

공직선거법위반·정치자금법위반

[광주고등법원 2016. 11. 17. 2016노385]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 조재철(기소), 김환(공판)

【변 호 인】 변호사 이상열

【원심판결】 광주지방법원 목포지원 2016. 9. 1. 선고 2016고합42 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인들을 각 벌금 500,000원에 처한다.

피고인들이 위 각 벌금을 납입하지 아니하는 경우 각 100,000원을 1일로 환산한 기간 피고인들을 노역장에 유치한다.

피고인들에게 위 각 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 법리오해

가) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반 및 사전선거운동

피고인들이 원심판결 별지 범죄일람표 기재 문자메시지(이하 '이 사건 문자메시지'라 한다)를 전송한 것은 일상적·의례적·사교적인 행위에 불과하여 선거운동에 해당하지 않는다.

나) 탈법방법에 의한 문서 등 배부

자동 동보통신을 통한 이 사건 문자메시지 전송행위를 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 탈법방법에 의한 문서 등 배부에 해당한다고 해석하는 것은 '인터넷 홈페이지 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 공직선거법 제93조 제1항의 '그 밖에 이와 유사한 것'에 해당하지 않는다고 한 헌법재판소의 한정위헌결정(헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173, 191 전원재판부 결정)의 취지 등에 반하여 허용되지 않는다.

다) 정치자금 부정수수

이 사건 문자메시지 전송행위가 선거운동에 해당하지 않으므로, 피고인 1이 피고인 2로부터 이 사건 문자메시지 전송에 소요된 경비를 제공받았다고 하더라도 이를 정치자금 부정수수에 해당한다고 할 수 없다.

라) 선거비용 부정지출

이 사건 문자메시지 중 피고인 2가 피고인 1의 선거사무소 회계책임자로 선임된 후 전송된 별지 범죄일람표 순번 61 내지 64번 합계 2,121건의 문자메시지 전송행위가 선거운동이라고 할 수 없으므로, 이에 소요된 경비는 선거비용에 해당하지 않는다.

또한 피고인 1은 피고인 2의 이 부분 문자메시지 2,121건의 전송행위에 공모·가담한 사실이 없다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심의 형(피고인들 각 80만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

피고인들에 대한 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서 등 배부 및 사전선거운동에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 제20대 국회의원 선거 관련하여 2015. 12. 15. △△시 선거구에 예비후보자로 등록한 사람이고, 피고인 2는 피고인 1의 선거사무소에서 자원봉사자로 활동하다가 2016. 2. 3.경부터 회계책임자로 선임된 사람이다.

1) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반 및 탈법방법에 의한 문서 등 배부

선거일이 아닌 때에 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우, 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 5회를 넘을 수 없고, 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 후보자를 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 피고인들은 피고인 2가 피고인 1의 휴대전화번호(휴대전화번호 생략)를 이용하여 선거구민들에게 선거운동성 문자메시지를 전송하기로 공모하고, 피고인 2는 2016. 1. 2. 10:33경 △△시(주소 생략)에 있는 피고인 1의 선거사무소에서 인터넷 문자발송 사이트인 '◁◁◁◁'에 접속한 뒤, 선거구민 16명을 상대로 "피고인 1입니다

○○○와 함께 △△를 살리겠습니다.

새해 복 많이 받으세요"라는 내용의 문자메시지를 전송하는 등 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하였다.

2) 사전선거운동

제20대 국회의원 선거의 선거운동은 선거기간 개시일인 2016. 3. 31.부터 선거일 전일인 2016. 4. 12.까지에 한하여 할 수 있었다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 위와 같이 공모한 뒤, 피고인 2가 위와 같이 선거운동기간 전에 공직선거법에 규정된 방법 외의 방법으로 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 선거운동을 하였다.

나. 원심의 판단

원심은 그 거시 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

그리고 원심은 '이 사건 문자메시지 전송이 선거운동에 해당하지 않고, 피고인 1은 피고인 2와 범행을 공모한 바 없으며, 이 사건 문자메시지 전송행위에 대하여 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항이 적용되어서는 안된다'는 피고인들의 주장에 대하여 그 판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 가.항 내지 다.항에서 관련 법리와 함께 자세한 사정들을 들어 이를 배척하였다.

다.

당심의 판단

1) 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위인지 여부

가) 관련 법리

- (1) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반에 관한 공직선거법 제59조 제2호는 문자메시지를 전송하는 방법으로 '선거운동'을 하는 경우를 규정하고 있고, 사전선거운동에 관한 공직선거법 제254조 제2항은 선거운동기간 전 '선거운동'을 금지하고 있다.

그리고 탈법방법에 의한 문서 등 배부에 관한 공직선거법 제93조 제1항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'를 금지하고 있다.

그러므로 위 규정들의 적용에 있어서는 '선거운동' 내지 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'의 의미와 범위를 정하는 것이 핵심 쟁점이 된다.

- (2) 대의민주주의 체제의 선거에서는 선거인과 정치인 사이의 원활한 접촉과 소통을 통하여 공직후보자에 대한 풍부한 정보를 알 수 있고 알릴 수 있는 기회가 폭넓게 제공되어야 한다.

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

또한 공직에 있는 정치인과 그렇지 않은 정치인 사이의 실질적 기회균등을 보장하기 위해서는 정치인이 평소 정치적 기반을 다지는 행위가 폭넓게 허용되어야 한다.

아울러 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성의 원칙에 따라 형사처벌의 전제가 되는 선거운동의 의미를 명확하고 제한적으로 해석할 것이 요청된다.

한편 선거운동은 선거일과 밀접한 관계에 있고, 같은 내용의 활동이라도 선거일에 가까운 시기에 하게 될수록 선거인의 관점에서 객관적으로 파악할 때 선거운동으로 인식될 가능성이 높아진다.

이러한 선거운동의 자유와 공정 및 기회균등, 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.

- 즉, 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 하고, ② 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 인식할만한 객관적인 사정에 근거하여야 하며, ③ 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 문제된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야 하고, ④ 정치인이 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(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결 참조).

- (3) 한편, 공직선거법 제93조 제1항에서 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 전제 아래 그에 정한 행위를 제한하고 있는 것은 고의 이외에 초과주관적 요소로서 '선거에 영향을 미치게 할 목적'을 범죄성립요건으로 규정한 것이므로, 비록 그 목적에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식으로 충분하다고는 하더라도, 위 규정의 입법 목적이 선거의 공정성과 평온성을 침해하는 탈법적인 행위를 차단함으로써 공공의 이익을 도모하는 것임을 염두에 두고 합리적으로 판단하여야 하며, 그러한 목적이 있는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자·경쟁 후보자 또는 정당과의 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단 및 방법, 행위의 내용과 태양, 행위 당시의 사회 상황 등을 종합하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결 등 참조).

나) 인정사실

원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실들이 인정된다.

- ① 피고인 1은 1987년경부터 >>> 기자로 근무해오다가 2007년경 사직한 후 청소년 인재 육성사업, 장학금 지원, 장애인 의수족 지원, 다문화가족 지원, 무료급식 지원 등을 목적으로 하는 □□□□□□포럼을 설립하고 정치·사회활동을 하여 왔다.

피고인 2는 2006년경 >>>에서 피고인 1과 직장 선후배 관계로 만나 알게 된 후 >>>를 퇴사하고 2010년경 피고인 1의 권유로 위 포럼의 일을 돕기 시작한 이래 피고인 1을 위한 각종 문자메시지 전송 등의 일을 해왔다.

그리고 피고인 2는 2011년경 공소외 1 유한회사를 설립하여 운영하고 있다.

- ② 피고인 1은 2008년경 제18대 국회의원선거 출마를 준비하고, 2012년경 제19대 국회의원선거에서 △△시 선거구 예비후보로 등록하는 등 △△ 지역에서 꾸준히 정치활동을 해왔으며, 2015. 12. 15. 제20대 국회의원선거 △△시 선거구 예비후보 등록을 마쳤다.

피고인 2는 2012년경 제19대 국회의원선거 예비후보였던 피고인 1을 위해 자원봉사자로 활동하였고, 피고인 1이 제20대 국회의원선거 예비후보로 등록하고 선거사무소를 개설한 2015. 12. 15.경부터는 피고인 1의 선거사무소에서 자원봉사자로 일하였으며, 2016. 2. 3.경에는 회계책임자로 선임되었다.

- ③ 피고인 2는 2011년경 공소외 2 주식회사가 운영하는 인터넷 문자메시지 전송 사이트인 '◁◁◁◁◁'에 "아이다: (아이다 생략), 가입자: 공소외 1 유한회사"로 가입한 후, 피고인 1을 위해 피고인 1의 휴대전화번호(휴대전화번호 생략)를 통한 문자메시지 전송을 시작하였다.

피고인이 피고인 2는 위 사이트의 이용에 휴대전화기 명의인의 본인인증 절차가 필요하게 되자 2015. 10. 14. 피고인 1에게 부탁하여 그 명의로 본인인증 절차를 거치기도 하였다.

- ④ 한편 피고인 1은 위 '◁◁◁◁◁' 사이트를 이용한 이 사건 문자메시지 전송 이외에, 2015. 12. 22. 본인 명의로 공소외 3 주식회사와 인터넷전화(문자) 서비스 이용계약을 체결하고, 해당 서비스에 따라 부여된 전화번호를 관할 선거관리위원회에 신고한 후 선거사무소 자원봉사자 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6 등으로 하여금 선거 관련 문자메시지를 전송하도록 하였다.

- ⑤ △△시 선거구에서는 제18, 19대 국회의원선거에서 연이어 당선된 공소외 7 의원이 현역 국회의원이었는데, 2016. 2. 6. ♡♡♡뉴스에서 실시한 제20대 국회의원선거 △△시 선거구 여론조사 결과, 공소외 7 의원이 선호도 24.5% 혹은 25.3%로 1위, 피고인 1이 선호도 21.5% 혹은 24.65%로 2위를 차지하는 것으로 나타났다.

피고인 1은 ○○○ 의원 등이 주축이 되어 창당한 '♡♡♡당' 창당발기인으로 활동하는 등 제20대 국회의원 선거를 준비하였으나, 피고인 1이 위 여론조사 결과를 공표한 행위를 계기로 이 사건에 대한 관할 선거관리위원회의 고발이

이루어진 후 출마를 포기하였고, △△시 선거구에서 제20대 국회의원으로 공소외 7 의원이 재차 당선되었다.

다) 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지

위 인정사실과 원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 문자메시지 전송행위는 제20대 국회의원선거와 관련하여 당해 선거인의 관점에서 피고인 1의 국회의원 선거 당락을 도모하는 행위임을 명백히 인식할만한 정도의 것으로 보기 어렵고, 피고인 1이 피고인 2를 통해 일상적·의례적·사고적으로 해오던 사회활동에 해당한다고 볼 여지도 크므로, 이를 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 단정할 수 없다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제하고 이 부분 문자메시지 전송행위가 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당한다고 인정하기에 부족하다고 할 것이다.

- ① 이 부분 문자메시지의 내용을 보면, 피고인 1이 참석한 모임에 참석하였던 사람들에게 안부인사, 감사인사를 표시하고, 이에 더하여 '△△의 효자가 되겠습니다', '열심히 하겠습니다', '늘 노력하는 피고인 1이 되겠습니다', '새해에도 더욱 노력하는 모습 보여드리겠습니다', '○○아파트 주민들의 편의와 복지를 위해 열심히 노력하겠습니다'라는 등 평소 사용하는 관용적인 문구나 추상적인 포부를 표시하는 문구를 부가한 것에 불과하다.
- ② 피고인들은 이 사건 문자메시지에 대하여 위 포럼 또는 소규모 모임이나 행사 등을 마친 후 의례적인 인사로 참석자들에게 보낸 것이라고 주장하는데, 피고인 1의 사회활동 내용이나 범위, 그 기간 등에 비추어 보면, 이 부분 문자메시지는 피고인 1이 일상적인 사회활동으로서 지역사회의 행사나 모임 등에 참석한 후 그 참석자들에게 의례적인 감사인사를 한 것이거나 지인 등에게 안부인사를 한 것으로 볼 여지가 충분하다.
- ③ 이 부분 문자메시지 중 제일 마지막에 보내진 문자메시지는 2016. 1. 22.경 전송되었는데 이는 선거일 약 3개월 전이었다.

나아가 별지 범죄일람표 순번 1 내지 15, 31 내지 38번 문자메시지는 제20대 국회의원선거 예비후보 등록이 시작된 2015. 12. 15. 전에 보내진 것으로서, 선거일과 약 4개월 내지 5개월 정도 시간적 간격이 있었다.

또한 이 부분 문자메시지는 대체로 몇 십 명, 몇 백 명 단위의 비교적 소규모 인원에게 전송되었다.

- ④ 피고인들에 대하여 선거관리위원회에서 조사한 문자메시지는 2015. 11. 2.경부터 2016. 2. 21.까지 총 127,687건에 이른다.

이는 공소사실에 기재된 문자메시지 건수의 약 4.6배에 해당하는 양이다.

그 내용도 '○○모임에서 반갑게 맞아주셔서 감사했습니다', '어제 저녁 ○○모임 너무 멋졌습니다.

제가 회원이라는게 자랑스럽습니다', '야유회 잘 다녀오셨죠? 함께 가지 못했지만 마음은 늘 함께합니다.

사랑합니다' 등으로 이 부분 문자메시지의 내용과 별다른 차이점이 없다.

다만 선거관리위원회는 '효자가 되겠다.

노력하겠다.

열심히 하겠다'와 같은 표현이 부가된 문자메시지 등을 선별하여 고발한 것으로 보이는데, 그러한 문구는 정치적인 목표를 가지고 사회활동을 하는 사람이라면 일반적으로 할 수 있는 의례적인 인사말로 볼 수 있다.

라) 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지

위 인정사실과 원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 문자메시지 전송행위는 제20대 국회의원선거와 관련하여 당해 선거인의 관점에서 당락을 도모하는 행

위임을 명백히 인식할만한 정도의 것에 해당한다고 볼 수 있다.

그러므로 이 부분 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 인정할 수 있다.

- ① 이 부분 문자메시지 전송행위는 모두 피고인 1이 제20대 국회의원선거 △△시 선거구의 예비후보등록을 마친 2015. 12. 15. 이후 이루어졌고, 별지 범죄일람표 순번 39 내지 64번의 문자메시지에는 피고인 1이 국회의원선거 예비후보임이 명시적으로 표시되어 있다.
- ② 별지 범죄일람표 22, 23, 41 내지 45, 55 내지 60번의 문자메시지에는 ○○○와 함께 △△를 살리겠다거나 ○○○ 신당의 창당발기인으로 참여한다는 등의 내용이 기재되어 있는데, 당시는 제20대 국회의원선거를 앞두고 ○○○ 의원의 '♡♡♡당'이 호남 지역에서 상당한 지지를 얻을 것으로 예상되고 있는 때였으므로, 위와 같은 내용이 기재된 문자메시지는 일반 선거인들의 입장에서 제20대 국회의원선거 예비후보로 등록한 피고인 1이 제20대 국회의원선거에서의 지지를 호소하기 위하여 전송한 것임을 어렵지 않게 알 수 있었을 것으로 보인다.
- ③ 별지 범죄일람표 순번 39번 문자메시지는 위 포럼 전체 회원 20,441명에게 전송된 것으로서, 평소 피고인 1의 활동에 대하여 어느 정도 알고 있었을 것으로 보이는 포럼 회원들로서는 피고인 1로부터 제20대 국회의원선거에 대한 포부를 밝히는 이러한 문자메시지를 받고 지지를 호소하는 취지임을 쉽게 알 수 있었을 것이다.
- ④ 별지 범죄일람표 순번 40, 46번 문자메시지는 피고인들이 운영하는 인터넷 카페에 가입할 것을 권유하면서 피고인 1이 당선되면 △△ 발전을 위한 변화가 있을 것이라는 취지를 홍보하는 내용이다.
- ⑤ 별지 범죄일람표 순번 47 내지 63번 문자메시지는 특정 직역이나 종교, 가입 정당 등에 따라 관심을 끌 수 있는 내용들을 적시하면서 해당 선거인 등에게 지지를 호소하는 내용이다.
- ⑥ 별지 범죄일람표 순번 64의 문자메시지는 2,069명에게 피고인 1이 선두라는 여론조사를 홍보하면서 후원을 요청하는 내용인데, 이와 같은 여론조사의 공표 등은 유권자의 표심에 직접적인 영향을 미칠 수 있다.

