

공직선거법 위반사례에 대한 헌법재판소의 태도

Attitude of the Constitutional Court about cases violating
'Public Officials Election Act'

정 해 영(Jung, Hae Young)*

ABSTRACT

Election system is necessary in current democratic nations. In current democratic system, people's opinions cannot but be realized by the election. People can come true their rights to vote and be voted by the election system. Our Constitution also contains several articles of the election system. And to realize those articles of Constitution, there is the 'Public Officials Election Act'.

Even though there are many devices in Constitution and the Public Officials Election Act for the fair election, there are many cases to violate those regulations. And there are several cases our Constitutional Court judged their constitutionality.

Judging the constitutionality of the statute, Constitutional Court gives emphasis on the 'fair election' and usually holds constitutional respecting the legislative power. But there are some cases Constitutional Court expressed opinions of unconstitutionality when the articles infringed on the rights to vote or to be voted unreasonably.

Legislature need to consider revising those articles which contain unconstitutional opinions to strengthen the right to vote and to be voted of people. Administration must also try its best to guarantee the right to vote or to be voted of people as well as the fair election. The justice need to judge the criminal cases violating the Public Officials Election Act considering the right to vote and to be voted as well as the fairness of election according to the attitude of Constitutional Court.

Key words: 공직선거법(Public Officials Election Act), 헌법재판소(Constitutional Court), 선거제도(Election System), 위헌법률심판청구(Request for Constitutional Review of the Statute), 헌법소원(Constitutional Complaint)

* 동아대학교 법학전문대학원 겸임교수, 변호사

1. 머리말

선거제도는 대의적 통치구조에 있어서 필수적인 원리이다. 현대자유민주주의 국가에 있어서 국민의 의사는 선거를 통해서 현실화될 수밖에 없고, 선거제도를 통해서 국민의 참정권을 실현함으로써 국민의 기본권 실현에도 중요한 원리로 작용한다. 이러한 선거제도의 중요성을 염두에 두어 우리나라 헌법은 국민의 참정권을 보장하고, 민주적 선거법의 기본원칙을 명문화하며, 대통령, 국회의원, 지방직 선거제도 등을 마련하고 있다. 또한 공직선거법 등을 통해서 헌법상 보장된 위 권리 및 원칙을 실현하고 있다.

헌법과 개별 법률에는 공정하고 정의로운 선거를 위한 여러 가지 제도가 있지만, 현실에 있어서는 위 헌법 및 법률 위반 사례들이 많이 발생하고 있다. 이하에서는 최근 공직선거법을 위반한 사례 중, 헌법재판소가 각 공직선거법 위반 행위 내지 공직선거법 규정에 대한 헌법적 판단을 한 사례¹⁾를 조문별로 분류하여 검토하였다.²⁾

이 사례들은 헌법재판소가 공직선거법 위반사실에 대해서 헌법적인 판단을 하였다는 점에서 의미가 있다. 또한 장래 공직선거와 관련된 자들이 선거 관련 사무를 함에 있어서도 위법행위를 반복하지 않도록 헌법재판소의 태도를 숙지할 필요가 있다는 점에서 의의가 있다. 한편, 공직선거를 관리하여야 하는 행정기관의 입장에서 헌법재판소의 판단을 존중하여야 하고, 최종적으로 선거법위반자들에 대한 유, 무죄를 판단하는 사법부의 입장에서 헌법재판소의 헌법적 판단을 고려하여 위법성 여부 및 형량을 정할 필요가 있다는 점에서 그 검토의 필요성이 있다고 할 것이다. 끝으로 일부 공직선거법 조항에 대해서는 헌법재판소가 위헌 판단을 하거나 위헌 의견이 제시하였으므로, 입법자들 역시 헌법재판소의 공직선거법에 대한 위헌 의견 등을 존중하여, 조속히 입법을 개선할 필요성이 있을 것이다.

1) 2009년부터 2010년 9월 말까지의 공직선거법 위반에 대한 헌법재판소 결정례 범위에서 살핀다.

2) 이 글에서는 공직선거법 위반 사례에 대한 헌법재판소에 태도에 국한하여 살펴본다.
공직선거법위반 사례 외의, 지방자치법위반 사례(2010. 9. 2. 2010헌마418), 지방교육자치에 관한 법률 위반 사례(2010. 2. 25. 2008헌바10) 등 참조.

