

# 대 법 원

## 제 1 부

## 판 결

사 건	2013도7101 가. 공직선거법위반 나. 정치자금법위반
피 고 인	피고인 1 외 6명
상 고 인	피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5 및 검사(피고인 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 6, 피고인 7에 대하여)
원 심 판 결	부산고등법원 2013. 6. 5. 선고 2012노667 판결
판 결 선 고	2014. 1. 16.

## 주 문

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 상고와 검사의 상고를 모두 기각한다.

## 이 유

피고인들의 상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 피고인 2, 피고인 1의 각 상고이유보충서 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)와 검사의 상고이유를 함께 판단한다.

1. 피고인 2 · 피고인 1 · 피고인 3 · 피고인 5 · 피고인 4 · 피고인 6의 공소사실에 관한 상고이유에 대하여(피고인 1에 대한 2012. 2. 22.자 정당후보자 추천 관련 금품 제공 요구 · 선거운동 관련 금품 제공 요구의 점은 각 제외)

가. 피고인 2 · 피고인 1의 정당 후보자 추천 관련 금품수수로 인한 공직선거법 위반의 점에 대하여

원심은, 피고인 1이 검찰 피의자신문 단계에서 공소외 1을 통하여 피고인 2로부터 수령하였다는 돈의 액수가 500만 원이라고 진술하다가 2012. 8. 17.경 그 액수가 5,000만 원이라는 취지의 진술서를 작성하여 검찰에 제출한 후 그때부터의 피의자신문 과정에서 위 진술서와 동일한 내용으로 진술하였는데, 그와 같은 진술 번복의 경위에 임의성을 인정할 수 있고, 그 진술 번복의 경위 등에 관한 피고인 1의 설명, 피고인 2와 피고인 1 사이의 통화내역이나 피고인 1이 피고인 4에게 보낸 문자메시지의 내용, 피고인 1의 현금 인출 내역이나 기타 통화내역 등에 비추어 위 진술의 신빙성을 인정할 수 있다고 판단하였다. 나아가 원심은, 공소외 1이 피고인 2로부터 돈이 든 쇼핑백을 전달받아 이를 피고인 1에게 전달한 경위 및 상황 등에 관하여 구체적으로 진술하였고, 공소외 1이 금전 수수 당일에 촬영한 쇼핑백 사진과 제1심 · 원심에서 그 쇼핑백에 5,000만 원을 넣었을 때의 형상이 크게 차이가 나지 않았던 사정 등을 종합하여 공소외 1의 이 부분 진술의 신빙성을 인정하면서, 피고인 2 · 피고인 1의 판시와 같은 각 범행 사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘

못 인정한 위법이 있다고 할 수 없으며, 나아가 피고인 2·피고인 1의 상고이유 주장과 같이 자백에 대한 보강증거나 공소사실의 특징에 관한 법리, '정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일'과의 관련성이나 그 '제공' 여부 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법도 없다.

나. 피고인 2의 선거사무장 수당·실비 법정한도 초과 지급으로 인한 공직선거법 위반의 점에 대하여

원심은 그 판시와 같은 사정을 종합하여 공소외 1이 피고인 2의 선거사무장으로 등록되었기는 하나 피고인 2의 운전기사로서의 역할이 그 주된 업무였다는 전제하에, 공소사실 기재와 같이 피고인 2가 공소외 1에게 지급한 급여액 내지 수당액 중 피고인 2가 예비후보자로 등록하기 이전의 급여액과 그 등록 이후 위와 같이 운전기사 역할을 수행한 데에 대한 보수 상당액, 그리고 공소외 1이 받았다는 실비 중 공직선거법 제120조 제6호에 의하여 '선거비용'에서 제외되는 자동차의 운영비용이 공제되어야 한다고 판단하면서, 공소외 1이 운전기사로서 근무한 대가 및 자동차 운영비용에 대한 구체적 입증이 없는 이상 이를 공제한 나머지 액수가 공직선거법에 의한 법정한도액을 초과하였다고 단정할 수 없다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공직선거법 제135조 제3항에서 정하는 '금품 기타 이익'의 범위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

