

중앙선거관리위원회 정책연구과제

국외에서의 선거법 위반행위 예방·단속방안 연구  
- 국제법적 쟁점을 중심으로 -

2010년 9월



중앙선거관리위원회



국외에서의 선거법 위반행위 예방·단속방안 연구  
- 국제법적 쟁점을 중심으로 -

2010년 9월

연구책임자 : 최태현 (대한국제법학회)

공동연구자 : 고영국 (대한국제법학회)



중앙선거관리위원회



# 목 차

I. 서론 .....	1
1. 연구의 배경과 필요성 .....	1
(1) 연구의 배경 .....	1
(2) 연구의 필요성 .....	9
2. 연구의 방법 및 범위 .....	10
(1) 연구의 방법 .....	10
(2) 연구의 범위 .....	11
II. 국제법상 주권개념, 기본원칙, 국가관할권이론 .....	13
1. 국제법상 주권의 개념 .....	13
2. 국제법의 기본원칙 .....	15
3. 국제법상 국가관할권이론 .....	19
(1) 국제법상 국가관할권의 개념 .....	19
(2) 국제법상 국가관할권의 분류 .....	21
(3) 국제법상 입법관할권 행사의 근거 .....	24
1) 개설 .....	24
2) 속지주의 .....	25
3) 속인주의 .....	26
4) 보호주의 .....	28
5) 수동적 속인주의 .....	29
6) 보편주의 .....	31
7) 효력이론 .....	32

(4) 국제법상 입법관할권의 역외적용의 한계 .....	35
1) 개설 .....	35
2) 국내문제 불간섭의무에 의한 제한 .....	36
3) 권리남용금지에 의한 제한 .....	37
4) 개별조약에 의한 제한 .....	37
5) 소결 .....	38

### III. 선거관리위원회의 국외에서의 권한 행사 ..... 39

1. 서 .....	39
2. 국외에서의 국내법의 집행 .....	40
(1) 집행관할권의 의의 .....	40
(2) 집행관할권의 행사범위 .....	41
(3) 해외에서의 집행관할권 행사의 한계 .....	44
1) 이론적 근거 .....	44
2) 국가들의 실행 .....	46
(4) 해외에서의 집행관할권 행사 금지의 유형별 검토 .....	49
1) 물리력 사용의 경우 .....	49
2) 수사 또는 조사 .....	50
3) 주권적 행위의 평온한 수행 .....	52
4) 외국법원의 조력을 통한 집행 .....	55
(5) 소결 .....	56
3. 재외선거에서 선거관리위원회의 권한 행사 .....	58
(1) 개설 .....	58
(2) 재외선거에서 선거관리위원회의 행정지도권 행사 .....	59
1) 행정지도의 의의 및 법적 성격 .....	59
2) 공직선거법상의 행정지도의 내용 및 사례 .....	61
3) 재외선거에서 행정지도의 예상되는 유형 .....	61
4) 재외선거에서 행정지도의 국제법상 적법성의 요건 .....	63

(3) 재외선거에서 선거관리위원회의 행정조사권 행사 .....	65
1) 행정조사의 의의 및 법적 성격 .....	65
2) 행정조사의 국내법적 한계 .....	65
3) 공직선거법상의 행정조사의 내용·유형 .....	66
4) 재외선거에서 행정조사권 행사의 적법성 .....	70
5) 소결 .....	73
(4) 재외선거에서 과태료의 부과·징수 .....	74
1) 과태료의 의의 .....	74
2) 과태료 부과·징수 절차 .....	75
3) 공직선거법상 과태료 부과·징수의 대상과 절차 .....	76
4) 재외선거에서 과태료 부과·징수의 문제점 .....	77
5) 소결 .....	81
(5) 재외선거에서 선거범죄신고자에 대한 신고포상금 지급 .....	81
1) 포상금의 의의 .....	81
2) 공직선거법상의 신고포상금제도 .....	81
3) 예상되는 재외선거에서 포상금지급의 유형 .....	83
4) 포상금지급에 대한 국제법적 및 정책적 검토 .....	83
5) 소결 .....	85
4. 결 .....	86
<b>IV. 재외선거법에 대한 형사적 제재의 실효성 검토 .....</b>	<b>87</b>
1. 서 .....	87
2. 공직선거법상 형사처벌 규정의 적용 가능성 .....	88
(1) 형법총칙의 공직선거법상 형사처벌 조항에의 적용여부 .....	88
(2) 형법총칙 적용 사례와 재외선거와 관련한 검토 .....	89
1) 개요 .....	89
2) 관련 판례 .....	89
3) 판례의 시사점 .....	92
4) 형법총칙 형사관할권규정의 재외선거법에의 적용 .....	94

3. 공직선거법상 형사처벌 규정의 집행가능성 검토 .....	97
(1) 형사법의 국제적 집행에 관한 제도 .....	97
1) 국제형사사법공조 .....	97
2) 범죄인인도 .....	98
3) 정치범의 개념 .....	99
4) 우리 범죄인인도법의 내용·판례 .....	101
5) 정치범의 범주에 선거사범이 포함되는지 여부 .....	102
(2) 법집행기관의 현지수사·영사의 조서작성 .....	103
(3) 재외선거범 조사를 위한 국제형사사법공조 .....	104
V. 기타 재외선거의 공정성 확보방안 .....	106
1. 주재국과의 협력 필요성 .....	106
2. 단기적 방안 .....	107
3. 장기적 방안 .....	110
VI. 결론 .....	114
참고문헌 .....	115



# I. 서론

## 1. 연구의 배경과 필요성

### (1) 연구의 배경

우리 「헌법」은 제1조 제2항에서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”고 규정함으로써 국민주권의 원리를 천명하고 있다. 현대민주주의에서 국민주권의 원리는 무엇보다도 대통령, 국회의원 등 대의기관의 선출을 의미하는 선거와 일정사항에 대한 국민의 직접적 결정을 의미하는 국민투표에 의하여 실현된다(대의민주주의의 실현). 이를 위하여 우리 「헌법」은 국민의 참정권의 가장 중요한 형태인 선거권(제24조)과 공무담임권(제25조)을 보장하면서, 한편으로는 제41조 제1항과 제67조 제1항에서 국회의원 및 대통령의 선출에 있어서 보통·평등·직접·비밀 선거를 선거의 기본원칙으로 규정하고 있다.

한편, 사실상 선거 없는 대의민주주의를 상상할 수 없기 때문에 합리적인 선거제도와 선거제도의 공정한 운영이 대의민주주의의 성공에 결정적인 시금석이 된다는 것은 두말할 필요가 없다. 선거제도는 대의민주주의의 출발점으로서 그 사활을 좌우하는 통치기관의 구성원리라 할 수 있다. 또한 현대민주사회에서 국민이 대의기관을 통제할 수 있는 가장 효과적인 방법은 선거이기 때문에 선거의 민주정치적 의미는 아무리 강조하여도 지나치지 않다고 할 것이다.<sup>1)</sup>

민주주의에서는 주권자인 국민이 정치과정에 참여하는 기회가 폭 넓게 보장될 것을 요구한다. 따라서 국민의 주권행사 내지 참정권행사의 의미를 지니는 선거과정에서의 참여행위는 원칙적으로 자유롭게 행하여질 수 있도록 최대한 보장되어야 한다. 그러나 대의민주주의의 기초인 선거는 본래 자유로워야 하는 것이지만 그것은 동시에 공정하게 시행되어야 한다. 부정선거와 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회적

---

1) 정병욱, 『공직선거법』, 博英社, 2006, 3면.

제적 손실과 부작용을 방지하고 실질적인 선거운동의 기회균등을 보장하기 위하여는 선거의 공정성이 확보되어야 하며, 이를 위하여는 어느 정도 선거운동에 대한 규제가 불가피하다. 그러나 선거는 민주적 의회정치기초의 기초이며 선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 선거운동의 자유를 제한하는 경우에도 다른 기본권과 마찬가지로 「헌법」 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로 제한할 수 있으며 그러한 경우라 하더라도 선거운동의 자유에 대한 본질적 내용은 침해할 수 없다.2)

이에 따라 「헌법」 제116조 제1항은 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.”라고 규정하여 선거운동에 관하여 별도의 규정을 두고 있고, 동 규정의 취지를 이어받아 「공직선거법」이 제정·시행되고 있다.3)

「공직선거법」의 목적은 “대한민국 헌법과 지방자치법에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여”(동법 제1조)하는 데 있다. 대의민주주의를 채택하고 있는 민주국가에 있어서 대통령이나 국회의원 등 대의기관의 선출은 주권자인 국민이 그 주권을 행사하는 행위이므로 국민이 선거에 참여하여 그 의사를 표현할 기회와 자유는 최대한 보장되어야 한다. 그러나 한편 대의민주주의의 기초인 선거는 동시에 공정하게 행하여지지 않으면 아니된다. 금권·관권 등으로 인한 부정선거를 막고 아무런 제한 없는 과열된 선거운동으로 인하여 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 최소화하며 국민의 진정한 의사를 제대로 반영하기 위하여는 우선 선거의 공정성이 보장되어야 한다. 선거의 공정 없이는 진정한 의미에서의 선거의 자유도 보장되지 아니한다.

---

2) 이러한 선거운동의 제한과 관련하여 헌법재판소는 재외선거에 관하여, “외국에서의 선거관리가 국내에서와 비교할 때 더 어려우리라는 것은 짐작할 수 있지만, 그렇다고 선거권 행사를 전면 부정해야 할 만큼 선거의 공정성 확보가 불가능할 정도라고 볼 수는 없다. 예상되는 부정선거가능성은 해외에서 이루어지는 선거운동방법의 적절한 제한, 투표자 본인의 신분확인방법의 도입, 선거운동비용 지출에 대한 사전 사후의 관리 등 필요한 조치를 통하여 차단하는 방법이 있으며, 법원의 재판 등을 통한 사후적 통제도 가능하다.”고 판시하였다. 헌재 2007. 06. 28, 2004헌마644.

3) 「공직선거법」 제58조 제2항은 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하여 원칙적으로는 선거운동의 자유를 보장하면서 그것이 제한될 수 있는 것임을 밝히고 있다.

한편, 우리 헌법재판소는 2007년 6월 28일 선거인명부등재, 부재자신고와 지방선거의 선거권·피선거권 행사의 요건으로 주민등록을 요구함으로써 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 참정권 행사를 제한하는 「공직선거법」[(구)공직선거및선거부정방지법] 조항에 대하여 헌법불합치 결정을 내렸다.<sup>4)</sup>

헌법재판소는 외국 영주권자를 포함한 재외국민에게 전면적으로 국정선거권행사를 인정할 경우 선거의 공정성 확보가 어렵다는 점, 예컨대 투표용지의 분실이나 교체 가능성, 부정한 선거운동비용의 지출, 2중투표나 대리투표의 가능성, 선거권자 의사의 왜곡, 금품매수 현상 등 현지에서의 선거과정의 불공정하게 진행될 가능성을 배제할 수 없다는 우려는 재외국민에게 선거권 행사를 전면적으로 배제하는 정당한 논거가 되기 곤란하다고 판시하였다.<sup>5)</sup>

헌법재판소의 불합치결정의 요지를 살펴보면 다음과 같다.

① 민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 갖는 중요성으로 인해 한편으로 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 또 다른 한편에서 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 그 심사의 강도도 엄격하여야 한다. 선거권을 제한하는 입법은 「헌법」 제24조에 의해서 곧바로 정당화될 수는 없고, 「헌법」 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 더욱이 보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성인자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하므로 보통선거의 원칙에 반하는 선거권 제한의 입법을 하기 위해서는 「헌법」 제37조 제2항의 규정에 따른 한계가 한층 엄격히 지켜져야 한다.

② 선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할

4) 현재 2007. 06. 28, 2004헌마644 사건 등.

5) 다만, 상기 불합치결정에서는 재외국민에게 선거 및 투표참여를 허용하는 경우 발생할 수도 있는 주재국의 주권 침해가능성에 대한 구체적인 검토는 하고 있지 아니하였고, 해외에서의 선거운동 방법에 대한 제한이나 정보기술의 활용을 통하여 제반 문제점을 극복할 수 있을 것이라고 간략히 예시하고 있을 뿐이다.

경우에만 정당화될 수 있고, 막연하고 추상적인 위협이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로 그 제한이 정당화될 수 없다. 북한주민이나 조총련계 재일동포가 선거에 영향을 미칠 가능성, 선거의 공정성, 선거기술적 이유 등은 재외국민등록제도나 재외국민 거소신고제도, 해외에서의 선거운동방법에 대한 제한이나 투표자 신분확인제도, 정보기술의 활용 등을 통해 극복할 수 있으며, 나아가 납세나 국방의무와 선거권 간의 필연적 견련관계도 인정되지 않는다는 점 등에 비추어 볼 때, 단지 주민등록이 되어 있는지 여부에 따라 선거인명부에 오를 자격을 결정하여 그에 따라 선거권 행사 여부가 결정되도록 함으로써 엄연히 대한민국의 국민임에도 불구하고 「주민등록법」 상 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 부정하고 있는 법 제37조 제1항은 어떠한 정당한 목적도 찾기 어려우므로 「헌법」 제37조 제2항에 위반하여 재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.

③ 직업이나 학문 등의 사유로 자진 출국한 자들이 선거권을 행사하려고 하면 반드시 귀국해야 하고 귀국하지 않으면 선거권 행사를 못하도록 하는 것은 「헌법」이 보장하는 해외체류자의 국외 거주·이전의 자유, 직업의 자유, 공무담임권, 학문의 자유 등의 기본권을 희생하도록 강요한다는 점에서 부적절하며, 가속화되고 있는 국제화시대에 해외로 이주하여 살 가능성이 높아지고 있는 상황에서, 그것이 자발적 계기에 의해 이루어졌다는 이유만으로 국민이면 누구나 향유해야 할 가장 기본적인 권리인 선거권의 행사가 부인되는 것은 타당성을 갖기 어렵다는 점에 비추어 볼 때, 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자신고를 허용함으로써 재외국민과 단기해외체류자 등 국외거주자 전부의 국정선거권을 부인하고 있는 법 제38조 제1항은 정당한 입법목적은 갖추지 못한 것으로 「헌법」 제37조 제2항에 위반하여 국외거주자의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다.

④ 국내거주 재외국민은 주민등록을 할 수 없을 뿐이지 ‘국민인 주민’이라는 점에서는 ‘주민등록이 되어 있는 국민인 주민’과 실질적으로 동일하므로 지방선거 선거

권 부여에 있어 양자에 대한 차별을 정당화할 어떠한 사유도 존재하지 않으며, 또한 헌법상의 권리인 국내거주 재외국민의 선거권이 법률상의 권리에 불과한 '영주의 체류자격 취득일로부터 3년이 경과한 19세 이상의 외국인'의 지방선거 선거권에 못 미치는 부당한 결과가 초래되고 있다는 점에서, 국내거주 재외국민에 대해 그 체류기간을 불문하고 지방선거 선거권을 전면적·확일적으로 박탈하는 법 제15조 제2항 제1호, 제37조 제1항은 국내거주 재외국민의 평등권과 지방의회 의원선거권을 침해한다.

- ⑤ '외국의 영주권을 취득한 재외국민'과 같이 주민등록을 하는 것이 법령의 규정상 아예 불가능한 자들이라도 지방자치단체의 주민으로서 오랜 기간 생활해 오면서 그 지방자치단체의 사무와 얼마든지 밀접한 이해관계를 형성할 수 있고, 주민등록이 아니더라도 그와 같은 거주 사실을 공적으로 확인할 수 있는 방법은 존재한다는 점, 나아가 법 제16조 제2항이 국회의원 선거에 있어서는 주민등록 여부와 관계없이 25세 이상의 국민이라면 누구든지 피선거권을 가지는 것으로 규정함으로써 국내거주 여부를 불문하고 재외국민도 국회의원 선거의 피선거권을 가진다는 사실에 비추어, 주민등록만을 기준으로 함으로써 주민등록이 불가능한 재외국민인 주민의 지방선거 피선거권을 부인하는 법 제16조 제3항은 「헌법」 제37조 제2항에 위반하여 국내거주 재외국민의 공무담임권을 침해한다.
- ⑥ 국민투표는 국가의 중요정책이나 헌법개정안에 대해 주권자로서의 국민이 그 승인 여부를 결정하는 절차인데, 주권자인 국민의 지위에 아무런 영향을 미칠 수 없는 주민등록 여부만을 기준으로 하여, 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 국민투표권 행사를 전면적으로 배제하고 있는 「국민투표법」 제14조 제1항은 앞서 본 국정선거권의 제한에 대한 판단에서와 동일한 이유에서 청구인들의 국민투표권을 침해한다.
- ⑦ 재외국민에 대해 원칙적으로의 참정권을 인정하는 것이 헌법적 요청이라 하더라도, 선거기술적 측면과 선거의 공정성 확보 측면에서 충분히 검토하고 준비할 시간이 필요하고, 또한 법 제37조 제1항 등 이 사건 법률조항들이 즉시 효력을

상실하면 향후 선거를 실시할 수 없는 법적 혼란상태를 초래할 것이므로, 잠정 적용 헌법불합치결정을 선고하되, 입법자는 늦어도 2008년 12월 31일까지 개선 입법을 하여야 한다.

상기의 헌법재판소의 헌법불합치 결정에 따라 2009년 2월 12일 일부개정된 「공직선거법」<sup>6)</sup>은 국내에 거소를 정하여 거소신고를 한 재외국민에게 지방선거의 선거권과 피선거권을 부여하고, 국정선거와 지방선거를 실시하는 때마다 선거인명부에 올리도록 하는 한편, 대통령선거 및 임기만료에 의한 국회의원선거에서 국외부재자투표제도 및 재외선거인 제도를 도입하여 대한민국 국적을 보유하고 있는 재외국민 중 외국에 있는 사람은 재외공관을 경유하여 주소를 관할하는 구·시·군의 장 또는 중앙선거관리위원회에게 국외부재자신고 또는 재외선거인 등록신청을 하고, 현지 재외공관에 설치한 재외투표소에 직접 가서 투표할 수 있도록 하였다.

아울러 개정 「공직선거법」은, 재외선거권자를 대상으로 하는 선거운동은 후보자나 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용한 방법, 국내에서 재외국민을 대상으로 위성으로 송출하는 방송시설을 이용한 방송광고와 방송연설에 의한 방법, 정보통신망 또는 인터넷 광고를 이용한 방법, 전화를 이용하거나 말로 하는 방법으로만 할 수 있도록 하되, 단체는 그 명의 또는 그 대표의 명의로 재외선거권자를 대상으로 선거운동을 할 수 없도록 하고 있다.

주요 개정 내용을 살펴보면 다음과 같다.

① **국내거소신고 재외국민의 지방선거 선거권과 피선거권**(「공직선거법」 제15조 제2항 제2호의 신설, 제16조 제3항, 제37조 제1항)

「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」에 따라 국내거소를 신고하여, 해당 지방자치단체의 국내거소신고인명부에 올라 있는 재외국민에게 해당 지방의회의원 및 지방자치단체장의 선거에 대한 선거권을 부여하고(제15조 제2항 제2호), 선거일 현재 계속하여 60일 이상 해당 지방자치단체의 국내거소신고인명부에 올라 있는 25세 이상의 재외국민에게 해당 지방의회의원 및 지방자치단체장의 피선거권을 부여하였다(제16조 제3항). 또한 재외선거의 도입에 따라 확정

---

6) 시행 2009. 2. 12, 법률 제9466호; 현행법 시행 2010. 1. 25, 법률 제9974호, 2010. 1. 25, 일부개정.

된 국외부재자신고인명부에 올라 있는 사람은 선거인명부의 비고란에 국외부재자로 신고한 사실을 표시하도록 하였다(제37조 제1항).

## ② 재외선거관리위원회의 설치(제218조)

중앙선거관리위원회는 대통령선거와 임기만료에 따른 국회의원선거를 하는 때마다 선거일 전 180일부터 선거일 후 30일까지 재외선거의 공정한 관리를 위하여 공관마다 재외선거관리위원회를 설치·운영하도록 하였다(제218조).

## ③ 재외국민의 선거인명부 작성 등(제218조의4, 제218조의8 내지 제218조의13)

주민등록이 되어 있지 아니하고 국내거소신고도 하지 아니한 사람으로서 외국에서 투표하려는 선거권자는 대통령선거와 임기만료에 따른 비례대표국회의원 선거를 하는 때마다 선거일 전 150일부터 선거일 전 60일까지 공관을 방문하여 재외선거인 등록을 신청하도록 하였다(제218조의5). 중앙선거관리위원회는 선거일 전 49일부터 선거일 전 40일까지 10일간 재외국민이 제출한 재외선거인 등록 신청서에 따라 재외선거인명부를 작성한다(제218조의4). 또한 주민등록이 되어 있거나 국내거소신고를 한 재외국민은 선거일 전 150일부터 선거일 전 60일까지 국내에 거주하는 사람은 시장·군수·구청장에게, 외국에 머물거나 거주하는 사람은 공관을 경유하여 시장·군수·구청장에게 여권사본을 첨부하여 '국외부재자신고서'를 제출(우편신고 가능)하도록 하였다. 구·시·군의 장은 선거일전 49일부터 선거일전 40일까지 10일간 재외국민이 제출한 국외부재자신고서에 따라 국외부재자신고인명부를 작성한다(제218조의9). 재외선거인명부와 국외부재자신고인명부는 선거일 전 30일에 확정되고, 해당 선거에 한하여 효력을 가지며, 중앙선거관리위원회와 구·시·군의 장은 재외선거인명부와 국외부재자신고인명부가 확정되면 즉시 그 명부 사본을 관할 구·시·군선거관리위원회에 보내도록 하였다(제218조의13).

## ④ 재외국민 대상의 선거운동 등(제218조의14 및 제218조의15)

재외선거권자를 대상으로 하는 선거운동은 후보자나 후보자가 되고자 하는 자가 자신이 개설한 인터넷 홈페이지를 이용한 방법, 국내에서 재외국민을 대상으로 위성으로 송출하는 방송시설을 이용한 방송광고와 방송연설에 의한 방법,

정보통신망 또는 인터넷 광고를 이용한 방법, 전화를 이용하거나 말로 하는 방법으로만 할 수 있도록 하되, 단체는 그 명의 또는 그 대표 명의로는 재외선거권자를 대상으로 선거운동을 할 수 없도록 하였다(제218조의14). 또한 특히 한국국제협력단, 한국국제교류재단, 재외동포재단의 상근 임직원 및 이들 단체의 대표자는 재외선거권자를 대상으로 선거운동을 할 수 없도록 규정하였다. 한편, 재외선거권자를 대상으로 하는 선거운동을 위하여 국외에서 지출한 비용은 선거비용으로 보지 아니하도록 하였다(제218조의15).

**⑤ 재외선거의 투표방법 등(제218조의16 내지 제218조의21)**

재외선거의 투표는 대통령선거와 지역구국회의원선거에서는 후보자의 성명이나 기호 또는 소속정당의 명칭을, 비례대표국회의원선거에서는 정당의 명칭이나 그 기호를 재외투표소에 가서 투표용지에 직접 적는 방법으로 하고, 재외선거인이나 국외부재자 신고인이 투표용지를 가지고 귀국한 경우 부재자투표소에서 투표할 수 있도록 하고 있다(제218조의16). 재외투표소는 공관에 설치하되, 공관의 협소 등의 사유로 부득이 공관에 재외투표소를 설치할 수 없는 경우에는 대체시설에 재외투표소를 설치할 수 있도록 하였다(제218조의17).

**⑥ 재외선거범죄에 대한 공소시효(218조의26)**

국외에서 범한 선거범죄의 공소시효는 해당 선거일 후 5년이 지나면 완성되도록 하여 재외선거사범에 대한 특성을 고려하였다(제218조의26).

**⑦ 국외선거운동방법 위반의 처벌(제218조의14 제1항, 제6항, 제7항)**

재외선거의 특수성을 고려하여 주재국 정부와의 분쟁, 예컨대 주권침해, 내정간섭, 법률위반 등의 가능성을 막기 위하여 선거운동 방법을 제한하고 있다. 이러한 국외선거운동 방법위반에 대하여는 3년 이하 징역 또는 600만원 이하 벌금에 처하고 있다(제255조 제1항 제20호).



## (2) 연구의 필요성

개정 「공직선거법」은 재외선거의 특수성을 고려하여 주재국 정부와의 분쟁, 예컨대 주권침해, 내정간섭, 법률위반 등의 가능성을 막기 위하여 선거운동 방법을 제한하고 있다. 그럼에도 불구하고 현행 「공직선거법」을 재외선거에 적용함에 있어서 발생할 수 있는 몇 가지 문제점에 대하여 사전검토가 필요하다고 본다.

첫째, 우리 국내법(공직선거법)의 입법목적인 재외국민의 참정권을 보장하고, 공직선거의 공정성을 확보함에 있어서, 재외선거가 실시되는 주재국(host country, 외국)과 우리나라의 관계에 관한 사항이다. 우리의 입장에서 살펴본다면, 재외국민에 대한 선거권 부여는 세계화시대에 걸맞게 재외국민도 우리 국민의 일원으로서 고국에 대해 관심을 갖고 발전에 동참할 수 있는 기회를 부여하게 된 것으로 큰 의미가 있다. 다만, 참정권이라는 헌법상 정치적 기본권의 보장뿐만 아니라, 공직선거의 공정성이 재외국민의 정치적 기본권의 행사과정 속에서도 확보되어야 할 것이다. 하지만, 재외선거를 실시함에 있어서, 외국에서의 재외국민을 대상으로 하는 선거운동과 「공직선거법」 위반행위의 예방·단속·처벌 등 전반적인 선거관리를 위한 행정절차 등이 우리나라와 재외국민이 거주하는 주재국(외국)과의 관계에 부정적 영향을 끼칠 수 있다는 것을 고려해야 한다.

두 번째, 한 국가의 영역 내에서 계획, 실시되는 선거 내지 투표와 달리 재외선거는 한 국가가 자국의 국내법에 근거하여 실시의 일부를 자국의 영역이 아닌 외국의 영역 내에서 실시하는 것이므로, 외국과의 관계속에서 자국의 선거의 실시가 국제법적으로 어떠한 근거에서 타당한 것인지에 관하여 국제법상 국가관할권 이론에 근거한 분석이 필수적이라고 본다.

재외선거에 관한 「공직선거법」 규정과 같이 대한민국 영역 밖에 적용되도록 의도되어진 법규의 제정 자체는 직접 외국의 주권에 대한 침해로 야기하는 것은 아니지만, 그러한 입법관할권에 근거하여 이루어지는 현실적인 집행관할권의 역외적 행사, 즉 국내법의 역외집행의 경우는 경우에 따라서는 외국의 주권에 대한 침해를 구성할 수 있다.

본 연구는, ① 재외국민의 선거관리와 관련된 「공직선거법」의 규정(입법관할권의 실현)이 재외국민의 선거참여와 이와 관련한 선거관리(집행관할권의 실현)의 세부적

단계에서 실제 외국의 주권을 침해하는지 여부를 국제법상의 이론연구와 유사한 관련 사례 분석을 통하여 검토하고, ② 주재국과의 외교적 긴장을 미연에 방지하고 우리 「공직선거법」을 실효적으로 집행할 수 있는 방안을 마련하여, ③ 「공직선거법」상의 재외국민 선거관리의 세부적 사항의 집행에 관한 가이드라인을 법집행기관에 제공하고자 한다.

## 2. 연구의 방법 및 범위

### (1) 연구의 방법

우리 헌정사를 돌이켜 보면, 주권재민의 원리에 입각한 민주주의를 채택한 다른 주요 선진국과 달리 선거 및 투표제도의 실시, 운영과 관련한 제도는 국민의 자유로운 선거참여의 보장 뿐만 아니라 제도 운영의 공정성 확보와 관련하여 많은 입법적인 노력이 있어왔다고 할 수 있다. 이러한 선거 공정성의 확보와 관련된 여러 헌법적인 장치는 선진 외국의 제도 모방이 아닌 우리 정치 역사의 하나의 투영으로써 독자적으로 발전하여 왔다고 할 수 있다. 다른 주요 외국의 경우 선거 및 투표의 실시 및 운영이 지방자치단체에 위임되어 있거나 행정부처의 기능에 속한 사항인 경우가 대부분임에도 불구하고, 우리 헌법질서 속에서는 독립적인 헌법기구를 창설하여 이 기구가 전국적인 단위에서 관련 선거 및 투표를 관장하고 있으며, 이러한 선거관련 제반 제도의 변경도 사실상 주요 정치집단의 동의가 필수적인 경우가 많았다.

이러한 역사적 연유와 본 연구의 제반 준비를 위한 외국 문헌의 조사과정에서 볼 때, 재외선거의 실시와 관련한 외국의 유사한 사례의 발굴이나 관련 기초 연구는 상당히 제한적일 수 밖에 없다. 미국이나 일본, 그리고 유럽의 여러 선진 민주국가에서도 재외선거의 실시가 주권재민의 원리에 입각하여 폭넓게 운영되고 있으나, 그러한 제도의 운영과정 속에서 발생할 수 있는 국제법상의 외국주권의 충돌 사례, 재외선거의 실시와 있어서 공정성 확보를 위한 행정적·형사적 제재의 사례 등을 여러 가지 법률 데이터베이스 통하여 찾아본 바로는, 우리 「공직선거법」의 개정과정에서 논의되

고 우려되었던 선거관리위원회의 권한 행사, 재외선거에서 발생하는 선거범죄의 단속과 처벌과 같은 사례는 발견하지 못하였다. 따라서 본 연구에서는 기존 국제법의 분야에서의 연구의 성과에 기초한 문헌연구와 유사한 사례의 분석을 통하여, 우리 「공직선거법」의 실시과정에서 발생할 수 있는 사항에 대한 사전적인 연구 및 세부적인 제도 운영에 관한 사항을 중심으로 서술하고자 한다.

## (2) 연구의 범위

본 연구의 범위는 대략 재외선거법 위반행위를 규율하기 위한 국내법규와 이의 집행이 국제법적 입장에서 타당한지에 대해 검토하는 동시에 주로 국제법적 시각에서 재외에서의 우리 「공직선거법」 위반행위 규율의 정당성과 효율성을 담보하기 위한 방안을 마련하고자 하는데 있다. 이를 위하여 현행 공직선거법에 따라 국외에서의 우리나라에 의한 선거·투표 절차의 진행과 이에 수반하는 선거운동의 진행, 그리고 그러한 선거운동에 대한 관리(홍보, 계도, 단속 등 포함)가 국제법상 정당화될 수 있는 집행관할권의 범위 내에 속할 수 있는지 전반적인 이론적 검토를 행하고자 하며, 주재국에서의 선거의 관리 및 선거운동의 적법성을 주장할 수 있는 국제법적인 근거가 존재하는지를 검토하고자 한다.

이러한 재외선거에 관한 국제법적 시각에서의 접근을 통하여 아래 사항에 관한 구체적인 검토를 하고자 한다.

먼저, 이 연구를 위한 기초적인 국제법이론으로서 국제법상 국가의 가장 기본적인 권리인 주권의 개념, 국가들이 준수하여야 할 국제법의 기본원칙 및 국가관할권이론에 대하여 살펴보고자 한다. 특히 국가관할권이론과 관련하여서는 국가가 자기 주권을 실현하는 구체적인 방법인 입법관할권의 근거와 이의 국제법상의 한계에 대하여 살펴보고자 한다.

두 번째, 이 연구의 핵심이라고 할 수 있는 선거관리위원회의 국외에서의 권한 행

사에 대한 국제법상 적법성에 관하여 살펴보고자 한다. 특히, 먼저 국가의 집행관할권 행사를 둘러싼 이론적인 분석과 관련 사례를 미리 살펴보고, 공직선거법이나 선거관리위원회법상 규정된 선거관리위원회의 권한중 대표적인, ① 주의, 경고와 같은 불법선거의 예방을 위한 행정지도, ② 불법선거운동의 단속과 예방을 위한 행정조사, ③ 불법선거운동에 대한 행정벌로서 과태료의 부과와 징수, ④ 단속의 실효성 확보를 위한 신고자에 대한 포상금지급 등의 재외선거에서의 실시가능성과 적법성의 조건에 관하여 분석하여 보고자 한다.

세 번째, 현행 공직선거법의 제16장에 규정되어 있는 형사적 처벌조항과 관련하여 재외선거사범에 대한 「공직선거법」 및 「형법」 총칙의 적용가능성과 그러한 재외선거범죄가 외국에서 발생하고 주요 증인이나 범죄인이 외국에 소재하는 경우 국제적 형사사법공조, 범죄인인도의 가능성을 국제법 및 국내법의 요건을 중심으로 살펴보고자 한다.

네 번째, 재외선거의 공정성을 확보하기 위한 단기, 장기적인 방안을 입법론적인 방안과 정책론적인 방안을 중심으로 살펴보고자 한다.

## II. 국제법상 주권개념, 기본원칙, 국가관할권이론

### 1. 국제법상 주권의 개념

주권(主權, sovereignty)이란 국제법상 국가의 가장 기본적인 권리로 한 국가내에서는 다른 권력에 종속하지 않는 최고의 통치권력, 국제법상으로는 국가의 기본적 지위를 나타내는 권리이다. 주권이란 일정의 공간(영역)에서 거기에 있는 모든 사람 및 물건을 통치하고 지배할 수 있는 권력이며, 다른 권력에 종속하지 않고 활동할 수 있는 독립성을 의미하는 권력이다.<sup>7)</sup>

주권은 원래 한 국가내에서의 최고권력을 의미함과 동시에, 외부권력으로부터의 간섭을 배제하기 위한 개념으로 주장되었다. 특히 19세기에는 헤겔(Hegel) 사상의 영향을 받아 절대주권이란 관념하에 국가의 주권은 최고이자 절대적인 것으로 어느 것에도 종속되지 않는다는 생각이 나타났고, 국제법은 국가주권의 자기제한으로 존재함에 그친다고 주장되었다. 이리하여 주권개념은 국제법의 법적 성질을 부정하는 주장으로 이어지기도 하였다. 그런데 20세기에 들어와서는 주권을 근거로 국제법의 타당성을 부정하는 견해는 배척되고, 주권은 실정 국제법하에서 국가권능을 총칭하는 것으로 파악되고 있다.<sup>8)</sup>

오늘날 주권은 대외주권과 대내주권의 두 가지 의미로 말할 수 있다. 대외주권이란 독립권이라 불리며 국가가 대외적으로 어느 국가에도 종속되지 않고 국제법에만 복종함을 말한다. 대내주권이란 영역권 또는 영역주권이라 불리며 국가가 영역내의 모든 사람과 물건에 대하여 배타적으로 통치를 행하고 또 영역을 자유로이 처분할 수 있음

7) 국가의 기본권의 중심에 있는 권리로 다른 권리의 대부분도 이것에서 파생한다. 주권의 최고성·절대성을 핵심으로 파악할 때, 국내관할권(국내문제불간섭의 원칙), 조약체결권, 독립권, 평등권(주권평등의 원칙) 등이 파생될 수 있다. 아카데미아리서치편집부, 『국제관계법사전』, 아카데미아리서치, 2000, 721-2면.

8) 과거 국제연맹하의 재판기관이던 상설국제사법재판소(PCIJ)가 1923년 ‘윌블던 호 사건’에서 “국가가 조약체결을 통하여 작위 및 부작위 의무를 지는 것은 주권포기가 아니며, 국제협정의 체결권능은 주권의 속성에 불과하다.”는 것도 이러한 생각의 표현이라고 할 수 있다.

을 의미한다.<sup>9)</sup>

근대 국제법은 국가를 '평화적으로 분리'함으로써, 국제분쟁의 발생을 회피하는 것에 기본적인 관심을 가져왔다. 이때, 주권의 상호저촉 내지 충돌을 회피하기 위한 주요한 기준으로 여겨진 것은, 영역과 국적이다. 구체적으로는 국가의 통치권이 미치는 범위를 공간적으로 구획하여 상호의 충돌을 회피하고, 다른 한편 국가영역내의 통치의 내용(국내관할사항 또는 국내문제)에 대해서는 각국의 주권적인 재량에 대부분을 맡겨져 왔다.

국가영역은 영역국의 주권이 절대적이고, 포괄적이며 배타적으로 행사되는 공간으로 여겨졌기 때문에, 특히 국가관할권의 충돌로부터 국제분쟁이 발생하는 것을 방지하기 위해서, "국내법은 국경에서 멈춘다."라고 하는 원칙이 강조되었다. 한편 각국은, 자국민의 영역 외에서 활동이 증대됨에 따라 영역밖에 소재한 자국민을 보호하거나 국민으로서 의무를 강제할 필요성이 인정되게 됨에 따라, '국적'의 저촉으로부터 생기는 문제를 국제적으로 조정하여 왔다.<sup>10)</sup>

9) 김찬규·이영준, 『국제법개설』, 법문사, 1994, 187면.

10) 이것은 모두 국제사회를 구성하는 국가가 영역=국민국가로서 역사적으로 성립하고 있는 것을 所與의 전제로 하고 있지만, 그것은 국가가 실효적인 통치권을 가지는 현존하는 유일한 정치단체이며, 국제질서도 국가간의 관계의 규율을 통해서 가장 유효하게 형성하는 것이 기대되었기 때문이다. 특히 영역국가에 있어 대인주권(*imperium*)의 범위는 대개 영역주권(*dominium*)의 범위와 겹치는 것으로부터, 영역의 상호확정은 국제분쟁의 회피에 있어 가장 기본적인 중요성을 가진다. 현대국제법에서도, 이러한 국제사회의 질서형성의 구조는 기본적으로는 유지되고 있다. 奧協直也, "第2部 國際法の實現過程—變容する程國家管轄權の機能", 村瀬 信也 外(編), 『現代國際法の指標』(東京: 有斐閣, 1994), 89면; 이러한 *imperium*과 *dominium*의 개념과 관련하여 이한기 교수는 둘 다 영역주권의 속성으로 파악하고, 前者는 국가가 타국의 간섭 없이 영역 내의 사람 또는 물건 대하여 행사하는 최고·배타적인 권리로 파악하고, 후자의 경우 영토에 대한 영유권 및 처분권으로 보고 있다. 李漢基, 『國際法講義』, 新訂版, 博英社, 2004, 253면.

## 2. 국제법의 기본원칙

「국제연합(UN) 헌장」은 그 제1장(제1조 및 제2조)에서 UN의 목적 내지 이상과 이를 실천하기 위해 UN과 그 구성원들이 준수해야 할 일련의 기본원칙을 수립함으로써 매우 중대한 국제질서의 변화를 시도하였다. 즉, 역사상 처음으로 국가들(회원국들)의 행동을 규율하고 국제기구의 주요목표를 수립하는 일련의 국제법의 기본적 원칙들이 UN헌장이라는 국제조약에 명시된 것이다. 또한, UN은 1970년 10월 24일 「UN헌장에 따른 국가간의 우호관계 및 협력에 관한 국제법의 제원칙선언」(이하 '우호관계선언'이라 한다.)(Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations)을 채택하였는데, 이것은 UN헌장에 천명된 제원칙에 부여되어야 할 법적 해석에 관한 국제공동체의 합의(consensus)를 나타낸 것으로 간주되고 있다.

우호관계선언은 무력의 위협 또는 사용의 금지원칙, 분쟁의 평화적 해결 원칙, 불간섭의 원칙, 국제협력의 원칙, 민족자결의 원칙, 국가의 주권평등의 원칙, 신의성실의 원칙 등 일곱 개의 기본원칙을 차례로 열거하고 있다.<sup>11)</sup> 이러한 원칙들은 각 주권국가들이 다른 국가들과 국제법상의 관계를 맺어감에 있어서 준수하여야 할 의무의 측면과 함께, 어떠한 국가가 그러한 기본원칙을 준수하지 아니할 때 다른 국가가 의무를 준수하지 아니하는 그 국가에 국제법의 준수를 촉구 내지 주장할 수 있는 법률상의 권리로서의 성격을 가지고 있다. 이러한 기본원칙들은 재외선거를 외국에서 실시하여야 하는 경우 재외선거의 실시국가가 유념하여야 할 기본원칙들에 대하여 아래에서 살펴보려고 한다.

