

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2016도19447 가. 공직선거법위반  
나. 정치자금법위반

피 고 인 피고인 1 외 1인

상 고 인 검사

변 호 인 변호사 이상열

원 심 판 결 광주고등법원 2016. 11. 17. 선고 2016노385 판결

판 결 선 고 2017. 10. 31.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 광주고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공직선거법상 '선거운동'은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말한다. 이러한 목적의사는 특정한 선거에 출마할 의사를 밝히면서 그에 대한 지지를 부탁하는 등의 명시적인 방법

뿐만 아니라 당시의 객관적 사정에 비추어 선거인의 관점에서 특정 선거에서 당선이나 낙선을 도모하려는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 정도에 이른 경우에도 인정할 수 있다. 위와 같이 목적의사가 있었다고 추단하려면, 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다거나 선거에 관한 사항을 동기로 하였다는 사정만으로는 부족하고 특정 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 한다.

그러한 목적의사를 가지고 하는 행위인지는 단순히 행위의 명목뿐만 아니라 행위의 시기·장소·방법·모습 등을 종합적으로 관찰하여 판단하여야 한다. 특히, 공직선거법이 선거일과의 시간적 간격에 따라 특정한 행위에 대한 규율을 달리하고 있는 점과 문제가 된 행위가 이루어진 시기에 따라 동일한 행위라도 선거인의 관점에서는 선거와의 관련성이 달리 인식될 수 있는 점 등에 비추어, 행위를 한 시기가 선거일에 가까우면 가까울수록 명시적인 표현 없이도 다른 객관적 사정을 통하여 선거에서 당선 또는 낙선을 도모하는 의사가 있다고 인정할 수 있으나, 선거가 실시되기 오래전에 한 행위라면 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다는 것만으로 당해 선거에서의 당락을 도모하는 의사가 표시된 것으로 인정할 수 없다(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 참조).

2. 이 사건 공소사실의 요지는 다음과 같다.

(1) 선거일이 아닌 때에 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우 컴퓨터와 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신(同報通信)의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되 그 횟수는 5회를 넘을 수 없다. 누구든지 선거

일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다. 제20대 국회의원 선거의 선거운동은 선거기간 개시일인 2016. 3. 31.부터 선거일 전인 2016. 4. 12.까지에 한하여 할 수 있었다. 그런데도 피고인들은 공모하여 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 인터넷 문자발송 사이트에 접속하여 선거구민들을 상대로 "○○○와 함께 △△를 살리겠습니다."는 등의 제1심판결 별지 범죄일람표(이하 '범죄일람표'라 한다) 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하였다.

(2) 피고인들은 공모하여 위와 같이 문자메시지를 전송하며 소요된 경비 1,248,792원을 피고인 2가 운영하는 회사 명의의 계좌를 통해 가상계좌를 충전하여 지출함으로써 정치자금법에 의하지 않은 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받았다.

(3) 피고인들은 공모하여 피고인 2가 회계책임자로 선임된 2016. 2. 3.경부터 2016. 2. 12.경까지 문자메시지 2,121건을 발송하며 소요된 경비 106,050원을 위와 같은 방식으로 지출함으로써 선거관리위원회에 신고된 계좌를 통하지 않고 정치자금을 지출하였다.

3. 원심은 이 사건 공소사실 중 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지의 전송행위에 관한 각 공직선거법위반(자동 동보통신에 의한 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서배부, 사전선거운동)과 정치자금 부정수수료 인한 정치자금법위반이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다고 보아 이유에서 무죄로 판단하였다. 원심은 그 이유로 피고인들이 보낸 문자메시지의 내용, 수신자들과의 관계나 전송경위,

전송시점과 선거일과의 간격 등에 비추어 보면 당해 선거인의 관점에서 위 문자메시지의 전송행위가 제20대 국회의원 선거에서 피고인 1의 당선을 도모하는 행위임을 명백히 인식할 만한 객관적인 사정이 있다고 보기 부족하므로 피고인들의 행위가 선거운동에 해당한다고 인정하기 어렵다는 점 등을 들었다.

