

이상에서 본 바를 종합하면, 서비스표권자인 원고가 이 사건 심판청구일인 2015. 6. 30.로부터 3년 전 내인 2013. 3. 21.부터 위와 같은 검색광고의 방법으로, 또한 2013. 4. 18.부터 이 사건 네이버 카페에 의한 광고의 방법으로 이 사건 등록서비스표를 그 지정서비스업 중 의료업, 병의원업, 성형외과업, 피부과업 등에 사용하였음이 인정되므로, 이 사건 등록서비스표는 구 상표법 제73조 제1항 제3호에 해당하지 아니한다.

따라서 이 사건 등록서비스표의 등록취소를 구하는 이 사건 심판청구는 기각되어야 할 것인바, 이 사건 심결은 이와 결론을 달리하였으므로 위법하다.

3. 결론

따라서 이 사건 심결의 취소를 구하는 원고의 청구는 이유 있으므로, 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 오영준(재판장) 권동주 김동규

8

제주지법 2016. 2. 18. 선고 2014노589 판결 [업무방해] : 상고

피고인이 제주 서귀포시 강정동 민·군복합항 건설공사 현장의 출입구 앞에서 공사차량 앞을 막아서거나 도로 가운데에 앉아있거나 의자에 연좌하는 방법으로 공사차량들의 진·출입을 방해함으로써 위력으로 공사 시공사 甲 주식회사 및 공사 협력업체 乙 주식회사 등의 공사업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인에게 무죄를 선고한 사례

【판결요지】

피고인이 제주 서귀포시 강정동 민·군복합항 건설공사(이하 '공사'라고 한다) 현장의 출입구 앞에서 공사차량 앞을 막아서거나 도로 가운데에 앉아있거나 의자에 연좌하는 방법으로 공사차량들의 진·출입을 방해함으로써 위력으로 공사 시공사 甲 주식회사 및 공사 협력업체 乙 주식회사 등의 공사업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인은 공사에 반대하는 의사를 표현하고자 공사현장에서의 종교행사에 참석하였고, 의사 표현이 부당하게 제압된다고 생각하자 이에 항의하는 의미의 행동을 하였으므로, 피고인의 행위는 정치적 표현의 자유를 행사하는 과정에서 발생한 것으로 평가할 수 있고, 위 행위가 甲 회사 및 乙 회사 등의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 유형력의 행사에 해당한다거나, 위 행위로 공사 주체의 공사업무에 구체적이고 현실적인 위협이 발생하였다고 보기 어렵다는 이유로 무죄를 선고한 사례.

【참조조문】 헌법 제21조, 형법 제314조 제1항, 형사소송법 제325조

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 쌍방

【검 사】 김일권 외 1인

【변 호 인】 변호사 백신옥

【원심판결】 제주지법 2014. 10. 24. 선고 2014고단677 판결

【주 문】

원심판결을 파기한다.

피고인은 무죄.

피고인에 대한 판결의 요지를 공시한다.

【이 유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인

이 사건 공소사실 기재 행위는 업무방해죄의 구성요건에 해당하지 아니함에도 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

나. 검사

원심의 형(벌금 150만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 공소사실의 요지와 원심의 판단

가. 공소사실의 요지

1) 피고인은 2014. 2. 10. 17:06경 서귀포시 강정동에 있는 제주 민·군복합항 건설공사(이하 ‘이 사건 공사’라고 한다) 공사현장 출입구 앞에서, 이 사건 공사에 반대하는 천주교 신부 공소외 1 등 7명이 출입구를 막고 앉아있을 때에 위 공사현장 밖으로 나오려던(자동차등록번호 생략) 차량의 탑승자 중 1명이 공소외 1이 앉아있던 의자를 들어 옮겼다는 이유로, 약 8분 동안 위(자동차등록번호 생략) 차량 앞을 막아서는 방법으로 그 뒤에 있는 다른 공사차량들의 진·출입을 방해하고, 같은 날 17:19경부터 약 9분 동안 위 출입구 앞 도로 가운데에 앉아있는 방법으로 공사차량 진·출입을 방해함으로써, 위력으로 이 사건 공사 시공자인 피해자 공소외 2 주식회사(이하 주식회사의 명칭 중 ‘주식회사’ 부분은 최초의 표시를 제외하고는 생략한다)의 공사업무를 방해하였다.

2) 피고인은 2013. 5. 9. 11:26경 제1항 기재 장소에서, 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5 등과 함께 의자에 연좌하는 방법으로 약 10분 동안 출입구를 막아 공사차량들의 진·출입을 방해하고, 계속하여 같은 날 12:06경부터 같은 방법으로 약 11분 동안, 12:21경부터 같은 방법으로 약 6분 동안 공사차량들의 진·출입을 방해함으로써, 이 사건 공사 협력업체인 피해자 공소외 6, 공소외 7 주식회사의 공사업무를 방해하였다.

나. 원심의 판단

원심은 이 사건 공소사실 기재 각 행위가 위력의 행사에 해당하고 피해자 회사들의 공사 업무를 방해할 위험을 발생시켰다는 이유로 위 각 공소사실을 유죄로 판단하였다.

3. 형법 제314조 제1항의 해석에 대하여

가. 업무방해죄의 해석론과 새로운 해석의 필요성

1) 조문과 대법원 판례

가) 형법 제314조 제1항은 “제313조의 방법(허위사실 유포, 위계를 말한다) 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 정하고 있다.

나) 대법원은 업무방해죄의 구성요건인 ‘위력’이란 사람의 자유의사를 제압·혼란하게 할 만한 일체의 세력으로서 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하므로 폭행·협박은 물론 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박 등도 이에 포함되고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 필요는 없으나 피해자의 자유의사를 제압하기에 충분한 세력이어야 하며, 이러한 위력에 해당하는지 여부는 범행의 일시·장소, 범행의 동기, 목적, 인원수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다고 판시하고 있고(대법원 2007. 6. 14. 선고 2007도2178 판결, 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5732 판결 참조), 어떠한 행위 결과 상대방의 업무에 지장이 초래되었다 하더라도 행위자가 가지는 정당한 권한을 행사한 것으로 볼 수 있는 경우에는 행위의 내용이나 수단 등이 사회통념상 허용될 수 없는 등 특별한 사정이 없는 한 업무방해죄를 구성하는 위력을 행사한 것이라고 할 수 없다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2011도16718 판결 참조)고 한다.

다) 또한 대법원은 업무방해죄의 성립에 있어서는 업무방해의 결과가 실제로 발생함을 요하는 것은 아니고 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하면 충분하다고 할 것이나, 결과발생의 염려가 없는 경우에는 본 죄가 성립하지 않는다(대법원 2005. 10. 27. 선고 2005도5432 판결 참조)고 하여 업무방해죄를 그 문언에도 불구하고 추상적 위험범으로 해석하고 있다.

2) 표현의 자유가 문제 되는 경우 업무방해죄 규정을 새롭게 해석할 필요성

일반적으로는 앞서 본 법리에 따라 사람의 자유의사를 제압·혼란하게 할 만한 일체의 세력으로 업무방해의 결과를 초래할 위험이 발생하면 업무방해죄가 성립한다고 볼 것이다. 그러나 피고인의 문제 된 행위가 표현의 자유의 성격을 띠고 있는 경우에는 (a) 위력의 의미를 제한적으로 해석하여야 하고, (b) 피고인의 행위로 피해자의 업무에 구체적인 위험 또는 손해가 발생할 것을 필요로 한다고 해석하여야 한다.

그 이유는 첫째, 기본권으로서의 표현의 자유가 민주사회에서 가지는 중요성을 고려하여야 하기 때문이다. 둘째, 업무방해죄는 연혁과 규정 내용상 헌법에 보장된 기본권을 과도하

게 제한할 여지가 크므로 주의 깊게 해석되고 적용되어야 하기 때문이다. 이는 업무방해죄를 둘러싼 다양한 대법원 판례에 이미 반영되고 있다.

이하에서 위 이유에 관하여 자세히 살펴본다.

나. 표현의 자유라는 기본권의 의미와 중요성

1) 표현의 자유의 헌법적 보장

헌법 제21조에서 보장하고 있는 표현의 자유는, 전통적으로는 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달의 자유)를 의미하는 것으로서, 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는 데 필수불가결한 것이고, 종교의 자유, 양심의 자유, 학문과 예술의 자유 등의 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유이다(헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌마324 전원재판부 결정 참조).

표현의 자유의 일종인 집회 및 시위의 자유는 헌법의 민주적 기본질서의 본질적 요소를 이루고 있는 매우 중요한 기본권이다. 집회의 자유는 개인의 인격발현의 요소이자 민주주의를 구성하는 요소라는 이중적 헌법적 기능을 가지고 있다. 인간의 존엄성과 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법질서 내에서 집회의 자유도 다른 모든 기본권과 마찬가지로 일차적으로는 개인의 자기결정과 인격발현에 기여하는 기본권이다. 뿐만 아니라, 집회를 통하여 국민들이 자신의 의견과 주장을 집단적으로 표명함으로써 여론의 형성에 영향을 미친다는 점에서, 집회의 자유는 표현의 자유와 더불어 민주적 공동체가 기능하기 위하여 불가결한 근본요소에 속한다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67 전원재판부 결정 참조).

2) 표현의 자유의 의미

만약 어떠한 표현이 다수의 견해와 일치하거나 다른 사람에게 아무런 부정적인 영향을 미칠 가능성이 없을 경우 그러한 표현은 법이 애써 보호하지 않아도 사회에서 장려되거나 그렇지 않더라도 최소한 억압되지 않을 것이다. 따라서 법이 표현의 자유를 보호하는 의미는 다수의 견해와 일치하지 아니하거나 다른 사람에게 부정적인 영향을 미칠 가능성이 있는 표현이라도 표현되는 내용의 당부에 대한 판단을 보류하고 표현 그 자체를 보호하는 데 있다. 이는 물론 한 시점에서 어리석거나 틀렸거나 위험하다고 여겨진 소수의 생각이라도 시간이 지나고 상황의 변화에 따라서는 옳은 것으로 밝혀지거나 다수의 견해로 받아들여질 수도 있다는 역사적 경험에서 비롯된 것이다.

나아가 헌법이 보장하는 표현의 자유는 그 속성상 많은 경우에 타인의 명예, 사생활의 자유, 업무의 평온 등 다른 권리나 이익과 충돌하는 면이 있다. 만약 타인의 명예, 사생활, 권리 등에 전혀 영향을 미치지 않는 표현행위만을 보호한다면 이는 결과적으로는 표현의 자유를 보장하지 않는 것과 마찬가지이기 때문이다. 그러한 측면에서 보면 표현의 자유의 한계는 다른 권리나 이익의 제한에 대한 수인(受忍) 한도와 맞물려 있다고 볼 수 있다.

3) 표현의 자유와 다른 법익의 보호에 대한 한계 설정

대법원은 표현의 자유와 다른 법익이 충돌하는 몇몇 상황에 대하여 다음과 같이 설시한 바 있다.

① 표현의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서는, 당해 표현으로 인하여 명예를 훼손당하게 되는 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심 사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 그 심사 기준에 차이를 두어, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다. 또한 공직자의 업무처리가 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 하고, 특히 선거법 위반 사건 등 정치적인 영향력을 가진 사건 처리의 공정성에 대한 정당의 감시기능은 정당의 중요한 임무 중의 하나이므로, 이러한 감시와 비판기능은 보장되어야 하고 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다(대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결 참조).

② 집회나 시위는 다수인이 공동 목적으로 회합하고 공공장소를 행진하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정 다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위로서, 그 회합에 참가한 다수인이나 참가하지 아니한 불특정 다수인에게 의견을 전달하기 위하여 어느 정도의 소음이나 통행의 불편 등이 발생할 수밖에 없는 것은 부득이한 것이므로, 집회나 시위에 참가하지 아니한 일반 국민도 이를 수인할 의무가 있다. 따라서 그 집회나 시위의 장소, 태양, 내용, 방법 및 그 결과 등에 비추어, 집회나 시위의 목적 달성에 필요한 합리적인 범위에서 사회통념상 용인될 수 있는 다소간의 피해를 발생시킨 경우에 불과하다면, 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있다(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도840 판결 참조).

③ 소비자가 구매력을 무기로 상품이나 용역에 대한 자신들의 선호를 시장에 실질적으로 반영하기 위한 집단적 시도인 소비자불매운동은 본래 ‘공정한 가격으로 양질의 상품 또는 용역을 적절한 유통구조를 통해 적절한 시기에 안전하게 구입하거나 사용할 소비자의 제반 권익을 증진할 목적’에서 행해지는 소비자보호운동의 일환으로서 헌법 제124조를 통하여 제도로서 보장되나, 그와는 다른 측면에서 일반 시민들이 특정한 사회·경제적 또는 정치적 대의나 가치를 주장·옹호하거나 이를 진작시키기 위한 수단으로서 소비자불매운동을 선택하는 경우도 있을 수 있고, 이러한 소비자불매운동 역시 반드시 헌법 제124조는 아니더라도 헌법 제21조에 따라 보장되는 정치적 표현의 자유나 헌법 제10조에 내재된 일반적 행동의 자유의 관점 등에서 보호받을 가능성이 있으므로, 단순히 소비자불매운동이 헌법 제124조에 따라 보장되는 소비자보호운동의 요건을 갖추지 못하였다는 이유만으로 이에 대하여 아무런 헌법적 보호도 주어지지 아니한다거나 소비자불매운동에 본질적으로 내재되어 있는 집단행위로서의 성격과 대상 기업에 대한 불이익 또는 피해의 가능성만을 들어 곧바로 형법 제314조 제1항의 업무방해죄에서 말하는 위력의 행사에 해당한다고 단정하여서는 아니 된다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도410 판결 등 참조).

이러한 대법원 판결들에서도 표현의 자유가 다른 권리 또는 법익과 충돌하는 경우에, 표

현의 자유의 중요성을 고려하여 그 제한의 한계를 주의 깊게 설정하고 있음을 알 수 있다.

다. 업무방해죄의 연혁, 구성요건, 효과와 대법원의 업무방해죄 해석

1) 업무방해죄에 관한 연혁적, 비교법적 고찰

연혁적으로 우리 형법의 업무방해죄는 일본 구형법의 업무방해죄를 계수한 것이고, 일본 형법의 업무방해죄의 원형은 프랑스 구형법이다. 1864년 프랑스 구형법 제414조는 ‘임금인상이나 임금인하를 강요할 목적으로 또는 산업이나 노동의 자유로운 수행을 방해할 목적으로 폭력·폭행·협박 또는 위계로써 노동의 조직적 정지의 결과를 발생케 하거나 그 정지를 유지·존속케 하거나 그 실행에 착수한 자’를 처벌하는 조항을 두었다가, 1884년 개정된 프랑스 형법에서는 쟁의행위가 폭력의 행사를 수반하는 경우에만 처벌할 수 있도록 개정되었다. 한편 일본 구형법 제270조는 ‘농공의 고용인이 임금을 증액시키기 위하여 또는 농공업의 경향을 변화시키기 위하여 고용주 및 다른 고용인에 대하여 위계·위력으로써 방해하는 자’를 처벌하는 규정을 두었다가, 현행 형법에서는 제234조에서 ‘위력으로써 사람의 업무를 방해하는 자’를 처벌하는 규정으로 개정되었다.

이처럼 위력에 의한 업무방해죄는 애당초 프랑스나 일본에서 노동운동을 금압하기 위한 것이었는바, 이러한 업무방해죄가 우리 형법에도 규정되어 오늘에 이르고 있다.

업무방해죄의 위와 같은 유래와 특성은 아래에서 보는 바와 같이 대법원이 쟁의행위 및 소비자불매운동의 경우 형법 제314조 제1항의 적용에 신중을 기하고 있는 것을 고려할 때, 업무방해죄의 구성요건을 해석하는 데 참고되어야 할 것이다.

2) 업무방해죄의 구성요건의 광범위성 및 형이 중한 점

업무방해죄의 보호법익은 사람의 업무로, 업무란 사람이 그 사회적 지위에 있어서 계속적으로 종사하는 사무나 사업을 말한다. 따라서 업무방해죄는 순수한 재산죄는 아니고, 재산죄로서의 성격도 가지고 있는 인격적 활동의 자유를 보호하는 범죄이다. 그런데 형법 제314조 제1항의 업무방해죄는 위 법익을 보호하기 위하여 국민의 기본권을 과도하게 제한할 우려가 있다.

먼저 업무방해죄의 구성요건의 하나인 ‘위력’의 개념은 매우 광범위하고 모호한 행위유형에 속한다. 물론 우리 판례는 앞서 본 바와 같이 위력의 개념을 판례법리로 구체화하고 있으나, 그럼에도 불구하고 여전히 그 개념이 상대적으로 매우 광범위하고 모호한 일반조항의 성격을 갖고 있다고 할 것이다.

또한 형법 제314조 제1항의 업무방해죄는 ① 그 자체로는 처벌되지 아니하는 위계, 위력 등도 행위태양의 하나로 삼고 있고, ② 업무방해의 결과를 초래할 위험만으로 성립함에도 법정형이 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금이다. 이는 업무방해죄보다 행위태양이 무거운 형법 제260조 폭행죄(2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료)와 제283조 협박죄(3년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료)보다 무거운 것이다. 또한 업무방해죄보다 행위태양이 무겁고 구조가 유사한 형법 제136조 공무집행방해

죄, 행위태양과 구조가 모두 유사한 제137조 위계에 의한 공무집행방해죄의 법정형(각 5년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금)보다도 무겁다.

