

공직선거법위반

[대구고등법원 2015. 4. 16. 2015노98]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인 및 검사

【검 사】 김준호(기소), 최수봉(공판)

【변 호 인】 법무법인 세영 담당변호사 전하은

【원심판결】 대구지방법원 2015. 2. 6. 선고 2014고합616 판결

【주문】

1. 원심판결을 파기한다.
2. 피고인을 벌금 900,000원에 처한다.
3. 피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 100,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.
4. 피고인에게 위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심의 형(벌금 70만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 법리오해(원심판결 중 무죄부분)

피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 직원을 통하여 문자메시지를 자동 동보통신의 방법으로 선거구민에게 보낸 행위는 공직선거법 제93조 제1항에서 배부·살포를 금지하는 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함됨에도 원심은 이를 무죄로 판단하였으니, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 이 부분(원심판결 중 무죄부분) 공소사실의 요지

누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다.

그럼에도 불구하고 피고인은 2013. 12. 19. 18:01 및 18:06경 ○○ △△구청에서 자신의 성명과 강의 모습이 들어있는 자신의 출판기념회 강의 동영상에 링크할 수 있는 "△△구청장피고인이 ○○의 새로운 부흥시대를 열기 위해 '역동하라 ○○경제'라는 책을 출간했습니다.

출판기념회세미나 저자 주제발표 동영상→[http://youtu.be/\(이하 생략\)](http://youtu.be/(이하 생략))"라는 문자메시지를 직원을 통하여 자동 동보통신의 방법으로 910명에게 전송하여 배부하였다.

이로써 피고인은 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 방법으로 자신의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·살포하였다.

나. 원심의 판단

원심은 아래와 같은 사정들에 비추어 이 사건 문자메시지가 공직선거법 제93조 제1항에서 정한 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석할 수 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

- 1) 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 죄와 형을 법률로 정할 것을 요구하고 있고, 그로부터 파생된 유추해석금지의 원칙은 성문의 규정은 엄격히 해석되어야 한다는 전제 아래 피고인에게 불리하게 성문 규정이 표현하는 본래의 의미와 다른 내용으로 유추해석하는 것을 금지하고 있다.
- 2) 공직선거법 제93조 제1항은 '누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·접부·살포·상영 또는 게시할 수 없다'고 규정하고 있다.

그런데 이 사건 문자메시지가 위 규정의 '광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프'에 해당된다고 해석하는 것은 문리적 해석의 한계를 넘는 것이어서 허용되지 아니하고, 다음과 같은 사정에 비추어 보면 이 사건 문자메시지가 위 규정의 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석하는 것도 죄형법정주의 원칙, 특히 유추해석금지의 원칙상 허용되지 않는다고 봄이 상당하다.

- ① 헌법재판소는 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001·2010헌바88·2010헌마173·191(병합) 결정으로, 공직선거법 제93조 제1항 규정 중 '그 밖에 이와 유사한 것'에 '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함되는 것으로 해석하는 한 과잉금지원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다는 결정을 하였다.

이러한 헌법재판소 위헌결정의 취지를 받아들여 국회는 2012. 2. 29. 공직선거법 제59조를 개정하여, 선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있지만 ㉞ 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우(다만 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송하는 경우는 일정한 요건 아래 제한적으로 허용된다), ㉟ 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자기리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우(다만 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다) 등에 대하여는 선거일이 아닌 한 이를 전면적으로 허용하였다.

- ② 한편 공직선거법 제93조 제1항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 후보자의 성명을 나타내는 광고 등의 배부·게시 등을 금지하면서, 그 주관적 요건으로 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 초과 주관적 요건을 그 요건으로 하고 있는데 이는 선거운동에까지는 이르지 않더라도 사실상 선거운동에 가까울 정도로 선거에 어떤 영향을 미칠 목적이 있는 경우를

말한다.

따라서 이 규정에 의하여 금지되는 행위는 공직선거법 제59조에서 규정하고 있는 선거운동보다는 그 범위가 더 넓다고 봄이 상당하다.

③ 앞에서 본 헌법재판소의 결정과 공직선거법의 개정 경과 및 그 이유, 공직선거법 제59조 제2호와 제93조 제1항의 규정 내용과 그 체계적 위치 등을 종합하면 선거운동에 이르는 내용의 문자메시지(음성·화상·동영상 제외)는 자동 동보통신의 방법이 아닌 한 공직선거법 제59조 제2호에 의하여 선거일을 제외하고는 전면적으로 허용되므로, 선거운동에까지 이르지 않고 그보다 그 정도가 경한 '선거에 영향을 미치는 행위'에 불과한 문자메시지(이 사건의 경우에는 후보자의 성명을 나타내는 문자메시지이다) 발송행위를 공직선거법 제93조 제1항의 '그 밖에 이에 준하는 것'에 해당하는 것으로 보아 그것이 위 규정에 의하여 일정기간 금지된다고 해석할 수는 없다고 봄이 상당하다.

즉 문자메시지 전송행위는 그것이 선거운동이든, 선거에 영향을 미치는 행위이든 무관하게 공직선거법 제59조에 의하여 선거일을 제외하고는 전면적으로 허용되는 것이고(선거운동을 전면적으로 허용하고 있는 이상 그에 이르지 않고 단지 선거에 영향을 미치는 행위에 불과한 행위도 당연히 전면적으로 허용되는 것으로 봄이 상당하다), 다만 문자메시지 전송행위가 제59조 제2호에 위반한 경우에만 공직선거법 제256조 제3항 제1호 나목에 의하여 처벌될 수 있을 뿐이라고 봄이 상당하다.

3) 따라서 피고인이 자신의 성명을 나타내는 내용이 포함된 이 사건 문자메시지를 자동 동보통신의 방법으로 910명에게 전송하였다고 하여 이를 공직선거법 제93조 제1항의 금지규정을 위반한 행위로 인정할 수는 없다(자동 동보통신의 방법으로 전송된 이 사건 문자메시지의 내용이 선거운동에 이르렀다면 공직선거법 제59조 제2호 위반으로 제256조 제3항 제1호 나목에 의하여 처벌할 수는 있겠지만 공소장변경 없이 피고인에게 불리하게 공소제기된 처벌조항과 다른 처벌조항을 적용할 수는 없고, 게다가 이 사건 문자메시지의 내용이 선거운동에 이르렀다고 인정하기도 어렵다).

다.

당심의 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

1) 원심이 설시한 바와 같이 헌법재판소는 2011. 12. 29. 구 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항의 규정 중 '그 밖에 이와 유사한 것'에 '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함되는 것으로 해석하는 한 과잉금지원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다는 결정을 하였다.

그 후 국회는 2012. 2. 29. 위 헌법재판소의 위헌 결정을 반영하여 아래와 같이 공직선거법 제59조 제2호와 제3호, 제256조 제2항 제1호 제나목(2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되면서 그 법조문의 위치가 제256조 제3항 제1호 제나목으로 변경되었다)을 신설하거나 개정하였다.

제59조(선거운동기간)선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다.

다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 선거일이 아닌 때에 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 5회(후보자의 경우 예비후보자로서 전송한 횟수를 포함한다)를 넘을 수 없으며, 매회

전송하는 때마다 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고한 1개의 전화번호만을 사용하여야 한다.

3. 선거일이 아닌 때에 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다.

