

공직선거법상 '사회상규에 위배되지 않는 행위'의 개념과 적용

박 철 · 최유나*

• 목 차 •

- | | |
|--|---|
| <p>I. 서론</p> <p>II. 사회상규에 위배되지 않는 행위의 개념</p> <p>1. 사회상규에 위배되지 않는 행위의 의미</p> <p>2. 사회상규에 위배되지 않는 행위의 법적 성질</p> <p>3. 사회상규에 위배되지 않는 행위의 판단 기준</p> <p>III. 공직선거법상 사회상규에 위배되지 않는 행위의 개념</p> <p>1. 선거관리위원회의 사회상규 관련 법령 해석 및 검토</p> | <p>2. 사회상규 관련 고발 불기소 사례</p> <p>3. 사회상규 관련 공직선거법 판결의 개관</p> <p>IV. 공직선거법 판결문 검토를 통한 사회상규에 위배되지 않는 행위의 적용</p> <p>1. 공직선거법 판결문상 사회상규에 위배되지 않는 행위의 개념 및 판단기준</p> <p>2. 기부행위 관련 판결의 적용</p> <p>3. 선거운동 관련 판결의 적용</p> <p>4. 그 밖의 유형 관련 판결의 적용</p> <p>V. 결론</p> |
|--|---|

I. 서론

형법 제20조는 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.”라는 정당행위 규정을 두고 있다. 공직선거법에서는 이러한 정당행위에 대하여 별도로 규정하고 있지는 않지만, 형법 제8조에서 “본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.”라고 규정하고 있고 공직선거법¹⁾ 관련 판례도 공직선거법 위반행위와 관련하여 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 위법성이 조각되는 것으로 보고 있다.

* 광주광역시선거관리위원회

1) 1994년 3월 16일 법률 제4739호로 제정된 「공직선거및선거부정방지법」은 2005년 8월 4일 법률 제7681호로 개정되면서 「공직선거법」으로 변경되었다. 따라서 여기서 「공직선거법」이라 함은 구 「공직선거및선거부정방지법」을 포함한 것이다.

특히 사회상규 관련 판결의 상당히 많은 수가 공직선거법 위반사건임을 볼 때²⁾ 공직선거법상 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 개념에 대해 살펴보고 공직선거법 위반 행위 관련판례에서 형법 제20조 정당행위 조항의 적용형태를 종합적으로 검토해볼 필요성이 있다.

‘사회상규’라는 개념은 매우 추상적이고 불확정적인 개념으로 형법학자들 사이에서도 의견이 분분하고 많은 연구가 이루어지고 있지만, 아직 명확한 개념이 제시되고 있지 않은 상태이다. 또한, 사회상규의 의미내용이 지나치게 포괄적이고 다른 개별적 위법성 조각사유와는 달리 그 적용을 위한 구체적인 요건을 찾을 수 없으며, 법관의 자의적 판단을 가능하게 한다고 비판받고 있어(김영환 1991; 천진호 2001) 공직선거법과 연관 지어 연구한다는 것이 상당히 조심스럽고 어려운 작업이 될 것으로 보인다.

특히 선거관리위원회가 범죄구성요건에 해당하지만, 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 판단할 수 있는지 의문이며, 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 공직선거법에 적용함에 자의적 해석이 될 수 있음을 배제할 수 없다.

하지만 공직선거법상 선거운동의 허용규정의 범위가 매우 좁아서 선거운동의 자유나 참정권을 침해할 우려가 있고, 특히 기부행위 관련규정이 매우 엄격하게 적용되므로 사회상규를 고려한 해석이 매우 중요하다.

그리고 법령해석에 관한 최종적인 판단은 법원이 하는 것이지만 실무적으로는 수많은 사회상규 관련 문제와 직면하게 된다. 이 경우 선거관리위원회가 또는 그 직원이 실무적으로 사회상규를 판단할 수밖에 없다. 그러므로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대하여 어떤 경우에 어떤 기준을 가지고 접근해야 하는지 합리적인 기준이 마련되어야 한다.

그리하여 이 논문에서는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 개념을 정리하고 공직선거법 관련 선례와 판례에서 어떻게 해석되는지 검토한 후 공직선거법에 적용해 보고자 한다. 이러한 검토를 바탕으로 사회상규와 관련하여 실무에 적용할 수 있는 계기를 마련하고, 법 개정이 되어야 할 부분에 대한 의견도 제시해 보고자 한다.

특히 선거법위반행위 중 사회상규와 관련하여 가장 많은 비중을 차지하고 있는 기부행위와 관련한 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대하여 심도 있게 연구하고자 한다.

2) 대법원 홈페이지 종합법률정보(<http://glaw.scourt.co.kr>)에서 기간을 1996.1.1.~2011.6.30.로 설정하고, ‘사회상규’로 검색한 결과 대법원 판결 총 222건 중 41건이 공직선거법 위반사건 관련 판결임을 알 수 있다.

II. 사회상규에 위배되지 않는 행위의 개념

1. 사회상규에 위배되지 않는 행위의 의미

사회상규는 추상적이고 포괄적인 불확정 개념으로 사회상규의 의미를 규정하려는 학자들의 다양한 견해가 제시되고 있고 판례도 여러 가지 해석을 하고 있지만, 추상적인 개념을 추상적으로 정의하고 있다는 점에서 명확한 개념이라고 볼 수 없다. 하지만 다수설과 판례에 따라 사회상규의 의의를 개괄적으로나마 정리해보도록 하겠다.

학자에 따라서 '사회상규'를 “사회생활에서 일반적으로 인정되는 일상적인 규칙”(이형국 2003, 142), “공정하게 사유하는 평균인이 건전한 사회생활을 하면서 옳다고 승인한 정상적인 행위규칙”(김일수 외 2002, 377), “국가질서의 존엄성을 기초로 한 국민 일반의 건전한 도의감 또는 공정하게 사유하는 일반인의 건전한 윤리감정”(이재상 2011, 284), “다양하고 구체적인 삶 가운데에서 자연스럽게 형성된 사회생활원리”(조준현 2004, 247), “사회생활을 함에 있어서 사람들이 지켜야 할 규범”(신동운 2011, 347)이라고 정의하고 있고 판례는 “국가질서의 존엄성을 기초로 한 국민 일반의 건전한 도의감”³⁾, “정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회생활질서의 범위안에 있는 것”⁴⁾, “법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념”⁵⁾이라고 설명하고 있다.

사회상규의 이러한 개념 정리에 따라 학설은 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’를 “법질서 전체의 정신이나 그 배후의 사회윤리에 비추어 용인될 수 있는 행위”(김일수 외 2002, 377; 이재상 2011, 285), “법 전체의 정신에 비추어 초범규적으로 보아 실질적으로 위법이 아닌 정당한 행위”(정영석 1987, 158), “조리 또는 공서양속에 위배되지 않는 행위”(남홍우 1980, 125), “사회 통념상 정당시 되는 행위”(염정철 1966, 237) 등으로 보고 있다.

한편, 판례는 “정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회생활질서의 범위 안에 있는 것으로서 일종의 의례적 행위나 직무상의 행위”⁶⁾, “법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위”⁷⁾, “초범규적인 법익교량의 원칙이나 목적과 수단의 상당성에 관한 원칙 또는 사회적 상당성

3) 대법원 1956.4.6선고, 4289형상42판결; 대법원 1983.11.22선고, 83도2224판결.

4) 대법원 1983.2.8선고, 82도357판결.

5) 대법원 2000.4.25선고, 98도2389판결; 대법원 2001.2.23선고, 2000도4415판결 등.

6) 대법원 2009.4.9선고, 2009도676판결; 대법원 2009.12.10선고, 2009도9925판결 등.

7) 대법원 2002.1.25선고, 2000도1696판결; 대법원 2007.10.25선고, 2007도4069판결 등.

의 원리 등에 의하여 도출된 개념”⁸⁾, “일반인의 건전한 상식과 사회통념에 비추어 의례적이거나 직무상 행위”⁹⁾, “어떤 법 규정이 처벌대상으로 하는 행위가 사회발전에 따라 전혀 위법하지 않다고 인식되고 그 처벌이 무가치할 뿐만 아니라 사회정의에 위반된다고 생각될 정도에 이를 경우나 국가법 질서가 추구하는 사회의 목적가치에 비추어 이를 실현하기 위하여 사회적 상당성이 있는 수단으로 행하여졌다는 평가가 가능한 경우에 한하여 이를 사회상규에 위배되지 않는다고 할 것이다.”¹⁰⁾라고 판시하고 있다.

이러한 판례의 태도에 대해 신동운(2006)은 “우리 대법원은 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 해석함에 있어서 한편으로는 사회상당성의 이론을 채택하고, 다른 한편으로는 자유민주주의 사회의 목적가치를 지도원리로 설정하여 양자의 조화를 꾀하려고 시도하고 있다.”라고 평가하였다.

지금까지 살펴본 바와 같이 사회상규 및 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 구체적인 내용은 법질서 전체의 지배적인 이념에 비추어 역사적·동적으로 규정될 수밖에 없으므로 이 포괄적 개념을 구체화하기 위해서는 개별적인 유형화 작업이 필요하다.

2. 사회상규에 위배되지 않는 행위의 법적 성질

사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 법적 효과에 관하여는 구성요건 해당성이 배제된다는 견해도 일부 있지만, 행위의 구성요건 해당성을 일단 전제하고 그 이후의 영역인 실질적 위법성의 단계에서 행위의 위법성을 배제하는 불법의 소극적 측면 즉 위법성 조각사유라는 것이 다수의 견해이다.

판례도 사회상규를 사회적 상당성¹¹⁾에 결부시킨 것이 있지만, 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 법적 성질에 관하여서는 위법성 조각사유로 보는 것이 일반적인 태도이다.¹²⁾

판례는 “형법 제20조가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 처벌하지 아니한다고 규정한 것은 사회상규 개념을 기본적인 위법성 판단의 기준으로 삼아 이를 명문화한

8) 대법원 1971.6.22선고, 71도827판결.

9) 대법원 1999.10.22선고, 99도2971판결.

10) 대법원 1985.6.11선고, 84도1958판결; 대법원 1994.11.8선고, 94도1657판결 등.

11) 벨첼(Hans Welzel)에 의하여 형법이론학의 영역으로 도입된 “사회적 상당성 이론”은 역사적으로 형성된 공동생활의 사회질서의 범위에 속하는 행위, 즉 우리의 사회생활에 결부되어 전적으로 정상적이라고 인정될 수 있는 행동은 불법의 영역에서 제외되어야 한다는 것을 말한다. 따라서 사회생활질서의 범위 안에 있는 행위는 사회적으로 상당한 행위로서 구성요건해당성이 없다는 것이다.

12) 대법원 1971.11.9선고, 71도1629판결; 대법원 1982.2.23선고, 81도2958판결; 대법원 1995.2.28선고, 94도2746판결 등.

것”¹³⁾이라고 하여 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 법적 효과를 명백히 위법성 조각으로 인정하고 있다.

