

공직선거법상 ‘기부행위’와 그 예외로서 조례에 근거한 ‘직무상 행위’의 해석

- 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015도11392 판결 -

이 중 수*

▶ 목 차 ◀

I. 대상판결	2. 지방자치제도와 ‘조례’의 헌법적 의미
1. 사실관계	3. 상위법령과 내용을 달리하는 조례에 근거한 행위의 ‘직무상 행위’ 성립여부
2. 판시내용	4. 사업비 지원 확대의 의사표시 및 조례에 근거한 경우의 ‘직무상 행위’ 성립여부
II. 들어가며	V. 기부행위의 고의와 위법성의 인식
III. 공직선거법상 기부행위의 제한	1. 공직선거법상 기부행위의 고의
1. ‘기부행위’의 개념	2. 기부행위의 위법성에 대한 인식
2. ‘기부행위’의 제한취지 및 보호법익	VI. 마치며
3. 공직선거법상 기부행위 금지 규정의 체계	
4. 일본의 기부행위 제한 규정	
IV. 기부행위의 예외사유로서 ‘직무상의 행위’	
1. ‘직무상 행위’의 의미 및 효과	

* 법무법인 세종 변호사.

I. 대상판결

1. 사실관계

피고인은 A군 군수로서, A군 총무과로부터 A군 내 B초등학교 총동문회의 기념비 제작과 관련하여 4,000만 원을 지원하는 내용의 검토보고서를 제출받고 이를 결재한 뒤, 'A군 보조금 관리 조례'에 따른 절차를 거쳐 B 초등학교 총동문회에 4,000만 원을 지급하였다. 다만, 피고인은 위와 같은 비용 지원 과정에서 'A군 보조금 관리 조례'의 상위법령이라고 할 수 있는 구 지방재정법¹⁾ 제17조에 규정된 요건인 '위 기념비 설치사업이 보조금 지원이 반드시 있어야만 추진이 가능한지 여부'에 대한 검토는 하지 않았다.²⁾

A군은 'A군 주민참여 및 지역만들기 기본 조례'에 따라 '지역만들기 제안공모사업'과 '경진대회'를 추진하고 있었는데, 피고인은 '지역만들기 제안공모사업'의 제2차 발표 현장에서 "오늘 탈락한 마을들도 섭섭하니 모든 마을에 사업비 1,000만 원씩 지급하는 방법을 찾겠다"는 발언을 하였다. 그 후 A군 기획감사실 담당공무원들은 '지역만들기 제안공모사업' 계획에 없던 '입상'이라는 항목을 만들어 위 제안공모사업에서 탈락한 7개 마을을 입상시켜 '경진대회' 예산 중 7,000만 원을 위 7개 마을에 지급하고, 그로 인하여 지급받지 못하게 된 경진대회 관련 마을들은 추가경정 예산을 통하여 지원하는 내용의 공문을 작성하여 피고인으로부터 최종 결재를 받아 위 7개 마을에 각 1,000만 원씩 합계 7,000만 원을 지급하였다. 다만, 당시 실무를 담당한 기획감사실의 주무관은 양평군 선거관리위원회에 구두로 '지역만들기 제안공모사업'에 따른 예산배정이 공직선거법상 기부행위에 해당하는지 문의하였는데, 당시 양평군 선거관리위원회 지도계장은 "지방자치단체가 조례에 근거하여 관련 법에 따라 예산을 배정하는 행위는 직무상 행위에 해당한다"는 취지로 답변을 하였다.³⁾⁴⁾

1) 2011. 9. 6. 대통령령 제23121호로 개정되기 전의 것. 이하 '구 지방재정법'이라고만 한다.

2) 이하 '이 사건 제1 공소사실'이라 한다.

2. 판시내용

(1) 제1심 판결의 요지: 수원지방법원 여주지원 2015. 2. 12. 선고 2014고합110 판결

1) 이 사건 제1 공소사실과 관련하여, B초등학교의 기념비 사업 지원에 있어 ‘A군 보조금 관리 조례’ 제6조의 검토를 거친 사실은 인정되지만, 위 조례의 상위법령이라고 할 수 있는 구 지방재정법에 규정된 ‘보조금을 지출하지 않으면 사업의 수행이 불가능한 경우’라는 요건도 충족하여야 하는데, 피고인은 그러한 요건에 대한 검토를 거치지 않았기 때문에 공직선거법상 기부행위 제한 규정을 위반하였고, 이를 두고 공직선거법 제112조 제2항 제4호 나목의 ‘직무상 행위’에 해당한다고 볼 수도 없다.

2) 이 사건 제2 공소사실과 관련하여, ‘지역만들기 제안공모사업’ 및 이에 따른 사업비의 지급이 ‘A군 주민참여 및 지역만들기 기본 조례’에 따른 것은 맞지만, ① 피고인의 발언이 없었다면 7개 마을에 대한 7,000만 원의 사업비 지급이 이루어지지 않았을 것이고, ② 피고인은 2차 발표평가 당시 A군이 추진하는 사업을 일부 언급함으로써 자신의 업적을 홍보하는 취지의 발언을 하였기 때문에 공직선거법상 금지되는 기부행위에 해당한다.

나아가, 양평군 선거관리위원회 지도계장의 답변은 조례와 관련 법령에 근거한 적합한 지원행위라면 무방하다는 취지의 원론적인 답변이라고 할 것이므로 이와 같은 사정만으로 형법 제16조의 정당한 이유가 있는 법률의

3) 이하 ‘이 사건 제2 공소사실’이라 한다.

4) 피고인은 이 사건 공소사실 외에도, 「지방자치단체의 장은 지방자치단체의 사업계획, 추진실적 기타 지방자치단체의 활동상황을 알리기 위한 홍보물을 분기별로 1종 1회를 초과하여 발행·배부 또는 방송하여서는 아니됨에도 불구하고, 피고인은 군정소식, 공지사항 등 군정 홍보를 위하여 필요한 사항을 게재할 수 있도록 ‘A군 소식지 발행 조례 및 시행규칙’에 따라 매월 1회 ‘A소식’을 발행하여 공직선거법 제255조 제1항 제10호, 제86조 제5항을 위반하였다」는 내용으로도 기소되었으나, ‘A소식’을 발행함에 있어 A군 사무 전결처리 규칙에는 군수인 피고인이 아닌 부군수가 전결권자로 되어 있는 점, ‘A소식’을 발행하는 홍보팀에서는 피고인에게 위 소식지에 게재할 내용에 관하여 보고하거나 피고인과 협의를 거치지 않은 점, 피고인이 그 내용에 대하여 특별한 지시를 한 적도 없는 점 등을 이유로 무죄가 선고되었다. 이 부분은 공직선거법상 기부행위와는 무관하므로 논의 대상에서 제외하였다.

착오에 해당한다고 볼 수도 없다.

(2) 제2심 판결의 요지: 서울고등법원 2015. 7. 10. 선고 2015노 816 판결

1) 이 사건 제1 공소사실과 관련하여, ① B초등학교에 대한 보조금 지원이 ‘A군 보조금 관리 조례’가 규정하고 있는 조건은 모두 충족한 점, ② 구 지방재정법이 ‘보조금을 지출하지 아니하면 사업의 수행이 불가능한 경우로서 지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우’에 지방자치단체가 보조금을 지급할 수 있다고 하여 ‘A군 보조금 관리 조례’와 달리 규정하고 있긴 하지만, 위 조례가 결과적으로 위법한 조례가 되어 이를 근거로 한 위 보조금 지급 결정이 ‘당연무효인 행정행위’ 내지 ‘취소될 수 있는 행정행위’로 평가받을 수 있음은 별론으로 하고, 위 조례가 객관적으로 명백하게 위법하다고 볼 수 없는 점, ③ 위 보조금 지원이 A군의 예산 범위 내에서 이루어졌고, 사업 자체가 공익적인 성격을 갖고 있는 점, ④ 피고인의 선거와는 관련성이 떨어지는 점 등을 고려할 때, 공직선거법 제112조 제2항 제4호 나목의 ‘직무상의 행위’에 해당하므로 공직선거법상 기부행위라고 볼 수 없다.

2) 이 사건 제2 공소사실과 관련하여, A군의 당초 예상보다 주민들의 ‘지역만들기 제안공모사업’에 대한 참여가 활발하였고, 결선에 올라온 사업들이 모두 일정기준을 통과한 점을 감안하면 위 7개 마을에 대한 사업비 지급을 두고 피고인이 자치지출권에 관한 재량을 일탈하거나 남용하였다고 보기 어렵다. 나아가 위 사업비 지급이 피고인의 선거가 임박한 시기에 행하여진 것이라고 보기 어렵고, 비록 피고인이 “오늘 탈락한 마을들도 섭섭하니 모든 마을에 사업비 1,000만 원씩 지급하는 방법을 찾겠다”는 발언을 한 것은 사실이지만, 그 발언이 사회통념상 철회하기 어려울 정도로 확정적으로 약속한 것으로는 볼 수 없기 때문에, 마찬가지로 공직선거법상 ‘직무상의 행위’에 해당하여 기부행위라고 볼 수 없다.

(3) 대법원 판결의 요지: 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015도 11392 판결

공직선거법은 제113조에서 일체의 기부행위를 금지하고, 제112조 제1항에서 처벌대상이 되는 기부행위의 종류를 포괄적으로 규정한 후, 같은 조 제2항에서 기부행위로 보지 아니하는 경우를 제한적으로 열거하고 있는데, 그렇다면 제112조 제1항에 해당하는 금품 등의 제공행위가 같은 조 제2항에 근거한 직무상 행위에 해당하면 기부행위 금지위반을 처벌하는 제257조 제1항 제1호의 구성요건해당성이 없다고 할 것이다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도9925 판결 참조).

그리고 공직선거법 제112조 제2항 제4호 가목 또는 나목에서 국가기관 또는 지방자치단체의 직무상의 행위 중 하나로 열거된 ‘법령’ 또는 ‘지방자치단체의 조례’에 의한 금품제공행위에 해당하려면, 단순히 그 예산을 자체 사업계획에 의한 편성 목적 및 절차에 따라 지출했다는 것만으로는 부족하고, 그 금품제공행위와 관련된 ‘자체사업계획과 예산’과는 별도로 존재하는 법령 또는 조례에서 이를 직접적으로 뒷받침하고 있는 경우여야 한다(대법원 2007. 11. 16. 선고 2007도7205 판결).

위와 같은 점을 감안할 때, 제2심 판결은 이 사건 제1 공소사실과 관련하여 그 이유 설시에 있어 적절하지 아니한 부분이 없지는 않지만,⁵⁾ 그 판단 자체는 정당하며, 공직선거법상 기부행위로 보지 아니하는 직무상의 행위의 성립요건에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없고, 이 사건 제2 공소사실과 관련하여, 공직선거법상 기부행위와 직무상의 행위의 성립요건에 관한 법리를 오해하였다고 볼 수 없다.

5) 다만, 대법원은 구체적으로 제2심 판단의 이유설시 중 어느 부분이 부적절한 지에 대하여는 언급하고 있지 않다.

