

공직선거법위반

[대전고등법원 2009. 2. 5. 2008노527]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인 및 검사

【검 사】 류원근

【변 호 인】 변호사 전정수(국선)

【제1심판결】 대전지방법원 2008. 10. 10. 선고 2008고합365 판결

【주문】

】

제1심 판결을 파기한다.

피고인을 징역 6월에 처한다.

다만 이 판결 확정일로부터 1년간 위 형의 집행을 유예한다.

피고인에게 60시간의 사회봉사를 명한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 점에 대하여

피고인이 문자메시지를 송신함에 있어 '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재하였으므로 공직선거법 제82조의 5 제2항, 제5항의 필요한 조치를 다한 것이어서, 피고인의 행위는 선거운동정보의 전송제한 규정 위반으로 인한 공직선거법 위반죄의 구성요건에 해당하지 않는다.

설령 피고인의 행위가 위 구성요건에 해당한다고 하더라도 피고인은 유성구선거관리위원회가 발간한 책자와 유성구선거관리위원회 직원 공소외 4의 지도를 참고하여 위와 같은 문자메시지를 발송하였으므로, 피고인의 행위는 법령의 착오에 따라 이루어진 것이어서 죄가 된다고 할 수 없다.

(2) 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화 이용 선거운동의 점에 대하여

피고인측이 선거운동기간 동안 사용한 전화는 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화에 해당하지 아니한다.

나. 검사

사실오인 또는 법리오해(후보자비방의 점에 대한 이유무죄부분에 대하여)

2. 판단

가. 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 점에 대한 피고인의 주장

(1) 피고인의 행위가 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 구성요건에 해당하지 아니한다는 주장

공직선거법 제82조의 5 제2항 제4호에서는 선거운동 목적의 정보(이하 '선거운동정보'라고만 함)를 전자우편으로 전송하거나 전화를 이용하여 전송(송·수화자간 직접 통화하는 경우는 제외)하는 자는 수신거부의 의사표시를 쉽게 할 수 있는 조치 및 방법에 관한 사항을 선거운동정보에 명시하도록 규정하고 있고, 같은 조 제5항에서는 선거운동정보

를 전송하는 자는 수신자가 수신거부를 할 때 발생하는 전화요금 기타 금전적 비용을 수신자가 부담하지 아니하도록 필요한 조치를 하도록 규정하고 있다.

같은 법 제255조 제4항에서는 위 제82조의 5 제2항의 규정을 위반하여 선거운동정보에 해당하는 사실 등을 선거운동 정보에 명시하지 아니하거나 허위로 명시한 자, 같은 조 제5항의 규정을 위반하여 비용을 수신자에게 부담하도록 한 자 등에 대하여 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인은 문자메시지 모두 부분에 "<선거운동정보>"라는 표시를 하였으나 그 다음에 " 공소외 5 후보 음주운전 적발 면허취소 사실 시인"이라는 표기나 " 공소외 5 후보-자기부상열차 인천에 결정 지지 발언"이라는 표기를 한 다음, '발신 전화번호의 표시없이' '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재하여 문자메시지를 보내거나, '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재한 후 '유료전화번호(〇〇〇-〇〇〇〇 등)'를 표시하거나 자동으로 표시되게 하여 문자메시지를 보낸 사실이 인정된다.

그런데 이와 같은 방식에 의한 문자메시지 전송은 수신자가 수신거부의 의사표시를 쉽게 할 수 있는 조치 및 방법에 관한 사항을 선거운동정보에 명시하였거나, 수신자가 수신거부를 할 때 발생하는 전화요금 기타 금전적 비용을 수신자가 부담하지 아니하도록 필요한 조치를 취하였다고는 볼 수 없으므로, 선거운동정보의 전송제한 규정을 준수하였다고 할 수 없다.

(2) 피고인의 행위가 법령의 착오에 따라 이루어진 것으로 죄가 되지 않는다는 주장

형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 등 참조).

제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인의 아들인 공소외 3이 유성구선거관리위원회 직원 공소외 4로부터 '수신거부시 삭제하여 주시기 바랍니다'라는 내용을 입력하면 된다는 답변을 들은 사실, 유성구선거관리위원회에서 발간한 '선거운동기간중의 선거운동방법 및 제한, 금지사항 안내'라는 책자에는 수신거부안내로서 "수신을 원하지 않을 경우에 삭제하여 주시기 바랍니다"라고 기재되어 있었던 사실은 인정된다.

그러나, 대전시선거관리위원회 발행의 '정당·후보자를 위한 선거사무안내' 책자에는 수신거부안내로는 "수신거부 ***-***-*** (송신자가 부담할 수 있는 연락처표기)", 문자메시지의 전송방법으로는 "위 선거운동정보의 표시, 수신거부 안내의 내용을 안내한 후 선거운동정보를 제공하되, 작성예시에 준하는 안내문을 별도의 화면으로 작성하여 게시할 수 있음."이라고 되어 있고, 공직선거법 제82조 제2항 제4호, 제5항의 규정 그 자체로 선거운동정보를 전화를 이용

하여 제공하는 경우 송신자가 비용을 부담하는 연락처를 표시하는 등의 방법으로 수신자가 비용을 부담하지 아니하고 수신거부의 의사표시를 할 수 있는 조치를 취하여야 한다는 것을 어렵지 않게 알 수 있는 점 및 공소외 3이 관할 유성구선거관리위원회에 서면으로 정식질의를 하지 않은 채 공소외 4에게 개인적인 문의만 한 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인이 설령 자신의 행위가 법령에 위반되지 않는다고 오인하였다고 하더라도, 위법을 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 보기는 어려워 그 오인에 정당한 이유가 있다고 할 수는 없다.

나. 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화 이용 선거운동의 점에 대한 피고인의 주장

(1) 공소사실의 요지

누구든지 선거운동기간 중에는 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화를 이용하여 선거운동을 하여서는 아니됨에도, 피고인은 공소외 1로 하여금 대량문자발송생성 프로그램이 설치된 휴대전화 3대(휴대전화 번호 각 생략)를 1대당 약 100만원을 주고 구입하게 한 후, 2008. 4. 3. 16:07경 대전 유성구 장대동 (지번 및 층 생략)에 있는 피고인의 선거사무실에서, 공소외 3으로 하여금 위 휴대전화(번호 생략)를 이용하여 위 공소외 6의 휴대전화로 문자메시지를 발송하게 한 것을 비롯하여 2008. 3. 30. 21:11경부터 2008. 4. 8. 23:01경까지 사이에 별지 범죄일람표 (1) 기재와 같이 총 32,205회에 걸쳐 위 두 가지 내용의 문자메시지를 발송하게 함으로써 피고인은 선거운동기간 중에 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화를 이용하여 선거운동을 하였다.

(2) 판단

(가) 공직선거법 제109조 제1항은 '누구든지 선거기간 중 선거권자에게 서신·전보·모사전송 기타 전기통신의 방법을 이용하여 선거운동을 할 수 없다.

다만, 개인용 컴퓨터·전화(컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화를 경우를 제외한다)에 의하는 경우에는 그러하지 아니하다'고 규정하고 있다.

이 규정의 입법취지는 서신·전기통신의 방법은 일방적·편면적 행위로서 이를 전면 허용할 경우 서신·전기통신의 대량 또는 무차별 송수신으로 이어져 선거홍보물이 범람하고 선거운동의 과열과 혼탁을 초래할 위험성이 많으므로 이를 방지하고자 하는 데에 있다.

따라서, 이 규정은 이와 같은 서신·전기통신의 방법을 이용한 선거운동은 이를 원칙적으로 금지하되, 다만 전기통신의 방법 중에서 개인용 컴퓨터에 의하는 경우이거나 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치하지 아니한 전화에 의하는 경우와 같이 대량 또는 무차별 송수신으로 이어질 위험성이 적은 경우에 한하여 이를 이용한 선거운동을 예외적으로 허용하는 취지라고 할 것이다(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004도5446 판결 등 참조). 이와 같은 공직선거법 제109조 제1항의 입법취지와 문언적 해석에 의하면, '컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화'라 함은 전화기로 문자메시지 등을 송신함에 있어 컴퓨터의 장치와 연결하여 이를 이용하거나 인터넷 또는 웹상에 연결하여 문자메시지 등을 대량 또는 무차별 송신하는 전화를 말하고, 단순히 전화기 자체에 문자메시지를 한꺼번에 다량으로 송신하는 기능이 설치된 전화가 일률적으로 이에 포함된다고 할 수 없다.

(나) 위와 같은 법리에 비추어 제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들 및 당심 증인 공소외 7, 8의 증언을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 이 사건 휴대전화기로 문자메시지를 송신한 것이 컴퓨터를

이용한 자동송신장치를 설치한 전화에 의하여 문자메시지를 발송한 것에 해당한다고 할 수 없으므로, 이 부분 공소 사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

① 휴대전화기에는 일반적으로 수신번호로 여러 개의 수신번호를 선택한 후 한꺼번에 문자메시지를 발송하는 기능이 포함되어 있는데, 피고인이 구입하여 사용한 이 사건 휴대전화기는 한꺼번에 문자메시지를 발송할 수 있는 수신번호의 수가 일반적인 휴대전화기에 비하여 많은 기능을 가진 것일 뿐이고, 송신을 함에 있어 컴퓨터를 이용하지는 않는다.

② 컴퓨터를 이용하여 인터넷을 통하여 문자메시지를 송신할 경우 병렬방식을 취하여 1회 발송 버튼 작동으로 수신전화번호 수의 제한 없이 무제한적으로 송신할 수 있음에 반하여, 이 사건 휴대전화기에 의하여 문자메시지를 발송하는 경우 1회 발송 버튼 작동으로 송신할 수 있는 수신전화번호의 수가 최대 1,000건으로 제한되어 있고, 일반적인 휴대전화기와 같이 직렬방식에 의하여 한건씩 순차적으로 발송되기 때문에 발송에 소요되는 시간도 훨씬 오래 걸린다.

따라서 이 사건 휴대전화기를 이용하여 문자메시지를 발송하는 방법이 문자메시지의 대량 또는 무차별 송수신으로 이어질 위험성이 크다고 할 수는 없다.

③ 다만, 이 사건 휴대전화기에는 문자메시지를 보낼 수신자의 전화번호를 입력함에 있어서, 전화번호를 일일이 손으로 입력하는 대신에 컴퓨터에서 작성한 전화번호 엑셀화일을 케이블선을 통하거나 USB포트로 휴대전화기에 옮길 수 있는 기능이 있어 이 경우 컴퓨터를 이용할 수 있는데, 이를 두고 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화라고 할 수는 없다.

