

## 공직선거법위반

[대법원 2013. 11. 28. 2010도12244]



### 【판시사항】

- [1] 국민의 사생활 영역에 관계된 증거의 제출이 허용되는지 판단하는 기준 및 이때 법원이 고려하여야 할 사항
- [2] 구 공직선거법 제85조 제1항에서 정한 '공무원의 지위를 이용하여'의 의미
- [3] 구 공직선거법 제86조 제1항 제2호에서 정한 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'의 의미 및 공무원이 선거운동의 기획에 '참여'하였다고 인정하기 위한 요건

### 【판결요지】

- [1] 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하고 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하지만, 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없으므로 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다. 이때 법원이 그 비교형량을 함에 있어서는 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 사생활 내지 인격적 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 정도, 증거수집 과정에서 사생활 기타 인격적 이익을 침해하게 된 경위와 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 하고, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다.
- [2] 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제85조 제1항에서 '공무원의 지위를 이용하여'라는 개념은 공무원이 개인의 자격으로서가 아니라 공무원의 지위와 결부되어 선거운동을 하는 행위를 뜻하는 것으로, 공무원의 지위에 있기 때문에 특히 선거운동을 효과적으로 할 수 있는 영향력 또는 편익을 이용하는 것을 의미하고, 구체적으로는 그 지위에 수반되는 신분상의 지휘감독권, 직무권한, 담당사무 등과 관련하여 공무원이 직무를 행하는 사무소 내부 또는 외부의 사람에게 작용하는 것도 포함된다.
- [3] 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제86조 제1항 제2호의 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'란 당선되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 선거운동에는 이르지 아니한 것으로서, 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 행위를 말하는 것으로 해석하여야 하고, 반드시 구체적인 선거운동을 염두에 두고 선거운동을 할 목적으로 그에 대한 기획에 참여하는 행위만을 의미하는 것으로 볼 수는 없으나, 공무원이 선거운동의 기획에 '참여'하였다고 하기 위해서는 그러한 선거운동방안 제시 등으로 후보자의 선거운동 계획 수립에 직접적·간접적으로 관여하였음이 증명되어야 하고, 단지 공무원이 개인적으로 후보자를 위한 선거운동에 관한 의견을 표명하였다는 사정만으로 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하였다고 단정할 수는 없다.

【참조조문】

- [1] 헌법 제10조, 형사소송법 제307조, 제308조의2, 제318조 제1항
- [2] 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제85조 제1항, 제255조 제3항
- [3] 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것) 제86조 제1항 제2호, 제255조 제1항 제10호

【참조판례】

- [1] 대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결(공1997하, 3356), 대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결(공2010하, 1942) /
- [2] 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011도2996 판결 /
- [3] 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9392 판결, 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4069 판결(공2007하, 1882), 헌법재판소 2008. 5. 29. 선고 2006헌마1096 전원재판부 결정(헌공140, 807)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인 및 검사

【변 호 인】 법무법인 로월드 담당변호사 이흥권 외 3인

【원심판결】 부산고법 2010. 9. 8. 선고 2010노548 판결

【주문】

】  
상고를 모두 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 피고인의 상고이유에 대하여

가. 전자우편 등의 증거능력에 관한 상고이유에 대하여

1) 통신비밀보호법 제3조 제1항 본문은 “누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인 간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다.

”고 규정하고, 제4조는 “제3조의 규정에 위반하여 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.

”고 규정하고 있다.

여기서 ‘전기통신’이라 함은 전화·전자우편·모사전송 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음성·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말하고(같은 법 제2조 제3호), ‘감청’이라 함은 전기통신에 대하여 당사자의 동의 없이 전자장치·기계장치 등을 사용하여 통신의 음성·문언·부호·영상을 청취·공독(共讀)하여 그 내용을 지득(知得) 또는 채록(採錄)하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다(같은 법 제2조 제7호). 따

라서 '전기통신의 감청'은 위 '감청'의 개념 규정에 비추어 현재 이루어지고 있는 전기통신의 내용을 지득·채록하는 경우와 통신의 송·수신을 직접적으로 방해하는 경우를 의미하는 것이지 전자우편이 송신되어 수신인이 이를 확인하는 등으로 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아 있는 기록이나 내용을 열어보는 등의 행위는 포함하지 않는다 할 것이다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2011도12407 판결 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 증거물로 제출된 전자우편(이하 '이 사건 전자우편'이라 한다)은 이미 수신자인 ○○시장이 그 수신을 완료한 후에 수집된 것임을 알 수 있으므로, 이 사건 전자우편의 수집행위가 통신비밀보호법이 금지하는 '전기통신의 감청'에 해당한다고 볼 수 없고, 따라서 이 사건 전자우편이 통신비밀보호법 제4조에 의하여 증거능력이 배제되는 증거라고 할 수 없다.

