

선거법에 대한 자격제한과 형벌개별화원칙*

정 광 현**

차 례

- I. 서론
- II. 형벌개별화원칙의 헌법적 의미
- III. 자격제한의 불이익과 형벌개별화원칙
 - 1. 고찰의 범위
 - 2. 프랑스 헌법위원회 판례
 - 3. 독일형법 제45조의 형벌적 성격
 - 4. 우리나라 공직선거법상 자격상실의 본질
 - 5. 형벌개별화원칙 위반
 - 6. 기타 관련 문제점
 - 7. 소결론
- IV. 선거법에 대한 주형(主刑)의 왜곡과 형벌개별화원칙
 - 1. 문제의 소재
 - 2. 분리심리 규정이 없는 경우
 - 3. 분리심리 규정이 있는 경우
 - 4. 평가
- V. 결론

* 이 논문은 한양대학교 교내연구지원사업으로 연구되었음(HY-2016년도).

** 한양대학교 법학전문대학원 부교수.

접수일자 : 2017. 10. 31. / 심사일자 : 2017. 11. 22. / 게재확정일자 : 2017. 11. 24.

I. 서론

공직선거법에서 규정한 선거범죄로 징역이나 100만 원 이상의 벌금을 선고받은 자는, 설령 해당 선거에서 당선되더라도 공직선거법 제264조에 의해 그 당선이 무효로 된다. 그리고 공직선거법 제18조 제1항 제3호 및 제19조 제1호에 따라 선거권과 피선거권도 각각 벌금형 확정된 경우에는 5년간, 징역형 선고의 경우에는 10년간 박탈된다. 나아가, 공직선거법 제266조 제1항에 의해 일정한 공적 업무에 종사할 수 없게 될 수도 있다. 이 글은 선거법에 대한 이와 같은 자격제한들을 고찰대상으로 한다.

전술한 자격제한들이 헌법에 위반되는지 여부에 대해 헌법재판소는 이미 여러 차례에 걸쳐 합헌결정을 한 바 있다.¹⁾ 판례의 주된 요지는, 첫째 선거법으로 형벌을 받은 자에 대해 일정기간 피선거권 정지 등 자격제한을 가하는 것 자체를 두고 위헌이라 할 수 없고, 둘째 구체적으로 어떤 종류의 형벌을 얼마나 선고받은 자에 대하여 얼마만큼의 기간 동안 자격제한을 가할 것이냐 하는 것은 기본적으로 입법자의 입법재량에 속하며, 셋째 자격제한의 기준이 되는 것은 법정형이나 처단형이 아니라 선고형으로서, 법원은 자격제한이 적정하다고 판단되는 경우에 한하여 이른바 “당선무효형”으로 일컬어지는 ‘징역이나 100만 원 이상의 벌금’을 선고할 것이므로, 해당 자격제한조항에 의하여 공무담임권이 과도하게 침해되었다고 보기는 어렵다는 것이다.

과잉금지원칙 심사의 논리적 타당성만 놓고 보면, 위와 같은 판시내용을 반박하기 어려울지도 모른다. 하지만 위헌성 심사는 ‘일차원적으로’ 기본권을 제한하는 공익목적과 그 수단 사이의 비례성 존부를 검토하는 것에서 끝낼 수 없다. 개별 사안의 특수성에 따라 그 밖의 원칙들이 문제되고 있지 않은지 다각도로 검토해 볼 필요가 있다. 실제로, 선거법에 대한 일련의 자격제한과 관련해서는 아직 해명되지 않은 여러 쟁점들이 남

1) 예를 들어, 공직선거법 제264조에 대한 합헌결정으로는 헌재 2009. 3. 26. 2008헌마99, 공직선거법 제19조 제1호에 대한 합헌결정으로는 헌재 2008. 1. 17. 2004헌마41, 공직선거법 제266조 제1항에 대한 합헌결정으로는 헌재 2005. 10. 27. 2004헌바41, 헌재 2008. 4. 24. 2006헌바44 등 참조.

아 있다. 뒤에서 다시 언급하겠지만, ‘체계정당성’이나 ‘적법절차원칙’의 위반 여부도 이에 속한다고 할 것이다. 그러나 여기서의 고찰에서는 무엇보다도 ‘형벌의 개별화 원칙’에 주안점을 두고자 한다.

‘형벌 개별화’란, 간단히 말해, 어떤 범죄행위에 대해 기계적이고 획일화된 처벌을 지양하고 행위자에게 적정한 처벌의 종류와 수위를 개별적으로 정하는 것을 말한다. 앞서 본 각종 자격제한과 관련해서는 다음 두 가지 측면에서 형벌개별화원칙 문제를 제기해 볼 여지가 있다.

첫째로, 선거법에 대한 자격제한 자체가 형사범죄에 대한 제재수단의 일환이라고 전제할 때, 그에 대한 양형도 원칙적으로 개별화원칙에 부합하게 이루어져야 할 것이다. 그러나 현행법 하에서는, 그러한 개별적인 양형의 가능성이 봉쇄되어 있어서 문제이다. 특히 벌금형 선고에 그치는 상대적으로 죄질이 가벼운 선거법에 대해서까지 ‘형선고에 따른 부수효과’의 형태로 자격제한을 가하는 것은 체계정당성이나 적법절차원칙의 관점에서 납득하기 어려운 측면이 있을 뿐만 아니라, 그 기간이 획일화된 점에서 형벌개별화원칙의 근본정신에 배치된다고 할 것이다.²⁾

둘째로, 실령 자격제한 자체는 본질상 형사적 제재가 아니라고 보더라도, 적어도 그에 의해 형벌의 양형이 심각하게 왜곡되는 점에서 형벌개별화원칙 위반이 문제될 여지도 있다. 단적인 예로, 공직선거법 제18조 제3항은 선거범죄와 그 밖의 범죄가 실체적 경합범으로 기소되었을 경우 양

2) 현재 2008. 1. 17. 2004헌마41 결정에서 법정의견은, “100만 원 이상의 벌금형을 선고 받은 선거법에 대하여 5년간 피선거권을 제한하고 있는데, 임기만료에 의한 선거에 있어 대통령선거는 5년마다, 국회의원선거와 지방의회의원 및 지방자치단체의 장 선거는 각 4년마다 행하여지므로 위 조항에 의한 피선거권의 제한은 각 공직선거마다 통상 1회에 그치게 되는데, 선거의 공정성을 확보하기 위한 이 사건 법률조항의 입법 취지 및 피선거권의 제한이 선거법 스스로가 선거법을 위반함에 따른 불이익이라는 점을 고려하면 5년간의 제한기간은 지나치게 장기간이라고 보기 어렵다”고 판시하고 있다. 하지만 5년의 기간 동안이면 국회의원선거와 지방선거 총 3회, 대통령선거 1회 등이 치러질 수 있고, 그에 따라 누적하여 4회에 걸쳐 피선거권이 제한되는 결과가 된다. 만약 징역형의 선고로 10년 동안 위와 같은 자격이 제한된다면, 그 제한횟수는 누적하여 7회에 이를 수 있다. 이 글에서 형벌개별화원칙 하에 주로 논하고자 하는 것은, 이러한 제재를 가하는 공익목적이 중요하지 않거나 제한횟수가 일반·추상적으로 과다하다는 게 아니라, 자격제한을 받는 개인의 특성이나 위반행위의 태양 등을 개별·구체적으로 고려하지 않고 획일적으로 ‘5년간’ 또는 ‘10년간’ 자격제한의 제재를 가하는 것이 과연 정당한가이다.

자를 분리하여 형을 선고하도록 규정하고 있는데, 이를 통해 한편으로 ‘당선무효형’의 선고가 남발될 위험성을 줄이는 효과가 있는 반면에, 다른 한편으로 경합범가중한 형을 선고하는 경우에 비해 형벌이 전체적으로 더 늘어나는 부작용도 나타날 수 있게 된다. 당선무효형 선고에 따른 자격제한의 엄중함을 의식한 나머지 정작 본형 자체의 경중에 대해서는 소홀히 취급함으로써 생기는 현상이다. 이러한 폐단이 형벌개별화의 이념에 부합할 리 없다.

요컨대, 문제의 핵심은 선거법에 대해 자격제한의 불이익을 주는 것 자체가 위헌인지 여부에 있다기보다는, 자격제한의 불이익을 주더라도 개별화된 양형이 가능하도록 하기 위해 어떠한 형태와 방법을 취해야 하는가에 있다고 하겠다. 결론부터 말하면, 자격제한을 형선고에 따른 당연한 부수효과로서 규정하는 방식에 대해서는 재고해 볼 필요가 있다. 특히 벌금형에 대한 부수효과로서 자격제한을 가할 수 있도록 한 것은 폐지됨이 마땅하다고 생각한다. 그 대신에 구체적으로 어떠한 자격을 얼마나 제한할지를 법원이 결정하여 자격정지형의 형태로 주문에 표시하게 함이 바람직하다.

이하에서는 위와 같은 견해를 좀 더 구체적으로 상술하되, 그에 앞서 먼저 형벌개별화원칙의 헌법적 의미부터 간략히 언급하기로 한다.

II. 형벌개별화원칙의 헌법적 의미

과거 프랑스 1791년 형법전에서는 각 범죄마다 특정한 형을 확정해 놓음으로써 법 적용 단계에서는 어떠한 양형의 재량도 행사할 수 없도록 한 바 있다. 가령 장발장이 굶주린 동생을 위해 빵 한 조각을 훔친 경우이든 별다른 이유 없이 그냥 취미삼아 타인의 고가의 물건을 훔친 경우이든 가리지 않고 절도죄에 대해서는 무조건 징역 5년에 처한다는 식이었다. 명분은 이른바 ‘법 앞의 평등’을 실현하는 데 있었다. 하지만 구성요건상으로는 같은 범죄라도 어떤 것은 죄질이 비교적 나쁠 수 있고 어떤 것은 경미할 수 있는데, 모든 경우에 획일적으로 똑같이 처벌하는 것은 오히려

정의관념에 반하는 처사가 아닐 수 없었다. 이에 1810년 나폴레옹 법전은 각 범죄에 대한 형을 구체적으로 특정해 규정하는 대신에, 단지 일정한 범위만 제시하는 방법을 택하였다. 가령, 절도에 대해서는 징역 1년 이상 5년 이하에 처한다고 규정하는 식이었다. 하지만 작량감경은 매우 제한된 범위 내에서만 허용하였다. 그러다가 1824년 형법과 1832년 형법을 거치면서 작량감경의 여지는 모든 범죄로 확대되기에 이른다.³⁾

이상이 ‘각 범죄행위의 특성에 따른 형벌 개별화’의 발전과정의 단면을 보여 준다고 한다면, 19세기 후반 들어서는 다른 관점에서의 개별화가 주목을 끌기 시작했다. 1882년에 리스트(Liszt)가 천명한 유명한 명제, 즉 “처벌이 되는 것은 범죄자이지, 범죄행위개념이 아니다”는 말은 이러한 방향의 진전을 시사하는 하나의 이정표와 같은 것이었다. 그에 의하면, 형벌은 범죄행위의 특성보다는, 범죄자의 특성에 따라 개별화되어야 했다. 그렇게 함으로써 범죄자에 대한 특별예방효과가 더 제고될 수 있다는 것이었다. 이처럼 범죄행위에서 범죄자로 주안점을 변경하자는 견해는 작지 않은 반향을 일으켰다.⁴⁾ 그리하여 이제 ‘형벌개별화’라고 하면, 우선 ‘행위자의 특성에 따른 양형’부터 떠올리게 될 정도이다.⁵⁾

그런데 형벌개별화원칙은 단지 법원에 의한 ‘양형’ 단계에서만 기능하는 것은 아니다. 그것은 입법자에 의한 처벌규정의 형성에 있어서도 한계원리로서 기능할 소지가 있다. 헌법재판소는 ‘형벌개별화원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하는 것’을 실질적 법치국가원리를 구현하는 일환으로 보고 있다.⁶⁾ 형사 분야에서 실질적 법치국가원리는 형식적

3) Heinitz, “Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses”, S. 1-2.