위력에 의한 업무방해죄가 이처럼 구성요건이 광범위하고 그 법정형이 중하여 국민의 기본권을 과도하게 제한할 우려가 있다는 점도 업무방해죄를 해석, 적용하는 데 고려되어야 할 것이다.

3) 대법원의 업무방해죄 해석

대법원은 위와 같은 업무방해죄의 특성을 고려하여 몇몇 기본권이 문제 되는 경우에는 업무방해죄의 구성요건을 제한적으로 해석하고 있다. 대표적인 예가 쟁의행위와 소비자불매운동에 관한 것으로, 대법원 판결 내용을 간단히 표로 나타내면 다음과 같다.

판결의 표시	특별히 관련 있는 행위자의 기본권	구성요건의 해석 (해당 판결문에서 발췌)
대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결	헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권(이른바 근로3권, 헌법 제33조 제1항)	쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다.
대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도410 판결	제도로서 보장되는 소비자보호운동(헌법 제124조), 이에 해당하지 않더라도 정치적 표현의 자유(헌법 제21조), 일반적 행동의 자유(헌법 제10조)	소비자불매운동이 헌법상 보장되는 정치적 표현의 자유나 일반적 행동의 자유 등의 점에서도 전체 법질서상 용인될 수 없을 정도로 사회적 상당성을 갖추지 못한 때에는 그 행위 자체가 위법한 세력의 행사로서 형법 제314조 제1항의 업무방해죄에서 말하는 위력의 개념에 포섭될 수 있고, 그러한 관점에서 어떠한 소비자불매운동이 위력에 의한 업무방해죄를 구성하는지 여부는 해당 소비자불매운동의 목적, 불매운동에 이르게 된 경위, 대상 기업의 선정이유 및 불매운동의 목적과의 연관성, 대상 기업의 사회·경제적 지위와 거기에 비교되는 불매운동의 규모 및 영향력, 불매운동 참여자의 자발성, 불매운동 실행과정에서 다른 폭력행위나 위법행위의 수반 여부, 불매운동의 기간 및 그로

		인하여 대상 기업이 입은 불이익이나 피해의 정도, 그에 대한 대상 기업의 반응이나 태도 등 제반 사정을 종합적·실질적으로 고려하여 판단하여야 한다.
--	--	--

즉 대법원은 정의행위와 소비자불매운동의 경우 행위자의 행위가 형법 제314조 제1항에 정한 업무방해죄의 위력에 해당할 여지가 있으나, 위 행위가 기본권 행사라는 속성을 가지는 점을 고려하여 각 행위가 곧바로 위력에 해당한다고 보아서는 안 된다고 하여 업무방해죄의 구성요건을 제한하고 있다. 위 두 판결 모두 업무방해죄의 구성요건으로서 ‘위력’의 개념과 ‘결과 발생의 위험성’의 개념을 나누어 설명하고 있지는 않다. 그러나 그 판시 내용상 정의행위에 있어서는 ‘사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래’한다는 결과의 측면을 아울러 고려하여 행위자의 행위가 ‘사용자의 사업계속에 관한 자유의사를 제압·혼란할 수 있는지’ 여부를 법원이 ‘평가’하여 위력에 해당하는지 여부를 판단하라고 하고, 소비자불매운동에 있어서는 ‘대상 기업이 입은 불이익이나 피해의 정도’라는 결과의 측면을 포함한 여러 가지 사항을 종합하여 행위자의 행위가 ‘사회적 상당성’을 갖추었는지 여부를 평가하여 위력에 해당하는지 여부를 판단하라고 하여, 두 경우 모두 어떠한 행위가 위력에 해당하는지 여부를 판단할 때 결과의 측면을 고려하여야 한다고 보고 있다. 이때 결과의 측면이란 위 각 판결의 문구상 업무방해의 추상적 위험성으로는 부족하고 실제 손해나 피해를 발생시켰는지 여부를 말하는 것으로 보인다.

라. 표현의 자유가 문제 되는 경우 업무방해죄의 해석- 기타 논거

1) 정치적 표현의 자유는 정의행위에 관한 위 대법원 판결에서 문제 된 근로3권에 비해 결코 기본권으로서의 중요성이 떨어진다고 볼 수 없고, 소비자불매운동에 관한 위 대법원 판결에서는 불매운동행위와 관련된 기본권으로 명시적으로 언급된 바 있다. 따라서 기본권 보호를 위해 업무방해죄의 구성요건을 제한적으로 해석하는 위 각 대법원 판결의 법리는, 피고인의 문제된 행위가 정치적 표현의 자유 행사에 해당하는 경우에도 적용될 수 있다. 만약 그렇게 해석하지 않는다면, 표현의 자유와 업무방해죄의 보호법익인 일반적 행동의 자유가 충돌하는 사안에서 표현의 자유를 일방적으로 희생시키고 일반적 행동의 자유만을 보장함으로써 형법을 비롯한 법률의 효력근거이며 수권의 근거이자 인식의 척도가 되는 헌법의 요청을 도외시하는 결과에 이르게 되기 때문이다. 즉 타인이 영업하는 술집에서 난동을 부려 영업을 방해하는 경우와, 국가 정책에 대한 찬반이 나뉠 수 있는 사안에서 어느 한쪽의 견해를 취하는 사람이 나름의 합리적인 이유를 가지고 그 의사를 표현하는 과정에서 타인의 영업을 방해되는 경우를 똑같은 기준으로 적용하여서는 안 된다고 할 것이다.

2) 국제적으로도 평화적 집회의 자유 행사에 대하여 형법상 일반교통방해죄와 업무방해죄를 적용하는 것이 대한민국이 가입, 비준한 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’ 제19조1)에 정한 표현의 자유 및 제21조2)에 정한 평화로운 집회의 권리 등 국제인권기준에

부합하지 아니한다는 문제가 꾸준히 제기되고 있는 점도 고려되어야 할 것이다.³⁾

3) 한편 사인의 업무가 일부 공무의 성격을 띠는 경우에 대한 특별한 고려도 필요하다. 공무집행방해죄는 직무를 집행하는 공무원에 대하여 ‘폭행 또는 협박’한 자를 처벌하고 있어 그 행위 유형이 매우 제한되어 있다. 형법이 업무방해죄와는 별도로 공무집행방해죄를 규정하고 있는 것은 사적 업무와 공무를 구별하여 공무에 관해서는 공무원에 대한 폭행, 협박 또는 위계의 방법으로 그 집행을 방해하는 경우에 한하여 처벌하겠다는 취지이다(대법원 2009. 11. 19. 선고 2009도4166 전원합의체 판결 참조). 나아가 그와 같은 취지에서 대법원은 위 전원합의체 판결에서 공무원이 직무상 수행하는 공무를 방해하는 행위에 대해서는 업무방해죄로 의율할 수는 없다고 판시한 바 있다.

이러한 대법원의 해석은 업무방해죄의 성립요건을 해석하는 데 있어서도 참조되어야 한다. 즉 특정한 사적 업무가 개인이나 회사의 주도적인 지휘로 이루어지는 것이 아니고 실질적으로는 공무와 연결된 경우에는 그 특정한 사적 업무에 대한 방해는 공무에 대한 방해의 성격도 띠고 있다고 보아야 할 것이다.

이 경우 정치적 표현의 자유 행사로 인한 업무방해가 표면적으로는 사적 업무에 대한 방해이지만 실질적으로는 공무에 대한 방해의 성격을 띠고 있다면, 공무집행방해죄의 행위태양이 폭행, 협박에 국한되는 점 및 공무집행방해 행위를 업무방해죄로 의율할 수 없는 점 등을 고려하여 ‘위력’의 범위를 제한적으로 해석해야 할 것이다.

마. 소결론

이러한 점을 종합적으로 고려하면, 피고인의 문제 된 행위가 일견 업무방해죄에서의 위력의 행사에 해당하는 것처럼 보이는 경우에도 그 행위가 정치적 표현의 자유를 행사한다는 성격을 띠고 있을 때에는, 형법 제314조 제1항에 정한 업무방해죄의 (a) 행위태양인 ‘위력’을 쟁의행위의 경우에 준하여 ‘행위자의 표현행위로 업무주체의 업무계속에 관한 자유

-
- 1) 제19조 1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.
 2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.
 3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.
 - (a) 타인의 권리 또는 신용의 존중
 - (b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호
 - 2) 제21조 평화적인 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고, 또한 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니 된다.
 - 3) 2013. 6. 7.자 마가렛 세카기야(Margaret Sekaggya) 유엔 인권옹호자 특별보고관(UN Special Rapporteur on the situation of Human Rights Defenders)의 대한민국 주요 인권 논란에 관한 제1차 조사 내용 발표(<http://www.jejusori.net/news/articleView.html?idxno=130290>), 2015. 10. 대한민국에 대한 유엔 자유권 규약위원회 심의에서 대한민국이 제출한 국가보고서 관련 주제 목록, 2016. 1. 29.자 유엔 평화적 집회 및 결사의 자유 특별보고관 방한 결과 보고서(<http://freemission.net/news/statement-republic-of-korea-korean/>) 등.

의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우'로, 위 규정 중 (b) '업무를 방해한'이라는 부분을 업무방해의 추상적 위험이 아닌 적어도 업무방해의 '구체적이고 현실적이며 무시하지 못할 정도의 위험'을 발생시킨 경우로 제한하여 해석하여야 한다.

4. 이 사건에 있어서 당심의 판단

가. 이 사건 공소사실이 표현의 자유의 일환으로 이루어진 것인지 여부

원심 및 당심이 적법하게 채택, 조사한 증거에 의하면 다음 사실을 인정할 수 있다.

① 천주교 신부 공소의 1 등은 이 사건 공사에 반대하여 2011. 9.경부터 매일 이 사건 공사현장에서 종교행사(천주교 미사, 이하 '미사'라고 한다)를 진행해 왔다. 위 미사에는 위 2011. 9.경부터 이 사건 변론 종결일 현재까지 천주교 신부, 수녀, 나아가 성직자가 아닌 일반인들이 자발적으로 참여하고 있다. 미사에 참여하는 사람의 수는 매일 다르고, 그러한 사람들은 각자 언제 미사에 참여할지를 결정한다. 미사에 참여하는 사람들 중 일부는 이 사건 공사현장 근처로 이주하여 살기도 한다.

② 피고인은 이 사건 공사에 반대하여 위 미사에 참석해 온 사람 중 하나로 2014. 2. 27. 경찰 조사 시 귀농할 목적으로 서귀포시 강정동으로 전입해 왔다고 진술한 바 있다. 피고인은 이 사건 공소사실 1)항 기재 행위(이하 '제1 행위'라고 한다) 시인 2014. 2. 10.과 위 공소사실 2)항 기재 행위(이하 '제2 행위'라고 한다) 시인 2013. 5. 9. 이외에도 여러 차례 위 미사에 참석하였다(수사기록에는 피고인이 제1, 2 행위일자 외에 2013. 9. 10., 2013. 9. 18., 2014. 2. 11. 이 사건 공사현장 근처에 있는 모습을 찍은 사진이 첨부되어 있다).

③ 또한 수사보고서(증거기록 제177쪽)에 의하면, 피고인은 2012. 9. 10.부터 이 사건 공사현장에 나타나 매일 미사 종료 후 동료들과 춤을 추는 등의 행동을 하였고, 수사기관은 이를 이유로 피고인을 이른바 '상습시위자'로 파악하고 있다.

④ 제2 행위는 피고인이 2013. 5. 9. 이 사건 공사현장에서 미사에 참석하였다는 것을 내용으로 한다. 제1 행위는 피고인이 2014. 2. 10. 미사 도중 위 공사현장에 출입하던 근로자가 천주교 신부의 의자를 들어 옮겼다는 이유로 위 근로자의 차량 앞을 막아섰다는 것을 내용으로 한다.

위 사실을 종합하면, 제1, 2 행위는 전체적으로 보아 2011. 9.경부터 이 사건 공사에 반대하는 의사를 표시하기 위해 수년 동안 계속된 미사 과정에서 벌어진 행위로 볼 수 있다. 또한 피고인이 이 사건 공사에 반대할 의사를 표현할 의도를 가지지 아니하였다면 위 공사현장에서의 미사에 참석할 이유가 없었을 것으로 보인다. 즉 피고인은 이 사건 공사에 반대하는 의사를 표현하고자 위 공사현장에서의 미사에 참석하였고(제2 행위), 의사 표현이 부당하게 제압된다고 생각하자 이에 항의하는 의미의 행동을 하였다(제1 행위). 그렇다면 제1, 2 행위는 피고인이 이 사건 공사를 반대하는 미사에 참여하여 정치적 표현의 자유를 행사하는 과정에서 발생한 것으로 평가할 수 있다.

따라서 앞서 제3의 마.항에서 제시한 법리에 따라 제1, 2 행위에 관하여 판단한다.

나. 제1 행위에 관한 판단

1) 먼저, 원심이 적법하게 채택, 조사한 증거에 의하면 다음 사실이 인정된다.

가) 천주교 신부 공소의 1 등이 진행하는 이 사건 공사현장에서의 미사는 매일 오전 11:00경 진행되고 16:00경에도 진행되기도 하는데, 이 사건 공사현장 출입구에 간이의자를 놓고 앉아서 진행하므로 미사 도중 위 공사현장에 출입하고자 하는 차량이 바로 출입하지 못하는 경우도 있다.

나) 이 사건 공사현장에는 경찰이 상주하여 공사와 미사 진행 상황을 지켜보다가 미사 도중 공사장에 출입하고자 기다리는 차량이 늘어지게 되면 미사에 참여하는 사람들을 의자 째 들어 올려 옮기는 방법으로 길옆으로 이동시켜 차량이 출입할 수 있도록 한다. 위와 같이 차량이 늘어지지 않는 경우 경찰은 미사 진행에 관여하지 않는다.

다) 제1 행위 직전 피고인은 이 사건 공사현장 출입구 앞에서 공소의 1 신부가 주재하는 미사에 참여하고 있었다. 당시 미사에 참여한 사람은 8명 정도였고 경찰이 이를 지켜보고 있었는데, 이 사건 공사현장에서 밖으로 나오려는 차들이 미사 때문에 나오지 못한 채 공사장 안쪽으로 늘어서 있었다. 그때 근로자 한 사람이 늘어선 차에서 내려 기도 중인 공소의 1 신부가 앉아있는 의자를 끌어 옮겼다.

라) 위 미사에 참여한 사람들은 경찰에게 의자를 옮긴 근로자가 공소의 1 신부에게 폭력을 행사하였으니 현행범으로 체포, 처벌하여 달라는 취지로 항의하였다. 경찰은 의자를 옮긴 근로자에게 “손뼉다가 어떻게 하려고 그러니까?”라고 말하였을 뿐 아무 대응도 하지 아니하다가 위 미사에 참여한 공소의 1 신부 등 사람들을 의자 째 들어 옮겨 차량이 이 사건 공사현장에 출입할 수 있도록 하였다.

마) 피고인은 계속해서 의자를 옮긴 근로자에게 항의하다가 위 근로자가 다시 차에 타자 차량 앞으로 가서 공소의 1 신부에게 사과하라고 요구하였으나, 위 근로자는 응하지 아니하였다. 이에 피고인은 항의의 표시로 위 차량 앞에 그대로 서 있었고 일부 천주교 수녀도 피고인과 함께 서 있었다(제1 행위). 약 8분 후 경찰이 피고인과 수녀들을 에워싸고 길옆으로 비키도록 하였다. 피고인은 항의를 계속하려고 다시 이 사건 공사현장 출입구 앞으로 가 도로 가운데 바닥에 앉았다(제1 행위). 약 9분 후 공소의 1 신부가 “이제 됐다.”라며 피고인에게 일어나라고 설득하였고, 피고인은 이에 응하여 자리에서 일어나 길을 비켰다.

2) 피고인이 위력을 행사하였는지 여부

앞서 본 법리에 비추어 보건대, ① 피고인이 차량 앞에서 있거나 앉아있었을 뿐 소리를 지르거나 힘을 사용하는 행위로 나아가지는 않았고 자동차나 다른 장비를 사용하지도 않은 점, ② 피고인은 혼자 행동하였고, 함께 미사를 진행한 사람들의 수를 합하여도 이 사건 공사현장의 규모를 고려할 때 공사를 진행하는 사람들의 수에 미치지 못하는 점, ③ 무엇보다 당시 경찰이 모든 상황을 지켜보면서 미사 등으로 공사가 방해되지 않도록 조치하고자 대기하고 있었던 점, ④ 피고인이 서 있던 시간과 앉아있던 시간을 합하면 약 17분이고, 결

국 경찰에 의해 차량 출입이 재개된 점, ⑤ 형법 제158조는 예배를 방해하는 자를 처벌하는 규정을 두어 종교적 활동의 평온을 보장하고자 하는데, 피고인은 미사 도중 천주교 신부인 공소외 1의 종교 활동이 방해받자 이에 항의하려는 목적으로 제1 행위를 한 점 등을 고려하면, 제1 행위가 이 사건 공사 시공자인 공소외 2의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 유형력의 행사에 해당한다고 보기 어렵다.

3) 제1 행위로 구체적이고 현실적이며 무시하지 못할 정도의 위험이 발생하였는지 여부

검사가 제출한 수사보고(공사업무 방해로 인한 공사업체 손실금액 첨부)의 경우, 이 사건 공사업체 중 하나인 공소외 2가 제1 행위일인 2014. 2. 10. 하루 동안 이 사건 공사현장에 투입한 노무비와 장비비를 단순히 10시간(= 600분)으로 나눈 것으로 위 자료만으로는 제1 행위로 공소외 2가 위와 같은 손해를 입었다고 인정하기 어렵다.

