

공직선거및선거부정방지법위반

[대법원 2005. 1. 27. 2004도7488]



【판시사항】

- [1] 공직선거및선거부정방지법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항이 헌법에 위반되는지 여부(소극)
- [2] 공직선거및선거부정방지법 제59조 단서 제3호의 규정 취지
- [3] 국회의원 입후보예정자의 홈페이지에 접속하여 위 후보자를 반대하는 내용의 문서를 게시한 행위가 공직선거및선거부정방지법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항에 의하여 금지되는 행위에 해당한다고 한 사례
- [4] 공소사실 중 일부에 대하여는 유죄를, 실체적 경합 관계에 있는 일부에 대하여는 무죄를 각 선고하고, 그 유죄 부분과 상상적 경합 관계에 있는 다른 일부에 대하여는 무죄임을 판시하면서 주문에 별도의 선고를 하지 않은 항소심 판결에 대하여, 유죄부분과 상상적 경합관계에 있는 무죄 부분에 한정하여 검사만이 상고를 한 경우, 상고심의 판단대상

【판결요지】

- [1] 공직선거및선거부정방지법 제93조 제1항이 선거와 관련하여 그에 정한 행위를 제한하고 있는 것은 선거의 자유와 공정을 보장하여 선거관계자를 포함한 선거구민 내지는 국민 전체의 공동이익을 추구하고자 하는 것이므로 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 그 제한은 참된 의미에서 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서의 의미를 가질 뿐만 아니라, 피해 방지를 위하여는 일정 기간 그와 같은 행위를 금지하는 것 외에 달리 효과적인 수단을 상정하기 어렵고, 특히 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 전제 아래 그 제한이 이루어진다는 점에서 수단의 상당성 내지 적정성이 인정되며, 이러한 제한은 선거의 공정성 확보를 위한 필요·최소한의 조치이자 불가피한 규제라고 할 것이므로, 이로 인하여 후보자의 정치적 의사표현의 자유 또는 국민의 알 권리가 침해된다고 할 수 없고, 공무담임권을 침해하거나 실질적 선거의 자유 실현에 지장을 초래한다고 할 수 없을 뿐 아니라 민주 정치에 있어서 기본적 의사형성의 자유를 침해한다고 볼 수도 없으며, 공직선거및선거부정방지법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항은 그 법률조항의 개념이 다의적이지 아니할 뿐 아니라 그 어의의 테두리 안에서 해석을 하더라도 위헌적인 결과가 되지는 아니한다.
- [2] 공직선거및선거부정방지법 제59조 단서 제3호에서 후보자, 후보자가 되고자 하는 자는 선거운동기간의 제한없이 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 할 수 있도록 규정하고 있다고 하더라도, 그 법률의 개정 경과 등에 비추어 보면, 같은 법 제59조 단서 제3호의 규정은 후보자나 후보자가 되려는 자에 한하여 선거운동기간 전에는 할 수 없었던 자신의 인터넷 홈페이지를 이용한 자신의 선거운동 행위를 법률의 개정을 통하여 새롭게 허용하는 취지일 뿐이고, 더 나아가 후보자나 후보자가 되려는 자가 아닌 일반 국민이 후보자 등이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거에 영향을 미치는 행위를 허용하기 위한 규정이라고 볼 수는 없다.
- [3] 국회의원 입후보예정자의 홈페이지에 접속하여 위 후보자를 반대하는 내용의 문서를 게시한 행위가 공직선거및선거부정방지법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항에 의하여 금지되는 행위에 해당한다고 한 사례.
- [4] 상상적 경합관계에 있는 두 죄에 대하여 한 죄는 무죄, 한 죄는 유죄가 선고되어 검사만이 무죄부분에 대하여 상고하였다 하여도 유죄부분도 상고심의 심판대상이 되는 것이고, 공소사실 중 일부에 대하여는 유죄를, 실체적 경합

관계에 있는 일부에 대하여는 무죄를 각 선고하고, 그 유죄 부분과 상상적 경합관계에 있는 다른 일부에 대하여는 무죄임을 판시하면서 주문에 별도의 선고를 하지 않은 항소심판결에 대하여, 검사가 무죄 부분 전체에 대하여 상고를 한 경우 그 유죄 부분은 형식상 검사 및 피고인 어느 쪽도 상고한 것 같아 보이지 않지만 그 부분과 상상적 경합관계에 있는 무죄 부분에 대하여 검사가 상고함으로써 그 유죄 부분은 그 무죄 부분의 유·무죄 여하에 따라서 처단될 죄목과 양형을 좌우하게 되므로, 결국 그 유죄 부분도 함께 상고심의 판단대상이 된다.