II. 들어가며

선거는 시민이 그들을 대표할 국가기관을 선출하는 제도로서, 현대민주주의 국가는 대의제를 바탕으로 하고 있기 때문에 공정한 선거법의 마련과 그 운용이야말로 대의제 민주주의를 공고히 할 수 있는 제도적 장치가 된다.⁶⁾ 이에 우리나라에서는 불법선거운동을 규제하고 깨끗한 선거풍토를 조성하는 한편 대통령선거, 국회의원선거, 지방의원선거, 지방자치단체장선거 등을 하나의 법률로 통합 규율하기 위하여 1994년 3월 16일 ‘공직선거및선거부정방지법’이 제정되었다.⁷⁾

특히 공직선거법은 제264조에서 위 법을 위반하여 징역 또는 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 자의 당선을 무효로 하는 규정을 두고 있기 때문에 실무상 그 범죄의 성립여부와 양형에 대한 법률적 해석 및 법관의 판단이 다른 어느 범죄보다 치열하게 다투어 진다.⁸⁾

실제 2016년 4월에 치러진 제20대 국회의원 선거에서 중앙선거관리위원회는 공직선거법위반 행위와 관련하여 고발 209건, 수사의뢰 55건, 경고 등 1,106건 등 총 1,370건을 적발·조치하였는데, 그 유형을 분석해 보니, 아래 표와 같이 허위사실공표가 229건(16.9%)으로 가장 많았고, 그 뒤를 이어 기부행위 등이 202건(14.7%)으로 나타났으며, 특히 기부행위 등의 경우 202건 중 74건을 고발하여 선거사범 유형 중 가장 많은 고발이 이루어졌다.⁹⁾

6) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 201면. 일반적으로 ‘대의제 민주주의’ 또는 ‘대표제 민주주의’라는 용어는 1770년대 미국 연방주의자들이 처음 사용하기 시작하였다(성승환, “민주주의와 선거”, 「선거연구」 제5호, 중앙선거관리위원회, 2014, 105면).

7) ‘공직선거및선거부정방지법’은 2005년 8월 4일 개정을 통해 그 명칭이 ‘공직선거법’으로 변경되었다. 이하 통틀어 ‘공직선거법’이라고 한다.

8) 2017년 12월 이후부터만 해도, 최명길 전 의원, 윤종오 전 의원, 박찬우 전 의원, 임창호 전 함양군수 등이 공직선거법위반으로 의원직 내지 군수직을 상실하였고, 황영철 의원은 제2심에서 의원직 상실형(징역 2년에 집행유예 3년)을 선고받아 현재 상고심 판단을 기다리고 있는 중이다(조선일보, 2019. 2. 21.자, “‘선거법 위반’ 황영철 의원, 항소심도 의원직 상실형”, http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2019/02/21/2019022100245.html; 2019. 5. 7. 최종방문).

9) 중앙선거관리위원회, 제20대 국회의원선거총람, 중앙선거관리위원회, 2016, 212, 213면.

〈표 1〉 제20대 국회의원 선거의 선거사범에 대한 선거관리위원회의 유형별 조치 현황

구분	고발	수사의뢰	경고 등	합계
기부행위 등	74	19	109	202
허위사실공표	48	15	166	229
비방·흑색선전	5	3	28	36
인쇄물 관련	16	4	4	200
시설물 관련	1	2	2	81
유사기관·사조직	8	1	1	12
문자메시지 이용	7	0	0	75
집회·모임 이용	5	0	0	47
여론조사 관련	16	5	5	107
기타	29	6	6	381
합계	209	55	1,106	1,370

공직선거법은 기부행위를 일체 금지하면서도 제112조 제2항 각호를 통해 기부행위로 보지 않는 여러 가지 유형을 규정하고 있는데, 대상판결은 그 중에서도 제112조 제2항 제4호 나목에 규정된 조례에 근거한 직무상 행위에 해당함을 이유로 공직선거법상 기부행위금지 위반에 해당하지 않음을 명시적으로 밝힌 최초의 판례라는 점에서 의미가 있다.¹⁰⁾

이하에서는 먼저 공직선거법상 기부행위의 의미와 이를 제한하는 취지 및 보호법익, 우리나라의 규정체계와 함께 일본의 규정에 대하여 알아보고 (Ⅲ), 기부행위의 예외사유로서 인정되는 ‘직무상의 행위’의 의미와 함께 특히 대상판결에서 쟁점이 되었던 바와 같이 상위법령과 다른 내용을 규정하고 있는 조례에 근거한 사업비 지원 행위와 애초 계획과 달리 사업비를 확대 변경하여 지원한 행위가 공직선거법 제112조 제2항 제4호 나목상의 조례에 근거한 ‘직무상의 행위’에 해당할 수 있는지 여부를 살펴보도록 하겠다

10) 로이슈, 2015. 10. 16.자, “대법원, ‘A군수 무죄...직무상 행위는 기부금지 위반 아냐 첫 판례’”(http://lawissue.co.kr/view.php?ud=23838; 2019. 5. 7. 최종방문).

(IV). 마지막으로 대상판결과 같이 실무상 피고인들은 기부행위의 고의를 부인할 가능성이 큰데, 공직선거법상 기부행위의 고의의 의미와 함께 (인식 있는) 과실과의 구별 기준에 대하여 알아보고, 업무 과정에서 선거관리위원회로부터 받은 답변을 신뢰하여 결정을 내린 경우 위법성에 대한 인식을 인정할 수 있는지를 정당한 이유의 유무와 함께 검토해 보도록 하겠다(V).

Ⅲ. 공직선거법상 기부행위의 제한

1. '기부행위'의 개념

일반적으로 기부(寄附)란, 자선사업이나 공공사업을 돕기 위하여 돈이나 물건 따위를 대가 없이 내어 놓는 것을 의미한다.¹¹⁾ 공직선거법은 제112조에서 그 범위를 조금 더 확장하여, “당해 선거구 안에 있는 자나 기관·단체·시설 및 선거구민의 모임이나 행사 또는 당해 선거구의 밖에 있더라도 그 선거구민과 연고가 있는 자나 기관·단체·시설에 대하여 금전·물품 기타 재산상 이익의 제공, 이익제공의 의사표시 또는 그 제공을 약속하는 행위”를 기부행위로 정의하고 있다.

이러한 금품이나 기타 이익의 제공은 기부의 일반적인 정의처럼 무상 또는 일부 대가관계가 인정된다고 하더라도 금부와 반대금부 간 불균형이 심한 경우에는 공직선거법상 금지되는 기부행위에 해당한다고 할 것인데, 이와 달리 정당한 대가관계로 이루어진 경우에는 기부행위에 해당한다고 볼 수 없다.¹²⁾ 다만, 비록 유상이라고 하더라도 그것이 다른 일반인으로서의 체결하기 어려운 계약으로서 다수와의 경쟁관계에 있었음에도 불구하고 계약을 체결한 경우나 다른 일반인으로서의 취득하기 어려운 재산상 이익을 얻은 경우에는 기부행위에 해당한다고 할 것이다.¹³⁾

11) 표준국어대사전(<https://ko.dict.naver.com/#/entry/koko/0b6ed2dba7e3448e93c1ebc2a35b8aa7>; 2019년 5월 2일 최종방문)

12) 정병욱, 공직선거법, 박영사, 2006, 709면.

2. ‘기부행위’의 제한취지 및 보호법익

공직선거법은 선거의 공정성을 도모하는 한편 과거 각종 선거에서 온갖 유형의 금품수수가 이루어지는 등 혼탁한 선거 현실에 대한 반성의 일환으로서 후보자 등의 기부행위를 일체 금지하고 있다.¹⁴⁾ 대법원은 공직선거법이 일체의 기부행위를 금지하는 취지에 대하여 “그러한 기부행위가 후보자의 지지기반을 조성하는 데에 기여하거나 매수행위와 결부될 가능성이 높아 이를 허용할 경우 선거 자체가 후보자의 인물·식견 및 정책 등을 평가받는 기회가 되기보다는 후보자의 자금력을 겨루는 과정으로 타락할 위험성이 있어 이를 방지하기 위한 것”이라고 판시하고 있다.¹⁵⁾

종래 공직선거법은 제112조 제4항에서 (i) 임기만료에 의한 선거에 있어서는 선거일전 180일부터 선거일까지, (ii) 보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때부터 선거일까지라고 하여 기부행위의 제한기간을 규정하고 있었는데, 2004년 3월 12일 개정을 통해 이러한 제한기간을 폐지하여 상시 금지하도록 하였다.¹⁶⁾

나아가 종래 공직선거법은 기부행위에 해당하는 경우로서 제112조 제1항에서 11개의 유형을 구체적으로 나열하였으나, 2004년 3월 12일 개정을 통하여 위 11가지 유형을 삭제하는 한편, 현행 제112조 제1항과 같이 “금전·물품 기타 재산상 이익의 제공, 이익제공의 의사표시 또는 그 제공을 약속하는 행위”가 기부행위에 해당하는 것으로 변경하였다. 다만, 개정 전 공직선거법에서 규정하였던 11가지 유형이 위와 같은 일반적인 정의 규정에 모

13) 대검찰청, 공직선거법 벌칙해설, 대검찰청, 2018, 747면; 정병욱, 앞의 책, 709면. 이러한 측면에서 대법원은 피고인이 자신을 A당 후보로 당선되게 하여 주면 개점 예정인 피고인 소유 B백화점 내 매장을 1개씩 각 제공해 주겠다고 약속한 사안에서, 비록 유상이라고 하더라도 당시로서는 누구든지 그 매장을 분양받을 수 있는 것이 아니라 분양받는 것 자체가 상당한 재산상 이익을 받는 것이기 때문에 공직선거법상 기부행위에 해당한다고 판시하였다(대법원 1996. 12. 23. 선고 96도1558 판결).

14) 대검찰청, 앞의 책, 745면; 정병욱, 앞의 책, 708면.

15) 대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결.

16) 위 개정 전에는, 기부행위 제한기간 이전에 이루어진 금품 기타 이익의 제공의 경우 제254조 소정의 사전선거운동죄나 제230조 소정의 매수 및 이해유도죄를 의율하였다(대검찰청, 앞의 책, 745면).

두 포함되기 때문에 공직선거법 개정을 통하여 기부행위의 유형이 변경된 것은 아니다.¹⁷⁾

3. 공직선거법상 기부행위 금지 규정의 체계

공직선거법은 제112조 제1항에서 기부행위를 정의하고, 제2항에서 (i) 통상적인 정당활동과 관련한 행위(제1호), (ii) 의례적 행위(제2호), (iii) 구호적·자선적 행위(제3호), (iv) 직무상의 행위(제4호), (v) 법령의 규정에 근거하여 금품 등을 찬조·출연 또는 제공하는 행위(제5호), (vi) 그밖에 위 각 호의 어느 하나에 준하는 행위로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 행위(제6호)의 경우에는 기부행위로 보지 않는다고 규정하고 있으며, 제113조는 후보자 등, 제114조는 정당 및 후보자의 가족 등, 제115조는 제3자의 기부행위를 제한하고 있다.

그리고 제257조 제1항에서는 위와 같은 기부행위 금지제한 규정에 위반할 경우 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있으며, 이에 따라 징역 또는 벌금 100만 원 이상의 형을 선고받을 경우에는 제264조에 따라 해당 선거의 당선이 무효로 되도록 규정하고 있다.

4. 일본의 기부행위 제한 규정

일본에서는 1950년(昭和 25년) 4월 15일 법률 제100호로 중의원의원 선거법, 참의원의원 선거법의 각 조문과 함께 지방자치법상 선거에 관한 조문을 통합하는 형태로 현행 공직선거법이 제정되었다. 일본의 현행 공직선거법은 총 17장 275조로 구성되어 있는데, 제16장 벌칙규정은 매수 및 이해유도죄, 선거의 자유방해죄, 허위사항의 공표죄, 부정선거운동죄, 기부의 제한위반죄 등으로 구성되어 우리나라와 매우 유사한 구조를 갖고 있다.

일본 공직선거법은 우리나라와 달리 기부행위의 정의에 관한 별도의

17) 대검찰청, 앞의 책, 750면; 정병욱, 앞의 책, 711면.

규정을 두고 있지는 않고, 제14장 ‘선거운동에 관한 수입, 지출 및 기부’ 아래 제199조에서 특정 기부 금지, 제199조의2에서 공직후보자 등의 기부 금지, 제199조의3에서 공직후보자 등의 관계 회사 등의 기부 금지, 제199조의4에서 공직후보자 등의 성명 등을 표시한 단체의 기부 금지, 제199조의5에서 후원단체에 관한 기부 등의 금지, 제200조에서 특정인에 대한 기부의 권유, 요구 등의 금지를 규정하고 있다.

