

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2013도6785 가. 공직선거법위반

나. 정치자금법위반

피 고 인 피고인 1 외 2인

상 고 인 검사(피고인들에 대하여)

변 호 인 법무법인(유한) 화우 외 1인

원 심 판 결 부산고등법원 2013. 5. 31. 선고 (창원)2013노75 판결

판 결 선 고 2014. 7. 24.

주 문

원심판결 중 피고인 1에 대한 이유 무죄부분을 포함한 유죄부분을 파기하고, 이 부분 사건을 부산고등법원에 환송한다.

검사의 피고인 1에 대한 나머지 상고와 피고인 2, 피고인 3에 대한 상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고인 1, 피고인 3에 대한 상고이유에 관하여

가. 원심공동피고인 5에 대한 금품 교부 관련 부분

원심은, 피고인 1이 원심공동피고인 4와 공모하여 원심공동피고인 5에게 70만 원을 송금한 것으로 보기 어렵다는 이유로, 피고인 1에 대한 선거비용 초과지출로 인한 공직선거법위반 부분 및 법정수당 외 금품제공으로 인한 공직선거법위반 부분을 무죄로 판단하고, 또한 원심공동피고인 5에게 송금한 70만 원은 원심공동피고인 4가 지급한 것인데 원심공동피고인 4 등이 피고인 3에게 그 사실을 알려주지 아니한 이상 이를 알기 어렵다는 이유로, 피고인 3이 이 부분에 관한 선거비용 지출내역을 허위 기재 및 누락한 것으로 보기는 어렵다고 보아 이 부분 공소사실을 이유에서 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

나. 유세차량 사용료 지급 관련 부분

1) 공직선거법 제258조 제1항 제1호에서 선거비용 제한액을 초과하는 행위를 처벌 대상으로 규정하고 있으나, 선거비용의 범위에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 아니하므로, 거기에도 선거비용의 정의규정인 공직선거법 제119조 제1항이 적용되고, 따라서 공직선거법 제119조 제1항에서 선거비용으로 규정하고 있는 선거사무소장 내지 회계책임자가 해당 후보자의 선거운동(위법선거운동을 포함한다)을 위하여 지출한 비용도 공직선거법 제258조 제1항 제1호의 선거비용에 포함된다고 할 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도1432 판결 등 참조).

또한, 공직선거법 제58조 제1항에 규정된 '선거운동'은 특정 후보자의 당선 내지 득

표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하므로, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목 뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지를 판단하여야 한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도5344 판결, 대법원 2012. 11. 29. 선고 2010도9007 판결 등 참조).

2) 원심은, 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라 한다)가 유세차량에 유세장비를 제작·설치하여 공소외 2 후보자 측에게 공급하기로 하였으나 차량 자체는 공소외 2 후보자 측에서 직접 물색하여 공소외 1 회사에 제공하기로 한 점, 공소외 3은 검찰에서 "피고인 1에게 하루 15만 원씩 계산하여 2.5톤 차량을 임대하기로 하고 이를 인도하였으나 2012. 3. 29. 위 차량이 고장 나 선거운동에 이용될 수 없게 되어 2012. 4. 1. 이를 반환받았다. 그런데 피고인 1에게 위 차량의 제작을 맡긴 2012. 3. 23.부터 유세장비의 해체작업을 완료한 2012. 3. 31.까지 9일간 차량을 사용하지 못한 대가로 135만 원을 달라고 요구하자 피고인 1이 이를 승낙하여 간이영수증과 농협계좌번호를 주었다"고 진술한 점, 2012. 5. 3.경 위 계좌로 135만 원이 송금된 점 등을 종합하여 보면, 위 차량의 임차비용은 피고인 1이 회계책임자의 지위에서 그 교부를 약속하였다고 봄이 타당하다고 판단한 다음, 다만 위 차량은 2012. 3. 29. 하루만 선거운동을 위하여 사용되었으므로 그에 상응하는 임차비용 15만 원만이 선거운동을 위해 지출된 것으로 보아야 한다는 이유로 135만 원 중 하루 임차비용 15만 원 상당을 제외한 나머지 120만 원은 피고인 1이 그 교부를 약속한 선거비용으로 보기 어렵다고 판단하고,

나아가 위 120만 원은 선거비용으로 인정되지 아니하므로, 제1심이 피고인 3에 대하여 위 120만 원과 관련한 회계보고 허위 기재 및 누락 부분을 유죄로 인정하지 아니한 것은 정당하다고 판단하였다.