3) 피고인들의 공모 및 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 적용 여부

선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 인정되는 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위의 경우, 이에 관한 피고인들의 공모와 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항 적용 여부는 원심의 이 부분 판단(원심판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 나.항 및 다.항)를 정당한 것으로 충분히 수긍할 수 있으므로, 이 부분을 다투는 피고인들의 주장은 이유 없다.

4) 소결

결국 이 사건 문자메시지 중 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위는 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서 등 배부 및 사전선거운동의 유죄로 인정할 수 있고, 반면 나머지 부분은 유죄로 인정할 만한 증거가 부족하다고 할 것이므로, 나머지 부분인 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지에 대한 피고인의 법리오해 주장은 이유 있다.

3. 정치자금 부정수수에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

정치자금법에 의하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받아서 아니됨에도 불구하고, 피고인들은 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 피고인 1의 위 선거사무소 등에서 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하며 소요된 경비 1,248,792원을 피고인 2가 운영하는 공소외 1 유한회사 명의 계좌를 통해 위 '◁◁◁◁' 사이트 가상계좌에 충전된 금액으로 충당하게 하였다.

이로써 피고인 2는 정치자금법에 의하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하고, 피고인 1은 같은 방법으로 정치자금을 기부받았다.

나. 원심의 판단

원심은 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 문자메시지 전송행위 전부를 선거운동으로 판단하고, 이에 소요된 경비를 피고인 2가 기부하고 피고인 1이 수수하였다는 이 부분 공소사실을 그 거시 증거에 의하여 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 관련 법리

정치자금법 제45조 제1항은 정치활동을 하는 자에게 정치자금법에서 정하지 않은 방법으로 제공되는 모든 금전 등의 수수행위 일체를 금지하는 것이 아니라 '정치활동을 위하여 제공되는 금전 등으로서 정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전 등을 수수하는 행위'에 한하여 처벌한다는 취지이다(대법원 2014. 10. 30. 선고 2012도12394 판결 참조).

형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 그 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는바, 이러한 엄격해석의 원칙상 간접적 내지 사실상 선거활동 내지 정당활동에 도움이 되는 활동이라 할지라도 기본적으로 그 속성 자체가 사적인 의미를 가지는 활동은 정치활동에 포함되지 않는다고 보아야 한다(정치자금법 제2조 제3항 제3호는 향우회·동창회·종친회, 산악회 등 동호인회, 계모임 등 개인간의 사적 모임의 회비 그 밖의 지원경비를 정치활동을 위한 경비가 아니라 사적 경비라고 명시하고 있다).

2) 판단

별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 볼 수 있으므로, 이에 소요된 경비는 정치자금에 해당한다.

반면, 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 볼 수 없고, 앞서 살펴본 바와 같이 피고인 1이 피고인 2를 통해 일상적·의례적·사교적으로 해오던 사회활동에 해당한다고 볼 여지가 크므로, 이에 소요된 금원을 '정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전'으로서 정치자금에 해당한다고 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제하고 이 부분 문자메시지 전송에 소요된 금원이 정치자금에 해당한다고 인정하기에 부족하다. 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 위 '◁◁◁◁◁' 사이트에서 문자메시지 전송 서비스를 이용하는 데 필요한 비용은 단문의 경우 1건 당 17원, 장문의 경우 1건 당 50원인 사실을 인정할 수 있다.

그러므로 이 부분 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 전송에 소요된 비용 93,590원(단문 4,120건 70,040원 + 장문 471건 23,550원) 부분은 이를 유죄로 인정할 수 없고, 유죄로 인정되는 부분은 나머지 문자메시지 23,174건(27,765건 - 4,591건)에 소요된 비용 1,155,202원(1,248,792원 - 93,590원) 부분에 한정된다.

따라서 원심판결 중 위와 같이 당심에서 무죄로 인정되는 부분에 대한 피고인의 법리오해 주장은 이유 있다.

4. 선거비용 부정지출에 대하여

이 부분 공소사실은 피고인 2가 회계책임자로 선임된 후 전송된 별지 범죄일람표 순번 61 내지 64번 합계 2,121건의 문자메시지 전송행위에 소요된 경비 106,050원에 관한 것으로서, 앞서 살펴본 바와 같이 이 부분 문자메시지 전송행위는 선거운동으로 볼 수 있으므로, 이에 소요된 경비의 지출은 선거비용의 지출에 해당한다.

한편 피고인 1은 원심에서도 이 사건 범행에 대한 공모·가담을 부인하는 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 그 판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 나.항 및 라.항에서 자세한 사정들을 들어 이를 배척하였는 바, 원심이 든 사정들에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정을 더하여 보면, 피고인 1이 이 부분 범행에 공모·가담한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

그러므로 피고인들의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

- ① 피고인 1은 피고인 2가 위 '◁◁◁◁' 사이트에 개인적으로 가입하여 피고인 2의 비용으로 문자메시지를 보내고 있다는 사실을 알고 있었고, 앞서 본 바와 같이 그 사이트에서 문자메시지를 보내는 데에 인증절차를 진행해주기도 하였다.
- ② 피고인 1은 위 '◁◁◁◁' 사이트의 문자메시지 발송 업무와 선거관리위원회에 신고한 인터넷 서비스를 이용한 문자메시지 발송 업무를 별개로 관리하면서 서로 혼선이 빚어지지 않도록 그 담당자도 서로 달리 지정하였던 것으로 보인다.
- ③ 피고인 1은 2015. 11.경부터 자신의 주거지에서 위 '◁◁◁◁' 사이트에 직접 접속해왔고, 이 부분 문자메시지 전송을 전후한 2016. 2. 6.경 2016. 2. 10.경 및 2016. 2. 17.경에도 위 사이트에 접속하였다.

5. 결론

이 사건 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 부분 각 공직선거법위반의 점 및 정치자금 부정수수로 인한 정치자금법위반의 점에 대한 피고인들의 항소는 이유 있다.

그런데 원심은 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 피고인들 별로 각 1개의 형을 선고하였으므로, 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 전부 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 법리오해

가) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반 및 사전선거운동

피고인들이 원심판결 별지 범죄일람표 기재 문자메시지(이하 '이 사건 문자메시지'라 한다)를 전송한 것은 일상적·의례적·사교적인 행위에 불과하여 선거운동에 해당하지 않는다.

나) 탈법방법에 의한 문서 등 배부

자동 동보통신을 통한 이 사건 문자메시지 전송행위를 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 탈법방법에 의한 문서 등 배부에 해당한다고 해석하는 것은 '인터넷 홈페이지 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 공직선거법 제93조 제1항의 '그 밖에 이와 유사한 것'에 해당하지 않는다고 한 헌법재판소의 한정위헌결정(헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173, 191 전원재판부 결정)의 취지 등에 반하여 허용되지 않는다.

다) 정치자금 부정수수

이 사건 문자메시지 전송행위가 선거운동에 해당하지 않으므로, 피고인 1이 피고인 2로부터 이 사건 문자메시지 전송에 소요된 경비를 제공받았다고 하더라도 이를 정치자금 부정수수에 해당한다고 할 수 없다.

라) 선거비용 부정지출

이 사건 문자메시지 중 피고인 2가 피고인 1의 선거사무소 회계책임자로 선임된 후 전송된 별지 범죄일람표 순번 61 내지 64번 합계 2,121건의 문자메시지 전송행위가 선거운동이라고 할 수 없으므로, 이에 소요된 경비는 선거비용에 해당하지 않는다.

또한 피고인 1은 피고인 2의 이 부분 문자메시지 2,121건의 전송행위에 공모·가담한 사실이 없다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심의 형(피고인들 각 80만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

피고인들에 대한 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서 등 배부 및 사전선거운동에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 제20대 국회의원 선거 관련하여 2015. 12. 15. △△시 선거구에 예비후보자로 등록한 사람이고, 피고인 2는 피고인 1의 선거사무소에서 자원봉사자로 활동하다가 2016. 2. 3.경부터 회계책임자로 선임된 사람이다.

1) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반 및 탈법방법에 의한 문서 등 배부

선거일이 아닌 때에 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우, 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 5회를 넘을 수 없고, 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 후보자를 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 피고인들은 피고인 2가 피고인 1의 휴대전화번호(휴대전화번호 생략)를 이용하여 선거구민들에게 선거운동성 문자메시지를 전송하기로 공모하고, 피고인 2는 2016. 1. 2. 10:33경 △△시(주소 생략)에 있는 피고인 1의 선거사무소에서 인터넷 문자발송 사이트인 '◁◁◁◁◁'에 접속한 뒤, 선거구민 16명을 상대로 "피고인 1입니다

○○○와 함께 △△를 살리겠습니다.

새해 복 많이 받으세요"라는 내용의 문자메시지를 전송하는 등 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하였다.

2) 사전선거운동

제20대 국회의원 선거의 선거운동은 선거기간 개시일인 2016. 3. 31.부터 선거일 전일인 2016. 4. 12.까지에 한하여 할 수 있었다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 위와 같이 공모한 뒤, 피고인 2가 위와 같이 선거운동기간 전에 공직선거법에 규정된 방법 외의 방법으로 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 선거운동을 하였다.

나. 원심의 판단

원심은 그 거시 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

그리고 원심은 '이 사건 문자메시지 전송이 선거운동에 해당하지 않고, 피고인 1은 피고인 2와 범행을 공모한 바 없으며, 이 사건 문자메시지 전송행위에 대하여 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항이 적용되어서는 안된다'는 피고인들의 주장에 대하여 그 판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 가.항 내지 다.항에서 관련 법리와 함께 자세한 사정들을 들어 이를 배척하였다.

다.

당심의 판단

1) 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위인지 여부

가) 관련 법리

(1) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반에 관한 공직선거법 제59조 제2호는 문자메시지를 전송하는 방법으로 '선거운동'을 하는 경우를 규정하고 있고, 사전선거운동에 관한 공직선거법 제254조 제2항은 선거운동기간 전 '선거운동'을 금지하고 있다.

그리고 탈법방법에 의한 문서 등 배부에 관한 공직선거법 제93조 제1항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'를 금지하고 있다.

그러므로 위 규정들의 적용에 있어서는 '선거운동' 내지 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'의 의미와 범위를 정하는 것이 핵심 쟁점이 된다.

(2) 대의민주주의 체제의 선거에서는 선거인과 정치인 사이의 원활한 접촉과 소통을 통하여 공직후보자에 대한 풍부한 정보를 알 수 있고 알릴 수 있는 기회가 폭넓게 제공되어야 한다.

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

또한 공직에 있는 정치인과 그렇지 않은 정치인 사이의 실질적 기회균등을 보장하기 위해서는 정치인이 평소 정치적 기반을 다지는 행위가 폭넓게 허용되어야 한다.

아울러 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성의 원칙에 따라 형사처벌의 전제가 되는 선거운동의 의미를 명확하고 제한적으로 해석할 것이 요청된다.

한편 선거운동은 선거일과 밀접한 관계에 있고, 같은 내용의 활동이라도 선거일에 가까운 시기에 하게 될수록 선거인의 관점에서 객관적으로 파악할 때 선거운동으로 인식될 가능성이 높아진다.

이러한 선거운동의 자유와 공정 및 기회균등, 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.

즉, 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 하고, ② 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 인식할만한 객관적인 사정에 근거하여야 하며, ③ 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 문제된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야 하고, ④ 정치인이 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(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결 참조).

- (3) 한편, 공직선거법 제93조 제1항에서 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 전제 아래 그에 정한 행위를 제한하고 있는 것은 고의 이외에 초과주관적 요소로서 '선거에 영향을 미치게 할 목적'을 범죄성립요건으로 규정한 것이므로, 비록 그 목적에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식으로 충분하다고는 하더라도, 위 규정의 입법 목적이 선거의 공정성과 평온성을 침해하는 탈법적인 행위를 차단함으로써 공공의 이익을 도모하는 것임을 염두에 두고 합리적으로 판단하여야 하며, 그러한 목적이 있는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자·경쟁 후보자 또는 정당과의 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단 및 방법, 행위의 내용과 태양, 행위 당시의 사회 상황 등을 종합하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결 등 참조).

나) 인정사실

원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실들이 인정된다.

- ① 피고인 1은 1987년경부터 >>> 기자로 근무해오다가 2007년경 사직한 후 청소년 인재 육성사업, 장학금 지원, 장애인 의수족 지원, 다문화가족 지원, 무료급식 지원 등을 목적으로 하는 □□□□□□포럼을 설립하고 정치·사회활동을 하여 왔다.

피고인 2는 2006년경 >>>에서 피고인 1과 직장 선후배 관계로 만나 알게 된 후 >>>를 퇴사하고 2010년경 피고인 1의 권유로 위 포럼의 일을 돕기 시작한 이래 피고인 1을 위한 각종 문자메시지 전송 등의 일을 해왔다.

그리고 피고인 2는 2011년경 공소외 1 유한회사를 설립하여 운영하고 있다.

- ② 피고인 1은 2008년경 제18대 국회의원선거 출마를 준비하고, 2012년경 제19대 국회의원선거에서 △△시 선거구 예비후보로 등록하는 등 △△ 지역에서 꾸준히 정치활동을 해왔으며, 2015. 12. 15. 제20대 국회의원선거 △△시 선거구 예비후보 등록을 마쳤다.

피고인 2는 2012년경 제19대 국회의원선거 예비후보였던 피고인 1을 위해 자원봉사자로 활동하였고, 피고인 1이 제20대 국회의원선거 예비후보로 등록하고 선거사무소를 개설한 2015. 12. 15.경부터는 피고인 1의 선거사무소에서 자원봉사자로 일하였으며, 2016. 2. 3.경에는 회계책임자로 선임되었다.

- ③ 피고인 2는 2011년경 공소외 2 주식회사가 운영하는 인터넷 문자메시지 전송 사이트인 '◁◁◁◁◁'에 "아이다: (아이다 생략), 가입자: 공소외 1 유한회사"로 가입한 후, 피고인 1을 위해 피고인 1의 휴대전화번호(휴대전화번호 생략)를 통한 문자메시지 전송을 시작하였다.

피고인이 피고인 2는 위 사이트의 이용에 휴대전화기 명의인의 본인인증 절차가 필요하게 되자 2015. 10. 14. 피고인 1에게 부탁하여 그 명의로 본인인증 절차를 거치기도 하였다.

- ④ 한편 피고인 1은 위 '◁◁◁◁◁' 사이트를 이용한 이 사건 문자메시지 전송 이외에, 2015. 12. 22. 본인 명의로 공소외 3 주식회사와 인터넷전화(문자) 서비스 이용계약을 체결하고, 해당 서비스에 따라 부여된 전화번호를 관할 선거관리위원회에 신고한 후 선거사무소 자원봉사자 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6 등으로 하여금 선거 관련 문자메시지

를 전송하도록 하였다.

- ⑤ △△시 선거구에서는 제18, 19대 국회의원선거에서 연이어 당선된 공소외 7 의원이 현역 국회의원이었었는데, 2016. 2. 6. ♡♡♡뉴스에서 실시한 제20대 국회의원선거 △△시 선거구 여론조사 결과, 공소외 7 의원이 선호도 24.5% 혹은 25.3%로 1위, 피고인 1이 선호도 21.5% 혹은 24.65%로 2위를 차지하는 것으로 나타났다.

피고인 1은 ○○○ 의원 등이 주축이 되어 창당한 '♡♡♡당' 창당발기인으로 활동하는 등 제20대 국회의원 선거를 준비하였으나, 피고인 1이 위 여론조사 결과를 공표한 행위를 계기로 이 사건에 대한 관할 선거관리위원회의 고발이 이루어진 후 출마를 포기하였고, △△시 선거구에서 제20대 국회의원으로 공소외 7 의원이 재차 당선되었다.

다) 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지

위 인정사실과 원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 문자메시지 전송행위는 제20대 국회의원선거와 관련하여 당해 선거인의 관점에서 피고인 1의 국회의원 선거 당락을 도모하는 행위임을 명백히 인식할만한 정도의 것으로 보기 어렵고, 피고인 1이 피고인 2를 통해 일상적·의례적·사교적으로 해오던 사회활동에 해당한다고 볼 여지도 크므로, 이를 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 단정할 수 없다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제하고 이 부분 문자메시지 전송행위가 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당한다고 인정하기에 부족하다고 할 것이다.

