

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2017도6050 공직선거법위반
피 고 인	피고인
상 고 인	피고인
변 호 인	동화법무법인 담당변호사 이해정 외 5인
원 심 판 결	서울고등법원 2017. 4. 12. 선고 2016노3558 판결
판 결 선 고	2017. 12. 22.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

1. 시설물설치 등 금지 위반 부분에 관한 상고이유를 판단한다.

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인이 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 국회의원 선거일 3일 전에 원심 판시 게시물을 진열·게시하였음이 인정되고, 위와 같은 행위는 정당행위에 해당하지 않는다고 판단하여, 이와 달리 위 행위가 정당행위임을

이유로 무죄를 선고한 제1심판결을 파기하고, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들과 원심 판시 관련 법리에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심판결에 상고이유 주장과 같이 공판중심주의 및 직접심리주의, 정당행위, 죄형법정주의 및 형벌법규의 해석 원칙, 공직선거법에서 정한 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'의 해석 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

2. 투표참여 권유행위 부분에 관한 상고이유를 판단하기에 앞서 직권으로 본다.

가. 구 공직선거법(2014. 5. 14. 법률 제12583호로 개정되기 전의 것) 제58조 제1항 단서는 "다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다."고 규정하면서, 그 제5호에서 '특정 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여를 권유하는 행위(호별로 방문하는 경우 또는 선거일에 확장장치·녹음기·녹화기를 사용하거나 투표소로부터 100미터 안에서 하는 경우는 제외한다)'를 선거운동으로 보지 아니하는 행위로 열거하고 있었다.

그런데 선거운동기간이 아님에도 정당 또는 후보자 명의를 표시된 현수막 등을 사용한 투표참여 권유행위가 무분별하게 이루어지는 등 위 규정이 사실상 선거운동 제한의 탈법 수단으로 이용된다는 비판에 따라 위 법률로 개정된 공직선거법은 제58조 제1항 단서 제5호를 삭제하는 대신, 제58조의2를 신설하여 "누구든지 투표참여를 권유하는 행위를 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위의 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정하면서, 그 각 호에서 '호별로 방문하는 경우'(제1호), '사전투표소 또는 투표소로부터 100미터 안에서 하는 경우'(제2호), '현수막 등 시설물, 인쇄물, 확장장치·녹음기·녹화기, 어깨띠, 표찰 그 밖의 표시물을 사용하여 하는 경우'(제4호)와

함께 '특정 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용을 포함하여 하는 경우'(제3호)를 금지되는 투표참여 권유행위로 열거하였다. 그리고 공직선거법 제256조 제3항 제3호는 '이 법에 규정되지 아니한 방법으로 제58조의2 단서를 위반하여 투표참여를 권유하는 행위를 한 자'를 처벌하도록 새롭게 규정하였다.

위와 같은 투표참여 권유행위에 관한 공직선거법 관련 규정들의 개정 취지에 비추어 보면, 공직선거법 제58조의2 단서 제1, 2, 4호에 해당하는 행위의 경우 투표매수 등 불법·부정 선거운동 또는 선거운동 방법의 제한을 회피한 탈법방법에 의한 선거운동을 방지하거나 투표소 등의 질서를 유지하기 위한 목적에서 이를 금지하는 것과 달리, 같은 조 단서 제3호는, 특정 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용을 포함하는 행위인 경우 그 내용이 선거운동에 해당할 수 있다는 고려에서 규정된 것으로서 그 투표참여 권유행위 자체가 선거운동에 해당할 수 있기 때문에 나머지 각 호의 행위와 함께 규제대상에 포함시켰다고 봄이 타당하다.

따라서 공직선거법 제58조의2 단서 제3호에 해당하는 투표참여 권유행위는 선거운동이 금지되는 선거기간개시일 전이나 선거일만 금지되고, 선거운동이 허용되는 선거기간개시일부터 선거일 전일까지의 선거운동기간 중에는 허용되어 그에 해당하는 투표참여 권유행위를 하였다고 하더라도 처벌할 수 없다고 보아야 한다. 이와 달리 선거운동기간 중에도 특정 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용을 포함하여 하는 투표참여 권유행위가 금지된다고 본다면, 이는 선거운동 자체를 금지하는 것과 다를 바가 없고, 선거운동기간 중에는 공직선거법 등 법률에 의하여 금지 또는 제한되는 것이 아닌 한 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있도록 규정한 공직선거법 제58조 제2항, 제59조의 취지와 모순되어 부당하기 때문이다.

나. 원심은 판시와 같은 이유로, 피고인이 제20대 국회의원 선거일 3일 전에 특정 정당을 반대하는 내용으로 투표참여를 권유하는 원심 판시 게시물을 진열·게시함으로써 공직선거법 제256조 제3항 제3호의 구성요건을 충족하였다고 판단하는 한편, 위 행위가 정당행위에 해당한다는 피고인의 주장을 배척하여, 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 파기하고 이를 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 비록 피고인이 특정 정당을 반대하는 내용의 게시물을 진열·게시하는 방법으로 공직선거법 제58조의2 단서 제3호에 해당하는 투표참여 권유행위를 하였다고 하더라도, 그 행위가 선거운동이 허용되는 선거기간개시일부터 선거일 전일까지의 선거운동기간 중에 이루어진 이상 위 규정을 위반한 행위로 처벌할 수는 없다고 보아야 하고, 피고인이 공직선거법 제90조 제1항 제1호의 시설물설치 등 금지 규정을 동시에 위반하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다.

그럼에도 이와 달리 선거운동기간 중에 이루어진 공직선거법 제58조의2 단서 제3호의 행위가 공직선거법 제256조 제3항 제3호의 구성요건을 충족한다고 본 원심의 판단에는 공직선거법 제58조의2 단서 제3호에서 정한 투표참여 권유행위의 적용범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

3. 원심판결 중 투표참여 권유행위 부분에는 위와 같은 파기사유가 있고, 원심은 위 부분과 나머지 부분이 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다는 이유로 하나의 형을 선고하였으므로, 결국 원심판결은 전부 파기되어야 한다.

4. 그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로

주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김 신 _____

 대법관 김용덕 _____

 대법관 박상옥 _____

주 심 대법관 박정화 _____