공직선거법상 사전선거운동 규제의 기본권 침해 사례연구 및 입법적 대안 검토

—대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결을 중심으로

권준희*·김대욱**·김미영***·양지애****·이민주*****·정지혜******

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 공직선거법의 입법연원
1. 일본보통선거법의 선거운동에 대한 포괄적 규제
2. 한국 분단체제 하에서 일본식 규제중심 선거법제의 유입
Ⅲ. 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결
1. 사실관계 및 원심판단
2. 대법원 견해
Ⅳ. 대상판결의 함의와 한계
1. 2015도11812 판결의 함의
2. 2015도11812 판결의 한계
Ⅴ. 사전선거운동의 기본권 침해적 요소와 실제 사례 연구
1. 사전선거운동 금지조항
2. 선거운동 등 정치적 표현의 자유 제한 조항
3. 정치인 간 차별문제 (정당 간, 기성-신인)
Ⅵ. 입법적 대안 검토
1. 사전선거운동 금지조항의 완전한 삭제
2. 차선책으로 대표적인 독소조항의 삭제 및 수정
Ⅶ. 결론을 대신하여 – 새로운 제언
1. 대상판례에 기초한 법원의 합헌적 해석
2. 공직선거법 사안에서 국민참여재판의 도입 필요성 모색
3. 헌법기관으로서 선거관리위원회에 입법발의 권한 부여

* 서울대학교 법학전문대학원 전문석사과정, powtima68@gmail.com
** 서울대학교 법학전문대학원 전문석사과정, kdu5103@naver.com
*** 서울대학교 법학전문대학원 전문석사과정, durns8019@gmail.com
**** 서울대학교 법학전문대학원 전문석사과정, yja1208@naver.com
***** 서울대학교 법학전문대학원 전문석사과정, mstylestar@gmail.com
****** 서울대학교 법학전문대학원 전문석사과정, chrisinfp4@gmail.com

■ 국문초록 ■

광복 이후, 분단과 군사독재를 거치며 일본의 규제 중심적 선거법이 우리나라에 전면적으로 유입되었다. 수차례의 개정을 거친 오늘날에도 공직선거법은 여전히 세세하고 포괄적인 규제를 통해 선거운동의 기간과 방식을 제한하고 있다. 이러한 상황에서, 금지된 사전선거운동의 범위를 획정한 2015도11812 판결은 공직선거법의 현재와 미래에 관하여 중요한 함의를 지닌다. 대상 판결은 '목적 의사의 객관적 인정'과 '선거의 특정'이라는 두 가지 기준을 제시함으로써 선거운동의 개념을 축소해석하였다. 판결의 의미는 무엇보다도 대의민주주의 체제에서 선거의 자유가 가지는 중요성을 강조하고, 선거운동의 목적 의사 유무를 선거의 주체인 '선거인'을 기준으로 판단하였다는 점에 있다.

그러나 대상 판결의 진보적 해석에도 불구하고, 공직선거법 규정 자체의 모호성과 불평등성은 여전히 문제로 남아 있다. 본 연구는 문헌 조사 및 선거현장에서 활동하는 다양한 행위자들을 대상으로 한 사례연구를 통하여 공직선거법상 선거운동 규제의 기본권 침해요소를 파악하고, 대안을 모색하는 것을 목적으로 하였다. 연구를 진행한 결과 현행 공직선거법의 기본권 침해요소는 크게 세 가지로 파악되었다.

우선 선거운동의 기간에 대한 규제는 명확성의 원칙에 위배되며 선거운동의 자유를 침해하고 있다. 공직선거법의 모호한 규정과 선관위의 일관적이지 못한 유권해석은 국가기관의 자의적 해석과 집행에 대한 우려로 이어진다. 특히 시민단체나 이익단체 등이 선거 이전부터 지지하거나 반대하여 온 현안이 '선거 쟁점'이 되는 경우, 이에 대한 언급을 언제까지, 얼마만큼 허용할지가 불분명하여 문제가 된다. 또한, 사전선거운동에 대한 포괄적 규제는 비(非)선거운동기간의 정치활동에 족쇄가 된다. 비록 등록된 후보자에 한하여 사전선거운동을 예외적으로 허용하는 예비후보자 제도가 존재하나, 지나치게 협소한 허용범위로 인하여 선거운동의 자유를 보장하기에는 불충분한 상황이다.

둘째, 선거운동의 방식에 대한 규제는 정치적 표현의 자유를 침해한다. 공직선거법은 선거에 영향을 미칠 수 있는 행위들을 선거기간 동안, 혹은 그 이전부터 광범위하게 규제하고 있고, 헌법재판소도 선거의 공정성 등을 내세워 이를 합헌이라고 판단하고 있으나, 이 역시 명확성의 원칙에 어긋나는 과도한 기본권 침해이다. 금권선거나 부정선거에 대한 위험성이 대부분 해소되었음에도 여전히 규제 일변도인 공직선거법은 창의적 선거운동을 제한하고 정치인과 유권자들을 위축시키고 있다.

셋째, 현행 공직선거법은 선거운동의 기회를 모두에게 평등하게 보장하지 못하여 구조적 차별을 조장한다. 선거운동에 대한 지나친 규제는 정치신인보다는 기성정치인, 특히 현직 의원에게 유리하며 군소 정당인보다는 거대 정당 소속의 정치인에게 유리하다. 이러한 '기울어진 운동장'의 문제를 해소하기 위해서는 공직선거법의 개혁이 시급하다.

이에 따라 본 연구에서는 공직선거법 자체의 개정 방안과 더불어, 해당 법률 바깥에서 변화를

모색할 수 있는 새로운 대안을 검토하였다. 우선 공직선거법 내 사전선거운동 금지조항을 완전히 삭제해야 하며, 그것이 어렵다면 차선책으로서 제90조 등 대표적 독소조항들을 대폭 삭제하거나 수정해야 할 것이다. 또한 2015도11282 판결에 기초한 합헌적 해석을 통하여 사법적 규제범위를 축소하고, 선거법 위반 사건에 대하여 국민참여재판을 도입하여 선거인을 기준으로 한 판단을 현실화시키며, 선거현장에서 현행법규의 모순을 실질적으로 체감하고 있는 선거관리위원회에 선거법 발의권한을 부여함으로써 공직선거법 밖에서의 변화를 시도해 볼 수 있을 것이다.

주제어 : 공직선거법, 사전선거운동금지조항, 정치적 표현의 자유, 평등권, 선거운동의 자유, 독소조항 2015도11812, 기본권

Ⅰ. 들어가며

현행 「공직선거법」은 촘촘한 규제를 통해 선거운동의 기간과 내용을 제한하고 있다. 이에 따라 후보자는 유력 정치인과 함께 찍은 사진을 내세우는 방식을 벗어나지 못하고 있고, 많은 유권자들은 정당·후보자와 직·간접적인 접촉을 못 해본 채 투표 결정을 내리는 상황이다.[1] 이러한 상황에서 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결은 공직선거법에서 규제하는 '선거운동'의 범위를 획기적으로 제한함으로써 자유로운 선거운동의 중요성을 강조했다.

하지만 여전히 공직선거법과 사전선거운동금지조항에 해결되지 않은 문제가 남아 있다. 이는 크게 실효성에 대한 비판과 위헌성에 대한 비판으로 나눌 수 있다. 우선 실효성에 대한 비판은, 사전선거운동에 대한 각종 제한이 입법취지 자체를 몰각시킨다는 데 있다. 해당 조항이 후보자 간 선거운동의 기회균등을 증진하기는커녕, 오히려 신인 정치인의 등장을 방해하고 기존의 거대정당 중심적, 지역주의적 정치구도를 고착화한다는 것이다.

한편 위헌성에 대한 비판은 크게 세 가지 주장으로 요약할 수 있다. 첫째로 사전선거운동 규제의 목적 자체가 선거에 대한 통제와 순치(順治)를 꾀하는 것으로서 타당하지 않으며, 둘째로 국민의 기본권에 속하는 정치적 표현의 자유를 그보다 하위의 가치인 선거의 공정을 달성하기 위하여 제약하는 것은 비례원칙에 어긋난다는 주장이다. 셋째로는, 규정자체의 불명확성으로 인해 자의적 판단의 위험성이 존재한다는 주장이 있다.

이에 본 연구에서는 사전선거운동의 역사적 맥락 및 사전선거운동과 선거운동 전반에 대한 현재의 공직선거법상 규제를 면밀히 살피고, 선거에 참여하는 여러 행위자들(후보자, 선거관리위원회, 유권자, 시민단체 등)이 해당 조항들에 의하여 어떠한 영향을 받는지 문헌조사와 현장인터뷰 등을 통하여 다각도로 살펴봄으로써, 각각의 비판이 법리적·

1 2012년 4월에 시행된 제19대 국회의원 선거에 관한 조사(중앙선거관리위원회 의뢰, 한국정치학회 주관, 한국사회과학데이터센터 시행)에 따르면, 유권자의 60.7%가 정당 또는 후보자와 직·간접적인 접촉을 해 본 적이 없는 상태에서 투표결정을 내렸다고 한다. 접촉경험이 있었다는 39.3%의 응답자들의 접촉유형으로 가장 빈도가 높았던 것은 문자메시지였고, 대면접촉, 전화, 우편이 뒤를 이었다." 서복경, "유권자의 알권리와 후보자와의 소통", 공직선거법 개정 방향 토론회 (국회 2013. 7. 25.) 대면접촉도 악수나 명함을 주고받는 데 그치는 점을 상기하면 실로 접촉이 적다고 할 수 있겠다.

경험적으로 타당한지를 검토하고자 한다.

II. 공직선거법의 입법연원

1958년 민의원 및 참의원선거법을 통해 최초로 사전선거운동 금지 규정이 도입되었다.[2] 이러한 규정은 대한민국 특유의 것이라기보다는 일제강점기 직후 분단체제 하 일본 보통선거법 규정의 전면적 도입이라 할 수 있는데,[3] 일찍이 윤길중은 이러한 법조항이 군국주의 하의 일본선거법에 존재하던 것임을 지적한 바 있다.[4] 따라서 그 연원으로서 먼저 일본의 선거운동 제한규정의 변화 및 대한민국으로의 유입을 확인한다.

1. 일본보통선거법의 선거운동에 대한 포괄적 규제

1925년 일본은 보통선거법(정식명칭은 '중의원의원선거법')을 도입하면서 급격한 선거체제 변화가 사회 전반에 혼란을 줄 수 있음을 우려하며 각종 선거 규제 장치를 부가하였다. 그 중 하나가 바로 사전선거운동금지로, 당시 관련법 상에는 명시적 금지규정은 존재하지 않았으나 행정해석을 통해 사전선거운동에 대한 규제가 시작되었다. 1927년 가을 지방선거를 앞두고 내무성과 사법성 및 대심원이 협의하여 후보자등록에 관한 규정으로부터 등록 이전의 선거운동을 금지하는 것을 도출해낸 것이다. 이에 따르면 원칙적으로 누구에게도 선거운동이 허용되지 않고 예외적으로 정부가 허용한 '입후보에 필요한 준비행위'만이 인정되었다.[5] 이후 선거운동비 증가를 막고 금권선거를 방지한다는 목적 하에서 사전선거운동금지에 대한 논의가 이루어졌고,[6] 마침내 1934년에는 보통선거법 개

2 송석윤, "선거운동 규제입법의 연원－1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입", 서울대학교 법학 제46권 제4호, 2005, p. 29.
3 김도협, "선거운동에 관한 규제와 그 개선방안에 관한 고찰", 세계헌법연구 제18권 제1호, 국제헌법학회, 2012, p. 188.
4 송석윤(주2), p. 46.
5 송석윤·황성기·김도협·김주영, "선거운동의 자유와 선거의 공정성", 헌법재판소 정책개발연구용역보고서, 헌법재판소, 2011, p. 287.
6 손형섭, "선거표현의 자유와 공정성 확보를 위한 다층적 법적 대응 연구", 언론과법 제15권 제2

정을 통해 일본 선거법제사 최초로 사전선거운동금지규정이 명문으로 도입되기에 이른다. 개정된 보통선거법 제95조의2는 입후보등록 이후가 아니면 선거운동을 할 수 없다고 명시하였고, 제98조의2를 통해 포괄적이고 원칙적인 선거운동의 금지를 명문화하여 선거운동의 자유를 축소하였다.

제2차 세계대전의 패전 이후 내각은 선거운동 제한 대부분을 철폐하는 개정안을 제출하였다. 애초 정부 개정안에 따르면 사전선거운동금지조항 역시 폐지되어야 했으나, 중의원 심의 과정에서 재논의 되어 다시 존치되는 것으로 수정되었다. 결국 선거운동에 대한 인적 측면의 제한은 완화되었으나 시간적 측면의 제한은 유지되어 규제중심 선거법제의 본질을 존속시킨 것이다.[7] 이후 1950년 일본은 개별법규로 존재하던 선거 관련법들을 공직선거법으로 통합하여 오늘날까지도 폭넓게 선거운동을 규제하고 있다.

2. 한국 분단체제 하에서 일본식 규제중심 선거법제의 유입

대한민국의 선거관련법규 역사를 살피자면, 1947년 미군정법령 제175호와 이를 폐지한 후 제정된 1948년, 1950년 국회의원선거법이 그 시초라 할 것이다.[8] 미국의 영향을 받은 초기 선거관련법들은 원칙적으로 자유선거를 보장하고 예외적으로 제한 규정을 두는 입장이었다. 이러한 초기의 기조가 변화된 것은 1958년 1월 25일 제정된 민의원선거법과 참의원선거법을 통해서이다.[9] [10] 1952년 발췌개헌 이후 제정된 이 법률은 선거운동을 당선을 얻거나 얻게 하거나 얻지 못하게 하는 행위(제43조)라고 정의하고 선거운동기간을 정함으로써(제44조) 최초로 선거운동 기간 제한 및 사전선거 금지의 내용을 담게 되었다. 나아가 합동 및 개인 연설회의 횟수 및 연설금지장소제한, 확성기와 자동차 등의 사용제한, 호별방문금지 등 선거운동 방법에 대해서도 역시 구체적인 제한 규정이 명시되었다. 이는 당시 장기집권으로 국민적 정당성을 잃어가던 제1공화국 이승만 정부가 진

호, 한국언론법학회, 2016, pp. 74-75.

7 송석윤·황성기·김도협·김주영(주5), p. 290.

8 김도협(주3), p. 187.

9 김일환·홍석환, "선거운동 규제에 관한 비교법적 고찰", 미국헌법연구 제25권 제1호, 미국헌법학회, 2014, pp. 37-38.

10 한국 헌정사에서 선거운동의 기간·자격·방식을 규제한 선거법의 기원에 관한 연구로는 서복경, "제한적 경쟁의 제도화－1958년 선거법 체제－", 선거연구 제3권 제1호, 한국선거학회, 2013, pp. 109-138.

보세력을 견제하고 국민의 표현의 자유를 억제하기 위하여 강구한 수단으로, 1925년 보통선거법의 제정과 1934년의 개정을 통해 정착한 일본식의 포괄적 선거 규제가 전면적으로 도입된 것으로 볼 수 있다.

이러한 규제는 5·16군사쿠데타 이후 더욱 강화된다. 박정희 정부는 1963년 1월 6일 새롭게 국회의원선거법을 제정하며 '이 법에 규정된 방법' 이외의 선거운동을 모두 금지(제33조)하기에 이른다.[11] 이는 명백히 헌법상의 기본권을 침해하는 위헌적인 법률이었으나, 1972년 12월 30일 유신 이후 제정된 국회의원선거법과 1971년 1월 29일 전두환 정부 이후 개정된 국회의원선거법에서도 계속 유지되다가 1994년 기존 선거 관련 법률을 공직선거법으로 통합하면서 비로소 삭제되었다.

하지만 포괄적 규제조항이 사라진 대신, 각각의 선거운동 방식별로 허용되거나 금지되는 내용이 별도로 명시되는 체제로 바뀌었다. 이에 따라 세세한 조항별로 할 수 있는 활동과 그렇지 않은 활동, 각각의 활동별로 할 수 있는 사람과 그렇지 않은 사람을 구분해야 하는 복잡한 체제로 점차 변모해왔다. 이에 따라 300개가 넘는 조항을 일일이 숙지한 사람이 아니라면 선거법 위반을 피해가기 어려운 현행 선거법 체제가 정당과 유권자의 자유로운 정치활동과 경쟁을 위축시킨다는 비판이 끊임없이 제기되고 있는 상황이다.[12]

Ⅲ. 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결

1. 사실관계 및 원심판단

대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결은 피고인 1부터 6까지의 인물들이 '대전미래경제연구포럼'을 설립한 후 회원으로 함께 활동한 것이 유사기관설치 및 사전선거운동에 해당하여 공직선거법 등을 위반하였는지가 문제되었던 사안이다. 피고인 3은 2014. 6. 4. 실시된 제6회 전국동시지방선거에 출마하여 대전시장으로 당선되

11 유현종, "선거운동 규제의 제도적 변화와 지속성- 국회의원 선거운동관련 제도를 중심으로", 한국정치학회보 제45권 제1호, 한국정치학회, 2011, p. 97.

12 서복경(주10), p. 131.

고자 하였다. 이에 피고인 2부터 4는 선거 약 1년 6개월 전에 이 사건 포럼을 설립하였고, 피고인 1부터 5는 포럼을 통해 전통시장 방문, 대학생 대상 토론회, 출판기념회 등 정치적 활동을 진행하였다.

제1심 법원인 대전지방법원은 2015. 3. 16. 선고 2014고합367, 466, 487, 488(병합) 판결을 통해 피고인 2와 3에 공직선거법위반 및 정치자금법위반으로 징역 8월에 집행유예 2년, 피고인 1과 4에 공직선거법위반 및 정치자금법위반으로 징역 1년 6월에 집행유예 2년을 선고하는 등 그 유죄를 인정하였다. 항소심인 대전고등법원도 2015. 7. 20. 선고 2015노20 판결을 통하여 피고인 2와 3에 징역 8월에 집행유예 2년, 피고인 4에 징역 1년 6월에 집행유예 2년 등을 선고하고, 피고인 1과 5의 항소를 기각하였다.

2. 대법원 견해

대법원은 사실관계에 대하여는 원심이 인정한 것을 그대로 받아들였으나 피고인들의 행위가 공직선거법 및 정치자금법 등에 위반하는지에 대하여 원심과 다른 견해를 취했다. 재판부는 공직선거법 제58조 제1항 본문 "선거운동이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다" 는 규정을 해석함에 있어 이전까지의 대법원 해석을 변경하면서, 원심과 동일한 사실관계를 바탕으로 판단하였음에도 피고인들의 행위가 '선거운동'에 해당하지 않는다는 결론에 다다랐다. 재판부는 특히, 정치인의 사회활동과 정치활동이 필연적으로 선거와 연관될 수밖에 없음을 지적하며 선거의 실질적 기회균등과 선거운동의 자유를 보장하기 위하여 선거운동을 엄격히 해석할 것을 주문하면서, '목적의사의 객관적 인정'과 '선거의 특정'이라는 새로운 기준을 제시하였다.[13]

이러한 기준에 따라 재판부는 이 사건 포럼은 공직선거법에서 설립이 금지된 유사기관이라 볼 수 없고, 이를 통한 피고인들의 활동을 공직선거법에서 금지된 사전선거운동이라 할 수 없으며 따라서 유사기관설립과 사전선거운동의 인정을 전제로 한 정치자금법위반 역시 인정할 수 없다는 결론에 다다랐다. 결국 재판부는 원심판결 중 피고인 1부터 5까지에 대한 유죄판결을 모두 파기하고 대전고등법원에 이 사건을 환송하였다.[14]

---

13 이에 대한 자세한 설명은 IV-1-나-(1) 대상판결의 사전선거운동개념 해석 부분 참고.

14 피고인 6에 대한 검사의 상고는 기각하였다. 원심은 피고인 6이 전화 홍보원에게 선거운동 관련 불법 수당을 제공하였다는 검사의 공소제기에 대하여, 검사가 제출한 증거로는 불법적인 선거비자금을 제공하였다는 것을 인정할 수 없고 그가 선거비용제한액을 초과 지출하였음을 알

Ⅳ. 대상판결의 함의와 한계

1. 2015도11812 판결의 함의

대상 판결을 통해 대법원은 사전선거운동에 대한 새로운 판단기준을 제시하고 자유로운 선거운동의 중요성을 강조함으로써 사전선거운동의 금지를 획기적으로 전환하였다. 사전선거운동에 대한 기존의 해석과 대법원의 새로운 해석을 비교한 후, 그 의의에 대해 논한다.

가. '사전선거운동'에 대한 기존의 해석

(1) 현행 공직선거법상 '사전선거운동'

공직선거법 제254조는 선거운동기간위반죄에 관한 규정으로, 제2항은 "선거운동기간 전에 이 법에 규정된 방법을 제외하고 선전시설물·용구 또는 각종 인쇄물, 방송·신문·뉴스통신·잡지, 그 밖의 간행물, 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회·반상회, 그 밖의 집회, 정보통신, 선거운동기구나 사조직의 설치, 호별방문, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다."고 명시한다. 이는 동법으로 인정되는 선거운동기간이 아닌 때의 선거운동, 즉 사전선거운동에 대한 원칙적 금지규정이 된다.

사전선거운동의 금지를 구체적으로 해석하자면 시간 제한과 대상 제한으로 나눌 수 있겠다. 첫째, 시간적 제한의 경우 동법 제59조 "선거기간[15] 개시일부터 선거일 전일까지"를 통해 규정된 선거운동기간에 해당하지 않는 그 이전의 선거운동에 대한 제한이다.[16] 둘째, 제한되는 대상은 인쇄물과 간행물, 집회 및 선거운동기구 등을 이용한 '선거

고 있었다고 단정하기 어렵다는 이유로 무죄로 판단하였다. 대법원은 이러한 원심의 판단을 정당하다고 보았다.

15 「공직선거법」(이하 각주에 인용된 모든 법령은 공직선거법이다.)
제33조(선거기간) ① 선거별 선거기간은 다음 각호와 같다.
1. 대통령선거는 23일
2. 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거는 14일
3. 삭제 〈2002. 3. 7.〉"

16 단, 동조 단서를 통하여 예비후보자의 선거운동 등 예외를 열거하고 있다. 이 예외규정들이 곧

운동'인 바, 사전선거운동에 대한 이해의 전제로서 결국 선거운동 개념 자체에 대한 정의가 요구된다. 먼저, 문제되는 행위의 선거운동 해당성이 충족되어야 이를 선거운동 기간 이전의 사전선거운동으로 금지할 수 있기 때문이다. 결국 대상판결에서 재판부가 밝혔듯이 선거운동의 의미와 범위에 대한 확정이 사전선거운동 이해의 선결문제라 할 수 있다.

선거운동에 대하여 제58조는 "'선거운동'이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다."고 규정하면서 그 단서로 선거운동으로 보지 않는 행위를 열거하고 있다. 그 예외로는, 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, 통상적인 정당활동 등이 있다. 문제는 이러한 포괄적 정의 규정이 명확하지 않다는 데에 있고 그에 따라 대법원은 판례를 통해 선거운동에 관한 정의를 구축해왔다.

(2) 대상판결 이전의 사전선거운동개념

선거운동에 관하여 구체적인 기준을 제시한 판결로는 지방의회의원선거법 제38조 상의 '선거운동' 해석이 문제가 되었던 대법원 1992. 4. 28. 선고 92도344 판결이 있다.[17] 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 필요 하고 불리한 모든 행위"로 정의하며 목적의사를 판단기준으로 제시하였다. "특정한 후보자의 득표"를 직접 목적으로 하지 않는 한 단순한 선거관련 의견 및 의사 표현, 후보자가 되기 위한 준비행위 등을 금지되는 선거운동 범위에서 제외시킨 것이다.[18] 이 판결이 '목적의사'라는 주관적 요소를 선거운동 범위의 기준으로 제시한 이후 후속 판결들 역시 이를 초점으로 하여 선거운동의 정의를 구체화시켜 나갔다.

1994년 통합선거법인 공직선거및부정선거방지법 제정 이후 대법원은 1996. 4. 26. 선고 96도138 판결 등을 통해 목적의사가 "객관적으로 인정"되어야 함을 밝히며, 구체적으로는 "일상적·의례적·사교적 행위"를 제외함으로써 이를 벗어나는 "능동적이고 계획적"

제254조 제2항 상의 '이 법에 규정된 방법'을 통하여 허용되는 행위라 하겠다. 특히, 예비후보자의 예외 관련 자세한 설명은 V-1-가-(2) '예외적 허용'으로서의 예비후보자 제도 부분 참고,

17 김경호, "선거운동의 정의와 그 범위의 결정에 관한 연구—대법원 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로", 언론과법 제16권 제1호, 한국언론법학회, 2017, pp. 178-182.

18 그러나 지방의회의원 선거를 출마하는 자가 지역발전설문서를 돌린 해당 사안에서는 지방의회의원에 입후보하여 당선되기 위한 투표를 얻을 목적과 사전에 이름을 알려 득표에 유리하게 하려는 의도를 인정하여 이를 금지되는 사전선거운동에 해당하는 것으로 보았다.

인 행위여야 선거운동에 해당한다고 보았다. 대법원 1999. 4. 9. 선고 98도1432 판결은 선거운동 해당여부를 판단할 때 "단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰"하여야 한다고 함으로써 구체적 적용 기준을 확인하였다.

