

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2015도6008 공직선거법위반  
피 고 인 피고인 1 외 3인  
상 고 인 피고인들  
변 호 인 법무법인 하늘  
담당변호사 허태군 외 7인  
원 심 판 결 부산고등법원 2015. 4. 22. 선고 2015노85 판결  
판 결 선 고 2017. 4. 28.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 부산고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 공직선거법 제112조 제1항에 해당하는 금품 등 제공행위가 같은 법 제112조 제2항 등에 규정된 의례적 행위나 직무상 행위에 해당하지 않더라도, 그것이 지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것이라면 의례

적 행위나 직무상의 행위로서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다(대법원 2007. 9. 7. 선고 2007도3823 판결 등 참조).

한편, 지방의회의원이 음식물 등 제공에 사용한 돈이 지방의회의 예산에 편성되어 있는 업무추진비에서 예산집행절차를 거쳐 지급된 경우, 그 지급이 공직선거법 제112조 제2항 제4호 (가)목에서 정한 '법령에 의한 금품제공행위' 또는 (나)목에서 정한 '대상·방법·범위 등을 구체적으로 정한 당해 지방자치단체의 조례에 의한 금품제공행위'에 해당하지 않는다면 원칙적으로는 사회상규에 위배되지 않는다는 이유로 위법성이 조각될 수 없다. 그러나 구 지방재정법 시행령(2007. 6. 28. 대통령령 제20123호로 개정된 것) 제144조 제2항으로 "지방자치단체의 업무추진비 집행기준에 관한 사항은 행정자치부령으로 정한다."는 규정이 신설되고, 지방자치단체가 업무추진비를 집행하는 과정에서 자주 발생하는 공직선거법위반 여부에 대한 논란을 사전에 방지하고 구체적인 업무추진비 집행기준을 마련하여 업무추진비가 지방자치단체의 자율과 책임 아래 본래의 목적과 취지에 맞게 사용되도록 하기 위해서 구 지방자치단체 업무추진비 집행에 관한 규칙(2008. 3. 11. 행정안전부령 제5호로 제정된 것, 이하 '이 사건 규칙'이라고 한다)이 제정됨으로써, 지방자치단체의 장과 보조기관, 사업소장의 직무수행에 드는 비용과 지방자치단체가 시행하는 행사, 시책추진사업, 투자사업의 원활한 추진을 위한 비용인 "업무추진비"의 집행기준이 명확하게 되었다. 이를 반영하여 위 지방재정법 시행령과 이 사건 규칙이 시행된 이후에는 행정자치부 예규인 지방자치단체 세출예산 집행기준에서도 지방자치단체의 장의 업무추진비(203목) 집행 과정에서 이 사건 규칙을 따르도록 규정하게 되었다. 그런데 위 지방자치단체 세출예산 집행기준에서 지방의회비 중 업무추진비(205-05목, 205-06목)에 관하여 지방자치단체의 장의 각 업무추진비

지출에 적용되는 공통사항 중 이 사건 규칙 또는 이를 개정한 경우 그 개정 규칙을 적용하도록 정한 부분을 제외하고는 거의 동일한 집행방법을 따르도록 규정한 것과 달리, 그 집행기준에 해당하는 이 사건 규칙은 2015. 4. 1. 행정안전부령 제23호로 개정되기 전까지 지방의회의원의 업무추진비를 집행하는 기준을 명시적으로 규정하지 않았다. 이러한 지방자치단체의 장과 지방의회의원의 업무추진비 관련 법령의 제정과 개정 경위, 각 법령의 취지 등에 비추어 살펴보면, 지방의회의원의 업무추진비가 직무수행에 드는 비용을 보전해 주기 위한 것으로서 예산편성 시 그 용도를 공적 업무와 관련하여 지출하도록 포괄적으로 정하고 있을 뿐 지급대상이나 범위를 명확하게 한정하지 아니한 경우에 해당하고, 그 집행기준을 규정한 법령이 없어서 이와 유사하다고 볼 수 있는 지방자치단체의 장의 업무추진비에 관한 규정을 유추적용하는 내부적인 사무처리 준칙이 있었다면, 단순히 그와 같은 사무처리 준칙이 당해 지방자치단체의 조례에 명시적으로 규정되어 있지 않다는 이유만으로 사회상규에 위배되지 않는다는 피고인들의 주장을 함부로 배척할 수 없다.