위와 같이 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 법적 성질을 첫째 위법성 조각사유로 보고 더 나아가 살펴보아야 할 것은 사회상규에 위배되지 아니하는 행위와 형법 제20조 정당행위의 다른 개별적인 위법성 조각사유와의 연관성이라는 두 번째 문제이다. 다수설은 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 예시에 지나지 않으므로 형법은 모든 위법성 조각사유에 우선하는 가장 기본적인 일반적 위법성 조각사유 내지 위법성 조각사유의 근본원리로서 사회상규에 위배되지 않는 행위를 제시하고 있다고 본다. 즉 법령에 의한 행위나 업무로 인한 행위일지라도 사회상규에 위배되면 위법성이 조각되지 않는 반면, 법령에 의한 행위나 업무로 인한 행위가 아닐지라도 사회상규에 위배되지 않으면 위법성이 조각된다는 것이다(이재상 2011, 287; 박상기 2009, 164; 최병각 2002, 135). 정당행위와 관련한 많은 판례가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 의미를 먼저 밝히고 들어가는 점을 볼 때 대법원도 다수설과 마찬가지로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 상위개념으로 보고 있는 것으로 여겨진다(이인영 2005).

반면 소수설은 정당행위 속에 열거된 세 가지 구성요소는 각각 독자적인 의미와 기능을 갖는 병존개념일 뿐이며, 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 법령에 의한 행위나 업무로 인한 행위를 포괄하는 개념이 아니라고 한다(김일수 외 2002, 378; 배종대 2011, 326). 김일수(2002)는 “법령에 의한 행위는 주로 실정법적 개념이고, 업무로 인한 행위는 주로 직무윤리적 개념인데 반해, 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 조리 또는 공서양속과 같은 자연법적·사회윤리적 개념”이라고 하였고 배종대(2011)는 “사회상규는 법령에 의한 행위, 업무행위 또는 그 밖의 위법성 조각사유를 총괄하는 초법규적 위법성 조각사유가 아니다.”¹⁴⁾라고 하였다.

이와 같은 견해 대립은 형법 제20조가 사회상규라는 불확정 개념을 사용하여 정당행위를 규정한 데서 비롯된 것이다. 여기서 입법자가 왜 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 정당행위로 규정하였으며 동 규정을 판단하는 기준이 무엇인지 살펴볼 필요가 있다.

13) 대법원 1983.2.8선고, 82도357판결.

14) 예컨대 사회상규를 초법규적으로 이해하면 사회상규의 이중적 지위를 인정해야 하는바, 이는 가능한 해석 한계를 넘어서는 것으로서 법치국가원칙에 어긋나고, 또한 독일에서 발전된 이른바 사회적 상당성과 같은 개념이 되는데, 양자는 구별해야 할 개념이다.

3. 사회상규에 위배되지 않는 행위의 판단기준

위법성조각여부를 판단하는 일반적·최종적 기준인 법 공동체의 지배적인 법 윤리 내지 사회 윤리적 가치관은 역사적·사회적·문화적 상황에 따라 변화하기 때문에 이를 역사적·동적으로 판단하기 위해 부득이 형법 제20조는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위라는 일반조항을 사용하였다. 여기서 사회상규 위배 여부를 판단할 구체적인 기준 마련의 필요성이 대두하였다(양화식 2004).

사회상규의 판단기준에 관하여 사회적 상당성을 드는 견해가 있다(진계호 2007, 225). 그러나 사회상규는 위법성 조각사유이고 사회적 상당성은 구성요건배제사유이므로 사회적 상당성을 사회상규의 판단기준으로 보는 것은 타당하다고 할 수 없다.

판례는 “어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적·합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 ① 그 행위의 동기나 목적의 정당성, ② 행위의 수단이나 방법의 상당성, ③ 보호이익과 침해이익과의 법익 균형성, ④ 긴급성, ⑤ 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다.”¹⁵⁾라고 판시함으로써 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 판단기준 또는 그 성립요건으로서 5가지의 요건을 들고 있다.

여기에서 보호법익과 침해법익 사이의 법익균형성은 결과반가치의 측면에서 사회상규에 위배되는가를 판단하기 위한 기준이 되고, 동기나 목적의 정당성과 수단이나 방법의 상당성은 행위의 측면에서 사회상규에 위배되는가의 판단기준이 된다. 또한, 긴급성과 보충성을 독자적인 판단기준으로 열거하고 있지만, 수단의 상당성을 판단함에 있어서는 행위의 긴급성과 보충성도 아울러 참작하여야 한다(이재상 2011, 286). 판례는 개별사안에서 법익의 균형과 목적과 수단의 정당성을 종합하여 판단하기도 하고,¹⁶⁾ 주관적인 목적이나 동기의 정당성이 인정되더라도 수단의 상당성이 인정되지 않으면 사회상규에 위배되지 아니하는 행위가 될 수 없다고 판시하기도 한다.¹⁷⁾

한편, 이러한 기준들은 추상적이고 개념적이라고 비판하면서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 판단기준은 실제 사안과 관련해서만 결정되고 비교될 수 있으므로 유형 비교를 통하여 올바른 심사를 할 수 있다는 견해도 있다(배종대 2011, 333).

15) 대법원 2008.10.23선고, 2008도6999판결; 대법원 2011.5.13선고, 2010도16970판결 등.

16) 대법원 1983.2.8선고, 82도357판결; 대법원 1985.6.11선고, 84도1958판결.

17) 대법원 1997.3.28선고, 95도2674판결; 대법원 1997.11.14선고, 97도2118판결 등.

Ⅲ. 공직선거법상 사회상규에 위배되지 않는 행위의 개관

1. 선거관리위원회의 사회상규 관련 법령해석 및 검토

선거관리위원회는 헌법상 독립된 기관으로 공직선거를 총괄적으로 관리하고 공직선거법의 일차적인 해석기관으로서의 역할을 하고 있다.¹⁸⁾ 그러므로 선거관리위원회는 공직선거법 해석과 관련하여 사회상규와 연관 지어 판단할 수밖에 없고 실제 선거관리위원회의 질의회답을 보면 사회상규를 고려하여 해석하고 있음을 알 수 있다.

중앙선거관리위원회 종합법제정보시스템에서 선거관리위원회에서 서면질의에 대한 회신을 통해 직접적으로 사회상규를 언급한 질의회답은 총 3건이다. 1994년에 체육행사에서의 금품제공과 관련한 사전선거운동에 대한 질의회답¹⁹⁾을 보면 사회상규를 적시하고 있지만, 현행 공직선거법상 기부행위 요건에 선거운동의 목적은 해당하지 않으므로 현재 적용될 여지는 없다.

다음으로, 1995년에 경호외뢰 계약금지급과 관련한 질의회답²⁰⁾에서는 “경호회사가 후보자 또는 입후보예정자에게 사회상규에 반하는 과도한 경호비용을 요구하는 행위는 기부행위에 해당된다.”고 하였는데 이 회답은 상당히 오래전의 회답으로 경호비용에 대한 통상적인 지급단가 기준을 사회상규로 표현하고 있는바 특정 행위에 대해 종합적이고 최종적으로 위법성 조각여부를 판단해야 하는 사회상규의 의미를 고려하면 적절한 표현은 아닌 것으로 여겨진다.

마지막으로 2000년의 지구당 대표자와 함께 다니는 자에 대한 식사제공과 관련한 질의회답²¹⁾에서는 지구당 대표자 및 그 배우자가 함께 다니는 자에게 공직선거법 및 공직선거관리규칙에서 규정하고 있는 통상적인 범위 내의 금액(5,000원)을 초과한 가격(6,000원)을 식사 후 계산한 경우²²⁾ 동 법 및 규칙에서 규정한 식사가격을 초과한 행위는 위반이나, 이에 대한 위법성 여부는 사회통념과 사회상규에 비추어 판단하여야 하며 이러한 위반행위가 구체적 사건인 경우에는 사직 당국에서 위법성 여부를 판단하여야 한다고 회답하였다. 이는 가벼운 기부행위 위반 사안은 사회상규에 해당하는지 여부와 결부하여 판단할 필요가 있음을 선거관리위원회가 질의회답을 통해 밝힌 것으로 보인다.

18) 「행정절차법」 제5조 행정작용의 근거가 되는 법령등의 내용이 명확하지 아니한 경우 상대방은 당해 행정청에 대하여 그 해석을 요청할 수 있다. 이 경우 당해 행정청은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

19) 1994.10.18. 질의회답.

20) 1995.3.25. 질의회답.

21) 2000.10.24. 질의회답.

22) 정당법 개정[2004.3.12. 법률 제7190호]으로 지구당이 폐지되었다.

다. 위 질의회답 이후 현재까지 사회상규를 직접적으로 표현한 선거관리위원회의 질의회답은 없다. 이는 앞서 살펴본 바와 같이 다의적이고 추상적인 용어인 ‘사회상규’에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는지 여부는 최종적으로 법원에서 판단할 문제이므로 선거관리위원회가 질의회답에 직접적으로 ‘사회상규’라는 표현을 사용하는 것이 적절하지 않기 때문으로 보인다.

중앙선거관리위원회 종합법제시스템 검색결과 사회상규를 언급한 질의회답 3건 외에 비록 직접적으로 ‘사회상규’라는 표현을 사용하지는 않았지만, 사회상규와 관련 있는 것으로 보이는 질의회답이 몇 건 발견되었다. 그 내용을 살펴보면, 예비후보자 또는 후보자의 선거사무소 개소식에 공직선거법 제112조제2항제2호 카목에 규정되어 있는 정당의 간부·당원·선거사무관계자 외에도 가족·친지·지인 등 제한된 의례적 범위안의 인사를 초청하여 통상적인 범위 안에서 다과류의 음식물을 제공하는 행위는 무방하다고 하였는바,²³⁾ 법에 규정되어 있는 인적범위를 넘은 가족·친지·지인에게도 예비후보자 또는 후보자의 선거사무소 개소식에 다과류의 음식물을 제공하는 것은 지극히 일상적이고 의례적인 행위로 판단한 것으로 보인다. 선례에서 언급하지 않은 정당선거사무소의 개소식에도 같이 위 선례가 적용되어야 할 것으로 보이며 무엇보다도 법에 규정되어 있는 내용을 확대하여 해석하였으므로 최종적으로는 법 개정을 통해 보완하여야 할 것이다.

다음으로, 공직선거법 제112조제2항제2호 마목은 각종 사고·친목단체 및 사회단체의 구성원으로서 당해 단체의 정관·규약 또는 운영 관례상의 의무에 기하여 종전의 범위 안에서 회비를 납부하는 행위는 기부행위의 예외로 규정되어 있음에도 선거관리위원회는 생명나눔재단과 아무런 관계가 없는 지방자치단체장·지방의회의원 기타 후보자가 되고자 하는 자 등이 법인의 설립에 필요한 기금을 출연하는 행위는 무방하다고 하였다.²⁴⁾ 위 선례는 생명나눔재단이 소아암, 결식아동, 독거 장애인들의 사회적 문제를 해결하고자 하는 비영리 사회복지단체임을 참작하여 후보자가 되고자 하는 자 등의 기금 출연 행위가 선거구 안에 있는 기관·단체·시설이라 하더라도 가능하다고 해석한 것으로 보이는바 공직선거법에 규정되어 있는 기부행위의 예외사유를 선례를 통해 확대한 것이라고 할 수 있다.

