

## 공직선거법위반

[서울고등법원 2006. 11. 2. 2006노1855]



### 【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 검사

【검 사】 김형순

【변 호 인】 법무법인 정평 담당변호사 김승교

【원심판결】 서울동부지방법원 2006. 8. 18. 선고 2006고합218 판결

### 【주문】

】

원심판결 중 별지 범죄일람표 1, 범죄일람표 2의 순번 1, 범죄일람표 3의 순번 2 부분을 파기한다.

피고인을 벌금 3,000,000원에 처한다.

위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

원심판결 선고 전의 구금일수 2일을 위 벌금에 대한 노역장유치기간에 산입한다.

위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

원심판결 중 나머지 부분에 대한 검사의 항소를 기각한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

원심은 인터넷을 이용한 피고인의 이 사건 선거운동과 관련하여, 공직선거법 제82조의4 제1항에 해당하는 경우에는 그 게시된 내용이 같은 조 제2항의 제한에 위반되는지 여부에 관계없이 공직선거법 제93조 제1항이 적용되지 않는다고 판단하였으나, 인터넷 등 정보통신망을 이용한 선거운동의 방법을 제한하고 있는 공직선거법 제82조의4 제2항의 입법취지에 비추어 이에 위배되는 행위는 공직선거법 제93조 제1항에서 금지되는 것이고, 나아가 이 사건 게시물은 마치 ○○○□□당 대표에 대한 테러에 대하여 배후가 있는 정치공작이라고 표현하고 △△△ 서울시장 후보가 위와 같은 정치공작 테러로 선거운동에 도움을 받았다고 표현하는 것으로서 후보자 및 후보자가 속한 정당을 비방하는 내용에 해당하는 만큼 이를 인터넷상에 게시한 피고인의 행위는 공직선거법 제82조의4 제2항에 위배되어 공직선거법 제93조 제1항에 의하여 허용될 수 없는 것임에도 불구하고 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 위 규정들에 대한 법리를 오해한 위법이 있고, 설령 견해를 달리한다고 하더라도, 이 사건 공소사실과 상상적 경합관계에 있는 허위사실공표죄 또는 후보자비방죄에 해당하는지 여부를 직권으로 판단하고 검사에게 공소장 변경요구를 하여야 함에도 불구하고 심리를 미진하여 이에 이르지 아니한 위법이 있다.

#### 2. 항소이유에 대한 판단

공직선거법상의 관련규정을 보건대, 공직선거법 제93조 제1항은 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 문서 등을 배부·게시하는 행위 등을 할 수 없다고 규정하고, 공직선거법 제82조의4 제1항은 '선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조(정의) 제1항 제1호의 규

정에 의한 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다'고 규정하고 있으며, 공직선거법 제60조에서 선거운동을 할 수 없는 자를 열거하고 있는바, 위 각 규정내용을 종합하여 보면, 공직선거법 제60조에 열거된 사람이 아니면 선거운동기간 중에 인터넷 게시판 등 정보통신망을 이용하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 문서를 게시할 수 있고 이러한 경우 공직선거법 제93조 제1항은 적용되지 않는다고 해석된다.

다만, 공직선거법 제82조의4 제2항은 '정보통신을 이용하여 후보자, 그의 배우자 또는 직계 존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 유포하거나, 공연히 사실을 적시하여 이들을 비방하는 행위'를 금지하고 있는데, 검사는 이에 위반되는 경우 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항으로 의율할 수 있다고 주장하므로 그 여부에 관하여 보면, 공직선거법 제82조의4 제2항은 같은 조 제1항에 의하여 허용되는 정보통신망을 이용한 선거운동을 통하여 인터넷 게시판 등에 게시될 정보의 내용을 제한하는 규정으로 보일 뿐, 그 내용의 표현방법에 대한 제한규정이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 위 규정에서 금지하는 허위사실유포행위나 후보자비방행위에 대하여는 그 행위자에 대하여 공직선거법 제250조(허위사실공표죄) 또는 제251조(후보자비방죄)에 의하여 처벌할 수 있고, 공직선거법 제93조 제1항은 선거에 영향을 줄 수 있는 문서 등을 법의 규정에 의하지 아니한 방법으로 '배부·게시하는 행위 등'을 금지하는 것이고, 위 조항이 문서 등의 표현내용을 규율하는 규정이 아님은 해석상 명백하므로, 정보통신망을 이용한 문서의 게시행위가 공직선거법 제82조의4 제1항에 해당하는 경우에는 그로써 공직선거법 제93조 제1항의 '이 법의 규정에 의한 경우'에 해당되어 그 게시된 내용이 공직선거법 제82조의4 제2항의 제한에 위반되는지에 관계없이 공직선거법 제93조 제1항의 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지규정은 적용될 수 없다고 해석함이 상당하다.

따라서 위와 같은 취지에서 이 사건 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 사실인정과 판단은 정당하므로, 이에 대한 검사의 항소논지는 이유 없다.

### 3. 직권판단

#### 가. 예비적 공소사실에 대한 판단

검사의 나머지 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 보건대, 검사가 당심에 이르러 이 사건 공소사실을 주위적 공소사실로 그대로 유지한 채 예비적 공소사실로 별지 기재의 사실, 예비적 적용법조로 ' 공직선거법 제250조 제2항, 제251조, 형법 제40조'을 각 추가하는 내용의 공소장변경신청을 하여 이 법원이 이를 허가하였으므로, 나아가 예비적 공소사실에 관하여 살펴보기로 한다.

#### 나. 인정되는 사실관계

원심이 적법하게 조사, 채택한 증거들에 의하면, 피고인은 2006. 5. 31. 실시되는 제4회 전국동시지방선거와 관련하여 서울시장 선거의 □□당△△△ 후보 등이 당선될 것으로 예상되자 이를 막기 위하여 □□당 및 위 △△△ 후보를 반대하는 내용을 포스터 형식으로 패러디한 것을 인터넷에 널리 게시하기로 마음먹고, 2006. 5. 25. 별지 범죄일람표 1, 범죄일람표 2의 순번 1, 범죄일람표 3의 순번 2 기재와 같이 인터넷 사이트 (사이트 이름 생략)의 '패러디놀이

