# 공직선거법위반

[서울고등법원, 2007.3.22, 2006노2857]

**【전문】**

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인

【검 사】 김형순

【변 호 인】 변호사 이정재

【주문】

】 피고인의 항소를 기각한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지 가. 사실오인 또는 법리오해 ⑴ 문자메시지 전송행위에 대하여 원심 판시 기재 각 문자메시지 전송행위는 정당활동과 관련되는 내용을 그 목적범위 내에서 홍보하는 행위 또는 당원들 사이의 의사연락을 위하여 이루어지는 일상적ㆍ의례적 행위로서 선거에 영향을 미치기 위한 행위로 볼 수 없고, 또한 피고인에게는 그러한 행위를 함에 있어 선거에 영향을 미치게 하려는 목적이나 고의가 없었으며, 설령 그러한 점이 인정된다 하여도, 피고인에 대하여 위 전송행위 자체가 공직선거법에 위배된다는 인식을 기대하기 어려워 책임이 조각된다고 할 것임에도, 원심은 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하여 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있다.

⑵ 여론조사결과 공표행위에 대하여 공직선거법 제108조 제4항은 최초공표자, 즉 여론조사를 의뢰한 자 또는 여론조사를 의뢰한 자로부터 공표를 위임받거나 여론조사 의뢰자와의 약정에 의해 공표하기로 한 자에 한하여 적용되는 것으로 좁게 해석하여야 함에도 불구하고, 최초공표자가 아닌 피고인에 대하여까지 위 규정에 해당한다고 본 원심판결에는 위 규정에 대한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나. 양형부당 일반 선거구민이 아닌 당원들에게 문자메시지를 보낸 점, 사실관계를 모두 인정하고 물의를 일으킨 점에 대해 반성하고 있는 점, 어린 시절 앓은 질병으로 거동이 불편하고 의사표현에 장애가 있는 가운데 장애우의 사회참여와 재활을 돕기 위해 공부하며 그 뜻을 실천하고 있는 점, 달리 처벌받은 전과가 없는 점 등에 비추어 원심이 선고한 벌금 100만 원의 형은 너무 무거워 부당하다.

2. 판단 가. 사실오인 또는 법리오해의 점 ⑴ 문자메시지 전송 행위에 대하여 ㈎ 먼저 위 문자메시지 전송행위가 당원들 사이의 통상적인 정당활동으로 일상적ㆍ의례적 행위인지, 그와 관련하여 피고인에게 선거에 영향을 미치려는 목적과 고의가 인정되는지에 관하여 살핀다.

① 공직선거법은 제9장에서 선거와 관련있는 정당활동을 규제하는 등 일정한 제한을 가하고 있지만 전면적인 제한을 가하고 있지 아니할 뿐만 아니라 공직선거법 제58조 제1항 단서 제4호

는 통상적인 정당활동은 선거운동으로 보지 아니하도록 규정함으로써 공정선거의 달성과 정당활동의 자유보호라는 상충하는 민주주의적 가치의 균형을 추구하고 있다고 할 것이므로 이러한 공직선거법의 정당활동에 대한 규제의 정도와 공직선거법 제93조 제1항의 입법 취지 등에 비추어 보면, 공직선거법 제93조 제1항에 의하여 금지되는 탈법방법에 의한 문서 · 도화의 배부 · 게시 등 행위에는 통상적인 정당활동은 포함되지 아니한다고 보아야 할 것이고, 구체적 개별적으로 공직선거법 제93조 제1항에 규정된 문서 · 도화의 배부 · 게시 등 행위가 통상적인 정당활동에 해당하는지 여부는 그 행위의 시기, 내용, 방법, 대상, 형태 등을 종합하여 총체적으로 판단하여야 할 것이다( 대법원 2002. 1. 22. 선고 2001도822 판결 등 참조). ② 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 피고인은 2006. 5. 31. 실시된 제4회 전국동시지방선거에서 한나라당 공천을 받아 강서구청장에 당선된 김도현의 아들인 점, 피고인이 원심 판시와 같이 세 번에 걸쳐 1,552명, 1,556명, 3,001명의 선거구민을 상대로 문자전송 프로그램을 이용하여 문자메시지를 발송함과 아울러 여론조사결과를 공직선거법 제108조 제4항에 위배되게 공표한 사실을 인정하면서, 당시 그와 같은 문자메시지 전송은 몸이 불편한 자신을 그 동안 돌봐주신 아버지를 돕기 위함이었다고 진술하고 있는 점, 그 문자메시지의 구체적인 내용에서 보면, “ 한나라당 김도현 구청장 후보 ”라고 적시하여 당적, 입후보 여부 및 대상 직위가 드러나게 하였고, 여론조사결과 나타난 강서구청장 예비후보자들인 김도현, 유영, 이창섭의 지지율을 적시하고 그 중 최상위 지지율을 획득한 위 김도현이 돋보이게 한 것으로, 이는 당의 공식행사에 대한 안내, 명절인사 혹은 당원 애경사 통지 등의 문자메시지와 명확히 구별되는 점, 이러한 문자메시지를 전송한 때는 2006. 5. 2.경, 같은 달 8.경 및 같은 달 9.경으로 위 선거에 임박한 때로서 위 김도현이 강서구청장 후보로 한나라당의 공천을 받고 예비후보자로 한창 선거운동을 하던 때인 점 등을 종합해 보면, 피고인의 원심 판시의 각 문자메시지 전송행위는 향후 치러질 선거와 관련하여 피고인의 아버지인 위 김도현의 당선을 도모하기 위한 유리한 행위로서 그 목적과 의사가 객관적으로 드러나는 능동적 · 계획적 행위라고 볼 것이고, 위와 같은 피고인의 지위, 피고인과 위 김도현의 관계, 문자메시지 전송 시기, 내용, 상대방의 숫자 및 범위, 기타 전후 상황 등에 비추어 통상적인 정당활동의 범위에서 벗어난다고 볼 것이다.

