

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건	2018도2841 가. 사기 나. 정치자금법위반 다. 업무상횡령
피 고 인	피고인 1 외 13인
상 고 인	피고인 4, 6 및 검사 (피고인들에 대하여)
변 호 인	법무법인 향법 외 6인
원 심 판 결	서울고등법원 2018. 1. 26. 선고 2016노333 판결
판 결 선 고	2019. 3. 14.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고인들에 대한 사기 및 정치자금법 위반 부분에 관하여

가. 압수·수색영장 집행 관련 증거능력에 대한 법리오해 주장

1) 금융기관, 인터넷업체로부터 압수한 계좌거래내역 및 이메일의 증거능력

가) 수사기관의 압수·수색은 법관이 발부한 압수수색영장에 의하여야 하는 것이 원칙이고, 그 영장에는 피의자의 성명, 압수할 물건, 수색할 장소·신체·물건과 압수수색의 사유 등이 특정되어야 한다(형사소송법 제215조, 제219조, 제114조 제1항, 형사소송규칙 제58조). 영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시되어야 하고(형사소송법 제219조, 제118조), 압수물을 압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자 등에게 교부하여야 한다(같은 법 제219조, 제129조). 이러한 형사소송법과 형사소송규칙의 절차 조항은 헌법에서 선언하고 있는 적법절차와 영장주의를 구현하기 위한 것으로서 그 규범력은 확고히 유지되어야 한다. 그러므로 형사소송법 등에서 정한 절차에 따르지 않고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다(대법원 2017. 9. 7. 선고 2015도 10648 판결 등 참조).

나) 원심은, 수사기관이 금융기관 및 이메일 업체에 대하여 압수·수색영장을 집행할 때에는 헌법 제12조, 형사소송법 제219조, 제118조 등에 따라 영장의 원본이 제시되어야 하므로 이에 따르지 아니하고 수집한 증거는 원칙적으로 적법한 증거로 삼을 수 없다고 판단하였다. 그리하여 원심은, 수사기관이 금융기관 및 이메일 업체에 대한 압수·수색영장을 집행하면서 모사전송 방식에 의하여 영장 사본을 전송한 사실은 있으나 영장 원본을 제시하지 않았고 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 이를 피압수·수색 당사자에게 교부하였다고 볼 수도 없는 등의 방법으로 압수된 금융거래 자료와 이메일 자료는 헌법과 형사소송법 제219조, 제118조, 제129조가 정한 절차를 위반하여 수집한 위법수집증거로 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없으며, 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수도 없다고 판단한 제1심판

결을 그대로 유지하고, 이에 관한 검사의 항소이유 주장을 배척하였다.

다) 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 압수·수색절차나 압수물의 증거능력에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

2) 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라고 한다)로부터 압수한 경리·회계 관련 자료의 증거능력

가) 헌법과 형사소송법이 구현하고자 하는 적법절차와 영장주의의 정신에 비추어 볼 때, 법관이 압수·수색영장을 발부하면서 '압수할 물건'을 특정하기 위하여 기재한 문언은 이를 엄격하게 해석하여야 하고, 함부로 피압수자 등에게 불리한 내용으로 확장 또는 유추해석하는 것은 허용될 수 없다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도763 판결 등 참조).

나) 원심은, 수사기관이 세무법인 사무실에서 '압수할 물건'으로 "공소외 2 주식회사(변경 전 상호 생략, 이하 '공소외 2 회사'라고 한다)와 공소외 3 주식회사의 경리·회계 관련 자료"라고 명시된 압수·수색영장을 집행하면서 공소외 2 회사와 특수관계에 있으나 별개의 독립된 법인격을 가진 회사인 공소외 1 회사의 경리·회계 관련 자료까지 압수한 것은 압수·수색영장에 기재된 압수 대상의 범위를 초과하는 위법한 압수절차에 해당한다고 판단하였다. 그리하여 원심은 위와 같이 위법한 절차로 인하여 수집한 공소외 1 회사의 경리·회계 관련 자료의 증거능력을 배제하는 것이 타당하다고 판단한 제1심판결을 그대로 유지하고, 이에 관한 검사의 항소이유 주장을 배척하였다.

다) 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 압수·수색절차나 압수물의 증거능력에 관한 법리를 오해

한 위법이 없다.