다. 피고인 2의 각 기부행위금지 내지 방송·신문 등의 불법이용을 위한 매수로

인한 각 공직선거법 위반의 점에 대하여

(1) 교회·사찰에 대한 각 기부행위금지 위반의 점에 관하여

기록에 의하면, 이 부분 각 공소사실 중 피고인 2가 '현금 10만 원'을 기부행위에 제공하였다고 공소가 제기된 부분에 대하여 제1심법원은 '현금 2만 원'을 제공하였다는 범위 내에서 유죄로 인정하였는데, 피고인 2는 이에 대하여 항소심에서 그러한 사실인정이 기본적 사실관계의 동일성을 벗어난 것이라는 취지의 항소이유를 제출하지 아니하였음을 알 수 있다. 그렇다면 원심이 불고불리의 원칙을 위반하였다는 취지의 이 부분 상고이유는 당심에 이르러 비로소 제기된 것으로서 적법한 상고이유가 될 수 없다고 할 것이다.

나아가 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 법원이 공소장변경절차를 거치지 아니하고 다르게 사실을 인정하였다고 할지라도 불고불리의 원칙에 위배되지 아니한다(대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도1060 판결 참조)고 할 것인데, 피고인 2는 제1심에서 '방문하는 사찰이나 교회마다 시주 또는 헌금을 하였고, 법당에 들어가면 2~3만 원 정도를 부처님 앞에 놓거나 봉헌함에 넣었으며, 교회를 방문하면 2~5만 원 정도를 헌금하였다'는 취지로 진술한 바 있으므로, 그와 같은 진술 등에 터잡아 위와 같은 이 부분 각 공소사실 중 그와 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 유죄로 인정한 제1심법원의 판단이 피고인들의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래한 것이라고 볼 수도 없다.

(2) 선거사무소 관계자, ○○○당 부산 지역구 국회의원 선거사무소 등에 대한 각 기부행위금지 위반의 점에 관하여

공직선거법상 기부행위의 구성요건에 해당하는 행위라 하더라도 그것이 지극히 정상

적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것이라고 볼 수 있는 경우에는 일종의 의례적 행위나 직무상의 행위로서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는 경우가 있을 수 있지만 그와 같은 사유로 위법성의 조각을 인정할 때에는 신중을 요한다(대법원 2004. 3. 12. 선고 2003도3570 판결 등 참조).

원심은 피고인 2가 기부행위를 한 시점, 각 기부행위의 규모, 당시 피고인 2의 신분이나 음식물을 제공받은 사람들의 역할과 지위 등에 비추어, 그것이 지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 의례적 행위나 직무상 행위에 해당하여 사회상규에 위배되지 아니한다고 보기는 어렵다는 이유로 이 부분 각 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 상고이유 주장과 같이 위법성조각사유의 법리를 오해한 위법이 없으며, 그 밖에 위법성의 인식이나 공직선거법상 제공이 허용되는 음식물의 범위 등에 대하여 법리를 오해한 잘못도 발견할 수 없다.

### (3) 공소외 2 후보 선거사무소에 대한 기부행위금지 위반의 점에 관하여

원심은, 공소외 1이 공소외 2 후보 선거사무소의 선거사무장인 공소외 3으로부터 그 판시와 같은 유니폼대금을 지원해 달라는 요청을 받고 이를 피고인 2에게 보고하여 그로부터 5만 원 권 10장이 든 편지봉투를 받아 이를 공소외 3에게 전달하였다고 진술한 점, 공소외 3도 그와 같이 공소외 1에게 필요한 금액을 말하였다는 취지로 진술한 점, 그 밖에 피고인 2의 일부 검찰 진술과 공소외 4의 진술 등을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와

같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하는 등의 위법이 없다.

(4) ○○○당 국회의원 등에 대한 기부행위금지 위반의 점에 관하여

원심은, ○○○당 국회의원이던 공소외 5, 공소외 6으로부터 밥을 사라는 말을 들은 피고인 2가 공소외 1에게 돈을 주면서 △△횃집에서의 저녁식사 대금을 계산하라고 하여 공소외 1이 이를 지급하였다는 취지의 공소외 1의 진술과 △△횃집 종업원의 이에 부합하는 진술, 당시 식사를 제공받은 사람들의 지위와 역할 등의 사정을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 기부행위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

(5) 방송·신문 등의 불법이용을 위한 매수로 인한 공직선거법 위반의 점에 관하여

형사소송법에 의하면 항소심은 사후심적 성격이 가미된 속심이라고 할 것이므로, 공소장변경은 항소심에서도 할 수 있다(대법원 1987. 7. 21. 선고 87도1101, 87감도92 판결, 대법원 2002. 12. 3.자 2002모265 결정 등 참조).