4) Heinitz, 위 논문, S. 2 ff.; 정우식, “합당한 형법의 원리로서의 처벌의 개별화”, 「신학논단」 17, 1987, 355쪽 이하 참조.

5) 이른바 ‘형벌개별화의 한계’를 논하는 입장도 이러한 의미의 형벌개별화를 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 가령, 정철호, “형벌의 개별화에 대한 한계”, 「형사정책」 제 15권 제1호, 2003, 231쪽 이하 참조.

6) 헌재 2002. 11. 28. 2002헌가5, 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 헌재 2009. 2. 26. 2008헌바9등: “우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있다(헌재 1992. 4. 8. 90헌바24, 판례집

인 차원의 죄형법정주의에서 끝나는 것이 아니라, 더 나아가 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어서도 형벌이 죄질 및 행위자의 책임과 적절한 비례 관계를 유지할 것을 요구한다. 또한 형벌을 단지 범죄에 대한 응징수단 내지 국민에 대한 일반예방 수단으로만 파악하고 범죄자에 대한 특별예방 및 재사회화에 대한 배려는 완전히 도외시한다면, 이는 결코 헌법 제 10조 인간의 존엄과 가치의 이념과 부합할 수 없다. 형벌개별화원칙은 결국 이 모든 헌법적 요청을 실현하기 위한 구체적 지침으로서의 성격을 가진다.

형벌개별화원칙이 관철될 수 있으려면, “원칙적으로 법정형은 법관에게 각 행위의 개별성과 고유성에 맞추어 형을 선고할 수 있게끔 재량의 여지”를 부여해야 한다.⁷⁾ 또한 비단 법정형에 관한 실체법적 규율에 있어서뿐 아니라, 재판청구권 보장과 같은 절차법적 규율의 측면에서도 형벌개별화원칙은 일종의 지도이념으로서 기능하지 않으면 안 된다. 법관에게 형사절차에서 적정한 양형에 필요한 여러 요소들을 심리·평가하고 이를 판단에 반영할 권한과 책무를 부여하는 것은, 형벌개별화원칙 실현을 위한 절차법적 요청 중 하나라고 할 수 있다. 그런 점에서 형벌개별화원칙은 적법절차원칙 내지 헌법 제27조 제1항의 ‘법관에 의한 공정한 재판을 받을 권리’라고도 상통하는 부분이 있다.⁸⁾

4, 225, 230). 따라서 어떤 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 데 대한 입법자의 입법형성권이 무제한한 것이 될 수는 없다. 즉, 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다.”(밀줄은 필자에 의해 그어짐. 이하 같음).

7) 현재 2000. 6. 29. 98헌바67.

8) 법관의 양형재량이 박탈된 것을 적법절차원칙 위반에 해당한다고 평가한 판례로는, 현재 1989. 7. 14. 88헌가5 참조: “법[구 사회보호법, 이하 같음] 제5조 제1항은 법 제20조 제1항 ‘다만’ 이하 부분과 종합하여 해석할 때, 법 제5조 제1항에 정한 전과나 감호처분을 선고받은 사실 등 범정의 요건에 해당되면 재범의 위험성 유무에도 불구하고 반드시 그에 정한 보호감호를 선고하여야 할 의무를 법관에게 부과하여 법관의 판단재량을 박탈하고 있는 것으로 볼 수밖에 없다. 결국 법 제5조 제1항은 헌법 제12조 제1항 후문에 정한 적법절차에 위반됨은 물론 헌법 제37조 제2항에 정한 과잉금지원칙에 위반된다고 할 것이며, 나아가 법원의 판단재량의 기능을 형해화(形骸化)시

이렇게 볼 때, 법관의 양형재량을 심히 제한하거나 그 적정한 행사를 현저히 가로막는 것은, 피고인에게 적정하지 않은 형벌을 과할 것을 강요하는 결과가 되는 점에서, 형벌개별화원칙에 반하고, 결국 실질적 법치국가원리나 적법절차원칙 등에도 위배된다고 할 것이다.

Ⅲ. 자격제한의 불이익과 형벌개별화원칙

1. 고찰의 범위

현행법상 선거법에 대한 자격제한의 불이익은 법원의 판결에 의해서가 아니라, 법률에 의해 직접 부과된다. 어떠한 자격제한을 얼마나 오랫동안 가할지도 법률에서 일률적으로 규정하고 있다. 이것이 형벌개별화원칙과 배치되는지를 판단함에 있어서는, 두 가지 상이한 접근법을 생각해 볼 수 있다.

하나는 실질적 관점에서 위와 같은 불이익의 본질이 형벌인지를 규명한 다음, 이를 전제로 법원의 양형이 배제된 것을 형벌개별화원칙 위반에 해당하는지를 판단하는 접근법이다. 다른 하나는 오히려 법원의 양형이 배제되어 있는 형식에 일차적으로 주목하여 ‘형벌적 성격’을 부정하고, 그로써 형벌개별화원칙에 관한 문제제기의 여지를 원천적으로 차단하려는 접근법이다.

실제로, 프랑스 헌법위원회와 같이 전자의 입장에 따라 형벌개별화원칙 위반 여부를 판단한 사례가 있는가 하면, 독일에서처럼 후자의 입장에서 형벌개별화원칙의 문제를 회피하는 듯한 사례도 있다. 이러한 사례들은 우리에게 시사하는 바가 있다고 생각되므로 아래에서 좀 더 구체적으로 소개하도록 한다.

다만, 공직선거법상 선거법에 대한 자격제한을 형벌로 보지 않는다고 해서, 반드시 형벌개별화원칙의 기본취지에서 자유로워질 수 있다고 단정

켜 헌법 제27조 제1항에 정한 국민의 법관에 의한 정당한 재판을 받을 권리를 침해하였다 할 것이다.”

할 수는 없을 것이다. 또한, 벌금형, 그것도 제3자에 대한 벌금형 선고에 당선인의 지위나 선거권 및 피선거권, 기타 공적 직무에 종사할 수 있는 자격에 대한 제한이 좌우되게 하는 것은 체계정당성과 적법절차원칙의 관점에서 문제점이 있다. 이러한 점들에 대해서도 함께 검토하기로 한다.

2. 프랑스 헌법위원회 판례⁹⁾

프랑스의 구 선거법 제7조는, “형법 제432-10조 내지 제432-16조, 제433-1조, 제433-2조, 제433-3조 및 제433-4조에 규정된 범죄행위¹⁰⁾로 인해 또는 형법 제321-1조와 제321-2조에 규정된 위 범죄행위¹¹⁾에 대한 은닉행위로 인해 유죄판결을 받은 사람은 유죄의 확정판결이 있는 날로부터 5년 동안 선거인 명부에 등록될 수 없다”고 규정하고 있었다. 선거인 명부에 등록된 자만 선거권을 행사할 수 있고 나아가 선출직 공무원이 될 자격도 인정되는 것이기에, 선거인 명부에 등록을 못하게 한다는 것은 결국 선거권과 피선거권의 행사를 금지하는 것을 의미했다. 문제는, 이러한 선거권과 피선거권 행사의 금지가 법원의 재판 없이 위 법률조항에 의해 바로 발생한다는 데 있었다.

이와 비교할 것은, 프랑스 형법 제131-26조 제1항 제1호, 제2호는 선거

9) Décision n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010. 헌법재판연구원, 「세계헌법재판 판례동향 1」, 2012, 113~114쪽 참조.

10) 프랑스 형법 제432-10조는 불법징수, 제432-11조는 수뢰, 제432-12조와 제432-13조는 영리행위 및 사후영리행위, 제432-14조는 공계약의 공정성침해, 제432-15조 및 제432-16조는 직무상 공물손괴 및 직무상 공물관리태만, 제433-1조와 제433-2조는 중죄, 제433-3조는 공무방해위협, 제433-4조는 공물손괴를 각 규정하고 있다. 이들 법률조항의 구체적 내용에 관해서는, 법무부, 프랑스 형법, 2008 참조.

11) 프랑스 형법 제321-1조: “① 장물취급은 정을 알면서 중죄 또는 경죄로 인하여 생긴 장물을 은닉, 취득 또는 양도하거나 양도를 알선하는 행위를 말한다. ② 정을 알면서 방법 여하를 불문하고 중죄 또는 경죄로 인하여 생긴 장물로부터 이익을 향유하는 행위는 장물취급에 해당한다. ③ 장물취급은 5년의 구금형 및 375,000유로의 벌금에 처한다.”

프랑스 형법 제321-2조: “다음 각 호의 경우 장물취급은 10년의 구금형 및 750,000유로의 벌금으로 가중한다.

1. 상습으로 또는 직업 활동의 수행으로 기인한 편의성을 이용하여 죄를 범하는 경우,
2. 범죄조직의 일원으로 죄를 범하는 경우”.

권과 피선거권의 행사 금지를 형벌의 일종으로 규정하고 있고, 제432-17조 제1호와 제321-9조에 따르면, 구 선거법 제7조에 열거되어 있는 범죄들을 포함한 일련의 범죄들에 대해 이러한 선거권과 피선거권의 행사 금지를 이른바 “보충형(peine complémentaire)”으로 과할 수 있게 되어 있다. 그러나 이들 조항에 의한 참정권 제한은 어디까지나 법원의 선고에 의해 발생하는 것이며(제131-26조 제3항), 그 금지기간은 중죄에 대한 유죄판결의 경우는 10년 이내에서, 경죄에 대한 유죄판결의 경우는 5년 이내에서 정할 수 있게 재량의 여지가 부여되어 있다(제131-26조 제2항). 그런 점에서 이들 형법조항에 따른 참정권 제한은, 위와 같이 법원의 재량판단을 허용하지 않는 구 선거법 제7조의 참정권 제한과는 차이가 있었다.

그러나 프랑스 헌법위원회는 이러한 차이에도 불구하고 위와 같은 형식적 기준만 가지고 형벌인지 여부를 판단하는 데 동의하지 않았다. 설령 구 선거법 제7조에 따른 선거권과 피선거권 제한이 법원의 선고에 의하지 않고 이루어진다고 하더라도, 이는 그 형벌성을 부정할 사유가 되기보다는, 오히려 형벌개별화의 원칙 위반을 인정할 사유라고 본 것이다. 즉, 스테판(Stéphane)이라는 위헌제청신청인이 위 선거법 제7조가 1789년의 인간과 시민의 권리선언 제8조에서 도출되는 형벌필요성원칙과 형벌개별화원칙에 반한다고 주장하였고, 과기원은 이를 받아들여 위헌여부심판을 제청한 데 대해, 헌법위원회는 2010년 6월 10일 다음과 같이 결정하였다.

“1789년의 인간과 시민의 권리선언 제8조는 ‘법률은 엄밀하고 명백하게 필요한 형벌을 규정하여야 하며, 어느 누구도 범죄행위 이전에 제정·공포되고, 적법하게 적용되는 법률에 의하지 아니하고는 처벌받지 않는다.’고 규정하고 있다. 이 조항으로부터 도출되는 형벌의 개별화원칙(le principe d'individualisation des peines)은, 선거인명부에 등록을 금지하고 그로써 공무담임권 행사 가능성도 상실케 하는 형벌은 법원이 개별사안의 구체적 사정을 고려하여 명시적으로 선고할 때에만 부과할 수 있을 것을 요구한다. 구 선거법 제7조에 규정된 선거인명부 등록금지는 공무원이나 공적 과제를 수행중인 자, 기타 선출직 공무원의 지위를 가진 자가 일정한 범죄를 저지른 경우 보다 엄격하게 제재하려는 데 그 취지가 있다. 이러한 금지는 5년간 공무담임권을 상실시킨다. 그 효과

는 본질적으로 형벌이다. 선거권을 박탈하는 이러한 형벌은 법적으로 여러 형사상 유죄판결이 선고되면 따로 법원이 명시적으로 선고할 필요 없이 가해지도록 되어 있다. 이 때 법원은 그러한 조치의 기간에 대해서도 아무런 영향을 미칠 수 없다. 비록 당사자가 형법 제132-21조 제2항에 규정된 요건¹²⁾에 따라 전적으로 또는 부분적으로 그리고 즉시 그런 법적 지위의 제한을 면제받을 여지가 있다 하더라도, 그러한 가능성만으로는 형벌개별화원칙의 요청을 충족시키기에 부족하다. 그러므로 구 선거법 제7조는 형벌개별화원칙을 위반한 것이고, 위헌으로 결정되어야 한다.”