④ 중앙선거관리위원회에서도, 컴퓨터의 장치 또는 인터넷이나 웹상과 연결되지 않고, 휴대전화기에 문자메시지 발송 용량을 늘리는 프로그램을 설치하여 선거운동정보를 발송하는 것이 공직선거법 제255조 제1항 제19호, 제109조 제1항에 위반되는지에 관한 질의에 대하여 이에 저촉되지 않는다고 회신한 바 있고(2006. 4. 19. 중앙선거관리위원회위원장 회답), 유성구 선거관리위원회에서 발간한 '선거운동기간중의 선거운동방법 및 제한, 금지사항 안내' 자료집에서도 이와 같은 사항이 기재되어 있다.

다.

검사의 후보자비방의 점에 대한 사실오인 또는 법리오해 주장

(1) 공소사실의 요지

누구든지 당선되지 못하게 할 목적으로 공연히 허위의 사실을 적시하여 후보자를 비방하여서는 아니됨에도 불구하고, 대전시의 숙원사업이던 자기부상열차 사업권이 인천으로 간 정부결정에 대하여 공소외 5 후보가 2007. 6. 27. ○○일보 기자와 인터뷰를 할 당시 '그 결정은 심사과정이나 점수산정에 문제가 없고, 정치적 논리 개입이 없었으며, 기술적, 객관적 평가였다'고 발언하였고, 피고인은 2008. 3. 28. TJB 방송국 토론회, 2008. 4. 1. KBS 방송국 토론회 및 2008. 4. 2. CMB 방송국 토론회에서 총 3회에 걸쳐 공소외 5 후보에게 위 발언에 대해 질문을 하여 공소외 5 후

보로부터 '위 결정이 잘 된 결정이라는 것이 아니라 위 결정에 절차적인 흠을 발견할 수 없었다는 취지의 발언이었다'는 답변을 들었음에도, 2008. 4. 5. 11:23경 대전 유성구 장대동 (지번 및 층 생략)에 있는 피고인의 선거사무실에서, 피고인의 아들 공소외 3으로 하여금 공소외 9의 휴대전화로 '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지 발언'이라는 문자메시지를 발송한 것을 비롯하여 2008. 3. 30.경부터 2008. 4. 8.경까지 사이에 별지 범죄일람표 (1), (2) 기재와 같이 약 21,370회에 걸쳐 위와 같은 내용의 문자메시지를 발송하여, 당선될 목적으로 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방하였다.

(2) 제1심의 판단

제1심은, 피고인이 '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지발언'이라는 내용의 문자메시지를 발송하였다고 하더라도 이는 공소외 5 후보의 정치활동을 비판적으로 언급한 것에 불과할 뿐, 그것이 공소외 5 후보를 인격적으로 비하하는 내용이라 볼 수 없어 이는 비방에 해당한다고 보기 어렵고, 설령 그것이 비방에 해당한다고 하더라도 위 문자메시지의 내용은 전체적으로 객관적 사실에 부합하고 국회의원 선거에 즈음하여 지역 현안에 대한 후보자의 정치적 견해 등을 설명함으로써 선거구민에게 적합한 국회의원을 선택하도록 자료를 제공하려는 공공의 목적 또한 있었다고 인정되고 거기에 상당성도 있다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 공직선거법 제251조에서 '사실을 적시하여 후보자를 비방한다'는 의미는 후보자에 관련된 사실을 적시하여 당해 후보자를 비방함을 의미하는 것으로 사실적시에는 간접사실이라도 이를 적시하는 것이 후보자의 당선을 방해할 염려가 있는 것을 포함하고(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등 참조), '비방'은 정당한 이유 없이 상대방에 대한 사회적 평가가 침해될 정도로 상대방을 깎아 내리거나 헐뜯는 것을 의미한다(대법원 2007. 9. 21. 선고 2007도2824 판결).

(나) 그런데, 제1심이 이 부분에 관하여 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여 보면, ① 대전 지역의 오랜 숙원사업이었던 자기부상열차 사업에 관하여, 정부가 시범사업권 시행자를 인천으로 결정하자, 당시 대전 지역 시민들의 실망감이 컸고, 대전 지역에서는 정부의 이와 같은 결정에 대한 비판 여론이 형성되고 있었던 점, ② 대전 유성구 지역 국회의원인 공소외 5 후보자가 신문기자와의 인터뷰 또는 방송국 토론회에서 위 결정에 관하여 말한 취지는 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것을 지지한다는 것이 아니라, 정부에서 한 위 결정에 절차적인 흠을 발견할 수 없었다는 것임이 분명하였고, 피고인도 이를 잘 알고 있었던 점, ③ 그럼에도 피고인이 선거인들의 휴대전화기로 발송한 문자메시지의 내용 즉, '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지 발언'은 마치 공소외 5 후보가 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것 자체를 지지하는 발언을 한 것으로 선거구민들에게 이해되어 선거구민들로 하여금 공소외 5 후보의 실제 발언내용을 오해하여 공소외 5 후보자에 대한 강한 반발심을 불러일으킬 수 있었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 선거구민들에게 발송한 이와 같은 문자메시지의 내용은, 공소외 5 후보자의 당선을 방해할 염려가 있는 것으로, 공소외 5 후보자의 정치적 활동을 비판적으로 언급하는 정도를 넘어 공소외 5 후보자 개인에 대한 사회적 평가를 왜곡, 저하시키는 것으로서 피고인이 선거구민들에게 이와 같은 문자메시지를 발송한 행위는 사실을 적시하여 공소외 5 후보자를 비방한 경우에 해당한다.

(다) 공직선거법 제251조의 후보자비방죄에 있어서는 적시된 사실이 전체적으로 보아 진실에 부합하고 그 내용과 성질에 비추어 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한다는 동기가 있으며, 반드시 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 동기가 된 것이 아니라도 양자가 동시에 존재하고 거기에 상당성이 인정된다면 같은 법조 단서에 의하여 위법성이 조각된다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6337 판결 등 참조).

그러나, 이 사건의 경우 위 문자메시지의 내용은 축약된 표현이어서 그 의미가 다의적으로 해석될 여지가 전혀 없지는 않다고 하더라도, 그 표현의 전체적 맥락이나 표현 방법 등에 비추어 보면, 자기부상열차 시범사업권 시행자를 인천으로 결정한 정부의 결정이 절차적 흠이 없는 객관적 결정이었다는 공소외 5 후보의 발언이 축약적으로 표현된 것이라기 보다는, 오히려 일반인으로 하여금 공소외 5 후보자가 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것 자체를 잘 된 것이라고 발언한 것인 양 이해되어 지도록 의도된 것이라고 할 것이므로, 그것이 진실한 내용이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 그 목적 또한 국회의원선거에 즈음하여 지역 현안에 대한 후보자의 정치적 견해 등을 설명함으로써 선거구민에게 적합한 국회의원을 선택하도록 자료를 제공한다는 공적 이익에 있었다기 보다는, 공소외 5 후보자의 정치적 견해를 왜곡되게 전달함으로써 공소외 5 후보자를 낙선시키고 자신이 당선되겠다는 사적 이익이 결정적으로 중요한 동기가 되었다고 할 것이므로, 피고인의 행위는 위법성이 조각되지 않는다.

3. 결론

그러므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 제1심 판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 점에 대하여

피고인이 문자메시지를 송신함에 있어 '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재하였으므로 공직선거법 제82조의 5 제2항, 제5항의 필요한 조치를 다한 것이어서, 피고인의 행위는 선거운동정보의 전송제한 규정 위반으로 인한 공직선거법 위반죄의 구성요건에 해당하지 않는다.

설령 피고인의 행위가 위 구성요건에 해당한다고 하더라도 피고인은 유성구선거관리위원회가 발간한 책자와 유성구선거관리위원회 직원 공소외 4의 지도를 참고하여 위와 같은 문자메시지를 발송하였으므로, 피고인의 행위는 법령의 착오에 따라 이루어진 것이어서 죄가 된다고 할 수 없다.

(2) 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화 이용 선거운동의 점에 대하여

피고인측이 선거운동기간 동안 사용한 전화는 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화에 해당하지 아니한다.

나. 검사

사실오인 또는 법리오해(후보자비방의 점에 대한 이유무죄부분에 대하여)

2. 판단

가. 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 점에 대한 피고인의 주장

(1) 피고인의 행위가 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 구성요건에 해당하지 아니한다는 주장

공직선거법 제82조의 5 제2항 제4호에서는 선거운동 목적의 정보(이하 '선거운동정보'라고만 함)를 전자우편으로 전송하거나 전화를 이용하여 전송(송·수화자간 직접 통화하는 경우는 제외)하는 자는 수신거부의 의사표시를 쉽게 할 수 있는 조치 및 방법에 관한 사항을 선거운동정보에 명시하도록 규정하고 있고, 같은 조 제5항에서는 선거운동정보를 전송하는 자는 수신자가 수신거부를 할 때 발생하는 전화요금 기타 금전적 비용을 수신자가 부담하지 아니하도록 필요한 조치를 하도록 규정하고 있다.

같은 법 제255조 제4항에서는 위 제82조의 5 제2항의 규정을 위반하여 선거운동정보에 해당하는 사실 등을 선거운동정보에 명시하지 아니하거나 허위로 명시한 자, 같은 조 제5항의 규정을 위반하여 비용을 수신자에게 부담하도록 한 자 등에 대하여 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인은 문자메시지 모두 부분에 "<선거운동정보>"라는 표시를 하였으나 그 다음에 " 공소외 5 후보 음주운전 적발 면허취소 사실 시인"이라는 표기나 " 공소외 5 후보-자기부상열차 인천에 결정 지지 발언"이라는 표기를 한 다음, '발신 전화번호의 표시없이' '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재하여 문자메시지를 보내거나, '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재한 후 '유료전화번호(〇〇〇-〇〇〇〇 등)'를 표시하거나 자동으로 표시되게 하여 문자메시지를 보낸 사실이 인정된다.

그런데 이와 같은 방식에 의한 문자메시지 전송은 수신자가 수신거부의 의사표시를 쉽게 할 수 있는 조치 및 방법에 관한 사항을 선거운동정보에 명시하였거나, 수신자가 수신거부를 할 때 발생하는 전화요금 기타 금전적 비용을 수신자가 부담하지 아니하도록 필요한 조치를 취하였다고는 볼 수 없으므로, 선거운동정보의 전송제한 규정을 준수하였다고 할 수 없다.

(2) 피고인의 행위가 법령의 착오에 따라 이루어진 것으로 죄가 되지 않는다는 주장

형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 등 참조).

제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인의 아들인 공소외 3이 유성구선거관리위원회 직원 공소외 4로부터 '수신거부시 삭제하여 주시기 바랍니다'라는 내용을 입력하면 된다는 답변을 들은 사실, 유성구선거관리위

원회에서 발간한 '선거운동기간중의 선거운동방법 및 제한, 금지사항 안내'라는 책자에는 수신거부안내로서 "수신을 원하지 않을 경우에 삭제하여 주시기 바랍니다"라고 기재되어 있었던 사실은 인정된다.

