

공직선거법위반·정치자금법위반

[대법원 2017. 11. 14. 2017도3449]



【판시사항】

- [1] 구 정치자금법에 따라 수수가 금지되는 '정치자금'의 의미(=정치활동을 위하여 정치활동을 하는 자에게 제공되는 금전 등 일체) 및 여기서 '정치활동'의 의미 / 구 정치자금법 제3조 제1호에서 정한 '그 밖에 정치활동을 하는 자'에 해당하려면 '정당, 공직선거, 후원회와 직접 관련된 활동을 주로 하는 사람이나 단체'로 볼 수 있을 정도에 이르러야 하는지 여부(적극)
- [2] 구 정치자금법 제45조 제1항의 정치자금을 기부한 자와 기부받은 자는 이른바 대항범(對向犯)인 필요적 공범관계에 있는지 여부(적극) / 정치자금을 기부하는 자의 범죄가 성립하지 않더라도 정치자금을 기부받는 자가 정치자금법이 정하지 않은 방법으로 정치자금을 제공받는다든 의사를 가지고 받으면 정치자금부정수수죄가 성립하는지 여부(적극)
- [3] 피고인 甲, 乙, 丙이 공모하여, 피고인 甲의 시장 선거 당선을 목적으로 丁 포럼을 설립하여 피고인 甲의 인지도 제고 및 이미지 향상을 위한 활동을 한 후 이에 소요되는 비용을 마련하고자 불특정 다수의 사람들로부터 丁 포럼의 특별회비 등 명목으로 돈을 기부받아 정치자금을 수수하였다고 하여 정치자금법 위반으로 기소된 사안에서, 피고인들이 丁 포럼의 특별회비 명목의 금품을 받은 행위는 정치자금을 기부받은 것이라고 한 사례

【판결요지】

- [1] 구 정치자금법(2016. 3. 3. 법률 제14074호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제45조 제1항은 이 법에 정하지 않은 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받은 자를 처벌하도록 규정하고 있다. 구 정치자금법 제3조 제1호는 '정치자금'을 '당비, 후원금, 기탁금, 보조금과 정당의 당헌·당규 등에서 정한 부대수입 그 밖에 정치활동을 위하여 정당, 공직선거에 의하여 당선된 자, 공직선거의 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자, 후원회·정당의 간부 또는 유급 사무직원 그 밖에 정치활동을 하는 자에게 제공되는 금전이나 유가증권 그 밖의 물건과 그 자의 정치활동에 소요되는 비용'으로 규정하고 있다. 이러한 규정들의 문언과 취지에 비추어 보면, 구 정치자금법에 따라 수수가 금지되는 정치자금은 정치활동을 위하여 정치활동을 하는 자에게 제공되는 금전 등 일체를 의미한다. 여기서 정치활동은 권력의 획득과 유지를 둘러싼 투쟁이나 권력을 행사하는 활동을 의미한다. 또한 구 정치자금법 제3조 제1호에서 정한 '그 밖에 정치활동을 하는 자'에 해당하려면 같은 호에서 구체적으로 열거한 사람 또는 단체에 준하여 '정당, 공직선거, 후원회와 직접 관련된 활동을 주로 하는 사람이나 단체'로 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다.
- [2] 구 정치자금법(2016. 3. 3. 법률 제14074호로 개정되기 전의 것) 제45조 제1항의 정치자금을 기부한 자와 기부받은 자는 이른바 대항범(對向犯)인 필요적 공범관계에 있다. 이러한 공범관계는 행위자들이 서로 대항적 행위를 하는 것을 전제로 하는데, 각자의 행위가 범죄구성요건에 해당하면 그에 따른 처벌을 받을 뿐이고 반드시 협력자 전부에 범죄가 성립해야 하는 것은 아니다. 정치자금을 기부하는 자의 범죄가 성립하지 않더라도 정치자금을 기부받는 자가 정치자금법이 정하지 않은 방법으로 정치자금을 제공받는다든 의사를 가지고 받으면 정치자금부정수수죄가 성립한다.

