공직선거법상 ‘선거운동’의 의미와 판단 기준

- 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 -

부산고등법원 추경준

<목차>

Ⅰ. 서론

1. 사안의 개요 및 소송의 진행 경과

2. 쟁점의 정리 및 논의의 방향

Ⅱ. 공직선거법상 선거운동의 개념

1. 공직선거법 규정

2. 선거운동의 개념 요소

Ⅲ. 선거운동의 의미와 판단 기준에 관한 종래 대법원의 해석론

1. 종래 대법원의 해석론

2. 검토

Ⅳ. 대상판결의 태도

1. 판결요지(다수의견)

2. 반대의견

ⅴ. 대상판결의 검토

ⅵ. 사안의 구체적 검토

1. 사실관계

2. 대법원의 판단

3. 검토

ⅶ. 결론

Ⅰ. 서론

1. 사안의 개요 및 소송의 진행 경과

(1) 권○○은 2012. 4. 11. 국회의원 선거에서 낙선한 후, 고등학교 후배인 김○○, 국회의원 시절 보좌관이던 김□□ 등과 함께 '○○미래경제연구포럼'(→이 사건 포럼)을 설립[1]한 다음, 2013년에 이 사건 포럼을 통하여 개최·진행된 '전통시장 방문 행사', '지역기업 탐방 행사', '시민 토론회', '농촌 일손 돕기', '출판기념회' 등 다수의 행사(→이 사건 행사)에 참가하였다.

(2) 그 후 권○○은 2014. 6. 4. 실시된 제6회 전국동시지방선거(→이 사건 선거)에서 ○○광역시장 후보로 출마하여 당선되었으나, 김○○, 김□□ 등과 함께 이 사건 포럼 설치 및 이 사건 행사 참가와 관련하여 유사기관 설치[2] 및 사전 선거운동[3]으로 인한 각 공직선거법위반의 공소사실로 기소되었다.[4]

(3) 제1심[5]과 항소심[6]은 위 각 공소사실을 전부 유죄로 인정하고 권○○에 대하여 당선무효형[7]에 해당하는 형(징역 8월, 집행유예 2년)을 각 선고하였다.

---

1) 2012. 10. 10. 창립총회, 2012. 11. 15. 비영리법인 설립인가, 2012. 11. 27. 법인설립등기

2) **제89조(유사기관의 설치금지)**
① 누구든지 제61조(선거운동기구의 설치) 제1항·제2항의 규정에 의한 선거사무소 또는 선거연락소외에는 후보자 또는 후보자가 되려는 사람을 위하여 선거추진위원회·후원회·연구소·상담소 또는 휴게소 기타 명칭의 여하를 불문하고 이와 유사한 기관·단체·조직 또는 시설을 새로이 설립 또는 설치하거나 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용할 수 없다. 다만, 후보자 또는 예비후보자의 선거사무소와 정당의 중앙당 및 시·도당의 사무소에 설치되는 각 1개의 선거대책기구 및 「정치자금법」에 의한 후원회는 그러하지 아니하다.
제255조(부정선거운동죄)
① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처한다.
13. 제89조(유사기관의 설치금지)제1항 본문의 규정에 위반하여 유사기관을 설립·설치하거나 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용한 자

3) **제254조(선거운동기간위반죄)**
② 선거운동기간 전에 이 법에 규정된 방법을 제외하고 선전시설물·용구 또는 각종 인쇄물, 방송·신문·뉴스통신·잡지, 그 밖의 간행물, 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회·반상회, 그 밖의 집회, 정보통신, 선거운동기구나 사조직의 설치, 호별방문, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

4) 그 외에 정치자금법이 정하지 않은 방법으로 이 사건 포럼 회원들로부터 특별회비 명목의 정치자금을 기부받았다는 정치자금법위반의 공소사실로도 기소되었으나, 그 유무죄 여부가 선거운동 해당 여부와 논리필연적 관계에 있지는 않으므로 논의의 범위에서 제외한다.

5) 대전지방법원 2015. 3. 16. 선고 2014고합367, 2014고합466, 2014고합487, 2014고합488(각 병합) 판결

6) 대전고등법원 2015. 7. 20. 선고 2015노201 판결

7) **공직선거법 제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효)**

(4) 그러나 대법원은 위 각 공소사실을 전부 무죄 취지로 판단하면서 위 항소심 판결을 파기하고 사건을 항소심으로 환송하였다.[8)]

2. 쟁점의 정리 및 논의의 방향

(1) 공직선거법 제59조는 '선거운동은 선거기간 개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다'고 규정하고, 제254조 제2항은 선거운동기간 전에 법에 규정된 이외의 방법으로 선거운동을 한 자를 처벌하도록 하고 있다(사전 선거운동 금지). 또한, 공직선거법 제61조는 선거운동기구인 선거사무소와 선거연락소 및 선거대책기구의 설치 주체와 그 설치 숫자 및 장소 등을 엄격히 규제하는 한편, 제89조 제1항 본문에서 누구든지 제61조의 규정에 따른 선거사무소 등 외에는 후보자 또는 후보자가 되려는 사람을 위하여 명칭의 여하를 불문하고 이와 유사한 기관을 설립 또는 설치하거나 이용할 수 없다고 하여 이를 금지하고 있으며, 제255조 제1항 제13호는 그 위반행위자를 처벌하도록 하고 있다(유사기관 설치 금지). 종래 대법원은 「어떠한 기관·단체·조직 또는 시설이 위의 유사기관 설치 금지규정에 위반된다고 하려면 적법한 선거사무소 등과 유사한 활동이나 기능을 하는 것에 해당하여야 한다는 요건 이외에 그것이 선거운동을 목적으로 설치되었음이 인정되어야 한다」(대법원 2013. 12. 26. 선고 2013도10896 판결 등)고 판시하여 공직선거법상 설치가 금지되는 유사기관의 요건으로 '선거운동의 목적'으로 설립되었을 것을 요구하고 있다. 한편, 공직선거법 제255조 제1항 제13호, 제89조 제1항 본문과 제254조 제2항은 모두 '선거운동'을 목적으로 하거나 당해 행위 자체가 '선거운동'으로 인정될 것을 전제로

당선인이 당해 선거에 있어 이 법에 규정된 죄 또는 「정치자금법」 제49조의 죄를 범함으로 인하여 징역 또는 100만원이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 그 당선은 무효로 한다.

정치자금법 제57조(정치자금범죄로 인한 공무담임 등의 제한)

제45조(정치자금부정수수죄)에 해당하는 범죄로 인하여 징역형의 선고를 받은 자는 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년간, 형의 집행유예의 선고를 받은 자는 그 형이 확정된 후 10년간, 100만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 자는 그 형이 확정된 후 5년간 「공직선거법」 제266조(선거범죄로 인한 공무담임 등의 제한) 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 직에 취임하거나 임용될 수 없으며, 이미 취임 또는 임용된 자의 경우에는 그 직에서 퇴직된다.

8) 환송 후 항소심(대전고등법원 2017. 2. 16. 선고 2016노304 판결)에서는 대상판결의 취지에 따라 유사기관 설치 및 사전 선거운동으로 인한 각 공직선거법위반의 공소사실을 전부 무죄로 판단하면서도 정치자금법위반의 공소사실은 유죄로 판단하여 권○○에 대하여 징역 6월에 집행유예 2년을 선고하였고, 쌍방의 상고 제기로 현재 상고심(대법원 2017도3449호) 계속 중이다.

하고 있고, 양쪽에서 말하는 '선거운동'은 같은 의미이다. 따라서 선거운동의 의미와 그 범위를 정하는 것이 위 각 공소사실에 대한 유무죄 판단의 핵심 쟁점이 된다.

