

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2005도3717 공직선거및선거부정방지법위반
피 고 인 피고인
상 고 인 검사
변 호 인 법무법인 한강
담당변호사 최재천, 고창우, 이지은
원 심 판 결 서울고등법원 2005. 5. 24. 선고 2004노3184 판결
판 결 선 고 2006. 3. 24.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

1. 적법한 의정보고서에 해당하는지 여부

구 공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘공직선거법’이라 한다) 제58조 제1항에 의하면 선거에 관한 단순 의견개진 및 의사 표시는 선거운동으로 보지 아니한다는 규정을 두고 있었을 뿐인데, 위 조항이 현행과

같이 개정된 이후에는 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 뿐만 아니라 정당의 후보자추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시까지도 선거운동으로 보지 아니하게 되었으므로, 정당의 후보자추천에 관하여 단순한 지지·반대를 하는 경우에 위 법 개정 전에는 선거에 관한 단순 의견개진 및 의사표시를 초과하는 범위에서는 선거운동이 되고, 위 법 개정 이후에도 후보자추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시를 넘는 범위에서는 선거운동이 되어 모두 공직선거법이 허용하는 범위 안에서만 허용된다(대법원 2002. 2. 26. 선고 2000수162 판결 등 참조).

따라서 이른바 낙천운동이나 낙천대상자명단 발표에 의하여 낙천대상자로 지목된 사람에 대하여 자신이 그와 같이 낙천대상자에 포함된 것에 대한 해명할 기회를 보장해 주는 것이 형평성을 고려할 때 필요하다고 할지라도, 낙천대상자 선정에 대한 해명이나 반론은 결국 자신이 정당의 후보자 추천이 되어야 하는 것에 관한 지지의 의견개진 및 의사표시로서의 성격을 가질 수밖에 없는 것이므로, 낙천운동이 정당의 후보자추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시를 넘지 못하는 것과 마찬가지로, 이에 대한 해명이나 반론도 정당의 후보자추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시를 넘지 않는 범위에서만 허용되고, 이를 초과하는 행위는 선거운동에 해당하게 되어 공직선거법이 허용하는 방법과 범위 안에서만 허용되는 것이다.

그런데 구 공직선거법 제93조 제1항에서는 “누구든지 선거일전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정강·정책을 포함한다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광

고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 기타 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다.”고 규정하고 있고, 제111조 제1항은 “국회의원 또는 지방의회의원은 보고회 등 집회·보고서(인쇄물·녹음·녹화물 및 전산자료 복사본을 포함한다)·개인용 컴퓨터 또는 전화(컴퓨터를 이용한 자동송신장치를 설치한 전화의 경우를 제외한다)를 통하여 의정활동(선거구활동 기타 업적의 홍보에 필요한 사항을 포함한다)을 선거구민(행정구역 또는 선거구역의 변경으로 새로 편입된 구역의 선거구민을 포함한다)에게 보고할 수 있다. 다만, 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장 선거의 선거기간 개시일부터 선거일까지 직무상의 행위 기타 명목여하를 불문하고 의정활동을 보고할 수 없다.”고 규정하고 있다.

따라서, 국회의원이 선거기간 개시일 이전에 하는 집회·보고서·컴퓨터·전화 등에 의한 의정활동보고는 허용된다고 할 것이지만, 여기서 허용되는 것은 국회의원이 지역주민 대표로서의 지위에서 행하는 순수한 의정활동보고일 뿐이고, 의정활동보고라는 명목 하에 이루어지는 형태의 선거운동은 허용되지 않는다 할 것인바(대법원 2003. 7. 11. 선고 2003도1789 판결 등 참조), 국회의원이 선거일 전 180일부터 선거일까지의 기간에 의정보고서를 제작하여 선거구민들에게 배부함에 있어 그 내용 중 선거구 활동 기타 업적의 홍보에 필요한 사항 등 의정활동보고의 범위를 벗어나서 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 특정 정당이나 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있다면 그 부분은 공직선거법 제93조 제1항에서 금지하고 있는 탈법방법에 의한 문서배부행위에 해당되어 위법하다고 할 것이다(대법원 2005. 3. 10. 선고 2004도8717 판결 등 참조).