[3] 피고인 甲, 乙, 丙이 공모하여, 피고인 甲의 시장 선거 당선을 목적으로 丁 포럼을 설립하여 피고인 甲의 인지도 제고 및 이미지 향상을 위한 활동을 한 후 이에 소요되는 비용을 마련하고자 불특정 다수의 사람들로부터 丁 포럼의 특별회비 등 명목으로 돈을 기부받아 정치자금을 수수하였다고 하여 정치자금법 위반으로 기소된 사안에서, 丁 포럼의 인적·물적 조직이 피고인 甲의 인지도와 긍정적 이미지를 높여 시장 선거에서 피고인 甲의 당선에 필요하거나 유리한 활동을 하는 데 실질적으로 이용되었으므로 丁 포럼은 시장 선거를 대비해 피고인 甲의 정치적 기반을 다지기 위한 목적으로 설립되어 활동한 단체로 평가되고, 공직선거에 입후보하려는 특정 정치인의 정치적 기반을 다지기 위한 丁 포럼의 각종 행사는 위 단체의 정치활동으로 볼 수 있어, 결국 丁 포럼은 구 정치자금법(2016. 3. 3. 법률 제14074호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1호에서 열거된 사람 또는 단체에 준하여 '그 밖에 정치활동을 하는 자'에 해당하며, 따라서 피고인들이 자신들이 속한 丁 포럼의 활동과 운영에 필요한 비용으로 사용하기 위해서 특별회비 명목의 금품을 받은 행위는 위 단체의 정치활동을 위하여 제공된 금품이나 그 정치활동에 드는 비용, 즉 정치자금을 기부받은 것으로서, 특별회비를 제공한 사람들이 특별회비가 정치자금에 해당함을 인식하지 못하였더라도 달리 볼 것이 아니라는 등의 이유로, 공소사실을 유죄로 판단한 원심판결이 정당하다고 한 사례.

【참조조문】

- [1] 구 정치자금법(2016. 3. 3. 법률 제14074호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1호, 제45조 제1항
- [2] 구 정치자금법(2016. 3. 3. 법률 제14074호로 개정되기 전의 것) 제45조 제1항
- [3] 형법 제30조, 구 정치자금법(2016. 3. 3. 법률 제14074호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1호, 제45조 제1항

【참조판례】

- [1] 대법원 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결(공2007상, 255), 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7876 판결, 대법원 2014. 6. 26. 선고 2013도9866 판결(공2014하, 1520), 헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2013헌바169 전원재판부 결정(헌공214, 1247)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】

【변 호 인】 법무법인(유한) 태평양 외 2인

【환송판결】 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결

【주문】

】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

】 상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서 등은 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 증거능력에 관한 판단

가. 검사의 상고이유에 관한 판단

(1) 헌법은 기본권의 하나로 신체의 자유를 보장하고자 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 않는다(제12조 제1항)고 정하고, 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다(제12조 제3항 본문)고 정함으로써 적법절차와 영장주의 원칙을 선언하고 있다.

형사소송법 제114조, 제219조는 압수·수색영장에 기재할 사항을 정하고 있는데, 이에는 피고인 또는 피의자의 성명, 죄명뿐만 아니라, 압수할 물건, 수색할 장소, 신체, 물건 등이 포함된다.

형사소송법 제215조는 검사 또는 사법경찰관은 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 판사로부터 발부받은 영장에 의하여 압수·수색을 할 수 있다고 정하고 있다.

이처럼 형사소송법은 신체의 자유, 사생활의 비밀과 자유 등의 기본권을 보장하기 위하여 압수·수색에 관한 엄격한 요건과 절차를 법정하고 있다.

나아가 형사소송법 제308조의2는 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다고 명시하고 있다.

(2) 2014. 9. 25.자 압수·수색영장으로 압수한 증거물

위에서 보았듯이 수사기관은 범죄수사의 필요성이 있고 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있는 경우에도 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한하여 영장을 발부받아 압수·수색을 할 수 있다.

