 그 요건에 해당하지 않아 진행할 수 없고, 위법한 일이라는 사실을 계속하여 보고받아 피고인의 위와 같은 지시가 위법한 지시임을 명백히 알게 되었다.

한편, 피고인은 2012. 6. 11.경 분당구보건소장을 공소외 4로 교체하였음에도 센터가 협조하지 않아 공소외 3에 대한 입원 절차의 진전이 없다고 생각하고, 센터를 압박하여 센터장 공소외 2로 하여금 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하게 하기 위해 처 공소외 50, 공소외 7, 공소외 31 등과 함께 위 센터를 위탁운영하는 분당서울대학교병원을 찾아가 정신건강의학과 전문의인 공소외 24에게 자문을 구하면서 '공소외 3에 대한 대응방안, 위 센터의 업무 및 절차' 등에 대하여 문의하였고, 이에 위 공소외 24는 '조증이 의심되나 가족들이 병원에 데리고 가는 방법 이외에 다른 방법은 없다'라고 답변하였으며, 공소외 7도 2012. 6. 18.경 위와 같은 이유로 분당서울대학교병원을 찾아가 정신건강의학과 전문의인 공소외 25에게 공소외 3을 강제입원시킬 수 있는지 자문을 구하였고, 이에 위 공소외 25는 강제입원은 절대 안된다고 답변하였으며, 그 무렵 피고인은 별도로 분당서울대학교병원 병원장인 공소외 32에게 2회에 걸쳐 전화를 하여 '우리 형님이 좀 이상한데 입원이 필요할 것 같다, 어떻게 해야 되느냐, 형의 상태가 이렇게 심각한데 왜 조치를 취해주지 않느냐, 왜 이런것도 안해주느냐'라는 취지로 말을 하는 등 공소외 3에 대한 입원절차에 협조하여 달라고 압박하였으나 위 공소외 32도 "알아보니 강제입원은 안되는 것 같다"라는 취지로 부정적인 답변을 하였다.

피고인은 이전에 공소외 1로부터 위 관련법령 등을 보고받은 것과 함께 정신건강의학과 전문의인 공소외 24, 공소외 25와 분당서울대학교병원 병원장인 공소외 32에게 위와 같이 자문한 결과, 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 시장 등에 의한 입원은 그 요건이 충족되지 않아 그 절차를 진행할 수 없다는 사실을 알았고, 또한 구 정신보건법 제25조 제1항에 규정된 '발견'이라 함은 보통 센터에 민원이 접수된 후 센터장인 정신건강의학과 전문의나 정신보건전문요원이 현장에 직접 출동하여 정신질환자로 의심되는 사람에 대하여 상담 또는 일정기간 관찰하는 것을 의미하는데 공소외 3의 경우에는 위 '발견'이 없음에도 불구하고 2012. 6. 12.경 성남시청 시장실에서, 공소외 7, 공소외 49, 공소외 31이 배석한 자리에서 공소외 4에게 '내가 지금 해외출장을 가는데 정신보건법 제25조에 의한 입원이 가능하다고 판단되니 입원을 진행해라, 법적으로 아무 문제가 없는데 당연히 해야되는 것 아니냐'라는 취지로 지시하고, 그 무렵 위 공소외 7은 계속하여 공소외 4에게 전화하여 입원절차를 진행하라고 재촉하였으며, 피고인은 브라질 해외출장 중임에도 공소외 4에게 약 3회에 걸쳐 국제전화하여 '공소외 4 보건소장님, 지금 뭐하고 계십니까, 정신보건법 제25조로 시장에 의한 입원이 가능한데 일련의 조치를 안하십니까, 보건소장 맞습니까', '이 양반아, 그러면서 당신이 보건소장 자격이 있느냐'라는 등의 말을 하면서 강력한 어조로 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조에 의한 입원 절차를 진행할 것을 지시하였다.

이에 공소외 4는 2012. 6. 중순경 피고인의 위와 같은 지시가 위법한 지시임을 알면서도 피고인의 지시를 거부할 경우 피고인에 의한 고소, 인사상 불이익 등을 받을 것을 염려하여, 그 무렵 2~3회에 걸쳐 위 공소외 2를 찾아가 "이 정도면 강제입원시켜야 되는 것 아니냐, 위험한 것 아니냐"라는 등의 말을 하면서 분당구보건소에서 구 정신보건법 제25조 시장 등에 의한 입원 절차를 진행하기 위한 선행조건인 정신건강의학과 전문의의 진단 및 보호신청을 해달라고 요청하고, 그 무렵 공소외 7도 공소외 2에게 "시장님 형님이 입원해야 되는 상황이 아니냐"라는 등의 말을 하면서 진단 및 보호신청을 해달라는 취지로 요청하였으나, 공소외 2는 공소외 4와 공소외 7에게 "부인이 있는데 어떻게 입원을 시키냐, 진료부터 봐야되지 않느냐"라고 말하면서 이를 거부하였다.

또한 위와 같이 피고인으로부터 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 시장 등에 의한 입원 절차를 진행하라고 지시받은 공소외 4는 그 무렵 공소외 7로부터 '공소외 5가 센터에서 면담을 하였으니 이를 센터로부터 전달받아라'라는 지시를 받고 2012. 6. 19.경 위 분당구보건소 지역보건팀장인 공소외 9에게 '면담결과 요청'이라는 제목으로 지난 주

에 성남시 정신건강센터에 방문하여 면담을 요청했던 공소외 5님의 면담결과를 분당구보건소(보건행정과)로 보내 주시기 바랍니다'라는 내용의 공문을 기안하도록 지시하고, 위 보건소 보건행정과장 공소외 29에게 검토하도록 지시하였다.

그리하여 위 지시에 따라 공소외 9가 위와 같은 내용의 공문을 기안하고, 공소외 29가 이를 검토한 다음 공소외 4가 이를 결재하여 센터에 위 공문을 발송하였고, 위와 같은 내용의 공문을 접수한 센터 상임팀장 공소외 28은 같은 날 위 공문에 대한 회신으로서 정신건강상담기록지를 첨부한 '2012년 6월 15일 분당구보건소에서 의뢰한 정신건강상담 대상자의 보호자 면담 결과에 대한 건'이라는 제목으로 공문을 기안하고, 공소외 2는 이를 결재하여 분당구보건소에 위 공문을 발송하였다.

공소외 4는 다음 날인 2012. 6. 20.경 공소외 9에게 '정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단 및 보호신청 촉구'라는 제목으로 '센터에서 제출한 정신건강상담 대상자의 보호자 면담결과 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 진단 및 보호신청을 조속히 신청해 주시기 바랍니다'라는 내용의 공문을 기안하도록 지시하고, 공소외 29에게 검토하도록 지시하여 위 지시에 따라 공소외 9가 위 공문을 기안하고, 공소외 29가 이를 검토한 다음 공소외 4가 이를 결재하여 센터에 위 공문을 발송하였다.

이로써 피고인은 공소외 7과 공모하여 분당구보건소를 통해 센터를 압박하여 진단 및 보호 신청 등 공소외 3에 대해 구 정신보건법 제25조에 의한 입원 절차를 개시하게 할 목적으로, 분당구보건소와 센터를 지휘·감독하고 구 정신보건법 제25조에 의한 입원을 시킬 수 있는 성남시장의 직권을 남용하여, 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시키는 것이 불가능하다는 분당구보건소의 검토결과, 정신건강의학과 전문의와 정신보건전문요원만이 구 정신보건법 제25조에 의한 진단 및 보호신청을 할 수 있다는 취지의 관련 법령 및 분당구보건소와 센터의 업무 처리 관행 등에 반하여 센터에 공소외 5의 면담결과를 요청하게 하고, 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 촉구하게 하였으며, 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 관련 법령, 센터의 업무 처리 관행 및 사생활 보호 원칙 등에 반하여 분당구보건소에 공소외 5의 면담결과를 송부하게 함으로써 각 의무 없는 일을 하게 하였다.

3) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서 작성 및 발송

위 2)항 기재내용과 같은 분당구보건소의 진단 및 보호신청 촉구에 대해 공소외 2는 2012. 6. 20.경 공문으로 '현재 단계에서는 진단 및 보호신청을 할 수 없다'라는 취지로 이를 정식으로 거부하였다.

이후 공소외 4는 2012. 7.경 위와 같이 분당서울대학교병원에서 공소외 3에 대한 입원 절차를 도와주지 않는다고 생각하고 분당구보건소의 지도·감독을 받는 병원인 분당△병원을 2회에 걸쳐 찾아가 위 분당△병원 소속의 정신건강의학과 전문의 공소외 10에게 "시장 형을 입원시켜야 하는데 이에 필요한 전문의 소견서나 진단서를 써달라"라고 요청하였고, 이에 공소외 10은 "대면진단을 해야 써줄 수 있으니 일단 대상자를 데려와라"라고 말을 하면서 이를 거절하였다.

한편 공소외 7은 2012. 7. 28.경 성남시청 비서실에서, 정신건강의학과 전문의인 공소외 2로 하여금 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하도록 압박을 가하기 위해 그곳에 있던 컴퓨터를 이용하여 공소외 3과 피고인의 어머니인 공소외 5의 명의로 '내 아들에 대한 진단과 치료를 요구하였는데 이를 방치하고 있고, 더 이상 방치할 경우 법적 책임을 물을 것입니다'라는 취지의 내용증명을 작성하고, 이를 다음 날 피고인에게 보고한 후 위 분당서울대학교병원장 공

소외 32와 센터장 공소외 2에게 위 내용증명을 발송하였다.

공소외 2는 위와 같은 내용증명을 수취한 후 자신과 함께 자신이 계약직으로 근무 중인 분당서울대학교병원측에도 법적 책임을 물을 것이라는 문구를 보고 위 요구를 수용하지 않으면 향후 분당서울대학교병원에서 계속 근무할 수 없게 될지도 모른다는 생각에 센터의 지도·감독기관의 장인 공소외 4와 비서실장 공소외 7 등이 거듭 입원 절차를 진행해달라고 독촉한대로 2012. 8. 2.경 센터에서, 구 정신보건법 시행령 제6조 제1항 및 제2항에 규정된 것처럼 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 사람을 발견한 정신건강의학과 전문의가 진단 및 보호신청을 하려면 발견한 장소를 관할하는시장에게 진단 및 보호신청서를 제출하여야 하고, 진단 및 보호신청서에는 정신질환자로 의심되는 사람의 주소를 기재하여야 함에도, 공소외 3의 주소가 성남시가 아닌 용인시이므로 일부러 그 주소란을 기재하지 아니하고, 더욱이 당시 공소외 3의 상태를 센터에서 직접 목격하거나 관찰한 적이 없어 구 정신보건법 제25조 제1항에 규정된 '발견'이 없으므로 성남시장에게 진단 및 보호신청서를 제출할 수 없음에도, 시장 등을 수신자로 지정하여 진단 및 보호신청서를 작성하고, 이어 센터 상임팀장인 공소외 28에게 공소외 2 명의의 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청서가 첨부된 '정신보건법 제25조 1항에 의거한 진단 및 보호신청서'라는 제목의 공문을 기안하도록 지시하고, 공소외 28은 위 지시에 따라 위 공문을 기안하고, 그런 다음 공소외 2는 이를 결재하여 성남시장에게 발송(분당구보건소장 경유)하였다.

이로써 피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로, 분당구보건소와 센터를 지휘·감독하고 구 정신보건법 제25조에 의한 입원을 시킬 수 있는 성남시장의 직권을 남용하여, 공소외 2 등 센터 관계자로 하여금 관련 법령, 장기간 대면 관찰 후에 진단 및 보호신청 여부를 결정하는 센터의 업무 처리 관행 및 정신건강의학과 전문의의 대면 진료 원칙 등에 반하여 한번도 대면하여 보지 않은 공소외 3에 대한 진단 및 보호를 신청하게 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

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

공소외 4는 2012. 8. 3.경 분당구보건소에서, 위와 같이 공소외 2의 진단 및 보호신청 공문을 접수한 다음 공소외 9에게 '성남시정신건강센터에서 정신보건법 제25조 제1항에 의거한 진단 및 보호신청이 있어 동법 제25조 제2항에 의거 정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단을 붙임과 같이 의뢰하오니 협조하여 주시기 바랍니다'라는 내용의 공문을 기안하도록 지시하고, 공소외 29에게 검토하도록 지시하였다.

그리하여 공소외 9가 위 지시에 따라 위 공문을 기안하고, 공소외 29가 이를 검토하고, 공소외 4는 이를 결재하여 불상의 보건소 직원을 통해 위 공문을 위 분당△병원 정신과 전문의인 공소외 10에게 전달하였다.

공소외 10은 2012. 8. 7.경 분당구보건소장인 공소외 4로부터 계속하여 협조 요구를 받자 지도·감독기관의 장인 위 공소외 4를 도와주기로 마음먹고 위 공문에 대하여 '정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단 의뢰에 대한 회신'이라는 제목으로 '서류상 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료됩니다'라는 내용의 문서를 작성하여 분당구보건소로 송부하였다.

위와 같은 상황을 모두 전해들은 공소외 7은 2012. 8. 중순경 공소외 31에게 '요건을 모두 갖추었으니 시청 청원경찰 2명을 데려가 공소외 4를 만난 다음 공소외 3을 강제입원시켜라'라고 하여, 공소외 31은 공소외 7이 미리 지정해 놓은 시청 청원경찰 2명을 데리고 분당구보건소로 가서 공소외 4에게 공소외 3을 데리러 가자고 하였으나 실제로 공소외 3과 공소외 3의 보호자인 처와 딸의 의사에 반하여 공소외 3을 입원시키는 것이 위법한 일이라는 것을 알고

있던 공소외 4는 이를 거부하였다.

그러나 공소외 4는 2012. 8. 17.경 계속하여 피고인과 공소외 7 등으로부터 시장 등에 의한 입원 절차 이행의 압박을 받아 피고인의 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 시장 등에 의한 입원 절차 진행 지시에 따르지 아니할 경우 피고인에 의한 고소, 인사상 불이익 등을 염려하여 결국 앰블런스를 이용하여 공소외 3을 위 공소외 10이 작성한 '정신질환자로 의심되는 자에 대한 진단 의뢰에 대한 회신' 문건으로 분당△병원에 입원시키기로 마음먹고 위 공소외 9에게 '2012. 6. 15.자 성남시 정신건강센터에 대상자의 어머니와 여동생이 방문하여 면담하였던 대상자의 진단의뢰를 위해 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하오니 협조하여 주시기 바랍니다'라는 내용의 공문을 기안하도록 지시하고, 공소외 29에게 검토하도록 지시하였다.

그리하여 공소외 9가 위 지시에 따라 위 내용의 공문을 기안하고, 공소외 29가 이를 검토하고, 그런 다음 공소외 4는 이를 결재하여 센터에 발송하였다.

이어 공소외 4는 같은 날 공소외 9와 함께 보건소 앰블런스를 타고 센터로 가서 공소외 2를 태운 다음 ▷▷경찰서에 출석하기로 되어 있는 공소외 3을 강제로 입원시키기 위해 ▷▷경찰서로 가면서 공소외 2에게 "오늘 진단을 하고 바로 입원시킵시다"라고 말을 하였다.

그러나 공소외 2가 "그건 절대 안된다"라고 말하고, 불상의 성남시 관계자로부터 유선으로 경찰관들이 '공소외 3을 정신병원에 강제로 입원시키는 것은 위법하다'라는 취지로 말하였다는 것을 전해 듣고 자신이 형사처벌을 받을지 모른다는 생각에 공소외 3에 대한 강제입원 시도를 포기하고 앰블런스를 돌려 분당구보건소로 돌아왔다.

이로써 피고인은 공소외 7과 공모하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 목적으로, 분당구보건소와 센터를 지휘·감독하고 구 정신보건법 제25조에 의한 입원을 시킬 수 있는 성남시장의 직권을 남용하여, 공소외 4 등 분당구보건소 관계자로 하여금 관련 법령, 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시키는 것이 불가능하다는 분당구보건소의 검토 결과 및 보건소의 정신보건사업 업무 처리 관행 등에 반하여 센터에 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청하게 하고, 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9로 하여금 관련 법령, 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 의해 입원시킬 수 없다는 보건소와 센터의 검토결과, 보건소와 센터의 업무 처리 관행 및 정신건강의학과 전문의의 대면 진료 원칙 등에 반하여 공소외 3을 강제입원시키기 위해 앰블런스를 타고 공소외 3이 있는 곳으로 가도록 함으로써 의무 없는 일을 하게 하였다.

나. 소송조건에 관한 주장에 대한 판단

1) 주장의 요지

이 부분 공소사실에는 공소사실의 특징이나 구성요건적 사실과 관련성이 없는 피고인의 개인 가족사, 피고인의 심리상태, 법령에 관한 법률적 견해 등 법관에게 부당한 예단을 줄 수 있는 내용이 기재되어 있으므로 이 부분 공소제기는 공소장일본주의에 위배되어 무효이다.

2) 판단

가) 검사가 공소를 제기할 때에는 원칙적으로 공소장 하나만을 제출하여야 하고, 그 밖에 사건에 관하여 법원에 예단을 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니 된다(형사소송규칙 제118조 제2항). 공소장에 법령이 요구하는 사항 이외의 사실로서 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 사유를 나열하는 것이 허용되지 않는다는 것도 이른바 '기타 사실의 기재 금지'로서 공소장일본주의의 내용에 포함된다.

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

나) 직권남용권리행사방해의 공소사실은 피고인에게 직권남용의 인식이 있었는지, 피고인이 행한 직권행사가 직권의 행사에 가탁하여 실질적으로 위법·부당한 행위를 하였는지를 구성요건으로 하므로, 그러한 구성요건의 특성상 해당 행위가 직권남용에 해당하거나, 피고인에게 직권남용의 고의가 있다는 점을 분명하게 기술하기 위한 방법으로 피고인이 지시한 행위와 관련 법령의 해석, 피고인이 공소사실 기재 행위를 하게 된 배경, 행위의 동기와 경과, 사건 관련자의 심리상태 등에 관한 근거를 기재하는 것이 필요하다.

이러한 점에서 보면, 이 부분 공소사실에 다소 불필요하거나 장황한 기재가 들어 있다고 하더라도 그것이 법관에게 예단을 생기게 하여 법관이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는 정도에 이르렀다고 보이지는 않는다.

피고인과 변호인의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.
다.

구 정신보건법 제25조 등 관련 법령의 해석

이 부분 공소사실에는 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행과 관련한 피고인의 행위가 포함되어 있고 검사가 공소사실에 해당 조항의 해석론을 담고 있는데다가, 해당 조항의 적용 요건 등에 관한 해석을 둘러싸고 피고인과 검사의 견해가 다르므로, 공소사실에 대한 판단의 전제로 구 정신보건법 제25조의 의미에 관하여 살펴본다.

1) 관련 법령

■ 구 정신보건법 제25조(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.

(이하 생략) ■ 구 정신보건법 시행령(2017. 5. 29. 대통령령 제28074호로 개정되기 전의 것) 제6조(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 생년월일 2. 정신질환자로 의심되는 사람의 성명, 주소, 생년월일 및 현재의 소재지 3. 정신질환자로 의심되는 사람의 증상의 개요 4. 정신질환자로 의심되는 사람에게 보호의무자 또는 보호를 하고 있는 사람이 있는 경우에는 그 성명 및 주소 ③ 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 것 2. 보호의무자에게 법 제24조에 따른 입원동의를 요청하는 것 3. 법 제25조 제3항에 따라 국·공립 정신의료기관 또는 종합병원에 입원조치를 의뢰하는 것(제1호 또는 제2호의 조치에 따르지 아니하는 경우만 해당한다) (이하 생략)

2) 구 정신보건법의 입법취지와 정신질환자의 입원 절차

구 정신보건법은 정신질환의 예방과 정신질환자의 의료 및 사회복귀에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 정신건강증진에 이바지함을 목적으로 하는 법으로(제1조), 정신보건법은 기본이념으로 인간으로서의 존엄과 가치, 차별금지 외에 정신능력이 제한된 정신질환자에 대한 치료와 보호라는 사회보장법적 이념에서 모든 정신질환자에 대해 최적의 치료와 보호를 받을 권리, 미성년의 경우 특별한 교육의 권리, 입원치료에 있어 자발성과 자유로운 환경 및 다른 사람들과 자유로운 의견교환의 보장을 규정하고 있다(제2조).