II. 조문별 검토³⁾

1. 공직선거법 제9조 제2항⁴⁾

가. 심판 대상 조문

공직선거법 (2006. 2. 21. 법률 제7849호로 개정된 것)

제9조 (공무원의 중립의무 등)

② 검사(군검찰관을 포함한다) 또는 국가경찰공무원(검찰수사관 및 군사법경찰관리를 포함한다)은 이 법의 규정에 위반한 행위가 있다고 인정되는 때에는 신속·공정하게 단속·수사를 하여야 한다.

나. 사건의 개요

청구인은 '2007. 12. 19. 실시 예정인 제17대 대통령선거'에 영향을 미치게 하기 위하여 2007. 6. 22.경부터 2007. 9. 23.경까지 대통령선거 입후보 예정자인 박근혜가 개설한 인터넷 홈페이지의 '네티즌 정치 갤러리'에 대통령선거 입후보 예정자인 이명박을 반대하거나 박근혜를 지지하는 내용이 포함된 사진과 글을 게시하여 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항을 위반하였다는 혐의로 기소되어, 1심 법원에서 유죄판결을 선고받고 항소심을 거쳐 상고심 계속 중, 공직선거법 제9조 제2항에 대한 위헌법률심판 제청 신청 및 이 사건 헌법소원을 청구하였다.

다. 헌법재판소의 판단 요지

심판대상 법률조항은 검사 또는 국가경찰공무원 등이 공직선거법 위반행위에 대한 단속·수사의 권한을 행사함에 있어 특히 신속·공정하게 하여야 함을 강조하기 위한 것일 뿐, 공직선거법 위반행위에 대한 단속·수사 권한에 관한 근거를 마련하기 위한 규정이라고 볼 수 없다. 이 사건 심판청구는 외형상 특정 법률조항을 심판대상으로 삼아 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 제기하였으나 실질적으로 특정 법률조항의 위헌성을 다투는 것이 아니라 법률의 부존재를 다투는 것이므로 그 자체로 부적법하다.

3) 순서는 공직선거법 조문 순서임.

4) 헌법재판소 2010. 2. 25, 2009헌바95

라. 평가

이 사건 공직선거법 위반자의 경우, 선거관리에서 엄격한 정치적 중립성과 공정성을 담보하기 위해서 행정부 소속 공무원인 검사 및 경찰 등 수사기관이 아닌, 정치적 중립성과 공정성을 지닌 선거관리위원회가 사전 조사 후 고발이 있는 경우에 한하여 검찰이 수사를 하여야 한다는 취지로 주장을 하였으나, 헌법재판소는 실질적으로 심판대상 조항의 위헌성과 관련성이 없다는 취지로 각하하였다.

2. 공직선거법 제47조의 2 등⁵⁾

가. 심판대상 조문

공직선거법(2008.2.29.법률 제8879호로 개정된 것)

제47조의2(정당의 후보자추천 관련 금품수수금지)

① 누구든지 정당이 특정인을 후보자로 추천하는 일과 관련하여 금품이나 그 밖의 재산상의 이익 또는 공사의 직을 제공하거나 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속하는 행위를 하거나, 그 제공을 받거나 그 제공의 의사표시를 승낙할 수 없다.

② 생략

230조(매수 및 이해유도죄)

① ~ ⑤ 생략

⑥ 제47조의2 제1항 또는 제2항을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

⑦ ~ ⑧ 생략

나. 사건의 개요

청구인들(3인)은 2008. 4. 9. 실시된 제18대 국회의원선거 비례대표 후보자 추천과 관련하여 금품을 제공하거나 제공받은 사람들로서, 공직선거법 제230조 제6항, 제47조의2 제1항을 위반하였다는 범죄사실로 각 기소되어, 법원으로부터 징역형을 선고받고, 위 형이 최종적으로 확정되어 국회의원 당선무효 등의 결정을 받은 자들이다.

청구인들은 위 형을 선고받은 후, 이 사건 공직선거법 제230조 제6 및 제47조의2 제1항이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청 및 헌법소원을 제기하였다.

5) 헌법재판소 2009. 10. 29, 2008헌바146

다. 헌법재판소의 판단 요지

이 사건 조항은 정당의 후보자 추천과 관련된 금품수수를 규제함으로써 정당 공천의 공정성과 정당 운영의 투명성, 도덕성을 제고하고, 나아가 선출직 공직자 선거에 있어서 후보자 추천 단계에서부터 금권의 영향력을 원천적으로 봉쇄하여 궁극적으로 공명정대한 선거를 보장하기 위하여 마련된 규정으로 입법목적의 정당성이 인정되므로, 과잉금지원칙 등의 위반이라고 보기 어렵다.

