

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2017도13458 공직선거법위반  
피 고 인 피고인  
상 고 인 피고인  
변 호 인 법무법인 소백  
담당변호사 황정근 외 2인  
원 심 판 결 서울고등법원 2017. 8. 23. 선고 2017노690 판결  
판 결 선 고 2017. 12. 5.

주 문

상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 적용법령의 위법 여부와 공소권 행사의 적법성(상고이유 제1점)

가. 공직선거법 제135조 제3항은 공직선거법의 규정에 따라 수당·실비 기타 이익을 제공하는 경우를 제외하고는 명목 여하를 불문하고 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 약속하는 등의 행위를 금지하고 있다.

공직선거법 제230조 제1항 제4호는 '공직선거법 제135조 제3항의 규정을 위반하여 수당·실비 기타 자원봉사에 대한 보상 등 명목 여하를 불문하고 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자'를 처벌하는 규정을 두고 있다. 같은 항 제5호는 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법에 따른 경우를 제외하고 문자·음성·화상·동영상 등을 인터넷 홈페이지의 게시판·대화방 등에 게시하거나 전자우편·문자메시지로 전송하게 하고 그 대가로 금품, 그 밖에 이익의 제공 또는 그 제공의 의사표시를 하거나 그 제공을 약속한 자'를 처벌하는 규정을 두고 있다.

공직선거법 제230조 제1항 제4호와 같은 항 제5호를 비교하면, 제4호는 공직선거법에서 정한 일정한 경우를 제외하고 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익을 제공하는 등의 행위를 처벌하기 위한 규정이고, 제5호는 선거에 영향을 미치게 하기 위해 탈법 방법에 의한 문자 전송이나 인터넷 홈페이지의 게시판 게시 등의 행위에 대한 대가로 금품 기타 이익을 제공하는 등의 행위를 처벌하기 위한 규정이다. 위 두 규정은 위반행위의 대상, 대가 관계 유무, 선거에 영향을 미칠 목적의 유무 등 구성요건과 규제대상에 차이가 있다. 따라서 후자가 전자에 대하여 특별법 관계에 있는 것이 아니고, 1개의 행위가 각각의 구성요건을 충족하는 경우에는 두 죄가 상상적 경합의 관계에 있다고 보아야 한다.

한편 하나의 행위가 여러 범죄의 구성요건을 동시에 충족하는 경우 공소제기권자는 자의적으로 공소권을 행사하여 소추 재량을 현저히 벗어났다는 등의 특별한 사정이 없는 한 증명의 난이 등 여러 사정을 고려하여 그중 일부 범죄에 관해서만 공소를 제기할 수도 있다(대법원 1999. 11. 26. 선고 99도1904 판결 참조).

나. 이 사건에서 검사는 피고인의 행위에 대하여 공직선거법 제230조 제1항 제5호 위반죄로 공소를 제기하지 않고 같은 항 제4호, 제135조 제3항 위반죄로만 공소를 제기하였다. 이는 검사가 위 두 규정에 따른 구성요건의 충족 여부와 증명의 난이 등 여러 사정을 고려하여 위와 같이 공소를 제기한 것으로 볼 수 있고, 공소권을 자의적으로 행사하거나 소추 재량을 현저히 벗어났다고 보기 어렵다. 원심이 공소가 제기된 범위에서 피고인을 공직선거법 제230조 제1항 제4호, 제135조 제3항 위반죄로 처벌한 제1심판결을 그대로 유지한 조치는 적법하다. 원심의 판단에 적용 법조에 관한 법령을 위반하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

## 2. 위법수집증거 여부(상고이유 제3점)

가. 형사소송법 제215조 제1항은 "검사는 범죄수사에 필요한 때에는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 정황이 있고 해당 사건과 관계가 있다고 인정할 수 있는 것에 한정하여 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다."라고 정하고 있다. 따라서 영장 발부의 사유로 된 범죄 혐의사실과 무관한 별개의 증거를 압수하였을 경우 이는 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 사용할 수 없다. 그러나 압수·수색의 목적이 된 범죄나 이와 관련된 범죄의 경우에는 그 압수·수색의 결과를 유죄의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도11233 판결 등 참조).