2) 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하는 것이고 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하는 것이지만, 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없으므로 법원으로서도 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 그 허용 여부를 결정하여야 한다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008도3990 판결 등 참조). 이때 법원이 그 비교형량을 함에 있어서는 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 사생활 내지 인격적 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 그 정도, 증거수집 과정에서 사생활 기타 인격적 이익을 침해하게 된 경위와 그 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 하고, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서의 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등의 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정하여서는 아니 된다.

원심판결 이유와 이 사건 기록에 의하여 살펴보면, ○○시△△동장 직무대리의 지위에 있던 피고인이 원심 판시 일시경 ○○시장공소외 1에게 ○○시청 전자문서시스템을 통하여 △△1통장인 공소외 2 등에게 ○○시장공소외 1을 도와 달라고 부탁하였다는 등의 내용을 담고 있는 이 사건 전자우편을 보낸 사실, 그런데 ○○시청 소속 공무원인 제3자가 권한 없이 전자우편에 대한 비밀 보호조치를 해제하는 방법을 통하여 이 사건 전자우편을 수집한 사실을 알 수 있다.

앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 제3자가 위와 같은 방법으로 이 사건 전자우편을 수집한 행위는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제71조 제11호, 제49조 소정의 '정보통신망에 의하여 처리·보관 또는 전송되는 타인의 비밀을 침해 또는 누설하는 행위'로서 형사처벌되는 범죄행위에 해당할 수 있을 뿐만 아니라, 이 사건 전자우편을 발송한 피고인의 사생활의 비밀 내지 통신의 자유 등의 기본권을 침해하는 행위에 해당한다는 점에서 일응 그 증거능력을 부인하여야 할 측면도 있어 보인다.

그러나 이 사건 전자우편은 ○○시청의 업무상 필요에 의하여 설치된 전자관리시스템에 의하여 전송·보관되는 것으로서 그 공공적 성격을 완전히 배제할 수는 없다고 할 것이다.

또한 이 사건 형사소추의 대상이 된 행위는 구 공직선거법(2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공직선거법'이라 한다) 제255조 제3항, 제85조 제1항에 의하여 처벌되는 공무원의 지위를 이용한 선거운동행위로서 공무원의 정치적 중립의무를 정면으로 위반하고 이른바 관권선거를 조장할 우려가 있는 중대한 범죄에 해당한다. 여기에 피고인이 제1심에서 이 사건 전자우편을 이 사건 공소사실에 대한 증거로 함에 동의한 점 등을 종합하면, 이 사건 전자우편을 이 사건 공소사실에 대한 증거로 제출하는 것은 허용되어야 할 것이고, 이로 말미암아 피고인의 사생활의 비밀이나 통신의 자유가 일정 정도 침해되는 결과를 초래한다 하더라도 이는 피고인이 수인하여야 할 기본권

의 제한에 해당한다고 보아야 할 것이다.

- 3) 따라서 원심이 이 사건 전자우편과 그 내용에 터 잡아 수사기관이 참고인으로 소환하여 작성한 공소외 2, 3, 4에 대한 각 진술조서들의 증거능력을 인정한 조치는 정당하다고 할 것이고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 이 사건 전자우편 내지 위 진술조서들의 증거능력에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

나. 공무원의 지위를 이용한 선거운동의 점에 관한 법리오해 주장에 대하여

구 공직선거법 제85조 제1항에서의 '공무원의 지위를 이용하여'라는 개념은 공무원이 개인의 자격으로서가 아니라 공무원의 지위와 결부되어 선거운동을 하는 행위를 뜻하는 것으로, 공무원의 지위에 있기 때문에 특히 선거운동을 효과적으로 할 수 있는 영향력 또는 편익을 이용하는 것을 의미하고, 구체적으로는 그 지위에 수반되는 신분상의 지휘감독권, 직무권한, 담당사무 등과 관련하여 공무원이 직무를 행하는 사무소 내부 또는 외부의 사람에게 작용하는 것도 포함된다(대법원 2011. 5. 13. 선고 2010도2996 판결 등 참조). 같은 취지에서 원심이 피고인이 공무원의 지위를 이용하여 공소외 2 등을 상대로 선거운동을 하였다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 구 공직선거법 제85조 제1항의 구성요건에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

다.