특히 공직후보자 등의 기부 금지를 규정한 제199조는 제1항에서 공직후보자와 공직후보자가 되고자 하는 자, 공직에 있는 자에 대하여 어떠한 명의로든지 당해 선거구민을 상대로 한 기부를 금지하고 있는데, 예외적으로 정당 기타 정치단체나 당해 공직후보자 등의 친족에 대한 기부나 강연회 등 모임에서의 필요 불가결한 실비보상은 허용하고 있다.¹⁸⁾

다만, 일본 공직선거법은 우리나라와 달리 기부행위의 예외규정으로 ‘직무상 행위’에 대한 별도의 규정을 두고 있지는 않은데, 우리 공직선거법 제112조 제2항 각 호에 규정된 사유에 해당하는 행위는 일본 형법 제35조가 규정하고 있는 ‘법령 또는 정당한 업무에 의한 행위’로서 정당행위에 해당할 여지가 크기 때문에 사안에 따라 위법성이 조각된다고 할 것이다.

나아가 일본 공직선거법은 당선무효와 관련하여, 제251조에서 당선인의 선거범죄에 따른 당선무효, 제251조의2에서는 총괄주재자, 출납책임자 등의 선거범죄에 따른 공직후보자 등이었던 자의 당선무효, 제251조의3에서는 조직적 선거운동관리자 등의 선거범죄에 따른 공직후보자 등이었던 자의 당선무효, 제251조의4는 공무원 등의 선거범죄에 따른 당선무효를 규정하고 있다. 구체적으로 제251조는 “당선인이 그 선거에 관하여 공직선거법 벌칙 조항에 열거된 죄를 범하여 형에 처해진 경우 그 당선인의 당선은 무효로 한다”고 규정하여 “당선인이 공직선거법위반으로 재판을 받아 ‘징역 또는

18) 다만, 예외적으로 허용되는 경우에도 (i) 중의원 의원 총선거에 있어서는, 중의원 의원 임기 만료일 90일 전부터 해당 선거일까지 또는 중의원의 해산 다음 날부터 해당 선거일까지, (ii) 참의원 의원 통상선거에 있어서는, 참의원의 임기 만료일 90일 전부터 당해 통상선거일까지, (iii) 지방의회나 지방자치단체의 장의 임기만료에 의한 선거에 있어서는 그 임기 만료일 전 90일부터 해당 선거일까지 기간 중에 이루어진 기부는 허용되지 않는다(같은 조 단서, 제199조의5 제4항).

100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 경우’ 당선무효가 된다”고 규정한 우리나라와 차이를 보이고 있다.¹⁹⁾

IV. 기부행위의 예외사유로서 ‘직무상의 행위’

1. ‘직무상 행위’의 의미 및 효과

(1) 공직선거법 제112조 제2항 제4호의 ‘직무상 행위’의 의미 및 종류

공직선거법은 제112조 제2항 제4호에서 기부행위로 보지 않는 행위로써 ‘직무상의 행위’를 규정하고 있는데, 구체적으로 (i) 국가기관 또는 지방자치단체가 자체사업계획과 예산으로 행하는 법령에 의한 금품제공행위(가목), (ii) 지방자치단체가 자체사업계획과 예산으로 대상·방법·범위 등을 구체적으로 정한 당해 지방자치단체의 조례에 의한 금품제공행위(나목), (iii) 구호사업 또는 자선사업을 행하는 국가기관 또는 지방자치단체가 자체사업계획과 예산으로 당해 국가기관 또는 지방자치단체의 명의를 타내어 행하는 구호행위·자선행위(다목), (iv) 선거일전 60일까지 국가·지방자치단체 또는 공공기관의 장이 업무과약을 위한 초도순시 또는 연두순시차 하급기관을 방문하여 업무보고를 받거나 주민여론 등을 청취하면서 자체사업계획과 예산에 따라 참석한 소속공무원이나 임·직원, 유관기관·단체의 장과 의례적인 범위안의 주민대표에게 통상적인 범위안에서 식사류의 음식물을 제공하는 행위(라목), (v) 국가기관 또는 지방자치단체가 긴급한 현안을 해결하기 위하여 자체사업계획과 예산으로 해당 국가기관 또는 지방자치단체의 명의로 금품이나 그 밖에 재산상의 이익을 제공하는 행위(마목) 등 총 10개 행위를 열거하고 있다.²⁰⁾

19) 임성식·이경렬, 선거사범의 처벌과 당선무효에 관한 비교법적 연구, 한국형사정책연구원, 2004, 119면.

20) 그 외 (vi) 선거기간이 아닌 때에 국가기관이 효자·효부·모범시민·유공자등에게 포상을 하거나, 국가기관·지방자치단체가 관할구역 안의 환경미화원·구두미화원·가두신

즉, 위에서 열거한 행위는 그것이 외관상·형식상으로는 금품이나 기타 이익을 제공하는 것처럼 보이지만 본연의 직무 내지 업무에 기인한 것으로서, 위 각 행위를 기부행위로 본다면 국가기관이나 지방자치단체가 행하는 예산 관련 사업이 모두 공직선거법상 금지되는 기부행위에 해당하는 문제가 발생할 수 있으므로, 공직선거법상 형사처벌의 대상이 되는 기부행위로 보지 않는다는 의미로 해석할 수 있다.

(2) ‘직무상 행위’의 법률적 효과

1) 문제의 소재

공직선거법 제112조 제2항은 제1항의 규정에도 불구하고 제2항 각호의 어느 하나에 해당하는 행위는 “기부행위로 보지 아니한다”고 규정하고 있으므로, 금품 기타 재산상 이익을 제공하였다고 하더라도 공직선거법 제112조 제2항 각호에 해당하는 경우에는 공직선거법위반으로 처벌할 수 없다. 다만, 범죄구성체계와 관련하여, 위와 같이 처벌할 수 없는 이유가 구성요건이 배제되기 때문인지, 아니면 위법성이 조각되기 때문인지가 문제된다.

2) 견해의 대립²¹⁾

(가) 위법성 조각설

공직선거법 제112조 제2항은 특히 법령에 의하거나, 의례적 또는 직무

문관매원·우편집배원 등에게 위문품을 제공하는 행위(바목), (vii) 국회의원 및 지방의회의원이 자신의 직무 또는 업무를 수행하는 상설사무소 또는 상설사무소를 두지 아니하는 구·시·군의 경우 임시사무소 등 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 장소에서 행하거나, 정당이 해당 당사에서 행하는 무료의 민원상담행위(사목), (viii) 변호사·의사 등 법률에서 정하는 일정한 자격을 가진 전문직업인이 업무활동을 촉진하기 위하여 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 통하여 법률·의료 등 자신의 전문분야에 대한 무료상담을 하는 행위(아목), (ix) 제114조 제2항에 따른 후보자 또는 그 가족과 관계있는 회사가 영업활동을 위하여 달력·수첩·탁상일기·메모판 등 홍보물을 그 명의로 종업원이나 제한된 범위의 거래처, 영업활동에 필요한 유관기관·단체·시설에 배부하거나 영업활동에 부가하여 해당 기업의 영업범위에서 무료강좌를 실시하는 행위(자목), (x) 물품구매·공사·역무의 제공 등에 대한 대가의 제공 또는 부담금의 납부 등 채무를 이행하는 행위(차목)를 규정하고 있다.

21) 정병욱, 앞의 책, 722면.

상의 행위로서 예컨대 친족의 관혼상제의식 기타 경조사에 축의·부의금품을 제공하는 행위(제2항 제2호 가목), 종교인이 평소 자신이 다니는 교회·성당·사찰 등에 통상의 예에 따라 헌금하는 행위(제2항 제2호 바목) 등을 규정하고 있는데, 이는 사실상 형법 제20조가 규정하고 있는 '법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'와 차이가 없어 위법성이 조각된다.

(나) 구성요건해당성 배제설

구성요건해당성이 배제되는 경우와 (구성요건해당성 자체는 인정되나) 위법성이 조각되는 경우는 구별되어야 하는 것인데, 공직선거법 제112조 제2항 각호는 기부행위 자체에 해당하지 않는 행위로서 구성요건해당성이 배제되는 것이며, 따라서 형법 제20조 소정의 정당행위와 같은 위법성조각사유는 이와 별도로 적용이 가능하다.

3) 검토

먼저, 구성요건해당성이 배제되는 경우와 위법성이 조각되는 경우는 엄격히 분리되어야 한다.²²⁾ 이와 달리 위 두 가지 경우가 결과에 있어서 불가별이라는 점에서 차이가 없다거나 위법성조각사유를 소극적 요소로서 구성요건에 포함시키는 구성 등은 모두 위법성조각사유의 독자성을 간과한 것이며,²³⁾ 위법성조각사유를 분리하지 않을 경우 그 사유의 부존재까지도 다른 객관적 구성요건요소와 함께 고의의 인식 대상이 되는 문제가 있다.²⁴⁾

22) Welzel은 정당방위에 의하여 사람을 살해한 행위와 모기를 죽이는 행위를 같이 평가할 수 없다고 지적하였는데, 이는 결국 처음부터 구성요건에 해당하지 않는 행위와 구성요건에는 해당하지만 위법성이 조각되는 행위를 구별해야 한다는 주장으로 이해할 수 있다.

23) 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 박영사, 2018, 112면.

24) 대법원은 정의행위와 관련하여 종래 “위법성이 조각되는 경우가 아닌 한, 다중의 위력으로써 타인의 업무를 방해하는 행위에 해당하여 업무방해죄를 구성한다”고 하여 위법성조각의 문제로 파악하였으나(대법원 1991. 4. 23. 선고 90도2771 판결), 그 이후 전원합의체를 통하여 “정의행위로서 과업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가될 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립”

다음으로, 공직선거법 제112조 제2항은 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 “벌하지 아니한다”거나 “위법하지 않다”고 하지 않고 “기부행위로 보지 아니한다”고 규정하고 있어 우리 형법이 인정하고 있는 정당방위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙 및 정당행위 등 5가지 일반적인 위법성조각사유나 형법 제310조²⁵⁾와 같은 개별적인 위법상조각사유 규정과 차이가 있다.

결국, 공직선거법 제112조 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 위법성이 조각되는 것이 아니라 구성요건해당성 자체가 배제되는 것으로 해석하여야 하며,²⁶⁾ 따라서 형법 제20조 정당행위에 관한 위법성조각사유에 관한 규정도 위 공직선거법 제112조 제2항과 별도로 적용이 가능한 것이다. 대상판결 역시 공직선거법 제112조 제2항이 적용되는 경우에는 구성요건해당성이 없다고 판시하였으며, 대법원은 “후보자 등이 한 기부행위가 공직선거법 제112조 제2항 등에 의하여 규정된 의례적 행위나 직무상 행위에 해당하지는 아니하더라도 그것이 지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것이라고 볼 수 있는 경우에는 일종의 의례적 행위나 직무상의 행위로서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는 경우가 있을 수 있다”는 입장을 분명히 하고 있다.²⁷⁾

2. 지방자치제도와 ‘조례’의 헌법적 의미

(1) 지방자치제도의 연혁 및 의의

1948년 제헌헌법은 제96조²⁸⁾와 제97조²⁹⁾에서 지방자치제도를 보장하

하는 것으로 그 입장을 변경하였다(대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결). 위법성조각의 문제를 구성요건배제의 문제로 가져온 위 판결에 대하여는 특히 노동 분야에서 정책법원으로서 진일보한 태도라는 평가가 있다(김성돈, 형법각론, 성균관대학교 출판부, 2018, 239면).

25) “제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”

26) 정병욱, 앞의 책, 722면.

27) 대법원 2005. 12. 9. 선고 2004도7773 판결.

