

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2009도834 가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)
나. 사기
다. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)
라. 공직선거법위반

피 고 인 피고인 1 외 1인

상 고 인 피고인들

변 호 인 변호사 박용주(피고인 2를 위한 국선)

법무법인 이인(피고인 1을 위하여)

담당변호사 김해정

법무법인 바른(피고인 2를 위하여)

담당변호사 석호철, 이봉순

법무법인 춘추(피고인 2를 위하여)

담당변호사 신태영

원 심 판 결 서울고등법원 2009. 1. 9. 선고 2008노2864 판결

판 결 선 고 2009. 4. 23.

주 문

상고를 모두 기각한다.

상고 후의 구금일수 중 피고인 1에 대하여는 24일을 제1심 판시 제2, 3의 죄에 대한 본형에, 피고인 2에 대하여는 89일을 그 본형에 각 산입한다.

이 유

상고이유를 본다.

1. 피고인 1의 상고이유에 대하여

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 공소사실을 모두 유죄로 인정한 것은 정당하다.

원심판결에는 상고이유의 주장과 같이 채증법칙을 위반한 위법이 없으므로, 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택이나 사실의 인정을 탓하는 취지의 상고이유의 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다.

2. 피고인 2의 상고이유에 대하여

가. 기부행위제한위반죄에 관하여

(1) 20억 원은 특별당비이므로 「공직선거법」상 기부행위가 될 수 없다는 주장에 대하여

정당의 당원이 당비를 납부하는 행위가 「공직선거법」 제112조 제2항에 의하여 기부행위로 보지 아니하는 같은 항 제1호 (나)목의 '정당의 당헌·당규 기타 정당의 내부규약에 의하여 정당의 당원이 당비 기타 부담금을 납부하는 행위'에 해당하려면, 위 규정의 문언상 당해 정당의 당헌·당규 기타 내부규약에 따른 경우라야 한다(대법원 2007.

4. 26. 선고 2007도218 판결 참조).

원심이 적법하게 인정한 사실관계에 의하면, 피고인 2는 한나라당의 비례대표 국회의원 공천을 부탁하기 위하여 특별당비가 필요하다는 피고인 1의 말을 듣고 2회에 걸쳐 20억 원을 공식적으로 당과 아무런 관련이 없는 피고인 1에게 직접 교부한 것을 알 수 있는바, 피고인의 이러한 행위는 「공직선거법」 제112조 제2항 제1호 (나)목의 '정당의 당헌·당규 기타 정당의 내부규약에 의하여 정당의 당원이 당비 기타 부담금을 납부하는 행위'에 해당한다고 할 수 없다.

이와 같은 취지에서 피고인이 교부한 금원 중 20억 원 부분이 「공직선거법」 상 금지된 기부행위에 해당함을 전제로 하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 판단은 정당하다.

원심판결에는 공직선거법상 기부행위나 이에 대한 고의에 관한 법리오해의 위법이 없다.

(2) 비례대표 국회의원은 「공직선거법」 상 기부행위제한위반죄의 주체가 될 수 없다는 주장에 대하여

「공직선거법」 제113조는 국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장·정당의 대표자·후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)와 그 배우자는 당해 선거구 안에 있는 자나 기관·단체·시설 또는 당해 선거구의 밖에 있더라도 그 선거구민과 연고가 있는 자나 기관·단체·시설에 기부행위를 할 수 없다고 규정하고 있는바, 「공직선거법」이 국회의원 선거에서 지역구 국회의원 선거에 대한 투표와 비례대표 국회의원 선거에 대한 투표를 분리하여 별도로 하도록 정하고 있고(1인 2표제), 비례대표 국회의원 선거에 대한 투표결과에 기초하여 비례대표 국회의원 의석을 배분하도록 규정하고 있어 비례대표 국회의원 후보자나 후보예정자도 비례대표 국회의원 선거에 대비하여 적

