

공직선거법위반·정치자금법위반[대전광역시장 등에 대한 공직선거법

위반 등 사건]

[대법원 2016. 8. 26. 2015도11812]



【판시사항】

구 공직선거법상 선거운동의 의미와 금지되는 선거운동의 범위를 판단하는 기준

【판결요지】

[다수의견] 선거운동의 자유와 공정 및 기회균등을 꾀하고, 정치인의 통상적인 정치활동을 보장할 필요성, 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 형벌법규의 엄격해석의 원칙, 구 공직선거법(2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정되기 전의 것, 이하 '공직선거법'이라고 한다)의 전체적인 체계에서 선거운동이 차지하는 위치 및 다른 개별적 금지규정의 내용 등에 비추어 볼 때, 공직선거법상 선거운동의 의미와 금지되는 선거운동의 범위는 다음과 같은 구체적인 기준에 따라 판단하는 것이 타당하다. '선거운동'은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는데, 이에 해당하는지는 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다. 따라서 행위가 당시의 상황에서 객관적으로 보아 그와 같은 목적의사를 실현하려는 행위로 인정되지 않음에도 행위자가 주관적으로 선거를 염두에 두고 있었다거나, 결과적으로 행위가 단순히 선거에 영향을 미친다거나 또는 당선이나 낙선을 도모하는 데 필요하거나 유리하다고 하여 선거운동에 해당한다고 할 수 없다. 또 선거 관련 국가기관이나 법률전문가의 관점에서 사후적 회고적인 방법이 아니라 일반인, 특히 선거인의 관점에서 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단하여야 하므로, 개별적 행위들의 유기적 관계를 치밀하게 분석하거나 법률적 의미와 효과에 치중하기보다는 문제 된 행위를 경험한 선거인이 행위 당시의 상황에서 그러한 목적의사가 있음을 알 수 있는지를 살펴보아야 한다. 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 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. 그러한 목적의사를 가지고 하는 행위인지는 단순히 행위의 명목뿐만 아니라 행위의 태양, 즉 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 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 당해 선거에서의 당선 또는 낙선을 도모하는 의사가 있다고 인정할 수 있으나, 선거가 실시되기 오래전에 행해져서 시간적으로 멀리 떨어진 행위라면 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다는 것만으로 당해 선거에서의 당락을 도모하는 의사가 표시된 것으로 인정될 수는 없다. 선거운동은 대상인 선거가 특정되는 것이 중요한 개념표지이므로 문제 된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야만 선거운동에 해당하는데, 행위 당시의 상황에서 특정 선거의 실시에 대한 예측이나 확정 여부, 행위의 시기와 특정 선거

일 간의 시간적 간격, 행위의 내용과 당시의 상황, 행위자와 후보자의 관계 등 여러 객관적 사정을 종합하여 선거인의 관점에서 문제 된 행위가 특정 선거를 대상으로 하였는지를 합리적으로 판단하여야 한다. 한편 정치인은 누구나 기회가 오면 장래의 적절한 선거에 출마하여 당선될 것을 목표로 삼고 있는 사람이고, 선거운동은 특정한 선거에서 당락을 목표로 하는 행위이므로, 문제 된 행위가 특정 선거를 위한 것이라고 인정하려면, 단순히 어떤 사람이 향후 언젠가 어떤 선거에 나설 것이라는 예측을 할 수 있는 정도로는 부족하고, 특정 선거를 전제로 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 수 있는 객관적 사정이 있어야 한다. 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 판단 기준이 그대로 적용되어야 한다. 따라서 그와 같은 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동에 인지도와 긍정적 이미지를 높이려는 목적이 있다 하여도 행위가 특정한 선거를 목표로 하여 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 표시된 것으로 인정되지 않는 한 선거운동이라고 볼 것은 아니다. 문제 된 행위가 단체 등을 통한 활동의 모습으로 나타나는 경우에는 단체 등의 설립 목적과 경위, 인적 구성, 활동의 시기, 방법, 내용과 규모 등을 추가적으로 고려하여 활동이 특정 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사에 따라 행해진 것이라는 점이 당해 선거인의 관점에서 객관적으로 인정되는지를 살펴보아야 한다. 단체 등의 목적 범위 내에서 통상적으로 행해지는 한도에서는 특별한 사정이 없는 한 그러한 활동이 특정인의 당선 또는 낙선을 목적으로 한 선거운동이라고 보아서는 아니 되고, 단체의 목적이나 활동 내용이 정치 이외의 다른 전형적인 사회활동을 하는 단체가 갖는 특성에 딱 들어맞지 않는다는 이유만으로 단체의 활동을 선거운동에 해당한다고 단정하여서도 아니 된다.

[대법관 김용덕, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대의견] 공직선거법은 선거운동을 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한' 행위(제58조 제1항 본문), 즉 자신이 당선되거나 다른 사람이 당선되게 하거나 당선되지 못하게 하기 위한 행위로 규정함으로써, 개념 자체로 자신 또는 타인의 당선 또는 낙선을 목적으로 하는 행위일 것을 요구하고 있다. 따라서 공직선거법에 의하여 처벌되는 사전선거운동행위나 유사기관설치행위가 성립하려면 행위자가 특정한 선거에 관하여 특정 후보자 또는 후보자가 되려는 자를 위한 것임을 인식하고 해당 행위를 하였다는 것만으로는 부족하고, 행위자에게 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적'이 인정되지 아니하면 구성요건은 충족되지 아니한다. 그러므로 사전선거운동행위나 유사기관설치행위는 고의 외에 초과주관적 위법요소로서 당선 또는 낙선의 목적을 범죄성립요건으로 하는 목적범에 해당하거나, 적어도 여기에서의 목적은 목적범에서의 목적에 준하는 주관적 구성요건요소라고 이해하는 것이 타당하다. '당선 또는 낙선의 목적' 역시 주관적 구성요건요소인 이상 그 실현에 대한 인식과 의욕 여부는 구성요건적 고의나 목적범에서의 목적과 마찬가지로 당연히 행위자인 피고인을 기준으로 판단하여야 하고, 피고인에게 그와 같은 목적에 대한 인식이 있었음이 증명되는지 여부에 따라 구성요건의 충족 여부를 가려야 한다. 선거운동이란 목적의사가 '객관적'으로 인정될 수 있는 행위를 말한다고 해석하여 온 취지는 자체로는 주관적인 요소인 행위자의 목적의사를 인정하기 위해서는 행위의 능동성이나 계획성을 통하여 객관적으로 확인하고 파악하여야 함을 가리키는 것으로 이해하여야 하지, 목적의사가 '객관적'으로 인정되어야 한다고 하여 다수의견과 같이 반드시 선거인이 목적의사를 명백히 인식할 수 있어야 한다는 의미로 새길 수는 없다. 선거일부터 멀리 떨어진 시기에 이루어진 '정치인'으로서의 통상적인 정치활동을 곧바로 선거운동에 해당한다고 볼 수 없음은 당연하고, 그와 같은 행위가 단순히 '정치인'으로서의 인지도를 높이려는 목적

에서 비롯되었더라도 이를 선거운동으로 단정할 수는 없다. 다만 행위가 이루어진 시기가 선거일부터 상당한 시간적 간격을 두고 행하여졌더라도 행위자가 '후보자가 되고자 하는 자', 즉 선거에 입후보할 의사를 가진 것을 객관적으로 인식할 수 있을 정도에 이른 사람에 해당하고 문제 되는 행위가 '후보자가 되고자 하는 자'로서 선거에서의 당선 또는 낙선을 목적으로 자신의 인지도를 높이기 위하여 다수의 선거인들을 접촉한 것이라면, 이러한 행위는 이미 통상적인 정치활동의 범주를 벗어난 것으로서 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 객관적으로 확인될 수 있고, 행위의 태양에 따라 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위로서 선거운동에 해당할 수 있다. 선거의 공정과 선거운동의 자유 사이의 균형점은 그 나라의 역사와 정치문화, 선거풍토와 선거문화의 수준 등 제반 사정에 따라 달라질 수밖에 없다. 국민의식의 성장에도 불구하고, 선거범죄 및 선거사범의 숫자는 줄어 들고 있지 않고, 오히려 더욱 지능화·음성화되고 있다는 우려가 적지 아니하다. 이러한 상황에서 선거운동 자유의 측면만을 강조하여 선거운동의 의미를 법률의 취지와 달리 지나치게 좁게 해석한다면, 정치활동과 선거운동 자유의 확대를 명분으로 공정성 확보를 위한 중요한 장치를 무력화시킴으로써 자칫 그 균형을 무너뜨리는 결과가 될 수 있다.

【참조조문】

헌법 제1조, 제12조 제1항, 제24조, 제25조, 제37조 제2항, 제40조, 제41조, 제66조, 제67조, 제116조 제1항, 제117조, 제118조, 형법 제1조 제1항, 구 공직선거법(2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정되기 전의 것) 제1조, 제2조, 제33조 제1항 제2호, 제3항 제2호, 제58조, 제59조, 제60조의2, 제60조의3, 제61조, 제86조 제2항, 제5항, 제6항, 제89조, 제90조 제1항, 제93조 제1항, 제2항, 제103조 제5항, 제108조 제2항, 제111조 제1항, 제114조, 제254조 제2항, 제255조 제1항 제13호

【참조판례】

대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결(공2005하, 1646), 대법원 2006. 6. 27. 선고 2005도303 판결(공2006하, 1447)(변경), 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도3940 판결(변경), 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007도3468 판결, 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도10451 판결, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010도9007 판결, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도1793 판결(공2013하, 1641)

【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 5인

【상 고 인】 피고인 1 외 4인 및 검사

【변 호 인】 법무법인(유한) 태평양 외 2인

【원심판결】 대전고법 2015. 7. 20. 선고 2015노201 판결

【주문】

】

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5에 대한 부분을 모두 파기하고, 이 부분 사건을 대전 고등법원에 환송한다. 검사의 피고인 6에 대한 상고를 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4의 유사기관설치로 인한 공직선거법위반죄 및 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 사전선거운동으로 인한 공직선거법위반죄에 관한 상고이유에 대한 판단

가. (1) 원심은 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4의 유사기관설치로 인한 공직선거법 위반의 점에 대하여 구 공직선거법 (2014. 1. 17. 법률 제12267호로 개정되기 전의 것, 이하 '공직선거법'이라고만 한다) 제255조 제1항 제13호, 제89조 제1항 본문, 형법 제30조를 적용하고, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 사전선거운동으로 인한 공직선거법 위반의 점에 대하여 공직선거법 제254조 제2항, 형법 제30조를 적용하여 모두 유죄로 처벌하였다.

(2) 공직선거법 제59조는 '선거운동은 선거기간 개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다'고 규정하고, 제254조 제2항은 선거운동기간 전에 법에 규정된 이외의 방법으로 선거운동을 한 자를 처벌하도록 하고 있다.

또한 공직선거법 제61조는 선거운동기구인 선거사무소와 선거연락소 및 선거대책기구의 설치 주체와 그 설치 숫자 및 장소 등을 엄격히 규제하는 한편, 제89조 제1항 본문에서 누구든지 제61조의 규정에 따른 선거사무소 등 외에는 후보자 또는 후보자가 되려는 사람을 위하여 명칭의 여하를 불문하고 이와 유사한 기관을 설립 또는 설치하거나 이용할 수 없다고 하여 이를 금지하고 있으며, 제255조 제1항 제13호는 그 위반행위자를 처벌하도록 하고 있다.

여기서 어떠한 기관·단체·조직 또는 시설이 위의 유사기관설치 금지규정에 위반된다고 하려면 적법한 선거사무소 등과 유사한 활동이나 기능을 하는 것에 해당하여야 한다는 요건 이외에 그것이 '선거운동'을 목적으로 설치되었음이 인정되어야 한다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2013도10896 판결 참조).

공직선거법 제255조 제1항 제13호, 제89조 제1항 본문과 제254조 제2항은 모두 '선거운동'을 목적으로 하거나 당해 행위 자체가 '선거운동'으로 인정될 것을 전제로 하고 있고, 양쪽에서 말하는 '선거운동'은 같은 의미이다.

따라서 선거운동의 의미와 그 범위를 정하는 것이 이 부분의 핵심 쟁점이다.

나. (1) 공직선거법 제58조 제1항 본문은 '선거운동이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다'고 규정하면서 그 단서 각 호에서 선거운동으로 보지 않는 몇 가지 행위들을 예시하고 있다.

그동안 대법원은 '선거운동'이란 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말한다고 판시하여 왔다(대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결, 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007도3468 판결, 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도10451 판결 등 참조).