기록에 의하면, 검사는 원심 제2회 공판기일에 이르러 공직선거법 제97조 제1항의 규정을 인용하는 형태로 기재되어 있던 이 부분 공소사실을 공직선거법 제97조 제2항의 규정내용과 같이 "후보자 등은 선거에 관한 보도·논평이나 대담·토론과 관련하여 당해 방송·신문·통신·잡지 기타 간행물을 경영·관리하거나 편집·취재·집필·보도하는 자 또는 그 보조자에게 금품·향응 기타 이익을 제공하거나 제공할 의사의 표

시 또는 그 제공을 약속할 수 없다."고 변경하는 내용의 공소장변경허가신청서를 제출하였고, 원심은 그와 같은 공소장변경을 허가하는 결정을 한 후 변경된 공소사실에 따라 이를 유죄로 인정하였음을 알 수 있다.

위와 같은 법리에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 공소장변경의 한계나 헌법상 재판을 받을 권리에 대한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

라. 피고인 2의 선거운동 관련 금전제공 의사표시로 인한 공직선거법 위반의 점에 대하여

원심은 그 채택 증거들에 의하여 피고인 2가 피고인 1을 통하여 지급할 의사를 표시하였다는 500만 원 중 공소외 1에 대한 운전기사 보수에 해당하는 불상액은 공직선거법상 그 제공이 금지되는 금액이라 볼 수 없다고 판단하여 이를 공제한 금액의 범위에 한하여 유죄로 인정하고, 그 금액을 초과한 나머지 금액에 대해서는 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택한 증거들 및 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 피고인 2의 상고이유 주장과 같이 '금품 기타 이익'의 가액이 특정되지 아니하는 경우 이를 유죄로 인정하는 것이 무죄추정의 원칙에 반한다고 볼 수 없으며, 나아가 검사의 상고이유 주장과 같이 공직선거법 제135조 제3항에 정한 '금품 기타 이익'의 범위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법도 없다.

마. 피고인 2의 유사기관 설치금지 위반으로 인한 공직선거법 위반의 점에 대하여  
원심은, 피고인 2의 선거운동 명목으로 ▽▽빌딩 10층에 들어가 피고인 2의 홈페이지

지, 블로그, 트위터 등을 운영·관리하였다는 공소외 7의 진술내용 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 공소외 7 등이 행하였던 홍보활동은 실질적으로 피고인 2를 위한 선거운동에 해당한다고 판단하면서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 유지하였다.

원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 구 공직선거법 제 89조 제1항의 '유사기관'의 의미 내지 그 범위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

바. 피고인 2의 지위 이용 선거운동금지 위반으로 인한 공직선거법 위반의 점에 대하여

공직선거법 제85조 제2항은 교육적·종교적 또는 직업적인 기관·단체 등의 조직 내에서의 직무상 행위를 이용하여 그 구성원에 대하여 선거운동을 하는 것을 금지하고 있는데, 구체적으로 어떠한 행위가 조직 내에서의 직무상 행위를 이용한 것인지를 판단함에 있어서는, 그 조직에서 차지하고 있는 지위에 기하여 취급하는 직무의 내용은 물론 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등 여러 사정을 종합적으로 관찰하여 직무와 관련된 행위인지 여부를 판단하여야 한다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2011도1925 판결 참조).