첫째, 주권평등의 원칙을 들 수 있다. 주권평등원칙이란 국제관계에서 모든 국가는 정치·경제·사회 또는 기타 성질의 차이에 관계없이 법적으로 독립되어 있거나 평등함을 의미한다. UN 헌장 제2조 1항은 “모든 회원국의 주권평등”(sovereign equality of all its Members)을 UN 및 국제법의 하나의 원칙으로 천명하고 있다. 그리고 이 원칙

---

11) 국가들이 정치·경제·이념적으로 분단되어 상호간에 매일 갈등과 긴장이 야기되고 있는 현 국제공동체 하에서 국제법의 기본원칙은 큰 중요성을 갖고 있다. 왜냐하면 이들 기본원칙은 국가들이 기본적으로 이견을 갖고 있지 아니한 유일한 행동기준이기 때문이다. 즉, 이 기본원칙은 모든 국가가 기본적으로 동의하고 있고, 따라서 비교적 순탄한 국제관계를 허락하는 현대국제법규의 핵심을 구성하고 있다고 평가된다. 金大淳, 『國際法論』, 第14版 (서울: 三英社, 2008), 311면.

은 우호관계선언에 의하여 UN회원국이나 아니냐에 관계없이, 즉 ‘모든 국가들’에게로 연장되었다. 국가가 주권을 가진다는 원칙은 거꾸로 표현하면 국가는 자신의 주권제한에 동의하거나 심지어는 주권의 완전한 포기(외국에의 합병 내지 병합에의 동의)에도 동의할 권한이 있음을 의미한다. 국가의 주권제한이 이처럼 당해 국가의 自由意思에 기초하고 있는 한 이것은 주권평등원칙의 위반이 아니다.<sup>12)</sup>

두 번째, 불간섭원칙을 들 수 있다. 국가는 외국의 국내문제(domestic affairs)에 간섭해서는 안 된다는 이른바 국내문제 불간섭원칙은 주권평등원칙의 논리적 귀결이다. 국내문제(domestic affairs) 혹은 국내관할권(domestic jurisdiction)이란 국제법의 규율로부터 자유로운 영역, 즉 오로지 각 국가의 국내법의 규율에 맡겨진 사항을 말하며, 따라서 국가는 다른 국가의 그러한 문제에 간섭할 수 없다는 결론이 당연히 도출된다.<sup>13)</sup> UN헌장이 제정되기 이전에도 이러한 국내문제불간섭의 원칙으로부터 파생되는 원칙중 하나로는, 국가는 외국의 국내당국(입법부, 행정부 또는 사법부)을 압박하기 위하여 압력을 행사해서는 아니되며, 외국정부당국과 그 국민간의 관계에 개입하여서는 아니된다는 것이 인정되어 왔다.

세 번째, 신의성실의 원칙에 따라 국가는 국제의무를 성실히 이행하여야 한다. 국가와 같이 입법부, 행정부 및 사법부와 같은 중앙집권적인 권력기구가 존재하지 아니하는 수평적·분권적 구조의 국제공동체에서는 국제법의 준수를 강제하기 위한 행정조직이 거의 없으므로, 국제적 의무의 이행은 1차적으로 개별국가들의 호의에 의존하고 있다. 우호관계선언은 신의성실의 원칙에 관하여 “모든 국가는 일반적으로 승인된 국제법의 제원칙과 제규칙에 의거하여 유효한 국제조약상의 자신의 의무를 성실히 이행할 의무를 진다.”고 규정하고 있다.

네 번째, 국제협력의 원칙을 들 수 있다. 제2차 세계대전 이전까지의 전통국제공동

---

12) 金大淳, 전계서, 315면.

13) 국제법의 국내법질서로의 도입방식, 정부형태를 포함한 헌법상의 문제, 이민정책, 국적부여, 외교정책의 수립 등등이 그 좋은 예이다. 국내문제는 국가의 대내적 문제(internal affairs)와 대외적 문제(external affairs)를 포함한다. 즉, 국내문제란 ‘영토적’ 개념(territorial concept)이 아니다. 예컨대, 외국인의 대우, 인권, 국가면제, 외교면제 등에서 보는 바와 같이, 국가에게는 자국영토 내에서라 할지라도 국제법의 규율로부터 자유롭지 못한 영역들이 있다. 반대로, 국가가 해외에서 출생하는 자국민의 자녀에게 국적을 부여하는 것처럼 영토 밖의 행위라 할지라도 국내문제가 될 수 있다. 그리고 국내문제와 국제문제 사이의 경계설정은 본질적으로 상대적인 문제로서, 그것은 국제관계의 발전에 따라 가변적이다. 따라서 오늘은 국내문제에 속하는 사항도 내일이면 조약체결이나 새로운 관습법의 형성을 통하여 국제법의 영역으로 진입할 수도 있다. 상계서, 315면.



체는 각 국가는 주권을 가진다는 전제하에서 수립되었으며, 그 결과 모든 국가는 국제법상 평등한 것으로 간주되었다. 그러나 이 주권평등의 명제는 국가는 원하는 경우에는 언제든지 전쟁에 호소할 수 있다(개전권)는 근대 국제법의 국가의 권리에 의하여 즉각적으로 무시될 수 있었다. 하지만, '무력의 위협 또는 사용'에 호소할 수 있는 국가의 거의 무제한한 권리를 제거한 UN헌장은 국제법에 하나의 새로운 개념을 도입하였다. 즉, 헌장 제9장 내의 제56조는 "모든 회원국은 제55조에 명시된 목적의 달성을 위해 UN과 협력하여 공동으로 그리고 개별적으로 행동을 취할 것을 약속한다."라고 규정하고 있다. 하지만, 이 국제협력의 원칙은 국가들이 '어떻게', '무슨 수단을 통해' 협력해야 하는가에 관해서는 언급이 없다. 국제공동체 발전의 현 단계에서 일반적 의무 이상의 것을 규정한다는 것은 국가의 주권을 침해함을 의미하기 때문이다.

재외선거는 지리적 거리에 의하여 그 실시에 많은 기간이 소요된다는 점 때문에 여러 가지 문제가 발생할 수 있다. 예를 들면 재외선거인 등록신청기간, 신청서 국내 송부 및 명부작성기간, 투표용지의 발송과 투표기간, 투표지 회송 기간 등 재외선거의 실시를 위하여는 상당한 기간이 필요하다. 이러한 과정 속에서 단순히 소극적인 외국 주권 침해의 예방뿐만 아니라, 경우에 따라서는 외국주권의 적극적인 지원을 필요로 하는 경우도 있을 것이라 생각된다. 예컨대, 지리적 거리로 말미암아 재외국민은 국내의 정책 및 정치과정에 대하여 잘 알기가 어렵다. 또한 장기간 해외에 거주하거나 영주권을 획득하는 등 해외거주에 대한 의사가 확고한 경우 국내정책 등에 대한 이해관계도 긴밀하지 않을 수밖에 없다. 그러한 비용과 매체의 제한성 등으로 말미암아 국내와 동일한 수준으로 재외선거에서의 홍보가 불가능할 수도 있다. 또한 선거관리의 측면에서 본다면, 재외선거의 실시를 위한 투표관련 물품의 외국으로의 신속한 반입이나 통관도 외국주권의 적극적인 개입이 요구될 수도 있다. 아울러 선거관련 요원을 국가가 외국에 파견하는 경우 그들의 지위와 이동의 자유의 보장에 관한 사항도 소극적인 주권의 침해 문제를 벗어나 외국주권의 적극적인 지원이 요구될 수도 있다. 그리고 외국에서 재외선거를 실시하는 국가의 입장에서 보면 주권재민이라는 헌법상의 원리의 실현으로 재외선거를 바라볼 수 있지만, 실제 재외선거가 실시되는 국가(주재국)의 입장에서 보면 외국 재외선거의 자국내에서의 실시는 외국의 주권작용의 소극적인 묵인이거나 상호주의에 의한 재외선거를 실시하는 국가에서의 장래의 자국의 재외선거 실시과정에서의 협조요청이라는 필요에서 허용되는 것이지, 그러한 재외선거

가 공개적으로 실시국과 동일하게 운용 내지 실시된다면 이는 국가주권의 충돌을 미연에 방지하기 위하여 주권의 적극적인 행사범위를 장소적·영역적으로 구분하고 있는 현재의 국제법의 취지에 위배된다고 할 수 있다.

재외선거는 그 실시에 핵심적인 법률의 제정이나 정책의 결정이 자국 내에서 이루어지더라도 세부적이고 구체적인 사항은 장소적으로 재외국민이 소재하고 있는 주재국(외국)에서 실시될 수밖에 없다. 이러한 장소적인 특성에 비추어 볼 때 국가는 외국 내지 외국의 주권, 구체적으로는 외국의 법률과의 충돌에 민감할 수밖에 없다. 재외선거가 실시될 예정인 국가(주재국)의 입장에서조차 자국의 영역 내에서 통상적인 국가간의 관계에서 예견되는 외국의 대외적 활동이 아닌 비정규적인 외국의 정치활동이 이루어지는 것에 대하여 언제나 민감할 수밖에 없다. 이러한 주권국가들 상호간의 관계속에서 국가들이 선린우호관계를 지속적으로 유지하는 방법은 국제법의 기본원칙, 즉 UN헌장이 규정하고 있는 여러 가지 국제법의 기본원칙을 준수하는 것이라고 볼 수 있다.

### 3. 국제법상 국가관할권이론

#### (1) 국제법상 국가관할권의 개념

한 국가가 사람·물건·사건 등에 대하여 행사할 수 있는 권한의 총체를 국가관할권 (state jurisdiction)이라 한다.<sup>14)</sup> 이러한 관할권이라는 용어는 법적으로 통상 크게 두 가지 의미로 사용된다. 하나는 국내법상 법원이 특정한 분쟁을 심판할 수 있는 능력을 말하고,<sup>15)</sup> 또 하나는 국제법상 국가가 일정한 범위의 사람·물건·사건을 규율할 권리를 말하며, 이를 특히 전자와 구별하는 의미에서 국가관할권이라 한다. 또한 국가관할권은 국가주권의 표현(manifestation)<sup>16)</sup> 또는 그 속성(attribute)의 하나<sup>17)</sup>라고 할 수 있으나, 주권<sup>18)</sup>과는 구별된다.

14) 金大淳, “국가관할권 개념에 관한 소고”, 『法學研究』 제5권(延世大學校法學研究所, 1995. 2), 206면; 또한 ‘관할권’은 국가 또는 기타 유럽연합(EU)과 같은 규율당국이 사람에게 대한 행위규칙을 제정·적용·집행하는 법적 권능(legal competence)의 한계를 설명하는 것으로 사용되기도 한다. Vaughan Lowe, “10. Jurisdiction,” in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*(Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 329; “그 국가의 영역, 국민, 재산 등과 관련된 모든 상황에 대하여 국가가 행사할 수 있는 권한을 말하며, 이는 국가주권의 핵심적 요소로 간주되어, 당해국의 입법, 행정, 혹은 사법부의 작위로 규율되는 것이 통상적인 예”이며, “기존의 국제법은 관할권의 한계를 정의하기 위해 주로 국가관할권을 논의하였으나, 근래에는 국가 이외에 많은 국제적 실체(예, 유럽연합 혹은 구유고, 르완다와 관련된 국제전범재판소 등)가 나타났고, 또 이들은 여러 형태의 국제법상의 지위를 차지하고 있기 때문에, 더 이상 관할권 문제는 국가 만에 한정된 전통적 사안이라고 할 수 없게 되었다.”고 한다. 김정진, 『國際法』, 新版(서울: 博英社, 2004), 232면; 이에 대하여 山本草二는 “국가관할권이란, 국가가 그 국내법을 일정한 범위의 사람, 재산 또는 사실에 대하여 구체적으로 적용하고 행사하는 국제법상의 권능”이라 하고, 국가주권이 실정국제법상의 권능으로 변화함에 따라 그 구체적인 발현형태인 국가관할권의 기능도 법기술적으로 정밀화 되어 가고, 국제법상 국제분쟁의 실질적인 원인은 ‘국가관할권 상호간의 저촉’이라고 한다. 山本草二, 『國際法』, 新版(東京: 有斐閣, 1994), 231면.

15) “The powers of court to inquire into facts, apply the law, make decisions, and declare judgment,” Joseph R. Nolan(eds.), *Black's Law Dictionary*, 6th ed. (Bancraft-Whitney: Westgroup, 1990), p. 853.

16) D. W. Bowett, “Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources,” *British Yearbook of International Law*, vol. 53, 1982, p. 3.

17) Rebecca Wallace, *International Law* (London: Sweet & Maxwell, 2002), p. 109.

18) 主權의 개념과 관련하여 이를 대내적인 것과 대외적인 것으로 나누고, 우선 최고라고 하는 주권의 속성은 대내적인 측면에 관한 것이며(對內主權), 독립이라는 속성은 대외적인 측면에 관한 것이라고 파악하는 것(대외주권)이 일반적이다. 이때 국가가 어느 측면에 있어서도 다른 나라로부터의 간섭을 배제하고 독자적인 의사결정을 할 수 있는 권리를 주권으로 파악하여, 대내주권은 영토주권 또는 영토고권으로 표현되며, 국가가 외국의 간섭 없이 영역 내의 사람 또는 물건에

즉, 국가관할권은 국가의 권한 행사를 국제법에 따라 규율하기 위하여 만들어진 개념으로서 그 권한의 원천인 주권과는 다르다. 이는 국가주권이 실정국제법상의 기능으로 변화한 것이라고도 한다.<sup>19)</sup> 따라서 어떤 국가가 어떤 사안에 대하여 관할권이 없다는 것은 그 국가의 주권에 대한 부인으로 해석되지 아니하는 것이다.<sup>20)</sup> 또한 국가관할권은 국내문제가 아닌 사항에 대하여 논의되는 것으로서,<sup>21)</sup> 다른 국가의 관할권과의 관계에서 상대적으로 고려되는 것이지 국가의 기본적 권능 또는 국제법의 주체로서 국가의 권리에 대한 문제가 아니다.<sup>22)</sup>

오늘날에는 동일한 사항과 활동에 대하여 복수 국가의 국가관할권이 競合하여 적용되기 때문에 그 상호간의 저축을 조정하고 우열관계를 확정하는 것이 현실적으로 필요하게 되었다.<sup>23)</sup> 예를 들면 많은 사람·재화·자본·기술·정보가 국경을 넘어(transnational), 즉 越境하여 광범위하게 이동한다든지 자원의 개발·이용과 배분을 위하여 국가 내에 더욱 실효적인 질서를 확보하고 정비하기 위하여 영역과 공간의 관할구분이 기능적으로 복잡하게 분화하는 등, 국제관계의 긴밀한 교류가 진행되고 있다. 한편, 국가들도 국제법상 가능하다고 생각되는 여러 기준들을 사용하여 국가관할권의 내용과 기능을 확대함으로써 국제협력의 실현과 국내체제의 일체성의 확보하기 위하여 여러 가지의 法律的 擬制를 시도하고 있다.

---

대하여 행사하는 최고의 배타적인 권리(*imperium*)이자, 영토에 대한 영유권 및 처분권(*dominium*)이라고 한다. 李漢基, 전게서, 252-253면 참조.

19) 山本草二, “國家管轄權の機能とその限界”, 寺澤一·内田久司(編), 『國際法の基本問題』(東京: 有斐閣, 1982.2), 190면.

20) F. A. Mann, *Studies in International Law* (London: Oxford University, Clarendon Press, 1973), p. 10.

21) *Ibid.*, pp. 7-8.

22) 국내문제에 대한 국가의 권한을 국제법이 인정한 재량적 관할권이라 하는 견해도 있다. 법의 일반원칙에 따라 국제법상 권한을 재량권(권한의 근거는 당연히 법에 규정되어 있으나 그 행사방법은 권한의 주체에게 맡겨 놓아 구체적인 경우에 따라 합리적·효과적으로 행사하도록 하는 권한)과 기속권(권한의 근거뿐만 아니라 그 행사방법까지도 일일이 규정해 놓아서 법규정에 따라 행사되어야 하는 권한)으로 나누는 경우, 국가의 내부생활에 관하여는 재량권을 부여하여 국가 자율성에 맡기고 있으며, 국제법의 발전에 따라 그 범위와 내용이 변경될 수 있으며, 따라서 국가의 전속영역이란 국가의 내부생활에 직접 관련되는 부문에 관하여 국제법이 국가에 재량권을 부여하여 그 구체적인 상황과 여건에 맞추어 자율적으로 행사하여 나가도록 하는 것을 의미한다고 한다. 또한 전속영역은 상대적이어서 국제법발전에 따라 그 범위와 내용이 언제든지 변경될 수 있다고 한다. 유병화 외, 『국제법 I』(서울: 法文社, 2001), 323-324면.

23) 입법관할권의 기초가 여러 개라는 사실 때문에 곧 하나의 범죄에 대해 여러 국가가 경합적으로 관할권을 주장할 수 있지만, 제2장 이하에서 설명하는 국가관할권 결정의 준칙들이 상호간에 어떤 위계(hierarchy)를 형성하고 있는 것은 아니다. 金大淳, 전게서, 395면.

## (2) 국제법상 국가관할권의 분류

국가관할권의 행사의 대상은 여러 가지 분야에 걸쳐있지만 그 적용이 무엇을 대상으로 하는가에 따라, 공간적·장소적 기준과 사항적·기능적 기준으로 나눌 수가 있다. 이때 역외에 있어서의 관할권의 행사는 사항적·기능적 기준에 근거하는 것이다.<sup>24)</sup>

국가관할권은 국가주권에 근거하여 행사되는 것이기 때문에 영역주권에 근거한 관할권은 자국영역을 대상으로 하여 행사된다. 동시에 국가는 국가영역 이외의 공간·장소인 공해, 우주공간이나 남극대륙과 같은 '國際公域' 및 외국영역에 대하여도 관할권을 행사할 수 있다. 영역관할권과 영역외 관할권(이하 '역외관할권'이라 한다.)의 분류는 이것에 해당되며, 양자는 각각 별개의 기준에 의해 국제법상의 제한에 복종하고 있다. 국가영역에 대해서 배타적이고 포괄적으로 적용되는 영역관할권은 국제법의 기본적인 관념의 하나이며, 전통적 국제법의 기반을 이루는 것이다. 국가간의 (inter-national) 법으로서의 국제법의 본질적 기능은 국가의 관할권이 미치는 범위를 한정하여 국가의 행동에 일정한 한계를 설정하는 것으로 상호의 이해를 조정하여 각 국가들이 공생할 수 있도록 하는 것에 있다.<sup>25)</sup> 국가는 자국영역에 있어 외국을 배제하고 배타적으로 관할권을 행사할 수 있다. 국가는 자국영역에 있어서는 내·외국인의 구별 없이 모든 사람을 대상으로 하여 (인적으로 범위가 한정되지 않고) 관할권을 행사할 수 있고, 그것은 영역 내에 한정되는 것이어서 이러한 의미에서 보면 원칙적으로 속지적인 관할권이다.

국가의 관할권은 기본적으로는 영역관할권으로서 존재하지만, 국가는 영역외에서도 관할권을 가지는 경우가 있으며 국가가 항상 그 관할권의 적용을 영역으로 한정하여야 할 이유도 없다. 국가는 영역외에 있는 사람, 물건 또는 행위에 대해서도 자국 법

24) 廣部和也, "國家管轄權の 競合と 配分", 村瀬信也 外(編), 『國家管轄權 - 國際法と 國內法 (山本草二先生古稀記念)』 (1998), 146면.

25) 국제법상 국가관할권은 국제공법(public international law)의 근본적 기능(fundamental function)의 하나로서 국가의 개별 권능을 규제하고 한계를 정하는 기능이라고 한다. 국내법의 입법관할권과 집행관할권의 적용범위의 한계를 정하는 법원칙을 규명하여, 이러한 법원칙의 한계를 넘어 법적용이 이루어지면 국제법위반이 되는 것이다. F. A. Man은 이 한도를 넘은 국내법의 적용은 관할권의 과잉(excess of jurisdiction)으로 이 경우 국가는 그에 따른 피해자의 소속국에 대하여 국가로서 손해배상 책임을 부담하지 않으면 아니 된다고 하고 있다. F. A. Mann, "The doctrine of jurisdiction in international law," *Recueil des Cours* [de l'Académie de Droit International de la Haye], 1964, p. 15.

령의 적용대상으로 할 수 있다. 국가가 영역외의 사람, 물건 및 행위에 대해 자국의 법률 및 관할권을 확장하는 것을 국제법은 일반적으로 금지하고 있는 것은 아니고 넓은 재량권을 부여 하고 있어 그 자유는 약간의 경우에 제한되는 것에 지나지 않고, 그 이외의 경우에는 각국은 자국이 최선 또는 최적이라고 판단하는 원칙을 채택할 자유를 가지고 있는 것이다.<sup>26)</sup> 즉, 국제법상 금지되는 경우를 제외하고, 국가는 광범위한 자유를 가지는 것이다. 이러한 역외관할권은 원칙적으로 인적으로 한정되는 관할권이며, 또한 사항적으로 한정되는 관할권이다.<sup>27)</sup> 국가가 영역외에서 행사하는 관할권에 있어서 사항적 한정이 있는지 여부는 반드시 명확하지 않다. 상설국제사법재판소(Permanent Court of International Justice, 이하 'PCIJ'라 한다)의 Lotus 사건 판결에서 언급되었듯이, 이 점에 관해서 각국의 광범위한 자유가 인정되고 있다.<sup>28)</sup>

한편, 국가관할권은 그것의 구체적인 작용을 중심으로 통상 입법관할권, 집행관할권, 재판관할권으로 분류되고 있다.<sup>29)</sup> 첫째, 입법관할권(legislative or prescriptive

26) 廣部和也, 전계논문, 147면.

27) 오늘날에는 경제적 성격의 법률이 역외적용되는 경우가 빈번해졌는데 이러한 경우 각국은 경제적 주권을 주장하기 때문에 국가간의 분쟁이 발생하게 된다. 자국영토 밖에서 발생하는 행위에 대하여 미국이 가장 많이 자국 국내법을 역외적용하였으며, 유럽연합도 이러한 역외적 관할권을 행사하고 있다. 경제관계법의 역외적용문제가 증가하는 것은 경제생활의 국제화를 반영하는 것인데 주로 다국적기업이 대상이 된다. 즉 국가규범에 역외적 효과를 부여함으로써 다국적기업을 자국 국내법에 따르도록 하고 이러한 기업을 외교정책의 목적에 활용하려는 것이다.

28) “국제법이 국가에게 부과하는 기본적 제한은 반대의 허용되는 규칙이 존재하는 경우를 제외하고, 외국의 영토에 대해 자국의 권력을 행사하는 것을 배제하는 것이다. 이런 의미에서 관할권은 확실히 영토적이며 국제관습법이나 국제협정에서 나오는 허용되는 규칙에 의하지 않고는 관할권은 영토 밖에서 행사될 수 없다. 그러나 국제법은 국가에게 외국에서 발생한 행위가 문제된 모든 사건에 있어서 자국의 영토 내에서 자국의 관할권을 행사하는 것을 금지하는 것은 아니다. … 국가가 자국의 영토 밖에 있는 사람과 재산과 행위에 대해 일반적으로 자국의 법률과 관할권을 확대하는 것을 금지하지 않고, 국제법은 이점에 대하여 광범위한 자유를 주고 있는데 이러한 자유는 어떤 경우에 금지되는 규칙에 의해서만 제한된다. 다른 경우에 각 국가는 최선이고 가장 적절하다고 판단하는 원칙을 자유롭게 채택하게 된다. … 이런 상황에서 국가에게 요구할 수 있는 것은 국제법이 국가의 관할권에 부과하는 제한을 초과하지 않는 것이다.” *The Lotus Case, P.C.I.J. Reports 1927, Series A, No. 10, pp. 18-19.*

29) 관할권을 작용 측면으로부터 어떻게 분류할 것인지에 대해서는 몇 가지 주장이 있지만, 전통적으로는 2분설을 취하는 사람이 많고, 국가가 실체법을 특정의 개인 또는 사건에 대해서 적용 가능한 상황으로 규정하여 들 수 있는 권한을 의미하는 입법관할권과 이러한 법을 현실에 강제적으로 실현되는 권한인 집행관할권의 두 개로 구별하는 주장이 있다. 그러나 오늘날은 3분설이 보통으로 되고 있다. 종래는, 재판관할권을 집행관할권에 포함하여 설명하였지만, 집행과 재판은 본래 다른 작용이며, 집행은 집행부 또는 행정부에 의해 이루어지고 재판은 권리의 확인이나 사적 이익의 실현·보호를 위해서 이루어지는 경우가 보통이다. 사람이나 물건이나 사건의 국제화가 진행되어 대상이 광범위가 되어 복잡하게 되면, 이것에 대응하는 국가주권의 작용도 복잡하게 분화하게 되어, 주권의 구체적 발현형태인 국가관할권은 그 내용과 기능을 확대함과 동시에

jurisdiction, jurisdiction to prescribe)은 국가가 국내법령을 제정하여 일정한 사람의 행위·관계·신분이나 일정한 사건 또는 재산 등을 적용의 대상으로 하여 합법성의 유무를 인정하는 권한을 말한다.<sup>30)</sup> 국가는 어떠한 사람이나 사건이나 재산 등에 대하여 법을 적용하고자 하는 정책을 기초로 하여 법제정을 하게 된다. 그리고 사람의 행동이나 사건이 법에 합치하고 있는지 여부를 판단하는 것이다. 여기서 말하는 立法이란, 국회가 제정한 법으로 한정되는 것은 아니고 대통령령 등 위임입법에 의한 행정부의 명령, 행정기관의 규칙, 국내 법원의 판단도 포함된다.

둘째, 집행관할권(executive or administrative jurisdiction)은 체포, 수사, 강제조사, 압수, 억류, 처벌, 압류·금지 명령 등, 국가의 법령·판결에의 복종을 강제하거나 또는 복종하지 않는 것을 처벌하는 권한이다.<sup>31)</sup> 이것을 실시하는 기관은 통상 행정기관·집행기관이다.

셋째, 재판관할권(judicial jurisdiction)은 민사 또는 형사소송절차에 있어서 사람 또는 물건에 대하여, 국내법령을 적용하여 구체적인 事案의 심리에 따르도록 하는 권한

---

법기술적으로 정밀한 것이 된다. 국제협력을 실현하는 국제문제에 대처하는 국가의 작용은, 국내체제와의 일체성을 확보하면서 진행될 필요성이 있으므로, 여러 가지 법기술적 처리를 시도하게 된다. 따라서 국가관할권의 국제적 작용이 국가의 권력분립체제에 호응하는 방향으로 나아가 3분설로 설명되는 것도 당연한 일이라고 말할 수 있다. 이에 반하여, “국가관할권 개념의 효과적인 분석을 위해 이를 입법(즉, 법규제정)관할권(power to prescribe rules)과 (법규)집행관할권(power to enforce rules)으로 분명하게 구분하는 태도가 필요하다. 집행관할권을 다시 행정관할권(executive jurisdiction)과 사법(재판)관할권(judicial jurisdiction, jurisdiction to adjudicate)으로 구분하여 생각하는 것이 좋은 경우도 있다.” 金大淳, 전제서, 377면.

30) “입법부·집행부의 행위 및 명령, 행정기관의 규칙이나 법원의 판단을 통하여 자국의 법이 사람의 행위, 관계, 신분 또는 사람의 물건에 적용될 수 있도록 하는 관할권”, The American Law Institute, *Restatement of the law(Third): The Foreign Relation Law of the United State* (St. Paul, Minnesota: American Law Institute, 1987) (이하 ‘Restatement’라 한다.), § 401(a); Restatement는 1923년 미국법률협회가 처음 발간하였으며, 미국법률협회가 중심이 되어 연구자·법관·변호사 등을 구성원으로 하는 그룹을 만들어 미국의 주요한 법 분야별, 즉 계약, 불법행위, 저촉법, 대외관계법 등 미국법의 주요 분야에 대해서 작성되고 있다. 대외관계법에 관한 Restatement가 대상으로 하는 국제법은 국제관습법 및 미국이 당사국인 국제합의를 法源으로 하는 것이 중심이 되어 서술되고 있다. 국제법에 대해서는 중립적인 법원이 어떠한 소송을 국제법에 따라 판단하는 것이 요구될 때 판단의 기준이 되는 규범을 미국법률협회의 입장에서 서술한다는 방법을 취하고 있다. 국내법으로서의 대외관계법은 미국헌법, 의회제정법 및 법원의 선례를 주요 법원으로 하는 연방법이 대상으로 되어 있다.

공식 법전은 아니나 모범법전의 형식을 띠고 있으며 커다란 권위를 가지고 있어 많은 미국 판사들이 판결에 인용하고 있다.

31) “법원을 통해서든, 집행부의, 행정부의, 경찰 또는 다른 비사법적 행위에 의한 것이든, 그의 법(laws)이나 규칙(regulations)으로써 그것의 준수를 유도 또는 강제하거나 그것의 미준수를 벌할 관할권”, Restatement, § 401(c).

이다.<sup>32)</sup> 이것을 실시하는 기관은 사법기관이지만 공정거래위원회, 무역위원회, 통신위원회와 같은 준사법기관등 행정적 심판기관(administrative tribunal)도 포함된다고 할 것이다.

이러한 관할권 중 국제법 하에서는 입법관할권이 기초가 되는데, 국가는 원칙적으로 입법관할권을 가지지 않는 법을 집행·적용할 수 없다. 하지만, 입법관할권은 궁극적으로 집행관할권 등에 의존하여 그 실효성을 보장받게 된다. 집행을 동반하지 않는 입법은 무의미하기 때문이다.<sup>33)</sup>

### (3) 국제법상 입법관할권 행사의 근거

#### 1) 개설

입법관할권 행사의 근거에 관한 국제법이론은 주로 국제형사법의 분야를 중심으로 발전하여왔다. 19세기 후반부터 구미의 형법학자들간에 각국은 전적으로 그 주권에 기초하여 국내형법의 적용범위를 자유로이 결정하는 권능을 가지고 있으며, 이 경우 다른 국가나 국제법 규범을 고려할 필요가 없다는 주장이 대두되었다. 이를 '주권적 권능설'이라고 한다.<sup>34)</sup> 주권적 권능설에 의하면, 각국은 국가주권에 근거하여 그 국내형법의 적용대상이 되는 사항의 범위를 자유롭게 결정할 수 있다. 그러나 형법을 이와 같이 적용하면 외국의 법익을 해치는 경우도 있게 되어, 주권적 권능설의 타당한 범위에 대하여 차츰 국제법상의 제한이 증가하게 되었던 것이다.<sup>35)</sup>

이렇게 하여 오늘날에는 각국의 형법의 적용범위를 조정, 배분하기 위해서는 주요한 기준인 속지주의나 속인주의 또는 그 외의 기준을 원용하더라도 그 내용이 공정하

32) "그 국가가 절차의 당사자인지 여부를 불문하고, 그 민·형사절차에서, 사람이나 물건을 그의 법원이나 행정심판소의 절차과정에 복종시킬 관할권", *Ibid*, § 401(b).

33) 그러나, 집행관할권은 모든 경우에 입법관할권의 존재를 전제로 하는 것은 아니다. 즉, 민사재판에서 외국판결의 승인·집행이나 국제적 민사사법공조의 제도와 같이 입법관할권 없이도 집행관할권을 행사할 수 있는 경우들이 있다. 또한 타국 또는 국제기구의 요청에 의하여 형사절차에서 집행관할권 내지 사법관할권의 행사를 상정할 수도 있다. 金大淳, 전계서, 400면.

34) 山本草二, 『國際刑事法』(東京:三省堂, 1991), 58면.

35) 상계서, 138면.



고 타당해야 하는 것으로 이해되고 있다. 바꾸어 말하면 국내형법의 적용기준을 결정하기 위해서 국가들 간의 경합하는 이해관계를 충분히 고려한 다음, 자국과 규제 대상이 되는 외국에서의 원인행위와의 사이에 특별히 밀접한 '관련성'을 발견하고, 또한 외국의 입법관할권의 적용에 영역국(주재국)은 대항할 수 있다는 '우위성'의 원칙을 인정하는 것이 필요하다는 것이다.<sup>36)</sup>

이론적으로 전통적인 입장은, 형법의 '장소적' 적용범위를 중시하여 속지주의를 주요한 원칙으로 간주하며, 국외에서의 자국법익의 침해를 보호해야 할 필요성이 있는 경우에만 그 이외의 기준을 적용한다는 것이다. 즉, 그 이외의 기준은 부차적, 보충적인 성격을 가지는 것이라고 해석되고 있다.

## 2) 속지주의

원래 속지주의는 범죄가 자국의 영역내에서 실행되었을 경우에 범죄자의 국적에 상관없이 이것에 대해 자국의 형법을 적용하려는 원칙이었다.<sup>37)</sup> 각국은 영역주권에 근거하여 범죄실행지와 가장 긴밀한 관련성을 가지는 것이어서 일반적으로 국내형법의 적용에 관한 주요한 기준으로서 이 속지주의를 승인하고 있다. 그러나 차츰 속지주의는 이러한 제한을 넘어서 국외에서 실행의 착수가 있거나 결과가 발생한 범죄에도 적용된다고 하면서 그 적용범위를 확장하고 있다.<sup>38)</sup>

36) The American Law Institute, *supra* note 30, pp. 235-237.

37) 우리 형법 제2조는 국내법에 관하여 규정하면서 대한민국영역내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다고 규정하고 있다; 운항중인 선박 및 해상구조물에 대한 위해행위를 방지함으로써 선박의 안전한 운항과 해상구조물의 안전을 보호하기 위하여 제정된 「선박및해상구조물에 대한위해행위의처벌등에관한법률」(제정 2003. 5. 27, 법률 제6880호)은 동법이 규정하고 있는 행위(운항중인 선박 또는 해상구조물의 안전을 위협하게 할 목적으로 행하는 폭행·협박·상해·살인(제5조), 선박납치(제6조), 선박 등 손괴(제7조), 선박운항관련 기기·시설의 손괴죄 등(제8조), 위험물건 설치·탑재(제9조), 허위정보전달(제10조), 선박납치등살인·치사 등(제12조), 운항중인 선박 또는 해상구조물의 안전을 위협하게 할 것을 고지함으로써 사람을 협박(제13조) 등)를 범한 외국인에 대하여도 동법이 적용됨을 명시하고 있다. 아울러 제3조에서는 대한민국 영역 외에서 대한민국 선박에 대하여 제5조 내지 제13조의 죄를 범하거나 대한민국 대륙붕상의 해상구조물에 대하여 또는 해상구조물에서 제5조 내지 제13조의 죄를 범한 외국인과 대한민국 영역 외에서 제5조 내지 제13조의 죄를 범하고 대한민국 영역 안에 있는 외국인에게 대하여도 적용한다고 규정하고 있다.

38) 山本草二, 『國際刑事法』(東京: 三省堂, 1991), 142면; 예컨대, 국내에서 개시되고 국외에서 결과가 발생한 범죄(주관적 속지주의의 적용) 또는 반대로 국외에서 개시되고 국내에서 결과가 발생한 범죄(객관적 속지주의의 적용)에 대해서도 그 구성요건에 해당하는 사실의 일부가 국내에 존

국제형법의 이론에서 발전하였고 각국의 형법전에 국내 형법의 효력범위에 관한 조항으로 구체화된 속지주의원칙은, 각국 형법의 효력범위 또는 적용범위의 기준일 뿐만 아니라 公法 분야 전반에서 국가관할권의 가장 중요한 근거로서 원용되고 있다.

또한, 이러한 속지주의를 확대시키는 요인으로서 기국주의가 있다.<sup>39)</sup> 기국주의는 국외 즉 자국(선박·항공기의 등록국)의 영해, 영공 외를 항행 또는 운항 중인 선박, 항공기내에서 행해진 범죄에 대하여, 그 기국(등록국)의 형법을 적용한다고 하는 원칙이다.<sup>40)</sup> 이 기국주의는 국내형법으로 규정되고 있지만 국제법에 따라 승인되고 있다. 따라서 우리 「형법」 제4조는 그 국제법의 재확인 조항이라고 말할 수 있다. 그리고 선장, 기장은 일정한 경찰권을 가지고 있어 그 권한에 근거하여, 필요에 따라 피의자·범인의 신병을 구속할 수도 있다.<sup>41)</sup>

### 3) 속인주의

자국의 국적 또는 이것에 준하는 內國民性을 가지는 자가 행한 범죄에 대하여 범행지와 상관없이 자국 형법의 적용을 인정할 수 있다고 하는 원칙<sup>42)</sup>을 속인주의

---

제한다고 볼 수 있는 경우 이것을 국내법으로 간주하여, 속지주의를 적용시킨다. 진보된 법제도를 보유하고 있는 많은 국가들이 자국의 형법에서 공통적으로 인정하고 있는 한 국제법도 이러한 원칙을 인정하는 것이다. The American Law Institute, *supra* note 30, pp. 238-239.

39) 山岸秀, 『國際犯罪と國際刑法』(東京: 早稻田出版, 2003), 51면.

40) 우리나라 「형법」 제4조에서는 대한민국의 영역외에 있는 대한민국의 선박 또는 항공기내에서 죄를 범한 외국인에 대해서도 우리나라의 형법이 적용된다고 규정하여 기국주의의 채용을 하고 있다(“제4조 (국외에 있는 내국선박 등에서 외국인이 범한 죄) 본법은 대한민국 영역 외에 있는 대한민국의 선박 또는 항공기내에서 죄를 범한 외국인에게 적용한다.”).

41) 우리 형법의 기국주의에 의한 적용사례로는 페스카마호선상살인사건 : 1996년 8월 2일 공해상인 남태평양 피닉스섬 북방 60마일 해상에서 한국인, 중국인, 인도네시아 선원 18명이 온두라스 국적의 원양참치어선인 페스카마 15호에서 조업하던 중 각국 선원들간의 갈등으로 인해 조업을 계속할 수 없는 상태에 이르러 중국인 선원들에 대한 하선명령이 내려지자 이에 불만을 품은 중국인 선원 6명이 선상에서 칼, 도끼 등으로 한국인 선원 6명, 인도네시아 선원 3명, 중국인 선원 1명 등 총 11명의 선원을 집단 살해한 사건이 발생하였다. 이 사건은 중국인 선원 6명이 치밀한 사전모의에 의해 선원 11명을 집단 살해하고 사체를 바다에 유기한 후 선박을 강취한 전대미문의 해상강력사건이며, 가해자와 피해자의 국적이 우리나라 외에도 중국, 인도네시아이고 선박국적이 온두라스이기 때문에 각국의 이해관계가 대립되어 각국에서 관할권을 주장할 경우 외교적 마찰의 소지가 있는 국제적 사건이었다. 이 사건을 맡은 부산지방검찰청에서는 1996년 9월 20일 중국인 가해자 6명을 해상강도, 살인, 사체유기 등으로 부산지방법원에 기소하였다. 『법률신문』, 제2544호 (1996. 10. 24).

42) 우리 「형법」은 제3조에서 대한민국영역외에서 죄를 범한 내국인(내국인의 국외범)에게도 적용된다고 규정하고 있다.

(personality principle)이라고 하며, 단순히 국적주의(nationality principle)라고도 한다.

이 원칙은 속지주의와 함께 형법의 적용범위를 결정하기 위한 전통적인 기준이지만, 오늘날 국가마다 그 적용대상의 범위도 다르고 일정하지 않다. 즉, 대륙법계의 많은 국가들(특히 독일, 프랑스)은 자국민인 모든 국외범에 이 원칙을 적용하는데 비하여, 그 적용에는 신중한 입장을 취하여 특정의 중대범죄로 한정한다고 하는 입장을 취하는 국가도 적지 않다. 예컨대, 자국민이 외국에 체류중 또는 외국선박의 승객으로서 공해상에서 실행한 범죄 가운데, 반역, 살인, 중혼, 또는 위증 등의 중대범죄에 한정하는 국가(영국)도 있고, 또한 자국민의 국외범 중 반역, 외환유치, 통모이적, 선발징병법에 근거하는 등록의 위반, 증인으로서의 별칙부 법원 출석명장예의 위반 또는 소득세법의 위반 등의 범죄로 한정하는 국가(미국)도 있다. 우리나라의 경우 범집행당국이나 법원의 형법의 실제 적용에 있어서는 그 적용이 상당히 제한적인 실정이다.<sup>43)</sup>

속인주의는 원래 국가에 대한 국민의 충성의무를 근거로 하여 고유의 국가법익을 보호하기 위해서 원용된 원칙이다. 그러나 이후 이 원칙은 행위지법이 속지주의에 우선한다는 것을 인정하고 이것을 보충하는 것으로서 제한적으로 적용되는 경향이 강해졌다.

