



제422회국회(임시회)
제1차 행정안전위원회

공직선거법 일부개정법률안 검 토 보 고

〈당선무효 요건으로 후보자와의 통모 추가〉

■ 한병도의원 대표발의(의안번호 제2206116호)

2025. 2.

행 정 안 전 위 원 회
전 문 위 원 조 문 상

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	2

I. 제안경위

1. 제 안 자 : 한병도의원 등 11인
2. 제 안 일 : 2024. 12. 2.
3. 회 부 일 : 2024. 12. 3.

II. 제안이유 및 주요내용

현행법은 선거사무장이나 선거사무소의 회계책임자가 선임·신고되기 전의 행위로 매수 및 이해유도죄, 당선무효유도죄, 정치자금 부정수수죄 등에 해당하여 징역형 또는 300만원 이상의 형을 받은 경우에도 그 선거구 후보자의 당선을 무효로 하고 있음.

이는 선거사무장이나 선거사무소의 회계책임자의 경우 선임·신고되기 전이라도 후보자와 통모하여 해당 범죄를 저지른 경우에는 실제 선거사무장이나 선거사무소의 회계책임자로 후보자를 위하여 범죄를 저지른 경우와 같은 것으로 보고 그 책임을 엄격히 지우려는 취지로 보이나, 해당 법 문장이 명확하지 아니하여 해석상 오해와 혼란을 일으키고 있어 이를 정확히 규정할 필요가 있어 보임.

이에, 매수 및 이해유도죄 등과 관련한 선거사무장, 선거사무소의 회계책임자의 선임·신고되기 전의 행위를 ‘선임·신고되기 전에 후보자와 통모하여 한 행위’로 명확히 규정하려는 것임(안 제265조 본문).

Ⅲ. 검토의견

개정안은 당선무효가 되는 선거사무장, 선거사무소의 회계책임자의 행위(징역형 또는 300만원 이상 벌금형을 받는 행위)에서 현행 “선임·신고되기 전의 행위”를 “선임·신고되기 전에 후보자와 통모)하여 한 행위”로 변경하려는 것임.

현행	개정안
第265條(選舉事務長등의 選舉犯罪로 인한 當選無效) 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 되려는 사람을 포함한다)의 직계존비속 및 배우자가 해당 선거에 있어서 제230조부터 제234조까지, 제257조 제1항 중 기부행위를 한 죄 또는 「정치자금법」 제45조제1항의 정치자금 부정수수죄를 범함으로 인하여 징역형 또는 300만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때(선거사무장, 선거사무소의 회계책임자에 대하여는 <u>선임·신고되기 전의 행위로 인한 경우를 포함한다</u>)에는 그	第265條(選舉事務長등의 選舉犯罪로 인한 當選無效) ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- <u>선임·신고되기 전에 후보자와 통모하여 한 행위로</u> -----

1) “통모”란 남몰래 서로 통하여 공모함을 의미함(국립국어원 표준국어대사전).

선거구 후보자(大統領候補者, 比例代表國會議員候補者 및 비례대표 지방의회의원후보자를 제외한다)의 당선은 無效로 한다. 다만, 다른 사람의 誘導 또는 挑發에 의하여 당해 候補者의 당선을 無效로 되게 하기 위하여 罪를 범한 때에는 그러하지 아니하다.	----- ----- ----- -----. ----- ----- -----.
--	---

현행법은 선거의 공정성을 확보하고, 불법적인 방법으로 당선된 후보자에 의한 부적절한 공직수행을 차단하기 위하여²⁾ 선거비용의 초과지출(제263조), 당선인의 선거범죄(제264조), 선거사무장 등의 선거범죄(제265조)로 인한 당선무효를 규정하고 있음.