영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련된 증거가 아니라면 적법한 압수·수색이 아니다.

따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 등 참조).

원심판결 이유에 따르면 다음의 사실을 알 수 있다.

- ① 2014. 9. 25.자 압수·수색영장(이하 '1차 압수영장'이라 한다)의 발부 사유가 된 혐의사실은 피고인 1이 2014년 5월에서 6월 사이 피고인 3의 선거사무소에서 전화홍보원들에게 선거운동과 관련하여 금품을 제공하였다는 것이다.
- ② 그런데 1차 압수영장으로 압수한 증거물은 2012년 8월에서 2013년 11월 사이 피고인 3, 피고인 1, 피고인 2 등이 ○○○○○○○○○포럼(이하 '이 사건 포럼'이라 한다)을 설립·운영하고 회비를 조성한 것과 관련하여 유사기관 설치와 사전선거운동으로 인한 공직선거법 위반, 정치자금법 위반의 혐의와 관련이 있다.
- ③ 이는 선거사무소의 전화홍보원들에게 금품을 제공하였다는 영장의 혐의사실에 관해서는 증거로서의 가치가 없다.

위 법리에 비추어 보면, 1차 압수영장으로 압수한 증거물은 1차 압수영장 발부의 사유가 된 범죄 혐의사실과 관련이 없으므로, 이에 대한 1차 압수영장의 집행행위는 위법하다.

원심이 1차 압수영장으로 압수한 증거물을 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다고 판단한 것은 정당하다.

원심판결에 상고이유 주장과 같이 증거능력과 압수영장의 효력·집행에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

(3) 2014. 10. 2.자 압수·수색영장으로 압수한 파일 등 전자정보

(가) 개인이든 단체든 컴퓨터나 서버 등 정보처리시스템 없이 활동하기 어려운 세상이다.

전자정보가 저장된 저장매체는 대부분 대용량이어서 압수·수색영장 발부의 사유로 된 범죄혐의와 관련이 없는 개인의 일상생활, 기업경영이나 단체활동에 관한 정보가 광범위하게 포함되어 있다.

이러한 전자정보에 대한 압수·수색은 인격권, 사생활의 비밀과 자유, 정보에 대한 자기결정권, 재산권 등을 침해할 우려가 크므로 포괄적으로 이루어져서는 안 되고 비례의 원칙에 따라 필요한 최소한의 범위 내에서 이루어져야 한다.

따라서 수사기관의 전자정보에 대한 압수·수색은 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복제하는 방식으로 이루어져야 한다.

다만 예외적으로 저장매체 자체를 직접 반출하거나 그 저장매체에 들어 있는 전자파일 전부를 하드카피나 이미징(imaging) 등의 형태(이하 '복제본'이라 한다)로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하는 방식으로 압수·수색하는 것이 허용될 수 있다.

가령 현장의 사정이나 전자정보의 대량성으로 말미암아 관련 정보 획득에 긴 시간이 걸거나 전문 인력에 의한 기술적 조치가 필요한 경우 등과 같이 범위를 정하여 출력하거나 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에 한하여 저장매체 자체 또는 복제본을 외부에 반출하는 방식으로 압수·수색을 할 수 있다고 보아야 한다(대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정 등 참조).

저장매체 자체 또는 적법하게 획득한 복제본을 탐색하여 혐의사실과 관련된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 일련의 과정은 전체적으로 하나의 영장에 따른 압수·수색이라고 볼 수 있다.

문서출력 또는 파일복제의 대상은 저장매체 소재지에서 하는 압수·수색과 마찬가지로 혐의사실과 관련된 부분에 한정되어야 한다.

이러한 결론이 위에서 본 헌법과 형사소송법에서 정하고 있는 적법절차와 영장주의 원칙이나 비례의 원칙에 부합한다.