오늘날에는 일반적으로 속인주의는 자국민인 국외범 중 특정된 범죄에 한정하여 적용되고 또한 행위지 국가의 속지주의를 보충하기 위한 부차적인 원칙으로서 원용되게 되었다. 예컨대, 자국민인 국외범에 대해 행위지국이 그 형법상의 가벌적에 관계없이 처벌하지 않는 경우, 또는 선고한 유죄판결을 집행하지 않았다고 파기했을 경우에 한하여 속인주의에 근거하여 국내형법이 적용된다고 해야 할 것이다. 바꾸어 말하면 각국은 자국민의 국외범이 행위지국에서 심리되면 이를 인정하고, 그 외의 경우에는 행위지국의 형법도 가벌적으로 규정하고 있는 행위에 대하여, 국내형법의 관련 규정을 적용하여 이를 소추할 수 있다. 또한 국내법적인 이유로 행위지 국에 자국민의 인

---

43) 속인주의와 국내 법원의 우리나라 형법의 적용태도를 보면, 최근 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박행위의 위법성을 인정한 경우가 있다 (대법원 2004. 4. 23. 2002도2518, 외국환관리법위반·상습도박: 「형법」 제3조는 “본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.”고 하여 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있고, 또한 국가 정책적 견지에서 도박죄의 보호법익보다 좀더 높은 국가이익을 위하여 예외적으로 내국인의 출입을 허용하는 「폐광지역개발지원에관한특별법」 등에 따라 카지노에 출입하는 것은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각된다고 할 것이나, 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로 그 위법성이 조각된다고 할 수 없다).

도를 거부했을 경우, 이 국가를 대신하여 자국민의 국외범을 처벌할 의무를 진다(대리 처벌주의)고 하는 국가도 있다. 이러한 경우 국제적인 연대성을 고려하여 속인주의의 적용을 제한한 것으로 이해할 수 있다.

국제경제활동의 진전에 따라 자본·주식상의 지배관계라든지 상품·기술의 국내성을 이유로 속인주의를 남용하는 경향은 더욱 더 강해질 것이라고 생각된다. 이러한 사태에 대처하기 위해서는 속인주의 원칙은 속지주의와의 관계에서 어디까지나 부차적, 보완적인 것이며, 따라서 이 원칙을 원용하여 내국인의 국외행위에 국내형법의 적용을 도모하려고 하는 국가는 자국과 대상 사항과의 사이에 '밀접하게 실질적·직접적인 관련성'이 존재한다는 증거를 제시해야 할 책임을 지게 될 수 밖에 없다.

#### 4) 보호주의

보호주의(protective principle)란 자국의 안전과 존립 기타 특히 중요한 국가법익을 침해하는 범죄에 대하여, 범인이 자국민이든 외국인이든 상관 없이 행위지가 국외임에도 불구하고 국내형법을 적용해야 한다고 하는 원칙을 말한다.<sup>44)</sup>

보호주의의 적용에 관해서 국제법상 특히 중요한 것은 자국민 이외의 사람(외국인)인 국외범에 대한 것이다. 그 대상이 되는 범죄에는 크게 나누어 다음의 두 가지 부류가 있다.<sup>45)</sup>

첫째, 내란, 외환유치, 통모이적 또는 파괴활동 등, 국내의 안전, 영토보전 또는 정치적 독립을 해하는 외국인인 국외범이다(국가의 안전 또는 정치적 기본질서를 해하는 죄). 다만, 이러한 범죄의 구성요건이 되는 작위·부작위가 범죄지의 법률에 의해 외국인에게 보장된 자유권을 행사하여 행하여진 것이 아닐 것을 조건으로 한다. 둘째, 통화, 공인, 유가증권, 인지, 여권 기타 국가에 의해 또는 그 수권의 하에서 발행된 공문서의 위조와 그 행사 등, '국가의 공적 신용'(public credit of the State) 또는 정부기능의 보전을 해하는 외국인인 국외범이다. 그 외의 범죄이더라도 중대한 국가법익을 보호하기 위해서는 외국인에 대해서 형벌로서 규제하는 것이 인정되는 사정이 있는 경우, 이 유형에 포함하여 보호주의가 적용되어 국제법상 용인되고 있다. 예컨대,

44) 우리 「형법」 제5조는 외국인의 국외범에 대하여 “본법은 대한민국영역외에서 내란·외환의 죄, 국가·통화·유가증권·우표·인지 등에 관한 죄를 범한 외국인에게 적용한다.”고 규정하고 있다.

45) 山本草二, 『國際刑事法』(東京: 三省堂, 1991), 156면.

스파이 활동, 외교·영사기관에 대한 위증, 출입국관리법령 또는 관세법의 위반에 관한 공동모의 등의 범죄이다.<sup>46)47)</sup>

보호주의는 속지주의의 예외로서 가장 일반적으로 주장되는 것이어서 이전에는 그 원용에 반대하거나 소극적이던 미국, 영국 등의 국가들도 오늘날에는 이것을 용인하여 실제로 적용하게 되었다. 보호주의는 이와 같이 일반적인 국제관행으로서 확립된 것으로 인정되지만, 그 조건과 범위를 세부적으로 살펴볼 때, 학설·실행상도 다툼이 없는 것은 아니다. 이러한 의미에서 일찍이 국제연맹(League of Nations)의 법률전문가위원회(1926년)에서의 쟁점은 보호주의의 남용을 막기 위해서라도 더욱 심도있게 다루어야 한다는 것이었다.<sup>48)</sup>

## 5) 수동적 속인주의

수동적 속인주의(passive personality principle)는 외국인인 국외범에 의한 피해자가 法廷地의 국가의 국민 또는 국내법인인 것을 근거로 하여 그 본국의 형법을 적용하여

46) The American Law Institute, *supra* note 30, pp. 240, 253.

47) 외국인의 국외범, 즉 보호주의 적용과 관련하여서 국내 법원은 사안별로 국외범에 해당하는지 판단하고 있다; 사인위조죄가 「형법」 제6조 소정의 대한민국과 대한민국국민에 대한 국외범에 해당하는지 여부와 관련하여 이를 국외범으로 보고 있지 않다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도 4929 판결, 공문서위조·위조공문서행사·위조사문서행사·사인위조, “형법 제239조 제1항의 사인위조죄는 형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국국민에 대하여 범한 죄에 해당하지 아니하므로 중국 국적자가 중국에서 대한민국 국적 주식회사의 인장을 위조한 경우에는 외국인의 국외범으로서 그에 대하여 재판권이 없다.”); 외국인의 국외범에 대하여 반공법을 적용할 수 있는지의 여부와 관련하여 외국인의 국외범에 대하여는 형법 제5조에 열거된 이외의 죄를 적용할 수 없음이 원칙이고 반공법 자체나 그밖에 법률에 이와 같은 외국인의 국외범에 대하여 반공법을 적용할 수 없다(대법원 1974. 8. 30. 선고 74도1668 판결); 외국인이 외국에서 히로뽕을 매수한 행위를 국내법으로 처벌할 수 없다(서울지법 1998. 5. 1. 선고 97고합1364 판결, “외국인의 국외범에 대하여는 형법 제5조에 열거되어 있는 죄 이외의 경우에는 형법을 적용할 수 없음이 원칙이고, 이러한 원칙은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 다른 법률에도 그대로 적용된다 할 것인데, 향정신성의약품관리법위반죄 자체는 형법 제5조에 열거된 죄에 해당하지 아니하고, 다만, 마약류 불법거래방지에관한특례법 제6조 제2항은 향정신성의약품관리법 제42조에 해당하는 행위를 업으로 한 자에 대한 가중처벌을 규정하면서, 위 특례법 제12조에 의하여 위 특례법 제6조의 범죄는 형법 제5조의 예에 의한다고 규정함으로써 대한민국 영역 외에서 위 특례법 제6조에 해당하는 죄를 범한 외국인에 대하여도 같은 법을 적용할 수 있도록 하고 있으나, 외국인이 외국에서 히로뽕을 매수한 행위가 위 특례법 제6조 제2항 소정의 업으로 하는 히로뽕 매수행위에 해당한다고 보기는 어려우므로, 외국인의 행위에 대하여 위 특례법을 적용할 수는 없으므로, 결국 이는 외국인의 국외범에 해당하여 향정신성의약품관리법을 적용하여 처벌할 근거가 없다.”).

48) J. L. Brierly, “Report on Jurisdiction over Extraterritorial Crime, League of Nations Document, 1926,” *American Journal of International Law*, vol. 20, 1926, p. 20.

차별하는 원칙이다.<sup>49)50)</sup>

이 원칙은 자국민이 체류하는 외국에서 형법상 충분한 보호를 받을 수 없다는 판단 하에 이를 보완하는 기능을 한다. 그러나 이 원칙은 이와 같이 외국의 형사사법제도에 대한 불신감<sup>51)</sup>을 전제로 하고 있기 때문에, 국제법도 그 적용가능성에 대해 논란이 많은 기준이다.<sup>52)</sup>

수동적 속인주의의 적용을 주장하는 근거는 다음과 같다. 즉, 국가는 국외에 있는 자국민도 보호할 의무가 있지만, 모든 국가가 자국 내에 체류하는 외국인의 법익을 보호할 만큼의 치안유지능력을 충분히 갖추고 있다고는 할 수 없다. 오히려 많은 국가에서는 체류 외국인의 보호에 대해 형법상의 배려가 불충분하고, 설사 이러한 외국인들의 법익을 해치는 범죄에 대해서 현지 사법당국이 개입한다고 하더라도 그것은 법률상의 조치라고 하기보다 재량에 의한 경우가 압도적으로 많다. 또한 범인도 범죄의 피해자가 외국인이라고 인식하지 못한 상태에서 범행을 하는 경우가 대부분이다. 이러한 각국의 현실을 생각하면, 수동적 속인주의도 반드시 부정해야 할 원칙이라고만은 할 수 없는 면이 있다.<sup>53)</sup>

무엇보다 수동적 속인주의는 오늘날 국적을 이유로 하여 자국민에 대해 행해지는 테러행위 기타 조직적인 공격이라든지 자국의 외교관 기타 공무원의 암살 등의 행위

---

49) 또는, '피해자 국적의 원칙' 또는 '피해자의 국적에 기인한 관할권'(jurisdiction based on the nationality of the victim)'이라고도 불린다. 李漢基, 전게서, 341면.

50) 우리 형법 제6조에서는 대한민국 영역 외에서 대한민국 또는 대한민국국민에 대하여 제5조에서 규정하고 있는 내란·외환의 죄, 국기·통화·유가증권·우표·인지 등에 관한 죄를 범한 외국인(대한민국과 대한민국국민에 대한 국외범)에게 적용한다고 규정하고 있으며, 다만 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다고 하여 그 한계를 적시하고 있다.

51) 이러한 소극적 속인주의는 모든 국가들이 자국내에 있는 외국인을 충분히 보호하지 않을 것이라는 생각에 근거한다고 한다. 대부분의 국가들은 검찰에 폭넓은 재량권을 부여하는 기소편의주의를 채택하기 때문에 외국인에 대해 죄를 범한 자국민을 처벌하는데 소극적일 수 있다고 한다. 김선복, "所謂 國際刑法에 관하여", 韓國海洋法學會(編), 『해법·통상법』, 제7권 제1호 (1995. 8), 74-75면.

52) 山本草二, 『國際刑事法』(東京: 三省堂, 1991), 159면.

53) 그러나, 피해자의 본국이 이 원칙을 원용하는 것이 국가의 고유의 법익의 보호를 목적으로 하는 것은 아니라, 재외 자국민에 대한 필요불가결한 보호를 목적으로 하고 있기 때문에(국민보호주의), 위에서 언급한 보호주의(국가보호주의)와는 다른 것으로 여겨졌다. 따라서 오래 전부터 영미법계의 국가들은 소극적 속인주의를 통상의 범죄에 적용하는 것에 반대해 왔고, 부득이 원용하는 경우에도 그 대상을 행위지법도 가별적으로 다루는 행위에 한정하는 등 보충적인 성격(대리차별주의)을 갖는데 그친다고 여겨져 왔다. 특히 범인이 외국인의 법익을 해친다는 인식이 있었는지 여부 및 그 기대가능성의 정도는 행위지법상의 요건에 의하여 판단해야 하며, 이 원칙을 원용하는 국가의 형법상의 위법 내용을 기준으로 해야 하는 것은 아니다. 상게서, 160면.

에 대하여 더욱 넓게 적용될 수 있게 되었다. 다만 이 경우에도 실제로 소추하려면, 해당 범죄가 정부 또는 일반시민에 대한 협박, 위협 또는 보복을 의도한 것이라는 사법당국의 증거가 있어야 한다.<sup>54)</sup> 이것은 동 원칙의 남용을 방지함으로써 그 補充的인 性格을 유지하기 위한 조건으로서 주목할 만하다.

## 6) 보편주의

보편주의(universality principle)란, ‘국가들의 공통이익을 해하는 범죄’에 대하여, 범인과 범죄지를 불문하고, 자국의 형법을 적용하는 원칙을 말한다<sup>55)</sup> 이 원칙에 의하면 어느 국가나 중대한 인권침해, 전쟁범죄, 인도 또는 평화에 반한 죄, 노예매매, 해적행위 등 국제사회의 국가들에 공통되는 법익을 해하는 범죄에 대해서는 국내형법에 근거하여 외국인인 국외범을 소추하여 처벌할 수 있게 된다. 각국은 이러한 종류의 국제범죄의 규제에 관하여 보편적 관할권을 가지고 있다고 할 수 있다. 그 중에서도 특히, 범인의 신병을 자국영역내에서 실제로 구속하고 있는 국가는 비록 전통적인 원칙(속지주의, 속인주의, 보호주의 등)에 근거한 관련성을 흠결한 경우에도, 범인의 신병의 구속이라고 하는 사실만으로 형사관할권의 행사 근거를 인정할 수 있는 것이다.<sup>56)</sup>

현재 해적행위, 노예매매 또는 전쟁범죄 등 특정한 범죄에 대해서는 범인을 확보한 어떠한 국가에게나 그 소추와 처벌의 ‘권능’을 주는 예가 있다. 그러나 이 권능은, ‘보

54) The American Law Institute, *supra* note 30, pp. 240, 243.

55) 1996년 11월 정부에 의해 국회에 제출되었으나, 제15대 국회의 임기만료로 자동폐기되었던 형법개정안에서는 보편주의를 형법의 장소적 효력범위조항의 하나로 도입(세계화 추세에 따라 외국인이 외국에서 저지른 폭발물사용, 방사능물질방류죄, 통화의 위조 및 위조통화의 취득, 유가증권의 위조등, 영리등을 위한 약취·유인·매매등, 해상강도 등과 대한민국에서 구속력있는 조약에 의하여 처벌할 범죄 등 인류의 공적인 중대범죄에 대하여는 우리 형법으로 처벌할 수 있도록 하는 규정을 신설)하려고 시도하였다(형법개정안 제7조). 1996년 11월 정부제출 형법중개정법률안.

56) 보편주의와 관련하여, 허용적 보편주의(permissive universality principle)와 의무적 보편주의(obligatory universality principle)로 개념상 구별하는 경우가 있다. 전자는 범죄와 무관계한 국가일지라도 범인을 처벌할 수 있다는 원칙이다. 예컨대 공해상에 있는 미국적 선박 속의 프랑스인 소유 화물을 영국 국적 해적이 강탈했다고 할 때 미국, 프랑스, 영국 이외의 나라, 즉 모든 국가에게 국제법익의 보호를 위해 재판관할권의 행사를 인정하는 것이고, 후자는 범죄와 어떤 관련이 있는 국가는 범인을 자국에서 재판하든가 아니면 다른 관계국에 인도하든지 해야 한다는 원칙이다. 이 경우는 국가에게 의무를 부과하는 것이기 때문에 의무의 발생요건은 모두 조약에 의해 정해진다. 金燦奎, “國際事件에 대한 國內裁判所의 管轄權”, 慶熙法學研究所(編), 『慶熙法學』, 제23권 제1호 (1988. 10), 33-34, 36면.

충적인' 적용에 그치는 경우가 많다. 범인 또는 범행과 가장 긴밀한 관계를 갖는 국가에 대한 범죄인의 인도라든지, 이러한 국가에서 행해지는 소추·처벌에 대신하는 것으로서 적용되기 때문이다. 이는 보편주의의 보충적인 성격을 나타내는 것이다.

이와 관련하여 각종 항공범죄를 비롯하여 국제테러행위와 관련된 특정한 범죄에 대해, 다수의 조약이 각 체약국에 대해 소추·처벌의 조치를 취하도록 보편주의에 근거한 '의무'를 규정하였다. 특히, 범인 또는 범죄지와 상관없이 확실히 처벌할 수 있도록 하기 위하여, 각 체약국은 새로운 기준에 근거하여 재판권을 설정하고, 그 용의자를 다른 관계국에 인도하거나 자국에서 처벌해야 할 의무를 진다.

일반적으로 보편주의의 적용에 대해서는 특히 그 대상이 되는 범죄의 성질과 범위를 둘러싸고, 국가실행과 학설상으로도 견해의 대립이 보인다. 그러나 그 중에서도 해적행위에 대해 보편주의를 적용하여 규제하는 것에 대하여는 일반적인 국제합의가 확립되었다고 할 수 있다.

## 7) 효과이론

미국, 독일, 유럽연합 등은 입법관할권의 적용의 근거로서 '효과이론'(effect principle)을 독립적으로 주장하여 왔다. 그러한 국가들은 국외에서 행해진 행위이어도 국내의 질서에 대해 '실질적인 효과'(substantial effect)를 현실적으로 미치는 것이면 국내법으로서 국내형법을 적용해 처벌할 수 있다고 한다. 이러한 효과이론은 원래 속지주의와 결부하여 파악될 수 있지만 남용될 우려가 많다고 하여 다른 국가들로부터 강하게 비판받기도 하였다. 예컨대, 속지주의에서는 발생하는 효과를 범죄의 불가결의 구성요건으로 다루고 있는데 비하여, 효과이론의 입장에 의하면 원인행위와 유해한 결과 발생과의 사이에 상당인과관계를 결여한 경우도 많아, 그 요건의 인정이나 근거가 애매하게 될 위험성이 높다. 외국의 영역내에서 완결된 범죄에 효과이론을 적용하려고 하는 것은 통상의 속지주의 요건의 범위를 뛰어 넘는 것이어서, 본래의 속지주의에 근거한 상대국의 형사관할을 부당하게 침해하게 된다는 지적도 있다.<sup>57)</sup>

효과이론이 국내에서 현실적으로 문제가 되었던 사항은 공정거래법의 역외적용과

---

57) R. Y. Jennings, "Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws," *British Yearbook of International Law*, vol. 33, 1957, p. 159.



관련하여서이다. 우리나라 공정거래법의 역외적용의 문제는 주로 우리나라 영토 밖에서 체결된 계약이나 그에 준하는 합의가 국내에 경쟁제한적 효과를 미치는 경우에 그것을 규제할 수 있겠는가 하는 것이다. 이에 관하여 다른 국가들과 달리 우리 공정거래법상 명시적인 규정이 없기 때문에<sup>58)</sup> 기존의 여러 국내문헌에서 그 역외적용 가능성과 관련하여 논쟁이 있어 왔다.

2002년 3월 20일 공정거래위원회는 미국, 독일, 일본 국적의 6개 흑연전극봉 생산업체들이 1992년 5월부터 1998년 2월까지 런던, 도쿄 등 외국에서 수차례 모임을 갖고 우리나라를 포함한 전세계시장을 대상으로 흑연전극봉의 판매가격 및 시장분할에 대하여 합의하고 이를 실행하였다는 이유로 이들 기업에 대해 시정명령과 함께 과징금을 부과하였다.<sup>59)</sup> 이 사안은 외국사업자의 외국에서의 카르텔행위에 대해 국내 공정거래법을 역외 적용한 첫 번째 사례이다.

흑연전극봉 국제카르텔은 흑연전극봉을 생산하는 주요 업체인 미국·독일·일본 국적의 업체들이 1992년 5월 21일 런던 소재 스카이라인 호텔에서 소위 공동행위의 기본 원칙을 합의한 것을 포함하여 1998년 2월까지 런던, 도쿄 등에서 회의를 개최하여 판매가격 등을 합의하고 이를 실행하였다. 이들은 생산자가 있는 국가에서는 해당국에 소재한 생산자가 가격을 올릴 경우 다른 생산지들도 이에 따라 가격을 올리기로 합의하고 생산자가 없는 국가(이른바 'Non Home Market', 주로 일본을 제외한 아시아 지역)에 대해서는 구체적인 판매가격을 합의하였다. 또한 합의된 가격을 할인하지 않을 것을 합의하였고, 아시아 지역을 중심으로 한 판매량의 지역할당에 대하여 논의하였으며, 흑연전극봉의 수출량 제한, 대형 흑연전극봉의 판매가격에 대한 할증금 부과 및 다른 카르텔 참여업체들이 소재하는 국가로의 수출을 자제할 것에도 합의하였다. 한편 신규업체의 진입을 방해하기 위하여 카르텔 참여업체 외에는 특정 흑연전극봉 제조기술의 제공을 제한하기로 합의하였다. 이 카르텔은 전세계 시장의 약 80% 이상 차지하는 것으로 추정되는 업체들에 의해 1992년 5월부터 1998년 2월까지 약 6년에 걸쳐 이루어진 카르텔로서, 이로 인하여 전세계 시장에서의 흑연전극봉 가격은 50% 이상 인상되었다. 우리나라의 경우 국내에 흑연전극봉 생산업체가 없어 국내 철강생산

---

58) 오병선, “獨占規制法の 域外的 適用과 國際禮讓”, 大韓國際法學會(編), 『國際法學會論叢』, 제56권 (1984. 12), 32면.

59) 공정거래위원회 의결 제2002-077호(사건번호 2002국협0250, 사건명 6개 흑연전극봉 생산업체들의 부당한 공동행위에 대한 건), 2002. 4. 4.

업체들은 전량을 수입에 의존할 수 밖에 없었다. 이러한 사정으로 국내 철강산업체들은 필요한 흑연전극봉의 90% 이상을 이들 카르텔 참여업체에서 수입하고 있었기 때문에 이 카르텔로 인하여 막대한 피해를 입은 것으로 밝혀졌다.<sup>60)</sup>

공정거래위원회 전원회의에서 심의한 결과 카르텔 참여업체들은 우리나라를 포함한 전세계 시장을 대상으로 가격합의를 하였으며, 그 가격대로 우리나라 수요업체들에게 흑연전극봉을 판매하는 등 우리나라 시장에 직접적으로 영향을 미친 사실이 밝혀졌다. 따라서 이들 업체에 대해서는 판매가격 합의를 다시는 하지 말라는 취지의 시정 명령과 함께 함께 112억원의 과징금을 부과하였다.

이 사건에서 공정거래위원회는 문제된 행위가 우리 공정거래법의 영역적 적용범위에 속한다고 판단한 것인데, 공정거래위원회는 이 사건에서 부당공동행위의 효과가 한국에 미쳤다는 점(효과이론)만을 근거로 한 것은 아니고 부당공동행위의 실행행위가 한국에서 이루어졌다는 점(실행지이론<sup>61)</sup>)도 근거로 하였다.<sup>62)</sup>

공정거래위원회의 심결에 불복한 '에스이씨 코퍼레이션'이 행정처분 취소를 구한 사건에서 2003년 8월 26일 서울고등법원은 취소청구를 기각하였다.<sup>63)</sup>

원고측은 “외국인이 외국에서 행한 행위에 대해서도 적용된다는 명문의 규정을 두고 있지 않은 이상 피고에게 외국법인에 의하여 외국에서 행하여진 위 행위에 대하여 대한민국의 공정거래법을 적용하여 심판할 관할권이 존재하지 아니한다.”고 주장하였다.

이에 대하여, 법원은 국제거래에 관한 부당한 공동행위가 있었고 이로 인한 부정적

60) 허선, “국제카르텔에 대한 공정거래법 역외적용의 경험과 논리 : 흑연전극봉 국제카르텔 사건을 중심으로”, 韓國競爭法學會(編), 『競爭法研究』, 제9권 (2003. 4), 217-218면.

61) 경쟁법의 역외적용과 관련하여 미국, 독일 및 EC위원회는 주로 효과이론의 입장에서 이를 설명하는데 반하여, 유럽재판소는 주로 단일경제실체(a single economic entity)이론 및 실행지이론의 입장에서 있다. 국내 자회사의 행위가 국외의 모회사의 지시에 따라 행하여진 경우와 같이 전자의 행위가 후자에 귀속되는 경우에 관할권을 가진다는 것이 단일경제실체이론이고, 위법행위의 일부가 국내에서 행하여진 경우에 관할권을 가진다는 것은 실행지이론이다.

62) 石光現, 『國際私法 解説』, 第2版 (서울: 芝山, 2003), 97면; 이 사건의 공정거래위원회의 의결서중, “...외국법에 의해 설립된 사업자들 간의 합의가 비록 외국에서 이루어졌더라도, 합의의 실행이 대한민국에서 이루어지고 대한민국시장에 영향을 미칠 경우에 공정거래위원회는 이들 사업자에 대해 관할권을 행사할 수 있다.”라는 표현을 통해 이를 확인할 수 있다.

63) 서울고등법원 2003. 8. 26. 2002누14647(시정조치등명령취소청구); 흑연전극봉사건과 관련한 외국 사업자가 대법원에 상소한 사건에서 대법원은 이와 유사한 취지의 판결을 판복하였다. (피상고인 겸 상고인 쇼와 덴코 케이케이 주식회사, 대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결; 에스지엘 카본 약틴게젤사프트, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11155 판결; 토카이 카본 코퍼레이션 리미티드, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11124 판결).

인 효과가 국민경제에도 미쳤음에도 불구하고 그 행위가 외국에서 이루어졌다는 점만으로 공정거래법을 적용할 수 없게 된다면, 사업자들이 외국에서 문제된 행위를 함으로써 공정거래법상의 각종 규제를 용이하게 회피할 수 있게 되기 때문에 공정거래법이 추구하는 목적을 달성하기 어렵게 된다는 점을 들어, 우리 공정거래위원회는 “외국 사업자가 다른 사업자와 공동으로 경쟁을 제한하는 합의를 하고, 그 합의의 대상에 대한민국의 시장이 포함되어 있다면 그 행위가 국내에서 행하여졌는지 국외에서 행하여졌는지에 관계없이 위와 같은 합의가 대한민국의 시장에 직접 영향을 미친 한도 내에서 대한민국의 공정거래법을 적용하여 심판할 수 있는 관할권이 있다.”고 판시하였다.

이에 대하여 국제법적으로 여전히 논란이 많은 효과이론이 무제한적으로 도입될 우려가 있고, 집행관할권의 행사로서 우리 공정거래법상 송달규정에 대한 해석이 불분명하다는 이유로 위와 같은 심결 및 판결에 대한 비판 또한 제기되기 때문에, 독일과 같이 이를 입법적으로 해결할 필요가 있다<sup>64)</sup>는 비판이 일어 공정거래법이 국내에 미치는 효과에도 적용된다고 입법관할권의 근거를 명시적으로 규정되는 것으로 법개정이 이루어졌다.<sup>65)</sup>

#### (4) 국제법상 입법관할권의 역외적용의 한계

##### 1) 개설

국가관할권 중 입법관할권의 일반적인 한계에 관한 어떠한 국제조약도 존재하지 않는다. 아울러 국제관습법도 그 존재가 불확실하고 그 내용이 모호하기 때문에 입법관할권의 한계에 대한 적절한 기준이 되지 못한다. 이는 국제법이 입법관할권의 범위를 국가의 재량사항으로 계속 유보하고 있기 때문일 것이다. 다만, 어떠한 국가도 전혀

64) 김형진·정영진, “공정거래법의 역외적용”, 대한변호사협회(편), 『인권과 정의』, 제332호 (2004. 4), 137, 148면.

65) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 “제2조의2(국외행위에 대한 적용) 이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다. [본조신설 2004. 12. 31]”

자국과 관련 없는 사안을 자국의 관할권으로 편입하는 것이 금지되기 때문에, 입법관할권의 한계를 정하는 기준은 국가의 기본적인 의무이자 국제법의 기본원칙인 다른 국가의 국내문제에 대한 불간섭의무와 문명국가의 국내법의 공통적인 일반원칙의 하나인 '권리남용의 금지'에서 찾을 수 있을 것이다.<sup>66)</sup> 국가의 입법관할권의 설정은 관할권 행사의 대상이 되는 사람, 물건, 사항과 입법관할권을 설정하는 국가와의 관련성이 전제되어야만 권리남용의 금지에 해당되지 않을 것이다.

## 2) 국내문제 불간섭의무에 의한 제한

국내문제 불간섭이 국제법상의 기본원칙인 만큼 국내문제의 범위는 국제법에 의해 결정될 수 밖에 없다. 국제법은 이러한 국내문제의 범위를 결정함에 있어 소극적인 방법을 택하고 있다. 즉, 해당 시기에 국제법에 의해 직접 규율되지 않은 모든 사항이 곧 개별국가의 배타적 관할권에 속하는 사항으로서 국내문제라는 것이다. 따라서 국가의 배타적 관할권이 인정되는 사항의 범위는 국제법의 발전 여부에 따라 상대적이며 가변적일 수밖에 없다. 예컨대, 외국상품에 대한 관세의 부과는 과거에는 주권국가의 국내문제로 취급되었으나, 세계무역기구(World Trade Organization: 이하 'WTO'라 한다.)를 중심으로 하는 국제경제규범이 조약의 형태로 나타나게 됨에 따라 그러한 조약의 당사국이 된다면, 최초 그러한 조약, 예컨대 국가는 '관세 및 무역에 관한 일반협정'(General Agreement on Tariffs and Trade, 1947: 이하 'GATT'라 한다.) 가입 당시에 제출한 관세양허표 내에서만 특정 외국상품에 대한 관세를 부과할 수 있게 되었다.

결론적으로, 한 국가의 국가관할권 행사의 일환으로서 국내에서 법률을 제정할 때, 입법관할권에 관한 국제법상 통일된 원칙이 존재하지 않더라도 국제관습법상 또는 UN헌장 상의 불간섭의무에 위반하여 외국에 대하여 부당한 간섭을 내용으로 하는 법률을 제정하여서는 아니 될 것이다.

---

66) 국가형벌권의 국제법상의 한계와 관련하여 '국제법상 일반적인 권리남용금지'를 들기도 하지만, 권리남용의 금지는 '국제법의 일반원칙'이라기보다는 문명국의 법체계에 공통으로 포함되는 '법의 일반원칙'의 성격을 갖는다고 할 것이다. 김선복, 전제논문, 68면; 李漢基, 전제서, 105-107면.

### 3) 권리남용금지에 의한 제한

권리남용은 주관적 권리가 정해진 목적과는 다른 목적을 위하여 행사되는 경우에 발생한다. 일부 학자들은 이 원칙을 하나의 국가의무로서 인정하고 있지 않지만, PCIJ 나 국제사법재판소(International Court of Justice: 이하 'ICJ'라 한다.)는 별다른 논란 없이 이를 인정하고 있다.

Nottebohm 사건에서 Read 판사는 소수의견을 통하여 '불법적이고 부당한'(outrageous and unconscionable) 권리의 행사로 다른 나라에게 손해를 끼쳤다면 그러한 권리행사만이 권리남용으로 간주될 수 있다고 지적하였다.<sup>67)</sup>

1951년 아랍과 이스라엘간의 분쟁발생시 UN 안전보장이사회도 이 원칙을 적용하면서, 이집트에 대하여 수에즈운하를 통해 이스라엘로 향하는 상선통과의 제한을 해제할 것을 요구하였는데, 그 이유는 이집트의 상선 통과 제한 조치가 自衛를 위하여 불가피한 것이 아니었기 때문에 임검, 수색 등 관할권 행사의 남용에 해당하는 것이라고 하였다.<sup>68)</sup>

한 국가의 입법관할권의 행사가 자국 영역에서 정당한 입법조치에 해당되더라도 권리남용에 해당하는 경우에는 국가책임이 발생한다. 예컨대, 한 국가가 자국영토 내에 환경오염을 유발하는 산업단지를 건설하거나 이를 촉진하면서 환경규제 관련 법률의 일시적인 정지를 입법화하는 경우, 그리고 산업단지에 의한 해양오염 및 월경오염에 대하여 인접국가에 대한 국가책임이 발생할 수 있다.

### 4) 개별조약에 의한 제한

제2차 세계대전이후에는 국제해양법 분야 및 우주법분야 등 국제공역을 대상으로 하는 국제조약들과 1947년 GATT 및 WTO 설립협정(Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization)과 그 부속서 등 국제적 경제질서에 관한 조약들은 국가의 관할권의 대상 범위 및 국가의 권리 의무에 관하여 직·간접적으로 기술하고 있다. 이러한 조약의 국내적인 실행과 관련하여 우리나라는 영해, 접속수역,

67) The Nottebohm Case(Liechtenstein v. Guatemala), *I.C.J. Reports* 1953, p. 111; *I.C.J. Reports* 1955, p. 4.

68) 나인균, 『국제법』(서울: 법문사, 2004), 231-232면.

배타적인 경제수역에 관한 범위를 결정함에 있어서 조약이 허용하는 범위 내에서 영해기선 등의 설정을 하고 있다. 또한 WTO 등 국제적인 경제질서와 관련하여 각종 경제관련법 및 각종 행정부서의 조치들은 각종 조약과 국제적인 규칙에 따라 이를 결정, 시행하고 있다.

## 5) 소결

입법관할권이 이상의 의무에 위반하여 행사되는 구체적인 사례로는 한 국가의 입법관할권의 행사가 다른 국가의 입법관할권과 저촉하거나 충돌하는 경우일 것이다.

오늘날 입법관할권의 역외적용에 관하여 국제법의 규율과 개입의 범위를 명확하게 하고, 입법관할권의 경합과 저촉도 국제법의 해석과 적용을 둘러싼 국제분쟁으로 이해하고 이에 대한 해결책을 강구하여야 한다는 주장이 강해지고 있다. 구체적으로는 이러한 역외적용은 ① 당해 사안과 관할권의 근거 사이에 '실질적이고 선의인 관련성'이 존재할 것, ② 다른 국가의 국내관할사항에 간섭하여 그 전속적인 입법권을 침해하는 결과가 되지 않도록 할 의무가 부과될 것, 나아가 ③ 상대방 국가의 국내법 및 관할권과 조정·상호성·균형성을 유지할 것을 조건으로 하고 있다. 이렇게 이해하면 입법관할권의 역외적용에 수반되는 국제분쟁도 두 관련 국가 사이의 상호타협과 양보에 의해 해결될 수 있을 뿐 아니라 다자간 국제조약과 같은 국제입법 또는 관계 국제기구에 의한 교섭·협약·해결의 주체가 되는 것도 충분히 기대할 수 있을 것이다.<sup>69)</sup> 실제로 대륙붕, 배타적 경제수역, 공해 등에서 해양오염의 규제 또는 국제범죄의 단속 등의 분야에서는 입법관할권의 허용범위에 대해서도 국제법이 직접 개입하고 규율할 수 있게 되었다.<sup>70)</sup>

69) D. W. Bowett, *supra* note 16, pp. 18-26.

70) 山本草二, 『國際法』, 新版(東京: 有斐閣, 1994), 269면; 이러한 해양에서의 활동과 관련하여 UN해양법협약은 국제책임제도를 전통적인 차원에서 다루고 있는데, 공해상에서 私船의 활동과 관련한 주의 또는 감독상의 의무위반에 대해 책임을 진다. 국가는 공해상의 자국선박들에 대해 관할권을 행사하며 아울러 오염방지를 위한 통제감독의 의무가 부과되는 바, 그러한 사전의 통제 또는 감독의무의 불이행이 확인되는 때에는 이에 대해 책임을 진다. 金奭賢, “海洋法上 國家責任制度의 諸問題”, 서울국제법연구원(편), 『서울국제법연구』, 제2권 제1호(1995. 5), 95-98면.

### III. 선거관리위원회의 국외에서의 권한 행사

#### 1. 서

공직선거법상 중앙선거관리위원회 및 각급선거관리위원회는 각종 선거 및 투표의 실시를 관장하는 것 이외에 공정한 선거의 확보를 위해 준사법기관적 기능을 수행하고 있다. 그러한 기능중 대표적인 것으로는 ① 주의, 경고와 같은 불법선거의 예방을 위한 행정지도, ② 불법선거운동의 단속과 예방을 위한 행정조사, ③ 불법선거운동에 대한 행정벌로서 과태료의 부과와 징수, ④ 단속의 실효성 확보를 위한 신고자에 대한 포상금지급 등을 들 수 있다.

이러한 선거의 공정성 확보를 위한 다양한 제도들은 원래는 국내에서의 선거의 공정성 확보를 위한 것들로 도입되었다. 현행 공직선거법에 따르면 상기의 제도들은 재외선거에도 적용될 여지가 있지만(즉, 대한민국이 입법관할권을 가질 수 있지만),<sup>71)</sup> 선거관리위원회가 이러한 제도를 대한민국의 영역이 아닌 외국의 영역에서 선거를 실시하는 경우에도 국내에서와 같은 방식으로 실시할 수 있는지(즉, 외국의 영역 내에서도 실효적으로 집행관할권을 행사할 수 있는지)는 추가적으로 검토되어야 할 것이다. 국제법의 일반원칙에 따르면, 자연인 또는 법인은 그 국적국이 아닌 외국에 주재하는 경우 그 국적국의 대인주권에 복종하여야 할 뿐만 아니라 자기가 주재하고 있는 외국의 영역주권에도 복종하여야 하는 이중적 지위를 가진다. 그 결과 국적국의 법령 뿐만 아니라 주재국(외국)의 법령에도 준수하여야 한다. 이와 마찬가지로 한 국가의 정부기관이나 대사관 또는 영사관과 같은 재외기관은 자국법에 따른 고유한 기능을 수행함에 있어서 주재국(외국)과의 선린관계 유지를 위하여 주재국의 주권을 존중할 의무를 지고 있고, 그 결과 주재국의 법령을 준수할 것이 요청된다.<sup>72)</sup>

71) 「공직선거법」 제218조의29(준용규정 등) ① 재외선거에 관하여 이 장에 정한 것을 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 이 법의 다른 규정을 준용한다.

72) “그들의 특권과 면제를 침해하지 아니하는 한, 접수국의 법령을 존중하는 것은 이와 같은 특권과 면제를 향유하는 모든 자의 의무이다. 그들은 또한 접수국의 내정에 개입하여서는 아니될 의무를 진다.” 「외교관계에 관한 비엔나협약」 제41조 제1항; “특권과 면제를 향유하는 모든 자는, 그들의 특권과 면제를 침해함이 없이, 접수국의 법령을 존중할 의무를 진다. 그들은 또한 접수국의 국내문제에 간여해서는 아니되는 의무를 진다.” 「영사관계에 관한 비엔나협약」 제55조 제1항.

이하에서는 한 국가가 해외에서 집행관할권을 행사하는 경우 적용될 수 있는 국제법상의 일반이론을 먼저 살펴보고, 이러한 일반이론이 대한민국의 재외선거 실시에 어떻게 적용될 수 있는지에 대하여 좀더 구체적으로 고찰해 본다. 다시 말하여, 대한민국의 선거관리위원회가 외국에서 선거실시와 관련한 각종 권한을 행사하는 것이 외국주권의 존중의무와 관련하여 국제법상 적법할 것인지, 그리고 국제법상 그리고 국내법상 적법하기 위한 조건은 어떠한지에 대하여 살펴보고자 한다.

## 2. 국외에서의 국내법의 집행

### (1) 집행관할권의 의의

국제법상 執行管轄權이라 함은 일반적으로 한 국가가 피의자에 대하여 체포, 수사, 강제조사, 압수, 억류, 처벌, 압류·금지 명령 등 국가의 법령·판결 또는 명령 등에의 복종을 강제하거나 또는 복종하지 않는 것을 처벌하는 권한을 일컫는다. 이것을 실시하는 기관은 통상 행정기관·집행기관이다. 미국대외관계법에 관한 Restatement<sup>73)</sup>는 “법원을 통해서든, 집행부, 행정부, 경찰 또는 다른 비사법적 행위에 의한 것이든, 자국의 법(laws)이나 규칙(regulations)의 준수를 유도하거나 강제할, 또는 그것의 미준수를 벌할 관할권”이라고 규정하고 있다.<sup>74)</sup>

이와 같이 국가는 자국의 법규에 대한 준수를 유도하거나 강제하기 위하여 또는 이를 준수하지 않는 것을 처벌하기 위하여 司法的, 非司法的 措置를 취할 수 있지만, 이 경우 반드시 입법관할권이 존재해야 한다.<sup>75)</sup> 특히 법원을 통한 집행을 할 때는 재판관할권까지 가지고 있어야 한다. 사법적 조치는 벌금과 형벌과 같은 형사적 제재의 부과뿐만 아니라 사법절차와 관련하여 법원(민사, 형사 또는 행정법원을 불문함)이 내리는 판결 또는 명령으로서 예컨대, 문서제출 요구, 문서제출 불응시의 제재와 같이

73) 각주 30 참조.