3) 공소외 4 회사 ○○○○ 사업팀으로부터 압수한 외장하드 보관 자료의 증거능력 원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 수사기관이 공소외 4 회사 ○○○○ 사업팀에 대한 압수·수색영장을 집행하여 압수한 전자정보 자료의 증거능력을 인정하지 않은 원심의 판단을 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 압수·수색절차에서의 참여, 압수물의 증거능력 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

나. 전문증거의 증거능력에 대한 법리오해 주장

원심은, '후보자별 최종결산내역(실제 매출 대비 신고액)', '2010. 6. 1.자 각 견적서', '피고인 13 견적서(실제 견적서)', '피고인 14 견적서(실제 견적서)', '2010 선거 결산 매뉴얼', '2010 지방선거 명함 제작 현황', '공소외 5 유세차량 정산 내역', '교육감선거 가견적서', '△△교육감 가견적서', '후보자별 운전인쇄 공보제작 수량', '각 세금계산서 발급요청서' 등 원심 판시 각 문건들을 형사소송법 제315조 제2호, 제3호에 의하여 당연히 증거능력이 인정되는 문서라고 볼 수 없다고 판단한 제1심판결을 그대로 유지하고, 이에 관한 검사의 항소이유 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 전문증거의 증거능력 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

다. 공소외 6 후보 △△ 교육감 선거 관련 법리오해 등 주장

원심은 다음과 같은 이유로, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2 회사가 공소외 6으로부터 선거비용 보전대상이 아닌 용역비를 전화홍보시스템 대금에 포함시켜 지급받기로 하였다거나 위 전화홍보시스템 대금이 허위로 부풀려졌다고 인정하기 부족하다고 판단하였다. 즉, ① 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7은 △△광역시선거관리위원회의

요구에 따라 선거비용 보전신청 증빙서류로 전화홍보시스템에 관한 견적서를 다시 작성하면서 전화홍보시스템 대금 총액은 유지한 채 전화홍보에 사용한 노트북과 전화단말기 수량(30대)에 맞는 서버운영시스템의 단가(1대당 271만 원 총 3대 813만 원) 항목을 추가 기재하여 그 산정내역의 기재를 수정하였을 뿐이다. ② 따라서 교체 전·후 견적서는 모두 공소외 2 회사가 공급받은 전화홍보시스템 납품계약의 실질을 반영한 것으로 사실상 같은 내용의 견적서라는 것이다. 그리하여 원심은 이 부분 사기 및 정치자금법 위반 공소사실 중 교체 후 전화홍보시스템 견적서에서 추가 기재된 서버운영시스템 3대 813만 원 부분을 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고, 이를 무죄로 판단하였다.

또한 원심은, 검사가 제출한 증거들만으로는 이 부분 사기 및 정치자금법 위반 공소사실 기재와 같이 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7이 공모하여 선거비용 보전제도를 이용하여 더 많은 선거보전금을 받을 의도로 공소외 2 회사가 공소외 6에게 제공한 각종 선거기획·컨설팅에 대한 용역비를 홍보업무 대행계약의 선거홍보물 대금에 포함시켜 지급받기로 약정하였다거나, 공소외 6에게 공급한 선거홍보물 대금(위 813만 원 부분 제외)을 부풀렸다거나, 공소외 6 후보의 선거비용 보전청구시 제출한 계약서 등 증빙서류 또는 선거관리위원회의 보전비용 재실사시 제출한 견적서 등 증빙자료를 위·변조하거나 허위기재하였다는 점이 합리적 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거도 없다고 판단하였다. 그리하여 원심은 이 부분 사기 및 정치자금법 위반 공소사실 중 위 813만 원 부분을 제외한 나머지 부분에 대하여 이를 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하고, 이에 관한 검사의 항소이유 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 증거능력, 증거물인 서면의 증명력, 간접정범 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