원심은, 피고인 2의 개인 비서 역할을 하던 공소외 8이 피고인 2의 지시에 의하여 선거사무소에서 일하게 된 경위 등에 비추어 피고인 2가 자신의 선거운동을 위하여 자신의 피고용인이었던 공소외 8로 하여금 선거운동을 하게 한 것은 공직선거법 제85조 제2항에서 금지하는 '지위를 이용한 선거운동'에 해당한다고 판단하고, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 유지하였다. 원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택



한 증거들 및 위 법리에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 공직선거법 제85조 제2항의 '조직' 내지 '지위 이용'에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

사. 피고인 2의 선거비용 지출방법 위반으로 인한 정치자금법 위반의 점에 대하여 원심은 그 채택 증거들을 종합하여, 피고인 2가 공소외 1에게 지급하였던 급여 내지 활동비의 경우에는 공소외 1이 운전기사로서 근무한 대가와 자동차 운영비용을 공제한 나머지 불상액에 한하여 정치자금법 제49조 제1항이 정하는 선거비용 관련 위반행위의 대상이 된다고 보아 이를 초과하는 나머지 금액에 대하여는 무죄로 판단하는 한편, 피고인 2의 회계책임자 공소외 9에게 지급된 수당 및 자원봉사자인 피고인 5, 피고인 4에게 지급된 대가는 모두 위 법률이 정하는 선거비용에 해당한다고 판단하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택한 증거들 및 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인 2의 상고이유 주장과 같이 무죄추정의 원칙에 관한 법리 위반 또는 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 검사의 상고이유 주장과 같이 위 법률이 정하는 '선거비용'의 범위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

아. 피고인 2의 정치자금 지출방법 위반으로 인한 정치자금법 위반의 점에 대하여 원심은 그 채택 증거들을 종합하여, 피고인 2의 회계책임자인 공소외 9에 의하지 아니하고 공소외 1과 공소외 8이 피고인 2의 정치활동과 관련하여 지출한 금액으로 인정되는 그 판시와 같은 금액은 정치자금법 제47조 제1항, 제36조 제1항이 정하는 '정치자금'에 해당하고, 피고인 2가 ○○○당 지역구에 관한 정당 후보자 추천 절차에서 탈

락한 이후에도 그 예비후보자의 지위를 유지하고 있었던 사정 등에 비추어 피고인 2가 그 이후에도 여전히 '후보자·예비후보자'의 지위를 가진다고 판단하여, 이 부분 공소 사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있으며, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 정치자금법 제47조 제1항, 제36조 제1항이 정하는 '후보자·예비후보자'의 의미나 '정치자금'의 범위 등에 관하여 법리를 오해한 위법이 없다.

자. 피고인 2의 타인 명의 정치자금 기부금지 위반으로 인한 정치자금법 위반의 점에 대하여

원심판결 이유 및 원심이 유지한 제1심판결 이유를 그 채택증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정한 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하였다거나 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.

차. 피고인 2·피고인 3의 각 지위 이용 선거운동금지로 인한 공직선거법 위반의 점에 대하여

원심은 2012. 1.경 피고인 2·피고인 3이 공소외 10 주식회사(이하 '공소외 10 회사' 이라고만 한다)의 사내이사로 있었고, 피고인 2의 남편 공소외 11이 공소외 10 회사의 대표이사였으며, 피고인 3은 공소외 10 회사의 회계·경리업무를 총괄하던 지위에 있었던 사실을 인정하고, 위 피고인들이 상호 공모하여 자신들의 지위를 이용하여 공소외 10 회사의 임시직 직원이던 공소외 9로 하여금 피고인 2의 선거사무소에서 회계업무 등의 선거운동을 하게 하였다고 본 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하였다거나, 공직선거법상 '지위 이용 선거운동'의 범위, 공모 공동정범에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

카. 피고인 2·피고인 3의 선거비용 지출보고 누락으로 인한 각 정치자금법 위반의 점에 대하여

2인 이상이 공모하여 범죄에 공동 가공하는 공범관계의 경우 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고, 이에 대한 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도4069 판결 등 참조).

원심은 '피고인 2가 회계보고서를 마감할 시점에 그렇게 하라고 시켜서 없는 것으로 처리하였다'거나 '피고인 3에게 공소외 1과 공소외 9 본인의 수당을 어떻게 처리할지 문의하자, 자원봉사자로 일한 것으로 하고 수당은 받지 않은 것으로 하라고 지시하였다'는 공소외 9의 진술내용, 이에 일부 부합하는 취지의 피고인 3의 진술내용 등 그 판시와 같은 사정을 종합하여, 피고인 2·피고인 3이 그 판시와 같은 범행에 대하여 회계책임자 공소외 9와 공동정범 관계에 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정하거나 공모공동정범의 성립 범위에 관한 법리를 오해한 위법이 없으며, 그 밖에 피고

인 2의 상고이유 주장과 같이 이 부분 범행에 대한 공소외 9의 고의 여부에 관하여 사실을 잘못 인정하거나 검사의 상고이유 주장과 같이 '선거비용'의 범위 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법도 발견할 수 없다.

