
공직선거법상 선거운동 개념의 합리성 제고방안 연구

김대근·김정연

2018년도 선거연수원 연구용역보고서

공직선거법상 선거운동 개념의 합리성 제고 방안 연구

2018.11.30

연구책임자 : 김 대 근(한국형사정책연구원 연구위원)

공동연구진 : 김 정 연(한국형사정책연구원 부연구위원)

제 출 문

선거연수원장 귀하

본 보고서를 "공직선거법상 선거운동 개념의 합리성 제고 방안 연구" 최종보고서로 제출합니다.

2018. 11.

한국형사정책연구원

목 차

| 제1장 | 연구의 목적과 방법 1

제1절 연구의 목적 3

제2절 연구의 방법 6

제3절 선거운동 규제의 형사정책적 의의 8

| 제2장 | 공직선거법상 선거운동의 개념에 관한 판결의 분석과 과제 9

제1절 서설 11

제2절 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결의 쟁점 12

1. 선거운동에 관한 공직선거법의 정의규정 12

2. 선거운동에 대한 대법원의 기존 해석론 13

3. 선거운동의 정의규정 해석론의 전환점 : 대법원 2016. 8. 26. 선고

2015도11812 전원합의체 판결 17

제3절 공직선거법상 선거운동의 개념과 선거운동의 자유 21

1. 공직선거법상 선거운동의 개념 21

2. 선거운동의 자유와 제한 22

3. 선거운동의 자유와 선거의 공정성 24

제4절 대상판결에 따른 선거운동의 개념과 범위에 대한 비판과 검토 27

1. 대상판결에 대한 비판 27

2. 대상판결에 대한 평가 29

3. 처벌구성요건으로서 선거운동의 개념과 범위에 관한 형사법적 검토 33

4. 대상판결의 성과와 한계 35

| 제3장 | 대상판결 이후 선거운동의 불법유형 검토 37

제1절 서설	39
제2절 대상판결 이전의 선거운동 관련 판결	40
1. 선거운동에 대한 기존 해석론과 판시태도	40
2. 선거운동 관련 유죄가 인정된 주요 판결	41
3. 선거운동 관련 무죄가 인정된 주요 판결	44
제3절 대상판결 이후의 선거운동 관련 판결의 변화	46
1. 대상판결 이후 유사 사실관계에 대한 판결	47
2. 일반 유권자의 정치활동과 선거운동에 관한 판결	50
3. 대상판결의 선거운동 관련 판결의 변화	53
제4절 대상판결 이후의 선거운동 불법유형의 검토	54
1. 2016년 제20대 국회의원선거에서의 선거운동 불법유형	54
2. 2017년 제19대 대통령선거에서의 선거운동 불법유형	59
3. 2018년 제7회 지방선거에서의 선거운동 불법유형	63
제5절 대상판결 이후 선거운동 규제의 방향과 과제	64

| 제4장 | 공직선거법상 선거운동의 개념의 연혁 고찰 67

제1절 역대 공직선거법상 선거운동 개념의 입법연혁 고찰	69
1. 광복 이후부터 민의원선거법 제정 이전	69
2. 「1958년 민의원의원선거법」이후 공직선거법 제정 전까지	72
3. 「1994년 공직선거 및 선거부정 방지법」 이후	73
제2절 역대 공직선거법상 선거운동 개념의 규제 방향 분석	75
제3절 현행 공직선거법상 선거운동 개념에 따른 쟁점과 문제점	77
1. 공직선거법의 선거운동 규제 개관	77
2. ‘선거운동’ 개념의 불명확성(광범위성) 또는 과도한 선거규제?	81
제4절 선거운동 개념의 불변성 유형과 가변성 원인 고찰	89
1. 선거운동 개념의 변화?	89
2. 시대변화에 따른 가변성 요소	91

| 제5장 | 선거운동의 개념의 비교법적 고찰 95

제1절 비교법적 고찰의 의의 97

제2절 미국에서 선거운동 개념과 법실무 검토 98

1. 선거를 규율하는 법령 98
2. 선거운동의 규제방식 및 규제정도 개관 99
3. 선거운동의 개념 및 선거운동에 해당하는지를 판단하는 기준 105

제3절 영국에서 선거운동 개념과 법실무 검토 111

1. 선거를 규율하는 법령 111
2. 선거운동의 규제방식 및 규제정도 113
3. 선거운동의 개념 및 허용되지 않는 선거운동인지 여부를 판단하는 기준 .. 123

제4절 독일에서 선거운동 개념과 법실무 검토 128

1. 선거를 규율하는 법령 128
2. 선거운동의 규제방식 및 규제정도 개관 129
3. 선거운동의 개념 및 허용되지 않는 선거운동인지 여부를 판단하는 기준 .. 136

제5절 일본에서 선거운동 개념과 법실무 검토 141

1. 선거를 규율하는 법령 141
2. 선거운동의 규제방식 및 규제정도 개관 141
3. 일본에서 '선거운동'의 개념 및 구체적 범위 144
3. 과도한 선거운동 규제에 대한 비판적 견해 152

제6절 우리 법과 실무에의 함의 155

| 제6장 | 선거운동의 합리적 운용을 위한 형사정책적 모색 .. 157

제1절 선거운동 규제의 방향과 과제 159

제2절 선거운동의 규제방식 및 규제정도에 대한 비교법적 함의 161

제3절 형사정책적 대안으로서 공직선거법 개정법률안 예시 163

참고문헌 164

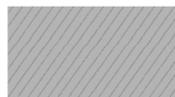
표 차례

〈표 2-1〉 선거운동 정의와 범위 관련 대법원 주요 판례	14
〈표 3-1〉 대상판결 이전 선거운동 관련 유죄가 인정된 대법원 주요 판결	42
〈표 3-2〉 대상판결 이전 선거운동 관련 무죄가 인정된 대법원 주요 판결	45
〈표 3-3〉 대상판결 이후 선거운동에 해당한다고 본 사례들	50
〈표 3-4〉 대상판결 이후 선거운동에 해당하지 않는다고 본 사례들	52
〈표 3-5〉 5대 중대선거범죄 조치현황	55
〈표 3-6〉 기부행위 등 선거범죄 조치현황	55
〈표 3-7〉 허위사실공포·비방 등 흑색선전행위 조치현황	56
〈표 3-8〉 선거법위반행위 조치현황	56
〈표 3-9〉 유형별 조치현황	57
〈표 3-10〉 유형별 조치현황 비교	57
〈표 3-11〉 1대 중대선거범죄 조치현황	59
〈표 3-12〉 선거법위반행위 조치현황	60
〈표 3-13〉 유형별 조치현황	60
〈표 3-14〉 유형별 조치현황 비교	61
〈표 3-15〉 사이버선거범죄유형별 조치현황	61
〈표 3-16〉 사이버선거범죄유형별 조치현황 비교	62
〈표 3-17〉 사이버선거범죄 매체별 조치현황	62
〈표 3-18〉 유형별 조치현황	63
〈표 4-1〉 1994년 이후 공직선거법의 '선거운동' 정의규정의 변화	73
〈표 4-2〉 역대 선거운동 정의규정의 변화	75

제 1 장



연구의 목적과 방법



연구의 목적과 방법

제1절 연구의 목적

선거는 당대의 역사, 사회, 문화가 반영된 정치 과정(political process)의 장(場)이자 중요한 이벤트라고 할 수 있다. 선거는, 정치가 민주적 정당성을 얻기 위한 유일하고도 가장 직접적인 사건이라는 점에서 그 의미는 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

때문에 선거에서는 정치적 의사표현이 자유롭게 표출되어야 하고, 이를 통해 다양한 정보가 교환, 축적, 평가되어야 한다. 정치적 표현과 정보의 자유로운 경쟁에 의해 평가된, 후보 내지 정책에 대한 유권자의 합리적 선택이야말로 민주적 정당성의 핵심이고 민주적 권위¹⁾의 토대라고 할 것이다. 요컨대, 오늘날 선거는 민주주의라는 정치적 체제에 정당성과 권위를 부여하는 유일한 정치적 절차로서 의미를 지닌다.

1) 민주적 권위(democratic authority)라는 개념은 David M. Estlund, *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton University Press, 2009에서 빌린 것이다. 특히 이 책에서는 민주적 권위가 인식론적 절차주의를 통해 구성되는 것이라고 말한다. “필자는 이 이론적 구조를 *인식론적 절차주의(epistemic proceduralism)*라 부른다. 이것은 일반적으로 법과 정책들을 만드는 것에 관한 민주적 절차의 사례에서 필자가 탐구하고자 하는 바로 그 구조이다. 민주적으로 제정된 법들은 합법적이고 권위가 있는데 왜냐하면 그것들은 옳은 결정들을 도출해내는 성향이 있는 절차를 거쳐 제정되었기 때문이다. 그것은 결코 틀리지 않는 절차도 아니며, 심지어 더 정확한 절차들이 존재할 수도 있다. 그러나 민주주의는 무작위보다 낮고 정치적 합법성이 요구하는 방식으로 보통 인정되는 것들 중에서 인식론적으로 최고이다. 민주주의 법들의 권위와 합법성은 종종 부당한 법들의 수준까지 확장되는데, 비록 이 점에 있어서는 반드시 제한이 있어야만 하더라도 말이다. 해당 절차는 정의에 관한 우리의 의견들을 위해 대단한 인식론적 근거를 제공하지는 않는다. 그 목적을 위해 우리 각각은 우리가 최고라고 생각하는 어떤 자료들과 수단들이건 간에 호소할 수도 있는데, 이것들이 일반적으로 인정되어야 한다는 필요성 없이도 말이다.” 같은 책, p.7

4 공직선거법상 선거운동 개념의 합리성 제고방안

선거의 절차적 중요성 때문에, 그 과정에서 공정성은 매우 중요한 가치로 작동한다. 그러나 더러는 공정성이라는 가치가 표현의 자유와 대립하거나 충돌하는 것으로 여겨지면서 이 사이의 규범적 조화 내지 균형을 제도적으로 요구한다. 우리의 경우 공직선거법은 “이 법은 「대한민국헌법」과 「지방자치법」에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다.”(동법 제1조)고 하여 공정성과 표현의 자유 사이의 길항을 유지하고 있다.

문제는 ‘선거운동’이라는 개념이 갖는 추상성 내지 포괄성 때문에 다소 혼란이 발생할 수 있다는 점이다. 선거운동 개념을 규정하고 있는 공직선거법 제58조는 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다.”고 규정하면서도(제58조 제2항) “이 법에서 “선거운동”이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.”고 하여(제58조 제1항) 금지되는 선거운동의 유형을 한정적으로 열거하고 있다. 제58조 제1항의 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한”이라는 문언은 일종의 목적(目的)으로 기능한다는 점에서 선거운동의 규제 특이 이에 대한 형사법적 규제는 목적범의 구조를 띠게 되는 것이다. 이 경우, 목적의 의사를 어떻게 볼 것인가가 선거운동의 불법성 여부를 판단하는데 핵심적인 역할을 할 수 밖에 없다.

과거 대법원은 선거운동을 “특정의 선거에 있어서 특정한 후보자의 당선을 직접목적으로 투표를 얻거나 얻게 하기 위하여 필요하고 또 유리한 모든 행위, 또는 반대로 특정한 후보의 낙선을 직접목적으로 필요하고 불리한 모든 행위를 말하고, 특정한 후보자를 위한 득표를 목적으로 한다는 주관적 요소의 개입이 없는 단순한 선거에 관련한 의견이나 의사를 밝히는 것과 투표를 얻기 위한 목적으로 하는 것이 아니고 단순히 후보자가 되기 위한 준비행위는 제외된다”고 일관되게 판시하였다.²⁾ 그러나 최근 대법원은 2015도11812 전원합의체 판결을 통해서 기존의 해석을 다소 달리하고 있다. 죄형법정주의의 한 내용인 명확성 원칙에 따라 공직선거법상 선거운동의 의미와 금지되는 선거운동의 범위를 엄격하게 해석해야 할 것을

2) 대법원 1992. 4. 28. 선고 92도344 판결.

전제로 다음과 같이 실시하고 있는 것이다.

“선거운동’은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는데, 이에 해당하는지는 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다. 따라서 행위가 당시의 상황에서 객관적으로 보아 그와 같은 목적의사를 실현하려는 행위로 인정되지 않음에도 행위자가 주관적으로 선거를 염두에 두고 있었다거나, 결과적으로 행위가 단순히 선거에 영향을 미친다거나 또는 당선이나 낙선을 도모하는 데 필요하거나 유리하다고 하여 선거운동에 해당한다고 할 수 없다. 또 선거 관련 국가기관이나 법률전문가의 관점에서 사후적·회고적인 방법이 아니라 일반인, 특히 선거인의 관점에서 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단하여야 하므로, 개별적 행위들의 유기적 관계를 치밀하게 분석하거나 법률적 의미와 효과에 치중하기보다는 문제 된 행위를 경험한 선거인이 행위 당시의 상황에서 그러한 목적의사가 있음을 알 수 있는지를 살펴보아야 한다.”(밑줄은 저자에 의해 강조)

더 나아가 판례는 이러한 목적 의사를 다음과 같이 판단한다.

“특정한 선거에 출마할 의사를 밝히면서 그에 대한 지지를 부탁하는 등의 명시적인 방법뿐만 아니라 당시의 객관적 사정에 비추어 선거인의 관점에서 특정 선거에서 당선이나 낙선을 도모하려는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 정도에 이른 경우에도 인정할 수 있다. 위와 같은 목적의사가 있었다고 추단하려면, 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다거나 선거에 관한 사항을 동기로 하였다든 사정만으로는 부족하고 특정 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 한다. 그러한 목적의사를 가지고 하는 행위인지는 단순히 행위의 명목뿐만 아니라 행위의 태양, 즉 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 판단하여야 한다. 특히, 공직선거법이 선거일과의 시간적 간격에 따라 특정한 행위에 대한 규율을 달리하고 있는 점과 문제가 된 행위가 이루어진 시기에 따라 동일한 행위라도 선거인의 관점에서는 선거와의 관련성이

6 공직선거법상 선거운동 개념의 합리성 제고방안

달리 인식될 수 있는 점 등에 비추어, 행위를 한 시기가 선거일에 가까우면 가까울수록 명시적인 표현 없이도 다른 객관적 사정을 통하여 당해 선거에서의 당선 또는 낙선을 도모하는 의사가 있다고 인정할 수 있으나, 선거가 실시되기 오래전에 행해져서 시간적으로 멀리 떨어진 행위라면 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다는 것만으로 당해 선거에서의 당락을 도모하는 의사가 표시된 것으로 인정될 수는 없다.(밑줄은 저자에 의해 강조)

이러한 판례의 태도는 특정 선거에서 특정 후보의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 있었는지 여부를 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하는데, 선거 관련 국가기관이나 법률전문가가 아닌 선거인의 관점에서 그 행위 당시의 상황에 기초하여 판단하여야 한다는 새로운 기준을 제시하였을 뿐만 아니라, 문제되는 행위와 당해 선거와의 시간적 간격 등 세부적이고 구체적인 기준들을 마련함으로써 형사처벌 되는 선거운동에 포섭될 수 있는 행위의 범위를 제한하고자 하였다는 점에서 의의가 있다.

이에 따라 선거운동의 개념과 범위를 넓게 해석할 여지가 생기면서, 이에 대한 선거관리위원회의 규제는 물론이고, 수범자인 국민이 금지되는 선거운동 행위와 그렇지 않은 선거운동 행위를 적절하게 판단하는데 어려움을 겪을 수 있는 것이다.

본 연구는 이러한 문제의식 하에 2015도11812 전원합의체 판결에 따른 선거운동 개념의 합리적 판단을 도모하고자 하고자 한다. 즉 대상 판결에서 비롯한 선거운동 개념에 대한 법적 분석을 통해, 금지되는 선거운동의 구체적인 기준을 모색하고, 더 나아가 선거운동의 자유와 공정성이라는 가치가 규범조화적으로 양립할 수 있는 해석학적 지평을 모색하고자 하는 것이다.

제2절 연구의 방법

2015도11812 전원합의체 판결을 계기로 선거운동 개념의 합리성을 도모하기 위해서, 이 연구에서는 다음과 같은 방법으로 문제에 접근하고자 하였다. 먼저 공직선거법

상 선거운동의 개념에 관한 판결 분석을 시도하였다(제2장). 논의의 계기가 된 2015도 11812 전원합의체 판결을 분석하여 그 쟁점을 검토하였는데, 대상 판결의 의미를 보다 분명히 드러내기 위해서 2015도11812 전원합의체 판결 이전의 판례의 입장을 검토하기도 하였다. 또한 현행 헌법과 공직선거법 상의 선거에 대한 규정을 체계적으로 검토하면서 대상 판결의 의의와 한계를 검토하였다.

대상 판결의 타당성, 또는 법문언의 타당성을 평가하기 위해서는 문헌학적 분석 내지 해석학적 검토 못지않게, 실제 선거에서 선거운동의 불법 유형과 현황들을 구체적으로 확인할 필요가 있다(제3장). 즉 대상판결에서 정립된 해석론이 하급심 판결에서 어떻게 적용되는지를 살펴보고, 나아가 대상판결의 기준을 구체적인 실제 사례에서 어떻게 이해하고 적용하였는지를 실증적으로 검토할 필요가 있는 것이다. 이를 위해 대상 판결을 전후로 나타난 선거운동의 불법 유형들을 고찰해보고, 특히 비교적 최근의 선거인 2016년 제20대 국회의원선거와 2017년 제19대 대통령선거, 그리고 2018년 제7회 지방선거에서의 선거운동 불법유형을 분석해보았다.

더 나아가 역대 공직선거법상 선거운동 개념의 연혁과 개정과정을 검토하여, 과거 선거운동 개념의 변화방향성을 모색하고 앞으로의 방향성을 고민하기도 하였다(제4장). 이러한 고민을 통해 시민들이 자신의 정치적 표현의 자유라는 기본권을 최대한 실현하고자 하는 욕구가 강함에도 불구하고, 오히려 공직선거법이 시민들의 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하고, 정치가와 시민들의 건전한 소통의 장을 방해하는 측면이 있음을 확인하기도 하였다.

마지막 이론적 분석으로서 본 연구에서는 시민들의 정치적 표현의 자유를 최대한 보장하면서도 공정하고 투명한 선거가 이루어지도록 하기 위해 선거운동을 어느 정도로, 어떻게 규제하는 것이 적절한가에 대해서는 비교법적 고찰을 시도하였다(제5장). 특히 우리 법과 실무가 참조할 만한 비교법적 기준으로 미국, 영국, 독일 및 일본을 대상으로 하였고, 이들 국가들의 선거를 규율하는 법령, 선거운동의 규제방식 및 규제의 정도, 선거운동의 개념 및 선거운동의 판단기준에 대해 각각 살펴보았다.

제3절 선거운동 규제의 형사정책적 의의

주지하다시피 우리 공직선거법은 제58에서 선거운동 개념을 규정하면서 정의 규정 외에도 선거운동기간위반죄(제254조), 각종 부정선거운동죄(제255조), 각종 선거운동 관련 제한규정위반죄(제256조) 등 선거관련 처벌규정의 구성요건 요소를 규정하고 있다. 이와 같이 공직선거법상의 조문 체계는 선거운동의 개념과 범위가 비단 선거운동의 자유와 선거의 공정성 확보라는 헌법적 관점에서의 문제뿐만 아니라, 형사범죄의 구성요건요소로서 선거운동 해당 여부의 판단기준이 된다는 점을 여실히 보여준다고 할 수 있다. 형법의 이념인 죄형법정주의 특히 명확성 원칙은 선거운동의 자유와 그 한계를 제시하는 지도이념이 되기도 한다는 점은 기존 대법원 판례와 헌법재판소 결정례를 통해서도 충분히 확인할 수 있는 것이다. 정치자금에 대한 합리적 규제가 정치적 자유와 참여의 범위 및 한계를 근거짓는 것처럼,³⁾ 요컨대, 선거운동에 대한 형사법적 규제는 개인의 자유의 범위와 한계를 제시하면서도, 선거를 통한 반사회적인 해악(harm)의 평가기준이자 가벌성의 근거로 기능한다는 점에서 형사정책적 의의가 크다고 할 것이다.

3) 정치자금 규제에 대한 형사정책적 분석으로는, 김대근, 윤지영, 권수진, 임석순, 『정치자금의 투명성 제고방안』, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2015 참조.

제 2 장

○ —————

**공직선거법상 선거운동의 개념에
관한 판결의 분석과 과제**

공직선거법상 선거운동의 개념에 관한 판결의 분석과 과제

제1절 서설

오늘날 선거는 단순히 공직자를 선발하는 제도에 그치지 않고 그 과정에서 선거권자들의 참여와 소통을 통해 공론과 정책의 형성이 이루어지는 민주적 정치과정의 핵심 기능을 수행한다. 이와 같이 현대 대의민주주의 국가에서 선거의 중요성이 크고, 민주주의의 성패를 좌우하는 요소이기 때문에 선거 관련 쟁점은 지속적으로 첨예하게 대립하는 소재일 뿐만 아니라, 그로 인한 파급효과 역시 크다고 할 수 있다.

물론 그동안 헌법재판소의 중요결정과 수차례의 공직선거법 개정이 있었고, 이에 따라 개별 사안에서 가벌성과 법적 책임이 소소하게 달라지거나 선거운동의 범위가 제한되는 등의 파급은 있었지만, 공직선거법의 선거운동에 대한 기본적인 태도와 방향이 크게 변화했다고 볼 정도의 움직임은 없었다. 그러다가 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결에서 비로소 선거운동의 개념의 해석론에 있어 근본적 전환을 모색함으로써 이러한 문제상황에 개입하였다고 할 수 있다. 즉, 대상 판결은 선거운동 개념에 대한 기존의 해석을 크게 변경하여 특정한 선거에서 특정한 후보의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 있었는지 여부를 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하는데, 선거 관련 국가기관이나 법률전문가가 아닌 선거인의 관점에서 그 행위 당시의 상황에 기초하여 판단하여야 한다는 새로운 기준을 제시하였던 것이다. 또한 대상 판결은 문제되는 행위와 당해 선거와의 시간적 간격 등 세부적이고 구체적인 기준들을 마련함으로써 형사처벌 되는 선거운동에 포섭될 수 있는 행위의 범위를 제한하

고자 하였다. 이에 대해서는 현행 공직선거법의 틀 내에서 선거운동의 자유를 보다 두텁게 보호하는 방향으로 해석한 진일보한 판결이라는 평가도 있지만, 대법원이 사법적 판단의 영역을 벗어나 사실상 입법의 변경을 통해 해결하여야 할 문제를 우회적으로 판단하였다는 지적도 있다.

이와 같이 대상판결은 공직선거법상 선거운동의 개념에 관한 해석론의 전환점을 가져온 판결이라는 점에서 주목할 필요가 있다. 또한 대상판결은 헌법적 관점에서 조명한 선거운동의 의미와 기능에 비추어 선거법 위반죄, 형사범죄의 구성요건요소로서 선거운동 해당 여부의 판단기준을 재구성하고 있다. 따라서 선거운동의 개념과 범위에 관한 대상판결의 평가 및 분석이 필요하고, 대상판결 이후 법원의 판단과 선거운동 규제의 실제에 어떠한 영향을 미쳤는지에 대한 별도의 분석과 평가가 필요하다.

이러한 문제의식을 바탕으로, 이하에서는 먼저 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결의 쟁점과 논거를 분석하는데, 특히 기존의 판시태도와 대상판결이 차별화되는 중요대목을 비교함으로써 그 의미를 강조할 것이다. 그리고 대상판결에서 제기되는 쟁점으로 선거운동의 개념과 범위에 관하여 구체적인 논의를 더하고, 대상판결이 선거운동의 현실과 관련하여 가지는 실천적 함의를 바탕으로 향후의 전망과 방향을 모색해 보고자 한다.

제2절 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결의 쟁점

1. 선거운동에 관한 공직선거법의 정의규정

공직선거법 제58조 제1항은 선거운동의 정의규정으로서 “선거운동이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라고 규정하고 있다. 이와 같이 선거운동에 관한 실정법상의 정의는 추상적인 기준에 불과하다. 다만 선거운동으로 보지 아니하는 단서조항을 두고 있지만, 단서조항의 내용은 법 개정을 통해 일부 변화를

겪기도 하였다.⁴⁾ 이와 같이 선거운동의 정의규정은 규정 자체로 추상적이지만, 정작 선거운동에서 제외되는 단서조항의 “선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시”, “입후보와 선거운동을 위한 준비행위”, “정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시” 등도 충분히 구체적인 표현이라고 하기에는 어려움이 있다. 때문에 선거운동으로 포섭될 수 있는 행위의 범위가 어디까지인지 일반인은 물론 법률전문가조차도 구체적으로 예측하는 것은 쉽지 않다.⁵⁾

공직선거법상 선거운동에 대해서는 선거운동의 정의규정 외에도 선거운동기간위반죄(제254조), 각종 부정선거운동죄(제255조), 각종 선거운동 관련 제한규정위반죄(제256조) 등 선거관련 처벌규정의 구성요건요소로 규정되어 있다. 따라서 죄형법정주의의 명확성 원칙이 적용되는 형사처벌 규정에서의 선거운동의 구체적인 의미가 문제된다. 이와 같이 선거운동의 개념과 범위는 선거운동의 자유와 선거의 공정성 확보라는 헌법적 관점에서의 문제뿐만 아니라 형사범죄의 구성요건요소로서 선거운동 해당 여부의 판단기준이 된다는 점에서 형사정책적 관점에서도 중요한 의미를 가진다.

2. 선거운동에 대한 대법원의 기존 해석론

대법원은 지방의회의원선거법상 선거운동의 의미에 대해서 “지방의회의원선거법 제38조 소정의 '선거운동'이란 특정의 선거에 있어서 특정한 후보자의 당선을 직접목적으로 투표를 얻거나 얻게 하기 위하여 필요하고 또 유리한 모든 행위, 또는 반대로 특정한 후보의 낙선을 직접목적으로 필요하고 불리한 모든 행위를 말하고, 특정한 후보자를 위한 득표를 목적으로 한다는 주관적 요소의 개입이 없는 단순한 선거에

4) 1994. 3. 16. 제정된 「공직선거및선거부정방지법」 제58조 제1항 단서는 “다만, 선거에 관한 단순한 의견의 개진·의사의 표시·입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 정당활동은 선거운동으로 보지 아니한다”고 하였고, 이는 2000. 2. 16. 개정으로 “정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시”를 단서에 추가하여 1호 내지 4호로 분설하였다. 2012. 2. 29. 「공직선거법」 개정으로 제5호 “특정 정당 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여를 권유하는 행위(호별로 방문하는 경우 또는 선거일에 확성장치·녹음기·녹화기를 사용하거나 투표소로부터 100미터 안에서 하는 경우는 제외한다)”가 추가되었고, 2013. 8. 13. 개정으로 제6호 “설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자메시지로 전송하는 행위”가 추가되었다. 한편 2014. 5. 14. 개정을 통해 공직선거법 제58조 제1항 제5호는 삭제되었다.

5) 조동은, “선거운동의 개념과 민주적 정치과정”, 법학논집 제21권 제4호, 2017. 6., 340쪽.

관련한 의견이나 의사를 밝히는 것과 투표를 얻기 위한 목적으로 하는 것이 아니고 단순히 후보자가 되기 위한 준비행위는 제외된다”고 판시한 바 있다.⁶⁾ 이와 같은 선거운동의 의미에 관한 해석론은 이후의 판결에서도 일관되게 유지되었다.⁷⁾

헌법재판소도 “선거운동이라 함은 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것이다. 선거운동의 개념은 ‘특정한’ 또는 적어도 ‘특정될 수 있는’ 후보자의 당선이나 낙선을 위한 행위여야 한다는 것을 전제로 하고 있는바, 특정 정당을 지지하거나 반대하는 행위도 당선·낙선시키고자 하는 정당 후보자가 특정될 수 있다면, 그 정당의 추천을 받은 후보자의 당선 또는 낙선을 목표로 하는 행위를 의미한다는 점에서 선거운동의 개념에 포함시킬 수 있다”고 판시하여 선거운동의 개념에 대해 대법원과 유사하게 해석하고 있다.⁸⁾

선거운동에 대한 대법원의 기존 해석론을 정리하면, ① 특정의 선거를 전제로 하고, ② 특정한 후보자를 전제로 그 당선 또는 낙선을 위해 필요하고 불리한 행위여야 하며, ③ 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있어야 하고, ④ 이러한 행위가 능동적, 계획적 행위여야 한다는 것이다.⁹⁾

대상판결 이전 선거운동의 정의와 범위 관련 대법원 주요 판례들을 정리하면 다음과 같다.

〈표 2-1〉 선거운동 정의와 범위 관련 대법원 주요 판례

연번	사건번호	판결 내용
1	대법원 1992. 4. 28. 선고 92도344 판결	선거운동이란 특정의 선거에 있어서 특정한 후보자의 당선을 직접목적으로 투표를 얻거나 얻게 하기 위하여 필요하고 또 유리한 모든 행위, 또는 반대로 특정한 후보의 낙선을 직접목적으로 필요하고 불리한 모든 행위다.

6) 대법원 1992. 4. 28. 선고 92도344 판결.

7) 대법원 1992. 9. 25. 선고 92도1085판결, 대법원 1996. 4. 12. 선고 96도135 판결, 대법원 1999. 4. 9. 선고 98도1432 판결, 대법원 2005. 1. 27. 선고 2004도7511 판결 등 다수.

8) 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2011헌바153 결정.

9) 김래영, 개정 선거법의 문제점과 개선방향-사전선거운동금지규정을 중심으로-, 공법연구 제33집 제5호, 한국공법학회, 2005. 6., 139쪽-180쪽.

연번	사건번호	판결 내용
2	대법원 1992. 9. 25. 선고 92도1085 판결	사전선거운동이라 함은 특정의 선거에 있어서 선거운동기간 전에 특정한 후보자의 당선을 목적으로 투표를 얻거나 얻게 하기 위하여 필요하고 유리한 모든 행위, 또는 반대로 특정한 후보자의 낙선을 목적으로 필요하고 불리한 모든 행위 중 선거인을 상대로 당선 또는 낙선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있고, 일반 보통인의 사이에도 행해지는 의례적인 정의의 범위를 벗어나는 능동적, 계획적 행위를 말한다.
3	대법원 1996. 4. 26. 선고 96도138 판결	'선거운동'이라 함은 특정의 선거에 있어서 특정 후보자의 당선 내지 득표를 위한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선을 위한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위를 말하며 일상적·의례적·사교적인 행위는 여기에서 제외된다.
4	대법원 1998. 7. 10. 선고 98도477 판결	특정의 선거에 관하여 특정 후보자의 당선을 목적으로 표를 얻거나 얻게 하기 위하여 직접 또는 간접으로 필요하고도 유익한 선거운동 기타 선거에 관한 것인지 여부에 달려 있다고 할 것이고, 어떠한 구체적인 행위가 선거운동 기타 선거에 관련된 것인지 여부를 판단함에 있어서는 단지 그 행위의 명목에 의하여 형식적으로 결정하여서는 아니 되고, 그 행위가 행하여진 시기·장소·방법·대상 등을 종합적으로 파악하여 그것이 특정 후보를 위한 투표획득에 직접 또는 간접으로 필요하고도 유리한 행위인지 여부를 실질적으로 판단하여야 한다.
5	대법원 2005. 2. 18. 선고 2004도6795 판결	'선거운동과 관련하여'는 '선거운동에 즈음하여, 선거운동에 관한 사항을 동기로 하여'라는 의미로서, '선거운동을 위하여'보다 광범위하며, 선거운동의 목적 또는 선거에 영향을 미치게 할 목적이 없었다 하더라도 그 행위 자체가 선거의 자유·공정을 침해할 우려가 높은 행위를 규제할 필요성에서 설정된 것이므로, 반드시 금품제공이 선거운동의 대가일 필요는 없고, 선거운동 관련 정보제공의 대가, 선거사무관계자 스카우트 비용 등과 같이 선거운동과 관련된 것이면 무엇이든 이에 포함된다.
6	대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결	사전선거운동이라 함은 특정의 선거에 있어서 선거운동기간 전에 특정한 후보자의 당선을 목적으로 투표를 얻거나 얻게 하기 위하여 필요하고 유리한 모든 행위, 또는 반대로 특정한 후보자의 낙선을 목적으로 필요하고 불리한 모든 행위 중 선거인을 상대로 당선 또는 낙선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하며, 일상적·의례적 사교적인 행위는 여기에서 제외되고, 일상적·의례적·사교적인 행위인지 여부는 그 행위자와 상대방의 사회적 지위, 그들 사이의 관계, 행위의 동기, 방법, 내용과 태양 등 제반 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다.
7	대법원 2006. 3. 24. 선고 2004도8716 판결	'선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 전제 아래 그에 정한 행위를 제한하고 있는 것은 고의 이외에 초과 주관적 요소로서 '선거에 영향을 미치게 할 목적'을 범죄성립요건으로 하는 목적범으로 규정한 것이라 할 것인바, 그 목적에 대하여는 적극적 의욕이나 확정적 인식을 필요로 하는 것이 아니라 미필적 인식만으로도 족하고, 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자·경쟁 후보자 또는 정당과의 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단 및 방법, 행위의 내용과 태양, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 할 것이다.

16 공직선거법상 선거운동 개념의 합리성 제고방안

연번	사건번호	판결 내용
8	대법원 2006. 6. 27. 선고 2005도303 판결	‘선거에 영향을 미치는 행위’는 선거운동보다 넓은 개념으로 선거운동에 까지 이르지 아니하였다고 하더라도 선거에 간접적으로 영향을 미쳐 선거의 공정을 해함으로써 선거에 영향을 미칠 우려가 있는 행위도 포함되는 것이다.
9	대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도10451 판결	선거운동은 특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하는 것으로, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다.
10	대법원 2014. 1. 23. 선고 2013도4146 판결	‘선거운동과 관련하여’는 ‘선거운동에 즈음하여, 선거운동에 관한 사항을 동기로 하여’라는 의미로서 ‘선거운동을 위하여’ 보다 광범위하며, 선거운동의 목적 또는 선거에 영향을 미치게 할 목적이 없었다 하더라도 그 행위 자체가 선거의 자유·공정을 침해할 우려가 높은 행위를 규제할 필요성에서 설정된 것이므로, 반드시 금품제공이 선거운동의 대가일 필요는 없고 … 선거운동과 관련된 것이면 무엇이든 이에 포함된다.

대법원 1992. 4. 28. 선고 92도344 판결에서는 “당선 또는 낙선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있고, 일반 보통인의 사이에도 행해지는 의례적인 정의의 범위를 벗어나는 능동적, 계획적 행위”를 선거운동에 해당한다고 판결하였다. 당선을 위한 목적의사가 객관적인 수준으로 인정되고, ‘의례적인 수준을 벗어나는 능동적, 계획적 행위’에 해당하여야 한다는 선거운동 기준을 제시하였다.

대법원 1998. 7. 10. 선고 98도477 판결에서는 선거운동을 “특정의 선거에 관하여 특정 후보자의 당선을 목적으로 표를 얻거나 얻게 하기 위하여 직접 또는 간접으로 필요하고도 유익한 행위”로 판단하였고, 그러한 선거운동을 판단함에 있어서는 “행위의 명목에 의하여 형식적으로 결정하여서는 아니 되고, 그 행위가 행하여진 시기·장소·방법·대상 등을 종합적으로 파악하여 그것이 특정 후보를 위한 투표획득에 직접 또는 간접으로 필요하고도 유리한 행위인지 여부를 실질적으로 판단하여야 한다”고 판시하였다. 당선의 목적의사가 객관적으로 인정되는 능동적이고 계획적인 행위라는 기존의 정의에 ‘직접 또는 간접으로 필요하고도 유리한 행위’라는 개념을 추가하였다.

대법원 2005. 2. 18. 선고 2004도6795 판결에서는 ‘선거운동과 관련하여’라는 조항

을 “선거운동에 즈음하여, 선거운동에 관한 사항을 동기로 하여”라는 의미로 해석을 하고, ““선거운동을 위하여”보다 광범위하며, 선거운동의 목적 또는 선거에 영향을 미치게 할 목적이 없었다 하더라도 그 행위 자체가 선거의 자유·공정을 침해할 우려가 높은 행위를 규제할 필요성에서 설정된 것”이므로, “선거운동과 관련된 것이면 무엇이든 이에 포함된다”고 보았다.

위의 표에서 확인할 수 있는 바와 같이, 그 동안 대법원은 판결을 통해 선거운동의 정의와 범위를 지속적으로 확대하는 경향성을 보인다. 특히 행위자의 목적의사가 직접적으로 인정되는 경우는 물론 간접적으로 인정될 수 있는 경우까지 선거운동의 범위를 확장해 왔다는 점을 주목할 필요가 있다.

3. 선거운동의 정의규정 해석론의 전환점 : 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결

대법원이 그 동안 유지해왔던 선거운동의 정의규정에 대한 기존의 해석론은 대상판결에서 근본적인 변화를 보인다. 대상판결에서 나타난 해석론의 변화의 의미, 영향력 등을 살펴보기 전에 우선 대상판결의 사실관계와 쟁점, 판시내용 및 경과에 대해 검토하기로 한다.

가. 사건의 개요

甲, 乙, 丙 등은 2012. 6. 경 2012. 4. 11. 실시된 제19대 국회의원선거에서 대정중구 국회의원 후보로 출마하였다가 낙선한 甲을 2014. 6. 4. 실시되는 전국동시지방선거에서 대전시장에 당선시키기 위한 선거운동을 할 목적으로 사단법인 형태의 조직을 만들기로 하였다. 피고인들은 이에 따라 2012. 10. 10. 비영리법인인 대전미래경제연구포럼(이하 ‘이 사건 포럼’이라 함)의 창립총회를 개최하고, 2012. 11. 15.대전시청에서 비영리법인 설립인가를 받았다. 피고인들은 선거운동기간이 시작되기 전부터 2013. 6. 4. 초순경 선거기획 회의를 하면서 이 사건 포럼을 甲의 선거조직으로 설정하여 향후 이 사건 포럼을 통하여 사전선거운동을 하였다. 또한 이에 소요되는 경비 및 인건비 등을 甲을 후원하려는 사람들로부터

터 이 사건 포럼의 특별회비 등의 명목으로 기부 받았다.

이러한 행위들과 관련하여 검찰은 2014. 12. 3. 甲, 乙, 丙 등에 대해 공직선거법 제255조 제1항 제13호와 제89조 제1항 본문 위반(유사기관설치금지위반), 동법 제254조 제2항 위반(선거운동기간위반), 정치자금법 제45조 제1항 본문 위반(정치자금부정수수) 등을 이유로 공소를 제기하였다.

나. 재판의 경과

제1심 법원에서는 선거운동에 관한 대법원의 기존 판시를 원용하면서, 이 사건 포럼은 甲의 대전시장 당선을 위한 선거운동을 목적으로 설립된 것을 보이고, 甲은 이 사건 포럼 활동을 통해 자신을 유권자들에게 알리면서 인지도와 우호적 이미지를 제고시킬 수 있었던 반면 그러한 활동들은 이 사건 포럼의 정관상 설립목적과는 큰 관련이 없었으므로 통상적·일상적인 사회적 또는 정치적 활동의 범위를 넘어 甲의 당선을 도모하기 위한 선거운동에 해당한다고 보고, 이 부분 공소사실에 대하여 유죄로 판단하였다. 이에 피고인 甲,¹⁰⁾ 乙¹¹⁾에 대하여 각 공직선거법위반죄, 정치자금법위반죄로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고하였고, 丙¹²⁾에 대하여는 이외에도 공직선거법상 선거운동 관련 이익제공 금지 위반, 여론조사공표금지 위반의 범죄사실이 인정되어 징역 1년 6월에 집행유예 2년을 선고하였다.

제2심 법원에서는 ‘순수한 내부적 선거 준비행위의 차원에서 설치된 기관 등은 위 유사기관에 해당하지 않는다’고 본 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013도10896 판결을 원용하면서도 “이 사건 포럼행사의 기획 의도, 동기와 목적, 활동 내역 등을 더하여 보면, 이 사건 포럼은 사회통념상 일반적으로 통용될 수 있을 정도로서의 통상적인 정치활동을 목적으로 설립된 단체라거나 또는 순수한 내부적 선거준비행위 차원의 단체라고 보기 어렵다”고 보아 피고인들의 행위에 대해 제1심과 마찬가지로 유죄로 판단하였다.¹³⁾

10) 대전지방법원 2015. 3. 16. 선고 2014고합487 판결.

11) 대전지방법원 2015. 3. 16. 선고 2014고합466 판결.

12) 대전지방법원 2015. 3. 16. 선고 2014고합487 판결.

13) 대전고등법원 2015. 7. 20. 선고 2015노201 판결.

다. 대상판결의 판시내용: 선거운동의 개념과 목적의사에 관한 다수의견

그러나 상고심인 대상판결은 피고인들의 행위가 선거운동에 해당하거나 선거운동을 목적으로 이루어진 것이 아니라고 보아 원심판결 중 유사기관설치로 인한 공직선거법위반죄와 사전선거운동으로 인한 공직선거법위반죄 부분을 파기하고 원심법원으로 환송하였다. 이와 같이 대법원 판결이 하급심판결과 다른 결론에 이르게 된 것은 공직선거법 제58조 제1항 본문의 선거운동 정의규정을 엄격하게 해석하여야 한다는 점에 근거하고 있다. 이와 관련한 다수의견의 주장을 정리하면 다음과 같다.

① 선거운동의 자유와 공정 및 기회균등을 꾀하고, 정치인의 통상적인 정치활동을 보장할 필요성, 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 형벌법규의 엄격해석의 원칙, 구 공직선거법 (2014.1.17.법률 제12267호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘공직선거법’이라고 한다)의 전체적인 체계에서 선거운동이 차지하는 위치 및 다른 개별적 금지규정의 내용 등에 비추어 볼 때, 공직선거법상 선거운동의 의미와 금지되는 선거운동의 범위는 좁게 해석하는 것이 타당하다.

② ‘선거운동’은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는데, 이에 해당하는지는 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다. 선거 관련 국가기관이나 법률전문가의 관점에서 사후적·회고적인 방법이 아니라 일반인, 특히 선거인의 관점에서 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단하여야 하므로, 문제 된 행위를 경험한 선거인이 행위 당시의 상황에서 그러한 목적의사가 있음을 알 수 있는지를 살펴보아야 한다.

③ 위와 같은 목적의사가 있었다고 추단하려면, 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있거나 선거에 관한 사항을 동기로 하였다는 사정만으로는 부족하고 특정 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 한다. 특히, 공직선거법이 선거일과의 시간적 간격에 따라 특정한 행위에 대한 규율을 달리하고 있는 점과 문제가 된 행위가 이루어진 시기에 따라 동일한 행위라도 선거인의 관점에서는 선거와의 관련성이 달리 인식될 수 있는 점 등에 비추어, 선거가 실시되기 오래전에 행해져서 시간적으로 멀리 떨어진 행위라면 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다는 것만으로 당해 선거에서의 당락을 도모하는

의사가 표시된 것으로 인정될 수는 없다.

④ 정치인이 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동의 일환으로 선거인과 접촉하여 인지도와 긍정적 이미지를 제고하여 정치적 기반을 다지는 행위에도 위와 같은 판단 기준이 그대로 적용되어야 한다. 따라서 그와 같은 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동에 인지도와 긍정적 이미지를 높이려는 목적이 있다 하여도 행위가 특정한 선거를 목표로 하여 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 표시된 것으로 인정되지 않는 한 선거운동이라고 볼 것은 아니다.

라. 선거운동의 개념과 목적의사에 관한 반대의견

이러한 다수의견에 대하여 김용덕, 박상옥, 이기택 대법관은 다음과 같은 반대의견을 제시하고 있다.

① 선거운동이란 목적의사가 '객관적'으로 인정될 수 있는 행위를 말한다고 해석하여 온 취지는 자체로는 주관적인 요소인 행위자의 목적의사를 인정하기 위해서는 행위의 능동성이나 계획성을 통하여 객관적으로 확인하고 파악하여야 함을 가리키는 것으로 이해하여야 하지, 목적의사가 '객관적'으로 인정되어야 한다고 하여 다수의견과 같이 반드시 선거인이 목적의사를 명백히 인식할 수 있어야 한다는 의미로 새길 수는 없다.

② 행위가 이루어진 시기가 선거일부터 상당한 시간적 간격을 두고 행하여졌더라도 행위자가 '후보자가 되고자 하는 자', 즉 선거에 입후보할 의사를 가진 것을 객관적으로 인식할 수 있을 정도에 이른 사람에게 해당하고 문제 되는 행위가 '후보자가 되고자 하는 자'로서 선거에서의 당선 또는 낙선을 목적으로 자신의 인지도를 높이기 위하여 다수의 선거인들을 접촉한 것이라면, 이러한 행위는 이미 통상적인 정치활동의 범주를 벗어난 것으로서 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 객관적으로 확인될 수 있고, 행위의 태양에 따라 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위로서 선거운동에 해당할 수 있다.

③ 선거의 공정과 선거운동의 자유 사이의 균형점은 그 나라의 역사와 정치문화, 선거풍토와 선거문화의 수준 등 제반 사정에 따라 달라질 수밖에 없다. 국민의식의 성장에도 불구하고, 선거범죄 및 선거사범의 숫자는 줄어들고 있지 않고, 오히려 더욱

지능화·음성화되고 있다는 우려가 적지 아니하다. 이러한 상황에서 선거운동 자유의 측면만을 강조하여 선거운동의 의미를 법률의 취지와 달리 지나치게 좁게 해석한다면, 정치활동과 선거운동 자유의 확대를 명분으로 공정성 확보를 위한 중요한 장치를 무력화시킴으로써 자칫 그 균형을 무너뜨리는 결과가 될 수 있다.

제3절 공직선거법상 선거운동의 개념과 선거운동의 자유

1. 공직선거법상 선거운동의 개념

공직선거법 제58조 제1항은 선거운동의 정의규정으로서 “선거운동이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라고 규정하고 있다. 다만 선거운동으로 보지 아니하는 단서조항으로 “선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시”, “입후보와 선거운동을 위한 준비행위”, “정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시” 등을 규정하고 있다.

공직선거법상 선거운동에 대해서는 선거운동의 정의규정 외에도 선거운동기간위반죄(제254조), 각종 부정선거운동죄(제255조), 각종 선거운동 관련 제한규정위반죄(제256조) 등 선거관련 처벌규정의 구성요건요소로 규정되어 있다. 이와 같이 선거운동의 개념과 범위는 선거운동의 자유와 선거의 공정성 확보라는 헌법적 관점에서의 문제뿐만 아니라 형사범죄의 구성요건요소로서 선거운동 해당 여부의 판단기준이 된다는 점에서 형사법적 관점에서도 중요한 의미를 가진다. 따라서 선거운동의 개념은 단순히 강학상의 의미를 넘어 범죄구성요건의 의미를 가진다.

한편 공직선거법에서 선거운동의 개념을 정의하고 있는 것은, 그 개념 정의를 통해 선거운동행위와 선거운동에 해당하지 않는 행위의 경계를 확정하고자 하는 것이다. 이를 구분해야 할 필요성은 선거운동이 허용되는 기간을 확정함으로써 사전선거운동을 금지하는 것에 기인하는 것이다. 즉 사전선거운동의 금지로 인해 선거운동기간 개시 전에 금지되는 선거운동행위와 허용되는 행위를 구분할 필요성이 있는 것이다. 그러나 공직선거법상 규정도 구체적이지 않고, 실제로 선거운동행위와 선거운동이 아닌 행위를 구별하는 것은 어려운 일이다. 대부분의 서구 국가에서는 선거운동기간

에 관한 규정 없이 선거운동이 허용되므로 선거운동과 선거운동이 아닌 행위를 구별할 실익이 없다. 또한 선거운동의 개념을 정의하는 것은 국민의 선거운동의 자유를 제한하는 결과를 초래할 수 있기 때문에 법률로써 선거운동의 개념과 범위를 정의하고 있지 않다.¹⁴⁾

2. 선거운동의 자유와 제한

가. 선거운동의 자유의 헌법적 근거

헌법에서는 선거운동의 자유를 보장하는 명시적인 규정을 두고 있지는 않다. 다만 헌법 제116조 제1항에서 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리 하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다”라고 규정하고 있다. 위 헌법조항의 해석과 관련하여 이를 통해 선거운동자유 원칙을 배척하고 선거운동관리의 원칙을 취하고 있다는 견해¹⁵⁾가 있으나, 선거운동의 자유가 헌법상 기본권임을 전제로 선거운동을 실질적으로 보장하기 위해 국가가 선거를 관리하는 선거공영제를 천명한 것으로 이해¹⁶⁾하거나 선거운동의 자유를 전제로 기회균등과 공정을 실현할 수 있도록 입법자에게 선거운동의 자유를 제한하는 권한을 부여한 것으로 보아야 한다는 견해¹⁷⁾가 일반적이다. 따라서 선거운동의 자유는 헌법상 기본권으로서 헌법 제37조 제2항에 따라 법률로써 제한할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

한편 헌법재판소도 “선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로, 선거운동의 허용범위는 아무런 제약 없이 입법자의 재량에 맡겨진 것이 아니고 그 제한입법의 위헌여부에 대하여는 엄격한 심사기준이 적용된다”라고 판시하고 있다.¹⁸⁾ 또한 “자유선거의 원칙은 선거의 전과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고, 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유 나아가 선거운동의 자유를 뜻한

14) 한수용, 헌법학, 법문사, 2016, 183쪽.

15) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2016, 1050쪽.

16) 강태수, 선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향, 세계헌법연구 제14권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2008, 7쪽.

17) 한수용, 앞의 책, 183-184쪽.

18) 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 93헌가4등 결정.

다. 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한태양기기도 하다. 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표·교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론·출판·집회·결사의 자유 보장 규정에 의한 보호를 받는다”고 판시하고 있다.¹⁹⁾ 따라서 선거운동의 자유는 국민의 선거권과 자유선거의 원칙, 표현의 자유에 의해 헌법상 보장된다고 할 것이다.

나. 공직선거법상 선거운동의 제한

공직선거법은 선거운동의 자유를 인정하면서도 선거운동에 관하여 그 주체·방법·기간 및 비용 등에 있어 다양한 제한을 가하고 있다.

공직선거법 제59조는 “선거운동은 선거기간 개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다”고 규정하여 선거운동에 대한 시간적 제한을 하고 있다. 선거운동은 선거운동기간 내에서만 허용됨으로써 선거운동기간 이전의 선거운동, 즉 사전선거운동과 선거일 당일의 선거운동은 금지된다. 구체적으로 선거별선거기간은 공직선거법 제33조에 대통령선거는 23일(후보자등록마감일의 다음날부터 선거일까지), 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거는 14일(후보자등록마감일 후 6일부터 선거일까지)로 정하고 있다. 다만, 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우는 기간에 상관없이 가능하다.²⁰⁾

19) 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 99헌바92등 결정.

