대법원 2026. 11. 19. 선고 전원합의체 판결 요지

민 사

2024다323528 비용상환청구 (바) 파기자판(일부)

[채권자가 집행에 지출한 비용 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구한 사건]

◇1. 소송비용액·집행비용액 확정결정에 따라 확정된 비용액에 대한 '지연손해금'에 관하여 채권자가 그 지연손해금의 지급을 소구할 이익이 있는지 여부(적극), 2. 소송비용액·집행비용액 확정결정에 따른 지체책임의 발생 시기(= 비용액 확정결정이 확정된 다음 날), 3. 소송비용액·집행비용액 확정결정에 관한 새로운 주문 형태◇

1. 쟁점

이 부분과 관련된 쟁점은 다음과 같다.

첫째, 집행비용액 확정결정에 따라 확정된 집행비용액에 대한 '지연손해금'을 소로써 구할 이익이 있는지 여부이다.

둘째, 집행비용액 확정결정에 따른 집행비용액상환의무의 지체책임 발생 시기가 언제인지이다. 구체적으로 집행비용액 확정결정이 확정된 다음 날부터 지체책임이 발생하는지, 아니면 채무자가 그 재판의 확정으로써 이행기가 도래한 사실을 '안 때'부터 지체책임이 발생하는지 문제 된다.

2. 쟁점에 관한 판단

가. 확정된 소송비용액·집행비용액의 '지연손해금'에 관한 소의 법률상 이익

소송비용액·집행비용액 확정결정에 따라 확정된 비용액에 대한 '지연손해금'에 관하여는 채권자가 소를 제기할 이익이 있다고 봄이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 강제집행에서 채권자가 채무자에 대하여 가지는 집행채권의 범위는 집행권원에 표시된 바에 따라 정하여진다(대법원 1994. 5. 13. 자 94마542, 543 결정 등 참조). 따라서 집행권원인 소송비용액·집행비용액 확정결정의 주문에 비용액 원금 외에 지연손해금에 대한 기재가 없다면, 지연손해금청구권에 대하여는 집행력이 발생한다고 볼 수 없다.

2) 민사소송법 및 민사집행규칙은 소송비용액·집행비용액 확정절차에 관해 기본적으로 채무자의 소송비용·집행비용 상환의무를 전제로 하여 그 구체적 '액수'를 계량적으로 확정시키는 부수적 절차로 정하면서(민사소송법 제110조 제1항, 민사집행규칙 제24조 제1항), 비용액 확정결정의 주문에 지연손해금을 표시할 명문의 근거를 두고 있지 않다. 현

행 집행실무에서도 지연손해금은 비용액 확정결정의 주문에 기재할 대상이 아닌 것으로 취급하고 있다. 따라서 소송비용액·집행비용액과 그 지연손해금을 주문에 함께 표시하는 것이 허용된다는 법리가 이 전원합의체 판결에 의해 선언되기 전까지는 채권자가 소송비용액·집행비용액의 지연손해금에 관하여 비용액 확정신청의 방법으로 구할 수도 없었다.

3) 그러므로 채권자로서는 확정된 소송비용액·집행비용액에 대한 지연손해금청구권의 집행권원을 확보하기 위하여 별도로 소를 제기할 필요가 있다고 보아야 한다.

나. 소송비용액·집행비용액 상환의무의 지체책임 발생 시기

소송비용액·집행비용액 확정결정에 따른 비용액상환의무의 지체책임은 그 비용액 확정결정이 확정된 다음 날부터 발생한다고 봄이 타당하다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 법리적 근거

소송비용·집행비용에 관하여 비용액 확정절차를 거쳐야 하는 경우, 소송비용·집행비용 상환의무는 비용액 확정결정으로 구체적인 액수가 정해지기 전까지는 그 의무의 이행기가 도래한다고 할 수 없고, 이행기의 정함이 없는 상태로 유지된다(대법원 2021. 7. 29. 자 2019마6152 결정 등 참조). 즉 소송비용·집행비용 상환청구권은 채권자가 언제든지 그 비용액 확정을 구할 수 있는 '이행기의 정함이 없는 채권'이지만, 그 권리행사의 방법·절차에 관하여 비용액 확정절차를 거치도록 규정되어 있는 관계로 비용액 확정재판으로 구체적 비용액이 확정될 때 비로소 그 지급을 청구할 수 있는 구체적인 권리가 되므로, 그때까지 이행기의 도래가 유예되는 것이라고 볼 수 있다.

나아가 소송비용액·집행비용액 확정신청은 법원에 소송비용액·집행비용액의 확정을 신청하는 것임과 동시에 채무자를 상대로 향후 확정되는 비용액의 지급을 최고하는 것이고, 그 최고의 효력은 소송비용액·집행비용액 확정결정이 확정될 때까지 지속된다고 볼 수 있다. 따라서 비용액 확정결정으로 구체적인 금액이 확정되면, 그 다음 날부터 곧바로 지체책임이 발생한다고 볼 수 있다.

2) 이익형량의 측면

채권자와 채무자 사이의 이익형량 측면에서도 '비용액 확정결정이 확정된 다음 날'부터 지체책임이 발생한다고 보는 것이 타당하다.

가) 소송비용액·집행비용액 확정절차에서는 상대방인 채무자에 대하여 확정 전에 이미 최고 등 절차적 보장이 이루어지고(민사소송법 제111조 제1항, 민사집행규칙 제24조 제2항), 비용액 확정결정은 상당한 방법에 의한 고지를 거쳐 확정된다(민사소송법 제221조 제1항). 따라서 채무자의 인식 여부와 상관없이 비용액 확정결정이 확정된 다음 날부

터 곧바로 지체책임이 발생한다고 보더라도 채무자에게 가혹하다고 할 수 없다.

나) '채무자가 비용액 확정결정이 확정된 것을 안 때'를 지연손해금 기산일로 본다면, 적법한 절차를 거쳐 비용액 재판이 확정되었음에도 그 결정문이 공시송달이나 발송송달의 방법으로 송달된 경우 등에는 채무자가 그 확정 사실을 '안 때'까지 지연손해금 발생이 미루어진다는 점에서 채권자의 권리구제에 미흡하다.

3) 유사한 법적 상황에 관한 법리와의 균형

확립된 판례에 의하면, ① 이혼으로 인한 재산분할청구권은 협의 또는 심판에 의해 구체적 내용이 형성되기 전까지는 구체적 권리가 발생하지 않고(대법원 2017. 9. 21. 선고 2015다61286 판결 등 참조), ② 사해행위취소에 따른 가액배상청구권은 사해행위의 취소를 명하는 판결이 확정된 때 비로소 발생한다(대법원 2009. 1. 15. 선고 2007다61618 판결 등 참조). 이러한 법리에 따라, ① 이혼으로 인한 재산분할로서 금전의 지급을 명하는 판결·심판을 하는 경우, 판결이나 심판이 확정된 다음 날부터 지체책임이 발생하고(대법원 2001. 9. 25. 선고 2001므725, 732 판결, 대법원 2014. 9. 4. 선고 2012므1656 판결 등 참조), ② 사해행위의 취소와 동시에 가액배상금의 지급을 명하는 판결을 하는 경우 판결이 확정된 다음 날부터 그 지체책임이 발생한다(위 대법원 2007다61618 판결 등 참조).