그러나, 대전시선거관리위원회 발행의 '정당·후보자를 위한 선거사무안내' 책자에는 수신거부안내로는 "수신거부 ***-****-****(송신자가 부담할 수 있는 연락처표기)", 문자메시지의 전송방법으로는 "위 선거운동정보의 표시, 수신거부 안내의 내용을 안내한 후 선거운동정보를 제공하되, 작성예시에 준하는 안내문을 별도의 화면으로 작성하여 게시할 수 있음."이라고 되어 있고, 공직선거법 제82조 제2항 제4호, 제5항의 규정 그 자체로 선거운동정보를 전화를 이용하여 제공하는 경우 송신자가 비용을 부담하는 연락처를 표시하는 등의 방법으로 수신자가 비용을 부담하지 아니하고 수신거부의 의사표시를 할 수 있는 조치를 취하여야 한다는 것을 어렵지 않게 알 수 있는 점 및 공소외 3이 관할 유성구선거관리위원회에 서면으로 정식질의를 하지 않은 채 공소외 4에게 개인적인 문의만 한 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인이 설령 자신의 행위가 법령에 위반되지 않는다고 오인하였다고 하더라도, 위법을 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 보기는 어려워 그 오인에 정당한 이유가 있다고 할 수는 없다.

나. 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화 이용 선거운동의 점에 대한 피고인의 주장

(1) 공소사실의 요지

누구든지 선거운동기간 중에는 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화를 이용하여 선거운동을 하여서는 아니됨에도, 피고인은 공소외 1로 하여금 대량문자발송생성 프로그램이 설치된 휴대전화 3대(휴대전화 번호 각 생략)를 1대당 약 100만원을 주고 구입하게 한 후, 2008. 4. 3. 16:07경 대전 유성구 장대동 (지번 및 층 생략)에 있는 피고인의 선거사무실에서, 공소외 3으로 하여금 위 휴대전화(번호 생략)를 이용하여 위 공소외 6의 휴대전화로 문자메시지를 발송하게 한 것을 비롯하여 2008. 3. 30. 21:11경부터 2008. 4. 8. 23:01경까지 사이에 별지 범죄일람표 (1) 기재와 같이 총 32,205회에 걸쳐 위 두 가지 내용의 문자메시지를 발송하게 함으로써 피고인은 선거운동기간 중에 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화를 이용하여 선거운동을 하였다.

(2) 판단

(가) 공직선거법 제109조 제1항은 '누구든지 선거기간 중 선거권자에게 서신·전보·모사전송 기타 전기통신의 방법을 이용하여 선거운동을 할 수 없다.

다만, 개인용 컴퓨터·전화(컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화의 경우를 제외한다)에 의하는 경우에는 그러하지 아니하다'고 규정하고 있다.

이 규정의 입법취지는 서신·전기통신의 방법은 일방적·편면적 행위로서 이를 전면 허용할 경우 서신·전기통신의 대량 또는 무차별 송수신으로 이어져 선거홍보물이 범람하고 선거운동의 과열과 혼탁을 초래할 위험성이 많으므로 이를 방지하고자 하는 데에 있다.

따라서, 이 규정은 이와 같은 서신·전기통신의 방법을 이용한 선거운동은 이를 원칙적으로 금지하되, 다만 전기통신의 방법 중에서 개인용 컴퓨터에 의하는 경우이거나 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치하지 아니한 전화에 의하는 경우와 같이 대량 또는 무차별 송수신으로 이어질 위험성이 적은 경우에 한하여 이를 이용한 선거운동을 예외적으로 허용하는 취지라고 할 것이다(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004도5446 판결 등 참조). 이와 같은 공직선거법 제109조 제1항의 입법취지와 문언적 해석에 의하면, '컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화'라 함은 전화기로

문자메시지 등을 송신함에 있어 컴퓨터의 장치와 연결하여 이를 이용하거나 인터넷 또는 웹상에 연결하여 문자메시지 등을 대량 또는 무차별 송신하는 전화를 말하고, 단순히 전화기 자체에 문자메시지를 한꺼번에 다량으로 송신하는 기능이 설치된 전화가 일률적으로 이에 포함된다고 할 수 없다.

(나) 위와 같은 법리에 비추어 제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들 및 당심 증인 공소외 7, 8의 증언을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 이 사건 휴대전화기로 문자메시지를 송신한 것이 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화에 의하여 문자메시지를 발송한 것에 해당한다고 할 수 없으므로, 이 부분 공소 사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

① 휴대전화기에는 일반적으로 수신번호로 여러 개의 수신번호를 선택한 후 한꺼번에 문자메시지를 발송하는 기능이 포함되어 있는데, 피고인이 구입하여 사용한 이 사건 휴대전화기는 한꺼번에 문자메시지를 발송할 수 있는 수신번호의 수가 일반적인 휴대전화기에 비하여 많은 기능을 가진 것일 뿐이고, 송신을 함에 있어 컴퓨터를 이용하지는 않는다.

② 컴퓨터를 이용하여 인터넷을 통하여 문자메시지를 송신할 경우 병렬방식을 취하여 1회 발송 버튼 작동으로 수신전화번호 수의 제한 없이 무제한적으로 송신할 수 있음에 반하여, 이 사건 휴대전화기에 의하여 문자메시지를 발송하는 경우 1회 발송 버튼 작동으로 송신할 수 있는 수신전화번호의 수가 최대 1,000건으로 제한되어 있고, 일반적인 휴대전화기와 같이 직렬방식에 의하여 한건씩 순차적으로 발송되기 때문에 발송에 소요되는 시간도 훨씬 오래 걸린다.

따라서 이 사건 휴대전화기를 이용하여 문자메시지를 발송하는 방법이 문자메시지의 대량 또는 무차별 송수신으로 이어질 위험성이 크다고 할 수는 없다.

③ 다만, 이 사건 휴대전화기에는 문자메시지를 보낼 수신자의 전화번호를 입력함에 있어서, 전화번호를 일일이 손으로 입력하는 대신에 컴퓨터에서 작성한 전화번호 엑셀화일을 케이블선을 통하거나 USB포트로 휴대전화기에 옮길 수 있는 기능이 있어 이 경우 컴퓨터를 이용할 수 있는데, 이를 두고 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화라고 할 수는 없다.

④ 중앙선거관리위원회에서도, 컴퓨터의 장치 또는 인터넷이나 웹상과 연결되지 않고, 휴대전화기에 문자메시지 발송 용량을 늘리는 프로그램을 설치하여 선거운동정보를 발송하는 것이 공직선거법 제255조 제1항 제19호, 제109조 제1항에 위반되는지에 관한 질의에 대하여 이에 저촉되지 않는다고 회신한 바 있고(2006. 4. 19. 중앙선거관리위원회위원장 회답), 유성구 선거관리위원회에서 발간한 '선거운동기간중의 선거운동방법 및 제한, 금지사항 안내' 자료집에서도 이와 같은 사항이 기재되어 있다.

다.

검사의 후보자비방의 점에 대한 사실오인 또는 법리오해 주장

(1) 공소사실의 요지

누구든지 당선되지 못하게 할 목적으로 공연히 허위의 사실을 적시하여 후보자를 비방하여서는 아니됨에도 불구하고, 대전시의 숙원사업이던 자기부상열차 사업권이 인천으로 간 정부결정에 대하여 공소외 5 후보가 2007. 6. 27. ○○일보 기자와 인터뷰를 할 당시 '그 결정은 심사과정이나 점수산정에 문제가 없고, 정치적 논리 개입이 없었으며, 기술적, 객관적 평가였다'고 발언하였고, 피고인은 2008. 3. 28. TJB 방송국 토론회, 2008. 4. 1. KBS 방송국 토론회 및 2008. 4. 2. CMB 방송국 토론회에서 총 3회에 걸쳐 공소외 5 후보에게 위 발언에 대해 질문을 하여 공소외 5 후보로부터 '위 결정이 잘 된 결정이라는 것이 아니라 위 결정에 절차적인 흠을 발견할 수 없었다는 취지의 발언이었다'는 답변을 들었음에도, 2008. 4. 5. 11:23경 대전 유성구 장대동 (지번 및 층 생략)에 있는 피고인의 선거사무실에서, 피고인의 아들 공소외 3으로 하여금 공소외 9의 휴대전화로 '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지 발언'이라는 문자메시지를 발송한 것을 비롯하여 2008. 3. 30.경부터 2008. 4. 8.경까지 사이에 별지 범죄일람표 (1), (2) 기재와 같이 약 21,370회에 걸쳐 위와 같은 내용의 문자메시지를 발송하여, 당선될 목적으로 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방하였다.

(2) 제1심의 판단

제1심은, 피고인이 '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지발언'이라는 내용의 문자메시지를 발송하였다고 하더라도 이는 공소외 5 후보의 정치활동을 비판적으로 언급한 것에 불과할 뿐, 그것이 공소외 5 후보를 인격적으로 비하하는 내용이라 볼 수 없어 이는 비방에 해당한다고 보기 어렵고, 설령 그것이 비방에 해당한다고 하더라도 위 문자메시지의 내용은 전체적으로 객관적 사실에 부합하고 국회의원 선거에 즈음하여 지역 현안에 대한 후보자의 정치적 견해 등을 설명함으로써 선거구민에게 적합한 국회의원을 선택하도록 자료를 제공하려는 공공의 목적 또한 있었다고 인정되고 거기에 상당성도 있다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 공직선거법 제251조에서 '사실을 적시하여 후보자를 비방한다'는 의미는 후보자에 관련된 사실을 적시하여 당해 후보자를 비방함을 의미하는 것으로 사실적시에는 간접사실이라도 이를 적시하는 것이 후보자의 당선을 방해할 염려가 있는 것을 포함하고(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등 참조), '비방'은 정당한 이유 없이 상대방에 대한 사회적 평가가 침해될 정도로 상대방을 깎아 내리거나 헐뜯는 것을 의미한다(대법원 2007. 9. 21. 선고 2007도2824 판결).

(나) 그런데, 제1심이 이 부분에 관하여 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여 보면, ① 대전 지역의 오랜 숙원사업이었던 자기부상열차 사업에 관하여, 정부가 시범사업권 시행자를 인천으로 결정하자, 당시 대전 지역 시민들의 실망감이 컸고, 대전 지역에서는 정부의 이와 같은 결정에 대한 비판 여론이 형성되고 있었던 점, ② 대전 유성구 지역 국회의원인 공소외 5 후보자가 신문기자와의 인터뷰 또는 방송국 토론회에서 위 결정에 관하여 말한 취지는 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것을 지지한다는 것이 아니라, 정부에서 한 위 결정에 절차적인 흠을 발견할 수 없었다는 것임이 분명하였고, 피고인도 이를 잘 알고 있었던 점, ③ 그럼에도 피고인이 선거인들의 휴대전화기로 발송한 문자메시지의 내용 즉, '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지 발언'은 마치 공

소외 5 후보가 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것 자체를 지지하는 발언을 한 것으로 선거구민들에게 이해되어 선거구민들로 하여금 공소외 5 후보의 실제 발언내용을 오해하여 공소외 5 후보자에 대한 강한 반발심을 불러일으킬 수 있었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 선거구민들에게 발송한 이와 같은 문자메시지의 내용은, 공소외 5 후보자의 당선을 방해할 염려가 있는 것으로, 공소외 5 후보자의 정치적 활동을 비판적으로 언급하는 정도를 넘어 공소외 5 후보자 개인에 대한 사회적 평가를 왜곡, 저하시키는 것으로서 피고인이 선거구민들에게 이와 같은 문자메시지를 발송한 행위는 사실을 적시하여 공소외 5 후보자를 비방한 경우에 해당한다.