그리고 공직선거법 제112조제2항제4호 가목은 지방자치단체가 표창·포상을 하는 경우 부상의 수여를 제외하고 있으나 지방자치단체가 지방공무원법 제79조(표창)의 규정에 의한 당해 지방자치단체의 조례에 따라 소속 공무원에 대하여 표창·포상하는 경우 종전의 관례에 벗어나지 아니하는 범위 안에서 부상을 수여하는 것은 무방하다고 하였

23) 2008.1.9. 질의회답.

24) 2005.6.29. 질의회답.

다.²⁵⁾ 이 선례 역시 공직선거법에 규정되어 있는 범위를 확대하여 해석하였으므로 관련 규정에 대한 법 개정이 필요한 것으로 보인다.

역시 부상 수여와 관련하여 선거관리위원회는 지방자치단체가 전국단위의 합창대회 등 경연대회를 개최하면서 수상자에 대하여 상장 및 통상적인 부상을 수여하는 행위는 무방하다고 하였다.²⁶⁾ 전국을 단위로 하는 행사에서 시상(부상 포함)하는 경우 입상자가 대부분 다른 지방자치단체의 주민일 것이고 당해 지방자치단체의 주민인 경우는 예외적인 경우에 해당하여 '선거구민' 또는 '매수목적'의 추정력도 없는 경우에 해당된다고 본 것이다.

이 선례가 사회상규와 관련이 있는지는 의문이 있을 수도 있으나 신동운(1994)은 “법익침해의 정도가 극히 경미하여 형사처벌을 가할 만한 위법성이 없다면 범죄성립을 부인하자고 주장하는 가벌적 위법성 시각은 독자적 지위에서가 아니라 사회상규개념의 세부적인 고려항목의 하나로서 검토될 여지는 있을 것”이라고 하였는바, 이와 같은 관점에서 볼 때 어떠한 행위가 공직선거법 제112조제2항에 규정되어 있는 기부행위의 예외 사유가 아닌 경우에는 사회상규와 관련하여 검토해 볼 여지가 있을 것이고, 지방자치단체가 개최하는 전국단위 행사와 관련한 선례도 사회상규와 관련하여 검토해 볼 여지가 있다고 생각된다.

특히, 지방자치단체가 개최하는 행사의 실제 참가자 등 규모가 전국단위라 할지라도 해당 관할구역 주민이 상당수 포함되고 실제 부상을 포함한 시상을 주민 상당수가 받게 될 경우²⁷⁾에는 대상·방법·경위·행위양태 등을 자세히 검토하여 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로 볼 수 있는지를 판단해 볼 필요가 있다.²⁸⁾

한편, 선거관리위원회 위원·직원은 공직선거법 제272조의2에 따라 선거범죄에 관하여 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 등의 경우에 선거범죄를 조사할 수 있고, 선거관리위원회법 제14조의2에 따라 직무수행 중에 선거법위반행위를 발견한 때에는 중지·경고 또는 시정명령을 하여야 하며, 그 위반행위가 선거의 공정을 현저하게 해치는 것으

25) 2005.8.25. 질의회답; 2005.12.2. 질의회답; 2006.3.7. 질의회답.

26) 2005.8.25. 질의회답; 2005.9.15. 질의회답; 2007.5.25. 질의회답; 2007.9.21. 질의회답; 중앙선거관리위원회 2010a, 34.

27) 중앙선거관리위원회는 2005.8.23. 질의회답에서 지방자치단체가 전국단위 마라톤대회를 개최하는 경우 입상자에 대하여 지방자치단체의 장이 상장 및 부상을 수여하거나 행사진행에 따른 통상적인 경품(다수의 선거구민에게 제공하는 경우를 제외함)을 제공하는 것은 무방하다고 하였다. 하지만, 실제 지방자치단체가 주최하는 마라톤 대회는 전국단위라 하더라도 개최장소와 근거리에 있는 지역주민이 상당수 참여할 수밖에 없는 바, 이러한 행사에서 지역주민에게 상장 및 부상을 수여하는 행위를 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는 행위로 판단 한 것인지는 명확하지 않다.

28) 중앙선거관리위원회는 2005.12.8. 질의회답에서 엑스포 행사기간 중 각종 공식행사에 국내·외 주요인사를 초청하여 환영 오·만찬 및 기념품 제공시 선거구민이거나 선거구민과 연고가 있는 군단위 인사를 대상으로 제공하는 것은 위반으로 보았다.

로 인정되거나 중지·경고 또는 시정명령을 불이행하는 때에는 수사의뢰 또는 경고할 수 있다. 선거관리위원회가 공직선거법 위반행위를 적발한 때에 그 행위의 위법성 여부를 판단하여 그 결과에 따라 조치를 하는 것은 법적인 의무이다. 실무적으로 선거관리위원회는 위반행위의 유형별·위반의 경중에 따라 중지·시정명령, 경고, 위반사실 통지, 고발, 수사의뢰, 대집행, 과태료의 부과·징수, 수사기관 이첩·징수, 수사자료 통보, 공명선거 협조요청을 할 수 있다(중앙선거관리위원회 2010b, 36-37).

선거관리위원회는 위반자에 대해서는 사안의 경중, 고의성의 여부, 중지·시정명령의 이행 여부, 행위의 시기, 선거에 영향을 미치는 정도, 선거범죄 전력, 위반행위에 대한 개선의 정, 조사에 응하는 태도, 유사한 사례에 대한 조치 및 기소·재판 선례 등을 종합적으로 고려하여 그 처분의 종류를 정한다. 결국, 선거관리위원회가 공직선거법 위반행위에 대한 위법성을 판단할 때에는 공직선거법을 유권 해석하는 경우와 마찬가지로 그 행위가 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성 조각사유에 해당하는지를 함께 고려해야 할 것으로 보인다.

2. 사회상규 관련 고발 불기소 사례

2000년 이후 시행된 전국단위선거(대통령선거, 국회의원선거, 전국동시지방선거)에서 선거관리위원회가 선거법위반행위로 고발 조치한 사안 중 불기소된 사례를 살펴보면 의례적·직무상의 행위, 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대하여 ‘혐의없음’ 처분을 받은 사례가 다수 포함되어 있음을 알 수 있다.

아래 <표 1>은 2003년·2009년·2011년에 중앙선거관리위원회가 발간한 『선거사범 불기소사례집』의 선거법위반행위 고발 불기소 현황 중 각 선거 별로 사회상규에 위배되지 아니하여²⁹⁾ ‘혐의없음’ 처분된 사례를 발췌하여 표로 작성한 것이다.³⁰⁾ 2009년도 발간된 선거사범 불기소사례집에는 불기소 사유별 현황이 게재되어 있지 않고, 불기소 사례 자료도 18건이 미게재되어 있어 이 사례집에 포함된 제17대 대통령선거, 제17·18대 국회의원선거, 제4회 전국동시지방선거 관련 현황이 정확하지 않을 수 있음을 미리 밝혀둔다.

29) <표 1>의 사회상규에 위배되지 않는 행위에는 불기소 사유에 직접 사회상규에 위배되지 않는다고 언급된 사례 외에 의례적·직무상의 행위 등에 대하여 ‘혐의없음’ 처분된 사례도 포함하였다.

30) 선거법위반행위 중 일부가 사회상규에 위배되지 아니하여 ‘기소유예’된 사례도 있지만 그 수가 많지 않으므로 여기에서는 제외하기로 한다.

<표 1> 2000년 이후 실시된 전국단위선거별 사회상규 관련 불기소 현황

(단위 : 건)

선거별	고발	불기소(%)	혐의없음		
			소계	사회상규 관련	그 외의 사유
계	3,653	408(11.2)	279	39	241
제16대('00) 국회의원선거	344	77(22.4)	34	1	33
제3회('02) 지방선거	1,269	102(8.0)	69	12	57
제16대('02) 대통령선거	135	13(9.6)	5	0	5
제17대('04) 국회의원선거	453	34(7.5)	25	2	23
제4회('06) 지방선거	785	98(12.5)	79	18	61
제17대('07) 대통령선거	104	8(7.7)	5	0	5
제18대('08) 국회의원선거	222	19(8.5)	15	0	15
제5회('10) 지방선거	441	57(12.9)	47	6	42

출처 : 중앙선거관리위원회(2003, 2009, 2011). 『선거사범 불기소사례집』의 재구성

위의 <표 1>을 보면 2000년 이후 시행된 전국단위선거에서 선거법위반행위로 고발 불기소된 사례가 408건이고 그 중 279건이 불기소사유 중 '혐의없음' 처분을 받은 사례이며 그중에서도 사회상규 관련 건수가 39건으로 전체 불기소 사례의 9.6%, 혐의없음 사례의 14%를 차지하고 있는바, 검찰이 기소 여부를 판단할 때 사회상규에 위배되지 아니하는 의례적·직무상의 행위를 폭넓게 인정하고 있는 것으로 보인다. 특히 이러한 경향은 지방선거에서 두드러지게 나타나고 있는데 이는 후보자들이 지역생활과 밀접한 관계를 맺고 있는 지방선거의 특성이 반영된 것으로 보인다.

위의 내용을 바탕으로 2003년도에 중앙선거관리위원회에서 발간한 불기소사례집 내용을 살펴보면 검찰이 불기소사유에 사회상규라는 단어를 직접 언급한 사례는 제16대 국회의원선거 1건, 제3회 지방선거 1건에 불과하고 대부분 의례적·직무상의 행위에 해당한다고 기재되어 있다. 하지만 2009년과 2011년에 발간한 불기소사례집을 보면 제4회

지방선거 4건, 제5회 지방선거 5건으로 불기소사유에 사회상규에 위배되지 않음을 직접 언급하는 추세이다. 따라서 선거법 위반행위 조치 시 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 철저히 검토해야 할 필요성이 대두하고 있다. 개개의 위반행위를 어떠한 기준을 가지고 검토해야 하는지는 앞으로 설명할 대법원판결 분석결과를 활용하면 될 것이다.

3. 사회상규 관련 공직선거법 판결의 개관

1) 공직선거법 판결의 수

2000년 이후 시행된 전국단위선거(대통령선거, 국회의원선거, 전국동시지방선거)에서 공직선거법 위반사례 판례를 살펴보면 사회상규에 위배되지 아니하는 행위와 관련한 판례가 많이 검색된다.