타. 피고인 2·피고인 5·피고인 4·피고인 6 사이의 선거운동 관련 금품제공·수수료로 인한 각 공직선거법위반의 점에 대하여(피고인 2·피고인 5 사이의 공소외 2 후보에 대한 자원봉사 대가 제공·수수의 점 포함)

(1) 원심판결 이유 및 원심이 유지한 제1심판결 이유를 그 채택증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인 2가 피고인 5·피고인 4와의 사이에 선거운동과 관련하여 자원봉사 명목의 대가를 수수하였다는 각 공소사실이 모두 유죄로 인정된다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 선거운동의 관련성에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

(2) 한편 원심은 피고인 2와 피고인 6 사이의 2012. 3. 1.자 선거운동 관련 금품 제공·수수료로 인한 공직선거법 위반의 점에 대하여, 이 부분 범행을 목격하였다는 공소외 1의 진술이나 당시 실질적인 선거사무장 역할을 하였다는 공소외 12의 진술에 의하더라도 피고인 6은 다른 선거운동원들과 달리 선거사무소에 나와 일하는 것이 아니라 보이지 않는 형태로 일하는 등 그 업무의 형태·방법이 상이하고, 이에 따라 피고인 6이 받은 대가가 피고인 5·피고인 4 등 다른 선거운동원들과 동일하다고 볼 자료도 없으며, 그 무렵 피고인 6이 자신의 통장에 입금한 금전이 피고인 2로부터 받은 대가라고 단정하기에 부족한 점 등에 비추어, 공소외 1의 이 부분에 관한 진술의 신빙성을 인정할 수 없고 그 밖에 검사 제출의 증거들만으로는 이 부분 공소사실이 합리적

의심 없이 증명되었다고 보기 어렵다고 판단하여 무죄를 선고하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면 원심이 위와 같이 무죄를 선고한 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

2. 피고인 1의 2012. 2. 22.자 정당후보자 추천 관련 금품 제공 요구·선거운동 관련 금품 제공 요구로 인한 각 공직선거법 위반의 점 및 피고인 7 부분에 대하여

가. 피고인 1·피고인 7 사이의 대화를 녹음한 녹음파일(이하 '이 사건 녹음파일'이라 한다) 및 그에 기하여 수집된 증거들의 증거능력에 대하여

(1) 이 사건 녹음파일의 증거능력에 관하여

(가) 원심은 부산지방검찰청 검사가 2012. 8. 3. 부산지방법원으로부터 압수·수색영장(이하 '이 사건 영장'이라 한다)을 발부받았는데, 이 사건 영장에 피의자는 '피고인 2', 압수할 물건은 '피고인 1 등이 소지하고 있는 휴대전화(휴대전화, 스마트폰) 등', 압수·수색할 장소는 '피고인 1의 주거지 등', 영장 범죄사실은 '피의자는 공천과 관련하여, 2012. 3. 15. 및 3. 28. 공소외 1에게 지시하여 ○○○당 공천심사위원인 공소외 13 등에게 거액의 돈 봉투를 각 제공하였다 등'으로 각 기재되어 있는 사실, 이에 따라 부산지방검찰청 수사관이 피고인 1의 주거지에서 그의 휴대전화를 압수하고 이를 부산지방검찰청으로 가져온 후 그 휴대전화에서 추출한 전자정보를 분석하던 중 피고인 1과 피고인 7 사이의 대화가 녹음된 이 사건 녹음파일을 통하여 위 피고인들에 대한 공직선거법 위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시하였으나, 위 피고인들로부터 이 사건 녹음파일을 임의로 제출받거나 새로운 압수수색영장을 발부받지 아니하였던 사실 등을 각 인정한 다음, 이를 전제로 ① 이 사건 영장은 '피고인 2'를 피의자로 하여