(다) 공직선거법 제251조의 후보자비방죄에 있어서는 적시된 사실이 전체적으로 보아 진실에 부합하고 그 내용과 성질에 비추어 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한다는 동기가 있으며, 반드시 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 동기가 된 것이 아니라도 양자가 동시에 존재하고 거기에 상당성이 인정된다면 같은 법조 단서에 의하여 위법성이 조각된다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6337 판결 등 참조).

그러나, 이 사건의 경우 위 문자메시지의 내용은 축약된 표현이어서 그 의미가 다의적으로 해석될 여지가 전혀 없지는 않다고 하더라도, 그 표현의 전체적 맥락이나 표현 방법 등에 비추어 보면, 자기부상열차 시범사업권 시행자를 인천으로 결정한 정부의 결정이 절차적 흠이 없는 객관적 결정이었다는 공소외 5 후보의 발언이 축약적으로 표현된 것이라기 보다는, 오히려 일반인으로 하여금 공소외 5 후보자가 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것 자체를 잘 된 것이라고 발언한 것인 양 이해되어 지도록 의도된 것이라고 할 것이므로, 그것이 진실한 내용이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 그 목적 또한 국회의원선거에 즈음하여 지역 현안에 대한 후보자의 정치적 견해 등을 설명함으로써 선거구민에게 적합한 국회의원을 선택하도록 자료를 제공한다는 공적 이익에 있었다기 보다는, 공소외 5 후보자의 정치적 견해를 왜곡되게 전달함으로써 공소외 5 후보자를 낙선시키고 자신이 당선되겠다는 사적 이익이 결정적으로 중요한 동기가 되었다고 할 것이므로, 피고인의 행위는 위법성이 조각되지 않는다.

3. 결론

그러므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 제1심 판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 점에 대하여

피고인이 문자메시지를 송신함에 있어 '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재하였으므로 공직선거법 제82조의 5 제2항, 제5항의 필요한 조치를 다한 것이어서, 피고인의 행위는 선거운동정보의 전송제한 규정 위반으로 인한 공직선거법 위반죄의 구성요건에 해당하지 않는다.

설령 피고인의 행위가 위 구성요건에 해당한다고 하더라도 피고인은 유성구선거관리위원회가 발간한 책자와 유성구선거관리위원회 직원 공소외 4의 지도를 참고하여 위와 같은 문자메시지를 발송하였으므로, 피고인의 행위는 법령의 착오에 따라 이루어진 것이어서 죄가 된다고 할 수 없다.

(2) 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화 이용 선거운동의 점에 대하여

피고인측이 선거운동기간 동안 사용한 전화는 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화에 해당하지 아니한다.

나. 검사

사실오인 또는 법리오해(후보자비방의 점에 대한 이유무죄부분에 대하여)

2. 판단

가. 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 점에 대한 피고인의 주장

(1) 피고인의 행위가 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 구성요건에 해당하지 아니한다는 주장

공직선거법 제82조의 5 제2항 제4호에서는 선거운동 목적의 정보(이하 '선거운동정보'라고만 함)를 전자우편으로 전송하거나 전화를 이용하여 전송(송·수화자간 직접 통화하는 경우는 제외)하는 자는 수신거부의 의사표시를 쉽게 할 수 있는 조치 및 방법에 관한 사항을 선거운동정보에 명시하도록 규정하고 있고, 같은 조 제5항에서는 선거운동정보를 전송하는 자는 수신자가 수신거부를 할 때 발생하는 전화요금 기타 금전적 비용을 수신자가 부담하지 아니하도록 필요한 조치를 하도록 규정하고 있다.

같은 법 제255조 제4항에서는 위 제82조의 5 제2항의 규정을 위반하여 선거운동정보에 해당하는 사실 등을 선거운동정보에 명시하지 아니하거나 허위로 명시한 자, 같은 조 제5항의 규정을 위반하여 비용을 수신자에게 부담하도록 한 자 등에 대하여 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인은 문자메시지 모두 부분에 "<선거운동정보>"라는 표시를 하였으나 그 다음에 " 공소외 5 후보 음주운전 적발 면허취소 사실 시인"이라는 표기나 " 공소외 5 후보-자기부상열차 인천에 결정 지지 발언"이라는 표기를 한 다음, '발신 전화번호의 표시없이' '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재하여 문자메시지를 보내거나, '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재한 후 '유료전화번호(0000-0000 등)'를 표시하거나 자동으로 표시되게 하여 문자메시지를 보낸 사실이 인정된다.

그런데 이와 같은 방식에 의한 문자메시지 전송은 수신자가 수신거부의 의사표시를 쉽게 할 수 있는 조치 및 방법에 관한 사항을 선거운동정보에 명시하였거나, 수신자가 수신거부를 할 때 발생하는 전화요금 기타 금전적 비용을 수신자가 부담하지 아니하도록 필요한 조치를 취하였다고는 볼 수 없으므로, 선거운동정보의 전송제한 규정을 준수하였다고 할 수 없다.

(2) 피고인의 행위가 법령의 착오에 따라 이루어진 것으로 죄가 되지 않는다는 주장

형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결

과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 등 참조).

제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인의 아들인 공소외 3이 유성구선거관리위원회 직원 공소외 4로부터 '수신거부시 삭제하여 주시기 바랍니다'라는 내용을 입력하면 된다는 답변을 들은 사실, 유성구선거관리위원회에서 발간한 '선거운동기간중의 선거운동방법 및 제한, 금지사항 안내'라는 책자에는 수신거부안내로서 "수신을 원하지 않을 경우에 삭제하여 주시기 바랍니다"라고 기재되어 있었던 사실은 인정된다.

그러나, 대전시선거관리위원회 발행의 '정당·후보자를 위한 선거사무안내' 책자에는 수신거부안내로는 "수신거부 ***-****-****(송신자가 부담할 수 있는 연락처표기)", 문자메시지의 전송방법으로는 "위 선거운동정보의 표시, 수신거부 안내의 내용을 안내한 후 선거운동정보를 제공하되, 작성예시에 준하는 안내문을 별도의 화면으로 작성하여 게시할 수 있음."이라고 되어 있고, 공직선거법 제82조 제2항 제4호, 제5항의 규정 그 자체로 선거운동정보를 전화를 이용하여 제공하는 경우 송신자가 비용을 부담하는 연락처를 표시하는 등의 방법으로 수신자가 비용을 부담하지 아니하고 수신거부의 의사표시를 할 수 있는 조치를 취하여야 한다는 것을 어렵지 않게 알 수 있는 점 및 공소외 3이 관할 유성구선거관리위원회에 서면으로 정식질의를 하지 않은 채 공소외 4에게 개인적인 문의만 한 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인이 설령 자신의 행위가 법령에 위반되지 않는다고 오인하였다고 하더라도, 위법을 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 보기는 어려워 그 오인에 정당한 이유가 있다고 할 수는 없다.

나. 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화 이용 선거운동의 점에 대한 피고인의 주장

(1) 공소사실의 요지

누구든지 선거운동기간 중에는 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화를 이용하여 선거운동을 하여서는 아니됨에도, 피고인은 공소외 1로 하여금 대량문자발송생성 프로그램이 설치된 휴대전화 3대(휴대전화 번호 각 생략)를 1대당 약 100만원을 주고 구입하게 한 후, 2008. 4. 3. 16:07경 대전 유성구 장대동 (지번 및 층 생략)에 있는 피고인의 선거사무실에서, 공소외 3으로 하여금 위 휴대전화(번호 생략)를 이용하여 위 공소외 6의 휴대전화로 문자메시지를 발송하게 한 것을 비롯하여 2008. 3. 30. 21:11경부터 2008. 4. 8. 23:01경까지 사이에 별지 범죄일람표 (1) 기재와 같이 총 32,205회에 걸쳐 위 두 가지 내용의 문자메시지를 발송하게 함으로써 피고인은 선거운동기간 중에 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화를 이용하여 선거운동을 하였다.

(2) 판단

(가) 공직선거법 제109조 제1항은 '누구든지 선거기간 중 선거권자에게 서신·전보·모사전송 기타 전기통신의 방법을 이용하여 선거운동을 할 수 없다.

다만, 개인용 컴퓨터·전화(컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화의 경우를 제외한다)에 의하는 경우에는 그러하지 아니하다'고 규정하고 있다.

이 규정의 입법취지는 서신·전기통신의 방법은 일방적·편면적 행위로서 이를 전면 허용할 경우 서신·전기통신의 대량 또는 무차별 송수신으로 이어져 선거홍보물이 범람하고 선거운동의 과열과 혼탁을 초래할 위험성이 많으므로 이를 방지하고자 하는 데에 있다.

따라서, 이 규정은 이와 같은 서신·전기통신의 방법을 이용한 선거운동은 이를 원칙적으로 금지하되, 다만 전기통신의 방법 중에서 개인용 컴퓨터에 의하는 경우이거나 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치하지 아니한 전화에 의하는 경우와 같이 대량 또는 무차별 송수신으로 이어질 위험성이 적은 경우에 한하여 이를 이용한 선거운동을 예외적으로 허용하는 취지라고 할 것이다(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004도5446 판결 등 참조). 이와 같은 공직선거법 제 109조 제1항의 입법취지와 문언적 해석에 의하면, '컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화'라 함은 전화기로 문자메시지 등을 송신함에 있어 컴퓨터의 장치와 연결하여 이를 이용하거나 인터넷 또는 웹상에 연결하여 문자메시지 등을 대량 또는 무차별 송신하는 전화를 말하고, 단순히 전화기 자체에 문자메시지를 한꺼번에 다량으로 송신하는 기능이 설치된 전화가 일률적으로 이에 포함된다고 할 수 없다.

(나) 위와 같은 법리에 비추어 제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들 및 당심 증인 공소외 7, 8의 증언을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사실들을 종합하여 보면, 피고인이 이 사건 휴대전화기로 문자메시지를 송신한 것이 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화에 의하여 문자메시지를 발송한 것에 해당한다고 할 수 없으므로, 이 부분 공소 사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

① 휴대전화기에는 일반적으로 수신번호로 여러 개의 수신번호를 선택한 후 한꺼번에 문자메시지를 발송하는 기능이 포함되어 있는데, 피고인이 구입하여 사용한 이 사건 휴대전화기는 한꺼번에 문자메시지를 발송할 수 있는 수신번호의 수가 일반적인 휴대전화기에 비하여 많은 기능을 가진 것일 뿐이고, 송신을 함에 있어 컴퓨터를 이용하지는 않는다.