【참조조문】

- [1] 공직선거및선거부정방지법 제93조 제1항, 제255조 제2항 제5호
- [2] 공직선거및선거부정방지법 제59조 단서 제3호
- [3] 공직선거및선거부정방지법 제93조 제1항, 제255조 제2항 제5호
- [4] 형법 제37조, 제40조, 형사소송법 제342조

【참조판례】

- [1] 대법원 2004. 11. 25. 선고 2004도4045 판결, 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 99헌바92, 2000헌바39, 2000헌마167, 168, 199, 205, 280 전원재판부 결정(헌공60, 825)/
- [4] 대법원 1980. 12. 9. 선고 80도384 전원합의체 판결(공1981, 13473), 대법원 1995. 6. 13. 선고 94도3250 판결(공1995하, 2428)

【전문】

【피고인】 피고인

【상고인】 검사

【원심판결】 서울고법 2004. 10. 19. 선고 2004노1871 판결

【주문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이유】

1. 탈법방법에 의한 문서게시의 점에 관한 공소사실의 요지

누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 문서 등을 배부·게시하여서는 안 됨에도 불구하고,

피고인은 2004. 3. 23. 위 피고인의 주거지에서, 컴퓨터를 이용하여 제17대 국회의원 선거 대구 달성군 입후보예정자 공소외인의 홈페이지(홈페이지 생략)에 접속하여 자유게시판에 "이제 독재자, 살인자의 딸로서 사회봉사 활동하면서 아버지의 죄를 국민 앞에 용서를 구하시지. 왜 그리 말을 해도 못 알아 먹고 사시나.. 쫓쫓 당신도 아버지와 같은 길을 가려고 그러나.. 시대가 바뀌었다지만, 연좌제가 없어졌다지만, 이번 국회에서 마지막 비웃음은 정말 추하기 그지 없었습니다.

당신은 아니요 자격이 정말 없소 왜냐, 당신 아버지 때문에 가정이 파탄되고 고통받은 사람들의 누명을 벗게 먼저 하시고, 진심 어린 맘으로 사회봉사 고아원 양로원 가서 봉사활동을 하시지 꼭 내말 명심하시오 그렇지 않으면 당신도 다시 한번 말하지만 아버지와 똑같은 길로 끝이 좋지 않으니, 그리고 박의원 아닌 탄사람은 토달지 마시길..."이라는 내용의 문서를 게시한 것을 비롯하여 2004. 3. 14.부터 2004. 3. 23.까지 사이에 별지 범죄일람표 기재와 같이 16회에 걸쳐 같은 방법으로 제17대 국회의원 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공소외인을 반대하는 내용의 문서를 게시하였다.

2. 위 공소사실에 대한 원심의 판단

원심은 아래 ① 내지 ⑤와 같은 사정 등을 근거로 공직선거및선거부정방지법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것, 이하 '공직선거법'이라고 한다) 제93조는 후보자의 홈페이지를 통한 공개토론 자체를 금지하기 위한 의도로 입법화 되었다고 볼 수 없고, 따라서 일반 국민이 공직선거법 제59조 단서가 허용하는 홈페이지상에 그 정치인에 대한 지지 또는 반대의 의견을 표명하는 행위는 자유이고, 합헌적 법률해석의 원칙상 공직선거법 제93조가 이를 금지하고 있지 않다고 해석함이 정당하므로, 피고인이 허위사실이 포함되어 있는 글을 공소외인의 인터넷 홈페이지에 게시한 행위를 허위사실공표 등으로 처벌함은 별론으로 하더라도 이를 탈법행위에 의한 문서 등 게시죄로 처벌할 수는 없다고 판단하여 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