극적으로 선거운동에 나설 가능성이 있는 점, 「공직선거법」 제20조 제1항에 의하면 비례대표 국회의원은 전국을 단위로 선거한다고 규정하고 있으므로, 비례대표 국회의원 후보자나 후보예정자의 경우 「공직선거법」 제113조의 규정의 ‘당해 선거구’라 함은 전국을 의미하고, 기부행위가 금지되는 대상은 전국의 선거구민이 되는 것으로 해석하는 것이 충분히 가능한 점, 통상 비례대표 국회의원은 지역 명망가보다는 성·계층·직능 대표 중에서 선발되는 경우가 많으므로, 정당의 대표자로서의 지위에 기하여 전국에 걸쳐 계층·직능의 단체 등을 상대로 하여 기부행위를 통해 지지기반을 마련하는 것으로 정당을 위해 선거운동을 할 수도 있고, 한편으로는 기부행위를 통하여 마련된 개인적인 지지기반을 토대로 하여 비례대표 후보명단에서 앞선 순위에 오르게 함으로써 개인적으로도 당선가능성을 높이는 효과를 가져 오게 할 수도 있다고 할 것인바, 이처럼 비례대표 국회의원의 경우에 전국적인 차원에서 기부행위를 금할 실질적인 필요성이 지역구 국회의원보다 더 강하다고 볼 수도 있는 점, 비례대표 국회의원 후보자나 후보예정자의 전국의 선거구민에 대한 기부행위를 「공직선거법」 제113조 제1항에 의하여 제한한다고 하더라도 일상 생활에서의 모든 기부행위를 금지하는 것이 아니라 후보자로 나서기로 한 이후의 기부행위만을 금하는 것이고, 「공직선거법」과 중앙선거관리위원회규칙에 정한 바에 따라 통상적인 정당 활동과 관련된 행위, 의례적 행위, 구호적·자선적 행위 등은 허용되며, 그 기준은 지역구 국회의원에 적용되는 것과 같으므로 비례대표 국회의원의 경우의 제한 범위가 특별히 모호하다고 할 수 없는 점, 위 「공직선거법」 조항에서 기부행위를 할 수 없도록 제한한 주체에 비례대표 국회의원 후보자나 후보예정자는 포함되지 않는 것으로 제한하여 해석하게 되면, 지역구 국회의원 후보자나 후보예정자에게는 지역 선거구민에 대해서 기부행위를 제한하면서 비례대표 국회의

원 후보자나 후보예정자에게는 전국 어느 누구에게나 기부행위를 할 수 있게 됨으로써 오히려 불공정한 차별을 가져올 뿐만 아니라, 정당의 지지도 상승을 노리는 각 정당이 이를 이용하여 전국적으로 기부행위를 할 우려가 있고, 이는 「공직선거법」 제113조 등을 통해 고비용 정치구조를 개혁하려는 입법취지를 훼손할 가능성이 있는 점 등을 종합하여 보면, 비례대표 국회의원 및 그 후보자나 후보예정자 또한 「공직선거법」 제113조 제1항에 정한 기부행위제한위반죄의 주체가 될 수 있다고 해석함이 상당하고, 이렇게 해석하는 것이 죄형법정주의나, 헌법상 평등의 원칙, 과잉금지의 원칙, 비례의 원칙, 선거운동자유의 원칙 등에 위반된다고 할 수 없다.

원심이 같은 취지에서 비례대표 국회의원 후보예정자 또한 「공직선거법」 제113조 제1항에서 정한 기부행위제한위반죄의 주체가 될 수 있다고 판단한 것은 위의 법리에 따른 것으로서 정당하다.

원심판결에는 상고이유 주장과 같이 「공직선거법」상 기부행위의 주체에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

(3) 피고인 2가 교부한 금원이 피고인 1에게 ‘제공’되었다고 볼 수 없다는 주장에 대하여

「공직선거법」 제112조 제1항에서 정한 ‘제공’은 반드시 금품을 ‘상대방에게 귀속’시키는 것만을 뜻하는 것으로 한정 해석할 것은 아니고, 중간자에게 금품을 주는 경우라 하더라도 그 중간자가 단순한 보관자이거나 특정인에게 특정금품을 전달하기 위하여 심부름을 하는 사자(使者)에 불과한 자가 아니고 그에게 금품배분의 대상이나 방법, 배분액수 등에 대한 어느 정도의 판단과 재량의 여지가 있는 한 비록 그에게 귀속될 부분이 지정되어 있지 않은 경우라 하더라도 위 규정에서 말하는 ‘제공’에 포함된다고 해

석함이 상당하다(대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결 참조).