터게시판' 등에 '테러의 배후는?? 칼풍'이라는 제목 등으로 ○○○□□당 대표의 피습사건 사진과 함께 '테러는 상대방을 주범으로 몰아 곤경에 빠뜨리고 동정심을 자극하여 자기세력을 확대하고 공천비리, 성추행, 서민공방 등 불리한 조건을 한 번에 무마시킬 수 있는 강력한 신종정치공작', '안풍으로 돈을 풀고 북풍으로 위기를 조장하던 때는 갔다', '엄청난 배후가 있는 신종정치공작 칼풍'이라는 문구가 기재된 패러디 포스터(이하 '제1게시물'이라 한다)를 각 게시한 사실, 또한 피고인은 같은 날 별지 범죄일람표 2의 순번 2, 범죄일람표 3의 순번 1, 범죄일람표 4 기재와 같이 네이버의 불특정 개인블로그 (블로그 주소 생략) 등에 '행복한 △△△'이라는 제목 등으로 근조라고 쓰인 등을 한 손에 든 채 자전거를 타는 △△△ 후보의 합성사진과 함께 '할일 없이 빈둥거리다 시장되기! 역세계 운좋은 행복한 △△△', '차떼기, 공천비리, 성추행 모두 잊게 해주시는 대표님!! 우리 구호 한 번 외치죠 근혜 대표님 고맙습니다'라는 문구가 기재된 패러디 포스터(이하 '제2게시물'이라 한다)를 각 게시한 사실을 인정할 수 있다.

다.

#### 판단

먼저 제1게시물에 대한 허위사실공표죄에 관하여 보건대, 공직선거법 제250조 제2항은 '당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·책보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자'를 처벌한다고 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이, 피고인은 제4회 전국동시지방선거를 며칠 앞둔 시점에서 □□당△△△ 후보 등이 당선되는 것을 방해하기 위하여 허위의 사실임이 명백한 '□□당○○○ 대표 피습사건이 □□당에 의하여 조작된 정치공작'이라는 내용의 제1게시물을 인터넷에 게시하였고, 같은 날 제2게시물을 통하여 이를 △△△ 후보와 직접 연관시키기도 한 점 등의 상황에 비추어 보면, 이는 △△△ 후보의 소속단체인 □□당에 관한 허위의 사실을 유포함으로써 △△△ 후보의 당선을 방해하기 위한 것으로 후보자에 관한 것이라 할 것이므로, 피고인의 행위는 공직선거법 제250조 제2항에 해당한다고 할 것이다(피고인은 제1게시물의 대상이 □□당 또는 그 대표에 관한 것에 불과하여 후보자 등에 관한 내용을 대상으로 하는 허위사실공표죄에 해당하지 않는다고 주장하나, 공직선거법 제250조 제2항의 규정내용 등에 비추어 공표한 허위의 사실이 직접 후보자 본인에 관한 것이 아니라고 하더라도 후보자에 관한 사항으로서 후보자의 당선을 방해하는 성질을 가질 경우에는 허위사실공표죄의 대상에 포함된다고 봄이 상당하므로, 피고인의 위 주장은 받아들이지 아니한다).

나아가 제1게시물에 대한 후보자비방죄에 관하여 보건대, 공직선거법 제251조는 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·책보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자'를 처벌한다고 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이 제1게시물은 '□□당○○○ 대표 피습사건'이 마치 □□당이 조작한 정치공작인 것처럼 규정한 것일 뿐 후보자에 관하여 언급한 것은 아니므로 이로써 후보자가 속한 정당 또는 그 대표에 대한 비방이 되는지 여부는 별론으로 하더라도 후보자를 비방한 것으로 단정할 수는 없으므로, 후보자비방죄는 성립되지 않는다고 할 것이다.

다음으로 제2게시물에 관하여 보건대, 공직선거법 제250조 제2항, 제251조의 각 규정내용을 종합하면, 공표하거나 적시하는 내용이 '사실'이어야 하고 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 허위사

실공표죄나 후보자비방죄를 구성하지 아니하고, 그 구별은 언어의 통상적인 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 정황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것인바( 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도1741 판결 참조), 이 사건 제2게시물의 경우 '차떼기, 공천비리, 성추행 모두 잊게 해주시는 대표님!! 우리 구호 한 번 외치죠 근혜 대표님 고맙습니다' 등의 문구는 그 문맥이나 정황 등을 고려하더라도 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과하고, 사실을 적시하는 것으로 보기는 어려우므로, 제2게시물에 관하여는 허위사실공표죄나 후보자비방죄가 성립되지 않는다고 할 것이다.

#### 4. 결론

그렇다면 원심판결 중 제2게시물에 대한 부분은 이에 대하여 당원에서 추가된 예비적 청구도 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 그 부분에 대한 검사의 항소를 기각하고, 원심판결 중 제1게시물에 대한 부분은 위와 같은 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 해당부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 1. 항소이유의 요지

원심은 인터넷을 이용한 피고인의 이 사건 선거운동과 관련하여, 공직선거법 제82조의4 제1항에 해당하는 경우에는 그 게시된 내용이 같은 조 제2항의 제한에 위반되는지 여부에 관계없이 공직선거법 제93조 제1항이 적용되지 않는다고 판단하였으나, 인터넷 등 정보통신망을 이용한 선거운동의 방법을 제한하고 있는 공직선거법 제82조의4 제2항의 입법취지에 비추어 이에 위배되는 행위는 공직선거법 제93조 제1항에서 금지되는 것이고, 나아가 이 사건 게시물은 마치 ○○○□□당 대표에 대한 테러에 대하여 배후가 있는 정치공작이라고 표현하고 △△△ 서울시장 후보가 위와 같은 정치공작 테러로 선거운동에 도움을 받았다고 표현하는 것으로서 후보자 및 후보자가 속한 정당을 비방하는 내용에 해당하는 만큼 이를 인터넷상에 게시한 피고인의 행위는 공직선거법 제82조의4 제2항에 위배되어 공직선거법 제93조 제1항에 의하여 허용될 수 없는 것임에도 불구하고 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 위 규정들에 대한 법리를 오해한 위법이 있고, 설령 견해를 달리한다고 하더라도, 이 사건 공소사실과 상충적 경합관계에 있는 허위사실공표죄 또는 후보자비방죄에 해당하는지 여부를 직권으로 판단하고 검사에게 공소장 변경요구를 하여야 함에도 불구하고 심리를 미진하여 이에 이르지 아니한 위법이 있다.

#### 2. 항소이유에 대한 판단

공직선거법상의 관련규정을 보건대, 공직선거법 제93조 제1항은 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 문서 등을 배부·게시하는 행위 등을 할 수 없다고 규정하고, 공직선거법 제82조의4 제1항은 '선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조(정의) 제1항 제1호의 규정에 의한 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다'고 규정하고 있으며, 공직선거법 제60조에서 선거운동을 할 수 없는 자를 열거하고 있는바, 위 각 규정내용을 종합하여 보면, 공직선거법 제60조에 열거된 사람이 아

니면 선거운동기간 중에 인터넷 게시판 등 정보통신망을 이용하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 문서를 게시할 수 있고 이러한 경우 공직선거법 제93조 제1항은 적용되지 않는다고 해석된다.