구 정신보건법은 자의입원(제23조)과 비자의입원으로 보호의무자에 의한 입원(제24조), 시장·군수·구청장에 의한 입원(이하 시장·군수·구청장을 '시장' 등'이라 한다.

제25조), 응급입원(제26조)을 인정함으로써 정신질환자 자신의 치료 및 사회복귀, 그리고 적절한 처우뿐만 아니라 사회방위적 측면도 같이 고려하고 있다.

비자의입원의 경우 정신질환자라고 의심되는 사람의 의사에 반하여 혹은 의사와 무관하게 정신의료기관 등에 입원시키는 것이기 때문에 경우에 따라서는 개인의 신체의 자유를 침해하는 결과가 발생할 수도 있다.

따라서 구 정신보건법과 그에 따른 적법절차에 의하지 아니하고는 정신질환자라고 의심되는 사람을 정신의료기관에 입원시킬 수 없고, 이를 위반한 사람은 민·형사상 책임을 지게 된다.

구 정신보건법은 정신질환자의 입원이 무분별하게 남용되는 것을 방지하기 위하여 입원의 요건 및 절차를 엄격하게 규정하고 있다.

원칙적으로 정신질환자의 자발적인 입원이 권장되며, 자발적 입원의 경우에도 정신질환자가 입원신청서를 제출하도록 하여 치료 의사를 명확하게 확인하도록 한다.

보호의무자에 의한 입원의 경우에는 보호의무자 동의 및 정신건강의학과 전문의의 진단을 요구하고 있고, 보호의무자의 입원 동의 동의서 및 보호의무자임을 확인할 수 있는 서류를 제출받도록 규정하고 있다.

시장·군수·구청장에 의한 입원의 경우에는 정신질환자로 의심되는 사람에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요한 때 정신질환자로 의심되는 사람을 정신의료기관 또는 종합병원에 2주 이내의 기간을 정하여 입원하게 할 수 있고, 입원진단 결과 당해 정신질환자를 계속 입원시킬 필요가 있다는 2인 이상의 정신건강의학과 전문의의 일치된 소견이 있는 경우 정신의료기관에 일정기간 입원시킬 수 있다.

응급입원의 경우 정신질환자가 자신 또는 타인을 해할 위험이 크고 상황이 급박하여 다른 입원조치를 할 수 없는 때 경찰관 등에 의하여 72시간 범위 내에서 입원하게 할 수 있다.

한편, 누구든지 응급입원을 제외하고는 정신건강의학과 전문의의 진단에 의하지 아니하고 정신질환자를 정신의료기관 등에 입원시키거나 입원 등을 연장시킬 수 없으므로, 반드시 정신질환자가 정신건강의학과 전문의의 진단을 받을 것을 필요로 한다(제40조). 또 진단의 유효기간에 관하여도 아울러 규정하여, 응급입원의 경우를 제외한 정신의료기관등에의 입원은 의사 중 '정신건강의학과 전문의'라는 일정한 자격을 가진 의사에 의한 유효기간 내의 '진단'에 근거하여 이루어져야 한다.

3) 구 정신보건법 제25조 제1, 2항의 독자적 의미

앞서 본 바와 같이 응급입원의 경우를 제외한 다른 정신의료기관등에의 입원은 법령의 문언 자체에 의하더라도 진단을 전제로 한 절차인데, 입원의 전제가 되는 진단에 관하여 구 정신보건법 제25조를 제외한 다른 입원 관련 조항에는 진단의 절차 및 방법에 관하여 아무런 규율이 없다.

대법원도 구 정신보건법 제24조의 보호의무자에 의한 입원과 관련하여 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·사회적으로 보아 상당하다고 인정되는 범위 내의 물리력의 행사가 허용된다고 하여(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4415 판결 등 취지 참조), 보호의무자에 의한 입원을 진행하려는 과정에서 대면진단에 따른 입원 결정이 없는 경우 정신질환이 의심되는 자를 진단받게 하기 위한 물리력 행사를 허용할 근거가 없다는 법리를 오래전에 선언하였다.

그러나 위와 같은 법리가 선언된 이후에도 일선 정신의료기관에서 구 정신보건법 제25조에 따른 절차는 거의 이루어지지 않은 것으로 보이고, 대신 정신의료기관 측에서 이송과정에서 행해지는 불법행위에 가담하지 아니할 경우, 형사상 책임을 지지 않고 보호의무자에 의한 입원 요건을 충족시킬 수 있다는 점 등을 고려하여, 대상자의 입원이 필요한 보호의무자에게 호송의 위험부담을 넘기는 형태로 업무가 진행된 사례들이 적지 않았던 것으로 보인다.

이에 따라 보호의무자들은 진단을 받지 아니한 대상자를 정신의료기관으로 이송시키기 위해 기망행위나 사설 업체를 동원한 강제이송 등의 편법 및 불법적인 방법들을 사용하여 왔고, 보호입원 제도는 보호의무자 2인의 동의 아래 정신건강의학과 전문의의 진단을 받는다는 명목으로 정신질환자를 정신의료기관까지 강제로 이송하는 것을 사실상 용인하고 있어, 정신질환자가 사설 응급이송단에 의하여 불법적으로 이송되거나 그 과정에서 감금이나 폭행을 당하는 일도 빈번하게 발생하고 있는 것이 현실이다.

이와 같이 구 정신보건법 제25조 제2항이 의사에 반하는 진단절차를 규정한 유일한 규정인 점과 같은 법 시행령 제6조 제3항이 진단의뢰 결과 정신질환자로 의심되는 사람이 자신 또는 다른 사람을 해할 위험이 있다고 인정되는 경우에도 구 정신보건법 제25조 제3항의 절차가 아닌 자의입원 또는 보호의무자에 의한 입원 절차를 우선적으로 진행한 후에야 구 정신보건법 제25조 제3항의 절차를 진행할 수 있다고 규정하고 있어 구 정신보건법 제25조 제1, 2항의 절차에 위와 같은 자의입원 및 보호의무자에 의한 입원의 선행 절차로서의 의미를 부여한 점, 진단 및 보호신청에 따라 행해지는 제2항의 진단의뢰는 법 형식상 시장 등에게 재량의 여지가 없는 반면, 제3항의 입원은 시장 등에게 그 입원에 대한 재량권을 주어 제2항의 진단에 따라 입원의 요건을 갖추었다고 하더라도 그것이 곧바로 입원으로 연결되는 것은 아닌 점을 아울러 고려하면, 구 정신보건법 제25조 제1, 2항의 절차는 제3항과 달리 다른 입원 절차

의 진행이 불가능한 경우에만 고려할 수 있는 절차가 아닌, 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원과 같이 정신건강의학과에 관한 전문지식이 있는 자가 법령이 정한 위험성이 있다고 판단한 정신질환 의심자를 발견한 경우 그 권한으로 행할 수 있는 의사에 반하는 진단에 관한 절차로 독자적인 의미가 있다.

그리고 구 정신보건법에는 구 정신보건법 제25조 외에 대상자가 진단 필요성이 있는 자라고 하더라도 대상자의 의사에 의하지 아니하고 보호의무자 등 타인의 의사에 의하여 정신건강의학적 진단을 받을 근거를 두지 않음으로써 원칙적으로 대상자 본인의 의사에 따른 진단을 입원의 근거가 될 수 있는 진단으로 보면서, 불가피하게 대상자의 의사에 반하여 진단을 하여야 할 경우에도 그 요건을 엄격하게 하고, 절차의 개시도 보호의무자 등이 아닌 전문가인 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원으로 한정하며, 절차 개시에 따라 진단의 주체가 되는 자도 신청인 또는 보호의무자 등이 지정한 자가 아닌 지방자치단체의 장인 시장 등이 지정하는 정신건강의학과 전문의가 될 수 있게 하여, 그 진단에 이르는 과정에서 대상자의 인권이 부당하게 침해되지 않도록 하고 있다.

4) 구 정신보건법 제25조 제1항에서 '발견'의 의미

앞서 본 바와 같이 구 정신보건법 제25조는 입원을 목적으로 한 구 정신보건법의 다른 조항들과 달리 해당 절차 내에서 입원과 구분되는 진단 절차를 독자적으로 규정하고 있다.

그리고 통상 '발견'의 문언적 의미는 '미처 찾아내지 못하였거나 아직 알려지지 아니한 사물이나 현상, 사실 따위를 찾아낸 것'으로 해석되고, 구 정신보건법이나 기타 의료 관련 법령을 살펴봐도 발견의 수단 및 방법에 대한 제한을 찾아볼 수 없다.

그리고 구 정신보건법 제25조 제2항은 제1항의 진단 및 보호신청이 있을 경우 그 실질적인 내용에 대한 심사나 상당성에 대한 판단 없이 기속적으로 진단 의뢰에 나아가도록 정하고 있고, 같은 법 시행령 및 시행규칙에 따른 진단 및 보호신청서 양식에도 대면을 전제로 한 기재사항이 없는 점, 앞서 본 바와 같이 이 절차는 보호의무자에 의한 입원 절차의 진행을 희망하나 대상자의 거부로 입원에 필요한 정신건강의학과 전문의에 의한 진단을 확보할 수 없는 보호의무자 등이 정신건강의학과 전문의와 상의하여 이용할 것도 염두에 두고 있다고 볼 수 있는 점, 후속 절차 진행 과정에서 정신건강의학과 전문의의 진단이 필수적으로 예정되어 있는 점 등을 고려하면, 위 '발견'의 절차 및 방법에 대면 등의 제한이 있다고 할 수 없고, 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건전문요원은 자유로운 방법으로 대상자가 '정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자'에 해당하는지와 구 정신보건법 제25조에 따른 절차 진행의 필요성과 상당성에 대하여 확인하고 그 판단을 할 수 있다고 봄이 상당하다.

5) 구 정신보건법 제25조 제2항의 진단 의뢰 절차

앞서 본 바와 같이 구 정신보건법 제25조 제2항은 시장 등의 행정권에 근거하여 진단을 원하지 아니하는 자를 그 의사에 반하여 정신건강의학과 전문의가 진단하게 하는 절차에 해당한다.

그리고 진단 의뢰 절차는 입원의 근거가 되는 진단을 받기 위한 절차에 해당하므로 정신건강의학과 전문의가 직접 대상자를 대면하여 관찰한 진단이 이루어져야 하고, 진단 의뢰는 형식적으로 정신건강의학과 전문의에게 진단을 받게 하기 위한 서류 등을 보내는 것에 그치는 것이 아니라, 진단 의뢰에 응한 정신건강의학과 전문의가 대상자를 진단할 수 있도록 필요한 조치를 하는 것도 아울러 포함된다고 할 것이다.

그리고 위와 같은 진단의뢰 조치는 시장 등이 행정권에 기초하여 행하는 대상자의 의사에 반하는 처분에 해당하므로 진단의뢰에 대하여 정신질환이 의심되는 자가 저항하는 때에는 정신건강의학적·사회적으로 보아 상당하다고 인정되는 범위 내의 물리력의 행사도 아울러 허용될 수 있다고 봄이 상당하다.

다만 모든 정신질환자는 인간으로서의 존엄과 가치를 보장받는다라는 구 정신보건법의 기본이념, 구 정신보건법 제25조의 절차는 긴급성이나 밀행성을 전제로 하는 절차가 아니어서 진단조치 받지 아니한 대상자에게 절차진행을 은비하면서 불리하거나 예측할 수 없는 시기에 물리력을 행사하여 진단 절차를 진행하여야 할 것은 아닌 점과 행정권의 행사에 있어 준수되어야 하는 비례의 원칙을 고려하면 물리력의 행사에 이르는 과정은 신중하여야 할 것이다(헌행 정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률에서는 이 부분 진단의뢰 절차를 정의한 조항인 제44조 제3항을 구 정신보건법 제25조 제2항과 거의 동일하게 규정하면서 제9항에서 '특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 제3항과 제4항에 따라 정신질환자로 의심되는 사람을 진단하거나 입원을 시키는 과정에서 그 사람이 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험한 행동을 할 때에는 「119구조·구급에 관한 법률」 제2조에 따른 119구급대의 구급대원에게 호송을 위한 도움을 요청할 수 있다'는 조항을 추가하였는바, 이는 진단의뢰 절차가 시장 등이 행정권을 사용하여 행하는 의사에 반하여 진단을 받을 수 있게 하는 절차로 그 과정에서 호송 등 물리력이 전제되는 행위를 할 수 있음을 전제로 법령이 정한 위험한 행동을 하는 경우에 호송을 위한 도움을 요청할 수 있음을 규정한 것이라고 할 것이다).

6) 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원에 있어서 대면진단이 필수적인지 여부

앞서 본 바와 같이 구 정신보건법 제40조 제1항에 의하여 응급입원을 제외한 입원 절차에 있어서 진단은 필요적으로 요구되고, 연혁적으로도 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원절차는 본래 '평가입원'이라는 독자적인 입원 절차의 하나에 해당하였는바, 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원 절차만 구 정신보건법 제40조 제1항이 배제되는 절차라고 보기는 어렵다.

그리고 앞서 본 바와 같이 구 정신보건법 제25조 제2항의 진단 의뢰에 따른 절차는 단순히 진단을 의뢰하는 것에 그치는 것이 아닌, 실제 진단이 이루어질 것을 전제로 하는 절차인 점(같은 법 시행령 제6조는 '진단의뢰의 결과'에 기초하여 시장 등이 입원조치 의뢰 등의 조치를 할 수 있도록 하고 있고, 같은 법 시행규칙 별지 18호 서식에 의하더라도 진단의뢰와 관련하여 진단일시 및 장소를 포함한 정신건강의학과 전문의의 진단 내용을 기재하도록 되어 있다)을 고려하면, 해당 절차에서 입원을 위한 진단은 반드시 필요하고, 그 진단은 정신건강의학과 전문의가 정신질환자로 의심되는 자를 직접 대면하여 진찰한 결과라고 보아야 한다.

따라서 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원 조치를 위하여는 진단의뢰에 따라 정신건강의학과 전문의가 법령이 정한 입원 필요성(자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때)에 대하여 정신질환자로 의심되는 자를 직접 대면하고 진찰하여 인정한 후, 이에 기초한 시장 등의 입원조치 의뢰에 따라 정신의료기관의 장이 입원을 결정하여야 할 것이다.

그리고 이러한 요건을 모두 갖춘 입원조치에 정신질환이 의심되는 자가 저항하는 때에 행정기관은 입원조치라는 목적달성을 위해 정신건강의학적·사회적으로 보아 상당하다고 인정되는 범위 내의 물리력의 행사가 가능하다고 할 것이다.

라. 직권남용권리행사방해죄의 관련 법리 및 이 부분 공소사실의 특이점

1) 관련 법리

가) 직권남용죄의 '직권남용'이란 공무원이 그의 일반적 권한에 속하는 사항에 관하여 그것을 불법하게 행사하는 것, 즉 형식적, 외형적으로는 직무집행으로 보이나 그 실질은 정당한 권한 이외의 행위를 하는 경우를 의미하고, 따라서 직권남용은 공무원이 그의 일반적 권한에 속하지 않는 행위를 하는 경우인 지위를 이용한 불법행위와는 구별되며, 또

직권남용죄에서 말하는 '의무'란 법률상 의무를 가리키고, 단순한 심리적 의무감 또는 도덕적 의무는 이에 해당하지 아니한다(대법원 1991. 12. 27. 선고 90도2800 판결 등 참조).

나) 형법 제123조의 직권남용죄가 기수에 이르려면 의무 없는 일을 시키는 행위가 있었다는 것만으로는 부족하고 피해자의 의무 없는 행위가 이룩된 것이 요구된다 할 것이고(대법원 1978. 10. 10. 선고 75도2665 판결 참조), 직권의 남용과 피해자의 법률상 의무 없는 일을 하게 된 결과 사이에 상당인과관계가 있어야 한다(대법원 2005. 4. 15. 선고 2002도3453 판결 참조).

다) '의무 없는 일을 하게 한 때'란 '사람'으로 하여금 법령상 의무 없는 일을 하게 하는 때를 의미하고, 공무원이 자신의 직무권한에 속하는 사항에 관하여 실무 담당자로 하여금 그 직무집행을 보조하는 사실행위를 하도록 하더라도 이는 공무원 자신의 직무집행으로 귀결될 뿐이므로 원칙적으로 직권남용권리행사방해죄에서 말하는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다고 할 수 없으나, 직무집행의 기준과 절차가 법령에 구체적으로 명시되어 있고 실무 담당자에게도 직무집행의 기준을 적용하고 절차에 관여할 고유한 권한과 역할이 부여되어 있다면 실무 담당자로 하여금 그러한 기준과 절차에 위반하여 직무집행을 보조하게 한 경우에는 '의무 없는 일을 하게 한 때'에 해당한다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2010도13766 판결 등 참조).

라) 직권남용에 해당하는가의 판단 기준은 구체적인 공무원의 직무행위가 그 목적, 그것이 행하여진 상황에서 볼 때의 필요성·상당성 여부, 직권행사가 허용되는 법령상의 요건을 충족했는지 등 제반 요소를 고려하여 결정하여야 한다(대법원 2012. 1. 27. 선고 2010도11884 판결 참조).

2) 이 부분 공소사실의 특이점

검사는, 피고인이 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 따라 입원을 시키려다가 미수에 그친 것으로 보고, 다만 피고인에 대하여 공소외 3을 피해자로 하는 직권남용권리행사방해의 미수범으로 별할 수 없어 공소외 3을 입원시키려는 일련의 과정에서 이루어진 분당구 보건소 및 성남시 정신건강센터 구성원에 대한 개별적인 직권행사를 직권남용죄의 구성요건 행위로 구성하고 있는바, 직권남용죄는 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하는 것이므로, 위와 같이 개개의 행위들을 별도로 직권남용죄에 해당하는 행위로 의율하기 위해서는 그 개별적인 의무 없는 일을 시키는 행위들 각각이 직권을 남용한 것인지 등 형법 제123조가 요구하는 요건이 갖추어져야 한다(피고인이 공소외 3에 대한 직권남용죄를 범하기 위해서는 이 부분 공소사실과 같이 전형적으로 성남시 소속 공무원에 대한 직권남용행위가 수반될 것이긴 하나, 분당구보건소 소속 공무원이나 센터 소속 전문의에 대한 직권남용이 공소외 3에 대한 직권남용에 비하여 경미한 것이라고 할 수는 없으므로 공소외 3에 대한 직권남용죄와 별도로 범죄 성립은 가능하다고 할 것이다).

마. 피고인이 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조의 절차를 진행하게 된 경위와 그에 대한 평가

1) 공소외 3의 정신질환이 의심되는 사정

가) 2002년 청소년수련관 매점의 특혜위탁 의혹 폭로 무렵의 상황

(1) 공소외 3은 2002. 2.경 성남시 홈페이지에 톨스토이를 따라 참회한다면서 자신이 성남시 수정구 청소년수련관 매점의 특혜위탁 받은 내용 및 유부녀와 두 번 불륜관계를 가졌다는 내용의 글을 올렸다.

공소외 3은 그 후 위 게시글과 관련하여 자신을 취재하려는 □◇방송의 공소외 51 기자와 2002. 2. 5.부터 2002. 2. 21.까지 전화 통화를 하면서, 전화 통화 과정에서 횡설수설을 하거나, 두서 없이 욕설이 섞인 말을 하기도 하면서 '하나도 없다, 도덕적인 잘못은 전혀 증거가 없다.'

나는 훌쩍 벗겠다', (간통한 사실을) 내가 하나님한테 고백한거지, 인간한테 고백한 거 아니야', '내 언어는 불립문자라서 사람들이 이해를 못해', '공인회계사 공소외 3은 톨스토이, 참회록처럼 비록 완전한 참회, 살인을 했다, 강간을 했다는 식으로 참회를 못합니다.

톨스토이를 보고 느낀 거예요', '간통도 했습니다.

이러한 간통은 예수님이 말씀하셨듯이 이 여자를 보고 음미하고 간통에 대해서', '술집 가서 씹을 했다', '내가 훌쩍 벗은 거야. 톨스토이를 보고. 나는 이 세상을 버렸잖아요', '이 세상 지성인들이여, 공소외 3이 좇 까놓고 얘기하는 사람 있나요 얘기해 우리 어머니한테 가서 내가 뭐라고 한줄 알아요? 어머니 옛날에는 여기 지나가는 예쁜 여자만 보면 좇 이 자지가 섰습니다.