그런데 이러한 낙천대상자 선정에 대한 해명이나 반론은 차기 선거에 있어서의 정당의 후보자 추천에 관한 것으로서 원칙적으로 국회의원의 의정활동에 관한 보고와는 아무런 관련이 없는 것이고, 한편, 국회의원이 선거일 전 180일부터 선거일까지의 기간 동안에 의정보고서를 제작하여 배부함에 있어 자신이 낙천대상자로 선정된 데 대한 반론으로서 그 선정사유에 대하여 해명하는 내용의 글이나 낙천대상자 선정에 대한 제3자의 반론 등을 게재하거나 이러한 내용을 보도한 글을 전재하는 것은, 결국 선거구 활동 기타 업적의 홍보에 필요한 사항 등 의정활동보고의 범위를 벗어나서 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 특정 정당이나 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용을 포함하고 있는 것으로 볼 수밖에 없고, 그 부분은 공직선거법 제93조 제1항에서 금지하고 있는 탈법방법에 의한 문서배부행위에 해당되어 위법하다고 하여야 한다.

기록에 의하면, 피고인이 2004. 4. 15. 실시된 총선에서 총선시민연대라는 단체에 의하여 낙천대상자로 선정된 사유는 정치자금법 위반 등으로서 피고인의 의정활동과는 무관한 것이며, 이 사건 공소사실 기재의 글들은 다른 동료의원들이나 네티즌들이 피고인이 낙천대상자로 선정된 것이 부당하다는 취지의 반론을 보도한 내용인데, 이러한 내용을 의정보고서에 게재하여 배부하는 것은 공직선거법 제58조 제1항 제3호의 정당의 후보자 추천에 대한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시의 범위를 넘는 것으로서 선거운동에 해당하여 의정활동보고의 범위를 넘는 것일 뿐만 아니라, 의정보고서가 선거를 불과 두 달 남짓 앞 둔 시점에서 선거구민 전체를 대상으로 배부된 점 등에 비추어 보면, 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 피고인에 대한 지지·추천의 내용의 문서를 배부한 것이라고 할 것이므로, 그 부분은 공직선거법 제93조 제1항에서 금지하고 있는 탈법적 방법에 의한 문서배부행위에 해당한다.

따라서 원심이 이와 달리, 낙천운동이나 낙천대상자명단 발표에 의하여 낙천대상자로 지목된 사람 자신이, 그와 같이 낙천대상자에 포함된 것에 대하여 해명을 하는 것은 그것이 직접적인 의정활동에 대한 보고에 해당하는 것은 아니라고 하더라도 이러한 내용을 의정보고서에 게재하는 것은 허용된다고 봄이 상당하고, 따라서 그와 같은 순수한 해명을 위한 내용의 게재 및 배부는 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 후보자를 지지·추천하는 내용의 문서배부에 의한 사전선거운동에 해당하지는 않는다고 보아야 할 것이라는 전제 하에, 이 사건 의정보고서에 게재된 이 사건 공소사실 기재와 같은 내용의 글들이 제17대 국회의원 선거의 후보자로서 피고인을 지지·추천하는 내용이라기보다는 제16대 국회의원으로서의 피고인의 의정활동 수행 결과 및 시민단체가 피고인을 낙천대상자로 선정한 것에 대한 동료의원들과 시민들의 평가 내용에 관한 것으로서, 피고인이 위와 같은 글들을 피고인의 의정보고서에 게재하여 유권자들에게 배부한 행위는 공직선거법에서 허용하는 범위 내에 해당한다고 판단하고, 여기서 더 나아가 피고인의 위와 같은 행위가 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 피고인을 지지·추천하는 내용의 글을 게재하여 배부한 것이라고 보기는 어렵다고 판단한 것은, 낙천운동에 대한 반론이나 의정보고서의 허용 범위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

2. 법률의 착오에 해당하는지 여부

형법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당

한 이유가 있는 경우에는 별하지 아니한다는 취지이다(대법원 2002. 1. 25. 선고 2000도 1696 판결, 대법원 1992. 5. 22. 선고 91도2525 판결 등 참조). 그리고 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다 하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다.

