

## 무상급식 서명운동 선거법 위반여부 민변 법률 의견서

류제성 변호사 / 민변

### □ 선관위의 해석

고양시 덕양구 선관위는 최근 무상급식에 찬성·반대하는 홍보물을 일반선거구민을 대상으로 배부하거나 현수막 등을 설치하는 것은 선거에 영향을 미치는 행위로 공직선거법 제90조(시설물설치 등의 금지) 또는 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지)에 위반되고, 거리에서 무상급식에 대한 찬성 또는 반대의 서명을 받는 것은 동법 제107조(서명·날인운동의 금지)에 위반된다고 하였다.

이에 민변은 법률전문가단체로서 다음과 같이 의견을 밝히고자 한다(다만 선관위, 경찰 등 선거법을 해석·집행하는 기관의 의견은 이와 다를 수 있으며, 민변은 이로 인한 당사자의 불이익에 대한 법적 책임을 지지 않습니다).

### □ 검토의견

#### 1. 무상급식 서명운동이 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위' 또는 '선거운동을 위하여 하는 행위'인지 여부

선거법 제90조, 제93조는 '선거에 영향을 미치게 하기 위하여'하는 일정한 행위를 금지하고, 제107조는 '선거운동을 위하여'하는 일정한 행위를 금지하고 있다. 따라서 무상급식 서명운동이 이에 해당하지 않는다면 선거법에 위반될 여지가 없으므로 이에 대한 검토가 우선될 필요가 있다. 결론적으로 무상급식 서명운동은 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'나 '선거운동을 위하여 하는 행위'에 해당하지 않는다.

선거법에 따르면 '선거운동'이란 '당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위'이고 다만, ① 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, ② 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, ③ 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, ④ 통상적인 정당활동은 선거운동에서 제외된다(제58조 제1항).

헌법재판소는 선거운동의 의미에 대해 “특정후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위”를 말한다고 밝히고 있다(헌법재판소 1994. 7. 29. 93헌가4,6(병합)). 대법원도 “공직선거법 제58조 제1항 소정의 선거운동은 특정 후보자의 당선 내지 득표나 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적이 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하는 것으로서, 단순히 장래의 선거운동의 준비행위나 통상적인 정당활동과는 구별되나, 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 판단하여야 한다.”(대법원 2007.3.30. 선고 2006도9043 판결)고 판시하고 있다. 선관위 역시 선거운동으로 보는 행위나 활동은 그 시기·장소·대상·목적·동기 또는 그에 수반되는 효과 등을 종합적으로 감안하여 판단해야 할 성질의 것(선거법 100배 활용하기 중앙선거관리위원회 12p)이라고 하고 있다.

이러한 헌법재판소, 대법원 및 선관위의 해석에 따르면 선거운동이란 ① 특정한 선거에서, 특정한 후보자를 위하여(특정성), ② 당선 또는 낙선을 목적으로 하는(목적성), ③ 능동적이고(능동성), ④ 계획적인(계획성) 행위라고 할 수 있다. 선거운동 정의 규정이 불명확하고 포괄적이어서 위헌소지가 있다는 지적은 차치하더라도, 선관위가 문제 삼은 고양 급식연대 등의 무상급식 서명운동은 이러한 기준에 비추어 볼 때 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 목적으로 하는 능동적이고 계획적인 행위가 아니므로 선거에 영향을 미치기 위한 행위나 선거운동이라고 볼 수 없다.

고양 급식연대 등은 선거를 앞두고 급조된 단체가 아니라는 점, 이 단체의 결성 선언문, 최근 발표한 성명, 홍보물 등에서 특정 정당이나 후보자를 지지하거나 반대하는 입장을 밝힌 바 없다는 점, 다만, 일부 집권여당 인사들의 공격(파퓰리즘, 사회주의 등)에 대하여 반박하는 내용의 의견 표명을 하였을 뿐이라는 점, 어디까지나 정부·여당과 야당들에 대하여 친환경 무상급식을 실현해 줄 것(학교급식법, 초중등교육법 개정 및 예산 확보)을 요구하고 있는 등 행위태양을 구체적으로 살펴볼 때, 동 단체의 활동은 금번 지방선거를 앞두고 특정 정당을 지지하거나 반대하기 위한 선거운동 내지 선거에 영향을 미치기 위한 행위가 아니라는 점을 알 수 있기 때문이다.

선거법상 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'에 대한 정의규정은 없다. 문언상 '선거운동'보다 폭넓게 해석될 여지가 있어 보이기도 한다. 그러나 선거에 영향을 미치는 행위를 금지·제한하는 것은 결국 표현의 자유에 대한 제한이 되고, 그 입법목적이 선거의 공정성을 확보하기 위한 데 있으므로 엄격한 해석이 필요하다. 따라서 무상급식 서명운동이 '선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위'라고 하려면 최소한 특정 후보자를 지지·반대하는 내용이 포함되어 선거운동이라 볼 수 있을 정도에 이른 행위여야 한다.

그런데 고양 급식연대 등은 선거에서 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하기 위하여 결성된 단체가 아니라, 교육인권과 보편적 복지의 차원에서 아동에 대한 무상급식을 실현하는 것을 목적으로 결성된 단체이다. 이러한 단체가 무상급식 서명운동을 하는 것은 단체의 목적에 부합하는 활동일 뿐이다. 무상급식이 사회적 의제가 되고 선거에서 쟁점이 되었다는 이유만으로 단체 본연의 목적 실현을 위한 활동마저 금지하는 것은 동 단체와 단체 구성원의 표현의 자유, 일반적 행동의 자유, 행복추구권 등을 침해하는 것이다. 선관위의 해석대로라면 선거에 즈음한 시기에 선거와 관련하여 쟁점이 되고 찬반논란이 있는 사안에 대해서는 어떤 행위도 할 수 없고 오로지 침묵하여야 한다는 결과가 된다. 이는 표현의 자유가 보장된 민주국가에서는 도저히 용납될 수 없는 위헌적인 해석이다.