- ① 이 부분 문자메시지의 내용을 보면, 피고인 1이 참석한 모임에 참석하였던 사람들에게 안부인사, 감사인사를 표시하고, 이에 더하여 '△△의 효자가 되겠습니다', '열심히 하겠습니다', '늘 노력하는 피고인 1이 되겠습니다', '새해에도 더욱 노력하는 모습 보여드리겠습니다', '○○아파트 주민들의 편의와 복지를 위해 열심히 노력하겠습니다'라는 등 평소 사용하는 관용적인 문구나 추상적인 포부를 표시하는 문구를 부가한 것에 불과하다.
- ② 피고인들은 이 사건 문자메시지에 대하여 위 포럼 또는 소규모 모임이나 행사 등을 마친 후 의례적인 인사로 참석자들에게 보낸 것이라고 주장하는데, 피고인 1의 사회활동 내용이나 범위, 그 기간 등에 비추어 보면, 이 부분 문자메시지는 피고인 1이 일상적인 사회활동으로서 지역사회의 행사나 모임 등에 참석한 후 그 참석자들에게 의례적인 감사인사를 한 것이거나 지인 등에게 안부인사를 한 것으로 볼 여지가 충분하다.
- ③ 이 부분 문자메시지 중 제일 마지막에 보내진 문자메시지는 2016. 1. 22.경 전송되었는데 이는 선거일 약 3개월 전이었다.

나아가 별지 범죄일람표 순번 1 내지 15, 31 내지 38번 문자메시지는 제20대 국회의원선거 예비후보 등록이 시작된 2015. 12. 15. 전에 보내진 것으로서, 선거일과 약 4개월 내지 5개월 정도 시간적 간격이 있었다.

또한 이 부분 문자메시지는 대체로 몇 십 명, 몇 백 명 단위의 비교적 소규모 인원에게 전송되었다.

- ④ 피고인들에 대하여 선거관리위원회에서 조사한 문자메시지는 2015. 11. 2.경부터 2016. 2. 21.까지 총 127,687건에 이른다.

이는 공소사실에 기재된 문자메시지 건수의 약 4.6배에 해당하는 양이다.

그 내용도 '○○모임에서 반갑게 맞아주셔서 감사했습니다', '어제 저녁 ○○모임 너무 멋졌습니다.

제가 회원이라는게 자랑스럽습니다', '야유회 잘 다녀오셨죠? 함께 가지 못했지만 마음은 늘 함께합니다.

사랑합니다' 등으로 이 부분 문자메시지의 내용과 별다른 차이점이 없다.

다만 선거관리위원회는 '효자가 되겠다.

노력하겠다.

열심히 하겠다'와 같은 표현이 부가된 문자메시지 등을 선별하여 고발한 것으로 보이는데, 그러한 문구는 정치적인 목표를 가지고 사회활동을 하는 사람이라면 일반적으로 할 수 있는 의례적인 인사말로 볼 수 있다.

라) 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지

위 인정사실과 원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 문자메시지 전송행위는 제20대 국회의원선거와 관련하여 당해 선거인의 관점에서 당락을 도모하는 행위임을 명백히 인식할만한 정도의 것에 해당한다고 볼 수 있다.

그러므로 이 부분 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 인정할 수 있다.

- ① 이 부분 문자메시지 전송행위는 모두 피고인 1이 제20대 국회의원선거 △△시 선거구의 예비후보등록을 마친 2015. 12. 15. 이후 이루어졌고, 별지 범죄일람표 순번 39 내지 64번의 문자메시지에는 피고인 1이 국회의원선거 예비후보임이 명시적으로 표시되어 있다.
- ② 별지 범죄일람표 22, 23, 41 내지 45, 55 내지 60번의 문자메시지에는 ○○○와 함께 △△를 살리겠다거나 ○○○ 신당의 창당발기인으로 참여한다는 등의 내용이 기재되어 있는데, 당시는 제20대 국회의원선거를 앞두고 ○○○ 의원의 '♡♡♡당'이 호남 지역에서 상당한 지지를 얻을 것으로 예상되고 있는 때였으므로, 위와 같은 내용이 기재된 문자메시지는 일반 선거인들의 입장에서 제20대 국회의원선거 예비후보로 등록한 피고인 1이 제20대 국회의원선거에서의 지지를 호소하기 위하여 전송한 것임을 어렵지 않게 알 수 있었을 것으로 보인다.
- ③ 별지 범죄일람표 순번 39번 문자메시지는 위 포럼 전체 회원 20,441명에게 전송된 것으로서, 평소 피고인 1의 활동에 대하여 어느 정도 알고 있었을 것으로 보이는 포럼 회원들로서는 피고인 1로부터 제20대 국회의원선거에 대한 포부를 밝히는 이러한 문자메시지를 받고 지지를 호소하는 취지임을 쉽게 알 수 있었을 것이다.
- ④ 별지 범죄일람표 순번 40, 46번 문자메시지는 피고인들이 운영하는 인터넷 카페에 가입할 것을 권유하면서 피고인 1이 당선되면 △△ 발전을 위한 변화가 있을 것이라는 취지를 홍보하는 내용이다.
- ⑤ 별지 범죄일람표 순번 47 내지 63번 문자메시지는 특정 직역이나 종교, 가입 정당 등에 따라 관심을 끌 수 있는 내용들을 적시하면서 해당 선거인 등에게 지지를 호소하는 내용이다.
- ⑥ 별지 범죄일람표 순번 64의 문자메시지는 2,069명에게 피고인 1이 선두라는 여론조사를 홍보하면서 후원을 요청하는 내용인데, 이와 같은 여론조사의 공표 등은 유권자의 표심에 직접적인 영향을 미칠 수 있다.

3) 피고인들의 공모 및 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 적용 여부

선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 인정되는 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위의 경우, 이에 관한 피고인들의 공모와 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항 적용 여부는 원심의 이 부분 판단(원심판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 나.항 및 다.

항)을 정당한 것으로 충분히 수긍할 수 있으므로, 이 부분을 다투는 피고인들의 주장은 이유 없다.

4) 소결

결국 이 사건 문자메시지 중 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위는 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서 등 배부 및 사전선거운동의 유죄로 인정할 수 있고, 반면 나머지 부분은 유죄로 인정할 만한 증거가 부족하다고 할 것이므로, 나머지 부분인 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번

문자메시지에 대한 피고인의 법리오해 주장은 이유 있다.

3. 정치자금 부정수수에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

정치자금법에 의하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받아서 아니됨에도 불구하고, 피고인들은 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 피고인 1의 위 선거사무소 등에서 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하며 소요된 경비 1,248,792원을 피고인 2가 운영하는 공소외 1 유한회사 명의 계좌를 통해 위 '◁◁◁◁◁' 사이트 가상계좌에 충전된 금액으로 충당하게 하였다.

이로써 피고인 2는 정치자금법에 의하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하고, 피고인 1은 같은 방법으로 정치자금을 기부받았다.

나. 원심의 판단

원심은 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 문자메시지 전송행위 전부를 선거운동으로 판단하고, 이에 소요된 경비를 피고인 2가 기부하고 피고인 1이 수수하였다는 이 부분 공소사실을 그 거시 증거에 의하여 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 관련 법리

정치자금법 제45조 제1항은 정치활동을 하는 자에게 정치자금법에서 정하지 않은 방법으로 제공되는 모든 금전 등의 수수행위 일체를 금지하는 것이 아니라 '정치활동을 위하여 제공되는 금전 등으로서 정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전 등을 수수하는 행위'에 한하여 처벌한다는 취지이다(대법원 2014. 10. 30. 선고 2012도12394 판결 참조).

형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 그 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는바, 이러한 엄격해석의 원칙상 간접적 내지 사실상 선거활동 내지 정당활동에 도움이 되는 활동이라 할지라도 기본적으로 그 속성 자체가 사적인 의미를 가지는 활동은 정치활동에 포함되지 않는다고 보아야 한다(정치자금법 제2조 제3항 제3호는 향우회·동창회·종친회, 산악회 등 동호인회, 계모임 등 개인간의 사적 모임의 회비 그 밖의 지원경비를 정치활동을 위한 경비가 아니라 사적 경비라고 명시하고 있다).

2) 판단

별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 볼 수 있으므로, 이에 소요된 경비는 정치자금에 해당한다.

반면, 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 볼 수 없고, 앞서 살펴본 바와 같이 피고인 1이 피고인 2를 통해 일상적·의례적·사교적으로 해오던 사회활동에 해당한다고 볼 여지가 크므로, 이에 소요된 금원을 '정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전'으로서 정치자금에 해당한다고 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제하고 이 부분 문자메시지 전송에 소요된 금원이 정치자금에 해당한다고 인정하기에 부족하다. 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 위 '◁◁◁◁◁' 사이트에서 문자메시지 전송 서비스를 이용하는 데 필요한 비용은 단문의 경우 1건 당 17원, 장문의 경우 1건 당 50원인 사실을 인정할 수 있다.

그러므로 이 부분 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 전송에 소요된 비용 93,590원(단문 4,120건 70,040원 + 장문 471건 23,550원) 부분은 이를 유죄로 인정할 수 없고, 유죄로 인정되는 부분은 나머지 문자메시지 23,174건(27,765건 - 4,591건)에 소요된 비용 1,155,202원(1,248,792원 - 93,590원) 부분에 한정된다.

따라서 원심판결 중 위와 같이 당심에서 무죄로 인정되는 부분에 대한 피고인의 법리오해 주장은 이유 있다.

4. 선거비용 부정지출에 대하여

이 부분 공소사실은 피고인 2가 회계책임자로 선임된 후 전송된 별지 범죄일람표 순번 61 내지 64번 합계 2,121건의 문자메시지 전송행위에 소요된 경비 106,050원에 관한 것으로서, 앞서 살펴본 바와 같이 이 부분 문자메시지 전송행위는 선거운동으로 볼 수 있으므로, 이에 소요된 경비의 지출은 선거비용의 지출에 해당한다.

한편 피고인 1은 원심에서도 이 사건 범행에 대한 공모·가담을 부인하는 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 그 판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 나.항 및 라.항에서 자세한 사정들을 들어 이를 배척하였는 바, 원심이 든 사정들에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정을 더하여 보면, 피고인 1이 이 부분 범행에 공모·가담한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

그러므로 피고인들의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

- ① 피고인 1은 피고인 2가 위 '◁◁◁◁' 사이트에 개인적으로 가입하여 피고인 2의 비용으로 문자메시지를 보내고 있다는 사실을 알고 있었고, 앞서 본 바와 같이 그 사이트에서 문자메시지를 보내는 데에 인증절차를 진행해주기도 하였다.
- ② 피고인 1은 위 '◁◁◁◁' 사이트의 문자메시지 발송 업무와 선거관리위원회에 신고한 인터넷 서비스를 이용한 문자메시지 발송 업무를 별개로 관리하면서 서로 혼선이 빚어지지 않도록 그 담당자도 서로 달리 지정하였던 것으로 보인다.
- ③ 피고인 1은 2015. 11.경부터 자신의 주거지에서 위 '◁◁◁◁' 사이트에 직접 접속해왔고, 이 부분 문자메시지 전송을 전후한 2016. 2. 6.경 2016. 2. 10.경 및 2016. 2. 17.경에도 위 사이트에 접속하였다.

5. 결론

이 사건 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 부분 각 공직선거법위반의 점 및 정치자금 부정수수로 인한 정치자금법위반의 점에 대한 피고인들의 항소는 이유 있다.

그런데 원심은 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 피고인들 별로 각 1개의 형을 선고하였으므로, 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 전부 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 법리오해

가) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반 및 사전선거운동

피고인들이 원심판결 별지 범죄일람표 기재 문자메시지(이하 '이 사건 문자메시지'라 한다)를 전송한 것은 일상적·의례적·사교적인 행위에 불과하여 선거운동에 해당하지 않는다.

나) 탈법방법에 의한 문서 등 배부

자동 동보통신을 통한 이 사건 문자메시지 전송행위를 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 탈법방법에 의한 문서 등 배부에 해당한다고 해석하는 것은 '인터넷 홈페이지 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 공직선거법 제93조 제1항의 '그 밖에 이와 유사한 것'에 해당하지 않는다고 한 헌법재판소의 한정위헌결정(헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173, 191 전원재판부 결정)의 취지 등에 반하여 허용되지 않는다.

다) 정치자금 부정수수

이 사건 문자메시지 전송행위가 선거운동에 해당하지 않으므로, 피고인 1이 피고인 2로부터 이 사건 문자메시지 전송에 소요된 경비를 제공받았다고 하더라도 이를 정치자금 부정수수에 해당한다고 할 수 없다.

라) 선거비용 부정지출

이 사건 문자메시지 중 피고인 2가 피고인 1의 선거사무소 회계책임자로 선임된 후 전송된 별지 범죄일람표 순번 61 내지 64번 합계 2,121건의 문자메시지 전송행위가 선거운동이라고 할 수 없으므로, 이에 소요된 경비는 선거비용에 해당하지 않는다.

또한 피고인 1은 피고인 2의 이 부분 문자메시지 2,121건의 전송행위에 공모·가담한 사실이 없다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심의 형(피고인들 각 80만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

피고인들에 대한 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서 등 배부 및 사전선거운동에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 제20대 국회의원 선거 관련하여 2015. 12. 15. △△시 선거구에 예비후보자로 등록한 사람이고, 피고인 2는 피고인 1의 선거사무소에서 자원봉사자로 활동하다가 2016. 2. 3.경부터 회계책임자로 선임된 사람이다.

1) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반 및 탈법방법에 의한 문서 등 배부

선거일이 아닌 때에 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우, 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 5회를 넘을 수 없고, 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 후보자를 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 피고인들은 피고인 2가 피고인 1의 휴대전화번호(휴대전화번호 생략)를 이용하여 선거구민들에게 선거운동성 문자메시지를 전송하기로 공모하고, 피고인 2는 2016. 1. 2. 10:33경 △△시(주소 생략)에 있는 피고인 1의 선거사무소에서 인터넷 문자발송 사이트인 '◁◁◁◁◁'에 접속한 뒤, 선거구민 16명을 상대로 "피고인 1입니다

○○○와 함께 △△를 살리겠습니다.

새해 복 많이 받으세요"라는 내용의 문자메시지를 전송하는 등 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하였다.

2) 사전선거운동

제20대 국회의원 선거의 선거운동은 선거기간 개시일인 2016. 3. 31.부터 선거일 전일인 2016. 4. 12.까지에 한하여 할 수 있었다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 위와 같이 공모한 뒤, 피고인 2가 위와 같이 선거운동기간 전에 공직선거법에 규정된 방법 외의 방법으로 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 선거운동을 하였다.

나. 원심의 판단

원심은 그 거시 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

그리고 원심은 '이 사건 문자메시지 전송이 선거운동에 해당하지 않고, 피고인 1은 피고인 2와 범행을 공모한 바 없으며, 이 사건 문자메시지 전송행위에 대하여 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항이 적용되어서는 안된다'는 피고인들의 주장에 대하여 그 판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 가.항 내지 다.항에서 관련 법리와 함께 자세한 사정들을 들어 이를 배척하였다.

다.

당심의 판단

1) 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위인지 여부

가) 관련 법리

(1) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반에 관한 공직선거법 제59조 제2호는 문자메시지를 전송하는 방법으로 '선거운동'을 하는 경우를 규정하고 있고, 사전선거운동에 관한 공직선거법 제254조 제2항은 선거운동기간 전 '선거운동'을 금지하고 있다.

그리고 탈법방법에 의한 문서 등 배부에 관한 공직선거법 제93조 제1항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'를 금지하고 있다.

그러므로 위 규정들의 적용에 있어서는 '선거운동' 내지 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'의 의미와 범위를 정하는 것이 핵심 쟁점이 된다.

(2) 대의민주주의 체제의 선거에서는 선거인과 정치인 사이의 원활한 접촉과 소통을 통하여 공직후보자에 대한 풍부한 정보를 알 수 있고 알릴 수 있는 기회가 폭넓게 제공되어야 한다.

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

또한 공직에 있는 정치인과 그렇지 않은 정치인 사이의 실질적 기회균등을 보장하기 위해서는 정치인이 평소 정치적 기반을 다지는 행위가 폭넓게 허용되어야 한다.

아울러 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성의 원칙에 따라 형사처벌의 전제가 되는 선거운동의 의미를 명확하고 제한적으로 해석할 것이 요청된다.

한편 선거운동은 선거일과 밀접한 관계에 있고, 같은 내용의 활동이라도 선거일에 가까운 시기에 하게 될수록 선거인의 관점에서 객관적으로 파악할 때 선거운동으로 인식될 가능성이 높아진다.

이러한 선거운동의 자유와 공정 및 기회균등, 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.