따라서 수사기관 사무실 등으로 반출된 저장매체 또는 복제본에서 혐의사실 관련성에 대한 구분 없이 임의로 저장된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 행위는 원칙적으로 영장주의 원칙에 반하는 위법한 압수가 된다(위 대법원 2011모1839 결정 등 참조).

형사소송법은 수사기관이 압수·수색영장을 집행할 때에는 피압수·수색 당사자(이하 '피압수자'라 한다) 또는 변호인이 그 집행에 참여할 수 있도록 규정하고 있다(제219조, 제121조). 이는 저장매체 자체 또는 적법하게 획득한 복제본을 탐색하여 혐의사실과 관련된 전자정보를 문서로 출력하거나 파일로 복제하는 일련의 과정에서도 적용된다.

이러한 과정에서 수사기관은 피압수자나 그 변호인에게 참여의 기회를 보장하고 혐의사실과 무관한 전자정보의 임의적인 복제 등을 막기 위한 적절한 조치를 취하는 등 영장주의 원칙과 적법절차를 준수하여야 한다(위 대법원 2011모1839 결정, 대법원 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결 등 참조).

전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견하면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보를 적법하게 압수·수색할 수 있다.

이 경우에도 특별한 사정이 없는 한 피압수자에게 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피압수자의 이익을 보호하기 위한 적절한 조치를 하여야 한다(위 대법원 2011모1839 결정 등 참조).

(나) 원심판결 이유와 적법하게 채택된 증거에 따르면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

- ① 검사는 2014. 9. 25. 1차 압수영장에 기하여 이 사건 포럼 사무실에 있던 컴퓨터 4대와 USB 2개에 저장된 파일 합계 8,628개(디렉토리 포함)를 '이미징'의 형태로 추출해 휴대용 저장매체에 복제하는 방식으로 압수하였다.
이때 컴퓨터 등 저장매체에 담긴 파일 가운데 영장의 범죄 혐의사실과 관련된 파일만을 범위를 정하여 복제하는 방식으로 압수하지는 않았다.
- ② 같은 날 검사는 위 복제본을 검찰 사무실로 옮겨와 전자정보를 탐색하였고 그 과정에서 그것이 1차 압수영장의 혐의사실과 무관한 전자정보(이하 '무관정보'라 한다)임을 확인하였다.
- ③ 검사는 위 탐색 과정에서 피압수자인 피고인 2 등에게 참여할 기회를 주지 않았고, 무관정보임을 확인한 후에도 탐색을 중단하지 않았다.
- ④ 검사는 위 파일에 관하여 2014. 10. 2.자로 다시 압수·수색영장(이하 '2차 압수영장'이라 한다)을 발부받아 2014. 10. 8. 같은 이미징 방법으로 압수를 하였는데, 그 무렵까지 무관정보로 확인한 혐의사실에 관하여 수사를 계속하였다.
- ⑤ 검사는 2차 압수영장으로 압수한 전자정보가 담긴 복제본을 검찰 사무실에서 탐색·복제·출력하면서 피압수자인 위 피고인 2 등에게 참여할 기회를 주지 않았다.

(다) 위와 같은 사실관계에 따르면, 2차 압수영장에 기한 압수·수색은 1차 압수영장으로 획득한 복제본에 담긴 전자파일을 다시 이미징 방법으로 복제한 휴대용 저장매체를 외부로 반출하는 방식으로 이루어졌다.

2차 압수영장으로 압수한 전자정보가 담긴 복제본을 탐색하여 혐의사실과 관련된 전자정보를 출력하거나 파일로 복제하는 일련의 과정은 전체적으로 2차 압수영장에 기한 압수·수색에 해당한다고 볼 수 있다.

그러나 검사는 복제본의 탐색 등의 과정에서 피압수자인 피고인 2 등에게 참여할 기회를 보장하지 않았으므로, 2차 압수영장에 기한 압수·수색은 적법절차를 위반하여 위법하다.