다만, 공직선거법 제82조의4 제2항은 '정보통신을 이용하여 후보자, 그의 배우자 또는 직계 존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 유포하거나, 공연히 사실을 적시하여 이들을 비방하는 행위'를 금지하고 있는데, 검사는 이에 위반되는 경우 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항으로 의율할 수 있다고 주장하므로 그 여부에 관하여 보면, 공직선거법 제82조의4 제2항은 같은 조 제1항에 의하여 허용되는 정보통신망을 이용한 선거운동을 통하여 인터넷 게시판 등에 게시될 정보의 내용을 제한하는 규정으로 보일 뿐, 그 내용의 표현방법에 대한 제한규정이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 위 규정에서 금지하는 허위사실유포행위나 후보자비방행위에 대하여는 그 행위자에 대하여 공직선거법 제250조(허위사실공표죄) 또는 제251조(후보자비방죄)에 의하여 처벌할 수 있고, 공직선거법 제93조 제1항은 선거에 영향을 줄 수 있는 문서 등을 법의 규정에 의하지 아니한 방법으로 '배부·게시하는 행위 등'을 금지하는 것이고, 위 조항이 문서 등의 표현내용을 규율하는 규정이 아님은 해석상 명백하므로, 정보통신망을 이용한 문서의 게시행위가 공직선거법 제82조의4 제1항에 해당하는 경우에는 그로써 공직선거법 제93조 제1항의 '이 법의 규정에 의한 경우'에 해당되어 그 게시된 내용이 공직선거법 제82조의4 제2항의 제한에 위반되는지에 관계없이 공직선거법 제93조 제1항의 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지규정은 적용될 수 없다고 해석함이 상당하다.

따라서 위와 같은 취지에서 이 사건 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 사실인정과 판단은 정당하므로, 이에 대한 검사의 항소논지는 이유 없다.

### 3. 직권판단

#### 가. 예비적 공소사실에 대한 판단

검사의 나머지 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 보건대, 검사가 당심에 이르러 이 사건 공소사실을 주위적 공소사실로 그대로 유지한 채 예비적 공소사실로 별지 기재의 사실, 예비적 적용법조로 '공직선거법 제250조 제2항, 제251조, 형법 제40조'를 각 추가하는 내용의 공소장변경신청을 하여 이 법원이 이를 허가하였으므로, 나아가 예비적 공소사실에 관하여 살펴보기로 한다.

#### 나. 인정되는 사실관계

원심이 적법하게 조사, 채택한 증거들에 의하면, 피고인은 2006. 5. 31. 실시되는 제4회 전국동시지방선거와 관련하여 서울시장 선거의 □□당△△△ 후보 등이 당선될 것으로 예상되자 이를 막기 위하여 □□당 및 위 △△△ 후보를 반대하는 내용을 포스터 형식으로 패러디한 것을 인터넷에 널리 게시하기로 마음먹고, 2006. 5. 25. 별지 범죄일람표 1, 범죄일람표 2의 순번 1, 범죄일람표 3의 순번 2 기재와 같이 인터넷 사이트(사이트 이름 생략)의 '패러디놀이터게시판' 등에 '테러의 배후는?? 칼풍'이라는 제목 등으로 ○○○□□당 대표의 피습사건 사진과 함께 '테러는 상대방을 주범으로 몰아 곤경에 빠뜨리고 동정심을 자극하여 자기세력을 확대하고 공천비리, 성추행, 서민공방 등 불리한 조건을 한 번에 무마시킬 수 있는 강력한 신종정치공작', '안풍으로 돈을 풀고 북풍으로 위기를 조장하던 때는 갔

다, '엄청난 배후가 있는 신종정치공작 칼풍'이라는 문구가 기재된 패러디 포스터(이하 '제1게시물'이라 한다)를 각 게시한 사실, 또한 피고인은 같은 날 별지 범죄일람표 2의 순번 2, 범죄일람표 3의 순번 1, 범죄일람표 4 기재와 같이 네이버의 불특정 개인블로그 (블로그 주소 생략) 등에 '행복한 △△△'이라는 제목 등으로 근조라고 쓰인 등을 한 손에 든 채 자전거를 타는 △△△ 후보의 합성사진과 함께 '할일 없이 빈둥거리다 시장되기! 억세게 운 좋은 행복한 △△△', '차떼기, 공천비리, 성추행 모두 잊게 해주시는 대표님!! 우리 구호 한 번 외치죠 근혜 대표님 고맙습니다'라는 문구가 기재된 패러디 포스터(이하 '제2게시물'이라 한다)를 각 게시한 사실을 인정할 수 있다.

다.

판단

먼저 제1게시물에 대한 허위사실공표죄에 관하여 보건대, 공직선거법 제250조 제2항은 '당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·책보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자'를 처벌한다고 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이, 피고인은 제4회 전국동시지방선거를 며칠 앞둔 시점에서 □□당△△△ 후보 등이 당선되는 것을 방해하기 위하여 허위의 사실임이 명백한 '□□당○○○ 대표 피습사건이 □□당에 의하여 조작된 정치공작'이라는 내용의 제1게시물을 인터넷에 게시하였고, 같은 날 제2게시물을 통하여 이를 △△△ 후보와 직접 연관시키기도 한 점 등의 상황에 비추어 보면, 이는 △△△ 후보의 소속단체인 □□당에 관한 허위의 사실을 유포함으로써 △△△ 후보의 당선을 방해하기 위한 것으로 후보자에 관한 것이라 할 것이므로, 피고인의 행위는 공직선거법 제250조 제2항에 해당한다고 할 것이다(피고인은 제1게시물의 대상이 □□당 또는 그 대표에 관한 것에 불과하여 후보자 등에 관한 내용을 대상으로 하는 허위사실공표죄에 해당하지 않는다고 주장하나, 공직선거법 제250조 제2항의 규정내용 등에 비추어 공표한 허위의 사실이 직접 후보자 본인에 관한 것이 아니라고 하더라도 후보자에 관한 사항으로서 후보자의 당선을 방해하는 성질을 가질 경우에는 허위사실공표죄의 대상에 포함된다고 봄이 상당하므로, 피고인의 위 주장은 받아들이지 아니한다).