#### 4. 원심의 이유무죄 부분을 살펴본다.

가. 적법하게 채택된 증거에 의하면 아래와 같은 사실을 알 수 있다.

##### (1) 피고인들의 지위와 경력

(가) 피고인 1은 2012년 실시된 제19대 국회의원 선거에 △△시 선거구 후보자(무소속)로 출마하였다가 낙선한 경력이 있고, 2007년경부터 자신이 설립한 □□□□□□□□을 통하여 청소년 인재 육성사업 등 다양한 활동을 하면서 정치적 기반을 닦아 왔다. 위 피고인은 2016. 4. 13. 실시될 제20대 국회의원 선거에 다시 출마하고자 2015. 12. 15. 같은 선거구 예비후보자로 등록하였고, 그 무렵 본격적인 선거운동에 뛰어들었다.

(나) 피고인 2는 2010년경부터 □□□□□□□□에서 일하였고, 제19대 국회의원 선거 때에는 피고인 1을 위해 문자메시지 전송 등 선거홍보 업무를 담당하였다. 제20대 국회의원 선거 때에도 선거사무소의 자원봉사자로 활동하였고 2012. 2. 3.경에는 회계책임자로 선임되었다.

##### (2) 문자메시지의 발송행위

(가) 피고인 2는 피고인 1의 휴대전화번호를 이용하여 2015. 11. 2.경부터 2016. 2. 21.경까지 피고인 1의 선거사무소 등에서 인터넷 문자발송사이트에 접속하여 자동 동보통신 방법으로 선거구민 등을 상대로 문자메시지를 전송하였고, 위 기간 동안 발송한 문자메시지는 총 127,687건에 이른다. 검사는 그 가운데 2015. 11. 7.부터 2016. 2.

12.까지 64차례에 걸쳐 27,765건의 문자메시지를 전송한 행위와 피고인 2가 운영하는 회사에서 경비를 지출한 행위 등을 공직선거법위반과 정치자금법위반죄로 기소하였다.

(나) 원심이 이유무죄로 판단한 부분은 피고인들이 2015. 11. 7.부터 2016. 1. 22.까지 36차례에 걸쳐 4,591건의 문자메시지(이하 '쟁점 문자메시지'라 한다)를 전송한 행위이다.

(3) 문자메시지의 발송시점과 내용, 전송경위, 수신자 등

(가) 피고인들이 쟁점 문자메시지를 발송한 시점은 피고인 1이 예비후보자로 등록하기 약 1개월 전인 2015. 11. 7.경부터 선거일부터 약 2개월 전인 2016. 2. 12.경까지이다.

(나) 쟁점 문자메시지는 주로 피고인 1의 성명과 함께 '△△의 효자가 되겠다', '주민들의 편의와 복지를 위해 노력하겠다', '열심히 하겠다', '노력하는 피고인 1이 되겠다' 등 정치인으로서의 포부를 추상적으로 밝히는 내용이다. 한편 원심이 유죄로 인정한 부분에 해당하는 문자메시지에는 '○○○와 함께', '○○○ 신당 창당발기인', '국회의원 예비후보', '여론조사'와 같이 선거 관련 인물이나 정당, 출마 여부가 직접적으로 언급되어 있는데, 쟁점 문자메시지에는 이러한 표현이 없다.

(다) 피고인들은 위 포럼이나 소규모 모임, 행사 등에 참석한 당일이나 다음날에 의례적인 인사 차원에서 참석자에게 쟁점 문자메시지를 보냈다고 설명하고 있다. 실제로 문자메시지의 내용을 보면 '구 ◇◇시장', '☆☆향우', '▽▽동우회원', '◎◎◎◎◎회' 등 어떠한 모임이나 장소에서 인사를 나누게 되어 기쁘다는 내용이 발견된다. 한편 문자메시지의 수신인원은 대체로 몇 십 명, 몇 백 명 단위인데, 상당수가 △△ 지역구민이다.