기록에 의하면, 피고인의 보좌관이나 ○○구 선거관리위원회 직원이 참조하였다는 자료인 중앙선거관리위원회에서 발간한 선거관련 책자 중 일부에 ‘국회의원이 의정보고서에 시민단체가 발표한 낙천대상자에 자신이 포함된 것에 대한 자신의 해명내용을 일부 포함·작성하여 선거구민에게 배부하는 것은 무방하며, 정치적 소신, 학력·경력, 본인의 신상에 관한 해명, 신문기사 등 의정활동과 직접 관련이 없는 내용이라도 의정보고서와 일체가 되는 형태로 작성·배부하는 것은 무방(이를 별책으로 작성·배부할 수는 없음)하다.’고 기재되어 있는 사실은 인정된다.

그러나 대법원은 앞서 본 바와 같이 국회의원 선거일 전 180일부터 선거일까지의 기간 동안에 의정보고서를 제작하여 선거구민들에게 배부함에 있어 그 내용 중 선거구 활동 기타 업적의 홍보에 필요한 사항 등 의정활동보고의 범위를 벗어나서 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 특정 정당이나 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있다면 그 부분은 공직선거법 제93조 제1항에서 금지하고 있는 탈법방

법에 의한 문서배부행위에 해당되어 위법하고, 또한, 피고인의 신상에 관한 해명이라고 하더라도 국회의원으로서의 의정활동에 관한 것이라고 볼 수 없는 경우에는 이러한 내용을 인쇄하여 배부하는 것은 정당한 의정보고서의 범위를 넘는다고 판시하여 왔다(대법원 1997. 9. 5. 선고 97도1294 판결 등 참조).

한편, 기록에 의하면, 중앙선거관리위원회에서 발간한 위 선거관련 책자에도 “국회의원의 자격으로 행한 의정활동과 관련 있는 내용이 주류를 이루고 있는 신문·잡지 기타 간행물에 게재된 내용을 의정보고서에 전재하여 일반선거구민에게 배부하는 것은 무방하나, 차기 선거에서의 지지호소 등 선거운동에 이르는 내용은 게재할 수 없으며, 의정보고서에 통상적인 범위 안에서 경력을 게재하는 것은 의정보고서에 부수된 행위로서 무방하지만, 출생과 성장에서부터 정치입문 과정을 거쳐 현재에 이르기까지 걸어온 길을 자료화보와 함께 기술하고, 후보자가 되고자 하는 국회의원을 지지·추천하는 내용의 타인의 인사말이나 시 등을 게재하는 것은 설령 의정활동보고 내용이 일부가 부가되어 있다 할지라도 이는 후보자가 되고자 하는 자를 선전하기 위한 목적이 있다고 보아야 하며, 의정보고는 국회의원이나 지방의회의원이 직접 보고하는 행위이므로 타인이 의정보고서를 제작하거나 3인칭 소설처럼 기술하거나 타인의 글을 게재하여서는 아니 된다”는 취지로 기재되어 있는 사실을 알 수 있다.

피고인은 변호사 자격을 가진 국회의원으로서 법률전문가라고 할 수 있는바(더구나 피고인은 2000년 총선 당시 후보자가 되어 현역 국회의원인 경쟁후보자를 상대로 선거운동을 하면서 현역 국회의원이 의정보고서를 법정선거일 전일까지 무제한 배포하는 것을 허용하는 것은 위헌이라고 주장하여 헌법소원을 제기하고 헌법재판소의 판단을 받은 바 있으므로 의정보고서의 내용이 선거운동의 실질을 갖추고 있는 한 허용될