아래 <표 2>는 중앙선거관리위원회가 발간한 제16대·제17대 국회의원선거, 제3회·제4회 전국동시지방선거, 제16대·제17대 대통령선거 판결문집과 2010년에 중앙선거관리위원회에서 발간한 공직선거법규 선례·판례집 및 2010년 4분기부터 2011년 2분기까지 중앙선거관리위원회가 각 시·도선거관리위원회별로 취합하여 내부적으로 관리하고 있는 판결문 그리고 대법원 홈페이지 종합법률정보에서 검색한 판례를 검토하여 각 선거 별로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위와 관련한 판결의 수를 대법원 판결과 하급심 판결로 나누어 작성한 것이다.³¹⁾ 제18대 국회의원선거에서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위 관련 판결의 수는 단 2건으로 이는 2010년에 발간된 공직선거법규 선례·판례집³²⁾에 수록된 판례만을 포함한 것이므로 정확하다고 할 수 없다. 또한, 제5회 전국동시지방선거에 있어 사회상규에 위배되지 아니하는 행위와 관련한 판결의 수도 대법원 홈페이지 종합법률정보에서 검색한 판례와 2010년에 발간된 공직선거법규 선례·판례집에 수록된 판례 그리고 2010년 4분기부터 2011년 2분기까지의 판례만 포함한 것으로 2011년 3분기부터 현재 진행되고 있는 제5회 전국동시지방선거 관련 판결은 포함하지 않았고 현재 적시된 판결문 수도 정확하지 않을 수 있음을 미리 밝혀둔다.

31) 전국단위선거 이후부터 다음 전국단위선거 사이에 시행된 재·보궐선거에서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위관련 판결은 이전 전국단위선거의 판결 수에 포함하였으며, 대법원 판결에 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 직접 언급하지 않았어도 하급심에서 언급하여 대법원에서 확정된 판결과 대법원에서 파기환송 되어 고등법원에서 확정된 판결은 모두 대법원 판결의 수에 포함하였다.

32) 이 책에는 2007.5.21. 이후부터 2010.10.18.까지의 헌법재판소·대법원 및 하급심 주요판례가 수록되어 있다.

<표 2> 2000년 이후 실시된 전국단위선거별 사회상규 관련 판결 건수

(단위 : 건)

선거별	대법원 판결	하급심 판결	판결 총 건수
계	141	112	253
제16대('00) 국회의원선거	8	7	15
제3회('02) 지방선거	23	15	38
제16대('02) 대통령선거	2	1	3
제17대('04) 국회의원선거	24	10	34
제4회('06) 지방선거	63	57	120
제17대('07) 대통령선거	7	3	10
제18대('08) 국회의원선거	1	1	2
제5회('10) 지방선거	13	18	31

출처 : 공직선거법 판결문 관련 자료를 재구성

위의 <표 2>를 보면 2000년 이후 시행된 전국단위선거서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위와 관련된 판결의 수는 총 253건이고 그중 대법원 판결의 수가 141건, 하급심 판결의 수가 112건으로 공직선거법 위반 사건과 관련한 판결 중 상당히 많은 수가 사회상규에 위배되지 않는 행위를 판단했다는 것을 알 수 있다. 특히 지방선거에서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위 관련 판결의 수가 많은 것으로 나타나고 있는데 이는 앞서 살펴본 사회상규 관련 고발 불기소 사례에서 언급했듯이 지방선거의 특성상 후보자들이 지역생활과 밀접한 관계를 맺고 있기 때문인 것으로 보인다.

2) 공직선거법 판결의 유형별 분류

위 <표 2>에서 2000년 이후 시행된 전국단위선거(대통령선거, 국회의원선거, 전국동시지방선거)에서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위와 관련한 심급별 판결의 수를 알아보았다면 아래 <표 3>에서는 한 단계 나아가서 선거법 위반행위와 관련하여 사회상

규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는 판결과 사회상규에 위배되지 아니한다고 볼 수 없어 위법성이 조각되지 않는 판결을 유형별로 분류하였다.³³⁾

〈표 3〉 선거법 위반행위 유형별 사회상규 관련 위법성 조각 여부

(단위 : 건)

유형별	총계	대법원 판결			하급심 판결		
		계	위법성이 조각됨	위법성이 조각되지 않음	계	위법성이 조각됨	위법성이 조각되지 않음
계	253	141	18	123	112	6	106
기부행위	198	109	18	91	89	6	83
선거운동 ³⁴⁾	36	22	0	22	14	0	14
선거운동 관련 매수 및 이해유도죄	6	3	0	3	3	0	3
선거사무관리관계자 폭행	4	0	0	0	4	0	4
공무원의 선거에 영향을 미치는 행위	4	3	0	3	1	0	1
허위사실공표	2	2	0	2	0	0	0
선거자유방해	2	2	0	2	0	0	0
투표소 퇴거 불응	1	0	0	0	1	0	1

출처 : 공직선거법 판결문 관련 자료를 재구성

위의 <표 3>을 보면 총 253건의 판결 중 기부행위와 관련하여 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 검토한 판결이 198건으로 사회상규 관련 전체 판결 중 78%를 차지하고 있고 특히 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다고 결정한 판결은 대법원 18건, 하급심 6건 모두 기부행위 관련인 것으로 보아 기부행위의 위법성조각여부는 사회상규가 적용되는 중요한 분야임을 알 수 있다. 그다음으로 사회상규를 언급한 판결 수가 많은 분야는 선거운동 분야로 36건이다. 선거운동분야에서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다고 인정한 판결은 없다. 다만, 판시내용 중에 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 예시로 명시한 판결이 있다. 이에 관하여는 후술하기로 한다.

33) 하나의 판결문에 기부행위와 다른 선거법 위반 유형을 동시에 판단한 판결은 기부행위에 포함시키고, 위법성이 조각된다고 판단한 사례와 위법성이 조각되지 않다고 판단한 사례가 있을 경우에는 위법성이 조각되는 것으로 분류하였다.

34) 사전선거운동, 인쇄물 배부, 인터넷 글 게시, 낙선운동, 여론조사 등 분야를 편의상 선거운동관련 분야로 분류하였다.

그 외의 선거법 위반유형 판결은 다양한 분야에 걸쳐서 사회상규를 언급하고 있으나 그 판결의 수는 적고 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다고 결정한 판결도 없는 것으로 나타났다.

이번 장에서는 공직선거법상 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 개관해 보았다. 다음 장에서는 사회상규 관련 공직선거법 판결 중 대법원 판결 141건을 심층 분석하여 공직선거법 운영에 적용하는 방안을 심도 있게 연구해보고자 한다.

IV. 공직선거법 판결문 검토를 통한 사회상규에 위배되지 않는 행위의 적용

1. 공직선거법 판결문상 사회상규에 위배되지 않는 행위의 개념 및 판단기준

공직선거법 관련 대법원판례분석결과 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'에 대한 개념정의는 크게 두 가지로 분류되었다. 첫 번째는 '지극히 정상적인 생활형태의 하나로써 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것이라고 볼 수 있는 경우에는 일종의 의례적이거나 직무상의 행위'이고, 두 번째는 '법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 사회생활 관계상 통상적으로 용인될 수 있는 행위'이다.

기부행위와 관련한 대법원 판결에서는 대부분 위의 첫 번째 내용으로 개념정의를 하고 있다.³⁵⁾ 위의 첫 번째 개념정의는 사회상규를 '지극히 정상적인 생활형태의 하나로써 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것'으로 정의하고 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 '의례적인 행위'와 '직무상의 행위'로 표현하고 있다. 사안에 따라서는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 통상적인 정당활동³⁶⁾, 구호적·자선적 행위³⁷⁾, 일상적인 행위³⁸⁾, 사교적인 행위³⁹⁾로 표현하고 있다.

공직선거법 제112조제2항에서는 통상적인 정당활동과 관련한 행위, 의례적 행위, 구호적·자선적 행위, 직무상의 행위 중 어느 하나에 해당하는 행위는 기부행위로 보지

35) 기부행위 관련 판결 109건 중 사회상규에 대한 개념 정의 시 '법질서 전체의 정신'을 앞세운 판결은 대법원 2003.10.9선고, 2003도4364판결; 대법원 2005.5.26선고, 2004도5011판결 2건이다.

36) 대법원 2007.6.29선고, 2007도3211판결; 대법원 2007.10.26.선고, 2007도6343판결 등.

37) 대법원 2006.6.27선고, 2005도4177판결; 대법원 2007.4.13선고, 2007도3823판결; 대법원 2007.4.13선고, 2007도735판결.

38) 대법원 2007.2.23선고, 2006도8445판결; 대법원 2007.6.15선고, 2007도175판결; 대법원 2007.9.6선고, 2007도1604판결.

39) 대법원 2007.6.15선고, 2007도175판결; 대법원 2007.9.6선고, 2007도1604판결.

아니한다고 하였는바 이에 열거되지 아니한 행위라도 공직선거법 제112조제2항의 네 가지 행위 유형이거나 일상적인 행위, 사교적인 행위는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당될 수 있음을 판례는 밝히고 있다.

한편, 대법원 판결 중 선거운동과 관련한 22건의 판결 중 8건⁴⁰⁾과 매수 및 이해유도죄 판결 3건 중 2건⁴¹⁾, 공무원의 선거에 영향을 미치는 행위와 관련된 판결 3건⁴²⁾, 선거자유방해죄에 해당하는 선거사무원 폭행 판결 1건⁴³⁾에서는 위 첫 번째 문단의 두 번째 내용인 ‘법질서 전체의 정신’을 앞세운 개념으로 정의하고 있고, 선거운동 관련 22건의 판결 중 13건⁴⁴⁾, 매수 및 이해유도죄 판결 1건⁴⁵⁾, 허위사실공표 관련 판결 2건⁴⁶⁾, 선거자유방해죄에 해당하는 후보자 협박에 관한 판결 1건⁴⁷⁾에서는 사회상규에 대한 설명 없이 “사회상규에 위배되지 아니한다고 볼 수 없다.”라는 단순결론만 도출하고 있다.

‘지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서’를 앞세운 설명과 ‘법질서 전체의 정신’을 앞세운 설명에 실질적인 차이가 있는 것인지는 분명하지 않지만, 기부행위와 관련된 분야와 그 외 분야에서의 개념정의는 다소 차이가 있음을 알 수 있다.

한편, 앞에서 살펴본 바와 같이 대법원판례는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 판단기준 또는 그 성립요건으로 ① 그 행위의 동기나 목적의 정당성, ② 행위의 수단이나 방법의 상당성, ③ 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, ④ 긴급성, ⑤ 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등 5가지의 요건을 들고 있다.

공직선거법 관련 대법원 판결에서는 유일하게 총선시민단체가 낙선대상자를 선정·공표하면서 불법현수막 게시, 확장장치 설치·사용, 불법유인물 배부, 행렬, 서명운동 등의 방법으로 낙선운동을 전개한 판결⁴⁸⁾에서 위 5가지 요건을 적용하였다. 최근 하급심에서는 공직선거법 제86조제1항제2호의 ‘선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시

40) 대법원 2005.9.29선고, 2005도2025판결; 대법원 2006.12.21선고, 2006도7814판결 등.

