

선거운동 기간 중 일체의 집회나 모임을 금지한 선거법 조항, 타당한가

– 헌법재판소 2018헌바164
공직선거법 제103조 제3항 위헌소원 –

장윤미 법률사무소 삼성 변호사



1. 사건의 개요

팟캐스트 '나꼼수'의 멤버였던 방송인 김어준, 주진우 씨(이하 '청구인들')는 2012년 4월 총선을 앞두고 부산대, 경희대 정문 앞 등에서 '나꼼수 토크 콘서트'를 개최하였다. 이 자리에서 두 사람은 민주통합당 정동영 후보와 김용민 후보 등을 공개 지지하면서 “누가 진짜 이 지역구민을 위하는지 아닌지 냉정하게 따져봐야 합니다. 지금껏 짝어서 뭐가 달라졌는지” 등의 발언을 하였다.

검찰은 청구인들을 공직선거법 제103조 제3항(이하 '심판대상조항') 위반 혐의로 재판에 넘겼다. 해당 조항은 “누구든지 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 향우회·종친회·동창회·단합대회 또는 야유회, 그 밖의 집회나 모임을 개최할 수 없다”는 내용으로, 위반시 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처하고 있었다.

1심 형사 재판부는 김어준, 주진우 두 방송인의 공직선거법 위반 혐의를 유죄로 인정하고 벌

금 90만 원을 선고하였다. 이들의 행위가 ① 선거기간 중, ② 선거에 영향을 미치게 하기 위하여, ③ 집회나 모임을 개최할 수 없다는 선거법위반의 구성요건에 해당한다는 이유에서였다. 청구인들의 행위가 심판대상조항을 위반하였다는 사실은 비교적 명료하였다. 항소하더라도 당시 선거법상으로는 무죄를 받기 어려운 상황이었던 셈이다.

청구인들은 해당 조항의 위헌 여부를 판단하고자 1심 재판부에 공직선거법 제103조 제3항에 대한 위헌법률심판 제청 신청을 하였다. 청구인들은 위 신청이 받아들여지지 않자, 현재에 헌법소원심판 청구를 하였다(사건이 계속 중인 재판부에 제기하는 위헌법률심판 제청 신청이 기각되면 당사자에게는 헌법재판소에 위헌심판을 청구할 권한이 생긴다). 현재는 심판대상조항의 내용 중 청구인들에게 해당사항이 없는 '향우회·종친회·동창회·단합대회, 야유회'는 제외하고, ① 선거기간 중, ② 선거에 영향을 미치게 하기 위하여, ③ 집회나 모임을 개최할 수 없다는 법률 내용에 한정하여 위헌 여부를 판단하였다.

2. 대상 판결 – 헌법재판소 2018헌바164 공직선거법 제103조 제3항 위헌소원

가. 청구인들의 주장

청구인들은 현재에서 크게 두 가지 주장을 펼쳤다. 첫째, 공직선거법 제103조 제3항이 금지하고 있는 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 집회나 모임'의 의미가 모호하고 광범위하다는 주장이었다. 선거에 대해 어떠한 의견이라도 갖고 있는 사람이 모임이나 집회를 열게 되면 바로 이 조항으로 형사처벌을 받을 수 있게 되는데, 법 집행기관의 자의에 따라 광범위한 처벌과 선택적 처벌이 가능하게 되므로 명확성의 원칙에 위배된다는 주장이었다.

둘째, 집회의 자유는 민주국가 의사형성 과정의 가장 핵심적인 기능을 하는 기본권이고, 특히 민주 정치의 요체인 선거 과정에서 가장 효과적으로 기능하는 기본권인데, 선거운동 기간 중 일괄적으로 집회 자체를 금지하는 것은 민주주의에 역행한다고 주장하였다. 나아가 집회나 모임에 수반되는 매수행위 등 개별적이고 구체적인 별도의 위법행위를 직접 규제하는 기본권을 덜 제한하는 수단이 있음에도 집회나 모임 자체를 일괄 금지하는 것은 과잉금지원칙을 위반한 것으로, 집회 및 정치적 표현의 자유, 선거운동의 자유를 과도하게 침해한다고 주장하였다.

나. 현재의 판단

(1) 명확성원칙의 위배 여부

현재는 심판대상조항 중 ① ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’라는 부분, ② ‘그 밖의 집회나 모임’이라는 부분을 나누어, 그 표현이 모호하여 명확성의 원칙에 위배되는지 여부를 판단하였다. 현재는 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’라는 표현에 다소 포괄적인 측면이 있다는 점은 인정하였다. 그러나 선거에 영향을 미치는 행위란 사회의 변화에 따라 변동되기 때문에 모든 행위 유형을 미리 예상해 일일이 구체적·서술적으로 열거하는 것은 불가능하고 개별 사안에서 행위가 이루어진 시기, 동기, 방법 등 제반 사정을 종합해 통상적인 법해석 등을 통해 불명확성을 보완할 수 있다고 실시하였다.