- 즉, 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 하고, ② 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 인식할만한 객관적인 사정에 근거하여야 하며, ③ 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 문제된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야 하고, ④ 정치인이 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(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결 참조).
- (3) 한편, 공직선거법 제93조 제1항에서 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 전제 아래 그에 정한 행위를 제한하고 있는 것은 고의 이외에 초과주관적 요소로서 '선거에 영향을 미치게 할 목적'을 범죄성립요건으로 규정한 것이므로, 비록 그 목적에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식으로 충분하다고는 하더라도, 위 규정의 입법 목적이 선거의 공정성과 평온성을 침해하는 탈법적인 행위를 차단함으로써 공공의 이익을 도모하는 것임을 염두에 두고 합리적으로 판단하여야 하며, 그러한 목적이 있는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자·경쟁 후보자 또는 정당과의 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단 및 방법, 행위의 내용과 태양, 행위 당시의 사회 상황 등을 종합하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결 등 참조).

나) 인정사실

원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실들이 인정된다.

- ① 피고인 1은 1987년경부터 >>> 기자로 근무해오다가 2007년경 사직한 후 청소년 인재 육성사업, 장학금 지원, 장애인 의수족 지원, 다문화가족 지원, 무료급식 지원 등을 목적으로 하는 □□□□□□포럼을 설립하고 정치·사회활동을 하여 왔다.

피고인 2는 2006년경 >>>에서 피고인 1과 직장 선후배 관계로 만나 알게 된 후 >>>를 퇴사하고 2010년경 피고인 1의 권유로 위 포럼의 일을 돕기 시작한 이래 피고인 1을 위한 각종 문자메시지 전송 등의 일을 해왔다.

그리고 피고인 2는 2011년경 공소외 1 유한회사를 설립하여 운영하고 있다.

- ② 피고인 1은 2008년경 제18대 국회의원선거 출마를 준비하고, 2012년경 제19대 국회의원선거에서 △△시 선거구 예비후보로 등록하는 등 △△ 지역에서 꾸준히 정치활동을 해왔으며, 2015. 12. 15. 제20대 국회의원선거 △△시 선거구 예비후보 등록을 마쳤다.

피고인 2는 2012년경 제19대 국회의원선거 예비후보였던 피고인 1을 위해 자원봉사자로 활동하였고, 피고인 1이 제 20대 국회의원선거 예비후보로 등록하고 선거사무소를 개설한 2015. 12. 15.경부터는 피고인 1의 선거사무소에서 자원봉사자로 일하였으며, 2016. 2. 3.경에는 회계책임자로 선임되었다.

③ 피고인 2는 2011년경 공소외 2 주식회사가 운영하는 인터넷 문자메시지 전송 사이트인 '◁◁◁◁'에 "아이다: (아이다 생략), 가입자: 공소외 1 유한회사"로 가입한 후, 피고인 1을 위해 피고인 1의 휴대전화번호(휴대전화번호 생략)를 통한 문자메시지 전송을 시작하였다.

피고인이 피고인 2는 위 사이트의 이용에 휴대전화기 명의인의 본인인증 절차가 필요하게 되자 2015. 10. 14. 피고인 1에게 부탁하여 그 명의로 본인인증 절차를 거치기도 하였다.

④ 한편 피고인 1은 위 '◁◁◁◁' 사이트를 이용한 이 사건 문자메시지 전송 이외에, 2015. 12. 22. 본인 명의로 공소외 3 주식회사와 인터넷전화(문자) 서비스 이용계약을 체결하고, 해당 서비스에 따라 부여된 전화번호를 관할 선거관리위원회에 신고한 후 선거사무소 자원봉사자 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6 등으로 하여금 선거 관련 문자메시지를 전송하도록 하였다.

⑤ △△시 선거구에서는 제18, 19대 국회의원선거에서 연이어 당선된 공소외 7 의원이 현역 국회의원이었는데, 2016. 2. 6. ♡♡♡뉴스에서 실시한 제20대 국회의원선거 △△시 선거구 여론조사 결과, 공소외 7 의원이 선호도 24.5% 혹은 25.3%로 1위, 피고인 1이 선호도 21.5% 혹은 24.65%로 2위를 차지하는 것으로 나타났다.

피고인 1은 ○○○ 의원 등이 주축이 되어 창당한 '♡♡♡당' 창당발기인으로 활동하는 등 제20대 국회의원 선거를 준비하였으나, 피고인 1이 위 여론조사 결과를 공표한 행위를 계기로 이 사건에 대한 관할 선거관리위원회의 고발이 이루어진 후 출마를 포기하였고, △△시 선거구에서 제20대 국회의원으로 공소외 7 의원이 재차 당선되었다.

다) 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지

위 인정사실과 원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 문자메시지 전송행위는 제20대 국회의원선거와 관련하여 당해 선거인의 관점에서 피고인 1의 국회의원 선거 당락을 도모하는 행위임을 명백히 인식할만한 정도의 것으로 보기 어렵고, 피고인 1이 피고인 2를 통해 일상적·의례적·사교적으로 해오던 사회활동에 해당한다고 볼 여지도 크므로, 이를 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 단정할 수 없다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제하고 이 부분 문자메시지 전송행위가 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당한다고 인정하기에 부족하다고 할 것이다.

① 이 부분 문자메시지의 내용을 보면, 피고인 1이 참석한 모임에 참석하였던 사람들에게 안부인사, 감사인사를 표시하고, 이에 더하여 '△△의 효자가 되겠습니다', '열심히 하겠습니다', '늘 노력하는 피고인 1이 되겠습니다', '새해에도 더욱 노력하는 모습 보여드리겠습니다', '○○아파트 주민들의 편의와 복지를 위해 열심히 노력하겠습니다'라는 등 평소 사용하는 관용적인 문구나 추상적인 포부를 표시하는 문구를 부가한 것에 불과하다.

② 피고인들은 이 사건 문자메시지에 대하여 위 포럼 또는 소규모 모임이나 행사 등을 마친 후 의례적인 인사로 참석자들에게 보낸 것이라고 주장하는데, 피고인 1의 사회활동 내용이나 범위, 그 기간 등에 비추어 보면, 이 부분 문자메시지는 피고인 1이 일상적인 사회활동으로서 지역사회의 행사나 모임 등에 참석한 후 그 참석자들에게 의례적인 감사인사를 한 것이거나 지인 등에게 안부인사를 한 것으로 볼 여지가 충분하다.

③ 이 부분 문자메시지 중 제일 마지막에 보내진 문자메시지는 2016. 1. 22.경 전송되었는데 이는 선거일 약 3개월 전이었다.

나아가 별지 범죄일람표 순번 1 내지 15, 31 내지 38번 문자메시지는 제20대 국회의원선거 예비후보 등록이 시작된 2015. 12. 15. 전에 보내진 것으로서, 선거일과 약 4개월 내지 5개월 정도 시간적 간격이 있었다.

또한 이 부분 문자메시지는 대체로 몇 십 명, 몇 백 명 단위의 비교적 소규모 인원에게 전송되었다.

- ④ 피고인들에 대하여 선거관리위원회에서 조사한 문자메시지는 2015. 11. 2.경부터 2016. 2. 21.까지 총 127,687건에 이른다.

이는 공소사실에 기재된 문자메시지 건수의 약 4.6배에 해당하는 양이다.

그 내용도 '○○모임에서 반갑게 맞아주셔서 감사했습니다', '어제 저녁 ○○모임 너무 멋졌습니다.

제가 회원이라는게 자랑스럽습니다', '야유회 잘 다녀오셨죠? 함께 가지 못했지만 마음은 늘 함께합니다.

사랑합니다' 등으로 이 부분 문자메시지의 내용과 별다른 차이점이 없다.

다만 선거관리위원회는 '효자가 되겠다.

노력하겠다.

열심히 하겠다'와 같은 표현이 부가된 문자메시지 등을 선별하여 고발한 것으로 보이는데, 그러한 문구는 정치적인 목표를 가지고 사회활동을 하는 사람이라면 일반적으로 할 수 있는 의례적인 인사말로 볼 수 있다.

라) 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지

위 인정사실과 원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 문자메시지 전송행위는 제20대 국회의원선거와 관련하여 당해 선거인의 관점에서 당락을 도모하는 행위임을 명백히 인식할만한 정도의 것에 해당한다고 볼 수 있다.

그러므로 이 부분 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 인정할 수 있다.

- ① 이 부분 문자메시지 전송행위는 모두 피고인 1이 제20대 국회의원선거 △△시 선거구의 예비후보등록을 마친 2015. 12. 15. 이후 이루어졌고, 별지 범죄일람표 순번 39 내지 64번의 문자메시지에는 피고인 1이 국회의원선거 예비후보임이 명시적으로 표시되어 있다.
- ② 별지 범죄일람표 22, 23, 41 내지 45, 55 내지 60번의 문자메시지에는 ○○○와 함께 △△를 살리겠다거나 ○○○ 신당의 창당발기인으로 참여한다는 등의 내용이 기재되어 있는데, 당시는 제20대 국회의원선거를 앞두고 ○○○ 의원의 '♡♡♡당'이 호남 지역에서 상당한 지지를 얻을 것으로 예상되고 있는 때였으므로, 위와 같은 내용이 기재된 문자메시지는 일반 선거인들의 입장에서 제20대 국회의원선거 예비후보로 등록한 피고인 1이 제20대 국회의원선거에서의 지지를 호소하기 위하여 전송한 것임을 어렵지 않게 알 수 있었을 것으로 보인다.
- ③ 별지 범죄일람표 순번 39번 문자메시지는 위 포럼 전체 회원 20,441명에게 전송된 것으로서, 평소 피고인 1의 활동에 대하여 어느 정도 알고 있었을 것으로 보이는 포럼 회원들로서는 피고인 1로부터 제20대 국회의원선거에 대한 포부를 밝히는 이러한 문자메시지를 받고 지지를 호소하는 취지임을 쉽게 알 수 있었을 것이다.
- ④ 별지 범죄일람표 순번 40, 46번 문자메시지는 피고인들이 운영하는 인터넷 카페에 가입할 것을 권유하면서 피고인 1이 당선되면 △△ 발전을 위한 변화가 있을 것이라는 취지를 홍보하는 내용이다.
- ⑤ 별지 범죄일람표 순번 47 내지 63번 문자메시지는 특정 직역이나 종교, 가입 정당 등에 따라 관심을 끌 수 있는 내용들을 적시하면서 해당 선거인 등에게 지지를 호소하는 내용이다.
- ⑥ 별지 범죄일람표 순번 64의 문자메시지는 2,069명에게 피고인 1이 선두라는 여론조사를 홍보하면서 후원을 요청하는 내용인데, 이와 같은 여론조사의 공표 등은 유권자의 표심에 직접적인 영향을 미칠 수 있다.

3) 피고인들의 공모 및 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 적용 여부

선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 인정되는 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위의 경우, 이에 관한 피고인들의 공모와 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항 적용 여부는 원심의 이 부분 판단(원심판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 나.항 및 다.항)을 정당한 것으로 충분히 수증할 수 있으므로, 이 부분을 다투는 피고인들의 주장은 이유 없다.

4) 소결

결국 이 사건 문자메시지 중 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위는 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서 등 배부 및 사전선거운동의 유죄로 인정할 수 있고, 반면 나머지 부분은 유죄로 인정할 만한 증거가 부족하다고 할 것이므로, 나머지 부분인 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지에 대한 피고인의 법리오해 주장은 이유 있다.

3. 정치자금 부정수수에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

정치자금법에 의하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받아서 아니됨에도 불구하고, 피고인들은 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 피고인 1의 위 선거사무소 등에서 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하며 소요된 경비 1,248,792원을 피고인 2가 운영하는 공소외 1 유한회사 명의 계좌를 통해 위 '△△△△△' 사이트 가상계좌에 충전된 금액으로 충당하게 하였다.

이로써 피고인 2는 정치자금법에 의하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하고, 피고인 1은 같은 방법으로 정치자금을 기부받았다.

나. 원심의 판단

원심은 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 문자메시지 전송행위 전부를 선거운동으로 판단하고, 이에 소요된 경비를 피고인 2가 기부하고 피고인 1이 수수하였다는 이 부분 공소사실을 그 거시 증거에 의하여 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 관련 법리

정치자금법 제45조 제1항은 정치활동을 하는 자에게 정치자금법에서 정하지 않은 방법으로 제공되는 모든 금전 등의 수수행위 일체를 금지하는 것이 아니라 '정치활동을 위하여 제공되는 금전 등으로서 정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전 등을 수수하는 행위'에 한하여 처벌한다는 취지이다(대법원 2014. 10. 30. 선고 2012도12394 판결 참조).

형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 그 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는바, 이러한 엄격해석의 원칙상 간접적 내지 사실상 선거활동 내지 정당활동에 도움이 되는 활동이라 할지라도 기본적으로 그 속성 자체가 사적인 의미를 가지는 활동은 정치활동에 포함되지 않는다고 보아야 한다(정치자금법 제2조 제3항 제3호는 향우회·동창회·종친회, 산악회 등 동호인회, 계모임 등 개인간의 사적 모임의 회비 그 밖의 지원경비를 정치활동을 위한 경비가 아니라 사적 경비라고 명시하고 있다).

2) 판단

별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 볼 수 있으므로, 이에 소요된 경비는 정치자금에 해당한다.

반면, 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 볼 수 없고, 앞서 살펴본 바와 같이 피고인 1이 피고인 2를 통해 일상적·의례적·사교적으로 해오던 사회활동에 해당한다고 볼 여지가 크므로, 이에 소요된 금원을 '정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전'으로서 정치자금에 해당한다고 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제하고 이 부분 문자메시지 전송에 소요된 금원이 정치자금에 해당한다고 인정하기에 부족하다. 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 위 '◁◁◁◁' 사이트에서 문자메시지 전송 서비스를 이용하는 데 필요한 비용은 단문의 경우 1건 당 17원, 장문의 경우 1건 당 50원인 사실을 인정할 수 있다.

그러므로 이 부분 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 전송에 소요된 비용 93,590원(단문 4,120건 70,040원 + 장문 471건 23,550원) 부분은 이를 유죄로 인정할 수 없고, 유죄로 인정되는 부분은 나머지 문자메시지 23,174건(27,765건 - 4,591건)에 소요된 비용 1,155,202원(1,248,792원 - 93,590원) 부분에 한정된다.

따라서 원심판결 중 위와 같이 당심에서 무죄로 인정되는 부분에 대한 피고인의 법리오해 주장은 이유 있다.

4. 선거비용 부정지출에 대하여

이 부분 공소사실은 피고인 2가 회계책임자로 선임된 후 전송된 별지 범죄일람표 순번 61 내지 64번 합계 2,121건의 문자메시지 전송행위에 소요된 경비 106,050원에 관한 것으로서, 앞서 살펴본 바와 같이 이 부분 문자메시지 전송행위는 선거운동으로 볼 수 있으므로, 이에 소요된 경비의 지출은 선거비용의 지출에 해당한다.

한편 피고인 1은 원심에서도 이 사건 범행에 대한 공모·가담을 부인하는 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 그 판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 나.항 및 라.항에서 자세한 사정들을 들어 이를 배척하였는 바, 원심이 든 사정들에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정을 더하여 보면, 피고인 1이 이 부분 범행에 공모·가담한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

그러므로 피고인들의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

- ① 피고인 1은 피고인 2가 위 '◁◁◁◁' 사이트에 개인적으로 가입하여 피고인 2의 비용으로 문자메시지를 보내고 있다는 사실을 알고 있었고, 앞서 본 바와 같이 그 사이트에서 문자메시지를 보내는 데에 인증절차를 진행해주기도 하였다.
- ② 피고인 1은 위 '◁◁◁◁' 사이트의 문자메시지 발송 업무와 선거관리위원회에 신고한 인터넷 서비스를 이용한 문자메시지 발송 업무를 별개로 관리하면서 서로 혼선이 빚어지지 않도록 그 담당자도 서로 달리 지정하였던 것으로 보인다.
- ③ 피고인 1은 2015. 11.경부터 자신의 주거지에서 위 '◁◁◁◁' 사이트에 직접 접속해왔고, 이 부분 문자메시지 전송을 전후한 2016. 2. 6.경 2016. 2. 10.경 및 2016. 2. 17.경에도 위 사이트에 접속하였다.

5. 결론

이 사건 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 부분 각 공직선거법위반의 점 및 정치자금 부정수수로 인한 정치자금법위반의 점에 대한 피고인들의 항소는 이유 있다.

그런데 원심은 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 피고인들 별로 각 1개의 형을 선고하였으므로, 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 전부 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 범리오해

가) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반 및 사전선거운동

피고인들이 원심판결 별지 범죄일람표 기재 문자메시지(이하 '이 사건 문자메시지'라 한다)를 전송한 것은 일상적·의례적·사교적인 행위에 불과하여 선거운동에 해당하지 않는다.