74) The American Law Institute, *supra* note 30, § 401(c).

75) *Ibid* § 431(1).



일정한 행위를 요구하거나 또는 일정한 행위를 금지하는 명령의 형태를 취할 수 있다. 행정기관도 사법부의 결정에 따라 집행조치를 취할 수 있는데 이러한 집행조치는 사법적 및 비사법적 조치 모두의 측면을 가진다. 그러한 예로는 세관에 의한 물품 몰수, 세무당국에 의한 자산 동결, 또는 체포영장의 집행 등이 있다.<sup>76)</sup> 그러나 비사법적인 집행조치를 취하는 경우에는 재판관할권을 반드시 가지고 있어야 할 필요는 없다. 이러한 비사법적인 조치로 들 수 있는 예는, 수출입거래에 종사할 권리의 부인, 정부 계약에 입찰할 자격의 박탈, 특정한 상거래에 종사할 허가의 중지, 취소 또는 부인, 자산이동의 금지(동결) 등이다.<sup>77)</sup>

만일 입법관할권 없이 집행관할권을 행사하는 경우에는 그로 인하여 피해를 입은 개인으로부터 직접적으로 그리고 외국으로부터 항의를 받을 수 있다. 다만, 입법관할권이 없는 국가라도 입법관할권을 가진 국가와 함께 적절한 수단을 사용하여 법집행의 분야에서 협력할 수는 있다.

## (2) 집행관할권의 행사범위

위에서 고찰한 집행관할권은 오늘날의 국제사회에서는 원칙적으로 자국 영역 내에 한정하여 행사된다. 다시 말하여, 집행관할권은 외국의 영역 내에서는 일반적으로 행사할 수 없다. 집행관할권의 행사와 관련된 국제법은 비교적 명확하고 단순하다. 즉 집행관할권은, 외국의 동의가 없는 한, 그 외국의 영역 내에서 행사될 수 없다는 것이 국제법상 기본적인 원칙이다. 이 원칙은 로터스호 사건에서 PCIJ가 다음과 같이 분명하게 판시하였다.

“국제법이 국가에게 부과한 첫 번째 가장 중요한 것은, 그와 반대되는 허용적 규칙(permissive rule)이 존재하지 않는 경우, 국가는 외국의 영역 내에서 어떠한 형태로든지 자신의 권력을 행사할 수 없다는 것이다. 이러

76) *Ibid* § 431(1), Comment b. 민사소송에서 손해배상을 인정하거나 부인하는 법원판결은 일반적으로 집행으로 여기지 아니한다.

77) *Ibid* § 431(1), Comment c.

한 의미에서 관할권은 확실히 영역적(territorial)이다. 그것은 국제관습이나 협약에서 유래되는 허용적 규칙에 의거하지 않는 한, 국가에 의하여 자신의 영역 밖에서 행사되어질 수 없다.”<sup>78)</sup>

한 국가의 외국에서의 행위는 그것이 외국의 주권적 권한을 침해하는 경우에는 국제법 위반이 된다.

“주권은 ...어떠한 다른 국가도 배제한 상태에서 그 국가의 기능을 그 국가의 영역 내에서 행사하는 권리이다.”<sup>79)</sup>

비록 한 국가가 입법관할권을 행사하여 외국에 소재하는 자에 대해 규율할 수 있는 국내법을 가지고 있다고 하더라도, 그 외국의 허가 없이는 그 영역 내에서 자신의 국내법을 집행할 수 없다. 따라서 외국의 영역 내에서 범인을 체포하려 한다거나, 소환장(subpoena) 또는 영장을 송달하거나, 정보제출을 요구하거나, 증거수집 또는 조사활동을 하는 것은 그 외국의 동의가 없는 한 그 외국의 주권을 침해하는 결과를 낳는다. 물론 외국의 영역내에서 행하여진 한 국가의 모든 행위가 국제법위반이 되는 것은 아니다. 국가도 외국에서 사인과 같이 행동하여 상계약을 체결하는 등의 사법적 행위를 할 수 있기 때문이다. 또한 한 국가가 외국의 국내법에 저촉된 행위(예컨대 계약 위반행위)를 하였더라도 그것 자체가 국제법위반까지 되지 않는 경우도 있다.

집행관할권이 屬地性을 가지는 결과, 일반적으로 외국의 법원은 집행을 원하는 국가의 공범을 집행하지 않는다. 여기서 공범이라 함은 형법뿐만 아니라 세법과 같이 국가의 주권적 권한이 표시되어 있는 법을 말하며, 계약법, 가족법과 같이 사인간의 권리·의무의 창설을 위한 기본적인 규칙을 규정한 법은 제외된다. 미국의 독점금지법은 이중적 성질을 가지지만, 영국의 법원은 미국의 독점금지법을 집행하기를 거부하여 왔다.<sup>80)</sup>

한 국가가 외국의 공직자에게 그 공적인 권한을 인정한 상태에서 자국에 입국하는 것을 허가한 경우, 그 공직자가 방문국의 영역 내에서 주권적 행위를 하는 것을 명시

78) The Lotus Case, *P.C.I.J.*, 1927, Series A, No. 10, p. 18. 로터스호 사건에서는 집행관할권이 문제 되지 않았다. 왜냐하면 터어키는 로터스호가 터어키 영역 내로 들어온 후 관련된 자들을 체포하였기 때문이다.

79) Island of Palmas Case(1928), *R.I.A.A.*, Vol. 2, pp. 829, 838.

80) Vaughan Lowe, *supra* note 14, pp. 352-353.

적으로 또는 묵시적으로 허용하였다고 볼 수 있다.<sup>81)</sup> 따라서 국가는 자국의 영역 내에서 외국의 국가원수가 그 외국의 법령에 서명한다든지 또는 그 외국의 국무위원을 임명하는 등 공적 기능을 수행하더라도 아무런 항의를 하지 않는다.

그러나 구체적으로 어떠한 행위가 허용되는지는 관련자의 공적 지위에 따라 달라질 수 있다. 예컨대 외국군대의 주둔을 허가한 경우, 그 군사령관이 자신의 군대에 대하여 징계권을 행사하는 것을 허가하였다고 볼 수 있지만,<sup>82)</sup> 외교관계가 수립되었다고 하여 대사가 그 공관원에 대해 구금 등의 징계권을 행사하는 것까지 묵시적으로 허용하였다고 보기는 어려울 것이다. 그리하여 명확성 제고를 위하여 오늘날에는 양국 간의 협정에서 그 구체적 범위를 정하는 것이 보통이다.

이러한 문제는 1963년의 「영사관계에 관한 비엔나협약」상 영사의 직무와 관련하여서도 발생할 수 있다. 영사의 직무가 파견국의 주권적 권한의 행사와 관련되어 있는 경우에도 그 외국영사의 임명을 수락한 국가는 최소한 이러한 권한 중 일부(예컨대 여권 또는 비자의 발급, 파견국 상선 및 항공기의 감독 등)<sup>83)</sup>에 대해서는 외국영사에게 그 행사를 묵인한 것으로 볼 수 있다. 조약상의 명시적 규정이 없는 경우에도 접수국에서의 영사의 존재는 필요한 추론에 의하여 묵시적으로 일정한 공적 행위를 수행할 수 있는 권한을 그 영사에게 부여해 준다고 본다. 이는 우호관계에 있는 국가 간에는 주로 그가 파견국의 국민과 소통하는 것을 수월하게 해 준다는 배려가 있다는 데서 인정되고 있다고 볼 수 있다.

그러나 이 협약은 다른 주권적 직무에 대해서는 접수국의 법령에 위배되는 경우에는 수행할 수 없음을 명기하고 있다.<sup>84)</sup>

---

81) Michael Akehurst, "Jurisdiction in International Law", 46 *British Yearbook of International Law* 145(1972-3), p. 150.

82) 1964년 미 국방성은 "우호적인 외국이 미국 내에 주둔하는 것이 허가된 경우 자신의 군사법원에서 그 구성원에 대하여 징계권을 행사하는 권리는 묵시적으로 허용된 것이다."라고 언급한 바 있다. 58 *American Journal of International Law* (1964), p. 994. 그러나 이 경우 군사령관은 그 군대를 탈영하여 주재국의 어딘가에서 숨은 군인까지 수색하여 체포할 권한이 있는지에 대해서는 불분명하나, 제1차대전 당시 미국과 영국은 군사령관의 권한 행사는 그 군대 주둔지에 한정된다고 보았다. G. P. Barton, "Foreign Armed Forces: Immunity from Supervisory Jurisdiction", 26 *British Yearbook of International Law* 145 (1949), pp. 392-3.

83) 「영사관계에 관한 비엔나협약」 제5조 제4, 11 및 12항. 물론 그 영사가 파견국의 주권적 권한과 관련이 없는 직무를 수행하는 것(파견국 국민에게 법정대리행위를 추천하는 것)은 아무런 집행문제도 야기하지 않는다.

84) 「영사관계에 관한 비엔나협약」 제5조 제6, 10 및 13항.

### (3) 해외에서의 집행관할권 행사의 한계

#### 1) 이론적 근거

첫째, 주권평등의 원칙을 들 수 있다. 주권평등원칙이란 국제관계에서 모든 국가는 정치·경제·사회 또는 기타 성질의 차이에 관계없이 법적으로 독립되어 있거나 평등함을 의미한다. 이러한 주권평등 원칙은 명백히 집행관할권과 관련하여 중대한 의미를 가진다. UN 헌장 제2조 1항은 “모든 회원국의 주권평등”(sovereign equality of all its Members)을 UN의 한 원칙으로 천명하고 있다. 그리고 이 원칙은 우호관계원칙선언에 의하여 UN회원국인지 여부에 관계없이, 즉 ‘모든 국가들’에게 적용되게 되었다.<sup>85)</sup> 국가가 주권을 가진다는 원칙을 반대로 표현하면, 국가는 자신의 주권이 제한되는 데에 동의하거나 심지어는 주권의 완전한 포기(외국에의 합병 또는 병합)에도 동의할 권한이 있음을 의미한다. 따라서 국가는 자신의 영역 내에서 외국이 집행관할권을 행사하는 것에 동의하는 경우, 즉 자신의 주권에 대한 제한이 이처럼 당해 국가의 自由意思에 기초하고 있는 경우 이것은 주권평등원칙의 위반이 아니다.<sup>86)</sup>

두 번째, 불간섭원칙을 들 수 있다. 국가는 외국의 국내문제(domestic affairs)에 간섭해서는 아니된다는 이른바 국내문제 불간섭원칙은 주권평등원칙의 논리적 귀결이다. 국내문제(domestic affairs) 혹은 국내관할권(domestic jurisdiction)이란 국제법의 규율로부터 자유로운 영역, 즉 오로지 각 국가의 국내법의 규율에 맡겨진 범영역을 지칭하며, 따라서 국가는 외국의 그러한 문제에 간섭할 수 없다는 결론이 당연히 도출된다. UN헌장이 제정되기 이전에도 이러한 국내문제불간섭의 원칙으로부터 파생되는 원칙중 하나로는, 국가는 외국의 국내당국(입법부, 행정부 또는 사법부)을 압박하기 위하여 압력을 행사해서는 아니되며, 외국 정부당국과 그 국민간의 관계에 개입하여서도 아니된다는 것이다.

우호관계원칙선언도 “어떠한 국가도 ...외국의 대내적 또는 대외적 사항에 어떠한 이유로도 직접적 또는 간접적으로 간섭할 권리를 가지지 아니한다.”<sup>87)</sup>라고 천명함으

---

85) 우호관계선언 제6원칙.

86) 金大淳, 전게서, 313면.

87) 우호관계선언 제3원칙.

로써 한 국가의 집행관할권 행사가 외국의 정치적, 경제적, 사회적 또는 문화적 체제에 간섭하는 목적과 결과를 가지는 경우 이 원칙이 위배된다는 점을 강조하고 있다.

이 원칙은 해외에서의 집행관할권 행사를 금지하는 가장 핵심적이고도 기본적인 것이다. 즉 이 원칙은 한 국가가 외국의 영역 내에서 실제로 주권적 권한을 행사하는 것을 금지하는 것인데, 예컨대 공정거래법(독점금지법)상의 권한을 행사하는 것은 외국의 경제정책에 대하여 한 국가가 공격적인 정책을 감행하는 것에 해당하므로 외국은 이를 방어할 수밖에 없을 것이다.<sup>88)</sup> 특히 한 국가는 외국의 법원을 이용하여 자신의 주권적 권한을 직·간접적으로 포함하는 청구를 집행할 권리가 없는데, 여기에서의 문제의 핵심은 집행국이 외국의 영역 내에서 외국법원의 판결의 형태로 자국의 주권적 권한에 대한 준수를 요구한다는 데 있다.<sup>89)</sup>

세 번째, 영토보전의 원칙을 들 수 있다. 우호관계원칙선언은 “모든 국가는 그 국제관계에 있어서 외국의 영토보전과 정치적 독립에 대하여 무력의 위협 또는 사용을 금지할 의무를 진다.”<sup>90)</sup>고 천명하고 있다. 이 원칙은 특히 집행관할권과 관련하여 중요한 함의를 가진다. 왜냐하면 한 국가는 외국의 영역 내에서 때때로 물리력을 사용하여 기소를 위해 피의자를 체포하거나 판결을 집행하기 위해 재산을 압수하는 경우가 발생할 수 있기 때문이다.

그러나 이 외의 많은 유형의 집행관할권은 무력의 사용이나 위협을 포함하지 않는다. 흔히 외국의 영역 내에서의 소송서류, 소장이나 소환장의 송달, 조사의 수행, 문서제출의 요구 등이 효력을 가지지 못하는 이유는 그것들이 무력의 위협을 수반하고 있다는 이유에서라기보다는 그러한 행위가 불간섭의무에 저촉된다는 것에서 찾을 수 있다.

네 번째, 신의성실의 원칙에 따라, 국가는 국제의무를 성실히 이행하여야 한다. 국가와 같이 중앙집권적인 권력기구가 존재하지 아니하는 수평적·분권적 구조의 국제공동체에서는 국제법규의 준수를 강제하기 위한 행정조직이 거의 없으므로 국제의무의 이행은 일차적으로 개별국가들의 호의에 의존하고 있다. 우호관계선언은 신의성실의 원칙에 관하여 “모든 국가는 일반적으로 승인된 국제법의 제원칙과 제규칙에 의거하여 유효한 국제조약상의 자신의 의무를 성실히 이행할 의무를 진다.”<sup>91)</sup>고 규정하고 있다.

---

88) *In re Westinghouse Electric Corporation Uranium Contract Litigation*, [1978] A.C., p. 617.

89) Frederick A. Mann, *supra* note 25, pp. 142, 147.

90) 우호관계선언 제1원칙.

91) 우호관계선언 제7원칙.

한 국가가 자신의 영역 밖에서 집행관할권을 행사하는 과정을 살펴볼 때, 그 행사와 관련한 핵심적인 법률의 제정이나 정책의 결정은 자국 내에서 이루어지더라도 실제 행사는 장소적으로 외국의 영토 내에서 이루어질 수밖에 없다. 이러한 장소적인 특성에 비추어 볼 때 국가는 그 외국 내지 외국의 주권, 구체적으로는 외국의 법률과 저촉되는 점에 민감할 수 밖에 없다. 그러한 집행관할권이 행사될 대상이 되는 국가의 입장에서는 자국의 영역 내에서 통상적인 국가 간의 관계에서 예견되는 대외관계로서가 아닌 외국의 비정규적인 정치활동 또는 주권적 활동이 이루어지는 데 대해 언제나 민감할 수밖에 없다. 이러한 주권국가들과의 관계에서 국가들이 선린관계와 우호관계를 지속적으로 유지하는 방법은 국제법의 기본원칙, 즉 주권평등, 불간섭 등과 같은 여러 가지 법원칙을 준수하는 데서 찾을 수 있다.

## 2) 국가들의 실행

한 국가가 외국의 영역 내에서 주권적 권한을 행사하는 경우 그 외국의 주권적 권한을 침해하게 된다는 국제법원칙은 다음과 같은 두 가지 이유에서 근거한다. 하나는 그러한 행위의 성질(nature)로 인한 것이며, 다른 하나는 그러한 행위의 목적(purpose)으로 인한 것이다.<sup>92)</sup>

먼저, 한 국가가 외국의 영역 내에서 행한 행위가 그 성질상 그 영역국의 국가관료만이 할 수 있는 행위인 경우 그러한 행위는 국제법상 금지된다. 예를 들면, 외국의 영역 내에서의 조세의 징수, 군병력 모집, 판사직 수행, 우편업무가 정부독점인 경우에는 우편업무 종사 등은 그 행위의 성질상 위법한 집행관할권 행사가 된다. 따라서 한 국가가 그 외국에서 私人道 행할 수 있는 행위를 행하는 것은 문제되지 아니한다. 문제는 어떤 국가에서는 공적인 행위이지만, 다른 국가에서는 사적인 행위인 경우 발생할 수 있다는데 있다. 예컨대 보통법계국가에서는 누구든지 민사소송의 피고에게 소장을 송달하는 것이 허용되지만, 대륙법계국가에서는 법원에 의한 송달만 허용된다. 외국영사에 의한 소장 또는 영장의 송달과 관련하여서는 보통법계국가들은 이에 반대하지 않지만,<sup>93)</sup> 대륙법계국가들은 이러한 행위를 국제법 위반으로 본다. 따라서 보통

92) Michael Akehurst, *supra* note 81, pp. 146-149.

93) Marjorie M. Whiteman, *Digest of International Law* (Washington: U.S. Department of State,

법계 국가들은 그들의 영사가 대륙법계국가에서 소장등을 송달하는 권리를 가진다고 주장하지 않는다.<sup>94)</sup>

다음으로 한 국가가 주권적 권한을 실행하기 위한 목적을 가진 경우에는 비록 그 국가가 외국의 영역 내에서 私人도 할 수 있는 행위를 하였더라도 그러한 행위는 국제법 위반의 집행행위가 된다. 예컨대, 한 국가가 외국의 영역 내에서 정보를 수집하는 행위를 행한 경우, 그러한 정보를 제공하는 자에게 강제가 가해지지 않는 한, 그러한 정보수집행위는 일반적으로 허용된다. 외국 내에서의 조사행위나 문서제출 요구도 마찬가지이다. 그러나 이러한 행위의 목적이 조세 부과, 재외선거법 또는 공정거래법 위반 여부를 판정하기 위해 행하여졌다면 조세법, 재외선거법이나 공정거래법의 집행이라는 주권적 권한의 행사를 목적으로 하였기 때문에 이러한 행위는 외국의 주권을 침해하는 결과를 가져온다. 이러한 행위가 조사에 응한 자 또는 정보를 제공한 자가 자발적으로 또는 그의 동의 하에서 행하여졌다는 사실은 그 행위의 위법성을 치유하지 못한다.<sup>95)</sup> 또한 그러한 행위를 한 자가 그 국가의 공무원이든 고용된 私人이든 간에 그러한 행위를 한 자의 신분과 관계없이 그러한 행위는 행위의 목적에 의하여 불법적인 것이 된다는 점에 유의하여야 한다.

한 국가가 외국영역 내에서 사람을 체포하거나 재산을 압수한 경우 그 대부분은 집행국의 주권적 권한을 실행하기 위한 목적에서 이루어졌다고 보이기 때문에 불법적인 것이 된다. 그러나 사람을 체포하더라도 한 국가의 대사가 접수국 국민이 대사관에서 절도를 하였다는 이유로 체포하여 접수국당국에게 넘겼다면, 이러한 행위는 접수국의 법을 위반할 수도 있겠지만, 이러한 행위는 일반 사인도 똑같이 할 수 있는 것이고 또한 그 대사에게는 파견국의 주권적 권한을 행사하려는 의사가 전혀 없었기 때문에 국제법위반으로 되지 않을 것이다.<sup>96)</sup>

미국의 대외관계법에 관한 Restatement<sup>97)</sup>는 일반적으로 국제법상 집행관할권을 행사함에 있어서 그 한계에 대하여 적절한 서술을 하고 있다.

---

1963-1973). Vol. 6, pp. 187-9, 195-6.

94) Laurence Collins, "Some Aspects of Service out of the Jurisdiction in English Law", 21 *International & Comparative Law Quarterly* 656 (1972), pp. 657-8.

95) M. Bedjaoui, *Fonction Publique Internationale et Influences Nationales* (New York : Praeger, 1958), pp. 607-8.

96) Michael Akehurst, *supra* note 81, pp. 148.

97) 각주 30 참조.

“국가는 다음에 열거된 각 요건이 충족된 경우에는 그 영역 외에 존재하는 사람에게 대하여 집행조치를 강구할 수 있다.

- (a) 그러한 자에 대한 청구 또는 피의사실에 대하여 당해 사정 하에서 합리적으로 보이는 통지를 할 것
- (b) 그러한 자에게 통상적으로는 집행 이전에, 그러한 자가 직접 또는 변호사 또는 그 밖의 대리인을 통하여 심문을 받을 기회를 부여하고 있을 것
- (c) 집행이 법원을 통하여 행하여지는 경우에는 당해 국가가 재판관할권을 가지고 있을 것<sup>98)</sup>

이 조문은 미국이 외국에서 집행조치를 직접 행하는 경우가 아니라, 단지 외국에 있는 자에게 집행조치, 특히 비사법적 집행조치를 취하려고 하는 경우 따라야 할 절차에 대하여 공정성(fairness) 확보 차원에서 규정하고 있는 것이다. 여기에서도 외국에 있는 자에게 소송서류, 소장 또는 영장 등을 공식적으로 송달하는 것은 불가능하다고 보고 있다. 단지 그가 집행국의 법을 위반하였다고 여겨진다는 혐의를 받고 있고 그 결과 집행조치가 고려되고 있으므로 집행조치가 취해지기 전에 답변할 기회를 부여하는 것이라는 사실을 우편, 전화, 전신, 또는 중개인 사용 등에 의하여 통고하는 것은 가능하다고 본다.<sup>99)</sup> 통고를 받은 자는 그가 집행국에 입국할 자격이 없거나 또는 집행국에서의 기소나 소송이 두려워 입국하지 않기로 한 경우 진술서나 증거를 서면으로 제출하도록 허용된다. 물론 대리인을 사용할 수도 있다. 국제법은 그러한 절차와 관련하여 입증책임, 증거신청권, 공개심리 또는 사법심사 등에 관한 규칙을 마련하고 있지 않지만, 관련 상황하에서 심리가 공정하고 합리적이여야 한다는 점과 위반의 주장은 증거에 의해 뒷받침되어야 한다는 점은 강조하고 있다.<sup>100)</sup> 그러한 자가 답변을 하지 않는 경우 그가 받았던 또는 받을 혜택은 취소될 것이다.<sup>101)</sup>

98) The American Law Institute, *supra* note 30, § 431(3).

99) *Ibid.*, § 431, Comment e(i). 이는 제3장 유형별 고찰에서 살펴보는 바와 같이 해외에 있는 자에게 단순히 통고만 하고 강제성이 없는 경우에는 이러한 송달은 국제법상 허용된다는 것과 궤를 같이 한다.

100) *Ibid.*, § 431, Comment e(ii).

101) *Ibid.*, § 431, Comment e(iii).



미국의 대외관계법에 관한 Restatement는 특히 해외에서 형사법의 집행을 위한 조치를 취하기 위한 관할권을 행사함에 있어서 다음과 같이 국제법에 합치하는 내용을 명시하고 있다.

“국가의 법집행관리(law enforcement officers)는 외국의 영역 내에서는 그 외국의 정당한 권한 있는 기관에 의하여 부여된 동의에 기초하여서만 임무를 수행할 수 있다.”<sup>102)</sup>

이 Restatement는 한 국가의 관료가 외국의 동의없이 그 외국의 영역 내에서 그 직무를 행사할 수 없다는 것은 국가주권의 당연한 귀결로서 보편적으로 승인된 원칙임을 천명하고 있다. 국가는 외국에 있는 자에 대해 일정한 비사법적인 집행조치를 취할 수 있는 경우도 있지만, 법집행기관의 지위에 있는 자는 외국의 동의가 있는 경우에만 외국에서 사람을 체포하거나 수사를 할 수 있다. 외국의 동의없이 이러한 행위가 행해지는 경우 외국의 항의를 받음은 물론, 집행국은 필요한 경우 피해국에 손해배상을 하여야 한다. 외국에서 사람을 납치한 경우 피해국은 그 자의 송환을 요구할 수 있으며, 국제법도 송환을 요구하고 있다. 만일 피해국이 그 자의 송환을 요구하지 않는 경우, 납치국은 그 국내법에 따라 납치된 자를 기소할 수 있다는 설이 유력하다.<sup>103)</sup>

#### (4) 해외에서의 집행관할권 행사 금지의 유형별 검토

##### 1) 물리력 사용의 경우<sup>104)</sup>

한 국가가 외국의 영역내로 경찰과 같은 법집행관을 파견하여 물리력을 사용하여 피의자 또는 도망범죄인을 체포·연행하여 오는 경우, 피해국은 이러한 행위를 국제법

---

102) *Ibid.*, § 432(2).

103) *Ibid.*, § 432, Comment c. 이 점에 관하여는 제4장에서 자세하게 고찰한다.

104) 이 경우에 관한 자세한 고찰은 제4장(강제납치 등 비정규적 송환의 경우)

위반으로 보아 항의를 제기하는 것이 보통이다. 때에 따라서는 이러한 행위를 한 자가 피해국에서 체포되어 처벌받는 경우도 있다.<sup>105)</sup> 많은 경우 피해국의 항의로 인하여 피의자가 석방되거나 송환되기도 하였다. Casablanca사건<sup>106)</sup>에서 프랑스 해외 주둔군대에서 탈주한 세 명의 독일인이 독일 영사의 보호를 받고 있다가 독일 관리에 의해 선박으로 향하고 있던 중 프랑스 군인에게 강제로 체포되었다. 법원은 프랑스군당국이 현재 독일 영사관의 이름으로 이들 세 명의 도망자에게 부여되고 있는 실제적인 보호를 존중하지 않는 것은 불법이라고 판시하였다. 1935년 Jacob Salomon사건에서 나찌독일의 기관원이 스위스에서 독일인 전직 기자를 납치하여 독일로 데려와 반역죄로 재판에 회부하였는데, 스위스가 항의하자 독일은 납치된 자를 송환하고 납치한 자를 처벌하였다.<sup>107)</sup>

이와 같이 물리력을 사용하여 외국 영역 내에서 피의자를 강제로 납치하는 것은 국제관습법상 외국의 기본적 권리에 대한 침해로 비난받아 왔다. 이 원칙은 어떠한 국가도 부인하지 않아온 만큼 매우 명확한 원칙이라고 할 수 있다.

## 2) 수사 또는 조사

한 국가는 외국의 영역 내에서 형사, 행정 또는 조세상의 관할권과 같은 주권적 권한을 집행할 목적으로 수사 또는 조사활동을 수행할 수 없다. 물론 국가가 사인과 같은 자격으로 활동하는 경우에는 외국에서 조사를 행하거나, 증인으로부터 증거를 수집하거나 전문가와 상의하는 등의 활동을 할 수 있다. 그러나 국가가 주권자로서 공적 또는 주권적 권리를 행사하려 하거나 그 관할권을 집행하려고 하는 경우에는 그 외국의 동의가 없는 경우에는 외국의 동일한 권리를 침해하는 것에 해당된다.

105) 일례로 이탈리아의 재무성 조사관이 이탈리아로 밀수품이 들어가는 것을 스위스에서 조사한 혐의로 스위스에서 체포된 적이 있다. 또 다른 예로 이탈리아 경찰이 2명의 이탈리아 경찰을 살해한 혐의를 가진 이탈리아 국민을 프랑스에서 체포하기 위해 프랑스경찰과 함께 수사를 하다가 신변의 위협을 느껴 권총을 꺼내 피의자에게 부상을 입힌 사건에서 그는 많은 형사상 죄목으로 프랑스에서 기소되었다. Joseph M. Sweeny, convey T. Oliver, and Noyes E. Leech, *Cases and Materials on the International Legal System* 2d ed. (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1981), pp. 133-35.

106) The Casablanca Case, France v. Germany, Hugue Ct. Rep. (Scott) 110 (1909).

107) L. Preuss, "Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign Territory", 29 *Am J. Int'l L* 502 (1935) 참조.

이러한 구분은 매우 기본적인 것으로서 현재의 국제질서를 유지시키는 근간이 되고 있다. 왜냐하면 이러한 구분은 한 국가의 주권개념에 기초하고 있는데, 이 개념은 세계가 아직 정치적·경제적으로 동일한 사회를 유지하지 않은 결과 그 곳에 살고 있는 개인들에게 자유를 보장해주려는 차원에서 나타난 개념이기 때문이다.<sup>108)</sup> 따라서 한 국가는 집행관할권 행사의 명목으로 외국에 거주하는 개인(자국민이든 외국인이든 불문한다)의 자유를 함부로 침해할 수 없도록 한 것이다.

이와 동일하게 한 국가의 집행당국은 그 관리를 외국에 보내어 조세 징수를 목적으로 조세부담자의 장부나 기록을 열람하거나 자산가치의 감정을 위하여 재산을 검사하거나 조세소송에서의 기소를 위하여 증인으로부터 진술을 받아내는 행위를 할 수 없다. 조약에 근거하지 않고 또는 외국의 허가 없이 한 국가의 조세당국의 공무원을 외국 영역내에 입국시키는 것은 국제법에 위반하여 외국의 영역을 침해한 것이 된다. 마찬가지로 독점금지법의 집행을 위하여 외국에서 행하는 조사도 그 외국의 동의없이 행해지는 경우 허용되지 않는다. 조사활동의 외관이 어떠할지라도 그것이 한 국가의 주권적 활동인 경우에는 외국의 영역 내에서 수행될 수 없다.

특히 국가가 그 공무원을 통하여 합법적으로 할 수 없는 행위는 다른 대리인, 예컨대 변호사, 회계사 또는 조사원 등 민간인을 고용하여 간접적으로 행할 수 없다. 그리고 조세부담자나 증인의 동의가 있었다는 사실도 그 행위를 합법화할 수 없다. 그러한 행위에 반대하거나 동의할 수 있는 권리는 피해국에게 속한다.<sup>109)</sup> 이러한 행위로 인하여 피해를 입은 대상은 외국의 영역 내에서의 그 관할권이지 그 행위를 행한 자의 자격에서 나온 것이 아니다.

또 다른 조사의 예로는 외환통제와 관련하여 나타나기도 한다. 나찌 독일은 특히 독일의 외환통제정책을 실현하기 위하여 영국 또는 기타 국가에 공무원 또는 전문가를 파견하여 독일 국민 또는 거주자의 자산을 점검하고 감독을 행하거나 장부를 검사하거나 또는 독일인이 운영하는 기업의 직원을 심문하는 관행을 보여 왔다. 그러나 스위스에서는 그러한 행위를 한 자가 체포되어 스위스 형법에 따라 형사기소되었고 유죄의 형을 받았다. 이 경우 무엇보다도 중요한 점은 독일에게 과도한 집행관할권 행사로 인한 국제법위반을 이유로 국가책임이 귀속되었다는 데 있다.<sup>110)</sup>

---

108) Frederick A. Mann, *supra note 25*, pp. 138-9.

109) *Ibid.*, pp. 139-140.

110) *Ibid.*, p. 140.

### 3) 주권적 행위의 평온한 수행

미국의 대외관계법에 관한 Restatement는 法廷地國(forum state) 이외의 국가에 소장 또는 기타 문서의 송달에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

- “(1) 국제법상 국가는 외국의 소송에 조력하여 자국영역 내에서 소송서류의 송달을 위한 조건을 규정할 수 있다. 다만 소송이 계속(係屬) 중인 국가는 그러한 송달의 효력을 결정할 수 있다.
- (2) 헤이그 송달협정에 따라 다음과 같이 하여야 한다.
- (a) 각 계약국은 다른 계약국의 법원 또는 권한있는 당국이 민사 또는 상사 소송에 사용될 문서를 송달함에 있어서 조력을 요청할 중앙당국(Central Authority)을 지정하여야 한다.
- (b) 한 계약국에 계속 중인 민사 또는 상사소송과 관련된 소송서류 또는 기타 문서의 송달은 외국에 있는 자에게 그 국가가 지정한 중앙당국을 통하여 이루어질 수 있다.
- (c) 중앙당국은 그 국가의 국내법에서 규정한 방식에 의하여 또는 특정한 송달방식이 요구되는 경우에는 그것이 그 국가의 국내법과 상충되지 않는 한 그러한 방식에 의하여 송달을 하여야 한다.”<sup>111)</sup>

송달의 대상이 되는 문서는 주로 소장, 소환장 또는 이에 상응하는 문서인데, 위 규정은 송달이 이루어지는 국가의 국내법뿐만 아니라 法廷地國의 국내법에도 합치하는 방식으로 송달될 것을 요구하고 있다. 여기서 언급된 헤이그 송달협약은 「민사 또는 상사에 관한 사법적 및 비사법적 문서의 해외송달에 관한 협약」<sup>112)</sup>을 일컫는다. 이 규정에 따르는 송달은 그 자체가 소송서류가 작성된 법원에게 관할권을 부여하는 것은 아니다.

먼저 일반국제법상 외국의 영역 내에서 소송서류의 송달이 가능한지에 대해서 살펴본다. 어떠한 국가도 외국에서의 소송서류 송달을 위하여 공무원이나 기타 대리인을

111) The American Law Institute, *supra note* 30, § 471.

112) Convention on the Service Abroad of Judicial and Extra judicial Documents in Civil or Commercial Matters, The Hague, 1965, 20 U.S.T. 361, T.I.A.S. No. 6638, 658 U.N.T.S.163.

사용할 권리를 가지지 아니한다. 이러한 결론은 조약 또는 국가관행을 볼 때 자명한 데, 한 국가는 그 영사를 통하여 또는 접수국의 대리기관을 통하는 경우를 제외하고 외국에서 소송서류를 송달하는 것이 허용되지 않는다.

특히 대륙법계 국가는 일반적으로 소송서류의 송달을 주권적인 행위로 보고 그 영역 내에서 송달을 하려는 경우에는 단지 그 국가의 관료에 의해서만 그리고 그 국내법에 합치하는 방식으로 이루어져야 할 것을 요구한다. 이러한 국가에서는 위 헤이그 협약의 당사국이 아닌 경우 송달은 통상적으로 증인심문요구서(letter rogatory)<sup>113)</sup>에 따라 이루어진다.

따라서 이러한 국가에서는 우편송달이든 인편에 의한 전달이든 시도된 송달이 국내법규정과 합치하지 않는 경우에는 유효한 송달로 인정되지 않는다. 이와 대조적으로 보통법계 국가에서는 우편송달이든 인편에 의한 전달이든 영사에 의한 송달이든 모두 유효하게 취급된다.

국제법이 法廷地國에서 우편을 통하여 외국으로 문서를 송달하는 것을 금지하고 있는지는 확실하지 않다. 원칙적으로 송달하는 문서가 송달국의 명령이 담긴 것이 아니라 단지 통고만을 포함하고 있는 경우에는 우편송달도 합법적인 것으로 취급된다. 따라서 수령인이 그 문서의 내용을 준수하지 않는 경우 제재를 가한다는 위협이 담겨 있거나 일반적으로 소환장, 소장 또는 영장의 송달인 경우는 그것은 송달국의 주권적 행위가 포함된 것으로서 수령국의 주권을 침해하지 않는다고 볼 수 없다. 1965년 헤이그 송달협약은 소송서류등을 송달하려면 조약이 규정한 경우에만 또는 접수국이 반대를 하지 않는 경우에만 우편송달을 허용하고 있을 뿐이다.

그러나 소환장 송달의 경우 영국에서는 영국이외의 지역에 거주하는 자에게는 소환장을 발급할 수 없다. 다만, 해외에 거주하는 영국국민에게 조세를 징수하기 위하여 소환장을 송달하는 경우는 예외이다. 이와 유사한 예외는 미국에서도 존재하는데, 미국 법무부장관이 해외에 있는 미국의 시민권자 또는 거주자에게 형사재판에 참석할 것을 요구할 수 있다. 이러한 규정의 합헌성에 대해서 미국 연방대법원은 *Blackmer v. U.S.* 사건<sup>114)</sup>에서 이를 지지하였다. 이 사건은 프랑스에 거주하는 미국시민에게 프

---

113) letter rogatory란 소송이 계속 중인 법원이 외국의 법원에게 그 관할구역내에 있는 증인을 신문하거나 증거를 수집하여 그러한 요청을 행한 법원에게 전달해 달라고 공식적으로 요청하는 문서를 말한다. Steven H. Gifis, *Law Dictionary*, 3rd ed. (Hauppauge: Barron's 1999), p. 427.

114) 284 U.S. 421 (1932).

랑스에 있는 미국 영사를 통하여 소환장을 송달하였는데, 판결내용을 보면 “외국에 있는 시민에게 그의 본국 정부가 그로 하여금 귀국할 것을 요구하는 통지를 하는 것은 외국정부의 어떠한 권리도 침해하는 것이 아니며 그 시민은 그러한 외국의 권리를 원용할 지위에 있지 않다.”<sup>115)</sup>고 판시하고 있다. 이와 같이 미국 국민이 외국에 있는 경우 소환장이 송달될 수 있다는 관행은 그 후 오랫동안 지속되고 있다.<sup>116)</sup>

이러한 미국의 입장에 대하여 비판적인 시각도 적지 않다. 그 주된 이유는 소환장은 결코 통지문으로 볼 수 없고 일종의 명령으로서 조약상의 규정이 없는 경우에는 해외에 거주하는 자국민에게도 송달될 수 없다는 데 있다. 따라서 외국 영역 내에서 이러한 국가권력을 행사하려고 시도하는 것은 국제법법이론 및 국제예양에 있어서 불가능한 도발이라고 본다.<sup>117)</sup>

다음으로 法廷地國에 계속 중인 민사소송의 수행을 위하여 외국에서 증거수집이 가능한지에 대해 일반적 원칙은 외국의 권한있는 당국의 조력이 없는 경우 통상적으로 이를 행할 수 없다는 것이다. 그러한 조력을 1954년 헤이그협약과 같은 조약에 따라 이루어지든지 그 대상국의 국내법에 따라 허가될 수 있다. 어떠한 경우에도 法廷地國은 그 공무원이나 판사를 외국영역에 보내 증인으로부터 증거를 수집할 수 없다. 이는 그 증인이 자발적으로 제공하는 경우에도 동일하게 적용된다. 상대국의 동의가 없는 한 외국에서의 증거수집행위는 국제관할권의 행사범위를 벗어난 것에 해당한다.

이와 마찬가지로 한 국가는 외국에 있는 증인을 협박하여, 즉 요구를 수용하지 않는 경우 형벌을 부과한다고 위협을 가하여 자국법원에 그 증인을 출석시키는 것을 강제할 수 없다. 물론 한 국가가 합법적인 수단을 사용하여 외국의 증인에게 증거 제공을 위해 자국 법원에 출석하도록 초청하거나 요구하는 것은 무방하다. 그러나 이 경우 그 외국에 있는 증인은 이에 따라야 할 의무는 없다. 따라서 한 국가가 그에게 불응을 이유로 형벌을 부과하여 그가 장래에 그 국가에 입국할 경우 그의 재산이나 그의 신체에 대해 집행하는 것도 형사관할권의 과도한 집행에 해당하며 국가관행에도 반한다.

---

115) *Ibid.*, p. 439.

116) 이 사건 이후 미국은 1964년 10월 3일 PL. 88-619를 제정하여 미연방법 title 28의 section 1783을 개정하여 외국에 있는 미국 국민 또는 거주자는 우편에 의한 소환장 송달을 받을 수 있도록 규정하였다.

117) Frederick A. Mann, *supra note* 25, p. 135.