제256조(각종제한규정위반죄)② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 선거운동과 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자 나. 제59조제2호 단서를 위반하여 후보자 또는 예비후보자가 아닌 자로서 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송한 자, 같은 조 같은 호 단서를 위반하여 5회를 초과하여 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송한 자, 같은 조 제3호 단서를 위반하여 후보자 또는 예비후보자가 아닌 자로서 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송한 자
- 2) 위와 같은 법률 개정으로 인하여 헌법재판소에서 위헌 결정이 선고된 인터넷과 전자우편 외에 문자메시지에 대하여도 선거운동기간 중이거나 그 전이거나를 불문하고 이를 이용한 선거운동이 전면적으로 허용되었음은 원심이 설한 바와 같다.
- 3) 그러나 위에서 본 바와 같이 개정된 공직선거법 제59조 제2호에서는 선거운동이 허용되는 문자메시지의 범위에서 음성·화상·동영상은 제외하고 있다.

또한 공직선거법 제59조 제2호를 위반한 행위에 대한 벌칙조항인 공직선거법 제256조 제2항 제1호 제나목은 자동 동보통신 방법으로 문자메시지를 전송할 수 없는 사람이 이를 전송한 경우와 전송 가능 횟수를 초과한 경우에만 이를 처벌하는 규정을 두고 있을 뿐 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송하거나 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고하지 아니한 전화번호로 문자메시지를 보낸 경우에 대하여는 아무런 처벌규정을 두고 있지 않다.

- 4) 따라서 단순한 문자메시지가 아닌 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송한 경우에는 공직선거법 제59조 제2호나 공직선거법 제256조 제2항 제1호 제나목으로는 이를 규제할 방법이 없고, 다만 그것이 선거운동에 해당할 경우에만 사전선거운동을 금지하는 공직선거법 제254조 제2항에 의하여 이를 처벌할 수 있을 뿐이다.

그런데 위 음성·화상·동영상의 전송 행위가 선거운동에까지는 이르지 아니하는 행위로서 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당할 때에는 선거운동의 경우에만 적용되는 공직선거법 제254조 제2항 또한 적용될 수 없는 것이어서 처벌의 공백이 발생할 수밖에 없는바, 이러한 행위를 처벌하지 아니함은 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련된 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여하고자 하는 공직선거법의 입법 목적에 반하는 것이다.

- 5) 그러므로 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송한 경우에 그것이 선거운동에까지는 이르지 아니하는 행위로서 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당할 때에는 이를 공직선거법 제93조 제1항이 정한 탈법행위의 수단으로서 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 보는 것이 합당하다.

나아가 공직선거법 제59조 제2호에서 선거운동으로 허용되는 행위의 태양을 '문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법'이라고 명확히 규정하고 있으므로 음성·화상·동영상을 포함하는 문자메시지를 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 탈법행위로서 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석하는 것이 죄형법정주의

나 유추해석금지의 원칙에 저촉된다고 보이지도 아니한다.

- 6) 이 사건에 관하여 보건의, 피고인이 선거구민들에게 전송한 문자메시지는 그 내용이 "△△구청장피고인이 ○○의 새로운 부흥시대를 열기 위해 '역동하라 ○○경제'라는 책을 출간했습니다.

출판기념회세미나 저자 주제발표 동영상→[http://youtu.be/\(이하 생략\)](http://youtu.be/(이하 생략))"인데, 위 문자메시지를 휴대전화로 전송받은 사람들은 링크된 주소를 클릭하기만 하면 곧바로 위 동영상으로 연결되어 이를 시청할 수 있다는 점에서 이러한 문자메시지의 전송 행위는 실질적으로 동영상을 첨부하여 전송하는 것과 동일한 행위로 평가할 수 있다.

또한 위 동영상을 캡처한 사진(증거기록 제60 내지 65쪽)을 보면 세미나장의 현수막에 "피고인의 '역동하라, ○○경제' 출판기념회세미나"라는 문구가, 빔 프로젝터 화면에 'CreativeEO 피고인의 외침'이라는 문구가 각 기재되어 있고, 단상에 설치된 축하화환의 리본에 '□□□당'이라는 글자가 새겨져 있음을 알 수 있다.

이러한 사정에 비추어 보면 위 동영상이 링크된 문자메시지는 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 후보자가 되고자 하는 자의 성명 등을 나타내는 탈법행위의 수단으로서 공직선거법 제93조 제1항이 배부 등을 금지하는 '그 밖에 이와 유사한 것'에 해당된다고 평가하지 않을 수 없다.

- 7) 따라서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 검사의 무죄부분에 대한 항소는 이유 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 전부 파기하고(원심판결 중 위와 같이 파기되어야 하는 무죄부분과 나머지 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 원심판결 전부가 파기되지 않을 수 없다) 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심의 형(벌금 70만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

- 1) 법리오해(원심판결 중 무죄부분)

피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 직원을 통하여 문자메시지를 자동 동보통신의 방법으로 선거구민에게 보낸 행위는 공직선거법 제93조 제1항에서 배부·살포를 금지하는 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함됨에도 원심은 이를 무죄로 판단하였으니, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

- 2) 양형부당

원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 이 부분(원심판결 중 무죄부분) 공소사실의 요지

누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에

이와 유사한 것을 배부·첨부·살포·상영 또는 게시할 수 없다.

그럼에도 불구하고 피고인은 2013. 12. 19. 18:01 및 18:06경 ○○ △△구청에서 자신의 성명과 강의 모습이 들어있는 자신의 출판기념회 강의 동영상에 링크할 수 있는 "△△구청장피고인이 ○○의 새로운 부흥시대를 열기 위해 '역동하라 ○○경제'라는 책을 출간했습니다.

출판기념회세미나 저자 주제발표 동영상→[http://youtu.be/\(이하 생략\)](http://youtu.be/(이하 생략))"라는 문자메시지를 직원을 통하여 자동 동보통신의 방법으로 910명에게 전송하여 배부하였다.

이로써 피고인은 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 방법으로 자신의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·살포하였다.

나. 원심의 판단

원심은 아래와 같은 사정들에 비추어 이 사건 문자메시지가 공직선거법 제93조 제1항에서 정한 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석할 수 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

1) 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 죄와 형을 법률로 정할 것을 요구하고 있고, 그로부터 파생된 유추해석금지의 원칙은 성문의 규정은 엄격히 해석되어야 한다는 전제 아래 피고인에게 불리하게 성문 규정이 표현하는 본래의 의미와 다른 내용으로 유추해석하는 것을 금지하고 있다.

2) 공직선거법 제93조 제1항은 '누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첨부·살포·상영 또는 게시할 수 없다'고 규정하고 있다.

그런데 이 사건 문자메시지가 위 규정의 '광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프'에 해당된다고 해석하는 것은 문리적 해석의 한계를 넘는 것이어서 허용되지 아니하고, 다음과 같은 사정에 비추어 보면 이 사건 문자메시지가 위 규정의 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석하는 것도 죄형법정주의 원칙, 특히 유추해석금지의 원칙상 허용되지 않는다고 봄이 상당하다.

① 헌법재판소는 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001·2010헌바88·2010헌마173·191(병합) 결정으로, 공직선거법 제93조 제1항 규정 중 '그 밖에 이와 유사한 것'에 '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함되는 것으로 해석하는 한 과잉금지원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다는 결정을 하였다.