나아가 이 사건 기록을 통하여 알 수 있는 이 사건 공사의 진행 정도, 앞서 본 바와 같은 피고인의 행위의 지속 시간, 그 당시에 구체적으로 방해받은 업무의 특정성 결여 등을 고려할 때, 검사가 제출한 증거만으로는 제1 행위로 이 사건 공사 주체의 공사업무에 구체적이고 현실적인 위험이 발생하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 자료가 없다.

다. 제2 행위에 관한 판단

1) 먼저, 원심이 적법하게 채택, 조사한 증거에 의하면 다음 사실이 인정된다.

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거에 의하면, 피고인은 2013. 5. 9. 11:26경 이 사건 공사 현장 출입구 앞에서 천주교 신부 공소외 1, 공소외 3 등 약 6명과 의자를 놓고 미사를 진행한 사실, 당시 경찰이 위 미사와 공사현장을 지켜보다가 약 10분이 지나 차량 통행을 위해 위 6명을 의자째 들어 길옆으로 옮긴 사실, 피고인 등 미사에 참여한 사람들은 같은 날 12:06경 차량이 지나가자 다시 위 장소로 가서 미사를 계속한 사실, 경찰이 위 미사와 공사현장을 지켜보다가 11분이 지나 차량 통행을 위해 위 사람들을 의자째 들어 길옆으로 옮긴 사실, 위 사람들은 같은 날 12:21경 차량이 지나가자 다시 위 장소로 가서 미사를 계속한 사실, 경찰이 위 미사와 공사현장을 지켜보다가 6분 정도 지나 차량 통행을 위해 위 사람들을 의자째 들어 길옆으로 옮긴 사실을 인정할 수 있다.

2) 피고인이 위력을 행사하였는지 여부

앞서 본 법리에 비추어 보건대, ① 피고인이 의자에 앉아 기도하는 방식으로 미사를 진행하였을 뿐 소리를 지르거나 힘을 사용하는 행위로 나아가지 않은 점, ② 함께 미사를 진행한 사람들은 6명 정도여서 위 인원수가 공사를 진행하는 사람들의 수에 크게 미치지 못하는 점, ③ 위 사람들은 간의의자와 납작한 피켓 외에 도구나 장비를 사용하지 않았고, 의자에 앉아있다가 경찰이 차량 출입을 위해 의자를 들어 옮길 때 이에 저항하지 않은 점, ④ 피고인이 의자에 앉아있던 시간은 공소사실 자체에 의하더라도 모두 합하여 27분인데, 피고인 등은 공사현장에 차량이 출입하지 않는 틈을 타 출입구 앞에 의자를 놓고 앉기를 반복한 것으로 피고인이 앉아있던 시간 중 공사현장에 출입하려는 차량이 전혀 없었던 시

간도 상당한 점, ⑤ 당시 경찰이 모든 상황을 지켜보면서 미사 등으로 공사가 방해되지 않도록 조치하고자 대기하고 있었던 점 등을 종합적으로 고려하면, 제2 행위가 이 사건 공사 협력업체인 공소의 6, 공소의 7의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 유형력의 행사에 해당한다고 보기 어렵다.

3) 제2 행위로 구체적이고 현실적이며 무시하지 못할 정도의 위험이 발생하였는지 여부가 나아가 제2 행위로 이 사건 공사업무를 방해할 위험이 발생하였는지 여부를 보건대, 앞서 본 이 사건 공사의 진행 정도와 제2 행위의 지속 시간, 태양 등을 고려할 때 제출된 자료만으로는 제2 행위로 이 사건 공사 주체의 공사업무에 구체적이고 현실적인 위험이 발생하였다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 자료가 없다.

라. 소결론

결국 피고인에 대한 위 공소사실은 검사가 제출하여 원심 및 당심이 적법하게 채택, 조사한 증거만으로 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다. 그러므로 원심은 형사소송법 제325조 후단에 따라 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 무죄를 선고하였어야 할 것임에도 그 판시와 같은 이유로 피고인에게 유죄를 선고하였다. 이러한 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있고, 이 점을 지적하는 피고인의 주장은 이유 있다.

5. 결론

그렇다면 피고인의 항소는 이유 있으므로 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결한다.

무죄판결

이 사건 공소사실의 요지는 위 제2의 가.항 기재와 같다. 이는 위 제3, 4항 기재와 같은 이유로 범죄의 증거가 없는 때에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인에게 무죄를 선고하고, 형법 제58조 제2항에 따라 판결의 요지를 공시하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 이준희(재판장) 황미정 김봉준

9 창원지법 2016. 9. 29. 선고 2015노2836 판결 [재물손괴] : 상고

甲 종중 대표자인 피고인이 임야의 소유명의자인 乙과 소유권에 관한 분쟁 중 인데도, 乙이 임야에 식재되어 있는 소나무를 반출하려고 하자 이를 저지할 목적으로 래커를 이용하여 乙 소유인 소나무에 종중재산이라는 취지의 문구를 기재함으로써 재물을 손괴하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인의 행위가 정당행

위 또는 자구행위에 해당한다는 이유로 무죄를 선고한 사례**【판결요지】**

甲 종중 대표자인 피고인이 임야의 소유명의자인 乙과 소유권에 관한 분쟁 중인데도, 乙이 임야에 식재되어 있는 소나무를 반출하려고 하자 이를 저지할 목적으로 래커를 이용하여 乙 소유인 소나무 31주에 종중재산이라는 취지의 문구를 기재함으로써 재물을 손괴하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 소나무가 식재되어 있는 임야의 소유권에 관한 분쟁 및 甲 종중이 가지는 분묘기지의 범위 문제 등으로 소나무의 소유권 자체에 다툼의 여지가 있었던 점, 甲 종중이 乙을 상대로 소나무 등 반출금지가처분 결정을 받아둔 상태였고, 가처분에 반하여 일단 소나무가 반출되고 나면 양수인의 선의취득, 소나무의 고사 등으로 원상회복이 곤란할 수 있는 점 등을 종합하면, 피고인의 행위는 형법 제20조의 정당행위에 해당하거나 또는 형법 제23조의 자구행위에 해당한다는 이유로 무죄를 선고한 사례.

【참조조문】 형법 제20조, 제23조, 제366조, 형사소송법 제325조

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 피고인

【검 사】 성두경 외 1인

【변 호 인】 법무법인 대중 담당변호사 채형석

【원심판결】 창원지법 진주지원 2015. 11. 19. 선고 2015고정179 판결

【주 문】

원심판결을 파기한다.

피고인은 무죄.

판결의 요지를 공시한다.

【이 유】

1. 공소사실의 요지

피고인은 2013. 9. 15.경 경남 산청군 (주소 1 생략)에서, 위 임야의 소유명의자인 피해자 공소외인과 사이에 소유권에 관한 분쟁 중에 있음에도 불구하고 피해자가 위 임야에 식재되어 있는 소나무를 반출하려고 하자 이를 저지할 목적으로 래커를 이용하여 피해자 소유인 소나무 31주에 종중재산이라는 취지의 문구를 기재함으로써 재산가치를 감소시켜 그 효용을 해하였다.

2. 항소이유의 요지

이 사건 소나무는 피고인이 대표자로 있는 종중(이하 ‘종중’이라 한다)의 소유이지 피해자의 소유가 아니다. 설사 소나무가 피해자의 소유라고 하더라도, 위 종중이 받은 반출금지 가처분에 반하여 피해자가 소나무를 반출하는 것을 막기 위해 소나무에 종중재산이라는 표시를 한 피고인의 행위에는 손괴의 고의가 없고, 자구행위 또는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다. 그럼에도 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다.

3. 판단

가. 형법 제23조에서 정한 자구행위라 함은 법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불가능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 상당한 행위를 말하는 것이고(대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도9418 판결 등 참조), 형법 제20조에 정하여진 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하므로, 어떤 행위가 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익의 법익 균형성, 긴급성, 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖춘 경우에는 정당행위에 해당한다 할 것이다(대법원 2005. 2. 25. 선고 2004도8530 판결 등 참조).

나. 살피건대, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 소나무가 식재되어 있는 임야의 소유권에 관한 분쟁 및 종중이 가지는 분묘기지권의 범위 문제 등으로 소나무의 소유권 자체에 다툼의 여지가 있었던 점, ② 그럼에도 피해자가 소나무를 굴취하여 판매하려고 하여 이 사건 범행 당시 종중이 피해자를 상대로 소나무 등 반출금지가처분 결정(창원지방법원 진주지원 2011카합37호)을 받아들인 상태였던 점,¹⁾ ③ 그럼에도 가처분에 반하여 일단 소나무가 반출되고 나면 양수인의 선의취득, 소나무의 고사 등으로 원상회복이 곤란할 수 있는 점, ④ 분묘 주위의 도래술과 비도래술을 구분하여 도래술(피해자가 반출하려고 한 소나무 60주 중 31주)에만 종중재산이라는 표시를 한 점, ⑤ 소나무의 효용이 해쳐진 결과는 종중재산이라는 표시 때문에 피해자가 판매를 하기 곤란하다는 것에 불과한데, 이는 당시 반출 자체를 금지한 가처분에 대한 피해자의 수인의무에 비추어 피해자의 법익에 대한 큰 침해가 된다고 보기 어려운 점 등을 종합하여 보면, 피고인의 이 사건 행위는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익의 법익 균형성, 긴급성, 보충성 등의 요건을 충족하므로, 사회통념상 허용될 만한 정도의 상당성이 있는 행위로서 형법 제20조의 정당행위에 해당하거나 또는 법정절차에 의하여 청구권을 보전하는 것이 불가능하거나 현저히 어려운 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행곤란을 피하기 위한 상당한 행위로서 형법 제23조의 자구행위에 해당하여 위법성이 없다. 따라서 이를 지적하는 피고인의 주장은 이유 있다.

4. 결론

1) 위 가처분 결정은 이 사건 후인 2014. 2. 21. 이의신청으로 취소되었다.

그렇다면 피고인의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

다시 쓰는 판결

이 사건 공소사실의 요지는 제1항 기재와 같고, 이는 제3항에서 본 바와 같이 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄를 선고하고, 형법 제58조 제2항에 따라 판결의 요지를 공시하기로 하여, 주문과 같이 판결한다.

판사 성금석(재판장) 신성훈 현정현

10 광주지법 2016. 10. 18. 선고 2015노1181 판결 [병역법위반] : 상고

여호와의 증인 신도인 피고인이 현역병 입영통지서를 수령하였음에도 종교적 신념에 반한다는 이유로 입영일부터 3일이 경과한 날까지 입영하지 아니하였다고 하여 병역법 위반으로 기소된 사안에서, 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 양심적 병역거부가 포함된다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고한 사례

【판결요지】

여호와의 증인 신도인 피고인이 현역병 입영통지서를 수령하였음에도 종교적 신념에 반한다는 이유로 입영일부터 3일이 경과한 날까지 입영하지 아니하였다고 하여 병역법 위반으로 기소된 사안에서, 우리나라가 가입한 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)' 제18조에서 양심적 병역거부권을 도출할 수 없다는 대법원과 헌법재판소의 판단은 국제사회의 흐름에 비추어 시대에 뒤떨어지고 국제인권규약에 대한 정당한 방법론적 해석으로 보기 어려운 점, 국제사회가 규범적인 차원에서도 급격하게 양심적 병역거부를 인정하는 방향으로 나아가고 있고, 대법원도 병역법 제88조 제1항의 정당한 사유의 범위에 양심의 자유가 포함될 여지가 있음을 부정하지 아니한 점, 양심적 병역거부를 정당한 사유에 해당하는 것으로 보아 현역입영 대상에서 제외하고 대신 대체복무의 가능성을 열어두는 것이 국민들 간의 실질적 형평을 기하고, 헌법이 추구하는 다양한 가치를 규범조화적으로 해석하는 것으로서 부당하다고 보기 어려운 점 및 갈등을 완화할 국가의 의무(헌법 제10조), 양심적 병역거부자들에 대한 재판과 형 집행의 현실 등 제반 사정을 종합하면, 병역법 제88조 제1항의 '정당한 사유'에 양심적 병역거부가 포함된다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고한 사례.

【참조조문】 헌법 제6조 제1항, 제10조, 제19조, 제20조, 제37조 제1항, 제39조, 구 병역법

(2016. 1. 19. 법률 제13778호로 개정되기 전의 것) 제14조, 제62조, 제63조, 제64조, 제65조, 제71조, 구 병역법(2016. 5. 29. 법률 제14183호로 개정되기 전의 것) 제88조 제1항, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제18조, 형사소송법 제325조

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 검사

【검 사】 최성준 외 1인

【변 호 인】 변호사 오두진 외 1인

【원심판결】 광주지법 2015. 5. 12. 선고 2014고단4820 판결

【주 문】

검사의 항소를 기각한다.

【이 유】

1. 항소이유의 요지

양심적 병역거부자인 피고인의 양심의 자유가 또 다른 헌법적 가치인 국방의 의무보다 우월한 가치라고 할 수 없는 만큼 피고인의 행위는 헌법상 국방의 의무를 구체화한 병역법 소정의 정당한 사유가 존재한다고 볼 수 없음에도 피고인에게 입영거부의 정당한 사유가 있다고 본 원심은 법리오해의 위법이 있다.

2. 원심의 판단

우리 헌법이 보호하는 양심의 자유에 양심적 병역거부가 포함되는 만큼 이러한 양심의 자유와 국방의 의무라는 헌법적 가치가 충돌할 경우 병역법 제88조 제1항 제1호를 해석함에 있어서는 규범조화적·헌법합치적 해석이 필요한데, 국방의 의무만을 온전하게 확보하면서 양심의 자유를 일방적으로 희생시키는 법률해석은 정당성을 확보하기 어렵다. 공익근무 등 대체복무 형태의 군복무가 약 13%에 이르는 반면, 양심적 병역거부자는 전체 입영인원의 0.2%에 불과하여 이로 인한 군사력 저하를 논하기 어려운 점, 국제사회가 양심적 병역거부를 인정하고 있는 점, 군복무와의 형평성을 고려한 대체복무제도를 도입하여 국민적 공감대를 얻을 수 있는 점 등을 고려하면, 정당한 사유에는 양심적 병역거부가 포함된다고 할 것이므로, 피고인은 무죄에 해당한다.

3. 인정 사실 및 피고인의 양심상 결정의 의의

가. 인정 사실

기록에 의하면, 다음과 같은 사실이 인정된다.

1) 피고인은 2014. 10. 20. 지방병무청장으로부터 같은 해 11. 25.까지 306보충대에 입영하

라는 현역병 입영통지서를 수령하게 되자, 2014. 11. 16. 관할 병무청장에게 “여호와의 증인으로서 양심에 따라 병역에 임할 수 없음을 알려드린다. 징총을 할 수 없으며 전쟁에 관한 어떤 행위에도 가담하지 않을 것이다. 출애굽기 20장 13절(살인을 해서는 안 된다), 요한복음 13장 34절(서로 사랑하라), 마태복음 22장 39절(네 이웃을 네 자신처럼 사랑하라), 마가서 4장 3절(나라가 나라를 대적하여 칼을 들지도 않고 다시는 전쟁을 배워 익히지도 않을 것이다) 등 하느님의 말씀이 병역을 거부하게 하는 확고한 신념을 갖게 하였다. 피고인의 이러한 결정을 존중해 주길 바란다.”라는 취지의 글과 함께 여호와의 증인임을 증명하는 교회 측의 확인서를 제출하였다.

2) 또한 피고인은 사법경찰관의 피의자신문에서 “국민이라면 병역의무를 이행하여야 하지 않겠는가?”라는 질문에 “위에 있는 권위에 순종하라’는 성경 구절이 있기는 하나 하느님 말씀과 상충되는 법을 따를 수 없어서 병역을 거부하고 있는 것”이라고 진술하고, 이 법원에 제출한 의견서에서도 “하느님의 법을 실천함으로써 하느님께서는 죄가 없지만 인간정부의 병역법 위반으로 인하여 취해진 조치는 인정한다.”라는 취지로 답변하였다.

3) 피고인은 어렸을 때부터 부모로부터 성경을 배웠고 2009년 침례를 받음으로써 여호와의 증인이 되었으며, 피고인의 아버지, 작은아버지가 각 양심적 병역거부로 징역형을 복역하였고 자신의 사촌형제 2명이 최근에 같은 이유로 징역형을 복역하기도 하였다.

나. 피고인의 양심상 결정의 진지성과 절대성

양심의 자유가 보호하는 양심의 결정이란 구체적 상황에서 어떤 결정 자체를 자신을 구속하고 무조건적으로 따라야 하는 것으로 받아들이기 때문에 양심상의 심각한 갈등 없이는 그에 반하여 행동할 수 없는 것을 말한다.

앞서 본 인정 사실을 종합하면, 피고인이 징총병역의무를 받아들일 수 없다는 결정은 일반적인 법의 명령보다 더 높은 것으로서 이러한 종교적 양심상의 명령에 따르지 않고서는 자신의 인격이 파멸되고 말 것이라는 그야말로 절박하고 진지한 마음의 소리로서 구체적 양심의 결정이므로 우리 헌법이 보호하고자 하는 양심의 자유에 해당하고, 병무청장의 현역병 입영통지서는 형사처벌을 통하여 피고인에게 양심에 반하는 행동을 강요하는 것이므로, 이는 양심의 자유 중 ‘양심에 반하는 행동을 강요당하지 아니할 자유’ 즉, ‘부작위에 의한 양심실현의 자유’를 제한하는 것으로 일응 볼 수 있다.