② 컴퓨터를 이용하여 인터넷을 통하여 문자메시지를 송신할 경우 병렬방식을 취하여 1회 발송 버튼 작동으로 수신전화번호 수의 제한 없이 무제한적으로 송신할 수 있음에 반하여, 이 사건 휴대전화기에 의하여 문자메시지를 발송하는 경우 1회 발송 버튼 작동으로 송신할 수 있는 수신전화번호의 수가 최대 1,000건으로 제한되어 있고, 일반적인 휴대전화기와 같이 직렬방식에 의하여 한건씩 순차적으로 발송되기 때문에 발송에 소요되는 시간도 훨씬 오래 걸린다.

따라서 이 사건 휴대전화기를 이용하여 문자메시지를 발송하는 방법이 문자메시지의 대량 또는 무차별 송수신으로 이어질 위험성이 크다고 할 수는 없다.

③ 다만, 이 사건 휴대전화기에는 문자메시지를 보낼 수신자의 전화번호를 입력함에 있어서, 전화번호를 일일이 손으로 입력하는 대신에 컴퓨터에서 작성한 전화번호 엑셀화일을 케이블선을 통하거나 USB포트로 휴대전화기에 옮길 수 있는 기능이 있어 이 경우 컴퓨터를 이용할 수 있는데, 이를 두고 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화라고 할 수는 없다.

④ 중앙선거관리위원회에서도, 컴퓨터의 장치 또는 인터넷이나 웹상과 연결되지 않고, 휴대전화기에 문자메시지 발송 용량을 늘리는 프로그램을 설치하여 선거운동정보를 발송하는 것이 공직선거법 제255조 제1항 제19호, 제109조 제1항에 위반되는지에 관한 질의에 대하여 이에 저촉되지 않는다고 회신한 바 있고(2006. 4. 19. 중앙선거관리위원

회위원장 회답), 유성구 선거관리위원회에서 발간한 '선거운동기간중의 선거운동방법 및 제한, 금지사항 안내' 자료집에서도 이와 같은 사항이 기재되어 있다.

다.

검사의 후보자비방의 점에 대한 사실오인 또는 법리오해 주장

(1) 공소사실의 요지

누구든지 당선되지 못하게 할 목적으로 공연히 허위의 사실을 적시하여 후보자를 비방하여서는 아니됨에도 불구하고, 대전시의 숙원사업이던 자기부상열차 사업권이 인천으로 간 정부결정에 대하여 공소외 5 후보가 2007. 6. 27. ○○일보 기자와 인터뷰를 할 당시 '그 결정은 심사과정이나 점수산정에 문제가 없고, 정치적 논리 개입이 없었으며, 기술적, 객관적 평가였다'고 발언하였고, 피고인은 2008. 3. 28. TJB 방송국 토론회, 2008. 4. 1. KBS 방송국 토론회 및 2008. 4. 2. CMB 방송국 토론회에서 총 3회에 걸쳐 공소외 5 후보에게 위 발언에 대해 질문을 하여 공소외 5 후보로부터 '위 결정이 잘 된 결정이라는 것이 아니라 위 결정에 절차적인 흠을 발견할 수 없었다는 취지의 발언이었다'는 답변을 들었음에도, 2008. 4. 5. 11:23경 대전 유성구 장대동 (지번 및 층 생략)에 있는 피고인의 선거사무실에서, 피고인의 아들 공소외 3으로 하여금 공소외 9의 휴대전화로 '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지 발언'이라는 문자메시지를 발송한 것을 비롯하여 2008. 3. 30.경부터 2008. 4. 8.경까지 사이에 별지 범죄일람표 (1), (2) 기재와 같이 약 21,370회에 걸쳐 위와 같은 내용의 문자메시지를 발송하여, 당선될 목적으로 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방하였다.

(2) 제1심의 판단

제1심은, 피고인이 '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지발언'이라는 내용의 문자메시지를 발송하였다고 하더라도 이는 공소외 5 후보의 정치활동을 비판적으로 언급한 것에 불과할 뿐, 그것이 공소외 5 후보를 인격적으로 비하하는 내용이라 볼 수 없어 이는 비방에 해당한다고 보기 어렵고, 설령 그것이 비방에 해당한다고 하더라도 위 문자메시지의 내용은 전체적으로 객관적 사실에 부합하고 국회의원 선거에 즈음하여 지역 현안에 대한 후보자의 정치적 견해 등을 설명함으로써 선거구민에게 적합한 국회의원을 선택하도록 자료를 제공하려는 공공의 목적 또한 있었다고 인정되고 거기에 상당성도 있다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 공직선거법 제251조에서 '사실을 적시하여 후보자를 비방한다'는 의미는 후보자에 관련된 사실을 적시하여 당해 후보자를 비방함을 의미하는 것으로 사실적시에는 간접사실이라도 이를 적시하는 것이 후보자의 당선을 방해할 염려가 있는 것을 포함하고(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등 참조), '비방'은 정당한 이유 없이 상대방에 대한 사회적 평가가 침해될 정도로 상대방을 깎아 내리거나 헐뜯는 것을 의미한다(대법원 2007. 9. 21. 선고 2007도2824 판결).

(나) 그런데, 제1심이 이 부분에 관하여 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여 보면, ① 대전 지역의 오랜 숙원사업이었던 자기부상열차 사업에 관하여, 정부가 시범사업권 시행자를 인천으로 결정하자, 당시 대전 지역 시민들의 실망감이 컸고, 대전 지역에서는 정부의 이와 같은 결정에 대한 비판 여론이 형성되고 있었던 점, ② 대전 유성구 지역

국회의원인 공소외 5 후보자가 신문기자와의 인터뷰 또는 방송국 토론회에서 위 결정에 관하여 말한 취지는 자기 부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것을 지지한다는 것이 아니라, 정부에서 한 위 결정에 절차적인 흠을 발견할 수 없었다는 것임이 분명하였고, 피고인도 이를 잘 알고 있었던 점, ③ 그럼에도 피고인이 선거인들의 휴대전화기로 발송한 문자메시지의 내용 즉, '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지 발언'은 마치 공소외 5 후보가 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것 자체를 지지하는 발언을 한 것으로 선거구민들에게 이해되어 선거구민들로 하여금 공소외 5 후보의 실제 발언내용을 오해하여 공소외 5 후보자에 대한 강한 반발심을 불러일으킬 수 있었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 선거구민들에게 발송한 이와 같은 문자메시지의 내용은, 공소외 5 후보자의 당선을 방해할 염려가 있는 것으로, 공소외 5 후보자의 정치적 활동을 비판적으로 언급하는 정도를 넘어 공소외 5 후보자 개인에 대한 사회적 평가를 왜곡, 저하시키는 것으로서 피고인이 선거구민들에게 이와 같은 문자메시지를 발송한 행위는 사실을 적시하여 공소외 5 후보자를 비방한 경우에 해당한다.

(다) 공직선거법 제251조의 후보자비방죄에 있어서는 적시된 사실이 전체적으로 보아 진실에 부합하고 그 내용과 성질에 비추어 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한다는 동기가 있으며, 반드시 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 동기가 된 것이 아니라도 양자가 동시에 존재하고 거기에 상당성이 인정된다면 같은 법조 단서에 의하여 위법성이 조각된다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6337 판결 등 참조).

그러나, 이 사건의 경우 위 문자메시지의 내용은 축약된 표현이어서 그 의미가 다의적으로 해석될 여지가 전혀 없지는 않다고 하더라도, 그 표현의 전체적 맥락이나 표현 방법 등에 비추어 보면, 자기부상열차 시범사업권 시행자를 인천으로 결정한 정부의 결정이 절차적 흠이 없는 객관적 결정이었다는 공소외 5 후보의 발언이 축약적으로 표현된 것이라기 보다는, 오히려 일반인으로 하여금 공소외 5 후보자가 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것 자체를 잘 된 것이라고 발언한 것인 양 이해되어 지도록 의도된 것이라고 할 것이므로, 그것이 진실한 내용이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 그 목적 또한 국회의원선거에 즈음하여 지역 현안에 대한 후보자의 정치적 견해 등을 설명함으로써 선거구민에게 적합한 국회의원을 선택하도록 자료를 제공한다는 공적 이익에 있었다기 보다는, 공소외 5 후보자의 정치적 견해를 왜곡되게 전달함으로써 공소외 5 후보자를 낙선시키고 자신이 당선되겠다는 사적 이익이 결정적으로 중요한 동기가 되었다고 할 것이므로, 피고인의 행위는 위법성이 조각되지 않는다.

3. 결론

그러므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 제1심 판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 점에 대하여

피고인이 문자메시지를 송신함에 있어 '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재하였으므로 공직선거법 제82조의 5 제2항, 제5항의 필요한 조치를 다한 것이어서, 피고인의 행위는 선거운동정보의 전송제한 규정 위반으로 인한 공직선거법

위반죄의 구성요건에 해당하지 않는다.

설령 피고인의 행위가 위 구성요건에 해당한다고 하더라도 피고인은 유성구선거관리위원회가 발간한 책자와 유성구선거관리위원회 직원 공소외 4의 지도를 참고하여 위와 같은 문자메시지를 발송하였으므로, 피고인의 행위는 법령의 착오에 따라 이루어진 것이어서 죄가 된다고 할 수 없다.

(2) 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화 이용 선거운동의 점에 대하여

피고인측이 선거운동기간 동안 사용한 전화는 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화에 해당하지 아니한다.

나. 검사

사실오인 또는 법리오해(후보자비방의 점에 대한 이유무죄부분에 대하여)

2. 판단

가. 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 점에 대한 피고인의 주장

(1) 피고인의 행위가 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 구성요건에 해당하지 아니한다는 주장

공직선거법 제82조의 5 제2항 제4호에서는 선거운동 목적의 정보(이하 '선거운동정보'라고만 함)를 전자우편으로 전송하거나 전화를 이용하여 전송(송·수화자간 직접 통화하는 경우는 제외)하는 자는 수신거부의 의사표시를 쉽게 할 수 있는 조치 및 방법에 관한 사항을 선거운동정보에 명시하도록 규정하고 있고, 같은 조 제5항에서는 선거운동정보를 전송하는 자는 수신자가 수신거부를 할 때 발생하는 전화요금 기타 금전적 비용을 수신자가 부담하지 아니하도록 필요한 조치를 하도록 규정하고 있다.