나아가 제1게시물에 대한 후보자비방죄에 관하여 보건대, 공직선거법 제251조는 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·책보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자'를 처벌한다고 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이 제1게시물은 '□□당○○○ 대표 피습사건'이 마치 □□당이 조작한 정치공작인 것처럼 규정한 것일 뿐 후보자에 관하여 언급한 것은 아니므로 이로써 후보자가 속한 정당 또는 그 대표에 대한 비방이 되는지 여부는 별론으로 하더라도 후보자를 비방한 것으로 단정할 수는 없으므로, 후보자비방죄는 성립되지 않는다고 할 것이다.

다음으로 제2게시물에 관하여 보건대, 공직선거법 제250조 제2항, 제251조의 각 규정내용을 종합하면, 공표하거나 적시하는 내용이 '사실'이어야 하고 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 허위사실공표죄나 후보자비방죄를 구성하지 아니하고, 그 구별은 언어의 통상적인 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 정황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것인바( 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도1741 판결 참조), 이 사건 제2게시물의 경우 '차떼기, 공천비리, 성추행 모두 잊게 해주시는 대표님!!

우리 구호 한 번 외치죠 근혜 대표님 고맙습니다' 등의 문구는 그 문맥이나 정황 등을 고려하더라도 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과하고, 사실을 적시하는 것으로 보기는 어려우므로, 제2게시물에 관하여는 허위사실공표죄나 후보자비방죄가 성립되지 않는다고 할 것이다.

#### 4. 결론

그렇다면 원심판결 중 제2게시물에 대한 부분은 이에 대하여 당원에서 추가된 예비적 청구도 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 그 부분에 대한 검사의 항소를 기각하고, 원심판결 중 제1게시물에 대한 부분은 위와 같은 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 해당부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 1. 항소이유의 요지

원심은 인터넷을 이용한 피고인의 이 사건 선거운동과 관련하여, 공직선거법 제82조의4 제1항에 해당하는 경우에는 그 게시된 내용이 같은 조 제2항의 제한에 위반되는지 여부에 관계없이 공직선거법 제93조 제1항이 적용되지 않는다고 판단하였으나, 인터넷 등 정보통신망을 이용한 선거운동의 방법을 제한하고 있는 공직선거법 제82조의4 제2항의 입법취지에 비추어 이에 위배되는 행위는 공직선거법 제93조 제1항에서 금지되는 것이고, 나아가 이 사건 게시물은 마치 ○○○□□당 대표에 대한 테러에 대하여 배후가 있는 정치공작이라고 표현하고 △△△ 서울시장 후보가 위와 같은 정치공작 테러로 선거운동에 도움을 받았다고 표현하는 것으로서 후보자 및 후보자가 속한 정당을 비방하는 내용에 해당하는 만큼 이를 인터넷상에 게시한 피고인의 행위는 공직선거법 제82조의4 제2항에 위배되어 공직선거법 제93조 제1항에 의하여 허용될 수 없는 것임에도 불구하고 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 위 규정들에 대한 법리를 오해한 위법이 있고, 설령 견해를 달리한다고 하더라도, 이 사건 공소사실과 상충적 경합관계에 있는 허위사실공표죄 또는 후보자비방죄에 해당하는지 여부를 직권으로 판단하고 검사에게 공소장 변경요구를 하여야 함에도 불구하고 심리를 미진하여 이에 이르지 아니한 위법이 있다.

##### 2. 항소이유에 대한 판단

공직선거법상의 관련규정을 보건대, 공직선거법 제93조 제1항은 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 문서 등을 배부·게시하는 행위 등을 할 수 없다고 규정하고, 공직선거법 제82조의4 제1항은 '선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조(정의) 제1항 제1호의 규정에 의한 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다'고 규정하고 있으며, 공직선거법 제60조에서 선거운동을 할 수 없는 자를 열거하고 있는바, 위 각 규정내용을 종합하여 보면, 공직선거법 제60조에 열거된 사람이 아니면 선거운동기간 중에 인터넷 게시판 등 정보통신망을 이용하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 문서를 게시할 수 있고 이러한 경우 공직선거법 제93조 제1항은 적용되지 않는다고 해석된다.

다만, 공직선거법 제82조의4 제2항은 '정보통신을 이용하여 후보자, 그의 배우자 또는 직계 존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 유포하거나, 공연히 사실을 적시하여 이들을 비방하는 행위'를 금지하고 있는데, 검사는 이에 위반되는 경우 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항으로 의율할 수 있다고 주장하므로 그 여부에 관하여 보면, 공직선거법 제82조의4 제2항은 같은 조 제1항에 의하여 허용되는 정보통신망을 이용한 선거운동을 통하여 인터넷 게시판 등에 게시될 정보의 내용을 제한하는 규정으로 보일 뿐, 그 내용의 표현방법에 대한 제한규정이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 위 규정에서 금지하는 허위사실유포행위나 후보자비방행위에 대하여는 그 행위자에 대하여 공직선거법 제250조(허위사실공표죄) 또는 제251조(후보자비방죄)에 의하여 처벌할 수 있고, 공직선거법 제93조 제1항은 선거에 영향을 줄 수 있는 문서 등을 법의 규정에 의하지 아니한 방법으로 '배부·게시하는 행위 등'을 금지하는 것이고, 위 조항이 문서 등의 표현내용을 규율하는 규정이 아님은 해석상 명백하므로, 정보통신망을 이용한 문서의 게시행위가 공직선거법 제82조의4 제1항에 해당하는 경우에는 그로써 공직선거법 제93조 제1항의 '이 법의 규정에 의한 경우'에 해당되어 그 게시된 내용이 공직선거법 제82조의4 제2항의 제한에 위반되는지에 관계없이 공직선거법 제93조 제1항의 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지규정은 적용될 수 없다고 해석함이 상당하다.

따라서 위와 같은 취지에서 이 사건 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 사실인정과 판단은 정당하므로, 이에 대한 검사의 항소논지는 이유 없다.

### 3. 직권판단

#### 가. 예비적 공소사실에 대한 판단

검사의 나머지 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 보건대, 검사가 당심에 이르러 이 사건 공소사실을 주위적 공소사실로 그대로 유지한 채 예비적 공소사실로 별지 기재의 사실, 예비적 적용법조로 '공직선거법 제250조 제2항, 제251조, 형법 제40조'를 각 추가하는 내용의 공소장변경신청을 하여 이 법원이 이를 허가하였으므로, 나아가 예비적 공소사실에 관하여 살펴보기로 한다.