현재는 이와 같이 전제한 뒤 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이라면 누구나 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위한 의사에 따라 이루어지는 행위’와 선거와 관계 없이 ‘단순한 의사표현으로서 이루어진 행위’를 구분할 수 있고, 법률적용자에 대한 관계에서도 자의가 허용될 소지는 없을 것이라고 판단하였다. 즉, 해당 표현은 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 결론내렸다.

현재는 ‘그 밖의 집회나 모임’에 대해서도 마찬가지로 명확성의 원칙 위반은 없다고 보았다. 조항의 내용을 살펴보면 ‘그 밖의 집회나 모임’의 의미가, 공직선거법 제103조 제3항에 나열된 ‘향우회·종친회·동창회·단합대회 또는 야우회’를 제외한 ‘모든 집회나 모임’의 개최를 금지하는 취지임이 명확하다고 본 것이다.

(2) 집회의 자유, 정치적 표현의 자유 침해 여부 및 그 심사기준

현재는 심판대상조항이 명확성의 원칙을 위배하지는 않지만 비례의 원칙에는 위반된다고 보았다. 심판대상조항이 침해하는 집회 및 정치표현의 자유는 특히나 그 보호필요성이 중대한 권이므로, 이를 침해하는 법률의 위헌 여부를 검토할 때에는 더욱 엄격한 요건이 적용되어야 한다는 점을 재차 강조하기도 하였다.

현재는 그동안 ‘집회의 자유’와 관련하여 “개인의 인격발현의 요소이자, 민주주의를 구성하는 요소로서 자유민주주의를 실현하려는 사회공동체에 있어 불가결한 객관적 가치질

서”(2000헌바67, 2014헌가3 등), “평화적 집회 그 자체는 공공의 안녕질서에 대한 위협이나 침해로 평가되어서는 아니 되고, 개인이 집회의 자유를 집단적으로 행사함으로써 불가피하게 발생하는 일반대중에 대한 불편함이나 법익에 대한 위협은 보호법익과 조화를 이루는 범위 내에서 국가와 제3자에 의하여 수인되어야 한다”(2000헌바67, 2014헌가3 등)고 판시하는 등 집회의 자유를 최대한 존중하는 취지의 입장을 견지해 왔다.

‘정치적 표현의 자유’에 대해서도 “자유민주적 기본질서의 구성요소로서 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권이므로 정치적 표현의 자유가 억압당하는 경우 국민주권과 민주주의의 정치원리는 공허한 메아리에 지나지 않게 될 것이다”(2001헌마710, 2007헌마1001 등), “대의민주주의를 원칙으로 하는 현대 민주정치 아래에서는 국민이 선거과정에서 정치적 의견을 자유로이 발표·교환할 때, 정치적 표현의 자유가 비로소 그 기능을 다하게 된다”(2011헌바163 등)라며, 선거로 대표자를 선출하는 민주주의 체제에서 정치적 표현의 자유는 그 요체이자 필수불가결한 부분이라는 입장을 밝혀 왔다.

현재는 이 두 개념(‘집회의 자유’ 및 ‘정치적 표현의 자유’)의 헌법상 지위, 그 성격과 중요성에 비추어 볼 때 선거의 공정성을 위하여 부득이하게 그 자유를 제한하더라도 구체적이고 명백한 범위 내에서 최소한의 제한에 그치는 수단을 선택하여야 하고, 그 침해 여부를 판단하는데 있어 보다 엄격한 심사기준이 요청된다고 보았다. 그리고 심판대상조항의 경우 이같은 기준을 충족하지 못하였다고 결론내렸다.

(3) 구체적 위헌결정의 이유 – 침해의 최소성 원칙 위반

현재는 ▲ 심판대상조항이 금지하고, 처벌하는 행위의 주체가 선거의 후보자, 예비후보자, 선거사무원 등에 한정하지 않고 일반 유권자도 포함하고 있다는 점, ▲ 나아가 개최를 금지하는 ‘집회나 모임’이 ‘모든’ 집회나 모임으로, ‘집회 및 시위에 관한 법률’을 준수한 합법 집회인지, 불법 집회인지, 옥내 집회인지, 옥외 집회인지를 가리지 않고 처벌한다는 점을 지적하였다.

또한 심판대상조항의 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위한 목적’이라는 규정은 ‘선거운동’보다 넓은 개념으로, 표면적으로 선거와 무관한 것처럼 보이는 행위라고 해도 그 행위가 이루어진 시기, 동기, 방법 등을 종합하여 선거에 영향을 미칠 우려가 있는 행위로 평가된다면 규율 대상이 된다고 보았다. 실제로 대법원은 심판대상조항 위반으로 기소가 된 사안에서 특정한 정책이나 현안에 대한 찬성, 반대 의사와 함께 이를 지지하거나 반대하는 특정 정당, 후보자에

대한 의사표시가 나타나면 '선거에 영향을 미치기 하기 위한 목적'에 해당한다고 비교적 폭넓게 보고 있다.