요컨대, 형벌개별화원칙은 일종의 헌법적 원칙이고, ‘일정한 범죄로 유죄확정판결을 받은 것을 요건으로 하여 선거권 및 피선거권을 박탈하는 것’은 그 본질상 형벌로 보아야 하며, 그러한 제재를 가함에 있어서, 법원이 개별적 양형판단을 거쳐 명시적으로 선고함이 없이, 다른 유죄판결에 당연히 뒤따르는 일종의 부수효과로 규정되어 있다면, 이는 형벌개별화원칙에 반하여 위헌이라는 것이다.

3. 독일형법 제45조의 형벌적 성격

독일의 경우 범죄를 이유로 선거권 및 피선거권, 공무담임권 등을 제한하는 것과 관련해서는 형법에서 규정하고 있다. 즉, 독일 형법 제45조는 제1항에서 ‘중죄로 1년 이상 자유형이 선고된 자는 자동적으로 5년간 공직에 취임할 수 있는 자격과 피선거권을 상실하는 것으로’ 규정하고 있고, 제2항과 제5항에서는 ‘중죄로 1년 이상 자유형이 선고된 경우가 아니라 하더라도 법률에 특별히 정함이 있다면, 법원은 그 밖의 유죄선고를 받은 자에 대해 2년에서 5년까지 기간을 정하여 공직에 취임할 자격과 피선거권, 선거권과 투표권 등을 박탈할 것을 선고할 수 있도록’ 규정하고 있다. 이 조항은 독일 형법 제3장(‘범행의 법적효과’) 제1절(‘형벌’) 중에서 ‘부수효과(Nebenfolge)’라는 표제 하에 규정되어 있다.

12) 프랑스 형법 제132-21조 ② : “특별규정에 따라 유죄의 판결로 당연히 금지, 실권 또는 무능력을 선고받은 자라도 선고판결 또는 추후의 판결에 의하여 형사소송법에 규정된 요건에 따라 그 기간의 단축을 포함하여 금지, 실권, 무능력의 전부 또는 일부를 면제받을 수 있다.”

독일 형법 제45조에 규정된 ‘부수효과’의 본질과 관련하여 학계에서는 통상 제1항의 규정과 제2항 및 제5항의 규정을 따로따로 검토하고 있다. 통설은, 제45조 제1항의 경우 법률 자체에 의해 직접 자격상실의 효과가 발생하는 점에서 그 본질을 형벌이라고 보기 어려우므로, 그야말로 ‘부수효과’로 분류할 수밖에 없다는 입장을 취한다. 반면, 형법 제45조 제2항 및 제5항 소정의 효과는 양형재량이 부여된 법원의 재판에 의해 자격상실이 발생하는 만큼, 실질적으로 형벌의 일종인 ‘부가형(Nebenstrafen)’에 해당한다거나 최소한 ‘형사적 성격이 있는 특유한 제재’ 내지 ‘형벌유사적 제재’에 해당한다고 보는 견해가 지배적이다.¹³⁾ 하지만 이러한 통설적 견해에 대해서는, 독일 형법 제45조 제1항도 같은 조 제2항 및 제5항과 마찬가지로 일종의 ‘부가형(Nebenstrafen)’을 규정한 것이라고 보는 유력한 소수 견해도 있다.¹⁴⁾

형법 제45조 제1항이나 제2항 및 제5항이나 모두 ‘범죄행위로 인한 공직취임자격과 피선거권 등의 상실을 내용으로 한다’는 점에서 아무런 본질적인 차이가 없다고 할 것이다. 그럼에도, 법원의 양형재량의 행사가능성 내지 판결선고가능성 유무만 가지고 전자는 비형벌이고 후자는 형벌이라고 나누는 것은, 지나치게 형식논리에 치우친 것이라고 생각된다. 이런 논리는 어떤 측면에서는 위 조항의 합리화를 위해, 앞서 본 프랑스 헌법위원회의 판시내용, 즉 ‘형벌이면, 법원의 양형재량 행사가능성 보장과 명시적인 판결선고가 필요하다’는 것을 완전히 전도시킨 것으로 비친다. 1969년 독일 형법의 개정으로 종전의 명예형(Ehrenstrafe)에 해당하는 것을 ‘부수효과(Nebenfolge)’라고 칭함으로써, 오히려 그 본질을 흐리고 결과적으로 피고인에게 더 불리하게 작용할 수 있는 빌미를 주고 있다는 지적도 있음을 감안하면,¹⁵⁾ 형법 제45조 제1항 및 제2항, 제5항 규정의 형벌적 성격을 긍정하는 견해가 더 타당하다고 판단된다.

13) Radtke, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 2. Aufl. 2012, § 45 Rn. 6-9 참조.

14) Schwarz, “Die strafgerichtliche Aberkennung der Amtsfähigkeit und des Wahlrechts”, S. 46; Weinrich, “Statusmindernde Nebenfolgen als Ehrenstrafen im Sanktionensystem des StGB”, S. 163.

15) Weinrich, 위 논문, S. 148-158 u. 190 참조.

4. 우리나라 공직선거법상 자격상실의 본질

앞서 본 프랑스 헌법위원회의 판례와 독일 형법 제45조에 대한 다수설의 관점이 상이할 수 있는 배경을 굳이 찾자면, 프랑스 형법에서는 선거권이나 피선거권 등의 박탈도 형벌의 일종으로 명시하고 있는 데 반하여, 독일 형법에서는 1969년 개정을 거치면서 그러한 자격박탈을 더 이상 명시적으로는 형벌이라고 칭하고 있지 않다는 것이다. 즉, 독일 형법상 ‘부수효과’와 같은 모호한 표현은, 선거권·피선거권 등 자격을 박탈하는 제재가 형벌임을 단정하지 못하게 연막을 치고 있다. 만약 독일 형법에서 이러한 제재를 형벌의 일종으로 명시적으로 규정하고 있었다면, 그와 실질적으로 요건과 효과 면에서 거의 차이가 없는 모종의 조치에 관해서도 그 본질은 형벌이라고 파악하였을 개연성이 그만큼 커진다.

그렇다면, 우리나라의 경우는 어떤가? 우리 형법 제41조는 ‘자격상실’과 ‘자격정지’를 형벌의 일종으로 명시적으로 열거하고 있다. 그리고 형법 제43조 제1항에서는 ‘자격상실’의 구체적인 내용으로서 ① 공무원이 되는 자격, ② 공법상의 선거권과 피선거권, ③ 법률로 요건을 정한 공법상의 업무에 관한 자격, ④ 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 검사역이나 재산관리인이 되는 자격의 상실을 규정하고 있다. 또한 형법 제44조는 ‘자격정지’의 내용으로서, 위 자격의 전부 또는 일부에 대한 1년 이상 15년 이하의 정지를 규정하고 있다. 요컨대, ‘범죄행위를 이유로 한 선거권 및 피선거권, 공직취임자격 등의 박탈’의 제재는 우리 형법상 엄연히 형벌이다.

그런데 공직선거법은 선거범죄로 유죄판결을 받은 자에 대해 제18조 제1항 제3호에서 선거권 상실을, 제19조 제1호, 제5호에서 피선거권 상실을, 제264조에서 당선인으로서 자격 상실을, 제266조에서 기타 공무담임 자격의 상실을 각 규정하고 있다. 이러한 자격상실은 해당 범죄를 저지른 데 대해 엄중히 제재하려는 목적 이외에는 다른 독자적인 공익목적을 상징하기 어려운 데다가, 제재의 내용 면에서도 형법상 ‘자격정지’와 사실상 동일하다. 그러므로 공직선거법상 선거법에 대한 위와 같은 자격제한은 본질적으로 형벌이라고 볼 여지가 충분하다.

형식적인 측면에서, 법원의 형선고에 의해 제재 여부가 결정되는 것이 아니라, 형이 확정될 것을 전제로 법률에 의해 당연히 제재가 결정된다는 것을 가지고 형벌과 비형벌을 나누기도 어렵다. 적어도 우리나라 형법에서는, 어떤 제재가 법원에 의해 별도로 선고되었는지 아니면 법률상으로 자동적으로 부과되는지는 형벌성을 가르는 기준이 못 된다. 형법 제43조 제1항은 “사형, 무기징역, 무기금고의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다”고 규정하고 있다. 법원이 따로 자격상실형을 선고하지 않더라도, 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받으면 형법 제43조 제1항 소정의 자격이 자동적으로 상실되도록 규정한 것이다. 하지만 우리 형법제정자들은 그 형벌성을 인정하기로 결단하였고,¹⁶⁾ 이는 형법 제41조 제4호에 반영되어 오늘에 이르고 있다. 자격정지의 경우도 마찬가지이다. 형법 제43조 제2항 제1문은 “유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 전항 제1호 내지 제3호에 기재된 자격이 정지된다”고 하여 자격정지도 법률에 의해 자동적으로 부과될 수 있게 규정하고 있다. 이러한 자격정지의 본질도 형벌에 해당함은 형법 제41조 제5호의 문언상 명백하다.

이렇게 볼 때, 공직선거법상 선거범죄에 대해 가해지는 자격제한과 형법상 자격정지 사이의 본질적 차이를 발견하기는 더욱 어려워진다. 요컨대, 양자는 기본적으로 범죄행위를 전제로 하여 부과되고, 불이익을 주어 범법행위를 억제한다는 전형적인 형벌의 목적만 있는 점에서 공통되며, 제재의 내용이 사실상 일치할 뿐만 아니라, 법원에 의한 별도의 선고가 없더라도 법률상 자동적으로 다른 형벌에 부가될 수 있는 점까지 똑같다. 그렇다면, 공직선거법에 따른 위와 같은 자격제한은 그 본질이 형벌, 그 중에서도 특히 자격정지형에 해당한다고 봄이 타당하다.

16) 자격상실과 자격정지를 형벌의 한 종류로서 규정하게 된 입법경위에 대해서는, 신동운, “자격상실과 자격정지 형의 존폐에 대하여”, 『법학』 제47권 제4호, 2006. 12., 201-227쪽 참조.

5. 형벌개별화원칙 위반

선거법은 공직선거법 제18조 제1항 제3호, 제19조 제1호에 의해 선거권 및 피선거권을 상실하게 된다. 이러한 자격제한을 형법상 자격정지의 일환으로서 행해지는 ‘공법상의 선거권과 피선거권의 정지’와 비교해 보면, 다음과 같다.

먼저, 자격정지는 ① 형법 제43조 제2항에 따라 유기징역 또는 유기금고에 당연히 부가되고, 그 외에 ② 형법각칙의 개별 조항에 따라 유기징역 또는 유기금고에 병과되거나 ③ 독자적인 주형으로 선고될 수 있다. ①의 경우 자격정지의 기간은 그 형의 집행이 종료되거나 면제될 때까지로 한정되어 있다. 또한 ②의 유기징역이나 금고에 병과되는 형식의 자격정지는 해당 징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 면제된 날부터, 그리고 ③의 주형으로 선고되는 형식의 자격정지는 그 판결이 확정된 날부터 기산하여 각각 1년 이상 15년 이하의 범위에서 법원이 결정한 기간 동안이다.