소송비용·집행비용 상환청구권은 비용액 확정결정이 확정되어야 비로소 그 지급을 청구할 수 있을 정도로 구체화된 권리가 된다는 점에서, 재판이 확정될 때까지 구체적 권리가 존재하지 않는 이혼으로 인한 재산분할청구권이나 사해행위취소에 따른 가액배상청구권과 유사한 측면이 있다.

다른 한편, 소송비용액·집행비용액 확정절차는 상환·변상할 소송비용·집행비용의 액수를 정하는 절차일 뿐, 상환·변상 의무의 존부나 범위를 심리·판단하는 절차가 아니라는 점(대법원 2009. 3. 2. 자 2008마1778 결정, 대법원 2022. 5. 12. 자 2017마6274 결정 등 참조)에서 구체적인 재산분할청구권이나 가액배상청구권을 발생시키는 재판과 차이가 있다. 즉, 재판의 확정으로 기존에 존재하지 않던 새로운 권리가 발생하는 구체적인 재산분할청구권이나 가액배상청구권의 경우와는 달리, 비용액 확정결정의 대상이 되는 소송비용·집행비용 상환청구권은 비용부담재판 또는 법률 규정에 의해 이미 그 존부 및 범위가 확정된 상태로 성립하고, 비용액 확정결정에 의한 소송비용액·집행비용액 상환청구권은 이와 동일성이 유지된 채 액수만 구체화된 권리라고 할 수 있다.

따라서 재판이 확정된 다음 날부터 곧바로 지체책임을 인정할 필요성이나 당위성은 소송비용액·집행비용액 상환청구권의 경우가 이혼으로 인한 재산분할청구권이나 사해행위취소에 따른 가액배상청구권의 경우보다 더 크다고 볼 수 있다. 그럼에도 이혼으로 인한

재산분할청구권이나 사해행위취소에 따른 가액배상청구권의 경우에는 재판이 확정된 다음 날부터 곧바로 지체책임이 발생한다고 보면서, 소송비용액·집행비용액 상환청구권의 경우에는 지체책임의 발생 시기를 '채무자가 재판 확정 사실을 안 때'로 늦추는 것은 균형이 맞지 않다.

4) 정책적 측면

뒤에서 보는 바와 같이 소송비용액·집행비용액 확정결정만으로 지연손해금 부분에 대해서까지 집행력을 확보할 수 있도록 그 주문에 비용액 원금과 지연손해금을 함께 기재하는 주문 형태를 도입하는 것이 타당하고, 이를 위해서는 획일적으로 정해지는 '재판 확정일'을 기준으로 삼는 것이 필요하다.

만약 소송비용액·집행비용액 확정결정이 확정된 사실을 채무자가 안 때부터 지체책임이 발생한다고 본다면, 그 지연손해금청구권의 내용과 범위를 비용액 확정결정의 주문에 명확하게 표시하는 것이 불가능해진다. 왜냐하면 '채무자가 소송비용액·집행비용액 확정결정이 확정된 사실을 안 때'는 그 자체로 시점이 불명확할 뿐 아니라, 채무자의 위와 같은 주관적 사정은 집행기관 등의 조사·판단에 맡길 수도 없는 사항이기 때문이다.

3. 판례의 변경

소송비용과 집행비용은 모두 민사소송의 방법이 아닌 소송비용액·집행비용액 확정절차를 통해서만 그 상환청구권을 행사할 수 있고, 비용액 확정결정으로 액수가 정해질 때까지 소송비용·집행비용 상환의무의 이행기가 도래하지 않는다는 점에서 본질적 차이가 없으며, 집행비용액 확정절차에 소송비용액 확정절차에 관한 사항을 준용하는 체계를 갖고 있으므로(민사집행규칙 제24조 제2항), 소송비용상환의무와 집행비용상환의무에서 지체책임 발생 시기에 관한 해석을 달리하기 어렵다.

따라서 소송비용액 확정결정에 따른 소송비용액상환의무에 관하여 소송비용액 확정결정의 확정으로 이행기가 도래한 사실을 채무자가 안 때부터 지체책임을 진다고 본 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다10051 판결 등을 비롯하여 그와 같은 취지의 판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위에서 이를 모두 변경하기로 한다.

4. 소송비용액·집행비용액 확정결정에 관한 새로운 주문 형태에 관하여

소송비용액·집행비용액 확정결정의 주문에 지연손해금이 기재되지 않는 한, 이 사건과 같이 지연손해금 지급의무의 임의 이행을 기대하기 어려운 경우에도 소송비용액·집행비용액 확정결정의 집행력이 지연손해금에 미치지 않는 결과, 채권자로서는 지연손해금청구권의 강제집행을 위하여 별도의 소를 제기하는 등으로 또 다른 집행권원 취득절차를 거쳐야 한다. 이는 채권자에게 불필요한 절차를 강요하는 것으로 매우 불합리하며, 비용

액 확정절차를 간이하고 효율적인 특별구제절차로 정한 취지에도 반한다. 뿐만 아니라, 지연손해금청구권에 관한 별도의 집행권원 취득절차 및 그에 따른 집행절차에서 새로운 소송비용 또는 집행비용이 발생함에 따라 분쟁의 끝없는 순환으로 이어질 우려도 있다.

이러한 문제의 해결방법으로 향후 신청인이 소송비용액·집행비용액과 지연손해금의 확정을 함께 구하는 사건에서는, 소송비용액·집행비용액 확정결정의 주문에서 채무자가 상환할 소송비용액·집행비용액 및 이에 대한 지연손해금의 범위를 확정하여야 하고, 이로써 지연손해금 부분에도 집행력이 발생한다고 봄이 타당하다. 구체적인 이유는 다음과 같다.

가. 비용액 확정결정의 주문에 지연손해금을 표시할 명문의 근거는 없으나, 반대로 지연손해금의 표시가 허용되지 않는다고 볼 뚜렷한 법률적 근거도 없다.

나. 비용액 확정결정의 주문에 지연손해금을 명시하는 것이 절차의 본질에 반한다고 할 수도 없다. 비용액 확정결정으로 확정되는 소송비용액·집행비용액 원금에 대하여 그 재판이 확정된 다음 날부터의 지연손해금을 붙이는 것은 비용부담재판 또는 법률 규정에 의해 확정된 비용상환의무의 범위 자체에 변경을 가하는 것이 아니고, 단지 그 재판의 확정에 따라 당연히 발생하는 지연손해금청구권의 범위를 확인하는 것에 불과하기 때문이다.

다. 비용액 확정결정의 주문에서 확정된 비용액 원금과 함께 지연손해금을 표시하는 새로운 주문 형태를 인정하지 않을 경우, 앞서 본 명백한 불합리와 비효율이 발생한다.