이러한 헌법재판소 위헌결정의 취지를 받아들여 국회는 2012. 2. 29. 공직선거법 제59조를 개정하여, 선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있지만 ㉞ 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우(다만 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송하는 경우는 일정한 요건 아래 제한적으로 허용된다), ㉟ 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자기리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우(다만 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다) 등에 대하여는 선거일이 아닌 한 이를 전면적으로 허용하였다.

- ② 한편 공직선거법 제93조 제1항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 후보자의 성명을 나타내는 광고 등의 배부·게시 등을 금지하면서, 그 주관적 요건으로 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 초과 주관적 요건을 그 요건으로 하고 있는데 이는 선거운동에까지는 이르지 않더라도 사실상 선거운동에 가까울 정도로 선거에 어떤 영향을 미칠 목적이 있는 경우를 말한다.

따라서 이 규정에 의하여 금지되는 행위는 공직선거법 제59조에서 규정하고 있는 선거운동보다는 그 범위가 더 넓다고 봄이 상당하다.

- ③ 앞에서 본 헌법재판소의 결정과 공직선거법의 개정 경과 및 그 이유, 공직선거법 제59조 제2호와 제93조 제1항의 규정 내용과 그 체계적 위치 등을 종합하면 선거운동에 이르는 내용의 문자메시지(음성·화상·동영상 제외)는 자동 동보통신의 방법이 아닌 한 공직선거법 제59조 제2호에 의하여 선거일을 제외하고는 전면적으로 허용되므로, 선거운동에까지 이르지 않고 그보다 그 정도가 경한 '선거에 영향을 미치는 행위'에 불과한 문자메시지(이 사건의 경우에는 후보자의 성명을 나타내는 문자메시지이다) 발송행위를 공직선거법 제93조 제1항의 '그 밖에 이에 준하는 것'에 해당하는 것으로 보아 그것이 위 규정에 의하여 일정기간 금지된다고 해석할 수는 없다고 봄이 상당하다.

즉 문자메시지 전송행위는 그것이 선거운동이든, 선거에 영향을 미치는 행위이든 무관하게 공직선거법 제59조에 의하여 선거일을 제외하고는 전면적으로 허용되는 것이고(선거운동을 전면적으로 허용하고 있는 이상 그에 이르지 않고 단지 선거에 영향을 미치는 행위에 불과한 행위도 당연히 전면적으로 허용되는 것으로 봄이 상당하다), 다만 문자메시지 전송행위가 제59조 제2호에 위반한 경우에만 공직선거법 제256조 제3항 제1호 나목에 의하여 처벌될 수 있을 뿐이라고 봄이 상당하다.

- 3) 따라서 피고인이 자신의 성명을 나타내는 내용이 포함된 이 사건 문자메시지를 자동 동보통신의 방법으로 910명에게 전송하였다고 하여 이를 공직선거법 제93조 제1항의 금지규정을 위반한 행위로 인정할 수는 없다(자동 동보통신의 방법으로 전송된 이 사건 문자메시지의 내용이 선거운동에 이르렀다면 공직선거법 제59조 제2호 위반으로 제256조 제3항 제1호 나목에 의하여 처벌할 수는 있겠지만 공소장변경 없이 피고인에게 불리하게 공소제기된 처벌조항과 다른 처벌조항을 적용할 수는 없고, 게다가 이 사건 문자메시지의 내용이 선거운동에 이르렀다고 인정하기도 어렵다).

다.

당심의 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

- 1) 원심이 실시한 바와 같이 헌법재판소는 2011. 12. 29. 구 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항의 규정 중 '그 밖에 이와 유사한 것'에 '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함되는 것으로 해석하는 한 과잉금지원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다는 결정을 하였다.

그 후 국회는 2012. 2. 29. 위 헌법재판소의 위헌 결정을 반영하여 아래와 같이 공직선거법 제59조 제2호와 제3호, 제256조 제2항 제1호 제나목(2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되면서 그 법조문의 위치가 제256조 제3항 제1호 제나목으로 변경되었다)을 신설하거나 개정하였다.

제59조(선거운동기간)선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다.

다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 선거일이 아닌 때에 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 5회(후보자의 경우 예비후보자로서 전송한 횟수를 포함한다)를 넘을 수 없으며, 매회 전송하는 때마다 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고한 1개의 전화번호만을 사용하여야 한다.
3. 선거일이 아닌 때에 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다.

제256조(각종제한규정위반죄)② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 선거운동과 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자 나. 제59조제2호 단서를 위반하여 후보자 또는 예비후보자가 아닌 자로서 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송한 자, 같은 조 같은 호 단서를 위반하여 5회를 초과하여 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송한 자, 같은 조 제3호 단서를 위반하여 후보자 또는 예비후보자가 아닌 자로서 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송한 자
- 2) 위와 같은 법률 개정으로 인하여 헌법재판소에서 위헌 결정이 선고된 인터넷과 전자우편 외에 문자메시지에 대하여도 선거운동기간 중이거나 그 전이거나를 불문하고 이를 이용한 선거운동이 전면적으로 허용되었음은 원심이 설시한 바와 같다.
- 3) 그러나 위에서 본 바와 같이 개정된 공직선거법 제59조 제2호에서는 선거운동이 허용되는 문자메시지의 범위에서 음성·화상·동영상은 제외하고 있다.

또한 공직선거법 제59조 제2호를 위반한 행위에 대한 벌칙조항인 공직선거법 제256조 제2항 제1호 제나목은 자동 동보통신 방법으로 문자메시지를 전송할 수 없는 사람이 이를 전송한 경우와 전송 가능 횟수를 초과한 경우에만 이를 처벌하는 규정을 두고 있을 뿐 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송하거나 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고하지 아니한 전화번호로 문자메시지를 보낸 경우에 대하여는 아무런 처벌규정을 두고 있지 않다.

- 4) 따라서 단순한 문자메시지가 아닌 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송한 경우에는 공직선거법 제59조 제2호나 공직선거법 제256조 제2항 제1호 제나목으로는 이를 규제할 방법이 없고, 다만 그것이 선거운동에 해당할 경우에만 사전선거운동을 금지하는 공직선거법 제254조 제2항에 의하여 이를 처벌할 수 있을 뿐이다.

그런데 위 음성·화상·동영상의 전송 행위가 선거운동에까지는 이르지 아니하는 행위로서 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당할 때에는 선거운동의 경우에만 적용되는 공직선거법 제254조 제2항 또한 적용될 수 없는 것이어서 처벌의 공백이 발생할 수밖에 없는바, 이러한 행위를 처벌하지 아니함은 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련된 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여하고자 하는 공직선거법의 입법 목적에 반하는 것이다.

5) 그러므로 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송한 경우에 그것이 선거운동에까지는 이르지 아니하는 행위로서 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당할 때에는 이를 공직선거법 제93조 제1항이 정한 탈법행위의 수단으로서 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 보는 것이 합당하다.

나아가 공직선거법 제59조 제2호에서 선거운동으로 허용되는 행위의 태양을 '문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법'이라고 명확히 규정하고 있으므로 음성·화상·동영상을 포함하는 문자메시지를 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 탈법행위로서 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석하는 것이 죄형법정주의나 유추해석금지의 원칙에 저촉된다고 보이지도 아니한다.

6) 이 사건에 관하여 보건대, 피고인이 선거구민들에게 전송한 문자메시지는 그 내용이 "△△구청장피고인이 ○○의 새로운 부흥시대를 열기 위해 '역동하라 ○○경제'라는 책을 출간했습니다.