원심은 그 적법하게 채용한 증거에 의하여 인정한 그 판시와 같은 사실들을 종합하여, 피고인 2가 피고인 1 등에게 특별당비를 내거나 대한노인회에 제공한다는 명목 등으로 합계 30억 원을 주었다고는 하나, 이는 전달을 위하여 피고인 1 등에게 단순히 보관시키거나 돈 심부름을 시킨 것이 아니라 그들로 하여금 비례대표 국회의원 후보자 추천과 관련하여 필요한 곳에 사용하도록 제공한 것으로서, 피고인 1 등에게 금품배분의 대상이나 방법·시기·액수 등에 대하여 어느 정도의 판단과 재량의 여지가 있었다고 판단하여, 피고인 2의 그와 같은 행위는 「공직선거법」 제112조 제1항 소정의 금품을 ‘제공’한 경우에 해당된다고 인정하였다.

원심판결 이유를 위에서 본 법리 및 관계 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

원심판결에는 상고이유 주장과 같은 「공직선거법」상 기부행위의 정의에 관한 법리 오해나 이유모순의 위법이 없다.

(4) 기부행위제한위반죄에 관한 법률의 착오 주장에 대하여

이 부분 주장은 독립된 항소이유로 삼지 않았던 것으로서 상고이유로 처음으로 하는 주장이므로 적법한 상고이유라 할 수 없을 뿐만 아니라, 직권으로 살펴봐도, 피고인 2가 국회의원 후보로서 정당 공천을 받기 위하여 금품을 제공한 스스로의 행위에 대하여 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하였고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있었다고 볼 만한 사정을 찾아볼 수 없으므로 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

나. 2008. 3. 7. 수수된 10억 3천만 원의 공천헌금 관련성 부인 주장에 대하여

「공직선거법」 제47조의2 제1항은 ‘정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여’ 금품 등을 제공하거나 받는 등의 행위를 금지하고 있는데, 위 법률에서 규정한 ‘후보자로 추천하는 일과 관련하여’란 금품의 제공이 후보자 추천의 대가 또는 사례에 해당하거나, 그렇지 않다 하더라도 후보자 추천에 있어서 그러한 금품의 제공이 어떠한 형태로든 영향을 미칠 수 있는 경우에 해당하여야 함을 의미하는 것이라고 보아야 한다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2006도6307 판결 참조).

원심은, 그 채용 증거들을 종합하여 그 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인 2와 피고인 1 사이에 2008. 3. 7. 수수된 10억 3천만 원은 한나라당 비례대표 국회의원 후보자로 추천받는 데에 반드시 필요하다는 대한노인회의 추천을 받기 위한 명목과 이를 알선하는 피고인 1의 경비 명목으로 수수된 것으로서, 이는 후보자 추천의 대가 또는 사례에 해당하거나 후보자 추천에 있어서 그러한 금품의 제공이 어떠한 형태로든 영향을 미칠 수 있는 경우에 해당한다고 보아 그 행위는 「공직선거법」 제47조의2 제1항 소정의 정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련되었다고 판단하였다.

기록에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 위의 법리에 따른 것으로서 정당하다.

원심판결에는 「공직선거법」 제47조의2 소정의 공천관련성에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

다. 기부행위제한위반죄와 공천관련금품수수죄의 죄수관계에 관한 주장에 대하여
상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 수개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고, 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말하며, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구

성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다(대법원 2002. 7. 18. 선고 2002도669 전원합의체 판결 등 참조). 한편, 법조경합의 한 형태인 특별관계란 어느 구성요건이 다른 구성요건의 모든 요소를 포함하는 외에 다른 요소를 구비하여야 성립하는 경우로서, 특별관계에서는 특별법의 구성요건을 충족하는 행위는 일반법의 구성요건을 충족하지만 반대로 일반법의 구성요건을 충족하는 행위는 특별법의 구성요건을 충족하지 못한다(대법원 2006. 5. 26. 선고 2006도1713 판결 참조).