☞ 원고는 피고 甲(합자회사)에 대한 대체집행(이하 '이 사건 집행') 후 피고 甲을 상대로 집행비용액 확정신청을 하여 이 사건 집행비용액 확정결정이 2023. 2. 15. 확정됨. 피고 甲은 2023. 2. 24. 확정된 집행비용액 원금에 해당하는 금액만 원고에게 지급하고, 이에 대한 이자나 지연손해금은 지급하지 아니함. 이에 원고가 '이 사건 집행에 지출한 비용의 원금뿐 아니라 이에 대한 지출일부터의 이자 내지 지연손해금까지 구할 권리가 있다'고 주장하면서, 피고 甲 및 그 무한책임사원인 피고 乙을 상대로 잔여 집행비용 원금 및 그 지연손해금의 연대지급을 구하는 사안임

☞ 원심은, 원고가 구하는 비용은 민사집행법 제53조 제1항에서 정한 집행비용에 해당하므로, 집행비용액 확정신청이 아닌 별도의 소로써 그 지급을 구하는 것은 소의 이익이 없어 부적법하다고 판단하였음

☞ 대법원은 전원합의체 판결을 통하여 위와 같은 법리를 설시하면서, 원고의 청구에는 이 사건 집행비용액 확정결정에 따른 집행비용액에 대한 지연손해금을 구하는 취지도 포함되어 있음을 전제로, 소송비용액·집행비용액 확정결정의 주문에 지연손해금이 기재되

지 않으면, 비용액 확정결정의 집행력이 지연손해금에 미치지 않으므로, 채권자로서는 그 지연손해금의 지급을 소구할 이익이 있고, 소송비용액·집행비용액 확정결정에 따른 비용액상환의무의 지체책임은 '비용액 확정결정의 확정 다음 날' 곧바로 발생한다고 보아, 소송비용액 확정결정에 따른 소송비용액상환의무에 관하여 소송비용액 확정결정의 확정으로 이행기가 도래한 사실을 채무자가 '안 때'부터 지체책임이 발생한다고 본 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다10051 판결 등을 변경하고, 변경된 법리에 따라 원고의 지연손해금청구권 범위를 판단함(파기자판). 나아가 채권자가 확정된 소송비용액·집행비용액에 대한 지연손해금청구권의 강제집행을 위해 별도의 집행권원 취득절차를 거쳐야 함에 따르는 불합리 및 비효율을 해결하기 위하여, 향후 신청인이 소송비용액·집행비용액과 지연손해금의 확정을 함께 구하는 사건에서는, 소송비용액·집행비용액 확정결정의 주문에서 소송비용액·집행비용액 원금 및 이에 대한 지연손해금의 범위를 함께 확정하는 새로운 주문 형태를 인정함

형 사

2026도6826 자본시장과금융투자업에관한법률위반 등 (사) 상고기각

[피고인이 정치활동을 하는 사람과 공모하여 여론조사의 실시나 결과의 제공을 정치자금으로 기부받은 사실 등으로 기소된 사안]

◇1. 정치자금법상 정치자금의 의미, 2. 정치자금법 제45조 제1항 정치자금부정수수죄로 처벌되는 금전 등 수수행위의 범위 및 금전 등이 정치자금에 해당하는지에 관한 판단 기준, 3. 정치활동을 하는 사람이 포함된 여론조사가 실시되었다거나 그러한 여론조사의 결과가 정치활동을 하는 사람에게 전달되었다는 사정만으로 정치자금법 제45조 제1항 정치자금부정수수죄가 성립하는지 여부(소극) 및 여론조사의 실시나 결과의 제공이 정치자금에 해당하는지에 관한 판단 기준◇

1. 정치자금법은 그 규율대상인 정치자금에 관한 정의규정을 두고 있다. 즉, 정치자금법 제3조 제1호는 (가)목부터 (마)목까지 '당비, 후원금, 기탁금, 보조금, 정당의 당헌·당규 등에서 정한 부대수입'을 정치자금으로 규정하고, (바)목에서 '정치활동을 위하여 정당(중앙당창당준비위원회를 포함한다), 공직선거법에 따른 후보자가 되려는 사람, 후보자 또는 당선된 사람, 후원회·정당의 간부 또는 유급사무직원, 그 밖에 정치활동을 하는 사람에게 제공되는 금전이나 유가증권 또는 그 밖의 물건'을, (사)목에서 '(바)목에 열거된 사람(정당 및 중앙당창당준비위원회를 포함한다)의 정치활동에 소요되는 비용'을 정치자금으

로 규정하고 있다. 위와 같은 정치자금의 정의규정 가운데 '당비, 후원금, 기탁금, 보조금, 정당의 당헌·당규 등에서 정한 부대수입'은 정치자금법이 규율대상으로 삼고자 하는 정치자금의 전형적 예시에 해당하므로, 정치자금에 관한 실질적 정의규정은 정치자금법 제3조 제1호 (바)목, (사)목의 '정치활동을 위하여 정치활동을 하는 사람에게 제공되는 금전이나 유가증권 또는 그 밖의 물건, 정치활동을 하는 사람의 정치활동에 소요되는 비용' 부분이다. 한편, 정치자금법 제3조 제2호는 전문에서 '기부'를 '정치활동을 위하여 개인 또는 후원회 그 밖의 자가 정치자금을 제공하는 일체의 행위'로 정의하고, 후문에서 "이 경우 제3자가 정치활동을 하는 자의 정치활동에 소요되는 비용을 부담하거나 지출하는 경우와 금품이나 시설의 무상대여, 채무의 면제·경감 그 밖의 이익을 제공하는 행위 등은 이를 기부로 본다."라고 규정하고 있다. 이와 같은 정치자금법 제3조 제1호, 제2호의 규정 체계와 내용을 종합하여 보면, 정치자금법이 규율대상으로 삼는 정치자금은 정치활동을 하는 사람에게 정치활동을 위하여 제공되는 금전, 유가증권, 물건, 그 밖의 이익 등 일체의 재산적 가치가 있는 이익(이하 '금전 등'이라고 한다)을 의미한다(대법원 2014. 6. 26. 선고 2013도9866 판결 등 참조).

2. 정치자금법의 규율대상인 정치자금은 정치활동을 하는 사람에게 정치활동을 위하여 제공되는 금전 등으로서, 정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전 등에 한정된다고 봄이 상당하다(대법원 2000. 2. 8. 선고 99도4393 판결, 대법원 2014. 10. 30. 선고 2012도12394 판결, 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016도19447 판결, 대법원 2018. 5. 11. 선고 2018도4075 판결 등 참조). 따라서 정치자금법 제45조 제1항 본문은 결국 정치활동을 하는 사람에게 제공되는 모든 금전 등의 수수행위를 금지하고 처벌하는 것이 아니라, 정치활동을 하는 사람에게 그 사람의 정치활동을 위하여 제공되는 금전 등으로서, 정치활동을 하는 사람의 정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출되거나 금전 등의 제공으로 그와 같은 지출을 대체하게 될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전 등의 수수행위를 처벌대상으로 한다.

이와 같이 정치활동을 하는 사람의 정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출되거나 그와 같은 지출을 대체하게 될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전 등에 해당하는지 여부는, 금전 등을 제공하는 사람과 제공받은 사람의 지위와 관계, 금전 등 수수의 주된 동기와 목적, 시기와 방법, 횟수 및 경위, 수수된 금전 등의 종류와 가액, 용도, 정치활동과의 관련성, 수수된 금전 등과 관련한 정치활동의 주체와 태양 및 필요성 등 금전 등의 수수행위와 관련된 여러 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다.

구체적인 이유는 다음과 같다.