원심판결 이유에 따르면 1·2차 압수영장에 기하여 전자정보를 이미징 형태로 복제하는 과정에서 피고인 2가 참여하여 혐의사실과 직접 연관성이 없는 전자정보가 섞여 있을 수 있다는 것에 동의하였음을 알 수 있다.

그러나 이러한 사정만으로 피압수자 측에 절차 참여를 보장하였다고 볼 수 없다.

따라서 원심이 2차 압수·수색영장에 기하여 취득한 파일 등 전자정보가 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 판단한 것은 정당하다.

원심판결에 상고이유 주장과 같이 증거능력이나 압수영장의 효력 집행에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4의 상고이유에 관한 판단

- (1) 법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에 따르지 않은 1차적 증거 수집과 관련된 모든 사정들, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용과 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거 수집 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).

(2) 원심은 위에서 보았듯이 1차 압수영장으로 압수한 증거물이 영장의 혐의사실과 관련이 없어 증거능력이 없다고 하면서도, 이에 터잡은 2차적 증거인 아래 증거들을 비롯하여 피고인 5의 주거지에서 압수·수색영장에 기하여 수집한 증거 등에 관하여 최초의 절차 위반행위와 2차적 증거 수집 사이에 인과관계가 희석되거나 단절되었다는 등의 이유로 증거능력이 인정된다고 판단하였다.

(가) 2차 압수영장으로 압수한 서류와 장부

수사기관이 1차 압수영장에 기하여 서류와 장부를 압수·수색하면서 서류 등의 제목이나 개략적 내용만으로 혐의사실과 무관하다고 단정하기 어려웠고, 의도적으로 영장주의 원칙을 회피하려는 의도를 가지고 서류 등을 수집하지는 않았다.

1차 압수 당시 위 서류가 포함된 압수목록을 피압수자에게 교부하였고, 검사는 위와 같은 압수경위를 밝히면서 2차 압수영장을 청구하여 발부받았다.

검사는 2차 압수영장의 취지에 따라 포럼 사무실에서 피고인 2가 참여한 가운데 서류 등을 위 피고인에게 반환하였다가 다시 압수하였고, 압수목록도 위 피고인에게 교부하였다.

(나) 공소외 1의 전자우편 출력물

공소외 1은 전자우편에 대한 확인과 위 자료출력에 대하여 자발적으로 동의하고 전자우편계정에 관한 정보를 수사기관에 알려주었다.

(다) 피고인들의 검찰과 법정 진술, 참고인들의 검찰과 법정 진술 가운데 원심이 특정한 부분

위 증거들은 증거능력이 인정되는 다른 증거물을 바탕으로 수집되거나 수집될 수 있었다.

(3) 기록에 의하면, 공소외 2가 환송 후 원심법정에서 한 일부 증언 등의 경우에 2차 압수영장으로 압수된 전자정보로서 증거능력이 부정되어야 할 2013. 11. 21.자 포럼회의록의 출력물을 제시받거나 그 내용에 관하여 답변한 내용이 일부 포함되어 있다.

따라서 그러한 진술과 2차 압수영장에 기한 위 전자정보 수집 과정의 절차적 위법 사이에는 여전히 직접적 인과관계가 있다고 볼 여지가 있다.

원심이 이 부분 진술까지 증거능력이 있다고 보아 사실인정의 기초로 삼은 것은 부적절하다.

그러나 원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 기록에 비추어 보면, 이를 제외한 나머지 증거의 증거능력에 대한 원심의 판단은 정당하고, 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 위법수집증거의 증거능력에 관한 법리오해, 증거재판주의 위반 등의 잘못이 없다.

그리고 공소외 2의 일부 진술 등을 제외하더라도 아래에서 보는 것처럼 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 정치자금법 위반 부분의 공소사실에 관한 원심의 결론은 정당하므로, 결국 원심의 위와 같은 잘못은 판결 결과에 영향을 미치지 않았다고 할 것이다.