20) 공직선거법 제59조(선거운동기간) 선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제60조3(예비후보자 등의 선거운동)제1항 및 제2항의 규정에 따라 예비후보자 등이 선거운동을 하는 경우
2. 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 자동 동보통신의 방법(동시 수신대상자가 20명을 초과하거나 그 대상자가 20명 이하인 경우에도 프로그램을 이용하여 수신자를 자동으로 선택하여 전송하는 방식을 말한다. 이하 같다)으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 8회(후보자의 경우 예비후보자로서 전송한 횟수를 포함한다)를 넘을 수 없으며, 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고한 1개의 전화번호만을 사용하여야 한다.
3. 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우

공직선거법 제60조는 선거운동을 할 수 없는 자를 상세히 규정하고 있는데, 정당의 당원이 될 수 없는 공무원, 미성년자, 선거권이 없는 자 등이 이에 해당한다. 공직선거법은 이와 같은 선거운동의 인적 제한 이외에도 선거운동의 방법적 제한도 규정하고 있다. 선거운동의 방법에 관하여는 선거벽보의 개수, 소형인쇄물의 규격·내용, 현수막 등의 제한을 비롯하여 신문방송의 광고, 후보자 등의 방송연설, 합동연설회, 정당후보자에 의한 연설회, 연설·대담, 호별방문제한, 서명·날인운동 등의 금지, 여론조사의 결과공표금지 등 개별적이고 구체적인 제한을 하고 있다. 또한 선거비용과 관련하여서는 액수제한, 출납제한, 수입·지출의 보고의무 등을 규정하고 있다.

선거운동에 대한 규제는 선거풍토와 선거문화의 수준, 시민의식의 성숙정도 등 제반사정에 따라 달라질 수밖에 없는데, 이러한 점에서 공직선거법은 우리 정치문화 및 선거풍토, 국민에 대한 불신을 그대로 반영하고 있다는 지적이 있다.²¹⁾ 특히 공직선거법의 개정과정을 보면, 선거운동에 대한 규제가 또 다른 규제의 필요성을 야기하고, 규제의 연속이 이루어지다 보니 선거운동 전반에 관한 매우 세부적이고도 포괄적인 규제를 담고 있다.

3. 선거운동의 자유와 선거의 공정성

선거가 대의기관을 구성하고 이에 민주적 정당성을 부여하며, 이로써 국가권력의 통제와 함께 국민을 통합하는 헌법적 기능을 제대로 수행하기 위해서는 선거인의 의사가 선거의 결과로 반영되는 것이 요청된다. 이를 위해서는 국민주권이념에 따라 모든 국민은 선거에 자유롭게 평등하게 선거인과 후보자로 참여할 수 있어야 하고, 선거에 관하여 자유롭게 의사를 형성하고 결정할 수 있어야 하며, 그 과정에서 자유롭게 공개적으로 정치적 의견과 정책의 방향을 표명하고 이를 서로 교환하는 선거운동의 자유가 보장되어야 한다.²²⁾

선거의 자유가 효율적이고 최대한으로 보장되기 위해서는 질서형성적 규율을 필요

편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다.

21) 한수웅, 앞의 책, 184쪽.

22) 손인혁, 선거운동의 자유와 선거의 공정성에 관한 연구, 헌법학연구 제24권 제2호, 2018. 6., 134-135쪽.

로 하는데, 다른 자유의 영역과 마찬가지로 무한정의 자유는 필연적으로 자유에 내포된 평등하게 자유로울 수 있는 권리와 상충하기 때문이다.²³⁾ 따라서 헌법 제116조 제1항에 근거한 선거운동에 대한 입법적 규율은 대의제의 실현수단이자 정당성의 근거로서 선거인의 의사를 제대로 반영할 수 있도록 선거운동의 자유를 실질적으로 보장하는 데 본래의 취지가 있는 것이다. 이는 선거운동의 자유에 대한 제한을 정당화하는 근거를 부여함에 목적이 있는 것은 아니라는 의미이다.²⁴⁾

그러나 공직선거법은 선거운동을 규율함에 있어서 선거운동의 자유와 선거의 공정성에 대한 요청을 서로 대립하는 법익으로 이해하고 있다. 그러나 선거운동의 자유와 선거의 공정성은 서로 대립하는 법익이 아니라 자유선거를 실현하기 위한 조건으로서 서로 보완관계에 있다. 선거의 궁극적인 목적은 선거의 공정성을 확보하는 데 있는 것이 아니라 국민의 정치적 의사를 대의기관의 구성에 정확하게 반영하는 데 있으므로, 선거의 공정은 그 자체로서 자기목적이나 독자적인 목적이 아니라고 본다.²⁵⁾ 즉 선거의 자유는 기회균등으로 나타나는 선거의 공정성으로 보완될 때 비로소 실질적으로 보장되며, 이를 통해 국민의 의사가 선거에 그대로 반영되어 선거의 기능이 제대로 발휘된다. 이러한 점에서 선거의 공정성은 선거운동의 자유에 대립하는 헌법적 이익으로 기능하는 것이 아니라 국민의 의사를 정확하게 반영하는 선거의 자유를 실질적으로 구현하는 수단으로서 의미를 가진다.

이와 달리 선거운동의 자유와 선거의 공정성을 대립하는 헌법적 요청이나 법익으로 이해하기도 한다. 선거운동의 제한은 대의제원리에 따른 법리적 귀결로서 대의제도의 기능을 정상적으로 유지하고 올바르게 대표자를 선출하기 위해서는 선거의 공정이 요구되는데, 선거제도의 본래적 기능과 선거권 행사의 평온과 공정이라는 가치보다 선거운동의 자유가 우선할 수는 없다고 보는 견해도 있다.²⁶⁾ 그러나 선거의 자유와 선거의 공정성을 대립하는 헌법적 요청이나 법익으로 이해하면서 그 우열관계에 따라 어느 일방을 우선하게 한다거나 형량판단을 통해 균형점을 찾으려는 시도는 선거운동의 자유의 실질적 의미를 제대로 구현하기는 어렵다고 할 것이다.²⁷⁾

23) 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2016, 602쪽.

24) 손수혁, 앞의 글, 135쪽.

25) 한수용, 앞의 책, 184쪽.

26) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016, 1388면.

헌법재판소는 “선거의 공정성이란 국민의 선거의 자유와 선거운동 등에 있어서의 기회의 균등이 담보되는 것을 의미하므로, 선거의 공정성 없이는 진정한 의미에서의 선거의 자유도 선거운동 등의 기회균등도 보장되지 아니한다고 할 수 있다. 선거에 있어서 유권자에게 전달되는 정치적 정보다 의견이 허위 또는 왜곡되거나 균형을 잃은 경우에는, 유권자가 올바른 선택을 할 수 없게 되어 민의를 왜곡하는 결과를 초래하게 되므로 선거제도의 본래적 기능과 대의민주주의의 본질이 훼손된다 할 것이다. 따라서 대의민주주의에서 후보자나 정당 등에 관한 정치적 정보 및 의견을 자유롭게 교환하는 것을 내용으로 하는 선거운동 등 정치적 표현의 자유는 선거의 공정성을 전제로 인정되는 것이며, 선거의 공정성은 그러한 자유의 한정원리로 기능할 수 있다”고 판시하여²⁷⁾ 선거의 공정성이 선거의 자유와 그 내용으로서 선거운동의 자유를 보장하는 수단임을 분명히 하고 있다. 다른 한편 헌법재판소는 “우리 헌법 제116조 제1항은 선거의 공정성을 보장하면서 선거운동의 한계에 관하여 법률로 정할 수 있다고 규정하여 선거운동 등 정치적 표현의 자유가 그 제한이 과도하여 선거권 및 피선거권의 행사나 선거의 기능을 지나치게 제약하거나 왜곡하여서는 안 되고 기본권보장의 헌법이념과 헌법상의 제반원칙에 합치되도록 최대한 보장되어야 하나, 선거운동 등 정치적 표현의 자유가 선거의 공정성을 훼손할 경우에는 이를 제한하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있다 할 것이다”라고 판시하여²⁸⁾ 선거의 공정성이 선거의 자유에 대응하여 선거운동의 자유에 대한 제한을 정당화하는 헌법적 지위를 갖는 정당화 사유로서 기능할 수 있다고 보기도 한다.

27) 손수혁, 앞의 글, 136쪽.

28) 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 99헌바92등 결정; 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌바17등 결정; 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2011헌바63 결정.

29) 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌바17등 결정; 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2011헌바163 결정.

제4절 대상판결에 따른 선거운동의 개념과 범위에 대한 비판과 검토

1. 대상판결에 대한 비판

가. 선거의 자유와 선거의 공정성 간의 균형 상실

대상판결에서 반대의견은 종전 대법원 판례가 선거운동의 자유와 선거의 공정성 간의 조화를 요구하는 헌법과 공직선거법의 취지에 부합할 뿐만 아니라 우리의 정치 문화와 선거풍토를 반영한 정당한 것임에도 대상판결로 인해 선거에서의 공정을 현저히 해할 우려가 있다고 지적한다.³⁰⁾

선거운동의 자유는 선거의 민주성으로부터 도출되는 기본적인 요청이지만, 선거운동의 자유는 어떠한 경우에도 제한될 수 없는 절대적인 것은 아니다. 민주적 선거란 유권자와 후보자들의 자유로운 의사가 최대한 반영되어야 하는 것임과 동시에 이를 통하여 국민을 위해 민주적으로 활동할 수 있는 국가기관의 구성이라는 목표도 추구하여야 한다. 이와 관련하여 특별한 중요성을 갖는 것이 선거의 공정성이다. 공정하지 않은 선거는 형식상 선거운동의 자유를 실현하는 것처럼 보일지라도 실질적으로는 국민의 자유로운 의사를 왜곡하고 정당하지 못한 방법으로 국가기관을 구성함으로써 선거의 민주적 기능 자체를 왜곡시키는 것이다. 따라서 선거의 공정성 확보를 위해 선거운동을 과도하게 제한하는 것은 선거운동의 자유를 침해하여 위헌이라 할 수 있지만 합리적인 사유에 의한 선거운동의 제한은 선거의 민주성을 약화시키는 것이 아니라 오히려 실질적으로 보장하는 것이라고 보는 것이다. 이에 따라 대상판결이 선거운동의 자유 측면만을 강조하여 정치활동과 선거운동의 확대를 명분으로 선거의 공정성 확보를 위한 그 균형을 상실하는 결과를 초래할 수 있다고 비판한다.³¹⁾

30) 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 반대의견 참조.

31) 차진아, 공직선거법상 선거운동의 개념 등에 대한 대법원의 해석권한의 범위와 한계, 법조, 법조협회, 2016, 243-245쪽.

나. 선거운동 개념의 엄격해석론의 문제점

선거운동이 어디까지 허용되어야 하는지의 문제는 선거운동에 개념과 직결되어 있다. 대상판결 이전 그동안 헌법재판소와 대법원의 판례는 선거운동의 개념을 비교적 넓게 인정하여 왔는데, 이를 통해 선거운동이 허용되는 범위를 합리적으로 규율하고자 초점을 두었다. 그러나 대상판결이 엄격해석론을 주장함으로써 기존의 학설과 판례에서 벗어나는 새로운 기준을 내세우고 있다고 지적하는 견해가 있다. 즉 엄격한 기준을 적용함으로써 선거운동에 해당하는 행위의 범위를 축소시키고 이를 통해 선거운동에 대한 규제에서 벗어날 수 있도록 함으로써 문제되는 활동을 합법적인 것으로 인정하는 논리를 구성하였다는 점을 비판한다. 구체적으로는 기존의 판례를 벗어난 대법원의 입장 변화가 합리적 근거를 가지고 있는 것인지 명확하지 않고, 선거 결과에 실질적인 영향력을 미칠 수 있는 그런 의도를 가지고 행해지는 정치활동에 대해서는 폭넓게 선거운동으로 인정하는 것이 합리적이고 그러한 활동 중에서 어떠한 것을 보호하고 금지할 것인지의 문제는 별개의 논의임을 들어 대상판결이 취하고 있는 엄격해석론을 비롯한 판단기준에 문제가 있다는 지적이 있다.³²⁾

다. 합헌적 법률해석의 한계와 헌법재판소에 대한 권한 침해 문제

대상판결의 반대의견은 ‘선거운동기간을 제한하면서 사전선거운동을 처벌하고자 하는 것이 입법자의 의사이고 선거운동기간의 제한 자체가 헌법에 위반되지 아니하는 이상, 위와 같은 필요에 따른 개선은 선거운동기간 등에 관한 법률 규정의 개정으로 달성함이 옳고, 입법적인 방법이 아닌 해석에 의하여 선거운동의 의미를 실질적으로 변경하는 것은 극히 신중해야 한다’고 하면서³³⁾ 대상판결이 통상적인 법률해석의 범위를 넘어 입법자의 의사를 적극적으로 수정함으로써 선거운동의 개념과 범위를 변경하였다고 지적한다.

그리고 이와 같은 대상판결의 반대의견을 기초로 하여 공직선거법 규정의 위헌성에 대해서는 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하고 그에 대한 헌법재판소의 결정에

32) 차진아, 앞의 글, 251-254쪽 참조.

33) 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 반대의견 참조.

따라야 할 것이지 이러한 절차를 생략하고 독자적인 판단에 따라 법률조항을 해석하는 것은 바람직하지 않다고 비판한다.³⁴⁾ 나아가 대법원이 법률해석이라는 명분으로 사실상 법률에 대한 위헌심사권을 행사하여 헌법재판소와 대법원 간의 헌법상 권한배분원칙을 일탈하고 있다는 비판이 있다.³⁵⁾

2. 대상판결에 대한 평가

가. 선거의 자유를 실현하기 위한 선거의 공정성

선거의 공정성은 대의제도를 실현하는 불가결의 제도적 장치로서 선거가 국민의 의사를 대의기관의 구성에 왜곡 없이 반영하도록 하는 선거의 자유를 실현하는 수단으로서 의미와 기능을 가진다고 보아야 할 것이므로, 이를 넘어 선거의 공정성을 선거의 자유와 함께 헌법적 지침이자 한계로 이해하는 것은 선거의 자유와 선거의 공정성의 관계를 혼동하는 것에서 비롯된다. 따라서 선거의 공정성을 선거의 자유를 대응하는 독자적인 헌법적 이익이나 대립하는 공익으로 보고 양자 간의 균형을 추구하여야 한다거나 선거의 자유만을 강조함으로써 균형을 상실하였다는 비판은 타당하다고 할 수 없다.³⁶⁾ 즉 선거의 자유와 선거의 공정성 간의 균형을 상실하였다는 대상판결에 대한 비판은 타당하지 않다.

선거의 공정성은 선거에서의 기회균등을 보장함으로써 후보자와 정당간의 자유경쟁을 확보하고자 하는 것이다. 그런데 선거의 공정성을 지나치게 강조함으로써 선거운동을 통하여 국민의 정치의사형성에 영향을 미칠 수 있는 가능성을 지나치게 제한하는 경우에는 국민의 자유로운 의사형성이 저해되고 선거는 국민의 정치적 의사를 제대로 반영할 수 없게 된다. 선거의 공정성을 확보하는 가장 이상적이고 효율적인 방법은 오히려 누구나 자신의 정치적 의사를 표출할 수 있는 길을 열어놓은 가운데 균등한 조건하에서 다양한 견해의 자유로운 경쟁이 이루어지도록 하는 것이다.³⁷⁾

특히 선거운동의 개념을 매개로 하여 사전선거운동, 유사기관설치를 금지하는 것은

34) 차진아, 앞의 글, 246-249쪽.

35) 차진아, 앞의 글, 261-263쪽.

36) 손인혁, 앞의 글, 161쪽.

37) 한수용, 앞의 책, 185쪽.

공직선거법상 선거운동에 대한 핵심적 규제체계이다. 그러나 이들 선거운동에 대한 제한과 함께 비교적 짧은 선거운동기간의 설정은 사실상 선거운동기간을 제외하고는 선거운동을 일체 금지하는 결과를 초래한다. 이로써 선거과정을 통해 유입되는 후보자나 정당에 대한 정보와 후보자와 선거인 간의 의사소통이 그만큼 차단되거나 제한됨으로써 주권자인 국민은 사실상 제한된 판단자료에 의해 선택권을 행사할 수밖에 없게 된다. 이러한 상황이 선거의 자유와 선거의 공정성의 균형을 통해 실현하려는 법적 상태는 아닐 것이다. 선거의 공정성은 선거의 자유를 실질적으로 구현하기 위한 수단일 뿐이다.³⁸⁾

나. 선거운동의 자유와 선거운동의 개념의 엄격한 판단기준의 요청

기존의 헌법재판소와 법원의 판례의 경향은 선거운동의 자유에 대한 보장의 필요성을 인정하면서도 선거운동의 자유를 광범위하게 제한하고 있는 공직선거법의 합헌성을 관대하게 확인해 주고 있다. 기존의 헌법재판소와 법원의 판례의 특징은 선거의 자유와 선거의 공정을 자유선거를 실현하기 위한 중요한 수단으로 이해하는 것이 아니라 선거의 자유와 선거의 공정성을 서로 대립하는 가치로 이해하면서 선거의 공정성에 우위를 두고 있다는 점이다. 이로 인해 선거의 공정성에 대한 요청을 선거운동의 자유에 대한 광범위한 제한을 정당화하는 논거로 사용하고 있다. 결국 헌법재판소의 판례에서 '선거의 과열로 인한 사회경제적 손실을 막고 선거의 공정성을 확보하는 목적'이 선거의 자유를 제한하는 조치를 정당화하고 선거운동의 자유와 같은 헌법적 가치를 무력화하여 선거의 공정성이 우월적 가치로 자리매김하게 되는 것이다.³⁹⁾ 이와 같이 기존 판례의 경향은 선거운동의 자유를 제한하는 정당화 근거로서 선거의 공정성을 우위에 두고, 유권자의 판단능력에 대한 불신을 전제로 하는 후견주의적 입장에 근본적으로 동조하고 있다. 그러나 오늘날 국민의 정치참여 수준과 선거운동의 환경 변화 등을 고려한다면, 기존의 해석론은 시대의 변화를 도외시하였다는 한계가 있다.

기존 헌법재판소와 법원의 판례 경향의 또 다른 특징은 공직선거법이 정권획득을 위한 경쟁에서 공정한 경쟁을 위한 규칙이므로 엄격한 심사가 요청되는 영역이라는 점을 인식하지 못하고 있다는 점이다. 선거입법에 대한 헌법재판소의 자제는 공정한

38) 손인혁, 앞의 글, 161쪽.

39) 한수용, 앞의 책, 191쪽.

경쟁의 질서가 유지되고 국민의 지지를 얻고자 하는 소수당의 공정한 기회가 보장되는 경우에만 정당화될 수 있다. 이러한 의미에서 헌법재판소는 선거법에 대한 사법적 통제를 통하여 정권획득과 정권유지를 위한 공정한 정치적 절차의 수호자로 기능해야 한다. 선거법은 의회가 자신의 이해관계에 관한 사안을 스스로 결정하는 영역이며 경쟁규칙이 경쟁자에 의하여 결정된다는 점에서 정치적 경쟁의 제한과 차별에 대하여 엄격한 심사가 요청된다고 할 것이다.⁴⁰⁾ 이러한 점은 대선후보에서도 선거운동의 의미를 제한적으로 해석할 필요성으로 언급하고 있다. 즉 정치인의 정치활동을 선거운동의 범위에 광범위하게 포함시켜 금지하게 되면 정계에 처음 입문하거나 공직에 있지 않은 정치인은 매우 제한적인 활동 외에는 사실상 자신을 알릴 수 있는 기회를 갖지 못하게 되므로, 선거에서의 실질적인 기회균등을 보장하기 위해서 정치인의 정치적 기반을 다지는 행위를 폭넓게 허용하여야 하고, 이에 따라 선거운동의 의미를 명확하고 제한적으로 해석할 것이 요청된다는 것이다.

이와 같이 선거운동의 개념과 이를 매개로 하는 광범위한 사전선거운동의 금지, 선거운동의 개념을 전제로 하는 광범위한 규제체계가 조밀하게 형성되어 있는 공직선거법의 법적 상황에서는 선거운동의 개념이 선거운동의 자유를 포괄적·전면적으로 제한함과 동시에 선거의 자유를 위축시키는 핵심적인 요소로서 기능한다. 따라서 선거의 자유의 헌법적 근거로서 인간의 존엄과 정치질서의 핵심적인 영역인 표현의 자유와 대의민주주의 원리의 정당성 근거로서 자유선거원칙을 심각하게 제한하는 기본권제한의 입법으로서, 그 위헌심사 기준은 엄격하고도 제한적인 기준에 의한 해석이 불가피하다고 할 것이다.⁴¹⁾

다. 합헌적 법률해석과 헌법재판

선거운동의 자유는 정치적 표현의 자유 등 헌법상 기본권에 그 근거를 두고 있으며, 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 국민의 자유를 보장하기 위한 헌법 제12조 제1항 죄형법정주의원칙과도 관련이 있다. 이와 같은 기본권의 효력은 법 적용기관으로서 법원에 법규범의 해석과 적용에 있어서 기본권의 구속을 받는다. 따라서 법원은 기본

40) 한수용, 앞의 책, 193쪽.

41) 손수혁, 앞의 글, 162쪽.

권의 가치결정에 비추어 법규범을 해석·적용하여야 한다. 구체적인 소송사건에서 적용되는 법규범이 해석을 요하는 경우 법원은 법규범에 미치는 기본권의 영향을 고려하여야 한다. 법원이 법규범에 미치는 기본권의 영향을 간과하거나 오해하는 경우 판결을 통해 기본권을 침해하게 된다.⁴²⁾

법원의 기본권 기속은 개별기본권 조항과 헌법 제103조 및 제107조를 통해 구체적으로 관철된다. 이로써 법원은 구체적인 사건에서 재판에 적용할 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부를 심사하여야 한다. 법원은 헌법재판소에 위헌제청을 하기 전에 위헌의 의심이 있는 법률을 합헌적으로 해석하여 법률의 위헌성이 제거될 수 있는지를 우선적으로 살펴야 하며, 합헌적 해석을 통하여 법원이 당해사건에서 법률을 적용하려는 시도에도 불구하고 위헌의 의심이 해소되지 않는 경우에 비로소 법원은 헌법재판소에 위헌제청을 하여야 한다. 합헌적 법률해석은 헌법재판소의 독점적인 권한이 아니라 모든 법원의 권한이자 의무라고 할 수 있다.⁴³⁾ 따라서 법원은 합헌적 법률해석을 통해 그 위헌성을 치유하고 합헌성을 회복할 수 있는 경우에는 합헌적 법률해석을 통해 적용하고, 그렇지 않은 경우에는 위헌심판제청권을 통해 헌법재판소의 위헌 여부 판단에 따라 해당 법률조항의 적용 여부를 결정하게 된다.⁴⁴⁾ 대상판결은 정치적 표현의 자유, 선거운동의 자유 등 기본권의 내용과 효력이 공직선거법의 해석에 미치는 영향을 고려하여 이를 법원의 재판절차를 통해 관철하기 위해 대상판결에서 공직선거법 제58조 제1항의 선거운동의 개념의 범위를 엄격해석방법을 통해 제한적으로 해석하고자 하였는바, 이는 헌법에 의해 부여된 법원의 법률해석권한과 위헌제청권의 전제로서 위헌심사권한에 근거한 것으로 법원의 정당한 권한행사라고 할 것이다. 그리고 대상판결의 판례변경은 공직선거법 조항에 대한 헌법재판소의 일관된 합헌결정과 무관하게 구체적 사건에서 위 조항의 위헌적인 해석 및 적용을 방지하려는 것으로 헌법재판소의 규범통제권한을 침해한다고 볼 수도 없다.⁴⁵⁾

42) 한수용, 앞의 책, 410쪽.

43) 한수용, 앞의 책, 57쪽.

44) 김하열, 법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석, 저스티스 통권 제108호, 한국법학원, 2008, 22쪽 참조.

45) 손수혁, 앞의 글, 164쪽.

3. 처벌구성요건으로서 선거운동의 개념과 범위에 관한 형사법적 검토

가. 죄형법정주의의 명확성원칙

헌법은 제12조 제1항에서 “...누구든지 ...법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 하면서, 제13조 제1항에서 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며”라고 하여, 오늘날 법치국가적 형법의 기본원리인 죄형법정주의를 규정하고 있다.

죄형법정주의란 ‘법률 없으면 범죄 없고, 형벌 없다’는 근대형법의 기본원리이다. 죄형법정주의는 무엇이 범죄가 되는지 그리고 범죄가 되는 경우 어떠한 형벌을 받는 지, 즉 범죄와 형벌에 관해서는 입법자가 법률로써 사전에 정해야 한다는 원칙을 말한다. 특정행위를 범죄로서 처벌하기 위해서는 그 행위 이전에 무엇이 처벌되는 행위인지를 국민이 예측가능한 형식으로 미리 규정함으로써 국민이 자신의 행위를 형법의 규범에 맞출 수 있도록 해야 한다.⁴⁶⁾

죄형법정주의는 범죄와 형벌을 법률로 규정할 것을 요청할 뿐만 아니라 동시에 그 형벌규정 자체가 명확할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 추상적이고 불명확한 때에는 명확한 행위규범이 정립되지 않으며, 형벌법규의 운용에 있어서 법관의 자의가 허용되어 유추해석금지의 원칙이 무의미하게 된다. 따라서 명확성의 원칙은 범죄와 형벌을 가능한 한 법률에 명확하게 확정하여야 법관의 자의를 방지할 수 있고, 국민으로서도 어떤 행위가 법률에서 금지되고 그 행위에 대하여 어떤 형벌이 과하여 지는가를 예측할 수 있게 되어 규범의 의사결정력을 담보할 수 있게 된다.⁴⁷⁾

대사판결에서도 “공직선거법이 선거운동의 개념을 추상적·포괄적으로 설정하고 있는 관계로 정치인이나 일반 국민이 개개의 문제 되는 사안에서 선거운동과 그에 해당하지 아니하는 정치활동을 명백하게 구분하는 것이 현실적으로 쉽지 않은 사정을

46) 헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정; “ ‘법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다.’라는 말로 표현되는 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로서 이는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측가능한 형식으로 정하도록 하여 개인의 법적 안정성을 보호하고 성문의 형벌법규에 의한 실정법질서를 확립하여 국가형벌권의 자의적(恣意的)행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가 형법의 기본원칙”이라고 판시하고 있다.

47) 이재상/장영민/강동범, 『형법총론』, 박영사, 2017, 23쪽.

감안하여, 사전선거운동 금지규정으로 인해 정치활동의 자유가 제약받지 않고 충분히 보장될 수 있도록 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성의 원칙에 따라 형사처벌의 전제가 되는 선거운동의 의미를 명확하고 제한적으로 해석할 것이 요청된다”고 하여 선거운동의 개념에 대한 엄격해석론의 논거를 제시하고 있다.

따라서 헌법적 근거를 가지는 선거운동의 자유에 대한 기본권 제한 입법으로서 위헌심사의 기준은 엄격할 필요가 있고, 죄형법정주의 원칙에서 엄격하게 요청되는 범죄구성요건에 대한 해석원칙으로서 명확성 원칙에 기해 엄격하고도 제한적인 기준에 의한 해석은 불가피하다고 할 것이다.

나. 선거운동의 목적과 목적범의 판단기준

대상판결은 “선거운동은 특정선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는데, 이에 해당하는지는 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다.”고 판시하였다. 또한 “선거 관련 국가기관이나 법률전문가의 관점에서 사후적·회고적 방법이 아니라 일반인, 특히 선거인의 관점에서 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단하여야 하므로, 개별적 행위들의 유기적 관계를 치밀하게 분석하거나 법률적 의미와 효과에 치중하기보다는 문제 된 행위를 경험한 선거인이 행위 당시의 상황에서 그러한 목적의사가 있음을 알 수 있는지를 살펴보아야 한다.”고 보았다. 당선 또는 낙선을 도모하고자 하는 목적의사가 객관적으로 인정되어야 선거운동에 해당한다는 것인데, 행위자 주체의 목적의사에 근거하여 선거운동 여부를 판단하는 것이 아니라 외부로 표현된 행위가 행위자의 목적의사를 이루려고 한 것인지 선거인의 관점에서 객관적으로 인정되어야 한다는 것이다.

이에 대해서는 반대의견은 목적의사와 관련하여 “사전선거운동행위나 유사기관설치행위는 고의 외에 추가주관적 위법요소로서 당선 또는 낙선의 목적을 범죄성립요건으로 하는 목적범에 해당하거나 적어도 여기에서의 목적은 목적범에서의 목적에 준하는 주관적 구성요건요소라고 이해하는 것이 타당하다”고 보았다. 이에 따라 대상판결의 판단기준은 선거운동의 목적과 관련하여 목적범에 관한 일반적인 판단기준을 벗어난 것이라는 비판을 제기하였다. 대법원은 목적범의 목적은 그 행위자의 주관적인

의도, 즉 범죄 성립을 위하여 고의 외에 요구되는 초과주관적 위법요소로서 적극적인 의욕이나 확정적 인식을 요하는 것이 아니라 미필적 인식만으로도 족하며, 이 판단기준도 주관적 의사가 객관적인 직접증거나 간접사실을 종합적으로 고려할 때 확인될 수 있으면 충족되는 것으로 보았다.⁴⁸⁾ 대상판결에서는 목적범의 일반적인 기준에서 벗어나 행위자의 주관적인 의사가 아닌 선거운동의 목적이 유권자의 입장에서 인식될 수 있었는가는 기준으로 판단하여야 한다는 예외적인 기준을 제시하고 있는 것이다. 또한 목적범에서의 목적이라거나 이에 준하는 주관적 구성요건요소인지 여부를 떠나서도 선거인의 관점에서 목적의사를 판단하는 것은 문제가 있다. 가령 특정행위가 계획되지 않고 의도되지 않은 상태에서 목적의사 없이 행위한 경우에도 타자의 관점에 따라 목적의사로 인정될 수 있다는 것은 수공하기 어려운 부분이다. 나아가 선거인의 관점을 어떻게 판단하여야 할지 그리고 선거인의 관점이 특정 행위를 과거 판례보다 더 보수적일 수 있다는 점도 과제로 남는다.⁴⁹⁾

4. 대상판결의 성과와 한계

대상판결은 개별 사건에서 공소사실이 선거운동 개념에 포섭되는지 여부를 결정함에 있어서 고려해야 할 기준들을 구체적으로 제시하고 있다. “사람은 본래 사회적이고 정치적인 존재로서 자연스럽게 사회활동과 정치활동을 하게 마련이고, 특히 정치인은 선거에서 당선되는 것을 목표로 삼는 사람이므로 정치인의 사회활동이나 정치활동은 직접 또는 간접으로 선거와 연결될 수밖에 없다. 그리고 다양한 형태의 정치활동들은 대부분 선거와 밀접하게 관련되어 있음을 부인하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 선거에 영향을 줄 수 있다는 등의 이유만으로 광범위하게 선거운동으로 규제하는 판결들은 대의민주주의에서 당연히 허용되어야 할 국민의 정치활동을 위축시키고, 공직선거법상 금지되는 선거운동과 허용되는 정치활동의 경계를 모호하게 하여 선별적·자의적인 법적용을 초래할 우려가 있는 등의 문제점이 있다”고 하여 헌법원칙에 비추어 선거운동에 대한 판결의 중요성을 강조하고 있다. 또한 “선거결과에 대한 민주적 정당성을

48) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도11857 판결; 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결 등.

49) 김경호, 앞의 글, 195-196쪽.

뒷받침하려면 선거인의 자유로운 선택인 전제되어야 하므로, 유권자는 공직후보자의 인격, 능력, 정책 등에 관하여 정확하고 충분한 정보를 알 수 있어야 하고, 정치인은 유권자에게 자신의 정치철학, 공직 수행에 필요한 능력, 각종 정책의 수립과 집행능력 등을 제대로 알릴 수 있어야 한다”라고 하면서 선거운동의 본질적 기능 중 하나인 자유로운 정보의 유통과 유권자의 알권리에 대해 강조하고 있다. 이와 같은 선거운동 개념과 범위 결정에 있어 고려해야 할 헌법적 원칙으로 강조된 기준들은 향후 법원에 서도 필수적으로 고려하여야 할 요소들을 제시한 것으로 볼 수 있다.⁵⁰⁾

대상판결은 “특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정의 후보자 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위”라는 기존의 해석론을 재검토 하면서, ‘당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사’라는 주관적 구성요건요소를 행위자를 기준으로 판단할 것이 아니라 외부에 객관적으로 표시된 행위를 자료로 삼아 선거인의 관점에서 판단하여야 한다는 기준을 제시하였다. 이로써 수사기관으로서는 목적의사를 입증할 자료로서 내심적 의사를 추단케 하는 증거가 아니라 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정을 입증할 증거를 수집하는데 초점을 맞추어야 할 것이다.⁵¹⁾

그러나 대상판결은 이와 같은 긍정적인 의미와 성과에도 불구하고 목적의사를 선거인의 관점에서 객관적으로 판단해야 한다는 점과 행위시점과 선거일 사이의 시간적 간격에 따라 선거운동에 대한 판단을 달리해야 한다는 점은 한계로 지적된다. 대상판결에서 선거운동의 의미를 명확히 하고 선거운동의 범위를 넓혀 선거운동의 자유를 보장하겠다는 취지에서 이와 같은 해석을 하였다는 판결의 태도는 이해되나, 목적의사의 판단이나 행위시점과 선거일 간의 시간적 간격에 대한 형사법적 검토로서는 그대로 받아들이기 어려운 부분이 있다.

그럼에도 불구하고 대상판결은 선거운동의 개념과 그 기준이 선거운동의 범위를 넘어 일반적 성격의 기준으로서 유권자 또는 선거인의 행위에도 적용될 수 있음을 시사하고 있다. 따라서 대상판결의 기준은 향후 선거인뿐만 아니라 유권자 일반에 대한 수사 및 재판실무, 선거관리위원회의 유권해석에도 상당한 영향을 미칠 것으로 보인다.

50) 조동은, 앞의 글, 354-355쪽.

51) 조동은, 앞의 글, 355쪽.

제 3 장

○ —————

**대상판결 이후 선거운동의
불법유형 검토**

대상판결 이후 선거운동의 불법유형 검토

제1절 서설

대상판결에서 정립된 해석론이 하급심 판결에서 어떻게 적용되는지를 살펴보고, 나아가 대상판결의 기준을 구체적인 실제 사례에서 어떻게 이해하고 적용하였는지를 검토할 필요가 있다. 공직선거법 사전선거금지 조항인 제59조 이외에도 여러 개별적 조항에서 선거운동의 형태에 대하여 구체적인 제한을 가하고 있다. 실제 선거운동 규제 사례에서 대상판결 이후 유의미한 변화가 있었는지를 확인하는 작업은 이러한 관점에서 의미가 있다.

대상판결은 제20대 국회의원선거일인 2016. 4. 13.부터 약 4개월 후인 2016. 8. 26. 선고 되었다. 이에 따라 제20대 국회의원 선거를 기점으로 대상판결 이전의 선거 운동 관련 판결에서 선거운동에 해당하는지 여부에 관한 판례의 태도를 살펴보고, 대상판결을 기점으로 그 이후에 선거운동 해당 여부에 관한 판결의 태도를 비교·검토 함으로써 판례의 태도에서 구체적으로 선거운동의 개념과 기준의 판단에 어떠한 변화가 있었는지 살펴보고자 한다. 또한 실제 선거관리위원회의 선거운동 관련 위법행위 사례 및 조치현황을 검토하여 실제 선거운동의 불법유형 변화가 있었는지를 확인하고자 한다. 따라서 제20대 국회의원선거와 판결선고일 이후 치러진 2018. 5. 9. 제19대 대통령선거에서의 선거운동 실제 불법유형을 비교·검토하여 대상판결의 관련 법리 및 기준이 미친 영향력을 검토하고자 한다.

제2절 대상판결 이전의 선거운동 관련 판결

1. 선거운동에 대한 기존 해석론과 판시태도

대법원은 지방의회의원선거법상 선거운동의 의미에 대해서 “지방의회의원선거법 제38조 소정의 '선거운동'이란 특정의 선거에 있어서 특정한 후보자의 당선을 직접적으로 투표를 얻거나 얻게 하기 위하여 필요하고 또 유리한 모든 행위, 또는 반대로 특정한 후보의 낙선을 직접목적으로 필요하고 불리한 모든 행위를 말하고, 특정한 후보자를 위한 득표를 목적으로 한다는 주관적 요소의 개입이 없는 단순한 선거에 관련한 의견이나 의사를 밝히는 것과 투표를 얻기 위한 목적으로 하는 것이 아니고 단순히 후보자가 되기 위한 준비행위는 제외된다”고 판시한 바 있다.⁵²⁾ 이와 같은 선거운동의 의미에 관한 해석론은 이후의 판결에서도 일관되게 유지되었다.⁵³⁾

헌법재판소도 “선거운동이라 함은 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것이다. 선거운동의 개념은 ‘특정한’ 또는 적어도 ‘특정될 수 있는’ 후보자의 당선이나 낙선을 위한 행위여야 한다는 것을 전제로 하고 있는바, 특정 정당을 지지하거나 반대하는 행위도 당선·낙선시키고자 하는 정당 후보자가 특정될 수 있다면, 그 정당의 추천을 받은 후보자의 당선 또는 낙선을 목표로 하는 행위를 의미한다는 점에서 선거운동의 개념에 포함시킬 수 있다”고 판시하여 선거운동의 개념에 대해 대법원과 유사하게 해석하고 있다.⁵⁴⁾

선거운동에 대한 대법원의 기존 해석론을 정리하면, ① 특정의 선거를 전제로 하고, ② 특정한 후보자를 전제로 그 당선 또는 낙선을 위해 필요하고 불리한 행위여야 하며, ③ 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있어야 하고, ④ 이러한 행위가 능동적, 계획적 행위여야 한다는 것이다.⁵⁵⁾

52) 대법원 1992. 4. 28. 선고 92도344 판결.

53) 대법원 1992. 9. 25. 선고 92도1085판결, 대법원 1996. 4. 12. 선고 96도135 판결, 대법원 1999. 4. 9. 선고 98도1432 판결, 대법원 2005. 1. 27. 선고 2004도7511 판결 등 다수.

54) 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2011헌바153 결정.

55) 김래영, 앞의 글, 139-180쪽.

대법원은 “당선 또는 낙선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있고, 일반 보통인의 사이에도 행해지는 의례적인 정의의 범위를 벗어나는 능동적, 계획적 행위”를 선거운동에 해당한다고 판결하였다.⁵⁶⁾ 당선을 위한 목적의사가 객관적인 수준으로 인정되고, ‘의례적인 수준을 벗어나는 능동적, 계획적 행위’에 해당하여야 한다는 선거운동 기준을 제시하였다.

대법원은 선거운동을 “특정의 선거에 관하여 특정 후보자의 당선을 목적으로 표를 얻거나 얻게 하기 위하여 직접 또는 간접으로 필요하고도 유리한 행위”로 판단하였고, 그러한 선거운동을 판단함에 있어서는 “행위의 명목에 의하여 형식적으로 결정하여서는 아니 되고, 그 행위가 행하여진 시기·장소·방법·대상 등을 종합적으로 파악하여 그것이 특정 후보를 위한 투표획득에 직접 또는 간접으로 필요하고도 유리한 행위인지 여부를 실질적으로 판단하여야 한다”고 판시하였다.⁵⁷⁾ 당선의 목적의사가 객관적으로 인정되는 능동적이고 계획적인 행위라는 기존의 정의에 ‘직접 또는 간접으로 필요하고도 유리한 행위’라는 개념을 추가하였다.

또한 ‘선거운동과 관련하여’라는 조항을 “선거운동에 즈음하여, 선거운동에 관한 사항을 동기로 하여”라는 의미로 해석을 하고, “‘선거운동을 위하여’보다 광범위하며, 선거운동의 목적 또는 선거에 영향을 미치게 할 목적이 없었다 하더라도 그 행위 자체가 선거의 자유·공정을 침해할 우려가 높은 행위를 규제할 필요성에서 설정된 것”이므로, “선거운동과 관련된 것이면 무엇이든 이에 포함된다”고 보았다.⁵⁸⁾

그 동안 대법원은 선거운동의 정의와 범위를 확대하는 판결을 내려왔는데 행위자의 목적의사가 직접적으로 인정되는 경우는 물론 간접적으로 인정될 수 있는 경우까지 선거운동의 범위를 확장해 왔다.

2. 선거운동 관련 유죄가 인정된 주요 판결

기존의 대법원은 선거운동의 정의와 범위와 관련하여 이를 확대하는 경향의 판결을 내려온 것으로 확인되었다. 실제 선거운동과 관련하여 선거법 위반으로 유죄가 인정

56) 대법원 1992. 4. 28. 선고 92도344 판결.

57) 대법원 1998. 7. 10. 선고 98도477 판결.

58) 대법원 2005. 2. 18. 선고 2004도6795 판결.

된 대법원 주요 사건들을 정리하면 다음과 같다.

〈표 3-1〉 대상판결 이전 선거운동 관련 유죄가 인정된 대법원 주요 판결

연번	사건번호	사건 개요 및 판시사항
1	대법원 1992. 4. 28. 선고 92도344 판결	지방의회의원선거에 출마하려는 피고인이 신문배달 소년을 시켜 지역 주민들에게 자기 명의의 지역발전설문서 약 500매를 돌리게 한 행위 (위 설문서의 조사자로 되어 있는 지역발전연구소는 피고인이 지방의회의원후보자 등록일로부터 불과 한 달여 전에 당국에 설립신고를 하였다가 신고대상이 아니라는 이유로 반려된 것으로서 그 구성원, 사무소 등의 실체도 분명하지 않았고, 또 설문서에 추첨으로 상품을 준다고 기재되어 있었다)가 사전선거운동에 해당한다고 본 사례.
2	대법원 1992. 9. 25. 선고 92도1085판결	전화번호가 새겨진 재떨이를 선거구민에게 나누어 주고, 피고인을 미담의 주인공으로한 신문 기사를 내게하여 그 대가를 지불하고 선거구 관내 지면이 없는 주민에게 연하장을 발송하고, 선거구 관내 경로잔치에 참석하여 인사와 찬조를 한 행위는 의례적인 행위가 아닌 사회상규에 위배되는 행위로 불법 선거운동에 해당한다.
3	대법원 1994. 9. 13. 선고 93도1840 판결	출판사 주간 겸 실질적 발행인인 피고인이 1992년 대통령선거 2개월 전 김영삼 후보에 대하여는 민주화 투쟁경력과 3당 통합의 결단력을 높이 평가하면서 대통령의 자격이 있다는 뜻을 암시하는 한편 경쟁자인 김대중 후보와 정주영 후보에 대하여는 사상적 경력, 상황에 대한 판단 능력과 도덕성 등에 관한 의문을 표시하면서 상대적으로 폄하하는 내용을 담고 있는 책 1000권(그 중 970권은 김영삼 후보의 지지단체에서 구입하였다.)을 배부한 행위가 사전선거운동에 해당한다고 본 사례.
4	대법원 1995. 2. 3. 선고 94도2483 판결	제14대 국회의원선거 공고일 수일 전에 피고인이 입후보하려던 선거구 내의 장소에서 출판기념회를 개최하여 소속 정당원 이외의 참석자들에게 저서를 배포한 행위가 사전선거운동에 해당한다고 본 사례.
5	대법원 1996. 7. 9. 선고 96도820 판결	피고인이 사무실을 마련하여 사무기기를 비치하고 선거사무장 및 선거운동원 등을 채용하여 선거운동대책을 수립하고 노원구 관내 각종 체육 행사 및 모임의 일정파악 및 주선을 하거나 선거구민들과 연락, 접견을 하는 장소로 활용하는 한편 관내 단체의 회원 명단 확보 및 관리를 하여 온 행위가 사전선거운동에 해당한다고 본 사례.
6	대법원 2005. 2. 18. 선고 2004도6795 판결	사무실을 별도로 마련하여 사무기기를 비치하고 선거운동원 등을 채용하여 선거운동대책을 수립하는 등의 행위는 특정후보자의 당선 등을 도모하는 목적의지가 뚜렷하여 이를 단순히 선거운동을 위한 준비행위라거나 정당인으로서의 통상적인 정당활동이라고 할 수 없다.
7	대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결	공직선거에 관하여 그 후보자가 되고자 하는 자가 자신의 선거구민들에게 식사 대접을 하는 등 기부행위를 하는 자리에서 직접 참석하여 인사를 나누고 식사와 음주를 함께 하면서 지역 현안에 관하여 관심을 표명하고 자신의 업적을 홍보하고 현안 해결을 위하여 앞으로 노력하겠다는 취지의 공약을 언급한 것은 사전선거운동에 해당한다.
8	대법원 2006. 6. 27. 선고 2005도303 판결	지구당에서 국회의원 후보자로 선출되어 출마하고자 하는 사람이 자신의 낮은 인지도를 극복하기 위하여 당해 지역구 내에 단체를 설립하고 대입면접특강과 대학입시설명회를 개최한 사안에서 그 시기, 동기, 행사의 대상자 등에 비추어 볼 때 선거에 영향을 미칠 우려가 있는 행위로 보기에 충분하다.

연번	사건번호	사건 개요 및 판시사항
9	대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도9043 판결	공직선거법상, '기부행위'의 경우와는 달리 '선거운동'에 있어서는 그 상대방이 제한되어 있지 않으므로, 그 선거운동의 상대방이 당선 또는 낙선을 도모하는 특정 후보자의 선거구 안에 있거나 선거구민과 연고가 있는 사람이나 기관·단체·시설 등에 해당하여야만 선거운동에 해당한다고 볼 것은 아니다.
10	대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도3940 판결	휴대전화 문자메시지는 유체물인 종이문서 등을 대신하는 기능과 역할을 담당하고 있어 문자메시지로 전송한 글도 선거에 미치는 영향이 문서 못지 않으므로 이를 규제할 필요성이 클 뿐만 아니라 선거의 공정성을 보장하려는 공직선거법 규정의 입법 취지에도 부합한다고 보이는 점 등 여러 사정을 종합적으로 고려하면, 휴대전화로 문자메시지를 대량으로 전송한 행위는 문서·도화 등의 배부·첨부·살포·게시를 금지하고 있는 공직선거법 조항의 구성요건에 해당한다고 보아야한다.
11	대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도1937 판결	예비후보자의 선거사무실 개소식을 알리는 내용의 문자메시지를 위 후보자나 개소식과 직접 관련이 없는 사람들을 포함한 수천 명의 선거구민들에게 대량으로 발송한 행위가, 문자메시지 발송 시기, 동기, 방법, 내용과 태양 등 제반 사정을 종합하여 볼 때 사회생활상의 일상적·의례적·사고적인 행위에 불과하다고 보기는 어렵고, 오히려 위 후보자의 인지도를 높이고 지지를 이끌어 냄으로써 그 당선이나 선거에서 유리한 입지를 확보하게 하는, 선거에 영향을 미치기 위한 행위에 해당한다.
12	대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도3935 판결	선거에서 정당이나 후보자 내지 후보예정자에 대한 지지도를 알아보기 위한 여론조사는 일반적으로는 허용되나, 그 여론조사의 목적이 후보자나 후보예정자에 대한 인지도를 높이고 그의 장점을 부각시켜 그에 대한 지지를 유도하기 위한 것이라면 이는 사전선거운동에 해당한다.
13	대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도1793 판결	예비후보자가 할 수 있는 선거운동으로 '전화를 이용하여 송수화자가 간직점 통화하는 방식'을 엄격하게 제한하지 않으면 타인을 채용하여 불특정 다수의 유권자를 상대로 전화하여 선거운동의 과결과 혼탁을 초래할 위험성이 높은 점에 비추어 볼 때, 허용되는 선거운동은 예비후보자 본인이 직접 하는 경우에만 적용된다.

지방의회에 출마하고자 하는 자가 자기 명의의 지역발전설문지를 돌리게 한 행위가 사전선거운동에 해당한다고 보았다.⁵⁹⁾ 그리고 자신의 이름과 전화번호가 새겨진 재떨이를 나누어 주고 미담의 주인공을 기사화하고 선거구 관내 경로잔치에 참석한 행위를 불법선거운동에 해당한다고 판결하였다.⁶⁰⁾ 대통령 후보자가 대통령 자석이 있다는 뜻을 암시하는 한편 다른 후보자에 대해서는 의시하면서 폄하하는 내용을 담은 책을 배부한 행위가 선거운동에 해당한다고 보았다.⁶¹⁾ 출판기념회를 개최하여 저서를 배포한 행위가 사전선거운동에 해당한다고 보았다.⁶²⁾ 사무실을 마련하여 사무기기를 비치

59) 대법원 1992. 4. 28. 선고 92도344 판결.

60) 대법원 1992. 9. 25. 선고 92도1085판결.

61) 대법원 1994. 9. 13. 선고 93도1840 판결.

하고 선거운동원 등을 채용하여 선거운동대책을 수립하는 등의 행위는 단순한 선거준비행위나 통상적인 정당활동이 아닌 사전선거운동에 해당한다고 판결하였다.⁶³⁾ 후보자가 되고자 하는 자가 직접 식사를 대접하는 자리에서 지역 현안에 관한 관심을 표명하고 자신을 홍보하는 행위뿐만 아니라 당해 지역구 내에 단체를 설립하고 대학 입시설명회를 개최한 것도 사전선거운동에 해당한다고 보았다.⁶⁴⁾ 나아가 선거구 안에 있거나 선거구민과 연고가 있는 사람에 대한 경우에도 선거운동에 해당한다고 판시하였다.⁶⁵⁾ 휴대전화로 문자메시지를 대량으로 전송한 행위를 문서·도화 등의 배부·첨부·살포·게시를 금지하고 있는 공직선거법 조항의 구성요건에 해당한다고 보았고,⁶⁶⁾ 예비후보자가 선거사무실 개소식을 알리는 문자메시지를 대량 발송한 행위도 선거운동에 해당한다고 보았다.⁶⁷⁾ 후보자가 인지도와 지지도를 향상시킬 목적으로 여론조사를 실시한 행위에 대해서 사전선거운동이라고 판시하였다.⁶⁸⁾ 예비후보자가 타인을 채용하여 선거구민들에게 전화를 한 것은 선거운동의 과열과 혼탁을 초래할 위험성이 높아 규제하는 것이 타당하다고 보았다.⁶⁹⁾

대상판결 이전 선거운동 관련 유죄가 인정된 대법원 주요 판결들을 종합해 보면, 대법원이 그 동안 선거운동의 정의와 범위를 확대하여 해석해 온 만큼 선거운동 시기, 선거운동 수단, 선거운동의 내용, 선거운동의 주체 등과 관련하여 다양한 정치행위들이 위법한 선거운동으로 규제되었다는 점을 확인할 수 있다.

3. 선거운동 관련 무죄가 인정된 주요 판결

반면 대상판결 이전에 실제 선거운동과 관련하여 선거법 위반으로 무죄가 인정된 대법원 주요 사건들을 정리하면 다음과 같다.

62) 대법원 1995. 2. 3. 선고 94도2483 판결.

63) 대법원 1996. 7. 9. 선고 96도820 판결; 대법원 2005. 2. 18. 선고 2004도6795 판결.

64) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결; 대법원 2006. 6. 27. 선고 2005도303 판결.

65) 대법원 2007. 3. 30. 선고 2006도9043 판결.

66) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도3940 판결.

67) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도1937 판결.

68) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도3935 판결.

69) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도1793 판결.