#### 나. 인정되는 사실관계

원심이 적법하게 조사, 채택한 증거들에 의하면, 피고인은 2006. 5. 31. 실시되는 제4회 전국동시지방선거와 관련하여 서울시장 선거의 □□당△△△ 후보 등이 당선될 것으로 예상되자 이를 막기 위하여 □□당 및 위 △△△ 후보를 반대하는 내용을 포스터 형식으로 패러디한 것을 인터넷에 널리 게시하기로 마음먹고, 2006. 5. 25. 별지 범죄일람표 1, 범죄일람표 2의 순번 1, 범죄일람표 3의 순번 2 기재와 같이 인터넷 사이트 (사이트 이름 생략)의 '패러디놀이터게시판' 등에 '테러의 배후는?? 칼풍'이라는 제목 등으로 ○○○□□당 대표의 피습사건 사진과 함께 '테러는 상대방을 주범으로 몰아 곤경에 빠뜨리고 동정심을 자극하여 자기세력을 확대하고 공천비리, 성추행, 서민공방 등 불리한 조건을 한 번에 무마시킬 수 있는 강력한 신종정치공작', '안풍으로 돈을 풀고 북풍으로 위기를 조장하던 때는 갔다', '엄청난 배후가 있는 신종정치공작 칼풍'이라는 문구가 기재된 패러디 포스터(이하 '제1게시물'이라 한다)를 각 게시한 사실, 또한 피고인은 같은 날 별지 범죄일람표 2의 순번 2, 범죄일람표 3의 순번 1, 범죄일람표 4 기재와 같이 네이버의 불특정 개인블로그 (블로그 주소 생략) 등에 '행복한 △△△'이라는 제목 등으로 근조라고 쓰인 등을 한



손에 든 채 자전거를 타는 △△△ 후보의 합성사진과 함께 '할일 없이 빈둥거리다 시장되기! 억세게 운 좋은 행복한 △△△', '차떼기, 공천비리, 성추행 모두 잊게 해주시는 대표님!! 우리 구호 한 번 외치죠 근혜 대표님 고맙습니다'라는 문구가 기재된 패러디 포스터(이하 '제2게시물'이라 한다)를 각 게시한 사실을 인정할 수 있다.

다.

판단

먼저 제1게시물에 대한 허위사실공표죄에 관하여 보건대, 공직선거법 제250조 제2항은 '당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·책보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자'를 처벌한다고 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이, 피고인은 제4회 전국동시지방선거를 며칠 앞둔 시점에서 □□당△△△ 후보 등이 당선되는 것을 방해하기 위하여 허위의 사실임이 명백한 '□□당○○○ 대표 피습사건이 □□당에 의하여 조작된 정치공작'이라는 내용의 제1게시물을 인터넷에 게시하였고, 같은 날 제2게시물을 통하여 이를 △△△ 후보와 직접 연관시키기도 한 점 등의 상황에 비추어 보면, 이는 △△△ 후보의 소속단체인 □□당에 관한 허위의 사실을 유포함으로써 △△△ 후보의 당선을 방해하기 위한 것으로 후보자에 관한 것이라 할 것이므로, 피고인의 행위는 공직선거법 제250조 제2항에 해당한다고 할 것이다(피고인은 제1게시물의 대상이 □□당 또는 그 대표에 관한 것에 불과하여 후보자 등에 관한 내용을 대상으로 하는 허위사실공표죄에 해당하지 않는다고 주장하나, 공직선거법 제250조 제2항의 규정내용 등에 비추어 공표한 허위의 사실이 직접 후보자 본인에 관한 것이 아니라고 하더라도 후보자에 관한 사항으로서 후보자의 당선을 방해하는 성질을 가질 경우에는 허위사실공표죄의 대상에 포함된다고 봄이 상당하므로, 피고인의 위 주장은 받아들이지 아니한다).

나아가 제1게시물에 대한 후보자비방죄에 관하여 보건대, 공직선거법 제251조는 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·책보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자'를 처벌한다고 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이 제1게시물은 '□□당○○○ 대표 피습사건'이 마치 □□당이 조작한 정치공작인 것처럼 규정한 것일 뿐 후보자에 관하여 언급한 것은 아니므로 이로써 후보자가 속한 정당 또는 그 대표에 대한 비방이 되는지 여부는 별론으로 하더라도 후보자를 비방한 것으로 단정할 수는 없으므로, 후보자비방죄는 성립되지 않는다고 할 것이다.

다음으로 제2게시물에 관하여 보건대, 공직선거법 제250조 제2항, 제251조의 각 규정내용을 종합하면, 공표하거나 적시하는 내용이 '사실'이어야 하고 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 허위사실공표죄나 후보자비방죄를 구성하지 아니하고, 그 구별은 언어의 통상적인 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 정황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것인바( 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도1741 판결 참조), 이 사건 제2게시물의 경우 '차떼기, 공천비리, 성추행 모두 잊게 해주시는 대표님!! 우리 구호 한 번 외치죠 근혜 대표님 고맙습니다' 등의 문구는 그 문맥이나 정황 등을 고려하더라도 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과하고, 사실을 적시하는 것으로 보기는 어려우므로, 제2게시물에 관하여는 허위사실공표죄나 후보자비방죄가 성립되지 않는다고 할 것이다.

#### 4. 결론

그렇다면 원심판결 중 제2게시물에 대한 부분은 이에 대하여 당원에서 추가된 예비적 청구도 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 그 부분에 대한 검사의 항소를 기각하고, 원심판결 중 제1게시물에 대한 부분은 위와 같은 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 해당부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 1. 항소이유의 요지

원심은 인터넷을 이용한 피고인의 이 사건 선거운동과 관련하여, 공직선거법 제82조의4 제1항에 해당하는 경우에는 그 게시된 내용이 같은 조 제2항의 제한에 위반되는지 여부에 관계없이 공직선거법 제93조 제1항이 적용되지 않는다고 판단하였으나, 인터넷 등 정보통신망을 이용한 선거운동의 방법을 제한하고 있는 공직선거법 제82조의4 제2항의 입법취지에 비추어 이에 위배되는 행위는 공직선거법 제93조 제1항에서 금지되는 것이고, 나아가 이 사건 게시물은 마치 ○○○□□당 대표에 대한 테러에 대하여 배후가 있는 정치공작이라고 표현하고 △△△ 서울시장 후보가 위와 같은 정치공작 테러로 선거운동에 도움을 받았다고 표현하는 것으로서 후보자 및 후보자가 속한 정당을 비방하는 내용에 해당하는 만큼 이를 인터넷상에 게시한 피고인의 행위는 공직선거법 제82조의4 제2항에 위배되어 공직선거법 제93조 제1항에 의하여 허용될 수 없는 것임에도 불구하고 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 위 규정들에 대한 법리를 오해한 위법이 있고, 설령 견해를 달리한다고 하더라도, 이 사건 공소사실과 상상의 경합관계에 있는 허위사실공표죄 또는 후보자비방죄에 해당하는지 여부를 직권으로 판단하고 검사에게 공소장 변경요구를 하여야 함에도 불구하고 심리를 미진하여 이에 이르지 아니한 위법이 있다.