출판기념회세미나 저자 주제발표 동영상→[http://youtu.be/\(이하 생략\)](http://youtu.be/(이하 생략))"인데, 위 문자메시지를 휴대전화로 전송받은 사람들은 링크된 주소를 클릭하기만 하면 곧바로 위 동영상으로 연결되어 이를 시청할 수 있다는 점에서 이러한 문자메시지의 전송 행위는 실질적으로 동영상을 첨부하여 전송하는 것과 동일한 행위로 평가할 수 있다.

또한 위 동영상을 캡처한 사진(증거기록 제60 내지 65쪽)을 보면 세미나장의 현수막에 "피고인의 '역동하라, ○○경제' 출판기념세미나"라는 문구가, 빔 프로젝터 화면에 'CreativeEO 피고인의 외침'이라는 문구가 각 기재되어 있고, 단상에 설치된 축하화환의 리본에 '□□□당'이라는 글자가 새겨져 있음을 알 수 있다.

이러한 사정에 비추어 보면 위 동영상이 링크된 문자메시지는 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 후보자가 되고자 하는 자의 성명 등을 나타내는 탈법행위의 수단으로서 공직선거법 제93조 제1항이 배부 등을 금지하는 '그 밖에 이와 유사한 것'에 해당된다고 평가하지 않을 수 없다.

7) 따라서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 검사의 무죄부분에 대한 항소는 이유 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 전부 파기하고(원심판결 중 위와 같이 파기되어야 하는 무죄부분과 나머지 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 원심판결 전부가 파기되지 않을 수 없다) 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심의 형(벌금 70만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 법리오해(원심판결 중 무죄부분)

피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 직원을 통하여 문자메시지를 자동 동보통신의 방법으로 선거구민에게 보낸 행위는 공직선거법 제93조 제1항에서 배부·살포를 금지하는 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함됨에도 원심은 이를 무죄로 판단하였으니, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 이 부분(원심판결 중 무죄부분) 공소사실의 요지

누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첨부·살포·상영 또는 게시할 수 없다.

그럼에도 불구하고 피고인은 2013. 12. 19. 18:01 및 18:06경 ○○ △△구청에서 자신의 성명과 강의 모습이 들어있는 자신의 출판기념회 강의 동영상 링크할 수 있는 "△△구청장피고인이 ○○의 새로운 부흥시대를 열기 위해 '역동하라 ○○경제'라는 책을 출간했습니다.

출판기념회세미나 저자 주제발표 동영상→[http://youtu.be/\(이하 생략\)](http://youtu.be/(이하 생략))"라는 문자메시지를 직원을 통하여 자동 동보통신의 방법으로 910명에게 전송하여 배부하였다.

이로써 피고인은 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 방법으로 자신의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖의 이와 유사한 것을 배부·살포하였다.

나. 원심의 판단

원심은 아래와 같은 사정들에 비추어 이 사건 문자메시지가 공직선거법 제93조 제1항에서 정한 '그 밖의 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석할 수 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

1) 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 죄와 형을 법률로 정할 것을 요구하고 있고, 그로부터 파생된 유추해석금지의 원칙은 성문의 규정은 엄격히 해석되어야 한다는 전제 아래 피고인에게 불리하게 성문 규정이 표현하는 본래의 의미와 다른 내용으로 유추해석하는 것을 금지하고 있다.

2) 공직선거법 제93조 제1항은 '누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖의 이와 유사한 것을 배부·첨부·살포·상영 또는 게시할 수 없다'고 규정하고 있다.

그런데 이 사건 문자메시지가 위 규정의 '광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프'에 해당된다고 해석하는 것은 문리적 해석의 한계를 넘는 것이어서 허용되지 아니하고, 다음과 같은 사정에 비추어 보면 이 사건 문자메시지가 위 규정의 '그 밖의 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석하는 것도 죄형법정주의 원칙, 특히 유추해석금지의 원칙상 허용되지 않는다고 봄이 상당하다.

① 헌법재판소는 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001·2010헌바88·2010헌마173·191(병합) 결정으로, 공직선거법 제93조 제1항 규정 중 '그 밖의 이와 유사한 것'에 '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함되는 것으로 해석하는 한 과잉금지원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다는 결정을 하였다.

이러한 헌법재판소 위헌결정의 취지를 받아들여 국회는 2012. 2. 29. 공직선거법 제59조를 개정하여, 선거운동은 선거 기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있지만 ㉓ 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우(다만 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송하는 경우는 일정한 요건 아래 제한적으로 허용된다), ㉔ 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자기리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우(다만 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다) 등에 대하여는 선거일이 아닌 한 이를 전면적으로 허용하였다.

② 한편 공직선거법 제93조 제1항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 후보자의 성명을 나타내는 광고 등의 배부·게시 등을 금지하면서, 그 주관적 요건으로 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 초과 주관적 요건을 그 요건으로 하고 있는데 이는 선거운동에까지는 이르지 않더라도 사실상 선거운동에 가까울 정도로 선거에 어떤 영향을 미칠 목적이 있는 경우를 말한다.

따라서 이 규정에 의하여 금지되는 행위는 공직선거법 제59조에서 규정하고 있는 선거운동보다는 그 범위가 더 넓다고 봄이 상당하다.

③ 앞에서 본 헌법재판소의 결정과 공직선거법의 개정 경과 및 그 이유, 공직선거법 제59조 제2호와 제93조 제1항의 규정 내용과 그 체계적 위치 등을 종합하면 선거운동에 이르는 내용의 문자메시지(음성·화상·동영상 제외)는 자동 동보통신의 방법이 아닌 한 공직선거법 제59조 제2호에 의하여 선거일을 제외하고는 전면적으로 허용되므로, 선거운동에까지 이르지 않고 그보다 그 정도가 경한 '선거에 영향을 미치는 행위'에 불과한 문자메시지(이 사건의 경우에는 후보자의 성명을 나타내는 문자메시지이다) 발송행위를 공직선거법 제93조 제1항의 '그 밖에 이에 준하는 것'에 해당하는 것으로 보아 그것이 위 규정에 의하여 일정기간 금지된다고 해석할 수는 없다고 봄이 상당하다.

즉 문자메시지 전송행위는 그것이 선거운동이든, 선거에 영향을 미치는 행위이든 무관하게 공직선거법 제59조에 의하여 선거일을 제외하고는 전면적으로 허용되는 것이고(선거운동을 전면적으로 허용하고 있는 이상 그에 이르지 않고 단지 선거에 영향을 미치는 행위에 불과한 행위도 당연히 전면적으로 허용되는 것으로 봄이 상당하다), 다만 문자메시지 전송행위가 제59조 제2호에 위반한 경우에만 공직선거법 제256조 제3항 제1호 나목에 의하여 처벌될 수 있을 뿐이라고 봄이 상당하다.

3) 따라서 피고인이 자신의 성명을 나타내는 내용이 포함된 이 사건 문자메시지를 자동 동보통신의 방법으로 910명에게 전송하였다고 하여 이를 공직선거법 제93조 제1항의 금지규정을 위반한 행위로 인정할 수는 없다(자동 동보통신의 방법으로 전송된 이 사건 문자메시지의 내용이 선거운동에 이르렀다면 공직선거법 제59조 제2호 위반으로 제256조 제3항 제1호 나목에 의하여 처벌할 수는 있겠지만 공소장변경 없이 피고인에게 불리하게 공소제기된 처벌조항과 다른 처벌조항을 적용할 수는 없고, 게다가 이 사건 문자메시지의 내용이 선거운동에 이르렀다고 인정하기도 어렵다).