4. 이 사건의 쟁점

우리 헌법 제19조, 제20조는 “모든 국민은 양심과 종교의 자유를 가진다.”라고 정하여 양심과 종교의 자유를 헌법상 기본권으로 보장하는 한편, 헌법 제39조가 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.”라고 정하여 국방의 의무를 부과하고, 이를 구체화한 법률인 병역법 제88조 제1항(이하 ‘이 사건 법률’이라 한다)에서 “현역입영통지서를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일부터 3일 이내에 입영하지 아니하는 경우 3년 이하의 징역에 처한다.”라고 정하고 있다.

결국 이 사건의 쟁점은 이 사건 법률의 정당한 사유에 피고인이 주장하는 양심의 자유가 포함되는지 여부이다. 한편 종래 대법원은 이 사건 법률조항의 정당한 사유는 질병 등 병역의무자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유에 한정될 뿐 양심상의 결정을 내세워 입영을 거부하는 것은 정당한 사유에 해당하지 아니한다고 판시하였는바(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결, 이하 ‘2004년 대법원 전원합의체 판결’이라 한다), 이하에서는 국제인권규범의 해석과 변화된 국내외의 여러 사정, 병역법의 분석, 헌법 제10조에 따른 국가의 의무, 재판과 형 집행의 현실 등을 고려하여 이러한 대법원 판례의 유지 또는 변경 필요성을 살펴보기로 한다.

5. 정당한 사유의 포괄 범위

아래와 같은 사정들을 종합하면, 이 사건 법률의 정당한 사유에는 양심적 병역거부를 포함하는 것이 옳다.

가. 국제인권규범상 양심적 병역거부의 인정

1) 자유권규약의 국내법적 효력

우리나라가 가입한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR, 흔히 B규약 또는 자유권규약이라 한다. 이하 ‘자유권규약’이라 한다)¹⁾ 제18조는 “사람은 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와 또는 다른 사람과 공동으로 공적 또는 사적으로 예배의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다(제1항). 어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다(제2항). 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는, 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한받을 수 있다(제3항).”라고 규정하고 있다. 그리고 우리나라는 자유권규약 선택의정서(Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights)에 가입함으로써 자유권규약위원회(Human Rights Committee)가 개인통보제도(Individual Communication)를 통하여 우리나라의 자유권규약 위반 여부를 심사할 권한을 부여하고 그 위반사실이 인정될 경우 구제조치를 취하겠다는 약속을 하였다.

한편 우리 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”라고 규정하고 있고, 자유권규약은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약이므로 국내법과 같은 효력을 가진다. 그리고 대한민국 정부는 자유권규약위원회에 제출한 1993년, 1998년, 2003년 각 정기보고서에서 “대한민국에서 제정되는 법률에 의하여 규약에서 보장하는 권리를 침해하는 일은 없을 것이며 그러한 법률은 헌법 위반이 될 것임”을 약속하였다. 또한 자유권규약 제18조는 특별한 입법조치 없이 우리 국

1) 1966. 12. 16. 유엔에서 채택하고, 1976. 3. 23. 발효되었다. 우리나라에서는 1990. 7. 10. 조약 제 1007호로 발효되었다.

민에 대하여 직접 적용되는 법률에 해당한다는 것이 대법원과 헌법재판소의 의견이다[대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결, 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 등 전원재판부 결정(이하 ‘2011년 헌법재판소 결정’이라 한다)].

그렇다면 이 사건 법률의 정당한 사유를 해석함에 있어서 자유권규약 제18조가 일종의 특별법으로서 그 법원(法源), 즉 재판규범이 된다고 할 것이므로, 일선 법관으로서 이 사건 법률을 적용함에 있어서 우리 헌법뿐만 아니라 자유권규약 제18조를 아울러 검토한 후 그 결론에 이르러야만 한다.

2) 자유권규약에 대한 해석과 대법원의 태도

자유권규약위원회는 2006. 11. 3. 채택한 공소의 1, 공소의 2(2004년 대법원 전원합의체 판결의 피고인들이다)에 대한 개인통보 사건에서 최초로 양심적 병역거부가 규약 제18조에 의하여 보호된다는 입장을 밝힌 이래 그 후로 양심적 병역거부와 관련된 대한민국 국적자에 대한 4건의 사건에서 연속적으로 개인통보결정을 인용함으로써 규약 제18조가 양심적 병역거부를 그 보호범위에 포함하고 있다는 의견을 밝혀 왔다.

하지만 대법원은 2007. 12. 27. 선고된 2007도7941 판결(이하 ‘2007년 대법원 판결’이라 한다)에서 규약 제18조는 “물론 규약의 다른 어느 조문에서도 양심적 병역거부권(right of conscientious objection)을 인정하는 명문의 규정이 없고, 규약의 제정 과정에서 규약 제18조에 양심적 병역거부권을 포함시키자는 논의가 있었으나 관여 국가들의 의사는 부정적이었으며, 규약 제8조 제3항 (C) 제(ii)호에서 강제노역금지의 예외로 ‘양심적 병역거부가 인정되고 있는 국가에 있어서(where conscientious objection is recognized)’ ‘병역거부자에게 요구되는 국민적 의무’를 인정하고 있는바, 위 표현은 개개 가입국이 양심적 병역거부권 및 대체복무제도를 인정할 것인지 여부를 결정할 수 있다는 것을 전제로 한 것이라는 취지에서 규약 제18조로부터 양심적 병역거부권이 도출될 수 없다.”라고 판시하였다(2011년 헌법재판소 결정도 동일한 취지이다).

3) 대법원의 태도에 대한 평가

그러나 국제인권규약에 대한 ‘살아 있는 문서이론’[The Living Instrument Doctrine, 현대 민주주의 국가들의 시대정신에 맞게 인권조약을 해석하여야 한다는 이론으로서, 그렇지 않고 제정 당시의 문헌에만 근거하여 해석한다면 인권의 진전을 위해 수십 년 전에 제정된 국제인권규약(국내법과 달리 그 개정이 쉽지도 않다)이 오히려 현대 인권 증진의 발목을 부여잡게 되는 역설적 상황을 고려하여 유럽인권재판소 등이 자주 사용하는 방법론이다]을 고려하면, 제정 연혁이 그렇다고 하여 그 조약의 보호범위가 영구불변하는 것도 아니고, 미국의 헌법해석이나 대한민국 헌법 제37조 제1항에서 보는 것처럼 명문의 규정이 없다고 하여 기본권을 도출할 수 없는 것은 더욱 아니다. 나아가 자유권규약위원회는 규약 제8조 제3항 (C) 제(ii)호와 규약 제18조의 관계에서 왜 규약 제18조를 해석함에 있어서 규약 제8조 제3항과 연관지어 해석할 필요가 없는지를 상세하게 서술하였고, 그 후 유럽인권재판소도

2011년 바야탄 사건에서 유럽인권협약(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 제4조와 제9조(자유권규약 제8조, 제18조와 동일한 내용이 다)의 관계에 대한 해석에서 이러한 자유권규약위원회의 해석을 전부 받아들여 인권협약 제9조에서 양심적 병역거부권을 도출할 수 있다고 판단하였다.

그리고 이러한 자유권규약의 이행 여부를 감시하는 국제인권기관인 자유권규약위원회의 규약에 대한 해석은 법적 구속력(legally binding)까지는 없지만 ‘규약의 효력을 위한 중요한 자료(a major source for interpretation of the ICCPR)’로서 인정하거나 당연히 ‘상당한 설득적 권위(considerable persuasive authority)’를 보유하는 것으로 보는 것이 국제사회에서 널리 받아들여지고 있다.

나아가 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제26조, 제27조2)는 “조약은 신의성실에 좇아 지켜야 하고, 조약의 불이행에 대한 정당화 사유로 국내법의 존재를 들 수 없다.”라고 적시하고 있는바, 국내법의 존재가 의무 이행의 거절을 정당화하는 사유가 될 수 없는데, 사법기관의 조약에 대한 소극적, 부정적 해석이 곧바로 국제조약에 있어서 대한민국의 의무이행 거절을 정당화하는 사유가 될 수는 없다 할 것이다. 헌법 제6조 제1항이 국제법 존중주의를 표방하고 있고, 국제조약에 대한 이행의무의 주체는 행정부뿐만 아니라 사법부도 포함되기 때문이다.

4) 소결

결국 이러한 모든 점들을 고려하면, 자유권규약 제18조에서 양심적 병역거부권을 도출할 수 없다는 대한민국 대법원과 헌법재판소의 판단은 국제사회의 흐름에 비추어 시대에 뒤떨어지고 국제인권규약에 대한 정당한 방법론적 해석으로 보기 어려울 뿐만 아니라, 우리나라가 선택의정서에 가입한 취지에도 맞지 않다. 따라서 자유권규약과 그 위원회의 해석이 헌법 제6조 제1항에 따라 이 사건 법률의 정당한 사유를 해석함에 있어서도 영향을 미치는 만큼 정당한 사유에는 양심적 병역거부가 포함된다고 보는 것이 타당하다.

나. 양심적 병역거부를 둘러싼 국제적 인식의 변화

1) 정당화 사유의 해석에 관한 대법원 판단의 잠정성

2004년 대법원 전원합의체 판결은 정당한 사유에 양심적 병역거부가 포함되지 않는다고 판단하였다. 그러면서도 대법원은 “구체적 병역의무의 이행을 거부한 사람이 그 거부 사유로서 내세운 권리가 우리 헌법에 의하여 보장되고, 나아가 그 권리가 이 사건 법률조항의 입법목적에 능가하는 우월한 헌법적 가치를 가지고 있다고 인정될 경우에 대해서까지도 이

2) 대한민국은 1977년 4월 27일 조약법에 관한 비엔나협약을 비준했다.

Article 26 Pacta sunt servanda

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

Article 27 Internal law and observance of treaties

A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.

사건 법률조항을 적용하여 처벌하게 되면 그의 헌법상 권리를 부당하게 침해하는 결과에 이르게 되므로 이때에는 이러한 위헌적인 상황을 배제하기 위하여 예외적으로 그에게 병역 의무의 이행을 거부할 정당한 사유가 존재하는 것으로 봄이 상당하다 할 것이다.”라고 판시하였다(대법관 4인은 다수의견에 대한 보충의견에서 대체복무 도입이 입법정책상 바람직한 것임을 인정하기도 하였다). 또한 2007년 대법원 판결은 “장차 여건의 변화로 말미암아 양심의 자유 침해 정도와 형벌 사이의 비례관계를 인정할 수 없음이 명백한 경우에 조약 합치적 해석 혹은 양심우호적 법적용을 통하여 병역법 제88조 제1항 소정의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 보아 적용을 배제할 여지가 전혀 없다고는 단정할 수 없겠으나, 현재로서는 대체복무제도를 두지 아니하였다 하여 규약 위반으로 평가할 수는 없지만 입법적 해결이 시급하다.”라는 취지로 판시하였다.

2) 국제적 환경의 변화

이러한 2004년 대법원 전원합의체 판결 이래 국제사회의 양심적 병역거부에 대한 다음과 같은 태도 변화가 있었다.

우선 자유권규약위원회는 앞서 본 바와 같이 2006년 공소의 1, 공소의 2 사건에서 자유권규약 제18조가 양심적 병역거부권을 보장하고 있다고 해석하면서 대한민국 정부에 대하여 양심적 병역거부자들에 대한 석방과 구제조치를 취할 것을 요구하였고, 그 후로도 2010. 3. 23. 공소의 3 등 10명 사건(개인통보 1953~1603/2007), 2011. 3. 24. 공소의 4 등 100명 사건(개인통보 1642~1741/2007), 2012. 10. 25. 공소의 5 등 388명 사건(개인통보 1786/2008), 2014. 12. 8. 공소의 6 등 50명 사건(개인통보 2179/2012)에 이르기까지 조금씩 진전된 견해를 밝히면서 “개인의 종교적 신념에 따라 병역의무를 이행할 수 없는 경우에는 징병에 대해 면제를 받을 자격이 있고 이러한 권리는 강요에 의해 침해될 수 없다.”라는 결론에까지 이르렀다.

다음으로 2009년 발효된 유럽연합 기본권헌장(The Charter of Fundamental Rights of the European Union)³⁾은 명문으로 양심적 병역거부권을 인정하였다(따라서 2011년 헌법재판소 결정에서 양심적 병역거부권을 명문으로 인정한 국제조약이 아직까지 존재하지 아니한다고 설시한 부분은 잘못 인정한 것이다).

그리고 유엔인권위원회는 1987년, 1989년, 1993년, 1995년, 1998년과 2004년 등 여러 차례 결의를 통하여 양심적 병역거부의 인정과 대체복무제의 실시를 권고하였고, 유엔인권이사회(United Nations Human Rights Council)는 2013년 결의(A/HRC/24/17)에서 양심적 병역거부자들에 대한 구금이 국제인권규약상 ‘자의적 구금(Arbitrary Detention)’이라는 전제 아래 투옥자의 석방까지 요구하고 나섰다. 나아가 호주, 캐나다, 프랑스 등이 최근 유엔인권이사회의 권고에 따라 양심적 병역거부와 관련된 대한민국 국적자의 난민신청을 꾸준히 받아들이고 있다.

3) 2000. 12. 7. 선포되었고, 2009. 12. 1. 발효되었다.

무엇보다도 유럽인권재판소는 2011년 바야탄 사건(Bayatyan v. Armenia, Application no. 23459/03, 2011. 7. 7. 선고되었다)에서 유럽과 그 밖의 지역에서 양심적 병역거부의 인정과 관련된 ‘보편적 합의(General Consensus)’가 있고, “민주주의는 다수가 그들의 지배적 지위를 남용하지 않고 소수에게 공정하고 합리적 대우를 보장하여야 하므로, 종교적 소수자에게 사회에 봉사할 기회를 부여하는 것은 국가가 말하는 것처럼 부당한 차별과 불평등을 조장하는 것이 아니라 종교 간 조화와 관용을 증진하고 안정적인 다원주의를 보장한다.”라는 취지에서 양심적 병역거부권을 인정하였다. 위 판결은 양심적 병역거부권의 인정이 문명국가에 합의할 수 있는 기본적 권리(Minimum Standard)라는 점과 관련된 규범적 근거를 제공한 것으로 볼 수 있다.

3) 소결

이처럼 2004년 대법원 전원합의체 판결 이후로 국제사회가 규범적인 차원에서도 급격하게 양심적 병역거부를 인정하는 방향으로 나아가고 있음을 알 수 있고, 그간 대법원도 정당한 사유의 범위에 양심의 자유가 포함될 여지가 있음을 부정하지 아니한 채 일종의 시기상조론에 기대었던 만큼 지금에 이르러서는 정당한 사유에 양심적 병역거부를 포함시키는 것이 국제사회와 발맞춰 나가는 것이다.

다. 병역법에 정해진 병역처분 결정 사유와 비교

1) 병역법상 구체적 병역의무의 배분

모든 사람들을 일반적으로 동등하게 처우한다고 하여 평등원칙을 준수한 것은 아니다. 이에 따라 헌법상 국방의 의무를 구체화하기 위한 법률인 병역법은 실제 각 개인이 처한 다양한 요소들을 고려하여 구체적 병역의무를 배분함으로써 의무 이행의 실질적 평등을 기하기 위해 노력하였다.

그 내용을 살펴보면, 병역법 제14조는 징병검사 후 신체등위, 학력, 연령 등 자질을 고려하여 현역병, 제2국민역, 면제 등의 병역처분을, 제62조는 현역병입영 대상자에 대하여 가족의 생계 등을 이유로 제2국민역 또는 보충역의 처분을, 제63조는 현역병으로 복무 중인 경우에도 가족의 생계 등을 이유로 제2국민역의 처분을, 제64조는 기형, 질병, 심신장애 등으로 병역을 감당할 수 없는 사람, 군사분계선 이북지역에서 이주하여 온 사람, 수형자, 귀화자 등에 대하여 징병검사 없이 병역면제처분을, 제65조는 복무 중인 사람이 신체검사를 거쳐 병역처분 변경을 받는 경우, 제71조는 연령을 이유로 한 감면을 각 규정하고 있다.

이에 따라 2015년 병무통계연보 등에 의하면, 현역병 63만 명, 상근예비역 14,000명, 의무경찰 등 전환복무자 30,000명, 보충역 83,000명(특별한 경우 아닌 한 100단위 이하는 버림으로 계산하였다. 이하 같다. 사회복무요원⁴⁾ 48,000명, 산업기능요원 17,000명, 전문연구요원

4) 사회복지시설, 보건의료, 교육, 문화, 환경안전, 행정, 예술체육요원, 국제협력요원 등으로 활동한다.

6,000명, 승선근무예비역 3,000명, 공중보건의, 공익법무관 등 특수병과 8,000명)의 인원이 병역의무를 이행하고 있다. 그리고 최근 3년간 현역입영 대상자 가운데 생계곤란을 이유로 제2국민역으로 처분이 변경되거나 복무기간이 단축된 사람만 매년 1,100여 명에 이르고, 전체 보충역 가운데 연령, 생계유지곤란, 수형 등을 이유로 제2국민역으로 편입되는 경우가 매년 500여 명, 사회복무요원 가운데 제2국민역으로 변경되거나 병역이 면제된 사람이 매년 500명을 초과하고 있다.

2) 양심적 병역거부자에 대한 고려의 필요성

이처럼 국가는 징병검사를 통한 신체등위 뿐만 아니라, 학력, 연령, 적성, 직업, 부양가족의 생계, 귀화, 북한이탈주민 등 다양한 요소를 사전에 고려하여 구체적 병역처분을 하고 있는바, 이는 전체 병력자원에 대한 군사적·사회적 이용의 합목적성뿐만 아니라 병역의무의 배분에 있어서 실질적 평등을 기하고 이를 통한 사회통합을 고취하려는 데 그 목적이 있는 것으로서 결코 국가의 시혜적 처분이라고 할 수 없다.