압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재한 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다. 그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있

는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다. 그 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 관련성이 있다고 할 것은 아니다. 그리고 피의자와 사이의 인적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 대상자의 공동정범이나 교사범 등 공범이나 간접정범은 물론 필요적 공범 등에 대한 피고사건에 대해서도 인정될 수 있다(대법원 2017. 1. 25. 선고 2016도13489 판결 등 참조).

나. 원심은 아래와 같은 이유로 2016. 9. 9.자 압수·수색영장(이하 '1차 압수·수색영장'이라 한다)에 기초하여 압수한 공소외 1의 휴대전화에 대한 분석 결과와 이에 근거하여 얻은 증거는 위법하게 수집된 증거에 해당하지 않는다고 판단하였다.

(1) 1차 압수·수색영장에 기재된 허위사실공포 사건의 혐의사실은 피고인이 2016. 4. 11. 선거운동과 관련하여 자신의 페이스북에 허위의 글을 게시하였다는 것이다. 이 사건 공소사실은 피고인이 2016. 3. 30.경 선거운동과 관련하여 자신의 페이스북에 선거홍보물 게재 등을 부탁하면서 공소외 1에게 금품을 제공하였다는 것이다.

이 사건 공소사실은 1차 압수·수색영장 기재 혐의사실에 대한 범행의 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에 해당하므로, 1차 압수·수색영장 기재 혐의사실과 객관적 관련성이 있다. 또한 이 사건 공소사실과 1차 압수·수색영장 기재 혐의사실은 모두 피고인이 범행 주체가 되어 페이스북을 통한 선거운동과 관련된 내용이므로 인적 관련성 역시 인정된다.

(2) 검찰은 1차 압수·수색영장의 집행 과정에서 압수목록 교부서를 작성하여 공소외 1에게 교부하였고, 공소외 1은 이미징(imaging) 등 참관 여부 확인서와 임의제출 동의서를 작성하여 교부하는 등 공소외 1의 참여권이 충분히 보장되었다. 또한 압수·수색영장의 집행 과정에서 피압수자의 지위가 참고인에서 피의자로 전환될 수 있는 증거가 발견되었더라도 그 증거가 압수·수색영장에 기재된 범죄사실과 객관적으로 관련되어 있다면 이는 압수·수색영장의 집행 범위 내에 있다. 따라서 다시 공소외 1에 대하여 영장을 발부받고 헌법상 변호인의 조력을 받을 권리를 고지하거나 압수·수색과정에 참여할 의사를 확인해야 한다고 보기 어렵다.

다. 원심판결 이유를 적법하게 채택한 증거에 비추어 보면, 원심의 판단은 위 법리에 따른 것으로 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 위법수집증거에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 전문증거의 증거능력 여부(상고이유 제4점)

가. 형사소송법 제314조에 의하여 같은 법 제312조의 조서나 같은 법 제313조의 진술서, 서류 등을 증거로 하기 위해서는 공판준비 또는 공판기일에 진술을 요하는 자가 사망·질병·외국거주·소재불명, 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 공판정에 출석하여 진술을 할 수 없는 경우이어야 하고, 그 진술 또는 서류의 작성이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어진 것이어야 한다는 두 가지 요건을 갖추어야 한다.

먼저 '공판준비 또는 공판기일에 진술을 요할 자가 사망, 질병 기타 사유로 인하여 진술할 수 없을 때'라 함은 소환장이 주소불명 등으로 송달불능이 되어 소재탐지촉탁까지 해서 소재수사를 했어도 그 소재를 확인할 수 없는 경우도 이에 포함된다. 또 하나의 요건인 '특히 신빙할 수 있는 상태에서 행하여진 때'란 진술내용이나 조서 또는

서류의 작성에 허위가 개입될 여지가 거의 없고 진술내용의 신빙성이나 임의성을 담보할 구체적이고 외부적인 정황이 있는 경우를 가리킨다(대법원 1995. 6. 13. 선고 95도 523 판결, 대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도171 판결, 대법원 2013. 6. 28. 선고 2011도17620 판결 등 참조).