① 어떤 행위가 법의 문언적·형식적 해석에 의하여 외형상 법이 금지되는 행위에 해당한다고 볼 여지가 있는 경우에도 그 행위를 금지함으로써 달성하고자 하는 본래의 목적이나 보호법익을 침해하는 정도가 미미하고 반대로 이를 허용함으로써 선거의 자유, 표현의 자유, 참정권, 공무담임권 등의 헌법상 기본권을 충분히 보장할 수 있다면 그 행위를 법이 금지하는 행위대상에서 제외하는 방법으로 법을 탄력적으로 해석·적용하는 것이 공정한 선거를 도모하면서도 선거의 자유를 최대한 보장하려는 법의 목적에 가장 부합하는 법률해석이 될 것인데, 공직선거법 제93조 제1항은 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 인쇄물 등의 배포·게시 등의 행위를 법이 허용하는 방법 이외에는 일반적으로 금지하는 규제 방식을 취하고 있는바, 이와 같은 규정형식으로부터 비롯될 수 있는 경직된 법률해석을 완화하고 획일적이고 과도한 선거운동의 제한이라는 위헌성의 위험으로부터 벗어나기 위하여 문제된 행위가 가지는 고유의 특성과 선거에 미치는 부정적·긍정적 양 측면에서의 영향력을 종합적으로 고려하여 법 위반 여부를 판단하여야 하고 이것은 법률의 합헌적 해석 원칙에도 부합한다.

② 공직선거법 제59조 단서에서는 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자는 같은 조 본문에서 정한 선거운동기간과 관계없이 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 언제든지 선거운동을 할 수 있도록 규정하고 있는데, 이는 인터넷 통신과 홈페이지를 이용한 선거운동의 필요성, 후보자와 국민 사이의 정치적 의견교환 및 활발한 토론의 필요성, 후보자 개인의 홈페이지에서까지 후보자의 정치적 견해나 활동경력, 후보자로서 출마하게 된 배경과 정치인으로서의 자질 등을 표현하는 행위 및 이에 대하여 일반 국민이 후보자를 지지하거나 비판하는 글을 게시하는 행위를 전면적으로 금지하게 되면 후보자의 정치적 의사표현의 자유, 공무담임권을 과도하게 침해하고 나아가 국민의 정치적 표현의 자유나 실질적인 선거의 자유를 실현하는 데도 상당한 지장을 초래하게 되어, 헌법 제1조, 제10조, 제21조, 제24조, 제37조 등이 규정하는 국민의 기본권의 본질적 내용을 침해하거나 금지규정으로 달성하려는 목적과 비교하여 너무나 과도한 제한을 가하게 되어 과잉금지의 원칙에 위반될 소지가 있는 점 등을 감안하여 후보자 개인 홈

페이지를 통한 선거운동을 허용하는 규정을 둠으로써 공직선거법의 합헌성을 분명히 할 필요가 있다는 점 등에 그 근거를 두고 있다.

- ③ 공직선거법 제93조 제1항에서 규정하는 탈법행위에 의한 선거운동 규제 제도를 문언 그대로 형식적으로 해석·적용하여 후보자의 인터넷 홈페이지 게시판에 그 후보자를 지지하거나 반대하는 글을 게시하는 행위를 탈법이라고 해석·적용하게 된다면 후보자는 자신의 홈페이지를 통하여 정치적 의견을 충분히 개진할 수 있지만, 이와 정치적 의견을 같이 하거나 달리하는 국민의 경우에는 후보자의 홈페이지를 통한 일체의 지지 또는 반대하는 정치적 의견 개진 자체를 할 수 없게 되고 이를 위반한 경우에는 공직선거법위반으로 처벌받게 되어, 헌법이 보장하는 국민의 정치적 의사개진의 자유를 과도하게 제한하는 결과가 되어 위헌이라고 판단될 여지가 있을 뿐만 아니라, 후보자와 국민 사이의 활발한 정치적 의견교환과 토론을 통하여 자질 있는 후보자를 선출하고 국민의 정치적 의사를 선거에 반영하기 위하여 후보자의 개인 홈페이지를 통한 선거운동을 폭넓게 허용하는 개정법률의 입법 취지에 반하는 결과를 초래하게 될 것이다.
- ④ 공직선거법 제93조를 후보자의 홈페이지에 후보자에 대한 허위의 사실이나 후보자를 비방하는 내용의 글을 게시하는 행위를 규제할 목적으로 한 행위에 국한하여 해석·적용할 수는 없는데, 후보자의 홈페이지에 반대의 글뿐만 아니라 지지의 글을 게시한 행위 모두를 공직선거법 제93조에 위반된 행위라고 해석하는 것은 국민의 정치적 의사표현의 자유나 실질적 참정권을 정당한 이유 없이 과도하게 제한함으로써 인한 위헌성을 피하기 어려워 받아들일 수 없다.
- ⑤ 공직선거법 제82조의4 제1항이 후보자가 아닌 사람들이 선거운동기간 중에 한하여 인터넷 사이트에 선거운동을 위한 정보를 게시하는 행위를 허용하면서 대상 인터넷 사이트를 후보자의 홈페이지에 한정하고 있지 아니한 점에 비추어 보면 선거운동기간 전에는 후보자 홈페이지에서 지지·반대의 글을 게시하는 행위가 허용되다가 선거운동기간이 되면 게시대상이 되는 인터넷 사이트의 제한없이 그러한 행위가 가능하다고 해석될 수 있으므로, 공직선거법 제82조의4 제1항이 신설되었다고 하여 후보자의 홈페이지에 반대의 글을 게시한 이 사건 행위가 공직선거법 제93조에 위반된다고 볼 수는 없다.