따라서 지방의회의원의 업무추진비 사용에 관하여 지방자치단체의 장에 대한 규정을 유추적용할 수 있는지 여부가 명확하지 아니하였던 기간 동안 지방의회의원이 업무추진비를 사용하여 음식물 등을 제공한 행위가 지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것인지 여부를 판단함에 있어서는, 업무추진비의 사용처가 관련 법령에서 정한 지방의회의원의 직무수행에 포함되는지 여부, 피고인들이 내부적인 사무처리 준칙상 그 회계처리에 유추적용되었다고 주장하는 규정에 의하면 그와 같은 업무추진비의 사용이 정당하다고 할 수 있는지 여부, 형식적으로 지방의회의원의 직무에 속하는 업무에 관하여 지방자치단체장에 대한 규정을 유추적용

하였다고 주장하고 있을 뿐 실제로는 그 직무수행과 관련 없이 개인적인 이익을 위하여 지출하거나 또는 그 직무수행과 관련된다고 하더라도 합리적인 범위를 넘어 지나치게 과다하게 지출한 것인지 여부 등을 구체적·종합적으로 고려하되, 공직선거법 제 112조 제1항에 해당하는 금품 등 제공행위를 금지하는 공직선거법의 입법취지가 몰각되지 않도록 신중하게 판단해야 한다.

2. 원심은, 피고인 1이 30회에 걸쳐 공무원 243명에게 합계 4,027,019원 상당의 식사를, 피고인 2가 28회에 걸쳐 공무원 202명에게 합계 4,173,009원 상당의 식사를, 피고인 3이 37회에 걸쳐 공무원 237명에게 합계 4,672,892원 상당의 식사를, 피고인 4가 18회에 걸쳐 공무원 96명에게 합계 1,971,303원 상당의 식사를 제공함으로써, 피고인들의 선거구 안에 있는 자나 선거구민과 연고가 있는 자에게 기부행위를 하였다고 인정하고, 그것이 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다는 피고인들의 주장을 배척한 다음, 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 판단하였다.

3. 그러나 피고인 1이 범죄일람표(1) 순번 13, 19, 27, 28번 기재와 같이, 피고인 2가 범죄일람표(2) 순번 1, 11, 15, 16, 17, 22번 기재와 같이, 피고인 3이 범죄일람표(3) 순번 6, 7, 8, 10, 13, 14, 17, 18, 20, 22, 24, 25, 31, 32번 기재와 같이, 피고인 4가 범죄일람표(4) 순번 4, 13번 기재와 같이 부산광역시 ○구청 소속 공무원들에게 식사를 제공한 행위에 대하여 위법성을 인정한 원심의 판단은 아래와 같은 이유로 수증하기 어렵다.

가. 지방자치단체의 집행기관은 지방자치단체장이고, 지방의회는 조례 제정, 예산심의, 행정사무 감사 등의 업무를 주로 담당하고 있으므로, 부산광역시 ○구의회는 기본적으로 부산광역시 ○구청과 견제와 감시 관계에 있다. 그러나 부산광역시 ○구의회

회의 규칙 제52조 제2항에서 "위원회는 심의하는 안건이 예산상의 조치를 수반하는 경우와 중요하다고 인정되는 조례안에 대하여는 구청장의 의견을 들어야 한다."고 규정하고 있고, 같은 조 제3항에서 "제2항의 경우 설명의 충실을 위하여 필요한 때에는 관계공무원으로 하여금 대리하여 설명하게 할 수 있다."고 규정하고 있다. 국회법 제79조의2 제1, 2항에서 예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 의안의 경우 국회예산정책처의 비용추계서 등을 제출하도록 규정하고 있는 것과 비교해 보면, 부산광역시 ○구의회는 국회예산정책처와 같은 기능을 수행할 기관이 없어서 그 전문성을 보완하기 위해 예산상의 조치를 수반하는 안건을 심사하는 경우는 물론이고 중요하다고 인정되는 조례안을 심사하는 경우에도 부산광역시 ○구청 소속 공무원들을 통해 지방자치단체의 장의 의견을 확인해야 한다고 해석된다. 부산광역시 ○구의회는 부산광역시 ○구청을 견제·감시하기 위해서라도 부수적인 협력관계를 유지할 수밖에 없고, 그 협력관계의 범위는 국회의원이 행정부에 대하여 가지는 그것보다 낫다고 보인다.

따라서 피고인들이 주된 업무인 특정 조례안 심사 등에 관하여 부산광역시 ○구청 소속 공무원들과 협의를 거치기 위해서, 또는 향후 그와 같은 협의를 할 때 원활한 협력관계를 도모하기 위해서 간담회를 개최한 것이라면, 이는 구의회 또는 상임위원회가 주최하고 구의회와 상임위원회의 사무 수행을 목적으로 한 회의에 해당하고, 피고인들은 지방의회의원의 직무를 수행하였다고 볼 수 있다.

나. 구 지방자치단체 업무추진비 집행에 관한 규칙(2010. 4. 21. 행정안전부령 제134호로 개정되어 2015. 4. 1. 행정자치부령 제23호로 개정되기 전의 것, 이하 '이 사건 개정 규칙'이라고 한다)은, 지방자치단체장 등의 업무추진비 집행에 관하여 제3조에서 "업무추진비 집행 공무원은 업무추진비를 집행하려는 경우에는 [별표]에 규정된 직무할

동에 대하여 집행하여야 한다."고 규정하고 있고, 위 규칙에서 지방의회의원의 업무추진비 집행대상을 명시적으로 규정하고 있지는 않지만, 피고인들이 부산광역시 ○구청 소속 공무원들과 간담회를 가진 뒤 식사를 제공할 당시 지방의회의원의 업무추진비 집행대상을 정한 법령이 없었다.