종합하자면, 종래 대법원은 "'선거운동'이란 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위를 말한다."[19]고 판시하여 왔다.

나. 대상 판결의 해석과 그 함의

(1) 대상판결의 사전선거운동개념 해석

대법원은 대상 판결을 통해 종래의 해석이 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도3940 및 2006. 6. 27. 선고 2005도303 판결과 같이[20] 인지도를 높이거나 선거인에 영향을 미칠 목적이 있다는 등의 이유만으로 선거운동의 범위에 포함시켜 폭넓게 금지하는 문제가 있음을 지적하며 그 범위를 엄격하게 해석할 것을 주문하였다.

구체적으로 재판부는 '목적의사의 객관적 인정'과 '선거의 특정'이라는 두 가지 기준을 제시함으로써 선거운동의 개념을 좁히고자 하였다. 먼저, '목적의사의 객관적 인정'의 경우 앞서 언급한 92도344 판결 이후 모든 관련 판결에서 판단 기준으로 제시되어 왔던 것이나 대상 판결에서는 그를 판단함에 있어, "해당여부는 행위 주체 내부의 의사가 아니라 외부의 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다" 고 명시하였다. 다만, 이러한 목적의사는 직접적으로 지지를 호소하는 등의 명시적인 방법 외에도 객관적 사정에 비추어 그를 추단할 수 있을 정도에 이른 경우 인정될 수 있다. 그 추단에 있어서는 "단순히 선거와의 관련성을 추측"하거나 "선거에 관한 사항을 동기로" 하였다는 것만으로는 부족하고, 행위의 명목뿐 아니라 시기·장소·방법 등 태양을 종합적으로 관찰하여 '특정 선거'에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 정도를 요구하였다.

재판부는 선거운동을 판단함에 있어 "그 대상인 선거가 특정되는 것이 중요한 개념표

19 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결.

20 2007도3940 판결에서는 출판기념회를 빙자하여 정치인의 인지도를 높이는 것을 사전선거운동으로 금지하였고, 2005도303 판결에서는 국회의원 후보자로 선출되어 출마하고자 하는 사람이 자신의 낮은 인지도를 극복하기 위하여 단체 등을 설립한 경우 선거운동의 목적을 인정하여 이를 금지하였다. 이들은 대상 판결을 통해 변경되었다.

지"이기 때문에 행위가 '특정 선거'를 위한 것임이 인정되어야만 한다고 보았다. 선거가 실시된 시점과 시간적으로 멀리 떨어진 행위라면 이는 단순히 '선거'와의 관련성을 추측케 할 수는 있어도 '특정 선거'에서 당락을 도모하는 의사가 표시되었다고 볼 수는 없다. 반면 행위의 시기와 선거일이 가깝다면 명시적 표현이 없었다 하더라도 그 목적의사를 인정할 수 있을 것이다. 즉, 선거 출마와 당선을 목표로 하는 정치인의 특성상 선거운동은 "단순히 향후 언젠가 선거에 나설 것"이라 예측케 하는 것으로는 부족하고 "특정 선거를 전제로 그 선거에서 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 수 있는 객관적 사정"이 있어야 한다. 그리고 그 객관적 사정을 인정할 수 있는 중요한 표지로 행위와 선거일과의 근접성이 도출되는 것이다. 구체적으로는 "행위 당시 상황에서 특정 선거의 실시에 대한 예측이나 확정 여부, 당해 행위의 시기와 특정 선거일 간의 시간적 간격, 그 행위의 내용과 당시의 상황, 행위자와 후보자의 관계 등" 객관적 사정을 종합적으로 판단하되 행위와 특정 선거 간 시간적 간격을 토대로 다른 사정들에 대한 판단을 조정할 수 있다.

마지막으로 재판부는 "일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동에 인지도와 긍정적 이미지를 높이려는 목적"이 있더라도 특정 선거의 당락을 도모하는 목적의사가 객관적으로 인정되지 않는 한 허용되어야 하고 정치인이 단체 등을 통해 활동하는 경우 "목적 범위 내에서 통상 행해지는 한도에서는 특별한 사정이 없는 한" 그를 특정인의 당선 또는 낙선을 목적으로 한 선거운동이라고 볼 것은 아니라는 입장을 밝히며 금지되는 선거운동의 범위를 좁혔다.

(2) 판결의 함의

(가) 새로운 판단 기준의 제시 - '선거인'의 관점에서

대법원은 2015도11812 판결에서 '선거운동'을 "특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위"로 정의한다. 그렇다면 이러한 목적의사의 존부를 어떻게 판단할 것인가? 해당 판결의 첫 번째 의의는 그 판단의 기준점으로 "선거 관련 국가기관"인 중앙선거관리위원회나 "법률전문가"인 법관이 아니라 선거의 주체인 선거인을 들었다는 데 있다.

> "이(선거운동)에 해당하는지는 당해 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다. … 선거 관련 국가기관이나 법률전문가의 관점

> 에서 사후적·회고적인 방법이 아니라 일반인, 특히 선거인의 관점에서 그 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단하여야 하므로, 개별적 행위들의 유기적 관계를 치밀하게 분석하거나 법률적 의미와 효과에 치중하기보다는 문제된 행위를 경험한 선거인이 그 행위 당시의 상황에서 그러한 목적의사가 있음을 알 수 있는지를 살펴보아야 한다."

선거인은 후보자를 당선시키거나 낙선시키는 주체이다. 선거인의 선택이 선거운동에 전적으로 좌우되지는 않지만, 선거운동기간 중 이루어진 후보자·운동원과의 상호작용과 그를 통해 획득한 정보로부터 많은 영향을 받는다는 것은 분명하다. 따라서 특정한 행위가 공직선거법 위반에 해당하는지가 모호한 경우, 후보자가 해당 행위를 통해 선거의 공정을 해하였는지 여부를 가장 잘 판단할 수 있는 주체 역시 선거인일 것이다. 일반 선거인이 보기에 별 문제가 되지 않는 행위라면, 선거운동의 목적의사가 존재하지 않는다고 판단해야 한다는 것이 다수의견의 입장이다.

반면 반대의견은 공직선거법에 의하여 처벌되는 사전선거운동행위 및 유사기관설치행위는 형법상의 목적범 또는 그에 준하는 것으로서, 이때 당선 또는 낙선의 목적은 초과주관적 위법요소로서 범죄의 구성요건이 된다고 해석한다. 이에 따르면 목적의 유무를 판단하는 기준은 주관적인 것으로서, "그러한 목적에 대한 인식이 행위자인 피고인에게 있어야 하고 그로써 충분"하다고 보아야 한다(대법원 1997. 4. 25. 선고 96도2910 판결, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2011도168판결).

좌세준 변호사는 공직선거법 위반 사건에서 '당선 또는 낙선이 목적'을 행위자인 피고인(후보자 또는 운동원) 기준으로 판단하여야 한다는 반대의견이 형법 이론적으로는 정치한 이론 구성일 수 있지만, 공직선거법 위반 사건의 특수성을 고려할 필요가 있다고 지적한다.[21] 선거법 위반으로 침해되는 법익은 개인적 법익이 아니라 '선거의 공정성'이라는 특수한 공익이기 때문이다. 당선자가 선거법 위반으로 형사처벌(징역 또는 100만원 이상의 벌금)을 받는 경우 당선이 무효가 된다는 점을 고려하면, '선거인'이 부여한 민주적 정당성을 상실시킬 때의 판단기준 역시 '선거인'이 되어야 한다는 주장은 분명 의미 있다.

---

21 기본권판례연구팀, 서울, 민주사회를위한변호사모임 정치관계법 TF 좌세준 변호사와의 인터뷰 참조. 2017. 7. 12.

(나) 선거운동의 범위 획정 - 자유로운 선거운동의 중요성 강조

또한 2015도11812 판결은 자유로운 선거운동이 대의민주주의 제도의 유지에 있어서 갖는 중요성을 역설했다는 점에서도 의의가 크다. 위 판결은 선거에 유리한 영향을 미치기만 하면 선거운동으로 보고 규제하려 했던 종전의 판례를 비판하며, 정치인의 활동은 직간접적으로 선거와 연결되어 있는 것이 당연하다는 점을 짚어낸다. 또한 선거에 대한 광범위한 규제는 국민의 정치활동을 위축시키고, 자의적 법집행의 가능성을 높인다는 점에서 바람직하지 않다고도 지적한다.

다수의견은 선거운동의 허용범위를 넓게 잡아야 하는 근거로서 네 가지를 들고 있다. 첫째, 대의민주주의 체제에서 국민주권을 구현하기 위해서는 유권자와 정치인 간 충분한 소통이 필요하다. 둘째, 선거의 공정을 확보하기 위한 최소한의 법적 규제는 필요하지만, 오늘날에는 관권선거나 부정선거의 폐해가 거의 사라지고 여론의 중요성이 높아졌다. 셋째, 현직 정치인과 정치 신인 간의 실질적 기회균등을 보장하기 위하여 "정치인이 평소 정치적 기반을 다지는 행위는 폭넓게 허용되어야 한다." 넷째, 죄형법정주의 상의 명확성의 원칙에 따라, 형사처벌의 대상이 되는 선거운동은 명확하고 제한적으로 해석해야 한다.

다수의견에 따르면, 선거운동의 자유를 넓게 보장하는 것은 공직선거법 조문의 내적 논리에도 합치한다. 우선 공직선거법 제58조 제2항은 조문의 구성상 선거운동의 자유를 원칙으로 하며 금지 및 제한을 예외로 둔 것이라고 해석할 수 있다. 또한 공직선거법은 특별히 선거의 공정성을 해칠 가능성이 있다고 보이는 행위유형에 대하여는 "선거에 영향을 미치는 행위"(제89조 제2항 본문 전단 등)로서 개별적으로 규제하고 있기도 하다. 따라서 "규제기간이 광범위하고 행위유형마저 한정되어 있지 않은…사전선거운동"에 대한 규제는 엄격하게 제한되어야 할 것이다.

2. 2015도11812 판결의 한계

가. 공직선거법 규정 자체의 모호성 문제

이처럼 2015도11812 판결이 선거운동의 판단 기준을 '선거인'으로 설정함으로써 규제범위를 대폭 축소하는 전향적 해석을 내놓았음에도, 문제가 근본적으로 해결된 것은 아니다. 판결의 준거가 된 공직선거법상 선거운동의 정의와, 법적 규제범위 자체가 모호하기 때문이다. 동일한 법률 조항에 대하여 정반대의 판례가 나올 수 있다는 사실 자체가

이미 그 법이 불명확하고, 자의적 해석의 여지가 많다는 것을 방증하는 것이다. 선거재판에서 어떤 재판부를 만나는지가 종종 판결의 향방을 가를 수 있었던 것처럼, 다수의견과 같이 일반 선거인을 판단 기준으로 삼는다고 해도 '어떤 선거인'을 염두에 두는지에 따라 결과가 달라질 수 있다.[22]

규정의 모호성은 기소의 용이성으로 이어진다. 송석윤 서울대 법학전문대학원 교수는 17대 총선의 당선자 중 공직선거법 위반으로 기소되어 재판을 받은 국회의원은 모두 46명에 이르며, 이들 중 금품·향응 제공이나 허위사실 유포 등의 사유에 해당하지 않고 단지 사전선거운동만이 문제된 경우도 21명이나 된다고 지적한다.[23] 이는 총 243명인 지역구 의원의 1/10에 가까운 수치로, 이들에 대한 기소와 재판, 당선무효 확정시의 재·보궐선거 시행에 드는 사회적 비용은 결코 무시할 수 없는 수준이다. 또한 기소의 용이성은 정치적 이해관계에 따른 선택적 기소의 혐의를 발생시켜, 검찰과 사법부에 대한 신뢰를 악화시키는 주된 원인이기도 하다.

나. 선거기회의 실질적 평등 보장 문제

헌법 제116조 제1항은 "선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리 하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다."고 규정한다. 그러나 정당에 소속된 정치인과 무소속 정치인, 기성 정치인(특히 현직자)과 정치 신인 간의 격차는 2015도11812 판결 이후에도 여전히 해결되지 못하고 있다.

현행 공직선거법은 '통상적인 정당활동'을 선거운동으로 보지 않기 때문에(제58조 제1항 제4호 및 제90조 제2항 제1호), 선거기간이 아닌 때에 정당조직을 통하여 활동하고 행사에 참가하는 일은 사전선거운동 규제조항의 적용대상이 아니게 된다. 또한 현직 의원의 의정활동보고 역시 선거일 전 90일까지는 사실상 방법의 제한 없이 허용된다(제111조). 문제는 이러한 활동들이 사실상 선거운동과 유사한 효과를 발휘할 수 있다는 것이다. 정치 신인이 지역구에서 인지도를 높여 무소속 출마하거나 공천을 받기 위해 명함을 돌리며 고군분투하는 동안, 정당원이나 현직 의원은 국고보조금의 지원을 받으며 보다 쉽게 홍보활동을 할 수 있다. 이러한 기회의 불평등은 그 자체로 새로운 정치인의 유입을 가로막는 진입장벽이며, 지역 구도가 여전히 강하게 남아 있는 영·호남지역 선거구에

22 이러한 문제는 좌세문 변호사의 견해대로 국민참여재판 등을 통해 선거인의 관점을 실질적, 제도적으로 판결에 반영하는 대안을 선택하는 경우에도 마찬가지로 발생한다.

23 송석윤(주2), p. 49.

서는 "정당 공천 = 당선"이라는 등식을 강화시켜 거대정당의 이해관계에 복무한다.

2015도11812 판결이 있기 전, 해당 재판의 공개변론에서는 선거기회의 실질적 평등에 대하여 심도 있는 토의가 이루어졌다.[24] 참고인으로 법정에 선 강원택 서울대 정치외교학부 교수는 규제 중심적 선거법이 정치 신인에게 진입장벽으로 작용하여 후보자 간 평등을 저해한다는 점을 집중적으로 지적하였으며, 이러한 비판은 판결의 결론에 상당한 영향을 미쳤을 것으로 보인다. 한편 주심 중 1인인 조희대 대법관은 공개변론의 끝부분에서, 해당 재판의 논의가 "결코 사전선거운동을 전면적으로 허용하자고 하는 입법론"이 아니라 "헌법 116조에서의 균등한 기회 보장, 단체설립의 자유, 표현의 자유, … '돈은 묶고 입은 푼다'와 같은 정신에 입각한 법 해석" 임을 분명히 한다. 이는 법원이 입법부를 대신하여 법을 만들 수는 없지만, 합헌적 해석을 통하여 실질적 기회균등을 달성할 수 있다는 태도를 천명한 것이라고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고, 사법부의 해석론만으로는 현행 선거법 체제에서의 진입장벽을 완전히 없애기 어려운 실정이다.

V. 사전선거운동의 기본권 침해적 요소와 실제 사례 연구

헌법재판소는 사전선거운동 금지조항의 위헌 여부를 여러 차례 판단해온 바 있다.[25] 사전선거운동 금지조항의 위헌성 논의는 크게 금지조항 그 자체로부터 나오는 명확성 원칙 및 선거운동의 자유 침해 여부 판단, 선거운동 등 정치적 표현의 자유 침해 여부, 그리고 평등권 침해 여부의 논거를 중심으로 이뤄지고 있다.

공직선거법은 사전선거금지조항인 제59조 이외에도 여러 개별적 조항을 두어 선거운동의 형태에 대하여 굉장히 구체적인 제한을 가하고 있다. 공직선거법은 이러한 조항들을 통하여 결과적으로 선거운동에 2단계의 제한을 가하는데, 1단계는 선거운동을 할 수 있는 기간의 제한이며, 2단계는 선거운동을 할 수 있는 기간 동안 선거운동의 형태에 대

24 "[대한민국 대법원, "[대법원LIVE] "정치인의 포럼 활동, 선거운동인가?" 전원합의체 공개변론 생중계", 유투브 비디오, 1:54:23, 2016. 6. 16, https://youtu.be/SWMGPGn7fDY (최종접속일 : 2016. 9. 28.).

25 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2005헌바32 전원재판부, 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2011헌바153 전원재판부, 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2014헌바253 결정 등 참조.

한 제한으로 볼 수 있다. 공직선거법은 이러한 두 단계의 제한을 통해서 선거와 관련된 국민의 기본권을 침해하고 있다. 따라서 각 단계의 제한은 따로 떼어서 생각할 수 없다. 두 가지를 종합적으로 검토해야 현재 공직선거법이 가진 위헌적 요소를 정확히 파악할 수 있고, 나아가서 이를 어떻게 해결할 수 있을 것인가에 대한 통찰을 얻을 수 있는 것이다.

때문에 이 장에서는 우선 사전선거운동 금지조항 그 자체에서 비롯되는 1단계의 제한에 의한 위헌적 문제들을 먼저 살피고, 다음으로 2단계의 제한에 해당하는 조항들의 효과로 생기는 정치적 표현의 자유 침해 여부를 확인한 뒤, 마지막으로 그러한 행위제한이 구체적으로 기성 후보자와 대비하여 정치신인의 평등권을 어떻게 침해하는지를 판단해 보고자 한다.

이를 위해 실제 입후보자, 시민사회 단체 및 공직선거법을 다룬 변호인들과의 심층면접을 진행했다. 또한, 선거관리위원회의 입장도 함께 청취했다. 이러한 심층면접 결과를 토대로 공직선거법의 위헌성이 가져오는 해악과 그에 따른 함의를 점검코자 한다.

1. 사전선거운동 금지조항

가. 법 규정과 대법원의 해석

(1) 현행법 및 판례의 입장 - 원칙적 금지, 예외적 허용-

현행 공직선거법은 이전의 포괄적이고 전면적인 선거운동에 관한 규제에서 벗어나 개별적 규제 방식을 채택하였고, '누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다(제58조 제2항)'라는 규정을 통하여 이전의 위헌적 조항을 대체하였다. 그러나 동조 단서의 '법 또는 다른 법률에 의하여 금지 또는 제한되는 경우는 그러하지 아니하다'라는 조항과, 지나치게 포괄적인 법규로 인해 공직선거법은 여전히 규제 중심적 태도로부터 벗어나지 못하고 있다. 정해진 선거운동기간 이전의 사전선거운동에 대한 포괄적 금지가 그 대표적인 사례이다.

공직선거법 제59조는 "선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다"고 규정해 사전선거운동을 원칙적으로 금지하고 있다.[26] 공직선거법의 일반원칙

26 그리고 공직선거법 제254조 제2항은 "선거운동기간 전에 이 법에 규정된 방법을 제외하고 선전시설물·용구 또는 각종 인쇄물, 방송·신문·뉴스통신·잡지, 그 밖의 간행물, 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회·반상회, 그 밖의 집회, 정보통신, 선거운동기구나 사조직의 설치, 호별방문, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에

인 '원칙적 허용, 예외적 금지'가 사전선거운동에서는 '원칙적 금지, 예외적 허용'으로 반전되는 것이다. 사전선거운동 금지조항의 금지 대상은 '선거운동'이다. 즉 어떠한 행위가 선거운동으로 인정되고, 그것이 선거기간 외에 이뤄진 것이라면, 특별한 사정이 없는 한 처벌을 받게 되는 것이다. 다만 앞서 서술한 것처럼, 대법원은 앞서 본 이 사건 전원합의체 판결 이후 이전보다 엄밀하게 '선거운동'을 판단하고 있다. 구체적으로 선거운동에 해당하는지에 대해서 대법원은, "목적의사가 있는지에 따라 판단해야 한다" 고 보며, 이러한 목적의사는 "단순히 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 사정"[27]이 있어야 한다고 본다.

실제로 이 사건 판결 이후에 선고된 판결에서는 이러한 법리가 잘 반영되고 있다. 대법원은 '제가 정치인이 되면 세상이 바뀐다. 왜? 구두닦이가 정치인이 된 그 자체가 이미 세상을 바꾸어 놓았다'라는 문구가 기재된 명함 약 300장을 아파트 지하주차장에 주차된 차량 앞 유리에 꽂아둔 사안에서, "명함에는 피고인의 인지도와 우호적 이미지를 높이고자 하는 내용들이 나열되어 있음에 불과하고 피고인이 제20대 국회의원선거에서 당선을 도모하는 목적의사를 선거인이 인식할 수 있을 정도로 객관적으로 표시되었다고 볼 만한 것들이 포함되어 있지 아니하다"라고 하며, 이 행동이 사전선거운동에 포함되지 않는다고 판시한 바 있다.[28]

그러나 이 사건 판결 이후 선거운동에 대한 해석이 바뀌었음에도 불구하고, 사전선거운동 해당성을 인정한 하급심 판례도 존재한다. 대전고등법원 2016. 12. 12. 선고 2016노337 판결에서는 '제20대 총선 국회입성에 도전하는 사람들, 충북 XX 출마 채비 나선 정XX 대표' 등으로 제20대 국회의원 선거에 출마할 의사가 명시적으로 표시돼 있는 신문 및 잡지를 자신의 정책연구소 입구 위 테이블에 비치했고, 지역 선거권자에게 배부한 사건에 대하여 "위 선거에서 당선을 도모하였음을 선거인이 명백히 인식할 수 있었다고 봄이 상당하다"고 보아 사전선거운동에 해당한다고 보았다.[29]

처한다"고 규정하고 있다.

27 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결.

28 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1799 판결.

29 "이러한 사실관계 및 관련 법리와 국회의원 선거일은 공직선거법 제34조에 의하여 정해지는 점, 일반적인 지역선거권자들도 위 신문 및 잡지를 비치·배부한 2015. 6.경부터 2016. 1.경까지의 기간에는 2016. 4.경 제20대 국회의원선거가 실시됨을 충분히 인식하고 있었다고 할 것인 점, 위 기간 중에 선거구획정이 마무리되지 않았더라도 피고인 정○○이 염두에 둔 정치활동지

한편, 공직선거법 제58조 제1항 단서[30]에 규정된 예외 조항을 활용해 선거운동의 제한 대상에 해당하지 않는 사례에 대해 판시한 하급심도 있다. 서울남부지방법원 재판부는 '청년유니온'의 위원장인 피고인이 제20대 국회의원 선거에 출마한 새누리당 후보자 최경환에 대해 중소기업진흥공단의 채용비리에 연루됐다고 주장하며 국회의사당 정문 앞에서 "청년 구직자의 노력을 비웃는 채용비리 인사가 공천돼서는 안 됩니다"는 문구와 최 후보의 성명과 사진이 담긴 피켓을 들고 1인 시위를 한 사안에 대해 무죄 판결을 선고했다. 피고인의 행위를 "선거운동에서 제외되는 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시에 해당하는 행위"라고 본 것이다.[31]

(2) '예외적 허용'으로서의 예비후보자 등록제도

예비후보자제도는 2004년 3월 12일 공직선거법 개정과 함께 신설되었다. 그 도입 취지는 "선거운동기회의 공정성을 보장하면서 선거의 과열을 초래하지 않는 범위에서 도전자에게도 자신을 알릴 수 있는 기회를 어느 정도 보장"하기 위해서였다.[32] 현직 의원의 경우 의정활동보고가 직무활동으로 인정되기 때문에 공식적인 선거운동기간 전에도 홍보효과를 누릴 수 있는데 반하여 도전자(특히 정치 신인)의 경우 자신을 알릴 기회가 현저히 부족하다. 이를 보정하기 위해 예비후보자제도를 두어, 현직자가 누릴 수 있는 '현직 효과'를 완화하고자 했다.

공직선거법은 제60조의2(예비후보자등록), 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) 등의 조항들로 예비후보자제도를 규율하고 있다. 필요 서류를 갖추어 관할선거구 선거관리위원회에 등록한 예비후보자는 선거사무소와 간판, 현수막을 설치할 수 있고(제60조의2 제1항 제1호), "길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 직접 주거나 지지를 호소하는 행위"를 할 수 있으며(제2호), 이때 배우자와 직계존비속과 선거사무원 등도 명함

역의 전부 또는 일부가 포함된 선거구 자체가 소실될 리는 없는 점 등을 종합하면, 피고인이 제20대 국회의원선거를 전제로 위 비치·배부행위를 통하여 위 선거에서 당선을 도모하였음을 선거인이 명백히 인식할 수 있었다고 봄이 상당하다(대전고등법원 2016. 12. 12. 선고 2016노337 판결)."

30 단, 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동, 명절 등에 하는 의례적 인사말을 문자메시지로 전송하는 행위는 예외로 한다(공직선거법 제58조 제1조 단서).

31 서울남부지방법원 2017. 1. 24. 선고 2016고합449 판결.

32 헌법재판소 2005. 9. 29. 선고 2004헌바52 결정.

돌리기와 지지 호소를 함께할 수 있다.

또한 예비후보자는 직접 통화의 방식으로 전화 선거운동을 하거나(제6호) 어깨띠를 두를 수 있고(제5호) 선거구 세대수의 100분의 10에 해당하는 수 이내에서 관할 선거관리위원회로부터 발송대상·매수 등을 확인받은 후 홍보물을 우편으로 발송할 수 있다(제4호). 또한 대통령 및 지방자치단체장 선거의 예비후보자는 선거공약 및 이에 대한 추진계획으로서 각 사업의 목표·우선순위·이행절차·이행기한·재원조달방안을 게재한 공약집 1종을 발간하고 판매할 수 있다(제60조의4).