그런데 유기징역이나 금고가 집행되는 동안에는 피선거권을 행사하는 게 사실상 불가능하기 때문에, ①의 자격정지는 비록 법률상 자동적으로 부가된다고 하더라도, 그것이 과도한 형벌이라고는 보기 어렵다. 그런 점에서 개별 범죄행위의 죄질 및 범죄자의 책임에 비례하지 않는 처벌을 방지하는 데 그 실제적 기능이 있는 형벌개별화원칙하고도 그다지 저촉되지 않는다. 한편, 위 ②나 ③의 자격정지는 법관이 양형재량을 행사하여 실제로 자격정지를 과할지 여부 및 그 기간을 얼마로 할지 등을 판결로 선고하도록 하고 있어 형벌개별화원칙에 부합한다.

이에 대하여, 공직선거법 제18조 제1항 제3호 및 제19조 제1호에 따른 선거권과 피선거권의 제한은, (a) 징역형을 선고받은 경우에는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 때부터 10년간, (b) 집행유예의 선고를 받은 경우에는 그 형이 확정된 때부터 10년간, (c) 그 외에도 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 경우에는 그 형이 확정된 때부터 5년간 이루어지도록 되어 있다. 즉, 법관에게 개별 범죄행위의 죄질과 범죄자의 책임을 고려하는 가운데 자격제한의 불이익을 줄지 여부 및 그 기간을 얼마로 할지를 결정할 수 있는 재량을 부여함이 없이, 법률에 의해 자동적으로, 그리고

획일적으로 법 소정의 기간 동안 자격제한의 불이익이 부가되도록 한 것이다. 이러한 식으로 제재를 가하는 것은, 공직선거법상 자격제한의 본질이 형벌이라고 할 때, 형벌개별화원칙에 정면으로 위배된다.

그리고 설령 그것이 형벌이 아니라고 하더라도, 형벌개별화원칙의 기본 취지가 이에 전혀 적용될 수 없다고 단정하기는 이르다. 전술한 바와 같이, 형벌개별화원칙의 헌법적 근거를 실질적 법치국가원리와 적법절차원칙, 더 근본적으로 헌법 제10조 인간의 존엄성 조항에서 찾을 수 있다고 할 때, 이 원칙이 궁극적으로 지향하는 바를 엄밀한 의미의 형벌 영역에 한정해야 할 아무런 필연적 이유를 찾을 수 없다. 그러므로 최소한 형벌에 버금가는 제재에 관한 한, 형벌개별화원칙의 적용이 이에 대해서까지 확장되는 것으로 풀이할 수 있다.

공직선거법상 자격제한은 유죄확정판결을 받은 것을 요건으로 하고 있기 때문에, 언제나 범죄성립의 3요소인 구성요건해당성, 위법성, 책임성이 모두 갖추어진 경우를 전제하고 있다. 또한 효과 면에서도 형법상 ‘자격정지’와 별로 다르지 않다. 그런 점에서 공직선거법상 자격제한의 경우에도 전형적인 형벌에 준하여, 각 범죄행위의 죄질 및 행위자의 책임에 상응하게 제재의 수위가 개별적으로 정해져야 한다.

이에 대해, 혹자는 해당 공직선거법 규정이 선거법에게 징역형과 집행유예, 벌금형이 선고된 경우를 나누어 각각 자격제한의 기간과 기산점을 달리 정하고 있는 점을 들어 부분적이거나 처벌의 개별화를 추구하고 있다고 주장할지도 모른다. 그러나 그것으로는 충분하지 않다.

먼저, 선거법에 대한 공직선거법상 자격제한은 선거권과 피선거권에 국한되는 것이 아니다. 공직선거법 제264조에 따라 당선인의 자격과 제266조에 의해 기타 공무담임권 등의 자격도 제한된다. 뿐만 아니라, 이러한 일련의 자격제한과 더불어 공직선거법 제265조의2에 의하여 기탁금 반환금과 선거비용 보전금 반환의무도 하나의 패키지(package)처럼 부과된다. 형법상 자격정지의 경우에는 반드시 형법 제43조 제1항에서 정한 네 가지 자격 전부를 정지할 필요 없이 단지 그 일부만 정지하는 것도 가능한 것과 비교하면, 위와 같은 일괄적인 자격제한은 처벌의 개별화를 그만큼

더 제약하고 있다.

다음으로, 공직선거 후보자가 선거범죄를 저질러 100만 원 이상의 벌금 형이 선고되는 경우를 예로 들어 보자. 이 경우 후보자는 해당 선거에서 당선이 무효로 되고, 기탁금과 선거비용을 전액 반환해야 할 뿐 아니라, 선거권과 피선거권, 공직취임자격도 5년간 상실한다. 극단적으로 벌금 100만 원에서 단 1원이라도 빠지면, 이 모든 제재를 피할 수 있지만, 일단 100만 원을 넘기기만 하면, 그것이 100만 원이든 3,000만 원이든 관계 없이 확일적으로 전술한 바와 같은 불이익이 똑같이 가해진다. 법관이 벌금액 10만 원을 더 증감할지를 놓고 각 범죄행위의 죄질 및 범죄인의 책임을 개별적으로 저울질하던 양형의 정밀성은, 어떤 측면에서는 벌금 자체보다 훨씬 더 엄중한 공직선거법상 자격제한에 대해서는 전혀 적용되지 못한다.

자격제한으로 추구하는 목적이 아무리 정당하다고 하더라도, 이처럼 확일적이고 무분별하게 제재하는 것은 분명 실질적 정의관념에 반한다.

6. 기타 관련 문제점

(1) 체계정당성 위반

전술한 공직선거법상 자격제한은 모두 일정한 형벌이 선고된 데 대해 법률상 자동적으로 부가되는 형태를 취하고 있다. 물론, 이러한 입법례가 전혀 없지는 않다. 가령, 독일 형법 제45조 제1항은 중죄로 1년 이상의 자유형을 선고받으면 법률상 자동적으로 5년간 공무담임자격과 선거권 및 피선거권을 상실하는 것으로 규정하고 있음은 앞서 설명한 바와 같다. 하지만 이에 대해서는 종래 책임원칙에 합치하지 않고 구체적 타당성을 결여한 처벌의 위험이 크다는 점이 지적되어 왔다.¹⁷⁾ 이러한 비판은 결국 형벌개별화원칙에 부합하지 않는다는 견해와 궤를 같이 한다고 여겨진다.

하지만 이 점을 차치한다면, 독일 형법 제45조 제1항은 그래도 우리나라 공직선거법 제18조 제1항 제3호, 제19조 제1호나 제264조, 제266조의

17) Nelles, “Statusfolgen als ‘Nebenfolgen’ einer Straftat (§ 45 StGB)”, JZ 1991, 20; 서보학, “명예형의 제문제”, 『형사법연구』 제22호, 2004 겨울 특집호, 434-436쪽 참조.

규정보다는 훨씬 조심스러운 모양새이다. 위 독일 조항의 경우 자격제한의 자동적인 부가는 적어도 ‘중죄로 1년 이상의 자유형을 선고받을 것’을 요건으로 하고, 자격제한의 기간도 5년 이내로 제한하고 있기 때문이다. 게다가, 이 기간은 독일 형법 제45조의b 제1항18)에 따른 권리 회복에 의해 단축될 여지마저 있다.

반면에, 우리나라 공직선거법 규정은 선거법에 대해 최소 벌금 100만원의 형의 확정만으로도 선거권, 피선거권, 공무담임권 같은 중요한 기본권을 5년간 전혀 예누리 없이 박탈할 수 있게 하고 있다.¹⁹⁾ 전술한 형벌

18) 독일 형법 제45조의b ① 법원은 다음 각호의 요건이 모두 충족된 경우 제45조 제1항, 제2항에 의해 상실한 자격 및 제45조 제5항에 의해 상실한 권리를 다시 부여할 수 있다.

1. 자격 등 상실기간의 2분의 1을 경과하였을 것
2. 형의 선고를 받은 자가 장차 더 이상 고의적인 범죄를 저지르지 않을 것으로 기대될 것.

19) 우리와 가장 유사한 입법례로는 일본 공직선거법 제252조를 들 수 있겠으나, 아래에서 보는 바처럼, 같은 조 제4항에서는 법원이 정상을 참작하여 자격제한을 하지 않거나 그 기간을 단축할 여지를 남겨 놓은 점에서, 우리보다는 상대적으로 완화된 규제를 하고 있다고 할 수 있다.

일본 공직선거법 제252조 (선거범죄로 인한 처벌자에 대한 선거권 및 피선거권의 정지) ① 이 장에 계기한 죄(제236조의2 제2항, 제240조, 제242조, 제244조, 제245조, 제252조의2, 제252조의3 및 제253조의 죄를 제외한다)를 범하여 벌금형에 처해진 자는 그 재판이 확정된 날로부터 5년간 [...] 이 법률에 규정하는 선거권 및 피선거권을 가지지 아니한다.

② 이 장에 계기한 죄(제253조의 죄를 제외한다)를 범하여 금고 이상의 형에 처해진 자는 그 재판이 확정된 날로부터 형의 집행을 끝낼 때까지의 기간 또는 형의 시효에 의한 경우를 제외한 형의 집행의 면제를 받을 때까지의 기간, 그리고 그 후 5년간 또는 그 재판이 확정된 날로부터 형의 집행을 받지 않게 될 때까지의 기간에 이 법률에 규정하는 선거권 및 피선거권을 가지지 아니한다.

③ 제221조, 제222조, 제223조 또는 제223조의2의 죄로 형에 처해진 자로서, 다시 제221조부터 제223조의2까지의 죄로 형에 처해진 자에 대해서는 전 2항의 ‘5년간’은 ‘10년간’으로 한다.

④ 법원은 정상(情狀)에 따라, 형을 선고함과 동시에, 제1항에서 규정한 자(제221조부터 제223조의2까지의 죄로 형에 처해진 자를 제외한다)에 대해 동항의 5년간 [...] 선거권 및 피선거권을 가지지 않는다는 규정을 적용하지 않거나 혹은 이 기간 내에서 이를 단축한다는 취지를 선고하거나, 제1항에서 규정한 자로서, 제221조부터 제223조의2까지의 죄로 형에 처해진 자 또는 제2항에서 규정한 자에 대하여 제2항 또는 제2항의 5년간 또는 형의 집행유예를 선고받은 경우에 있어서는 그 집행유예 중의 기간 내에서 선거권 및 피선거권을 가지지 않는다는 규정을 적용할 때의 기간을 단축한다는 취지를 선고하거나, 또는 전항에서 규정한 자에 대하여 동항의 10년간의

개별화원칙 위반 문제는 잠시 보류해 둔다고 하더라도, 이러한 규정태도는 우리의 법체계 자체와도 부조화하는 결함이 있다. 앞서 공직선거법에 따른 자격제한의 본질은 우리 형법상 명예형의 일종인 ‘자격정지’에 해당하거나 적어도 이에 버금가는 제재에 해당함을 지적했다. 이러한 견지에서 볼 때, 위 공직선거법 규정들은 결국 벌금형에 명예형을 자동적으로 부가하는 형국인데, 이는 한 마디로 체계정당성원리에 반한다.²⁰⁾

무릇 입법형성의 재량이 인정되는 분야라 하더라도, 어떤 일정한 법적 체계가 형성되고 나면, 입법자는 자기가 세운 입법체계에 사실상 구속되게 된다. 만일 이로부터 벗어난 입법을 하면, 체계정당성에 대한 심각한 의문이 발생하게 되기 때문이다. 체계정당성 요청을 위반한 입법은 비례성원칙이나 평등원칙에도 위반했을 개연성이 크고, 따라서 보다 엄격하게 심사되는 것이 원칙이다. 즉, 기존의 체계를 일탈할 만한 합리적이고 설득력 있는 근거가 충분히 제시되는 경우에만 평등원칙 위반 등의 의혹에서 벗어날 수 있는 것이다.²¹⁾

그런데 우리 형법 제50조는 형의 경중을 제41조에서 형의 종류를 기재한 순서에 의하여 판단하도록 명시적으로 규정하고 있다. 그에 따른 경우 자격정지는 벌금보다 무거운 형벌에 해당한다. 그러므로 실질적으로 자격정지형과 다를 바 없는 공직선거법상의 각종 자격제한도 역시 벌금보다 중한 것으로 보아야 할 것이다. 실제로, 이른바 당선무효형에 해당하는 100만 원을 조금 넘는 벌금형을 면하기 위해 그 수십 배에 해당하는 변호사 비용을 지출하는 현상이 벌어지기도 하는데, 이것 역시 공직선거법상 자격제한과 벌금형 사이의 상대적 경중을 반영한다.