같은 법 제255조 제4항에서는 위 제82조의 5 제2항의 규정을 위반하여 선거운동정보에 해당하는 사실 등을 선거운동정보에 명시하지 아니하거나 허위로 명시한 자, 같은 조 제5항의 규정을 위반하여 비용을 수신자에게 부담하도록 한 자 등에 대하여 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인은 문자메시지 모두 부분에 "<선거운동정보>"라는 표시를 하였으나 그 다음에 " 공소외 5 후보 음주운전 적발 면허취소 사실 시인"이라는 표기나 " 공소외 5 후보-자기부상열차 인천에 결정 지지 발언"이라는 표기를 한 다음, '발신 전화번호의 표시없이' '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재하여 문자메시지를 보내거나, '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재한 후 '유료전화번호(〇〇〇-〇〇〇〇 등)'를 표시하거나 자동으로 표시되게 하여 문자메시지를 보낸 사실이 인정된다.

그런데 이와 같은 방식에 의한 문자메시지 전송은 수신자가 수신거부의 의사표시를 쉽게 할 수 있는 조치 및 방법에 관한 사항을 선거운동정보에 명시하였거나, 수신자가 수신거부를 할 때 발생하는 전화요금 기타 금전적 비용을 수신자가 부담하지 아니하도록 필요한 조치를 취하였다고는 볼 수 없으므로, 선거운동정보의 전송제한 규정을 준수하였다고 할 수 없다.

(2) 피고인의 행위가 법령의 착오에 따라 이루어진 것으로 죄가 되지 않는다는 주장

형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우

에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 등 참조).

제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인의 아들인 공소외 3이 유성구선거관리위원회 직원 공소외 4로부터 '수신거부시 삭제하여 주시기 바랍니다'라는 내용을 입력하면 된다는 답변을 들은 사실, 유성구선거관리위원회에서 발간한 '선거운동기간중의 선거운동방법 및 제한, 금지사항 안내'라는 책자에는 수신거부안내로서 "수신을 원하지 않을 경우에 삭제하여 주시기 바랍니다"라고 기재되어 있었던 사실은 인정된다.

그러나, 대전시선거관리위원회 발행의 '정당·후보자를 위한 선거사무안내' 책자에는 수신거부안내로는 "수신거부 ***-****-****(송신자가 부담할 수 있는 연락처표기)", 문자메시지의 전송방법으로는 "위 선거운동정보의 표시, 수신거부 안내의 내용을 안내한 후 선거운동정보를 제공하되, 작성예시에 준하는 안내문을 별도의 화면으로 작성하여 게시할 수 있음."이라고 되어 있고, 공직선거법 제82조 제2항 제4호, 제5항의 규정 그 자체로 선거운동정보를 전화를 이용하여 제공하는 경우 송신자가 비용을 부담하는 연락처를 표시하는 등의 방법으로 수신자가 비용을 부담하지 아니하고 수신거부의 의사표시를 할 수 있는 조치를 취하여야 한다는 것을 어렵지 않게 알 수 있는 점 및 공소외 3이 관할 유성구선거관리위원회에 서면으로 정식질의를 하지 않은 채 공소외 4에게 개인적인 문의만 한 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인이 설령 자신의 행위가 법령에 위반되지 않는다고 오인하였다고 하더라도, 위법을 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 보기는 어려워 그 오인에 정당한 이유가 있다고 할 수는 없다.

나. 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화 이용 선거운동의 점에 대한 피고인의 주장

(1) 공소사실의 요지

누구든지 선거운동기간 중에는 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화를 이용하여 선거운동을 하여서는 아니됨에도, 피고인은 공소외 1로 하여금 대량문자발송생성 프로그램이 설치된 휴대전화 3대(휴대전화 번호 각 생략)를 1대당 약 100만원을 주고 구입하게 한 후, 2008. 4. 3. 16:07경 대전 유성구 장대동 (지번 및 층 생략)에 있는 피고인의 선거사무실에서, 공소외 3으로 하여금 위 휴대전화(번호 생략)를 이용하여 위 공소외 6의 휴대전화로 문자메시지를 발송하게 한 것을 비롯하여 2008. 3. 30. 21:11경부터 2008. 4. 8. 23:01경까지 사이에 별지 범죄일람표 (1) 기재와 같이 총 32,205회에 걸쳐 위 두 가지 내용의 문자메시지를 발송하게 함으로써 피고인은 선거운동기간 중에 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화를 이용하여 선거운동을 하였다.

(2) 판단

(가) 공직선거법 제109조 제1항은 '누구든지 선거기간 중 선거권자에게 서신·전보·모사전송 기타 전기통신의 방법을 이용하여 선거운동을 할 수 없다.'

다만, 개인용 컴퓨터·전화(컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화의 경우를 제외한다)에 의하는 경우에는 그러하지 아니하다'고 규정하고 있다.

이 규정의 입법취지는 서신·전기통신의 방법은 일방적·편면적 행위로서 이를 전면 허용할 경우 서신·전기통신의 대량 또는 무차별 송수신으로 이어져 선거홍보물이 범람하고 선거운동의 과열과 혼탁을 초래할 위험성이 많으므로 이를 방지하고자 하는 데에 있다.

따라서, 이 규정은 이와 같은 서신·전기통신의 방법을 이용한 선거운동은 이를 원칙적으로 금지하되, 다만 전기통신의 방법 중에서 개인용 컴퓨터에 의하는 경우이거나 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치하지 아니한 전화에 의하는 경우와 같이 대량 또는 무차별 송수신으로 이어질 위험성이 적은 경우에 한하여 이를 이용한 선거운동을 예외적으로 허용하는 취지라고 할 것이다(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004도5446 판결 등 참조). 이와 같은 공직선거법 제 109조 제1항의 입법취지와 문언적 해석에 의하면, '컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화'라 함은 전화기로 문자메시지 등을 송신함에 있어 컴퓨터의 장치와 연결하여 이를 이용하거나 인터넷 또는 웹상에 연결하여 문자메시지 등을 대량 또는 무차별 송신하는 전화를 말하고, 단순히 전화기 자체에 문자메시지를 한꺼번에 다량으로 송신하는 기능이 설치된 전화가 일률적으로 이에 포함된다고 할 수 없다.

(나) 위와 같은 법리에 비추어 제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들 및 당심 증인 공소외 7, 8의 증언을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 이 사건 휴대전화기로 문자메시지를 송신한 것이 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화에 의하여 문자메시지를 발송한 것에 해당한다고 할 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

① 휴대전화기에는 일반적으로 수신번호로 여러 개의 수신번호를 선택한 후 한꺼번에 문자메시지를 발송하는 기능이 포함되어 있는데, 피고인이 구입하여 사용한 이 사건 휴대전화기는 한꺼번에 문자메시지를 발송할 수 있는 수신번호의 수가 일반적인 휴대전화기에 비하여 많은 기능을 가진 것일 뿐이고, 송신을 함에 있어 컴퓨터를 이용하지는 않는다.

② 컴퓨터를 이용하여 인터넷을 통하여 문자메시지를 송신할 경우 병렬방식을 취하여 1회 발송 버튼 작동으로 수신전화번호 수의 제한 없이 무제한적으로 송신할 수 있음에 반하여, 이 사건 휴대전화기에 의하여 문자메시지를 발송하는 경우 1회 발송 버튼 작동으로 송신할 수 있는 수신전화번호의 수가 최대 1,000건으로 제한되어 있고, 일반적인 휴대전화기와 같이 직렬방식에 의하여 한건씩 순차적으로 발송되기 때문에 발송에 소요되는 시간도 훨씬 오래 걸린다.

따라서 이 사건 휴대전화기를 이용하여 문자메시지를 발송하는 방법이 문자메시지의 대량 또는 무차별 송수신으로 이어질 위험성이 크다고 할 수는 없다.

③ 다만, 이 사건 휴대전화기에는 문자메시지를 보낼 수신자의 전화번호를 입력함에 있어서, 전화번호를 일일이 손으로 입력하는 대신에 컴퓨터에서 작성한 전화번호 엑셀화일을 케이블선을 통하거나 USB포트로 휴대전화기에 옮길 수 있는 기능이 있어 이 경우 컴퓨터를 이용할 수 있는데, 이를 두고 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전

화라고 할 수는 없다.

- ④ 중앙선거관리위원회에서도, 컴퓨터의 장치 또는 인터넷이나 웹상과 연결되지 않고, 휴대전화기에 문자메시지 발송 용량을 늘리는 프로그램을 설치하여 선거운동정보를 발송하는 것이 공직선거법 제255조 제1항 제19호, 제109조 제1항에 위반되는지에 관한 질의에 대하여 이에 저촉되지 않는다고 회신한 바 있고(2006. 4. 19. 중앙선거관리위원회위원장 회답), 유성구 선거관리위원회에서 발간한 '선거운동기간중의 선거운동방법 및 제한, 금지사항 안내' 자료집에서도 이와 같은 사항이 기재되어 있다.

다.

검사의 후보자비방의 점에 대한 사실오인 또는 법리오해 주장

(1) 공소사실의 요지

누구든지 당선되지 못하게 할 목적으로 공연히 허위의 사실을 적시하여 후보자를 비방하여서는 아니됨에도 불구하고, 대전시의 숙원사업이던 자기부상열차 사업권이 인천으로 간 정부결정에 대하여 공소외 5 후보가 2007. 6. 27. ○○일보 기자와 인터뷰를 할 당시 '그 결정은 심사과정이나 점수산정에 문제가 없고, 정치적 논리 개입이 없었으며, 기술적, 객관적 평가였다'고 발언하였고, 피고인은 2008. 3. 28. TJB 방송국 토론회, 2008. 4. 1. KBS 방송국 토론회 및 2008. 4. 2. CMB 방송국 토론회에서 총 3회에 걸쳐 공소외 5 후보에게 위 발언에 대해 질문을 하여 공소외 5 후보로부터 '위 결정이 잘 된 결정이라는 것이 아니라 위 결정에 절차적인 흠을 발견할 수 없었다는 취지의 발언이었다'는 답변을 들었음에도, 2008. 4. 5. 11:23경 대전 유성구 장대동 (지번 및 층 생략)에 있는 피고인의 선거사무실에서, 피고인의 아들 공소외 3으로 하여금 공소외 9의 휴대전화로 '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지 발언'이라는 문자메시지를 발송한 것을 비롯하여 2008. 3. 30.경부터 2008. 4. 8.경까지 사이에 별지 범죄일람표 (1), (2) 기재와 같이 약 21,370회에 걸쳐 위와 같은 내용의 문자메시지를 발송하여, 당선될 목적으로 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방하였다.