라. 평가

헌법재판소는 정당 후보자 추천과 관련하여 금품 수수를 규제하는 것은, 정당 공천의 공정성의 측면뿐만이 아니라 공명정대한 선거를 보장하기 위해 당연한 규정이라고 판단하였다.

3. 공직선거법 제59조 제3호⁶⁾

가. 심판의 대상

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정된 것)

제59조(선거운동기간) 선거운동은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일전일까지에 한하여 이를 할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 후보자, 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 선거운동을 하는 경우

나. 사건의 개요

청구인은 2007. 6. 22.경부터 같은 해 9. 23.경까지 제17대 대통령 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 대통령선거 입후보 예정자인 박근혜의 인터넷 홈페이지 ‘네티즌 정치 갤러리’에 위 선거 입후보 예정자인 이명박의 지지를 반대하거나 박근혜를 지지하는 내용이 포함되어 있는 사진과 글을 게시하여 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항을 위반하였다는 혐의로 기소되어 서울서부지방법원에서 벌금 400만원을 선고받고(2008고합33) 서울고등법원에 항소하여 재판 계속 중(2008노1185), 사전선거운동을 금지하면서, 다만 후보자 등에 대하여는 기간 제한 없이 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를

6) 헌법재판소 2010. 6. 24, 2008헌바169

이용한 선거운동을 허용하는 공직선거법 제59조 제3호가 선거운동의 기회균등원칙 및 평등원칙에 위배된다고 주장하며 위헌법률심판제청신청을 하였으나(2008초기835) 2008. 11. 27. 위 신청이 기각되자, 2008. 12. 30. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 헌법재판소 결정 요지

(1) 합헌의견

첫째, 선거운동의 자유 침해의 여부와 관련하여, 이 사건 조항은 온라인 공간의 특수성을 고려하면, 선거운동의 기회균등보장 원칙에 입각하여 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하기 위한 합헌적인 조항이다.

둘째, 평등원칙 및 선거운동의 기회균등 원칙 위배 여부와 관련하여, 온라인의 빠른 전파가능성을 고려하면, 후보자와 유권자를 차별취급하는 합리성이 인정되므로, 평등원칙 및 선거운동 기회균등 원칙에 반하지 않는다.

(2) 각하의견 1 (재판관 조대현)

공직선거법 제59조 제3호는 청구인의 당해사건에 직접 적용된 규정이 아니며, 위 조항의 입법부작위의 내용(후보자나 후보자가 되고자 하는 자가 개설한 인터넷 홈페이지를 이용하여 일반 국민이 선거운동을 하는 것을 허용하는 규정을 두지 아니한 점)은 현존하는 법률규범이 아니므로 당해사건의 재판에 적용될 수 없다.

(3) 각하의견 2 (재판관 목영준)

재판의 전제성 인정요건으로서 “법률조항의 위헌 여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지는 경우”란, “당해 사건에 구체적으로 적용되는 법률조항의 위헌 여부에 의하여 판결의 주문이 달라지는 경우”이지, “당해사건에 적용되지도 않는 다른 법률조항의 위헌 여부에 의하여 판결의 주문이 달라지는 경우”를 말하는 것은 아니므로, 공직선거법 제255조 제2항 제5호, 제93조 제1항에 위반하였다는 혐의로 기소되어 유죄판결이 확정된 당해 사건에서 적용된 법률은 위 조항들뿐이고, 이 사건 법률조항은 적용될 여지가 없다.

(4) 위헌의견(재판관 김종대, 재판관 송두환)

이 사건 법률조항은 입법목적 자체의 정당성이 인정되더라도, 그 입법목적 달성을 위하여 종전의 다른 선거운동방법보다 경제력 차이에 따른 선거 불공정의 폐단이 적은 인터넷 선거운동을 다른 선거운동과 마찬가지로 금지하므로 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 보기 어렵고, 공직선거법은 선거폐해 방지를 위한 제반조치로서 공직선거법 제82조의4 제2항, 제3항 및 제82조의5 제1항, 제4항 등을 이미 마련해 놓고 있어 피해최소성 원칙에도 위반될 뿐만 아니라, 표현의 장이라 할 수 있는 인터넷 공간

에서 정치적 표현의 자유를 제약함에 따른 불이익이 적지 아니하여 법익 균형성에도 반한다.

라. 평가

이 사건의 경우, 각하의견에서 보듯이 공직선거법 위반자를 처벌하는 근거 규정 외에 다른 조문에 대한 위헌판단이 문제되어서 재판의 전제성이 인정되지 아니하여 헌법재판소가 구태여 판단하지 않을 수 있었음에도, 선거의 공정성의 측면을 강조하면서 헌법재판소가 적극적인 판단을 한 것이다.