3) 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공직선거법상 선거비용에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

다. 나머지 선거비용 초과지출 관련 부분

원심은, 그 판시와 같은 사정을 들어 래핑 작업비 10,450,000원, 공소외 4 주식회사와 공소외 5에게 지급된 각 30만 원의 차량임차비는 선거비용에 해당하지 않고, 피고인 1이 선거사무장과 회계책임자 지위에서 사임한 2012. 4. 6. 이후 지출한 비용인 현금 다과비 398,990원 중 141,990원, 함안 선거사무소 법정수당 216만 원, 유세차량 유류비 407,500원, 장갑·다과류 구매비 827,780원, 매일페인트 광고사 현수막 등 비용 15만 원은 피고인 1이 지출한 선거비용에 해당하지 않는다고 판단하였다. 또한 원심은, 위 래핑 작업비 10,450,000원, 공소외 4 주식회사와 공소외 5에게 지급된 각 30만 원의 차량임차비는 선거비용으로 인정되지 아니하므로 제1심이 피고인 3에 대한 이 사건 공소사실 중 이 부분 회계보고 허위 기재 및 누락 부분을 유죄로 인정하지 아니한 것은 정당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공직선거법상 선거비용에 관한 법리를 오해하

는 등의 위법이 없다.

라. 피고인 1에 대한 경합범 처리 및 분리 선고 관련 부분

1) 공직선거법 제263조 제1항, 제2항은 해당 선거에 있어서 같은 법 제122조의 규정에 의하여 공고된 선거비용제한액의 200분의 1 이상을 초과지출한 이유로 선거사무장, 선거사무소의 회계책임자(이하 '선거사무장 등'이라 한다)가 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때 및 정치자금법 제49조 제1항 또는 제2항 제6호의 죄를 범함으로 인하여 선거사무소의 회계책임자가 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때를, 공직선거법 제265조는 선거사무장 등이 해당 선거에 있어서 같은 법 제230조부터 제234조까지, 제257조 제1항 중 기부행위를 한 죄 또는 정치자금법 제45조 제1항의 정치자금 부정수수죄를 범함으로 인하여 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때(선거사무장 등에 대하여는 선임·신고되기 전의 행위로 인한 경우 포함)를 각 그 선거구 후보자의 당선무효 사유로 규정하고 있다. 이와 같이 공직선거법 제263조, 제265조가 선거사무장 등의 일정한 선거범죄에 대한 판결 결과를 후보자의 당선무효 사유로 규정하고 있는 것은, 선거사무장 등이 저지른 일정한 중대 선거범죄는 선거에 있어서 전적으로 후보자의 당선을 위하여, 또한 후보자와의 의사연락 하에 이루어진 행위로서 총체적으로 후보자 자신의 행위와 다를 바 없다고 보아, 후보자를 공범으로 인정하여 형사처벌은 하지 않더라도 그러한 불법행위에 따른 이익을 박탈하는 것이 정당하다는 고려에서, 후보자와 불가분의 선거운명공동체를 형성하여 활동하게 마련인 선거사무장 등의 실질적 지위와 역할을 근거로 후보자에게 연대책임을 부여한 것이다(헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2010헌마68 결정 참조).

그리고 공직선거법 제18조 제3항 후단은, 선거사무장 등에게 같은 법 제263조 및

제265조에 규정된 죄와 같은 법 제18조 제1항 제3호에 규정된 죄의 경합범으로 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형을 선고하는 때에는 이를 분리 선고하여야 한다고 규정함으로써, 일정한 경우 형법상 경합범 처벌례에 관한 형법 제38조의 적용을 배제하고 있다(이하 공직선거법 제18조 제3항 후단에 따라 분리 선고하여야 할 공직선거법 제263조 및 제265조에 규정된 죄를 '당선무효형 대상범죄'라고 한다). 이는, 다른 죄가 선거권 및 피선거권의 제한이나 당선의 효력과 관계있는 선거법 등의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화하기 위하여 같은 법 제18조 제3항 전단이 선거법 등 같은 법 제18조 제1항 제3호에 규정된 죄와 다른 죄의 경합범에 대하여 분리 선고를 규정하고 있는 것(대법원 2004. 2. 13. 선고 2003도3090 판결, 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도9584 판결 등 참조)과 마찬가지로의 취지이다.