#### 4) 외국법원의 조력을 통한 집행

한 국가는 외국법원의 결정을 통하여 자국의 공법상 청구를 집행할 수 없다. 따라서 세법상 조세를 징수하기 위하여, 또는 어떤 자의 경쟁제한행위를 금지시키기 위하여, 또는 외환통제를 위하여 외국법원에 소송을 제기하는 것은 금지된다. 그 이유는 한 국가가 외국법원에서 집행국의 주권적 권리를 직접적 또는 간접적으로 강제하는 것을 실질적으로 포함한 청구나 주권적 권한에 의해 야기된 청구를 강제할 권리를 가지지 않는다는 국제법원칙에서 찾을 수 있다.<sup>118)</sup>

이와 관련한 가장 중요한 사건으로 Banco Do Brasil v. Israel Commodity Co. 사건<sup>119)</sup>을 들 수 있다. 원고는 브라질 정부의 국책은행으로서 브라질의 외환통제업무를 맡고 있었는데, 뉴욕에서 야기된 불법행위에 대한 손해배상을 구하고자 뉴욕의 한 기업인 피고를 상대로 뉴욕에서 소송을 제기하였다. 소송의 원인은 브라질 수출업자들이 수출대금으로 브라질 화폐를 수령하였으나 원고는 이에 상응하는 미국 달러화를 수령하지 못하였다는 것이다. 즉 브라질의 외환규정이 잘 준수되었다면 원고 은행은 이 달러화를 수령했어야 한다는 것이었다. 이에 대해 뉴욕 항소법원은 “원고는 브라질 정부의 한 기관이고 사기공모를 이유로 한 소송을 이용함으로써 명백히 조세법에 해당하는 것을 집행하려고 하고 있다. ... 한 국가는 외국의 조세법을 집행하지 않는다는 것은 잘 확립되어 있다.”<sup>120)</sup>고 판시하였다. 이 사건에서 외환통제를 조세법상의 문제로 취급한 것은 오류이지만, 재판부가 제시한 의도는 명확하다. 즉 브라질은 뉴욕에서 외환통제라는 주권적 권리를 집행하려고 시도하고 있는데, 이것은 허용되지 않는다는 것이다.

또 다른 예로 스코틀랜드사건을 들 수 있는데, 여기에서는 프랑스 선박의 판매대금이 스코틀랜드 소재 법원에 지급되었다. 그러자 이 선박을 구조한 측에서는 구조비용 상환을 위해, 그리고 프랑스 정부는 건강, 보험 및 가족 복지를 위한 국가계획에 따라 고용주인 선박소유자가 지불해야 할 분담금을 징수하기 위해 각각 소송을 제기하였

---

118) Frederick A. Mann, *supra note* 25, pp. 141-2. 물론 이 원칙에 대해 이의를 제기하는 견해도 있다. 이 견해에 따르면, 이 원칙은 엄격히 한 국가의 주권적 권리의 ‘집행’에만 한정되어 관련된 것이지 그 국가의 공법의 ‘적용’에까지 확대될 이유가 없고 국제법도 그러한 확대를 정당화하거나 요구하지 않는다고 한다. *Ibid*, p. 142.

119) 12 N.Y. 2d 371, 190 N.E. 235(1963), Life cert. den. 375 U.S. (1964).

120) *Ibid*, p. 377.

다. 재판부는 프랑스의 청구는 조세 그 이상도 이하도 아니거나 적어도 유사한 성격의 부과금이며 그렇게 징수된 금액은 국가의 세입의 일부를 구성한다“고 하여 기각하였다.<sup>121)</sup>

## (5) 소결

다른 국가의 주권이 상존하는 한, 한 국가의 집행관할권 행사의 범위는 주권평등원칙 및 불간섭원칙 등 국제법의 기본원칙에 의하여 제한될 수 밖에 없다. 그리하여 오늘날 국가는 외국의 영역 내에서 그 외국의 동의가 없는 한 집행관할권을 행사할 수 없다. 즉 한 국가의 집행관할권은 엄격하게 그 국가의 영역 내에 한정되는 것이 원칙이다.

한 국가가 집행관할권을 해외에서 행사할 때, 그 국가의 활동이 주권적 권리의 성질을 가지거나 이러한 목적을 가지고 행사되는 경우, 외국의 주권과 충돌되기 때문에 이러한 충돌을 야기하는 한 집행관할권은 행사될 수 없을 것이다. 다만, 국가의 주권적 권리행사의 요소가 배제된 상태라면 이러한 활동은 외국에서도 수행될 수 있다. 따라서 해외에 있는 자에게 한 국가가 단지 그가 국내법을 위반하였다는 사실을 통고만 하는 정도라면, 그것이 주권자의 명령의 요소를 내포하지 않은 경우에는 외국에 그러한 문서를 보내는 것은 무방할 수도 있다. 또한 외국에서 私人也 할 수 있는 활동에 종사하는 것도 집행관할권의 행사로 볼 수 없을 것이다.

한 국가가 자국에의 영향 내지 효과에 기초하여 자국법을 역외적용하는 경우는 일응 그 국내법에 입법관할권의 근거가 마련되어 있는 경우에는 국내법상 적법한 행위이고, 국제법적으로도 영향 내지 효과에 기초한 국내법의 역외적용이 입법관할권의 근거로서 타당성에 대한 의문이 존재하지만, 이를 일반적으로 금지하는 규범이 존재하지 아니하는 경우에 해당하므로 이를 국제법에 위반하는 행위라 판단할 수 없다. 하지만, 한 국가가 자국 국내법의 실효적인 이행을 위하여 구체적인 집행을 국외, 즉 외국의 영역에서 취하는 경우는 별개의 문제로서 직접적인 주권침해의 문제로 비화할 수 있다.

예컨대, 한 국가(A국)의 법집행 공무원은 다른 국가(B국)의 동의(consent)를 얻지 아

---

121) Metal Industries (Salvage) Ltd. v. St. Harle, 1962 *Scots Law Times Reports* 114.



니하고는 B국의 영역 내에서 법집행 기능을 수행할 수 없다는 것이 국제법상의 원칙이다.<sup>122)</sup> 만약 A국의 법집행 공무원이 B국의 동의 없이 B국의 영역 내에서 법집행 기능을 수행하는 경우에는, B국은 항의할 수 있으며, 특정한 경우에는 위반국인 A국에 대하여 그러한 국제법 위반행위에 대한 손해배상을 청구할 수 있다.

또한, 일반적으로 한 국가(A국)는 외국(B국)에 소재하는 자(C)에게 B국의 법률이 금지하는 행위를 하도록 요구할 수 없으며, B국의 법률이 요구하는 행위를 하는 것을 삼가도록 요구할 수 없다.<sup>123)</sup> 입법관할권을 가지는 두 개의 국가가 상호모순적인 요구를 하는 경우, 우선성의 원칙(principles of preference)이 적용되는 바, 그러한 행위가 실제 이루어지는 국가(영역주권을 가지는 국가)에 우선권이 부여된다. 따라서 국가는 영역주권을 가지고 있는 국가의 법률이 금지하는 행위를 자국의 국민에게 그 국가 내에서 행할 것을 요구할 수 없다.

재외선거와 관련하여 국가가 자국의 국내법을 외국의 영역에 직접 적용하거나 집행하여 국제적인 문제로 비화된 사례는 아직 알려져 있지 않다. 특히 선거를 관장하는 행정기관이 자국 선거의 공정한 실시를 위하여 행정지도와 행정조사와 같은 행정절차를 시행하고 선거법위반행위에 대하여 과태료 처분을 한 사례를 발견하기 힘들다. 하지만, 경제법 분야에서는 주요 통상국가를 중심으로 자국의 국내법을 외국의 기업이나 기업의 행위에 직접적용하거나 이의 적용을 위하여 필요한 행정조치를 취한 사례는 다수 발견된다.

이러한 국제법상의 원칙의 이해와 유사한 사례를 검토한 결과를 바탕으로 이하에서 대한민국 선거관리위원회가 외국에서 공직선거법상의 권한을 행사하는 것이 국제법상 적법한지 여부에 대하여 살펴보고자 한다.

---

122) The American Law Institute, *supra* note 30, § 432(2) 참조; 한 국가의 공무원이 자신이 소재하는 국가의 동의없이 그 국가의 영역에서 자신의 고유한 기능을 수행할 수 없다는 것은 국가주권의 당연한 결론으로서 보편적으로 수락되고 있다. 그리하여 국가는 외국에 소재하는 자에 대하여 어떠한 비사법적 집행(nonjudicial enforcement) 조치를 취하거나 다른 국가에 있는 피의자를 체포할 수 없다. 또한 한 국가는 자신이 기능을 수행하려고 하는 외국의 동의가 없는 한, 그 국가에서 사법적 또는 비사법적 조사도 행할 수 없다.

123) *Ibid.*, § 441(1) 참조.

### 3. 재외선거에서 선거관리위원회의 권한 행사

#### (1) 개설

우리 헌법은 통치권의 '민주적 정당성'을 위해 매우 중요한 의미를 가지는 각종 선거관리와 정당에 관한 사무를 일반행정사무와 기능적으로 분리시켜서 이를 독립한 선거관리위원회에 맡김으로써(헌법 제114조, 제115조, 제116조) 일반행정관서의 부당한 선거간섭을 기능적으로 배제하거나 견제할 수 있도록 하였다. 즉 선거의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 관장하기 위하여 선거관리위원회를 설치하는 것을 내용으로 하는 「선거관리위원회법」을 두고 있으며, 이러한 선거관리위원회는 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 관장하고 있다.<sup>124)</sup>

또한 선거관리위원회의 구체적인 권한을 규정하고 있는 법으로는 공직선거법이 있다. 선거관리위원회의 권한 행사는 주로 선거운동과 관련하여 행해지는데, 이는 선거운동 과정에서 위법성을 신속히 제거하여 공정한 선거질서를 확보함으로써 현대민주주의의 근간인 대의민주주의를 보장하는 것을 목적으로 하고 있다. 「공직선거법」 제58조 제1항은 “선거운동이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하는 행위를 말한다. 다만 선거에 관한 단순한 의견의 개진 및 의사의 표시·입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 정당활동과 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시는 선거운동으로 보지 아니한다.”고 규정하고 있다. 분설하여 보면, 공직선거법상 선거운동이 되기 위하여는, 첫째, 특정선거에 관한 행위일 것, 둘째, 특정정당 또는 후보자를 위해서 하는 행위일 것, 셋째, 당선 또는 낙선에 직·간접적으로 필요하거나 유리한 행위로서 자신이 당선되거나 다른 사람이 당선되게 하거나 당선되지 못하게 하는 행위일 것 등의 요건을 충족하여야 한다.<sup>125)</sup> 「공직선거법」 제58조 제1항 단서의 각호는 ①선거에 관한 단순한 의견의 개진 및 의사의 표시, ②입후보를 위한 준비행위, ③선거운동을 위한 준비행위, ④정당의 후보자추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시나 ⑤통상적인 정당활동은 선거운동으

124) 정병욱, 전게서, 76면.

125) 정병욱, 상게서, 116면.

로 보지 아니한다고 규정하고 있고, 그 외에 법에 규정이 없더라도 해석상 ⑥‘직무 또는 업무상의 행위’와 ⑦‘의례적 또는 사교적 행위’도 선거운동이 아닌 행위로 본다.

이하에서는 이러한 선거관리위원회의 선거운동과 관련한 구체적인 권한행사가 재외선거와 같이 외국의 영역에서 이루어지는 경우, 그러한 권한 행사가 외국의 주권과 상충되는지 여부를 고찰하고자 한다. 이를 위하여 먼저 개별적 권한의 내용과 특성에 대하여 국내법의 해석을 통하여 분석해 보고, 이를 바탕으로 하여 그러한 개별적 권한 행사가 외국 영역 내에서 허용되는지 여부에 대하여 국제법적인 해석을 하고자 한다.

## (2) 재외선거에서 선거관리위원회의 행정지도권 행사

### 1) 행정지도의 의의 및 법적 성격

‘행정지도’라 함은 행정기관이 행정객체에 대하여 권력적·법적 행위에 의하지 않고 행정목적의 달성을 위한 규제·유도의 수단으로서 협력을 구하는 일을 말한다. 여기에는 행정객체에 대한 조언·요청·권장·주의·경고·통고 등 갖가지 명칭이 사용된다.<sup>126)</sup>

행정지도에 관하여 1966년에 제정된 「행정절차법」이 행정지도라는 개념을 정의하고 있으나, 원래 행정지도라는 개념은 법률상, 학문상의 용어가 아니었고, 행정실무적인 용어로 발전되어 왔다. 행정지도의 정의에 대한 학자들의 견해를 살펴보면 행정지도란 “행정주체가 일정한 행정목적의 실현을 위하여 행정객체를 상대로 임의적·비강제적 수단을 사용하여 상대방의 자발적 협력 내지 동의하에 행정상 바람직하다고

---

126) 「행정절차법」 제2조 3호는 행정지도에 관하여 “행정기관이 그 소관사무의 범위안에서 일정한 행정목적의 실현을 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언등을 하는 행정작용”이라 정의하고 있다. 다만 동법은 제3조의 적용범위에서 “... 행정지도의 절차에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고” 이 법이 적용되지만, 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항에는 이 법이 적용되지 아니한다고 명시하고 있다(제2항). 하지만, 이 법이 각종 행정기관의 처분, 신고, 지도의 각종의 행정절차에 관한 일반법이므로 이 글에서 일반적인 행정지도에 관한 분석이 필요한 경우 행정절차법에 의거하여 서술하고자 한다.

생각되는 일정한 질서의 형성을 유도하는 비권력적 행정활동” 또는 “행정주체가 스스로 의도하는 바를 실현하기 위하여 상대방의 임의적 협력을 기대하여 행하는 비권력적 사실행위” 또는 “행정주체가 일정한 범질서를 형성하기 위하여 일정한 방향으로 행정객체를 유도할 의도 하에 행하는 비권력적 사실행위” 등으로 정의하고 있다.<sup>127)</sup>

한편, 주의·경고 및 권고에 대한 입법례를 살펴본 연구<sup>128)</sup>에 따르면, 이러한 주의·경고 및 권고는 법률에 엄격한 근거를 두고 있는 경우와 그러하지 아니한 경우로 나눌 수 있다. 판례도 주의·경고·권고의 처분성을 직접 긍정한 판례와 이를 부인한 판례로 구분할 수 있기 때문이다. 판례를 분석하여 보면, 기본적으로 취소소송의 대상이 되는 처분과 행정지도의 한계를 설정하고 있는데, 취소소송의 대상이 되는 처분은 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용”(행정소송법 제2조)이며, 처분성이 인정되기 위해서는 행정작용의 형식과 관계없이, 당사자의 법률상의 이익에 직접적인 영향을 미치는 공권력의 행사가 있어야 한다. 그 반면에 행정지도는 “행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언을 행하는 행정작용”<sup>129)</sup>이다. 행정지도가 이와 같은 법적 성격 및 한계를 지킨 경우 모든 판례는 행정지도가 취소소송의 대상이 되는 행정처분이 될 수 없음을 분명히 하고 있다고 한다. 그 반면에 행정지도로 시작하였더라도 그 한계를 벗어나면 처분성이 인정될 수 있다. 상대방의 자발적 협력을 기대하는 한계 안에 있는 권고는 행정지도에 해당하지만 정당한 법률적 근거가 없이 자의적으로 국민에게 강제하는 행정효과를 미치는 권고는 행정지도가 아니라 처분에 해당한다고 한다.

---

127) 고희환, “行政節次法上 行政指導와 問題點 改善方案”, 法學研究. 제28집 (韓國法學會, 2007년 11월), 19-20면; 행정지도에는 원칙적으로 법적 효과는 없으므로 이에 따르지 않더라도 의무의 불이행이 되지는 않으나 경우에 따라서는 개별적 법률에 의하여 법적 효과가 명문화되어 있을 뿐만 아니라 명문규정이 없다 해도 행정지도에 따르는 편이 보조금·조성금 등의 이익제공과 교환조건으로 되어 있는 경우도 있기 때문에 현실적 효과는 무시할 수 없다. 행정지도는 일반적으로 사실행위로 생각되고 있으며 행정청의 처분이나 그 밖의 공권력 행사에 의한 행위에 해당되지 않으므로 행정지도 그 자체를 놓고 쟁송을 구할 수는 없는 것으로 해석되고 있다. 그러나 행정지도에 의하여 국민이 부당하게 손해를 입었을 경우는 국가배상의 대상이 될 수 있다.

128) 오준근, “방송위원회의 주의·경고 및 권고에 관한 행정법적 연구”, 『방송연구』 제59호 (2004. 12), 239면 이하.

129) 상계논문, 241면.

## 2) 공직선거법상의 행정지도의 내용 및 사례

선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 관장하는 선거관리위원회의 조직과 직무를 규정하고 있는 「선거관리위원회법」은 제2조에서 중앙선거관리위원회 및 특별시·광역시·도·구·시·군·읍·면·동 단위의 각급선거관리위원회의 설치를 규정하고 있으며, 동법 제14조의2에서는 “각급선거관리위원회의 위원이나 직원은 직무수행 중에 선거법위반행위를 발견한 때에는 중지·경고 … 하여야” 한다고 규정하고 있다. 아울러 「공직선거법」 제10조에서는 “각급선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다)는 사회단체 등이 불공정한 활동을 하는 때에는 경고·중지 … 하여야” 한다고 규정하고 있다.

「공직선거법」에 규정된 행정지도의 경우, 사회단체 등의 불공정한 활동 등의 행위를 규율하고 있는데 반하여, 「선거관리위원회법」상의 행정지도의 경우 상당히 포괄적인 선거법 위반행위를 대상으로 한 점을 볼 때, 행정지도의 근거는 「공직선거법」보다는 「선거관리위원회법」에 근거하여 이루어질 개연성이 크다고 할 것이다. 다만, 이러한 선거법위반행위의 구체적인 내용은 「선거관리위원회법」이나 「공직선거법」의 제7장(선거운동)의 금지규정을 위반하거나, 「공직선거법」 제16장(벌칙)에서 규정되고 있는 각각의 처벌규정의 내용이라 할 것이다. 다만, 법위반행위의 경중이나 기수·미수여부와 관련하여서 선거관리위원회는 법집행당국에의 고발이나 선거관리위원회 자체의 행정처분인 과태료처분에 이르지 않는 경미한 사항의 위반의 경우, 또는 행정객체의 법위반행위의 실행의 착수나 모의의 사실을 발견하였으나 구체적인 법위반행위의 기수에는 이르지 아니한 경우, 법위반을 미연에 방지하기 위하여 중지, 주의 등의 행정지도를 할 수 있는 것으로 판단할 수 있다.

## 3) 재외선거에서 행정지도의 예상되는 유형

현행 「공직선거법」에 따르면, 재외선거의 경우 선거운동의 방법에 있어서 상당한 제약이 따른다. 즉, 제218조의14 제1항은 재외선거권자를 대상으로 하는 선거운동은 “인터넷 홈페이지를 이용한 선거운동”, “위성방송시설을 이용한 방송광고”, “위성방송시설을 이용한 방송연설”, “정보통신망을 이용한 선거운동”, “인터넷광고” 및 “전화를

이용하거나 말로 하는 선거운동”으로 제한하고 있고, 방송광고 및 방송연설의 횟수도 제2항과 제3항에서 제한하고 있다. 이러한 재외선거 특유의 제한적인 선거운동은 통상 정당이나 입후보자 차원에서, 그리고 주로 국내에서 계획, 제작 및 전송되는 방식으로 선거운동이 이루어질 것이다. 따라서, 국내에서의 통제나 정당이나 입후보자에 대한 중앙선거관리위원회의 사전예방활동이 가능한 사항이기 때문에 특별히 범위반사항이 발생하거나 발생의 우려에 대해서 행정지도를 해야 할 사항이 많지 아니하거나 재외선거에 특유한 행정지도가 국제법적 쟁점으로 연결되지는 아니할 것으로 보인다.

그러나 국내선거에서도 상시적으로 이루어지는 선거운동방법 제한의 위반이 국외에서의 선거운동 과정에서 발생할 가능성은 상존한다고 볼 수 있다. 이러한 선거운동방법의 제한을 위반하는 것 외에도, 상정하여 볼 수 있는 재외선거에서의 선거법 위반의 유형은 다음과 같다.

- ① 「공직선거법」 제60조 제1항을 위반하여 대한민국의 국민이 아닌 자가 선거운동을 하는 경우
- ② 「공직선거법」 제61조 내지 제62조를 위반하여 대한민국의 영역이 아닌 주재국(외국)에 선거운동기구나 정당선거사무소(주재국의 국내법에서 외국의 정당지부의 설치 등을 용인하는지의 여부와 상관없이)를 설치하는 경우
- ③ 제64조를 위반하여 특정 정당이나 입후보를 홍보하는 벽보나 유인물을 주재국에서 재외국민이 많이 이용하는 교민회 사무실, 교회, 학교 등에 게시하는 행위
- ④ 제68조를 위반하여 특정 정당이나 입후보자를 홍보하는 어깨띠 등 소품을 착용하고 상기의 장소 등에서 선거운동을 하는 경우
- ⑤ 제82조의 언론기관의 후보자 등 초청 대담, 토론회에 관한 규정, 제82조의2의 선거방송토론위원회 주관 대담, 토론회에 관한 규정, 제82조의3의 선거방송토론위원회 주관 정책토론회의 규정에서 예견하고 있는 방송을 통한 선거운동에 대한 제한을 무시하고 주재국 현지의 교민방송시설을 이용하여 그러한 행사 등이 개최되는 경우
- ⑥ 제82조의4를 위반하여 정보통신망을 이용한 특정 정당이나 입후보자에 대한 비방이 이루어지는 경우(특히, 외국에 소재하여 우리 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 정보통신서비스제공자의 범주에 포함되지 않는 사업자의 서비스를 활용하는 경우)

- ⑦ 제82조의7의 규정을 위반하여 「공직선거법」상의 인터넷언론사가 아닌 주재국의 온라인매체에 인터넷광고를 게시하여 특정 정당이나 입후보자를 홍보하는 행위
- ⑧ 제85조의 규정을 위반하여 주재국에서의 교민회, 교민교육기관, 교민대상 종교기관, 교민이 주로 취업하고 있는 사업체에서의 지위를 이용하여 선거운동을 하는 행위
- ⑨ 제87조를 위반하여 종교, 친목 등의 교민단체가 단체차원에서 선거운동을 하는 경우
- ⑩ 제94조 및 제95조를 위반하여 교민을 대상으로 하는 한국 식료품 가게 등에서 무가로 배포되는 교민대상 신문 등에 선거관련 광고를 게재하거나 이를 통상적인 배포방식을 무시하고 배포하는 행위
- ⑪ 제108조를 위반하여 여론조사의 결과공표금지기간 내에 현지 매체를 통하여 교민을 대상으로 하는 여론조사 결과를 공표하는 행위
- ⑫ 제110조를 위반하여 허위의 사실로 후보자 등을 현지의 언론매체나 인터넷서비스 등에 비방하는 행위
- ⑬ 제113조, 제114조, 제115조를 위반하여 주재국에 있는 투표권자를 상대로 특정 정당 및 후보(예정)자를 위한 기부행위를 하는 경우

#### 4) 재외선거에서 행정지도의 국제법상 적법성의 요건

각급 선거관리위원회가 국외에서 이루어지는 선거운동과 관련하여 선거법 위반행위나 선거법 위반이 우려되는 상황에 대하여 주의, 경고 등 행정지도를 행하는 경우, 그러한 주의 또는 경고와 같은 행정지도는 「선거관리위원회법」이나 「공직선거법」이라는 우리 법에 근거한 것이므로 국내법상으로는 입법관할권을 갖는 적법한 절차라고 할 것이나, 우리 영역을 벗어나 외국에서 행해지는 경우에는 적법한 집행관할권의 행사인지 여부는 국내법이 아닌 국제법의 영역에 속하는 문제이다. 선거관리위원회가 재외선거에서 행정지도를 할 때 국제법적 한계를 일탈하게 되면 그러한 행정지도는 궁극적으로 재외선거가 이루어지는 주재국의 주권을 침해할 소지가 있다.

선거관리위원회법 및 공직선거법상의 범위반행위에 대한 주의, 권고는 행정법상 행

정지도라는 성격상 행정청의 권한행사, 그것을 발하는 행정주체(행정청)와 그러한 권한 행사의 대상이 되는 행정객체를 요건으로 한다. 행정객체를 중심으로 살펴본다면, 주재국의 영역주권에 복종하여야 할 뿐만 아니라 국적국인 대한민국의 대인주권에도 복종하여야 하는 대한민국의 국적을 보유하고 있는 자와 그러하지 아니하는 자(여기에는 외국국적 또는 외국의 시민권을 보유하고 있는 자연인뿐만이 아니라 외국의 방송, 신문 등 언론매체를 운영하는 사업자나 정보통신서비스제공자로서 기업도 포함될 수 있다)로 구분할 수 있다. 대한민국의 대인주권에 복종하여야 하는 대한민국 국적자(이중국적자도 포함한다)에 대한 선거법위반행위에 대한 선거관리위원회의 주의 내지 경고는 구체적인 행정처분을 포함하지 아니하는 한, 행정지도의 '비권력적 사실행위'라는 법적 성질상 국내뿐만 아니라 주재국에서도 국제법적으로 외국주권에 대한 침해가 구성하지 아니한다고 할 것이다. 다만, 그러한 행정지도를 준수하지 않는 경우 권력적 처분을 할 것을 전제로 하는 경우에는 외국의 주권 침해가 될 가능성이 있다고 할 것이다.

그리고, 행정지도를 행정객체를 상대로 "임의적·비강제적 수단을 사용"하여 "자발적 협력 내지 동의"를 유도하는 것이라 정의한다면, 행정지도가 외국인 또는 외국기업의 자국내에서의 합법적인 정치적 활동 및 표현의 자유에 속하는 영역에 대한 것이라 할지라도 물리적 강제력이 포함되지 아니하는 한, 국제법에 위반하지 아니한다고 할 것이다. 다만, 과도한 행정지도는 국제법 위반은 아니라 할지라도 국가들이 지켜야 할 국가간의 예절로서의 국제예양(international comity)에 위반될 소지는 있다. 즉, 외국인 또는 외국기업의 계속적인 업무에 속하는 사항이 대한민국의 재외선거에 의도적인 영향을 끼치지 아니하는 한, 이러한 외국의 정보통신서비스 사업자의 계속, 반복적인 업무에 대하여 또는 언론매체의 일상적이고 통상적인 기능에 해당하는 사항에 대하여, 구두, 보도자료, 팩스, 이메일을 통한 주의 내지 중지를 요청하는 것은 국제예양에 반하는 행위로서 비난받을 여지가 있다고 본다. 하지만, 대한민국이 대의민주주의를 실현하는데 있어서 중요한 선거라는 주권작용에 대하여 의도적, 계획적 그리고 악의적으로 외국인이나 외국기업이 개입하는 경우에는 국가가 자국의 주권작용의 실효성을 확보하는 차원에서 여기에 대하여 주의 내지 중지 요청을 하는 것은 타당하고 바람직하다 할 것이다.



### (3) 재외선거에서 선거관리위원회의 행정조사권 행사

#### 1) 행정조사의 의의 및 법적 성격

행정조사라 함은 행정기관이 행정작용을 위하여 필요한 자료를 얻기 위해서 행하는 권력적·강제적 조사작용을 말한다. 행정조사는 종래에는 행정상의 즉시강제의 태두리 속에서 다루어졌기 때문에 독자적인 개념구성을 하지 못하였으나, 근래에 와서 즉시강제에 대한 재검토를 통하여 즉시강제로부터 분리되어 행정조사의 개념이 표면화되었다<sup>130)</sup>. 행정상의 즉시강제는 직접적인 실행행사를 통하여 스스로 일정한 상태를 실현시키는 것인데 대하여, 행정조사는 일반적으로 직접적인 실행행사가 아니라 행정벌 등의 방법에 의하여 행정조사를 수인시키는 데 불과하다. 행정상 즉시강제는 직접 개인의 신체나 재산에 실행을 행사하여 행정상 필요한 구체적인 결과를 직접적, 중국적으로 실현시키는 것을 목적으로 하는데 반하여, 행정조사는 그 자체가 목적이 아닌 행정작용을 위한 자료 및 정보를 수집하는 준비적·보조적 수단의 성질을 갖는다. 따라서 행정조사가 행정상의 즉시강제와 밀접하게 결부되어 행해지는 경우가 있다고 하더라도 그것은 어디까지나 즉시강제의 전제적, 부수적 수단으로 작용하는 데 불과하다.

행정목적의 수행상 필요한 준비적·보조적 작용이 행정조사일지라도 조사권의 행사가 행정벌에 의하여 담보되었거나 혹은 실행행사가 인정되는 행정조사의 경우에는 그 결과로 개인의 신체, 재산, 가택에 대한 중대한 침해가 예상될 수 있으므로 법률의 근거가 있어야 함은 당연한 것이다.<sup>131)</sup>

#### 2) 행정조사의 국내법적 한계

행정조사는 법률의 근거가 있어야 가능하며 법률의 근거가 있는 경우에도 법률이

---

130) 우리나라에서는 2008년 8월 29일 「행정조사기본법」이 시행되기 시작하였는데, 동법은 행정조사에 관한 기본원칙, 행정조사의 방법 및 절차 등에 관한 공통적인 사항을 규정하고 있다.

131) 「행정조사기본법」 제5조에 따르면 행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에만 행정조사를 행할 수 있다. 다만, 예외로서 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 경우에는 법령의 근거를 요하지 아니한다.

정하는 요건, 절차에 적합하게 행하여져야 한다. 대부분의 현행법에서는 조사의 주체, 조사의 상대방, 조사의 대상, 또는 범위, 증표의 제시 등에 대하여만 간략한 규정을 두고 조사의 상대방과 관련하여서는 직접상대방 이외에 기타 이해관계인 등으로 막연히 규정하여 그 범위가 불명확할 뿐만 아니라 조사의 물적 대상 내지 그 범위에 대하여도 구체적으로 한정짓는 규정은 거의 찾아볼 수 없다.

또한 법률의 범위 내에 해당하더라도 일정한 조리상의 범위 내에서만 행사되어야 하는 바, 행정조사는 ① 목적적합성의 원칙(당해 법률이 정하는 목적 이외의 목적을 위하여 행사되어서는 안 된다는 것이다.), ② 보충성의 원칙(수집하고자 하는 자료를 각종 행정통계 등 다른 자료에 의하여 취득할 수 없는 경우에 한하여 보충적으로만 행하여져야 한다), ③ 비례성의 원칙(조사의 목적 달성에 필요한 최소한에 그쳐야 한다)을 준수하여 행해져야 한다.<sup>132)</sup>

그리고, 대부분의 법률이 영장주의 정신을 살려 행정조사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 휴대하고 상대방에게 이를 제시할 의무를 규정하고 있다. 따라서 증표의 제시가 없는 경우 행정조사는 무효가 되며, 상대방은 이에 응할 의무가 없고 실력으로 항거하여도 공무집행방해죄가 성립되지 아니한다.

행정조사를 위한 출입, 검사, 질문 등에 대하여 상대방은 수인의무가 있지만 만약 상대방이 이를 거부하는 경우에 강제로 실현시킬 수 있는가에 관하여는 의문이 있을 수 있겠으나 이 경우 대부분의 법률들이 거부하는 경우 행정벌, 기타의 불이익 처분 등 간접적인 강제수단을 마련하고 있는 점에서 행정청이 상대방의 항거를 배제하고 직접 이를 실현할 수는 없다고 하겠다.

### 3) 공직선거법상의 행정조사의 내용·유형

선거범죄의 조사를 위한 선거관리위원회의 행정조사권은 형사절차상의 수사와는 구분이 되고 행정목적의 범위 안에서 허용되는 것이므로 선거범죄 조사와 직접 관계없는 목적을 위한 수단으로 활용되어서도 아니 되고, 행정조사는 행정목적의 범위 내로만 한정된다. 따라서 강제연행 등의 행위를 할 수 없으며, 선거범죄 조사는 사생활의

---

132) 「행정조사기본법」 제4조에서는 행정조사를 함에 있어 행정기관이 준수하여야 하는 기본원칙을 성문화하고 있다.

일상성을 현저히 침해하는 일이 없도록 하여야 한다.

현행 공직선거법상의 각급선거관리위원회의 행정조사권의 내용과 예상되는 구체적 인 사례는 다음과 같다.

### ① 장소출입

각급선거관리위원회의 위원과 직원은 선거범죄의 혐의가 있다고 인정되거나 다른 후보자 등 이해관계인이 제기한 그 범죄혐의의 소명이 이유 있는 경우 또는 현행범의 신고가 있는 경우 그러한 선거범죄의 장소에 출입할 수 있다. 이 경우 선거관리위원회의 위원이나 직원이 그 장소에 진입하려고 할 때 그 진입이 방해받는 경우, 직접적인 물리력의 행사가 수반될 수 있다. 또한 이러한 선거관리위원회 관계자의 진입을 방해하는 경우 형사처벌의 대상이 될 수도 있는데, 이러한 점은 강제적 조사로서의 성격을 나타낸다고 볼 수 있다.

### ② 질문·조사

①의 상황이 발생하는 경우 선거관리위원회 위원 및 직원은 선거범죄 장소에서 관계인들에게 질문이나 조사를 행할 수 있다. 이러한 질문이나 조사가 형사소송법에 의거한 심문은 아니라고 하더라도 선거범죄에 대한 사후적인 형사처벌을 위한 고발의 근거가 될 수 있다는 점에 있어서 선거범죄 혐의자는 묵비권을 행사하는 경우가 많을 것으로 보인다. 이러한 질문이나 조사에 응하지 아니한다고 하더라도 별다른 처벌조항이 현행 공직선거법에 존재하지 아니하므로 강제성이 있는 조사라고 보기는 힘들 것이다. 그러나 이러한 질문이나 조사를 행하는 목적이 선거범죄에 대한 사후적인 처벌을 위한 것이므로 우리나라의 주권적, 권력적 권한의 행사의 측면이 있다고 할 것이다.

### ③ 자료제출 요구

①의 상황이 발생하는 경우 선거관리위원회 위원 및 직원은 관계자들에게 관련서류 기타 조사에 필요한 자료의 제출을 요구할 수 있다. 선거관리위원회의 자료제출의 요구는 궁극적으로 선거법 위반행위의 존재여부를 가리고 선거법 위반행위가 존재하는

경우 형사적 고발을 위한 자료의 확보를 위함인바, 우리 공직선거법은 관계자가 자료 제출의 요구에 응하지 아니하는 경우에 형사적 제재를 가하는 규정을 두고 있다. 선거법 위반행위의 존재여부와 상관없이 자료제출에 응하지 않는다는 사실에 근거하여 사후적으로 형사처벌될 수 있다는 점에서 본다면 실질적으로 강제성이 있는 행정조사 권의 유형으로 볼 수 있을 것이다.

#### ④ 증거물품 수거

각급선거관리위원회의 위원 및 직원은 선거범죄 현장에서 선거범죄에 사용된 증거물품으로서 사후적으로 증거인멸의 우려가 있다고 인정되는 때에는 조사에 필요한 범위 내에서 그 현장에서 이를 수거할 수 있다. 선거범죄 현장에서 선거관리위원회의 관계자가 사후적인 형사적 제재를 위한 증거물을 수거하는 것은 현재성이 있는 상황으로서 사실상 물리력의 행사가 수반될 가능성이 크다. 만약 이러한 증거물품의 수거를 방해하는 경우에는 형법상 공무집행방해죄가 성립될 가능성이 있기 때문에, 현행 공직선거법상 이를 거부하거나 방해하는 행위에 대한 처벌조항은 없지만, 사실상 강제력이 수반된 행정조사라 할 것이다.

#### ⑤ 선거관리위원회에의 동행요구

각급선거관리위원회의 위원 및 직원은 선거범죄 조사와 관련하여 선거범죄의 현장에 있는 관계자에게 심도있는 질문이나 조사를 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 선거관리위원회의 위원 및 직원은 선거관리위원회로의 동행을 요구할 수 있다. 이러한 동행요구에 응하지 아니하는 경우에는 「공직선거법」 제261조 제3항에 의거 관계자가 형사소송법 제211조에 규정된 현행범인 또는 준현행범인이라면 과태료 처분의 대상이 될 수 있다. 이러한 동행요구는 대부분 선거범죄의 장소 내지 현장에서 발견되는 현재성이 있는 사항과 관련하여 관계자에 대하여 발하여질 것으로 보인다. 또한 일부 관계자에게는 과태료 처분이 사후적으로 이루어질 수 있다는 사정을 감안하고 동행요구에 관계자가 거부할 수 없는 경우가 많을 것이라는 사정을 감안한다면 이러한 동행요구도 강제성이 강한 행정작용이라 할 것이다.

## ⑥ 선거관리위원회로의 출석요구

선거범죄 발생의 정황이 사후에 알려지거나 선거범죄의 현장을 선거관리위원회에서 적발하였으나 중요 관계자가 현장에서 도주하거나 부재한 경우에 선거관리위원회는 사후적으로 질문 및 조사를 위하여 그러한 자의 선거관리위원회로의 출석을 요구할 수 있다. 그러한 선거관리위원회의 출석요구에 응하지 아니한 자도 동행요구에 응하지 아니한 자와 같이 과태료 처분의 대상이 될 수 있다. 다만, 그러한 출석요구에 응하여야 할 대상으로서 과태료 처분의 대상이 되는 자는 형사소송법 제211조에 규정된 현행범인 또는 준현행범인에 국한되지 아니한다는 점에서 본다면 동행요구보다 더 강제성이 강한 행정조사권의 유형으로 볼 수 있다.

## ⑦ 법위반행위의 중단 및 예방 조치

각급선거관리위원회의 위원 또는 직원은 선거의 자유와 공정을 현저히 해할 우려가 있는 선거법 위반행위가 현재 행하여지거나 행하여질 것이 명백한 경우에는 그 현장에서 행위의 중단이나 예방에 필요한 조치를 취할 수 있다. 이러한 선거관리위원회 관계자의 중단 및 예방 조치를 방해하는 경우에는 공무집행방해죄가 성립할 수 있다. 다른 행정조사권은 대부분 사후적인 선거범죄의 형사적 제재를 위한 행정절차임에 반하여 중단 및 예방 조치는 현재성이 있는 범죄행위의 중단 및 예방을 위한 포괄적인 규정이기 때문에 그 운용에 따라서는 선거관리위원회의 행정지도권중에서 가장 광범위하고 포괄적인 권한으로 볼 수 있다. 운용방식에 따라서는 행정주체가 직접적인 실행행사를 통하여 스스로 일정한 상태를 실현시키는 행정상의 즉시강제에 해당될 수 있다. 즉, 선거관리위원회가 직접 개인의 신체나 재산에 실력을 행사하여 공정한 선거운동의 확보에 필요한 구체적인 결과를 직접적·종국적으로 실현하는 것이다. 이러한 선거관리위원회의 현재성이 있는 행위의 중단이나 예방을 위한 방법은 전원공급 중지, 가두연설 봉쇄, 유인물 배포 방해 등 물리력의 행사가 수반되는 경우가 대부분이라 할 것이다. 따라서, 법위반행위의 중단 및 예방 조치는 사후적인 행정적, 형사적 제재를 위한 행정조사에 그치는 사항이 아니라 물리력을 포함한 강제적 법집행행위로서의 성격을 지닌다고 할 것이다.

#### 4) 재외선거에서 행정조사권 행사의 적법성

「공직선거법」 제272조의2의 규정에 따라 행정조사권을 행사하는 선거관리위원회 위원이나 선거관리위원회 직원에게는 형법상 주거침입죄 등의 위법성이 조각되며, 이러한 권한 행사를 거부하는 자는 과태료나 형사적 처벌의 대상이 될 수 있다. 경찰관 직무집행법에 의거 사법경찰관이 행사하는 강력한 공권력 행사에는 미치지 못하지만 일반적인 강제적 조사로서의 성격을 갖는 ‘행정조사’는 국내법상 근거를 요하고, 법률이 정하는 요건·절차에 따라 적합하게 행하여져야 한다. 이러한 행정청의 행정조사권의 발동이 대한민국의 영역주권이 미치는 국내에서 행하여지는 경우와 달리, 선거관리위원회가 선거범죄의 발생여부를 확인하기 위하여 행정조사를 대한민국의 영역주권이 미치지 아니하는 주재국(외국)에서 행사하는 것은, 행정조사 자체가 체포영장 내지 수색영장과 같은 강력한 강제성을 직접적으로 수반하고 있지는 아니하다 하더라도 이러한 행정조사에 대하여 협력을 거부하거나 방해하는 것 자체가 과태료와 같은 행정벌이나 행정형법의 적용대상이 된다는 점에서는 결과적으로 강제성이 있는 행정작용이라 할 수 있다.