4. 공직선거법 제82조의 6 제1항⁷⁾

가. 심판 대상조문

구 공직선거법(2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 개정되기 전의 것)

제82조의6(인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인)

① 인터넷언론사는선거운동기간중당해인터넷홈페이지의게시판·대화방 등에 정당·후보자에 대한 지지·반대의 글을 게시할 수 있도록 하는 경우에는 행정안전부장관 또는 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조 제4호에 따른 신용정보업자(이하 이 조에서 “신용정보업자”라 한다)가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 하여야 한다. 다만, 인터넷언론사가 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의5에 따른 본인확인조치를 한 경우에는 그 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 한 것으로 본다.

③ 생략

제261조 (과태료의 부과·징수등)

① 제82조의6(인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인)제1항의 규정을 위반하여 기술적 조치를 하지 아니한 자는 1천만원 이하의 과태료에 처한다. <신설 2004. 3. 12>

나. 사건의 개요

청구인 사단법인 ○○○은 2007. 12. 19. 실시된 제17대 대통령선거에서 관할 선거관

7) 헌법재판소 2010. 2. 25. 2008헌마324, 2009헌마31(병합)

리위원회 위원장으로부터 청구인이 발행하는 인터넷신문인 ‘민중언론 참세상’ 홈페이지에 관하여, 구 공직선거법 제82조의6 제1항이 정하는 실명확인 기술적 조치를 하라는 명령을 받았으나, 정해진 기한까지 위 명령을 이행하지 아니함으로써 공직선거법 제82조의6 제1항, 제261조 제1항을 위반하였다는 이유로 1,000만 원의 과태료처분을 받고 법원에 이의신청을 하고, 위 규정에 대한 위헌법률심판제청신청 및 헌법소원심판 청구를 하였다.

다. 헌법재판소의 판단 요지

(1) 합헌 의견(7인)

인터넷의 특수성을 고려하면, 이 사건 조항은 소수에 의한 여론 왜곡으로 선거의 평온과 공정성이 위협받아 발생하는 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이므로 목적의 정당성이 인정되고 그 수단의 적합성 또한 인정된다.

(2) 위헌의견(재판관 김중대, 송두환)

이 사건 법률조항은, 의사표현 자체를 위축시켜 민주주의의 근간을 이루는 자유로운 여론 형성을 방해하며 유익한 익명표현까지 사전적이고 포괄적으로 규제하여 오히려 선거의 공정이라는 입법목적 달성에 장애가 된다고 할 것이다. 나아가 선거운동기간이 정치적 표현의 자유를 행사함에 있어 가장 긴요한 기간으로 볼 수 있다는 점과, 표현의 자유 보장이 민주주의의 근간이 되는 중요한 헌법적 가치라는 점을 고려한다면, 익명표현의 자유가 제한됨으로써 받는 불이익이 선거의 공정성 유지라는 공익보다 결코 더 작다고 할 수 없어 법익의 균형성도 인정되기 어렵다.

라. 평가

현재까지 헌법재판소는 인터넷의 부정적인 요소를 강조하면서, 선거의 공정성이라는 목표 달성을 위해, 익명성을 보호하지 않더라도 위헌적인 것은 아니라고 판단을 하고 있다. 하지만, 위헌의견에서도 지적했듯이, 인터넷에 의한 선거운동의 경우, 앞으로도 헌법적으로 많은 논란이 예상된다.

5. 공직선거법 제93조 제1항⁸⁾

가. 심판의 대상

공직선거법 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지) ① 누구든지 선거일 전 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 기타 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다. (단서 생략)

나. 사건의 개요

청구인은 2006년 진해시의회 의원 선거에 출마하여 당선되었는데, 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고 후보자의 성명을 나타내는 휴대전화 문자메시지를 전송하였다는 이유로 공직선거법위반으로 기소되었고, 1심과 2심에서 각 유죄판결을 선고받았다.

청구인은 이에 불복하여 상고한 후 공직선거법 제93조 제1항에 관하여, 위헌심판제청신청 및 헌법소원을 청구하였다.

다. 헌법재판소 판단 요지

(1) 합헌 의견

이 사건 조항에 따라 휴대전화 문자메시지 전송을 금지하는 것은 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과의 발생을 방지함으로써 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하는 것으로서 정당한 목적달성을 위한 적절한 수단에 해당하고, 최소 침해성 원칙에도 반하지 않는다.

