

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2019도8815 공직선거법위반
피 고 인	피고인
상 고 인	피고인 및 검사
변 호 인	법무법인(유한) 지평 외 2인
원 심 판 결	대구고등법원 2019. 6. 13. 선고 2019노119 판결
판 결 선 고	2019. 10. 31.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 대구고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 검사의 상고이유에 관한 판단

가. 공직선거법 제57조의2는 정당은 공직선거후보자를 추천하기 위하여 경선, 즉 당내경선을 실시할 수 있고, 정당이 당내경선[당내경선(여성이나 장애인 등에 대하여 당헌·당규에 따라 가산점 등을 부여하여 실시하는 경우를 포함한다)의 후보자로 등재된

자를 대상으로 정당의 당헌·당규 또는 경선후보자간의 서면합의에 따라 실시한 당내 경선을 대체하는 여론조사를 포함한다]을 실시하는 경우 경선후보자로서 당해 정당의 후보자로 선출되지 아니한 자는 당해 선거의 같은 선거구에서는 후보자로 등록될 수 없다고 규정하고 있다. 제57조의3 제1항은 정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선에서는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 방법 외의 방법으로 경선운동을 할 수 없다고 규정하여, 당내경선운동 방법을 제한하고 있다. 또한 제한적으로나마 당내경선 과정에서 당원뿐만 아니라 경선선거인단으로 등록될 가능성이 있는 당원 아닌 일반 유권자를 상대로 한 경선운동을 허용하고 있다(대법원 2013. 5. 9. 선고 2012도12172 판결 참조). 공직선거법이 이와 같이 당내경선운동방법을 제한하는 취지는 당내경선운동의 과열을 막아 질서 있는 경선을 도모함과 아울러 당내경선운동이 선거운동으로 변질되어 실질적으로 사전선거운동 금지규정 등을 회피하는 탈법적 수단으로 악용되는 것을 막기 위한 것이다. 따라서 당내경선의 실시 여부가 확정되지 아니하였다거나 예비후보자로 등록하기 이전이라 할지라도 당내경선에 참여하려고 하는 사람이 당내경선에 대비하여 공직선거법이 허용하는 범위를 넘어서 경선운동을 한 경우에는 당내경선운동 위반행위에 해당한다(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8869 판결, 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6232 판결 등 참조).

공직선거법은 투표나 여론조사에 관한 정의규정을 두고 있지 않다. 투표의 사전적 정의는 어떤 사항에 대한 구성원의 찬성이나 반대의 의사표시 또는 투표용지에 의사를 표시하여 일정한 곳에 내는 일 등이다. 공직선거법이 공직선거에 관하여는 투표의 방법을 투표용지에 기표하는 방법으로 하고 투표소를 설치하여야 하며 투표용지와 투표함에 관한 규정을 두고 제한하고 있으나(제146조 제1항, 제147조, 제150조, 제151조,

제159조), 당내경선에 관하여는 투표 방법을 제한하고 있지 않다. 따라서 당내경선의 투표 방식이 반드시 투표용지에 기표를 하는 방법이어야 할 필요는 없고, 경선후보자 중 특정인이 후보자가 되어야 한다는 의사를 표시하는 방법으로 충분하다.

공직선거법은 여론조사에 관하여도 별도의 정의규정 등을 두지 않고, 일정한 제한 아래 모의투표나 인기투표에 의한 여론조사, 투표용지와 유사한 모형에 의한 방법을 사용한 여론조사도 허용함으로써 투표를 여론조사와 대립하는 개념으로 상정하고 있지 않다(제108조 제1항, 제2항). 또한 여론조사로 당내경선을 대체하는 것이 가능하고 일정한 경우 그러한 것도 당내경선에 포함된다고 규정하고 있다(제57조의2 제2항).

위와 같은 규정들의 내용과 당내경선운동방법을 제한하는 입법취지 등을 종합하여 보면, 정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 경선후보자 중 누가 선거의 후보자가 되어야 하는지에 관한 선택의 의사를 표시하게 하는 당내경선은 공직선거법 제57조의3 제1항에서 정한 "당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선"에 해당하고, 그 투표권을 행사하는 방식은 반드시 투표용지에 기표하는 방법으로 제한되지 않으며, 특별한 사정이 없는 한 여론조사 방식을 통하여 위와 같은 선택의 의사표시를 하도록 하는 방법도 포함한다고 보아야 한다.