가. 대한민국헌법(이하 '헌법'이라고 한다) 제1조 제2항은 "대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다."라고 규정하여 국민주권의 원리를 천명하는 한편, 국민이 주권을 행사하기 위하여 국민의 선거에 의하여 선출된 대표자를 통하여 간접적으로 정책결정에 참여하는 대의민주주의를 채택하였다(헌법 제24조, 제25조, 제40조, 제41조, 제66조, 제67조 등 참조). 정치자금법은 대의민주주의 실현을 위한 정치활동을 하는 사람에게 정치자금의 적정한 제공을 보장하고 그 수입과 지출내역을 공개하여 투명성을 확보하며 정치자금과 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 건전한 발전에 기여함을 입법 목적으로 한다(정치자금법 제1조 등 참조). 그에 따라 정치자금법 제2조 제2항은 "정치자금은 국민의 의혹을 사는 일이 없도록 공명정대하게 운용되어야 하고, 그 회계는 공개되어야 한다."라고 규정하여 '정치자금 공개원칙'을 정치자금법의 기본원칙 중 하나로 삼고 있다. 이는 대의민주주의 실현을 위한 정치활동을 하는 사람에 대한 재정적 지원 행위인 정치자금의 기부가 그 정치자금을 제공받는 정치활동을 하는 사람에게 영향력을 미칠 수 있음을 고려하여, 누가 정치활동을 하는 사람에게 영향력을 행사하려고 하는지를 투명하게 공개하여 주권자인 국민으로 하여금 정치적 이익과 경제적 이익의 연계를 확인할 수 있도록 하고 정치자금의 수수를 양성화하여 정치자금과 관련한 부정을 방지하기 위한 것이지, 정치활동을 하는 사람과 관련한 모든 금전 등 수수행위를 금지하고 처벌하기 위한 것은 아니므로, 정치자금법이 규율하는 정치자금에 해당하는지를 판단함에 있어서는 이와 같은 정치자금법의 입법 취지와 목적을 충분히 고려하여야 한다.

나. 정치자금법은 외국인, 국내·외의 법인 또는 단체는 정치자금을 기부할 수 없고, 누구든지 국내·외의 법인 또는 단체와 관련된 자금으로 정치자금을 기부할 수 없다고 규정하여 정치자금법상 정치자금에 해당하는 경우 그 기부 주체와 금전 등의 출처를 엄격히 제한하고 있다(정치자금법 제31조 제1항, 제2항). 나아가 정치자금법은 누구든지 공직선거에 있어서 특정인을 후보자로 추천하는 일, 지방의회 의장·부의장 선거와 교육위원회 의장·부의장, 교육감·교육위원을 선출하는 일, 공무원이 담당·처리하는 사무에 관하여 청탁 또는 알선하는 일, 정치자금법이 정한 법인과의 계약이나 그 처분에 의하여 재산상의 권리·이익 또는 직위를 취득하거나 이를 알선하는 일과 관련하여 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다고 규정함으로써 특정행위와 관련하여 정치자금을 기부하거나 기부받는 행위를 전면 금지할 뿐만 아니라(정치자금법 제32조), 누구든지 업무·고용 그 밖의 관계를 이용하여 부당하게 타인의 의사를 억압하는 방법으로 정치자금의 기부를 알선할 수 없다는 규정을 두고 있다(정치자금법 제33조). 위 정치자금법 규정에서 제공하거나 제공받는 금전 등이 정치자금에 해당함을 전제로 하여, 이를 위반하는 경우에는 형사처벌

대상이 된다(정치자금법 제45조 제2항).

1965. 2. 9. 법률 제1685호로 제정된 구 「정치자금에 관한 법률」은 중앙선거관리위원회를 통한 정당에 대한 정치자금 기탁과 관련하여 6개의 조문을 두고 있었다. 이후 1980. 12. 31. 법률 제3302호로 전부 개정된 구 「정치자금에 관한 법률」은 정당의 당비, 후원금, 기탁금, 보조금 등에 관하여 규정하면서, 제2조 제1항에서 "누구든지 이 법에 의하지 아니하고는 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다."라고 규정하여 정치자금법에 의하지 아니한 정치자금 수수행위를 전면 금지하는 '정치자금 포괄규제 원칙'을 천명하였고, 1997. 11. 14. 법률 제5413호로 개정된 구 「정치자금에 관한 법률」 제30조 제1항 본문은 '이 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 주거나 받은 자'를 처벌하는 규정을 신설하였다. 현행 정치자금법도 제2조 제1항에서 "누구든지 이 법에 의하지 아니하고는 정치자금을 기부하거나 받을 수 없다."라고 규정하고, 제45조 제1항 본문에서 "이 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부하거나 기부받은 자(정당·후원회·법인 그 밖에 단체에 있어서는 그 구성원으로서 당해 위반행위를 한 자를 말한다. 이하 같다)는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다."라고 규정하여 그에 관한 처벌조항을 두고 있다. 정치자금법 제45조 제1항 본문에서 금지하는 '정치자금법에 정하지 아니한 방법에 의한 정치자금 수수행위'는 개별적·구체적 행위를 모두 나열하여 규제하는 것이 사실상 불가능하고, 설사 정치자금 수수행위를 개별적·구체적으로 금지하더라도 다른 방법으로 이를 회피할 수 있으므로, 그 행위 유형을 특정하지 않는 포괄적인 규제가 불가피하다. 이러한 점을 고려하면, 결국 정치자금법 제45조 제1항 정치자금부정수수죄의 성립에 있어서는 당사자 사이에서 수수된 금전 등이 정치자금에 해당하는지가 핵심요소가 된다. 이와 같은 정치자금법의 규정 체계와 내용, 사실상 행위 유형이 한정되어 있지 않은 '정치자금 포괄규제 원칙'과 그에 관한 처벌규정의 특성에다가 정치자금 기부의 대상인 금전 등에는 금전, 유가증권, 물건, 그 밖의 이익 등 일체의 재산적 가치가 있는 이익이 모두 포함된다는 사정을 더하여 보면, 정치자금부정수수죄의 대상이 부당하게 확대될 우려가 있으므로 정치자금법상 정치자금에 해당하는지는 죄형법정주의에서 파생된 엄격해석의 원칙에 따라 제한적으로 해석하여야 한다.

다. 정치적 기본권은 국민이 정치적 의사를 자유롭게 표현하고, 국가의 의사형성에 참여하는 정치적 활동을 할 수 있는 권리로, 모든 국민은 국가권력의 간섭이나 통제를 받지 아니하고 자유롭게 정치적 의사를 형성·발표할 수 있는 자유를 가진다(헌법 제8조, 제21조, 제24조, 제25조 등 참조). 이러한 정치적 기본권은 국가의 의사형성이나 국가기관의 형성에 참여하고, 국가기관의 구성원으로 선임될 수 있는 헌법상 기본권인 참정권을 포괄

하는 개념이다(헌법 제24조, 제25조, 제72조, 제130조 등 참조). 정치자금법에 의하지 아니한 방법의 정치자금 수수를 금지하고 이를 처벌하는 정치자금법 제2조 제1항, 제45조 제1항의 적용범위를 지나치게 확장하거나 불분명하게 해석할 경우 헌법상 기본권인 정치적 의사표현 및 정치활동의 자유, 참정권을 침해하는 결과가 될 수 있다. 따라서 정치자금법의 규율대상인 정치자금을 해석함에 있어서는 그 적용범위가 객관적으로 예상하기 어렵거나 지나치게 넓어지지 않도록 신중하여야 하고, 국민의 헌법상 기본권이 최대한 보장될 수 있도록 헌법합치적으로 엄격하게 해석할 필요가 있다.