(2) 위헌의견 1 (재판관 김종대, 민형기, 목영준, 송두환)

공직선거법 제93조 제1항의 ‘기타 이와 유사한 것’조문은 헌법상 명확성의 원칙에 위배된다.

이 사건 조항의 입법목적의 정당성은 인정되나, 휴대전화 문자메시지 전송을 막는

8) 헌법재판소 2009. 5. 28. 2007헌바24

것은 목적을 달성하기 위한 적절한 수단이 아니고, 목적을 이루기 위한 다른 수단들도 존재한다는 점에서 최소 침해성 원칙에도 위배된다.

(3) 위헌의견 2 (재판관 조대현)

문서·도화, 문자메세지 등을 이용한 선거운동은 후보자를 가장 정확하게 알리고 가장 정확하게 파악할 수 있는 선거운동방법이며 비용도 저렴하고 선거의 공정성을 해칠 위험도 적기 때문에, 정치적 표현의 자유로서 보장되어야 하고, 이를 금지하는 것은 선거운동의 자유를 정당한 사유도 없이 제한하는 것으로 헌법에 위반된다.

라. 평가

이 사건의 경우, 위헌 의견이 5명이어서 다수이나, 위헌 정족수가 1인 부족하여 합헌이 되었다. 위헌의 여지가 충분히 있는 조항이다.

6. 공직선거법 제250조 제1항⁹⁾

가. 심판대상 조항

공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정된 것)

제250조 (허위사실공표죄)

①당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매의 출생지·신분·직업·경력 등·재산·인격·행위·소속단체 등에 관하여 허위의 사실[학력을게재하는 경우제64조(선전벽보)제1항의 규정에 의한 방법으로 게재하지 아니한 경우를 포함한다]을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다.

제64조 (선전벽보)

①선거운동에 사용하는 선전벽보에는 후보자의 사진(후보자만의 사진을 말한다)·성명·기호[제150조(투표용지의 정당·후보자의 게재순위 등)의 규정에 의하여 투표용지에 인쇄할 정당 또는 후보자의 게재순위를 말한다. 이하 같다]·정당추천후보자의 소속 정당명(무소속후보자는 "무소속"이라 표시한다)·경력[학력을 게재하는 경우에는 정규학력과 이에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력 외에는 게재할 수 없다. 이 경우 정규

9) 헌법재판소 2010. 3. 25. 2009헌바121

학력을 게재하는 경우에는 졸업 또는 수료당시의 학교명(중퇴한 경우에는 수학기간을 함께 기재하여야 한다)을 기재하고, 정규학력에 준하는 외국의 교육과정을 이수한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명과 수학기간 및 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하여야 하며, 정규학력의 최종학력과 외국의 교육과정을 이수한 학력은 제49조(후보자등록 등)제4항 제6호의 규정에 의하여 학력증명서를 제출한 학력에 한하여 게재할 수 있다. 이하 같다].중략.

나. 사건의 개요

청구인(안○환)은 18대 국회의원 선거에서 당선된 자인데, 그 선거에서 ‘수학기간을 기재하지 않은 채 정규학력에 준하는 외국의 교육과정을 학력으로 게재함으로써 경력 등에 관하여 허위의 사실을 공표하여 공직선거법을 위반하였다’는 등의 혐의로 기소되어 서울남부지방법원에서 유죄판결을 받고 항소를 거쳐 대법원에 상고하고, 이 사건 위헌법률심판제청신청 및 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 헌법재판소 결정 요지

(1) 합헌의견

외국의 교육과정에 관한 학력을 소개하면서 “수학기간”을 기재하지 않은 것은 후보자들의 학력에 관한 객관적인 비교와 평가를 어렵게 하여 유권자의 선택에 영향을 미칠 수 있다는 점에서 허위로 학력을 기재하는 것과 동일하게 평가될 수 있으므로, 수학기간을 기재하지 않은 행위를 학력을 허위로 기재하는 경우와 같이 처벌하는 것이 현저히 부당하다고 보기 어려울 뿐 아니라, “5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금”을 규정한 법정형 또한 하한을 제한하지 않아 구체적인 사건에서 가벼운 형의 선고가 충분히 가능하므로, 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃었다고 할 정도로 책임에 비해 지나치게 가혹한 형벌이라고 볼 수 없다.