〈표 3-2〉 대상판결 이전 선거운동 관련 무죄가 인정된 대법원 주요 판결

연번	사건번호	사건 개요 및 판시사항
1	대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1792 판결	구청장으로 재직해 오면서 특별한 사정이 없는 한 다음 구청장선거에 당연히 출마할 것이 예상되었던 피고인이 산하 각 동사무소의 전입담당자를 통하여 전입신고하러 온 구민들에게 배부한 '○○구 전입안내'란 제목의 전입안내문에 ○○구에 새로 전입한 구민들에게 필요한 정보인 ○○구의 일반 현황, 행정정보, 청사이용안내, 생활민원안내 및 민원실 등 주요전화번호 등의 내용에 더하여, '본 안내서가 여러분들이 ○○에서 생활하는 데 도움을 주는 자료가 되기를 기대하고, 전입을 환영합니다.'라는 취지의 문구와 함께 "○○구청장 ◇◇◇입니다." 또는 "○○구청장 ◇◇◇"라는 피고인의 직명과 성명을 기재함과 아울러 피고인의 사진을 게재한 행위
2	대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결	지역 환경운동연합의 사무국장과 간사인 피고인들이 2010. 6. 2. 실시된 제5회 전국동시지방선거를 앞두고 선거쟁점인 이른바 '4대강 사업'에 반대하는 활동을 한 행위
3	대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도9243 판결	'친환경 무상급식 풀뿌리 국민연대' 대표인 피고인이 제5회 전국동시지방선거를 앞두고 선거쟁점으로 부각된 '학교무상급식 정책'에 관하여 한 지지활동 중 무상급식 정책에 찬성·반대하는 특정 정당 등을 직·간접적으로 언급하면서 지지·비판한 행위를 제외한, 종전부터 주장해 온 무상급식 정책을 지지하는 내용의 행사에 불과한 행위
4	대법원 2015. 12. 23. 선고 2013도15113 판결	공무원인 피고인이 18대 대통령 선거와 관련하여 자신의 트위터에 특정 정당을 지지하는 내용의 트윗글을 작성하여 게시하거나, 다른 사람들의 트윗글을 자신의 트위터에 리트윗한 후 이에 관한 반박이나 동조의 의견을 담은 트윗글을 작성하여 게시한 행위

구청장으로 재직해 오면서 특별한 사정이 없는 한 다음 구청장선거에 당연히 출마할 것이 예상되었던 피고인이 전입신고하러 온 구민들에게 배부한 '○○구 전입안내'란 제목의 전입안내문에 ○○구에 새로 전입한 구민들에게 필요한 정보인 ○○구의 일반 현황, 행정정보, 청사이용안내, 생활민원안내 및 민원실 등 주요전화번호 등의 내용에 더하여, '본 안내서가 여러분들이 ○○에서 생활하는 데 도움을 주는 자료가 되기를 기대하고, 전입을 환영합니다.'라는 취지의 문구와 함께 "○○구청장 ◇◇◇입니다." 또는 "○○구청장 ◇◇◇"라는 피고인의 직명과 성명을 기재함과 아울러 피고인의 사진을 게재한 행위는 선거운동에 해당하지 않는다고 보았다.⁷⁰⁾ 지역 환경운동연합의 사무국장과 간사인 피고인들이 지방선거를 앞두고 선거쟁점인 이른바 '4대강 사업'에 반대하는 활동을 한 행위도 선거운동에 해당하지 않는다고 보았다.⁷¹⁾ 선거쟁

70) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1792 판결.

71) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결.

점으로 부각된 ‘학교무상급식 정책’에 관하여 한 지지활동 중 무상급식 정책에 찬성·반대하는 특정 정당 등을 직·간접적으로 언급하면서 지지·비판한 행위를 제외한, 종전부터 주장해 온 무상급식 정책을 지지하는 내용의 행사에 불과한 행위도 선거운동에 해당하지 않는다고 판시하였다.⁷²⁾ 공무원인 피고인이 18대 대통령 선거와 관련하여 자신의 트위터에 특정 정당을 지지하는 내용의 트윗글을 작성하여 게시하거나, 다른 사람들의 트윗글을 자신의 트위터에 리트윗한 후 이에 관한 반박이나 동조의 의견을 담은 트윗글을 작성하여 게시한 행위는 공직선거법상 금지되는 선거운동에 해당하지 않는다고 보았다.⁷³⁾

공직선거법상 금지되는 선거운동이 아니라고 본 사례들을 보면 특정한 정책에 대한 찬반의사의 표명에 그친다는 점을 확인할 수 있다. 문제된 정치적 표현이 특정한 선거와 관련하여 후보나 정당을 특정할 수 있을 정도에 이르렀는지 여부가 중요한 판단요소로 작용한 것으로 보인다.

제3절 대상판결 이후의 선거운동 관련 판결의 변화

대상판결의 의의와 한계를 평가하기 위해서는 하나의 사례로 분석하고 평가하는 것으로는 부족하고, 대상판결에서의 새로운 기준이 하급심의 구체적인 사안에서 어떻게 이해되고 적용하였는지를 추적해 볼 필요가 있다. 시기적으로 아직 하급심 판결이 충분히 축적된 것은 아니나, 현재까지 하급심 판결에서 유의미한 변화의 추이나 주목할 만한 경향이 나타나는지 여부를 확인하는 작업은 이러한 관점에서 의미가 있을 것이다. 이러한 작업을 통해 대법원이 추가적으로 제시하여야 할 기준이 무엇인지, 대상판결 이후 선거운동 규제의 방향성이 어떻게 변화하였는지를 판단할 수 있는 단초를 제공할 수 있을 것으로 기대된다.

72) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도9243 판결.

73) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2013도15113 판결.

1. 대상판결 이후 유사 사실관계에 대한 판결

우선 대상판결 이후 대상판결을 관련 법리로 인용하여 선거운동 해당 여부를 판단한 사건 중 대상판결과 같이 후보자가 선거운동을 하였거나 선거운동 목적 유사기관을 설치한 사안들을 살펴보고자 한다.

먼저 대상판결 이후 후보자의 선거운동 중 금지되는 선거운동을 유죄를 인정받은 사례는 다음과 같다. ① 피고인들이 조직하고 행사를 진행한 W산악회는 ‘산행을 통하여 체력증진과 친목도모로 지역사회발전에 기여한다’는 정관의 목적에도 불구하고 피고인 A가 2016년 제20대 국회의원 선거에서 당선될 수 있도록 최대한 많은 선거인을 동원하여 위 피고인에 관한 의혹을 해명하고 업적을 홍보하는 활동에 집중하였다. 나아가 W산악회의 조직경위와 인적 구성, 참석자의 동원방식, 피고인 A의 인지도, ‘대화의 시간’ 등 행사의 구성방식, 질문자와 질문내용 선정의 작위성, 행사규모의 급격한 확대과정, 회비를 초과하여 제공된 경제적 이익의 내용과 아울러 행사의 사회자 또는 참석자가 직접 국회의원 선거를 언급하기도 한 점, 당시 Z선거관리위원회에서 산악회 행사를 알고 2015. 9. 산악회장인 피고인 B에게 관련 법규를 안내한 점, 그 밖에 행사에 참석한 사람들이 진술한 전반적인 내용 등 여러 사정들을 종합해 보면, 이는 통상적인 정치활동의 범주에서 벗어나 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 객관적으로 인정되는 행위로서 공직선거법상 ‘선거운동’을 위한 사조직 설치행위 또는 ‘선거운동’에 해당된다고 볼 수 있다.⁷⁴⁾ ② 피고인 A는 제20대 국회의원 선거의 예비후보 등록을 한 자로서 다른 피고인들과 공모하여 2015년 7월경 선거사무소와 유사한 기관을 설치하고 2015. 7. 17.경 선거운동을 위한 단체문자를 전송하고 2015. 11. 26.~29.경 등산 모임 등 각종 행사를 주선하면서 피고인 A가 그 행사에 참석하여 인지도를 높이기 위한 선거운동을 하였으며 다른 피고인들은 급여·식대·교통비 명목으로 선거운동 대가를 수수하기도 하였다.⁷⁵⁾ ③ 피고인은 2016. 2. 2. 미리 예약한 식당에서 G 이장단(총 23명) 및 유관기관 직원 등 64명의 참석자들에게 음식물을 제공하고 K 예비후보자를 초대하여 일일이 인사를 나누도록 하였는데 이는 당시 선거구 통합이 예상되던 S지역에 출마하려는 K를 지역 주민들에게 소개하고 인지도

74) 대법원 2018. 4. 20. 선고 2016도21171 판결.

75) 부산지방법원동부지원 2016. 7. 15. 선고 2016고합60판결.

를 제고하려는 취지의 사전선거운동에 해당한다.⁷⁶⁾

반면 대상판결 이후 공직선거법이 금지하는 선거운동에 해당하지 않는다고 본 사례는 다음과 같다. ① 제20대 국회의원 선거에서 Z선거구에 출마예정인 전 W시 군수인 피고인이 제20대 국회의원선거일 약 1년 6개월 전인 2014. 12. 23. 당선을 위하여 지지자와 함께 선거운동을 위한 사조직 'AM'을 설립하고 'AM' 산악회 주최로 여러 차례 산행을 실시하면서 피고인은 수십 명의 산악회 회원들을 상대로 함께 점심을 먹으며 음주를 하고 장어구이 등을 제공하는 등 산악회 회원들에게 피고인의 인지도를 높이고 선거운동을 위한 조직인 AM 회원들의 단합을 위한 활동 등을 하였으며 2015. 9. 21. 약 1000여명의 Z 선거구민을 초청하여 AM정책세미나를 개최하여 정책 발표를 하였고, 2015. 6. 2.경 전남 BM에 있는 W군청 앞에서 지지자들과 함께 현역 국회의원 소유 건물 앞 배선로의 이설은 현역 국회의원의 갑질과 외압으로 인한 한국 전력의 부당한 예산 집행이라는 여론을 조성하기 위하여 선거운동기간 전에 집회를 개최하였다.⁷⁷⁾ ② 갑 고등학교 총동창회 총무국장인 피고인이 인터넷 대량 문자발송 서비스를 이용하여 동문들에게 '공직선거후보자 추천을 위한을 정당 당내경선 후보자 여론조사에서 동문인 병을 지지해 달라'는 내용의 문자메시지를 전송함으로써 선거운동기간 전에 단체의 명의로 공직선거법에서 정한 방법 외의 방법으로 공직선거 예비후보자이자 을 정당 경선후보인 병을 위한 경선운동 및 선거운동을 하였다고 하여 공직선거법 위반으로 기소된 사안에서, 공소사실 중 피고인이 당내경선을 대체하는 여론조사 당일 공직선거법상 허용되지 않는 방법으로 '경선운동'을 한 부분을 유죄로 인정하고, 나머지 공소사실에 대하여는 문자메시지 발송 시점이나 경위, 문자메시지에 표시된 병의 지위 및 문자메시지 자체의 내용, 당내경선에서 후보자들 간의 경쟁구도 및 치열한 경선상황 등을 종합하면, 피고인의 행위는 병의 '당내경선'에서의 당선을 주된 목적으로 하는 것으로서 '공직선거'에서의 병의 당선을 도모하고자 하는 의사가 포함되어 있었더라도 부수적인 것에 불과하여 '선거운동'에 해당하거나 '선거'에 영향을 미치기 위한 행위라고 단정할 수 없다는 이유로 무죄로 판단한 제1심판결을 수긍하였다.⁷⁸⁾ ③ 피고인 A가 공동피고인 G 등과 공모하여 제20대 국회의원 선거일인 2016.

76) 대전고등법원 2017. 5. 15. 선고 2016노417 판결.

77) 광주지방법원목포지원 2017. 2. 16. 선고 2016고합27, 2016고합78 판결.

78) 서울고등법원 2017. 1. 6. 선고 2016노3684 판결.

4. 13.부터 약 9개월 전인 2015. 7.경 H단체 지회 사무실을 개설한다는 명목으로 공직선거법 규정에 의한 선거사무소 또는 선거연락소와 유사한 기관을 설치하고 2015. 8. 학부모들을 대상으로 한 입시설명회, 2015. 11. 등산모임, 2015. 9.,과 2015. 10. 에는 무료 급식 봉사활동을 개최하였으나 회칙에서 회원 간의 심신단련과 친목 도모, 교육을 비롯한 다양한 부문의 지역사회 발전 등을 단체의 목적과 사업으로 삼고 있으므로, 위와 같은 행사가 단체의 통상적인 활동 범위를 벗어난 것이라고 보기는 어려우며 피고인 A가 위 행사에서 축사를 하거나 참가자들과 인사를 나누었으나 그 기회에 국회의원 출마계획을 언급하거나 선거에서 지지를 부탁하였다고 볼만한 증거는 나타나 있지 않다. 따라서 선거일과의 간격, 전체 행사에서 차지하는 비중 등 객관적인 사정에 비추어 볼 때 당시 선거인의 관점에서 국회의원 선거에서 피고인 A의 당선을 도모하는 목적의사가 있음을 쉽게 추단하기 어렵다고 할 것이다. 선거일 7개월 전인 2015. 9. 10. K회원 약 22명이 참석한 발대식에 참석하여 인사한 것은 선거인의 관점에서 출마계획에 관한 언급 없이도 당선을 도모하는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있다고 보기는 어려우며 또한 피고인들이 2015. 9. 24. 전송한 문자메시지는 추석명절을 앞두고 의례적인 안부를 묻는 내용으로 공직선거법 제578조 제1항 단서 제6호에서 선거운동으로 보지 않는 행위에 해당한다고 할 것이다.⁷⁹⁾

대상판결 이후의 판결들을 보면 다수의 공모자들 내부에서는 특정선거에서 특정 후보자를 당선시키려는 목적의사를 인정할 수 있는 경우라도 그와 같은 행위가 이루어진 시점과 태양 등을 고려하여 그 목적의사가 객관적으로 인식될 수 있는 징표가 있는지 여부에 따라 선거운동 여부를 판단함으로써 대상판결의 취지나 법리를 따르는 태도를 취하고 있다. 그러나 위 판결들의 사실관계를 보면, 특히 선거운동으로 인정한 사례와 부정한 사례 중 산악회 활동의 경우 그 사실관계가 유사한 측면이 적지 않음에도 불구하고 다른 결과가 인정되었다는 점이다. 여전히 대상판결이 제시한 기준이 선거운동 관련 현실을 완전히 해결할 수 있다고 볼 수는 없다. 대상판결 이후 하급심 판결을 볼 때 아직 대상판결의 해석만으로는 해결되지 않는 모호성이 여전히 남아있음을 확인할 수 있다.

79) 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016도20658 판결.

2. 일반 유권자의 정치활동과 선거운동에 관한 판결

대상판결이 새롭게 해석한 선거운동 개념에 비추어 후보자가 아닌 일반 유권자들의 정치적 활동이 선거운동에 해당하는지 여부에 관한 사안들에 대해서도 주목하였다. 특히 이러한 유형 중에는 페이스북의 공유기능을 사용한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부가 쟁점이 된 사안들이 상당수를 차지하고 있어 이를 중점적으로 검토하였다.⁸⁰⁾

가. 선거운동 관련 유죄 인정 하급심 판결

제20대 국회의원선거와 관련된 사안들에서 페이스북 공유기능을 이용한 사례들이 대거 기소되면서 당해 행위가 선거운동에 해당하는지 여부가 재판에서 쟁점이 되었다. 이러한 변화는 커뮤니케이션 환경의 변화로 인한 것으로 볼 수 있는데, SNS사용이 일상화되어 있는 환경에서 유권자의 정치적 활동이 선거운동에 해당하는지 여부가 문제된 것이다. 하급심에서 선거운동에 해당한다고 인정한 사례들은 다음과 같다.

〈표 3-3〉 대상판결 이후 선거운동에 해당한다고 본 사례들

연번	사건번호	범죄사실
1	인천지방법원 2016. 11. 4. 선고 2016고합620 판결	중학교 교사인 피고인인 제20대 국회의원선거 9일 전부터 하루 전까지 표○원 후보가 자신의 페이스북에 게시한 홍보성 게시글과 관련 언론기사, 선거운동 사진을 피고인의 페이스북 계정에 공유
2	서울남부지방법원 2016. 11. 17. 선고 2016고합480 판결	고등학교 교원인 피고인이 선거일 당일 ['더민주 경제공약 집대성 주○형 "새누리 정책 아이디어 고갈"']이라는 제목의 신문기사가 링크된 게시물을 피고인의 페이스북 계정에 공유
3	대전지방법원 서산지원 2016. 12. 15. 선고 2016고합297 판결	초등학교 교사인 피고인이 선거일 약 3주 전 타인이 작성한 '세월호 실소유주 국정원 너 잡으러 출마했다.'는 플래카드를 든 남성 아래 '○○(을) 김○근'이라고 기재된 게시글을 페이스북 계정에 공유한 후 '시원하고 선명하다!'고 기재하고, 선거일 일주일 전 타인이 작성한 '이 분이 누구시고 하니 2009년 MB정권 때 ○○시 원안사수를 위한 시위를 진압하려 오신 ○○경찰청장 박○준. 그래도 모르신다고라?'라는 내용의 게시글을 페이스북계정에 공유

80) 이하 하급심 판결들을 소개함에 있어서는 현재 소송계속 중인 사건들에 대한 접근이 용이하지 않아 판사 출신 저자의 논문을 중심으로 대상판결 이후 하급심 판결의 경향을 검토하였음을 밝혀둔다(조동은, 앞의 글, 361-368면 참조).

연번	사건번호	범죄사실
4	울산지방법원 2016. 12. 23. 선고 2016고합297 판결	교원인 피고인이 김○성 후보의 선거운동 모습을 촬영한 사진이 게재된 기사를 공유하면서 “갑자기 이견 또 뭘 개소리야? 내 고향이 부산이긴 하지만 정말 영도 시민들 제발 정신 좀 차립시다. 이놈은, 아니 새농당놈들은 기승전 색깔론 종북몰이! 정말 지겹다!” 등 10회에 걸쳐 피고인의 페이스북에 글을 작성하여 게시하거나 타인의 글을 공유하여 게시
5	광주지방법원 2016. 12. 23 선고 2016고합371 판결	교육공무원인 피고인이 선거일 일주일 전 제3자가 작성한 ‘새누리당의 생쓰, 큰 절? 삭발 읍소, 유권자가 이번에 또 속으면 돌아오는 것은 배신뿐’이라는 제목의 특정 정당에 대한 반대의사가 명시된 개인글을 페이스북계정에 공유
6	수원지방법원 안산지원 2017. 1. 13. 선고 2016고합295 판결	고등학교 교사인 피고인 이 선거일 4일 전 “나○원 큰일났네 성적까지 위조했네”라는 기사를 페이스북계정에 공유하고 “우리사회의 쓰레기 종편의 어머니 나○원, 이○박의 지시를 국회 날치기 사회로 통과”라는 글을 게시
7	의정부지방법원 2017. 1. 25. 선고 2016고합435 판결	고등학교 교사인 피고인이 선거 약7주전 ‘테러방지법 통과를 반대하기 위해 은○미 의원이 필리버스터를 진행하고, 새누리당 소속 김○남 의원이 그런다고 공천 받는 게 아니더라고 말하고 은위원이 이를 반박하면서 사과를 요구하는 내용’의 동영상상을 페이스북계정에 공유하고 “김○남이라는 의원이 있었구나. 지역구가 ○○이란다. 언론보도를 보니 과거에 자기 보좌관을 때렸다는 증언이 나오기도 한다”라는 글을 게재
8	광주지방법원 목포지원 2017. 2. 16. 선고 2016고합90 판결	초등학교 교원인 피고인이 선거일 한 달 전과 3주 전 피고인 거주지역 선거구 민중연합당 후보자 출마 기자회견과 함께 응원해 달라는 취지의 내용이 기재된 제3자의 글, 선거홍보물 사진을 페이스북 계정에 공유
9	수원지방법원 안산지원 2017. 2. 16. 선고 2016고합292 판결	공무원인 피고인이 2016. 4. 경 “1번 찍으면 당신 아들이 1번으로 짝립니다”라는 내용의 사진과 “당신이 1% 특권층이라면 당연히 99% 민중을 위하는 민중연합당에 투표를 하지 않는 것이 당연합니다”라는 제3자의 글을 페이스북 계정에 공유(등 8회에 걸쳐 같은 방법으로)
10	수원지방법원 성남지원 2017. 2. 16. 선고 2016고합217 판결	중학교 교사인 피고인이 선거일 이틀 전 “선거철만 되면..잠깐, 유권자에게 무릎 꿇는 기호1, 또 속으시면 다음 4년은 여러분이 무릎 꿇게 됩니다! 여러분의 한 표가 거짓된 대한민국을 바꿉니다”라는 글을 비롯 4회에 걸쳐 유사한 글을 페이스북 계정에 공유
11	대전지방법원 2017. 5. 18. 선고 2016고합340 판결	중학교 교원인 피고인이 2016. 2. 26.부터 4. 13. 까지 ‘새누리당 의원 몇 명이 국회 계단에서 셀카를 찍는 장면’에 ‘필리버스터 진행 중 인 증샷 놀이를 하고 있다. 이래도 1번입니까?’라는 글이 적힌 사진을 비롯 9회에 걸쳐 제3자 작성 게시물을 페이스북 계정에 공유

나. 선거운동 관련 무죄 인정 하급심 판결

페이스북 공유기능을 이용한 사례 중 하급심에서 선거운동에 해당하지 않는다고 판단한 사례들은 다음과 같다.

〈표 3-4〉 대상판결 이후 선거운동에 해당하지 않는다고 본 사례들

연번	사건번호	공소사실
1	서울남부지방법원 2016. 11. 17. 선고 2016고합480 판결	사립학교 교원인 피고인이 선거일 약 한 달 전 [시력측정표로 변신한 선거 현수막.. '대박' 쳤다]라는 제목으로 더불어민주당 후보자로 출마하려고 하는 홍○표의 선거 현수막 사진이 포함된 신문 기사를 링크한 게시물을 페이스북 계정에 공유
2	대전지방법원 서산지원 2016. 12. 15. 선고 2016고합54 판결	초등학교 교사인 피고인이 선거일로부터 약 한달 반 전 '민중의 소리'에서 작성한 '민중연합당 창당선언 영상' 게시글을 페이스북 계정에 공유하고, "직접정치, 생활정치!"라고 기재
3	서울북부지방법원 2016. 12. 23. 선고 2016고합436 판결	1) 초등학교 교사인 피고인이 2015. 11. 4. [순천시민, 이○현 의원 역사 교과서 막말 주민소환 추진]이라는 경향신문 기사를 페이스북 계정에 공유하고 "순천시민들을 응원하고 지지합니다. 국회의원은 역시 잘 뽑아야 합니다. 자전거소, 눈물쇼, 진정성쇼, 쇼는 그냥 쇼"라는 게시글을 작성. 2) 같은 피고인이 2016. 3. 1. '선거때마다 이기려고 전쟁 부추겨? 인자 그 번호 안찍을겨! 백만명 1인등불 국민연대(장준하부활시민연대)'라는 내용의 팸말을 들고 있는 일반인 사진을 첨부하고 "이제 어르신들도 새누리당 안찍는다 다집하고 행동에 나서"라고 적은 제3자 작성글을 페이스북 계정에 공유
4	서울북부지방법원 2016. 12. 23. 선고 2016고합437 판결	고등학교 교사인 피고인이 선거 약 일주일 전 MBN 뉴스보도 "최○환 새누리당 의원이 개소식에서 경제부총리 그만뒀지만 친한 공무원 수두룩.. 새누리당 후보 당선시켜 주면 전관예우 발취해 용인에 확실한 예산 보내 주겠다" 등을 페이스북계정에 공유
5	수원지방법원 2017. 1. 19. 선고 2016고합523 판결	고등학교 교사인 피고인이 선거일 일주일전 새누리당 후보들이 바닥에 무릎을 꿇고 사죄하는 사진 3장을 페이스북 계정에 공유하면서 "매번 선거때마다 저렇게 절하고 사죄하고 잘못했다 하면서 당선되고 집권하면 까말게 잊어버리는 저들.. 아마도 저 보관함엔 양심이란 게 보관되어 있을 것 같다. 근데 진짜 회초리로 때려도 될까? 궁극하네"라는 글을 게시
6	의정부지방법원 2017. 1. 25. 선고 2016고합435 판결	고등학교 교사인 피고인이 선거 3주전 경향신문의 [더민주 비례대표 후보들 상당수, 도덕성·정체성 배치 논란.. 논문 표절에 시민단체 낙선대상까지]라는 기사를 페이스북 계정에 공유하고 "민주당 대선후보의 안보 공약을 '북한의 대남적화전전략과 궤를 같이 하는 중복좌파적 정책'이라고 비판하는 성명을 내는데 함께 했다"는 등의 글을 게재
7	수원지방법원 2017. 1. 26. 선고 2016고합522 판결	고등학교 교사인 피고인은 선거 약 5주전 민노총 한국비정규직노동센터장 이○신이 '노동인권변호사 권○국이 용산참사 살인 진압 주범 김석기를 심판하러 간다'는 내용으로 ○○시 선거구에 출마한 권○국의 기자회견 소식을 홍보하는 글과 포스터 사진을 게시한 것을 보고 위 게시글과 관련 포스터 사진을 페이스북계정에 공유
8	수원지방법원 안양지원 2017. 2. 3. 선고 2016고합157 판결	고등학교 교사인 피고인은 선거 약 4주전 '통합진보당 김○연 진박 홍○중 저격수로 돌아오다-오마이뉴스'라는 기사를 페이스북계정에 공유 (선거 나올 전까지 이를 합하여 모두 4회)
9	광주지방법원 장흥지원 2017. 2. 7. 선고 2016고합20 판결	교육공무원인 피고인은 선거 일주일전 새누리당 대구지역 공천을 받은 제20대 국회의원 선거 후보자들이 무릎을 꿇고 있는 사진이 있는 '무릎 꿇은 진박들, 잘못했다. 한번만 봐달라'라는 기사를 페이스북 계정에 공

연번	사건번호	공소사실
		유하고 '니들은 대통령 눈치만 보잖아! 대통령이 국회의원 시켜줄 건데 걱정하지마쇼'라는 취지의 글을 게재(선거일까지 이를 합하여 12회)
10	수원지방법원 성남지원 2017. 2. 16. 선고 2016고합217 판결	중학교 교사인 피고인이 2016. 2. 28.부터 선거일 이틀 전까지 5회에 걸쳐 국회의원 선거와 관련하여 새누리당을 반대하고 민중연합당을 지지하는 내용의 페이스북 글을 공유하여 게시
11	서울중앙지방법원 2017. 2. 17. 선고 2016고합968 판결	중학교 교사인 피고인이 선거일 약 3주전 제3자가 작성한 '서울 ○○을 새누리당 후보자 나○원이 장애아동을 목욕시키는 모습의 사진과 나○원이 당선을 위해 장애아동을 이용한다는 취지의 제3자의 글을 페이스북 북계정 공유기능을 이용하여 옮겨온 다음 그 위에 『상,식』이라는 게시글을 작성(이를 합하여 2016. 1. 9.부터 2016. 4. 12.까지 13회에 같은 방식)
12	대전지방법원 2017. 5. 18. 선고 2016고합340 판결	중학교 교원인 피고인이 2016. 2. 15.부터 3. 21.까지 "아버님, 어머니 이 1번 찍으시면 당신 손주가 비정규직이 됩니다."라는 글이 적힌 현수막 사진을 실은 기사를 페이스북 계정에 공유(모두 6회)

3. 대상판결의 선거운동 관련 판결의 변화

대상판결 이후의 판결들을 보면, 대상판결에서 논증되었던 항목들이 강화되고 있음을 확인할 수 있다. 구체적으로 당해 행위가 이루어진 시기, 태양, 일반인에게 외부적으로 드러난 사정 등이 설시되고 있다. 대상판결이 제시한 기준 중에서도 특히 당해 행위가 이루어지는 시점에 대한 평가가 가장 중요한 비중을 차지하고 있음을 확인할 수 있다. 앞서 확인한 바와 같이 대상판결은 공직선거법 제반규정의 구조로부터 당해 행위가 이루어진 시기가 중요한 의미를 가진다고 보았다. 그런데 대상판결 이후 하급심 판결들 역시 행위와 선거 간의 시간적 간격에 대한 논증의 중요성을 일관되게 중요한 기준으로 삼고 있었다. 다만 보다 구체적으로 어느 정도가 선거일에 가까운 시점인지 여부에 대해서는 아직 일반적 추세나 기준이 형성되었다고 볼 수는 없는 상황이다.⁸¹⁾

또한 선거운동과 관련하여 하급심 판결에서 상당수를 차지하는 것은 후보자의 선거운동보다도 일반인의 선거운동이 문제된 경우였다. 여기에도 대상판결의 법리가 그대로 일반화되어 적용되고 있음을 확인할 수 있었다. 특히 그 중에서도 페이스북 공유기능을 활용하여 게시물을 공유하거나 의견을 부가한 사안들이 다수 확인되었는데, 하급심에서는 아직 다양한 흐름이 나타나고 있음을 알 수 있었다. 그러나 위의 하급심

81) 조동은, 앞의 글, 369쪽.

판결을 종합해 보면, SNS가 일상화되어 있는 현실을 제대로 반영하지 못하고 있는 것으로 보이며, 공유하기 기능 활용과 같이 단순히 의견을 공유한 경우에도 선거운동으로 보아 처벌하는 문제가 있고, 선거운동으로 본 경우와 아닌 경우의 명확한 기준도 확인할 수 없다. 이상의 대상판결 이후 판결의 변화를 보면, 여전히 대상판결이 제시한 기준이 선거관련 현실을 완전히 해결할 수 있다고 볼 수는 없다. 하급심 판결의 분석을 통해 볼 때 아직 대상판결의 해석만으로는 해결되지 않는 모호성이 여전히 남아있음을 확인할 수 있었다. 구체적인 실제 사례에서는 보다 명확한 기준이 제시되어야 할 것으로 보인다.

제4절 대상판결 이후의 선거운동 불법유형의 검토

대상판결의 의의와 한계를 평가하기 위해서는 대상판결 및 대상판결 전후의 판결례만으로는 부족하고, 실제 대상판결의 기준을 구체적 사안에서 대상판결의 구체적인 기준이 어떻게 이해·적용하였는지 추적해 볼 필요가 있다. 아직 구체적 사안이 충분히 축적된 것이 아니라 다소 이른 측면이 없지는 않다. 대상판결은 제20대 국회의원선거 일인 2016. 4. 13.부터 약 4개월 후인 2016. 8. 26. 선고되었다. 대상판결 이후 진행된 선거는 2017년 제19대 대통령선거와 2018년 지방선거이다. 이에 따라 해당선거에서의 선거운동 관련 위법행위 및 조치현황 자료를 토대로 현재까지 실제 사안에서 유의미한 변화나 주목할 만한 경향이 나타나는지 확인하고자 한다. 다만 시기적으로 2018년 지방선거의 현황을 확인하는 데 한계가 있어 이하에서는 2016년 실시된 제20대 국회의원선거와 2017년 실시된 제19대 대통령선거를 중심으로 살펴보았다.

1. 2016년 제20대 국회의원선거에서의 선거운동 불법유형

가. 선거관리위원회의 선거운동 관련 위법행위 및 조치현황

2016. 4. 13. 시행된 제20대 국회의원선거의 선거과정을 분야별로 정리하여 발간한 중앙선거관리위원회 「제20대 국회의원선거 총람」을 중심으로 살펴보았다. 이를 통해

당해 선거에서의 선거관리위원회의 선거운동 관련 위법행위 및 조치현황을 정리하였다.

선거관리위원회는 제20대 국회의원 선거에서 구두경고나 현지시정 조치되는 경미한 위법행위 이외에 매수 및 기부행위, 허위사실공표 등 흑색선전행위, 후보자추천 관련 금품수수행위, 언론의 허위보도 등 불법행위, 불법선거여론조사를 5대 중대선거범죄로 선정하여 이를 철저히 조사·조치하였다.

〈표 3-5〉는 제20대 국회의원선거에서의 5대 중대선거범죄 조치현황을 정리한 것이다.

〈표 3-5〉 5대 중대선거범죄 조치현황

(단위: 건)

구분	합계	고발	수사의뢰	경고 등
합계	605	154	43	408
매수 및 기부행위	202	74	19	109
허위사실공표·비방·특정지역비하 등 흑색선전행위	265	53	18	194
후보자추천 관련 금품수수행위	1	0	1	0
언론의 허위·왜곡보도 등 불법행위	30	11	0	19
불법선거여론조사	107	16	5	8

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제20대 국회의원선거 총람

〈표 3-6〉에서 보면, 매수 및 기부행위는 총 202건을 조치하였는데, 이는 제19대 국회의원선거 대비 109건이 줄어든 수치로 선거운동 관련 전통적인 위법행위가 지속적으로 감소하고 있는 것으로 보인다.⁸²⁾

〈표 3-6〉 기부행위 등 선거범죄 조치현황

(단위: 건)

구분	합계	고발	수사의뢰	경고 등
제20대 국회의원선거	202	71	19	109
제19대 국회의원선거	311	131	57	123

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제20대 국회의원선거 총람

82) 중앙선거관리위원회, 제20대 국회의원선거 총람, 2016, 199쪽.

반면, <표 3-7>을 보면, 허위사실공표·비방 흑색선전행위의 경우에는 선거범죄 총 265건을 적발하여 고발 53건, 수사의뢰 18건, 경고 등 194건을 조치한 것으로 나타났다. 이러한 수치는 제19대 국회의원선거의 전체 조치건수 133건에 비해 2배 정도 증가한 수치이다. 제20대 국회의원선거에서 허위사실공표 등 가짜뉴스 관련 문제가 사회적으로 이슈가 되기도 하였지만, 선거관리위원회에서 허위사실공표·비방 등 흑색선전행위에 대비하기 위해 이를 집중 모니터링 하고 조치한 결과이기도 하다.⁸³⁾

<표 3-7> 허위사실공표·비방 등 흑색선전행위 조치현황

(단위: 건)

구분	합계	고발	수사의뢰	경고 등
제20대 국회의원선거	265	53	18	194
제19대 국회의원선거	133	36	22	75

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제20대 국회의원선거 총람

<표 3-8>을 보면, 제20대 국회의원선거와 관련하여 공직선거법 위반으로 중앙선거관리위원회가 조치한 건은, 총 1,370건으로 고발 209건, 수사의뢰 55건, 경고 등 1,106건으로 제19대 국회의원선거에 비해 선거법 위반행위가 225건 감소한 것으로 나타났다.

<표 3-8> 선거법위반행위 조치현황

(단위: 건, %)

구분	합계	고발	수사의뢰	경고 등
제20대 국회의원선거	1,370	209	55	1,106
제19대 국회의원선거	1,595	264	174	1,157
증 감	△225 (△14.1)	55 (△20.8)	119 (△68.4)	51 (△4.4)

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제20대 국회의원선거 총람

한편 <표 3-9>에서는 제20대 국회의원선거에서 가장 조치가 많았던 유형은 허위사실공표 229건, 기부행위 등 202건, 인쇄물 관련 200건 순으로 나타났다. 전통적인 기부행위, 허위사실공표 등의 건수가 주된 유형으로 나타난 가운데, 인쇄물 관련,

83) 제20대 국회의원선거 총람, 200쪽.

시설물 관련, 문자메시지용 등 구체적인 선거운동의 방법과 관련한 위법행위도 여전히 규제하고 있음을 확인할 수 있다.

〈표 3-9〉 유형별 조치현황

(단위: 건)

구분	합계	고발	수사의뢰	경고 등
계	1,370	209	55	1,106
기부행위등	202	74	19	109
허위사실공표	229	48	15	166
비방·흑색선전	36	5	3	28
인쇄물관련	200	16	4	180
시설물관련	81	1	2	78
유사기관·사조직	12	8	1	3
문자메시지이용	75	7	0	68
집회·모임이용	47	5	0	42
여론조사관련	107	16	5	86
기타	381	29	6	346

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제20대 국회의원선거 총람

유형별 조치현황 비교를 보면, 전반적으로 선거운동 관련 위법행위가 제19대 국회의원선거에 비해 제20대 국회의원선거에서는 감소하는 경향을 보이고 있다. 그러나 허위사실공표나 여론조사관련 위법행위는 제19대 국회의원선거에 비해 상당수 증가한 것으로 나타났다.

〈표 3-10〉 유형별 조치현황 비교

(단위: 건, %)

구분	제20대 국선	제19대 국선	증감(제19대 국선 대비 비율)
계	1,370	1,595	△14.1
기부행위등	202	311	△35.0
허위사실공표	229	56	308.9
비방·흑색선전	36	77	△53.2
인쇄물관련	200	341	△41.3
시설물관련	81	141	△42.6
유사기관·사조직	12	19	△36.8

구분	제20대 국선	제19대 국선	증감(제19대 국선 대비 비율)
문자메시지이용	75	184	△59.2
집회·모임이용	47	69	△31.9
여론조사관련	107	29	269
기타	381	368	△3.5

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제20대 국회의원선거 총람

나. 대상판결의 규제 효과

대상판결은 제20대 국회의원선거일인 2016. 4. 13.부터 약 4개월 후인 2016. 8. 26. 선고되었다. 따라서 제20대 국회의원선거의 선거운동 관련 위법행위나 조치들은 대상판결의 구체적 기준이 반영되었다거나 영향을 받은 것으로 보기는 어렵다. 다만 선거관리위원회에서의 선거운동 관련 위법행위 및 조치현황을 보면 전반적으로 선거운동 규제에 따른 위반행위들이 감소 추세에 있다는 것을 확인할 수 있다.

대상판결에서 밝히고 있는 바와 같이, “사람은 본래 사회적이고 정치적인 존재로서 자연스럽게 사회활동과 정치활동을 하게 마련이고, 특히 정치인은 선거에서 당선되는 것을 목표로 삼는 사람이므로 정치인의 사회활동이나 정치활동은 직접 또는 간접으로 선거와 연결될 수밖에 없다. 그리고 다양한 형태의 정치활동들은 대부분 선거와 밀접하게 관련되어 있음을 부인하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 선거에 영향을 줄 수 있다는 등의 이유만으로 광범위하게 선거운동으로 규제하는 판결들은 대의민주주의에서 당연히 허용되어야 할 국민의 정치활동을 위축시키고, 공직선거법상 금지되는 선거운동과 허용되는 정치활동의 경계를 모호하게 하여 선별적·자의적인 법적용을 초래할 우려가 있는 등의 문제점이 있다”고 하여 통상적인 정치활동의 중요성을 강조하고 있다. 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동을 보장하는 것은 헌법상 기본권에도 부합하는바, 현재의 선거운동의 규제방식은 변화의 필요성이 있다.

여전히 선거관리위원회의 위법행위나 조치현황을 보면, 선거운동과 관련하여 인쇄물 관련 위반행위나 시설물 관련 위반행위 등에 다양한 규제가 이루어지고 있음을 확인할 수 있다. 현재 상황에서는 대상판결이 선거운동의 자유보장에 전환점이 되었다는 점에서 큰 의의가 있고, 향후 선거관리위원회의 조치 변화 등을 통해 다시금 대상판결의 기준을 구체화하고 정립할 필요가 있다.

2. 2017년 제19대 대통령선거에서의 선거운동 불법유형

가. 선거관리위원회의 선거운동 관련 위법행위 및 조치현황

2017. 5. 9. 시행된 제19대 대통령선거의 선거과정을 분야별로 정리하여 발간한 중앙선거관리위원회 「제19대 대통령선거 총람」을 중심으로 살펴보았다. 이를 통해 당해 선거에서의 선거관리위원회의 선거운동 관련 위법행위 및 조치현황을 정리하였다.

선거관리위원회는 제19대 대통령선거에서 현지사정 조치되는 경미한 위법행위 이외에 허위사실공표·비방·특정지역비하·모욕행위, 불법선거운동조직 설치·운영행위, 공무원의 선거관여행위, 매수 및 기부행위를 4대 중대선거범죄로 선정하여 이를 철저히 조사·조치하였다.⁸⁴⁾

〈표 3-11〉 1대 중대선거범죄 조치현황

(단위: 건)

구분	계	고발	수사의뢰	경고 등
계	128	45	13	70
허위사실공표·비방·특정지역비하·모욕행위	80	21	9	50
불법선거운동조직 설치·운영행위	3	2	1	0
공무원의 선거관여행위	21	12	1	8
매수 및 기부행위	24	10	2	12

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제19대 대통령선거총람, 2017

〈표 3-12〉에 보면, 중앙선거관리위원회가 제19대 대통령선거와 관련하여 공직선거법 위반으로 조치한 건은 총 333건으로 고발 99건, 수사의뢰 16건, 경고 등 218건으로 제18대 대통령선거에 비해 공직선거법 위반행위가 176건 감소한 것으로 나타났다.

84) 중앙선거관리위원회, 제19대 대통령선거 총람, 2017, 183쪽.

〈표 3-12〉 선거법위반행위 조치현황

(단위: 건, %)

구분	계	고발	수사의뢰	경고 등
제18대 대선	509	104	97	308
제19대 대선	333	99	16	218
증감	△176 (△34.6)	△5 (△4.8)	△81 (△83.5)	△90 (△29.2)

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제19대 대통령선거총람, 2017

〈표 3-13〉에 따르면 제19대 대통령선거에서 위법행위 조치건수의 비중이 허위사실 공표 75건, 인쇄물관련 34건, 기부행위 등 24건의 순으로 나타났다.

〈표 3-13〉 유형별 조치현황

(단위: 건)

구분	계	고발	수사의뢰	경고 등
계	333	99	16	218
기부행위등	24	10	2	12
허위사실공표	75	18	7	50
비방·흑색선전	5	3	2	0
공무원선거관여	21	12	1	8
유사기관·사조직	3	2	1	0
인쇄물관련	34	4	2	28
시설물관련	21	0	0	21
문자메시지이용	8	1	0	7
집회·모임이용	10	0	0	10
여론조사관련	9	3	0	6
기타	123	46	1	76

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제19대 대통령선거총람, 2017

〈표 3-14〉를 보면, 유형별로 기부행위, 유사기관·사조직 등 전통적인 위법행위는 제18대 대통령선거에 비해 감소추세를 보인 반면, 허위사실공표 등은 제18대 대통령 선거 1건 대비 제19대 대통령선거에서 75건으로 크게 증가하였다.

〈표 3-14〉 유형별 조치현황 비교

(단위: 건, %)

구분	제18대 대선	제19대 대선	증감(제18대 대선 대비 비율)
계	509	333	△34.6
기부행위등	44	24	△45.5
허위사실공표	1	75	7,400
비방·흑색선전	35	5	△85.7
공무원선거관련	12	21	75.0
유사기관·사조직	13	3	△76.9
인쇄물관련	76	34	△55.3
시설물관련	36	21	△41.7
문자메시지이용	10	8	△20.0
집회·모임이용	28	10	△64.3
여론조사관련	8	9	12.5
기타	246	123	△50

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제19대 대통령선거총람, 2017

〈표 3-15〉에 따르면, 사이버선거범죄와 관련하여서는 제19대 대통령선거에서 허위 사실공표 가 가장 많은 25,178건으로 나타났다.

〈표 3-15〉 사이버선거범죄유형별 조치현황

(단위: 건)

구분	합계	고발	수사의뢰	경고 등	삭제요청
계	40,344	42	7	73	40,222
허위사실공표	25,178	16	5	46	25,111
비방·흑색선전	841	1	1	0	839
특정지역 비하·모욕	429	1	0	0	428
선거운동 금지자의 선거운동	115	10	0	8	97
여론조사공표보도금지	12,088	2	0	3	12,083
기타	1,693	12	1	16	1,664

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제19대 대통령선거총람, 2017

〈표 3-16〉을 보면, 사이버선거범죄의 경우 제18대 대통령선거에서 전체 7,201건을 조치하였는데 이에 비해 제19대 대통령선거에서는 40,344건으로 약 5.6배 증가한 것으로 나타났다. 대통령선거가 궐위선거로 실시되면서 선거일정이 빨라졌음에도 불

구하고 사이버선거범죄 전체 조치현황은 상당수 증가한 것을 확인할 수 있다.⁸⁵⁾

〈표 3-16〉 사이버선거범죄유형별 조치현황 비교

(단위: 건, %)

구분	합계	고발	수사의뢰	경고 등	삭제요청
제18대 대선	7,201	10	23	9	7,159
제19대 대선	40,344	42	7	73	40,222
증감 (제18대 대선 대비 비율, %)	33,143 (460.3)	32 (320)	△16 (△69.6)	64 (711)	33,063 (461.8)

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제19대 대통령선거총람, 2017

〈표 3-17〉에서는 제19대 대통령선거 사이버선거범죄를 매체별로 구분하였는데, 개인스마트기기와 SNS 활용이 일상화되면서 SNS를 이용한 선거법 위반행위가 30,355건으로 가장 많은 비중을 차지하고 있는 것으로 나타났다. 선거운동 환경의 변화를 확인할 수 있는 대목이기도 하다.

〈표 3-17〉 사이버선거범죄 매체별 조치현황

(단위: 건)

구분	합계	고발	수사의뢰	경고 등	삭제요청
계	40,344	42	7	73	40,222
인터넷홈페이지	9,966	6	5	10	9,945
SNS	30,355	30	2	54	30,269
문자메시지	12	4	0	8	0
전자우편	1	0	0	1	0
유튜브	10	2	0	0	8

* 출처 : 중앙선거관리위원회, 제19대 대통령선거총람, 2017

나. 대상판결의 규제 효과

2017. 5. 9. 시행된 제19대 대통령선거는 대상판결 이후 치러진 선거에 해당한다. 선거관리위원회의 선거운동 관련 위법행위 및 조치현황을 보면, 제18대 대통령선거에 비해 그 건수가 감소한 것으로 나타나지만 여전히 선거운동 관련 위반행위가 상당한

85) 제19대 대통령선거 총람, 195쪽.

것을 확인할 수 있다. 또한 선거운동 방법에 대한 규제로서 구체적이고 세부적 규제방식은 여전히 문제로 남는다.

한편 제19대 대통령선거에서는 사회적으로 이슈가 되었던 가짜뉴스 문제로 인한 것으로 예상할 수 있으나, 허위사실공포 관련 위법행위가 선거운동 관련 위법행위의 상당부분을 차지하고 있음을 확인할 수 있다. 이에 따라 선거운동 관련 위법행위 및 조치현황만으로는 대상판결의 반영 부분이나 영향력을 확인하기는 곤란한 측면이 있다. 다만 선거운동의 보장을 확대하고자 한 대상판결의 취지에 비추어 보면, 선거운동 관련 위법행위의 양적인 측면은 문제가 아닐 수 없다.

특히 사이버선거범죄의 경우에는 선거운동의 환경변화를 여실히 보여주고 있다. 이는 커뮤니케이션 환경의 변화로 인한 것으로 볼 수 있는데, SNS 사용이 일상화되어 있는 환경에서 유권자의 정치적 활동이 선거운동에 해당하는지 여부가 문제된 하급심 판결의 경향과도 맥을 같이 한다. 그러나 사이버선거범죄의 조치건수가 과거에 비해 크게 증가한 것은 커뮤니케이션의 환경 변화를 감안하더라도 선거운동의 자유와 표현의 자유를 위축시킬 소지가 있다는 점에서 문제가 적지 않다.⁸⁶⁾

3. 2018년 제7회 지방선거에서의 선거운동 불법유형

대상판결 이후 진행된 선거는 2017년 제19대 대통령선거와 2018년 지방선거인데 시기적으로 2018년 지방선거의 현황을 확인하는 데 한계가 있다. 이에 따라 해당선거에서의 선거운동 관련 위법행위 및 조치현황 자료를 토대로 유의미한 변화나 주목할 만한 경향이 나타나는지 확인하는 데에는 다소 제약이 있음을 미리 밝혀둔다.

〈표 3-18〉 유형별 조치현황

(단위: 건)

유형	조치			
	계	고발	수사의뢰	경고 등
합계	2,445	339	68	2,038
기부행위 등	426	118	33	275

86) 같은 지적으로 김대근, 임석순, 유진, 『가짜뉴스 등 허위사실 유포로 인한 사이버상 유권자의사 왜곡 방지에 관한 연구』, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2017 참조.

유 형	조 치			
	계	고발	수사의뢰	경고 등
허위사실공표	369	68	8	293
비방·흑색선전	11	1	4	6
인쇄물관련	439	29	5	405
시설물관련	146	5	2	139
유사기관·사조직	10	3	0	7
기타	1,044	115	16	913

* 출처 : 중앙선거관리위원회(내부자료)

〈표 3-18〉에 따르면 제7회 지방선거에서 위법행위 조치건수의 비중이 인쇄물관련 439건, 기부행위 등 426건, 허위사실공표 369건의 순으로 나타났다. 2018. 6. 13. 시행된 제7회 지방선거에서는 전통적인 기부행위, 허위사실공표 등의 건수가 주된 유형으로 나타난 가운데, 인쇄물 관련, 시설물 관련등 구체적인 선거운동의 방법과 관련한 위법행위도 여전히 규제하고 있음을 확인할 수 있다. 특히 인쇄물관련 위법행위에 대한 조치 건수가 가장 많은 것으로 나타났다.

2018. 6. 13. 시행된 제7회 지방선거는 대상판결 이후 치러진 선거에 해당한다. 그러나 선거관리위원회의 선거운동 관련 위법행위 및 조치현황을 보면, 여전히 선거운동 관련 위반행위가 상당한 것을 확인할 수 있다. 또한 선거운동 방법에 대한 규제로서 구체적이고 세부적 규제방식은 여전히 문제로 남는다.

제5절 대상판결 이후 선거운동 규제의 방향과 과제

선거가 대의기관을 구성하고 민주적 정당성을 부여하며, 이로써 국가권력의 통제와 함께 국민을 통합하는 헌법적 기능을 제대로 수행하기 위해서는 국민의 의사가 선거의 결과로 반영되는 것이 요청된다. 이를 위해서는 국민주권이념에 따라 국민은 누구나 선거에 자유롭게 평등하게 선거인과 후보자로 참여할 수 있어야 하고, 선거에 관하여 자유롭게 의사를 형성하고 결정할 수 있어야 한다. 또한 그 과정에서 선거인과 후보자는 자유롭게 공개적으로 정치적 의견과 정책의 방향을 표명하고 교환하는 것이

보장되어야 한다.⁸⁷⁾

선거의 자유는 선거의 기회균등으로 나타나는 선거의 공정성으로 보완될 때 실질적으로 보장되며, 이로써 국민의 의사가 선거의 결과로 그대로 반영되어 선거의 기능이 제대로 발현된다. 그러나 선거의 공정성을 지나치게 강조함으로써 선거운동을 통해 국민이 자유로운 정치적 의사의 형성 및 결정에 영향을 미칠 수 있는 가능성을 과도하게 제한하게 되면, 국민의 자유로운 의사 형성이 저해되고 국민의 의사를 제대로 반영하는 기능을 하지 못하게 되어 오히려 국민의 의사를 왜곡하는 결과를 초래하게 된다.⁸⁸⁾

대상판결은 선거의 공정성을 위하여 선거에 관한 정보의 소통을 규제하고 차단하는 방식보다는 다양한 수단과 매체를 통하여 정보가 유통되고 정치적 견해가 경쟁하는 과정을 통해 풍부한 판단자료가 선거인에게 제공되는 것이 선거의 공정성을 통해 실질적으로 선거운동의 자유를 보장하는 것임을 분명히 하고 있다. 특히 대상판결에서 강조하는 것은 정치인의 통상적인 정치활동을 보장하여야 한다는 것이다. 선거운동의 개념과 범위를 넓게 해석하여 정당한 평소 정치행위를 형사처벌한다면, “국가권력의 간섭과 통제를 받지 아니하고 정치적 의사를 자유롭게 표현하고 자유롭게 선거운동을 할 수 있는 정치적 자유권과 참정권, 알 권리 등 헌법상 기본권의 본질적인 내용을 침해하게 될 위험이 있다”는 점을 강조하고 있다. 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동을 보장하는 것은 헌법상 기본권의 본질에 부합한다는 판단은 이전의 판결들과 비교되는 부분이다.⁸⁹⁾

또한 대상판결에서는 선거운동에 있어서 기회의 균등을 강조하고 있다는 점이 주목된다. 헌법상 공평한 정치활동의 자유가 보장되어야 하는데 이를 선거운동으로 보아 광범위하게 규제하게 되면 정치신인은 실질적으로 기회균등을 보장받지 못하게 된다. 대상판결은 ‘정치인이 평소 정치적 기반을 다지는 행위는 폭넓게 허용’되어야만 선거에서 실질적인 기회균등이 보장된다고 강조하고 있다.