'피고인 2가 공소외 1에게 지시하여 피고인 1을 통해 공천과 관련하여 ○○○당 공천심사위원회인 공소외 13 등에게 거액의 돈 돈 봉투를 각 제공하였다'는 혐의사실을 범죄사실로 하여 발부된 것으로서 피고인 2의 정당 후보자 관련 금품제공 혐의사건과 관련된 자료를 압수하라는 취지가 명백하므로, 이 사건 영장에 기재된 범죄사실과 전혀 다른 '피고인 7과 피고인 1 사이의 정당 후보자 추천 및 선거운동 관련한 대가 제공 요구 및 약속에 관한' 혐의사실에는 그 효력이 미치지 아니하며, ② 이 사건 녹음파일이 피고인 2에 대한 공소사실을 입증하는 간접증거로 사용될 수 있다는 것과 이 사건 녹음파일을 이 사건 영장 범죄사실과 무관한 피고인 7·피고인 1 사이의 범죄사실을 입증하기 위한 증거로 사용하는 것은 별개의 문제이므로 피고인 2에 대한 관계에서 이 사건 녹음파일에 대한 압수가 적법하다고 하여 피고인 7, 피고인 1에 대한 관계에서도 적법한 것은 아니라는 이유 등을 들어, 검사가 별도의 압수·수색영장을 발부받지 아니한 채 이 사건 녹음 파일을 수집한 행위에는 적법하게 발부된 영장에 의하지 아니하고 증거를 수집한 절차적 위법이 있으므로, 이에 따라 수집된 증거인 이 사건 녹음파일은 위법수집증거로서 그 증거능력이 없다고 판단하였다.

(나) 기록에 의하면, 이 사건 녹음 파일에 의하여 그 범행이 의심되었던 혐의사실은 공직선거법상 정당 후보자 추천 관련 내지 선거운동 관련 금품 요구·약속의 범행에 관한 것으로서, 일응 범행의 객관적 내용만 볼 때에는 이 사건 영장에 기재된 범죄사실과 동종·유사의 범행에 해당한다고 볼 여지가 있다. 그러나 이 사건 영장에서 당해 혐의사실을 범하였다고 의심된 '피의자'는 피고인 2에 한정되어 있는데, 수사기관이 압수한 이 사건 녹음파일은 피고인 1과 피고인 7 사이의 범행에 관한 것으로서 피고인 2가 그 범행에 가담 내지 관련되어 있다고 볼 만한 아무런 자료가 없다.

결국 이 사건 영장에 기재된 '피의자'인 피고인 2가 이 사건 녹음파일에 의하여 의심되는 혐의사실과 무관한 이상, 수사기관이 별도의 압수·수색영장을 발부받지 아니한 채 압수된 이 사건 녹음파일은 형사소송법 제219조에 의하여 수사기관의 압수에 준용되는 형사소송법(2011. 7. 18. 법률 제10864호로 개정되어 2012. 1. 1.부터 시행된 것) 제106조 제1항이 규정하는 '피고사건' 내지 같은 법 제215조 제1항이 규정하는 '해당사건'과 '관계가 있다고 인정할 수 있는 것'에 해당한다고 할 수 없으며, 이와 같은 압수에는 헌법 제12조 제1항 후문, 제3항 본문이 규정하는 헌법상 영장주의에 위반한 절차적 위법이 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 녹음파일은 형사소송법 제308조의2에서 정한 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거'로서 이를 증거로 쓸 수 없다고 할 것이고, 그와 같은 절차적 위법은 헌법상 규정된 영장주의 내지 적법절차의 실질적 내용을 침해하는 중대한 위법에 해당하는 이상 예외적으로 그 증거능력을 인정할 수 있는 경우로 볼 수도 없다.

(다) 그렇다면 수사기관의 이 사건 녹음파일 압수·수색 과정에서 피압수·수색 당사자인 피고인 1에게 참여권이 보장되었는지, 복사대상 전자정보의 목록이 교부되었는지 여부 등은 별론으로 하더라도, 원심이 위와 같은 전제에서 이 사건 녹음파일이 이 사건 영장에 의하여 압수할 수 있는 물건 내지 전자정보로 볼 수 없다고 하여 그 증거능력을 부정한 조치는 결론에 있어 정당한 것으로 수긍할 수 있으며, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 범죄혐의 관련성의 범위나 위법수집증거 배제법칙의 예외 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

## (2) 이른바 '2차적 증거'의 증거능력에 관하여

법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에

따르지 아니한 1차적 증거 수집과 관련된 모든 사정들, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 살피는 것은 물론, 나아가 1차적 증거를 기초로 하여 다시 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 구체적인 사안에 따라 주로 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 전체적·종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결, 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012도13607 판결 등 참조).