나) 탈법방법에 의한 문서 등 배부

자동 동보통신을 통한 이 사건 문자메시지 전송행위를 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 탈법방법에 의한 문서 등 배부에 해당한다고 해석하는 것은 '인터넷 홈페이지 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 공직선거법 제93조 제1항의 '그 밖에 이와 유사한 것'에 해당하지 않는다고 한 헌법재판소의 한정위헌결정(헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173, 191 전원재판부 결정)의 취지 등에 반하여 허용되지 않는다.

다) 정치자금 부정수수

이 사건 문자메시지 전송행위가 선거운동에 해당하지 않으므로, 피고인 1이 피고인 2로부터 이 사건 문자메시지 전송에 소요된 경비를 제공받았다고 하더라도 이를 정치자금 부정수수에 해당한다고 할 수 없다.

라) 선거비용 부정지출

이 사건 문자메시지 중 피고인 2가 피고인 1의 선거사무소 회계책임자로 선임된 후 전송된 별지 범죄일람표 순번 61 내지 64번 합계 2,121건의 문자메시지 전송행위가 선거운동이라고 할 수 없으므로, 이에 소요된 경비는 선거비용에 해당하지 않는다.

또한 피고인 1은 피고인 2의 이 부분 문자메시지 2,121건의 전송행위에 공모·가담한 사실이 없다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심의 형(피고인들 각 80만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

피고인들에 대한 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서 등 배부 및 사전선거운동에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 제20대 국회의원 선거 관련하여 2015. 12. 15. △△시 선거구에 예비후보자로 등록한 사람이고, 피고인 2는 피고인 1의 선거사무소에서 자원봉사자로 활동하다가 2016. 2. 3.경부터 회계책임자로 선임된 사람이다.

1) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반 및 탈법방법에 의한 문서 등 배부

선거일이 아닌 때에 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우, 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 5회를 넘을 수 없고, 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 후보

자를 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 피고인들은 피고인 2가 피고인 1의 휴대전화번호(휴대전화번호 생략)를 이용하여 선거구민들에게 선거운동성 문자메시지를 전송하기로 공모하고, 피고인 2는 2016. 1. 2. 10:33경 △△시(주소 생략)에 있는 피고인 1의 선거사무소에서 인터넷 문자발송 사이트인 '◁◁◁◁'에 접속한 뒤, 선거구민 16명을 상대로 "피고인 1입니다

○○○와 함께 △△를 살리겠습니다.

새해 복 많이 받으세요"라는 내용의 문자메시지를 전송하는 등 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하였다.

2) 사전선거운동

제20대 국회의원 선거의 선거운동은 선거기간 개시일인 2016. 3. 31.부터 선거일 전일인 2016. 4. 12.까지에 한하여 할 수 있었다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 위와 같이 공모한 뒤, 피고인 2가 위와 같이 선거운동기간 전에 공직선거법에 규정된 방법 외의 방법으로 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 선거운동을 하였다.

나. 원심의 판단

원심은 그 거시 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

그리고 원심은 '이 사건 문자메시지 전송이 선거운동에 해당하지 않고, 피고인 1은 피고인 2와 범행을 공모한 바 없으며, 이 사건 문자메시지 전송행위에 대하여 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항이 적용되어서는 안된다'는 피고인들의 주장에 대하여 그 판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 가.항 내지 다.

항에서 관련 법리와 함께 자세한 사정들을 들어 이를 배척하였다.

다.

당심의 판단

1) 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위인지 여부

가) 관련 법리

(1) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반에 관한 공직선거법 제59조 제2호는 문자메시지를 전송하는 방법으로 '선거운동'을 하는 경우를 규정하고 있고, 사전선거운동에 관한 공직선거법 제254조 제2항은 선거운동기간 전 '선거운동'을 금지하고 있다.

그리고 탈법방법에 의한 문서 등 배부에 관한 공직선거법 제93조 제1항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'를 금지하고 있다.

그러므로 위 규정들의 적용에 있어서는 '선거운동' 내지 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'의 의미와 범위를 정하는 것이 핵심 쟁점이 된다.

(2) 대의민주주의 체제의 선거에서는 선거인과 정치인 사이의 원활한 접촉과 소통을 통하여 공직후보자에 대한 풍부한 정보를 알 수 있고 알릴 수 있는 기회가 폭넓게 제공되어야 한다.

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

또한 공직에 있는 정치인과 그렇지 않은 정치인 사이의 실질적 기회균등을 보장하기 위해서는 정치인이 평소 정치적 기반을 다지는 행위가 폭넓게 허용되어야 한다.

아울러 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성의 원칙에 따라 형사처벌의 전제가 되는 선거운동의 의미를 명확하고 제한적으로 해석할 것이 요청된다.

한편 선거운동은 선거일과 밀접한 관계에 있고, 같은 내용의 활동이라도 선거일에 가까운 시기에 하게 될수록 선거인의 관점에서 객관적으로 파악할 때 선거운동으로 인식될 가능성이 높아진다.

이러한 선거운동의 자유와 공정 및 기회균등, 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.

- 즉, 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 하고, ② 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 인식할만한 객관적인 사정에 근거하여야 하며, ③ 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 문제된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야 하고, ④ 정치인이 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(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결 참조).
- (3) 한편, 공직선거법 제93조 제1항에서 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 전제 아래 그에 정한 행위를 제한하고 있는 것은 고의 이외에 초과주관적 요소로서 '선거에 영향을 미치게 할 목적'을 범죄성립요건으로 규정한 것이므로, 비록 그 목적에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식으로 충분하다고는 하더라도, 위 규정의 입법 목적이 선거의 공정성과 평온성을 침해하는 탈법적인 행위를 차단함으로써 공공의 이익을 도모하는 것임을 염두에 두고 합리적으로 판단하여야 하며, 그러한 목적이 있는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자·경쟁 후보자 또는 정당과의 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단 및 방법, 행위의 내용과 태양, 행위 당시의 사회 상황 등을 종합하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결 등 참조).

나) 인정사실

원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실들이 인정된다.

- ① 피고인 1은 1987년경부터 >>> 기자로 근무해오다가 2007년경 사직한 후 청소년 인재 육성사업, 장학금 지원, 장애인 의수족 지원, 다문화가족 지원, 무료급식 지원 등을 목적으로 하는 □□□□□□포럼을 설립하고 정치·사회활동을 하여 왔다.

피고인 2는 2006년경 ▷▷▷에서 피고인 1과 직장 선후배 관계로 만나 알게 된 후 ▷▷▷를 퇴사하고 2010년경 피고인 1의 권유로 위 포럼의 일을 돕기 시작한 이래 피고인 1을 위한 각종 문자메시지 전송 등의 일을 해왔다.

그리고 피고인 2는 2011년경 공소외 1 유한회사를 설립하여 운영하고 있다.

② 피고인 1은 2008년경 제18대 국회의원선거 출마를 준비하고, 2012년경 제19대 국회의원선거에서 △△시 선거구 예비후보로 등록하는 등 △△ 지역에서 꾸준히 정치활동을 해왔으며, 2015. 12. 15. 제20대 국회의원선거 △△시 선거구 예비후보 등록을 마쳤다.

피고인 2는 2012년경 제19대 국회의원선거 예비후보였던 피고인 1을 위해 자원봉사자로 활동하였고, 피고인 1이 제20대 국회의원선거 예비후보로 등록하고 선거사무소를 개설한 2015. 12. 15.경부터는 피고인 1의 선거사무소에서 자원봉사자로 일하였으며, 2016. 2. 3.경에는 회계책임자로 선임되었다.

③ 피고인 2는 2011년경 공소외 2 주식회사가 운영하는 인터넷 문자메시지 전송 사이트인 '◁◁◁◁◁'에 "아이다: (아이다 생략), 가입자: 공소외 1 유한회사"로 가입한 후, 피고인 1을 위해 피고인 1의 휴대전화번호(휴대전화번호 생략)를 통한 문자메시지 전송을 시작하였다.

피고인이 피고인 2는 위 사이트의 이용에 휴대전화기 명의인의 본인인증 절차가 필요하게 되자 2015. 10. 14. 피고인 1에게 부탁하여 그 명의로 본인인증 절차를 거치기도 하였다.

④ 한편 피고인 1은 위 '◁◁◁◁◁' 사이트를 이용한 이 사건 문자메시지 전송 이외에, 2015. 12. 22. 본인 명의로 공소외 3 주식회사와 인터넷전화(문자) 서비스 이용계약을 체결하고, 해당 서비스에 따라 부여된 전화번호를 관할 선거관리위원회에 신고한 후 선거사무소 자원봉사자 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6 등으로 하여금 선거 관련 문자메시지를 전송하도록 하였다.

⑤ △△시 선거구에서는 제18, 19대 국회의원선거에서 연이어 당선된 공소외 7 의원이 현역 국회의원이었는데, 2016. 2. 6. ♡♡♡뉴스에서 실시한 제20대 국회의원선거 △△시 선거구 여론조사 결과, 공소외 7 의원이 선호도 24.5% 혹은 25.3%로 1위, 피고인 1이 선호도 21.5% 혹은 24.65%로 2위를 차지하는 것으로 나타났다.

피고인 1은 ○○○ 의원 등이 주축이 되어 창당한 '♡♡♡당' 창당발기인으로 활동하는 등 제20대 국회의원 선거를 준비하였으나, 피고인 1이 위 여론조사 결과를 공표한 행위를 계기로 이 사건에 대한 관할 선거관리위원회의 고발이 이루어진 후 출마를 포기하였고, △△시 선거구에서 제20대 국회의원으로 공소외 7 의원이 재차 당선되었다.

다) 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지

위 인정사실과 원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 문자메시지 전송행위는 제20대 국회의원선거와 관련하여 당해 선거인의 관점에서 피고인 1의 국회의원 선거 당락을 도모하는 행위임을 명백히 인식할만한 정도의 것으로 보기 어렵고, 피고인 1이 피고인 2를 통해 일상적·의례적·사교적으로 해오던 사회활동에 해당한다고 볼 여지도 크므로, 이를 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 단정할 수 없다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제하고 이 부분 문자메시지 전송행위가 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당한다고 인정하기에 부족하다고 할 것이다.

① 이 부분 문자메시지의 내용을 보면, 피고인 1이 참석한 모임에 참석하였던 사람들에게 안부인사, 감사인사를 표시하고, 이에 더하여 '△△의 효자가 되겠습니다', '열심히 하겠습니다', '늘 노력하는 피고인 1이 되겠습니다', '새해에도 더욱 노력하는 모습 보여드리겠습니다', '○○아파트 주민들의 편의와 복지를 위해 열심히 노력하겠습니다'라는 등

평소 사용하는 관용적인 문구나 추상적인 포부를 표시하는 문구를 부가한 것에 불과하다.

- ② 피고인들은 이 사건 문자메시지에 대하여 위 포럼 또는 소규모 모임이나 행사 등을 마친 후 의례적인 인사로 참석자들에게 보낸 것이라고 주장하는데, 피고인 1의 사회활동 내용이나 범위, 그 기간 등에 비추어 보면, 이 부분 문자메시지는 피고인 1이 일상적인 사회활동으로서 지역사회의 행사나 모임 등에 참석한 후 그 참석자들에게 의례적인 감사인사를 한 것이거나 지인 등에게 안부인사를 한 것으로 볼 여지가 충분하다.
- ③ 이 부분 문자메시지 중 제일 마지막에 보내진 문자메시지는 2016. 1. 22.경 전송되었는데 이는 선거일 약 3개월 전이었다.

나아가 별지 범죄일람표 순번 1 내지 15, 31 내지 38번 문자메시지는 제20대 국회의원선거 예비후보 등록이 시작된 2015. 12. 15. 전에 보내진 것으로서, 선거일과 약 4개월 내지 5개월 정도 시간적 간격이 있었다.

또한 이 부분 문자메시지는 대체로 몇 십 명, 몇 백 명 단위의 비교적 소규모 인원에게 전송되었다.

- ④ 피고인들에 대하여 선거관리위원회에서 조사한 문자메시지는 2015. 11. 2.경부터 2016. 2. 21.까지 총 127,687건에 이른다.

이는 공소사실에 기재된 문자메시지 건수의 약 4.6배에 해당하는 양이다.

그 내용도 '○○모임에서 반갑게 맞아주셔서 감사했습니다', '어제 저녁 ○○모임 너무 멋졌습니다.

제가 회원이라는게 자랑스롭습니다', '야유회 잘 다녀오셨죠? 함께 가지 못했지만 마음은 늘 함께합니다.

사랑합니다' 등으로 이 부분 문자메시지의 내용과 별다른 차이점이 없다.

다만 선거관리위원회는 '효자가 되겠다.

노력하겠다.

열심히 하겠다'와 같은 표현이 부가된 문자메시지 등을 선별하여 고발한 것으로 보이는데, 그러한 문구는 정치적인 목표를 가지고 사회활동을 하는 사람이라면 일반적으로 할 수 있는 의례적인 인사말로 볼 수 있다.

라) 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지

위 인정사실과 원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 문자메시지 전송행위는 제20대 국회의원선거와 관련하여 당해 선거인의 관점에서 당락을 도모하는 행위임을 명백히 인식할만한 정도의 것에 해당한다고 볼 수 있다.

그러므로 이 부분 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 인정할 수 있다.

- ① 이 부분 문자메시지 전송행위는 모두 피고인 1이 제20대 국회의원선거 △△시 선거구의 예비후보등록을 마친 2015. 12. 15. 이후 이루어졌고, 별지 범죄일람표 순번 39 내지 64번의 문자메시지에는 피고인 1이 국회의원선거 예비후보임이 명시적으로 표시되어 있다.
- ② 별지 범죄일람표 22, 23, 41 내지 45, 55 내지 60번의 문자메시지에는 ○○○와 함께 △△를 살리겠다거나 ○○○신당의 창당발기인으로 참여한다는 등의 내용이 기재되어 있는데, 당시는 제20대 국회의원선거를 앞두고 ○○○의원의 '♡♡♡당'이 호남 지역에서 상당한 지지를 얻을 것으로 예상되고 있는 때였으므로, 위와 같은 내용이 기재된 문자메시지는 일반 선거인들의 입장에서 제20대 국회의원선거 예비후보로 등록한 피고인 1이 제20대 국회의원선거에서의 지지를 호소하기 위하여 전송한 것임을 어렵지 않게 알 수 있었을 것으로 보인다.
- ③ 별지 범죄일람표 순번 39번 문자메시지는 위 포럼 전체 회원 20,441명에게 전송된 것으로서, 평소 피고인 1의 활동에 대하여 어느 정도 알고 있었을 것으로 보이는 포럼 회원들로서는 피고인 1로부터 제20대 국회의원선거에 대한

포부를 밝히는 이러한 문자메시지를 받고 지지를 호소하는 취지임을 쉽게 알 수 있었을 것이다.

- ④ 별지 범죄일람표 순번 40, 46번 문자메시지는 피고인들이 운영하는 인터넷 카페에 가입할 것을 권유하면서 피고인 1이 당선되면 △△ 발전을 위한 변화가 있을 것이라는 취지를 홍보하는 내용이다.
- ⑤ 별지 범죄일람표 순번 47 내지 63번 문자메시지는 특정 직역이나 종교, 가입 정당 등에 따라 관심을 끌 수 있는 내용들을 적시하면서 해당 선거인 등에게 지지를 호소하는 내용이다.
- ⑥ 별지 범죄일람표 순번 64의 문자메시지는 2,069명에게 피고인 1이 선두라는 여론조사를 홍보하면서 후원을 요청하는 내용인데, 이와 같은 여론조사의 공표 등은 유권자의 표심에 직접적인 영향을 미칠 수 있다.

3) 피고인들의 공모 및 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 적용 여부

선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 인정되는 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위의 경우, 이에 관한 피고인들의 공모와 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항 적용 여부는 원심의 이 부분 판단(원심판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 나.항 및 다.항)를 정당한 것으로 충분히 수긍할 수 있으므로, 이 부분을 다투는 피고인들의 주장은 이유 없다.

4) 소결

결국 이 사건 문자메시지 중 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위는 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서 등 배부 및 사전선거운동의 유죄로 인정할 수 있고, 반면 나머지 부분은 유죄로 인정할 만한 증거가 부족하다고 할 것이므로, 나머지 부분인 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지에 대한 피고인의 법리오해 주장은 이유 있다.

3. 정치자금 부정수수에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

정치자금법에 의하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받아서는 아니됨에도 불구하고, 피고인들은 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 피고인 1의 위 선거사무소 등에서 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하며 소요된 경비 1,248,792원을 피고인 2가 운영하는 공소외 1 유한회사 명의 계좌를 통해 위 '◁◁◁◁◁' 사이트 가상계좌에 충전된 금액으로 충당하게 하였다.