28) 제96조 지방자치단체는 법령의 범위내에서 그 자치에 관한 행정사무와 국가가 위임한 행정사무를 처리하며 재산을 관리한다.

였고, 이에 따라 1949년 법률 제32호로 지방자치법이 제정되었으나, 한국전쟁으로 인하여 1952년에야 지방의회가 구성되었다. 그러나, 1961년 5·16 군사 쿠데타 이후 지방의회는 해산되었고, 1972년 유신헌법은 부칙 제10조³⁰⁾를 통하여 지방의회를 통일 전까지 구성할 수 없도록 하였다. 이후 1987년 현행 헌법은 위 부칙 제10조를 삭제하였고, 1988년 지방자치법이 전면 개정되었으며, 1991년 비로소 지방의회가 구성되면서 우리나라에도 본격적으로 지방자치제도가 실시되었다.

헌법은 제117조 제1항에서 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 규정하고 있는데, 그 본질적 내용은 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장이라고 할 것이다.³¹⁾ 아울러 헌법재판소는 지방자치는 “국민자치를 지방적 범위 내에서 실현하는 것이므로 지방시정에 직접적인 관심과 이해관계가 있는 지방주민으로 하여금 스스로 다스리게 한다면 자연히 민주주의가 육성·발전될 수 있다는 소위 ‘풀뿌리 민주주의’를 그 이념적 배경으로 하고 있는 것”이라고 강조하였다.

(2) 자치입법권으로서의 조례

헌법 제117조는 지방자치단체의 조례제정권에 대한 일반적 규정을 하고 있는데, 이에 따라 지방자치법 제22조 본문은 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”고 하여 조례제정권을 구체화하고 있다.

지방자치단체의 사무에는 (i) 당해 지방자치단체의 지역적 이해관계성이 인정되며 주민의 복지증진에 관한 사무인 자치사무, (ii) 국가나 다른 공공단체가 법령에 의하여 구체적으로 위임한 사무인 단체위임사무, (iii) 법령

지방자치단체는 법령의 범위내에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

29) 제97조 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로써 정한다.

지방자치단체에는 각각 의회를 둔다.

지방의회의 조직, 권한과 의원의 선거는 법률로써 정한다.

30) 제10조 이 헌법에 의한 지방의회는 조국통일이 이루어질 때까지 구성하지 아니한다.

31) 헌법재판소 2009. 5. 28.자 2006헌라6 결정.

에 근거하여 지방자치단체의 집행기관에 위임된 국가 등의 사무인 기관위임사무로 구분할 수 있는데,³²⁾ 조례의 제정대상이 되는 ‘사무’는 원칙적으로 자치사무와 단체위임사무에 한정되며, 기관위임사무는 예외적으로 그 위임의 범위 내에서만 조례 제정이 가능하다.³³⁾

우리나라의 경우 지방자치제도보다는 오히려 중앙집권의 강화가 필요하다는 견해도 없지 않지만, 지방자치제도는 권력분립과 법치주의, 기본권 보장을 주민들의 참여 아래에서 구현할 수 있어 오히려 이를 통해 국가 전체의 발전은 물론 국민의 기본권 신장에도 크게 기여할 수 있다.³⁴⁾ 실제로 1991년 7월 24일 충북 청주시의회에서 가결된 ‘청주시 행정정보공개조례’는 그 후 전국 180여 개의 지방자치단체로 하여금 정보공개 조례를 제정하도록 하였고, 나아가 1996년 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’을 통과하게 하였는데, 이는 주민들의 관심과 참여 아래 제정된 조례가 오히려 법률에도 영향을 미쳐 국민의 기본권 신장에도 이바지한 사례로 볼 수 있다.³⁵⁾

(3) 조례제정권의 범위

1) 법령우위의 원칙

조례는 법령인 법률과 법규명령을 위반하여서는 안 되는데, 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제22조 본문에서도 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 조례를 제정할 수 있다고 하여 법령우위의 원칙을 재확인하고 있다.

지방자치단체가 제정한 조례가 법령에 위반한 경우 효력이 없는데, 대법원은 그 위반 여부에 대한 기준으로, “법령과 조례 각각의 규정 취지, 규정의 목적과 내용 및 효과 등을 비교하여 둘 사이에 모순·저촉이 있는지의

32) 김남진·김연태, 행정법 II, 법문사, 2018, 110 내지 112면; 홍정선, 신지방자치법, 박영사, 2018, 467 내지 472면.

33) 이를 ‘위임조례’라 한다.

34) 헌법재판소 2009. 5. 28.자 2006헌라6 결정. 지방자치는 살아있는 민주주의의 구성요소라고 할 수 있는데, James Bryce는 민주주의의 최고의 학교이자 그 성공에 대한 최고의 보증은 바로 민주주의의 실시라고 강조하였다(김남진·김연태, 앞의 책, 73면).

35) 경향신문, 2019. 5. 1.자, “지역 넘어 국가법이 된 ‘청주시 행정정보공개조례’”, (http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?art_id=201905012152005; 2019. 5. 7. 최종 방문)”

여부에 따라서 개별적·구체적으로 결정하여야 한다”는 입장을 취하고 있다.³⁶⁾ 다만, 법령의 내용이 전국적인 최소한의 기준을 정한 것으로서 그 이상의 기준에 대하여는 각 지방자치단체의 특수한 사정을 고려하여 정하도록 하는 것으로 해석될 경우에는 해당 조례가 법령 이상의 내용을 규율하고 있다고 하더라도 무효라고 볼 수 없다.³⁷⁾

2) 법률유보의 원칙

헌법은 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 규정함으로써 기본적으로 지방자치단체에 대하여 조례제정권의 자율성을 인정하고 있지만, 지방자치법 제22조 단서는 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항에 대하여는 법률의 위임이 있어야 한다고 하여 법률유보의 원칙을 규정하고 있다.³⁸⁾ 다만, 그에 관한 법률의 위임은 포괄적인 것으로 족하다고 할 것이며, 대법원과 헌법재판소 역시 같은 취지로 판시하고 있다.³⁹⁾

3. 상위법령과 내용을 달리하는 조례에 근거한 행위의 ‘직무상 행위’ 성립여부

(1) ‘직무상 행위’의 근거가 되는 조례의 의미 및 요건

36) 대법원 2008. 6. 12.자 2007추42 결정.

37) 김남진·김연태, 앞의 책, 125면.

38) 지방자치법 제22조 단서를 두고 행정법학계에서는 합헌설과 위헌설이 대립하고 있으나, 대법원은 합헌설의 입장을 취하고 있다(김남진·김연태, 위의 책, 127, 128면).

39) 대법원은 “법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달라, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것”이라고 하였고(대법원 1991. 8. 27. 선고 90누6613 판결), 헌법재판소는 “조례의 제정권자인 지방의회의 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 범규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다”고 판시하였다(헌법재판소 1995. 4. 20.자 92헌마264 결정).

특정 조례가 공직선거법 제112조 제2항 제4호 나목에서 규정하는 ‘직무상의 행위’의 근거가 되는 조례로 인정되려면 사업비나 보조금 지급의 대상·방법·범위 등을 구체적으로 정하여야 하는데, 예컨대 지방자치단체의 장이 업무추진비를 이용하여 선거구민에게 금품을 제공한 경우 자체사업계획이나 예산과는 별도로 이를 직접적으로 규율하고 있는 법령이나 조례가 존재해야 한다.

대법원 역시 공직선거법 제112조 제2항 제4호 가목의 직무상의 행위 중 하나인 ‘법령에 의한’ 금품제공행위에 해당하려면, “그 금품제공행위와 관련된 ‘자체사업계획과 예산’과는 별도로 존재하는 법령에서 이를 직접적으로 뒷받침하고 있는 경우여야 하고, 단순히 자체사업계획에 의하여 예산을 그 편성 목적 및 절차에 따라 지출하였다는 것만으로는 위 조항에 의한 금품제공행위에 해당한다고 볼 수 없다”고 하였고, 이는 공직선거법 제112조 제2항 제4호 나목이 정한 ‘자체사업계획과 예산으로 대상·방법·범위 등을 구체적으로 정한 당해 지방자치단체의 조례’에 의하여 이루어지지 않은 경우에도 마찬가지라고 판시하였다.⁴⁰⁾

따라서 해당 조례가 사업비나 보조금의 지급 대상, 교부조건, 교부방법, 그 사업에 관한 감독, 자금을 교부받은 자에 대한 제재 등을 규제하고 있다면, 그 조례는 공직선거법 제112조 제2항 제4호 나목이 정하는 ‘자체사업계획과 예산으로 대상·방법·범위 등을 구체적으로 정한 당해 지방자치단체의 조례’에 해당한다고 할 것이다.

(2) 하자 있는 조례에 근거한 처분의 효력

먼저, 사업비 지급의 근거가 된 조례가 자체사업계획과 예산으로 대상·방법·범위 등을 규정하고 있다고 하더라도, 내용상 하자가 있는 경우 그 조례는 무효로서 처음부터 소급하여 효력이 없는 것이 되므로, 그러한 무효인 조례에 근거한 사업비 지급은 공직선거법상 직무상 행위에 해당할 수 없는 것이 아닌지가 문제된다.⁴¹⁾

40) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2007도579 판결.

41) 이는 달리 말하면, 공직선거법 제112조 제2항 제4호 나목이 정하는 ‘조례’가 내용상으

행정행위의 효력과 관련하여 행정법적으로는 중대명백설에 따라 그 하자가 중대하고 명백하면 무효사유, 그렇지 않다면 취소사유에 해당한다고 보는 것이 일반적인데,⁴²⁾ 조례와 같은 규범의 경우에는 하자가 존재하면 당연히 무효가 되는 것이며, 다만, 조례가 위법하여 무효라고 하더라도 조례가 무효라고 선언되기 전까지는 그 하자가 명백하다고 볼 수 없으므로 그에 기한 처분행위는 취소사유가 있는 것으로 해석하는 것이 일반적이다.⁴³⁾ 그러나, 이와 같은 행정법계의 무효·취소 이론을 형사법에도 그대로 적용하는 것은 형법이 갖는 독자성을 간과한 것으로서, 행정행위의 법률적 효력이 부인된다고 하더라도, 그것이 행위론적으로 처음부터 존재하지 않았던 것과 같은 상태로 돌아가는 것으로 볼 수는 없다.⁴⁴⁾

즉, 행위규범으로서의 형법은 행위 당시의 사정을 기준으로 판단되어야 하는 것이고, 행위 당시에 형식적·절차적으로 적법한 조례에 근거하여 사업비를 지급하였다면, 사후에 그 조례가 무효가 되어 소급적으로 그 효력을 상실하더라도 이를 두고 처음부터 조례를 검토하지 않은 것으로 평가할 수는 없는 것이다. 따라서 문제가 되는 조례가 내용적으로 상위법령과 그 내용을 달리하는 등 하자가 존재한다고 하더라도 이를 두고 곧바로 공직선거법 제112조 제2항 제4호 나목상의 '직무상 행위'에서 배제된다고 볼 수는 없다고 할 것이다.

(3) (지방)공무원에게 조례에 대한 적용배제권 및 법령심사권이 인정되는지 여부

다음으로, 조례의 내용상 하자가 공직선거법상 직무상 행위성 여부에 영향을 미치지 않는다고 하더라도, 피고인이나 A군 소속 공무원들이 실제 업무를 수행하는 과정에서 조례 이외에 상위법률을 검토하고, 그 결과 조례

로 적법한 조례임을 요건으로 하는지의 문제라고도 할 수 있다.

42) 김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 2017, 313, 314면; 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2015, 422 내지 424면; 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 판결 등.

43) 홍정선, 신지방자치법, 박영사, 2018, 371면.

44) 이근우, "법률적 무효와 이미 존재했던 사실상태의 형법적 취급", 「형사판례연구」 제 23권, 한국형사판례연구회, 2015, 37면.