41) 대법원 2004.11.26선고, 2004도6601판결.

42) 대법원 2005.1.28선고, 2004도6008판결; 대법원 2007.10.25선고, 2007도4069판결; 대법원 2011.2.24선고, 2010도16550판결.

43) 대법원 2007.11.29선고, 2007도4755판결.

44) 대법원 2008.7.10.선고, 2008도3816판결; 대법원 2008.9.25선고, 2008도5807판결 등. 선거운동 판결 중 2007.2.23선고, 2006도8445판결은 ‘지극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서’를 앞세운 개념으로 정의하고 있다.

45) 대법원 2008.12.11선고, 2008도8755판결.

46) 부산고등법원 2003.4.30선고, 2002노778판결.[대법원 2005.1.28선고, 2003도2639판결 시 원심 인정]; 대법원 2007.9.6선고, 2007도3604판결.

47) 대구고등법원 2003.5.1선고, 2003노131판결.[대법원 2003.10.23선고, 2003도2705판결 시 원심 인정]

48) 대법원 2001.8.21선고, 2001도2946판결.

49) 광주지방법원 장흥지원 2010.9.6선고, 2010고합23판결.[대법원 2011.2.24선고, 2010도16650판결에서는 원

함된 인쇄물을 행인 또는 사무실에 배포한 판례⁵⁰⁾에서 위 5가지 요건을 기준으로 판시하였다.

공직선거법 관련 대법원 판결 중 기부행위를 제외한 대부분의 판결에서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대한 설명 없이 단순히 “사회상규에 위배되지 아니한다고 볼 수 없다.”라는 결론만을 도출하고 있다.

이에 반해 기부행위 관련 판결에서는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대한 개념 정의는 물론 어떠한 행위가 사회상규에 해당하는지를 상세하게 설명하고 있다. 또한, 사회상규 관련 판단기준 역시 개별 사안에 맞게 여러 가지 요건을 제시하고 있다.

대법원 판결을 통해 기부행위 관련 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 판단기준을 살펴보면 기부행위의 동기, 목적, 수단, 대상, 경위, 방법, 시기 및 해당 선거와의 근접성, 행위의 횟수, 금품 등의 가액, 기부행위자의 언동, 기부행위 외의 다른 공직선거법 위반 여부, 기부행위자와 상대방의 관계 및 친밀도, 선거에 영향을 미치는 정도, 정기적·관행적인지 여부, 모임(행사 포함)과 관련된 경우에는 그 모임의 성격과 규모, 모임 참가자들의 신분 및 지위, 기부행위자와 모임과의 관계 등으로 각각의 사안에서 나열된 요건 중 해당 사안에 맞는 요건을 가지고 판단하고 있다.

이처럼 사회상규에 위배되지 아니하는 행위와 관련한 기부행위 판단기준은 다양하게 적용되고 있는바 다음 절에서는 기부행위 관련 판결의 적용형태를 자세히 살펴보고자 한다.

2. 기부행위 관련 판결의 적용

1) 기부행위의 구성요건과 사회상규에 위배되지 않는 행위

공직선거법은 제113조에서 후보자 등은 당해 선거에 관한 것인지 여부를 불문하고 일체의 기부행위를 할 수 없다고 규정하고, 제112조제1항에서 처벌대상이 되는 기부행위의 종류를 포괄적으로 규정한 후, 같은 조 제2항에서 통상적인 정당행위와 관련한 행위, 의례적 행위, 구호적·자선적 행위나 직무상의 행위로서 기부행위로 보지 아니하는 경우를 제한적으로 열거하고 있다. 이는 형법 제20조(정당행위) “사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.”라는 규정을 좀 더 구체화한 것으로 볼 수도 있다. 이러한 법의 규정방식에 비추어, 공직선거법 제112조제1항에 해당하는 금품 등의 제공행

심을 인정하고 있으나 직접적으로 위 5가지 요건을 들고 있지는 않다.]

50) 대구지방법원 2008.2.4선고, 2007고합450판결.[대법원 2008.9.29선고, 2008도5807판결에서는 원심을 인정하고 있으나 직접적으로 위 5가지 요건을 들고 있지는 않다.]

위는 같은 조 제2항과 이에 근거한 중앙선거관리위원회규칙⁵¹⁾ 및 그 위원회 결정에 따라 의례적 행위나 직무상 행위로서 허용되는 것으로 열거된 행위에 해당하지 아니하는 이상 후보자 등의 기부행위 금지위반을 처벌하는 공직선거법 제257조제1항제1호의 구성요건해당성이 있다 할 것이다.

다만, 판례는 “공직선거법상 기부행위의 구성요건에 해당하는 행위라 하더라도 그것이 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회질서의 범위 안에 있는 것이라고 볼 수 있는 경우에는 일종의 의례적 행위나 직무상의 행위로서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다.”⁵²⁾라고 판시하고 있다.

이처럼 후보자 등의 기부행위가 공직선거법 제112조제2항에 제한적으로 열거된 기부행위의 예외사유가 아닌 이상 기부행위의 구성요건해당성이 있다 할 것이므로 사회상규에 위배되지 아니하는지 여부가 항상 쟁점이 될 수밖에 없다. 그리고 판례는 바로 위 문단에서 설명한 사유로 위법성의 조각을 인정할 때에는 신중을 요해야 한다고 판시⁵³⁾하고 있다.

한편, 공직선거법상 기부행위를 금지하는 것은 기부행위가 후보자의 지지기반을 조성하는 데에 기여하거나 매수행위와 결부될 가능성이 높아 이를 허용할 경우 선거 자체가 후보자의 인물, 식견 및 정책 등을 평가받는 기회가 되기보다 후보자의 자금력을 겨루는 과정으로 타락할 위험성이 있어 이를 방지하기 위한 것인바⁵⁴⁾, 기부행위의 구성요건에 해당하는 행위가 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각될 수 있는지는 위와 같은 기부행위 금지규정의 입법취지, 공직선거법상 기부행위로 보지 아니하는 각 행위의 행태, 당해 기부행위의 태양과 규모, 목적과 대상·동기 등을 종합적으로 판단하여야 한다.

2) 위법성이 조각된 판결

기부행위와 관련하여 2000년 이후 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된 대법원 판결은 총 18건이며 하급심 판결은 총 6건⁵⁵⁾이다. 다만, 여기에서는 대법원 판결

51) 공직선거법 개정[2010.1.24. 법률 제10067호]으로 공직선거관리규칙에 있는 기부행위 예외사유를 공직선거법에 규정하였다.

52) 대법원 2005.12.9선고, 2005도7773판결; 대법원 2007.9.7선고, 2007도3823판결 등.

53) 대법원 2011.2.24선고, 2010도14720판결 등.

54) 대법원 2002.2.21선고, 2001도2819판결; 헌법재판소 2009.4.30.선고 2007헌바29 결정.

55) 수원지방법원 2011.2.8선고, 2010고합567 판결(교육감의 장학기금 출연 및 장학증서 수여); 광주고등법원 2010.12.16선고, 2010노436판결(총동창회 이·취임식 행사에서 음식물 제공); 부산고등법원 2007.3.28선고, 2006초기44판결(체육회장 자격으로 회원들에게 음식물 제공); 대구고등법원 2005.3.31선고, 2004노656판결(창당 활동 관련 수행원 또는 당직자들에게 음식물 제공); 서울고등법원 2004.10.26선고, 2004노2097판결(지구당 후원회 후원금 모집행사에서 음식물 제공. 하지만, 현행 정치자금법상 집회에 의한 방법으로

18건과 대법원 홈페이지 종합법률정보에서 검색한 1995~1999년 사이의 대법원 판결 1건을 더하여 총 19건을 분석대상으로 한다.

분석대상 판례 모두 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는 이유에 대하여 상세히 설명하고 있고 1건⁵⁶⁾을 제외한 18건에서는 판시내용에서 사회상규에 대한 개념을 정의하고 있다. 이를 기부행위의 제공형태로 분류하면 금품 제공이 16건, 음식물 제공이 1건⁵⁷⁾, 기타 재산상 이익과 관련된 부분이 2건⁵⁸⁾이다. 하지만 이와 같은 분류방법은 형태만 다를 뿐 각각의 형태에 따른 공통점이나 차이점을 찾기가 어렵고 금품을 제공하면서 음식물도 제공하는 예도 있으므로 의미 있는 분류방법은 아니라고 본다. 오히려 실무적으로는 기부행위가 발생한 개별 사안에 대해 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대한 요건 판단 시 단순 적용이 가능한 판례와 보통의 판단기준 적용이 필요한 판례, 다각적인 판단기준 적용이 필요한 판례로 분류하여 판단하는 것이 현실적인 분류방법이라 생각한다.

이제부터 위 분류방법으로 위법성이 조각된 19건의 판례를 분류해 보고자 한다.

먼저 기부행위가 발생한 개별 사안에 대하여 단순 적용이 가능한 판례는 다음의 세 가지로 지방자치단체가 교육훈련에 수반하여 참석 공무원들에게 음식을 제공한 행위⁵⁹⁾, 입후보예정자가 공연 관람권 8장을 최측근들에게 각각 배부한 행위⁶⁰⁾, 지방자치단체가 향토음식점 운영보조금을 지급한 행위와 그 보조금을 받은 단체가 군민체육대회에서 시상한 행위 및 셔틀버스를 운행한 행위⁶¹⁾이다.

위 세 가지 사안과 유사한 각각의 행위는 의례적·직무상 행위로 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각될 가능성이 매우 클 것으로 보인다.

다음으로, 기부행위가 발생한 개별 사안에 대하여 보통의 판단기준 적용이 필요한 판례로는 입후보예정자가 소속한 단체 회원들과 야유회 장소로 가던 관광버스 안에서 노래를 부른 후 찬조금 명목으로 3만 원을 낸 행위⁶²⁾, 입후보예정자가 소속한 단체가 주최한 노래자랑 행사에 찬조금 명목으로 10만 원을 교부한 행위⁶³⁾, 입후보예정자가 배드민턴클럽의 임원으로서 관행에 따른 찬조금품을 제공한 행위⁶⁴⁾, 입후보예정자가 조합장

후원금을 모집할 수 없음); 대구고등법원 2003.10.23선고, 2003노264판결(중전부터 먼민 체육대회에 금품을 기부한 입후보예정자가 먼민 체육대회에 경품 제공).

56) 대법원 2003.12.11선고, 2003도6057판결.

57) 대법원 2006.12.21선고, 2006도7472판결.

58) 대법원 2003.6.27선고, 2003도1912판결; 대법원 2010.8.26선고, 2010도5615판결.

59) 대법원 2006.12.21선고, 2006도7472판결.

60) 대법원 2007.7.26선고, 2007도3059판결.

61) 대법원 2010.8.26선고, 2010도5615판결. 동 판결은 세 가지 각 기부행위가 인제군의 보조금 지급행위, 그 보조금을 받은 인제군축제위원회가 보조금 일부를 집행한 행위이므로 한건으로 제시함.