특히, 현행법은 당선인 본인이 행한 행위로 인한 것뿐만 아니라, 선거사무장, 회계책임자 등의 제3자가 행한 행위에 대해서도 후보자의 당선무효를 규정하고 있는데, 구체적으로 선거사무장·선거사무소의 회계책임자 등이 매수 및 이해유도죄(제230조), 기부행위 금지제한 위반죄(제257조제1항) 등을 범하여 징역형 또는 300만원 이상의

2) [헌법재판소 2011.12.29. 선고 2009헌마476]

“이 사건 당선무효조항은 선거의 공정성을 확보하고, 불법적인 방법으로 당선된 국회의원에 의한 부적절한 공직수행을 차단하기 위한 것인 점, 이 사건 당선무효조항에서 ‘100만 원 이상의 벌금형의 선고’를 당선무효 여부의 기준으로 정한 것은 여러 요소를 고려하여 입법자가 선택한 결과인 점, 공직선거법을 위반한 범죄는 공직선거의 공정성을 침해하는 행위로서 국회의원으로서의 직무 수행에 대한 국민적 신임이 유지되기 어려울 정도로 비난가능성이 큰 점, 법관이 100만 원 이상의 벌금형을 선고함에 있어서는 형사처벌뿐만 아니라 공직의 계속수행 여부에 대한 합리적 평가도 하게 될 것이라는 점, 이 사건에서 달리 될 제약적인 대체적 입법수단이 명백히 존재한다고 볼 수도 없는 점 등을 종합하면, 이 사건 당선무효조항은 청구인의 공무담임권이나 평등권 등을 침해한다고 볼 수 없고, 위 조항을 전제로 한 이 사건 비용반환조항 역시 헌법에 반하지 않는다.”

벌금형의 선고를 받은 때에는 해당 선거구 후보자의 당선은 무효로 하도록 하면서, 선거사무장, 선거사무소의 회계책임자에 대하여는 선임·신고되기 전의 행위로 인한 경우까지 포함하도록 하고 있음.

그런데, 후보자와 전혀 관련 없는 행위로 후보자의 당선을 무효로 하는 것은 연좌제를 금지하고 있는 헌법³⁾에 위반되고, 후보자 자신이 어떠한 귀책사유가 없는데도 당선무효라는 불이익을 주는 것은 선거공정이라는 입법목적의 달성에 필요한 한도를 넘어서 공무담임권에 대한 과도한 제한으로 과잉금지원칙에 위배된다는 지적이 있음.⁴⁾

이에 개정안은 당선무효가 되는 선거사무장, 선거사무소의 회계책임자의 행위(징역형 또는 300만원 이상 벌금형을 받는 행위)에서 현행 “선임·신고되기 전의 행위”를 “선임·신고되기 전에 후보자와 통모하여 한 행위”로 변경함으로써, 선임·신고되기 전의 경우에는 “후보자와의 통모(남몰래 서로 통하여 공모)”를 당선무효 요건으로 추가하려는 것임.

3) 「대한민국헌법」 제13조 ③ 모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.

4) 헌법재판소 2010.3.25.선고 2009헌마170 판례 중 청구인의 주장요지

(1) 이 사건 법률조항은 회계책임자가 후보자와 전혀 관련 없는 행위로 인하여 공직선거법을 위반한 경우에도 후보자의 당선을 무효로 하고 있는바, 이것은 연좌제를 금지하고 자기책임의 원리를 선언하고 있는 헌법 제13조 제3항에 위반된다.

(2) 이 사건 법률조항은 후보자 자신이 어떠한 귀책사유가 없는데도 당선무효라는 불이익을 주는 것은 선거공정이라는 입법목적의 달성에 필요한 한도를 넘어서 공무담임권에 대한 과도한 제한으로서 과잉금지원칙에 위배된다.

(3) 이 사건 법률조항은 후보자에게는 사형과 같은 당선무효라는 불이익처분에 대하여 재판을 통해 다룰 수 있는 절차를 두고 있지 않아 적법절차의 원칙에 어긋날 뿐만 아니라 재판청구권을 박탈하여 위헌이다.