(2) 대법원은 대상판결에서 위와 같은 핵심 쟁점에 대하여 선거운동을 종래와 마찬가지로 「특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말한다」고 하면서도, 「선거운동에 해당하는지는 당해 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 선거인의 관점에서 객관적으로 판단하여야 한다」고 판시함으로써 그 판단 기준에 관하여는 종래의 태도를 변경하였다.

(3) 이하에서는 공직선거법상 선거운동의 의미와 판단 기준에 관한 종래 대법원의 해석론과 대상판결의 태도를 살펴본 다음, 사안의 경우 이 사건 포럼과 행사가 공직선거법상 설치가 금지되는 유사기관 및 선거운동에 해당하는지 여부 등에 관하여 검토해 보기로 한다.

Ⅱ. 공직선거법상 선거운동의 개념

1. 공직선거법 규정

공직선거법은 선거운동을 다음과 같이 정의하고 있다.

제58조(정의 등)

① 이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.

1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시
2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위
3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시
4. 통상적인 정당활동

6. 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자메시지로 전송하는 행위

② 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 선거운동의 개념 요소[9)]

학계에서는 선거운동의 개념적 특징으로 ① 행위의 대상이 되는 선거가 특정될 것, ② 특정 후보자를 위한 행위일 것, ③ 특정후보자의 당선 또는 낙선을 목적으로 하여 주선·권유·유도 기타 방법으로 득표 또는 감표운동을 하는 것이라고 설명하고 있다.[10)]

(1) 선거의 특정

먼저, 선거운동은 특정한 선거에 관하여 행하여지는 행위이다. '특정한 선거에 관하여'라고 하는 것은 그 행위가 선거운동이 되기 위해서는 그 대상이 되는 선거가 특정되어 있어야 한다는 것이다. 즉, 타인에게 표를 찍어 달라고 부탁을 하여도 언제 행하여지는 선거에 관한 것인지를 알 수 없을 때에는 선거운동이라고 할 수 없다. 그러나 선거일의 공고가 미리 없다고 하여 선거가 특정되지 않았다는 것은 아니고, 선거일 공고 전이라 하더라도 사회통념상 장래의 선거가 무슨 선거인지 객관적으로 인식할 수 있는 정도이면 특정의 선거라고 볼 수 있다. 대법원도 '선거운동이라 함은 특정의 선거에 있어서 특정 후보자의 당선 내지 득표를 위한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선을 위한 모든 행위'라고 판시하여 선거운동이 특정의 선거를 전제로 하는 개념임을 밝힌 바 있다(대법원 1992. 9. 25. 선고 92도1085 판결, 대법원 1996. 4. 26. 선고 96도138 판결 등).

(2) 후보자의 특정

또한, 선거운동은 당선 또는 낙선을 목적으로 하는 특정한 후보자의 존재를 필요로 한다. '특정한 후보자'란 반드시 이미 입후보한 후보자만을 가리키는 것은 아

9) 대검찰청, 「공직선거법 벌칙해설」(제8개정판)을 참고하여 정리하였다.
10) 송석윤 外, 정책개발연구용역보고서 「선거운동의 자유와 선거의 공정성」, 헌법재판소, 2011, 69쪽 이하 참조

니고 장래에 입후보하려고 하는 자도 포함되며, 이 때 입후보하려고 하는 자라 함은 입후보할 것을 예정하면 족하고 확정적 결의까지 요구되는 것은 아니고(대법원 1975. 7. 22. 선고 75도 1659 판결 등), 당해 선거에 출마할 예정인 자로서 정당에 공천신청을 하거나 일반 선거권자로부터 후보자 추천을 받기 위한 활동을 벌이는 등 입후보 의사를 확정적으로 외부에 표출한 사람뿐만 아니라 그 신분·접촉대상·언행 등에 비추어 당해 선거에 입후보할 의사를 가진 것을 객관적으로 인식할 수 있을 정도면 족하다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2013도2190 판결 등).

(3) 당선 또는 낙선의 목적

선거운동은 당선 또는 낙선을 궁극적인 목적으로 하는 행위로서 당선을 목적으로 하는 당선운동과 낙선을 목적으로 하는 낙선운동으로 나누어 볼 수 있고, 낙선운동은 당선을 목적으로 하여 운동하는 후보자측이 경쟁 후보자의 낙선을 위하여 하는 후보자 측의 낙선운동과 당선의 목적 없이 오로지 특정 후보자의 낙선만을 목적으로 하여 후보자 측 이외의 제3자가 하는 제3자의 낙선운동으로 분류할 수 있다. '당선 또는 낙선을 목적'으로 한다는 것은 당선 또는 낙선 가능성의 유무와는 무관하고, 당선 또는 낙선을 목적으로 하여 행하여지는 이상 그것이 직접적이거나 간접적이거나를 불문하며, 자기 자신의 당선을 목적으로 하는 경우는 물론 타인의 당선 또는 낙선을 목적으로 하는 경우도 포함된다. 헌법재판소는 특정 후보자의 당선을 목적으로 함이 없이 부적격 후보자가 당선되지 못하게 하기 위한 행위도 선거운동으로 규정하고 있는 공직선거법 제58조 제1항은 위헌이 아니라고 하였다(헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌마121, 202 결정).

(4) 상대방의 특정 문제

선거운동은 기부행위와는 달리 상대방이 한정되어 있지 않으므로, 특정 후보자의 선거구 안에 있거나 선거구민과 연고가 있는 사람이나 기관·단체·시설 등에 해당하여야만 선거운동에 해당한다고 볼 것은 아니다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도9043 판결 등).

Ⅲ. 선거운동의 의미와 판단 기준에 관한 종래 대법원의 해석론

1. 종래 대법원의 해석론

(1) 대법원은 공직선거법 제58조 제1항의 선거운동의 개념에 관하여 1996. 4. 26. 선고 96도138 판결, 1999. 4. 9. 선고 98도1432 판결 등에서, 「선거운동은 특정의 선거에 있어서 특정 후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하는 것으로, 단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적인 준비행위에 해당하는 선거운동의 준비행위나 통상적인 정당활동과는 구별되나, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다」고 판시한 이래, 대상판결 이전까지 다수의 공직선거법위반 사건에서 위와 같은 판시를 인용하거나 같은 취지의 판시를 반복해 왔다.[11] [12]

---

11) 대법원 2005. 1. 27 선고 2004도7511 판결, 대법원 2005. 2. 18 선고 2004도6795 판결, 대법원 2005.10.14 선고 2005도301 판결, 대법원 2010. 12. 09 선고 2010도10451 판결, 대법원 2011. 6. 24 선고 2010도9737 판결, 대법원 2014. 1. 23 선고 2013도4146 판결, 대법원 2014. 7. 24 선고 2013도6785 판결 등. 대법원은 유사기관 설치로 인한 공직선거법위반 사건에서도 「어떠한 기관·단체·시설이 공직선거법 제89조 제1항에서 금하는 유사기관에 해당하는지는 선거운동 목적의 유무에 의하여 결정되므로, 특정 후보자의 선거운동을 목적으로 설치된 것이 아니라면 본조의 금지에 위반되는 것은 아니며, 여기서 선거운동이라 함은 선거에 관하여 특정 후보자가 당선되게 하거나 되지 못하게 하기 위하여 직접 또는 간접으로 필요하고도 유익한 행위를 하는 것을 가리키고, 선거운동을 위한 준비행위는 이에 포함되지 아니하므로, 만일 후보자가 되고자 하는 자가 선거운동의 목적이 아닌 순수한 선거준비행위의 차원에서 선거인에게 영향을 미치지 않는 내부적 행위로서 기관·단체 또는 시설을 설립하거나 설치하였다면 이는 본조 소정의 유사기관의 설치금지 위반에 해당하지 않는다 할 것이고, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 기준으로 판단하여야 한다」고 판시하였다.