그러나 대상판결은 이와 같은 긍정적인 의미와 성과에도 불구하고 목적의사를 선거인의 관점에서 객관적으로 판단해야 한다는 점과 행위시점과 선거일 사이의 시간적

87) 손인혁, 앞의 글, 165쪽.

88) 한수용, 앞의 책, 191쪽.

89) 김경호, 앞의 글, 194쪽.

간격에 따라 선거운동에 대한 판단을 달리해야 한다는 점은 한계로 지적된다. 대상판결에서 선거운동의 의미를 명확히 하고 선거운동의 범위를 넓혀 선거운동의 자유를 보장하겠다는 취지에서 이와 같은 해석을 하였다는 판결의 태도는 이해되나, 목적의사의 판단이나 행위시점과 선거인 간의 시간적 간격에 대한 형사법적 검토로서는 그대로 받아들이기 어려운 부분이 있다. 대상판결에서는 목적의사와 관련하여 법률전문가 등에 의한 사후적인 방법으로 판단할 것이 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 선거인의 관점에서 객관적으로 인정되어야 한다고 판단하였고, 선거일이 가까울수록 선거운동 행위로 판단될 수 있다는 것이다. 우선 대상판결에서는 선거운동의 목적과 관련하여 목적범에 관한 일반적인 판단기준을 벗어나 다른 기준을 제시하고 있다. 목적범의 목적은 행위자의 주관적 의도로서 고의 외에 요구되는 초과주관적 구성요건 요소인데, 이는 미필적 인식으로 족하고, 그 판단기준도 주관적 의사가 객관적인 직접 증거나 간접사실을 종합적으로 고려할 때 충족된다.⁹⁰⁾ 따라서 행위자가 실제 당선 내지는 낙선을 도모하고자 하는 목적의사가 중요한 것이지 선거인의 관점에서 그 행위가 선거운동에 해당하는지를 판단하게 하는 것은 타당하지 않다. 그리고 행위의 시점과 선거인과의 시간적 간격에 따른 규제는 동일한 행위라도 그 행위가 이루어진 시기에 따라 선거인의 관점에서 선거와의 관련성이 달리 인식된다는 점에서 타당하지 않다. 선거운동의 개념을 선거일로부터의 시간적 거리에 따라 가변적인 것으로 보는 것은 오히려 그 불명확으로 인해 오히려 왜곡의 문제가 발생할 수 있다.

그럼에도 불구하고 대상판결은 기존의 해석론과는 달리 선거운동의 자유를 확장하는 방향으로 전환한 것으로서 진일보한 판결이라는 점을 부정할 수는 없다. 대상판결에서 선거의 자유와 선거의 공정성을 대립하는 헌법적 가치로 이해하고 우리의 정치 풍토와 선거현실에서 선거의 공정성이 더 중요하다고하거나 양자 간의 기계적인 균형을 시도하는 잘못된 이해에서 벗어나 선거의 공정성의 헌법적 지위와 기능을 제대로 정립하고 선거운동의 자유를 실질적으로 보장하는 방향으로 판단하였다는 점에서 그 의미가 크다고 할 것이다.⁹¹⁾

90) 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체판결.

91) 손인혁, 앞의 글, 165-166쪽.

제 4 장

○ —————

공직선거법상 선거운동의 개념의
연혁 고찰

공직선거법상 선거운동의 개념의 연혁 고찰

제1절 역대 공직선거법상 선거운동 개념의 입법연혁 고찰

1. 광복 이후부터 민의원선거법 제정 이전

가. 「제헌국회의원선거법(미군정법령 제175호)」과 「1948년 국회의원선거법」

1948년 미군정법령 제175호로 제정된 국회의원선거법은 다음과 같이 총 9장으로 구성되어 있었다. 제1장 총칙. 제2장 선거구성급(及)의원수. 제3장 선거인명부. 제4장 선거위원회. 제5장 의원 후보자급(及)선거운동. 제6장 선거방법급(及)정당인. 제7장 국회의원의 임기급보궐선거. 제8장 선거에 관한 쟁송. 제9장 벌칙.

제5장(의원 후보자급(及)선거운동)은 제27조 내지 제29조 3개의 조문으로 구성되어 있었는데, 선거운동의 개념에 대한 정의규정은 없었다. 제27조에 의해 후보자등록제가 인정되었고, 제29조는 “등록한 의원후보자는 자유로이 선거에 관한 선전을 할 수 있음. 각급(級)선거위원회위원급(及)선거 사무에 관계있는 공무원 기타 일선 공무원은 선거운동을 할 수 없음.”이라고 규정하고 있었다.

한편 제9장(벌칙)의 제53조는 선거방해행위 등 선거와 관련된 범죄행위에 대해 규정하고 있었다.⁹²⁾ 제53조 제2호에 의하면 “투표 또는 기권의 조건으로 금전, 물품,

92) 미군정법령 제175호

제53조 좌(左)기의 1에 해당하는 자는 5년이하의 징역 또는 10만원 이하의 벌금에 처함. 단, 정상에 의하여 징역급(及)벌금을 병과할 수 있음.

1. 사기의 방법으로 선거인명부에 등록하거나 또는 투표한 자
2. 투표 또는 기권의 조건으로 금전, 물품, 향응 기타 재산상의 이익을 수수 또는 그 수수를 약속하거나 지위 혹은 영위상 유리한 조건을 제공 또는 그 제공을 약속한 자
3. 폭행, 협박, 체포, 감금 또는 기타의 방법으로 투표 또는 입후보를 못하게 하거나 포기를

향응 기타 재산상의 이익을 수수 또는 그 수수를 약속하거나 지위 혹은 영위상 유리한 조건을 제공 또는 그 제공을 약속한 자”는 5년 이하의 징역 또는 10만원 이하의 벌금으로 처벌되었다.

1948년 12월 23일 제헌국회는 「제헌국회의원선거법(미군정법령 제175호)을 일부 개정하였다.⁹³⁾ 개정이유는 “1949년 1월에 시행예정인 보궐선거에 구법을 적용하는 경우 일부취약지구에서는 공비의 습격을 받을 우려가 있으므로 투표마감시간을 오후 4시로 단축하려는 것”이었다. 따라서 투표마감시간이 오후 7시에서 오후 4시로 단축되었고, 기타 미군정법령 제175호(제헌국회의원선거법)의 내용에 어떠한 변화가 있었던 것은 아니었다.

나. 「1950년 국회의원선거법」

1950년 4월 12일에 새로이 제정된 국회의원선거법⁹⁴⁾ 제7장(선거운동)에서 기존의 국회의원선거법에 비해 보다 상세히 선거운동에 관해 규율하였지만, 선거운동이라는 용어에 대한 정의규정을 두지는 않았다. 제7장의 내용은 아래와 같다.

제35조 (생략)

제36조 국가, 지방자치단체의 공무원과 각급선거위원회의 위원과 직원은 선거운동을 할 수 없다. 단, 국회의원과 지방의회의원은 예외로 한다.
 본법 제29조 제2항 제2호 또는 제3호 해당단체원은 단체의 명의로써 선거운동을 할 수 없다.

제37조 누구든지 의원후보자를 위하여 단순한 연설회를 자유로히 개최할 수 있다.

제38조 의원후보자 또는 선거사무장은 노무를 제공하는 선거운동자에게 여비 기타 실비변상을 할 수 있다.

강요한 자

4. 본법 제34조에 의하여 증언할 때 고의로 허위의 진술을 한 등·이장, 수장 또는 기타의 증인
 5. 선거를 방해할 목적으로 각급(級)선거위원회의 위원 또는 기타 공무원에게 폭행 또는 협박을 가하거나 투표함 또는 투표관계서류를 절취하거나 파괴한 자
 6. 투표소급기(其)부근에서 시위 또는 다수원소(喧騷)하여 선거진행 또는 투표의 자유를 방해한 자
 7. 총포, 도검, 곤봉 기타 흉기를 휴대하고 투표소에 난입한 자
 8. 선거위원회의 위원 또는 기타 공무원으로서 선거법규에 위반하는 행위를 감행한 자
- 93) 법률 제17호, 1948. 12. 23. 일부개정, 1948. 12. 23. 시행. 국가법령정보센터의 법령정보에 의하면 「제헌국회의원선거법(미군정법령 제175호)」를 개정된 법률로 표시되고 있다.
- 94) 법률 제121호, 1950. 4. 12. 폐지제정, 1950. 4. 12. 시행. “과정시대의 선거법령을 새 국가이념에 입각해서 개정하고자 하는 것”을 제정이유로 들고 있다.

제39조 의원후보자 또는 선거사무장은 대통령령의 정하는 바에 의하여 선거운동을 위한 문서를 1회에 한하여 선거인에게 무료우편을 낼 수 있다.

제40조 의원후보자 또는 선거사무장은 대통령령의 정하는 바에 의하여 선거운동을 위한 벽보, 간판등의 선전시설을 할 수 있다.

제41조 학교 기타 공공시설은 대통령령의 정하는 바에 의하여 선거운동을 위한 연설장으로 사용을 허가하여야 한다.

제42조 누구든지 국민학교, 중등학교의 생도 또는 20세미만의 소년 등에 대한 특수관계를 이용하여 선거운동을 할 수 없다.

1950년 국회의원선거법은 이전 국회의원선거법에 비해 선거운동에 있어서 보다 상세히 규율하였을 뿐만 아니라 벌칙규정에 있어서도 보다 상세한 규정들을 두었다. 동법 제98조 제1항은 “ 1. 투표케 하거나 투표할 수 없게 할 목적으로 선거인에게 금전, 물품, 향응 기타 재산의 이익이나 공사의 직을 제공, 약속 또는 요구한 자, 2. 투표를 하였거나 하지 아니하였다는 보수로서 선거인에게 전호에 규정한 행위를 한 자, 3. 선거운동에 이용할 목적으로 학교 기타 공익기관, 단체 또는 청년단체에게 금전, 물품 기타 재산의 이익을 제공, 약속 또는 요구한 자, 4. 전3호에 규정한 행위에 관하여 알선 또는 권유한 자”를 2년 이하의 징역, 금고, 또는 20만원 이하의 벌금으로 처벌하고 있었는데, 동법 제100조는 “의원후보자가 되지 아니하게 하거나 의원후보자를 사퇴케 할 목적으로 제98조 제1항 또는 제2항의 행위를 한 자는 3년 이하의 징역, 금고 또는 30만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있었다.

「1950년 국회의원선거법」은 1951년 6월 1일 일부개정되었다. 1951년에 개정된 국회의원선거법도 선거운동에 관한 정의조항을 두지는 않았고, 선거운동과 관련하여 아래 조항들을 신설하였다.

제35조의2 의원후보자 또는 선거사무장은 선거사무소1개소를 설치하여야 하며 20개소이내의 선거연락소를 설치할 수 있다.

의원후보자 또는 선거사무장은 선거사무소 또는 선거연락소를 설치하였을 때에는 선거구선거위원회에 보고하여야 한다. 그 이동이 있을 때에도 또한 같다.

제42조의2 의원후보자는 선거운동을 하기 위하여 선거인을 개별로 방문할 수 없다.

제42조의3 누구든지 선거기일후에 당선 또는 낙선에 관하여 선거인에게 답례할 목적으로 축하연 또는 위로연을 할 수 없다.

2. 「1958년 민의원의원선거법」이후 공직선거법 제정 전까지

1952년 7월 7일의 헌법개정으로 국회가 민의원과 참의원으로 구성되게 됨에 따라 국회는 1958년 1월 25일 민의원의원선거법과⁹⁵⁾ 참의원의원선거법⁹⁶⁾ 제정하였다. 이후 참의원선거는 실제로는 실시되지 않았고, 선거운동과 관련하여서는 민의원의원선거법과 참의원의원선거법의 규정이 동일하므로 민의원선거법에 대해서만 살펴본다.

「1958년 민의원의원선거법」은 제7장에서 선거운동에 관해 규율하였는데, 최초로 선거운동에 관한 정의규정을 두었다. 동법 제43조는 아래와 같이 선거운동을 정의하였다.

제43조 (정의) ①본법에서 선거운동이라 함은 당선을 얻거나 얻게 하거나 얻지 못하게 하기 위한 행위를 말한다.

②단순한 선거에 관한 의견의 개진은 선거운동이 아니다.

「1958년 민의원의원선거법」은 위와 같이 선거운동을 정의하면서 선거운동을 기간, 주체, 방법 등의 관점에서 매우 광범위하게 제한하였다. 후보자의 등록이 끝난 때로부터 선거일전까지에 한하여 선거운동이 가능하다고 함으로써 사전선거운동을 금지하고(제44조 참조), 후보자 또는 선거사무장이나 선거운동원이 아닌 자에 의한 선거운동을 금지하고(제45조 등 참조), 선거운동기간 중일지라도 금지되는 선거운동방법에 대해 아주 상세히 규정하였다.

「1958년 민의원의원선거법」에서의 ‘선거운동’ 개념정의는 이후 제정된 국회의원선거법,⁹⁷⁾ 대통령선거법,⁹⁸⁾ 지방의회의원선거법,⁹⁹⁾ 「지방자치단체의 장 선거법」에서¹⁰⁰⁾ 그대로 채택되었다.

95) 법률 제470호, 1958. 1. 25. 제정, 1958. 1. 25. 시행.

96) 법률 제469호, 1958. 1. 25. 제정, 1958. 1. 25. 시행.

97) 구 국회의원선거법(법률 제551호, 1960. 6. 23. 제정, 1960. 6. 23. 시행) 제34조 참조.

98) 구 대통령선거법(법률 제1262호, 1963. 2. 1. 제정, 1963. 2. 1. 시행) 제29조 참조.

99) 구 지방의회의원선거법(법률 제4005호, 1988. 4. 6. 제정, 1988. 5. 1. 시행) 제31조 참조.

100) 구 「지방자치단체의 장 선거법」(법률 제4312호, 1990. 12. 31. 제정, 1990. 12. 31. 시행) 제34조 참조.

3. 「1994년 공직선거 및 선거부정 방지법」 이후

대통령선거법, 국회의원선거법, 지방의회의원선거법, 그리고「지방자치단체의 장 선거법」이 1994년에 「공직선거 및 선거부정방지법」¹⁰¹⁾으로 통합되었다. 동법은 제58조에서 ‘선거운동’을 다음과 같이 정의하였다.

제58조 (정의 등) ①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 선거에 관한 단순한 의견의 개진·의사의 표시·입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 정당활동은 선거운동으로 보지 아니한다.
 ②누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.

「공직선거법 및 선거부정방지법」제58조는 이후¹⁰²⁾ 아래 도표에 정리된 바와 같이 2000년, 2012년, 2013년 그리고 2014년에 개정되었다.

〈표 4-1〉 1994년 이후 공직선거법의 ‘선거운동’ 정의규정의 변화

공직선거및선거부정방지법 (법률 제6265호, 2000. 2. 16. 일부개정)	제58조 (정의 등) ①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다. 1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시 4. 통상적인 정당활동 ②누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.
공직선거법 (법률 제11374호, 2012. 2. 29. 일부개정)	제58조(정의 등) ①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다. 1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시 4. 통상적인 정당활동 5. 특정 정당 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여를 권유하는 행위(호별로 방문하는 경우 또는 선거일에 확성장치·녹음기·녹화기를 사용하거나 투표소로부터 100미터 안에서

101) 법률 제4739호, 1994. 3. 16. 제정, 1994. 3. 16. 시행.

102) 「공직선거 및 선거부정방지법」은 2005년 8월 4일 개정을 통해 「공직선거법」으로 법률 제명이 변경되었다.

	<p>하는 경우는 제외한다) ②누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정 에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>
<p>공직선거법(법률 제12111호, 2013. 8. 13. 일부개정)</p>	<p>제58조(정의 등) ①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못 하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다. 1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 3. 정당 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시 4. 통상적인 정당활동 5. 특정 정당 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여를 권유하는 행위(호별로 방문하는 경우 또는 선 거일에 확성장치·녹음기·녹화기를 사용하거나 투표소로부터 100미터 안에서 하는 경우는 제외한다) 6. 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문 자메시지로 전송하는 행위 ②누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정 에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>
<p>공직선거법(법률 제12583호, 2014. 5. 14. 일부개정)</p>	<p>제58조(정의 등) ①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못 하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다. 1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 3. 정당 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시 4. 통상적인 정당활동 5. 삭제 (2014. 5. 14.) 6. 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문 자메시지로 전송하는 행위 ②누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정 에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>

위 표를 통해 알 수 있듯이, 2000년 개정에 의해서는 기존 제58조 제1항 단서의 ‘선거운동으로 보지 않는 행위’가 제1항 각 호로 분설되었을 뿐이다. 그리고 2012년 개정에서는 “특정 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여를 권유하는 행위”가 제58조 제1항 단서 제5호로 추가되었고, 2013년 개정에서는 “설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자메시지로 전송하는 행위”가 단서에 추가되었다. 2014년 개정에서는 “특정 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여를 권유하는 행위”가 ‘선거운동으로 보지 않는 행위’에서 삭제되었다.

제2절 역대 공직선거법상 선거운동 개념의 규제 방향 분석

〈표 4-2〉 역대 선거운동 정의규정의 변화

법률	정의규정	비고
민의원의원선거법(법률 제 470호, 1958. 1. 25. 제정)	제43조 (정의) ①본법에서 선거운동이라 함은 당선을 얻거나 얻게 하거나 얻지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. ②단순한 선거에 관한 의견의 개진은 선거운동이 아니다.	‘선거운동’을 정의하고 ‘선거운동’이 아닌 행위를 열거함
공직선거및선거부정방지법(법률 제4739호, 1994. 3. 16. 제정)	제58조 (정의 등) ①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 선거에 관한 단순한 의견의 개진·의사의 표시·입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 정당활동은 선거운동으로 보지 아니한다. ②누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.	‘선거운동’으로 보지 않는 행위’라고 하면서, 그 범위를 확장
공직선거및선거부정방지법(법률 제6265호, 2000. 2. 16. 일부개정)	제58조 (정의 등) ①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다. 1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시 4. 통상적인 정당활동 ②누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.	‘선거운동의 자유’ 원칙 선언
공직선거법(법률 제11374호, 2012. 2. 29. 일부개정)	제58조(정의 등) ①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 1에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다. 1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시 4. 통상적인 정당활동 5. 특정 정당 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여를 권유하는 행위(호별로 방문하는 경우 또는 선거일에 확성장치·녹음기·녹화기를 사용하거나 투표소로부터 100미터 안에서 하는 경우는 제외한다) ②누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.	제1항 단서에 제5호 추가
공직선거법(법률 제12111호, 2013. 8. 13. 일부개정)	제58조(정의 등) ①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다. 1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위	제1항 단서에 제6호 추가

	<ol style="list-style-type: none"> 3. 정당 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사 표시 4. 통상적인 정당활동 5. 특정 정당 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여를 권유하는 행위(호별로 방문하는 경우 또는 선거일에 확성장치·녹음기·녹화기를 사용하거나 투표소로부터 100미터 안에서 하는 경우는 제외한다) 6. 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자메시지로 전송하는 행위 <p>②누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	
<p>공직선거법(법률 제12583호, 2014. 5. 14. 일부개정)</p>	<p>제58조(정의 등) ①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 3. 정당 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사 표시 4. 통상적인 정당활동 5. 삭제 <2014. 5. 14.> 6. 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자메시지로 전송하는 행위 <p>②누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>제1항 단서에서 제5호 삭제</p>

위 표는 역대 선거법에서 선거운동 정의규정의 변화와 주요 변화내용을 간추린 것이다. 위 표를 통해 알 수 있듯이, 민의원의원선거법에서 선거운동이 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”로 정의된 이후 법률에서 선거운동의 개념정의에서는 어떠한 변화가 없다. 단지 ‘선거운동이 아닌 행위’ 또는 ‘선거운동으로 보지 않는 행위’의 범위에만 변화가 있다.

1958년 민의원의원선거법과 달리 이후의 법률에서는 ‘선거운동이 아닌 행위’ 또는 ‘선거운동으로 보지 않는 행위’의 범위가 확장되었을 뿐만 아니라 표현방식의 상이함도 발견된다. 1958년 민의원의원선거법은 ‘선거에 관한 단순한 의견개진’은 “선거운동이 아니다”고 하였다. 그러나 1994년 공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항 단서는 ‘선거에 관한 단순한 의견의 개진·의사의 표시’를 포함하여 ‘입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 정당활동’은 “선거운동으로 보지 아니한다”고 하고 있다. 그러면서 동조 제2항은 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하

다.”고 하고 있다. 민의원의원선거법에서부터 선거운동은 광범위하게 금지 또는 제한되었고, 1994년 공직선거및선거부정방지법은 더욱 상세히 금지·제한되는 선거운동에 관해 규정하였다. 공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항 단서를 제2항과 함께 이해하면 “선거운동으로 보지 아니한다”는 자구의 의미는 ‘제1항 본문에서 정의된 대로의 선거운동에 해당하지만 동법에 의해 금지·제한되는 선거운동으로 하기에는 적절하지 않기에 선거운동으로 보지 아니 한다’는 의미로 이해된다.

‘선거에 관한 단순한 의견개진’은 후보자를 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 “위한” 행위가 아니므로 즉, 선거운동의 목적이 없는 행위이므로 애초에 선거운동이 될 수 없고, 민의원의원선거법은 이러한 이유에서 ‘선거에 관한 단순한 의견개진’은 선거운동이 아니라는 것을 명시적으로 밝히고 있었다고 보아야 한다. 그러나 1994년 공직선거및선거부정방지법은 제58조 제1항 단서에서 ‘선거운동이 아닌 행위’만을 나열하는 것이 아니라, “선거운동으로 보지 않는 행위” 즉, ‘선거운동이 아니기 때문에 원칙적으로 동법의 적용대상이 될 수 없는 행위(즉, 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 행위)와 ‘선거운동에는 해당할 수 있지만 동법상의 금지·제한되는 선거운동으로는 볼 수 없는 행위’를 함께 규정하고 있다. 즉, 1994년 공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항은 해당 항 자체가 본문과 단서에서 ‘선거운동’이라는 용어에 서로 다른 의미를 부여한 채 그 용어를 사용하고 있다.

제3절 현행 공직선거법상 선거운동 개념에 따른 쟁점과 문제점

1. 공직선거법의 선거운동 규제 개관

우리 공직선거법은 제58조에서 선거운동을 정의한 후 제59조 이하에서 선거운동을 시기, 주체, 방법의 측면에서 아주 다양하게 금지 또는 제한하고 있다. 주요한 규정들을 위주로 살펴보면 아래와 같다.

가. 선거운동 시기의 제한

제33조에 따르면 대통령선거의 경우 선거기간은 23일(후보자 등록마감일의 다음날부터 선거일까지)이고, 기타 선거에서는 14일(후보자등록마감일 후 6일부터 선거일까지)이다. 제59조에 의하면 선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다. 다만 예비후보자 등이 선거운동을 하거나 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우 또는 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

나. 선거운동 주체의 제한

공직선거법 제60조 제1항에 의하면 1. 대한민국 국민이 아닌 자, 2. 미성년자(19세 미만의 자), 3. 선거권이 없는 자, 4. 국가공무원과 지방공무원(정당의 당원이 될 수 있는 공무원은 제외), 5. 제53조(공무원 등의 입후보)제1항 제2호 내지 제8호에 해당하는 자, 6. 예비군 중대장급 이상의 간부, 7. 통·리·반의 장 및 읍·면·동주민자치센터에 설치된 주민자치위원회 위원, 8. 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)의 상근 임·직원 및 이들 단체 등(시·도조직 및 구·시·군조직을 포함한다)의 대표자, 9. 선상투표신고를 한 선원이 승선하고 있는 선박의 선장은 선거운동을 할 수 없다. 다만 제1호에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자인 경우와 제4호부터 제8호까지의 규정에 해당하는 사람이 예비후보자·후보자의 배우자이거나 후보자의 직계존비속인 경우에는 그러하지 아니하다. 각급선거관리위원회위원·예비군 중대장급 이상의 간부·주민자치위원회위원 또는 통·리·반의 장이 선거사무장, 선거연락소장, 선거사무원, 제62조제4항에 따른 활동보조인, 회계책임자, 연설원, 대담·토론자 또는 투표참관인이나 사전투표참관인이 되고자 하는 때에는 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두어야 하며, 선거일 후 6월 이내에는 종전의 직에 복직될 수 없다(제60조 제2항 참조). 제85조(공무원 등의 선거관여 등 금지) 및 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지)는 정치적 중립성 유지를 위해

공무원의 선거운동을 금지하는 것과 같은 취지로 인정된 규정이다. 나아가 국가·지방자치단체 외에도 제87조 제1항에 의하면 향우회·종친회·동창회, 산악회 등 동호인회, 제모임 등 개인간의 사적모임(제3호), 특별법에 의하여 설립된 국민운동단체로서 국가 또는 지방자치단체의 출연 또는 보조를 받는 단체(바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹을 말한다)(제4호), 법령에 의하여 정치활동이나 공직선거에의 관여가 금지된 단체(제5호), 후보자 또는 후보자의 가족이 임원으로 있거나, 후보자 등의 재산을 출연하여 설립하거나, 후보자등이 운영경비를 부담하거나 관계법규나 규약에 의하여 의사결정에 실질적으로 영향력을 행사하는 기관·단체(제6호), 구성원의 과반수가 선거운동을 할 수 없는 자로 이루어진 기관·단체(제8호)도 선거운동을 할 수 없다.

다. 선거운동 방법의 제한

호별로 방문하거나, 투표소로부터 100미터 안에서 하는 경우 등 일정한 장소 또는 일정한 방법으로 행하는 투표참여권유활동은 금지된다(제58조의2 참조). 후보자, 선거사무장, 선거연락소장, 선거사무원, 회계책임자, 연설원, 대담·토론자는 다른 정당이나 선거구가 같거나 일부 겹치는 다른 후보자를 위한 선거운동을 할 수 없다(제88조). 선거사무소와 유사한 기관을 설치하는 것은 금지되고, 정당이나 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함)가 설립·운영하는 기관·단체·조직 또는 시설은 선거일전 180일부터 선거일까지 당해 선거구민을 대상으로 선거에 영향을 미치는 행위를 하거나, 그 기관·단체 또는 시설의 설립이나 활동내용을 선거구민에게 알리기 위하여 정당 또는 후보자의 명이나 그 명의를 유추할 수 있는 방법으로 벽보·현수막·방송·신문·통신·잡지 또는 인쇄물을 이용하거나 그 밖의 방법으로 선전할 수 없다(제89조).

누구든지 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법에서 허용하고 있는 것을 제외하고는 1. 화환·풍선·간판·현수막·에드벌룬·기구류 또는 선전탑, 그 밖의 광고물이나 광고시설을 설치·진열·게시·배부하는 행위, 2. 표찰이나 그 밖의 표시물을 착용 또는 배부하는 행위, 3. 후보자를 상징하는 인형·마스코트 등 상징물을 제작·판매하는 행위를 할 수 없다(제90조 제1항). 다만 1. 선거기간이 아닌 때에 행하는 「정당법」 제37조 제2항에 따른 통상적인 정당활동, 2. 의례

적이거나 직무상·업무상의 행위 또는 통상적인 정당활동으로서 중앙선거관리위원회 규칙으로 정하는 행위는 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 보지 아니한다(제90조 제2항). 확성장치와 자동차 등의 사용은 제한되고(제91조), 누구든지 선거기간중에는 선거운동을 위하여 저술·연예·연극·영화 또는 사진을 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 배부·공연·상연·상영 또는 게시할 수 없다(제92조).

탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등은 금지되고(제93조), 누구든지 선거기간중 선거운동을 위하여 공직선거법에 규정되지 아니한 방법으로 방송·신문·통신 또는 잡지 기타의 간행물 등 언론매체를 통하여 광고할 수 없다(제94조). 누구든지 선거에 관한 여론조사결과를 왜곡하여 공표 또는 보도할 수 없다(제96조). 선거기간중 녹음기 등의 사용은 금지되고(제100조), 누구든지 선거기간중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의한 연설·대담 또는 대담·토론회를 제외하고는 다수인을 모이게 하여 개인정견발표회·시국강연회·좌담회 또는 토론회 기타의 연설회나 대담·토론회를 개최할 수 없다(제101조).

누구든지 선거운동을 위하여 5명(후보자와 함께 있는 경우에는 후보자를 포함하여 10명)을 초과하여 무리를 지어 거리를 행진하는 행위, 다수의 선거구민에게 인사하는 행위 등을 할 수 없고(제105조), 누구든지 선거운동을 위하여 또는 선거기간 중 입당의 권유를 위하여 호별로 방문할 수 없다(제106조). 누구든지 선거운동을 위하여 선거구민에 대하여 서명이나 날인을 받을 수 없다(제107조). 후보자 등에 대한 비방행위는 금지된다(제110조). 후보자 등의 선거구민 등에 대한 기부행위 또는 기부를 권유·요구하는 행위 및 기부를 받는 행위는 금지된다(제112조 내지 116조 참조). 누구든지 선거에 관하여 「정치자금법」 제31조(기부의 제한)의 규정에 따라 정치자금을 기부할 수 없는 자에게 기부를 요구하거나 그로부터 기부를 받을 수 없다(제117조). 선거일 후 답례행위는 금지된다(제118조).

공직 선거법 제9장은 선거와 관련 있는 정당활동에 대해 규제하고 있다. 그리고 공직선거법 제8장 및 정치자금법은 선거비용의 총액, 선거비용의 관리·사용 시의 준수사항 등에 대해 상세히 규정하고 있다.

2. ‘선거운동’ 개념의 불명확성(광범위성) 또는 과도한 선거규제?

앞에서 간단히 살펴보았듯이, 우리 공직선거법은 선거운동을 시기, 주체 및 방법의 측면에서 다양하게 금지·제한하고 있고, 선거운동 방법의 제한은 선거운동의 시기 및 주체와 결합되어 규제되는 경우도 있다. 그런데 우리 공직선거법은 선거운동을 규제함에 있어서 많은 경우에 규제대상 행위를 자세히 기술하기 보다는 선거운동이라는 용어를 이용하여 규제대상 행위를 금지 또는 제한하고 있다. 이와 관련하여 문헌에서는 불명확한 선거운동이라는 개념을 이용하여 선거운동의 방법 등을 규제함으로써 선거운동이 광범위하게 금지·제한되고 있다는 비판이 있다.

가. ‘선거운동’ 개념의 불명확성(광범위성)을 비판하는 견해

문헌에서는 먼저, 선거운동의 개념 자체가 불명확하고 광범위하다는 비판이 제기된다. 헌법재판소 및 대법원은 특정성, 목적성, 능동성 및 계획성이라는 요소를 통해 선거운동의 개념을 구체화하고 있지만, 이러한 각 요소의 인정여부는 상대적이고, 각 요소의 충족여부를 판단하는 것이 쉽지 않으므로 선거운동의 개념이 불명확하다고 한다.¹⁰³⁾

선거운동으로 인정되기 위해서는 특정한 선거와 관련되어야 하고, 특정한 정당 또는 후보자를 위한 행위여야 하므로 먼저, 어떤 행위의 대상이 되는 선거가 특정되어야 하고, 선거운동의 대상이 되는 후보자들이 특정되어야 하는데, ‘특정한 후보자’란 반드시 이미 입후보되어 있는 후보자만을 가리키는 것은 아니고 장래에 입후보하려고 하는 자도 포함할 뿐만 아니라, 판례에 의하면 ‘입후보하려고 하는 자’란 입후보할 것을 예정하면 족하고 확정적 결의까지 요구하는 것은 아니다.¹⁰⁴⁾ 이러한 판례의 태도에 따르면 특정 선거 및 특정 후보자와의 관련성이라는 요소는 구체적인 사안에

103) 강태수, 선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향, 세계헌법연구 제14권 제2호, 2008. 15-17쪽; 조동은, 선거운동의 개념과 민주적 정치과정 - 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체판결을 중심으로 -, 법학논집 제21권 제4호, 2017. 340쪽; 김래영, 사전선거운동금지조항의 위헌성 - 실제 사례를 중심으로 -, 법학논총 제37권 제2호, 2013. 195쪽; 강경근, 공직선거법 제58조 선거운동 개념의 헌법적 문제, 고시연구 제27권 제3호, 200.3. 19-20쪽; 김경호, ‘선거운동’의 정의와 그 범위의 결정에 관한 연구 - 대법원 2015도 11812 전원합의체 판결을 중심으로, 언론과 법 제16권 제1호, 2017.4. 177쪽.

104) 대법원 1975. 7. 22. 선고 75도1659 판결.

따라서 매우 유동적으로 확대될 수 있다고 한다.¹⁰⁵⁾

그리고 목적성이라는 요건도 내심의 의사를 외적으로 드러낸 행위의 태양, 방법 등을 통해서 판단할 수밖에 없기 때문에 사실상 선거운동의 범위를 명확하게 한정하기 어렵다고 한다.¹⁰⁶⁾ “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”와 “단순한 의견개진”이나 “통상적인 정당활동” 등 선거운동에 해당하지 않는 행위를 서로 구분하는 것은 매우 애매모호하여 구체적인 사안에서 양자를 구분하는 것은 쉽지 않다고 한다.¹⁰⁷⁾ 이러한 불명확성으로 인해 금지되는 선거운동과 허용되는 단순한 의견개진이나 통상적인 정당활동 간의 구분은 선관위나 검찰 등 집행기관에 포괄적으로 위임되어 있는 것과 다를 바 없으므로 위헌의 여지가 있다고 한다.¹⁰⁸⁾

한편 능동적·계획적 행위라는 요건도 간접적인 행위까지 선거운동에 해당하는 것으로 해석하는 한, 선거운동의 범위를 분명히 한정하는 역할을 하지 못한다고 한다.¹⁰⁹⁾

나. 과도한 선거운동 규제를 비판하는 견해

한편 문헌에서는 우리 공직선거법이 과도하게 선거운동을 규제하고 있다는 비판이 있다.¹¹⁰⁾ 우리나라는 사전선거운동을 금지하여 선거운동기간 전의 선거운동을 모두

105) 강태수, 선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향, 세계헌법연구 제14권 제2호, 2008, 16쪽.

106) 강태수, 선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향, 세계헌법연구 제14권 제2호, 2008, 16-17쪽.

107) 강태수, 선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향, 세계헌법연구 제14권 제2호, 2008, 16-17쪽; 김래영, 사전선거운동금지조항의 위헌성 - 실제 사례를 중심으로 -, 법학논총 제37권 제2호, 2013, 196쪽; 조동은, 선거운동의 개념과 민주적 정치과정 - 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체판결을 중심으로 -, 법학논집 제21권 제4호, 2017, 340쪽.

108) 강경근, 공직선거법 제58조 선거운동 개념의 헌법적 문제, 고시연구 제27권 제3호, 2003, 20쪽.

109) 강태수, 선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향, 세계헌법연구 제14권 제2호, 2008, 17쪽.

110) 과도한 선거운동 규제를 비판하는 문헌은 너무 많기 때문에 여기서는 일부 문헌만 소개하면 다음과 같다. 김일환/홍석한, 선거운동 규제에 관한 비교법적 고찰, 미국헌법연구 제25권 제1호, 2014.4; 김도협, 선거운동에 관한 규제와 그 개선방안에 관한 고찰, 세계헌법연구 제18권 제1호, 2012; 김재선, 공직선거법과 선거운동의 자유에 관한 공법적 고찰, 고려법학 제80권, 2016; 김영태, 선거법 개정 10년의 성과와 과제: 선거운동 관련 법규를 중심으로, 의정연구 제44권, 2015; 김경호, 정치표현의 자유와 선거운동 규제에 대한 헌법재판소 결정 연구, 언론과학연구 제8권 제2호, 2008; 박이석, 한국선거의 선거운동 자유 증대를 위한 입법제도에 관한 연구, 입법과 정책, 제7권 제1호, 2015.6.

금지하고 있고, 선거운동기간 중의 선거운동일지라도 금지되거나 제한되는 선거운동의 범위가 매우 넓고, 뿐만 아니라 선거운동기간도 23일 또는 14일로 매우 짧다.

비교법적으로 살펴볼 때, 미국, 영국 등 대부분의 외국에서는 선거운동을 폭넓게 인정하고 있는데 반해 우리나라는 매우 광범위하게 선거운동을 금지·제한하고 있고, 이러한 입법례는 일본을 제외하고는 찾아보기 힘들다고 한다.¹¹¹⁾ 우리 공직선거법이 선거운동을 과도하게 금지·제한하고 있는 것은 일본 공직선거법을 무비판적으로 계수한 것이기 때문이라는 비판도 있다.¹¹²⁾ 선거운동의 개념이 불명확하다고 비판하는 견해는 우리 공직선거법상의 선거운동 정의규정은 과도하게 선거운동을 규제하고 있는 공직선거법의 제 규정들과 결합하여 공직선거법에 의해 금지·제한되는 선거운동의 범위를 불명확하게 하게 있다고 비판한다.¹¹³⁾

선거운동 개념정의의 불명확성 또는 과도한 선거운동 규제를 비판하는 견해는 크게 다음 두 가지 방향으로 개선방안을 제시하고 있다. 먼저, 선거운동의 정의를 보다 더 명확히 하거나 선거운동의 개념을 좁게 해석해야 한다는 견해가 제시되고 있다.¹¹⁴⁾ 2016년의 대법원 판결에서 다수법관은 이러한 생각에 기초하고 있다. 다음으로 공직선거법에서 선거운동을 금지·제한하고 있는 여러 규정들 중 정치적 표현의 자유 등을 너무 과도하게 제한하고 있는 규정들의 경우 삭제하거나 개정하여야 한다는 견해가 있다. 이와 관련하여서는 개별 규정들과 관련된 수많은 개선방안들이 제시되고 있다. 제59조 제1항은 “선거운동은 선거기간 개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다”고 하여 사전선거운동을 완전히 금지하고 있는데, 사전선거운동금지조항은 무엇인 선거운동이 해당하는지가 명확하지 않고, 실무에서 사전선거운동

111) 이에 대한 대표적인 문헌으로는 김일환/홍석한, 선거운동 규제에 관한 비교법적 고찰, 미국헌법연구 제25권 제1호, 2014.4. 57쪽 이하; 조동은, 선거운동의 개념과 민주적 정치과정 - 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체판결을 중심으로 -, 법학논집 제21권 제4호, 2017, 337쪽(이 글 각주 7)에 소개되고 있는 많은 문헌 참조.

112) 송석윤, 선거운동 규제입법의 연원 - 1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입 -, 서울대학교 법학 제46권 제4호, 2005, 30쪽 이하; 권준희 외 4인, 공직선거법상 사전선거운동 규제의 기본권 침해 사례연구 및 입법적 대한 검토, 공익과 인권 통권 제17호, 2017, 161-163쪽.

113) 예컨대 강태수, 선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향, 세계헌법연구 제14권 제2호, 2008, 16쪽 이하; 김래영, 사전선거운동금지조항의 위헌성 - 실제 사례를 중심으로 -, 법학논총 제37권 제2호, 2013, 195쪽 이하 참조.

114) 이러한 입장을 취하고 있는 조동은, 선거운동의 개념과 민주적 정치과정 - 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체판결을 중심으로 -, 법학논집 제21권 제4호, 2017, 350-371쪽.

금지조항 위반으로 처벌된 사례의 대부분은 단순히 선거운동기간 전에 선거운동을 하였다는 이유로 처벌된 경우가 아니라 선거운동기간 전에 다른 허용되지 않는 선거운동을 하였기에 처벌된 경우라는 점에서 사전선거운동금지 조항을 삭제하는 것이 적절하다고 한다.¹¹⁵⁾

다. ‘선거운동’ 개념의 불명확성(광범위성) 또는 과도한 선거규제?

위에서 살펴본 바와 같이 문헌에서는 선거운동 개념의 불명확성이 지적되고 있고, 선거운동에 대한 규제가 너무 과할뿐만 아니라 선거운동이라는 용어의 불명확성으로 인해 금지·제한되는 선거운동의 범위가 명확하지 않다는 비판이 있다. 우리 공직선거법상 금지·제한되는 선거운동의 범위가 명확하지 않다는 비판은 타당하지만, 이러한 문제가 선거운동 개념의 불명확성으로 인한 것인지는 자세히 살펴볼 필요가 있다.

1) 용어의 개념정의 문제와 포섭의 문제 및 판단기준 문제의 구별

법규정에서 사용되는 모든 용어는 명확하게 정의되어야 하고, 그 규정이 형벌규정인 경우 명확성의 요청은 더욱 강조된다. 그런데 어떤 용어의 의미가 무엇인가라는 문제 즉, 용어의 개념정의 문제와 구체적인 어떠한 사건에서 문제되고 있는 행위가 그 용어의 의미에 포함되는가의 문제 즉, 포섭의 문제는 다르다. 예컨대 우리 형법은 “위험한 물건을 휴대하여” 상해죄 등을 범한 경우 가중처벌하고 있는데, 우리 판례는 “휴대하여”라는 말을 “소지뿐만 아니라 널리 이용한다는 뜻도 포함한다”고 하여 ‘휴대하여’라는 용어를 ‘소지하여 또는 이용하여’라는 의미로 정의하고 있다.¹¹⁶⁾ ‘휴대하여’라는 용어의 의미를 어떻게 이해할 것인가는 개념정의의 문제이다. 한편 ‘구체적인 개별 사안에서 행위자가 어떤 물건을 위험한 물건으로 이용하였는가’라는 문제는 포섭의 문제이다. 어떤 용어의 개념이 정의되어야 포섭의 문제를 논할 수 있고, 용어가 개념정의 되어 있더라도 포섭의 문제와 관련하여서는 ‘구체적으로 어떠한 기준에 따라 포섭할 것인가’라는 판단기준의 문제도 발생한다. ‘위험한 물건의 휴대’와 관련하여

115) 김래영, 사전선거운동금지조항의 위헌성 - 실제 사례를 중심으로 -, 법학논총 제37권 제2호, 2013, 193쪽 이하 참조.

116) 대법원 1997. 5. 30. 선고 97도597 판결; 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002도2812 판결 등 참조.

판례는 “어떤 물건이 ‘위험한 물건’에 해당하는지 여부는 구체적인 사안에서 사회통념에 비추어 그 물건을 사용하면 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다”고 하고 있다.¹¹⁷⁾ ‘그 물건을 [그렇게] 사용하면 상대방이나 제3자가 생명 또는 신체에 위험을 느낄 수 있는지’는 ‘휴대하여’라는 용어의 개념정의 문제가 아니라 판단기준의 문제이다.

우리 대법원은 일관되게 “선거운동이란 특정 후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말한다”고 하여 ① 특정성, ② 목적성, ③ 능동성 및 계획성이라는 요소를 이용하여 선거운동을 개념정의하고 있다. ‘구체적인 사안에서 문제되고 있는 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는가’라는 문제는 - 예컨대 선거에 출마하기 몇 해 전부터 변호사 사무실 홍보를 위하여 안부 문자메시지 등을 고객 등에게 발송해 온 변호사 甲이 선거기간 개시 출판기념회를 개최하면서 고객 등에게 출판기념회 초청메시지를 보낸 것이 선거운동에 해당하는가라는 문제 - 선거운동의 개념정의의 문제가 아니라, ‘출판기념회 초청메시지를 보낸 행위가 선거운동에 해당하는가’라는 포섭의 문제이다. 그리고 구체적으로 이러한 포섭을 어떠한 기준에 따라 행할 것인가의 문제 즉, 어떠한 기준에 따라 선거운동에 해당하는지 여부를 판단할 것인가의 문제는 판단기준의 문제이다.¹¹⁸⁾

개별 사안에서 문제되고 있는 어떠한 행위가 법규정에서 사용되고 있는 용어 또는 자구에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 즉, 포섭을 함에 있어서는 판단기준이 정해져 있다고 하더라도 항상 어느 정도 포섭의 어려움이 있기 마련이다. 그런데 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 이러한 포섭의 어려움이 더욱 커진다. 왜냐하면 첫째, 선거운동에 해당하기 위해서는 ‘당선 또는 낙선을 도모한다는 목적’으로 행해진 행위여야 하는데, 목적이라는 내심의 의사가 있었는지 여부를 판단하는 것은 쉽지 않기 때문이다. 다음으로, 오로지 선거운동의 개념정의에 의해 판단한다면 선거운동에 해당하는 행위이지만, 공직선거법에 의해 금지·제한될 수 없는 행위를 - 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반

117) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007도3520 판결; 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010도10256 판결 등 참조.

118) 선거운동과 관련하여 판단기준의 문제에 대해서는 제4절, 1에서 상세히 다룬다.

대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동 또는 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독교탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자메시지로 전송하는 행위 - 우리 공직선거법 제58조 제1항은 “선거운동에 해당하지 않는 행위”라고 하여 선거운동으로 보고 있지 않기 때문이다. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위는 선거운동의 목적으로 행해지는 행위이고, 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동 또는 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독교탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자메시지로 전송하는 행위는 구체적인 사안에 따라 선거운동에 해당할 수 있는 행위이다. 예컨대 곧 선거기간이 개시되는데, 선거에 입후보하고자 하는 자가 선거기간 개시 직전의 설날에 선거운동의 목적으로 문자메시지를 보낸 경우가 그러하다. 그리고 정당은 집권 및 선거에서의 승리를 목적으로 한다는 점에서 통상적인 정당활동도 넓은 의미에서 이해하면(선거운동의 목적성이라는 관점에서만 파악하면) 모두 선거운동의 목적으로 이루어지는 행위라고 할 수 있다. 이렇게 이해할 수 없다고 하더라도, 통상적인 정당활동도 구체적인 사안에 따라서는 선거운동의 목적으로 이루어 질 수 있다. 이와 같이 제58조 제1항 단서의 ‘선거운동에 해당하지 않는 행위’는 그 행위들 자체가 어느 정도 선거운동의 목적을 가지는 행위이기 때문에 구체적인 사안에서 문제되고 있는 행위가 제59조 제1항 단서의 ‘선거운동에 해당하지 않는 행위’에 해당하는지, 아니면 ‘선거운동’에 해당하는지를 판단하는 것은 매우 어렵다.

법관이 공직선거법의 선거운동 금지·제한 규정을 적용하기 위해서는 첫 단계로, 제58조 제1항 단서의 ‘(실제로는 선거운동의 개념정의에 포섭될 수 있는 행위이지만) 선거운동에 해당하지 않는 행위’와 ‘선거운동’을 구분해야 하는데, 위에서 언급한 두 가지 이유로 인해 이러한 포섭은 매우 어렵다. 문헌에서 선거운동의 개념이 불명확하다고 비판하는 견해를 자세히 살펴보면 선거운동에 해당하는지 여부를 판단하는데 있어서의 어려움 즉, 포섭의 어려움을 얘기하면서 선거운동의 개념이 불명확하다고 하고 있다. 만약 진정으로, 현재의 판례에 의한 선거운동의 개념정의를 불명확하다고 생각하는 사람이 있다면, ‘그러면 어떻게 보다 더 구체적으로 선거운동을 정의할 수 있는가?’라는 질문에 해답을 제시할 수 있어야 할 것이다. 이러한 질문에 ‘선거운동개시일 또는 선거일과의 근접성 등의 기준을 이용하여 보다 더 구체적으로 선거운동을

정의할 수 있다'라고 한다면, 이것은 어떠한 기준에 따라 선거운동에 해당하는지 여부를 판단할 것인가라는 판단기준의 문제와 선거운동의 개념정의의 문제를 혼동하고 있는 것이다.¹¹⁹⁾

결론적으로, 현재의 판례에 의한 선거운동의 개념정의는 충분히 명확하다고 보아야 한다. 헌법재판소가 “[구] 대통령선거법 제33조의 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라는 말과 “단순한 의견개진”이라는 말은 애매하고 불명확한 요소가 있고, 광범위한 해석의 여지가 없지 아니하다. 그러나 이러한 입법의 애매성은 통상적인 해석방법에 의하여 해소될 수 있는 것인가가 문제이고 해석으로 선거운동과 단순한 의견개진 등 선거운동이 아닌 것과의 구별을 가능하게 하는 잣대를 제공할 수 있다면 위헌이라고 말할 수 없다. … 위 법 제33조가 “당선되거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라고 규정하고 있고, 위 법률조항들의 입법목적, 법에 규정된 선거운동 규제조항의 전체적 구조 등을 고려하면 선거운동이라 함은 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것으로 풀이할 수 있으며, 선거운동을 이와 같이 풀이한다면 법률적용자의 자의를 허용할 소지를 제거할 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 누구나 그러한 표지를 갖춘 선거운동과 단순한 의견개진을 구분할 수 있어서 이른바 공정한 고지의 기능도 다할 수 있으므로, 위 법 제34조, 제36조 제1항 본문 및 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호가 헌법 제12조 제1항이 요구하는 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다.”¹²⁰⁾ 판시한 것도 선거운동과 관련하여 포섭의 어려움이 있을지라도 현재 판례에 의한 선거운동의 개념정의는 모호하지 않다는 취지로 이해되어야 한다.

2) 과도한 선거운동규제 및 금지·제한되는 선거운동의 기술방식

공직선거법은 선거운동기간 중에만 선거운동을 할 수 있다고 하여 사전선거운동을 금지하고 있고, 선거운동기간 중일지라도 선거운동의 주체 및 방법의 관점에서 금지

119) 선거운동개시일 또는 선거일과의 근접성은 선거운동에 해당하는지 여부를 판단하는 기준 중 하나이다.

120) 현재 1994. 7. 29. 93헌가4, 6(병합).

되거나 제한되는 선거운동이 광범위할 뿐만 아니라, 선거운동기간도 23일 또는 14일로 매우 짧다. 즉, 우리나라는 선거운동을 매우 광범위하게 금지·제한하고 있다.

한편 공직선거법은 금지·제한되는 선거운동을 기술함에 있어서 금지·제한되는 행위에 대해서는 간단히 언급하면서 '선거운동'이라는 용어를 이용하여 금지·제한되는 선거운동에 대해 규정하고 있다. 즉, 많은 경우에 “누구든지 선거운동을 위하여 ~할 수 없다”는 식으로 금지·제한되는 행위를 기술하고 있다. 몇 개의 예만 들면 다음과 같다: 누구든지 선거기간 중에는 선거운동을 위하여 저술·연예·연극·영화 또는 사진을 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 배부·공연·상연·상영 또는 게시할 수 없다(제92조). 누구든지 선거기간 중 선거운동을 위하여 공직선거법에 규정되지 아니한 방법으로 방송·신문·통신 또는 잡지 기타의 간행물 등 언론매체를 통하여 광고할 수 없다(제94조). 누구든지 선거운동을 위하여 5명(후보자와 함께 있는 경우에는 후보자를 포함하여 10명)을 초과하여 무리를 지어 거리를 행진하는 행위, 다수의 선거구민에게 인사하는 행위 등을 할 수 없다(제105조). 누구든지 선거운동을 위하여 또는 선거기간 중 입당의 권유를 위하여 호별로 방문할 수 없다(제106조). 누구든지 선거운동을 위하여 선거구민에 대하여 서명이나 날인을 받을 수 없다(제107조).