라. 정치자금의 정의규정인 정치자금법 제3조 제1호 (바)목이 정치자금 제공의 상대방으로 규정한 '정당, 공직선거법에 따른 후보자가 되려는 사람, 후보자 또는 당선된 사람, 후원회·정당의 간부 또는 유급사무직원'은 정치자금법이 규율대상으로 삼으려는 '정치활동을 하는 사람'의 전형적 예시에 해당한다. 이에 관해서도 대법원은 정치자금법 제3조 제1호의 '그 밖에 정치활동을 하는 사람'에 해당하려면 같은 호에서 열거한 사람이나 단체에 준하여 '정당, 공직선거, 후원회와 직접 관련된 활동을 주로 하는 사람이나 단체'로 볼 수 있을 정도에 이르러야 한다고 판시하여(대법원 2017. 11. 14. 선고 2017도3449 판결 등 참조), '정치활동을 하는 사람'에 해당하는지를 엄격하게 판단함으로써 정치자금법의 적용범위를 제한하고 있다.

마. 1980. 12. 31. 법률 제3302호로 전부 개정된 구 「정치자금에 관한 법률」은 제3조 제3호 전문에서 '기부'를 '정치활동을 위하여 개인, 후원회 기타 단체가 정치자금을 제공하는 일체의 행위'로 정의하고, 후문에서 "금품이나 시설의 무상대여, 채무의 면제·경감 기타의 이익을 제공하는 행위 등은 이를 기부로 본다."라고 규정하여 기부간주 규정을 신설하였다. 이후 2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정된 구 「정치자금에 관한 법률」 제3조 제3호 후문, 2005. 8. 4. 법률 제7682호로 전부 개정된 구 정치자금법 제3조 제2호 후문 등에서 기부간주 규정의 일부 문구와 조문 위치가 변경되었을 뿐, 현행 정치자금법 제3조 제2호 후문에 이르기까지 동일한 내용이 그대로 유지되고 있다. 대법원은 이와 같이 정치자금 기부간주 규정이 신설된 이후 '정치활동을 위하여 제공된 금전 등으로서 정치자금에 해당되는 것은 정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 것에 한정된다'는 입장을 여러 차례 확인하였고(위 대법원 99도4393 판결, 위 대법원 2012도12394 판결, 위 대법원 2016도19447 판결, 위 대법원 2018도4075 판결 등 참조), 정치자금법 제3조 제2호 후문 중 '그 밖의 이익을 제공하는 행위 등'을 위 법리의 적용 대상에서 제외하지 아니하였다. 그리고 구체적 사안에서 문제되는 금전 등 수수행위와 관련된 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 정치자금에 해당하는지 여부를 판단하였

다.

즉, 대법원은 금전 등을 제공한 사람과 제공받은 사람의 지위 및 관계 등을 고려하여, 예비후보자의 선거사무장 및 회계책임자인 피고인이 예비후보자의 홍보를 위한 신문 구입 대금을 대신 납부한 사안 등에서는 제공된 금전 등이 정치자금에 해당한다고 본 반면(대법원 2022. 7. 28. 선고 2022도1274 판결 등 참조), 국회의원이 개인적인 여행경비 명목으로 금전 등을 수수한 사안, 여론조사업체 운영자가 향후 여론조사를 수주하기 위한 영업활동의 일환으로 사전 접촉 없이 일방적으로 여론조사를 실시하고 그 결과보고서를 정치활동을 하는 사람에게 제공한 사안 등에서는 금전 등 수수의 주된 동기와 목적 등을 판단기준으로 삼아 정치자금에 해당하지 않는다고 판단하거나 정치자금 기부의 고의를 부정하였다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도8141 판결, 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도6213 판결 등 참조). 또한 대법원은 피고인이 회사의 고문 지위에서 매월 급여를 받는 방법으로 장기간 정치자금을 수수하였다고 기소된 사안 등에서는 금전 등의 수수 시기와 방법, 횟수 및 경위 등을 참작하여 수수한 금전 등의 정치자금 해당성을 긍정하면서도(위 대법원 2012도12394 판결 등 참조), 고가의 시계, 안마의자 등이 정치활동을 하는 사람에게 제공된 사안, 정치활동을 하는 사람과 무관하게 독자적으로 선거운동 등을 하면서 문자메시지를 발송하고 그 비용을 지출한 사안에서는 제공된 금전 등이 정치자금에 해당하지 않는다고 판단하여(대법원 2016. 7. 29. 선고 2016도5596 판결, 대법원 2019. 9. 26. 선고 2018도13375 판결 등 참조), 수수된 금전 등의 종류와 가액, 용도, 정치활동과의 관련성, 수수된 금전 등과 관련한 정치활동의 주체와 태양 및 필요성 등을 정치자금 해당 여부를 판단함에 있어 고려요소로 삼았다.

3. 이 사건 쟁점인 여론조사의 실시나 결과의 제공이 정치자금법상 정치자금에 해당하여 정치자금법 제45조 제1항의 정치자금부정수수죄가 성립하는지 여부를 판단함에 있어서도 앞서 본 법리가 적용된다.

가. 단순히 정치활동을 하는 사람이 포함된 여론조사가 실시되었다거나 그러한 여론조사의 결과가 정치활동을 하는 사람에게 전달되었다는 사정만으로는 정치자금법 제45조 제1항의 정치자금부정수수죄가 성립한다고 볼 수 없다.

정치활동을 하는 사람은 여론조사의 실시나 결과의 제공으로 공직선거의 출마 여부나 선거 전략 등에 관한 의사결정에 도움을 받는 한편, 인지도 상승 등 유·무형의 이익을 얻을 수도 있다. 하지만 정치활동의 거점이 되는 사무실이나 차량·운전노무, 식비 등의 제공이 정치활동을 하는 사람에게 전속적으로 귀속되거나 그 사람의 정치활동을 위한 경비로 소요됨으로써 타인과 공유할 수 없는 재산상 가치가 있는 이익이 되는 것에 비하여,

여론조사의 실시나 결과 제공의 경우 여론조사에 포함된 사람, 그 결과를 직접 전달받는 사람, 공표를 통해 그 결과를 알게 된 사람 등이 앞서 본 유·무형의 이익을 공유할 수 있음은 물론, 여론조사의 실시 주체나 이를 공표하는 언론기관 등에게도 홍보나 인지도·신뢰도 상승 등 다양한 효과를 동시에 발생시킬 수 있다. 이러한 점을 고려하여 보면, 단순히 정치활동을 하는 사람이 포함된 여론조사가 제3자에 의하여 실시되었다거나 그 결과가 정치활동을 하는 사람에게 전달되었다는 사정만으로 그와 같은 여론조사의 실시나 결과의 제공이 정치자금법상 정치자금이라고 단정하기 어렵고, 이는 여론조사의 실시나 그 결과가 제공의 상대방인 정치활동을 하는 사람에게 결과적으로 유리한 측면이 있다고 하더라도 마찬가지이다.

나. 결국, 여론조사를 실시하거나 그 결과를 제공하는 사람과 제공받는 사람 사이에서 여론조사의 실시나 결과 제공에 관한 의뢰나 협의 등에 따라 제공받는 사람이 부담하여야 할 여론조사 비용을 제공하는 사람이 대신 부담하여 여론조사를 실시하거나 그 결과를 제공하기로 하는 내용의 합의가 있다거나, 여론조사를 실시하거나 그 결과를 제공하는 사람과 제공받은 사람의 지위와 관계, 여론조사의 실시나 결과 제공의 주된 동기와 목적, 시기와 방법, 횟수 및 경위, 그 종류와 가액, 용도, 정치활동과의 관련성, 여론조사의 실시나 결과 제공과 관련한 정치활동의 주체와 태양 및 필요성 등을 종합적으로 고려하여, 여론조사의 실시나 결과의 제공이 제공받는 사람의 정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출되거나 그와 같은 지출을 대체하게 될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 경우에 해당하여야 정치자금법 제45조 제1항의 정치자금부정수수죄로 처벌할 수 있다.