그럼에도 공직선거법상 자격제한을 벌금형에 당연히 부가되게 하는 것은 사리에 맞지 않는다. 부가형, 그것도 법원의 명시적인 판결도 없이 법률상 당연히 부가되는 그런 종류의 부가형은 결코 주형보다 무거운 것이

기간을 단축한다는 취지를 선고할 수 있다.

20) 헌법재판소에 따르면, “‘체계정당성’(Systemgerechtigkeit)의 원리라는 것은 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범간에(수평적 관계이건 수직적 관계이건) 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 하나의 헌법적 요청(Verfassungspostulat)”이다(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66).

21) Robbers, “Der Gleichheitssatz”, DÖV 1988, 749, 755 참조.

어서는 안 된다는 것은 지극히 상식적이다. 상대적으로 더 가벼운 형벌을 내릴 때에도 세밀한 양형을 위해 정식으로 법원의 심리와 재판을 거치게 하면서, 정작 그보다 훨씬 무거운 형벌은 별도의 심리와 재판을 한번 제대로 해 보지도 않고 법률상 당연히 부가되는 부가형으로 과하는 것은 합리적이지 않다. 따라서 공직선거법상 자격제한을 그보다 더 중한 징역이나 금고형의 부가형으로서 부과할 수는 있을지언정, 상대적으로 더 가벼운 벌금형의 부가형으로 전락시킬 수는 없는 것이다.

이러한 비판에 대해, 혹자는 일본의 입법례를 들어 반박을 시도할지도 모르겠다. 실제로 일본 공직선거법 제252조 제1항에서는 동법 소정의 선거범죄로 벌금형에 처해진 자는 그 판결이 확정된 날부터 5년간 선거권과 피선거권을 상실하는 것으로 규정하고 있다. 자격제한 효과를 발생시키는 벌금액의 하한을 정하고 있지 않은 점에서는 오히려 우리나라보다 더 엄격하게 비칠 수도 있다. 이러한 일본의 입법태도가 형벌개별화원칙의 관점에서 타당한가 하는 것은 여기서는 논의의 대상으로 삼지 않는다. 다만, 한 가지 지적하고 싶은 것은, 일본 형법에서는 우리 형법과 달리 자격상실이나 자격정지 같은 명예형이 형벌의 종류로 명시되어 있지 않다는 사실이다. 그러므로 최소한 일본의 법체계에서는 공직선거법상의 자격제한이 형벌로 인식되지 않을 소지가 있고, 따라서 형의 경중에 따른 주형과 부가형의 설정관계가 아예 관심대상에서 벗어날 수도 있는 것이다. 그러므로 일본의 입법례는, 명예형이 아직 존속하고 있는 우리의 법상황에서 적어도 체계정당성 위반여부의 논의와 관련해서는 그리 비중 있게 참고할 만한 게 못 된다고 하겠다.

이 모든 것을 종합할 때, 전술한 체계정당성 위반의 문제를 합리화할 만한 사정은 발견되지 않는다. 따라서 벌금형에 공직선거법상 각종 자격제한을 법률상 자동적으로 부가하는 형식은 그 자체로 위헌적이다.

(2) 적법절차원칙 위반

적법절차원칙은 개인의 생명이나 자유, 재산에 대한 박탈은 적법한 절차에 의해서만 행해질 수 있다는 헌법적 원칙이다. 원래 영미법계에서 발

전해 온 것이나, 그간 우리 헌법에도 수용되어 제12조 제1항 후문과 같은 조 제3항에서 이를 명시적으로 천명하기에 이르렀다.²²⁾ 특히 헌법 제12조 제1항 제2문에서는 “누구든지 ... 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하여, 범죄행위에 대한 제재를 위해 개인의 자유와 권리를 박탈하는 상황에서 적법절차 원칙이 전형적으로 적용됨을 표현하고 있다. 적법절차의 요청은 사법절차에 관한 것인가 아니면 비사법절차에 관한 것인가에 따라 각각 특유한 내용으로 형성될 여지가 있는데, 우리 헌법 제27조는 그 중 사법절차 내 적법절차적 요청을 일부 반영하고 있다.

이러한 적법절차원칙 및 헌법 제27조에 따라 통상적으로 형사범죄에 대한 제재에 대해서는 정식재판의 기회가 보장된다. 그 재판절차에서는 형벌에 의한 자유와 권리 박탈이 피고인의 죄질과 책임에 상응하게 이루어질 수 있도록 필요한 모든 양형자료가 현출되고 검토되어야 할 뿐만 아니라, 실제로 그 결과가 법원의 재판에 반영될 수 있어야 함은 당연하다. 그런 점에서 적법절차원칙은 형벌개별화원칙의 실현과 밀접한 관계가 있다. 만약 법관의 양형재량 행사를 제대로 보장하지 않는다면, 그것은 형벌개별화원칙에 대한 위반이자 동시에 적법절차원칙에 대한 위반이기도 하다.

그런데 선거법에 대한 공직선거법상 자격제한과 관련해서는 이러한 적법절차원칙 위반이 매우 의심스러운 몇몇 조항이 눈에 띈다. 공직선거법 제265조, 제266조 제2항이 바로 그 대표적인 경우이다. 즉, 공직선거법 제265조는 선거 후보자의 선거사무장이나 선거사무소 회계책임자, 후보자의 직계존비속, 배우자가 해당 선거에서 일정한 범죄를 저질러 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형을 선고받은 경우, 그 후보자가 선거에서 당선되더라도, 이를 무효화하는 규정이다. 나아가, 위와 같은 당선무효형이 확정되면 해당 후보자는 공직선거법 제266조 제2항에 의해 그 선거구에서 실시하는 재선거나 보궐선거에 출마할 수도 없게 된다. 이로써 후보자의 공무담임권 박탈

22) 헌법재판소는 “우리 현행 헌법에서는 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 등 및 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여 각각 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하고 있는 것이 아니라 그 적용대상을 예시한 것에 불과하다”는 입장을 취하고 있다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8).

이 발생하며, 이는 적법절차원칙에 따라 적정한 절차가 제공될 것을 요한다. 공직선거법상 자격제한이 실질적으로 자격정지형에 해당하거나 적어도 그에 버금가는 무거운 제재인 점, 사실상 이보다 훨씬 가벼운 제재라고 할 수 있는 벌금형에 대해서도 적법절차의 일환으로서 당사자에게 정식재판을 받을 기회가 보장되는 점을 감안하면, 공무담임권과 같은 중요한 권리를 박탈함에 있어서는 정식재판을 받을 기회를 보장함이 타당하다.

그러나 헌법재판소는 수차례에 걸쳐 위 제265조가 적법절차원칙에 위배된다는 주장을 배척해 왔다.²³⁾ 그 판시에 따르면, 이 법률조항에 따른 당선무효는 후보자가 그와 관계있는 제3자의 행위에 대해 일종의 “법정 연대책임”을 진 결과인바, 이러한 연대책임을 지움에 있어 제3자에 대한 형사절차 이외에 굳이 후보자에게 새로운 절차를 제공할 필요는 없다는 것이다. 하지만 당선무효와 재선거 및 보궐선거 입후보 금지의 효과는 오로지 후보자에게만 귀속하는 점에서 이에 관한 “연대책임”은 용어의 선택부터 문제가 있다. 당선무효와 입후보 금지에 의한 공무담임권 박탈의 주체는 후보자만이라고 할 때, 아무리 연대책임이라고 하더라도, 정작 권리를 박탈당하는 주체는 소외시키고서 재판절차를 진행한다는 것 자체가 적법절차원칙의 관점에서 극히 이례적인 것이다.

이 점에 관한 한, 차라리 일본 공직선거법의 규정태도가 좀 더 합리적으로 보인다. 같은 법 제210조, 제211조에서는 이른바 “연좌소송”을 통해 후보자 본인이 당선무효 등의 부당함을 법원에서 다룰 기회를 제공하기 때문이다. “연좌제는 본인 이외의 자가 형을 받은 것을 원인으로 해서 공직의 후보자 본인에 당선무효 등의 중대한 효과를 발생케 하는 것이지만, 연좌 효과를 받아야 하는 본인에 대해 변명 등의 기회를 부여하지 않고 연좌효과를 발생시키는 경우에는 헌법 등과의 관계에 있어서도 문제가 발생할 수가 있기 때문에 당해 본인에 대해 고지, 변명, 방어의 기회를 부여한다고 하는 취지에서” 이러한 소송절차가 마련되었다고 한다.²⁴⁾

23) 헌재 2005. 12. 22. 2005헌마19, 헌재 2010. 3. 25. 2009헌마170, 헌재 2016. 9. 29. 2015헌마548, 헌재 2016. 10. 27. 2015헌마1041 등.

24) 강경협, “일본의 공직선거법 위반 사범에 대한 수사 및 공직선거법상의 연좌제에 관한 고찰”, 『해외연수검사 연구논문집』 제15집, 1999, 469쪽.

7. 소결론

법원의 양형은 법정형의 한계를 벗어나서는 이루어질 수 없다. 그러므로 법정형에 포함되어 있지 않은 제재의 부가에 관한 것은 형사법원의 소관 사항이 아니다. 다시 말해, 공직선거법위반 사건에서 법원이 결정할 수 있는 것은 ‘징역형과 벌금형 중 어느 것으로 얼마만큼 처벌하는 것이 적정할지’이지, ‘자격을 박탈할지, 박탈한다면 얼마나 하는 게 적정할지’가 아니다. 그런 점에서 공직선거법상 선거법에 대한 자격제한은 엄밀한 의미에서 법관의 개별적인 양형대상에서 벗어나 있다.

문제는, 그러한 공직선거법상 자격제한이 형법상 자격정지와 실질적으로 크게 다르지 않다는 것이다. 그러므로 형벌개별화원칙은 공직선거법상 자격제한에 있어서도 관철될 필요가 있다. 즉, 그러한 자격제한 여부나 그 기간의 결정은 법원이 각 범죄행위의 죄질과 행위자의 책임 등을 고려하여 개별적으로 정하게 함이 상당하다. 그럼에도 현행 공직선거법은 일정한 범죄로 형사처벌이 확정된 자에 대해 획일적으로 5년(벌금형 확정)의 경우) 또는 10년(징역형 확정)의 경우) 동안 선거권과 피선거권, 공무담임자격 등을 제한하는 것으로 못박고 있어 형벌개별화원칙에 심대하게 위배되며, 이는 비교법적으로도 그 유례를 찾아보기 힘들다.

또한 실질적으로 자격정지형에 준하는 제재를 그보다 경미한 벌금형에 자동적으로 부가되게 한 점에서는 체계정당성에 위배되고, 후보자 본인이 아닌 제3자에 대한 형사재판이 있었다고 해서 후보자 본인에게 정식재판을 통해 자격제한의 부당성을 다룰 기회마저 주지 않는 것은 적법절차원칙에 반하는 결함이 있다고 하겠다.

IV. 선거법에 대한 주형(主刑)의 왜곡과 형벌개별화원칙

1. 문제의 소재

현행 공직선거법상으로는 선거법에 대한 각종 자격제한이 선거범죄에 대한 법관의 양형결과에 좌우될 수밖에 없다. 그런데 예컨대, 범행이 중하지 않아 자격을 박탈해야 할 정도는 아니라 하더라도, 행위자가 재력가인 점을 감안할 때 처벌의 실효성을 기하는 차원에서 벌금을 다소 중하게 물리는 게 합리적으로 보이는 경우도 있을 수 있고, 이와 반대로 비록 자격을 박탈할 만한 범행을 저지른 자이기도 하나, 무자력인 점을 감안할 때 벌금은 상대적으로 가볍게 과할 필요가 있는 경우도 얼마든지 있을 수 있다. 이 경우 벌금형 양형의 적정성을 추구하면, 그에 수반하여 부적정한 자격박탈이 초래될 염려가 있고, 반대로 자격박탈 여부 결정의 적정성을 추구하면 이번에는 벌금형 양형의 적정성을 그르칠 위험이 커진다.