62) 대구고등법원 2007.1.11선고, 2006노542판결.[대법원 2007.4.13선고, 2007도735판결 시 원심 인정]

63) 대법원 2007.4.12선고, 2007도1054판결.

으로서 소속한 농협으로 하여금 각급 학교에 신종플루 확산을 막기 위해 마스크를 기부하게 한 행위⁶⁵⁾, 입후보예정자가 마을회관 시공회사의 대표이사로서 마을회관 준공식에 즈음하여 냉장고를 찬조하고 이장협의회의 회장으로 독거노인 및 결손가정에 떡국을 만들어 돌리는 행사를 주관하는 단체에 7만 원을 제공한 행위⁶⁶⁾, 입후보예정자가 새마을금고의 이사장으로서 야유회 등 모임에 4회 참석하여 새마을금고 예산으로 찬조금을 제공한 행위⁶⁷⁾를 들 수 있다. 위 여섯 가지 사안은 입후보예정자가 각 단체의 구성원으로서 소속 단체의 행사 등에 찬조금을 제공한 행위와 입후보예정자가 소속단체의 대표자로서 소속단체의 경비로 선거구민에게 금품을 제공한 일종의 업무상의 행위로 크게 나눌 수 있다.

위 여섯 가지 사안과 비슷한 유형의 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당하는지에 대하여는 단순 적용이 가능한 판례보다는 좀 더 다양한 판단기준을 가지고 접근하여야 할 것으로 보인다.

마지막으로 다각적인 판단기준 적용이 필요한 판례는 입후보예정자의 보좌관이 입후보예정자와 함께 이웃돕기 일일호프집 행사에 참가하여 보좌관 친구 등에게 1장당 1만 원 상당의 일일 호프 티켓 5만 원 상당을 교부한 행위⁶⁸⁾, 가스충전소를 경영하는 입후보예정자가 구정 직전에 택시기사들에게 시가 3,500원 상당의 선물세트를 배포한 행위⁶⁹⁾, 군수실을 방문한 초등학교 학생들에게 그 자리에서 필기하는 데 쓰일 수 있는 사프 연필을 제공한 행위⁷⁰⁾, 지방자치단체장이 주민노래자랑 참가자에게 참가상을 지급한 행위⁷¹⁾, 입후보예정자가 업무상 관계가 있거나 함께 근무한 사람들에게 의례적인 명절 선물을 보낸 행위⁷²⁾, 입후보예정자가 동문회의 회장으로 자금 사정이 어려운 동문회를 위하여 단기간 금원을 무상으로 대여한 행위⁷³⁾, 입후보예정자가 동 협의회장과 당원들 70여 명(해당 선거구민은 10여 명임)이 참석한 야유회에 비누세트, 가전제품을 제공한 행위⁷⁴⁾, 지방자치단체장이 월미산 정상에서 ‘제천레 봉행식’ 행사를 주관하며 의회의원들과 직원 등 참가자들과 행사를 구경하는 일반인 등에게 음식물을 제공한 행위⁷⁵⁾,

64) 대법원 2003.12.11선고, 2003도6057판결.

65) 서울고등법원 2010.12.9선고, 2010노2760판결.[대법원 2011.3.24선고, 2010도17620판결 시 원심 인정]

66) 대법원 2008.2.14선고, 2007도9596판결.

67) 대법원 2007.9.7선고, 2007도3823판결.

68) 대법원 2005.1.28선고, 2004도7674판결.

69) 대법원 1996.5.10선고, 95도2820판결.

70) 청주지방법원 충주지원 2009.7.21선고, 2009고합11판결.[대전고등법원 2009.9.30선고, 2009노272판결 및 대법원 2009.12.24선고, 2009도10967판결 시 원심 인정]

71) 대법원 2005.12.9선고, 2005도7773판결.

72) 대법원 2008.3.13선고, 2007도9507판결.

73) 광주고등법원 2003.6.13선고, (제주)2003노20판결.[대법원 2003.9.23선고, 2003도3679판결 시 원심 인정]

74) 서울고등법원 2005.9.27선고, 2005노1398판결.[대법원 2005.12.22선고, 2005도7774판결 시 원심 인정]

75) 대법원 2006.4.27선고, 2006도1049판결.

후보자가 마을회관 건립경비로 100만 원을 찬조한 행위⁷⁶⁾, 입후보예정자가 민원상담 봉사활동으로서 한 서류작성 대행행위⁷⁷⁾이다.

위 열 가지 사안과 비슷한 유형의 행위에 대해서는 그 형태가 비슷하다 하더라도 다각적인 판단기준을 가지고 접근하여야 할 것이다.

3) 위법성이 조각되지 아니한 판결

기부행위와 관련하여 2000년 이후 사회상규에 위배되지 아니한다고 볼 수 없어 위법성이 조각되지 아니한 대법원 판결은 총 91건으로 제공형태별로 분류하면 '현금 및 물품 등 금품제공' 56건, '음식물 제공' 20건, '기타 재산상 이익 제공' 15건이다. '기타 재산상 이익 제공'에는 금품 또는 음식물 제공 외의 경우와 금품 제공의 경우에도 특별한 형태로 분류할 수 있는 경우를 포함하였는바 이를 나열하면 '업무추진비 집행' 3건⁷⁸⁾, '교회 현금 제공' 2건⁷⁹⁾, '특별당비 제공' 2건⁸⁰⁾, '무료법률상담' 2건⁸¹⁾, '교통편의 제공' 2건⁸²⁾, '과태료 대납' 1건⁸³⁾, '표창 및 부상' 1건⁸⁴⁾, '축의·부의금 제공' 1건⁸⁵⁾, '지방자치단체의 선거구민 대상 버스관광' 1건⁸⁶⁾이 있다.

제공형태별로 분류해 본 결과 사회상규와 관련한 기부행위 위반 판결은 금품이나 음식물 제공이 대부분을 차지하고 있음을 알 수 있다. 하지만 위법성이 조각되지 아니한다고 판시한 이유에 대하여 제공형태에 따른 공통점 또는 차이점은 발견하지 못하였다. 그러므로 제공형태를 기부행위와 관련하여 위법성이 조각되지 아니한 판결의 분석 기준으로 삼기는 어려울 것으로 보이는바, 이하에서는 판례의 적용상 논란의 여지가 있는 사안을 중심으로 다루어 보고자 한다.

먼저 축의·부의금과 관련한 사안을 보면, 판례는 1999년에 후보자가 선거구 내 거주자에 대한 결혼 축의금으로 중앙선거관리위원회규칙이 정한 금액인 금30,000원을 초과하여 금50,000원을 지급한 사유가 후보자가 모친상 시 그로부터 받은 같은 금액의 부의

76) 대법원 2003.8.22선고, 2003도1697판결.

77) 대법원 2003.6.27선고, 2003도1912판결.

78) 대법원 2007.7.12선고, 2007도579판결; 대법원 2007.11.16선고, 2007도7205판결; 대법원 2009.4.9선고, 2009도676판결.

79) 대법원 2007.7.26선고, 2007도2636판결; 대법원 2007.9.6선고, 2007도1604판결.

80) 대법원 2007.4.26선고, 2007도218판결; 대법원 2007.7.12선고, 2007도172판결.

81) 대법원 2006.6.27선고, 2005도4177판결; 대전고등법원 2004.7.16선고, 2004노178판결.[대법원 2006.4.27선고, 2004도4987판결 시 원심 인정]

82) 서울중앙지방법원 2003.4.24선고, 2003고합189판결.[대법원 2008.3.13선고, 2007도9959판결 시 원심 인정]; 대구고등법원 2008.3.13선고, 2007도9959판결.[대법원 2003.10.28선고, 2003도5312판결 시 원심인정]

83) 대법원 2008.1.17선고, 2007도8880판결.

84) 대법원 2003.3.28선고, 2003도502판결.

85) 대법원 2004.9.13선고, 2004도4352판결.

86) 대법원 2009.12.10선고, 2009도9925판결.

금에 대한 답례 취지이었다 하더라도 그것이 미풍양속으로서 사회상규에 위배되지 않는다고 볼 수 없다고⁸⁷⁾ 판시하였고 이와 같은 취지로 2004년에 제17대 국회의원선거의 후보자가 되고자 하는 자가 중앙선거관리위원회규칙이 정한 금액인 15,000원을 초과하여 50,000원의 축의금을 지급한 것이 사회상규에 위배되지 않는다고 볼 수 없다고⁸⁸⁾ 판시하였다. 두 판례 선고 당시의 공직선거법에는 중앙선거관리위원회규칙이 정하는 가액범위 안에서 경조품 제공이 가능하다고 규정되어 있고 동 규칙에는 그 경조품의 가액범위⁸⁹⁾를 규정하고 있었다. 하지만 현행 공직선거법은 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함)가 친족이 아닌 선거구민의 경조사에 축의·부의금을 제공하는 행위를 금지하고 있어 축의·부의금품 제공 가액의 많고 적음에 상관없이 기부행위에 해당한다. 따라서 경조품의 가액범위가 규칙에 위입되어 있음을 전제로 판시한 위 두 판례는 현 공직선거법에는 적용할 수 없을 것으로 보이며, 기부행위 금지대상자의 축의·부의금 제공 행위가 평소 지면이나 친교가 있는 선거구민 또는 선거구민과 연고가 있는 자로부터 받은 축의·부의금에 대한 답례의 성격을 가지면 비록 그 행위가 기부행위의 구성요건에 해당하더라도 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각될 여지가 있을 것으로 보인다.⁹⁰⁾ 다만, 하급심 판례에서는 입후보예정자가 오랜 기간 친하게 지낸 사이로서 이전부터 서로 경조사 관련 축의금 또는 부의금을 주고받아온 선거구민의 아들 결혼식에 축의금 명목으로 10만 원을 교부한 행위에 대하여 상부상조의 관행에 따른 것이라 하더라도 위법성이 조각된다고 볼 수 없다고 판시⁹¹⁾하고 있다.

다음으로, 금품제공 시 그 가액의 정도가 사회상규와 관련한 판단에 미치는 영향을 살펴보고자 한다.

기부행위와 관련하여 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 판단하는 경우 상당한 수의 판례에서 금품의 가액이 어느 정도인지에 대하여 직·간접적으로 고려하고 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 입후보예정자의 보좌관이 입후보예정자와 함께 이웃돕기 일일호프집 행사에 참가하여 보좌관 친구 등에게 1장당 1만 원 상당의 일일호프 티켓 5만

87) 대법원 1999.5.25선고, 99도983판결.

88) 대법원 2004.9.13선고, 2004도4352판결.

89) 1997.11.14. 일부 개정된 중앙선거관리위원회규칙 제50조의2(축의·부의금품등의 상시제한)제1항에 따르면 “법 제117조의2(축의·부의금품등의 상시제한)제1항 및 제3항의 규정에 의하여 평소 친교나 지면이 있는 자의 관혼상제의식 기타 경조사에 제공할 수 있는 축의·부의금품의 금액범위는 다음 각호의 1에 해당하는 자의 경우 외에는 3만원 이하로 한다.”고 규정되어 있었고, 1998.4.30. 동 규칙 개정으로 동조동항이 “법 제117조의2(축의·부의금품등의 상시제한)제1항제2호 단서의 규정에 의한 의례적인 경조품의 가액범위는 일만오천원으로 한다.”고 규정되었으나, 동 조항은 2004.4.12. 삭제되었다.