나. 원심은 아래와 같은 사정에 비추어 공소외 1의 법정 출석을 위한 충분한 노력이 이루어졌는데도 공소외 1의 소재가 파악되지 않았고, 공소외 1은 재판 진행 사실을 알고 있으면서도 전화를 받지 않아 전화로 소환할 수 없는 상황이므로, 이는 형사소송법 제314조의 '공판기일에 진술을 요하는 자가 소재불명 그 밖에 이에 준하는 사유로 인하여 진술할 수 없는 때'에 해당한다고 판단하였다.

(1) 제1심 법원은 공동피고인으로 기소된 공소외 1을 소환하였으나 폐문부재로 소환장이 송달되지 않자 검사에게 주소보정을 명하였고, 보정된 주소로 다시 피고인 소환장을 송달하였으나 폐문부재로 역시 송달이 이루어지지 않았으며, 이후 소재탐지촉탁을 하였으나 소재가 파악되지 않았다.

(2) 검사는 2016. 11. 30. 공소외 1의 소재를 파악하기 위하여 속초경찰서장과 일산경찰서장을 상대로 소재수사 지휘를 하였으나 소재가 파악되지 않았다.

(3) 검사는 공소외 1의 소재 확인을 위하여 통신 3사, 즉 에스케이텔레콤 주식회사, 주식회사 엘지유플러스, 주식회사 케이티에 공소외 1 명의로 가입된 내역이 있는지를 조회하였다. 에스케이텔레콤 주식회사에 가입된 휴대전화 번호(전화번호 1 생략)는 착신정지 상태였고, 주식회사 엘지유플러스에 가입된 인터넷 전화번호(전화번호 2 생략)는 전원이 꺼져 있거나 인터넷에 연결되어 있지 않은 상태라는 것을 확인하였다.

(4) 원심에서 증인으로 출석한 공소외 2는 "2017. 6. 13. 오후 6시 7분경 공소외 1과

통화하였고, 출석 당일에도 카카오톡 메시지를 주고받았다. 피고인이 이 사건으로 재판 받고 있는 것을 공소외 1도 알고 있다. 공소외 1의 전화번호는 (전화번호 3 생략)이다. 공소외 1에게 법정에서 출석하여 증언하라고 권유해 보았으나, 공소외 1이 '자기는 신경 쓰기 싫다. 모르는 일이다.'라고 말하였다."라고 진술하였다.

(5) 피고인의 원심 변호인은 공소외 1의 주소를 종전 고양시 소재 거주지로, 전화번호를 위 '(전화번호 3 생략)'로 보완하여 공소외 1에 대한 증인신청서를 제출하였다. 그러나 증인소환장은 수취인 불명으로 송달이 되지 않았고, 법원사무관이 위 전화번호로 통화를 시도하였으나 공소외 1이 전화를 받지 않아 소환을 할 수 없었다.

다. 또한 원심은 아래와 같은 사정에 비추어 공소외 1의 검찰 진술이 특히 신빙할 수 있는 상태에서 이루어졌다고 판단하였다.

(1) 공소외 1은 피고인과 문자 메시지 등을 주고받은 휴대전화가 압수되자 자의로 검찰에 출석하여 진술거부권과 변호인 조력권을 고지받은 상태에서 두 차례에 걸쳐 피고인으로부터 돈을 지급받은 사실과 그 경위 등에 관하여 진술하였다.

(2) 공소외 1의 진술 내용은 구체적이고 비교적 일관되며 2016. 3. 29.경부터 피고인과 공소외 1이 주고받은 휴대전화 메시지 내용과 피고인과 공소외 1 사이의 금융거래 내역 등 객관적인 증거에 부합한다.

(3) 공소외 1이 자신의 공직선거법위반으로 형사처벌을 감수하면서까지 피고인을 형사처벌 받게 할 의도로 거짓말을 할 만한 이유가 나타나 있지 않아 그 진술에 허위가 있다고 보기 어렵다.