공소외 3이 이제 안 섭니다', '부처님이 애를 꼬시려고 부처가 나간다고 그러니까 3천 명이 누워서 훌쩍 벗고 이려고 있어. 부처가 이렇게 딱 이렇게 보더니 야 이 씨발 왜 이렇게 시체가 많아? 공소외 3은 30명만 딱 훌쩍 벗겨놓고, 대한민국 제일 예쁜 여자. 좇이 안서야 돼', '절대 좇이 안서야 돼. 거기서 좇이 서면 공소외 3은 헛일이야', '예수 새끼가 재림하는 거 필요 없고', '아니 뜰 필요 없어요. 죽어야 돼, 나는 더', '발칸이라는 사람이, 발칸이라는 사람이 아버지가 제우스야. 제우스 열차를 타본다고, 화차를 타본다고 탔다고. 제우스가 뭐라고 그랬어? 너무 뜨지도 말고 너무 가라앉지도 마라', '술 먹고 저녁에 씹한 거를 간통이라고 그거를 나는 하나님한테 고백했다니까? 인간의 언어가 아니고. 우리 마누라가 만날 물어 본다고', '하나님이 도와준대, 창세기에 하나님이 보시기에 아주 좋았더라, 그러면 돼 공소외 3은 죽어도 괜찮아' 등의 이상하거나 의미를 알기 힘든 말을 하였고, 공소외 51은 당시 전화통화 과정에서 확인한 공소외 3의 발언과 아래의 조증약을 먹었다는 내용을 듣고 공소외 3이 정신적인 이상이 있다고 생각하였다는 취지의 진술을 하였다.

그리고 공소외 51은 자신이 위 특혜위탁의혹 관련 기사를 올리자 공소외 3이 전화를 걸어 "성남에서 매장시켜 버리겠다, 죽여버리겠다"고 협박을 하고, □◇방송 홈페이지, ☆☆▽▽모임 홈페이지, 성남시청 홈페이지에 공소외 51의 기사 내용에 반발하는 글을 수백 건씩 올리고, □◇방송 본사로 전화를 하루에도 수십 통씩 걸어와 "사장을 바꾸라, 보도국장을 바꾸라"라고 소리를 지르고 욕설을 하였다는 취지로 진술하기도 하였다.

(2) 당시 ☆☆▽▽모임 실무자였던 공소외 52는 그 무렵 ☆☆▽▽모임에서 위 특혜위탁 의혹을 취재한 기자 및 언론사들에게 항의성명을 내달라는 공소외 3의 부탁을 피고인이나 ☆☆▽▽모임 사람들이 들어주지 않자 공소외 3이 전화와 욕설을 하며 괴롭혔고 "몇 천 권의 책을 읽었고, 예수나 부처보다 위대하고 자신은 성인이 되기 위한 노력을 하고 있어서 성인군자보다 위대하다", "벌거벗은 여자 옆에서도 X가 안 선다", "악마가 씩운 사람들을 자기가 악마에서 벗어나야 해줘야 한다"는 등의 이야기를 들었다고 진술하였다.

(3) 공소외 50, 공소외 53은 공소외 3이 그 무렵 피고인의 집에 야구방망이를 들고 찾아간 적이 있다는 진술을 하였다.

나) 2002년 조증약 복용 관련

(1) 공소외 3은 2012. 6. 5.경 피고인과 통화하면서 공소외 13이 조증약을 준 적이 있다고 말하였고, 페이스북 및 네이버 블로그 등에 공소외 13으로부터 '글이 좀 날라다니는 것 같다', '정신과 후배 의사를 통해 가져온 약이다', '조증에 쓰는 약이다'는 등의 약을 받은 이야기를 게시하고, 2012. 10. 9. 수원지방검찰청 성남지청에서 모친 및 동생을 폭행한 사건의 피의자로 조사를 받으면서, 정신과 약을 복용한 사실이 있냐는 질문에 '2002년에 공소외 13을 만났는데, 저에게 조증약이다.

몰래 병원에서 가져왔으니 먹어봐라고 하면서 봉투에 이름도 없는 약을 건네주어서 왜 주느냐라고 물었더니 인터넷에 제가 올린 글을 봤는데 글이 날라다니는 것을 보고 약을 준다고 했습니다'라는 진술을 하였다.

(2) 공소외 3은 2002. 2.경 공소외 51 기자와 전화를 하면서 '정신과 의사가요 저한테 약도 보름치 지어줬어', '누구 아는 사람이 나를 존경하는 사람이 불러갖고', '아니 어디 식당에서 불러 갖고 약지어줬어'라고 말하고, 다른 전화 과정에서 약 받은 건 드셨냐고 묻는 공소외 51 기자에게 '먹고 있죠. 약속은 지키니까'라고 말했다.

(3) 공소외 13이 근무하는 ○○○△△병원의 진료기록부에 작성일자가 2002. 2. 16.으로 된 공소외 3의 이름이 기재된 기록이 있다.

(4) 공소외 13은 법정에서 약의 종류에 대하여는 조증약이 아닌 수면제라고 하면서 당시 피고인이 '형 때문에 너무 힘들게 만나서 설득해달라, 항의를 많이 하고 인터넷 게시판에 글을 많이 올리는데 진정시켜달라'는 부탁을 하였고, 그 외에 ☆☆☆▽모임 회원들의 부탁을 듣고 공소외 3을 만났고, 피고인이 당시 형한테 약을 주라고 말했다고 할 수는 없는데, 정황상으로는 피고인이 약을 갖다 주라고 한 것으로 볼 수 있다는 취지의 진술을 하였다.

(5) 공소외 11은 '그런 약을 한 알 받은 적 있다.

공소외 13과 피고인이 공소외 3을 곤경에 빠뜨리려고 한 짓'이라고 말한 적이 있다.

(6) 공소외 15, 공소외 54, 공소외 14, 공소외 19와 같은 공소외 3의 친족, 공소외 55, 공소외 53, 공소외 52 등 당시 ☆☆☆▽모임 관계자들은 공소외 3이 조증약을 먹은 것으로 알고 있다고 진술하고 있고, 공소외 3의 친족의 진술 중에는 공소외 11이 조증약을 한약에 타서 공소외 3에게 먹인 것으로 알고 있다는 진술도 있다.

(7) 공소외 13은 공소외 3과 통화 과정에서 조증약을 준 것을 인정하는 듯한 말을 하면서도, 그것은 기록에 없는 것이니, 괜찮다는 취지의 말을 하기도 하였다.

다) 공소외 3에 대한 가족들의 진술

(1) 공소외 50은 2002년경 공소외 3이 어머니 공소외 5에게 '요즘 자지가 안 선다.

어머니는 남자 문제 어떻게 해결하느냐'는 말을 하였다는 이야기를 듣고 다른 자녀들과 논의를 한 적이 있다고 진술하였다.

(2) 공소외 14는 공소외 3이 2000년경부터 폭력적이고 이상하게 변해갔다고 하면서, 2000년대 초반경 과거 큰형 공소외 20의 집에서 이유 없이 큰형에게 욕설을 퍼붓고 제사도 안 지내고 돌아왔고, 장녀 공소외 54의 부부싸움에 끼어들어 자형에게 도저히 할 수 없는 온갖 쌍욕과 죽인다는 등의 폭언을 하였고, 성묘나 제사를 갈 때 길이 막힌다면서 화를 내고 행상인을 차로 치려고 하는 일이 있었고, 추월한 차와 추격전을 벌이기도 하였고, 5,000만 원을 어머니가 빌려주지 않은 건에 대하여 어머니에게 "그 돈 갖고 똬저라, 똬저도 상가집에 안 간다"라고 폭언을 하였다고 진술하기도 하였다.

(3) 국립▽▽정신병원에서의 상담 기록 중 '공소외 3이 2007년에 경제적 어려움으로 많이 우울해하는 모습을 보였다.

그 기간 후에 갑자기 기분이 좋아지고 많이 자지 않고 자신감 넘치는 모습이 지속될 때가 있었던 것 같다'는 기재가 있는 기록이 있다.

라) 2012. 2.부터 공소사실 무렵까지 공소외 3의 행동

(1) '성남시에 바란다' 게시판에 성남시장 등을 비난하는 대량의 글을 작성

공소외 3은 2012. 2. 22.부터 2012. 8. 11.까지 '성남시에 바란다' 게시판에 총 156건의 글을 게재하였다.

주로 '현 성남시장인 피고인이 성남시장의 자격이 있다고 생각하는지요'라는 주제로 성남시장에 대한 비난, 성남시에서 이루어지는 인사, 예산, 성남시에서 추진중인 사업 등에 대한 요구 및 비난, 자신과 갈등이 있는 공무원, 소속기관 임직원에 대한 불만 및 비난, 피고인 및 성남시 소속 공무원들에 대한 의혹제기 등을 계속적 반복적으로 게시하는 행태를 보였다.

그리고 대다수의 글에는 '추신'란에 자신의 사무실 직원이 1년 반쯤 전에 협박전화를 받았었고, 협박이 있으면 그 책임이 성남시장에게 있다는 등의 기재를 첨부하였다.

(2) 공무원, 성남시 산하기관 임직원, 시민들에 대한 폭언, 욕설, 협박 등

(가) 성남시에서 취합한 확인서, 진술서 등에 기재된 내용

공소외 3은 민원팀장 공소외 56을 상대로 공소외 57(공소외 3이 성남시 홈페이지 게시판에 비방글을 게시한 분당을 국회의원 예비후보자)과 관련하여 민원팀장의 말을 듣고 글을 삭제하였는데 그 사람이 고발한 이유를 묻고 공소외 57에게 연락하여 본인에게 고소를 취하도록 요구하고, 그렇지 않으면 재미없을 것이라고 말하고, '왜 삭제하라고 말하고 고소를 취하도록 하지 않느냐', '이새끼 너 죽을래' 하면서 '나한테 한번 혼나봐야 되겠다'는 욕설을 하였으며, '민원여권과장과 민원팀장 공소외 56은 나한테 죽을 각오를 하라'는 말도 하였다.

공소외 3은 민원여권과장 공소외 58을 상대로 '민원여권과에서 공소외 57한테 연락해서 고발 취하하라 해라. 그렇지 않으면 가만히 있지 않겠다'는 말을 하였다.

공소외 3은 민원여권과 공소외 59를 상대로 '야 공소외 59가 너 죽고 싶어? ○○년 ○○년' 등의 '죽고 싶어'와 몇 번의 욕설을 반복적으로 하였다.

공소외 3은 공보관실 공소외 60을 상대로 '성남시에 바란다' 답변과 관련한 전화통화에서 '당신 간첩이야, 권력의 하수 인이야' 등 황당한 이야기를 하고, 통화자의 이름을 부르면서 안기부에 고발한다고 협박하고, 혼잣말을 중얼거리는 등의 행위를 하였다.

공소외 3은 행정지원과 공소외 61을 상대로 전화를 수차례 하였는데 그 내용의 대부분은 특정인에 대한 비난, 또는 그 내용을 시장에게 전하라는 것으로 '집구석에 찾아가서 다리 몽달이를 분질러 놓겠다고 전해라, 가만두지 않겠다고 전해라, 이런식으로 하면 인생을 망칠 것이다, 다음 시장 바뀔 것이다, 놓고 앉아 있다, 문자 보내도 씹는다'는 등의 이야기를 하였고, 공소외 62 비서관을 일방적으로 바꿔달라면서 비서관에 대한 욕설 통화를 하였고, 공소외 3의 전화를 끊은 것에 대한 항의를 하면서 직무유기로 고소하느니, 손해배상을 청구하겠다고 하기도 하고, '기다리라고 이름을 올려주겠다'는 등의 말을 하였다.

공소외 3은 행정지원과 공소외 62를 상대로 국회의원 선거에 개입시 성남시장을 시장 퇴출시키겠다는 협박성 발언, 산하기관 인사, 판교 철거민, 공소외 63 시의원과의 다툼, 개인 신상 문제를 거론하면서 1주일을 줄 테니 공소외 7 비서실장이 연락줄 것을 요구하고, 연락이 없을 경우 성남시 홈페이지 게재 및 언론에 보도하겠다는 협박성 발언, 성남시장에게 내용을 전달하지 않을 시 직무유기로 고발하겠다는 말을 하였고, 공소외 64 이사장이 자신에게 반말을 했는데 시장이 지시했냐면서 욕설, 폭언, 협박 등으로 정상적인 민원업무를 볼 수 없을 정도였고, 시정 여론조사를 실시해서 시민만족도 50% 미만시 시장 퇴출, 50% 이상시 사과하겠다는 이야기, 선거 미개입 요구, 공소외 49, 공소외 65, 공소외 66을 자를 것을 요구하는 등의 말을 하였다.

공소외 3은 행정지원과 공소외 67을 상대로 피고인, 공소외 7, 공소외 68 성남문화재단 대표, 공소외 65 성남시시설관리공단기획본부장에 대하여 정상인으로서 차마 입에 담을 수 없는 비인격적이고 무차별적인 욕설, 폭언 등 언어폭력을 행사하였다.

공소외 3은 행정지원과 공소외 69를 상대로 통화 시작부터 '공소외 68 알아? 공소외 68 ○새끼는 어떻게 공무원을 한 거야', '피고인 ○새끼', '공소외 7 비서실장 그 ○새끼는 도대체 뭐하는 놈이야' 등의 공무원 전체를 비하하고 욕설을 하였고, 공소외 69에게는 '공소외 69씨 탄천에서 쓰레기 줍게 해줄까', '전 공소외 70시장 인수위에 내가 있었는데 다음번 정권에 내가 인수위에 들어가서 공소외 69씨 탄천으로 보내겠다' 등의 협박성 민원전화를 하는 등 20분간 언어폭력에 시달리게 했다.

공소외 3은 자치행정과 공소외 71을 상대로 '민간협력팀장 공소외 71 왜 거짓말을 하느냐 ○○년, ○○년, ○같은 년 죽어버리겠다'라고 당장 쫓아가서 귀싸대기를 때리겠다'는 등 심한 욕설을 하였고 '너는 거짓말을 했으니 경찰서에 고발하겠다, 경찰에서 보자'는 등 상식밖의 말을 하였다.

공소외 3은 자치행정과 공소외 72를 상대로 '성남시에 바란다'에 기재된 글에 관하여 '공소외 73 자치행정과장이 답변 못하게 했냐? 개새끼, 죽어버리겠다.

내가 인수위 시절 공소외 73 과장은 무슨 팀장이었냐? 이름 다 적어놔다.

나중에 시장 바뀌면 탄천 청소나 해라' 등의 말을 하였다.

공소외 3은 예산법무과 공소외 74를 상대로 '잘못한게 없고 다 잘했다는 거냐. 어느어느 과장들은 다 죄송하다는데, 너는 뭐가 그렇게 잘나서 그렇게 도도하냐며 언론에 이름을 내주겠노라, 감사실에다가 이야기하겠다'는 이야기를 했고, 잠시 후 다시 전화를 해서 1시간이 넘는 시간 동안 공소외 65, 피고인의 측근에 대한 불만의 내용을 이야기하였다.

(나) 그 밖에 방문 및 전화응답 현황에 기재된 사항

공소외 3은 성남문화재단 사장 부속실 전화로 비서에게 공소외 68 사장을 바꾸라고 하고, 사장의 전화받는 태도를 문제 삼아 통화가 중지된 후, 다시 전화를 걸어 비서에게 심한 욕설과 고성을 질렀다.

공소외 3은 산업진흥재단 공소외 75에게 전화하여 재단 임원에 대하여 물어보며 상당히 많은 시간을 중구난방으로 욕설을 섞어가며 이야기를 하였고, 공소외 3은 산업진흥재단 직원 공소외 75에게 전화하여 시장과 대표이사의 욕을 하고, 대표이사의 자격을 운운하며 욕설을 하고, 그 후 통화자를 상대로 통화자가 세상을 살면서 들어보지 못한 아주 심한 욕설 및 모욕(대학은 나왔느냐? 무슨 과를 나왔길래 한글 뜻도 모르냐는 등)과 협박(사표를 내라, 사표를 내지 않으면 다음 시장에게 사표를 꼭 받겠다.

평생직장인줄 아냐? 너하고 전쟁이다.

○○이라 불쌍해서 살려 줄라고 했더니 가만 안두겠다)을 하면서 고성과 욕설을 일관하고 욕설 중간 중간에 '고소해 XX야'라고 말하다가 일방적으로 통화를 종료하였고, 같은 날 재차 전화하여 '전임시장들한테도 욕을 했는데 너 같은 것한테 욕하는게 문제냐?', '억울하면 고소해 XX야'라고 하였고, 통화를 종료하려고 하자 '이XX가 ○○라 불쌍해서 살려 줄라고 한 번 더 전화했는데 정말 가만두지 않겠다'라면서 협박하였다.

공소외 3은 도시개발과 공소외 76에게 전화하여 위례신도시 사업권 확보 재정이 확보된 게 맞느냐며 일방적인 고성 후 전화를 끊었다.

공소외 3은 산업진흥재단 직원 공소외 77에게 '너 XXX 죽여 버리겠다.

정치재단 엮어버리겠다'는 등 갑자기 욕설을 하였다.

공소외 3은 지역경제과 공소외 78에게 '내가 시장 형인데 너희들 모하는 새끼들이야' 하고 고함을 지르며 연성을 높였고 전화번호를 불러주면서 '이X끼야 빨리 못 받아 적어'라며 욕설을 하였다.

공소외 3은 청소행정과 공소외 79에게 나눔환경사업은 북한 추종자들의 활동자금 역할이고, 용역을 해지하지 않으면 국정원에 고발하겠다는 말을 하였다.

공소외 3은 분당구보건소장 공소외 4에게 '당신이 나를 정신병원에 집어 넣으려고 수정구 보건소에서 분당구 보건소장으로 간 거냐', '공소외 3 치면 3,000명에서 5,000명 가까운 사람들이 나를 지지한다', '피고인이 어찌고' 하면서 횡설수설 제정신이 아닌 말을 했고, '난 역대 성남시장 공소외 80, 공소외 35, 공소외 70 모두 비리를 캐내서 다 구속시킨 장본인임을 알아라', '나를 정신병원에 집어넣으려고 했다는 내용에만 예라고 답하면 된다', '너 사실이 나타나면 징역 간다 공직생활 얼마 안 남았는데'라는 말을 하였다.

공소외 3은 수정구보건소 공소외 81에게 '미친X', '수정구보건소를 폭파시켜 버리겠다'라고 협박하였다.

공소외 3은 수정구보건소 공소외 82에게 반말에 욕설 등을 퍼부은 전화를 하였다.

공소외 3은 수정구보건소 공소외 83에게 소장이 자신에게 정신병원에 입원하라고 했다는 등 반말에 욕설을 퍼부었다.

공소외 3은 자신의 페이스북 계정에 성남시청 공소외 84 감사관이 꽃땀, 마타하리 역할을 했다는 등의 게시물을 올렸다

(다) 그 밖의 증거에 기록된 내용

공소외 3은 성남시시설관리공단 공소외 65 본부장과 통화하면서 왜 회계사님이라 안 부르고 공소외 3씨라 부르냐며 욕두문자를 퍼붓고 일방적으로 전화를 끊었다.

공소외 3은 공소외 7 비서실장에게 문자를 보내 시설관리공단 공소외 65의 고소 건에 대해 취하를 하지 않으면 피고인 구속시키고, 집에 가서 다리 몽둥이를 뽀질러 버리겠다.

국가정보원 압수수색도 각오하라는 등 위협하였다.

공소외 3은 성남시가 한국매니페스토운동본부로부터 최우수등급을 받은 것에 대해, '돈 주고 샀다'고 비난하였다.

공소외 3은 성남시에 바란다 게시판에 피고인을 비난하는 글을 올리는 공소외 3에게 시민으로서 충고를 하는 내용의 글을 올린 시민 공소외 85에게 2차례 통화 과정에서 "야 이 씨발 새끼야! 시민이면 나도 올려, 이 새끼야! 신경 꺼라 이 씨새끼야! 내가 니 좇이야, 이 새끼야!? 이 건방진 새끼 죽고 싶어서 죽고 싶어, 이 새끼야!? 너 뭐하는 놈이야!? 이 새끼 뒤질라고 좋게 얘기했더니 건방지게 어디에다 글을 올려? 다 지워, 이새끼야!" 등의 욕설을 하였다.

공소외 3은 성남시 감사관 공소외 84가 사는 마을로 찾아가 '공소외 84 개새끼', '꽃땀', '도둑놈' 등의 소리를 질러대었다.