다.

당심의 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

- 1) 원심이 실시한 바와 같이 헌법재판소는 2011. 12. 29. 구 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항의 규정 중 '그 밖에 이와 유사한 것'에 '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함되는 것으로 해석하는 한 과잉금지 원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다는 결정을 하였다.

그 후 국회는 2012. 2. 29. 위 헌법재판소의 위헌 결정을 반영하여 아래와 같이 공직선거법 제59조 제2호와 제3호, 제256조 제2항 제1호 제나목(2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되면서 그 법조문의 위치가 제256조 제3항 제1호 제나목으로 변경되었다)을 신설하거나 개정하였다.

제59조(선거운동기간)선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다.

다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 선거일이 아닌 때에 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 5회(후보자의 경우 예비후보자로서 전송한 횟수를 포함한다)를 넘을 수 없으며, 매회 전송하는 때마다 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고한 1개의 전화번호만을 사용하여야 한다.
3. 선거일이 아닌 때에 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다.

제256조(각종제한규정위반죄)② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 선거운동과 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자 나. 제59조제2호 단서를 위반하여 후보자 또는 예비후보자가 아닌 자로서 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송한 자, 같은 조 같은 호 단서를 위반하여 5회를 초과하여 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송한 자, 같은 조 제3호 단서를 위반하여 후보자 또는 예비후보자가 아닌 자로서 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송한 자
- 2) 위와 같은 법률 개정으로 인하여 헌법재판소에서 위헌 결정이 선고된 인터넷과 전자우편 외에 문자메시지에 대하여도 선거운동기간 중이거나 그 전이거나를 불문하고 이를 이용한 선거운동이 전면적으로 허용되었음은 원심이 실시한 바와 같다.
- 3) 그러나 위에서 본 바와 같이 개정된 공직선거법 제59조 제2호에서는 선거운동이 허용되는 문자메시지의 범위에서 음성·화상·동영상은 제외하고 있다.

또한 공직선거법 제59조 제2호를 위반한 행위에 대한 벌칙조항인 공직선거법 제256조 제2항 제1호 제나목은 자동 동보통신 방법으로 문자메시지를 전송할 수 없는 사람이 이를 전송한 경우와 전송 가능 횟수를 초과한 경우에만 이를 처벌하는 규정을 두고 있을 뿐 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송하거나 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고하지 아니한 전화번호로 문자메시지를 보낸 경우에 대하여는 아무런 처벌규정을 두고 있지 않다.

- 4) 따라서 단순한 문자메시지가 아닌 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송한 경우에는 공직선거법 제59조 제2호나 공직선거법 제256조 제2항 제1호 제나목으로는 이를 규제할 방법이 없고, 다만 그것이 선거운동에

해당할 경우에만 사전선거운동을 금지하는 공직선거법 제254조 제2항에 의하여 이를 처벌할 수 있을 뿐이다.

그런데 위 음성·화상·동영상의 전송 행위가 선거운동에까지는 이르지 아니하는 행위로서 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당할 때에는 선거운동의 경우에만 적용되는 공직선거법 제254조 제2항 또한 적용될 수 없는 것이어서 처벌의 공백이 발생할 수밖에 없는바, 이러한 행위를 처벌하지 아니함은 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련된 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여하고자 하는 공직선거법의 입법 목적에 반하는 것이다.

5) 그러므로 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송한 경우에 그것이 선거운동에까지는 이르지 아니하는 행위로서 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당할 때에는 이를 공직선거법 제93조 제1항이 정한 탈법행위의 수단으로서 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 보는 것이 합당하다.

나아가 공직선거법 제59조 제2호에서 선거운동으로 허용되는 행위의 태양을 '문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법'이라고 명확히 규정하고 있으므로 음성·화상·동영상을 포함하는 문자메시지를 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 탈법행위로서 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석하는 것이 죄형법정주의나 유추해석금지의 원칙에 저촉된다고 보아도 아니한다.

6) 이 사건에 관하여 보건대, 피고인이 선거구민들에게 전송한 문자메시지는 그 내용이 "△△구청장피고인이 ○○의 새로운 부흥시대를 열기 위해 '역동하라 ○○경제'라는 책을 출간했습니다.

출판기념회세미나 저자 주제발표 동영상→[http://youtu.be/\(이하 생략\)](http://youtu.be/(이하 생략))"인데, 위 문자메시지를 휴대전화로 전송받은 사람들은 링크된 주소를 클릭하기만 하면 곧바로 위 동영상으로 연결되어 이를 시청할 수 있다는 점에서 이러한 문자메시지의 전송 행위는 실질적으로 동영상을 첨부하여 전송하는 것과 동일한 행위로 평가할 수 있다.

또한 위 동영상을 캡처한 사진(증거기록 제60 내지 65쪽)을 보면 세미나장의 현수막에 "피고인의 '역동하라, ○○경제' 출판기념세미나"라는 문구가, 빔 프로젝터 화면에 'CreativeEO 피고인의 외침'이라는 문구가 각 기재되어 있고, 단상에 설치된 축하화환의 리본에 '□□□당'이라는 글자가 새겨져 있음을 알 수 있다.

이러한 사정에 비추어 보면 위 동영상이 링크된 문자메시지는 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 후보자가 되고자 하는 자의 성명 등을 나타내는 탈법행위의 수단으로서 공직선거법 제93조 제1항이 배부 등을 금지하는 '그 밖에 이와 유사한 것'에 해당된다고 평가하지 않을 수 없다.

7) 따라서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 검사의 무죄부분에 대한 항소는 이유 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 전부 파기하고(원심판결 중 위와 같이 파기되어야 하는 무죄부분과 나머지 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 원심판결 전부가 파기되지 않을 수 없다) 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심의 형(벌금 70만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 법리오해(원심판결 중 무죄부분)

피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 직원을 통하여 문자메시지를 자동 동보통신의 방법으로 선거구민에게 보낸 행위는 공직선거법 제93조 제1항에서 배부·살포를 금지하는 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함됨에도 원심은 이를 무죄로 판단하였으니, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 이 부분(원심판결 중 무죄부분) 공소사실의 요지

누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다.

그럼에도 불구하고 피고인은 2013. 12. 19. 18:01 및 18:06경 ○○ △△구청에서 자신의 성명과 강의 모습이 들어있는 자신의 출판기념회 강의 동영상에 링크할 수 있는 "△△구청장피고인이 ○○의 새로운 부흥시대를 열기 위해 '역동하라 ○○경제'라는 책을 출간했습니다.

출판기념회세미나 저자 주제발표 동영상→[http://youtu.be/\(이하 생략\)](http://youtu.be/(이하 생략))"라는 문자메시지를 직원을 통하여 자동 동보통신의 방법으로 910명에게 전송하여 배부하였다.

이로써 피고인은 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 방법으로 자신의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·살포하였다.

나. 원심의 판단

원심은 아래와 같은 사정들에 비추어 이 사건 문자메시지가 공직선거법 제93조 제1항에서 정한 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석할 수 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

1) 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 죄와 형을 법률로 정할 것을 요구하고 있고, 그로부터 파생된 유추해석금지의 원칙은 성문의 규정은 엄격히 해석되어야 한다는 전제 아래 피고인에게 불리하게 성문 규정이 표현하는 본래의 의미와 다른 내용으로 유추해석하는 것을 금지하고 있다.