나머지 상고이유에 대하여

피고인의 상고이유 중 나머지 주장은 사실심인 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실의 인정을 비난하는 것이거나, 항소이유로 삼은 바 없는 것을 상고심에 이르러 비로소 주장하는 것으로서 모두 적법한 상고이유가 되지 못한다.

## 2. 검사의 상고이유에 대하여

가. 공무원의 지위를 이용한 선거운동의 점에 관한 상고이유에 대하여

원심은, 이 사건 전자우편의 내용이 인사권자인 ○○시장에게 그 고마움을 표현하고 이에 보답하기 위하여 자신의 행동을 과장한 것에 불과하다고 볼 여지가 있는 데다가, 그 수신 상대방인 공소외 5 등이 피고인으로부터 이 사건 전자우편의 내용과 같은 말을 듣지 못하였다고 일관되게 진술한 점, 피고인이 공소외 5 등과 전화통화를 하거나 만난 사실이 있다는 점에 대한 증거들만으로 공소사실에 대한 증명력이 있다고 보기에 부족한 점 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하여 이 부분 주위적 및 예비적 공소사실 모두 그 범죄의 증거가 없다고 보아 각 무죄로 판단하였다.

이 부분 원심의 이유 설시에 일부 부적절한 부분이 없지 않으나, 위 각 증거들만으로는 이 사건 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 유죄의 증거가 부족하다고 본 원심의 판단과 결론은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

나. 선거운동의 기획에 참여하는 행위의 범위에 관한 상고이유에 대하여

구 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 '선거운동의 기획에 참여하는 행위'라 함은 당선되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 선거운동에는 이르지 아니한 것으로서, 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하는 행위를 말하는 것으로 해석하여야 하고, 반드시 구체적인 선거운동을 염두에 두고 선거운동을 할 목적으로 그에 대한 기획에 참여하는 행위만을 의미하는 것으로 볼 수는 없으나(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4069 판결 등 참조), 공무원이 선거운동의 기획에 '참여'하였다고 하기 위해서는 그러한 선거운동방안 제시 등으로 후보자의 선거운동 계획 수립에 직접적·간접적으로 관여하였음이 증명되어야 할 것이고, 단지 공무원이 개인적으로 후보자를 위한 선거운동에 관한 의견을 표명하였다는 사정만으로 선거운동의 효율적 수행을 위한 일체의 계획 수립에 참여하였다고 단정할

수는 없다.

원심은 그 판시와 같은 사정을 종합하여 피고인이 ○○시장공소외 1을 위한 선거운동방안을 정리하여 일방적으로 이 사건 전자우편을 보낸 것이고, 이에 대하여 ○○시장공소외 1은 이 사건 전자우편을 수신하였을 뿐 이에 대하여 간단한 인사말 외에는 실질적으로 답변하거나 선거운동방안을 지시·요구하였다고 볼 만한 자료가 없는 데다가, ○○시장공소외 1이 피고인의 이 사건 전자우편의 내용을 기초로 선거운동의 계획을 수립하였다거나 이를 검토하여 활용하였다고 볼 만한 아무런 증거도 없는 점 등 그 판시와 같은 이유로 이 사건 전자우편 전송이 위 조항에서 정한 '선거운동의 기획에 참여'한 것으로 볼 수 없다고 판단한 제1심판결을 유지하였다.

원심판결 이유를 위 법리에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 원심의 전권에 속하는 증거의 취사선택 등에 있어서 논리와 경험의 법칙에 위배하고 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 구 공직선거법 제86조 제1항 제2호의 해석에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

### 3. 결론

그러므로 피고인의 상고와 검사의 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 양창수(재판장) 박병대 고영한(주심) 김창석