이로써 피고인 2는 정치자금법에 의하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하고, 피고인 1은 같은 방법으로 정치자금을 기부받았다.

나. 원심의 판단

원심은 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 문자메시지 전송행위 전부를 선거운동으로 판단하고, 이에 소요된 경비를 피고인 2가 기부하고 피고인 1이 수수하였다는 이 부분 공소사실을 그 거시 증거에 의하여 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 관련 법리

정치자금법 제45조 제1항은 정치활동을 하는 자에게 정치자금법에서 정하지 않은 방법으로 제공되는 모든 금전 등의 수수행위 일체를 금지하는 것이 아니라 '정치활동을 위하여 제공되는 금전 등으로서 정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전 등을 수수하는 행위'에 한하여 처벌한다는 취지이다(대법원 2014. 10. 30. 선고 2012도12394 판결 참조).

형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 그 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는바, 이러한 엄격해석의 원칙상 간접적 내지 사실상 선거활동 내지 정당활동에 도움이 되는 활동이라 할지라도 기본적으로 그 속성 자체가 사적인 의미를 가지는 활동은 정치활동에 포함되지 않는다고 보아야 한다(정치자금법 제2조 제3항 제3호는 향우회·동창회·종친회, 산악회 등 동호인회, 계모임 등 개인간의 사적 모임의 회비 그 밖의 지원경비를 정치활동을 위한 경비가 아니라 사적 경비라고 명시하고 있다).

2) 판단

별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 볼 수 있으므로, 이에 소요된 경비는 정치자금에 해당한다.

반면, 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 볼 수 없고, 앞서 살펴본 바와 같이 피고인 1이 피고인 2를 통해 일상적·의례적·사교적으로 해오던 사회활동에 해당한다고 볼 여지가 크므로, 이에 소요된 금원을 '정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전'으로서 정치자금에 해당한다고 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제하고 이 부분 문자메시지 전송에 소요된 금원이 정치자금에 해당한다고 인정하기에 부족하다. 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 위 '◁◁◁◁◁' 사이트에서 문자메시지 전송 서비스를 이용하는 데 필요한 비용은 단문의 경우 1건 당 17원, 장문의 경우 1건 당 50원인 사실을 인정할 수 있다.

그러므로 이 부분 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 전송에 소요된 비용 93,590원(단문 4,120건 70,040원 + 장문 471건 23,550원) 부분은 이를 유죄로 인정할 수 없고, 유죄로 인정되는 부분은 나머지 문자메시지 23,174건(27,765건 - 4,591건)에 소요된 비용 1,155,202원(1,248,792원 - 93,590원) 부분에 한정된다.

따라서 원심판결 중 위와 같이 당심에서 무죄로 인정되는 부분에 대한 피고인의 법리오해 주장은 이유 있다.

4. 선거비용 부정지출에 대하여

이 부분 공소사실은 피고인 2가 회계책임자로 선임된 후 전송된 별지 범죄일람표 순번 61 내지 64번 합계 2,121건의 문자메시지 전송행위에 소요된 경비 106,050원에 관한 것으로서, 앞서 살펴본 바와 같이 이 부분 문자메시지 전송행위는 선거운동으로 볼 수 있으므로, 이에 소요된 경비의 지출은 선거비용의 지출에 해당한다.

한편 피고인 1은 원심에서도 이 사건 범행에 대한 공모·가담을 부인하는 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 그 판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 나.항 및 라.항에서 자세한 사정들을 들어 이를 배척하였는바, 원심이 든 사정들에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정을 더하여 보면, 피고인 1이 이 부분 범행에 공모·가담한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

그러므로 피고인들의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

- ① 피고인 1은 피고인 2가 위 '◁◁◁◁◁' 사이트에 개인적으로 가입하여 피고인 2의 비용으로 문자메시지를 보내고 있다는 사실을 알고 있었고, 앞서 본 바와 같이 그 사이트에서 문자메시지를 보내는 데에 인증절차를 진행해주기도 하였다.
- ② 피고인 1은 위 '◁◁◁◁◁' 사이트의 문자메시지 발송 업무와 선거관리위원회에 신고한 인터넷 서비스를 이용한 문자메시지 발송 업무를 별개로 관리하면서 서로 혼선이 빚어지지 않도록 그 담당자도 서로 달리 지정하였던 것으로

보인다.

- ③ 피고인 1은 2015. 11.경부터 자신의 주거지에서 위 '◁◁◁◁' 사이트에 직접 접속해왔고, 이 부분 문자메시지 전송을 전후한 2016. 2. 6.경 2016. 2. 10.경 및 2016. 2. 17.경에도 위 사이트에 접속하였다.

5. 결론

이 사건 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 부분 각 공직선거법위반의 점 및 정치자금 부정수수로 인한 정치자금법위반의 점에 대한 피고인들의 항소는 이유 있다.

그런데 원심은 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 피고인들 별로 각 1개의 형을 선고하였으므로, 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 전부 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 법리오해

가) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반 및 사전선거운동

피고인들이 원심판결 별지 범죄일람표 기재 문자메시지(이하 '이 사건 문자메시지'라 한다)를 전송한 것은 일상적·의례적·사교적인 행위에 불과하여 선거운동에 해당하지 않는다.

나) 탈법방법에 의한 문서 등 배부

자동 동보통신을 통한 이 사건 문자메시지 전송행위를 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 탈법방법에 의한 문서 등 배부에 해당한다고 해석하는 것은 '인터넷 홈페이지 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 공직선거법 제93조 제1항의 '그 밖에 이와 유사한 것'에 해당하지 않는다고 한 헌법재판소의 한정위헌결정(헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173, 191 전원재판부 결정)의 취지 등에 반하여 허용되지 않는다.

다) 정치자금 부정수수

이 사건 문자메시지 전송행위가 선거운동에 해당하지 않으므로, 피고인 1이 피고인 2로부터 이 사건 문자메시지 전송에 소요된 경비를 제공받았다고 하더라도 이를 정치자금 부정수수에 해당한다고 할 수 없다.

라) 선거비용 부정지출

이 사건 문자메시지 중 피고인 2가 피고인 1의 선거사무소 회계책임자로 선임된 후 전송된 별지 범죄일람표 순번 61 내지 64번 합계 2,121건의 문자메시지 전송행위가 선거운동이라고 할 수 없으므로, 이에 소요된 경비는 선거비용에 해당하지 않는다.

또한 피고인 1은 피고인 2의 이 부분 문자메시지 2,121건의 전송행위에 공모·가담한 사실이 없다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심의 형(피고인들 각 80만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

피고인들에 대한 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서 등 배부 및 사전선거운동에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 제20대 국회의원 선거 관련하여 2015. 12. 15. △△시 선거구에 예비후보자로 등록한 사람이고, 피고인 2는 피고인 1의 선거사무소에서 자원봉사자로 활동하다가 2016. 2. 3.경부터 회계책임자로 선임된 사람이다.

1) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반 및 탈법방법에 의한 문서 등 배부

선거일이 아닌 때에 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우, 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 5회를 넘을 수 없고, 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 후보자를 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 피고인들은 피고인 2가 피고인 1의 휴대전화번호(휴대전화번호 생략)를 이용하여 선거구민들에게 선거운동성 문자메시지를 전송하기로 공모하고, 피고인 2는 2016. 1. 2. 10:33경 △△시(주소 생략)에 있는 피고인 1의 선거사무소에서 인터넷 문자발송 사이트인 '◁◁◁◁'에 접속한 뒤, 선거구민 16명을 상대로 "피고인 1입니다

○○○와 함께 △△를 살리겠습니다.

새해 복 많이 받으세요"라는 내용의 문자메시지를 전송하는 등 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하였다.

2) 사전선거운동

제20대 국회의원 선거의 선거운동은 선거기간 개시일인 2016. 3. 31.부터 선거일 전일인 2016. 4. 12.까지에 한하여 할 수 있었다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 위와 같이 공모한 뒤, 피고인 2가 위와 같이 선거운동기간 전에 공직선거법에 규정된 방법 외의 방법으로 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 선거운동을 하였다.

나. 원심의 판단

원심은 그 거시 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

그리고 원심은 '이 사건 문자메시지 전송이 선거운동에 해당하지 않고, 피고인 1은 피고인 2와 범행을 공모한 바 없으며, 이 사건 문자메시지 전송행위에 대하여 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항이 적용되어서는 안된다'는 피고인들의 주장에 대하여 그 판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 가.항 내지 다.항에서 관련 법리와 함께 자세한 사정들을 들어 이를 배척하였다.

다.

당심의 판단

1) 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위인지 여부

가) 관련 법리

(1) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반에 관한 공직선거법 제59조 제2호는 문자메시지를 전송하는 방법으로 '선거운동'을 하는 경우를 규정하고 있고, 사전선거운동에 관한 공직선거법 제254조 제2항은 선거운동기간 전 '선거운동'을 금지하고 있다.

그리고 탈법방법에 의한 문서 등 배부에 관한 공직선거법 제93조 제1항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'를 금지하고 있다.

그러므로 위 규정들의 적용에 있어서는 '선거운동' 내지 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'의 의미와 범위를 정하는 것이 핵심 쟁점이 된다.

(2) 대의민주주의 체제의 선거에서는 선거인과 정치인 사이의 원활한 접촉과 소통을 통하여 공직후보자에 대한 풍부한 정보를 알 수 있고 알릴 수 있는 기회가 폭넓게 제공되어야 한다.

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

또한 공직에 있는 정치인과 그렇지 않은 정치인 사이의 실질적 기회균등을 보장하기 위해서는 정치인이 평소 정치적 기반을 다지는 행위가 폭넓게 허용되어야 한다.

아울러 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성의 원칙에 따라 형사처벌의 전제가 되는 선거운동의 의미를 명확하고 제한적으로 해석할 것이 요청된다.

한편 선거운동은 선거일과 밀접한 관계에 있고, 같은 내용의 활동이라도 선거일에 가까운 시기에 하게 될수록 선거인의 관점에서 객관적으로 파악할 때 선거운동으로 인식될 가능성이 높아진다.

이러한 선거운동의 자유와 공정 및 기회균등, 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.

- 즉, 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 하고, ② 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 인식할만한 객관적인 사정에 근거하여야 하며, ③ 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 문제된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야 하고, ④ 정치인이 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(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결 참조).
- (3) 한편, 공직선거법 제93조 제1항에서 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 전제 아래 그에 정한 행위를 제한하고 있는 것은 고의 이외에 초과주관적 요소로서 '선거에 영향을 미치게 할 목적'을 범죄성립요건으로 규정한 것이므로, 비록 그 목적에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식으로 충분하다고는 하더라도, 위 규정의 입법 목적이 선거의 공정성과 평온성을 침해하는 탈법적인 행위를 차단함으로써 공공의 이익을 도모하는 것임을 염두에 두고 합리적으로 판단하여야 하며, 그러한 목적이 있는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자·경쟁 후보자 또는 정당과의 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단 및 방법, 행위의 내용과 태양, 행위 당시의 사회 상황 등을 종합하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결 등 참조).

나) 인정사실

원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실들이 인정된다.

- ① 피고인 1은 1987년경부터 ▷▷▷ 기자로 근무해오다가 2007년경 사직한 후 청소년 인재 육성사업, 장학금 지원, 장애인 의수족 지원, 다문화가족 지원, 무료급식 지원 등을 목적으로 하는 □□□□□□포럼을 설립하고 정치·사회활동을 하여 왔다.

피고인 2는 2006년경 ▷▷▷에서 피고인 1과 직장 선후배 관계로 만나 알게 된 후 ▷▷▷를 퇴사하고 2010년경 피고인 1의 권유로 위 포럼의 일을 돕기 시작한 이래 피고인 1을 위한 각종 문자메시지 전송 등의 일을 해왔다.

그리고 피고인 2는 2011년경 공소외 1 유한회사를 설립하여 운영하고 있다.

- ② 피고인 1은 2008년경 제18대 국회의원선거 출마를 준비하고, 2012년경 제19대 국회의원선거에서 △△시 선거구 예비후보로 등록하는 등 △△ 지역에서 꾸준히 정치활동을 해왔으며, 2015. 12. 15. 제20대 국회의원선거 △△시 선거구 예비후보 등록을 마쳤다.

피고인 2는 2012년경 제19대 국회의원선거 예비후보였던 피고인 1을 위해 자원봉사자로 활동하였고, 피고인 1이 제20대 국회의원선거 예비후보로 등록하고 선거사무소를 개설한 2015. 12. 15.경부터는 피고인 1의 선거사무소에서 자원봉사자로 일하였으며, 2016. 2. 3.경에는 회계책임자로 선임되었다.

- ③ 피고인 2는 2011년경 공소외 2 주식회사가 운영하는 인터넷 문자메시지 전송 사이트인 '◁◁◁◁◁'에 "아이다: (아이다 생략), 가입자: 공소외 1 유한회사"로 가입한 후, 피고인 1을 위해 피고인 1의 휴대전화번호(휴대전화번호 생략)를 통한 문자메시지 전송을 시작하였다.

피고인이 피고인 2는 위 사이트의 이용에 휴대전화기 명의인의 본인인증 절차가 필요하게 되자 2015. 10. 14. 피고인 1에게 부탁하여 그 명의로 본인인증 절차를 거치기도 하였다.

- ④ 한편 피고인 1은 위 '◁◁◁◁◁' 사이트를 이용한 이 사건 문자메시지 전송 이외에, 2015. 12. 22. 본인 명의로 공소외 3 주식회사와 인터넷전화(문자) 서비스 이용계약을 체결하고, 해당 서비스에 따라 부여된 전화번호를 관할 선거관리위원회에 신고한 후 선거사무소 자원봉사자 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6 등으로 하여금 선거 관련 문자메시지를 전송하도록 하였다.

- ⑤ △△시 선거구에서는 제18, 19대 국회의원선거에서 연이어 당선된 공소외 7 의원이 현역 국회의원이었는데, 2016. 2. 6. ♡♡♡뉴스에서 실시한 제20대 국회의원선거 △△시 선거구 여론조사 결과, 공소외 7 의원이 선호도 24.5% 혹은 25.3%로 1위, 피고인 1이 선호도 21.5% 혹은 24.65%로 2위를 차지하는 것으로 나타났다.

피고인 1은 ○○○ 의원 등이 주축이 되어 창당한 '♡♡♡당' 창당발기인으로 활동하는 등 제20대 국회의원 선거를 준비하였으나, 피고인 1이 위 여론조사 결과를 공표한 행위를 계기로 이 사건에 대한 관할 선거관리위원회의 고발이 이루어진 후 출마를 포기하였고, △△시 선거구에서 제20대 국회의원으로 공소외 7 의원이 재차 당선되었다.

다) 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지

위 인정사실과 원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 문자메시지 전송행위는 제20대 국회의원선거와 관련하여 당해 선거인의 관점에서 피고인 1의 국회의원 선거 당락을 도모하는 행위임을 명백히 인식할만한 정도의 것으로 보기 어렵고, 피고인 1이 피고인 2를 통해 일상적·의례적·사교적으로 해오던 사회활동에 해당한다고 볼 여지도 크므로, 이를 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 단정할 수 없다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제하고 이 부분 문자메시지 전송행위가 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당한다고 인정하기에 부족하다고 할 것이다.

- ① 이 부분 문자메시지의 내용을 보면, 피고인 1이 참석한 모임에 참석하였던 사람들에게 안부인사, 감사인사를 표시하고, 이에 더하여 '△△의 효자가 되겠습니다', '열심히 하겠습니다', '늘 노력하는 피고인 1이 되겠습니다', '새해에도 더욱 노력하는 모습 보여드리겠습니다', '○○아파트 주민들의 편의와 복지를 위해 열심히 노력하겠습니다'라는 등 평소 사용하는 관용적인 문구나 추상적인 포부를 표시하는 문구를 부가한 것에 불과하다.
- ② 피고인들은 이 사건 문자메시지에 대하여 위 포럼 또는 소규모 모임이나 행사 등을 마친 후 의례적인 인사로 참석자들에게 보낸 것이라고 주장하는데, 피고인 1의 사회활동 내용이나 범위, 그 기간 등에 비추어 보면, 이 부분 문자메시지는 피고인 1이 일상적인 사회활동으로서 지역사회의 행사나 모임 등에 참석한 후 그 참석자들에게 의례적인 감사인사를 한 것이거나 지인 등에게 안부인사를 한 것으로 볼 여지가 충분하다.
- ③ 이 부분 문자메시지 중 제일 마지막에 보내진 문자메시지는 2016. 1. 22.경 전송되었는데 이는 선거일 약 3개월 전이었다.