그런데 종전의 대법원판결들 가운데에는 문제가 된 구체적 사실관계하에서 당선이나 낙선에 필요하고도 유리한 행위라면 폭넓게 선거운동에 해당한다는 취지로 보이거나, 문제 된 행위가 정치인의 인지도를 높인다거나 선거인에게 영향을 미칠 목적이 있다는 이유만으로 선거운동의 범위에 포함시켜야 한다는 취지의 판결례도 있는 것이 사실이다.

사람은 본래 사회적이고 정치적인 존재로서 자연스럽게 사회활동과 정치활동을 하게 마련이고, 특히 정치인은 선거에서 당선되는 것을 목표로 삼는 사람이므로 정치인의 사회활동이나 정치활동은 직접 또는 간접으로 선거와 연결될 수밖에 없다.

그리고 다양한 형태의 정치활동들은 대부분 선거와 밀접하게 관련되어 있음을 부인하기 어렵다.

그럼에도 불구하고 선거에 영향을 줄 수 있다는 등의 이유만으로 광범위하게 선거운동으로 규제하는 판결들은 대의민주주의에서 당연히 허용되어야 할 국민의 정치활동을 위축시키고, 공직선거법상 금지되는 선거운동과 허용되는 정치활동의 경계를 모호하게 하여 선별적·자의적인 법 적용을 초래할 우려가 있는 등의 문제점이 있다.

그러므로 선거제도에 관한 헌법과 공직선거법의 해당 규정과 근본취지에 입각하여 '선거운동'의 의미에 관한 종래 대법원판례의 취지를 분명히 하고, 아울러 정치인의 사회활동과 정치활동을 어느 범위에서 공직선거법이 금지하는 선거운동으로 보아 처벌의 대상으로 삼아야 하는지에 관하여 보다 구체적인 기준을 제시할 필요가 있다.

- (2) 헌법은 국민이 주권을 행사하기 위하여 국민의 선거에 의하여 선출된 대표자를 통해서 간접적으로 정책결정에 참여하는 이른바 대의민주주의를 채택하고(제1조, 제24조, 제25조, 제40조, 제41조, 제66조, 제67조), 지방자치단체에 자치권을 부여하면서 법률에 따라 지방의회의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 등을 정하도록 규정하고 있다(제117조, 제118조). 공직선거법은 헌법 제41조, 제67조와 지방자치법 제31조, 제94조에 의한 대통령선거, 국회의원선거, 지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거를 통합하여 그 선거와 관련된 사항을 규정한다(제1조, 제2조).

대의민주주의 체제에서 선거는 국민주권과 주민자치의 원리 및 국민의 선거권과 공무담임권을 실질적으로 구현하는 요체이다.

선거결과에 민주적 정당성을 뒷받침하려면 선거인의 자유로운 선택이 전제되어야 하므로, 유권자는 공직후보자의 인격, 능력, 정책 등에 관하여 정확하고 충분한 정보를 알 수 있어야 하고, 정치인은 유권자에게 자신의 정치철학, 공직 수행에 필요한 능력, 각종 정책의 수립과 집행능력 등을 제대로 알릴 수 있어야 한다.

따라서 선거인과 정치인 사이의 원활한 접촉과 소통을 통하여 공직후보자에 대한 풍부한 정보를 알 수 있고 알릴 수 있는 기회가 폭넓게 제공될 필요가 있다.

한편 선거는 그 과정과 절차가 자유롭고 공정하여야 한다.

대의민주주의의 실현을 위하여 선거운동의 자유가 충분히 보장될 것이 요청되지만 선거의 공정을 확보하려면 어느 정도 선거운동에 대한 규제를 하지 않을 수 없다.

선거운동이나 정치활동에 대한 규제의 방법과 범위는 그 시대의 정치문화, 선거풍토, 민주주의와 시민의식의 성숙 정도와 밀접한 관련이 있다.

과거에는 관권선거와 금권선거의 폐해가 선거의 공정성을 심히 해하여 국민의 정치적 의사가 왜곡되는 것을 방지하는 데 국민의 관심이 집중되어 있었지만, 최근에는 방송, 신문, 통신, 인터넷 등을 통한 여론 형성이 선거운동과 정치활동의 중요한 부분을 차지하게 되었다.

또한 정당정치가 선거에 미치는 현실적 영향력이 점점 커짐에 따라 정당의 후보자 추천을 위한 당내 경선이 공직선거법의 규제대상이 되었으며(공직선거법 제6장의2), 실제 선거 과정에서도 대부분의 정당이 당내 경선을 위한 여론조사를 실시하거나 여론수렴에 적극 나서고 있는 것이 현실이다.

이에 따라 공직후보자가 되려는 사람들에게는 평소에 자신의 인지도를 높여 정치적 지지기반을 형성·확대·강화하는 행위가 절실히 필요하므로 그에 관한 정치활동의 자유가 충분히 보장되어야 한다.

국민의 일상적인 정치적 의사표현이나 정치인의 평소 정치활동을 과도하게, 그것도 형사처벌의 방법으로 규제하면 국가권력의 간섭과 통제를 받지 아니하고 정치적 의사를 자유롭게 표현하고 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 정치적 자유권과 참정권, 알 권리 등 헌법상 기본권의 본질적인 내용을 침해하게 될 위험이 있다.

헌법 제116조 제1항은 선거운동에서 균등한 기회가 보장되어야 함을 명문으로 규정하고 있다.

현재 공직에 있는 정치인은 그 직위를 이용하여 다양한 정치적 활동을 할 수 있는데, 정치인의 정치활동을 선거운동의 범위에 광범위하게 포함시켜 금지하게 되면 정계에 처음 입문하려거나 공직에 있지 않은 정치인은 매우 제한적인 활동 외에는 사실상 자신을 알릴 수 있는 기회를 갖지 못하게 된다.

또한 앞서 본 정치와 선거 문화의 변화에 따라 정치 신인 등은 여론조사, 정당공천, 선거운동 등 모든 과정에서 불리한 처지에 놓일 수밖에 없다.

따라서 선거에서 실질적 기회균등을 보장하기 위해서 정치인이 평소 정치적 기반을 다지는 행위는 폭넓게 허용되어야 한다.

아울러 공직선거법이 선거운동의 개념을 추상적·포괄적으로 설정하고 있는 관계로 정치인이나 일반 국민이 개개의 문제 되는 사안에서 선거운동과 그에 해당하지 아니하는 정치활동을 명백하게 구분하는 것이 현실적으로 쉽지 않은 사정을 감안하여, 사전선거운동 금지규정으로 인해 정치활동의 자유가 제약받지 않고 충분히 보장될 수 있도록 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성의 원칙에 따라 형사처벌의 전제가 되는 선거운동의 의미를 명확하고 제한적으로 해석할 것이 요청된다.

- (3) 공직선거법은 사전선거운동만을 금지할 뿐 그에 해당하지 않는 통상적인 정치활동까지 규제하고 있지 않으므로 공직선거법 제58조 제1항의 선거운동 정의 규정은 정치활동의 한계를 설정함과 동시에 공직선거법상 금지되는 사전선거운동에 관한 처벌조항인 공직선거법 제254조 제2항의 구성요건을 이룬다.

한편 공직선거법 제58조 제2항 본문은 '누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다'고 규정하여 원칙적으로 선거운동의 자유를 보장하고 있다.

그러나 다른 한편으로 공직선거법 제59조 본문은 '선거운동은 선거기간 개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다'고 하면서 단서에서 예비후보자의 선거운동이나 인터넷을 통한 선거운동 등 일부 예외를 인정하고 있을 뿐인데, 공직선거법상 선거운동을 할 수 있는 선거기간은 대통령선거 이외에는 14일에 불과하다(제33조 제1항 제2호). 이러한 선거운동 허용과 제한 방식하에서 선거운동의 정의에 관한 공직선거법 제58조 제1항의 의미를 엄격하게 해석하지 아니한다면, 선거운동의 자유를 원칙으로 규정한 공직선거법 제58조 제2항 본문의 취지에도 반할뿐더러 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성의 원칙에도 어긋나는 결과를 초래할 위험이 있다.

공직선거법은 선거일을 기준으로 선거에 영향을 미칠 수 있는 정도에 따라 '선거운동'에 해당하는 경우 외에도, '선거에 영향을 미치는 행위'(제89조 제2항 본문 전단 등) 또는 '선거에 관한 행위'(제114조 등) 등을 개별적으로 특정하여 금지하는 규정을 두고 있다.

또한 공직선거법은 선거에 미치는 영향이나 관련성과 무관하게 추가로 '선거의 공정을 해할 염려가 있다고 보이는 행위'들을 별도로 금지하고 있기도 하다(제103조 제5항 등). 이러한 규정들은 선거운동에 이르지 아니하여 사전선거운동 금지규정으로 규제할 수 없는 행위라 하더라도 특별히 선거의 공정을 해할 가능성이 있다고 보아 그 행위유형을 정형화하여 개별적으로 규제하려는 공직선거법의 취지를 담고 있다.

이와 같은 공직선거법의 각 규정 내용과 체계 및 취지에다가 규제기간이 광범위하고 행위유형마저 한정되어 있지 않은 사전선거운동 금지조항의 특성을 보태어 보면, 사전선거운동에 해당하는지는 엄격 해석의 관점에서 판단하여야 한다.

한편 시기적 관점에서 보면 선거일이 다가옴에 따라 정당의 공천 등을 통해 후보자의 윤곽이 드러나고 예비후보자·후보자 등록 이후 선거운동이 시작되어 선거인들의 관심이 점차 고조되어 가서 선거일에 하는 투표 결과에 따라 당락이 결정되는 선거의 특성상, 선거운동은 선거일과 밀접한 관계에 있고, 같은 내용의 활동이라도 선거일에 가까운 시기에 하게 될수록 선거인의 관점에서 객관적으로 파악할 때 선거운동으로 인식될 가능성이 높아진다.

공직선거법은 선거일을 기준으로 특정한 행위가 이루어진 시기와의 시간적 간격에 따라 금지되거나 제한되는 행위를 달리 정하고 있다.

선거일 전 180일부터 선거일까지(제89조 제2항, 제90조 제1항, 제93조 제1항), 90일부터 선거일까지(제93조 제2항, 제103조 제5항), 60일부터 선거일까지(제108조 제2항) 등으로 구분하여 그 전에는 허용되는 행위라도 위 기간에는 금지하고 있고, 또한 당선된 국회의원이나 지방자치단체의 장이 공무수행의 일환으로 할 수 있는 행위들도 선거일 전 180일부터 선거일까지(제86조 제5항, 제6항), 90일부터 선거일까지(제111조 제1항 단서), 60일부터 선거일까지(제86조 제2항) 등으로 구분하여 그 기간에는 금지하거나 제한하고 있는데, 이는 동일한 행위이더라도 그 행위가 행하여진 시기가 선거일에서 얼마나 떨어져 있느냐에 따라 선거에 미치는 영향력이 다르기 때문이다.

공직선거법은 선거운동에 이르지 아니하더라도 선거에 영향을 미치는 행위의 규제가 가능한 시간적 간격에 관한 기준을 최장 선거일 전 180일로 삼아, 선거일에 근접할수록 의례적인 행위나 직무상 행위로 허용되던 행위를 추가로 금지하는 입법 태도를 보이고 있다.

이에 비추어 보면, 선거일 전 180일보다 전에 이루어진 일상적인 사회활동이나 통상적인 정치활동은 선거와 관련된 것처럼 보이더라도 특별한 금지유형에 해당하는 행위가 아니라면 원칙적으로 이를 처벌이나 규제의 대상으로 삼지 않으려는 취지가 간접적으로 드러나 있다고 볼 수 있다.

다.

이상에서 논의한 대로 선거운동의 자유와 공정 및 기회균등을 꾀하고, 정치인의 통상적인 정치활동을 보장할 필요성, 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 형벌법규의 엄격해석의 원칙, 공직선거법의 전체적인 체계에서 선거운동이 차지하는 위치 및 다른 개별적 금지규정의 내용 등에 비추어 볼 때, 공직선거법상 선거운동의 의미와 금지되는 선거운동의 범위는 다음과 같은 구체적인 기준에 따라 판단하는 것이 타당하다.

- (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.

따라서 그 행위가 당시의 상황에서 객관적으로 보아 그와 같은 목적의사를 실현하려는 행위로 인정되지 않음에도 그 행위자가 주관적으로 선거를 염두에 두고 있었다거나, 결과적으로 그 행위가 단순히 선거에 영향을 미친다거나 또는 당선이나 낙선을 도모하는 데 필요하거나 유리하다고 하여 선거운동에 해당한다고 할 수 없다.