하지만 국가는 양심적 병역거부에 대하여는 미리 병역법에 집총병역의무를 면제한 사회복무 또는 대체복무를 마련해 주지 않았는바, 앞서 본 다른 병역혜택사유들, 특히 가족의 부양, 귀화, 북한이탈주민, 체육에 있어서 국위선양 등과 비교하여 보더라도 종교나 양심을 이유로 한 병역거부자들에 대하여 아무런 규정을 두지 아니한 것은 현재 양심적 병역거부자들이 1년 6개월의 실형을 선고받고 있는 현실에 비추어 결코 정당하다고 볼 수 없다.

결국 양심적 병역거부를 이 사건 법률이 정한 정당한 사유에 해당하는 것으로 보아 현역입영에서 제외하고 그 대신 대체복무의 가능성을 열어두는 것은 국민들 간의 실질적 형평을 기하고, 뒤에서 보는 바와 같이 헌법이 추구하는 다양한 가치를 규범조화적으로 해석하는 것으로서 부당하다고 보기 어렵다.

라. 법률에 대한 합헌적 해석과 헌법의 규범조화적 해석

1) 합헌적 법률해석

법률에 나타난 입법자의 태도를 검토한 결과 위헌적이라고 판단할 여지도 있지만, 해당 법률을 그와 달리 해석함으로써 입법자의 태도를 합헌적이라고 판단할 수도 있다면 법원으로서 후자의 태도를 취하여야 하는데, 이를 합헌적 법률해석이라고 한다. 즉 법원은 합헌적 법률해석을 통하여 헌법의 최고규범성 및 법질서의 통일성·체계성을 담보하게 되므로 법률을 해석함에 있어 출발점이 된다.

이에 따라 일선 법관들은 이 사건 법률이 정당한 사유라는 일반조항을 두고 있는 만큼 위헌이라고 속단할 것이 아니라 이를 합헌적 법률로 보아 정당한 사유의 해석에 중점을 두어야 한다(두 차례 헌법재판소 결정의 논증 형식을 보더라도, 대체복무제를 두지 아니한 채 양심적 병역거부자들을 처벌하는 것이 위헌이 아니라는 논리일 뿐 양심적 병역거부를 정당한 사유에 해당한다고 보아 불처벌하는 것이 위헌이라는 논리는 아니다). 이는 2004년 대법원 전원합의체 판결과 2007년 대법원 판결이 정당한 사유에 헌법적 권리 주장이 포함되는

지와 관련하여 상당히 잠정적·가변적으로 판단하였다는 점에서도 더욱 그렇다. 그리고 대법원과 헌법재판소가 자유권규약 제18조는 국내에서 직접 법적 구속력을 갖는다고 판시하였고, 대한민국 정부도 누차에 걸쳐 국제사회에 대하여 자유권규약의 준수를 약속하였는데, 자유권규약의 이행 여부를 감시하는 국제기구가 자유권규약 제18조에 따라 양심적 병역거부를 인정하고 있는 점을 아울러 고려하여야 한다.

2) 규범조화적 헌법해석

또한 헌법상의 기본권과 국민의 의무 등 헌법적 가치가 상호 충돌하고 대립하는 경우에는 어느 하나의 가치만을 선택하여 나머지 가치를 희생시켜서는 안 되고, 충돌하는 가치를 모두 최대한 실현시킬 수 있는 규범조화적 해석원칙을 사용하는 것은 헌법적 요청이다. 양심의 자유와 국방의 의무라는 헌법적 가치가 상호 충돌하고 있는 이 사건 법률의 문제도 이와 같은 규범조화적 해석의 원칙에 의하여 해결해야 한다. 따라서 이 사건 법률의 ‘정당한 사유’는 양심의 자유와 국방의 의무라는 헌법적 가치가 비례적으로 가장 잘 조화되고 실현될 수 있는 조화점을 찾도록 해석하여야 하는데, 정당한 사유에 양심적 병역거부를 배제한다면 피고인에 대한 병역의무는 완전히 이행하도록 하는 대신 피고인에게 보장된 양심의 자유는 일방적으로 희생되는 결과가 되고 만다.

결국 헌법적 가치들을 상호 조화적으로 해석하고 이 사건 법률을 합헌적으로 해석한다면, 정당한 사유에는 양심적 병역거부를 포함시키는 것이 타당하다. 왜냐하면 피고인은 병역의무의 완전한 면제나 특혜를 요구하는 것이 아니라 도저히 자신의 종교의 교리상 집중 병역의무를 이행할 수 없으니 대안을 마련해 달라는 것이고, 그러한 대안을 찾아내는 것이 국가의 의무이며 세계 여러 나라의 경험상 그 대안을 마련하는 것이 그리 어려운 것이 아닌데도 국가는 그에 대한 아무런 노력도 기울이지 않았기 때문이다.

마. 갈등을 완화할 국가의 의무(헌법 제10조)

1) 헌법 제10조와 민주적 다수의 책임

우리 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 정함으로써 인간의 존엄과 가치와 함께 국가의 기본권 보장 의무를 규정하고 있다. 그리고 그런 국가의 현대적 운영 원리는 민주주의이고, 유럽인권재판소는 민주주의의 특징을 다원주의(pluralism), 관용(tolerance), 그리고 포용력(broadmindedness)이라고 판시하였다. 그리고 이러한 다원적·관용적·포용적 민주주의를 실질적으로 구현하는 책임 즉, 다수의 지배를 넘어서 소수자의 인권 보호를 통한 법치국가를 실현하고 사회적 약자에 대한 존중과 그 제도화를 통해 사회통합을 실현할 책임은 그 사회의 민주적 다수(Democratic Majorities)에게 있다. 이러한 의무를 방기하는 다수는 억압적·산술적 다수로서 그들이 운영하는 정치체제는 형식적 민주주의에 불과하다.

2) 피고인의 요구와 국가의 외면

피고인은 병역의무를 기피하겠다는 것이 아니고 병역의무를 면제해 달라거나 특별한 혜택을 부여해 달라는 것도 아니다. 공동체의 모든 구성원이 부담하는 병역의무를 이행할 의사는 있으나 다만 그것이 집총병역의무이어서는 자신의 양심 또는 종교상의 교리와 충돌하여 곤란하니 다른 대체 역무를 부과한다면 기꺼이 시민으로서의 의무를 다하겠다는 것이다.

하지만 민주적 다수를 대변하는 사법부와 헌법재판소는 헌법적으로 양심의 자유와 국방의 의무 중 어느 것이 더 가치 있는 것이라고 말하기 곤란하다거나 국가안보와 관련해서는 국가에게 광범위한 입법재량이 부여되어 있으므로 양심적 병역거부자들을 형벌로만 다스린다고 하더라도 위헌은 아니라고 하였다. 이는 헌법적 가치 실현의 책임을 입법자에게만 맡겨둔 채 사실상 사법기관의 존재 이유인 소수자에 대한 권리구제를 외면하는 것이다.

그 결과 피고인으로서의 자신의 양심을 지키기 위하여 최소한 1년 6개월 이상의 징역형이라고 하는 무거운 형벌의 감수 외에 다른 대안이 없는 반면, 국가는 양심의 자유와 병역의 의무를 합리적으로 조정해야 하는 헌법적 의무와 아울러 그러한 권한과 가능성까지 가지고 있음에도 불구하고 그러한 의무나 권한을 행사하지 않고 있다. 국가가 나서서 충분히 해결할 수 있음에도 이러한 갈등상황을 방지하는 것은 우리 헌법 제10조에 따른 국가의 국민에 대한 기본권보장 약속을 저버리는 것이고 다수가 실질적 민주주의를 외면하는 것이다. 비유하자면, 도로의 설계가 잘못되어서 다수가 이용하는 한 방향만 통행이 가능하고 소수가 이용하는 다른 방향은 그 이용이 불가능한데도 국가는 도로의 잘못된 설계를 바로잡을 생각 없이 무조건 소수에게만 인내를 요구하거나 생각을 바꾸어 다수에 합류하라고만 하고 있다.

그러나 헌법상 국방의무가 절대적 의무도 아니고 병역법도 병역의무를 실제 배분함에 있어서는 여러 가지 다양한 국민 개개인의 구체적 사유를 고려하고 있으며, 국제적으로 많은 민주국가들이 어렵지 않게 그 대안을 마련해 주고 있음은 앞서 본 바와 같다. 자유권규약위원회도 수차례 개인통보사건에서 갈등관계를 해결할 효과적이고 현실적인 대안이 존재함에도 대한민국은 이를 이행하지 아니한 채 자신의 특수한 사정만을 내세우고 있다고 판단하였다. 이러한 국가의 의무 해태로 인한 불이익은 국가가 스스로 부담하여야 하는 것이지 이를 피고인의 책임으로 돌려서는 안 된다.

6. 이른바 반대 논거에 대한 판단

가. 반대의 논거

2011년 헌법재판소 결정은 대체복무제의 도입과 관련하여 그 반대 논거로, ① 남북이 대치하고 있는 우리나라의 특유한 안보상황, ② 대체복무제 도입 시 발생할 병력자원의 손실 문제, ③ 병역거부가 진정한 양심에 의한 것인지 여부에 대한 심사의 곤란성, ④ 사회적 여론이 비판적인 상태에서 대체복무제를 도입하는 경우 사회통합 저해 등을 그 사유로 들었다.

한편 대한민국 정부는 자유권규약위원회에 대한 공소의 6 등 50명의 개인통보 사건(개인

통보 2179/2012)에서 “양심적 병역거부의 주장을 확대 적용하면 납세 및 의무교육 거부를 정당화하는 구실이 될 수 있다.”라는 주장을 하기도 하였다. 그리고 현재의 법령하에서 피고인에게 곧바로 무죄를 선고할 경우 대체복무조차 없이 병역의무를 완전 면제를 해 주는 것이어서 병역의무의 공평한 부담이라는 측면에서 볼 때 오히려 헌법상 평등원칙에 위배될 소지가 있어 허용되기 어렵다는 주장이 있다.

아래에서 차례로 이들에 대하여 살펴보기로 한다.

나. 안보상황의 특수성

2011년 헌법재판소 결정은 “북한의 핵무기 개발, 미사일 발사 등으로 초래되는 한반도의 위기상황은 미국, 중국, 일본을 비롯한 주변국들의 외교·안보적 상황에도 큰 영향을 미치고 있으며, 특히 최근 각종의 무력 도발에서 보는 바와 같이 북한의 군사적 위협은 이제 간접적·잠재적인 것이 아니라 직접적·현실적인 것이 되고 있는 상황이다. 이러한 우리나라의 특유한 안보상황을 고려할 때, 주관적인 사유로 병역의무의 예외를 인정하는 대체복무제를 도입하는 경우 국민들 사이에 이념적인 대립을 촉발함으로써 우리나라의 안보상황을 더욱 악화시킬 우려가 있다는 점을 심각하게 고려하여야 한다.”라고 실시하였다.

결국 우려하고 있는 바는 안보상황 그 자체라기보다는 이념대립으로 인한 사회적 혼란에 있는바, 뒤에서 인정한 설문조사 결과에서 보는 것처럼 과연 현재 국민의식에 비추어 대체복무제 도입이 안보상황을 악화시킬 만큼 이념대립을 촉발시킬 것인지는 의문이 있다. 오히려 대체복무제의 도입은 다소의 이견이 있다 하더라도 소수자의 보호라는 헌법적 가치를 실현함으로써 사회통합을 공고히 하는 효과가 있고, 이러한 성숙한 민주주의 역량을 토대로 도덕적, 정치적 우위를 점함으로써 국가안보를 튼튼히 할 수 있다.

실제로 아르메니아(1988년부터 1994년까지 6년간 아제르바이잔과 전쟁을 겪었고, 아직까지도 무장분쟁이 빈발하고 있다), 대만, 이스라엘 등이 이미 대체복무제 또는 양심적 병역거부자의 병역 면제를 실시하고 있는바, 이와 같은 나라들이 우리나라보다 안보상황이 더 안정되었기 때문에 이런 제도를 시행하고 있다고 보이지는 않는다.

뿐만 아니라 헌법재판소는 2004년 대체복무제도의 도입에 대한 입법권고를 하였고, 2004년 대법원 전원합의체 판결에서도 4인의 대법판들이 다수의견에 대한 보충의견에서 대체복무제도의 도입이 바람직하다는 견해를 제시하였으며 2007년에는 대체복무제도의 도입 논의가 시급하다는 취지로 판시하였다. 그리고 국가는 2007년 9월 대체복무제도 도입을 발표한 적이 있고, 2012년 시행된 제2차 국가인권정책기본계획에서 대체복무제 도입계획을 포함시켰는바, 이러한 인식이 대한민국의 특수한 안보상황을 도외시한 것이라고 보이지는 않는다.

다. 병력자원의 손실

현대전에 이르러서는 병력의 숫자보다 총체적 역량이나 내실이 중요하게 되었고, 이에 따라 국가는 이미 장기적으로 군의 현대화, 간부화, 정예화 계획을 수립하고 그에 따른 군 인력감축을 예정하고 있다. 나아가 이런 논거를 깊이 살펴보지 않더라도, 앞서 본 것처럼

현역병으로 복무하지 아니하는 사회복무요원, 산업기능요원, 전문연구요원, 공중보건의 등 보충역이 83,000명에 이르는 반면, 양심적 병역거부자는 한해 600명에 불과하다. 그리고 국가는 매년 현역병 입영 대상자 가운데 생계곤란을 이유로 1,100명 이상씩 현역입영을 면제해 주거나 복무기간을 단축해 주고 있고, 보충역에 대하여도 연령, 생계유지곤란, 수형 등을 이유로 500명 이상을 제2국민역으로 편입시켜 주고 있다. 이러한 점을 고려하면, 한 해 600명의 양심적 병역거부자를 현역병에서 제외해 주는 것이 실질적인 병력자원의 손실로 이어진다는 국가의 항변은 납득하기 어렵다.

라. 심사의 곤란성

수많은 선진 각국들이 양심적 병역거부자들을 위하여 대체복무제를 실시하고 있으나, 양심의 주관적 특성으로 인하여 심사의 곤란을 겪고 있다는 점을 인정할 만한 객관적 자료를 발견하기 어렵다. 국제사회에서 그러한 예가 구체적으로 공론화된 적이 없다.

국가는 오히려 대체복무제도를 실시할 경우 병역을 기피하기 위하여 대체복무제도를 악용하는 사례가 빈발할 것을 우려하는 듯하나(2011년 헌법재판소 결정은 “현역복무 기피를 위하여 여호와의 증인 신도로 개종을 하는 사람들이 나오지 않으리라는 보장이 없다.”라고 실시하기도 하였다), 그와 관련해서도 국제적으로 보고된 선례가 없을 뿐만 아니라, 대만이 2000년경 대체복무제도를 도입하면서 이러한 점을 우려하여 군복무기간이 1년 10개월임에도 대체복무기간을 2년 9개월로 정하였다가 그 후 2007년 대체복무법을 도입하여 복무기간을 군복무기간과 동일하게 조정한 사례가 인정될 뿐이다.

그리고 최근 메르스 사태나 대형재난사고에서 보는 것처럼 재해복구, 재난방지, 의료, 소방 영역에서 이루어지는 대체복무가 결코 군복무보다 편하다거나 더 안전하다고 볼 수 없는바, 대체복무의 내용, 강도, 그 기간 설정 등을 통하여 얼마든지 현역 복무보다 힘들거나 등가성 있는 대체복무제도를 설계할 수 있고, 대체복무제도가 병역기피자를 양산한다는 것은 실증된 사례도 아니다.

마. 사회적 공감대의 미형성

기본적으로는 사회적 약자의 권리 보호, 인권의 문제를 여론조사에 맡길 수 있는 성질은 아니라고 할 것이지만, 최근의 조사결과는 아래와 같다.

국제엠네스티 한국지부가 2016. 5. 여론조사기관에 의뢰하여 실시한 설문조사(응답자 수 1,004명)에 의하면, 국민들은 양심적 병역거부를 이해할 수 없는 일로 보면서도(72%) 대체복무제 도입에는 찬성(70%)하는 것으로 나타났다. 또한 서울지방변호사회가 2016. 7. 8. 소속 변호사들을 상대로 시행한 설문조사(응답자 수 1,297명)에 의하면, 양심적 병역거부가 양심의 자유에 포함된다고 보는 견해가 74.3%, 대체복무제를 허용하지 아니한 채 병역의무만을 요구하는 것이 헌법위반이라는 견해가 63.4%, 대체복무제 도입 찬성 견해가 80.5%로 나타났다.

이러한 설문조사 결과에 의하면 국민들의 의식이 최소한 대체복무제의 도입을 찬성하고

있고, 나아가 법률가들 사이에서는 대다수가 대체복무제도의 도입 없이 형사처벌만을 내세우는 현재 상황을 위헌이라고 여기고 있다. 따라서 국민적 공감대의 부족이라는 주장이 무엇을 근거로 하고 있는 것인지 그 객관적인 자료가 없는 선험적 추정에 불과한 반면에, 오히려 국민적 공감대가 있다는 주장은 설득력을 더해 주고 있을 뿐이다. 이미 국민들과 일선 법률가들은 성숙한 민주주의 아래 소수자인 양심적 병역거부자들의 권리를 존중하고 보호할 준비가 되어 있음을 보여주고 있다.