(2) 제1심의 판단

제1심은, 피고인이 '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지발언'이라는 내용의 문자메시지를 발송하였다고 하더라도 이는 공소외 5 후보의 정치적활동을 비판적으로 언급한 것에 불과할 뿐, 그것이 공소외 5 후보를 인격적으로 비하하는 내용이라 볼 수 없어 이는 비방에 해당한다고 보기 어렵고, 설령 그것이 비방에 해당한다고 하더라도 위 문자메시지의 내용은 전체적으로 객관적 사실에 부합하고 국회의원 선거에 즈음하여 지역 현안에 대한 후보자의 정치적 견해 등을 설명함으로써 선거구민에게 적합한 국회의원을 선택하도록 자료를 제공하려는 공공의 목적 또한 있었다고 인정되고 거기에 상당성도 있다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 공직선거법 제251조에서 '사실을 적시하여 후보자를 비방한다'는 의미는 후보자에 관련된 사실을 적시하여 당해 후보자를 비방함을 의미하는 것으로 사실적시에는 간접사실이라도 이를 적시하는 것이 후보자의 당선을 방해할 염려가 있는 것을 포함하고(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등 참조), '비방'은 정당한 이유 없이 상대방에

대한 사회적 평가가 침해될 정도로 상대방을 깎아 내리거나 헐뜯는 것을 의미한다(대법원 2007. 9. 21. 선고 2007도2824 판결).

(나) 그런데, 제1심이 이 부분에 관하여 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여 보면, ① 대전 지역의 오랜 숙원사업이었던 자기부상열차 사업에 관하여, 정부가 시범사업권 시행자를 인천으로 결정하자, 당시 대전 지역 시민들의 실망감이 컸고, 대전 지역에서는 정부의 이와 같은 결정에 대한 비판 여론이 형성되고 있었던 점, ② 대전 유성구 지역 국회의원인 공소외 5 후보자가 신문기자와의 인터뷰 또는 방송국 토론회에서 위 결정에 관하여 말한 취지는 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것을 지지한다는 것이 아니라, 정부에서 한 위 결정에 절차적인 흠을 발견할 수 없었다는 것임이 분명하였고, 피고인도 이를 잘 알고 있었던 점, ③ 그럼에도 피고인이 선거인들의 휴대전화기로 발송한 문자메시지의 내용 즉, '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지 발언'은 마치 공소외 5 후보가 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것 자체를 지지하는 발언을 한 것으로 선거구민들에게 이해되어 선거구민들로 하여금 공소외 5 후보의 실제 발언내용을 오해하여 공소외 5 후보자에 대한 강한 반발심을 불러일으킬 수 있었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 선거구민들에게 발송한 이와 같은 문자메시지의 내용은, 공소외 5 후보자의 당선을 방해할 염려가 있는 것으로, 공소외 5 후보자의 정치적 활동을 비판적으로 언급하는 정도를 넘어 공소외 5 후보자 개인에 대한 사회적 평가를 왜곡, 저하시키는 것으로서 피고인이 선거구민들에게 이와 같은 문자메시지를 발송한 행위는 사실을 적시하여 공소외 5 후보자를 비방한 경우에 해당한다.

(다) 공직선거법 제251조의 후보자비방죄에 있어서는 적시된 사실이 전체적으로 보아 진실에 부합하고 그 내용과 성질에 비추어 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한다는 동기가 있으며, 반드시 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 동기가 된 것이 아니라도 양자가 동시에 존재하고 거기에 상당성이 인정된다면 같은 법조 단서에 의하여 위법성이 조각된다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6337 판결 등 참조).

그러나, 이 사건의 경우 위 문자메시지의 내용은 축약된 표현이어서 그 의미가 다의적으로 해석될 여지가 전혀 없지는 않다고 하더라도, 그 표현의 전체적 맥락이나 표현 방법 등에 비추어 보면, 자기부상열차 시범사업권 시행자를 인천으로 결정한 정부의 결정이 절차적 흠이 없는 객관적 결정이었다는 공소외 5 후보의 발언이 축약적으로 표현된 것이라기 보다는, 오히려 일반인으로 하여금 공소외 5 후보자가 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것 자체를 잘 된 것이라고 발언한 것인 양 이해되어 지도록 의도된 것이라고 할 것이므로, 그것이 진실한 내용이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 그 목적 또한 국회의원선거에 즈음하여 지역 현안에 대한 후보자의 정치적 견해 등을 설명함으로써 선거구민에게 적합한 국회의원을 선택하도록 자료를 제공한다는 공적 이익에 있었다기 보다는, 공소외 5 후보자의 정치적 견해를 왜곡되게 전달함으로써 공소외 5 후보자를 낙선시키고 자신이 당선되겠다는 사적 이익이 결정적으로 중요한 동기가 되었다고 할 것이므로, 피고인의 행위는 위법성이 조각되지 않는다.

3. 결론

그러므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 제1심 판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 점에 대하여

피고인이 문자메시지를 송신함에 있어 '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재하였으므로 공직선거법 제82조의 5 제2항, 제5항의 필요한 조치를 다한 것이어서, 피고인의 행위는 선거운동정보의 전송제한 규정 위반으로 인한 공직선거법 위반죄의 구성요건에 해당하지 않는다.

설령 피고인의 행위가 위 구성요건에 해당한다고 하더라도 피고인은 유성구선거관리위원회가 발간한 책자와 유성구선거관리위원회 직원 공소외 4의 지도를 참고하여 위와 같은 문자메시지를 발송하였으므로, 피고인의 행위는 법령의 착오에 따라 이루어진 것이어서 죄가 된다고 할 수 없다.

(2) 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화 이용 선거운동의 점에 대하여

피고인측이 선거운동기간 동안 사용한 전화는 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화에 해당하지 아니한다.

나. 검사

사실오인 또는 법리오해(후보자비방의 점에 대한 이유무죄부분에 대하여)

2. 판단

가. 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 점에 대한 피고인의 주장

(1) 피고인의 행위가 선거운동정보의 전송제한 규정 위반의 구성요건에 해당하지 아니한다는 주장

공직선거법 제82조의 5 제2항 제4호에서는 선거운동 목적의 정보(이하 '선거운동정보'라고만 함)를 전자우편으로 전송하거나 전화를 이용하여 전송(송·수화자간 직접 통화하는 경우는 제외)하는 자는 수신거부의 의사표시를 쉽게 할 수 있는 조치 및 방법에 관한 사항을 선거운동정보에 명시하도록 규정하고 있고, 같은 조 제5항에서는 선거운동정보를 전송하는 자는 수신자가 수신거부를 할 때 발생하는 전화요금 기타 금전적 비용을 수신자가 부담하지 아니하도록 필요한 조치를 하도록 규정하고 있다.

같은 법 제255조 제4항에서는 위 제82조의 5 제2항의 규정을 위반하여 선거운동정보에 해당하는 사실 등을 선거운동정보에 명시하지 아니하거나 허위로 명시한 자, 같은 조 제5항의 규정을 위반하여 비용을 수신자에게 부담하도록 한 자 등에 대하여 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인은 문자메시지 모두 부분에 "<선거운동정보>"라는 표시를 하였으나 그 다음에 " 공소외 5 후보 음주운전 적발 면허취소 사실 시인"이라는 표기나 " 공소외 5 후보-자기부상열차 인천에 결정 지지 발언"이라는 표기를 한 다음, '발신 전화번호의 표시없이' '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재하여 문자메시지를 보내거나, '수신거부시 삭제'라는 문구를 기재한 후 '유료전화번호(〇〇〇-〇〇〇〇 등)'를 표시하거나 자동으로 표시되게 하여 문자메시지를 보낸 사실이 인정된다.

그런데 이와 같은 방식에 의한 문자메시지 전송은 수신자가 수신거부의 의사표시를 쉽게 할 수 있는 조치 및 방법에 관한 사항을 선거운동정보에 명시하였거나, 수신자가 수신거부를 할 때 발생하는 전화요금 기타 금전적 비용을

수신자가 부담하지 아니하도록 필요한 조치를 취하였다고는 볼 수 없으므로, 선거운동정보의 전송제한 규정을 준수하였다고 할 수 없다.

(2) 피고인의 행위가 법령의 착오에 따라 이루어진 것으로 죄가 되지 않는다는 주장

형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결 등 참조).

제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하면, 피고인의 아들인 공소외 3이 유성구선거관리위원회 직원 공소외 4로부터 '수신거부시 삭제하여 주시기 바랍니다'라는 내용을 입력하면 된다는 답변을 들은 사실, 유성구선거관리위원회에서 발간한 '선거운동기간중의 선거운동방법 및 제한, 금지사항 안내'라는 책자에는 수신거부안내로서 "수신을 원하지 않을 경우에 삭제하여 주시기 바랍니다"라고 기재되어 있었던 사실은 인정된다.

그러나, 대전시선거관리위원회 발행의 '정당·후보자를 위한 선거사무안내' 책자에는 수신거부안내로는 "수신거부 ***-****-****(송신자가 부담할 수 있는 연락처표기)", 문자메시지의 전송방법으로는 "위 선거운동정보의 표시, 수신거부안내의 내용을 안내한 후 선거운동정보를 제공하되, 작성예시에 준하는 안내문을 별도의 화면으로 작성하여 게시할 수 있음."이라고 되어 있고, 공직선거법 제82조 제2항 제4호, 제5항의 규정 그 자체로 선거운동정보를 전화를 이용하여 제공하는 경우 송신자가 비용을 부담하는 연락처를 표시하는 등의 방법으로 수신자가 비용을 부담하지 아니하고 수신거부의 의사표시를 할 수 있는 조치를 취하여야 한다는 것을 어렵지 않게 알 수 있는 점 및 공소외 3이 관할 유성구선거관리위원회에 서면으로 정식질의를 하지 않은 채 공소외 4에게 개인적인 문의만 한 점 등의 사정을 종합하여 보면, 피고인이 설령 자신의 행위가 법령에 위반되지 않는다고 오인하였다고 하더라도, 위법을 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였다고 보기는 어려워 그 오인에 정당한 이유가 있다고 할 수는 없다.

나. 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화 이용 선거운동의 점에 대한 피고인의 주장

(1) 공소사실의 요지

누구든지 선거운동기간 중에는 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화를 이용하여 선거운동을 하여서는 아니됨에도, 피고인은 공소외 1로 하여금 대량문자발송생성 프로그램이 설치된 휴대전화 3대(휴대전화 번호 각 생략)를 1대당 약 100만원을 주고 구입하게 한 후, 2008. 4. 3. 16:07경 대전 유성구 장대동 (지번 및 층 생략)에 있는 피고인의 선거사무실에서, 공소외 3으로 하여금 위 휴대전화(번호 생략)를 이용하여 위 공소외 6의 휴대전화로 문자메시지를 발송하게 한 것을 비롯하여 2008. 3. 30. 21:11경부터 2008. 4. 8. 23:01경까지 사이에 별지 범죄일람표 (1) 기재와 같이 총 32,205회에 걸쳐 위 두 가지 내용의 문자메시지를 발송하게 함으로써 피고인은 선거운동기간 중에 컴

퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화를 이용하여 선거운동을 하였다.

(2) 판단

(가) 공직선거법 제109조 제1항은 '누구든지 선거기간 중 선거권자에게 서신·전보·모사전송 기타 전기통신의 방법을 이용하여 선거운동을 할 수 없다.

다만, 개인용 컴퓨터·전화(컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화를 제외한다)에 의하는 경우에는 그러하지 아니하다'고 규정하고 있다.