다만 비례대표 국회의원·지방의회의원 선거에서는 예비후보자 제도가 시행되지 않으며, "선거운동방법을 무제한으로 허용할 경우에는 선거의 조기과열·혼탁은 물론 후보자 간의 경제력 차이에 따른 기회불균등의 심화 등 그 폐해가 매우 크다(헌법재판소 2005. 9. 29. 선고 2004헌바52)"는 이유로 예비후보자의 선거운동에도 여전히 각종 제한이 가해진다.

위에서 보듯 예비후보자에게 허용되는 선거운동은 매우 세세하게 열거되어 있다. 김래영은 예비후보자 제도의 도입에도 불구, 허용되는 선거운동의 범위가 극히 한정되어 예비후보자에게는 선거운동의 자유가, 유권자에게는 알 권리가 제한된다고 비판한다.[33] 선거공정성 유지와 금권선거방지를 위하여 규제가 불가피하다 하더라도, '원칙적 허용, 예외적 금지'가 아니라 '원칙적 금지, 예외적 허용'에 더 가까운 현행 제도에는 비판의 여지가 존재한다.

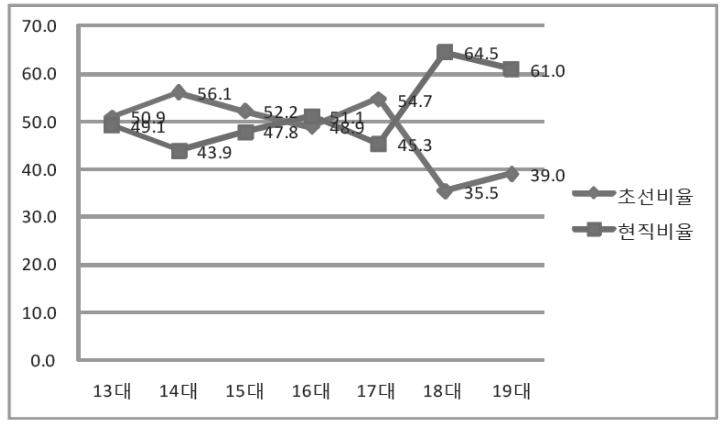
한편 김형철은 현직 의원과 도전자 간의 격차를 줄이기 위하여 만들어진 예비후보자 제도가 입법목적을 달성하지 못하였다는 점을 지적한다. 예비후보자제도의 도입(2004) 이후 실시된 18대(2008)·19대(2012) 총선에서, 지역구 당선자 중 현직 의원이 차지하는 비율은 오히려 대폭 증가한 것이다.[34] 물론 이러한 현상이 나타난 데에는 예비후보자제도 외에도 여러 정치적 요인들이 복합적으로 작용하였을 것이나, 규제 일변도인 현행 예비후보자제도가 소위 '현직 효과'를 상쇄하는 데 충분히 효과적이었는지 의문을 품는 데는 아래의 그래프만으로도 충분한 듯하다.

---

33 김래영, "예비후보자제도의 문제점과 개선방안: 대통령선거를 중심으로", 선거관리 제54호, 2008, p. 65.

34 김형철, "예비후보자제도와 선거운동기회의 불평등성: 선거운동의 자유와 공정성을 중심으로", 한국정치연구 제23집 제3호, 2014, p. 70.

〈그림 1〉 지역구 초선의원과 현직의원 비율



출처: 중앙선거관리위원회 홈페이지(www.nec.go.kr)

나. 헌법재판소의 입장

(1) 명확성 원칙 침해 여부

사전선거운동 금지조항이 명확성 원칙을 침해하는지에 대해서 헌법재판소는 일관되게 '선거운동'의 부분이 헌법 제12조 제1항이 정하는 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 본다.

이에 대해 최초로 판시한 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 93헌가4·6에서는 법문에서 "당선되거나 되지 못하게 하기 위한 행위"라고 규정하고 있으므로 이 규정 자체에 대해서,[35] 그리고 위 법률조항들의 입법목적, 법에 규정된 선거운동 규제조항의 전체적 구조 등도 고려해야 한다고 설시한다.

그리고 헌법재판소는 선거운동에 대해서 "특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에

35 당시에는 구 대통령선거법 제34조와 제6조 제1항 및 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호를 판단했다. 다만 이 헌법재판소 결정에서는 일정범위 내의 사람에 대해서만 선거운동을 허용한 구 대통령선거법 제36조 제1항 본문은 "선거권이 없는 사람과 선거의 공정을 해칠 우려가 있는 일정 범위의 사람들에 대하여 선거운동을 금지하는 것은 합헌이라 할 것이고, 선거의 공정을 해칠 우려가 없는 선거권을 가진 일반국민까지 선거운동을 금지하여 이들의 선거운동의 기회를 박탈하는 것은 헌법에 위반된다"고 판단했다. 이후 입법을 보완하여 대통령선거법과 국회의원선거법을 통합한 공직선거법이 탄생했고, 선거운동의 자유를 원칙으로 규정하고 있다. 그러나 사전선거운동 금지에 관련한 판단에 있어서는 이를 인정해야 한다는 판단을 되풀이해 오고 있다.

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 것"으로 풀이할 수 있다고 한다.

이러한 풀이를 바탕으로, "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 있다"고 본다. 때문에 선거운동의 개념과 그 처벌조항은 명확성 원칙을 위반했다고 할 수 없다는 것이다.[36] 그리고 헌법재판소는 약 23년이 지난 최근의 판시까지 이를 변경하지 않고 있다.[37]

(2) 선거운동의 자유 침해 여부

한편 우리 헌법재판소는 사전선거운동 금지조항이 선거운동의 자유를 침해하는지에 대해서도 일관되게 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 본다.

헌법재판소는 자유선거의 원칙이 선거권자의 의사형성의 자유인 '투표의 자유'와, 의사실현의 자유인 '입후보의 자유' 구체적으로는 '선거운동의 자유'의 형태로 보장받을 수 있다고 본다.[38] 또한, 헌법재판소는 그 근거에 대해 "선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하므로 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 보장한 헌법 제21조"라고 설시한다. 다만 이러한 선거운동의 자유는 '선거의 공정성'을 확보해, "부정선거와 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 실질적인 선거운동의 기회균등을 보장"하기 위해 헌법 제37조 제2항에 의해 법률로써 제한할 수 있다.[39]

사전선거운동 금지조항(구 대통령선거법 제34조, 현행 공직선거법 제59조) 및 그 처벌조항(공직선거법 제254조)의 위헌을 판단함에 있어서 헌법재판소는 '선거의 공정성 확보'를 논거로 든다. 즉, 사전선거운동을 제한하지 않는 경우, ① 후보자 간의 지나친 경쟁으

36 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 93헌가4·6 결정 참조.

37 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2005헌바32, 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2011헌바153, 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2014헌바253 결정 등 사례 참조.

38 헌법재판소는 자유선거의 원칙에 대해서 "우리 헌법에 명문으로 규정되지는 아니하였지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리로서, 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다"고 본다.

39 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 99헌바92, 2000헌바39, 2000헌마167· 168·199·205·280 결정, 헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2001헌마710 결정 등 사례 참조.

로 인한 선거관리의 혼란이 올 수 있고 ② 경쟁의 장기화는 지나친 사회경제적 손실을 가져오며, ③ 후보 간 경제력 차이에 따른 불공평이 생기고, ④ 막대한 선거비용을 마련할 수 없는 정치신인들의 입후보 기회를 빼앗는다고 본다.[40]

특히 헌법재판소는 우리 사회의 특수성을 지적하면서, "아직껏 우리가 바라는 이상적인 선거풍토를 이루지 못하고 금권, 관권 및 폭력에 의한 선거, 과열선거가 항상 문제되어 왔다. 이러한 상황 아래 위와 같은 폐해를 방지하고 공정한 선거를 실현하기 위하여 선거운동의 기간에 일정한 제한을 두는 것만으로 위헌으로 단정할 수는 없다"고 본다.[41] 결국 사전선거운동 금지조항은 입법 목적, 우리 사회에서의 선거문화, 현실적 필요성을 고려할 때 과잉금지 원칙에 위배되지 않는다고 보고 있는 것이다.

다. 검토 및 위헌성 판단

그러나 이러한 헌법재판소의 견해에 대해서는 비판적 목소리가 크다.

(1) 명확성의 원칙 침해 여부에 대해

우선 명확성의 원칙 침해 여부에 대해서도 그간 상당히 많은 헌법재판관이 반대의견을 낸 바 있다. 대표적으로 구 공직선거법 제254조 제3항[42]에서 제한하는 '선거운동'의 개념에 대해서 판단한 헌법재판소 2008. 10. 30 선고 2005헌바32 결정에서 재판관 조대현, 김종대, 목영준은 반대의견을 통해 선거운동이라는 개념이 전혀 명확하지 않음을 비판했다.

> "'선거운동' 부분은 추상적이고 다의적이며 다양한 해석가능성을 내포하고 있어서 일반 국민 또는 후보자가 통상의 판단능력을 가졌더라도 법률이 금지 또는 처벌하고자 하는 행위가 무엇인지를 이해하거나 예견할 수 없게 할 뿐 아니라, 법집행기관의 자의적 해석과 집행의 가능성을 열어놓고 있다. 다수의견과 같이 선거운동의 개념을 해석하더라도 수사기관과 재판기관의 형평성이 저해되지 않을 정도로 합리적인 구체적 법해석이 가능할 것인지는 매우 불분

40 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 93헌가4·6 결정, 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 94헌마97 결정, 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌마121·202 결정, 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2005헌바32 결정 등 사례 참조.

41 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 93헌가4·6 결정, 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 94헌마97 결정, 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌마121·202 결정, 헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2005헌바32 결정 등 사례 참조.

42 현행 공직선거법 제254조 제2항과 그 취지가 같다.

> 명하다. 그렇다면 '선거운동' 부분은 불명확한 개념을 사용하여 일률적으로 사전선거운동을 처벌하는 것으로서 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배된다고 할 것이다."[43]

선거운동의 개념이 일관적이지 않은 것은 이 사건 판결을 통해 확인할 수 있다. 실제로 대법원 역시 이 사건 판결을 통해, 기존에 반복해오던 선거운동의 개념을 축소해 해석한 것이기 때문이다. 그러나 대법원의 해석이 선거운동의 자유를 보장하는 방향으로 변경된 것이라고 하더라도, 본질적으로 공직선거법 조항의 불분명성이 해소되지는 않았다.

또한, 반대의견에서 법집행기관의 자의적 해석과 집행의 가능성을 열어놓고 있다는 데에 주목할 필요가 있다. 선거관리위원회가 공직선거법 관련 유권해석을 1차적으로 하고 있다는 점을 고려해 볼 때, 선거운동에 대한 해석의 일관성이 실제로 지켜지고 있는지가 실질적으로 선거운동에 대한 해석이 명확하게 내려지고 있는지 판단하는 핵심이다. 그러나 지역별로 선거관리위원회가 별도로 존재하고, 지역에 따라 그 해석을 달리 할 여지가 얼마든지 존재한다. 더욱이 최종적인 수사 및 판단은 검찰과 사법부가 하는 상황에서 선거운동에 대한 해석은 더욱 모호해질 여지가 충분하다. 이는 각 지역 경찰이나 검찰에 의해 사건이 접수되어 고소된 경우에도 마찬가지다.

특히 4대강 사업, 무상급식 논쟁, 촛불집회 독려 등 다양한 사회적 이슈들이 선거에 영향을 미치는 때에는 선거운동을 판단하는 기준이 더욱 모호해 진다. "단체가 선거 이전부터 지지·반대하여 온 특정 정책이, 각 정당 및 선거에 출마하고자 하는 입후보예정자들이 공약으로 채택하거나 정당·후보자 간 쟁점으로 부각된 정치적·사회적 현안이 되는 경우"가 있기 때문이다.[44] 이를 '선거 쟁점'이라고 한다. 어떠한 이슈가 선거쟁점에 해당하는 경우, 이것에 대한 언급이 선거운동이 되는지는 명확성 원칙에 도전하는 또 하나의 모습이다.

다만 대법원은 해석을 통해 "선거쟁점에 해당한다는 사정만으로 특정 정책에 대한 단체의 지지·반대활동이 전부 공직선거법에 의한 규제 대상이 된다고 할 수 없다"고 보고 있다. 이 경우 선거쟁점에 대해서 일반적인 판단 기준에 따라 개별적으로 판단해야 하고, "선거쟁점이 된 특정 정책에 대한 단체의 지지·반대활동이 결과적으로 그 정책에 찬성하거나 반대하는 정당, 후보자, 입후보예정자에게 유·불리한 영향을 미치게 되는 경우에도

43 헌법재판소 2008. 10. 30 선고 2005헌바32 결정, 재판관 조대현, 재판관 김종대, 재판관 목영준의 반대의견 참조.

44 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결.

마찬가지"라고 보고 있다.[45]

그러나 이러한 선거쟁점이 선거운동에 해당하는지를 판단하는 기준인 '일반적인 판단기준에 따라 개별적으로 판단해야 한다'는 언급은 실질적으로 정당이나 후보자, 선거운동원, 선거인에게 그 어떠한 개념적 의미도 주지 못한다. 일단 검찰에 의해 기소가 되고, 사법부에 의해 판단을 받아야만 사후적으로 그 기준을 알 수 있게 되는 것이다. 이는 선거운동이 무엇인지 판단함에 있어, 명확성 원칙이 형해화된 것이 아닌가 하는 의구심을 갖게 한다.

(2) 선거운동의 자유 침해에 대해

선거운동의 자유에 대해서도 마찬가지다. 우선 헌법재판소 내부에서의 반대의견 역시 경청할 만하다. 공직선거법 제59조 본문 및 제254조 제2항의 위헌성에 대해 판단한 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2014헌바253 결정에서 재판관 김이수, 이진성, 강일원은 다음과 같은 반대의견을 통해 기존에 헌법재판소가 내세웠던 논거를 비판하고 있다.

> "선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 중요한 요소로서 선거인의 합리적 선택을 위해서는 과열선거에 대한 일정한 규제는 불가피하다. 그러나 선거운동의 자유는 헌법상 기본권으로서 보호되므로 선거운동은 '금지가 원칙이고 허용이 예외'가 되어서는 아니 된다. 한편 선거운동의 과도한 제한은 정치적 기득권자에게 유리한 반면, 도전자에게 불리하게 작용하여 정치적 신인의 등장을 제약하게 되므로 선거운동에 대한 규제는 필요한 최소한도에 그쳐야 하는 것이다. 선거의 공정성을 보장하고 탈법·금권적 혼탁선거를 방지한다고 하는 입법목적의 정당성이 인정된다 하더라도 이러한 입법목적이 오늘날 기본권의 포괄적 제한을 허용할 정도의 중요성을 지닌 것이라고 보기는 어렵다.
>
> 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력의 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 공정성을 확보하기 위한 입법목적은 다른 입법적 조치를 통하여도 충분히 달성될 수 있다. 과도한 선거비용 지출에 따른 선거운동 과정의 경제적 불평등은 선거비용지출 제한 규정에 의하여 선거운동비용의 총액을 제한하면 충분하고, 실제로 공직선거법은 후보자간 경제력 차이로 인한 불균형을 해소하기 위한 상세한 규정을 두고 있고, 위 규정을 위반하는 경우 형사처벌하고 있다."[46]

45 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도9243 판결.

46 헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2014헌바253 결정, 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원의 반대의견.

반대의견은 '선거운동의 자유'는 국민 주권 행사의 방법으로, 또한 정치적 표현의 자유의 방법으로 보장되는 헌법상 기본권이라고 명시하고 있다. 그리고 이러한 기본권의 폐해를 제한하기 위한 수단이 바로 '선거의 공정성'이라는 것이다. 즉 선거운동의 자유가 원칙이고, 선거의 공정성은 선거운동의 자유를 보장하기 위한 하나의 수단적 가치라는 점을 분명히 하고 있다.

이러한 관점에서 반대의견은 헌법재판소에서 일관적으로 설시해온 선거의 공정성 확보 논거는 수단을 앞세워서 목적을 침해하고 있는 위헌적인 발상이고, 이는 허용될 수 없다고 본다. 또한, 이렇게 수단을 앞세우게 되면 정치적 표현의 자유 침해라는 결과는 물론, 정치신인과 기성정치인 간의 불평등 문제를 야기하는 해악까지 가져오게 된다고 여기는 것이다.

따라서 사전선거운동 금지조항의 위헌성을 판단하기 위해서는 사전선거운동 금지가 선거의 공정성이라는 수단을 앞세워 선거운동의 자유를 본질적으로 침해하는 경우가 있는지를 파악해볼 필요가 있다. 그러나 후술하듯 사전선거운동 금지는 정치적 표현의 자유를 제한할뿐더러, 정치인 간 차별문제를 야기하고, 선거의 공정성은 더욱 악화된다.

라. 현장의 목소리

이러한 문제의식을 확인하기 위해, 후보자들과 선거인들 그리고 선거관리위원회를 중심으로 심층면접을 진행했다. 이들의 목소리 역시 앞서 언급한 문제의식과 그 맥을 같이 하고 있었다.

(1) 명확성의 원칙 침해에 관하여

명확성의 원칙이란 모든 기본권제한 입법에 대해 요구되는 것으로, 법률의 의미 내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지 국민들이 알 수 있어야 함을 의미한다. 왜냐하면 이에 대해 수범 국민들이 알 수 없는 경우 법적 안정성과 예측가능성을 잃게 되고, 법 집행 당국의 자의적 집행을 방조하게 되기 때문이다.[47]

공직선거법의 경우, 국민들이 1차적으로 해석을 구하는 곳은 바로 선거관리위원회다. 선거관리위원회의 유권해석이 곧 선거운동과 관련해 국민과 맞닿은 최전선에서 국민들의 기본권 제한을 판단하게 되기에 그렇다. 그러나 현장에서 선거관리위원회의 유권해석은

47 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌마121·202 결정.

그리 명확해 보이지 않았다. 무엇이 선거운동인지에 대한 판단에 있어서도 마찬가지다.

> 참여연대 이선미 시민감시1팀장 : 최근에 촛불 투표독려 현수막이 있었는데, 어떤 동네에서는 '촛불대선'이라는 단어를 쓰면 특정 정당에 유리하다고 제재를 한 반면, 다른 동네에서는 크게 문제 삼지 않았어요. 해당 선관위가 오버를 한 측면이 있는데, 우리가 일부러 항의하는 차원에서 건물 앞에 현수막을 붙였던 것이죠. 그 이후 지금도 선관위로부터 따로 연락은 오지 않았어요.[48]

참여연대는 최근에 있던 '2016 총선넷 낙선운동' 등 공직선거법 위반으로 주요 간부들이 지난 2016년 10월 경 서울중앙지방검찰청에 의해 기소됐고, 현재 재판이 진행 중에 있기도 한 시민사회단체다. 매 선거 때마다 선거관리위원회의 유권해석을 받고, 활동하는 전문 시민사회단체조차 공직선거법의 선을 명확하게 알기 어렵다는 것이다. 참여연대 이선미 시민감시1팀장은 선거관리위원회의 유권해석이 일관적이지 않아 혼란스러울 수 있는 가능성에 대해 안타까움을 토로했다. 이 팀장은 "선거철이 되면 유권자에게든 후보자에게든 선관위가 말하는 게 곧 법이기 때문에 계속 확인받아야 하는 처지"라며, "단속이 과도하다거나, 유권해석이 동네마다 다르다거나 하면 시민들은 굉장히 혼란스러워진다"고 말했다.

사정이 이러하다보니, 공직선거에 출마하고자 하는 후보자들의 고충은 더욱 크다. 실제로 참신한 시도를 통해 유권자에게 다가가려는 후보들의 시도에 대한 선거관리위원회의 해석이 하루 만에 번복되는 사례가 보도되기도 했다.[49] 특히 이런 문제는 예비후보자들의 경우이거나, 군소정당의 후보인 경우에 더욱 심각하다.

> 황종섭 정의당 당직자 : 선거운동을 너무 세세하게 규제하고 있는데, 이는 한편으로 케이스가 바뀔 경우 해석의 여지가 크다는 말도 됩니다. 법에 없는 내용의 경우 우선 지역선관위에 연락을 해보는데, 바로 대답이 나오지 않습니다. 자기들도 모르거든요. 회의를 하는지 어쩌는지 모르겠지만, 답을 보내주는데 이것도 아주 주관적입니다. 시선관위와 구선관위 판단이 다를 때도 있고요.[50]

---

48 기본권판례연구팀, 서울, 참여연대 이선미 시민감시1팀장과의 인터뷰, 인터뷰 녹취록, 2017. 7. 12.

49 김효정, "손묶고 발묶은 제58~제118조 선거법 제7장의 덫", 주간조선, 2016. 3. 18, http://pub.chosun.com/client/news/viw.asp?cate=C01&mcate=&nNewsNumb=20160319743&nidx=19744 (최종 접속일 : 2017. 7. 25.).

서울시의원 후보로 출마했던 황종섭 정의당 당직자 역시 지역선거관리위원회의 해석이 모호하고, 때로는 그 해석이 달라졌다는 경험을 털어 놓았다. 명확성이 사라진 선거운동에 대한 정의에 따라 형벌이 부과되고, 그러한 형벌에 대한 두려움은 위축효과(Chilling Effect)로 이어진다.

한편 선거운동을 해석함에 있어 모호성이 크다보니, 현장에서 선거관리위원회의 유권해석 비중이 커지고 있는 것도 사실이다. 특히 선거는 정당과 후보 간의 대결이기 때문에 서로 간에 사전선거운동에 해당한다는 주장을 펴며 문제를 삼고, 이를 고발과 같은 방식으로 정치적으로 쟁점화 하는 경우가 많기 때문이다.[51] 그리고 그러한 정치적 쟁점을 법적 안정성이 떨어지는 선거관리위원회의 유권해석에 전적으로 의존해 문제를 해결하고 있다. 실제로 선거관리위원회 법제과 정광민 법제관은 "지역 위원회별로 그 지역에서 보았을 때 중요하지 않다고 판단되면, 동일한 사안이 달리 적용될 수 있다"며 "일선에서는 후보자들에게 공평하게 적용하면 문제가 없겠다 싶어서 넓게 해석한 사안이 있었는데, 그것을 다른 진영에서 중앙에서 물어보면 답변이 달라질 수 있다"고 털어놓았다. 물론 선거관리위원회와 검찰·경찰의 판단이 다른 경우 역시 왕왕 존재한다.

> 중앙선거관리위원회 법제과 정광민 법제관 : 예비후보자가 명함을 배부할 수 있는데, 아내가 5장을 배부했다고 하면, 법상으로 분명 위반이고 검찰이나 경찰이 이를 인지하고 기소하면 벌금이 나와요. 우리는 행정기관이므로 법적으로 처벌해달라고 고발할 때도 있고 경미한 상황이라고 보아서 주의 정도로 할 수 있다고 보면 행정조치를 해요. 우리는 일반 국민들을 범죄화하려는 기관은 아니거든요. 전부 다는 고발하지는 않아요. 그런데 같은 케이스임에도 검찰은 그것을 가지고 기소를 할 때도 있어요.[52]

---

50 기본권판례연구팀, 서울, 황종섭 정의당 당직자와의 인터뷰, 서면 인터뷰, 2017. 7. 13.

51 최근 대통령 선거에서도 비슷한 문제가 제기된 바 있다. 2017. 3. 4. 대전 한밭수목원에서 열린 '시민과의 아침동행' 행사에 문재인 당시 더불어민주당 전 대표가 참석해 이 사건 판결의 환송 후 판결의 재상고심이 진행중인 권선택 대전광역시장을 응원하면서 "권 시장을 지켜야 한다"는 취지로 발언한 사안이 바로 그것이다. 대전광역시 선거관리위원회는 이에 대해 사전선거운동이 아니라는 결론을 내렸으나, 상대당인 자유한국당은 "권선택 대전광역시장이 청결운동을 빙자해 유력 대선주자인 문 전대표를 초빙해 인사말을 하게 한 것은 명백히 사전선거운동"이라며 비판했다.("한국당 "권선택 사전선거운동 조사"…선관위 "문제없어"", 뉴시스, 2017. 3. 6, http://news.joins.com/article/21342703 최종접속일 : 2017. 7. 25.).

52 기본권판례연구팀, 과천, 중앙선거관리위원회 법제과 정광민 법제관과의 인터뷰, 인터뷰 녹취록, 2017. 7. 25.

특히 앞서 언급한 '선거쟁점'의 경우 이러한 법적 안정성과 예측 가능성 상실의 문제는 더욱 크다. 이러한 선거쟁점에 대한 표현이 단순한 사회적 이슈에 대한 표현인지, 아니면 선거운동에 해당하는지 매우 모호하기 때문이다. 실제로 대법원은 지난 제5회 전국동시지방선거에서 '4대강 사업 반대' 활동을 한 사정만으로는 낙선운동의 목적이 있었다고 보기 어렵다고 해서 검찰의 기소를 인정하지 않고, 무죄로 판단한 바 있다.[53] 그러나 '학교 무상급식 정책'을 지지했다고 하며 공직선거법 위반으로 기소된 피고인들에 대해서는 특정 정당 또는 후보자를 언급한 경우에 대해서는 유죄로, 그렇지 아니한 경우에 대해서는 무죄로 판단한 바 있다.[54]

그렇다고 해석의 일관성이 항상 담보되는 것은 아니다. 이러한 선거운동 해석의 정치적 쟁점화는 검찰의 기소관행과 더해져 더욱 심각한 기본권 침해를 야기한다.