(2) 반대의견(재판관 민형기, 목영준)

외국 교육 학력을 기재함에 있어 단지 ‘수학기간’을 기재하지 않은 것은, 비정규학력을 게재하는 행위나 학력에 관한 사항을 허위로 기재하는 행위와는 죄질 및 책임에서 다르므로, 이를 규범적으로 동일하게 평가하고 대등한 형벌로 규율하는 것은 책임과 형벌의 비례 원칙에 반하는 것이며, 선거의 공정성 확보를 위한 ‘수학기간’의 중요성과 ‘수학기간 미기재’의 가벌성에 높지 않음에 비추어 볼 때, 이 사건 법률조항이 ‘수학기간의 미기재’를 다른 허위사실공표행위와 같이 ‘5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금’으로 처벌하는 것은 침해최소성 원칙에 반하여 과도한 형벌을 부과하는 것으로, 헌법상 과잉금지의 원칙에 반하여 청구인의 선거운동의 자유를 침해하고 있으므로 헌

법에 위반된다.

라. 평가

헌법재판소 합헌의견은 후보자들의 학력 기재 중 수학기간 기재는 유권자들에 대한 객관적인 비교와 평가를 통해 유권자의 선택에 영향을 크게 미칠 수 있다는 것이므로 학력을 미기재하는 것과 동일하게 평가하였다. 7:2 합헌결정이 난 사건이지만, 위헌 의견 역시 설득력이 있는 것으로 판단한다.

7. 공직선거법 제250조 제2항¹⁰⁾

가. 심판 대상 조문

공직선거법 제250조(허위사실공표죄)

② 당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계 존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3,000만원 이하의 벌금에 처한다.

나. 사건의 개요

청구인은 2008. 4. 9. 실시된 제18대 국회의원 선거에서 ○○선거구에 출마하여 당선된 자로서, 2008. 4. 7.경 CBS 전북방송이 개최한 후보자 초청 방송토론회에 출연하여 경쟁 후보자인 장○달이 당선되지 못하게 할 목적으로 ‘장○달은 민주화 시위운동이 아니라 북침설을 주장하여 징역살이를 하였다’는 취지로 발언함으로써 허위사실을 공표함과 아울러 공연히 허위사실을 적시하여 명예를 훼손하였다는 이유로 공직선거법 제250조 제2항 및 형법 제307조 제2항 위반으로 기소되어, 벌금 300만원을 선고받고 항소 및 상고를 하였으나 기각되어, 당선이 무효로 되었다. 청구인은 위 상고심 소송 계속 중 공직선거법 제250조 제2항에 대하여 위헌법률심판 제청신청 및 헌법소원심판을 청구하였다.

10) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2008헌바168

다. 헌법재판소의 판단 요지

이 사건 법률조항은 흑색선전과 혼탁선거를 방지하고 선거의 자유와 공정을 확보하기 위한 것으로서, 이러한 입법목적과 허위사실 유포행위로 인해 상대 후보자가 입게 될 정신적인 고통, 범죄 동기에 대한 높은 비난가능성, 향후 허위사실을 유포하는 행위를 근절하기 위한 형사정책적 고려 등을 종합해 볼 때, 이 사건 법률조항은 일부 공직선거법 규정들과 달리 벌금형의 하한을 규정하고 있다고 하더라도 이 사건 법률조항의 법정형이 특별히 형벌체계상 현저히 균형을 잃은 것이라거나 다른 범죄자와의 관계에 있어서 평등의 원리에 위반되는 것이라 할 수 없다.

라. 평가

허위사실 유포 등 형법상의 구성요건을 충족하는 범죄를 저지른 경우, 헌법재판소는 선거의 자유와 공정의 확보라는 목적 달성을 위해서 합헌 판단을 명확하게 하고 있다.

8. 공직선거법 제261조 제5항 제1호¹¹⁾

가. 심판대상 조문

구 공직선거법(2004. 3. 12. 법률 제7189호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8879호로 개정되기 전의 것)

제261조(과태료의 부과·징수 등)

⑤ 제116조(기부의 권유·요구 등의 금지)의 규정을 위반하여 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 그 제공받은 금액 또는 음식물·물품 가액의 50배(주례의 경우에는 200만원)에 상당하는 금액의 과태료에 처하되, 그 상한은 5천만 원으로 한다.

1. 물품·음식물·서적·관광 기타 교통편의를 제공받은 자

2.~6. 생략

⑥~⑨ 생략

나. 사건의 경위

청구인들은 2006. 5. 31. 지방선거와 관련하여, 부산시 후보예정자로부터 9,000원 상당의 건어물 1자씩을 받았다는 이유로 공직선거법 제116조 및 같은 법 제261조 제5항 제1호에 따라 2006. 9. 14. 신청인들에게 과태료 각 450,000원(=9,000원×50배)을 법원의

11) 헌법재판소 2009. 3. 26. 2007헌가22

로부터 부과 받자, 위헌법률심판제청신청을 하였고, 당해 법원은 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 하였다.