선거사무장과 회계책임자가 각각 해당 업무의 담당자로 선임·신고 되기 전의 행위에 대해서도 후보자에게 자신의 귀책사유와 관계없이 연대책임을 지우도록 하는 것은 지나치게 과도한 제한으로 볼 여지가 있다는 점에서 개정안은 “후보자와의 통모”를 당선무효 요건으로 추가하여 헌법상 자기책임의 원리를 존중하려는 취지로 보임.

《 헌법상 자기책임의 원리 》

개인의 존엄과 자율성을 인정하는 바탕 위에 서 있는 우리 헌법질서하에서는 자기의 행위가 아닌 타인의 행위에 대하여 책임을 지지 않는 것이 원칙이다(헌재 2005. 12. 12. 2005헌마19, 판례집 17-2, 785, 792).

어떠한 행위를 법률로 금지하고 그 위반을 어떻게 제재할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 위반행위의 성질, 위반이 초래하는 사회적 경제적 해악의 정도, 제재로 인한 예방효과 기타 사회적 경제적 현실과 그 행위에 대한 국민의 일반적 인식이나 법감정 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정하여야 할 분야이나, 법적 제재가 위반행위에 대한 책임의 소재와 전혀 상관없이 이루어지도록 법률이 규정하고 있다면, 이는 자기책임의 범위를 벗어나는 제재로서 헌법위반의 문제를 일으킨다.

헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기의 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담함을 전제로 한다. 자기책임의 원리는 이와 같이 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고, 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다. 이러한 자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 그것이 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리로 볼 것이고, 헌법 제13조 제3항은 그 한 표현에 해당하는 것으로서 자기책임의 원리에 반하는 제재는 그 자체로서 헌법위반을 구성한다고 할 것이다.(2009헌마170)

다만, 후보자와 선거사무장·회계책임자는 후보자의 당선이라는 공동목표를 위하여 조직적·체계적으로 선거운동을 하는 운명공동체에 속한다고 할 수 있는데,⁵⁾ “후보자와의 통모”를 당선무효 요건으로

추가할 경우 후보자는 선거사무장·회계책임자에게 불법행위를 하도록 하고는 발각될 경우 그에게 책임을 전가시킬 우려가 있고, 수사기관의 입증책임이 더욱 강화된다는 점을 참고할 필요가 있음.⁶⁾

헌법재판소는 어떠한 행위를 법률로 금지하고 그 위반을 어떻게 제재할 것인가 하는 문제는 “원칙적으로 위반행위의 성질, 그 행위가 초래하는 사회적 경제적 해악의 정도, 제재로 인한 예방효과 기타 사회적 경제적 현실과 그 행위에 대한 국민의 일반적 인식이나 법 감정 등을 종합적으로 고려하여 입법자가 결정하여야 할 분야”라고 판시한 바 있음.⁷⁾

또한, 해당 조문이 헌법상 자기책임의 원칙에 위배되어 위헌이라는 이유로 낸 헌법소원에서 재판관 다수의견(5인)은 이 사건 법률조항이 형사책임을 연대하여 지게 하는 것이 아니라, 선거의 공정성을 해치는 객관적 사실(불법행위)에 따른 선거결과를 교정하는 것에 불과하기 때문에 자기책임의 원칙에 위배되지 아니한다고 판시하였으나,

반대의견(4인)은 후보자가 자신의 관리·감독책임 없음을 입증하면 책될 가능성조차 부여하지 아니한 채 회계책임자의 불법행위를 근거로 후보자의 공무담임권을 확정적으로 박탈하는 것은 책임주의라

5) 헌법재판소 2010.3.25. 선고 2009헌마170

6) 현행법상으로는 수사기관이 선거사무장·회계책임자의 불법행위만 입증하면 되지만, “후보자와의 통보”를 요건으로 추가하면 후보자가 해당 행위를 알고 있었거나 지시했다는 점까지 증명할 필요가 있음.