이러한 행정조사권이 재외선거에서 행사되는 경우, 그 국제법상의 적법성 여부 및 적법성의 범위를 파악하기 위해서 먼저 우리 선거관리위원회 위원이나 선거관리위원회 직원의 주재국(외국)에서의 행정조사권 행사가 국제관습법이나 국제조약이 허용하는 범위 내에 있는 것인지 여부를 살펴봐야 할 것이다. 만약 특정한 행정조사가 현재의 국제관습법이나 국제조약상 허용되지 않는다면 주재국의 특별한 동의를 필요로 한다고 보이지만 아직까지 아프가니스탄, 이라크 그리고 보스니아헤르체고비나와 같이 국제연합을 중심으로 국제사회가 국가의 재건과정에 협력하는 경우를 제외하고는 일반 국가의 재외선거 실시에 있어서 명시적인 국제적 협력의 사례는 없다.<sup>133)</sup>

국제법상 주재국의 동의를 없는 한 외국 영역에서의 물리력의 행사를 포함하는 행정조사는 불가능하다고 전제하면, 주재국(외국)에서의 우리 공직선거법상의 선거관리위원회의 구체적인 행정조사권의 집행가능성은 구체적인 상황에서 개별적으로 검토되어야 할 것이다.

133) Andrew Ellis, Carlos Navarro, Isabel Morales, *Voting from abroad the International IDEA handbook*, International IDEA, 2007 참조.

### ① 행정조사의 대상

사후적인 형사적 제재나 과태료의 처분을 통하여 행정조사의 실효성이 담보되는 경우에는 그 대상이 되는 자가 대한민국의 국적을 갖는 자인지 또는 외국인인지의 여부이다. 선거관리위원회가 주재국(외국)에서 공직선거법 위반행위에 대하여 사후적인 조사를 하고자 하는 경우, 자신이 소재하는 주재국의 영역주권에 대하여 복종하여야 할 뿐만 아니라 자신의 국적국인 대한민국의 대인주권에도 복종하여야 하는 이중적 지위에 있는 재외국민인 경우 이에 대하여 협력할 의무가 있다 할 것이다.

### ② 행정조사의 장소

재외선거관리위원회가 선거범죄를 조사함에 있어 관계자에게 소명의 기회를 부여하기 위하여 관계자를 재외선거관리위원회가 설치되어 있는 재외공관으로 출석을 요구할 수는 있으나, 재외공관이 아닌 곳에 설치된 재외선거관리위원회나 재외공관이 아닌 제3의 장소에 출석을 요구할 수는 없을 것으로 보인다.

외교관계 및 영사관계에 관한 여러 국제조약 및 국제관습법, 국제예양에 따라, 대사관이나 영사관에는 주재국(외국)의 주권이 미치나(외국의 입법관할권의 대상이 됨) 주권의 행사가 자제되는 지역(외국의 집행관할권이 행사되지 못함)으로 인식되고 있다. 그리고 외국문화원, 외국무역대표부 및 외국정부가 직접 운영하는 외국인학교의 경우에는 국제관습법이나 국제예양에 의거 주재국(외국)이 자국의 경찰권과 같은 행정권의 집행을 자제하는 경우가 많다 할 것이다.<sup>134)</sup> 이러한 장소를 제외하고는 외교관이나 영사는 자국의 행정권의 행사를 자제하여야 할 것이다. 그리고, 선거관리위원회의 행정조사권은 선거법 침해의 현재성이 있는 상기의 장소를 제외하고는 그 행사가 불가능하다고 할 것이다. 따라서, 선거범죄의 혐의가 있는 장소의 출입, 그러한 장소에서의 질문·조사·자료제출요구, 증거물품의 수거, 선거관리위원회로의 현장에서의 동행요구, 법위반행위의 중단 및 예방조치는 불가능한 경우가 많을 것이며, 다만, 사후적인 조사

134) 「외교관계에 관한 비엔나협약」이나 「영사관계에 관한 비엔나협약」과 같은 다자조약에 근거하여 외국의 대외기관에 대한 주재국의 집행관할권 행사가 면제되는 경우나 파견국과 당사국간의 양자조약에 근거하여 그러한 집행관할권의 면제가 인정되는 경우를 제외하고는, 대사관이나 영사관 이외의 장소의 집행관할권 행사 면제에 관하여는 확립된 국제관습법은 없으며, 집행관할권의 행사를 주재국이 자제하는 경우도 통상적으로는 주재국이 법적의무에 기초하고 있다기보다는 국제예양이나 인도적 고려를 통하여 이루어지는 경우가 많다.

를 위한 자료의 제출이나 재외선거관리위원회가 위촉한 대사관이나 영사관으로의 출석요구가 일정한 요건을 충족하는 경우에만 재외국민에 대하여 그 행사가 가능하다고 할 것이다.

### ③ 행정조사의 부가적 조건

행정조사를 위한 공관등으로의 출석요구는 단순히 통지의 형식을 취하여 소명의 기회를 부여한다는 차원에서 이루어지는 경우에만 가능하고, 만일 불응시 사후적인 제재가 수반될 것이라는 조건이 부과되어 있는 경우에는 과도한 집행관할권 행사에 해당된다고 할 것이다. 그리고 이러한 행정조사는 때에 따라서는 그러한 행정조사라고 하는 행위의 성질 그 자체로 인하여 또는 그 목적이 「공직선거법」 위반행위에 대한 조사에 있다는 이유로 이러한 행위를 외국의 영역 내에서 행하는 것은 국제법 위반이 될 수 있다. 그 대상자가 외국인인 경우 또는 재외동포이더라도 외국적을 가진 경우에는 대한민국의 영역주권이 미치지 아니하는 외국에서는 재외선거관리위원회가 이러한 권한을 행사할 수 없다 할 것이다.

### ④ 행정조사의 발동주체

이러한 행정조사를 실제 운용하는 자가 우리 공직선거법상 재외선거관리위원회의 위원 내지 직원의 신분을 갖는 자일지라도, 이러한 권한을 실제 행사하는 주재국(외국)에서는 외교관 내지 영사의 신분을 갖는 자일 것으로 예상된다. 따라서 이러한 권한의 행사가 일상적인 외교관 및 영사의 직무범위 내에 있는지 여부이다. 이러한 외교관 내지 영사의 신분을 갖는 재외선거관리위원회 위원 및 직원이 공식적인 외교관계나 영사관계를 체결하고 있는 주재국에서의 외교관 및 영사의 일상적인 영역에서 행사하는 기능은 주로 주재국(외국)과의 국제협력을 위한 그 국가의 정치적, 경제적, 문화적 동향의 조사와 재외국민의 보호에 있다 할 것이다. 현행 「공직선거법」이 예견하고 있는 행사조사권의 대부분의 내용은, 주재국(외국) 정부가 유사한 상황에서 자국의 이익을 보호받고자 묵인 내지 상호주의를 적용하여 허용하는 경우는 별개의 문제로 하고, 일상적인 외교관 및 영사의 직무범위를 초과한다고 볼 수 있다.



## 5) 소결

결론적으로 대부분의 경우에는 선거관리위원회가 선거관리의 공정성을 확보하기 위하여 외국에서 공직선거법 제272조의2에 따른 조사권 발동하는 것은 집행관할권 행사에 대하여 주재국의 동의를 얻는 경우에만 가능하다고 할 수 있다. 다만, 재외선거의 경우 기존에 국제사회에서 이루어졌던 여러 가지 동의를 사례와 달리 주재국의 국가이익이나 국제사회 공동의 이익에 부합한다고 볼 수 없는 경우가 많을 것이므로 이러한 주재국의 동의는 현실적으로 불가능하다고 볼 수 있다. 또한, 영사나 외교관에게 주어진 주재국에서의 동향조사의 차원에서는 제한적인 권한행사가 가능할 여지는 있으나, 현행 「공직선거법」상 선거관리위원회의 적극적인 조사권한의 행사는 불가능할 것으로 보인다.

만약 재외선거관리위원회가 국내 공직선거법을 적극적으로 해석하여 국민들의 주재국에서의 재외선거와 관련한 제반 정치활동을 적극적으로 조사 한다든가 혹은 자료제출을 요구하는 경우에는, 주재국의 입장에서는 그러한 외교관이나 영사 등에 대하여 기피인물로 지정하여 파견국 정부에 그 소환을 요구할 가능성도 배제하기 힘들다. 이러한 활동은 궁극적으로 외교적 항의 등 국제문제로 비화하여 주재국과의 선린우호관계에 악영향을 끼칠 수 있다고 본다. 특히, 재외국민이 많이 거주하는 지역일수록 우리나라와 긴밀한 정치적, 경제적 유대관계를 맺고 있는 경우가 많이 있기 때문에 그러한 「공직선거법」상 조사권 행사에는 상당한 주의가 필요할 것으로 보인다.

#### (4) 재외선거에서 과태료의 부과·징수

##### 1) 과태료의 의의

현대사회는 날로 복잡해지고 있으며, 재해의 예방, 안녕질서의 유지 및 쾌적한 환경의 보전 등 국민생활의 거의 모든 영역에 있어서 국가행정에 대한 의존도는 계속 증대하고 있다. 이러한 상황에서 국가행정은 그 임무를 수행하기 위하여 보다 적극적이고 능동적으로 행동할 것을 요구받는다. 국가는 국가행정 목적을 달성하기 위해서는 행정의무를 이행할 확보할 강제수단을 마련하는 것이 불가결하고, 이러한 강제수단과 그 효과는 국가행정에서 중요한 의미를 가진다. 행정상 의무의 위반 또는 불이행을 적절하게 시정·제거하기 위한 효과적인 수단을 확보하지 못하면 오늘날의 국가행정에 부과된 책임과 의무를 수행할 수 없기 때문이다. 이러한 행정상의 의무의 위반 또는 불이행의 시정 및 제거를 위한 하나의 효과적인 수단으로서 우리 법제에서 활용되는 것으로는 행정벌이 있다. 행정벌은 일반적으로 행정의 상대방이 행정법상의 의무를 위반한 경우에 행정의 상대방에게 부과하는 행정법상의 제재를 말한다. 행정벌은 간접적으로는 의무이행을 확보하는 수단이 되고, 직접적으로는 과거의 의무위반에 대한 제재로서 행정법규의 실효성확보의 수단이 된다는 데 그 의미가 있다 할 것이다. 그리고 행정벌은 처벌의 내용에 따라 행정형벌과 행정질서벌로서의 과태료로 나누어진다. 일반적인 견해에 의하면 행정형벌이라 함은 형법에 규정되어 있는 형벌이 부과하여지는 행정벌을 의미하며 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 원칙적으로 형법총칙과 형사소송법이 적용되는데 반하여, 행정질서벌이라 함은 일반사회의 법익에 직접 영향을 미치지 않는으나 행정상의 질서에 장애를 야기할 우려가 있는 의무위반에 대해 과태료가 가해지는 제재를 말한다. 과태료는 행정상의 질서위반행위에 대하여 제재로서 부과하는 행정벌의 일종인 금전벌이다.

## 2) 과태료 부과·징수 절차

원칙적으로 과태료는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 질서위반 행위규제법<sup>135)</sup>에 따라 부과·징수한다.<sup>136)</sup> 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 미리 당사자에게 대통령령이 정하는 사항을 통지하고, 10일 이상의 기한을 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다. 당사자는 의견 제출기한 이내에 행정청에 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있다.<sup>137)</sup> 행정청은 당사자의 의견제출 절차를 마친 후에 서면으로 과태료를 부과하여야 한다.<sup>138)</sup> 이러한 행정청의 과태료 부과에 불복하는 당사자는 과태료 부과 통지를 받은 날로부터 60일 이내에 해당 행정청에 서면으로 이의제기를 할 수 있다. 이러한 이의제기가 있는 경우에는 행정청의 과태료 부과처분은 그 효력을 상실한다.<sup>139)</sup> 이러한 이의제기를 접수한 행정청은 이의제기를 받은 날부터 14일 이내에 이에 대한 의견 및 증빙서류를 첨부하여 관할 법원에 통보하여야 한다.<sup>140)</sup>

---

135) 이 법은 질서위반행위의 성립과 과태료 처분에 관한 법률관계를 명확히 하여 국민의 권익을 보호하도록 하고, 개별 법령에서 통일되지 못하고 있던 과태료의 부과·징수 절차를 일원화하며, 행정청이 재판에 참여할 수 있도록 하고, 지방자치단체가 부과한 과태료는 지방자치단체의 수입이 되도록 하는 등 과태료 재판과 집행절차를 개선·보완함으로써 과태료가 의무이행확보수단으로서의 기능을 효과적으로 수행할 수 있도록 하려는 목적에서 법률 제8725호로 2007. 12. 21 제정되어 2008. 6. 22부터 시행되었다.

136) 질서위반행위규제법 및 동법 시행령에 따르면 이 법이 적용되지 아니하는 질서위반행위에는 “사법(私法)상·소송법상 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위”(「민법」, 「상법」 등 사인(私人) 간의 법률관계를 규율하는 법 또는 「민사소송법」, 「가사소송법」, 「민사집행법」, 「형사소송법」, 「민사조정법」 등 분쟁 해결에 관한 절차를 규율하는 법률상의 의무를 위반하여 과태료를 부과하는 행위)와 “「공증인법」·「법무사법」·「변리사법」·「변호사법」 등 법률에 따른 징계사유에 해당하여 과태료를 부과하는 행위”를 말한다.

137) 질서위반행위규제법 제16조 제1항 및 제2항; 행정청이 과태료 부과에 관하여 미리 통지하는 경우인 사전통지는 시행령 제3조 제1항의 사항을 모두 기재한 서면으로 하여야 하고, 당사자가 의견제출을 하는 경우 의견제출 기한 이내에 서면(이때에는 전자문서를 포함한다) 또는 구두로 할 수 있다(질서위반행위규제법 시행령 제3조 제2항).

138) 질서위반행위규제법 제17조 제1항.

139) 질서위반행위규제법 제20조 제1항 및 제2항.

140) 질서위반행위규제법 제21조 제1항.

### 3) 공직선거법상 과태료 부과·징수의 대상과 절차

#### ① 과태료 부과대상

공직선거법상, 재외선거와 관련 과태료 부과 대상은 선거관리위원회의 출석요구나 동행요구에 불응하는 경우, 선거관리위원회의 신고·제출의무를 해태하는 경우, 물품·관광, 집회 또는 행사에 참석하여 금품 등을 받는 경우, 각종행사에서 금품 등을 받은 경우, 축·부의금품을 받은 경우, 재외선거관리위원회가 선정한 재외투표소 참관인이 정당한 사유없이 참관을 거부하거나 게을리한 경우 등은 과태료의 부과 및 징수 대상이 된다.

#### ② 과태료 부과절차

과태료의 부과는 「공직선거법」 제261조 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 과태료 처분대상자가 정당·후보자 및 그 가족·선거사무장·선거연락소장·선거사무원·회계책임자·연설원 또는 활동보조인인 때에는 당해 후보자의 기탁금에서 공제하되 그 뜻을 대상자에게 알리고, 과태료처분대상자가 기타의 자와 「공직선거법」 제261조 제6항의 규정에 의한 과태료처분대상자인 경우에는 그 위반자가 납부하되, 과태료는 고지를 받은 날로부터 20일 안에 납부하여야 한다. 납부기한까지 납부하지 아니한 때에는 관할세무서장에게 위탁하고 관할세무서장이 국세채납처분의 예에 따라 이를 징수하여 국가 또는 지방자치단체에 납입하여야 한다(제261조 제7항).

#### ③ 과태료 부과액의 결정

부과액을 결정할 때에는 위반행위의 동기와 결과 및 선거에 미치는 영향, 위반기간 및 위반 정도 등을 고려하여 기준금액의 2분의 1의 범위 안에서 이를 경감하거나 가중할 수 있되, 가중의 경우 법에 규정된 상한액을 넘을 수 없다. 또한 그 통지는 당해 선관위에서 위반사실·이의제기방법·이의제기기한·과태료 등을 명시하여 납부할 것을 과태료처분대상자에게 통지하여야 한다(규칙 제143조).

#### ④ 과태료부과에 대한 불복절차

과태료처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 20일 이내에 부과권

자에게 이의를 제기할 수 있다(제261조 제8항). 과태료처분을 받은 자가 이의를 제기한 때에는 부과권자는 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 한다(제261조 제8항). 이의제기 또는 재판의 진행은 과태료처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다(제261조 제8항).

#### 4) 재외선거에서 과태료 부과·징수의 문제점

##### ① 부과대상에 있어서의 문제점

과태료는 앞서 살펴본 바와 같이 국가가 국가행정목적의 달성을 위한 행정의무의 이행을 확보할 강제수단으로서 의의가 있으며, 실질적으로 행정상 의무의 위반 또는 불이행을 적절하게 시정·제거하기 위한 효과적인 수단이 된다. 하지만, 과태료 처분의 부과대상이 되는 행정의 상대방에게 있어서는 금전적인 처벌로 인식될 수 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 재외국민은 자신이 소재하는 국가의 법을 준수하여야 할뿐만 아니라(영역주권), 자신의 국적국의 법도 준수(대인주권)하여야 하는 이중적 지위에 있다 할 것이다. 따라서 국적국이 자국 국내법의 불준수에 대한 처벌로서 과태료를 부과할 수 있다. 한편, 대외관계 내지 국제법의 영역에 있어서 특정국가의 국내법은 '법률'이 아니라 '사실'이며, 이를 외국에서 집행하는 데 있어서는 집행이 실제 이루어지는 국가의 동의가 없이는 법으로서의 강제력이 없다고 할 것이다. 따라서 재외국민을 제외한 외국인에게 행정적 강제수단 내지 징벌로서의 과태료의 부과는 어렵다 할 것이다.

한편 질서위반행위에 대한 과태료 부과와 일반법적인 내용을 다루고 있는 질서위반행위규제법은 장소적 범위와 관련하여 대한민국 영역 밖에서 질서위반행위를 한 대한민국의 국민에게 적용한다고 규정하고 있으므로,<sup>141)</sup> 현행법의 해석상 외국인에 대한 과태료의 부과는 어렵다고 할 것이다.

---

141) 질서위반행위규제법 제4조 제2항.

## ② 부과절차에 있어서의 문제점

헌법 제12조 제1항에서의 '적법절차의 보장'은 형사소송절차와 관련하여 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로서 국민의 재판청구권과 결부되어 형사피고인인 국민의 기본권이 공권력에 의하여 침해당할 수 있는 가능성을 최소화하도록 절차를 형성·유지할 것이 요구되고 있다. 그러나 실제로 이 법리는 형사절차에 국한되지 아니하고, 모든 재판절차와 행정절차에서 요구되는 절차적 요건으로 확립되기에 이르렀다.<sup>142)</sup> 따라서 공직선거법상의 과태료의 부과와 징수 과정에 있어서도 이러한 헌법상의 요구를 준수하여야 한다. 따라서 중앙선거관리위원회가 과태료를 1차적으로 부과하고자 할 경우 위반사실, 이의방법 및 이의기간을 명시한 통지서를 보내는 방법으로 사전에 통지를 받은 날부터 3일까지를 정하여 과태료처분예정대상자에게 서면에 의한 의견진술의 기회(청문 등)를 주어야 한다. 이는 과태료부과대상자에게 의견·변명 또는 자료의 제출을 가능케 하기 위한 것이다. 그러한 후에도 소명이 제대로 되지 않는 경우 과태료를 부과하는 행위는 할 수 있을 것이다. 다만, 이를 재외선거관리위원회(즉 외국의 영역 내)에 납부하도록 하는 것은 과도한 집행관할권 행사에 해당될 것이다. 과태료를 대한민국 내에서 납부하도록 하는 것은 가능하다고 본다.

과태료 부과라는 행정행위가 여러 가지 효력을 갖기 위해서는 성립과 효력발생에 필요한 요건들을 충족하여야 한다. 이 점과 관련하여 일반적으로 주체·절차·형식·내용 등의 요건을 행정행위의 성립요건이라 하며, 통지·도달 등의 요건을 효력발생요건이라 한다. 행정행위는 법령에 특별한 규정이 있거나 정지조건, 시기 등 부관에 의한 특별한 제한이 있는 경우를 제외하고는 성립과 동시에 효력이 발생한다. 그러나 상대방이 있는 행정행위는 일반적으로 상대방에게 도달함으로써 효력을 발생함이 원칙이다. 이때의 '도달'은 상대방이 알 수 있는 상태를 말하며, 상대방이 현실적으로 수령하여야 함을 의미하는 것은 아니다.<sup>143)</sup>

142) 헌법재판소도 "헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당 하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성 뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실제적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것"이라고 판시 하였다. 헌재 1995. 3. 23. 91헌가14.

143) 대법원 1976. 6. 8 선고, 75누63 판결.

앞서 살펴 본바와 같이 재외선거와 관련한 공직선거법 위반행위를 이유로 과태료등 행정처분을 하기 위해서는 당사자에게 송달을 하여야 하는 바,<sup>144)</sup> 재외에 거주하는 국민에게 국내에서와 같이 우편절차를 통한 송달이 가능한지가 문제가 될 수 있다. 만약 이러한 우편에 의한 송달이 불가능한 경우에는 행정처분을 내리는 재외선거를 주재하는 공판장이 외교적 경로를 통하여 송달할 수밖에 없는 바, 신속한 계쟁의 처리를 목적으로 하는 선거사범의 경우 그 실효성이 즉시 담보된다고 할 수 없을 것이다. 특히, 국민이 아닌 외국인이 과태료처분의 대상이 되는 경우에는 외교적 경로를 통하여 관련 서류가 송달될 때, 주재국은 그 수령이나 전달을 거부할 가능성이 상존한다고 볼 수 있다.<sup>145)</sup>

흑연전극봉 사건에서 공정거래위원회가 외국에 소재하는 외국사업자에 우편으로 송달한 행위의 국내법상 유효성에 관하여 국내법원은 이를 긍정하고 있다.<sup>146)</sup> 따라서 재

144) 질서위반행위규제법은 행정청이 질서위반행위에 대하여 과태료를 부과하고자 하는 때에는 '서면'으로 그러한 사실을 당사자에게 통지하여 당사자가 의견을 제출할 기회를 주어야 한다고 규정하고 있다(동법 제16조 제1항 및 시행령 제3조 제1항. 아울러 법률 제17조는 의견제출 절차를 종료한 후에 과태료를 부과하는 경우에도 이를 서면으로 부과하여야 한다고 명문으로 규정하고 있다. 시행령 제3조 제2항은 당사자는 상기의 의견제출 기한 이내에 "서면(전자문서를 포함한다) 또는 구두로 의견을 제출" 할 수 있다고 규정하고 있는 바, 유추하여 보건대 동법에서 말하는 '서면'은 팩스나 전자메일과 같은 정보통신기술을 활용한 통지방식이 아닌 우편과 같은 전통적인 방식에 의한 통지를 의미하는 것으로 보인다.

145) 「외교관계에 관한 비엔나협약」 제5조 j항은 파견국 영사가 파견국 법원을 위하여 소송서류를 송달할 수 있는 것은 자국민에 대해서만 가능한 것이고, 우리나라와 영사관계가 있더라도 송달받을 자가 외국인인 경우에는 영사에 의한 직접실시방식을 취하지 않는 것이 국제예양(international comity)이라고 한다. 우리 대법원은 자유중국 대북지방법원이 주한대사를 통하여 우편으로 피고 대한민국 법인에게 소장과 기일소환장을 송달한 후 내린 의제자백판결에 대한 승인 집행을 거부하면서, 영사파견국 법원이 외교상의 경로를 거치지 아니하고 우리나라 국민이나 법인을 상대로 하여 자국영사에 의한 직접실시방식으로 송달한 것이라면 이는 대한민국의 재판사무권을 침해한 것으로 적법한 송달로서의 효력이 없다고 판시하였다(대판 1992. 7. 14, 92다2585)

146) “구 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘공정거래법’이라 한다.) 제55조의2 및 이에 근거한 ‘공정거래위원회 회의운영 및 사건절차 등에 관한 규칙’ 제3조 제2항에 의하여 준용되는 구 행정절차법(이하 ‘행정절차법’이라 한다.) 제14조 제1항은 문서의 송달방법의 하나로 우편송달을 규정하고 있고, 행정절차법 제16조 제2항은 외국에 거주 또는 체류하는 자에 대한 기간 및 기한은 행정청이 그 우편이나 통신에 소요되는 일수를 감안하여 정하여야 한다고 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 피고는 국내에 주소·거소·영업소 또는 사무소(이하 ‘주소 등’이라 한다.)가 없는 외국사업자에 대하여도 우편송달의 방법으로 문서를 송달할 수 있다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 원심이 이와는 달리 국내에 주소 등이 없는 외국사업자에 대하여는 행정절차법 제14조 제1항의 우편송달을 할 수 없고, 달리 송달할 방법이 없어 같은 조 제4항 제2호 소정의 ‘송달이 불가능한 경우’에 해당하므로 공시송달의 방법을 취할 수밖에 없다고 한 것은 잘못이라고 할 것이나, 기록에 의하면, 피고는 국내에 주소 등이 없는 외국사업자인 원고에게 ‘심사보고서에 대한 의견제출요구 및 전원회의 개최통지서’ 및 ‘의결서 정본’을 등기우편으로 송달하였음을 알 수 있고, 이는 행정절차법 제14조 제1항의 규정에 따른 우편송달로서 적법하다 할 것이므로, 원심판결

외선거관리위원회가 주재국(외국)에서 선거법 위반행위에 대하여 과태료처분을 함에 있어서 앞서 살펴본 바와 같이 국민인 경우에는 그 주재국에서 통용되는 등기우편을 통하여 과태료 처분과 관련한 송달을 할 수 있다고 할 것이다.

### ③ 징수절차

공직선거법에 따르면, 해당 후보자의 기탁금 중에서 공제하여 국가 또는 지방자치단체에 납입하는 경우를 제외하고는, 과태료는 위반자가 납부하도록 하며, 납부기한까지 납부하지 아니한 때에는 관할세무서장에게 위탁하고 관할세무서장이 국세체납처분의 예에 따라 이를 징수하여 국가 또는 지방자치단체에 납입하여야 한다. 재외선거에서의 선거법위반 자에 대하여 우리나라가 과태료를 부과하는 경우에도 대부분 위반자가 직접 납부하여야 하는 경우일 것으로 보인다. 이때 위반자가 자발적으로 과태료를 납부하는 경우에는 별다른 법률상의 문제가 발생하지 아니하나, 만약 납부하지 아니하는 경우 이의 처리가 문제될 수 있다. 위반자인 국민의 재산이나 예금이 국내에 소재한 경우에는 이를 통한 집행이 가능하다 하겠으나, 영주를 목적으로 외국에 거주하는 자의 경우 대부분 국내에 예금이나 재산이 부재하고 이를 강제적으로 집행할 가능성은 없다고 할 것이다. 따라서 외국에 징수한 재외국민에게 과태료를 부과하고 이를 납부하지 아니한 경우나 국세체납 절차에 따를 때, 이의 납부를 독촉하는 방법 외에는 별다른 방법이 없다고 할 것이다.<sup>147)</sup>

---

은 그 결론에 있어서 정당하고, 거기에 판결 결과에 영향을 미친 판단누락 또는 행정절차법의 적용 범위 등에 관한 법리오해의 위법이 없다.” 대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결.

147) 정보통신수단의 발달로 국외에 주소 또는 영업소를 두는 체납자에게 국세의 납부를 독려하기 위한 접근수단으로 우편 외에, 전화·팩스·이메일 등을 이용할 수가 있다. 이 경우 국외의 체납자에 대한 연락행위는 우리나라 영역 내에서는 물론 그 일부는 상대국 영역 내에서도 행하여지고 있다고 볼 수 있고 그 행위의 내용은 세무공무원에 의한 체납국세에 대한 납부의 독려이다. 이에 대하여 일국의 공권력의 행사는 개별적인 조약에 의한 절차 등 상대국의 정식의 절차를 거친 국가적 동의를 얻는 한, 당해 상대국 내에서는 이를 행해서는 아니된다는 기본원칙이 있고, 이를 위배하면 상대국의 주권을 침해할 우려가 있으므로 체납국세의 납부의 독려가 공권력의 행사에 해당되는지가 문제로 될 수 있다. 그런데 전화·팩스·이메일을 통한 납세지도에 의한 체납국세의 납부를 독려하는 것은 일종의 행정지도로 체납자의 의사에 반하여 부당하게 강요된 것이라고 보기 어려우며, 우리나라 징세당국이 국외 체납자가 납세지도에 따르지 아니하였다는 이유로 불이익한 조치를 할 법적 근거도 없으므로 국제법상의 기본원칙에 반하는 공권력의 행사에 해당한다고 보기는 어려울 것이다. 요컨대, 국외 체납자에 대한 전화·팩스·이메일 등에 의한 정보의 전달이 국내법상 하등의 법적효과의 발생을 수반하지 않고, 동시에 후행처분의 선행요건



## 5) 소결

현행 공직선거법은 재외선거에 있어서 과태료의 부과 및 징수에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하다. 하지만, 앞서 살펴본 바와 같이 국내에서의 선거와 동일한 기준으로 과태료를 부과하거나 징수하는 것은 현실적으로 어려우며, 특히 외국인에 대하여는 과태료 부과가 불가능할 것으로 보인다. 재외선거에서 과태료의 부과는 향후에 관련법의 개정이 필요한 부분이라고 생각된다. 한편, 과태료 부과에 의한 공직선거의 공정성 확보방안과 관련하여, 재외국민이나 외국인의 선거부정이 밝혀진 경우에도 과태료를 납부하게 하는 방식보다는 그 대상자가 지금까지 대한민국으로부터 향유하여 왔던 혜택을 철회한다든지, 또는 앞으로 향유할 일정한 권리를 부인하는 비사법적(행정적) 조치(예컨대, 여권의 무효화 또는 재발급 중지등)를 취하는 것이 보다 실효성이 있을 것으로 보이며, 이러한 조치는 미국의 Restatement<sup>148)</sup>에서도 허용되고 있다.

### (5) 재외선거에서 선거범죄신고자에 대한 신고포상금 지급

#### 1) 포상금의 의의

포상금은 칭찬하고 권장하기 위하여 주는 금전적 포상이라고 정의되고, 금전적 포상을 통하여 위반행위를 용이하게 인지하거나 신고를 장려하기 위한 제도가 신고포상금제도이다. 신고포상금제도는 최근 우리 국민들의 법 경시풍조에 경종을 울리고 국민들의 적극적인 행정참여 및 고발정신을 높인다는 취지에서 알 수 있듯이, 단순히 위반자에 대한 금전적 포상만 이루어지기 보다는 정부의 각종 규제정책에 대한 대상

---

도 아닌 경우에는 상대방의 자유로운 임의의 판단을 박탈하는 것과 같은 내용·언동을 수반하지 않는 한, 국제법상의 기본원칙에 반하는 주권의 행사에는 해당되지 않는다고 생각한다.  
148) 각주 30 참조.

자들의 참여와 상호감시를 이끌어내는 수단이라 할 수 있다. 따라서 대상자들의 위반에 대한 모니터링이 어렵고, 비용이 많이 들며 지속해야 할 정책의 순응확보 수단으로 도입된 것이 신고포상금제도이다. 일반적으로 정부 각 부처의 신고포상금제도는 신고포상금이나 신고보상금이란 용어를 선택하여 사용하고 있다.

## 2) 공직선거법상의 신고포상금제도

공직선거법상의 신고포상금제도는 선거범죄<sup>149)</sup>에 대하여 선거관리위원회가 인지하기 전에 그 범죄행위의 신고를 한 자에 대하여 공직선거관리규칙이 정하는 바에 따라 포상금을 지급하는 것을 말한다(「공직선거법」 제262조의3). 이러한 선거범죄에 대한 신고포상금제도는 현재 선거관리위원회, 경찰, 검찰에서 각각 독자적으로 시행하고 있다.

선거법 위반행위에 대한 신고포상금제도는 음성적인 금품수수행위 등 선거법 위반행위에 대한 시민들의 감시활동 및 신고·제보를 유도하기 위해 2004년 3월 12일부터 도입되었다. 지급대상은 선거범죄에 대하여 선관위가 인지하기 전에 신고한 자<sup>150)</sup>이다. 동 신고포상금은 선거범죄 등 혐의자의 성명·주소·위반일시·내용·장소 등 혐의사실을 신고함으로써 관할 선거관리위원회가 위법사실을 조사·확인하여 조치한 경우 지급하고 있다. 만약 선거관리위원회가 위법사실을 조사·확인하여 조치하였음에도 불구하고 포상금을 지급하지 아니하는 경우에는 위법한 행정처분으로서 행정소송의 대상이 될 수 있다.<sup>151)</sup>

---

149) 이때의 선거범죄란 「공직선거법」 제16장 벌칙에 해당하는 행위를 말하며, 「공직선거법」 제261조 제6항의 과태료에 해당하는 위법행위도 선거범죄에 포함된다(「공직선거법」 제262조의2 제1항).

150) 다만, 단순히 인터넷에 게시된 내용을 신고한 경우 등에 해당하지 않는다.

151) 서울행법 2009. 12. 4. 선고 2009구합10239 판결에서는 법원은 신고한 내용 중 법 위반의 정도가 경미한 단순 법규위반에 해당하는 사항이 포함되어 있다고 하더라도 금융감독원장이 적발하여 과징금을 부과한 내용들은 중대한 증권거래법 위반 사항에 해당하여 포상금 지급대상의 제외사유가 존재한다고 볼 수 없으므로, 그 거부처분이 위법하다고 판시하였다.

### 3) 예상되는 재외선거에서 포상금지급의 유형

앞서 살펴본 바와 같이 재외선거에서는 선거운동의 방식이 방송이나 인터넷을 활용한 것등으로 제한되고, 국내에서 이루어지는 도로나 공공장소 등 사람들이 많이 모이거나 통행하는 장소에서의 선거운동이 대부분 금지된다. 전통적인 선거운동중 많은 부분이 국내선거에서는 허용되나 재외선거에서는 금지되는 이유는 재외선거의 도입당시부터 우려되었던 외국 주권과의 불가피한 충돌을 회피하고자 함이다. 그럼에도 불구하고 국외에서 재외국민과 동포들을 중심으로 국내 정치에 대한 관심이 고조됨에 따라 불가피하게 현행 공직선거법을 위반하는 행위가 발생하는 경우, 이러한 선거범죄에 대하여 재외국민이나 외국인이 신고하는 경우를 예상하여 볼 수 있다. 즉, 주재국(외국)에서 선거법 위반행위를 목격한 대한민국 국민이 이를 재외선거관리위원회에 신고하고 포상금지급을 신청하는 경우와 주재국(외국)에서 선거법 위반행위를 목격한 외국 국적 또는 시민권을 가진 자가 이를 재외선거관리위원회에 신고하고 포상금지급을 신청하는 경우를 예상할 수 있다. 그리고 국내에서 시행중인 각종 신고포상금제도의 사례에서 보는 바와 같이 개인의 1회성의 신고가 아닌 개인 또는 정치적 이해관계를 같이하는 개인들로 구성되는 집단에 의한 계획적이고 지속적인 신고가 이루어지는 경우를 상정할 수 있다. 아울러, 이러한 계획적인 선거법 위반행위의 관찰과 지속적인 신고가 단순한 영리의 목적에 의한 것과 정치적인 이해관계를 달리 하는 정당 또는 집단에 대한 대응으로서 이루어지는 경우를 상정하여 볼 수 있다.

### 4) 포상금지급에 대한 국제법적 및 정책적 검토

정부의 정책 추진에 협력하거나 대한민국에 공헌한 외국인에게 포상금, 상훈, 현상금 등 지급한 사례는 일부 있으며, 특히 국내에서 중앙정부나 지방정부 차원에서 운영중인 많은 포상금제도는 외국인을 배제하는 규정을 두고 있지 아니하므로 외국인을 차별적으로 대우하여야 할 법적 제한은 존재하지 아니한다고 볼 수 있다. 다만, 이러

한 국가의 포상금 지급이 그 국가영역을 벗어나서 발생하는 사건과 관련하여 지급되는 경우에는 국제법상 국가의 기본적인 의무인 외국주권의 존중이라는 차원에서 접근하고 분석하여볼 문제라고 생각된다.

현행법상의 신고포상금 제도를 재외선거에도 그대로 실시·운영함에 있어서 유의하여야 할 사항에 관하여 포상금지급의 순기능적 측면과 기타 유의하여야 할 국제법적 내지 정책적 측면에서 검토하여 보고자 한다.

### ① 포상금지급의 순기능

신고포상금 제도의 도입 취지나 현실적인 신고포상금제도의 순기능적인 측면에서 살펴본다면, 신고포상금 제도의 활용을 통하여 한정된 물적 및 인적 자원을 가지고 있는 선거관리위원회나 검찰, 경찰 등 법집행기관의 선거범죄 단속의 한계를 보완할 수 있으며, 후보자간의 상호감시로 인하여 선거법 위반행위가 자제되는 등의 효과를 부인하기 힘들다. 또한, 외국 영역에서 실시되는 재외선거의 특수성과 관련하여, 우리 선거관리위원회나 검찰, 경찰 등 법집행당국이 행정조사권이나 수사권을 국내에서와 같이 행사하기 힘든 외국 영역에서 신고포상금제도를 통하여 선거관리위원회의 선거범죄 인지의 용이나 선거범죄 예방의 효과가 상당하리라 기대된다.

### ② 포상금지급의 사유

재외선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거와 관련한 위법행위를 신고한 자에게 포상금을 지급하는 것은 주권의 한 속성인 대인주권에 기초하여 자국민에 한하여는 가능할 것으로 보인다. 다만, 주재국의 국내법과 우리 공직선거법상 허용되는 선거운동의 범위가 상이한 경우, 예컨대 우리 국내법상으로는 금지되지만 주재국의 국내법에 의하여서는 허용되는 정치적 표현에 대하여 신고가 이루어지고 선거관리위원회가 포상금을 지급함으로써, 주재국의 일반적인 법적 가치(주로 표현의 자유나 정치적 권리의 보호)가 훼손될 우려가 있는 경우에는, 포상금의 지급 자체가 주재국의 국내법의 금지규범의 위반은 아닐지라도 주재국의 헌법적 가치의 훼손을 초래할 수 있을 것으로 보인다. 따라서 포상금의 지급 자체가 주재국의 법적 가치를 훼손하지 아니하는 행위에 대하여 선별적으로 이루어져야 할 것으로 보인다.

### ③ 외국인에 대한 포상금의 지급

다른 포상금제도와 마찬가지로 현행 공직선거법상의 신고포상금제도는 법률에 명시적으로 외국인의 선거법 위반행위의 신고 및 그에 따른 포상금지급을 금하는 규정은 존재하지 아니한다. 하지만 헌법상의 대의민주주의의 구현과 국민의 정치적 참여의 보장을 생각한다면 외국인에 의한 선거법 위반행위 신고를 접수하여 그에게 포상금을 지급하는 것은 불가하다고 본다. 금전적 포상을 통한 위반행위를 용이하게 인지하고 국가 구성원의 참여와 감시를 유도하기 위한 제도가 신고포상금제도이라는 점, 공직선거법의 주된 내용이 헌법상 대의민주주의 하에서 대한민국의 '공직'을 선출하는 데 있다는 점을 본다면, 선거권 내지 투표권이 주어지지 아니한 외국인에게 신고포상금의 신청과 지급을 허용하는 것은 '신고'라는 제도의 장려를 통하여 외국인의 대한민국 선거에 대한 간접적인 참여나 개입을 유도할 우려가 있다고 할 것이기 때문이다. 그리고, 국가간의 관계, 즉 주재국의 입장에서 본다면 외국의 재외선거가 자국에서 행해지는 경우 통상 이를 외국인의 자국 정치과정의 제한적인 참여라 인식하고 그 재외선거 실시국과의 외교적 마찰을 피하기 위하여 그러한 정치과정을 묵인하는 것으로 볼 수 있다. 그런데도 불구하고 제한적인 정치참여 과정을 벗어나 자국에서의 외국의 주권작용이 선거과정의 공정성 확보라는 명목 하에 자국민이 이에 적극적으로 개입하는 것을 용인하는 것은 주권의 침해로 여길 가능성이 크다고 본다.

## 5) 소결

재외선거에서 선거법 위반행위 신고의 접수와 그에 따른 포상금의 지급은 우리 법을 그대로 집행하기 어려운 외국 영역에서 우리 법의 준수를 강제하는 수단이 될 수 있다는 점, 그리고 선거관리위원회 등의 법집행기관의 물적, 인적 한계를 보완한다는 측면에서 현실적인 효용성을 부인하기 어렵다고 할 것이다. 다만, 외국 주권에 대한 존중의 측면에서 본다면, 외국인에 대한 신고포상금의 지급은 자제되어야 할 것으로 본다. 따라서 현행 공직선거법이나 관련법령을 개정하여 외국인에 대한 신고포상금에 제한함이 타당할 것으로 보인다.