나. 위와 같은 사실관계에 따르면, 쟁점 문자메시지의 문구 중에 피고인 1을 제20대

국회의원 선거에서 지지해 달라는 직접적인 표현이 포함되어 있다고 보기는 어렵다. 그러나 동일한 행위라도 그것이 이루어진 시기나 방법 등 당시의 구체적인 상황에 따라 선거인의 관점에서 선거와의 관련성이 달리 인식될 수 있고, 적어도 피고인 1이 예비후보자 등록을 마친 2015. 12. 15. 이후의 문자메시지 전송행위는 선거인의 관점에서 제20대 국회의원 선거에서 피고인 1의 당선을 도모하는 목적의사에 따라 한 것이라고 객관적으로 인정할 수 있다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 지역구국회의원선거에서 예비후보자가 되고자 하는 사람은 선거일 전 120일부터 관할선거구선거관리위원회 예비후보자 등록을 서면으로 신청하고(공직선거법 제60조의 2), 예비후보자등록을 마친 후에는 법이 정하는 방법에 따라 선거운동을 할 수 있다(같은 법 제60조의3). 예비후보자가 할 수 있는 선거운동 방법에는 선거사무소를 설치하거나 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 행위, 배우자와 직계존비속과 함께 명함을 직접 주거나 지지를 호소하는 행위, 선거운동을 위하여 어깨띠 또는 예비후보자임을 나타내는 표지물을 착용하는 행위 등이 있다. 공직선거법에 따라 등록을 마치고 위와 같은 방법의 선거운동을 개시한 예비후보자는 선거에 입후보할 의사를 외부에 명백하게 드러낸 것이고, 그러한 예비후보자가 포럼이나 모임, 행사 등에 참석하여 자신을 소개하고 다수의 선거인을 접촉하였다면 적어도 여기에 참석한 선거인으로서의 예비후보자와 특정 선거 사이의 관련성을 충분히 인식하였다고 보는 것이 자연스럽다.

(2) 피고인들은 2015. 12. 15. 피고인 1이 예비후보자 등록을 마칠 무렵 선거사무소를 열고 20,441명에게 위 등록사실을 알리는 문자메시지를 전송하는 등 본격적인 선거운동을 시작한 것으로 보인다(이러한 문자메시지 전송행위에 관한 공소사실은 원심이 유죄

로 인정하였다). 원심이 이유무죄로 인정한 쟁점 문자메시지 가운데에도 위와 같이 피고인 1이 예비후보자 등록을 마친 후에 전송한 부분이 포함되어 있는데, 여기에 해당하는 문자메시지들은 피고인 1이 예비후보자 신분으로 포럼이나 모임, 행사 등에 참석하여 선거인에게 자신을 소개한 다음 당일이나 다음날에 전송한 것이다. 그 내용을 보면 공통적으로 피고인 1의 성명을 명기하고 '인사드릴 수 있어 기뻐다'는 등으로 만난 사실을 환기시키는 동시에 '노력하겠다', '열심히 하겠다'는 등의 정치적인 포부를 담고 있다. 비록 문자메시지 그 자체에는 '예비후보자' 또는 '선거'가 직접 언급되어 있지 않지만, 이를 수신한 선거인으로서 예비후보자 신분인 피고인 1을 만난 직후여서 위 피고인이 제20대 국회의원 선거에 입후보하려는 사람임을 알고 있었다고 볼 수 있다. 또한 문자메시지의 내용에 지지를 호소하는 명시적인 표현이 포함되어 있지는 않지만, 문자메시지를 수신한 선거인의 관점에서는 휴대전화 문자메시지라는 직접적·능동적인 수단을 통하여 피고인 1의 성명을 명기한 '열심히 하겠다'는 등의 추상적인 포부를 전달받는 것만으로도 위 선거에서 피고인 1의 당선을 도모하려는 목적의사가 있음을 쉽게 추단할 수 있다.

(3) 설령 피고인 1이 훨씬 이전부터 선거일과 시간적 간격을 두고 인지도와 호감도를 높이기 위한 일상적인 사회활동이나 통상적인 정치활동의 하나로 위와 같은 포럼이나 모임 등에 참석했다하더라도, 예비후보자 등록 후에 모임에서 만난 참석자에게 일괄하여 위와 같은 내용의 문자메시지를 전송한 행위는 그 행위의 시기와 방법, 내용 등에 비추어 일상적·통상적인 사회활동이나 정치활동의 범주를 벗어난 것이라고 볼 수 있다. 그것이 의례적인 인사의 형식으로 이루어졌어도 달리 평가할 것은 아니다.