나아가 국가는 앞서 본 바와 같이 신체등위뿐만 아니라 다양한 사유들을 근거로 병역의 무에 차등을 두고 있는바, 예를 들면 예술·체육분야에서의 문화창달과 국위선양 기여 등을 이유로 한 병역면제에 대하여는 여러 가지 다양한 반대 의견이 분출되기도 하였는바, 유독 양심적 병역거부에 대하여 국민적 공감대의 미흡을 이유로 대체복무제도를 도입할 수 없다는 견해는 받아들이기 어렵다.

바. 이른바 양심적 납세거부와 비교

양심적 병역거부를 반대하는 입장에서는 자주 자신이 내는 세금이 살인무기를 구입하는데 사용될 수 있음을 이유로 하는 양심적 납세거부 등 일반적인 시민불복종 운동과의 차별성을 인정하기 어렵다는 주장을 하기도 한다.

그러나 양심적 병역거부는 그 역사가 오래되었을 뿐만 아니라 독일의 나찌 치하에서 그리고 구 소련 치하에서 수많은 사람들이 양심적 병역거부를 하였다는 이유로 투옥과 처형을 당하였음에도 지금까지 자신의 양심과 종교적 신념에 어긋나는 행위를 거부하면서 기꺼이 국가로부터 박해를 받아들이고 있는 반면에, 세금납부거부는 그와 같은 강렬한 역사적 경험이 없다. 뿐만 아니라 양심적 병역거부는 그 결과로 인하여 투옥과 생명의 박탈까지도 감수하여야 하는 반면에, 납세거부는 그 결과로 국가의 강제징수로 인한 재산권이 침해되는 결과가 초래되는 점에 비추어, 서로 간에 침해되는 법익에 현저한 차이가 있다.

한편 자유권규약위원회도 이러한 대한민국의 주장에 대하여 “납세나 교육과 달리 병역의 무는 누가 보더라도 명백하게 타인의 생명을 앗아갈 위험이 있는 행위에 관여하게 만드는 점에 비추어 보면, (거부를 주장하는) 개인이 우려하는 인명 침해에 관여하는 정도 즉 기여도에 큰 차이가 있다.”라는 취지에서 대한민국의 주장을 배척하였다. 이런 점에서 양심적 병역거부는 그 역사와 저항의 강도, 법익침해의 정도에 있어서 다른 일반적 시민불복종 운동과 구별되는 차별성이 있다.

사. 대체복무제도가 마련되지 않은 현행 법령하에서 무죄판결의 의미

병역법 제88조 제1항은 현역입영뿐만 아니라 사회복지요원 소집, 교육 소집, 병력동원 소집 및 전시근로 소집에 대하여 정해진 기일 내에 입영 또는 소집에 응하지 아니하는 경우를 처벌하도록 정하고 있다. 한편 제65조는 현역병으로 입영한 사람에 대하여 신체검사를 거쳐 보충역 편입 또는 제2국민역 편입 처분을 할 수 있다고 정하고 있으므로, 지방병무청장은 현역입영 소집통지서에 따라 입영한 후 보충역 편입 처분을 받은 사람에 대하여 다시

사회복무요원 소집통지를 할 수 있고 이에 불응할 경우 형사처벌 대상이 된다.

이와 마찬가지로 피고인이 현역입영 통지에 불응한 데 대하여 정당한 이유가 있다고 보아 법원이 무죄판결을 하였다고 하더라도, 이는 현역병 입영 불응에 대한 정당한 사유에 관한 판단일 뿐이어서, 추후 국가가 대체복무제도를 도입하여 대체복무 소집통지를 한 데 대하여 정당한 사유가 있는지 부분까지 그 효력이 미친다고 볼 수 없다. 따라서 국가가 논란이 될 수 있는 부분까지 감안하여 대체복무제도를 입법화한다면, 언제든지 피고인에게 대체복무를 강제할 수 있다고 할 것이므로(물론 유엔인권이사회 등이 제시하고 있는 바와 같이, 순수 민간적 성격의 징벌적이지 않은 내용으로 대체복무제도를 설계하여야 할 것이다), 피고인에 대한 무죄판결이 포괄적인 병역의무의 면제를 의미한다고 볼 수 없다. 설령 그렇지 않다 하더라도 헌법 제10조에 따른 국가의 갈등완화 의무에서 본 바와 같이, 국가가 그 의무를 게을리하여 대체복무제도를 도입하지 않고 있다는 사정이 정당한 이유의 포괄 범위를 좁혀 피고인을 불이익하게 처우할 수 있는 근거로 되어서도 안 된다.

7. 양심적 병역거부자들에 대한 재판과 형 집행의 현실

가. 재판의 현실

2000년대에 들어 양심적 병역거부자들이 징총거부 대신 입영거부를 선택함에 따라 종래 군사법원이 아닌 일반 법원에서 이 사건을 다루게 되었는데, 일선 법원은 대체로 전과나 범행의 동기, 성행 등 형법 제51조에 따른 양형 조건에 대한 고려 없이 일률적으로 병역법상 현역입영 면제에 해당하는 징역 1년 6개월을 선고하고 있다.

그러나 일부 판사들은 두 차례의 헌법재판소 결정이 있었음에도 이 사건 법률에 대하여 연이어 위헌제청신청을 하고 있고, 대법원이 전원합의체 판결까지 거쳐 유죄의견을 밝혔음에도 하급심에서 무죄판결이 끊이지 않고 있는바, 단일 범조항에 대한 일선 판사들의 이와 같은 혼란은 사법 역사상 유례가 없는 일이다.

그리고 현행법상 유죄의 선고가 불가피하다는 견해를 취하는 법관들도 초범인 경우 집행유예를 선고하고 재차 위반하는 경우 징역형의 실형을 선고하는 등의 과정 없이 예외 없이 징역 1년 6개월의 정찰제 판결을 할 뿐이고, 이와 같이 징역 1년 6개월의 실형에 해당하는 비교적 중대 범죄임에도 법정구속을 하는 경우가 드문데(검찰 측에서 기소 전 구속영장을 청구하는 경우는 아예 없는 것으로 보인다), 이는 유죄판결이 불가피하다는 현실 인식 아래 그나마 병역의무라도 면해주고자 하는 동정심에서 확일적 판결이 내려질 뿐 처벌법규의 사회적 규범력 확보와 범죄자에 대한 형사처벌이라는 일반 형사재판의 관념과는 거리가 있다. 이는 사실상 타협판결로서 국가 형벌권의 행사가 지극히 왜곡되고 있음을 방증하는 것에 다름 아니다.

나. 형 집행의 현실

양심적 병역거부자들은 형 확정 후에는 교도소로 보내져 일반적인 정역의무를 부과받아야 함에도 일률적으로 미결수용소인 구치소에서 교도관의 행정 및 운영업무를 보좌하는 역

할을 수행하고 있는바, 이는 사실상 병역의무 대신 대체복무 또는 사회복무를 이행하고 있는 셈이다. 그런데 피고인으로서도 대체복무를 요구하면서 실정법을 어겼다고 유죄판결을 받았는데, 국가는 대체복무는 불필요하다고 하면서 막상 유죄를 선고한 후에는 사실상의 대체복무를 부과하는 이런 역설적 상황을 선뜻 수긍하기 어렵다. 굳이 유죄의 선고를 거쳐 전과자 신분으로 이런 의무를 담당하게 할 것이 아니라, 대체복무제도의 도입으로 병역의무에 갈음하여 떳떳하게 우리의 공동체를 위하여 기여하고 이바지할 수 있는 기회를 제공하게 함이 마땅하다.

8. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 김영식(재판장) 유병호 강화연

11

전주지법 정읍지원 2016. 12. 7. 선고 2016고합29 판결 [공직선거법위반] : 확정

甲 정당의 당원이자 지방자치단체장인 피고인이 甲 정당 및 甲 정당 소속 공직선거 후보자 乙을 위하여 사전선거운동을 함과 동시에 선거운동을 할 수 없는 사람임에도 선거운동을 하였다고 하여 공직선거법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인에 대한 공소가 공소장일본주의에 위배되어 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당한다는 이유로 공소를 기각한 사례

【판결요지】

甲 정당의 당원이자 지방자치단체장인 피고인이 甲 정당 및 甲 정당 소속 공직선거 후보자 乙을 위하여 사전선거운동을 함과 동시에 선거운동을 할 수 없는 사람임에도 선거운동을 하였다고 하여 공직선거법 위반으로 기소된 사안에서, 공소장에 법관에게 예단을 생기게 하여 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는 내용들이 기재되어 있는데, 이는 공소사실의 구성요건과 별다른 관련이 없음에도 피고인이 공소사실 외에도 甲 정당 및 乙을 위하여 금지된 선거운동을 하였거나 乙의 선거운동을 지속적으로 도와주었다는 인상을 주어 피고인이 공소사실도 충분히 저지를 수 있다는 강한 유죄의 심증을 불러일으킬 수 있는 것으로서 공소사실의 특징을 방해하고, 피고인의 방어권 행사를 어렵게 하는 결과를 초래하는 점, 증거의 내용을 인용하여 공소사실에 기재한 부분은 마치 해당 부분 추단 사실들이 진실한 것이라는 인상을 주어 사실상 공소제기의 단계에서 증거조사가 이루어진 것과 다름없는 결과가 되었으므로, 법관에게 예단을 주기에 충분한 기재로서 공소장일본주의를 정면으로 증대하게 위반한

것인 점 등을 종합하면, 피고인에 대한 공소가 공소장일본주의에 위배되어 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당한다는 이유로 공소를 기각한 사례.

【참조조문】 공직선거법 제60조 제1항 제4호, 제254조 제2항, 제255조 제1항 제2호, 형사소송법 제254조, 제327조 제2호, 형사소송규칙 제118조 제2항

【피 고 인】 피고인

【검 사】 김영현 외 1인

【변 호 인】 변호사 조하영 외 3인

【주 문】

이 사건 공소를 기각한다.

【이 유】

1. 공소사실의 요지

가. 피고인 및 공소외 1의 지위

피고인은 더불어민주당의 당원이자 2010. 7. 1.부터 지방자치단체의 장인 정읍시장으로 재직 중인 사람이고, 공소외 1은 2016. 4. 13. 실시된 제20대 국회의원 선거의 정읍·고창 선거구에 더불어민주당 후보로 출마하였다가 낙선한 사람이다.

나. 범죄사실

누구든지 선거운동기간 전에 공직선거법에 규정된 방법을 제외하고는 선거운동을 할 수 없고, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체장은 선거운동을 할 수 없다.

1) 2016. 3. 13.자 공직선거법 위반

피고인은 2016. 3. 12. ‘○○산악회’의 제주도 한라산 등반행사에 참석하여 2016. 3. 13. 21:00경 공소외 1과 함께 목포항에서 정읍시로 돌아오는 버스에 동승한 다음, 그 버스에 탑승한 산악회 회원들인 선거인 38명을 상대로 더불어민주당을 지지하여 달라는 취지로 말하고, 그 직후 공소외 1로 하여금 위 선거인들에게 지지를 호소하도록 하여, 더불어민주당 및 공소외 1을 위해 선거운동기간 전에 선거운동을 함과 동시에 선거운동을 할 수 없는 사람임에도 부정선거운동을 하였다.

2) 2016. 3. 14.자 공직선거법 위반

피고인은 2016. 3. 14. 20:00경 정읍시 (주소 1 생략)에 있는 △△△한우 식당에서 정읍시 지역 시민들로 구성된 사적 친목모임인 ‘민주를 사랑하는 모임’ 행사에 참석하여 공소외 1이 자신에 대한 지지를 호소한 직후, 위 모임에 참석한 유권자 35명을 상대로 정읍·고창 선거구의 다른 후보자들인 국민의당 소속 공소외 2 후보와 무소속 공소외 3 후보를 비판하고 국회의원 선거에서 더불어민주당에 대해 지지하여 줄 것을 호소하여, 더불어민주당 및

공소외 1을 위해 선거운동기간 전에 선거운동을 함과 동시에 선거운동을 할 수 없는 사람임에도 부정선거운동을 하였다.

2. 공소장일본주의 위배 여부에 대하여

가. 피고인 및 변호인들의 주장 요지

검사는 이 사건 공소를 제기하면서 공소장에 별지 ‘공소사실’ 기재와 같은 내용을 기재하였는바, 피고인 및 변호인은 이 사건 공소제기가 공소장일본주의에 위배되어 무효라고 주장한다.

나. 관련 법리

1) 공소장일본주의는 검사가 공소를 제기할 때에는 원칙적으로 공소장 하나만을 제출하여야 하고, 그 밖에 사건에 관하여 법원에 예단을 생기게 할 수 있는 서류 기타 물건을 첨부하거나 그 내용을 인용하여서는 아니 된다는 원칙이다(형사소송규칙 제118조 제2항). 공소장에 법령이 요구하는 사항 이외의 사실로서 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 사유를 나열하는 것이 허용되지 않는다는 것도 이른바 ‘기타 사실의 기재 금지’로서 공소장일본주의의 내용에 포함된다(대법원 1994. 3. 11. 선고 93도3145 판결 참조).

2) 공소장일본주의의 위배 여부는 공소사실로 기재된 범죄의 유형과 내용 등에 비추어 볼 때에 공소장에 첨부 또는 인용된 서류 기타 물건의 내용, 그리고 법령이 요구하는 사항 이외에 공소장에 기재된 사실이 법관 또는 배심원에게 예단을 생기게 하여 법관 또는 배심원이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는지 여부를 기준으로 당해 사건에서 구체적으로 판단하여야 한다. 이러한 기준에 비추어 공소장일본주의에 위배된 공소제기라고 인정되는 때에는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하는 것으로 보아 공소기각의 판결을 선고하는 것이 원칙이다(형사소송법 제327조 제2호). 다만 공소장 기재의 방식에 관하여 피고인 측으로부터 아무런 이의가 제기되지 아니하였고 법원 역시 범죄사실의 실체를 파악하는 데 지장이 없다고 판단하여 그대로 공판절차를 진행한 결과 증거조사절차가 마무리되어 법관의 심증형성이 이루어진 단계에서는 소송절차의 동적 안정성 및 소송경제의 이념 등에 비추어 볼 때 이제는 더 이상 공소장일본주의 위배를 주장하여 이미 진행된 소송절차의 효력을 다툴 수는 없다고 보아야 하나, 피고인 측으로부터 이의가 유효하게 제기되어 있는 이상 공판절차가 진행되어 법관의 심증형성의 단계에 이르렀다고 하여 공소장일본주의 위배의 하자가 치유된다고 볼 수 없다(대법원 2009. 10. 22. 선고 2009도7436 전원합의체 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결 등 참조).

다. 판단

1) 이 사건 공소장에 기재된 죄명과 적용법조에 비추어 볼 때, 이 사건 공소사실의 특징은 범죄의 시일, 장소 및 방법과 함께 선거운동이 금지되는 피고인의 지위, 선거운동에 있어 당선을 도모하는 목적의사의 대상이 되는 공소외 1의 지위와 더불어민주당과의 관계 등을 모두 설치하여도 제1항 ‘공소사실의 요지’ 정도의 기재로도 충분할 것으로 보이고, 검찰

도 통상의 사건에서 공소사실을 위와 같은 방식에 따라 구성요건을 이루는 사실만을 나열하여 간략하고 명료하게 기재하고 있다.

2) 그런데 이 사건 공소장에는 다음과 같은 ‘기타 사실’ 및 ‘증거의 내용 인용 부분’이 기재되어 있다.

가) 공소장 제2의 가.항 전제사실 부분에 기재된 내용

(1) 피고인이 2016년 1월 중순경 지방선거 당시 자신을 위해 선거운동을 하였던 ‘심복’인 공소외 4, 공소외 5에게 공소외 1의 선거운동을 도와주도록 지시하여 위 사람들이 피고인의 지시로 공소외 1의 선거사무실 개소 및 선거캠프 관계자 인선 등의 업무를 도와주었다는 취지(공소장 3면 9행~13행)

(2) 피고인이 2016. 2. 2. 개최된 공소외 1 선거사무실 개소식에 직접 참석하여 공소외 1에 대한 피고인의 지지를 공공연하게 과시하였다는 취지(공소장 3면 13행~15행)

(3) 피고인이 2015년 12월경 더불어민주당(이하 ‘더민주당’이라고 한다) 중앙당에 정읍·고창 선거구의 정당 후보자가 누구로 결정되든지 돕겠다는 의사를 표현하고 더민주당 소속 국회의원 후보를 위해 선거운동을 하기로 마음먹고 있었다는 취지(공소장 3면 16행~4면 2행)

(4) 피고인이 공소외 1의 인지도를 높이고 피고인이 공소외 1을 지지한다는 인상을 심어주기 위해 자신의 정무비서 공소외 6, 수행비서 공소외 7로 하여금 공소외 1을 위해 선거운동을 하고 있던 공소외 4, 공소외 8에게 피고인이 정읍지역 유권자들 상대로 하는 각종 행사일정을 알려주도록 하여 공소외 1이 위 각 행사에 참석하여 정읍지역 유권자들을 상대로 선거운동을 하게 하도록 하였고, 이에 따라 공소외 1이 피고인이 참석하는 행사 장소에서 선거운동을 하였다는 취지(공소장 4면 3행~5면 9행)

그러면서 공소장에는 각주 3)번으로 피고인의 비서들과 공소외 4, 공소외 8이 2016. 1. 3. 경부터 2016. 4. 12.경까지 서로 연락한 횟수가 기재되어 있고, 각주 4)번으로 □□요양병원 총무과장 공소외 9가 ‘정읍시청으로부터 정읍시장이 100세 이상의 어르신에게 인사를 드리는 행사에 협조하여 달라는 요청을 받았다’는 취지의 진술을 기재하였음

나) 공소장 제2의 나.항 범죄사실 부분에 기재된 내용

(1) 피고인이 2016년 1월 중순경부터 2016. 4. 12.경까지 사이에 여러 모임에서 공공연하게 더민주당 및 공소외 1을 지지하는 발언을 계속하여 왔다는 취지(공소장 5면 17행~6면 1행)

(2) 공소외 1이 2016. 3. 13. ‘○○산악회’ 모임에 합류하여 피고인이 지켜보는 가운데 식당과 여객선에서 선거운동을 하였고, 피고인은 공소외 1과 별도로 여객선 객실을 돌아다니면서 “더불어민주당 파이팅!, 공소외 1 파이팅!”을 외치기도 하였다는 취지(공소장 6면 18행~7면 10행)

다) 한편 이 사건 공소장 제2의 나. (2)항에는 2016. 3. 14.자 공직선거법 위반의 점과 관

련하여 <피고인의 발언 내용>이라는 소제목하에 피고인의 발언 내용이 다음과 같이 사각의 틀 안에 기재되어 있다.