2) 공직선거법 제93조 제1항은 '누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다'고 규정하고 있다.

그런데 이 사건 문자메시지가 위 규정의 '광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프'에 해당된다고 해석하는 것은 문리적 해석의 한계를 넘는 것이어서 허용되지 아니하고, 다음과 같은 사정에 비추어 보면 이

사건 문자메시지가 위 규정의 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석하는 것도 죄형법정주의 원칙, 특히 유추 해석금지의 원칙상 허용되지 않는다고 봄이 상당하다.

- ① 헌법재판소는 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001·2010헌바88·2010헌마173·191(병합) 결정으로, 공직선거법 제93조 제1항 규정 중 '그 밖에 이와 유사한 것'에 '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함되는 것으로 해석하는 한 과잉금지원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다는 결정을 하였다.

이러한 헌법재판소 위헌결정의 취지를 받아들여 국회는 2012. 2. 29. 공직선거법 제59조를 개정하여, 선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있지만 ㉞ 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우(다만 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송하는 경우는 일정한 요건 아래 제한적으로 허용된다), ㉟ 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자기리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우(다만 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다) 등에 대하여는 선거일이 아닌 한 이를 전면적으로 허용하였다.

- ② 한편 공직선거법 제93조 제1항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 후보자의 성명을 나타내는 광고 등의 배부·게시 등을 금지하면서, 그 주관적 요건으로 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 초과 주관적 요건을 그 요건으로 하고 있는데 이는 선거운동에까지는 이르지 않더라도 사실상 선거운동에 가까울 정도로 선거에 어떤 영향을 미칠 목적이 있는 경우를 말한다.

따라서 이 규정에 의하여 금지되는 행위는 공직선거법 제59조에서 규정하고 있는 선거운동보다는 그 범위가 더 넓다고 봄이 상당하다.

- ③ 앞에서 본 헌법재판소의 결정과 공직선거법의 개정 경과 및 그 이유, 공직선거법 제59조 제2호와 제93조 제1항의 규정 내용과 그 체계적 위치 등을 종합하면 선거운동에 이르는 내용의 문자메시지(음성·화상·동영상 제외)는 자동 동보통신의 방법이 아닌 한 공직선거법 제59조 제2호에 의하여 선거일을 제외하고는 전면적으로 허용되므로, 선거운동에까지 이르지 않고 그보다 그 정도가 경한 '선거에 영향을 미치는 행위'에 불과한 문자메시지(이 사건의 경우에는 후보자의 성명을 나타내는 문자메시지이다) 발송행위를 공직선거법 제93조 제1항의 '그 밖에 이에 준하는 것'에 해당하는 것으로 보아 그것이 위 규정에 의하여 일정기간 금지된다고 해석할 수는 없다고 봄이 상당하다.

즉 문자메시지 전송행위는 그것이 선거운동이든, 선거에 영향을 미치는 행위이든 무관하게 공직선거법 제59조에 의하여 선거일을 제외하고는 전면적으로 허용되는 것이고(선거운동을 전면적으로 허용하고 있는 이상 그에 이르지 않고 단지 선거에 영향을 미치는 행위에 불과한 행위도 당연히 전면적으로 허용되는 것으로 봄이 상당하다), 다만 문자메시지 전송행위가 제59조 제2호에 위반한 경우에만 공직선거법 제256조 제3항 제1호 나목에 의하여 처벌될 수 있을 뿐이라고 봄이 상당하다.

- 3) 따라서 피고인이 자신의 성명을 나타내는 내용이 포함된 이 사건 문자메시지를 자동 동보통신의 방법으로 910명에게 전송하였다고 하여 이를 공직선거법 제93조 제1항의 금지규정을 위반한 행위로 인정할 수는 없다(자동 동보통신의 방법으로 전송된 이 사건 문자메시지의 내용이 선거운동에 이르렀다면 공직선거법 제59조 제2호 위반으로 제

256조 제3항 제1호 나목에 의하여 처벌할 수는 있겠지만 공소장변경 없이 피고인에게 불리하게 공소제기된 처벌조항과 다른 처벌조항을 적용할 수는 없고, 게다가 이 사건 문자메시지의 내용이 선거운동에 이르렀다고 인정하기도 어렵다).

다.

당심의 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

- 1) 원심이 실시한 바와 같이 헌법재판소는 2011. 12. 29. 구 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항의 규정 중 '그 밖에 이와 유사한 것'에 '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함되는 것으로 해석하는 한 과잉금지 원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다는 결정을 하였다.

그 후 국회는 2012. 2. 29. 위 헌법재판소의 위헌 결정을 반영하여 아래와 같이 공직선거법 제59조 제2호와 제3호, 제256조 제2항 제1호 제나목(2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되면서 그 법조문의 위치가 제256조 제3항 제1호 제나목으로 변경되었다)을 신설하거나 개정하였다.

제59조(선거운동기간)선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다.

다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 선거일이 아닌 때에 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 5회(후보자의 경우 예비후보자로서 전송한 횟수를 포함한다)를 넘을 수 없으며, 매회 전송하는 때마다 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고한 1개의 전화번호만을 사용하여야 한다.
3. 선거일이 아닌 때에 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다.

제256조(각종제한규정위반죄)② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 선거운동과 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자 나. 제59조제2호 단서를 위반하여 후보자 또는 예비후보자가 아닌 자로서 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송한 자, 같은 조 같은 호 단서를 위반하여 5회를 초과하여 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송한 자, 같은 조 제3호 단서를 위반하여 후보자 또는 예비후보자가 아닌 자로서 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송한 자
- 2) 위와 같은 법률 개정으로 인하여 헌법재판소에서 위헌 결정이 선고된 인터넷과 전자우편 외에 문자메시지에 대하여도 선거운동기간 중이거나 그 전이거나를 불문하고 이를 이용한 선거운동이 전면적으로 허용되었음은 원심이 실시한 바와 같다.
- 3) 그러나 위에서 본 바와 같이 개정된 공직선거법 제59조 제2호에서는 선거운동이 허용되는 문자메시지의 범위에서 음성·화상·동영상은 제외하고 있다.

또한 공직선거법 제59조 제2호를 위반한 행위에 대한 벌칙조항인 공직선거법 제256조 제2항 제1호 제나목은 자동 동보통신 방법으로 문자메시지를 전송할 수 없는 사람이 이를 전송한 경우와 전송 가능 횟수를 초과한 경우에만 이를 처벌하는 규정을 두고 있을 뿐 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송하거나 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고하지 아니한 전화번호로 문자메시지를 보낸 경우에 대하여는 아무런 처벌규정을 두고 있지 않다.

4) 따라서 단순한 문자메시지가 아닌 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송한 경우에는 공직선거법 제59조 제2호나 공직선거법 제256조 제2항 제1호 제나목으로는 이를 규제할 방법이 없고, 다만 그것이 선거운동에 해당할 경우에만 사전선거운동을 금지하는 공직선거법 제254조 제2항에 의하여 이를 처벌할 수 있을 뿐이다.