나. 원심은 다음과 같이 판단하였다.

1) 공직선거법 제57조의3에서 경선운동방법을 제한하는 당내경선은 '당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선'만 해당하고, '당원이 아닌 자에 대하여 투표권을 부여하지 않고 여론조사를 포함하여 실시하는 당내경선'은 해당하지 않는다.

2) 2018년도 제7회 전국동시지방선거에서의 자유한국당 대구시장후보자 선출을 위

한 당내경선(이하 '이 사건 당내경선'이라 한다)은 책임당원 투표 50%와 일반 대구시민 여론조사 50%를 합하여 실시한 것일 뿐 당원이 아닌 사람에게 투표권을 부여하여 경선을 실시하지 않았으므로 공직선거법 제57조의3에서 경선운동방법을 제한하는 당내경선에 해당하지 않는다.

따라서 이 사건 공소사실 중 당내경선운동방법 위반에 의한 공직선거법위반 부분은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당한다.

다. 그러나 원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에는 공직선거법 제57조의3 제1항에서 정한 '정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선'에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

그 이유는 다음과 같다.

1) 피고인은 이 사건 당내경선과 관련하여 경선운동을 할 목적으로 경선운동기간 이전에, 유사선거사무소를 설치·운영하고, 공소외 1, 공소외 2를 통하여 송·수화자 사이의 직접 통화 형식으로 지지를 호소하였으며, 경선운동기간에 자신의 모바일 득표율을 높이기 위하여 책임당원들에게 모바일 투표방법을 알려주는 활동을 하였다. 그런데 이 사건 당내경선은 책임당원 전원을 대상으로 한 투표와 일반 대구시민(표본크기 3,000명)을 대상으로 한 여론조사를 각 50% 반영하여 그 결과에 따라 공직후보자를 추천하는 방식으로 실시되었다. 여론조사는 여론조사기관이 이동통신사로부터 제공받은 휴대전화 가상번호 자료를 활용하여 2018. 4. 7.부터 4. 8.까지 2일간 전화를 걸어 "자유한국당 대구시장 후보로 다음 중 누가 나서는 것이 좋다고 보십니까?"라는 질문과 각 경선후보자의 대표경력과 성명을 알려주어 후보 1인을 선택하게 하는 방법으로 실

시하였다.

2) 위와 같은 사실관계에 따르면, 이 사건 당내경선은 공직선거법 제57조의3 제1항이 정하고 있는 '정당이 당원과 당원이 아닌 자에게 투표권을 부여하여 실시하는 당내경선'에 해당하고, 피고인의 위와 같은 행위는 당내경선운동방법 제한을 위반하였다고 볼 여지가 크다. 따라서 원심으로서는 이 사건 당내경선이 공직선거법 제57조의3 제1항에서 정한 당내경선에 해당한다는 전제에서 피고인의 위 행위가 당내경선운동방법 제한을 위반하였는지에 관하여 심리하여 판단했어야 한다.

2. 피고인의 상고이유에 관한 판단

가. 당내경선 관련죄의 공소시효 기산일에 관하여

공직선거법 제268조 제1항 본문은 "이 법에 규정한 죄의 공소시효는 당해 선거일 후 6개월(선거일 후에 행하여진 범죄는 그 행위가 있는 날부터 6개월)을 경과함으로써 완성한다."라고 규정하고 있다. 여기서 말하는 "당해 선거일"이란 그 선거범죄와 직접 관련된 공직선거의 투표일을 의미한다(대법원 2006. 8. 25. 선고 2006도3026 판결 등 참조). 이는 선거범죄가 당내경선운동에 관한 공직선거법 위반죄인 경우에도 마찬가지이므로, 그 선거범죄에 대한 공소시효의 기산일은 당내경선의 투표일이 아니라 그 선거범죄와 직접 관련된 공직선거의 투표일이다.