라. 공소외 5 후보 □□도지사 선거 관련 법리오해 등 주장

원심은 다음과 같은 이유로, 검사가 제출한 증거들만으로는 이 부분 사기 및 정치자금법 위반 공소사실이 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거도 없다고 판단하였다. 즉, ① 공소외 2 회사가 공소외 5와 체결한 유세차량 공급계약은 그 내용이나 형태가 다른 후보들과 체결한 공급계약과 비교하여도 특별히 이례적이라고 볼 만한 사정이 없다. ② 공소외 2 회사가 공소외 5 외 2010. 6. 2. 실시한 제5회 전국동시지방선거 관련 다른 후보들에 대하여도 상당한 미수금채권을 가지고 있었던 점 등에 비추어 보면, 공소외 2 회사가 허위로 공소외 5 후보에 대한 6,000만 원 상당의 유세차량 미수금채권을 발생시키고 그 과정에서 계약서 등 증빙서류를 허위로 작성하였다고 보기는 어렵다는 것이다. 그리하여 원심은, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 8, 피고인 10이 공모하여 공소외 5 후보의 유세차량 대금 중 미수금채권에 상당한 6,000만 원을 부풀려 선거비용 보전금을 부당하게 과다 지급받고 그 과정에서 허위의 증빙서류를 작성하였다고 보아 이 부분 사기 공소사실 중 6,000만 원 부분과 정치자금법 위반 전부를 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고, 이 부분 공소사실을 모두 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사

실을 잘못 인정하거나 증거능력, 증거물인 서면의 증명력 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

마. 공소외 7 ◇◇◇도 교육감 후보 관련, 2010년도 지방의원 선거 관련(피고인 11, 피고인 12 및 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12 후보), 2011년 재·보궐선거 관련(피고인 13, 피고인 14 후보) 각 법리오해 등 주장

원심은, 검사가 제출한 증거들만으로는 이 부분 각 사기 및 정치자금법 위반 공소사실이 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증명되었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거도 없다는 이유로, 위 각 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하고, 이에 관한 검사의 항소이유 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 증거능력, 선거비용 보전금 편취, 증거물인 서면의 증명력 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

2. 피고인 4, 피고인 6에 대한 2009. 3. 18. 업무상 횡령 부분에 관하여

원심은, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 4, 피고인 6이 공모하여 2009. 3. 18. 경 업무상 보관 중인 공소외 2 회사 자금 5,500만 원을 피고인 6이 임의경매절차에서 낙찰받은 사무실(이하 '☆☆빌딩 사무실'이라고 한다)에 대한 입찰보증금 납부에 사용함으로써 이를 횡령하였다고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거도 없다고 판단하였다. 그리하여 원심은 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하고, 이에 관한 검사의 항소이유 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상

고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 업무상 횡령에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

3. 피고인 4, 피고인 6에 대한 나머지 업무상 횡령 부분에 관하여(☆☆빌딩 사무실 경락대금 등 마련 관련 가공거래를 통한 업무상 횡령과 2008. 6. 11. 및 2008. 6. 17. 개인용도 사용 관련 업무상 횡령)

가. 위법수집증거배제원칙 위반에 대한 주장

1) 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 기본적 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 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 중

합하여 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, 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017도13458 판결 등 참조).

2) 원심은 다음과 같은 이유로, 수사기관이 영장번호 2012-11455(이하 '1차 압수·수색영장'이라고 한다), 2012-12422, 2012-13531, 2012-15995, 2012-17475, 2012-18688 압수·수색영장(이하 1차 압수·수색영장을 비롯하여 위 압수·수색영장들을 통틀어 '이 사건 영장'이라고 한다)에 의하여 압수한 증거들이 별건 압수에 해당하여 위법하다거나 영장의 요건을 갖추지 못한 위법한 압수·수색영장에 기한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

① 이 사건 영장에는 공통적인 범죄 혐의사실로 "피의자가 피고인 6 등과 함께 2009. 2.경부터 2012. 3.경까지 사이에 행사의 기획과 광고물 제작 등으로 재화 또는 용역을 공급한 대가를 받았음에도 세금계산서를 발급, 교부하지 아니하고, 거래금액 및 수익을 신고하지 않는 등의 방법으로 조세를 포탈하였다."라는 취지가 기재되어 있다. 이는 이 사건 가공거래를 통한 업무상 횡령의 공소사실인 "피고인 4, 피고인 6이 공모하여 2009. 3.경부터 2009. 4.경까지 사이에 거래처로부터 허위의 매입 세금계산서를 발급받고, 공소외 2 회사의 회계장부를 조작하여 마치 재화나 용역을 매입한 것처럼 가공거래를 한 후 매입대금 명목으로 공소외 2 회사 자금을 거래처에 지급한 뒤 이를 돌려받아 횡령하였다."라는 점과 그 범행 시기, 허위 세금계산서의 교부 및 수취를 통

한 범행 방법이 유사하므로 위 조세범처벌법 위반의 범죄 혐의사실과 업무상 횡령의 공소사실 사이에 관련성을 인정할 수 있다.