이와 관련하여 좌세준 변호사는 "대법원 판례가 변화하고 있음에도 불구하고, 검찰이 기존의 법리를 적용하여 공직선거법 사건을 기소하는 관행은 그렇게 빨리 바뀌지 않을 것"이라고 보고 있다.

> 좌세준 변호사 : 검찰이라는 조직의 특성도 있으나, 이는 공직선거법을 바라보는 관점이 다르기 때문입니다. 검찰은 선거법 위반을 공공의 이익 관점에서 통제하고 싶어 하고 있는 것 같아요. 공직선거법을 공안부에서 다루고 있는 것도 같은 맥락입니다. 공안이라고 하면, 공공의 안전을 의미하잖아요? 간첩 사건부터, 노동사건도 공안부에서 다루죠. 선거 사건과 같은 경우에도 대법원 판례는 바뀜에도 불구하고, 검찰의 수사관행이나 기소관행은 빨리 변하지 않을 것입니다.[55]

좌 변호사는 법원의 경우 이 사건 판결과 같은 법리 변경 이외에도 "공직선거법 위반 여부를 판단하는 사실인정 부분에서도 증거능력이나 신빙성 판단을 엄격히 함으로써 선거운동이 제한되는 범위를 엄격히 해석하려는 노력을 기울이고 있는 것처럼 보인다."라고 보았다. 반면 검찰의 공직선거법 기소는 때로는 '정치적 판단'이 개입된 것이 아닌가 하는 논란이 발생하기도 하는 점 등을 감안할 때, 기소재량의 공정한 행사를 위한 노력이 필요하다고 지적했다.

---

53 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결.
54 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도9243 판결.
55 기본권판례연구팀, 서울, 민주사회를위한변호사모임 정치관계법 TF 좌세준 변호사와의 인터뷰, 인터뷰 녹취록, 2017. 7. 12.

(2) 선거운동의 자유 침해에 관하여

선거운동의 자유는 자유선거의 원칙을 보장하기 위해 필수불가결한 자유이지만 선거의 공정성을 실현시키기 위해 일부 제한될 수 있다. 공직선거법이 선거운동의 자유를 침해함을 판단함에 있어서, 헌법재판소의 일관된 다수의견은 "선거의 공정성이란 선거의 자유와 선거운동 등에 있어서의 기회의 균등이 담보되는 것을 의미하므로, 선거의 공정성 없이는 진정한 의미에서의 선거의 자유가 보장된다고 볼 수 없다"고 설시하고 있다.[56]

그러나 이에 대해서는 비판적 견해도 존재한다. 헌법재판소의 일관된 반대의견 역시 "선거의 공정성 확보와 질서의 유지를 위한 규제는 일반국민의 정치적 표현을 포괄적·전면적으로 금지하는 것이 되어서는 아니 되고, 선거의 공정성은 국민의 정치적 의사를 정확하게 반영하는 선거를 실현하기 위한 수단과 같은 가치이지, 그 자체가 헌법적 목표는 아니다"고 언급한다.[57] 이는 선거의 공정성을 지나치게 강조하게 되면 수단을 목적에 앞세운 판단으로 흐를 수 있음을 경고하는 것이다. 이에 대한 좌세준 변호사의 의견은 경청할만하다.

> 좌세준 변호사 : (금권선거 등 지나친 사회·경제적 손실이 극심해지고, 선거관리에 혼란이 올 수 있다는) 논거는 시대에 뒤떨어집니다. 물론 예전 선거인의 관점, 즉 대한민국이 탄생하고 처음으로 투표하던 시대에는, 제한을 위한, 공정성 확보를 위한 수단이 필요했습니다. 그러나 흑색선전에 좌우되는 시대는 끝났습니다. 이미 인터넷 상 선거운동 제한은 상당히 많이 풀렸는데, 다른 나머지 부분에 대해서는 선거법 위반으로 보는 것은 선거인의 관점에서 그 발상법 자체가 옳지 않습니다. 민주화 이후, 공직선거법이 최초로 생길 때의 공정성 확보라는 입법목적은 이미 다른 수단을 통해서 충분히 실현할 수 있게 됐습니다.[58]

물론 공직선거법은 이러한 문제를 해결하기 위해 '예비후보자 제도'를 만들어서 운영하고 있다. 예비후보자가 되면, 매우 제한적인 범위 내에서는 사전선거운동을 할 수 있다. 이는 정치신인과 현역 국회의원과의 평등성을 고려하고, 유권자의 알 권리를 고려해서 공직선거법이 규율하는 제도이다.[59] 그러나 예비후보자 제도 소량의 명함 배부 및 개

56 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌바17·2012헌바391 결정, 다수의견.

57 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌바17·2012헌바391 결정, 재판관 서기석, 조용호의 반대의견.

58 기본권판례연구팀, 서울, 민주사회를위한변호사모임 정치관계법 TF 좌세준 변호사와의 인터뷰, 인터뷰 녹취록, 2017. 7. 12.

59 공직선거법 제60조의2(예비후보자등록) "①예비후보자가 되려는 사람(비례대표국회의원선거 및

인적인 지지 호소 등 역시 후보자가 할 수 있는 선거운동의 방법을 극히 제한적으로 허용하고 있다는 측면에서는 그 한계가 있다.

또한, 예비후보자 제도는 말 그대로 '예비후보자'의 선거운동을 일부 풀어주는 방식이기 때문에, 선거인·유권자 측면에서 정치적 표현의 자유를 해결하는 데에 있어서는 전혀 해결책이 되지 못한다는 점에서 다른 측면에서의 한계도 있다. 선거인·유권자의 측면에서 자신의 정치적 의견을 개진하기 위해 후보자를 당선·낙선시키고자 하는 행위, 또는 선거쟁점과 얽힌 여러 가지 활동 폭들은 여전히 제한을 받을 수밖에 없는 것이다.

이에 대해 서울시의원으로 출마했던 황종섭 정의당 당직자는 "없는 것 보다는 낫지만, 선거운동기간을 삭제하는 것이 취지를 더 잘 살릴 수 있는 방안일 것"이라고 말한다. 그는 "(현행 예비후보자 제도처럼) 선거운동 중 몇 가지에 대해서 기간을 정해두는 거야 필요할 수도 있겠지만, 일상적인 정치활동이 곧 선거운동이나 다름없도록 만들면 문제가 다 해결 된다"며 "자신을 알리기 위해 4년간 열심히 할 사람은 할 것"이라고 덧붙였다.

그러나 일각에서는 현실적인 문제도 제기된다. 현행 공직선거법에서 선거운동기간만 길어지면 2주간 겪는 후보자들의 고통이 더욱 커질 수 있다는 지적이다. 따라서 현행 선거운동의 방법이 바뀌지 않는 이상, 선거운동기간의 제한을 없애는 것은 선거의 공정성 침해를 야기할 가능성을 완전히 배제하기는 어렵다는 것이다. 따라서 사전선거운동제한을 완전히 철폐하기 위해서는 공직선거법상 방법제한의 규정에 변화가 선행되어야 한다는 것이 이러한 견해의 조심스러운 결론이다.

마. 함의 및 소결

헌법재판소가 출범 초기 공직선거법의 사전선거운동 금지조항에 대해 합헌 결정을 내린 이후 시대는 바뀌어 어느새 30년이 되어가고 있다. 그럼에도 불구하고 내세우는 논거에는 그다지 큰 변화는 없다. 선거운동에 대항 정의가 명확하고, 또한 선거의 공정성이라

비례대표지방의회의원선거는 제외한다)은 다음 각 호에서 정하는 날(그 날후에 실시사유가 확정된 보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다. 〈개정 2005.8.4., 2010.1.25.〉

1. 대통령선거 선거일 전 240일
2. 지역구국회의원선거 및 시·도지사선거 선거일 전 120일 (중략)

공직선거법 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동) ①예비후보자는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다. 〈개정 2005.8.4., 2008.2.29., 2010.1.25., 2011.7.28., 2012.1.17., 2017.2.8.〉".

는 공익을 실현시키기 위해 선거운동의 자유를 제약하는 것이 과도하지 않다는 것이 바로 그것이다.

헌법재판소는 사전선거운동에서 금지되는 선거운동의 개념이 '건전한 상식과 통상적인 법 감정을 갖춘 사람이라면 누구나 쉽게 그 표지를 알 수 있다'고 언급하고 있다. 그러나 이 사건 판결에서도 보듯, 선거운동에 대한 해석은 사법부의 해석에 따라 쉽게 바뀔 수 있고, 일단 사법부의 판단을 받아보지 않는 이상 종국적으로 예측하기 어렵다는 측면에서 그리 명확하지 않아 보인다.

이 사건 판결에서는 "선거 관련 국가기관이나 법률전문가의 관점에서 사후적·회고적인 방법이 아니라 일반인, 특히 선거인의 관점에서 그 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단"[60]해야 한다고 설시하고 있다. 이 사건 판결에서의 설시처럼 공직선거법에서의 '선거운동'에 해당하는지 여부를 선거인의 관점에서 판단해야 한다면, 선거권을 가진 일반적인 국민들이 과연 일관되게 선거운동의 개념을 파악하고 있는지가 입법 기술의 중요한 요소가 될 것이다. 그러나 이에 대해서 심층면접을 했던 이들은 모두 회의적인 견해를 드러냈다.

특히 선거관리위원회가 1차적 유권해석을 맡고 있는 상황에서, 지역별로 또는 시기별로 그 해석이 달라진다면 선거운동의 자유를 차별적으로 규제하는 불평등으로 이어지게 되며, 법적안정성과 예측가능성이 낮아지게 되는 결과를 초래한다. 특히 선거쟁점의 경우에는, 이를 자의적으로 해석해 검찰이 정권의 상황에 따라 정략적으로 기소하게 될 수 있다. 만약 그러한 상황이 이어지게 된다면 특정 쟁점에 대해 말할 수 있는 표현의 자유를 침해하거나, 기존에 해왔으나 특정 선거와는 무관한 표현을 빌미로 후보자나 선거인들을 탄압하는 도구로 공직선거법이 활용될 수도 있다.

또한, 사전선거운동 금지조항 자체의 효과성 역시 문제될 여지가 있다. "금권, 관권 및 폭력에 의한 선거, 과열선거"의 문제를 헌법재판소는 사전선거운동 금지조항의 핵심 근거로 들고 있다. 그러나 선거의 공정성만을 지키기 위해 선거운동의 자유라는 본질적인 기본권을 본질적으로 제약하는 것은, 그야말로 주객이 전도된 것이고, '빈대를 잡으려다 초가삼간을 다 태우는 격'이라고 할 것이다. 만약 다른 입법적 수단으로 위와 같은 선거의 공정성 문제를 해결할 수 있다면 그 방법으로 해결하는 것이 옳다.

실제로 사전선거운동 금지조항은 뒤에서 후술하는 것처럼, 정치 신인과 현직 간의 차

60 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결.

별을 극대화시킨다는 점에서 큰 문제가 있다. 현행 예비후보자 제도 역시 예비후보자와 그 가족, 극히 일부의 선거운동원들에 대해서만 제한적으로 선거운동의 자유를 허용한다는 점, 선거인의 정치적 표현의 자유는 여전히 사전선거운동 금지조항으로 묶어놓고 있다는 점에서 큰 한계가 있다. 다만 기존의 선거운동 방식을 유지한 채 금지조항을 무조건 푸는 방식으로는 문제를 궁극적으로 해결할 수는 없고, 공직선거법 전반의 체계를 바꾸는 수준으로 구조적 해결책을 모색해야 할 시점이다.

2. 선거운동 등 정치적 표현의 자유 제한 조항

가. 법 규정

앞서 언급했듯이 공직선거법은 제58조 제2항에서 선거운동의 자유를 인정하고 있으나 동시에 법이 허용하는 한도를 벗어나지 못하도록 하고 있다. 공직선거법은 선거운동 방법을 두 가지의 법적 기술방식을 통하여 기간에 따라 제한하고 있다. 첫 번째는 특정기간 동안에만 일정 행위를 허용하는 방식이고, 두 번째는 특정기간 동안 일정 행위를 금지하는 형태의 제한인데, 후자의 방식을 통한 비중이 더 높다.

전자의 경우 공직선거법 제79조 제1항은 후보자가 선거운동기간 동안 공개 장소에서 연설·대담을 할 수 있다고 하여 연설·대담을 할 수 있는 기간을 선거운동기간으로 제한하고 있다.[61] 또한 송·수신자간 직접 통화의 형식으로 전화를 이용한 선거운동 역시 선거운동기간동안에만 허용된다(공직선거법 제82조의4 제1항[62]). 이런 조항들의 경우 형식적으로는 허용의 형식을 취하고 있으나 그 기간을 선거운동기간으로 특정함으로써 사실상 정치적 표현의 자유를 제한하고 있다.

후자의 경우에는 매우 많은 조항들이 구체적으로 열거되어 있다. 먼저 공직선거법 제92조에서 선거기간 중 선거운동을 위하여 저술·연예·연극·영화 또는 사진을 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 배부·공연·상연·상영 또는 게시하는 것을 금지하고 있으며, 선거운동 중 선거운동을 위하여 법에 규정되지 않은 방법으로 언론매체를 통한 광고 역시

61 **제79조(공개장소에서의 연설·대담)** ① 후보자(비례대표국회의원후보자 및 비례대표지방의회의원후보자는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)는 선거운동기간 중에 소속 정당의 정강·정책이나 후보자의 정견, 그 밖에 필요한 사항을 홍보하기 위하여 공개장소에서의 연설·대담을 할 수 있다.

62 **제82조의4(정보통신망을 이용한 선거운동)** ① 선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에 전화를 이용하여 송·수화자 간 직접 통화하는 방식으로 선거운동을 할 수 있다.

금지된다(공직선거법 제94조[63]). 동법 제99조는 선거기간 중 교통수단, 건물, 시설 내부의 방송시설을 이용한 선거운동을 금지하고 있고,[64] 제100조는 선거운동기간 중 녹음기나 녹화기 등을 이용한 선거운동을 하지 못하게 한다.[65] 또한 선거기간 중에는 법에서 정한 외의 연설회나 대담·토론회를 개최할 수 없고(동법 제101조), 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 집회나 모임의 개최도 제한된다(동법 제103조 제3항). 선거기간 중 선거운동 및 연설·대담의 통지를 위하여 호별방문을 하는 것도 금지되고(동법 제106조 제1항, 제3항), 서신·전보 등의 전기통신의 방법을 이용한 선거운동 역시 법에서 규정한 방법으로만 가능하다(동법 제109조 제1항).

그런데 경우에 따라서는 특정 행위를 금지하는 기간을 선거기간보다 연장하여 선거운동까지는 이르지 않는 행위라고 하더라도 선거에 영향을 미칠 수 있는 행위 또는 선거에 관한 행위를 개별적으로 특정하여 규제하기도 한다. 이러한 규정은 선거운동에 이르지 아니하여 사전선거운동 금지규정으로 규제할 수 없는 행위라고 하더라도 선거에 영향을 미칠 가능성만 있으면 그 유형을 정형화하여 규제하려는 공직선거법의 선거에 대한 기본적 태도를 보여준다.

공직선거법 제90조 제1항은 선거일 전 180일부터 선거일까지 법에 규정한 것을 제외하고 화환·풍선·간판·현수막·애드벌룬·기구류 또는 선전탑, 그 밖의 광고물이나 광고시설을 설치·진열·게시·배부하는 행위, 표찰이나 그 밖의 표시물을 착용 또는 배부하는 행위, 후보자를 상징하는 인형·마스코트 등 상징물을 제작·판매하는 행위 등을 금지하고 있다.[66] 또한 공직선거법 제93조는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시를 금지하고

63 **제94조(방송·신문 등에 의한 광고의 금지)** 누구든지 선거기간중 선거운동을 위하여 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 방송·신문·통신 또는 잡지 기타의 간행물 등 언론매체를 통하여 광고할 수 없다.

64 **제99조(구내방송 등에 의한 선거운동금지)** 누구든지 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 선거기간중 교통수단·건물 또는 시설안의 방송시설을 이용하여 선거운동을 할 수 없다.

65 **제100조(녹음기 등의 사용금지)** 누구든지 선거기간중 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 녹음기나 녹화기(비디오 및 오디오기기를 포함한다)를 사용하여 선거운동을 할 수 없다.

66 **제90조(시설물설치 등의 금지)** ① 누구든지 선거일 전 180일(보궐선거등에서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의한 것을 제외하고는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 수 없다. 이 경우 정당(창당준비위원회를 포함한다)의 명칭이나 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 성명·사진 또는 그 명칭·성명을 유추할 수 있는 내용을 명시한 것은 선거에 영향을 미치게 하기 위한 것으로 본다.

1. 화환·풍선·간판·현수막·애드벌룬·기구류 또는 선전탑, 그 밖의 광고물이나 광고시설을 설

있다. 제1항에서 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위해 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없도록 하고 있고,[67] 제2항은 선거일전 90일부터 선거일까지 정당 또는 후보자의 명의를 나타내는 저술·연예·연극·영화·사진 그 밖의 물품을 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 광고할 수 없도록 하고, 후보자의 방송·신문·잡지 기타의 광고 출연을 금한다.[68]

이 두 조항은 공직선거법상 선거기간보다도 훨씬 더 긴 180일을 제한기간으로 두고 있으며, 제한하는 행위에 대해서도 굉장히 포괄적이고 일반적으로 서술되어있을 뿐만 아니라, 공직선거법상 선거운동에 해당하지 않는 경우에도 규제가 가능하기 때문에 다른

치·진열·게시·배부하는 행위
2. 표찰이나 그 밖의 표시물을 착용 또는 배부하는 행위
3. 후보자를 상징하는 인형·마스코트 등 상징물을 제작·판매하는 행위

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 보지 아니한다.
1. 선거기간이 아닌 때에 행하는 「정당법」 제37조제2항에 따른 통상적인 정당활동
2. 의례적이거나 직무상·업무상의 행위 또는 통상적인 정당활동으로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 행위

67 **제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지)**
① 누구든지 선거일전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정강·정책을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 그러하지 아니하다.
1. 선거운동기간 중 후보자, 제60조의3제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람(같은 항 제2호의 경우 선거연락소장을 포함하며, 이 경우 "예비후보자"는 "후보자"로 본다)이 제60조의3제1항제2호에 따른 후보자의 명함을 직접 주는 행위
2. 선거기간이 아닌 때에 행하는 「정당법」 제37조제2항에 따른 통상적인 정당활동

68 ② 누구든지 선거일전 90일부터 선거일까지는 정당 또는 후보자의 명의를 나타내는 저술·연예·연극·영화·사진 그 밖의 물품을 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 광고할 수 없으며, 후보자는 방송·신문·잡지 기타의 광고에 출연할 수 없다. 다만, 선거기간이 아닌 때에 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호에 따른 신문 또는 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조에 따른 정기간행물의 판매를 위하여 통상적인 방법으로 광고하는 경우에는 그러하지 아니하다.

조항들보다 정치적 표현의 자유를 제한할 여지가 넓어, 위헌성에 대한 비판도 더 거세게 제기되고 있다. 이하에서는 이 두 조항에 좀 더 주목하여 대법원과 헌법재판소의 태도에 대하여 논해본다.

나. 법원의 태도

(1) 대법원의 입장

대법원은 선거인의 행위가 공직선거법 제90조 또는 제93조에 위반하는지의 여부를 검토함에 있어서 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 문구에 주목하여 행위자의 주관적 의사를 중시하는 경향을 보이고 있다.[69] 그리고 '선거에 영향을 미치기 위한 목적'이란 그 목적에 대한 적극적 의욕이나 확정적 인식까지 요구되는 것은 아니고 미필적 인식으로 충분하다고 하면서도, 행위자에게 그러한 목적이 있었는지를 판단하는 것은 일률적으로 결정할 것이 아니라 사회통념에 비추어 개별적·합리적으로 결정해야 한다고 본다.[70] 특히 어떤 단체가 선거 이전부터 지지·반대해 온 특정 정책이 선거 활동 중 이른바 '선거운동'에 해당하게 되었다고 해도, 이런 사정만으로 그 특정정책에 대한 단체의 활동이 모두 공직선거법의 규제 대상이 되는 것은 아니라고 본다. 이는 선거쟁점이 된 정책에 대한 활동이 결과적으로 정당·후보자 등에게 유·불리한 영향을 미치게 되는 경우에도 마찬가지라고 하였다.

또한 어떠한 행위가 공직선거법 제90조 또는 제93조에서 금지하는 행위에 해당하는지를 판단함에 있어서 종래 대법원은 그 범위를 최대한 확대하여 새롭게 생겨난 매체나 형태에 대하여도 가능한 넓게 규제하려는 태도를 취하여 온 것으로 보인다. 예를 들어 대법원은 휴대전화로 문자메시지를 대량 전송한 것에 대하여 공직선거법 제93조 제1항의 적용대상인 '광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 기타 이와 유사한 것'을 의사전달의 기능을 가진 매체나 수단인 것으로 포괄적으로 해석하여, 휴대전화 문자가 공직선거법 제93조 제1항에서 금지하는 대상에 포함된다고 하였다.[71] [72]

---

69 이러한 태도는 비단 90조 및 93조 뿐만 아니라, 조문구조상 '선거에 영향을 끼치기 위하여'라는 주관적 요건이 포함되는 모든 조항에 대해서도 공통적으로 나타난다.

70 대법원 2006.3.24.선고 2004도8716 판결 , 대법원2009.5.28.선고 2009도1937판결 등 사례 참조.

71 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도3940 판결 참조.

72 이후 공직선거법 제59조 단서 제2호, 제3호가 신설되어 선거일이 아닌 때에 문자메시지를 전송하는 방법을 통한 선거운동은 허용되었음. 다만 이 경우에도 자동동보통신의 방법으로 휴대전화 문자메세지를 다량으로 전송한 경우에는 제93조 제1항의 규제 대상에 포함될 수 있다고 보

또한 대통령선거와 관련하여 인터넷 포털사이트 게시판에 특정 후보에 대한 비방의 글을 게시한 사안에서도 비방하는 후보의 명칭이 직접 드러나지는 않지만 당시의 사회적 맥락이나 글의 인상 등을 고려할 때 대상자가 특정되므로 공직선거법 제93조 제1항의 위반이 인정된다고 하여, 인터넷 포털사이트에 글을 게시하는 것도 제93조의 적용대상으로 전제하는 듯한 태도를 보였다.[73] 또한 홈페이지에 이용자제작컨텐츠(UCC)를 게시하는 것 역시 제93조에 위반되는 것으로 판단했다.[74] [75]

한편 공직선거법 제59조 제2호에서 정하는 방식에 위반하여 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 한 경우에, 그것이 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치기 위하여 한 것으로 인정된 경우에는 제256조 제3항 제1호 (나)목[76] 위반이 성립하지 않더라도 제93조 제1항의 위반에 해당하기 때문에 제255조 제2항 제5호[77] 위반이 성립한다고 본다.

(2) 헌법재판소의 입장

(가) 명확성의 원칙에 대한 판단

헌법재판소는 사전선거운동 금지조항과 마찬가지로 선거 활동을 규제하는 조항들에

고 있어, 59조 제2항의 문자메시지 전송을 이용한 선거운동을 굉장히 엄격하게 해석하고 있음(대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도5789판결 참조).

73 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008도5178 판결 참조.

74 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6555 판결 참조.

75 현재는 2007헌마1001에서 제93조 제1항에 대한 한정위헌 결정을 내림에 따라, 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법은 제93조 제1항의 적용대상에서 제외되었다.

76 **제256조(각종제한규정위반죄)** ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 선거운동과 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자

나. 제59조제2호 단서를 위반하여 후보자 또는 예비후보자가 아닌 자로서 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송한 자, 같은 조 같은 호 단서를 위반하여 5회를 초과하여 자동 동보통신의 방법으로 문자메시지를 전송한 자, 같은 조 제3호 단서를 위반하여 후보자 또는 예비후보자가 아닌 자로서 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송한 자

77 **제255조(부정선거운동죄)** ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.