에 하자가 있다고 판단이 되면 그 적용을 배제하여 상위법률을 적용해야 하는 것이 아닌지 문제가 된다. 만약 그러한 의무가 인정된다면 대상판결에서 피고인에게 ‘A군 보조금 관리 조례’의 위법성 여부에 대한 미검토 및 그 상위법령인 구 지방재정법에 대한 미적용을 문제 삼을 여지가 있다.

대상판결의 제2심은 법치행정의 관점에서 규범의 효력은 상위규범이 우위에 있지만(효력의 우위), 구체적인 사안에 있어 공무원이 참조하는 규범은 하위규범이 우선(적용의 우위)된다는 논리를 제시하고 있으나,⁴⁵⁾ 일반적으로 ‘적용의 우위’라고 함은, 어떠한 규율 내용이 특별한 문제가 없이 법률과 조례에서 조화를 이루고 있다면 구체적인 사건에 대한 결정은 하위 법규인 조례에 따라야 한다는 것을 의미하는 것이기 때문에,⁴⁶⁾ 상위법률과 조례가 다른 내용을 규율하고 있는 대상판결 사안에서 이를 인용하는 것은 무리가 있다. 굳이 제2심이 언급한 것과 같은 행정법상 ‘효력의 우위와 적용의 우위’ 법리를 운운하지 않더라도 문제가 되는 사안과 관련한 구체적인 조례가 제정되어 있는 경우라면 지방공무원으로서는 해당 조례를 1차적인 준칙으로 삼는 것이 당연하다고 할 것이다.

그렇다면 공무원에게 법률이나 조례에 대한 자체 심사권이 인정되지 않는 것인가? 이 문제와 관련하여서는 학설의 대립이 있는데, (i) 부정설은, 행정기관은 법을 집행하는 기관이기 때문에, 해당 법률 내지 자치법규가 상위법령에 위반되는지 여부에 대한 심사를 할 권한이 없고, 위헌이나 위법이라고 판단되는 법령의 적용을 배제할 수도 없다고 주장하며, (ii) 긍정설은, 실질적 법치주의는 그 내용에 있어서 합헌적인 법률을 전제로 하고 위법한 법령을 준수할 수는 없기 때문에, 법령의 위법 여부에 대한 심사권을 갖고, 이를 토대로 검토한 결과 위헌 내지 위법이라고 판단되는 법령은 적용해서는 안 된다고 주장하며, (iii) 예외적 긍정설은, 원칙적으로는 행정기관에게 법령에 대한 심사권이나 그 적용배제권이 인정되지 않지만, 예외적으로 그 위법성이 중대하고도 명백하고, 그 개정을 기다릴 시간적 여유가 없는 경우에는 구체적인 적용배제권이 인정된다고 주장한다.⁴⁷⁾

45) 서울고등법원 2015노816 판결문, 12면.

46) 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2015, 98면.

생각건대, 지방자치단체의 장은 지방의회에서 의결된 조례안에 대하여 위헌 또는 위법의 의심이 있는 경우 해당 조례안을 지방의회에 환부하여 재의를 요구하고,⁴⁸⁾ 재의결된 조례안이 법령에 위반된다고 판단되면 대법원에 소를 제기할 수 있는 것으로서,⁴⁹⁾ 조례의 위법여부를 최종적으로 판단할 권한은 기본적으로 대법원에 속하는 것이라고 할 것이다. 더구나 일반적으로 조례가 무효라고 선언되기 전까지 그 하자는 명백하다고 보기 어렵기 때문에,⁵⁰⁾ 이러한 사정에도 불구하고 공무원이 본인 스스로 조례의 무효 가능성을 판단하여 특정 사안에서 해당 조례의 적용을 배제하고 이와 다른 내용의 상위 법령을 적용하는 것은 일반적으로 기대하기 어려울 뿐만 아니라 이는 오히려 자치단체주민의 법적 신뢰를 깨뜨리는 것으로서 나아가 조례의 최종적 규범통제권한을 대법원에 귀속시킨 헌법 및 법률의 권력분립 정신에도 위반되는 것이다. 이러한 측면에서 헌법재판소도 “위헌적인 법률을 법질서로부터 제거하는 권한은 헌법상 단지 헌법재판소에 부여되어 있으므로, 설사 행정부가 특정 법률에 대하여 위헌의 의심이 있다 하더라도, 헌법재판소에 의하여 법률의 위헌성이 확인될 때까지는 법을 존중하고 집행하기 위한 모든 노력을 기울여야 한다”고 결정한 바 있다.⁵¹⁾

나아가 공직선거법 제112조 제2항 제4호 직무상의 행위 아래 규정된 10가지 구체적인 행위는 개별적이고도 독립적이라고 할 것이기 때문에, 나목에 규정된 조례에 근거한 행위를 판단함에 있어 가목에 규정된 법령에 근거할 것이라는 요건을 추가적으로 요구하는 것은 피고인에게 불리한 유추해석으로서 금지된다고 할 것이다.

뿐만 아니라, 각 지방자치단체가 보조금을 지급하는 것은 해당 지방자치단체의 재정 능력, 실시되는 행사의 종류 및 빈도, 주민들의 정책 참여도 등에 따라 어느 정도의 재량이 있다고 할 것이며, 대상판결 사안에서 A군

47) 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2016, 70면.

48) 지방자치법 제26조 제3항.

49) 지방자치법 제172조 제3항.

50) 홍정선, 신지방자치법, 박영사, 2018, 371면.

51) 헌법재판소 2004. 5. 14.자 2004헌나1 결정.

의회는 A군의 실정과 상황, 재정 상태 등을 두루 고려한 끝에 ‘보조금을 지급하면 사업의 수행이 불가능할 경우’라는 요건까지 추가로 요구할 경우 군의 정책적 목표를 달성하기 어렵다는 판단 하에 ‘A군 보조금 관리 조례’의 규정을 제정 및 유지한 것으로 볼 수 있기 때문에, 피고인에게 ‘A군 보조금 관리 조례’ 이외에 구 지방재정법상의 보조금 지급 규정까지 검토할 의무는 인정할 수 없는 것이다.

(4) 소결

결국, 지방자치단체의 장이 당해 선거구민 등에게 재산상 이익을 제공한 경우, 그것이 자체사업계획과 예산과는 별도로 존재하는 구체적인 조례에 근거한 것이라면 원칙적으로 공직선거법상 기부행위금지위반의 구성요건해당성이 배제된다고 할 것이다. 이와 관련하여 당해 조례와 같은 내용을 규율하는 상위법령이 있다고 하더라도 당해 조례가 상위법령에 위반되어 위법하다는 점이 객관적으로 명백하지 않은 이상 피고인에게 상위법령에 대한 심사권과 함께 해당 조례의 적용배제권을 인정할 수는 없는 것이므로, 대법판결에서 A군 군수가 ‘A군 보조금 관리 조례’가 정하는 요건에 따라 B 초등학교 기념비 제작 사업에 사업비를 지원한 행위는 공직선거법상 기부행위의 제한으로 규정된 ‘직무상의 행위’에 해당한다고 할 것이며, 이러한 점을 지적한 대법판결의 결론은 타당하다고 할 것이다.

4. 사업비 지원 확대의 의사표시 및 조례에 근거한 경우의 ‘직무상 행위’ 성립여부

(1) ‘이익제공의 의사표시’의 의미 및 해석 기준

1) 문제의 소재

이 사건 제2 공소사실과 관련하여 피고인의 행위는 크게 두 가지로 나누어 살펴볼 수 있는데, 하나는 ‘지역만들기 제안공모사업’의 제2차 발표 현장에서 “오늘 탈락한 마을들도 섭섭하니 모든 마을에 사업비 1,000만 원씩

지급하는 방법을 찾겠다”는 발언을 한 것이고, 다른 하나는 그 이후 ‘지역만 들기 제안공모사업’에서 탈락한 7개 마을에 대하여 ‘경진대회’ 예산 중 7,000만 원을 지급한 것이다.

이 중 첫 번째 행위와 관련하여 피고인이 위 발표 현장에서 모든 마을에 사업비를 지급하는 방법을 찾겠다는 발언을 한 것 자체가 공직선거법 제112조 제1항이 정하는 “이익제공의 의사표시”에 해당하는지 여부가 문제된다. 특히 대법원은 공직선거법 제112조 제1항의 ‘제공’과 관련하여 ‘후보자의 배우자와 선거사무원 사이의 현금 수수’도 “후보자의 배우자가 특정의 선거인에게 전달하기 위하여 선거사무원에게 단순히 보관시키거나 돈 심부름을 시킨 것이 아니라 그로 인하여 그로 하여금 불특정 다수의 선거인들을 매수하여 지지표를 확보하는 등의 부정한 선거운동에 사용하도록 제공한 것”이므로 기부행위에 해당한다고 판시하여 그 범위를 넓게 보고 있다.⁵²⁾ 이에 대하여 위 판결의 반대의견은 단순한 교부행위는 공직선거법상 제공행위에 해당하지 않음에도 불구하고 다수의견과 같이 금전 교부행위를 기부행위에 해당한다고 보는 것은 유추해석을 금지하는 죄형법정주의 원칙에 어긋난다는 의견을 개진하였는데, ‘이익제공의 의사표시’의 의미를 해석하기에 앞서 형법규정의 해석과 유추적용의 한계에 대하여 알아볼 필요가 있다.

2) 유추와 해석의 한계

(가) 유추와 해석의 개념

형법에 있어 법률의 적용은 현실적으로 발생한 범죄사실에 대하여 그에 상응하는 규범의 근거를 찾고 이에 대한 적절한 형사제재를 찾는 과정을 말하며, 형법의 해석은 법조문의 내용을 문언의 일상적인 의미부터 시작하여 문언의 가능한 의미에 이르기까지 파악하는 과정을 의미한다.⁵³⁾ 이에 반

52) 대법원 2002. 2. 21. 선고 2001도2819 전원합의체 판결. 위 판결의 다수의견은 금품을 최종적으로 받는 사람에 대하여 주는 것만 ‘제공’으로 본다면 금권선거를 근절시키고자 하는 입법목적을 달성할 수 없기 때문에 중간단계에서 주는 경우에도 처벌을 할 필요가 있다는 필요성을 감안한 결론으로 볼 수 있다(변종필, “공직선거법상 기부행위로서의 ‘제공’의 의미와 죄형법정원칙”, 「비교형사법연구」 제4권 제2호 한국비교형사법학회, 2002, 558면).

53) 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 박영사, 2014, 18면

하여 유추란 관련 사안에 대한 명문의 규정이 없는 경우에 유사한 사안을 규정한 법률을 적용하는 것을 의미한다.

(나) 유추와 해석의 구별을 둘러싼 견해의 대립

이와 같은 해석과 유추의 구별 가능성과 관련하여, (i) 구별 긍정설⁵⁴⁾은 문언의 가능한 의미 안에서의 해석은 가능하지만, 이를 넘어서는 것은 유추 해석으로서 형법상 금지되는 것이라고 주장하지만, (ii) 구별 부정설⁵⁵⁾은 ‘문언의 가능한 의미’라는 불명확한 표지를 통해 해석과 유추를 구별하는 것은 문제가 있으며, 유추와 해석의 구별은 허용되는 유추와 허용되지 않는 유추를 구별하는 정도의 의미가 있을 뿐이라고 주장한다.⁵⁶⁾

(다) 검토 및 형법 해석의 한계

유추와 해석의 구별이 어렵다는 구별 부정설의 지적은 일견 타당한 측면이 있다. 그러나, 유추는 가능한 문언의 한계 밖에 있는 비슷한 사례에 법률의 내용을 적용하는 것으로서 이는 해석이 아닌 법의 창조라고 할 것이며, 이와 달리 형법을 가능한 문언의 의미라는 한계에서 확장해석을 하는 것은 법치국가적 형법 과정에서 문제가 될 것은 없다고 할 것이다.⁵⁷⁾

따라서, 형법의 해석은 ‘법문의 가능한 의미’에서 가급적 엄격하게 해석하는 것을 전제로,⁵⁸⁾ 법규를 문법적으로 분석 내지 어의적으로 검토하고(문리적 해석), 입법자의 제정 의도를 고려하며(역사적 해석), 개개의 법규나 법조문이 아닌 그것이 차지하고 있는 당해 법체계 내의 지위를 분석하고(논리적 해석), 당해 법규범이 실현하고자 하는 목적을 해석의 지침으로 삼아(합목적적 해석) 그 내용을 구체화할 필요가 있다.⁵⁹⁾ 이러한 측면에서 아무

54) 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2018, 59면; 김일수·서보학, 앞의 책, 23, 24면.