공소외 3은 공소외 86 성남시 의회 의장에게 공소외 87 말고 아무나 의장으로 선출해주면 그 사람을 차기 시의장으로 만들어주겠다는 이야기를 하였다.

공소외 3은 경남 고성군에서 어린이들을 오른쪽으로 줄을 세우지 않고 3줄로 걸어다니게 해서 가는 길을 방해했다는 이유로 인솔교사에게 '교장을 정리할 테니까 대요! 학교 이름 대요!', '청소년 수련관 관장 오라고 그래!', '내 일당 50만 원 하는 사람이야.', '학교 이름 어디예요? 내가 교육청에 올리게! 인터넷에 올리게 대세요. 여기가 말이죠, 6천만 년 전의 공룡 주라식 파크에 사는 거예요', '경상남도 도지사는 그 따위로 교육시키냐고!?', '도지사 이름 뭐예요?

도지사 이름 알아요? 대세요. 관장 이름 뭐예요? 내 당장 쫓아 올라갑니다.

‘관장 사표 쓰게 해드릴게 내가, 경남도지사한테 얘기 해가지고. 내 청와대 갈까요? 한 번도 안 빌었어요, 나한테?’, ‘아저씨 아니에요! 회계사라고 했어요!’ 등의 말을 하고, 수련원장에게 ‘원장님! 나는 회계사님이라고’, ‘당신 말이야 고성군수실로 와!’, ‘이리 와! 철창으로 와! 경찰서로 와!’, ‘경찰서 와!, 술 한 잔을 먹었으면 당신 구속이야! 빨리 와. 따라오라고’, ‘고성군수실로 따라와! 당장 따라와 내 차 타고. 고성군수실 금방 가. 이거 개판이구만 이 동네? 원장이 나보고 당신이라고 그랬어? 당신 깡패지?’ 등의 말을 하였다.

공소외 3은 경기 성남시 중원구 여수동에 있는 성남시청 시의회 청사 4층 세미나실에서 새누리당 시의원 공소외 88 등 17명이 시의회 의장선출을 위한 임시총회를 열고 있다는 사실을 알고, “일요일에 새누리당 성남시 의회의장 후보를 선출하는 것은 불법이다.

피고인 시장이 나를 정신병자로 취급하고 있는데 왜 아무런 조치를 취하지 않느냐.”라고 하면서 성남시의회 청사에 침입하였다.

공소외 3은 성남시의회 청사 침입 건으로 체포되면서 ‘나는 경찰청에 갈 사람이지 지구대나 갈 사람이 아니다.

내가 피고인 시장의 친형이다’라고 말하였다.

공소외 3은 농협은행 지점장에게 찾아가 ‘지금 화장실 왜 문 잠갔죠? 8시 넘어서? 8시 넘어서 문 잠갔다고. 그 계약서 가져와요. 임대차계약서에 8시 넘으면 문 잠그는지 갖고 오라고. 화장실 문 잠갔다고 화장실에 와보세요!’, ‘피고인이 전화 왔잖아’, ‘당신이 피고인한테 했잖아!’, ‘당신 사표 써!’, ‘꺼져 너 죽을 줄 알아!’, ‘야, 부지점장 웃었어 너? 잘라버릴 거야 너’, ‘계약서 있어, 없어? 화장실 못 쓰는 계약서 대요. 안하면 당신 죽을 줄 알아 화장실’, ‘야 이 개새끼야 미친놈이라고 했지 너?’, ‘피고인이랑 공범이야’ 등의 말을 하였다.

공소외 3은 □□백화점에 찾아가 매대를 차고 소리를 지르며 영업방해를 하고, 직원과 행인들에게 욕설 폭언을 하며 소란을 피운 적이 있고 ‘피고인 시장 친형인데 불만 있냐’, ‘이 개새끼 성남시장이잖아’, ‘당신 □□야? 당신 □□ 이름 뭐야? 이 놈의 공소외 89이! □□공소외 90 오라고 해! 공소외 90 오라고 해!’, ‘분당구청으로 와!, 분당구청으로 와. 내가 너희들 아작 내줄게’, ‘형님! 저 좀 도와주십쇼. □□백화점 놈들이 저를 쫓아오고 있습니다.

아작을 좀 내주세요. 저 분당구청으로 들어갑니다.

빨리 오세요. 만사... 분당구청장실 들어가요 □□백화점 애들 내가 폭행... 폭행 했다고 쫓아오고 있어요’, ‘공소외 90 고소해. 그 씹새끼 고소해 오라 그래. 공소외 90은 씹새끼다, 공소외 90은 일본놈이다.

공소외 90은 세컨드 있다 꼽냐 공소외 90은 □□□□다 웃었지 공소외 90은 또라이다 공소외 90은 □□ 또라이다 내가 불러주지 공소외 84가 불러줄게’ 등의 폭언 욕설을 하였다.

(3) 피고인 및 피고인의 친족들에 대한 폭언·욕설·협박 등

(가) 공소외 3은 2012. 5. 28. 모친 공소외 5를 찾아가 ‘동생인 피고인 시장에게 전화하여 공소외 31 비서가 우리 가족을 협박하지 못하게 말려 달라. 그렇지 않으면 집과 교회에 불을 질러 버리겠다’라고 말하였고, 그 후 피고인과의 전화 통화 과정에서 ‘보건소장을 보내서 날 죽이려고 한다’, ‘당장 안 오면 엄마를 불 싸지른다.

당장 안 오면’, ‘내가 시청에 어머니 모시고 가서 기자회견 한다’, ‘어머니가 안 하면 내가 어머니를 가만 안두지’ 등의 발언을 하였다.

(나) 공소외 3은 2012. 6.경 모친 공소외 5에게 ‘내 직업이 회계사지만 먹고 사는 거는... 실제로는... 실제로 종교인이야. 나는 종교를 믿지 않는 종교인이야. 내가... 그 새끼 뭐라는지 알아?? 예수보다 더 위대 안 한대. 내가 위대... 예수보

다 더 위대할 수 있어. 나는 예수는 알리알리 사박다라하고 아버지, 아버지, 왜 버리십니까? 해도 나는 안버려.', '나 보자, 나 여기 발 깨진거 보여줘? 나 발 깨졌죠? 이게 발 왜 깨진지 알아? 나도... 나도 장애인이야. 자, 이게 아버지 돌 줍다가. 발에 돌 줍자, 해갖고 여기 금이 갔어', '아버지가 나는 고마워. 중학교 2학년 때 안 망했으면 나는 거기 있다가 싹 나 혼자 도망을 나왔으면 내가 뭘했겠어? 대학을 아버지 덕분에 간 거예요.', '아버지가 망했기 때문에 고마워해. 아버지가 바람을 피웠기 때문에 고마워해', '이놈의 새끼... 내가 분명히 말해줄게, 구속시킨다고. 지금 엉뚱한 짓 엄청 해. 그리고 간첩하고 어울려 댕겨. 저 이러면요 국정원에 보호신청합니다.

국정원 1차장이 새로 왔는데, '우리 집을 죽인 건 공소외 31이야. 그리고 배후에 피고인이. 빨리 구속 시켜' 등의 이야기를 하기도 하였다.

(다) 공소외 3은 2012. 6. 5. 피고인에게 '수내파출소장 구속시켜, 인마!', '이 새끼야 감찰하지?', '파출소 교사 혐의로 구속이야', '○○○이한테 뭐 이 새끼야 손찌검을 해, 이 새끼야!? 너 진상을 아냐', '이 씹새끼야! 파출소장이 너한테 주워줬냐?', '너 그리고 양간이야. 양아치 간첩 새끼야.', '너 재산이 30억 이라며? 너 10억 물어내, 이 새끼야 민사소송 들어가.', '나 미친놈으로 몰지 마 인마! 너 이새끼야, 보건소장이 안 들어! 너 말 안들어! 보건소 공소외 4가 인마, 안한다고 그랬다.

이 쪽팔린 놈아. 공소외 1도 안 한다 그랬고', '너 구속이야. 이 개새끼야!', '사표 내, 이 씨발 놈아!, 야 이 씨발 놈아 사표 내!' 등의 이야기를 하였다.

(라) 공소외 3은 2012. 6. 5. 공소외 50과 통화하면서 '그쪽에서 나를 죽이고 있다고. 오늘도 보건소장이 나한테 뭐라고 한 줄 알아요? 씨발 놈아. 내가 관리의사 하나만 하면 너는 병원 보낼 수 있어', '인사청탁 했대.', '내가 그래서 한 서너 명 추천했는데 팀장급 이하야. 이름도 댈 수 있어', '추천을 했어, 내가 돈 먹었습니까?', '저기... 인사 주무관을 만나서 13명을 자르라고 한게 있어. 징계하라고 그건 압력입니까?', '감사관이 나한테 어떻게 행동한지 아세요? 꽃뱀? 아세요?', '내가 건대 총장을 세웠는데, 그 사람이 세상에 검임교수도 안해 주더라. 감사관님 혹시 나이도 드셨으니까, 어? 그런 자리 있으면 한 번 어때? 이랬는데 청탁이래', '말지에서 왔죠? 간첩새끼. 말지에' 등의 이야기를 하였다.

(마) 공소외 3은 2012. 6. 5. 공소외 11과 함께 공소외 50과 대화하면서 (어머니와 관련해서)'정확하게 얘기해서 뉘지라고 그랬어, 내가', '나는요 성질 같아서는 칼로 썰어버리고 싶었어요', '내가 썰어 버린다고 그랬어', '내 나온 구멍을 완전히 썰어버리고 싶다고', 나는요, 얘기해볼까요? 여자가 딱 앉았는데, 뭐라고 그러는 줄 알아요?' '낮에는 밥 먹고, 저녁에는 자지 먹는 새끼들이 지랄이야', '내가 얘기했잖아. 전생에 뭐냐고. 선비에, 나는요 땅에 투자해서 안 먹고 아파트 투자해서 안 먹고 주식투자 해서 안 먹어. 원칙이야. 돈 못 벌었지만. 그거 안 하고 선비에 중에 미국인. 그런데 요새 보니까 내가 중 생활이 강한거야'라는 말을 하였다.

(바) 공소외 3은 2012. 6. 5. 피고인과 통화 과정에서 '그 여자가 나를 꼬시려고 우리 회사에 침입했다고', '뽀 안 맞았어 인마!', '나가라고 밀어냈다니까!', '너 이새끼야. 너 이새끼야, 마이킹 출신이라며? 공소외 91이 알라딘 사장인데 간첩이다.

마이킹 출신이다.

너 있지, 그래서 단일화 했냐? 간첩들하고', '내가 경고했지? 성남에서 요번에 한 100명 정도 간첩단, 청와대 50명 잡아 간다', '대검에서 그렇게 나왔다', '성추행으로 해 갖고 돈 받아 갈라 그랬다', '나한테 팬티를 보이고 유방을 보이면서 꼬셨다.

거래처 사장도 꼬셨다.

안 넘어갔지. 그래, 내 복수한 거다, 내한테', '공소외 4가 쫓았더라. 공소외 1이 쫓았더라. 전화 받으니까 딱 끊더라.' 등의 이야기를 하였다.

(사) 공소외 3은 2012. 7. 15.경 가족들을 비롯하여 여러 사람들에게 "오늘 나를 미쳤다는 사람은 ♥♥♥교회 예배당 앞으로 오시오. 하나님이 증명하리라. 지금 당장 ♥♥♥교회 쳐들어갑니다.

목사 알아서 하세요"라는 문자메시지를 전송하였고, 교회에 경찰이 출동하는 등의 상황이 벌어진 일이 있다.

(아) 공소외 3은 2012. 7. 15. 어머니 공소외 5의 집에서 동생인 공소외 14가 인터넷에 "셋째 형님이 어머니 집에 불을 지르겠다고 하는 등 정신과 치료가 필요하다.

"라는 취지의 글을 게재한 것에 대하여 사과를 요구하였으나 거절당한 것으로 시비가 되어 주먹으로 공소외 14의 얼굴과 목 등을 수 회 때리고, 계속하여 안방에 있는 선풍기를 들어 공소외 14를 향하여 던진 후 공소외 14를 침대 쪽으로 밀어 넘어뜨려 공소외 14에게 약 2주간의 치료가 필요한 안면부의 타박상 등을 가하였다.

또한 공소외 14와 싸우는 것을 말리는 여동생인 공소외 15의 입술 부분을 주먹으로 1회 때려 약 2주간의 치료가 필요한 안면부의 타박상 등을 가하였다.

그리고 공소외 14가 어머니인 공소외 5 쪽으로 피하자 그 곳에 서 있던 공소외 5의 뒷목 부분을 손으로 1회 때려 약 2주간의 치료가 필요한 경추부의 염좌상 등을 가하였다.

(4) 공소외 31과의 다툼

공소외 3은 2012. 5. 19. 공소외 31 비서관에게 전화를 하였고, 공소외 31 비서관이 피고인이 행사 중이라서 바꿀 수 없다는 말을 하자, 피고인을 그 새끼라고 불렀고, 공소외 31이 왜 욕을 하냐고 항의를 하자 '그 새끼 어디 갔냐니까! 욕을 하든 말든 니가 뭐야 이 새끼야! 니가 공소외 31이야? 이, 씨발 공소외 92가 아버지야? 이 씹새끼가 뒤질라고 너 죽고싶어?', '이 새끼 뒤질 야, 이 새끼야! 뭐 이새끼야? 너 공소외 31이야, 이 새끼야? 니가 공소외 92가 아빠야, 이 새끼야? 너 이 새끼야 56개 중에 이 새끼야, 플래카드 붙였냐, 이 개새끼야? 이 새끼야 피고인이 바뀌 이새끼야' 라는 등 공소외 31의 딸을 호명하면서 욕설을 하였고, 이에 공소외 31도 딸을 언급한 것에 흥분하면서 욕설을 하며 전화를 하였고, 2012. 6. 9. 공소외 31과 공소외 3이 서로 욕을 하면서 다투는 과정에서 공소외 3은 공소외 31에게 '아, 이 새끼야! 공소외 92가 너 이새끼야 JYP 앞에서 끝내주지?', '내가 인마 MBC ESPN 저기 공소외 93이도 알아 얘기 해봐', '공소외 93이랑 너 인마, 공영방송에 출연 못해 공소외 92이.', '야 이 새끼야! 내가 인마 뭐라고 그랬어 플래카드 붙였냐고 그랬지, 공소외 92가 죽인다고 그랬어!?' 등의 말을 하기도 하였다.

2) 공소사실 이후의 사정

가) 우울증 진단에 이르는 과정

공소외 3은 2013. 2. 20. ◇◇한의원을 방문하여 건망, 불안, 초조, 불면, 신경쇠약 등 심신의 안정을 위해 흔히 사용하는 처방인 온담탕, 귀비탕 관련 처방을 받았다.

그 후 2013. 3. 13. ☆☆☆☆☆ 정신건강의학과 의원에서 우울증 진단을 받았다.

나) 공소외 3의 교통사고

공소외 3은 우울증 진단을 받고 3일 후인 2013. 3. 16. 평택에 공소외 11과 함께 있다가, 공소외 11과 다툼 후 혼자 차를 몰고 가서, 공소외 11에게 전화로 죽으러 간다는 이야기를 하였다.

그 후 공소외 3은 운전하는 과정에서 중앙선을 침범하여 트럭과 충돌하는 교통사고를 일으켜, 다리가 골절되는 등의 큰 부상을 당하였다.

다) 국립▽▽병원 입원

공소외 3은 2014. 10. 29. ☆☆☆☆☆ 정신건강의학과 의원에서 상세불명의 우울에피소드 진단을 받고, 2014. 10. 31.부터 2014. 11. 5.까지 가족과 함께 한 터키여행에서 가족들과 싸워서 공소외 11 등은 따로 귀국하였는데, 공소외 3은 2014. 11. 18. 치아가 여러 군데 뺏히고 여기저기 다친 모습으로 나타났다.

그 후 공소외 11은 2014. 11. 21. 공소외 3을 국립▽▽병원에 보호의무자에 의한 입원 절차로 의사에 반하여 입원시켰다.

라) 공소외 3에 대한 의료기록 등에서 드러나는 사정

(1) 국립▽▽병원의 진료기록에는 '2013년 2월에 용인수지에서 진단을 받았는데 우울증이었던 거 같다', '매일 죽고 싶다는 말을 반복하고 살더라', '그러다 2013. 3. 16. 자살시도를 했다', '고의로 교통사고를 내서 다발성골절로 입퇴원을 반복했다.

당시 전두엽에 출혈이 있었다고 하지만 미세하여 자연치유 된다고 들었다.

사고 후 말이 어눌해지고 의사전달 정확히 못할 때도 있었다.

, '10/13 ~ 11/5 터기 가족여행 중 여러 일로 환자 혼자 두고 가족들 귀국, 이후 홀로 러시아로 가더라', '여행도중 대화를 하다가 가족들이 본인을 무시하고 깔본다는 이야기를 하고 가족들과 대화를 잘하지 않을 려고 했다', '환자는 계획과 다르게 즉흥적으로 경로를 바꾸고 새벽에도 갑자기 나가서 여행하자는 등 가족들이 힘들었고 다툼도 많아서 같이 여행을 못하겠다고 판단하고 아내와 딸은 먼저 귀국했다', '11/13 러시아(원래 계획은 15일에 귀국하기로 했었다)로 감', '내원 3일전 귀국하였으나 이 뺏히고 여러 군데 다친 모습으로 나타났는데 본인은 전혀 개의치 않았다', '여행도중 앙카라에서 양복 파는 곳에서 구경을 하다 현지 사장의 이야기를 듣고 와서는 또 양복사업을 해야 한다. 차를 또 사야 된다.

하루 종일 떠들어 대고 흥분하는 모습이 더 심해졌다.

, '그러다 부인을 폭행하려 하는 모습 보임' 등의 내용이 있다.

(2) 국립▽▽병원의 정신건강의학과 전문의 공소외 17의 2015. 2. 9.자 소견서에 '공소외 3은 2012년부터 과잉행동, 과대망상, 수면욕 감소 등의 증상이 시작되었으며 울증과 조증 증상이 반복되다 2014년 재발되었다'는 내용이 있다.

(3) ◎◎대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 18의 2017. 8. 17. 공소외 3에 대한 협진의뢰 회신에서 '공소외 3이 2012년경부터 조증삽화가 있어 가족회의 자리에서 폭행을 하고 □□백화점 노점상에게 공격적 행동을 하였다'라는 기재가 있다.

(4) 그 외에 ♣♣대학교병원 2015. 3. 10.자 자료에 의하면 '2007년에 집짓고 이사 가서 무리해서 투자한 돈이 안 들어오고 해서 물질적으로 어려워서 죽고 싶다고 한 적은 있다', '2012년 11월부터 2013년 2월까지 많이 우울했다', '3월 6일날 죽겠다고 차로 사고' 등의 내용이, ♣♣♣♣♣♣♣♣병원의 2016. 3. 28. 자료에는 '내원 약 4년 전 환자의 동생이 고위공무원에 선출되면서 집안 내 가족 간의 갈등이 발생하였음. 환자는 이 무렵 동생을 비롯한 누이들의 태도에 크게 상심하여 우울감이 발생하였다', '내원 약 3년 전 환자는 자가용 운전 도중 중앙차선을 가로질러 맞은편에 오던 5톤 트럭과 의도적으로 충돌하는 자살시도를 하였음' 등의 내용이 기재되어 있다.

3) 가족력 및 공소외 3에 대한 모친과 형제·자매들의 치료를 권유하기 위한 노력에 관한 사정

가) 피고인의 친족 중 조울증을 앓고 있는 사람은 당시에 막내 공소외 14, 공소외 15의 남편 공소외 19가 있는 등 피고인과 피고인의 친족들은 조울증의 증상 및 특성에 대하여 알고 있는 상태였고, 공소외 14는 자신의 주치의 공소외 94와 상의하였는데, 공소외 94로부터 조울증인 것 같으니 빨리 치료하는게 좋겠다는 이야기를 들었다.

나) 공소외 5는 공소외 3의 행위를 보고 공소외 11에게 정신건강의학적 치료를 권유하였으나, 공소외 11은 이상이 없다는 취지로 치료를 거부하였다.

피고인을 제외한 공소외 5, 공소외 15, 공소외 47, 공소외 14, 공소외 50의 논의 및 공소외 2의 평가문건 내용을 고려하여 공소외 5는 2012. 4. 10. 공소외 5 명의로 된 정신감정의뢰서를 성남시 정신건강센터에 접수하였고, 공소외 15, 공소외 47, 공소외 14도 추후에 의뢰서에 연명으로 서명하였다.