또 선거 관련 국가기관이나 법률전문가의 관점에서 사후적·회고적인 방법이 아니라 일반인, 특히 선거인의 관점에서 그 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단하여야 하므로, 개별적 행위들의 유기적 관계를 치밀하게 분석하거나 법률적 의미와 효과에 치중하기보다는 문제 된 행위를 경험한 선거인이 그 행위 당시의 상황에서 그러한 목적의사가 있음을 알 수 있는지를 살펴보아야 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 있을 것이다.

위와 같은 목적의사가 있었다고 추단하려면, 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다거나 선거에 관한 사항을 동기 하였다는 사정만으로는 부족하고 특정 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 한다.

그러한 목적의사를 가지고 하는 행위인지는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2012. 11. 29. 선고 2010도9007 판결 참조). 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, 그 행위를 한 시기가 선거일에 가까우면 가까울수록 명시적인 표현 없이도 다른 객관적 사정을 통하여 당해 선거에서의 당선 또는 낙선을 도모하는 의사가 있다고 인정할 수 있겠으나, 선거가 실시되기 오래전에 행해져서 시간적으로 멀리 떨어진 행위라면 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다는 것만으로 당해 선거에서의 당락을 도모하는 의사가 표시된 것으로 인정될 수는 없다.

- (3) 선거운동은 그 대상인 선거가 특정되는 것이 중요한 개념표지이므로 문제 된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야만 선거운동에 해당한다고 볼 수 있는데, 행위 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 문제 된 행위가 특정 선거를 대상으로 하였는지를 합리적으로 판단하여야 한다.

한편 정치인은 누구나 기회가 오면 장래의 적절한 선거에 출마하여 당선될 것을 목표로 삼고 있는 사람이고, 선거운동은 특정한 선거에서 당락을 목표로 하는 행위이므로, 문제 된 행위가 특정 선거를 위한 것이라고 인정하려면, 단순히 어떤 사람이 향후 언젠가 어떤 선거에 나설 것이라는 예측을 할 수 있는 정도로는 부족하고, 특정 선거를 전제로 그 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 수 있는 객관적 사정이 있어야 한다.

이것 역시 그 행위를 한 시기가 선거일에 가까우면 가까울수록 명시적인 표현 없이도 다른 객관적 사정을 통하여 특정 선거를 목표로 하는 선거운동임을 쉽게 인정할 수 있을 것이다.

- (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.

- (5) 문제 된 행위가 단체 등을 통한 활동의 모습으로 나타나는 경우에는 그 단체 등의 설립 목적과 경위, 인적 구성, 그 활동의 시기, 방법, 내용과 규모 등을 추가적으로 고려하여 그 활동이 특정 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사에 따라 행해진 것이라는 점이 당해 선거인의 관점에서 객관적으로 인정되는지를 살펴보아야 한다. 단체 등의 목적 범위 내에서 통상적으로 행해지는 한도에서는 특별한 사정이 없는 한, 그러한 활동이 특정인의 당선 또는 낙선을 목적으로 한 선거운동이라고 보아서는 아니 되고, 그 단체의 목적이나 활동 내용이 정치 이외의 다

른 전형적인 사회활동을 하는 단체가 갖는 특성에 딱 들어맞지 않는다는 이유만으로 그 단체의 활동을 선거운동에 해당한다고 단정하여서도 아니 된다.

- (6) 위와 같은 선거운동에 관한 판단기준과 달리, 출판기념회 개최를 빙자하여 피고인의 인지도를 높였다는 이유만으로 사전선거운동에 해당한다는 취지의 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도3940 판결, 후보자가 되고자 하는 자가 선거인에게 영향을 미칠 목적으로 단체 등을 설립하였다면 선거운동의 목적이 있는 것으로 보아 공직선거법 제89조 제1항 본문의 유사기관에 해당한다고 판시한 대법원 2006. 6. 27. 선고 2005도303 판결 등은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 변경하기로 한다.

라. 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 사실관계에 앞서 본 법리를 적용하여 원심판단의 당부를 살펴본다.

- (1) 이 사건 포럼의 설립 시기는 2014. 6. 4. 실시된 제6회 전국동시지방선거일부터 약 1년 6개월 전이었다.

이 사건 포럼이 설립된 이후 행한 전통시장 방문, 지역기업 탐방, 시민토론회, 농촌 일손 돕기, 헌혈운동, '○○경제투어 - 시민 속으로', 대학생을 대상으로 한 토론회 및 특강 등 주요한 활동들은 대부분 위 선거가 실시되기 오래전인 약 1년 4개월 전에 시작되어 아무리 늦어도 위 선거일 약 5개월 전에 끝났다.

- (2) 수사기관이 확보한 각종 선거기획 문건 등을 통하여 이 사건 포럼의 설립 전후로 피고인 3을 위한 ○○광역시장 선거기획안이 작성되고 그에 관한 내부회의가 있었음이 밝혀져 그것들이 피고인 3의 선거출마를 염두에 두고 작성된 것임을 알 수 있기는 하다.

그러나 내부회의는 이 사건 포럼의 설립을 주도한 피고인 3의 핵심 지지자들 몇 사람 사이의 내부적 회합에 불과할 뿐만 아니라 그것이 외부로 표시된 바가 없어 선거인의 관점에서 ○○광역시장 선거에서의 당락을 도모하는 목적의사가 있음을 알 수 없었다.

위 선거기획 문건 자체의 내용에 의하더라도 지역경제발전을 위한 연구단체를 설립한 뒤 이 사건 포럼의 설립목적 범위 내에서 여러 활동을 하는 데 피고인 3이 참여함으로써 그의 인지도와 우호적 이미지를 높이하고자 하는 여러 활동을 기획한 것에 불과하고 위 선거에서 당선을 도모하는 목적의사를 인정할 만한 것들이 포함되어 있지 않다.

따라서 위 문건과 내부회의는 이를 통하여 이 사건 포럼의 설립과 운영에 피고인 3의 인지도 제고를 위한 활동을 하려는 의도가 있었음을 인정할 수 있을지언정, 이 사건 포럼의 설립과 활동을 통해 선거운동을 계획하였다는 근거가 될 수 없다.

- (3) 이 사건 포럼의 설립목적과 경위, 정관내용, 활동현황 및 ○○광역시의 감독상황 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 포럼의 활동들은 ○○지역 경제와 관련된 현안을 발굴하고 이를 각계 전문가 및 시민들과 함께 논의하여 그 대안을 제시하는 등의 활동을 통해 지역경제 활성화에 기여한다는 정관상의 목적에서 벗어난다고 할 수 없고, 이 사건 포럼과 같은 비영리법인의 수행사업으로 적합한 것들로서 감독관청인 ○○광역시의 검토의견도 설립목적에 맞게 계획·추진되었다는 것이다.

- (4) 이 사건 포럼이 설립된 이후 행한 각종 활동들을 살펴보면, 피고인 3이 이 사건 포럼의 일원으로서 그 회원들과 함께 이 사건 포럼의 명칭이 기재된 옷을 맞춰 입고 전통시장이나 행정동을 방문하고, 피고인 3이 패널로 참여한 각종 토론회와 여러 봉사활동 등을 하였는데, 위 피고인들은 그와 같은 활동을 통하여 피고인 3의 ○○광역시장 선거출마를 예상하여 그 인지도와 긍정적 이미지를 높일 목적으로 그에 도움이 되는 여러 활동을 수행하였음은 인정된다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하더라도 이 사건 포럼이 주최한 행사들을 피고인 3의 선거출마를 위한 행사로 삼거나 그 기회에 피고인 3의 ○○광역시장 출마계획을 밝히면서 ○○광역시장 선거에서 그를 지지해 줄 것을 부탁하는 등의 행위가 있었다고 보이지 아니하고, 또 이 사건 포럼의 활동이 ○○지역을 중심으로 이루어지기는 하였으나 이 사건 포럼의 목적 자체가 ○○지역 경제 활성화라는 점을 감안하면 그 활동지역으로 인하여 선거운동의 성격이 인정될 수 있는 것도 아니며, 그 밖에 피고인 3의 당선을 도모하는 목적의사가 선거인이 인식할 수 있을 정도로 객관적으로 표시되었다고 볼 만한 특별한 사정을 찾아볼 수 없다.

(5) 피고인 3이 개최한 출판기념회는 ○○광역시장 선거일부터 7개월 전에 개최되었으므로 선거일 전 90일부터 선거일까지 후보자 등과 관련 있는 저서의 출판기념회를 개최할 수 없다고 규정한 공직선거법 제103조 제5항에 위반되지도 아니한다.

당시 이 사건 포럼의 직원 등이 참석하여 안내와 질서유지 활동을 하였으나 다른 특별한 관여행위가 드러나지 않으므로 그것만으로 출판기념회를 이 사건 포럼의 행사라고 할 수 없다.

피고인 4가 출판기념회 초대메일을 보내면서 피고인 3의 출마에 관하여 간략히 언급하였다고 하더라도 개인적 친분이 있는 몇 사람에게 개인 메일을 보낸 것에 불과하고, 출판기념회에서 위 메일 내용이 공개되었거나 다른 방법으로 피고인 3의 출마계획을 알리거나 선거에서 지지해 줄 것을 부탁하는 등 명시적으로 당선을 도모한다는 목적의사가 인정될 수 있는 언동이나 이를 추단할 수 있는 사정이 보이지 아니하므로 위 출판기념회가 선거운동에 해당한다고 볼 수 없다.

(6) 이상에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 포럼을 통하여 위 피고인들이 계획한 내용이나 실제로 한 주요 활동들은 선거일에서 멀리 떨어진 시기에 이루어진 일이므로 피고인 3이 향후 어떤 선거에 나설지도 모른다는 예측을 주는 정도에 불과하고, 위 피고인들이 그 계획 및 활동 과정을 통하여 명시적으로 ○○광역시장 선거에서의 피고인 3에 대한 지지를 부탁하는 행위가 있었음이 인정되지 않을 뿐만 아니라, 선거인의 관점에서 위 선거에서 피고인 3의 당선을 도모하려는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 만한 객관적 사정도 부족하다.

따라서 위 피고인들이 이 사건 포럼의 정관 목적에 따른 활동을 하면서 피고인 3의 인지도와 긍정적 이미지를 높이는 결과를 가져왔다고 하더라도 이를 사전선거운동에 해당한다고 볼 수 없고, 위 피고인들이 선거운동을 목적으로 이 사건 포럼을 설립하였다고 보기 어렵다.

(7) 그럼에도 불구하고 원심이 그 판시와 같은 이유만으로 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 이 사건 포럼을 설립함으로써 유사기관설치 금지규정을 위반하였다거나, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5가 이 사건 포럼의 활동을 통해 사전선거운동을 하였다고 판단한 데에는 공직선거법 제255조 제1항 제13호, 제89조 제1항 본문의 적용요건인 '선거운동의 목적'과 제254조 제2항이 정한 '선거운동'의 의미에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

2. 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4의 정치자금법위반죄에 관한 상고이유에 대한 판단

가. 원심은, 이 사건 포럼이 선거운동을 목적으로 설립되었고 이 사건 포럼의 활동이 사전선거운동으로 인정되는 이상, 이 사건 포럼이 그 설립목적에 따라 선거운동을 하기 위해 소요되는 비용을 포럼 회원들로부터 회비 형식으로 받는 행위는 구 정치자금법(2016. 1. 15. 법률 제13758호로 개정되기 전의 것, 이하 '정치자금법'이라고만 한다) 제45조 제1항 본문에서 금지하는 '정치자금을 기부받은 행위'에 해당하고, 위와 같이 정치자금을 기부받은 이상 포럼 회원들에게 정치자금을 기부한다는 인식 여부에 관계없이 정치자금 부정수수죄는 성립하며, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 이 사건 포럼의 사무처장, 고문, 상임이사로서 정치자금 수수행위에 실제 관여하였고 또 피고인 3의 선거운동

활동에 실제 사용하는 등 정치자금의 부정수수행위에 실질적으로 관여하였다고 보아야 한다는 이유로, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 정치자금법 위반의 점을 유죄로 인정하였다.

나. 원심의 판단은 이 사건 포럼의 설립이 유사기관설치이고 이 사건 포럼이 주최한 각종 행사 및 활동들이 사전선거운동이라는 전제에서 그 선거운동에 소요되는 비용을 회비 명목으로 받은 것은 정치자금을 기부받은 행위에 해당한다는 취지이다.