12) 헌법재판소 역시 「공직선거법 제58조 제1항의 '선거운동'이란, 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말한다. 선거운동인지의 여부를 판단함에 있어서 중요한 기준은 행위의 '목적성'이며, 그 외의 '능동성'이나 '계획성' 등은 선거운동의 목적성을 객관적으로 확인하고 파악하는 데 기여하는 부차적인 요소이다. 행위자의 '목적의지'는 매우 주관적인 요소로서 그 자체로서 확인되기 어렵기 때문에, 행위의 '능동성'이나 '계획성'의 요소라는 상대적으로 '객관화될 수 있는 주관적 요소'를 통하여 행위자의 의도를 어느 정도 객관적으로 파악할 수 있는 것이다」(헌법재판소 2004. 5. 14. 선고 2004헌나1 결정

(2) 한편, 대법원은 공직선거법 제90조 제1항,[13] 제93조 제1항,[14] 제103조 제3항[15]에서 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'의 의미에 관하여, 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결 등에서, 「이는 고의 이외에 초과주관적 요소로서 선거에 영향을 미치게 할 목적을 범죄성립요건으로 규정한 것이므로, 비록 그 목적에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식을 요하지 아니하고 미필적 인식으로 충분하다고는 하더라도, 위 각 규정의 입법 목적이 선거의 공정성과 평온성을 침해하는 탈법적인 행위를 차단함으로써 공공의 이익을 도모하는 것임을 염두에 두고 합리적으로 판단하여야 하며, 그러한 목적이 있는지는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자·경쟁후보자 또는 정당과의 관계, 행위 동기 및 경위와 수단 및 방법, 행위의 내용과 태양, 행위 당시 사회상황 등을 종합하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다」고 판시하였다.[16]

(3) 위와 같은 판단기준에 따라 대법원은, 후보 예정자가 선거구민에게 식사 대접을 하는 자리에 참석하여 인사를 나누고, 식사와 음주를 함께 하면서 지역 현안에 대한 관심을 표명하고, 앞으로 노력하겠다는 취지의 공약을 언급한 경우(대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결),[17] 변호사 사무실 이전 초청장 및 신문광고 문구에 통상적인 인사말과 함께 사무실 이전의 실제적 의도를 구체적으로 밝히고, 정치현실에 관한 피고인의 비판적 의견을 게재한 경우(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도2732 판결),[18] 동일한 날짜에 당원이 아닌 일반선거구민이 다수 참석한 수개의

등)고 하여 공직선거법상 선거운동에 해당하기 위하여는 당선 내지 득표(반대 후보자의 낙선)에의 목적성, 그 목적성의 객관적 인식가능성, 능동성 및 계획성이 요구된다는 입장이다.

13) **제90조(시설물설치 등의 금지)**
① 누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의한 것을 제외하고는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 수 없다

14) **제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지)**
① 누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 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. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 그러하지 아니하다

15) **제103조(각종집회 등의 제한)**
③ 누구든지 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 향우회·종친회·동창회·단합대회 또는 야유회, 그 밖의 집회나 모임을 개최할 수 없다.

16) 같은 취지의 판결로는 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도11857 판결, 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012도4637 판결 등이 있다.

17) 현역 국회의원으로서 복선전철, 우회도로 예산 편성, 그 외 도로 설계비 예산 등에 관한 업적을 홍보한 사안임

모임에 잇달아 참석하여 자신을 홍보하는 발언을 한 경우(대법원 2004. 12. 23. 선고 2004도6604 판결),[19] 지방의회의원에 입후보한 사람으로서 후보자 등록 이전에 피고인의 인물사진과 주요경력을 넣은 연하장을 700명에게 직접 또는 우편으로 배포하고, 넥타이 250개를 명함과 함께 배포한 경우(대법원 1992. 6. 23. 선고 92도845 판결), 출판기념회를 빙자하여 초청장 발송, 벽보 부착, 방송 자막광고 등을 한 경우(대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도3940 판결),[20] 관내 공무원들에게 전화하여 인지도를 제고한 경우(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도1604 판결)[21] 등은 공직선거법상 선거운동에 해당한다고 판단한 반면, 후보자의 처가 평소 자주 이용하던 약국에 약을 사러 갔다가 남편의 입후보 이야기가 나와 잘 부탁한다는 취지의 말을 하는 등 의례적인 인사를 한 경우(대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1268 판결)나 지방공무원교육원의 교관으로 근무하던 중 교육생으로 온 고향 후배인 읍면장들과의 저녁회식 자리에서 '명예퇴직원을 제출하였으니 도와 달라'는 발언을 한 경우(대법원 1996. 4. 26. 선고 96도138 판결),[22] 법령에 의하여 지방자치단체장의 직무상 행위로 허용되어 작성·배부되는 전입안내문에 전입환영 글귀를 게재하고 지방자치단체장의 직명, 성명, 사진을 덧붙인 경우(대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1792 판결),[23] 설 연하장에 피고인의 법원 근무경력을 기재하여 지역주민 1,000여 명에게 배부한 경우(대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도5981 판결),[24] 시의원 입후보 예정자가

18) 초청장 및 신문광고에 '2000. 4.로 예정된 총선에 적극적으로 대비하기 위해 변호사 사무실을 이전한다'는 취지로 기재한 사안임

19) '국회의원에 출마하여 당선되면 곡성 발전을 위해 노력하겠다'는 취지로 발언한 사안임

20) 특정선거일로부터 6개월 전에 무려 50,000여장의 초청장을 발송하고, 문자메시지 또한 12,000여 명에게 발송되었으며, 방송 자막광고(피고인의 성명, 판사경력 등을 포함한 자막광고가 3일간 450회 나가게 함), 벽보부착 행위까지 합하여 보면, 단순히 출판기념회 홍보를 위한 것이라고는 보기 어렵고, 피고인의 인지도를 제고하여 득표력을 높이기 위한 것으로서 사전 선거운동에 해당한다고 판단한 사안임

21) 공무원 100여명에게 전화를 걸어 공무원들의 선거 관련 분위기를 파악하고 '이번 선거에서 도와달라'고 지지를 부탁한 사안임

22) 피고인의 위와 같은 행위가 일상적·의례적인 행위로서 선거운동에 해당하지 않는다고 판단한 사안임

23) 자신을 주민에게 알릴 의도를 갖고 있었다기 보다는 그 지역에 새로 전입한 주민들에게 생활에 필요한 정보를 제공하여 애향심과 정체성을 심어주는 계기를 마련하기 위하여 그 발간사 형식으로 자신의 직명 등과 인사말을 게재하였다고 봄이 상당하고 이러한 행위는 통상의 지방자치단체장의 직무행위에 포함된다고 판단한 사안임

24) 피고인이 2002년에 관내 지역주민 1,000명에게 후보자의 성명을 나타내는 인사장을 발부하였다는 공소사실에 관하여, 피고인이 군수 선거 후보자가 되고자 하는 자라고 단정할 증거가 없고, 1999년 개업 이후 매년 연말연시에 연하장 1,000여장을 발송하여 오는 등 업무상의 행위라는 변소내용을 고려하면, 선거운동의 일환으로 위 연하장을 배부하였다고 보기 어렵다고 판단한 원심을 수긍한 사안임

기존 지역단체 식사자리에서 후배들과 대화 도중 '자신이 출마할 예정이고 위 단체에서 두 명이 후보자로 나올 텐 데 눈치 보지 말고 소신껏 하라'고 발언한 경우(대법원 2015. 3. 26. 선고 2015도1125 판결) 등은 공직선거법상 선거운동에 해당하지 않는다고 판단하였다.

2. 검토

위와 같은 판시 내용을 종합해 보면, 종래 대법원은 선거운동을 '특정 선거'에서 '특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사'와 '그 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위'를 그 요소로 하는 것으로 파악해 왔고, 그러한 요소를 통하여 선거운동을 처벌되지 않는 '선거에 관한 단순한 의견의 개진이나 의사의 표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 정당활동' 등과 구별하고 있다고 할 수 있다. 한편, '당선 또는 낙선의 목적의사'는 일반적인 목적범의 경우와 마찬가지로 적극적 의욕이나 확정적 인식을 필요로 하는 것이 아니라 미필적 인식만으로도 족하고,[25] 이를 판단함에 있어서는 문제되는 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 시기·장소·방법 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 것이다.