3. 이 법원의 판단

그러나 위와 같은 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

공직선거법 제93조 제1항이 선거와 관련하여 그에 정한 행위를 제한하고 있는 것은 선거의 자유와 공정을 보장하여 선거관계자를 포함한 선거구민 내지는 국민 전체의 공동이익을 추구하고자 하는 것이므로 그 입법목적의 정당성이 인정되고, 그 제한은 참된 의미에서 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서의 의미를 가질 뿐만 아니라, 폐해 방지를 위하여는 일정 기간 그와 같은 행위를 금지하는 것 외에 달리 효과적인 수단을 상정하기 어렵고, 특히 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 전제 아래 그 제한이 이루어진다는 점에서 수단의 상당성 내지 적정성이 인정되며, 이러한 제한은 선거의 공정성 확보를 위한 필요·최소한의 조치이자 불가피한 규제라고 할 것이므로, 이로 인하여 후보자의 정치적 의사표현의 자유 또는 국민의 알 권리가 침해된다고 할 수 없고, 공무담임권을 침해하거나 실질적 선거의 자유 실현에 지장을 초래한다고 할 수 없을 뿐 아니라 민주정치에 있어서 기본적 의사형성의

자유를 침해한다고 볼 수도 없다(대법원 2004. 11. 25. 선고 2004도4045 판결, 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 99헌바 92 전원재판부 결정 등 참조).

또한, 어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의(語意)의 테두리 안에서 여러 가지 해석이 가능할 때, 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석을 택하여야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석은 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반법리이기는 하나, 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항은 그 법률조항의 개념이 다의적이지 아니할 뿐 아니라 그 어의의 테두리 안에서 해석을 하더라도 앞서 본 바와 같이 위헌적인 결과가 되지는 아니하므로, 여기에 헌법합치적 법률해석 방법을 적용하여 이 부분 피고인의 행위를 구 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항에 해당하지 아니하는 것으로 해석할 여지는 없다고 할 것이며(대법원 2004. 11. 25. 선고 2004도4045 판결 참조), 한편 공직선거법 제59조 단서 제3호에서 후보자, 후보자가 되고자 하는 자는 선거운동기간의 제한없이 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 할 수 있도록 규정하고 있다고 하더라도, 그 법률의 개정 경과 등에 비추어 보면, 공직선거법 제59조 단서 제3호의 규정은 후보자나 후보자가 되려는 자에 한하여 선거운동기간 전에는 할 수 없었던 자신의 인터넷 홈페이지를 이용한 자신의 선거운동 행위를 법률의 개정을 통하여 새롭게 허용하는 취지일 뿐이고, 더 나아가 후보자나 후보자가 되려는 자가 아닌 일반 국민이 후보자 등이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거에 영향을 미치는 행위를 허용하기 위한 규정이라고 볼 수는 없다.

원심이 채택한 증거들 및 이와 같은 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건에서 이 부분 공소사실에 기재된 피고인의 행위는 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 후보자가 되고자 하는 공소외인을 반대하는 내용의 문서를 게시한 것으로서 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항에 해당하는 행위라고 할 것이고, 여기에 헌법합치적 법률해석 방법을 적용하여 이 부분 피고인의 행위를 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항에 해당하지 아니하는 것으로 볼 여지는 없다고 할 것이며, 이와 같이 피고인의 행위가 공직선거법 제93조 제1항에서 금지하는 행위에 해당한다고 해석한다고 하더라도 공직선거법 제93조 제1항 및 제59조 단서 제3호의 규정이 헌법에 위반된다고 단정할 수 없다.