2. 유사기관 설치와 사전선거운동으로 인한 공직선거법 위반 부분에 관한 판단

가. 공직선거법상 '선거운동'은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말한다.

위와 같은 목적의사가 있었다고 추단하려면, 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다거나 선거에 관한 사항을 동기로 하였다는 사정만으로는 부족하고 특정 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인

사정이 있어야 한다(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 참조).

나. 원심은 다음과 같은 이유로 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4의 유사기관 설치, 피고인들의 사전선거운동으로 인한 공직선거법 위반 부분의 공소사실은 증거가 부족하다고 보아, 이를 유죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 무죄로 판단하였다.

(1) 피고인들이 이 사건 포럼을 통하여 계획한 내용이나 실제로 한 주요 활동들은 선거일에서 멀리 떨어진 시기에 이루어진 일이므로 피고인 3이 향후 어떤 선거에 나설지도 모른다는 예측을 주었을 뿐이다.

피고인들이 그 계획과 활동 과정을 통하여 명시적으로 △△광역시장 선거에서 피고인 3에 대한 지지를 부탁하는 행위가 있었음이 인정되지 않는다.

뿐만 아니라, 선거인의 관점에서 피고인 3의 당선을 도모하려는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 만한 객관적 사정도 부족하다.

(2) 피고인들이 이 사건 포럼의 활동을 하면서 피고인 3의 인지도와 긍정적 이미지를 높이는 결과를 가져왔더라도 이를 사전선거운동에 해당한다고 볼 수 없다.

피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 선거운동을 목적으로 이 사건 포럼을 설립하였다고 보기도 어렵다.

다.

원심의 위 판단은 환송판결에 따른 것으로서 정당하다.

원심판결에 검사의 상고이유 주장과 같이 공직선거법에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 정치자금법 위반 부분에 관한 판단

가. 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4의 상고이유에 관한 판단

(1) 구 정치자금법(2016. 3. 3. 법률 제14074호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제45조 제1항은 이 법에 정하지 않은 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받은 자를 처벌하도록 규정하고 있다.

구 정치자금법 제3조 제1호는 '정치자금'을 '당비, 후원금, 기탁금, 보조금과 정당의 당헌·당규 등에서 정한 부대수입 그 밖에 정치활동을 위하여 정당, 공직선거에 의하여 당선된 자, 공직선거의 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자, 후원회·정당의 간부 또는 유급사무직원 그 밖에 정치활동을 하는 자에게 제공되는 금전이나 유가증권 그 밖의 물건과 그 자의 정치활동에 소요되는 비용'으로 규정하고 있다.

이러한 규정들의 문언과 취지에 비추어 보면, 구 정치자금법에 따라 수수가 금지되는 정치자금은 정치활동을 위하여 정치활동을 하는 자에게 제공되는 금전 등 일체를 의미한다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2013도9866 판결 참조). 여기서 정치활동은 권력의 획득과 유지를 둘러싼 투쟁이나 권력을 행사하는 활동을 의미한다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결 참조). 또한 구 정치자금법 제3조 제1호에서 정한 '그 밖에 정치활동을 하는 자'에 해당하려면 같은 호에서 구체적으로 열거한 사람 또는 단체에 준하여 '정당, 공직선거, 후원회와 직접 관련된 활동을 주로 하는 사람이나 단체'로 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7876 판결, 헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2013헌바169 전원재판부 결정 등 참조).

구 정치자금법 제45조 제1항의 정치자금을 기부한 자와 기부받은 자는 이른바 대향범(對向犯)인 필요적 공범관계에 있다.

이러한 공범관계는 행위자들이 서로 대향적 행위를 하는 것을 전제로 하는데, 각자의 행위가 범죄구성요건에 해당하면 그에 따른 처벌을 받을 뿐이고 반드시 협력자 전부에게 범죄가 성립해야 하는 것은 아니다.

정치자금을 기부하는 자의 범죄가 성립하지 않더라도 정치자금을 기부받는 자가 정치자금법이 정하지 않은 방법으로 정치자금을 제공받는다든가 의사를 가지고 받으면 정치자금부정수수죄가 성립한다.