그런데 위 음성·화상·동영상의 전송 행위가 선거운동에까지 이르지 아니하는 행위로서 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당할 때에는 선거운동의 경우에만 적용되는 공직선거법 제254조 제2항 또한 적용될 수 없는 것이어서 처벌의 공백이 발생할 수밖에 없는바, 이러한 행위를 처벌하지 아니함은 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련된 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여하고자 하는 공직선거법의 입법 목적에 반하는 것이다.

5) 그러므로 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송한 경우에 그것이 선거운동에까지 이르지 아니하는 행위로서 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당할 때에는 이를 공직선거법 제93조 제1항이 정한 탈법행위의 수단으로서 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 보는 것이 합당하다.

나아가 공직선거법 제59조 제2호에서 선거운동으로 허용되는 행위의 태양을 '문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법'이라고 명확히 규정하고 있으므로 음성·화상·동영상을 포함하는 문자메시지를 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 탈법행위로서 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석하는 것이 죄형법정주의나 유추해석금지의 원칙에 저촉된다고 보아도 아니한다.

6) 이 사건에 관하여 보건대, 피고인이 선거구민들에게 전송한 문자메시지는 그 내용이 "△△구청장피고인이 ○○의 새로운 부흥시대를 열기 위해 '역동하라 ○○경제'라는 책을 출간했습니다.

출판기념회세미나 저자 주제발표 동영상→[http://youtu.be/\(이하 생략\)](http://youtu.be/(이하 생략))"인데, 위 문자메시지를 휴대전화로 전송받은 사람들은 링크된 주소를 클릭하기만 하면 곧바로 위 동영상으로 연결되어 이를 시청할 수 있다는 점에서 이러한 문자메시지의 전송 행위는 실질적으로 동영상을 첨부하여 전송하는 것과 동일한 행위로 평가할 수 있다.

또한 위 동영상을 캡처한 사진(증거기록 제60 내지 65쪽)을 보면 세미나장의 현수막에 "피고인의 '역동하라, ○○경제' 출판기념세미나"라는 문구가, 빔 프로젝터 화면에 'CreativeEO 피고인의 외침'이라는 문구가 각 기재되어 있고, 단상에 설치된 축하화환의 리본에 '□□□당'이라는 글자가 새겨져 있음을 알 수 있다.

이러한 사정에 비추어 보면 위 동영상이 링크된 문자메시지는 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 후보자가 되고자 하는 자의 성명 등을 나타내는 탈법행위의 수단으로서 공직선거법 제93조 제1항이 배부 등을 금지하는 '그 밖에 이와 유사한 것'에 해당된다고 평가하지 않을 수 없다.

7) 따라서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 검사의 무죄부분에 대한 항소는 이유 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 전부 파기하고(원심판결 중 위와 같이 파기되어야 하는 무죄부분과 나머지 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 원심판결 전부가 파기되지 않을 수 없다) 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심의 형(벌금 70만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

1) 법리오해(원심판결 중 무죄부분)

피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 직원을 통하여 문자메시지를 자동 동보통신의 방법으로 선거구민에게 보낸 행위는 공직선거법 제93조 제1항에서 배부·살포를 금지하는 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함됨에도 원심은 이를 무죄로 판단하였으니, 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 이 부분(원심판결 중 무죄부분) 공소사실의 요지

누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다.

그럼에도 불구하고 피고인은 2013. 12. 19. 18:01 및 18:06경 ○○ △△구청에서 자신의 성명과 강의 모습이 들어있는 자신의 출판기념회 강의 동영상에 링크할 수 있는 "△△구청장피고인이 ○○의 새로운 부흥시대를 열기 위해 '역동하라 ○○경제'라는 책을 출간했습니다.

출판기념회세미나 저자 주제발표 동영상→[http://youtu.be/\(이하 생략\)](http://youtu.be/(이하 생략))"라는 문자메시지를 직원을 통하여 자동 동보통신의 방법으로 910명에게 전송하여 배부하였다.

이로써 피고인은 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 방법으로 자신의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·살포하였다.

나. 원심의 판단

원심은 아래와 같은 사정들에 비추어 이 사건 문자메시지가 공직선거법 제93조 제1항에서 정한 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석할 수 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

1) 죄형법정주의는 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보호하기 위하여 죄와 형을 법률로 정할 것을 요구하고 있고, 그로부터 파생된 유추해석금지의 원칙은 성문의 규정은 엄격히 해석되어야 한다는 전제 아래 피고인에게 불리하게 성문 규정이 표현하는 본래의 의미와 다른 내용으로 유추해석하는 것을 금지하고 있다.

2) 공직선거법 제93조 제1항은 '누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다'고 규정하고 있다.

그런데 이 사건 문자메시지가 위 규정의 '광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프'에 해당된다고 해석하는 것은 문리적 해석의 한계를 넘는 것이어서 허용되지 아니하고, 다음과 같은 사정에 비추어 보면 이 사건 문자메시지가 위 규정의 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석하는 것도 죄형법정주의 원칙, 특히 유추해석금지의 원칙상 허용되지 않는다고 봄이 상당하다.

① 헌법재판소는 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001·2010헌바88·2010헌마173·191(병합) 결정으로, 공직선거법 제93조 제1항 규정 중 '그 밖에 이와 유사한 것'에 '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함되는 것으로 해석하는 한 과잉금지원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다는 결정을 하였다.

이러한 헌법재판소 위헌결정의 취지를 받아들여 국회는 2012. 2. 29. 공직선거법 제59조를 개정하여, 선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있지만 ㉞ 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우(다만 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송하는 경우는 일정한 요건 아래 제한적으로 허용된다), ㉟ 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자기리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우(다만 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다) 등에 대하여는 선거일이 아닌 한 이를 전면적으로 허용하였다.

② 한편 공직선거법 제93조 제1항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 후보자의 성명을 나타내는 광고 등의 배부·게시 등을 금지하면서, 그 주관적 요건으로 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 초과 주관적 요건을 그 요건으로 하고 있는데 이는 선거운동에까지는 이르지 않더라도 사실상 선거운동에 가까울 정도로 선거에 어떤 영향을 미칠 목적이 있는 경우를 말한다.

따라서 이 규정에 의하여 금지되는 행위는 공직선거법 제59조에서 규정하고 있는 선거운동보다는 그 범위가 더 넓다고 봄이 상당하다.

③ 앞에서 본 헌법재판소의 결정과 공직선거법의 개정 경과 및 그 이유, 공직선거법 제59조 제2호와 제93조 제1항의 규정 내용과 그 체계적 위치 등을 종합하면 선거운동에 이르는 내용의 문자메시지(음성·화상·동영상 제외)는 자동 동보통신의 방법이 아닌 한 공직선거법 제59조 제2호에 의하여 선거일을 제외하고는 전면적으로 허용되므로, 선거운동에까지 이르지 않고 그보다 그 정도가 경한 '선거에 영향을 미치는 행위'에 불과한 문자메시지(이 사건의 경우에는 후보자의 성명을 나타내는 문자메시지이다) 발송행위를 공직선거법 제93조 제1항의 '그 밖에 이에 준하는 것'에 해당하는 것으로 보아 그것이 위 규정에 의하여 일정기간 금지된다고 해석할 수는 없다고 봄이 상당하다.