피고인 발언 내용
<p>“아~ 지금 우리 정읍의 상황이 3과전이예요, 3과전이예요. 3과전. 기득권을 가지고 있는 공소의 2 의원, 그 다음에 이제 예~ 그래도 우리 지역의 정통야당 더불어민주당 공소의 1 후보, 그리고 이제 이게 정읍고창후보 선거구가 하나로 되면서 고창의 3선 군수를 한 무소속(공소의 3 지칭), 그런데 우리 고창의 그 무소속은 원래 우리 민주당이었어요. 그런데 우리 당에서 예~ 그 분의 그 사생활문제가 이~ 문제가 돼서 당에서 퇴출을, 출당을 준비를 하니까 본인이 스스로 탈당을 해서 무소속으로 군수를 했어요. 무소속으로. 그래서 지금 거기 3과전, 이 세 사람이. 팽팽하지요…….”</p> <p>“왜냐하면 또 이게 지역, 지역에 어떤 이기주의가 있겠습니까? 그러면 고창은 적은 이~ 유권자가 있고, 그 대신 또 이 정읍 안에 고창 출신들이 상당히 있어요. 이게. 그러니까 공소의 3 무소속 후보 쪽에서는 고창 표를 결집시키고 정읍에 계시는 고창 분들을 어떻게든지 이렇게 표를 모으면 당선된다. 이렇게 보니까, 하고. 그러기 때문에 정읍에서 표를 갈라먹을 수 있는 사람은 지금 공소의 2 후보하고 공소의 1 후보, 그러니까 이 3과전이지만 잘못하다가는 고창(공소의 3 지칭)한테 뺏길 수도 있어요. 이게 예 이런 상황, 이런 상황. 그래서 어떤 시점에서는 우리 공소의 1 후보가 예…….”</p> <p>“그래서 마침 우리 참, 청년 그 우리 모임이 있다고 해서 저~ 늦게사 알았지만, 정말 총알택시를 쫓아왔어요. 사실은…….”</p> <p>“여러분! 이것은 아니라고 생각할 때는 우리가 과감하게 한번 힘을 모아서 이번 총선에서 좌우간 그~ 더불어민주당이 그래도 잘 되어야 정권교체의 희망이 있는 것이지, 지금 어떤 뭐 국민의당 뭐 뭐 이걸 해봐야…….”</p> <p>“저는 절대 그것은 현실적으로, 지금 전국의 여론조사에서도 지지도에서도 뭐 엄청난 차이가 나지 않습니까? 한때는 호남 쪽에서 공소의 10 당이 40% 지지가 넘었어요, 공소의 10 당이. 그러니까 그쪽으로 따라가면 그냥 국회의원 한 번 더 할 생각하고, 그냥 탈당하고 떠난 사람들(공소의 2 지칭)이 지금 코빠치고 있지 않습니까? 사실은. 현재. 정치인, 이런 정치인들은 정치할 자격이 없어요. 자기가 추구하는 그 어떤 정치이념, 신념이 아무리 현재 어렵더라도 그것을 돌파하고 자기의 신념을 관철시키는 그런 이…… 의지를 가진 정치인이어야만이 우리가 대세로 또…… 드리는 그런 정치인이지, 그런 시세에 이렇게 저렇게 해가지고 뭐 공소의 10 따라가면 그냥 국회의원 되니까(공소의 2 지칭) 한 번 더 하자. 이런 것은 우리가 용납해서는 나는 안 된다고 봅니다, 사실은…….”</p> <p>“여러분! 정말 함께 해 주시고, 여러분들의 젊음, 그리고 그 조금은 시간을 좀 모아서 이번에 대한민국이 잘 되도록 여러분들이 꼭 좀 도와주세요. 내가 소주를 여러 잔 먹고 왔더니 좀 말이 앞뒤가 안 맞는지 모르겠는데, 맥은 같지 않습니까? 이번 총선에서 우</p>

리 더불어민주당의 힘ियो, 그리고 이것이 정권대창출하고, 정권창출하고, 정말 저는 공직 있지만 이 정권이 계속 여에서 야로 야에서 여로 이렇게 가야 그 정권…… 자들이 국민을 무시하지 않고…… 그러지, 그냥 방향 제시하는 대로 다 그쪽으로 가버리면 나중에 국민을 무시해요. 그러니까 이제 한두 번 정도 새누리당으로 가든가, 이제는 민주당으로 이렇게 해서 균형을 잘 잡고 그러면서…… 균형 발전하고, 또 남북관계도 새로운 길을 열고 이것이 지금 우리가 꼭 해야 할 일이다. 저는 이런 생각이 들어서 더 여러분들한테 간곡히 호소를 합니다. 여러분! 나 때문에 이 귀중한 시간 이렇게 빼앗겨서 죄송하고, 여러분! 부탁드립니다.”

3) 판단

가) 앞서 본 바와 같이 이 사건 공소사실의 특징은 제1항 기재 ‘공소사실의 요지’ 정도의 기재로도 충분하고, 위 각 ‘기타 사실’ 등 기재 내용은 이 사건 공소사실의 구성요건과 별다른 관련이 없음에도 피고인이 이 사건 공소사실 외에도 더민주당 및 공소의 1을 위하여 금지된 선거운동을 하였거나 공소의 1의 선거운동을 지속적으로 도와주었다는 인상을 주어 피고인이 이 사건 공소사실도 충분히 저지를 수 있다는 강한 유죄의 심증을 불러일으킬 수 있는 것으로서 법관에게 예단을 생기게 하여 법관이 범죄사실의 실체를 파악하는 데 장애가 될 수 있는 내용들이다.

나아가 이 사건 공소장 제2의 가.항 전제사실 부분에 기재된 내용 중 각주 3)번과 4)번에 기재된 내용은 검사가 유죄의 증거로 제출한 ‘내사보고(통신사실 분석 관련)’, ‘공소의 9에 대한 검찰 진술조서’ 및 ‘통화내용 분석자료’(증거목록 순번 39번, 48번, 132번)의 내용을 인용한 것으로, 검사는 증거서류의 내용을 인용하여 마치 해당 부분 ‘추단’ 사실들이 진실한 것이라는 인상을 주고 있는바, 이와 같이 증거조사가 이루어지지 않은 증거서류의 일부 내용을 공소사실에 기재한 것은 법관에게 예단을 주기에 충분한 기재라고 하지 않을 수 없다.

나) 위 각 ‘기타 사실’ 등 기재 내용은 공소사실의 특징을 방해하고, 앞서 본 바와 같이 법관으로 하여금 강한 유죄의 심증을 불러일으킬 수 있는 것이어서 피고인으로는 이 사건 공소사실 구성요건 외에 위 각 ‘기타 사실’ 등 기재 내용에 대하여도 방어할 수밖에 없다 할 것인바, 피고인의 방어권 행사도 어렵게 하는 결과를 초래한다.

다) 물론 범죄의 유형과 내용에 따라서는 구성요건 사실 자체만을 간략히 기재하는 것만으로는 공소사실을 특정하기 어렵거나 그 내용을 전달하는 것이 곤란하여 범행에 이르게 된 경우나 주변사실 또는 간접사실 등을 상세히 기재할 필요가 있는 경우도 있다.

그런데 ‘선거운동’은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는 것으로서, 이에 해당하는지는 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 할 것인바(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 등 참조), 이러한 법리에 비추

어 보면, 이 사건 공소사실의 특징은 앞서 본 바와 같이 제1항 ‘공소사실의 요지’ 정도의 기재로도 충분하고, 위 각 ‘기타 사실’ 부분 등을 제외한다고 하여 이 사건 공소사실의 특징이나 내용 전달에 어떤 부족함이 발생한다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 이 사건 기록을 살펴봐도 사건의 배경이나 범행 동기, 경위 등을 상세히 기재하지 않거나 증거의 내용을 그대로 인용하지 않으면 안 될 구체적인 사정을 발견할 수 없다.

라) 한편 이 사건 공소장 제2의 나. (2)항 <피고인의 발언 내용>에 기재된 내용은 피고인의 발언을 그대로 인용하는 형식으로 기재되어 있는데, 이는 검사가 유죄의 증거로 제출한 ‘CD’ 및 ‘원본 녹취록’(증거목록 순번 33번, 35번)의 내용을 그대로 인용한 것이다.

이와 같은 내용은 이 사건 공소사실 중 2016. 3. 14.자 공직선거법 위반의 점을 인정하는 데에 결정적인 역할을 하는 내용으로서 그와 같은 내용의 증거가 존재하고 증거능력이 인정되기만 하면 바로 이 부분 공소사실의 존재를 인정할 수 있는 핵심 증거에 해당하고, 변호인들은 이 사건에서 위 각 증거들에 대해 위법수집증거에 해당한다고 주장하며 증거로 함에 동의하지 아니하여, 이 법원은 제9회 공판기일에 이르러 녹음자인 공소외 11을 증인으로 신문한 후 위 각 증거들에 대해 조사하였다.

그런데 이 사건 공소장에는 그 증거들에 나타나는 피고인의 발언 내용 중 핵심적인 부분이 그대로 인용·기재되어 법관이 공소제기와 동시에 이를 볼 수 있는 상태로 되어 있었으므로 사실상 공소제기의 단계에서 증거조사가 이루어진 것과 다름없는 결과가 되었는데, 이와 같은 증거서류의 내용을 인용하여 공소사실에 기재한 것은 법관에게 예단을 주기에 충분한 기재라고 하지 않을 수 없고, 이는 공소장일본주의를 정면으로 중대하게 위반한 것이라고 보아야 한다.

마) 피고인의 변호인들은 이 법원 제1회 공판기일 전에 제출한 2016. 7. 12.자 의견서와 증거조사가 이루어지기 전인 2016. 9. 1.자 의견서를 통해 이 사건 공소장이 공소장일본주의에 위배된다고 주장하였고, 제1회 공판기일에서도 같은 취지로 주장하였는데, 이와 같이 이 사건 공소장에 의한 공소제기가 공소장일본주의에 위배되었다는 변호인의 이의가 제기되어 있는 이상, 그 후 증거조사 등의 공판절차가 진행되어 심증형성의 단계에 이르렀다고 하여 공소장 기재 방식의 하자가 치유된다고 볼 수 없다.

3. 결론

그러므로 피고인에 대한 이 사건 공소는 공소장일본주의에 위배되어 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 이 사건 공소를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

판사 **진광철(재판장)** 임윤한 김동관

[별 지]

공소사실

1. 피고인의 범죄전력 및 지위

피고인은 1996. 5. 29. 전주지방법원에서 정치자금에 관한 법률위반죄로 벌금 100만 원을, 2010. 8. 16. 전주지방법원 정읍지원에서 공직선거법위반죄로 벌금 80만 원을 각각 선고받은 전력이 있다.

피고인은 더불어민주당(이하 ‘더민주당’으로 약칭) 당원으로서 더민주당 전북도당 상임고문이자 중앙당 상무위원으로 활동하고 있으나, 2010. 7. 1.부터 현재까지 정읍시장으로 재직 중이므로 공직선거법에 의해 선거운동을 할 수 없다.¹⁾

2. 범죄사실

가. 전제사실: 피고인의 공소의 1 후보 선거운동 지원

공소의 1은 2016. 4. 13. 실시된 제20대 국회의원 선거(이하 ‘선거’로 약칭)에 정읍·고창 선거구 더민주당 후보로 출마하였다가 낙선한 사람으로서, 2016. 1. 22. 선거관리위원회에 국회의원 예비후보로 등록하였다가 같은 해 3. 7. 더민주당 국회의원 후보로 전략공천 되었으며, 2016. 1.경부터 선거일까지 당선을 위한 선거운동을 계속하였다.

피고인은 2010. 6. 2. 정읍시장으로 당선(민선 5기)된 이후 정읍시 정책 수립 및 시행 관련 자문을 받고자 수도권과 전북 일대 정읍 출신의 영향력 있는 사람들로 ‘정읍시 미래전략자문단’을 구성하여 운영하던 중 그 자문단의 구성원이 된 공소의 1을 처음 알게 되었다.

피고인은 제19대 국회 더민주당 소속 정읍 지역구 국회의원이었던 공소의 2(제20대 국회의원 선거 정읍·고창 선거구 당선자)이 더민주당을 탈당한 후인 2016. 1. 중순경 공소의 1로부터 수회에 걸쳐 “내가 더민주당 정읍·고창 선거구 후보로 20대 국회의원 선거에 출마하고자 하는데 어떨겠느냐”는 상의를 받고 공소의 1에게 “공소의 12 대표(공소의 12 더민주당 대표를 지칭)를 한번 만나봐라”는 등의 조언을 해 주었으며, 같은 해 2월 초순경에는 공소의 1로부터 “내가 선거에 쓸 돈이 없는데 괜찮겠느냐”는 상의를 받고 공소의 1에게 “돈 가지고 선거하냐, 나도 사실은 돈 없이 선거를 했다”면서 선거운동 방법에 대해 조언해 주기도 하였다.

또한 피고인은 2016. 1. 중순경 제5회 동시지방선거(2010. 6. 2.) 및 제6회 동시지방선거(2014. 6. 4.) 당시 피고인을 위해 선거운동을 하였던 피고인의 ‘심복’인 공소의 4, 공소의 5에게 공소의 1의 선거운동을 도와줄 것을 지시하여, 그때부터 공소의 4, 공소의 5 등으로 하여금 공소의 1의 선거사무실 개소 및 선거캠프 관계자 인선 등의 업무를 도와주도록 하였으며,²⁾ 같은 해 2. 2. 개최된 ‘공소의 1 선거사무실 개소식’에 피고인이 직접 참석하여 공

1) 공직선거법 제60조 제1항 제4호상 지방공무원법 제2조에 규정된 공무원 중에서 정당법 제22조 제1항 제1호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원 중 정무직공무원인 지방자치단체장은 선거운동이 금지되어 있고, 구 대통령선거법, 구 국회의원선거법, 구 지방자치단체의장선거법, 구 지방의회의원선거법에서도 ‘국회의원, 지방의회의원’의 경우 선거운동을 허용하면서도 지방자치단체장의 경우 선거운동을 허용하지 아니하였음.

소의 1에 대한 피고인의 지지를 공공연하게 과시하기도 하였다.

한편 피고인은 2015. 12.경 더민주당 중앙당으로부터 선거에서 정읍·고창 선거구 국회의원 후보로 출마할 것을 권유받았는데 이를 거절하면서 더민주당 중앙당에 “현재 정읍지역 선거구에 더민주당 제20대 국회의원 선거 후보가 정해지지 않았는데 중앙당에서 누구를 후보로 정해주는 내가 출마한다는 자세로 도울 수 있는 부분을 돕겠다.”라는 의사를 표현하기도 하고, 더민주당 당원으로서 같은 당 소속 국회의원 후보를 당선시키는 일이 당원으로서 할 일이라고 생각하는 등 더민주당 소속 국회의원 후보를 위해 선거운동을 하기로 마음먹고 있었다.

피고인은 지역 공명·중립선거 성취를 위해 가장 중요한 위치에 있는 정읍시장이라는 신분에도 불구하고 위와 같이 선거에서 정읍시장으로서의 지위와 신분을 이용하여 더민주당 국회의원 후보인 공소의 1을 위해 선거운동을 하기로 마음먹고 있던 중, 2016. 1. 중순경부터 더민주당 후보로 출마할 것이 확실시되는 공소의 1의 정읍지역에서의 인지도를 제고하고 정읍지역 유권자들에게 정읍시장이 공소의 1을 지지한다는 인상을 심어주기 위해 자신의 부하 직원인 정무비서 공소의 6(별정 6급, 민선 5기 정읍시장 선거에서 피고인의 수행비서를 맡는 등 선거운동을 함), 수행비서 공소의 7(세무 7급)에게 위와 같이 피고인의 지원에 의해 공소의 1을 위하여 선거운동을 하고 있던 공소의 4, 공소의 8과 긴밀하게 연락하여 피고인의 정읍지역 유권자들 상대로 하는 각종 행사일정을 위 공소의 4, 공소의 8에게 알려주도록 지시하였다.

이에 따라 공소의 4는 주로 공소의 6과, 공소의 8은 주로 공소의 7과 2016. 1. 3.경부터 같은 해 4. 12.경까지 사이에 상호 연락³⁾을 주고받으면서 피고인이 위와 같이 각종 행사에 참석한 사실을 공소의 1에게 보고하였고, 이에 공소의 1이 위 각 행사에 참석하여 아래와 같이 정읍지역 유권자들을 상대로 선거운동을 계속하였다.