90) “⑨상대방으로부터 받은 부의금에 대한 답례로 제공한 경우 기부행위 해당 여부” 판례는 대법원 판시내용을 4줄로 요약하여 기재한 것으로 이는 판결 취지를 훼손하고 있는 것으로 여겨진다(중앙선거관리위원회 2008g, 566).

91) 서울서부지방법원 2006.7.6선고, 2006고합108판결.

원 상당을 교부한 행위와 입후보예정자가 소속한 단체 회원들과 야유회 장소로 가던 관광버스 안에서 노래를 부른 후 찬조금 명목으로 3만 원을 낸 행위에서는 그 가액이 비교적 소액인 점을 고려하여 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당한다고 판시한 반면 도의원이 동창회 사무실에 찾아가 거기 있는 사람들과 일일이 악수를 청한 후 평소에 그런 적이 없음에도 100원짜리 고스톱을 치고 있는 선거구민 3명에게 현금 1만 원씩을 지급한 행위⁹²⁾는 그 금품의 액수가 소액이라 하더라도 사회상규에 위배되지 않는다고 보기 어렵다고 판시하였다. 결국, 기부행위에 수반되는 금품가액이 적을수록 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당할 가능성은 클 수 있겠지만, 절대적인 기준은 아니며 다른 판단요소와 결합하여 판시하고 있음을 알 수 있다.

마지막으로 특별당비 제공과 관련한 사안을 살펴보도록 하겠다. 특별당비 제공과 관련하여 판례는 정당의 당원이 당비를 납부하는 행위가 공직선거법 제112조제2항에 의하여 기부행위로 보지 아니하는 같은 항 제1호 나목의 '정당의 당헌·당규 기타 정당의 내부규약에 의하여 정당의 당원이 당비 기타 부담금을 납부하는 행위'에 해당하려면, 위 규정의 문언상 당해 정당의 당헌·당규 기타 내부규약에 따른 경우라야 할 것이고 정당의 당비 납부규정에 위반하여 특별당비를 납부한 행위는 공직선거법상 금지되는 기부행위에 해당한다고 하였으며 이러한 기부행위를 통상적인 정당활동으로서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는 경우라고 할 수도 없다고 판시⁹³⁾하고 있다. 앞에서도 살펴보았듯이 대부분의 기부행위 사안에서는 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는지에 대한 이유를 상세하게 설명하고 있지만 특별당비와 관련한 사안에서는 별다른 설명 없이 단순히 결론을 도출하고 있음을 알 수 있다.

특별당비에 관련한 사안과 마찬가지로 선거구민에 대한 과태료 대납⁹⁴⁾과 관련한 사안에서도 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는지에 대한 별다른 설명 없이 단순히 결론을 도출하고 있는 바, 이들의 행위는 성질상 매수행위와 결부될 가능성이 크므로 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당할 여지가 적다고 할 것이다.

3. 선거운동 관련 판결의 적용

앞서 <표 3>에서 살펴본 바와 같이 2000년 이후 선거운동 유형에서의 사회상규 관련 대법원판결은 22건으로 '사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다'고 인정한 대법원 판례는 한 건도 없다.⁹⁵⁾

92) 대법원 2007.4.26선고, 2007도965판결.

93) 대법원 2007.4.26선고, 2007도218판결; 대법원 2007.7.12선고, 2007도172판결.

94) 대법원 2008.1.17선고, 2007도8880판결.

선거운동분야 22건의 판결문에 적용된 공직선거법 조항은 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시등 금지)와 제254조(선거운동기간위반죄)가 다수⁹⁶⁾를 차지하고 있다.

공직선거법 제93조와 관련하여 판례는 “공직선거법 제93조제1항은 ‘선거에 영향을 미칠 목적’으로 글을 게시하는 것만을 금지하고 있는바, 비록 현대 사회에서 인터넷에 글을 게시하는 것이 보편화 되었다고 하더라도, 인터넷에 글을 게시함에 있어 선거에 영향을 미칠 목적이 인정될 경우 그러한 행위까지 사회상규에 적합하다고 할 수 없다.”라고 판시⁹⁷⁾하는 등 사회상규 해당 여부에 대한 이유를 설명하기보다는 결론만을 도출하고 있다. 이는 제93조 제1항이 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’라는 목적의 전제 아래 선거와 관련한 행위를 제한하기 때문에 사회상규에 대한 판단의 여지가 제한적일 수밖에 없기 때문으로 보인다.

한편, 사전선거운동과 관련하여 판례는 일상적·의례적·사교적인 행위는 선거운동으로 보지 않으므로⁹⁸⁾ 일상적·의례적·사교적인 행위가 사전선거운동에는 해당하지만, 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는 경우는 없을 것이다. 하지만 이번 장 제1절에서 살펴본 바와 같이 일상적·의례적·사교적인 행위는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 표현방식의 일종이므로 사전선거운동의 개념에도 사회상규의 개념이 적용될 수 있을 것이고, 이러한 맥락으로 판례는 지방자치단체장이 관내 공무원들에게 전화를 이용하여 인지도를 제고하고 지지를 유도한 행위에 대하여 “이는 단순한 선거운동을 위한 준비행위를 넘어선 사전선거운동에 해당하고, 일상적·의례적·사교적인 행위로서 사회상규에 반하는 행위가 아니다.”라고 판시⁹⁹⁾하고 있다.

다음으로, 앞에서 후술하기로 한 선거운동분야 판시내용 중 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로 허용될 수 있는 행위를 예시로 설명한 판결 2건을 살펴보겠다.

먼저 판례는 공직선거법 제87조 단서에 의하여 선거운동이 허용되는 단체가 총회 등 그 단체의 의사를 결정할 수 있는 절차를 거쳐 특정 정당 또는 후보자를 지지 또는 반대하는 의사를 결정한 직후 그 결의사실을 알리는 내용을 담은 문서·도화 등을 이를 알지 못하는 구성원들에게 배부하는 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 허

95) 앞 <표3>에서 살펴본 바와 같이 하급심 14건의 판결에서도 ‘사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다.’고 인정한 경우는 없다.

96) 공직선거법 제93조 및 제254조를 제외하고 선거운동 관련 판례에 적용된 조항은 제87조(단체의 선거운동 금지), 제90조(시설물설치 등의 금지), 제91조(확성장치와 자동차등의 사용제한), 제95조(신문·잡지등의 통상방법외의 배부금지), 제102조(야간연설등의 제한), 제105조(행렬등의 금지), 제107조(서명·날인운동의 금지), 제108조(여론조사의 결과공표금지등)이다.

97) 대구고등법원 2006.11.21선고, 2006고합39판결.[대법원 2007.9.6선고, 2007도1604판결 시 원심 인정]; 서울고등법원 2008.4.23선고, 2008노734판결.[대법원 2008.7.10선고, 2008도3816판결 시 원심 인정]

98) 대법원 2007.4.26선고, 2007도218판결 등.

99) 대법원 2007.9.6선고, 2007도1604판결.

용될 수 있음을 예를 들어 판시¹⁰⁰⁾하고 있다.

또한, 판례는 “선거와 관련된 여론조사의 결과를 공표하면서 그 객관성과 신뢰성을 유지할 수 있게 하려고 공직선거법 제108조제4항¹⁰¹⁾에서는 여론조사의 공표 방법에 관하여 ‘누구든지 선거에 관한 여론조사의 결과를 공표 또는 보도하는 때에는 조사의뢰자와 조사기관·단체명, 피조사자의 선정방법, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 표본 오차율, 응답률, 질문내용 등을 함께 공표 또는 보도하여야 하며’라고 규정함으로써 그 주체에 아무런 제한을 두고 있지 아니하여 위 규정이 여론조사를 최초로 공표하는 자에 한하여 적용된다고 할 수 없다.”라고 하면서 “이 경우 선거와 무관한 일반인들의 대화도 위 규정에 위반되어 처벌의 범위가 지나치게 넓어질 우려가 없지 않으나, 여론조사를 공표하는 당사자의 의도, 공표의 대상과 상황 등을 감안하여 사회상규에 반하지 아니하는 행위로서 위법성이 조각되거나 검사의 기소유예 등의 조치로 이러한 문제점은 시정될 수 있는 것으로 보인다.”라고 판시¹⁰²⁾하였다.

이러한 판례의 태도를 볼 때 선거운동 유형에서도 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각될 여지가 있을 것으로 보인다.

4. 그 밖의 유형 관련 판결의 적용

이번 절에서는 기부행위와 선거운동 유형을 제외한 그 밖의 유형에서의 사회상규 관련 판례를 살펴보도록 하겠다.

먼저 매수 및 이해유도죄를 살펴보면, 이와 관련된 대법원 판결은 총 3건으로 이 중 “예비후보자 사무실에서 법정수당 및 실비 외의 선거운동과 관련하여 자원봉사자 2인에게 동태찌개 2인분 합계 8,000원 상당을 제공하고, 짜장면 2인분 합계 7,000원 상당을 제공한 것은 금품의 액수가 소액이라 하더라도 사회상규에 위배되지 않는다고 보기도 어렵다.”¹⁰³⁾고 판시한 판례를 볼 때 공직선거법 제135조(선거사무관계자에 대한 수당과 실비보상)제3항은 법정수당과 실비 외의 선거운동 관련 금품의 지급 등을 금지하는 조항이므로 동 조항과 관련하여서는 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각되는 경우는 극히 드물 것으로 보인다.

한편, 1999년에 공직선거법 제135조제3항과 관련하여 판례는 “후보자의 회계책임자가 자원봉사자인 후보자의 배우자, 직계혈족 기타 친족에게 식사를 제공한 행위는 사회상

100) 대법원 2005.5.13선고, 2004도3385판결.

101) 현행 공직선거법 제108조제5항.

102) 서울고등법원 2007.3.22선고, 2006노2857판결.[대법원 2007.6.14선고, 2007도2741판결 시 원심 인정]

103) 부산고등법원 2008.9.25선고, 2008노519판결.[대법원 2008.12.11선고, 2008도8755판결 시 원심 인정]

규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된다.”고¹⁰⁴⁾하였다. 따라서 후보자 등이 친족에게 선거운동과 관련하여 금품·음식물을 제공하거나, 기부행위를 할 때에는 위법성 조각 사유에 해당할 가능성이 매우 크다고 할 것이다.