다) 공소외 5와 가족들은 2012. 6. 중순 분당구 정신건강센터에 찾아가 상담을 하기도 하였으나 진단 및 보호신청이 거부되었고, 그 후 경찰에 치료를 호소하는 취지의 진정, 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 따른 접근금지 및 의료기관에의 치료위탁 등의 구하는 조치 등을 진행하였으나, 치료위탁 처분은 진행되지 않았다.

라) 그 후에도 공소외 5는 공소외 3과 전화통화 과정에서 공소외 3에게 형사사건에서 합의를 해 줄테니 치료를 받아달라는 취지의 부탁을 하기도 하였다.

4) 피고인의 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조의 절차 진행에 관한 평가

가) 검사는, 2005년경에 공소외 3이 어머니 공소외 5로부터 5,000만 원을 빌려 쓰려 하였던 일이 발단이 되어 다투는 등으로 피고인과 공소외 3의 관계가 멀어졌고, 2010년도에 공소외 3이 성남시 홈페이지 게시판에 피고인의 시정 운영에 대한 비판의 글을 게시하여 언론에서 관련 보도를 하는 등으로 피고인의 입장이 난처해졌으며, 2012년도에 공소외 3이 성남시 홈페이지 게시판에 '현 성남시장은 성남시장 자격이 있다고 생각하는지요?'라는 제목으로 피고인의 시장자격을 비판하는 다수의 글을 게시하고, 성남시에 수시로 방문하거나 전화하여 민원사항을 들어주지 않는다는 이유로 성남시 공무원들에게 욕설을 하는 등 반복하여 민원을 제기하여 시정 운영이 방해되자, 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 제3항에 의하여 입원을 시킬 수 없음에도, 피고인은 성남시장의 직위를 이용하여 자신이 지휘·감독하는 분당구보건소장을 통해 보건소장의 지도·감독을 받는 센터 등을 활용하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 제3항에 의하여 입원시키기로 마음먹었다고 주장한다.

나) 그런데 앞서 본 바와 같은 공소사실 전후의 사정, 공소외 3의 피고인에 대한 적대적인 태도, 피고인과 공소외 3의 관계, 성남시장으로서의 지위에다가 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ①피고인은 앞서 본 바와 같이 공소외 3이 정신질환과 관련된 약을 복용한 것으로 알고 있는데다 피고인의 형제 중에도 정신질환을 앓은 가족력이 있고, 공소외 3이 폭력적인 언행을 반복하고 있어서 피고인 입장에서 공소외 3이 치료가 필요한 상황에 처해 있다고 판단한 것이 부당하다거나 전혀 터무니없다고 볼 것은 아닌 점, ②공소외 3의 폭력 양상은 가족 등 가까운 관계에 있는 사람에게만이 아니라 성남시 소속 공무원이나 산하기관 임직원들 등으로 범위가 넓어지고 있고 표출수위도 점차 과격화되고 있는 점, ③평가문건을 작성하였던 공소외 2나 성남시 측의 부탁으로 공소외 3과 관련한 자료를 검토해 본 상당수의 정신건강의학과 전문의들이 자료만으로 판단하는 것에 한계는 있지만 내용상 정신질환을 의심할 수 있다거나, 보호의무자를 설득하여 진단 자체는 받아볼 필요성이 있다는 의견을 표현한 점을 종합하여 보

면, 피고인은 공소외 3이 2002년경 조증약을 복용해야 할 정도로 정신적인 질환이 있고, 공소외 3의 과격하거나 이상한 행동 등은 조울증 등의 정신적인 질환에 기한 것이라는 의심을 품을 수 있었다고 볼 수 있다.

그리고 2012. 2. 이후 계속적으로 이어지는 공소외 3의 일반시민, 성남시 공무원, 친족 등에 대한 폭언, 욕설, 폭행, 협박 등의 행위에 의하여 그러한 의심은 더욱 강해졌다고 할 것이다.

즉, 피고인은 공소외 3이 2012. 2. 22.경부터 앞에서 본 바와 같이 계속적으로 성남시 홈페이지 등에 피고인의 시정운영, 시장의 자격, 성남시나 성남시 소속 공공기관의 운영, 인사와 피고인과 성남시 소속 공무원, 산하기관 임직원 등에 관한 지속적인 비판 내지는 비난의 글을 올리고, 성남시 소속 공무원이나 산하기관 임직원들에게 지속적으로 전화를 하면서 게시 글들과 관련한 무리한 민원요구, 폭언, 욕설 등을 행하고, 성남시청 시장실 앞을 점거하면서 소란을 피우는 등의 행위를 하는 것을 보면서 그러한 행동들이 공소외 3의 조울증과 같은 정신병적 증상에 기인한 것이라고 여겼을 수 있다.

그리고 피고인은 공소외 3이 자신을 향한 적대적인 행위를 반복하면서, 시정 운영이 어려워지고 소속 공무원들이 어려움을 호소하는 등의 상황이 계속되었음에도, 모친, 형제자매들의 권유만으로는 공소외 3과 공소외 3 가족들의 협조를 받아 공소외 3을 정신건강의학계 진단이나 치료를 받게 하기 어렵다는 것을 알고, 자신의 시장 등의 권한에 따른 구 정신보건법 제25조의 절차를 통해 법령상 가능한 범위에서 공소외 3을 정신의료기관에 입원시켜 진단 및 치료를 받게 해야겠다고 마음먹은 것으로 볼 여지가 상당히 있다.

그리하여 피고인은 비서실장 공소외 7을 통하여 소속 공무원에게 피해 사례에 대한 진술서 등을 받는 형식으로 공소외 3이 소속 공무원들에 대하여 폭언, 욕설, 무리한 요구 등을 한 피해 사례를 수집하고, 공소외 3이 홈페이지 게시판에 올린 글 등을 취합한 후 분당구보건소장인 공소외 1에게 전달하게 하여 구 정신보건법 제25조의 절차에 따른 진단 및 입원이 가능한지 여부 등을 확인하게 하는 등으로 이 사건 절차를 진행하였다고 평가할 수 있다.

그리고 구 정신보건법 제25조의 진단 및 보호신청 자체는 정신건강의학과 전문의나 정신보건전문요원의 고유의 역할이나, 행정기관에서 현황을 확인하거나 피해 사례, 자료를 수집하고, 절차 진행에 관한 협조를 구하는 등으로 정신건강의학과 전문의가 정신질환이 의심되는 자의 발견에 나아갈 수 있게 지원하는 것 자체를 위법하다거나 부당한 행위라고 평가하기는 어렵다.

물론 공소외 3이 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 사람에 정확히 들어맞지 않고, 공소외 3이 정신질환자의 의심을 받는 것에 대하여 공소외 3의 처나 성년의 자녀가 이를 받아들이지 않고 있는 마당에, 피고인이 굳이 소속 공무원들을 동원하여 공소외 3을 구 정신보건법 제25조의 규정에 따른 입원 절차를 다소 무리하게 진행하고자 한 행위가 사회적으로 논란이 되고 일정 부분 비난을 받을 소지는 있다고 할 것이지만, 그것 때문에 피고인의 절차 관여 행위를 직권남용권리행사방해의 구성요건에 해당한다고 쉽게 단정하여서는 안 된다고 할 것이다.

다만 앞서 본 바와 같이 응급입원 외에 정신건강의학과 전문의에 의한 진단 없는 입원은 불법적인 입원이라고 할 것이나, 피고인이 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원절차가 정신건강의학과 전문의의 대면진단 없이도 가능하다고 판단했다는 사정은 구 정신보건법 제25조 제3항에 따라 공소외 3을 입원시키는 집행 행위 자체를 위법한 것으로 볼 수는 있을지라도 나머지 다른 절차까지 모두 위법하거나 부당한 목적을 가진 행위로 보기는 어려운 측면이 있다.

더욱이 구 정신보건법 제25조는 보호의무자의 존재 여부와 무관하게 독립적으로 절차가 개시될 수 있는 점, 공소외 3이 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심되는 자에 해당하는지의 판단은 정신건강의학과 전문의 또는 정신보건 전문요원에게 전적으로 맡겨져 있고 지방자치단체의 장은 보건행정의 일환으로 정신건강의학과 전문의에 대하여 대상자 발견의 단서를 제공할 수 있다고 해석되는 점, 구 정신보건법 제25조 제1항의 '발견'에는 전문의의 대면진료가 필수적이지는 않은 것으로 해석되는 점 등에 비추어 보면, 분당구보건소장 공소외 1, 공소외 4 등이 구 정신보건법 제25조의 절차 진행이 위법하다는 사유로 피고인에게 제시한 논거들이 반드시 타당하다고 보기는 어려운 측면도 있으므로 피고인과 분당구보건소장들의 갈등 양상을 들어 구 정신보건법 제25조의 절차 진행에 부당성을 덧씌울 것도 아니다.

바. 정신건강의학과 전문의 공소외 2의 평가문건 수정 관련하여

1) 자문요청이 피고인의 일반적인 권한에 속하는 영역에 해당하는지 여부

구 성남시 정신보건센터 설치·운영 조례(2017. 11. 20. 조례 제3149호로 전부개정되기 전의 것) 제3조 제10호에 의하면 자문 업무는 성남시 정신건강센터의 업무의 하나이고, 제5조에 의하면 성남시 정신건강센터의 수탁자는 시장의 직접적인 지시·감독 아래에 있다.

그리고 자문을 구하는 대상자가 피고인의 친형이고, 외관상 가족 설득을 명목으로 평가문건을 요청한 것이기는 하나, 공무원들에게 폭언 등을 행하는 등으로 공무소 내에서 피해 사례를 수집하고 대책을 논의하기도 한 공소외 3의 행위에 대한 평가를 요청한 것을 공무와 무관한 개인적인 요청행위라고 할 수는 없고, 공소외 2에게 그 업무의 하나인 자문 업무를 하도록 한 것이므로, 이는 피고인의 일반적인 권한에 속하는 영역에 대한 직권의 행사로 볼 수 있다.

2) 직권의 남용에 해당하는지 여부

자문이란 그 방면의 전문가 등에게 의견을 묻는 절차이고, 그 과정에서 자문의 내용이나 방향에 관한 의견을 제시하거나 이미 행해진 자문 의견에 대하여 재차 부족하거나 보완이 필요한 사항을 묻거나 확인하는 것은 가능한 일이다.

한편 자문 업무는 공소외 2의 의학적 지식에 따른 판단을 구하는 것으로 공소외 2의 독자적인 권한 범위 내에 있는 영역에 해당하므로, 피고인의 요청이 그러한 독자적인 권한 영역을 넘어서 의학적 판단을 무시한 기재를 요구한 것으로 평가되는 것이 아니라면 그것을 직권남용행위에 이르렀다고 보기 어렵다.

그리고 공소외 1은 공소외 2에게 피고인의 수정 요청 사항을 전달하면서 그대로 고쳐야 하는 것은 아니라고 말하였고, 실제 공소외 2는 피고인이 요구한 수정의견을 그대로 기재한 것이 아니라 의학 교과서 등에 수록되어 있는 사항을 참조하여 종래의 평가문건에 적지 않았던 병의 심각성, 입원의 필요성 등에 관한 일반적인 사항을 적어 준 것이므로 피고인은 의견을 제시한 것으로 볼 수 있고, 피고인이 공소외 2에게 그의 의학적 판단에 따르지 않은 특정한 내용을 기재할 것을 강요하거나 지시하였다고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 피고인의 직권행사는 종래의 자문의견 내용에 병의 심각성 및 입원의 필요성에 대한 기재가 없어 그 부분에 대한 보완을 구하면서 의견을 제시한 것으로서 그것이 피고인의 위법·부당한 직권의 행사에 해당한다고 보기 어렵고, 앞서 본 센터의 업무 범위 등을 고려하면, 피고인이 해당 문건에 직인 등을 요청한 것 자체가 위법하거나 부당한 직권의 행사에 해당한다고 보기도 어렵다.

3) 공소외 1에게 요청사항을 공소외 2에게 전달하게 한 부분

공소외 1에게 공소외 2가 작성한 평가문건의 수정 의견이나 직인 날인의 요청을 전달하게 한 행위는 자문행위에 관한 피고인의 의견을 전달하려는 직권행사를 보조하게 하는 사실행위에 불과하다고 판단되고, 단순한 전달자로서 역할만 부탁한 행위 자체를 독자적인 직권남용의 대상이 되는 행위라고 볼 수 없다.

그리고 앞서 본 바와 같이 공소외 2에게 수정 의견을 제시하여 자문을 구하는 것이 직권남용행위라고 볼 수 없는 한 이를 전달하는 행위가 직권남용 행위가 된다고 볼 수 없다.

사. 공소외 5의 면담결과 요청과 송부, 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 촉구 관련하여

- 1) 공소외 5의 면담결과 요청과 송부 행위에 관하여 보건대, 이 사건 기록에 의하면, 공소외 5가 센터에서 공소외 3 관련하여 면담을 한 이후 분당구 보건소장 공소외 4가 센터에 공소외 5의 면담결과를 보내달라고 요청한 것은 당시 현안이 되고 있는 공소외 3에 대한 업무처리 방향을 정하기 위한 자료수집의 일환으로 공소외 5의 면담결과를 확인하려 함에 있었다고 볼 여지가 있는 사정이 인정되고, 또 이를 공문으로 수행한 것은 공문 없이 임의로 해당 자료를 보내주기 어렵다는 공소외 2의 요청이 있었다는 점을 고려하면, 이 부분 행위에 대한 지시가 위법·부당한 직권남용 행위라고 평가하기는 어렵다.
- 2) 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 촉구 행위에 관하여 보건대, 이 사건 기록에 의하면, 분당구 보건소에서 한 진단 및 보호신청 촉구가 당일 공소외 2에 의하여 명시적으로 거절되었고, 공소외 2가 요청에 답을 주기 위해서는 근거가 필요하다는 취지로 말을 하여 공문의 형태로 진단 및 보호신청 촉구가 이루어진 것으로 공소외 2와 공소외 4 사이에 사전에 협의가 된 것으로 보이는 점, 그 공문이 공소외 2에게 특정한 결론을 강제하는 취지의 것은 아니고, 이미 민원이 있고 보호의무자(공소외 5) 상담까지 진행된 상황에서, 성남시 정신건강센터에서 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청에 나아갈 것인지에 대하여 검토하고 명시적인 답을 달라는 취지 이상의 의미가 있다고 보이지 않는 점 등의 사정이 인정되고, 이에 비추어 보면, 이 부분 행위에 대한 지시가 직권을 남용한 행위에 해당한다고 평가하기는 어렵다.

아. 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 관련하여

1) 인과관계가 있는지 여부

이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소사실 기재와 같이 피고인이 2012. 5. 2.경 분당구보건소장을 공소외 1에서 공소외 4로 교체한 이후 직접 센터를 위탁 운영하는 분당서울대학교병원을 찾아가 정신건강의학과 전문의인 공소외 24에게 공소외 3의 대응방안에 대하여 문의하였고, 분당서울대학교병원 병원장인 공소외 32에게 전화하여 공소외 3의 입원에 관하여 협조를 구하기도 한 사실, 비서실장 공소외 7도 분당서울대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 25에게 공소외 3을 강제 입원시킬 수 있는지에 대하여 자문을 구한 사실, 피고인의 어머니 공소외 5가 공소외 7의 도움을 받아 센터에 대하여 공소외 3의 진단과 치료를 방치할 경우 법적 책임을 묻겠다는 취지의 내용증명을 보낸 사실 등은 인정되고, 이에 비추어 보면, 적어도 피고인이 공소외 2에게 구 정신보건법 제25조 제1항의 진단 및 보호신청과 관련하여 사실상의 영향력을 행사함으로써 직권을 행사하였다고 볼 수는 있다.

그러나 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 피고인의 직권 행사와 이 부분 공소외 2 및 성남시 정신건강센터의 직원들이 행한 진단 및 보호신청 사이에 인과관계가 있다고 보기 어렵다.

① 공소외 2는 2012. 6. 20. 분당구 보건소에서 성남시 정신건강센터로 보낸 진단 및 보호신청 촉구 공문을 명시적으로 거절하였고, 그 후 피고인이나 공소외 7이 공소외 2에게 진단 및 보호신청을 강제하는 직접적이고 구체적인 행위를 하였다고 볼 자료는 없다.

② 공소외 2는 2012. 6. 20. 분당구보건소장이 한 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청 촉구를 거절한 바 있는데, 그 이후 센터에 공소외 5 이름으로 내용증명 서류가 접수된 것을 계기로 공소외 3의 여러 폭력적인 행위들을 추가로 알게 되었고, 성남시 정신건강센터에서 아무런 조치도 취하지 않고 있는 것에 대하여 항의를 받기도 하였다.

공소외 2는 법정에서 추가로 제출받은 자료를 통하여 공소외 3이 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심할 만한 상황이라고 생각하였고, 변호사 공소외 95와 대응 방안에 대하여 상의한 끝에 구 정신보건법 제25조 제1항의 절차 개시에는 반드시 전문의가 대상자를 대면하여야 할 필요는 없다고 판단하였으며, 후속 절차에서 대상자의 입원 전에 전문의의 대면이 보장되어 있으므로 공소외 3을 대면하지 않고 이 사건 진단 및 보호신청을 하게 되었다는 취지로 진술하고 있는바, 공소외 2가 위와 같은 이유에서 진단 및 보호신청을 하였다는 것을 의심할 만한 다른 사정은 없다.

③ 진단 및 보호신청 이전에 공소외 2에게 구 정신보건법의 요건 및 절차에 관한 판단과 다르게 절차를 진행하여 달라는 취지의 직권행사가 있었다고 볼 만한 뚜렷한 자료는 없다.

④ 피고인의 어머니 공소외 5 명의로 된 내용증명이 공소외 2에게 보내졌다거나, 공소외 7이 내용증명을 작성하는 과정에서 공소외 5를 도와주었다는 것만으로 피고인이 공소외 2에게 진단 및 보호신청과 관련된 직접적인 권한을 행사하였다고 보기 어렵다.

공소외 2는 공소외 3의 어머니 공소외 5가 센터에 제출한 서류들의 내용이 공소외 3에 대한 진단 및 보호신청을 하게 된 결정적인 원인이 되었다고 진술하고 있다.

2) 직권남용에 해당하는지 또는 공소외 2가 의무 없는 일을 하였는지 여부

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 진단 및 보호신청은 공소외 2의 성남시 정신건강센터장으로서의 지위에서 행해지는 것이 아니고 법령이 부여한 정신건강의학과 전문의라는 독자적인 신분에 기초하여 행해지는 행위인 점, 공소외 2가 성남시 정신건강센터장의 지위에서 성남시장의 직무상 지시에 따라야 하는 위치에 있다고 하더라도, 이는 지역보건 행정업무에만 미치는 것이고 진단 및 보호신청은 이와 구별되는 고유 권한에 해당하는 점, 또한 앞서 본 바와 같이 진단 및 보호신청에 반드시 대면이 필요한 것은 아니라 할 것인데 피고인이나 공소외 7이 공소외 2에게 공소외 3을 대면하지 않고 진단 및 보호신청에 나아가라는 지시를 하였다고 볼 자료는 없는 점에 비추어 보면, 공소외 2에 대한 직권행사의 외관을 가지는 행위가 있다고 하더라도 직권행사의 내용이 공소외 2의 의학적 판단을 무시한 채 진단 및 보호신청에 나아가갈 것을 요구하는 정도에 이르러, 공소외 2가 의학적 판단과 무관하게 지시에 응한 정도에 이른 것이 아닌 한 직권남용에 해당하는 행위라고 볼 수 없다.

설사 그렇지 않다고 하더라도 앞서 본 법리와 같이, 직권남용죄에서 의무 없는 일이란 '법규범이 의무로 규정하고 있지 않은 일'을 의미하는 것이지 개인의 내면적, 심리적 차원에서 의무로 느끼지 않은 일을 의미하는 것은 아닌바, 진단 및 보호신청 권한은 구 정신보건법상 정신건강의학과 전문의인 공소외 2의 고유 영역으로 비록 피고인 또는 공소외

7이 공소외 2에게 어떠한 영향력을 행사하였다고 할지라도 그것이 공소외 2의 의사결정의 자유를 침해하여 법령상 의무 없는 일을 하게 하였다고 평가할 수도 없다.