위와 같은 규정들은 선거운동을 너무 과도하게 제한한다는 점에서 문제가 있을 뿐만 아니라, '선거운동을 위하여'라는 자구를 이용하여 금지되는 행위를 구체화하고 있을 뿐 금지되는 행위에 대해 상세히 기술하지는 않고 있다. 예컨대 제92조는 “누구든지 선거기간 중에는 선거운동을 위하여 저술·연예·연극·영화 또는 사진을 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 배부·공연·상연·상영 또는 게시할 수 없다”고 하고 있는데, 동 규정의 입법취지와 동 규정이 전형적으로 예정하고 있는 사례를 파악하는 것은 어렵지 않다.¹²¹⁾ 그러나 동 규정은 동 규정의 입법취지에 해당하는 전형적인 사례를 명확히 알 수 있도록 동 규정에 의해 금지되는 행위가 보다 더 상세히 기술될 수 있음에도 불구하고,¹²²⁾ '선거운동을 위하여'라는 자구만으로 금지되는 행위의 유형

121) 예컨대 사진작가 甲이 선거운동기간 중에 후보자 A의 지원을 받아 A와 관련된(A의 홍보를 주목적으로 하는) 무료 사진전을 개최하는 경우를 전형적인 사례라고 볼 수 있을 것이다.

122) 예컨대 입법자는 “후보자로부터 총 경비의 ~% 이상의 비용을 지원받아”라는 요건 등을 이용해 해당 금지행위를 구체화함으로써 명확성의 원칙뿐만 아니라 과잉금지의 원칙에도 부합하는 방향으로 해당행위를 기술할 수 있다. 이와 유사한 견해 김일환/홍석한, 선거운동 규제에 관한 비교법적 고찰, 미국헌법연구 제25권 제1호, 2014.4. 21쪽(제92조에 의해 금지되는 행위가 선

을 기술하고 있다. 선거운동에 해당하는지를 판단함에 있어서는 포섭의 어려움이 있는데, 동 규정은 높은 포섭의 어려움이 있는 용어를 이용하여 금지되는 행위유형을 기술하고 있을 뿐만 아니라, '선거운동을 위하여'라는 자구 외에는 동 규정에 의해 금지되는 행위를 구체화하는 자구가 없다. 이러한 점에서 동 규정은 명확성 원칙에 반하여 국민의 기본권을 과도하게 제한하고 있다.

공직선거법에서는 위와 같이 '선거운동을 위하여'라는 자구만을 통해 금지·제한되는 선거운동을 기술하고 있는 규정이 많다. 이러한 규정들은 금지·제한되는 행위를 명확히 기술하지 않고 있으므로 명확성 원칙에 반하여 국민의 기본권을 과도하게 제한하고 있다고 보아야 한다. 그런데 여기서 분명히 해야 할 것은 해당 규정이 명확성 원칙에 반하는 이유는 ① 포섭의 어려움이 있는 '선거운동'이라는 용어를 이용하여 금지·제한되는 행위를 기술하고 있다는 점, 그리고 ② '선거운동을 위하여'라는 자구 외에 기타 해당 행위를 (보다 더 명확히 기술할 수 있음에도 불구하고) 보다 더 명확하게 기술하는 자구가 없다는 점 때문이지, 선거운동이라는 용어의 개념정도가 불명확해서 그러한 금지·제한규정도 불명확해지는 것은 아니라는 점이다.

제4절 선거운동 개념의 불변성 유형과 가변성 원인 고찰

이 절에서는 선거운동과 관련하여 어떠한 것이 시대에 따라 변할 수 있고, 어떠한 것이 그렇지 않은지에 대해 살펴본다. 먼저 선거운동의 개념이 시대에 따라 변할 수 있는지에 대해 살펴보고, 다음으로 시대상황의 변화에 따라 변할 수 있는 것은 무엇이, 어떻게 달라질 수 있는지에 대해 살펴본다.

1. 선거운동 개념의 변화?

먼저, 2016년도 전원합의체판결(대법원, 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결)이 선거운동의 개념을 변경하였는지에 대해 살펴볼 필요가 있다.

거의 공정성을 해할 만큼 부작용이 있는지 의문이며, 부작용이 있다 하더라도 선거비용을 규제함으로써 해결할 수 있다는 의견을 제시하고 있음).

이미 앞에서, 어떤 용어의 개념정의 문제와 포섭의 문제 및 판단기준의 문제는 구별된다는 것에 대해 살펴보았다.¹²³⁾ 2016년도 전원합의체판결 이전에 우리 대법원은 “구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다”고 하였다. 그러나 2016년도 전원합의체판결은 “선거운동’은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는데, 이에 해당하는지는 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다. … 선거 관련 국가기관이나 법률전문가의 관점에서 사후적·회고적인 방법이 아니라 일반인, 특히 선거인의 관점에서 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단하여야 하므로, 개별적 행위들의 유기적 관계를 치밀하게 분석하거나 법률적 의미와 효과에 치중하기보다는 문제 된 행위를 경험한 선거인이 행위 당시의 상황에서 그러한 목적의사가 있음을 알 수 있는지를 살펴보아야 한다. … 위와 같은 목적의사가 있었다고 추단하려면, 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다거나 선거에 관한 사항을 동기로 하였다는 사정만으로는 부족하고 특정 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 한다. … 선거운동은 특정한 선거에서 당락을 목표로 하는 행위이므로, 문제 된 행위가 특정 선거를 위한 것이라고 인정하려면, 순히 어떤 사람이 향후 언젠가 어떤 선거에 나설 것이라는 예측을 할 수 있는 정도로는 부족하고, 특정 선거를 전제로 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 수 있는 객관적 사정이 있어야 한다.”고 하였다.¹²⁴⁾

2016년도 전원합의체판결은 선거운동의 정의와 관련하여서는 “‘선거운동’은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말한다”고 하여 기존에 대법원이 판결을 통해 밝혀 온 선거운동의 정의를 그대로 따르고 있다. 다만 특정성 및 목적의사를 어떻게 판단할 것인가와

123) 제3절, 2. 다) 참조.

124) 밑줄은 저자에 의한 강조.

관련하여 기존 입장과 달리 ‘특정 선거를 전제로 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 수 있었는가’에 따라 판단하여야 한다고 하면서, 제반사정을 기초로 객관적으로 판단하여야 한다고 한 기존 판례를 변경하였다.

이러한 판례의 태도가 적절한지에 대해서는 비교법적 고찰 후에 살펴보기로 하고, 여기서는 선거운동의 개념이 시대에 따라 변할 수 있는지에 대해서만 고찰한다. 앞에서 고찰한 선거운동 개념의 입법연혁에서 살펴보았듯이, 「1958년 민의원의원선거법」 제43조를 통해 선거운동이 최초로 법률에서 정의된 이후 법률상 선거운동의 개념 정의는 바뀌지 않았고, ‘선거운동이 아닌 행위’ 또는 ‘선거운동에 해당하지 않는 행위’의 범위에만 변화가 있었다. 2016년도 전원합의체판결도 선거운동에 해당하는지를 판단하는 기준만 바꾸었을 뿐, 선거운동의 개념을 변경하지는 않았다. 선거운동의 개념을 정의하는 3가지 요소 즉, ① 특정성, ② 목적성, ③ 능동성 및 계획성이라는 요소는 선거운동을 최대한 명확히 정의하기 위한 요소이다. 이 중 어느 한 요소, 예컨대 ‘계획성’이라는 요건은 그 시대에 선거운동에 대한 규제가 얼마나 강하게 요구되는가에 따라 요구되지 않는 것으로 이해될 수도 있을 것이다. 그러나 시대에 따라 선거운동 규제의 범위·정도에 대해 달라질 수 있다고 하더라도, ‘① 특정 선거와 관련하여, ② 특정 후보자의 당락을 목적으로, ③ 능동적·계획적으로 이루어지는 행위’라는 선거운동의 개념이 시대에 따라 달라질 수는 없을 것이다. 왜냐하면 선거운동의 개념을 정의하는데 사용된 용어/단어가 가지는 통상적 의미가 시대에 따라 달라질 수 있는 것으로 보이지 않기 때문이다.¹²⁵⁾

2. 시대변화에 따른 가변성 요소

가. 가변적 요소

선거운동에 해당하는지 여부를 구체적으로 어떠한 기준에 따라 판단하여야 하는가의 문제는 그 시대가 얼마나 강하게 선거운동에 대한 규제를 필요로 하는가와 밀접하

125) 물론 ‘후보자’의 범위는 시대에 따라 달라질 수 있고, 이로 인해 선거운동이라는 개념의 외포와 내연은 달라질 수 있다. 그러나 이것은 선거운동에 해당하는 행위의 범위, 즉 선거운동의 범위가 달라지는 것이지, 이 경우에도 선거운동의 의미(개념)는 변경되지 않는다.

게 관련되어 있다고 볼 수 있다. 따라서 행위가 행하여지는 시기·장소·방법의 측면에서 어떠한 행위를 선거운동으로 볼 것인가라는 문제는 시대에 따라 달라질 수 있다. 예컨대 선거운동개시일 또는 선거일과 어느 정도로 근접하여 행위가 이루어진 경우에 선거운동으로 볼 수 있는가라는 판단기준은 시대에 따라 달라질 수 있다.

마찬가지로, 어떠한 행위를 금지·제한되는 선거운동으로 할 것인가의 문제도 그 시대에 요구되는 선거운동 규제의 강도 등에 따라 달라질 수 있다. 따라서 허용되는 선거운동의 범위는 시대에 따라 달라질 수 있는 것이다. 1997년 11월 14일 공직선거법 및 선거부정방지법을 개정하여¹²⁶⁾ ① 선거운동을 위하여 사조직을 설치하거나 기존의 기관·단체·조직의 이용을 금지한 것, ② 선거구내의 각종 행사에 금품 등을 제공할 수 없도록 하고, 축의·부의금품도 일정 금액 이내로 제한하며, 명목 여부를 불문하고 자원봉사자에 대한 보상을 금지하도록 명문화한 것, 2007년 1월 3일 공직선거법을 개정하여¹²⁷⁾ 정책공약집의 배부는 통상적인 방법으로 판매하되, 방문판매의 방법으로 판매하는 행위는 금지하도록 한 것 등은 시대에 따라 금지·제한되는 선거운동의 범위는 달라질 수 있음을 잘 보여준다.

나. 현재의 우리 사회

「1958년 민의원의원선거법」에서 금지·제한되는 선거운동에 대해 상세히 규정한 이후, 금지·제한되는 선거운동의 범위는 전반적으로 확대되어 왔다. 우리 공직선거법이 선거운동을 광범위하게 금지·제한하고 있는 것은 단순히 일본 공직선거법을 무비판적으로 계수하였기 때문이라거나 여당의 권력유지 방안의 일환으로 일부 금지·제한규정이 도입되었기¹²⁸⁾ 때문만은 아니라고 보아야 한다. 3.15부정선거 등을 통해 잘 알 수 있듯이, 1950년 이후 우리나라에서는 관권·금권 선거가 팽배하였다. 뿐만 아니라 우리나라에서 선거제도의 역사는 1948년 5월 10일 시행된 제헌국회의원선거로부터

126) 법률 제5412호, 1997. 11. 14. 일부개정, 1997. 11. 14. 시행.

127) 법률 제8232호, 2007. 1. 3. 일부개정, 2007. 1. 3. 시행.

128) 사전선거운동금지 규정, 호별방문금지 규정 등 제한규정은 제1공화국 이승만 정부가 야당과 국민의 입을 막기 위한 수단으로 채택되었다고 하는 김도협, 선거운동에 관한 규제와 그 개선방안에 관한 고찰, 세계헌법연구 제18권 제1호, 2012. 187-188쪽; 송석운, 선거운동규제입법의연원, 서울대학교 법학 제46권 제4호, 2005, 44쪽 이하.

시작하였다. 즉, 우리나라에서 선거제도의 역사는 70년 남짓 밖에 되지 않는다.¹²⁹⁾ 팽배했던 관권·금권 선거의 역사적 경험 그리고 공정하고 투명한 선거에 대한 국민들의 열망이 있었기에 그동안 우리 공직선거법은「1958년 민의원의원선거법」 제정 이후 지속적으로 금지·제한되는 선거운동의 범위를 확대해 왔다고 보아야 한다.¹³⁰⁾

그러나 현재 우리 사회는 1950 ~ 80년대의 상황과 같지 않다. 최근의 촛불시위 등을 통해 잘 알 수 있듯이, 2000년 이후 우리 사회의 민주주의 성숙도는 매우 높아졌다고 보아야 하고, 선거에 대한 국민들의 의식도 달라졌기에 현재의 선거풍토와 선거문화는 1980년대 이전과 비교될 수 없다. 현재에는 시민들이 낙선운동 등을 통해 자신의 정치적 표현의 자유라는 기본권을 최대한 실현하고자 하는 욕구가 강한데, 오히려 공직선거법이 시민들의 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하고, 정치가와 시민들의 건전한 소통의 장을 방해하는 측면이 있다.¹³¹⁾ 우리나라에서 선거제도의 역사가 길지 않다는 점을 고려하면 급격하게 선거운동의 규제를 완화하는 것은 부작용이 있을 수 있기에 적절하지 않지만, 우리 사회의 변화된 선거문화, 시민의식 등을 고려하여 점진적으로 선거운동에 대한 규제를 완화할 필요는 있어 보인다. 정치적 표현의 자유를 최대한 보장하면서도 공정하고 투명한 선거가 이루어지도록 하기 위해 선거운동을 어느 정도로, 어떻게 규제하는 것이 적절한가에 대해서는 비교법적 고찰이 많은 시사점을 줄 수 있다.

129) 일본의 경우에도 선거제도의 역사는 서구에 비해 길지 않다. 그리고 이것은 왜 일본 공직선거법과 우리 공직선거법이 광범위하게 선거운동을 금지하고 있는지를 설명하는 한 이유가 될 수 있다.

130) 임성호, 선거관리와 대의민주주의의 거버넌스: 그 관계의 양면성, 국정관리연구 제3권 제1호, 2008.6. 14쪽 이하 참조.

131) 임성호, 선거관리와 대의민주주의의 거버넌스: 그 관계의 양면성, 국정관리연구 제3권 제1호, 2008.6. 14쪽 이하 참조; 낙선운동의 시민들의 정치적 의사표현의 자유로 보장되어야 한다는 것에 대해서는 강경근, 공직선거법 제58조 선거운동 개념의 헌법적 문제, 고시연구 제27권 제3호, 200.3.19-20쪽; 기타 앞의 여러 각주에서 인용된, 과도한 선거운동 규제를 비판하는 많은 글 참조.

○ —————

선거운동의 개념의 비교법적 고찰

선거운동의 개념의 비교법적 고찰

제1절 비교법적 고찰의 의의

이 연구는 선거운동의 개념과 범위를 어떻게 이해하는 것이 적절하고, 선거운동을 어떻게 규제하는 것이 적절한지에 대해 고찰하는 것을 목적으로 한다. 앞의 제4장 제3절에서 현재 판례에 의한 공직선거법의 개념정의를 불명확하지 않지만, 우리 공직선거법이 선거운동을 과도하게 제한하고 있을 뿐만 아니라, 포섭의 어려움이 있는 '선거운동'이라는 용어를 이용하여 금지·제한되는 선거운동을 기술하고 있기 때문에 금지·제한되는 선거운동의 범위가 불명확하다는 것을 살펴보았다. 그리고 제4장 제4절에서는 선거운동의 개념은 시대에 따라 변할 수 없지만, 선거운동에 해당하는지를 판단하는 기준 그리고 금지·제한되는 선거운동의 범위는 시대에 따라 달라질 수 있다는 것을 확인하였다.

이미 제4장 제3절에서 우리 판례에 의한 선거운동의 개념정의를 명확하지 않다고 판단하였지만, 다른 나라에서는 선거운동이라는 개념을 어떻게 정의하고 있는지 살펴보는 것은 이러한 판단이 적절한지를 명확히 할 수 있다. 그리고 다른 나라에서는 선거운동에 해당하는지 여부 특히, 목적의사 여부를 어떻게 판단하는지를 살펴보는 것은 2016년도 전원합의체판결이 특정성 및 목적의사의 판단기준을 변경한 것이 적절한지를 판단하는데 실마리를 제공할 수 있다. 한편 선거운동의 개념정의 및 판단기준의 문제는 선거운동에 대한 규제를 어느 정도로, 어떻게 하는 것이 적절한가라는 문제와 관련되는 바, 외국에서는 선거운동을 어느 정도로, 어떻게 규제하는지 살펴보는 것은 우리나라 선거운동의 규제방향을 설정하는데 시사점을 줄 수 있다.¹³²⁾

이하에서는 미국, 영국, 독일 및 일본을 대상으로 선거를 규율하는 법령, 선거운동

의 규제방식 및 규제의 정도, 선거운동의 개념 및 선거운동의 판단기준에 대해 각각 살펴본다.

제2절 미국에서 선거운동 개념과 법실무 검토

1. 선거를 규율하는 법령

연방선거의 경우 연방법령에 의해 규율된다. 「미국 주제별 연방법률집(United States Code, U.S.C.)」 제52편(Title 52)에는 “투표와 선거(Voting and Election)”에 관한 연방 법률규정들이 수록되어 있다. 제52편 ‘제1부 - 투표(Subtitle I - Voting)’에는 투표권에 관한 연방법률 규정들이 있고,¹³³⁾ ‘제2부-투표지원 및 선거관리(Subtitle II - Voting Assistance and Election Administration)’에는 투표권 및 선거관리에 관한 규정들이 있으며,¹³⁴⁾ ‘제3부 - 연방 선거운동 재정(Subtitle III -Federal Campaign Finance)’은 ‘제301장 - 연방 선거운동(Chapter 301 - Federal Election Campaigns)’이라는 하나의 장으로 구성되어 있고 주로 연방선거 관련 선거운동의 재정에 관해 규율하는 규정들이 있다.¹³⁵⁾ 제301장은 「연방선거운동법(Federal Election Campaigns Act, FECA)」과 「초당파적 선거운동 개혁법(Bipartisan Campaign Reform Act, BCR A)」의 규정을 재편성 해 놓은 것이다.¹³⁶⁾ 한편 「미국 주제별 연방 행정규칙집(Code of Federal Regulations, CFR)」 제11편 -연방선거(Title 11 - Federal Election)은 ‘제1장 - 연방 선거위원회(Chapter I - Federal Election Commission)’와 ‘제2장 - 선거지원위원회(Chapter II - Election Assistance Commission)’로 구성되어 있고, 각각의 장은 관련 연방 법규명령 규정들을 정리해 놓고 있다.

한편 각 州선거의 경우(주의회 의원 선거 등) 각 州 선거법령에 의해 규율된다.

132) 이 연구보고서는 연구대상 국가에서의 선거운동의 규제방식 및 규제의 정도에 대해 상세히 고찰하는 것을 연구목적으로 하지 않으므로 규제방식 및 규제정도와 관련하여서는 개괄적으로 고찰한다.

133) 제1부는 제10101조에서 제10702조로 구성되어 있다.

134) 제2부는 제20101조에서 제21145조로 구성되어 있다.

135) 제3부 제301장은 제30101조에서 제30146조로 구성되어 있다.

136) 이하에서는 조문을 표기함에 있어서 연방법률집(U.S.C.)의 조문 표기방식을 따르도록 한다.

예컨대 뉴욕 주(State)의 경우 뉴욕 주 선거법에¹³⁷⁾ 의해 규율되고, 캘리포니아 주는 캘리포니아 주선거법에 의해 주선거를 규율한다.¹³⁸⁾

연방제를 취하고 있는 미국에서도 선거를 관리하고 집행하는 기관은 결국 주 정부이다. 따라서 연방 대통령 선거 및 연방 상·하원 선거에서도 실제로 선거를 관리·집행하는 기관은 주 정부 기관이므로 연방선거에 관한 주요사항은 연방선거법에서 규율되고 있지만, 주법령이 연방선거의 관리·집행에 관한 세부사항을 규율할 수도 있다.¹³⁹⁾

2. 선거운동의 규제방식 및 규제정도 개관

가. 연방 형법상의 ‘선거 및 정치적 활동 관련 범죄’

「미국 주제별 연방법률집(United States Code)」 제18편(범죄 및 형사절차) 제1절 (Part I) 제29장(선거 및 정치 활동)에서는 다음과 같은 선거범죄를 규율하고 있다: 투표장소에의 군대 배치(제592조), 군대를 통한 개입(제593조), 유권자를 위협하는 행위(제594조), 행정기관 직원을 이용한 개입(제595조), 군인에 대한 여론조사의 시행(제596조); 투표에 영향을 미칠 목적으로 행해지는 비용지출(제597조), 지원금·구조사업 전용을 통한 지지의 강요(제598조); 지지를 받기 위해 공직, 사적 지위 등을 약속하는 행위(제599조), 일자리 제공 또는 기타 이익제공의 약속(제600조),¹⁴⁰⁾ 일자리 또는 기타 이익의 박탈 또는 박탈시도를 통해 정치적 기부행위를 강요하는 행위(제601조),

137) 뉴욕주 주선거법에 대해서는 <https://law.justia.com/codes/new-york/2017/el/> 참조.

138) 캘리포니아주 주선거법은 <https://codes.findlaw.com/ca/elections-code/> (2018. 10. 1. 최종 검색).

139) 예컨대 캘리포니아주 주선거법(California Election Code) 제6장(Division 6. Presidential Elections) 참조.

140) 원문은 아래와 같다(밑줄은 저자에 의한 강조).

§600. Promise of employment or other benefit for political activity
Whoever, directly or indirectly, promises any employment, position, compensation, contract, appointment, or other benefit, provided for or made possible in whole or in part by any Act of Congress, or any special consideration in obtaining any such benefit, to any person as consideration, favor, or reward for any political activity or for the support of or opposition to any candidate or any political party in connection with any general or special election to any political office, or in connection with any primary election or political convention or caucus held to select candidates for any political office, shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.

정치적 기부 교사(제602조), 공무원 등의 정치적 기부행위(제603조), 지원금·구조사업 전용을 통해 지지를 교사하는 행위(제604조), 정치적 목적으로 지원금 등 수령자 명단을 누설하는 행위(제605조), 공무원 등에 의한 기부행위의 강요(제606조), 공직 수행을 위한 사무실 또는 건물에서 기부금을 수령하거나 요청하는 행위(제607조), 부채자투표권자의 권리를 박탈하는 행위(제608조), 군인의 투표에 영향을 미치기 위해 군권을 사용하는 행위(제609조), 정치적 행동의 강요(제610조), 외국인에 의한 투표(제611조).

나. 연방 선거법상의 기부행위 및 선거경비 규제

「미국 주제별 연방법률집(United States Code)」제52편 제3부 제301장은 “연방선거운동(Federal election Campaigns)”이라는 제목 하에 「연방선거운동법(Federal Election Campaigns Act, FECA)」과 「초당적 선거운동 개혁법(Bipartisan Campaign Reform Act, BCRA)」의 내용을 재편성해 놓고 있다.

미국은 1970년대 이전까지 연방부패방지법을 통해 선거자금에 대해 규제해 왔는데, 1971년 「연방선거운동법(FECA)」을 제정하여 정치적 기부행위의 방법, 절차 및 한도, 기부금의 관리방법, 기부금 사용의 보고, 선거경비의 한도¹⁴¹⁾ 및 선거경비지출의 보고에 대해 상세히 규율하고 있다.¹⁴²⁾ 이러한 제한을 위반한 경우 형벌로 처벌된다.¹⁴³⁾ 연방선거운동법이 정하고 있는 절차, 방법 및 한도에 따라 수수되고, 관리되며, 보고되어야 하는 기부금을 하드머니(hard money)라고 하는데, 1979년 연방선거운동법이 개정되어 연방선거법의 규율을 받지 않는 기부금 즉, 소프트 머니(soft money)를 받는 것을 허용되었다. 이후 기업 등에 의한 소프트머니가 대량으로 정당에 유입되면서 소프트머니에 의해 선거의 공정성·투명성이 저해되자, 2002년 「초당

141) 보조금이 지급되는 연방대통령 선거에서는 선거경비 지출 총액에 제한이 있다.

142) *Orloski v. Federal Election Com'n*, C.A.D.C. 1986, 795 F.2d 156, 254 U.S.App.D.C. 111(“입법목적은 연방선거에서의 비용지출을 제한하고, 부유한 자들이 후보자들을 재정적으로 지원하여 후보자들에게 유해한 영향력을 행사하는 것을 방지하기 위한 것이다”); *U.S. v. Danielczyk*, E.D.Va.2013, 917 F.Supp.2d 573(“입법목적은 연방선거에서 후보자 등을 재정적으로 지원하는 기부자들을 완전하고 정확하게 드러내도록 하는 것 그리고 선거의 투명성을 증진하는 것이다”) 등 참조.

143) 52 U.S.C. §30109 참조.

적 선거운동 개혁법(BCRA)」을 통해 소프트머니를 금지하는 것으로 연방선거운동법을 개정하였다.

제52편 제3부 제301장의 제1조, 즉 제30101조(52 U.S.C. §30101)는 제301장에서 사용되는 여러 용어들의 개념을 정의하고 있는데, 제30101조 이후의 규정들은 모두 정치적 기부행위 및 선거경비의 규제에 관한 규정들이다. 정치적 기부행위¹⁴⁴⁾ 및 선거경비는 선거운동과 연관성을 가질 수밖에 없으므로 정치적 기부행위 및 선거경비를 규제하는 규정들은 간접적으로 선거운동에 대해 규제하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 제52편 제3부에는 제301장만 있고, 제301장의 제목은 “연방선거운동”이지만, 제3부의 제목이 “연방 선거운동 재정”이라는 점에서 잘 알 수 있듯이, 연방 선거법은 정치적 기부행위 및 선거경비를 규제함으로써 간접적으로 선거운동에 대해 규제하고 있을 뿐, 어떠한 선거운동방법이 허용되거나 금지되는지에 대해서는 자세히 규율하고 있지 않다.

다. 주 선거법상의 규제

각 주의 선거법은 연방 선거법상의 기부행위 및 선거경비에 관한 규제 규정들을 모범으로 하여 주 선거관련 기부행위 및 선거경비에 관해 규율하고 있을 뿐만 아니라, 선거운동에 관해서도 연방 선거법에 비해 더 자세히 규율하고 있다.¹⁴⁵⁾ 그리고 형벌로 위화되는 선거법 위반행위에 대해서도 연방 선거법에 비해 자세히 규율하고 있다. 예컨대 「캘리포니아주 선거법(California Election Code, 이하 ‘CA ELEC’로 약칭함)」 제18편(Division 18. Penal Provision)은 모든 선거와 관련하여¹⁴⁶⁾ 형벌로 처벌되는 행위를 8개 장(Chapter)으로 구분하여 나열하고 있는데, 제4장(Chapter 4. Election Campaigns)에서는 선거운동과 관련하여 다음 행위들을 형벌로 처벌하고 있다.

144) 52 U.S.C. §30101(정의) 제(8)항 제(A)에 의하면 ‘기부(contribution)’란 연방공직선거에 영향을 미칠 목적으로 행하여지는 일체의 증여, 예약금, 대부금, 선금 또는 금전이나 유가물의 기탁이나, 목적의 제한 없이 정치위원회(political committee)에 무상으로 제공된 타인의 용역에 대하여 다른 사람이 보수로서 지급하는 것을 말한다(밑줄은 저자에 의한 강조). 제(B)항은 기부에 해당하지 않는 것을 나열하고 있다.

145) 예컨대 캘리포니아주 선거법 참조, <https://codes.findlaw.com/ca/elections-code/#!tid=ND173AEE796A14565AA96252BC0434A6B>.

146) CA ELEC § 18000 참조.

불법하게 투표용지나 유권자안내문을 위조하는 행위(CA ELEC § 18301), 허위로 투표소를 안내하는 행위(CA ELEC § 18302), 「캘리포니아 정부 규정(Government Code)」제84305조에 위반하여 우편을 대량으로 발송하는 행위(CA ELEC § 18303), 선거운동 자료 또는 대량우편에서 관인 등을 부정하게 사용하는 행위(CA ELEC § 18304), 지명자 또는 후보자를 위해서 또는 반대하여 투표하는 것을 대가로 금전 등을 지급하거나 수수하는 행위(CA ELEC § 18310), 선거관련 공무원에 대한 증퇴행위 및 관련 공무원의 수퇴행위(CA ELEC § 18311), 선거인들의 집회를 저지하거나 방해하는 행위(CA ELEC § 18340), 진술, 행동 또는 선거운동 자료를 통해 자신이 재임 중이거나 공직에 있는 것처럼 표현하는 행위(CA ELEC § 18350), 성명, 나이, 직업 등 후보자의 신원에 관해 허위사실을 기재하는 경우(CA ELEC § 18351), 제20201조에 위반한 모금행위(CA ELEC § 18360), 후보자 또는 정치위원회의 승인을 받지 않은 모금행위(CA ELEC § 18361), 투표당일 투표장소 100피트 이내에서 선거운동 금지(CA ELEC § 18370) 등.

라. 선거운동 목적의 광고, 광고판 및 인쇄홍보물 등 규제

52 U.S.C §30120에 의하면 명확히 특정된 어느 후보자의 당선 또는 패배를 위한 홍보물(communicatons)에는 그 홍보물 비용이 경비지출에 대해 승인권한을 가진 정치위원회(political committee) 등에 의해 지출되었는지, 그렇지 않은지를 표시하여야 하고, 그렇지 않은 경우 홍보물비용 지출자의 성명 등을 표시하여야 한다. 11 CFR §110.11은 이러한 표시문구의 요건에 대해 보다 상세히 규정하고 있다.

한편 23 U.S.C. §131은 고속도로에서 정치적 광고판이 허용되는 위치, 범위에 대해 규정하고 있고, 23 CFR §750.704는 이에 관해 보다 상세히 규정하고 있다. 각 주는 고속도로 및 야외에서 정치적 광고판(political sign)이 설치될 수 있는 범위와 설치되기 위한 요건에 대해 자세히 규정하고 있다.¹⁴⁷⁾

147) 전반적인 요건 및 각 주의 관련 규정에 대해 자세히는 <https://www.signs.com/blog/do-political-signs-work-running-an-effective-legal-sign-campaign/> 참조(2018. 10. 1. 최종검색).

마. 온라인 선거운동

정치위원회가 500통 이상의 비슷한 이메일을 보내는 경우에는 비용이 지불된 사실, 비용을 지불한 사람의 성명, 주소, 전화번호, 인터넷 주소를 표시하여야 한다.¹⁴⁸⁾ 개인이 인터넷을 통해 선거운동을 하는 것은 선거법상 기부나 지출에 해당하고, 등록이나 보고 등 법률상의 제약을 받지 않지만, 비용을 지불하고 다른 사람의 웹사이트에 정치적 광고를 실으면 연방선거법상의 “대중홍보”에 해당되어 기부 관련 규정의 제한을 받게 된다.¹⁴⁹⁾

미국은 2016년 이전까지는 위와 같이 인터넷을 통한 유료 정치광고의 경우에만 기부관련 규정의 적용을 받도록 하고, 대량 이메일 발송의 경우에도 일정 사항을 표시하도록 하였을뿐 온라인선거운동과 관련하여 특별한 규제를 하지 않았다. 그런데 2016년 미국 대선에서 러시아가 힐러리 클린턴의 당선을 저지하기 위해 ‘가짜뉴스(fake news)’를¹⁵⁰⁾ 유포하였다는 주장이 제기된 이후, 가짜뉴스 유포의 문제는 전세계 주요 국가에서 화두가 되었다.

가짜뉴스에 대한 대응책으로 구글, 페이스북과 같은 인터넷 플랫폼은 자체적으로 팩트체크 시스템을 적용하고 있다.¹⁵¹⁾ 캘리포니아 주는 법·제도적으로 가짜뉴스에 대응하고 있는데, 「정치적 사이버사기 방지법(The California Political Cyberfraud Abatement Act)」을 제정하여 캘리포니아 주 선거법 제18320조를 다음과 같이 개정하였다.

148) 11 CFR §100.11(b) 참조.

149) 11 CFR §100.26; §100.94; §100.155 참조.

150) 가짜뉴스의 개념정의 및 유사개념에 대해서는 European Commission, A multi-dimensional approach to disinformation. Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation, March 2018, p. 10-13; 윤성욱, 가짜뉴스의 개념과 범위에 관한 논의, 언론과 법 제17권 제1호, 2018.4, 54-57쪽; 황용석/권오성, 가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구 - 인터넷서비스사업자의 자율규제를 중심으로 -, 언론과 법 제16권 제1호, 2017.4, 57-69쪽 참조.

151) 다만 페이스북이나 구글이 직접 팩트체크를 하는 방식이 아니라 팩트체크 전문기관인 제3자와 연계하여 제3자에 의한 팩트체크 결과를 검색화면에 함께 보여주거나 경우에 따라서는 허위정보를 삭제하는 방식을 취하고 있다.

캘리포니아주 선거법(Elections Code)

제18320조. (a) 이 조항은 일반적으로 지칭되고 있듯이 “정치적 사이버사기 방지법”으로 인용될 수 있다.

(b) 오도하거나, 기만하거나 사취할 의도로 사이버사기 행위를 하는 것은 불법하다.

(c) 이 조항에서:

(1) “정치적 사이버사기”란 타인이 정치적 웹사이트에 접속하는 것을 거부할 의도로 또는 타인에게 정치적 웹사이트를 위한 도메인명을 등록할 기회를 거부할 의도로 인식적·의욕적으로 정치적 웹사이트와 관련하여 이루어진 행위, 다른 사람이 정치적 웹사이트를 포스팅한 것처럼 포스팅하는 행위, 합리적인 사람이 해당 웹사이트를 보더라도 그 웹사이트가 법안 또는 공직 후보자에 대한 반대나 지지의 견해를 사실대로 표현하고 있는 것처럼 여길 수 있도록 하는 행위를 말한다. 정치적 사이버사기는 다음의 행위를 포함하고, 다음 행위로 한정되지는 않는다:

(A) 의도적으로 유사한 도메인명이나 메타태그, 기타 다른 전자적 수단을 이용하여 다른 사람의 웹사이트를 정치적 웹사이트로 전환(diverting)하거나 리다이렉트(redirecting) 시키는 행위.

(B) 프레임이나 하이퍼링크, 마우스트래핑, 스크린 팝업, 기타 다른 전자적 수단을 이용하여 의도적으로 정치적 웹사이트에서 나가는 것을 막거나 거부하는 행위.

(C) 다른 정치적 웹사이트의 도메인명과 유사한 도메인명을 등록하는 행위.

(D) 도메인 이름을 등록·보유함으로써 그 도메인명이 정치적 웹사이트를 위해 사용되는 것을 의도적으로 막는 행위 또는 그 도메인명의 사용을 막을 의도로 그 도메인명을 다른 사람에게 판매하는 행위 또는 이러한 양 행위가 함께 이루어지는 경우.

(2) 생략

(3) “정치적 웹사이트”란 법안 또는 공직후보자에 대한 지지나 반대를 촉구하거나 촉구하는 것으로 보이는 인터넷 웹사이트를 의미한다.

캘리포니아주 선거법 제18323조는 “본 장(제18320조부터 제18323조)에 따라 제기된 소송의 관할권은 민사소송법(Code of Civil Procedure) 제410.10조에 따라야 한다”고 규정하고 있다. 즉, 제18323조에 위반하는 행위는 형사불법이 아닌 민사불법에 해당한다.

바. 소결

미국 연방 선거법, 연방 형법 및 주 선거법에 의하면 미국은 폭력·협박·강요 또는 기망의 방법으로 선거를 방해하거나 선거를 조작하는 행위, 선거와 관련하여 유권자들을 매수하는 행위, 정치적 기부행위 및 선거경비 관련 규정을 위반하는 행위, 선거당일 투표소 인근에서의 선거운동 금지 규정에 위반하는 행위 등을 선거범죄로 하고

있다. 선거법 이외의 법령에 의해 선거홍보물에 대한 규제도 이루어지고 있지만, 미국의 선거운동에 대한 규제는 정치적 기부행위 및 선거경비의 지출에 대해 규제하는데 중점이 있고, 선거운동을 포괄적으로 금지하고 있지는 않다.

3. 선거운동의 개념 및 선거운동에 해당하는지를 판단하는 기준

가. 선거운동의 개념

52 U.S.C. §30101 제20항은 다음과 같이 '연방 선거활동(federal election activity)'을 개념정의하고 있다.¹⁵²⁾

152) 밑줄은 저자에 의한 강조. 제20항의 원문은 다음과 같다.

(20) Federal election activity.—

(A) In general.—The term "Federal election activity" means—

- (i) voter registration activity during the period that begins on the date that is 120 days before the date a regularly scheduled Federal election is held and ends on the date of the election;
- (ii) voter identification, get-out-the-vote activity, or generic campaign activity conducted in connection with an election in which a candidate for Federal office appears on the ballot (regardless of whether a candidate for State or local office also appears on the ballot);
- (iii) a public communication that refers to a clearly identified candidate for Federal office (regardless of whether a candidate for State or local office is also mentioned or identified) and that promotes or supports a candidate for that office, or attacks or opposes a candidate for that office (regardless of whether the communication expressly advocates a vote for or against a candidate); or
- (iv) services provided during any month by an employee of a State, district, or local committee of a political party who spends more than 25 percent of that individual's compensated time during that month on activities in connection with a Federal election.

(B) Excluded activity.—The term "Federal election activity" does not include an amount expended or disbursed by a State, district, or local committee of a political party for—

- (i) a public communication that refers solely to a clearly identified candidate for State or local office, if the communication is not a Federal election activity described in subparagraph (A)(i) or (ii);
- (ii) a contribution to a candidate for State or local office, provided the contribution is not designated to pay for a Federal election activity described in subparagraph (A);
- (iii) the costs of a State, district, or local political convention; and
- (iv) the costs of grassroots campaign materials, including buttons, bumper stickers, and yard signs, that name or depict only a candidate for State or local office.

<p>제30101조 용어의 정의 제20항 연방 선거활동 -</p> <p>(A) 일반적으로 —“연방 선거활동”이라는 용어는</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) 정기적으로 실시가 예정된 연방선거의 선거일 전 120일부터 선거일까지의 유권자 등록 활동; (ii) 연방공직을 위한 후보자가 투표용지에 나타나는 선거와 관련하여 행해지는 유권자 파악, 투표독려활동 또는 정당지지 활동(generic campaign activity); (iii) 명확히 특정되는 연방공직 후보자와 관련하여 (연방공직 후보자 외에 주의 공직 또는 지역 공직 후보자 또한 관련되었는가는 상관없다), 어느 연방공직 후보자를 지지하거나 공격·반대하는 대중홍보 (어느 후보자를 지지하거나 어느 후보자를 반대한다는 것이 명시적으로 나타날 필요는 없다); 또는 (iv) 어느 정당의 주·지역·지구 위원회에 의해 고용된 자가 월간 보수를 받는 시간의 25% 이상을 연방선거와 관련하여 제공하는 활동 <p>(B) 포함되지 않는 활동 — 어느 정당의 주·지역·지구 위원회에 의해 지출된 다음 경비는 “연방 선거활동”이라는 용어에 포함되지 않는다 -</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) 대중홍보가 명확히 특정되는 주 공직 후보자 또는 지역 공직 후보자와만 관련되고, 그 대중홍보가 제(A)호 제(i)목 또는 제(ii)목에 해당하지 않는 경우; (ii) 주 공직 후보자 또는 지역 공직 후보자에 대한 기부이고, 그 기부가 제(A)항에 기술된 연방선거를 위해 지출되지 않는 경우; (iii) 주·지역·지구당의 회합 경비; 그리고 (iv) 단지 주 공직 후보자 또는 지역 공직 후보자의 성명을 기재하고 있거나 그러한 후보자만을 묘사하고 있는, 일반시민에 의한 선거홍보물로서의 버튼, 범퍼 스티커, 광고판 등.

52 U.S.C. §30101 제21항에 의하면 “정당지지활동”이란 오로지 정당을 홍보하고, 어느 특정 후보자나 비연방선거 후보자를 홍보하지 않는 선거운동(campaign activity)을 말한다.¹⁵³⁾ 제22항에 의하면 “대중홍보”란 방송, 케이블, 위성방송, 신문, 잡지, 옥외광고시설, 대량우편, 일반에 대한 전화뱅크, 기타 형태의 일반대중에 대한 정치광고를 의미한다. “대량우편”이란 30일 이내에 동일하거나 본질적으로 유사한 내용으로 500여 통 이상 미국우편이나 팩스를 사용하는 것을 의미하고(제24항), “전화뱅크”란 30일 내에 동일하거나 본질적으로 비슷한 내용으로 500여 통 이상 전화하는 것을 뜻한다(제25항).

153) 원문은 다음과 같다:
(21) Generic campaign activity.—The term “generic campaign activity” means a campaign activity that promotes a political party and does not promote a candidate or non-Federal candidate.

52 U.S.C. §30101 제20항 제(A)호에 의하면 “연방 선거활동”으로 인정되기 위해서는 ① 연방선거와의 관련성, ② 명확히 특정되는 어느 후보자와 관련되었을 것, ③ 어느 연방공직 후보자를 지지하거나 공격·반대하는 것일 것이라는 요건이 요구된다. ①의 요건은 연방 선거법이 연방선거를 규율하는 법률이라는 점에서 당연한 것이다. 제20항 제(B)호는 오로지 卍선거에 관한 선거활동은 “연방” 선거활동에 해당하지 않는다는 것을 명확히 하고 있다.

②의 요건과 관련하여 52 U.S.C. §30101은 다른 항들에서 “후보자” 및 “명확히 특정되는(clearly identified)”이라는 용어를 정의하고 있다. 52 U.S.C. §30101 제(2)항에 의하면 “후보자”란 연방 공직 선거를 위해 후보로 지명되고자 하는 자 또는 후보자가 되고자 하는 자를 의미하고, 동 항과 관련하여 (A) 후보로 지명되고자 하는 자 또는 후보자가 되고자 하는 자가 총 5천달러 이상의 기부금을 수수하였거나 총 5천달러 이상의 경비를 지출한 경우, 또는 (B) 자신을 위해 기부금을 수수하거나 경비를 지출할 것을 타인에게 동의하였고, 그 타인이 5천달러 이상의 기부금을 수수하거나 5천달러 이상의 경비를 지출한 경우라면 후보자로 다루어져야 한다. 52 U.S.C. §30101 제(18)항에 의하면 “명확히 특정되는”이란 (A) 후보자의 성명이 표시되거나, (B) 후보자의 사진 또는 그림이 나타나거나, (C) 명료한 표현에 의해 후보자의 신원이 언급되는 경우를 의미한다.

③의 요건은 연방선거법 또는 주선거법이나 연방 형법의 다른 규정들에서 문맥상 선거운동이라는 용어가 사용될 때 거의 대부분 함께 서술되고 있는 요건이다. 예컨대 연방 형법 제660조(정치적 목적의 일자리 제공 또는 기타 이익제공의 약속)¹⁵⁴⁾ “정치적 목적을 위하여 또는 어느 후보자 또는 정당에 대한 지지나 반대의 대가로”라고

154) 원문은 아래와 같다(밑줄은 저자에 의한 강조).

§600. Promise of employment or other benefit for political activity
Whoever, directly or indirectly, promises any employment, position, compensation, contract, appointment, or other benefit, provided for or made possible in whole or in part by any Act of Congress, or any special consideration in obtaining any such benefit, to any person as consideration, favor, or reward for any political activity or for the support of or opposition to any candidate or any political party in connection with any general or special election to any political office, or in connection with any primary election or political convention or caucus held to select candidates for any political office, shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.

하고 있다. 그리고 52 U.S.C. §30101(정의) 제(9)항 제(A)호에 의하면 “선거비용(expenditure)”이란 연방공직선거에 영향을 줄 목적을 가진 자에 의한 구매, 지급, 배분, 대부금, 선금, 기탁 또는 금전이나 유가물의 증여, 지출을 하기 위한 서면계약, 약속 또는 합의를 의미한다. 동항 제(B)호에서는 선거비용에 해당하지 않는 것을 나열하고 있는데, 그러한 것에는 비당파적 단순 투표권유헌동과 같이 선거운동으로 볼 수 없기에 선거비용에 해당하지 않는 것도 있고, 선거운동에 해당할지라도 선거비용산정에 포함되어야 할 활동으로 하기에는 적절하지 않기에 선거비용에 포함되지 않는 것도 있다.

나. 선거운동에 해당하는지를 판단하는 기준

52 U.S.C. §30101 제20항 제(A)호는 연방 선거활동에 해당하는 행위를 나열하면서 제(iii)목의 대중홍보와 관련하여 “어느 후보자를 지지하거나 어느 후보자를 반대한다는 것이 명시적으로 나타날 필요는 없다”고 함으로써 선거운동의 목적은 명시적으로 드러날 필요가 없다는 것을 명확히 하고 있다. 한편 이러한 입장은 판례에 의해서도 확인된다. 아래 사건은 CAER et al. vs FEC 사건으로¹⁵⁵⁾ “선거에 영향을 미칠 목적으로” 행해진 TV 방송광고인지 여부가 문제된 사건이다.

1) 사실관계 및 사건의 경과

52 U.S.C. § 30116은 정당 및 후보자에게 기부할 수 있는 총액을 제한하고 있고, § 30101(4)(A) 등에 의하면 매년 1천달러 이상을 “선거에 영향을 미칠 목적으로 지출하는” 단체는 정치위원회로¹⁵⁶⁾ 등록하여야 한다. Buckley 사건에서 법원은 후보자의

155) 299 F.Supp.3d 83 (D.D.C. 2018).

156) 52 U.S.C. §30101(정의) 제(8)항 제(A)에 의하면 ‘기부(contribution)’란 연방공직선거에 영향을 미칠 목적으로 행하여지는 일체의 증여, 예약금, 대부금, 선금 또는 금전이나 유가물의 기탁이나, 목적의 제한 없이 정치위원회(political committee)에 무상으로 제공된 타인의 용역에 대하여 다른 사람이 보수로서 지급하는 것을 말한다. 동조 제(4)항에 의하면 ‘정치위원회(political committee)’란 (A) 연중 총액 1,000달러를 초과하여 기부금을 받거나 지출하는 위원회, 클럽, 협회 또는 기타 개인의 집단, (B) 회사 또는 노동조합에 의해 설립되는 독립된 분리 기금, 또는 (C) 연중 총액 5,000달러의 기부금을 받거나 기부 또는 지출의 정의에서 제외되는 지출을 연중 총액으로 5,000달러를 초과하여 행하거나 연중 총액으로 1,000달러를 초과하는 기부 또는 지출을 행하는 정당의 지방위원회를 말한다.

통제권 아래에 있는 단체이거나 후보자의 지명 또는 당선을 주된 목적으로 하는 단체인 경우에만 정치위원회에 해당하고 “연방선거에 영향을 미칠 목적으로” 기부를 하거나 경비를 지출한 경우라고 볼 수 있다고 판시하였다.¹⁵⁷⁾ 이 사건에서 법원은 ‘만약 “정치위원회”의 범위를 넓게 인정하면 “선거운동의 목적으로 행해지는(campaign related)“ 광고활동과 “어떤 단체가 단순히 해당 주제에 대해 단체의 입장·정책을 광고하는 행위(groups engaged purely in issue discussion)”가 구분되지 않고 후자의 경우도 정치위원회에 해당되어 수정헌법 제1조에 보장된 정치적 표현의 자유를 침해할 수 있다’는 것을 근거로 들었다.¹⁵⁸⁾

CAER et al. vs FEC 사건은 ‘American Action Network, AAN’가 연방선거에 영향을 미칠 목적으로 ‘선거운동의 방송홍보(electioneering communication)’를¹⁵⁹⁾ 통해 기부를 하였는지가 문제된 사건이었다. AAN은 자유주의, 제한된 정부, 아메리카 예외주의, 높은 국가안전이라는 중도우파적 정책을 지지하는 비과세법인인 시민단체이다. AAN은 2010년 중간선거 즈음에 1천8백만 달러를 단체의 정책을 홍보하는 TV 광고비로 지출하였는데, 이 광고는 어느 후보자에게 불리한 방향으로 이루어졌다. CREW (Citizens for Responsibility and Ethics in Washington)는 ‘AAN이 정치위원회(political committee)로 등록하지 않고 2010년 중간 선거 즈음에 선거에 영향을 미칠 목적으로 TV 광고를 통해 기부를 행하였다’고 하면서 52 U.S.C.A. § 30109에 따라 연방선거위원회에 진정(Complaint)을 제기하였고, 연방 선거위원회는 AAN의 연방선거법 위반여부에 대해 심의하였다. 연방 선거위원회는 ‘AAN은 연방선거에 영향을

157) Buckley vs Valeo, 424 U.S. at 79, 96 S.Ct. 612; 또한 Shays v. FEC, 511 F.Supp.2d 19, 30 (D.D.C. 2007) 참조.

158) Buckley vs Valeo, 424 U.S. at 79, 96 S.Ct. 612.

159) 52 U.S.C. § 30104에 의하면 1년에 1만달러 이상을 방송광고 경비로 지출한 자는 동 조 제(f)항 제(2)호에서 요구하고 있는 사항을 기재한 진술서를 연방선거위원회에 제출해야 한다(동 조 제(f)항 제(1)호). 제(f)항 제(3)호 제(i)목에 의하면 ‘선거운동의 방송홍보(electioneering communications)’란 일반선거의 60일 전부터 또는 예비선거의 30일 전부터, 명확히 특정되는 연방 공직 후보자와 관련하여 방송, 케이블, 위성방송을 통해 이루어지는 홍보(communications)를 의미한다. 제(ii)목은 법관에게 제(i)목의 개념정의가 불충분한 것으로 여겨지는 경우를 위해 보다 더 상세히 ‘선거운동의 방송홍보’를 정의하고 있다. 제(ii)목에 의하면 ‘선거운동의 방송홍보’란 어느 연방 공직 후보자를 홍보·지지하거나 어느 후보자를 공격·반대하는, 방송, 케이블 또는 인공위성을 통해 행해지는 모든 광고홍보물로서(그 광고홍보물이 명시적으로 어느 후보자에 대한 지지 또는 반대를 주장하는지 여부는 상관없다), 어느 특정 후보자에 대한 투표 또는 반대를 권유하는 것 외에는 다른 타당한(plausible) 의미를 부여할 수 없는 것을 의미한다(밑줄은 저자에 의한 강조).

미치는 것을 주목적으로 하지 않았으므로 정치위원회에 해당하지 않는다'고 하면서 진정청구를 기각하였다. 이에 진정한 CREW는 콜롬비아 구법원(District Court)에 소송을 제기하였다. 콜롬비아 구법원은 다음과 같은 이유로 연방선거위원회의 진정기각은 위법하다고 판단하였다.

2) 콜롬비아 구법원의 판단

수십 년 전의 연방선거운동법(FECA)은 명백히 “정치위원회”를 넓게 인정하였고, 이 법률규정에 의하면 AAN은 명백히 정치위원회에 해당한다. 그러나 이후 Buckley 판결에서 연방대법원은 정치적 표현의 자유 및 명확성 원칙을 강조하여 ‘연방선거에 영향을 미칠 목적이 주된 목적인 경우에만 정치위원회에 해당할 수 있다’고 판시하였다. 하지만 2002년의「초당파적 선거운동 개혁법(BCRA)」은 대부분의 ‘선거운동의 방송홍보(electioneering communications)는 연방 선거에서 후보자를 당선시킬 목적으로 행해진다는 것을 전제로 하고 있다. 연방대법원은 몇몇 사건에서 연방선거운동법과 「초당파적 선거운동개혁법」이 서로 다른 관점을 취하고 있다는 것을 부정하였지만, 연방대법원은 이러한 시각이 기부금의 출처·사용처 보고(disclosure requirement)가 문제되는 경우에도 적용된다고 판시한 적은 없다. 오히려 연방대법원은 최근에 2개 판결에서 ‘기부금의 출처·사용처 보고와 관련하여서는 명시적으로 후보자를 지지하는 표현이 사용되었는지, 아니면 단순히 단체의 의견·정책을 광고하는 것인지를 구분할 필요성이 헌법에 의해 도출되는 것은 아니다’고 판시하였다. 따라서 「초당파적 선거운동개혁법」규정에 부합하자면, 선거운동의 방송홍보에 경비를 지출하는 것은 연방 공직 선거에서 어느 후보자의 지명 또는 당선을 주된 목적으로 하는 것으로 추정된다고 보아야 하고, 그러한 방송홍보를 하는 단체는 정치위원회에 해당하는 것으로 추정된다고 보아야 한다. 이러한 추정에 기초하여 여러 정황적 요건들을 고려하여 판단한다면 연방선거위원회의 판단과 다른 판단이 내려질 수 있으므로 연방선거위원회에 다시 판단하도록 명령한다.