이 규정의 입법취지는 서신·전기통신의 방법은 일방적·편면적 행위로서 이를 전면 허용할 경우 서신·전기통신의 대량 또는 무차별 송수신으로 이어져 선거홍보물이 범람하고 선거운동의 과열과 혼탁을 초래할 위험성이 많으므로 이를 방지하고자 하는 데에 있다.

따라서, 이 규정은 이와 같은 서신·전기통신의 방법을 이용한 선거운동은 이를 원칙적으로 금지하되, 다만 전기통신의 방법 중에서 개인용 컴퓨터에 의하는 경우이거나 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치하지 아니한 전화에 의하는 경우와 같이 대량 또는 무차별 송수신으로 이어질 위험성이 적은 경우에 한하여 이를 이용한 선거운동을 예외적으로 허용하는 취지라고 할 것이다(대법원 2005. 3. 11. 선고 2004도5446 판결 등 참조). 이와 같은 공직선거법 제109조 제1항의 입법취지와 문언적 해석에 의하면, '컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화'라 함은 전화기로 문자메시지 등을 송신함에 있어 컴퓨터의 장치와 연결하여 이를 이용하거나 인터넷 또는 웹상에 연결하여 문자메시지 등을 대량 또는 무차별 송신하는 전화를 말하고, 단순히 전화기 자체에 문자메시지를 한꺼번에 다량으로 송신하는 기능이 설치된 전화가 일률적으로 이에 포함된다고 할 수 없다.

(나) 위와 같은 법리에 비추어 제1심이 적법하게 채택·조사한 증거들 및 당심 증인 공소외 7, 8의 증언을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 이 사건 휴대전화기로 문자메시지를 송신한 것이 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화에 의하여 문자메시지를 발송한 것에 해당한다고 할 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

① 휴대전화기에는 일반적으로 수신번호로 여러 개의 수신번호를 선택한 후 한꺼번에 문자메시지를 발송하는 기능이 포함되어 있는데, 피고인이 구입하여 사용한 이 사건 휴대전화기는 한꺼번에 문자메시지를 발송할 수 있는 수신번호의 수가 일반적인 휴대전화기에 비하여 많은 기능을 가진 것일 뿐이고, 송신을 함에 있어 컴퓨터를 이용하지는 않는다.

② 컴퓨터를 이용하여 인터넷을 통하여 문자메시지를 송신할 경우 병렬방식을 취하여 1회 발송 버튼 작동으로 수신전화번호 수의 제한 없이 무제한적으로 송신할 수 있음에 반하여, 이 사건 휴대전화기에 의하여 문자메시지를 발송하는 경우 1회 발송 버튼 작동으로 송신할 수 있는 수신전화번호의 수가 최대 1,000건으로 제한되어 있고, 일반적인 휴대전화기와 같이 직렬방식에 의하여 한건씩 순차적으로 발송되기 때문에 발송에 소요되는 시간도 훨씬 오래 걸린다.

따라서 이 사건 휴대전화기를 이용하여 문자메시지를 발송하는 방법이 문자메시지의 대량 또는 무차별 송수신으로 이어질 위험성이 크다고 할 수는 없다.

③ 다만, 이 사건 휴대전화기에는 문자메시지를 보낼 수신자의 전화번호를 입력함에 있어서, 전화번호를 일일이 손으로 입력하는 대신에 컴퓨터에서 작성한 전화번호 엑셀화일을 케이블선을 통하거나 USB포트로 휴대전화기에 옮길 수 있는 기능이 있어 이 경우 컴퓨터를 이용할 수 있는데, 이를 두고 컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화라고 할 수는 없다.

④ 중앙선거관리위원회에서도, 컴퓨터의 장치 또는 인터넷이나 웹상과 연결되지 않고, 휴대전화기에 문자메시지 발송 용량을 늘리는 프로그램을 설치하여 선거운동정보를 발송하는 것이 공직선거법 제255조 제1항 제19호, 제109조 제1항에 위반되는지에 관한 질의에 대하여 이에 저촉되지 않는다고 회신한 바 있고(2006. 4. 19. 중앙선거관리위원회위원장 회답), 유성구 선거관리위원회에서 발간한 '선거운동기간중의 선거운동방법 및 제한, 금지사항 안내' 자료집에서도 이와 같은 사항이 기재되어 있다.

다.

검사의 후보자비방의 점에 대한 사실오인 또는 법리오해 주장

(1) 공소사실의 요지

누구든지 당선되지 못하게 할 목적으로 공연히 허위의 사실을 적시하여 후보자를 비방하여서는 아니됨에도 불구하고, 대전시의 숙원사업이던 자기부상열차 사업권이 인천으로 간 정부결정에 대하여 공소외 5 후보가 2007. 6. 27. ○○일보 기자와 인터뷰를 할 당시 '그 결정은 심사과정이나 점수산정에 문제가 없고, 정치적 논리 개입이 없었으며, 기술적, 객관적 평가였다'고 발언하였고, 피고인은 2008. 3. 28. TJB 방송국 토론회, 2008. 4. 1. KBS 방송국 토론회 및 2008. 4. 2. CMB 방송국 토론회에서 총 3회에 걸쳐 공소외 5 후보에게 위 발언에 대해 질문을 하여 공소외 5 후보로부터 '위 결정이 잘 된 결정이라는 것이 아니라 위 결정에 절차적인 흠을 발견할 수 없었다는 취지의 발언이었다'는 답변을 들었음에도, 2008. 4. 5. 11:23경 대전 유성구 장대동 (지번 및 층 생략)에 있는 피고인의 선거사무실에서, 피고인의 아들 공소외 3으로 하여금 공소외 9의 휴대전화로 '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지 발언'이라는 문자메시지를 발송한 것을 비롯하여 2008. 3. 30.경부터 2008. 4. 8.경까지 사이에 별지 범죄일람표 (1), (2) 기재와 같이 약 21,370회에 걸쳐 위와 같은 내용의 문자메시지를 발송하여, 당선될 목적으로 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방하였다.

(2) 제1심의 판단

제1심은, 피고인이 '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지발언'이라는 내용의 문자메시지를 발송하였다고 하더라도 이는 공소외 5 후보의 정치적활동을 비판적으로 언급한 것에 불과할 뿐, 그것이 공소외 5 후보를 인격적으로 비하하는 내용이라 볼 수 없어 이는 비방에 해당한다고 보기 어렵고, 설령 그것이 비방에 해당한다고 하더라도 위 문자메시지의 내용은 전체적으로 객관적 사실에 부합하고 국회의원 선거에 즈음하여 지역 현안에 대한 후보자의 정치적 견해 등을 설명함으로써 선거구민에게 적합한 국회의원을 선택하도록 자료를 제공하려는 공공의

목적 또한 있었다고 인정되고 거기에 상당성도 있다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 이 법원의 판단

(가) 공직선거법 제251조에서 '사실을 적시하여 후보자를 비방한다'는 의미는 후보자에 관련된 사실을 적시하여 당해 후보자를 비방함을 의미하는 것으로 사실적시에는 간접사실이라도 이를 적시하는 것이 후보자의 당선을 방해할 염려가 있는 것을 포함하고(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8368 판결 등 참조), '비방'은 정당한 이유 없이 상대방에 대한 사회적 평가가 침해될 정도로 상대방을 깎아 내리거나 헐뜯는 것을 의미한다(대법원 2007. 9. 21. 선고 2007도2824 판결).

(나) 그런데, 제1심이 이 부분에 관하여 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여 보면, ① 대전 지역의 오랜 숙원사업이었던 자기부상열차 사업에 관하여, 정부가 시범사업권 시행자를 인천으로 결정하자, 당시 대전 지역 시민들의 실망감이 컸고, 대전 지역에서는 정부의 이와 같은 결정에 대한 비판 여론이 형성되고 있었던 점, ② 대전 유성구 지역 국회의원인 공소외 5 후보자가 신문기자와의 인터뷰 또는 방송국 토론회에서 위 결정에 관하여 말한 취지는 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것을 지지한다는 것이 아니라, 정부에서 한 위 결정에 절차적인 흠을 발견할 수 없었다는 것임이 분명하였고, 피고인도 이를 잘 알고 있었던 점, ③ 그럼에도 피고인이 선거인들의 휴대전화기로 발송한 문자메시지의 내용 즉, '공소외 5 후보 자기부상열차 인천에 빼앗긴 결정 지지 발언'은 마치 공소외 5 후보가 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것 자체를 지지하는 발언을 한 것으로 선거구민들에게 이해되어 선거구민들로 하여금 공소외 5 후보의 실제 발언내용을 오해하여 공소외 5 후보자에 대한 강한 반발심을 불러일으킬 수 있었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 선거구민들에게 발송한 이와 같은 문자메시지의 내용은, 공소외 5 후보자의 당선을 방해할 염려가 있는 것으로, 공소외 5 후보자의 정치적 활동을 비판적으로 언급하는 정도를 넘어 공소외 5 후보자 개인에 대한 사회적 평가를 왜곡, 저하시키는 것으로서 피고인이 선거구민들에게 이와 같은 문자메시지를 발송한 행위는 사실을 적시하여 공소외 5 후보자를 비방한 경우에 해당한다.

(다) 공직선거법 제251조의 후보자비방죄에 있어서는 적시된 사실이 전체적으로 보아 진실에 부합하고 그 내용과 성질에 비추어 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한다는 동기가 있으며, 반드시 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 동기가 된 것이 아니라도 양자가 동시에 존재하고 거기에 상당성이 인정된다면 같은 법조 단서에 의하여 위법성이 조각된다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6337 판결 등 참조).

그러나, 이 사건의 경우 위 문자메시지의 내용은 축약된 표현이어서 그 의미가 다의적으로 해석될 여지가 전혀 없지는 않다고 하더라도, 그 표현의 전체적 맥락이나 표현 방법 등에 비추어 보면, 자기부상열차 시범사업권 시행자를 인천으로 결정한 정부의 결정이 절차적 흠이 없는 객관적 결정이었다는 공소외 5 후보의 발언이 축약적으로 표현된 것이라기 보다는, 오히려 일반인으로 하여금 공소외 5 후보자가 자기부상열차 시범사업권 시행자가 인천으로 정해진 것 자체를 잘 된 것이라고 발언한 것인 양 이해되어 지도록 의도된 것이라고 할 것이므로, 그것이 진실한 내용이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 그 목적 또한 국회의원선거에 즈음하여 지역 현안에 대한 후보자의 정치적 견해 등을 설명함으로써 선거구민에게 적합한 국회의원을 선택하도록 자료를 제공한다는 공적 이익에 있었다기 보다는, 공소외 5 후보자의 정치적 견해를 왜곡되게 전달함으로써 공소외 5 후보자를 낙선시키고 자신이 당선되겠다는 사적 이

익이 결정적으로 중요한 동기가 되었다고 할 것이므로, 피고인의 행위는 위법성이 조각되지 않는다.

3. 결론

그러므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 제1심 판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.