앞서 본 바와 같이 이 사건 포럼의 설립과 각종 행사 및 활동들이 유사기관설치나 사전선거운동에 해당한다고 볼 수 없으므로, 원심의 위와 같은 판단은 그대로 유지되기 어렵다.

원심이 위 판시와 같은 이유만으로 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 정치자금법 위반의 점을 유죄로 인정한 데에는 정치자금법위반죄에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다.

다.

이 사건 포럼의 설립과 각종 행사 및 활동들을 유사기관설치나 사전선거운동으로 볼 수는 없지만 정치활동에 해당하는 부분이 있을 수 있으므로, 환송 후 원심으로서의 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 정치활동에 소요되는 비용으로 사용하기 위해 포럼 회원들로부터 회비 명목의 경비를 받았는지와 그것이 정치자금법에 의하여 금지되는 행위인지를 더 심리한 후 정치자금법위반죄가 성립하는지 판단하여야 할 것이다.

3. 피고인 4의 이익제공 및 여론조사공표로 인한 각 공직선거법위반죄에 관한 상고이유에 대한 판단

가. 이익제공으로 인한 공직선거법위반죄에 관한 상고이유에 대하여

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 피고인 4가 선거사무소 내에서 전화홍보 선거운동원들의 전화홍보 방식으로 피고인 3 후보에 대한 선거운동이 이루어지고 그 대가로 불법적인 수당이 지급된다는 사정을 확정적으로 인식하거나 적어도 미필적으로나마 이를 인식한 상태에서 다른 공범자들과 사이에 공동가공의 의사로 불법 수당으로 쓰일 자금의 조달 및 전화홍보 선거운동원 모집 행위 등을 분담한 사실을 인정할 수 있다고 판단하여 피고인 4에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 의하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 여론조사공표로 인한 공직선거법위반죄에 관한 상고이유에 대하여

공직선거법 제108조 제1항은 '누구든지 선거일 전 6일부터 선거일의 투표마감시각까지 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사의 경위와 그 결과를 공표하거나 인용하여 보도할 수 없다'고 규정하고 있다.

여기서 '공표'라 함은 그 수단이나 방법의 여하를 불문하고 불특정 또는 다수인에게 알리는 것을 의미한다(대법원 2003.

11. 28. 선고 2003도5279 판결 참조).

원심은 그 판시와 같은 이유를 들어, 피고인 4가 휴대전화 문자메시지를 통해 13명의 지인들에게 중앙선거여론조사공정심의회에 등록되지 않은 여론조사 결과를 보낸 행위는 여론조사공표로 인한 공직선거법위반죄에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 의하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

거기에 공직선거법상 여론조사공표에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 검사의 피고인 6에 관한 상고이유에 대한 판단

원심은, ① 피고인 6이 피고인 4, 피고인 1, 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3, 공소외 4 등과 공모하여, 전화홍보원 79명에게 피고인 3 후보의 선거운동과 관련하여 총 45,858,000원의 불법 수당을 제공하였다는 점에 대하여, 그 판시와 같은 사정을 들어 법관의 합리적 의심을 배제하고 피고인 6이 전화홍보 선거운동원들에 대한 불법적인 수당 지급에 가담하였음을 인정할 정도의 증명력을 가진 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단하고, ② 피고인 6이 컴퓨터 가공거래를 통해 조성한 비자금 3,905만 원을 불법적인 선거운동 비용으로 지급하고도 이를 컴퓨터 구입대금 명목으로 지출한 것처럼 선거관리위원회에 허위로 회계보고를 하였다는 점에 대하여, 피고인 6이 컴퓨터 구입 거래가 허위의 가공거래라는 점을 인식하였다고 볼 수 있으나, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 6이 위 컴퓨터 가공거래대금이 불법적인 선거비용으로 사용되었다는 점을 알았다고 인정하기에 부족하다는 이유로 무죄로 판단하고, ③ 피고인 6이 회계책임자로서 선거비용인 전화홍보 수당으로 45,858,000원을 현금으로 지급하고도 회계보고를 하면서 위 전화홍보 수당을 선거비용 항목에서 누락시켜 선거비용 제한액보다 28,385,400원을 초과지출하였다는 점에 대하여, 피고인 6이 전화홍보 선거운동원들에게 수당이 지급되고 있다는 사정을 알았다고 단정하기 어려운 이상, 피고인 6에게 선거관리위원회가 정하여 공고한 선거비용제한액을 초과하여 지출한 점에 관한 인식이 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로 무죄로 판단하였다.

기록을 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 모두 정당하다.

거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다.

5. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5에 대한 부분을 모두 파기하고(앞서 본 바와 같이 원심판결 중 피고인 1에 대한 사전선거운동으로 인한 공직선거법위반죄 부분 및 피고인 4에 대한 유사기관설치, 사전선거운동으로 인한 각 공직선거법위반죄와 정치자금법위반죄 부분은 파기되어야 할 것인데, 위 각 파기 부분과 원심이 유죄로 인정한 피고인 1, 피고인 4의 각 나머지 범죄사실은 위 피고인별로 각 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 하나의 형이 선고되어야 하므로, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 4에 대한 부분도 전부 파기되어야 한다), 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 검사의 피고인 6에 대한 상고를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

이 판결에는 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4의 유사기관설치로 인한 공직선거법위반죄 및 정치자금법위반죄, 위 피고인들과 피고인 1, 피고인 5의 사전선거운동으로 인한 공직선거법위반죄에 관한 대법관 김용덕, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치되었다.

6. 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4의 유사기관설치로 인한 공직선거법위반죄 및 정치자금법위반죄, 위 피고인들과 피고인 1, 피고인 5의 사전선거운동으로 인한 공직선거법위반죄에 관한 대법관 김용덕, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대의견은 다음과 같다.

가. (1) 다수의견의 요지는 다음과 같다.

① '선거운동'에 해당하는지는 해당 행위를 하는 주체의 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 하여 선거인의 관점에서 객관적으로 판단하여야 하므로, 선거인이 특정 선거에서 특정 후보자의 당선이나 낙선을 도모한다는 목적의사가 있음을 알 수 있었는지를 살펴보아야 한다.

위와 같은 목적의사는 특정한 선거에 출마할 의사를 밝히면서 그에 대한 지지를 부탁하는 등의 명시적인 방법뿐만 아니라 당시의 객관적 사정에 비추어 선거인의 관점에서 특정 선거에서 이러한 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 정도에 이른 경우에도 인정할 수 있으나, 위와 같은 목적의사의 표출이 있었다고 추단하려면 특정한 선거를 전제로 그 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 한다.

② 선거운동인지가 문제 되는 행위를 한 시기가 선거일에 가까울수록 명시적인 표현 없이도 그 특정 선거에서의 당선 또는 낙선을 도모하는 의사가 있다고 인식될 수 있겠으나, 선거일에서 시간적으로 멀리 떨어진 행위라면 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다는 것만으로 해당 선거에서의 당락을 도모하는 의사가 표시된 것으로 인정할 수는 없다.

③ 이 사건 포럼의 설립 전후로 피고인 3을 위한 선거기획안이 작성되고 이에 관한 내부회의가 있었으나 위 피고인 지지자들 사이의 내부적 회합에 불과할 뿐 외부로 표시되지 아니하여 당락을 도모하는 목적의사가 있음을 알 수 없는 상태였고, 피고인 3의 인지도 제고를 위한 활동을 하려는 의도가 있었을지언정 이 사건 포럼의 설립에 선거운동의 목적이 있었다고 볼 수는 없다.

이 사건 포럼의 활동 역시 그 정관상의 목적에서 벗어나지 아니하였고, 피고인들이 이 사건 포럼을 통하여 피고인 3의 선거 출마를 예상하여 그 인지도를 높일 목적으로 여러 활동을 수행하였음은 인정되나, 이 사건 포럼의 행사를 위 피고인의 선거를 위한 행사로 삼거나 위 피고인의 출마계획을 밝히면서 그 지지를 부탁하는 등의 행위가 있었다고 보이지 아니하고, 그 밖에 당선 도모의 의사가 선거인이 인식할 수 있도록 객관적으로 표시되었다고 볼 만한 사정이 없다.

④ 결국 피고인들이 이 사건 포럼의 정관 목적에 따른 활동을 하면서 피고인 3의 인지도를 높이는 결과를 가져왔다 하더라도 이를 사전선거운동에 해당한다거나, 선거운동의 목적으로 이 사건 포럼을 설립·운영하였다고 보기 어렵다. 다수의견은 위와 같은 법리 및 사정을 기초로, 이 사건 포럼은 공직선거법에서 그 설립을 금지하는 유사기관이 아니고, 이 사건 포럼을 통한 피고인들의 활동은 공직선거법에서 금지하는 사전선거운동이 아니므로, 이를 유죄로 판단한 원심의 판단에는 공직선거법 제89조 제1항의 적용요건인 '선거운동의 목적'과 제254조 제2항이 정한 '선거운동'의 의미에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 판단하였다.

(2) 그러나 지금까지 축적되어 온 선거운동의 의미에 관한 대법원판례는 선거운동의 자유와 선거의 공정성에 대한 요청이 조화를 이룰 것을 요구하는 우리 헌법과 공직선거법의 취지에 부합할 뿐만 아니라 우리의 정치문화와 선거풍토를 반영한 정당한 것으로서, 다수의견이 들고 있는 여러 사정들을 고려하여 보아도 다수의견과 같이 선거운동의 의미에 관한 기존의 해석, 즉 '특정 후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위'에서 나아가 선거운동에 해당하는지를 해당 행위를 하는 주체의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 하여 선거인의 관점에서 판단하여야 하고, 선거에 출마할 의사를 밝히면서 그에 대한 지지를 부탁하는 등의 명시적인 방법이나 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정이 있어야 비로소 그 목적의사를 인정할 수 있다고 보는 것은 그동안 대법원판례를 통하여 유지되어 온 선거에서의 공정을 현저히 해할 우려가 있을 뿐만 아니라, 받아들이기 어려운 법률적 근거에 기초한 것으로서 찬성할 수 없다.

나. 우선 다수의견이 선거운동의 의미에 관한 종전의 해석과는 달리 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사를 행위자인 피고인이 아닌 선거인의 입장에서 판단하여야 한다고 본 것은 찬성하기 어렵다.

(1) 공직선거법은 선거운동을 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한' 행위(제58조 제1항 본문), 즉 자신이 당선되거나 다른 사람이 당선되게 하거나 당선되지 못하게 하기 위한 행위로 규정함으로써, 그 개념 자체로 자신 또는 타인의 당선 또는 낙선을 목적으로 하는 행위일 것을 요구하고 있다.

따라서 공직선거법에 의하여 처벌되는 사전선거운동행위나 유사기관설치행위가 성립하려면 행위자가 특정한 선거에 관하여 특정 후보자 또는 후보자가 되려는 자를 위한 것임을 인식하고 해당 행위를 하였다는 것만으로는 부족하고, 행위자에게 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적'이 인정되지 아니하면 그 구성요건은 충족되지 아니한다.

그러므로 사전선거운동행위나 유사기관설치행위는 고의 외에 초과주관적 위법요소로서 당선 또는 낙선의 목적을 범죄성립요건으로 하는 목적범에 해당하거나, 적어도 여기에서의 목적은 목적범에서의 목적에 준하는 주관적 구성요건요소라고 이해하는 것이 타당하다.

대법원이 그동안 선거운동이란 '특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위'를 말한다고 해석하여 선거운동이 되기 위하여는 '당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사'를 수반하는 행위일 것을 요구하거나, 헌법재판소가 선거운동인지를 판단하는 중요한 기준은 행위의 '목적성'이고 행위자의 '목적의지'는 매우 주관적인 요소로서 그 자체로 확인되기 어렵기 때문에 행위의 '능동성'이나 '계획성'이라는 상대적으로 객관화될 수 있는 주관적 요소를 통하여 행위자의 의도를 파악할 수 있다고 본 것(헌법재판소 2004. 5. 14. 선고 2004헌나1 전원재판부 결정 참조)은 이러한 이유에서 비롯된 해석이다.

'당선 또는 낙선의 목적' 역시 주관적 구성요건요소인 이상 그 실현에 대한 인식과 의욕 여부는 구성요건적 고의나 목적범에서의 목적과 마찬가지로 당연히 행위자인 피고인을 기준으로 판단하여야 하고, 피고인에게 그와 같은 목적에 대한 인식이 있었음이 증명되는지에 따라 그 구성요건의 충족 여부를 가려야 한다.