실제적인 측면에서 벌금형보다는 각종 자격제한의 불이익이 더 중하게 여겨지기 때문에, 위와 같은 딜레마적 상황에서 실무는 벌금형 양형의 적정성을 포기하고서라도 자격제한의 적정성에 주안점을 맞추는 경향이 있는 듯하다. 결국 입법자는 단지 징역 내지 벌금에 관한 양형재량만 주었을 뿐인데도, 법원은 벌금형 수위를 임의로 조절함으로써 사실상 ‘자격제한 여부’에 관한 결정을 하고 있는 셈이다. 그로써 벌금에 관한 법원의 양형재량 행사는 원래 부여된 과제에서 벗어나 그 기능이 변질된다.

이러한 문제점은, 선거범죄와 그 밖의 범죄를 함께 심리하여 경합범가중을 해야 할 상황에서 더 극명해진다. 이 경우 형법 제38조 제1항 제1호에 따라 경합범가중을 한다면, 선거범죄와 경합범 관계에 있는 다른 범죄에 대한 양형이 자격의 박탈에 영향을 미칠 수 있어 피고인에게 오히려 불리하다. 그렇다고 경합범가중을 하지 않고 각각의 범죄에 대해 따로 형을 선고하면, 그 전체 형을 합산한 것이 경합범가중해서 정한 형보다 더 늘어날 수 있어서 역시 만족스럽지 않다.

이러한 딜레마적 상황에서 입법자도 부적정한 자격제한의 가혹함을 고려하여 차라리 주형의 양형을 포기하는 방안을 선택하는 경향을 보이고

있다. 1997. 11. 14. 개정된 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제18조 제3항에서는 이러한 견지에서 “제2항의 선거법과 다른 죄의 경합범에 대하여는 형법 제38조(경합범과 처벌예)의 규정에 불구하고 이를 분리 심리하여 따로 선고하여야 한다”고 규정했고, 이후 이러한 식의 분리심리 규정은 계속 늘어나고 있다.²⁵⁾

이하에서는 비단 공직선거법에 한정하지 않고 유사한 규정들이 있는 다른 법령에까지 고찰의 범위를 확장하되, 분리심리 규정이 없었던 경우와 그러한 규정이 생긴 경우를 나누어 구체적 사례들을 살펴봄으로써 전술한 문제점을 좀 더 자세히 조명하도록 한다.

2. 분리심리 규정이 없는 경우

(1) 대법원 2004. 4. 9. 선고 2004도606 판결

이 판결에서는, 농업협동조합 임원 선거에서 그 당선인이 선거범죄로 벌금 100만 원 이상의 형을 받는다면 구 농업협동조합법 제173조²⁶⁾에 의하여 당선이 무효화되는 상황에서 원심이 해당 선거범죄와 다른 죄를 분리심리하여 별도로 형을 선고하지 않고 경합범으로 가중했다고 하여 피고인이 상고를 한 것이 이유 있는지가 쟁점이었다.

대법원은, 공직선거법 제18조 제3항에서 ‘선거법과 다른 죄의 경합범에 대하여는 형법 제38조의 규정에 불구하고 이를 분리 심리하여 따로 선고하여야 한다’고 규정한 것은 선거법이 아닌 다른 죄가 선거법의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화하는 데 그 취지가 있고, 농업협동조합 임원의 선거에 있어서도 선거법이 아닌 다른 죄가 선거법의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화할 필요가 있다고 볼 수 있음을 시인하였다.

그러나 다른 한편, 형법 제38조의 적용을 배제하고 분리 심리하여 형을

25) 예컨대, 2014. 1. 7. 개정된 국가공무원법 제33조의2, 같은 날 개정된 지방공무원법 제31조의2, 2015. 7. 20. 개정된 새마을금고법 제21조의2, 2016. 12. 27. 개정된 농업협동조합법 제49조의2, 같은 날 개정된 산림조합법 제39조의2 등.

26) 구 농업협동조합법 제173조: "조합 또는 중앙회의 임원선거의 당선인이 당해 선거에 있어서 제172조에 규정된 죄를 범하여 징역형 또는 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 그 당선은 무효로 한다."

따로 선고해야 한다는 것은 “어디까지나 경합범의 처리에 관한 일반 규정인 형법 제38조에 대한 예외”이므로, “공직선거및선거부정방지법이 적용되지 않는 다른 선거범죄에 대하여도 형법 제38조의 적용을 배제하고 다른 죄의 경합범에 대하여 분리 심리하여 따로 선고하려면 위 공직선거및선거부정방지법 제18조 제3항처럼 예외를 인정한 명문의 규정이 있어야 할 것”이라고 하였다. 결국 위와 같은 분리심리의 필요는 “입법으로 해결되어야 할 것이고, 그와 같은 입법의 조치도 없는 마당에 그 적용 범위를 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 국한하고 있는 공직선거및선거부정방지법의 제18조 제3항을 농업협동조합 임원의 선거범 재판절차에 유추적용할 수는 없다”고 하였다.

이 판례는, 선거범으로 일정 형벌을 받는 것을 요건으로 그 선거의 당선인자격 박탈의 제제가 가해지는 경우 선거범이 아닌 다른 죄가 선거범의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화하여야 할 필요가 있고, 그런 점에서는 공직선거법상 선거범죄와 농업협동조합법상 선거범죄를 차별 취급할 합리적 이유가 발견되지 않는 것을 그 판시를 통하여 시사하고 있다. 다만, 법률해석 차원에서는 ‘형법 제38조가 원칙적 규정이고 공직선거법 제18조 제3항은 그 예외인 만큼, 법원이 형법 제38조를 함부로 유추해석하지 못한다’는 한계가 있다고 유권해석한 데 이 판례의 의미가 있다고 하겠다.

(2) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도4986 판결

이 사건에서는, 공직선거법상 당선무효사유에 해당하는 선거범과 그 밖의 선거범을 분리하여 형을 선고한 데 대해, 검사가 상고를 하였다.

선거범죄로 당선이 무효화되는 경우는 두 가지이다. 하나는 당선인 자신이 공직선거법상 선거범죄를 저지른 경우이고, 다른 하나는 당선인과 일정 관계에 있는 제3자가 선거범죄를 저지른 경우이다(구 공직선거법 제265조). 그런데 2010. 1. 25.에 개정되기 전 구 공직선거법 제18조 제3항은, 당선인이 선거범죄를 저지른 경우만 상정하여 분리심리를 규정하고 있었을 뿐이고, 당선인과 일정한 관계에 있는 제3자의 특정 선거범죄로 당선이 무효화되는 경우에 관하여는 분리심리를 명시적으로 규정하고 있

지 않았다.

하지만 위 사건 제1심은, 당선인의 직계비속인 피고인에 대한 공소사실 중 ‘선거운동과 관련된 금품제공으로 인한 공직선거법위반의 점’이 구 공직선거법 제265조 소정의 당선무효사유에 해당한다고 하여 형사소송법 제300조에 따라 ‘그 밖의 공직선거법 위반 사건’과 변론을 분리하여 심리하고 각 죄에 대하여 별개의 형을 선고했고, 원심은 이러한 제1심 판결을 유지했다. 그러자 검사는 상고로써, 위와 같은 분리심리가 위법하다고 주장하였던 것이다.

대법원은 검사의 상고를 인용하여 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다. 물론, 그 판시에서 대법원은, “공직선거법 제265조는 선거사무장·선거사무소의 회계책임자 또는 후보자의 직계존·비속 및 배우자가 당해 선거에 있어서 같은 법 제230조 내지 제234조, 제257조 제1항 중 기부행위를 한 죄 등을 범함으로 인하여 징역형 또는 300만 원 이상의 벌금형을 선고받은 때에는 그 후보자의 당선을 무효로 하도록 규정하고 있어, 후보자의 선거사무장 등이 위 법조항에 정하여진 선거법과 아울러 그 밖의 선거법으로 공소제기되는 경우 후보자의 당선이 무효로 되는지 여부를 명확히 하기 위하여 위 법조항에 정하여진 선거법에 대한 선고형을 당선무효 여부와 무관한 그 밖의 선거법에 대한 선고형과 구분할 필요가 있기는 하나,”라고 하여, 경합범가중의 문제점이 없지 않음을 시인하였다.

하지만 이 사건에서 선거범죄로 형을 선고받는 자와 그 선고형으로 인해 당선이 무효화되는 자는 서로 다르다. 그에 따라 두 사람의 이해관계도 갈린다. 피고인으로서는 형법 제38조에 따른 경합범가중을 받는 쪽이 유리한 데 반하여, 당선인으로서는 형법 제38조에 따른 경합범가중을 배제하는 쪽이 유리한 것이다. 제1심과 원심은 형사소송법 제300조에 따라 분리심리를 함으로써 당선인에게 유리한 법해석을 하였지만, 대법원은 달리 형법 제38조에 대한 특칙이 없는 이상, 원칙으로 돌아가 형법 제38조에 따른 경합범가중을 함으로써 피고인에게 유리한 법해석을 할 것을 요구하였다.

3. 분리심리 규정이 있는 경우

(1) 대법원 2004. 2. 13. 선고 2003도3090 판결

이 판결은, 공직선거법상 선거범죄를 저지른 피고인 본인이 오히려 형법 제38조에 따른 제한적 가중의 이익을 누리기 위하여 상고를 한 사건에 관한 것이다.

위 판결에서 구체적 사안에 관한 자세한 기술은 없지만, 추측건대 피고인은 선거범죄에 대한 유죄 판결로 피선거권이 제한되는 불이익은 현실적으로 피하기 어렵다고 판단한 듯하다. 피고인의 상고 논지는, 공직선거법 제18조 제3항이 형법 제38조의 적용을 확일적으로 배제하는 결과, 경합범가중의 경우보다 처단형이 무거워지는바, 그런 점에서 평등원칙 위반이 있다는 것이었다.

이에 대해 대법원은, “판결이 확정되지 아니한 수개의 죄를 단일한 형으로 처벌할 것인지 수개의 형으로 처벌할 것인지 여부 및 가중하여 하나의 형으로 처벌하는 경우 그 가중의 방법은 입법자의 재량에 맡겨진 사항이라고 할 것이고, ... 이 사건 법률조항에 따른 처벌이 형법상 경합범 처벌례에 의한 처벌보다 항상 불리한 결과가 초래된다고 할 수 없어 이 사건 법률조항이 형법상 경합범 처벌례를 규정한 조항과 비교하여 현저히 불합리하게 차별하는 자의적인 입법이라고 단정할 수 없다”는 이유로 공직선거법 제18조 제3항이 위헌은 아니라고 판단하였다.

하지만 공직선거법 제18조 제3항이 실제로 위헌인지 여부를 떠나, 다음과 같은 점에는 주목할 필요가 있다. 우선, 대법원이 전제한 것처럼, 법원이 최종적 선고형을 정할 때 형법 제38조에 따른 경합범가중의 경우와 비교하여 전체적 형을 적절한 수준으로 조정할 여지도 전혀 없지는 않다. 하지만 그것은 어디까지나 법관의 임의적 재량에 맡겨져 있어서, 항상 그러한 조정이 꼭 이루어진다는 보장은 없다. 다음으로, 공직선거법 제18조 제3항에서 분리 심리를 규정한 취지는 “선거법이 아닌 다른 죄가 선거법의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화”하는 데 있다(대법원 1999. 4. 23. 선고 99도636 판결). 그런데 만일 유죄확정된 하나의 선거범죄만으로 이

미 선거권과 피선거권 등의 자격 박탈을 피하기 어려운 경우라면, 굳이 다른 죄가 선거법의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화해야 할 이유가 없다. 그러한 경우까지 공직선거법 제18조 제3항의 적용대상으로 한다면, 그것은 원래의 입법취지에 비추어 보더라도 분명 과대포함적인 (over-inclusive) 것으로 보인다.