즉 문자메시지 전송행위는 그것이 선거운동이든, 선거에 영향을 미치는 행위이든 무관하게 공직선거법 제59조에 의하여 선거일을 제외하고는 전면적으로 허용되는 것이고(선거운동을 전면적으로 허용하고 있는 이상 그에 이르지 않

고 단지 선거에 영향을 미치는 행위에 불과한 행위도 당연히 전면적으로 허용되는 것으로 봄이 상당하다), 다만 문자메시지 전송행위가 제59조 제2호에 위반한 경우에만 공직선거법 제256조 제3항 제1호 나목에 의하여 처벌될 수 있을 뿐이라고 봄이 상당하다.

- 3) 따라서 피고인이 자신의 성명을 나타내는 내용이 포함된 이 사건 문자메시지를 자동 동보통신의 방법으로 910명에게 전송하였다고 하여 이를 공직선거법 제93조 제1항의 금지규정을 위반한 행위로 인정할 수는 없다(자동 동보통신의 방법으로 전송된 이 사건 문자메시지의 내용이 선거운동에 이르렀다면 공직선거법 제59조 제2호 위반으로 제256조 제3항 제1호 나목에 의하여 처벌할 수는 있겠지만 공소장변경 없이 피고인에게 불리하게 공소제기된 처벌조항과 다른 처벌조항을 적용할 수는 없고, 게다가 이 사건 문자메시지의 내용이 선거운동에 이르렀다고 인정하기도 어렵다).

다.

당심의 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

- 1) 원심이 실시한 바와 같이 헌법재판소는 2011. 12. 29. 구 공직선거법(2012. 2. 29. 법률 제11374호로 개정되기 전의 것) 제93조 제1항의 규정 중 '그 밖에 이와 유사한 것'에 '정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 포함되는 것으로 해석하는 한 과잉금지 원칙에 위배하여 정치적 표현의 자유 내지 선거운동의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다는 결정을 하였다.

그 후 국회는 2012. 2. 29. 위 헌법재판소의 위헌 결정을 반영하여 아래와 같이 공직선거법 제59조 제2호와 제3호, 제256조 제2항 제1호 제나목(2014. 2. 13. 법률 제12393호로 개정되면서 그 법조문의 위치가 제256조 제3항 제1호 제나목으로 변경되었다)을 신설하거나 개정하였다.

제59조(선거운동기간)선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다.

다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 선거일이 아닌 때에 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 5회(후보자의 경우 예비후보자로서 전송한 횟수를 포함한다)를 넘을 수 없으며, 매회 전송하는 때마다 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고한 1개의 전화번호만을 사용하여야 한다.
3. 선거일이 아닌 때에 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다.

제256조(각종제한규정위반죄)② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 선거운동과 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자 나. 제59조제2호 단서를 위반하여 후보자 또는 예비후보자가 아닌 자로서 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송한 자, 같은 조 같은 호 단서를 위반하여 5회를 초과하여 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송한 자, 같은 조 제3호 단서를 위반하여 후보자 또는 예비후보자가 아닌 자로서 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송한 자

2) 위와 같은 법률 개정으로 인하여 헌법재판소에서 위헌 결정이 선고된 인터넷과 전자우편 외에 문자메시지에 대하여도 선거운동기간 중이거나 그 전이거나를 불문하고 이를 이용한 선거운동이 전면적으로 허용되었음은 원심이 설치한 바와 같다.

3) 그러나 위에서 본 바와 같이 개정된 공직선거법 제59조 제2호에서는 선거운동이 허용되는 문자메시지의 범위에서 음성·화상·동영상은 제외하고 있다.

또한 공직선거법 제59조 제2호를 위반한 행위에 대한 벌칙조항인 공직선거법 제256조 제2항 제1호 제나목은 자동 통신통신 방법으로 문자메시지를 전송할 수 없는 사람이 이를 전송한 경우와 전송 가능 횟수를 초과한 경우에만 이를 처벌하는 규정을 두고 있을 뿐 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송하거나 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고하지 아니한 전화번호로 문자메시지를 보낸 경우에 대하여는 아무런 처벌규정을 두고 있지 않다.

4) 따라서 단순한 문자메시지가 아닌 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송한 경우에는 공직선거법 제59조 제2호나 공직선거법 제256조 제2항 제1호 제나목으로는 이를 규제할 방법이 없고, 다만 그것이 선거운동에 해당할 경우에만 사전선거운동을 금지하는 공직선거법 제254조 제2항에 의하여 이를 처벌할 수 있을 뿐이다.

그런데 위 음성·화상·동영상의 전송 행위가 선거운동에까지는 이르지 아니하는 행위로서 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당할 때에는 선거운동의 경우에만 적용되는 공직선거법 제254조 제2항 또한 적용될 수 없는 것이어서 처벌의 공백이 발생할 수밖에 없는바, 이러한 행위를 처벌하지 아니함은 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련된 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여하고자 하는 공직선거법의 입법 목적에 반하는 것이다.

5) 그러므로 음성·화상·동영상을 선거구민들의 휴대전화로 전송한 경우에 그것이 선거운동에까지는 이르지 아니하는 행위로서 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당할 때에는 이를 공직선거법 제93조 제1항이 정한 탈법행위의 수단으로서 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 보는 것이 합당하다.

나아가 공직선거법 제59조 제2호에서 선거운동으로 허용되는 행위의 태양을 '문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법'이라고 명확히 규정하고 있으므로 음성·화상·동영상을 포함하는 문자메시지를 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 탈법행위로서 '그 밖에 이와 유사한 것'에 포함된다고 해석하는 것이 죄형법정주의나 유추해석금지의 원칙에 저촉된다고 보이지도 아니한다.

6) 이 사건에 관하여 보건대, 피고인이 선거구민들에게 전송한 문자메시지는 그 내용이 "△△구청장피고인이 ○○의 새로운 부흥시대를 열기 위해 '역동하라 ○○경제'라는 책을 출간했습니다.

출판기념회세미나 저자 주제발표 동영상→[http://youtu.be/\(이하 생략\)](http://youtu.be/(이하 생략))"인데, 위 문자메시지를 휴대전화로 전송받은 사람들은 링크된 주소를 클릭하기만 하면 곧바로 위 동영상으로 연결되어 이를 시청할 수 있다는 점에서 이러한 문자메시지의 전송 행위는 실질적으로 동영상을 첨부하여 전송하는 것과 동일한 행위로 평가할 수 있다.

또한 위 동영상을 캡처한 사진(증거기록 제60 내지 65쪽)을 보면 세미나장의 현수막에 "피고인의 '역동하라, ○○경제' 출판기념세미나"라는 문구가, 빔 프로젝터 화면에 'CreativeEO 피고인의 외침'이라는 문구가 각 기재되어 있고, 단상에 설치된 축하화환의 리본에 '□□□당'이라는 글자가 새겨져 있음을 알 수 있다.

이러한 사정에 비추어 보면 위 동영상이 링크된 문자메시지는 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 후보자가 되고자 하는 자의 성명 등을 나타내는 탈법행위의 수단으로서 공직선거법 제93조 제1항이 배부 등을 금지하는 '그 밖에 이와

유사한 것'에 해당된다고 평가하지 않을 수 없다.

- 7) 따라서 이 부분 공소사실에 대하여 무죄로 판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 있다.

3. 결론

그렇다면 검사의 무죄부분에 대한 항소는 이유 있으므로, 피고인과 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 전부 파기하고(원심판결 중 위와 같이 파기되어야 하는 무죄부분과 나머지 유죄부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형을 선고하여야 하므로 원심판결 전부가 파기되지 않을 수 없다) 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.