그럼에도 원심이 그 판시와 같은 사정들만을 근거로 탈법방법에 의한 문서게시의 점에 관한 공소사실에 기재된 피고인의 행위가 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항에 해당하지 않는다고 판단하여 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지한 데에는, 공직선거법 제59조 단서 제3호 및 제93조 제1항에 관한 법리 등을 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이고, 이를 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 파기의 범위

상상적 경합관계에 있는 두 죄에 대하여 한 죄는 무죄, 한 죄는 유죄가 선고되어 검사만이 무죄부분에 대하여 상고하였다 하여도 유죄부분도 상고심의 심판대상이 되는 것이고(대법원 1980. 12. 9. 선고 80도384 전원합의체 판결 참조), 공소사실 중 일부에 대하여는 유죄를, 실제적 경합관계에 있는 일부에 대하여는 무죄를 각 선고하고, 그 유죄 부분과 상상적 경합관계에 있는 다른 일부에 대하여는 무죄임을 판시하면서 주문에 별도의 선고를 하지 않은 항소심판결에 대하여, 검사가 무죄 부분 전체에 대하여 상고를 한 경우 그 유죄 부분은 형식상 검사 및 피고인 어느 쪽도 상

고한 것 같아 보이지 않지만 그 부분과 상상적 경합관계에 있는 무죄 부분에 대하여 검사가 상고함으로써 그 유죄 부분은 그 무죄 부분의 유·무죄 여하에 따라서 처단될 죄목과 양형을 좌우하게 되므로, 결국 그 유죄 부분도 함께 상고심의 판단대상이 된다고 할 것이다(대법원 1995. 6. 13. 선고 94도3250 판결 참조).

기록에 의하면, 피고인이 원심 판시 범죄일람표 순번 1, 2, 6, 7, 9, 11, 13, 15, 16 기재의 글을 게시한 행위는 허위사실공표로 인한 공직선거법위반죄, 정보통신망을 이용한 명예훼손죄, 탈법방법에 의한 문서게시로 인한 공직선거법위반죄의 상상적 경합범으로, 같은 일람표 순번 5, 8, 10, 14 기재의 글을 게시한 행위는 허위사실공표로 인한 공직선거법위반죄와 탈법방법에 의한 문서게시로 인한 공직선거법위반죄의 상상적 경합범으로, 같은 일람표 순번 3, 4, 12 기재의 글을 게시한 행위는 탈법행위에 의한 문서게시로 인한 공직선거법위반죄로 각 기소되었는데, 원심은 이 사건 글을 게시한 행위가 탈법방법에 의한 문서게시로 인한 공직선거법위반죄에 해당하지 아니한다고 하여 그 중 같은 일람표 순번 3, 4, 12 기재의 글을 게시한 행위에 대하여는 주문에서 무죄를 선고하고, 나머지 행위에 대하여는 그와 상상적 경합관계에 있는 다른 죄를 유죄로 인정하여 이유에서 무죄임을 판시하고, 같은 일람표 순번 5, 8, 10, 14 기재의 글을 게시한 행위에 대하여는 허위사실공표로 인한 공직선거법위반죄로 처벌하고, 같은 일람표 순번 1, 2, 6, 7, 9, 11, 13, 15, 16 기재의 글을 게시한 행위에 대하여는 형이 더 무거운 정보통신망을 이용한 명예훼손죄에 정한 형으로 처벌하기로 하면서(다만, 하한은 허위사실공표로 인한 공직선거법위반죄에서 정한 형의 그것에 의함) 하나의 형을 선고하였는바, 이에 대하여 검사가 주문에서 무죄를 선고한 부분과 유죄 부분과 상상적 경합관계에 있는 무죄 부분 전체에 대하여 상고를 하였다.

따라서 원심에서 유죄로 인정된 부분 역시 그와 상상적 경합관계에 있는 무죄 부분의 유·무죄 여하에 따라서 처단될 죄목과 양형이 좌우되므로, 그 유죄 부분도 함께 상고심의 판단대상이 된다고 할 것이고, 이 사건에서 원심판결 중 무죄 부분을 모두 파기하는 이상 그와 상상적 경합관계에 있는 허위사실공표로 인한 공직선거법위반죄 및 정보통신망을 이용한 명예훼손죄 부분 또한 함께 파기할 수밖에 없다.

5. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 더 심리한 후 판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.

대법관 이용우(재판장) 윤재식 이규홍 김영란(주심)