☞ 피고인은 대한민국 제20대 대통령 윤석열과 공모하여 A로부터 여론조사의 실시나 결과를 무상으로 제공받아 정치자금법이 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 기부받았다는 정치자금법위반 등의 공소사실로 기소됨[해당 부분 이외에도, 시세조종행위 등으로 인한 자본시장과금융투자업에관한법률위반, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 등의 공소사실로 기소됨]

☞ 원심은, 피고인, 윤석열이 A에게 여론조사의 실시를 의뢰하거나 피고인, 윤석열, A 사이에서 여론조사를 실시하는 내용의 협의가 있었다고 보기 어렵고, 피고인, 윤석열에게 여론조사나 그 비용 상당의 정치자금을 수수한다는 고의도 인정하기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단함[피고인에 대한 시세조종행위 등으로 인한 일부 자본시장과금융투자업에관한법률위반, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 등은 유죄]

☞ 대법원은 위 법리를 설시하면서, 이 사건 공소사실 중 정치자금법위반 부분에 대하여 아래와 같은 이유로 범죄의 증명이 없다고 보아 무죄로 판단한 원심을 수긍하여 특별검

사의 상고를 기각함[이 사건 공소사실 중 나머지 자본시장과금융투자업에관한법률위반 등, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재) 등에 대하여도 원심을 수긍하여 피고인 및 특별검사의 상고를 기각함]

- 피고인, 윤석열과 A 사이에서 여론조사와 관련해서 윤석열 측이 부담하여야 할 여론조사 비용을 A가 대신 부담하여 여론조사를 실시하고 그 결과를 제공하기로 하는 내용의 합의가 있었다고 보기 어려움
- 여론조사의 실시나 결과 제공이 윤석열이 비용 부담의 주체라고 볼 수 있을 정도의 윤석열의 정치활동이라고 단정하기 어렵고, 오히려 A가 운영하는 여론조사 실시 업체인 ○○○○연구소 홍보라는 영업적 이익과 함께 자신의 정치적 신념이나 정치적 영향력 확대 등을 주된 동기로 하여 그 여론조사를 스스로 주체가 되어 실시하고 피고인, 윤석열에게 그중 일부 결과를 전달한 것이라고 봄이 타당함
- 여론조사의 실시나 결과 제공이 윤석열의 정치활동을 위하여 소요되는 경비로 지출되거나 그와 같은 지출을 대체하게 될 것임이 객관적으로 명확히 예상되는 금전 등에 해당한다고 보기 어렵고, 피고인에게 그 여론조사와 관련한 정치자금을 기부받는다는 고의가 있었다는 점도 인정하기 어려움

☞ 이러한 다수의견에 대하여 대법관 오경미, 대법관 김성수의 반대의견이 있음

☞ 반대의견의 요지는 다음과 같음

- 정치자금법 및 공직선거법 관련 규정, 여론조사가 국민주권 및 대의민주주의를 실현하는 핵심 수단인 선거와 유권자의 인식에 미치는 영향, 그러한 영향을 토대로 선거에 관한 여론조사가 정치활동과 깊은 관련성을 맺고 발전해 온 점, 공직선거법 등이 요구하는 조건을 갖추어 수행된 선거에 관한 여론조사 또는 그 결과는 상당한 비용의 지출을 수반하는 서비스나 상품으로서 그에 상응하는 고유한 재산적 가치를 갖는 점, 여론조사 또는 그 결과라는 서비스나 상품의 소비 또는 그 이익의 귀속에 나타나는 특수성 등을 종합하여 보면, 여론조사의 실시나 결과의 제공이 정치활동을 하는 사람의 정치활동과 관련하여 그 일환으로 수행된 것이라고 평가할 수 있는 경우, 그 여론조사를 위해 필요한 비용은 정치활동을 하는 사람의 정치활동을 위하여 제공되는 재산상 이익, 즉 정치자금법 제3조 제2호 후문의 '그 밖의 이익'에 해당하는 '정치자금'으로 볼 수 있음
- 한편, 정치활동을 하는 사람이 제3자가 비용을 투입하여 해당 정치활동을 하는 사람의 정치활동의 일환으로 여론조사를 수행하는 것을 알면서도, 그 여론조사 결과를 무상으로 제공받거나 자신의 정치활동에 활용되도록 하여 그에 따른 재산상 이익을 향유하였다면, 자신의 정치활동을 위하여 제공되는 여론조사 비용에 관한 재산상 이익, 즉 정치자금을 기부받는 것에 해당하고 이에 대한 고의도 인정할 수 있음
- 이때 정치활동을 하는 사람과 여론조사를 실시하여 그 결과를 제공한 제3자 사이에서 여론조사

의 실시나 결과 제공 등에 관한 명시적 합의나 정치활동을 하는 사람의 제3자에 대한 여론조사 등의 의뢰까지 요구되는 것은 아님
- 여론조사의 실시나 결과의 제공이 정치활동을 하는 사람의 정치활동의 일환으로 이루어진 것인지 여부, 정치활동을 하는 사람이 제3자가 자신의 비용을 투입하여 해당 정치활동을 하는 사람의 정치활동의 일환으로 여론조사를 수행하는 것을 알면서도, 그 여론조사 결과를 무상으로 제공받거나 자신의 정치활동에 활용한 것인지 여부를 판단할 때에는, 여론조사의 실시나 결과 제공의 동기와 목적 및 경위, 여론조사를 실시·제공한 사람과 정치활동을 하는 사람 사이의 관계, 정치활동을 하는 사람에게 여론조사의 실시나 결과의 제공이 필요하였는지 여부, 여론조사의 실시나 결과 제공의 시기, 방법 및 횟수, 그 과정에서 여론조사 결과가 정치활동을 하는 사람에게 유리하도록 왜곡·조작되었는지 여부, 여론조사 실시나 결과 제공에 소요된 비용에 관한 사후 정산의사를 추정할 수 있는 사정의 존부 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 함

2026도7341 내란우두머리방조 등 (나) 파기환송(일부)

[비상계엄 당시 국무총리인 피고인이 내란중요임무종사죄로 기소된 사건에서, 비상계엄 선포 전·후로 피고인이 한 각 행위에 대하여 국헌문란 목적 인정 여부가 문제된 사건]

◇1. 내란죄에서 '국헌을 문란할 목적'의 의미, 2. 내란죄의 중요임무종사자로서의 책임을 묻기 위하여 국헌문란 목적이 인정되어야 하는지 여부(적극) 및 국헌문란 목적이 인정되기 위한 행위자의 인식과 의사의 정도, 3. 내란죄의 중요임무종사자에게 국헌문란 목적이 있었는지 판단하는 기준 및 국헌문란 목적에 대한 증명의 정도와 방법◇

대한민국헌법(이하 '헌법'이라 한다)은 국민주권주의, 자유민주주의, 국민의 기본권 보장, 법치주의 등을 국가의 근본이념 및 기본원리로 하고 있다. 이러한 헌법질서 아래에서 헌법이 정한 민주적 절차가 아니라 폭력 등의 수단에 의하여 헌법기관의 권능행사를 불가능하게 하거나 헌법의 기능을 소멸시키는 행위는 어떠한 경우에도 용인될 수 없다(대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결 등 참조).