다. 헌법재판소의 결정 요지

(1) 위헌 의견

이 사건 심판대상조항이 적용되는 기부행위금지규정에 위반하여 물품·음식물·서적·관광 기타 교통편의를 제공받은 행위'의 경우에는 그 위반의 동기 및 태양, 기부행위가 이루어진 경위와 방식, 기부행위자와 위반자와의 관계, 사후의 정황 등에 따라 위법성 정도에 큰 차이가 있을 수밖에 없음에도 이와 같은 구체적, 개별적 사정을 고려하지 않고 오로지 기부 받은 물품 등의 가액만을 기준으로 하여 일률적으로 정해진 액수의 과태료를 부과한다는 것은 구체적 위반행위의 책임 정도에 상응한 제재가 되기 어렵다. 나아가 소액의 위법한 기부행위를 근절함으로써 선거의 공정성을 확보한다는 입법목적의 달성은, 반드시 과태료의 액수가 '50배'에 상당하는 금액이 되어야만 가능한 것이 아니고, 과태료의 액수를 '50배 이하'로 정하는 등 보다 완화된 형식의 입법수단을 통하여도 얼마든지 가능한 것이다.

(2) 합헌 의견(재판관 이공현, 김희옥)

연혁적으로 우리나라의 선거풍토에서 유권자에 대한 후보자 측의 금전이나 물품 혹은 음식물 제공행위를 규제하여야 할 입법적 필요성은 매우 크다 할 것인데, 위반행위가 있을 경우 제공받은 물품 등 가액의 50배에 상당한 과태료를 부과하도록 정한 이 사건 심판대상조항은 유권자들에게 확실한 경각심을 새겨주는 효과적이고 신속한 제재수단으로서 입법목적 달성을 위한 적절한 수단에 해당하므로, 이 사건 심판대상조항은 헌법에 위반되지 않는 것이다.

라. 평가

소액의 위법한 기부행위를 근절함으로써 선거의 공정성을 확보한다는 입법목적의 달성도 방법이 적정하여야 하고, 과도한 제재는 위헌이라는 판단을 하면서, 법적 공백상태를 막고 입법형성권을 존중하기 위해서 헌법불합치 결정을 하였다.

9. 공직선거법 제265조¹²⁾

가. 심판의 대상

공직선거법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되고, 2010. 1. 25. 법률9974호로 개정되기 이전의 것)

제265조(선거사무장 등의 선거범죄로 인한 당선무효) 선거사무장·선거사무소의 회계책임자(선거사무소의 회계책임자로 선임·신고되지 아니한 자로서 후보자와 통모하여 당해 후보자의 선거비용으로 지출한 금액이 선거비용제한액의 3분의 1 이상에 해당되는 자를 포함한다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)의 직계존·비속 및 배우자가 당해 선거에 있어서 제230조(매수 및 이해유도죄) 내지 제234조(당선무효 유도죄), 제257조(기부행위의 금지 제한 등 위반죄) 제1항 중 기부행위를 한 죄 또는 정치자금법 제45조(정치자금 부정수수죄) 제1항의 정치자금 부정수수죄를 범함으로 인하여 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때(선거사무장, 선거사무소의 회계책임자에 대하여는 선임·신고되기 전의 행위로 인한 경우를 포함한다)에는 그 후보자(대통령후보자, 비례대표국회의원후보자 및 비례대표지방의회 의원후보자를 제외한다)의 당선은 무효로 한다. 다만, 다른 사람의 유도 또는 도발에 의하여 당해 후보자의 당선을 무효로 되게 하기 위하여 죄를 범한 때에는 그러하지 아니하다.