라. 원심은 증인인 공소외 1의 법정 출석을 위한 가능하고도 충분한 노력을 다하였는데도 부득이 공소외 1의 법정 출석이 불가능해졌다는 사정이 증명되었고, 공소외 1

의 진술 경위, 내용, 피고인 등과의 관계, 진술 전후의 사정, 공판기일에서 진술하지 못한 사유 등 여러 가지 사정에 비추어 그 진술내용이나 조서의 작성에 허위가 개입될 여지가 있다고 보기 어려우며 진술내용의 임의성과 신빙성을 담보할 구체적, 외부적인 정황도 있다고 판단하였다. 원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 적법하게 채택한 증거와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하다. 공소외 1에 대한 검찰 진술조서와 검찰 피의자신문조서가 형사소송법 제314조에 따라 증거능력이 있다고 인정한 원심의 판단에 형사소송법 제314조에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 4. 선거운동 관련 금품 등 제공 여부(상고이유 제2점)

가. 공직선거법 제230조 제1항 제4호, 제135조 제3항 위반죄는 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속하는 행위를 처벌대상으로 하는 것으로서, 그 처벌대상은 위 법이 정한 선거운동기간 중의 금품제공 등에 한정되지 않는다. 같은 법 제135조 제3항에서 정한 '선거운동과 관련하여'는 '선거운동에 즈음하여, 선거운동에 관한 사항을 동기로 하여'라는 의미로서 '선거운동을 위하여'보다 넓은 개념이다. 이것은 선거운동의 목적 또는 선거에 영향을 미치게 할 목적이 없더라도 그 행위 자체가 선거의 자유·공정을 침해할 우려가 높은 행위를 규제할 필요가 있어 사용된 표현으로, 반드시 금품 제공이 선거운동의 대가일 필요는 없으며, 선거운동 관련 정보제공의 대가, 선거사무관계자 스카우트 비용 등과 같이 선거운동과 관련된 것이면 무엇이든 이에 포함된다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010도9110 판결 등 참조).

나. 원심은 아래와 같은 이유로 피고인이 공소외 1에게 교부한 200만 원에 제20대 국회의원 선거 전에 공소외 1이 북콘서트 등을 도와준 데 대한 대가 부분이 일부 혼재

되어 있더라도, 그 주된 성격은 제20대 국회의원 선거에서 선거운동과 관련하여 지급된 것이라고 봄이 타당하다고 판단하였다.

(1) 공소외 1이 검찰에서 한 진술은 이 사건 범죄사실의 내용에 부합하는 것으로, 그 내용이 구체적이고 비교적 일관되며 메시지 내용과 금융거래내역 등 객관적 증거에 부합하여 신빙성이 높다.

(2) 피고인이 공소외 1에게 연락하여 200만 원을 송금한 2016. 3. 30.은 북콘서트가 개최된 시점으로부터 2개월이 지난 후였고, 제20대 국회의원 선거의 선거운동 기간으로부터 하루 전이었다. 그 시점에 비추어 보면, 위 200만 원은 북콘서트에 관한 것이라기보다 선거운동에 관하여 지급된 것이라고 봄이 시기적으로 자연스럽다.

(3) 피고인은 2016. 3. 30. 공소외 1에게 200만 원을 송금하면서 '보냈습니다. 많은 활동 부탁드립니다. 이제 2주...!!!, 공약 전파 중요합니다.'라는 메시지를 보냈다. 공소외 1은 피고인으로부터 200만 원을 송금받은 후 공소외 2에게 카카오톡으로 '피고인부터 하지, 쩌 받아옴'이라는 메시지를 보내기도 하였다. 위 각 메시지 내용에 비추어 보면, 피고인과 공소외 1은 위 200만 원이 선거운동의 대가로 교부되었다는 사실을 충분히 인식하였다고 볼 수 있다.

(4) 피고인은 공소외 1에게 200만 원을 송금하면서 비고란에 'sns'라고 기재하였다. 이에 비추어 위 200만 원은 SNS(소셜 네트워크 서비스) 홍보활동과 관련하여 공소외 1에게 지급된 비용으로 보아야 한다.

다. 원심판결 이유를 적법하게 채택한 증거에 비추어 보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공직선거법 제230조 제1항 제4호, 제135조 제3항의 '선거운동과 관련하여'에 관한 법리를 오