5. 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지)제1항의 규정에 위반하여 문서·도화 등을 배부·첩부·살포·게시·상영하거나 하게 한 자, 같은 조제2항의 규정에 위반하여 광고 또는 출연을 하거나 하게 한 자 또는 제3항의 규정에 위반하여 신분증명서·문서 기타 인쇄물을 발급·배부 또는 징구하거나 하게 한 자

대해서도 명확성의 원칙을 위반하지 않는다는 태도를 취하고 있다. 헌법재판소는 명확성의 원칙은 처벌법규에서 엄격히 요구되는데, 그 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 입법자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적 개념에 의해 규정하여야 하는 것은 아니고 통상의 해석방법에 의하여 누구나 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의해 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있으면 충분하며, 처벌법규의 구성요건이 어느 정도로 명확해야 하는가는 일률적으로 정할 것이 아니라 종합적으로 판단해야한다고 전제하고 있다.[78]

그리고 이러한 전제 하에 제93조 제1항의 "선거에 영향을 미치게 하기 위하여" 라는 부분에 대하여 다소 불명확하고 광범위한 해석의 여지는 있으나, 공직선거법의 입법목적, 다른 규제 조항들과의 체계적인 대비 및 그 조항의 내용을 종합적으로 고려하면 '선거의 준비과정 및 선거운동, 선거결과 등에 어떤 작용을 하려는 의도를 가리키는 것'으로 해석할 수 있다고 한다[79]. 그리고 그 인정에 있어서는 행위자와 후보자 및 정당과의 관계, 행위의 내용과 태양, 행위에 이르게 된 경위와 결과, 행위 당시의 상황 등 여러 사정을 종합하여 합리적으로 판단할 수 있다고 본다. 이렇게 해석하는 경우, 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이라면 누구나 어떤 행위가 선거에 영향을 미치게 하기 위한 의사가 있는 것이고, 무엇이 선거에 영향을 미치게 하기 위한 것인지 구분할 수 있기 때문에, 이 부분은 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 보는 것이다.[80]

또한 제93조 제1항의 '기타 유사한 것'이라는 부분에 대하여도 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지, 추천하거나 반대하는 내용을 포함할 수 있는 가독성 내지 가청성을 가진 공직선거법 제93조 제1항에서 열거된 매체와 유사한 매체, 관념이나 의사전달의 기능을 가진 매체나 수단을 의미하는 것으로 볼 수 있으므로 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 본다.[81]

(나) 선거운동의 자유 내지 표현의 자유와 선거의 공정성 사이의 판단

헌법재판소는 선거에 관한 활동을 제한하는 조항들의 위헌성을 검토함에 있어서 선거운동의 자유와 선거의 공정성을 비교형량하여 과잉금지 원칙에 따라 그 위헌성을 판단하

78 헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바27 판결 등 참조.
79 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 99헌바92 결정 등 참조.
80 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌바17 결정 참조.
81 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌바24 결정 참조.

는 경향이 있다. 문제는 헌법재판소의 결정이 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유보다 선거의 공정성이라는 가치를 편향적으로 중시하고 있다는 점이다.

앞에서 논한 바와 같이 헌법재판소는 국민에게 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유가 있음을 인정하는 한편, 이러한 자유는 선거의 공정성을 전제로 인정되는 것이므로 선거의 공정성을 훼손하는 경우에는 이를 제한할 수 있다고 한다. 특히 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유를 제한함에 있어서 침해의 최소성 원칙을 판단할 때에는 우리나라 선거문화의 역사성, 선거 및 정치 문화의 특수성, 정치적·경제적·사회적 환경, 선거와 관련된 국민의식의 정도와 법 감정 등을 종합하여 판단해야 한다고 본다.[82]

헌법재판소는 이러한 기준에 따라 공직선거법 제93조 제1항이 과잉금지의 원칙에 위반되지 않는 것으로 본다. 우선 이 조항이 사실상 선거운동의 성격을 가진 문서, 도화, 인쇄물 등이 무제한적으로 배부되어 선거운동에 과도한 경쟁을 초래하여 선거의 공정을 해치는 것을 목적으로 하기 때문에, 이 조항을 위헌으로 판결하는 것은 신중하게 접근해야한다고 전제한다. 그 다음, 우리나라의 선거문화의 특징과 과거의 경험을 고려하면 국민의 의식수준이 이러한 제한조항이 없어도 선거의 공정성이 훼손되지 않을 수준에 있는 것으로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 선거의 실질적 자유와 공정성의 확보라는 공익은 국민적 열망을 담고 있는 것으로서 특히 높은 가치를 지니는 것이라 하여 공직선거법 제93조 제1항은 위헌으로 볼 수 없다는 논리를 편다.

다만 헌법재판소는 2007헌마1001 결정에서 공직선거법 제93조 제1항의 '그 밖에 이와 유사한 것'에 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법을 포함하는 것으로 해석하는 경우에는 위헌에 해당한다는 한정해석을 내린 바 있다. 인터넷 매체는 기존의 표현수단에 비해 쌍방향 의사소통이 가능하고 자체 교정이 가능하기 때문에, 선거의 공정성과 평온에 미치는 영향이 다르다는 것을 고려한 것이다. 그러나 기존의 표현수단인 문서·도화 등을 이용한 오프라인상의 선거운동에 대하여는 인터넷과 달리 여전히 선거과열을 초래하거나 세력과시 등의 용도로 사용될 여지가 있어 제한의 필요성이 있다고 하면서 제93조 제1항의 위헌성을 아직 인정하고 있지 않다.

82 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌바24 결정 등 참조.

다. 검토 및 위헌성 판단

이러한 대법원 및 헌법재판소의 태도에 대해서는 많은 비판의 목소리가 가해지고 있다.

첫 번째로 헌법재판소는 위 제한조항들이 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 판단하고 있으나, 헌법재판소 내부에서도 이러한 결정에 적지 않은 반대의견이 나오고 있다. 공직선거법 제93조 제1항의 '기타 이와 유사한 것'이 명확성의 원칙에 위배되는가에 대해 판단한 2007헌바24결정에서, 재판관 김종대, 민형기, 목영준, 송두환은 구성요건 행위가 시간적·내용적으로 한정되어 있다는 이유만으로 '기타 이와 유사한 것'에 '관념이나 의사 전달의 기능을 가진 모든 매체나 수단'이 포함된다고 해석할 수는 없으며, 위 조항의 구체적인 예시만으로는 여러 매체 가운데 무엇이 '기타 이와 유사한 것'에 해당하는지를 추론하기 어렵기 때문에 명확성의 원칙에 위배된다는 반대의견을 제시하였다.

이처럼 헌법재판소가 공직선거법 제93조 제1항의 '선거에 영향을 미치기 위하여' 및 '기타 이와 유사한 것' 등의 문구가 명확성의 원칙에 위배되지 않는다는 태도를 고수하는 것은 대법원의 태도와 맞물릴 때 더 큰 문제를 불러온다. 앞서 1. 1)에서 검토한 것과 마찬가지로, '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'라는 문구는 정당이나 후보자 등의 행위자에게는 어떠한 지침도 주지 못하며, 어떤 행위가 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여' 행해진 것에 대한 판단은 실질적으로 법원의 판결에 의해 사후적으로 이루어진다. 때문에 행위자는 사전에 자신의 행위가 제한조항에 위배되는 것인지 판단할 수 없다. 명확성의 원칙의 의의가 그 법을 적용받는 사람에게 어떤 행위가 법에 위반되는 것인지에 대한 기준을 명확하게 제시하는 데 있다고 보면, 공직선거법 제93조 제1항 등은 명확성의 원칙을 지키고 있다고 보기 힘든 것이다.

또한 2. 나. 가.에서 검토한 바와 같이 대법원은 기존에 존재하지 않던 새로운 표현방식에 의한 선거활동에 대하여 제93조 제1항을 최대한 넓게 해석하여 이를 제한하려는 경향을 보이고 있다. 대법원 및 헌법재판소는 빠르게 변화하는 선거문화에 대응하기 위해서는 이러한 일반조항이 포함되어야 한다는 주장을 펴고 있다. 그러나 오히려 지나치게 포괄적인 제한조항을 두어 선거활동을 하고자 하는 사람들이 자신의 선거활동이 공직선거법에 위반되는지 알 수 없게 하여 선거운동을 지나치게 제약하는 역효과를 불러오고 있는 것이 아닌지 의구심이 드는 부분이다. 규제되는 표현이 지나치게 광범위해지는 것이다.

둘째로, 헌법재판소가 선거의 공정성을 들어 이러한 제한조항들이 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 주장하는 데에도 많은 비판이 있다.

우선 헌법재판소 내의 반대의견을 살펴본다. '선거일 전 180일'에 대하여 재판관 김이수, 이진성, 강일원은 공직선거법 제90조 제1항 등 위헌소원사건에서 제한기간이 지나치게 길고 선거의 공정성 저해는 비용에 대한 규제 등 다른 방법으로 그 폐해를 방지할 수 있기 때문에 과잉금지원칙에 위배되어 정치적 표현의 자유를 침해한다고 주장한 바 있다.[83] 나아가2011헌바17, 2012헌바391 병합사건에서 재판관 김이수, 이진성, 강일원은 반대의견에서 정치적 표현의 자유는 국민의 기본권인데 비해, 선거의 공정성은 수단적 가치이지 그 자체가 헌법적 목표는 아니기 때문에 '선거의 공정성'을 이유로 국민의 기본권인 정치적 표현의 자유를 제한할 수는 없다는 주장을 편 바 있다.[84]

이 세 재판관은 또한 이 결정의 반대의견에서 공직선거법 제93조 제1항이 과잉금지원칙에 위배되는 논거를 자세히 소개하고 있는데, 이를 정리하면 다음과 같다. ① 선거일전 180일부터 선거일까지 장기간 '후보가 되려는 자' 및 '정당'에 대한 지지, 추천, 반대의 내용을 담은 의사를 표현하지 못하게 하는 것은 상당수의 국민들에게는 상시적으로 정치적 표현의 자유를 제한하는 것이다. ② 공직선거법상 후보자는 선거운동기간 중 선거운동의 방식이 규정되어 있으나, 일반 유권자는 문서에 의한 정치적 표현을 허용하는 규정이 없어 문서에 의한 정치적 표현이 전면적으로 금지되어 있다. ③ 후보자 간의 경제적 불균형 또는 흑색선전 등으로 인한 선거의 공정성 저해의 방지라는 입법목적은 다른 방법으로 해결 가능하거나, 이미 규정이 도입되어 있다. ④ 공직선거법 제93조 제1항은 구체적인 사회적 해악을 발생시키는 표현을 넘어서 선거의 공정성을 해칠 우려가 없는 정치적 표현까지도 처벌하여, 그 규제범위가 지나치게 넓다. ⑤ 실질적 민주주의를 구현하기 위해서는 온·오프라인을 불문하고 정치적 표현의 자유를 최대한으로 장려해야 한다.

특히 헌법재판소는 공직선거법 제93조 제1항에 대하여 다수의 합헌결정을 내린 바 있

83 "시설물설치금지조항 역시 '선거일 전 180일'부터 시설물에 의한 정치적 표현을 제한하므로 제한기간이 지나치게 길고, 후보자들 사이의 경제력 차이에 따른 불균형이나 흑색선전으로 인한 선거의 공정성 저해는 선거운동관리조직 및 선거운동비용에 관한 규제나 허위사실 유포 및 비방행위의 처벌로도 그 폐해를 충분히 방지할 수 있으므로 과잉금지원칙에 위배되어 정치적 표현의 자유를 침해한다."(헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2011헌바163 결정).

84 "국민의 기본권인 정치적 표현의 자유 자체가 선거의 공정성을 전제로 인정된다는 것은 자유권에 선거의 공정성이라는 한계를 설정하는 것으로, 표현의 자유와 선거의 공정성의 관계에 대해 오해의 소지가 있는 표현이다. 선거의 공정성 확보와 질서의 유지를 위한 규제는 일반국민의 정치적 표현을 포괄적, 전면적으로 금지하는 것이 되어서는 아니되고, 선거의 공정성은 국민의 정치적 의사를 정확하게 반영하는 선거를 실현하기 위한 수단과 같은 가치이지, 그 자체가 헌법적 목표는 아니다."(헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌바17, 2012헌바391(병합) 결정)

다. 그리고 합헌결정을 내리는 과정에서 우리나라의 역사적 특성 및 선거문화의 특성을 과도하게 고려하고 있다. 헌법재판소가 내세우는 선거의 공정성과 탈법·금권적 혼탁선거의 방지라는 가치 역시 중요한 것이 사실이고, 과거 대한민국의 역사가 이로부터 자유롭지 않은 것도 사실이다. 그러나 헌법재판소가 처음 이러한 근거를 들어 공직선거법이 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는다고 판단한 이래로 동일한 태도가 아무런 변화 없이 현재까지 93조에 대한 위헌성을 판단할 때마다 똑같이 언급되고 있는 실정이다. 이러한 태도로 미루어 볼 때 헌법재판소가 현재 대한민국의 상황에서 공직선거법상 제한 조항들의 합헌성에 대하여 새로이 깊게 고찰해보아야 함에도 불구하고 안일하게 기존의 태도를 무작정 유지하고 있는 것이 아닌가하는 의심이 든다. 궁극적으로는 헌법재판소가 국민의 선거문화나 선거에 대한 인식을 임의로 판단하여 어떤 법조항의 위헌성을 판단하는데 그 기준으로 삼을 수 있는가에 대한 의문을 던져볼 수도 있을 것이다.

라. 현장의 목소리

실제 정치 현장에서도 위에서 언급한 문제점들에 대하여 문제의식을 공유하고 있는지 알아보았다. 여러 인터뷰를 진행해 본 결과, 정치계에서도 선거 활동을 제한하는 규정들에 대하여 많은 문제의식을 가지고 있음을 확인할 수 있었다.

먼저 공직선거법 제90조 또는 제93조의 조문이 명확성이 없고 규제범위가 지나치게 넓게 해석된다는 문제의식에 대하여 많은 인터뷰 응답자들이 공감대를 보였다. 황종섭 정의당 당직자와의 인터뷰에서, 황 차장은 한국의 공직선거법이 세계에 유례없이 세세하고 넓은 제한규정을 두고 있어, 공직선거법에 저촉할 우려 때문에 어떤 캠페인을 진행하는데 있어 선거운동이 위축되어 새로운 시도를 하기가 어렵다고 고충을 털어놓았다.

> 황종섭 정의당 당직자 : 한국의 공직선거법은 전 세계에 유례가 없을 정도로 자세하고 꼼꼼하게 후보자가 할 수 있는 것과 할 수 없는 것을 규정하고 있습니다. 그래서 후보자든 캠프든 어떤 캠페인을 기획하기에 앞서 늘 공직선거법에 저촉되는 것은 아닌지 확인해야하고, 선관위의 해석을 기다려야 합니다. 그러다보면 선거운동이 점점 위축되고, 웬만하면 새로운 시도를 하지 않게 됩니다.[85]

또 황 차장은 공직선거법상의 선거활동 제한 조항 때문에, 대한민국의 선거가 정해진

85 기본권판례연구팀, 서울, 황종섭 정의당 당직자와의 인터뷰, 서면 인터뷰, 2017. 7. 13.

것 외에 아무것도 못하게 하는 방식으로 진행되어 후보자에게 큰 제약으로 작용한다고 하였다. 또한 새로운 케이스가 발생한 경우에 선거운동 제한조항의 해석의 여지가 크고, 따라서 선관위의 해석에 의존할 수밖에 없는데 이마저도 너무 주관적으로 이루어지는 것 같다며 명확성에 문제를 제기한다.

> 황종섭 정의당 당직자 : ...이는 한편으로 케이스가 바뀔 경우 해석의 여지가 크다는 말도 됩니다. 법에 없는 내용의 경우 우선 지역선관위에 연락을 해보는데, 바로 대답이 나오지 않습니다. 회의를 하는지 모르겠지만, 답을 보내주는데 이것도 아주 주관적입니다. 시선관위와 구선관위의 판단이 다를 때도 있고요.[86]

또한 참여연대에서 활동하는 이선미 팀장과 장소화 간사와 이루어진 인터뷰에서도, 장 간사는 새로운 방식으로 선거운동을 시도할 경우 선관위에 의해 금지되는 경우가 많아 선거운동이 많이 위축된다고 하며, '할 수 있는 것'을 상상하는 것이 매우 어렵다고 토로한다.

> 참여연대 이선미 시민감시1팀장 : 최근 드론을 이용해 선거운동을 하려고 했는데 금지를 당했다. 새누리당 ㅇㅇㅇ의원이 드론을 띄우려고 했는데, 이를 어떻게 해석할 것이냐를 두고 선관위가 어쨌든 안 된다고 했다.[87]

> 참여연대 장소화 시민감시1팀 간사 : 할 수 있는 것을 상상하는데 매우 어렵다. 어깨띠 같은 소품도 매우 규격화되어 있고, 현수막 등 설치 가능한 시설물도 제한되어 있다. 모든 게 규격화되어 있기 때문에 조금만 다른 것을 하려고 해도 허락을 맡아야 한다.[88]

또한 헌법재판소가 선거운동의 공정성, 탈법·금권선거 및 선거과열의 방지 등의 가치를 내세워 선거활동 제한 조항들이 위헌이 아니라는 의견을 고수하는 것에 대해서도 현실과는 맞지 않다는 비판을 많이 들을 수 있었다. 황 차장의 경우 현직은 현직에 있는 것 자체로 정치를 하고 있는 것이므로, 선거활동에 대한 제한으로 인해 오히려 선거의

86 기본권판례연구팀(주 85).
87 기본권판례연구팀, 서울, 참여연대 이선미 시민감시1팀장과의 인터뷰, 인터뷰 녹취록, 2017. 7. 12.
88 기본권판례연구팀, 서울, 참여연대 장소화 시민감시1팀 간사와의 인터뷰, 인터뷰 녹취록, 2017. 7. 12.

공정성이 훼손되고 있다고 비판한다. 또한 선거운동 규제의 동기를 정치 불신에서 찾으면서도 현재의 방법이 아니라 다른 방식으로 규제가 이루어져야 함을 지적한다.

> 황종섭 정의당 당직자 : 현직들은 현직으로 다 정치를 하고 있고, 그게 선거운동이 아니면 뭡니까? 인지도, 호감도, 지지도를 높일 수 있는 자원의 격차가 심각하거든요.[89]

> 황종섭 정의당 당직자 : 뿌리 깊은 정치 불신이죠. 지금까지 정치가 그래왔던 면이 있고요. 그래서 새로운 선거운동방식이 나타나면 조항이 하나씩 늘어납니다...(중략)...돈선거 못 하게 하자는 취지에는 동감합니다. 그러나 그럼 전체 금액을 묶는다거나, 처벌을 강화할 일이지, 못하게 한다고 될 일이냐, 이 말이죠.[90]

참여연대의 이 팀장은 헌법재판소가 공직선거법 제93조의 위헌여부를 판단함에 있어서 지나치게 기존의 논거만을 가져오고 있음을 언급하고 있다.

> 참여연대 이선미 시민감시1팀장 : (공직선거법) 제93조는 최근까지 여러 번 합헌이 나왔는데, 추가적인 판단을 안 하는 게 아닌가 싶을 정도로 기존의 논거를 그대로 가져오고 있다.[91]

마. 함의 및 소결

이처럼 공직선거법은 사전선거운동을 제한하는 제59조 뿐만 아니라 많은 조항을 두어 선거에 참여하고자 하는 사람들의 활동을 구체적으로 제약하고 있다. 그 정도는 비교법적으로 전례가 없을 정도로 세세하다. 공정한 선거를 통해 선거운동의 자유라는 가치를 지키기 위해 선제정되었던 과거의 조항들이, 시대가 바뀐 현재에도 그대로 유지됨에 따라 이 조항들은 오히려 선거의 자유에 근본이 되는 정치적 표현의 자유를 저해하는 독소가 되기에 이르렀다. 때문에 실제로 정치에 참여하려는 사람들에게 많은 어려움과 장애물로 작용하고 있다.

그러나 대법원과 헌법재판소는 아직까지 과거의 태도를 고수하며 사회의 변화와 실제를 외면하고 있는 듯한 모습을 보여준다. 우리나라의 선거제도가 우리나라의 현재 선거문화와 풍토에 부합할 수 있도록 사법부의 각성과 함께 사회 각계에서도 목소리를 내야

89 기본권판례연구팀(주85).
90 기본권판례연구팀(주85).
91 기본권판례연구팀(주87).

할 때가 아닌가 생각한다.

3. 정치인 간 차별문제 (정당 간, 기성-신인)

가. 위헌성 검토

위에서 살펴본 바와 같이 이번 권선택 시장의 대법원 판결의 의의 중 하나는 현역 국회의원이나 자치단체장에게 일방적으로 유리한 사전선거운동의 개념을 정치 신인들에게 충분한 기회를 주는 쪽으로 대폭 확장한 점[92]에 있다.

그러나 위의 판결은 사전선거운동금지 조항 자체의 위헌성을 판단한 것이 아니라 그 해석의 여지를 축소한 것에 불과하기에 조항 자체에 내재된 형평성의 문제는 여전히 현존하고 있다. 특히 예비후보자제도가 도입되었음에도 불구하고 사전선거운동금지가 원칙이기에, 정치신인들은 실질적으로 본인의 인지도를 높일 가능성을 상당히 제한받고 있는 것으로 보인다.

사전선거운동금지의 경우는 원칙적으로 그 주체가 '누구든지'라고 규정되어 표면적으로는 그 어떠한 차별 요소도 존재하지 않는 것으로 보이며, 이것이 지금까지 헌법재판소에서 '사전선거운동금지' 규정을 합헌이라 판단해 온 근거 중 하나이다.[93] 하지만, 현실에서의 운용에 있어서 상당한 정도의 정치인 간의 형평성 문제가 발생하고 있음이 보고되어온 바 있다. 아래에서 이러한 차별의 존재와, 그 차별을 정당화할 수 있는 합리적 이유가 존재하는지에 대하여 판단함으로써 사전선거운동금지 조항의 '평등권 침해'여부를 살펴보고자 한다.

헌법 제116조 제1항에서 "선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다."고 규정하고 있으므로, 헌법에서 특별히 보호하고자 하는 가치라 판단되므로 비례심사 요건을 충족시켜야 한다. 다만, '자의적인 차별인지 여부'를 판단하여 이에 해당되는 경우는 자연스럽게 비례심사 요건을 충족시키는 것이 되므로 자의적인 차별인지 여부를 판단하는 것으로 갈음하고자 한다.

---

92 이춘재, "대법 '정치신인 사전선거운동 폭넓게 허용해야'", 한겨레, 2016. 10. 13. 다음에서 인용 가능: http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/763964.html(최종접속일 : 2017. 7. 25.).

93 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2011헌바153 결정.

(1) 차별의 존재

(가) 정당후보자와 무소속후보자의 차별

사전선거운동금지조항과 평등권 침해 문제와 관련하여 공통적으로 지적되고 있는 가장 큰 문제는 현직 의원들은 실질적으로 다양한 방법으로 선거운동을 진행할 수 있는 반면, 정치 신인들은 당해 법 규정에 구속되어 선거운동기간을 제외하고는 인지도를 높일 방법이 실상 전무하다는 점이다. 구체적으로 공직선거법 제90조 제2항[94]은 "선거기간이 아닌 때에 행하는 「정당법」 제37조 제2항에 따른 통상적인 정당활동"을 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 보지 않음으로써 실질적으로 정당 소속 의원들은 정당활동이라는 미명하에 사실상의 선거운동을 할 수 있게 된다. 일례로, 정당은 창당대회, 전당대회 개편대회, 당대표 후보자 선출대회 등을 통하여 당의 이미지를 개선하거나 소속후보자에 대한 직간접적인 선전효과를 통하여 인지도를 높일 수 있다. 또한 이 과정에서 사회통념상 범위 내에서 외부인을 초청하여 정당의 행사를 진행할 수 있어 실질상 사전선거운동이 가능해진다.[95] 이 뿐 아니라 거대정당 후보들은 선거운동기간 전에도 당내경선, 정당활동 등을 통하여 사실상 사전선거운동이 가능하다. 다양한 방법을 통하여 사실상 선거운동을 진행할 수 있는 정당 후보자와는 달리 무소속후보 혹은 군소정당의 후보들의 경우에는 이러한 활동의 기회가 차단되어 왔다.

이에 대해서 대법원은 "선거운동은…단순히 장래의 선거운동을 위한 내부적·절차적

94 **제90조(시설물설치 등의 금지)** "① 누구든지 선거일 전 180일(보궐선거등에서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의한 것을 제외하고는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 수 없다. 이 경우 정당(창당준비위원회를 포함한다)의 명칭이나 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 성명·사진 또는 그 명칭·성명을 유추할 수 있는 내용을 명시한 것은 선거에 영향을 미치게 하기 위한 것으로 본다.

1. 화환·풍선·간판·현수막·애드벌룬·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 행위

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위로 보지 아니한다.

1. 선거기간이 아닌 때에 행하는 「정당법」 제37조제2항에 따른 통상적인 정당활동
2. 의례적이거나 직무상·업무상의 행위 또는 통상적인 정당활동으로서 중앙선거관리위원회 규칙으로 정하는 행위"

95 김법태, "선거운동의 형평성에 관한 연구", 선거연구, 제6호, 2015, p. 178.

준비행위에 해당하는 통상적인 정당활동과는 구별되나"[96]라고 지속적으로 판시하여 정당에 소속된 정치인의 사전선거준비행위에 힘을 실어주는 추세이다.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 현행 공직법상 선거일 120일 전 예비후보자로 등록할 수 있게 하여 선거운동을 가능하게 함으로써 사전선거운동이 일부허용[97]되고 있으나, 그 범위가 매우 제한되어 있어[98] 정치신인들의 인지도 높이기에는 한계로 작용하고 있다.

---

96 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결 참조.

97 **제60조의2(예비후보자등록)** "① 예비후보자가 되려는 사람(비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거는 제외한다)은 다음 각 호에서 정하는 날(그 날후에 실시사유가 확정된 보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다.

1. 대통령선거 - 선거일 전 240일
2. 지역구국회의원선거 및 시·도지사선거 - 선거일 전 120일
3. 지역구시·도의회의원선거, 자치구·시의 지역구의회의원 및 장의 선거 - 선거기간개시일 전 90일
4. 군의 지역구의회의원 및 장의 선거 - 선거기간개시일 전 60일"

98 **제60조의3(예비후보자 등의 선거운동)** "① 예비후보자는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 선거운동을 할 수 있다.