Ⅳ. 대상판결의 태도

1. 판결요지(다수의견)

선거운동의 자유와 공정 및 기회균등을 꾀하고, 정치인의 통상적인 정치활동을 보장할 필요성, 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 형벌법규의 엄격해석의 원칙, 공직

25) 대법원이 선거운동에 관하여 직접적인 판시를 한 바는 없으나, 앞에서 본 2011도3447 판결 등에서 '선거에 영향을 미치기 위하여'라는 목적을 해석함에 있어 위와 같이 판단한 것이다. 대상판결의 반대의견도 '당선 또는 낙선의 목적' 역시 주관적 구성요건요소인 이상 그 실현에 대한 인식과 의욕 여부는 구성요건적 고의나 목적범에서의 목적과 마찬가지로 당연히 행위자인 피고인을 기준으로 판단하여야 하고, 피고인에게 그와 같은 목적에 대한 인식이 있었음이 증명되는지에 따라 그 구성요건의 충족 여부를 가려야 한다고 하고 있다.

선거법의 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.

(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 한다. 따라서 그 행위가 당시의 상황에서 객관적으로 보아 그와 같은 목적의사를 실현하려는 행위로 인정되지 않음에도 그 행위자가 주관적으로 선거를 염두에 두고 있었다거나, 결과적으로 그 행위가 단순히 선거에 영향을 미친다거나 또는 당선이나 낙선을 도모하는 데 필요하거나 유리하다고 하여 선거운동에 해당한다고 할 수 없다. 또 선거 관련 국가기관이나 법률전문가의 관점에서 사후적·회고적인 방법이 아니라 일반인, 특히 선거인의 관점에서 그 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단하여야 하므로, 개별적 행위들의 유기적 관계를 치밀하게 분석하거나 법률적 의미와 효과에 치중하기보다는 문제된 행위를 경험한 선거인이 그 행위 당시의 상황에서 그러한 목적의사가 있음을 알 수 있는지를 살펴보아야 한다.

(2) 위와 같은 목적의사는 특정한 선거에 출마할 의사를 밝히면서 그에 대한 지지를 부탁하는 등의 명시적인 방법뿐만 아니라 당시의 객관적 사정에 비추어 선거인의 관점에서 특정 선거에서 당선이나 낙선을 도모하려는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 정도에 이른 경우에도 이를 인정할 수 있을 것이다. 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 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 한다. 그러한 목적의사를 가지고 하는 행위인지는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2012. 11. 29. 선고 2010도9007 판결 참조). 특히, 공직선거법이 선거일과의 시간적 간격에 따라 특정한 행위에 대한 규율을 달리 하고 있는 점과 문제가 된 행위가 이루어진 시기에 따라 동일한 행위라도 선거인의 관점에서

는 선거와의 관련성이 달리 인식될 수 있는 점 등에 비추어, 그 행위를 한 시기가 선거일에 가까우면 가까울수록 명시적인 표현 없이도 다른 객관적 사정을 통하여 당해 선거에서의 당선 또는 낙선을 도모하는 의사가 있다고 인정할 수 있겠으나, 선거가 실시되기 오래 전에 행해져서 시간적으로 멀리 떨어진 행위라면 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다는 것만으로 당해 선거에서의 당락을 도모하는 의사가 표시된 것으로 인정될 수는 없다.

(3) 선거운동은 그 대상인 선거가 특정되는 것이 중요한 개념표지이므로 문제된 행위가 특정 선거를 위한 것임이 인정되어야만 선거운동에 해당한다고 볼 수 있는데, 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 대상으로 하였는지를 합리적으로 판단하여야 한다. 한편, 정치인은 누구나 기회가 오면 장래의 적절한 선거에 출마하여 당선될 것을 목표로 삼고 있는 사람이고, 선거운동은 특정한 선거에서 당락을 목표로 하는 행위이므로, 문제된 행위가 특정 선거를 위한 것이라고 인정하려면, 단순히 어떤 사람이 향후 언젠가 어떤 선거에 나설 것이라는 예측을 할 수 있는 정도로는 부족하고, 특정 선거를 전제로 그 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 수 있는 객관적 사정이 있어야 한다. 이것 역시 그 행위를 한 시기가 선거일에 가까우면 가까울수록 명시적인 표현 없이도 다른 객관적 사정을 통하여 특정 선거를 목표로 하는 선거운동임을 쉽게 인정할 수 있을 것이다.

(4) 정치인이 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동의 일환으로 선거인과 접촉하여 자신의 인격에 대한 공감과 정치적 식견에 대한 찬성과 동의를 구하는 한편, 그들의 의견을 청취·수용하여 지지를 받을 수 있는 정책을 구상·수립하는 과정을 통하여 이른바 인지도와 긍정적 이미지를 제고하여 정치적 기반을 다지는 행위에도 위와 같은 판단기준이 그대로 적용되어야 한다. 따라서 그와 같은 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동에 인지도와 긍정적 이미지를 높이려는 목적이 있다 하여도 그 행위가 특정한 선거를 목표로 하여 그 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도

모하는 목적의사가 표시된 것으로 인정되지 않는 한 선거운동이라고 볼 것은 아니다.

(5) 문제된 행위가 단체 등을 통한 활동의 모습으로 나타나는 경우에는 그 단체 등의 설립 목적과 경위, 인적 구성, 그 활동의 시기, 방법, 내용과 규모 등을 추가적으로 고려하여 그 활동이 특정 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사에 따라 행해진 것이라는 점이 당해 선거인의 관점에서 객관적으로 인정되는지를 살펴보아야 한다. 단체 등의 목적 범위 내에서 통상적으로 행해지는 한도에서는 특별한 사정이 없는 한, 그러한 활동이 특정인의 당선 또는 낙선을 목적으로 한 선거운동이라고 보아서는 아니 되고, 그 단체의 목적이나 활동 내용이 정치 이외의 다른 전형적인 사회활동을 하는 단체가 갖는 특성에 딱 들어맞지 않는다는 이유만으로 그 단체의 활동을 선거운동에 해당한다고 단정하여서도 아니 된다.

2. 반대의견

다음과 같은 이유에서 선거운동의 의미와 그 판단기준에 관한 기존의 대법원 판례는 그대로 유지되어야 하고, 이를 변경할 이유가 없다.

(1) 공직선거법은 선거운동을 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한' 행위(제58조 제1항 본문), 즉 자신이 당선되거나 다른 사람이 당선되게 하거나 당선되지 못하게 하기 위한 행위로 규정함으로써, 개념 자체로 자신 또는 타인의 당선 또는 낙선을 목적으로 하는 행위일 것을 요구하고 있다. 따라서 공직선거법에 의하여 처벌되는 사전 선거운동행위나 유사기관 설치행위가 성립하려면 행위자가 특정한 선거에 관하여 특정 후보자 또는 후보자가 되려는 자를 위한 것임을 인식하고 해당 행위를 하였다는 것만으로는 부족하고, 행위자에게 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적'이 인정되지 아니하면 구성요건은 충족되지 아니한다. 그러므로 사전 선거운동 행위나 유사기관 설치 행위는 고의 외에 초과주관적 위법요소로서 당선 또는 낙선의 목적을 범죄성립요건으로 하는 목적범에 해당하거나, 적어도 여기에서의 목적은 목적범에서의 목적에 준하는 주관적 구성요건요소라고 이해하는 것이 타당하다. '당선 또는 낙선의 목적' 역시 주관적 구성요건요소인 이상 그 실현

에 대한 인식과 의욕 여부는 구성요건적 고의나 목적범에서의 목적과 마찬가지로 당연히 행위자인 피고인을 기준으로 판단하여야 하고, 피고인에게 그와 같은 목적에 대한 인식이 있었음이 증명되는지에 따라 구성요건의 충족 여부를 가려야 한다.