나아가 별지 범죄일람표 순번 1 내지 15, 31 내지 38번 문자메시지는 제20대 국회의원선거 예비후보 등록이 시작된 2015. 12. 15. 전에 보내진 것으로서, 선거일과 약 4개월 내지 5개월 정도 시간적 간격이 있었다.

또한 이 부분 문자메시지는 대체로 몇 십 명, 몇 백 명 단위의 비교적 소규모 인원에게 전송되었다.

- ④ 피고인들에 대하여 선거관리위원회에서 조사한 문자메시지는 2015. 11. 2.경부터 2016. 2. 21.까지 총 127,687건에 이른다.

이는 공소사실에 기재된 문자메시지 건수의 약 4.6배에 해당하는 양이다.

그 내용도 '○○모임에서 반갑게 맞아주셔서 감사했습니다', '어제 저녁 ○○모임 너무 멋졌습니다.

제가 회원이라는게 자랑스럽습니다', '야유회 잘 다녀오셨죠? 함께 가지 못했지만 마음은 늘 함께합니다.

사랑합니다' 등으로 이 부분 문자메시지의 내용과 별다른 차이점이 없다.

다만 선거관리위원회는 '효자가 되겠다.

노력하겠다.

열심히 하겠다'와 같은 표현이 부가된 문자메시지 등을 선별하여 고발한 것으로 보이는데, 그러한 문구는 정치적인 목표를 가지고 사회활동을 하는 사람이라면 일반적으로 할 수 있는 의례적인 인사말로 볼 수 있다.

라) 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지

위 인정사실과 원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 문자메시지 전송행위는 제20대 국회의원선거와 관련하여 당해 선거인의 관점에서 당락을 도모하는 행위임을 명백히 인식할만한 정도의 것에 해당한다고 볼 수 있다.

그러므로 이 부분 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 인정할 수 있다.

- ① 이 부분 문자메시지 전송행위는 모두 피고인 1이 제20대 국회의원선거 △△시 선거구의 예비후보등록을 마친 2015. 12. 15. 이후 이루어졌고, 별지 범죄일람표 순번 39 내지 64번의 문자메시지에는 피고인 1이 국회의원선거 예비후보임이 명시적으로 표시되어 있다.
- ② 별지 범죄일람표 22, 23, 41 내지 45, 55 내지 60번의 문자메시지에는 ○○○와 함께 △△를 살리겠다거나 ○○○ 신당의 창당발기인으로 참여한다는 등의 내용이 기재되어 있는데, 당시는 제20대 국회의원선거를 앞두고 ○○○

의원의 '♡♡♡당'이 호남 지역에서 상당한 지지를 얻을 것으로 예상되고 있는 때였으므로, 위와 같은 내용이 기재된 문자메시지는 일반 선거인들의 입장에서 제20대 국회의원선거 예비후보로 등록한 피고인 1이 제20대 국회의원선거에서의 지지를 호소하기 위하여 전송한 것임을 어렵지 않게 알 수 있었을 것으로 보인다.

- ③ 별지 범죄일람표 순번 39번 문자메시지는 위 포럼 전체 회원 20,441명에게 전송된 것으로서, 평소 피고인 1의 활동에 대하여 어느 정도 알고 있었을 것으로 보이는 포럼 회원들로서는 피고인 1로부터 제20대 국회의원선거에 대한 포부를 밝히는 이러한 문자메시지를 받고 지지를 호소하는 취지임을 쉽게 알 수 있었을 것이다.
- ④ 별지 범죄일람표 순번 40, 46번 문자메시지는 피고인들이 운영하는 인터넷 카페에 가입할 것을 권유하면서 피고인 1이 당선되면 △△ 발전을 위한 변화가 있을 것이라는 취지를 홍보하는 내용이다.
- ⑤ 별지 범죄일람표 순번 47 내지 63번 문자메시지는 특정 직역이나 종교, 가입 정당 등에 따라 관심을 끌 수 있는 내용들을 적시하면서 해당 선거인 등에게 지지를 호소하는 내용이다.
- ⑥ 별지 범죄일람표 순번 64의 문자메시지는 2,069명에게 피고인 1이 선두라는 여론조사를 홍보하면서 후원을 요청하는 내용인데, 이와 같은 여론조사의 공표 등은 유권자의 표심에 직접적인 영향을 미칠 수 있다.

3) 피고인들의 공모 및 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 적용 여부

선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 인정되는 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위의 경우, 이에 관한 피고인들의 공모와 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항 적용 여부는 원심의 이 부분 판단(원심판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 나.항 및 다.항)을 정당한 것으로 충분히 수긍할 수 있으므로, 이 부분을 다투는 피고인들의 주장은 이유 없다.

4) 소결

결국 이 사건 문자메시지 중 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위는 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서 등 배부 및 사전선거운동의 유죄로 인정할 수 있고, 반면 나머지 부분은 유죄로 인정할 만한 증거가 부족하다고 할 것이므로, 나머지 부분인 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지에 대한 피고인의 법리오해 주장은 이유 있다.

3. 정치자금 부정수수에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

정치자금법에 의하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받아서 아니됨에도 불구하고, 피고인들은 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 피고인 1의 위 선거사무소 등에서 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하며 소요된 경비 1,248,792원을 피고인 2가 운영하는 공소외 1 유한회사 명의 계좌를 통해 위 '◁◁◁◁◁' 사이트 가상계좌에 충전된 금액으로 충당하게 하였다.

이로써 피고인 2는 정치자금법에 의하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하고, 피고인 1은 같은 방법으로 정치자금을 기부받았다.

나. 원심의 판단

원심은 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 문자메시지 전송행위 전부를 선거운동으로 판단하고, 이에 소요된 경비를 피고인 2가 기부하고 피고인 1이 수수하였다는 이 부분 공소사실을 그 거시 증거에 의하여 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 관련 법리

정치자금법 제45조 제1항은 정치활동을 하는 자에게 정치자금법에서 정하지 않은 방법으로 제공되는 모든 금전 등의 수수행위 일체를 금지하는 것이 아니라 '정치활동을 위하여 제공되는 금전 등으로서 정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전 등을 수수하는 행위'에 한하여 처벌한다는 취지이다(대법원 2014. 10. 30. 선고 2012도12394 판결 참조).

형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 그 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는바, 이러한 엄격해석의 원칙상 간접적 내지 사실상 선거활동 내지 정당활동에 도움이 되는 활동이라 할지라도 기본적으로 그 속성 자체가 사적인 의미를 가지는 활동은 정치활동에 포함되지 않는다고 보아야 한다(정치자금법 제2조 제3항 제3호는 향우회·동창회·종친회, 산악회 등 동호인회, 계모임 등 개인간의 사적 모임의 회비 그 밖의 지원경비를 정치활동을 위한 경비가 아니라 사적 경비라고 명시하고 있다).

2) 판단

별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 볼 수 있으므로, 이에 소요된 경비는 정치자금에 해당한다.

반면, 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 볼 수 없고, 앞서 살펴본 바와 같이 피고인 1이 피고인 2를 통해 일상적·의례적·사교적으로 해오던 사회활동에 해당한다고 볼 여지가 크므로, 이에 소요된 금원을 '정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전'으로서 정치자금에 해당한다고 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제하고 이 부분 문자메시지 전송에 소요된 금원이 정치자금에 해당한다고 인정하기에 부족하다. 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 위 '◁◁◁◁◁' 사이트에서 문자메시지 전송 서비스를 이용하는 데 필요한 비용은 단문의 경우 1건 당 17원, 장문의 경우 1건 당 50원인 사실을 인정할 수 있다.

그러므로 이 부분 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 전송에 소요된 비용 93,590원(단문 4,120건 70,040원 + 장문 471건 23,550원) 부분은 이를 유죄로 인정할 수 없고, 유죄로 인정되는 부분은 나머지 문자메시지 23,174건(27,765건 - 4,591건)에 소요된 비용 1,155,202원(1,248,792원 - 93,590원) 부분에 한정된다.

따라서 원심판결 중 위와 같이 당심에서 무죄로 인정되는 부분에 대한 피고인의 법리오해 주장은 이유 있다.

4. 선거비용 부정지출에 대하여

이 부분 공소사실은 피고인 2가 회계책임자로 선임된 후 전송된 별지 범죄일람표 순번 61 내지 64번 합계 2,121건의 문자메시지 전송행위에 소요된 경비 106,050원에 관한 것으로서, 앞서 살펴본 바와 같이 이 부분 문자메시지 전송행위는 선거운동으로 볼 수 있으므로, 이에 소요된 경비의 지출은 선거비용의 지출에 해당한다.

한편 피고인 1은 원심에서도 이 사건 범행에 대한 공모·가담을 부인하는 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 그 판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 나.항 및 라.항에서 자세한 사정들을 들어 이를 배척하였는바, 원심이 든 사정들에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정을 더하여 보면, 피고인 1이 이 부분 범행에 공모·가담한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

그러므로 피고인들의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

- ① 피고인 1은 피고인 2가 위 '△△△△△' 사이트에 개인적으로 가입하여 피고인 2의 비용으로 문자메시지를 보내고 있다는 사실을 알고 있었고, 앞서 본 바와 같이 그 사이트에서 문자메시지를 보내는 데에 인증절차를 진행해주기도 하였다.
- ② 피고인 1은 위 '△△△△△' 사이트의 문자메시지 발송 업무와 선거관리위원회에 신고한 인터넷 서비스를 이용한 문자메시지 발송 업무를 별개로 관리하면서 서로 혼선이 빚어지지 않도록 그 담당자도 서로 달리 지정하였던 것으로 보인다.
- ③ 피고인 1은 2015. 11.경부터 자신의 주거지에서 위 '△△△△△' 사이트에 직접 접속해왔고, 이 부분 문자메시지 전송을 전후한 2016. 2. 6.경 2016. 2. 10.경 및 2016. 2. 17.경에도 위 사이트에 접속하였다.

5. 결론

이 사건 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 부분 각 공직선거법위반의 점 및 정치자금 부정수수로 인한 정치자금법위반의 점에 대한 피고인들의 항소는 이유 있다.

그런데 원심은 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 피고인들 별로 각 1개의 형을 선고하였으므로, 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 전부 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

1) 법리오해

가) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반 및 사전선거운동

피고인들이 원심판결 별지 범죄일람표 기재 문자메시지(이하 '이 사건 문자메시지'라 한다)를 전송한 것은 일상적·의례적·사교적인 행위에 불과하여 선거운동에 해당하지 않는다.

나) 탈법방법에 의한 문서 등 배부

자동 동보통신을 통한 이 사건 문자메시지 전송행위를 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 탈법방법에 의한 문서 등 배부에 해당한다고 해석하는 것은 '인터넷 홈페이지 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법'이 공직선거법 제93조 제1항의 '그 밖에 이와 유사한 것'에 해당하지 않는다고 한 헌법재판소의 한정위헌결정(헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173, 191 전원재판부 결정)의 취지 등에 반하여 허용되지 않는다.

다) 정치자금 부정수수

이 사건 문자메시지 전송행위가 선거운동에 해당하지 않으므로, 피고인 1이 피고인 2로부터 이 사건 문자메시지 전송에 소요된 경비를 제공받았다고 하더라도 이를 정치자금 부정수수에 해당한다고 할 수 없다.

라) 선거비용 부정지출

이 사건 문자메시지 중 피고인 2가 피고인 1의 선거사무소 회계책임자로 선임된 후 전송된 별지 범죄일람표 순번 61 내지 64번 합계 2,121건의 문자메시지 전송행위가 선거운동이라고 할 수 없으므로, 이에 소요된 경비는 선거비용에 해당하지 않는다.

또한 피고인 1은 피고인 2의 이 부분 문자메시지 2,121건의 전송행위에 공모·가담한 사실이 없다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심의 형(피고인들 각 80만 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

피고인들에 대한 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서 등 배부 및 사전선거운동에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 제20대 국회의원 선거 관련하여 2015. 12. 15. △△시 선거구에 예비후보자로 등록한 사람이고, 피고인 2는 피고인 1의 선거사무소에서 자원봉사자로 활동하다가 2016. 2. 3.경부터 회계책임자로 선임된 사람이다.

1) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반 및 탈법방법에 의한 문서 등 배부

선거일이 아닌 때에 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우, 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 5회를 넘을 수 없고, 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 후보자를 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 피고인들은 피고인 2가 피고인 1의 휴대전화번호(휴대전화번호 생략)를 이용하여 선거구민들에게 선거운동성 문자메시지를 전송하기로 공모하고, 피고인 2는 2016. 1. 2. 10:33경 △△시(주소 생략)에 있는 피고인 1의 선거사무소에서 인터넷 문자발송 사이트인 '◁◁◁◁'에 접속한 뒤, 선거구민 16명을 상대로 "피고인 1입니다

○○○와 함께 △△를 살리겠습니다.

새해 복 많이 받으세요"라는 내용의 문자메시지를 전송하는 등 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하였다.

2) 사전선거운동

제20대 국회의원 선거의 선거운동은 선거기간 개시일인 2016. 3. 31.부터 선거일 전일인 2016. 4. 12.까지에 한하여 할 수 있었다.

그럼에도 불구하고 피고인들은 위와 같이 공모한 뒤, 피고인 2가 위와 같이 선거운동기간 전에 공직선거법에 규정된 방법 외의 방법으로 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하는 선거운동을 하였다.

나. 원심의 판단

원심은 그 거시 증거들에 의하여 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

그리고 원심은 '이 사건 문자메시지 전송이 선거운동에 해당하지 않고, 피고인 1은 피고인 2와 범행을 공모한 바 없으며, 이 사건 문자메시지 전송행위에 대하여 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항이 적용되어서는 안된다'는 피고인들의 주장에 대하여 그 판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 가.항 내지 다.항에서 관련 법리와 함께 자세한 사정들을 들어 이를 배척하였다.

다.

당심의 판단

1) 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위인지 여부

가) 관련 법리

- (1) 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반에 관한 공직선거법 제59조 제2호는 문자메시지를 전송하는 방법으로 '선거운동'을 하는 경우를 규정하고 있고, 사전선거운동에 관한 공직선거법 제254조 제2항은 선거운동기간 전 '선거운동'을 금지하고 있다.

그리고 탈법방법에 의한 문서 등 배부에 관한 공직선거법 제93조 제1항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 공직선거법의 규정에 의하지 아니한 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'를 금지하고 있다.

그러므로 위 규정들의 적용에 있어서는 '선거운동' 내지 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'의 의미와 범위를 정하는 것이 핵심 쟁점이 된다.

- (2) 대의민주주의 체제의 선거에서는 선거인과 정치인 사이의 원활한 접촉과 소통을 통하여 공직후보자에 대한 풍부한 정보를 알 수 있고 알릴 수 있는 기회가 폭넓게 제공되어야 한다.

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

또한 공직에 있는 정치인과 그렇지 않은 정치인 사이의 실질적 기회균등을 보장하기 위해서는 정치인이 평소 정치적 기반을 다지는 행위가 폭넓게 허용되어야 한다.

아울러 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성의 원칙에 따라 형사처벌의 전제가 되는 선거운동의 의미를 명확하고 제한적으로 해석할 것이 요청된다.

한편 선거운동은 선거일과 밀접한 관계에 있고, 같은 내용의 활동이라도 선거일에 가까운 시기에 하게 될수록 선거인의 관점에서 객관적으로 파악할 때 선거운동으로 인식될 가능성이 높아진다.

이러한 선거운동의 자유와 공정 및 기회균등, 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.

- 즉, 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 하고, ② 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 인식할만한 객관적인 사정에 근거하여야 하며, ③ 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 문제된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야 하고, ④ 정치인이 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(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결 참조).

(3) 한편, 공직선거법 제93조 제1항에서 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 전제 아래 그에 정한 행위를 제한하고 있는 것은 고의 이외에 초과주관적 요소로서 '선거에 영향을 미치게 할 목적'을 범죄성립요건으로 규정한 것이므로, 비록 그 목적에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식으로 충분하다고는 하더라도, 위 규정의 입법 목적이 선거의 공정성과 평온성을 침해하는 탈법적인 행위를 차단함으로써 공공의 이익을 도모하는 것임을 염두에 두고 합리적으로 판단하여야 하며, 그러한 목적이 있는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자·경쟁 후보자 또는 정당과의 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단 및 방법, 행위의 내용과 태양, 행위 당시의 사회 상황 등을 종합하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다(대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결 등 참조).