1. 제61조(선거운동기구의 설치)제1항 및 제6항 단서의 규정에 의하여 선거사무소를 설치하거나 그 선거사무소에 간판·현판 또는 현수막을 설치·게시하는 행위
2. 자신의 성명·사진·전화번호·학력(정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 말한다. 이하 제4호에서 같다)·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 길이 9센티미터 너비 5센티미터 이내의 명함을 직접 주거나 지지를 호소하는 행위. 다만, 선박·정기여객자동차·열차·전동차·항공기의 안과 그 터미널·역·공항의 개찰구 안, 병원·종교시설·극장의 안에서 주거나 지지를 호소하는 행위는 그러하지 아니하다.
3. 삭제
4. 선거구안에 있는 세대수의 100분의 10에 해당하는 수 이내에서 자신의 사진·성명·전화번호·학력·경력, 그 밖에 홍보에 필요한 사항을 게재한 인쇄물(이하 "예비후보자홍보물"이라 한다)을 작성하여 관할 선거관리위원회로부터 발송대상·매수 등을 확인받은 후 선거기간개시일 전 3일까지 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 바에 따라 우편발송하는 행위. 이 경우 대통령선거 및 지방자치단체의 장선거의 예비후보자는 표지를 포함한 전체면수의 100분의 50 이상의 면수에 선거공약 및 이에 대한 추진계획으로 각 사업의 목표·우선순위·이행절차·이행기한·재원조달방안을 게재하여야 하며, 이를 게재한 면에는 다른 정당이나 후보자가 되려는 자에 관한 사항을 게재할 수 없다.
5. 선거운동을 위하여 어깨띠 또는 예비후보자임을 나타내는 표지물을 착용하는 행위
6. 전화를 이용하여 송·수화자 간 직접 통화하는 방식으로 지지를 호소하는 행위
7. 삭제

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 예비후보자의 선거운동을 위하여 제1항제2호에 따른 예비후보자의 명함을 직접 주거나 예비후보자에 대한 지지를 호소할 수 있다.

(나) 현직의원과 정치신인의 차별

이 뿐 아니라 현직의원과 정치신인 간에서도 사전선거운동금지의 규정이 일방적으로 정치신인에게 불리하게 작용함으로써 불합리한 차별을 낳고 있다. 공직선거법 제111조[99]는 선거운동이 아닌 의정활동 보고를 허용하여 현직의원들은 의정활동보고 명목으로 실질적으로 선거운동에서 정치신인들에 비하여 현저한 우위를 점할 수 있게 되어있다. 현역의원들은 의정보고서 형태의 공보물을 전 지역구에 배포할 수 있을 뿐 아니라 '의정보고회' 등을 통하여 유권자들과 직접 대면할 수 있으나, 정치 신인들은 규격이 정해져 내용의 기재가 제한된 명함 혹은 세대수 기준 10%에게만 전달할 수 있는 공보물 등의 방법만이 허용되어 있어 현역에게 현저히 유리한 구도가 형성되어 있다.[100] 더욱이 지난 20대 총선의 경우, 국회의원 선거구 확정이 늦어짐으로 인하여 예비후보자제도도 제대로 작동하지 않아 정치신인들의 선거운동 기회가 박탈되는 문제가 발생한 바 있다.[101]

국가인권위원회 역시 이러한 문제점을 인식하고 현역정치인과 그 외 후보자간의 불평등을 해소할 방안을 도모하는 권고의견을 낸 바 있으며,[102] 헌법재판소의 소수의견에서

---

1. 예비후보자의 배우자와 직계존비속
2. 예비후보자와 함께 다니는 선거사무장·선거사무원 및 제62조제4항에 따른 활동보조인
3. 예비후보자가 그와 함께 다니는 사람 중에서 지정한 1명 "

99 **제111조(의정활동 보고)** "① 국회의원 또는 지방의회의원은 보고회 등 집회, 보고서(인쇄물, 녹음·녹화물 및 전산자료 복사본을 포함한다), 인터넷, 문자메시지, 송·수화자 간 직접 통화 방식의 전화 또는 축사·인사말(게재하는 경우를 포함한다)을 통하여 의정활동(선거구활동·일정고지, 그 밖에 업적의 弘報에 필요한 사항을 포함한다)을 선거구민(行政區域 또는 選擧區域의 변경으로 새로 編入된 區域의 선거구민을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 보고할 수 있다. 다만, 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장선거의 선거일 전 90일부터 선거일까지 직무상의 행위 그 밖에 명목여하를 불문하고 의정활동을 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 게시하거나 전자우편·문자메시지로 전송하는 외의 방법으로 의정활동을 보고할 수 없다."

100 김동인, "정치신인에게 가혹한 20대 총선", 시사인, 2016. 1. 25, http://www.sisain.co.kr/?mod=news&act=articleView&idxno=25295 (최종접속일: 2017. 7. 25.).

101 김도윤, ""선거구 미획정 상태서 선거일 지정은 위헌"…첫 헌법소원", 연합뉴스, 2016. 1. 8, http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2016/01/08/0200000000AKR20160108039800060.HTML (최종접속일: 2017. 7. 25.).

102 현역 또는 정당소속 정치인은 의정활동 보고나 당원집회를 통하여 선거운동 기간 전에 유권자에게 자신을 알릴 수 있어 사실상의 선거운동이 가능한 반면, 선거기간 외의 선거운동을 포괄적으로 금지하고 있는 현행법에 의해 신진 정치인들은 유권자에게 자신을 홍보할 기회가 거의 없다는 점. – 현역 국회의원의 경우 후원회를 둘 수 있으나 예비 후보자는 후원회를

도 '선거기간 개시 전의 의정활동 보고라 하여 선거기간 개시 후의 본래의 선거운동과 실질적으로 다를 것이 없다.'라고 판시하며 동일한 문제의식을 제기해왔다.[103] 윤현식 노동당 전 정책위 의장 역시도 공직선거법상 사전선거운동금지로 인하여 ① 현직이 아닌 후보자들이 자신을 알릴 기회가 상대적으로 제한되고 ② 이에 비해 현직의원들은 각종 선거운동의 제한을 현직이라는 위치를 이용하여 얼마든지 회피할 수 있어, 본인을 알릴 기회를 가질 수 있으므로 현직 의원에게 현저히 유리한 구조임을 지적하고 있다.[104]

이를 해결하기 위해 최근 예비후보자 제도가 도입되었으나 이 제도 역시 기성 정치인에게 유리한 방향으로 작동하고 있다. 대표적으로 지방의원의 경우 연임을 위해 예비후보로 등록하는 등의 경우에도 직무가 정지되지 않아[105] 기성 정치인들은 의정활동과 동시에 예비후보자 제도의 혜택을 이중으로 누림으로써 정치 신인에 비해 현저히 우월한 위치를 점하게 된다.

둘 수 없어 후원회를 통한 선거비용 마련이 불가능 한 점. – 국회의원 선거의 후보자는 입후보시 1천 5백만 원의 기탁금을 예치해야 하므로 어느 정도의 경제적 능력이 있어야만 자유로운 입후보가 가능한 점.○ 따라서 헌법이 보장하고 있는 국민의 참정권과 공무담임권을 확대하고 역동적인 민주주의를 실현하기 위해서 다음과 같이 모든 국민에게 정치적 출마의 자유와 그 기회를 공정하게 보장해야 함. – 선거후보자들이 유권자들에게 자신을 알릴 수 있는 충분한 기회를 보장 – 유권자에게는 후보자에 대한 충분한 정보를 토대로 올바른 선택을 할 수 있는 기회를 보장 – 현역의원이 아닌 예비후보자에 대하여도 일정기간 후원회 설치를 허용 – 기탁금도 참정권을 제한하지 않는 범위에서 최소화, 다음에서 이용가능: https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?&boardtypeid=24&menuid=001004002001&boardid=554728 (최종접속일 ; 2017. 7. 25.).

103 헌법재판소 2001. 10. 25. 선고 2000헌마193 결정, 재판관 윤영철, 하경철, 김효종, 김경일의 반대의견.
"그러나, 선거기간 개시일의 전이라 할지라도 선거가 임박한 시기에 있어서 예비후보자가 행하는 이러한 의정활동 보고는, 그 선거에서의 자신의 당선에 직접·간접으로 필요하거나 유리한 홍보행위로서 선거운동(법 제58조 제1항 참조)으로서의 성격을 띠고 있다 할 것이고, 백보를 양보하더라도 의정활동 보고로서의 성격과 선거운동으로서의 성격을 아울러 갖는 정치활동이라고 봄이 상당하며 이 두 성격의 경계는 매우 모호하다."

104 윤현식, "군소정당의 성장을 방해하는 공직선거법", 국회의원의 국민대표성 강화를 위한 선거제도의 개혁방향 토론회(미간행), 공법학회, 2015. 11. 13, 다음에서 이용 가능: futureofparty.tistory.com/attachment/cfile29.uf@271F29395673BEBD29DDF2.pdf (최종접속일: 2017. 9. 7.).

105 민영규, "정치신인 위한 예비후보제, 기성 정치인에 더 유리", 연합뉴스, 2014. 4. 25, http://www.yonhapnews.co.kr/politics/2014/04/25/0505000000AKR20140425154100051.HTML (최종접속일: 2017. 7. 25.).

더욱이 규정이 가진 모호성은 이러한 불평등을 더욱 심화하는데 기여하고 있다. 어느 범위까지 선거운동으로 허용되거나 허용되지 않는지에 대한 판단은 전적으로 선관위 및 법원의 해석에 달려있다. 이로 인하여 정당활동이 아닌 범위에서 본인의 인지도를 높이기 위해 정치신인들이 통상적으로 해오던 행위들이 일방적으로 금지되는 경우가 허다하게 존재한다. 대표적으로 '출판기념회'의 경우, 사회통념상 허용되는 행위라 여겨져 정치신인들이 이를 통해 본인을 홍보하고자 시도한 바 있다. 하지만 2005년 대법원 판결 이후 이는 '선거운동'의 범위에 포함되어 전면적으로 금지되었다. 즉, 선거운동의 범위 판단이 불분명하여 사전선거운동금지조항으로 인하여 제한되는 행위양태가 예측가능성 없이 넓어질 수 있으며 이에 대해 정치신인들은 무방비한 상태로 놓여있는 것이다.

⑵ 법원의 입장

(가) 정당후보자와 무소속후보자의 차별

위와 같은 차별에 대해서 헌법재판소는 그 존재 자체는 인정하면서도, "통상적인 정당활동은 정당이 … 선거 시기에 관계없이 정당이 존속하는 한 지속적으로 추진하여야 하는 정당 본연의 활동"이라고 보아 헌법상의 정당제 민주주의 실현을 위하여 불가피한 것이라 판단하고 있다. 이에 더해 헌법재판소는 "선거운동의 공정을 달성하기 위하여 국회의원과 정당이 가지는 고유한 권능과 자유를 어느 정도로 제한할 것인가는 입법자의 광범위한 형성의 재량에 속하는 사항"이라고 보아 국회의원이 아니거나 정당원이 아닌 예비후보자에게는 금지되어 있는 선거운동을 허용하는 것이 아닌 한 그 입법이 명백히 자의적이라 할 수 없다고 본다.[106]

다만, 대법원은 해석상 "정당이 정상적인 방법에 의하여 통상적으로 행하는 당세 확장 활동이나 당원 모집행위, 지구당 조직 활동 등"은 법에 의하여 허용되는 것이라 보는 반면, "선거구민들에게 입당을 권유하면서 피고인을 홍보하고 그에 대한 지지를 유도하기 위한 여론조사" 등의 경우는 합리적인 범위를 넘어선 것으로 허용되어서는 안 된다고 판시하며 범위를 제한하고 있다.[107]

그럼에도 불구하고, 여전히 '통상적으로 행하는' 정당활동이 어느 범위까지인지에 대해서는 명확한 기준이 존재하지 않다는 문제가 남아있다. 특히, 대법원은 그 판단에 있어서 "구체적·개별적으로 공직선거법 제93조 제1항에 규정된 문서·도화의 배부·게시 등

106 헌법재판소 1997. 10. 30. 선고 96헌마94 결정.
107 대법원 1998. 6. 9. 선고 97도856 판결.

행위가 통상적인 정당활동에 해당하는지 여부는 그 행위의 시기, 내용, 방법, 대상, 형태 등을 종합하여 총체적으로 판단하여야 한다."라고 판시한 바,[108] 전적으로 법원의 판단에 맡겨져 있다고 보는 것이 타당하다. 따라서 실질적으로는 그 허용범위가 광범위해질 가능성이 다분하며, 이를 활용하여 정당후보자들이 사실상의 선거운동을 꾀할 여지가 있다는 사실 자체는 부정하기 어렵다.

(나) 현역의원과 정치신인의 차별

현역의원과 정치 신인 간에 발생할 수 있는 기회의 차이 자체에 대해서는 대법원과 헌법재판소가 명확하게 인식하고 있다. 특히, 그 기원이 현직의원들이 가지는 의정활동 보고에 있음은 여타 시민단체들의 입장과 맥을 같이한다. 하지만 헌법재판소는 이러한 선거운동의 기회균등을 보장하지 못하는 차별의 문제가 있고 나아가 이것이 공무담임권을 침해할 소지가 있음에 대해서는 인정하나, 이는 "국회의원과 정당이 가지는 고유한 권능과 자유를 선거의 공정을 해치지 아니하는 범위 내에서 가능한 한 넓게 인정하고 보호하는 결과 생겨나는 사실적이고 반사적인 효과에 불과하다."라고 하여 궁극적으로는 위헌이 아니라고 판단하고 있다.[109]

그러나, 위와 같은 차별의 존재가 다른 기본권을 보호하기 위한 점에서 야기된 사실적, 반사적 효과에 불과하다 할지라도 그 차이가 현저하다면 헌법 제11조에 의해서 보호되는 평등권, 나아가 공무담임권 및 참정권의 침해라 봄이 타당하다. 위 판결에서 반대의견 역시도 "법 제111조 제1항이 선거기간 중의 의정활동 보고만을 금지하고 선거기간 개시 전의 의정활동은 아무런 시기의 제한 없이 이를 허용함으로써 생겨나는 위와 같은 선거운동기회의 불균형은 "선거의 공정"이라는 법목적과 우리의 선거현실에 비추어 도저히 합리적 근거가 있다고 보기 어렵다"라고 판시하며[110] 당해 법규정의 위헌성을 지적한다. 이와 관련하여, 국회의 입법재량을 고려한다 할지라도 그 재량권에 한계가 없음을 의미하지는 아니하는 바, 합리적인 범위 내에서 차별이 존재하는지를 따져 그 위헌성을 살펴야 할 것이다.

108 대법원 2002. 1. 22. 선고 2001도822 판결.

109 헌법재판소 2001. 10. 25. 선고 2000헌마193 결정; 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 99헌바92 결정 등 참조.

110 헌법재판소 2001. 10. 25. 선고 2000헌마193 결정, 재판관 윤영철, 하경철, 김효종, 김경일의 반대의견 참조.

(3) 차별에 합리적 이유가 존재하는지 여부

만약 이러한 차별의 존재에 합리적인 이유가 존재한다면 이는 헌법상 보장되고 있는 평등권의 침해라 볼 수 없다는 것이 헌법재판소의 입장이다. 그러면 정치신인과 기성정치인, 무소속후보자와 정당후보자간에 위의 선거운동에서의 차별을 정당화할 본질적 차이가 존재하는가?

정치신인과 기성정치인, 무소속후보자와 정당 후보자의 경우에는 동일한 선거에 후보자로 참여하여 경쟁하는 자들로, '후보자'라는 점에 있어서는 그 어떠한 차이도 없다. 의원직에 출마하는 모든 후보자들은 헌법상 공무담임권 및 참정권을 동등하게 보장받고 있고, 또한 동일하게 헌법 제116조 1항에 구속되어 선거운동에서의 균등한 기회를 요구할 권리를 가지고 있다. 그러나 현실에서는 이러한 헌법상 권리가 차별적으로 보장된다. 대표적으로 지난 20대 대선의 경우, 국회의원 선거구 획정이 늦어짐에 따라 현직의원이 아닌 자들은 예비후보자 제도 등이 도입되었음에도 불구하고 최소한의 선거운동마저 할 수 없었다.[111] 이는 현직의원에게만 헌법상의 참정권, 공무담임권을 보장하게 되는 결과를 낳게 되므로 불합리한 차별이라 볼 수 있다.

지난 20대 대선의 경우 경력이 있는 의원은 등록 후보자 중 74.3%, 경력이 없는 의원의 경우는 등록후보자 중 25.6%가 당선되었는데,[112] 이러한 통계에서 현직의원들이 신인정치인에 비해 사실상의 '현직의원'으로서의 메리트를 가지고 있음을 짐작해볼 수 있다. 이러한 점을 고려하였을 때, 헌법상 보장하고자 하는 선거운동에서 실질적인 평등이 실현되기 위해서는 신인정치인 혹은 무소속 후보자를 우대해야한다는 주장은 차치하고서라도, 적어도 동등한 출발점을 보장해야 함은 당연한 귀결이다. 그럼에도 불구하고 현재의 사전선거금지조항에 따른 선거운동의 구도는 이와는 전혀 반대의 상황을 야기하고 있는 것이다.

현직의원이 가질 수 있는 여러 이점은 불가피한 것임은 부정할 수 없다. 하지만 이는 '사실상'의 이점에 머물러야 하며, 여러 제도가 그것을 뒷받침하여서는 안 된다. 헌법재판소가 주장하는 바대로 제도상의 이점이 "다른 기본권을 보호하기 위한 사실적, 반사적 효과"에 불과한 것임을 인정한다 할지라도, 그로 인하여 특정 후보자들에게 사실상의 혜택이 돌아간다면, 유사한 정도의 권리를 다른 후보자에게도 허용해야 함이 '실질적 평등'을 달성하기 위해 필요한 조치이다. 즉, 현직의원과 무소속 혹은 신인 정치인간의 불평등

111 김도윤(주101), 앞의 글.
112 "제20대 국회의원선거총람(2016. 4. 13. 시행)", 중앙선거관리위원회, 2017, p. 376.

을 최소화하려는 노력이 병행되어야 하는데, 현행 사전선거운동금지 조항 및 예비후보자 제도는 오히려 이를 강화하는 결과를 낳고 나아가 헌법상 보장된 평등권을 침해하여 강한 위헌성을 갖고 있다고 할 수 있다.

나. 현장의 목소리

(1) 정당 소속 후보자와의 형평성 문제

실제로 노동당 및 정의당에서 후보자, 당직자로 활동한 황종섭 정의당 당직자 역시 정당에 소속된 후보자들이 가지는 이점에 대해서 지적하고 있다.

> 황종섭 정의당 당직자 : 의정활동이든 정당활동이든 정치활동이든 선거운동과 차이가 없다고 봅니다. 다음에 자기 뽑지 말라고 활동하는 사람이 어디 있겠습니까? 그러니 다 선거운동이나 별반 차이 없는 활동을 하는데, 선관위에서 못 하게 하는 것만 빼는 거죠. 예를 들면 특정인 이름은 안 된다든가, 특정인이 부각된 사진은 안 된다든가 뭐 이런 식입니다. 이게 얼마나 웃긴 일이에요.[113]

즉, 사실상 현직의원에게는 정당활동, 정치운동 등의 다양한 방법을 통하여 사전에 선거운동을 할 길이 열려있다고 보는 것이다. 동일하게 후보자로 선거운동에 참여하였던 민병덕 변호사도 동일한 문제의식을 공유하고 있었다.

> 민병덕 변호사 : 정책을 알리는 것이 선거운동인데, 거대정당은 선거운동을 하지 않아도 언론에서 대신 알려주고 있다. 그러나 소수정당은 아니다. 군소정당에 대하여 규제의 정도가 훨씬 크게 느껴진다.[114]

실질적으로 정당활동과 선거운동이 '홍보'의 효과에 있어서 공통점을 지니고 있다고 본다면, 현직의원은 사전선거운동금지 규정의 적용을 피할 길이 열려있는 것이라 판단할 수 있고, 결국 무소속후보자(군소정당 후보자)에게만 일방적인 규제가 작동하게 된다. 이로 인하여 정당후보자와 무소속후보자(군소정당 후보자) 간의 평등권 침해 문제는 불가피하다.

---

113 기본권판례연구팀, 서울, 황종섭 정의당 당직자와의 인터뷰, 서면 인터뷰, 2017. 7. 13.
114 기본권판례연구팀, 서울, 민병덕 변호사와의 인터뷰, 서면 인터뷰, 2017. 8. 10.

(2) 현직의원과 신인정치인 간의 형평성 문제

위의 황종섭 차장과 민병덕 변호사는 동일하게 후보자들 간 선거운동 기회의 평등과 사전선거운동금지 규정과의 관계에 대하여 다음과 같이 지적한다.

> 황종섭 정의당 당직자 : 현직에게 너무 유리한 제도죠. 현직은 이미 4년간 선거운동을 해온 셈이나 마찬가지입니다. ... 웃기는 얘기죠. 현직들은 현직으로 다 정치를 하고 있고, 그게 선거운동이 아니면 뭡니까? 인지도, 호감도, 지지도를 높일 수 있는 자원의 격차가 극심하거든요. 차라리 꿈을 가진 정치 신인이 1년이고 2년이고 선거운동을 펼칠 수 있게 하는 게 더 낫죠.[115]

> 민병덕 변호사 : 현역들은 의정보고서의 무제한적인 배포 등을 통하여 실질적인 선거운동을 할 수 있는데 반하여, 예비후보들은 명함 돌리는 것과 예비후보자 홍보물을 우편으로 보내는 것입니다. ... 현역들은 항시 선거운동을 하는데, 정치신인들은 자신을 정치적으로 알릴 기회가 없습니다. 결국 선거운동기간의 제한은 현역들의 우위를 보장해주는 역할을 할 뿐입니다.[116]

동일한 문제의식은 시민단체에서도 공유되고 있었는데, 참여연대 역시도 아래와 같이 지적한다.

> 참여연대 이선미 팀장 : 정치 신인에게 불리한 조건이 여러 가지가 있다. 기탁금부터 여러 가지 구조적인 측면에서. 거기에 더하는 것이 선거운동 규제라고 생각한다. 현역 국회의원들은 사실상 4년 내내 선거운동을 하는 것인데 비해, 현역이 아닌 (예비)후보자나 시민은 규격화된 사이즈의 명함 돌리기 정도밖에 하지 못한다. 이는 매우 차별적인 것이다.[117]

요컨대, 위의 세 실무가들은 공통적으로 선거운동 규제를 회피할 방법이 현역의원에게 주어진 반면, 정치신인들에게는 상당한 제약을 부과함으로써 현역의원과의 차별을 발생시키고 있다고 말한다. 특히 현직에게 가장 유리하다고 지적받고 있는 '의정보고'에 대해서는 실제 후보자 등록 후 활동한 정치인이나 시민단체 뿐 아니라 선거관리위원회를 비롯한 관련 정부기관에서도 문제점을 분명하게 인식하고 있었다.

---

115 기본권판례연구팀, 서울, 황종섭 정의당 당직자와의 인터뷰, 서면 인터뷰, 2017. 7. 13.
116 기본권판례연구팀, 서울, 민병덕 변호사와의 인터뷰, 서면 인터뷰, 2017. 8. 10.
117 기본권판례연구팀, 서울, 참여연대 이선미 시민감시1팀장과의 인터뷰, 인터뷰 녹취록, 2017. 7. 12.

> 중앙선거관리위원회 법제과 정광민 법제관 : 의정보고 예를 드는데, 의정보고를 거의 허용하고 있는 상태이거든요. 당연한 의무다, 선출한 유권자들에 대한 자신의 의무다. 그런 식으로 판단하고 있어요. 그러다보니 의정보고 활동의 방법이 여러 가지가 있어요. 그런 문제가 지속적으로 헌법소원이 나온 걸로 알고 있는데, 우리 위원회에서는 예비후보자를 만들었어요.[118]

선거관리위원회 관계자와의 인터뷰를 통해서 확인할 수 있는 예비후보자 제도의 도입 목적 중 하나는 결국 현역의원과 정치신인 간의 불평등 해소이다. 그러나 여전히 그 목적이 달성되기에는 현실적 어려움이 있는 것으로 보인다. 좌세준 변호사 역시 인터뷰에서 "현역들은 거의 무제한으로 의정소개를 할 수 있는데, 예비후보는 그 방법이 제한되어 있다"라고 언급하며 예비후보자 제도가 도입되었음에도 불구하고 여전히 그 불평등이 현존하고 있음을 지적하였다.

인터뷰에서 발견할 수 있는 또 다른 문제점의 하나는 바로 '방법'을 규제함으로 인하여 정치신인이 현직의원과 차별점을 확보할 지점을 차단해버린다는 점이다. 선거운동기간으로 정해진 짧은 시간 내에 신인후보자들이 자신들의 이름을 알리기 위해서는 국민들에게 깊은 인상을 남길 수 있도록 독창적인 방법을 동원하는 수밖에 없다. 하지만 현행 공직선거법상 이러한 가능성을 실현하려면 선거관리위원회의 판단을 기다려야 하기 때문에 신인후보자들은 소극적으로 활동할 수밖에 없게 된다.