선거운동이란 목적의사가 '객관적'으로 인정될 수 있는 행위를 말한다고 해석하여 온 취지는 그 자체로는 주관적인 요소인 행위자의 목적의사를 인정하기 위해서는 그 행위의 능동성이나 계획성을 통하여 객관적으로 확인하고 파악하여야 함을 가리키는 것으로 이해하여야 할 것이지, 목적의사가 '객관적'으로 인정되어야 한다고 하여 다수의견과 같이 반드시 선거인이 그 목적의사를 명백히 인식할 수 있어야 한다는 의미로 새길 수는 없다.

대법원은 공직선거법상 고의 외에 각종 목적, 이를테면 '선거에 영향을 미치게 할 목적' 등을 범죄성립요건으로 규정할 경우에 그 목적은 초과주관적 위법요소로서 이에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식으로 충분하며, 그러한 목적이 있는지는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁후보자와의 인적 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 함을 밝혀왔다(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결 등 참조). 특히 공직선거법 제251조의 후보자비방죄와 같이 선거운동의 개념 요소와 동일한 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적'을 범죄성립요건으로 정한 경우에도 위와 마찬가지로 해석하여 온 것은 그러한 목적에 대한 인식이 행위자인 피고인에게 있어야 하고 그로써 충분함을 당연한 전제로 한 것이다(대법원 1997. 4. 25. 선고 96도2910 판결, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2011도168 판결 등 참조).

당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사를 행위자가 아닌 선거인의 관점에서, 그것도 명백히 인식할 수 있어야 선거운동에 해당한다고 본 다수의견의 해석은 형법의 주관적 구성요건 체계와 조화될 수 없음은 물론, 공직선거법에서

정한 목적범에 관한 대법원의 기존 해석과도 부합하지 아니하여 납득할 수 없다.

- (2) 한편으로 다수의견은 선거일부터 시간적으로 멀리 떨어진 행위라면 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다는 것만으로 해당 선거에서의 당락을 도모하는 의사를 표시하였다고 인정할 수는 없고 특정 선거를 전제로 그 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 수 있어야 하며, 정치인의 통상적인 정치활동의 일환으로서 선거인들과 접촉하여 자신의 인지도와 호감도를 제고하는 행위가 선거운동에 해당하는지의 판단기준도 동일함을 전제로 통상적인 정치활동에 인지도를 높이려는 목적이 있다 하여도 특정한 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 표시된 것으로 인정되지 않는 한 선거운동으로 볼 것은 아니라고 보았다.

그런데 대법원은 이미 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기를 비롯하여 장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지를 기준으로 판단하여야 하고(위 대법원 2010도9007 판결 등 참조), '후보자가 되고자 하는 자'에는 입후보의사가 확정적으로 외부에 표출된 사람뿐만 아니라 그 신분·접촉대상·언행 등에 비추어 선거에 입후보할 의사를 가진 것을 객관적으로 인식할 수 있을 정도에 이른 사람도 포함된다고 보아 왔다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2011도168 판결 등 참조).

또한 대법원은 앞에서 본 선거운동의 의미에 관한 해석을 전제로, 2012. 4. 11. 실시된 국회의원 선거에 출마예정인 사람이 2011. 2. 25. 단체를 결성하여 자신을 홍보한 행위는 단순한 선거운동을 위한 준비행위가 아니라 선거운동기간 전에 인지도를 높이고 그의 경력이나 특정 정치인과의 관계를 홍보하는 등의 방법으로 지지도를 향상하도록 하기 위한 것으로 향후 선거에서의 당선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정되는 능동적·계획적 행위로서 사전선거운동에 해당하고(대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도1793 판결 참조), 2006. 5. 31. 실시된 지방자치단체장 선거에 출마하려던 사람이 2005년 11월경 출판기념회 개최를 빙자하여 초청장 발송, 벽보 부착, 유선방송 자막광고, 문자메시지 발송 등의 행위를 한 것은 피고인의 인지도를 높여 위 선거에서 득표하거나 당선되기 위한 능동적·계획적 행위로서 사전선거운동에 해당한다고 보았다(위 대법원 2007도3940 판결 참조). 즉 대법원은 출마계획을 밝히면서 선거에 대한 지지를 호소하는 것과 같은 특정 선거에서의 당선을 도모하기 위한 목적의사를 명시적으로 표시한 행위뿐만 아니라 인지도 제고를 위한 행위라도 후보자가 되고자 하는 자에게 그러한 목적의사가 인정된다면 사전선거운동이 될 수 있다고 보았고, 그 행위의 목적이 후보자가 되고자 하는 자를 위한 인지도의 제고에 있다는 이유만으로 이를 선거운동에서 제외하지 아니하였다.

이러한 대법원의 기존 해석에 의하더라도 선거일부터 멀리 떨어진 시기에 이루어진 '정치인'으로서의 통상적인 정치활동을 곧바로 선거운동에 해당한다고 볼 수 없음은 당연하고, 그와 같은 행위가 단순히 '정치인'으로서의 인지도를 높이려는 목적에서 비롯되었다 하더라도 이를 선거운동으로 단정할 수는 없을 것이다.

다만 해당 행위가 이루어진 시기가 선거일부터 상당한 시간적 간격을 두고 행하여졌다 하더라도 그 행위자가 '후보자가 되고자 하는 자', 즉 선거에 입후보할 의사를 가진 것을 객관적으로 인식할 수 있을 정도에 이른 사람에 해당하고 그 문제 되는 행위가 '후보자가 되고자 하는 자'로서 선거에서의 당선 또는 낙선을 목적으로 자신의 인지도를 높이기 위하여 다수의 선거인들을 접촉한 것이라면, 이러한 행위는 이미 통상적인 정치활동의 범주를 벗어난 것으로서 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 객관적으로 확인될 수 있을 것이고, 그 행위의 태양에 따라 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위로서 선거운동에 해당할 수 있는 것이다.

특히 다수의견이 변경하려는 위 대법원 2007도3940 판결은 피고인이 선거일부터 상당한 시간적 간격을 둔 시점에 출판기념회 홍보를 위하여 무려 50,000여 장의 초청장과 12,000여 건의 문자메시지를 발송한 사안으로서, 다수의견과 달리 단순히 출판기념회 개최를 빙자하여 인지도를 높였다는 이유만으로 선거운동에 해당한다고 본 것이 아니라, 설령 개별 선거인의 입장에서는 당선을 도모하려는 피고인의 목적의사를 명백히 인식하지 못할 수 있다 하더라도 피고인이 한 일련의 행위 태양을 전체적으로 고려하면 그 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있다고 본 취지의 판결로 이해하여야 하므로, 위 판결을 변경할 것은 아니다.

요컨대, 정치인으로서 인지도를 높이려는 목적에서 한 행위라 하더라도 그 행위가 선거운동에 해당하는지 여부는 일률적으로 말할 수 없고 대법원이 제시한 종전의 종합적인 판단기준에 따라 선거운동에 해당할 수도, 그렇지 않을 수도 있다고 보아야 할 것이지, 다수의견과 같이 굳이 행위가 이루어진 시기를 주된 기준으로 삼아 선거인의 관점에서 판단할 것은 아니다.

다.

나아가 다수의견이 위와 같은 법리를 채택하게 된 근거로 들고 있는 사정들 역시 찬성하기 어렵다.

- (1) 헌법에서 정한 국민의 선거권과 자유선거의 원칙, 표현의 자유에 의하여 보장되는 선거운동의 자유는 선거권 행사의 전제로서 최대한 보장될 필요가 있음은 물론이나, 헌법상 선거운동의 자유가 보장된다 하더라도 어디까지나 대의민주주의의 기능과 선거의 공정, 후보자 간의 실질적인 평등 등 선거제도의 본질적 역할과 기능을 훼손하지 않는 범위에서 인정되어야 하고, 다른 기본권과 마찬가지로 공익을 위하여 필요한 경우에는 선거운동의 자유에 대한 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한 이를 법률로써 제한할 수 있다(제37조 제2항, 제116조 제1항).

이에 따라 공직선거법은 제1조에서 그 입법 목적이 선거에서의 자유와 함께 선거의 공정을 확보하는 데 있음을 밝히고 있고, 제58조 제2항에서 '누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다'.

그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다'라고 규정하여 선거운동의 자유에 관한 예외를 둘 수 있도록 규정하는 한편, 선거의 공정성을 위하여 제59조 내지 제118조에서 선거운동에 금력 등에 의한 부정을 유인할 우려가 있는 행위를 억제하고 후보자 간의 실질적인 기회균등을 기할 수 있도록 선거운동의 주체, 기간, 방법 등에 대하여 일정한 제한을 가함으로써 자유로운 선거와 공정한 선거라는 두 가지 입법 목적을 달성하기 위한 상호보완적인 규정들을 두고 있다.

즉 선거의 공정성과 기회균등의 보장은 국가가 입법을 통하여 추구할 수 있는 정당한 공익인 동시에 국가의 책무로서, 이러한 공익이 침해될 위험이 있는 경우에는 선거운동 자유의 원칙에 일정한 제한을 가해 그와 동등한 가치인 선거의 공정과 조화를 이룰 수 있도록 하여야 한다는 것이 주권자인 국민의 결단일 뿐 아니라 우리의 정치문화와 선거풍토에 기초하여 공직선거법을 제정한 입법자의 결단이다.

이러한 선거운동의 자유와 제한에 관한 헌법 및 공직선거법의 취지는 선거운동의 의미에 관한 법원의 해석 및 적용에도 마땅히 반영되어야 한다.

우리 공직선거법 개정의 역사는 선거운동의 자유와 함께 선거의 공정을 확보하기 위한 노력에 집중되어 왔다고 할 수 있다.

공직선거법이 60여 차례 이상 개정되었음에도 선거운동에 대한 시기와 방법 측면에서 사전선거운동 및 유사기관설치에 관한 제한이 여전히 존속하고 있고, 특히 선거운동의 자유에 대한 가장 핵심적이고도 강력한 제한이라 할 수 있는 선거운동기간의 제한이 현재까지 유지되고 있으며 이에 관하여 헌법재판소에서 반복하여 합헌으로 확인하고 있

는 것은 그만큼 이 두 가지가 선거의 공정성 확보와 선거운동의 실질적 기회균등 보장을 위하여 필요하고도 중요한 방편이기 때문이다.

- (2) 선거의 공정과 선거운동의 자유 사이의 균형점은 그 나라의 역사와 정치문화, 선거풍토와 선거문화의 수준 등 제반 사정에 따라 달라질 수밖에 없다.

국민의식의 성장에도 불구하고, 선거범죄 및 선거사범의 숫자는 줄어들고 있지 않고, 오히려 더욱 지능화·음성화되고 있다는 우려가 적지 아니하다.

이러한 상황에서 선거운동 자유의 측면만을 강조하여 선거운동의 의미를 법률의 취지와 달리 지나치게 좁게 해석한다면, 정치활동과 선거운동 자유의 확대를 명분으로 공정성 확보를 위한 중요한 장치를 무력화시킴으로써 자칫 그 균형을 무너뜨리는 결과가 될 수 있다.

선거운동의 의미에 관한 대법원의 기존 해석은, 선거가 본래 자유로워야 하는 것이지만, 동시에 선거의 타락이나 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 실질적인 선거운동의 기회균등을 보장하기 위해서는 선거의 공정성이 확보되어야 함을 고려한 것으로서 우리 헌법과 공직선거법의 규정 체계 및 취지에 부합하는 정당한 것이다.

공직선거법의 영역에서 공정한 경쟁질서가 실현되고 유지될 수 있도록 제 기능을 다하여 온 대법원의 기존 해석이 특별히 불합리하다거나, 선거운동으로 인정될 수 있는 행위의 범위를 극히 한정하여 공직선거법에서 정한 '선거운동'의 개념을 수정하여야 할 충분한 근거가 있다고 보기 어려운 이상 이를 함부로 변경하여서는 아니 된다.

- (3) 공직선거법이 선거운동기간을 제한하여 사전선거운동을 금지하는 것은 무제한적이고 소모적인 선거운동으로 인한 부정행위 및 사회경제적 손실을 막고 모든 후보자로 하여금 동시에 선거운동을 시작하게 함으로써 후보자 간의 경제력 차이에 따른 불공평을 방지하여 균등한 기회를 보장하려는 것이고, 유사기관의 설치·운동을 금지하는 것은 후보자 간 선거운동기구에 대한 형평성을 유지하고 각종 형태의 선거운동기구의 난립으로 인한 과열경쟁 및 낭비를 방지하고자 하는 데 그 입법 취지가 있다.