55) 이상돈, 형법강론, 박영사, 2017, 41면.

56) 배중대, 형법총론, 홍문사, 2017, 67면은 유추와 해석을 구별하면서도 ‘문언(언어)의 가능한 의미’라는 기준은 문제를 문제로 답하는 것과 다름없기 때문에, 결국 허용되지 않는 해석의 문제는 유추금지라는 형식적 기준이 아닌 구체적 논증을 통해 판단해야 한다고 강조하고 있다.

57) 김일수·서보학, 앞의 책, 23면.

58) 류진철, “법률해석의 방법과 형법”, 「법학논총」, 전남대학교 법학연구소, 1997, 363면.

59) 신동운, 형법총론, 법문사, 2015, 15, 16면.

리 처벌의 당위성이 있는 행위라고 하더라도 그것이 법문의 가능한 의미에 포함되지 않는다면 문언 해석의 한계를 넘어 이를 처벌할 수는 없는 것이다.⁶⁰⁾

3) ‘이익제공의 의사표시’에 대한 해석

이익제공의 의사표시와 유사한 구성요건을 규정한 죄로는 형법 제133조 제1항 뇌물공여죄가 있다. 뇌물공여죄는 그 증죄행위 중 하나로 ‘공여의 의사표시’를 규정하고 있는데, 이에 대하여는 상대방에게 뇌물을 공여 내지 제공하겠다는 일방적 의사표시로서 의사표시의 방법은 묻지 않고, 금액이나 뇌물의 수량 등을 구체적으로 명시하지 않아도 무방한 것으로 해석하고 있다.⁶¹⁾ 나아가 형법 제129조는 구성요건으로서 뇌물의 ‘약속’을 규정하고 있는데, 대법원은 이 ‘약속’의 의미와 관련하여 “양 당사자의 뇌물수수의 합의를 말하고, 여기에서 ‘합의’란 그 방법에 아무런 제한이 없고 명시적일 필요도 없지만, 장래 공무원의 직무와 관련하여 뇌물을 주고 받겠다는 양 당사자의 의사표시가 확정적으로 합치하여야 한다”고 판시하고 있다.⁶²⁾

위와 같은 점을 감안할 때, 공직선거법상 기부행위의 유형 중 하나인 ‘이익제공의 의사표시’ 역시 일방적인 의사표시로서 구두나 서면, 명시나 묵시의 의사표시 등 그 방법은 불문할 것이지만, 그 상대방은 특정되어야 할 뿐만 아니라 구체적이고도 직접적인 상대방이어야 하고, 이와 달리 추

60) 하태훈, “형법법규의 해석과 죄형법정원칙”, 「형사판례연구」 제11권, 한국형사판례연구회, 2003, 19, 20면.

61) 김일수·서보학, 새로쓴 형법각론, 박영사, 2018, 673면; 김성돈, 형법각론, 성균관대학교 출판부, 2018, 777면; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2018, 625, 626면; 이재상·장영민·강동범, 형법각론, 박영사, 2017, 735면.

62) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012도9417 판결. 이에 따라 대법원은 A회사의 이사 피고인 甲과 대표 피고인 乙이 공모하여, A회사가 추진하는 골프장 공사와 관련하여 피고인 丙이 관할 시장으로서 인허가 절차가 신속하게 처리되도록 하는 등의 평의를 봐준 차원에서 시장직 퇴임 후 해외연수비용 명목으로 미화 50,000 달러를 제공하기로 하고, 피고인 丙은 위 돈을 제공받기로 함으로써 공무원의 직무에 관하여 뇌물을 약속하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인들 사이에 뇌물을 공여하고 수수하기로 하는 확정적인 의사의 합치로서 약속이 있었다고 보기 어려워 무죄취지로 원심을 파기 환송하였다.

상적이고 잠재적 수혜자에 불과한 경우에는 이에 해당하지 않는다고 할 것이며, 그 제공의 대상인 이익은 확정적인 의사의 합치로 볼 수 있어야 할 것이다.

대법원 역시 공직선거법 제112조 제1항의 유형 중 하나인 ‘금품이나 이익제공의 의사표시’와 관련하여, “사회통념상 쉽게 철회하기 어려울 정도로 진정한 의지가 담긴 것으로 외부적·객관적으로 나타나는 정도에 이르러야 하고, 금품이나 이익제공과 관련하여 어떤 대화가 있었다고 하더라도 그것이 단지 의례적이나 사교적인 인사치레 표현에 불과하다면 금품이나 이익제공의 의사표시라고 볼 수 없다”고 판시하였다.⁶³⁾

4) 대상판결에 대한 검토

대상판결의 경우 피고인이 2차 발표 현장에서 “사업비를 지급하는 방법을 찾겠다”고 발언한 사실은 인정되지만, 그와 같이 추가로 사업비를 지급 받을 마을이 전혀 특정되지 않았고, 이는 오히려 사업비 추가 배정 방안을 ‘검토’해 보겠다는 정도의 발언으로서 확정적인 약속으로 볼 수도 없으며, 그 이후 실제로 사업비 지출이 무산되었다고 하더라도 이를 두고 법적인 문제를 삼기는 어려우므로 공직선거법 제112조 제1항 기부행위의 한 유형 중 ‘이익제공의 의사표시’로 볼 수는 없다고 할 것이다.

(2) 조례에 근거한 사업비 추가 지원의 위법성 판단 기준

1) 문제의 소재

다음으로 피고인이 ‘지역만들기 제안공모사업’에서 탈락한 7개 마을에 대하여 ‘경진대회’ 예산 중 7,000만 원을 지급한 행위가 문제되는데, 이와 관련하여 피고인은 일응 ‘A군 주민참여 및 지역만들기 기본 조례’가 규정한 요건과 절차는 충족하였다. ‘A군 주민참여 및 지역만들기 기본 조례’는 A군 주민참여의 기본적인 사항을 정하여 주민의 행정참여를 활성화하고 A군 행정의 민주성과 투명성을 증대함으로써 양평군과 주민이 신뢰를 기반으로 협동하여 지역사회의 발전에 기여함을 목적으로 제정되었으며(제1조), 제18

63) 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006도8869 판결.

조에서는 사업신청의 절차, 제19조에서는 사업선정 및 지원 절차 등을 상세히 규정하고 있으므로 ‘자체사업계획과 예산으로 대상·방법·범위 등을 구체적으로 정한 당해 지방자치단체의 조례’에 해당한다고 할 것이다.

다만, 대상판결 사안에서 피고인은 애초 계획과 달리 사업비 지원 대상에서 탈락한 마을을 추가로 입상시켜 다른 사업의 예산 중 일부를 지급하였는데, 이러한 경우 형식적으로 조례가 정하는 절차를 준수하였다고 하더라도 피고인은 사실상 자신의 지방자치단체의 장이라는 지위를 이용하여 그 권한을 남용한 것이므로 공직선거법상 기부행위에 해당하는 것으로 보아 형사처벌을 해야 하는 것이 아닌지가 문제된다.

2) 원칙적인 허용 필요성

헌법은 제8장 제117조와 제118조를 통하여 지방자치제도를 헌법적으로 보장하고 있다. 따라서, 입법자는 지방자치의 내용을 구체화하는 재량을 갖지만, 다른 한편으로는 지방자치 제도의 본질적인 내용을 침해할 수 없고, 특히 주민들의 복지와 관련된 내용에 대하여는 지방자치단체에 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다.

지방자치단체의 장은 지방의회에서 제정한 조례를 준수할 의무를 부담하는데, 조례가 규율하는 범위 안에서 그 운영을 어떻게 할지에 대하여는 마찬가지로 광범위한 재량이 인정된다고 할 것이다. 물론, 행정법적인 측면에서는 사법부가 적극적으로 나서서 지방자치제도의 법치주의를 보장해야 한다는 견해가 유력하지만,⁶⁴⁾ 공직선거법이 상정하는 일반적인 기부행위는 법적인 근거 없이 선거구민 등에게 금품이나 식사 등을 제공하는 것인 점, 형법은 형벌이라는 강력한 형사제재를 수반하는데, 특히 공직선거법이 문제될 경우 해당 선거까지 무효가 될 수 있는 점 등을 고려할 때, 지방자치단체의 사업비 집행 과정에서 일부 적절하지 않다는 의심이 든다고 하여 곧바로 형법이라는 최후수단을 사용하는 것은 지양되어야 한다.

64) 조성규, “지방자치제도에 있어 사법권의 의의와 역할”, 「행정법연구」 제34호, 사단법인 행정법이론실무학회, 2012, 292면 이하.

3) 예외적인 제한 필요성

다만, 형식적으로 조례에 근거가 있다고 하여 지방자치단체의 장이 행한 모든 사업비 지출 등을 기부행위의 예외로 인정할 수는 없다고 할 것인데, 구체적으로 (i) 그러한 사업비의 지출이 법률이나 조례에 정한 절차를 위반하였거나,⁶⁵⁾ (ii) 그 사업비 지출이 지방자치단체의 장 본인의 선거와 시간적으로 근접하거나,⁶⁶⁾ (iii) 해당 사업비 지출을 통해 수행하고자 하는 사업이 계속성을 갖지 않고 단지 일회성에 그치거나, (iv) 사업 자체의 공익성이 현저히 떨어지는 경우에는 기부행위에 해당할 여지가 크다.

(3) 소결

결국, 지역주민들을 위하여 사업비를 지출하거나 그 지출범위를 확대한 경우 그것이 공직선거법 제112조 제2항 제4호 나목의 조례에 해당한다면 원칙적으로 형사처벌의 대상인 기부행위에 해당한다고 볼 것은 아니다. 다만, 예외적으로 해당 사업비의 지출이 조례가 정한 절차를 위반하거나 일회성 사업으로서 해당 지방자치단체 장의 선거를 위한 것임이 객관적으로 명백한 경우에는 직무상의 행위에 해당한다고 볼 수 없을 것이다.

대상판결의 경우 피고인은 조례가 정하는 바에 따라 추가경정예산을 편성하여 사업비를 지급한 점, 문제가 된 ‘지역만들기’ 사업은 이 사건 공소가 제기 되기 몇 년 전부터 상당한 준비를 하여 지속적으로 시행되어 온 점 등을 고려할 때, 공직선거법 제112조 제2항 제4호 나목 소정의 ‘직무상의 행위’에 해당한다고 할 것이고, 이러한 측면에서 무죄를 선고한 대상판결의 결론은 타당하다.

65) 문제가 되는 ‘직무상의 행위’가 공직선거법 제112조 제2항 제4호 가목에 의한 경우에는 법률이 정하는 절차, 나목에 의한 경우에는 조례가 정하는 절차를 기준으로 판단해야 할 것이다.

66) 대법원은 2004년 3월 15일 공직선거법상 기부행위 제한기간 관련 규정이 개정되기 이전에, “직무를 수행함에 있어 선거가 임박한 시기에 정당한 사유 없이 통상적인 범위를 넘어서 실시 횟수, 대상, 지급기준 등을 현저히 확대해서 하는 경우는 정당한 직무행위라고 하더라도 선거운동이 되어 공직선거법 제113조 및 제257조에 위반된다”고 판시하였다(대법원 2004. 3. 11. 선고 2003도4778 판결).