##### 2. 항소이유에 대한 판단

공직선거법상의 관련규정을 보건대, 공직선거법 제93조 제1항은 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 문서 등을 배부·게시하는 행위 등을 할 수 없다고 규정하고, 공직선거법 제82조의4 제1항은 '선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조(정의) 제1항 제1호의 규정에 의한 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다'고 규정하고 있으며, 공직선거법 제60조에서 선거운동을 할 수 없는 자를 열거하고 있는바, 위 각 규정내용을 종합하여 보면, 공직선거법 제60조에 열거된 사람이 아니면 선거운동기간 중에 인터넷 게시판 등 정보통신망을 이용하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 문서를 게시할 수 있고 이러한 경우 공직선거법 제93조 제1항은 적용되지 않는다고 해석된다.

다만, 공직선거법 제82조의4 제2항은 '정보통신을 이용하여 후보자, 그의 배우자 또는 직계 존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 유포하거나, 공연히 사실을 적시하여 이들을 비방하는 행위'를 금지하고 있는데, 검사는 이에

위반되는 경우 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항으로 의율할 수 있다고 주장하므로 그 여부에 관하여 보면, 공직선거법 제82조의4 제2항은 같은 조 제1항에 의하여 허용되는 정보통신망을 이용한 선거운동을 통하여 인터넷 게시판 등에 게시될 정보의 내용을 제한하는 규정으로 보일 뿐, 그 내용의 표현방법에 대한 제한규정이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 위 규정에서 금지하는 허위사실유포행위나 후보자비방행위에 대하여는 그 행위자에 대하여 공직선거법 제250조(허위사실공표죄) 또는 제251조(후보자비방죄)에 의하여 처벌할 수 있고, 공직선거법 제93조 제1항은 선거에 영향을 줄 수 있는 문서 등을 법의 규정에 의하지 아니한 방법으로 '배부·게시하는 행위 등'을 금지하는 것이고, 위 조항이 문서 등의 표현내용을 규율하는 규정이 아님은 해석상 명백하므로, 정보통신망을 이용한 문서의 게시행위가 공직선거법 제82조의4 제1항에 해당하는 경우에는 그로써 공직선거법 제93조 제1항의 '이 법의 규정에 의한 경우'에 해당되어 그 게시된 내용이 공직선거법 제82조의4 제2항의 제한에 위반되는지에 관계없이 공직선거법 제93조 제1항의 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지규정은 적용될 수 없다고 해석함이 상당하다.

따라서 위와 같은 취지에서 이 사건 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 사실인정과 판단은 정당하므로, 이에 대한 검사의 항소논지는 이유 없다.

### 3. 직권판단

#### 가. 예비적 공소사실에 대한 판단

검사의 나머지 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 보건대, 검사가 당심에 이르러 이 사건 공소사실을 주위적 공소사실로 그대로 유지한 채 예비적 공소사실로 별지 기재의 사실, 예비적 적용법조로 ' 공직선거법 제250조 제2항, 제251조, 형법 제40조'을 각 추가하는 내용의 공소장변경신청을 하여 이 법원이 이를 허가하였으므로, 나아가 예비적 공소사실에 관하여 살펴보기로 한다.

#### 나. 인정되는 사실관계

원심이 적법하게 조사, 채택한 증거들에 의하면, 피고인은 2006. 5. 31. 실시되는 제4회 전국동시지방선거와 관련하여 서울시장 선거의 □□당△△△ 후보 등이 당선될 것으로 예상되자 이를 막기 위하여 □□당 및 위 △△△ 후보를 반대하는 내용을 포스터 형식으로 패러디한 것을 인터넷에 널리 게시하기로 마음먹고, 2006. 5. 25. 별지 범죄일람표 1, 범죄일람표 2의 순번 1, 범죄일람표 3의 순번 2 기재와 같이 인터넷 사이트 (사이트 이름 생략)의 '패러디놀이 터게시판' 등에 '테러의 배후는?? 칼풍'이라는 제목 등으로 ○○○□□당 대표의 피습사건 사진과 함께 '테러는 상대방을 주범으로 몰아 곤경에 빠뜨리고 동정심을 자극하여 자기세력을 확대하고 공천비리, 성추행, 서민공방 등 불리한 조건을 한 번에 무마시킬 수 있는 강력한 신종정치공작', '안풍으로 돈을 풀고 북풍으로 위기를 조장하던 때는 갔다', '엄청난 배후가 있는 신종정치공작 칼풍'이라는 문구가 기재된 패러디 포스터(이하 '제1게시물'이라 한다)를 각 게시한 사실, 또한 피고인은 같은 날 별지 범죄일람표 2의 순번 2, 범죄일람표 3의 순번 1, 범죄일람표 4 기재와 같이 네이버의 불특정 개인블로그 (블로그 주소 생략) 등에 '행복한 △△△'이라는 제목 등으로 근조라고 쓰인 등을 한 손에 든 채 자전거를 타는 △△△ 후보의 합성사진과 함께 '할일 없이 빈둥거리다 시장되기! 역세게 운 좋은 행복한 △△△', '차떼기, 공천비리, 성추행 모두 잊게 해주시는 대표님!! 우리 구호 한 번 외치죠 근혜 대표님 고맙습니다'라는 문구가 기재된 패러디 포스터(이하 '제2게시물'이라 한다)를 각 게시한 사실을 인정할 수 있다.

다.