(2) 선거운동이란 목적의사가 '객관적'으로 인정될 수 있는 행위를 말한다고 해석하여 온 취지는 자체로는 주관적인 요소인 행위자의 목적의사를 인정하기 위해서는 행위의 능동성이나 계획성을 통하여 객관적으로 확인하고 파악하여야 함을 가리키는 것으로 이해하여야 하지, 목적의사가 '객관적'으로 인정되어야 한다고 하여 다수의견과 같이 반드시 선거인이 목적의사를 명백히 인식할 수 있어야 한다는 의미로 새길 수는 없다.

(3) 선거일부터 멀리 떨어진 시기에 이루어진 '정치인'으로서의 통상적인 정치활동을 곧바로 선거운동에 해당한다고 볼 수 없음은 당연하고, 그와 같은 행위가 단순히 '정치인'으로서의 인지도를 높이려는 목적에서 비롯되었더라도 이를 선거운동으로 단정할 수는 없다. 다만 행위가 이루어진 시기가 선거일부터 상당한 시간적 간격을 두고 행하여졌더라도 행위자가 '후보자가 되고자 하는 자', 즉 선거에 입후보할 의사를 가진 것을 객관적으로 인식할 수 있을 정도에 이른 사람에 해당하고 문제 되는 행위가 '후보자가 되고자 하는 자'로서 선거에서의 당선 또는 낙선을 목적으로 자신의 인지도를 높이기 위하여 다수의 선거인들을 접촉한 것이라면, 이러한 행위는 이미 통상적인 정치활동의 범주를 벗어난 것으로서 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 객관적으로 확인될 수 있고, 행위의 태양에 따라 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위로서 선거운동에 해당할 수 있다.

(4) 선거의 공정과 선거운동의 자유 사이의 균형점은 그 나라의 역사와 정치문화, 선거풍토와 선거문화의 수준 등 제반 사정에 따라 달라질 수밖에 없다. 국민의식의 성장에도 불구하고, 선거범죄 및 선거사범의 숫자는 줄어들고 있지 않고, 오히려 더욱 지능화·음성화되고 있다는 우려가 적지 아니하다. 이러한 상황에서 선거운동 자유의 측면만을 강조하여 선거운동의 의미를 법률의 취지와 달리 지나치게 좁게 해석한다면, 정치활동과 선거운동 자유의 확대를 명분으로 공정성 확보를 위한 중요한 장치를 무력화시킴으로써 자칫 그 균형을 무너뜨리는 결과가 될 수 있다.

ⅴ. 대상판결의 검토

1. 대상판결은, '선거운동'을 종래와 마찬가지로 '특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위'로 전제하면서도, 선거운동에 해당하는지는 '당해 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 선거인의 관점에서 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 특정 선거에서의 당락을 도모하는 목적의사가 있음을 명백하게 인식할 수 있는지 여부에 따라 객관적으로 판단하여야 한다'는 것으로 요약할 수 있다. 그리하여 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동으로 이루어지는 이른바 '인지도와 긍정적 이미지를 제고하여 정치적 기반을 다지는 행위'도 특정한 선거를 목표로 하여 그 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 표시된 것으로 인정되지 않는 한 선거운동이라고 볼 것은 아니고, '문제된 행위가 단체 등을 통한 활동의 모습으로 나타나는 경우'에는 그 단체 등의 설립 목적과 경위, 인적 구성, 그 활동의 시기, 방법, 내용과 규모 등을 추가적으로 고려하여 그 활동이 특정 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사에 따라 행해진 것이라는 점이 당해 선거인의 관점에서 객관적으로 인정되는지를 살펴보아야 한다는 것이다.

2. 대상판결에 대하여는 반대의견이 지적하다시피, '당선 또는 낙선의 목적의사'를 선거인의 관점에서 인식가능한지 여부를 기준으로 판단하는 것은 형법의 주관적 구성요건 체계와 조화될 수 없고 공직선거법에서 정한 목적범에 관한 대법원의 기존 해석과도 부합하지 않는다는 점, 선거운동에 해당하는지 여부는 그러한 목적의사가 객관적으로 인정되는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이지 선거일과의 시간적 근접성에 따라 판단할 것은 아니라는 점, 선거운동의 의미를 다수의견과 같이 좁게 해석할 경우 정치활동과 선거운동 자유의 확대를 명분으로 공직선거법상 선거의 공정성 확보를 위한 중요한 장치를 무력화시키는 결과가 될 수 있다는 점 등의 비판이 있고, 이는 충분히 경청할 만한 가치가 있는 것으로 보인다.

3. 그럼에도 불구하고 대상판결은 다음과 같은 이유에서 긍정적으로 평가함이 타당하다고 생각한다.

(1) 선거운동의 자유 확대, 기회균등 및 일상적 정치활동의 보장

공직선거법이 추구하는 선거의 자유와 공정이라는 두 이념[26]은 국민정신, 정치·사회발전단계, 민주시민의식의 성숙도, 종래의 선거풍토, 그 밖의 제반 상황을 종합하여 양자의 슬기로운 조화를 모색해야 한다. 그런데 공직선거법은 원칙적으로 선거운동의 자유를 보장하면서도(제58조 제2항), 실질적으로는 선거운동의 자유를 주체, 시기, 방법, 비용 등의 측면에서 광범위하게 규제하고 있고, 선거운동을 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위'라고 규정하여(제58조 제1항) 이를 폭넓게 보자면 선거와 관련된 모든 행위가 선거운동의 개념에 포섭될 수 있도록 하고 있다. 다수의견이 지적하는 바와 같이 종래 대법원 판결 중에는 당선이나 낙선에 필요하고도 유리한 행위라면 선거운동에 해당한다는 취지로 보이거나, 문제된 행위가 정치인의 인지도를 높인다거나 선거인에게 영향을 미칠 목적이 있다는 이유만으로 선거운동의 범위에 포함시켜야 한다고 판시한 것들도 있다[27]. 이러한 선거운동에 관한 대법원의 종래 해석론에 대하여는 포괄적이고 추상적인 징표로 선거운동의 개념을 정의하고 해석함으로써 선거운동을 포함한 정치적 의사표현의 자유를 심각하게 제한하였다는 비판까지 있는 실정이다.[28] 위와 같은 공직선거법의 제반

---

26) **제1조(목적)**
이 법은 「대한민국헌법」과 「지방자치법」에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다.

27) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005도2554 판결(산행 버스 안에서 지구당 위원장으로 소개되어 그 자격에서 인사말을 한 사안에서 결과적으로 인지도를 제고함으로써 선거에서 당선을 도모하고자 하는 목적의사가 객관적으로 인정된다고 한 사례), 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010도16996 판결(입후보 전 자신이 설립한 추진위원회 회원 등을 통해 성명과 사진이 들어있는 추진위원회 명의의 전단지를 선거구민들에게 배부한 사안을 사전 선거운동에 해당한다고 한 사례), 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도3935 판결(선거에서 정당이나 후보자 내지 후보예정자에 대한 지지도를 알아보기 위한 여론조사는 일반적으로는 허용되나, 그 여론조사의 목적이 후보자나 후보예정자에 대한 인지도를 높이고 그의 장점을 부각시켜 그에 대한 지지를 유도하기 위한 것이라면, 이는 사전 선거운동에 해당한다고 한 사례), 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도3940 판결(출판기념회 개최를 빙자하여 피고인의 인지도를 높였다는 이유만으로 사전 선거운동에 해당한다고 한 사례), 대법원 2006. 6. 27. 선고 2005도303 판결(후보자가 되고자 하는 자가 선거인에게 영향을 미칠 목적으로 단체 등을 설립하였다면 선거운동의 목적이 있는 것으로 보아 공직선거법 제89조 제1항 본문의 유사기관에 해당한다고 한 사례) 등