## 4. 결

국제법은 국가간의 관계에 주로 적용되며 국가 간의 합의에 의하여 정립되는 법이므로 국내법과 달리 모든 분야에 적용할 수 있는 내용을 가지고 있지 못하다. 따라서 구체적인 법규범의 흠결이 언제나 나타날 수 있는 범영역이라고 할 수 있다. 국제법상 완전한 법적 주체인 국가의 입장에서 본다면, 법규범의 흠결이 존재하는 사항에 관련하여, 어떠한 국가행위에 관하여 국제법이 명시적으로 금하는 사항을 제외하고는 자유롭게 행할 수 있다고 판단할 수 있고, 그렇게 행위하는 것이 자신의 고유한 권리라고 인식할 수도 있다. 국제법의 법적 구속력과 그 이행과정을 살펴보면, 국가는 묵시적으로 동의하거나(국제관습) 명시적으로 동의한(국제조약) 규범에만 복종할 의무를 지며 국제법이 규율하지 않는 분야나 영역에 있어서는 자유롭게 행동할 수 있다.

따라서 재외선거를 규율하는 범영역은 근대 및 현대 국제법의 역사에서 본다면 새로이 출현하고 있는 법률현상이어서 아직까지 이를 구체적으로 규율하는 국제법 규범은 존재하지 않기 때문에 국가는 어떠한 측면에서는 이 분야에서 자유롭게 행동할 수 있는 여지가 있다고도 할 수 있다. 그러나, 이미 존재하는 국제법의 기본원칙상 외국 의 국내문제 불간섭의무, 외국주권의 존중과 함께 국제예양에 근거하여 국가는 스스로 자국의 법률 제정 및 그 집행의 범위를 제한하고 외국주권의 침해가 예상되는 경우에 자국법의 적용과 집행을 자제하여야 할 것이다.

재외선거의 실시와 관련하여 주재국(외국)에서 선거의 실시와 자국의 주권의 실현에 대한 구체적인 금지규정이 부재하고 이에 관한 국제적 사례 또한 부재하다고 하더라도, 국내법이 하나의 '사실'로만 취급되는 국제법의 영역에서는 '외국주권의 존중'을 1차적인 유의사항으로 두고 공직선거법의 구체적인 집행으로 나아가야 할 것이다.

그러한 외국주권의 존중은 행정지도, 과태료의 부과와 징수, 포상급 지급을 자국민에게만 제한적으로 행하는 방식으로 국내법의 집행을 자제하는 것이 요구되고, 행정조사의 경우에는 공관이나 영사관을 벗어난 지역에서 발생하는 사안에 대하여는 행하지 아니하도록 하여야 할 것이다. 그리고, 상기의 행정절차가 재외선거와 관련하여 이루어지더라도 그러한 사실이 공개되어 주재국 정부의 주권감정과 주재국의 국민정서를 자극하지 않도록 주의하여야 할 것이다.

## IV. 재외선거법에 대한 형사적 제재의 실효성 검토

### 1. 서

공직선거법과 관련한 선거범죄란 선거법상 금지 또는 규제되는 행위에 대하여 형사상 범죄로 소추할 수 있는 행위를 말하는 바, 법 제16장 벌칙은 선거범죄를 형사처벌하기 위한 규정이다.<sup>152)</sup>

공직선거법상 형사처벌 규정의 적용 가능성은, 구체적인 사안에 있어서 ① 선거범죄에 대한 고발권을 가지고 있는 선거관리위원회가 대한민국의 형법 내지 공직선거법상의 형사처벌 규정에 특정한 행위가 해당될 수 있는지를 판단하는 과정, ② 대한민국 형사소송법상 특별한 경우를 제외하고는 형사기소를 독점하고 있는 검찰이 기소여부를 판단하는 과정, 그리고 ③ 법원이 그러한 사안에 있어서 법률의 위반여부를 판단하는 과정에서 검토되어야 하는 문제이다. 한편, 공직선거법중 형사처벌 규정의 집행의 문제는 검찰이나 경찰이 공직선거법 위반행위를 단속, 수사, 기소하는 데 있어서 주로 범죄혐의자의 신병, 증거 및 증인의 증언 확보 등 자신들의 고유한 기능을 실효적으로 행사할 수 있는가의 문제이다.

국제법상 국가관할권을 분류할 때 집행관할권의 일부인 이러한 법집행당국의 권한은 국가영역 내에서 행사될 때 정당화될 수 있으며, 만약 자국의 영역이 아닌 다른 국가의 영역에서 그 외국의 동의가 없이 이러한 권한을 행사하는 경우 외국주권의 중대한 침해 문제를 야기할 수 있다.

통상적인 경우 국가들은 국제형사사법공조제도나 범죄인인도 제도를 이용하여 외국의 협력을 받아 법률을 집행하여 증거나 증언을 확보하거나 피의자의 신병을 확보하고 있다.<sup>153)</sup>

아래에서는 공직선거법상 형사처벌 규정의 적용가능성의 문제를 먼저 살펴보고, 형

152) 정병욱, 전거서, 330면.

153) 미리 체결된 국가간의 조약관계나 유사한 경우에 협력하겠다는 상호주의에 의하여 국가가 자신의 집행관할권의 행사를 외국의 법집행당국이나 법원이 대리행사 하도록 하는 것이라 할 수 있다. 실질적으로는 국가의 집행관할권의 역외적 확대라 파악할 수도 있다.

사처벌 규정을 적용하여 기소, 처벌이 가능하다고 판단되는 경우, 외국에서 이루어진 공직선거법 위반행위에 대한 증거 수집, 증언의 확보와 범죄인의 인도 가능성에 대하여 살펴보고자 한다.

## 2. 공직선거법상 형사처벌 규정의 적용 가능성

### (1) 형법총칙의 공직선거법상 형사처벌 조항에의 적용여부<sup>154)</sup>

재외선거에서 선거범죄에 대하여 공직선거법이 적용될 것인지의 문제는 우선적으로 형법의 적용범위에 관한 형법총칙 규정(국제형법)이 공직선거법에도 적용되는지에 대한 검토가 필요하다. 이와 관련하여 형법 제8조는 “본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.”고 규정하고 있으므로 공직선거법이 타법령에 해당하는지 여부, 그 법령에 특별한 규정이 있는지 여부에 대한 해석에 따라서 결정될 것이다.

공직선거법은 넓은 의미에서 행정법의 한 분야에 해당하며, 공직선거법에서 규정하는 처벌규정은 행정벌이라고 해석할 수 있다. 따라서 이 문제는 행정벌에 대하여도 형법총칙이 적용되는지의 문제와 직간접적으로 관련된다. 통설과 판례는 행정형벌은 형사벌이므로 형법총칙과 형사소송법이 적용되어 ‘타법령에 정한 죄’에 해당하지만 행정질서벌은 과태료를 부과하는 것으로 형식적으로 형사벌이 아니므로 형법총칙이 적용되지 않고 비송사건절차법이 적용되어 ‘타법령에 정한 죄’에 해당하지 않는다고 한다.

공직선거법 위반의 선거범죄에 대하여는 형법 제8조의 규정에 따라서 공직선거법에서 형법총칙의 규정을 배제하는 별도의 규정을 두지 않고 있으므로 형사처벌의 대상이 되는 선거범죄에 대하여도 형법총칙의 규정이 그대로 적용될 것이며, 행정형벌이 아닌 행정질서벌의 대상이 되는 선거범죄에 대하여는 형법총칙의 규정이 그대로 적용

---

154) 이효원, “재외선거범죄에 대한 법적 쟁점”, 형사법의 신통향 통권 제24호(2010. 2), 331-334면 참조.



되지 않는다고 할 것이다.

행정법규 내에는 공직선거법과 같이 행정질서벌로서의 과태료처분과 행정형벌이 별칙으로 병존하는 경우가 많다. 행정질서벌과 행정형벌은 다같이 행정법령에 위반하는데 대한 제재라는 점에서는 같아도, 구체적인 사안에 적용할 때, “형벌법규, 특히 어떤 행정목적의 달성을 위하여 규제하고 그 행정목적의 실현을 담보하기 위하여 그 위반을 처벌하는 행정형벌법규의 경우에는 법문의 엄격한 해석이 요구”됨에 반하여,<sup>155)</sup> “행정질서벌인 과태료는 직접적으로 행정목적이나 사회공익을 침해하는데까지는 이르지 않고 다만 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대한 제재로서 부과하여지는데 불과하므로 다른 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 고의 과실을 필요로 하지 아니한다.”<sup>156)</sup>고 한다.

## (2) 형법총칙 적용 사례와 재외선거와 관련한 검토

### 1) 개요

헌법상의 요청인 죄형법정주의의 준수를 위하여 개인의 외국에서의 행위를 처벌할 때, 또는 외국관련성이 있는 행위에 대하여 우리 법원은 엄격하게 형법 규정을 적용하고 있다. 기존 사례에서 우리 법원이 어떠한 기준에 의거하여 형법총칙을 적용하여 왔는지 관련 판례를 먼저 살펴 보고, 재외선거사범에 대하여 형법총칙을 적용하는데 있어서의 시사점에 대하여 살펴본다.

### 2) 관련 판례

#### ① 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도3656 판결 (외국인의 국내에서의 행위)

간통죄를 처벌하지 않는 국가의 국적을 가진 외국인이 국내에서 벌어진 배우자의

---

155) 대법원 1990. 4. 27. 선고 89도1886 판결.

156) 대법원 1969. 7. 29. 자 69마400 결정.

간통행위에 대하여 고소권을 가지는지 여부와 관련하여, 형법 제2조는 형법의 적용범위에 관하여 속지주의 원칙을 채택하고 있는바, 대한민국 영역 내에서 배우자 있는 자가 간통한 이상, 그 간통죄를 범한 자의 배우자가 간통죄를 처벌하지 아니하는 국가의 국적을 가진 외국인이라 하더라도 간통행위자의 간통죄 성립에는 아무런 영향이 없고, 그 외국인 배우자는 형사소송법의 규정에 따른 고소권이 있다.

**② 대법원 2006. 9. 22. 선고 2006도5010 판결 (영사관이 대한민국의 영역인지 여부)**

외국인이 중국 북경시에 소재한 대한민국 영사관 내에서 여권발급신청서를 위조한 경우, 외국에 소재한 대한민국 영사관 내부가 대한민국 영역에 속하는지 여부와 외국인의 국외범에 해당하는지 여부가 문제가 되었다. 이 사안에서 법원은 “형법의 적용에 관하여 같은 법 제2조는 대한민국 영역 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다고 규정하고 있으며, 같은 법 제6조 본문은 대한민국 영역 외에서 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 같은 법 제5조에 기재한 이외의 죄를 범한 외국인에게 적용한다고 규정하고 있는바, 중국 북경시에 소재한 대한민국 영사관 내부는 여전히 중국의 영토에 속할 뿐 이를 대한민국의 영토로서 그 영역에 해당한다고 볼 수 없을 뿐 아니라, 사문서위조죄가 형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 범한 죄에 해당하지 아니함은 명백하다.”고 판시하였다. 따라서 내국인이 아닌 피고인이 위 영사관 내에서 여권발급신청서 1장을 위조한 것은 외국인의 국외범에 해당하여 피고인에 대한 재판권이 우리 법원에 없다.

**③ 대법원 2000. 4. 21. 선고 99도3403 판결 (범죄행위 일부가 외국에서 행해진 경우)**

외국인이 대한민국 공무원에게 알선한다는 명목으로 금품을 수수한 행위가 대한민국 영역 내에서 이루어지고 금품수수의 명목이 된 알선행위의 장소가 대한민국 영역 외인 경우, 구 변호사법 제90조 제1호 위반죄가 성립하는지 여부와 관련하여 법원은 “병역연기에 관하여 주미 한국대사관 영사를 통하여 이를 해결해 주겠다는 명목으로 금품을 교부받은 사실을 넉넉히 인정할 수 있는바, 이와 같이 대한민국 공무원에게 알선한다는 명목으로 금품을 수수하는 행위가 대한민국 영역 내에서 이루어진 이상, 비록 금품수수의 명목이 된 알선행위를 하는 장소가 대한민국 영역 외라 하더라도 대한민국 영역 내에서 죄를 범한 것이라고 하여야 할 것이므로, 미국 국적을 가진 외국

인인 피고인의 판시 행위에 대하여도 형법 제2조에 의하여 대한민국의 형벌법규인 변호사법 제90조 제1호가 적용되어야 할 것"이라 판시하였다.

**④ 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002도2518 판결 (내국인의 국외범)**

도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노(미국 네바다주 소재)에서의 도박행위의 위법성과 관련하여, 형법 제3조는 "본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다."고 하여 형법의 적용 범위에 관한 속인주의를 규정하고 있고, 또한 국가 정책적 견지에서 도박죄의 보호범위보다 좀더 높은 국가이익을 위하여 예외적으로 내국인의 출입을 허용하는 폐광지역개발지원에관한특별법 등에 따라 카지노에 출입하는 것은 법령에 의한 행위로 위법성이 조각된다고 할 것이나, 도박죄를 처벌하지 않는 외국 카지노에서의 도박이라는 사정만으로 그 위법성이 조각된다고 할 수 없다.

**⑤ 대구고법 1971. 4. 15. 선고 71노176 형사부 판결 (내국인의 국외범)**

형법 3조에 의하면 우리나라 형사재판권은 대한민국영역외에서 죄를 범한 내국인에게 미침을 알 수 있으므로 내국인인 피고인이 마약관련 범죄를 제3국인 태국과 일본에서 범하였다 할지라도 피고인에 대한 형사재판권은 우리나라에 있다고 판시하였다.

**⑥ 대법원 2008. 4. 17. 선고 2004도4899 전원합의체 판결 (외국인의 국외행위)**

송두울 사건에서 법원은, 독일에서 거주하다가 대한민국 국적을 상실한 사람이 국적 상실을 전후하여 북한을 방문한 사안에서, 대한민국 국적을 상실하기 전의 방문행위는 국가보안법 제6조 제2항의 탈출에 해당하지만 국적 상실 후의 방문행위는 이에 해당하지 않는다고 하였다.

**⑦ 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도4929 판결 (대한민국과 대한민국국민에 대한 국외범)**

사인위조죄가 형법 제6조 소정의 대한민국과 대한민국국민에 대한 국외범에 해당하는지와 관련하여 법원은 "형법 제239조 제1항의 사인위조죄는 형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국국민에 대하여 범한 죄에 해당하지 아니하므로, 중국 국적의 피고인이 중국에서 대한민국 국적 주식회사의 인장을 위조하였다는 공소사실은 외국인의 국외범으로서 피고인에 대하여 재판권이 없다."고 판시하였다.

**⑧ 대법원 2008. 7. 24. 선고 2008도4085 판결 (국적 상실의 시기)**

피고인인 외국의 시민권을 취득한 대한민국의 국민이 국적을 상실하는 시기와 피고인이 뉴질랜드 시민권을 취득함으로써 우리나라 국적을 상실한 후 뉴질랜드에서 대한민국 국민에 대하여 사기행위를 한 것이 외국인이 대한민국 영역 외에서 대한민국 국민에 대하여 범죄를 저지른 경우에 해당하는지 여부가 문제된 사안이다. 이 사안에서 법원은 대한민국의 국민이 뉴질랜드의 시민권을 취득하면 국적법 제15조 제1항에서 정한 '자진하여 외국 국적을 취득한 자'에 해당하여 우리나라의 국적을 상실하게 되는 것인지 대한민국과 뉴질랜드의 '이중국적자'가 되어 국적법 제14조 제1항의 규정에 따라 법무부장관에게 대한민국의 국적을 이탈한다는 뜻을 신고하여야 비로소 대한민국의 국적을 상실하게 되는 것은 아니라고 판시하였다. 또한, 형법 제6조 본문에 의하여 외국인이 대한민국 영역 외에서 대한민국 국민에 대하여 범죄를 저지른 경우에도 우리 형법이 적용되지만, 같은 조 단서에 의하여 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 우리 형법을 적용하여 처벌할 수 없다고 판시하였다.

**⑨ 서울지법 2003. 6. 11. 선고 2003고단728 판결 (외국인의 국외에서의 행정법규의 위반)**

외국인의 국외범에 대하여 재판권이 없음은 이유로 공소기각 판결을 한 사례로서, 법원은 중국인이 중국에서 중국인에게 한국에 입국하는 여행의 편의를 제공함으로써 일반 여행업을 한 경우, 이는 이른바 외국인의 국외범에 해당하고, 한편 등록하지 아니하고 일반 여행업을 하였다는 관광진흥법 제77조 제1호, 제4조 제1항 위반죄는 형법 제6조의 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 범한 죄에 해당하지 아니하여 재판권이 없음은 이유로 공소기각 판결을 하였다.

**3) 판례의 시사점**

국제법 또는 국제형법 분야에서 국내법의 장소적, 인적 적용범위에 관한 논의가 속지주의, 속인주의, 보호주의, 수동적 속인주의, 보편주의라는 국가의 입법관할권의 한계 내지 입법관할권의 정당화 근거와 관련하여 이루어지고 있으나, 현재 국내 법원의

구체적인 판단사례는 많이 축적되어 있지 않은 형편이다. 앞서 살펴본 사례에서와 같이 구체적인 적용사례를 검토하여 보면, ① 속지주의와 관련하여서는 외국인이 그의 본국법에 의하여 처벌받지 아니한 사항에 대해서도 범죄행위지가 국내인 경우에 국내 형법을 적용할 수 있다는 점, ② 속인주의와 관련하여서는 도박·마약 관련 사건에서 범죄행위지가 외국인 경우 형법총칙의 속인주의 규정에 따라 국내법을 적용하여 처벌할 수 있다는 점, ③ 수동적 속인주의와 관련하여서는 일부 형법 조항만이 해당되므로 폭넓게 해석되어 적용될 여지가 적다는 점, ④ 주재국(외국)의 입법관할권은 미치나 집행관할권이 미치지 아니하는 영사관 시설에서 이루어지는 경우에도 '국내'로 의제되지 않는다는 점, ⑤ 국적과 관련하여 국적이탈은 신고와 상관없이 국적이탈의 사유가 발생하면 바로 외국인이 되어 일부 처벌규정의 경우 적용이 배제된다는 점을 알 수 있다.

장래에 치루어질 재외선거에서 선거법 위반행위에 우리 공직선거법을 적용함에 있어서 유의하여야 할 사항은 다음과 같다.

- ① 영주권을 가진 재외국민 또는 사업이나 학업 계속을 이유로 외국에 일시적으로 체류한 국민이 주재국(외국)에서 공직선거법상 형벌규정에 위반한 행위를 하고 우연히 국내에 들어온 경우, 범죄인인도 등 집행의 문제와 상관없이, 공직선거법을 적용하여 처벌할 수 있다고 본다.
- ② 국내에 연고가 있는 외국 국적 또는 시민권을 가진 재외동포가 현지에서 공직선거법 위반행위를 저지르고 국내에 우연히 입국하는 경우이다. 이 때 외국인의 국외법에 해당하여, 제6조의 적용여부가 문제가 될 것이다. 다만, 이 경우 공직선거법 위반행위는 대한민국에 대한 죄에 해당할 것이고 대한민국국민에 대한 죄에 해당하는 경우는 거의 없을 것으로 보이며, 외국인의 국외범죄가 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니한 경우에는 공직선거법을 적용하기 힘들 것으로 보인다.
- ③ 외국에서 선거범죄를 저지르고 우연히 국내에 입국하여 신병이 확보된 자가, 입국시에는 대한민국의 여권을 이용하였으나 선거범죄의 조사과정에서 범죄행위가

행해지기 이전에 이미 외국의 국적을 취득하여 이중국적의 상태에 있다는 것을 주장하거나 알려지는 경우, 앞서 판례에서 살펴본 바와 같이 대한민국 국적의 이탈시기는 이중국적을 원칙적으로 허용하지 아니하는 우리 법제의 해석상 외국 국적을 취득한 시기가 되므로, 앞서 ②의 경우와 마찬가지로 외국인의 국외범죄에 해당하여 그 행위가 행위지에서도 범죄를 구성하는지 살펴 봐야 할 것이다.

- ④ 주재국(외국)에서 선거범죄를 저지르던 당시에는 대한민국의 국적을 가지고 있었으나, 선거범죄에 관여하고 나서 국내 공직선거법의 적용을 회피하고 국내에 입국하고자 외국 국적을 취득한 경우이다. 앞서 송두율 사건에서 본 바와 같이 행위를 기준으로 하여 행위시에 국내 공직선거법 위반에 해당하는 경우에는 처벌할 수 있을 것이다.

#### 4) 형법총칙 형사관할권규정의 재외선거범에의 적용

##### ① 속지주의

국제형법의 관점에서 볼 때, 재외선거의 선거범죄에 있어서 예견할 수 있는 것은 내국인의 국외범과 외국인의 국외범이 문제될 수 있으므로 국내법과 국외범의 구별기준을 명확히 할 필요가 있다. 특히, 재외선거에 있어서 행위지와 결과발생지가 서로 다른 이격범의 경우를 상정할 수 있으므로 형법 적용에 있어서 범죄지를 결정할 구별기준을 명확히 하는 것이 요구된다.<sup>157)</sup> 일반적으로 범죄지를 결정하는 구별기준으로 행위기준설, 결과기준설, 보편기준설이 있다. 행위기준설은 구성요건적 행위가 행하여진 장소로 보며, 결과기준설은 구성요건적 결과가 발생한 장소를 범죄지로 보고, 보편기준설은 범죄실현을 위한 행위가 이루어진 장소와 범죄행위의 결과가 발생한 장소를 모두 범죄지로 본다. 우리나라 대법원은 범죄행위지 또는 결과발생지 중 어느 하나라도 범죄지가 국내인 경우에는 이를 국내법으로 보아 우리 형법이 적용된다고 판시하여 보편기준설을 따르고 있으며, 행위와 결과가 범죄실현 과정에서 대등한 의미를 가진다는 점과 형법의 적용범위에 빈틈이 생겨서는 안 된다는 관점에서 볼 때 보편기준

<sup>157)</sup> 이효원, 전제논문, 335면 참조.

설이 범죄지를 결정하는 기준이 되어야 한다는 것이 통설이다. 이와 같이 보편기준설에 따른 경우에는 재외선거의 선거범죄에 있어서 외국에서의 범죄라도 그 결과가 국내에서 발생하는 사례가 많을 것이므로 그 선거범죄에 대하여 우리 형법이 적용된다고 할 것이다.<sup>158)</sup>

## ② 속인주의

대한민국 국민이기만 하면 그 범죄가 국외에서 행해진 경우에도 우리 형법이 적용되며, 헌법 제2조 제1항에서 규정하고 있는 국적법정주의에 따라서 국적법이 대한민국의 국민의 요건을 정하고 있다. 따라서 대한민국 국적을 가지고 있는 한, 외국에 일시체류하고 있는 자나 영주권자는 물론 이중국적자도 속인주의의 적용을 받게 된다. 속인주의의 적용범위를 결정함에 있어서는 대한민국 국민이 체재하는 외국에서 그 행위를 범죄로 인정하여 처벌하는지 여부는 고려할 필요가 없으며, 대법원도 동일한 입장이다. 따라서 속인주의를 공직선거법에도 적용할 경우에는 공직선거법에서 선거범죄로 규정하고 있는 범죄가 대한민국 국민이 체재하고 있는 외국에서는 법적으로 허용되는 행위라고 하더라도 공직선거법을 적용하여 처벌할 수 있을 것이다.<sup>159)</sup>

속인주의의 적용과 관련하여 범죄행위 시에는 내국인이었으나 소추 시에는 외국인 이 된 경우 또는 그 반대의 경우에 우리 형법을 적용할 수 있는지에 대하여도 문제될 수 있다. 우리 형법은 제3조에서 '죄를 범한 내국인'이라고 규정하고 있으므로 범죄행위 시를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 따라서 범죄행위 시에는 대한민국 국민이었으나 소추 시에 외국인인 경우에는 우리 형법을 적용할 수 있으나, 그 반대의 경우에는 우리 형법을 적용할 수 없다고 하겠다.

## ③ 수동적 속인주의

형법 제6조에서 규정하고 있는 '대한민국에 대한 범죄'는 대한민국의 이익을 침해하거나 위태롭게 하는 범죄를 말하며, 외교상의 비밀을 누설한 죄, 대한민국의 공무원에 대한 공무집행방해죄, 대한민국의 해외공관 건물에 대한 손괴조 등을 예로 들 수 있으며, 외국인이 법률에 의하여 대한민국 공무원으로 의제되는 대한민국 국민에게 뇌물을 제공하여 「특정경제범죄가중처벌에관한법률」을 위반한 범죄에 대하여 이를 대

158) 성낙인, 『재외선거의 공정 확보방안에 관한 연구』, 중앙선거관리위원회, 2008. 12 60-61면.

159) 상계서, 62면.

한민국에 대한 범죄로 인정하여 형법 제6조를 적용하여 처벌할 수 있으나, 행위지에서도 처벌대상이 되어야 한다고 판시하였다. 재외선거의 선거범죄에 있어서도 외국인이 대한민국 영역 밖에서 우리 공직선거법을 위반하여 선거범죄를 저지른 경우에 형법 제6조를 적용하여 처벌할 수 있는지가 문제될 수 있다. 이에 대하여 대법원 판례의 입장을 엄격하게 적용할 경우에는 공직선거법 위반의 범죄는 형법상 국가적 법익을 침해하는 경우 또는 개인적 법익을 침해하는 경우에 해당하지 않으므로 형법 제6조가 적용되지 않는다고 할 것이다. 따라서 외국인의 국외범에 대하여는 공직선거법 위반으로 형사처벌을 할 수 없는 결과가 된다.<sup>160)</sup>

공직선거법을 위반한 선거범죄는 죄형법정주의를 고려할 때 국가의 존립과 안전, 그리고 국가의 기능을 직접적인 보호법익으로 하는 범죄라고 할 수 없으며, 형법 제128조(선거방해)도 그 범죄의 주체를 검찰 등 공무원으로 제한하고 있는 점에 비추어 이에 대하여는 형법 제6조를 적용할 수는 없다고 하겠다. 따라서 외국인의 대한민국 영역 밖에서 공직선거법을 위반하여 선거범죄를 저지른 경우에는 우리 형법과 공직선거법을 적용하여 형사처벌할 수는 없다고 할 것이다.

---

160) 상계서, 65면.



### 3. 공직선거법상 형사처벌 규정의 집행가능성 검토

우리 형법 또는 공직선거법상의 처벌규정을 적용하여 재외선거에 있어서 범죄인을 처벌하고자 하는 경우, 그러한 범죄인이 우연히 우리 영역안에서 발견되거나 신병이 확보되는 경우, 우리 법집행당국은 실효적으로 우리 법에 따른 법적 절차를 개시하고, 법원은 동 사안에서 재판관할권을 행사할 수 있다. 하지만, 그러한 범죄인이 우리 영역 밖에 소재하는 경우에는 주재국(외국)의 협력을 얻지 아니하고는 실효적으로 우리 법을 법원에서 적용할 수 있는 방법이 부재하다. 그리고 형사사건에서 중요한 증인이 외국에 소재하거나 중요한 증거가 외국에 있고 관계자가 증거의 제출에 협력하지 아니하는 경우에 증거 확보에 문제가 발생할 수 있다.

아래에서는 먼저 외국의 협력을 얻어 우리 국가관할권을 확장하는 범죄인인도제도와 국제형사사법공조제도에 관하여 살펴보고 나서 재외선거에의 적용가능성에 관하여 살펴보고자 한다.

#### (1) 형사법의 국제적 집행에 관한 제도

##### 1) 국제형사사법공조

국제형사사법공조(international judicial assistance in criminal matters)라 함은 범죄의 예방과 처벌을 목적으로 국가간에 이루어지는 모든 형태의 협력행위를 의미한다. 이러한 범죄진압을 목적으로 하는 국가간의 협력행위에는 증인 및 감정인의 신문, 압수·수색·검증, 소재추적, 문서송달, 정보제공 등이 포함된다.

종래에는 형사문제에 관한 한 철저한 영역주권의 원칙하에서 자국의 영토내에서 발생한 범죄에 관하여 자국 정부가 독자적으로 처벌하는데 그치고 외국과의 협조문제는 중요하게 인식되지 아니하였다. 그러나 점차 교통수단이 발달되어 해외여행의 기회가 확대되고 국가간의 인적·물적 교류가 증대됨에 따라 각국은 상호간에 정치·경제·사회·군사적 측면에서 긴밀한 협조를 하게 되었다. 이와 같은 국가간 교류의 확대경향에 따라 범죄와 형벌에 관한 형사문제에 있어서도 어느 한 국가가 영역내에서의 폐쇄적

인 처리로서는 불가능하거나 효과적인 해결이 어렵게 되었다. 그리하여 국제사회는 형사사법에 관한 국가간의 긴밀한 협조로서 범죄의 국제화, 국제범죄의 증가현상에 효과적으로 대처하고 범죄진압이라는 문명사회의 요청에 적극적으로 부응하려고 노력하고 있다.

## 2) 범죄인인도

범죄인인도(extradition)라 함은 한 나라의 형법 기타 법을 위반한 범죄인이 다른 나라에 거주하고 있는 경우 범죄인의 소재지 국가가 법익을 침해당한 국가의 청구에 의하여 범죄인의 신병을 그 국가에 넘겨주는 것을 의미한다.

범죄인인도의 문제가 발생하게 되는 범죄형태의 유형으로는 ① A국에서 범죄를 행하고 B국으로 도피한 경우, ② 공범자 중 일부는 A국에 있으면서 다른 공범 일부를 B국에 보내 범죄를 실행하게 하는 경우, ③ A국에서 실행의 착수를 하고 B국에서 그 범죄의 결과가 발생하는 경우 등을 들 수 있다. 범죄인인도의 전형적인 유형은 이 중 첫 번째 유형으로서 어느 한 국가에서 범죄를 범하고 다른 나라로 도피한 경우가 있을 수 있다.

국제사회에서 국가 상호간에 범죄인을 인도하기 위하여는 양국간에 체결된 범죄인 인도조약에 의하는 것이 일반적이다. 만일 조약이 체결되어 있지 않으면 다른 나라로부터 범죄인인도 요청이 있더라도 이에 응할 국제법적 의무는 존재하지 않는다. 이와 같이 범죄인인도는 오늘날 국가간에 조약상의 의무로서만 존재할 뿐이다.

범죄인인도제도의 존재이유는 범죄는 반드시 처벌되어야 한다는 정신에 의하여 범죄를 진압함으로써 법질서를 유지함에 있고, 또한 범죄의 피해로 인하여 직접적인 법익을 침해당하는 국가는 자신의 형법을 침해당한 나라이며, 그러한 범죄인의 수사·기소·재판·형의 집행을 가장 효과적으로 확실하게 할 수 있는 나라도 범죄지국가이므로 범죄인을 범죄지국가로 인도하는 것이 정의 관념에 합치하다는 데 있다.<sup>161)</sup>

161) 현대사회에서는 범죄의 국제화 현상과 범죄인의 해외도피 사례가 증가하고 있는 현실이므로 범죄의 궁극적인 처벌을 위하여는 이해 관계있는 국가 상호간에 긴밀한 협조를 하는 것이 절대적으로 필요하다. 그럼에도 불구하고 각 국가는 형사재판권 행사에 있어서 자국의 주권을 고유한 권한으로 생각하고, 외국의 간섭을 받지 않으려는 강한 성향을 보이고 있고, 자국의 형사재판관할권의 범위도 스스로 정하고 있어 동일한 사건에 관하여 여러 나라의 관할권이 중복되는 현상을 보이고 있다. 김주덕, 「국제형법」, 육서당, 1999, 179면.

범죄인이 한 나라에서 범죄를 저지른 후 그 국가의 형사재판권을 벗어나기 위하여 외국으로 도주하거나 또는 해외에 있으면서 다른 나라의 법익을 침해하였을 경우에는 범죄진압을 위하여 국가간의 협력이 필요하다. 범죄인인도의 직접적인 목적은 외국에 있는 범죄인을 자국의 재판관할권 안으로 넘겨받는데 있으며 범죄의 불벌상태를 방지하는 동시에 범죄를 진압하는데 있다. 또한 각국이 외국으로부터 도주하여 온 범죄인의 비호를 거부하고 그를 청구국가에 인도함으로써 얻을 수 있는 이익으로는 ① 범죄를 저지른 위험한 인물이 자국으로 이주함으로써 발생할 사회안전에 대한 위협으로부터 자국민을 보호하고, ② 법익을 침해당하여 범죄인을 처벌하려고 하는 인도청구국의 국가정책에 협조하여 줌으로써 외국과의 우호증진을 도모하는데 도움이 된다고 하는 점에 있다.

### 3) 정치범의 개념

우리의 「국제형사사법공조법」이나 「범죄인인도법」에 따르면 정치적 목적을 지닌 범죄이거나 공조요청이 정치적 목적을 지닌 다른 범죄에 대한 수사를 할 목적으로 행하여진 것이라 인정되는 경우에는 공조를 거절할 수 있도록 하고 있으며, 범죄인인도 요청을 거절하는 경우에도 마찬가지이다.

정치적 성격을 지니는 범죄에 대하여 공조 및 인도를 거절하는 이유는 오늘날 국제법상 인도주의적 견지에서 개인에게 정치적 망명권, 또는 국가에게 망명자에 대한 비호권이 보장되고 있으므로 정치적 범죄에 대하여는 협력을 하지 아니하는 것이 국제사회에 있어서의 일반적인 관행이다. 또한 형사사법공조 내지 범죄인인도는 순전히 국가형벌권의 적절한 행사나 범죄인 인권보장, 피해자의 보호라는 측면에서 국가간에 허용되고 있는 것이며, 정치적 범죄에 대한 협력은 다른 나라의 정치적 상황에 개입하는 사태를 초래하여 피요청국의 이익을 해할 우려도 있으므로 정치적 성격을 지닌 범죄에 대하여는 협력하지 아니하는 것이 상당하다는 것이다.<sup>162)</sup>

정치범불인도의 원칙은 19세기에 확립되었으나 정치범죄의 개념에 대하여는 확립된 정의가 없는 형편이다. 정치범죄란 형법상의 용어가 아니며 도망범죄인에게 비호를 허용하거나 범죄인인도절차를 집행하기 위한 목적을 가지고 국제법이 인위적 내지는

162) 백충현, “정치범불인도의 원칙”, 『서울대학교 법학』, 제16권 제2호, 1975, 69-72면 참조.

편의적으로 창출해 낸 것으로 일반적으로 사리사욕을 위한 범죄인 자연범죄와 구별되며, 확신범적인 성격을 가진다.

정치범죄라는 용어에 대한 정의를 하고 있는 최초의 법은 1929년 12월 23일의 독일 범죄인인도법으로 정치적 행동이란 국가안보의 본질, 국가의 원수나 각료, 헌법기관, 시민의 선거권 또는 투표권 또는 외국과의 우호관계 등을 직접적 대상으로 하는 처벌 가능한 범죄행위라고 규정하고 있다(제3조 2항). Harvard Draft Convention on Extradition에서는 국내의 정치질서를 해할 것을 목적으로 하는 행위로서 반역, 소요, 간첩행위와 청구국의 안전 또는 정치체제에 대한 조직적 집단활동에 관련된 범죄 등을 포함하도록 하고 있다(제5조 6항). 이 정의는 정치범죄를 포괄적으로 규정하여 순수정치범죄뿐만 아니라 상대적 정치범죄와 복합범죄 등도 포함하고 있어 실제 적용시 그 범위가 지나치게 넓게 될 우려가 있다. 따라서 대부분의 국가에서는 이에 대한 정의를 내리지 않고 정치범여부에 대한 결정은 개개의 사안마다 난민 문제를 취급하는 정부당국이나 법원이 판단하도록 하고 있다.<sup>163)</sup>

이는 정치범죄의 내용이 언제나 불변하는 것이 아니라 시대와 상황에 따라 변하는 것이기 때문에 정의규정을 둬으로써 구속될 필요가 없다고 생각하기 때문으로 보인다. 따라서 각국의 정치범죄에 대한 정의와 기준이 다양하여 이 기준이 분쟁의 대상이 되기도 한다. 그 동안 범죄인인도조약에서도 이에 대한 해석을 통일하려는 노력을 기울이지 않았기 때문에 이에 대한 해석은 국내법과 학설에 맡겨져 있는 형편이다. 학설상 정치범죄에 대하여는 주관설과 객관설로 나뉘고 있다. 주관설은 범죄자가 행위를 하게 된 동기, 목적 및 의사 등 심리적 요소로서의 주관을 정치범죄의 판별기준으로 삼는 것으로 동기설과 목적설로 구분된다. 동기설은 감정을 중시한 것으로 정치적 동기만 있으면 정치범죄로 인정한다는 것이며, 목적설은 동기만으로는 부족하며 범죄의 종국적인 목적이 정치적일 것을 요구한다. 목적설은 그 목적에 대한 행위자의 주관적 의사 이외에 그 목적의 실현 또는 실현하려는 진정한 객관적 사실을 범죄의 수단과 결과에서 고려하여야 한다고 주장한다.<sup>164)</sup>

이러한 견해는 목적은 수단을 정당화한다는 사상에 입각한 것으로서 정치범에 대하여 국가적으로 관대한 처분을 하여야 한다는 점을 강조하는 점에 의의가 있으나 어떠한 범죄나 정치적 동기라고 주장하기만 하면 정치범으로 인정되어야 하는 등 문제점

---

163) 상계논문, 77면.

164) 상계논문, 74면.

을 안고 있다.

주관설이 정치범죄가 되는가 여부에 관한 평가기준을 행위자의 동기 또는 목적에 두는 데 반하여 객관설은 그 평가기준을 어떤 행위의 대상에 의한 사회적 영향, 즉 피해법익의 성질이 국가적 내지는 정치적 조직질서의 파괴였는가라는 객관적 사실에 두고 있다. 객관설 중에서 피해법익을 정치적 질서의 파괴로 보는 견해에 따르면 정치범죄는 그 결과가 국가의 기존제도를 불법적으로 변혁하거나 전복하거나 또는 국가원수의 생명에 대한 행위 등 공권력의 組織·政體 및 국가의 독립에 대한 범죄를 말한다.<sup>165)</sup> 그 피해법익에 대하여는 이를 정치적 질서의 파괴로 보는 설과 사회적 질서의 파괴로 보는 설이 있어 확정적 기준을 갖지 못하며, 이와 같이 넓은 의미로 파악하게 되면 정치범죄와 사회범죄를 구별할 수 없는 모순이 있다. 그러나 이러한 구별은 범죄인인도문제와 관련하여서는 그 범위에 이러한 제한이 또 다시 가해지는 등 다른 기준이 있으므로 범죄인의 인도와 관련하여서는 학설에 따른 차이는 문제되지 않을 것이다.

#### 4) 우리 범죄인인도법의 내용·판례

범죄인의 인도에 관한 범위와 절차 등을 규정하고 있는 「범죄인인도법」은 동법과 저촉되는 인도조약이 있는 경우에는 인도조약이 우선적용되지만, 인도조약이 체결되어 있지 아니한 경우이나 범죄인의 인도를 청구하는 국가가 같은 종류 또는 유사한 인도범죄에 대한 대한민국의 범죄인 인도청구에 응한다는 보증을 하는 경우에도 적용된다. 그리고 대체적으로 동법의 내용과 양자간 조약으로 체결되는 인도조약에 거의 동일한 내용이 규정되어 있는 경우가 대부분이다.

「범죄인인도법」의 적용대상이 되는 인도범죄는 대한민국과 청구국의 법률에 따라(쌍방가별성의 원칙), 사형, 무기징역, 무기금고, 장기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 '중죄'에 한한다(제6조). 또한 정치적 성격을 지닌 범죄 등은 인도거절하도록 규정하고 있다(정치범불인도의 원칙).

우리법원은 서울고법 2006. 7. 27. 자 2006토1 결정에서 정치범의 개념에 관하여 최

---

165) 상계논문, 75면.