즉, 공소의 1은 2016. 1. 19. 10:00경 전북 정읍시 입암면 천원리에 있는 입암면사무소 부근에서, 같은 날 14:00경 같은 시 소성면 등계리에 있는 소성면사무소 부근에서, 같은 달

-
- 2) 민선 5기 정읍시장 선거 당시 공소의 13은 선거사무장, 공소의 4는 유세팀장, 공소의 5는 불교 청년위원장, 공소의 14는 선거대책위원회 부위원장으로서 피고인을 위하여 선거운동을 하였고, 민선 6기 정읍시장 선거 당시 공소의 13은 선거사무장, 공소의 4는 조직국장, 공소의 5는 불교 청년위원장, 공소의 14는 선거대책위원회 부위원장, 공소의 8은 피고인 수행비서로 피고인을 위하여 선거운동을 하였는데, 위 공소의 13, 공소의 4, 공소의 5, 공소의 14, 공소의 8 등은 모두 금번 제20대 국회의원 선거와 관련하여 공소의 1의 선거캠프에 합류하여 공소의 13은 선거사무장, 공소의 4는 상황실장, 공소의 14는 선거대책위원회 상임고문, 공소의 8은 공소의 1 수행비서로 선거운동을 하였고, 공소의 5는 ‘○○산악회’ 운영위원장의 신분으로 공소의 1의 선거대책회의에 수시로 참석하는 등 공소의 1을 위한 선거운동을 하였음. 위 공소의 13, 공소의 4, 공소의 5, 공소의 14, 공소의 8 등 모두 ‘○○산악회’ 회원이자 주요 간부들임(피고인은 위 공소의 13, 공소의 4, 공소의 5, 공소의 14, 공소의 8 등에 대해 ‘정치적 동지 관계’라고 진술).
- 3) 공소의 6이 공소의 4에게 2016. 1. 3.경부터 같은 해 4. 11.경까지 115회, 공소의 4가 공소의 6에게 2016. 1. 3.경부터 같은 해 4. 12.경까지 110회, 공소의 7이 공소의 8에게 2016. 1. 5.경부터 같은 해 4. 12.경까지 119회, 공소의 8은 공소의 7에게 같은 기간 동안에 103회 각각 연락함.

20일 10:00경 같은 시 고부면 고부리에 있는 고부면사무소 부근에서, 같은 달 21일 10:00경 같은 시 덕천면 우덕리에 있는 덕천면사무소 부근에서, 같은 달 27일 14:00경 같은 시 태인면 태창리에 있는 태인면사무소 부근에서, 같은 달 28일 10:00 경 같은 시 정우면 초강리에 있는 정우면사무소 부근에서 각각 피고인이 정읍시장으로 개최한 ‘민생현장방문 및 시민과의 대화’ 행사장 앞에서 선거운동복을 착용한 상태로, 위 행사장을 방문하는 유권자들을 상대로 인사를 하면서 명함을 배부하고 선거에서 공소의 1을 지지해 줄 것을 호소하였다.

또한 공소의 1은 2016. 2. 11. 10:00경 같은 시 (주소 2 생략)에 있는 □□요양병원 1층 로비에서 피고인이 위 요양병원에 입원하고 있는 100세 이상 노인에게 설맞이 세배를 하러 방문한 기회를 이용하여⁴⁾ 선거운동복을 착용한 채 피고인 방문 인접시간에 위 요양병원을 방문하여 그곳 직원들과 환자들에게 위와 같이 지지를 호소하였을 뿐 아니라, 피고인의 뒤를 이어 100세 이상 노인을 위문하기도 하였다.

나. 범죄사실

누구든지 선거운동기간 전에 공직선거법에 규정된 방법을 제외하고는 선거운동을 할 수 없고, 선거로 취임한 지방자치단체장은 선거운동을 할 수 없다.

특히, 공명선거를 보장해야 할 국가기관 중 일부인 지방자치단체의 장은 직무의 기능이나 영향력을 이용하여 선거에서 국민의 자유로운 의사형성과정에 영향을 미치고 정당 간의 경쟁관계를 왜곡할 가능성이 크므로 다른 공무원에 비해 선거에서의 정치적 중립성 및 법령준수의무가 엄격히 요구된다.

그럼에도 불구하고 피고인은 현직 정읍시장임에도 공소의 1이 선거에서 국회의원 후보로 출마할 것을 알게 된 2016. 1. 중순경부터 선거운동기간 종료일인 2016. 4. 12.경까지 사이에 피고인이 참석한 여러 모임에서 수시로 정읍지역 유권자들에게 ‘더민주당이 잘 되어야 희망이 있다, 공소의 1이가 반듯한 사람이더라, 김대중 대통령 때 청와대에서 국방비서관을 했다, 그리고 그 사람이 거쳐 온 경력을 보더라도 정말 청렴하고 좋은 사람이더라’라는 취지로 말하는 등으로 공공연히 더민주당 및 공소의 1을 지지하는 발언을 계속하여 오던 중 다음과 같이 선거운동기간 전에 더민주당 및 더민주당 소속 국회의원 후보인 공소의 1의 당선을 위한 선거운동을 하였다.

(1) 2016. 3. 13.자 공직선거법 위반

피고인은 1990년대 정읍지역에서 결성된 공소의 15 전 국회의장(제10, 11, 13, 14, 16, 17 대 국회의원, 제17대 국회 국회의장 역임, 피고인과 사촌 사이)의 정치적 지지 모임인 ‘○○산악회’⁵⁾ 창립을 주도하여 위 ‘○○산악회’ 결성 초기부터 적극적으로 참여하여 왔는데,

4) □□요양병원 총무과장인 공소의 9는 “그 행사 전에 정읍시청 노인복지계로부터 전화가 왔었다, 설명질을 맞이하여 정읍시장이 100세 이상의 어르신에게 인사를 드리는 행사를 하려고 하니까 협조해 달라는 요청을 받았다, 올해 처음 개최된 행사였다, 정읍시청이 행사를 기획했을 것이다”라고 진술하였음.

5) ‘○○산악회’는 1990년대 조직·결성될 당시에는 전국적인 조직이었으나 공소의 15 전국회의장이

2008. 5.경 제17대 국회의원을 끝으로 위 공소의 15가 정계를 은퇴하면서 공소의 15로부터 위 ‘○○산악회’의 조직을 그대로 이어받아 정읍지역 내의 정치적 기반으로 활용하였으며, 2010. 6. 2. 치러진 제5회 동시지방선거, 2014. 6. 4. 치러진 제6회 동시지방선거에 정읍시장 후보자로 출마하였을 당시에도 ‘○○산악회’를 활용한 선거운동으로 당선에 큰 도움을 받은 사실이 있다.

또한 위와 같이 피고인의 정읍지역에서의 정치적 기반 조직인 ‘○○산악회’ 주요 간부인 공소의 14(회장), 공소의 4(전 운영위원장이자 현 고문), 공소의 5(현 운영위원장), 공소의 13(고문), 공소의 8(운영위원)이 공소의 1을 위해 선거운동을 하고 있었는데, 공소의 1은 이번 선거 관련하여 ‘○○산악회’의 조직적인 도움을 받기 위해서 2016. 2. 22.경 ‘○○산악회’에 가입하여 활동하였다.

이에 피고인은 2016. 3. 12.부터 같은 달 13일까지 실시되는 ‘○○산악회’를 주체로 한 제주도 한라산 등반행사의 기회를 이용하여 위와 같이 ‘○○산악회’ 회원이 된 공소의 1과 함께 그 행사에 참석하여 공소의 1을 위한 선거운동을 하기로 마음먹고 2016. 3. 12. 오후 무렵 제주도에 도착한 다음부터 ‘○○산악회’ 회원들과 일정을 함께 하였으며, 공소의 1은 2016. 3. 13. 13:00경 제주 서귀포시 (주소 3 생략)에 있는 ◇◇◇◇ 식당에 도착, ‘○○산악회’ 모임에 합류하여 그때부터 피고인이 지켜보는 가운데 더민주당 국회의원 후보라고 표시된 선거운동복을 입고 ‘○○산악회’ 회원들을 상대로 지지를 호소하는 등으로 선거운동을 계속하였다.

공소의 1의 위와 같은 ‘○○산악회’ 회원들을 상대로 한 선거운동을 묵시적으로 지원하고 있던 피고인은, 같은 날 17:00경 제주항을 출발한 목포항행 산타루치노 여객선에서, 공소의 1이 ‘○○산악회’ 회원들을 상대로 회원들의 객실을 개별적으로 방문하면서 선거운동을 하고 있음을 잘 알고 있었음에도, 공소의 1과 별도로 정읍·고창 선거구 선거인인 ‘○○산악회’ 회원 총 320여 명의 객실을 돌아다니면서 그중 일부 객실의 ‘○○산악회’ 회원들과 함께 “더불어민주당 파이팅!, 공소의 1 파이팅!”을 외치기도 하였다.

이어 피고인은 같은 날 21:00경 목포항에서 정읍시로 돌아오는 차량번호를 알 수 없는 버스에 정읍·고창 선거구 선거인인 ‘○○산악회’ 회원 약 38명(더민주당 비당원 26명 포함) 및 위와 같이 ‘○○산악회’ 회원들을 상대로 선거운동을 계속하고 있는 공소의 1과 함께 동승한 상태에서, 위 38명의 선거인들을 상대로 “‘○○산악회’에서 김대중 대통령과 노무현 대통령 2명을 배출하였다, 선거를 앞두고 국민의당으로 탈당한 사람들이 많아서 더불

정계를 은퇴한 뒤로 정읍지역에서만 명맥을 유지하고 있고, 현재 회원은 약 3~4천 명가량인데 행사 개최 시 반드시 회원들만을 대상으로 하지 않고 비회원들도 자유롭게 행사에 참여할 수 있으며 (한 번 행사에 참석하면 회원으로 관리하여 회원 수가 3~4천 명에 이룸), 결성 초기 ‘○○산악회’에 가입한 고연령층의 ‘읍면동 산악회’와 신규 가입한 중장년층 위주의 ‘청년산악회’로 구분되어 있음.

6) 공소의 1은 2016. 3. 13. 위 선박에서 선거운동복을 착용한 후 위 산악회 회원 약 300여 명이 분산된 14개 객실을 돌아다니면서 ‘열심히 해보겠다, 뽑아 달라’는 취지로 지지를 호소하여 사전선거운동을 함과 동시에 객실 10개를 호별방문하였다는 혐의로 입건되었음.

어민주당이 어렵다, 정치를 하면서 변절해서 탈당을 하면 안 된다, 더불어민주당을 도와주고 적극 지지해달라, 열심히 해보겠다.”라는 취지로 말하였으며, 위와 같은 피고인의 발언이 끝난 직후 공소의 1로 하여금 위 38명의 선거인들에게 ‘제가 정읍 시민을 위해서 한 번 열심히 일해보고 싶다, 도와주시면 좋겠다’는 취지로 선거에서의 지지를 호소하도록 하였다.

위와 같이 피고인은 목포항발 정읍시행 버스 안에서 선거운동을 할 수 없는 지방자치단체장임에도 선거운동기간 전에 선거에 관하여 더민주당 및 그 소속 국회의원 후보 공소의 1을 위하여 선거운동을 하였다.

(2) 2016. 3. 14.자 공직선거법 위반

피고인의 정무비서 공소의 6은 2016. 3. 14. 19:30경 공소의 1 선거캠프 상황실장인 공소의 4로부터 전북 정읍시 (주소 1 생략) ‘△△△한우’ 식당에서 “정읍지역 젊은 애들 사적모임이 있는데 시장님도 한 번 가보시라고 해라.”라는 말을 전해 듣고 이를 피고인의 수행비서 공소의 7을 통해 피고인에게 전달하였다.

한편 공소의 1은 그 무렵 위 ‘△△△한우’ 식당에서, 정읍시 지역 시민들로 구성된 사적 친목모임인 ‘민주를 사랑하는 모임’[2013. 2.경 결성, 현재 회장 공소의 16(더민주당 비당원), 회원 총 21명 / 이하 ‘민사모’로 약칭]이 주최하는 행사에 참석한 회원 약 19명(더민주당 비당원 11명 포함), 비회원 약 16명(더민주당 비당원 8명 포함) 등 약 35명의 정읍·고창 유권자들에게 선거에서 당선될 수 있도록 지지해달라는 취지로 호소하면서 선거운동을 하고 있었다.

피고인은 위와 같은 공소의 1의 선거운동 직후인 같은 날 20:00경 위 식당에 도착하여, 식당에 모여 있는 위 약 35명의 정읍·고창 유권자들에게 더민주당 및 그 소속 국회의원 공소의 1의 선거운동을 하기 위해 아래와 같이 말하였다.

- 아 래 -

피고인 발언 내용
<p>“아~ 지금 우리 정읍의 상황이 3파전이에요, 3파전이에요. 3파전. 기득권을 가지고 있는 유성엽 의원, 그 다음에 이제 예~ 그래도 우리 지역의 정통야당 더불어민주당 하정열 후보, 그리고 이제 이게 정읍고창후보 선거구가 하나로 되면서 고창의 3선 군수를 한 무소속(이강수 지칭), 그런데 우리 고창의 그 무소속은 원래 우리 민주당이었어요. 그런데 우리 당에서 예~ 그 분의 그 사생활문제가 이~ 문제가 돼서 당에서 퇴출을, 출당을 준비를 하니까 본인이 스스로 탈당을 해서 무소속으로 군수를 했어요. 무소속으로. 그래서 지금 거기 3파전, 이 세 사람이. 팽팽하지요…….”</p> <p>“왜냐하면 또 이게 지역, 지역에 어떤 이기주의가 있겠습니까? 그러면 고창은 적은 이~ 유권자가 있고, 그 대신 또 이 정읍 안에 고창 출신들이 상당히 있어요. 이게. 그러니까 이강수 무소속 후보 쪽에서는 고창 표를 걸집시키고 정읍에 계시는 고창 분들을 어떻게든지 이렇게 표를 모으면 당선된다. 이렇게 보니까, 하고. 그러기 때문에 정읍에</p>

서 표를 갈라먹을 수 있는 사람은 지금 유성엽 후보하고 하정열 후보, 그러니까 이 3파 전이지만 잘못하다가는 고창(이강수 지칭)한테 뺏길 수도 있어요. 이게 예 이런 상황, 이런 상황. 그래서 어떤 시점에서는 우리 하정열 후보가 예…….”

“그래서 마침 우리 참, 청년 그 우리 모임이 있다고 해서 저~ 늦게사 알았지만, 정말 총알택시를 쫓아왔어요. 사실은…….”

“여러분! 이것은 아니라고 생각할 때는 우리가 과감하게 한번 힘을 모아서 이번 총선에서 좌우간 그~ 더불어민주당이 그래도 잘 되어야 정권교체의 희망이 있는 것이지, 지금 어떤 뭐 국민의당 뭐 뭐 이걸 해봐야…….”

“저는 절대 그것은 현실적으로, 지금 전국의 여론조사에서도 지지도에서도 뭐 엄청난 차이가 나지 않습니까? 한때는 호남 쪽에서 안철수 당이 40% 지지가 넘었어요, 안철수 당이. 그러니까 그쪽으로 따라가면 그냥 국회의원 한 번 더 할 생각하고, 그냥 탈당하고 떠난 사람들(유성엽 지칭)이 지금 코빠치고 있지 않습니까? 사실은. 현재. 정치인, 이런 정치인들은 정치할 자격이 없어요. 자기가 추구하는 그 어떤 정치이념, 신념이 아무리 현재 어렵더라도 그것을 돌파하고 자기의 신념을 관철시키는 그런 이…… 의지를 가진 정치인이어야만이 우리가 대체로 또…… 드리는 그런 정치인이지, 그런 시세에 이렇게 저렇게 해가지고 뭐 안철수 따라가면 그냥 국회의원 되니까(유성엽 지칭) 한 번 더 하자. 이런 것은 우리가 용납해서는 나는 안 된다고 봅니다, 사실은…….”

“여러분! 정말 함께 해 주시고, 여러분들의 젊음, 그리고 그 조금은 시간을 좀 모아서 이번에 대한민국이 잘 되도록 여러분들이 꼭 좀 도와주세요. 내가 소주를 여러 잔 먹고 왔더니 좀 말이 앞뒤가 안 맞는지 모르겠는데, 맥은 같지 않습니까? 이번 총선에서 우리 더불어민주당의 힘이에요, 그리고 이것이 정권대창출하고, 정권창출하고, 정말 저는 공직 있지만 이 정권이 계속 여에서 야로 야에서 여로 이렇게 가야 그 정권…… 자들이 국민을 무시하지 않고…… 그러지, 그냥 방향 제시하는 대로 다 그쪽으로 가버리면 나중에 국민을 무시해요. 그러니까 이제 한두 번 정도 새누리당으로 가든가, 이제는 민주당으로 이렇게 해서 균형을 잘 잡고 그러면서…… 균형 발전하고, 또 남북관계도 새로운 길을 열고 이것이 지금 우리가 꼭 해야 할 일이다. 저는 이런 생각이 들어서 더 여러분들한테 간곡히 호소를 합니다. 여러분! 나 때문에 이 귀중한 시간 이렇게 빼앗겨서 죄송하고, 여러분! 부탁드립니다.”

이로써 피고인은 선거운동을 할 수 없는 지방자치단체장임에도 선거운동기간 전에 선거에 관하여 더불어민주당 및 그 소속 국회의원 후보 공소의 1을 위하여 선거운동을 하였다.