그리고 기록에 의하면, 부산광역시 ○구의회 사무과는 지방의회 의장 또는 상임위원회 위원장이던 피고인들의 업무추진비에 대하여도 그 성격이 유사한 지방자치단체장의 업무추진비 집행에 관한 이 사건 개정 규칙이 유추적용되는 것으로 보아 동일한 사무처리 기준을 적용하여 업무를 처리하여 왔음을 알 수 있다.

한편, 이 사건 개정 규칙 [별표] 제4의 나.호에서 해당 지방자치단체가 주최하는 회의 참석자에게 식사를 제공하는 행위를 업무추진비 집행대상으로 정하면서 "이 경우 회의는 해당 지방자치단체의 사무 수행을 목적으로 하며 사전에 구체적인 회의 방법과 참석 범위를 정하여야 한다."고 규정하고 있다. 그런데 피고인들은 위와 같은 규정이 자신들에게도 유추적용된다고 생각하고 구의회 의장 또는 상임위원회 위원장으로서 구의회 또는 상임위원회가 그 사무 수행을 목적으로 하여 사전에 구체적인 회의 방법과 참석 범위를 정하여 개최한 간담회에 참석한 공무원들에게 업무추진비로 식사를 제공하였고, 간담회는 그 성격상 사전에 구체적인 회의 방법과 참석 범위를 정하는 것이 어려우므로 사후적으로 업무추진비 집행의 근거를 명확히 하는 것도 허용된다고 볼 수 있으므로, 이 사건 개정 규칙이 피고인들에게도 유추적용된다고 보던 내부 사무처리 준칙에 따르면, 피고인들의 이 부분 업무추진비 사용이 그와 같은 내부적인 사무처리 준칙에도 벗어난다고 단정하기 어렵다.

다. 피고인들은 원심 판시 해당 부분 범죄사실 기재와 같이 대체로 1년에 1회 정도

부산광역시 ○구청의 부서별로 간담회를 열었고(피고인 3의 경우는 1년에 2회 정도이다), 간담회 당시 제공된 식사비도 1인당 10,000원 내지 25,800원이며, 피고인들이 사전 또는 간담회 직후에 부산광역시 ○구의회 사무과 회계담당 직원에게 그 비용의 사용내역에 관한 자료를 모두 제출하였으므로, 이와 같은 간담회의 시기, 비용, 회계처리 절차 등을 종합하면, 피고인들은 지방의회의원으로서 그 의정활동의 일환으로 이와 같은 간담회를 개최한 것으로 볼 여지가 있다.

또한, 피고인들이 간담회 과정에서 지출한 식사비용이 공직선거관리규칙 제50조 제6항에서 정한 상한인 1인당 1만 원을 초과하기는 하지만, 위와 같은 일련의 간담회 개최 경위에 비추어 업무 협력을 위한 간담회에서 제공할 수 있는 통상적인 수준을 넘는 수준이라고 보이지는 않는다.

따라서 피고인들이 지방의회의원의 직무를 수행한다는 미명 아래 실제로는 지방의회의원의 직무수행과 관련 없이 개인적인 이익을 위하여 부산광역시 ○구청 소속 공무원들에게 음식을 제공하였다거나 또는 그 직무수행과 관련된다고 하더라도 합리적인 범위를 넘어 지나치게 과도한 업무추진비를 지출하였다고 단정하기 어렵다.

4. 앞서 본 법리와 제반 사정에 비추어 살펴보면, 피고인들이 간담회를 개최한 다음 부산광역시 ○구청 소속 공무원들에게 식사를 제공한 행위는, 지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있고 직무상의 행위로서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다고 볼 여지가 있다. 원심으로서는 피고인들이 부산광역시 ○구청 소속 공무원들과 간담회를 개최한 경위와 그 간담회에서 논의된 내용 등에 관하여도 심리하여, 그와 같은 업무추진비 지출 경위를 고려하더라도 피고인들의 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다는 주장을 받아들일 수 없는

지에 대하여 판단했어야 한다. 그런데도 그 판시와 같은 이유만으로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판단에는 공직선거법상 기부행위의 위법성 조각사유에 관한 법리를 오해한 채 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 한편 원심은 이 부분 공소사실과 나머지 공소사실이 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 피고인들에 대하여 하나의 형을 선고하였으므로, 결국 원심판결을 전부 파기한다.

5. 그러므로 나머지 상고이유 주장에 대한 판단은 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장          대법관          김소영          \_\_\_\_\_

주    심          대법관          김    신          \_\_\_\_\_

                  대법관          이기택          \_\_\_\_\_