위와 같이 공직선거법 제263조, 제265조가 선거사무장 등의 일정한 선거범죄 행위에 대하여 이례적으로 그 직접 행위자가 아닌 후보자에게 당선무효라는 무거운 연대책임을 묻고 있는 점, 공직선거법 제18조 제3항 후단이 선거사무장 등에 대하여 공직선거법 제263조, 제265조에 규정된 죄와 같은 법 제18조 제1항 제3호에 규정된 죄의 경합범으로 그 후보자의 당선을 무효로 하는 형을 선고하는 때에는 이를 분리 선고하도록 규정하여 당선의 효력 등에 영향을 미치는 형의 양정을 엄격하게 판단하도록 하고 있는 점 등 공직선거법 관련 규정들의 취지, 내용과 형식 등을 종합적으로 살펴보면, 선거사무장 등의 지위 상실 이후의 행위에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 선거사무장 등의 지위로 인하여 당선무효를 규정하는 공직선거법 제263조, 제265조의 적용이 배제된다고 봄이 타당하다.

한편 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위 혹은 연속된 행위를 단일하고 계속된 범의

하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 포괄 일죄로 처단함이 원칙이나(대법원 2005. 9. 30. 선고 2005도4051 판결 등 참조), 공직 선거법 제263조 및 제265조에 규정된 죄에 해당하는 여러 개의 범행이 선거사무장 등의 지위 상실 전후에 걸쳐서 연속적으로 행하여진 경우, 그 범행 전체를 포괄일죄로 평가한 후 그 일부가 선거사무장 등의 지위 상실 전에 이루어졌다는 이유로 전체를 당선무효형 대상범죄라고 해석하거나 나머지 일부가 선거사무장 등의 지위 상실 후에 이루어졌다는 이유로 전체를 당선무효형 대상범죄가 아니라고 해석하는 것은 앞서 본 공직선거법 관련 규정들의 입법취지나 형평의 원칙에 반하여 부당하다.

따라서 선거사무장 등이 그 지위 상실 전후로 연속하여 공직선거법 제263조 및 제265조에 규정된 죄를 범한 경우에는, 그 연속된 여러 개의 행위를 지위 상실 시점을 기준으로 구분하여, 선거사무장 등의 지위를 보유하고 있을 때의 행위만을 당선무효형 대상범죄가 되는 하나의 포괄일죄로, 선거사무장 등의 지위를 상실한 이후의 행위는 이와 달리 당선무효형 대상범죄가 아닌 별도의 포괄일죄로 각각 평가함이 타당하고, 그 경우 위 두 죄는 서로 실체적 경합관계에 있다 할 것이다.

2) 원심은, 공직선거법 제263조 및 제265조에 규정된 죄가 아닌 각 탈법방법에 의한 문서 배부로 인한 공직선거법위반죄와 공직선거법 제263조 및 제265조에 규정된 죄로서 피고인 1이 선거사무장 등의 지위를 상실한 이후의 범죄인 피고인 2에 대한 기부행위금지위반으로 인한 공직선거법위반죄, 공소외 6에 대한 법정수당·실비 외 금품제공으로 인한 각 공직선거법위반죄, 공소외 7에 대한 2012. 4. 8. 및 2012. 4. 9. 법정수당 외 금품제공으로 인한 공직선거법위반죄, 공소외 8에 대한 2012. 4. 8. 법정수당 외 금품제공으로 인한 공직선거법위반죄 및 정치자금법위반죄에 대하여는 경합범 가중을 거

쳐 하나의 형으로, 공직선거법 제263조 및 제265조에 규정된 죄로서 피고인 1이 선거 사무장 등의 지위를 상실하기 전까지 범한 판시 선거비용 초과지출로 인한 공직선거법 위반죄, 공소외 7·공소외 9·공소외 10에 대한 2012. 4. 3. 법정수당 외 금품제공으로 인한 공직선거법위반죄 및 공소외 8에 대한 2012. 3. 30., 같은 해 4. 2. 및 같은 해 4. 5. 법정수당 외 금품제공으로 인한 공직선거법위반죄에 대하여 경합범 가중을 거쳐 이를 또 하나의 형으로 정하여 분리하여 선고하였다.

3) 먼저 공직선거법상 경합범 처리 및 분리 선고와 관련하여 아래에서 살펴보는 공소외 6에 대한 78,000원의 법정수당·실비 외 금품제공으로 인한 공직선거법위반 부분을 제외한 나머지 부분에 관한 원심의 판단은 앞서 본 법리와 원심의 채택증거들에 비추어 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 공직선거법상 경합범 처리 및 분리 선고에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

4) 다음으로 공소외 6에 대한 78,000원의 법정수당·실비 외 금품제공으로 인한 공직선거법위반 부분에 관하여 본다.