그런데 다수의견에 의하면 선거가 임박한 시기가 아니라면 특정 정치인에 대한 지지·후원단체의 선거인들에 대한 외부적 활동을 광범위하게 허용하는 것과 다름없는 결과가 될 수 있어 공직선거법의 입법 취지를 훼손할 수 있다.

특히 이 사건과 같이 기성 정치인이 자신의 명망을 이용하여 대규모의 조직을 결성하고 그 활동을 통해 인지도 제고 등의 명목으로 직접 선거인들과 접촉할 수 있도록 한다면, 이는 결국 조직력과 경제력이 부족한 정치신인들에게서 실질적인 경쟁의 기회를 빼앗는 결과를 초래할 수 있다.

다수의견과 같은 선거제도의 운용은, 그 의도와 달리 명망 있는 기성·유력 정치인에게 더욱 유리한 선거구도를 만들고 후발 주자인 정치신인은 그 격차를 따라잡기가 더욱 어렵게 되어 오히려 불공정한 경쟁을 일으킬 우려가 있다.

- (4) 다수의견은 정치신인 등이 현재 공직을 수행하는 당선자보다 모든 과정에서 불리한 처지에 놓인다는 이유로 정치신인에게도 인지도 확보를 위한 활동을 폭넓게 허용할 필요가 있음을 들고 있다.

그렇지만 현역 국회의원 등이 공직선거법상 직무활동으로 인정되는 의정활동보고를 통하여 사실상 자신을 알릴 수 있는 기회를 가질 수 있다 하더라도 그 기간이 제한될 뿐 아니라(제111조 제1항), 이는 국회의원 등이 가지는 고유한 권능과 자유를 선거의 공정을 해치지 아니하는 범위 내에서 가능한 한 넓게 인정하고 보호하는 결과 생겨나는 사실적이고 반사적인 효과에 불과하다(헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2011헌바153 전원재판부 결정 등 참조). 공직선거법의 규정이나 선거운동의 의미에 관한 기존의 해석에 따르더라도 현직 정치인이라고 하여 자신의 인지도를 높일 목적으로 다수의 선거인들과 접촉하는 행위가 제한 없이 허용된다고 볼 수는 없다.

나아가 공직선거법은 예비후보자등록을 한 사람에게 일정 범위 내에서 선거운동기간 전에도 선거운동을 할 수 있도록 규정하고 있고(제59조 제1호, 제60조의2, 제60조의3), 후보자가 되고자 하는 자는 인터넷을 이용하여 선거운동기간 전에도 선거운동을 할 수 있도록 허용하는 등(제59조 제2호, 제3호) 선거운동기간의 제한을 받지 않는 선거운동방법을 별도로 인정하고 있기도 하다.

선거운동을 할 수 있는 기간이 지나치게 짧다거나, 종전의 해석에 따르면 선거운동의 범위에 포함되는 행위라 하더라도 선거운동기간 전에 이를 허용할 필요성이 있다는 다수의견의 취지에 공감하지 못할 것은 아니다.

그렇지만 선거운동기간을 제한하면서 사전선거운동을 처벌하고자 하는 것이 입법자의 의사이고 선거운동기간의 제한 자체가 헌법에 위반되지 아니하는 이상, 위와 같은 필요에 따른 개선은 선거운동기간 등에 관한 법률 규정의 개정으로 달성함이 옳고, 입법적인 방법이 아닌 해석에 의하여 선거운동의 의미를 실질적으로 변경하는 것은 극히 신중해야 한다.

라. 선거운동의 의미에 관한 새로운 해석을 뒷받침하는 법률적 근거로 삼기 위하여 다수의견이 파악한 선거운동의 규율에 관한 공직선거법의 입법태도 역시 의문이다.

- (1) 다수의견은 공직선거법이 선거일부터 180일을 기준으로 하여 선거에 영향을 미치는 일정한 행위를 금지하는 규정을 두었다는 사정에 특별히 주목하여, 일상적인 사회활동이나 통상적인 정치활동은 선거와 관련된 것처럼 보이더라도 선거일 전 180일 등 선거로부터 상당한 시간적 간격이 있는 경우 선거에 미치는 영향이 제한적이라고 보아 명시적인 지지를 구하거나 그에 준하는 명백한 사정이 없는 한 선거운동으로 규제할 필요가 없다는 견해를 취하는 것으로 이해된다.

그러나 다수의견이 근거로 삼은 조항들은 '선거에 영향을 미치는 행위'에 관한 규정일 뿐 '선거운동'에 관한 규정이 아니다.

공직선거법은 사전선거운동에 대하여 선거일부터 일정 기한 범위 내의 것만을 규율하는 것이 아니다.

어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지를 판단하는 때에 선거일과의 시간적 간격, 즉 그 행위가 이루어진 시기가 중요한 고려요소 중 하나이기는 하지만, 선거운동의 판단기준을 변경해야 할 만큼 절대적인 요소로 보기 어렵다.

선거일부터 멀리 떨어져 경쟁자들이 출발조차 하지 않은 상황에서 사실상 선거운동을 한 것이라면 이는 일종의 '부정출발'로서 규제를 받음이 마땅하고, 그것이 부정출발인지 여부는 객관적으로 드러나는 다양한 요소를 고려하여 사회통념에 비추어 판단할 것이지, 그 의도가 외부에 명백하게 표출된 행위만을 규제할 것은 아니다.

선거운동은 사회의 변화에 따라 복잡 다양한 형태와 양상으로 진행되고 있다.

선거일부터 멀리 떨어질수록 노골적인 지지 호소의 태양을 취하기 어려운 것 역시 당연한 일이고, 선거운동에는 노골적인 지지 호소 외에도 다양한 형태의 활동이 포함될 수 있으므로, 선거일부터 일정 기간 떨어져 있는 시기의 행위라는 사정을 특별히 중시하여 선거인들을 상대로 특정한 선거를 직접적으로 언급하거나 명시적으로 지지를 호소하는 정도에 이르러야만 선거운동에 해당한다고 해석할 수는 없다.

- (2) 다수의견과 같이 '명시적인 출마 의사 표출 및 지지 호소나 특정 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정'이 있어야 비로소 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사의 표시가 있다고 인정한다면, 공직선거법의 취지에 반하여 목적의사의 객관적 인식가능성을 요구하는 대법원의 기존 판단기준보다 선거운동의 범위를 지나치게 축소하는 것이다.

이는 결국 명시적인 방법이 아닌, 고도로 지능화되고 조직화된 간접적인 방법을 통한 선거운동의 경우, 선거일부터 다소 떨어진 시점에 이루어졌다면 사실상 사전선거운동으로서 금지하지 않겠다는 취지로 해석될 수 있다.

이러한 법해석이 우리 헌법 및 공직선거법에 비추어 정당한 해석인지 의문이다.

(3) 특히, 선거운동의 개념은 공직선거법 규제 체계의 핵심으로서 다수의 규정에서 선거운동을 구성요건으로 들고 있다

선거운동의 의미를 변경하는 것은 비단 사전선거운동, 유사기관에 관한 법리에 대하여서뿐만 아니라, 공직선거법 전반의 해석과 적용에 문제를 일으킬 수 있다.

예컨대, 공직선거법 제85조 제3항은 "누구든지 교육적·종교적 또는 직업적인 기관·단체 등의 조직내에서의 직무상 행위를 이용하여 그 구성원에 대하여 선거운동을 하거나 하게 하거나, 계열화나 하도급 등 거래상 특수한 지위를 이용하여 기업조직·기업체 또는 그 구성원에 대하여 선거운동을 하거나 하게 할 수 없다.

"라고 규정하고 있고, 같은 조 제4항은 "누구든지 교육적인 특수관계에 있는 선거권이 없는 자에 대하여 교육상의 행위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다.

"라고 규정하고 있다.

만약 이 사건 포럼의 활동에 있어 위와 같은 특수관계를 이용하여 타인으로 하여금 이 사건 포럼을 통한 선거운동을 하게 하였다면 이는 처벌되어야 할 것이다.

그러나 다수의견의 논리에 따르면 선거일부터 상당한 시간적 간격을 두고 이루어진 행위이고 피고인 3의 출마 계획의 고지나 지지 호소 또는 그에 준하는 명백한 사정이 없었다는 이유로 특수관계를 이용하여 이 사건 포럼을 통한 우회적인 선거운동을 하게 한 사람이 있다 하여도 이를 처벌할 수 없을 것이다.

다수의견이 채택하는 새로운 기준은 공직선거법 전반에 있어 법률이 그 입법 의도와 다르게 해석·적용되는 결과를 초래할 우려가 크다.

한편으로 지방교육자치에 관한 법률 제49조는 교육감선거에 관한 대부분의 규율에 있어 공직선거법의 선거 관련 규정을 그대로 준용하고 있고, 농업협동조합법 제50조, 새마을금고법 제22조, 신용협동조합법 제27조의2, 수산업협동조합법 제53조, 중소기업협동조합법 제53조 등 다수의 법률에서 선거운동 중 허용되는 행위와 금지되는 행위를 규정하고 있다.

이러한 각종 선거 관련 조항들은 공직선거법에서 정한 선거운동의 개념을 토대로 하는데, 다수의견과 같이 선거운동의 범위를 제한할 경우 위 법률들에서 규제하는 각종 선거가 조기에 과열되고 그 입법 취지를 잠탈하는 형태의 음성적인 선거운동이 이루어져, 이들 법률을 통해 궁극적으로 실현하려는 선거의 공정이라는 가치를 실현할 수 없게 될 개연성마저 있다.

(4) 결국 선거운동의 의미와 그 판단 기준에 관한 기존의 대법원판례는 그대로 유지되어야 하고, 이를 변경할 이유가 없다.

마. 위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 이 사건의 경우 적어도 원심과 원심이 유지한 제1심이 확정된 사실관계에 의한다면 이 사건 포럼을 통한 피고인들의 활동은 피고인 3의 ○○광역시장 선거에서의 당선을 도모하기 위한 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 한 것으로 볼 수 있고, 이 사건 포럼은 선거운동을 목적으로 설립된 것임이 충분히 증명되었다고 볼 수 있다.

(1) 다수의견이 설시한 사정에 더하여, 원심이 확정된 사실관계에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다(이하 이 항에서는 각 피고인에 대하여 '피고인'이라는 표현을 생략한다).

(가) 이 사건 포럼은 다음과 같이 그 설립 동기 자체가 피고인 3의 ○○광역시장 선거의 출마를 위한 것이었고, 이 사건 포럼의 회원들 중 상당수는 이 사건 포럼이 피고인 3의 ○○광역시장 선거를 위한 단체임을 알았거나 짐작하고 있었다고 보인다.

1) 피고인 3은 제19대 국회의원 선거에서 낙선한 후 2014. 6. 4. 실시될 제6회 동시지방선거 ○○광역시장 후보 출마를 준비하고 있었다.

2) 피고인 2는 이 사건 포럼의 설립을 준비하면서 공소외 5로부터 2012. 6. 20. '19대 총선에서 제시된 피고인 3의 공약 중 야심만만 3S 공약을 기반으로 제시되는 3가지 영역에 대한 연구포럼 운영'을 내용으로 하는 '○○◇◇◇◇포럼 제안서'를 전자우편으로 수신하였다.

3) 이 사건 포럼의 회원 중 상당수는 가입 당시 피고인 2나 피고인 4 등으로부터 피고인 3이 ○○광역시장 선거에 나갈 것인데 이를 위한 선거운동을 하기 위하여 포럼을 만드는 것이라는 말을 직접 듣거나 짐작하여 알고 있었다고 진술하였다.

4) 특히 상근직원 피고인 5의 급여를 지급한 공소외 6은 "피고인 3이 시장이 되면 시에서 하는 행사나 산하 단체에서 하는 행사의 대형용역을 수주할 수 있을 것이라는 기대에 피고인 5의 급여를 지원해 주었고, ○○시민이라면 누구나 피고인 3이 선거에 출마하기 위하여 포럼을 활용하여 선거운동을 하는 것을 알았을 것이다.

"라는 취지로 진술하기도 하였다.

(나) 이 사건 포럼의 임원진과 상근직원들은 거의 모두 피고인 3의 측근 또는 피고인 3의 선거운동을 포함한 정치활동과 관련이 있는 사람이었다.

즉 피고인 3의 고등학교 후배인 피고인 2, 피고인 3의 보좌관 출신으로 그의 최측근인 피고인 4, 종전 지방선거에서 공소외 7 전 ○○광역시장의 선거운동을 하였던 피고인 1 등이 상임이사, 행정실장 등을 맡아 상근하였고, 피고인 3이 몸담았던 △△△△당○○시당 간사로 근무하였던 피고인 5가 행정팀장으로 채용되어 상근하였다.