제3절 영국에서 선거운동 개념과 법실무 검토

보통 영국이라고 지칭되는 '그레이트 브리튼 및 북아일랜드 연합왕국(United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, UK)'은 잉글랜드, 웨일스, 스코틀랜드 및 북아일랜드로 구성된 연합왕국이다. 이 4개 구성국 중 가장 주요한 구성국은 잉글랜드이고, 잉글랜드와 다른 구성국 간의 제도는 상이해서 영국 법령에서는 웨일스, 스코틀랜드 또는 북아일랜드와 관련하여 특별규정들을 두는 경우가 많다.¹⁶⁰⁾ 따라서 이하에서 영국의 제도로 소개되고 있는 내용은 주로 잉글랜드에 적용되는 사항이고, 웨일스, 스코틀랜드 및 북아일랜드의 경우 다를 수 있음을 유의하여야 한다.

1. 선거를 규율하는 법령

영국은 양원제를 취하고 있고, 하원의원은 선거로 선출된다. 웨일스, 스코틀랜드 및 북아일랜드에는 영국 의회와 독립된 자치의회가 있다. 지방 행정부 즉, 지방자치단체장 등 지방행정부의 고위직도 선거로 선출된다. 이러한 정기선거 외에도 국민투표가 있을 수 있다.¹⁶¹⁾

영국은 17개의 법률(Act)과 약 30개에 이르는 법규명령('Regulations', 'Rules', 또는 'Order'이라는 명칭을 가짐)을 통해 각종 선거를 규율하고 있다.¹⁶²⁾¹⁶³⁾ 선거를 규율하

160) 스코틀랜드와 북아일랜드에 비해 웨일스는 잉글랜드와 동일한 내용의 법적 규율 하에 있는 경우가 많지만, 항상 그러한 것은 아니다.

161) 영국의 선거 목록은 Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Interim Report, 4. Feb. 2016, p. 3 참조.

162) <https://www.lawcom.gov.uk/project/electoral-law/>, 2018. 9. 30. 최종검색. 영국의 선거관련 법령을 나열하고 있는 Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Interim Report, 4. Feb. 2016, p. 5.

163) 2011년 이후 영국은 '법 위원회(Law Commission)'의 책임 하에(영국의 Law Commission에 대해서는 <https://www.lawcom.gov.uk/about/> 참조) 현대 기술상황에 맞게 선거법을 현대화하고, 복잡한 선거법을 단순화하여 효율성을 추구하면서도 공정한 선거가 이루어질 수 있도록 선거법을 개선하는 방안에 대한 연구프로젝트를 진행하고 있다. 이 '선거법 개선 프로젝트'는 3단계로 이루어지고 있는데, 제1단계(개선대상 범위에 관한 연구)는 2012년 9월에 종료되어 '개선대상 범위에 관한 보고서'가 2012년 12월 11일에 제출되었다(Law Commission, Electoral Law in the United Kingdom. A Scoping Report, 11 Dec. 2012). 이후 제2단계(개선방안 수립 및 논의절차)를 진행하여 2014년에 '선거법 개선에 관한 논의보고서(A Joint Consultation Paper)'를 제출하였다(Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Consultation Paper, 2014). '2014년 논의보고서'는 각 논의사항에 관한 '상세연구서(Research)'를 포함하고 있다.

는 법률 중 가장 주요한 법률은 「국민대표법 1983(Representation of the People Act 1983)」, 「정치적 정당, 선거 및 국민투표에 관한 법률 2000(Political Parties, Elections and Referendums 2000)」그리고 「선거관리법 2006(Electoral Administration Act 2006)」이다.

「국민대표법 1983」은 1983년에 국민대표법, 선거등록법(Electoral Registers Act) 등 여러 법률에 산재해 있던 선거관련 법규정들을 통합하여 제정된 법률로 영국 하원 의원선거 및 지방자치단체장 선거를 적용범위로 한다.¹⁶⁴⁾ 웨일스, 스코틀랜드 및 북아일랜드 자치의회의원선거 등은 다른 법령에 의해 규율되지만¹⁶⁵⁾ 이 법령은 「국민대표법 1983」의 내용을 모범으로 하고 있다.¹⁶⁶⁾ 따라서 「국민대표법 1983」은 비록 모든 선거를 적용범위로 하고 있지 않지만, 사실상 선거관련 일반법으로 기능한다.¹⁶⁷⁾ 「국민대표법 1983」은 제1편(하원의원선거 및 지방행정부선거에서의 선거권 및 선거권행사), 제2편(선거운동), 제3편(소송절차), 제4편(기타 지방선거에 관한 특별 규정들) 그리고 제5편(일반사항 및 보칙)으로 구성되고, 제2편(선거운동)에서 입후보자에 대한 기부금, 선거경비, 금지되는 선거운동방법 등에 대해 규정하고 있다.

「정치적 정당, 선거 및 국민투표에 관한 법률 2000」은 선거위원회(Electoral Commission), 정당의 등록, 정치자금의 기부, 정당의 경비사용 관련 준수사항, 정당의 선거경비 제한, 국민투표 등에 대해 규율하는 법이다. 「국민대표법 1983」은 입후보자에 대한 기부금 및 선거경비에 대해 규율하고 있지만, 정당에 대한 정치자금 기부나 정당의 선거경비 사용에 대한 규정들을 가지고 있지 않다. 「정치적 정당, 선거 및

그리고 2014년 이후에는 제3단계로 ‘최종 개선방안 채택 절차’를 진행하여 2016년 2월 4일 ‘최종 개선방안에 대한 잠정 보고서’를 제출하였다(Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Interim Report, 4. Feb. 2016). 이러한 모든 자료는 <https://www.lawcom.gov.uk/project/electoral-law/>(2018. 9. 30. 최종검색)에서 다운로드할 수 있다. 2016년 2월 4일에 제출된 ‘선거법 개선에 관한 잠정 최종보고서’는 ‘영국의 선거법은 선거에 따라 규제법령이 달라 여러 법령으로 산재해 있어서 복잡할 뿐만 아니라 중복되거나 일치하지 않는 규정이 있는 등 통일성이 떨어지므로 모든 선거에 공통적으로 적용되는 통합 선거법을 제정하여 선거를 규제할 필요성이 있다’고 권고하고 있다(Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Interim Report, 4. Feb. 2016, p. 7-16 참조).

164) 동법 서문(introductory text), 제1조 및 제2조 참조. 동법은 1983년 이후 수차례에 걸쳐 개정되었다.

165) 자치의회의원선거에 대해서는 영국 하원이 규율권한을 가지는 것이 아니라, 각 자치회회가 규율권한을 가지고 있기 때문에 각 자치회회에서 제정한 법률에 의해 규율되고 있다.

166) Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Interim Report, 4. Feb. 2016, p. 7.

167) Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Interim Report, 4. Feb. 2016, p. 7.

국민투표에 관한 법률 2000」은 정당에 대한 기부금 및 정당의 선거경비 사용 등 선거와 관련된 정당의 활동을 규율하기 위해 제정되었다.¹⁶⁸⁾

「선거관리법 2006」은 전자적 선거권자 관리, 우편선거의 개선, 피선거권자 연령 조정, 선거조작을 방지하기 위한 규정의 추가 등 2002년 이후에 현대적 상황에 맞게 선거제도를 개선하여 투표 참가율을 늘리고, 선거의 공정성을 높이기 위한 개선방안으로 채택된 사항들을 입법화한 것이다.¹⁶⁹⁾ 총 9편 79개 조문으로 구성되어 있다.

2. 선거운동의 규제방식 및 규제정도

가. 선거범죄의 유형

영국은 선거법령에서 선거범죄를 규정하고 있는데, 선거법령상의 선거범죄는 크게 부패형(corrupt practice)과 [부패형에 비해 경한 위법행위]형(illegal practice)으로 나뉜다.¹⁷⁰⁾ 당선자가 부패형 또는 '부패형에 비해 경한 위법행위'형 선거범죄로 유죄판결을 받는 경우 당선은 무효로 되고, 유죄판결 받은 당선자는 일정기간 피선거권 및 기타 자격·권리를 상실한다. 부패형 선거범죄로 유죄판결 받은 자는 5년 동안 피선거권 등의 자격이 상실되는데 반해, '위법행위'형 선거범죄로 유죄판결 받은 자는 3년 동안 피선거권 등의 자격이 상실된다.¹⁷¹⁾ 부패형 선거범죄는 기소, 즉 배심재판으로 재판되거나(trial on indictment) 배심재판 아닌 약식재판(summary trial)으로 재판될 수 있는 범죄(either way offences)이다. 배심재판에 의한 유죄판결의 경우 1년 또는 2년 이하의 자유형이나 벌금형에 처해 질 수 있고, 약식재판에 의한 유죄판결의 경우 6개월 이하의 자유형 또는 해당 규정에 의한 벌금형에 처해질 수 있다.¹⁷²⁾ '부패

168) Political Parties, Elections And Referendums Act 2000. Explanatory Notes, para. 17.

169) 입법배경에 대해서는 Electoral Administration Act 2006. Explanatory Notes, para. 3-10 참조.

170) 선거법령상의 선거범죄를 정리한 도표는 Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Consultation Paper, Research Paper: the Regulation of the Campaign And Electoral Offences, 2014, p. 42-54 참조.

171) Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Consultation Paper, Research Paper: the Regulation of the Campaign And Electoral Offences, 2014, p. 4.

172) 국민대표법 제168조; Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Consultation Paper, Research Paper: the Regulation of the Campaign And Electoral Offences, 2014, p. 4-5.

형에 비해 경한 위법행위형 선거범죄는 약식재판으로 재판되고, 5등급 이하의 벌금형으로 처벌된다.¹⁷³⁾

1) 부패형 선거범죄

부패형에 속하는 선거범죄는 선거관련 뇌물죄(국민대표법 제113조), 향응제공(국민대표법 제114조), 부당한 영향력 행사(국민대표법 제115조), 금지된 출구조사결과와 공표(국민대표법 제66A조), 선거경비지출 사후보고시 의도적인 허위신고(국민대표법 제82조 제6항, 제75조 제5항, 제75A조, 제75ZB조 등), 선거사무장(election agent)의 허가를 받지 않은 선거경비지출(국민대표법 제75조), 입후보등록서에 허위사실 기재 또는 허위서명(국민대표법 제65A조), 우편선거 또는 대리선거 관련 범죄(국민대표법 제62A조 및 제62B조), 신원도용에 의한 투표(국민대표법 제60조)이다.¹⁷⁴⁾ 본 연구보고서와 관련하여 중요한 규정의 원문은 다음과 같다.

■ 국민대표법 제113조 선거관련 뇌물죄(Bribery)

113 Bribery.

(1) A person shall be guilty of a corrupt practice if he is guilty of bribery.

(2) A person shall be guilty of bribery if he, directly or indirectly, by himself or by any other person on his behalf—

(a) gives any money or procures any office to or for any voter or to or for any other person on behalf of any voter or to or for any other person in order to induce any voter to vote or refrain from voting, or

(b) corruptly does any such act as mentioned above on account of any voter having voted or refrained from voting, or

(c) makes any such gift or procurement as mentioned above to or for any person in order to induce that person to procure, or endeavour to procure, the return of any person at an election or the vote of any voter, or if upon or in consequence of any such gift or procurement as mentioned above he procures or engages, promises or endeavours to procure the return of any person at an

173) 국민대표법 제169조: Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Consultation Paper, Research Paper: the Regulation of the Campaign And Electoral Offences, 2014, p. 4-5.

174) 우편선거 또는 대리선거 관련 범죄, 신원도용에 의한 투표 등 투표와 관련된 기망행위는 선거사기로 표현되는데 영국에서 2010년 이후 선거사기의 혐의가 제기된 사안들에 대해서는 House of Commons Library, Briefing Paper. Electoral fraud since 2010, January 2017, p. 23 et seq. 참조.

election or the vote of any voter.

[중략]

- (3) A person shall be guilty of bribery if he advances or pays or causes to be paid any money to or for the use of any other person with the intent that that money or any part of it shall be expended in bribery at any election or knowingly pays or causes to be paid any money to any person in discharge or repayment of any money wholly or in part expended in bribery at any election.

[중략]

- (5) A voter shall be guilty of bribery if before or during an election he directly or indirectly by himself or by any other person on his behalf receives, agrees, or contracts for any money, gift, loan or valuable consideration, office, place or employment for himself or for any other person for voting or agreeing to vote or for refraining or agreeing to refrain from voting.
- (6) A person shall be guilty of bribery if after an election he directly or indirectly by himself or by any other person on his behalf receives any money or valuable consideration on account of any person having voted or refrained from voting or having induced any other person to vote or refrain from voting.

[후략]

■ 국민대표법 제114조 향응제공(Treating)¹⁷⁵⁾

114 Treating.

- (1) A person shall be guilty of a corrupt practice if he is guilty of treating.
- (2) A person shall be guilty of treating if he corruptly, by himself or by any other person, either before, during or after an election, directly or indirectly gives or provides, or pays wholly or in part the expense of giving or providing, any meat, drink, entertainment or provision to or for any person—
- (a) for the purpose of corruptly influencing that person or any other person to vote or refrain from voting; or
- (b) on account of that person or any other person having voted or refrained from voting, or being about to vote or refrain from voting.
- (3) Every elector or his proxy who corruptly accepts or takes any such meat, drink, entertainment or provision shall also be guilty of treating.

175) 밑줄은 저자에 의한 강조.

■ 국민대표법 제115조 부당한 영향력 행사(Undue influence)

115 Undue influence.

(1) A person shall be guilty of a corrupt practice if he is guilty of undue influence.

(2) A person shall be guilty of undue influence—

(a) if he, directly or indirectly, by himself or by any other person on his behalf, makes use of or threatens to make use of any force, violence or restraint, or inflicts or threatens to inflict, by himself or by any other person, any temporal or spiritual injury, damage, harm or loss upon or against any person in order to induce or compel that person to vote or refrain from voting, or on account of that person having voted or refrained from voting; or

(b) if, by abduction, duress or any fraudulent device or contrivance, he impedes or prevents [F1, or intends to impede or prevent,] the free exercise of the franchise of an elector or proxy for an elector, or so compels, induces or prevails upon [F2, or intends so to compel, induce or prevail upon,] an elector or proxy for an elector either to vote or to refrain from voting.

2) ‘경한 위법행위’형

‘부패형에 비해 경한 위법행위’형 선거범죄에는 ‘공직의무 위반’(국민대표법 제63조), ‘입후보자에 대한 허위사실 적시’(국민대표법 제106조), ‘입후보 등록 철회를 매수하거나 매수되어 입후보등록을 철회하는 행위’(국민대표법 제107조), ‘선거운동의 목적으로 선거공고문 등의 게시 대가로 금품을 제공하는 행위’(국민대표법 제109조), ‘선거홍보물에서 홍보물의 출판자(printer) 및 의뢰자(promoter)등을 표시하지 않는 행위’(국민대표법 제110조), ‘위법한 선거운동원(canvasser) 고용’(국민대표법 제111조 및 제175조), 선거경비지출에 관한 제한사항을 위반하는 행위들(국민대표법 제73조, 제76조, 제76ZA조, 제78조, 제81조, 제82조 등; 정치적 정당, 선거 및 국민투표에 관한 법률 제136조 및 제137조 등), 기부제한 규정을 위반하는 행위들(정치적 정당, 선거 및 국민투표에 관한 법률 제61조 등) 등이 있다.¹⁷⁶⁾ 본 보고서와 관련하여 중요한 규정들의 원문은 아래와 같다.¹⁷⁷⁾

176) 기타 ‘위법행위’형 선거범죄들에 대해서는 Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Consultation Paper, Research Paper: the Regulation of the Campaign And Electoral Offences, 2014, p. 43-54 참조.

177) 밑줄은 저자에 의한 강조.

■ 국민대표법 제109조 선거운동의 목적으로 선거공고문 등의 게시 대가로 금품을 제공하는 행위

109 Payments for exhibition of election notices.

- (1) No payment or contract for payment shall for the purpose of promoting or procuring the election of a candidate at an election be made to an elector or his proxy on account of the exhibition of, or the use of any house, land, building or premises for the exhibition of, any address, bill or notice, unless—
- (a) it is the ordinary business of the elector or proxy as an advertising agent to exhibit for payment bills and advertisements; and
- (b) the payment or contract is made in the ordinary course of that business.
- (2) If any payment or contract for payment is knowingly made in contravention of this section either before, during or after an election—
- (a) the person making the payment or contract, and
- (b) if he knew it to be in contravention of this Act, any person receiving the payment or being a party to the contract,
- shall be guilty of an illegal practice.

■ 국민대표법 제110조 선거홍보물에서 홍보물 출판자 및 의뢰자 등을 표시하지 않는 행위

[F1 110 Details to appear on election publications.

- [F2 (1) This section applies to any material which can reasonably be regarded as intended to promote or procure the election of a candidate at an election (whether or not it can be so regarded as intended to achieve any other purpose as well).
- (2) No material to which this section applies shall be published unless—
- (a) in the case of material which is, or is contained in, such a document as is mentioned in subsection (4), (5) or (6) below, the requirements of that subsection are complied with; or
- (b) in the case of any other material, any requirements falling to be complied with in relation to the material by virtue of regulations under subsection (7) below are complied with.
- (3) For the purposes of subsections (4) to (6) below the following details are “the relevant details” in the case of any material falling within subsection (2)(a) above, namely—
- (a) the name and address of the printer of the document;
- (b) the name and address of the promoter of the material; and
- (c) the name and address of any person on behalf of whom the material is being published (and who is not the promoter).
- [중략]
- (14) For the purpose of determining whether any material is material such as is mentioned in subsection (1) above, it is immaterial that it does not expressly mention the name of any candidate.]]

■ 국민대표법 제111조 위법한 선거운동원 고용

111 Prohibition of paid canvassers.

If a person is, either before, during or after an election, engaged or employed for payment or promise of payment as a canvasser for the purpose of promoting or procuring a candidate's election—

(a) the person so engaging or employing him, and

(b) the person so engaged or employed,

shall be guilty of illegal employment.

■ 국민대표법 제112조 위법한 금품제공 등

112 Providing money for illegal purposes.

Where a person knowingly provides money—

(a) for any payment which is contrary to the provisions of this Act, or

(b) for any expenses incurred in excess of the maximum amount allowed by this Act, or

(c) for replacing any money expended in any such payment or expenses,

except where the payment or the incurring of the expenses may have been previously allowed in pursuance of section 167 below to be an exception, that person shall be guilty of an illegal payment.

나. 방송을 통한 정치적 광고의 금지

방송법(Communications Act 2003) 제319조 제2항 제(g)호 및 제321조 제2항에 의하면 방송을 통한 정치적 광고는 금지된다. 방송법 제321조 제2항에 의하면 라디오 또는 텔레비전 방송에서 “전적으로 또는 부분적으로 정치적 성격의 목적을 추구하는 단체의 광고, 어떤 정치적 목표의 달성을 위한 광고, 또는 산업적 논쟁과 관련된 광고”를 하는 것은 금지된다.

다. 선거(운동)기간 및 선거(운동)기간의 의의

영국 선거법령은 선거기간(선거일 공고일로부터 선거일까지) 및 선거기간 내에서 행해져야 할 입후보자등록 등 여러 선거관리행위의 기한에 대해서 규정하고 있다. 현행법에 의하면 선고공고일로부터 선거일까지의 기간은 선거유형에 따라 조금 다르

지만 전반적으로 25일 정도이다.¹⁷⁸⁾ 영국의 선거법령에서 규정된 선거기간 및 선거기간 내 각종 선거관리행위의 기한은 선거에 관한 행정적 관리행위의 기한에 관한 것이지 선거운동을 할 수 있는 기간을 뜻하지 않는다.¹⁷⁹⁾ 영국 선거법은 선거운동기간을 특정하지 않고 있다. 즉, 영국 선거법은 사전선거운동을 원칙적으로 제한하지 않는다.¹⁸⁰⁾ 그러나 이것은 영국 선거법이 원칙적으로 기간에 따라 선거운동을 제한하는 방식을 취하지 않고 있다는 의미이지, 사실상 선거운동기간으로 인식되고 있는 기간이 없거나 선거운동을 제한함에 있어서 사실상 선거운동기간으로 이해되고 있는 기간을 전혀 고려하지 않는다는 의미는 아니다.

영국에서는 일반적으로 선거일이 공고된 후부터 본격적으로 선거운동이 이루어진다고 한다. 그리고 선거법령에서도 본격적으로 선거운동이 이루어지는 기간을 고려하는 것이 있다. 영국은 선거경비의 총액을 제한하고, 제한총액을 초과하여 선거경비를 지출하는 행위를 ‘위법행위’형 선거범죄로 처벌하고 있다.¹⁸¹⁾ 그리고 입후보자 및 정당에 대한 정치자금의 기부방법 등에 대해 엄격히 규제하고 있으며 이를 위반하는 행위는 ‘위법행위’형 선거범죄에 해당한다.¹⁸²⁾ 정당은 매년 분기마다 기부자의 명단, 기부액수 등을 정리한 ‘분기별 기부금보고서(donation report)’를 작성하여야 하는데,¹⁸³⁾ 선거기간 중에는 ‘주간 기부금 보고서(weekly donation report)’를 작성하여야 한다.¹⁸⁴⁾ ‘주간 기부금보고서’가 작성되어야 하는 선거기간이란 하원의원선거의 경우 하원이 총선을 위해 해산한 날부터 투표일까지의 기간을 의미한다.¹⁸⁵⁾ 선거기간 중에 주간 기부금보고서를 작성하도록 하는 것은 영국 선거법이 입후보자 또는 정당이 지출할 수 있는 선거경비의 총액을 제한하고 있기에 선거운동이 가장 활발하게 이루

178) 각 선거별 선거기간에 대해 상세히는 Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Consultation Paper, Research Paper: Electoral Timetables in the UK, 2014, p. 4-5 참조.

179) Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Consultation Paper, Research Paper: Electoral Timetables in the UK, 2014, p. 2-3.

180) 이것은 영국이 선거운동을 ‘정치가뿐만 아니라 유권자들이 자신의 정치적 의사표현의 자유를 실현하는 방안’으로 이해하고 있기 때문인 것으로 보인다(이에 대한 간단한 언급은 Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Consultation Paper, Research Paper: the Regulation of the Campaign And Electoral Offences, 2014, p. 19-20).

181) 국민대표법 제76조: 정치적 정당, 선거 및 국민투표에 관한 법률 제79조 참조.

182) 국민대표법 제71A조: 정치적 정당, 선거 및 국민투표에 관한 법률 제61조 참조.

183) 정치적 정당, 선거 및 국민투표에 관한 법률 제62조, 제71M조 및 제95A조 참조.

184) 정치적 정당, 선거 및 국민투표에 관한 법률 제63조, 제71Q조 및 제95B조 참조.

185) 정치적 정당, 선거 및 국민투표에 관한 법률 제95B조 제3항 참조.

어지는 선거기간 중에 선거경비 지출의 투명성을 확보하기 위한 것이다. 즉, 선거법령은 비록 선거운동기간을 특정하고 있지 않지만 선거기간 중에 선거운동이 가장 활발하게 이루어진다는 것을 전제로 하고 있다.

위와 같이 선거법령이 사실상 선거기간을 선거운동기간으로 이해하고 있다고 할지라도, 이는 선거기간 중에 선거운동이 가장 활발하게 이루어진다는 것을 의미할 뿐, 선거운동을 선거기간 중의 선거운동으로 제한하고자 하는 것은 아니다. 영국 선거법은 선거기간 전의 선거운동을 금지하지 않는다. 금지되는 것은 선거법령에서 허용되지 않는 선거운동 즉, 형별로 처벌되는 선거운동일 뿐이지, 선거기간 전의 선거운동인지, 아니면 선거기간 중의 선거운동인지는 중요하지 않다. 따라서 선거법에서 금지되는 선거운동이 아니라면 선거기간 전인지, 선거기간 중인지를 불문하고 허용된다. 이는 금지되는 선거운동의 경우에도 마찬가지이다. 허용되지 않는 선거운동방법, 즉 형별로 처벌되는 선거운동의 경우 선거기간 전인가, 아닌가를 불문하고 금지된다. 국민대표법 제114조(향응제공) 및 제112조(위법한 선거운동원의 고용)는 “선거 전인지, 선거 중인지 또는 선거 후인지에 상관없이(either before, during or after an election)”라고 하여 이를 명시적으로 표현하고 있다. 다른 선거범죄의 경우에도 “선거 전인지, 선거 중인지, 또는 선거 후인지에 상관없이”라는 자구가 없을지라도 해당 범죄행위가 선거기간 전에 발생했는지, 아니면 선거기간 중에 발생했는지에 상관없이 처벌된다.

라. 온라인 선거운동

인터넷의 발전은 우리에게 많은 새로운 기회를 창출하고 있지만, 다른 한편 테러자료를 유포하는데 사용되기도 하고, 학대행위나 사이버불링의 수단이 되기도 하며, 시민들의 담론이나 객관적인 뉴스 및 지적재산권을 손상시키는데 사용되기도 하는 등 악용되기도 한다. 이러한 문제점을 인식하여 영국 정부는 2017년부터 온라인 세계의 안전을 강화하기 위한 규범과 규칙을 도출하고, 이를 실현하기 위해 노력하고 있다. 로 하였다. 영국 정부는 ‘디지털 헌장(Digital Charter)’을 통해 이러한 제도개선을 추구하게 된 배경, 목적 및 기본방향에 대해 요약하고 있다.¹⁸⁶⁾

영국 정부는 인터넷 안전의 강화를 위한 제도개선 노력의 첫 단추로 2017년 10월

“인터넷 안전 전략 - 녹색(Internet Safety Strategy - Green paper)”를 (이하 ‘녹서’라고 함) 발간하였다.¹⁸⁷⁾ 영국 정부는 2018년 5월 “인터넷 안전 전략 녹색에 대한 정부의 대답(Government response to the Internet Safety Strategy Green Paper)”을¹⁸⁸⁾ 통해 인터넷 안전 강화를 위한 정부의 대응책을 발표하였다. 주요 내용은 아래와 같다.

- 온라인 플랫폼은 플랫폼에 게시되는 내용에 대해 책임을 진다. 온라인 플랫폼에서의 불법 내용에 대한 플랫폼의 책임을 강화할 수 있는 개선방안에 대해서는 앞으로 지속적으로 깊이 고민하고, 첫 단계로 ‘소셜미디어 실무 코드(social media code of practice)’를 제정하고, 온라인 플랫폼에 매년 ‘인터넷 안전관련 투명성 보고서(internet safety transparency report)’를 제출하도록 한다.¹⁸⁹⁾
- ‘아동의 인터넷 안전을 위한 위원회(UK Council for Child Internet Safety, UKCCIS)’의 기능을 아동뿐만 아니라 성인으로 확장하고, 명칭을 ‘인터넷 안전 위원회(UK Council for Internet Safety, UKCIS)’로 변경하는 것.¹⁹⁰⁾
- 허위정보의 문제와 관련하여서는 이 문제를 잘 이해하기 위해 더 많은 조사·연구가 이루어져야 하고, 사람들이 허위정보와 진실을 구별할 수 있는 능력을 함양하도록 안내와 교육을 해야 하며, 알고리즘을 검토 등 기술적 해결방안과 관련하여 플랫폼 회사와 상호 협력하며, ‘데이터 윤리 및 혁신을

186) <https://www.gov.uk/government/publications/digital-charter/digital-charter#work-programme> 참조(2018. 11. 10 최종검색). ‘디지털 현장’에 의하면 온라인 규제와 관련하여 영국 정부는 다음 사항들을 우선순위로 설정하고 있다.

- 디지털 현장에 의할 때 영국 정부의 온라인 규제에서의 우선순위
- 디지털 이코노미 - 테크놀로지 회사들이 성장할 수 있는 분야에서의 건전한 생태계 형성
 - 온라인 해악 - 인터넷에서의 해악적인 내용 또는 행동들에 대해 이해하는 능력과 회복력을 함양하는 것. 기술적 해결안의 발전을 위해 산업분야와 협력하는 것을 포함하여 인터넷에서의 해악적인 내용과 행동으로부터 사람들을 보호하는 것.
 - 책임 - 현행법을 보다 더 잘 이용하여 인터넷에서의 해악적인 내용과 행동에 효과적으로 대응하는 방안들을 모색하는 것을 포함하여, 온라인 플랫폼들이 그들의 사이트에서 공유된 해악적 내용에 대해 법적 책임을 부담하도록 함.
 - 데이터 및 인공지능(AI) 관련 윤리익식 및 혁신 - 데이터가 안전하고 윤리적인 방법으로 사용되도록 담보하고, 데이터에 의해 어떤 결정이 내려질 때 그 결정이 공정하고 투명하도록 하는 것.
 - 디지털 마켓 - 데이터의 이동을 지원하고, 보다 더 나은 방식으로 데이터를 사용, 통제 및 공유하도록 하는 방안을 포함하여 디지털 마켓이 잘 기능하도록 보장하는 것.
 - 허위정보(Disinformation) - 정치적, 인적 그리고/또는 경제적 이익을 위해 호도의 의도로 유포되는 허위 정보(disinformation)의 유포와 영향력을 감소시키는 것
 - 사이버 시큐리티 - 인터넷의 최종-유저들에게 책임부담을 경감시키는 것을 포함하여, 악의적인 사이버 활동으로부터 사업체와 기타 단체들이 자신들 또는 개인을 보호하기 위해 취할 수 있는 조치들을 인정함으로써 사업체와 단체를 지원하는 것.

187) HM, Internet Safety Strategy - Green paper, October 2017. 이 녹서는<https://www.gov.uk/government/consultations/internet-safety-strategy-green-paper> 에서 다운로드 가능(2018. 11. 1. 최종검색). 이 녹서는 영국 ‘디지털·문화·미디어 및 스포츠 부(Department for Digital, Culture, Media and Sport, DCMS)’에 의해 발간되었다.

188) HM Government, Government response to the Internet Safety Strategy Green Paper, May 2018.

위한 센터(Centre for Data Ethics and Innovation)'를 설치하여 정보사용의 안전, 윤리의식 및 혁신을 보장하기 위해 필요한 조치와 관련하여 정부에 조언을 제공하도록 한다.¹⁹¹⁾

- EU의 GDPR(General Date Protection Regulation)'을 이행하는 동시에 '데이터보호법률 1998(Data Protection Act 1998)을 개선하는 법률을 제정한다.¹⁹²⁾

영국 선거위원회(Electoral Commission)는 디지털 선거운동의 증가 및 인터넷의 약용이라는 시대환경 변화에 맞게 선거법을 개선할 필요성이 있다는 문제인식 하에, 디지털 선거운동에 대해 조사하여 2018년 6월 “디지털 선거운동: 유권자를 위한 선거운동의 투명성 증진”이라는 제목의 보고서를 제출하였다.¹⁹³⁾ 이 보고서는 디지털 선거운동의 투명성을 증진하기 위해 선거법 등을 어떠한 방향으로 개선해야 하는지에 대한 다음과 같이 권고하고 있다.

- 영국 정부와 입법부는 '디지털 선거운동 자료(digital material)'에 누가 그 자료의 생성자이고, 누구를 위한 것이지를 표시하도록 관련 입법을 해야 한다.
- 선거경비 지출 보고사항을 더욱 세분화하여 디지털 선거운동에 사용된 경비를 상세히 보고하도록 관련 법규정을 개정해야 한다.
- 투명성을 증진하기 위해 후보자가 디지털 선거운동자료 생성자로부터 디지털 선거운동자료에 대한 보다 더 상세한 송장(invoice)을 받도록 해야 한다.
- 소셜미디어 회사는 선거위원회와 협력하여 디지털 선거운동자료 및 선거운동광고에 대한 그들의 정책을 개선해야 한다.
- 소셜미디어 플랫폼에서 선거운동광고를 행하는 자는 선거운동광고에서 출처를 명확히 표시해야 한다.
- 영국 정부와 입법자는 외국 단체와 외국인에 의한 선거운동경비 지원은 허용되지 않는다는 것을 명백히 해야 한다. 정부와 입법자는 구체적으로 어떻게 이 원칙이 실현될 수 있는지, 이러한 원칙이 표현의 자유에 어떠한 영향을 미치는지 고민해야 한다.
- 우리는 앞으로 정당 및 후보자의 경비지출 보고에 관한 법규정의 구체적 개선방안에 대한 안(proposal)을 제시하고자 한다. 이를 위해 우리는 선거 후 또는 선거 중 후보자 및 정당의 경비지출 관련 보고를 빨리 이용할 수 있어야 한다.
- (디지털) 선거운동 관련 법규정을 위반하는 후보자 및 정당에 부과할 수 있는 벌금(fine)의 상한을 상향조정해야 하고, 수사활동 이외에도 위반행위에 관한 정보를 획득할 수 있도록 관련 권한을 강화해야 한다.

189) HM Government, Government response to the Internet Safety Strategy Green Paper, May 2018, p. 18-26.

190) Ibid, p. 29-30.

191) Ibid., p. 42-43.

192) Ibid., p. 4 47-48.

193) The Electoral Commission, Digital Campaigning: Increasing transparency for voters, June 2018.

3. 선거운동의 개념 및 허용되지 않는 선거운동인지 여부를 판단하는 기준

가. 선거운동의 개념

영국의 선거법령은 ‘선거운동(election campaign)의 정의’라는 표제하에 선거운동을 정의하는 규정을 두지는 않을지라도 선거운동(election campaign) 또는 선거경비(election expenses)를 규율하는 규정들에서 선거운동을 정의하고 있다. 그러한 규정들 중 대표적인 것을 나열하면 아래와 같다.

국민대표법 제90A조 제1항에 의하면 동법 제2편에서 “어느 선거의 입후보자와 관련하여 ‘선거비용’이란 그가 그 선거에서 입후보자가 된 후에 그 입후보자의 당선을 위해 재물을 취득하거나 사용하는 대가로 지출된 비용 또는 누군가에 의해 제공된 물건, 서비스 또는 시설물의 대가로 지출된 비용을 의미한다.”¹⁹⁴⁾ 「정치적 정당, 선거 및 국민투표에 관한 법률」 제72조 제3항 및 제4항도 선거경비를 정의하면서 다음과 같이 선거운동을 정의하고 있다.

72 Campaign expenditure.

[생략]

- (3) “Election campaign”, in relation to a registered party, means a campaign conducted by the party for election purposes.
- (3) 등록된 정당과 관련하여 “선거운동”이란 선거의 목적으로 정당에 의해 이루어지는 활동을 뜻한다.
- (4) “For election purposes”, in relation to a registered party, means for the purpose of or in connection with—
 - (a) promoting or procuring electoral success for the party at any relevant election, that is to say, the return at any such election of candidates—
 - (i) standing in the name of the party, or
 - (ii) included in a list of candidates submitted by the party in connection with the election; or
 - (b) otherwise enhancing the standing—

194) 밑줄은 저자에 의한 강조. 원문은 다음과 같다: In this Part of this Act “election expenses”, in relation to a candidate at an election, means (subject to subsections (2) and (3) and sections 90B and 90C below) any expenses incurred in respect of — (a) the acquisition or use of any property, or (b) the provision by any person of any goods, services or facilities, which is or are used for the purposes of the candidate’s election after the date when he becomes a candidate at the election.

(i) of the party, or
 (ii) of any such candidates,
 with the electorate in connection with future relevant elections (whether imminent or otherwise).

(4) 등록된 정당과 관련하여 “선거의 목적으로”란

(a) ‘관련 선거에서 그 정당의 이름으로 후보자가 되거나 그 정당의 후보자명부에 포함됨으로써 그 정당의 선거에서의 승리를 이루거나 승리가능성을 높일 목적으로 또는 그러한 목적과 연계되어’라는 의미이거나

(b) ‘기타 그 정당 또는 그 정당의 후보자와 유권자의 관계를 돈독히 할 목적으로 또는 그러한 목적과 연계되어’라는 의미이다.

[중략]

(9) In this section “candidates” includes future candidates, whether identifiable or not.

(9) 이 조문에서 “후보자”란 장래 후보자가 될 사람을 - 그자가 특정될 수 있는지를 불문한다 - 포함한다.

국민대표법 제109조(선거운동의 목적으로 선거공고문 등의 게시 대가로 금품을 제공하는 행위) 제1항은 “어느 선거에서 후보자의 당선을 이루기 위해서 또는 당선가능성을 높이기 위해서” 이루어지는 활동을 선거운동이라고 하고 있다. 국민대표법 제110조(선거홍보물에서 홍보물 출판자 및 의뢰자 등을 표시하지 않는 행위) 제1항은 “이 조항은 어느 선거에서 후보자의 당선을 이루거나 후보자의 당선가능성을 높일 의도로 제작된 것으로 여겨지는 모든 홍보물(기타 다른 목적도 함께 달성할 의도로 제작되었는지는 상관 없다)에 적용된다”고 하면서 선거운동을 간접적으로 정의하고 있다. 국민대표법 제111조(위법한 선거운동원 고용)도 “후보자의 당선을 이루거나 당선가능성을 높일 목적으로”라고 하여 간접적으로 선거운동에 대해 정의하고 있다.

위 규정들을 종합하면 영국에서 선거운동이란 ‘어느 선거와 관련하여 후보자의 당선 또는 정당의 승리를 목적으로 이루어지는 활동’을 뜻한다.

나. 선거운동인지 여부를 판단하는 기준

선거법령에서의 일부 규정은 선거운동에 해당하는지 여부를 어떻게 판단해야 하는가에 대한 기준점을 제시하고 있다.

「정치적 정당, 선거 및 국민투표에 관한 법률」 제72조 제5항 제(b)호는 “제(4)항의 ‘선거의 목적으로’와 관련하여 어느 정당 또는 후보자의 명칭을 명시적으로 언급하지

않고서 행해지는 일련의 행동도 제(4)항의 선거의 목적으로 이루어지는 행동에 해당할 수 있다”고 하고 있다. 국민대표법 제110조(선거홍보물에서 홍보물 출판자 및 의뢰자 등을 표시하지 않는 행위) 제1항은 “합리적으로 볼 때 선거에서 어느 후보자의 당선을 이루거나 당선가능성을 높일 의도로 제작된 것으로 여겨지는 모든 홍보물(any material which can reasonably be regarded as intended to promote or procure the election of a candidate at an election)”을 선거홍보물로 본다. 나아가 동조 제14항은 “어느 홍보물이 제(1)항의 선거홍보물에 해당하는지를 판단함에 있어서, 홍보물에 후보자의 명칭이 명시적으로 언급되어 있는가는 중요하지 않다”고 하고 있다.

다. 선거운동에 해당하는지 여부에 대한 범실무

1) Lutfur Rahman 사건

(1) 사실관계

Lutfur Rahman은 2010년 런던 자치구 타워 햄릿츠(Tower Hamlets)의 구청장(Mayor)으로 당선되었다. 2014년 5월 22일에 구청장 선거가 있을 예정이었는데, Lutfur Rahman은 2014년 1월에 ‘Canary Wharf Group plc’ 회사에 자신의 3년 재임을 기념하여 약 600명의 시민들을 초대하여 저녁식사를 대접하는 행사를 개최해 줄 수 있는지 문의하였고, 정기적으로 여러 정치가들에게 정치자금을 기부하여 왔던 동 회사는 회사의 경비로 이 행사를 개최하기로 합의하였다. 2014년 5월 약 600명의 시민들이 이 행사에 참석하여 무료로 저녁식사를 하고, Lutfur Rahman의 3년 재임을 축하하면서 그의 업적에 관한 프리젠테이션을 보았으며, 머그 컵 등 정치적 홍보물이 들어 있는 조그만 선물주머니도 받았다. 이 행사의 총 비용은 4만 파운드를 넘었고, 타워 햄릿츠 카운슬의 공무원이 업무시간에 이 행사의 대부분을 기획·준비하였다.¹⁹⁵⁾

2014년 5월 22일의 구청장 선거에서 Lutfur Rahman은 재선되었다. 그러나 Lutfur Rahman 및 그의 선거사무장은 선거기간 이전 또는 선거기간 중에 위에서 언급된

195) Erlam & Ors v Rahman & Anor [2015] EWHC 1215 (QB), para. 1-9, 514-520 참조.

행위 외에도 위법하게 선거운동운동을 고용하였고, 고용된 선거운동원들에 의해 신원도용을 통한 투표행위가 이루어지는 투표관련 위반행위가 있었고, 다른 후보자에 대한 허위사실 적시가 있었으며, 유권자들을 매수하는 행위가 있었다는 이유로 선거법원에 선거쟁송이 제기되었다.

(2) 선거법원의 판단

선거법원(Election Court)은 Lutfur Rahman이 유권자 매수, 위법한 선거운동원 고용, 신원도용을 통한 투표행위, 다른 후보자에 대한 허위사실 적시 등의 선거법령위반을 범하였다고 판단하였다.¹⁹⁶⁾ 그러나 위 사실관계에서 소개된 행위와 관련하여 선거법원은 “무료로 제공된 저녁식사 등은 Lutfur Rahman의 선거운동을 위해서 이용되었다. 따라서 당해 행사는 국민대표법에서 금지하고 있는 향응제공에 해당될 여지가 다분해 보인다. 그러나 당해 행사는 선거일 4개월 전에 개최되었다. 이 행사 이전에 Lutfur Rahman을 지지하지 않았지만 이 행사에 참석하여 후한 대접을 받은 후에 이러한 대접을 이유로 그를 위해 투표한 사람이 있는지에 대한 어떠한 증거도 없다. 향응제공으로 문제되고 있는 사안이 이루어진 시점이 선거일과 많이 차이 날수록 향응제공에 해당한다고 판단하기는 더욱 어렵다. 나보다¹⁹⁷⁾ 더욱 준엄하고 엄격한 법관이라면 당해 사안을 향응제공에 해당하는 것으로 판단할 것이라는 것이 확실하지만, 나는 향응제공죄가 성립한다고 보기에는 증거가 불충분하여 의심을 거두기 어렵다. 따라서 당해 선거법원은 Lutfur Rahman이 향응제공죄를 범하였는지와 관련하여서는 요구되는 입증의 정도를 충족시킬 정도로 충분한 증거가 제출되지 않았다고 판단한다.”고 판단하였다.¹⁹⁸⁾

위 판결은 근거 및 결론에 있어서는 2016년도 전원합의체판결과 유사하지만, 우리 전원합의체판결과 달리, 오로지 선거인의 입장에서 선거운동여부를 판단하여야 한다고 설시하지 않고 있다. 뿐만 아니라, 위 판결에서 Richard Mawery QC는 “자기보다 엄격한 입장에 있는 법관이라면 당해 사안이 향응제공에 해당하는 것으로 판단할

196) Erlam & Ors v Rahman & Anor [2015] EWHC 1215 (QB), para. 342, 377-378, 451, 500 등 참조.

197) 재판관 담당인 Richard Mawery QC가 자신을 지칭한 표현이다.

198) Erlam & Ors v Rahman & Anor [2015] EWHC 1215 (QB), para. 522-524.

것이 확실하다”라고 실시하고 있는 점을 유의하여야 한다.

2) ADI 사건

(1) 사실관계

‘국제동물보호(Animal Defender International)’ 단체는 2005년에 인간의 영장류 동물 학대 및 오용에 대한 경각심을 일깨우는 캠페인을 벌였다. 이 캠페인의 일환으로 이 캠페인에 대한 텔레비전 광고를 하고자 하였으나 영국 방송광고승인센터(Broadcast Advertising Clearance Centre)는 ‘ADI는 방송법 제321조 제2항에서 의미하는 주로 정치적 목적을 추구하는 단체에 해당하고, ADI의 광고를 허가하는 것은 방송법 제319조 제2항 및 제321조 제2항에 의한 정치적 광고 금지 의무에 위반할 수 있다’고 ADI의 광고방송을 허가하지 않았다. 이에 ADI는 ‘정치적 광고를 전면적으로 금지하는 것은 유럽인권협약 제10조에 반한다’고 하면서 소송을 제기하였다.¹⁹⁹⁾

그러나 제1심법원은 ‘정치적 방송광고를 전면적으로 금지하는 것은 방송광고를 할 능력을 가진 자들이 매우 강력한 설득력을 가지는 미디어를 통해 광고함으로써 그러한 방송광고를 할 수 없는 자들에 비해 불공평하게 이점을 가지는 것을 방지하기 위한 것이다’고 하면서 청구인의 주장을 배척하였다.²⁰⁰⁾

(2) 상소심의 판단

상소심은 제1심법원의 판단을 유지하였다. 상소심법원은 “민주적 절차는 공정한 표명의 기회가 보장되는 상태에서 상반된 견해, 의견들이 서로 제시되고, 논의된다면 종국에는 좋은 견해·의견이 나쁜 또는 허위의 견해·의견보다 우세해진다는 사고를 바탕으로 하고 있다. ... 그러한 공정한 의견표명의 기회가 보장되도록 하는 것은 방송의 의무이다. ... 만약 우월한 경제적 능력을 가진 정치적 단체가 가장 강력한 미디어 수단인 방송광고를 통해 자신의 견해를 표명할 기회를 산다면 선거는 경매와 다를 없게 된다. ... 따라서 정치적 목적의 방송광고를 전면적으로 금지하는 것은

199) R. (on the application of Animal Defenders International) v Secretary of State for Culture, Media and Sport [2008] UKHL 15, para. 1-4.

200) R. (on the application of Animal Defenders International) v Secretary of State for Culture, Media and Sport [2006] EWHC 3069.

이러한 목적을 달성하기 위한 것으로 정당하다.”고 판단하였다.²⁰¹⁾²⁰²⁾

제4절 독일에서 선거운동 개념과 법실무 검토

1. 선거를 규율하는 법령

연방국가인 독일에서²⁰³⁾ 선거를 규율하는 법령에는 연방법령과 州법령이 있다.²⁰⁴⁾ 연방법령으로는 기본법(Grundgesetz, GG), 연방의회의원선거법(Bundeswahlgesetz, BWahlG), 연방의회의원 선거규칙(Bundeswahlordnung, BWO), 연방 선거심사법(Wahlprüfungsgesetz, WahlPrG), EU의회의원선거법(Europawahlgesetz, EuWG) 등이 있다. 그리고 州 법령으로는 각 주별로 주헌법(Landesverfassung, LV), 주의회의원 선거법(Landtagswahlgesetz, LWG), 지방자치단체장등 선거법(Kommunalwahlgesetz, KomWG), 주 선거심사법(Landeswahlprüfungsgesetz) 등이 있다. 독일 16개 州는 모두 주선거를 규율하는 법령을 가지고 있는데, 규율방식은 다시 2가지 형태로 나뉜다. 첫 번째 형태는 모든 주선거에 공통적으로 적용되는 통합 주선거법을 제정한 경우이고, 두 번째 형태는 주의회의원선거와 지방자치단체장등 선거를 구분하여 각각에 적용되는 법령을 제정한 경우이다.²⁰⁵⁾

201) R. (on the application of Animal Defenders International) v Secretary of State for Culture, Media and Sport [2008] UKHL 15, para. 28 et seq.

202) 이 판결에 대한 비판적 견해는 Tom Lewis and Peter Cumper, Balancing Freedom of Political Expression against Equality of Political Opportunity: the Courts and the UK Broadcasting Ban on Political Advertising, in: Public Law, January 2009, p. 98 et seq.

203) 연방국가인 독일에서는 연방이 배타적 입법권을 행사하는 분야, 연방과 州 가 공동으로 입법권을 행사하는 분야, 州가 배타적 입법권을 행사하는 분야로 나뉘고, 기본법(헌법) 제70조 내지 제74조에서 연방과 주가 어떠한 분야에서 배타적 또는 공동적 입법권을 가지는지에 대해 자세히 규정하고 있다.

204) 연방은 연방의회의원, EU의회의원 선거와 관련하여 배타적 입법권을 가지고, 주는 주의회의원 선거, 지방자치단체장 선거 등 지방선거와 관련하여 배타적 입법권을 가진다.

205) 독일 연방 선거법령과 주 선거법령을 목록으로 제시하고 있는 웹페이지는 <https://www.wahlrecht.de/gesetze.htm> (2018. 9. 30. 최종검색). 이 웹페이지에서 또한 각 법령 원문을 확인할 수 있다.

2. 선거운동의 규제방식 및 규제정도 개관

독일 기본법(헌법) 제38조 제1항은 자유선거의 원칙을 선언하고 있고, 기본법 제5조는 정치적 표현의 자유를 보장하고 있다. 이러한 기본권에 의해 독일에서는 (원칙적인) 선거운동의 자유가 인정되고 있다. 독일 선거법령은 선거운동을 광범위하게 규제하기 위해서 제정된 것이 아니라 헌법에서 인정된 선거관련 원칙들을 실현하기 위해서 선거권자, 선거구, 선거관할기관 등에 대해서 자세히 규율하기 위해서 제정되었다. 따라서 독일의 선거법령은 선거운동이 어떻게 이루어져야 하는지에 대해서는 자세히 규정하고 있지 않다.²⁰⁶⁾ 독일의 선거법령에서 금지되는 선거운동으로 제시되고 있는 것은 '투표소가 설치된 건물의 내부 및 입구 또는 주위에서 언어, 음향, 문서 또는 도화를 통해 선거인에게 영향을 미치거나 서명을 모집하는 행위' 밖에 없다.²⁰⁷⁾

그러나 선거법령에서 선거운동에 관해 자세히 규정하고 있지 않다고 하여 모든 선거운동이 자유롭게 허용되는 것은 아니다.²⁰⁸⁾ 형법(StGB)은 선거의 자유를 침해하는 중한 행위들을 선거범죄로 처벌하고 있다. 「라디오 및 텔레비전에 관한 州협정(Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien, Rundfunkstaatsvertrag, RStV)」²⁰⁹⁾ 제7조는 라디오, 텔레비전 등 방송을 통해 정치적 선전을 하는 것을 원칙적으로 금지하고, 제42조는 선거운동으로서 허용되는 선거방송에 대해 규정하고 있다.²¹⁰⁾ 연방 전입신고법(Bundesmeldegesetz, BMZ)에 의하면 행정관청은 정당이 선거일 6개월 전부터 연령대를 특정해서 요구하는 선거권자의 주소를 알려 줄 수 있다.²¹¹⁾ 그리

206) 위 각주에서 소개된 웹페이지를 통해 독일 선거법령 원문을 확인하면, 연방 선거법령과 주 선거법령의 규율내용은 대동소이한데, 선거운동에 관해 규율하고 있는 규정은 거의 없다.

207) 독일의 선거법령은 공통적으로 "선거행위(Wahlhandlung)"라는 장을 가지고 있는데, 보통 이 장의 한 규정은 "허용되지 않는 선거유세 및 서명수집, 허용되지 않는 여론조사공표"라는 조 문명 하에 위 행위를 금지하고 있다. 예컨대 독일 연방의회의원선거법(BWahlG) 제32조 제1항 참조.