③ 또한, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 사정, 즉 위 김도현과 경쟁후보인 유영는 모두 한나라당 소속으로 위 지방선거에 강서구청장 후보로의 공천을 희망하였으나 위 김도현이 공천된 점, 당시 강서구청장으로 재직 중이던 유영는 공천에서 탈락하자 한나라당을 탈당하여 무소속으로 강서구청장 선거에 입후보한 점, 수신 대상자들은 서울 강서갑 선거구의 1,500여 명 혹은 강서갑, 을 선거구의 3,000여 명으로 다수이고, 이 사건의 제보자 중 한 사람인 이인두는 한나라당 강서갑 당원협의회 운영위원을 역임한 사람임에도 피고인을 경찰에 신고한 것으로 보아 위 김도현을 지지한 것으로 볼 수는 없는 점, 위 수신 대

상자들 중 일부는 한나라당의 당적이 없거나 탈당한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 당시 위 수신 대상자들 중 일부는 현직 구청장인 위 유영와의 인연으로 위 김도현에 대한 한나라당의 공천에 대해 의견을 달리하고 있었던 것으로 보이는바, 사정이 이와 같다면, 위 수신 대상자들이 모두 당원이라 하여도 정견을 같이 하여 오로지 당이 공천한 후보만을 지지하고 있었다고 볼 수 없고, 피고인의 위 문자메시지 전송행위가 앞서 본 바와 같이 통상적인 정치활동을 넘어서는 것이고 보면, 위 전송행위를 정치적 의견을 공유하는 당원들 사이의 의사연락에 해당하는 일상적 · 의례적 행위로도 볼 수 없다.

④ 결국 위 문자메시지 전송행위는 피고인이 선거에 영향을 미치려는 목적과 의도 하에 행해진 것으로, 통상적인 정당활동의 범위를 넘어서는 행위로서 공직선거법이 제한하는 탈법방법에 의한 문서 · 도화 등의 배부 · 게시 등의 행위에 해당하고, 설사 피고인이 전송한 휴대전화번호 명단이 실제 당원 명부에 등재되어 있는 내용과 같거나 그 명단이 모두 한나라당 당원들의 것이라고 믿었다고 하더라도 앞서 본 여러 사정들에 비추어 그러한 목적과 의도가 달라지는 것은 아니라고 할 것이므로, 피고인의 위 주장은 이유 없다.

㈏ 다음으로, 피고인의 위 행위가 책임조각사유에 해당하는지 보건대, 앞서 본 여러 사정을 종합해 보면, 설령 피고인이 이 부분 범행이 죄가 되지 않는 것으로 오인하였다고 하더라도, 그 오인에 정당한 이유가 있었다고 보기 어려우므로, 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

⑵ 여론조사결과 공표행위에 관하여 선거와 관련된 여론조사의 결과를 공표함에 있어서 그 객관성과 신뢰성을 유지할 수 있도록 하기 위하여 공직선거법 제108조 제4항에서는 여론조사의 공표 방법에 관하여 " 누구든지 선거에 관한 여론조사의 결과를 공표 또는 보도하는 때에는 조사의뢰자와 조사기관 · 단체명, 피조사자의 선정방법, 표본의 크기, 조사지역 · 일시 · 방법, 표본오차율, 응답률, 질문내용 등을 함께 공표 또는 보도하여야 하며 " 라고 규정함으로써 그 주체에 아무런 제한을 두고 있지 아니하여 위 규정이 여론조사를 최초로 공표하는 자에 한하여 적용된다고 할 수 없으므로(이 경우 선거와 무관한 일반인들의 대화도 위 규정에 위반되어 처벌의 범위가 지나치게 넓어질 우려가 없지 않으나, 여론조사를 공표하는 당사자의 의도, 공표의 대상과 상황 등을 감안하여 사회상규에 반하지 아니하는 행위로서 위법성이 조각되거나 검사의 기소유예 등의 조치로 이러한 문제점은 시정될 수 있는 것으로 보인다), 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

나. 양형부당의 점 이 사건은 피고인이 지방선거와 관련하여 후보자가 되고자 하는 아버지를 위해 3회에 걸쳐 1,500여 명 내지 3,000여 명에 이르는 사람들에게 탈법방법에 의한 문자메시지를 전송하고, 유리하게 나온 여론조사결과를 공직선거법상의 공표방법에 위반되게 공표하여 선거의 공정성을 해한 것으로, 이러한 범행의 경위, 그 수단과 방법, 범행의 횟수 및 대상자의 숫자 등에 비추어 죄질과 범정이 중한 점 등 형법 제51조에 정한 여러 양형 조건에 비추어 보면, 피고인이 주장하는 위 정상들을 참작한다고 하더라도 원심이 선고한 벌금 100만 원의

형은 결코 무겁지 아니하므로, 위 주장 또한 이유 없다.

3. 결론 그렇다면, 피고인의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 한위수(재판장) 판사 이재권 판사 김태업