V. 기부행위의 고의와 위법성 인식

1. 공직선거법상 기부행위의 고의

(1) 기부행위 고의의 의미

다른 일반적인 범죄와 마찬가지로 공직선거법상 기부행위금지 제한 위반의 죄도 주관적 구성요건요소로서 재산상 이익을 제공하거나 이익제공의 의사표시에 대한 고의가 필요하며, 이는 미필적 고의에 의해서도 충분하다고 할 것이다.⁶⁷⁾ 다만, 피고인이 기부행위의 고의를 부인할 경우 이러한 주관적 요소와 관련된 사실은 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실이나 정황사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 판단할 수밖에 없다.⁶⁸⁾ 대상판결에서 피고인은 문제가 된 사업비 지출을 직무상의 행위로 인식하였고, 이에 대하여 실무자들의 법적 검토를 신뢰하였다는 이유로 기부행위에 대한 고의를 부인하였는데, 이와 관련하여 먼저 미필적 고의의 범위를 확정할 필요가 있다.

(2) 인식있는 과실과의 구별을 통한 미필적 고의의 한계 설정

미필적 고의란, 행위자가 객관적 구성요건의 실현을 충분히 가능한 것으로 인식하였음에도 불구하고 그것을 용인 내지 감수하는 의사를 표시한 것을 의미한다.

미필적 고의는 고의의 의적 요소의 정도가 가장 약한 것으로서 종래부터 인식있는 과실과의 구별이 문제되었는데, (i) 가능성설은 결과발생에 대한 의적 요소는 묻지 않은 채 구성요건적 결과 발생의 가능성을 인식한 경우에는 미필적 고의를 인정하고, (ii) 개연성설은 행위자가 결과발생의 개연성을 인식한 경우 미필적 고의, 단순한 가능성을 인식한 때에는 과실로 보

67) 미필적 고의는 법적으로 고의와 완전히 동일하게 평가된다(장동범, “미필적 고의에 관한 약간의 고찰”, 「형사판례연구」 제23권, 한국형사판례연구회, 2015, 83면).

68) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도4931 판결.

며, (iii) 용인설⁶⁹⁾은 행위자가 구성요건적 결과발생을 가능하다고 생각하고, 이를 승인하거나 내적으로 용인한 경우에는 미필적 고의를 인정할 수 있으나, 결과 불발생을 회망한 경우에는 인식 있는 과실로 보며, (iv) 감수설⁷⁰⁾은 결과발생의 가능성을 인식하면서 구성요건 실현의 위험을 감수한 때에는 미필적 고의를 인정하나, 결과가 발생하지 않는다고 신뢰할 때에는 인식 있는 과실이 된다고 본다.

그러나, 용인이나 감수는 일상언어적 측면에서 양자 모두 어떠한 결과를 기꺼이 수용하겠다는 정도의 의지나 정서적 태도를 의미한다는 점에서 도저히 구분할 수 없는 개념이므로 실질적으로 양 학설 간 차이는 없다고 할 것이다.⁷¹⁾ 대법원은 “미필적 고의가 있었다고 하려면 범죄사실의 발생 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 범죄사실이 발생할 위험을 용인하는 내심의 의사가 있어야 한다”고 판시하고 있는데,⁷²⁾ 공직선거법상 기부행위에 있어서도 당해 선거구 안에 있는 자나 기관·단체·시설 등에 대하여 금전 기타 재산상 이익을 제공한다는 의사와 함께 그러한 행위가 기부행위를 구성하여 형사처벌의 대상이 됨을 인식하면서도 이를 용인하는 의사가 인정되어야 한다.

(3) 소결 - 행정절차 미준수와 형사고의의 구별 필요성

행정절차를 준수하지 못한 것과 형사상 고의가 인정되는 것은 엄격하게 구분된다고 할 것인데, 공직선거법상 기부행위 조항 위반을 이유로 형사처벌의 대상이 되는 행위는 그 행위가 적법한 직무상의 행위가 아님을 알고도 기부행위를 하는 것을 의미한다고 보아야 할 것이며, 이와 달리 피고인

69) 신동운, 앞의 책, 197면.

70) 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 박영사, 2018, 175, 176면.

71) 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2018, 207면; 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 박영사, 2014, 132면; 배종대, 형법총론, 홍문사, 2017, 169면; 임웅, 형법총론, 법문사, 2012, 150면.

72) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도74 판결. 일본 최고재판소도 장물매수죄와 관련하여, “혹시 장물일지도 모른다고 생각하였음에도 불구하고 감히 이를 매수할 의사(이른바 미필적 고의)가 있으면 족하다”고 하여 기본적으로 인용설(내지 감수설)의 입장을 취하고 있다(最高裁 昭和23年3月16日 刑集2卷3号227頁.).

이 해당 행위를 적법한 직무상의 행위로 인식하였다면 그에 대한 행정착오를 근거로 형사상 고의를 인정할 수는 없는 것이다.⁷³⁾ 이와 달리 고의의 폭을 지나치게 확장하여 해석한다면 선출직 장의 보조금 지급행위는 그 행위에 행정적인 하자가 있을 경우 모두 공직선거법위반에 해당한다는 문제가 발생할 수 있다.

2. 기부행위의 위법성에 대한 인식

(1) 위법성 인식의 의미 및 그것이 결여된 경우의 법적 효과

형법 제16조는 법률의 착오라는 제목 하에 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다”고 규정하고 있다.

대법원은 위법성의 인식 정도와 관련하여 “그 범죄사실이 사회정의와 조리에 어긋난다는 것을 인식하는 것으로서 족하고 구체적인 해당 법조문까지 인식할 것을 요하지는 아니”한다는 입장으로서는,⁷⁴⁾ 단순한 법률의 부지는 형법 제16조에 해당하지 않고, “일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에 벌하지 않는다는 취지”로 해석하고 있다.⁷⁵⁾

대상판결에서 피고인은 이 사건 제2 공소사실과 관련하여 당시 양평군 선거관리위원회로부터 “지방자치단체가 조례에 근거하여 관련 법에 따라 예산을 배정하는 행위는 직무상 행위에 해당한다”는 취지의 답변을 받았기 때문에 위법성의 인식이 없었다고 주장하였는데, 이에 대한 대법원의 기본 입장을 분석한 후 대상판결 사안을 검토해 보도록 하겠다.

73) 다만, 이 사건 제1, 제2 각 공소사실의 경우 제2심과 제3심은 공직선거법 제112조 제2항 제4호 나목이 적용되어 기부행위의 구성요건해당성 자체가 배제된다고 보았으므로, 기부행위의 고의 유무를 판단할 필요가 없었다.

74) 대법원 1987. 3. 24. 선고 86도2673 판결.

75) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결.

(2) '정당한 이유'를 둘러싼 대법원의 태도

대법원은 ① 특수 양말을 주문받아 생산하던 피고인이 다른 사람으로부터 의장권 침해에 따른 제조 중지 요청을 받았으나 변리사로부터 의장권 침해로 볼 수 없다는 감정과 함께 실제 특허국으로부터 등록사정까지 받은 경우,⁷⁶⁾ ② 피고인이 채무자로부터 사채신고권유를 받았으나 관할 공무원과 변호사에게 문의하여 채권이 이미 소멸되었다고 믿은 경우,⁷⁷⁾ ③ 허가를 담당하는 공무원이 허가를 요하지 않는다고 잘못 알려준 것을 믿고 허가 없이 산림을 훼손한 경우⁷⁸⁾ 등에는 정당한 이유가 있다고 판시하였으나, ① 피고인이 타인의 상표권을 침해하는 불법행위를 하였음에도 불구하고 변리사로부터 타인의 상표권을 침해하지 않는다는 취지의 회답과 감정결과를 통보받은 경우,⁷⁹⁾ ② 변호사 등에게 문의하여 자문을 받고 압류물을 집달관의 승인 없이 임의로 그 관할구역 밖으로 옮긴 경우,⁸⁰⁾ ③ 이른 바 '사업자 쪼개기' 방식의 대출이 관행적으로 이루어져 왔고, 금융감독원도 2008년 이전에는 적발하지 못한 경우,⁸¹⁾ ④ 부동산중개업자가 부동산중개업협회의 자문을 통하여 인원수의 제한 없이 중개보조원을 채용하는 것이 허용되는 것으로 믿고 제한인원을 초과하여 중개보조원을 채용한 경우⁸²⁾ 등에는 정당한 이유가 없다고 판시하였다.

다만, 공직선거법위반 사건과 관련하여서는, 선거관리위원회로부터 문제가 없다는 직접적인 답변을 듣고 수정한 의정보고서를 선거구민에게 배부하였다면 그와 같이 오인함에 있어 정당한 이유가 있다고 판시하였다.⁸³⁾

76) 대법원 1982. 1. 19. 선고 81도646 판결.

77) 대법원 1976. 1. 13. 선고 74도3680 판결.

78) 대법원 1993. 9. 14. 선고 92도1560 판결.

79) 대법원 1998. 10. 13. 선고 97도3337 판결.

80) 대법원 1992. 5. 26. 선고 91도894 판결.

81) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009도13868 판결.

82) 대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도2943 판결.

83) 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도835 판결. “피고인이 비록 제17대 국회의원선거에 영향을 미칠 목적으로 이 사건 의정보고서를 작성하여 선거구민들에게 배부하였다 하더라도, 그 의정보고서의 작성·배부에 앞서 미리 사하구 선거관리위원회 지도계장 조현진으로부터 지지지수 조사결과를 공직선거법및선거부정방지법 제108조 제4항이 정하는 바에 따라 의정보고서에 게재하는 것은 무방하다는 취지의 자문을 받았고,

(3) 소결

생각건대, 선거관리위원회가 구체적인 사정을 모른 상태에서 “법률이나 조례 등에 근거가 있으면 적법할 것이다”는 정도의 원론적인 대답을 한 것이면 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵지만, 이와 달리 질의 과정에서 구체적인 사실관계를 적시하거나 관련 자료를 첨부한 경우 이에 대하여 문제가 없을 것이라는 취지의 답변이 이루어진 것이라면 정당한 이유가 있다고 해야 할 것이다.

선거관리위원회의 원론적인 답변을 신뢰한 행위에 대하여 일률적으로 정당한 이유가 없다고 본다면, 이는 실제 선거관리 및 공직선거법의 해석에 관한 관리 감독권한을 갖고 있는 선거관리위원회에서 질의 사항에 대한 검토를 충분히 하지 못하여 발생한 책임을 피고인에게 전가하는 것이 되어 부당하다고 할 것이다.