208) 허용되는 선거운동방법에 대한 개괄적인 소개는 Becker, Wahlwerbung: Nicht alles ist erlaubt, Tagesschau.de, 05.09.2017, <https://www.tagesschau.de/inland/btw17/wahlwerbung-was-ist-erlaubt-101.html>, 2018.9.30. 최종검색.

209) RStV는 방송에 관한 규제를 통일하기 위해 독일 16개 州가 체결한 협정이다.

210) 허용되는 선거방송에 대해 자세히는 Rheinland-Pfalz. Landeszentrale für Medien und Kommunikation (LMK), Merkblatt: Informationen für rheinland-pfälzische Rundfunkveranstalter bezüglich der Ausstrahlung von Wahlwerbung, Stand: 03/2017, S. 1 ff.

211) Baden-Württemberg Polizei, Hinweise für die Durchführung von Wahlkämpfen, Stand: Dez. 2015, S. 2.

고 선거관련 문자나 이메일은 사전에 동의한 자에게만 발송될 수 있다. 각 주의 도로교통 관련 법령, 건축법, 환경보호 관련 법령 등은 주의 도로행정, 건축행정 등과 관련하여 공공·대중에 영향을 미치는 일정한 행위의 경우 행정기관의 허가를 요구하고 있는데, 일정한 선거운동행위의 경우 예컨대 벽보·현수막(Wahlplakate) 게시, 유세판(Werbetafeln) 설치, 특정 도로지점에서 안내스탠드 설치 등을 통한 길거리 유세, 확성기 또는 메가폰의 사용, 공공장소에서의 집회는 행정기관의 허가가 필요하다. 행정기관은 선거운동기간이라면 이러한 선거방법에 대해 보통 허가를 하지만, 선거운동기간이 아니라면 이러한 선거운동방법에 대해 허가를 하지 않는다. 한편 정당법(Parteigesetz, PartG)은 정당의 불법회계행위 등을 금지하고 있는데, 이러한 규정들은 정당의 선거활동을 간접적으로 규제하는 것에 해당한다. 마지막으로, 선거와 관련하여 국가기관 및 공무원은 정치적 중립성을 지켜야 한다. 국가기관 소속 공무원인 입후보자가 국가기관의 공적 활동을 자신 또는 자신이 속한 정당에게 유리하게 이용하는 것은 위법한 선거운동에 해당한다.

위와 같이, 독일에서 선거운동에 대한 규제는 선거법령을 통해서 이루어지는 것이 아니라, 각 영역을 규율하고 있는 개별 법령상의 개별 규정들에 의해 이루어진다. 이러한 규정들 중, 여기서는 형법상의 선거범죄와 각 주의 도로교통·건축·환경보호 관련 법령에 의한 규제방식에 대해 조금 더 자세히 살펴본다.

가. 형법상의 선거범죄

독일 형법은 다음과 같은 행위를 선거범죄로 처벌하고 있다. 제107조(선거방해) - 폭행·협박으로 선거 또는 선거결과의 확정을 방해하는 행위. 제107a조(선거조작) - 권한 없이 투표하거나 기타 부당한 선거결과를 초래하거나 선거결과를 조작하는 행위. 제107b조 (선거문서 조작) - 허위신고에 의해 선거인명부에 등록하거나, 등록자격 없는 자를 선거인으로 등록하거나, 선거인 등록자격 있는 자가 선거인으로 등록되는 것을 방해하거나, 피선거권이 없음에도 입후보하는 행위. 제107c조(선거비밀침해) - 제3자의 투표내용을 자기 또는 타인에게 공표할 목적으로 선거비밀의 보호에 관한 규정을 위반하는 행위. 제108조(선거인에 대한 강요) - 폭행·협박으로 또는 직업적·경제적 종속관계를 남용하거나 경제적 위력을 행사하여 위법하게 타인에게 투표하도록

하거나 투표권 행사를 방해하는 행위. 제108a조 (선거인에 대한 사기) - 타인을 기망하여 투표내용에 대해 착오하도록 하거나 그의 의사에 반해 투표하지 않도록 하거나 무효투표를 하게 하는 행위. 제108b조 (선거인매수) - 투표하지 않는 것 또는 특정인을 위해 투표하는 것을 대가로 선물 기타 이익을 제안·약속·제공한 자 또는 요구·수락하거나 제공받은 자.

위 규정을 통해 알 수 있듯이 독일 형법상의 선거범죄는 선거자체를 폭행·협박으로 방해하거나 선거인에 대한 강요행위 또는 선거인을 매수하는 행위 등을 처벌하기 위한 것이고, 우리 공직선거법상의 선거운동 규제 규정과 같이 선거운동의 방법·시기 등을 제한하면서 이에 위반한 경우를 처벌하기 위한 것이 아니다.

나. 각 州의 도로교통·건축·환경 관련 법령 및 각 지방자치단체의 행정규칙에 의한 선거운동 규제

1) 선거운동단계(Wahlkampfphase) 또는 선거운동기간(Wahlkampfzeit)

독일의 각종 선거법령에서는 선거운동기간을 명시하지 않고 있다. 따라서 법령에서 명시적으로 인정된 선거운동기간은 없지만, 선거법의 기한 관련 규정들(예컨대, 선거일을 언제까지 확정해야 한다는 규정, 선거인 등록을 언제까지 해야 한다는 규정 등)의 종합적 해석에 의해 선거운동단계(또는 선거운동기간)는 일반적으로 다음과 같이 3단계로 나뉜다: 준비단계(Vorbereitungsphase), 약한 선거운동단계(Vorwahlkampfphase), 이른바 “뜨거운” 선거운동 단계(“heiBer” Wahlkampfphase). 일반적으로 선거운동단계는 이와 같이 3단계로 나뉘지만, 법령에서 선거운동기간을 명시하지 않고 있기 때문에 이 3단계의 구체적 구분시점에 관한 (법령에 의해 인정된) 확고한 기준이 있는 것은 아니다.²¹²⁾ 뿐만 아니라 각 단계의 시작시점은 선거에 따라 다를 수 있다. 연방의회의원 선거의 경우 ‘약한 선거운동단계’는 연방대통령이 연방의회의원선거일을 공표한 시점 (보통 선거일로부터 약 1년 전)부터 시작하는 것으로 인정되고 있다. 그리고 ‘뜨거운 선거운동단계’는 연방의회의원선거일 약 6주 내지 4주 전부터 선거일까지로 이해되고

212) 독일 연방선거위원회(Bundeswahlleiter)의 ‘선거운동단계’에 대한 설명 참조(<https://www.bundeswahlleiter.de/service/glossar/w/wahlkampfphase.html>, 2018. 9. 30. 최종검색).

있다.²¹³⁾ 이러한 3단계 선거운동단계 구분은 행정관청의 허가가 필요한 선거운동방법과 관련하여 언제부터 그러한 선거운동을 할 수 있는지를 결정하는 가장 기초적인 기준으로 기능한다.²¹⁴⁾

2) 공공장소·도로에서의 선거유세 또는 광고시설물을 통한 선거운동 중 행정관청의 허가가 필요한 것과 허가가 필요 없는 것

각 주의 도로교통, 건축, 환경보호 관련 법령에 의하면 대중·공공·환경에 영향을 미치는 일정한 행위는 금지된다. 바덴-뷔르템베르크州의 경우, 「바덴-뷔르템베르크 도로교통규칙(Straßenverkehrsordnung)」 제33조에 의하면 도로교통을 위태롭게 하거나 곤란하게 할 수 있는 확성기의 사용, 문서·도화·음향 등을 통한 광고나 선전, 물건제공 또는 기타 행위는 금지된다. 「바덴-뷔르템베르크 자연환경보호법Gesetz des Landes Baden-Württemberg zum Schutz der Natur und zur Pflege der Landschaft)」 제21조에 의하면 건물 외부에서의 광고시설물(Werbeanlage)은 원칙적으로 허용되지 않는다. 따라서 각 주의 도로교통, 건축, 환경보호 관련 법령 등에서 금지하고 있는 행위들을 선거운동방법으로 하고자 하는 경우라면 행정관청의 허가가 필요하다. 각 주의 도로교통 등 관련 법령에 의하면 공공도로, 장소에서 행정관청의 허가가 필요한 선거운동방법은 다음과 같다: 일정 크기의 벽보·현수막 게시 및 홍보판 설치, 공공도로·장소에서 안내스탠드 설치를 통한 길거리 유세, 확성기·메가폰의 사용, 공공장소에서의 유세집회 개최 등. 반면에 법령에서 금지하고 있는 행위가 아니라면 행정관청의 허가가 필요 없고, 자유롭게 선거운동방법으로 그러한 행위를 할 수 있다. 예컨대 조그만 크기의 홍보전단 배부, 길거리에서 스탠드 설치 없이 유세하는

213) 독일 연방선거위원회(Bundeswahlleiter)의 '선거운동단계'에 대한 설명 참조(<https://www.bundeswahlleiter.de/service/glossar/w/wahlkampfphase.html>, 2018. 9. 30. 최종검색). 연방의회 의원선거에서 '선거운동단계'와 '뜨거운 선거운동단계'의 구체적 시점을 이와 같이 이해하게 된 것은 연방헌법재판소 판결을 반영한 것이다(Bundestag. Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung: Beschränkung der Wahlwerbung von Parteien, Reg.-Nr.: WF III 40/06, 15 Feb. 2006, S. 3). 연방헌법재판소는 공무원이 정치적 중립성을 지키기 위해 선거와 관련성을 가질 수 있는 홍보활동을 자제해야 하는 정도를 선거운동단계에 따라 달리 판단하여야 한다고 하면서 연방의회의원선거에서 '선거운동단계'는 연방대통령이 선거일을 공표한 시점부터 시작된다고 볼 수 있고, '뜨거운 선거운동 단계'는 선거일 6주 내지 4주 전부터 시작되는 것으로 볼 수 있다고 하였다(BVerfGE 44, 125 참조).

214) Bundestag. Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung: Beschränkung der Wahlwerbung von Parteien, Reg.-Nr.: WF III 40/06, 15 Feb. 2006, S. 3.

것 등이 그러하다.²¹⁵⁾

3) 각 지방자치단체의 「선거운동으로서의 벽보·현수막 등에 관한 규칙」에서의 선거 운동기간

각 주법령에 의해 행정관청의 허가가 필요한 선거운동방법인 벽보·현수막 게시, 스탠드설치를 통한 길거리유세 등과 관련하여 해당 주법령이 그러한 허가의 구체적 사항에 대해서는 각 지방자치단체가 자치적으로 규율하도록 하고 있다.²¹⁶⁾ 따라서 우리나라의 시, 군, 구에 해당하는 각 지방자치단체는 「선거운동으로서의 벽보·현수막 등에 관한 규칙 또는 조례」라는 자치단체 행정규칙 또는 행정조례(Gemeindeverordnung 또는 Gemeindefestsetzung)를 제정하여 그러한 허가의 구체적 사항에 관해 규율하고 있다. 예컨대 뮌헨市的 경우 「벽보, 현수막의 설치 및 영상물을 통한 홍보에 관한 뮌헨市 규칙(Verordnung der Landeshauptstadt München über das Anbringen von Anschlägen und Plakaten und über Darstellungen durch Bildwerfer, Plakatierungsverordnung)」를 제정하여 허가에 관해 규율하고 있고, 너이슈타트(Neustadt)시는 「선거운동기간 중 공공도로에서의 정치적 목적의 광고에 관한 절차적 사항을 규율하기 위한 너이슈타트 행정조례(Satzung der Stadt Neustadt in Sachsen zur Verfahrensregelung über die Werbung für politische Zwecke auf öffentlichen Straßen während der Wahlkampfzeit, Wahlwerbungssatzung)」를 통하여 규율하고 있으며, 운터피링(Unterförling) 계마인데(Gemeinde)²¹⁷⁾ 「현수막, 벽보 등 게시물의 설치에 관한 운터피링 계마인데 행정규칙(Verordnung der Gemeinde Unterförling über das Anbringen von Anschlägen, Plakatierungsverordnung)」을 제정하여 허가에 대해 자세히 규율하고 있고, 예버만슈타트시는 「게시물 및 현수막에 관한 행정규칙(Verordnung über das Anbringen von Anschlägen und Plakaten,

215) Bundestag. Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung: Zulässigkeit und Grenzen von Wahlkampfbeschränkungen der Parteien, WD 3 - 3000 - 315/14, 22. Jan. 2015, S. 4-10; Becker, Wahlwerbung: Nicht alles ist erlaubt, Tagesschau.de, 05.09.2017. <https://www.tagesschau.de/inland/btw17/wahlwerbung-was-ist-erlaubt-101.html>, 2018.9.30. 최종검색.

216) Bundestag. Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung: Zulässigkeit und Grenzen von Wahlkampfbeschränkungen der Parteien, WD 3 - 3000 - 315/14, 22. Jan. 2015, S. 4 f.

217) 계마인데(Gemeinde)는 독일의 최소 지자체단위로 우리나라의 시·군·구에 상응한다고 보면 된다. 그러나 일부 계마인데는 우리나라의 시·군·구에 비해 매우 작은 경우도 있다.

Plakatierungsverordnung)」를 통해 규율하고 있다. 이러한 자치 행정규칙, 행정조례들은 허가요건으로 언제부터 선거운동기간으로 보는지에 대해 명시하고 있는 경우가 있으며, 구체적으로 벽보·현수막의 설치 등이 허용되는 기간을 특정하고 있다. 예컨대 뮌헨市 「벽보·현수막등 설치규칙(Plakatierungsverordnung)」 제2조에 의하면 선거일 전 3개월부터 선거일 후 14일까지 선거운동 현수막이 게시될 수 있다. 「네이슈타트 행정조례」 제2조는 “선거운동기간(Wahlkampfzeit)은 선거일 확정시부터 개시되고 - 단, 선거일 6개월 이전에 개시하지 않음- 선거일에 종료된다. ‘약한 선거운동기간(Vorwahlzeit)’은 선거일로 36일전부터 개시된다.”고 하면서 ‘약한 선거운동기간’ 중의 벽보·현수막 게시와 약한 선거운동기간 이외의 벽보·현수막 게시를 구분하여 규율하고 있다. 「에버만슈타트市 행정규칙」 제4조는 EU의회의원선거, 연방의회의원선거, 지자체장등 선거의 경우 선거일 4주전부터 현수막이 게시될 수 있는 것으로 규정하고 있다.

한편 위와 같은 행정규칙, 행정조례들은 행정관청의 허가를 받지 않은 경우 질서위반금(Geldbuße)으로 처벌된다고 규정하고 있다.

다. 온라인 선거운동

독일 정부는 인터넷과 사회관계망에서 남을 증오하며 공격하는 콘텐츠가 퍼지는 추세를 확인하고서 이를 독일 사회의 평화를 깨뜨릴 수 있는 위협으로 판단했다. 그러한 추세를 제대로 저지하지 못하면, 특히 사회적 소수자들이 사상·종교·인종·출신·성별 등이 다르다는 이유만으로 증오범죄의 피해를 볼 위험에 처하게 되고, 이는 독일의 자유민주주의질서를 해치는 결과로 이어질 수 있다고 본 것이다.

그리하여 2015년 독일연방법무부는 특히 페이스북, 유튜브, 트위터 등 사회관계망에서 증오범죄 등의 내용을 담은 자료들이 널리 퍼지는 상황을 저지하기 위해 사회관계망의 운영자 및 시민단체의 대표자들과 함께 태스크포스를 구성했다. 이 태스크포스에 참여한 기업의 대표자들은 자신의 기업에서 증오범죄 및 기타 범죄적 내용을 담은 자료들을 처리하는 방법을 개선하겠다고 약속했다. 기업들은 사회관계망 이용자들이 가짜뉴스를 쉽게 신고할 수 있는 메커니즘을 구축하고 언어와 법률에 관한 지식을 갖춘 부서에서 신고된 가짜뉴스가 위법한지를 24시간 내에 독일 법률을 기준으로

하여 검토하고 위법하다고 판단되면 삭제하는 의무를 지기로 했다. 가짜뉴스를 처리하는 책임을 1차적으로는 기업에 부과한 것이다.²¹⁸⁾

그런데 2016년 미국의 대선은 독일 정부로 하여금 가짜뉴스에 보다 강하게 대처하도록 이끌었다. 미국 대선에서 가짜 뉴스가 활개를 치면서 선거에 영향을 미치는 듯한 모습을 보이자 독일 정부는 사회관계망에서 가짜뉴스를 퇴치하는 일을 기업에만 맡기지 않고 국가가 우선적으로 해결해야 할 과제로 삼았다. 여기에는 그러한 행위에 기업들이 충분히 대응하지 못하고 있다는 판단도 큰 몫을 했다. 독일 정부는 기업들이 가짜뉴스를 처리하는 방법을 개선하겠다고 약속한 후인 2017년 초에도 증오범죄 등 범죄에 해당하는 콘텐츠에 대한 이용자의 항의가 여전히 느리고 불충분하게 처리된다고 하는 한 기관의 조사결과에 주목했다. 그 조사에 따르면 유튜브에서는 범죄에 해당하는 콘텐츠가 90%가 삭제되었지만, 페이스북에서는 39%, 그리고 트위터에서는 고작 1%만이 삭제되었다고 한다.²¹⁹⁾ 이에 독일 정부는 국민을 선동하거나 타인을 모욕·중상하거나 공공의 평온을 교란하려는 의도로 인터넷에 실리는 가짜뉴스를 신속하게 제거하기 위해 법률의 집행을 개선할 수 있는 법을 만들기로 했다. 그 법률이 바로 「사회관계망법집행법」이다.

「사회관계망법집행법」은 여전히 사회관계망서비스 제공자에게 자율적으로 가짜뉴스에 대처하도록 하면서도 그러한 자율적 대처만으로는 부족하다는 점에서 출발하여 제공자들에게 준법의무를 부과하는 규정(Compliance-Regeln)을 도입하였다. 즉 제공자들에게 사회관계망에서 증오범죄 및 범죄에 해당하는 콘텐츠에 효과적이고 신속하게 대처할 의무를 부과하고 이 의무를 어기면 질서위반금을 납부하도록 함으로써 가짜뉴스에 대처하는 현행법이 보다 효율적으로 집행될 수 있도록 했다. 보다 구체적으로는 증오범죄와 기타 범죄에 해당하는 콘텐츠에 대하여 제기된 항의가 더 빨리, 더 많이 처리될 수 있게 하는 방안을 도입하였다. 증오범죄 등 범죄에 해당하는 콘텐츠의 처리에 관한 보고의무를 부과하고 항의를 효율적으로 제거하고 국내의 송달대리인을 임명할 의무를 부과하였다. 이러한 의무를 위반하는 경우에는 기업이나 감독의무

218) Bundesministerium der Justiz und für den Verbraucherschutz, Die Initiative gegen Hasskriminalität im Netz.

219) Bundesministerium der Justiz und für den Verbraucherschutz, Löschung von strafbaren Hasskommentaren durch soziale Netzwerke weiterhin nicht ausreichend, 2017. 3. 14.

있는 사람에게 질서위반금이 부과될 수 있다. 아울러 사회관계망에서 인격권을 침해당한 사람에게는 법원의 명령에 따라 사회관계망 서비스 제공자로부터 가해자의 기본 정보를 얻어낼 수 있는 권리를 부여했다.

라. 소결

위에서 설명된 바와 같이, 독일은 선거법령을 통해 선거운동을 자세히 규율하지 않고, 다른 개별 법령상의 규정들을 통해 선거운동에 대해 규율하고 있다. 개별 법령에 의할 때 원칙적으로 금지되는 행위라면 그러한 행위를 선거운동방법으로서 하기 위해서는 허가가 필요하고, 개별 법령이 특정한 요건 하에 허용하고 있다면 그러한 요건을 준수하여 한다. 일반적으로 알려져 있듯이, 개별 법령에 의한 독일의 선거운동 제한의 정도는 우리 공직선거법상의 선거운동 제한의 정도에 비해 강하지는 않다. 그러나 독일과 우리나라에서의 선거운동 제한의 정도가 얼마나 차이가 나는지 정확히 비교하기 위해서는 독일에서의 개별법령에 의한 선거운동의 제한을 상세히 조사·연구할 필요가 있다. 그리고 독일의 경우 비록 선거법령에서는 선거운동기간을 명시하고 있지 않을지라도 관련 규정의 종합적 해석에 의해 선거운동기간이 인정되고 있다. 다만 구체적인 선거운동기간은 선거 유형에 따라, 각 주에 따라 상이할 수 있다. 그리고 선거운동기간(Wahlkampfzeit) 중일지라도 개별 선거운동방법에 따라 허용되는 기간이 다를 수 있고, 동일한 선거운동방법일지라도 각 지방자치단체에 따라 허용되는 기간이 다른 경우가 있는데, 벽보·현수막의 게시 등이 그러하다.

3. 선거운동의 개념 및 허용되지 않는 선거운동인지 여부를 판단하는 기준

가. 선거운동의 개념

독일 선거법령은 선거운동의 개념에 대해서는 정의하는 규정을 두고 있지 않다. 그러나 일반적으로 선거운동(Wahlwerbung 또는 Wahlkampf)이란 ‘정당 또는 입후보자가 선거에서의 투표를 획득하기 위해 자신 또는 공약을 홍보하는 행위’로 정의되고 있다.²²⁰⁾

독일 문헌에서 선거운동의 개념에 대한 논란을 찾아보기는 어렵다. 독일에서는 선거운동의 개념에 대한 논란보다는 ‘허용되는 선거운동인지, 아닌지를 어떻게 판단할 것인가’에 대해서 많이 논의되고 있다. 이것은 특히 ‘국가기관 또는 공무원의 홍보활동이 어떠한 경우에 선거운동으로 인정될 수 있는가’라는 문제와 관련하여 많이 논의되고 있다.

나. 국가기관 또는 공무원의 홍보활동이 선거운동으로 허용되지 않는 경우

1) 문제의 논점

독일 기본법 제20조에 의해 도출되는 ‘국가기관의 중립성’ 원칙에 의해 국가기관은 선거와 관련하여 정치적 중립성을 유지해야 한다. 그리고 제21조에 의해 국가기관은 모든 정당을 동등하게 다루어야 하고, 특정 정당에 유리하게 또는 불리하게 행동해서는 아니 된다.²²¹⁾ 따라서 국가기관 또는 국가기관의 구성원으로 활동하는 공무원이 국가기관의 홍보활동을 선거결과에 영향을 미칠 수 있는 형태로 행하는 것은 선거운동에 해당하고 허용되지 않는다. 즉, 국가기관 또는 국가기관 구성원인 공무원이 홍보활동을 특정 정당 또는 특정 입후보자에게 유리 또는 불리하도록, 즉 선거에 영향을 미칠 수 있는 방향으로 행하는 경우 ‘국가기관의 중립성 원칙’ 및 ‘국가기관의 정당에 대한 평등한 대우의 원칙’에 반하는 ‘허용되지 않는 선거운동’에 해당한다.²²²⁾ 반면에 국가기관의 구성원인 공무원일지라도 공무원활동으로서가 아니라 단순한 사인의 지위에서 선거운동에 참여하는 것은 위법하지 않다.²²³⁾ 이에 따라 독일에서는 국가기관의 홍보활동이 어떠한 경우에 허용되지 않는 선거운동에 해당하는가, 즉 어떠한 기준에

220) 연방선거관리위원회의 ‘선거운동(Wahlwerbung 또는 Wahlkampf)’에 대한 설명 참조 <https://www.bundeswahlleiter.de/service/glossar/w/wahlwerbung.html>, 2018.9.30. 최종검색; <http://www.bundeswahlleiter.de/service/glossar/w/wahlkampf.html>, 2018.9.30. 최종검색; 또한 Rheinland-Pfalz. Landeszentrale für Medien und Kommunikation (LMK), Merkblatt: Informationen für rheinland-pfälzische Rundfunkveranstalter bezüglich der Ausstrahlung von Wahlwerbung, Stand: 03/2017, S. 2 참조.

221) Landtag Brandenburg. Parlamentarischer Beratungsdienst, Grenzen regierungsamtlicher Öffentlichkeitsarbeit im Vorfeld von Wahlen, Feb. 2015, S. 6 f.

222) Landtag Brandenburg. Parlamentarischer Beratungsdienst, Grenzen regierungsamtlicher Öffentlichkeitsarbeit im Vorfeld von Wahlen, Feb. 2015, S. 7.

223) BVerfGE 44, 125, 142; VG Meiningen, Urteil vom 11. August 2008, Az. 2 K 221/09, BeckRS 2009, 38474.

따라 허용되지 않는 선거운동인지 여부를 판단할 것인가가 문제되고 있다.

2) 국가기관의 홍보활동

독일 연방헌법재판소는 ‘국가기관의 홍보활동(Öffentlichkeitsarbeit)이 어떠한 경우에 허용되지 않는 선거운동에 해당하는가’라는 문제와 관련하여 어떠한 활동이 ‘홍보활동’에 해당하는지에 대해서는 홍보활동으로 볼 수 있는 몇 가지 예를 나열하였을 뿐, 홍보활동의 범위를 한정하지는 않았다.²²⁴⁾ 이러한 이유로 문헌에서는 정보제공, 광고(Werbung), 해명을 목적으로 정부가 대중에게 행하는 모든 활동을 홍보활동으로 이해해야 한다는 견해가 지지를 얻고 있다.²²⁵⁾ 그리고 주 헌법재판소는 정부기관의 출판물, 언론광고 뿐만 아니라 정부기관에 의해 개최되었고 대중을 대상으로 이루어지는 행사 또한 홍보활동으로 이해하고 있다.²²⁶⁾

3) 1977년 연방 헌법재판소판결에 따른 판단기준

(1) 사실관계

연방정부는 1976년 5월부터 1976년 10월 3일의 연방의회의원 선거일까지 신문과 잡지에 국고로 연방정부의 활동에 대한 홍보광고를 게재하였다. 예컨대 “슈피겔” 잡지에 1976년 5월 24일부터 1976년 7월 26일까지 매주 “이 정부는 여러분에게 훨씬 더 많은 자유를 가져오게 하였다”는 제목 하에 정부활동에 대한 긍정적 통계자료 등을 요약적으로 제시하고, 비판적인 야당의 목소리를 근거 없는 것으로 표현하는 정부활동에 대한 홍보광고물을 약 3~4페이지에 걸쳐 게재하였다. 정부의 이와 같은 선거 전의 정부활동 결과에 대한 홍보광고물 게재에 대해 CDU는 헌법소송을 제기하여 위헌임을 확인해 줄 것을 청구하였다.

224) Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst, Grenzen regierungsamtlicher Öffentlichkeitsarbeit im Vorfeld von Wahlen, Feb. 2015, S. 9.

225) Schürmann, Regierungsamtliche Öffentlichkeitsarbeit im Wahlkampf - Kritische Anmerkungen zu den Müllkampagnen-Urteilen des NRWVerfGH, in: NVwZ 1992, S. 853.

226) VerfGH Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23. Oktober 2006, VGH O 17/05.

(2) 연방 헌법재판소의 판단

연방 헌법재판소는 먼저 다음과 같은 원칙을 선언하였다:²²⁷⁾

국가기관이 선거와 관련하여 국가기관으로서의 기능을 행함에 있어서 특정 국가기관 자신을 특정 정당 또는 특정 입후보자와 동일시하거나 국고 등 국가적 수단을 투입하여 특정 정당 또는 특정 입후보자를 지원하거나 광고를 통해 선거권자의 결정에 영향을 미치는 것은 헌법상 허용되지 않는다. 국가기관이 선거운동기간 중 정부의 재신임을 위해 활동하고, 재선을 위해 광고를 하는 것은 헌법에 합치하지 않는다. 국가기관이 특정 정당 또는 특정 입후보자에게 유리하게 또는 불리하게 선거활동에 관여하는 것은 '동등한 정당대우의 원칙'에 반한다. 국가기관이 특정 정당·입후보자에게 유리하게 또는 불리하게 국가기관의 홍보활동을 행하는 것도 '동등한 정당대우의 원칙'에 반하므로 그러한 국가기관의 홍보활동은 국가기관이 선거운동을 행하는 것으로 허용되지 않는다.

위와 같은 원칙을 선언하면서 연방 헌법재판소는 어떠한 경우에 국가기관의 홍보활동이 '정당침해적 효과'를 가지는지, 즉 어떠한 경우에 국가기관의 홍보활동이 허용되지 않는 선거운동으로 평가될 수 있는지를 판단함에 있어서는 다음과 같은 요소들을 정황증거(Indizien)로 고려하여야 한다고 하였다.

① 무엇보다 국가기관 홍보물의 내용, 외부적 형태 그리고 제목 및 표제문구가 중요한 기준으로 작용한다. 정부기관 홍보물이 정부기관을 특정 정당과 동일시하고 있거나, - 공개적으로 또는 암시적으로 - 특정 정당을 광고하고 있거나 반대 정당 또는 반대 정당 입후보자에 대한 부정적으로 평가하는 내용을 포함하고 있는 경우라면 정당침해적 효과를 가진다고 볼 수 있다.²²⁸⁾ 나아가 정부기관이 '여전히 집권하고자 한다'는 의지를 명백히 표현하고 있는 것은 정당침해적 효과에 대한 정황증거로 기능한다. 예컨대 선거 전에 해당 정부의 활동에 대한 긍정적 결과물을 홍보하면서 해당 정부만이 더 나은 미래를 보장할 수 있다는 식으로 홍보하는 경우가 그러하다.²²⁹⁾

227) BVerfG, Urteil vom 2. März 1977, 2 BvE 1/76.

228) BVerfG, Urteil vom 2. März 1977, 2 BvE 1/76, Rn. 72.

229) BVerfG, Urteil vom 2. März 1977, 2 BvE 1/76, Rn. 73.

② 홍보물의 내용보다는 광고투의 제목 또는 표제어가 더욱 강조되고 있는 경우라면 정부기관의 홍보활동이 허용되지 않는 선거운동에 해당하는 정황증거가 될 수 있다. 마찬가지로, 객관적으로 볼 때 시민들에 대한 정보제공의 필요성이 높지 않은데 정부기관 구성원의 인지도 상승 및 정부기관 구성원에 대한 공감효과를 가져오기 위해 선거기간 전에 홍보물이 많아진 경우라면 허용되지 않는 정부기관의 홍보활동이라는 정황증거가 될 수 있다. 특히 ‘약한 선거운동기간(Vorwahlzeit)’ 중 정부기관 구성원의 인물사진 및 그의 인적 경력·능력과 함께 표시되면서 홍보활동이 이루어지는 경우에 그러하다.²³⁰⁾

③ 홍보활동과 선거일과의 근접성 그리고 홍보활동이 이루어진 시점에서의 선거운동의 강도는 중요한 정황증거로 기능한다. 선거기간이 개시되기 전에 국가기관은 중립적 입장에서 정부활동에 관한 보고서 등을 홍보할 수 있다. 그러나 홍보활동이 이루어진 시점이 ‘뜨거운 선거운동기간’에 가까울수록 홍보활동이 선거결과에 미치는 영향은 더욱 클 수밖에 없다. 따라서 선거일에 가까워질수록 ‘국가기관이 정부의 활동, 국가의 상황 등에 대해 객관적으로 국민들에게 정보를 제공함으로써 여론형성에 기여하여야 한다는 요청’보다는 ‘선거에 관한 국가기관의 중립성’이라는 요청이 보다 강조된다. 따라서 ‘뜨거운 선거운동기간’에 근접할수록 국가기관은 정부의 활동에 대한 보고서 등 어떠한 형태의 홍보활동을 하는 것을 자제해야 하고, ‘뜨거운 선거운동기간’에 이러한 홍보활동을 하는 것은 금지된다. 언제부터 국가기관이 홍보활동을 하는 것을 자제해야 하는가는 일률적으로 말할 수 없지만, 연방의회의원선거의 경우 연방대통령이 선거일을 공표한 시점부터는 국가기관이 홍보활동을 하는 것을 자제해야 한다고 할 수 있다.²³¹⁾

④ 국가기관은 홍보활동을 행함에 있어서 홍보물이 정당 또는 기타 정당지단체에 의해 악용되지 않도록 조치를 취해야 한다.²³²⁾

연방헌법재판소는 국가기관 홍보활동이 정당하기 위한 요건 또는 기준을 위와 같이 제시하면서 국가기관의 홍보활동이 허용되지 않는 선거운동으로 인정되는 경우라면 그러한 사정은 선거심사에서 선거의 유효 여부를 결정하는 한 요소로 기능할 수 있다

230) BVerfG, Urteil vom 2. März 1977, 2 BvE 1/76, Rn. 74.

231) BVerfG, Urteil vom 2. März 1977, 2 BvE 1/76, Rn. 78.

232) BVerfG, Urteil vom 2. März 1977, 2 BvE 1/76, Rn. 81.

고 판시하였다.²³³⁾ 그리고 해당 사안의 경우 연방정부에 의해 행해진 홍보활동은 허용되지 않는 국가기관에 의한 선거활동이라고 판단하였다.²³⁴⁾

제5절 일본에서 선거운동 개념과 법실무 검토

1. 선거를 규율하는 법령

일본 의회는 중의원과 참의원으로 구성된다. 일본국 헌법 제47조에 의하면 “선거구, 투표의 방법 기타 양의원의 의원선거에 관한 사항은 법률에서 규정한다.” 이에 따라 제정된 법률로는 공직선거법, 정치자금규정법(政治資金規正法), 「지방공공단체 의회 의원 및 장의 선거에서 전자적 기록식 투표기를 사용하여 행하는 투표방법 등의 특례에 관한 법률(전자투표법)」이 있다. 공직선거법은 1950년 4월 15일에 제정되었고, 중의원의원선거, 참의원의원선거, 지방의회의원선거 및 지자체장 선거에 관해 통합적으로 규율하고 있다.²³⁵⁾ 공직선거법은 선거권 및 피선거권, 선거구, 선거인명부, 선거일, 투표 및 개표, 선거회, 후보자, 당선인, 선거운동, 선거운동에 관한 수입·지출 및 기부, 선거쟁송, 벌칙 등에 대해 규율하고 있다. 공직선거법에서 규정되지 않은 세부사항은 공직선거법시행령과 공직선거법시행규칙에서 규율된다.

2. 선거운동의 규제방식 및 규제정도 개관

가. 금지·제한되는 선거운동

일본 공직선거법 제1조는 “이 법률은 일본국헌법의 정신에 따라 중의원의원, 참의원의원 및 지방공공단체의 의회의 의원 및 장을 공선하는 선거제도를 확립하고, 그 선거가 선거인의 자유를 표명하는 의사에 따라 공명하고 적정하게 행해질 것을 확보하고, 이로써 민주정치의 건전한 발달을 기하는 것을 목적으로 한다”고 하여 동법의

233) BVerfG, Urteil vom 2. März 1977, 2 BvE 1/76, Rn. 82.

234) BVerfG, Urteil vom 2. März 1977, 2 BvE 1/76, Rn. 86-169.

235) 일본 공직선거법 제2조 참조.

목적은 선언하고 있다. 선거가 본래의 의의를 발휘하기 위해서는 유권자가 필요하고 충분한 판단자료에 접근하는 것이 필요하므로 언론·출판 등을 통한 선거운동의 자유가 불가결하게 된다.²³⁶⁾ 그러나 한편 선거운동이 완전히 방임되면, 부패가 발생하거나 재력에 의해 부당하게 지배될 우려가 있으므로 일정한 조정이 필요하게 된다.²³⁷⁾ 이러한 이유로 일본은 공직선거법 제13장(선거운동)에서 선거운동에 대해 자세히 규율하고 있다.

일본 공직선거법 제13장(제129조 내지 제178조의3)의 내용은 우리 공직선거법의 선거운동 규제 내용과 유사하다. 제129조(선거운동기간)에 의하면 선거운동은 후보자 신고가 있는 날로부터 당해 선거기일의 전일까지 할 수 있다.²³⁸⁾ 그리고 우리와 마찬가지로 선거운동의 주체를 제한하고 있다. 선거사무관계자, 특정 공무원, 미성년자, 선거권 또는 피선거권 없는 자의 선거운동은 금지되고,²³⁹⁾ 공무원과 교육자는 지위를 이용하여 선거운동을 할 수 없다.²⁴⁰⁾

일본 공직선거법은 선거운동의 방법에 있어서도 광범위하게 선거운동을 금지·제한하고 있다. 주요한 규정들 위주로 살펴보면 다음과 같다: 누구든지 선거에 관하여 투표권을 얻거나 얻게 하거나 또는 얻지 못하게 할 목적으로 호별방문을 할 수 없다(제138조 제1항). 방법여하를 불문하고 선거운동을 위하여 호별로 연설회의 개최나 연설을 행하는 것에 대하여 고지하는 행위 또는 특정 후보자의 성명이나 정당 기타 정치단체의 명칭을 말하고 다니는 행위는 제1항에 규정하는 금지행위에 해당하는 것으로

236) 佐藤幸治『憲法(第3版)』(青林書院, 1995年) 120쪽.

237) 佐藤幸治『憲法(第3版)』(青林書院, 1995年) 120쪽.

238) 제129조 (선거운동기간) 선거운동은 각 선거에 대하여 제86조(중의원소선거구선출의원선거의 후보자 입후보신고 등) 제1항 내지 제3항·제8항의 규정에 의한 후보자의 신고, 제86조의2(중의원비례대표선출의원선거의 명부에 의한 후보자신고 등) 제1항의 규정에 의한 중의원명부의 신고, 제86조의3(참의원비례대표선출의원선거의 명부에 의한 후보자신고 등) 제1항의 규정에 의한 참의원명부의 신고(동조 제2항에서 준용하는 제86조의2 제9항 전단의 규정에 의한 신고에 관련된 후보자에 대하여는 당해 신고) 또는 제86조의4(중의원의원 또는 참의원비례대표선출의원선거 이외의 선거의 후보자 입후보 신고 등) 제1항·제2항·제5항·제6항·제8항의 규정에 의한 후보자의 신고가 있는 날부터 당해 선거기일의 전일까지 할 수 있다.

239) 일본 공직선거법 제136조(특정 공무원의 선거운동 금지), 제137조의2(미성년자의 선거운동 금지), 제137조의3(선거권 및 피선거권이 없는 자의 선거운동 금지) 참조. 제136조에 의하면 1. 중앙선거관리회 위원·중앙선거관리회의 서무에 종사하는 총무성 직원·참의원 합동선거구선거관리위원회 직원·선거관리위원회 위원 및 직원, 2. 재판관, 3. 검찰관, 4. 회계검사관, 5. 공안위원회위원, 6. 경찰관, 7. 세무공무원은 선거운동을 할 수 없다.

240) 제136조의2(공무원 등의 지위를 이용한 선거운동 금지) 및 제137조(교육자의 지위를 이용한 선거운동 금지) 참조.

본다(제138조 제2항). 누구든지 선거에 관하여 투표를 얻거나 얻게 하거나 얻지 못하게 할 목적으로 선거인에 대하여 서명운동을 할 수 없다(제138조의2). 누구든지 선거운동과 관련하여 명목여하를 불문하고 음식물을 제공할 수 없다(제139조 제1문). 누구든지 선거운동을 위하여 자동차를 연이어 또는 대오를 조직하여 왕래하는 등 기세를 고조시키는 행위를 할 수 없고(제140조), 누구든지 선거운동을 위하여 연호행위를 할 수 없다(제140조의2 제1문). 후보자 또는 후보자가 되고자 하는 자는 당해 선거구안에 있는 자에 대하여 답례의 목적으로 자필로 하는 경우를 제외하고는 연하장·문안장 기타 이와 유사한 인사장(전보 기타 유사한 것을 포함한다)을 발송할 수 없다(제147조의2). 신문·잡지의 불법이용은 제한되고(제148조의2 참조), 공직선거법에서 허용하고 있는 정견방송 및 경력방송을 제외하고는 누구든지 방송시설을 사용하여 선거운동을 위하여 방송을 하거나 방송하게 할 수 없다(제151조의5). 인사목적의 유료광고는 금지되고(제152조 참조), 공직선거법에서 허용하고 있는 연설회 외의 선거운동 연설회는 금지되며(제164조의3), 야간가두연설은 금지된다(제164조의6 참조). 가두연설 선거운동원 등에 제한이 있고(제164조의7 참조), 특정 건물 및 시설에서의 연설 등은 금지된다(제166조 참조).

나. 선거범죄

일본 공직선거법은 제16장(벌칙)에서 선거범죄를 규정하고 있다. 제16장의 규정들(제221조 내지 제255조의4)을 보면 공직선거법 제13장(선거운동)의 금지·제한규정에 위반하는 행위는 모두 형벌로 처벌되고 있다. 가장 약한 형으로 처벌되는 행위는 ‘선거기일 후의 인사행위의 제한’ 위반죄로 30만엔 이하의 벌금으로 처벌된다.

제16장에서는 제13장의 금지·제한규정에 위반하는 행위외에도 선거범죄를 규정하고 있는데 주요한 것은 다음과 같다: 매수 및 이해유도죄(제221조), 유도죄(제224조의2), 선거의 자유방해죄(제225조), 투표의 비밀침해죄(제227조), 투표간섭죄(제228조), 선거사무관계자·시설 등에 대한 폭행죄·소요죄 등(제229조), 다중의 선거방해죄(제230조), 흥기휴대죄(제231조), 선거범죄의 선동죄(제234조), 허위사실공표죄(제235조), 허위투표 및 투표위조·증감죄(제237조), 선거인 등의 위증죄(제253조) 등.

3. 일본에서 ‘선거운동’의 개념 및 구체적 범위

가. ‘선거운동’의 개념정의

일본 공직선거법은 선거운동의 개념을 정의하는 규정을 두고 있지 않다. 그러나 판례는 공직선거법의 제 규정들을 종합적으로 이해하여 ‘선거운동’을 다음과 같이 정의한다.

공직선거법에는 선거운동의 정의규정은 보이지 않지만 동법을 통독(通讀) 하면, 동법의 선거운동이란 특정 선거의 시행이 예측되거나 확정적으로 된 경우 특정인이 그 선거에 입후보하는 것이 확정되어 있는 때는 물론이며, 그 입후보가 예측되는 경우에도 그 선거에 대해 그 사람을 당선시키기 위해 투표를 하거나 투표를 하게 하는 목적을 가지고 직접 또는 간접적으로 필요하고 유리한 주선, 권유 혹은 유도 기타 제반 행위를 하는 것이라고 이해된다. 이는 대심원 이래 판례의 취지이기도 하다(昭和二年(れ)第一四八九号同三年一月二四日大判, 大刑集七卷六頁, 昭和四年(れ)第九八一号同年九月二〇日大判, 大刑集八卷四五〇頁, 昭和十一年(れ)第一〇〇二号同年七月六日大判, 大刑集一五卷九四三頁, 昭和二十九年(あ)第一七九七号同三〇年二月一〇日最高裁決定, 刑集九卷二四〇頁, 同二十九年(あ)第三七〇一号同三〇年七月二二日最高裁判決, 同卷一九四八頁參照).²⁴¹⁾

위 판결은 선거운동을 위와 같이 정의하면서, 이러한 개념정의는 대심원 이래라고 하며, 소화3(1928)년 등의 판결을 언급하고 있다. 따라서 위와 같은 선거운동의 개념정의는 오래전부터 확립되었다고 할 수 있다.

한편 일본 총무성도 “선거운동이란 특정 선거에 있어서 특정 후보자의 당선을 목적으로 득표(投票)를 하거나 득표를 하도록 직접 또는 간접적으로 필요하고 유리한 행위”라고 정의하고 있다.²⁴²⁾ 일본 사무편람에 의하면 입후보준비행위, 선거운동준비행위, 정당의 정치활동은 선거운동으로 보지 않는다.

241) 최고재판소 소화38(1963)년 10월 22일 판결 형사판례집 17권 9호 1755쪽 이하.

242) 일본 총무성 홈페이지 참조. 참고로 원문에서는 득표가 아니라 투표(投票)라는 사용하여 투표를 얻거나 투표를 얻게 하도록 이라는 표현을 사용하고 있지만, 이는 문맥상 당해 후보자를 당선시키도록 하는 행위라고 생각하므로 가장 비슷한 의미라고 생각하는 득표라는 개념으로 번역하였다. http://www.soumu.go.jp/senkyo/senkyo_s/naruhodo/naruhodo10_1.html.

나. 구체적 판결례

1) 최고재판소 소화38(1963)년 10월 22일 판결 형사판례집 17권 9호 1755쪽 이하에 수록된 판결²⁴³⁾

(1) 사실관계 및 소송의 경과

피고인은 입후보한 東陽一의 당선을 위한 목적으로서 그 입후보등록 전에 타인에게 선거운동을 의뢰하고 그 보수로 금원을 공여하였다. 피고인은 사전선거운동을 하였다는 이유로 1심 및 항소심에서 유죄판결을 받았다. 피고인은 ‘공직선거법 129조, 239조 1호는 입후보등록 전의 선거운동을 금지하고, 이에 위반한 자를 형사처벌하고 있는데, 동법에는 선거운동이란 무엇인지에 대해 정의하지 않고 있으므로 구성요건의 내용은 실질적으로 백지이며, 적어도 명확하지는 않으므로 헌법 31조에 위반한다’고 하면서 상고를 제기하였다.

(2) 일본 최고재판소의 판단

일본 최고재판소는 다음과 같은 이유로 피고인의 상고를 각하하였다.

공직선거법에는 선거운동의 정의규정은 보이지 않지만 동법을 통독(通讀) 하면, 동법의 선거운동이란 특정 선거의 시행이 예측되거나 확정적으로 된 경우 특정인이 그 선거에 입후보하는 것이 확정되어 있는 때는 물론이며, 그 입후보가 예측되는 경우에도 그 선거에 대해 그 사람을 당선시키기 위해 투표를 하거나 투표를 하게 하는 목적을 가지고 직접 또는 간접적으로 필요하고 유리한 주선, 권유 혹은 유도 기타 제반 행위를 하는 것이라고 이해된다. 이는 대심원 이래 판례의 취지이기도 하다. 그러므로 동법에 선거운동의 의의가 소론과 같이 불명확하다고는 할 수 없다. 동법 제129조는 이러한 선거운동을 일정한 기간에 있어서만 행하는 것을 허용하고, 동법 제239조는 이에 위반한 자를 처벌하고 있는 것이므로 위 위반의 죄의 구성요건이 실질적으로 백지라고는 할 수 없을 뿐만 아니라, 명확함을 결하는 것이라고도 할 수 없다. 따라서 소론 위헌의 주장은 결국 그 전제를 결하는 것이며 적법한 상고 이유로는 되지 않는다.

243) 最判第三小昭和38年10月22日最高裁判所刑事判例集17卷9号1755頁(https://hanrei.d1-law.com/dh_h/hanrei_detail?19&hriid=27760746&noPopFlg=0&SEARCH_RESULT_POP=search_list)참조.

2) 센다이 고등법원 소화46(1971)년 3월 11일 판결²⁴⁴⁾

(1) 사실관계 및 소송의 경과

선거기간 중 후보자 A의 주위 지인들은 마을에서 ‘차량비용 등 A의 선거운동을 위한 선거자금을 위해 기부해 달라’라고 하면서 선거자금을 모금하였다. 1심 법원은 A의 성명을 말하면서 A의 선거자금을 모금한 행위는 선거운동에 해당하므로 제138조 위반에 해당한다고 하면서 유죄판결을 하였다.²⁴⁵⁾ 피고인들은 항소하였다.

(2) 고등법원의 판단

센다이 고등법원은 다음과 같은 이유로 1심판결은 적법하다고 판단하였다.

공직선거법 제138조 제1항은 “누구든지 선거에 관해 표를 얻거나 얻지 못하게 할 목적으로 호별방문을 할 수는 없다.”고 규정하고 있지만, 위의 호별방문죄에 있어서의 주관적 요건으로서의 단순히 표를 얻거나 (또는 얻지 못하게 할) 목적이 있으면 족하며, 구두로 투표를 의뢰하는 의사까지 필요하다고는 할 수 없다고 이해되므로(最高裁第三小法廷昭和四三年一二月二四日判決, 刑集二二卷一三号一五六七頁參照) 투표의뢰의 취지를 구두로 하고자 하는 경우가 아니라, 다른 언동 등의 제반상황에 따라 투표의뢰의 취지를 암시 하는 등과 같은 의사(즉 던지시 투표를 의뢰하는 의사)도 위의 주관적 요건으로서의 “표를 얻거나 얻지 못하게 할 목적”에 포함되는 것으로 이해된다. 그런데 동조 제2항은 제1항의 호별방문의 제한에 대한 탈법행위의 금지규정으로 “어떠한 방법을 가지고 하는지를 묻지 않고, 선거운동을 위해 호별로 … 특정 후보자의 성명 …을 말하며 다니는 행위는 전항에서 규정하는 금지행위에 해당하는 것으로 간주한다.”는 취지를 규정하고 있으며, 그 규제대상으로 되는 행위는 “선거운동을 위한” 행위일 것을 요하지만, 구성요건상 그 외에 표를 얻거나 얻게 하는 등의 목적을 요하지 않는 것인 점은 그 명문상 분명하다. 그런데 여기에서 말하는 선거운동도 일정한 선거에 대해 특정 후보자를 당선시키기 위해 표를 얻거나 그렇게 함에 직접 또는 간접적으로 유리한

244) 仙台高判昭和46年3月11日高等裁判所刑事判例集24卷1号227頁(https://hanrei.d1-law.com/db_h/hanrei_detail?9&hriid=27950327&noPopFlg=1참조).

245) 공직선거법제138조 (호별방문) ① 누구든지 선거에 관하여 투표를 얻거나 얻게 하거나 또는 얻지 못하게 할 목적으로 호별방문을 할 수 없다.
 ② 방법여하를 불문하고 선거운동을 위하여 호별로 연설회의 개최나 연설을 행하는 것에 대하여 고지하는 행위 또는 특정 후보자의 성명이나 정당 기타 정치단체의 명칭을 말하고 다니는 행위는 제1항에 규정하는 금지행위에 해당하는 것으로 본다.

제반 행위를 행하는 것을 지칭하는 것으로 해석할 것이다 (大審院昭和三年一月二四日判決、刑集七卷六頁、同昭和四年九月二〇日判決、刑集八卷四五〇頁等参照). 즉, 동조 제2항에서 말하는 “선거운동을 위해[서]”란 ‘특정 후보자의 성명을 말하며 다니는’ 등이 특정 후보자를 선거인에게 강하게 인상지울 수 있음에 따라 당해 유권자(選挙人)로부터 그 후보자에게 표를 줌에 유리하게 작동하는 것으로 인식하고, 또한 이를 적어도 인용하고 있는 경우를 말하며, 또한 특정 후보자의 성명을 말하며 다니는 것이 가령 직접적인 목적인 동 후보자의 선거자금조달을 위한 모금행위로, 말하자면 당연히 부수되는 형태로 행해진 것과 같은 경우라도 그로 인해 바로 위의 소위 “특정 후보자의 성명을 말하며 다니는” 것에 해당하지 않는다고는 할 수 없는 것이며, 이는 그것이 전술한 의미에서 선거운동을 위한 행위라고 인정되는 경우에는 동항의 규정에 따라 호별방문으로 간주되어 금지되는 것이라 할 것이다.

