

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2017도1799 공직선거법위반  
피 고 인 피고인  
상 고 인 피고인  
원 심 판 결 서울고등법원 2017. 1. 19. 선고 2016노3492 판결  
판 결 선 고 2017. 4. 26.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단하기에 앞서 직권으로 본다.

1. 이 사건 공소사실 중 사전선거운동으로 인한 공직선거법위반의 점의 요지는, 피고인은 선거운동기간 전에 피고인의 국회의원 선거 당선을 호소하는 내용이 기재된 명함(이하 '이 사건 명함'이라고 한다) 약 300장을 아파트 지하주차장에 주차된 차량의 앞유리에 꽂아두는 방법으로 배부하여 선거운동을 하였다는 것이다.

원심은 위 공소사실에 대하여 피고인이 이 사건 명함을 2015. 4. 19.경 배부하였음

을 인정하고 공직선거법 제254조 제2항을 적용하여 유죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

2. 그러나 원심판결은 아래와 같은 이유로 받아들일 수 없다.

가. 공직선거법 제254조 제2항에 따라 처벌하기 위하여는 '선거운동'을 목적으로 하거나 당해 행위 자체가 '선거운동'으로 인정되어야만 한다.

나. 공직선거법상 선거운동의 의미와 금지되는 선거운동의 범위는 다음과 같은 구체적인 기준에 따라 판단하여야 한다(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 참조).

1) '선거운동'은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는데, 이에 해당하는지는 당해 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다.

2) 위와 같은 목적의사는 특정한 선거에 출마할 의사를 밝히면서 그에 대한 지지를 부탁하는 등의 명시적인 방법뿐만 아니라 당시의 객관적 사정에 비추어 선거인의 관점에서 특정 선거에서 당선이나 낙선을 도모하려는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 정도에 이른 경우에도 이를 인정할 수 있다. 위와 같은 목적의사가 있었다고 추단하려면, 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다거나 선거에 관한 사항을 동기로 하였다는 사정만으로는 부족하고 특정 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 한다.

3) 선거운동은 그 대상인 선거가 특정되는 것이 중요한 개념표지이므로 문제된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야만 선거운동에 해당한다고 볼 수 있는데, 행

위 당시의 상황에서 특정 선거의 실시에 대한 예측이나 확정 여부, 당해 행위의 시기와 특정 선거일 간의 시간적 간격, 그 행위의 내용과 당시의 상황, 행위자와 후보자의 관계 등 여러 객관적 사정을 종합하여 선거인의 관점에서 문제된 행위가 특정 선거를 대상으로 하였는지를 합리적으로 판단하여야 한다.

4) 정치인이 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동의 일환으로 선거인과 접촉하여 자신의 인격에 대한 공감과 정치적 식견에 대한 찬성과 동의를 구하는 한편, 그들의 의견을 청취·수용하여 지지를 받을 수 있는 정책을 구상·수립하는 과정을 통하여 이른바 인지도와 긍정적 이미지를 제고하여 정치적 기반을 다지는 행위에도 위와 같은 판단기준이 그대로 적용되어야 한다. 따라서 그와 같은 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동에 인지도와 긍정적 이미지를 높이려는 목적이 있다 하여도 그 행위가 특정한 선거를 목표로 하여 그 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 표시된 것으로 인정되지 않는 한 선거운동이라고 볼 것은 아니다.

다. 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 아래와 같은 사정들을 알 수 있다.

1) 피고인은 2010. 6. 2. 실시된 제5회 전국동시지방선거에서 광주시 시의원에 무소속으로 출마함으로써 처음 정치에 입문하였으나 낙선하였고, 이후 2012. 4. 11. 제19대 국회의원선거에서 광주시 지역구 국회의원으로, 2014. 6. 4. 제6회 전국동시지방선거에서 광주시 시의원에 무소속으로 각 출마하였다가 모두 낙선하였다.

2) 피고인은 자신이 구두담이로서 서민의 대변자임을 자처하면서 어느 정당에도 속하지 아니한 채 개인적으로 선거운동을 하였던 것으로 보이며, 선거에서 일정비율의 득표는 얻었지만 당선에 성공할 정도의 인지도는 부족하였던 것으로 보인다.

3) 피고인은 경찰에서 이 사건 명함을 차량에 꽂아둔 이유가 제20대 국회의원 선거가 1년이 채 남지 아니하였으므로 지역 주민들에게 피고인을 알리기 위한 목적이 있었던 것이 아니냐는 취지의 질문에 '그런 것도 일맥상통하는데 사실 제 이름을 알리고 싶었습니다'라고 대답하였다.