7) 헌법재판소 2010.3.25. 선고 2009헌마170

는 헌법원칙 위반에서 벗어날 방법이 없다고 판시한 바 있음.

《 헌법재판소 2010.3.25.선고 2009헌마170 판례 》

재판관 다수의견
이 사건 법률조항은 종래 국회의원선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 폐지되기 전의 것) 제186조 및 지방의회의원선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호로 폐지되기 전의 것) 제188조에서 선거사무장의 행위에 대해서만 책임을 추궁하던 것을 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 제정된 ‘공직선거 및 선거부정방지법’에서부터 연대책임을 강화하여 회계책임자 등의 행위에 까지 확대한 것이다. 이 사건 법률조항을 포함한 공직선거법상의 당선무효조항(제263조·제264조 참조)은 당시 통합 공직선거법을 제정함에 있어 공정한 선거를 실현시키기 위해서는 선거부정에 대하여 엄한 제재가 가해져야 한다는 취지에서, 당선무효가 되는 연대책임 규정을 확대하여 공명하고 깨끗한 선거풍토를 확립하려는 목적에 기초한 것이다. 즉, 금권을 동원한 매수·기부행위, 각종 이익의 제공 등, 이른바 금권선거라는 기존의 선거행태를 개혁하기 위하여 엄격한 책임추궁을 통한 선거풍토의 개혁을 도모한 것이다. 한편, 후보자의 선거운동은 선거사무관계자·회계책임자·가족 등 여러 사람이 협조하여 조직적으로 이루어지며, 후보자는 일련의 선거운동 과정의 정점에서 선거사무관계자 등을 지휘·감독하면서 선거에 참여하게 된다. 회계책임자는 후보자의 선거운동에 소요되는 선거비용의 지출을 보조하는 자로서 금전의 관리라는 업무의 성격과 중요성 때문에 통상 후보자가 신임할 수 있는 자를 선임하며, 후보자와 회계책임자는 후보자의 당선이라는 공동목표를 위하여 조직적·체계적으로 선거운동을 하는 운명공동체에 속한다고 할 것이다. 즉, 회계책임자의 선거관여행위는 전적으로 후보자의 당선을 위하여 한 행위로서 총체적으로는 후보자의 의사지배 하에서 이루어진 행위이고, 회계책임자 등에 대하여는 후보자가 직접 보고 받고 지휘·감독하는 관계에 있으므로, 선거운동 과정에서 회계책임자의 활동은 후보자 자신의 활동의 연장으로 보아야 할 것이다. 나아가 선거의 실상을 보면, 후보자와 회계책임자는 조직적으로 역할을 분담하여 불법·부정행위를 자행하는 경우가 많았고, 회계책임자의 선거와 관련한 행위는 후보자의 행위로 인식되는 것이 일반적이다. 그러므로 후보자는 자신의 회계책임자가 공직선거법을 위반하지 아니하도록 지휘·감독할 의무가 있으며, 이 사건 법률조항은 실질적으로 이러한 의무의 위반에 대한 책임을 추궁하여 후보자의 당선을 무효로 하는 것이다. 만일 이러한 규정을 두지 않는다면, 후보자는 회계책임자에게 불법행위를 하도록 하고는 발각될 경우 그에게 책임을 전가시키려 할 것이고, 선거부패는 근절할 수 없을 것이다. 공직선거법은 선거에 참여하는 정당·후보자 및 후보자를 위하여 선거운동을 하는 자는 선거운동을 함에 있어서 공직선거법을 준수하고 공정하게 경쟁하여야 한다고 규정하고 있다(제7조). 투표자, 후보자, 이해관계인, 선거관리자 등이 종합적으로 관여하는 선거과정에서 그

선거의 결과에 영향을 미친 중대한 하자가 있는 경우, 선거를 무효(제192조, 제224조)로 하거나 당선을 무효(제263조, 제264조)로 하는 것과 마찬가지로, 이 사건 법률조항은 후보자에게 회계책임자의 형사책임을 연대하여 지게 하는 것이 아니라, 선거의 공정성을 해치는 객관적 사실(회계책임자의 불법행위)에 따른 선거결과를 교정하는 것에 불과하기 때문에 자기책임의 원칙에 위배되지 아니한다.