28) 고민수, 「유권자의 선거운동의 자유에 대한 제한과 문제점 : 공직선거법 제93조 제1항 위헌확인 사건(2007헌마718)에 대한 헌법적 고찰」, 언론과 법 제8권 제2호(2009), 45쪽 ; 이승선, 「선거와 표현의 자유」, 언론과 법 제6권 2호(2007), 212쪽 ; 홍석한, 「선거운동의 자유와 규제에 관한 헌법적 고찰 : 헌법재판소 판례에 대한 평가를 중심으로」, 헌법학연구 제19권 제4호(2013), 124

규정과 선거운동에 관한 대법원의 종래 해석론은 과거의 부정선거로 인한 국민의 정치적 의사 왜곡이라는 역사를 교훈삼아 선거의 자유보다는 선거의 공정을 확보하는 데 무게중심이 있었다고 볼 수 있다. 그러나 방송, 신문, 통신, 인터넷 등을 통한 여론 형성이 상시적으로 활성화되고 정당이 선거운동과 정치활동의 중심에서 적극적으로 여론을 수렴하는 등으로 정치·선거문화가 과거에 비하여 크게 성숙되어 있는 현재의 상황 아래에서 그와 같은 방향은 더 이상 지향해야 할 목표라고 할 수 없다. 대의민주주의의 성패는 국민의 정치적 의사를 충실하게 정책에 반영할 수 있는 올바른 후보자를 선택할 수 있도록 선거제도를 운용하는 데 달려 있고, 이는 유권자와 후보자 사이의 정치적 의사 교류를 자유롭게 할 때에만 가능하다. 정치적 의사표현의 자유는 폭넓게 인정하는 방향으로 나아가야 하고, 그에 역행하는 방향의 해석은 지양되어야 한다.

현역 의원이나 정당의 경우에는 선거운동 기간 전이라도 후원회, 의정보고회, 당내 경선 등의 방법으로 실질적인 선거운동이 허용되는 반면, 정치 신인이나 비정당 정치인들에 대하여는 예비후보자등록을 통해서만 자신을 알릴 수 있는 등 극히 제한적인 범위 내에서의 정치활동만 허용되고 있어 실질적인 선거운동 기회의 불평등에 대한 비판이 제기되고 있으므로, 대상판결과 같이 선거운동의 의미를 좁게 해석함으로써 그와 같은 기회가 없는 정치 신인 등의 조직적인 정치활동을 보장해 주는 것이 기회의 균등과 새로운 정치인의 발굴이라는 측면에서 바람직하다.

정치인들의 일상적인 정치활동이 인지도 및 이미지 등의 제고를 가져온다는 이유만으로 직접적, 명시적으로 지지를 부탁하는 언행을 하지 않았음에도 '당선 또는 낙선의 목적의사'를 추단하는 것은 바람직하지 않다. 정치인의 모든 대외적인 활동은 인지도나 이미지 등에 영향을 미칠 뿐만 아니라 직, 간접적으로 장차 있을 선거에도 영향을 미치기 마련인데, 그러한 활동이 결과적으로 당선 내지 득표에 유리한 것이었다는 이유만으로 이를 처벌한다면 일상적인 정치활동을 모두 형벌법규의 구성요건에 포섭할 수 있는 문제가 발생할 수도 있다.

(2) 객관적 기준의 확립

쪽 등

공직선거법이 선거운동의 개념을 추상적·포괄적으로 규정하고 있으므로, 선거운동에 해당하는지 여부의 판단은 가능한 한 객관적인 기준에 근거하여야 한다. 인지도 및 이미지 제고 등을 위한 정치인의 일상적인 정치활동이 상시적으로 이루어지는 현실에서, '당선 또는 낙선의 목적의사'에만 착안한 나머지 행위자의 내심의 의사를 추단하여 선거운동에 해당하는 것으로 인정한다면, 허용되는 정치활동과 그렇지 아니한 선거운동의 구별을 모호하게 하고, 수사기관의 자의적인 법적용 및 선별적인 수사와 기소를 사실상 방지하기 어려운 결과를 초래할 수도 있다.[29]

이러한 관점에서 대법원도 종래 선거운동을 '특정의 선거에 있어서 특정 후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위'로 파악하고, '당선 또는 낙선의 목적의사는 문제되는 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 시기·장소·방법 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다'고 한 것으로 이해된다.

대상판결은 여기에서 더 나아가 선거운동에 해당하는지 여부는 '당해 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 선거인의 관점에서 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 특정 선거에서의 당락을 도모하는 목적의사가 있음을 명백하게 인식할 수 있는지 여부에 따라 객관적으로 판단하여야 한다'고 판시함으로써 이러한 입장을 더욱 분명히 하였다고 볼 수 있다.

'당선 또는 낙선의 목적의사'를 선거인의 관점에서 인식가능한지 여부를 기준으로 판단하여야 한다고 하여 반드시 형법의 주관적 구성요건 체계나 공직선거법에서 정한 목적범에 관한 대법원의 기존 해석과 부합하지 않는다고 볼 것만은 아니다. '당선 또는 낙선의 목적의사'는 증명이 어려운 주관적 요소로서 객관적 기준에 근거하여 인정할 수밖에 없는데, 대상판결은 그러한 객관적 기준으로 '선거인의 관점에서의 인식가능성'을 내세운 것으로 이해할 수 있기 때문이다.

(3) 선거일과의 시간적 근접성

---

29) 실제 권○○의 경쟁자인 전 ○○시장 박○○(○○시장 ○○○당 후보로 이 사건 선거에 출마하여 권○○에게 패함)와 염○○도 '희망○○연구원', '미래○○○○○연구원'을 설립하여 회원들로부터 회비를 걷어 각종 토론회, 세미나, 지역행사, 출판기념회 등을 개최하였지만 기소되거나 처벌받지는 않았다.

대상판결은 '문제된 행위의 시기가 선거일에 가까우면 가까울수록 명시적인 표현 없이도 다른 객관적 사정을 통하여 선거의 특정성과 당선 또는 낙선의 목적의사를 쉽게 인정할 수 있다'고 하고 있다.

특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 목적으로 하는 선거운동의 개념적 특징에 비추어 볼 때, 선거운동에 해당하기 위하여는 문제된 행위의 대상이 되는 선거가 특정되어야 함은 당연하고, 한편 선거인의 관점에서도 문제된 행위의 시기에 따라 선거와의 관련성이 달리 인식될 수 있으므로, 대상판결이 선거일과의 시간적 근접성에 따라 '선거의 특정성'과 '당선 또는 낙선의 목적의사' 인정 여부를 달리 판단하고 있는 것은 타당하다.

(4) 규제의 공백, 선거의 공정 저해 문제

공직선거법은 선거운동을 주체, 시기, 방법, 비용 등의 측면에서 광범위하게 규제하고 있다. 즉, 공직선거법은, 제60조에서 선거운동을 할 수 없는 자의 신분을 개별적으로 열거하고, 제87조에서는 선거운동을 위한 사조직 기타 단체의 설립 및 설치를 엄격하게 금지하고 있으며, 제59조에서 선거운동 기간을 선거기간 개시일부터 선거일 전일까지의 단기간으로 제한하고 있고, 제61조 내지 제118조에서 개별적인 선거운동의 방법을 상세히 규정하면서 제90조 내지 제110조에서는 누구에게나 전면적으로 금지되는 선거운동 방법까지 규정하는 한편, 제121조, 제122조에서 선거비용제한액을 산정, 공고하도록 하고 있고, 제230조 이하에서 위 각 규정 위반행위에 대한 처벌조항을 두고 있으므로, 대상판결과 같이 선거운동의 의미를 좁게 해석하더라도, 무한정 처벌의 공백이 생긴다거나 선거의 공정을 저해할 우려가 있다고 보기 어렵다.