4) 피고인은 선거인들에게 이 사건 명함을 직접 교부한 것이 아니라 차량에 끼워 두었을 뿐이므로, 선거인의 관점에서 피고인에게 특정 선거의 당선이나 낙선을 도모하려는 목적의사가 있는지 여부는 이 사건 명함의 내용에 의하여 판단하여야 한다. 그런데 이 사건 명함에는 '제가 정치인이 되면 세상이 바뀐다. 왜? 구두땀이가 정치인이 된 그 자체가 이미 세상을 바꾸어 놓았다'라는 문구가 기재되어 있고 그 아래 굵게 인쇄된 피고인의 성명과 함께 그 옆에 '19대 국회의원 출마'와 그 밖의 피고인의 사회활동 이력들이 열거되어 있을 뿐이어서, 이 사건 명함에는 피고인의 인지도와 우호적 이미지를 높이고자 하는 내용들이 나열되어 있음에 불과하고 피고인이 제20대 국회의원선거에서 당선을 도모하는 목적의사를 선거인이 인식할 수 있을 정도로 객관적으로 표시되었다고 볼 만한 것들이 포함되어 있지 아니하다.

5) 피고인이 국회의원 선거출마를 예상하여 그 인지도와 긍정적 이미지를 높일 목적으로 그에 도움이 되는 여러 활동을 수행하였음은 인정되나, 이 사건 명함을 배부하는 기회에 피고인의 광주시 지역구 국회의원 출마계획을 밝히면서 국회의원 선거에서 피고인을 지지해 줄 것을 부탁하는 등의 행위가 있었다고 보이지 아니하며, 이 사건 명함의 배부시기는 2016. 4. 13. 실시된 제20대 국회의원 선거일부터 약 1년 전이어서 이 사건 명함의 배포행위가 바로 선거운동에 해당한다고 볼 수 없다.

라. 이러한 사정을 앞서 본 법리에 비추어 본다.

1) 이 사건 명함을 배포하는 활동은 선거일에서 멀리 떨어진 시기에 이루어진 일  
이므로 피고인이 향후 어떤 선거에 나설지도 모른다는 예측을 주는 정도에 불과하다.

2) 이 사건 명함의 내용이나 명함 배부 과정에서 명시적으로 국회의원 선거에서  
피고인에 대한 지지를 부탁하는 행위가 있었음이 인정되지 아니하고, 선거인의 관점에  
서 위 선거에서 피고인의 당선을 도모하려는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 만한 객  
관적 사정도 부족하므로, 피고인이 선거운동을 목적으로 이 사건 명함을 배부하였다고  
보기 어렵다.

3) 피고인이 자신의 인지도와 긍정적 이미지를 높이려는 의도에서 이 사건 명함을  
배부하였더라도 그 배부행위를 사전선거운동에 해당한다고 볼 수 없다.

마. 그럼에도 불구하고 원심이 그 판시와 같은 이유만으로 피고인이 이 사건 명함  
을 배부함으로써 사전선거운동을 하였다고 판단한 데에는 공직선거법 제254조 제2항  
이 정한 '선거운동'의 의미에 관한 법리를 오해한 나머지 공직선거법의 해석·적용을  
그르친 잘못이 있고, 이는 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다.

바. 기록에 의하면, 피고인은 제1심판결에 대하여 항소하면서 양형부당만을 항소이  
유로 내세웠다가 항소가 기각되었음을 알 수 있다. 이러한 경우 원심판결에 사실오인  
내지 법리오해의 위법이 있다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다. 그런  
데 상고심법원은 원심판결에 형사소송법 제383조 제1호 내지 제3호의 사유가 있는 경  
우에는 형사소송법 제384조에 의하여 상고이유서에 포함되지 아니한 때에도 직권으로  
심판할 수 있으므로, 이러한 점을 주장하는 상고이유는 직권발동을 촉구하는 의미는  
있다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2007도3596 판결, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도  
11407 판결 등 참조).

3. 그러므로 원심판결 중 사전선거운동으로 인한 공직선거법위반 부분은 파기되어야 할 것인데, 위 부분은 원심이 유죄로 인정한 기부행위로 인한 공직선거법위반 부분과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로 원심판결을 전부 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      김재형      \_\_\_\_\_

                  대법관      박병대      \_\_\_\_\_

주 심      대법관      박보영      \_\_\_\_\_

                  대법관      권순일      \_\_\_\_\_