위의 인터뷰에서 참여연대 관계자는 '드론'을 활용한 선거운동 등이 금지된 사례를 제시하면서 모든 것이 규격화되어 있어 사실상 후보자들의 상상력을 극도로 제한하고 있다고 지적하였다. 실제 후보자였던 황종섭 정의당 정책비서실 차장 역시도 '선거방법' 규제로 인하여 방법의 독창성을 꾀하지 못한다는 점이 가장 큰 제약 중 하나라고 답변하였다.

다. 함의 및 소결

현재 사전선거운동금지 규정으로 인하여 발생하는 형평성의 문제는 개개의 후보자, 정당들의 문제라 볼 것은 아니다. 오히려 현재의 공직선거법으로 규정되어있는 선거시스템 자체가 합당한 것인지에 대해 의문을 제기하고 그 개선을 꾀해야 한다. 특히 후보자 간의 형평성을 도모한다는 목적 하에 규정된 여러 규제들이 실질적으로 그 목적을 달성하고 있는지 혹은 역으로 평등을 침해하고 있는 것은 아닌지를 법 규정 자체만이 아니라 현실적 적용이 어떻게 이루어지고 있는지를 통하여 판단해볼 필요가 있다.

---

118 기본권판례연구팀, 서울, 중앙선거관리위원회 법제관 인터뷰, 2017. 7. 24.

위에서 살펴본 바와 같이 학계와 시민단체, 의원, 선거관리위원회에 이르는 이해관계인들은 현재의 선거시스템은 현직 및 정당에게 현저하게 유리한 것이라는 점에 대해서 의견을 같이하고 있다. 그러하다면 공직선거법 제90조, 제93조가 본래 목적한 바인 '형평성의 달성'이라는 목적이 전혀 달성되지 못하고 있다고 보아도 무방하며, 오히려 그 역의 결과가 발생하고 있다고 봄이 타당하다. 즉, 합리적인 이유 없이 당해 규정의 존재로 인하여 정치인들 간에 차별이 발생하고, 이것이 평등권의 침해로 이어지고 있으므로 당해 규제는 위헌성을 내재하고 있다고 보아야 한다. 위와 같은 현실적 한계와 함께 선거관리위원회가 공직선거법 제90조, 제93조의 폐지를 궁극적인 방향으로 잡고 있는 점을 고려하면, 결국은 표현의 자유 확대가 현실상 발생할 수밖에 없는 형평성의 문제를 해소할 길이 아닐까 생각된다. 따라서 이에 대한 개선이 시급하며, 그 개선의 방향에 대해서는 추후 제VI장에서 서술하도록 한다.

VI. 입법적 대안 검토

1. 사전선거운동 금지조항의 완전한 삭제

대상판결의 다수의견은 선거운동의 허용범위를 넓게 잡아야하는 근거로 대의민주주의 체제에서 국민주권을 구현하기 위한 유권자와 정치인 간 충분한 소통의 필요성, 과거와 달리 관권선거나 부정선거의 폐해가 거의 사라짐에 따라 높아진 여론의 중요성, 현직 정치인과 정치 신인 간의 실질적 기회균등을 보장하기 위해 "정치인이 평소 정치적 기반을 다지는 행위는 폭넓게 허용"되어야 할 필요성, 죄형법정주의 상의 명확성의 원칙에 따라 형사처벌의 대상이 되는 선거운동을 명확하고 제한적으로 해석할 필요성 등을 들었다.

하지만 지금까지 살펴봤듯 대상판결에도 불구하고 현재의 공직선거법 하에서는 여전히 ① 선거운동의 정의, 기간, 방법 자체의 불명확성·복잡성으로 인한 선거운동의 자유 침해, ② 선거운동의 자유보다 공정을 앞세움에 따른 정치적 표현의 자유 위축, ③ 유권자와 정치인 간의 소통 제약, ④ 현직 정치인과 정치 신인 간의 기회 불평등이 양산되고 있다.

따라서 공직선거법 상 관련 조항의 전면적인 변화가 필요하다. 선거운동의 정의, 기

간, 방법을 규제하는 제58조, 제59조, 제254조를 폐지하여 기본 프레임을 바꿔야 한다. 정해진 기간에 할 수 있는 활동과 없는 활동을 구분하는 현재 체계를 유지할 경우, 거의 모든 정치활동은 사전선거운동 명목으로 규제될 수 있다. 또한 현재 틀을 유지할 경우, 앞서 연혁에서 살펴보았듯 문제제기에 대한 반응으로 예외조항들만 계속 확대될 뿐[119] 근본적인 차원에서 한계는 극복되지 않을 것이다. 여기서는 선거운동의 기간 제한 폐지와 내용 제한 폐지의 두 가지 차원에서 접근하고자 한다.[120] 이를 통해 상당수의 다른 규제 조항들이 의미를 상실하는 효과를 기대할 수 있다. 이는 심층 인터뷰를 통해 만난 선거관리위원회, 시민단체, 정치인, 법조인, 학계 등의 공통된 의견이기도 하다.

가. 선거운동기간 제한의 폐지 또는 선거운동기간의 대폭 확대

사전선거운동의 기간 제한은 정치적 표현의 자유를 위축시키고, 정치인 간의 실질적인 기회 균등을 보장하지 못하고 있다. 정치학·헌법학계와 실무가들은 대안으로 현재의 선거운동 기간제한의 폐지 혹은 선거운동기간의 대폭 확대의 필요성을 역설하고 있다.

한국정치학회는 2016년 국회에 제출한 청원안[121]에서 기간 제한 없이 자유로운 정치활동을 보장할 필요성을 이야기하며 제59조 선거운동기간 조항의 폐지를 제안했다. 더 이상 유권자와 후보자·정당의 정치활동을 선거기간을 기준으로 '선거운동인 정치활동'과 '선거운동이 아닌 정치활동'으로 구분하여 규제하는 것이 아니라 '기간 제한' 없이 자유로운 정치활동을 보장해야 한다는 것이다. 이를 통해 비로소 사실상 일상적인 정치활동까지 사전 선거운동 명목으로 규제할 수 있는 현재의 상황을 타개할 수 있다는 것이다.

김래영[122], 김용철[123], 서복경[124], 서울대학교 법학전문대학원[125], 최희경[126] 등의 선행

---

119 서복경, "선거운동의 자유와 참정권 확대를 위한 공직선거법 개정방향", 국회입법조사처 세미나 — 선거제도 개혁 및 정당민주화 2017. 2. 16, pp. 21-30.

120 선거운동을 정의하는 제58조에 대해서는 해당 조항을 폐지하자는 의견, 선거운동의 의미를 축소하자는 의견 등이 있다. 현재 포괄적으로 규정되어 있는 선거운동의 정의를 "직접적·구체적 행위"로 보다 명확하게 규정하고, 선거운동으로 보지 아니하는 행위에 "정책에 대한 의견개진 및 의사표시" 등을 추가한 입법발의안으로는 다음이 있다.
「공직선거법 일부개정법률안」(의안번호 2002173, 제안일자: 2016. 9. 6, 대표발의: 윤소하, 소관위심사) 의안원문, 제58조 제1항.
「공직선거법 일부개정법률안」(의안번호 2002315, 제안일자: 2016. 9. 19, 대표발의: 박주민, 소관위심사) 의안원문, 제58조.

121 「한국정치학회의 공직선거법 청원안」, (청원번호 2000027, 청원일 2016. 10. 18, 청원소개 김세연 의원, 유승희 의원.)

연구에서 해당 조항의 폐지를 주장하는 구체적인 근거를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 후보자의 선거운동의 자유를 침해한다. 현행 대통령 선거운동 기간 24일, 국회의원 선거와 각급 지방선거운동 기간 13일 제한처럼 짧은 선거운동기간으로 인해 후보자는 정치적 신념이나 정견을 제대로 알릴 수 없는 상황이다. 또한 기간 제한은 역설적으로 정치인들로 하여금 해당 금지규정을 회피해 실질적인 사전선거운동을 할 유인을 제공하기도 한다. 이로 인해 후보 간의 정책 선거를 방해하고, 불가피한 위법·탈법행위의 양산으로 인한 당선무효, 재보궐선거 등의 불필요한 사회적 비용을 낳기도 한다.[127]

둘째, 이로 인해 유권자에게 후보자에 대한 정보가 충분히 제공되지 못해 유권자들의 합리적 선택을 제한한다. 대통령선거나 지방자치단체장 선거와 같이 전국적으로 언론 등을 통해 주목을 받는 몇몇의 경우를 제외한 많은 경우 유권자들은 개별 후보자에 대한 정보를 충분히 갖지 못한 채 몇 가지 적은 정보와 소속 정당 등만을 바탕으로 투표를 하게 된다.[128] 현행 기간 제한 체제 하에서 19대 총선 기준 유권자의 39.3%만이 1차 정보를 제공받았고, 그마저도 문자메시지가 다수인 상황이다. 따라서 지금처럼 미디어를 통해 가공된 간헐적 2차 정보에 의존할 수밖에 없는 상황[129]을 타개하기 위해 기간 제한을 폐지함으로써 정당과 후보자가 직접 생산한 정보를 대면접촉, 전화, 우편, 인터넷 등 다양한 방식으로 직접 유권자에게 전달할 수 있어야 한다.[130]

셋째, 유권자의 정치적 표현의 자유를 제약한다. 현재의 기간 제한 조항은 후보자 외

122 김래영, "개정 공직선거법의 문제점과 개선방안", 공법학연구, 2012, pp. 3-36.
123 김용철, "한국 선거운동의 민주적 품질 : 자유와 공정의 관점에서", 의정연구 제17권 제3호(통권 제34호), 2011, pp. 83-116,
124 서복경, "유권자의 알권리, 후보자와의 소통 활성화", 공직선거법 개정 방향 토론회, 2013. 7. 25, pp. 13-27.
125 서울대학교 법학전문대학원, "헌법재판소 결정분석을 통한 공직선거제도 개선방안", 2015, p. 150.
126 최희경, "정치적 표현에 관한 헌법적 고찰", 이화여자대학교 법학논집 제15권 제1호, 2010, pp. 259-291.
127 선거운동과 관련한 후보자, 정당, 실무진 등의 유의사항, 대응방법 등을 소개한 책으로는 서인석·조성재, 안전한 당선을 보장하는 선거법 해설: 선거소송 이렇게 준비하면 이긴다, 타커스, 2014.
128 서울대학교 법학전문대학원(주125), p. 150.
129 20대 총선에서 유권자의 후보자 선택에 필요한 정보 획득 경로는 다음과 같다. TV(34.6%), 포털/홈페이지 등 인터넷(30.5%), 주변 사람들(8.7%), 신문(8.5%), SNS(7.6%), 라디오(1.3%). 중앙선거관리위원회, "제20대 국회의원선거(2016. 4. 13.)에 관한 유권자 의식조사", 2016, p. 44.
130 서복경(주119), p. 25.

에 유권자에게도 적용된다. 후보자나 선거운동 실무진은 공직선거법의 규제를 피하고자 해당 법령을 파악하는 노력이라도 하지만, 대부분의 유권자는 자신의 정치적 신념을 표현했을 뿐인데도 해당 조항에 의해 선거에 영향을 미치는 행위로 분류되어 기소되는 경우가 있다. 이는 해당 조항이 기본권으로서 정치적 표현의 자유를 극히 제한함을 잘 보여준다.

넷째, 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방·SNS 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편·문자메시지를 전송하는 방법에 의한 선거운동은 선거일을 제외하고 상시 허용되는 상황[131]에서 오프라인에서의 선거운동을 차별할 합리적인 이유는 없다.

비교법적으로 살펴봤을 때 선거운동 기간의 제한은 그 예를 찾기 어렵다. 설령 영국, 이탈리아, 프랑스와 같이 선거운동기간 규정이 존재하는 국가의 경우에도 선거운동기간 전과 후에 불가능한 행위 등에 관하여 규정하지 않고 있다.[132]

〈표 1〉 외국의 선거운동 기간 및 사전선거운동금지규정[133]

국가명	선거운동기간	사전선거운동 금지	관련법령
미 국	없음	없음	-
독 일	없음(정당간 합의로 결정)	없음	-
영 국	의회 해산일부터 17일 이내 실시되는 투표일까지이므로 대개 선거 기간은 3-4주	없음	1983년 국민대표법 부칙
이탈리아	선거일 전 30일부터 선거일까지	없음	선거선전 단속법
프랑스	선거일 전까지 대선은 12일 간, 총선은 20일 간	없음	선거법 제164조
일 본	후보자 등록 후부터 선거일 전일까지 대개 11일 정도	금지	공직선거법 제129조
캐나다	최소선거운동기간은 36일이며, 최장기간은 제한이 없음	없음	선거법 57조

이러한 점을 종합하여 볼 때 선거운동기간 제한은 폐지되어야 한다. 이로 인한 부작용이 우려된다면 선거구의 크기에 따라 기간을 다르게 정해 운영하는 방법 등을 통해 선거운동 기간을 확장할 수 있다. 중요한 점은 선거운동기간을 '당선되게 하거나 되지 못하게 하

131 헌법재판소의 위헌결정(2007헌마1001)을 반영하여 관련 법 조항이 개정되었다.
132 김재선, "공직선거법과 선거운동의 자유에 관한 공법적 고찰", 고려법학 제80권, 2016, p. 90.
133 위의 글, p. 90.

는 정치활동을 할 수 있는 기간'으로 바라보는 데서 벗어나 후보자와 유권자가 해당 선거의 의제와 정책정보를 집중적으로 주고받을 수 있는 기간으로 바라봐야 한다는 점이다.[134]

나. 선거운동 방법 제한의 전면적 폐지

선거운동 기간 제한을 폐지하더라도 방법 제한의 문제는 남는다. 현재 법률에 제한되는 선거운동 방법이 워낙 많다 보니 선거기간이 되면 후보자들 자체도 무엇이 허용되는지 알 수 없게 되고, 그에 따라 사후에 위법한 것으로 나타날 수 있는 많은 행위들이 이루어지게 된다. 이에 따라 선거관리위원회의 뒤늦은 단속과 후보자들의 교묘한 탈법행위 등이 행해지고, 심지어 위법행위와 실제 효과 사이의 시차를 이용하여 일단 당선되고 보자는 식의 행태도 나타나게 된다.[135] 더불어 현재 공직선거법의 규제 중심의 패러다임에서는 법적 혼선을 야기할 수 있는 추가 규제조항의 꾸준한 증가를 피할 수 없고, 이에 근거한 규제당국의 자의적인 법 집행 또한 증가할 수밖에 없는 근본적인 문제가 있다.[136] 이에 따라 현재의 단서별, 조항별 선거운동 방법 규제 조항 또한 폐지할 필요성이 있다.

비슷한 맥락에서 중앙선거관리위원회는 2016년 8월 국회에 제출한 개정의견[137]에서 선거운동의 자유를 확대하고자 말과 전화에 의한 선거운동 상시 허용 등을 제안했다. 중앙선거관리위원회 법제과의 정광민 법제관[138]은 해당 개정의견은 높아진 국민의 정치의식과 '돈은 묶고 입은 푼다'는 「공직선거법」 제정 본래의 취지에 맞게 돈이 들지 않거나 선거 과열 등 부작용을 초래할 위험성이 없는 선거운동은 상시 허용하자는 취지라고 설명했다.[139]

---

134 서복경(주119), p. 26.

135 서울대학교 법학전문대학원(주125), p. 150.

136 심우민, "온라인 사전선거운동 규제의 위헌결정과 법제정비의 필요성", KISO 저널 제8호, 2012, http://journal.kiso.or.kr/?p=524 (최종접속일 : 2017. 7. 25.).

137 「정치관계법 개정의견(공직선거법·정당법·정치자금법)」, 중앙선거관리위원회, 2016. 8. 25; 「정치관계법 개정의견(공직선거법·정당법·정치자금법)」, 중앙선거관리위원회, 2013. 6. 5.

138 기본권판례연구팀, 과천, 중앙선거관리위원회 법제과와의 인터뷰, 인터뷰 녹취록, 2017. 7. 24.

139 이러한 문제의식을 이어받아 선거운동을 할 수 있는 사람은 선거일을 제외하고는 말(言) 또는 전화(송·수화자 간 직접 통화하는 방식에 한함)를 이용한 선거운동을 상시할 수 있도록 하려는 입법발의안으로는 다음이 있다. 「공직선거법 일부개정법률안」(의안번호 2003258, 제안일자: 2016. 11. 3, 대표발의: 박남춘, 소관위심사).

그 밖에 상대적으로 불리한 처지에 놓인 예비후보자의 선거운동의 자유를 확대하려는 입법발의안도 있다. 예비후보자가 다른 사람이 개최한 옥내모임에 일시적으로 참석하여 지지를 호소하는 경우에는 그 장소에 설치된 확성장치를 사용할 수 있도록 하는 안(「공직선거법 일부

해외 입법례는 이러한 변화의 흐름을 확고히 뒷받침한다. 일본을 제외한 대부분의 국가에서는 선거운동 방법에 대한 제한이 없거나 선거운동의 자유를 우선시한다.[140]

〈표 2〉 주요국의 선거운동방법

국가명	주요 선거운동방법
영국	◦포스터 전단, 호별방문, 선거인사문 송부, 스티커, 신문광고 등 선거운동방법에 **제한이 없음**. ◦정당에 의한 정책위주의 선거운동, 자원봉사자에 의한 선거운동 ◦신문·잡지 등은 자유롭게 특정 정당에 대한 지지나 정치적인 견해를 표명할 수 있음.
미국	◦포스터, 가정배달 우편물, 광고전단, 안내 팸플릿, 스티커, 정당기관지, 신문광고, 방송광고, 전화 및 PC이용 선전, 호별방문, 좌담·연설회, 광고게시판 등 선거운동 방법에 **제한이 없음**
독일	◦선거운동에 대해 특별한 법적 규제가 없어 자유롭게 선거운동 ◦투표일에 투표소 건물구내와 입구에서의 구호, 음향, 문서 등에 의한 선거운동 금지와 서명, 수집활동 등의 금지 이외에는 선거운동방법의 **제한이 없으며**, 신문광고, 벽보첩부, 선전물, 공개집회 등 다양한 방법으로 선거운동
프랑스	◦선전벽보, 집회고지벽보, 회람장, 투표용지송부, 방송연설(TV, 라디오), 선거집회 전단 등 ◦정당 및 정치단체는 라디오·TV 등 공공방송을 통하여 **정해진 시간 범위 내에서 선거운동** ◦법에 규정된 벽보판에는 개인용 포스터 게시가 가능하며, **벽보·전단 홍보물은 인쇄자의 주소·성명을 기재하여 배부할 수 있음**
일본	◦통상엽서, 선거운동용 전단(2종 이내), 포스터, 문서·도화의 게시, 신문광고(5회 이내), 정견방송, 경력방송, 개인연설회, 가두연설, 선거공보, 공개장소 방문, 전화 등의 선거운동 방법이 가능함 ◦**사전선거운동 금지, 선거일 후의 행위 제한**
이탈리아	◦**문서·도화의 게시장소, 선거일 전일 및 선거일 집회금지, 방송이용 제한 외에 선거운동방법 제한 없음**
캐나다	◦포스터, 전단, 가두배포물, 라디오·TV방송, 선거집회, 간판, 현수막 등 **선거운동 방법 제한 없음**. (제81조는 아파트 호별방문 또는 다세대주거단지 공동구역에서의 캠페인을 원칙적으로 허용함)

※ 선거운동과 관련하여 스웨덴, 스위스, 호주 등은 선거법령에서 선거운동에 관한 별도의 규정이 없음. (출처 : 중앙선거관리위원회, 각 국의 선거제도 비교연구, 2015, p.323.)

개정법률안」(의안번호 2007185, 제안일자: 2017. 6. 2, 대표발의: 유승희, 소관위심사, 제91조 제5항), 예비후보자가 말로 자신의 지지를 호소하는 행위를 통한 선거운동을 허용하는 안(「공직선거법 일부개정법률안」(의안번호 2003534, 제안일자: 2016. 11. 14, 대표발의: 원혜영, 소관위심사), 제60조의3 제1항 제6호).

140 중앙선거관리위원회, 각 국의 선거제도 비교연구, 2015, p. 323.

이처럼 해당 조항을 전면적으로 폐지하는 경우, 인지도 및 경제적 능력 차이에 따른 불평등을 야기할 수 있다는 우려가 있다. 하지만 선관위를 비롯하여 학계, 시민사회 대부분의 입장은 선거운동의 자유도를 높이더라도 방법 제한 조항 폐지에 따라 불거질 수 있는 공정성에 관한 우려는 다른 방식으로 해결할 수 있다는 입장이다. 김영태[141], 정민희[142], 서복경[143], 성낙인[144], 박이석[145] 등의 연구는 자유롭게 선거운동을 할 수 있게 하되, 선거운동 비용을 규제하자는 입장이다. 선거운동 비용의 총액 상한을 설정하고, 지출된 비용에 대한 엄격한 신고 및 감시를 통해 공정성과 투명성을 도모하고, 별도의 돈이 들지 않는 선거운동은 상시 허용하자는 것이다. 과거 권위주의 체제와 달리 공정한 선거의 체제가 마련됐고, 정치적 부패 방지 및 투명성 요구 또한 달성됐기 때문에, 바뀐 민주주의 체제 하에서는 정당과 유권자의 자유로운 소통과 공정경쟁을 보장하는 것이 보다 중요한 가치이기 때문이다. 서복경[146]에 따르면 정당 및 후보자가 유권자와 소통할 수 있는 가장 효과적인 방법은 지금과 같은 선험적 선거법 규제나 선관위의 유권해석이 아니라, 선거비용 지출상한 범위에서 후보자가 변화하는 매체환경이나 여론 환경에 민감하게 반응하면서 표와 정치자금을 구하는 것이다.

현재의 사전선거운동 조항은 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유를 제한하고, 유권자의 알 권리까지 제약하고 있다. 제도로서 민주주의가 안정적으로 정착된 현재 상황에서는 정치활동의 일환으로 기성정치인이건, 예비정치인이건 누구나 당선을 위해 노력하는 것은 당연하다. 이를 제도 안으로 포섭하여 자유롭게 경쟁할 수 있도록 기반을 다지는 것이 정치적 표현의 자유를 확장하는 길이며 실질적인 국민주권을 실현하는 데도 부합한다. 결국 사전선거운동 금지 조항의 폐지를 통해 후보자는 가장 창의적인 방법으로 유권자에게 다가가 정책과 공약 등을 설명하고 설득하여 지지층을 확보할 수 있고, 유권자들은 보다 투명한 정보에 기초해 합리적인 선택을 할 수 있게 된다. 선거의 공정성과 관련한 문제는 선거비용을 모두 선거관리위원회에 신고하는 방식으로 투명성을 높

141 김영태, “선거법 개정 10년의 성과와 과제 : 선거운동 관련 법규를 중심으로”, 의정연구 제21권 제1호, 2015, p. 54.
142 정민희, “정치관계법의 근본문제와 개정방향”, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007, pp. 53-101.
143 서복경(주119).
144 성낙인, “선거제도와 선거운동”, 저스티스 제130호, 2012, pp. 6-36.
145 박이석, “한국선거의 선거운동 자유 증대를 위한 입법제도에 관한 연구”, 입법과 정책 제7권 제1호, 2015, pp. 157-179.
146 서복경(주119), p. 26.

여 관리할 수 있다.

2. 차선책으로 대표적인 독소조항의 삭제 및 수정

공직선거법의 체계적 모순 및 폐해는 꾸준히 지적되어 왔고, 이에 대한 문제의식도 학계와 실무가 사이에서 광범위하게 공유되고 있는 상황이다. 그럼에도 불구하고 해당 법령은 국회를 비롯한 정치관계법 개정 논의에서 항상 후순위로 밀리고 있다. 이는 법령의 제·개정, 폐지 권한을 가진 국회의원들이 해당 법령의 이해관계 당사자인 데에 기인한다. 현재의 공직선거법 하에서 현직 의원들은 선거운동에서 유리한 위치를 점하므로 당선 이후 실질적인 문제 해결을 위해 적극적으로 나서지 않고 있는 상황이다. 더불어 선거운동 문제에 관한 국민적 관심 또한 선거구획정, 비례대표제 등에 비해 상대적으로 낮기에 현재까지 문제점은 고쳐지지 않고 있다.

법원 및 헌법재판소는 대상 조항이 재판의 전제가 된 경우 정치표현의 자유보다는 선거의 공정에 무게를 두고 있다.[147] 선거운동 과정에서 금권 등으로부터 후보자나 정당 등의 기회균등을 보장하여 선거결과의 왜곡을 방지할 필요가 있다는 것이다. 따라서 인터넷 사전선거운동이 허용된 사례와 같이 사법부에서 출발된 변화를 기대하기도 쉽지 않은 상황이다.

이처럼 해당 조항의 전면적인 폐지가 난망하다면 차선책으로 지엽적인 차원에서 접근할 필요가 있다. 앞선 논의에서 정리했듯, 선거운동의 자유가 우선 목표이고 선거의 공정은 그 수단으로 제기되어야 한다.[148] 이러한 관점에서 개별 조항을 검토해보고자 한다. 중앙선관위,[149] 학회,[150] 시민사회,[151] 국회의원, 해외입법례 등에서 공통으로 소위 '독소

147 김경호, "정치표현의 자유와 선거운동 규제에 대한 헌법재판소 결정 연구", 언론과학연구 제8권 제2호, 2008, pp. 42-44.

