

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2022도8655 공직선거법위반
피 고 인 피고인
상 고 인 피고인
변 호 인 변호사 박경호(국선)
원 심 판 결 서울고등법원 2022. 6. 23. 선고 2022노485 판결
판 결 선 고 2024. 7. 11.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되고, 2023. 8. 30. 법률 제19696호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제93조 제1항은 '누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명

칭 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'는 취지로 규정하고, 제255조 제2항 제5호는 '제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지) 제1항의 규정에 위반하여 문서·도화 등을 배부·첩부·살포·게시·상영하거나 하게 한 자' 등에 대하여 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하였다.

2. 원심은, 피고인이 2021. 4. 7. 실시된 ○○○○시장 보궐선거에 영향을 미치게 하기 위하여 2021. 4. 5. 후보자를 지지·추천하는 내용 등이 포함된 문서를 살포하였다는 이 사건 공소사실에 대하여 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항 본문을 적용하여 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

그런데 그 후 헌법재판소는 2017헌바100, 2021헌가5, 6, 2021헌바19, 207, 232, 298 (병합) 사건에서 2022. 7. 21. 구 공직선거법 제93조 제1항 본문 중 '벽보 게시, 인쇄물 배부·게시'에 관한 부분 및 제255조 제2항 제5호 중 '제93조 제1항 본문의 벽보 게시, 인쇄물 배부·게시'에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다는 취지의 헌법불합치결정을 선고하였고, 2018헌바357, 2021헌가7(병합) 사건에서 2022. 7. 21. 구 공직선거법 제93조 제1항 본문 중 '광고, 문서·도화 첩부·게시'에 관한 부분 및 제255조 제2항 제5호 중 '제93조 제1항 본문의 광고, 문서·도화 첩부·게시'에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다는 취지의 헌법불합치결정을 선고하였으며, 2023헌가4 사건에서 2023. 3. 23. 구 공직선거법 제93조 제1항 본문 중 '인쇄물 살포'에 관한 부분 및 제255조 제2항 제5호 중 '제93조 제1항 본문의 인쇄물 살포'에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다는 취지의 헌법불합치결정을 선고하였다. 위 각 헌법불합치결정은 헌법

과 헌법재판소법이 규정하고 있지 않은 변형된 형태이지만 법률조항에 대한 위헌결정에 해당한다(대법원 2011. 6. 23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결 등 참조).

위 각 헌법불합치결정의 이유는, 구 공직선거법 제93조 제1항 및 제255조 제2항 제5호 중 위 각 부분이 후보자 및 유권자의 정치적 표현의 자유를 크게 제한하면서도 규제기간을 합리적인 기준 없이 '선거일 전 180일부터 선거일까지'의 장기간으로 정하고 있어 과잉금지 원칙에 위반하여 정치적 표현의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다는 것이다.

3. 원심이 피고인에 대하여 적용한 구 공직선거법 제93조 제1항 본문 중 '문서 살포'에 관한 부분 및 제255조 제2항 제5호 중 '제93조 제1항 본문의 문서 살포'에 관한 부분은 위 각 헌법재판소 결정의 심판대상이 되지 않았지만 위 각 헌법불합치결정에서 헌법재판소가 밝힌 이유와 같은 이유에서 과잉금지 원칙에 위반하여 정치적 표현의 자유를 침해한다고 평가될 여지가 있다.

원심으로서의 구 공직선거법 제93조 제1항 본문 중 '문서 살포'에 관한 부분 및 제255조 제2항 제5호 중 '제93조 제1항 본문의 문서 살포'에 관한 부분의 위헌 여부 또는 그 적용에 따른 위헌적 결과를 피하기 위한 공소장 변경절차 등의 필요 유무 등에 관하여 심리·판단하였어야 한다. 원심이 이를 살펴보지 않은 채 이 사건 공소사실을 유죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지한 것에는 결과적으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

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

재판장 대법관 오석준 _____

주 심 대법관 이흥구 _____

 대법관 엄상필 _____