자. 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원 시도 관련하여

1) 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 입원 집행의 위법성

이 법원에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인은 정신건강의학과 전문의 공소외 10이 피고인의 진단 의뢰에 따라 공소외 3을 직접 대면 관찰하여 진단하지 않고 '자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정된다'는 취지의 내용을 기재한 회신서가 있음을 이유로 당시 상황이 구 정신보건법 제25조 제3항의 '정신건강의학과 전문의가 제2항의 정신질환자로 의심되는 자에 대하여 자신 또는 타인을 해할 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 때'에 해당한다고 판단한 후 공소외 4 등에게 공소외 3의 입원절차의 진행을 요구하였던 사실은 인정된다.

그런데 앞서 본 바와 같이 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원 집행을 위해서는 정신건강의학과 전문의가 직접 대상자를 대면하고 관찰하여 평가한 대면진단이 있어야 하고, 구 정신보건법 제25조 제3항은 같은 법 제2항에 따라 실제 진단이 이루어진 경우의 후속 절차를 의미한다고 봄이 상당하다.

따라서 공소외 3에 대한 입원을 집행하는 것은 진단 없는 입원을 집행하려 한 것으로 위법한 행위가 된다.

2) 공소외 4가 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 입원을 시도하였는지 여부

기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 공소외 4가 2012. 8. 17.경 차량에 탑승하여 >>경찰서로 이동한 것이 구 정신보건법 제25조 제3항에 의한 공소외 3의 강제입원을 시도한 행위라는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵다.

오히려 당시 공소외 4가 공소외 3을 설득하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 따른 진단이 이루어지게 할 목적으로 >>경찰서로 이동하였다고 보아야 할 사정도 다분하다.

① 공소외 4는 경찰에서 '진단 정도는 권유해 봐야겠다는 생각으로 간 것이다'는 취지로 진술하였고, '강제로 끌어갈 생각은 없었다', '공소외 3이 진료를 희망했다면 공소외 10 교수에게 데리고 가 진단을 받아보게 할 생각이었다'고 진술하였고, 검찰에서는 대면진단을 권유해보기 위해 간 것이라고 진술하기도 하면서, 응하지 않으면 강제로 데려갈 생각에 앰블런스와 정신보건전문요원을 요청한 것이라는 취지의 진술을 하였고, 법정에서는 서류만으로 진단을 의뢰했던 것은 환자를 대면하지 않았기 때문에 완전한 절차가 아니라고 생각하여 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 진행하려고 하였다고 진술하였는바, 당시 공소외 4는 공소외 3을 입원시키려고 한 것이 아닌 △병원의 공소외 10에게 진단을 받게 할 요량으로 이 부분 공소사실 기재 행위를 한 것으로 보인다.

② 공소외 2는 당시 현장에 간 이유에 대하여 공소외 3을 설득하여 진단을 받게 하려고 간다고 알고 있었다고 하여 당시 >>경찰서에 가게 된 최초의 이유가 입원을 시키기 위한 목적이 아니었다고 진술하고 있다.

또한 공소외 2는 오늘 진단이 되면 바로 입원을 시키자는 말을 공소외 4에게 들어서 말도 안 된다는 답변을 하였다고 진술하였는바, 그 진술 자체에 의하더라도 공소외 2가 들은 이야기는 진단을 하게 한 다음에 그 결과에 따라 입원을 시키겠다는 진술이어서 공소외 4가 당시 >>경찰서에 입원을 진행하기 위하여 간 것인지에 대한 의문이 든다.

- ③ 공소외 9도 당시 공소외 3이 진단을 받게 하려고 가는 것으로 알고 있다고 진술하고 있다.
- ④ 한편 그 당시 작성된 것으로 보이는 차량 및 정신보건전문요원 동행 요청 공문은 당시 공소외 9가 공소외 4의 지시를 받아 공소외 4가 말한 대로 작성한 것인데 그 내용을 보아도 입원 집행을 위한 것이라는 등의 목적은 전혀 기재되어 있지 않고, 오히려 명시적으로 구 정신보건법 제25조 제2항의 문언대로 '진단의뢰'를 위하여 차량 및 정신보건전문요원을 요청한다고 기재되어 있다.
- ⑤ 공소외 4는 이 부분 행위 이전에 공소외 31이 공소외 3의 입원집행을 보조하기 위하여 청원경찰 2명을 데리고 찾아가 있을 때, 그것이 위법한 행위라는 이유로 거절하였다고 진술하였는데, 그로부터 얼마 지나지 않은 시점에 위와 같은 도움을 따로 요청하지 않고 공소외 3을 찾아간 점을 고려하면, 당시 공소외 4는 입원 집행이 아닌 다른 목적으로 해당 장소로 이동하였다고 볼 여지가 크다.
- ⑥ 당시 외관상 공소외 10의 회신을 구 정신보건법 제25조 제3항의 요건이 될 수 있는 자료로 보아 공소외 3에 대한 입원의 요건이 갖추어졌다고 판단하였더라도, 실제 입원에 이르는 행위를 하기 위해서는, 같은 법 시행령 제6조 제3항에 따른 자의입원, 보호의무자에 의한 입원절차를 진행하여야 할 뿐 아니라, 최소한 입원을 진행할 정신의료기관의 물색, 입원조치 의뢰 및 해당 정신의료기관의 승인 등이 있어야 할 것이다.

그런데 기록을 모두 살펴보아도 공소외 4가 당시 입원을 위하여 필요적으로 요구되는 위와 같은 준비행위를 한 상태에서 >>경찰서로 갔다고 볼 만한 증거가 없다.

- 3) 공소외 4, 공소외 2, 공소외 9로 하여금 앰블런스를 타고 공소외 3이 있는 곳으로 가도록 하였다는 부분에 대하여 공소외 4는 공소외 7의 지시와 다른 독자적인 판단으로 구 정신보건법 제25조 제2항에서 요구되는 진단이라는 요건을 구비하려는 행위를 한 것이다.

그리고 진단 의뢰에 따라 정신건강의학과 전문의가 대상자를 진단할 수 있도록 조치를 하는 것은 구 정신보건법 제25조 제2항이 예정하고 있는 행위이고, 공소외 4가 공소외 3이 설득에 저항할 경우 상황에 따라 공소외 3을 데려갈 내심의 의사가 있었다고 하더라도, 진단을 받게 하기 위한 호송행위 및 그 과정에서의 물리력 행사는 구 정신보건법 제25조 제2항에서 예정한 집행 방법의 하나라고 할 것이므로 이 부분 행위를 위법하다거나 부당한 행위로 평가하기 어렵다.

- 4) 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한 부분에 대한 판단

공소외 4가 차량 및 정신보건전문요원의 동행을 요청한 이유는 앞서 본 바와 같이 입원 집행을 시도를 위함이 아니라 공소외 3으로 하여금 진단을 받게 하여 구 정신보건법 제25조 제2항의 절차를 완성하기 위한 것이고, 지역의 정신질환 의심자에 대한 관리 업무를 담당하는 성남시 정신건강센터의 지위에 비추어 보면, 그 행위가 직권을 남용한 위법·부당한 행위에 해당한다고 평가하기 어렵다.

차. 결론

그렇다면 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하고, 형법 제58조 제2항 본문에 따라 이 부분 판결의 요지를 공시한다.

2. 직권남용권리행사방해 관련 공직선거법위반의 점

가. 공소사실의 요지

피고인은 2010. 6. 2.경 제5회 전국동시지방선거에서 성남시장으로 당선되어 2010. 7.경부터 2014. 6.경까지 재직하였고, 2014. 6. 4. 제6회 전국동시지방선거에서 성남시장으로 재선되어 2014. 7.경부터 2018. 3.경까지 연임하였으며,

2018. 6. 13.경 제7회 전국동시지방선거에서 경기도지사로 당선되어 2018. 7.경부터 현재까지 경기도지사로 재직 중이다.

피고인은 ① 2018. 5. 29.경 KBS 경기도지사 후보자 토론회에 참석하여 다른 후보자 공소외 6의 '형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠? 보건소장 통해서 입원시키려고 하셨죠?'라는 질문에 "그런 일 없습니다.

그거는 어머니를 때리고 어머니한테 차마 표현할 수 없는 폭언도 하고, 이상한 행동도 많이 했고, 실제로 정신치료를 받은 적도 있는데 계속 심하게 하기 때문에 어머니, 저희 큰형님, 저희 누님, 저희 형님, 제 여동생, 제 남동생, 여기서 진단을 의뢰했던 겁니다, 그런데 저는 그걸 직접 요청할 수 없는 입장이고, 제 관할 하에 있기 때문에 제가 최종적으로 못하게 했습니다"라고 발언하고, ② 2018. 6. 5.경 MBC 경기도지사 후보자 토론회에 참석하여 "우리 공소외 6 후보께서는 저보고 정신병원에 형님을 입원시키려 했다 이런 주장을 하고 싶으신 것 같은데 사실이 아닙니다.

정신병원에 입원시킨 것은 형님의 부인 그러니까 제 형수와 조카들이었고, 어머니가 보건소에다가 정신질환이 있는 것 같으니 확인을 해보자라고 해서 진단을 요청한 일이 있습니다.

그 권한은 제가 가지고 있었기 때문에 제가 어머니한테 설득을 해서 이거 정치적으로 너무 시끄러우니 하지 말자 못하게 막아서 결국은 안 됐다는 말씀을 또 드립니다"라고 발언하였다.

그러나 사실은 피고인은 2010. 말경 ○○정신병원에 공소외 3을 입원시키려는 시도를 한 사실이 있고, 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 않았으며, 피고인은 2012. 4.~8.경까지 수회에 걸쳐 분당구보건소장 등에게 공소외 3을 구 정신보건법 제25조 시장 등에 의한 입원 규정에 의하여 강제로 입원시키도록 지시하였고, 분당구보건소장 등이 이에 대하여 피고인에게 불가 의견을 개진하고, 위법한 일이어서 이를 이행하지 아니하자 수회에 걸쳐 질책하면서 계속하여 위 입원 절차 진행을 지시하였으며, 공소외 3에 대한 입원 절차는 당시 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조 시장 등에 의한 입원 절차가 위법하여 형사처벌을 받을지도 모른다는 생각에 이른 공소외 4의 자의에 의한 포기로 중단되었고, 피고인이 중단시킨 사실이 없었다.

그럼에도 피고인은 경기도지사 토론회 등에서 친형을 입원시키려고 하였다는 내용으로 사실대로 발언할 경우 낙선할 것을 우려하여 당선될 목적으로 위와 같이 피고인의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하였다.

나. 소송조건에 관한 주장에 대한 판단

1) 주장의 요지

이 부분 공소사실에는 공소사실의 특징이나 구성요건적 사실과 관련성이 없는 피고인의 개인 가족사, 피고인의 심리상태, 법령에 관한 법률적 견해 등 법관에게 부당한 예단을 줄 수 있는 내용이 기재되어 있으므로 이 부분 공소제기는 공소장일본주의에 위배되어 무효이다.

2) 판단

이 부분 공소사실에는 직권남용권리행사방해의 공소사실 일부가 인용되어 있는데, 앞에서 본 바와 같이 피고인이 공표한 사실이 허위라는 점을 설명하기 위하여 직권남용권리행사방해의 공소사실을 일부 인용할 필요가 있고, 피고인이 공소사실 기재 행위를 하게 된 배경, 행위의 동기와 경과 등에 관한 근거를 기재하는 것도 필요하다.

이러한 점에서 보면, 이 부분 공소사실에 다소 불필요하거나 장황한 기재가 들어 있다고 볼 수 있을지라도 그것이 법관에게 예단을 생기게 하여 법관이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는 정도에 이르렀다고 보이지는 않는다.

피고인과 변호인의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

다.

관련 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(대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도26 판결 참조), 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 참조). 그리고 공직선거법 제250조 제1항 소정의 허위사실공표죄에서는 공표된 사실이 허위라는 것이 구성요건의 내용을 이루는 것이기 때문에 행위자의 고의의 내용으로서 그 사항이 허위라는 것의 인식이 필요하다 할 것이고, 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 인지경위 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 2015. 5. 29. 선고 2015도1022 판결 참조).

또한 다른 선거운동의 경우와 마찬가지로, 공직선거 후보자 합동토론회에 임하는 후보자는 자신에 관한 것이거나 다른 후보자에 관한 것이거나를 막론하고 모두 진실에 부합하는 주장만을 제시하고, 자신의 의견을 밝히고 다른 후보자에게 질의하거나 다른 후보자의 질의에 답변함에 있어 분명하고도 정확한 표현을 사용함으로써, 선거인이 각 후보자의 자질, 식견 및 견해를 명확하게 파악할 수 있도록 해야 하는 것이 원칙이다.

그러나 미리 준비한 자료에 의하여 일방적으로 자신의 의견을 표현하는 연설의 경우와는 달리 후보자 사이에서 주장과 반론, 질의와 대답에 의한 공방이 즉흥적·계속적으로 이루어지는 합동토론회의 특성으로 인하여 위와 같은 표현의 명확성에는 그 한계가 있을 수밖에 없다.

따라서 후보자가 선거인의 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 다른 후보자의 견해나 발언을 의도적으로 왜곡한 것이 아니라, 합리적으로 보아 가능한 범위 내에서 다른 후보자의 견해나 발언의 의미를 해석하고 이에 대하여 비판하거나 질의하는 행위는, 후보자의 주장이나 질의에 대하여 다른 후보자가 즉시 반론이나 답변을 통하여 자신의 입장을 밝힐 기회가 주어지는 합동토론회의 특성을 고려해 볼 때, 진실에 반하는 사실을 공표한다는 인식을 가지고 행하는 허위사실 적시행위로 평가할 수 없다고 보아야 한다.

이는 후보자가 자신의 주장을 내세우거나 상대방에게 질의하는 과정에서 한 표현이, 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이 아닌 이상, 일부 부정확 또는 다소 과장되었거나 다의적으로 해석될 여지가 있

는 경우에도 마찬가지이다(대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도2879 판결 참조). 여기서 의혹 제기에 대한 답변이나 반박이 일부 부정확 또는 다소 과장되었거나 다의적으로 해석될 여지가 있는 경우에도, 앞서 본 합동토론회의 특성이 달라진다고 보기 어렵고, 상대방은 답변에 기초하여 구체적인 사실관계를 확인하는 질문을 통하여 다의성을 구체화하거나 부정확성을 해소하는 것이 가능하므로 마찬가지로 그 표현이 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이라고 평가할 정도에 이르러야 할 것이다.

라. 피고인의 발언에 '피고인이 2010년 말경 공소외 3을 ○○정신병원에 입원시키려는 시도를 한 사실이 없다'는 내용이 포함되어 있는지 여부

검사는 공소외 6 후보자의 '형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠? 보건소장 통해서 입원시키려고 하셨죠?'라는 질문에 '피고인이 2010년 말경에 공소외 48을 통하여 공소외 3을 입원시키려고 하였느냐'는 질문이 포함되어 있음을 전제로 공소를 제기한 것으로 파악된다.

그런데, 공소외 6이 이 부분 발언을 한 계기는 2012년 4월부터 8월까지 사이에 있었던 피고인의 공소외 3에 대한 강제 입원 시도 행위의 의혹을 확인하고자 함에 있던 것이 고, 2010년 말경에 있었던 피고인의 공소외 3에 대한 강제입원 시도는 이 사건 수사 과정에서 비로소 수사기관에 의하여 제기된 것일 뿐 이 사건 토론회 당시에는 외부적으로 전혀 알려진 적이 없었다.

공소외 6도 이 법정에서 피고인에 대한 질문에 2010년 말경에 있었던 공소외 3에 대한 입원 시도 의혹은 고려되지 않았다는 취지로 진술하고 있다.

따라서 공소외 6의 질문이 2010년도에 있었던 사실에 관한 것이 아님은 분명하고, 피고인도 공소외 6의 질문을 2012년도 이전에 발생한 사실에 관한 것으로 이해하였다고 볼 수 없으므로, 피고인이 허위의 사실을 공표하였다거나 허위 사실을 공표한다는 점에 대한 인식이 있었다고 볼 수 없다.

마. 피고인이 2012년 4월부터 8월까지 분당구보건소장 등에게 공소외 3을 구 정신보건법 제25조의 규정에 의하여 강제로 입원시킬 수 있도록 입원 절차 진행을 지시하였음에도, '그런 일이 없었다, 사실이 아니다'고 발언한 것이 허위 사실 공표에 해당하는지 여부

1) 전제사실

이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ①피고인은 공소외 3이 정신적인 질환이 있고 자신 또는 타인을 해할 위험이 있는 사람에 해당한다고 상당한 정도로 의심하고 있던 차에, 2012년 4월경부터 직접 또는 공소외 7을 통하여 분당구보건소장 공소외 1 등에게 공소외 3을 구 정신보건법 제25조를 적용하여 정신병원에 입원시킬 수 있는지에 관한 법률적, 행정적 검토를 하도록 포괄적으로 지시한 사실, ②그에 따라 공소외 7은 시청 공무원들을 상대로 '공소외 3이 악성민원을 반복하여 제기하고 있고, 그 행태에 비추어 정신에 문제가 있는 것 같다'는 취지의 진술서 등을 작성하게 하였고, 공소외 1은 성남시 공무원들의 진술서와 공소외 3의 성남시 홈페이지 게시물 등 공소외 3 관련 문건을 토대로 공소외 3을 구 정신보건법 제25조의 시장 등에 의한 강제입원 방식으로 입원하게 하는 것이 가능한지 여부를 센터장 공소외 2에게 자문하는 등으로 검토한 사실, ③공소외 1은 공소외 2에게 공소외 3의 치료가 필요하다는 내용의 문건 작성을 부탁하였고, 공소외 2는 '공소외 3이 인터넷 상에 기술한 내용 및 접촉한 사람들의 상황 설명이 사실이라는 전제 하에.....조울병의 가능성이 높다고 판단되고.....'등의 내용으로 평가문건을 작성하였

는데, 피고인은 공소외 3을 정신병원에 입원시키기에는 평가문건의 내용이 부족하다고 보아 평가문건의 내용을 '조울병은 심각한 질병으로 입원이 중요한데, 지금 단계에서 공소외 3이 자신 또는 타인을 해할 위험이 매우 높다'는 취지로 고친 다음 공소외 1로 하여금 공소외 2에게 공소외 3의 평가문건을 다시 받아오게 지시한 사실, ④피고인은 그 후에도 공소외 1이 '공소외 3이 정신질환으로 자신 또는 타인을 해할 위험이 있다고 의심된다고 단정하기 어렵고, 배우자의 동의가 없는 한 시장 등에 의한 강제입원 요건이 되지 않는다'는 취지로 강제입원이 불가하다고 보고하자, 공소외 1에게 '보건복지부 고시에 정해진 여러 요건에 해당된다.

공소외 3을 정신병원에 입원시킬 수 있다.

시장 군수에 의한 입원이 가능하다'는 식으로 말하며 질책하기도 하였고, 공소외 1에게 '정신건강센터에 제25조에 의한 강제입원을 지시하라'는 식으로 다그치기도 한 사실, ⑤피고인은 분당구보건소장을 공소외 1에서 공소외 4로 바꾼 후에는 직접 센터를 위탁 운영하는 분당서울대학교병원을 찾아가 정신건강의학과 전문의인 공소외 24에게 공소외 3 대응방안에 대하여 문의하였고, 분당서울대학교병원 병원장인 공소외 32에게 전화하여 공소외 3의 입원에 관하여 협조를 구하였으며, 공소외 7도 분당서울대학교병원 정신건강의학과 전문의 공소외 25에게 공소외 3을 강제 입원시킬 수 있는지 자문을 구한 사실, ⑥피고인은 또 브라질 해외 출장을 가기 직전에 공소외 4에게 구 정신보건법 제25조에 의한 입원이 가능하다고 판단되니 입원을 진행하라고 지시하였고, 브라질 출장 중에도 전화하여 동일한 취지로 지시하였으며, 공소외 7도 공소외 4에게 전화로 입원절차를 진행하라고 재촉한 사실, ⑦공소외 4는 공소외 5가 센터에서 공소외 3의 정신과적 치료 관련하여 상담을 하였다는 것을 알고 센터에 면담 결과를 요청하였고, 공소외 5 이름으로 센터에 공소외 3의 진단과 치료를 방지할 경우 법적 책임을 묻겠다는 취지의 내용증명이 접수된 사실, ⑧공소외 4는 분당△병원공소외 10에게 공소외 3에 대하여 구 정신보건법 제25조 제2항에 의거하여 진단을 의뢰하였고, 비서실장 공소외 7은 공소외 10으로부터 받은 진단의뢰에 대한 회신 문서를 바탕으로 수행비서 공소외 31, 공소외 4에게 공소외 3의 입원 집행을 지시한 사실, ⑨공소외 2가 공소외 3에 대하여 진단 및 보호신청을 하고 뒤이어 진단 의뢰를 받은 공소외 10이 대면진단이 없이 '진단 의뢰에 대한 회신'이라는 제목으로 '서류상 검토한 결과 자신 및 타인을 해할 위험이 있어 정확한 진단과 치료가 필요할 것으로 사료됩니다'는 의견을 밝히자, 피고인은 이를 구 정신보건법 제25조 제3항의 요건에 맞는 문서로 보아 성남부시장이던 공소외 34의 절차의 중단을 수용할 때까지 공소외 4에게 계속적으로 구 정신보건법 제25조 제3항에 따른 후속 입원 절차 진행을 지시하고 독촉한 사실은 인정된다.