Ⅵ. 사안의 구체적 검토

1. 사실관계[30)]

(1) 이 사건 포럼의 설립 경위 및 인적 구성

- 권○○은 2012. 4. 11. 제19대 국회의원 선거에서 낙선하여 후원회가 해체됨으로써 공식적인 후원 조직이 없는 상황에서 이 사건 선거 ○○광역시장 후보 출마를 준비하고 있는 상황이었음
- 김○○의 배후에서 권○○의 최측근인 김□□ 등이 사단법인 회원가입 신청서 양식과 포럼에 관한 설명서를 이메일로 주고받는 등 이 사건 포럼 설립에 관여하였음
- 이 사건 포럼 설립 후 김○○은 상근 사무처장을, 김□□은 상임이사의 직을 각 맡았음
- 이 사건 포럼의 정관상 설립 목적은 ○○지역 경제와 관련된 현안을 발굴하고 이를 각계 전문가 및 시민들과 함께 논의하여 그 대안을 제시하는 등의 활동을 통해 지역경제 활성화에 기여한다는 것임

(2) 회원 모집 경위

- 회원들 중 상당수는 가입 당시 김○○이나 김□□으로부터 이 사건 포럼이 권○○의 선거운동을 위한 단체라는 것을 직접 듣거나 이를 짐작하여 알고 있었음
- 김○○, 김□□은 지인들에게 이 사건 포럼이 권○○이 관여된 조직임을 직, 간접적으로 밝혔기 때문에 회비 명목으로 100만 원, 많게는 수백만 원까지 지원받을 수 있었음

(3) 이 사건 포럼의 선거기획 활동

- 김○○, 김□□에게 선거기획 전문가가 작성한 ○○광역시장 선거를 관련 포괄적인 정세 분석 및 선거운동 활동 방향 등을 기재하거나 '정책 투어', '출판기념회 개최', 'sns 활용 방안' 등을 제안하는 내용의 문건들이 전달됨
- 위와 같은 문건들을 바탕으로 한 김○○의 지시에 의하여 '2014 TFT 기획안'이라는 선거기획 문건이 작성되어 권○○ 등에게 제안됨
- 위 선거기획 문건은 ○○광역시장 선거를 성공적으로 견인하기 위하여 2013.

30) 제1심 및 항소심이 인정한 사실관계를 논의에 필요한 한도 내에서 최대한 간명하게 축약하였다.

3.부터 2014. 6.까지 약 1년 3개월의 기간을 '준비기, 도약기, 성장기, 집중기'로 구분하여 실효성 있는 구체적 활동 계획을 수립하는 것을 기획 배경으로 한 것임

- 위 선거기획 문건에는 ○○지역 유권자의 정당 지지 성향 분석, 조직 구축, 세부 활동 방안 등이 기재되어 있고, 영역별 세부 활동 방안에는 이 사건 포럼의 사업으로 진행된 이 사건 행사 등이 다수 포함되어 있으며, 권○○, 김○○, 김□□ 등은 위 선거기획 문건을 가지고 관련 내부회의를 하기도 함

(4) 선거캠프 구성 후의 이 사건 포럼 활동

- 2014년 초경 권○○의 선거캠프가 구성되자 김○○, 김□□ 등 이 사건 포럼의 주요 구성원들이 대거 선거캠프로 이동하여 김○○은 시민경청단장, 김□□은 선거총괄 등의 직책을 담당하면서 선거운동을 함
- 그 후 이 사건 포럼의 활동은 급속히 쇠퇴하여 2015. 1.경 해산을 결정하기에 이름

(5) 이 사건 행사 진행 등

- 이 사건 행사는 2013. 2.경부터 2013. 12.경까지 행사마다 이 사건 포럼 회원들에게 연락을 취하여 참석 요청에 응한 회원들이 번갈아가며 참석하는 방식으로 진행되었는데, 이 사건 포럼 회원 중 권○○만 모든 행사에 빠짐없이 참석하였음
- 이 사건 포럼 홈페이지도 권○○의 활동과 그 결과물이 중심에 놓여 있었으며, 김○○ 등이 운영한 페이스북, 블로그 등에도 권○○의 행사에서의 활동을 위주로 한 글과 사진, 동영상 등이 게시되어 있음
- 이 사건 행사는 그 개최 이후 정관에 규정된 설립 목적에 따라 경제발전에 관한 연구자료 발간, 정책 제안 등이 이루어지지 않고 1회성으로 끝남
- 이 사건 포럼이 운영되는 동안의 활동으로는 이 사건 행사가 거의 전부였음
- 이 사건 행사 중 출판기념회는 권○○이 ○○광역시장 후보 출마선언을 하기 약 2개월 전인 2013. 11. 14. 개최되었는데, 이 사건 포럼의 주요 구성원인 김○○, 김□□ 등이 행사준비 등 그 업무를 분담하였을 뿐만 아니라 일부 행사

비용까지 부담하였고, 행사장 좌석 수의 10여 배가 넘는 수의 초청장이 발송되었는데 그 상대방 중에는 권○○의 지인이 아닌 사람이나 ○○시청 공무원도 상당수 있었으며, 김□□이 지인 3명에게 보낸 초청 이메일에는 권○○의 ○○광역시장 후보 출마사실도 언급되어 있고, 출판기념회 행사장 현수막에는 권○○의 사진과 함께 '살고 싶은 ○○을 꿈꾼다'는 문구가 기재되어 있었음

(6) 기타 사정

- 이 사건 포럼의 각종 활동 과정에서 권○○의 ○○광역시장 후보 출마사실을 직접 언급하거나 지지를 호소하였다는 등의 사실은 인정되지 않음
- 감독관청인 ○○광역시의 검토의견은 이 사건 행사를 비롯한 이 사건 포럼의 각종 활동은 그 설립 목적에 맞게 계획·추진되었다는 내용임
- 선거관리위원회, 상대 후보, 유권자 중 어느 누구도 이 사건 포럼의 활동이 사전 선거운동에 해당한다거나 이 사건 포럼이 선거운동을 목적으로 설립되었음을 문제 삼지 않았음

2. 대법원의 판단

대법원은 대상판결에서 앞서 본 판단 기준을 토대로 이 사건 포럼을 통하여 권○○ 등이 계획한 내용이나 실제로 한 주요 활동들은 선거일에서 멀리 떨어진 시기에 이루어진 일이므로 권○○이 향후 어떤 선거에 나설지도 모른다는 예측을 주는 정도에 불과하고, 권○○ 등이 그 계획 및 활동 과정을 통하여 명시적으로 이 사건 선거에서의 권○○에 대한 지지를 부탁하는 행위가 있었음이 인정되지 않을 뿐만 아니라, 선거인의 관점에서 이 사건 선거에서 권○○의 당선을 도모하려는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 만한 객관적 사정도 부족하므로, 권○○ 등이 이 사건 포럼의 정관 목적에 따른 활동을 하면서 권○○의 인지도와 긍정적 이미지를 높이는 결과를 가져왔다고 하더라도 이를 사전 선거운동에 해당한다고 볼 수 없고, 권○○ 등이 선거운동을 목적으로 이 사건 포럼을 설립하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