나) 인정사실

원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실들이 인정된다.

① 피고인 1은 1987년경부터 ▷▷▷ 기자로 근무해오다가 2007년경 사직한 후 청소년 인재 육성사업, 장학금 지원, 장애인 의수족 지원, 다문화가족 지원, 무료급식 지원 등을 목적으로 하는 □□□□□□포럼을 설립하고 정치·사회활동을 하여 왔다.

피고인 2는 2006년경 ▷▷▷에서 피고인 1과 직장 선후배 관계로 만나 알게 된 후 ▷▷▷를 퇴사하고 2010년경 피고인 1의 권유로 위 포럼의 일을 돕기 시작한 이래 피고인 1을 위한 각종 문자메시지 전송 등의 일을 해왔다.

그리고 피고인 2는 2011년경 공소외 1 유한회사를 설립하여 운영하고 있다.

② 피고인 1은 2008년경 제18대 국회의원선거 출마를 준비하고, 2012년경 제19대 국회의원선거에서 △△시 선거구 예비후보로 등록하는 등 △△ 지역에서 꾸준히 정치활동을 해왔으며, 2015. 12. 15. 제20대 국회의원선거 △△시 선거구 예비후보 등록을 마쳤다.

피고인 2는 2012년경 제19대 국회의원선거 예비후보였던 피고인 1을 위해 자원봉사자로 활동하였고, 피고인 1이 제20대 국회의원선거 예비후보로 등록하고 선거사무소를 개설한 2015. 12. 15.경부터는 피고인 1의 선거사무소에서 자원봉사자로 일하였으며, 2016. 2. 3.경에는 회계책임자로 선임되었다.

③ 피고인 2는 2011년경 공소외 2 주식회사가 운영하는 인터넷 문자메시지 전송 사이트인 '◁◁◁◁◁'에 "아이다: (아이다 생략), 가입자: 공소외 1 유한회사"로 가입한 후, 피고인 1을 위해 피고인 1의 휴대전화번호(휴대전화번호 생략)를 통한 문자메시지 전송을 시작하였다.

피고인이 피고인 2는 위 사이트의 이용에 휴대전화기 명의인의 본인인증 절차가 필요하게 되자 2015. 10. 14. 피고인 1에게 부탁하여 그 명의로 본인인증 절차를 거치기도 하였다.

④ 한편 피고인 1은 위 '◁◁◁◁◁' 사이트를 이용한 이 사건 문자메시지 전송 이외에, 2015. 12. 22. 본인 명의로 공소외 3 주식회사와 인터넷전화(문자) 서비스 이용계약을 체결하고, 해당 서비스에 따라 부여된 전화번호를 관할 선거관리위원회에 신고한 후 선거사무소 자원봉사자 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6 등으로 하여금 선거 관련 문자메시지를 전송하도록 하였다.

⑤ △△시 선거구에서는 제18, 19대 국회의원선거에서 연이어 당선된 공소외 7 의원이 현역 국회의원이었는데, 2016. 2. 6. ♡♡♡뉴스에서 실시한 제20대 국회의원선거 △△시 선거구 여론조사 결과, 공소외 7 의원이 선호도 24.5% 혹은 25.3%로 1위, 피고인 1이 선호도 21.5% 혹은 24.65%로 2위를 차지하는 것으로 나타났다.

피고인 1은 ○○○ 의원 등이 주축이 되어 창당한 '♡♡♡당' 창당발기인으로 활동하는 등 제20대 국회의원 선거를 준비하였으나, 피고인 1이 위 여론조사 결과를 공표한 행위를 계기로 이 사건에 대한 관할 선거관리위원회의 고발이

이루어진 후 출마를 포기하였고, △△시 선거구에서 제20대 국회의원으로 공소외 7 의원이 재차 당선되었다.

다) 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지

위 인정사실과 원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 문자메시지 전송행위는 제20대 국회의원선거와 관련하여 당해 선거인의 관점에서 피고인 1의 국회의원 선거 당락을 도모하는 행위임을 명백히 인식할만한 정도의 것으로 보기 어렵고, 피고인 1이 피고인 2를 통해 일상적·의례적·사교적으로 해오던 사회활동에 해당한다고 볼 여지도 크므로, 이를 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 단정할 수 없다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제하고 이 부분 문자메시지 전송행위가 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위에 해당한다고 인정하기에 부족하다고 할 것이다.

- ① 이 부분 문자메시지의 내용을 보면, 피고인 1이 참석한 모임에 참석하였던 사람들에게 안부인사, 감사인사를 표시하고, 이에 더하여 '△△의 효자가 되겠습니다', '열심히 하겠습니다', '늘 노력하는 피고인 1이 되겠습니다', '새해에도 더욱 노력하는 모습 보여드리겠습니다', '○○아파트 주민들의 편의와 복지를 위해 열심히 노력하겠습니다'라는 등 평소 사용하는 관용적인 문구나 추상적인 포부를 표시하는 문구를 부가한 것에 불과하다.
- ② 피고인들은 이 사건 문자메시지에 대하여 위 포럼 또는 소규모 모임이나 행사 등을 마친 후 의례적인 인사로 참석자들에게 보낸 것이라고 주장하는데, 피고인 1의 사회활동 내용이나 범위, 그 기간 등에 비추어 보면, 이 부분 문자메시지는 피고인 1이 일상적인 사회활동으로서 지역사회의 행사나 모임 등에 참석한 후 그 참석자들에게 의례적인 감사인사를 한 것이거나 지인 등에게 안부인사를 한 것으로 볼 여지가 충분하다.
- ③ 이 부분 문자메시지 중 제일 마지막에 보내진 문자메시지는 2016. 1. 22.경 전송되었는데 이는 선거일 약 3개월 전이었다.

나아가 별지 범죄일람표 순번 1 내지 15, 31 내지 38번 문자메시지는 제20대 국회의원선거 예비후보 등록이 시작된 2015. 12. 15. 전에 보내진 것으로서, 선거일과 약 4개월 내지 5개월 정도 시간적 간격이 있었다.

또한 이 부분 문자메시지는 대체로 몇 십 명, 몇 백 명 단위의 비교적 소규모 인원에게 전송되었다.

- ④ 피고인들에 대하여 선거관리위원회에서 조사한 문자메시지는 2015. 11. 2.경부터 2016. 2. 21.까지 총 127,687건에 이른다.

이는 공소사실에 기재된 문자메시지 건수의 약 4.6배에 해당하는 양이다.

그 내용도 '○○모임에서 반갑게 맞아주셔서 감사했습니다', '어제 저녁 ○○모임 너무 멋졌습니다.

제가 회원이라는게 자랑스럽습니다', '야유회 잘 다녀오셨죠? 함께 가지 못했지만 마음은 늘 함께합니다.

사랑합니다' 등으로 이 부분 문자메시지의 내용과 별다른 차이점이 없다.

다만 선거관리위원회는 '효자가 되겠다.

노력하겠다.

열심히 하겠다'와 같은 표현이 부가된 문자메시지 등을 선별하여 고발한 것으로 보이는데, 그러한 문구는 정치적인 목표를 가지고 사회활동을 하는 사람이라면 일반적으로 할 수 있는 의례적인 인사말로 볼 수 있다.

라) 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지

위 인정사실과 원심에서 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 부분 문자메시지 전송행위는 제20대 국회의원선거와 관련하여 당해 선거인의 관점에서 당락을 도모하는 행

위임을 명백히 인식할만한 정도의 것에 해당한다고 볼 수 있다.

그러므로 이 부분 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 인정할 수 있다.

- ① 이 부분 문자메시지 전송행위는 모두 피고인 1이 제20대 국회의원선거 △△시 선거구의 예비후보등록을 마친 2015. 12. 15. 이후 이루어졌고, 별지 범죄일람표 순번 39 내지 64번의 문자메시지에는 피고인 1이 국회의원선거 예비후보임이 명시적으로 표시되어 있다.
- ② 별지 범죄일람표 22, 23, 41 내지 45, 55 내지 60번의 문자메시지에는 ○○○와 함께 △△를 살리겠다거나 ○○○ 신당의 창당발기인으로 참여한다는 등의 내용이 기재되어 있는데, 당시는 제20대 국회의원선거를 앞두고 ○○○ 의원의 '♡♡♡당'이 호남 지역에서 상당한 지지를 얻을 것으로 예상되고 있는 때였으므로, 위와 같은 내용이 기재된 문자메시지는 일반 선거인들의 입장에서 제20대 국회의원선거 예비후보로 등록한 피고인 1이 제20대 국회의원선거에서의 지지를 호소하기 위하여 전송한 것임을 어렵지 않게 알 수 있었을 것으로 보인다.
- ③ 별지 범죄일람표 순번 39번 문자메시지는 위 포럼 전체 회원 20,441명에게 전송된 것으로서, 평소 피고인 1의 활동에 대하여 어느 정도 알고 있었을 것으로 보이는 포럼 회원들로서는 피고인 1로부터 제20대 국회의원선거에 대한 포부를 밝히는 이러한 문자메시지를 받고 지지를 호소하는 취지임을 쉽게 알 수 있었을 것이다.
- ④ 별지 범죄일람표 순번 40, 46번 문자메시지는 피고인들이 운영하는 인터넷 카페에 가입할 것을 권유하면서 피고인 1이 당선되면 △△ 발전을 위한 변화가 있을 것이라는 취지를 홍보하는 내용이다.
- ⑤ 별지 범죄일람표 순번 47 내지 63번 문자메시지는 특정 직역이나 종교, 가입 정당 등에 따라 관심을 끌 수 있는 내용들을 적시하면서 해당 선거인 등에게 지지를 호소하는 내용이다.
- ⑥ 별지 범죄일람표 순번 64의 문자메시지는 2,069명에게 피고인 1이 선두라는 여론조사를 홍보하면서 후원을 요청하는 내용인데, 이와 같은 여론조사의 공표 등은 유권자의 표심에 직접적인 영향을 미칠 수 있다.

3) 피고인들의 공모 및 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항의 적용 여부

선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 인정되는 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위의 경우, 이에 관한 피고인들의 공모와 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항 적용 여부는 원심의 이 부분 판단(원심판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 나.항 및 다.항)을 정당한 것으로 충분히 수긍할 수 있으므로, 이 부분을 다투는 피고인들의 주장은 이유 없다.

4) 소결

결국 이 사건 문자메시지 중 별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위는 자동 동보통신 문자메시지 전송방법 위반, 탈법방법에 의한 문서 등 배부 및 사전선거운동의 유죄로 인정할 수 있고, 반면 나머지 부분은 유죄로 인정할 만한 증거가 부족하다고 할 것이므로, 나머지 부분인 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지에 대한 피고인의 법리오해 주장은 이유 있다.

3. 정치자금 부정수수에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

정치자금법에 의하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받아서는 아니됨에도 불구하고, 피고인들은 2015. 11. 7.경부터 2016. 2. 12.경까지 피고인 1의 위 선거사무소 등에서 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 64회에 걸쳐 합계 27,765건의 문자메시지를 전송하며 소요된 경비 1,248,792원을 피고인 2가 운영하는 공소외 1 유한회사 명의 계좌를 통해 위 '◁◁◁◁◁' 사이트 가상계좌에 충전된 금액으로 충당하게 하였다.

이로써 피고인 2는 정치자금법에 의하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하고, 피고인 1은 같은 방법으로 정치자금을 기부받았다.

나. 원심의 판단

원심은 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 문자메시지 전송행위 전부를 선거운동으로 판단하고, 이에 소요된 경비를 피고인 2가 기부하고 피고인 1이 수수하였다는 이 부분 공소사실을 그 거시 증거에 의하여 유죄로 인정하였다.

다.

당심의 판단

1) 관련 법리

정치자금법 제45조 제1항은 정치활동을 하는 자에게 정치자금법에서 정하지 않은 방법으로 제공되는 모든 금전 등의 수수행위 일체를 금지하는 것이 아니라 '정치활동을 위하여 제공되는 금전 등으로서 정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전 등을 수수하는 행위'에 한하여 처벌한다는 취지이다(대법원 2014. 10. 30. 선고 2012도12394 판결 참조).

형벌법규의 해석은 엄격하여야 하고 그 의미를 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나는 것으로서 허용되지 않는바, 이러한 엄격해석의 원칙상 간접적 내지 사실상 선거활동 내지 정당활동에 도움이 되는 활동이라 할지라도 기본적으로 그 속성 자체가 사적인 의미를 가지는 활동은 정치활동에 포함되지 않는다고 보아야 한다(정치자금법 제2조 제3항 제3호는 향우회·동창회·종친회, 산악회 등 동호인회, 계모임 등 개인간의 사적 모임의 회비 그 밖의 지원경비를 정치활동을 위한 경비가 아니라 사적 경비라고 명시하고 있다).

2) 판단

별지 범죄일람표 순번 22, 23, 39 내지 64번 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 볼 수 있으므로, 이에 소요된 경비는 정치자금에 해당한다.

반면, 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 전송행위는 선거운동 내지 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 볼 수 없고, 앞서 살펴본 바와 같이 피고인 1이 피고인 2를 통해 일상적·의례적·사교적으로 해오던 사회활동에 해당한다고 볼 여지가 크므로, 이에 소요된 금원을 '정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전'으로서 정치자금에 해당한다고 단정할 수 없고, 검사가 제출한 증거들만으로는 합리적인 의심을 배제하고 이 부분 문자메시지 전송에 소요된 금원이 정치자금에 해당한다고 인정하기에 부족하다. 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하면, 위 '◁◁◁◁◁' 사이트에서 문자메시지 전송 서비스를 이용하는 데 필요한 비용은 단문의 경우 1건 당 17원, 장문의 경우 1건 당 50원인 사실을 인정할 수 있다.

그러므로 이 부분 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 전송에 소요된 비용 93,590원(단문 4,120건 70,040원 + 장문 471건 23,550원) 부분은 이를 유죄로 인정할 수 없고, 유죄로 인정되는 부분은 나머지 문자메시지 23,174건(27,765건 - 4,591건)에 소요된 비용 1,155,202원(1,248,792원 - 93,590원) 부분에 한정된다.

따라서 원심판결 중 위와 같이 당심에서 무죄로 인정되는 부분에 대한 피고인의 법리오해 주장은 이유 있다.

4. 선거비용 부정지출에 대하여

이 부분 공소사실은 피고인 2가 회계책임자로 선임된 후 전송된 별지 범죄일람표 순번 61 내지 64번 합계 2,121건의 문자메시지 전송행위에 소요된 경비 106,050원에 관한 것으로서, 앞서 살펴본 바와 같이 이 부분 문자메시지 전송행위는 선거운동으로 볼 수 있으므로, 이에 소요된 경비의 지출은 선거비용의 지출에 해당한다.

한편 피고인 1은 원심에서도 이 사건 범행에 대한 공모·가담을 부인하는 주장을 하였고, 이에 대하여 원심은 그 판결문의 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 항목 제2의 나.항 및 라.항에서 자세한 사정들을 들어 이를 배척하였는 바, 원심이 든 사정들에다가 원심이 적법하게 채택·조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정을 더하여 보면, 피고인 1이 이 부분 범행에 공모·가담한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

그러므로 피고인들의 이 부분 법리오해 주장은 이유 없다.

- ① 피고인 1은 피고인 2가 위 '◁◁◁◁' 사이트에 개인적으로 가입하여 피고인 2의 비용으로 문자메시지를 보내고 있다는 사실을 알고 있었고, 앞서 본 바와 같이 그 사이트에서 문자메시지를 보내는 데에 인증절차를 진행해주기도 하였다.
- ② 피고인 1은 위 '◁◁◁◁' 사이트의 문자메시지 발송 업무와 선거관리위원회에 신고한 인터넷 서비스를 이용한 문자메시지 발송 업무를 별개로 관리하면서 서로 혼선이 빚어지지 않도록 그 담당자도 서로 달리 지정하였던 것으로 보인다.
- ③ 피고인 1은 2015. 11.경부터 자신의 주거지에서 위 '◁◁◁◁' 사이트에 직접 접속해왔고, 이 부분 문자메시지 전송을 전후한 2016. 2. 6.경 2016. 2. 10.경 및 2016. 2. 17.경에도 위 사이트에 접속하였다.

5. 결론

이 사건 공소사실 중 별지 범죄일람표 순번 1 내지 21, 24 내지 38번 문자메시지 부분 각 공직선거법위반의 점 및 정치자금 부정수수로 인한 정치자금법위반의 점에 대한 피고인들의 항소는 이유 있다.

그런데 원심은 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정하여 피고인들 별로 각 1개의 형을 선고하였으므로, 쌍방의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 전부 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.