(다) 이 사건 포럼은 피고인 3의 2014년 ○○광역시장 선거와 관련하여 다음과 같은 기획을 하였다.

1) 선거기획 전문가인 공소외 8은 2013. 1. 8.경 '나무는 꽃을 버리고 열매를 얻는다', '오만상상 정책투어' 등의 문건을 작성하여 피고인 2, 피고인 4, 피고인 1 등 포럼의 핵심 인물들에게 보냈고, 피고인 2는 이를 피고인 3에게 보냈는데, 여기에는 2014년 ○○광역시장 선거에 대비하여 피고인 3의 인지도 제고를 목적으로 한 포럼의 구체적인 활동 방안과 함께 포럼을 통하여 피고인 3의 인지도를 제고하기 위한 다수의 방안이 기재되어 있고, '○○포럼 등'이 주관자가 되어 '포럼 관계자, 기자, 정책 관계자, 시민단체 관계자' 등이 참여하는 방문 행사를 통해 언론 이미지 메이킹 효과를 극대화하는 방안 등이 기재되어 있다.

2) 위 문건을 작성한 공소외 8은 "피고인 3이 ○○광역시장 선거 출마를 염두에 두고 포럼을 만들었다고 생각하여 포럼이 어떤 활동을 해야 되는지에 대한 아이디어를 제공하였고, 그 후 피고인 2로부터 일부 문건을 피고인 3에게 전해 주었다고 들었다.

"라고 진술하였다.

(라) 이 사건 포럼 관계자들이 피고인 3을 위한 포럼 활동으로 기획한 내용은 다음과 같다.

1) 피고인 1은 2012년 11월경 포럼 명의로 'SNS 운영방안 보고'라는 제목의 문건을 작성하였는데, 그 내용은 "다음과 네이버에 카페 신규 개설, 카페명: GOOD CHOICE 2014, 운영내용: □의원님의 동향, 선택이의 생각(SNS 연동), 회원 간 교류 등, 중점사항: 2014년 지방선거를 위한 여론형성의 기회로 운영" 등이다.

2) 피고인 2는 2013년 1월경 공소외 8이 작성한 '나무는 꽃을 버리고 열매를 얻는다'라는 위 문건을 참조하여 또 다른 선거기획 전문가인 공소외 5에게 피고인 3을 위한 선거기획 문건의 작성을 지시하였고, 공소외 5는 아래 '2014 TFT 기획안'을 작성하여 피고인 3 등에게 제안하였다.

(마) 공소외 5가 작성한 '2014 TFT 기획안'의 구체적 내용과 그에 따른 포럼의 활동 내용은 다음과 같다.

1) 공소외 5는 2014년 6월 지방선거를 위한 1년 3개월 동안의 구체적 활동 계획을 수립하였고, 그때부터 선거일까지를 준비기, 도약기, 성장기, 집중기로 나누었다.

특히, 2013년 11월부터 2014년 2월까지의 성장기 동안에는 공식 출마 선언, 적극적인 사회참여 및 포럼활동 참여, 전용 온라인 홈페이지 개설, 공약 제작 및 관련 활동 활성화가 계획되었고, 선거가 임박한 2014년 3월부터 선거일 무렵인 2014년 6월까지의 집중기 동안에는 세부 조직 활성화를 통한 지지기반 확립, 집중 선거운동 등의 계획 등이 마련되었다.

2) 위 기획안에는 각 영역별 세부 활동 방안으로, 사회관계망 서비스(SNS)를 운영하고, 피고인 3의 대중매체 노출을 위한 자체 콘텐츠 생산 목적의 지역 인사와의 대담을 진행한 후 이를 책으로 출판하여 출판기념회를 개최하는 등의 계획이 기재되어 있었고, 이 사건 포럼의 사업으로 실제 진행된 행사 등이 다수 포함되어 있다.

(바) 공소외 8은 위 기획안 관련 회의 및 출판기념회 기획에 관하여 다음과 같이 진술하였다.

1) 2013년 3월 또는 4월경 피고인 3의 사무실에서 피고인 3, 피고인 4, 피고인 2 및 공소외 9(기자 출신으로 포럼의 대변인), 공소외 5와 함께 공소외 5가 작성한 선거기획안을 놓고 회의를 하였다.

2) 공소외 8은 공소외 5의 기획안 발표 후, 시장선거에 앞서 개최할 피고인 3의 출판기념회에 대비하여 그 콘텐츠로서 유명 인사들을 만나거나 행사들을 여는 것이 필요하다고 제안하였고, 공소외 9가 이를 전담하기로 했다.

(사) 위 기획안에 따른 행사 등의 진행과 홍보 내용은 다음과 같다.

1) 위 기획안에 따라 아래 (아)항과 같이 이 사건 포럼 조직을 이용하여 선거인들과 직접 접촉하는 다양한 외부 행사가 진행되었고, 피고인 1, 피고인 5 등이 운영하는 페이스북이나 블로그, 언론 매체 등을 통해 지속적으로 홍보되었다.

2) 위 페이스북의 주소명은 'yeschoice'이고 블로그의 주소명은 'choice2014'로 모두 선거를 암시하는 영문을 사용하였다.

피고인 3 등 포럼 관계자들은 강사를 초청하여 포럼 사무실에서 SNS 사용법에 대한 강의를 개최하기도 하였고, 피고인 2는 포럼의 회원들이 나누어 SNS를 관리하였다는 취지로 진술하기도 하였다.

(아) 이 사건 포럼이 주최한 행사의 내용은 다음과 같다.

1) 이 사건 포럼은 제1심판결 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 전통시장 방문, 지역기업 탐방, 시민토론회(○○활력포럼), 농촌 일손 돕기, 사랑의 헌혈운동, ○○시 77개 전체 행정동을 순회하며 시민들과 만나는 ○○경제투어, 대학생 등을 상대로 한 특강 등의 수십 차례의 행사를 개최·진행하였는데, 피고인 3은 모든 행사에 빠짐없이 참석하였다.

2) 이 사건 포럼이 주최한 행사 대부분이 내부 활동보다는 시민들을 만나는 현장 행사 중심으로 이루어졌고, 피고인 3은 이를 통해 자신을 유권자들에게 알릴 수 있었다.

3) 전통시장 방문, 지역기업 탐방, ○○경제투어 행사의 진행방식은 시민들을 만나 의견과 애로사항을 청취하는 정도에 그쳤고, 전통시장 방문의 경우 피고인 3을 비롯한 회원들이 전통시장을 방문하여 포럼으로부터 무상으로 제공받은 상품권을 이용하여 물품을 구매하고 피고인 3이 시장 상인들과 인사하면서 재래시장 활성화를 약속하는 방식으로 이루어졌다.

그 밖에 이 사건 포럼의 정관상 설립목적과 직접적인 관련이 있다고 보기 어려운 농촌 일손돕기, 사랑의 헌혈운동 및 대학생 등과의 토론회를 비롯하여 이 사건 포럼의 활동으로는 공소사실 기재와 같은 행사가 거의 전부였다.

4) 이 사건 포럼의 정관은, ○○지역경제와 관련된 현안과 이슈를 발굴하고 주요한 현안에 관하여 각계 전문가 및 시민들과 함께 대안을 제시하며 다양한 활동을 통하여 지역경제 활성화에 기여하는 것을 포럼의 설립목적으로 규정하고 있고, 그 주요 사업으로 ○○시 경제 관련 연구포럼 및 세미나 개최, ○○시 경제발전에 관한 주요의제 발굴, 지역경제 관련 연구 및 결과물에 대한 연구자료 발간, ○○ 경제발전을 위한 각종 정책 제안 등을 정하고 있다.

그러나 이 사건 포럼의 행사는 그 개최 이후 정관에서 정한 설립목적에 따른 경제발전에 관한 연구자료 발간, 정책 제안 등이 이루어지지 아니한 채 일회성으로 끝났다.

5) 이 사건 포럼 관련자들은 이 사건 포럼의 행사가 형식적인 것에 그쳤다고 진술하기도 하였고, ○○경제투어에 참석하여 피고인 3과 동행한 적이 있는 참가자는 "피고인 3이 시민들을 만나 자기소개를 하였고, 이름은 경제투어이나 실상은 피고인 3이 시장 출마를 앞두고 얼굴 알리기를 하는 것이라고 생각하였다.

"라고 진술하기도 하였다.

6) 이 사건 포럼의 활동은 피고인 3 개인을 중심으로 이루어졌다.

① 이 사건 포럼의 행사참여 방법은 행사마다 회원들에게 연락을 취하여 참석 요청에 응한 회원들이 번갈아가며 참석하는 방식이었는데, 회원 중에는 피고인 3만 모든 행사에 빠짐없이 참석하였으며, 이 사건 포럼의 주요 관계자 및 활동원들은 피고인 3을 따라다니며 보좌하는 역할을 수행하였다.

② 이 사건 포럼의 인터넷 홈페이지도 피고인 3의 활동과 그 결과물이 중심에 놓여 있었다.

또한 피고인 2, 피고인 5, 피고인 1이 운영한 페이스북, 블로그에도 피고인 3의 포럼 행사에서의 활동을 위주로 한 글과 사진, 동영상 등이 게시되어 있었고, 2014년 1월경 피고인 3의 출마 선언 이후에는 피고인 5가 운영한 '피고인 3의 아름다운 이야기' 페이스북에 피고인 3의 출마 기자회견 동영상과 그 공약사항에 관한 글, 사진들이 게재되었다.

(자) 피고인 3이 ○○광역시장 출마선언을 하기 약 2개월 전인 2013. 11. 14. 출판기념회가 개최되었다.

포럼의 주요 구성원인 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 5가 아래와 같이 출판기념회 업무를 분담하였고, 피고인들은 이 사건 포럼을 통해 이를 전적으로 준비하였다.

1) 피고인 4는 참석자 명단과 행사장 무료 셔틀버스 안내 자료를 준비하고, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12 등에게 출판기념회 참석자 명단 서식을 첨부하여 '내년 ○○광역시장 출마를 준비 중인 피고인 3 전 의원의 출판기념회 참석을 부탁드립니다'는 내용이 담긴 이메일을 보냈으며, 피고인 2, 피고인 1 등은 초청장 제작 및 발송업무를 도왔다.

2) 출판기념회 초청장 봉투에는 발신자의 주소 및 문의처로 '○○▽▽▽▽▽포럼', 초대자로 '○○▽▽▽▽▽포럼 고문 피고인 3'이 인쇄되었고, 출판기념회의 행사장에 설치된 현수막에는 피고인 3의 사진과 함께 "살고 싶은 ○○을 꿈꾼다, 경청 피고인 3 출판기념회"라고 기재되었다.

3) 피고인 4가 전체적 행사준비를 하는 한편, 피고인 2는 내빈맞이, 피고인 5는 도서 판매, 피고인 1은 행사진행 업무를 맡아 하였다.

출판기념회에서 역할 분담을 맡은 이 사건 포럼 회원 및 직원은 20명 정도였으며, 이와 관련한 포럼 부장단의 구체적 업무 분담에 관한 내용을 기재한 문건도 존재한다.

4) 출판기념회 행사 비용 중 초청장 발송대금은 피고인 4가, 행사장 이용대금은 피고인 1이 각 지급하였다.

5) 출판기념회 행사장 좌석 수가 1,100석인데 반하여 출판기념회 초청장은 16,990매가 발송되었고, 초청장 발송대상 중 피고인 3의 지인은 4,000명 정도였으며, ○○시청 공무원 4,000명도 포함되어 있었다.

(차) 피고인 3이 ○○광역시장 선거캠프를 구성한 후의 이 사건 포럼 활동은 다음과 같다.

1) 2014년 초 피고인 3의 선거캠프가 구성되면서, 이 사건 포럼의 주요 구성원들 대부분이 선거캠프로 이동하였다.

그 후 이 사건 포럼의 활동은 급속히 쇠퇴하였고, 2015년 1월경에는 해산을 결정하기에 이르렀으며, 포럼 이사장 공소 외 13은 주요 회원들 상당수가 피고인 3의 선거캠프로 옮겨갔고, 이들이 선거캠프로 옮겨간 이후인 2014년부터는 포럼의 공식적인 활동은 없었다고 진술하기도 하였다.

2) 한편 피고인 5는 친구와 사이에 이 사건 포럼이 피고인 3 선거사무소의 연장선상에 있다는 취지의 대화를 나누기도 하였다.