(2) 원심은 다음과 같은 이유로 '피고인 2, 피고인 3, 피고인 4가 공모하여 2012. 8. 7.경부터 2013. 12. 30.까지 67명으로부터 이 사건 포럼의 특별회비 등 명목으로 159,634,000원을 받아 정치자금법에서 정하지 않은 방법으로 정치자금을 기부받았다'는 정치자금법 위반의 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(가) 피고인 3은 2012. 4. 제19대 국회의원 선거에서 낙선한 후 재기를 모색하던 중 자신의 국회의원 보좌관을 지낸 피고인 4를 통해 피고인 2로부터 제안을 받아 이 사건 포럼에 고문으로 참여하였다.

피고인 3은 피고인 4와 함께 이 사건 포럼의 설립절차 진행이나 이사장 영입, 특별회비 모금 등의 과정에 관여하였다.

피고인 2는 사무총장, 피고인 1은 행정실장, 피고인 5는 행정팀장으로 이 사건 포럼 사무실에 상근하면서 행사의 기획과 진행, 자금의 집행과 관리 등 업무를 담당하면서 이 사건 포럼으로부터 급여를 받았다.

피고인 2, 피고인 3, 피고인 4는 단체의 인적·물적 조직을 바탕으로 '지역경제를 위한 정책개발'이라는 명목을 표방하면서 피고인 3으로 하여금 불특정 또는 다수의 유권자와 지속적으로 접촉할 수 있는 여러 행사를 개최하였다.

이 사건 포럼의 행사는 피고인 3 개인을 중심으로 그를 홍보하는 외부현장행사 위주였고, 피고인 3을 위한 선거기획 문건의 내용이 반영되었다.

이 사건 포럼은 당초 표방한 지역경제 연구나 정책 제시에는 별다른 힘을 기울이지 않았고 이 사건 포럼의 상근직원들이 피고인 3 개인의 출판기념회 관련 업무까지 맡았다.

이 사건 포럼의 설립 경위, 운영과 활동에 비추어 보면, 피고인 3의 공직선거 출마와 당선과 관련된 정치활동을 도모할 목적으로 이 사건 포럼을 설립하여 피고인 3의 인지도 제고와 이미지 향상을 위한 포럼의 활동을 기획·추진하였음을 알 수 있다.

(나) 특별회비의 모금방식, 이 사건 포럼의 수입·지출 내역 등에 비추어 보면, 위 피고인들이 이 사건 포럼의 활동에 드는 비용과 이 사건 포럼의 인적 구성에 해당하는 피고인 2, 피고인 1, 피고인 5 등 상근직원의 급여, 물적 구성에 해당하는 업무공간의 개설과 유지에 드는 운영비 등을 특별회비 명목의 돈으로 모금하여 충당하기로 공모한 것으로 볼 수 있다.

(3) 원심이 인정한 위와 같은 사실관계를 위에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 포럼의 인적·물적 조직이 피고인 3의 인지도와 긍정적 이미지를 높여 △△광역시장 선거에서 위 피고인의 당선에 필요하거나 유리한 활동을 하는 데 실질적으로 이용되었다.

따라서 이 사건 포럼은 △△광역시장 선거를 대비해 피고인 3의 정치적 기반을 다지기 위한 목적으로 설립되어 활동한 단체로 평가할 수 있다.

위와 같이 공직선거에 입후보하려는 특정 정치인의 정치적 기반을 다지기 위한 이 사건 포럼의 각종 행사는 위 단체의 정치활동으로 볼 수 있다.

결국 이 사건 포럼은 구 정치자금법 제3조 제1호에서 열거된 사람 또는 단체에 준하여 '그 밖에 정치활동을 하는 자'에 해당한다.