판단

먼저 제1게시물에 대한 허위사실공표죄에 관하여 보건대, 공직선거법 제250조 제2항은 '당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자'를 처벌한다고 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이, 피고인은 제4회 전국동시지방선거를 며칠 앞둔 시점에서 □□당△△△ 후보 등이 당선되는 것을 방해하기 위하여 허위의 사실임이 명백한 '□□당○○○ 대표 피습사건이 □□당에 의하여 조작된 정치공작'이라는 내용의 제1게시물을 인터넷에 게시하였고, 같은 날 제2게시물을 통하여 이를 △△△ 후보와 직접 연관시키기도 한 점 등의 상황에 비추어 보면, 이는 △△△ 후보의 소속단체인 □□당에 관한 허위의 사실을 유포함으로써 △△△ 후보의 당선을 방해하기 위한 것으로 후보자에 관한 것이라 할 것이므로, 피고인의 행위는 공직선거법 제250조 제2항에 해당한다고 할 것이다(피고인은 제1게시물의 대상이 □□당 또는 그 대표에 관한 것에 불과하여 후보자 등에 관한 내용을 대상으로 하는 허위사실공표죄에 해당하지 않는다고 주장하나, 공직선거법 제250조 제2항의 규정내용 등에 비추어 공표한 허위의 사실이 직접 후보자 본인에 관한 것이 아니라고 하더라도 후보자에 관한 사항으로서 후보자의 당선을 방해하는 성질을 가질 경우에는 허위사실공표죄의 대상에 포함된다고 봄이 상당하므로, 피고인의 위 주장은 받아들이지 아니한다).

나아가 제1게시물에 대한 후보자비방죄에 관하여 보건대, 공직선거법 제251조는 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자'를 처벌한다고 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이 제1게시물은 '□□당○○○ 대표 피습사건'이 마치 □□당이 조작한 정치공작인 것처럼 규정한 것일 뿐 후보자에 관하여 언급한 것은 아니므로 이로써 후보자가 속한 정당 또는 그 대표에 대한 비방이 되는지 여부는 별론으로 하더라도 후보자를 비방한 것으로 단정할 수는 없으므로, 후보자비방죄는 성립되지 않는다고 할 것이다.

다음으로 제2게시물에 관하여 보건대, 공직선거법 제250조 제2항, 제251조의 각 규정내용을 종합하면, 공표하거나 적시하는 내용이 '사실'이어야 하고 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 허위사실공표죄나 후보자비방죄를 구성하지 아니하고, 그 구별은 언어의 통상적인 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 정황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것인바( 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도1741 판결 참조), 이 사건 제2게시물의 경우 '차떼기, 공천비리, 성추행 모두 잊게 해주시는 대표님!! 우리 구호 한 번 외치죠 근해 대표님 고맙습니다' 등의 문구는 그 문맥이나 정황 등을 고려하더라도 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과하고, 사실을 적시하는 것으로 보기는 어려우므로, 제2게시물에 관하여는 허위사실공표죄나 후보자비방죄가 성립되지 않는다고 할 것이다.

#### 4. 결론

그렇다면 원심판결 중 제2게시물에 대한 부분은 이에 대하여 당원에서 추가된 예비적 청구도 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 그 부분에 대한 검사의 항소를 기각하고, 원심판결 중 제1게시물에 대한 부분은 위와 같은 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 해당부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

원심은 인터넷을 이용한 피고인의 이 사건 선거운동과 관련하여, 공직선거법 제82조의4 제1항에 해당하는 경우에는 그 게시된 내용이 같은 조 제2항의 제한에 위반되는지 여부에 관계없이 공직선거법 제93조 제1항이 적용되지 않는다고 판단하였으나, 인터넷 등 정보통신망을 이용한 선거운동의 방법을 제한하고 있는 공직선거법 제82조의4 제2항의 입법취지에 비추어 이에 위배되는 행위는 공직선거법 제93조 제1항에서 금지되는 것이고, 나아가 이 사건 게시물은 마치 ○○○□□당 대표에 대한 테러에 대하여 배후가 있는 정치공작이라고 표현하고 △△△ 서울시장 후보가 위와 같은 정치공작 테러로 선거운동에 도움을 받았다고 표현하는 것으로서 후보자 및 후보자가 속한 정당을 비방하는 내용에 해당하는 만큼 이를 인터넷상에 게시한 피고인의 행위는 공직선거법 제82조의4 제2항에 위배되어 공직선거법 제93조 제1항에 의하여 허용될 수 없는 것임에도 불구하고 이 사건 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에는 위 규정들에 대한 법리를 오해한 위법이 있고, 설령 견해를 달리한다고 하더라도, 이 사건 공소사실과 상상적 경합관계에 있는 허위사실공표죄 또는 후보자비방죄에 해당하는지 여부를 직권으로 판단하고 검사에게 공소장 변경요구를 하여야 함에도 불구하고 심리를 미진하여 이에 이르지 아니한 위법이 있다.

### 2. 항소이유에 대한 판단

공직선거법상의 관련규정을 보건대, 공직선거법 제93조 제1항은 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 문서 등을 배부·게시하는 행위 등을 할 수 없다고 규정하고, 공직선거법 제82조의4 제1항은 '선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조(정의) 제1항 제1호의 규정에 의한 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다'고 규정하고 있으며, 공직선거법 제60조에서 선거운동을 할 수 없는 자를 열거하고 있는바, 위 각 규정내용을 종합하여 보면, 공직선거법 제60조에 열거된 사람이 아니면 선거운동기간 중에 인터넷 게시판 등 정보통신망을 이용하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있는 문서를 게시할 수 있고 이러한 경우 공직선거법 제93조 제1항은 적용되지 않는다고 해석된다.

다만, 공직선거법 제82조의4 제2항은 '정보통신을 이용하여 후보자, 그의 배우자 또는 직계 존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 유포하거나, 공연히 사실을 적시하여 이들을 비방하는 행위'를 금지하고 있는데, 검사는 이에 위반되는 경우 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항으로 의율할 수 있다고 주장하므로 그 여부에 관하여 보면, 공직선거법 제82조의4 제2항은 같은 조 제1항에 의하여 허용되는 정보통신망을 이용한 선거운동을 통하

여 인터넷 게시판 등에 게시될 정보의 내용을 제한하는 규정으로 보일 뿐, 그 내용의 표현방법에 대한 제한규정이라고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 위 규정에서 금지하는 허위사실유포행위나 후보자비방행위에 대하여는 그 행위자에 대하여 공직선거법 제250조(허위사실공표죄) 또는 제251조(후보자비방죄)에 의하여 처벌할 수 있고, 공직선거법 제93조 제1항은 선거에 영향을 줄 수 있는 문서 등을 법의 규정에 의하지 아니한 방법으로 '배부·게시하는 행위 등'을 금지하는 것이고, 위 조항이 문서 등의 표현내용을 규율하는 규정이 아님은 해석상 명백하므로, 정보통신망을 이용한 문서의 게시행위가 공직선거법 제82조의4 제1항에 해당하는 경우에는 그로써 공직선거법 제93조 제1항의 '이 법의 규정에 의한 경우'에 해당되어 그 게시된 내용이 공직선거법 제82조의4 제2항의 제한에 위반되는지에 관계없이 공직선거법 제93조 제1항의 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지규정은 적용될 수 없다고 해석함이 상당하다.