2) 피고인의 발언이 유권자에게 주는 인상

앞서 본 피고인의 행위들은 공소외 3을 입원시킬 의도와 목적을 가지고 행한 행위에 해당하므로, 피고인은 적어도 법령상 요건이 갖추어진 경우 시장으로서 구 정신보건법 제25조 제3항의 입원에 관한 재량권을 행사하여 공소외 3을 입원시키려는 의도를 가지고 구 정신보건법 제25조의 절차 진행을 지시한 것으로 판단된다.

위와 같은 사실관계에다가 다음과 같은 사정들, 즉 토론 방송을 보는 선거인의 입장에서 피고인이 시장의 권한을 이용하여 친형인 공소외 3을 정신병원에 입원시키려는 행위를 하였는지에 관한 사실관계 여부를 확인하여 피고인이 경기도지사가 되기 위한 자질, 도덕성 등을 갖추었는지에 관한 판단을 하려는 것이 주요 관심사이었을 것으로 보이는 점, 피고인의 친형 정신병원 입원 시도 행위가 법령에 따른 정당한 행위인지 여부는 사실관계가 먼저 규명된 다음에 2차적으로 후보자 선택의 판단에 영향을 미칠 요소라고 볼 수 있는 점 등을 고려하면, 피고인이 2012년 4월부

터 8월까지 분당구보건소장 공소외 1, 공소외 4 등에게 공소외 3을 구 정신보건법 제25조의 시장 등에 의한 입원 규정에 의하여 강제로 입원시키도록 지시하였고, 분당구보건소장 등이 위법한 일이라고 이행하지 아니하자 수회에 걸쳐 질책하면서 계속하여 입원 절차 진행을 지시하였음에도, 후보자 합동토론회에서 공소외 6의 '형님을 정신병원에 입원시키려고 하셨죠? 보건소장 통해서 입원시키려고 하셨죠?'라는 질문에 '그런 일 없습니다'고 답변한 것은 이 사건의 실체를 전혀 모르고 있는 유권자에게 마치 피고인(내지 성남시)은 공소외 3의 정신병원 입원 시도와 관련하여 아무런 사실행위를 한 적이 없다는 인상을 심어 주고 그 결과 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있어 그 범위에서 피고인은 자신의 관여 사실을 적극 부인하는 방법으로 허위사실을 공표한 것으로 볼 수 있는 측면도 있다.

3) 피고인의 발언이 허위사실공표에 해당하는지 여부

그러나 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 특히 질문 및 답변의 의도, 발언의 다의성, 당시 상황, 합동토론회의 특성 등에 비추어 보면, 공소사실 기재와 같은 피고인의 답변은 구체적인 행위의 존부를 특정할 수 없는 불분명한 발언이고, 그 발언이 선거인의 정확한 판단을 그르칠 정도로 의도적으로 사실을 왜곡한 것이라고 평가할 정도에 이르렀다고 보기 어렵다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피고인의 '행위'에 관한 허위사실을 공표하였다는 점이 합리적 의심 없이 증명되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

가) 답변을 통해서 추출되는 구체적인 행위의 불분명

본래 '~려고'는 어떤 행동을 할 의도나 욕망을 가지고 있음을 나타내는 연결 어미로서 '입원을 시키려고 하였지요'라는 질문은 시간, 공간적으로 특정되는 구체적인 사실이 아닌 피고인에게 입원을 시킬 의도를 가지고 했었던 무엇인가가 있었는지를 묻는 것이 된다.

따라서 다른 사정이 없는 한 피고인이 공소외 3을 입원을 시키려고 했는가(또는 보건소장을 통하여 입원시키려고 했는가)라는 주장에 대하여 긍정하였건, 부정하였건 피고인의 발언으로 인하여 분명하게 공표되는 것은 피고인이 공소외 3을 입원시킬 의도에 대한 부분이고, 구체적인 행위와 관련해서는 위와 같은 의도를 가진 행위로 평가될 수 있는 무엇인가가 존재하는가, 존재하지 않는가에 대한 진술에 불과하다.

따라서 피고인의 답변만으로는 허위사실 공표죄에서 말하는 피고인의 행위에 관한 허위사실인 시간, 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 행위의 존부에 대한 보고 내지 진술이 무엇인지 분명하지 않다.

나) 질문의도 및 답변의도

공소외 6의 질문이나 주장이 구체적인 사실관계를 전제로 하지 않았다는 점은 다음과 같은 문제가 있다.

공소외 6은 피고인이 공소외 3에 대한 불법적인 입원을 시키려 하였느냐는 취지에서 질문을 한 것이라는 취지의 진술을 한 바 있고, 피고인은 공소외 6의 질문이나 의혹제기를 멸정한 사람에 대한 불법적인 정신병원 강제입원을 하려고 한 것은 아니라는 질문으로 이해하고 이를 부인하였다고 주장하고 있다.

이러한 관점에서 보면 피고인의 답변은 그 의도 자체에 대하여도 허위를 말하였는지 아닌지 달리 해석되고 평가될 수 있다.

다) 발언의 다의성

(1) 피고인의 입장에 따른 문제

기록에 나타난 피고인의 SNS 자료와 언론 기사 자료들에 비추어 보면, 이 사건 수사가 진행되기 전 피고인의 기본적인 입장은 '어머니가 보건소에 정신질환 여부 확인을 위한 진단(강제입원이 아님)을 의뢰하여 성남보건소는 행정절차로 형님의 정신질환 여부 확인절차를 시작하였고, 그러나 보건소가 성남시장 관할이기 때문에 정치적 문제가 생길 수도 있어 진단 절차는 더 이상 진행하지 않았다'는 이유로 피고인은 공소외 3을 강제로 입원시키려 한 것은 아니고, 실제 입원은 공소외 3의 처와 딸에 의하여 이루어졌다는 것으로, 이는 토론회에서 피고인이 하였던 발언과 유사한 취지의 발언이다.

위와 같은 피고인의 발언은 기본적으로 공소외 3의 입원과 관련하여 피고인에게 불리한 사실관계들을 언급하지 않고, 오로지 피고인에게 유리한 사실관계를 추출해 언급하면서, 강제진단의 행정절차를 진행하던 중 절차 진행을 그만두었으니 입원을 시키려고 한 것은 아니라는 내용이 된다.

물론 피고인이 행한 행위 중 불리한 행위까지 함께 관찰하면 이와 같은 결론을 추출해 내는 것이 정당하다고 보이지는 않으나, 구체적인 행위에 대한 질문이 아니라, 위와 같은 전제하에서 자신의 행위가 강제입원을 시키려고 한 것은 아니라는 취지에서 그와 같은 답변을 한 것이라면, 이를 구체적인 사실을 들어 다른 질문을 한 것이 아닌 한 그 자체로 어떠한 구체적인 허위사실을 공표한 것이라고 평가하기 어렵다.

(2) 입원을 직접 목적으로 하는 행위의 부존재

앞서 본 바와 같이 공소외 4는 기본적으로 공소외 3을 설득하여 진단을 받게 할 목적으로 >>경찰서로 이동한 것이므로, 현실적으로 공소외 3을 강제적으로 입원시키려는 외부적인 행위는 존재하지 않았다.

결국 구 정신보건법 제25조에 따른 절차는 입원단계에 이르기 전에 위법성 여부 등에 대한 내부적인 논란으로 결국 입원을 위한 실질적인 실행행위가 없게 된 것이다.

그리고 '~하려고 하였냐'는 질문은 준비행위를 넘어선 실질적인 실행의 착수에 이른 행위가 있느냐는 것을 물어보는 의미도 있으므로, 직접적인 실행을 목적으로 하는 행위가 없었다는 이유로 입원을 시키려는 행위가 없다는 답변을 한 것이라면, 그 자체가 허위의 사실을 공표한 것이라고 단언할 수도 없다.

(3) 법령상 입원을 할 수 있는 단계에 이르지 않음

앞서 본 바와 같이 진단을 마치지 못한 이상 객관적으로는 구 정신보건법 제25조 제2항의 진단을 마쳐야 하는 단계에 있을 뿐이고, 구 정신보건법 시행령 제6조 제3항에 의하면 자의입원 또는 보호의무자 입원을 진행한 다음에야 입원을 시킬 수 있으므로, 해당 단계는 진단을 진행하고, 자의입원 또는 보호의무자에 의한 입원을 요청하거나 권고하여야 하는 단계이다.

그리고 분당구보건소장 공소외 4는 2012. 8. 31.자 보고서를 통해 진단의뢰 후 서류상 검토 결과에 따른 소견서만 받았을 뿐이고, 입원절차 이행에 있어 반드시 정신건강의학과 전문의의 대면진단이 필요하나 진단을 받지 못하고 있고, 진단서 발급이 지난하다는 내용과 진단을 위한 본인이나 가족의 협조를 구할 수 없고 진단을 강제할 수 있는 법적 근거가 없다는 내용의 보고를 하였는데, 해당 보고는 결국 구 정신보건법 제25조의 절차가 아직 진단을 받아야 하는 절차에 머무르고 있음에도, 진단을 받지 못하고 있고, 받게 할 방법이 없다는 보고를 한 것으로, 이와 같이 절차가 진단 단계를 벗어나지 못하였다는 보고를 받은 상태에서 절차가 종료되었으므로, 이를 이유로 진단을 하려다가 그만둔 것이고 입원을 시키려 한 것은 아니라는 취지로 답변을 한 것이라면 이 점에 있어서도 허위의 사실을 공표하였다고 단정할 수도 없다.

라) 합동토론회의 특성

결국 앞서 본 바와 같은 포괄적인 형태의 질문은 그 질문의 불분명성 때문에 답변에 의하더라도 그 답변의 의미가 다의적이거나 명확하지 않을 수 있고, 합동토론회는 그 성질상 주장에 대한 공방을 통하여 불분명한 사항을 구체화할 것이 전제가 되어 있으므로 이를 보완하는 것은 일차적으로 토론 상대방의 몫에 속한다 할 것이다.

바. 피고인의 발언 중 '제가 최종적으로 못하게 하였습니다.

제가 하지 말자 못하게 막아서 결국은 안 되었다'는 부분이 허위사실 공표에 해당하는지 여부

이 부분 공소사실은 공소외 3에 대한 구 정신보건법 제25조에 따른 정신병원 입원 절차는 종국적으로 공소외 4의 의사에 따라 중단된 것임을 전제로 하고 있다.

그런데 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 피고인은 당시 성남시장으로 구 정신보건법 제25조의 시장 등에 의한 입원절차의 진행 및 중단과 관련하여 종국적·최종적인 권한을 가지고 있는 점, ② 공소외 3을 구 정신보건법 제25조에 따라 입원시키려고 하였던 해당 절차의 진행은, 절차의 개시단계부터 피고인이 적극적·주도적으로 개입하여 시작된 절차에 해당하고, 절차개시 경위와 피고인의 성남시장으로서 지위 및 권한을 고려하면 이 절차진행을 최종적으로 중단시킬 수 있는 사람은 피고인 외에는 없는 점, ③ 당시 성남시 부시장이던 공소외 34의 진술에 의하면, 공소외 34는 분당구보건소장이던 공소외 4로부터 구 정신보건법 제25조 절차 진행과 관련한 심적 부담감 및 절차를 중단하고 싶다는 취지의 요청을 받고, 공소외 4에게 더 이상 추진하지 않아도 된다고 말한 후, 피고인에게 공무원들이 힘들어하고 정치적으로 무리가 있으니 그만해달라는 부탁을 하여, 피고인으로부터 그만하라는 취지의 답변을 받은 것으로 보이는 점, ④ 그 이후로 구 정신보건법 제25조의 법령 질의 절차가 진행되었을 뿐 해당 절차의 구체적인 집행 지시가 있었다고 볼 만한 증거는 없는 점을 고려하면, 공소외 4 보건소장이나 분당구 보건소 측의 반대로 인하여 구 정신보건법 제25조의 절차가 원활하게 진행되지 않은 점이 있다고 하더라도, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인의 경기도지사 후보자 토론회에서의 이 부분 발언이 허위의 발언이라는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

사. 결론

그렇다면, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하고, 형법 제58조 제2항 본문에 따라 이 부분 판결의 요지를 공시한다.

3. 검사사칭 전과 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

가. 공소사실의 요지

1) 전제사실

피고인은 2002. 5. 10. 10:59경부터 11:26경 사이 성남시 (주소 2 생략)에 있는 변호사 피고인 법률사무소 내 피고인의 집무실에서 "분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜분양 사건"에 관한 보도자료를 수집하던 KBS '추적60분' 담당 프로듀서 공소외 12가 당시 성남시장 공소외 35에게 통화를 시도하던 중 실패하여 "검찰청이라고 전화를 해 볼까요?"라고 하자 "그렇게 해 보죠, 그러면 통화가 되지 않을까요?"라고 답변하고, 공소외 12가 "괜찮을까요?"라고 하자 "별 일 있겠어요, 그렇게 하면 연결이 되겠죠"라고 하며 공소외 12로 하여금 검사를 사칭하도록 결심하게 하고, 이어 공소외 12가 "수원지검에 경상도 말을 쓰는 검사 중 아는 사람 있어요?"라고 묻자 "수원지검에 ♠모 검사가 있는데 시장도 그 이름을 대면 잘 알 겁니다"라고 하며 공소외 12에게 사칭할 검사의 이름 및 '분당 파크뷰 시행사 H-

1개발 공소외 39 회장의 선거지원문제', '골프연습장에서 시 직원 인선문제' 등 공소외 35에 대한 개략적인 질문사항을 알려주었다.

이에 공소외 12는 2002. 5. 10. 11:28경 위 변호사 집무실에 동석하고 있던 KBS 카메라담당 공소외 42, 오디오담당 공소외 36에게 녹음을 준비하라고 지시한 뒤, KBS로부터 받은 업무용 휴대전화를 이용하여 공소외 35의 휴대전화로 전화한 다음 전화통화에 응한 공소외 35에게 "수원지검 ♠검사입니다, 수사 중에 아니 조사하는 과정에서 시장님께서 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 하며 위 수원지방검찰청 ♠모 검사를 사칭하여 공소외 35와 통화 및 그 대화의 녹음을 시작하였다.

피고인은 위와 같이 공소외 12가 통화를 시작하자 녹음 중인 카메라 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 공소외 35에 대한 추가 질문사항의 요지를 "은갈치", "골프칠 때 검사" 등과 같이 메모지에 간단히 적어 주거나 나지막한 목소리로 위와 같이 개략적으로 알려준 질문요지 및 추가로 질문할 사항 등을 보충 설명하고, 공소외 12는 피고인이 알려 준 질문사항에 따라 공소외 35를 상대로 분당 백궁지구 용도변경 경위, 은갈치 선물 수령 등 파크뷰 ♠회장과 관계 및 백궁지구 용도변경과의 관련성, 검사들과의 골프 약속 등 ♠회장과 검사들과의 친분 및 시장이 고소한 사건의 수사지연이유 등에 관하여 마치 검사가 조사하듯 질문하여 공소외 35의 답변을 얻어내었다.

이로써 피고인은 공소외 12와 공모하여 검사를 사칭하여 그 권한을 행사하였고, 그 결과 2003. 7. 1. 수원지방법원에서 공무원자격사칭죄 등으로 벌금 150만 원을 선고받아 2004. 12. 24. 위 판결이 확정되었다.

2) 범죄사실

누구든지 선거와 관련하여 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 유리하도록 후보자, 후보자의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매의 출생지·가족관계·신분·직업·경력 등·재산·행위·소속단체, 특정인 또는 특정단체로부터의 지지여부 등에 관하여 허위의 사실을 공표하여서는 아니 된다.

피고인은 2018. 5. 29. 23:00경 서울 영등포구 여의공원로 13에 있는 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 시장님께서. 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 발언하였다.

그러나 사실 공소외 12가 피고인과 인터뷰 중 공소외 35로부터 전화를 받고 피고인과 무관하게 ♠모 검사를 사칭하며 공소외 35와 통화한 것이 아니라 위 전제사실과 같이 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. 관련 법리

공직선거법 제250조 제1항에 규정된 허위사실공표죄의 구성요건으로서의 사실의 적시는 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서, 사실의 적시행위는 시간, 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것이며 그의 표현내용이 증거에 의해 입증 가능한 것을 가리키고, 따라서, 어느 표현이 주체와 행위를 지적하여 일견 의견 또는 논평을 표명함과 동시에 그의 전제가 되는 사실을 적시한 것으로 보이는 경우라도 그 표현의 전후 문맥과 그 표현이 이루어진 당시의 상황을 종합하여 볼 때, 그 표현이 비유적, 상상적이어서 다의적이고 구체적 내용, 일시, 장소, 목적, 방법 등이 불특정되어 일반적으로 수용될 핵심적 의미를 파악하기 어려우며 독자에 따라 달리 볼 여지가 있는 등으로 입장표명이라는 요소가 결정적이라면 그 표현은 사실의 적시라고 볼 수는 없고 의견 또는 평가의 표명이라 할 것이며, 또한, 허위의 사실은 진실에 부합하지 않은 사항으로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이라면 충분하지만, 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다 할 것인바, 어떤 진술이 사실주장인가 또는 의견표현인가를 구별함에 있어서는 선거의 공정을 보장한다는 입법 취지를 염두에 두고 언어의 통상적 의미와 용법, 문제된 말이 사용된 문맥, 입증가능성, 그 표현이 행하여진 사회적 상황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2004. 2. 26. 선고 99도5190 판결, 대법원 2002. 11. 13. 선고 2001도6292 판결 등 참조).

다.

확정된 수원지방법원 성남지원 2002. 11. 13. 선고 2002고합113 사건(이하 ‘검사사칭사건 확정판결’이라 한다)에서 인정된 범죄사실과 피고인의 주장 내용

- 1) 기록에 의하면 확정판결에서 인정된 범죄사실은, 이 부분 공소사실의 기재와 일부 내용을 달리하는 ‘한국방송공사 “추적 60분” 프로그램에서 프로듀서로 재직한 공소외 12는 2002. 5. 18. 22:00경 케이비에스(KBS) 2TV에서 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 자신을 소개하고, 같은 날 11:26경 성남시청 시장 비서실에 전화하여 소속 직원인 공소외 41에게 자신을 "검찰청 검사실"이라고 소개하며 각 공소외 35와의 통화를 시도하였는데, 공소외 12가 같은 날 11:28경 위 피고인의 법률사무소 내 집무실에서 취재 목적으로 KBS에서 제공받아 사용 중인 핸드폰에 공소외 35로부터 자신의 핸드폰으로 전화를 해달라는 내용의 음성 메시지가 녹음되어 있는 것을 확인하자, 피고인은 공소외 12로 하여금 공소외 35와 피고인간에 맞고소하여 수사 중인 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 36으로 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 수사 중인 ♠검사인 양 운을 댄 다음 공소외 35를 상대로 사칭하는 통화를 시작하였고, 피고인은 가끔 카메라 쪽으로 가 스피커에 귀를 대고 공소외 35의 답변 내용을 들으면서 공소외 12에게 공소외 35에 대한 추가 질문 사항을 메모지에 간단하게 적어 주거나 나지막한 목소리로 보충 설명하고, 이에 따라 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 성남시청과 수원지검 검사들과 어울려 골프를 쳤다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 박모 비서관과 이모 부장검사가 시장과 가깝게 지낸다는 말이 있는데 어떻게 된 것인가, 작년에 ♡시장이 고소한 내용의 수사가 그 당시 왜 지연되었는가」등에 관하여 마치 검사가 공소외 35를 상대로 피의자신문 하듯이 유도 질문을 하며 그 답변을 얻어내는 등으로 조사하여 공무원인 검사의 자격을 사칭하여 그 직권을 행사하였다'는 내용이다.