3. 검토

(1) 위 사실관계에 의하면, 이 사건 포럼은 국회의원 선거에서 낙선한 권○○을 중심으로 ○○광역시장 선거를 염두에 두고 권○○의 지지기반 마련 및 인지도 제고를 위하여 설립된 것으로 보이고, 이 사건 포럼의 상근 직원(사무처장, 상임이사, 행정실장 등) 역시 권○○의 측근들로 구성되어 있었으며, 권○○의 선거캠프 구성 후에는 권○○의 측근들이 선거캠프로 이동하여 선거운동을 하면서 이 사건 포럼은 해산이 결정되었다. 또한, 이 사건 행사는 선거기획 문건에서 제시되었던 각종 활동들이 그대로 실행된 것으로 그 다수가 이 사건 포럼의 설립 목적과 직접적인 연관성이 없는 것으로 보이고, 출판기념회에 이 사건 포럼의 회원들이 동원되었으며, 출판기념회 행사장 현수막과 김□□이 보낸 초청 이메일에 권○○의 ○○광역시장 후보 출마 사실이 암시 또는 언급되어 있다. 이상과 같은 이 사건 포럼의 설립 경위와 인적 구성, 포럼의 선거 관련 활동의 내용, 선거캠프 구성 후 이 사건 포럼 해산 결정까지의 과정, 이 사건 행사의 기획 동기와 목적 및 활동 내역 등을 종합하여 보면, 이 사건 포럼은 이 사건 행사 등의 활동을 통해 권○○의 인지도와 긍정적 이미지를 제고하는 등으로 이 사건 선거에서 권○○의 당선에 직, 간접적으로 영향을 미칠 수 있는 능동적, 계획적 행위를 목적으로 설립되었고, 이 사건 행사 역시 그러한 목적으로 이루어진 것으로 볼 수 있다.

(2) 그러나 선거운동에 해당하는지는 '당해 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 선거인의 관점에서 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 특정 선거에서의 당락을 도모하는 목적의사가 있음을 명백하게 인식할 수 있는지 여부에 따라 객관적으로 판단하여야 한다'는 판단 기준 아래에, 이른바 '인지도와 긍정적 이미지를 제고하여 정치적 기반을 다지는 행위'나 '문제된 행위가 단체 등을 통한 활동의 모습으로 나타나는 경우' 그러한 행위나 활동도 위와 같은 목적의사에 따라 행해진 것이라는 점이 당해 선거인의 관점에서 객관적으로 인정되는지를 살펴보아야 한다는 대상판결에 따르면, 위와 같은 사정들만으로는 이 사건 포럼의 유사기관성과 이 사건 행사의 선거운동성을 쉽게 긍정할 수 없을 것으로 보인다. 즉, 이 사건 포럼은 이 사건 선거일부터 약 1년 6개월 전에 설립되었고, 이

사건 행사 역시 아무리 늦어도 위 선거일부터 약 5개월 전에 끝났으며, 이 사건 포럼의 설립이나 이 사건 행사 진행 과정에서 권○○의 ○○광역시장 후보 출마사실을 직접 알리거나 지지를 호소하였음을 객관적으로 알 수 있는 행위는 없었고, 이 사건 포럼의 선거 관련 내부회의는 외부적으로 표시된 바 없었으며, 선거기획 문건 역시 권○○의 인지도와 긍정적 이미지를 제고하는 것을 넘어 이 사건 선거에서의 권○○의 당선을 도모하는 목적의사를 객관적으로 인정할 만한 것들은 포함되어 있지 않고, 출판기념회 행사장 현수막과 김□□이 지인 3명에게 보낸 것에 불과한 초청 이메일의 기재 문구만으로 그와 같은 목적의사를 인정하기 어려우며, 감독관청의 검토의견에 의할 때 이 사건 행사가 이 사건 포럼의 설립 목적에 전혀 부합하지 않는 것이라고 보이지 않는 점 등을 종합하여 보면, 선거인의 관점에서 권○○의 이 사건 선거 출마 가능성, 이 사건 포럼 설립과 이 사건 행사가 권○○의 이 사건 선거 당선을 도모하는 목적의사에 따라 행하여진 것이라는 점을 객관적으로 인식할 수 있었다고 보기는 어렵다.

ⅶ. 결론

대의민주주의의 성패를 좌우하는 선거가 공정하게 실시되어야 함은 이론의 여지가 없다. 공직선거법은 선거의 공정을 확보하기 위하여 선거운동의 방법과 제한 및 금지를 광범위하게 규정하여 규제중심으로 운용되어 왔고, 종래 대법원 역시 선거운동의 범위를 비교적 폭넓게 인정해 왔다. 그러나 그로 인하여 정치활동과 선거의 자유, 나아가 정치적 의사표현의 자유가 필요 이상으로 제한되어 왔음도 부정할 수 없다.

대상판결은 변화된 정치·선거문화와 사회적 현실 아래에서 선거의 자유와 기회균등, 일상적 정치활동 등 정치적 의사표현의 자유를 폭넓게 보장하기 위하여 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 형벌법규의 엄격해석의 원칙에 입각하여 선거운동 해당

여부를 선거인의 관점에서 문제된 행위 당시를 기준으로 당선 또는 낙선의 목적의사가 명확히 인식되는지 여부에 따라 객관적으로 판단하도록 함으로써 선거운동의 의미와 판단 기준에 대한 전환점을 마련하였다고 평가할 수 있다.

다만 대상판결에는, 선거운동 해당 여부를 선거인의 관점에서 판단하여야 한다고 할 때, 선거인의 정치적 관심이나 성향에 따라 문제된 행위의 당선 또는 낙선의 목적의사 유무의 인식 여부와 그 정도가 달라질 수도 있다는 점과 선거일과 어느 정도의 시간적 근접성이 있어야 '선거의 특정성'과 '당선 또는 낙선의 목적의사'를 인정할 수 있는지에 대한 구체적 기준이 불분명하다는 문제점은 있다고 생각한다.[31] 대법원은 대상판결 이후에도 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015도16764 판결,[32] 대법원 2017. 3. 22. 선고 2016도16314 판결,[33] 2017. 4. 26. 선고 2017도1799 판결[34]에서 선거운동의 의미와 판단 기준에 관하여 대상판결과 동일한 판시를 하고 있을 뿐이다. 이에 대한 향후의 심도 있는 연구와 대법원의 추가적인 판시가 있기를 바란다.

---

31) 다만, 대상판결이 '선거일을 기준으로 특정한 행위가 이루어진 시기와의 시간적 간격에 따라 금지되거나 제한되는 행위를 달리 규정하고 있는 공직선거법의 태도에 비추어, 선거일 전 180일보다 전에 이루어진 일상적인 사회활동이나 통상적인 정치활동은 선거와 관련된 것처럼 보이더라도 특별한 금지유형에 해당하는 행위가 아니라면 원칙적으로 이를 처벌이나 규제의 대상으로 삼지 않으려는 취지가 간접적으로 드러나 있다고 볼 수 있다'고 판시하고 있는 점을 고려할 필요는 있어 보인다.

32) 대상판결의 사안과 동일한 사안임

33) 공공단체등 위탁선거에 관한 법률에서 정한 선거운동의 의미와 판단 기준에 관한 사안임

34) 국회의원선거일 약 1년 전에 자신의 경력사항을 포함하여 국회의원선거 당선을 호소하는 내용이 기재된 명함 약 300장을 지역구 내 아파트 지하주차장에 주차된 차량들의 앞 유리에 꽂아두는 방법으로 배부하여 사전 선거운동을 하였다고 하여 공직선거법 위반으로 기소된 사안에서 대상판결과 같은 취지로 무죄로 판단한 사안임

[참고문헌]

공직선거법 벌칙해설(제8개정판), 대검찰청, 2016

송석윤 外, 정책개발연구용역보고서 「선거운동의 자유와 선거의 공정성」, 헌법재판소, 2011

고민수, 유권자의 선거운동의 자유에 대한 제한과 문제점 : 공직선거법 제93조 제1항 위헌확인사건(2007헌마718)에 대한 헌법적 고찰, 언론과 법 제8권 제2호, 2009

이승선, 선거와 표현의 자유, 언론과 법 제6권 2호, 2007

홍석한, 선거운동의 자유와 규제에 관한 헌법적 고찰 : 헌법재판소 판례에 대한 평가를 중심으로, 헌법학연구 제19권 제4호, 2013