초의 시사할 만한 판단을 내리고 있는바, 본 사안에서 문제가 되었던 점 중 하나는 범죄인인도절차에서 정치범죄의 개념 및 그 해당 여부의 판단 기준에 관한 사항이었다. 이 사건에서 법원은 범죄인인도절차에서의 정치범죄가 해당 국가의 정치질서에 반대하는 행위와 그와 같은 목적을 위하여 저지른 일반범죄, 즉 강학상 절대적 정치범죄와 상대적 정치범죄를 의미하고, 그 해당 여부를 판단함에 있어서는 범죄자의 동기, 목적 등의 주관적 심리요소와 피해법익이 국가적 내지 정치적 조직질서의 파괴에 해당하는지 여부 등 객관적 요소를 고려하여야 한다고 하였다. 정치범의 개념과 판단 기준과 관련하여 주요 내용을 옮기면 다음과 같다.

- ① 이 사건 인도조약 및 범죄인인도법의 규정 형식에 앞에서 본 정치범 불인도 원칙의 발전 과정 및 최근의 제한 경향, 정치범죄의 개념 및 유형 등에 비추어 보면, 이 사건 인도조약 제3조 제1항에서 말하는 “정치적 성격을 갖는 범죄”라 함은 「범죄인인도법」 제8조 제1항 소정의 “정치적 성격을 지닌 범죄이거나 그와 관련된 범죄”와 같은 의미로서 순수 정치범죄뿐만 아니라 상대적 정치범죄까지 아우르는 개념으로 해석함이 상당하다.
- ② 범죄인 인도의 대상 범죄가 정치적 성격을 갖는 범죄, 즉 정치범죄에 해당하는지 여부는 범죄행위에 있어서 범죄인의 동기, 목적, 기타 주관적 심리요소와 피해법익이 국가적 내지 정치적 조직질서의 파괴인지 여부와 같은 객관적 요소는 물론, 범죄인이 속한 조직의 정치적 성격과 견해, 위 조직의 활동 내용과 범죄인의 역할, 범행의 구체적인 경위 등의 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

## 5) 정치범의 범주에 선거사범이 포함되는지 여부

상기의 우리 범죄인인도법의 내용이 대부분의 국가의 국내법이나 인도조약과 유사하다는 점을 감안한다면, 재외선거범의 국내인도 가능성을 분석함에 있어서는 다음 사항을 먼저 검토하여야 할 것이다.

첫째, 우리 공직선거법 위반행위가 주재국(외국)의 법률에서도 처벌가능한 것인지 여부이다. 두 번째, 위반행위가 주재국의 법률에서도 중죄로 규정되고 있는지의 여부이다. 세 번째, 위반행위가 정치범의 범주에 포함되는가 여부이다. 첫 번째와 두 번째 검토사항은 구체적인 공직선거법 위반행위가 있는 경우 상대국 법령의 검토에 관한

문제라고 보인다. 국가마다 상이한 선거 및 투표에 대한 국내법을 가지고 있고, 일부 국가의 경우에는 선거관련법이 지방정부의 소관사항인 不統一法國의 경우에는 구체적인 사안에 임하여 구체적인 검토가 필요하다고 볼 것이다.

민주주의 사회의 경우 국가의 주요의사결정을 위하여 투표제도를 활용하거나 간접 민주주의 채택에 따른 주요 대표자를 선거를 통하여 선출하는 것은 일반적인 공통의 특징이라 할 수 있다. 다만, 이러한 정치과정에 이르기 위하여 정치집단이나 개인이 어떠한 참여를 할 수 있는지는 각 개별국가의 국내법이 규정하고 있는 사항이다. 이러한 정치참여의 구체적인 방식이나 방법에 대한 제한은 헌법상의 가치를 침해하지 않는 한 가능한 것이라 보인다. 우리 헌법상의 예를 든다면, 표현의 자유나 정치적 기본권의 보장은 공직선거법상의 여러 규정에 의거하여 제한될 수 있지만, 그러한 제한이 정치참여의 평등권이나 투표의 등가성을 보장한다는 측면에서 본다면 궁극적으로는 헌법의 가치를 보호하기 위한 제한이라고 할 수 있다. 그런데도 불구하고 선거법의 실시와 관련한 모든 범법행위가 정치범의 범주에 포함되어 범죄인인도나 형사사법 공조의 대상에서 제외된다고 판단하는 것은 다시 한 번 재고할 필요할 필요가 있다고 본다.

특히, 앞서 서술한 바와 같이 민주사회의 공통의 이익인 대의민주주의의 유지를 위한 선거제도는 한 국가의 국가이익에만 한정된 것이 아니라 국제사회가 추구하여야 할 하나의 가치라고 본다. 그렇다면 한 국가의 재외선거의 실효성이나 공정성을 무력화하기 위하여 매수나 매표행위를 자행하는 것은 국제사회의 이익에도 반하며, 위반자가 소재한 국가의 국내법에서도 금지하는 행위에 해당할 수 있다. 따라서, 선거법 위반행위의 정치범 여부는 그 위반행위의 내용, 방식, 의도를 다방면으로 검토하여 인도를 요청하는 국가의 정치질서의 변혁이나 저항의 의미를 내포하는가에 관한 구체적으로 검토한 결과 판단될 수 있는 문제라고 본다.

## (2) 법집행기관의 현지수사·영사의 조서작성

국제법상 국내의 법집행기관이 주재국 정부의 동의없이 주재국에서 직접 수사를 하고 증거를 확보하며 증인을 심문하는 것은 주재국의 주권침해 문제로 비화하여, 주재국과 외교적 마찰의 소지가 있다. 또한 이와 같은 주재국에서의 법집행에 관련한 외

교관이나 영사의 경우 주재국에 의하여 기피인물로 지정되어 사실상 추방될 우려가 있다. 주재국 중 자국법의 준수를 강력하게 요구하는 국가는 외교관이나 영사의 신분을 가진 자가 자국이 금지하는 행위에 관여하는 경우 파견국에 출국을 요구하는데 그치지 아니하고 외교상의 면책특권이나 신체의 불가침성에 관한 국제법이나 국제관례를 무시하고 구금하는 경우도 있다.

그리고, 영사에 의한 간접적인 증거수집과 관련하여, 「영사관계에 관한 비엔나협약」으로서 제5조 (j)목에서 “본국의 법원을 위하여 증거조사의뢰서 또는 증거조사위 임장을 집행하는 것”을 영사의 기능으로 규정하고 있는바, 위 조항은 영사에 의한 조서의 작성을 전제로 하고 있다. 하지만 현재의 대법원 관례에 의한다면 반대신문권이 봉쇄된 점 등의 이유로 해외에 체류하는 원진술자가 국내 법정에서 출석하지 않는 이상 그 증거능력을 인정받기 어려울 것이다.<sup>166)</sup>

따라서 현재로서는 재외선거에서 발생할 수 있는 선거범죄에 대하여 우리 수사당국이 외국에서 주재국의 동의를 얻지 아니 하는 한 현행 형사소송법상 수사를 행할 수 없고, 국내법 및 국제조약상의 한계 때문에 실효적인 증언을 확보할 수 있는 방법이 부재하다고 할 수 있다.

### (3) 재외선거법 조사를 위한 국제형사사법공조

해외에 거주하는 피의자 또는 참고인이 국내 수사기관 또는 법원에 출석할 가능성이 거의 없고, 현지 재외공관에 출석할 것을 강제할 경우에는 외교적 마찰가능성이 있을 뿐만 아니라, 이들로 하여금 재외공관에 자진출석하도록 유도할 효과적 장치도 부족한 실정이다. 또한, 피의자 또는 참고인이 재외공관에 출석하여 그들을 상대로 영사가 조서를 작성하거나 진술서를 제출받더라도 앞서 살펴본 바와 같이 그 진술자가 다시 법정에서 나와 해당 조서 등의 진정성립을 인정하지 않는 이상 증거능력을 부여하지 않는 것이 현행 형사소송법 규정과 이에 대한 법원의 해석 입장이다.

---

166) 대법원 2007. 12. 13. 선고 2007도7257 판결에서 법원은 대한민국 주중국 대사관 영사가 작성한 사실확인서 중 공인 부분을 제외한 나머지 부분이 비록 영사의 공무수행 과정 중 작성되었지만 공적인 증명보다는 상급자 등에 대한 보고를 목적으로 하는 것인 경우, 형사소송법 제315조 제1호의 ‘공무원의 직무상 증명할 수 있는 사항에 관하여 작성한 문서’ 또는 제3호의 ‘기타 특히 신뢰할 만한 정황에 의하여 작성된 문서’라고 볼 수 없으므로 증거능력이 없다고 하였다.



한편, 외국과의 형사사법공조를 생각해 볼 수 있으나 먼저 외국의 선거사범 처벌체계에 대한 고려가 필요하다. 재외선거사범에 대하여 범죄인인도를 요청하여 외국 정부의 협조를 받거나, 외국 국적자인 재외동포를 우리 형법 제6조에 따라 ‘대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 죄를 범한 외국인’으로 처벌하기 위해서는 그 공직선거법 위반행위가 해당 국가의 법률에 의해서도 범죄를 구성하여야 한다. 특히, 범죄인인도 또는 형사사법공조의 요건 가운데 하나인 “쌍방가벌성”은 범죄인의 행위가 요청국뿐만 아니라 피청구국의 법률로도 범죄를 구성하여야 하는 것을 의미하는데, 재외선거 과정에서 공직선거법 위반행위가 저질러졌더라도 그 행위가 발생한 피청구국의 법률에 의하면 범죄를 구성하지 않는다는 이유로 외국 정부가 협조를 거부할 여지도 있는 것이다. 우리 공직선거법은 외국의 선거 관련 법률에 비하여 선거운동 및 투·개표 과정에서 발생할 수 있는 선거범죄의 종류에 관하여 훨씬 자세하게 규정하고 있고, 그 결과 국내에서는 선거범죄를 구성하는 행위에 해당하지만 외국에서는 아무런 범죄를 구성하지 않는 경우가 많을 것으로 보인다.

## V. 기타 재외선거의 공정성 확보방안

### 1. 주재국과의 협력 필요성

재외선거를 실시함에 있어서 국내 정치상황의 변화와 법률상의 촉박한 선거일정 때문에 재외국민이 위치한 국가(주재국)와의 협력이 용이하지 아니할 수도 있고, 협력이 제대로 이루어지지 않아 재외선거의 실시과정에 있어서 주재국의 주권을 침해하거나 외교상의 문제를 야기할 우려가 있다.

특히 대외관계와 협력의 문제는 일반적으로 선거관리기관 책임 영역 밖의 문제이며 그러한 기관의 궁극적인 기능을 도파하는 문제일 수 있다고 본다. 주재국과의 재외선거에 관한 협정을 협의하기 위해서, 국가들은 일반적으로 자신들의 외교부를 활용하기도 한다.<sup>167)</sup>

만약 주재국과의 충분한 협력이 결여된 경우에는 법률상 및 외교상의 문제 때문에 재외선거의 실시가 어려워지거나 혹은 불가능할 수도 있다는 것을 가정하여야 한다. 재외선거의 실시와 관련하여 상정하여 볼 수 있는 주재국의 적극적 역할에는 아래 사항들이 있을 수 있다.

- ① 인구통계학적 정보를 포함한 데이터의 제공 및 보호
- ② 적절한 사무공간의 설치 지원
- ③ 선거진행요원, 참관인, 정당인사 및 선거권자의 이동의 자유 보장
- ④ 투표용지를 포함한 선거관련 물품을 위한 통관편의 제공
- ⑤ 세금 또는 기타 수수료의 면제
- ⑥ 진행요원의 선거기간중 고용과정의 지원
- ⑦ 적절한 안전의 보장

또한 장기적이고 상시적인 재외선거 실시에 있어 주재국의 적극적 지원을 얻기 위하여 주재국협정(host country agreement)의 필요성에 관하여 검토할 필요가 있다고

167) 예컨대, 에스토니아와 인도네시아는 외교부가 주재국협정을 협의할 뿐만 아니라 재외선거절차를 관장할 책임을 지고 있다. Andrew Ellis, Carlos Navarro, Isabel Morales, *supra* note 133, p. 138.

본다. 복수의 국가들에서 실시되는 재외선거의 경우, 주재국협정은 해당 국가들마다 다양할 수 있으나, 선거절차의 투명성과 통일성을 보장하는데 있어서 협정의 일정한 규격화가 필요하다고 본다. 이러한 주재국협정을 통하여 선거진행과 관련한 제반 협력의 확보, 특히, 대사관, 영사관 이외의 장소에의 투표소의 설치, 선거관련 물품의 주재국 반입에 있어서 통관상, 관세상 편의의 확보 등을 생각할 수 있다.

또한, 구체적인 선거법 위반행위의 예방이나 단속을 위하여 장기적으로 선거가 실시되는 주재국과의 협약이나 양해각서 체결을 통한 재외선거법 대처방안도 검토할 필요가 있다고 본다. 현행 양자조약으로서 범죄인인도조약이나 국제형사사법공조조약을 통한 주재국의 협력을 확보하는 방안은 공직선거법 위반행위가 정치적 범죄에 해당하거나 쌍방가벌성의 문제 때문에 현행 국제적 형사협력제도의 틀 내에서 불가능한 경우도 있을 것으로 보이기 때문이다.

## 2. 단기적 방안

재외선거의 실시와 관련하여 이미 공직선거법의 개정과정이나 중앙선거관리위원회의 홍보활동을 통하여 실시에 관한 인식은 많이 제고되었으며, 다음 선거까지는 국내에 귀속의식을 가지는 재외국민에게는 충분한 홍보가 이루어지리라 본다.

이러한 재외선거의 실시가 재외국민의 현지사회에의 동화를 저해한다든가 재외동포사회를 분열시킨다든가 하는 사회적 문제를 야기할 수 있지만, 주권재민의 원리에 기초한 우리 헌법상의 가치의 실현에 있어서는 상당히 중요한 계기가 되리라 본다. 이러한 중요한 선거법의 전환기에 즈음하여, 선거의 공정성 확보는 첫발을 내딛는 재외선거에 있어서 그 성공의 중요한 판단척도가 되리라 본다.

재외선거에서 공정성 확보를 위한 국내적 대책으로서 단기적인 방안에 관하여 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 재외국민에 대한 홍보를 확대하는 방안이다.

재외국민의 선거에 관한 인식이 고양되었다고 하더라도, 국내에서의 선거실시과정에서 허용되지만 재외선거에서 금지되는 선거운동의 방식이나 형사적 제재 내지 과태

료 등 행정처분의 대상이 되는 행위에 대한 재외국민의 준법의식도 고양되었다고 볼 수는 없다. 따라서, 국내에서의 선거법 위반행위와 유사한 행위가 재외국민 사회에서도 발생할 수 있는데, 그러한 요인중의 하나로는 재외국민이 귀속감을 갖고 살아가고 있는 주재국의 정치환경이나 국내법 제도가 우리나라의 경우와 다르다는 사실에 기인한다. 특히, 선거운동방식에 관하여 광범위한 자유를 보장하는 서구국가에 거주하는 재외국민의 경우, 자신의 개개의 행위가 우리 선거법이 금지하는 행위에 해당하는지에 대한 인식이 결여될 수 있다. 아울러 우리 선거법에 대해 일부 이해하고 있다고 하더라도, 자신의 국외에서의 행위는 현지법에 저촉되지 않는 한 범위반행위를 구성하지 아니한다는 인식을 가질 수도 있다. 이러한 우리 현행법과 재외국민의 법인식의 괴리와 관련하여서는 단기적으로 홍보를 통한 계도로 극복할 수 있을 것이다.

두 번째, 사후적인 조치를 통하여 재외국민이 장래에 선거법을 위반하는 것을 예방하는 방안이다. 우리 재외동포들이 주로 거주하는 미국, 일본의 경우, 재외동포는 현지국의 국적을 취득한 자, 현지국의 영주권만을 취득하여 장기 거주하는 자, 사업이나 학업을 이유로 체류목적 기간 동안만 거주하는 자와 같이 여러 가지 부류로 구분할 수 있다. 이중국적이 일반적으로 허용되지 아니하는 우리 법제상, 편의상 외국국적을 취득하고 있는 재외동포의 경우에도 동포사회에 적극적으로 참여하고 기여하는 자들이 많이 있다. 우리 정치사에서 보면 이러한 자들이 외국국적임에도 불구하고 한국 사회에 귀속감을 갖고 계속적으로 교민단체에 참여하거나, 교민대상의 언론 활동을 통하여 국내 정치에 대해 지속적인 관심을 표명하는 경우가 많다. 다만, 우려스러운 것은 대인주권에 의하여 국내법을 준수할 의무를 가지는 대한민국 국적의 재외국민의 경우 공직선거법 위반행위의 단속대상이 됨에 반하여, 외국국적을 취득하고 있는 재외동포의 경우 외국에서 행위에 대하여 우리의 사법당국이나 선거관리당국이 적극적으로 제재할 수 없는 실정이라 할 수 있다. 이러한 경우에 몇 가지 간접적인 국내법 준수를 강제하는 방법을 생각해 볼 수 있다.

한 가지 방법으로는 출입국관리법상 입국거절 사유에 공직선거법 위반행위에 관여하거나 선거관리위원회의 출석 등의 요구를 거절한 자의 경우를 포함하는 방안이다. 외국인의 국외추방과는 달리 외국인의 입국거절의 경우, 국제법상 한 국가의 주권적 문제, 즉 국내문제이기 때문에 비교적 자유롭게 한 국가는 외국인의 입국을 거절할 수 있다는 것이 현행 국제법의 원칙이다.<sup>168)</sup>

세 번째, 사후적인 조치를 통하여 선거법 위반행위를 예방하는 또 하나의 방법으로 선거범죄 피의자가 우리 국내법상 향유하여 왔던 혜택 또는 장래에 향유한 혜택을 철회하거나 중지하는 방안이다.

법무부장관은 대통령령이 정하는 금액 이상의 국세 등을 정당한 사유없이 그 납부 기한까지 납부하지 아니한 자에 대하여 출국을 제한할 수 있다(「출입국관리법」 제4조 제1항). 선거관리위원회가 부과한 과태료를 재외국민이 자발적으로 납부하지 아니하는 경우, 그 재외국민이 입국후 출국할 때 본 규정을 이용하여 납부를 강제하는 방법을 생각할 수 있다. 다만 현재 대통령령이 정하고 있는 금액이 5천만원이기 때문에 대통령령을 개정하여 재외선거에서 과태료 부과처분을 받은 자의 경우 그 과태료를 전부 납부하지 아니한 경우에는 출국을 금할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 본다. 재외국민이나 일시적인 외국체재자의 경우 대한민국에 귀속감을 가지고 상시적으로 출·입국하는 경우가 많기 때문에 이러한 출입국의 제한 자체가 재외선거에서의 공직선거법 준수를 강제하고 과태료 납부를 독촉하는 실질적인 방안이 될 수 있을 것으

168) 외국인의 입국처리는 국제법상 아직까지 '국내문제'이며, 국가는 자국에 입국하고자 하는 외국인에 대하여 그가 관광목적의 경우 3개월 내지 6개월 입국이 가능한 입국사증면제협정이 체결된 국가에서 왔든 대한민국에 입국하기 전에 사전에 입국사증을 발급받았든지 불법체류 등 국내법을 위반할 우려가 있는 경우에는 입국을 거부할 권리를 가지고 있다. 입국이 거부된 자는 강제로 퇴거되며, 입국거부의 이유를 고지하지 아니하였더라도 국제책임이나 민사적 책임이 면제된다. 대한민국에 입국하거나 대한민국으로부터 출국하는 외국인의 출입국관리에 관하여 규정하고 있는 「출입국관리법」은 제11조 제1항에서 여러가지 외국인의 입국 금지사유에 대하여 열거하고 있는 바, 3호에서 대한민국의 이익이나 공공의 안전을 해하는 행동을 할 염려가 있다고 인정할만한 상당한 이유가 있는 자와 8호에서 열거된 사유에 준하는 자로서 그 입국이 부적당하다고 인정하는 자가 포함되어 있다. 아울러 동조 제2항에서는 법무부장관은 입국하고자 하는 외국인의 본국이 제1항 각호외에 사유로 국민의 입국을 거부할 때에는 그와 동일한 사유로 그 외국인의 입국을 거부할 수 있는 상호주의를 규정하고 있다.

그리고 「출입국관리법시행령」 제14조 제1항은 중앙행정기관의 장 및 법무부장관이 정하는 관계 기관의 장은 그 소관업무와 관련하여 입국거부 사유에 해당하는 외국인이 있다고 인정하는 때에는 법무부장관에게 입국금지 또는 입국거부의요청을 할 수 있도록 하고 있는 바, 이 제도를 활용하여, 선거를 관장하고 있는 중앙선거관리위원회와 재외선거관리위원회의 업무를 실질적으로 수행하는 외교통상부장관은 우리나라의 재외선거의 실시과정에서 적극적으로 개입하는 외국인에 대해서는 입국을 정책적으로 제한하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 특히 그러한 대상이 되는 외국인이 대한민국에 귀속감을 가지는 재외동포의 경우 국내에 입국가능성이 크기 때문에 실질적으로 재외선거에의 개입을 지양하는 결과를 가져오리라 본다.

또한 「출입국관리법」은 이미 입국한 외국인이라고 하더라도 법무부장관은 대한민국에 체류하는 외국인은 정치활동을 하여서는 아니되면, 정치활동을 한 때에 그 외국인에 대하여 서면으로 그 활동의 중지 기타 필요한 명령을 할 수 있다고 규정하고 있으며(제17조 제2항 및 제3항), 출입국관리사무소장 또는 출장소장은 외국인의 정치활동 금지위반이 있는 경우에는 해당 외국인을 대한민국밖으로 강제퇴거시킬 수 있으며(제46조), 가벼운 경우에는 그 외국인에게 자진하여 출국할 것을 권고할 수 있다(제67조 제1항).

로 보인다. 이외에도 이미 발급한 여권을 무효화시키거나 여권의 재발급을 중지하는 조치를 취할 수도 있고, 국내에서 취득한 면허 등의 정지 또는 취소를 고려할 수도 있을 것이다.

네 번째, 국내 선거법 위반행위를 저지르거나 이에 관여된 자에 대한 재외동포에 부여된 특혜적 권리의 정지이다.

재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률에 의거 재외동포의 경우 대한민국에의 출입국과 대한민국 안에서의 법적 지위에 있어서 다른 외국인과 달리 특별한 지위가 보장되고 있다. 재외동포의 범주와 관련하여 동법 제2조 제2호에서는 대한민국의 국민이 아니지만 “대한민국의 국적을 보유하고 있던 자 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자중 대통령령으로 정하는 자”로 정의하고 있다. 외국국적동포의 경우 체류기간의 연장허가나 재입국허가를 받을 때 특별한 지위를 보장받으며, 국내거소신고를 한 외국국적동포는 부동산의 취득, 보유, 이용 및 처분할 때에 대한민국의 국민과 동등한 권리를 갖는다. 또한 금융거래, 외국환거래, 건강보험의 경우에도 특별한 지위를 인정받고 있다. 동법을 개정하여 재외선거의 실시과정에 불법적으로 개입하는 재외국민에 대해서는 특혜적 권리의 박탈이나 일정기간동안의 정지를 검토할 필요가 있다고 본다. 정책적인 견지에서 볼 때, 대한민국의 주요한 정치과정의 일부인 재외선거에 불법적으로 개입하는 경우에도 외국국적동포로서 특별한 지위를 보장하여 주는 것은 일반 국민의 법감정에 반한다고 볼 수 있다.

### 3. 장기적 방안

국제법의 발전과정에 있어서 한 때는 국내문제라 일컬어져서 외국은 그 문제에 대하여 개입하여서는 안되는 사항이던 것이 국제사회의 긴밀화와 여건의 성숙에 따라 더 이상 국내문제가 아니라 외국도 관심이나 의견을 표명할 수 있는 국제문제가 되는 사항이 많이 나타나고 있다. 특히 그러한 분야로 ‘인권’이나 ‘인도주의’의 분야를 들 수 있다. 신체의 자유나 생존권과 같은 인간의 기본적인 권리는 과거에는 한 국가내의 국내문제에 불과하였으나, 현재는 그러한 기본인 개인의 권리에 대한 전면적인 부인이 국제문제로 취급되며 UN 등의 국제사회가 이에 적극적으로 개입하는 경우가 많

이 나타나고 있다. 특히, 국제국의 정치질서에 개인이 참여할 수 있는 권리의 보장은 1990년대 후반 이후 보스니아헤르체고비나, 이라크, 아프가니스탄의 안정화 과정을 살펴볼 때, 이제는 점점 하나의 국제사회가 관심을 가지는 국제문제로 발전하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 한 국가가 자국민의 자국 정치과정에서의 참여를 보장하기 위하여 외국에 적극적인 협력을 요구하는 것은 장래에는 국제법상 국가의 권리로 발전해 나가리라 본다. 현재로서는 외국의 재외선거를 실시하는 국가의 정치적인 과정에 대하여 존중하고 협력하는 것이 국제예양으로 발전하고 있다고 볼 수 있을 것이다. 특히 이러한 재외선거의 실시가 시민의 정치적인 참여와 인권의 보장에 있어서 선진적인 국가들의 일반적인 현상이라 볼 때, 당연하다고 볼 수 있다. 다만, 이때 간과하여서는 아니 될 사항으로는 각국의 선거 및 투표에 대한 법적 규제가 꼭 일치하지 아니하다는 현실이다. 특히, 우리나라와 같이 헌정사의 특수한 문제로서 선거의 공정성 확보에 대하여 국민적 및 정치적 요구가 강한 경우 선거운동의 방식 및 기간 등에 대한 상당한 제한이 상존하고 있는 현재, 재외선거의 실시의 협력 외에 재외선거의 공정성의 사후적 및 사전적 협력의 요구가 주재국(외국)의 이해관계와 일치 내지 조화를 이룰 수 있는지는 의문일 수 있다.

따라서, 국내적인 입법방안으로는 우리가 재외선거의 실시 및 공정성 확보조치에 대하여 외국의 협력을 강력하게 요구하기 위해서, 우리의 선거제도와 외국의 선거제도와 많은 부분에서 일치하고 있다는 사실을 먼저 증명할 필요가 있을 것이다. 이러한 외국선거제도와 조화 내지 일치를 위해 일정 부분 우리 공직선거법의 개정이 요구된다. 다만, 우리 공직선거법이 해방이후 헌정사를 반영하여 계속 발전되어온 측면을 고려한다면, 단순히 재외선거 실시의 효율성과 공정성의 확보를 위해서만 개정이 검토될 수는 없다할 것이다. 하지만 이러한 개정은 우리 선거법 내에 재외선거에만 적용되는 조항 도입을 통하여 일부 외국선거법과의 조화를 이룰 여지는 있다고 본다.

그러한 제도로서는 국민대표의 선출과정에 있어서 이탈리아와 같은 재외선거구의 신설을 들 수 있다. 국회의원 선거에 재외선거구를 새로이 신설하고 이러한 재외선거의 실시 및 운영에 관한 규정을 별도로 두어, 그러한 재외선거구만을 위한 특수한 선거 및 투표방식을 기술하고, 그러한 선거 및 투표방식이 우리가 대외적 협력을 요구하는 국가들의 선거 및 투표방식과 일치 내지 조화되도록 조정할 수 있을 것으로 보인다.

앞서 살펴 본바와 같이 재외선거의 실시를 위한 외국과의 협력방안의 대상으로는 크게 두 가지로 재외선거의 실시를 위한 외국의 적극적인 협력이 필요한 사항과 재외선거의 실시과정에서 발생하는 여러 가지 범위반행위의 단속과 처벌을 위한 협력에 관한 사항으로 준별할 수 있다 할 것이다.

전자를 위하여는 앞서 살펴본 국제적 규범으로서 다자조약인 「외교관계에 관한 비엔나협약」과 「영사관계에 관한 비엔나협약」, 그리고 일부 국가와 체결한 영사관계에 관한 협약의 적극적인 해석을 통하여 그 실시의 협력을 요구할 수도 있으나, 현실상의 법률적인 강제를 통한 협력은 국제관계상 불가능하다고 할 수 있다. 따라서, 재외선거의 원만한 실시를 위하여는 외국과의 협력이 요구되는 바, 이제부터라도 우리 재외국민이 주로 거주하는 미국, 일본, 중국 등 주요 국가의 재외선거에 관한 그 나라의 국내법 및 법집행을 면밀히 조사하여, 단기적으로는 시급한 협력방안을 기술하는 양해각서를 체결하거나 장기적으로 재외선거와 관련한 종합적 협약 체결을 통하여 이 문제를 해결할 수 있을 것으로 보인다. 다만, 이러한 협약은 현재로서는 국제적으로 그 사례를 찾기 힘들기 때문에 장기적으로 이에 관한 구체적인 방안을 검토하여 일단 양해각서 수준에서 주재국과의 타협점을 찾을 수 있다고 본다.

후자인 재외선거의 공정성 확보를 위한 외국과의 협력은 앞서 선거실시와 관련한 방안 강구와 유사한 협력의 틀을 생각할 수 있다. 이미 우리나라는 주요 통상국가들과 범죄인인도조약이나 형사사법공조조약을 체결하고 있다. 다만, 이러한 국제적인 의무 이행장치로서 여러 조약의 틀을 통하여 재외선거를 둘러싼 범죄의 예방이나 단속을 위하여는 두 가지 전제되는 요건을 충족시켜야 하는 바, 쌍방가벌성의 원칙과 정치범 예외 조항의 적용여부의 확인이 필요하다. 쌍방가벌성의 원칙은 앞서 살펴 본 바와 같이 형사사법공조를 요청하는 국가와 요청을 받는 국가간에 특정행위의 범죄성에 대한 평가가 일치하여야 하는 문제이다. 주로 예견할 수 있는 공조요청사항은 외국에서 이루어진 선거법 위반행위에 대한 증거조사와 증인심문의 의뢰라고 할 수 있는데, 우리 선거법과 요청을 받는 국가의 선거법, 그리고 양국의 상위규범인 헌법의 태도를 두루 살펴서 평가되는 사항이라고 할 수 있다. 우리와 같이 엄격한 선거운동에 대한 제한을 두고 있는 국가의 경우와 다른 느슨한 선거운동 제한을 채택하고 있는 국가간에 적절한 공조요청이 불가능한 경우가 많을 것으로 생각된다.

선거범죄의 정치범 여부와 관련하여서도 국제적인 선린우호관계의 유지라는 측면에



서 본다면 일견 각국의 상대방 국가의 순수한 국내정치 문제에 대한 개입을 주저할 것이라고 예상되지만, 앞서 살펴본 바와 같이 모든 선거관련 위반행위가 정치범의 범주에 포함된다고 할 수는 없다. 특히, 선거제도에 관한 여러 국가들의 제도를 종합하여 볼 때, 개인이나 집단이 사익 또는 자신이 속한 정당의 이익을 위한 통상적인 국가의 선거운동 규제상 금지되는 행위에 개입하는 경우, 예컨대 대표행위 등의 경우에는 정치범의 예외에 속한다고 평가하기는 쉽지 않을 것으로 보인다.

이와 같이 선거관련 범죄행위의 유형 중 일부는 정치범의 범주에 포함되지 않을 것이라 생각되나, 이러한 유형화나 선별을 미리 하는 것은 불가능하므로 후속적인 조사와 사례연구가 수반되어야 할 것으로 보인다. 이러한 후속적인 조사 및 연구는 향후 1-2년 내에 우리 공직선거법에 의거하여 치러지는 투표 및 선거의 결과 분석을 통하여 충분히 유형화가 가능하리라 본다.

그리고, 중국을 제외한 재외국민이 많이 거주하는 미국, 일본, 유럽의 주요 국가의 경우 이미 재외선거와 관련한 여러 가지 제도를 도입하고 있는 바, 이들 국가들도 자국의 정치적 통합을 위하여 여러 가지 우리와 유사한 제도를 시행하고 있다는 측면에서 선거와 관련한 사항에 대한 국제적인 협력의 기대감도 클 것으로 보인다. 따라서, 우선 이러한 국가들과 협력을 통하여 상호간의 이익이 교환될 수 있는 여지를 찾을 수 있다고 본다. 재외선거의 실시와 관련하여서는 앞서 살펴본 바와 같이 선거실시와 관련된 공무원의 제반 업무수행, 선거관련 물품이나 서류의 반입의 편의, 그리고 관련 제도의 이행에 있어서 여러 가지 세제상의 혜택은 상호간의 이익이 교환될 수 있는 부분이라 할 수 있다. 또한 선거관련 부정행위의 단속 등 문명국가에 공통된 이익의 보호라는 측면에서 재외선거범죄의 일부 유형에 대하여는 상호간에 양해각서의 체결이나 조약의 채택을 통하여 적극적으로 주재국이 개입할 수 있는 부분을 찾을 수 있을 것으로 보인다. 이를 위하여 향후 재외국민이 주로 거주하는 국가의 정부와 교섭을 통하여 공동연구를 수행할 필요가 있을 것으로 보인다.

## VI. 결론

우리 헌정사에 있어서 2012년 최초로 시행될 예정인 19대 국회의원 선거와 18대 대통령 선거에서의 재외선거는 우리의 정치과정이 국내뿐만 아니라 국외에서도 실질적으로 진행됨을 의미한다. 이러한 우리 정치과정의 국외에서의 실시는 대한민국의 정치나 선거 등 민주적 제도가 얼마나 발전하고 있는지를 전세계에 알릴 수 있는 계기가 될 것으로 생각된다.

한 국가가 이러한 재외선거를 실시함에 있어서는 국내선거와 달리 국제법상 인정되는 여러 가지 법원칙의 준수가 우선되어야 할 것으로 보인다. 국제사회 속에서 대한민국은 하나의 일원이며 그 일원으로서 국제적 의무를 다하여야 하기 때문이다. 따라서 재외선거를 실시할 때에는 외국주권존중의 원칙에 기반하여, 우리 법의 대외적 집행시에는 많은 경우에 외국의 동의를 필요하다는 사실을 명심하여야 할 것이다. 이러한 국제법의 존중은 국민주권의 실현과 대의민주주의의 보장이라는 국내 헌법의 원칙과 함께 행해져야 하는 것이다. 따라서 선거법위반이나 위반행위에 대한 행정지도, 선거법위반의 단속과 관련한 행정조사, 과태료의 부과 등 선거의 공정성의 확보를 위한 여러 가지 선거관리위원회의 권한 행사에서는 외국주권존중의 원칙이 우선 고려되어야 할 것이다.

아직 국제사회 또는 국제법의 영역에서 외국의 재외선거에 관한 국제적 규범은 뚜렷이 나타나고 있지 않다. 어떤 의미에서 본다면 국제법이 명시적으로 금지하지 아니한 사항에 대하여 각 개별 주권국가는 자유로이 행동할 수 있다고 판단되어질 여지가 있다. 하지만 국가간의 선린관계 증진의 측면에서 본다면, 한 국가가 자국의 주권작용으로서 국가관할권을 자국내에서의 선거 실시와 같이 행사할 때는, 특히 외국의 영역에서 자국의 국내법을 적용하고 집행할 때에는 국제법이나 국가 간 예양 존중차원에서 행사하여야 할 것이다.

이러한 이해를 기반으로 하여 향후의 재외선거에 관한 제도를 정교화하여 외국과의 불필요한 마찰을 최소화 하여야 할 것으로 보인다.

## 참고문헌

- 金大淳, 『國際法論』, 第14版, 三英社, 2008
- 김주덕, 「국제형법」, 육서당, 1999
- 김찬규·이영준, 『국제법개설』, 법문사, 1994
- 나인균, 『국제법』, 법문사, 2004
- 石光現, 『國際私法 解説』, 第2版, 芝山, 2003
- 성낙인, 「재외선거의 공정 확보방안에 관한 연구」, 중앙선거관리위원회, 2008.12
- 아카데미아리서치편집부, 『국제관계법사전』, 아카데미아리서치, 2000
- 유병화 외, 『국제법 I』, 法文社, 2001
- 李漢基, 『國際法講義』, 新訂版, 博英社, 2004
- 정병욱, 『공직선거법』, 博英社, 2006
- 고현환, “行政節次法上 行政指導와 問題點 改善方案”, 法學研究. 제28집 (韓國法學會, 2007년 11월),
- 金大淳, “국가관할권 개념에 관한 소고”, 『法學研究』 제5권(延世大學校法學研究所, 1995.2)
- 金奭賢, “海洋法上 國家責任制度의 諸問題”, 서울국제법연구원(편), 『서울국제법연구』, 제2권 제1호 (1995. 5)
- 김선복, “所謂 國際刑法에 관하여”, 韓國海洋法學會(編), 『해법·통상법』, 제7권 제1호 (1995. 8)
- 金燦奎, “國際事件에 대한 國內裁判所의 管轄權”, 慶熙法學研究所(編), 『慶熙法學』, 제23권 제1호 (1988. 10)
- 김형진·정영진, “공정거래법의 역외적용”, 대한변호사협회(편), 『인권과 정의』, 제332호 (2004. 4)
- 백충현, “정치범불인도의 원칙”, 『서울대학교 법학』, 제16권 제2호, 1975
- 오병선, “獨占規制法の 域外的 適用과 國際禮讓”, 大韓國際法學會(編), 『國際法學會論叢』, 제56권 (1984. 12)

오준근, “방송위원회의 주의·경고 및 권고에 관한 행정법적 연구”, 『방송연구』 제59호 (2004. 12)

이효원, “재외선거범죄에 대한 법적 쟁점”, 형사법의 신동향 통권 제24호(2010.2)

한남현, “과태료법제에 관한 연구”, 대전대학교 대학원 박사논문, 2004

허선, “국제카르텔에 대한 공정거래법 역외적용의 경험과 논리 : 흑연전극봉 국제카르텔 사건을 중심으로”, 韓國競爭法學會(編), 『競爭法研究』, 제9권 (2003.4)

山本草二, 『國際法』, 新版 (東京 : 有斐閣, 1994)

山本草二, 『國際刑事法』 (東京 : 三省堂, 1991)

山岸秀, 『國際犯罪と國際刑法』 (東京 : 早稻田出版, 2003)

奥脇直也, “第2部 國際法の實現過程－變容する程國家管轄權の機能”, 村瀬 信也 外(編), 『現代國際法の指標』 (東京 : 有斐閣, 1994)

山本草二, “國家管轄權の機能とその限界”, 寺澤一·内田久司(編), 『國際法の基本問題』 (東京 : 有斐閣, 1982.2)

廣部和也, “國家管轄權の 競合と 配分”, 村瀬信也 外(編), 『國家管轄權 - 國際法と國內法 (山本草二先生古稀記念)』 (1998)

Andrew Ellis, Carlos Navarro, Isabel Morales, *Voting from abroad: the International IDEA handbook*, International IDEA, 2007

F. A. Mann, *Studies in International Law* (London : Oxford University, Clarendon Press, 1973)

Joseph M. Sweeney, convey T. Oliver, and Noyes E. Leech, *Cases and Materials on the International Legal System* 2d ed. (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1981)

Joseph M. Sweeney, convey T. Oliver, and Noyes E. Leech, *Cases and Materials on the International Legal System* 2d ed. (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1981)

M. Bedjaoui, *Fonction Publique Internationale et Influences Nationales* (New York : Praeger, 1958)

M. Bedjaoui, *Fonction Publique Internationale et Influences Nationales* (New York : Praeger, 1958)

- Marjorie M. Whiteman, *Digest of International Law* (Washington: U.S. Department of State, 1963-1973). Vol. 6.
- Rebecca Wallace, *International Law* (London : Sweet & Maxwell, 2002)
- The American Law Institute, *Restatement of the law(Third): The Foreign Relation Law of the United State* (St. Paul, Minnesota : American Law Institute, 1987)
- D. W. Bowett, "Jurisdiction : Changing Patterns of Authority over Activities and Resources," *British Yearbook of International Law*, vol.53, 1982
- F. A. Mann, "The doctrine of jurisdiction in international law," *Recueil des cours* [de l'Académie de Droit International de la Haye], 1964
- G. P. Barton, "Foreign Armed Forces: Immunity from Supervisory Jurisdiction," 26 *British Yearbook of International Law* 145(1949)
- J. L. Brierly, "Report on Jurisdiction over Extraterritorial Crime, League of Nations Document, 1926," *American Journal of International Law*, vol.20, 1926
- L. Preuss, "Kidnapping of Fugitives from Justice on Foreign Territory," 29 *Am. J. Int'l L.* 502(1935)
- Laurence Collins, "Some Aspects of Service out of the Jurisdiction in English Law," 21 *International & Comparative Law Quarterly* 656(1972)
- Michael Akehurst, "Jurisdiction in International Law," 46 *British Yearbook of International Law* 145(1972-3)
- R. Y. Jennings, "Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws," *British Yearbook of International Law*, vol.33, 1957
- Vaughan Lowe, "10. Jurisdiction," in Malcolm D. Evans(ed.), *International Law*, (Oxford : Oxford University Press, 2003)