따라서 위 피고인들이 공모하여 자신들이 속한 이 사건 포럼의 활동과 운영에 필요한 비용으로 사용하기 위해서 불특정 다수의 사람들로부터 특별회비 명목의 금품을 받은 행위는 위 단체의 정치활동을 위하여 제공된 금품이나 그 정치활동에 드는 비용, 즉 정치자금을 기부받은 것으로 보아야 한다.

특별회비를 제공한 사람들이 그 특별회비가 정치자금에 해당함을 인식하지 못하더라도 달리 볼 것은 아니다.

(4) 위 피고인들은 이 사건 포럼의 각종 활동들이 선거운동에 해당하지 않는 이상 이 사건 포럼이 공직선거를 위하여 설립되었거나 그와 관련한 활동을 하였다고 보아 정치자금법의 규제를 받도록 하는 것은 부당하다고 주장한다.

정치자금의 조달을 정당 또는 정치인에게 맡겨 두고 아무런 규제를 하지 않는다면 정치권력과 금력의 결합이 만연해지고, 필연적으로 기부자의 정치적 영향력이 커지게 된다.

금력을 가진 소수 기득권자에게 유리한 정치적 결정이 이루어진다면 민주주의의 기초라 할 수 있는 1인 1표의 기회균등 원리가 심각하게 훼손될 수 있다.

그러므로 정치자금에 대한 규제는 대의제 민주주의의 필연적 귀결이다(헌법재판소 2004. 6. 24. 선고 2004헌바16 전원 재판부 결정 참조).

우리 정치자금법은 '누구든지 이 법에 의하지 아니하고는 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다(제2조 제1항)'고 규정하면서 정치자금의 수입을 당비, 후원금, 기탁금, 국고보조금, 정당의 부대수입 등 정치자금법이 정한 방법 이외에는 허용하지 않음으로써 정치자금의 수수를 사전적으로 엄격히 규제하고 있다(제4조 내지 제30조 참조). 반면 정치자금이 투명하게 수입·지출되고 있는지 감시·감독할 수 있는 사후적 규제로는 정당의 대표자, 후원회의 대표자, 후원회를 둔 국회의원, 대통령선거경선후보자, 당대표경선후보자, 공직선거의 후보자 등을 대상으로 하여 회계책임자를 선임하여 신고하도록 하는 등 정치자금의 회계·보고·공개의무 등을 규정하고 있을 뿐이다(제34조 내지 제44조 참조). 이와 같이 정치자금의 수입에 대한 사전적 규제는 엄격한 반면 정치자금의 수입·지출에 관한 사후적 규제장치가 미흡한 현행 정치자금법 아래에서 정치자금의 수수 단계에서 엄격한 규제가 이루어지지 않는다면 음성적인 정치자금의 유입과 그로 인해 파생되는 부정부패를 방지하기 어렵다.

사법부가 정치활동의 자유를 보장하기 위해 선거운동의 범위를 축소해석하면서도 정치자금의 투명성을 보장할 별다른 입법적 조치가 없는 상황에서 정치자금에 대한 규제를 쉽게 완화할 수 없는 이유가 여기에 있다.

위에서 본 바와 같이 현행법의 해석으로는 이 사건 포럼이 정치활동을 하는 자로서 특별회비 명목의 정치자금을 기부받은 경우에 해당한다고 보아야 하므로, 위 피고인들의 주장은 받아들이지 않는다.

(5) 결국 원심이 위 피고인들의 정치자금법 위반 부분의 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하다.

원심판결에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 정치자금법 제3조, 제45조 제1항, 공동정범에 관한 법리 등을 오해한 잘못이 없다.

나. 검사의 상고이유에 관한 판단

원심판결 이유를 관련 법리에 비추어 보면, 원심이 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4로부터 특별회비 등에 해당하는 가액을 추징하지 않은 것은 정당하다.

원심판결에 상고이유 주장과 같이 추징에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

4. 결론

피고인 2, 피고인 3, 피고인 4와 검사의 상고는 이유 없어 이를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김창석(재판장) 박보영 이기택 김재형(주심)