원심은 앞서 본 바와 같이 이 사건 녹음파일의 증거능력이 부정되는 이상, 이에 터잡아 수집한 2차적 증거인 피고인들의 검찰 진술 또한 그 증거능력이 배제되어야 하는 것으로서 증거로 쓸 수 없다고 판단하는 한편, 피고인들의 법정 진술과 참고인 공소외 14 등의 수사기관 및 법정 진술에 대해서는, 공개된 법정에서 진술거부권을 고지받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 자발적으로 이루어진 것이고 수사기관이 의도적으로 그 영장주의의 취지를 회피하려고 시도한 것은 아니라는 사정 등을 종합하여 그 증거능력이 인정된다고 판단하였다.

기록에 의하면, 위 피고인들의 제1심 법정진술의 경우에는 그 증거능력이 부정되어야 할 이 사건 녹음파일을 제시받거나 그 대화 내용을 전제로 한 신문에 답변한 내용이 일부 포함되어 있으므로, 그와 같은 진술과 이 사건 녹음파일 수집과정에서의 절차적 위법과의 사이에는 여전히 직접적 인과관계가 있다고 볼 여지가 있어, 원심이 이 부분 진술까지 그 증거능력이 있다고 단정한 데에는 부적절한 점이 없지 아니하다. 그러나 이를 제외한 나머지 증거들의 증거능력에 대한 원심의 위와 같은 판단은 정당한



것으로 수증할 수 있고 거기에 피고인 1의 상고이유 주장과 같은 법리오해의 위법이 없으며, 뒤에서 보는 바와 같이 위 피고인들의 제1심 법정진술을 제외하더라도 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실에 대한 원심의 결론은 정당하므로, 결국 원심의 위와 같은 잘못은 판결결과에 영향을 미치지 아니하였다고 할 것이다.

#### 나. 나머지 상고이유 주장에 대하여

##### (1) 피고인 1의 선거운동 관련 금품 제공 요구의 점에 대하여

원심은, ① 피고인 1이 원심에서 '증인이 2012. 2. 22. 피고인 7에게 제시한 선거전략기획서(이른바 '로드맵')에 대한 보충설명을 하고, 3억 원 정도가 된다고 이야기하였다'든가 '증인이 2012. 3. 11. 피고인 7이 양산시 지역구의 ○○○당 후보자로 확정된 이후부터 피고인 7에게 3억 원을 달라고 이야기하였다'는 등 자신이 피고인 7의 선거운동과 관련하여 그 대가를 요구하였다는 공소사실에 부합하는 취지로 증언하였던 점, ② 피고인 1이 자신의 활동에 대한 대가로 2012. 2. 22. 당일뿐 아니라 피고인 7이 공천을 받은 2012. 3. 11. 이후부터 계속하여 금품의 지급을 요구하면서 피고인 7에게 2012. 3. 14. '정치를 못되게 배웠어', 피고인 7을 소개하였던 공소외 14에게 2012. 3. 20. '윤(□□) 해결 좀 하라지. 마지막까진 안 가는 게 좋을 거라고.' 라는 내용의 각 문자메시지를 보냈던 점, ③ 피고인 7도 원심에서 '피고인 1이 요구한 3억 원은 사실상 로드맵에 대한 대가였다'고 진술하는 등 대가 제공을 요구받은 사실을 전제로 진술한 점 등을 종합하여 피고인 1이 피고인 7의 선거운동과 관련하여 그 대가의 제공을 요구한 사실을 인정하는 한편, 피고인 1이 공소외 15, 공소외 16 등에게 전화하여 피고인 7에 대한 지지를 직접 부탁하였던 사정 등을 종합하여 피고인 1의 행위가 '선거운동'과 관련성이 있는 행위에 해당한다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 필요한 심리를 다하지 아니하고 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 할 수 없으며, 피고인 1의 상고이유 주장과 같이 공소사실의 특정 내지 선거운동과의 관련성에 관한 법리를 오해하는 등의 위법도 없다. 나아가 위 피고인들의 제1심 법정진술을 증거에서 제외하더라도 원심이 적법하게 채택한 나머지 증거들만으로도 이 부분 공소사실이 증명된다고 할 것이므로, 결국 위 피고인들의 제1심 법정진술 전부를 유죄의 증거로 채택한 원심의 이 부분 잘못은 판결결과에 영향을 미치지 아니하였다고 할 것이다.