148 박이석(주145), p. 160.

149 「정치관계법 개정의견(공직선거법·정당법·정치자금법)」, 중앙선거관리위원회, 2016. 8. 25; 「정치관계법 개정의견(공직선거법·정당법·정치자금법)」, 중앙선거관리위원회, 2013. 6. 5.을 참고하였다.

150 「한국정치학회의 공직선거법 청원안」(청원번호 2000027, 청원일 2016. 10. 18, 청원소개 김세연 의원, 유승희 의원)을 참고하였다.

151 「시민사회단체연대회의의 공직선거법 청원안」(청원번호 2000019, 청원일 2016. 8. 24, 청원소개 진선미 의원)을 참고하였다. 시민사회단체연대회의는 전국 500여개 시민사회단체의 연대조직으로 시민사회의 의견을 종합·대변하여 개정안을 제시했기에 대표성이 있다고 판단했다.

조항'의 개정 혹은 폐지를 주장하는 경우 합리성 및 정당성을 갖추었다고 판단되므로 이를 최대한 빠르게 반영하여 처리할 필요가 있다.

가. 시설물·인쇄물 등을 활용한 정치적 표현에 대한 규제의 폐지 또는 축소

현재 공직선거법에 따르면 선거운동기간 개시 전에는 누구든지 선거법에 개별적으로 규정된 방법을 제외하고는 시설물·인쇄물 등을 활용하여 일체의 선거운동을 할 수 없다. 나아가 선거일 전 180일부터 선거일까지는 선거운동에 이르지 않더라도 선거에 영향을 미칠 목적의 시설물·인쇄물 등을 활용한 정치적 의사 표현도 규제하고 있는 상황이다.

이에 대해 중앙선관위, 한국정치학회, 시민사회단체연대회의 모두 해당 조항의 삭제를 제안하였다. 이들은 공통적으로 선거에 영향을 미칠 가능성이 있더라도 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한한다는 비판이 정당하다는 문제의식을 말했다. 선거관리위원회 역시 개정의견 및 이번 인터뷰에서 선거비용제한액의 총액 범위에서 자유로운 방법으로 선거운동을 할 수 있도록 비용 중심의 접근법을 제안했다.

해외입법례를 통해 살펴보아도 일본을 제외한 대부분의 국가에서 별도 규정을 두고 있지 않는 상황이다. 이러한 문제의식을 이어받은 입법발의안에서는 제90조에서 시설물의 경우 '옥외시설물'로 한정하고, 설치금지 기간 180일을 '60일'로 축소하고, '선거에 영향을 미치기 위하여'를 '선거운동을 위하여'로 수정하는 방법을 제안했다.[152] 제93조의 인쇄물의 경우 해당 조항의 삭제를 제안하거나[153] 선거 180일 전부터 정치적 의사 표현을 포괄적으로 규제하는 조항(제93조 제1항)의 삭제를 담은 안 또한 존재한다.[154]

나. 각종 집회 제한 규제의 폐지 또는 완화

공직선거법 제103조는 선거기간 중에는 선거에 영향을 미칠 수 있는 모든 집회와 모임을 금지하고 있다. 같은 법 제105조에 따라 선거운동에 해당할 수 있는 5인 이상의 행진이나, 구호제창 등도 제한하고 있다.

---

152 「공직선거법 일부개정법률안」(의안번호 2002173, 제안일자: 2016. 9. 6, 대표발의: 윤소하, 소관위심사).

153 「공직선거법 일부개정법률안」(의안번호 2001579, 제안일자: 2016. 8. 12, 대표발의: 유승희, 소관위심사).

154 「공직선거법 일부개정법률안」(의안번호 2002173, 제안일자: 2016. 9. 6, 대표발의: 윤소하, 소관위심사).

이에 대해 한국정치학회와 시민사회단체는 각각 주요내용의 삭제 및 해당 조항 전체 삭제를 제안했다. 헌법이 보장하는 집회의 자유를 침해하고, 유권자 표현의 자유를 제약하고 있다는 문제의식 때문이다.

해외입법례는 대부분의 나라에서 집회를 허용하고 있다.[155] 이에 대해 윤소하 의원은 현행 "누구든지 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 향우회·종친회·동창회·단합대회 또는 야유회, 그 밖의 집회나 모임을 개최할 수 없다."를 "선거에 직접적 영향을 미치는 등 사실상 선거운동을 하기 위하여 향우회·종친회·동창회·단합대회 또는 야유회를 개최할 수 없다."로 축소 적용하는 개정안을 제시했다.[156]

다. 유권자에게 소품 또는 표시물을 활용한 선거운동의 허용

현행 공직선거법에 따르면 후보자와 선거사무원이 아닌 일반 유권자 또는 시민은, 자신의 정치적 입장이나 후보자에 대한 선호를 표현할 수 있는 내용이 담긴 옷, 어깨띠, 표찰, 손팻말, 마스코트, 인형, 배지, 모자, 스티커 소품을 착용, 부착, 배포할 수 없다.

이에 대해 한국정치학회와 시민사회단체는 해당 조항의 삭제를 제안했다. 또한 선관위는 선거운동을 허용하자는 개정의견을 제시했다. 다만 과다한 제작비용 지출을 방지하기 위하여 표시물의 크기와 규격 등은 중앙선거관리위원회규칙으로 정하도록 하는 의견을 포함했다.

Ⅶ. 결론을 대신하여 — 새로운 제언

지금까지 학계의 논의는 공직선거법의 전면적 개편 혹은 독소조항의 개정·폐지에 국한되어 있었다. 현실적으로 입법이 작동되는 방식을 고려할 때 이와 같은 변화를 위해서는 헌법재판소의 법적 판단에 의한 변화를 제외할 경우 정치권에서 출발한 위로부터의 변화나 여론의 압박에 의한 아래로부터의 변화가 필요하다. 이해관계 당사자인 국회의원

155 박이석(주145), p. 170.

156 「공직선거법 일부개정법률안」(의안번호 2002173, 제안일자: 2016. 9. 6, 대표발의: 윤소하, 소관위심사).

의 소극성으로 인해 시민단체, 학계, 선관위 등 사회 각계에서 공직선거법의 문제점을 널리 알리고자 노력하는 것도 이와 같은 이유에서이다. 다만 여기서는 기존의 논의에서 보다 나아가 해당 법령의 문제점을 타파하기 위한 새로운 방법을 제언하며 글을 매듭짓고자 한다.

1. 대상판례에 기초한 법원의 합헌적 해석

헌법 제21조를 통해 표현의 자유는 침해될 수 없는 본질적 권리로 인정되고 있다. 헌법 제37조가 인정하는 법률로 제한할 수 있는 범위는 '국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우'로 한정되며 이때에도 권리의 본질적 내용은 침해되지 않아야 한다. 따라서 현행 공직선거법은 헌법이 보장하는 시민의 정치표현의 권리를 보장하는 틀 내에서 해석되어야 한다.

앞서 논의의 출발점으로 삼은 대상판결에서는 후보자의 선거운동의 목적의사를 '선거인의 관점에서' 판단할 필요성을 제시했고, 최근 대법원은 선거일 1년 전에 명함을 배포한 것이 사전선거운동에 해당되지 않는다면서 대상판례의 선거운동 기준을 인용하였다.[157] 이처럼 현행 공직선거법과 같이 명확성의 원칙에 어긋나는 문제를 지닐 때 법원은 최대한 국민 개개인의 권리를 두텁게 보호하는 합헌적 해석을 할 필요가 있다.

나아가 같은 원칙을 후보자 외에 유권자의 정치적 표현의 자유를 제한하는 다른 공직선거법 규정의 해석에도 적용할 수 있을 것이다. 이 경우 앞서 본문에서 언급한 총선넷 기소 사건과 같은 사례를 줄이고, 현행 법령 내에서 유권자의 기본권을 지금보다 두텁게 보호할 수 있을 것으로 기대된다.

2. 공직선거법 사안에서 국민참여재판의 도입 필요성 모색

국민참여재판은 2008년부터 시행되고 있는 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」에 근거하고 있는데 '사법의 민주적 정당성 및 투명성 강화를 통한 사법부의 신뢰성 증진'을 목적으로 도입되었다. 공직선거법 위반 혐의로 기소된 경우 당사자의 신청으로 국민참여재판이 진행되는 경우가 더러 있다. 여기서 나아가 대상판결에서 선거운동 여부를 판단

157 대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1799 판결.

하는 기준으로 언급한 '선거인의 관점에서'의 함의를 생각할 때, 소위 선거사범으로 불리는 공직선거법 사안에 대해 국민참여재판을 의무적으로 도입하는 방법을 검토할 수 있다.

흔히 '민주주의의 꽃'이라 불리는 선거는 다양한 구성원 간 의견 교류의 장으로 기능한다. 정당, 후보자, 선거운동원, 유권자는 서로 영향을 주고받으며 합리적인 대안을 모색하게 된다. 이처럼 공론장에서 벌어지는 모든 종류의 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단할 때 현재처럼 판사 개인 혹은 3인이 결정을 내리는 것보다 일반 시민으로 구성된 배심원단이 '선거인의 관점'에 보다 부합한 결정을 내릴 수 있다.

이에 대해 선거 사건은 배심원들의 정치적 편견 등으로 전문적인 법리 판단에 기초한 공정한 판결을 기대하기 어렵다고 주장할 수도 있다. 하지만 민주주의 사회에서 대표자를 선출하는 선거법 사건이야말로 국민들의 상식이 충분히 반영되는 참여재판을 거쳐야 할 필요성이 있다. 특히 대상판결의 함의를 고려할 경우 선거운동 여부의 판단에 국한해서라도 국민참여재판을 의무화하는 방법을 검토할 필요가 있다.

3. 헌법기관으로서 선거관리위원회에 입법발의 권한 부여

공직선거법의 개정이 어려운 것은 입법 권한이 있는 현직의원들과 이해관계가 얽힌 사안이기 때문이다. 헌법재판소 등 사법기구에 의존한 변화도 권력분립의 원칙을 고려할 때 바람직하지만은 않다. 따라서 헌법기관에 국한하여 입법발의 권한을 부여하는 방식을 생각할 수 있겠다.

현행 헌법상 선관위(제114조 6항)를 비롯한 법원(제108조), 헌법재판소(제113조 2항) 등의 헌법기관은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 내부규율과 사무처리[158]에 관한 규칙을 제정할 권한을 가지고 있다.

하지만 선관위가 선거관리에 관한 규칙 제정 권한을 넘어 선거관리에 관한 입법발의 권한까지 지닐 경우 보다 전문적이고 신속한 대응이 가능할 수 있다. 이는 사회적인 합의와 그에 기초한 개헌이 필요한 상상적 대안인 한계가 있다. 그렇지만 공직선거법과 같이 현직 의원과 직접적인 이해관계가 있는 사안들의 경우 단순히 국회 내 다수결을 확보하는 방법이 아니라 거대정당들 간의 합의를 필수적으로 거쳐야 하기 때문에 변화가 요원한 것도 사실이다. 제언에 따른다면 입법 통과를 보장하지 않고 단순히 발의 권한만

158 선관위의 경우 선거관리·국민투표관리 또는 정당사무에 관한 규칙.

부여한다는 점에서 현재의 권력분립 원리에 저촉되지 않을 것으로 예상되며, 현재 개정의견을 제출하는 방식보다 선관위의 전문성 및 능동성 또한 살릴 수 있을 것으로 기대된다.

참고문헌

문진헌·이경기, 판결문으로 본 알기쉬운 선거법 해설, 석탑출판, 2013.
박이석·강상덕, 형법론과 공직선거법, 상원사, 2016.
배행식, 세계의 선거제도, 홍익출판사, 2012.
서인석·조성재, 안전한 당선을 보장하는 선거법 해설: 선거소송 이렇게 준비하면 이긴다, 타커스, 2014.
성낙인, 공직선거법과 선거방송심의, 나남, 2007.
_____, 헌법학, 법문사, 2017.
오윤식, 후보자와 정당을 위한 공직선거법 해설, 피앤씨미디어, 2016.
정병욱, 공직선거법, 박영사, 2006.

김경호, “선거운동'의 정의와 그 범위의 결정에 관한 연구－대법원 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로”, 언론과법 제16권 제1호, 한국언론법학회, 2017.
_____“정치표현의 자유와 선거운동 규제에 대한 헌법재판소 결정 연구”, 언론과학연구 제8권 제2호, 2008.
김도협, “선거운동에 관한 규제와 그 개선방안에 관한 고찰”, 세계헌법연구 제18권 제1호, 국제헌법학회, 2012.
김래영, “개정 공직선거법의 문제점과 개선방안”, 공법학연구, 2012.
_____, “예비후보자제도의 문제점과 개선방안: 대통령선거를 중심으로”, 선거관리 제54호, 2008.
김범태, “선거운동의 형평성에 관한 연구”, 선거연구 제6호, 2015.
김영태, “선거법 개정 10년의 성과와 과제 : 선거운동 관련 법규를 중심으로”, 의정연구 제21권 제1호, 2015.
김용철, “한국 선거운동의 민주적 품질 : 자유와 공정의 관점에서”, 의정연구 제17권 제3호(제34호), 2011.
김일환·홍석환, “선거운동 규제에 관한 비교법적 고찰”, 미국헌법연구 제25권 제1호, 2014.
김재선, “공직선거법과 선거운동의 자유에 관한 공법적 고찰”, 고려법학 제80권, 2016.
김형철, “예비후보자제도와 선거운동기회의 불평등성: 선거운동의 자유와 공정성을 중심으로”, 한국정치연구 제23집 제3호, 2014.
박이석, “한국선거의 선거운동 자유 증대를 위한 입법제도에 관한 연구”, 입법과 정책 제7권 제1호, 2015.
서복경, “제한적 경쟁의 제도화-1958년 선거법 체제”, 선거연구 제3권 제1호, 한국선거학회,

2013.
성낙인, “선거제도와 선거운동”, 저스티스 통권 제130호, 2012.
손형섭, “선거표현의 자유와 공정성 확보를 위한 다층적 법적 대응 연구”, 언론과법 제15권 제2호, 2016.
송석윤, “선거운동 규제입법의 연원－1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입”, 서울대학교 법학 제46권 제4호, 2005.
유현종, “선거운동 규제의 제도적 변화와 지속성- 국회의원 선거운동관련 제도를 중심으로”, 한국정치학회보 제45권 제1호, 2011.
이춘재, “대법 ‘정치신인 사전선거운동 폭넓게 허용해야’”, 한겨레, 2016. 10. 13.
정민희, “정치관계법의 근본문제와 개정방향”, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007.
차진아, “공직선거법상 선거운동의 개념 등에 대한 대법원의 해석권한의 범위와 한계”, 법조 제65권 제9호, 2016.
최희경, “정치적 표현에 관한 헌법적 고찰”, 이화여자대학교 법학논집 제15권 제1호, 2010.

서울대학교 법학전문대학원, “헌법재판소 결정분석을 통한 공직선거제도 개선방안”, 2015.
송석윤·황성기·김도협·김주영, “선거운동의 자유와 선거의 공정성”, 헌법재판소 정책개발연구용역보고서, 헌법재판소, 2011.
중앙선거관리위원회, “각 국의 선거제도 비교연구”, 중앙선거관리위원회 선거연수원, 2009.
_____, “각 국의 선거제도 비교연구”, 중앙선거관리위원회 선거연수원, 2015.
_____, “제20대 국회의원선거총람(2016. 4. 13. 시행)”, 2016.
_____, “제20대 국회의원선거(2016. 4. 13.)에 관한 유권자 의식조사”, 2016.

김래영, “개정 선거법의 문제점과 개선방안- 사전선거운동금지규정을 중심으로”, 한국공법학회 제122회 학술발표회 발표문, 한국공법학회, 2005.
국가인권위원회, “정치관계법 및 그 개정안에 대해 국회에 의견표명”, 보도자료, 2004. 2. 17.
서복경, “유권자의 알권리, 후보자와의 소통 활성화”, 공직선거법 개정 방향 토론회, 2013. 7. 25.
_____, “선거운동의 자유와 참정권 확대를 위한 공직선거법 개정방향”
국회입법조사처 세미나－선거제도 개혁 및 정당민주화, 2017. 2. 16.
_____, “선거운동 기간의 규제완화와 선거운동 규제의 일반법 적용 가능성”, 선거운동의 자유 확대 : 공직선거법 쟁점과 개혁 방향‘ 학술대회, 2016. 5. 20.
심우민, “온라인 사전선거운동 규제의 위헌결정과 법제정비의 필요성”, KISO 저널 제8호, 2012.
윤현식, “군소정당의 성장을 방해하는 공직선거법”, 국회의원의 국민대표성 강화를 위한 선거제도의 개혁방향 토론회(미간행), 공법학회, 2015. 11. 13.

헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바27 결정.
헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 93헌가4·6 결정.
헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 94헌마97 결정.
헌법재판소 1997. 10. 30. 선고 96헌마94 결정.
헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 99헌바92·2000헌바39·2000헌마167·168·199·205·280 결정.
헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌마121·202 결정.
헌법재판소 2001. 10. 25. 선고 2000헌마193 결정.
헌법재판소 2004. 3. 25. 선고 2001헌마710 결정.
헌법재판소 2008. 10. 30. 선고 2005헌바32 결정.
헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌바24 결정.
헌법재판소 2011. 12. 29. 2007헌마1001 결정.
헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2011헌바153 결정.
헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌바17·2012헌바391 결정.
헌법재판소 2015. 4. 30 선고 2011헌바163 결정.
헌법재판소 2016. 6. 30. 선고 2014헌바253 결정.
대법원 1998. 6. 9. 선고 97도856 판결.
대법원 2002. 1. 22. 선고 2001도822 판결.
대법원 2006. 3. 24. 선고 2004도8716 판결.
대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도3940 판결.
대법원 2008. 9. 11. 선고 2008도5178 판결.
대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6555 판결.
대법원 2009. 5. 28. 선고 2009도1937 판결.
대법원 2011. 6. 24. 선고 2011도3447 판결.
대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도9243 판결.
대법원 2015. 8. 19. 선고 2015도5789 판결.
대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결.
대법원 2017. 4. 26. 선고 2017도1799 판결.
대전고등법원 2016. 12. 12. 선고 2016노337 판결.
서울남부지방법원 2017. 1. 24. 선고 2016고합449 판결.

「공직선거법」(법률 제14839호, 타법개정 2017. 7. 26, 시행 2017. 7. 26.).
「공직선거법 일부개정법률안」(의안번호: 2001579, 제안일자: 2016. 8. 12, 대표발의: 유승희, 소관위심사).
「공직선거법 일부개정법률안」(의안번호: 2002173, 제안일자: 2016. 9. 6, 대표발의: 윤소하, 소관위심사).

「공직선거법 일부개정법률안」 (의안번호: 2002315, 제안일자: 2016. 9. 19, 대표발의: 박주민, 소관위심사).
「공직선거법 일부개정법률안」 (의안번호: 2003258, 제안일자: 2016. 11. 3, 대표발의: 박남춘, 소관위심사).
「공직선거법 일부개정법률안」 (의안번호: 2003534, 제안일자: 2016. 11. 14, 대표발의: 원혜영, 소관위심사).
「공직선거법 일부개정법률안」 (의안번호: 2007185, 제안일자: 2017. 6. 2, 대표발의: 유승희, 소관위심사).

김도윤, ""선거구 미획정 상태서 선거일 지정은 위헌"…첫 헌법소원" , 연합뉴스, 2016. 1. 8.
김동인, "정치신인에게 가혹한 20대 총선", 시사인, 2016. 1. 25.
민영규, "정치신인 위한 예비후보제, 기성 정치인에 더 유리", 연합뉴스, 2014. 4. 25.
조명휘, "한국당 "권선택 사전선거운동 조사"…선관위 "문제없어"", 뉴시스, 2017. 3. 6.
"선거참여를 위한 공직선거법 훑어보기" 강의, 참여연대.

「시민사회단체연대회의의 공직선거법 청원안」 (청원번호: 2000019, 청원일 2016. 8. 24, 청원소개 진선미 의원).
「정치관계법 개정의견(공직선거법·정당법·정치자금법)」, 중앙선거관리위원회, 2016. 8. 25.
「정치관계법 개정의견(공직선거법·정당법·정치자금법)」, 중앙선거관리위원회, 2013. 6. 5.
「한국정치학회의 공직선거법 청원안」 (청원번호: 2000027, 청원일 2016. 10. 18, 청원소개 김세연·유승희 의원).

기본권판례연구팀, 서울, 민주사회를위한변호사모임 정치관계법 TF 좌세준 변호사와의 인터뷰, 인터뷰 녹취록, 2017. 7. 12.
기본권판례연구팀, 서울, 참여연대 이선미 시민감시1팀장과의 인터뷰, 인터뷰 녹취록, 2017. 7. 12.
기본권판례연구팀, 서울, 참여연대 장소화 시민감시1팀간사와의 인터뷰, 인터뷰 녹취록, 2017. 7. 12.
기본권판례연구팀, 서울, 황종섭 정의당 대표비서실 차장과의 인터뷰, 서면 인터뷰, 2017. 7. 13.
기본권판례연구팀, 과천, 중앙선거관리위원회 법제과 정광민 법제관과의 인터뷰, 인터뷰 녹취록, 2017. 7. 25.
기본권판례연구팀, 서울, 민병덕 변호사와의 인터뷰, 서면 인터뷰, 2017. 8. 10.

김효정, "손묶고 발묶은 제58~제118조 선거법 제7장의 덫", 주간조선, 2016. 3. 18, http://pub.

chosun.com/client/news/viw.asp?cate=C01&mcate=&nNewsNumb=20160319743&nidx=19744 (최종 접속일 : 2017. 7. 25.).

|Abstract|

Fundamental Right Issues on Pre-Electioneering Regulations Under the Korean 'Public Official Election Act' and Legislative Alternatives

- Based on 2015Do11812(August 26, 2016) of the Supreme Court of Korea

Junhee Kwon*·Daeuk Kim**·Minju Lee***·
Miyoung Kim****·Jiae Yang*****·Jihye Jung******

Going through decades of Cold War and military dictatorship, the 'Public Official Election Act(POE Act)' of Korea has been heavily influenced by Japanese Law, which had its main focus on regulating elections. In spite of several revisions, POE Act still exercises a heavy hand, with its restrictions on electioneering period and methods both detailed and inclusive.

In this situation, the implications of 2015Do11812(August 26, 2016) of the Supreme Court of Korea are quite significant. The court narrowed the scope of "pre-electioneering" banned by POE Act, presenting two standards: "specified election" and "objectively proved intent to influence the outcome." This ruling is quite a breakthrough, in that it emphasized the importance of free elections and introduced voters' point of view in legal application.

* J.D. Candidate, School of Law, Seoul National University, powtima68@gmail.com
** J.D. Candidate, School of Law, Seoul National University, kdu5103@naver.com
*** J.D. Candidate, School of Law, Seoul National University, durns8019@gmail.com
**** J.D. Candidate, School of Law, Seoul National University, yja1208@naver.com
***** J.D. Candidate, School of Law, Seoul National University, mstylestar@gmail.com
****** J.D. Candidate, School of Law, Seoul National University, chrisinfp4@gmail.com

Notwithstanding the changes 2015Do11812 has made, current POE Act still remains to be problematic, due to some vague and discriminatory articles. This study aims to identify fundamental right issues related to electioneering regulations under POE Act through literature research and interview, and to seek feasible legislative alternatives. We have found that there are three main problems in the current POE Act that infringe on people's fundamental rights.

First, regulations on electioneering period run against the principle of clarity and violate freedom of election campaigns. The vagueness of POE Act Articles and incoherent interpretations by the National Election Commission have created many worries about arbitrary law enforcement. When a controversial agenda—supported or resisted by various NGOs—becomes a big issue in an election, drawing a line between NGO activity and election campaign is not easy. Furthermore, restricting pre-electioneering can infringe on individuals' political liberty. Although politicians can register as "preliminary candidates" before the formal electioneering period, there is little room for activity.

Second, regulations on electioneering methods violate freedom of speech. POE Act regulates a wide range of activities which can influence elections during, or even before the formal electioneering period. While the Constitutional Court of Korea has ruled that the law is constitutional, this study argues that some articles of POE Act are not clear and infringe on fundamental rights. There was a time when corruption and election fraud were serious problems in Korean politics, but times have changed; so should the law.

Third, current POE Act is discriminatory in that it fails to provide equal opportunities for prospective politicians. Too much regulation only serves the interests of incumbent lawmakers and social celebrities, creating entry barriers for less-known parties and politicians. It is necessary to reform POE Act to create a level playing field in politics.

In order to solve the problems stated above, this study suggests several alternatives both inside and outside the law. Total elimination of articles which ban pre-electioneering is our first suggestion; if it is not very feasible, getting rid of "poisonous clauses" such as Article 90 would be vital. Our suggestion also includes

reducing criminal punishment for POE Act violations based on 2015Do11812, introducing civic participation in election trials and giving more initiatives to the National Election Commission during legislation.

Key words : Pre-electioneering Regulations, political liberty, freedom of speech, Equal rights, poisonous clause, fundamental human rights