수 없다는 것을 잘 알고 있다고 진술하고 있기도 하다. 수사기록 98면 참조), 피고인 으로서는 의정보고서에 앞서 본 바와 같은 내용을 게재하거나 전제하는 것이 허용되는 지에 관하여 의문이 있을 경우, 관련 판례나 문헌을 조사하는 등의 노력을 다 하였어야 할 것이고, 그렇게 했더라면, 낙천대상자로 선정된 이유가 의정활동에 관계있는 것이 아닌 한 낙천대상자로 선정된 사유에 대한 해명을 의정보고서에 게재하여 배부할 수 없고 더 나아가 낙천대상자 선정이 부당하다는 취지의 제3자의 반론 내용을 싣거나 이를 보도한 내용을 전제하는 것은 의정보고서의 범위를 넘는 것으로서 허용되지 않는다는 것을 충분히 인식할 수 있었다고 할 것이다.

따라서 피고인이 그 보좌관을 통하여 관할 선거관리위원회 직원에게 문의하여 이 사건 의정보고서에 앞서 본 바와 같은 내용을 게재하는 것이 허용된다는 답변을 들은 것만으로는(또한, 원심도 인정하는 바와 같이 이 사건 의정보고서의 제작과 관련하여, 피고인측에서 관할 선거관리위원회의 지도계장인 공소외 1에게 구두로 문의를 하였을 뿐 관할 선거관리위원회에 정식으로 질의를 하여 공식적인 답신을 받은 것도 아니다), 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다 하였다고 볼 수 없고, 그 결과 자신의 행위의 위법성을 인식하지 못한 것이라고 할 것이므로 그에 대해 정당한 이유가 있다고 하기 어렵다.

한편, 피고인측이 위 선거관련 책자의 내용을 그 나름대로 해석하여 위 의정보고서의 발간이 위법이 아니라고 판단하였을 가능성에 관하여 보더라도, 앞서 본 바와 같이 위 책자에는 동일한 사안에 대하여 다른 내용의 회답이 존재하고 있는데도 불구하고 자신에게 유리한 회답만을 근거로 하여 행위를 한 것일 뿐만 아니라, 위 책자에는 “국회의원이 의정보고서에 시민단체가 발표한 낙천대상자에 자신이 포함된 것에 대한

자신의 해명내용을 일부 포함·작성하여 선거구민에게 배부하는 것은 무방하다”고 기재되어 있는바, 이는 의정보고서에 낙천대상자 선정에 대한 자신의 해명내용을 일부 포함·작성하는 것이 무방하다는 취지에 불과하고, 더 나아가 낙천대상자 선정이 부당하다는 취지의 제3자의 글을 실거나 제3자의 반론을 보도한 내용을 전제하는 것까지 허용된다는 취지는 아님이 분명하다고 할 것이다. 따라서 피고인이 낙천대상자로 선정된 사유에 대하여 자신의 해명 내용만을 게재한 것이 아니라, 다른 동료의원들이나 네티즌의 낙천대상자 선정이 부당하다는 취지의 반론을 보도한 내용을 전제한 이 사건에서 이를 근거로 하여 정당한 이유가 있다고 할 수도 없다.

그렇다면, 원심이 이와 달리, 피고인이 이 사건 의정보고서를 제작, 배부하는 과정에서 그 실무를 담당한 보좌관인 공소외 2를 통하여 관할 선거관리위원회 담당계장에게 자문을 한 결과 이러한 의정보고서를 작성 배부하는 것이 위법이 아니라는 답변을 얻은 점과 위 공소외 2가 담당계장인 공소외 1과 함께 중앙선거관리위원회에서 배포된 업무관련책자들을 확인하면서 그 내용에 비추어 보아 이 사건 공소사실 기재와 같은 내용을 이 사건 의정보고서에 게재하는 것이 선거법규에 저촉되지 않는다고 판단하였을 수 있다는 점을 근거로 하여, 피고인이 이 사건 의정보고서의 발간이 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 것에 정당한 이유가 있는 때에 해당한다고 판단한 것은, 형법 제16조의 정당한 이유에 관한 법리를 오해한 나머지 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이라고 아니할 수 없다.

3. 결론

그러므로 원심판결을 파기하여 이 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김황식 _____

 대법관 이규홍 _____

주심 대법관 박재윤 _____

 대법관 김영란 _____