다음으로, 공직선거법 제237조의 선거자유방해죄의 사회상규 관련 대법원 판례는 후보자 협박 1건¹⁰⁵⁾, 선거사무원 폭행 1건¹⁰⁶⁾이 있다. 공직선거법 위반사건을 비롯하여 모든 사회상규 관련 대법원 판결 중 폭행 등 개인 간의 다툼과 관련된 사안은 공직선거법 위반사건과 뇌물수수 등의 부패행위 다음으로 많은 건수를 차지하고 있는 것으로 보아(이상용 2007) 공직선거법에서의 폭행 등과 관련한 분야는 앞으로도 사회상규와 연관 지어 논의될 여지가 있을 것이다.

그리고 공무원의 선거에 영향을 미치는 행위와 관련한 판결 3건¹⁰⁷⁾은 모두 공직선거법 제86조(공무원등의 선거에 영향을 미치는 행위금지)제1항제2호의 지위를 이용하여 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위와 관련된 내용으로 판례는 “공직선거법 제86조제1항의 입법취지에 비추어 보면 그 행위가 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 사회생활 관계상 통상적으로 용인될 수 있는 행위인 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라고 보기도 어렵다.”라고 대동소이한 내용으로 판시하고 있다.

마지막으로, 허위사실공표 관련 판결 2건¹⁰⁸⁾은 모두 사회상규에 대한 개념정의를 하지 않고 별다른 설명 없이 단순히 결론을 도출하고 있으며 허위사실공표죄는 당선 또는 낙선 목적 이외에도 행위자의 고의 내용으로서 그 사항이 허위라는 인식¹⁰⁹⁾이 필요하므로 이와 관련한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 해당할 여지는 극히 적을 것이다.

V. 결론

지금까지 형법 제20조에 규정되어 있는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대한 개념을 정의하고 대법원 판례를 중심으로 공직선거법에 적용되는 사회상규의 형태를 중

104) 대법원 1999.10.22선고, 99도2971판결.

105) 대구고등법원 2003.5.1선고, 2003노131판결.[대법원 2003.10.23선고, 2003도2705판결 시 원심 인정]

106) 대법원 2007.11.29선고, 2007도4755판결.

107) 대법원 2005.1.28선고, 2004도6008판결; 대법원 2007.10.25선고, 2007도4069판결; 대법원 2011.2.24선고, 2010도16550판결.

108) 부산고등법원 2003.4.30선고, 2002노778판결.[대법원 2005.1.28선고, 2003도2639판결 시 원심 인정]; 대법원 2007.9.6선고, 2007도3604판결.

109) 대법원 2005.7.22선고, 2005도2627판결 등.

합적으로 살펴보았다.

그 결과 기부행위의 위법성 조각 여부는 사회상규가 적용되는 중요한 분야임을 알 수 있었으며 판례는 사회상규의 인정에 매우 엄격한 태도를 보이고 있음을 확인하였다.

기부행위 외의 공직선거법의 다양한 분야에서 사회상규와 관련된 판단이 시도되고 있으나 2000년 이후 기부행위 외의 유형에서 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된 판례는 없었다.

본문에서 대법원 판결을 통해 기부행위와 관련하여 위법성이 조각된 판례를 '단순 적용이 가능한 판례', '보통의 판단기준 적용이 필요한 판례', '다각적인 판단기준 적용이 필요한 판례'로 분류하였다. 실무적으로 법규해석 및 위반행위 조치 시 해당 판례와 비슷한 사안이 발생하면 각 분류방식을 참고하여 적용할 수 있을 것으로 보인다.

한편, 대법원 판례에서 후보자의 회계책임자가 자원봉사자인 후보자의 배우자, 직계 혈족 기타 친족에게 음식을 제공한 행위는 위법성 조각사유에 해당한다고 하였는바 이들 친족에 대한 기부행위는 위법성 조각 사유에 해당할 가능성이 매우 크므로 기부행위 예외사항으로 관련 규정¹¹⁰⁾을 개정하여야 할 것이며, 선거관리위원회 질의회답에서 사회상규와 관련하여 공직선거법의 규정을 확장 해석한 예비후보자 등의 선거사무소 개소 식 참석 범위, 비영리 사회복지단체의 기금 출연 행위 및 지방공무원에 대한 부상 수여 행위와 관련한 규정도 공직선거법 개정을 통해 보완하여야 할 것이다. 또한, 지방자치단체의 전국대회·행사에서의 부상을 수여하는 행위에 대하여는 현재 기준보다 좀 더 명확한 운영기준이 마련되어야 할 것이다.

이번 논문에서는 공직선거법에 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 관련 업무에 활용할 수 있도록 대법원 판례를 다각적으로 분석하였다. 그러나 사회상규라는 추상적인 개념을 선거관리위원회 직원들이 판단하는 것 자체가 무리일 수 있고 사회상규에 관한 법원의 판단을 개개의 사건에서 예측하기는 쉽지 않을 것이다. 하지만 실무에서는 공직선거법 여러 분야에서 사회상규와 관련된 행위를 검토할 수밖에 없으므로 이번 연구가 공직선거법을 운영하는 데 있어 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 적용에 대한 기준 마련의 초석이 되었으면 한다. 나아가 상당수의 공직선거법 위반사건 판례에서 사회상규를 검토하고 있는 만큼 공직선거법과 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대한 연구가 꾸준히 이루어지기를 바란다.

110) 공직선거법 제112조제2항제2호 가목은 민법 제777조의 규정에 의한 친족의 관혼상제의식 기타 경조사에 축의·부의금품을 제공하는 행위만 기부행위의 예외로 규정하고 있다.

참고문헌

가. 저서

- 김일수·서보학. 2002. 『형법총론』 제9판. 박영사.
- 남홍우. 1980. 『형법총론』 개정판. 박영사.
- 박상기. 2009. 『형법총론』 제8판. 박영사.
- 배중대. 2011. 『형법총론』 제10판. 홍문사.
- 신동운. 2006. 『관례백선 형법총론』 개정증보판. 경세원.
- _____. 2011. 『형법총론』 제6판. 법문사.
- 염정철. 1966. 『형법총론』. 한국사법행정협회.
- 이재상. 2011. 『형법총론』 제7판. 박영사.
- 이형국. 2003. 『형법총론』 제3판. 법문사.
- 정영석. 1987. 『형법총론』 제5전정판. 법문사.
- 조준현. 2004. 『형법총론』 제3정판. 법원사.
- 중앙선거관리위원회. 2003. 『선거사범 불기소사례 분석자료집』. 대한인쇄사.
- 중앙선거관리위원회. 2008a. 『제16대 국회의원선거 판결문집』.
- 중앙선거관리위원회. 2008b. 『제3회 전국동시지방선거 판결문집』.
- 중앙선거관리위원회. 2008c. 『제16대 대통령선거 판결문집』.
- 중앙선거관리위원회. 2008d. 『제17대 국회의원선거 판결문집』.
- 중앙선거관리위원회. 2008e. 『제4회 전국동시지방선거 판결문집』.
- 중앙선거관리위원회. 2008f. 『제17대 대통령선거 판결문집』.
- 중앙선거관리위원회. 2008g. 『공직선거법규운용자료Ⅱ』. 한국장애인유권자연맹.
- 중앙선거관리위원회. 2009. 『선거사범 불기소사례집』. 일지사.
- 중앙선거관리위원회. 2010a. 『지방자치단체의 각종행사 및 활동 등 운용기준』. 동일인쇄사.
- 중앙선거관리위원회. 2010b. 『선거·정치자금범죄 조사사무편람』. 성문티디피.
- 중앙선거관리위원회. 2010c. 『공직선거법규 선례·판례집』. 해든디자인플러스.
- 중앙선거관리위원회. 2011. 『선거사범 불기소·무죄선고 사례집』. 대한인쇄사.
- 진계호. 2007. 『형법총론』 제8판. 대왕사.

나. 학술지 논문

- 김영환. 1991. “형법 제20조 정당행위에 관한 비판적 고찰.” 『고시계』 36-5, 54-71.
- 신동운. 1994. “가벌적 위법성과 사회상규.” 『고시연구』 21-11, 206-212.

- 양화식. 2004. “형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 관한 고찰.” 『고시연구』 31-9. 82-96.
- 이상용. 2007. “형법 제20조 사회상규 관련 판결사안의 유형화의 시도.” 『형사정책연구』 18-3. 131-164.
- 이인영. 2005. “사회상규의 의미와 정당행위의 포섭범위 : 처벌의 허용요건과 정당행위.” 『형사판례연구』 13. 169-189.
- 천진호. 2001. “사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 대한 비판적 고찰.” 『비교형사법연구』 3-2. 146-185.
- 최병각. 2002. “정당행위와 사회상규.” 『형사판례연구』 10. 114-136.

다. 인터넷 자료

- 중앙선거관리위원회 종합법제정보시스템. <<http://law.nec.go.kr/nechome/index.do>>(검색일 : 2011.8.20)
- 대법원 종합법률정보. <<http://glaw.scourt.go.kr/jbsonw/jbson.do>>(검색일: 2011.9.14)

라. 기타 자료

- 중앙선거관리위원회. 2010년 4분기-2011년 2분기 판결문. 내부자료.

〈국문초록〉

공직선거법 위반행위와 관련하여 상당한 수의 관례와 선거관리위원회의 실무에서 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’ 여부가 쟁점이 되고 있다. 이에 형법 학설과 관례를 검토하여 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 대한 개념과 법적 성질 및 판단기준을 요약하여 제시하고 공직선거법에의 적용 형태를 살펴보았다.

먼저 선거관리위원회의 질의회답을 검토하여 공직선거법에 사회상규를 어떻게 적용·해석하고 있는지 살펴보았고, 다음으로 2000년 이후 실시된 전국단위 선거별 선거법 위반행위 고발 불기소 현황을 살펴본바 전체 408건의 불기소건 중 39건이 사회상규에 위배되지 아니하여 혐의없음 처분을 받은 것으로 확인되었다. 이는 선거법 위반행위 조치 시 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 철저히 검토해야 할 필요성이 있음을 나타낸다.

마지막으로 공직선거법 대법원 관례를 살펴본바 2000년 이후 사회상규 관련 판결이 141건으로, 이를 사회상규에 위배되지 아니하여 위법성이 조각된 판결과 위법성이 조각되지 아니한 판결로 분류하고, 범죄유형에 따른 사회상규의 표현 형태와 판단기준을 다각적으로 분석하였다. 그 결과 기부행위의 위법성 조각 여부는 사회상규가 적용되는 중요한 분야임을 알 수 있었고 그 외의 다양한 분야에서도 사회상규와 관련한 판단이 시도되고 있음을 확인하였다.

사회상규라는 추상적인 개념을 선거관리위원회 직원들이 판단하고, 법원의 판단을 개개의 사건에서 예측하기란 어려운 일이다. 하지만 본 논문을 통해 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대한 개념을 정립하고 본문에서 시도한 유형별 적용방식을 참고한다면 개개의 공직선거법 사건에서 사회상규에 위배되지 아니하는 행위를 적용해 볼 수 있을 것이다.

주제어 : 사회상규, 위법성 조각, 공직선거법, 기부행위, 선거운동

key words : normal regulations, justification in jurisprudence, public official election act, an act of endowment, election campaign