② 이 사건 영장 중 1차 압수·수색영장을 제외하고는 범죄 혐의사실에 피의자가 피고인 6 등과 함께 공소외 2 회사 자금을 횡령한 혐의가 포함되어 있고, 영장의 신청 및 발부 일자가 뒤로 갈수록(영장번호 2012-17475, 2012-18688 압수·수색영장) 범죄 혐의사실에 이 사건 업무상 횡령의 공소사실과 거의 유사한 내용이 포함되어 있다.

③ 형사소송규칙 제107조 제1항 제1호, 제95조 제1호는 반드시 피의자의 성명을 기재할 것으로 요하지 않고 이 사건 영장에 일관되게 피의자와 피고인 6과의 공모관계가 표시된 점 등에 비추어 보면, 이 사건 영장(영장번호 2012-18688 압수·수색영장 제외)에 피의자가 '성명 불상'으로 기재되어 있다 하더라도 그 특정 가능성이 있으므로 이를 영장 요건에 위배된 위법한 영장이라고는 볼 수 없다.

3) 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 이유 설시에는 다소 미흡한 부분이 있으나, 이 사건 영장에 의하여 압수한 증거가 위법수집증거에 해당한다고 볼 수 없다는 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 압수·수색영장의 관련성과 그 기재사항, 위법수집증거배제 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

나. 선고형 결정에 관한 주장

이 부분 상고이유 주장은 원심판결의 양형 이유로 든 양형 조건에 관한 사실오인, 법리오해의 위법이 있다는 취지로 결국 형이 너무 무거워 부당하다는 것이다.

형사소송법 제383조 제4호에 의하면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가

선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용되므로, 피고인 4, 피고인 6에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 위와 같은 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다. 나아가 위 피고인들에 대하여 유죄로 인정된 이 부분 업무상 횡령과 관련하여 형법 제51조에 따른 양형의 조건이 되는 여러 사정을 고려하더라도, 비록 원심이 정치자금법 위반 범행을 양형의 이유에서 들고 있는 것이 적절하지는 않지만, 그 양형 판단에 상고이유 주장과 같이 죄형법정주의 원칙, 논리칙을 위반한 위법이 없다.

다. 불법영득의사의 부존재 등에 관한 주장

원심은, 피고인 4, 피고인 6이 공모하여 2009. 4. 21.경 공소외 2 회사의 거래처로부터 가공거래에 관한 허위의 매입 세금계산서를 발급받고 공소외 2 회사의 회계장부를 조작하여 위 가공거래의 매입대금 명목으로 업무상 보관 중이던 공소외 2 회사 자금을 거래처에 지급한 다음 2009. 4. 24.경까지 위 자금 합계 1억 3,640만 원을 피고인 6이 임의경매절차에서 낙찰받은 ☆☆빌딩 사무실에 대한 경락대금 등 납부에 임의로 사용하여 이를 횡령하였다고 판단하였다. 그리고 위 피고인들이 공모하여 2008. 6. 11.경 및 2008. 6. 17.경 업무상 보관 중이던 공소외 2 회사 자금 각 2,000만 원씩을 피고인 6의 개인용도에 임의로 사용하여 이를 횡령하였다고 판단하였다. 그리하여 원심은 이 부분 각 업무상 횡령의 공소사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하고, 이에 관한 위 피고인들의 항소이유 주장을 배척하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하거나 업무상 횡령에서의 불법영득의사 등에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

4. 검사의 나머지 상고 부분에 관하여

검사는 상고장에서 상고의 범위를 원심판결 전부로 하여 상고하였으나 유죄 부분에 관하여는 상고장이나 상고이유서에 구체적인 상고이유의 기재가 없다.

5. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 노정희 _____

주 심 대법관 박상옥 _____

 대법관 안철상 _____

 대법관 김상환 _____