따라서 위와 같은 취지에서 이 사건 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 사실인정과 판단은 정당하므로, 이에 대한 검사의 항소논지는 이유 없다.

### 3. 직권판단

#### 가. 예비적 공소사실에 대한 판단

검사의 나머지 항소이유를 판단하기에 앞서 직권으로 보건대, 검사가 당심에 이르러 이 사건 공소사실을 주위적 공소사실로 그대로 유지한 채 예비적 공소사실로 별지 기재의 사실, 예비적 적용법조로 '공직선거법 제250조 제2항, 제251조, 형법 제40조'를 각 추가하는 내용의 공소장변경신청을 하여 이 법원이 이를 허가하였으므로, 나아가 예비적 공소사실에 관하여 살펴보기로 한다.

#### 나. 인정되는 사실관계

원심이 적법하게 조사, 채택한 증거들에 의하면, 피고인은 2006. 5. 31. 실시되는 제4회 전국동시지방선거와 관련하여 서울시장 선거의 □□당△△△ 후보 등이 당선될 것으로 예상되자 이를 막기 위하여 □□당 및 위 △△△ 후보를 반대하는 내용을 포스터 형식으로 패러디한 것을 인터넷에 널리 게시하기로 마음먹고, 2006. 5. 25. 별지 범죄일람표 1, 범죄일람표 2의 순번 1, 범죄일람표 3의 순번 2 기재와 같이 인터넷 사이트 (사이트 이름 생략)의 '패러디놀이터게시판' 등에 '테러의 배후는?? 칼풍'이라는 제목 등으로 ○○○□□당 대표의 피습사건 사진과 함께 '테러는 상대방을 주범으로 몰아 곤경에 빠뜨리고 동정심을 자극하여 자기세력을 확대하고 공천비리, 성추행, 서민공방 등 불리한 조건을 한 번에 무마시킬 수 있는 강력한 신종정치공작', '안풍으로 돈을 풀고 북풍으로 위기를 조장하던 때는 갔다', '엄청난 배후가 있는 신종정치공작 칼풍'이라는 문구가 기재된 패러디 포스터(이하 '제1게시물'이라 한다)를 각 게시한 사실, 또한 피고인은 같은 날 별지 범죄일람표 2의 순번 2, 범죄일람표 3의 순번 1, 범죄일람표 4 기재와 같이 네이버의 불특정 개인블로그 (블로그 주소 생략) 등에 '행복한 △△△'이라는 제목 등으로 근조라고 쓰인 등을 한 손에 든 채 자전거를 타는 △△△ 후보의 합성사진과 함께 '할일 없이 빈둥거리다 시장되기! 역세계 운좋은 행복한 △△△', '차떼기, 공천비리, 성추행 모두 잊게 해주시는 대표님!! 우리 구호 한 번 외치죠 근혜 대표님 고맙습니다'라는 문구가 기재된 패러디 포스터(이하 '제2게시물'이라 한다)를 각 게시한 사실을 인정할 수 있다.

다.

판단

먼저 제1게시물에 대한 허위사실공표죄에 관하여 보건대, 공직선거법 제250조 제2항은 '당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·책보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자'를 처벌한다고 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이, 피고인은 제4회 전국동시지방선거를 며칠 앞둔 시점에서 □□당△△△ 후보 등이 당선되는 것을 방해하기 위하여 허위의 사실임이 명백한 '□□당○○○ 대표 피습사건이 □□당에 의하여 조작된 정치공작'이라는 내용의 제1게시물을 인터넷에 게시하였고, 같은 날 제2게시물을 통하여 이를 △△△ 후보와 직접 연관시키기도 한 점 등의 상황에 비추어 보면, 이는 △△△ 후보의 소속단체인 □□당에 관한 허위의 사실을 유포함으로써 △△△ 후보의 당선을 방해하기 위한 것으로 후보자에 관한 것이라 할 것이므로, 피고인의 행위는 공직선거법 제250조 제2항에 해당한다고 할 것이다(피고인은 제1게시물의 대상이 □□당 또는 그 대표에 관한 것에 불과하여 후보자 등에 관한 내용을 대상으로 하는 허위사실공표죄에 해당하지 않는다고 주장하나, 공직선거법 제250조 제2항의 규정내용 등에 비추어 공표한 허위의 사실이 직접 후보자 본인에 관한 것이 아니라고 하더라도 후보자에 관한 사항으로서 후보자의 당선을 방해하는 성질을 가질 경우에는 허위사실공표죄의 대상에 포함된다고 봄이 상당하므로, 피고인의 위 주장은 받아들이지 아니한다).

나아가 제1게시물에 대한 후보자비방죄에 관하여 보건대, 공직선거법 제251조는 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·책보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자'를 처벌한다고 규정하고 있는데, 앞서 본 바와 같이 제1게시물은 '□□당○○○ 대표 피습사건'이 마치 □□당이 조작한 정치공작인 것처럼 규정한 것일 뿐 후보자에 관하여 언급한 것은 아니므로 이로써 후보자가 속한 정당 또는 그 대표에 대한 비방이 되는지 여부는 별론으로 하더라도 후보자를 비방한 것으로 단정할 수는 없으므로, 후보자비방죄는 성립되지 않는다고 할 것이다.

다음으로 제2게시물에 관하여 보건대, 공직선거법 제250조 제2항, 제251조의 각 규정내용을 종합하면, 공표하거나 적시하는 내용이 '사실'이어야 하고 단순한 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 허위사실공표죄나 후보자비방죄를 구성하지 아니하고, 그 구별은 언어의 통상적인 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 정황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것인바( 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도1741 판결 참조), 이 사건 제2게시물의 경우 '차떼기, 공천비리, 성추행 모두 잊게 해주시는 대표님!! 우리 구호 한 번 외치죠 근해 대표님 고맙습니다' 등의 문구는 그 문맥이나 정황 등을 고려하더라도 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과하고, 사실을 적시하는 것으로 보기는 어려우므로, 제2게시물에 관하여는 허위사실공표죄나 후보자비방죄가 성립되지 않는다고 할 것이다.

#### 4. 결론

그렇다면 원심판결 중 제2게시물에 대한 부분은 이에 대하여 당원에서 추가된 예비적 청구도 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 그 부분에 대한 검사의 항소를 기각하고, 원심판결 중 제1게시물에 대한 부분은 위와

같은 직권파기사유가 있으므로 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 해당부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.