(2) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011도9584 판결

이 사건에서 피고인은 시장으로 재임 중 범한 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(뇌물)죄 및 이와 경합범 관계에 있는 제3자뇌물교부죄, 범인 도피죄가 원심에서 모두 유죄로 인정되었다. 이 범죄들은 공직선거법 위반에 해당하지는 않으나, 공직선거법 제18조 제1항 제3호, 제3항에 의하여 선출직 공직자가 재임 중 범한 뇌물관련 죄인 위 특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(뇌물)죄와 나머지 죄에 관한 형을 분리하여 선고해야 했다. 원심이 이에 따라 두 죄에 대해 각각 형벌을 선고하자, 피고인은 상고하여 공직선거법 제18조 제3항에 관한 법리오해나 헌법 위반 등을 주장하였다.

대법원은 상고를 기각하고 원심을 지지하였다. 공직선거법 제18조 제1항 제3호, 제3항에 의해 “법원으로서 위 재임 중 뇌물관련 죄와 다른 죄에 대하여는 형을 분리하여 재임 중 뇌물관련 죄에 대한 형벌과 그 밖의 죄에 대한 형벌로 나누어 정하여야 하며, 이는 피고인이 이미 공직선거법 위반죄의 유죄확정판결을 받아 선거권과 피선거권이 제한된 자이거나 기소된 범죄에 공직선거법 위반죄가 포함되어 있지 않다고 하여 달리 볼 것이 아니다”는 것이 그 이유였다.

하지만 달리 공직선거법 위반에 대한 유죄확정판결을 받아 선거권과 피선거권 등 자격이 이미 제한된 상황에 처한 피고인에 대해서는 굳이 공직선거법 제18조 제3항에 따라 분리 선고를 할 필요성은 인정하기 어렵다. 따라서 위 2003도3090 판결과 마찬가지로, 과대포함의 문제가 있다고 할 것이다.

(3) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013도6785 판결

이 사건에서 피고인은 A후보자의 선거사무장으로 일했던 자인바, A에 대한 지지연설을 하러 다니던 갑에게 2012. 3. 29.부터 2012. 4. 10.까지의 식사비 1일당 6,000원 총 78,000원을 지급해 주기로 하였다. 그 후 2012. 4. 6. 피고인은 선거사무장 지위를 상실했다. 하지만 그에 관계없이 위 약정한 식사비는 예정대로 매일 대납하였다. 이러한 일련의 행위는 공직선거법 제230조 제1항 제4호 위반(이른바 ‘법정수당 외 금품제공죄’)을 구성하였다.

원심은 피고인에 대한 위 공소사실을 유죄로 인정하면서, 개별 범죄행위 전체가 포괄일죄를 이루는 것으로 보았다. 이는 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위 혹은 연속된 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정 기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 포괄일죄로 처단함이 원칙이라는 기존의 판례를 따른 것이라 할 수 있다.

하지만 문제는, 똑같은 ‘법정수당 외 금품제공죄’를 범한 경우라 하더라도, 선거사무장 등의 지위에서 범한 경우에는 공직선거법 제265조에 따라 위 죄로 징역형이나 300만 원 이상 벌금형의 선고 시 후보자 본인의 당선이 무효로 될 수 있다는 데 있다. 이와 더불어, 공직선거법 제18조 제3항은 선거사무장의 지위에 있던 자가 제265조의 적용대상이 된 죄와 그렇지 않은 선거범죄의 경합범으로 징역형 또는 300만 원 이상 벌금형을 선고받을 상황에서는 양 죄를 분리하여 선고하도록 규정하고 있는 점도 주목할 필요가 있다. 그러므로 통상적인 경우라면 포괄일죄로서 처벌될 개별 범죄행위들 중 일부는 선거사무장의 지위를 가진 상태에서 범하고 나머지는 선거사무장의 지위를 상실한 상태에서 범한 경우, 공직선거법 제265조의 적용대상이 될 수 있는지, 만약 된다면 어느 범위에서 적용대상이 된다고 해야 할지가 판단되어야 했다.

이에 대해 원심은 식사비 대납이 선거사무장의 지위를 상실한 이후에 까지 이어진 점을 고려해 포괄일죄에 속하는 개별 범죄행위들 전체가 공직선거법 제265조의 적용을 받지 않는 것으로 해석하였다. 그러자 검사가 상고하였고, 대법원은 이러한 상고가 이유 있는 것으로 보아 이를 인용하

였다. 즉, “선거사무장 등이 그 지위 상실 전후로 연속하여 공직선거법 제263조 및 제265조에 규정된 죄를 범한 경우에는, 그 연속된 여러 개의 행위를 지위 상실 시점을 기준으로 구분하여, 선거사무장 등의 지위를 보유하고 있을 때의 행위만을 당선무효형 대상범죄가 되는 하나의 포괄일죄로, 선거사무장 등의 지위를 상실한 이후의 행위는 이와 달리 당선무효형 대상범죄가 아닌 별도의 포괄일죄로 각각 평가함이 타당하고, 그 경우 위 두 죄는 서로 실체적 경합관계에 있다”는 것이었다.

후보자 본인의 입장에서 볼 때, 이러한 대법원 판례는 한편으로는 자격제한 규정의 취지 및 실효성을 살리면서도 다른 한편으로 공직선거법 제265조의 적용대상이 되지 않는 죄에 대한 양형이 자격제한 여부에 영향을 미칠 위험을 최소화하기 위해 부득이한 측면이 있다고 여겨질 수도 있다. 하지만 당해 형사소송절차의 피고인인 선거사무장 입장에서는, 원래 포괄일죄로 취급될 수 있었던 사안이, 선거사무장으로서 지위의 변동을 전후하여 두 개로 쪼개져 각각이 실체적 경합관계에 놓인다고 해석함으로써 전체적 형량이나 일사부재리의 혜택 등의 측면에서 그만큼 더 불리해지는 것이다. 후보자 본인에 대한 당선무효 위험 때문에 분리 선고를 규정한 공직선거법 제18조 제3항으로 인해 결과적으로 선거사무장이 양형에서 불리한 취급을 받게 되는 또 하나의 사례에 해당한다.

4. 평가

이상의 사례들에서 다시 한 번 확인할 수 있는 것은, 공직선거법 제18조 제3항과 같은 규정은 현 상황 하에서는 없어도 문제이지만²⁷⁾ 있어도 그 나름의 문제가 있다는 점이다. 물론, 공직선거법상 자격제한 규정들이 존재하는 한, 공직선거법 제18조 제3항의 도입은 분명 부득이한 측면이 있다. 하지만 이 조항으로 인하여 비록 부적정한 자격제한의 위험은 줄일 수 있을지 몰라도, 그 부작용으로서 주형(主刑)의 선고 자체가 여러 모로

27) 비록 새마을금고법상의 선거범죄에 관한 것이기는 하나, 선거범죄와 다른 죄가 병합되어 경합범으로 재판하게 되는 경우에 대해 분리 선고 규정을 두지 않은 것은 과잉금지원칙에 반하여 직업선택의 자유를 침해하고 평등원칙에도 위배된다고 한 판례로, 현재 2014. 9. 25. 2013헌바208 결정 참조.

왜곡되는 현상들이 발생하고 있다. 이것은 일차적으로 공직선거법 제18조 제3항 같은 규정이 형법 제38조에 따른 경합범가중의 법리나 죄수론의 법리를 교란시킨 결과이지만, 더 근원적으로는 자격의 박탈 여부를 법원의 독자적 판단대상이 되게 하지 않고 선거범죄의 양형에 전적으로 의존시킨 데 있다고 할 것이다. 이 때문에 주형(主刑)의 양형이 주형 자체의 적정성보다는, 그 막후의 부가형 내지 부수효과에 해당하는 그러나 원래 법원의 양형대상도 아닌 그런 공직선거법상 자격제한의 적정성 여하에 좌우되고 심지어 종속되는 문제가 생기는 것이다. 주형에만 초점을 두고 보더라도, 그로써 형벌개별화원칙 실현이 또 다시 방해받고 있는 셈이다.

V. 결론

공직선거법상 선거법에 대해 선거권 및 피선거권, 공무담임자격 등을 제한하는 제도가 반드시 필요한지에 대해서는 입법정책적으로 재고해 볼 여지도 있을 것이다. 하지만 일단 그러한 제한을 가하기로 결정했다고 할 때, 그 다음 단계로서 그러한 제도를 어떻게 형성할 것인가 하는 문제와 마주하게 된다. 현행 공직선거법은 선거범죄로 징역형 또는 100만 원 이상의(후보자 본인 이외의 선거사무장 등 관계인이 피고인인 경우에는 300만 원 이상의) 벌금형을 받은 것을 요건으로 하여 법률상 당연히 일정한 자격제한, 즉 당선이 무효로 된다는가 혹은 선거권 및 피선거권과 기타 공직취임자격이 5년간(벌금형 선고의 경우) 또는 10년간(징역형이나 그 집행유예가 선고된 경우) 박탈된다는가 하는 효과가 발생하도록 규정하고 있다. 이러한 자격제한을 부여할지 여부나 만일 부여한다면 얼마나 오랫동안 부여할지 등은 법원의 양형재량에서 배제되어 있다. 위에서 논증한 바와 같이, 이는 형벌개별화원칙에 이중으로 반한다. 하나는 자격제한 자체가 각 범죄행위의 죄질과 행위자의 책임에 상응하여 개별적으로 정해지지 않은 점에서 그러하고, 다른 하나는 주형(主刑)에 해당하는 형벌, 특히 벌금형이 그 자체로 양형의 적정성을 확보하지 못하고, 그 배후의 자격제한의 불이익을 의식한 탓으로, 왜곡되거나 변질된 기능을 하게

되는 점에서 그러하다.

이러한 문제에 대한 해법은 여러 가지가 있을 수 있지만, 가장 간단하면서도 근본적인 해결은 공직선거법상 자격제한의 본질이 명예형, 그 중에서 자격정지형에 해당한다는 것을 받아들여, 그것 자체를 법정형에 포함시키는 것이라 생각한다. 가령, 공직선거법 제230조 제1항 제4호와 제264조 및 제265조를 예로 들면, 다음과 같이 규정하자는 것이다.