이에 따라 형법은 국가의 기본조직을 폭력으로 변혁할 것을 목적으로 하는 집단적 행위로부터 국가의 존립과 헌법질서를 보호하기 위하여 제87조에서 '대한민국 영토의 전부 또는 일부에서 국가권력을 배제하거나 국헌을 문란하게 할 목적으로 폭동을 일으킨 자'를 처벌한다고 규정하면서 그 관여자의 지위와 역할에 따라, '우두머리'는 사형, 무기징역 또는 무기금고(제1호)에, '모의에 참여하거나 지휘하거나 그 밖의 중요한 임무에 종사한 자'와 '살상, 파괴 또는 약탈행위를 실행한 자'는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역이나 금고(제2호)에, '부화수행하거나 단순히 폭동에만 관여한 자'는 5년 이하의 징역이나 금고

(제3호)에 각 처하도록 하고 있다.

내란죄에서 '국헌을 문란할 목적'이란 '헌법 또는 법률에 정한 절차에 의하지 아니하고 헌법 또는 법률의 기능을 소멸시키는 것(형법 제91조 제1호)' 또는 '헌법에 의하여 설치된 국가기관을 강압에 의하여 전복 또는 그 권능행사를 불가능하게 하는 것(같은 조 제2호)'을 지향하는 목적을 말한다. 내란행위에 가담한 자에게 내란죄의 중요임무종사자로서의 책임을 묻기 위해서는 그에게도 국헌문란 목적이 있었다는 점이 인정되어야 한다. 국헌문란 목적이 인정되기 위해서 반드시 행위자가 국헌문란 가능성을 확정적으로 인식하거나 그 실현을 적극적으로 희망·의욕하여야 하는 것은 아니지만, 국헌문란 가능성을 미필적으로나마 인식하여야 하고, 나아가 그 실현을 지향하면서 최소한 그러한 결과를 용인하려는 정도의 의사는 있어야 한다. 내란죄의 중요임무종사자에게 국헌문란 목적이 있었는지는, 중요임무종사자의 지위·권한 및 역할, 내란우두머리와의 관계, 외부적으로 드러난 임무의 내용 및 그 임무에 종사하게 된 경위, 국헌문란 가능성에 대한 인식의 경위 및 정도, 중요임무종사 당시의 구체적인 상황, 발언과 행위의 구체적인 내용 및 결과 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

국헌문란 목적은 범죄 성립을 위하여 고의 외에 요구되는 초과주관적 구성요건 요소로서 엄격한 증명이 필요한 사항에 속한다. 국헌문란 목적이 있었는지 여부는 피고인이 이를 자백하지 않는 이상 외부적으로 드러난 피고인의 행위와 그 행위에 이르게 된 경위 등 사물의 성질상 그와 관련성 있는 간접사실 또는 정황사실을 종합하여 판단하여야 한다(위 대법원 2014도10978 전원합의체 판결 등 참조).

☞ 이 사건 비상계엄 선포 당시 국무총리인 피고인이 내란중요임무종사[❶ '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성' 행위, ❷ '비상계엄 선포 후 참석 국무위원들에 대한 서명 종용' 행위, ❸ '주요 기관 봉쇄 계획 및 특정 언론사 단전·단수 조치 지시의 이행방안 논의 등' 행위 등] 등으로 기소된 사안임(상고심 쟁점이 된 위 부분 이외에도, 피고인은 허위공문서작성 및 허위작성공문서행사, 위증 등의 공소사실로 기소됨)

☞ 원심은, ❶~❸ 행위 모두에 대하여 피고인에게 국헌문란 목적이 인정됨을 전제로 피고인에 대한 내란중요임무종사죄가 성립한다고 판단하였음

☞ 대법원은 전원합의체 판결을 통하여 위와 같은 법리를 설시하면서, 내란중요임무종사 부분 중 비상계엄 선포 후 행위인 ❷ '비상계엄 선포 후 참석 국무위원들에 대한 서명 종용 부분' 및 ❸ '주요 기관 봉쇄 계획 및 특정 언론사 단전·단수 조치 지시의 이행방안 논의 등 부분'과는 달리, 비상계엄 선포 전의 행위인 ❶ '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'의 경우 특별검사가 제출한 증거만으로는 피고인에게 국헌문란 목

적이 있었다고 단정하기 어렵다고 판단하였음. 그 주된 이유는 아래와 같음

- ['국헌문란 목적'에 관한 판단 개요] 이 사건 비상계엄이 헌법질서에 어긋나고 국민의 기본권을 침해하는 것으로서 그 자체로 위헌·위법함에는 의문의 여지가 없으나, 피고인에 대하여 내란중요임무종사자로서의 책임을 묻기 위해서는 내란중요임무종사의 개별 행위 당시 피고인에게 국헌문란 목적이 있었다는 점이 엄격한 증명에 의하여 인정되어야 하는데, 이것은 윤석열 등이 위헌·위법한 비상계엄을 통하여 폭동을 일으켜 국회의 권능행사를 정지시키려는 등의 시도를 함으로써 내란행위에 나아갔다고 보는 것과는 구별되는 별도의 문제임. ❷, ❸ 부분의 경우, 피고인의 지위·권한 및 역할, 윤석열과의 관계, 비상계엄을 실제로 선포한 후에는 국헌문란 가능성을 명백하게 인식할 수 있었던 점, 이러한 상황에서 피고인이 한 발언과 행위의 구체적인 내용과 그 결과 등에 비추어 보면, 국헌문란 목적이 있었다고 인정할 여지가 크나, ❶의 경우 특별검사가 제출한 증거만으로는 피고인에게 국헌문란 목적이 있었다고 단정하기 어려움. ❶ 부분에 관한 구체적 이유는 다음과 같음
- [헌법상 국무회의 심의의 취지와 이를 건의한 피고인의 의도에 관한 평가] 국무총리가 비상계엄을 선포하려는 대통령에게 국무회의 심의를 거치도록 건의하는 행위는 헌법과 계엄법이 정한 절차에 따를 것을 요청하는 정당한 직무상 행위로서, 일반적으로는 국헌을 따르게 할 목적에서 이루어짐. 피고인에게 위헌·위법한 이 사건 비상계엄이 실제로 선포되기 전 국무회의 부의장으로서 자신의 직무상 의무를 이행하는 것을 넘어, 국무회의 심의를 거치지 아니한 채 비상계엄이 선포될 경우 향후 절차상의 문제로 비상계엄을 유지하는 데 장애가 초래될 것을 우려하여 헌법과 계엄법에 따른 비상계엄 선포에 관한 절차적 요건을 충족시킨 것과 같은 외관을 갖추도록 하는 등의 방법으로 내란행위에 가담하고자 하는 의도가 있었다고 단정하기 어려움
- [피고인의 국무회의 심의 건의가 외관 작출만을 위한 것인지 여부] 국무회의 의사정족수의 충족은 피고인이 건의한 국무회의 개의에 필연적으로 수반되는 요건에 불과하고, 국무회의 심의를 건의한 사람이 정족수를 채우는 데에 관여하는 것은 위 건의가 받아들여진 것에 따르는 자연스러운 실행 과정으로 볼 수 있음. 피고인의 국무회의 심의 건의를 위와 같이 직무상 의무를 이행하기 위한 행위로 볼 여지가 큰 이상, 그 실행 과정으로서 이에 수반되는 정족수 충족에의 관여 행위를 분리하여 그 행위가 내란행위에 대한 기여 목적에서 이루어졌다고 평가하기는 어려운 것임. 나아가 당시 피고인이 처했던 구체적인 상황, 피고인의 발언과 행위의 구체적인 내용 및 결과 등을 면밀히 살펴볼 때, 피고인이 형식적으로 의사정족수만을 채운 국무회의 심