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 1이 선거운동기간인 2012. 3. 29.부터 2012. 4. 10.까지 사이에 공소외 6에게 1일당 20,000원의 식비를 포함하여 1일당 7만 원씩 13일간 910,000원(=70,000×13일)의 법정수당·실비를 2012. 4. 19.경 공소외 6의 계좌로 송금하기로 하였으므로 공소외 6에게 추가로 식사비를 지급하여서는 아니됨에도 공소외 11을 통하여 공소외 2 후보자 지지 연설을 하러 다니던 공소외 6에게 78,000원(1일당 6,000원) 상당의 식사비를 대납하였다는 것이다. 그런데 원심판결 이유 및 기록에 의하면, 피고인 1은 2012. 3. 29.부터 2012. 4. 10.까지 사이에 공소외 11을 통하여 공소외 6에게 매일 법정 수당·실비 외로 6,000원 상당의 식사비를 13일간 대납한 사실

을 알 수 있고, 원심 역시 피고인 1이 2012. 3. 29.부터 2012. 4. 10.까지 사이에 공소외 11을 통하여 공소외 6에게 매일 6,000원 상당의 식사비를 13일간 대납하여 준 것으로 사실인정하여 이를 토대로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 후 이 부분 공소사실이 포괄일죄라는 전제하에 그 전체를 앞서 본 바와 같이 공직선거법 제263조 및 제265조에 규정된 죄로서 선거사무장 등의 지위를 상실한 이후의 범죄로 평가한 것으로 보인다.

그러나 앞서 본 법리에 의하면, 이 부분 공소사실 중 피고인 1이 2012. 4. 6.부터 2012. 4. 10.까지 공소외 6에게 매일 6,000원 상당의 식사비를 대납한 부분은 피고인 1이 선거사무장 등의 지위에서 사임한 이후의 행위이므로 당선무효형 대상범죄에 해당하지 않지만, 피고인 1이 2012. 3. 29.부터 2012. 4. 5.까지 공소외 6에게 매일 6,000원 상당의 식사비를 대납한 부분은 피고인 1이 선거사무장 등의 지위를 보유하고 있을 때의 행위이므로 당선무효형 대상범죄에 해당하며, 이 두 부분은 포괄일죄가 아니라 서로 실체적 경합관계에 있다고 봄이 상당하다.

따라서 원심으로서도 이 부분 공소사실 중 피고인 1이 2012. 3. 29.부터 2012. 4. 5.까지 공소외 6에게 매일 6,000원 상당의 식사비를 대납한 부분은 당선무효형 대상범죄에 포함시켜 형을 정하였어야 할 것이다.

그럼에도 원심은 이와 달리 그 판시와 같은 사정만을 들어 이 부분 공소사실 전체가 당선무효형 대상범죄에 포함되지 않는다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 공직선거법상 경합범 처리 및 분리 선고에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 피고인 2에 대한 상고이유에 관하여

원심은, 정치자금법 제46조 제5호에서 정한 회계보고를 함에 있어 후원금 수입이나 지출 중 일부를 누락하거나, 재산상황, 정치자금의 수입·지출금액과 그 내역, 수입·지출에 관한 명세서, 예금통장 사본을 제출함에 있어 수입이나 지출내역이 일부 기재가 되지 아니한 서류를 제출한 것이 회계보고를 전혀 하지 않거나 위와 같은 서류를 전혀 제출하지 않은 경우라고 볼 수 없으므로, 미보고·미제출로 인한 정치자금법 제46조 제5호 위반의 점에 관한 공소사실은 죄가 성립하지 않는다는 이유로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심을 유지하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 원심판결 중 유죄부분에 대한 상고이유에 관하여

검사는 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄부분에 대하여도 상고하였으나, 상고장에 이유의 기재가 없고, 상고이유서에도 이에 대한 불복이유의 기재를 찾아볼 수 없다.

4. 파기의 범위

위에서 본 이유로 피고인 1에 대한 원심의 경합범 처리가 위법한 이상 피고인 1에 대한 원심판결 중 원심에서 무죄가 선고된 원심공동피고인 5에 대한 법정수당 외 금품 제공으로 인한 공직선거법위반 부분을 제외한 나머지 유죄부분(이유 무죄부분 포함)은 모두 파기되어야 한다.

5. 결론

그러므로 원심판결 중 피고인 1에 대한 이유 무죄부분을 포함한 유죄부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 검사의 피고인 1에

대한 나머지 상고와 피고인 2, 피고인 3에 대한 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 조희대 _____

 대법관 양창수 _____

주 심 대법관 고영한 _____

 대법관 김창석 _____