다. 결국 이 사건 공소사실 중 적어도 예비후보자 등록 후인 2015. 12. 16.부터 전송

한 문자메시지(제1심판결 별지 범죄일람표 순번 16번부터 21번까지, 24번부터 30번까지)에 관한 부분은 위에서 본 법리에 따라 문자메시지 전송행위의 시점과 방법, 경위, 상대방 등을 종합할 때 공직선거법 제256조 제3항 제1호, 제254조 제2항에서 말하는 선거운동에 해당한다고 볼 수 있다.

공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 문언과 취지, 공직선거법 제256조 제3항 제1호 (나)목, 제59조 제2호와의 관계 등에 비추어 보면, 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법 제59조 제2호에서 정한 제한을 어겨 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 대량으로 전송한 행위는 그것이 선거운동에까지 이르지 않더라도 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항에서 정한 탈법방법에 의한 문서배부죄의 구성요건에 해당한다(대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도5789 판결 등 참조). 그러므로 쟁점 문자메시지 전송행위 가운데 공직선거법에서 금지하는 '선거운동'에 이르지 않는 행위가 일부 포함되어 있더라도, 위에서 본 쟁점 문자메시지의 전송시기, 횟수, 내용과 상대방, 유죄로 인정된 부분의 문자메시지 전송내역 등을 종합하면, 쟁점 문자메시지를 포함한 공소사실 기재 문자메시지의 전송행위는 선거에 간접적으로 영향을 미쳐 선거의 공정을 침해함으로써 선거에 영향을 미칠 우려가 있는 행위로서 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'로 보기에 충분하다.

라. 그런데도 원심이 쟁점 문자메시지 전송행위가 선거인의 관점에서 피고인 1의 국회의원 선거의 당선을 도모하는 행위임을 명백히 인식할 만한 정도라고 보기 어렵다는 등의 이유만으로 이에 관한 공소사실인 공직선거법과 정치자금 부정수수로 인한 정치자금법 위반 부분을 이유무죄로 판단한 데에는 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공직선거법에서 정한 '선거

운동'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

설령 쟁점 문자메시지의 전송행위 중 일부를 선거운동으로 볼 수 없다고 하더라도, 그 경비로 사용하기 위해 가상계좌에 충전한 금전이 정치활동을 위한 자금에 해당할 수 있으므로, 환송 후 원심으로서도 이 부분도 함께 심리한 후 정치자금 부정수수로 인한 정치자금법위반죄가 성립하는지 판단하여야 한다. 정치자금법에 따라 수수가 금지되는 정치자금은 정치활동을 위하여 정치활동을 하는 자에게 제공되는 금전 등 일체를 의미하는데, 정치활동을 위한 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되어야 한다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2013도9866 판결 등 참조). 여기에서 '정치활동'은 권력의 획득·유지를 둘러싼 투쟁과 권력을 행사하는 활동을 의미한다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결 등 참조). 쟁점 문자메시지의 전송행위가 선거운동에까지 이르지 않더라도 제20대 국회의원 선거에서 피고인 1의 당선을 도모하는 데 필요하거나 유리한 행위로서 그 시기, 방법, 목적 등에 비추어 정치활동으로 인정할 여지가 있다.

5. 원심판결 중 각 공직선거법위반의 점과 정치자금 부정수수로 인한 정치자금법위반의 점에 관한 이유무죄 부분은 파기되어야 한다. 그런데 원심은 이와 포괄일죄의 관계에 있는 각 유죄 부분과 신고계좌를 통하지 않은 선거비용 지출로 인한 정치자금법위반의 유죄 부분이 상상적 경합관계 또는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 것으로 보아 하나의 형을 선고하였으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

5. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      김창석 \_\_\_\_\_

대법관 박보영 \_\_\_\_\_

대법관 이기택 \_\_\_\_\_

주 심 대법관 김재형 \_\_\_\_\_