의를 거칠 것을 건의하여 비상계엄 선포에 관한 절차적 요건을 충족시킨 것과 같은 외관만을 갖추도록 하였을 뿐이라고 쉽사리 단정할 수 없고, 피고인이 국무회의 심의 건의 당시부터 비상계엄의 유지를 위한 외관 작출의 의도를 가졌다고 인정하는 것은 실제의 사건 진행 경과와도 충분히 부합하지 않음. 당시 국무회의가 실질적인 심의 없이 형식적 외관에 그치게 된 것은 윤석열 등이 일방적으로 계엄 선포를 급하게 강행하려고 하였던 긴박한 상황에 기인한 것이지, 국무위원들의 소집과 의견 청취를 건의한 피고인의 의도나 행위에 기인한 것이라 보기 어려움

- [국무회의의 실질적 심의를 위한 조치 등의 부작위가 국헌문란 목적을 인정하는 근거가 될 수 있는지 여부] 피고인이 반대 의견을 수렴하는 등으로 실질적인 의견 교환과 조정이 이루어지는 국무회의 운영을 위한 조치를 취하지 않았다는 사정만으로 국헌문란 목적을 인정할 수 없음. 그 실질은 부작위에 의한 행위인데, 국무회의 심의의 실질적 진행 여부 등 당시 비상계엄과 관련한 사태의 진행은 대통령이자 국무회의 의장인 윤석열이 지배하고 있었다고 평가됨. 피고인이 작위의무의 이행으로 국무회의에서 비상계엄 선포에 관한 실질적 심의가 이루어지도록 하고 이로써 비상계엄 선포 등 결과 발생을 쉽게 방지할 수 있었다고 보기는 어려움. 실제로 내란의 핵심적 실행행위는 윤석열이 김○○ 등과 사전에 수립한 계획에 따라, 국무회의 심의와 무관하게 이루어졌고, 당시 윤석열은 일부 국무위원 등의 반대를 물리치고 일방적으로 비상계엄 선포 의사를 밝히는 상황이기도 하였음
- [비상계엄의 위헌·위법성에 관한 피고인의 인식이나 비상계엄 선포 후 피고인의 가담행위만으로 선포 전 국무회의 심의 건의 당시의 국헌문란 목적을 인정할 수 있는지 여부] ❷, ❸ 부분과 달리 ❶ 부분에 대하여 국헌문란 목적을 부정하는 것이 서로 모순되거나 충돌되지 않음. 비상계엄 선포 전과 후에 피고인이 처한 구체적인 상황이 다르고, 그 상황에서 피고인이 한 행위와 그 의도에 대한 형법상 평가 역시 다를 수 있으므로, 비상계엄 선포 전과 후에 각각 행한 피고인의 행위에 국헌문란 목적이 인정되는가는 별개로 판단되어야 함
- [형법의 행위규범성과 피고인의 국무회의 심의 건의에 대한 평가] 형법은 재판규범일 뿐 아니라 행위규범으로서의 기능도 가짐. 헌법과 계엄법이 정한 비상계엄의 절차적 요건의 취지와 그 의미를 고려하면, 일반적으로 비상계엄 선포 전에 국무회의 심의를 건의하는 방향으로 행위하도록 형법을 해석·적용하는 쪽이 타당함. 비상계엄의 위헌·위법성에 대한 인식이나 국무회의의 실질적 심의 여부 등의 사정을 주된 근거로 삼아 국헌문란 목적을 쉽사리 인정할 경우, 향후 내란죄의 책임을 피하기 위

해서는 오히려 국무회의 심의 건의를 하지 않아야 한다는 잘못된 행위 지침을 제공하거나, 이에 관하여 아무런 행위 지침도 제공해 주지 못하는 결과에 이를 수 있음

☞ 결국 원심판결의 유죄 부분(이유 무죄 부분 제외) 중 ❶ '비상계엄 선포 전 국무회의 심의 외관 형성 부분'에는 파기사유가 있는데, 위 부분과 유죄로 인정된 나머지 부분은 일죄 또는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 등으로 인해, 결국 원심판결 중 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)은 전부 파기되어야 함. 이에 대법원은 원심 중 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)을 파기·환송하고, 나머지 부분에 대한 특별검사의 상고를 기각함

☞ 이러한 다수의견에 대하여 대법관 오경미, 대법관 신숙희, 대법관 김성수의 반대의견이 있음

☞ 반대의견의 요지는 다음과 같음

- 국헌문란 목적이 인정되기 위해서는 미필적 인식이 있으면 족한 것에서 나아가 그 실현을 지향하면서 최소한 그러한 결과를 용인하려는 정도의 의사가 있어야 한다는 법리를 추가로 선언한 것에는 반대의견도 동의함
- 그러나 비상계엄 선포 전 ❶ 부분 행위와 비상계엄 선포 후 ❷, ❸ 부분 행위를 나누어 ❷, ❸ 부분 행위는 유죄 취지로 판단하면서도, ❶ 부분 행위는 국헌문란 목적의 존재가 증명되지 않았다고 보아 무죄 취지로 판단하는 결론에는 동의할 수 없음. 즉, 비상계엄 선포 전 ❶ 부분 행위에 있어서도 피고인에게 윤석열 등의 이 사건 비상계엄을 통한 내란행위라는 결과 실현을 지향하면서 최소한 그러한 결과를 용인하려는 정도의 의사가 있었음을 인정할 수 있음
- 이 사건 비상계엄은 실체적·절차적 요건을 갖추지 못하였을 뿐만 아니라, 군과 경찰을 동원하여 국회의 권능행사를 정지시키고 국민의 기본권을 광범위하게 제한하려 하였다는 점에서 그 위헌·위법성이 중대함
- 이 사건 비상계엄 선포 등의 행위는 기존 집권자가 국가권력을 이용하여 자신에 대한 헌법적 통제를 무력화하려는 이른바 친위 쿠데타의 성격을 가짐. 대통령의 친위 쿠데타에서는 헌정 파괴 행위가 국가의 정상적이고 공식적인 행정 행위의 외양을 띠고 나타나므로, 국무총리 등의 행위가 '법이 규정한 절차에 따른 것이다'라는 사정은 '적법한 직무수행'과 '내란 가담 및 이에 대한 국헌문란 목적'을 구별하는 유의미한 기준이 될 수 없음
- 국헌문란 목적이 인정되기 위해서 국헌문란의 가능성을 미필적으로나마 인식하는 데에서 나아가 그 실현을 지향하면서 결과를 용인하려는 정도의 의사가 있어야 한다고 보더라도, 관련 사실관계와 사정들을 종합할 때, 피고인에게 그와 같은 목적이 있었다고 인정할 수 있음