나. 사건의 개요

청구인은 2008.4.9. 실시된 제18대 국회의원 선거에서 한나라당의 공천으로 경남 양산에서 출마하여 국회의원으로 당선되었다. 그런데 청구인의 회계책임자 김OO이 공직선거법 제230조 제1항 제4호 및 제135조 제3항을 위반하여 전화 선거운동원 등에게 선거운동의 대가를 지급하였다는 혐의로 기소되어 2008.11.4. 울산지방법원(2008고합264)에서 징역 1년에 집행유예 2년 및 사회봉사 160시간의 명령을 선고받고 항소, 상고를 하였으나 기각되었다. 결국 청구인은 공직선거법 제265조 본문에 의하여 국회의원직을 상실하자, 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

다. 헌법재판소 결정의 요지

(1) 합헌의견(5인)

이 사건 법률조항은 후보자에게 회계책임자의 형사책임을 연대하여 지게 하는 것이 아니라, 선거의 공정성을 해치는 객관적 사실(회계책임자의 불법행위)에 따른 선거결과

12) 헌법재판소 2010. 3. 25. 2009헌마170

를 교정하는 것에 불과하고, 또한 후보자는 공직선거법을 준수하면서 공정한 경쟁이 되도록 할 의무가 있는 자로서 후보자 자신뿐만 아니라 최소한 회계책임자 등에 대하여는 선거범죄를 범하지 않도록 지휘·감독할 책임을 지는 것이므로, 이 사건 법률조항은 후보자 '자신의 행위'에 대하여 책임을 지우고 있는 것에 불과하기 때문에, 헌법상 자기책임의 원칙에 위반되지 아니한다.

(2) 위헌의견(재판관 조대현, 김종대, 목영준, 송두환)

단순히 금전배상을 명하는 민사상 제재와는 전혀 다른 영역인 후보자의 공무담임권을 박탈하는 공직선거법상의 제재에 대해서까지 법정 무과실책임으로 규정하고, 회계책임자인 피고인의 주관적 양형조건도 반영된 그 양형에 의해 제3자인 후보자의 공무담임권 박탈을 예외 없이 연계시키고, 회계책임자에 대한 형사재판은 제3자인 회계책임자의 범죄행위에 대한 재판일 뿐 후보자 자신의 국회의원직 상실 여부를 결정하는 재판이 아닐 뿐만 아니라, 더욱이 회계책임자가 후보자를 배신하여 이 사건 법률조항 소정의 선거범죄를 저지른 경우와 같이 후보자와 회계책임자의 이해가 일치하지 아니하게 된 경우에는 후보자에게 사실상으로도 변명·방어의 기회가 보장될 수 없으며, 후보자가 자신의 관리·감독책임 없음을 입증하여 면책될 가능성조차 부여하지 아니한 채 회계책임자의 불법행위를 근거로 후보자의 공무담임권을 확정적으로 박탈하는 이 사건 법률조항은 헌법상 자기책임의 원리에 위배하여 후보자의 공무담임권을 침해하는 것이어서 헌법에 위반된다.

라. 평가

이 사건 조항의 경우, 위헌 논란이 계속 제기되어 왔었다. 비록 합헌 결정이 내려졌으나, 재판관 4명이 위헌판단을 한 조항으로, 이후 위헌 가능성이 충분히 있는 조항이다

III. 맺음말

이상 최근 사례를 중심으로 공직선거법위반 등 선거관련 법령 위반 사례에 대한 헌법재판소의 결정례를 살펴보았다. 헌법재판소는 공직선거법위반 사건과 관련된 법률조항의 위헌성을 판단함에 있어서, 선거의 공정성을 강조하면서 공직선거법 규정에 대한 합헌 판단을 하고 있다. 하지만, 선거의 공정성이라는 중요한 목적에도 불구하고, 해당 조항이 선거권자 내지 피선거권자의 권리를 과도하게 침해하는 경우 위헌의견을 밝히고 있다.

국회는 헌법재판소의 위헌 의견이 있는 공직선거법 해당 조항을 개선하여, 선거인

혹은 피선거인의 기본권 보장을 강화시킬 필요가 있다. 행정기관 역시 선거관리를 함에 있어서, 헌법재판소의 태도를 숙지하여 선거의 공정성뿐만 아니라 개개인의 권리 구제를 위한 노력을 게을리하지 말아야 할 것이다. 사법부 역시 선거법위반 사범에 대한 처벌 여부 판단을 함에 있어서, 헌법재판소의 태도를 고려하여 선거의 공정성과 선거인, 피선거인의 권리를 최대한 조화롭게 발전시킬 수 있는 판단이 필요할 것으로 판단한다.

<참고문헌>

- 법원도서관, 판례공보
법원도서관, 각급법원(1, 2심) 판결공보
장태주, 행정법개론, 현암사, 2007
허영, 한국헌법론, 박영사, 2010
허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2009
허영, 헌법소송법론, 박영사, 2010
헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2008
헌법재판소, 헌법재판소공보, 2009-2010
Supreme Court Library of Korea, Supreme Court Decisions, 2004

투고일자 : 2010.08.03

수정일자 : 2010.09.17

게재확정 : 2010.09.24