## (2) 피고인 7 부분에 대하여

(가) 공직선거법 제230조 제1항 제4호에 정해진 '금품 기타 이익의 제공을 약속'하는 행위, 또는 공직선거법 제135조 제3항에 정해진 금품 기타 이익 제공의 '약속'행위는 구두에 의하여도 할 수 있고 그 방식에 제한은 없는 것이지만, 그 약속 또는 의사표시가 사회통념상 쉽게 이를 철회하기 어려울 정도로 당사자의 진정한 의지가 담긴 것으로서 외부적·객관적으로 나타나는 정도에는 이르러야 본조의 구성요건 해당성이 있다고 할 것이다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2004도4987 판결 등 참조).

원심은, 비록 원심 법정에서 피고인 1이 2012. 2. 22. 만남에서 피고인 7에게 3억 원을 요구하였고, 이에 대하여 피고인 7은 계속하여 도와달라는 취지의 말을 하였다고 진술하였으나, ① 피고인 1도 피고인 7이 스스로 3억 원을 언급한 적은 없었다고 인정하였고, ② 피고인 7이 그 후 피고인 1의 집요한 요구·압박에도 피고인 1에게 3억 원을 실제로 지급하였다거나 그 지급을 위한 노력을 하였다는 흔적도 찾기 어려우며, ③

2012. 2. 26.에 이르러 피고인 7이 피고인 1에게 여론조사를 비롯한 홍보물 제작을 할 수 있는지 문의하였으나 피고인 1은 '제작하는 것은 하지 않는다'는 취지로 답변하였고, ④ 2012. 3. 중순경 피고인 1이 피고인 7에게 3억 원의 지급을 계속적으로 요구하자 피고인 7은 당시의 선거 상황에 비추어 피고인 1의 요구를 정면으로 거절할 경우 자칫 잘못하면 선거를 망칠 수도 있겠다는 불안감을 느낀 나머지 피고인 1을 잘 관리하고 달래기 위하여 계속적으로 피고인 1에게 그 돈을 지급하겠다는 취지로 말한 것으로 볼 여지가 있으며, ⑤ 피고인 1도 원심에서 '정상적으로 계약이 체결되면 후보자들이 중간중간에 요구를 하는데 피고인 7은 요구를 하지 않았다'고 진술한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1의 위와 같은 진술만으로는 확정적인 '약속'을 하였다고 단정할 수 없고 그 밖에 검사 제출의 증거들만으로는 이 부분 공소사실이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵다고 판단하여 피고인 7의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심이 피고인 7의 행위가 사회통념상 쉽게 이를 철회하기 어려울 정도로 그의 진정한 의지가 담긴 것이라고 인정하기에 부족하다고 판단하여 무죄를 선고한 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공직선거법상 금품제공의 '약속'에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

(나) 나아가 원심은 위 피고인들이 원심 법정에서 한 진술, 공소외 14가 검찰 및 원심법정에서 한 진술 등 검사가 제출한 증거들 중 그 증거능력을 인정할 수 있는 증거들만으로는 피고인들 사이에 정당의 후보자 추천과 관련하여 금품을 요구하고 이

를 약속하였다고 인정하기 어렵다고 판단하여, 피고인 7의 정당 후보자 추천 관련 금품제공 약속의 점에 대한 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유와 원심이 인용한 제1심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 위법이 없다.

### 3. 결론

그러므로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 상고와 검사의 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            박병대 \_\_\_\_\_

                  대법관            양창수 \_\_\_\_\_

                  대법관            고영한 \_\_\_\_\_

주    심            대법관            김창석 \_\_\_\_\_