살피건대, 「공직선거법」에서의 기부행위는 일방이 상대방에서 무상의 이익을 제공하거나 약속하는 것으로서, 이를 제한하는 것은 그것이 후보자 등의 지지기반을 조성하는 데에 기여하거나 매수행위와 결부될 가능성이 높아 이를 허용할 경우 선거 자체가 후보자의 인물·식견 및 정책 등을 평가받는 기회가 되기보다는 후보자의 자금력을 겨루는 과정으로 타락할 위험성이 있어 이를 방지하기 위하여 마련된 것이고, 공천과 관련한 금품수수행위는 정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여 재산상 이익이나 공사의 직을 제공하는 등의 행위를 하는 것으로서, 이를 제한하는 것은 정당의 후보자 추천의 공정성과 정당 운영의 투명성·도덕성을 제고하고 나아가 공직선거에 있어서 후보자 추천 단계에서부터 금권의 영향력을 원천적으로 봉쇄함으로써 궁극적으로 공명정대한 선거를 보장하기 위한 것으로서, 양자는 범죄구성요건과 입법취지를 달리하고 있다. 한편, 지역구 국회의원이 공천과 관련하여 자신의 선거구 밖에서 연고가 없는 상대방에게 금품 등을 교부한 경우나, 혹은 공천과 관련하여 제공된 금품이 적절 한 대가관계에 있는 등 무상성이 인정되지 아니하는 경우에는 공천관련금품수수죄가 성립하는데도 기부행위제한위반죄에는 해당하지 않을 경우를 상정할 수도 있다. 이러한 점들을 종합하여 보면 공천관련금품수수죄가 기부행위제한위반죄에 대하여 특별관

계에 있다고는 볼 수 없다.

같은 취지의 원심의 판단은 정당하다.

원심판결에는 상고이유의 주장과 같이 「공직선거법」상 기부행위제한위반죄와 공천 관련금품수수죄 사이의 관계에 관하여 법리를 오해한 위법이 없다.

라. 사기죄의 피해자는 공천관련금품수수죄의 주체가 될 수 없다는 주장에 대하여

국회의원 선거에서 정당의 공천을 받게 하여 줄 의사나 능력이 없음에도 이를 해 줄 수 있는 것처럼 기망하여 공천과 관련하여 금품을 받은 경우, 「공직선거법」상 공천관련금품수수죄와 사기죄가 모두 성립하고 양자는 상상적 경합의 관계에 있다고 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면 원심은, 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 1은 피고인 2를 후보자로 추천받게 할 능력은 없었더라도 그 나름대로의 의사가 있었던 것으로 보이므로, 피고인 1이 그러한 의사로 한나라당의 비례대표 국회의원 후보자 추천과 관련하여 금원을 수수한 이상 그 과정에서 금원의 제공을 유도하기 위하여 후보자 추천이 확실히 보장된 것처럼 자신의 영향력을 과장하는 등의 기망 수단을 사용하였더라도 피고인 1의 이러한 행위는 사기죄와는 별도로 「공직선거법」 제47조의2 제1항 위반죄에 해당되고 이러한 공직선거법위반죄와 앞에서 본 사기죄는 상상적 경합의 관계에 있다 할 것이고, 한편으로는 피고인 2로서도 피고인 1로부터 기망당하여 후보자 추천에 영향력을 행사할 수 있는지에 관하여 피고인 1의 능력 등을 잘못 판단하였으나, 피고인 1의 말을 믿고 대한노인회 몫의 비례대표 국회의원 자리가 있다고 생각하고 금품을 제공하고서라도 대한노인회의 추천을 받아 한나라당의 비례대표 국회의원 후보자로 추천받겠다는 생각으로 금품을 제공한 것이므로, 결국 피고인 2가 위 금원을 제공하는

위의 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 간다.

원심판결에는 상고이유의 주장과 같은 사기죄와 공직선거법상 공천관련금품수수죄의 관계나, 공천관련금품수수죄의 주체에 관하여 법리를 오해한 위법이 없다.

그러므로 상고를 모두 기각하고, 상고 후의 구금일수 중 일부씩을 각 본형에 산입하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 전수안 _____