피고인은 공직선거법 제138조 제2항에 대해서도 제1항의 경우와 동일하게 표를 얻거나 얻게 할 목적이 필요하다는 취지를 주장하지만, ... 피방문자의 투표를 기대하고 있는 것에 한해야 할 것이라는 주장은 원판결이 “당해 선거인으로부터 그 후보자에게 당선을 시키기 위해서 ...”라고 설명하고 있는 점을 오해한 것이다. 또한 “특정 후보자의 성명을 말하며 다니는” 행위란 후보자의 성명만을 단순히 언급하며 다니는 것 혹은 다른 정당한 용무를 보면서 특히, 대세라든가 수회에 걸쳐 후보자의 성명을 피방문자에게 강하게 인상지우는 것과 같은 방법으로 말하며 다니는 행위를 지칭하는 것으로 이해해야 할 것이라는 주장도 전술한 대로 갑자기 채택하기 어려운 바이다. 원판결의 법해석도 이상과 거의 같은 취지이며, 원판결에 위법은 없고, 논지는 이유 없다.

3) 삿포로고등법원 평성22(2010)년 6월 1일 판결²⁴⁶⁾

(1) 사실관계²⁴⁷⁾

① 노동조합 K의 하부조직 G회의 간부였던 피고인은 국정선거나 지방선거에서 K가 지지하는 B정당이나 B정당의 후보자를 지지하는 활동을 하고 있었다. ② 피고인은 중의원의원의 임기만료(평성21(2009)년 9월)가 다가오고 있었으며, 그 이전의 중의

246) 札幌高判平成22年6月1日平成22年(う)62号 https://hanrei.d1-law.com/dh_h/hanrei_detail?13&hriid=28167504&noPopFlg=1 참조. 또한 선거운동과 관련하여서는 大阪地判昭和48年3月1日昭和43年(わ)2537号...等(소화48(1973)년 3월 1일 오사카지방법원 제3형사부판결)도 있음.

247) 野村健太郎·法律時報83卷1号114쪽 이하 참조.

원의 해산도 있을 수 있다고 하는 보도가 넓게 퍼져 있었던 평성21년 5월 하순 경에 당시의 정치정세를 고려하여 동년 8월에는 선거가 시행될 가능성이 높다고 판단하여 B당 공인으로 훗카이도 제A구에 입후보를 예정하고 있던 C를 당선시키기 위해서 이전부터 반복하여 행하고 있던 유권자에 대한 전화(전화로 C의 후원회 자료를 송부해도 될지 물어보는 것)를 동년 6월 20일부터 재개할 것을 결심하고, 전화오퍼레이터를 했던 H에게 보수를 주고 전화를 하는 것 및 전화를 거는 담당자의 소집을 의뢰하여 승낙을 받았다. 피고인은 전화를 걸기 위해 그때까지와 동일하게 전화부로부터 작성한 본건 선거구의 소재자의 「전화번호 목록」, 전화에서 어떠한 것을 말하는지가 적혀진 「스크립트」로 불리는 매뉴얼, 전화를 걸고 난 후 결과를 기입하는 「Tel 결과보고서」 등의 자료를 준비했다. 「스크립트」에는 반응이 좋고, 나쁨을 기록하도록 지시하는 기재 외에 … 언저시 C에게 투표를 권하는 문구를 삽입하도록 공부할 것을 지시하는 내용의 기재도 포함되어 있었다. H들은 「전화번호목록」에 기초하여 전화를 걸고 「스크립트」에 따라 C의 후원회자료를 송부해도 될지를 묻는 등의 내용을 말하고, 상대방의 반응을 「전화번호목록」에 기입하는 등을 행했다. 더욱이 피고인은 지인들에게 의뢰하여 C선거대책본부가 관리하는 사무소 내에 「전화번호목록」에 기입된 반응을 컴퓨터에 입력하여 그 데이터를 C의 선거대책본부관계자인 Q에게 수시로 송신시켰다. Q는 수시로 그 데이터를 집계한 표를 작성하고, C선거대책본부 위원장인 P들에게 건넸다. ③ 피고인은 평성21년 7월 20일에 중의원이 해산된 후 본건 선거의 공시일이 동년 8월 18일, 투표일이 동월 30일로 된다는 예견을 하고, 공시 후의 전화유세를 위한 「스크립트」를 준비했다. 이 「스크립트」에는 「B당 공인후보 『C』에게 투표(한 표)를 부탁하고자 전화했습니다.」라는 등으로 C에 대한 투표를 직접 호소하는 문구 등이 기재되어 있었다. 피고인은 8월 중순 경 공시 후에는 그때까지 전화통화에서 반응이 좋았던 상대방에 대해서는 C선거대책본부에서 표를 확실히 하기 위해 전화를 걸고, 피고인이 행하고 있던 전화는 그때까지의 전화에서 반응이 나빴던 상대방을 중심으로 행하기로 결정하고, 18일 공시 후(그날 C의 입후보등록이 행해져 있었다)는 그러한 형태로 전화유세를 행했다. ④ 피고인은 ② 및 ③의 행위가 선거운동자에 대한 금전공여의 약속(공직선거법 221조 1항 1호) 및 입후보등록전의 선거운동(사전운동, 동법 239조 1항 1호, 129조)에 해당하는 것으로서 기소되었다.

(2) 제1심의 판단

피고인측은 ③의 공시 후의 전화유세는 선거운동에 해당하며, 이를 등록전에 의뢰하고, 그 보수로서 금전을 공여한다는 약속을 한 점에 대해 금전공여약속죄 및 사전운동죄가 성립하지만, ②의 공시 전의 전화는 정치활동 혹은 후원회활동에 지나지 않으며, 「선거운동」에 해당하지 않는다(따라서 전화활동에 관련된 자도 「사전운동자」에 해당하지 않는다)고 하여 공시 전의 전화를 의뢰하고, 그 보수로서 금전을 공여하는 약속을 한 부분은 금전공여약속죄에도 사전운동죄에도 해당하지 않는다고 주장했다. 그러나 제1심 법원은 다음과 같은 이유로 유죄로 판결했다.²⁴⁸⁾

공시 전 전화를 거는 행위도 본건 선거가 곧 시행될 가능성이 아주 높은 시기에 계속적으로 행해진 것이었다는 점, 피고인이 준비한 스크립트가 다가올 중의원 의원 총선거에 있어서 C에 대한 투표를 던지시(暗に) 호소하는 취지의 문구를 전화를 하는 자의 재량으로 적절히 삽입하는 것도 요구한 것이었다는 점, 거기에서 얻어진 전화의 상대방의 반응에 관한 데이터가 공시 후의 선거활동에 활용된 것이라고 할 수 있는 점 등으로부터 공시 전의 전화는 공시 후의 전화와 같이 투표를 직접적으로 호소하는 것은 아니었지만, 공시 전의 전화가 행해진 시기, 대상, 내용 및 결과의 활용상황 등을 종합하면, 본건 선거의 입후보예정자였던 C에게 투표를 권하기 위해서 필요하고 유리한 행위였다고 할 수 있다. 그리고 이상의 점들에 비추어 보면, 전화를 한 H들은 그러한 공시 전의 전화를 거는 의식을 인식한 후에 C에게 투표를 귀할 목적으로 공시 전의 전화를 한 것을 충분히 추인할 수 있다. ... 피고인 측의 주장에 대해서는 물론 H들은 실제로는 투표를 던지시 호소하는 문구를 말하지 않고 전화를 끊는 경우가 많았다고 인정되지만, 피고인의 의뢰가 그러한 문구를 적절히 삽입했으면 좋겠다는 것이며, 공시 전의 전화를 한 자들이 그 의뢰에 따라 전화를 한 이상 실제로는 그러한 취지의 문구를 발신하는 것에 이르지 않은 채로 전화통화가 끝난 경우가 많다고 하더라도 피고인이 행한 공시 전의 전화가 전체로서 선거운동에 해당한다고 인정하는 바에 영향을 미치는 것은 없다. ... 공시 전에 전화를 거는 행위도 공직선거법에서 말하는 선거운동에 해당하므로 위 전화거는 행위에 대해서도 금전공여약속죄 및 사전운동죄가 성립한다.

248) 札幌地裁平成22年2月12日判決(삿포로 지방법원 평성22년 2월 12일 판결).

(3) 항소심의 판단

항소심은 다음과 같은 이유로 항소를 기각했다.

본건 공시 전의 전화를 거는 행위가 후원회활동이라는 점을 부정할 수 없다 하더라도 그것으로부터 당연히 선거운동에 해당하지 않는 것으로 되지는 않으며, 본건 공시 전에 전화거는 행위를 보면, 팜플렛 송부의 승낙의 유무를 확인할 기회를 취하여 입후보 예정선거구내의 유권자에게 C의 지명도를 높일 목적이 있으며, 그 목적에 향해진 유의한 행위이므로 선거운동에 해당하다고 해도 아무런 문제가 없다. ... 전화를 거는 담당자들이 투표를 던지지 호소하는 문구를 발신하는 것을 특별히 요구받은 것은 없고, 그러한 문구를 삽입하지 않고 전화를 걸었던 자들이 압도적으로 다수였다 하더라도 「가까운 시일에 있을 선거에 C가 입후보하는 것을 암시하는 표현을 피고인 자신이 위의 스크립트에 써서 적절하게 전화의 상대방에게 말할 것을 요구하고 있었던 것이므로 선거운동에 해당하는 방향으로 작동하는 사실이라 할 수 있다. ...

원판결이 실시하는 바대로 본건 소송 전의 전화에서 얻은 상대의 반응에 관한 데이터는 피고인이 공시 후의 전화의 상대방을 붙잡기 위해서 사용하거나 C의 합동선거대책위원회에서 활용하기 위해 등 위원회 관계자에게 제공하고 있는 점에 비추어 보면, 효과적인 선거운동을 행함에 유의한 것이었다고 추인할 수 있다

공직선거법이 선거운동에 대해서 여러 규제를 둔 취지에 비추어 보면, 「규제대상으로 된 선거운동에 대해서는 그 범위가 넓은 점에 합리적 이유가 있으며, 「후원회활동의 이름 하에 행해진 활동이라도 그 활동의 실태가 특정 선거에 대해 입후보예정의 피후원자에 대한 투표를 획득할 것을 목적으로 하고 있다고 인정되는 경우에는 선거운동에 해당하는 것이라 할 것이다. 그리고 위의 경우에 해당한다고 인정될지 여부는 당해 활동의 방법, 형태나 활동의 대상자의 범위, 활동시기, 조직의 실정 등의 제반사정을 종합고려하여 판단되는 것이며, 「본건 공시 전의 전화가 행해진 시기, 대상, 내용 및 결과의 활용상황 등을 종합하여」이를 선거운동으로 인정한 원판결은 선거운동의 정의에 관한 과거의 재판례와 비교하여 그 기준의 자의적 내지 애매하다고는 할 수 없다.

(4) 문헌에서의 비판적 견해

위 판결과 관련하여, 문헌에서는 다음과 같이 '법원은 위와 같은 암시적 호소를 행하지 않은 자가 많았다는 것 내지 압도적 다수였다는 것을 전제로 하면서 본건 활동의 선거운동성이 긍정되고 있다'고 비판하는 견해가 있다.²⁴⁹⁾

여기에서 법원은 암시적 호소가 실제로 행해진 아주 몇 가지의 경우의 존재를 특별히 중시하지 않고 오히려 그러한 암시적인 호소가 실현되는 것은 본건 활동의 「선거활동」성에 있어서 불필요하다고 해석하고 있는 것으로 생각한다.²⁵⁰⁾ 하지만 그러한 활동이 실제로 행해진 이후에 비로소 「선거운동」성을 기초지우게 되는 것은 아닐까. 실현되지 않은 의뢰내용이 본건 활동의 「선거운동」성을 기초지울 수 있다고 하는 이유는 반드시 명확한 것이라고는 생각하지 않는다.²⁵¹⁾ 본판결은 본건 활동에 따라 얻어진 데이터를 공시 후의 선거운동에 활용된 점도 본건 활동의 「선거운동」성을 인정하는 근거로 들고 있다. 그러나 후원회자료송부의 가부를 묻는다고 하는 그 자체 「선거운동」이라고는 할 수 없는 활동에 대해서 그것이 이후의 선거운동에 도움이 된다는 이유만으로 그 「선거운동」성을 인정하는 것이라면, 단순한 정치활동 내지 후원회활동의 대부분이 거기에 포함되어 버리며, 처벌의 합리적인 범위를 일탈하는 것으로 될 것이다. 따라서 이러한 사정도 단독으로 「선거운동」성을 근거지우는 것은 아니다.²⁵²⁾

4) 시즈오카지방법원 평성28(2016)년 6월 3일 판결²⁵³⁾

(1) 사실관계

같은 A시장선거가 있기 약 한달 전에 H의 회사에 540만엔의 보수를 지급하면서 H가 고용하는 아이바이트생들이 “B씨가 당선되면 사상 첫 여성 A시장이 탄생된다.” 등의 내용이 기재된 유인물을 배부하도록 하였다.

(2) 지방법원의 판단

공직선거법에 있어서 선거운동이란 특정 공직의 선거에 대해 특정 입후보자 또는 입후보예정자를 위해 득표를 하거나 득표하게 할 목적으로 직접 또는 간접적으로 필요하고 유리한 조정, 권유 기타 제반 행위를 하는 것을 말하는 것으로 이해된다. 본건 공소사실에 있어서 선거운동으로 되어 있는 행위는 본건 유도행위인 바 그 유도

249) 野村健太郎・法律時報83卷1号116쪽 참조.

250) 野村健太郎・法律時報83卷1号116쪽.

251) 野村健太郎・法律時報83卷1号116쪽.

252) 野村健太郎・法律時報83卷1号117쪽.

253) 静岡地判平成28年6月3日判決平成27年(わ)241号(https://hanrei.d1-law.com/dh_h/hanrei_detail?11&hriid=28242319&noPopFlg=1참조).

의 내용은 H에 대해 H의 회사에 540만엔의 보수를 지급한다는 직접이해관계를 이용하여 H의 피용자들(이하 「아르바이트」라 한다)로 하여금 판시의 유인물(이하 「본건 유인물」라 한다)을 배부하면서 판시대로 호소하는 등의 행위(이하 이것들을 합쳐 「본건 행위」라 한다)를 시키도록 의뢰한 것이다.

이에 우선 본건행위에 대해서 보면, 본건 유인물은 B시장출마 …(필자중략)의 기재가 있으며, 본건 행위가 판시 A시장선거(이하 「본건선거」라 한다)의 약 한달 전이라고 하는 직전의 시기에 행해진 것으로부터 보아도 본건 유인물이 본건 선거라고 하는 특정 공직의 선거에 있어서의 B라고 하는 특정 입후보예정자에 관한 것인 점은 분명하다(변호인도 이 점에 대해서는 다투지 않고 있다.). 또한 본건 유인물의 기재나 본건 호소에는 B로의 투표를 직접 의뢰하는 내용은 포함되어 있지 않지만, 본건 선거가 약 1개월 후로 되어 있는 시기에 “B씨가 당선되면 사상 첫 여성 A시장이 탄생된다.” 등으로 직접적으로 A시장 선거에서의 당선을 의식시키는 내용의 유인물, “B입니다. 잘 부탁드립니다.” 등으로 입후보예정자의 설명을 강조하여 배부하고 있는 것으로부터 보면, 본건 행위가 본건 선거에 있어서 B에 대한 투표의뢰의 취지로 이루어지고 있는 점은 명백하며, 배부의 상대방에 있어서도 그러한 취지로 받아들임에 충분한 행위라 할 수 있다. 따라서 본건 행위는 본건 유인물의 기재내용, 본건 호소의 내용 등에 비추어 본건 선거의 입후보예정자인 B를 당선시키기 위해서 필요하고 유리한 활동이며, 아르바이트들도 위의 취지를 충분히 이해한 후에 B를 당선시킬 목적으로 본건 행위를 한 것이 인정되므로(이 점에 관한 증인 J의 공술은 충분히 신용할 수 있다.) 선거운동에 해당한다 할 것이다.

그렇다면, 본건 행위를 아르바이트에게 시키도록 H를 유도한 본건 유도행위도 본건 행위와 동일하게 본건 선거의 입후보예정자인 B를 당선시키기 위해 필요하고 유리한 활동이며, 피고인이나 공범자들이 B를 당선시킬 목적으로 이것을 행한 것은 분명하다.

3. 과도한 선거운동 규제에 대한 비판적 견해

가. 선거운동 개념의 불명확성에 대한 비판

일본에서는 다음과 같이 공직선거법상의 선거운동 개념의 불명확성과 이로 인한

과도한 선거운동 규제를 비판하는 견해가 있다.

“지금까지의 선거법의 해석에 중대한 잘못과 착각이 있는 것은 아닌가 하는 의문에 봉착할 수밖에 없다. 종래의 해석이나 방대한 수의 판례의 태도는 선거위반이 일반화되고, 탈법행위가 횡행하고 있으므로 해석을 확장하여 이를 위반으로서 취급하는 방향으로 향해져 있었던 것 같다. …… 형법은 범인의 마그나카르타라고 일컬어진다. 선거법은 선거운동의 규정(통제)입과 동시에 후보자에게 있어서는 마그나카르타(보장)이어야 하는 것이지만, 종래의 해석은 죄형법정주의의 원칙을 경시하는 경향이 강하다. 그렇기 때문에 선거운동이 거의 전부 위반으로 보이는 것이며, 운동하는 측에 서서 보면, 확실하게 합법의 선을 지키고자 하면 손발을 움직일 수 없는 것이다. 성실한 법률가의 사무장으로 되면, 낙선이 불가피하다고 일컬어지는 이유이다. 이렇게 해석하는 선거법은 마그나카르타로서의 기능을 발휘하지 못한다. 선거의 부패를 방지하기 위해서는 공직 선거법의 체계 중에서 선거운동이라고 하는 개념을 명확하게 부각하여 본래 자유로워야 할 선거운동을 안심하여 자유롭게 행할 수 있도록 입법하고, 해석하는 것이 급선무이다. 그를 위해서는 선거운동의 개념과 구성요건을 가능한 한 객관적으로 규정하는 것으로부터 재출발할 필요가 있다.”²⁵⁴⁾

“판례는 상시선거운동이 행해지면 ①부당, 무용한 경쟁을 초래하고 선거의 공정을 해할 뿐만 아니라, ②공연히 경비, 노력이 많아지고, 경제상의 불평등을 귀결시킬 우려가 있다고 하여 합헌으로 보아 왔다. 그러나 선거운동이라고 하는 개념은 앞의 정의로부터도 알 수 있듯이 아주 광범위하고 불명확하며, 그것과도 관련하여 정치활동과의 구별 등은 거의 불가능에 가깝다. 선거운동 개념을 그대로 넓게 적용하면, 정치에 관련되는(관련되고자 하는) 자가 현실에서 행하거나 행해야 할 행위의 대부분이 위법으로 될 지도 모른다. 애초 선거는 일상적 정치활동의 귀착점이며, 정치활동과 선거과정의 접합을 절단하고자 하는 것은 원리적으로 이해하기 어렵다. 이러한 제도 및 판례의 태도는 유권자가 필요하고 충분한 판단자료에 접하면서 투표에 임한다고 하는 입헌민주주의국에 있어서의 선거의 의의를 등지고, 규제의 편의(그것에 안이하게 의거해 온 일본의 정치의 습성)에 지나치게 기울어져 있다고 생각한다.”²⁵⁵⁾ “이는 결국 정치활동과 선거운동의 구별이 모호하게 되며, 정치활동이 선거운동에 해당하는지 여부의

254) 出射義夫「公職選挙法違反における罪刑法定主義-選挙運動の概念の客観化-」ジュリスト358号(1966年)120-121쪽.

255) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2013年)412쪽.

한계가 명확하지 않고, 행위자의 의사나 검찰당국의 인정(법원의 인정)에 의하는 것으로 되고, 합법의 한계를 사전에 고지할 수 없게 되므로 구성요건의 명확함을 결하고, 죄형법정주의의 원칙에도 반하는 것으로 된다.”²⁵⁶⁾

나. 사전선거운동 금지에 대한 논의

또한 선거운동과 통상적인 정치활동의 구분이 모호하기 때문에 사전운동의 금지에 대한 비판적 견해도 존재한다.

“사전운동의 금지는 소화 9(1934)년 법률 제49호에 의한 중의원의원선거법의 대개정시에 처음 도입되었다. … 그러나 그 이전에도 입후보등록 전에 하는 것이 가능한 선거운동으로서는 연설 또는 추천장에 의한 선거운동 외에는 법정 선거운동자가 아니면 선거운동을 할 수 없다는 취지의 규정(당시 제96조, 그 위반이 무자격운동으로 칭해졌다)이 있었으며, 법정의 선거운동자는 입후보자의 등록 후에 비로소 존재할 수 있었기 때문이다. 사전운동이 금지된 취지는 말할 것도 없이 각 후보자의 선거운동개시의 시기를 일정하게 하는 것에 따라 가능한 한 후보자의 조건을 공평, 평등하게 하고자 하는 점에 있다. 그와 동시에 만약 이를 방임하면, 그를 위해 소요되는 비용이 막대하게 되며, 그 파악도 어렵기 때문에 자력이 없는 자는 도저히 경쟁의 장에 참가할 수 없는 점도 고려되었다고 생각한다. 그러나 그 반면에 선거운동은 가능한 한 자유롭게 맡겨야 할 것이라는 사고방식도 있으며, 특히 사전운동은 사람의 정치적, 사회적 혹은 경제적 활동들이나 입후보준비행위 등과 헛갈리기 쉬우며, 단속의 기술에서 보아 곤란하며 공평을 기하기 어려운 면이 적지 않으므로 이따금 그 금지의 철폐가 검토되었다.”²⁵⁷⁾

한편 사전선거운동금지는 “득표를 얻게 하려는 직접 또는 간접적인 행위들이 모두 선거운동이라고 해석하면, 입후보등록 전에는 입후보준비행위로 칭해지는 아주 사무적인 범위에서만 선거운동이 허용되는 것으로 되므로 이는 헌법의 정신에 반하고, 사전선거운동 금지조항은 사실상 유능하고 양심적인 인물의 정계진출을 막는 기능을 하고 있다”고 비판을 받는다.²⁵⁸⁾ 그리고 사전운동의 금지에 관한 규정은 일본의 선거

256) 出射義夫 「公職選挙法違反における罪刑法定主義-選挙運動の概念の客観化-」 ジュリスト358号 (1966年) 123쪽.

257) 神谷尚男 「事前運動の限界」 ジュリスト173号(1959년)32쪽.

258) 出射義夫 「公職選挙法違反における罪刑法定主義-選挙運動の概念の客観化-」 ジュリスト358号

법에 1934년에 도입되었지만, 현실에서는 사전선거운동이 각 선거 때마다 활발하게 행해지고 있으므로 선거운동의 비용의 제한과 함께 가장 지켜지지 않는 법규정 중 한가지로 일컬어지고 있다. 그리고 단속 당국에 있어서도 사전선거운동은 단속이 어려운 경우로서 가장 머리가 아픈 문제라고 한다.²⁵⁹⁾

제6절 우리 법과 실무에의 함의

4개 비교법적 연구대상 국가는 모두 선거운동을 ‘특정 선거와 관련하여 특정 후보자의 당락을 목적으로 이루어지는 행위’로 정의하고 있다. 연구대상 국가에서 능동성 및 계획성이라는 요소는 이러한 개념정의에 당연히 전제되는 것이라고 보면 연구대상 국가에서의 선거운동 개념정의는 우리 판례의 선거운동 개념정의와 다르지 않다. 이것은 선거운동의 개념은 시대나 나라에 따라 다를 수 없다는 것을 보여준다.

한편 4개 국가 모두 목적의사를 판단함에 있어서 행위태양, 표현물인 경우 표현내용, 선거일과의 근접성 등 여러 객관적인 정황을 기초로 하여 행위자가 특정 후보자의 당락을 목적으로 또는 선거에 영향을 미칠 목적으로 행동하였는지를 판단하고 있다. 즉 내심의 의사는 객관적인 제반사정을 기초로 추단할 수밖에 없다는 일반원칙을 따르고 있다.²⁶⁰⁾ 그런데 우리 대법원은 2016년도 전원합의체판결에서 선거인이 선거운동 목적을 명백히 인식할만한 객관적 사정이 있었는가에 따라 판단해야 한다고 하여 선거인을 기준으로 목적성의 유무 판단기준을 변경하였다. 이러한 판례 다수의 견의 태도는 ‘목적’이라는 초과주관적 구성요건요소의 판단기준에 대한 기존 판례의 입장과 일치하지 않는다는 점에서 문제가 있을 뿐만 아니라,²⁶¹⁾ 금지·제한되는 선거

(1966年) 123쪽.

259) 神谷尚男「事前運動の限界」ジュリスト173号(1959년)32쪽.

260) 우리 판례도 구성요건적 고의의 판단 및 초과주관적 구성요건요소로서의 목적 판단 시에 이러한 원칙을 따르고 있다. 예컨대 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도443 판결(고의와 관련하여); 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결(목적과 관련하여) 등 참조.

261) 대법원, 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결, [대법관 김용덕, 박상욱, 이기택의 반대 의견]; 차진아, 공직선거법상 선거운동의 개념 등에 대한 대법원의 해석권한의 범위와 한계, 법조 통권 제720호, 2016.12. 253쪽; 김경호, ‘선거운동’의 정의와 그 범위의 결정에 관한 연구 - 대법원 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로, 언론과 법 제16권 제1호, 2017.4.,

운동의 범위를 축소해석 하겠다는 좋은 취지를 실현하는 방법으로는 잘못된 방안을 택한 것이다.

제4장 제3절에서 살펴보았듯이, 현행 공직선거법의 문제점은 선거운동의 과도한 규제 그리고 금지·제한되는 선거운동을 불명확하게 기술하고 있다는 점에 있다. 개별 규정을 통해 금지·제한되는 선거운동의 범위가 불명확한 것은 포섭의 어려움이 있는 선거운동이라는 용어만을 위주로 금지·제한되는 선거운동을 기술하고 있기 때문이지, 선거운동의 정의 자체가 불명확하기 때문에 그러한 것은 아니다. 그렇다면 대법원 다수의견이 해당 사건의 적용법규인 공직선거법 규정이 불명확할 뿐만 아니라 너무 과도하게 선거운동을 규제하고 있다고 판단하였다면 위헌법률심판 제청을 했어야 하는 것이지, 목적범에서의 목적의 판단기준에 관한 일관된 판례의 태도와 다른 입장을 취해가면서까지 선거운동의 목적성 판단기준을 변경한 것은 적절하지 않다.²⁶²⁾

195-196쪽 참조.

262) 이러한 이유로 대법원이 권한을 초월하여 법창조를 하였다는 비판에 대해서는 차진아, 공직선거법상 선거운동의 개념 등에 대한 대법원의 해석권한의 범위와 한계, 법조 통권 제720호, 2016.12, 241쪽 이하 참조.

제 6 장

○ —————

**선거운동의 합리적 운용을 위한
형사정책적 모색**

선거운동의 합리적 운용을 위한 형사정책적 모색

제1절 선거운동 규제의 방향과 과제

2015도11812 전원합의체 판결이 선거운동의 의미와 범위를 확대해석하였던 기존의 해석론과 달리 선거운동의 규제 방향을 전환하였다는 점에서는 의의가 크다. 공직선거법상 선거운동의 의미와 범위를 확대함으로써 선거운동의 보장보다는 선거의 공정성을 우위에 두었던 판결에서 벗어나 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유의 보장을 강조하였다는 점은 높게 평가된다.²⁶³⁾

1. 법해석의 명확한 기준 제시의 필요성

공직선거법 위반사건에 대한 판결례 및 선거관리위원회의 조치현황을 볼 때, 대상판결은 기존의 판단에 실무적으로 큰 변화를 가져올 가능성이 있다고 기대된다. 다만 이러한 잠재력이 현실화될 것인지에 대해서는 충분한 시간과 경과분석을 통해 대상판결을 기준으로 사례가 더 축적된 이후에 가능할 것으로 보인다. 그러나 현재까지의 대상판결 전후의 불법유형이나 판결의 변화를 보면, 여전히 대상판결이 제시한 기준이 선거관련 현실을 완전히 해결할 수 있다고 볼 수는 없다. 하급심 판결의 분석이나 선거관리위원회의 조치 현황의 분석을 통해 볼 때 아직 대상판결의 해석만으로는 해결되지 않는 모호성이 여전히 남아있음을 확인할 수 있었다. 구체적인 실제 사례에서는 보다 명확한 기준이 제시되어야 할 것으로 보인다.

263) 김경호, '선거운동'의 정의와 그 범위의 결정에 관한 연구 - 대법원 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로, 언론과 법 제16권 제1호, 2017.4, 198쪽.

2. 선거운동기간의 확대 내지 폐지

아울러 보다 근본적 차원에서 공직선거법의 선거운동 규제방식에 대한 제도적 차원의 개선논의가 필요할 것으로 보인다. 먼저 공직선거법상 선거운동기간의 제한은 선거운동의 자유에 대한 가장 핵심적이고 강력한 제한을 의미한다. 선거운동기간의 제한은 허용된 기간 외의 선거운동을 전면적으로 금지한다는 점에서 실질에 있어서 선거운동의 방법이 아니라 선거운동 여부에 관한 제한에 해당된다.²⁶⁴⁾ 선거운동기간의 제한으로 사전선거운동이 금지되고, 이로써 선거운동으로 금지되는 행위와 허용되는 행위를 선거운동의 개념 정의를 통하여 구분하여야 한다. 그러나 이를 구분하는 것은 매우 모호하고 선거운동 개념 정의에 전환점을 가져왔다고 평가할 수 있는 대상판결의 해석으로도 여전히 해결되지 않는 모호성이 남아있음을 앞서 확인한 바 있다. 그리고 선거운동 기간의 제한은 그 기간이 단기이기 때문에 유권자에게 후보자에 대한 정보가 충분히 제공되지 못해 유권자의 합리적 선택을 저해한다. 유권자가 합리적 판단을 하기 위해서는 후보자에 관한 다양하고 포괄적인 정보를 필요로 하는데 지나치게 단기의 선거운동기간은 유권자의 의사결정에 필수적인 정보제공을 제약하고, 이로써 자유선거가 저해되는 측면이 있다.²⁶⁵⁾ 또한 비교법적으로도 선거운동 기간의 제한은 그 예를 찾기 힘들고, 영국, 프랑스 등 선거운동기간 규정이 있는 국가의 경우에도 선거운동기간 전과 후에 불가능한 행위 등을 규정하고 있지는 않다.²⁶⁶⁾ 이러한 점을 종합적으로 고려할 때 향후 공직선거법상 선거운동의 기간 제한은 폐지될 필요가 있다. 이로 인한 부작용이 우려된다면 현재 지나치게 단기의 선거운동기간으로 제한하고 있는 공직선거법상 선거운동기간을 확대하는 방안을 생각해 볼 수도 있다.

3. 선거운동방법의 탈규제 가능성

다음으로 공직선거법은 선거운동기간을 단기로 한정하는 것을 넘어 단기의 선거운동기간 내에서도 선거운동의 구체적 방법에 관하여 다양한 규제를 가하고 있다. 공직

264) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2016, 186쪽.

265) 한수웅, 앞의 책, 187쪽.

266) 김재선, 공직선거법과 선거운동의 자유에 관한 공법적 고찰, 고려법학 제80권, 2016, 90쪽.

선거법이 매우 상세하고 세부적이며 포괄적인 규제를 담고 있다 보니 이를 개관하는 일도 쉽지 않고, 실제 선거기간이 되면 후보자들 자체도 무엇이 허용하는지 알 수 없게 되어 사후에 위법한 것으로 확인되는 행위들이 발생하게 된다. 이에 따라 후보자들의 교묘한 탈법행위가 교묘하게 자행되기도 하고, 위법행위와 실제 효과 사이의 시간적 차이를 이용하여 일단 당선되고 보자는 식의 행태가 자행되기도 한다.²⁶⁷⁾ 따라서 선거운동의 자유를 지나치게 제한하고 있는 공직선거법상의 단서별, 조항별 선거운동 방법 규제 조항도 폐지하는 것이 바람직하다. 선거운동 방법의 규제조항을 전면적으로 폐지하는 경우 인지도 및 경제적 능력 차이에 따른 불평등이 야기될 수 있다는 우려가 있지만, 선거운동의 자유는 보장하면서 선거운동의 비용을 규제하는 방식을 통해 선거의 공정성에 관한 우려를 해결할 수 있다. 선거운동 비용의 총액 상한을 설정하고, 지출된 비용에 대한 엄격한 신고 및 감시를 통해 공정성과 투명성을 도모하면서 별도의 돈이 들지 않는 선거운동은 허용하는 방안이다.²⁶⁸⁾ 현재 상황에서는 대상판결이 선거운동의 자유보장에 전환점이 되었다는 점에서 큰 의의가 있고, 향후 법원의 판례 축적과 선거관리위원회의 조치 변화 등을 통해 다시금 대상판결의 기준을 구체화하고 정립되기를 기대한다. 나아가 보다 근본적 차원에서 공직선거법의 선거운동 기간 제한 및 규제방식에 대한 제도적 차원의 전면적인 개선논의가 앞서 논의된 바와 같이 활발히 진행되기를 기대해 본다.

제2절 선거운동의 규제방식 및 규제정도에 대한 비교법적 함의

일본을 제외하고 비교법적 연구대상 국가들은 선거운동을 광범위하게 금지·제한하고 있지는 않다. 미국, 영국 및 독일은 사전선거운동 금지 규정이 없고, 국민의 기본권(특히 표현의 자유 및 언론의 자유)²⁶⁹⁾ 또는 공공복리를 고려할 때 허용되는 선거운동

267) 서울대학교 법학전문대학원, 헌법재판소 결정분석을 통한 공직선거제도 개선방안, 2015, 150쪽.

268) 김영태, 선거법 개정 10년의 성과와 과제: 선거운동 관련 법규를 중심으로, 의정연구 제21권 제1호, 2015, 54쪽; 성낙인, 선거제도와 선거운동, 저스티스 제130호, 2012, 6-36쪽; 박이석, 한국선거의 선거운동 자유 증대를 위한 입법제도에 관한 연구, 입법과 정책 제7권 제1호, 2015, 157-179쪽.

269) 미국, 영국 및 독일에서도 선거운동은 국민의 기본권이나 공공복리의 관점에서 제한될 수 있

인가, 그렇지 않은가라는 관점에서만 선거운동을 규제하고 있다. 물론 허용되는 선거운동일지라도 특정 요건 하에 허용되는 행위가 있고, 허용되지 않는 행위일지라도 일정 선거기간에는 허용되는 경우도 있다. 미국, 영국 및 독일의 선거운동 규제를 단순화하면 크게 다음과 같은 유형으로 나눌 수 있다: ① 언제나 허용되는 선거운동 - 타인의 기본권 또는 공공복리를 침해하지 않는 행위과도하게 제한하지 않는 행위(예컨대, 예컨대 길거리에서 안내탁자 설치 없이 자신을 홍보하는 행위). ② 원칙적으로 금지되지만 일정 선거기간 중에는 허가 또는 일정한 요건 하에 허용되는 행위(예컨대, 벽보·현수막 게시행위 등). ③ 언제나 금지되는 선거운동: 타인의 기본권 또는 공공복리를 침해하기 때문에 금지되는 행위(예컨대 형사범죄 또는 선거범죄로 규정된 행위). 이들 국가에서는 선거운동기간을 특정하여 사전선거운동을 일반적으로 금지하는 방식을 취하지 않고, 만약 개별 금지·제한되는 행위가 일정 기간에 한해 금지·제한될 필요가 있는 경우라면 그러한 기간을 명시하는 방식을 취하고 있다.

미국, 영국 및 독일에서는 선거운동에 해당하는 것만으로는 금지·제한되는 선거운동에 해당하지 않고, 개별적으로 선거운동을 금지·제한하는 규정에 해당하는 경우에만 즉, '허용되지 않는 선거운동'에 해당하는 경우에만 금지·제한된다. 그러나 우리 공직선거법은 선거운동기간 중에만 선거운동을 할 수 있다고 선언하고 있고, 선거운동기간 중에도 금지·제한되는 선거운동이 매우 많기 때문에 공직선거법 제58조 제2항이 "누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다."고 선언하고 있을지라도, '선거운동 자유의 원칙'이 실제로는 '선거운동 금지의 원칙'으로 되어 버렸다. 그렇기 때문에 공직선거법 제58조 제1항은 입후보준비행위, 통상적인 정당활동 등 공직선거법에 의해 제한될 수 없는 선거운동을 명시적으로 나열하여 선거운동의 개념에서 제외하는 방식을 취하고 있다. 그리고 우리 대법원 다수의견은 선거운동의 개념범위를 축소하지 않는 한 공직선거법에 의해 금지·제한되는 선거운동의 범위를 축소하는 것이 어렵다는 생각에서 선거운동의 목적성 판단기준을 선거인 기준으로 변경한 것이다.

그러나 보다 근본적인 문제는 공직선거법이 사전선거운동을 일반적으로 금지하는 등 너무 광범위하게 선거운동을 금지·제한하고 있는 데에 있다. 따라서 제58조에서

는 것으로 이해되고 있다. 이들 국가의 문헌에서는 선거운동 규제와 관련하여 '선거운동 자유의 원칙'이라는 표현보다는 '표현의 자유 보장'이라는 표현이 더 일반적으로 사용되고 있다.

제1항과 제2항의 순서를 변경하여, 제1항에서 선거운동 자유의 원칙을 선언한 후, 제2항에서 선거운동을 정의하고, 사전선거운동금지 규정을 삭제해야 한다. 그리고 개별 금지·제한 규정 중에서도 시대 상황에 맞지 않는 것은 점진적으로 삭제하고, 금지·제한할 필요성이 있는 선거운동의 경우에도 '선거운동을 위하여'라는 자구 위주만으로 해당 행위를 기술했 것이 아니라 다른 행위요소들을 보충하여 보다 더 명확히 금지·제한되는 행위를 기술했어야 할 것이다. 또한 개별 금지·제한 행위가 일정한 기간에 따라 금지·제한되어야 할 행위라면 그 기간을 명시하는 방식을 취함으로써 기본적으로 미국, 영국 및 독일이 취하고 있는 선거운동 규제방식을 따르는 것이 적절해 보인다.

제3절 형사정책적 대안으로서 공직선거법 개정법률안 예시

1. 법 개정의 방향

2015도11812 전원합의체 판결에 대한 분석 및 주요 국가들의 선거운동 규제에 대한 비교법적 검토를 통해 도출할 수 있는 '최소한의' 형사정책적 대안은 크게 세가지로 제시할 수 있다. ① 선거운동의 자유에 대한 원칙과 예외의 전도, ② 사전선거운동 기간의 원칙적 폐지, ③ 선거권자 연령의 하향. 물론 이에 따른 보다 섬세하고 구체적인 입법 방식은 지속적으로 논의되고 입법에 반영되어야 할 것이다.

2. 공직선거법 제58조 개정법률안

선거운동의 자유에 대한 원칙과 예외의 전도이다. 현행 공직선거법 제58조(정의 등)는 선거운동의 제한을 제1항에, 선거운동의 자유를 제2항에 규정하는 입법방식을 취하고 있다. 이에 대해서는 원칙을 제1항에, 그리고 규제(예외)를 제2항에 규정하는 입법으로 전환할 필요가 있다.

현 행	개 정 안
<p>제58조(정의 등) ①이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시 4. 통상적인 정당활동 5. 삭제 6. 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독교탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자메시지로 전송하는 행위 <p>②누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>제58조(정의 등) ①누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>②이 법에서 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거운동으로 보지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시 2. 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 3. 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시 4. 통상적인 정당활동 5. 삭제 6. 설날·추석 등 명절 및 석가탄신일·기독교탄신일 등에 하는 의례적인 인사말을 문자메시지로 전송하는 행위

3. 공직선거법 제59조 개정법률안

사전선거운동 기간의 원칙적 폐지. 현행 공직선거법 제59조(선거운동기간)는 “선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있는데, 이에 대해서는 “선거일을 제외하고는 말 또는 전화로 하는 선거운동은 상시로 할 수 있다.”로 개정할 필요가 있다. 위에서 제시한 선거운동 자유의 원칙에 따라 말(지지 호소) 또는 전화(송·수화자 간 직접 통화하는 것과 같이 돈이 들지 않거나 선거 과열 등 부작용을 초래할 위험성이 없는 선거운동은 상시 허용하는 것이 타당하기 때문이다. 전화를 이용하여 직접 통화하는 방법의 선거운동 또한 말로 하는 선거운동과 크게 다를 바가 없다는 점을 감안하여 허용할 필요가 있을 것이다 다만, 이 경우 일상의

평온을 보호하기 위하여 일방적인 의사표시 방법인 컴퓨터를 이용한 자동송신시스템(ARS 자동전화 등) 전화 선거운동은 금지함으로써 일상의 평온을 보호하고 국민의 불편을 최소화해야 할 것이다.

현 행	개 정 안
<p>제59조(선거운동기간) 선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>1. 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) 제1항 및 제2항의 규정에 따라 예비후보자 등이 선거운동을 하는 경우</p> <p>2. 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 자동 동보통신의 방법(동시 수신대상자가 20명을 초과하거나 그 대상자가 20명 이하인 경우에도 프로그램을 이용하여 수신자를 자동으로 선택하여 전송하는 방식을 말한다. 이하 같다)으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 8회(후보자의 경우 예비후보자로서 전송한 횟수를 포함한다)를 넘을 수 없으며, 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고한 1개의 전화번호만을 사용하여야 한다.</p> <p>3. 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우편 전송대행 업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다.</p>	<p>제59조(선거운동기간) 누구라도 말 또는 전화로 하는 선거운동은 선거일을 제외하고는 상시로 할 수 있다. 다만 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>1. 자동송신시스템(ARS 자동전화 등) 전화 선거운동은 허용되지 아니한다.</p> <p>2. 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 자동 동보통신의 방법(동시 수신대상자가 20명을 초과하거나 그 대상자가 20명 이하인 경우에도 프로그램을 이용하여 수신자를 자동으로 선택하여 전송하는 방식을 말한다. 이하 같다)으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 8회(후보자의 경우 예비후보자로서 전송한 횟수를 포함한다)를 넘을 수 없으며, 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고한 1개의 전화번호만을 사용하여야 한다.</p> <p>3. 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우편 전송대행 업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다.</p>

4. 공직선거법 제15조 개정법률안

선거운동의 자유를 확대하기 위한 가장 중요한 방편으로 현행 공직선거법 제15조(선거권)의 선거권자 연령을 '19세 이상'이 아니라 '18세 이상'으로 개정해야 한다.

우리 사회가 민주화되었을 뿐만 아니라, 교육수준의 향상 및 인터넷 등 다양한 매체를 통한 정보교류의 발달로 인하여 18세의 청소년도 독자적인 신념과 정치적 판단에 기초하여 선거권을 행사할 수 있는 능력과 소양을 갖추었다고 할 수 있다. 더 나아가 미래 세대에 보다 가깝고 다양한 의견, 특히 교육정책 등을 의정에 반영할 경우 세대 간 갈등을 해소하는 데 기여할 수 있다. 세계 각국도 20~21세로 규정되어 있던 선거연령을 18세로 낮추고 있는 추세이며, 미국, 영국, 프랑스, 독일, 일본 등 세계 147개국도 이미 선거연령을 18세로 하는 점도 참조해야 할 것이다.²⁷⁰⁾

최근 국가인권위원회는 국회의장에게 공직선거법 제15조에 규정된 선거권 연령의 하향을 검토하고, 정당법 제22조에 규정된 정당가입 연령을 선거권 연령과 분리하고 선거권 연령보다 낮추는 것을 검토하는 것이 바람직하다는 의견을 표명한 바 있다.²⁷¹⁾

현 행	개 정 안
<p>제15조(선거권) ① 19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다. 다만, 지역구국회의원의 선거권은 19세 이상의 국민으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 한하여 인정된다.</p> <p>1. 「주민등록법」 제6조제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 사람으로서 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람</p> <p>2. 「주민등록법」 제6조제1항제3호에 해당하는 사람으로서 주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람</p> <p>② 18세 이상으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다.</p> <p>1. 「주민등록법」 제6조제1항제1호 또는</p>	<p>제15조(선거권) ① 18세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다. 다만, 지역구국회의원의 선거권은 19세 이상의 국민으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 한하여 인정된다.</p> <p>1. 「주민등록법」 제6조제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 사람으로서 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람</p> <p>2. 「주민등록법」 제6조제1항제3호에 해당하는 사람으로서 주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람</p> <p>② 18세 이상으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다. <개정 2009. 2. 12., 2011. 11. 7., 2014. 1. 17., 2015. 8. 13.></p> <p>1. 「주민등록법」 제6조제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 사람으로서 해당 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람</p>

270) 한편 경제협력개발기구(OECD) 34개 회원국가 중 우리나라만 선거권 연령하한이 19세이며, 다른 국가는 모두 18세 이하이다.

271) 국가인권위원회의 선거권 연령기준 하향 권고, 2013. 1. 17. 결정

현 행	개 정 안
<p>제2호에 해당하는 사람으로서 해당 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람</p> <p>2. 「주민등록법」 제6조제1항제3호에 해당하는 사람으로서 주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있는 사람</p> <p>3. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람</p>	<p>2. 「주민등록법」 제6조제1항제3호에 해당하는 사람으로서 주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있는 사람</p> <p>3. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람</p>

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 이재상·장영민·강동범, 『형법총론』, 박영사, 2017.
전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2016.
정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2016.
한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2016.
허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2016.

2. 학술논문 및 보고서

- 강경근, “공직선거법 제58조 선거운동 개념의 헌법적 문제”, 고시연구 제27권 제3호, 2003
- 강태수, “선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향”, 세계헌법연구 제14권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2008
- 권준희 외 4인, “공직선거법상 사전선거운동 규제의 기본권 침해 사례연구 및 입법적 대한 검토”, 공익과 인권 통권 제17호, 2017
- 김경호, “‘선거운동’의 정의와 그 범위의 결정에 관한 연구 - 대법원 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로”, 언론과 법 제16권 제1호, 2017
- 김경호, 정치표현의 자유와 선거운동 규제에 대한 헌법재판소 결정 연구, 언론과 학연구 제8권 제2호, 2008
- 김대근, 윤지영, 권수진, 임석순, 『정치자금의 투명성 제고방안』, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2015
- 김대근, 임석순, 유진, 『가짜뉴스 등 허위사실 유포로 인한 사이버상 유권자의사 왜곡 방지에 관한 연구』, 중앙선거관리위원회 연구용역보고서, 2017
- 김도협, 선거운동에 관한 규제와 그 개선방안에 관한 고찰, 세계헌법연구 제18권 제1호, 2012

- 김래영, “개정 선거법의 문제점과 개선방향-사전선거운동금지규정을 중심으로-”, 공법 연구 제33집 제5호, 한국공법학회, 2005
- 김래영, “사전선거운동금지조항의 위헌성 - 실제 사례를 중심으로-”, 법학논총 제37권 제2호, 2013
- 김영태, “선거법 개정 10년의 성과와 과제: 선거운동 관련 법규를 중심으로”, 의정연구 제21권 제1호, 2015
- 김일환·홍석한, “선거운동 규제에 관한 비교법적 고찰”, 미국헌법연구 제25권 제1호, 2014
- 김재선, “공직선거법과 선거운동의 자유에 관한 공법적 고찰”, 고려법학 제80권, 2016
- 김하열, “법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석”, 저스티스 통권 제108호, 한국법학원, 2008
- 박이석, “한국선거의 선거운동 자유 증대를 위한 입법제도에 관한 연구”, 입법과 정책 제7권 제1호, 2015
- 서울대학교 법학전문대학원, “헌법재판소 결정분석을 통한 공직선거제도 개선방안”, 2015
- 성낙인, “선거제도와 선거운동”, 저스티스 제130호, 2012
- 손인혁, “선거운동의 자유와 선거의 공정성에 관한 연구”, 헌법학연구 제24권 제2호, 2018
- 송석윤, “선거운동 규제입법의 연원 - 1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입 -”, 서울대학교 법학 제46권 제4호, 2005
- 윤성욱, “가짜뉴스의 개념과 범위에 관한 논의”, 언론과 법 제17권 제1호, 2018
- 임성호, “선거관리와 대의민주주의의 거버넌스: 그 관계의 양면성”, 국정관리연구 제3권 제1호, 2008
- 조동은, “선거운동의 개념과 민주적 정치과정”, 법학논집 제21권 제4호, 2017
- 중앙선거관리위원회, 『제20대 국회의원선거 총람』, 2016
- 중앙선거관리위원회, 『제19대 대통령선거 총람』, 2017
- 차진아, “공직선거법상 선거운동의 개념 등에 대한 대법원의 해석권한의 범위와 한계”, 법조, 법조협회, 2016
- 황용석·권오성, “가짜뉴스의 개념화와 규제수단에 관한 연구 - 인터넷서비스사업자의 자율규제를 중심으로 -”, 언론과 법 제16권 제1호, 2017

II. 외국문헌

- Baden-Württemberg Polizei, Hinweise für die Durchführung von Whalkämpfen, Stand: Dez. 2015,
- Bundestag. Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung: Beschränkung der Wahlwerbung von Parteien, Reg.-Nr.: WF III 40/06, 15 Feb. 2006
- Bundestag. Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung: Zulässigkeit und Grenzen von Wahlkampfbeschränkungen der Parteien, WD 3 - 3000 - 315/14, 22. Jan. 2015
- David M. Estlund, Democratic Authority: A Philosophical Framework, Princeton University Press, 2009
- Electoral Administration Act 2006. Explanatory Notes,
- European Commission, A multi-dimensional approach to disinformation. Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation, March 2018.
- House of Commons Library, Briefing Paper. Electoral fraud since 2010, January 2017.
- Kristin Becker, Wahlwerbung: Nicht alles ist erlaubt, Tagesschau.de, 05.09.2017
- Landtag Brandenburg. Parlamentarischer Beratungsdienst, Grenzen regierungsamtlicher Öffentlichkeitsarbeit im Vorfeld von Wahlen, Feb. 2015.
- Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Interim Report, 4. Feb. 2016.
- Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Consultation Paper, 2014
- Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Consultation Paper, Research Paper: the Regulation of the Campaign And Electoral Offences, 2014
- Law Commission et al., Electoral Law. A Joint Consultation Paper, Research Paper: Electoral Timetables in the UK, 2014
- Law Commission, Electoral Law in the United Kingdom. A Scoping Report, 11 Dec. 2012
- Political Parties, Elections And Referendums Act 2000. Explanatory Notes.
- Rheinland-Pfalz. Landeszentrale für Medien und Kommunikation (LMK),

Merkblatt: Informationen für rheinland-pfälzische Rundfunkveranstalter
bezüglich der Ausstrahlung von Wahlwerbung, Stand: 03/2017

Schürmann, Regierungsamtliche Öffentlichkeitsarbeit im Wahlkampf - Kritische
Anmerkungen zu den Müllkampagnen-Urteilen des NRWVerfGH, in:
NVwZ 1992, S. 853.

Tom Lewis and Peter Cumper, Balancing Freedom of Political Expression against
Equality of Political Opportunity: the Courts and the UK Broadcasting
Ban on Political Advertising, in: Public Law, January 2009, 89-111.

佐藤幸治, 『日本国憲法論』, 成文堂、2013年

出射義夫, 「公職選挙法違反における罪刑法定主義-選挙運動の概念の客観化-」
ジュリスト 358号(1966年)

神谷尚男, 「事前運動の限界」
ジュリスト 173号, 1959年

2018년도 선거연수원 연구용역보고서

공직선거법상 선거운동 개념의 합리성 제고방안 연구

발 행 | 2018년 11월

발 행 처 | 선거연수원

주 소 | 경기도 수원시 권선구 수인로 126

전 화 | 031) 296-0217

인 쇄 | 경성문화사 02-786-2999

• 보고서 내용의 무단복제를 금함.

(비매품)