2) 피고인은 검사사칭 사건의 재판 과정에서 ① 당시 공소외 12가 사건담당 검사를 물어봐서 검사의 이름을 알려주고, 사건에 관한 이야기를 하였으나 공소외 12가 검사를 사칭한다는 것을 모르는 상황에서 말한 것으로, 수원지방법검찰청의 ♠모 검사는 경상도 말을 쓰는 검사가 아니라 자신과 공소외 35 사이에 진행되던 사건의 주임검사이고, ② 자신은 통화 당시 컴퓨터가 있는 책상으로 이동하여 일을 하다가, 공소외 12와 공소외 35의 통화 내용 중 흥미로운 부분이 있어서 2번 정도 카메라 스피커로 가서 통화내용을 들었을 뿐 통화 과정에서 따로 질문할 사항을 알려주지 않았다는 취지의 주장을 하였으나, 그와 같은 주장이 받아들여지지 않고 위와 같은 범죄사실이 인정되어 유죄판결을 받게 되었다.

3) 한편, 이 부분 공소사실은 검사사칭사건 확정판결에서 인정한 범죄사실과 다른 부분이 기재되어 있고, 공소외 12 등 주요 증인들의 진술, 특히 공소사실과 달리 공소외 12가 피고인의 사무실에 도착하기 이전부터 검찰청을 사칭하여

공소외 35 시장 측에 전화를 했다는 점 등을 고려하여 범죄사실을 공소사실과 일부 달리 인정한 것으로 보이는 점을 고려하여, 이 부분 공소사실의 인정 여부를 이 부분 공소사실의 전제사실을 기초로 하지 않고, 검사사칭사건 확정판결에서 인정된 범죄사실을 기초로 판단한다.

라. 피고인의 발언이 피고인의 경력·행위에 관하여 허위사실을 공표한 것인지 여부

이 법원이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 공소사실 기재와 같이 KBS 경기도지사 후보자 토론회에서 바른미래당 공소외 6 후보자의 검사사칭 여부에 대한 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 있었다는 이유로 제가 도와 준 걸로 누명을 썼습니다”고 발언한 사실은 인정된다.

그러나 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 피고인의 경력·행위에 관하여 허위사실을 공표하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

- 1) 당시 공소외 12, 공소외 42, 공소외 36이 공소외 35 성남시장과 관련한 ‘분당 백궁·정자지구 파크뷰 용도변경 및 특혜 분양 사건’의 인터뷰를 목적으로 피고인을 찾아온 것이 피고인이 종전의 검사 사칭 사건에 관여하게 된 계기에 해당한다.

그리고 인터뷰란 통상 기자 등이 취재나 정보의 획득을 목적으로 사람을 만나 이야기를 하고 정보를 수집하는 일체의 행위를 의미한다.

그렇다면 당시 검사를 사칭하는 전화를 한 공소외 12가 피고인을 만나 검사의 이름이나 질문의 전제가 될 수 있는 사건에 관한 정보를 수집하는 전 과정은 인터뷰 그 자체에 해당하거나 인터뷰 중에 있었던 일로 볼 것이다.

- 2) 피고인의 발언에 인터뷰 중 구체적으로 어떠한 내용 때문에 검사사칭을 도운 것으로 평가되었는지에 대하여 아무런 발언이 없으므로, 그러한 발언이 있다는 점만으로 피고인이 검사사칭과 무관한 행위를 하던 중 공소외 12가 검사를 사칭하게 되었다는 사실을 공표하였다고 볼 수 없다.

특히 피고인은 선거를 위하여 그 무렵 공표한 선거 공보물에서 ‘피고인을 방송 PD가 인터뷰하던 중 담당검사 이름과 사건 중요사항을 물어 알려 주었는데 법정다툼 끝에 결국 검사사칭을 도운 것으로 판결됨’이라고 기재를 하는 등 인터뷰 중 있었던 구체적인 사실을 공표하고 있었는바, 이러한 점에 비추어 보더라도 피고인이 검사사칭과 전혀 무관한 행위를 하였다는 점을 공표한 것이라고 볼 수 없다.

- 3) 공소외 36은, ‘피고인이 당시 소송사건 때문에 컴퓨터 책상에서 일을 한다면 무슨 문서를 작성하였는데, 그때 검사사칭 전화의 녹음이 시작되었고, 5분가량 후에 피고인이 다시 컴퓨터 책상과 응접탁자, 카메라를 왔다 갔다 하면서 문서작성을 했다’는 취지로 당시 수사기관에서 진술한 점에 비추어 보면, 공소외 12가 검사사칭 통화를 할 무렵에는 피고인이 변호사로서 소송사건 관련 문서 작업도 하고 있었다고 보이므로 당시 ‘일을 보고 있었다’는 발언도 허위진술이라고 보기는 어렵다.

- 4) 피고인의 발언 중 공소외 12가 공소외 35에게 전화를 걸었음에도, ‘공소외 12가 공소외 35로부터 전화를 받은 것’으로 진술한 부분은 그 자체로는 사실과 다른 발언으로 보이기는 하나, 당시 전화로 음성메시지를 받는 행위 및 전화

를 거는 행위가 계속되었고, 사건이 오래 전에 발생한 점, 피고인이 이 부분에 관하여 허위의 진술을 할 아무런 이유도 없는 점에 비추어 보면, 이 부분 발언은 피고인이 의도적 행위가 아니라 착각 내지는 오인으로 발언하였을 가능성이 크므로 피고인이 허위사실공표의 고의로 이 부분 발언을 하였다고 보기는 어렵다.

- 5) 누명은 사실이 아닌 일로 이름을 더럽히는 억울한 평판이라는 의미로 사용되는바, 검사사칭을 도와준 것으로 누명을 썼다는 취지의 발언은 결국 피고인이 검사사칭을 도운 것으로 판결이 선고되어 처벌받은 것은 부당하다거나 억울한 결과라는 뉘앙스를 풍긴다.

또 피고인이 단순히 누명을 썼다는 표현을 한 것만 가지고 피고인이 검사 사칭 사건 재판 과정에서 했던 사실적인 주장을 발언한 것이라고 볼 수는 없다.

- 6) 피고인이 검사를 도운 것으로 된 판결이 억울하다는 것은 구체성이 없는 평가적 발언에 가까워 그 자체로 구체적인 사실을 알 수 있는 부분이 없다.

즉, 그 의미가 범죄사실에 기재된 모든 행위를 부인하는 것인지, 일부만을 부인하는 것인지, 아니면 사실관계를 인정하나 그에 관한 법적 평가가 부당하다는 것인지 의미가 매우 다의적이어서, 피고인이 확정판결이 전제로 하는 사실관계와 양립하기 어려운 다른 구체적인 사실관계를 허위로 진술하지 않은 이상 그러한 표현행위 자체에서 당시 공소외 12가 피고인과 무관하게 검사 사칭행위를 했다는 발언을 한 것이라는 결론이 도출된다고 할 수도 없다.

그리고 그와 같은 표현은 표현하고자 하는 구체적인 내용, 일시, 장소, 목적, 방법 등이 특정되지 않아 청자의 입장에서 일반적으로 수용될 핵심적 의미를 파악하기 어렵고 청자에 따라 그 의미가 달리 이해될 수 있다.

- 7) 토론회 당시 피고인이 위와 같은 평가적 표현에 가까운 내용의 발언을 하였다고 할 경우, 여러 후보자가 출연하여 질문과 답변을 하게 되는 토론회의 특성상 상대방은 그 내용을 보충할 만한 추가적인 질문을 통하여 좀 더 구체적인 사실관계에 대한 피고인의 입장을 확인할 수 있었다 할 것이나, 당시 이 부분에 대한 개별적인 사실관계에 있어 피고인의 입장에 대한 질문이 없어 결국 피고인의 발언이 구체적인 사실의 표현으로 볼 만한 단계가 되지 않았다.

결국 이 부분에 대한 피고인의 개별적인 허위사실의 주장 없이 누명을 썼다는 내용이 있는 표현은 확정판결에 대한 구체적 사실의 공표까지는 되지 못하고 피고인의 입장표명 내지는 평가 정도로 남아 있게 되었다고 봄이 옳다.

마. 결론

그렇다면, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하고, 형법 제58조 제2항 본문에 따라 이 부분 판결의 요지를 공시한다.

4. 대장동 도시개발사업 업적 관련 허위사실공표에 의한 공직선거법위반의 점

가. 공소사실의 요지

1) 선거공보물을 이용한 허위사실공표

피고인은 2018. 5. 중순경 수원시 (주소 3 생략)에 있는 피고인의 선거사무소에서 선거공보물을 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 그 책자형 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 이에 더하여 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.

한편, 대장동 지역 배후시설 조성비 920억 원의 경우 확정된 공사금액이 아닌 추산치에 불과할 뿐만 아니라 선거일 당일인 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.

또한, 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 자신의 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.

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. 관련 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 참조).

다.

판단

1) 대장동 도시개발사업 진행 경과, 개발이익 환수구조

가) 성남시는 성남시가 100% 출자한 성남도시개발공사를 통하여 대장동 도시개발사업을 진행하되, 구체적인 방법으로 사업비 투자 등의 역할을 할 민간사업자와 성남도시개발공사가 함께 특수목적법인(지분율 성남도시개발공사 50% + 1주, 민간사업자 50% - 1주)을 만들어 사업을 진행하기로 하였다.

나) 성남도시개발공사에서는 대장동 도시개발사업의 민간사업자를 공모하였는데, 개발이익을 사전적으로 확보하기 위한 수단으로 민간사업자 공모단계에서부터 2,561억 원 상당의 제1공단 공원화 사업을 진행하고 및 임대주택부지(A11 블록)를 제공받을 수 있도록 공모의 기준을 만들었고 이에 따라 ●●은행, ▲▲은행 등으로 구성된 민간 컨소시엄이 그 조건을 받아들여 민간사업자로 선정되었다.

다) 이에 따라 성남도시개발공사와 민간 컨소시엄은 사업비로 제1공단 공원화사업(2,561억 원 상당의 사업비 + 지하주차장)을 진행하고, 임대주택부지(1,822억 원 상당의 A11 블록) 또는 배당금을 받기로 한 후, 특수목적법인 ★★★★★(주)를 설립하여 사업시행자 지정을 받고 개발 사업을 진행하였다.

라) 그 후 대장동 도시개발 사업을 진행하면서 위 사업 구역 외에 기반시설(북측 터널조성, 남측 진입로 확장, 배수지 신설)을 ★★★★★(주)의 부담으로 만드는 것으로 인가조건이 변경되었다.

마) 한편, 제1공단 공원화 사업과 관련하여 위와 같은 개발이익 환수 구조를 보장할 목적으로 처음 대장동 도시개발사업을 진행할 당시에는 제1공단 공원화 사업을 사업 자체에 포함시켜 「성남 대장동·제1공단 결합도시개발사업」을 진행하였으나, 이후 제1공단 부지와 관련한 소송 때문에 사업 전체에 문제가 생길 우려를 고려하여 이를 분리하여 「성남 판교대장 도시개발사업」을 진행하게 되었다.

그리고 그 이행을 확실히 하기 위하여 ★★★★★(주)로부터 이행확약서 및 부제소특약확약서를 받았다.

바) 대장동 도시개발사업의 개발이익 환수구조는 ①성남시에서 성남도시개발공사와 사업에 필요한 자금을 조달하는 등의 역할을 맡을 민간컨소시엄이 함께 특수목적법인 ★★★★★(주)를 설립하여 사업을 진행하되, ②★★★★★(주)에서 제1공단 공원화 사업(공원조성사업 2,561억 원 및 지하주차장) 및 구역 외 기반시설 사업(북측 터널조성, 남측 진입로 확장, 배수지 신설)을 하고, ③★★★★★(주)로부터 성남도시개발공사가 1,822억 원 상당으로 평가되는 임대주택부

지(A11 블록) 또는 같은 금액 상당의 배당금을 받을 수 있게 하는 구조이다.

즉, 장래에 상당한 개발이익이 발생할 것을 예상하여 미리 사업을 수행하는 ★★★★★(주)에서 일정한 사업비가 소요되는 사업을 하고, 임대주택부지 또는 현금을 받을 수 있게 정한 형태이다.

2) 피고인이 대장동 도시개발사업과 관련하여 받은 보고 내용

기록에 의하면, 피고인은 2017. 3.경 대장동 개발사업과 관련한 기자회견 등을 위하여 대장동 개발사업의 개발이익금 환원 관련 보고를 받았고, 그 주된 내용은 개발이익금 2,761억 원을 1공단 공원화 사업(공원조성사업 2,561억 원, 지하주차장 조성 200억 원)에 사용하고, 개발이익금 2,742억 원을 북측 터널조성 600억 원, 남측 진입로 확장 260억 원, 배수지 신설 60억 원, 임대아파트 부지 1,822억 원에 사용한다는 취지이다.

그리고 그 보고 내용은 이후 대장동 개발사업과 관련한 홍보 및 선거 홍보의 기초 자료로 그대로 활용되었다.

3) 개발이익 환수구조와 선거 공보물 및 선거 유세에서 표시된 표현의 정확성

앞서 본 대장동 도시개발사업의 개발이익 환수구조에 의하면 제1공단 공원화 사업 및 구역 외 기반시설 사업의 경우 성남시 또는 성남도시개발공사가 ★★★★★(주)로부터 돈을 받아 사업을 진행하는 구조가 아니라, 대장동 도시개발사업으로부터 개발이익이 발생할 것을 기대하면서 사업을 수행하는 ★★★★★(주)에서 비용이 소요되는 다른 사업(제1공단 공원화 사업 및 구역 외 기반시설 사업)을 하게 하는 구조이다.

즉, 성남시가 재정을 부담하여야 하는 사업을 ★★★★★(주)에서 대신 진행하도록 하여, 실질적으로 성남시가 이익을 얻도록 하는 것이다.

기본적으로 임대 주택 용지와 관련하여 현금으로 수령할 수 있는 부분을 제외하고는 성남시 측에서 돈을 받는 구조가 아니기에 엄밀한 의미에서 선거 공보물 및 선거 유세에서의 표현, 특히 성남시에서 돈을 벌었고, 이를 특정 용도에 사용하는 것이라는 취지의 표현은 정확한 표현이라고 볼 수 없다.

따라서 이 부분은 피고인이 받았던 보고를 기초로 할 때, 대장동 도시개발사업을 공영개발로 진행하도록 하면서 성남시를 위하여 2,761억 원이 사용될 예정인 제1공단 공원화 사업과 920억 원이 사용될 예정인 구역 외 기반시설 사업을 진행하게 하고, 그 외에 성남도시개발공사의 선택에 따라 1,822억 원 상당의 임대 아파트 부지 또는 같은 금액을 받게 해서 총 5,503억 원 상당의 개발 이익을 확보하기로 하였다는 형태로 표현함이 정확하다.

4) 허위사실공표죄의 성립 여부

앞서 본 바와 같이 선거 공보물의 기재나 유세 과정에서의 표현 중 다소 부정확하거나 부적당한 부분이 있기는 하나, 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, 각각의 표현들은 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 없다.

가) 해당 표현에 있어 가장 중요한 부분은 대장동 도시개발사업으로 인하여 5,503억 원 상당의 이익을 성남시 측에서 얻게 되었는지 여부이다.

그리고 이 부분은 비록 추산치가 포함되어 있으나, ★★★★★(주)에서 2,761억 원이 투입될 예정인 제1공단 공원화 사업, 920억 원이 투입될 구역 외 기반시설 사업을 진행하기로 하고, 1,822억 원 상당의 임대 주택용지 또는 현금을 성남도시개발공사 측에서 받기로 하였고, 위와 같은 사업을 하게 되는 것은 사전적으로 미리 정해놓은 것이므로 결과적으로 성남시 측에서 해당 사업을 통하여 5,503억 원 상당의 이익을 얻게 될 상황은 만들어진 상태이므로, 그러한 이

익을 얻었다는 것은 허위라고 보기 어렵거나, 적어도 피고인이 이에 관하여 허위라는 인식을 가졌다고 보기는 어렵다.

그리고 위와 같이 5,503억 원 상당의 이익을 받는 방법이 정해져 실행만이 남은 이상 그 이익에 관한 표현을 '환수하였다', '벌었다', '수익으로 하였다' 등으로 표시하더라도, 그것이 명시적으로 현금을 받았다는 취지의 표현이 아닌 한 위와 같은 이익 확보 내역을 급부가 단축된 것으로 이해하고 다소 과장된 표현으로 사용하였다고 볼 것이지 이를 허위의 사실을 공표한 것으로 볼 것은 아니다.

나) '사용하였다' 또는 '썼다'는 표현도 성남시의 부담으로 2,761억 원과 920억 원이 지출되어야 할 사업이 ★★★★★(※) 측의 비용 부담으로 진행되기로 정해진 것이라는 측면에서 볼 때 시민들이 직관적으로 이해하기 쉽게 표현을 한 것으로 볼 것이지 이를 허위의 사실을 공표한 것으로 볼 것도 아니다.

다) 일부 금액 특히 구역 외 기반시설 부담금의 경우에는 추산치에 불과하고 실제 비용은 해당 금액에서 상당한 정도로 줄어들었고, 추산치 자체도 880억 원으로 산정된 자료도 있는 등 부정확한 면이 있기는 하다.

그러나 현물이 아닌 특정 사업을 대신하게 하는 형태로 개발이익을 환수하기로 한 것이라면 환수되는 개발이익은 결국 해당 사업수행에 들어가는 비용의 추산치로 표현될 것이다.

그리고 피고인이 920억 원으로 보고를 받은 이상, 당초 소요 금액 추산이 잘못되었다고 하더라도 이는 추산을 정확하게 보고하지 못한 측의 문제일 뿐이므로, 피고인이 이를 믿고 위와 같은 개발이익을 회수할 수 있게 되었다고 홍보를 한 것이 허위사실을 공표한다는 고의를 가지고 한 행위라고 볼 수도 없다.

라) 앞서 본 바와 같이 제1공단 공원 인근에 설치될 예정인 법원, 검찰 등의 부지 문제 및 제1공단 부지를 둘러싼 손해 배상 소송 등이 발생하였다는 점은 이 부분 개발이익 확보와 별개의 문제이고, 앞서 본 바와 같이 '사용했다', '썼다'는 표현을 완결된 표현으로 볼 것이 아니고, 허용 가능한 과장으로 볼 수 있는 이상 위와 같은 사정이 피고인이 한 표현의 허위성에 영향을 미칠 수 없다.

마) 피고인이 유세 중 구역 외 기반시설 사업과 관련한 내역을 1,000억 원이라고 표현한 것은 920억 원이 1,000억 원과 비슷한 금액으로 보이는 점을 고려하면 구두로 설명하는 상황에서 기억이 나는 범위의 개략적인 금액을 말한 것이고, 당시 총액인 5,503억은 정확하게 표현되었으므로 이를 허위사실 공표의 고의를 가지고 한 행위라고 볼 수도 없다.

바) 피고인은 이 부분 공소사실 기재 행위 이외에 경기도지사 선거를 하면서 다양한 선거 홍보 및 유세활동을 하였는데, 그 과정에서 제1공단 공원화 사업이나 구역 외 기반시설 사업이 진행 중에 있음을 명시하거나, 1,822억 원이 장래의 수입인 점을 명시한 표현을 하기도 하였다(이 부분 공소사실의 김포시 유세 부분에서도 제1공단 공원화 사업에 관한 발언은 장래형 발언이 되어 공소사실에서 제외된 것으로 보인다). 이와 같은 점을 보더라도 피고인이 그 표현을 통해 현실적인 개발이익의 확정이나 귀속의 의미를 부여하여 유권자들에게 혼동을 주기 위한 의도에서 공소사실과 같은 표현을 사용한 것이 아니라, 개발이익의 확보 현황과 사용처를 강조하여 표현하려는 차원에서 이 부분 공소사실과 같은 발언을 하였다고 볼 여지가 크다.

라. 결론

그렇다면 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하고, 형법 제58조 제2항 본문에 따라 이 부분 판결의 요지를 공시한다.

판사 최창훈(재판장) 최은경 정우용