## 2. 선거법 제90조(시설물설치 등의 금지) 위반 여부

선거법 제90조는 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 선거법이 허용하는 방법 외에 간판·현수막 등을 게시하는 행위 등을 금지하고 있다. 이는 선거를 앞둔 일정 기간 선거의 공정성을 유지하고 선거운동 분위기의 과열·혼탁을 방지하기 위한 규정으로 이해된다.

선거법의 여러 금지·제한 규정들은 확대해석할 경우 정치적 표현의 자유를 위축시킬 가능성이 크기 때문에 그 입법목적인 선거의 공정성을 해할 우려가 없다면 최대한 허용하는 해석이 필요하다. 그런데 무상급식 서명운동은 앞서 본 바와 같이 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위라고 볼 수 없고, 이로 인해 선거의 과열·혼탁을 초래하여 선거의 공정성을 해칠 우려가 있다고 볼 수도 없다. 따라서 제90조를 적용하여 무상급식 서명운동을 금지하는 것은 과도하고 위법한 규제이다.

### 3. 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지) 위반 여부

선거법 제93조 제1항은 선거일전 180일부터 선거일까지 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’ 선거법이 허용하고 있는 방법 외의 방법으로 ‘정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는’ 문서·도화, 그 밖에 이와 유사한 것 등을 배부·게시하는 등의 행위를 금지하고 있다. 그 목적은 헌법 제116조 제1항의 선거운동 기회균등 보장의 원칙에 입각하여 선거운동의 부당한 경쟁 및 후보자들 간의 경제력 차이에 따른 불균형이라는 폐해를 막고, 선거의 평온과 공정을 해하는 결과의 발생을 방지함으로써 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하기 위한 것이다(헌법재판소 2001.12.20. 2000헌바96).

굳이 제93조가 표현의 자유, 선거운동의 자유 등을 침해하고 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되어 위헌이라는 주장이 끊이지 않고 관련 헌법소송이 수차례 제기되었다는 점은 차치하더라도 무상급식 서명운동에 대해 제93조를 적용하는 것은 부당하다. 앞서 본 바와 같이 무상급식 서명운동이 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위’라고 할 수 없기 때문이다. 그리고 무상급식 서명의 내용이 ‘정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 것’이라고 볼 수도 없기 때문이다. 무상급식 실현을 목표로 하는 단체의 입장이 특정 정당이나 후보자의 정책·공약과 같거나 반대된다는 이유만으로 이를 정당 또는 후보자에 대한 지지·추천 또는 반대로 해석하는 지나친 확대해석이 아닐 수 없다.

### 4. 제107조(서명·날인운동의 금지) 위반 여부

선거법 제107조는 누구든지 ‘선거운동을 위하여’ 선거구민에 대하여 서명이나 날인을 받을 수 없도록 하고 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 무상급식 서명운동은 선거운동이 아니다. 그리고 중앙선관위의 해석에 따르더라도 서명운동 과정에서 특정 정당이나 후보자가 되고자 하는 자를 지지·선전하는 행위가 부가되지 않는 한 이를 위법하다고 볼 수 없다(중앙선관위 회신 2006. 11. 14). 선거법 제107조는 선거운동 방법에 대한 다른 제한·금지 규정과 달리 그 입법목적 조차 불분명하다. 심지어는 선거인이 투표 전에 특정 후보자에 대한 지지 또는 반대의사를 표명하게 하는 것은 그에 심리적으로 구속되어 자유로운 의사에 따른 공정한 투표를 방해할 위험이 있

기 때문에 이를 금지하는 것이라는 황당한 해석론도 있다. 어쨌든 무상급식 서명운동이 특정 정당이나 후보자에 대한 지지·선전행위가 아닌 이상 이를 선거운동 내지 선거운동을 위한 행위로 볼 수 없고, 이로 인해 선거의 공정을 해할 우려도 없는 이상 제107조를 이유로 금지하는 것은 부당하다.

## 5. 결론

선거의 공정을 이루기 위한 선거규제의 요체는 선거운동 그 자체를 제한하는 데 있는 것이 아니라 선거자금의 규제, 금권 및 관권의 개입차단, 언론의 개방을 통한 흑색선전·허위사실 유포의 차단, 후보자간의 무기대등의 확보 등에 있다(헌법재판소 1994.07.29, 93헌가4,6(병합)). 따라서 금권, 관권의 개입, 흑색선전·허위사실 유포, 후보자간 경제력 차이에 따른 불공정 등의 우려가 없는 행위를 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위나 선거운동으로 보아 선거법을 적용하는 것은 권한의 남용이다. 표현의 자유는 민주주의 유지·발전의 근간이 되는 기본권중의 기본권이다. 따라서 선거에 임박한 시기라는 이유만으로, 막연히 선거의 공정을 해할 우려가 있다는 선관위의 자의적 해석만으로 선거법을 적용하여 표현의 자유를 제한하는 것은 위헌·위법하다. 무상급식 서명운동은 선거법에 전혀 저촉되지 않으며 오히려 국민의 표현의 자유로서 넓게 보장되어야 한다. 끝.

2010년 3월 26일

민주사회를 위한 변호사 모임

회 장 백 승 헌