원심은, 이 사건의 공소시효 만료일은 공직선거일인 2018. 6. 13. 후 6개월이 경과된 때라고 판단하였다. 원심판결 이유와 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 공직선거법 제268조 제1항의 공소시효의 기산일에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 공직선거법 제108조 제5항, 제11항의 선거에 관한 여론조사에 당내경선에 관련

된 여론조사도 포함되는지에 관하여

공직선거법 제8조의8 제8항에서는 "다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 여론조사는 이 법에 따른 선거에 관한 여론조사로 보지 아니한다."라고 규정하면서 '당내경선을 위한 여론조사'는 공직선거법에 따른 선거에 관한 여론조사에서 제외하고 있지 않다. 이러한 공직선거법의 규정 내용과 선거에 관한 여론조사와 관련된 공직선거법의 관련 규정의 개정 경위와 내용, 여론조사가 특정 후보자의 선거운동 수단으로 악용되는 것을 방지하고 여론조사의 공정성, 정확성 및 신뢰성을 확보한다는 공직선거법의 여론조사 관련 규제 조항의 입법취지 등을 고려하면, 공직선거법 제108조 제5항, 제11항의 '선거에 관한 여론조사'에는 '당내경선과 관련된 여론조사'도 포함된다고 보아야 한다.

원심은 피고인이 판시와 같이 당내경선에 관하여 착신전환 등의 조치를 하여 중복응답을 지시하고, 여론조사 기관, 단체의 명칭과 전화번호를 밝히지 않은 채 지지하는 후보가 누구인지 질문하여 공직선거법 제108조 제5항, 제11항을 위반하였다고 판단하였다.

원심판결 이유와 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 공직선거법의 '선거에 관한 여론조사'의 의미와 범위에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

다. 공직선거법 제230조 제7항 제2호의 '경선운동관계자'의 의미에 관하여

1) 공직선거법에서는 공직선거와 정당의 공직선거후보자 추천을 위한 당내경선을 구분하고 있고, 공직선거법에서 규율하고자 하는 목적이나 대상, 행위 등도 공직선거와 당내경선에 관하여 각기 다르게 정하고 있는 점이나, 공직선거에 관한 규정인 공직선거법 제230조 제1항 제1호 및 제4호와 당내경선에 관한 규정인 공직선거법 제230조

제7항 제1호 및 제2호에서 각 규정하고 있는 상대방의 범위, 특정한 목적의 요구 여부 등 구체적 내용과 표현방식, 각 규정의 상호관계 및 다른 벌칙조항들과의 관계 등에 비추어 보면, 공직선거법 제230조 제7항 제2호에서 말하는 '경선운동관계자'는, 널리 당내경선운동에 관여하거나 기타 당내경선에 관한 사무를 담당하고 처리하는 자를 포괄적으로 지칭하는 것으로 해석하여야 할 것이다(대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도8134 판결 참조).

2) 원심은 판시와 같은 이유로 공소의 3으로부터 금품을 제공받은 사람들은 실질적으로 피고인의 당내경선의 당선을 도모하는 활동을 함으로써 당내경선운동에 관여한 사람들로서, 공직선거법 제230조 제7항 제2호에서 정한 '경선운동관계자'에 해당한다고 판단하였다.

3) 원심판결 이유와 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 공직선거법 제230조 제7항 제2호의 경선운동관계자의 의미에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

라. 공직선거법 제60조의4 관련 상고이유 주장에 관하여

이 부분 상고이유의 주장은 피고인이 자신의 예비후보자 선거사무소에서 예비후보자 공약집을 판매한 행위가 공직선거법 제60조의4 제1항에서 규정하고 있는 통상적인 방법에 의한 판매에 해당한다는 취지이나, 이는 피고인이 원심에서 항소이유로 주장하거나 원심이 직권으로 심판하지 아니한 사항을 주장하는 것으로서 적법한 상고이유가 되지 못한다(대법원 2019. 3. 21. 선고 2017도16593-1 전원합의체 판결 등 참조).

3. 파기의 범위

위와 같은 이유로 원심판결 중 무죄부분은 파기되어야 한다. 그런데 위 파기 부분은