재판관 조대현, 김종대, 목영준, 송두환의 반대의견

다수의견은 이 사건 법률조항이 후보자에게 회계책임자의 형사책임을 연대하여 지게 하는 것이 아니라, 선거의 공정성을 해치는 객관적 사실(회계책임자의 불법행위)에 따른 선거결과를 교정하는 것에 불과하기 때문에 자기책임의 원리에 위배되지 아니한다고 한다.

다수의견의 지적과 같이 공직선거법은 회계책임자가 소정의 선거범죄를 저질렀다는 이유로 후보자를 함께 형사처벌하는 것은 아니다. 그러나 후보자에게 지우는 책임이 비형사적 제재라고 해서 그 제재를 완전히 책임원칙의 예외에 둘 수는 없다. 후보자에게 가하는 당선무효의 제재가 형사적 책임이 아니기 때문에 자기책임의 원리가 적용되는 엄격성이 형사책임에서보다 완화될 여지는 있겠지만, 그렇다고 일부 민사책임 영역에서 적용되는 무과실책임주의까지 끌어들여 적용할 영역은 아니기 때문이다.

오늘날 민사책임의 기본원리였던 과실책임주의가 일부 특별한 법률관계에 한정해서 공평한 손해의 분담이란 관점에서 소위 위험책임, 무과실책임 등을 인정하는 쪽으로 변화되긴 하지만, 단순히 금전배상을 명하는 민사상 제재와는 전혀 다른 영역인 후보자의 공무담임권을 박탈하는 특별법상의 이권 제재에 대해서까지 법정 무과실책임으로 규정하는 것은 자기책임의 원리와 결코 조화될 수 없다.

회계책임자의 선거범죄와 관련한 후보자의 의원직 박탈이 자기책임원리에 부합할 수 있으려면, 후보자에게 고의 또는 관리·감독책임이 있을 것을 요건으로 하여야 하고, 후보자에게 관리·감독책임조차 없는 경우 최소한 이를 주장, 입증하여 면책될 가능성만은 주어져야 한다. 선거의 실상에서, 후보자와 회계책임자가 조직적으로 역할을 분담하여 불법·부정행위를 자행하는 경우가 많고, 회계책임자의 선거와 관련한 행위가 후보자의 행위로 인식되는 것이 일반적이라 하더라도, 그런 일반적인 개연성에 기하여 후보자가 자신의 관리·감독책임 없음을 입증하여 면책될 가능성조차 부여하지 아니한 채 회계책임자의 불법행위를 근거로 후보자의 공무담임권을 확정적으로 박탈하는 것은 책임주의라는 헌법원칙 위반에서 벗어날 방법이 없다.

따라서, 선거사무장과 회계책임자가 각각 해당 업무의 담당자로 선임·신고되기 전의 행위에 대해서 “후보자와의 통모”를 당선무효 요건으로 추가할지 여부에 대해서는 헌법상 자기책임의 원리, 금권선거의

예방을 위한 강도 높은 규제의 현실적인 필요성, 제재로 인한 예방효과 등을 종합적으로 감안하여 논의할 필요가 있다고 보임.

참고로, 중앙선거관리위원회는 개정안에 대하여 선거와 관련한 부정을 방지하고 깨끗한 선거문화를 정착하고자 하는 「공직선거법」의 입법취지를 고려하여 국회가 입법정책적으로 결정할 사안이라는 입장임.

문 의 처
02)6788-5332