현행 공직선거법	공직선거법 개정안
<p>제230조(매수 및 이해유도죄) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>1.-3. (생략)</p> <p>4. 제135조(選舉事務關係者에 대한 手當과 實費補償)제3항의 규정에 위반하여 수당·실비 기타 자원봉사에 대한 보상 등 명목여하를 불문하고 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자</p> <p>5. 이하 (생략)</p>	<p>제230조(매수 및 이해유도죄) ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역, <u>10년 이하의 자격정지</u> 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다. <u>다만, 징역에 처할 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.</u></p> <p>1.-3. (생략)</p> <p>4. 제135조(選舉事務關係者에 대한 手當과 實費補償)제3항의 규정에 위반하여 수당·실비 기타 자원봉사에 대한 보상 등 명목여하를 불문하고 선거운동과 관련하여 금품 기타 이익의 제공 또는 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자</p> <p>5. 이하 (생략)</p>
<p>제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효) 당선인이 당해 선거에 있어 이 법에 규정된 죄 또는 「정치자금법」 제49조의 죄를 범함으로써 인하여 징역 또는 <u>100만원 이상의 벌금형의 선고</u>를 받은 때에는 그 당선은 무효로 한다.</p>	<p>제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효) 당선인이 당해 선거에 있어 이 법에 규정된 죄 또는 「정치자금법」 제49조의 죄를 범함으로써 인하여 징역 또는 <u>자격정지의 선고</u>를 받은 때에는 그 당선은 무효로 한다.</p>

<p>제265조(선거사무장등의 선거범죄로 인한 당선무효) 선거사무장·선거사무소의 회계책임자(선거사무소의 회계책임자로 선임·신고되지 아니한 자로서 후보자와 통모하여 당해 후보자의 선거비용으로 지출한 금액이 선거비용제한액의 3분의 1 이상에 해당되는 자를 포함한다) 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)의 직계존비속 및 배우자가 해당 선거에 있어서 제230조부터 제234조까지, 제257조제1항 중 기부행위를 한 죄 또는 「정치자금법」 제45조제1항의 정치자금 부정수수죄를 범함으로 인하여 징역형 또는 300만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때(선거사무장, 선거사무소의 회계책임자에 대하여는 선임·신고되기 전의 행위로 인한 경우를 포함한다)에는 그 선거구 후보자(大統領候補者, 比例代表國會議員候補者 및 비례대표지방의회의원후보자를 제외한다)의 당선은 무효로 한다. 다만, 다른 사람의 유도 또는 도발에 의하여 당해 후보자의 당선을 무효로 되게 하기 위하여 죄를 범한 때에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>제265조(양벌 규정) 선거사무장·선거사무소의 회계책임자(선거사무소의 회계책임자로 선임·신고되지 아니한 자로서 후보자와 통모하여 당해 후보자의 선거비용으로 지출한 금액이 선거비용제한액의 3분의 1 이상에 해당되는 자를 포함한다) 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다)의 직계존비속 및 배우자가 해당 선거에 있어서 제230조부터 제234조까지, 제257조제1항 중 기부행위를 한 죄 또는 「정치자금법」 제45조제1항의 정치자금 부정수수죄를 범한 경우 그 행위자를 벌하는 외에 후보자 본인에게도 해당 조문의 자격정지 또는 벌금형을 과한다. 다만, 후보자 본인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당 업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 않은 경우에는 그러하지 아니하다.</p>
--	--

위 개정안에 의하면, 다음과 같은 효과들이 예상된다.

첫째, 법원은 형법 제44조 제1항에 따라 같은 법 제43조 제1항에 기재된 자격들, 즉 ① 공무원이 되는 자격, ② 공법상의 선거권과 피선거권, ③ 법률로 요건을 정한 공법상의 업무에 관한 자격, ④ 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 검사역이나 재산관리인이 되는 자격 중 전부를 정지할지 아니면 일부를 정지할지 및 그 자격정지의 기

간을 얼마로 할지에 대해 양형재량을 행사할 수 있게 된다. 이 경우 형법 제53조의 작량감경이나 제55조 제1항 제5호의 자격정지에 대한 법률상감경 규정, 제59조의 선고유예 규정 등도 적용될 수 있게 될 것이다.

둘째, 형법 제61조의 선고유예 실효 규정과 제82조의 복권 규정²⁸⁾을 통한 형집행상의 적정성도 기할 수 있게 된다.

셋째, 벌금형의 양형에 의해 자격제한 여부가 좌우되거나, 반대로 부적정한 자격제한의 우려 때문에 벌금형의 양형이 왜곡되는 현상을 방지할 수 있게 된다.

넷째, 선거범죄로 인한 당선무효는 후보자 본인이 자격정지 이상의 형을 선고받은 경우에만 적용되고, 벌금형 선고에 그친 상대적으로 경미한 범죄에 대해서는 적용되지 않게 될 것이다. 또한 이는, 선거사무장 등이 공직선거법 제265조에 열거된 죄를 범한 경우에도 양벌 규정의 형식을 통해 그대로 관철될 수 있을 것이다. 이는 곧 후보자 본인에게 당선무효의 부당성을 정식재판을 통해 다룰 수 있는 기회를 보장함으로써 적법절차원칙의 요청을 충족할 수 있게 됨을 의미하기도 한다.

끝으로, 강조하건대, 가령 모든 살인죄에 대해 획일적으로 무기징역에만 처하도록 법률로써 정하는 것이 일견 형식적 법치주의에는 반하지 않는 듯 보일지 몰라도, 오늘날의 실질적 법치국가원리 하에서는 용납되기 어렵다는 것은 누구든지 동의할 것이다. 형벌개별화원칙은 바로 그러한 실질적 정의 관념에 기초한 법치국가원리의 한 구현형태로서, 처벌이 무거울수록 더욱 강하게 관철될 필요가 있다. 공직선거법상 각종 자격제한, 즉 선거권과 피선거권, 공무담임권 같은 중요한 기본권을 제한하는 데 대해 형벌개별화원칙을 적용하지 않거나 그 정도를 현저히 완화시켜도 될 만큼 가볍게 보아 넘겨도 정말 괜찮을까? 법관이 개별 위반행위 내지 행위자의 특성을 고려하는 가운데 어떤 자격을 얼마나 오랫동안 제한할지를 양형을 통해 결정할 수 있게 한다고 해서 훼손될 수 있는, 전술한 기본권 제한의 사익보다 우월한 그런 공익은 과연 존재하는가? 이 글은 바로 이에 대한 근본적인 회의(懷疑)에 기초하고 있다.

28) 이 복권 규정으로 전술한 독일 형법 제45조의b 제1항과 같은 효과를 거둘 수 있다.

참고문헌

- 강경협, “일본의 공직선거법 위반 사범에 대한 수사 및 공직선거법상의 연좌제에 관한 고찰”, 「해외연수검사 연구논문집」 제15집, 법무연수원, 1999.
- 법무부, 「프랑스 형법」, 법무부 형사법제과, 2008.
- 서보학, “명예형의 제문제”, 「형사법연구」 제22호, 한국형사법학회, 2004.
- 신동운, “자격상실과 자격정지 형의 존폐에 대하여”, 「법학」 제47권 제4호, 서울대학교법학연구소, 2006.
- 정우식, “합당한 형법의 원리로서의 처벌의 개별화”, 「신학논단」 17, 연세대학교 신과대학, 1987.
- 정철호, “형벌의 개별화에 대한 한계”, 「형사정책」 제15권 제1호, 한국형사정책학회, 2003.
- 헌법재판연구원, 「세계헌법재판 판례동향1」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2012.
- Heinitz, Ernst, “Die Individualisierung der Strafen und Maßnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses”, Walter De Gruyter & Co., 1960.
- Nelles, Ursula, “Statusfolgen als ‘Nebenfolgen’ einer Straftat (§ 45 StGB)”, JZ 1991.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, C .H. Beck, 2012.
- Robbers, Gerhard, “Der Gleichheitssatz”, DÖV 1988.
- Schwarz, Oliver, “Die strafgerichtliche Aberkennung der Amtsfähigkeit und des Wahlrechts”, Nomos, 1991.
- Weinrich, Christoph, “Statusmindernde Nebenfolgen als Ehrenstrafen im Sanktionensystem des StGB”, Nomos, 2009.

<국문초록>

선거범죄로 100만 원 이상의 벌금이 선고된 자는 공직선거법 제18조 제1항 제3호, 제19조 제1호, 제266조에 의해 5년간 공직에 취임할 자격과 공직선거에 관한 권리를 상실한다. 만약 선거범죄로 징역형을 선고받는다 면, 그 기간은 10년으로 늘어난다. 이러한 불이익은 법률에 의해 발생한다. 다시 말해, 그러한 상실 여부와 기간은 법원의 재량에 들지 않는다.

하지만 이와 관련해서 간과해서는 안 될 것은, 그러한 공직취임자격 및 피선거권 박탈 등은 범죄를 제재하기 위한 것으로서, 그 자체가 본질적으로 형벌의 일종에 해당한다는 사실이다. 즉, 형법 제41조에 규정된 형의 종류에는, 전술한 공적인 법적지위에 대한 일시적인 부인이 포함되어 있다. 형법 제41조에서 규정하고 있는 명예형과 같은 목적 같은 법적 효과를 가진 공직선거법 제18조 제1항 제3호, 제19조 제1호, 제266조에 따른 제재의 본질을 형벌로 파악하면 안 될 이유를 알 수 없다.

전술한 제재가 일종의 명예형이라고 할 때, 범행과 범죄자의 특성에 따라 그 제재를 개별화해야 한다는 요청이 제기된다. 형벌개별화원칙은 주로 실질적 법치국가원리에서 도출할 수 있는바, 기본적으로 법원이 각 개별 사건의 구체적인 사정을 고려하는 가운데 적절한 형벌을 정할 권한이 있을 때에만 실현될 수 있다. 따라서 법률에 의해 발효하는 자격제한은 형벌개별화원칙과 합치하기 어렵다.

그러므로 입법자는 것처럼 법률에 의해 자동적으로 공직취임자격 및 선거권을 박탈하는 것 대신에 법원이 임의로 그 자격을 정지하게 하는 방안을 내용으로 하는 개혁안을 모색해 봄이 바람직할 것이다.

주제어 : 공직선거법, 선거범죄, 선거권과 피선거권 상실, 형벌개별화원칙, 체계정당성, 적법절차원칙

Der Verlust der Amtsfähigkeit bzw. des Wahlrechts und das Gebot der Individualisierung der Strafen

Chung, Kwang-Hyun*

Wer wegen eines Wahldelikts zu Geldstrafe von mehr als 1 Million Won verurteilt wird, verliert nach § 18 Abs. 1 Satz 3, § 19 Satz 1, § 266 des Koreanischen Wahlgesetzes für die Dauer von fünf Jahren die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden und Rechte aus öffentlichen Wahlen. Bei Verurteilung zu Freiheitsstrafe wegen eines Wahldelikts verlängert sich die Dauer des Verlusts der Amtsfähigkeit und des aktiven bzw. passiven Wahlrechts auf 10 Jahre. Dies erfolgt kraft Gesetzes. Das heißt, dass die Entscheidung über das Ob und die Dauer des Verlusts nicht im Ermessen des Gerichts steht.

Allerdings sollte diesbezüglich nicht verkannt werden, dass ein deratriger Entzug von Amtsfähigkeit, Wählbarkeit u.s.w., mit dem eine Straftat geahndet werden soll, selber von Natur aus eine Art Strafen darstellt. Der im § 41 des Koreanischen StGB geregelte Strafen-Katalog enthält nämlich eine zeitlich begrenzte Aberkennung des oben genannten öffentlichen Rechtsstatus als eine Art Ehrenstrafen. Nicht einleuchtend ist, warum das Wesen der Sanktion gemäß § 18 Abs. 1 Satz 3, § 19 Satz 1, § 266 des Koreanischen Wahlgesetzes, die den gleichen Zweck und die gleiche Rechtsfolge wie die im § 41 des Koreanischen StGB geregelte Ehrenstrafe hat, nicht als Strafe aufgefasst werden sollte.

Handelt es sich bei der oben genannten Sanktion um eine Art Ehrenstrafen, so stellt sich die Anforderung, sie je nach der Eigenart der begangenen Tat bzw. des Täters zu individualisieren. Das Gebot der Individualisierung der Strafen, welches hauptsächlich vom materiellen Rechtsstaatsprinzip ableitbar ist, kann im Grunde nur verwirklicht werden, wenn das Gericht dazu befugt ist, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände jedes Einzelfalls über eine angemessene Strafe zu befinden. Somit ist der kraft Gesetzes eintretenden Verlust der Amtsfähigkeit und

* Hanyang Law School. Associate Professor.

der Wählbarkeit nur schwer mit dem Gebot der Individualisierung der Strafen vereinbar.

Es wäre deshalb wünschenswert, wenn der Gesetzgeber eine Reform in Betracht ziehen würde, welche den Ersatz des kraft Gesetzes automatisch eintretenden Entzugs der Amtsfähigkeit bzw. des Wahlrechts durch die gerichtliche fakultative Aberkennung von diesen Statusrechten beinhaltet.

Key Words : das Koreanische Wahlgesetz, Wahldelikte, Verlust des Wahlrechts, das Gebot der Individualisierung der Strafen, Systemgerechtigkeit, Due Process of Law