VI. 마치며

이상에서 공직선거법상 금지되는 ‘기부행위’의 개념과 그 예외사유로서 ‘직무상의 행위’, 특히 조례에 근거한 직무상 행위에 해당하기 위한 요건에 대하여 살펴보았다. 물론 다음 지방선거에 출마를 고려하고 있는 지방자치단체의 장이 당해 구민에게 (조례에 근거하여) 사업비 등을 지원하는 것이 사실상 선거운동에 해당하는 측면이 있어 다른 예비 후보자들에 비하여 다음 선거에서 우위를 점하는 측면이 있긴 하지만,⁸⁴⁾ 단순히 그러한 이유만으

이어서 지지도수 조사결과가 게재된 의정보고서 초안을 작성하여 같은 선거관리위원회 지도담당관 공기춘에게 보여준 후 공기춘으로부터 제목 부분과 피고인의 이름 및 지지도수가 기재된 칸의 크기 및 글자의 크기를 다른 2명과 같은 정도로 하면 무방하다는 취지의 직접적인 답변을 듣고 공기춘의 지적대로 수정한 의정보고서를 선거구민들에게 배부한 이상, 피고인으로서의 위와 같은 의정보고서 배부가 사하구 선거관리위원회의 공식적인 지도에 맞추어 행한 것으로 공직선거및선거부정방지법에 위반되지 않는다고 믿을 수밖에 없었고, 또 그렇게 오인함에 있어서 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다”

84) 한겨레, 2018. 4. 19.자, “지방선거, 현직에 기운 운동장...‘공정한 경쟁’ 머나먼 길”,

로 최후수단인 형법을 통해 형사처벌하는 것은 바람직하지 않다.⁸⁵⁾

더구나 조례는 지방자치단체가 헌법상 보장된 자치입법권을 통해 제정한 것으로서, 조례의 위법 여부가 문제될 경우 (i) 19세 이상의 주민이 일정한 요건 하에 그 개정 내지 폐지를 청구하거나,⁸⁶⁾ (ii) 지방자치단체의 장이 지방의회에 재의요구 후 대법원에 제소를 하거나,⁸⁷⁾ (iii) 감독청에서 재의요구 후 제소 지시를 하거나,⁸⁸⁾ (iv) 조례가 처분적 성격을 갖고 있는 경우 그에 대한 항고소송을,⁸⁹⁾ (v) 조례에 의하여 기본권을 직접 침해받은 자가 다른 구제수단이 없는 경우에는 헌법소원⁹⁰⁾을 통해 다룰 수 있으므로, 이에 대한 위법 여부가 결정되지도 않은 시점에서 지방자치단체의 장이 그 조례의 적용을 배제하지 않았다고 형사처벌하는 것은 행정절차를 준수하지 않은 것과 형사상 고의가 인정되는 것을 구분하지 못하는 것이 되어 부당하다.

안타깝게도 대상판결에서 대법원이 직접 공직선거법상 기부행위에 관한 구체적인 내용을 직접 실시하지는 않았지만, 그럼에도 불구하고 대상판결 자체는 공직선거법이라는 행정형법에 있어서도 형법의 일반원칙을 엄격하게 적용하여야 한다는 전제 하에서 공직선거법상 기부행위의 예외사유로서 특히 조례에 근거한 ‘직무상 행위’ 여부를 다양한 근거를 통해 판단하였다는 점에서 의미가 있다. 이러한 측면에서 대상판결은 향후 기부행위의 예외사유로서 특히 ‘직무상의 행위’를 판단함에 있어 중요한 선례가 될 것으로 보인다.

공직선거법상 ‘기부행위’와 그 예외로서 조례에 근거한 ‘직무상 행위’의 해석	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
- 이 종 수	2019.05.14.	2019.05.24.	2019.06.19.

(<http://www.hani.co.kr/arti/society/area/841270.html>; 2019. 5. 9. 최종방문)

85) 현대 위험사회에서는 형벌이 최우선수단화되고, 자유형 등 형벌이 상향조정되며 각종 특별법이 양산되는 등의 문제가 있는데, 그러한 경우에도 형법의 법치국가적 제약인 죄형법정주의와 책임원칙, 비례성 원칙 및 형법의 최후수단성이 무너지서는 안 된다 (하태훈, “법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제”, 「고려법학」 제62호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 41면).

86) 지방자치법 제15조.

87) 지방자치법 제26조 제3항, 제172조 제3항.

88) 지방자치법 제172조 제1항, 제4항.

89) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003 판결.

90) 김남진·김연태, 행정법 II, 법문사, 2018, 136면.

[참고문헌]

I. 단행본

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
 김남진·김연태, 행정법 I, 법문사, 2017.
 ———, 행정법 II, 법문사, 2018.
 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2018.
 ———, 형법각론, 성균관대학교 출판부, 2018.
 김일수·서보학, 새로운 형법총론, 박영사, 2014.
 ———, 새로운 형법각론, 박영사, 2018.
 대검찰청, 공직선거법 벌칙해설, 대검찰청, 2018.
 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2016.
 배종대, 형법총론, 홍문사, 2017.
 ———, 형법각론, 홍문사, 2018.
 신동운, 형법총론, 법문사, 2015.
 이상돈, 형법강론, 박영사, 2017.
 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 박영사, 2018.
 ———, 형법각론, 박영사, 2017.
 임성식·이경렬, 선거사범의 처벌과 당선무효에 관한 비교법적 연구, 한국형사정책연구원, 2004.
 임웅, 형법총론, 법문사, 2012.
 정병욱, 공직선거법, 박영사, 2006.
 중앙선거관리위원회, 제20대 국회의원선거총람, 중앙선거관리위원회, 2016.
 홍정선, 신지방자치법, 박영사, 2018.
 ———, 행정법원론(상), 박영사, 2015.

II. 논문

- 류진철, “법률해석의 방법과 형법”, 「법학논총」 제17집, 전남대학교 법학연구소, 1997.
 변종필, “공직선거법상 기부행위로서의 ‘제공’의 의미와 죄형법정원칙”, 「비교형사법연구」 제4권 제2호, 한국비교형사법학회, 2002.
 성승환, “민주주의와 선거”, 「선거연구」 제5호, 중앙선거관리위원회, 2014.
 이근우, “법률적 무효와 이미 존재했던 사실상태의 형법적 취급”, 「형사판례연구」 제23권, 한국형사판례연구회, 2015.
 장동범, “미필적 고의에 관한 약간의 고찰”, 「형사판례연구」 제23권, 한국형사판례연구회, 2015.
 조성규, “지방자치제도에 있어 사법권의 의의와 역할”, 「행정법연구」 제34호, 사단법인 행정법이론실무학회, 2012.
 하태훈, “법치국가에서의 형벌과 형사소송법의 과제”, 「고려법학」 제62호, 고려대학교 법학연구원, 2011.
 ———, “형벌법규의 해석과 죄형법정원칙”, 「형사판례연구」 제11권, 한국형사판례연구회, 2003.

【국문초록】

공직선거법은 제112조 이하에서 일체의 기부행위를 금지하면서 같은 조 제2항 각호에 기부행위로 보지 않는 예외를 두고 있다. 대상판결은 그 중에서도 공직선거법 제112조 제2항 제4호 나목에 규정된 조례에 근거한 ‘직무상의 행위’에 해당한다는 이유로 무죄를 선고한 최초의 판례라는 점에서 그 의미가 크다.

대상판결에서 A군 군수인 피고인은 조례에 근거하여 사업비를 지원하였는데, 그 과정에서 위 조례의 상위법률이 요구하는 요건을 검토하지 않았고, 지역 사업과 관련하여 애초 계획과 달리 공모사업에서 탈락한 마을들에 대하여 추가적인 사업비를 지원하였다. 이에 대하여 제1심은 피고인의 행위를 ‘직무상의 행위’로 볼 수 없어 기부행위에 해당한다고 판단하였다. 그러나, 제2심과 대법원은 지방자치단체의 장인 피고인은 법률보다 조례를 우선적으로 적용하여 사무를 집행하여야 하기 때문에 해당 조례가 상위법률과 다른 내용을 규율하고 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 ‘직무상의 행위’에서 배제된다고 볼 수는 없고, 또한 피고인이 일응 조례가 규정한 요건과 절차를 준수하여 사업비를 집행한 이상 이를 두고 공직선거법상 기부행위 제한 규정에 위배된다고 판단할 수는 없다고 하였다.

공직선거법은 지방자치단체가 자체사업계획과 예산으로 대상·방법·범위 등을 구체적으로 정한 조례에 의하여 금품이나 재산상 이익을 제공한 경우에는 기부행위로 보지 않는다고 규정하고 있는데, 그 조례가 동일한 사항을 규율하는 상위법률과 다른 내용을 규정하고 있다고 하더라도, 조례에 대한 최종적인 위법여부에 대한 판단은 대법원에 속하는 점을 감안할 때, 피고인과 같은 지방공무원이 조례의 적용을 배제할 의무를 부담한다고 볼 수 없고, 그것을 배제하지 않았다고 하여 형사처벌을 할 수는 없다고 할 것이다.

나아가 기부행위의 행위태양 중 하나인 ‘이익제공의 의사표시’는 그 상대방이 특정되어야 하고, 제공의 대상인 이익이 확정적이어야 하므로, 대상판결에서 피고인이 “사업비 지원을 검토하겠다”는 정도의 발언을 하였다고

하여 이에 해당한다고 볼 수 없다. 또한 피고인이 사업비를 추가지원하였다고 하더라도 그것이 조례가 정한 요건과 절차를 준수하였다면 ‘직무상의 행위’에 해당하므로 기부행위에 해당한다고 볼 수 없다.

끝으로 기부행위의 고의는 미필적인 것으로 족하지만 행정절차의 미준수와 형사고의는 엄격히 구별해야 하므로, 이를 함부로 추단하여서는 아니 되고, 특히 사업비 지급 과정에서 선거관리위원회로부터 공직선거법위반의 소지가 없거나 극히 경미하다는 취지의 답변을 듣고 이를 신뢰하여 사업비 지급 결정을 하였다면 위법성 인식의 오인에 정당한 이유가 있어 책임이 조각된다고 보아야 할 것이다.

【Abstract】

An Analysis on the ‘Acts of Contribution’ in the Public
Official Election Act and its exception, ‘Functional Acts’
based on Municipal Ordinance

Lee Jongsoo

(Attorney at Law, Shin & Kim)

The Public Official Election Act(‘the Election Act’) explicitly prohibits all ‘acts of contribution’ under Article 112 and only allows few exceptions in Article 112 (2). The judgment made in this case is significant, as it is the first case to find the defendant not guilty on the grounds that his actions fell under the ‘functional acts’ in article 112 (2) 4 (b) of the Act.

In this case, the defendant, head of a Gun, executed additional operating expense for villages that did not qualify for such governmental support according to the original plan. Such execution could be justified based on the municipal ordinance of the Gun, though he did not review the stricter requirements set out by the Act, a higher level legislation that overrules a municipal ordinance. In the first trial by a district court, the court ruled that the defendant’s execution of such expense could not be regarded as ‘functional acts,’ and thus found him guilty. However, the appellate court and the Supreme Court held that the defendant, as he is the head of a Gun, should adhere to the municipal ordinances first rather than the Act or other higher level legislation. As a result, the appellate court and the Supreme Court ruled that the defendant did not violate the Act because he had adhered to the requirements and procedures

prescribed by the respective municipal ordinance.

The Election Act stipulates that the local governments’ decision to provide money or goods according to their own project plans within their budgets shall not be considered as an ‘act of contribution’, when such decision adheres to a municipal ordinance of the respective local governments that specifically set out the scope, method, and objective of such support. Further, the Supreme Court has the authority to judge whether a municipal ordinance is illegal. Thus, a local public official such as the defendant shall comply with the respective municipal ordinances as long as such ordinance is not considered illegal by the Supreme Court. Therefore, the defendant should not be found guilty for adhering to a municipal ordinance that he is expected to follow in the first place. The existence of a contradictory higher level legislation shall not make the same action illegal.

Furthermore, with regard to ‘the expression of suggesting benefits,’ the person receiving such benefit and the exact benefit should be specific. In this case, the defendant’s remarks, “I will consider supporting the business expense,” thus did not violate the Act.

Finally, non-compliance of administrative procedures and criminal intent must be strictly distinguished, and the latter should not be presumed without a valid proof. The defendant, in the process of executing the project expenses, made an inquiry to the National Election Commission regarding this issue and the Commission responded that the possibility of violating the Election Act is miniscule at maximum. As a result, the defendant is found to have legitimate reasons for mistakenly believing in legal legitimacy of his actions and shall be found not guilty.

주제어(Keyword) : 공직선거법(Public Official Election Act), 기부행위(Acts of Contribution), 직무상의 행위(Functional Act), 조례(Municipal Ordinance), 법률우위의 원칙(Principles of Supremacy of Law), 고의(Intention), 위법성의 인식(Illegality Awareness), 정당한 이유(Reasonable grounds)