(2) 위와 같은 사정들을 종합하여 이 사건 포럼이 선거운동을 목적으로 설립되었는지와 이 사건 포럼을 통한 피고인들의 행위가 선거운동에 해당하는지를 본다.

(가) 앞에서 본 것과 같이 이 사건 포럼은 설립 자체가 피고인 3의 ○○광역시장 선거를 염두에 둔 것이고, 피고인 3을 중심으로 그와 가까운 사람들이 주요 직책을 맡아 구성되었으며, 회원 등 그 내부 구성원들의 상당수도 이 사건 포럼이 피고인 3의 ○○광역시장 선거를 위한 것으로 인식하고 있었다.

(나) 이 사건 포럼의 관계자들이 주축이 되어 2014년 6월 ○○광역시장 선거를 성공적으로 견인하기 위한 구체적 활동 계획이 그 설립 무렵부터 수립되었고, 그 계획에는 준비기 동안에는 이 사건 포럼의 기반을 구축하고, 도약기에는 이 사건 포럼의 고유활동을 활성화하며, 2013년 11월부터 2014년 2월까지의 성장기에는 공식 출마 선언, 공약 제창 및 관련 활동 활성화, 포럼활동 참여 등을 하고, 선거 직전인 2014년 3월부터 ○○광역시장 선거 무렵인 2014년 6월까지의 집중기에는 세부 조직 활동을 통한 지지기반 확립 및 집중 선거운동을 하는 등 ○○광역시장 선거일 무렵까지 피고인 3의 당선을 위한 활동 계획이 치밀하게 담겨져 있었다.

(다) 위와 같은 이 사건 포럼의 설립 경위, 행사의 기획 의도, 활동 내역 등에 비추어 보면, 이 사건 포럼은 ○○광역시장 선거를 앞두고 다양한 외부적 활동을 통해 피고인 3으로 하여금 선거인과 직접 접촉할 수 있는 계속적·체계적이고 다양한 기회를 계획적·능동적으로 마련하여 위 피고인의 당선을 도모하기 위한 행사를 주최·진행하는 것을 실질적인 목적으로 설립되었다고 보아야 한다.

또한 피고인 3이 이 사건 포럼을 설립하여 활동할 무렵에는 이미 위 피고인은 그 신분, 접촉대상, 언행 등에 비추어 ○○광역시장 선거에 입후보할 의사를 가진 것을 객관적으로 인식할 수 있을 정도에 이르러 '후보자가 되고자 하는 자'에 해당한다고 볼 수 있으므로, 이 사건 포럼의 기획에 따라 실제로 실행된 행사들은 통상적·일상적인 사회적, 정치적 활동의 범주를 넘어 후보자가 되고자 하는 위 피고인의 인지도와 호감도를 제고시키고 나아가 선거인과의 직접적인 접촉 등 외부적 활동을 통하여 그 지지세력의 확대를 도모하기 위한 것으로 볼 수 있다.

피고인 3의 출판기념회 역시 이 사건 포럼의 목적과 아무런 관련이 없음에도, 이 사건 포럼의 상근직원인 피고인 1 등이 사전 준비, 참석자 초청, 당일 행사 진행까지 도맡아 관리하고 회원들을 행사에 동원하는 한편 행사 비용까지 부담하였고, ○○시청 공무원들을 비롯한 다수의 선거인들에게 대량의 초청장이 발송되었으며, 일부 참석자들에 대한

초청장 발송 전자우편에는 피고인 3의 ○○광역시장 출마 예정 사실이 직접 언급되기도 하였음에 비추어 볼 때, 위 출판기념회는 ○○광역시장 선거를 앞두고 피고인 3의 인지도와 우호적 이미지를 제고하여 그 당선을 도모하고자 하는 의도의 행사로 보기에 충분하다.

특히 이 사건 포럼의 활동 중 회원들에게 무상으로 상품권을 제공하여 회원들로 하여금 물품을 구매하도록 하는 방식으로 진행된 전통시장 방문 행사나 이 사건 포럼을 통해 준비되고 포럼 관계자들이 그 비용을 부담한 출판기념회의 경우 포럼을 통하여 모금된 자금이 그 고유 목적인 경제정책 개발·연구활동이 아니라 사실상 그 인적 조직과 함께 피고인 3의 인지도 제고를 위한 외부적인 활동에 사용된 것으로 보아야 한다.

(라) 피고인 3의 선거캠프가 구성되면서 이 사건 포럼의 주요 구성원들이 선거캠프로 옮겨감으로써 이 사건 포럼의 활동이 급격히 쇠퇴하였고, 일부 구성원은 이 사건 포럼과 피고인 3의 선거캠프가 연장선상에 있다는 취지로 인식하고 있기도 하였던 사정까지 아울러 고려하면, 이 사건 포럼은 그 정관상의 목적인 경제정책 개발활동이나, 사회통념상 일반적으로 통용될 수 있을 정도로서의 통상적인 정치활동을 목적으로 설립된 단체라거나 또는 순수한 내부적 선거준비행위 차원의 단체라고 보기 어렵고, 인적·물적 조직을 바탕으로 경제정책 개발이라는 명목을 표방한 채 포럼의 활동을 빙자하여 피고인 3으로 하여금 불특정 또는 다수의 선거인과 지속적으로 접촉할 수 있는 제반 행사를 개최할 계획을 수립하는 등 그의 ○○광역시장 선거 당선을 도모하는 목적의지를 객관적으로 인식할 수 있는 능동적이고 계획적인 행위, 즉 선거운동을 할 것을 목적으로 설립된 유사기관으로 봄이 타당하다.

또한 피고인들의 계획과 의도에 따라 이 사건 포럼이 실제로 주최·진행한 장기간에 걸친 일련의 활동을 전체적으로 평가하면, 이 사건 포럼 내부에서 이루어지거나 그 고유 목적에 따라 실행된 행위가 아니라 사전에 수립된 치밀한 계획 아래 선거인인 ○○시민들을 상대로 능동적으로 이루어진 외부적 행위로서, 객관적으로 ○○광역시장 선거에 있어서 피고인 3의 당선을 위한다는 목적의사를 충분히 인정할 수 있으므로, 이 사건 포럼을 통한 각 활동은 사회통념에 비추어 선거운동에 해당한다고 보아야 하고, 피고인 3의 출마계획을 알리거나 선거에서의 지지를 부탁하는 등의 명시적인 언행이 없었다 하더라도 달리 보아서는 아니 된다.

바. 나아가 다수의견이 밝힌 새로운 선거운동의 개념에 의하더라도 그 결론을 달리하지 아니한다고 보인다.

(1) 다수의견에 의하더라도 후보자가 되고자 하는 사람이 특정한 선거에 출마할 의사를 밝히면서 그에 대한 지지를 부탁하거나 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정이 있으면 선거운동으로 인정할 수 있음은 앞에서 본 것과 같다.

그런데 이 사건의 경우 원심이 확정한 사실관계에 의하면, 적어도 이 사건 포럼에 가입한 다수의 회원들의 경우 이 사건 포럼이 ○○광역시장 선거에서의 피고인 3의 당선을 도모하기 위한 활동을 할 목적으로 설립된 다음 그에 따른 활동을 하였음을 명백히 인식하였다고 볼 수 있고, 이 사건 포럼의 회원들 역시 선거인임이 명백한 이상, 위 피고인의 당선을 도모하는 목적의사를 인정할 수 있을 것이다.

(2) 한편으로 유사기관설치행위는 선거운동을 목적으로 적법한 선거사무소 등과 유사한 활동과 기능을 하는 기관을 설치함으로써 성립하는 범죄로서, 실제로 선거운동을 실행할 것을 요건으로 한다고 볼 수는 없다.

다수의견에 의하면, 어떠한 행위를 한 시기가 선거일에 가깝다면 명시적인 표현 없이도 그 특정 선거에서의 당선 또는 낙선을 도모하는 의사가 있다고 인식될 수 있다는 것인데, 이 사건 포럼의 설립 직후에 선거기획 전문가와 이 사건 포럼의 관계자 등이 작성한 앞에서 본 문건들의 내용에 의하면, 이 사건 포럼의 관계자들이 그 활동 초기에 이미 선거일 직전인 2014년 6월까지도 집중적인 선거운동을 할 것을 계획하고 있었음을 알 수 있다.

따라서 이 사건 포럼이 실제로 선거일 직전까지 그 계획에 따른 활동을 하였는지 여부를 떠나, 위와 같이 이 사건 포럼의 관계자들이 피고인 3을 위하여 선거일 직전까지의 선거운동을 예정하고 있었고 이 사건 포럼의 인적 조직이 선거일 무렵에 이르러 사실상 위 피고인의 선거운동기구로 전환된 이상, 그 계획한 행위들은 다수의견에 의하더라도 이 사건 포럼을 활용한 선거운동에 해당한다고 보기에 충분하여 결국 이 사건 포럼은 선거운동의 목적으로 설립된 유사기관에 해당한다고 보아야 한다.

유사기관설치 부분에 관한 다수의견은 이러한 이유에서도 찬성하기 어렵다.

사. 정치인들이 인적·물적 조직을 갖춘 이른바 ‘싱크탱크’ 등을 활용하여 정책개발을 하는 등 내부적 지원을 받거나 정치인이자 잠재적인 공직후보자로서 일상적인 사회활동이나 통상적인 정치활동을 하는 것이 보장되어야 함은 물론이고, 반대의견이 그러한 정치인으로서의 일상적인 행위까지 위법하다고 보는 것은 아니다.

거듭 밝히거니와 대법원의 기존 해석에 의하더라도 정치인의 통상적인 정치활동이 전면적으로 제한되지 아니하며, 정치인이 사회단체 등에 가입하여 활동하면서 자신을 알리고 구성원들과 교류하는 과정을 통하여 우호적·긍정적 이미지를 구축하는 것은 얼마든지 허용되고, 인지도의 제고는 선거운동 외의 방법으로도 가능한 것이어서 인지도를 제고하는 행위를 하였다는 사실만으로 선거운동에 해당하게 되는 것은 아니다.

그러나 정치활동이나 인지도 제고 행위라 하더라도 그 행위의 시기, 장소, 방법 등을 종합적으로 고려하여 보았을 때 선거운동의 요건을 충족시킨다면 그 행위는 선거운동의 관점에서 평가되어야 하며, 유사기관의 전제가 되는 선거운동의 목적 유무를 판단하는 때에도 선거를 염두에 두고 선거인들의 지지를 이끌어내는 방편으로 진정한 의도를 감춘 채 평범한 사회단체로서의 목적을 표방하여 설립된 후에 실질적으로는 특정 정치인의 당선을 위한 조직이나 기관으로 활용하는 것을 방임하게 된다면 오랜 시간 동안 어렵게 정착시킨 공명선거의 풍토를 허물게 될 수 있으므로, 표면적·대외적으로 표방하는 목적이나 명분, 활동 외에도 그 배후의 실제 구성 목적과 구체적인 활동 내역 등 그 실질을 중요한 판단기준으로 삼음이 마땅하다.

이 사건의 경우 정치인이 적법하게 설립·운영되는 사회단체에 가입하여 활동하면서 그 부수적 효과로서 인지도 상승과 이미지 향상이라는 이익을 누리는 정도를 넘어서, 후보자가 되고자 하는 사람의 당선을 도모하기 위한 외부적인 활동을 실질적인 목적으로 하는 선거사무소와 유사한 기능을 하는 기관을 선거운동기간 전에 설치·운영하면서 실제로 그러한 활동을 통해 선거인들의 지지를 조직화해내기 위한 시도를 하다가 선거일에 가까운 시점에 사실상 선거사무소 체제로 전환하였음이 검사가 제출한 증거에 의하여 증명되었다고 볼 수밖에 없다.

따라서 선거운동의 의미에 관한 대법원의 기존 해석을 기초로 이 사건 포럼이 공직선거법상 설치·운영이 금지되는 유사기관에 해당한다는 전제 아래 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 이 사건 포럼을 설립함으로써 유사기관설치 등 금지규정을 위반하는 한편, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 행위가 사전선거운동이라고 본 원심의 판단은 정당하다.

아. 그러므로 위 피고인들의 유사기관설치로 인한 공직선거법 위반, 사전선거운동으로 인한 공직선거법 위반 부분 및 이를 전제로 한 정치자금법 위반 부분에 대한 상고는 모두 기각되어야 한다.

이상의 이유로 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

대법원장 양승태(재판장) 이상훈 박병대 김용덕 박보영 김창석 김신 김소영 조희대(주심) 권순일 박상옥 이기택