현재는 이같은 사정을 고려해, 심판대상조항은 선거기간 중 특정 정책이나 현안에 대한 표현행위, 그에 대한 지지나 반대를 하는 후보자나 정당에 대한 입장표명이 나타나는 집회, 모임을 전면적·포괄적으로 금지하는 규정이라고 판단하였다. 그러면서 이와 같은 전면적·포괄적 제한조치가 선거의 공정성 확보라는 입법목적에 달성하는데 반드시 필요한 수단이라고 판시하였다.

구체적으로, 현재는 현대 사회에서 다양한 가치관과 이해관계가 부딪치는 이상 의견의 대립은 불가피하고, 선거과정에서 후보자의 경우 지지나 비판으로부터 자유로울 수 없다는 점을 지적하였다. 이처럼 특히 선거과정 중 가치충돌은 필수불가결한데, 구체적 위협이 우려되지 않았음에도 단순히 선거의 공정성이라는 추상적 위협성이 있다는 이유에서 선거에 영향을 미치게 하기 위한 집회나 모임을 전면 제한하는 것은 정당화하기 어렵다고 판단하였다. 이러한 경우 입법자는 전면 금지가 아니라 집회나 모임이 가능할 수 있도록 기본권을 덜 제한하는 방법으로 법을 규정하였어야 하는데 심판대상조항은 그렇지 않다는 것이 현재의 결론이었다.

현재는 과거 금권선거 등에 대한 반성적 의미로 심판대상조항이 마련된 점에 대해서는 한편으로 수긍이 간다는 입장을 내놓았다. 하지만 ▲ 후보자 사이의 경제력 차이로 인한 선거에서의 기회 불균형은 선거비용 제한·보전 제도를 통해 해소될 수 있고, ▲ 향우회·종친회·동창회 등 지연·혈연·학연에 기초한 단체가 개최하는 집회나 모임, 금전적 이익이 집회 참여의 대가로 수수된 사례가 있었거나 그러할 가능성이 높은 단합대회·야유회 등의 개최만을 한정적으로 금지하는 방법으로도 후보 간 경제력 차이로 인한 기회불균형의 우려는 상당 부분 해소될 수 있다고 판단하였다. ▲ 후보자나 유권자의 금력을 이용한 세력의 과시는 다른 공직선거법 규정에 의해 현재도 방지될 수 있다는 점도 아울러 지적하였다.

결론적으로 현재는, 정치적 표현에 대해 '자유를 원칙으로, 금지를 예외로' 한다는 원칙을 강조하며, 오히려 정치적 의사표현이 활발하게 교환되어야 하는 선거기간 중 평소보다 일반 유권자의 정치적 표현의 자유를 더 제한하고, 나아가 집회나 모임에서 나온 표현 중 선거와의 관련성을 인정할 만한 내용이 있으면 형사처벌까지 가능하도록 한 것은 '침해의 최소성'의 원칙에 반한다고 결론지었다.

(4) 구체적 위헌결정의 이유 - 법익의 균형성 원칙 위반

현재는 심판대상조항을 통해 보호하려는 공익이, 심판대상조항으로 제한되는 집회의 자유 및 정치적 표현의 자유보다 우월하다고 보기 어렵다고도 판단하였다('법익의 균형성'의 원칙 위반). 심판대상조항이 선거의 공정성을 해치는 것이 명백하다고 볼 수 없는 집회나 모임의 개최, 정치적 표현까지 일괄적으로 금지·처벌하고 있는 이상, 심판대상조항으로 달성할 수 있는 공익의 정도가 중대하다고 볼 수 없다고 본 것이다.

결론적으로 현재는 구체적인 집회나 모임의 상황을 고려해 상충하는 법익 사이의 조화를 이루려는 노력을 전혀 기울이지 않고, 집회나 모임 개최를 전면 금지하는 것은 사실상 선거와 관련된 집단적 의견표명 일체가 불가능하게 됨으로써 일반 유권자가 받게 되는 집회의 자유, 정치적 표현의 자유에 대한 제한 정도가 매우 커 심판대상조항이 법익의 균형성에도 위배된다고 결론 내렸다.

3. 현재 결정에 대한 검토

심판대상조항에 대해 현재는 6 : 3으로 위헌 결정을 내렸다. 반대의견을 낸 3명의 재판관은 심판대상조항이 '선거에 영향을 미치기 위한 목적'이 있는 집회, 모임을 제한할 뿐 그러한 목적이 없는 집회나 모임의 개최는 허용한다는 점, 여전히 금권 선거의 우려가 존재한다는 점 등을 반대 이유로 실시하였다.

그러나 민주주의의 성숙을 어느 정도 이루어낸 상황에서 선거운동 기간 중 선거에 영향을 미칠 우려를 이유로, 형식 불문 일체의 집회나 모임을 금지하는 것은 과도한 측면이 분명히 있어 보인다. 다수의견의 지적대로 정치적 표현의 자유는 민주주의의 핵심이자 근간이다. 특히나 민주주의의 꽃이라고 지칭되는 선거기간 중에 그 자유가 더욱 보장되어야만 대의제 민주주의의 원리는 제대로 발현될 수 있을 것이다. 이번 판결로 앞으로 선거의 풍경도 많이 바뀔 것으로 전망된다. 🌸